

厦 门 大 学 金 融 法 学 文 库 | 刘 志 云 主 编

涅槃抑或坠落

——论商业银行破产重整制度

吴林涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

厦 门 大 学 金 融 法 学 文 库 | 刘 志 云 主 编

涅槃抑或坠落

——论商业银行破产重整制度

吴林涛 著

图书在版编目(CIP)数据

涅槃抑或坠落:论商业银行破产重整制度 / 吴林涛
著. —北京:法律出版社, 2014. 5
(厦门大学金融法学文库 / 刘志云主编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6378 - 2

I. ①涅… II. ①吴… III. ①商业银行法—破产法—
研究—中国 IV. ①D922.281.4



中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第090009号

吴林涛 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.125 字数 236 千

版本 2014年6月第1版

印次 2014年6月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6378-2

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

金融作为现代经济的核心,具有优化资源配置,调节经济运行之功效,其资本运作良善与否甚至关乎社会稳定的实现。基于此,金融业的发展成为各国政府关注的重中之重,而通过制度供给促进金融业的良好发展也成为普遍并可行的路径。在此背景下,金融法研究乘势而起,成为近世之显学。兴起虽晚,却生机勃勃,在深入汲取相关部门法的理论积淀的同时,也广泛容纳各种跨学科知识与方法,并探求自身内省性之品格,最终成就如今的这个底蕴深厚、逻辑自治的新兴学科体系。

我国金融法的产生和发展伴生于改革开放的推进,经济体制转型的既有进路,型构了中国金融法制变迁之现实。虽然西方先验逻辑提供的立法技术素不匮乏,但我们真正所要面对的,却是如何让成熟的技术真正的契合本国的现实国情,发挥其应有的功效。内生金融交易秩序的制度根基的缺乏,曾使得中国金融法制在本土化复归的路途中一再迷失。同时在另一方面,全球化的推进,又敦促着中国必须及时

完成经济转型,早日实现我国金融市场与国际金融市场的有效对接,从而更是加剧国内金融法制的发展困境。对从事金融法研究的学者而言,任务艰巨如斯,前路漫漫,任重而道远。当然,恰逢这一转型之历史路口的吾辈,能直面历史之转折,兢兢业业,矢志科研;鉴前世之兴衰,考当今之得失;博观而约取,厚积而薄发。显然,从另一个视角观之,这是一种幸运。

“千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。”厦门大学法学院是全国较早开展金融法教学和科研的单位之一。早在2005年,便开始挂靠其他专业博士点招收“金融法”方向的博士研究生;2006年,在我校获得法学一级学科硕士、博士学位授予权的基础上,设立经济法博士点,金融法研究成为主要招生方向之一;2010年12月,厦门大学法学院正式成立金融法研究中心。近年来,金融研究中心的学术团队承担了大量的国家级与省部级科研项目,并相继出版与发表大量的学术专著与专业论文,在国内开始产生一定的影响。而今,金融法研究中心日益壮大,已经形成一支老中青相结合的优秀学术团队,并成为我国金融法高层次专门人才的重要培养基地之一。

“非学无以广才,非志无以成学。”为了进一步推动金融法研究中心的学科建设以及促进国内金融法研究的繁荣,我们决定编辑出版连续性的“厦门大学金融法学文库”。期以“前沿意识、精品理念”为指导,以系列学术专著、译著的形式,集中展现我国金融法领域的专题研究成果,促进学术繁荣和理论争鸣。“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”诚如斯言,我们期以本文库作为思想传播之媒介,学术交流之平台,博学审问,慎思笃行,自由争辩,自察自省,通过严肃认真的学术讨论和学术批评,推动金融法研究的不断创新。

本文库稿件来源不限于金融法研究中心的学者、校友,而以最大的诚意广泛征集海内外金融法专著、译著。当然,我们亦知,就整个金融法学研究而言,本文库仅为沧海一粟。庙廊之才,非一木之枝,希望能与学界同仁相濡相闻,砥砺共进。

