



上海市学术著作出版基金

各国问题金融机构处理的比较法研究

刘 俊 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

博士文库

各国问题金融机构处理的比较法研究

刘 俊 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

各国问题金融机构处理的比较法研究/刘俊著. —上海:
上海人民出版社, 2008

ISBN 978-7-208-08272-4

I. 各… II. 刘… III. 金融法-比较法学-研究-世界
IV. D912.28

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 186366 号

责任编辑 刘林心

各国问题金融机构处理的比较法研究

刘 俊 著

世 纪 出 版 集 团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 31.25 插页 4 字数 367,000

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-08272-4/F·1819

定价 50.00 元

目 录

第一章 导论	1
一、研究的问题	1
二、主要研究文献综述	2
三、研究的视角	4
四、研究的方法	5
第二章 金融全球化下的问题金融机构	7
一、金融全球化的法律特征及金融机构风险	7
(一) 金融全球化的法律特征及影响	7
(二) 金融全球化下金融机构的风险	16
(三) 各国问题金融机构处理与国家金融安全	22
二、问题金融机构的概念及法律特征	25
(一) 问题金融机构的概念	25
(二) 问题金融机构的法律特征	35
三、各国问题金融机构的处理及其立法	39
(一) 各国问题金融机构的处理历史和特点	39
(二) 比较法视野下各国问题金融机构处理的立法例	47

第三章 各国问题金融机构的产生原因及预防	67
一、各国问题金融机构的产生原因	67
(一) 各国问题金融机构产生的内部因素	67
(二) 各国问题金融机构产生的外部因素	75
(三) 中国问题金融机构的产生原因	80
二、各国问题金融机构产生的预防	90
(一) 各国对金融机构关系人交易的规范	90
(二) 各国对金融机构资产负债业务的规范	94
(三) 各国对金融机构的组织规范	97
(四) 各国对金融机构的检查监督和执行机制	99
(五) 各国金融机构早期预警机制	108
三、各国监管预防措施的实践效果及其改革	112
(一) 金融机构安全预防措施的成本收益分析	112
(二) 金融监管信息不对称和监管缺陷之改革	118
第四章 各国处理问题金融机构的权责机关	140
一、各国权责机关的组织框架	140
(一) 各国行政权责机关	141
(二) 各国司法机关	145
二、各国权责机关的选择和协调	146
(一) 各国权责机关的不同选择	146
(二) 各国权责机关间的冲突和协调	149
三、各国行政权责机关处置裁量权及其约束	156
(一) 各国行政权责机关处置裁量权	156
(二) 各国行政权责机关处理裁量权的行政法约束	160
(三) 各国行政权责机关处理权的审查机制	163
四、各国行政权责机关的法律责任	167

(一) 各国行政问责机关承担责任的法律基础	167
(二) 各国审慎规范行政机关法律责任的实践	169
第五章 各国处理问题金融机构的法律方法	183
一、各国处理问题金融机构的方法分类	183
(一) 各国重组救助问题金融机构的方法	184
(二) 各国关闭清算问题金融机构的方法	190
二、各国重组救助方法的相关处理程序	192
(一) 各国控制问题金融机构的方法	192
(二) 各国财务援助问题金融机构的方法	195
三、各国关闭清算方法的相关处理程序	201
(一) 撤销许可证	202
(二) 强制性清算	204
(三) 清算与存款赔付	205
四、各国问题金融机构处理方法的实践及其发展	206
(一) 各国处理方法的发展及成本最小化实践	207
(二) 各国重组救助方法的整合实践	211
(三) 各国财务援助方法的适用顺序	213
(四) 各国重组救助方法与关闭清算方法的衔接	215
第六章 各国金融机构市场退出及债务清偿的实践挑战	225
一、各国问题金融机构的市场退出	225
(一) 问题金融机构市场退出的涵义	225
(二) 问题金融机构市场退出的方法	227
(三) 各国金融机构市场退出的障碍	231
(四) 国家对金融机构市场退出的救助	240
二、各国市场退出债务清偿的政策和法律问题	242

