



# 金融不良债权处置政策的司法回应

宋桂林

**摘要:**对于金融不良债权处置政策,我国法院通过制定司法文件的隐性方式,以及作为认定案件的事实依据、说理依据和裁判依据的显性方式进行了回应。这些回应在很大程度上已经超越了现行法律的规定,表现出明显的回应过度。出现该现象的根本原因在于司法文件和裁判跨越了法律系统的界限,忽视法律稳定规范性期望的功能强行进行回应,法院决策行政化和职能缺位。为扭转金融不良债权处置政策司法回应过度的现象,应在法律系统的界限以内引介政策、注重法律的稳定性、法院去行政化和严格履行裁判职责。

**关键词:**金融不良债权;政策;司法回应;卢曼系统理论

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2022.05.008

**收稿日期:**2022-02-11

**作者简介:**宋桂林,女,四川苍溪人,西南政法大学民商法学院博士生,成都医学院讲师,E-mail: 1457460419@qq.com。

自新中国成立以来,虽然我国法院的工作重心会随着形势和任务的不断变化而调整,但它通过自身独特的方式响应和贯彻国家政策<sup>①</sup>、服务于国家工作大局的工作传统却贯穿始终<sup>②</sup>。1986年,该传统上升为正式的法律制度,《民法通则》将政策确立为除法律之外的第二大民法渊源,规定“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策”。在这样的历史传统和制度背景下,政策通过各种方式进入了司法裁判,在司法中得到了广泛适用。在我国社会主义法律体系尚未形成时,政策的适用确实弥补了法律制度的不足,发挥了重要的引导、规范作用,但在政策的适用过程中,同时也存在着适用过度的情形。金融不良债权的处置即是如此,至今依然是金融市场治理法治化进程中的一个棘手问题。为了服务于“金融体制改革”、“国有资产管理体制改革”、“防范金融风险、维护金融安全和保持国民经济稳定”、“维护企业和社会稳定”等政策目标<sup>③</sup>,法院通过各种隐性和显性方式对金融不良债权处置政策进行回应,而这些回应绝大部分已经超越了现行法律的规定。金融不良债权处置工作自1999年展开至今已20多年,各方面情况都已发生很大变化。当前,我国法律体系日臻完善,全面依法治国的战略部署也正稳步推进,2017年颁行的《民法总则》就已一改《民法通则》的规定,将政策从法源中剔除,《民法典》亦延续了这一立场,这意味着政策已不能作为裁判案件的依据。在新时代,司法应如何正确对待政策,最终实现让法律的归法律、政策的归政策以及法律与政策之间进行理性交流,顺利解决金融不良债权处置的遗留问题,成为了法院必须面对的重大课题。

作为一种新的法社会学理论,卢曼的法律系统理论不仅具有非常牢固的社会学理论基础,而且与其他法

①依《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(法释[2009]14号)第四条的规定,民法渊源中的“法律”指法律、法律解释、司法解释、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例。故本文使用的“政策”指行政规章以及其他规范性文件。

②喻中《论中国最高人民法院实际承担的政治功能——以最高人民法院历年“工作报告”为素材》,许章润主编《清华法学》第七辑,清华大学出版社2006年版,第43页。

③《最高人民法院关于为维护国家金融安全 and 经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》(法发[2008]38号)指出,金融不良债权转让纠纷案件事关全体国民和国家的利益,事关我国金融体制改革乃至国有资产管理体制改革目标能否顺利实现;《最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》指出,金融不良债权转让纠纷案件事关金融不良资产处置工作的顺利进行,事关国有资产保护,事关职工利益保障和社会稳定。

学理论相比有着方法论上的独特优势。它“既不同于单纯强调法律封闭性的传统法律实证主义,也不同于单纯强调法律开放性的自然法学或法社会学……也不是对‘封闭/开放’二元对立的庸俗折衷,简单折中,而是创造性地超越了实证主义/自然法学之间的争论,对现代社会的法律运行极具解释力”<sup>①</sup>。

本文将借助卢曼的法律系统理论,以金融不良债权转让政策以及最高人民法院和个别地方人民法院的裁判文书为素材,通过考查法院对政策的适用样态,从而为法律与政策的理性沟通和司法裁判的改进提供有益借鉴。

### 一 金融不良债权处置政策的司法回应样态

由于“大一统”的国家银行体制、行政性配置资金的信贷管理体制的弊端,伴随着“拨改贷”的投融资体制、国有企业改革的实施,以及银行内部管理不足、信用文化严重缺失等,在种种宏观和微观、历史和现实因素的作用下,我国国有商业银行沉淀了大量不良债权。到1996年,四大国有商业银行的不良贷款率达到了20.4%,当时还未采用严格的国际会计准则,所以,实际上的不良贷款率更高<sup>②</sup>。1997年,亚洲金融危机爆发,加上在1990年代初开始的金融秩序大整顿期间暴露出银行违法拆借、坏账堆积、管理混乱、风险不能自担等一系列问题,为稳定社会经济、防范金融风险,我国召开了第一次全国金融工作会议,会议决定成立四大资产管理公司,专门处理国有商业银行的不良债权。2001年,我国正式加入世界贸易组织,但银行体制改革的滞后引发了各界对于国有商业银行能否很好地面对未来市场竞争的普遍担忧。基于此,2002年我国召开了第二次全国金融工作会议,会议决定在“入世”过渡期结束前彻底解决国有银行的问题,并将国有银行股改上市、建立现代企业制度、降低不良资产作为三大任务。在这样的国际国内金融背景下,在防范金融风险、加快推进金融体制改革和国有企业改革的政策号召下,法院也积极响应,通过其独特方式配合推进各项政策的实施。正如法学家埃尔曼所言:“所有紧急状态都会增加对司法领域的政治压力,无论这种紧急状态是由内部的紧张所引起,还是由外国的威胁或战争所引起;也不管是否宪法或立法曾试图详细说明这种特殊情况的法律后果,可能总是不再坚持在正常时期曾形成的保护权利和特权的标准。”<sup>③</sup>

