



Legal Research
On Insolvent
Financial
Institution

金融机构破产的 法律问题

编 著/刘仁伍

副编著/覃道爱 刘 华



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



Legal Research On Insolvent
Financial Institution

金融机构破产的 法律问题

编 著/刘仁伍

副编著/覃道爱 刘 华



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

金融机构破产的法律问题 / 刘仁伍编著. —北京: 社会科学文献出版社, 2007. 5

ISBN 978 - 7 - 80230 - 652 - 3

I. 金... II. 刘... III. 金融机构 - 破产法 - 研究

IV. D912. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 059380 号

金融机构破产的法律问题

编 著 / 刘仁伍

副 编 著 / 覃道爱 刘 华

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 财经与管理图书事业部 (010) 65286768

电子信箱 / caijingbu@ssap.cn

项目负责 / 周 丽

责任编辑 / 吴连生

责任校对 / 顾德伟

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部
(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京鑫联必升文化发展有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张 / 23. 75

字 数 / 290 千字

版 次 / 2007 年 5 月第 1 版

印 次 / 2007 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 80230 - 652 - 3/F · 136

定 价 / 49. 00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

主要内容

20 世纪 90 年代中期之前，中国金融机构基本上不存在市场退出问题，因为有政府的国家信用作后盾，充当着金融机构的“护航者”，依托计划经济体制进入市场的各金融机构长期生存于竞争和淘汰压力不足的舒适环境之中。但是，随着市场经济体制的逐步建立，我国金融业的竞争日趋激烈，金融机构经营体制和经营方式的缺陷不断暴露，致使金融风险迅速累积并逐步显现出来。在此背景下，政府放弃了对金融机构一味予以保护的政策，并开始进行探索。但是由于金融机构破产缺乏具体的操作性规定和相应的配套制度，导致在实践中的破产处理措施也不甚规范，对金融机构自身发展及对经济金融秩序的稳定都带来一定的负面影响。因此，在我国金融体制改革和金融开放加速的背景下，建立金融机构破产法律体系对于促进我国金融发展，维护金融稳定具有重要的意义。

在市场经济条件下，金融机构同一般企业一样必须受制于市场力量的约束，遵从优胜劣汰的竞争法则，破产倒闭不可避免。但是同一般企业相比，金融机构破产在破产原因、破产程序启动、

破产重整程序、破产清算程序、参与机构等诸多方面都有明显的不同。正是鉴于金融机构的特殊性及其破产对整个经济可能造成的负面效应，各国在处置破产或濒临破产的金融机构问题上均表现出谨慎的态度，制定并完善了相应的金融机构破产法律制度。而我国目前金融机构市场化破产的最大障碍就是缺少明确的法律依据，其他国家的立法实践为我国金融机构破产法律制度的构建提供了宝贵的经验。但是借鉴国外的经验，构建我国的金融机构破产法律制度并不是简单地“照葫芦画瓢”，我国转轨经济时期特有的经济条件、外部环境以及法治状况等现实情况决定了我们不能照搬国外金融机构立法模式。鉴于此，本书在构建我国金融机构破产法律制度时，既结合了我国经济、金融、法治等现实状况的本土性，又充分借鉴了国外金融机构破产立法的先进性；既考虑了金融机构破产的特殊性，又不忽略金融机构与一般企业的同质性。总之，本书构建的金融机构破产法律制度是一种金融监管当局和人民法院相互配合的破产法律体系，它是包括金融机构破产预防制度、金融机构破产重整制度、金融机构破产清算制度、金融机构破产保障制度、金融机构破产法律责任制度的混合型金融机构破产法律体系。

本文共分五章。第一章概念及文献综述。通过对破产、破产立法、金融机构及金融机构破产概念的界定及论述，有助于全面了解和把握金融机构破产法律制度的内核。并通过对现有文献的梳理，探索对金融机构破产立法做进一步研究的必要性和理论价值。

第二章金融机构破产立法法理基础。该章从基本的经济学理论与法学理论出发，探讨金融机构破产立法的法理基础，构建金融机构破产立法的一般框架，并总结得出金融机构破产立法相关

