



8

1998

Financial
Law
Forum

金融法苑

总 第 八 期

北京大学金融法研究中心编

- 日本金融体制改革与金融法的新观念(一)
- 主合同变更对银行保证责任的影响
- 数字签名的含义及其法律规范



法 律 出 版 社

PUBLISHING HOUSE OF LAW

金 融 法 苑

1998 年第 8 期 总第 8 期

北京大学金融法研究中心 编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

金融法苑 总第8期/北京大学金融法研究中心编. - 北京:
法律出版社, 1998. 11

ISBN 7-5036-2647-X

I. 金… II. 北… III. 金融-财政法-中国-普及读物
IV. D922.235

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 32743 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/2 字数/50 千

版本/1998 年 10 月第 1 版 1998 年 10 月第 1 次印刷

印数/00,001-11,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2647-X/D·2357

定价:3.20 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

8

8点零8分，放下稿子，拿起报纸，感受八面来风：走“第三条道路”的首相布莱尔笑容可掬地参观了上交所，又为首家在华开业的英国保险公司助兴，可谓八面莹澈；俄罗斯，也曾被誉为才高八斗、胆色过人的叶利钦总统正遭受举国抗议，阿根廷人所极力贩卖的货币局制度在这里至今仍是八字未见一撇，而强悍的俄国军人居然别出心裁地用胡萝卜充起了军饷，堪称五花八门；华盛顿，与叶氏半斤八两的克林顿继续尴尬地充当着政治“八卦”闹剧的主角，而闭幕的IMF和世行年会上，要求美国国会尽快批准180亿美元贷款的倡议得到八方响应；全世界，电子报价屏前的人们被飙升的日元搞得目瞪口呆；大家都在琢磨：格林斯潘讲话到底有什么弦外之音？环球同凉热，八纮一字。瞅瞅报头，我乐了，原来这一切，尽在1998年10月8日中。

事实上，还有两个“8”令大家牵肠挂肚。刊物出了8期，读者您是否满意？说真的，我们心里七上八下。这事挺重要，但另一桩更要紧——8%的增长目标究竟能否实现？全国都在关注。——放松银根、增加退税、特种国债、回购重开，妙招迭出，八仙过海。全国都在努力。——8月份以来宏观经济业已明显回升。洪水只等闲，困难奈若何？但求万众一心！

（本期执行编辑：郭雳）

法律的“形式理性”

这一次我们继续就《商业银行法》第40条谈下去。在乡土社会里，和熟人做生意是保障交易安全的一个好方法。对于熟人，你知根知底，他的信誉、资产状况，你都了若指掌。如果他不还钱，在一个大家彼此熟悉的社区里，他会受到所有人的歧视和排挤，这种压力是非常大的，有时比法律制裁还管用。但现代社会由于人口流动、社会分化，已经成为了一个陌生人的社会。在这里，你必须和你素未谋面的陌生人交易，否则你的生意范围会大受限制，迟早会被市场竞争淘汰。那么，如何保证你不会被人所欺骗，如何保证他一定会还款呢？法律的作用就此凸现出来。

我们在此所说的法律与中国古代传统的法律并不一样。在中国古代，虽然也有钱债之类的法律，追偿债务的纠纷也比比皆是，但法官判案以天理人情为据，追求每一个案结果的实质正义，从而使得市场活动参与者无法对其行为的成本收益以及结果进行预测。而按马克斯·韦伯的说法，市场经济特别重视对于长期利润的精细和有系统的计算，相应地也就要求其法律制度的运作必须可以通过一般原则而加以理性地预测。市场经济的法律不得不放弃对实质正义的追求，讲究程序和证据，成为所谓“形式理性”的法律。

我国既然要进行市场经济的改革，就必须建立与市场经济的要求相一致的法律制度。《商业银行法》对关系人贷款的限制即是一例。对关系人发放信用贷款并不一定会带来损失，但如果纠缠于对每一个案的审查，必然会使问题复杂化。对此一刀切，正是法律注重形式理性的结果。

目 录

专论

- 日本金融体制改革与金融法的新观念(一) 慧 聪 (1)

