

文章编号: 1674 - 5205(2016)06-0150-(013)

民营银行股东自担风险立法模式借鉴与选择

杨松¹ 宋怡林²

(1. 辽宁大学法学院 辽宁 沈阳 110136; 2. 辽宁科技大学 辽宁 鞍山 114051)

摘要 中国银行监管机构提出的民营银行股东自担剩余风险的监管要求,可以用商业银行股东加重义务来进行法学概括和表达,应当予以成文立法化。对此,美国和日本采用银行业基本法模式加以立法,俄罗斯采用银行破产法模式,中国台湾地区采用金融控股公司法模式。各类立法模式的选择均建立在金融发展实际以及法制传统基础上,中国立法模式的选择也应充分考虑中国金融及监管现实。中国应当采用银行业基本法为主,存款保险法和银行破产法为辅的立法模式,而不适宜采用金融控股公司法模式。

关键词 民营银行; 股东自担风险; 股东加重义务; 有限责任

Abstract: Bank supervision institution of China required that private bank shareholders should undertake risk by themselves. This regulation can be generalize and express with commercial bank shareholders' enhanced obligation, and should be written legislation. U. S. and Japan legislate with mode of banking basic law, Russia with mode of banking bankrupt law, and Chinese Taiwan region with mode of financial holding company law. All the choices of mode are build on the financial development reality and legal tradition, and the choices of China also should consider the reality of finance and supervision. China should utilize the mode of banking basic law as major legislation, deposit insurance law and banking bankrupt law as aid legislation, and should not utilize the mode of financial holding company law.

Key Words: private bank, undertake risk by shareholders themselves, shareholders' enhanced obligation, limited liability

中图分类号: DF438.1 文献标识码: A

一、问题的提出

自2010年起,以政策为导向,中国掀起新一轮商业银行民营化的改革浪潮。截至2015年6月,中国境内新设五家民营银行已经全部开业。诸多涉及民营银行的金融政策中,“股东自担银行剩余风险”是民间资本发起设立民营银行的五项原则之一^①。回顾这一政策的沿革,从2010年国务院《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》到2012年银监会

《关于鼓励和引导民间资本进入银行业的实施意见》,再到2015年银监会《关于促进民营银行发展指导意见》,其演变循着从金融全局到具体行业、从宏观政策到具体监管要求的发展脉络,符合公共治理政策生发延伸的一般规律。法治经验表明,政策最终的明确、固定和有效实施,仅靠政策文件是远远不够的,“公共治理只有被置于法治框架之内才能实现善治目标”。⁽¹⁾而民营银行股东自担风险这一监管要求在未给予法制化时,是否具有法律效力从而产生当然的约束力,则是一个值得关注和探讨的问题。

这个问题及其解决,美国曾有先例。1989年3月,美国M金融控股公司针对联储理事会向联邦地区法院提起诉讼,请求法院认定联储理事会此前的一项监管措施无效,该项监管措施依据联储理事会于1984年颁布的“实力来源”原则,即“银行控股公司应

收稿日期: 2016-01-12

基金项目: 教育部哲学社会科学重大课题攻关项目(13JZD01)“加快发展民营金融机构的法律保障研究”; 辽宁省社会科学规划基金项目(L13DFX023)“辽宁民营金融机构危机处置法律制度构建研究”

作者简介: 杨松(1968—),女,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院教授,博士生导师。

宋怡林(1975—),女,山东莱州人,辽宁科技大学经济与法律学院教授,博士。

^① 这一要求最早出现于2013年7月国务院办公厅《关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见》中,提出“尝试由民间资本发起设立自担风险的民营银行”。2015年银监会出台《关于促进民营银行发展指导意见》将有承担剩余风险的制度安排作为民间资本发起设立民营银行的基本原则之一。

当充当其附属银行在财务和管理方面的实力源泉,不得从事不安全或不适当的经营活动”。联储理事会曾据此认为 M 金融控股公司违反了“实力来源”原则,并在股利分配、资产处置、向子公司的资本支持等方面向其发出了三项“临时禁止令”。受理案件后,联邦地区法院认定联储理事会无权做出基于“实力来源”原则的监管要求,并判决禁止联储理事会依据“实力来源”原则做出禁止令。其后联储理事会上诉至联邦最高法院,该院推翻了地区法院的判决,认为联储理事会有权依据其颁布的“实力来源”原则采取监管措施。⁽²⁾³⁵⁹⁻³⁶⁴虽然联邦最高法院最终认可了联储理事会监管要求的法律效力,但其引发司法审查本身就说明了在缺乏明确的法律规定或法律授权的前提下,监管要求的法律效力具有不确定性。事实上,美国最终于 1999 年在《金融服务现代化法》中明确规定了“实力来源”原则,以成文法的形式固定了这一监管要求的法律效力^①。

中国银行监管机构提出的民营银行股东自担剩余风险的监管要求,应当予以成文立法化。接下来的问题是,民营银行股东自担风险应当采取何种立法模式,包括在何种效力位阶、哪类法律规范中对其予以规定?具体制度内容采用何种立法体例?在符合中国金融及法制实际前提下选择立法模式,是民营银行股东自担风险法制化必须首先予以解决的问题。参考其他国家和地区在这一问题上的立法经验,可以对中国立法模式的选择形成启发。

二、民营银行股东自担风险的法律表达

民营银行“股东自担风险”是监管要求中的表达,把这一监管要求法制化需要首先解决对其指称问题。在法律文本中,可否就用“自担风险”这个词来表达这一制度呢?答案是否定的。首先,从语词表达效果看,“股东自担风险”易引起歧义,单从其字面含义理解,可被解释为股东自己承担(股东的)风险,而表达由股东来承担银行的风险之意并不突出。其次,一旦纳入立法,出于对法学概念的直接精准表达的要求,对“股东自担风险”用能够强调其法学范畴属性的语词表达更为合适。

