

银政合约的经济法调整研究

李西臣

(西华大学 人文学院, 成都 610039)

摘要:在我国银行业发展中具有战略意义的国有商业银行由于特殊的历史发展轨迹与政府渊源颇深,与政府的关系亦错综复杂。因此,完善调整与国有商业银行有关的经济法就必须重点关注银政关系问题。公共选择学派认为合约具有解决跨越公共生活和市民生活的“跨界问题”的魔力,这为研究银政关系提供了新的视角。从合约的视野观察,我国银政合约由强制合约向自由化合约演进。银政合约自由化进程还需相关法律制度的完善。然而调整银政合约的经济法尚存诸多不和谐之处,这是由于合约主体功利目标冲突、合约安排不当等造成,为改变此种不和谐现状,调整银政合约的经济法应从银政交往方式、交往机制、具体规范等方面进行重塑。

关键词:银政合约;经济法;银政经济法律关系

中图分类号:DF41 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2012)02-0035-09

我国的融资方式主要是以间接融资为主,银行成为金融业的核心,而对于银行业,不论是从市场份额还是从政府的重视程度来看,国有商业银行(下文简称国商行)都处于重中之重的战略高地位置,因此,国商行的健康发展将是我国银行业乃至金融业发展的关键。我国国商行由于特殊的历史发展轨迹而与政府渊源颇深,与政府的关系亦更加错综复杂,它的发展历程,从某种意义上讲,就是其与政府交往、交换、交易所形成的制度变迁。公共选择学派的代表人物布坎南在“交换”意义上沟通了公共生活和市民生活两大领域,他认为,合约作为分析社会正义的基本秩序的一种隐喻或者方法超越了经验事实的界限而成为反思性、规范性的理性选择方法,因此,合约便具备了解决跨越公共生活和市民生活的“跨界问题”的魔力。这为解决公共生活的主体政府同市民生活的经济主体如银行之间的交往问题提供了新的范式,为研究政府与银行之间的博弈提供了启

示性的方法。因此,银政交往的模式也可以看作是一种合约方式。本文就是从合约这一新的视角来探讨银政关系的经济法调整问题。

一 我国银政合约的演进历程

(一)1949—1979年:银政强制合约阶段

“市场和计划均可以用合约来描述,因为这里所定义的合约的实质是对权利与义务的描述,而权利与义务则是普适的概念。”^{[1]213}因此,在权力高度集中的计划体制下,银政关系同样可以用合约来描述。在这个阶段,政府缔造了银政强制合约,政府拥有绝对权力,而银行和其他社会个体处于无权或弱势地位。在银政强制交易中,政府完全垄断了金融产权结构,控制着银行的资金去向和内部组织结构等;银行作为政府的出纳,只能服从政府指令,而无独立主体地位。然而,银行的利益却并未因政府强制交易而消失殆尽,银行与政府的利益交易仍以隐性方式而存在,最典型的例证就是“软预算约束”,即作为银

收稿日期:2011-11-12

基金项目:西华大学重点科研基金人才引进项目“银政国有金融资产管理关系的法律调整研究”(编号:ZW1020701)和四川省教育厅青年基金项目“本土语境下金融消费者权益保护法律制度研究”(编号:10SB077)的阶段性研究成果。

作者简介:李西臣(1980—),女,湖北宜昌人,经济法理学博士,西华大学人文学院讲师,主要从事金融法研究。

行听从政府命令的对价,政府要全面承担银行经营失败的责任。

(二)1979年至今:从银政强制合约向银政自由化合约的演进

随着计划经济向市场经济的转型,银政交易方式也逐渐由强制向自由转变,只不过这种自由是一种渐进的缓慢过程。

1. 银政宏观调控、监管和管理合约初现端倪。在1979年10月召开的省、市、自治区党委书记座谈会上,邓小平明确指出,“银行应该抓经济,现在仅仅是算账,当会计,没有真正起到银行的作用”,他要求把银行作为发展经济、革新技术的杠杆,必须把银行办成真正的银行^{[2]182}。这实际上是指政府需要塑造银行的金融功能,而银行资金配置功能的发挥需要其主体身份的确立,这就要对银政强制合约进行变革。国务院于1983年9月发布的《关于中国人民银行专门行使中央银行职能的决定》和1986年发布的《银行管理暂行条例》,实质上是对银政宏观调控、监管合约进行的初步设计。中央银行和专业银行的二元划分,为架构人民银行宏观调控和监管国有专业银行之间的新合约提供了前提。随着“承包责任制”在各专业银行的展开,银政管理合约也开始凸现。“承包责任制”这种合约安排确定了经济利益主体,基本否定了传统国有产权高度集中的一元化归属结构。以上三类银政合约的出现启蒙了银行意识,促使银政合约由强制向自由迈出了第一步。

