

银行风险处置的公共选择考量与制度建构

苏洁澈

内容提要:金融危机后,各国在银行风险处置的理念和处置措施上已取得一定共识,但由于国情差异,各国相应具体制度设计有所不同。历史上的金融危机在相当程度上是监管俘获的产物,银行风险处置立法可以缓解监管俘获问题,但同时也应充分意识到处置机构之间可能涉及机构竞争与利益冲突问题。我国目前的《商业银行法(修改建议稿)》与《金融稳定法(草案)》在部分吸收域外风险处置措施的同时,制定了银行风险处置机制,但这些规定仍存在一定缺陷,并可能影响相应制度建构的客观实现效果。路径依赖和公共选择理论可以作为理论工具,分析我国银行风险处置的立法模式选择和深层次的制度考量。从形式与实质双重角度而言,立法模式、处置机构的权力配置、不同主体间的利益平衡,涉及不同主体在风险处置规则制定过程中的参与度、力量对比并且影响条款的最终内容。故此,应通盘考虑银行风险处置制度的建构与立法目标,以更好地实现制度价值。

关键词:银行风险处置 商业银行法 金融稳定法 公共选择 接管

苏洁澈,中国政法大学民商经济法学院副教授。

一 问题的提出

2008年金融危机以后,为银行制定特殊破产制度成为国际性趋势。^[1]特殊破产制度专门为银行制定了有别于普通公司破产的规则,其处置银行的理念、措施和程序均有别于普通公司破产程序。特殊银行破产制度以维护金融稳定为首要目标,赋予处置机构广泛的处置权,同时却引发了处置权配置及不同主体的利益平衡问题。

[1] See Christoph G. Paulus, The New German System of Rescuing Banks, 6 *The Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 171 (2011); Jürgen Basedow, Bail-in and International Contract Law: Some Conflict-of-Laws Perspectives on the European Banking Union, 54 *Texas International Law Journal* 245, 250 (2019); Martin Cihák & Erlend Nier, The Need for Special Resolution Regime for Financial Institutions - the Case of the European Union, 2 *Harvard Business Law Review* 395, 419 (2012); Michael Schillig, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford, 2016, pp. 215-248.

面对全球性的银行风险处置立法变革的趋势,我国启动了金融机构风险处置的立法工作,吸收了域外制度中的处置理念和处置技术,并将其纳入立法草案中。2020年10月,中国人民银行发布了《商业银行法(修改建议稿)》并公开征集意见。《商业银行法(修改建议稿)》第8章第89条和90条规定了风险预警与早期干预措施,第9章规定了风险处置与市场退出机制。根据其起草说明,该建议稿“参考了国际准则,结合银行业处置经验,建立了风险评级和预警、早期纠正、重组、接管、破产等有序处置和退出机制,规范处置程序,严格处置条件,完善职能分工”。银行风险处置相关制度的修订将对我国的商业银行监管和风险处置体系产生重要影响。2022年4月,中国人民银行发布了《金融稳定法(草案)》并于2022年12月提交全国人大常委会会议审议。《金融稳定法(草案)》部分条款也涉及中国人民银行、存款保险机构与监管机构在银行风险处置中的职能。然而,《商业银行法(修改建议稿)》与《金融稳定法(草案)》虽然都吸收了域外的处置理念和处置工具,却仅仅规定了原则性条款,缺乏具体的实施规则,实践中可能难以有效处置银行风险。此外,处置机构的职能划分和风险处置措施等方面均有诸多值得商榷之处。相比之下,《商业银行法(修改建议稿)》与银行风险处置的关联性更强,因此本文主要以该修改建议稿的风险处置和市场退出条款为视角,兼顾《金融稳定法(草案)》的规定,分析银行风险处置的相关制度建构。

本文运用路径依赖与公共选择理论分析和解读我国银行风险处置的立法模式与风险处置条款,从政治学的视角分析条款蕴含的公共选择考量,以期摒弃不符合公共利益的部分条款,并探讨银行风险处置中不同主体间的利益平衡,展望我国商业银行风险处置机制的构建与完善。

二 我国银行风险处置制度现状和立法模式

(一) 我国银行风险处置制度现状

我国当前金融机构风险处置制度呈现出严重的碎片化状态,对商业银行的风险处置同样有类似的问题。多个法律和规章都涉及银行的风险处置规则,《企业破产法》《商业银行法》《银行业监督管理法》《商业银行资本充足率管理办法》《存款保险条例》都涉及商业银行的风险处置规则。而其他金融机构的风险处置模式与理念几乎也照搬了商业银行的风险处置制度。^[2] 碎片化的立法现状导致难以形成统一的风险处置的理念和措施。

一方面,碎片化的立法体系无法提供统一、协调化的处置思路。《企业破产法》奉行司法性风险处置的理念,而其他法律则适用行政程序处置商业银行风险。如何妥善处理行政性处置与司法性处置理念的冲突成为亟需解决的问题。完全以行政性措施处置银行风险抑或辅助以司法性程序,在碎片化的立法体系内并没有得到很好的解决。如我国近年来的包商银行和安邦保险集团在行政性处置完毕后再进行司法性破产清算程序。^[3]

[2] 参见《商业银行法》第64-72条,《保险法》第137-49条,《证券公司风险处置条例》第6-47条;关于我国金融机构风险处置的讨论,参见苏洁澈:《金融监管机构在金融机构破产中的角色》,《江汉论坛》2019年第5期。

[3] 参见《中国银保监会关于包商银行股份有限公司破产的批复》,银保监复(2020)776号,2020年11月12日;包商银行破产案,北京市一中院(2020)京01破申672号民事裁定书。

实际上,行政性程序能更有效地处置商业银行风险并予以清算,我国的法律也提供了行政性的最终清算程序。经过行政性风险处置措施之后,商业银行有价值的资产已基本被处置完毕,剩下的司法性程序实际上已并无多大作用。当前制度并没有明确转入司法性破产清算的条件,即便最终通过司法性程序予以清算,碎片化的立法体系也并没有很好地解决行政性程序与司法性程序的衔接问题。

另一方面,不同法律对于不同处置机构的功能和定位存在差异。不同法律赋予不同处置机构类似的权限来处置银行风险。按照当前的法律框架,银保监会为主要的处置机构,可以对商业银行实施早期干预、促成重组、接管、清算等措施。^[4] 而 2015 年《存款保险条例》对存款保险机构显然有着不同的定位,其不满足于存款保险机构仅仅扮演“支付箱”的功能,而试图让其在银行风险处置程序中扮演一定角色,如存款保险机构可以建议银监会采取相应措施。此外,该条例以一种隐蔽的方式间接规定了存款保险机构未来在风险处置中可能担任接管机构或实施清算的职能。这显然与银保监会的商业银行风险处置职能有重叠,并可能产生角色的冲突。只有合理划分不同处置机构的权责,才能有效地处置商业银行的风险。^[5] 对处置机构权责的划分折射出不同机构对商业银行风险处置的理念差异,而处置机构间的功能和角色的重叠或冲突将影响整体风险处置机制的效率。

(二) 我国银行风险处置的立法模式选择及反思

我国当前碎片化的风险处置机制与我国金融业分类、监管体系以及国际上的监管和风险处置趋势有着密切联系。我国长期以来奉行分业经营与分业监管的金融模式,这导致我国并存着多个金融监管机构,不同的监管机构负责其所监管的金融机构的风险处置。为了便于其履行职能,监管机构获得了广泛的制定监管规则和风险处置的权限,我国金融监管机构同时参与起草重要的金融法律。《商业银行法》《银行业监督管理法》和《企业破产法》规定由银保监会主导银行的风险处置过程,并且负责起草银行业的风险处置规则。根据 2019 年央行的“三定方案”,由中国人民银行负责起草银行业和保险业的法律和审慎监管制度。这样的立法权限的分置,非但没有从根本上改变碎片化的立法倾向,反而某种程度上加剧了此种倾向。

分业监管的现状对碎片化的立法有着潜在影响。分业监管之下,银行监管机构成为处置银行风险的主要机构。而其他与银行风险处置有密切关联的机构如金融控股公司或履行银行类似功能的影子银行,却囿于当前的监管体系而未能纳入风险处置框架。根据《商业银行法(修改建议稿)》第 2 条,风险处置机制仅适用于全国性商业银行、城市商业银行、农村商业银行以及根据经济社会发展需要设立的村镇银行等其他类型商业银行。为了解决风险处置适用范围过窄所引发的问题,只能根据每一类型的金融机构制定不同的风险处置规则。如《金融控股公司监督管理试行办法》规定了金融控股公司的风险处置规则。而银保监会同时也规定了信托公司的风险处置规则。除了《商业银行法(修改建议稿)》涉及商业银行风险处置规则外,《银行业监督管理法》也规定了银行的风险处置

[4] 参见《商业银行资本充足率管理办法》第 38-41 条,《银行业监督管理法》第 38-39 条,《商业银行法》第 64 条、第 69-70 条。

[5] See FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 2011, pp. 5-7.

