



## 大会

Distr.: Limited  
24 September 2012  
Chinese  
Original: English

联合国国际贸易法委员会  
第五工作组（破产法）  
第四十二届会议  
2012年11月26日至30日，维也纳

## 破产法

## 大型复杂金融机构的破产

## 秘书处的说明

## 目录

	段次	页次
背景 .....	1-2	2
一. 导言 .....	3-9	2
二. 全球举措：国际组织的工作 .....	10-38	4
A. 金融稳定委员会 .....	10-25	4
B. 国际清算银行巴塞尔银行监督委员会 .....	26-34	8
C. 国际货币基金组织 .....	35-38	10
三. 区域方法：欧洲联盟 .....	39-58	11
四. 贸易法委员会的工作及其对解决银行和金融机构危机的关联性 .....	59-64	15
附件 .....		18



## 背景

1. 委员会在 2010 年 6 月第四十三届会议上讨论了一项建议，其内容是研究拟订一项关于跨国界解决大型复杂金融机构危机的国际文书的可行性（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 和 A/CN.9/709，第 5 段）。一致商定秘书处应当就所有一系列问题或其中任何问题编拟一份综合报告。<sup>1</sup>由于在国际和国家范围就银行和金融机构破产和解决其危机制度目前正在开展的工作具有持续性<sup>2</sup>以及这项工作浩大，所以对秘书处而言，详细监测所有发展动态并不是一件可轻易完成的任务。因此，本文重点讨论该项建议的(c)段，并概要列出国际组织和欧洲联盟区域已经进行（和将继续进行）的工作。该建议的(d)段在某种程度上在下述国际组织的一些工作成果中作了阐述。如果工作组提出请求，秘书处可以再编写一份说明，详细列出所选用的一些国家法律命令，并从下列各组织颁布的国际标准的角度加以分析，供委员会 2013 年第四十三届会议审议（见下文第四节）。

2. 本文讨论其他一些国际组织，即金融稳定委员会、巴塞尔银行监督委员会、国际货币基金组织和欧洲联盟已经进行（和正在进行中）的工作。还讨论这一工作与贸易法委员会在跨国界领域及有关企业集团方面所完成的工作成果之间的关系。

## 一. 导言

3. 1995 年巴林银行的破产引发了三十国集团与国际破产协会合作进行的一个项目，该项目是为了审查金融机构跨国界破产时可能产生的问题。1998 年发表的最后报告指出，没有一个国际框架处理任何类型的跨国界破产时将出现的监管、法律和金融问题，因此，金融部门的一场重大跨国界破产将对国际金融系统构成巨大的风险。报告中载有 14 项建议，述及：灾难防备；许可证批准和监管审查；需要在立法支持下拥有一系列处理破产和解决银行危机的途径；跨国界破产，包括信息共享和外国破产管理人的介入及承认；净额抵销安排的总协定和金融合同的法律强制执行能力；以及破产专业人员和监管人员之间的合作。报告中提到最近通过的《贸易法委员会跨国界破产示范法》，虽然承认《示范法》对金融机构的适用可能有限，因为许多国家都存在单独的监管制度处理陷入困境的金融机构，但报告仍指出，《示范法》的许多原则都可适用于金融破产。

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 17 号》（A/65/17），第 259 段。这些问题包括：(a)查明对大型复杂金融机构的停业具有相关性和特有的问题；(b)对所选定的一些法律命令进行比较研究，着眼于在大型复杂金融机构停业过程中确保跨国界合作的机制；(c)确立和归纳其他机构已经进行的或正在进行的工作，以及这一领域任何此种工作的内容；(d)查明 2004 年《贸易法委员会破产法立法指南》和 1997 年《贸易法委员会跨国界破产示范法》所确立的原则可以或应当直接适用或类比适用的领域和法律问题；(e)查明可能的其他做法以便利和确保在大型复杂金融机构停业过程中的跨国界合作；(f)就贸易法委员会或其他机构以及国家立法者或监管机构今后在所确定的领域可能开展的工作提出建议。

<sup>2</sup> 此处“解决银行危机”系指机构的结构调整，以便确保其基本职能的连续性，维持金融稳定，并恢复该机构整体或其中一部分的生命力。

4. 始于 2007 年 8 月迅速蔓延的全球金融危机表明，处理银行和其他金融机构的破产，特别是 1998 年研究报告中所查明的可用于控制跨国界影响的管理框架和工具，仍然存在许多不足之处。鉴于许多对整个系统举足轻重的金融集团都在全球范围运作，因此，国家当局不加协调地适用解决银行危机制度对保证基本职能的连续性和确保由股东和债权人而不是公共部门来承担解决银行危机过程带来的资金负担，增加了更多的困难。

5. 2007 年危机的影响导致 20 国集团<sup>3</sup>和其他各方呼吁监管机构和相关当局作为一个优先事项加强预防、管理和解决危机方面的合作，并根据最近的经验审查解决银行危机制度和破产法，以确保这些制度和法律能够有序地解决大型复杂跨国界金融机构产生的危机。这些呼吁产生于两方面的相关考虑。首先，建立一套有效的解决金融机构危机程序框架对力图确保金融稳定和限制道德危险的任何战略都至关重要；其次，除非有一套强有力的跨国界协调机制相匹配，否则解决银行危机框架将毫无效用。<sup>4</sup>

6. 这些呼吁导致了许多机构正在开展的工作，其中除其他外包括：金融稳定委员会；跨国界解决银行危机小组（巴塞尔银行监督委员会的一个小组委员会）、国际清算银行；国际货币基金组织和世界银行，以及在区域一级，包括欧洲联盟；这些呼吁还导致了一些法域的立法改革。不同的国际和区域机构已编拟了大量的文件和研究报告；本文提到其中一些，为便于参考，列在附件一中。