(一) 各国金融机构市场退出债务清偿的制度问题	243
(二) 各国金融机构市场退出债务清偿的法律问题	249
三、各国国家救助金融机构债务清偿的实践挑战	255
(一) 实施隐性国家救助的实践挑战	255
(二) 实施明示国家保险机制的实践挑战	260
(三) 美日两国救助债务清偿的教训总结	267
第七章 晚近各国问题金融机构市场退出的法律改革	280
一、各国市场退出保护金融服务消费者的改革	280
(一) 各国选择消费者保护机制实践的新发展	280
(二) 各国金融服务消费者补偿机制改革	282
(三) 各国金融服务消费者道德风险防范机制改革	284
二、各国市场退出中金融机构负责人责任加重的改革	285
(一) 各国追究问题金融机构负责人加重责任的新发展	285
(二) 各国追究金融机构关联中介及其专业人员责任的改革	295
三、各国市场退出破产风险分配机制的改革	300
(一) 各国股东承担破产风险机制的改革	300
(二) 各国存款保险基金破产风险分配的改革	302
(三) 金融机构破产风险的市场化分配机制改革	304
四、晚近各国市场退出中政府救助的制度改革	306
(一) 各国市场退出中政府救助权力配置改革	306
(二) 各国市场退出中政府救助规则的改革	308
(三) 各国规范金融机构“太大不能倒”的新发展	311
第八章 中国问题金融机构市场退出的政策与法律问题	328
一、中国问题金融机构市场退出的政策问题	328

(一) 中国救助问题金融机构的总成本估算	329
(二) 中国政府实施隐性救助政策的原因	332
(三) 中国政府救助问题金融机构债务清偿的实践挑战	346
二、中国金融机构市场退出方法和权责机关的实践问题	351
(一) 中国规范金融机构市场退出方法的法律缺陷	352
(二) 中国权责机关的处置权限及其实践	359
 第九章 中国金融企业负责人的民责追究及会计规制	378
一、中国问题金融机构坏账的会计规制及完善	378
(一) 中国银行会计预警美国“次贷”风险的实践挑战	378
(二) 中国金融机构呆坏账准备金的会计规制	381
(三) 金融全球化下中资金融机构风险集中的政策分析	390
(四) 中国预防金融机构风险集中的法制完善	396
二、中国金融企业负责人法律追责的实体与程序完善	398
(一) 金融机构负责人忠实勤勉义务的加重	398
(二) 金融企业负责人民事责任追究的程序完善	403
(三) 破产金融企业负责人法律责任的实践完善	415
 第十章 结论	439
 参考文献	444
索引	484
后记	488

第一章

导 论

一、研究的问题

“问题金融机构处理”的实质，是对陷入困境乃至经营失败的金融机构，国家是否应救助其债务清偿。

在中国，这是个极其严峻的现实问题，晚近的案例就有“新疆德隆”。这家民营金融控股公司非法委托理财 500 亿元却无法偿还，最终烂摊子由国家埋单。实际上，德隆只是中国晚近诸多问题金融机构的一个缩影。中国出现问题的金融机构，不仅是不良贷款高达几万亿元人民币的银行、也不仅是刚结束“综合治理整顿”的证券公司，还有“新华人寿”等保险公司、正经历第六轮整顿的信托投资公司和频传“挤兑丑闻”的基层城市和农村信用社。而我国究竟为此付出多大代价？

中国人民银行研究局焦瑾璞副局长，在 2006 年第二届中国金融改革高层论坛上，谈道：“截至 2006 年年初，中国至少花费五万亿元人民币来救助问题金融机构。……按当年 GDP，政府举全国略少于三分之一的财力在处置问题金融机构。”尽管有各种理由质疑这位央行官员计算的准确性。如对 20 世纪 30 年代美国大萧条给银行业造成损失的统

计,美国学界就曾因“彼此数据相去甚远”而争论;加上救助后处置不良资产的部分价值会回收,如汇金公司注资工行、建行的成本已经完全收回。

但无论怎样,我国确实花费了巨额资源来改革和重组金融机构。如中国人民银行行长周小川认为:“1999年,我国剥离商业银行1万亿元不良资产给四大资产管理公司,但截至2004年12月,资产管理公司实际回收率不足20%。虽然整个不良资产的处置还没有结束,但是随着时间的推移,越到后来剩下的资产越来越质量差,回收率可能更低。”