是为序。

刘志云
2013 年 11 月 1 日

目 录

绪 论 / 001

第一章 商业银行破产重整制度的基本理论 / 009

第一节 商业银行破产重整的概念界定 / 010

一、商业银行破产重整的概念 / 010

二、商业银行破产重整与相关概念的区别 / 015

第二节 商业银行破产重整制度的理论基础 / 026

一、商业银行破产重整制度的经济学基础 / 026

二、商业银行破产重整制度的社会学基础 / 032

三、商业银行破产重整制度的法理学基础 / 034

第三节 商业银行破产重整制度的基本原则 / 039

一、稳定优先 / 040

二、公开透明 / 041

三、最低成本 / 042

四、快速处置 / 044

五、权益均衡 / 046

第四节 商业银行破产重整制度的价值及现实意义 / 049

一、商业银行破产重整制度的价值 / 050

二、对危机商业银行进行破产重整的现实意义 / 057

第五节 商业银行破产重整制度的立法模式 / 063

一、普通立法 / 064

二、专门立法 / 066

本章小结 / 071

第二章 商业银行破产重整的参与主体以及权益平衡 / 074

第一节 商业银行破产重整的参与主体 / 075

一、中央银行、财政部门、银行业监管机构 / 075

二、存款保险机构 / 084

三、法院 / 096

四、债权人 / 100

五、管理人 / 102

六、重整银行及股东 / 105

第二节 参与主体在商业银行破产重整程序中的权益平衡 / 110

一、行政权力平衡问题 / 110

二、公权力与私权利的界限问题 / 114

三、行政权与司法权的冲突问题 / 117

本章小结 / 119

第三章 商业银行破产重整的启动标准和申请权 / 121

第一节 商业银行破产重整程序的启动标准 / 122

一、商业银行破产重整的启动标准 / 122

二、典型国家关于商业银行破产重整启动标准的规定以及评析 / 138

第二节 商业银行破产重整程序的申请权配置 / 142

一、商业银行的破产重整申请人 / 142

二、典型国家关于商业银行破产重整申请配置权的比较研究及其

评析 / 151

本章小结 / 155

第四章 商业银行破产重整的重整方案和司法程序 / 159

第一节 商业银行破产重整方案的制定、通过、执行、监督 / 160

一、商业银行破产重整方案的制定 / 161

二、商业银行破产重整方案的分组、表决与通过 / 175

三、商业银行破产重整方案的执行与监督 / 179

四、商业银行破产重整方案中须注意的一些特殊问题 / 185

第二节 商业银行破产重整中的司法程序 / 198

一、对破产重整申请的审核和受理 / 198

二、对破产重整管理人的选任 / 202

三、重整债权人的确认以及组织债权人会议 / 206

四、重整方案的批准和强制批准 / 213

五、债权人利益遭到侵害时的权利救济 / 218

六、重整程序的终结 / 221

本章小结 / 223

第五章 我国商业银行破产重整的制度构建 / 225

第一节 我国商业银行破产重整制度的现状及构建意义 / 226

一、我国商业银行破产重整制度的立法现状 / 227

二、我国商业银行破产重整制度的构建意义 / 236

第二节 我国商业银行破产重整的公权力参与主体与重整启动 / 241

一、我国商业银行破产重整程序中的公权力参与主体 / 242

二、我国商业银行破产重整的启动 / 250

第三节 我国商业银行破产重整制度的立法与运作 / 258

一、我国商业银行破产重整制度的立法及权力运行模式 / 259
二、我国商业银行破产重整程序的具体运行 / 264
第四节 我国商业银行破产重整制度构建中的特殊问题 / 277
一、我国商业银行破产重整与接管、清算程序的衔接问题 / 277
二、我国商业银行破产重整财产界定 / 281
三、我国商业银行破产重整程序的流程及期限表 / 283
本章小结 / 286

结束语 / 289

参考文献 / 293

后 记 / 313

绪 论

提起商业银行,它离我们的日常生活似乎很近,普通民众对商业银行的理解大多停留在其主营的存贷款业务上。《布莱克法律词典》中对商业银行下的定义为:被授权可以接受活期存款和定期存款,从事信托服务,签发信用证,租用定期保险箱以及提供类似服务的银行。^①《元照英美法词典》将银行定义为“通过经营存款、贷款、汇兑、发行钞票或其他证券以及其他便利资金转移的业务,承担信用中介、支付中介、信用创造等职能的信用机构。”^②我国《商业银行法》规定:“依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。”^③根据不同的划分标准,可以将商业银行划分成很多种类别,但无论如何划分,商业银行在世界各国都表现出以下几个共同点:以追求最大利润为目

① 原文如下:Commercial Bank: A bank authorized to receive both demand and time deposits, to engage in trust services, to issue letters of credit, to rent time-deposit boxes, and to provide similar services.

