



金融机构 破产制度研究

汪世虎 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



国家法制与法学理论研究项目
项目名称：金融机构破产制度研究
项目编号：09SFB2042

金融机构 破产制度研究

汪世虎 主编

撰稿人：汪世虎 陈 政 陈英骅
蒙瑞华 孙永祥 范伟红
侯东德 李季宁



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融机构破产制度研究 / 汪世虎主编. —北京:
法律出版社, 2014. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6404 - 8

I. ①金… II. ①汪… III. ①金融机构—破产法—研究—中国 IV. ①D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 095987 号



责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 18 字数 255 千

印次 2014 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6404 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

肇端于美国次贷危机的金融风暴席卷全球,引发诸多金融机构申请破产或者被政府接管,造成各国金融市场的剧烈震荡,各国政府及立法者不得不对金融机构的市场退出机制进行重新思考,也不得不对金融机构破产的立法问题进行重新思考。众所周知,金融业具有高负债、高风险和高外部性等特征,自 20 世纪伊始,如何防范金融风险,就已成为国内外学术研究的重点领域。在以往的研究中,学界多着眼于金融监管、企业内部控制、存款保险等各类预防性措施,但对于金融风险发生后如何从法律的角度挽救处于困境中的金融机构则关注较少。相对国外而言,国内对这一问题的研究还处于起步阶段,这些研究主要集中在国外金融机构破产理论和立法的介绍,缺乏适应中国金融市场发展的理论内涵,也未能形成金融机构破产法理论体系,而且大部分研究局限于用现有普通商事企业破产法理论对金融机构破产进行注释,缺少对金融机构破产特殊性的考察。在国内立法上,虽然 2007 年 6 月生效的《企业破产法》将金融机构破产问题纳入其调整范围,这标志着我国关于金融机构市场退出的立法理念有了根本性的进步,但是,《企业破产法》以及其他相关法律对金融机构破产的规定过于原则化,缺乏可操作性。因此,结合我国实际,建

立具有中国特色的金融机构破产法律制度就成为当前我国立法中亟待解决的重要问题。据悉,我国有关机构已经启动《金融机构破产条例》的起草工作。在这样的背景下,由汪世虎教授带领的课题组成功立项并顺利完成了司法部国家法治建设与法学理论研究项目——“金融机构破产制度研究”。《金融机构破产制度研究》一书的付梓出版即是这一项目研究成果的总结。本书旨在通过对主要金融大国金融机构破产法律制度的分析,提出构建我国金融机构破产法律制度的具体设想。简言之,就是为我国《金融机构破产条例》的制定提供有价值的参考建议。

本书共分为七章。第一章对金融机构破产立法的立法模式、立法目标和立法价值进行了深入的研究,指出:金融机构破产的两种主要立法模式经过长期的发展和历次金融危机的冲击,最终走向了融合;平等、秩序和效率是金融机构破产立法的基本价值;最低成本原则、稳定原则和适当干预原则是金融机构破产立法应当坚持的基本原则。我们认为,基于金融市场发展不够成熟的现实,我国亟待制定有关金融机构破产的专门法律法规;基于节约立法成本和保持金融秩序稳定的考虑,我国金融机构破产的专门立法宜采“行政法规”的立法层次,从分业立法逐步推进到统一立法。第二章探讨了金融机构的破产标准,指出我国金融机构破产标准的确定应遵循折中的列举主义原则、社会本位原则、成本效益原则、损失和风险合理分担原则。从金融机构破产标准的特殊性来看,“资不抵债”标准不太合理;而“支付不能”标准是用现金流衡量到期债务,虽然其将参照物定位于现金流具有一定的合理性,但是该标准过于抽象和单一,又存在程度以及时间上的量化不清,容易造成认识和实践的混乱。因此,我们认为,有必要改革破产标准抽象的缺陷,增加财务危机事实和监管性标准,细化清偿不能的具体情形,以更加适应我国现有的司法现状。在第三章中,本书对金融机构破产的前置程序进行了研究,指出鉴于金融机构的特殊性,为金融机构破产配置一些前置程序是非常必要的,包括破产申请的批准、金融机构的接管、托管等。我国应当加强金融机构破产前置程序的立法与规制,完善破产前置程序的适用条件,明确破产前置程序申请人的范围,建立破产前置程序强制信息披露制度。第四章对金融机构破产重整制度进行了分析,指出金融机构的破产重整切合了破产预防的理念,