从历史看,“问题金融机构的处理”并非新问题。甚至从各国建立金融机构的那刻起,政府救助与问题金融机构处理就密切关联,并引发学者的高度关注。

学理上,就金融法而言,“问题金融机构处理”承上启下:上承金融机构监管,下启金融资产管理公司、不良金融资产处置等,属于金融法公法层面的重要议题;比较法上,出现了问题银行处理的特殊立法例。在美、日等国,甚至显现出追究问题金融机构负责人加重民事责任的趋势;而法学之外,诸如国家救助与金融机构市场退出等问题,极大拓展了问题金融机构处理的理论深度。它使本书从对具体制度的分析上升为对基础理论问题的关注,特别有助于对政府与市场、法律与经济发展、法律与政策关系的理解。

二、主要研究文献综述

国外学术界对问题金融机构的处理,发表了丰富的学术成果。

英国伦敦大学的约瑟夫·诺顿(Joseph Norton)教授,着重研究资本充足率在保障金融机构安全与稳健运营的作用。他还指导博士生系统研究新兴市场经济体的金融危机处置,收录在《国际银行、金融与经

济法》系列中,包括日本博士生 Mamiko Yokoi-Arai 的《东亚金融稳定》、中国楼建波的《中国问题银行贷款的解决及其预防》、韩国 Byung-Tae Kim 的《亚洲金融危机后的韩国银行业改革》以及泰国 Tull Traisorat 的《东南亚金融危机下的泰国金融改革》等。

美国哥伦比亚大学日本法研究中心的柯蒂斯·J. 米尔霍特(Curtis J. Milhaupt)教授,通过日本“住专”案提炼出的“金融监管卡特尔”模型,深刻揭示了日本银行业危机持续数十年的原因。而夏威夷大学三泽光(Mitsuru Misawa)教授通晓法学、金融知识,他对日本银行呆坏账会计之双轨制的揭示,分析了日本银行业积弊难返的制度性原因,启发问题金融机构的产生预防应完善会计规范。

美国哈佛大学法学院罗伯特·C. 克拉克(Robert C. Clark)教授的《金融中介的健康》(1976)这篇文章娴熟地运用了法经济学的分析方法。他提出预防金融机构失败的各类措施,优先顺序是保障基金>内部人舞弊管制>投资组合管制>限制竞争管制。对比分析,晚近 30 年来,各国大抵都遵循着这种顺序来推进相关金融法制的改革进程。

此外,哈佛大学豪威尔·E. 杰克逊(Howell E. Jackson)、乔治城大学阿瑟·E. 威尔马思(Arthur E. Wilmarth)、耶鲁大学乔纳森·R. 梅西(Jonathan R. Macey)、芝加哥大学杰弗里·P. 米勒(Geoffrey P. Miller)和弗吉尼亚大学彼得·斯韦尔(Peter Swire)等学者,都是该领域的主要研究者。

如阿瑟·E. 威尔马思教授曾经发表一篇长达 257 页的论文,他以 1975 年至 2000 年间美国金融业合并为考察对象,分析金融业并购对美国金融安全的影响,结论是美国金融自由化的政策助长了国内金融业失败的危险。银行家们鼓吹并购后的美好前景因“太美而不真”(too good to be true)。相反,美国金融机构正积累着系统性风险,由于“太大不能倒”,进一步增加了政府救助的成本和难度。令人佩服的是,早

在 2001 年他就呼吁美国政府关注次级贷款的巨大风险。

而欧洲国家,主要有马里奥·吉奥瓦尼(Mario Giovanoli)教授主编的《国际银行破产:中央银行的视角》(1999);任职 IMF 法律部的托拜厄斯·M. C. 阿瑟(Tobias M. C. Asser)的《困境银行监管处理的法律问题》(2001);艾娃·胡普凯斯(Eva Hüpkes)博士的《银行破产的法律方面:西欧、美国、加拿大比较分析》(2002)以及英国诺丁汉大学彼得·卡特赖特(Peter Cartwright)等的《危机中的银行业:法律反应》(2002)。以上著作,极大地夯实了比较研究的基础。

国内方面的主要学者包括:曹建明、吴志攀、周小川、刘士余、贺小勇、周仲飞和楼建波等老师;还包括台湾大学余雪明、赖英照、王文字、黄铭杰、王志诚和林继恒博士等学者。

必须指出,上述文章主要集中在银行失败的处理。之所以集中在银行,主要是基于该类金融机构的重要性。

三、研究的视角

本书的研究视角主要有以下几个方面:

第一,“问题金融机构”中“问题”的概念界定,包括进入破产程序、经营失败、财务陷入困境的机构,还有违法违规经营的机构。扩大研究对象的范围,符合国际社会倡导的早期介入问题金融机构处理的理念。此外,在中国如单纯研究经营失败或破产的机构,实际意义不大。

