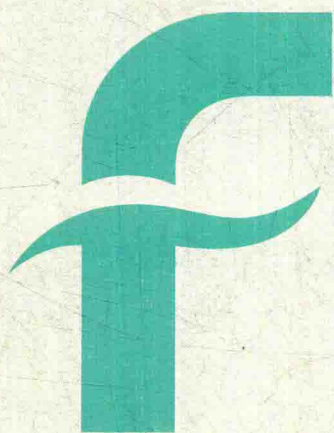


金融法学文库

刘志云 主编

商业银行恢复和 处置机制研究

蔡军龙 著



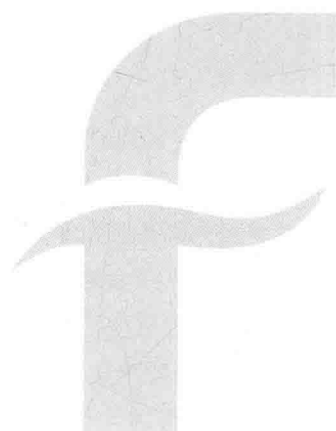
FINANCIAL
LAW

金融法学文库

刘志云 主编

商业银行恢复和 处置机制研究

蔡军龙 著



FINANCIAL
LAW

图书在版编目 (CIP) 数据

商业银行恢复和处置机制研究 / 蔡军龙著. —北京:
法律出版社, 2016. 8

(金融法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9733 - 6

I. ①商… II. ①蔡… III. ①商业银行—银行管理—
法律—研究—中国 IV. ①D922. 281. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 161340 号

金融法学文库

商业银行恢复和处置机制研究

蔡军龙 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 8 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 16.75 字数 244 千

印次 2016 年 8 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 - 9733 - 6

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

金融作为现代经济的核心,具有优化资源配置,调节经济运行之功效,其资本运作良善与否甚至关乎社会稳定的实现。基于此,金融业的发展成为各国政府关注的重中之重,而通过制度供给促进金融业的良好发展也成为普遍并可行的路径。在此背景下,金融法研究乘势而起,成为近世之显学。兴起虽晚,却生机勃勃,在深入汲取相关部门法的理论积淀的同时,也广泛容纳各种跨学科知识与方法,并探求自身内省性之品格,最终成就如今的这个底蕴深厚、逻辑自洽的新兴学科体系。

我国金融法的产生和发展伴生于改革开放的推进,经济体制转型的既有进路,型构了中国金融法制变迁之现实。虽然西方先验逻辑提供的立法技术素不匮乏,但我们真正所要面对的,却是如何让成熟的技术真正地契合本国的现实国情,发挥其应有的功效。内生金融交易秩序的制度根基的缺乏,曾使得中国金融法制在本土化复归的路途中一再迷失。同时在另一方面,全球化的推进,又敦促着中国必须及时完成经济转型,早日实现我国金融市场与国际金融市场的有效对接,从而更是加剧国内金融法制的发展困境。对于从事金融法研究的学者而言,任务艰巨如斯,前路漫漫,任重而道远。当然,

恰逢这一转型之历史路口的吾辈,能直面历史之转折,兢兢业业,矢志科研;鉴前世之兴衰,考当今之得失;博观而约取,厚积而薄发。显然,从另一个视角观之,这是一种幸运。

“千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。”厦门大学法学院是全国较早开展金融法教学和科研的单位之一。早在2005年,便开始挂靠其他专业博士点招收“金融法”方向的博士研究生;2006年,在厦门大学获得法学一级学科硕士、博士学位授予权的基础上,设立经济法博士点,金融法研究成为主要招生方向之一;2010年12月,厦门大学法学院正式成立金融法研究中心。近年来,金融研究中心的学术团队承担了大量的国家级与省部级科研项目,并相继出版与发表大量的学术专著与专业论文,在国内开始产生一定的影响。而今,金融法研究中心日益壮大,已经形成一支老中青相结合的优秀学术团队,并成为我国金融法高层次专门人才的重要培养基地之一。

