

2013年度国家社会科学基金项目《国家干预视角下的金融机构破产法修正》

【课题编号：13BFX114】阶段性成果

中国法学会2012年部级法学研究课题《金融机构破产特定债务优先清偿制度研究》

【课题编号：CLS（2012）D138】优秀研究成果

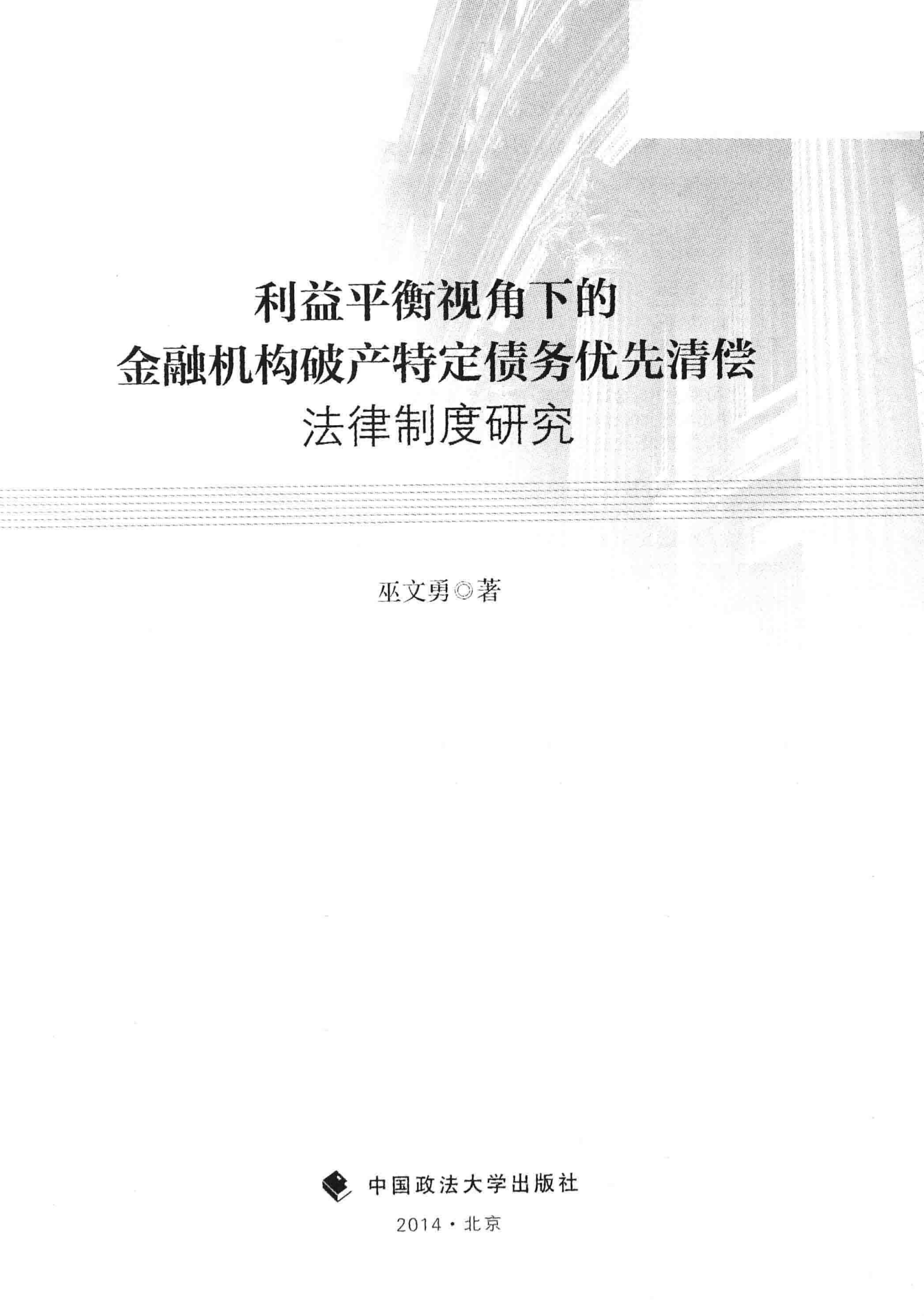


利益平衡视角下的 金融机构破产特定债务优先清偿 法律制度研究

巫文勇◎著



中国政法大学出版社



利益平衡视角下的 金融机构破产特定债务优先清偿 法律制度研究

巫文勇◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

利益平衡视角下的金融机构破产特定债务优先清偿法律制度研究/巫文勇著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 9
ISBN 978-7-5620-5285-2