原则和目标。即在金融机构破产立法价值上，金融机构破产法虽然具有平等、秩序、效率等多元价值，但是应当以效率和秩序为其基本的价值取向，但同时，秩序又决不能以牺牲效率为代价；在金融机构破产立法本位上，金融机构破产立法应当树立社会本位的立法观，立法在进行利益平衡时，不应该只看到各种利益冲突的一面而进行非此即彼的立法目的选择，而应该从各种利益共通的一面入手寻求对其所保护的所有利益之间的平衡与协调；在金融机构破产立法体例上，进行立法模式的选择过程中，必须立足于本国的实际情况，做出科学判断和合理选择；在金融机构破产立法权力结构中，要合理界定金融监管当局在金融机构的退出过程中的权利和义务，不完备法律理论的标准化能力以及预期损害程度为立法适度，赋予监管当局行政权提供了一种思路；在金融机构破产立法法律责任上，要建立市场退出问责制和后评价制度，严厉追究有过错的经营者的行政责任、民事责任和刑事责任。

第三章西方金融机构破产立法模式比较与经验借鉴。该章首先概述了国外金融机构破产的法律制度，介绍和分析西方国家金融机构破产法律制度的两种主要模式：普通立法模式与特别立法模式。其次，重点介绍了代表不同金融机构破产立法模式的美国 and 英国的金融机构破产法律制度内容及实践上的一些做法。再次，对美国、英国金融机构破产立法进行了法律比较分析和实证比较分析，发现两种立法模式虽然在制度和实践操作上存在诸多差别，但在效率方面没有显著的差异。最后，结合两国金融机构破产法律制度的立法背景，对我国金融机构破产法律的构建提出了破产原因、破产申请人、破产管理人、存款保险制度及重整程序等方面的立法建议。

第四章我国金融机构破产中的法律问题。该章从以下方面进

行探究。一是对我国金融机构破产处置的现状与问题进行分析，以全方位了解我国金融机构破产立法的现状与不足；在客观掌握现状的基础上，提出了我国金融机构破产立法的原则——最低成本原则、谨慎性原则、市场化原则及损失分担原则。二是在对中外金融机构破产立法差异性因素的分析下，提出了建立适合我国金融机构破产混合立法模式，并对这一模式下的金融监管机构、破产保护基金公司、法院、债权人会议及破产管理人在金融机构破产过程中的不同地位和作用进行了阐释，认为我国应当建立专业化的破产管理人制度，实行严格的金融机构破产管理人资格认证制度，再以分别立法的形式对银行、证券、保险、期货等不同保护基金的资金来源、保护范围、功能、监管等作出明确的规定。三是通过对破产申请人范围、破产原因的分析构建了我国金融机构破产的启动程序，认为在我国有权提出金融机构破产申请的应当包括债务人、债权人和金融监管当局，但债务人、债权人在提出破产申请以前应当获得金融监管当局的同意，而监管当局判别金融机构是否应该进入破产的标准应该包括流动性标准、资产负债标准和监管性标准。四是以重整计划的制订、表决和执行，破产重整程序的终结等基本框架设计了我国金融机构破产重整程序，认为法院对经过金融监管当局同意的破产重整申请和重整计划的审查，只是形式审查，即只要没有发现违反现行法律的情况，应当裁定许可金融机构进行重整和同意重整计划。在对重整计划分组表决时，10万元以下的个人小额存款者，可以单独分为一组，在保证其在重整计划中获得的清偿不低于破产清算程序中获得的清偿前提下，可以不参加金融机构破产重整计划的表决。同时，由于金融稳定涉及大众利益，重整计划的执行期限以1年为宜。五是构建以破产清算程序的启动、破产债权的确认、破产财产的

处置和分配等程序为主的金融机构清算制度。在债权甄别方面，监管当局可以利用金融业务信息系统、个人信用体系，参考根据上一年度当地居民平均收入水平对存款或者保险金水平进行对比分析，对非法存款和保险进行甄别；在财产处置方面，要重视对金融机构无形资产的评估，如果债权人会议、清算组对破产财产的评估结论、评估费用有异议的，可以要求评估机构重新评估；在破产财产分配顺序方面，必须赋予个人存款类债权优先权。六是对我国金融机构破产法律责任制度提出了进一步完善的立法建议。

