

英美银行破产法述评*

——以银行特殊破产制度为中心

苏洁澈

内容提要:银行业的特殊性、传统的公司破产程序的缺陷以及政治因素是银行特殊破产制度产生的重要原因,其中的政治因素系根源于银行业、监管机构与政治家们之间的利益博弈,同时,历次的金融危机也逐渐地推动这一制度的演进与发展。目前,世界各国适用该制度处置“问题银行”已成为各国银行破产立法的趋势。该制度不仅有利于保护银行的资产而且具有较好的实施效果,但是在一定程度上却削弱了市场机制对银行的约束、增加了银行的融资成本,而且程序方面的正义与公平性亦相对缺失。实践中,行政机关所主导的银行特殊破产程序,以行政重整为特色,从而弱化了法院、债权人以及债务人的地位。英国、美国的银行特殊破产制度各有利弊得失,我国应当在充分借鉴两国经验的基础上,进一步完善银行特殊破产制度的发起标准和适用范围,建立有效的机构间协调机制,并为银行利益相关方提供相应的救济。

关键词: 银行破产 银行特殊破产制度 及时干预制度 特殊处置程序

苏洁澈,中国政法大学博士后流动站研究人员,北京邮电大学法律系讲师。

2007年至2008年的金融危机引发了全世界范围内的大量银行破产,这也促使各国对其银行破产法进行变革。银行破产制度包括普通银行破产制度和银行特殊破产制度。前者指银行破产适用公司破产规则。^[1]而后者则为银行破产制定不同于公司破产的特殊规则和体系。金融危机后,实行银行特殊破产制度俨然成为各国的立法趋势。危机前,许多国家根据公司破产制度来处置银行破产问题。^[2]危机后,部分原先实行普通银行破产制度的国家^[3]

* 本文为国家社科基金一般项目“银行破产风险处置和重整法律制度研究”的阶段性成果。项目编号:11BFX053。

[1] IMF的研究表明,实行普通银行破产制度的国家通常会对其公司破产法做出一定的修正以处置问题银行。IMF, An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency (2009), p. 18, <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/041709.pdf>, 访问时间:2013年3月6日。

[2] 2008年危机前,英、法、德实行普通银行破产制度,美国、日本、加拿大、奥地利、卢森堡、荷兰、瑞士等国实行银行特殊破产制度。

[3] 英国2009年通过的《银行法》制定了银行特殊破产制度,爱尔兰2011年的《金融机构紧急稳定法》也引入了银行特殊破产制度。德国虽然没有引入银行特殊破产制度,其2008年通过的《金融市场稳定法》为银行规定了一些特殊处置规则。

也引入了银行特殊破产制度。从全球来看,英国和美国已成为实施银行特殊破产制度的典型国家,引导了银行破产制度的潮流。然而该制度亦有不足之处,其立法依据更存在诸多值得商榷之处。有鉴于此,本文以英美银行特殊破产制度为中心,分析银行特殊破产制度的成因、特点及实施效果,以期对中国正在制定中的银行破产条例提供参考。

一 银行特殊破产制度的兴起

银行特殊破产^[4]制度有着悠久的历史,美国于 19 世纪初就出现了适用于银行的特殊破产规则。^[5] 当时自由主义经济理念的盛行使银行的特殊破产规则并没有得到相应的发展。1929 年至 1933 年的经济大萧条后,美国制定了银行特殊破产制度,此后,许多国家纷纷引入银行特殊破产制度。银行业的特殊性以及破产可能引发的“系统性风险”被认为是引入该制度的重要原因。此外,公司破产制度的不足、政治家和监管机构的推动也促进了该制度的发展。

(一) 公司破产程序适用于银行破产之不足

学者们认为普通的公司破产制度缺乏专业性、程序拖沓、难以遏制欺诈,从而无法有效应对银行破产问题。^[6] 普通公司破产制度由于缺乏足够的专业性而无法有效处置银行破产问题。公司破产管理人和清算人也难以承担银行破产的任务。^[7] 此外,公司破产程序下,存款人通常要经过漫长的等待才能重新获得资金,这削弱了存款保险的作用,存款人仍然有足够的动机去“挤兑”银行。英格兰银行甚至认为:普通破产程序增加了银行破产的损失。^[8]

另外,普通公司破产制度无法有效处置因其高管欺诈而导致的银行破产问题。实证研究表明,部分破产银行存在内幕交易或欺诈行为。^[9] 普通破产程序难以在早期阶段发现银行欺诈问题,如“巴林银行”和“国际商业信贷银行”的破产都涉及管理人员的欺诈。银行特殊破产制度使监管机构能快速地对内幕交易和欺诈行为作出反应,如美国最高法院 1942 年确立的杜梅原则(D’Oench, Duhme)有效地遏制了内幕交易和欺诈行为。

(二) 政治家和监管机构的推动

政治家和监管机构共同推动了银行特殊破产制度。实行特殊破产制度的国家,监管机构通常享有更大的权限;而实行普通公司破产制度的国家,监管机构的作用相对较小。公共

[4] 本文对“银行破产”采用广义理解,包括处置问题银行的体系如早期干预、银行管理、接管和清算等制度。

[5] P. P. Swire, “Bank Insolvency Law Now that It Matters Again” (1992)42(3) *Duke Law Journal* 474.

[6] P. Brierley, “The UK Special Resolution Regime for Failing Banks in an International Context” (2009) *Bank of England Financial Stability Paper* No. 5, p. 4, http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/fsr/fs_paper05.pdf, 访问时间:2013 年 3 月 5 日。C. Hadjiemmanuil, “Bank Resolution Policy and the Organization of Bank Insolvency Proceedings: Critical Dilemmas”, in D. G. Mayes & A. Liuksila et al. (eds.), *Who Pays For Bank Insolvency?* Palgrave, 2004, p. 295.

[7] C. Hadjiemmanuil, “Bank Resolution Policy and the Organization of Bank Insolvency Proceedings: Critical Dilemmas”.

[8] K. Alexander, “Bank Resolution Regimes: Balancing Prudential Regulation and Shareholder Rights” (2009) 9(1) *Journal of Corporate Law Studies*, 65.

[9] P. Jackson, “Deposit Protection and Bank Failure in the United Kingdom” (1996) 3 *Financial Stability Review* 38; P. P. Swire, “Bank Insolvency Law Now that It Matters Again”, p. 510. 国际商业信贷银行(1992 年),英国巴林银行(1995 年),法国兴业银行(2008 年)以及美国的许多破产银行都涉及欺诈行为。

选择理论为银行特殊破产制度的盛行提供了很好的分析视角。

1. 公共选择理论

公共选择理论基于理性人自利的假设,将法律的制订作为利益集团博弈的结果。^[10] 该理论将“立法”类比为“商品”,出价最高的集团将获得这一“商品”。^[11] 利益集团通过外围活动影响立法,以便通过对其集团更为有利之规则。笔者认为,银行领域的利益集团主要包括监管机构、央行、存款保险人、社会公众、财政部以及被监管银行。^[12] 相比其他组织,监管机构和银行拥有信息和组织上的优势。当监管机构与银行的利益一致时,制订的银行法往往保障了银行家和监管机构的利益。^[13] 当二者存在利益冲突时,行动和组织更有效率的利益集团则在银行规制的角力中胜出。换言之,作为政府机构,监管机构比银行业更能达成统一行动。与普通银行法规则相比,银行业更难游说政治家制定与通过对其有利的破产规则。

2. 监管机构与政治家的利益驱动

任何机构都趋向机构预算最大化、利益最大化。^[14] 监管机构和政治家也寻求从利益集团获得的政治支持实现最大化。政治家和银行监管机构的命运与银行业的稳定密切相关。政治家从银行业获得大量的竞选经费,并会因银行的破产遭受批评,进而导致选民的流失。监管机构也会因银行破产而引发的金融动荡和纳税人的损失而被问责。政治家以及监管机构将银行破产的原因归结为银行业的不稳健行为,强调制订特殊的破产规则以遏制银行业损害公共利益的行为。政治家和监管机构在制订银行破产规则上有着一致的利益:他们倾向于将银行破产的损失转嫁给第三方。

历史上的金融危机改变了银行规制立法中的力量对比。金融繁荣期间,银行破产问题通常无法成为政治家关注的议题。而金融危机迫使国家动用大量公共资金来拯救银行。政治家倾向于对危机做出快速反应,以避免因公众指责而影响其政治命运。监管机构处于金融危机处置的最前沿,其掌握金融危机的扩散范围以及后果的相关信息。^[15] 危机时刻的监管机构通常承担着起草银行特殊破产规则的角色,这使得立法机关缺乏足够的时间和专业性来审查监管机构的草案。金融危机削弱了银行家的声誉和实力,也削弱了其在金融监管和破产规则制订中的作用。危机前,银行家能有效地“俘获”监管机构,监管规则能实现银行家的利益最大化。而危机通常扩张了监管机构的权力,如美国在19世纪80年代银行危机后则赋予监管机构“迅速干预的权限”;2009年的危机又促使国会在2010年通过了历史

[10] D. R. Lee, “Politics, Ideology, and the Power of Public Choice” (1988) 74 *Virginia Law Review* 191; R. D. Tollison, “Public Choice and Legislation” (1988) 74 *Virginia Law Review* 339; J. R. Macey, “Public Choice: The Theory of the Firm and the Theory of Market Exchange” (1988) 74 *Carnell Law Review* 43.