I. ①利… II. ①巫… III. ①金融机构—破产法—研究 IV. ①D912.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第216954号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	21.125
字 数	376千字
版 次	2014年9月第1版
印 次	2014年9月第1次印刷
定 价	56.00元

序 言
Preface

自有金融机构开始,就有金融机构经营失败和倒闭,但是现代意义上的金融机构破产法则起源于20世纪30年代美国的《紧急状态法》和《格拉斯-斯蒂格尔法》,并且在80年代~90年代得到了丰富和发展。以美国为代表的部分国家走上了金融机构与普通商事企业破产分别立法的道路,其基本特点是金融机构破产适用专门的破产程序和破产规则,并且对某些“特定债务”(债权人角度则称之为“特定债权”)给予优先清偿。与以美国为代表的金融机构破产“二元立法模式”相对应的是以英国为代表的“一元立法模式”,其成员包括了欧洲的大部分国家。这些国家的金融机构破产主要适用传统的商事企业破产法,既不存在特别的破产程序和规则,也不存在特定债务优先清偿立法。但是,在金融机构破产实践中,“一元立法模式”国家认识到金融机构破产会影响社会公众的利益,并对社会、经济产生严重的负面作用。为了尽可能地减少金融机构破产对社会所产生的负外部效应,他们往往会在权衡利弊后,采取各种救助措施,即采取实质性的特定债务优先清偿办法。随着世界金融的一体化、自由化,特别是在2007年~2009年全球性金融危机之后,“一元立法模式”国家的金融机构破产立法开始从传统的金融机构破产“一元立法模式”朝“二元立法模式”转变,其根本原因,一是国家对问题金融机构的救助客观上影响着金融机构破产程序性规则及各类债务清偿顺位和比例;二是破产债务清偿顺位的确认已经超越了传统的公平与正义价值理念,更多是关系到经济的整体繁荣和社会的安全稳定。

与此相适应,各国金融(法)学家不断从理论上探讨金融机构破产特定债务优先清偿的必要性和合理性,如美国学者 Franz (1993) 认为金融市场是脆弱的,如果放任自流就会趋向不公平和低效率,而公共管制正是对社会的公正和需求作出的反应。同时期美国学者 Stiglitz (1993) 和 Varian (1996) 也认为由于金融市场存在失灵的状况,所以可能导致金融资源配置非帕累托最优,对金

融市场和金融机构实施包括国家救助和破产干预在内的监管与干预，是一种降低或消除市场失灵的手段。加拿大学者布莱恩·柴芬斯在《公司法：结构、理论与运作》（2002）一书中阐述了如下观点，破产过程中的资源配置不仅影响到剩余资产的分配规则，而且潜在地影响所有资产运用的方式。对债权人的保护本质上是对社会整体利益的保护，保护债权人利益实际上是尊重现行的产权基础、法律制度、社会结构和社会关系。破产债务清偿规则的价值取向是促进社会总福利的增加，即在保护全体债权人利益的同时，还要充分考虑社会整体利益和秩序，以实现社会各相关人的利益平衡。解正山在《跨国破产立法及适用研究——美国及欧洲的视角》（2011）一书中进一步阐述，一国破产法不可能充分保护所有当事人的利益，在制定破产法时，一些关键社会政策的选择与取舍将涉及破产法的总体目标，如拯救陷入财务困境的企业、保护就业、保护债权人权益、鼓励企业家阶层的发展。除此之外，还要考虑各项具体目标，如为市场提供确定性以促进经济稳定增长；资产价值最大化；在清算和重整之间寻求平衡；确保公平对待处境相近的债权人；保全破产财产以便公平分配给债权人，并就优先债权的清偿排序等进行平衡，从而以符合国家经济、社会和政治目标的方式重新划分破产风险。

这些理论为金融机构破产特定债务优先清偿制度的建立提供了坚实的理论基础。

与美国和其他西方金融大国相比，中国的金融市场是以银行为主、其他金融机构为辅的市场，且金融机构数量较少，市场集中程度较高，业务和市场份额集中在少数大金融机构手中。在 30 余年的金融体制改革过程中，发生过一些金融机构经营失败案件，如海南发展银行、南方证券公司、郑州城市合作银行和部分农村信用社，但却没有发生过真正意义上的金融机构破产。中国对问题金融机构的处置主要采取的是行政清算和国家救助的方式，与此相对应的金融机构破产立法也不发达，更没有对金融机构破产特定债务优先清偿的清晰、系统性规定。虽然 2006 年颁布的《企业破产法》对金融机构破产有所规定，但是由于其规定过于原则和简陋，使得其实用性不强，象征意义大于实际意义。