第五章海南信托投资公司的准市场化破产模式案例分析。以是否严格按照司法破产程序进行破产为标准，可以将破产模式分为政策性破产模式和市场化破产模式。在海南 5 家信托投资公司风险处置过程中，探索出了一种既不同于政策性破产、也不同于市场化破产的模式，即准市场化破产模式。在转轨经济时期的中国，准市场化破产模式有其存在的内在逻辑性，金融机构破产的特殊性以及司法的权威性决定了行政权与司法权相结合的破产模式，是当前条件下一种较优的风险处置模式。同时，转轨经济时期的特征决定了在处置 5 家信托投资公司金融风险时，既不能完全采用英国的司法主导型破产模式，也不能完全采用美国的行政主导型破产模式，而只能根据我国实际情况，采用行政权与司法权相结合的破产模式。在准市场化破产模式中，四重利益平衡机制和行政权力适当运行机制成为该模式能够成功运行的关键。在这两种机制的相互配合之下，准市场化破产模式实现了平等、秩序及效率价值，不仅将效率低下金融机构有序淘汰出金融市场，还有效地维护了辖区金融稳定；不仅实现了模式自身利益的最大化，还促使了金融资源配置的优化。

本书大致有五个特色。一是对金融机构破产立法相关文献进行系统梳理。现有的金融机构破产立法或银行破产立法的研究缺乏对已有文献的系统总结和宏观梳理，而本书按照先宏观后微观的顺序，首次对金融机构破产或银行机构破产的理论发展脉络和立法技术进行系统地梳理，并指出了前人的研究存在法律与金融两方面相脱节的问题。可以说，本书第一章系统化的文献综述不仅体现了其在全文中纲举目张的作用，而且衬托出金融机构破产立法做进一步研究的必要性和理论价值。

二是首次对中外金融机构破产立法差异性因素进行分析。现有的金融机构破产立法研究比较注重对国外立法经验的借鉴学习，而缺乏对中国与国外立法的经济环境、法治条件及外部环境的差异性考察，本书首次以差异性的视野，用比较的方法对中国与英国、美国在金融机构破产立法方面差异性因素进行了分析。指出处于转轨制经济阶段的中国，公共管理具有对行政权力的依赖性。同时，我国金融破产法律体系具有高度不完备性，缺乏像美国那样能够保障存款保险公司规范化运作的外部支撑体系。因而，我国金融机构破产程序既不能完全采取英国的司法主导型模式，也不能采取美国的行政权主导型模式。而应该综合英国立法模式和美国立法模式的优点，采取重整阶段以金融监管当局为主导、清算阶段以司法机关主导的混合型立法模式。另外，在我国金融机构市场退出处置经验相对不丰富的前提下，金融机构破产立法的迫切性与立法的较长周期性之间的矛盾，决定了现实条件下一个次优选择是，先以行政法规的形式对金融机构破产处置进行规范，随后再加以不断完善，而不能像英国、美国那样以法律的形式出台金融机构破产法。

三是分析并解释了美国与英国两种立法模式的差异。本书对

英、美两国银行破产法律制度的异同进行了分析比较，并对两国采用不同模式的原因进行了深入分析，发现两者在普通破产法上的不同、破产银行数量的多少及历史原因的差异导致他们采取不同的银行破产立法模式。通过对同一法系国家的美国、英国采取不同银行破产立法模式的比较分析，有助于我们理解两种立法模式后面的深刻立法背景。

四是对两种立法模式的效率进行了实证分析。对金融机构破产两种立法模式的效率进行了实证比较，得出了两者之间不存在显著效率差异的结论。研究以普通立法与特别立法的两组国家为样本，选取对其与银行破产法律制度效率相关的一些指标进行 t 检验，结果表明两种立法模式之间不存在显著的效率差异。这个结论的政策含义是在选择金融机构破产立法模式时，必须充分考虑一国国情，而不是对国外法律制度进行整体移植。