7. 以下的讨论重点介绍这项工作的一些结论，以及对改进跨国界解决银行和金融机构危机问题的一些建议。

### 对“金融机构”的定义

8. 货币基金组织的文件指出，<sup>5</sup>就许多国际金融集团而言，银行业务将是其主要活动。但是，在金融集团范围内存在着许多跨国界银行，其活动范围远远超过简单的吸收存款和向外贷款，而是包括一整系列的非银行金融活动。该文件指出，其中一些系统风险最大的国际金融集团，其核心是投资银行和经纪人，很少进行或毫无吸收存款的活动，而且有些金融集团的母公司是在国际上开展活动的大型保险公司。因此，这些集团将同时包括处于监管下的和非处于监管下的实体，解决银行危机机制的实质构成要素对银行和非银行金融机构将有所不同，即使解决危机行动的协调机制可能是相似的。在一些法域，非银行金融机构可能由公司破产法管理，所以，一个金融集团的不同部分可能由与破产相关的不同制度管理。

<sup>3</sup> 《关于加强金融系统的宣言》（伦敦首脑会议，2009 年 4 月）；《匹兹堡首脑会议领导人声明》（2009 年 10 月）。

<sup>4</sup> 国际货币基金组织报告，2010 年 6 月，第 5 页。

<sup>5</sup> 同上，第 6 页。

9. 因此，什么构成一个金融机构，其定义根据法域而定是可以扩大的，许多法域对这个术语所下的定义包括银行、保险公司、投资信托公司、贷款和融资公司，以及货币兑换公司。

## 二. 全球举措：国际组织的工作

### A. 金融稳定委员会

10. 2009 年 4 月，金融稳定论坛<sup>6</sup>拟订了关于管理危机的跨国界合作原则，其中部分依据是其他组织工作成果中的建议，<sup>7</sup>以及从金融危机中汲取的经验教训，特别是在银行和其他金融机构方面。金融稳定论坛的原则建议，在防备金融危机时，国家当局应当：制订跨国界金融危机的管理支持工具；举行年度会议，审议在处理“特定公司严重困境”时协调行动方面可能出现的问题和障碍；解决银行危机当局国家法律框架和保密限制所允许范围内的信息共享，特别是关于危机管理工作的安排；鼓励公司保持应急计划和程序，以便用于停业情形和筹措资金的计划；以及开展工作，消除可能查明的影响国际协调解决银行危机的实际障碍，例如，在制订应急计划的时候。关于对金融危机的管理，给各国当局的建议是：努力寻找国际协调一致的解决办法，考虑到危机对其他国家金融系统和实体经济的影响；共享本国就系统影响所作的评估；在早期阶段即开始与相关当局在实际可行的范围内自由进行信息共享；在可以找到协调的解决办法时，尽可能迅速与其他当局讨论本国的措施；以及与其他受影响的法域的当局共享公共传播计划。

11. 注意到虽然在个别国家的范围已控制了危机的影响，但各个当地国当局之间开展国际合作具有头等重要意义，这样才能控制高度相互关联和融合一体的公司陷入财务困境时所造成的系统性破坏。还强调指出，金融危机的管理当局应当注意到需要促进私营部门的解决办法，只在需维持金融稳定时才使用公共部门干预措施，并注意到需要以《巴塞尔协定》的精神维持具有竞争性的国际活动空间。

12. 20 国集团在其 2009 年的行动呼吁中，请金融稳定委员会探讨采用共同标准和原则的可行性，作为对可接受的做法或跨国界解决银行危机计划的指导，从而有助于减少毫无协调的各国应对措施造成的负面影响，包括环形围栏制度的影响。

13. 2010 年，金融稳定委员会制订了一套关于减少对整个系统举足轻重的金融机构所构成的道德危险的建议，这些机构是指那些因为其规模、复杂性和系统的相互关联性从而一旦陷入困境或秩序混乱破产而将对更广泛的金融系统和经

<sup>6</sup> 金融稳定论坛由 20 国集团于 2009 年设立的金融稳定委员会取代，金融稳定委员会负责在国际上协调各国家金融机构的工作和那些制订标准的国际机构的工作，并拟订和促进实施有效的法规、监管和其他金融部门政策。

<sup>7</sup> 金融稳定论坛、巴塞尔银行监督委员会、国际证券事务监察委员会组织（国际证监会组织）和 10 国集团关于大型复杂金融机构停业问题的联合工作组报告（2001 年）。

济活动造成重大破坏的机构。<sup>8</sup>这些建议是：所有法域都应当实行法律改革，以确保建立一套有效的解决银行危机制度；每一个国家都应当有一个负责行使解决银行危机权限的解决银行危机当局；国家当局应当考虑资本重组机制（债转股纾困贝林机制）和减记手段；解决银行危机当局应当有义务寻求与外国解决银行危机当局的合作；对特定机构而言，总部所在国与当地国相关当局之间应当拟订合作协定；应当规定必须制订用以评估解决银行危机可能性的复苏和解决危机计划；制订计划应当是一项持续的工作；当局应当有权要求金融机构对其法律和业务结构及经营做法实行变更，以便利实施解决银行危机和复苏措施；在当地国当局决定改变设在当地国的该机构的经营业务时，现行制度下的解决银行危机可能性与合作协定应当是一项重要的考虑；应当以法律实体为划分单位保留相关的信息；以及应当尽量减少使用集团内部之间的相互担保，同时确保全球的支付和清算服务可以在法律上分别独立，并具有继续维持操作的可能性。

14. 2011 年，金融稳定委员会拟订了“有效解决金融机构危机制度的关键特征”（《关键特征》），2011 年 11 月获得了 20 国集团的核准。《关键特征》力求确立有效解决银行危机制度的国际标准并鼓励国际聚合统一，许多法域将需要进行法律改革才能够加以实施；实施情况将需要加以不断地评估。<sup>9</sup>这些标准涉及解决银行危机的权限、措施和当局，并力图涵盖可能对整个系统举足轻重或一旦倒闭可能后果严重的任何金融机构，其中包括控股公司、金融集团内对集团业务举足轻重的非监管下运作实体，以及外国公司的本地分公司。在本国组建的对全球系统举足轻重的金融机构（其被界定为由于规模庞大、结构复杂和系统相互关联从而一旦陷入困境或杂乱无序地倒闭将对更广泛的金融系统和经济造成严重破坏的金融机构），应当遵循解决银行危机制度的某些方面加以管理，包括关于复苏和解决危机计划、解决危机可能性评估和具体机构跨国界合作协定所规定的要求。