法学概念表达,有赖于对其法理属性的理解。银监会提出“股东自担风险”后,对其解读为“确保主发起人拥有承担金融机构经营失败风险的能力,是资本所有者承担风险损失的市场约束机制”^②,对应这一监管要求,各新设民营银行也在发起人协议中约定了银行经营风险的股东承担机制,并最终将其纳入公司章程。如上海华瑞银行的《发起人协议》中约定“持

有 5% 以上股份并签署《主发起人风险自担机制的相关承诺》的发起人,承担持续注资义务,确保华瑞银行资本充足率水平达到监管要求;在流动性救助、不良资产处置、资产重组、小额储蓄存款兑付等方面提供支持,配合华瑞银行制定和实施恢复与处置计划(RRPs),配合监管部门开展风险处置工作。”^③

在其他国家或地区,如美国、欧盟、俄罗斯、日本、我国台湾地区等,也存在类似的监管要求,不同的是他们已经将其纳入立法。如美国 1999 年《金融服务现代化法》(简称“Gramm - Leach - Bliley Act”)第 730 条规定“当参加存款保险的存款机构处于资本不足状态,且受联邦银行管理机关书面指示,要求增加其资本时……则对于由参加存款保险的存款机构的控股股东或联营机构转让给该机构的资产,或为该存款机构的利益而转让的资产,任何人不得向联邦银行管理机关提出返还这些资产的要求或货币损失的索赔,或其他法律或公平税务方面的减免要求。”再如日本 2001 年《银行法》修正案第 5 条规定,持股超过 50% 以上大股东,在银行经营状况危机,资本不能达到法定资本要求时,大股东应当通过向银行增资,以及采取其他措施帮助银行改变资本状况。再如俄罗斯,《信贷机构破产法》第 7 条、第 8 条规定,为了预防信贷机构破产,俄罗斯银行可以对银行采取下列财务重组措施,其中包括要求信贷机构创立者、参加人和其他人对信贷机构实施财务援助,包括:其一,为信贷机构的延期付款计划提供担保;其二,股东放弃股息红利分配并将其用于重组;其三,股东向信贷机构增加注册资本。

从法学基本范畴角度,义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的,主体以相对受动的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。⁽³⁾²⁷²从义务的这一定义来看,“当为性”是义

^① 美国《金融服务现代化法》第 730 条为“实力来源原则的阐明”。

^② 详细内容参见银监会《国务院办公厅关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见解读》,〔2015 - 12 - 24〕中央人民政府门户网站,http://www.gov.cn/zwhd/2013 - 07/05/content_2441039.htm。

^③ 上海美特斯邦威服饰股份有限公司于 2013 年 11 月 13 日晚间发布拟于均瑶集团共同筹建上海华瑞银行的公告,并正式披露了与均瑶集团的发起协议。该公告同时被京华时报、新华网、中国证券网、凤凰网等多家媒体报道。参见胡笑红、贾婷《首份民营银行发起人协议出炉,50 万元以下个人存款“被保险”》,《京华时报》2014 - 11 - 15 (028); 颜剑《首家民营银行发起人协议:三年内监管不达标不分红,有义务持续注资》,〔2015 - 12 - 24〕,中国证券网,http://news.cnstock.com/news/sns_bwxx/201411/3242205.htm; 姚玉洁《首份民营银行发起人协议出炉,50 万元以下个人存款“被保险”》,〔2015 - 12 - 24〕,新华网,http://news.xinhuanet.com/fortune/2014 - 11/14/c_1113253330.htm。

务的特有属性;而构成“义务”的基本要素包括基于某种主体身份、出于利益保障目标、以及表现为某种行为方式。从我国监管机构的解读和银行的实践做法看,“股东自担风险”是商业银行股东在银行面临资本不足等特殊状态时,应监管要求或股东自治规则的要求,而必须做出的向银行注资以及其他救助行为。从其他国家和地区的类似法律规定看,均为当商业银行陷入经营危机状态,股东直接依法律规定或者依法在监管机构的要求下,应当做出的一系列危机救助或风险处置行为。所以从制度先例所表现出的特征角度分析,“股东自担风险”属于强制性规范,是应监管要求或应法律规定必须为之的行为,具有“当为性”。同时这一当为行为系基于股东这种主体身份,出于维护银行经营稳健性之利益目标,包括注资、流动性救助等行为,能够满足法律义务构成的要素要求。所以,“股东自担风险”可归入义务范畴。

美国学者将这一制度概括为 Enhanced Obligation。较有影响的为哈佛大学法学院教授 Howell E. Jackson,他认为针对金融控股公司的这些“加强性的(enhanced)”的义务(obligation),作为调整金融控股公司法律规定的一部分,其最重要的意义在于使控股公司对(全部或者部分)他们的被监管的附属机构的偿付能力提供保证。他指出这个规则可以被理解为是一种对有限责任传统规则的背离,有利于针对控股公司控制其金融业附属机构在特殊情况下的非有限责任(Non-limited liability)(或者至少是较少有限)的制度,是对传统监管形式的一种有吸引力的补充和创新。⁽⁴⁾目前国内学者对于民营银行股东自担风险的研究成果尚少,对金融控股公司在其附属子公司陷入危机状态时的救助研究虽也不多,但受美国学者影响,国内各学者对这一问题的指称大多来自美国学者 Enhanced Obligation 这一表达的翻译,采用了“加重责任”这一术语,且已经形成了较为普遍的语词使用惯例^①。

本文认为,民营银行“股东自担风险”的法理属性为义务,用“责任”来指称这一制度容易产生误导,即误解为“加重义务”是“法律责任”。实际上,美国学者使用的 obligation 一词,其对应的法律术语为“义务”^②,而对应“责任”的为 responsibility,提出这一概念的 Jackson 教授其本意应是表达金融控股公司对其附属子公司承担的,重于传统股东的法律义务,而非作为不承担法律义务后果的法律责任。故“股东自担风险”在法律文本中的表达为股东“加重义务”更为精准妥当。