② 薛波:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第131页。

③ 详见《商业银行法》第2条。

标;以多种金融负债筹集资金;以多种金融资产为其经营对象;能利用负债进行信用创造;可以向客户提供多功能、综合性的服务等。本书中提到的“商业银行”一词,除特别说明之外,也应作上述广义理解。

优胜劣汰是市场经济发展的必然要求和内在规律,从理论上说,作为经济主体之一的商业银行也不能例外。然而商业银行作为一国金融体系的核心,承担着提供金融公共产品的职能,在社会公众的日常生活及金融体系的稳定运行方面均发挥着不可替代的作用。因此,对经营不善的商业银行而言,其破产退出有着不同于一般市场主体的特殊之处,一味的妥协救助或轻而易举的破产清算都并非解决问题的最佳选择。

在次贷危机和欧债危机接连爆发的背景下,我国应如何更为妥善地化解商业银行存在的危机就成为当前重要的课题。对危机银行的处置,本质上说是一个寻求金融稳定与金融效率均衡的过程。一直以来,我国都以接管、托管、关闭等行政手段来处置经营失败的商业银行。不同于上述手段,商业银行破产重整制度是以司法救助手段来挽救已经发生重整原因,但仍有改善希望的银行,更具有程序上的合法性和公信力。对那些经过行政接管和重整程序仍拯救无望的银行,及时清算退出也确保了其退出真正市场化。

一、山雨欲来的全球银行业

2007年4月,以美国第二大次级抵押贷款机构新世纪金融公司申请破产保护为标志,次贷危机正式拉开帷幕。^①随后发生的美国雷曼兄弟公司申请破产保护,美国银行收购美林证券,美国政府被迫出手挽救

^① 所谓“次贷危机”或者“次级债危机”,简单地讲,就是源于美国次级抵押贷款市场的信贷危机。

保险业巨头AIG,美国政府接管“两房”和美国国际集团,五大投行发生巨变,华盛顿互惠银行破产倒闭,美联银行危机等一系列事件,表明美国次贷危机已演化为金融危机。而后危机迅速向全球蔓延,德国、英国、法国、日本、韩国以及中国台湾、中国香港等都有商业银行被挤兑、破产或重组,标志着发端于华尔街的次贷危机逐渐演变为一场波及全球的金融海啸。所带来的结果就是金融业流动性急剧紧缩,银行纷纷倒闭,全球金融市场遭受重创。次贷危机余波未平,2009年12月,三大评级机构接连下调希腊主权信用评级,希腊债务危机爆发。2010年12月评级机构下调多个国家评级,欧债危机再度掀起高潮。

在次贷危机和欧债危机的双重影响下,目前欧美银行业正接受着严峻的考验,而中国银行业表面上却是一片欣欣向荣的繁华景象。根据2012年度《中国银行业运行报告》显示,截至2012年年末,全国商业银行累计实现净利润1.24万亿元,比2011年增加1972亿元,同比增长18.9%。^①从表面数据来看,中国境内的商业银行似乎并未受到国际金融危机的不利影响。究其原因,一方面得益于监管部门的有效监管,另一方面也由于我国金融机构创新能力不足、资本市场还未完全开放,无法更加深入地参与国际金融市场竞争。^②

从历史上看,房地产价格高涨引起的泡沫破裂往往是引发金融危机甚至全面经济衰退的源头。此次金融危机的主要诱因也恰恰在于房价虚高、房产泡沫的不断膨大以及利率的不断调高。就我国目前的经济状况来看,房地产业在近20年里经历了巨大的发展,已然成为国民经济的重要支柱。但是在房地产价格经历了长达十多年的上涨后,泡

^① 资料来源:“中国银行业监督管理委员会·中国银行业运行报告(2012年度)”,载 <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/files/2013/11DB50F431F5480A9FAD49BCE193FD82.pdf>,最后访问时间2013年4月4日。