## 1. 解决银行危机的当局

15. 金融稳定委员会提议每个法域都应当有一个指定的解决银行危机当局，负有行使解决银行危机权限和措施的法定和机构能力。这些当局应当具有明确的法定职责，透明和独立运作，并能够与其他法域的解决银行危机当局订立针对具体机构的协定。还应当获得授权，在可能的情况下随时行动，与外国解决银行危机当局达成合作解决办法。当地国当局应当有权支持总部所在地国当局实行的解决银行危机方案，但也应当在总部所在地国家当局未采取行动或虽采取了行动但未充分考虑到需要维护当地国法域金融稳定的情况下，自行采取措

<sup>8</sup> 金融稳定委员会，《处理对整个系统举足轻重的金融机构的政策措施》，2011 年 11 月，第 3 段。

<sup>9</sup> 同上，第 11 段。2011 年 10 月，金融稳定委员会建立了一个用以监测这些改革实施情况的框架——实施情况协调监测框架，该框架也是为了加强关于实施情况的公共报告。见 2012 年 6 月 19 日金融稳定委员会提交 20 国集团领导人的报告，《20 国集团各项加强金融稳定建议的实施情况进度概览》。

施。法律框架应当使外国解决银行危机措施能够发挥效力，要么是通过相互承认，要么是通过采取对外国总部所在地国解决银行危机当局所采取的措施给予支持并与之相一致的各项措施。

## 2. 解决银行危机的权限

16. 金融稳定委员会强调，应当给予解决银行危机当局广泛的解决危机权限，使之能够管理陷于困境的金融实体。这种权限例如包括资产转让、撤除/取代管理层、暂停支付、对公司实行停业清算，以及强制实行暂停，中止行使抵消、合同净额结算和任职提前终结的权利。当公司的生命力不再或可能不再并且毫无起死回生的合理前景时，解决银行危机当局应当随时准备尽早行使其权力。这种干预应当在公司发生资产负债表破产和公司股权被抹消之前。应当实施关于无生命力的明确标准或合适的指标，以便就公司什么时候符合进入解决危机程序条件的问题提供指导。

## 3. 抵消、净额结算、客户资产的分离

17. 《关键特征》建议，进行抵消、净额结算、担保安排和客户资产分离的法律框架应当明确、透明和可加以强制执行。解决银行危机当局应当有权暂时中止完全因为进入解决危机程序而实行的提早终结或加速终结。<sup>10</sup>中止措施应当适用于无担保债权人和客户，除其他外，防止扣押资产或者从金融机构提取资金或财产的行动，但以某些保障措施为前提，例如对强制执行符合条件的抵消和净额结算权利给予保护。

## 4. 保障措施

18. 金融稳定委员会建议，解决银行危机权限的行使方式应当尊重债权的等级划分，同时提供一定的灵活性，可以在必要时偏离平等待遇的一般原则，以遏制对整个系统的影响，并最大限度地为全体债权人扩大价值。但是，不应当根据国籍、债权地点或应偿付债权的当地法域而对债权人加以歧视，而且任何债权人的处境也不应当比根据适用的破产制度进行清算时更差。高管人员遵照解决银行危机当局的决定采取行动应当受到保护。

## 5. 解决金融机构危机时的耗资供应

19. 建议每个法域都应当设立一项解决银行危机基金，以便当局不至于被迫依赖公有资产或纾困资金。当需要动用公共资金时，应当适用严格的条件，以尽量减少道德危险，并将损失划分给持股人、无担保的和无保险的债权人以及整个行业。

<sup>10</sup> 《关键特征》附件四讨论了中止事宜。

## 6. 跨国界合作的法律框架条件

20. 文件强调，法定授权令需要尽可能授权和鼓励解决银行危机当局采取行动，与外国解决银行危机当局达成合作解决办法。除非建立了有效的合作和信息共享安排，否则国内法律中不应当含有授权采取本国行动作为对外国干预的响应或授权在另一法域启动解决银行危机程序的规定。如上所述，解决银行危机当局在行使其权力时，应当考虑到对其他法域金融机构的影响。解决银行危机当局应当拥有对外国公司的当地分公司的处理权限，并应当能够支持外国总部所在地国当局实行的解决银行危机方案，或在例外的情况下，能够在总部所在地国当局不采取行动或采取的行动未充分考虑到当地金融稳定时而主动采取行动。应当制订使外国解决银行危机措施发挥效力的程序，例如通过相互承认，并制订对共享的信息实行保密的机制。

## 7. 危机管理小组

21. 在国际一级，建议所有对全球系统举足轻重的金融机构都保持危机管理小组，以提高对影响本机构的跨国界金融危机的防备，并便利危机的管理和解决。<sup>11</sup>危机管理小组中将包括来自监管当局、中央银行、解决银行危机当局、财政部以及负责担保计划的公共当局的代表，并应当与辖区内金融机构系统化设置的其他法域的当局密切合作。

## 8. 具体机构的跨国界合作协定

22. 对于所有对全球系统举足轻重的金融机构，解决银行危机当局之间使用具体机构的合作协定被认为是对这些机构实行监督的关键。这些协定除其他外，应当制订通过危机管理小组开展合作的目标和程序，规定在复苏和解决危机阶段以及在危机期间有关当局的职责和责任，阐明信息共享的程序，制订复苏和解决危机计划，进行解决危机可能性评估，以及安排定期召开会议和进行审查。<sup>12</sup>

## 9. 解决银行危机可能性评估以及复苏和解决银行危机规划

23. 解决银行危机可能性评估<sup>13</sup>被认为对于制订金融系统危机管理战略至关重要。总部所在地国当局应当进行解决集团危机的可能性评估，这些评估还应当以复苏和解决银行危机计划作为补充，这些计划的基本要素载列于《关键特征》文件。<sup>14</sup>复苏和解决银行危机计划应当至少每年更新一次，或在金融机构的

<sup>11</sup> 2011 年 11 月，金融稳定委员会发布了那些对全球系统举足轻重的金融机构的一份初步名单（见《政策措施》附件）。对全球系统举足轻重的金融机构必须在 2012 年之前达到解决银行危机规划要求。这份名单将每年更新一次，由金融稳定委员会于每年 11 月公布。