但是，中国对问题金融机构实施非破产性的国家救助方式所引发的批评却显现一边倒的趋势，普遍认为存款保险制度的缺位和其他金融消费者保险基金，如证券投资者保护基金、期货投资者保障基金和保险保障基金的不完善使得国家对问题金融机构的救助缺乏效率，对资源配置实现了非帕累托效应，并且引发了金融市场不公平竞争，增大了国家救助成本和道德风险。

中国正在对包括金融机构破产制度在内的金融体制进行改革,这不但是经济和金融发展的需要,也是迎接金融业开放、创新的必然结果。美国是当今世界金融机构破产立法最为成熟、完善,实践经验最为丰富的国家,这是自1929年以来历史上先后爆发的多次金融危机造就的结果。2007年~2009年金融危机后,美国通过对危机产生的原因和监管存在的缺陷进行反思,对金融监管及金融救助、金融破产制度进行了全方位的改革,以图进一步完善金融机构国家救助体系和破产清算程序。本书在研究以美国为首的金融大国有关金融机构破产法律理论、法律规则和制度实践的基础上,借鉴其有益经验,总结中国本身对问题金融机构处置的教训,从中探寻适合中国国情的金融机构破产法律制度。

本书作者巫文勇于1997年在西北政法大学经济法硕士研究生毕业后,在金融行业从事法律实务工作至2002年初,然后进入江西财经大学法学院专事金融法律的教学与研究工作。2005年~2009年期间,在武汉理工大学经济学院攻读博士,从事金融工程的学习与研究。长期以来,作者一直致力于对金融市场监管和金融机构破产法律制度的研究,在相关领域中也取得了较为丰硕的成果。呈现在读者面前的这本《利益平衡视角下的金融机构破产特定债务优先清偿法律制度研究》,是作者主持的中国法学会2012年度部级法学课题【课题号:CLS(2012)D138】优秀研究成果。它与本书作者已经出版的教育部2010年人文社会科学规划课题《金融机构市场退出中的国家救助法律制度研究》【课题编号:10YjA820109】和正在研究的2013年度国家社会科学基金规划项目《国家干预视角下的金融机构破产法修正研究》【课题编号:13BFX114】,构成了一个较为完整的金融机构破产法律理论研究体系。

本书所涉及的领域是多方面的,既有金融理论的阐述,也有金融监管法律制度和破产法律制度方面的独特观点与看法,更有基于金融机构破产的特殊性而出现的特定债务优先清偿问题的开拓性研究。本书在尊重前人及他人研究成果的基础上,根据时代和国情的要求提出了作者自己的许多创新性见解。作者尽量把问题放到一个较高的理论高度,并结合实际提出了解决问题的方案。本书的内容不仅包含理论上探索,也有实务上的经验总结。其中一些观点和看法对中国金融机构破产立法、执法、司法和进一步理论研究具有较高的参考价值!

邓 辉 *

2013年8月6日

* 江西财经大学副校长、教授、博士生导师。

目 录
Contents

序 言	1
第一章 导 论	1
第一节 研究背景、目的和价值	1
一、本书研究背景	1
二、本书研究目的	2
三、本书研究价值	3
第二节 国内外相关研究综述	4
一、国家干预理论	4
二、清偿顺位理论	10
三、优先清偿理论	12
第三节 研究方法与内容结构	16
一、本书研究方法	16
二、本书内容结构	16
三、本书学术创新	19
第二章 金融机构破产特定债务优先清偿基本理论	20
第一节 金融机构破产特定债务优先清偿法律定位	20
一、金融机构破产特定债务优先清偿基本问题	20
二、金融机构破产特定债务优先清偿价值取向	23
三、金融机构破产特定债务优先清偿范围类型	29