^② 刘轶超:“后危机时期我国银行业经营模式的选择”,载《海南金融》2011年第8期。

沫化迹象已非常明显。房地产开发商的资金和购房者的资金都主要来源于银行贷款,这决定了我国银行贷款的抵押品大部分也都是土地和房产,一旦房地产价格大幅缩水,尤其是房价跌幅大过重置成本时,理性的投资者会选择拒绝还贷,银行的坏账就将增加,从而加大金融风险。^①这与目前我国银行业存在的房地产贷款占信贷资产比重较大,风险情况不明且风险相对集中的现状不谋而合。^②加之近年来我国宏观经济整体下行趋势明显,笔者原先在法院从事审判工作,对此有比较切身的体会。2011年开始的东部沿海地区企业倒闭潮仍在持续,整个2012年,国内实体产业状况并未好转,破产企业数量还在不断增加,个别银行的光伏、钢贸等行业不良贷款率甚至超过15%。据浙江省高级人民法院统计,2012年已有诸如企业倒闭、跑路等847个涉及银行贷款的金融案件报送高级人民法院,标的总金额达120亿元。^③实体经济不景气,极易让风险由点及面地迅速蔓延传染至金融体系。自2012年以来,国内银行业的问题开始伴随着一些企业的破产、停产而开始显现,如温州银行的不良贷款率从2011年末的0.99%升至2012年6月的1.72%。2012年前11月,浙江全省的不良贷款率数据上升到1.58%。^④

二、我们为什么要选择商业银行破产重整制度

实践中,各国普遍选择用重整来处置银行的危机问题。比较世界上主要国家关于银行破产重整的立法模式,除了英国对商业银行破产

① 近期,温州部分商品房价格降幅过大,甚至达到了“腰斩”的程度,温州地区也因此出现了小范围的断供现象。虽然这种现象并非主流,但依然值得警惕。

② 赵高翔:“政府金融救助研究:理论与经验”,华东师范大学2009年博士学位论文。

③ 聂欧:“面对不良率的上升,金融机构纷纷开始采取措施”,载 <http://business.sohu.com/20130104/n362366795.shtml>,最后访问时间2012年7月11日。

④ 聂欧:“面对不良率的上升,金融机构纷纷开始采取措施”,载 <http://business.sohu.com/20130104/n362366795.shtml>,最后访问时间2012年7月11日。

完全适用普通破产法以外,其他国家基本上都对银行破产作了特别的规定。其中,美国是唯一就银行的重整和清算都单独立法的国家;德国除在普通破产法规定重整以外,在《银行法》第三部分第4节“特殊情况下的措施”也包含了银行重整的内容;在日本,《存款保险法》及《公司重整法》都适用于银行重整。^①我国自2007年6月1日起施行的新《企业破产法》第134条规定:“商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第二条规定情形的,国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。”该条第2款又规定:“金融机构实施破产的,国务院可以依据本法和有关法律的规定制定实施办法。”虽然各国的相关立法模式有所不同,但目的基本是一致的,即维持社会稳定,维系金融安全,避免社会大众蒙受因银行停业所带来的经济混乱。

目前,我国商业银行的数量相对不足、市场准入许可证仍属于稀缺资源。^②所以尽管国内商业银行普遍存在资本充足率不足、不良贷款比例过高、法人治理结构脆弱以及国际竞争力差等问题,并且实际上许多银行也已经达到了破产条件,却囿于没有完善的商业银行破产法律制

^① Peik Granlund. Bank Exit Legislation in US, EU and Japanese Financial Centres, http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1020248_code852818.pdf?abstractid=1020248&mirid=1,最后访问时间2012年8月18日。

^② 2005年高新技术产业与金融发展论坛上,国家发改委宏观经济研究院研究员宋立表示:“美国1000家企业就拥有一家独立的银行,德国大致上是1000家企业拥有一家独立的银行。我国大约有800万家企业,按照德国的标准,我们需要8000多家独立的银行;按照美国的标准,我们大概需要800多家独立的银行。”详见张汉青:“发改委专家:中国的银行太少了”,载<http://finance.sina.com.cn/review/20050914/08211966518.shtml>,最后访问时间2012年6月15日。另外,学者马光远也认为“目前,中国的GDP是美国的40%,而在美国,以银行命名的机构有8500多家,而我国称之为银行的机构只有300多家。而为中小企业服务的金融机构则更是奇缺,中国为中小企业服务的村镇银行目前仅10余家,而小额贷款公司的发展更是面临很多制度性障碍。”详见马光远:“破除银行业垄断是中国金融改革当务之急”,载http://finance.cnr.cn/gs/201204/t20120404_509379742.shtml,最后访问时间2012年6月15日。