<sup>12</sup> 这些协定的基本要素列于《关键特征》附件一。

<sup>13</sup> 这些评估在《关键特征》附件二中作了较为详细的讨论。

<sup>14</sup> 见附件三。

业务或结构发生重大变化时加以更新，并应当由金融机构的危机管理小组定期进行审查。特别是在对全球系统举足轻重的金融机构的情况下，这些计划还应当考虑到该机构的性质、复杂性、相互关联性、可持续能力限度以及规模。

## 10. 信息查阅和信息共享

24. 最后一项关键特征涉及信息查阅和信息共享。建议消除阻碍国家解决银行危机当局、国家中央银行和监管当局查阅信息和交流信息的所有法律障碍。为此，建议应当建立各种制度，以便能够(a)共享关于复苏和解决银行危机规划的相关信息，(b)共享与全球整个系统举足轻重的金融机构相关的信息，以及(c)处理敏感信息。

25. 针对有关《关键特征》的公共协商问题，金融稳定委员会认为，虽然跨国界合作、危机管理小组和具体机构跨国界合作协议的法律框架距离具有约束力的相互承认和国际合作框架尚有一段距离，但却代表着向前迈出的重要一步。据确认，如果没有首先确立聚合的制度和通过实施《关键特征》而应当带来的合作激励因素，那么将不可能形成具有更大约束力的机制。

## B. 国际清算银行巴塞尔银行监督委员会

26. 2003 年 8 月，国际清算银行的巴塞尔银行监督委员会实行了《跨国界实施新协定高级别原则》。《新协定》<sup>15</sup>是一套准则，其目的是建立一套衡量资本充足与否的框架和国家监管当局应当达到的最低限度标准。注意到协调与合作是《新协定》的一个主要特点，因此制订的六条《高级别原则》是为了进一步阐明这一方面。这些高级别原则强调：承认和实施国家对银行的监管要求至关重要；总部所在地国监管人具有职责在综合整体的基础上监管银行集团；通过分支机构运作的银行需要理解和承认总部所在地国监管人所制订的要求；总部所在地国和当地国监管人需要协调批准和验证工作以及信息共享作为合作的一个方面。

27. 2007 年 12 月至 2009 年 9 月，巴塞尔银行监督委员会跨国界解决银行危机小组对跨国界解决危机的法律和政策框架进行了一次审计。这项工作的目标是查明从 2007 年 8 月开始的金融危机中汲取的经验教训。注意到所采取的应对金融危机的大多数措施都是临时性，因此，2010 年 3 月，该委员会编写了一份报告并提出了一整套 10 项建议——“跨国界解决银行危机小组的报告和建议”，供国家当局和制订政策者在制订跨国界解决银行危机的管理法律和政策时加以考虑。

28. 报告认为：许多危机管理制度都是以国内为重点的，目前没有一种多国框架，因此在金融集团的跨国性质与国家各自对危机管理的框架和责任之间形成了不一致的局面，各国本身对应当如何处理跨国界局面而作的评估也不一致；在总部所在地国当局缺乏有效监管和总部所在地国当局缺少资源应对这类危机

<sup>15</sup> 见 [www.bis.org/publ/bcbcsca.htm](http://www.bis.org/publ/bcbcsca.htm)。



的情况下，复杂金融机构失控增长特别是其跨国界扩张，造成了种种问题；危机的迅速转移性质及随之而来的时间限制使得管理危机的正式监管工具难以采用，并造成各法域之间的合作非常困难，甚至是不可能的；股东的立场与为了公共利益需要快速解决这两者之间不一致——在一些法域，未经股东的批准不能采取特别措施；跨国集团内流动性管理的集中统一可能造成不和协；集团结构造成监管人员和其他人员需要了解和监测的集团内相互依存状况；跨国金融机构可能受总部所在地国当局的统一监管，而具体分支机构则可能由当地国当局监管和解决危机；跨国机构的倒闭可能导致在不同法域处于不同制度下为不同政策、优先重点和目标服务的成员实体的破产程序；国家利益第一导致为当地利益关系方利益而以集团在当地国的部分为重，并导致可能对资产实行的环形围栏——虽然这样做可能加强对资本、流动性和风险管理的控制以保护当地国的债权人，但同时也可能造成集团内资本和流动性分配缺乏效率。

29. 跨国界解决银行危机小组制订的建议强调，需要制订适当的当地国解决银行危机框架，以便维护金融稳定，保护消费者，限制道德危险，促进市场效率和尽量减少系统性风险。这些框架可能需要协调针对金融集团各不同业务领域而完全不同的危机管理和解决程序，促进全系统举足轻重职能的连续性，并包括适当的工具，例如授权建立过渡金融机构，向其他机构转移资产、负债和经营业务，以及解决债权问题。建议国家解决银行危机工具和措施集合统一起来。

30. 解决银行危机框架应当处理国家法域中的金融集团和金融控股集团，促进国家当局之间的合作，所采取的办法应当是制订相关的程序，相互承认管理和解决危机的程序和措施，特别是在涉及相互关联的大型金融集团的情况下。发展承认可以是在双边或在区域或国际一级。

31. 鉴于金融机构的复杂性可对有序和成本效益良好地解决银行危机造成问题，因此跨国界解决银行危机小组建议，监管人员与相关的总部所在地国和当地国解决银行危机当局密切合作，以了解在危机时如何可以解决集团结构及其个别成员的问题，如果这些结构太复杂而难以解决银行危机，则制订法规上的激励政策，鼓励集团结构的简单化。

32. 这些建议还涉及对解决银行危机作提前规划，将之作为监管监督的一个固定组成部分，其中考虑到跨国界依赖问题和法律上分立而可能牵涉的问题；跨国界合作和信息共享，既在一切正常的时候，也在困难时为了管理危机；加强减少风险的机制，例如可强制实行的净额结算协议、抵押品安排和客户仓位的分隔。为了完成把某些金融市场合同转移到健全的金融机构，建议短期推迟执行合同终结条款，并保留终结、净额结算和使用抵押品的合同权利。最后，建议中强调需要为金融机构退出公共干预而提供明确的选择方案。