[11] 这一过程中,当该集团利益与公共利益一致,则所通过法律则维护社会公共利益。反之,则可能通过保护利益集团而损害社会公共利益之法律。参见:R. A. Posner, “Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution” 1982(49) *University of Chicago Law Review* 265; J. R. Macey, “The Political Science of Regulating Bank Risk” (1989) 49 *Ohio State Law Journal* 1279.

[12] 各国的监管结构差异导致了银行立法中利益集团的差异,如美国存款保险公司和央行同样承担着银行监管的职能,而这并不影响运用公共选择理论来分析银行立法中的利益集团。

[13] 关于银行规制和法律的公共利益的讨论,见 J. M. Macey, “Promoting Public-Regarding Legislation through Statutory Interpretation: An Interest Groups Model” (1986) 86(2) *Columbia Law Review* 223, 230.

[14] W. A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine, 1971, pp. 36-41.

[15] E. A. Posner & A. Vermeule, “Crisis Governance in the Administration State 9/11 and the Financial Meltdown of 2008” (2009) 76(4) *The University of Chicago Law Review* 1613, 1647.

上最为严厉的《华尔街改革与消费者保护法》(Dodd-Frank Act, 2010),许多国家的金融法改革方案都呈现出此种趋势。监管机构开始有能力决定银行家的命运,银行却难以再“俘获”监管机构。

二 银行特殊破产制度之特点

银行特殊破产制度与公司破产制度有着明显差异,胡普克斯(E. H. Hupkes)教授将银行特殊破产制度的特殊性总结为破产发起标准和程序上的差异。^[16] 笔者认为,破产发起和程序的特殊性分类略显粗糙。总的来说,银行特殊破产制度的特殊性表现如下:

(一) 银行破产目标

银行破产的目标是判断银行破产制度效果的重要标准,金融危机改变了人们对银行破产所要实现目标的想法。2007 年金融危机前,许多学者认为银行破产目标与公司破产目标并没有明显差异。如胡普克斯教授和古德(R. M. Goode)教授认为:银行破产是为了拯救银行、保护公司资产;债权人之间合理分配财产;找出破产原因,追究相关责任人。^[17] 而国际货币基金组织(IMF)认为除了上述目标之外,应该兼顾社会整体利益,避免“系统性风险”。^[18] 金融危机后,国际货币基金组织修正了其对银行破产目标的陈述,认为银行破产为了维护金融体系稳定。^[19] 部分国家修正其银行破产法时吸收了这一目标,如英国 2009 年《银行法》规定:“银行破产主要为了加强金融体系稳定、保护公共信心、保护存款人和公共资金”。虽然英国认为上述目标不分优先次序,但相关机构显然将金融体系稳定作为了首要目标而忽视了保护债权人或债务人的利益这一目标。这将影响银行破产方案的选择,也通常会造成银行股东、高管和其他利益相关方的损失。

(二) 破产发起的特殊性

1. 发起标准的特殊性

公司将“流动性”或“资产负债表”作为破产发起的标准,而银行主要适用“监管性”标准。由于存款保险制度的存在,适用公司破产标准将延迟对问题银行的处置,这将威胁到公共资金和金融体系的稳定。“监管性”标准之下,监管机构享有大量的自由裁量权,如银行的非审慎行为或违反监管指令都可能导致破产程序的发起,这对银行股东或高管有着巨大的震慑作用。

2. 发起人的特殊性

债务人或债权人可以发起公司破产程序;而银行特殊破产制度则限制了债权人或者债务人在发起程序中的作用。美国、德国、卢森堡和奥地利等国甚至规定“只有银行监管机构才可以成为银行破产程序的发起人”。英国在 2009 年《银行法》通过之前,《公司破产法》

[16] E. H. Hupkes, “Special Bank Resolution and Shareholders’ Rights: Balancing Competing Interests” (2009) 17(3) *Journal of Financial Regulation and Compliance* 9.

[17] E. H. Hupkes, “Insolvency-Why A Special Regime for Banks?” (2003) 13 *Current Developments in Monetary and Financial Law* 49; R. M. Goode, *Principle of Corporate Insolvency Law*, 2nd, Sweet & Maxwell, 1997, Chapter 2.

[18] IMF, *Orderly and Effective Insolvency Procedure: Key Issues* Legal Department (1999), pp. 5 – 8, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/>, 访问时间:2013 年 3 月 5 日。

[19] IMF, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, pp. 16, 35, 44.

(1986年)规定银行或债权人都可以发起破产程序。2009年《银行法》彻底排除了债权人和银行作为破产发起人的地位,而把这种角色赋予了金融服务局、英格兰银行和财政部。

(三) 适用行政重整程序

适用行政重整程序是银行特殊破产制度的重要特征。^[20] 根据法院在重整程序中的作用,可以分为司法重整与行政重整程序,行政重整是与银行特殊破产制度相适应的程序。

在美国的银行行政重整程序中,法院基本上并没有起到什么作用。英国银行破产法糅合了行政重整和司法重整的精华,其规定,进入破产程序之前,可适用“特殊处置机制”,相关机构可以直接对问题银行财产或股权实行转移、国有化等措施而无需法院同意;而在银行破产和管理时,法院则会有限度地介入,如颁发清算令和管理令。

伍德(Philip R. Wood)教授认为,行政重整能维护市场信心和保护消费者。^[21] 公司重整程序之下,企业通常继续营业;而银行则不应在重整期间继续吸收存款,应该被取消执照。^[22] 市场信心对拯救问题银行有着重要意义,司法重整程序通常程序拖沓,容易削弱债权人和存款人的信心,进而影响重整的效果。而行政重整能够快速对危机进行反应,及时处置银行资产和债务,有利于保护消费者,避免危机的蔓延,因此行政重整在危机时比司法重整更为有效。

行政重整更适合实现银行重整目标。公司重整为了增加公司的整体利益,以期能摆脱经济困境。^[23] 不成功的公司重整通常损害债权人和债务人的利益,主要涉及私人利益层面。而银行重整主要在于维护金融体系稳定,不成功的银行重整可能危及其他银行,产生系统性风险,银行重整更多涉及公共利益。司法重整更多关注债权人和债务人的利益,为相关方提供必要的保护,然而却削弱了监管机构对问题银行的控制;行政重整则简化了程序,虽不利于保护无担保债权人或债务人,但却更能维护金融体系稳定。

(四) 行政机关角色的强化

1. 行政机关的角色不同

公司破产时,国家在破产程序中的作用并不明显,但国家却在银行特殊破产制度中扮演了重要角色。中央银行、财政部、存款保险公司和监管机构在银行特殊破产程序中各自扮演不同的角色。

发起破产程序前,监管机构对银行进行干预,避免破产或提前发起破产程序;中央银行履行“最后贷款人”功能,为陷入暂时流动性困难的银行提供短期支持;财政部则在特定情形下,为金融市场提供流动性以避免金融体系崩溃。^[24] 破产程序中,监管机构承担了更多的职能:如美国联邦存款保险公司(FDIC)同时身兼存款保险人、监管人、清算人和管理人多重角色。在破产程序结束后,监管机构则履行其他职能,如追究破产银行董事的个人责任,其他相关方的民事或刑事责任。

[20] P. R. Wood, *Principles of International Insolvency*, p. 742; A. Campbell & P. Cartwright, *Banks in Crisis: The Legal Response*, Ashgate, 2002, p. 205.

[21] 许多国家都规定了行政重整程序,比如:美国、加拿大、法国、意大利、荷兰、葡萄牙、西班牙。A. Campbell & P. Cartwright, *Banks in Crisis: The Legal Response*, p. 120.

