

第五辑

国际法与比较法

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

论丛
R E V I E W

主 编 李双元

■ 论WTO与我国存款保险法律制度的构建

■ 商事立法特有原则之探讨

■ 消灭时效制度若干问题研究

■ 美国选择性争议解决方式研究(ADR)

■ 海牙关于未成年人国际保护公约

中国方正出版社

第五輯

INTERNATIONAL AND
COMPARATIVE LAW
REVIEW

国际法与
比较法
论丛

李双元 主编

中国
方正
出版
社

图书在版编目(CIP)数据

国际法与比较法论丛.第5辑/李双元主编. —北京:中国方正出版社,2002

ISBN 7-80107-618-4

I. 国… II. 李… III. ① 国际法-文集 ② 比较法-文集
IV. ① D99-53 ② D908-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 089354 号

国际法与比较法论丛

(第五辑)

李双元 主编

责任编辑:胡 驰 许 睿

责任校对:丁新丽

责任印制:郑 新

出版发行:中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编:100813)

发行部:(010) 66124758 门市部:(010) 63094573

编辑部:(010) 63099854 出版部:(010) 66510958

网址:www.bj114.com.cn

责编 E-mail:XR@FZPress.com

经 销:新华书店

印 刷:北京地质印刷厂

开 本:889×1194 毫米 1/32 开

印 张:19.25

字 数:524 千字

版 次:2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有,侵权必究)

ISBN 7-80107-618-4

定价:35.00 元

(本书如有印装质量问题,请与本社出版部联系退换)

目 录

[金融法专题]

金融资产管理公司运作方式的比较法研究

.....李健男 (1)

论 WTO 与我国存款保险法律制度的构建

.....周辉斌 (164)

[商 法]

商事立法特有原则之探讨

.....陈本寒 戚燕芳 (195)

[民 法]

最高额让与担保制度研究.....戚 菲 (225)

消灭时效制度若干问题研究

.....余延满 张乐喜 (290)

优先权制度与中国物权法.....丁 文 (341)

[冲突法]

国际私法正在发生质的飞跃

——试评《20 世纪末的国际私法：

进步抑或倒退？》一书的总报告

.....李双元 (369)

主 编 李双元
主编助理 欧福永
熊之才

目 录

第五辑

[国际民商事争议解决机制]

- 国际商事仲裁若干法律问题探讨 赵 健 宋连斌 (457)
美国选择性争议解决方式研究(ADR) 郭玉军 甘 勇 (523)

[国际法资料]

- 海牙关于成年人国际保护公约 李良才 京 辉 译 (595)

- 《国际法与比较法论丛》稿约 (608)

CONTENTS

Financial Law

A Comparative Study on the Law of Financial Assets

Management Corporation Li Jiannan (1)

On WTO and the Construction of China's Deposit

Insurance Legal System Zhou Huibin(164)

Commercial Law

A Inquiry into the Special Principals of Commercial Legislation

..... Chen Ben han Qi Yanfang(195)

Civil Law

A Study on the System of Maximum Mortgage Qi Fei(225)

A Study on Several Issues of China's Extinctive Prescription

System Yu Yanman Zhang Lexi(290)

On the Priority System and China's Real Law Ding Wen(341)

Conflicts Law

On the Occurrent Qualitative Leap of Private International Law

——Comments on the General Report of *Private*

International Law at the End of the 20th

Century: Progress or Regress?

..... Li Shuangyuan(369)

Resolution Mechanism of International Civil and Commercial
Disputes

On Several Legal Issues of International Commercial Arbitration
..... Zhao Jian Song Lianbin(457)

A Study on the Alternative Dispute Resolution in U. S. A
..... Guo Yujun Gan Yong(523)

Materials on International Law

Convention on the International Protection of Adults
..... Translated by Li Liangcai Jing Hui(595)

Soliciting Article Notice (608)

[金融法专题]

金融资产管理公司运作方式的比较法研究

李健男*

目 次

- 第一章 金融资产管理公司不良资产取得方式的比较法研究
第二章 金融资产管理公司资产管理和处置方式的比较法研究

第一章 金融资产管理公司不良资产 取得方式的比较法研究

金融资产管理公司是处置银行不良资产^①的专门机构，其处置

* 李健男：国际法学博士。

① 这里所指的银行不良资产的具体形态主要指不良贷款，但又不限于不良贷款，还包括其他银行债权、股权及其他有形和无形资产。

不良资产的前提是不良资产必须从银行转移到金融资产管理公司。金融资产管理公司法律制度的一个重要方面就是“至少应当从法律的角度保证使资产管理公司完全取代原银行的地位”^①，即金融资产管理公司至少应当享有不良资产原所属银行所享有的完全的权利。同时，由于不良资产数量巨大，涉及的债务人众多，在债权转移方式等方面也需要法律作出特别安排，以保证不良资产能够迅速、完全转移至金融资产管理公司。