五是搭建较为完整的金融机构破产理论体系。当前对金融机构破产法律问题的研究多侧重于立法实践上的探讨，而进行理论探索的文章尚不多见，本书致力于理论与实践的结合，搭建起较为完整的金融机构破产理论体系，利用数学、金融学、福利经济学、信息经济学、法经济学、法理学、经济法学等学科的原理和原理来探询法律背后蕴涵的深刻原理，而不是就法律说法律。如：运用福利经济学构建数理模型对金融机构破产立法的最高阶位的立法价值——效率和秩序进行论证；运用博弈论构建数理模型对加强金融机构破产法律责任的必要性，以及金融机构破产责任体系处罚的严厉性、经济高效性、罚责一致性等特征进行论证；运用法律不完备理论、新兴政府监管理论、科斯定理及政府干预指数等理论说明监管当局行政权力行使的必要性、适度性，并在此基础上以不完备法律理论为指导，结合新破产法条文说明金融监

金融机构破产的法律问题

管当局如何做到行政权力运用的适度；通过对诺斯标准、帕累托标准及卡尔－希克斯标准的比较分析，从而以卡尔－希克斯标准为模型构建金融机构破产有效利益均衡机制，并用这种利益均衡机制来阐释金融机构破产立法的社会本位观与卡尔－希克斯标准本质上的契合性。

序 言

自金融机构诞生之日起，危机似乎就与之形影不离。据考证，世界上最早的银行类金融机构是 1272 年和 1310 在意大利佛罗伦萨建立的巴迪银行和佩鲁齐银行，但这两家银行存在的时间并不长，均因债务问题于 1348 年倒闭。从这个意义上讲，金融机构发展的同时伴随着金融机构的危机，这从英国和美国的金融机构破产史也可见一斑。英国较早的金融机构破产可以追溯到 1825 年第 1 次周期性经济危机，在 1825 ~ 1826 年间，英国有 70 多家金融机构破产；美国比较大的金融机构破产则可以追溯到 19 世纪，即便是在 20 世纪的繁荣时期，美国金融机构倒闭也是一个常见的现象，1921 ~ 1929 年间，就有 5700 家金融机构倒闭，当时金融机构倒闭的数字平均每年约 600 家。金融机构的破产或倒闭直接或者间接引发了金融危机。据国际货币基金组织统计，仅仅是在 1980 ~ 1995 年的 15 年内，国际货币基金组织 181 个成员中的 133 个成员分别在不同阶段经历了一次或者多次银行业的严重问题或银行危机。如果进一步考虑 1970 年以来各个国家或地区的银行危机、货币危机和债务危机的话，当今世界大多数国家或地区都暴

金融机构破产的法律问题

发过一次或几次不同类型的金融危机。而这些不同类型的或大或小的金融危机都直接或者间接地与金融机构破产和倒闭相关。

实际上，在市场经济国家中，单个金融机构的破产倒闭是很自然的市场现象，它反映了市场竞争的一般规则——优胜劣汰。由于金融机构同其他现代企业一样，都以其法人财产独立承担民事责任，都要遵循市场竞争的一般规则，因此，金融机构也有可能因经营上的失败而陷入危机困境，都有可能被否定法律拟制人格而退出市场。但是无论是对经济增长的重要性，还是其自身固有的金融脆弱性和传染性，金融机构都不同于一般企业，因而它在破产标准、破产救助、破产目的、清偿程序、债权申报、破产申请等方面都与一般企业破产有所不同，因此在破产法律的适用上可能会“与众不同”。对于金融机构破产法律制度的构建，各国立法者非常注意发掘金融机构破产问题的特殊性，并在金融机构市场退出处置过程中逐步完善了相应的金融机构破产法律制度。例如，特别立法体例的美国、挪威、意大利、加拿大等国就有一套专门针对银行等金融机构的特殊破产法律制度。即便在普通立法体例的英国、法国、比利时、卢森堡，他们也十分注重对金融机构破产特殊性问题的处理，法官在适用破产程序时，通常会考虑金融机构的特殊性，作出程序方面的例外决定。