第二节 金融机构破产特定债务优先清偿理论分析	33
一、金融机构破产特定债务优先清偿理论基础	34
二、金融机构破产特定债务优先清偿理论责难	38
三、金融机构破产特定债务优先清偿理论评析	42
第三节 金融机构破产特定债务优先清偿逻辑演绎	45
一、金融机构破产特定债务优先清偿实证分析	46
二、金融机构破产特定债务优先清偿实证结论	49
三、金融机构破产特定债务优先清偿发展逻辑	53
第三章 金融机构破产特定债务清偿制度比较研究	57
第一节 二元立法模式破产特定债务优先清偿制度	57
一、金融机构破产二元立法模式发展及其宗旨	57
二、金融机构破产程序中二元法律的适用规则	64
三、金融机构破产二元立法债务优先清偿规定	66
第二节 一元立法模式破产特定债务优先清偿制度	78
一、金融机构破产一元立法模式产生历史渊源	78
二、金融机构破产程序中一元法律的适用规则	82
三、金融机构破产一元立法债务优先清偿规定	88
第三节 金融机构破产特定债务优先清偿制度发展	92
一、金融机构破产立法的世界趋势与模式融合	92
二、金融机构破产债务清偿顺位的趋同化发展	98
三、金融机构破产特定债务优先清偿的一致性	102
第四章 中国金融机构破产债务清偿规则实证研究	106
第一节 中国问题金融机构破产实践债务清偿特征	106
一、中国问题金融机构破产退出市场制度实践	106
二、中国金融机构破产处置模式以及债务清偿	113
三、中国金融机构破产法及债务清偿顺位规则	116
第二节 中国金融机构破产法律制度社会经济理论	125

一、中国制度变迁模式决定金融机构破产立法	125
二、中国金融机构的公共职能影响其破产立法	129
三、中国社会稳定目标影响金融机构破产立法	132
第三节 中国金融机构破产债务清偿顺位制度缺陷	133
一、中国现行金融机构破产债务清偿顺位立法	134
二、中国金融机构破产债务优先清偿制度缺陷	138
三、中国现行破产债务优先清偿制度负面效应	142
第五章 中国金融机构破产债务优先清偿制度构建	150
第一节 金融机构破产特定债务优先清偿目标定位	150
一、金融机构破产特定债务优先清偿目标原则	150
二、金融机构破产特定债务优先清偿制度价值	161
三、金融机构破产特定债务优先清偿实现条件	164
第二节 金融机构破产特定债务优先清偿制度设计	166
一、商事企业破产特定债务优先清偿共同规则	167
二、金融机构破产特定债务优先清偿制度规则	171
三、金融机构破产债务优先清偿冲突及其限制	177
第三节 金融机构破产特定债务优先清偿制度衡平	186
一、金融机构破产债务优先清偿行为无效处理	187
二、金融机构关联人债务和瑕疵交易清偿顺位	193
三、金融机构破产特定债务优先清偿股东责任	199
第六章 中国金融机构破产特定债务优先配套制度	206
第一节 金融消费者权益保护法与破产优先清偿权	206
一、金融消费者权益保护法与债务优先权目标	206
二、金融消费者权益保护法立法原则及其内容	212
三、金融机构破产法对金融消费者权益的保护	219
第二节 金融消费者保险基金法律与优先清偿制度	223
一、特定破产债务优先清偿的金融消费者保险	223

二、中国金融消费者保险法律制度评价与完善	232
三、融合化经营与金融消费者保险基金的重构	245
第三节 金融机构国家救助以及特定债务优先清偿	250
一、金融机构破产国家救助制度改革价值导向	251
二、金融发展中的国家救助制度改革体制障碍	257
三、国家救助法律制度改革方向及其救助方式	262
第七章 金融机构跨国破产债务清偿域外效力规则	265
第一节 金融机构跨国破产债务优先清偿国度差异	265
一、金融机构跨国破产程序法律效力范围原则	265
二、金融机构跨国破产债务优先清偿域外效力	272
三、金融机构跨国破产债务优先清偿制度评价	281
第二节 金融机构跨国破产优先清偿效力法律平衡	285
一、金融机构跨国破产清偿域外效力价值取向	285
二、金融机构跨国破产优先清偿域外效力协调	292
三、金融机构跨国破产优先清偿域外效力例外	299
第三节 中国金融机构跨国破产特定债务优先清偿	301
一、中国金融机构跨国破产程序域外效力反思	302
二、中国金融机构跨国破产域外效力法律构建	305
三、中国金融机构跨国破产裁决执行国际合作	308
第八章 总结与展望	310
一、全书总结	310
二、研究展望	311
参考文献	313
后 记	322