“非学无以广才,非志无以成学。”为了进一步推动金融法研究中心的学科建设以及促进国内金融法研究的繁荣,我们于2014年起决定编辑出版连续性的《厦门大学金融法学文库》。期以“前沿意识、精品理念”为指导,以系列学术专著、译著的形式,集中展现我国金融法领域的专题研究成果,促进学术繁荣和理论争鸣。“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”诚如斯言,我们期以本文库作为思想传播之媒介,学术交流之平台,博学审问,慎思笃行,自由争辩,自察自省,通过严肃认真的学术讨论和学术批评,推动金融法研究的不断创新。

在法律出版社的支持下,2016年伊始,《厦门大学金融法学文库》正式更名为包容性更大的《金融法学文库》。本文库稿件来源不限于金融法研究中心的学者、校友,而以最大的诚意广泛征集海内外金融法专著、译著。当然,我们亦知,就整个金融法学研究而言,本文库仅为沧海一粟。庙廊之才,非一木之枝,希望能与学界同仁相濡相闻,砥砺共进。

是为序。

刘志云

2016年7月22日

缩略语表

缩写语	英文全称	中文全称
AMLF	ABCP Money Market Fund Liquidity Facility	资产支持商业票据货币市场基金流动性工具
APF	Asset Purchase Facility	资产购买便利
APRA	Australian Prudential Regulation Authority	澳大利亚审慎监管局
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision	巴塞尔银行监管委员会
BRRD	The Bank Recovery and Resolution Directive	银行恢复和处置指令
CEBA	Competitive Equality Banking Act	银行业平等竞争法
CMG	Crisis Management Group	危机管理小组
CoCos	Contingent Convertible Bonds	应急可转债
CPFF	Commercial Paper Funding Facility	商业票据资金工具
CRD IV	The Capital Requirements Directive IV	第四号资本要求指令
DFA	Dodd · Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act	多德·弗兰克华尔街改革与消费者保护法案
EESA	Emergency Economic Stabilization Act	经济稳定紧急法案
ELA	Emergency Liquidity Assistance	紧急流动性安排
FCA	Financial Conduct Authority	金融行为监管局
FDIA	Federal Deposit Insurance Act	联邦存款保险法
FDIC	Federal Deposit Insurance Corporation	美国联邦存款保险公司
FDICIA	Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act	联邦存款保险公司改进法
FINMA	Financial Markets Supervisory Authority	金融市场监管局
FIRREA	Financial Institutions Reform, Recovery And Enforcement Act	金融机构改革、复兴与实施法

续表

缩写语	英文全称	中文全称
FSAP	Financial Sector Assessment Programme	金融部门评估计划
FSB	Financial Stability Board	金融稳定理事会
FSOC	Financial Stability Oversight Council	金融稳定监督委员会
G-20	Group of 20	二十国集团
G-SIFIs	Global-Systemically Important Financial Institutions	全球系统性重要金融机构
IMF	International Monetary Fund	国际货币基金组织
KAs	Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions	金融机构有效处置机制的主要元素
LCR	Liquidity Coverage Ratio	流动性覆盖率
LOLR	Lender of Last Resort	最后贷款人
MIS	Management Information Systems	管理信息系统
MNIFF	Money Market Investing Funding Facility	货币市场投资资金工具
NSFR	Net Stable Funding Ratio	净稳定融资比例
OLA	Orderly Liquidation Authority	有序清算机构
PCA	Prompt Corrective Action	及时纠正措施
PDCF	Primary Dealer Credit Facility	一级交易商信贷工具
PIF	Proactive Intervention Framework	预防性干预框架
PRA	Prudential Regulation Authority	审慎监管局
RCP	Recovery Plan	恢复计划
RFC	Reconstruction Finance Corporation	复兴金融公司
RRPs	Recovery and Resolution Plans	恢复和处置计划
RSP	Resolution Plans	处置计划
RTC	Resolution Trust Corporation	重组信托公司
SLS	Special Liquidity Scheme	特殊流动性安排
SRR	Special Resolution Regime	特别处置机制
TAF	Term Auction Facility	短期投标工具
TIP	Targeted Investment Program	目标投资计划
TSLF	Term Securities Lending Facility	短期证券借贷工具
WB	World Bank	世界银行