改革开放 20 多年来，我国经济建设取得了举世瞩目的成就，实现了政治、经济和社会的稳定，为维护金融稳定，国家先后成立了证监会、保监会和银监会等金融监管机构，金融机构的审慎监管不断加强。但是，“即使最有效的金融监管体制也无法消除金融机构陷于困境的可能性”。实践中，我国有些金融机构已经具备破产条件，但由于没有完善的破产法律制度，导致问题金融机构迟迟进入不了破产清算程序，为了维护金融稳定，中央和地方政府又不得

不花费大量的金融资源去加以维持，而濒临破产的金融机构的财务困境却不断恶化，继续损害存款人和投资人利益，无谓地消耗国家的金融资源。另外，即使进入破产程序的金融机构在市场退出处置中，仍然会有许多法律问题常常困扰着金融机构、相关利益主体（包括股东、债权人、高管人员、职工等）、金融监管者和司法审判者，致使金融机构市场退出手段不断在行政与市场手段之间摇摆。更为严重的是金融机构的信用风险被国家信用的“安全性”所掩盖、转移，以至于普通大众都认为金融机构不可能发生危机、不可能退出市场，一方面致使存款人只关心收益和利率高低，而不论金融机构的经营好坏；另一方面致使金融机构经营者更热衷于短期投机，甚至违规经营。这样一来，不仅损害整个金融秩序的稳定，更加大了金融管理的难度。因此，构建一套充分考虑金融机构特殊性的破产法律框架已经迫在眉睫。但是，什么样的金融机构破产法律模式与当前的转轨时期经济发展相适应、与金融发展水平相协调？金融机构破产立法应遵循的原则、程序、结构和达到的效果又是怎样？目前，理论界和实务界尚没有定论，这既需要我們做理论上的研究，也需要进行金融机构破产立法实践上的探索。

回顾金融机构破产相关研究，大致可以划分为两个视角。一是从金融学视角对金融风险处置的研究。这个视角的研究，虽然不能说是汗牛充栋，但至少可以说是积案如山。大多数经济学领域的学者对该问题的研究主要集中于金融危机监测及预防、金融机构市场准入与持续性监管等问题，而对金融风险具体的处置方案和制度则涉及较少。二是从法律视角对金融机构破产制度进行研究。实际上，相对于金融学视角的研究，从法律视角对金融机构破产法律制度的研究显得较为稀少，仅有的一些研究也较多地关注于破产清算环节，而对现代金融机构破产法律制度的重

点——破产重整制度以及金融机构破产的法理基础等方面的研究不够深入。由于学科之间的差异性，能够将法学与金融学密切结合，把金融机构破产立法问题放在法律与金融发展这一框架下进行研究的著作则显得更为稀少。从这个意义上看，刘仁伍等编著的《金融机构破产的法律问题》一书的出版在一定程度上弥补了学界对这方面研究的空白，有利于促进深化对金融机构破产法律制度的认识和金融机构破产立法实践的探讨。例如在我国近几年来出现的金融机构市场退出事件中，由于我国金融机构破产法律制度的不健全，无论是金融监管当局，还是司法部门在风险处置工作中都产生许多疑虑。诸如金融机构自身及金融机构的债权人能否提出破产申请？若券商挪用客户保证金，被挪用者是券商的债权人还是取回权人？在重整计划讨论时，金融机构债权人如何分组？银行业监管机构同意或者不同意某商业银行破产的审慎标准是什么？金融机构破产管理人需要什么样的资质？等等。这一系列问题都迫切需要理论研究提供答案，而本书不仅从司法实务上提出了对上述问题的看法，而且从法理理论角度给予了较为深刻的阐释，这对于建立和完善我国金融机构破产法律制度具有深刻的启发意义。