规则。而该修改建议稿也为系统重要性银行专门制定特殊的规则。《金融稳定法(草案)》第4章同样涉及银行的风险处置,进一步加剧了立法的碎片化倾向。如此安排,不仅难以从国际上找到相应做法和经验,更缺乏现实必要性。事实上,商业银行法的风险处置机制完全有能力处置包括系统重要性银行在内的所有银行风险。当前国际上金融风险处置的立法趋势是将所有可能危及金融体系稳定的机构纳入统一风险处置机制,构建统一的金融风险处置立法体系。而目前《商业银行法(修改建议稿)》与《金融稳定法(草案)》并没有缓解与银行风险处置相关的立法的碎片化趋势,而且也没有很好地吸收国际上金融风险处置的最新成果。

正是意识到非银行金融机构风险对银行以及整体金融稳定的潜在威胁,各国在反思2008年金融危机所暴露出的风险防范与处置机制的不足时,才从宏观层面建立统一的金融风险处置机制。^[6] 统一立法的主要特点是将原先仅适用于商业银行的风险处置措施适用于所有对金融稳定造成潜在影响的非银行金融机构。^[7] 这种统一的立法模式能够统一风险处置的理念和技术手段,避免类似的金融机构适用不同处置规则和措施的情形出现,也能够预防非银行金融机构风险导致的系统性金融风险。个别国家甚至通过立法强行改变银行业的业务模式与监管体系框架。^[8] 而我国当前立法选择则是迎合原先金融业的分类和监管体系,而某种程度上忽视了各国在危机后对其本国金融风险处置的机制的反思,也没有对原先的业务模式和监管体系进行深层次的变革,有削足适履之嫌。

(三) 风险处置立法模式选择的路径依赖与公共选择问题

历史原因和政治学理论可以用来解释我国当前银行风险处置的立法模式选择。我国银行业长期以来深受美国金融体系的影响,借鉴了美国金融业的分业经营模式和监管体系,建立了我国当前的银行、保险、证券、信托等金融分业经营与监管体系。与此同时,20世纪90年代中期国际上盛行的金融监管理论也影响了我国当时金融监管体系的建立。当时主流理论认为中央银行同时履行货币政策与金融监管职能面临着利益冲突,为了让央行更好地履行货币政策职能,应当将其监管职能剥离出去。^[9] 英国及欧洲银行监管体系改革纷纷建立了独立于央行外的专业机构对银行实行监管。^[10] 我国也将金融监管和

[6] See A. W. Hartlage, Europe's Failure to Prepare for the Next Financial Crisis Affects Us All, 44 *Georgetown Journal of International Law* 847 (2013); R. D. Weijs, Too Big to Fail as a Game of Chicken with the State: What Insolvency Law Theory Has to Say about TBTF and vice versa, 14 *European Business Organization Law Review* 201, 205 (2013); K. Alexander, European Banking Union: A Legal and Institutional Analysis of the Single Supervisory Mechanism and the Single Resolution Mechanism, 40 *European Law Review* 154 (2015).

[7] See M. S. Barr, H. E. Jackson, M. E. Tahyar, *Financial Regulation: Law and Policy*, Foundation Press, 2016, p. 924; Art. 1 (1) of Directive 2014/59/EU.

[8] See A. Hudson, Banking Regulation and the Ring-fence, 107 *Compliance Officer Bulletin* 1 (2013); C. K. Whitehead and M. T. Hall, the Volcker Rule and Evolving Financial Markets, 1 *Harvard Business Law Review* 40 (2011).

[9] See C. A. E. Goodhart and D. Schoenmaker, Should the Functions of Monetary Policy and Banking Supervision be Separated?, 47 *Oxford Economic Papers* 539, 545 (1995); V. P. Ioannidou, Does Monetary Policy Affect the Central Bank's Role in Bank Supervision?, 14 *Journal of Financial Intermediation* 58, 63-64 (2005).

[10] See House of Lords, *The Future of EU Financial Regulation and Supervision* (2011), vol. 1, pp. 11-15; G. Walker, Banking and Financial Services in the United Kingdom: The New Regulatory Regime, 3 *Yearbook of International Financial and Economic Law* 505, 512 (1998); J. J. Norton, Global Financial Sector Reform: the Single Financial Regulator Model Based on the United Kingdom FSA Experience-A Critical Reevaluation, 39 *The International Lawyer* 15, 22 (2005).

风险处置权限从中央银行转移到专业性的金融监管机构。而 2008 年金融危机之后,各国纷纷改革其原先的金融监管体系,个别国家强化了央行在银行监管与风险处置中的角色。我国虽未对原先的金融监管体系进行根本性变革,但也一定程度上受到金融危机后各国变革的影响。对金融危机反思的成果之一便是建立了一个宏观层面的金融监管机构——金融稳定委员会,这可谓与国际上的趋势暗合。这种监管体系的变化直接影响了原先银行风险处置机构的定位和权限。在没有对原先金融体系和监管体系进行重大变革的情形下,建立仅适用于商业银行的风险处置成为必然选择。而立法中的路径依赖理论和国家机构间的竞争则为当前的立法选择提供了学理解释依据。

根据路径依赖理论,人们容易因过去的行为、知识或经验而形成路径依赖,从而抵制将来的变革。^[11] 有学者将路径依赖分为机构驱动型和制度驱动型两种,用来解释各国公司股权架构和治理结构间的差异。前者指原先的公司所有权架构直接影响后续的所有权架构的方式,而后者则指公司制度所形成的路径依赖影响公司所有权和治理架构。即便现有的结构缺乏效率,由于路径依赖的原因,机构的人员有动机和权力阻止变革,维持现状往往成为常态。^[12] 笔者认为,公司治理领域的路径依赖问题同样可以用来解释我国当前金融机构风险处置立法选择的路径依赖问题。本土化的现实情况是导致现有立法较为分散的根本原因。现有监管体系下,不同的金融监管机构形成了某种权力的平衡,制定统一的风险处置立法便意味着要打破旧有的监管体系。在缺乏强大的外力对当前风险处置立法的质疑时,维持分散立法的现状便成了必然的选择。分散化立法虽然缺乏效率,却可以通过本土化的其他安排来缓解金融机构风险处置所面对的公众压力。如扩大对存款人或投资人的保护额度,甚至提供事实上的隐性担保。唯有更高层级的权力机关或强大的压力才能改变对现有分散立法的路径依赖。然而,由于金融机构风险处置立法的小众性和高度专业化,监管机构可以利用其知识上的优势而引导金融法律制度的改革。^[13] 加之理论界对现状和改革方向认识存在分歧,无法向主导金融改革立法机构提供统一的知识输出。改变现有立法体系需要不同的监管之间的合作,达成共识,并最终形成统一的立法体系。然而,由于不同机构之间在统一立法体系下主导权的争议,导致难以形成一致行动。而这也最终令不同的机构有动机维持现有的立法框架,而不愿从根本上改变现状,更多的是进行修补性工作来满足现实需求。金融监管机构广泛参与金融改革方案的顶层设计和实施,这让其事实上成为了维持现有制度的主要力量。从制度驱动型路径依赖理论来看,分散型立法下所形成的风险处置规则又往往强化其所对应的处置机构的权限,这进而加强了监管机构对于所监管领域立法的影响力,并有助于维持现有的立法体系。

路径依赖理论有力地解释了我国当前金融风险处置的立法选择,而银行规制的政治

[11] See G. L. Clark, D. Wojcik, Path Dependence and Financial Markets: the Economic Geography of the German Model, 1997–2003, 37 *Environment and Planning* 1769, 1771 (2005).