目 录

绪 论 /1

第一章 商业银行恢复和处置机制的基本理论 /21

第一节 商业银行恢复和处置机制的概念及 辨析 /21

第二节 商业银行恢复和处置机制的理论基础 /30

第三节 商业银行恢复和处置机制的目标和基本 原则的界定 /40

第四节 商业银行恢复和处置机制的价值定位及 功能界定 /46

第五节 商业银行恢复和处置机制的基本框架和 运作流程 /51

小 结 /54

第二章 商业银行恢复和处置机制的设置以及触发 /56

第一节 商业银行恢复和处置机制的设置 /56

第二节 商业银行恢复和处置机制的触发 /67

第三节 商业银行恢复和处置机制的早期干预 /74

小 结 /81

第三章 商业银行恢复机制的基本工具以及运作机理 /83

第一节 商业银行资本恢复的基本工具及运作机理阐释 /83

第二节 商业银行流动性恢复的基本工具及运作机理阐释 /99

小 结 /116

第四章 商业银行有序处置机制的权力分配以及运作机理 /118

第一节 处置机构的确定以及主要权力 /118

第二节 有序处置基本工具的功能定位及运作机理阐释 /138

第三节 利益相关人保障措施及处置资金的归集和分担 /172

小 结 /181

第五章 国内商业银行恢复和处置机制的完善 /183

第一节 国内商业银行恢复和处置机制发展进程及立法现状 /183

第二节 完善国内商业银行恢复和处置机制的现实意义与总体思路 /199

第三节 国内商业银行恢复和处置机制的目标界定与导向选择 /208

第四节 国内商业银行恢复和处置机制的权力平衡 /211

第五节 国内商业银行恢复和处置机制的制度设计 /217

第六节 国内商业银行恢复和处置机制配套制度的建立 /231

小 结 /234

结束语 /235

参考文献 /238

致 谢 /260

绪 论

一、选题背景

银行业是具有公共性和社会性的产业,提供的产品和服务具有“公共物品”的特征。商业银行自身兼具脆弱性和高度的外部性,决定了商业银行时刻面临风险和危机的挑战。尽管各国普遍遵从市场机制的“无形之手”,推动商业银行实行市场化经营,但由于商业银行经营失败涉及面太广,也毫不忽视对经营失败银行的干预。随着银行业在经济社会中地位的日益突出,商业银行的体量不断膨胀,结构日趋复杂,其经营失败的影响面越来越广。在此背景下,各国在加强审慎监管的同时,积极建立银行处置、破产清算、存款保险等制度,力图建立起有效的“安全网”,减轻商业银行经营失败对社会可能造成的冲击。

2008年爆发的金融危机,证明审慎监管并无法防止银行经营失败和倒闭的发生。事实上,各种来自内部和外部的冲击,都将会削弱商业银行持续经营的能力,并进而影响银行体系的稳定。本轮金融危机彻底暴露了国际上现有的商业银行处置政策框架的种种弊端,集中体现在对商业银行的处置过度依赖于政府公共救助。

政府动用社会公共财政对商业银行进行救助的逻辑起点在于,放任商业银行倒闭整个社会付出的代价,将会比动用公共财政救助更为巨大。理由在于,这些商业银行提供的关键金融服务(如存款、支付等)是个人和企业在生产与生活中所高度依赖的,一旦这些关键金融服务出现中断,整个社会将受到影响。此外,商业银行倒闭对金融体系也将产生连锁反应,影响整个金融体系的稳定。动用社会公共财政对经营失败的商业银行进行救助的行为,可能会在短期内达到维护金融稳定的目标,却使得公共财政面临巨大压力。同时,也产生较大的“道德风险”并削弱市场自律,反而为下一次危机的到来埋下隐患。例如,据英国国会银行业标准委员会测算,本次危机中英国政府用于拯救银行业的现金支出高达 1330 亿英镑。^①而在美国,政府投入数以千亿美元的救助资金,收益却主要是金融机构的股东、债权人及交易对手。^②