#### (一) 司法回应的隐性方式:制定司法文件

为配合金融不良债权处置政策的实施,解决金融不良债权转让过程中国有资产流失的问题,最高人民法院将金融不良债权分为涉政策性的金融不良债权和其他商业性金融不良债权<sup>④</sup>。其他商业性金融不良债权转让仍然适用一般的民事法律规定,而针对涉政策性的金融不良债权转让,最高人民法院则陆续下发了一系列专门的司法文件,除了大量的原则性规定外<sup>⑤</sup>,还对涉金融不良债权转让案件的程序和法律适用问题进行了具体规定<sup>⑥</sup>。如表1所示。

在形式上,最高人民法院对金融不良债权处置政策的回应包含“通知”、“答复”、“补充通知”、“会议纪

① 宾凯《卢曼系统论法学:对“法律实证主义/自然法”二分的超越》,《云南大学学报(社会科学版)》2010年第6期,第56页。

② 陈元、黄益平主编《中国金融四十人看四十年》,中信出版集团2018年版,第8页。

③ H. W. 埃尔曼《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版,第221页。

④ 涉政策性的金融不良债权包括两种:一是政策性金融不良债权,具体是指1999年至2000年四家金融资产管理公司在国家统一安排下,通过再贷款或财政担保的商业票据形式,从中国银行、农业银行、建设银行、工商银行以及国家开发银行收购的不良债权;二是商业性的不良债权,具体是指2004年至2005年四家金融资产管理公司在政府主管部门主导下,从交通银行、中国银行、建设银行以及工商银行收购的不良债权。

⑤ 《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》(法释[2001]12号)、《最高人民法院关于人民法院在审理涉及汇达资产托管有限责任公司清收、处置不良资产所形成的案件时适用相关司法解释规定的通知》(法[2006]298号)、《关于应对国际金融危机做好当前执行工作的若干意见》(法发[2009]34号)、《最高人民法院关于判断确定的金融不良债权多次转让人民法院能否裁定变更执行主体请示的答复》([2009]执他字第1号)、《最高人民法院关于审理金融资产管理公司利用外资处置不良债权案件涉及对外担保合同效力问题的通知》(法发[2010]25号)、《关于人民法院为防范化解金融风险 and 推进金融改革发展提供司法保障的指导意见》(法发[2012]3号)。

⑥ 由于《关于应对国际金融危机做好当前执行工作的若干意见》(法发[2009]34号)、《关于人民法院为防范化解金融风险 and 推进金融改革发展提供司法保障的指导意见》(法发[2012]3号)两部司法指导性文件适用于所有相关类型的案件,不仅仅是针对金融不良债权转让纠纷,故未统计在内。

要”。虽然它们都不属于司法解释<sup>①</sup>,但其实际地位与司法解释并无二致,全国各级法院在裁判活动中都必须遵照执行。在内容上,最高人民法院回应的政策包括金融体制改革、保护国有资产、维护金融安全、国有银行和国有企业改革发展等,这些政策是最高人民法院制定司法文件的出发点。在时间上,最高人民法院对金融不良债权处置政策的回应从2001年开始,一直持续到2011年,不断强化金融不良债权处置的司法保障,这一期间发布的各项司法文件至今依然适用。

表1 回应政策的司法文件

司法文件	对政策的回应表现
1.《最高人民法院关于国有金融资产管理公司处置国有银行不良资产案件交纳诉讼费用的通知》(法[2001]156号)	为了支持国家金融体制改革,减轻国有资产管理公司在处置国有商业银行不良资产过程中的费用负担,规定四大国有金融资产管理公司为处置国有商业银行不良资产提起诉讼的案件,其案件受理费、申请执行费和申请保全费减半交纳。
2.《对〈关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释有关问题的函〉的答复》(法函[2002]3号)	为了最大限度地保全国有资产,金融资产管理公司发布的催收债权的公告,其诉讼时效的中断溯及至金融资产管理公司受让原债权银行债权之日。
3.《最高人民法院关于人民法院是否受理金融资产管理公司与国有商业银行就政策性金融资产转让协议发生的纠纷问题的答复》([2004]民二他字第25号)	金融资产管理公司与国有商业银行就政策性金融资产转让协议发生纠纷起诉到人民法院的,不予受理。
4.《最高人民法院关于金融资产管理公司收购、处置不良资产有关问题的补充通知》(法发[2005]62号)	为了维护金融资产安全,降低不良资产处置成本,国有商业银行向金融资产管理公司转让不良贷款,或者金融资产管理公司收购、处置不良贷款的,担保债权同时转让。担保合同中关于合同变更需经担保人同意的约定,对债权人转让债权没有约束力。
5.《最高人民法院关于延长国有金融资产管理公司处理国有商业银行不良资产案件减半缴纳诉讼费用期限的通知》(法[2006]100号)	为了支持国有银行和国有企业改革发展,支持四大金融资产管理公司收购、管理和处置国有银行不良资产工作,将诉讼费减半缴纳的有效期限延长三年。
6.《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》(法发[2009]19号)	为了解决金融不良债权转让过程中国有资产流失的问题,《纪要》在诸多问题的规定上均带有政策性,如遵循的原则、案件的受理、金融资产管理公司与债务人自行约定诉讼管辖的效力、地方政府的优先购买权、利息收取、既有规定的适用、《纪要》的适用范围。
7.《关于审理涉及中国农业银行股份有限公司处置股改剥离不良资产案件适用相关司法解释和司法政策的通知》(法[2011]144号)	中国农业银行股份有限公司受财政部委托处置其股改剥离的不良资产,相关案件可适用最高人民法院就审理涉及金融资产管理公司处置不良资产案件所发布的相关司法解释、司法政策及有关答复、通知的规定。