各国金融资产管理公司往往根据有问题银行的具体情况以及国家财政的承受能力，决定银行不良资产的取得方式。

第一节 整体接收银行不良资产

一、整体接收不良资产方式的界定

这是一种依据法律的特别授权无条件取得银行全部资产的方式。比如，RTC 根据《金融机构改革、复苏和加强法》的特别授权，可以作为被保险的存款机构之财产保管人或接管人，且拥有与联邦存款保险公司在履行相同职能时相同的权利和权力。而根据美国《存款保险法案》第（d）章之规定，FDIC 在担任保管人和接管人时，拥有广泛的权利和权力：第一，成为被保管和接管机构的权利继承人，继承该机构及其股东、管理人员、董事的所有权利、权力和特权；第二，取得经营该机构的权力，包括接管该机构的资产，回收该机构到期债权和应收款等等。当然，作为保管人和接管人，FDIC 负有清算该机构资产并偿付债权人的义务。由此可见，美国《存款保险法案》赋予 FDIC 取代被接收机构民事主体地位的权力，据此，FDIC 和 RTC 能够迅速取得被关闭机构的全部资产。

二、整体接收不良资产方式的适用条件

通过法律授权直接取得被关闭存款机构全部资产的方式，可省

^① 国际货币基金组织代表于 2000 年 10 月 9 日在汉城举行的“亚太不良资产论坛”上的讲话。

略资产移转的定价等一系列法律程序和手续,从而大大缩短了金融资产管理公司取得银行不良资产的时间,使资产管理公司得以迅速进入资产处置程序。可见,此种方式体现了金融资产管理公司法律制度追求速度和效益的价值取向。但是,此种方式的运用必须满足以下前提条件:第一,金融资产管理公司面临存款机构的大面积市场退出;第二、政府愿意一揽子承担被保险存款的支付义务;第三,法律有明确授权。

第二节 购买银行不良资产

一、关于债权让与的基本理论

金融资产管理公司购买银行不良贷款的过程,也就是银行将不良债权有偿转让给金融资产管理公司的过程。从民法角度上考察,属于债权人的变更,即债权让与。债权让与有一部让与和全部让与之分。资产管理公司购买银行不良贷款一般属于债的全部让与,即金融资产管理公司取代原债权银行成为债的关系中的新债权人,而原债权银行则脱离债的关系。

早期罗马法基于债的绝对相对性,认为债权不得让与。后来因商品交易的日趋纷繁复杂,债权让与理论逐渐得到承认。在英国普通法中,原亦不允许债权让与,后来采用授予代理权制度、债权承认制度或信托制度迂回实现了债的主体的可变更。近代各国民法,均承认债权原则上得为让与。^①可以说,金融资产管理公司受让银行不良贷款,原则上已无法律障碍。但是,仍应注意到各国在债权让与成立要件以及债权让与效力方面的差异。

债权让与通常采用合同方式。一般来说,债权让与合同须符合以下要件方能生效:

第一,须有有效存在的债权,且债权的让与不改变债权的内容。因此,金融资产管理公司在与银行签订不良贷款转让合同时,

^① 参见胡长清:《中国民法债篇总论》,第483页。

须审核原贷款的有效性;

第二, 债权的让与人与受让人须就债权让与达成合意;

第三, 让与的债权须具有可让与性。显然, 银行不良贷款不属于不得转让之债;

第四, 债权让与须经债务人同意, 或者通知债务人, 始对债务人发生效力。关于债权让与对债务人的效力, 各国立法例大致有三种规定: 一是债权得自动让与, 不以通知债务人或取得债务人同意为必要;^① 二是债权让与合同依让与人与受让人之间的合意而成立, 但须通知债务人或经债务人承诺, 才对债务人发生效力;^② 三是债权让与须征得债务人的同意。^③ 比较上述三种立法例, 从公平、保护交易安全以及促进债权流动角度出发, 我认为, 第一, 德国模式忽视了对债务人利益的保护, 有违公平原则; 第二, 我国《民法通则》的规定赋予债务人对债权让与的否定权, 从而导致债权让与制度在实践中难以实行而丧失其固有的功能^④, 也与国际社