[12] See L. A. Bebchuk and M. J. Roe, A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance, 52 *Stanford Law Review* 127, 137 (1999).

[13] See A. Baker, Restraining Regulatory Capture? Anglo-America, Crisis Politics and Trajectories of Change in Global Financial Governance, 86 *International Affairs* 647, 652 (2010).

学分析又将提供独特的视角。我国的金融规制以及风险处置立法涉及诸多参与方,包括立法机关、监管机构、中央银行、存款保险机构、被监管机构和公众。理论上,上述主体都试图将其“政策偏好”上升为法律。经济规制理论认为,政府机构和个人一样,其在制定政策过程中同样受其机构利益影响,并不必然完全符合公共利益。^[14] 政府机构同样寻求政策制定过程中的机构利益最大化,如扩大机构规模、权力和争取机构预算最大化。^[15] 经济规制理论很好地解释了金融领域广泛存在的“监管俘获”现象,其最终酿成了多次金融危机。^[16] 公共选择理论将立法视为不同利益主体为维护其利益而参与立法活动的最终结果。^[17] 拥有严密组织、行动能力并有效动用资源的机构往往更有可能将其政策偏好上升为法律,而松散的机构由于其无法克服“搭便车”现象往往难以有效影响立法进程,这类机构即为社会公众。我国的立法模式和制度现状使得我国当前的被监管机构事实上难以对金融机构的风险处置规则的制定发挥更多作用。从立法现状来看,相比其他主体,我国立法机关理论上可以发挥“否决者”(veto player)的作用。该理论将政策决策中拥有否决权的个体或者机构称之为“否决者”,不同的社会制度让不同的机构扮演着“否决者”的角色。^[18] 然而,由于金融机构风险处置规则的高度专业性,拥有否决权的立法机关往往难以对具体的立法模式或者条款进行深入审查并加以否决。监管机构和中央银行此时则可以发挥其专业性和信息优势,从而引导立法机构在程序上通过其“偏好型”的风险处置规则。因此,监管机构、中央银行和存款保险机构成为了银行风险处置规则的重要参与机构。由于上述主体都不拥有否决权,则相互间的协商以及妥协有助于所有机构达成最低限度的共识,从而实现其各自的政策偏好。因此,如何克服不同主体的不合理的政策偏好,就成为各国立法共同面对的问题。

综上,虽然各国国情不同,但是路径依赖理论和金融规制的政治学分析提供了有力的工具用以审视我国当前的立法模式和具体规则。显然,目前《商业银行法(修改建议稿)》和《金融稳定法(草案)》所代表的立法选择并非是最优的选择,而是基于路径依赖与机构竞争所导致的产物,其并没有真正地反映科学立法所应当具备的基本内容。

[14] See G. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell Journal of Economic* 3, 10 (1971). 然而,这并不意味着政府机关在政策制定过程中无法实现公共利益。关于银行领域这一问题的讨论,参见 J. R. Macey, *The Political Science of Regulating Bank Risk*, 49 *Ohio State Law Journal* 1277 (1989); J. R. Macey and Geoffrey, P. Miller, *Bank Failures, Risk Monitoring, and the Market for Bank Control*, 88 *Columbia Law Review* 1153 (1988)。

[15] See S. J. Choi, *Law, Finance, and Path Dependence: Developing Strong Securities Markets*, 80 *Texas Law Review* 1657, 1707 (2001)。

[16] See A. Baker, *Restraining Regulatory Capture? Anglo-America, Crisis Politics and Trajectories of Change in Global Financial Governance*, 86 *International Affairs* 647 (2010). 关于金融领域的监管俘获,参见 J. R. Macey, *The Political Science of Regulating Bank Risk*, 49 *Ohio State Law Journal* 1277, 1288-1290 (1988)。

[17] See J. R. Macey, *The Political Science of Regulating Bank Risk*, 49 *Ohio State Law Journal* 1277, 1279 (1989); D. R. Lee, *Politics, Ideology, and the Power of Public Choice*, 74 *Virginia Law Review* 191 (1988); R. D. Tollison, *Public Choice and Legislation*, 74 *Virginia Law Review* 339 (1988); J. R. Macey, *Public Choice: the Theory of the Firm and the Theory of Market Exchange*, 74 *Cornell Law Review* 43 (1988)。

[18] See S. Ganghof, *Promises and Pitfalls of Veto Player Analysis*, 9 *Swiss Political Science Review* 1, 2 (2003); P. Keefer and D. Stasavage, *The Limits of Delegation: Veto Player, Central Bank Independence, and the Credibility of Money Policy*, 97 *American Political Science Review* 407 (2003)。

三 银行风险处置措施与处置机构的权力配置

(一) 银行风险处置目标

商业银行开展活动面临着诸多市场与非市场的风险,并且受宏观与微观因素的影响,当其无法有效应对上述风险时则可能导致其陷入困境。市场竞争、银行为追求高利润而进行高风险活动、内部员工的不法行为、宏观经济环境的变化都可能导致银行陷入困境,从而导致风险的爆发。^[19] 鉴于银行在经济活动中所扮演的重要角色以及银行破产可能导致公众损失、危及金融稳定,各国都制定了处置银行风险的法律。

与一般企业不同,银行的资产具有高度挥发性、影响一国货币政策的实现以及银行破产可能导致产生系统性风险等特征。处置银行风险与处置一般企业的风险有着明显的差异。有效的银行风险处置机制目标包括实现金融稳定、保护公众利益、避免公共资金损失并为银行利益关联方提供最低限度的保障等。而实现上述目标则依赖于建立有效的银行风险处置措施并合理分配处置机构的权限。如银行风险必须予以快速处置以维持公众信心和避免系统性的金融风险,而这需要建立能快速处置风险的处置措施,并赋予合适的处置机构来行使处置权。风险处置措施应当避免公众资金损失和道德风险问题。当一国同时存在多个处置机构时,倘若处置权限划分不明确则可能因需要协调处置机构间的行动而影响处置目标的实现。因此,建立有效的处置措施并合理配置处置机构间的权限是有效处置银行风险的关键。

(二) 银行风险处置措施国际趋势及我国应对

2008 年金融危机后,各国银行风险处置机制呈现合流的趋势。美国的银行风险处置机制成为各国引进新风险处置制度的参考样本,并根据各国自身国情作出相应修正。当前各国银行风险处置机制的共性则是建立行政主导型的风险处置机制,并赋予处置机构广泛的权限以便有效处置银行风险。

1. 银行风险处置措施的国际趋势

银行的风险处置机制包括通过审慎监管进行风险防范、早期干预、行政性接管(重整或管理)、有序清算等处置机制。^[20] 上述机制将不同阶段的问题银行分别纳入不同的处置程序。而各国法律赋予处置机构广泛的处置措施和权限,以期能有序处置问题银行,避免产生金融动荡。作为特殊处置制度的发源地,美国的处置措施包括“收购与承接”(Purchase and Assumptions)、公开援助、桥银行、风险吸收等措施。^[21] 英国的银行处置措

[19] 关于银行风险的产生以及陷入困境的原因,参见 J. R. Macey and G. P. Miller, *Bank Failures, Risk Monitoring, and the Market for Bank Control*, 88 *Columbia Law Review* 1154, 1155-1172 (1988); D. Llewellyn, *The Economic Rationale for Financial Regulation*, FSA Occasional Paper 1, 1999, pp. 5-21.

[20] 行政性接管、管理或重整有着类似的目标和功能,总体而言,各国对三种类似的制度予以选择适用。R. Olivares-Caminal et al., *Debt Restructuring*, Oxford, 2nd edition, 2016, pp. 405-633; M. Schillig, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford, 2016, pp. 137-225.