[22] P. R. Wood, *Principles of International Insolvency*, p. 742.

[23] P. R. Wood, *Principles of International Insolvency*; I. F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell, 2002, p. 457.

[24] HM Treasury, *Review of HM Treasury's Management Response to the Financial Crisis (2012)*, p. 20, http://www.hm-treasury.gov.uk/d/review_fin_crisis_response_290312.pdf, 访问时间:2013年3月5日。

2. 管理层地位的削弱

公司破产时,债权人主要通过管理人对公司进行控制,管理层仍然可能控制企业,债权人的角色相对较弱。^[25] 银行破产时,管理层的地位通常得不到保障,监管机构任命的管理人将直接取代原先的管理层。如美国联邦存款保险公司可以在特定条件下,直接开除问题银行的管理层。银行特殊破产制度下,管理层的利益更容易遭受损害。此外,银行管理层比公司管理层所要履行的义务更为严格。在美国,银行董事更容易构成重大过失而承担个人责任;在瑞典,如银行董事没有及时向监管机构汇报银行状况,则可能因银行破产而承担个人责任;在特定情形下,银行股东也可能承担双重责任,上述情形构成了有限责任原则的例外。

(五) 抵销、担保规则的特殊性

破产中的抵销可以降低风险、信贷成本和交易成本,确保部分债权人的债权的安全性。^[26] 然而抵销对于破产债务人的影响也是显而易见的,它降低了破产债务人所能获得的资金,可能使拯救公司的目的落空。此外,抵销甚至优先于有担保之债权,其作用相当于非公开的担保,这损害了其他债权人的权益,与公平分配债务人财产的原则相冲突。

在银行破产程序中,当其他金融机构成为破产银行的债权人时,通常允许此类债权人与破产银行债务相互抵销。欧盟的《金融担保指令》和《金融机构破产和重整指令》规定了对破产银行的抵销权。抵销增加了银行参与跨国金融交易的安全性,避免了因抵销规则的差异,而使与破产银行的关联方利益陷入不确定之境地。更为重要的是,允许破产银行的抵销也起到了保护存款保险人和降低中央银行损失的作用。当中央银行履行“最后贷款人职能”时,由于被救助银行通常提供高质量的担保,允许抵销能够保护中央银行资金。而存款保险机构支付了保险金后,如果允许存款人与银行之间的相互抵销也将大大降低存款保险的风险。

三 银行特殊破产制度之评价

(一) 银行特殊破产制度之优势

与公司破产制度相比,银行特殊破产制度更有利于保护银行资产,并且程序便捷,更具有专业性。

1. 保护“问题银行”的资产

“监管性”破产标准和监管机构排他性破产发起人的位置有利于保护银行资产。允许普通债权人发起破产程序,即便破产申请最终没有成功,也可能损害银行信誉和市场信心,导致银行“挤兑”。这不利于保护银行资产,将损害债权人的总体利益。有学者认为,即便允许债权人发起破产程序,因债权人相对分散,也难以采取一致行动。^[27] 债权人发起制度虽然有潜在的风险,但这种风险在现实中却难以发生,事实上,即便这种风险较小,一旦发生

[25] P. R. Wood, *Principles of International Insolvency*, p. 742.

[26] P. R. Wood, *Principles of International Insolvency*, p. 408.

[27] E. H. Hupkes, *Special Bank Resolution and Shareholders' Rights: Balancing Competing Interests*, p. 23; A. Campbell & P. Cartwright, *Banks in Crisis: The Legal Response*, pp. 126 - 128.

则将产生灾难性后果,应当通过立法消除此类隐患。

2. 快速处置问题银行

银行资产具有高度的挥发性,其资产需要短时间内被处置或找到收购方。而公司破产程序下,司法机关参与过多,将导致程序上的拖延;而银行债权人众多,适用公司破产程序则会延缓对问题银行的处置。特殊破产制度赋予相关机构大量的权限,以便其对银行进行快速处置。如监管机构可以开除银行高管、任命管理人、接管人并对银行资产进行处置。监管机构对银行任命管理人或接管人时,法律规定可以不举行听证会。此外,特殊破产制度限制了司法机关的角色,法院对监管机构决定实行有限的司法审查。如美国的《联邦存款保险公司改进法》(FDICIA)就限制了司法审查的范围和时限。对法院的角色限制,使监管机构能快速对银行进行处置,此种速度上的优势对于维护金融体系稳定,处置金融危机优势较为明显。

3. 专业化

公司破产制度下,法院对银行破产申请和处置方案进行审查。由于司法机关缺乏必要的银行重整和清算的专业技能和人才,容易顺从监管机构的决定,难以真正对申请进行实质审查。此外,公司的清算人和管理人处置银行破产同样面临专业性缺失的问题。现代银行大量参与复杂的金融活动,如大部分银行广泛地参与金融衍生产品市场和外汇市场,对其进行处置需要更强的专业知识。银行特殊破产制度将危机处置权限赋予拥有更强专业性知识的国家机构,如监管机构、央行或存款保险公司,这在一定程度上能解决公司破产制度专业性缺失的问题。

(二) 银行特殊破产制度之社会成本

对银行特殊破产制度大加赞誉的学者,主要出于快捷性考虑,往往忽视了其实施的社会成本。实行银行特殊破产制度将产生如下社会成本:

1. 增加银行的融资成本

银行特殊破产制度下,存款人债权优先于其他债权人。^[28] 这增加了非存款债权人的风险,其他债权人将要求更高的融资利息作为增加风险的对价。而市场上的机构投资者对风险改变更为敏感,银行将更难从市场获得资金。银行的资金成本将会增加,这导致当地银行业的竞争力下降。银行资金成本的增加也意味其所提供服务价格增加,银行最终将成本转嫁到金融服务消费者身上。学者们已经认识到了这种问题,英国银行业对政府制定银行特殊破产制度时就明确表达了此种担心。^[29] 市场经济条件下,许多国家的银行资金主要来源于“规模资金”,而非存款人等小额“零售资金”。资金成本的增加可能导致银行破产风险的增加,虽然有学者认为,为了维护金融稳定,这种成本是必要的,这却增加了社会整体成本。

2. 导致公平缺失

国家机关在银行破产中权力过大将产生权力滥用的风险:监管姑息或过度干预是银行

[28] S. 99 of the Banking Act 2009; R. Tomasic, “Creating a Template for Banking Insolvency Law Reform after the Collapse of Northern Rock Part 2” (2009) 22 *Insolvency Intelligence* 83; E. Avgouleas, “Banking Supervision and the Special Resolution Regime of the Banking Act 2009: the Unfinished Reform” (2009) 4(2) *Capital Markets Law Journal* 224.

[29] British Bankers’ Association Response to the Tripartite Discussion Paper: Banking Reform—Protecting Depositors, p. 11, http://www.bba.org.uk/content/1/c6/01/16/48/BBA_Response_to_Tripartite_DP_-_Banking_Reform.pdf, 访问时间: 2013年1月15日。

特殊破产制度的重要弊端。对国家机构施加一定的程序性限制是避免其权力滥用的重要环节。程序正义要求国家机构在作出行政决定时,给予行政相对方足够的程序救济(纠问式),如听证、申辩、允许其提供相反证据以推翻监管决定,等等。但银行特殊破产规则对相对方的权利则进行了限制,如银行监管机构的监管性决定不受司法审查,立即生效。^[30] 事实上剥夺了相对方的权利,并与程序正义的要求相冲突。

相关机构在早期阶段关闭问题银行,实质上让银行破产利益相关方承担“破产负担”。银行特殊破产制度允许国家机构干预“资产大于负债的银行”,干预包括处置银行资产、并购和国有化等措施。相关机构甚至可以从此类干预中获得经济收益,而国家的收益则意味着其他利益相关方的损失。各国通常赋予金融监管机构法定的保护,主要是由于司法审查和侵权责任诉讼都无法为受害方提供有效的救济。^[31] 这使银行破产的其他利益相关方承担了过多的损失,与“分配正义”的要求存在冲突。

3. 削弱市场的约束力量

“市场约束”包括市场参与方的相互约束和市场化的退出机制。银行特殊破产制度则削弱了市场的约束力量,这也凸显了国家及时干预的重要性。现实中“监管俘获”时有发生,监管机构通常缺乏足够的动机干预银行,“监管姑息”进一步削弱了市场的作用,^[32] 而央行的最后贷款人角色的过度使用以及“太大而不能倒”的原则更凸显了市场力量缺位的问题。