金融法庭

- 名为委托实为信托贷款担保合同纠纷案评析 郑顺炎 (8)

金融法律名著评介

- 罗斯、赛利格曼:《证券法基础》(第三版) 阮品嘉 (14)

海外金融法透视

银行内控制度的基本原则——巴塞尔银行监管

- 委员会最新报告 思 远 (17)

- 知识库 子 轩 (22)

北京大学金融法培训课程

国际业务与法律

- 第四讲 银行外汇担保业务操作中的风险 陈炜恒 (25)

中间业务与法律

- 第四讲 主合同变更对银行保证责任的影响 龚英姿 (32)

金融电子化与法律

- 第四讲 数字签名的含义及其法律规范 唐应茂 (39)

金融监管与法律

第四讲 中央银行法和央行的法定职责

——中央银行法律制度(二) 郭 雳 (46)

《金融与法律资讯文摘》 姜丽勇 (52)

《学术动态》 朱绵茂 (55)

《要闻回顾》 恒 方 (58)

【专论】

日本金融体制改革与金融法的新观念(一)

□ 慧 聪

一、日本政府直接向大银行注资

1998年10月16日,日本国会两院分别投票通过了一个新的关于政府直接向大型商业银行注入资本,重组大型商业银行注册资本的法案(《金融再生法案》)。根据小渊惠三政府的此项提案,日本政府将根据申请,向那些资金缺乏的大型商业银行注入25兆日元的巨额资本。该项法案由执政的自民党提出,尽管反对党提出自己的提案,但是,反对党的提案没有被国会通过。

新的向银行注资法案的生效,标志着日本金融制度改革将逐步经过立法程序,成为有效的法律付诸实现。此项法案之后,还将有另外8个有关银行改革的法案将送交国会审议。涉及到其他金融制度改革的法案将有22个,将陆续被国会审议。日本从1999年1月1日起,将正式启动它自二战以来最庞大的金融制度改革。

日本政府此次要动用纳税人的钱25兆日元来支持商业银行,以便改善大型商业银行资本充足率不高的情况。日本政府还将动用17兆日元做为对银行存款人的保障基金,此外,还要再用18兆日元用来帮助解决商业银行流动性资产问题。日本政府动用的资金是“公共财产”,分别来自于日本政府发行的债券和日本银行拨款,以及小部分是政府批发性的借款。该项法案将授权日本政府向商业银行援助的资金总额达到60兆日元。

日本商业银行已经连续几个月收紧商业性贷款,或提前收回

贷款,以便符合商业银行资本充足率的法律规定。商业银行只有在具有较高的资本充足率的情况下,它的股票在金融市场上才有人购买或持有。因为,商业银行资本充足率是法定的,并对银行在资本市场的表现有直接的影响。但是,随着信贷的紧缩,导致经济的紧缩,企业的破产或关闭,使失业率上升。日本已经连续几年经济萎缩不前了,如果商业贷款进一步抽紧,对恢复经济不利。

银行贷款紧缩银根的作法还导致了银行同业市场的信贷紧缩,进而造成一些依靠同业市场解决流动资金头寸的银行资金紧张,这些商业银行经营日益困难。例如,日本长期信用银行的资金本来已经非常紧张,同业市场贷款收紧时使其经营愈加困难。所以,经济界普遍理解政府利用法定的权力,动用公共资金向商业银行大量注资,缓解银根紧缩。

日本国会将批准成立一个由 5 人组成的“银行复兴”委员会,专门处理对银行注资的问题。日本国会通过有关法案的程序需要时间,一些大银行的资金状况超过国际警戒线,如果不立即大量注资,这些大银行可能会倒闭,并引起市场的连锁反应。日本首相也许等不到 5 人委员会被国会通过,他就可能会利用法律赋予的行政权利提前向银行注入资本。

日本政府注资的方式是购买一定比例的商业银行股票,将以该银行股票的市场价格和帐面价格较低的价格来购买。为注资的操作便利,日本政府按银行资本充足率水平将银行分为三个级别:

第一,资本充足率达到 8% 或以上的银行,大多是从从事国际业务的日本大型商业银行。政府向这些银行注资的方式是购买其新发行的优先股,政府并不参与银行的经营管理。但是政府会要求这些被注资的银行接受一个条件:吸收一些有坏帐的其他银行,或兼并一些即将倒闭的银行,帮助政府来稳定金融市场。

