

危机银行处置

原理、制度与方法

伏 军◎著

BY FU JUN

PRINCIPLES, INSTITUTIONS AND
METHODS FOR THE RESOLUTION
OF FAILED BANKS



法律出版社

危机银行处置

原理、制度与方法

—
伏 军◎著

BY FU JUN

PRINCIPLES, INSTITUTIONS AND
METHODS FOR THE RESOLUTION
OF FAILED BANKS

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

危机银行处置：原理、制度与方法 / 伏军著. --
北京：法律出版社，2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1996 - 8

I. ①危… II. ①伏… III. ①银行—风险管理—研究
—中国 IV. ①F832.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 026786 号

危机银行处置:原理、制度与方法
WEIJI YINHANG CHUZH;I;
YUANLI, ZHIDU YU FANGFA

伏 军 著

策划编辑 冯雨春 冯佳欣
责任编辑 冯佳欣
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18
字数 245 千
版本 2018 年 6 月第 1 版
印次 2018 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1996 - 8

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中美“富布莱特研究学者项目”(VRS-2013)

司法部“国家法治与法学理论研究项目”(06SFB3025)

对外经济贸易大学“211工程”重点学科建设项目(73400013)

序 言

伏军老师这本新书是关于银行处置的。这个话题我很感兴趣。因为国内认真讨论的研讨会几乎没有,真正深入研究的专著也几乎看不见。为什么呢?可能这个话题在我国有些“敏感”吧?

银行有了严重问题才需要处置,在中国谁都不愿意看到银行有问题。中国老百姓的血汗钱,都在银行存着呢。其中既包括两亿多老人养老的钱和看病的钱,也包括数亿家长为子女将来上学存的学费,还包括很多年轻人为结婚存的钱和为买房积攒的“首付”等。如此与生活关系密切的钱都在银行存着,全国人民非常关心银行安全。因此,在我国银行出问题,都将是天大的事。

正因如此,我国的银行安全直接关系到人民群众的切身利益。这方面有些类似政府的责任,我国政府提出的“群众利益无小事”,并以此作为开展各项工作和衡量人民群众对政府工作满意度的标准。在我国也可以说“银行无小事”,这样说一点也不过分,因为我国银行在实质上比外国银行对客户要承担更大的责任。

在我国还应该看到,国有商业银行占有很大比重。因此政府信用与银行紧密相关。我国老百姓对国有商业银行的信任度可以与对政府的信任度同日而语。在这种国情背景之下,谁也不愿意看到银行有问题,更不愿意看到银行被处置。

新中国成立以来,我国银行被处置的只有一家,即海南发展银行。这家银行在关闭的同时,被中国工商银行接管。中国工商银行保证海南发展银行个人储户的存款可以全额取出。因为有此保障,所以在当地没有发生“挤兑”的情况。此后,我国再也没有发生过银行被处置的情况。

除海南发展银行外,没有第二家银行被处置,并不等于说我国的银行没有任何问题。我国的所有宏观经济学家几乎都在提醒,房地产泡沫危及银行安全。因为房地产市场吸收了太多银行贷款,如果房地产泡沫破裂,银行贷款收不回来,那时就

会发生银行系统危机。这并不是耸人听闻,而是未雨绸缪。因此,在还没有发生银行被处置的时候,研究这个问题的解决方案是非常必要的。

银行处置需要有系统的法律来规范相关处置程序的执行。作者在书中介绍了欧美国家已有的银行处置的规定和做法,这些内容对我国非常有参考价值。为什么这样说呢?因为这些情况在欧美已经发生过很多次了,而在我国仅发生过一次。我国这一次“处置”采取的是接管方式解决的。而接管是一种非常特殊的处置方式,因为只有一家银行出问题,大银行有能力接管。如果类似欧美那样同时有多家银行发生危机,或者大银行本身发生危机,就难以用接管方式来解决问题了。因此,常规的处置方式并不是接管,而是按照银行清算重整或破产等方式来处置的。在欧美的银行遇到这种情况时,个人存款将有存款保险来解决。例如,在美国一定数额以下的个人存款,存款保险公司可以全额理赔。超过一定限额的大额存款,存款保险公司只能按比例理赔。存款数额越大,理赔比例越小。

由于我们缺乏这方面经验,又不适宜在“试错”中“学习”,因为那样居民储蓄的风险太大,不利于社会稳定。所以,比较好的方法,就是“他山之石,可以攻玉”,借鉴欧美银行处置的有效经验以供我们参考。