① 《德国民法典》第 398 条规定, 债权人可以通过与第三人订立合同, 将债权转让于第三人。合同一经订立, 新债权人即取代原债权人的地位。

② 《日本民法典》第 467 条规定, 指明债权的让与, 非经让与人通知债务人或经债务人承诺, 不得以之对抗债务人及其他第三人; 《法国民法典》第 1690 条规定, 受让人仅依其向债务人进行有关转让的通知, 始对第三人发生占有权利的效力。在债权流动化颇为先进的美国, 在债权让与方面, 几乎所有的州均采纳了统一商法典 (UCC) 第九篇的规定: 债权让与的对抗要件是在登记所履行简便的登录手续; 对于将来发生的债权, 可通过事前登录以具备将来债权让与的对抗要件; 对于债务人的保护, 通过通知债务人作为对债务人的对抗要件 (参见胡宝海: 《现代金融担保法研究》, 中国社会科学出版社 1999 年 2 月第 1 版, 第 321—322 页)。

③ 我国《民法通则》第 91 条规定, 合同方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的, 应当取得合同另一方的同意。

④ 债权让与制度可发挥诸多经济功能: 第一, 融资功能, 债权人可将自己保有的债权让与第三人, 实现资金筹措的目的, 即所谓的“债权流动化、证券化”; 第二, 债权回收功能, 债权人可通过债权让与将债权的管理和回收之责任让与债权收购的专门公司; 第三, 清偿功能, 债务人将保有的对第三人的债权移转债权人, 实现债的清偿; 第四, 担保功能, 债务人可将复数债权一并让与债权人, 作为债权的担保, 即所谓集合债权的让与担保。参见胡宝海: 《现代金融担保法研究》, 中国社会科学出版社 1999 年 2 月第 1 版, 第 320—321 页。

会在债权让与方面的立法潮流相悖。所幸的是,我国统一《合同法》第79条已经抛弃了《民法通则》上述规定,转而采通知债务人的立法例。应该说,债权让与通常情况下不至于影响债务人之利益,原则上债权让与得由债权人与第三人自由为之,以保证债权的流动,发挥债权让与制度的经济功能。但是,债权让与毕竟与债务人有关,债务人应该有知情权。基于上述认识,我认为,以通知债务人作为债权让与生效条件的立法例在实现债权让与制度经济功能和保护债务人利益之间取得了平衡,实为可取。

债权让与有效成立后,即在让与人、受让人、债务人及债权的担保人之间发生相应的法律后果:

第一,债权由原债权人(让与人)移转于第三人(受让人);

第二,依附债权的从权利如抵押权、留置权、定金债权、利息债权、违约金债权及损害赔偿请求权也一并移转;^①至于保证债权是否随主债权一并转移,有学者认为,保证债权只在债权让与征得保证人同意的情形下才随主债权一并移转,未征得保证人同意而移转债权,则保证关系消灭;^②我赞成另外一种观点,即保证以担保债权为己任,债权移转时,保证原则上亦随之移转,乃保证从属性的体现。^③实际上,在不少国家的立法实践中,也承认了保证债权随主债权一并移转,如《法国民法典》1692条、《德国民法典》第401条以及我国担保法第22条即是这种立法例的实践。

二、银行贷款购买中的主要法律和政策问题

如果一个国家需要成立专门的金融资产管理公司来化解银行不良资产的话,那么,金融资产管理公司面对的必将是数量巨大的不良贷款,事实也正是如此。实际上,金融资产管理公司购买银行不良贷款涉及的已不仅仅是法律问题,而且带有很强的政策性。在购

① 参见王家福:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年9月第1版,第78页。同时见《法国民法典》第1692条和《德国民法典》第401条。

② 参见王家福:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年9月第1版,第78页注释^①。

③ 参见孙鹏等:《担保法律制度研究》,法律出版社1998年4月第1版,第60页。

买不良贷款方面,金融资产管理公司必须面对的是:应该收购哪些不良贷款,以什么价格购买不良贷款,怎样解决购买不良贷款的资金来源。

(一) 购买标的的限定

金融资产管理公司购买银行不良贷款是一个政策性非常强的问题。韩国资产管理公司就把政策定向作为购买不良贷款的一个基本原则。^①金融资产管理公司购买哪些不良贷款、购买的数量和比例,往往有政府政策的指引或者法律的明确规定。这是因为,政府组建的金融资产管理公司购买不良贷款的资金来源往往是财政性资金,不良贷款的购买既要受到国家财力的限制,也取决于政府对有问题金融机构恢复正常经营条件的判断,以及对于正常金融机构利益的平衡。