2. 银政自由化合约的形成。1992年,国商行在理论上已经破产,面对如此严峻的形势,政府不得不实质性修改银政强制交易合约。1993年,国务院出台了《关于金融体制改革的决定》,明确提出“把国家专业银行办成真正的国商行”。为此,政府成立了政策性银行,将政策性业务从国商行的业务中分离出来,并组建了资产管理公司剥离国商行的大量不良资产,为国商行的经济独立创造了条件。1995年颁布的《商业银行法》,从法律上正式确立了国商行的独立市场主体地位,明确了政府作为国商行的出资者、管理者的角色。另外,1995年颁布的《中国人民银行法》,第一次用法律的形式规范了人民银行的调控者、监管者的角色。至此,作为市场主体的国商行能够与政府在金融资产管理、宏观调控和金融监管领域进行形式上的自由交易,于是银政自由化合约也正式形成。

3. 银政自由化合约的发展。我国加入世贸组织之后,银行业对外开放的步伐开始加快,外部压力对我国金融安全造成巨大冲击的同时也对国商行的竞争能力提出了更高要求。在此背景下,政府对银政合约做出了重大修改:设立银监会,将银行业监督管理职能从人民银行分离出来,《银行业监督管理法》的颁布和《中国人民银行法》的修改进一步明确和理顺了银政监管合约和银政宏观调控合约;修改《商业银行法》,明确了银政国有金融资产管理合约的首要原则和理念分别是“安全性”、“风险管理和内控”。虽然银政合约自由程度有了较大发展,但由于特殊的国情和历史传统,银政合约离自由合约还有不小的距离。

二 银政合约经济法调整不和谐之现状检视

从法律调整的角度来看,银政金融宏观调控合约、监管合约、资产管理合约属于经济法范畴。目前,我国对银政合约的调整也主要是从经济法的视角进行。在经济法的调整下,这三类银政合约关系也上升为经济法律关系。法律是对社会关系的规范,对调整银政合约的经济法的检视有助于银政合约的健康发展。本部分将从经济法规则的内容和形式两个方面厘清调整银政合约的经济法中存在的

不和谐

(一)调整银政合约的经济法规则在内容上的不和谐

1. 调整银政金融宏观调控合约的经济法规则在内容上的不和谐。(1)《商业银行法》第34条规定:“商业银行根据国民经济和社会发展的需要,在国家产业政策指导下开展贷款业务。”然而,该规定对国家产业政策并没有明确的规范性解释,这实际上为政府以金融宏观调控为由不当干预国商行经营预留了空间。(2)1995年颁布的《商业银行法》第41条规定:“任何单位和个人不得强令商业银行发放贷款或者提供担保。经国务院批准的特定贷款项目,国有独资商业银行应当发放贷款。因贷款造成的损失,由国务院采取相应补救措施。具体办法由国务院规定。”特定贷款属于政策性贷款性质,应当由政策性银行担当,而不应该命令商业银行承担。此条文纵容了政府对国商行贷款自主权的不当干预。虽然2003年的《商业银行法》对该条文作出了修改,但实际上如果政府给国商行施压要求其贷款,国商行并不能完全拒绝。(3)政府不当干预国商行贷款的

责任尚付阙如。依据 1995 年《商业银行法》第 41 条规定,政府应该在国商行提供特别项目贷款造成损失之后承担补救责任。然而,2003 年对该条文的修改,从法律上肯定了国商行贷款要求拒绝权的同时更成为政府免于承担补救责任的法律依据。

2. 调整银政金融监管合约的经济法规则在内容上的不和谐。(1)既有规制体系着眼于银行具体业务操作上的规范和限制,而没有真正从提高规制效率和质量的角度出发,从而形成效率导向机制。如,上市商业银行是股东(国家股东、法人股东、流通股股东),债权人(存款人、其他债权人),债务人(上市公司、金融机构、其他市场主体),内部人(董事、经理、核心业务人员)之间利益关系的集合体,容易肇生利益冲突,现有规则过于侧重对银行业务关系的规范,缺乏风险规制,缺乏协调银行、存款人、贷款人及投资人多方利益的实质效率规范。(2)政府监管权力和职责之间的不匹配。如,《商业银行法》第 25 条规定:“商业银行的分立、合并,适用《中华人民共和国公司法》的规定。商业银行的分立、合并,应当经中国人民银行审查批准。”商业银行特殊的经济功能和风险集合特征使得商业银行的并购肯定不同于一般公司,那么,对于银行并购方面的规定也就不能做上述如此原则性的规定。原则性的规定不利于考核政府在监督商业银行并购方面是否尽到应尽职责,而模糊的规定则往往成为政府逃脱监管职责的托辞。(3)《商业银行法》第 92 条规定:“外资商业银行、中外合资商业银行、外国商业银行分行适用本法规定,法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”《银行业监督管理法》第 51 条规定:“对在中华人民共和国境内设立的外资银行业金融机构、中外合资银行业金融机构、外国银行业金融机构的分支机构的监督管理,法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”我国中外资银行规则被人为的分为两套,这种规则分立模式易引发误解和法律上的纷争。(4)有关商业银行信息披露的规则供给不足。《银行业监督管理法》第 36 条规定:“银行业监督管理机构应当责令银行业金融机构按照规定,如实向社会公众披露财务会计报告、风险管理状况、董事和高级管理人员变更以及其他重大事项等信息。”该法对商业银行信息披露仅作了原则性的规定,披露的具体方式和程序等都不甚明了。银监会于 2007 年出台的《商业银行信息披露办法》,虽然对商业银行信息披露做出了进

