

金融与破产法译丛

跨国银行破产

CROSS-BORDER
BANK
INSOLVENCY

罗斯·玛利亚·拉斯特拉 (Rosa Maria Lastra) 主编

苏洁澈 彭丽姗 吴桐 等译 苏洁澈 校对

中国社会科学出版社

金融与破产法译丛

跨国银行破产

CROSS-BORDER
BANK
INSOLVENCY

罗斯·玛利亚·拉斯特拉 (Rosa Maria Lastra) 主编

苏洁澈 彭丽姗 吴桐 等译 苏洁澈 校对

中国社会科学出版社

图字：01 - 2013 - 6710

图书在版编目 (CIP) 数据

跨国银行破产 / (英) 罗斯·玛利亚·拉斯特拉 (Rosa Maria Lastra) 主编;
苏洁澈, 彭丽珊, 吴桐等译. —北京: 中国社会科学出版社, 2017. 11

书名原文: Cross-border Bank Insolvency

ISBN 978 - 7 - 5203 - 1414 - 5

I. ①跨… II. ①罗… ②苏… ③彭… ④吴… III. ①跨国银行—
破产法—研究 IV. ①D912.281.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 269887 号

© Rosa M Lastra and the several contributors 2011

“CROSS-BORDER BANK INSOLVENCY, FIRST EDITION was originally
published in English in 2011. This translation is published by arrangement with
Oxford University Press.”

出 版 人 赵剑英

责任编辑 赵 丽

责任校对 王桂荣

责任印制 王 超

出 版 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

网 址 <http://www.csspw.cn>

发 行 部 010 - 84083685

门 市 部 010 - 84029450

经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司

版 次 2017 年 11 月第 1 版

印 次 2017 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 31.75

字 数 458 千字

定 价 118.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

《金融与破产法译丛》编委会

编委会主任 王卫国

副 主 任 韩长印 王剑锋

执行主编 苏洁澈

委 员 (按姓氏笔画排名)

王 志 诚 王 富 博 尹 正 友 石 静 霞

池 伟 宏 苏 洁 澈 胡 利 玲 徐 一 兵

章 恒 筑 黄 建 洲 黄 辉 提 瑞 婷

路 少 红

序

全球金融危机以来，金融法改革备受关注，立法成果和研究成果层出不穷。破产法由于与金融稳定的密切联系，已被纳入金融法学的视野。近年来，我国大力推进供给侧改革，破产法的实施受到了前所未有的重视，完善破产法的需求也日益显著，成为学术界、实务界讨论的焦点。习近平总书记指出：“金融制度是经济社会发展中重要的基础性制度。”破产法的制定、实施和完善，与金融制度息息相关。长期以来，我国破产法和金融法这两个领域之间的学者互动较少，交叉研究不够，改变这一状况对于两个学科的发展都有积极意义。实践中，破产法的实施亟须各种金融工具的支持，而破产程序中运用金融工具进行融资和资产处置也必须遵守金融法的规定。由于破产案件往往涉及大量的金融债权和金融资产，维护金融稳定、防控金融风险也是破产法官和破产从业者不可回避的社会责任。至于金融机构的破产，特别是具有系统敏感性的银行破产，更是需要通晓金融法和破产法的法律人才。所以，我希望从事破产法研究和破产实务的朋友读一些金融法的著作，也希望从事金融法研究和金融工作的朋友读一些破产法的文献。

本译丛通过翻译、推介域外金融法和破产法领域的前沿成果，让相关领域的学者和业界人士了解域外经验，借鉴他人成果，也为研究者和高校学生提供最新的学术资料，吸收最新知识。本译丛编委会集

合了金融法和破产法领域的学者和实务界有长期经验的从业人员，他们从选题到内容都提出了宝贵意见，为提高译丛的质量付出了许多精力。本译丛的译者、校者和编辑，以高度的责任心，力求翻译作品的高质量，值得钦佩。我相信，他们的辛勤努力将会得到各位读者的肯定，他们的敬业精神将会得到大家的赞扬。

王卫国

中国政法大学教授

中国法学会银行法学研究会会长

2017年11月2日于北京

目 录

1 危机管理背景下的银行破产	(1)
简介	(1)
最后贷款人制度	(3)
存款保险	(14)
欧盟的存款保险	(17)
政府拯救方案	(22)
系统性风险的考量	(24)
2 银行破产的定义和银行破产程序的类型	(26)
简介	(26)
银行破产是什么?	(29)
为什么要适用特别法?	(35)
银行破产法的目标	(38)
程序的类型	(42)
相关机构在银行破产制度中的角色	(46)
英国《2009 年银行法》与特殊处置机制	(52)
结论	(56)

