

银行破产法律制度研究

YINHANG POCHAN FALU ZHIDU YANJIU

张继红 著

上海大学出版社

上海市教育委员会重点学科项目 (J51204)

银行破产法律制度研究

张继红 著

上海大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

银行破产法律制度研究/张继红著. --上海:上海大学出版社, 2009. 12

ISBN 978-7-81118-553-9

I. ①银… II. ①张… III. ①银行-破产法-法律制度-研究 IV. ①D912.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 209040 号

特约编辑 王瑞祥 责任编辑 傅玉芳

封面设计 柯国富 技术编辑 章斐金鑫

银行破产法律制度研究

张继红 著

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.shangdapress.com> 发行热线 66135110)

出版人: 姚铁军

*

南京展望文化发展有限公司排版

江苏南洋印务集团有限公司印刷 各地新华书店经销

开本 890×1240 1/32 印张 8.5 字数 229 千

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1~2100

ISBN 978-7-81118-553-9/D·195 定价: 25.00 元

前言

自银行诞生之日起,危机似乎就与之形影相伴。从某种意义上讲,银行业经营的历史,就是一部银行倒闭的历史。从14世纪意大利出现的商人银行公司倒闭,到20世纪初席卷美国、欧洲的银行业危机,银行倒闭屡见不鲜。进入80年代以来,美欧等发达国家和地区相继发生银行危机。国际货币基金组织(以下简称IMF)1996年的研究成果表明:在1980年到1996年,IMF成员国家中有四分之三的国家都遭遇过“显著”的银行业危机^①。1997年又爆发了亚洲金融危机,2008年美国次贷危机再次引发金融海啸,让各国政府和国际金融组织及学者更加关注金融问题,探究预防和化解银行危机的良策。应当说,在激烈的市场竞争环境下,正如任何企业都有可能出现经营失败一样,银行也不能例外。但银行毕竟不同于一般企业,它的破产影响着千家万户,更为重要的是,由于一家银行的倒闭可能会损害存款人对其他银行的信心,若处理不当,极有可能破坏整个银行体系的稳定。银行业所经历的数次危机使人们深刻地认识到:针对银行的监督管理是必需的,其目的是为了保护存款人的利益、维护金融体系乃至整个国民经济的稳定。基于此,许多国家纷纷制定银行法,建构银行业的“市场准入”规则,以确保只有那

^① Carl-Johan Lindgren, Gillian Garcia and Matthew I. Saal, *Bank Soundness and Macroeconomic Policy*, International Monetary Fund, 1996.

些资本充足、组织完备的机构进入银行市场。同时,还要求适用一系列审慎运营的规则以确保银行业务的稳健运营。随着技术的进步,经济全球化的进一步发展,金融产品不断推陈出新,这些都给银行监管者提出了更高的要求,监管者的职责及权限也进一步扩大。然而,尽管存在严格的市场准入、审慎监管制度,仍然不能杜绝银行的倒闭破产。管理不善、欺诈活动、过度吸收风险、不利的市场条件、决策失误等等都有可能导致严重的甚至是致命的银行破产风险。由于银行业在整个经济生活中的重要性和显著作用,起初各国的监管当局都不愿意让银行特别是大型银行破产,而更倾向于风险隐性化,但其结果往往是监管成本和监管失败损失越来越大。亚洲金融危机中,加剧危机的其中一个重要因素就是缺乏处置破产银行的有效机制^①。1997年9月,巴塞尔银行监管委员会发布的《有效银行监管的核心原则》中已经认识到:建立快速而有序的(不能满足监管要求的)银行的市场退出机制是构建有效金融体系必不可少的一部分;而且,银行监管当局应当负责或者帮助建立这样一个有序退出的机制^②。如此看来,一个完整有效的银行监管体制不仅包括事前如何监管纠正违规行为以预防银行的倒闭,还应包括如何处置破产银行,即经营性重整与财务性重整及清算与退出程序的设计等一系列完整的行动框架。

在市场经济国家中,单个银行的破产倒闭是很自然的市场现象,反映了市场竞争的一般规则——优胜劣汰。但鉴于银行破产对整个经济发展造成的严重后果,各国立法者非常注意发掘银行破产问题的特殊性,并逐步完善了相应的银行破产法律制度。例如,美国、加拿大、意大利、俄罗斯等国就有一套专门针对银行的特

① 卡尔·约翰·林德格林,托马斯·J. T. 巴利诺,查尔斯·恩诺赫等著,康以同、仲雨虹译:《金融部门危机与重组——亚洲的经验教训》,中国金融出版社2000年版,第51页。