一步的规定,但对于商业银行不披露信息应承担何种法律责任仍无任何规定。(5)有效监管规则供给不足。如,外资通过并购入市使我们看到银行入市不仅包括新设入市也包括购并入市,但我国银行法缺少对购并入市的规定。对中资银行的购并入市尚可以由政府进行引导加以解决,然而,对外资银行购并入市若没有法律可依,单纯依靠政府导向,是不可能解决问题的,实际上,外资银行购并入市一直处于监管盲点。政府对中资并购入市的引导与对外资并购入市的无措之间的冲突,根本原因在于规则的缺失。(6)我国目前的法律尚未形成关于商业银行市场退出的一整套体系完整、目标明确的处置措施,已有规定均过于粗糙。如《商业银行法》第 64 条规定:“商业银行已经或者可能发生信用危机,严重影响存款人的利益时,国务院银行业监督管理机构可以对该银行实行接管。”新的《企业破产法》也仅原则性地规定金融机构破产,且从该法立法精神来看,非金融性企业才是关注重点。可见,已有法律规则根本没有界定如何规范银行市场退出。

3. 调整银政国有金融资产管理合约的经济法规则在内容上的不和谐。在银政国有金融资产管理经济法律关系中,国商行作为企业的权利理应同政府作为股东的权利同等重要,然而,实际上国商行的企业权利往往被忽视。如在《商业银行法》第八章“法律责任”中,对商业银行违法行为的制裁明确可查,但对于侵害商业银行企业权利的违法行为的制裁却只字未提。

(二)调整银政合约的经济法规则在形式上的不和谐

调整银政合约的经济法规则体系的特征是“规章为主,法律为辅”,这种体系容易造成以下几个方面的混乱。

1. 上、下位规则之间的冲突。如《银行业监督管理法》第 3 条规定:“银行业监督管理应当保护银行业公平竞争,提高银行业竞争能力。”但有些下位规章明确表示各自适用于国商行、股份制银行等,这些规定创设了不同的市场门槛,明显违反《银行业监督管理法》这一上位法所确立的公平竞争原则。

2. 同位规则之间存在冲突。如银监会 2007 年发布了《关于制定、修改、废止、不适用部分规章和规范性文件公告》,对人民银行制定的一些规则确定不再适用。当国商行适用了人民银行制定的规则,

银监会又该怎样处理呢?银监会有权决定自己适用何种规则,但无权否认人民银行颁布的规则。可见,只要银监会与人民银行未对相同内容的规则进行协商并做出妥当安排,那么,人民银行和银监会出台的规则就存在冲突的可能。

3. 调整银政合约的规则同 WTO 要求之间的冲突。这种冲突主要表现为:市场准入效率低、可预见性差;对银行股权结构及股东资格的监管存在漏洞,如对关联股东缺乏清晰界定,对高级管理人员的监管缺乏有效性,银行业股权过于集中以及入市对股东身份隐性要求的现实难以实现有效监管要求的“内控先行”。

三 银政合约不和谐的原因分析

为什么调整银政合约的经济法会如此不和谐?究其原因,主要有以下几个方面。

(一) 合约主体在功利目标上存在冲突

为什么一些看似美好的规则未被政府采纳?为什么调整银政关系的规则的变迁轨迹总不能吻合人们的主观刻画?很重要的一个原因就在于,在政府尚能对经济和金融过程实施强有力的控制时,一切改革主张包括规则的设计都首先要符合政府的功利目标函数方能最终转化为改革行动。银政功利目标上的差异导致银政合约出现裂痕。

依据《商业银行法》和《公司法》的规定,商业银行的功利目标为资金的安全性、流动性和效益性。国商行的性质是企业,一般而言,企业的目标是企业价值最大化。但由于商业银行经营的脆弱性,使得必须由“安全性”和“流动性”为“价值最大化”保驾护航,因此,可以简单地认为,银行具有“效益性”这一单一功利目标。而对于理性人的政府而言,获取“收益最大化”是其最高目标,为了实现这一目标,政府往往将这一目标分解为经济、政治和社会三个目标子系统。在经济方面,政府一般有快速经济增长的偏好。在政治方面,政府首当其冲的目标是维护其统治地位,因为对当权政府而言,如果不能继续执政,一切将是空谈。在社会方面,政府具有保障公民安全、维护社会公正和保护环境等方面的目标。可见,具有多元功利目标的政府股东在决策银行市场活动时将很可能“覆盖”银行盈利的单一意志,从而导致经济法调整应实现银政良性合作博弈的不可可能。