## (二)司法回应的显性方式:作为认定事实、说理以及裁判的依据

以表1所示司法文件的名称为关键词在裁判文书公布平台进行检索,到目前为止,最高人民法院、个别地方人民法院在民事裁判中对金融不良债权处置政策的回应共有三种形式。如表2所示。

这些裁判除了表1中第1项和第7项规定纯程序性问题的司法文件无法直接适用外,法院对其他司法文件都予以了不同形式的适用,其中适用最多的是《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》(下文简称《纪要》)。在裁判中,法院对为何要适用金融不良债权处置政策进行了不同程度的说明。如在(2009)民提字第125号裁判中,最高人民法院认为,“金融资产管理公司收购和处置银行不良金融债权,事关国家金融安全,具有较强的政策性,本案所涉债权转让协议,不能完全等同于一般民事主体之间的债权让与行为,具有高风险、高收益,与等价交换的市场规律有较为明显区别”;在(2011)民提字第46号裁判中,最高人民法院认为,“案涉合同……需在金融不良债权处置的特殊背景和特殊政策下予以分析认定”,“资产管理公司收购和处置银行不良金融债权,具有较强的政策性”,“不良资产的处置交易不仅应适用以基本等价有偿为原则的合同法规则以及物权法规则,更应适用特殊的政策规定”。

<sup>①</sup>根据《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》(法发[1997]15号)、《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发[2007]12号),司法解释指的是“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种形式的司法文件。

表 2 回应政策的司法裁判<sup>①</sup>

回应方式	具体表现	案号
作为认定案件事实的依据	认定诉讼时效是否届满、中断	(2007)民二终字第 208 号、(2008)民二终字第 75 号、(2008)民提字第 181 号、(2011)民二终字第 5 号、(2012)民二终字第 75 号、(2012)民申字第 1466 号、(2013)民申字第 1167 号、(2013)民申字第 1167 号、(2014)民申字第 2032 号、(2015)民二终字第 53 号、(2018)民再第 109 号、(2018)民申字第 968 号、(2019)民申字第 2586 号
作为说理依据	确定民事主体是否享有权利	(2009)民二终字第 51 号、(2010)民二终字第 25 号、(2010)民提字第 136 号、(2011)民二终字第 98 号、(2012)民提字第 181 号、(2011)民四终字第 21 号、(2011)民四终字第 27 号、(2013)民二终字第 84 号、(2013)民二终字第 95 号、(2014)民四终字第 44 号、(2014)民二终字第 157 号、(2014)民申字第 1762 号、(2015)民提字第 79 号、(2016)民终第 732 条、(2016)民申字第 1724 号、(2016)民申第 2328 号、(2016)民再第 355 号
	认定合同的解除、合同效力	(2009)民提字第 125 号、(2010)闽民终字第 662 号、(2011)民二终字第 98 号、(2013)民申字第 2092 号、(2014)民二终字第 172 号、(2014)民申字第 1354 号、(2016)民申字第 1724 号、(2017)民申第 1911 号、(2018)民再第 273 号、(2018)民申字第 1899 号、(2018)民申第 2021 号
	确定诉讼程序问题	(2009)民二终字第 28 号、(2009)民二终字第 51 号、(2011)民提字第 46 号、(2012)民四终字第 4 号、(2014)民提字第 46 号、(2015)民申第 1796 号、(2015)民申第 2360 号、(2016)民再第 394 号、(2016)民终字第 27 号、(2016)民申 946 号、(2016)民终字第 96 号
	确定法律适用	(2013)民申第 166 号、(2018)民申第 2021 号、(2018)民申第 4581 号、(2019)民申第 2509 号
作为裁判依据	/	福建省高级人民法院(2010)闽民终字第 662 号

综上,法院对金融不良债权处置政策的回应既有隐性的也有显性的,既有概括性的也有具体的。从诉讼过程来看,涉及到案件的受理、管辖、审理(遵循的原则和规范)等环节;从诉讼各方面来看,同时涉及事实问题和规范问题、实体问题和程序问题、历史性问题和现实问题;大到资产包的处置规则,小到诉讼费用的交纳,为金融不良债权处置政策的落实提供了全方位的司法保障。

### (三)司法回应的程度:是否在法律规定范围内

对上述司法回应以是否符合现行法律规定为标准进行划分,结果显示,仅有少数回应保持在了法律规定范围内,绝大部分已经超越了法律规定范围,表现出明显的回应过度。如表 3、表 4 所示。

表 3 在法律规定范围内的回应

事项	对政策的回应	回应方式
通知方式	《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》第六条:金融资产管理公司受让国有银行债权后,原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知的,人民法院可以认定债权人履行了《中华人民共和国合同法》第八十条第一款规定的通知义务。	扩大解释: 将《合同法》第八十条第一款中“通知”的方式扩展到包括登报公告方式 <sup>②</sup> 。
利他合同	《纪要》三规定:金融资产管理公司在不良债权转让合同中订有禁止转售、禁止向国有银行、各级人民政府、国家机构等追偿、禁止转让给特定第三人等要求受让人放弃部分权利条款的,人民法院应认定该条款有效。	目的解释: 基于剥离金融不良债权的目的,将《合同法》第六十四条中的向第三人履行的合同解释为“利他合同”或“为第三人的合同” <sup>③</sup> 。