第二,之所以对“金融机构”进行整体研究,理由有三:首先,银行类与非银行类机构都是金融中介,早在 1976 年美国哈佛大学法学院克拉克教授就以“金融中介的安全与稳健”,发表了重要著作;其次,在中国,无论哪类问题金融机构的处理,都联系着政府救助与市场退出的共性问题。再者,金融全球化下金融控股公司的大量出现,也使得对金融机构整体进行

研究确有必要。尤其注重分析金融机构跨行业的系统性风险。以回应金融全球化下,金融机构“同质化”对各国金融监管的时代挑战。

第三,“各国”为题旨在凸显国际经济法色彩,比较研究方法贯彻始终。例如,从比较法视野分析各国问题金融机构处理的立法例、行政权责机关与司法机关的权力协调、明示国家保险和隐性国家救助等、晚近各国相关法律改革。

第四,当前,我国处置中小金融机构的实践难题,就是金融机构的“退而不出”。简单地说,由于这些机构严重资不抵债,无法清偿合法债权人,其中包括普通公众存款人。为了确保社会稳定,国家选择动用公共资源对个人合法债权进行埋单。实践中采用的“行政破产”模式构成我国默示金融安全网的实质性内容,从而将单个金融机构的负债合法转化为中央银行负债,使得个别机构的破产风险在国家层面逐渐积聚。

必须警醒的是,这种处理问题金融机构的路径与我国治理黄河的历史颇为近似。在历朝历代,治黄方略如何制定均是我国安民的决策课题。备受后人推崇的最早的治黄成功事例是传说中的大禹治水。本质上,我国传统的隐性救助债务清偿就是“围堵障水”的思路,其结果将是“河高出民屋”、成为“地上悬河”,后患无穷。

而我国金融安全网改革的方向应是“疏川导滞”,即建立完善的市场退出机制,使得问题金融机构的破产风险获得市场化分配。本书分析了各国市场退出的障碍,尤其从政策和法律层面,分析了各国救助债务清偿的实践挑战,并详细阐述了晚近主要发达国家金融机构市场退出的法律改革。

四、研究的方法

第一,比较研究方法。早在民国时期,我国就有了比较法领域的经

典著作。本书不以国别列举为写作方法,而以某项制度为主线,穿插各国相关立法和司法实践经验。

比较法研究的战略意义在于,它联系着国家间竞争优势。以本议题为例,一国是否具备妥善处理问题金融机构的能力,已成为考量该国能否立足危机四伏、动荡不安之世界的重要指标。考察英、美等金融发达国家的处理历史,尽管它们也无法避免个别金融机构的经营失败,甚至如美国经历了两次最严重的金融业失败危机,但这些国家屡屡安然渡过,并展示出的强韧承受力确实让人印象深刻。深入分析,英、美等国的根本优势就在于强健的金融体制,同时卓有成效的预防措施和善后处理,将问题金融机构的负面影响降至最低。

第二,法经济学研究方法。“问题金融机构处理”在引入法与金融、成本收益分析、国家市场作用和公共选择等法经济学理论后,并应用于国家救助与市场退出关系的分析,极大拓展了问题金融机构处理的研究广度和深度。

第三,实践调研与案例研究方法。笔者曾赴中国人民银行金融稳定局银行风险处置处、金融控股公司处置处;中国银行业监督管理委员会条法司、监管二部八处(银行类机构监管机构)、纪委等机构实地调研,从而对现实有了更深入了解,获得了丰富的感性认识。而本书还参考了美、英、日等国数量逾百,时间跨度近百年的个案。

第二章

金融全球化下的问题金融机构

一、金融全球化的法律特征及金融机构风险

(一) 金融全球化的法律特征及影响

从20世纪70年代开始,各国陆续实行金融自由化与国际化政策,迄今渐成一种世界性潮流。^[1]金融自由化的实质,在于各国政府放宽甚至解除国内对金融活动的高度管制,包括利率、佣金、业务范围和资金跨境流动等。^[2]金融国际化的政策目标,着眼增强本国金融服务业的国际竞争力,表现为建设国际或区域金融中心的计划,其结果使得更多的国际资本进入国内金融市场、更多的国内金融机构进军国际市场,国际金融业务大幅成长,金融机构运营空间日益扩大,各国主要金融市场的联动变得空前紧密。