作者在书中详细介绍了欧美这方面的做法和经验,例如,银行处置的目标,处置的行政化程序,处置的启动与制衡,处置的类型与方式的选择,跨境处置的问题,金融危机情况下的银行处置,以及银行清算程序等。

作者为了写作这本书,花了很多时间,还到美国进行了很长时间的研究,阅读了很多外国资料,并对外国金融界进行了考察。因此,这本书对我国银行界很有实际参考价值。

感谢作者让我先睹为快,这是一本好书,值得金融法研究学者和银行业界同人们阅读。

吴志攀 谨致

2018年3月31日

自序

在现代商业世界里,我们无法找到比银行更加特殊的行业了。每一家银行,每一天都在为社区提供着支付、结算等基础金融服务,它们的运营安全,也直接关系到成千上万名储户们的财产安全与生活保障。与此同时,银行直接参与银行间拆借市场、金融衍生品市场等流动性极高的金融市场进行交易,从而与整个银行系统、金融系统的安全紧紧联系在一起。银行的这种特殊性,归根结底,是它们与生俱来的公共性与系统重要性。

基于这种公共性与系统重要性,银行处置在目标、原则和方式等方面与普通企业及其他金融机构注定大相径庭。2008年全球金融危机以后,一个全球性的命题被提出:如何恰当地处置失败的银行,特别是大型银行及具有系统重要性的金融机构。这一问题,已成为各国金融监管者共同关注、研究的问题,也是当下全球经济治理的一个核心问题。在这方面,国际货币基金组织(International Monetary Fund, IMF)与世界银行集团(World Bank Group, WBG)联合率先进行了关于银行处置问题的专项研究,并于2009年4月17日公布了《银行处置法律、制度与监管框架》的研究报告,对各国应对银行处置问题应当采取的法律制度及监管提出参考性框架。专门致力于国际银行业监管准则制定的巴塞尔银行监管委员会(Basel Committee on Banking Supervision, BCBS)也积极研究并计划制定一套银行跨境破产制度的全球统一规则,金融稳定委员会(Financial Stability Board, FSB)、欧盟(European Union, EU)等国际组织或机构也相继制定了相关立法准则或指引,美国、英国、德国、日本等绝大多数发达国家也在此次金融危机后,更新或出台了本国银行处置与破产程序的专门立法,设立专门的机构负责,设置专门的银行处置程序。

危机银行的处置极具复杂性。从立法技术上看,破产程序已经是一个非常复杂的法律程序,因为普通破产程序中不仅有债务中止、诉讼程序中止等特殊制度安

排,更有涉及合同法、担保法、劳动法、税法等不同领域的法律问题。此外,破产法律程序还需考虑劳工保护、公共债务保护等公共政策问题。但与普通破产程序相比,银行破产处置程序更具特殊性、复杂性。银行的公共性与系统重要性,使银行的失败不仅会产生微观层面的效果,还可能造成系统性风险、社会经济动荡等宏观影响。因此,当银行陷入财务危机或经营失败时,如何在微观层面与宏观层面进行取舍,如何选择科学的处置目标、原则及恰当的处置方式,如何进行跨境处置,如何在已经出现金融危机时进行特别应对等,均是立法当局应当慎重考虑并适当解决的制度问题,也是监管机构应当正确理解并合理运用的重要知识。

纽约联邦储备银行原副行长 Joseph H. Sommer 在金融危机爆发后曾感慨:“几乎没有破产法学者或金融市场内人士真正了解银行或金融机构的破产处置。”从全球范围来看,欲在危机银行处置的原则、制度与方法等方面达成国际共识,仍需要大量的基础研究与系统研究。一般认为,危机银行或问题银行的处置,是指专门的监管机构对濒临失败或经营失败的银行进行行政干预,对银行业务与资产进行接管并处置的法定程序。它分为广义和狭义两种类型:狭义的处置程序仅指监管机构或其授权机构对银行进行接管,对银行业务、资产进行处置;广义的处置程序,不仅包括接管前监管机构为促使银行恢复正常而对银行采取的各种限制措施,而且还包括行政或司法机构在接管处置后对银行的清算。然而在实践中,金融稳定理事会、国际货币基金组织、欧盟等国际机构以及各国立法关于银行处置这一概念的界定,却存在明显的不同。这种概念上的差异,一定程度上影响了全球范围内银行破产处置制度上共识的形成。