<sup>①</sup>表中所列案例均为笔者通过无讼案例网、裁判文书网搜录而来,搜索时间截止到 2021 年 12 月 17 日。

<sup>②</sup>关于通知方式,针对不同的对象,最高人民法院的态度截然不同。对于债务人,公告即可产生通知效力。而对于优先购买权人(地方政府等),公告却不能产生通知效力。最高人民法院(2011)民二终字第 98 号判决写到:“该规定明确了金融资产管理公司在转让不良债权时对优先购买权人的通知义务,虽未列明通知形式,但按照《纪要》最大限度防止国有资产流失、保障国家经济安全的精神,该义务应以书面、口头或其他优先购买人能够确认知悉的方式来履行,而不宜随意采用公告方式。”

<sup>③</sup>高民尚《关于审理涉及金融不良债权转让案件的若干政策和法律问题——解读最高人民法院〈关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要〉(中)》,《人民法报》2009 年 5 月 4 日,第 3 版。

表 4 超出法律规定范围的回应

事项	对政策的回应	回应方式
诉讼时效的中断	最高人民法院对《关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释有关问题的函》的答复:为了最大限度地保全国有资产,金融资产管理公司在全国或省级有影响的报纸上发布的有催收内容的债权转让公告或通知所构成的诉讼时效中断,可以溯及至金融资产管理公司受让原债权银行债权之日。	改变了《民法通则》第一百四十条的规定,赋予了诉讼时效的中断以溯及力。
案件受理	《纪要》二关于案件的受理的规定中指出,案件存在下列情形之一的,人民法院不予受理:(一)金融资产管理公司与国有银行就政策性金融资产转让协议发生纠纷起诉到人民法院的;(五)受让人自金融资产管理公司受让不良债权后,以不良债权存在瑕疵为由起诉原国有银行的;	在《民事诉讼法》第一百一十一条无相应规定的情况下,增加了不予受理的情形。
管辖约定	《纪要》三规定金融资产管理公司受让不良债权后,自行与债务人约定或重新约定诉讼管辖的,如不违反法律规定,人民法院应当认定该约定有效。	在《合同法》、《民事诉讼法》无明文规定的情况下直接作出规定。
担保约定的效力	《纪要》三规定,担保合同中关于合同变更需经担保人同意或者禁止转让主债权的约定,对主债权和担保权利转让没有约束力。	改变了《担保法》第二十二条规定的约定优先规则。
地方政府等的优先购买权	《纪要》四规定,为了防止在通过债权转让方式处置不良债权过程中发生国有资产流失,相关地方人民政府或者代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门或者持有国有企业债务人国有资本的集团公司可以对不良债权行使优先购买权。	在法律无明文规定的情况下创设规则。
国有企业债务人诉权	《纪要》五规定,为避免当事人滥用诉权,在受让人向国有企业债务人主张债权的诉讼中,国有企业债务人以不良债权转让行为损害国有资产等为由,提出不良债权转让合同无效抗辩的,人民法院应告知其向同一人民法院另行提起不良债权转让合同无效的诉讼;国有企业债务人不另行起诉的,人民法院对其抗辩不予支持。	改变了《民事诉讼法》第一百零八条的规定,仅赋予国有企业债务人提起合同效力之诉的诉权。
利息收取	《纪要》九规定,受让人向国有企业债务人主张不良债权受让日之后发生的利息的,人民法院不予支持;但不良债权转让合同被认定无效的,出让人在向受让人返还受让款本金的同时,应当按照中国人民银行规定的同期定期存款利率支付利息。	改变了《合同法》第八十一条关于从权利一并转让的规定。
裁判依据	将《纪要》作为裁判依据	改变了《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第一条,径行根据《纪要》进行裁判。

## 二 金融不良债权处置政策司法回应的不足

金融不良债权处置政策的司法回应之所以表现出明显的过度,一方面与我国历史上形成的重视政策这一工作方式的习惯有关。当时的主流观念是:政策是法律的灵魂,对法律起着指导作用,法律是政策的保障,是实现政策的一种手段和工具<sup>①</sup>。另一方面也是由当时我国法律制度不完善的客观现实决定的。从新中国成立初期至1986年《民法通则》颁布之前,民事立法的缺失,30多年来我国一直处于没有民事基本法的状态,所以在民事活动和司法裁判中需要大量运用政策来指引;从1987年《民法通则》施行到2011年,由于《民法通则》确立了政策的法源地位,所以这一时期我国处于法律和政策的混合规范阶段;从2011年我国社会主义法律体系基本建成到《民法总则》颁布,随着法律制度日益健全和完善,我国才逐步过渡到主要由法律进行调整的阶段<sup>②</sup>。不容否认,政策作为一种特殊的社会准则,无论是否被明确规定为裁判依据,在特定情况下都可能对司法活动产生一定的影响,关键在于,这种影响是否在合理的限度内,司法对政策的回应是否适当。