简单地说,金融自由化政策对内放宽管制,金融国际化政策则鼓励对外扩张,两类政策的合力使得一个全球规模的金融市场逐渐形成,进一步说我们正进入金融全球化时代。本书接下来将从法学视角分析金融全球化的法律特征。

1. 金融全球化的法律特征

金融全球化本身纷繁复杂,经济学、政治学、社会学等诸多社会学

科对此的研究早已取得相当丰硕的成果。^[3]如何抽象金融全球化的法律元素,需要追根溯源,回到法学方法论。按照德国卡尔·拉伦茨教授的观点,法学最关心法律规范及其权责机关。^[4]其名著《法学方法论》各章讨论的对象,也始终围绕法律和权责机关展开。以下将从法律规范和权责机关层面,概括金融全球化对各国金融法制的影响及其发展趋势。

第一,各国金融法律的自由化趋势明显。金融全球化时代之前,各国对金融市场的管制,一般采取“防弊重于兴利”的管理哲学和政策,因而往往对金融业采取分业监管的立法例,对其业务范围也施加诸多限制。^[5]这种管制哲学以美日两国最为典型,堪称金融自由化的“保守国”。

如美国在1999年11月之前,银行控股公司虽定义为控股公司,但囿于1933年《格拉斯-斯蒂格尔法案》(Glass-Steagall Act),原则上仍不允许跨业经营。但事实上这一运行60多年的法案,在进入20世纪90年代后却备受争议,甚至权责机关开始允许例外违反该法案,如1998年美国联邦储备委员会就批准了花旗银行和以保险为主业旅行者集团总计高达7000亿美元的合并。1999年11月5日通过的《金融服务现代化法案》(Gramm-Leach-Bliley Act),则废除了《格拉斯-斯蒂格尔法案》第二十条及第三十二条的相关限制,联邦注册银行可选择登记为金融控股公司,从事广泛金融业务。日本甚至更早,1997年12月修正《禁止独占法》第九条,解禁控股公司,并以《金融控股公司整備法》,全盘调整相关配套法律制度。

各发达国家实施的金融自由化政策与法律,还包括解除外汇管制、放宽银行存款利率的限制、扩充国内金融机构的权限和为外资金融机构创造更多的市场准入机会等。^[6]

除发达国家外,许多新兴市场和发展中国家和地区,也纷纷追随这

股潮流。如智利、乌拉圭、墨西哥、巴西、阿根廷、新加坡、菲律宾、马来西亚、韩国、中国、泰国和东欧转轨诸国,相继颁布了自由化程度不一的金融法律,逐渐放开了政府对本国金融业的管制。^[7]

第二,各国金融法律的国际化趋势明显。这种趋势在跨国证券交易与发行领域最为明显,随着全球金融环境变迁,企业融资结构正经历着较大变化,最明显的就是许多企业纷纷进入国际资本市场,增加直接融资比重。为增强本国证券市场对外国企业的吸引力,各国纷纷检讨本国证券法制的效率,包括公开发行、私募发行、全球存托凭证和海外可转换公司债等规范是否最具竞争力,从而导致证券监管的国家间竞争(regulatory competition)日趋白热化。^[8]

这种竞争究竟良性还是恶性,欧洲“证券发行人选择”(issuer choice)制度实在是很好的注脚。欧盟通过指令,授权欧盟任何成员国的公司,如要进入他国的资本市场,可以选择遵守自己母国所规定的披露文件,即选择母国的证券规范。欧盟实施“证券发行人选择”的结果,多少有促进规范竞争的意味。也有学者表示担忧,发行人选择的实施,会造成欧洲公司纷纷选择最宽松的监管标准,因而造成恶性规范竞争,形成往下沉沦的局面。但是实证研究显示,欧盟成员国国内的公司大多没有到监管标准最宽松的国家上市,相反,欧洲发行公司如果要发行权益证券募集资金,它们所选择采用的规范,会向一个国际性的发行标准整合,而欧洲发行公司采用的国际性标准,通常是类似英国式^[9]的严格标准。

因此,欧盟实施证券发行人选择制度的结果,逐渐使得欧盟证券监管制度趋同,而且并非往下沉沦,而是向上提升。逐渐地,到欧盟国家上市的外国公司也将选择遵循这种规则,可以预料,这种良性竞争将导致一个理念和标准趋同的国际化标准的出现。

第三,金融监管规范一元化的趋势出现。最近几年金融商品不断