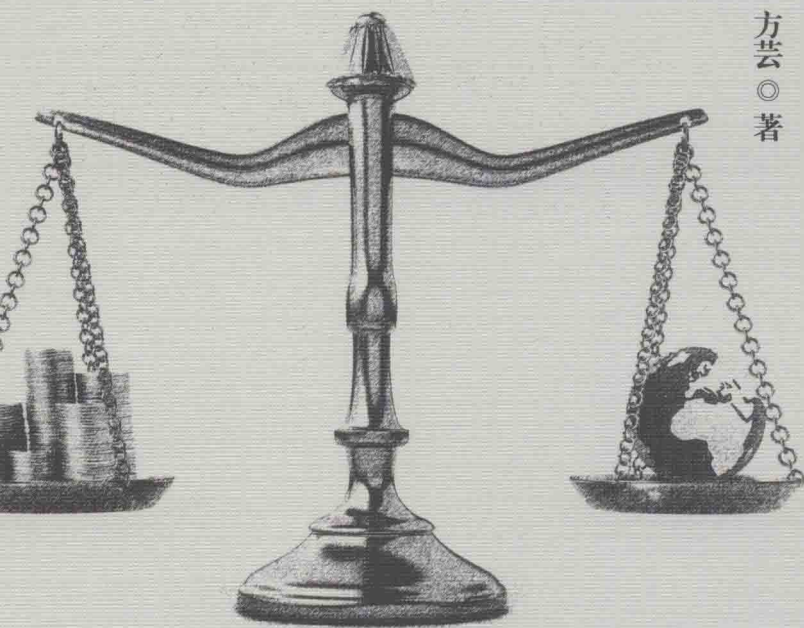




四川省社会科学院
学术文库

立法模式构建视阈下 银行重整法律制度研究

方芸◎著



中国社会科学出版社



四川省社会科学院
学术文库

立法模式构建视阈下 银行重整法律制度研究

方芸◎著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

立法模式构建视阈下银行重整法律制度研究 / 方芸著. —北京:
中国社会科学出版社, 2018. 10
(四川省社会科学院学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5203 - 3467 - 9

I. ①立… II. ①方… III. ①银行法—立法—研究—中国
IV. ①D922. 281. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 249868 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 喻 苗
责任校对 胡新芳
责任印制 王 超

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京明恒达印务有限公司
版 次 2018 年 10 月第 1 版
印 次 2018 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 18
插 页 2
字 数 294 千字
定 价 79.00 元



凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话:010 - 84083683
版权所有 侵权必究

序

党的十九大以来，整顿金融秩序、防范金融风险已成为我国中心任务之一。金融秩序的监管也从原来的多头监管变为由中国人民银行为主的监管模式。监管模式的改变反映了中央加强金融管理的决心，也表明了减少金融企业破产倒闭的决心。

但是，市场有市场的规律，市场的规律就在于竞争。竞争的法则是优胜劣汰，金融企业的淘汰又是不可避免的。如何解决这一矛盾呢？由于金融业，尤其是银行业这一矛盾的特殊性，它涉及千千万万的储户，涉及广大老百姓的切身利益，因此它不能简单走破产清算的道路。1994年《金融机构管理规定》首次对接管做出规定，但银行接管与银行破产重整有着本质的差异。银行接管是行政行为，具有行政强制性，而破产重整是司法行为，是司法权为主导的行为。

本书《立法模式构建视阈下银行重整法律制度研究》对这个问题有深入的研究。本书的视野很广阔，尤其是对欧美的银行重整法律制度的专著和论文，未经翻译为中文的，作者阅读和引用的数量过百。正是其视野的广阔，才有其比较研究的优势。

本书的作者方芸女士从本科到硕士研究生，直到博士研究生都在中国政法大学，总共达十一年之久，可谓备受中政大精神熏陶的才女。博士生她考入我的门下，其间她以优异的成绩与外语水平到美国得州大学法学院作为访问学者，有一年时间。利用这个机会，她为自己的博士论

文写作奠定了基础。这本书就是她在博士论文基础上加工完成的。我真诚地将它推荐给读者。

是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters, likely '江平' (Jiang Ping).