4. 导致银行破产率上升

斯怀尔(P. P. Swire)教授指出:“银行特殊破产规则增加了问题银行交易方的成本。一旦银行出问题,对于其关联方而言,最理性的选择就是远离此类银行,避免与其有任何经济交易。许多原本为了避免银行破产的特殊规则,却最终增加了银行破产的数量。”^[33] 银行特殊破产制度下,监管机构能够从关闭“有清偿能力”的银行中获得经济收益,因而有更强的动机提前关闭银行,这反而增加了银行破产率。^[34] 这将降低投资者对银行领域的热情,可能影响银行业的长期稳定发展和市场活力。投资者可能选择海外相对宽松的金融监管和一般普通破产制度的国家建立机构,而这些国家由于缺乏足够的监管能力和监管手段,可能对其无法进行有效的监管,这可能成为全球经济不稳定的隐患之一。

四 银行特殊破产制度的实施效果:以英美为例

(一)美国的银行特殊破产制度及其评价

美国经历了大量银行破产,其特殊破产制度成为许多国家的范本,其实施效果对其他国

[30] 美国“联邦存款保险公司”的某些监管性决定可以不举行听证,也不受司法审查。许多东欧国家的银行法也有类似的规定。Art. 21 (5) of the Banks Act 1997 (Bulgaria); G. A. Gegenheimer, “Judicial Review of Bank Supervisory Decisions in the Former Soviet Republics; The Case of Kyrgyzstan” (2006) 25 *Annual Review of Banking & Financial Law* 249.

[31] Yuen Kun Yeu v. AG of Hong Kong [1988] AC 175, 185; Three Rivers D. C. v. Bank of England [2000] 2 W. L. R. 15; Franklin Savings Corp. v. U. S., 385 F. 3d 1279, (10th Cir 2004). 关于金融监管机构的侵权责任制度,参见苏洁澈:《论银行监管机构侵权责任——以银行破产和英美法为例》,《法学家》2011年第1期。

[32] 有学者认为,监管机构经常出于自身政治利益考量,而延迟关闭问题银行。J. R. Macey & G. P. Miller, “Kaye, Scholer, FIRREA, and The Desirability of Early Closure: A View of the Kaye, Scholer Case from the Perspective of Bank Regulatory Policy” (1993) 66 *Southern California Law Review* 1133.

[33] P. P. Swire, “Bank Insolvency Law Now that It Matters Again”, p. 477.

[34] P. P. Swire, “Bank Insolvency Law Now that It Matters Again”, p. 523.

家具有重要借鉴意义。

1. 及时干预制度

美国的银行破产制度体现了高度集权的特征,其将处置银行的所有权限集中到单一机构:美国联邦存款保险公司。该公司集监管机构、存款保险机构、接管人、管理人和清算人等多种职能于一身,其角色主要体现在“及时干预制度”(Prompt Corrective Action)之中。

及时干预制度,是指监管机构根据银行的资本弱化程度,对其施加日趋严厉的干预以保护存款保险金的一种制度。^[35]《联邦存款保险公司改进法》规定,监管机构将银行归为下列五类:资本状况良好、资本充足、资本不足、资本严重不足和资本极端不足。在进行资本分类时,监管机构享有不受约束的自由裁量权,一旦发现银行处于“不安全或不稳健状态”,或进行了“不安全或不稳健的活动”,则可以对资本进行重新分类。一般而言,资本良好的银行可被划分资本充足,依此类推。立法没有对“不安全或不稳健”进行界定,这种立法的故意模糊是为了便利监管机构进行早期干预,但却赋予监管机构几乎不受约束的自由裁量权。值得肯定的是,这一制度解决了“监管姑息”问题,让监管机构有更强的动机对问题银行进行干预,对保护存款保险金起到了一定的作用。

及时干预制度要求监管机构为“资本不足”这一类以下的银行实行严厉的干预性措施。《联邦存款保险公司改进法》中规定,所有银行不得进行资本分配或支付高管薪酬,如果该笔支付将使银行变得资本不足。该项规定为了避免银行通过分红或支付高管薪酬而变相抽逃资本。监管机构必须对资本不足的银行进行严密监控,要求其在45日内制定可接受的“资本恢复方案”;银行提交计划后60日内实施该方案;联邦监管机构监督“资本恢复方案”的实施。对资本严重不足的银行,监管机构可以通过出售股权进行增资、限制与关联企业的交易、限制资产扩张、限制利率、开除银行高层、限制高级职员的奖金和工资、要求对银行可能产生风险的附属企业或母公司进行剥离。如有必要,监管机构可以同时实施上述措施。对归类为“资本极端不足”的银行,监管机构则施加最为严厉的措施,除了上述类似限制之外,监管机构必须在90日内为银行任命接管人或管理人。当然,这类银行仍然可能具有清偿能力,如前所述,在“及时干预制度”下,一个具有清偿能力的银行也可能被关闭。^[36]

2. 管理人、接管人制度

管理和接管制度是处置问题银行的重要制度,能对银行进行有效处置,避免金融体系性风险。

(1)任命管理人或接管人的法律依据。《联邦存款保险公司改进法》中规定,银行监管机构可以任命美国联邦存款保险公司为问题银行的管理人或接管人。当此项任命出于清算目的时,其必须接受任命。美国联邦存款保险公司也可以自我任命为问题银行的唯一接管人或管理人。^[37]除资产负债表标准和流动性标准等适用一般公司的任命标准之外,其也规定了任命管理人或接管人的其他法律依据:^[38]银行由于违背法律或者进行不安全或不稳健的行

[35] J. R. Macey, G. P. Miller & R. S. Carnell, *Banking Law and Regulation*, Aspen Law & Business, 2001, p. 307; D. G. Mayes, “Some Rules for Cross-border Banks in Europe” (2009) 10 *European Business Organization Law Review* 213.

[36] P. P. Swire, “Bank Insolvency Law Now that It Matters Again”, p. 488.

[37] G. N. Olson, “Government Intervention: the Inadequacy of Bank Insolvency Resolution-Lesson from the American Experience”, in R. M. Lastra & H. N. Schifman (eds.), *Bank Failures and Bank Insolvency Law in Economies in Transition*, Kluwer, 1999, p. 111.

[38] G. N. Olson, “Government Intervention: the Inadequacy of Bank Insolvency Resolution-Lesson from the American Experience”, p. 115.

为可能会给银行的资产或收益带来实质性稀释、损失、违法和资本不足等。显然,在对这些根据进行判断时,监管机构或者美国联邦存款保险公司拥有很大的自由裁量权。而相关立法和法院并没有对这些及其模糊的定义进行明确的界定,这导致了监管机构滥用权力的危险。

(2)管理人和接管人的权限。如果没有获得金融援助或再注资,问题银行通常无法通过重整程序得到挽救。在管理制度下,美国联邦存款保险公司对金融机构合同的干预权受到了限制,^[39]因此对银行的管理制度并不常用,通常直接就为银行任命接管人。^[40]《联邦存款保险公司改进法》规定,管理人和接管人享有类似的权限,但接管人可以对被接管机构进行清算和财产清理,而管理人则没有这种权限。^[41]作为管理人或者清算人,美国联邦存款保险公司享有大量的权限:^[42]拥有制定规则的权力和一般权力。作为一般权力,美国联邦存款保险公司概括承受了问题银行的一切权利,行使该银行的所有功能。管理人或接管人则剥夺了银行股东对银行的控制权。管理人或接管人可以将问题银行与其他银行进行兼并或转移其资产或债务。作为接管人,美国联邦存款保险公司可以不承认银行债权人的债权、优先权或担保权。^[43]甚至可以挑战银行与其控股公司之间的有限责任原则,^[44]如为了避免破产,其可以强制银行的控股公司为其提供金融援助。^[45]管理人或接管人的权限可能损害银行股东、高层或第三方的利益。赋予接管人或管理人大量权限反映了美国银行破产中的政策选择:银行破产时,保护存款保险金优先于保护股东、雇员或其他债权人。^[46]

(3)美国联邦存款保险公司的身份问题。根据《联邦存款保险公司改进法》的规定,美国联邦存款保险公司在银行破产中扮演的多种角色导致了其身份的不同:首先,作为破产银行的保险人,其主要以公司的身份支付保险金,并取得代位求偿权。公司身份与管理人或接管人身份导致不同的法律后果。当以管理人或接管人的身份行事时,该法严格限制了法院的司法审查权,规定法院不能对美国联邦存款保险公司以管理人或接管人身份的行为进行司法干预。理论上讲,当美国联邦存款保险公司作为保险人时,其应当与普通民事主体一样。但当美国联邦存款保险公司以保险人的身份出现时,其通常是破产银行的监管者。^[47]作为监管者,其享有主权豁免的特权,受害人只能根据侵权行为法的规则寻求救济。为了获得救济,受害人必须先确定美国联邦存款保险公司以何种身份行事,否则将无法获得救济。值得一提的是,由于美国联邦存款保险公司在同一破产程序中拥有多种身份,因此对其进行身份区分极为困难,这导致其容易逃避责任。^[48]实践中,美国联邦存款保险公司利用其多

[39] J. R. Macey, "Winstar, Bureaucracy and Public Choice" (1998) 6 *Sup. Ct. Econ. Rev.* 268.