[21] M. S. Barr, H. E. Jackson & M. E. Tahyar, *Financial Regulation: Law and Policy*, Foundation Press, 2016, pp. 898-933.

施包括寻找私人买家、^[22] 桥银行、^[23] 国有化、^[24] 强制自救措施、^[25] 将银行(或桥银行)全部或部分资产转移到英格兰银行控制的资产管理公司以便出售或有序核销。^[26] 欧盟的《银行恢复与处置指令》(*Bank Recovery and Resolution Directive*)规定了类似的处置措施。^[27] 为了实现上述措施,处置机构可以颁布强制股权转让令和财产转移令。^[28] 由此可见,关于银行业的风险处置措施已经形成了国际性的共识,成为技术性工具。当前国际趋势是通过处置措施实现银行风险处置的市场化。传统理论往往将政府与市场对立,认为两者为此消彼长的关系。^[29] 而当前风险处置措施的总体趋势是通过政府权力来强化“市场约束”(market discipline),增强金融机构面对市场动荡时自我处置风险的能力。当前银行的风险防范与处置都体现了上述理念。如市场约束已成为《巴塞尔协议 III》(*Basel III*)的三大核心原则之一,其要求银行强化资本质量、降低杠杆率、建立逆周期资本缓冲;^[30] 强制要求系统重要性金融机构持有长期的无担保债或其他债,以便在发生风险时优先承担损失。^[31] 而强制的信息披露让市场参与方能够通过股价的涨跌、债券利率的变化、信用违约掉期率的变化对银行施加影响,从而实现市场约束。自救措施被誉为最能有效发挥市场约束效用。自救措施和或有资本工具将强制核销债权或实行债转股,从而让银行股东和债权人优先承担破产损失,迫使他们更加审慎地开展活动。^[32] 然而,各国原先的金融体系和监管体系对风险处置制度的变革产生了制约,从而影响了新的风险处置机制的构建以及在实践中的实施效果。如市场化虽已成为各国的共识,实践中银行风险处置仍然可能背离市场化的初衷。以强制自救为例,各国虽然规定了详尽的自救规则,却仍未能消除适用强制自救措施时可能产生的不确定性,最终仍然可能动用公共资金来处置银行风险。^[33] 欧盟新近的两起银行破产事件即暴露了立法条文在实践中可

[22] 此种选择将出售银行全部或者部分业务给私人买家。Art. 11, Banking Act 2009 (UK).

[23] 转移银行全部或者部分业务到英格兰银行拥有的桥银行。Art. 12, Banking Act 2009 (UK).

[24] Art. 13, Banking Act 2009 (UK).

[25] Art. 12A, Banking Act 2009 (UK).

[26] R. Cranston et al., *Principles of Banking Law*, Oxford, 3rd edition, 2017, p. 178; Bank of England, *The Bank of England's Approach to Resolution*, 2017, p. 15.

[27] Art. 37 (3), Directive 2014/59/EU.

[28] Art. 11–16, Banking Act 2009 (UK); art. 38, Directive 2014/59/EU.

[29] A. Pop, Quantity Effects and the Market Discipline Mechanism: A Bivariate Analysis, 10 *Journal of Banking Regulation* 164 (2009); M. J. Flannery, The Faces of Market Discipline, 20 *Journal of Financial Service Research* 107, 109 (2001); L. H. Meyer, Increasing Global Financial Integrity: the Roles of Market Discipline, Regulation, and Supervision, 18 *Cato Journal* 345 (1999); H. McVea, Hedge Fund Regulation, Market Discipline and the Hedge Fund Working Group, 4 *Capital Markets Law Journal* 63 (2009).

[30] 另外两大核心原则包括最低资本要求与监管审查。See M. S. Barr, H. E. Jackson & M. E. Tahyar, *Financial Regulation: Law and Policy*, Foundation Press, 2016, pp. 315–322; Gregory J. Lyons, P. M. Rodel & E. Ligere, Hot CoCos from Basel III - the Next Bank Hybrid?, 5 *Journal of International Banking Law and Regulation* 412, 413 (2011); BCBS, *Basel III: A Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking System*, 2011, paras. 7–48; G. A. Onagoruwa, *Basel III and the Case for Contingent Convertible Capital*, 15 *Journal of International Banking Law and Regulation* 341 (2014).

[31] See M. S. Barr, H. E. Jackson & M. E. Tahyar, *Financial Regulation: Law and Policy*, Foundation Press, 2016, p. 319.

[32] See R. Cranston et al., *Principles of Banking Law*, Oxford, 3rd edition, 2017, p. 50.

[33] See E. Martino, The Bail-in Beyond Unpredictability: Creditors' Incentives and Market Discipline, 21 *European Business Organization Law Review* 789, 793 (2020); P. G. Carabellese & D. Zhang, Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses around a New Legal (or Illegal) Concept, 30 *European Business Law Review* 487, 502–505 (2019); K. P. Wojcik, Bail-in in the Banking Union, 53 *Common Market Law Review* 91, 130 (2016).

能面临的障碍。^[34]

2. 《商业银行法(修改建议稿)》中的银行风险处置措施及评价

《商业银行法(修改建议稿)》吸收和借鉴了国外的风险处置制度,在第 90 条建立了早期干预,第 91 条建立了法庭外重组,接管和清算等程序。然而,其却并没有完全吸收国际上通行的处置措施,仅仅在接管部分规定处置机构可以管理和处分资产与债务,或实施股份和债务减记、债转股,即实施强制自救措施和“桥商业银行”这一处置措施。除此之外,该修改建议稿并没有规定其他的处置措施。而《金融稳定法(草案)》也没有对上述问题作出进一步的规定。笔者认为,该修改建议稿规定的处置措施与美国的处置工具相类似,然而却没有规定涉及公共资金的相关条款。无论自救措施抑或接管机构的资产、债务处置都对问题银行股东、债权人以及交易对手利益构成重大影响。各国在授权处置机构出于金融稳定需要行使上述处置权限的同时,都规定了处置机构应当遵守的程序和相应规则,而非赋予其完全不受约束的权力。如欧盟的《银行恢复与处置指令》规定了处置机构行使处置权力时应当遵守的一般原则,^[35]并且根据每个不同的处置措施规定了不同的要求。如在行使处置时,应当任命独立于处置机构的个体对被处置机构资产与债务进行公平的估价。^[36]处置机构在出售资产和债务时,应当遵守市场化和公开透明等原则。^[37]考虑到强制自救措施的重大影响,《银行恢复与处置指令》规定了核销债权和债转股的范围,^[38]股东的待遇、金融衍生品的处理、债转股的比例。^[39]与欧盟类似,英国和美国同样规定了行使处置权限应当遵循的原则与具体规则。^[40]细致而具体的处置规则确保了处置措施履行时的确定性,为市场参与方提供了足够的预期。处置措施对于某类特定人群予以特殊保护,恰恰是出于维护金融稳定的需要,避免其在处置措施履行之前采取避险行为,从而影响金融稳定。同时,完备的处置规则增加了处置机构行使处置权的合法性,其所行使的权力都获得了法律明确授权,也遏制了处置机构权力滥用的风险。

相比之下,我国当前《商业银行法(修改建议稿)》所涉及的处置措施仅规定了笼统授权而缺乏具体细致的规定。这对于被处置机构的利益主体而言,其难以预料在处置时的相应待遇。债权人将有足够的动机在处置机构被处置之前开展自救行为,这不利于维护被处置机构的资产价值。该建议稿虽然规定了自救措施,却没有规定自救措施的范围、程序和救济措施。这使得处置机构进行强制自救措施时缺乏足够的确定性,而这最终又将

[34] See E. Martino, *The Bail-in Beyond Unpredictability: Creditors' Incentives and Market Discipline*, 21 *European Business Organization Law Review* 789, 819 (2020); M. Venturuzzo & G. Sandrelli, *O Tell Me the Truth about Bail-in: Theory and Practice*, 13 *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 187, 235-238 (2019).