瑞典政府就认为,如果将问题银行的不良贷款全部移转到金融资产管理公司,固然可以使问题银行即时改善经营状况,但不利于整个银行业的公平竞争和发展。因此,瑞典政府没有将 NORD-BANKEN 的所有不良贷款全部剥离到 SECURUM,只是转移了其中的 670 亿瑞典克郎,占比 21%。瑞典 SECURUM 购买的不良贷款大都是单笔金额较大的不良贷款,而那些单笔金额不超过 100 万美元的不良贷款则留在银行。^②

韩国资产管理公司法及资产管理公司法实施法令以定义方式明确了 KAMCO 可以购买的不良贷款。韩国资产管理公司法第 2 条第 2 款规定,不良贷款指那些贷款本金和利息、支付担保需要采取特别措施来追收或管理的贷款,以及资产管理公司法实施法令规定的其他贷款。而该实施法令第 2—2 条规定的其他贷款指:一是根据金融监管委员会(FSC)的规定应该提取呆账准备金(allowance

^① See KAMCO, KAMCO EXPERIENCE—Non - Performing Asset Management and Resolution, p31—33.

^② 参见周小川主编:《重建与再生——化解银行不良资产的国际经验》,中国金融出版社 1999 年 6 月第 1 版,第 86—87 页。

credit losses) 的贷款;二是那些被认为对金融机构的资产流动性和发展所必要的贷款以及 KAMCO 管理委员会认定的贷款。^①至于不良贷款购买的数量和比例,则由 KAMCO 视情自主决定。^②当然, KAMCO 购买的一般是金融机构在过去 3 年中形成的不良贷款。^③

(二) 购买价格的确定

购买不良贷款的价格,是购买协议中最敏感,也是最难以确定的条款。一方面,金融资产管理公司面对的是金额巨大,债务人数众多且分散的成千上万笔不良贷款;另一方面,金融资产管理公司的目标和宗旨又要求其快速购买不良贷款,以利于金融市场的稳定和金融机构的重组和再生。同时,相当一部分国家,特别是东南亚诸国原本不存在不良贷款交易市场,不良贷款的市场价值很难发现和确认。另外,金融资产管理公司购买不良贷款的资金来源也影响到购买价格的确定。所有这一切,都使不良贷款购买价格的确定成为困扰各国金融资产管理公司的一个难题。

1. 按账面价格购买抑或折价购买

对于不良贷款来说,其市场价值必然低于账面价值,那么,根据合同法的基本原则和等价交换的经济学原理,金融资产管理公司应该折价购买不良贷款。实践中,除了日本一些银行下设的子公司收购银行自身的不良贷款时采用账面收购方式以及我国四大资产管理公司采取账面价值收购国有商业银行的不良贷款外,各国金融资产管理公司通常采用的是一次性打折收购不良贷款的作法。^④折价购买使金融资产管理公司绩效的评价有了一个较为客观的参照,从而为资产管理公司激励机制的实施提供前提条件,同时也为金融资产管理公司运用市场手段处置不良贷款打下基础。

① 这实际上赋予了 KAMCO 管理委员会确定不良贷款的权力。

② See KAMCO, KAMCO EXPERIENCE—Non - Performing Asset Management and Resolution, p32.

③ 同上。

④ 参见李娟:《浅析亚太各国资产管理机构运作及不良资产处置之经验》,载《金融法苑》2001 年第 1 期。

2. 定价的基本原则和方式

关于不良贷款定价的基本原则和方式, 各国金融资产管理公司的作法基本一致, 即通过评估确定不良贷款的市场价值, 然后采取折价方式购买。但由于各国金融资产管理公司所处的经济金融环境以及面对的不良贷款的具体情况千差万别, 不良贷款定价的具体方式又有所差异。

(1) 瑞典 SECURUM 的作法

瑞典 SECURUM 的情况比较特殊。SECURUM 原来是 NORDBANKEN 成立的, 并且已剥离了账面价值为 675 亿瑞典克郎的不良资产。因此, 瑞典 SECURUM 购买不良贷款实际上是通过国有化 SECURUM 来实现的。

SECURUM 购买资产的面值为 675 亿瑞典克郎, 购买价格为 504 亿瑞典克郎。购买价格确定的基本原则是根据未来现金流量来估计资产的现值, 整个资产评估采取了非常正式和严格的方式, 对所有资产采用的价值评估模型是一致的, 聘请的评估专业人士既独立于政府又独立于 NORDBANKEN。^① 后来的实践证明, 科学的评估方法, 评估专家的独立性确保了购买价格与市场价值的接近, 为 SECURUM 的资产处置打下了良好的基础。

(2) 马来西亚 DANAHARTA 的作法

马来西亚 DANAHARTA 在购买不良资产时遵循以下原则: 由专业评估人士确定市场价值, 有担保的贷款根据担保物的价值来确定收购价格, 无担保物的贷款按照原贷款 10% 的价格接收。^②

马来西亚对于信用贷款一律按照原贷款面值的 10% 的价格购买, 大大节约了 DANAHARTA 与银行讨价还价的时间, 有利于 DANAHARTA 迅速转入对不良贷款的处置。

^① See Morgan Stanley, *SECURUM AB*, Stockholm, September 1994, p10.