② 《核心原则》第22条的解释性意见。See explanatory note accompanying Principle 22 of the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision of September 1997. 资料来源: <http://www.bis.org/> (2004年12月15日)。

殊破产法律制度。即便在适用普通破产法的欧洲国家中,也十分注重对银行破产特殊问题的处理。西方发达国家及其他国家经济发展的经验教训告诉我们:一个完善有效的银行监管体制,绝对不能忽视市场退出体制的建设。毕竟,无论当初是多么合格的银行,在其运营过程中又是如何规范地遵守规则,最终仍有可能倒闭失败退出市场,更何况谁也不能保证在准入时绝对合格、在以后的经营中绝对遵纪守法。

20世纪90年代以来,随着金融体制改革的深化,由于不良资产等问题引发的支付风险,使得中国的金融机构尤其是中小金融机构面临着破产倒闭的问题。尽管我国《商业银行法》明文规定了银行破产的条款,但在实践中,银行监管机构对出现问题的银行实施救助的多,只对其中极个别银行采取了行政关闭措施,至今还没有银行正式被法院宣告破产的案例。纵观整个金融机构的处置过程,我国目前针对破产银行的处置措施显得极为单一,且行政干预过度。更为重要的是,破产银行的市场退出缺乏可资遵循的系统性法律框架,损失责任的承担极不合理(其中绝大部分银行经营失败的损失由政府最终承担下来),使得我国破产银行的处置成本极为高昂。最让人感到不可理解的是,这些巨额的支出并非用于拉动国民经济的增长,而是投放于经济领域中最无效率的部分,即丧失偿债能力且无救助重整希望的银行。如此一来,不但违背资源的有效配置原则,也与法律制度的秩序、公平、效率价值相去甚远。因此有必要吸取别国先进经验,构建并完善适合我国国情的银行破产法律制度。

然而,认识到问题的存在与最终解决问题之间毕竟还有一段很大的距离。目前关于银行领域的研究多集中于市场准入与持续性监管的课题上,相关的议题如审慎监管尤其是资本管理、风险管理方面的国际指引也是层出不穷。相比之下,对失败银行的破产法律制度则少有人研究,这方面的著作更是少之又少。巴塞尔委员会也没有发布关于具体处置破产银行法律框架的指引。从笔者收集到的资料

来看,在银行破产制度的研究上,主要是一些国际组织如世界银行、国际清算银行、国际货币基金组织等出版的研究刊物,国内法学界仅有零星研究。经济学界对相关问题探讨得更多一些,但他们毕竟出自经济学视角,且主要集中在银行危机监测及预防等问题的分析^①,再加上我国目前还未有银行正式进入破产程序的先例,因此并无任何现成的判例或经验可资引用。以上种种,都增加了深入探讨、全面分析这一课题的难度。

本书尝试对银行破产法律制度本身进行深入研究。虽然国内也有学者就银行破产法律问题进行过分析,但是都集中在银行破产清算领域^②。事实上,银行重整制度是银行破产法律制度的有机组成部分。从各国立法实践看,鉴于银行的特殊性,针对濒临破产或已经破产的银行,主管当局往往采用特殊的银行重整程序(如临时管理和接管),或恢复其正常经营,或出售给其他机构,以保证其经营上不破产。银行重整已成为处置银行问题优先选择的方式。笔者不仅将银行重整制度纳入银行破产法律制度框架体系之中,并且在横向比较的基础上对银行破产法律制度的具体内容进行了深入的分析和探讨,这在国内研究领域可算是一种全新的尝试。全文以美欧等发达国家银行破产法律制度的立法和实践为主要研究背景,对银行破产法律制度基础理论、立法框架以及银行破产标准、重整制度、破产清算制度等内容进行了多角度、全方位的深入研究。并以上述不同国家银行破产法律制度的内容为参照系,对我国银行破产的立法及实践进行了对比和反思,从理论和实践两方面对构建适合我国国情的银行破产法律制度进行了积极的探索和总结,如破产标准上引入规则性标准,促使监管当局及时介入;对接管程序的完善;在并购中逐步引入市场机制,减少政府强制性干

^① 参见阙方平《有问题银行处置制度安排研究》,中国金融出版社 2003 年版;宋清华《银行危机论》,经济科学出版社 2000 年版等。

^② 参见周仲飞、郑晖《银行法原理》,中信出版社 2004 年版;岳彩申《跨国银行法律制度研究》,北京大学出版社 2002 年版等。

预,建立合理的破产损失分担机制;清算中对存款人及支付系统的特殊保护等等。

从结构上看,全书共分七章。首先,分析和阐释银行破产法律制度建构的理论基础,并从银行破产的法律适用和组织机构两方面探讨了银行破产法律制度框架体系。其次,从比较法的视角,对各国不同的银行破产法律制度予以归纳和梳理,主要论述了银行重整与清算法律制度的基本特征及内容,并以此作为铺垫,旨在为完善和具体构建我国银行破产制度提供有益的借鉴。最后,对中国银行体制及其破产立法的现状和问题进行分析和评价,进而提出完善我国银行破产法律制度的具体建议和措施。对跨国银行破产问题进行了整体扼要论述,进一步分析如何加强跨国银行破产的国际协调与合作,以弥补我国在涉外银行破产领域中存在的不足。

