

银行破产 法律制度比较研究

季立刚 著
● 学林出版社

A Comparative Study
on The Legal System of Bank Insolvency

银行破产 法律制度比较研究

季立刚 著 ● 学林出版社

A Comparative Study
on The Legal System of Bank Insolvency

图书在版编目(CIP)数据

银行破产法律制度比较研究 / 季立刚著. —上海: 学林出版社, 2006. 4

ISBN 7 - 80730 - 155 - 4

I. 银... II. 季... III. 银行—破产法—法律制度—对比研究—世界 IV. ①D922.281②D922.291.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 039504 号

银行破产法律制度比较研究



著 者——季立刚

特约编辑——任 天

责任编辑——张建一

封面设计——周剑峰

出 版——上海世纪出版股份有限公司
学林出版社 (上海钦州南路81号3楼)

电话: 64515005 传真: 64515005

发 行——学林图书发行部 (钦州南路81号1楼)

电话: 64515012 传真: 64844088

印 刷——上海展强印刷有限公司

开 本——889 × 1194 1/32

印 张——7.5

字 数——20 万

版 次——2006 年 4 月第 1 版

2006 年 4 月第 1 次印刷

书 号——ISBN 7 - 80730 - 155 - 4/D · 6

定 价——20.00 元

(如发生印刷、装订质量问题,读者可向工厂调换。)



作者简介

季立刚 籍贯山东，1964年9月生于哈尔滨市，法学博士，任教于复旦大学法学院。2000年—2001年德国康斯坦茨大学访问学者，2004年—2005年美国耶鲁大学访问学者。长期从事民商法、经济法的教学与研究，主要研究成果有：《民国商事立法研究》、《比较视野中的银行破产法律制度》、《合同法教程新编》、《我国近代关于民商立法模式的三次论争》、《跨国银行破产法律制度基本原则之探讨》、《跨国银行破产域外效力的冲突与协调》、《“九七”后其他普通法适用地区判例对香港法的影响》、《国际商业贷款协议中应注意的准据法问题》等多项论著，译著。

序

银行在现代经济中的功能决不仅在于它是一个金融媒介,从某种意义上说,它还提供着“公共品”。银行业的稳健与否不仅是一个经济问题,而且还可能成为一个“公共问题”。然而,银行无法摆脱市场力量的支配,在许多国家所出现的银行危机、银行破产的现实也证明了这一点。

在制度层面上,许多国家都存在着适用于银行破产的法律制度。这些制度基于不同的法律传统,基于人们对于银行特殊性的不同认识,也基于不同的行政与司法架构,而呈现出各不相同的特色。分析并比较各国银行破产法律制度的特点,考察其具体内容,是我们全面了解这些国家法律制度的一个重要途径。

长期以来,“银行破产”对于国人而言,是一件陌生而遥远的事情。人们习惯于将银行视为自己的“保险箱”,从来忧虑过“银行破产”也会在自己身边发生。随着我国市场经济体制的确立,竞争机制逐步形成,优胜劣汰的市场法则会越来越显现出它的威力。作为商事主体之一的银行,当然也不能超脱于市场规律的作用之外。

经济全球化、金融自由化的浪潮已经袭来,金融服务的壁垒正在逐渐消除,中国银行业日益成为国际金融业的重要组成部分

分。跨国银行所发生的破产事件也会越来越广泛地和我们的生活牵连在一起。

如何构建我国的银行破产法律制度,正成为法学界、金融界、政府所关心的问题。在这一过程中,借鉴、吸收他国的立法经验,结合我国的现实情况,尤为必要。正是出于这样的考虑,我将自己粗浅的研究心得呈现出来,以期抛砖引玉,并对构建我国的银行破产法律制度有所裨益。

季立刚

于复旦大学

2006年3月

目 录

序	1
导论	1
一、银行概念之辨析	1
二、银行的特殊功能	8
三、银行危机及其原因	10
四、“银行破产”及“银行破产法律制度”	23
第一章 银行破产立法综论	26
第一节 银行破产法律制度的立法模式	26
一、两种不同的立法模式	26
二、立法模式之争	30
第二节 银行破产法律制度的属性	36
一、银行破产法律制度具有公法属性	36
二、银行破产法律制度是程序法与实体法的统一	37
第三节 银行破产法律制度的价值取向	39
一、秩序	39
二、公平	40