三、其他国家和地区商业银行股东加重义务立法模式

美国、加拿大、英国、日本、德国等发达国家的研究表明,当企业试图融资时,首要的选择是向商业银行等金融中介机构寻求资金。⁽⁵⁾³⁰⁷⁻³³²在任何一个国家或者经济体中,银行是否安全稳健决定着这个国家或经济体融资及支付系统的稳定性,进而影响着整个金融体系的安全。上世纪90年代以来,特别是2008年次贷危机后,系统重要性金融机构的公共财政救助从被质疑渐进发展到被加以诸多限制。统观各国,充分发挥包括商业银行股东、债权人、同业机构等非政府主体的作用,是问题银行危机处置与救助法律制度的重要发展趋势,这一趋势被学者概括为“自我救助”、⁽⁶⁾¹⁷⁶“市场化处置”⁽⁷⁾³⁷⁻³⁹等,并列于问题银行政府救助方案,成为问题银行危机处置与救助体系不可或缺的部分。其中商业银行股东参与危机处置并承担一定的风险分担责任,是危机自救的途径之一,在有些国家和地区已经形成了相对固定的立法模式,其制度在不同法制发展阶段有着体系化的沿革与承袭,值得作为制度先例加以研究和总结。

在对国外法律制度的借鉴上,目前国内研究总有一种“惯例”,即只要在某一领域研究法律制度构建,就要借鉴国外的做法,并形成一种认识惯性,国外已经成形的法律制度总是先进的,这一点在金融法律制度领域,突出表现为对美国制度的推崇。这一思路的局限在于,首先,忽略了同类法律制度在各个国家和地区也可能存在,并且是以不同于美国的方式存在。其次,忽略了制度之所以形成总离不开各国的金融和法制传统的土壤,同类法律制度在各个国家和地区的差异,并不能用所谓的“先进性”,而只能用“适合性”来加以评判。对国外法律制度的借鉴应当视角广泛,采用系统论的观点综观其法律制度与社会背景之间的关系。其一,应当选取多个典型国家和地区在同一领域的法律制度,并比较分析其差异,这能够使我们较为全面的认识解决问题的不同法制方案。其二,应

① 具体论述参见戴淑庚、张亦春《台湾金融控股公司的监管》,《台湾研究集刊》2005年第4期;田田、龚华生《建立中国金融控股公司的加重责任制度》,《法学论坛》2005年第6期,第79-83页;刘东平、霍太稳《关于金融控股公司的加重责任》,《东岳论丛》2006年第1期,第193-195页;隋伟、刘俊《中国建立金融控股公司加重责任制度探讨》,《南开学报(哲学社会科学版)》2008年第6期,第121-127页;阳露昭、刘涛《论金融控股公司加重责任制度的法理基础》,《上海金融》2009年第3期,第81-84页。

② obligation 的首位英文解释为 the constraining power of a law, precept, duty, contract, etc; 其他的含义包括繁重的工作、责任;有约束力的合同或契约等。参见(英)Della Thompson 主编《牛津现代英汉双解词典》外语教学与研究出版社2005年版,第1394页。

当关注不同国家和地区差异化法律制度的背景和原因,尤其是金融背景和法律沿革传统。中国的金融背景和法制传统总是与外国有所不同,关注国外的最终目的并不在移植,而在于找到遵从背景和传统前提下法制创新的思路和突破点。其三,应当观察国外法律制度的运行效果和阻碍因素,这对于我国避免类似问题,凸显“后发优势”具有较为现实的意义。

中国商业银行立法的难题,并不是要不要立法,而是如何立法。在当前中国金融现实背景下,金融法制化是一个毋庸置疑的主题;而在多年承袭而形成的金融权力格局前提下,如何法制化才是一个需要解决的问题。从法的功能原理看,法制化的核心要点在于权力和权利的配置,从这一角度看,对民营银行股东自担风险予以法制化,最为重要的内容是在多个金融监管机关之间的权力分配和在多种金融权利主体之间的权利与义务的配置。法以何种样貌出现只是这个法制化过程终结所呈现出来的表象,利益的划分(其反面则是法律负担的划分)才是这个过程的本质的效果。故而,对民营银行股东自担风险或股东加重义务立法模式的选择,其本质是对权义主体的选择,以及金融利益分配方案的确定。对其他国家和地区不同立法模式的比较和分析,可以为中国提供多种权力配置与利益分配方案的选项,这些提醒我们,金融法律制度,并不是只有一种在维系金融监管现状基础上的构建路径,而是有着监管创新的多种可能。

(一) 美日模式: 银行业基本法模式

1. 美国相关法律制度

美国银行业体系分散性特征明显,主要表现在机构分散和股权分散两个方面。

截至2011年美国中小银行有5776家,占银行业金融机构的比例高达91.83%。^⑧美国证券市场较为发达,股票流动性极强,其商业银行绝大多数为股份制公司,股权结构较为分散。如美联银行股东约147000个,股份总数仅为9.8亿;花旗银行股东约97500个,股份总数为33.67亿股。^⑨这种情况下,持有较低比例的股份,就能达到对银行的控股。从美国大银行的公开信息来看,股东构成主要有两类:个人股东和机构股东^①,股东持股排名前列的通常是机构股东^②,从法律关系角度看,这些机构投资者即为银行控股公司。美国对商业银行股东加重义务的法律规定主要集中于银行控股公司这一类主体之上。其成文法律制度主要包括“实力来源”原则以及立即矫正措施,主要规定于银行业基本法及存款保险法之中。