符合金融机构破产立法的目标与价值追求。本章在分析了金融机构破产重整的特殊性的基础上,明确了我国金融机构破产适用重整制度的基本原则,建议我国金融机构破产重整采混合型立法,完善重整标准、重整申请人的范围以及具体程序。第五章和第六章分别对金融机构破产中的管理人制度和金融机构破产财产及其分配制度进行了探讨,指出金融机构破产的特殊性决定了破产管理人在金融机构破产中的特殊要求、地位与作用;金融机构破产法律关系的复杂性、主体范围的广泛性和关乎社会稳定性决定了破产财产及其分配顺序的特殊性。因此,可考虑根据不同类型的金融机构分别确定其财产范围和特殊的清偿顺序。第七章研究了金融机构投资者保护基金制度,指出为防止金融风险给投资者造成损失,维护金融市场稳定和社会秩序稳定,金融机构破产保护基金制度的建设不可缺少,我国应当在现有的证券投资者保护基金和保险保障基金的基础上,设立存款保险基金,并加强基金的运作与管理。

总之,金融机构市场退出机制是各国金融市场机制建设的主要内容之一,也是金融资源配置机制的重要组成部分,为金融市场参与主体提供了可预见和稳定的预期,对提高金融机构效率,维护金融体系稳定起到了至关重要的作用。金融机构破产制度的建立,能够为问题金融机构的处置提供一个明确的标准和价值取向。因而,本书的出版发行,将对我国金融机构破产理论与实践的发展产生重要的积极影响。在理论上,能够完善我国目前金融机构破产法理论研究的不足,丰富我国金融机构破产法理论的内涵与深度,推动金融机构破产法理论研究的具体化与系统化。在实践中,能够促进我国金融机构破产立法问题的解决,加快金融机构破产立法的进程;指导金融监管机构对金融业的监管改革,实现问题金融机构处置的科学化、合理化;指导司法机关依法审理金融机构破产案件。

本书的撰写完成,是以汪世虎教授为核心的课题组全体成员共同努力的结晶。具体的分工如下(按参与项目的排名顺序):汪世虎(西南政法大学民商法学院教授)撰写第一章;陈政(西南政法大学博士研究生,河南工业大学法学院讲师)撰写第七章;陈英骅(西南政法大学博士研究生,中兴通讯股份有限公司法务部律师)撰写第三章;蒙瑞华(西南政法大学博士研究生、民商法学院讲师)撰写第四章;孙永祥(西南政法大学博士研

究生,重庆人文科技学院法学院讲师)撰写第五章;范伟红(西南政法大学管理学院教授)撰写第二章;侯东德(西南政法大学继续教育学院院长、教授)和李季宁(重庆市高级人民法院法官)共同撰写第六章。本书的统稿和最终定稿,由汪世虎教授完成。

最后,需要指出的是,由于本课题组研究能力与研究视野的局限,文中难免有疏漏与不周之处,一些理论问题还有待进一步深入研究。因此,希望理论界和实务界专家不吝赐教,多提宝贵意见,以促进金融机构破产法律制度研究的不断深化和完善。