本书为论证主题更侧重于金融监管理论的运用,力求从这一视角对银行破产问题进行系统的分析和研究,并提出我国银行破产的法律制度安排。在论述过程中,笔者更多运用了横向现实比较的分析方法来研究问题,在一些章节还采用了案例分析方法。通过对各国及中外银行破产制度的比较,找出带有规律性的制度演进过程和发展方向。

银行有许多种分类,如中央银行、政策性银行、商业银行、投资银行、批发银行以及零售银行等等。本书探讨的破产主体——银行,是指吸收公众存款、发放贷款的金融中介机构。中央银行、政策性银行以及其他一些不从事上述银行核心业务的金融机构并不属于本书的研究对象。而银行破产问题也并非一日而成,总是经历了一个从量变到质变的过程,按照时间顺序可划分为以下几个阶段:出现潜在问题(如贷款质量下降等)时,以银行管理层为主导的自我更正阶段→问题逐步恶化及尖锐时,以私人主体为主导的债务重组阶段→达到破产标准但仍有生存希望的银行重整阶段→达到破产标准但已经没有生存希望的破产清算阶段。本书集中论述后两个阶段,即银

行重整和破产清算阶段。此外,银行破产可分为两种不同情形:一是单个银行破产;二是系统性银行危机,即指一国之内出现大面积银行破产,导致整个银行体系受到严重威胁而引发的危机。在这里,笔者仅探讨个别银行破产的法律问题,系统性银行危机属于一种紧急状态,涉及国家大规模动用财政资金或外汇储备进行市场干预的行为,并非本书的研究范围。

目 录

.....

前言	001
第一章 银行破产法律制度概述	001
第一节 银行破产的法律涵义	001
一、银行	001
二、破产与破产法	003
三、银行破产法	004
第二节 银行破产法律制度的理论基础	005
一、银行的一般性	006
二、银行的特殊性	007
第三节 银行破产法律制度的价值分析	012
一、秩序	012
二、公平	013
三、效率	014
四、诸价值之间的相互关系	015
第四节 银行破产法律制度所应遵循的基本原则	017
一、早期干预原则	017

二、最低成本原则	019
三、快速处置原则	019
四、损失和风险合理分担原则	020
五、公开透明原则	020
第五节 银行破产法律制度与其他相关制度	021
一、银行审慎监管	021
二、最后贷款人	023
三、存款保险制度	025
 第二章 银行破产法律制度框架研究	028
第一节 银行破产的立法体例及法律适用	028
一、立法体例	028
二、法律适用	030
第二节 银行破产的组织机构	039
一、银行监管机构、存款保险机构和法院	040
二、主管当局的不同选择	046
三、司法权与行政权的冲突与协调	050
 第三章 银行破产程序的开始	056
第一节 银行破产标准	057
一、流动性标准	058
二、资产负债标准	060
三、规则性标准	062
四、适用资产负债标准和规则性标准应注意的问题	064



第二节 银行破产程序的申请	065
一、债务人	066
二、债权人	066
三、银行监管当局	067
 第四章 银行重整制度	068
第一节 银行重整概述	068
一、银行重整的概念	068
二、银行重整的分类	071
三、银行重整所应遵循的原则	072
四、银行法中的银行重整与普通破产法中的破产 重整的区别	073
第二节 银行法中的银行重整程序	075
一、临时管理	076
二、接管	087
三、应用债务支付中止措施存在的问题	096
第三节 普通破产法中的破产重整程序——以英国 管理令为例	097
一、管理令程序的开始	099
二、管理令的授予	101
三、管理程序的终止	104
四、案例分析	104
第四节 银行救助处置措施在重整程序中的应用	107
一、股东、债权人等私人主体参与下的财务性重整	107

二、公共资金援助	112
三、合并与收购	123
第五章 银行破产清算制度	133
第一节 银行破产清算概述	134
一、银行破产清算的内涵	134
二、与银行破产清算相关的问题	135
三、银行破产宣告	137
第二节 破产清算人	138
一、任命清算人	138
二、清算人的职权	139
三、对清算人的监督	148
第三节 破产债权人	149
一、破产债权人所享有的权利及其受到的限制	149
二、债权的申报和确认	150
三、破产抵销	151
第四节 破产财产的分配	153
一、分配原则	154
二、分配顺序	154
第五节 对支付系统的特殊保护	158
第六章 我国银行破产法律制度	162
第一节 我国银行破产问题分析	162
一、我国银行业的历史演变	162