33. 虽然报告中注意到贸易法委员会关于企业集团的工作可能对改进协调金融集团的解决危机程序是一种增加知识的工作，但同时也确认，其中并不处理在解决金融集团危机时所牵涉到的许多独特问题。不过，仍建议国家当局和决策者考虑贸易法委员会在《立法指南》第三部分关于提高公司集团破产程序效率而提出的建议是否可适用于金融集团的破产程序。还建议国家实体对外国破产

措施加以承认，并允许外国破产管理人进入法院和处理债务人在当地国实体法域内的资产。<sup>16</sup>

34. 报告还指出，一种方法可以是采取必要步骤，建立一个解决跨国界金融集团危机的全面通用框架，其中可以将该机构总部所在地法域放在首位。报告指出，这一框架将需要处理一系列复杂问题，包括已在《立法指南》中涉及的一些问题——撤消权、集团内部债权的处理、债权的排序、抵消和净额结算权、某些金融合同的处理、债权的申报和确认以及对债权人的分配。

### C. 国际货币基金组织

35. 2009 年 4 月，货币基金组织和世界银行编写了一份研究报告，题为“银行破产的法律、机构和监管框架概览”，其中讨论了在金融稳定和系统危机时期国内（跨国界银行破产问题不属本研究报告的范畴）有效处理银行（即仅指收取存款的机构）破产所需的法律、机构和监管框架的主要内容。文件阐述了在金融稳定时期可以采用的各种银行破产程序、这些程序中涉及的所有机构的权力和职责，以及系统危机管理的一般考虑、机构安排和监管及法律安排。文件所依据的理由是金融市场最近的动荡突出强调了各国为解决破产银行危机而建立有效的法律、体制和监管框架的重要性。文件指出，“虽然关于各国在拟订银行破产框架时应当采用一种什么样的单一标准或模式并未达成坚定的共识，但人们日益承认为此目的而应当遵守的其中许多做法。”<sup>17</sup>

36. 2011 年 6 月，货币基金组织出版了一份题为“解决跨国界银行危机——建议的加强协调框架”的文件，其中的讨论指出，国家当局需要建立一套加强协调的框架，以减轻不加协调地适用解决危机制度而对国际金融集团造成的影响（这些集团可能包括银行业务，或以银行业务为基础，但活动范围常常超出吸收存款而包括一整套非银行金融活动，其中许多活动都是跨国界开展的）。文件响应了上述（第 5 段）20 国集团领导人提出的呼吁，并建立在跨国界解决银行危机小组的工作基础上。文中还提及《贸易法委员会立法指南》第三部分所建议的协调与合作框架，并提及《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

37. 在全球金融危机之后处理一系列陷入财务困境的跨国界金融机构时表现出了缺乏协调的后果<sup>18</sup>和对制订协调框架而存在的障碍这一背景下，文件提出了旨在加强协调目的的四大要素。这些要素是：

(a) 在国家一级修订法律，要求国家当局以符合债权人利益和国内金融稳定的方式在可能的最大限度上与其他法域的对应当局协调关于解决银行危机的工作。注意到如果国家的立法限制与外国解决银行危机当局共享信息并鼓励环形围栏的，这样的国家如不首先修订其国家法律将不可能实施加强协调；

<sup>16</sup> 本项建议与贸易法委员会关于承认外国程序和外国管理人以及与外国管理人开展合作的建议相一致，即《立法指南》，第三部分，第三章，建议 239-254。

<sup>17</sup> 货币基金组织和世界银行研究报告，2009 年，第 13 页。

<sup>18</sup> 这些后果包括道德危险的增加、金融机构的价值毁损、金融不稳定等等，见货币基金组织，《加强协调》，第 12 页。

(b) 设计和适用解决银行危机制度采用由协调国商定和实施的核心协调标准，从而便利应用一种加强协调的框架。这一建议的基本论点是，国家当局只有对其对应方具有充分信心的情况下才愿意与之协调活动。这种协调标准将包括：(一)国家解决银行危机规则协调统一的最低限度，包括不歧视外国债权人、有效的干预工具和适当的保障措施；(二)严格的监管，使当地国监管人能够接受总部所在地国监管人的领导，并相信可以实施一种国际解决办法，与其他所在地国监管人协调工作；以及(三)在制度上能够为实施国际解决办法而启动跨国界迅速行动；

(c) 尽量减少使用公共资金，并制订在需要这类资金时合作当局共同分担责任过程的指导原则。框架的关键目标之一是解决银行危机的最终费用应当由私人利益关系方承担，避免公共救助。但是，据指出，私人利益关系方的融资供应可能有限，因此，在一些情况下，可能要求公共和私营部门供资相结合。另据指出，对于正在经历危机的国际金融集团，总部所在地国可能不愿意或在某些情况下无能力提供支持。因此，当地国应当作好准备为稳定这些金融机构提供资金；

(d) 在实施这种加强协调框架的国家之间，制订协调程序，以便能够在危机时采取产生跨国界影响的解决银行危机行动。对于将由谁率先启动和进行解决银行危机的程序，需要有一个明确的认识；建议由总部所在地国当局扮演这一角色，当地国应当接受由拥有类似协调标准的总部所在地国实行领导。但是，如果需要独立行动才能确保国内金融稳定，那么当地国也应保留独立行动的权利。按照《贸易法委员会立法指南》第三部分，<sup>19</sup>建议尽早沟通和信息共享是成功协调的关键。为实现这一目标，据指出，与贸易法委员会工作中所建议的相类似，<sup>20</sup>针对具体机构和具体情况的合作协定将可极大地有助于精简沟通方式。

38. 加强协调的多边框架方法借鉴了跨国界解决银行危机小组 2010 年的报告作为对其的支持，其中建议，相对于属地方法（金融机构的非全球化）或全球方法（达成一项具有约束力的国际条约），可以对跨国界解决金融机构危机的危机管理采用一种中间地方法。报告指出，虽然公司破产的具体特征不适用于金融服务业，但这种多边方法可借鉴贸易法委员会在公司破产方面的工作（《示范法》和《立法指南》），因为其中涉及在外国法域对破产程序的承认、法院之间的合作、破产管理人和在处理企业集团多重跨国界破产程序时使用跨国界协定。

