

# 论我国商业银行接管法律制度的构建

——以大陆和澳门地区相关规定的比较为视野

李良雄

(福建江夏学院, 福州 350008)

**摘要:**接管是危机商业银行的重要救助措施,得到很多国家和地区的金融法律所明确规定。尽管我国大陆地区《商业银行法》对之也作出了规定,但较为简单,缺漏较多,无法发挥接管的应用功效。而我国澳门地区的立法则对商业银行接管条件、接管效力、接管中的权力(利)义务、接管程序等做了较为详细、合理的规范,值得大陆地区学习和借鉴。

**关键词:**澳门地区;商业银行;接管制度;借鉴

**中图分类号:**F830 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-1807(2011)01-0113-04

面对陷入危机的商业银行,很多国家或地区都制定了各种治理措施。其中以接管方式救助危机商业银行,对其走向新生、确保整个银行业安全都起着十分重要的作用,因而为很多国家或地区的金融法律所明确规定。我国大陆地区和澳门地区都对商业银行接管制度进行立法规定,但与澳门地区现行规范相比,大陆地区的规定则显得相形见绌。因此,通过比较澳门地区和大陆地区关于商业银行接管法律制度,力图对完善大陆地区商业银行接管制度有所裨益。

## 1 两地商业银行接管条件的比较及借鉴

接管条件是指商业银行被接管时应具备的要件或情形。只有具备了这些要件或情形,监管机构才可以决定对商业银行实施接管。明确接管条件,不仅为监管机构正确行使接管权提供合法依据,而且也为杜绝监管机构随意接管或滥用接管权,保护商业银行自主经营权提供了保障。

在澳门地区,当商业银行所面对的财务不平衡状况变得严重,从而可以预料对存款人及其他债权人有不履行义务的严重风险等情形时,行政长官根据澳门货币暨汇兑监理署的意见,可以任命接管代表或接管行政委员会干预商业银行的管理,任命的同时相应中止被接管商业银行一名或多名经理或董事的职务或者中止被接管商业银行的管理机关或行政管理机关的权力,由接管代表或接管行政委员会行使。<sup>[1]</sup>其中根据《澳门金融体系法律制度》规定,“等情形”还包括影响经济参与人对金融体系之信心情形。据此,澳门

地区的商业银行接管条件是包括两个方面:其一,当商业银行财务状况发生恶化,可以预料对存款人及其他债权人有不履行义务的严重风险;其二,当商业银行财务状况发生恶化,影响经济参与人对金融体系的信心。

在大陆地区,根据《商业银行法》第 64 条的规定,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(以下简称银监会)可以对该银行实行接管商业银行。为此,大陆地区的商业银行接管条件也包括两个方面:其一,商业银行已经发生信用危机,严重影响存款人的利益;其二,商业银行可能发生信用危机,严重影响存款人的利益。但是何为“信用危机”,法律并没有明确规定,学界也是看法不一。有学者认为信用危机实质上是商业银行不能清偿到期债务,即存款人的存款,如果发生某种原因致使商业银行的贷款难以收回,出现或有可能出现无法满足存款人正常提取存款要求的情况时,那么可以认定该商业银行已经发生了或将要发生信用危机。<sup>[2]</sup>有学者则认为“信用危机”应理解为:银行不履行其义务或停止付款;银行进行对其存款人或债权人不利的方式经营业务,经监管机构警告不改的;银行董事会严重违法,不利于继续正常营业及保护存款人利益。<sup>[3]</sup>还有学者则认为“信用危机”弹性大,不易把握,应该加以明确化。<sup>[4]</sup>笔者则认为,正确理解“信用危机”应从“信用”和“危机”两方面入手。其中经济学中的“信用”是专指有条件的借贷行为,即

收稿日期:2010-12-08

基金项目:福建省社会科学规划项目(2009B2032)