首先,实力来源原则(Source of Strength)。其最

早是在1978年美联储理事会诉第一林肯沃德公司(Board of Governors V. First Lincolnwood Corporation)一案中提出^③,联邦最高法院在该案中支持了美联储否决第一林肯沃德公司成为银行控股公司的申请,依据是“控股公司应该是附属金融机构的实力来源”。^{④⑤⑥}本案仅仅是在对美联储的监管措施进行司法审查过程中提出了“实力来源”原则,判决中对其具体涵义并未有进一步的解释。1984年和1987年美联储理事会分别颁布和进一步明确了“实力来源”原则的规定,“银行控股公司应当充当其附属银行在财务和管理方面的实力源泉,不得从事不安全或不适当的经营”^④。“银行控股公司无法救助其经营出现问题或面临失败的银行附属机构,则一般视其为从事不安全或不适当的经营,或违反了12 CFR § 225.4(a)(1),或者两者都是。”^⑤其后美联储理事会诉M金融有限公司案(Board of Governors V. Mcorp Financial, Inc.)^⑥,限制了法院对美联储颁布的“实力来源”原则规定的司法审查,从而明确了美联储颁布和执行“实力来源”原则的权力,被认为是明确“实力来源”原则法律效力的重要判例。1999年美国《金融服务现代化法》(简称“Gramm-Leach-Bliley Act”)首次将“实力来源”纳入成文法,该法第730条“实力来源原则的阐明”通过明确存款机构的控股股东或联营机构应联邦银行管理机构的要求,为了恢复附属或关联存款机构资本充足的状态,向其转让资产的法律效力是不容置疑的,进而明确了美联储提出的“实力来源”原则的法律效力。2010年《华尔街改革和金融服务现代化法》(简称“Dodd-Frank Act”)对“实力来源”原则做了更严格的规定,该法扩张了“实力来源”原则的适用范围,不仅继续将该

① 机构股东往往由各类基金构成,虽然此类股东绝对持股比例不高,但由于银行股权的高度分散和个人股权的高度流动,如截至2015年10月,摩根大通第一大股东先锋集团股份公司持股5.72%;美国银行第一大股东先锋集团股份公司持股5.41%;富国银行第一大股东伯克希尔-哈撒威公司持股9.16%;道富集团第一大股东马萨诸塞金融服务公司持股8.50%。参见美国上市银行公开披露信息:摩根大通 http://quotes.money.163.com/usstock/JPM_holders.html#US6a03; 道富集团 http://quotes.money.163.com/usstock/STT_holders.html#US6a03; 美国银行 http://quotes.money.163.com/usstock/BAC_holders.html#US6a03; 富国银行 http://quotes.money.163.com/usstock/WFC_holders.html#US6a03, [2015-12-3]

② 由于机构股东拥有的股票总量较高,不易交易,而且大宗出售股票将导致所投资的银行股票价格下跌,损害机构投资者自身的利益,所以机构投资者通常选择长期持有银行股票,并参与银行公司治理。

③ 439 U. S. 234, 1978.

④ 12 CFR § 225.4(a)(1), 1991.

⑤ 52 Fed. Reg. 15707-15708.

⑥ 502 U. S. 32, 1991.

原则适用于拥有附属银行子公司的母控股公司(Parents company) ,而且适用于通过中介控股公司(intermediate holding company) 间接控制附属银行的祖父公司(Grandfather holding company) 。该法要求直接或间接控制一个中介控股公司的母公司 ,应当作为其附属的该中介控股公司的实力来源^①。

其次,立即矫正措施(Prompt corrective action) 。其规定于《联邦存款保险公司法》第38条。该制度将参保存款机构的资本分为5种类型:资本良好(well capitalized) 、资本充足(adequately capitalized) 、资本不足(undercapitalized) 、资本严重不足(significantly undercapitalized) 以及资本根本性不足(critically undercapitalized) 。当受保存款机构处于后3种资本类型之一时,监管机构必须立即采取措施矫正存款机构的资本不足状态,以资本不足严重程度不同,监管措施轻重有别,包括加强监管、要求制订资本回复方案、限制资本增长、获取权益、设立分支机构、从事新业务等可能增加资本负担的经营活动、以及任命财产看护人或接管人等。其中参保存款机构必须制订资本回复方案(capital restoration Plan) ,而对其有控制权的控股公司应当采取措施保证参保存款机构遵守资本回复方案,使其在规定时间内回复资本充足状态,直至连续四个季度在平均水平上满足资本充足。

2. 日本相关法律制度

从20世纪70年代后期开始,日本有步骤、渐进地推行金融自由化改革,到90年代出现了“金融大爆炸”。⁽¹⁰⁾¹¹⁰⁻¹¹¹ 迄今为止,日本绝大部分银行的股权结构中,民间资本均占有控股地位。以日本东京三菱银行为例,日本政府和地方政府持股比例仅占其股本总数的0.13%,其余均为私人机构或个人持有。⁽¹¹⁾¹²⁹⁻¹³⁰ 甚至政策性银行业逐渐民营化,截至2012年,日本政策性金融机构中的商工组合中央金库、日本政策投资银行已经进行民营化。⁽¹²⁾ 从银行集团发展看,银行向大型化、混业化发展,形成了超大型的银行集团,日本金融控股公司自90年代开始逐渐发展起来。同时日本也建立了基于银行集团的较为强硬的风险管理制度。⁽¹³⁾

日本银行控股公司监管立法主要有1997年《垄断禁止法》,1997年《金融控股公司整備法》,1997年《银行控股公司创设特例法》,1997年《银行法》及2001年《银行法修正案》。其中2001年《银行法修正案》主要内容为针对银行大股东的规范,主要内容除包括大股东备案、取得大股东身份需审批、大股东接受监管等制度外^②,还包括大股东加重义务内容。该法第5条规定,持股超过50%以上大股东,在银行经

营状况危机,资本不能达到法定资本要求时,大股东应当通过向银行增资,以及采取其他措施帮助银行改变资本状况。从日本法的规定看,商业银行股东加重义务承担主体为持股50%以上的银行控股公司,适用条件为资本不能达到法定资本要求,采取的具体救助措施为大股东向银行增资或者采取其他措施,目标为帮助银行改变资本状况。日本学者认为,日本2001年《银行法》修正案中,银行控股股东对危机银行的强制增资以及其他救助措施,“是一个很独特的条款,因为股份制是有限责任的”,但银行股东不应仅仅承担有限责任,“还应当负有社会责任”。⁽¹³⁾