[40] D. A. Skeel, "The Law and Finance of Bank and Insurance Insolvency Regulation" (1998) 76 *Texas Law Review* 729.

[41] H. M. Schooner, "Bank Insolvency Regimes in the United States and the United Kingdom" (2005) 18 *The Transnational Lawyer* 389.

[42] G. N. Olson, "Government Intervention: the Inadequacy of Bank Insolvency Resolution-Lesson from the American Experience", p. 114.

[43] M. H. Krimminger, "Deposit Insurance and Bank Insolvency in a Changing World: Synergies and Challenges", IMF Conference, May 28, 2004, <http://imf.org/external/np/leg/sem/2004/cdmf/eng/mk.pdf>, 访问时间:2012年10月30日。

[44] H. Jackson, "The Expanding Obligations of Financial Holding Companies" (1994) 107 *Harvard Law Review* 507, 508 - 532; 关于母公司与子公司的责任问题研究,见余劲松:《跨国公司法律问题专论》,法律出版社2008年版。

[45] H. Jackson, "The Expanding Obligations of Financial Holding Companies", p. 529; G. N. Olson, "Government Intervention: the Inadequacy of Bank Insolvency Resolution-Lesson from the American Experience", p. 114.

[46] M. H. Krimminger, "Deposit Insurance and Bank Insolvency in a Changing World: Synergies and Challenges".

[47] *FDIC v. Roldan Fonseca*, 795 F.2d 1102, 1109 (1st Cir. 1986).

[48] Notes, "Creditors' Remedies Against the FDIC as Receiver of a Failed National Bank" (1986) 64 *Tex. L. Rev.* 1440; *Howell v. FDIC*, 986 F.2d 569 574 (1st Cir. 1993).

种身份从事相关行为,如利用其保险人或者接管人的身份起诉第三方,但是最近法院在判例中对其身份进行了一定的限制。^[49] 其次,以公司身份出现时,为了避免体系性风险,美国联邦存款保险公司还可以对银行提供经济援助但必须遵循“最低成本”原则。这种援助有时发挥着类似于中央银行的最后贷款人的功能。

(4)美国联邦存款保险公司的利益冲突。美国联邦存款保险公司履行其职能时,面临着利益冲突问题。该公司与破产银行有着直接的利益冲突,有时部分债权人如银行员工、存款人也与其存在利益冲突。银行破产时,美国联邦存款保险公司的收益增加是以其他银行债权人的损失为代价的。银行破产通常无法避免损失,为了保护存款保险金,牺牲破产银行或者银行债权人的利益成为美国联邦存款保险公司的必然选择。作为保险人,美国联邦存款保险公司是破产银行的最大债权人;作为接管人,其有权决定银行的哪些债权人不应受偿。但立法却没有对美国联邦存款保险公司的行为进行相应的约束。

3. 美国银行特殊破产制度之评价

《联邦存款保险公司改进法》通过之前,美国的银行特殊破产规则并没有表现出其优势。美国20世纪80年代至90年代的“储蓄危机”导致大量银行破产,存款保险金几乎被消耗殆尽。^[50] 监管姑息和错误的货币政策是“储蓄危机”的重要诱因。危机后,以“及时干预制度”为核心的银行特殊破产制度解决了监管姑息问题,存款保险金逐年增加,银行监管机构的声誉也达到了新高。^[51] 但这一制度却经常导致监管机构的过度干预,有时监管机构甚至滥用了这一制度。“及时干预制度”让监管机构成为银行命运的主宰,其有更强烈的动机对银行进行接管或清算,监管机构甚至可以从银行破产中得到经济利益。一些原本可能通过市场化方式得以拯救的银行可能被监管机构要求破产,这导致了银行破产率升高。

2009年美国金融危机又暴露了其银行特殊破产制度的不足,监管机构并没有在早期阶段发现银行问题,其采取措施也不够迅速和有效,而最终导致危机的蔓延。美国将资本作为破产程序发起的主要依据,已经无法应对当前金融现代化的发展趋势。大量非银行金融公司与银行有着密切联系,金融领域的发展,也使原先银行特殊破产制度的效用大打折扣。越来越多的银行通过适用金融创新工具使“早期干预措施”难以检测到银行可能产生的问题。对于因关闭一些重要公司而引发的商业银行破产问题,“及时干预制度”无法进行有效的预防和遏制。金融危机中,投资银行的倒闭(如雷曼兄弟的倒闭)对商业银行的冲击也打破了原先对“及时干预制度”的迷信。2007年金融危机中,政府不得不拯救部分问题银行,并提高存款保险金限额。这与实行普通银行破产制度的英国的做法并无明显差异,银行特殊破产制度在此次危机中并没有体现出其制度优势。

美国在银行破产制度上选择了权力高度集中的处置模式,与其对金融业的高度国家干预是一脉相承的。但是把处置的所有权限集中到美国联邦存款保险公司不仅引发了过多集权的忧虑,同时实践中也产生了严重的利益冲突问题,进而可能导致公平的缺失。银行破产

[49] FDIC v. Ernst & Young, 374 F 3d 579, 582 (7th Cir. 2004).

[50] 为刺激经济增长,央行长期维持低息政策,从而鼓励了银行的过度放贷;而监管机构则为了避免储蓄机构的破产,修改了通行的会计准则,这导致了大量本应破产的储蓄机构没有及时被破产,最终导致了公共资金更大的损失。关于美国储蓄危机的发展和法律变革,参见 M. S. Tammen, “The Saving and Loan Crisis: Which Train Derailed-Regulation or Deposit Insurance?” (1990) 6 *Journal of Law and Politics* 311, 319.

[51] G. J. Beston & G. G. Kaufman, “FDICIA after Five Years” (1997) 11(3) *The Journal of Economic Perspectives* 150.

中,监管者经常面对相互冲突的利益,自由裁量权是必要的,但是对受害人应该同时提供事后的司法救济。普通法传统上对涉及监管机构的自由裁量权时,法院通常不愿进行干预。这种及时干预制度以及立法设计,事实上导致受害人无法得到救济。^[52]

(二)英国特殊银行破产制度及其评价

1. 英国特殊破产制度成因

银行特殊破产制度下,英国开始从司法主导型的银行破产体系转向了行政主导。笔者认为,英国在危机前的历次金融改革为其引入银行特殊破产制度奠定了机构和制度上的基础。英国的银行业从最初的行业自律到实行严格监管的变化,逐步增强了监管机构在银行业立法中的角色。英国 2000 年的《金融服务与市场法》成立了单一的监管机构,这便利了监管机构和政治家的集体行动,也为英国银行特殊破产制度提供了前期的支持。

2007 年的金融危机则为银行特殊破产制度提供了推动力,促成了此次变革。如前文所述,公司破产制度难以对问题银行进行快速处置,金融危机更放大了此种缺陷。“北岩银行”和 Fotis 银行充分暴露了将公司破产制度适用银行可能带来的隐患。为了有效应对危机,英国议会于 2008 年迅速通过了处置银行破产的临时法律,随后议会给予该临时法律以永久性的法律地位。金融危机对于政治生态的影响让政治家们有更强的动机采取集体行动来解决银行破产问题引发的经济动荡。金融危机的背景下,政治家们承担着极大的公众压力。部分民众认为监管姑息和政治不作为导致了金融危机。为了避免选票的流失,政治家们必须快速地采取行动,以改变危机干预不力的形象。发生金融危机时,快速处置问题银行以及潜在的问题银行成为监管机构和政治家的共同目标。而行政主导型的破产制度则为实现这一目标扫清了障碍,两者在危机时刻联手促成了银行的特殊破产制度。

更为重要的是,危机改变了银行业利益集团间的力量对比。金融危机削弱了银行家们的实力,而政治家则引导着舆论,为行政主导型破产提供了强有力的支持。此外,金融危机改变了金融“去规制化”的进程。金融业国家干预的声音盖过了自由市场的理念,这是英国引入行政主导型银行破产制度的更深层次原因。