三、效率	42
第四节 银行破产法律制度的基本原则	43
一、维护银行业稳定原则	43
二、保护存款人利益原则	44
第二章 银行破产管理主体权责论	46
第一节 银行破产管理主体	46
一、银行监管机构	47
二、法院	49
三、受任命的管理人	51
第二节 破产管理主体的权力	58
一、银行监管机构的权力	58
二、受任命的管理主体的权力	65
第三节 对破产管理主体的监督机制	76
一、对银行监管机构管制决定的审查机制	76
二、对受任命管理主体的监督	86
三、管理主体的责任承担	89
第三章 银行破产程序论	98
第一节 银行破产法律程序	98
一、银行监管机构主导的行政管理程序	99
二、法院主导的司法管理程序	103
三、两种程序的利弊分析	107
第二节 银行破产解决方案	112
一、营业银行援助	112
二、重组与清算	119

第三节 程序和方案中的几个法律问题	132
一、破产原因及能力	132
二、执行中止与延期偿付	137
三、损失分担	139
四、破产监督	140
第四章 跨国银行破产论	142
第一节 跨国银行破产的复杂性	142
一、破产风险的特殊性	143
二、监管的困难性	145
三、制度的差异性	147
第二节 跨国银行破产的域外效力问题	150
一、跨国银行破产域外效力的基本理论	151
二、跨国银行破产域外效力问题引发的冲突	156
三、跨国银行破产域外效力的立法及司法实践	159
第三节 单一实体制度与独立实体制度的冲突	167
一、两种制度的内涵	167
二、对两种制度的评价	169
三、两种制度并存引发的问题	173
第四节 关于跨国银行破产的国际合作	175
一、立法上的合作	176
二、监管与司法上的合作	189
第五节 跨国金融混业集团带来的新挑战	193
一、跨国金融混业集团清偿破产问题更趋复杂	194
二、应对跨国金融混业集团破产危机的措施	197

余论——我国银行破产法律制度的构建·····	201
一、完善我国银行破产法律制度的必要性·····	201
二、我国现有银行破产法律制度不适应经济发展的需要 ·····	202
三、对我国银行破产制度立法中几个问题的思考·····	204
参考资料·····	211
后记·····	230

导 论

英国著名经济学家沃尔特·白哲特(Walter Bagehot, 1826-1877)曾经说过:“援助一家现存的坏银行就是阻止建立一家未来的好银行。”^①从竞争的观点出发,无论是在金融体系相对完备的西方发达国家,还是在新兴的发展中国家,都可能会出现银行危机和银行破产。由于银行产业的特殊性,以及它与整个国民经济的深度关联性,银行危机所引发的各种经济、社会乃至政治问题,都为各国政府、银行界、学者及社会公众所广泛关注。银行监管机构、司法机关和银行业界在银行危机与银行破产的处理方面,都不同程度地发挥着各自的功能。

本书所探讨的是与银行破产法律制度相关的问题,试图以较全面的视角考察银行破产法律制度的价值取向、功效,较全面地分析银行破产法律制度的相关内容,并揭示银行破产法律制度在整个法律体系中的地位与作用。

一、银行概念之辨析

什么是银行?看似简单,且似乎已有定论,实则不然。不同

^① [瑞士]艾娃·胡普凯斯(Eva H. G. Hüpkens):《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,导言,第1页。

的国家和地区、不同的学者,都从不同的角度、以不同的方法,对银行进行了定义。而且,随着经济结构的变迁、法律制度的变化,银行的内涵与外延都在发生着变动。

一般认为,银据承担功能的不同,银行可以分为中央银行^①、政策性银行^②和商业银行。本书所称的“银行”特指商业银行。

从法律管辖上看,银行主要受银行法调整。从业务范围上看,银行从事的是金融业务;从组织形态上看,银行通常是法人。概括地说,银行是受银行法或其他适用法律调整的吸收存款、发放贷款,并从存贷款利差中获得收益的信用机构。

在各个国家和地区的立法例上,银行的概念既有共性,也有差异。下面,列举几个有代表性的地区和国家的立法,以供分析。

1. 欧盟

欧盟银行法是欧洲银行经济一体化的产物。在欧盟银行法的发展历程中,它以《罗马条约》为基础,以一系列银行指令为主干,以各种条例为补充,形成了一个“法群”。其核心法律文件曾是1973年6月的《关于取消对银行及其他金融机构设立和提供服务自由之限制的指令》、1977年12月的《第一银行指令》、1989年12月的《第二银行指令》。

《马斯特里赫特条约》签署后,欧洲统一大市场正式建立,

① 基于政府实施货币政策和金融监管的需要,中央银行应运而生,中央银行主要承担的是政府职能。

② 政策性银行通常由政府创立或提供担保,以贯彻国家产业政策和区域发展政策为目的、具有特殊的融资原则、不以赢利为目标的金融机构,具有业务领域特定性,承担一定的国家财政职能。参见中国人民银行网站:“政策性银行概述”。网址:<http://www.pbc.gov.cn/detail.asp?col=4713&ID=14>。