3 早期干预	(57)
简介	(57)
早期干预的理论基础	(58)
英国的早期干预	(61)
欧盟的早期干预	(63)
美国的及时纠正措施 (PCA)	(66)
4 程序的参与者: 监督者、监管机构、管理人和法院	(73)
主要参与者	(73)
银行危机处置的困境	(76)
方案与对策	(80)
主要参与者: 结论	(91)
法院	(92)
总体思路	(93)
国内银行	(94)
外国银行	(96)
法院: 结论	(105)
5 破产处置的成本分配: 形成激励措施并减少道德风险	(106)
简介	(106)
金融系统的基石: 破产处置机制	(107)
谁应当承担损失?	(109)
损失分摊阶梯	(111)
股东与债权人的法律保护	(116)
保护系统性功能和损失分担	(121)
跨境领域	(126)
结论	(129)

6 欧盟的发展	(130)
简介	(130)
信贷机构重整和清算指令(2001/24/EC)	(132)
改革的磋商和建议	(155)
7 跨国银行破产适用的国际法原则	(160)
简介	(160)
原则: 普遍性原则、地域性原则和折中主义	(164)
原则的实施	(177)
结论	(184)
8 跨国公司破产的协调: 公司破产对跨国银行破产的 启示	(185)
背景	(188)
示范法	(189)
理论与政策	(191)
公司集团	(192)
发展合作的关键因素	(193)
与银行业相关的公司经验	(195)
结论	(203)
9 国际发展	(205)
简介	(205)
国际性指引: 国际货币基金组织与巴塞尔跨国银行破产 处置组	(209)
联合国国际贸易法委员会的跨国破产示范法	(216)
结论	(253)

10 范围问题：特别法在多大程度上适用系统重要性金融机构？	
“大而不倒”的退出路径	(254)
简介	(254)
“大而不倒”的可谴责性	(255)
系统重要性金融机构的识别	(260)
处置	(263)
规制与监管	(273)
系统重要性金融机构的其他处置方法	(275)
非银行系统重要性金融机构	(277)
设定界限	(278)
系统性风险和“大而不倒”问题	(279)
结论	(286)
11 终结“大而不倒”：金融集团的替代性处置方案	(288)
破产规则的重要性	(290)
风险业务	(292)
终结“大而不倒”的困境：金融集团处置规则	(295)
准备与协调的必要性	(308)
功能延续，而非公司延续	(311)
公司结构改革	(321)
政府的运营政策	(322)
结论	(323)
12 操作问题	(324)
简介	(324)
关于公司破产的筹划	(325)
资金运行：存款与批发	(329)
投资公司客户财产	(331)

交易对手信贷风险对冲	(337)
交易对手信用风险：净额结算	(338)
交易对手信用风险：担保抵押	(343)
交易对手信用风险：清算与结算	(349)
结论	(351)
 13 银行破产与国家破产	(352)
私人债务的国家责任	(355)
1931 年信用危机	(360)
冰岛银行危机	(362)
主权债务危机的处置	(367)
“大而不倒”：银行规模和国家财政	(370)
为金融业的隐性担保的财政成本	(375)
 14 英国银行破产法	(379)
监管背景与北岩银行的演变	(381)
《银行法》综述	(383)
SRR 的目标及《财政部业务守则》	(385)
SRR 的维稳权力与一般条件	(386)
SRR 的维稳举措之一：私人买家	(388)
SRR 的维稳举措之二：桥银行	(392)
SRR 的维稳举措之三：临时国有化	(396)
银行破产	(401)
银行管理	(405)
SRR 的保障措施	(409)
恢复和处置计划	(411)
结论	(414)

15 美国银行处置改革	(415)
简介	(415)
“储蓄危机”后的美国处置改革	(416)
20 世纪 90 年代改革成果在 2008 年经济危机的表现	(420)
系统性风险与审慎监管的新视角	(430)
美国的处置改革	(432)
困境机构周而复始的改革	(437)
结论	(440)
16 雷曼破产的国际教训：跨国的“无主之地”	(442)
综述	(442)
简介	(444)
监管漏洞与早期征兆	(450)
结论	(464)
附录 国际货币基金组织：跨国银行的处置—— 加强协调的建议框架	(465)

危机管理背景下的银行破产

*Rosa M Lastra and Geoffrey Wood**

简介	1. 01
最后贷款人制度	1. 10
存款保险	1. 44
欧盟的存款保险	1. 57
政府拯救方案	1. 75
系统性风险的考量	1. 79

简 介

1. 01 银行危机管理包括官方和私人的应对措施，这些措施超越了仅适用公司破产的程序。“危机状况”指银行缺乏流动性或无力偿债，可能临时或长久地威胁到正常的经营活动。由于银行有序破产的重要性，我们将个别银行的问题视为公共问题，即使这些问题从传统意义上来说并不算“危机”。