2. 英国银行特殊破产制度的具体程序

英国 2009 年《银行法》对其银行破产制度进行了根本性变革,该法引入了特殊破产制度。该制度主要由特殊处置程序、银行破产程序和银行管理程序几部分组成。

(1) 银行特殊处置程序。特殊处置程序主要适用于监管性破产,即此时银行资产仍然大于负债,也有能力支付到期债务。其目的在于对银行进行早期干预,避免公共资金的损失。“特殊处置程序”包括处置选择权和处置权。处置选择权包括将银行部分或全部资产转移给私人买家、建立“搭桥银行”和临时国有化措施。立法授予相关机构处置权,以便对银行进行快速处置,如相关机构有权将银行股权及其财产转移。该制度根据不同国家机构在金融活动中的作用,赋予其相应的权限,并形成一定的相互制约。金融服务局(FSA)、英格兰银行和财政部在处置程序中各自发挥不同的作用,金融服务局主要决定是否应当对银

[52] Hinder v. FDIC 137 F. 3d 148 (1998); Franklin Savings Association v. Director, Office of Thrift Supervision 934 F. 2d 1127 (10th Cir 1991); Howell v. FDIC, 986 F. 2d 569 574 (1st Cir. 1993); Maccarthy v. FDIC 348 F. 3d 1075 (9th Cir 2003); Golden Pacific Bank Corp. v. FDIC, 375 F. 3d 196 (2d Cir. 2004).

行启动特殊处置程序。该程序的发起也受到一定的限制,只要财政部或央行给银行提供了财政援助,则必须启动处置程序,这一条款主要为了避免监管姑息和保护公共资金。进入特殊处置程序后,英格兰银行和财政部行使处置权。英国 2009 年《银行法》为英格兰银行行使处置权规定了极其弹性的条件:“①行使处置权对于维护英国的金融体系稳定、公共信心和保护存款人是必要的;②财政部出于公共利益考虑,推荐英格兰银行行使处置权;或英格兰银行认为为了保护公共利益,行使处置权是恰当的。”一旦条件满足,英格兰银行则可以将银行股权或资产转移给私人买家,也可以将银行的部分或全部业务转移给英格兰银行独家控股的银行(搭桥银行)。特殊处置程序首次以法定形式明确了财政部在银行破产和危机管理中的作用,如果符合下列任一条件,财政部则可以将银行国有化:“①为了解决或降低对英国金融系统的稳定,国有化是必要的;②当财政部已经给银行提供了援助,为了保护公共利益,有必要对其进行国有化。”“特殊处置程序”堪比美国的“及时干预措施”,同样将对银行股东或高管的利益形成威胁。

(2) 银行破产程序。银行破产程序借鉴了英国的《公司破产法》,并做了相应的修正。而这些修正主要增加了金融服务局和英格兰银行在破产程序中的作用。《银行法》规定,银行破产程序由金融服务局、英格兰银行和国务秘书(Secretary of State)依据一定条件,向法院提出破产申请,法院任命清算人,而清算人则将银行存款人账户转移到另一银行或支付存款保险金,并对银行进行清算。申请破产的法律依据如下:银行不能或将无法偿还债务;清算银行符合公共利益;清算银行符合公平原则;不同的机构申请破产应当符合不同的条件,同时相关机构形成相互制约。如金融服务局申请破产令必须满足下列条件:“获得英格兰银行同意;银行不能或可能无法偿还债务;清算符合公平原则;符合启动特殊处置程序的条件;银行有适格的存款人。”法院则对破产申请进行实质审查并分别做出发布破产令;延期审理和驳回申请的决定。银行破产程序确立了两大目标:保护存款人和保护所有债权人的利益,保险限额内的存款人的利益优先于其他债权人。破产程序无论从清算委员会的构成和权限、债权人会议的权限、银行破产替代程序的规定都处处体现了对存款人利益的保护而忽视了其他债权人的合法权利。当清算委员会通过决议认为银行破产的首要目标已经实现时,则破产清算人可以根据普通公司破产程序行使清算人职能。此时,经清算委员会同意,清算人可以根据公司破产法提议银行根据公司破产法与债权人达成债务清偿协议。清算人也可以根据《公司破产法》关于管理和解散的规定,让银行进入管理程序和解散程序。此时的管理和解散则适用公司破产法。

特殊处置程序为银行破产提供了与公司破产不同的思路和框架,立法将保险限额内的存款人利益优先于所有债权人,这直接削弱了有担保债权人的权益。该法在维护存款人利益的同时,试图利用以往行之有效的公司破产程序对银行进行清算。除了银行法关于银行破产的特殊规定,公司破产法的很多条款依然适用于银行破产程序。此种立法模式充分利用了已有的法律资源,维持了法律的相对确定性。将存款人置于优先于所有债权人的位置主要为了维持公众信心,维持金融体系稳定。但是,这种立法和担保法关于有担保债权的优先性存在着一定的冲突。

(3) 银行管理程序。《银行法》规定的银行破产制度对公司破产法的管理制度做了一些重要修正,这主要表现在适用主体、目标以及英格兰银行和债权人大会的权力等方面。

首先,从适用主体来看,新的银行管理程序适用范围比较小。旧的银行管理程序适用于

整个被管理银行。^[53] 新银行管理程序是“特殊处置程序”的后续程序,相关机构将银行资产或股权转移到私人买家或“搭桥银行”后,“剩余银行”适用新银行管理程序。

其次,新银行管理程序的目标与一般管理程序有着显著差异。新银行管理程序并非为了拯救问题银行,而是将支持“私人买家”和“搭桥银行”作为银行管理程序的首要目标。当英格兰银行发布决议表明银行管理的首要目标已经实现时,则将“普通管理”作为次要目标。“普通管理”为了拯救被转移银行的剩余部分,维护“剩余银行”的债权人的利益最大化。

再次,英格兰银行在银行管理程序中发挥着控制性作用。只有英格兰银行才能向法院申请银行管理令,而法院则对申请进行实质审查。管理人必须与英格兰银行密切合作,并与其签订协议,确保“剩余银行”的业务或服务为“私人买家”或者“搭桥银行”提供服务。英格兰银行负责监督管理人履行协议的情况,并全程参与管理程序;在英格兰发布管理首要目标已实现的决议前,英格兰银行取代债权人委员会的一切权利和功能。

最后,只有在银行管理的首要目标实现之后,债权人委员会和管理人才能行使普通管理所赋予的权力。此时,管理人可以提议“剩余银行”与其债权人达成债务清偿协议程序或“剩余银行”进入解散程序,两个程序都适用公司破产法的相关规定。在此阶段,债权人会议才能发挥相应作用,但对于一个破产银行而言,此时已经基本上不可能有多余的资产可供债权人分配了。两个程序对于保护债权人和拯救“剩余银行”来说基本上已经没有意义,其象征意义大于实质意义。

3. 英国特殊银行破产制度之评价

“北岩银行”和“宾利银行”破产案中,政府根据“特殊处置程序”对两个银行进行了国有化,对于避免金融体系崩溃有重要意义。英国特殊破产体系由于产生时间较短,只适用过两个银行,目前仍然难以判断这一制度对英国银行业的长期影响和效果。通过分析其立法阶段的博弈则很难作出乐观的判断。

首先,各个阶段的发起标准过于弹性。立法使用弹性标准(公共利益)赋予相关机构极大的自由裁量权,以期能够对银行进行早期处置。弹性的标准基于相关机构为公共利益服务的假设,而忽视了其机构利益与公共利益之间的潜在冲突。弹性的发起标准认为相关机构有足够能力早期发现银行问题。如前所述,早期干预措施主要在于监管机构是否能够运用有效指标早期探测银行风险,而特殊发起标准对相关机构的监管能力提升并无实质性帮助。

其次,政治博弈而非经济效率最终导致了英国银行特殊破产制度的诞生,使得这一制度并非具有天然的合法性和经济有效性。该制度将不同的处置选择赋予不同的国家机关,一方面出于分权的考虑,另一方面则是相关机构政治博弈的结果。英格兰银行负责宏观经济稳定,而财政部则负责对银行解决方案提供资金支持,因此,金融服务局无法像美国联邦存款保险公司一样将处置的所有权力完全掌握于手中。此次金融危机提升了财政部在银行破产中的角色,此前财政部没有权限对银行业进行干预,而金融危机时,财政部为银行国有化提供了资金,法律则赋予其将银行国有化的权限。而财政部介入银行破产程序将可能使该

[53] 关于英国 2009 年前的银行管理制度,参见 A. Campbell & P. Cartwright, *Banks in Crisis: The Legal Response*, pp. 120 - 145.