金融监管与金融危机是一个互动的过程,每一次金融危机中所暴露出的问题往往是下一次金融监管改革的推动力和重点。^③2008 年爆发的全球性金融危机,充分暴露了各国对经营失败银行干预机制缺失或不足的问题。危机之后,国际社会逐步达成广泛共识,确定需要建立一套框架,在确保不对金融稳定或公共财政构成威胁的情况下,实现失败银行有序倒闭。而为了达到这个目标,则应当建立一个全新的银行处置机制,提供在政府出手救助或无秩序进行破产清算之外的其他选择。基本思路是通过立法改革赋予主管当局必要的权力,以迅速有序处置经营失败的商业银行,确保其关键金融服务能持续运作,进而对剩余部分进行破产清算。

基于上述认识,国际社会加快了对有效银行处置机制的研究。其中,金融稳定理事会(Financial Stability Board,简称FSB)受二十国集团(G20)领导人委托处理“大而不倒”的问题,提出了一系列政策以降低金融机构倒闭

① Independent Commission on Banking Issues Paper-Call for Evidence. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101213120954/http://bankingcommission.independent.gov.uk/banking-commission/wp-content/uploads/2010/07/Issues-Paper-24-September-2010.pdf>, 2015-06-19.

② Katz, Jonathan G, Who Benefited from the Bailout, *Minnesota Law Review*, 2011, 95(5), pp. 1612-1613.

③ 巴曙松、朱元倩:《巴塞尔资本协议Ⅲ研究》,中国金融出版社2011年版,第94页。

的可能性,以实现对金融机构倒闭后的有效处置,减轻金融机构倒闭的负面影响。这些政策的核心是FSB在2011年公布的《金融机构有效处置机制的主要元素》(Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions,简称KAs)所确立的有效处置的新国际准则。^① FSB提出新的处置机制,是以恢复和处置计划(Recovery and Resolution Plans,简称RRPs)制定以执行为基础的金融机构处置框架,主旨是要求系统重要性金融机构必须预先制定有效的RRPs,确保所有金融机构均可被处置,成本由金融机构而非一般纳税人承担。同时,在处置过程中,应建立起股东和债权人之间有序的损失吸收机制,将其破产影响降低到最小。顾名思义,金融机构恢复和处置计划可分为恢复计划(Recovery Plan,简称RCP)与处置计划(Resolution Plans,简称RSP)。RCP是指对于一家出现破产问题的金融机构,可以对其开展恢复工作的计划,主要内容包括降低公司风险暴露、留存资本的措施以及分离业务线、进行债务重组等战略处置方案。RSP是用于在RCP不可行或已被证明无效的情况下,处置机构运用其处置权力的工作计划,主要目的是使金融机构在不对金融体系造成严重负面冲击,并维持关键金融服务功能继续运作的基础上,以有序、高效的方式对一家金融机构进行处置。

FSB推出金融机构恢复和处置机制以来,显示出强大的发展潜力。由于该机制设计的合理性以及具有较大的弹性,能够同各国的现有金融机构处置工具较好相容,并且能够在今后的实践中得到不断的丰富和拓展;因而被全球主要发达国家迅速采用,并陆续转化为各国立法实践和银行自律规则。美国、英国、欧盟以及主要发达国家在这方面的立法改革以及机制建设上,都已经取得明显进展。

在美国,《联邦存款保险法》(Federal Deposit Insurance Act,简称FDIA)早已经建立相应的机制,支持对受保存款机构进行处置,并由美国联邦存款保险公司(Federal Deposit Insurance Corporation,简称FDIC)担任处置机构职责。美国的这一机制曾被广泛认可并被各国积极学习借鉴,最为主要的

^① FSB. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. http://www.financialstabilityboard.org/2011/11/r_111104cc/, 2015-04-05.