[35] 这些原则包括:股东应当优先承担损失;债权人于股东之后根据一般破产制度的优先性来承担损失;破产机构的自然人或法人根据本国法承担相应的民事或刑事责任;没有债权人的损失大于其在清算中的损失;保险范围内的存款人应当受到全部保护等原则。Art. 34, Directive 2014/59/EU.

[36] Art. 36, Directive 2014/59/EU.

[37] Art. 39, Directive 2014/59/EU.

[38] 存款保险范围内的存款、职工债权、部分有担保债权、税收债权、部分小微企业债权等不属于强制自救范围。Art. 44, Directive 2014/59/EU.

[39] Artt. 47-50, Directive 2014/59/EU.

[40] Art. 6E, 11 A, Banking Act 2009 (UK).

影响自救措施的实施效果。

同时,目前的制度框架中也没有涉及被处置机构的评估问题。处置措施的行使依赖于对被处置机构资产的评估,当前国际上对于处置措施的行使前施加了评估这一环节,并在紧急情形下对评估问题作了具体规定。评估环节对于保障被处置机构及其债权人之利益至关重要,否则其难以评估是否受到公平的待遇。评估这一环节也增加了处置行为的透明度,避免因信息不透明而导致利益关联方遭受不必要的损失。另外,目前立法缺乏对被处置机构资产市场化的处置方案,这也将影响资产整体价格。

由于目前法律修订草案并未对上述重要问题作出明确之规定,空白式授权让处置机构拥有过多的选择权而难以对其施加以必要之约束,这显然不符合当前风险处置的国际趋势,也不利于通过风险处置有效配置金融资源。

(三) 金融风险处置机构的权力配置及公共选择考量

在当前立法与修法中,处置措施虽然可以取得一定共识,但对于处置机构的权力配置及角色定位却难以形成统一认识。处置机构的权力配置与处置机关在立法中的角色密切相关,反映了银行风险处置立法中的公共选择问题。处置机构的权力配置受各国原先的银行体系、监管体系、政治制度等诸多因素影响。毫无疑问,当前各国的处置机构权力划分并不必然是基于效率或者国际公认的最佳模式,而是其各国制度运行的产物。

当前国际上的处置机构主要包括中央银行、存款保险机构、财政部和银行监管机构。而不同国家对于上述机构的定位却存在巨大差异。在特定情形下,财政部与中央银行成为被处置银行的主要资金来源,这使得上述机构的选择与被处置银行命运休戚相关。然而,不同国家对上述机构有着不同制度安排。如美国的中央银行和财政部并不具体参与银行的风险处置。而英国的财政部与中央银行则是重要的处置机关,可以启动并深度参与处置程序。^[41] 存款保险机构可谓在银行风险处置中最密切相关的利益主体:银行破产可能导致存款保险金遭受损失,存款保险机构同时又是被处置机构的最大债权人。除了美国以外,世界上大部分国家的存款保险机构仅仅履行“支付箱”的功能,其本身并不参与银行监管与银行业的风险处置。监管机构作为最主要的风险处置机构,其负责银行的审慎监管并成为银行风险的主要处置机构。然而,监管机构在不同国家所扮演的角色却有一定程度的差异,各国社会制度和监管体系的差异是此种差异性的根源。

美国历史上银行业的破产事件层出不穷,银行破产往往成为引发公众关注的政治事件。美国 20 世纪 80-90 年代的储蓄危机更是让美国的存款保险金陷入破产境地,而储蓄存款保险公司(FSLIC)更因为存款保险金的亏空而导致整个机构被裁撤。政治家和监管机构面临着平息公众怒火的巨大政治压力。存款保险机构试图扩张其权力以避免存款保险金遭受损失,而政治家则可能因政府的拯救行为而流失选票。由于存款保险机构与政治家存在着共同的政治利益,赋予存款保险机构广泛的处置权成为了必然。^[42] 而美国的存款保险机构本身就是主要的监管机构,这便使得其集监管机构与风险处置机构于一身,而美联储

[41] Artt. 3A (2), Art. 4 (3), Banking Act 2009 (UK).

[42] See P. P. Swire, Bank Insolvency Law Now That It Matter Again, 42 *Duke Law Journal* 469, 520 (1992).

乃至财政部则难以在银行风险处置中发挥重要角色。正如许多学者所批评的那样,美国的制度安排主要是机构间政治妥协的产物,并不符合效率的要求,甚至恶化了问题,导致破产率的增加。^[43] 相比而言,其他国家并没有面临美国类似的问题。英国和其他欧洲国家的银行体系相对稳定,银行破产事件也相对较少。由于存款保险机构天然地与处置银行有着利益冲突,让其担任主要的银行风险处置机构在欧洲国家难以得到支持。如英国将处置银行风险的诸多权力分散给财政部、英格兰银行与监管机构,彼此之间相互制衡。

公共选择理论很好地解释了域外国家处置机构的权力配置,并为建立有效的银行风险处置机制提供了借鉴。公共选择理论基于机构自利的假设,认为所有机构有动机追求权力和预算最大化。许多公共机构往往以公共利益为名,其制定的政策却最终维护其机构利益,甚至损害公共利益。当银行风险处置涉及多个公共机构时,这些机构之间事实上处于一种相互竞争的关系之中。银行风险处置权限具有一定的排他性,多个机构共同行使风险处置权时导致各自权力的分散并需要相互妥协。每个处置机构都试图在风险处置中扮演更多的角色以凸显其机构地位,主导风险处置进程。因此,域外国家的风险处置机构的权力配置并不完全是基于有效处置银行风险而设置,最终是因为政府机构的游说活动而形成了当前的局面。不同处置机构在各自国家体系中的地位和力量决定了其最终的权力配置。美国的联邦存款保险公司由于拥有极其悠久的历史,具有众多的雇员,其监管与保险职能于一身也更有利于其对立法发挥影响力,从而利用历史上的银行危机不停地以保护存款保险金为名,巩固其在风险处置中的地位。^[44] 相比而言,欧洲的存款保险系统发展较晚,历史上中央银行更多的发挥主导作用,这也使得存款保险机构无法主导银行风险处置进程。^[45] 而英国的中央银行同样在历史上主导着银行风险处置进程,而独立的监管机构和财政部分走了中央银行风险处置的权力。而英格兰银行又利用 2008 年危机后的监管变革让监管机构成为其下属子公司,从而事实上能有效影响其风险处置权限的行使。^[46] 因此,政治因素而非效率的考量最终决定了域外国家风险处置机构在银行风险处置中的角色。而从效率的角度而言,赋予单一的处置机构行使银行风险处置的权力更

[43] See P. P. Swire, *Bank Insolvency Law Now That It Matter Again*, 42 *Duke Law Journal* 469, 544-548 (1992); J. R. Macey, *The Political Science of Regulating Bank Risk*, 49 *Ohio State Law Journal* 1277, 1280 (1988).

[44] See P. P. Swire, *Bank Insolvency Law Now That It Matters Again*, 42 *Duke Law Journal* 469, 521-524 (1992); R. M. Lastra, *Northern Rock, UK Bank Insolvency and Cross-border Bank Insolvency*, 9 *Journal of Bank Regulation* 165, 171-173 (2008); N. Ye, *The Reform of Deposit Insurance after the Global Financial Crisis: How the FDIC Evolves from a Deposit Insurer to the Saviour of Banks?* 3 *Journal of Business Law* 219, 220-231 (2020).

[45] See A. Campbell et al., *A New Standard for Deposit Insurance and Government Guarantees After the Crisis*, 17 *Journal of Financial Regulation and Compliance* 210, 221 (2009); P. Cartwright & A. Campbell, *Co-insurance and Moral Hazard: Some Reflection on Deposit Protection in the UK and USA*, 5 *Journal of International Banking Regulation* 9, 11-12 (2003); A. Coletton, *Banking Insolvency Regimes and Cross-border Banks-Complexities and Conflicts: Is the Current European Insolvency Framework Efficient and Robust Enough to Effectively Resolve Cross-border Banks, Can There be a One Size Fits all Solution*, 27 *Journal of International Banking Law and Regulation* 63, 64-67 (2012); N. Misita, *Depositor Protection: An EC Law Perspective*, 4 *Journal of International Banking Regulation* 254 (2003).