第二,资本充足率在 4%—2% 的银行,政府向这些银行注资的方式是购买它们的普通股。这些银行可能被政府的资本控制,直到它们的经营状况从根本上好转,或在情况仍不能够好转时被其他银行兼并。

第三，资本充足率在0—2%的银行是即将破产或将被兼并的对象。银行复兴委员会将帮助这类银行找到兼并者，或在无人愿意兼并时关闭这些银行。这类银行的破产将对日本的经济产生较大的负面影响。

日本政府的新法案通过后，日本中央银行就要动用现金支持银行注资。日本银行货币政策委员会于1998年10月14日通过决议，将不会改变日本中央银行的货币政策。注资而不改变央行货币政策的作法是两难的决定。因为日本银行要用公款来购买银行的股票。公款不是增发纸币得来的，而是来源于中央银行的储备或发行债券。

此项法案的实施，将会使日本中央银行间接干预金融市场的空间减少。因为中央银行采用公开市场业务和调整利率对市场的刺激敏感度更加缩小。从1998年9月开始，日本银行就将银行同业拆借利率从原来的0.5%降低到更低的水平，中央银行已经没有什么空间再降低利率来刺激市场了。给日本中央银行剩下的惟一调整方法可能是降低商业银行的准备金率。但是，此举对金融市场的稳定与安全不利。

二、日本政府与商业银行的特殊关系

1. 大藏省“领导”日本中央银行，日本银行“领导”商业银行

日本政府与大型商业银行有着密切的关系，而且这种关系由来已久。由于东方儒家文化中特有的商界对政府的尊重传统，由于日本政府在领导金融界与产业界结合中已取得的工业和出口的优异成绩，由于日本政府对经济信息形成的传统优势，种种原因都导致了日本政府的大藏省对金融业的特殊影响地位。

日本政府对金融界的影响还表现在大藏省高级官员退休后，便进入金融机构担任要职。原来日本樱花银行、东京银行、横滨银行、日本开发银行、日本进出口银行、东京证券交易所均由退休的大藏省的人员担任董事长。日本中央银行（日本银行）的行长也是由大藏省退休高官担任的。据日本媒体的统计，到1992年为止，

总共有 114 位大藏省退休人员担任日本商业银行的要职,另外还有 50 位左右大藏省退休官员担任了保险公司和证券公司的类似职位。 (“The Weight of the Yen”, by R. Taggart Murphy, 《日元神话》塔戈特·墨菲,页 56。)

另外,日本大藏省还懂得发挥金融资讯媒体的作用。日本的《日本经济新闻》和《日本经济新闻周刊》是金融界的主流媒体,也是大藏省可以发挥影响的主要媒体。由于一般媒体对金融机构内部的信息难以得到,只有大藏省掌握这些消息。如果大藏省通过这家媒体对外报道,将对市场产生影响,这家媒体也被金融界重视。可以想象当某种不利或有利的消息传播到市场会有怎样的反应。全世界的金融业务都是高风险业务,如果媒体报道了某家金融机构的不利消息,该金融机构就会面临舆论压力,报道了利好消息,该金融机构的市场信任度就会提高。同类金融机构的情况应该相差不多,但是媒体报道的利好与利坏影响较大。

日本政府对金融业的指导还表现在:日本的中央银行直接受政府的领导,因为这是法律规定的。大藏省领导下的中央银行控制着市场资金的供给总量,大藏省可以随时指示日本银行干预市场,或示意央行指导商业银行如何贷款。

2. 日本政府、商业银行与企业之间的逻辑

日本民间储蓄率为全世界最高,这早已成为无争的事实。储蓄率高的部分原因是日本人受传统文化中“禅”学的“圣贫”精神影响。在这种伦理美德影响下,日本人将节省下来的钱存入银行,而不是超前消费。储蓄神圣的精神使日本人达到了对银行存款利息率不敏感的程度。另外一个原因是市场中可供大众选择的其他投资工具不如美国或欧洲国家那样多。