做法是将濒临倒闭银行的业务强制转让给稳健的银行(包括直接转让或向过渡银行转让)。然而,本次金融危机暴露了旧有机制在处置大型及复杂的金融集团方面的局限性。2010年7月,美国通过的《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 Protection Act,简称DFA)第165条第d款明确要求,大型金融机构(总资产超过500亿美元)应当向美国联邦储备理事会定期报告,其在遭遇实质性财务困境或经营失败时的RSP。在此基础上,该法第201条至第217条还仿效存款类银行的处置方式,建立起主要针对非银行机构和银行控股公司的有序清算制度,由FDIC作为其有序清算机构(Orderly Liquidation Authority,简称OLA)。按照该法规定,美国系统重要性金融机构应当制定RSP,向监管机构提交并定期更新。2011年,美联储和联邦存款保险公司根据该法案,共同发布了关于RSP的最终规则,联邦存款保险公司称为规则第381部分即DFA规则,而联邦储备委员会称为QQ条例。2012年,FDIC还根据FDIA第11条和第13条规定,单独发布了适用于由其承保存款机构的处置规则即IDI规则。美国的DFA规则适用于系统重要性金融机构,包括:并表资产不低于500亿美元的银行控股公司;在美国拥有银行、分支机构、代理机构或者商业贷款公司且全球并表资产不低于500亿美元的外国银行(或者控制该银行的公司);美国金融稳定监督委员会(Financial Stability Oversight Council,简称FSOC)确定的任何系统重要性非银行金融机构。IDI规则适用于已在联邦存款保险公司投保的资产不低于500亿美元存款机构。此外,DFA规则适用的金融机构,如果在美国拥有资产超过500亿美元且在联邦存款保险公司投保的存款性机构,那么该金融机构除要根据DFA规则提交RSP外,其附属的存款机构同时还应根据IDI规则提交RSP。在美国,RRPs被广泛而形象地称为“生前遗嘱”。而正如部分学者认为,“生前遗嘱”制度能够为监管当局在特定情况下处置银行提供可行的“剧本”(Playbook),^①从而有助于提高效率。美国财政部同样认为“生前遗嘱”能为银行和监管部门提供了一个“蓝图”(Blueprint),在面临严重金融压力

^① Joe Adler, Regulators Looking for Quality Over Quantity on Living Wills, *Am. Banker*, 2011, 12(6), p. 36.

或发生危机的时候,银行和监管部门可以做出信息充分的决策。^①

在欧洲大陆,欧盟及各成员国在商业银行恢复和处置机制的建设上也十分积极主动。2010年10月20日,欧盟委员会发布了《关于金融行业危机治理欧盟框架》的通知。在此基础上,欧盟委员会于2011年3月3日达成了《关于在银行整顿和清算领域可能的欧盟框架规定之技术细节》(Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution)的磋商。^②在逐步统一各成员国认识之后,2014年6月12日,欧盟正式发布了《银行恢复和处置指令》(Bank Recovery and Resolution Directive,简称BRRD),并自2014年7月2日正式生效。^③BRRD要求成员国应当在2014年12月31日之前,通过立法将BRRD的要求转化为国内法律和监管规则,并自2015年1月1日开始生效。其中,考虑到银行自救措施的复杂性,各国可以适当推迟适用银行“自救”措施,但最迟也应当自2016年1月1日起实施。^④欧盟BRRD的一个重要特点,是包含用以支持自救方案的权力,以及加强欧盟成员国之间以及与非欧盟成员国的跨境合作的机制。而在英国,2009年《银行法》针对经营失败银行构建了特别处置机制(Special Resolution Regime,简称SRR),明确政府对失败银行可以采取的处置措施,实质上是一种处置法定的表现,开创了银行处置法制化的先河。^⑤需要注意的是,英国及欧盟的RRPs与美国的“生前遗嘱”存在一定的区别:前者的RRPs具体区分为RCP和RSP,其中RCP制定者是金融机构,RSP制定者是处置机构;而后的“生前遗嘱”主要指的是RSP。相比之

① U. S. Department of the Treasury. The Financial Crisis Five Year Later: Response, Reform and Progress. http://www.treasury.gov/connect/blog/Documents/FinancialCrisis5Yr_vFINAL.pdf, 2015-05-15.