第一章 ● 导 论

第一节 研究背景、目的和价值

一、本书研究背景

金融机构业务由于存在以下特性而受到特殊关注：“一是金融机构通常负有短期内无法变现，或以银行存款形式，或以长期投资组合形式存在的高流动性债务；二是金融机构为经济运行提供基本的金融服务，如授信、接受存款和计算，这些功能更像是一种公众服务；三是金融机构是连接金融系统与金融政策执行的纽带，对金融政策的落实起着举足轻重的作用。”^{〔1〕} 鉴于金融机构经营失败对社会、经济和公众产生广泛的影响，其经营失败的风险全部或部分地转嫁给纳税人或金融消费者，所以各国对金融机构破产都采取较之普通商事企业更为严格和谨慎的态度，并且根据金融机构特征对其破产程序进行不同程度的修正。除此之外，在最近 30 多年来法学界和金融学界讨论最多的则是金融机构破产退出市场时的债务清偿顺位和优先权问题，希望通过金融机构破产制度的创造性修正，设计一种特殊的还债程序，以提供对特定债权人有利而对某些债权人不利金融债务清偿机制，并借此保护更为广泛的利益。金融机构破产特定债务的优先清偿，其目的在于降低金融机构倒闭及金融消费者权益损失的危险性，并有助于金融消费者接受破产清算方式处理问题金融机构。

金融机构破产可以追溯到 14 世纪意大利商人银行的倒闭。自此之后的几百年中，以美国为首的银行经历了无数次的金融风险 and 银行倒闭浪潮，影响最为深远的金融机构倒闭发生在 1911 年 ~ 1912 年、1921 年 ~ 1922 年、1929 年 ~

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

1933年、1980年~1994年和2007年~2009年等几个阶段。在1929年~1933年金融危机时期有近万家银行等金融机构破产，其中由联邦存款保险公司（FDIC）负责清算的被保险银行有1650余家；1980年~1994年共有2912家银行和储贷协会破产或接受联邦存款保险公司的救助。最近一次金融危机（2007年~2009年）仅美国就有一大批金融机构破产倒闭或被联邦存款保险公司救助，其代表性金融机构包括“两房”公司、雷曼兄弟公司等。据统计，在2007年~2009年间经由联邦存款保险公司处置的问题银行就达288家，其中包括全美银行、美林银行和信托公司、花旗银行、美国工厂保险协会信用卡服务国民机构、美国银行俄勒冈州分行、美国银行罗德岛分行、美林美国银行、美国银行加利福尼亚分行、花旗集团信托公司、百货公司国民银行等。这些银行总资产达3.8万亿美元之多，其中，绝大部分以破产或其他市场方式终止其法律主体资格。除此之外，还有一系列投资银行，如房利美、房地美、雷曼兄弟公司和保险公司破产倒闭等。金融机构的大批量破产，使得各国政府和学界不得不全面反思现行金融机构破产程序性规则和实体性法律制度的适用性和缺陷。

2007年~2009年金融危机所引发的以美国为首的金融大国的大量金融机构破产倒闭，对各国经济、社会和债权人、金融消费者权益造成极大的冲击。为了提高金融机构信用，最大限度克服金融机构经营失败给各国社会、经济带来的后遗症，法学家和金融学家不断在理论上进行探索。他们坚持多元化的破产目标，提倡从保护社会公共利益视角对金融机构破产进行立法，并以凯恩斯的国家干预主义为理论指导对金融机构破产特定债务优先清偿进行务实性修正。

中国目前并不存在实质意义上的金融机构破产，也没有金融机构破产立法。近几年来，中国法学界受国际金融形势和国外法学研究的影响，开始重视金融机构破产法律问题研究，并已取得了相当的成果，为金融机构破产问题的进一步研究和立法奠定了良好的基础。但是，相对于国外而言，其研究属于起步阶段，这些研究主要集中在对国外金融机构破产理论和立法的介绍，缺乏适应中国金融发展的理论内涵，也未能形成金融机构破产法理论体系；大部分研究是用现有普通商事企业破产法（理论）对银行破产进行注释，缺少对银行破产特殊性的考察，且对其他金融机构破产问题关注不足，更未能对金融机构破产中的核心问题——债务清偿顺位和优先权问题进行系统研究。本书就是针对这一现状所作出的大胆尝试。