### 三. 区域方法：欧洲联盟

39. 在金融危机期间，欧洲联盟内的银行或当局对于如何处理所出现的问题显然不是有备无患。缺乏充分的应急规划；并非所有成员国都有权在早期阶段干

<sup>19</sup> 《贸易法委员会立法指南》，第三部分，第一章，第 17 段。

<sup>20</sup> 《贸易法委员会跨国界破产示范法》，第 27 条；《贸易法委员会立法指南》第三章，第 48-54 段和建议 253-254；《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》。

预、稳定和重整陷入困境的银行；缺乏处理银行倒闭的充分工具和权限；大型独立银行的倒闭对整个系统造成的严重破坏要求当局使用纳税人的钱来实施救助。最重要的是，虽然银行的跨国界经营已变得高度一体化，以至于业务和内部服务横跨整个欧盟，深度相互关联，而当局的干预权限则依然限于国家范围，从而导致解决银行危机的方法缺乏效率，并可能相互不一致。<sup>21</sup>

40. 2009 年，欧盟委员会宣布了欧盟金融部门危机管理框架计划，其中附带了一张行动时间表（欧盟委员会（2009 年）561 最后文件）。第一阶段是通过关于银行复兴和解决银行危机的立法建议（2011 年中之前）。第二步是审查是否需要进一步协调统一银行破产制度，目的是以同样的实体规则和程序规则解决银行危机和清算银行（2012 年底之前）。第三步将包括创建一套一体化的解决银行危机制度，在可能的情况下以一个统一的欧洲解决银行危机当局为基础，将依赖于采用一套关于解决银行危机和银行破产的统一实体规则（2014 年）。这一进程已开展了若干轮公共协商，实行了与金融稳定委员会和 20 国集团的密切协作，并对其他国际发展动态进行监测。

41. 2010 年 6 月，欧洲议会通过了一份自我行动的报告，其中载有关于银行部门跨国界危机管理的建议（A7-0213/2010）强调，需要有一套整个欧盟范围的框架来管理陷入财务困境的银行。2010 年 12 月，（财经）理事会通过了一些结论，呼吁建立一套预防、管理和解决银行危机的欧盟框架（17006/1/10），这一框架将统一适用于各个大小规模的银行，改进跨国界合作，并由三个支柱构成——防备措施、早期干预和解决银行危机的工具及权限。2012 年 5 月底，欧盟委员会指出，将启动一个规划主要步骤的进程，力求实现一个充分的经济和货币联盟，除其他外，（包括）朝着银行联盟的方向发展，其中包括一体化的金融监管和一套统一的存款担保计划（COM (2012) 299）。

42. 2012 年 6 月 6 日，欧盟委员会发布了关于信用机构和投资公司复兴和解决危机的一项立法建议（COM (2012) 280/3），其中包括一项指令草案。该建议阐述了必要的步骤和权限、资源、操作能力和专业知识，以便使相关当局能够提前防备银行危机，确保波及整个欧盟的银行倒闭在管理方式上避免金融动荡，并尽量减少对纳税人的费用。

43. 该项建议包括财经理事会报告中所述的三个要素：(a)防备步骤和计划以尽量减少潜在问题的风险，检查金融机构处理“经济发展逆境”的弹性能力（预备和预防），(b)在问题初始时，授权早期阶段遏制银行日益恶化的状况，以避免破产（早期干预），以及(c)如果一个金融机构的破产造成一般公共利益上的担忧，则以一种明确的手段对银行实行有秩序的重整或停业，同时保留其关键职能，并尽可能最大限度地减少在银行发生破产（解决银行危机）时对纳税人造成的任何损失。解决银行危机的用意是在正常破产程序之外提供另一种方法，以适当的方式满足三方面的需要：避免对金融稳定造成破坏，维持基本服务，以及保护存款人。另一个意图是消除人们对于使用公共资金救助金融机构而隐含存在的确定观念。第二和第三个阶段强调需要加强跨国界协调与合作作

<sup>21</sup> 事务工作文件（2012 年），167 最后文件，第 2 页。

为框架的一个关键部分。相关当局将可获得以上所讨论的权限来处理任何银行的危机，而不论银行的大小或其活动的范围。

44. 框架确认跨国界集团作为欧盟金融市场一体化驱动力的重要性，为这些集团在以上三个阶段中的每个阶段制订了特别规则，以及关于集团所属各实体之间在财务困难时期相互转让资产的特别规则。

## 1. 范围

45. 建议的范围涵盖关于欧盟所有信贷机构和某些投资公司的危机管理。当其中一个或多个信贷分支机构或投资分公司符合解决危机的条件时，以及在对总公司实体适用解决危机工具和授权这样做是为解决整个集团中一个或多个分支机构的危机所必需时，本建议将适用于控股公司。<sup>22</sup>

## 2. 解决银行危机的当局

46. 成员国必须对适当的当局赋予解决银行危机的权力，并为其配备充分的专业知识和资源，以便在国家和跨国界一级处理解决银行危机的工作。

## 3. 三要素

### (a) 预备和预防阶段

47. 将要求每个机构拟订一项复苏计划，列出相应的安排和措施，使其能够在其财务状况严重恶化的时候采取早期行动恢复长期生命力；金融集团将需要制订集团计划和集团每个成员的计划。这些计划将构成解决银行危机当局进行“解决危机可能性”评估的基础；如果发现重大的障碍，金融机构或集团则可能需要采取措施清除这些障碍，例如通过改变其法律结构或经营结构而减少复杂程度，对个别和总体的最大限度风险加以限制，以及限制或防止发展新的业务或产品。解决集团危机的可能性将由所有相关的解决银行危机当局联合评估，因此，将要求开展有效的协调与合作。

48. 拟发布的指令（陈述 22）指出，当前许多国家法律都限制跨国集团的一个实体向同集团的另一个实体提供资金支持。虽然这些法律的设计是为了保护每个实体的债权人和股东，但没有考虑到同一集团各实体的相互依存或整个集团的利益。因此，建议中规定集团成员可以依据在发生资金困难之前（根据国家法律）事先拟订和批准的协定，以贷款、担保或向第三方提供资产担保的形式，向同一集团的其他成员提供资金支持。这类协定是自愿性质的，使集团可以评估这类安排是否符合集团利益，并查明应当成为协定当事方的集团成员。当提供融资的集团成员的流动性或偿债能力受到威胁时，该集团成员的监管人将有权禁止或限制提供这种融资。