在中国,传统上一般不会出现银行失败的情形。这是因为,在相当长的时期内,银行全部归国家所有或控股,政府对国有银行包括国有控股银行提供隐形担保。在国家信用的支持下,银行经营的全部风险由国家承担,不存在银行破产与处置的问题,即使银行出现财务问题,也是由政府出面以行政方式解决,其损失最终由国家财政承担。例如,亚洲金融危机爆发后,1999 年中央金融工作会议决定将工、农、中、建四大银行的 1.4 万亿元坏账剥离至由财政部出资设立、央行提供贷款的华融、长城、东方和信达四大资产管理公司。但近年来,随着我国市场经济、开放型经济不断深化,原国有银行逐渐转变为“自主经营、自担风险、自负盈亏、自我约束”的市场

主体,通过股份制改造成多种所有制并存的现代公司甚至是上市公司。与此同时,民营银行迅猛发展,2001年后外资银行也大量涌入,国内银行业已进入市场化竞争、全球化竞争的阶段。在这种新形势下,国家已不应当也不可能继续承担商业银行的经营风险,而失去国家信用担保的银行则将开始真正面对风险,银行处置的制度安排问题由此浮出水面。

尽快建立银行处置法律制度,已经成为我国市场经济、开放型经济发展的客观需要,也是我国银行业适应全球化竞争的需要,更是防范金融系统风险的需要。2008年爆发的全球金融危机,虽然对我国金融系统未造成直接冲击,但我们应当清醒地意识到金融系统的脆弱性与系统性风险的巨大危害,及早建立起有效的银行处置制度,在避免国家信用继续为银行担保的同时,以避免银行失败引发系统性风险的发生,维护金融系统的稳定与公共利益的安全。金融危机爆发不久,我国政府已经意识到尽快建立适应市场经济的银行处置制度的重要性与迫切性,并授权银行业监督管理委员会牵头开展相关法律文件的起草与论证工作,本书作者曾有幸参与到这个进程中,见证了中国在这一领域的努力。

在学术领域中,由于银行业长期受国家担保,银行失败退出市场几乎是不可能发生的事,迄今也仅出现过海南发展银行一起事件,导致国内学术界对银行处置问题的研究明显不足。2008年以来,全球展开对银行处置问题的讨论,国内学界也开始有学者关注这一领域,并有不少好的成果出现。但是,这些成果大多是在对国外具体立法的介绍层面,而在整体上从一般原理、基本原则层面进行系统研究的成果却极为匮乏。从我国立法与行政监管角度来看,这一领域特别需要国内学者作出贡献,在认识层面解决银行处置领域的基础理论问题,并运用这些理论解释、分析具体的处置措施与方法选择,为我国这一领域的立法与行政实践提供学术帮助。

更需要关注的是,目前我国关于银行处置的立法,基本上处在一穷二白的荒蛮状态。20世纪90年代以来,我国已出现商业银行失败的案例,如1998年6月21日中国人民银行决定关闭海南发展银行,并对该银行进行行政清算。但是,由于缺乏全面、规范的法律制度,上述实践中存在清算程序不规范、清偿无规则、退而不出、成本高昂等大量问题。之后陆续颁布的《银行业监督管理法》《商业银行法》和《金融机构撤销条例》虽对银行处置有所涉及,但仅限在原则层面上,尚未触及存款保险

制度、重整制度、清算管理制度、破产制度等具体制度。《企业破产法》也未对商业银行的破产与重整做出具体规定,仅在该法第134条授权国务院另行制定专门的行政法规。因此,我国商业银行的处置实际上处在无法可依的境地。虽然我国在这一领域的立法工作已经启动,但整体进程非常缓慢,历时十年却无结果。究其原因,一方面是国内缺乏足够了解银行处置原理、制度及方法的学者及行政人员,另一方面是不同行政机关的部门利益、权力争夺在一定程度上影响到了立法进程——这也再次表明,法律文明的建立,需要政治文明为根基。

本书以处置危机银行的各项基本制度为主题和主线。书中所指的“银行”,专指从事吸收储蓄、发放贷款、支付等业务的商业银行,并不包含投资银行、金融控股公司、银行控股公司等非银行金融机构——这种对象限定,是出于与其他类型金融机构相比较,商业银行更具有特殊性的考虑。银行的支付中介、信用中介以及货币政策中介的功能,令其处于金融系统中无与伦比的核心地位,一家银行倒闭所产生的负面效果,远大于一家其他金融机构面临同样情况所产生的负面效果,故而,对于银行危机应对制度的设计,应当采用不同于其他金融机构的特殊安排,不应将银行与其他金融机构混为一谈、相提并论。本书中的银行危机应对程序,是一个包容性较强的概念,包括行政机构和/或司法机构对危机银行采取的各类监管措施,如更换管理层、限制交易、暂停股东权利、接管、处置等措施。本书中,银行的清算程序虽然不在“处置”的概念之内,但该程序因与银行处置衔接密切,在美国等个别国家也是由行政机关负责,本书亦设专章讨论。银行由于从事或参与欺诈及其他违法行为被监管机构关闭不属于经营失败,被排除在本书视野范围之外。