(二) 合约主体博弈能力不匹配

银政博弈能力与各方的自然属性密切相关,行为能力对比的不同直接关系到合约博弈的过程和结果,也关系到经济法调整的效果。银政博弈能力的不匹配性导致了银政关系经济法调整的不和谐。

1. 政府博弈能力的不匹配。(1) 政府的理性能力不匹配。福利经济学的既有研究成果已经表明,具备充分的信息能力能够使政府的干预最合理。促使政府作出适度干预的信息有多种,但对于处于转型时期的我国政府而言,有三类信息格外重要,即意会知识、金融知识和制度知识。政府欲做出适度干预的决策就必须匹配这三类知识,然而现实情况却是政府往往不能完全具备这些知识。(2) 政府的财政能力不匹配。经济转轨,国家财力窘迫,不能匹配政府主导制度的转型行为,致使政府权力对银行经济权利的侵犯成为一种必然选择,因此,旨在限制政府权力、保护银行权利的经济法也难以达到和谐调整银政关系的效果。(3) 政府对关系合约的实施能力不匹配。银政三大经济法律关系的合约安排绝不是一种“现时化”的“即时的”交往方式安排,而是对有关规划将来交换过程的银政及利益相关者之间的各种关系的安排。银政合约是关系性合约,而不是完美的、完备的个别性合约^①。我国政府在治理银政关系合约时,至少在以下几个因素的处理上能力不够。第一,政府对于“未来之合作”因素的处理能力不足。在许多银政冲突的案例中,政府并没有将金融稳定、金融效率这类公共产品换个角度思考,仅将这类公共产品视为政府干预权力的依据,而没有认识到这类公共产品必须有银行等主体的合作才能完成,于是,政府在主导银政关系时常会忽视“未来之合作”因素,造成的结果往往是以暴力垄断为后盾,运用强制方式要求国商行作出表面上符合政府要求的行为。第二,政府对“合约性团结”因素现代化处理能力不够。从目前调整银政关系的规则来看,“合约性团结”还体现得不够,不论是外部规则还是内部规则,都没有充分体现关系性合约所应体现的“大量的、精确的法律成分”^②。政府“合约性团结”法律化能力的不够,容易使其他博弈人合作博弈的动力不足,甚至由于对“团结”的忽视,造成其他博弈人产生阻扰、反抗的心理从而诱发冲突^③。第三,政府对“责任”因素的处理能力不够^④。在目前的银政合约安排中,对政府干预不当的责任,一般是既不特定,也没有与银行及利益相关者逐渐调和,而是倾

向于忽视责任因素,政府完全不用承担责任。政府承担责任的勇气不足及责任承担的不充分,容易使其他博弈方不信赖政府的行为,致使多方良性合作博弈难以实现。政府在金融宏观调控中“承诺动态不一致”,却不对相信承诺而受损的银行承担责任,就是典型的案例。

2. 国商行博弈能力的不匹配。(1) 银行内部治理能力是其在博弈中发挥应有博弈能力的重要因素,也是银行实现金融效率的关键。如果银行内部治理能力达不到实现企业法人独立意志的要求,国商行的集团利益和其具有的优化资源配置的功能就难以实现。目前国商行的内部治理能力还没有匹配其作为独立的股份制企业法人的身份。政府可以通过这种不相匹配的治理结构实现其意志,在这个过程中,银行的利益很可能被侵犯,银政关系的经济法调整自然也难以和谐。(2) 一般而言,庞大规模的银行会产生规模经济。然而,我国国商行虽具备超级规模,但并不具备相匹配的强大竞争能力。

总体而言,银政双方博弈能力不匹配致使双方在博弈过程中易出现以下两类非良性合作博弈局面。(1) 政府博弈能力不足,依靠间接的市场方式难以完成对国商行的适度干预,政府往往会寻求惯用的行政强制手段,而国商行通常难以具备抗拒政府不当干预的博弈能力,于是,国商行经济自主权被忽视甚至被侵害也在所难免,此种情况除了损失经济效益外,更重要的是破坏了银政良性合作的基础。(2) 国商行博弈能力不匹配,既不能制约政府不当干预的权力,更难以在激烈的竞争中立于优势地位。于是,国商行有动机向政府寻求包括市场准入、经营监管在内的政府优惠措施,作为国商行承担政府不当干预损失的代价,政府也倾向于满足国商行要求。虽然银政“合谋”可以满足政府不当干预、国商行躲避竞争的目的,但此种“合作”却破坏了金融业的竞争秩序。

(三) 合约安排上的不当

1. 银政金融宏观调控合约安排上的不当。(1) 存在银政金融宏观调控隐性合约。政府为了达到宏观金融稳定的目标,往往倾向于控制国商行,而国商行若服从政府调控可能会造成自身利益损失,那么,作为对国商行利益损失的弥补,政府愿意支付交易对价,即政府隐性担保国商行不会退出银行业市场。隐性交易由于违背市场经济中金融宏观调控制度安