1. 02 就官方应对措施来看，公共当局面对破产银行或者问题银

* Rosa M Lastra, 英国伦敦大学玛丽皇后学院商法研究中心国际金融与货币法教授；Geoffrey Wood, 英国伦敦卡斯商学院金融学院经济学教授。

行有如下处理方法：(1) 央行作为最后贷款人对个别机构提供市场支持和流动性支持（虽然个体机构拥有可接受的抵押物，由于某种原因不能在市场上获得时）；(2) 显性存款保险制度方案；(3) 政府给予存款人、银行（担保、保险或资产收购、再注资和其他形式的支持）和支付体系隐性的保护政策；(4) 破产法（特别法 vs 一般法）；(5) 早期干预措施（及时纠正措施及其他），预防措施（加强宏观和微观审慎监管以及逆周期监管）和应急计划（压力测试和“生前遗嘱”制度）。本章将重点探讨第(1)、第(2)和第(3)点，第(4)点是本书的主题，第(5)点将在第3章和第10章进行探讨。

1.03 需要支持时，与其依靠隐性保护政策不如事前制定规则和明确的程序。为了市场经济的正常运行，我们需要特别关注的是“大而不能倒”及其变种——太过关联而不能倒，太过复杂而不能倒，太多而不能倒，太过庞大而不能救及其他情形。^① 当存在隐性保护或者其他正当理由时，往往会发生上述情形。

1.04 私人应对层面，银行应该通过一系列的机制如事先支付的保险或处置机制内化对他们的保护成本。银行还应该通过发展充足资本和流动性缓冲加强对金融危机的应变能力。当发生破产时，私人和公共部门之间分担责任优先于救助计划。这样一来，私人将承担损失，政府保护所产生的道德风险将得到缓解。1999年的LTCM（长期资本管理公司）的自救（与外界救助相反）案例相当成功，应该得到进一步的发展。事实上，理想情况下不应该存在责任的分担，破产企业及其关联方应承担所有损失。

1.05 国内层面的银行危机管理是复杂的（涉及多个部门和众多利益相关者），区域（欧盟）层面和国际层面的跨国银行危机管理更为复杂。

1.06 存款保险（隐性或显性）、最后贷款人制度和破产程序间

^① 这些问题在“Too important to fail—too important to ignore”，Ninth Report of the House of Commons Treasury Select Committee, Session 2009–10, HC261–1 中讨论过。

的关系与银行危机管理密切相关。

1.07 广义上的银行危机往往是经济环境恶化或者宏观经济管理不善的结果。2007—2009 年的金融危机是宏观经济失衡，宽松的货币政策，不受控制的金融创新，错位的激励措施和其他因素综合作用的结果，美国次贷市场崩溃引爆了此次危机。^①

1.08 脆弱的银行监管体系或者监管错误将放大危机的成败。好的危机管理有助于快速恢复银行和金融体系的信心，而这也是金融监管的最终目标。

1.09 此次金融危机从跨国（欧盟）和国际层面凸显了构建整体的安全网（审慎监管、存款保险、重整和清算及最后贷款人制度）的重要性。本书的其他章节将讨论上述问题。

最后贷款人制度

1.10 此次危机期间过多地使用最后贷款人引发了重要的法律和政策问题。在银行间拆借市场无法正常运行时，中央银行成了主要的贷款人。虽然对流动性的担忧很快演变为对清偿能力的担忧（随着危机发展超越了“流动性短缺”阶段），但央行的流动性支持依然是应对危机的关键手段。

1.11 提供紧急流动性援助对于以下两种危机是至关重要的。第一种是大部分金融市场的流动性枯竭，进而导致对不同类型的金融机构的流动性的广泛质疑。公开市场操作是应对此类危机的传统手段。第二种情况是典型的最后贷款人（Thornton and Bagehot 阐述），指的是抵押贷款给流动性不足的银行机构。由于支付体系的问题可能导致更多的金融机构陷入困境从而导致危机。

1.12 央行危机时刻的流动性支持往往让其进入未知的领域。通

^① 有许多关于危机原因的解释。这一章的作者（Lastra and Wood）曾经写过关于不同种类的原因，参见“The Crisis of 2007 - 09: Nature, Causes, and Reactions”，（2010）13 Journal of International Economic Law 531 - 50。