### (一)司法文件和裁判跨越了法律系统的界限

<sup>①</sup> 蔡定剑、刘丹《从政策社会到法治社会——兼论政策对法制建设的消极影响》,《中外法学》1999年第2期,第7页。

<sup>②</sup> 刘颖《论民法中的国家政策——以〈民法通则〉第6条为中心》,《华东政法大学学报》2014年第6期,第81页。

卢曼的系统/环境区分理论认为,传统社会是以社会阶层的分化为基轴进行分化和演化,而当代社会则是靠功能方面的分化而演进的,从而形成了政治、经济、科学、法律、教育、宗教、家庭等各个独立的分功能系统。而且,每一个分功能系统都是自我生成、运作自成一体的,但同时也具有开放性。以法律系统为例,它作为一个独立的社会系统,与其他社会系统彼此互为环境、互不干扰,它们都不能跨过自身的界限直接进行沟通。但同时,法律系统并不是一个完全闭环的系统,它对环境是开放的,在一定条件下,环境中的某些信息也可以被系统吸收,从而成为系统的一部分。比如,当隶属于政治系统的政策作为法律适用的参照时可以进入法律系统。然而,在金融不良债权处置政策的司法回应上,政策并非只有在作为法律适用的参照时才进入法律系统,大多数时候是法律系统跨出自身体边界主动将政策纳入,从而导致政策的适用过度。

第一,法律系统的自成一体性意味着其所有的运作单位,如系统的构成要素、结构、边界等都由系统自己生产而来,所以,构成法律系统的司法文件和裁判应天然地具有法律性质,司法文件应该是法律属性的司法文件,同样,裁判也应该是法律属性的裁判。而有关金融不良债权处置的司法文件和大部分裁判却基本上都是围绕政策制定和作出的,其关注的重点不是法律系统合法与非法的评判标准,而是是否合乎政策目的,致使这些司法文件和裁判都带有了明显的政策属性。正如表4所示,一方面,在没有法律规定的情况下,最高人民法院根据政策目的制定司法指导文件,并将文件精神融入裁判。如《纪要》第四条赋予了地方人民政府或者代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门或者持有国有企业债务人国有资本的集团公司可以对不良债权行使优先购买权,而《合同法》以及其他法律中并无债权转让优先购买权的规定。表2所示的最高人民法院(2010)民二终字第25号、(2014)民四终字第45号、(2017)民申字第1911号裁判均将该规定作为了说理根据。另一方面,即使在法律有明确规定的情况下,最高人民法院仍然另行制定与法律规定不一致的司法文件,并根据司法文件的规定进行裁判。如根据《民法通则》的规定,诉讼时效的中断仅向后发生效力,但最高人民法院“十二条”规定,金融资产管理公司主张权利行为构成的诉讼时效中断可以溯及到其受让债权之日。其后,在关于执行该文件的答复中最高人民法院解释道,该规定是为了最大限度保护国有资产,因为不良债权往往数额巨大,若因诉讼时效期满而无法实现就会导致国有资产的大量流失。在表2所示的13个案件中,法院均据此进行了认定。

第二,法律系统的运作自成一体性并没有否定环境的重要性,它对环境是开放的。不过,需要特别强调的是,这种开放是有条件的开放,是建立在法律系统自成一体的基础上的开放,本质上仍然属于系统内部的运作<sup>①</sup>。法律系统通过规范上的闭环和认知(审理)上的开放将系统与环境的区分内化为自我参照与外部参照的区分。法律系统在运作的过程中是在内部参照和外部参照之间来回移动,并不跨越自己的边界<sup>②</sup>。然而,在涉及金融不良债权转让案件的司法裁判中,面对政策,法律系统基本上处于全然开放的状态,它没有运用自己的程式对政策进行有选择性的过滤,从而将属于法律系统的信息纳入系统内部,将不属于系统的留在环境,反而主动去适应政策,不仅为政策的实现创造便利条件,甚至牺牲了法律规范的权威性、稳定性,强行在闭环的法律规范上打开了缺口。在表4所示的一系列问题上,无论我们对原法律规定的内容作何解释,都没有要将政策内化为“外部参照”的需要。《民法通则》关于诉讼时效“从中断时起……重新起算”的规定无论运用何种法律解释技术都不能得出“可溯及至……受让……债权之日”的结论;《担保法》关于担保约定的效力“保证合同另有约定的,按照约定”无论作何解释都不能得出“担保合同中……约定,没有法律效力”。此时,政策就仅仅是环境,不构成对法律适用的“外部参照”,与法律系统之间不应该产生任何交集,法律无需对政策作出反应,而相关司法裁判却一律将政策纳入法律系统内部,并超越了法律规则给予回应。

## (二)忽视法律规范稳定性期望的功能强行进行回应

社会系统由交往组成,而社会交往具有复杂性和双重偶在性,要稳定社会交往的预期,就必须有一个中立的第三方来稳定双方的预期,尤其是稳定对方对自己行为的预期,而要稳定对方对于己方的预期,就必须

<sup>①</sup>比如侵权纠纷案件中对行为人主观状态是故意还是过失的判断,这属于心理系统的活动内容。由于法律系统无法直接参与心理系统的运作,行为人内心的细微活动从法律系统中是无法得知的。因此,法律系统只能根据自己的程式(法律程序、法律规则)如举证责任从而在法律系统内部构建对行为人心理活动的认知。这种认知仍然是法律系统的内部运作,而不是环境的信息直接穿透到了法律系统内部。

<sup>②</sup>卢曼《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第37—47页。

对失望现象采取规范的态度。如此一来,就需要对交往主体彼此的规范性预期提供担保,而此种担保唯有通过某种反事实的建构才能够实现。而现代法律作为一种反事实的建构,承担的就是此种对规范性预期进行担保的功能<sup>①</sup>。法律的社会意义就在于,通过每一次社会交往来承续已经实现的交往,以及接续未来的交往,让期望得到持久保证。因此,法律的功能仅仅在于规范性期望一致性的一般化。任何强行给法律附加种种复杂功能的行为都会损害法律的稳定性。而在金融不良债权处置政策的司法回应中,司法文件和裁判不但未延续规范性期望的一致性,反而为了配合政策而“改造”法律规范,其中以《纪要》最为突出。