日本于1971年4月通过《存款保险法》,到2000年,日本实行系统性危机银行的存款全额赔付制度。但日本存款保险法中并不包含商业银行股东加重义务的内容,而是规定了银行濒临破产时,授权存款保险公司向其进行公共资金注入、保险赔付等救助措施,或采取设立过桥银行、追索董事等高管责任等措施。

3. 美日模式的评价及启示

美国和日本对于商业银行股东加重义务采取了相同的立法模式,均在银行业基本法中进行了原则性和概括性的规定。但美国和日本又有所不同,美国商业银行股东加重义务的立法体系更为复杂,内容更为丰富。

美国模式可概括为以金融业基本法为核心的“多头立法”模式。美国对商业银行股东加重义务的立法包括:首先,在1999年的《金融服务现代化法》中规定了商业银行股东的“实力来源”原则,这一原则在2010年的《多德-弗兰克法》中得到了强化。其次,在《联邦存款保险公司法》规定了联邦存款保险公司立即矫正措施和资本回复方案两项监管措施,规定了参保商业银行股东保证银行恢复资本正常状态的主体、标准、方式等具体措施,可看作对“实力来源”原则的具体化。同时在存款保险法中对存款保险赔付过程中的监管加以规定,更有利于彰显法律制度的针对性和适用性。再次,前文没有提及的是,1989年美国《金融机构改革、复兴与实施法》规定了交叉担保条款,其核心内容是,银行控股公司的子公司,应当相互分担经营失败的损失,这样就产生了间

① 美国《华尔街改革与消费者保护法》第167条(b)(3)。

② 日本银行法对银行大股东的规范较为严格,主要制度有:其一,持有银行5%以上股权的股东应当向金融厅登记备案,且金融厅有权随时对大股东进行检查;其二,股东若要取得20%以上银行股份,需经过金融厅的审核批准;金融厅有权向持股超过20%的大股东征集信息和进行现场检查,如发现有损害银行经营情况者,可以强令大股东放弃20%以上超过部分的股权,等等。

接增加控股公司法律负担的效果,也有学者认为是银行股东加重义务的制度内容之一。⁽²⁾³⁵⁹⁻³⁶⁴多头立法模式的优势在于顺应金融发展,分别在不同立法中规定,可以在不同的金融监管环节,针对不同的银行危机状态,全方位实施股东加重义务,具有较强的金融回应性和适应性。不足之处在于,此种模式制度分散,不利于法律制度系统的整体协调,在法律实施时易影响适用效率。

美国对银行控股公司加重义务的制度安排,历经修改和补充,体系化和内涵均较为成熟,制度精密性与严格程度较高,足以对中国规制来自于民营银行股东的风险产生借鉴价值。但需要注意,美国通过立法明确了金融控股公司的界定和法律地位,明确了银行控股公司由美联储监管的总体框架。而我国由于尚未有银行控股公司的监管立法,监管权的配置尚未明确,这一点与美国由美联储来监管银行控股公司的做法大不相同。另外,美国确立存款保险制度迄今已超过半个世纪,存款保险监管法几经修改也日渐成熟,存款保险机构承担监管职能历时较长,美国 FDIC 针对银行控股公司的监管措施素以灵活著称。而我国《存款保险条例》于 2015 年 5 月 1 日才刚刚开始施行,存款保险机构创建伊始,在监管技术和监管经验上与美国有着较大的差距,一旦制度移植,我国的存款保险机构能否顺畅实施有待检验。从监管立法过程看,美国银行控股公司加重义务法律制度,是在美国的历次银行危机中逐渐发展和完善起来的,其制度框架、法律渊源和具体内容反映着美国银行业及其监管体系机制发展的特点。其中尤为突出的是银行控股公司承担加重义务的各项标准和条件,系基于美国银行业发展实际加以确定,具有鲜明的美国特色,这提示中国构建这些制度内容时也应遵循实践先行的规律,切合中国银行业经营及监管实际,可以先在银行业基本法中做出概括性的规定,而在诸如《存款保险法》中的具体操作性内容可以待金融实践运行一段时间后逐步确立和完善。

日本模式可以概括为“集中立法”模式。日本金融法律制度具有承袭美国的传统,在商业银行股东加重义务的制度规定上,也与美国采用了相同的金融基本法模式,但与美国不同的是,日本的股东加重义务制度的规定集中于《银行法》中,其原因一方面是日本秉承大陆法系成文立法的传统,法律制度体系条缕明晰,规整集中;另一方面是日本的股东加重义务制度内容相对美国较少,适宜集中规定。同时,在 2000 年 5 月修改的《存款保险法》中具体规定了对危机银行进行资金援助的方式。与美国不同的是,日本更重

视政府救助的作用,其存款保险制度更专注于对商业银行进行保险赔付和公共资金救助,同时在 1998 年《金融稳定化法》、1998 年《金融再生关联法案》、1998 年《金融早期健全化法案》、1998 年《金融重组促进法》、2003 年《强化金融功能的特殊措施法》等法律中规定了一系列危机金融机构的处置措施,其重心在于政府对危机银行的救助制度。⁽¹⁴⁾¹³⁰⁻¹³⁶

日本法观念的核心为“义理秩序”原则,即行为人为人履行义务,承担责任并不等待对方(履行受益人)的要求,而在于行为人的自发,应“为”什么(履行内容),也是行为人基于双方关系而产生的预知。若受益人主动提出履行要求,则将被视为是粗俗的或不信赖的而遭到排斥。履行义务人为了不使受益人陷入提出要求的境地,必须先履行义务,承担责任。⁽¹⁵⁾²⁸“义理秩序”原则构成日本法的文化内核,是银行救助中的股东救助及政府公共资金救助的法文化渊源。危机银行股东救助虽然超出了有限责任的边界,股东作为银行资产的最终所有者和最直接的利益获得者,为银行及其存款人利益着想,尽最大努力救助银行乃为其当然之责。同样道理,鉴于银行在经济系统中的重要作用,政府由于银行为经济系统提供资金融通中介,而享受治理国家之利,当银行陷入危机时,政府也当然为救助义务人之一,对银行提供政府公共资金救助乃为政府对民众及整个经济体系所负的“义理秩序”之责。