二、现阶段我国银行破产的可能性探讨	168
三、现阶段建立我国银行破产法律制度的必要性 分析	173
第二节 我国银行破产法律制度分析	176
一、立法现状分析	176
二、处置银行破产问题的实践	182
三、处置银行破产问题的特点	189
四、银行破产立法中存在的主要问题	191
第三节 完善我国银行破产法律制度的若干建议	195
一、立法体例分析	195
二、银行破产程序的主管当局	198
三、破产标准	200
四、银行重整制度	201
五、实现由撤销清算向依法破产的转变	204
六、银行破产清算制度	205
 第七章 跨国银行破产若干法律问题研究	209
第一节 跨国银行破产概述	210
一、跨国银行所面临的各种风险	210
二、跨国银行破产的法律适用原则	212
三、各国的立法实践	216
四、跨国银行破产中存在的主要问题	221
第二节 跨国银行破产的国际合作	229
一、双边合作	229

二、区域性合作	230
三、多边合作	241
第三节 我国涉外银行破产问题	246
一、我国银行业的对外开放	246
二、立法现状及问题	247
三、司法实践	249
四、几点建议	250
主要参考文献	253
后记	258

第一章

银行破产法律制度概述

第一节 银行破产的法律涵义

一、银行

银行一词的界定,相关的表述也不尽相同。《元照英美法词典》将银行定义为“通过经营存款、贷款、汇兑、发行钞票或其他证券以及其他便利资金转移的业务,承担信用中介、支付中介、信用创造等职能的信用机构”^①。欧共体理事会 1977 年 12 月 12 日通过的《关于协调有关信贷机构设立和经营业务的法律、规则和行政规章的指令》,通称《第一银行指令》(77/780/EEC)中未使用银行字眼,而是使用“信贷机构”(credit institutions)一词。但从其立法条文来看,关于信贷机构的定义与银行基本相同,是指从公众中吸收存款或其他应偿还资金并用自营账户发放贷款的机构。^② 本书中银行即指吸收公众

^① 银行在英文中为“bank”。薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 131 页。

^② First Council Directive of 12 December 1977 on the Coordination of Laws, Regulations and Administrative Provisions, Relating to the Taking up and Pursuit of the Business of Credit Institutions, Art. 1.

存款、发放贷款的金融中介机构。

我国 2003 年 12 月修订的《商业银行法》第 2 条明确指明了商业银行的定义,即“吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人”。商业银行又可分为国有独资商业银行、股份制商业银行、城市商业银行^①和农村商业银行^②。

合作银行在我国仅指农村合作银行。根据 2003 年 9 月中国银行业监督管理委员会发布的《农村合作银行管理暂行规定》,农村合作银行是指由辖区内农民、农村工商户、企业法人和其他经济组织入股组成的股份合作制社区性地方金融机构。所谓的股份合作制,是指在合作制基础之上,吸收股份制运作机制的一种企业组织形式。经中国银行业监督管理委员会批准,农村合作银行可以从事部分或全部《商业银行法》规定的业务。

在人民银行 1997 年 9 月颁布的《城市信用合作社管理办法》中,城市信用社被界定为“依照本办法在城市市区内由城市居民、个体工商户和中小企业法人出资设立的,主要为社员提供服务,具有独立企业法人资格的合作金融组织”。城市信用社可以从事包括吸收社员存款、吸收人民银行规定限额以下的非社员的公众存款、发放贷款等业务。根据人民银行 1997 年 9 月发布的《农村信用合作社管理规定》规定,农村信用合作社是由社员入股组成、实行社员民主管理、主要为社员提供金融服务的农村合作金融机构。农村信用社可以办理存款、贷款、国内结算等业务。

综上,我国商业银行、合作银行、信用社都可纳入本书所界定的银行之内。

① 人民银行在 1998 年银发[1998]94 号“关于城市合作银行变更名称有关问题的通知”中认为,鉴于城市合作银行是股份制商业银行,不具有“合作”性质,经国务院同意,将“城市合作银行”名称变更为“城市商业银行股份有限公司”。

② 根据 2003 年 9 月中国银行业监督管理委员会发布的《农村商业银行管理暂行规定》的规定,农村商业银行是由辖内农民、农村工商户、企业法人和其他经济组织共同发起成立的股份制地方性金融机构。