第一,在语义方面,法律要稳定规范性期望必须确保交往含义的重复使用,法律规定的术语、概念、表述等应该凝固化,以保证即使经过了较长时间、即使在新的上下文中,依然能够被认为是同一种表达<sup>②</sup>,不会因时、因地以及因情境而异,至少不会出现与原规定完全相反的理解。而在金融不良债权处置政策的司法回应中,司法文件和裁判在表4所示的诸多问题上都背离了法律规定的含义,超出了人们对法律概念的一般把握程度,甚至与法律规定的含义全然相反。如关于利息收取,《合同法》规定,债权转让后从权利一并转让。利息属于从权利中的一种,其随之转让即属当然,除非合同当事人约定不随之转让<sup>③</sup>。而《纪要》对债权受让后发生的利息则全然不予支持。又如,关于担保合同中特别约定的效力,而《担保法》对于债权转让后保证人是否在保证范围内继续承担担保责任,赋予了保证人一定程度的自主决定权,而《纪要》则直接否定了特别约定的效力。

第二,在动机方面,法律要实现稳定行为期望的功能必须保持中立客观,既要避免因入设法,做到面向整个社会而不是某个特定群体,同时,也要避免对遵守或者不遵守法律规范的各种动机预先作出评判,然后根据动机发出指令。法律有可能被遵守,也有可能不被遵守,法律本身并不能阻挡完全向着不同方向发展的现实,它并不允诺一定会出现符合规范的行为,但是它保护抱有这种期望的人,并为之提供有利条件<sup>④</sup>。如此,整个社会才会基于对法律的信任总体上形成良性循环。而在金融不良债权处置政策的司法回应上,利益保护的主体和遵守法律的各种动机——支持国家金融体制改革、支持国有银行和国有企业改革发展、最大限度保全国有资产、减轻国有资产管理公司的费用负担、降低不良资产处置成本等都被预先设定了,而面向整个社会的现行法律规范在多大程度上可以满足这些预设存在着不确定性。基于此种预判,最高人民法院即对国有银行、国有企业、国有资产管理公司,以预设动机为出发点制定司法文件,来保证其能够确切地得以实现。因人设法,以贯彻政策的动机为中心制定法律规范带有极大的不确定性,这也从侧面说明了为什么既定法律规范被一再打破,而且可能还会继续被打破。

### (三)法院决策行政化、职能缺位

#### 1. 法院决策行政化

第一,从各级法院之间的关系来看。卢曼系统理论认为,社会分立出各功能系统的同时,每一个分系统内部也存在着区分,以此来确定整个系统的秩序<sup>⑤</sup>。在法律系统中,既存在着建立在平等基础上的区分形式,如法院和律师,同时也存在着建立在平等基础上的区分形式,作为裁判组织的法院即属此类<sup>⑥</sup>,彼此之间平等、相互尊重,而非领导与被领导的行政隶属关系。我国《宪法》第一百三十二条、《人民法院组织法》第十条都明确了上下级法院之间监督与被监督的关系,而实际上,我国各级法院之间的关系距法律规定尚有一定差距。下级法院往往听令于上级法院,遵从其司法指导,甚至在某类案件的审理上,裁判文书的说理内容都与上级法院保持了一致。涉金融不良债权处置的司法文件中多处可见“服从和服务于”、“遵照执行”、“应当及时报告”等带有强烈行政化色彩的表达,要求地方法院根据政策精神进行裁判;同时,地方法院在裁判中阐述的政策适用理由也与最高人民法院裁判文书中的内容高度一致。在下级听令于上级的行政化的决策方

① 泮伟江《双重偶联性问题与法律系统的生成——卢曼法社会学的问题结构及其启示》,《中外法学》2014年第2期,第558页。

② 卢曼《社会的法律》,第64—65页。

③ 韩世远《合同法总论》,法律出版社2011年第3版,第472页。

④ 卢曼《社会的法律》,第68—69页。

⑤ 比如系统内部进一步以阶层为区分进行划分,那么整个系统都是按照上下级的等级秩序来组织的。

⑥ 卢曼《社会的法律》,第156—157页。

式下,上级法院对金融不良债权处置政策的回应迅速向下扩散,最终导致整个司法系统对政策回应过度。

第二,从法院决策的过程来看。法院作为法律系统内部专司生产司法裁判的组织,进行裁判活动时只能在法律系统的“壁龛”之中来回踱步,不允许跨越系统边界。因此,法院在运作过程中必须遵循裁判前提的限定,“纲要”则是前提之一。纲要包括条件纲要和目的纲要。条件纲要指的是决策要满足事先给定的条件,最典型的表达就是“如果……那么……”程式,目的纲要指的是必须实现的某个目标。条件纲要在时间上指向过去,目的纲要则指向未来。在运用条件纲要时,是否满足给定条件存在着解释的空间,目的纲要解释的空间更大,所以两种纲要具有不同程度的开放性。但是,无论作何解释,都必须保持在法律系统能够接受的范围内,尤其是在运用目的纲要时,要把目的纲要嵌入条件纲要,否则很容易跨出系统边界<sup>①</sup>。在金融不良债权处置政策的司法回应中,只有在表3所示的通知方式和利他合同的认定上,目的纲要的适用被嵌入条件纲要,遵循了裁判前提的限定。而在表4所示的一系列问题上,法院均适用了目的纲要,且已经超出了裁判前提的限定。此时,法院决策的依据不再是法律规定,而是政策,其裁判就成为了行政化的决策。