二、本书研究目的

金融机构破产特定债务的优先清偿问题，已越来越为各国法律和金融界所

重视,其“优先清偿”的精神也为大多数国家或地区的立法、执法和司法所采纳。

本书希望在总结国内外相关理论和实践的基础上,对金融机构破产特定债务优先清偿法律制度进行较全面、系统和深入的研究。通过其研究,厘清国家干预对金融机构破产的影响;明确金融机构破产特定债务优先清偿的必要性和理论依据;界定应当优先清偿的债务范围和类型、优先清偿的条件和程序。在对国外金融机构破产债务优先清偿法律制度比较研究的基础上,对中国金融机构破产特定债务优先清偿制度的缺陷与不足进行分析。其目的是借鉴国外金融机构破产特定债务优先清偿理论和法律规定,建立适合中国金融市场条件下的金融机构破产债务清偿顺位和优先清偿法律制度。

本书研究的重点在“中国金融机构破产债务清偿现状及存在的问题”、“中国金融机构破产债务优先清偿制度构建”及“中国金融机构破产特定债务优先清偿配套制度”等子题目。但是,由于国内外的相关研究较为零散,缺乏系统性,加上资料收集较为困难,使得有关金融机构破产优先清偿债务的类别、偏颇性清偿撤销制度、金融机构跨国破产债务清偿国际合作机制的研究可能还存在较大的改善空间。特别是2007年~2009年金融危机之后,世界主要金融大国不断推出的金融机构破产改革措施也使得本书的研究具有了一定的难度。

三、本书研究价值

金融机构,如商业银行、证券公司、保险公司和信托公司,他们同样具备商事企业的一般特征,理应像其他普通商事企业一样,建立良好的企业治理结构,成为真正的市场主体,具备以破产形式退出市场的能力。金融机构市场退出机制是各国金融市场机制建设的主要内容之一,也是金融资源配置机制的重要组成部分,为金融市场参与主体提供了可预见和稳定的预期,对提高金融机构效率,维护金融体系稳定起到了至关重要的作用。金融机构破产法律制度的建立,为问题金融机构的处置提供了一个明确的标准和价值取向,即充分尊重和遵循市场规律,减少和避免金融机构运行和退出市场过程中的道德风险;建立优胜劣汰机制,从以维持原有金融机构的运行为目标转向保障整体金融体系的效率与安全。

中国2007年6月生效的《企业破产法》将金融机构破产问题纳入其调整范围,标志着金融机构的市场退出问题在立法理念上有了根本性进步。但是,《企业破产法》以及其他相关法律,如《商业银行法》、《证券法》、《保险法》等,仅对金融机构破产进行了原则性规定,缺乏可操作性,没能针对金融机构破产

的特殊性,在实体上和程序上进行适应性修正。虽然20世纪90年代中期以来,存在大量问题信用社、证券公司、期货公司通过政府主导的行政清算或破产退出市场,但那仅是实践层面的操作,缺乏制度约束,也缺乏理论支撑。法学家和金融学家至今为止主要还是着眼于预防措施的谨慎监管,他们虽然也开始关注金融机构的破产问题,但是仅在论述金融机构破产退出市场的必要性以及实践意义,而没能在理论上深入研究破产的操作规则及实体权利义务与普通商事企业破产所存在的差异性,特别是金融机构破产特定债务如储蓄存款、投资者保证金、保险理赔(给付)金等的优先清偿问题没能引起理论界的重视。国家也仅在实践层面将其粗浅地规定在行政法规或部门规章之中,而没有将其上升为与实体财产权利结构性改变相匹配的国家立法,更缺乏为实现这种财产优先权利的保障性法律制度。

本书的研究价值,一是理论价值:完善现行金融机构破产法理论研究的不足;丰富金融机构破产法理论内涵与深度;推动金融机构破产法理论研究具体化与系统化。二是实践意义:解决金融机构破产立法过程中的核心问题,即债务清偿顺位问题,加快金融机构破产立法进程;指导金融监管机构对金融业的监管改革,实现问题金融机构债务破产清偿;指导司法机关审理金融机构破产案,促进金融机构破产债务公平清偿。