程序屈服于政治压力,而非出于长期的经济效率。

英格兰银行自 1998 年将银行监管的权力移交给金融服务局后,基本上难以对银行监管发挥作用。趁着危机后的立法,英格兰银行重新获得了对银行进行干预的权限。与上述两个机构相比,金融服务局的权限受到了极大的削弱,其只能在特殊处置程序的发起中发挥一定作用,并不能直接对银行进行处置。金融服务局的监管失灵是英国此次危机的深层原因之一,由于危机,金融服务局的行政首脑提前辞职。其面对批评自顾不暇,机构面临的内部和外部问题,直接削弱了其面对其他强势机构的“议价能力”。作为妥协,立法又规定相关机构在处置银行时,必须相互咨询,此种咨询制度为协调机构间的矛盾提供了协调机制,却并不必然提高处置银行的经济效率。

(三) 英美银行特殊破产制度之比较

英国很大程度上借鉴了美国的银行特殊处置制度,这主要体现在目标、处置方案和权限上。尽管如此,两国的银行破产制度仍然有着较大的差异。

首先,两国的银行破产目的逐渐趋同,都将保护公共资金、维护公众信心和金融体系稳定作为银行破产首要目标。此外,特殊银行破产制度将避免违背《人权法案》(*Human Rights Act*, 1998)所保护的财产权列为目标之一。实践中,上述目标经常相互冲突,两国立法并没有将上述目标进行排序,而让相关机构行使自由裁量权对上述目标进行取舍。

其次,特殊处置程序的“三种处置选择”吸收了美国银行破产的选择方案,并且吸收了美国的及时干预制度,以期相关机构对银行进行早期干预。该处置程序吸收了美国联邦存款保险公司在银行破产时的处置选择,如建立“搭桥银行”直接复制了美国的做法;银行破产程序与美国接管程序发挥着类似的功能。

两国的银行破产制度的差异主要包括权力集中程度、法院的角色和对普通的公司破产法的态度上。

第一,英国的特殊处置程序权力相对分散,而美国的银行破产制度权力比较集中。英国存款保险公司(FSCS)功能定位与美国联邦存款保险公司存在很大的差异:前者仅仅作为支付机构而无控制风险的权力。特殊处置程序将处置银行的权限赋予三个不同的机构:英格兰银行、金融服务局和财政部,机构间有效合作是其发挥作用的关键。《银行法》(2009年)规定任一机构对问题银行进行处置时,应当咨询另外两个机构的意见。而美国则将权力集中于美国联邦存款保险公司,无需机构间的协商和咨询,这种做法有助于增加银行破产制度的效率,却隐含着机构独大的忧虑。

第二,两国的法院在银行破产中作用差异较大。在美国,美国联邦存款保险公司可以直接任命临时管理人、接管人或者清算人而无需经过法院的同意。法院仅仅对其决定进行有限的司法审查。由于银行破产的专业性以及敏感性,法院通常对其角色进行自我限制,实践中,法院推翻美国联邦存款保险公司的决定的情况极其罕见。这使得美国法院在银行破产制度中,实际上并没有发挥相应作用。特殊处置程序沿袭了英国传统法院在公司破产中的作用。英国《银行法》(2009年)第95条规定,相关机构必须向法院申请银行破产令,由法院任命银行清算人。^[54]从制度安排来看,英国的特殊处置程序允许法院在银行破产中发挥重

[54] 相关机构主要是指监管机构,英格兰银行和财政部,某一机构申请破产令应当取得另外一个机构的同意。2009年《银行法》第141条规定法院任命银行临时管理人。

要作用。但从司法实践来看,英国法院起的作用与美国法院并不存在根本的差异。普通法国家对于行政与政策的划分也让法院对其司法干预角色进行自我限制,法院通常会同意相关机构的申请。英美两国虽然都规定了司法审查,但是两国法院都进行有限审查。此外,两国都为相关机构提供了法定保护以避免过多的损害赔偿。^[55] 与美国不同,英国法院还受到欧洲法院相关判例和欧洲人权法院的约束,英国法院未来将在银行破产程序中发挥更大的作用。

第三,两国对于普通的公司破产程序态度存在巨大差异。美国基本上抛弃了公司破产法程序,而另起炉灶建立了与其公司破产法完全不一样的银行破产体系。而英国的银行特殊破产制度则利用了其现有的法律资源,保留了许多原先的公司破产法规则。在公司破产法的基础上增加了“特殊处置程序”,对公司清算和管理进行部分修正,而大部分公司破产规则仍然适用银行破产。这也反映了英国公司破产法相对稳定的一面。

五 英美银行特殊破产制度对中国的启示

2009 年的金融危机分别暴露了英国和美国原先的银行破产制度的弊端,这也为中国提供了诸多借鉴之处。我国应当从适用范围、细化发起标准、建立处置机构的合作机制和相对对方救济措施等方面改善银行破产制度。

(一) 特殊破产制度的适用范围

2007 年金融危机之前,美国的银行特殊破产制度只适用于商业银行。不吸收存款的银行控股公司和其他的金融机构则适用公司破产规则。2009 年的全球性金融危机则暴露了原先的银行破产制度适用范围的缺陷。“贝尔斯登”(Bear Sterns)和“雷曼兄弟”(Lehman)倒闭事件导致大量银行陷入困境,也加剧了美国的金融动荡。金融业的发展凸显了原先的银行破产制度适用范围的缺陷。在金融集团化运作模式之下,金融集团对集团下所属金融机构和公司进行整体的流动性管理。^[56] 为了规避监管,集团内部的其他公司持有商业银行的可疑资产。^[57] 一旦此类公司遇到困难,则商业银行通常也难以幸免。事实上,银行特殊破产规则不应当仅适用于商业银行。如果商业银行的母公司、子公司或其关联企业的行为可能引发银行破产的风险,则监管机构应当有权对此类企业进行“早期干预”。美国 2010 年 7 月通过的《华尔街改革和消费者保护法》赋予了美联储对金融控股公司的监管权和“早期干预”的权力。该法通过之后,美国的银行破产规则的适用范围已经从商业银行延伸到可能对银行和金融体系稳定产生威胁的金融公司和关联企业。笔者认为,我国的银行破产规则也应当适用于可能对银行安全产生威胁的关联公司和企业。当然,银行与集团内部的其他公司毕竟存在着很大的差异,银行破产规则对该类公司的适用范围也应当作一定限制。如应当仅对此类公司适用“早期干预措施”,而对其重整和清算则应适用普通公司破产程序。为了增加法律实施的确定性,将来的银行破产条例应当采取列举和量化标准的方式事

[55] 下列国家在其立法中给予了金融监管机构法定的保护:英国、美国、德国、澳大利亚、新加坡、南非等。参见 R. S. Delston, *Statutory Protection for Banking Supervisors*, (1999) *World Bank Financial Sector Website Paper No. 4*, http://www1.worldbank.org/finance/html/statutory_protection.html, 访问时间:2013 年 3 月 5 日。

[56] IMF, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, p. 12.

[57] IMF, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, p. 12.

先确定银行破产规则的适用性。并且同时授权监管机构根据一定的标准和量化的指标来确定“早期干预”制度所适用的金融公司或企业。这样可以使监管机构根据金融市场和个别银行的业务模式的变化做出相应的调整,避免立法的滞后性。

(二) 破产的发起与处置程序

在破产发起标准上,我国也可以采用一些相对弹性的标准:如体系风险、公共利益等等。相对弹性的标准可以赋予相关处置机构一定的自由裁量权,但是为了避免其滥用自由裁量权,应当对此类术语进行界定,而非完全由相关机构自行决定。如可以考虑将相对客观的标准(资本、流动性)作为此类术语的判断标准。我国的《商业银行资本充足率管理办法》将资本作为“早期干预措施”的发起标准。而《商业银行法》和《银行业监督管理法》则将“信用危机”作为启动银行破产程序的标准。相比而言,将资本作为发起标准,增加了法律实施的确定性,也给相对方更强的自我纠错的预期。但单纯将资本作为早期干预的发起标准,可能无法在早期阶段探测到银行问题。资本充足率的高低与银行所涉风险并无必然关系,这一点在“北岩银行”案中可见一斑。除资本之外,还应将银行长期的流动性、资产质量和银行的业务模式等因素作为破产发起的标准。