## 2. 法院职能缺位

法院的裁决总是涉及两种甚至常常是更多种的选择可能性,而这些可能性本身又包含着只有通过已经完成的裁决才可能产生的状态、事件和以后的裁决,因为如果这些状态、事件和以后的裁决没有被裁决就不会出现而只能被有限地预见。所以,裁决是被其他选择可能性排除在外的第三者,更明确地说它是一种自相矛盾,只有当存在某种原则上不可裁决的事物时才会有裁决,否定裁决就是已经被裁定了,只不过是必须被“认出来”而已。正因为裁决的这种本质,所以法院必须对每一个递交到他们这里的案件作出裁决,这一原则被称为“禁止拒绝裁判”,双重否定的表达方式从逻辑上充分强调了这一原则的不容置疑和动摇。我国《民事诉讼法》明确规定法院对于符合条件的起诉必须受理,然而在金融不良债权转让纠纷案件中,《纪要》却增加规定了一系列不予受理的情形。如“金融资产管理公司与国有银行就政策性金融资产转让协议发生纠纷起诉到人民法院的”,“受让人自金融资产管理公司受让不良债权后,以不良债权存在瑕疵为由起诉原国有银行的”。凡不利于剥离金融不良债权,进而不利于推进金融体制改革和国有企业改革的起诉,都被尽可能地排除在了司法的大门之外,最终导致整个司法系统对部分金融不良债权转让案件的集体“逃逸”。

## 三 优化金融不良债权处置政策司法回应的建议

金融不良债权处置政策的上述司法回应是亚洲金融危机、金融体制改革、国有企业改革、全球金融危机等特殊的历史和经济条件下的一种应急机制,也是在我国法律不健全和完善的制度条件下的一种特殊处理方式。如今,我国防范金融风险的各方面机制不断完善,货币政策、财政政策、金融监管体系、金融科技等越来越成熟;金融体制改革、国有企业改革也步入了新阶段,金融机构、国有企业已基本实现了市场化运作;同时,法律体系日臻完善,社会治理法治化已成为各界共识。各方面条件都证明,金融不良债权的处置无需也不能再延续以往政策性的处理方式。党的十八届四中全会专题研究了全面推进依法治国重大问题,党的十九大描绘了2035年基本建成法治国家、法治政府、法治社会的宏伟蓝图。习近平在全面依法治国委员会第二次会议上强调,法治是最好的营商环境,要通过市场化手段,在法治框架内调整各类市场主体的利益关系。因此,新时代金融不良债权的处置应遵循法治化的基本方向,司法应从以下几个方面着手,理性对待金融不良债权处置政策,正确处理金融不良债权处置政策与法律的关系。

### (一) 在法律系统的界限以内引介政策

社会系统是由交往组成的,属于法律系统本身的仅仅是以法律规则为依据的交往,是以合法或不合法的二元符号进行划分的这类交往,不存在其他第三值。法律与政治作为两个独立的社会系统,都自成一体,有自身特定的运作规则,政策只有在特定的情况下才能介入法律,不能强行关联融合。强行将金融不良债权处置政策引入法律实际上面临着系列难题。一是缺少配套规范,无法通过《民法通则》法源规定中的“政策”一语指引到具体的政策规定,致使法院引用的政策层级各异,既有“经济政策”、“金融体制改革政策”,也有司法指导性文件,而在引用前者时,法院就拥有了极大的自由发挥空间;二是逻辑上无法自洽,因为无论引用的

<sup>①</sup> 宾凯《从决策的观点看司法裁判活动》,《清华法学》2011年第6期,第102页。

是法律还是政策,法院最终都要作出有无法律依据的判定<sup>①</sup>,如在(2010)民提字第136号裁判中,最高人民法院即是根据政策来认定相关诉求“没有法律依据”;三是政策的适用大多超越了现行法律的规定,相关裁判仅具有法律的形式而无法律的实质,损害了司法公信力。

相较于法律,政策确有其独特优势,如决策果断、适用灵活、执行迅速,但同时值得注意的是,其范围模糊性、内容抽象性、短时效性以及民意基础的缺乏等固有缺陷与现代社会治理方式所追求的确定性、稳定性、普遍性之间的内在冲突,容易诱发投机行为、侥幸心理乃至权力寻租等对公众守法意志的冲击,以及强行将政策适用于司法产生的一系列困境。金融不良债权处置政策是特定的历史和经济条件下的一种阶段性应急机制,当前各方面条件俱已发生变化,不应任由其演变为一种常态机制,其司法适用应严格控制在法律规定的范围内,不能再以牺牲法律的稳定性为代价追求政策目的。理论上,《民法总则》、《民法典》以及其他部门法律都已经预留了国家公权力介入私法活动的通道。如《民法总则》和《民法典》第八条,“民事主体从事民事活动……不得违背公序良俗”;第一百四十三条,“具备下列条件的民事法律行为有效:……(三)不违背公序良俗”;第一百五十三条,“违背公序良俗的民事法律行为无效”。《合同法》第五十二条,“有下列情形之一的,合同无效:……(四)损害社会公共利益”。若确有将政策作为“外部参照”的必要,可以采用法律解释技术等论证方法,充分说明某一政策确实体现了“公共秩序”、“公共利益”,从而将其引入民事司法裁判,实现对私法效果的控制。除了法定的公法介入情形外,原则上不应在其他情形下再适用政策。

### (二)注重法律的稳定性

行为和期望具有复杂性和偶在性,复杂性意味着被迫选择,偶在性则意味着遭遇失望的风险以及冒险的必然。为解决社会交往的双重偶在性困境,必须通过现代法律对规范性预期进行担保。因此,作为规范性预期担保者的法律,其本身的稳定性对社会交往就具有十分重要的意义,若法律朝令夕改或者可以轻易被改变,那么社会预期就会频繁发生变化,逐渐就会变得越来越不可信。