形成了单一的银行市场。欧洲议会和欧洲理事会于2000年3月颁布了《欧共体第2000/12号指令》,即《欧洲议会和理事会关于信用机构设立和经营的指令》(Directive 2000/12/EC of The European Parliament and of The Council of 20 March 2000 Relating to The Taking Up and Pursuit of The Business of Credit Institutions)。^①这是欧盟银行立法的重要发展。《欧洲议会和理事会关于信用机构设立和经营的指令》取代了《第二银行指令》,成为欧盟银行法的核心文件。^②它在表述上没有使用“银行”一词,而使用了“信用机构”的概念。《欧洲议会和理事会关于信用机构设立和经营的指令》规定:“信用机构是指吸收公众存款或其他可偿还资金,并以其名义独立发放贷款的企业。”^③这为欧盟范围内统一“银行”的概念奠定了法律基础,使成员国所有银行在欧盟范围内能受具有相同法律原则的法的调整,剔除了不同种类银行受不同待遇的现象,保证了银行间的平等竞争条件。

2. 英国

英国1987年《银行法》(Banking Act 1987)^④第3条规定:只有经过授权的公司,方可从事吸收存款的业务。

1996年英国《金融法》(Finance Act 1996)对1988年《税法》(Taxes Act 1988)第840条A进行了修正,并定义“银行”为:“(1)英格兰银行;(2)1987年《银行法》所规定的授权机构;

① 李仁真:《欧盟银行法研究》,武汉大学出版社2002年版,第1页。

② 李仁真:《欧盟银行法研究》,武汉大学出版社2002年版,第21页。

③ 见欧盟网站:<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0012;EN;HTML>。

④ 本章所涉及的英国法律均引自英国内阁办公厅公共部门信息办公室网站:<http://www.opsi.gov.uk/>。

(3) 相关欧洲机构;或(4) 依据财政部命令之规定而成为“银行”的相关国际机构”。

2003 年《金融法》(Finance Act 2003)再次明确“银行的定义遵循 1988 年《税法》的定义”。在 1988 年《税法》中,规定了“存款接收者”(Deposit - Taker)的概念。“存款接收者是指:(1)英格兰银行;(2)1987 年《银行法》所规定的授权机构及依据该法成立的市立银行(Municipal Bank);(3)邮局;(4)依据 1985 年《受托储蓄银行法》(Trustee Savings Bank Act 1985)而获得受托储蓄银行所转移财产及权利的公司;(5)根据 1819 年《苏格兰储蓄银行法》(Savings Bank < Scotland > Act 1819)而成立的公司;或(6)任何根据财政部命令而在其营业期间暂时接受存款的人”。

不过,也有英国学者认为,英国成文法从未尝试对“银行”进行直接定义^①,而是通过某家公司是否经过授权,以及是否“吸收存款”,来区分其是否受《银行法》的调整。

经典的普通法定义是丹宁爵士(Lord Denning)在“United Dominions Trust v. Kirkood”案中做出的。丹宁爵士指出:“今天的银行通常有两个特征:(1)从顾客那里得到货币或支票,并以此放贷;(2)相应地,当客户提出要求时,它们就兑付支票或存款。这两个特征结合起来形成第三个特征,即(3)它们持有流通账目或类似的东西,记载贷方事项与借方事项。”^②不过,从目前来看,基于欧盟成员国应承担的义务,英国关于“银行”的定

^① See Andrew Campbell and Peter Cartwright, Banks in Crisis, The Legal Response, Ashgate Publishing Ltd. 2002. p. 10.

^② See Andrew Campbell and Peter Cartwright, Banks in Crisis, Ashgate Publishing Ltd. 2002. pp. 9 - 10.

义已遵从欧盟法律的定义。^①

3. 瑞士

瑞士是世界上银行业最发达的国家之一,其独特的银行法律制度为银行业的发展与持续繁荣奠定了坚实的法律基础。制定于1934年11月8日,并于2003年10月3日修订的联邦《银行与储蓄银行法》(Federal Law on Banks and Savings Banks)^②第1条规定:

“本法适用于银行、私营银行业者(私人拥有的、一般合伙或有限合伙)以及储蓄银行,以下统称银行。

不受本法调整的自然人和法人,不得专门从事吸收公众存款的业务。只要能够保证存款人利益,联邦议会(The Federal Assembly of the Swiss Confederation)可以对此作出例外规定。发行债券不属于专门吸收存款。

本法不适用于(1)证券交易代理机构或人员;和(2)基金管理人等管理客户资金的机构,或人员以及其他不从事常规银行业务的机构或人员。”