作者简介:李良雄(1976—),男,福建福州人,福建江夏学院讲师,法学硕士,研究方向为经济法、金融法。

以偿还和付息为条件的价值单方面运动,是价值运动的一种特殊形式。<sup>[5]</sup>正如马克思指出:“这个运动——以偿还为条件的付出——一般地说是贷和借的运动,即货币或商品只是有条件的让渡的这种特殊形式的运动。”因此,信用实际上是一种债权债务关系,商业银行信用也就是商业银行债权债务关系。具体而言,商业银行通过吸取社会各方面闲散资金,形成自己的庞大负债;而后再以这一负债为基础创造出金融产品提供给资金需求者,使自己又享有巨大的债权。就前者而言,主要是存款,但也包括其它负债,如同业拆入等;就后者而言,主要是贷款,但也包括其它债权,如同业拆出等。因此,商业银行信用由两大部分组成,即与债权人形成的信用和与债务人形成的信用。二者缺一,均无法体现商业银行信用的内涵。而对于“危机”内涵,学者奥兰·扬认为,危机由一组迅速展开的事件组成,它使破坏稳定的力量在总的系统或其中任何子系统的影响作用大大超过正常的水平,并增加在系统中爆发暴力的危险。他提出,危机是这样的情景,其间,对系统的控制和调节机制提出的要求急剧增加,进而引起反应,其效果是使提出这些要求的当事方采取更多的行动。<sup>[6]</sup>为此,商业银行信用危机实际上就是商业银行债权债务关系的稳定性遭受严重破坏,使其濒临破产的边缘。商业银行信用的双重内容决定了商业银行信用危机的双重内容:其一是商业银行资产质量持续下降、恶化,大量的贷款或债权无法按期及时收回或形成坏帐而根本无法收回;其二是商业银行无法清偿到期债务,即不能满足存款人随时或按期支取本金或利息的需求。尽管如此,这种具体化仍然不能使大陆地区商业银行接管条件得以明确、全面,因为资产质量可能恶化和支付不能可能发生所涵盖的情形都很广,无法明确判断;而且商业银行是否正常的因素除了资产质量和支付不能外,还有资本充足率、赢利水平等不容忽视的重要因素。

就上文所述,澳门地区和大陆地区在接管条件方面都是采取概括主义的立法例,而非列举主义立法例。但二者的区别也很明显:其一是澳门地区是从财务状况作为切入点,因而比较明确,易于操作;而大陆地区则是表述为信用危机,以经济学上含糊不清的概念入手,导致仁者见仁、智者见智。其二是澳门地区在保护对象方面,不仅包括存款人和其他债权人,还将影响经济参与人对金融体系的信心也含盖在内;而大陆地区仅仅局限在存款人的保护上,要比澳门地区的保护对象狭窄得多。为此,笔者认为,考虑到银行危机具有传染性,可能会动摇整个金融体系的稳定

性,大陆地区的接管保护对象可以借鉴澳门做法,扩大到经济参与人。同时,有必要删除“信用危机”这种模糊用语,采取类似澳门一样的财务标准,当然,最好是采用明确的列举主义立法例,并增加有关资本、盈利水平方面的考虑。

## 2 两地商业银行接管效力的比较及借鉴

接管效力是指接管危机商业银行所产生的法律约束力。由于这种约束力理顺了接管人与被接管商业银行内部组织结构之间的关系,有助于保障接管目标的实现,成为商业银行接管制度的重要组成部分。

在澳门地区,根据《澳门金融体系法律制度》规定,当委任一名或多名接管代表时,同时中止被接管商业银行的一名或多名董事的职务;当委任接管行政委员会时,被接管商业银行的董事会的权力被中止。而且根据澳门金融法律的规定,当任命接管代表时,股东大会的效力取决于接管代表的同意;当任命接管行政委员会时,则中止股东大会的权力,属于股东大会权限的许可或通过转移给澳门货币汇总与监理署的行政委员会行使,属于股东大会权限的其他行为可由接管行政委员会作出,但行为效力取决澳门货币汇总局与监理署的许可或通过。此外,被接管商业银行监事会的权限转由澳门货币暨汇兑监理署的监察委员会行使。简单而言,澳门地区商业银行接管产生三方面效力:其一,对被接管商业银行原管理层的委任生产中止效力。其二,对被接管商业银行原股东会产生约束或中止效力。其三,对被接管商业银行原监事会的权限产生转移效力。

在大陆地区,《商业银行法》对于接管效力未作明确规定,但根据“自接管开始之日起,由接管组织行使商业银行的经营管理权”这一规定,我们可以推知被接管银行原管理层的委任不是中止就是被撤销,只有这样才能使接管组织单独地行使经营管理权。至于股东会、监事会则只字未提。因此,商业银行接管效力在我国基本上属于立法的空白点。

因此,在接管效力方面,大陆地区完全可以借鉴澳门地区的合理规定,填补立法的空白。具体而言,应明确规定中止被接管商业银行原管理层权力,避免原管理层与接管人之间发生权力“打架”,确保接管人对被接管商业银行拥有唯一的管理运营权,不受原管理层的干扰和影响。其次要明确规定被接管商业银行原股东会的权力也中止,从而使被接管商业银行原股东会的权力被架空,接管人不受被接管商业银行原股东会的约束,避免了接管制度“形同虚设”,确保接管工作方向的一致性。第三,对于被接管商业银行监