汪世虎
2014年3月30日

目 录

前言 / 001

第一章 金融机构破产立法概述 / 001

第一节 金融机构破产立法模式 / 002

一、一元立法模式与二元立法模式之比较 / 002

二、司法型破产与监管型破产 / 017

三、我国金融机构破产立法模式选择 / 019

第二节 金融机构破产立法目标与基本价值 / 025

一、金融机构破产立法的目标 / 025

二、金融机构破产立法的基本价值 / 030

第三节 金融机构破产立法的基本原则 / 033

一、最低成本原则 / 034

二、稳定原则 / 034

三、适当干预原则 / 035

第二章 金融机构破产标准 / 036

第一节 金融机构破产标准基本理论 / 038

一、学术用语的混乱与厘定 / 038

二、破产标准的一般原理 / 040

三、我国现行破产立案标准的反思 / 044

第二节 一般破产标准对金融机构破产的适用 / 048

一、金融机构破产标准选择的特殊性分析 / 048

二、我国金融机构破产标准 / 050

第三节 金融机构破产标准的确定原则 / 065

一、折中的列举主义原则 / 065

二、社会本位原则 / 067

三、成本效益原则 / 068

四、损失和风险合理分担原则 / 069

第四节 我国金融机构破产标准理论创新与制度

完善 / 070

一、破产标准的本质探寻 / 071

二、财务危机事实理论对支付不能破产标准理论的突破 / 072

三、财务危机事实理论对破产法的贡献 / 072

四、金融机构破产标准的制度完善 / 074

第三章 金融机构破产前置程序 / 080

第一节 金融机构破产前置程序概述 / 081

一、金融机构破产前置程序概念界定 / 081

二、破产前置程序与破产重整程序的异同 / 088

三、设立金融机构破产前置程序的必要性 / 091

第二节 美国及我国澳门、台湾地区金融机构破产前

置程序之比较 / 095

一、美国金融机构破产前置程序分析 / 096

二、澳门地区破产前置程序分析 / 098

三、台湾地区破产前置程序分析 / 100

第三节 我国金融机构破产前置程序的实践 / 103

一、我国金融机构破产前置程序的立法现状 / 103

二、我国金融机构破产前置程序存在的问题 / 107

第四节 我国金融机构破产前置程序的构建 / 111

一、制定统一的“金融机构破产前置程序法” / 111

二、完善破产前置程序的适用条件 / 112

三、确定破产前置程序申请人的范围 / 113

四、确立破产前置程序的强制信息披露制度 / 113

第四章 金融机构破产重整 / 115

第一节 金融机构破产重整的意义 / 116

- 一、破产重整的界定 / 116
- 二、金融机构破产重整的积极意义 / 118
- 三、金融机构破产重整与行政处置措施之比较 / 121

第二节 金融机构破产重整的特殊性 / 127

- 一、重整原因具有特殊性——监管性标准在破产原因中的确立 / 128
- 二、监管机构在金融机构破产重整程序中发挥着重要作用 / 129
- 三、重整程序申请人具有特别要求 / 130
- 四、重整管理人具有特殊性 / 131
- 五、债权人参与方式有别于普通企业重整 / 134

第三节 我国金融机构破产适用重整制度的原则与制度架构 / 135

- 一、我国金融机构破产适用重整制度的原则 / 135
- 二、我国金融机构破产重整的制度架构 / 137

第四节 我国金融机构破产重整的程序设计 / 142

- 一、重整程序的启动 / 142
- 二、重整计划的制订 / 142
- 三、重整计划的表决和执行 / 148
- 四、重整程序的终结 / 151

第五章 金融机构破产中的管理人 / 152

第一节 金融机构破产管理人概述 / 152

- 一、破产管理人的法律界定 / 152
- 二、破产管理人的法律地位探讨 / 155
- 三、现行破产法的制度创新：从清算组到管理人制度的变化 / 160
- 四、金融机构破产对管理人的特殊要求 / 162