第二节 国内外相关研究综述

一、国家干预理论

(一) 金融市场国家监督理论

美国学者 Franz (1993) 认为金融市场是脆弱的,如果放任自流就会趋向不公平和低效率,而公共管制正是对社会的公正和需求作出的反应。美国学者 Stiglitz (1993) 和 Varian (1996) 也认为由于金融市场存在失灵的状况,所以可能导致金融资源配置非帕累托最优,对金融市场和金融机构的监管与干预是一种降低或消除市场失灵的手段,其中包括对问题金融机构的国家救助和破产干预。美国经济学家大卫·科茨在“美国此次金融危机的根本原因是新自由主义的资本主义”一文中在秉承上述观点的同时进一步阐述:“新自由主义理论家们宣称,如果没有国家的管制,金融市场会更有效率,人们就能把有限的资源投入回报率高的领域。但是他们忽略了一个事实,即没有管制的市场非常容易发

生危机,而且在新自由主义条件下金融危机会变得更加严重。”〔1〕

2005年,时任瑞士联邦银行委员会主任的艾娃·胡普凯斯通过对各国金融市场的观察和研究,并利用作为金融监管主任的实践经验,出版了《比较视野中的银行破产法律制度》一书,其中就提出了如下观点:“鉴于银行失败有可能对公众产生广泛影响,且银行失败的风险(至少有部分风险)将会转嫁给政府(纳税人)或存款保险机构,为了公共利益,在银行真正破产之前,银行监管机构尽早介入就显得尤为必要,只有这样,才能避免损失的发生。”〔2〕

中国目前更多的是讨论金融市场和金融机构的监管,对于国家干预金融机构破产则涉及得较少,但还是有部分学者以敏锐、前瞻性眼光提出了一些颇有新意的观点。王欣新在“论破产立法中的经济法理念”(2004)一文中认为,随着社会的发展与进步,破产法的立法宗旨经历了从债权人本位——债权人与债务人的利益平衡本位——社会利益本位的变化过程。在现代社会中,债务清偿关系有时可能影响到他人利益乃至社会整体利益,尤其是涉及公用企业、金融机构、超大型企业的破产时,会影响到社会公众的利益,产生严重失业等社会问题。因此,必须由国家适度干预,从社会本位的角度维护社会整体利益才能完成破产法的历史使命。〔3〕赵万一、吴敏在“我国商业银行破产法律制度构建的反思”(2006)一文中从金融机构破产价值的角度出发阐述,公平、正义是现代私法的基本精神,这一理念深深根植于市民社会的土壤中。公平这一制度的精髓或思想始终都是社会正义的化身,也是法律价值体系中首要的构成内容。在金融机构破产法律制度中,主体的平等是基本的平等,也是结果平等的前提和基础。无论什么结构和组织形态的金融机构,在破产能力和破产原因上是平等的,同样其债权人地位也应该是平等的,债权人可以自主协商而使得各方利益得到均衡,也可自由选择以决定最终是否接受破产分配方案等。但是,在强调金融机构破产的私法自治的条件下,我们更应该注意到金融机构的脆弱性特征,以及金融机构特别是银行在国民经济中的特有地位,金融机构破产应该受到国家的干预,凯恩斯主义为国家干预奠定了理论基础。〔4〕

〔1〕〔美〕大卫·科茨:“美国此次金融危机的根本原因是新自由主义的资本主义”,载《红旗文稿》2008年第3期。

〔2〕〔瑞〕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9页。

〔3〕王欣新:“论破产立法中的经济法理念”,载《北京市政法管理干部学院学报》2004年第2期。

〔4〕赵万一、吴敏:“我国商业银行破产法律制度构建的反思”,载《现代法学》2006年第3期。

韩长印的“企业破产立法目标的争论及评价”(2004)虽然没有专门针对金融机构破产问题进行讨论,而是从普通商事企业破产立法目标出发进行论述,但其结论同样适合于金融机构破产。他认为破产制度诞生之时是由于多数债权人的偶然竞合而由债权人全体在一种当时看来是较小的成本环境中达成的一种分配协议,而当今的破产法完全可以看作是一种有意识的政府管制和转变个别执行制度的政策手段。^{〔1〕}韩龙则在其所著的《金融风险防范的法律制度研究:以我国金融业对外开放为重心》(2012)一书中通过对金融机构特征、风险、监管和破产的研究,认为由于金融业出现市场失灵会导致极为严重的后果,且金融业不同于其他行业,具有战略的重要性和公众信心的维系性等特点,所以需要政府以规制和监管的方式对金融业进行适度介入和干预,以维护金融业的安全稳健。金融规制是要防范和矫正金融市场失灵以及金融业特性所蕴含的风险,保障市场机制的正常运转,而不是要取代市场机制。新自由主义对市场机制和市场自由无以复加的强调、对规制及监管的排斥,使得金融风险无法得到有效防范和化解,这才是问题的症结所在。