事会的权力,则也可以暂时转移给银监会内部的监察部门行使,由监察部门负责监督接管组织的具体管理工作,防止接管组织滥用职权,肆意损害被接管商业银行的利益。

### 3 两地在商业银行接管中权力(利)与义务方面的比较及借鉴

明确接管人的权力与义务,不仅为接管人行使权力提供合法依据,而且可以防止接管人肆意滥权行为;明确规定被接管商业银行的权利与义务,既可以保护其自身合法利益,又可以促其配合接管工作,促进接管工作的顺利进行。为此,立法必须平衡接管中各方主体的利益,合理妥善地分配接管中权力(利)义务。

在澳门地区,接管人所享有的权力分两种情形:其一是接管代表所享有的权力,即接管代表的权力由行政长官订定;若无订定,被接管商业银行的非仅属文书处理的任一管理行为或行政管理行为必须获得接管代表的同意,同时股东大会的行为效力亦取决于接管代表的同意或签名。其二是接管行政委员会所享有的权力,即接管行政委员会享有法律或公司章程赋予管理或行政管理机构的权力。此外,接管代表或接管行政委员会在获得行政长官核准后,可以行使以下权力:①以有偿方式转让银行的全部或部分资产,或转让部分场所。②转移银行的全部或部分债务,或替换债务人使债务更新。③取得借款。④将银行合并或分立,增加或减少资本或无须受公司章程所订定的限制而发行债券。⑤订立司法或司法外的和解协议。在接管人义务方面,接管代表和接管行政委员会承担的义务有:①应建议及采取适当措施,以终止被接管商业银行不平衡状况及重新恢复其正常运作;如不可能,则应特别考虑存款人的利益,将不良后果降至最低。②应设法核查银行作出的不当事及违法行为,并向当局举报。③应在被委任后45日内通过澳门货币暨汇兑监理署向行政长官呈交一份被接管商业银行的资产负债清单,并附上一份有专家意见或法律核准的有关估价报告书。④应经常将其工作告知澳门货币暨汇兑监理署,并在委任期限届满前通过澳门货币暨汇兑监理署向行政长官呈交一份其活动的综合报告。⑤应根据行政长官命令递交其他报告。此外,被接管银行所享有的权利主要是诉权,义务是支付接管人的报酬,配合接管工作的顺利进行等。

在大陆地区,根据《商业银行法》规定,自接管开始之日起,由接管组织行使商业银行的经营管理权力。据此,我国接管组织所享有的权力是被接管商业

银行的经营管理权。但何为“经营管理权”,立法并未作出具体界定。但按通常理解,经营是指筹划决策及其贯彻实施,既包含管理的意义,又可视作为一种高级的管理;管理则泛指对各种事物的处理和执行,因而经营与管理在概念上是相互包容、交叉的,经营管理权实际上可以视同为全民所有制企业的经营权。借用《全民所有制工业企业转换经营机制条例》的规定,经营管理权实际上是指所有人授予的为获取利益而对所有权人的财产享有的占有、使用和依法处分的权利,就这种权利就其性质而言,是一种财产的支配运作权,即对财产进行有目的操作使其从属于经营者的意志运行。<sup>[7]</sup>在公司治理结构中,经营管理权也就为董事会、经理所享有的权力。因此,接管组织接管商业银行的经营管理权,实际上就是可以行使被接管商业银行原董事会、经理(行长)所享有的权力。此外,《商业银行法》没有规定接管组织所应承担的义务,也没有规定被接管商业银行所享有的权利以及所应承担的义务。

很显然,大陆地区对接管中权力(利)与义务方面的规定要远不如澳门地区,因为澳门地区赋予了接管人的权力广泛且特殊,远远超过被接管商业银行原管理层所享有的权力,只有这样才能对被接管商业银行进行“大刀阔斧”地调整资产负债和内部控制制度,才能根据具体情况灵活加以治理,才能确保接管人可以不受干扰更好地完成接管工作。同时也明确被接管银行享有请求撤销接管的诉权,承担配合接管工作顺利开展,这既为被接管商业银行提供了维护自身利益的工具,也保障接管工作得以顺利进行。反观大陆地区,商业银行接管组织所享有的权力过小,而且存在很多空白点,这必将导致无法充分发挥接管的应有作用。因此,大陆地区可以借鉴澳门在这方面的规定,扩宽接管组织的权力和义务,并加以具体详细列举。同时应明确赋予被接管商业银行在接管决定作出后1个月内有权申请复议或向人民法院起诉,要求撤销接管决定,还要明确规定被接管商业银行应积极配合接管工作,为接管工作提供便利条件;并应承担接管人员及其委员以专业人士的报酬等。