2018 年 7 月 28 日

目 录

绪 论	(1)
一 本书写作背景及研究目的	(1)
二 研究文献综述	(3)
三 研究方法	(15)
第一章 银行破产与银行重整	(17)
第一节 银行与银行破产	(17)
第二节 银行重整的含义与特点	(36)
第三节 银行重整与相关法律制度辨析	(44)
第二章 银行重整立法的理论基础与基本原则	(52)
第一节 银行重整立法的理论基础	(52)
第二节 银行重整立法的基本原则	(77)
第三章 银行重整立法模式的比较研究	(89)
第一节 银行重整立法模式的类型划分	(89)
第二节 美国：存款保险机构主导下的监管型重整	(100)
第三节 英国：从司法型重整到混合型重整	(115)
第四节 各国银行重整立法模式构建的经验借鉴	(133)
第四章 我国银行重整立法的缺陷检讨与模式选择	(139)
第一节 我国现行银行重整立法的缺陷与不足	(139)

第二节 我国银行重整实践的缺陷检讨	(152)
第三节 混合型重整模式：我国银行重整立法的理性选择	(168)
第五章 混合型重整立法模式下我国银行重整制度设计	(185)
第一节 银行重整程序的启动条件与管理人选任	(185)
第二节 救助措施在银行重整中的应用	(203)
第三节 银行重整的损失分担机制	(227)
结束语	(252)
参考文献	(255)
后 记	(278)

绪 论

一 本书写作背景及研究目的

银行破产，既是金融市场发展过程中必然存在的经济现象，也是对市场竞争一般规则——优胜劣汰的真实反映；但是考虑到银行对整个国家经济发展和民众切身利益的重要影响，以及其应对风险的脆弱性和破产倒闭所产生的巨大负外部效应，各个国家和地区均对濒临破产的问题银行采取了十分慎重的态度，处置方式通常不是直接进行破产清算，而是着眼于通过一系列救助措施来挽救其可持续经营价值。因此，旨在预防破产清算的重整制度占据了银行破产法律体系中的核心地位，破产清算往往只是作为兜底性手段在对问题银行拯救无望时才发挥作用。

作为一项政策性、法律性和外部性很强的准市场行为，问题银行重整涉及众多利益主体，对存款人、其他债权人、问题银行及其股东，乃至整个金融市场的稳定都将产生重大影响，在客观上要求必须有一套缜密的法律制度给予支撑。我国现行的法律、行政法规和行政规章虽然对问题银行重整做出了一些初步性的制度安排，但并没有对其中诸多特殊法律问题进行规范和调整，导致目前问题银行重整的法律制度依然建筑在零散、杂乱、缺乏统一性的法律规范之上。这些由不同部门制定，在不同时间颁布，归属于不同效力层级的法律规范不仅失之简陋，相互之间还存在各种矛盾和冲突，难以正确地指导法律实践，更容易在具体个案中引发无所适从的混乱局面。由于立法严重滞后，我国问题银行的重整实践长期以来只能依靠政策文件调整，行政干预色彩浓厚，缺少市场化机制的运作：不仅处置效率低下，重整手段单一；而且，损失分担机

制极为不合理,“银行倒闭,政府埋单”的情况十分普遍,严重影响了银行业的健康发展。

相较而言,国外问题银行重整法律制度的构建和发展远远走在了我国的前面。在2007年金融危机发生之前,各个国家和地区关于问题银行重整的立法主要有两种模式安排:一种是以美国、加拿大等国家为代表的监管型重整模式,将问题银行重整排除在普通破产法的适用范围之外,单独进行立法,并由监管机关主导银行重整程序;另一种是以英国、法国和德国等欧洲大陆法系国家为代表的司法型重整模式,不针对问题银行重整进行特别立法,而是统一适用普通破产法中的相关规定,并由法院主导银行重整进程。在2007年金融危机发生之后,许多西方国家为了重塑本国以银行为规范重点的金融机构破产法律体系,纷纷展开了大规模的金融修法活动,完善银行重整制度成为本轮法律改革浪潮中的一个焦点。特别值得注意的是,作为两种立法模式的代表性国家——美国和英国,在金融危机爆发后,分别对本国的金融机构破产立法进行了重大改革:英国改变了将普通破产法适用于银行破产的历史传统,通过制定2009年《银行法》,在1986年《破产法》之外构建起专门适用于银行破产的特别处理机制;而美国则通过《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法案》(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protective Act,以下简称《多德—弗兰克法案》)建立起有序清算制度,作为对陷入困境的非银行金融机构进行救助的制度安排。