[46] See D. Singh & J. R. LaBrosse, *Northern Rock, Depositors and Deposit Insurance Coverage: Some Critical Reflections*, 2 *Journal of Business Law* 55, 67-70 (2010); N. Clayton, *Stopping Bank Failures in the UK: A Simple Proposal for Reform*, 35 *Journal of International Banking Law and Regulation* 127 (2020); R. Cranston et al., *Principles of Banking Law*, Oxford, 3rd edition, 2017, p. 178.

有利于有效处置银行风险。^[47] 存款保险机构因为利益冲突难以公平地处置风险, 不应作为主要的风险处置机构, 而央行的货币政策职能与银行风险处置同样有着类似的利益冲突, 因此两者机构不应当履行主要的风险处置职能。相比其他机构, 银行监管机构因其履行监管职能拥有信息优势并享有相应监管权限, 能有效地在审慎监管、早期干预和风险处置措施之间进行有效衔接。

(四) 我国银行风险处置机构之间的博弈

域外银行风险处置权限的配置为我国提供了有益的借鉴。深刻了解域外国家银行风险处置权力配置的根源, 有助于在配置处置权时摒弃无效的考量因素而吸收处置权配置的技术性规则。鉴于域外银行风险处置的公共选择问题, 我国也应充分认识到不同处置机构之间的博弈问题, 从而避免因机构间的权限冲突而影响建立有效的银行风险处置制度。

我国当前的《商业银行法(修改建议稿)》和《金融稳定法(草案)》规定银行监管机构是主要的处置机构, 其有权批准银行的法庭外重组方案、自愿解散和撤销执照后的清算, 可以决定并实施接管工作。然而, 《商业银行法(修改建议稿)》同时增加了存款保险机构在商业银行风险处置中的角色, 并将系统重要性银行的处置功能授予中央银行。《金融稳定法(草案)》同样强化了存款保险机构未来在银行风险处置中的作用。这事实上是将监管机构的部分职能分别交由央行与存款保险机构来履行。如需要动用存款保险金时应当由存款保险机构担任接管组织, “存款保险机构可以向监管机构提出接管建议, 而接管机构应当积极采纳”。此种安排不仅限制了监管机构在接管中的作用, 也不符合效率原则。事实上, 监管机构完全有能力独立决定接管相关事项, 让存款保险机构作为接管组织增加了机构之间协调行动的成本, 也不利于采取更有效的处置措施。前文已述, 美国存款保险公司的角色是由其特殊的历史和政治环境所决定的, 让其作为接管人并不必然是有效的处置制度所必需。而我国并没有面临美国类似的历史原因与政治问题, 贸然增加存款保险机构在银行风险处置中的角色也没有足够的现实需求。总体而言, 我国的存款保险制度建立较晚, 其也并没有处置银行风险的相关经验。我国的制度构建更应当主要基于效率的考量, 立足于本国国情, 广泛吸收各国风险处置的有效经验。

我国当前的风险处置措施也并非建立在真空之上, 我国同样面临着不同处置机构间的竞争, 有时此种竞争可能影响建立有效的风险处置机制。在原先的体系下, 监管机构独享银行风险处置的权力, 中央银行作为货币政策的机构并不能对银行业进行监管并实施风险处置措施。2015年《存款保险条例》并没有实质性地改变这一权力配置格局, 其所谓的风险处置职能缺乏具体规则的支撑, 更多属于一种宣示性作用。然而, 央行通过赋予存款保险在风险处置中的权限, 事实上可以在将来的银行风险处置中施加一定的影响。而此种处置权力配置变化的理论依据便是英国的金融监管体系变革理论, 即中央银行应当在金融监管与风险处置中扮演更多的角色, 以实现宏观审慎与微观监管的

[47] See E. Hupkes, Form Follows Function - A New Architecture for Regulating and Resolving Global Financial Institutions, 10 *European Business Organization Law Review* 369, 380-383 (2009); I. Kokorin, Co-ordination in Bank Resolution and the Issue of Conflicts of Interest, 35 *Journal of International Banking Law and Regulation* 107, 109-112 (2020).

有效统一。^[48] 而此种主张恰恰与我国央行在金融体系中扮演更重要角色的需求相契合。而上述处置机构在处置权限上存在着明显的重叠,这将为未来有效处置银行风险埋下隐患。因此,当前两个立法草案的选择同样是不同的处置机构间竞争的结果。相比银行监管机构因其履行监管职能所享有的天然处置权,我国新设的存款保险机构欲获得处置权则需要更多的理论和实践支持。当前三个处置机构对于处置权的分配存在着重大分歧,难以形成一致的意见,从而导致现行条款中对处置权配置的模糊化处理。因此,立法时不同机构之间的竞争最终影响了法律条款的成型,机构间竞争可能影响建立有效的银行风险处置时,就违背了社会公共利益。传统的公共选择理论通过分析机构在立法中的行为,恰恰揭示了机构利益有时可能会凌驾于社会公共利益之上,从而影响建立更符合公共利益的银行风险处置制度的可能性。

四 银行风险处置中的利益平衡及公共选择

(一) 银行风险处置中的利益及演变

银行风险处置主要涉及公共利益与私人利益,被处置银行以及利益关联方代表了银行风险处置中的私人利益,而处置银行风险则主要是为了实现金融稳定这一公共利益。传统的银行风险处置制度更多地关注被处置银行与其他主体的私人利益。多数国家原先适用普通公司破产程序来处置银行风险,以确保被处置银行和相关主体的程序性与实体性的利益。普通公司破产程序让被处置银行及其利益关联方有足够的手段来对抗处置机构的行为,从而确保了私人利益。传统的银行风险处置制度也没有足够的手段来打击被处置银行或其高管的不法行为。此时,被处置银行以及所代表的私人利益被视为可以对抗处置银行风险所需事先的公共利益。

历史上的金融危机逐渐引发银行风险处置理念的变化,被处置银行所代表的私人利益被视为应当让位于公共利益。^[49] 此种理念的改变导致各国普遍摒弃了传统的公司破产程序来处置银行风险,建立了行政性的风险处置程序和实行严厉的银行风险处置措施。^[50] 各国银行风险处置制度极大地限制了被处置银行的程序性和实体性权利。^[51] 在此种趋

[48] See J. Goddard, *The Financial Crisis in Europe: Evolution, Policy Responses and Lessons for the Future*, 17 *Journal of Financial Regulation and Compliance* 362, 374 (2009); N. Jenkinson, *Containing System-Wide Liquidity Risks: Some Issues and Challenges*, 10 *European Business Organization Law Review* 387, 400 (2009); G. G. Garcia, *Ignoring the Lessons for Effective Prudential Supervision, Failed Bank Resolution and Depositor Protection*, 17 *Journal of Financial Regulation and Compliance* 186 (2009).

[49] See K. Alexander, *Bank Resolution Regimes: Balancing Prudential Regulation and Shareholder Rights*, 9 *Journal of Corporate Law Studies* 61 (2009); E. Hupkes, *Special Bank Resolution and Shareholders' Rights: Balancing Competing Interests*, 17 *Journal of Financial Regulation and Compliance* 277 (2009).

[50] See G. Maci, *Banking Crisis Management in the European Resolution Framework: from "Bail-out" to "Bail-in"*, 8 *Journal of Applied Finance & Banking* 67 (2018); M. Cihak & E. Nier, *The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions - the Case of the European Union*, 2 *Harvard Business Law Review* 395, 408-415 (2012).

[51] See J. Basedow, *Bail-in and International Contract Law: Some Conflict-of-Laws Perspectives on the European Banking Union*, 54 *Texas International Law Journal* 245, 250 (2019); K. Alexander, *Bank Resolution Regimes: Balancing Prudential Regulation and Shareholder Rights*, 9 *Journal of Corporate Law Studies* 61, 77 (2009).