度而迟迟未进入破产程序,导致中央和地方政府不得不花费大量的资源去加以维持。根据达尔文“物竞天择,适者生存”的进化理论,如果一家经营不善、效率不高的银行能够一直获得救助而不必考虑竞争失败的问题,那么它必然也缺乏改进的动力和勇气。从这点意义上讲,让经营失败的银行进入破产程序,然后通过破产重整制度挽救那些仍有生存希望或特别重要的银行,这样既能较好地维持金融系统的稳定,同时也可以帮助淘汰不具有竞争力的银行,促进经济资源的优化配置。

古人言:“居安思危。”我国现阶段仍未正式建立存款保险制度,由国家为银行业经营承担隐性担保责任,经营失败的结果多数情况下最终也由国家来承受。在经济高速发展时期,强势的监管、救济固然可以在一定程度上掩盖银行业的隐患或小疾,一旦经济增速下滑、房地产周期下行,则极易成为触发危机的导火索。当大规模的金融危机爆发,行政救济最终无力支撑时,国民经济必将承受重大打击而陷入衰退。日本大藏省长期强力干预银行的自然淘汰最终导致 20 世纪 90 年代中后期银行体系崩溃的先例应该引起我国监管部门的重视。结合当前国际金融形势以及其他国家商业银行破产实践,充分考虑我国银行业特点,设立合乎本国国情的危机银行救济渠道成为本书的写作初衷。

三、为什么说破产重整制度是商业银行倒下前的最后一块“多米诺骨牌”

对危机银行的处置,从本质上说是一个寻求金融稳定与金融效率均衡的过程。在次贷危机和欧债危机接连爆发的背景下,我国应如何更为妥善地化解商业银行存在的危机就成为当前重要的课题。一直以来,我国都以接管、托管、关闭等行政手段来处置经营失败的商业银行。不同于上述手段,商业银行破产重整制度是以司法救助手段来挽救已经发生重整原因,但仍有改善希望的银行,因而更具有程序上的合法性

和公信力。毕竟金融秩序事关重大,没有一个国家或政府会轻易让一家商业银行倒下。若重整成功,危机商业银行则好似凤凰涅槃重生一般;而那些经过接管、重组直至破产重整等程序仍拯救无望的银行,及时清算也确保了其退出真正市场化。所以我们说破产重整是危机商业银行真正倒下或者说被清算前的最后一块多米诺骨牌。

从破产法破产预防的理念和维持金融秩序稳定的角度出发,破产清算并非解决问题的最佳途径。虽然截至2013年3月15日,美国在本轮金融危机中倒闭银行的数量已经达到472家,^①但更多的银行则通过救助、重整摆脱了困境。金融市场的振作对带动实体产业走出危机的示范效力是不言而喻的,这也正是为什么同样在经历了次贷危机的美国和欧债危机的欧洲,美国经济复苏要来的更快。但无论如何,爆发的危机都给国内银行业及监管者敲响了警钟:我国目前对危机银行的处置仍是以行政手段为主,缺乏系统性金融机构破产法律制度。除海南发展银行于1998年6月作为第一家被行政关闭的商业银行外,^②真正经过司法程序处置并最终清算退出的金融机构仅有广东国际信托投资公司一家。这种处置方法既不公开透明,也背离了法治精神。

银监会正在起草的《银行业金融机构破产条例(草案)》中专列“重整”一章,体现了尊重以司法途径解决商业银行危机的立法导向。据此笔者认为,在我国建立以拯救为根本目的的商业银行破产重整制度,对经营失败的银行采取市场化措施的时机已经成熟。适时推出这一制度,是健全完善我国社会主义市场经济体制的重要举措。

由于重整制度在我国2006年《企业破产法》中才初次得以确立,目

① 资料来源FDIC网站:Failed Bank List,载 <http://www.fdic.gov/bank/individual/failed/banklist.html>,最后访问时间2013年3月16日。

② 海南发展银行也是我国截止到目前被强制退出市场的唯一一家商业银行,其清算跨度时间极长,至今已有15年,并且仍未结束。