金融危机已经过去10年,危机的影响仍未平息,后危机时代对于金融衍生品的“再认识”以及防控金融风险的反思仍在继续。特别是在近年来我国经济增速放缓的背景下,随着金融体制改革的深入和金融转型的加速,过去多年积累的体制机制矛盾、资源错配风险正在不断叠加,银行业则因其自身的脆弱性而成为风险凸显的区域。2016年伊始,时任中国银监会主席尚福林在《中国金融》发表署名文章,详述“十三五”时期银行业改革发展的方向之一是要完善金融机构市场化退出机制,建立适合我国国情的银行业金融机构处置和破产法律体系,推进金融市场退出机制常态化、规范化。^① 习近平总书记在2017年7

① 尚福林:《“十三五”银行业改革发展方向》,《中国金融》2016年第1期。

月14日召开的第五次全国金融工作会议上强调指出,“防止发生系统性金融风险是金融工作的永恒主题”,“要把主动防范化解系统性金融风险放在更加重要的位置,科学防范,早识别、早预警、早发现、早处置,着力防范化解重点领域风险,着力完善金融安全防线和风险应急处置机制”。本书针对我国问题银行重整立法缺乏体系化设计、法律规则供给不足以及实践与立法严重脱节等现状,从我国的实际国情出发,通过学习、借鉴其他国家和地区金融立法的经验,尝试以立法模式构建为中心制定一套充分考虑我国转轨时期经济与法治特点的银行重整法律规则,希望能够借此研究为我国银行破产风险处置立法起到抛砖引玉之功用。

二 研究文献综述

银行对经济发展的重要作用,使其市场退出问题一直为世界范围内包括经济学、法学、政治学等多个领域的学者所共同关注,世界银行(World Bank)、国际清算银行(the Bank for International Settlements)和国际货币基金组织(International Monetary Fund,简称IMF)等国际金融组织也都对这一问题进行了持续而广泛的研究。特别是在2007年金融危机爆发以后,如何合理处置陷入困境的问题银行成为颇受瞩目的话题和各国金融修法活动关注的重点,联邦存款保险公司(Federal Deposit Insurance Corporation,简称FDIC)、英格兰银行(the Bank of England)和中国人民银行等许多国家政府部门也多次发表各种形式的研究报告,就银行重整中存在的问题进行探讨。具体而言,国内外的相关文献资料可以划归为以下五个方面。

(一) 法律传统与金融发展研究

关于法律传统与金融发展的理论研究,学者的观点主要分为两派。1998年,来自美国哈佛大学、芝加哥大学的四位学者拉斐尔·拉·波塔(Rafael La Porta)、弗洛伦西奥·洛佩兹-德-西拉内斯(Florencio Lopez-de-Silanes)、安德烈·施莱弗(Andrei Shleifer)和罗伯特·W. 维什尼(Robert W. Vishny)在法律金融理论的奠基性文献《法与金融》中首次提出,法律的起源很有可能会影响到一个国家金融发展程度的高低,不同的法律传统对私有财产和政府权力的侧重不同,而对私有财产的保护恰

恰是金融发展的基础。^① 爱德华·格莱泽 (Edward Glaeser) 和安德烈·施莱弗合写的《法律制度起源》一文则通过对两大法系法律传统的差异性分析,进一步指出:由于大陆法系倾向于保护政府权力而非私有财产,会给金融发展带来消极影响;普通法系则正好相反,其更加注重对合同自由和私有财产的保护,因而能够更有效地促进金融发展。^② 前述观点近年来受到了很多学者的质疑,约翰·阿穆尔 (John Armour)、西蒙·迪肯 (Simon Deakin)、维维安娜·莫莉卡 (Viviana Mollica) 和马赛厄斯·赛姆斯 (Mathias Siems) 四位学者通过研究法国、德国、印度、英国和美国 5 个国家的公司法与破产法于 1970—2005 年间发生的变化,在《法律与金融发展:从时间序列的证据中我们可以学到什么》一文中总结了自己的观点,认为虽然由于历史原因形成的法律传统差异会对金融市场的发展造成一定影响,但并不是决定性的因素。法律变革与金融发展之间是一个相互影响、互为因果的关系。^③