此外,应当细化相关机构的处置措施。当前的“早期干预”仍然属于银监会的自由裁量范围,这恰恰背离了早期干预措施之初衷,该措施的根本目的是为了**避免监管姑息,保护公共资金**。各国虽然赋予监管机构大量的自由裁量权以便对问题银行进行干预,同时施加了法定的强制干预义务,要求监管机构必须在限定时间内进行干预。但我国缺乏对监管机构的强制性干预的义务的规定,可能影响早期干预的效果,从而难以避免“监管姑息”现象。笔者认为,我国正在拟定的《银行破产法条例》应当建立相关机构强制干预的义务,而非根据授权性条款赋予机构自由裁量权。纵观我国所有金融领域立法,我国法律以授权式的条款,以极为弹性的条款让国家机构享有几乎不受约束的自由裁量权,而涉及私人权利规定或救济时,则以语焉不详的方式对私人权利做一概括性授权,而缺乏具体的实施机制。这客观上造成了私人权利救济的障碍,而此种立法模式几乎被所有的国家立法所采用,这无疑和法治原则是相背离的。而这种强制性义务不仅包括银监会,也应当覆盖存款保险公司。如存款保险公司应当有义务密切监督被保险银行可能涉及的风险,以避免存款保险金的损失。同时赋予其出于存款保险目的对被保险银行实施一定的惩戒措施,如风险过高则可以提高保险金,严重的可以解除其保险资格。一旦存款保险公司和银监会没有履行法定的义务,也应当受到一定的惩戒。如行政问责和事后司法问责,通过有效的问责制度改善其履职。

(三) 信息共享与合作机制

银行破产制度的核心在于合理定位相关机构的角色,如存款保险机构、监管机构以及中央银行在银行破产中的角色。笔者认为,美国将银行破产处置权集中于一个机构的模式不适用中国银行破产制度。由于我国央行、银监会已经广泛地参与到银行的监管和处置程序,将所有权力转移到一个机构不具有现实可行性。而我国缺乏相应的权力制约机制,如司法难以有效审查涉及专业监管和敏感领域,使得不宜将银行处置权力过于集中。比较而言,英国的银行破产制度中的权力分立更适合中国。我国也可以考虑让银监会、央行和将来可能成立的存款保险公司分享银行破产中的处置权力。可以在不同的阶段让各个机构行使不同的处置权。如银监会应当负责对问题银行的早期干预、而当早期干预措施失败时,由央行对

可能产生体系风险的银行进行处置,而存款保险机构则负责尽快向存款人进行支付,以避免市场恐慌。而这一制度的核心又在于应当建立机构间的信息共享机制与合作机制。

(四) 银行利益相关方的救济

我国应当为银行破产相对方提供相应的救济措施。救济措施包括存款保险制度和司法救济。正在制定中的《银行破产条例》将引入存款保险制度,因而小额存款人的利益通常将可以得到保障。而银行股东、雇员和银行的交易相对方利益则通常会受损,应当为此类相对方提供必要的救济。此类救济措施包括事先听证、提供抗辩机会、司法审查和损害赔偿。我国赋予银行监管机构大量处置权限,并限制了相对方听证和抗辩的机会。如监管机构可以对商业银行实施早期干预措施、重整、接管、取缔和清算。上述措施对银行股东、存款人以及其他利益相关方的权利构成严重威胁,作为平衡应当为上述相关方提供必要的救济。而我国法律对上述救济措施却语焉不详。《商业银行法》第 65 条规定,银监会应列出被接管银行名称、接管理由、期限和接管组织。该法却没有为被接管机构提供有效的机会对抗监管机构的接管行为。第 66 条规定,接管自接管决定实施之日起开始。自接管开始之日起,由接管组织行为商业银行的经营管理权力。银监会于 2007 年修订的《中国银行业监督管理委员会行政处罚办法》为相关方提供了有限的程序保障。如实行查处分离的原则、组织听证、陈述权、申辩权、行政复议和行政诉讼。而对银行的接管并不属于行政处罚,被接管机构事实上被剥夺了反抗接管机构的机会,这违背了程序正义的基本要求。和其他国家的实践类似,我国的《国家赔偿法》并无法为银行破产相对方提供损害赔偿的救济。对监管机构的司法审查则成为了唯一可能的司法救济措施。我国现有的行政法规并没有为银行破产中可能涉及的司法审查做特殊的规定。如我国现有的司法审查时限的规定,可能会延误对问题银行的处置。而为了避免系统性风险的发生,有必要对审查时限做出限制。此外,立法应当完善对银行监管机构司法审查的范围和标准。实行银行特殊破产制度的国家往往实行有限的司法审查,仅对监管性措施进行形式审查。美国的《联邦存款保险公司改进法》同时限制了法院的司法审查的范围。涉及银行破产中的政策性考虑时,法院采取“自我谦抑”的态度。这使得实践中通过司法审查从而推翻监管机构的决定极其罕见。理论上,我国当前的司法审查制度可以对银行监管机构决定进行全面审查。然而由于银行破产的专业性以及敏感性,我国的法院难以真正约束监管机构行为。有鉴于此,我国的《银行破产条例》应当对司法审查作出相应规定。首先,应当给予银行破产相对方足够的程序保障。监管机构应当严格的履行告知、听证义务。相对方应当有足够的机会提供相反的证据来对抗监管机构决定。即便在特殊处置程序中,也应当给予当事人此种权利。为了避免事前程序造成的程序拖延,应当对相关程序的时限做出限制。其次,为了解决司法顺从和专业性缺失的问题,《银行破产条例》应当在早期阶段引入专家证人。允许双方对涉及专业性的问题,申请银行破产领域的专家对监管决定作出专业性判断,从而避免法院因为专业性缺乏的问题,从而导致无法对监管性决定进行实质性审查。

结 语

银行特殊破产制度的有效性与下列因素密切相关:银行破产原因、监管文化、监管体系、银行业结构、司法传统以及对银行破产的态度。银行破产的原因主要有市场竞争、经济周期

性波动、欺诈、监管失灵等。^[58]实证分析表明,只有少数银行因欺诈而破产,许多银行是由于经济周期性调整和趋于激烈的市场竞争而破产,特殊破产制度在那些银行业发生欺诈事件较多的国家更容易成功。

监管文化与破产文化也是影响银行特殊破产制度能否成功的关键性要素。在有着严厉的监管文化的国家,特殊破产制度更容易成功。而在不同的破产文化中,银行特殊破产制度与债权人保护型的破产文化更为适应;而公司破产制度更适合债务人保护型的破产文化。由于欧洲国家较之美国更注重对债务人的保护,故而在欧洲许多国家坚持公司破产规则来处置问题银行。

我国应当根据银行业结构、监管体系、破产原因和破产文化合理设计我国的《银行破产条例》。考虑到银行特殊破产制度可能带来的消极因素,我国应当采用普通和特殊制度并举的方式。在“早期干预阶段”实行特殊干预制度,而当进入重整和清算阶段时,则实行普通公司破产模式。笔者认为,“早期干预”阶段下的特殊处置程序已经足以应对我国将来可能发生的银行破产风险。因此,当进入重整和清算程序时,根据银行破产的特性,只要对公司破产规则做相应的修正即可。但无论何种制度,都应当充分利用市场的力量约束参与方和制定相应的处置程序。

[Abstract] The main rationales for a special bank insolvency regime are specialness of banks, deficiencies of corporate insolvency proceedings and bank politics. Bank politics refer to interests game among bankers, regulatory authorities and politicians. Historical financial crisis normally promotes the developments of special bank resolution regime. Currently, special bank insolvency rules have become the preferential choice of the countries which are considering adopting insolvency rules for problem banks. The special resolution regime has advantageous to protect assets of banks and has made favorable effects in practice. However, it may increase costs, undermining the market discipline in the banking industry and may result in procedural unfairness. In addition, administrative authorities play a dominant role in special bank insolvency that undermines the roles of the courts, creditors and debtors in bank insolvency proceedings. The UK and US bank insolvency systems have its advantages and deficiencies. The proposed Chinese Bank insolvency Regulation should draw lessons from the UK and US bank insolvency systems. It shall improve the scope of special resolution regime and the initiation test, establishing an effective coordinating mechanism among relevant authorities and judicial remedies for interested parties.

(责任编辑:姚 佳)

[58] Shelagh Heffernan, *Modern Banking in Theory and Practice*, John Wiley, 1996, p. 309; BIS, Bank Failure in Mature Economies (2004), Working Paper No. 13. http://www.bis.org/publ/bcbs_wp13.pdf, 访问时间:2013年3月5日。