本书系统考察了国际银行业监管组织及主要发达国家的最新立法与案例,归纳、总结了银行重整与破产的一般规律、原理及方法。本书的贡献或许可以体现在以下方面:(1)系统阐述了银行的特殊性,论证指出银行所具备的公共性与系统重要性两个基本特征,进而提出了保护公共利益、防范系统性风险、保障金融服务持续供给与保障货币政策等银行处置制度的四大目标;(2)对不同语境、不同层次下的“银行处置”概念进行了系统梳理,有助于厘清对于这一概念的模糊认识,便于更为深入的问题讨论和制度构建;(3)提出、论证了银行处置程序的行政化特质,对处置机构应有的权力配制、处置方式选择应遵循的最低成本、市场资源优先、保护竞

争、风险分担、保护私人合法权益等原则进行了系统阐述;(4)梳理、分析了处置程序启动的资不抵债、无力清偿的标准以及监管性三类标准,归纳、总结了主要发达国家的处置程序启动的立法的共性及规律;(5)系统介绍并分析了限制性措施、市场化处置、利用公共资源处置等不同类型处置方法及相应制度,对各种处置类型下的不同处置方式进行了细致评析,并在必要之处提供了实证案例。

回顾本书的写作历程,从2007年开始立项、筹划、动笔到完成,历经10年。过程如此漫长与艰辛,主要应归责于作者自身不够专注与努力,时常被其他事务打断。另一个原因是,关于银行及系统重要性金融机构处置的讨论及国际规则建立,始终处于不确定状态,国际社会尚未形成共识,许多核心问题仍在讨论、思考过程中,特别是2008年金融危机发生后,英国《2009年银行法》,德国《2009年银行法》《2011年银行重组法》《2014年恢复与处置法》,美国《2010年多德—弗兰克法案》、金融稳定理事会制定的《2011年金融机构有效处置框架核心要求》(2014年修订)、欧盟制定的《2014年银行复苏与处置指引》等新的国际准则、外国监管立法相继出台,新的问题不断出现、反复讨论。对这些不断出现的新立法进行追踪研究,很大程度上延长了本书的写作过程。本书作者于2010年在美国SMU大学法学院、2013年在美国哈佛大学法学院、2015年在德国马克斯—普朗克协会比较与国际私法研究所以及2016年在罗马国际私法统一协会的学术交流期间,投入了很多时间用于完成这项艰巨的工作。10年之后,今天国际社会对这一问题的讨论已成熟很多,也逐步达成了一些共识,虽然在这一领域仍有很多问题需要继续研究,但本书的写作终于可以告一段落了。书中难免有错误与疏漏之处,敬请学界同仁及读者批评指正。

伏 军

北京·惠园

2018年3月

致 谢

本书的写作,得到中美“雷布莱特研究学者项目”、司法部“国家法治与法学理论研究项目”课题以及对外经济贸易大学“211 工程”重点学科建设项目的慷慨资助。

本书的完成,还应当感谢美国 SMU 大学法学院的 Joe. Norton 教授、哈佛大学法学院的 Hal. Scott 教授、德国马普学会比较法与国际私法所的 Rainer Klums 研究员以及罗马国际私法统一协会的 Frederique Mestre 女士及 Neale Bergman 律师。由于他(她)们的邀请,作者得以在国际一流的学术机构进行交流、访问,为本书的写作提供了宝贵的资料来源与时间保障。同时,也非常感谢法律出版社的冯雨春女士与冯佳欣女士,她们为本书的出版提出了非常专业的意见,并为本书的一再拖延给予了极大宽容。最后,感谢我的夫人和儿子,他(她)们的支持和陪伴,为本书的艰辛写作赋予了巨大动力与意义。