处于经济转轨时期的国家,其法律与金融发展的关系,也受到了很多学者的关注。卡塔琳娜·皮斯托 (Katharina Pistor) 和许成钢提出的“不完备法律理论” (Incomplete Law Theory),为考察经济转轨国家的金融监管体制和金融法律制度提供了一个崭新的视角。该理论认为,法律具有内在的不完备性,剩余立法权及执法权的分配方式会影响执法的有效性。^④ 两位学者在《执法之外的机制:中俄金融市场的治理》这篇文章中进一步指出,鉴于金融市场对经济增长和发展的重要性,为促进金融市场发展所做的努力已成为俄罗斯和中国这样的转型经济国家法制建设的重心;但是这些国家目前所面临的基本困境是:它们需要发展金融市场,然而又缺乏有效的法律支撑。由于这些国家法律不完备问题和信息

① Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, No. 106, 1998, pp. 1113—1155.

② Edward Glaeser, Andrei Shleifer, “Legal Origins”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 17, No. 4, 2002, pp. 1193—1229.

③ John Armour, Simon Deakin, Viviana Mollica, Mathias Siems, “Law and Financial Development; What We Are Learning from Time-Series Evidence”, *European Corporate Governance Institute Working Paper*, No. 148/2010, <http://ssrn.com/abstract=1580120>, last visit at 2018. 07. 15.

④ [美] 皮斯托、许成钢:《不完备法律:一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用》(上),《比较》2002年第3期。

不对称问题均较之发达市场经济更为严重,皮天雷和汪燕在《转型经济中法律与金融的发展》一文中特别强调,“依靠模仿发达经济国家法律制度中出现的任何‘最佳做法’,在特点迥异的其他环境中都可能失灵,即使中长期目标是这些做法的趋同”^①。

(二) 后金融危机时代对金融监管的反思

在我国银行业改革开放走过30年之际,金融市场最为发达的美国爆发了自经济大萧条以来最为严重的次贷危机,并迅速蔓延至其他国家和地区,导致了全球性的经济衰退。目前,国内外已有大量的文献从经济学、金融学、法学等各个角度对此次金融危机的根源及其对金融监管体制的影响展开研究。虽然研究方向和角度有所不同,但几乎所有的学者都同意金融危机调查委员会在《美国金融危机调查报告》中的结论,即此次危机是“人祸”而非“天灾”,危机产生的根源在很大程度上源自西方社会对金融自由化理念的盲目推崇和极端迷信。金融自由化也称“金融深化理论”(Theory of Financial Deepening),是由爱德华·肖(Edward S. Shaw)和罗纳德·麦金农(Ronald I. McKinnon)两位学者于1973年分别在《经济发展中的货币和资本》和《经济发展中的金融深化》两部著作中同时提出的。该理论特别强调政府应当减少对金融市场的干预,放松对金融体系的监管,以加强银行之间的竞争,并提高金融业的效率。正是在金融自由化理念和金融全球化趋势的共同影响下,许多国家和地区不断放松或解除对银行等金融机构的法律规制,金融监管部门则将“最少的监管就是最好的监管”奉为主臬长期执行。中国社会科学院“国际金融危机与经济学理论反思课题组”在《国际金融危机与凯恩斯主义》一文中指出,凯恩斯主义与新自由主义经济学对当前国际金融危机的爆发都负有不可推卸的责任。^②在由埃迪·威米尔希(Eddy Wymeersch)、克劳斯·J. 霍普特(Klaus J. Hopt)和吉多·费拉里尼(Guido Ferrarini)共同编著的《金融监管——危机后的分析》一书中,来自欧美各国的学者分别围绕欧盟如何应对金融危机、欧盟金融监管法律框架的重构、危

① 皮天雷、汪燕:《转型经济中法律与金融的发展》,《财经科学》2007年第7期。

② 中国社会科学院“国际金融危机与经济学理论反思课题组”:《国际金融危机与凯恩斯主义》,《经济研究》2009年第11期。

机后银行的公司治理结构以及金融机构跨境破产等问题展开了广泛而深入的探讨。^① 罗培新的论文《美国新自由主义金融监管路径失败的背后——以美国证券监管失利的法律与政治成因分析为视角》通过对美国证券监管部门（Securities and Exchange Commission, SEC）在此次金融危机中监管失败的原因进行分析，指出“在市场主体的认知局限、过度贪婪、自欺以及恐慌会迅速造就市场失灵的情况下，金融监管部门必须发挥作用”^②。苏洁澈的《危机与变革：英国银行监管体系的历史变迁》一文对英国银行监管体系在 2008 年金融危机后所发生的变化进行了深入分析。