为什么国家对金融机构破产干预甚于普通商事企业破产,即普通商事企业的破产往往都在法院的控制之下进行,而金融机构破产则多有行政深度介入其中。李爱君的《商业银行跨境破产法律问题研究》一书认为,这源于作为行政机关的金融监督当局通过常规监管对金融机构经营状况有更客观、更深入、准确的了解,并且具备的专业知识能够在破产过程中适时、迅速地作出决断。很多时候,金融监管当局通过对主要破产权力和程序的把握,以及有力的干预来实现危机金融机构的重整或避免金融机构破产,从而缩小金融业内的风险,减缓金融危机在系统内的传染,减缓金融系统的脆弱性。这符合金融机构破产精神。

(二) 问题金融机构国家救助理论

1. 中央银行最后贷款救助理论。Baring 在他的著作“Observation on the Establishment of the Bank of England”(1797)中首次提出了最后贷款人这一概念,认为英格兰银行作为中央银行,应在一切有清偿能力的银行出现流动性危机时行使最后贷款人之责。Thornton(1802)对 Baring 的观点进行了发展。他认为,在银行遇到恐慌时,中央银行应该扮演最终贷款人的角色,为市场提供现金,以维持金融市场流动性,帮助银行渡过难关。但是,中央银行的最后贷款行为是对整个经济而言,并不是针对某个商业银行。在任何情况下,中央银行都不

〔1〕 韩长印:“企业破产立法目标的争论及评价”,载《中国法学》2004年第5期。

应该维护无清偿能力的银行，包括那些由于“太大而不能倒”的银行，因为对无清偿能力的银行行使最后贷款权，会使更多的银行过度冒险，对中央银行产生过度的最后贷款需求，引发道德风险问题。所以，中央银行挽救的是限于流动性暂时出现问题的银行，而应该让经营不善的银行倒闭，其责任是努力遏制这种倒闭的蔓延。

与上述学者基本上同时代的 Bagehot 在他出版的《郎博德街：金融市场素描》一书中也提出，中央银行必须具备一个规模适中的储备，能够随时动用以支持危机银行。他认为中央银行在行使最后贷款人职责时，应当遵循以下几个基本准则：一是仅向陷入流动性危机而非资不抵债的破产银行提供贷款，并且中央银行的责任不只是在发生恐慌时进行援助，而还应事先承诺在市场未来发生危机时将提供流动性支持，以提高公众对市场和银行的信任度；二是对借款人实施惩罚性利率，以防止商业银行进行欺诈性借款，避免其他没有出现流动性危机的银行申请援助；三是贷款只能提供给有良好偿债和抵押能力的银行，抵押物在正常时期需是良好的，包括因证券市场的恐慌而暂时跌价但通常是优良的票据或债券。

现代经济学家 Humphrey (1975) 和 Meltzer (1986) 对 Bagehot 的理论进行了发展，认为金融恐慌之所以产生，是因为中央银行没有遵循 Bagehot 提出的原则。中央银行应该严格依照价格因素，而不是使用非价格机制限制中央银行的救援贷款。在处理破产金融机构的过程中，损失应该依次由股东、债券持有人、债务人、无担保存款人及有存款担保的企业承担。

Solow (1982) 则持更为开放的态度，认为无论银行是陷入流动性危机，抑或是到了无法偿债的境地，当银行出现危机时，作为最终贷款人的中央银行都应该提供支持。Goodhart (1985, 1987) 发展了 Solow 的观点，认为虽然中央银行救助的应该是出现流动性不足的银行，但是在危机发生时，两者之间的差别很难区别，事实上也没有时间去评价危机银行的资产状况和真实偿付能力。所以，中央银行不得不做的就是为危机银行提供贷款，否则将会耽误最佳的援助时机，引发社会公众对整个银行体系信心的丧失。以 Selgin (1989) 为代表的学者也沿袭上述观点，认为现代金融体系具有内在不稳定性和脆弱性，单个金融机构的风险会传染到健全的有清偿能力的金融机构，影响到整个金融体系的稳定。历史已经表明，最后贷款人制度的存在，可以为单个金融机构提供流动性保障，保证商业银行等金融机构的支付能力，防止由于公众信心丧失引发集体非理性挤兑，从而避免金融恐慌，最终维护社会公众的利益。

Corrigan (1990) 在对中央银行的最后贷款人制度进行研究的基础上提出了