势下,被处置银行以及其他私人利益都让位于金融稳定这一公共利益。被处置银行以外的其他私人利益主体权利受到了类似的侵蚀。

然而应当意识到,诸多为了实现金融稳定这一公共利益的处置措施在实施过程中可能恰恰会危及金融稳定的目标。私人利益让位于公共利益具有一定的合理性,而当风险处置制度并不能真正实现公共利益时则让其失去合法性。私人利益主体有强烈的动机来规避潜在的银行处置措施的影响,如银行高管或潜在的债权人可能通过离职或抛售债权等行来规避风险,而这将恶化银行问题并容易引发市场恐慌。因此,有效的银行风险处置制度应当充分考虑其处置措施对私人主体行为的影响,而给予私人利益必要的保障则恰恰有助于实现金融稳定这一公共利益。因此,实现银行风险处置中的公共利益需要诸多配套且细致的处置规则,这就需要充分考虑被处置银行所有利益关联方在银行风险处置中的利益以及其可能采取的行为,从而真正实现金融稳定这一公共利益。

(二)被处置银行的利益关联方

银行风险处置涉及诸多的利益关联方,合理平衡各方利益是建立有效风险处置制度的关键。问题银行的利益关联方包括银行股东、政府、存款保险机构、债权人,而债权人又包括贸易债权人、存款人、借款人、银行雇员(董事和一般员工)。^[52]

1. 银行股东

银行股东的利益与风险处置措施的关联最为密切。当银行风险可能导致体系不稳定时,国家往往对其进行拯救。传统的国家拯救措施通过“最后贷款人”给予陷入困境银行贷款,一旦拯救成功则事实上拯救了股东,而失败的拯救政策往往导致公共资金的损失。^[53]这事实上补贴了银行股东,也产生了严重的道德风险。当前银行风险处置措施则可以实施股份减记、债转股等措施,股份减记和债转股却又缺乏明确具体的规则,这无疑对困境银行股东的利益构成重大影响。而上述规则也将影响问题银行将来的潜在股东,潜在的银行收购方将更倾向于从处置机构手中收购问题银行股份,而不愿意直接从市场上获得问题银行股份。^[54]严厉的处置措施加剧了收购方的商业风险,作为风险的对价,问题银行将很难通过法庭外重组或市场化的方式让投资人成为银行股东。潜在的银行收购方往往面临原先股东类似的风险,因此,其最合理的方式就是等问题银行进入处置程序再开展收购活动。处置程序中获得股权的收购方可以利用处置程序规避风险。因此,被处置银行的股东在风险处置程序中处于极其不利的位置。为了避免银行股东的道德风险,让银行股东优先承担银行破产的损失是有必要的。然而,在核销和减记股份时同样应当遵循公开、透明和相应规则。

2. 债权人

银行债权人可能因风险处置机构可以实施债转股、债务减记等措施而承担更高的风

[52] P. P. Swire, Bank Insolvency Law Now That It Matter Again, 42 *Duke Law Journal* 469, 546 (1992).

[53] See M. J. B. Hall, Bank Bailout Mark II: Will It Work?, 10 *Journal of Bank Regulation* 215 (2009); C. A. E. Goodhart, Myths About the Lender of Last Resort, 2 *International Finance* 339 (1999); F. Allen et al., Moral Hazard and Government Guarantees in the Banking Industry, 1 *Journal of Financial Regulation* 30 (2015).

[54] See M. Venturuzzo & G. Sandrelli, O Tell Me the Truth about Bail-in: Theory and Practice, 13 *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 187 (2019); T. H. Troger, Too Complex to Work: A Critical Assessment of the Bail-in Tool under the European Bank Recovery and Resolution and Resolution Regimes, 4 *Journal of Financial Regulation* 35 (2018).

险或遭受损失。作为增加风险的对价,问题银行的债权人将施加更苛刻的商业条件作为其承担更高风险的对价,而这将影响问题银行的融资能力与盈利能力。《商业银行法(修改建议稿)》区分了不同银行债权人的地位:职工债权被作为首要保障的债权,其后依次是存款人的本金与利息、税收欠款、履行“最后贷款人”所形成债权、普通债权、风险吸收工具债权和资本债权。上述顺序将对银行债权人的行为产生重大影响。利益受影响的债权人将有足够的动机从事“避险”行为,濒临破产的银行的控股股东或关联企业将不愿意对其进行放贷,这将使得原本最有意愿提供融资的债权人不敢提供资金以避免更多的损失。此类债权人有能力在启动风险处置之前获得清偿而不被追回,但该修改建议稿并没有设立不公平清偿的年限,这更加剧了此种动机。由于分配次序的劣后性,普通债权人则有更强的动机进行避险:在问题银行进入处置程序前实现债权或不再产生后续债权,这更加剧了问题银行被处置前的资金压力。相比而言,该建议稿中却赋予了存款人这一特殊债权人的绝对优先地位。由于我国已经建立了存款保险制度,存款人在保险范围内已经获得了保障,其保障范围外的存款本金与利息理论上应当属于普通债权,而建议稿仍然赋予其优先于税收乃至央行拯救行为所形成的债权。这事实上让存款人获得了全额受偿的可能性,也背离了设立存款保险制度的初衷,鼓励了存款人的道德风险行为。因此,虽然本次法律修改声称要遵循市场化的原则,但草案对于债权优先性顺序的安排却难以实现真正的市场化。

3. 政府所代表的公共利益

金融体系稳定属于重大的公共利益,国家的银行处置措施可能让公共资金遭受损失抑或获得经济收益。风险处置机构如监管机构、存款保险机构和中央银行的处置行为维护政府优先考虑的公共利益。职工、存款人和其他债权人的处置方案可能影响社会稳定与经济发展,这同样涉及公共利益。税收债权同样与政府代表的公共利益有直接联系。对银行的风险处置实际上让处置机构代表政府对公共利益进行判断与取舍。而政府所代表的公共利益有时可能与合法的私人利益产生冲突,立法应提供相应的利益冲突平衡机制。《商业银行法(修改建议稿)》中规定由处置机构担任接管人并管理、处分资产、负债和其他财产,实施股份和债务减记,建立桥银行收购被处置银行的业务、资产与负债。这种广泛而又缺乏相应规则的授权有利于保障公共资金安全。特定情形下,“存款保险机构应当成为接管组织”的规定优先保障了公共资金而可能损害其他主体的合法利益。存款保险机构可能成为被处置机构的最大债权人,同时又可以处置资产,这让其面临严重的利益冲突。而合法的私人利益如债权人利益难以获得保障时,其倾向于通过处置前的措施如市场挤兑以避免其在处置程序中利益受损,而这最终又损害了处置银行风险的有效性和金融稳定这一公共利益的实现。此外,当前修改建议稿中并没有对处分资产、债转股等处置措施规定具体的规则,如没有规定实施处置方案应进行的评估以及应遵循的规则。当没有有效的规则和制度来限制和缓解利益冲突时,除存款人外的其他利益主体将遭受损失。同时,将税收与央行拯救所形成的债权劣后于存款人,此种安排给予存款保险范围外的存款人提供了过度保护,原意出于避免银行挤兑与金融稳定这一更为迫切的公共利益考量,从长远来看可能损害公共利益。

(三) 被处置银行利益平衡的公共选择

1. 风险处置利益主体的力量对比及结果

银行的风险处置涉及上述主体的利益平衡,不同主体的参与直接影响了利益平衡的

最终结果。公共选择理论解释了当前各国银行风险制度涉及的利益平衡与制度选择。不同利益主体都有动机去保障其在风险处置中的利益,现实状况与原先制度安排也将影响利益主体的意愿。历史上的金融危机极大地影响了银行风险处置程序中利益主体的角色。在银行风险处置领域获得足够的信息以及专业化的提升需要付出极高的成本,而某类特殊主体在这一领域享有得天独厚的专业化的优势,这使得其能更有效地实现和保障其利益。^[55] 相比其他利益主体,银行从业者与监管机构拥有专业上的优势。而历史上金融危机逐渐地削弱了银行家在风险处置中的角色。银行家因金融危机而遭受经济损失,稳健的银行同样没有动力参与风险处置立法的活动,这使得域外监管机构能有效的主导风险处置立法而无需考虑银行家的利益。从原先的银行股东加重责任到当前的自救等处置措施表明了这一趋势。^[56] 为了快速处置问题银行,银行风险处置立法限制了被处置机构与利益主体的程序性保障。而快速处置银行风险有助于金融稳定和保护公共资金,在这一点上,公共利益和风险处置机构的利益是一致的。因此诸多银行风险处置条款将维护公共资金和存款人利益作为了优先目标。当前趋势下,监管机构因其履行监管职能而占有信息、资源以及专业化的优势,在维护公共利益的同时兼顾了其机构利益。然而应当意识到,处置机构的机构利益与公共利益并不完全一致,这就要求设计银行风险处置条款时应当避免将处置机构置于利益冲突的境地并仔细甄别具体条款所真正代表的利益。