（三）银行破产的基础理论研究

银行破产的基础理论研究的随着银行破产实践的发展而不断变化和调整的。在现有的文献中，关于商业银行破产的基础理论研究成果明显多于其他的银行类型，相关研究内容可以大致划分为以下几个方面。

首先，关于破产法律制度在问题银行处置中的适用性研究。具有代表性的成果包括迈克尔·舍曼（Michael Schemmann）的《货币的崩溃与突破——金融危机与银行破产的历史及其救助》，该书从罗马帝国的三世纪危机（the Crisis of the Third Century）^③ 开始，对世界范围内爆发的历次金融危机以及政府在危机中救助问题银行的政策、措施进行了全面的梳理和总结。让-夏尔·罗歇（Jean-Charles Rochet）的《为什么会有这么多的银行业危机——银行监管背后的政治学与政策研究》一书，从银行应对风险的脆弱性入手，深入分析了问题银行产生并演变为银行业危机的原因，指出政府对银行业市场的不当干预是导致危机蔓延的一个重要原因，只有建立起银行市场退出的法律机制，才能有效遏制危机蔓延，发挥市场优胜劣汰的资源配置作用。近年来，越来越多的学者从法经济

① Richard Spillenkothen, *Notes on the Performance of Prudential Supervision in the Years Preceding the Financial Crisis by a Former Director of Banking Supervision and Regulation at the Federal Reserve Board* (1991 to 2006), May 31, 2010, p. 28.

② 罗培新：《美国新自由主义金融监管路径失败的背后——以美国证券监管失利的法律与政治成因分析为视角》，《法学评论》（双月刊）2011 年第 2 期（总第 166 期）。

③ 公元 235—284 年，罗马帝国因农业萎缩、商业萧条、财源枯萎、政治混乱和内战连绵等陷入严重的危机之中，帝国政府全面瘫痪，历史上称作“三世纪危机”。

学的角度来研究问题银行的风险处置。例如,马泰·马林克(Matej Marinč)和拉兹万·沃拉夫(Razvann Vlahu)合著的《银行破产的法经济学》从银行的特殊性出发,着重讨论了银行破产与普通企业破产的差异、对银行破产进行单独立法的必要性及银行重整相对于银行破产清算的制度优越性。阙方平的《有问题银行处置制度安排研究》是国内最早系统研究问题银行的学术著作,该书运用制度经济学的外部性理论,深入分析了问题银行的危害,反思了我国问题银行处置实践中存在的问题并提出了改革设想。乐宜仁的博士学位论文《银行危机的社会学解释》从科尔曼对信任的研究出发,通过构建以银行为中心的信任链条并借助AGIL模式解释银行危机,丰富和完善了传统的银行危机理论。何畅和黎四奇两位学者将商业银行破产理论的变迁总结为两个发展阶段:第一个阶段是从一般破产到对存款人特殊保护,第二个阶段是从对存款人的特殊保护到破产预防。何畅在《现行商业银行破产法律制度存在的缺陷及完善对策》一文中提出,出于对社会效应的考虑,政府应尽早发现并解决银行经营中存在的问题,同时竭力通过各种有效途径使面临倒闭的银行起死回生。^①黎四奇则在《我国商业银行破产法律制度的现状及其矫正》这篇文章中提出,以存款保险为核心的银行破产法律制度仅仅是政府安全网的一个环节,银行破产法的定位不应在于银行的破产,相反应在于破产的预防。^②李曙光在《新〈企业破产法〉与金融机构破产的制度设计》一文中通过对《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)条文的梳理,从银行的界定和范围、银行破产的申请主体、破产前置程序、破产管理人、债权申报和资产变现等方面,着重分析了银行相较于普通企业在破产制度上的特殊性。^③

其次,在银行破产的基础理论研究中,另一个颇受关注的问题就是对权力结构的分析。银行破产是一个多方介入的过程,也是各种权力博弈的平台。吴敏在《论法律视角下的银行破产》一书中对银行破产中的