第二节 金融机构破产管理人的选任、任职资格与报酬 / 165

- 一、金融机构破产管理人的选任 / 165

二、金融机构破产管理人的资格 / 174

三、金融机构破产管理人的报酬 / 178

第三节 金融机构破产管理人的职责 / 179

一、我国金融机构破产管理人的一般职责 / 180

二、金融机构破产管理人的特殊职责 / 182

第四节 金融机构破产管理人的监督 / 189

一、人民法院的监督 / 190

二、债权人的监督 / 190

三、金融监督管理部门的监督 / 191

四、行业协会的监督 / 193

第六章 金融机构破产财产及其分配 / 194

第一节 金融机构破产财产及其范围 / 195

一、破产财产 / 195

二、金融机构破产财产的特殊性 / 196

三、金融机构破产财产的范围 / 198

第二节 金融机构破产财产的分配 / 219

一、商业银行破产时存款债权的受偿顺序 / 220

二、保险公司破产时保险金债权的受偿顺序 / 222

三、我国的《证券法》、《证券投资基金法》和《信托法》并没有针对证券公司、基金管理公司、信托公司破产财产分配顺序的特殊规定 / 226

四、《金融机构撤销条例》对金融机构清算财产分配顺序的规定 / 226

第七章 金融机构投资者保护基金 / 228

第一节 证券投资者保护基金 / 229

一、我国证券投资者保护基金的建立 / 229

二、证券投资者保护基金的运作模式与监管模式 / 231

三、证券投资者保护基金的管理者——证券投资者保护基金公司 / 234

四、证券投资者保护基金的来源 / 238

五、证券投资者保护基金的赔偿条件、赔偿对象、赔偿范围及

赔偿标准 / 241	
第二节 保险保障基金 / 248	
一、保险保障基金的宗旨和用途 / 249	
二、保险保障基金的来源 / 250	
三、保险保障基金的管理者——保险保障基金公司 / 253	
四、保险保障基金的使用 / 257	
五、保险保障基金的监督管理 / 259	
第三节 存款保险基金 / 259	
一、我国建立存款保险制度的必要性分析 / 262	
二、存款保险基金的功能与用途 / 268	
三、存款保险基金的设立模式 / 269	
四、存款保险基金的承保范围 / 270	
五、存款保险基金的管理运营 / 271	
六、存款保险费率及保险限额 / 273	

第一章 金融机构破产立法概述

金融机构作为市场经济中的重要形态,对经济增长和发展起着巨大的推动作用。在充满不确定性、风险和竞争的市场环境下,优胜劣汰机制必然产生失败的市场参与者,金融机构的破产也就成为市场经济中的普遍现象。金融机构的经营失败对社会、经济和公众会产生广泛的影响,为此,各国对金融机构破产都较一般企业更为严格和谨慎,其立法无不考虑金融机构破产的特殊性。毫无疑问,金融机构破产立法是以一般企业破产法为基础,结合各类金融机构的特殊性逐步发展起来的。当前,由美国次贷危机引起的金融危机在世界范围内愈演愈烈,美欧已有多家金融机构宣布破产。我国金融业得益于国家谨慎开放金融领域的政策,在此次金融危机中暂时幸免于难。但随着投资结构的多元化和金融业对外开放的逐步深入,金融机构的市场退出风险也开始逐步上升。因此,加强金融机构破产立法已成为当务之急。各国实践证明,任何形式的法律体系与监管制度都无法消除单个金融机构陷于经营困境的可能性。由于我国目前并不存在实质意义上的金融机构破产,也没有金融机构破产立法,所以,我国在全面采取预防金融机构经营风险措施的同时,建立与完善我国的金融机构破产制度已刻不容缓。

第一节 金融机构破产立法模式

一、一元立法模式与二元立法模式之比较

立法模式即立法体例或称立法结构,是一个法律文本的基本框架,内含了立法者的基本逻辑与价值取向,其背后更加深刻的背景就是立法体例的决定因素。综合考察各国金融机构破产法律制度可以看到,当前,在西方发达国家,根据对金融机构破产法律适用的不同,可以将金融机构破产立法划分为两种模式:一元立法模式(又称普通破产立法模式)和二元立法模式(又称特别破产立法模式)。