^② 参见李娟:《浅析亚太各国资产管理机构运作及不良资产处置之经验》, 载《金融法苑》2001 年第 1 期。

(3) 韩国 KAMCO 的作法

自 1997 年 11 月 24 日至 2000 年 8 月底, KAMCO 以 31.1 万亿韩元的价格购买了账面价值为 75.7 万亿韩元的不良贷款,^① 购买价与账面价的平均比率约为 41%。

对于 KAMCO 来说, 其没有充足的时间去评估不良贷款而计算出不良贷款的适当价格, 更为严重的是, 韩国没有不良贷款交易市场存在。因此, 在缺乏市场信息的条件下, 不良贷款的估价受到很大限制。KAMCO 购买不良贷款的价格是由韩国评估协会 (Korea Appraisal Board) 的注册评估师根据市场价格和其他客观情况来决定的。^②

在 1998 年 10 月以前, KAMCO 根据不良资产处置的实际回收价值情况来调整原购买价格, 即采取所谓的浮动价格方式 (the tentative price)。即在收购当时很难确定一个合理价格时, KAMCO 与银行可以在购买协议中设定一个特别条款, 约定根据不良资产处置价格与购买价格之间的差异来调整协议价格。^③ 但从 1998 年 10 月以后, 为了防止根据调整后的价格收购另外的不良贷款, 同时也为了简化购买程序, KAMCO 开始采用基于平均投标价 (the average bid price) 的固定购买价格方式。^④

三、购买不良贷款的资金来源

从各国金融资产管理公司实践看, 其收购银行不良资产的资金来源不外乎以下几个方面。

一是政府财政投入的资本金和拨入的营运资金。瑞典政府通过向 SECURUM 注入 240 亿瑞典克郎资本金的方式实现了 SECURUM 的国有化, 从而间接收购了 NORDBANKEN 的不良资产;

^① See KAMCO, *KAMCO EXPERIENCE—Non - Performing Asset Management and Resolution*, p31.

^② 同上。

^③ 见《韩国资产管理公司法实施令》第 5 条第二款。

^④ See Kamco, *KAMCO EXPERIENCE—Non - Performing Asset Management and Resolution*, p31.

美国 RTC 的营运资金来源主要来自国会的拨款,最初,RTC 从国会获得了 501 亿美元,后来国会又两次分别追加拨款 300 亿美元与 250 亿美元。^①

二是发行政府担保债券。韩国政府制定了总金额达 64 万亿韩元的金融重组援助计划,其中 32.5 万亿韩元用于 KAMCO 购买金融系统内的不良资产,而这些资金是通过发行债券来筹集的。^②

三是中央银行贷款。泰国 AMC 的资金来源除财政拨款外,还来自中央银行的贷款。^③

四是商业银行贷款。瑞典政府在对 SECURUM 实施国有化时,SECURUM 向 NORDBANKEN 融资达 300 亿克郎。

五是处置不良资产的收入。金融资产管理公司处置不良资产的收入也是其购买不良资产的资金来源。

第三节 银行不良资产的信托

一、整体接收和购买银行不良资产方式的局限性

(一) 整体接收银行不良资产方式的局限性

如前所述,金融资产管理公司运用整体接收方式必须满足以下前提条件:第一,金融资产管理公司面临存款机构的大面积市场退出;第二,政府愿意一揽子承担被保险存款的支付义务;第三,法律有明确授权。整体接收方式的局限性就在于这种方式的采用必须具备上述前提条件。

(二) 购买银行不良资产方式的局限性

金融资产管理公司购买银行不良资产,需要解决两大难题:第一,资金来源,特别是当金融资产管理公司面临的巨额银行不良资

① 参见财政部:《财政简报—增刊(8)》,1999年4月19日。

② See KAMCO, *KAMCO EXPERIENCE—Non - Performing Asset Management and Resolution*, p3.

③ 参见王洛林等:《泰国:经济恢复过程与金融机构不良资产的处理》,载《经济研究》2000年第3期。