日本制度启发我们,股东救助和政府救助应当共同作为处置危机银行的措施,二者不宜偏立或偏废。股东救助虽然能够节约公共资金,但面对能够造成系统性金融风险的银行危机,股东又救助乏力时,政府救助仍为必要之措施。在不使用公共资金以维护市场公平竞争制度和动用公共资金救助以维护金融系统稳定之间,应当构建一个恰当的救助衔接机制。金融系统的稳定以及经济体系的稳健发展是一国的基本经济基础,所有的市场活动都要建立在这一经济基础之上,并且应当是危机银行救助首要考虑的问题。股东救助是必要的处置危机金融机构的措施,但不是唯一的措施,甚至在处置严重的系统性危机时不是最有效的措施,相应地,应当以危机银行处置体系化的观念对股东救助义务给予正确看待。

(二) 俄罗斯模式: 银行破产法模式

1. 俄罗斯相关法律制度

自 1992 年起,俄罗斯全面放开私人资本投资银行,准入标准也非常低,数量庞大的中小型民营银行迅速成为银行业金融机构的主体。1988 年俄罗斯第一家商业银行成立,1994 年达到 2300 家,其中大多

数为资本规模小、运营不规范的中小银行。⁽¹⁶⁾在俄罗斯本身不稳定的宏观经济背景下,银行业畸形发展导致银行业系统稳健性较差。1995年8月爆发了银行间流动性危机;1998年8月受亚洲金融危机影响,爆发俄罗斯严重的银行系统性危机;2004年5月又爆发银行体系信任危机。⁽¹⁷⁾伴随着历次银行危机救助与处置,俄罗斯政府逐渐推行银行业改革与复兴措施,其中较为重要的是通过银行业重组重新构建银行业市场结构。

在世界范围内,俄罗斯的破产法卓有特色。俄罗斯新《破产法》的突出特点是强调与鼓励拯救,尽量避免企业走到破产清算这一步,特别是对于很多大型企业来说,更多的是选择重组(реорганизации)而不是破产。俄罗斯破产程序具体包括调查(расследование)、优化财务状况(оптимизировать финансовое положение)、外部调整(внешней корректировки)、和解(примирения)等四个阶段,只有确实不能拯救的,才进入破产诉讼阶段。因此,俄罗斯破产法又被称之为企业拯救法(корпоративные спасательных права)。其中优化财务状况制度又被称为财务恢复制度,包括债务人的股东应当在不少于债务额度的150%范围内对债权人提供担保或向企业增加注册资本以供清偿,一旦债务人超出期限未履行财务恢复义务,则债权人有权立即主张债权。⁽¹⁸⁾这一特色也充分体现在俄罗斯银行破产法领域。1998年俄罗斯通过《信贷机构破产法》,1999年2月通过《银行破产法》,1999年7月通过《银行重组法》。俄罗斯银行股东加重义务制度,就是在历次政府处置倒闭银行过程中逐渐构建起来的。俄罗斯银行危机处置以中央银行主导下的企业重整为主要措施,其中,敦促信贷机构的创建人对所投资的信贷机构进行财务援助,以促进重组成功,是中央银行重组性处置措施的组成部分之一。⁽¹⁹⁾故而俄罗斯银行股东加重义务制度,并未像美国那样规定在银行业基本法中,而是规定于银行破产法中。

俄罗斯《信贷机构破产法》第7条、第8条规定,为了预防信贷机构破产,俄罗斯银行可以对银行采取下列财务重组措施,其中包括要求信贷机构创立者、参加人和其他人对信贷机构实施财务援助,包括:其一,为信贷机构的延期付款计划提供担保;其二,股东放弃股息红利分配并将其用于重组;其三,股东向信贷机构增加注册资本。俄罗斯银行股东对危机银行的重整责任,除包括了担保、股权限制、注资等内容,制度框架与其他国家和地区大体相当外,还具有鲜明的特点:其一,这一制度虽然作为俄罗斯中央银行对

危机银行处置措施的组成部分,但并非强制性规定,而是中央银行可以选择的多项处置措施之一;其二,救助主体范围较为广泛,不仅包括创建人股东,还包括参股股东和其他关系人,且没有规定救助主体承担责任的顺序。

另外,德国也采用了与俄罗斯相同的模式。但与俄罗斯不同的是,德国在银行业基本法中对商业银行股东加重义务进行了概括式的规定,又在银行破产法的银行重组程序中具体规定了股东对银行重组过程中的救助要求。德国《银行法》第45条第1款规定,如果根据信贷机构的财产、资金和盈利情况的发展情况可判断其将无法持续地满足法定要求,监管机关可以命令其采取措施增强自有资金的充足性和流动性。第45条第2款规定,监管机关有权命令银行提交一项重组计划,在该计划中信贷机构必须确定如何以及在多长时期之内可以可持续地恢复其自由资金充足性和流动性。《信贷机构重整法案》中规定了信贷机构的恢复和重整程序,其中股东权利的限制和向银行注资义务的承担是恢复和重整程序的措施之一。⁽²⁰⁾³²³

2. 俄罗斯模式的评价与启示

总体来看,俄罗斯银行业改革,无法脱离其近20年宏观政治和经济形势背景的影响,是俄社会发展总体进程和特征在金融领域的突出反映。对前苏联浓厚的计划经济观念的承袭与延续,形成了俄罗斯国家对市场的强势干预惯性,对其银行制度改革也有着深远的影响,这一点与美国金融体制变迁过程中的市场回应特征大为不同,与中国却有某些相似之处。俄罗斯和中国作为经济体制转轨国家,对俄罗斯银行改革经验和教训的总结,可作为我国银行业改革相关法律制度的重要参照系。