过对央行权力的扩张性的解释,如《美国联邦储备法案》第13.3条^①为市场参与者提供了更广泛的金融工具,这一措施被视为应对危机的决定性政策之一。相较于传统的贴现窗口融资和公开市场操作,增添了若干措施。^② 增加的措施清单扩大可接受的抵押物范围,延长贷款期限及适用非存款金融机构。

1.13 流动性支持通常只适用于银行而非其他类型的企业,然而,在危机期却适用了其他企业。为达到此效果,政府设计了一系列的措施。例如,2008年10月,美联储开放商业票据融资工具;11月,开放货币市场投资者融资机制;11月25日,美联储宣布更长期限的定期证券借贷工具,期限至少一年并适用于所有的美国居民。纽约的美联储将流动性扩展到投资银行(贝尔斯登和其他投资银行)、保险公司(AIG)、共同基金及其他机构。

1.14 及时获得中央银行援助(央行作为货币的最终供应者)使得“最后贷款人”特别适合应对紧急情形。这是区分最后贷款人其他的支持性操作、危机管理程序的关键。最后贷款人的即时性与其他危机管理措施的时间框架形成对比。无论是存款保险还是银行破产程序都达不到这一点,就本身性质来说它们的时间长且复杂,需要考虑到许多相关利益者的利益并且受到较多的法律约束。它们都是有价值并必不可少的,却不能提供即时的援助来阻止危机的恶化。^③

1.15 另一个问题是在危机期间,传统的贴息政策(典型的货币

① 第13.3条内容如下:在不寻常和紧急情况下,联邦储备委员会在获得不少于5人赞成票时可授权任何联邦储备银行在此期间根据第14条和附属条款(d)调整利率,来为个人,合伙,或者公司,票据,汇票和承兑在其无法背书或做担保时提供贴现:在提供这些贴现之前,联邦储备银行应该获得关于这些个人,合伙,或者公司无法从其他银行机构获得充足信贷的证据。所有的这些针对个人,合伙或公司的贴现应该遵守联邦储备委员会规定的限制规定。Christian Johnson在以下论文中作出了关于在危机期间广泛运用该条款的相关分析,Exigent and Unusual Circumstances presented at the Hart Conference in London (2009), submitted to European Business Organization Law Review。

② 详见 http://www.newyorkfed.org/markets/Forms_of_Fed_Lending.pdf。

③ 危机在经济中的迅速扩散也是相当重要的。参见 Philip Cagan's "Why do we use Money in Open Market Operations?" (1958) 66 (1) Journal of Political Economy 34-46。

政策工具)和紧急流动性援助(ELA)的区别变得不再那么清晰。^①最后贷款人制度是可以影响金融和货币稳定的工具。欧洲中央银行就紧急流动性援助/最后贷款人作为货币政策子功能进行过辩论。当我们考虑到近几个月来央行实施的“非常规货币政策操作”时,普通货币政策和紧急流动性援助之间的区分就变得更加复杂。英格兰银行和美联储宣布量化宽松以增加货币供应就是例子。为应对危机,对银行系统提供流动性的扩大化操作也预示着区分货币政策和紧急流动性支持/最后贷款人的困难。它也模糊了货币政策和财政政策的界限,这也解释了欧洲中央银行最初实施类似计划时的“不情愿”(欧洲中央银行首先提供了“更高的信用支持”。2010年5月,实施了证券市场计划用来购买二级市场的政府债券以应对希腊主权债务危机)。^②

1.16 银行流动性不足(即缺乏流动性资金)可以预示技术性破产(即负债总额超出了资产价值总额),如果资产亏损或低价出售则会迅速变成实质性破产,第2章将深入探讨该问题。迅速援助的需求使得难以评估该机构面临的是流动性问题抑或破产。Hawtrey明确地阐述了这一点。^③

1.17 英格兰银行作为最后贷款人的角色演变过程中,我们可以看出其一开始是倾向于通过拒绝超过定额的所有申请来配给信用,但是后来严格限制担保的形式。仔细地检查贷款申请人的所有资产基本上是不可能的。因此清偿能力的证明不能作为贷款的明示条件,至少在紧急需要现金的时候。提供担保使得不需要对借款人一般清偿能力进行审查。担保债权由比债权本身价值更多的财产所担保时,就没有

① 参见 Rosa Lastra and Andrew Campbell, “Revisiting the Lender of Last Resort” (2009) 24 (3) Banking and Finance Law Review 453. On LOLR see also Rosa Lastra, “Central Bank Independence and Financial Stability” (2010) 18 Estabilidad financiera 49–66.

② 参见 ECB Monthly Bulletin, “The ECB’s response to the Financial Crisis”, October 2010, pp. 59–74.

③ R G Hawtrey, The Art of Central Banking (London: Longmans, Green & Co, 1932), 126–127.