该条款规定了银行法的适用对象,对“银行”作出了界定。同时,该法第3条规定:“银行应该在开展业务之前获得银行委员会(Swiss Federal Banking Commission)颁发的许可证”,并详细规定了颁发许可证的条件,对银行应当具备的其他条件也作出明确的规定。

① 1989年《公司法》(Companies Act 1989)对1985年《公司法》进行了修正,用“经授权的机构”(an authorised institution)一词取代了原有的“银行”(a banking company)一词,其目的是为了与欧共体的相关银行指令相一致。

② 参见瑞士联邦银行委员会建议参照的非官方英文译文。http://www.kpmg.ch/library/pdf/20040608_Law_Banks_and_Savings_Banks.pdf。

总体来说,瑞士银行法对银行的定义十分宽泛,但又十分严格。宽泛体现在银行的组织形式可以不拘一格,既可以有公共银行,也可有私人银行;既可以是法人形式,也可是合伙形式。严格则体现在对存款人利益的保护上,经许可开展吸收存款业务,就可以称之为银行,受银行法的调整,而无论它是否开展贷款业务。

4. 美国

在美国,银行法调整的范围相当广泛,美型众多。《美国法典》第12编《银行与银行业》(U. S. Code, Title 12, Banks and Banking^①)多达160余万字。^②《美国法典》第12编的目录中,包含国民银行(National Banks)、外国银行(Foreign Banking)、美国进出口银行(Export-Import Bank of The United States)、农业信贷协会(Farm Credit Administration)、地区农业信贷公司(Regional Agricultural Credit Corporations)、国民农业信贷公司(National Agricultural Credit Corporations)、联邦住房信贷银行(Federal Home Loan Banks)、联邦住房抵押贷款公司(Federal Home Loan Mortgage Corporation)、储蓄协会(Savings Associations)、联邦信用合作社(Federal Credit Unions)、银行控股公司(Bank Holding Companies)、银行服务公司(Bank Service Companies)等十多种受银行法调整的机构。

《美国法典》第12编第17章“银行控股公司”一节(1841c),对银行的定义是:银行通常是指:“(1)属于联邦存款保险法所定义的被保险银行;(2)根据美国联邦法律或州及其他

① 见美国国会网站:http://uscode.house.gov/download/title_12.shtml。

② 据笔者粗略统计。

所属领土之法律组建,并从事吸收定活期存款,且应顾客要求可随时付款和发放商业贷款的机构”。

此外,下列机构不属于《美国法典》第12编第17章“银行控股公司”一节中的“银行”:(A)分支机构位于美国的外国银行;(B)(Sec. 1841c)第(J)款^①所定义的被保险机构;(C)在美国境外开展经营的机构;(D)专门从事信托业务的机构;(E) U. S. Code, Title 12, Sec. 461(b)(1)(A)(iv)所定义的信用组合(Credit Union);(F)持有的存款总额小于100,000美元的存贷机构,以及仅从事信用卡业务的机构、不从事定活期存款的机构、只有一处营业部的存贷机构、不开展商业贷款的机构;(G)根据《联邦储备法》(the Federal Reserve Act) Sec. 25 或 Sec. 25(a)开展经营的机构;(H)工业贷款公司(Industrial Loan Company)、工业银行(Industrial Bank)等类似机构;(I)位于堪萨斯城(Kansas City)、密苏里州(Missouri)的投资信托公司(Investors Fiduciary Trust Company);(J)储蓄银行(Savings Bank)。

5. 中国香港

作为全球重要的金融中心之一,香港特别行政区在银行立法方面亦有其独到之处。其《银行业条例》^②规定:“银行(Bank)指持有有效银行牌照的公司”,银行业务(Banking Busi-

^① U. S. Code, Title 12, Chapter 17, Sec. 1841(j);“储蓄协会”(Savings Association)或“受保险机构”是指(1)任何联邦储蓄协会或联邦储蓄银行(Federal Savings Bank);(2)任何属于储蓄协会保险基金(the Savings Association Insurance Fund)成员的建筑贷款协会(Building and Loan Association)、储蓄贷款协会(Savings and Loan Association)、房地协会(Homestead Association),或合作银行(Cooperative Bank);以及(3)根据该章 Sec. 1467a(1),被存贷机构监理署主任(the Director of the Office of Thrift Supervision)认定为储蓄协会的任何储蓄银行或合作银行。

^② 参见香港特别行政区政府双语法律资料系统:http://translate.justice.gov.hk/gb/www.legislation.gov.hk/blis_export.nsf/chome.htm,第155章《银行业条例》。