虽然,俄罗斯银行业监管体制改革对银行业发展有着前所未有的正向促进功效,但我们也应当看到其不足。其一,突出的表现为监管方式单一,监管规则粗放,对快速发展的金融创新缺乏监管回应。反应在银行重整中的股东义务制度中,表现为规则简单、未成系统,同时随意性较大。其二,俄罗斯商业银行股东对危机银行的重整责任,并非强制性规定,而是中央银行可以选择的多项处置措施之一。这一制度以授权性规范加以立法,削弱了股东自力承担银行风险的制度效果,同时由于股东最终是否承担重组中的援助责任取决于监管机关的选择,给银行救助中公共资金和私人资金的使用创造了博弈的条件,为监管权力寻租埋下了隐患。其三,俄罗斯模式又一突出特征是救助主体范围较为广泛,包括创建人股东、参股股东

和其他关系人,且没有规定各类主体实施救助的顺序。一方面广泛的救助主体有利于银行迅速获得援助,另一方面也为股东,尤其是控股股东推脱责任遗留下了空间。从控股股东道德风险规制的角度看,这一制度对克服有限责任制度下的股东道德风险,尤其是控股股东的道德风险,并没有产生更为优异的制度效果。

但也应看到俄罗斯模式的优势,其将银行股东的援助责任纳入银行重整制度体系中,作为银行危机处置整体系统的组成部分,对于我们理清股东在银行危机处置中的角色和地位,以及不同处置措施的关系具有重要的启发意义。俄罗斯商业银行股东加重义务的破产法模式,很好地协调了银行重整与股东救助义务的关系,能够使对银行的救助和对债权人的保护有效衔接,一旦出现救助不成功时,银行由救助程序进入市场退出程序也较为顺畅。

(三) 台湾模式:金融控股公司法模式

1. 中国台湾地区相关法律制度

上世纪80年代中后期,中国台湾地区开始推行银行民营化政策。新设民营银行的数量更是突飞猛进,自1989年到1998年十年间,民营银行从11家增加到39家。⁽²¹⁾至2001年短短四年间,另有11家公营银行官股比例降为50%以下。⁽²²⁾但是台湾迅猛的银行民营化浪潮,并未给其金融业带来健康发展的效果。到1997年台湾银行业总体资产增速放缓,从1991年的21%降为1997年的7.6%,效益低下却数量众多的银行破坏了原本勉强为继的台湾金融生态,诱发了挤兑潮,1994年到2001年之间,台湾共发生83次银行挤兑事件。⁽²¹⁾概括而言,台湾地区银行业民营化负面影响的主要原因为竞争过度和股东不当控制。⁽²²⁾

台湾地区银行业民营化的诸多问题影响了台湾参与国际金融市场的竞争力。于是台湾当局在本世纪初推出系列法律,促使金融业合并^①,并采取措施规范民营银行股东行为。台湾“金融控股公司法”承载了规范金融控股公司行为,明确监管规则,并采取措施防范金融控股公司子公司风险的爆发及在集团内的蔓延,避免金融集团不稳健带来的系统性风险等多项立法目标。其中针对金融集团内的风险控制设置了系列防范制度,股东加重义务制度是其中的关键环节。

台湾“金融控股公司法”的股东加重义务制度设计较为周密,考虑到了多种要素进行风险防范。首先,金融控股公司的各个子公司必须满足设立标准和监管要求,从而在日常经营上实现子公司的经营安

全,这是风险防范的先行措施。其次,该法第55条规定,金融控股公司的经营如有显著危及其子公司经营安全的,则金融控股公司必须在一定期限内对该经营加以处分,以使子公司摆脱该经营的负面影响;或者金融控股公司降低对子公司的控股比例或经营权控制,以降低金融控股公司对子公司的业务关联度。这是通过对金融控股公司业务限制来防范子公司出现关联性风险。再次,该法第66条规定,当子公司陷入危机状态,金融控股公司应协助其恢复正常运营状态,此即为金融控股公司加重义务制度的核心内容。最后,该法第66条同时规定,当金融控股公司现有资本实力无法帮助子公司恢复正常经营时,则金融控股公司必须处分其经营以获得资本为子公司纾困,或者金融控股公司降低对子公司的持股,为引入其他市场救助措施扫除障碍。这是通过限制金融控股公司权利或迫使其放弃既得利益的方法,来保证对子公司的救助得以实现。

2. 台湾模式的评价与启示

中国台湾地区在“金融控股公司法”中规定了金融控股公司对其银行子公司风险的预防性制度、针对风险发生时的救助制度,以及控股公司救助能力不足的补救制度等。从制度链条看,台湾的“金融控股公司法”模式,在一部法中对银行风险的预防、处置以及处置的补救进行了系统的规定,充分考虑了处置银行风险的各个环节和多种可能,不仅明确规定了控股公司对子公司的救助义务,而且对于救助义务的实现障碍进行了预防性的安排,逻辑链条清晰,体系严整周全。

但台湾模式也有不足之处,首先,并未细致规定金融控股公司向子公司的强制注资或者代替子公司的直接承债,而是概括规定控股公司“应当帮助子公司恢复正常状态”。其次,也没有规定明确的所谓“恢复正常状态”的标准,从而给控股公司承担加重义务留下灵活选择救助措施的空间。但辩证地看,粗泛的规定虽然操作起来灵活,却也容易导致监管标准难以把握,并诱使控股公司推脱责任。再次,该法第4条第1项规定“控制性持股是指持有一银行、保险公司或证券商已发行有表决权股份总数或资本总额超过百分之二十五,或直接、间接选任或指派一银行、保险公司或证券商过半数之董事。”故该法所调整的银行控股公司局限于法定持股比例和控制关系的范