(一)一元立法模式的产生和发展

一元立法模式即普通破产立法模式,以英国为代表,亦可称为“英国模式”。该模式不对金融机构破产作特殊规定,而是适用于普通破产法。支持该种模式的学者认为,首先,作为企业的一种,金融机构与其他企业并无质的区别,其具有一般企业所共有的法律特征。因此,当金融机构不能清偿到期债务时应与一般企业一样被宣告破产,并且同样适用于普通的企业破产程序,并没有充分合理的理由可以将金融机构破产排除在普通破产法的调整范围之外。其次,即使金融机构所从事的经济活动与其他主体不同,但是在破产程序的应用上与其他主体仍大体相同,如破产债权的确认、破产财产的计算、优先权的使用等。采用这一模式的国家还有日本、德国、法国、澳大利亚和新加坡等。以下以英国和日本为例,阐述一元立法模式的产生与发展。

1. 英国金融机构破产立法的历史发展

英国是现代意义上的破产法的发源地。“现代破产法首先关注的是让债权人尽可能地获得应有的利益;其次,他考虑的是救济债务人,使其免受困扰并拥有重新振作的权利;最后,他还致力于保护公共利益,确保破产人已经被充分调查,确保不诚实和轻率的债务人受到惩罚。这三个

考虑因素在破产法发展的不同阶段渗入英国破产立法当中。”^{〔1〕}历史上,英国共有三部破产法:第一部破产法是1542年亨利八世以成文法形式颁布的,称为《1542年破产法》。该法只适用于商人破产。之后的1570年、1604年和1623年,英国立法机构对破产法进行了大幅度的修订。不过,这一时期的破产法均规定,债务人破产后,其责任是无限的,即分配债务人的财产不能免除其继续偿还债务的责任。1705年,英国首次在破产法中引进了剩余债务免责制度,这使得承担有限责任成为商人的特权。“关于非商人破产的法律史大部分是监禁债务人的历史。对债务人的监禁可以在宣告破产前(在破产过程中监禁债务人旨在防止债务人在听审前潜逃),也可以在宣告破产后作为强制债务清偿的手段。债权人能够监禁其债务人的规定在立法中保留了数个世纪。在破产过程中监禁债务人的做法直到1838年才彻底废除,因债务判决被监禁尽管受到越来越多的限制,其被废除却是1869年的事情。”^{〔2〕}第二部破产法是《1961年破产法》,该法对商人和非商人都适用。第三部破产法即现行破产法是《1986年破产法》,该法对公司破产和个人破产作了统一规定,并且适用于金融机构破产。

2007~2009年金融危机之前,英国没有制定专门的金融机构破产法,金融机构破产的条件和程序一直按照普通破产法即《1986年破产法》来执行。面对金融危机中金融机构的倒闭所暴露出的传统破产制度对金融机构破产的缺陷,英国于2008年2月21日通过了有效期为1年的《银行(特别条款)法》。该法的基本内容是授权英国财政部强制收购问题银行股权,对问题银行实施国家救助。据此,英国财政部先后对北岩银行、KSF银行以及D&B银行采取了国家救助。随后,该法的基本内容写进了英国立法机关于2009年2月21日审议通过并颁行的专门的银行破产法——《2009年银行法》(Banking Act of 2009)。在此基础上,英国财政部、英格兰银行和金融服务局共同或单独颁布了一系列规章制度或咨询

〔1〕 [英]费奥娜·托米:《英国公司和个人破产法》(第二版),汤维建、刘静译,北京大学出版社2010年版,第7页。

〔2〕 [英]费奥娜·托米:《英国公司和个人破产法》(第二版),汤维建、刘静译,北京大学出版社2010年版,第9页。

报告,为英国的金融监管和问题金融机构的处置奠定了良好的制度基础。《2009 年银行法》是英国政府为应对金融危机、完善金融机构破产立法的重要措施,意在改变银行破产适用普通破产法的立法模式,并力图构建一套全新的银行破产法律框架。实际上,该法的适用范围远超越了银行范畴,其施行首创了英国金融机构破产特别立法的先河,以此替代《1986 年破产法》中普通商事企业中的破产规则,使破产法更有针对性。“从宏观方面看,普通破产法着重追求的是平等对待债权人和债务人的利益,无法顾及银行破产的特殊性,尤其是无法兼顾公众信心的维持、系统性危机防范与金融稳定等银行破产监管目标的实现;从微观方面看,普通破产法授予银行监管当局干预问题银行的权力有限,在破产界定、早期干预、破产解决方案等方面没有对监管当局进行充分而明确的授权。”^[1]具体而言,英国《2009 年银行法》的基本改革内容包括:

(1) 确立了银行破产立法的公共政策目标。一般来说,普通破产法所确立的政策目标不外乎以下几种:为市场提供确定的法律规则以促进经济稳定和增长;资产价值最大化;在清算和重组之间寻求平衡;确保公平对待处境相近的债权人;保全破产财产以便公平分配给债权人;就优先债权的排序制定明确的规则等。这些政策目标对于防范或化解银行破产危机来说显然是不够的。为此,英国《2009 年银行法》确立了银行破产立法的特殊政策目标,明确要求银行监管当局在处理问题银行时慎重考虑下列因素:①保护并提升英国金融体系的稳定;②保护并增强公众对英国银行体系的信心;③保护存款人;④保护公共资金;⑤确保对财产权的任何干预均不违反欧洲人权公约的规定。这些政策目标不仅要求监管当局对问题银行是否会对英国金融或银行体系产生不利影响进行判断,并确保金融体系的稳定与效率不至于受银行破产的影响,而且要求监管当局在处理问题银行时通过快速赔付及维持银行服务等手段维护存款人利益,一旦财政部门向问题银行提供资金援助,其首要任务则是维护纳税人的利益。此外,监管当局应根据普通破产法的规定,维持优先权等级并公平

[1] 解正山:“金融稳定与存款人保护:英国银行破产法改革及其借鉴意义”,载《金融论坛》2011 年第 11 期。

对待地位相同的债权人,从而以最低程度的方式干预财产权。英国《2009 年银行法》规定的前述五项法定目标相互依赖且互相联系,但并无优先顺序之分,它们要求监管当局在进行早期干预或启动破产程序时予以慎重考虑。这些目标赋予监管当局较大的裁量权,从而可据此对自身所采取的监管措施的合理性与合法性进行解释。综上,《2009 年银行法》已确立不同于普通破产法的公共政策目标,其充分考虑了银行破产监管的特殊性,使银行监管当局处理问题银行时所需的灵活性得到了满足,有利于监管当局快捷而有序地处理银行破产危机。^[1]

(2) 授予监管当局破产前的干预权。根据英国《2009 年银行法》的规定,问题银行破产前的干预权被明确授予了英格兰银行和英国财政部,以解决问题银行遭遇或可能遭遇的金融困境。英格兰银行行使干预权的方式包括:一是将问题银行部分或全部“营业”(股份或资产,包括负债)直接且快速地转移给私营机构;二是通过由英格兰银行所有或控制的“桥梁银行”(该银行的设立同样应符合《金融服务与市场法》规定的条件且需经金融服务局核准)接管问题银行部分或全部“营业”。除英格兰银行的危机干预权外,英国财政部的国有化措施则是另外一种干预问题银行的手段。根据《2009 年银行法》规定,当国有化措施对解除或降低问题银行对英国金融体系稳定构成的严重威胁来说是完全必要的,或当财政部出于维护英国金融体系稳定的考虑决定向问题银行提供资金援助时,英国财政部可与英格兰银行及金融服务局协商后,做出一项或多项“股权转让令”(即“国有化命令”),从而把问题银行的股权转让给财政部指定的受让人或财政部全资所有的公司,以维护英国金融体系稳定或保护公共利益。金融服务局在问题银行危机干预中所发挥的作用体现在对银行是否满足监管要求的判断上,而这正是英格兰银行与英国财政部行使稳定权所必须具备的条件之一。根据英国《2009 年银行法》的规定,金融服务局首先应对银行是否满足以下两项条件进行判断:一是银行已经或可能无法满足《金融服务与市场法》第 41(1)条中规定的准入条件,如流动性、资

[1] 解正山:“金融稳定与存款人保护:英国银行破产法改革及其借鉴意义”,载《金融论坛》2011 年第 11 期。