### 4 两地在商业银行接管程序方面的比较及借鉴

为了规范监管机构行使接管权,保障商业银行接管工作井然有序地开展,充分发挥商业银行接管制度的作用,两地金融立法都规定了一套接管程序。

在澳门地区,对于接管程序规范主要包括:①在接管启动方面,只要监管机构在对商业银行进行日常

检查监督中,发现商业银行出现了符合接管的情形,就可以立即作出接管该银行的决定,无须取得其他部门的同意或举行听证。②在接管决定公告的场所方面,明确要求在《政府公报》上公布接管决定。③在接管期限方面,明确规定了 6 个月的接管期限,从接管决定在《政府公报》公布之日起计算。④在接管终止方面,主要规定了两种:一是接管代表或接管行政委员会的委任终止;二是有关债权人和解或协议认可判决确定或宣告破产确定。其中接管代表或接管行政委员会的委任终止包括期限届满而终止和行政长官随时可以终止委任两种。澳门则除了明确行政长官可以随时终止接管外,还突出了债权人的作用,但这种作用是有限的,仅在接管代表或接管行政委员会提出申请或不作明示反对时,债权人可以达成和解协议,以这种和解协议来终止接管。

在大陆地区,《商业银行法》没有明确规定决定接管启动的形式,只是笼统规定银监会可以决定接管。而且虽然规定银监会应公告接管决定,并明确接管决定应当载明被接管的商业银行名称、接管理由、接管组织、接管期限四个部分的内容,但未指明在何种报刊上公告。此外,《商业银行法》明确了接管终止的三种法定情形,即接管决定规定的期限届满或者银监会决定的接管延期届满;接管期限届满前,该商业银行已恢复正常经营能力;接管期限届满前,该商业银行被合并或者被依法宣告破产。

虽然两地关于接管程序的规定不相上下,但大陆地区缺乏接管公告场所的规定,而且对被接管商业银行及其债权人的权利不够重视,因而可以借鉴澳门的

立法经验,明确接管全国性商业银行应在全国性经济类报刊或综合性报刊上公告,接管区域性商业银行则可以只在相应地区的经济类报刊或综合类报刊上公告。同时在接管终止的情形方面,可以增加因命令或裁定终止、因自愿解散而终止、因被接管商业银行与债权人达成和解协议而终止三种情形。此外,对于接管决定公告的内容,则应增加接管中准备采用的具体措施,并要求尽可能详细列明各项内容,以增加民众的信心;对于接管终止公告的内容,立法必须规定接管终止应该进行公告,而且公告的内容应包括被终止接管的商业银行名称和终止事由两大部分,其中终止事由应根据不同情形加以具体详细的列明。对于公告的场所,则应与接管决定公告的场所保持一致,尽可能使民众都了解。

参考文献

[1]张国炎. 金融法比较研究[M]. 澳门:澳门基金会,1997:82—85.  
[2]郭俊秀. 中国商业银行法律与实务[M]. 北京:法律出版社,1997:101.  
[3]武靖人,卜广庆,沈联合. 中国银行法律与实务[M]. 北京:中信出版社,1996:168.  
[4]宋清华. 银行危机论[M]. 北京:经济科学出版社,2000:219.  
[5]殷孟波,曹廷贵. 货币金融学[M]. 成都:西南财经大学出版社,2000:54.  
[6]许文惠,张成福. 危机状态下的政府管理[M]. 北京:中国人民大学出版社,1998:22.  
[7]尹焕三. 法人财产权的内涵机理及其与经营权的界分[J]. 理论前沿,1997(7).

On the Construction of Take-over Legal Systems of Commercial Banks

—— In the horizon of comparison between Mainland China and Macao region

LI Liang-xiong

(Fujian Jiangxia College,Fuzhou 350008,China)

**Abstract:** Take-over is a very important measure to help commercial banks in crisis, which is stipulated in the financial laws of most countries and areas. Law of the People's Republic of China on Commercial Banks also regulates it, but the regulations are simple and deficient which makes it dis-able. Then there are specific reasonable norms on take-over conditions, effect, powers (rights) and duties, and procedure in the legislation of the Macao region, which can be a good reference for Mainland China.

**Key words:** Macao region;commercial bank;take-over system;reference