<sup>22</sup> 解释备忘录，COM (2012) 280/3，第 9 页。

**(b) 早期干预阶段**

49. 建议扩大了监管人的权限，使其能够在机构财务状况或偿债能力发生恶化时在早期阶段进行干预，其中可能包括有权请该机构实施复苏计划中列出的安排和措施，拟订一项附有实施时间表的行动计划，并任命一名特殊管理人取代该机构的管理层。

**(c) 解决危机阶段****(一) 启用解决危机措施**

50. 制订了关于启用解决危机工具的共同标准。这些标准将能够在机构已经破产或非常接近破产时以及当不采取行动将会在近期内破产时允许采取行动，但条件是没有其他解决办法可以在适当的时间框架内使机构得以恢复，而且解决危机的措施可以从公共利益的角度证明理当如此。

**(二) 管辖原则**

51. 在执行解决银行危机的权限时应当遵守下列原则。股东必须首先承担损失，无担保债权人承担剩余的损失。只有在从公共利益的角度证明正确和为了支持金融稳定时，才可以对同等级的债权人给予不同的待遇。如果债权人得到的少于根据正常破产程序清算机构时他们原本将可以得到的数额，那么当应从解决危机的基金中为他们补偿差额。

**(三) 解决危机工具**

52. 提出了一系列解决危机工具，包括出售经营的公司（在未经股东同意或不按照原本适用的程序要求的情况下，以商业条件出售信贷公司的全部或部分资产）；使用一个过渡机构（将金融机构的部分或全部经营业务暂时转移到由公共控制的一个实体，目的是最终出售）；资产分离（将金融机构的亏损资产或问题资产转移到一个资产管理公司，以便确保对其加以使用和有效管理）；以及内部纾困（注销行将倒闭机构一些或全体无担保债权人的债权，并将债权转换为股权）。

53. 这些工具可以单独使用或结合并用，并可以由特定的国内工具和权限加以补充，但条件是符合欧盟的解决银行危机框架和条约，并且不对有效解决集团危机构成障碍（例如，对机构实行环形围栏将不符合框架的要求）。

**(四) 限制和保障措施**

54. 为确保这些工具可以有效适用，可对债权人和对应方的权利实行暂时中止，从而他们不得对行将倒闭的机构行使债权和抵消、加速或以其他方式终结合同。用意是提供一个非常短暂的期限（最长不超过实行中止次日营业时间结

束时），以便能够为需要转移到一个有偿债能力的第三方的合同进行清理和定价，不至于出现随着对应方行使终结权而使金融合同价值和范围发生变化的风险。向正常运营的第三方进行转移不应当作为启动终结权的一个违约事件。当局不得挑挑捡捡（将并联在一起的负债、权利及合同分离开来）：要么是所有并联安排（包括净额结算和抵消安排、所有权转移的金融抵押品安排、担保安排、结构式融资安排）统统转移，要么一个都不转移。

55. 虽然相关的当事方享有正当程序的权利，而且解决银行危机的当局所作决定也需经受司法审查，但这种审查不应当影响在随后可能被宣布无效的决定基础上实行的任何管理行为或缔结的任何交易。补救的范围应当限于对所遭受损害的补偿。

#### (五) 跨国界解决银行危机

56. 所包括的一些措施要求国家当局之间加强合作，其中考虑到总部所在地国与当地国当局之间的责任分工，并要求为在预备、复苏和解决危机的所有阶段采用集团方法而制订激励办法。将设立肩负明确指定的领导职责的解决银行危机学会，尤其制订解决银行集团危机的计划，评估对有效实行解决银行危机工具和权限的障碍，制订适用这些工具的共同方法，提供关于解决银行集团危机计划的协议框架，并协调解决银行危机当局作出的决定和采取的行动。

57. 在涉及第三国时，欧盟当局将拥有必要的权限支持和承认外国对倒闭的外国银行所采取的解决危机的行动，并在为了金融稳定的原因或为了保护当地存款人而需要分别解决银行危机时，对本国内所涉的第三国机构的分支机构实行解决危机的工具。只有在外国行动确保了对成员国的存款人和债权人的公平和平等待遇并且没有危及该成员国金融稳定的情况下，才将提供这种支持。将要求与外国解决银行危机当局达成合作协定，以便欧盟当局可以支持这些外国当局，并确保对国际集团进行有效的规划、决策和协调。欧洲银行管理局应当与第三国订立框架管理安排，各国解决银行危机当局应当订立与这些框架安排相一致的双边协定。

58. 最后，建议每个成员国设立一个解决银行危机基金，用以支持解决银行危机当局在实行解决危机工具时发生的费用。目的是改进跨国界合作的各个方面，并减少对纳税人的负担。期待每个成员国内的金融机构和某些投资公司向这一基金作出贡献。

### 四. 贸易法委员会的工作及其对解决银行和金融机构危机的关联性

59. 自 2007 年金融危机以来以解决银行危机机制为重点而开展的大量活动，使人们回想起自 1990 年代金融危机之后为查明国内破产制度的薄弱环节和那些应当构成立法改革基础的最佳做法而就这些破产制度方面发生的活动，该项活动最终导致拟订了《贸易法委员会破产法立法指南》。

60. 以上概述的工作述及当时讨论的许多问题，不仅是在贸易法委员会关于企业集团破产特别是跨国界破产的工作范围内，也触及《立法指南》中与国内商

业破产制度相关的那些要素，尽管在这两种情况下，当时的工作并不涉及金融机构的独特问题。虽然《指南》第三部分“企业”的定义注明，特别监管的实体不包含在破产法内，而且《指南》的本义也不将其包括在内，但其中也注明，银行常常构成多国企业集团的一部分。<sup>23</sup>然而，正如货币基金组织的报告所述，存在着相似特点。同样，跨国界解决银行危机小组关于处理金融集团时遇到的难题的报告，其中相当篇幅的讨论都是对第五工作组在编拟《立法指南》第三部分时讨论的问题的回应，特别是其中涉及的与公司的分离相关联的概念问题和对集团利益不同的法律处理方法，以及对企业集团适用主要利益中心概念和在处理破产时需要开展广泛的跨国界合作。