2. 风险处置条款中的不同主体的利益平衡

《商业银行法(修改建议稿)》的条款折射出我国对于银行风险处置中利益主体的平衡问题。此种平衡兼顾现实的诉求和风险处置涉及的技术性规则,如为了保障风险处置措施的顺利实施,吸收了将破产费用与清算费用作为第一顺位这一技术性规则。

我国当前的银行业特点基本上是银行破产风险较小且其股东主要为国家,这导致大的银行没有动力参与风险处置立法。当前修改建议稿更可能适用于中小银行这一特殊的主体,而这一主体无论从规模或市场占有率都难以在风险处置立法中扮演更多的角色。鉴于当前社会对于金融稳定的关注乃至对于银行股东与从业者不利的舆论环境,实行更为严厉的银行风险处置法律成为了首选方案。因此,修改建议稿将银行股东这一利益主体作为最劣后的考虑,除规定严厉的处置措施外并没有为其提供程序或实体上的保障。

储户获得信息成本过高、缺乏专业知识以及存在“搭便车”现象,因此储户缺乏足够的动机参与银行风险处置立法以维护其利益。我国当前修改建议稿不加区分地规定储户的本金和利息优先于税收债权和央行流动性债权,这种安排更多地将社会稳定作为优先考量,而忽视了效率。代表公共利益的税收债权和央行流动性债权劣后于储户,使得公共资金可能遭受损失。这种安排恰恰是旧的条款和处置措施对于当前立法修法的影响。

[55] J. R. Macey, *The Political Science of Regulating Bank Risk*, 49 *Ohio State Law Journal* 1277, 1289 (1988).

[56] See P. G. Carabellese & D. Zhang, *Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses around a New Legal (or Illegal) Concept*, 30 *European Business Law Review* 487 (2019); A. B. Ashcraft, *Are Banking Holding Companies a Source of Strength to Their Banking Subsidiaries?*, 40 *Journal of Money, Credit and Banking* 273 (2008); R. Ridyard, *Toward a Bank Shareholder-orientated Model: Using Double Liability To Mitigate Excessive Risk-Taking*, 2 *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 141 (2013).

与储户类似,非储户债权人同样没有动机去参与银行风险处置立法以维护其利益,也无法形成有效的组织参与或对此类行为表达意见。而此类债权人往往人数较少,但债权数额却较大;建议稿使其在银行风险处置中位于职工债权、储户、税款和央行流动性债权之后,但此类债权人因银行陷入困境而遭受损失之后如何获得救济,也应是考虑的问题之一。

值得关注的是法院在银行风险处置中的职能以及其对利益主体的影响。理论上,法院可以依法审查风险处置行为并根据现有规则保护银行风险处置中的利益主体不受到不公正待遇。由于《商业银行法(修改建议稿)》并没有规定法院在风险处置中的职能,而仅仅规定风险处置之后如符合破产的条件时,可以向法院申请破产。这实际上是让法院仅仅在清算中发挥作用。而由于建议稿中已经明确规定了清算顺序,法院实际上是在为处置机构的行为进行最后的背书,从而增加处置行为的合法性。法院的最终介入虽然可以有效缓解处置机构面临的社会压力,但这种安排可能无效也不必要。因为经过风险处置措施后,被处置机构的主要资产已经处置完毕,也没有太多剩余价值,此时处置机构根据事先确定的顺序进行直接清算更有效率,而无需经过司法机关进行最终清算。

总之,我国特殊的国情如国有银行占据银行业的主流、不同的立法体系和传统处置银行风险的模式等,虽然都对立法修法中的银行风险处置条款产生了重大影响,然而这并不影响运用公共选择理论来解释不同主体的利益平衡问题。

五 法 结 论

我国当前《商业银行法(修改建议稿)》所建立的银行风险处置制度部分吸收和借鉴了国际上先进的银行风险处置理念和措施。然而,这些理念和措施需要配套制度和更细致的规则才能发挥其应有作用。该建议稿并没有从根本上改变我国当前碎片化的银行风险处置规则,其适用范围、市场化处置程度和宏观方面都有诸多改善空间。分散的风险处置机制也难以应对将来可能发生的宏观层面的金融风险。解决碎片化立法倾向的途径应当是从宏观层面建立单一的与银行相关的风险处置规则,并扩大风险处置机制的适用范围,制定适用于所有金融机构风险处置的制度。

对旧有规则的路径依赖和处置机构间的权力配置乃是当前立法修法确立相关规则的深层原因,而有效的风险处置机制应当克服过多的非效率性考量,而将长期的金融稳定、秩序和金融资源的有效配置等作为优先考虑目标。根据路径依赖和公共选择理论对银行风险处置规则立法和不同利益主体的分析,诸多以公共利益为名的规则和条款可能并不必然实现公共利益。为了尽可能维护银行风险处置所涉及的公共利益,应当由客观中立的立法起草机构来制定银行风险处置规则,而非与立法有利益关联的机构,并广泛吸收中立、专业的学术与实务部门参与起草过程,以一种公开透明的方式公开起草过程。只有如此,才能充分保证立法的公开、公平与公正。

[本文为作者参与的 2018 年度国家社会科学基金重大项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”(18ZDA146)的研究成果。]

[**Abstract**] The current bank resolution legislation in China is fragmented and there is no unitary bank resolution regime. As a result, most bank resolution rules are placed in different banking laws and regulations in a fragmented way and no consensus can be reached on the roles of different resolution authorities in bank failures. On the other hand, an international consensus has been reached on the philosophy of bank resolution and related resolution measures. However, due to the difference in the bank system, regulatory regime and political environment, different countries have established different bank resolution regimes. The current financial system and financial regulatory system in China play a significant role in establishing the bank resolution regime. Bank resolution legislation involves the gaming between different interest groups. Both the path dependence theory and the public choice theory reveal the possibility of a bank resolution regime violating public interest in the name of public interest as a result of the undue influence of interest groups in the legislative process. Financial crises in history have been the results of “agency capture”. Even though current bank resolution regimes in most jurisdictions have alleviated the traditional problem of “agency capture”, conflicts of interest among resolution authorities should not be neglected and efforts should be made to reduce the undue influence on bank resolution legislation. The Proposed Amendment to the Commercial Banking Law of 2020 and the Draft Financial Stability Law of 2022 partly absorb the sophisticated philosophy and resolution measures of foreign jurisdictions, but do not change the situation of fragmented bank resolution legislation. Path dependence and public choice are the main reasons for this legislative choice. Different interested parties participate in the bank legislation process and try to influence the bank resolution provisions. The current bank resolution mechanism in China reflects the tendency of giving priority to public interests over private interests, taking the marketization of bank resolution as an important principle and granting broad resolution powers to relevant resolution authorities. Compared with the other interested parties, resolution authorities have special knowledge and administrative resources, leading to their comparative advantages in bank resolution legislation. As a result, other interested parties are unable to play their due roles in the legislation and obtain effective safeguards from the relevant legal provisions. The existence of multiple resolution authorities necessitates a reasonable division of resolution powers among resolution authorities. Institutional competition among different resolution authorities may undermine the establishment of an effective bank resolution regime. Therefore, bank resolution legislation should reduce the undue influence of resolution authorities and private interested parties. Furthermore, an effective bank resolution system should also balance various conflicting interests in the bank resolution process and provide a minimum safeguard for interested parties, so as to avoid acts of risk aversion of interested parties before the initiation of bank resolution proceedings and achieve financial stability.