目 录

第一章 银行及银行处置为何特殊 / 1

一、银行的核心功能 / 3

(一) 银行的起源及概念 / 3

(二) 银行的三大功能 / 7

二、公共性与系统重要性 / 10

(一) 银行的公共性 / 11

(二) 银行的系统重要性 / 13

三、银行处置的特殊性 / 16

(一) 处置的概念及范围 / 16

(二) 特殊的法律制度 / 19

(三) 银行处置程序与普通破产程序的差异 / 21

第二章 银行处置的制度目标与原则 / 33

一、对银行处置目标的考察 / 35

(一) 保护公共利益 / 36

(二) 防范系统性风险 / 39

(三) 保障银行基本功能持续 / 40

(四) 防止影响货币政策 / 41

(五) 防止银行倒闭:被摒弃的目标 / 42

二、银行处置应遵循的基本原则 / 43

(一) 最低成本原则 / 45

(二) 市场力量优先原则 / 49

(三) 竞争保护原则 / 50

(四) 风险承担原则 / 53

(五) 保护私人正当权益原则 / 55

三、被废弃的原则:“太大不能倒” / 56

(一) “太大不能倒”的传统假定 / 57

(二) 被重视的成本 / 61

(三) 《2010 年多德—弗兰克法案》的选择 / 65

(四) 金融稳定理事会及欧盟立法 / 69

四、新浮现的原则:控股股东责任加重原则 / 69

(一) 在美国的提出与立法确立 / 69

(二) 控股股东责任加重原则的正当性讨论 / 72

(三) 中国继受及存在的问题 / 74

第三章 银行处置的行政化属性 / 77

一、行政化的处置程序 / 79

二、处置程序与清算程序:行政与司法的边界 / 84

三、处置程序的机构选择 / 87

四、处置机构的权力 / 96

(一) 金融稳定理事会提出的权力范围 / 97

(二) 欧盟《银行复苏与处置指引》提出的权力范围 / 98

(三) 合同解除权 / 99

(四) 临时中止权 / 101

第四章 处置程序的启动及制衡 / 105

一、启动的三重标准 / 107

(一) 无力清偿、资不抵债与监管性标准 / 107

(二) 各国立法与国际准则 / 110

二、启动的权利性 vs 义务性 / 121

三、评估程序的重要性 / 123

四、启动程序的司法制衡 / 125

五、中国现行立法及存在问题 / 127

(一) 《企业破产法》 / 128

(二) 《商业银行法》 / 129

(三) 《银行业监督管理法》 / 130

第五章 银行处置的类型、方式及选择 / 133

一、限制性措施: 银行处置的前置措施 / 135

(一) 欧盟“早期干预”措施 / 137

(二) 美国“迅速矫正措施” / 138

(三) 德国“特别状态措施” / 139

二、市场化处置方式 / 141

(一) 合并与收购 / 143

(二) 购买与承继 / 146

(三) 资产剥离 / 150

(四) 存款赔付 / 154

(五) 债转股再融资 / 156

三、公共资源救助及制约 / 162

(一) 公共资源救助的主要方式 / 164

(二) 公共资源救助的负外部性 / 169

(三) 对使用公共资源的限制 / 171

(四)公共资源救助措施的终止 / 176

第六章 银行清算程序 / 179

一、清算程序的管辖 / 181

二、银行清算程序 / 184

三、银行清算的特殊安排 / 191

第七章 跨境处置的困境与出路 / 195

一、跨境企业破产处置的一般规则 / 197

(一)“普遍性原则”vs“地域性原则” / 198

(二)区域性跨境破产规则 / 200

(三)美国、德国跨境破产法律制度 / 201

二、银行跨境处置的困境与选择 / 205

(一)资产隔离与处置割裂状态 / 208

(二)巴塞尔银行监管委员会 1992 年《跨国银行处置清算报告》 / 209

(三)巴塞尔银行监管委员会 2010 年《跨境银行处置小组报告与建议》 / 212

(四)金融稳定理事会 2011 年《金融机构有效处置框架核心要求》 / 213

(五)欧盟《2014 年银行复苏与处置指引》 / 214

(六)欧盟与美国《2017 年框架合作协议》 / 218

第八章 金融危机下的银行处置 / 221

一、一种更为特殊的情形 / 223

二、机构与法律选择 / 226

(一)危机遏制阶段 / 227

(二)银行重组阶段 / 231

(三)资产管理阶段 / 236

三、危机应对措施及终止 / 239

四、两类银行危机应对基金 / 240

(一) 稳定基金 / 240

(二) 重组基金 / 242

结 语 / 246

附 表 / 248

附表 1 美国联邦存款保险公司处置银行统计表(2000 ~ 2016 年) / 248

附表 2 美国 First Cornerstone Bank 处置方案公告(2016 年) / 250

附表 3 美国前十名银行控股公司及其子银行一览表(2012 年) / 252

附表 4 欧洲债转股处置银行案例一览表(2008 ~ 2012 年) / 254

附表 5 欧盟国家债务危机救助计划一览表(2008 ~ 2017 年) / 256

附表 6 欧洲各国银行处置与监管机构一览表(2017 年) / 257

参考文献 / 258