61. 上述工作成果中所提到的其中一些共同问题包括：需要开展跨国界协调与合作，以及对外国解决银行危机活动给予将具有法律效力的某种形式的承认；跨国界合作协定的效用，无论是针对具体实体的还是监管当局之间的跨国合作；适用的法律需要允许提供资金，特别是集团内部提供资金；需要对集团实行一体化的待遇和单一实体原则引起的难题；需要对解决银行危机实行有效的标准化启动标准，以及需要制订可有助于解决银行危机的有效工具和权限；实行保障措施，例如，任何债权人都应当比清算时的处境更差，不应当以国际或所在地为依据对债权人加以歧视；银行破产制度进一步靠拢或至少这些制度其中一些具体方面进一步靠拢是否可取，例如撤消权、当然条款的处理和适用中止措施。

62. 虽然货币基金组织的报告指明国际条约或具有约束力的法律文书中需要列入解决银行危机的框架，以便可以保证各国解决银行危机制度相互靠拢从而便利跨国界合作与协调，但也指明了制订这样一种文书的困难——正如当年贸易法委员会关于如何处理跨国界集团的工作所遇到的困难那样。制订这样一种文书的可能性是第五工作组目前所获授权中的一部分，仍有待审议。但是，在无这样一种文书的情况下，《立法指南》第三部分和《跨国界破产示范法》中所采用的方法指明了最佳前进道路，为设计解决银行危机机制和处理跨国界问题提供了一个启发思路的来源。

63. 以上概述的工作表明，出现了一些需要在制订解决银行危机机制时加以反映的共同原则，例如跨国界解决银行危机小组报告中所载的那些原则以及各项建议和金融稳定委员会的《关键特征》，金融稳定委员会正在监督其实施情况。立法正在持续不断地拟订中。这些建议和特征对解决银行和金融机构危机制度在某种程度上所起的功用可视为类同于《破产法立法指南》对商业破产法律所起的功用，其中阐明了关键目标、核心原则和一套有效和高效率的破产制度中应当阐明的其他一些要素，尽管不那么详细。

64. 鉴于本文概述的工作，所应当考虑的问题是贸易法委员会可在何种程度上以及以何种方式进一步探讨上文第一段所述建议的各个方面。正如已在第一段中所述，可以再编拟第二份文件供工作组 2013 年第四十三届会议审议，文中将审查所选定的各国关于解决银行危机制度的法律命令的详细情况，特别是那些

<sup>23</sup> 《立法指南》，第三部分，第 9 段。



与跨国问题相关的方面。鉴于该立法应当是对《关键特征》的回应，因此可以随时从金融稳定委员会的实施监督进程中得到信息，并表明已经取得的进展情况，特别是关于新制度涉及的跨国方面。一个相关的考虑问题可以是金融稳定委员会和其他组织所开展的工作在何种程度上涵盖这一领域，特别是关于制订跨国界承认与合作机制问题，是适用于个别金融机构还是适用于金融集团，以及是否可考虑由贸易法委员会进行进一步的研究。如上所述，只要涉及集团的跨国界处理，那么这种研究即可能与进一步审议第五工作组的职权相关联。

## 附件

### 文件一览表

#### 20 国集团

03/2009 Working Group on Reinforcing International Cooperation and Promoting Integrity in Financial Markets (WG 2)

#### 三十国集团

1998 International Insolvencies in the Financial Sector, G30 Working Group, ISBN 1-56708-099-5, available from [www.group30.org/rpt\\_22.shtml](http://www.group30.org/rpt_22.shtml)

#### 国际清算银行巴塞尔银行监督委员会

出版物可见于 [www.bis.org](http://www.bis.org)

08/2003 High-Level Principles for Cross-Border Implementation of the New Accord

09/2009 Report and recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group — consultative document

03/2010 Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group

#### 金融稳定论坛

04/2009 Principles for cross-border cooperation on crisis management available from [www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_0904c.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904c.pdf)

#### 金融稳定委员会

出版物可见于 [www.financialstabilityboard.org/publications](http://www.financialstabilityboard.org/publications)

06/2010 Promoting global adherence to international cooperation and information exchange standards

07/2011 Effective resolution of systemically important financial institutions: recommendations and timelines — consultation document

10/2011 Key attributes of effective resolution regimes for financial institutions

11/2011 Effective resolution of systemically important financial institutions — overview of responses to the public consultation

11/2011 Policy Measures to Address Systematically Important Financial Institutions

#### 国际货币基金组织（货币基金组织）

04/09 (with the World Bank): An overview of the legal, institutional and regulatory framework for bank insolvency

06/2010 Resolution of Cross-border Banks — a proposed framework for enhanced coordination, available from [www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/061110.pdf](http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/061110.pdf)

#### 欧洲联盟

10/2009 European Commission: Communication on an EU framework for cross-border crisis management in the banking sector COM (2009) 561

2009 Commission Staff working document: An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector (SEC 2009 (1407))

05/2010 European Commission: Communication on bank resolution funds COM (2010) 254

06/2010 European Parliament, Committee on Economic and Monetary Affairs: report with recommendations to the Commission on cross-border crisis management in the banking sector (A7-0213/2010), (Ferreira Report)

10/2010 European Commission, Communication on a new EU framework for crisis management in the financial sector COM (2010) 579 final

12/2010 European Council (ECOFIN): conclusions calling for a Union framework for crisis prevention, management and resolution 17006/1/10

01/2011 European Commission working paper (DG Internal Markets and Services): Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution

05/2011 European Commission, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery

05/2012 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank Action for Stability, Growth and Jobs, COM(2012) 299 final, available from [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/eccomm2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/eccomm2012_en.pdf)

06/2012 European Commission: Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms COM (2012) 280/3 and Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying that document, SWD (2012) 166 final and summary of the impact assessment SWD (2012) 167 final

---