由于其他投资工具不足,大众只能选择银行储蓄,日本政府就可以通过降低利率来刺激经济,而不会使银行的存款减少。资金成本低又是日本工业和高科技产业可以长期保持高速发展的原因。

日本家庭储蓄通过银行转入企业,企业职工的工资中的一部分也直接回到企业生产中去了。日本还采用了高税和高物价的政

策(零售税款),又将市场中的钱回收到政府金库中去了。在日本政府掌握了巨额的财政收入的同时,又控制金融市场的货币流动总额,于是日本政府在50年前就通过通产省来推进日本企业的技术革命了。产业技术革命的结果直接表现为对外出口量的增加。日本企业从早期的纺织品出口开始,到造船、钢铁和重型机械,再到汽车和家电产品,接着是精密电子消费品、专业照相器材和广播器材,现在是计算机、晶体芯片、磁性记忆品和数字化产品了。

日本企业骄人业绩离不开商业银行贷款支持,而银行贷款得到了政府大藏省的“指导”,在政府、银行和企业三者之间形成了互动的关系,这种互动一直推动日本经济的发展,也形成了经济的泡沫。发展和泡沫共生原因可以由下列逻辑推理来解释:

第一,日本政府指导银行向企业贷款,支持企业投资高科技和高质量产品。日本产品受到全世界市场的接纳,导致日本企业的巨额出口。出口就可以从国际市场上换回巨额外汇,国际收支顺差,日本发展成为世界上外汇储备最高的国家。巨额外汇顺差导致日元升值和日本国内的物价上涨,形成了国内高物价的“泡沫经济”。泡沫成分主要表现在:日本股市指数全球最高,东京的地价全球最高,日本零售物价也是全球最高的地区之一。

第二,日本国内高物价反过来限制了日本人自己的消费,日元升值也影响了日货的出口。于是造成的后果是日本企业生产过剩与资金周转不灵,失业率增加。企业压货殃及银行,银行因为对企业贷款收不回来,本身资金流动和信贷资产质量出现问题。所以,日本的商业银行能够达到《巴塞尔协议》规定的资本充足率8%者并不多。从市场观点来看,日本商业银行的风险比欧美更大。日本银行的风险大而不垮,因为有政府支撑。银行是按照政府指示向企业贷款的,所以,政府在银行遇到风险时,也会向银行援手。

第三,日本的商业银行贷款时,考虑更多的是政府的旨意,而不是市场的风险。这一点形成了日本商业银行与欧美自由经济中的商业银行不同的经营风格。日本商业银行可以承受较欧美银行更大的风险,还有另一个原因,这就是日本商业银行吸收存款的成本比欧

美同行更低。资金的低成本也使日本商业银行忽视负债的风险。

第四,日本政府过去推动经济的有效方法之一就是降低利率。日本银行存款利率低得不能再低了。由于美元债券的利率高,贸易顺差的日本大企业、大银行和大保险公司为了资金的安全和获利,纷纷购买美元债券。越来越多的日元换成美元,通过美债形式流出日本。日元过多流出带来了日元对美元的贬值。于是日本就会出现出口顺差情况下的日元贬值的特有现象。由于资金外流使得日本国内投资减少,这对日本国内工作机会产生了压力。生产过剩使原来工作机会减少和资金外流使新的工作机会减少,导致1998年日本失业率接近4%,这是自1953年以来的最高记录。日本在以往是以终身雇佣被世人称颂的,现在日本高失业率已经将这一美誉扫地。所以日本出现了从1990年至1998年二战以来最长的经济不景气时期。

第五,日本政府要扭转这一局面的一项措施就是提高利率,吸引资金回流,加强对国内的投资,创造更多的就业机会。但是,当日本政府于1989年第一个月刚刚开始调高利率,日本泡沫经济就被戳破了。日经指数连续下跌,虽然中间还有几次起伏,但是大跌趋势从1990年的39,000点跌到目前的13,000点,跌幅高达60%以上。今年中期还有一度日元兑美元的大幅度贬值,最低达到147.74日元兑换1美元,使股市跌得更加探不到底。虽然现在短时间日元汇率回升,但是影响出口,间接影响工厂的开工,最后影响到就业。