排的初衷而成为制度交易运行的不当成本。(2) 政府宏观调控动态不一致。从应然角度而言,政府在作出一个宏观调控的承诺之后,在一个宏观调控周期内不应该改变之前的承诺,然而现实情况却是政府往往在一个周期内“动态承诺不一致”并无需承担责任。政府宏观调控“动态承诺不一致”会使调控受体(如银行)形成不确定的预期,进而不遵从政府的宏观调控政策,由此造成的结果便是宏观调控失效。

2. 银政金融监管合约安排上的不当。(1) 存在银政金融监管隐性合约。政府运用监管资源维护国商行的垄断地位(限制非国有银行的权利),并向国商行提供隐性保险,国商行听从政府的指令。银政金融监管隐性合约安排严重违背市场经济的实质,导致损害金融公平和效率的同时也埋下了冲突的种子。(2) 银政金融监管合约中政府监管目标十分笼统。《银行业监督管理法》第3条规定:“银行业监督管理的目标是促进银行业的合法、稳健运行,维护公众对银行业的信心。银行业监督管理应当保护银行业公平竞争,提高银行业竞争能力。”该法虽然明确了监管终极目标,但为实现此终极目标的具体目标却不甚清楚,致使对政府监管工作的考量缺位,相应地银政金融监管合约的履行也就容易走样。(3) 银政监管合约中信息披露的规定仍未完善。对信息披露的范围、程度、时效性、责任等规定不充分,使得银政信息披露不全、失真的状况经常发生。(4) 银政金融监管合约的独立性不强,容易受到政府政治稳定和经济稳定诉求的不当干预。“铁本案件”便是宏观调控之后凸显金融监管缺位的典型案例。(5) 银政监管合约缺乏对监管者监管的制度安排。

3. 银政国有金融资产管理合约安排上的不当。(1) 多重委托代理的合约安排加剧了信息不对称的弊端。国商行中过长的委托代理链使得信息不对称现象愈加严重,增加了作出使各方有利的安排的困难。(2) 代理人市场不完全的合约安排造成委托代理合约“锁定”。目前,银政经理人市场不完全致使可备选的银政经理不足,于是,即使代理人违约,政府也不能将其退出合约。(3) 委托代理操作性不充分的合约安排影响了委托代理制度优势的发挥。现有的关于国有金融资产管理经济法规对政府委托银行家代理国有资产管理的权、责、利规定原则而笼统,可操作性不强。合约操作性不强容易使代理人违背委托人的意愿,做出损害国有金融资产安全的

行为,但代理人的这种行为又不容易受到委托人的惩罚。

(四)存在侵害合约博弈的机制

和谐的银政合约应当有国商行的私人利益同政府所代表的公共利益之间的交往机制。然而,由于存在银政角色扮演混同机制、银行家市场与政治家市场联通机制,使得经济法调整欲达到的银政良性合作式的合约博弈难以实现。

1. 银政角色扮演混同机制。政府扮演着金融宏观调控者、监管者和国有资产管理者等角色;商业银行扮演着市场主体、被调控者、被监管者、被管理者等角色。银政在多重角色扮演中由于混同机制的存在而使各自的权利义务模糊不清。(1)银政在各自所能扮演的多重角色中可以在同一时点发生转变。角色混同表明各角色扮演的标准不清晰,即在何种条件下扮演何种角色的规则缺乏或不清晰,其结果就是银政尤其是政府能够随心所欲选择对己有利的角色。(2)银政可以选择恰当的角色对其他角色进行掩盖,即某些角色可以实现对其他角色的掩盖。角色混同机制下的角色掩盖能够使得违背市场经济原理的行为具有正当性。(3)角色转换具有任意性、随意性,使得角色扮演的相对方的预期不能够确定。(4)角色选取的“自我取向”性。政府和国商行可以在充满多种角色的集合中选择自己希望扮演的角色,由于目前的经济法规范中尚缺在何种条件下应当扮演何种角色的明确规范,于是,各主体选择角色的标准就具有“自我取向”的特征,何种角色对自己最有利就选择哪一种角色。

2. 银行家市场与政治家市场联通机制。在西方发达市场经济体中,银行家市场与政治家市场是被严格分开的,两大市场独自运作不存在联通机制。然而,我国银行家市场与政治家市场却是联通的。在国商行中,行长兼有银行家与行政官员双重身份。两大市场的联通造成了双重激励。银行家市场中的激励是促进银行家追求利润最大化,银行家个人的收入最大化是其目标,这样的激励与国商行作为市场主体追求利润是一种相容的激励安排。在政治家市场,对政治家而言是一种行政级别激励,行政级别越高,能够获取的政治权力资本越多,这样的激励与市场主体追求利润是一种不相容的激励安排。