① 何畅:《现行商业银行破产法律制度存在的缺陷及完善对策》,《金融论坛》2003年第12期。

② 黎四奇:《我国商业银行破产法律制度的现状及其矫正》,《上海金融》2005年第9期。

③ 李曙光:《新〈企业破产法〉与金融机构破产的制度设计》,《中国金融》2007年第3期。

权力形态进行研究后指出,银行监管当局的监管权以及法院在破产程序启动后的司法权是权力结构的主要组成部分,但是由于行政权和司法权在价值判断与取舍上存在分歧,导致两者经常发生冲突。^① 黄韬的《我国金融机构市场退出法律机制中的“权力版图”:司法权与行政权关系的视角》通过分析我国金融机构市场退出法律制度中的权力结构,指出“法律制度对于系统性金融风险控制 and 债权人利益维护这两个在短期内互相矛盾和冲突的价值取向如何进行权衡,是行政部门和司法部门在‘权力版图’上空间划分的直接决定因素”^②。艾娃·H. G. 胡普凯斯(Eva H. G. Hüpkens)在其所著的《比较视野中的银行破产法律制度》一书中提出法院在银行破产中扮演着三重角色:一是司法职能,协助执行银行监管机构的命令;二是主管破产程序;三是为各方当事人提供独立审查银行监管机构决定的途径。^③ 但是主张“单一行政主管”(sole administration)的学者,如罗莎·玛利亚·拉斯特拉(Rosa Maria Lastra)和亨利·M. 谢夫曼(Henry M. Schiffman)却坚持认为,法院缺乏必要的处理金融事务所需的专业技术和能力,而且司法程序冗长,在信息公开不可避免的情况下,公众会抢先做出反应,导致相应的处理措施无法取得其应有的效果。因此,应当由监管部门来决定是否接管某一银行,决定某项重整计划能否通过,更为合适。^④ 陈咏晖和王晟在《政府救助与银行破产:政府救助政策的动态不一致分析》一文中通过对政府与银行动态博弈的模型研究,认为从长期来看,单纯的政府救助并不能降低银行破产的概率,为了减轻政策动态不一致带来的效率损失,弱化政府与银行在产权上的联系以及对政府“相机抉择”的权力进行适当限制是必要的。^⑤ 刘华和许可的《不完备法律理论框架下的金融机构破产立法模式》则指出:转

① 吴敏:《论法律视角下的银行破产》,法律出版社2010年版,第221页。

② 黄韬:《我国金融机构市场退出法律机制中的“权力版图”:司法权与行政权关系的视角》,《中外法学》2009年第6期。

③ [瑞士]艾娃·胡普凯斯:《比较视野中的银行破产法律制度》,季立刚译,法律出版社2006年版,第29页。

④ Rosa Maria Lastra, Henry M. Schiffman, *Bank Failures and Bank Insolvency Law in Economies in Transition*, London: Kluwer Law International, 1999, p. 93.

⑤ 陈咏晖、王晟:《政府救助与银行破产:政府救助政策的动态不一致分析》,《武汉金融》2007年第9期。

轨制国家银行破产法律体系的不完备性、分散性,需要将剩余执法权分配给监管者;与此同时,金融监管当局行政权的运行必须有一个适度的界限,如果过分强制性地配置资源会扼杀经济主体的自觉性,扭曲市场规律。^①