三、现有的金融制度要先“生存”,而后才有改革

泡沫经济破灭后,日本政府下决心对金融制度彻底改革了。1998年4月1日,日本桥本首相开始推进金融制度改革。当时被称为金融“大爆炸”式的改革的思路,要从根本上实现日本金融的真正意义上的市场化。大藏省代表的政府减少对金融界的干预,让市场自己发挥调节作用。同年4月9日,桥本首相又推出了动用16兆日元的“振兴内需新刺激经济景气方案”。

但是,担任过日本大藏相、后来当选为首相的桥本龙太郎的命

运不好,他的改革方案遇到了亚洲金融危机,东南亚国家的货币贬值,迫使日元一度大幅度贬值,日本国内出现较高失业率,这些因素严重地影响了桥本的业绩,1998年的7月12日大选时使桥本失利而辞职。

新当选的自民党小渊惠三首相在宫泽喜一的帮助下,开始了更加稳健的步骤,小心地进行金融体制改革。小渊首相和宫泽藏相从援手大型商业银行开始。这种方案比较桥本政府的作法,更加突出了政府对金融界的责任,市场自由调节的工具因为不敏感而暂时不用了。小渊政府的政府主导型的金融恢复方案就是日本国会刚刚通过的政府动用公款援助银行的法案。

日本政府直接向银行注资的法案已经获得国会通过,这项改革方案现在已具有合法性。政府合法地动用“看得见的手”,用纳税人的钱,购买大型商业银行的股票了。媒体反映了日本公众对政府此举所抱的支持态度,反对党对此也采取了温和的态度,这些条件都有利于促使日本政府从知而行了。日本政府深知“知而不行为不知”的道理(王阳明语),大藏省这个极具财力和思想库的行政机器将按照明确的设计图,认真地进行有史以来最大的一次日本金融制度改革的操作了。(待续)

(作者单位:北京大学)

金融话语

如果你用玩具手枪抢劫银行获得1万美元,你就得上报纸的头版,并被关进监狱。但如果用诈骗的手段获得10万美元,却可怡然在大街上散步。

——美国前监测事务委员会主席杜伯纳,谈及银行中诈骗贪污之盛行。

抢劫银行的最佳办法是自己开办一家银行。

——美国洛杉矶州信贷事务官威廉·克劳福特在国会的发言

原告:某国有商业银行信托投资公司(简称投资公司)

被告:某原材料总公司(简称材料公司)

案件基本事实:

1993年4月1日,A公司与投资公司签订了一份001号委托贷款协议书,由A公司委托投资

□ 郑顺炎

担保合同纠纷案评析 名为委托实为信托贷款

公司发放总金额为人民币5000万元的贷款,但协议书对委托贷款的对象、利息及用途等事项均没有约定。协议签订后,A公司存入投资公司5000万元,投资公司为此开立了存款期为3个月的整存整取大额存单。(7月13日贷款期满,A公司取回了5000万元存款及利息。)同年4

月12日,投资公司与B公司签订了002号委托贷款合同,约定:投资公司受001号协议的委托,向B公司发放委托贷款500万元,期限两个月,月利率1.8%。该合同还约定,材料公司作为B公司的经济担保人,承担连带偿还责任。投资公司、B公司、材料公司三方均在合同书上签字盖章。材料公司还于签约同日向投资公司出具了一份不可撤销的担保函,承诺担保金额500万元,当借款人没有按合同约定偿还全部或部分借款本息及有关费用时,担保人在收到投资公司书面通知7日内,保证无条件地归还借款人应偿还的借款本金、利息和费用。协议签订后,投资公司于4月13日向B公司发放贷款490.64万元。B公司于同年7月17日归还投资公司100万元,此后再未还本付息。投资公司经多次催要未果,向法院提起诉讼,请求材料公司履行偿还本金、利息的担保义务并赔偿损失。

两审法院审判要旨及理由:

一审法院认为:本案001号协议中除了写有A公司委托贷款5000万元之外,再没有任何有关委托贷款方面的其他约定内容。

而投资公司对该 5000 万元出具的手续是整存整取储蓄存款存单,存单到期后,投资公司已将存款 5000 万元及存款利息全部返还给 A 公司。另外,002 号合同项下的贷款,也与 001 号协议项下的贷款金额不一致。故投资公司与 B 公司之间的民事关系应为信托贷款关系,双方所签订的 002 号委托贷款合同应属无效。材料公司与投资公司之间的担保合同关系,从属于 002 号无效合同,主合同无效,担保合同亦应确认为无效,材料公司就 B 公司的债务对投资公司不再承担连带保证责任。据此,判决驳回原告投资公司的诉讼请求。

投资公司不服一审判决,提出上诉称:本案中的委托贷款合同,即使实为信托贷款,也应为有效的贷款合同。材料公司承诺对此笔借款负有连带偿还责任,投资公司有权要求其代为清偿。材料公司答辩称:本案中的委托贷款合同系违反法律的合同,投资公司让材料公司为这样的合同担保,已构成对材料公司的恶意欺诈。因此,材料公司不应承担保证责任。

二审法院认为:上诉人投资公司与借款人 B 公司签订的 002 号合同,虽然名为委托贷款实为信托贷款合同,但是该合同是在自愿、平等互利、协商一致的基础上订立的,各方的权利义务内容明确,除利率条款略高违反规定外,其他条款均不违反国家法律法规,应为有效合同。被上诉人材料公司作为担保人在该合同上签字盖章,并向投资公司出具了不可撤销的担保函,其担保条款意思表示真实、明确,内容合法,且为投资公司所接受,担保合同亦应有效。投资公司有权要求材料公司履行连带偿还的义务,并有权要求材料公司赔偿损失。无论合同名称为信托贷款还是委托贷款,都没有改变担保人的担保责任,也不存在对担保人的欺诈问题。材料公司的抗辩理由不能成立。投资公司的上诉请求有理,应予支持,但超出国家规定的同期贷款利率部分不予保护。一审认定事实清楚,但认定合同无效以及免除担保人的保证责任欠妥,应予改判。据此,判决撤销原判,由材料公司对 B 公司的欠款承担连带清偿责任。

评析:

本案系贷款合同担保纠纷。当事人双方讼争的根本问题是被告是否应当承担担保责任。解决这个问题关键在于确定主合同即贷款合同的法律效力,而要确认贷款合同的法律效力,就必须弄清其法律性质。

一、本案贷款合同的法律性质

虽然双方当事人约定本案贷款合同是委托贷款,但是法院却认定为信托贷款,那么,究竟是委托贷款合同,还是信托贷款合同呢?根据中国人民银行的有关规章制度,委托贷款是指由委托人提供资金,由贷款人(即受托人)根据委托人确定的贷款对象、用途、金额、期限、利率等代为发放,监督使用并协助收回的贷款。而信托贷款是指委托人将资金存入信托机构,委托信托机构在约定的期限内自行选定企业或项目发放贷款的一种信托业务。信托贷款和委托贷款虽然都是以受托人的名义发放贷款,但二者有明显的区别:首先,确定贷款对象的权利不同。在委托贷款中,款贷给谁、不贷给谁,由委托人决定,而且贷款的数额、期限、利率等也由委托人决定;而在信托贷款中,贷款对象、期限、金额、利率等事项由受托人决定,委托人只关心具体收益。其次,贷款风险责任的承担不同。在委托贷款中,受托人只收取手续费,一般情况下不承担贷款的风险;在信托贷款中,则由受托人承担贷款的一切风险。再次,受托人的收益来源不同。委托贷款中,受托人的收益由双方在委托合同中约定;在信托贷款中,受托人的收益来源就是信托存款和贷款的利差。

本案贷款业务,包含两个法律关系:一是贷款委托合同关系,二是借款合同关系。投资公司与A公司签订的001号协议系贷款委托合同,该协议除写明A公司委托贷款5000万元以外,并未对贷款对象、用途、金额、期限、利率等作明确约定。投资公司对该5000万元出具的手续是整存整取储蓄存款存单,存单到期后,投资公司已将存款5000万元及存款利息全部返还给了A公司,可见该项贷款的风险是由受托人投资公司承担而并非由委托人承担。因