自20世纪90年代末一直到现在,我国都主要依靠政策来推动金融不良债权的处置工作。而且,随着各方面改革的需要,金融不良债权处置政策还在被不断赋予新的意义,突破法律的范围也越来越广。在2009年世界金融危机的背景下出台的《纪要》,其内容几乎无一保持了现行法律的规定,而且其适用范围也随着政策的需要而扩大。在同一个问题上如此反复不但将使法律的严肃性、权威性受到严重损害,极不利于引导公众形成稳定预期,而且也不利于法律的贯彻执行。人们在为将来安排交易或制订计划时,就会无从确定昨天的法律是否还会成为明天的法律。为保障法律适用的稳定性,应使金融不良债权的处置回归到由民事基本法调整的状态。一是要做到法律术语含义的固定化和精确化。司法文件、司法裁判对法律术语和法律规范的理解应限于法律规定的范围,不能偏离法律已经固定下来的含义,不能创设法律规定之外的制度,否则便属于变相的立法而非法律的实施。同时,司法文件对法律适用问题的规定应使用规范语言,即“法言法语”,避免使用“国有资产”、“政策性金融资产”、“国家经济政策”等含义不确定的表达。二是公正、中立地施行法律,不能基于现行法律对谁有利或有害的预判而事后更改法律,不能将政策目的强加于法律,甚至以牺牲法律的稳定性为代价来满足政策目的。

### (三)法院去行政化、严格履行裁判职责

法院与法院之间的区分形式不是按照等级秩序来确定的,不实行上令下达。法院的核心工作是生产司法决策,仅根据法律规则,运用合法或非法二元符码对案件进行评价。如果法院之间有上下等级之分,下级法院根据上级法院的指令运作,一旦上级法院指示错误,这种错误的负外部性就会迅速外溢,从而扩散到整个裁判网络。法院组织、决策行政化是金融不良债权处置政策司法回应过度的重要原因。未来要实现金融不良债权的法治化处置,必须实现法院的去行政化。具体要做到以下两点。第一,严格执行我国《宪法》、《人民法院组织法》对上下级法院之间监督与被监督的关系的定位,这也是党的十八届三中全会对法院去行政化提出的要求。上级法院应通过法律规定的审级监督,即二审、提审、指令再审、案件移送等程序,规范性、程序性地对下级法院理解和适用法律的行为进行监督,抑制主动干预下级法院审判活动的冲动,做到依法监督。

<sup>①</sup>张红《论国家政策作为民法法源》,《中国社会科学》2015年第12期,第140页。

第二,理性对待司法指导性文件。司法指导性文件是除司法解释以及司法行政管理、人事管理类文件之外的,涉及法律适用问题的规范性司法文件。不同于司法解释,司法指导性文件不能在裁判文书中援引作为裁判依据,仅对各级人民法院的审判工作具有参考借鉴意义。因此,其内容中不宜出现强制性的规定,应避免使用“遵照执行”、“应当参照”等具有行政指令意味的表达方式。为确保司法指导性文件的严肃性,更重要的是合乎法律性,可由最高人民法院建立起程序化的工作机制来规范司法指导性文件的制定。各法院在参考借鉴司法指导性文件时,还应进行严格审查,不能不加分辨地全盘适用。

裁判乃法院的天职,案情不明或法律依据不足都不能成为法院拒绝裁判的理由。因为案情不明从逻辑上来讲是不可能排除的,同时,法律系统应当有制度上的预防措施。从另一角度而言,“禁止拒绝裁判”原则也是由社会纠纷解决方式悠远而深刻的演化过程决定的。随着纠纷解决方式由早期社会的私力救济逐步过渡到国家产生之后的公力救济,现代国家普遍对私力救济持否定态度,公力救济便占据了权利救济机制的中心地位。既然其他救济方式的实施空间受到严重压缩,那么公力救济的实施就必须得到充分保障,以畅通的运行方式、尽可能完善的制度来确保纠纷能够得到公正、及时的解决,这是国家垄断公力救济后对公民承担的当然义务。正是基于此,司法在理论上被比喻为“维护社会公平正义的最后一道防线”。我国对于金融不良债权转让纠纷案件规定的一系列不予受理的情形,其理由既非事实不清、证据不足,也不是没有明确的法律依据,而是为了配合金融体制改革、国有企业改革政策,为了尽快推进国有银行、国有企业的市场化改革和顺利上市。未来应严格遵循《民事诉讼法》的规定,废止在《纪要》中增设的不予受理案件的情形,地方各级法院也应严格按照法律规定履行裁判职责。

## Judicial Response to the Policy on Financial Non-Performing Loans Disposal

Song Guilin

(The Civil & Commercial Law School, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** With regard to the policy on the disposal of financial non-performing loans, China's courts have responded through both the implicit way of making judicial documents and the explicit way of acknowledging this policy as the evidence of case facts, reasoning and judgement. These responses have, to a large extent, exceeded the provisions of the existing law, forming an over response. The cause of this phenomenon lies in judicial documents' and judgement's over-step of the boundaries of the legal system, the forced response with ignorance of the law's function of stable normative expectations, the administrated court decision and the court's functional vacancy. In order to reverse the excessive judicial response to financial non-performing loans resolution policy, new policy should be introduced within the boundaries of the legal system, the stability of the law should be emphasized, the court should be de-administrated, and the adjudication should be strictly judged.

**Key words:** financial non-performing loans; policy; judicial response; Luhmann system theory

[责任编辑:苏雪梅]