(五)存在非正式制度约束

调整银政合约的许多规则移植了大量国外商业

银行的制度安排,然而在制度的全部要素中,能够被“临摹”的仅是那些技术性要素和有形的外部框架。因此,被移植的正式规则往往“貌合神离”,其运行要么“逾淮而枳”,要么仅仅停于纸面。之所以出现如此尴尬局面,就在于正式规则的制定忽略了非正式规则的约束。

1. 权力运作传统。我国国商行的“官本位”制度,既是传统权力运作的必然,同时也为传统权力运作提供了附着之所。国商行的领导和员工以权力预期来进行决策,而不是以制度和技术创新所能获得的利益预期来进行决策,国商行管理人员也就成为“准官员”,从而导致银行功能异化。

2. 关系规则。在我国,非正式规则中的关系规则^⑤在银政合约经济法调整中的阻碍作用尤甚。关系规则,是一种特殊主义的处理规则,是一种对人不对事的规则。关系规则在银政合约中的表现有三点,即面子规则、人情规则和论资排辈规则,这些规则与人格化交易相匹配。首先,面子规则意味着行为人的行为必须顾及对方的颜面,而不论行为本身是否符合规则的精神。如银行业监管者可能会顾及国商行领导的颜面而导致监管不到位。其次,人情规则使得交易的对价以人情为中心,而不是用于交换的利益。人情规则容易使政府或者国商行的代理人将政府或国商行的资源作为自己的人情交往基础,导致代理人的行为违背委托人的利益。造成大量不良贷款的关系贷款便是典型的案例。最后,论资排辈规则以年龄的大小而不是能力作为等级划分的标准。该规则在银行工作人员的晋升中体现得相当明显。

四 银政合约经济法制度重构

(一)对非正式制度约束的边际突破

突破权力传统应从两个层面着手:一方面,一项有效的具体制度能够在一定程度上改变权力约束^⑥;另一方面,从技术上也可以寻求权力隔离工具。技术的提高能够帮助我们更清楚地认识权力的运作过程,权力“隐蔽工程”的外在化,有利于对权力不当行使的剔除。公共权力运行的公开和透明在某种意义上说是一个技术性的问题。

对关系规则的改造,在银政关系经济法制度重塑中有着非常重要的作用。我国传统的关系规则是人情式的、主观的、人格式的关系规则,与范围狭窄的熟人交易相匹配。合约化阶段的银政关系在客观

上已经镶嵌在复杂的关系网络中,因此,可以将传统的关系规则改造为客观的、非人格化的、与陌生人交易相匹配的网络关系规则,去除传统关系规则中“恶性”的成分,如关系所带来的不公平等,保存关系规则中“良性”的一面,如关系中所蕴含的意会知识有利于交易的进行。具体来讲,对传统关系规则改造应注重以下几点。(1)应当充分考虑银政所处的错综复杂的关系网络本身,注重对良性关系规则的适用。(2)银政都应当考虑利益相关者的利益。(3)在权衡银政和相关各方的利益时,不能仅仅从合约文本字面之义进行推导,更应从内部、外部复杂关系网考虑利益平衡问题^⑦。(4)在面对关系网络时,应当格外重视结构性和程序性问题。银政关系纷繁复杂,对每一关系的精细界定已属不易,更何况要对相互作用着的关系进行计划,但是处理这些关系性交易的模式,即结构和程序,却是可以抽象出来的。结构明确的是各种关系之间的格局,属于横向性的;程序描述的是关系的进程,属于纵向性的。结构与程序的大致界定,使关系性交易的顺利发展成为可能。(5)明确良性关系规则的运作条件,即“为了限制软预算约束过度的倾向,融资者必须被确信救助困难企业的一切不利后果将由融资者自己承担,第三方(如政府)不会给予任何补偿。如果这种预期无法维持(即出现裙带资本主义),融资者掌握的意会知识反而容易导致道德风险(如软预算约束现象和对借贷者的事前和事中监督不力)”^{[3]314-315}。(6)预防传统关系规则对人事的恶性影响,应当制定依关系聘用和升迁的禁止制度。(7)从意识形态方面对关系规则进行塑造。通过对意识形态的改造,能够在根本层次上消除诸如恶性的关系规则的影响,充分发挥非正式规则的优势^⑧。

(二)银政交往方式的规范重塑

为了促进银政良性合作博弈,调整银政交往方式的规范,应当着重塑造合约范式。银政交往合约化,可以制约政府不当干预时的权力,而只有当政府权力运用恰当时,银政关系才能和谐。因此,向市场经济转型,银政交往就应当实现“从权力到合约”的范式转换,即之前全部由行政权力控制转为由合约方式实现关系网络管理。