② European Commission. Technical Details of a Possible Eu Framework for Bank Recovery and Resolution. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/crisis_management/consultation_paper_en.pdf, 2015-06-19.

③ European Commission. Directive 2014/59/EU of the European Parliament and the Council. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0059>, 2015-09-04.

④ HM Treasury. Transposition of the Bank Recovery and Resolution Directive. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/335755/PU1678_final__1_.pdf, 2014-07-23.

⑤ 杨松、宋怡林:《英国2009年银行法的发展与评价》,载《武大国际法评论》2011年第2期。

下,以英国为代表的欧式商业银行恢复和处置机制更为完整,全面体现了FSB 倡导的金融机构恢复和处置机制的关键要素。

此外,其他同为FSB 成员的国家也积极跟进,通过立法改革构建本国银行业恢复和处置机制。例如,澳大利亚在危机发生前,监管当局已具备部分针对商业银行的处置权力。经过2008年及2010年的改革,这些权力得到进一步提升,澳大利亚审慎监管局(Australian Prudential Regulation Authority,简称APRA)能够将业务强制转让给具有偿债能力的第三方机构、过渡机构或资产管理工具。2012年9月,澳大利亚财政部发布了《关于加强澳大利亚审慎监管局的危机管理权力的咨询文件》(Strengthening APRA's Crisis Management Powers: Consultation Paper),推进立法进一步扩大处置当局的权力并完善处置机制。^①而在德国,2011年1月生效的《银行业重组法》建立了信贷类银行机构的重组和有序清算制度,并且建立起有序清算基金。在传统的银行业强国瑞士,金融市场监管局(Swiss Financial Markets Supervisory Authority,简称FINMA)担任处置机构角色。然而,本次危机同样暴露出其具备的法定权力不足以应对处置大型及复杂的金融机构的问题。2011年至2012年瑞士修订了《银行法》,赋予其将失败银行资产和债务进行强制转让等处置权力,并赋予处置机构执行自救方案的法定权力。

在FSB的倡导和推动下,商业银行恢复和处置机制已经在主要国家和地区开始落地,成为银行有序处置和维护金融稳定的重要政策框架。其显著特点是作为一种预设机制,能够实现在商业银行陷入困境时,确保恢复和处置工作有效展开,并最大限度减轻纳税人等社会公众的负担,较好地回应了本次金融危机中关于救助边界、处置成本分担的问题。就价值层面而言,这种预设还能够消除导致产生事故(即一种不安全的行为或不安全状况)的某个因素,从而切断“事故序列”。也就是说,这种预设机制对避免商业

^① The Treasury of Australian Government. Strengthening APRA's Crisis Management Powers: Consultation Paper. <http://www.treasury.gov.au/~media/Treasury/Consultations%20and%20Reviews/Consultations/2012/APRA/Key%20Docs/PDF/Discussion%20Paper.ashx>, 2015-05-25.

银行陷入危机具有积极意义。^①

目前,商业银行恢复和处置机制建设的政策要求已经明确,商业银行恢复和处置机制的国际影响力也处于进一步扩大的进程之中。当然,商业银行恢复和处置机制尚没有经历完整的金融危机周期的考验,理论界对商业银行恢复和处置机制的架构内容、运行机理、主要工具(尤其是自救工具)的研究还较为有限。在这样的背景之下,尝试开展相关研究具有重要的理论价值与实践意义。