(四) 银行破产的基本原则研究

1992年,J.范德·福森(J. Van der Vossen)在《监管标准与处罚》一文中提出,监管机构的早期介入原则对抑制银行业务中存在的问题十分重要:“第一,它可以强化审慎监管的实施,阻止银行从事不稳健的业务;第二,它能够确保游戏规则在银行业内得到公平的贯彻;第三,它可以避免发生更大的损失和风险的传播。”^②乔纳森·R.梅西(Jonathan R. Macey)在《银行风险监管的政治科学》这篇论文中进一步指出,如果监管机构因未能及时介入而导致问题银行丧失了被矫正的可能性时,就必须允许该银行像其他陷入财务困境,无法继续生存的非银行企业一样破产。因为如果一家已经资不抵债的银行继续营业,其股东就会产生再赌一把的强烈愿望,冒着更大的风险试图捞回老本。^③顾敏康在《试论我国商业银行破产法的基本原则》一文中提出,中国未来的商业银行立法应当遵循破产预防、最小成本、合理分担损失和风险、快速处置和优先保护个人储蓄存款人五项基本原则。最小成本原则有一个被称为“太大而不能倒”的重要例外,即当那些规模较大以至于其破产倒闭容易引发系统性风险的银行面临财务困境时,无论其是否已经错失被挽救的最佳时机,政府都应该予以救助以避免其被破产清算。对该例外的权威性表述最早可追溯至沃尔特·白哲特(Walt Bagehot)于1873年发表的文章《伦巴第街》,他的名言是:“援助一家现存的坏银行就是阻止建立一家未来的好银行,但是在一家银行倒下去就会连累一片大的疯狂年代里,阻止银行发生连锁性倒闭的最好办法就是阻止第一家银行倒下去。”^④诺贝

① 刘华、许可:《不完备法律理论框架下的金融机构破产立法模式》,《金融与法》2007年第10期。

② J. Van der Vossen, “Supervisory Standards and Sanctions”, *Banking and EC Law Commentary*, 1992, 32, (Martijn van Empel).

③ Jonathan R. Macey, “The Political Science of Regulating Bank Risk”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 49, 1989, pp. 1277, 1249.

④ Walter Bagehot, *Lombard Street: A Description of Money Market*, London: Henry S. King and Co., 1873, p. 51.

尔经济学奖获得者罗伯特·M. 索诺 (Robert M. Solow) 则进一步强调, 即使是对那些已失去偿付能力的银行也应该予以救助, 以防止主要银行倒闭引起的信心的损失传播到整个银行体系。^① 由于在 2007 年金融危机期间, 各国政府在没有法律明确授权的情况下, 为挽救那些大型、高杠杆化和实质上相互关联的问题银行而投入了巨额的公共资金, 导致“太大而不能倒”政策被推至舆论的风口浪尖, 理论界和实务界也对这一政策的正当性和合理性进行了深刻的反思。英国金融服务局 (Financial Services Authority, 简称 FSA) 在其发布的《对全球银行危机监管的回应: 具有系统重要性银行及其影响的评价》报告中指出, “太大而不能倒”规则的实行产生了三大问题: “一是道德风险; 二是因潜在的财政成本和银行损失社会化所产生的不公; 三是银行母国当局由于救助行为可能会使该国受益而不愿意或难以实施救助。”^② 我国学者黎四奇在《后危机时代“太大而不能倒”金融机构监管法律问题研究》一文中指出, 公平竞争是金融市场活力有序的根本保障, 当政府因顾虑太多而没有让一家已经濒临绝境的大型银行倒闭时, 公众就会更愿意将自己的资金以低利率投给有政府撑腰的大银行, 而不是处于弱势地位的小银行, 由此使得竞争环境恶化。^③ 学界对此也有不同的声音, 例如罗伯特·波曾 (Robert Pozen) 在其所著的《太大而不能倒? ——如何修复美国的金融体系》一书中, 对金融危机期间美国政府救助的银行进行类型化实证研究后, 提出美国财政部的救助行为不能完全用“太大而不能倒”的例外性规则来解释, 原因是政府救助的大多数银行并不是因为它们濒临破产或者付款机制流程恶化, 而是出于防患于未然的重整性考虑或者政府刻意而为的优惠政策。^④ 肯尼斯·E. 斯科特 (Kenneth E. Scott) 和约翰·B. 泰勒 (John B. Taylor) 等人合著的《破产而非纾困: 破产法第 14 章》对如何

① 刘宇飞:《中央银行的两难选择: 救助或不救助》,《当代金融家》2005 年第 3 期。

② FSA, “A Regulatory Response to the Global Banking Crisis: Systemically Important Banks and Assessing the Cumulative Impact”, *Discussion Paper*, No. 09/04, http://www.fsa.gov.uk/pubs/discussion/dp09_04.pdf, last visit at 2018. 07. 15.

③ 黎四奇:《后危机时代“太大而不能倒”金融机构监管法律问题研究》,《中国法学》2012 年第 5 期。

④ Robert Pozen, *Too Big to Save? How to Fix the U. S. Financial System*, Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2010, pp. 169 - 190.