总的看来，这部著作具有以下几个特点。

第一，从历史逻辑的角度来分析金融机构破产法律制度。从书中可以看出，作者阅读了大量的关于金融机构破产的理论和文献资料，吸收了许多国内外学者的研究成果，对各个时期的金融机构破产理论和观点进行了阐述和评价，从中可以看出金融机构破产理论演变的历史痕迹以及指导金融机构破产法律制度设计的一般规律。另外，本书还进一步将金融机构破产法立法理念的三次历史性飞跃归纳为法的不同价值的升华，这就从更深层次上揭示了金融机构破产法律制度的阶段性特征。

第二，从司法实务的角度来构建金融机构破产法律制度。与纯粹理论问题不同的是，金融机构破产法律分析是一个十分现实的问题，因此，本书的分析研究十分重视与现行法律法规的接轨，所构建的混合型金融机构破产法律制度做到了既不囿于现存法律法规，又紧紧依据现行法律法规。除了在制度设计上紧扣法律法规外，本书在对具有争议的热点问题分析中，也都以法条为依据进行阐述。例如对于“存款货币的法律属性”，理论界及现行法律法规的规定对其有不同的认识。本书一方面客观地介绍了不同意见；另一方面又依据相关法律法规明确表达了自己的见解，并旗帜鲜明地指出：“将现金存款合同的转移认定为存款所有权的转移更为合理。”这种以法律法规为依据，不回避矛盾、敢于表达自己意见的态度是可取的。

第三，从比较法学的角度来设计金融机构破产法律制度。一项法律制度在形成及发展的过程中，必然需要与本国的政治、经济、文化等因素相结合，使其更加适合社会的需要。在比较分析了英国与美国金融机构破产立法的特殊背景和现实条件后，本书结合我国转轨经济时期经济及法治特点进行法律制度的“再创造”时指出，处于转轨制经济阶段的中国，公共管理具有对行政权力的依赖性，同时，现阶段我国金融机构破产法律体系具有不完备性特征，缺乏像美国那样能够保障存款保险公司规范化运作的外部支撑体系，因而，我国金融机构破产程序既不能完全采取英国的司法权主导型模式，也不能采取美国的行政权主导型模式，而应该综合英国立法模式和美国立法模式的优点，采取重整阶段以金融监管当局为主导，在清算阶段以司法机关为主导的混合型立法模式。这种差异性视野，比较分析的研究方法，较好地实现了西方发达国家立法经验与我国实际情况的结合。

第四，从不同学科的角度来分析金融机构破产法律制度。虽

然本书的研究对象为法学类研究课题，但本书并没有仅仅局限于法学的研究方法，而是利用了金融学、经济学、法理学、经济法学等学科的知识和原理来探询法条背后蕴涵的深刻原理，这体现出作者广泛而深入的知识视野。更难能可贵的是本书将研究范式与国际化接轨，尝试采用了统计分析方法和数据加工处理方法，选取对银行破产法律制度效率相关的一些指标进行t检验，对金融机构破产两种立法模式的效率进行了实证比较，这就避免了一般的法律专著只注重定性研究，而忽视定量研究的缺陷。尽管作者建立在数据统计基础上的实证研究还显得稚嫩，有待进一步深入，但是，毕竟沿着实现法学研究在思维上的缜密性与经济学研究在方法上的科学性上最大限度地融合迈出了步伐。

总之，本书对金融机构破产法律问题的分析，是卓有成效的，对我国金融法律体系的完善和未来存款保险制度的推出与建设也会有贡献的；严格地说来，本书也存在诸多不足之处，如制度设计较多地考虑了银行类金融机构破产的特性，而对证券公司、保险公司、期货公司等其他非银行金融机构破产的特殊性考虑不够。但是，从总体上看，作为国内系统研究金融机构破产法律问题的著作，理论分析上具有一定的开拓性，也是一部具有现实性的司法实务指南，对金融理论与法学理论的研究以及金融界、法学界、企业界人士都有参考价值和研读价值。作者刘仁伍博士等求知求实、勇于探索的精神十分可贵，希望作者在金融风险防范和处置领域的研究中获得更大成就，在建立社会主义市场经济体系的实践中，在金融风险处置和防范实践中作出更大的贡献！

中国人民银行副行长 苏宁

2007年5月1日于北京