二、选题的目的及意义

在任何一个金融市场,出现经营失败的银行都是不可避免的。如何建立高效的商业银行恢复和处置机制,在保持商业银行关键金融服务不中断的同时,维护银行体系的整体稳定,并最大化减轻纳税人的负担,这些问题是引发本书写作的动因。以此为思考起点,本书选题的目的可以区分为直接目的和最终目的两个方面:

从直接目的来看,虽然 FSB 属于国际法上的软组织,发布的一系列文件属于软法,但由于它们在国际金融法上具有重要的指引意义,对银行监管的部分真空问题进行调整,因而得到许多国家接受与遵守。国际法学者霍夫曼认为,软法这一术语指的是不具有任何约束力或者约束力比传统的法律即所谓硬法要弱的准法律性文件。^② 王铁崖先生则指出,国际法中的软法是指在严格意义上不具有法律约束力,但又具有一定法律效果的国际文件。国际组织和国际会议的决议、决定、宣言、建议和标准等绝大多数都属于这一范畴。^③ 而一旦被各国采纳,国际金融软法将出现法律上的硬化,主要表现为众多国家和地区自觉地将其实纳入本国国内立法体系中并赋予其法律约束力。^④ 商业银行恢复和处置机制是对本次金融危机中,失败银行处

^① Heinrich H. W, *Industrial Accident Prevention*, New York: McGraw-Hill Book Company, 1980, p. 131.

^② Marci Hoffman, Mary Rumsey, *International and Foreign Legal Research Basic Concept: A Course Book*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 7.

^③ 王铁崖:《国际法》,法律出版社 1995 年版,第 456 页。

^④ 漆彤:《国际金融软法的效力与发展趋势》,载《环球法律评论》2012 年第 6 期。

置应对不力做出的现实回应,FSB 发布的一系列指引和要求,已经逐步被各国立法采纳。我国已经深度参与国际金融竞争,金融监管立法很大程度受到国际金融组织“软法”的影响。如巴塞尔银行监管委员会(Basel Committee on Banking Supervision,简称 BCBS)的《有效银行监管核心原则》影响我国《银行业监督管理法》的制定;各个版本的巴塞尔资本协议更是深刻影响了我国银行业资本监管,巴塞尔资本协议Ⅲ的要求被我国 2012 年的《商业银行资本管理办法(试行)》直接吸收。随着中国银行业的发展以及中国在 BCBS、FSB 等国际金融组织中地位的提升,各种国际金融“软法”将更深刻影响我国银行业发展和监管,在商业银行处置上也不例外。因此,积极探求商业银行恢复和处置机制的理论内涵和一般做法,具有较高的学术研究价值,成为本书研究的直接目的。

从最终目的来看,理论研究应当指导和服务于实践,才能富有生命力并得以长青。对商业银行恢复和处置机制的研究,应当最终能够推动中国银行业提升风险管控、监管以及处置水平。随着我国商业银行组织结构的日益复杂,系统性风险日益突出,加上中国的金融市场进一步开放,银行业面临的风险更不可预期。在这种背景下,对经营失败银行无法也不应再采取行政关闭、撤销等手段进行简单处理,而是必须按照国际通行的规则进行。早在 2007 年 12 月,国务院法制办就开始酝酿起草关于银行业破产的法律,2009 年完成基本稿。但彼时由于全球金融风暴的影响,破产条例随即暂停。直到 2011 年《银行业金融机构破产条例》的起草再次重启,在监管层内部达成了比较一致的思路并已呼之欲出。无疑,如何能够构建出一个符合中国银行业发展与监管需要的银行处置框架,将具有重要的意义。基于此考虑,对方兴未艾的商业银行恢复和处置机制进行研究,并提出我国商业银行恢复和处置机制的完善路径,成为本书写作的最终目的。

因此,本书以 FSB 提出的金融机构恢复和处置框架作为理论分析的基础,对商业银行恢复和处置机制进行研究,具有一定的理论意义和实践意义。主要表现在:

从理论意义来看,金融机构恢复和处置机制目前处于初步发展阶段,具有较强的理论构建空间。2011 年 11 月,FSB 发布了 KAs 这一纲领性文件,