(三)银政交往机制的规范重塑

为促进银政合约交易,以下几个方面的交往机制是必不可少。(1)隔离机制。政府的金融宏观调

控权、监管权、国有金融资产管理权之间的隔离,有利于完成政府相应角色下的法定职责。(2)协商机制。银政在复杂的关系网中寻求一种共识性关系维护,着眼于关系性团结及未来合作,在这一追求中协商机制必不可少。(3)程序机制。处于关系网络中的银政及利益相关者,他们之间合约的连续性、过程性表现得十分明显,故银政关系的程序化变得举足轻重。(4)学习机制。对政府而言,学习意味着增加政府的知识储备,从而有利于提高政府干预国商行的能力。对国商行而言,学习意味着提高国商行作为市场主体在残酷的金融市场中竞争的能力。(5)快速反应机制。我国加入WTO之后,我国金融对外开放程度不断加深,金融突发事件对我国的影响也日益明显。面对突发事件,只有快速反应才能够将突发事件所带来的损害降到最低限度。

(四)银政金融宏观调控合约的规范重塑

1. 隐性合约向显性合约转变的规范重塑。目前切实可行的方式是将隐性合约变为显性合约,通过法律保障机制将隐性合约的内容显性化。通过显性合约,银政及利益相关者的利益得失一目了然。显性合约使政府向国商行支付的补贴转变为有合约依据的损失请求权,将随意的、不清晰的、容易滋生腐败的补贴转变为规范的、明确的、阳光的合法请求权。清楚的责任承担会让政府放弃指令国商行贷款这项干预。

2. “承诺动态不一致”所导致的损害赔偿赔偿责任。法律是令主体的行为大致能符合预期的制度安排,运用法律中的责任设计增加政府违诺成本,促使政府“承诺可置信性”,打消受体“承诺不可信”的疑虑,为调控主体、受体良性合作博弈提供制度保障。概言之,金融宏观调控中的损害赔偿要件为:归责原则采取“过错推定”原则;损害的发生必须是受体遵从调控政策而发生;损害应当是确定的、直接的财产损失;损害事实与违诺行为之间的因果关系采取盖然性推论。

(五)调整银政金融监管关系的规范重塑

1. 隐性合约,向显性合约转变的规范调整。维护国商行垄断地位的隐性合约,可以通过完善受到非优惠监管待遇的被监管者的经济平等权来解决。完善受到不平等待遇的被监管者的经济平等权,健全经济平等权的法律保障机制将是最有效的方式。面对银政监管隐性合约中另一重要内容——隐性担

保,建立显性的存款保险制度是最佳办法。用存款保险这一明确、清晰的制度合约取代模糊的、具有随意性的、不受法律约束的隐性合约,既有利于解除国商行对政府的无限依赖,促使国商行加强风险管理,提高经营能力,又有利于营造平等的竞争环境。

2. 重塑监管责任规范。(1)重塑有关监管者问责的规范。明确银行业监管者具有问责性;加强利益相关者对银行业监管者的问责;强调被监管者如国商行、民营银行等对监管者的问责;加强司法系统对监管者的问责。(2)重塑监管者责任的构成要件。突破对金融监管责任的“违法”归责原则,基于监管者的法定职责,监管者具有注意义务,注意义务的标准相当于民事侵权法上的“善良管理人”的注意要求;被监管者遭受的损失与监管者的注意义务之间存在因果关系。

(六)银政国有金融资产管理合约的规范重塑

1. 国商行法人财产权规范。银政合约的关键是塑造国商行的经济自主权,国商行经济自主权的完

善,不仅关系着银行竞争力提高的大局,而且是实现政府适度干预国商行的重要路径。国商行法人财产权完善的一个重要方式,就是确立和完善银政之间的信托关系。信托关系的确立,从法律上明确了政府与国有金融资产管理实体之间的合约关系,信托合同意味着信托双方在法律上是平等的,双方遵守信托合同上所规定的权责义利安排,为政府权力不当干预国有金融资产管理设置了屏障。

2. 公司治理结构规范。(1)在国商行的纵向结构上,安排专门的国有金融资产管理实体作为国商行的国有股东。(2)国商行中股权至上主义应当向网络关系主义即突出债权人、中小股东等利益相关者的权利保护转变。突出债权人和中小股东等利益相关者的利益,意味着增加国商行的外部激励。(3)优化国商行的风险管理架构,减少国商行委托代理链条过长的弊端。组织架构逐渐由单纯强调层级管理、金字塔式的管理模式转变为层级管理与联动协调相结合、机构扁平化、业务垂直化的模式。

注释:

- ① 不完备合约不可能详细描述未来发生诸种情形,但可以通过规划未来交换的过程来迎接不确定的未来。麦克尼尔将影响关系合约未来交换过程的因素归为以下几类:即初级人身关系,持续期,未来之合作,可度量性和精确性,合约性团结的来源,计划,共有和分担利益与负担,责任,可转让性,态度,权力,等级和命令。参见:(美)Ian R·麦克尼尔《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版,11-17页。
- ② 麦克尼尔将关系性合约区分为原始关系合约与现代关系合约,他认为,原始关系合约的“合约性团结”来源于渗透到所有交换之中的社会,关系性合约主体深深地处在外部关系中,以致使他们之间的关系成为更大型的关系中的一部分;虽然现代关系性合约的内部规则也来自复杂的关系网络,但现代关系的内部规则通常带有大量的、精确的法律性成分,并且现代关系在许多方面离社会较远,有更多的适用于陌生人的规则。参见:(美)Ian R·麦克尼尔《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版,13-14页,21-22页。
- ③ 以存款人为例进行说明,存款人作为银行的债权人,对于资产结构严重依赖“负债经营”的商业银行而言具有至关重要的意义,团结“存款人”促进其合约合作关系到商业银行的生死存亡。可能有人会问,就算不团结存款人,商业银行不是也没有倒闭吗?之所以没有发生生存危机,在于商业银行利用了存款人“集体行动困难”的特点。虽然不团结存款人的危机不会频繁爆发,但并不代表不尊重支撑整个商业银行金钱帝国的存款人的主权具有正当性,相反作出适当的合约安排,团结存款人,让存款人发挥监督功能,更加有利于银行资金配置功能的发挥。
- ④ 政府处理“责任”因素的能力包括承担责任的勇气和对责任的承担。关系合约的责任内容既来源于当事人的承诺,又是关系本身,责任的来源既产生于关系,又产生于为关系的运作提供结构的外部社会。这种“责任”特征迥异于个别性合约,因为个别性合约中责任的内容仅来自当事人的承诺,责任来自确保承诺实现的外部之神。因此现代关系合约中的根本责任既是特定的,又是一般的,制裁措施可能既是特定的,又是可以逐渐调和的。参见:(美)Ian R·麦克尼尔《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版,16页、21页。
- ⑤ 关系规则也有良性的一面,如小额贷款银行依据关系的专用性能够成功运营。但这里从约束与银政关系相关的规则的角度考察,谈的是关系规则的恶性的一面。
- ⑥ 民生银行在这方面的创新实践为国商行改造审批权提供了实证经验。民生银行将信贷风险集中到总行进行评审、分行行长没有一分钱的授信权限,该制度有利于防止金字塔式的权力链条由于滥用所造成的损失,在这样的制度安排下民生银行的经营生机勃勃。如,民生银行成都分行于2002年进入成都,当时浦发、华夏、深发展都已经占领了一些市场份额,民生银

行成都分行处于劣势的竞争地位,但凭借独特的经营方式,有效的风险控制系统,三年之后民生银行成都分行就已经取得存款总额上百亿、利润过亿、不良贷款为零的良好业绩,排名也处于成都股份制商业银行的前列。民生银行的案例说明通过信贷审批制度的创新能够有效控制权力滋生的风险。

- ⑦ Poppo 和 Zenger 通过实证研究证明了关系治理与正式合约之间的互补关系。他们发现,在复杂的、风险很大的交换关系中,正式和非正式措施一起采取会比只采取一种产生更好的交易绩效,明确的合约条款、修改合约和解决矛盾的程序,与灵活、双边、持续的关系治理双管齐下,会使关系合约的履行更加顺利。因此,关系合约的治理方式应该由多种手段共同组成。参见:陈灿《当前国外关系合约研究浅析》,《外国经济与管理》2004 年第 12 期。
- ⑧ 比如关系规则中基点是关系,但依据关系演绎的结果是通过关系可以不用在业务上努力就能获得跟别人相同甚至更多的东西,这种观念与国商行的发展背道而驰。如果能够在意识中树立与他人保持良好关系是“团队合作”的基础,那么恶性的关系规则就能够被改造为“团队合作规则”,这种重塑就有利于银行经营效率的提高。现在有一些股份制银行提倡的银行文化实际上就是一种非正式规则的塑造,实践效果还不错。国商行也应当在市场经济的要求下整合传统文化,发展出一种具有积极进取的文化来。

参考文献:

- [1] 盛洪. 现代制度经济学:下卷[M]. 北京:北京大学出版社,2003.
- [2] 尚明,陈立. 当代中国的金融事业[M]. 北京:中国社会科学出版社,1989.
- [3] 青木昌彦. 比较制度分析[M]. 周黎安译. 上海:上海远东出版社,2001.

On Economic Law's Legal Regulation of Contracts between Banks and Government

Li Xi-chen

(Humanity School, Xihua University, Chengdu, Sichuan 610039, China)

Abstract: State-owned commercial banks, playing an important part in the development of Chinese commercial banks, have got a close relationship with government due to the unique evolutionary path. Therefore, economic law which regulates state-owned commercial banks should concentrate on relations between banks and government. Public choice theory believes that contract has the power to solve problems between public life and civil life. Contract theory provides us an inspiration approach for research on legal regulation between banks and government. In the perspective of contract, contract between banks and government evolved from enforcement to liberalization. The development of contract between banks and government needs perfect legal system. However, economic law which regulates the contract has many problems, and the reasons are conflicts of utilitarian goals, improper contractual arrangement etc. To change such disharmony, economic law should be rebuilt on communication methods, exchange mechanism, specific rules etc.

Key words: contract between banks and government; economic law; economic legal relations between banks and government

[责任编辑:刘萍萍]