^① 2000年11月24日,台湾出台“金融机构合并法”,以法律引导金融机构同业合并;2001年6月27日颁布“金融控股公司法”,引导金融机构异业合并。

围内。台湾模式仅在“金融控股公司法”中规定金融控股公司对其子公司的救助义务,并明确其适用主体范围,使得股东加重义务的适用主体范围过于狭窄,刚性有余而灵活不足。一旦出现银行危机,这种刚性的救助主体的限定,将限制对银行股东群体经济能力的调动,仅依赖少数股东的力量实施救助,给银行自力救助增加了难度。

我国台湾地区与大陆地区虽然在经济发展态势和金融系统特征方面,有着诸多不同,但两地具有相同的法律文化渊源和民族心理习惯,在立法的借鉴上具有先天的优势条件。但这并不等同于照搬台湾制度是一个最优的选择。全面分析台湾地区金融控股公司加重义务法律制度,其标准模糊、刚性突出的缺陷应为大陆地区的前鉴而加以避免,其较为细致周全的加重义务实现制度可作为制度经验加以吸收。

四、中国民营银行股东自担风险立法模式的选择

(一) 中国现有相关立法基础

在金融法方面,首先,银行法领域中,现有《商业银行法》作为调整商业银行的基本法律规范,同时有《银行业监督管理法》作为银行监管法,另有众多行政法规组成银行业法律规范的制度系统。其中2015年生效实施的《存款保险条例》,是为适应商业银行快速发展和风险处置的需求,而推出的存款保险法律制度。由于我国存款保险制度刚刚施行,所以实施初期在法律形式上选择了立法和修正更为灵活的行政法规形式。在内容上,《存款保险条例》仅有23条,仅规定了存款保险机构、赔付、基金等存款保险基本内容,与其他国家的存款保险法在体系完备程度上相去甚远。在商业银行股东加重义务的相关法律制度上,2013年颁布的《商业银行公司治理指引》中规定了股东对银行的资本维持义务,其第11条规定“股东特别是主要股东应当支持商业银行董事会制定合理的资本规划,使商业银行资本持续满足监管要求。当商业银行资本不能满足监管要求时,应当制定资本补充计划使资本充足率在限期内达到监管要求,并通过增加核心资本等方式补充资本,主要股东不得阻碍其他股东对商业银行补充资本或合格的新股东进入。”

在破产法方面,《破产法》可以适用于调整所有中国公司的破产。银行作为一类特殊公司,原则上也可适用《破产法》的基本制度来调整破产活动,但由于银行资本、经营及债权的特殊性,一般性的《破产法》在调整银行破产方面往往有诸多不适应,而我国目前尚没有专门的银行破产法。故在现实中出现了

金融市场中银行只进入不退出的情况,从长远来看,无法充分实现优胜劣汰的竞争法则,不利于中国银行业的健康发展。从立法趋势看,中国银行业机构民营化范围日渐扩大后,银行的淘汰和市场退出机制的建立显得尤为紧迫,银行破产法是当前中国金融形势下必要的法律制度之一,应在充分论证的基础上尽快予以出台。

在公司法方面,1993年颁布的《公司法》历经四次修改,现已形成一套具有突出的公司市场准入激励功能的制度系统。但在股东义务方面规定较为笼统,尤其是银行这类特殊公司的股东义务规定基本缺失。另外,对于解决公司股东的道德风险问题,除公司法人格否认制度外,并没有其他专门的制度设计。

(二) 中国不宜采用金融控股公司法模式

首先,受中国金融分业经营现实的限制,以及此前对金融控股公司的政策抑制的影响,当前我国金融控股公司数量不多。另外,由于中国目前实行金融分业监管体制,银行、证券、保险三大监管职能的条块划分和履行,并不能适应金融控股公司集团内混业经营实际下的综合监管需要,虽然也有学者提出对金融控股公司控制下子公司进行功能监管的制度设计,但对于金融控股公司本身的监管,中国目前并没有适当的监管机制予以实现。凡此种种,导致虽然晚近出现了金融控股公司较快的发展势头,学界对金融控股公司的研究和法制建设的呼吁也日益强烈,但金融控股公司法仍迟迟未能出台。缺乏基础法律支撑,此为不宜采用金融控股公司法模式的原因之一。

其次,如前所述,金融控股公司法仅调整商业银行的控股公司,而对于银行的其他股东并无法予以规范。《商业银行公司治理指引》第11条中规定了股东对银行的资本维持义务,指向的义务主体是“主要股东”,而并不局限于控股股东的范围之内。同时,应监管机构的要求,中国2014年成立的五家新设民营银行的发起人承诺自担风险也并未限定于控股股东范围之内,如前文提及的上海华瑞银行发起人协议约定“持有5%以上股份并签署《主发起人风险自担机制的相关承诺》的发起人”承担股东加重义务。民营银行现行自治规则与以金融控股公司法模式进行股东自担风险的规定也不相匹配。

再次,从中国当前民营银行股权结构看,除中国平安银行存在具有明显持股比例优势的控股股东

外^① 其余民营银行并没有明显的一股独大的控股股东。截至 2015 年 6 月,民生银行前十位大股东(除首位的香港中央结算(代理人)有限公司代表香港投资者合计持股 18.9% 外,从第二大股东到第十大股东,持股比例从 6.49% 到 2.30%^②); 2014 年新设五家民营银行的前六位股东持股比例如下表:

表 1 新设民营银行前六位股东持股比例

前海微众银行		天津金城银行		浙江网商银行		上海华瑞银行		温州民商银行	
股东	持股	股东	持股	股东	持股	股东	持股	股东	持股
深圳腾讯网域公司	30%	天津华北集团公司	30%	浙江蚂蚁小微金服	30%	上海均瑶集团	30%	正泰集团公司	29%
深圳百业源公司	20%	麦购(天津)集团	18%	上海复星工业公司	25%	上海美特斯邦威	15%	浙江华峰公司	20%
深圳立业集团	20%	天津泛亚太公司	10% 以下	万向三农集团公司	18%	上海众恒信息公司	20%	森马集团	9.9%
深圳淳源投资公司	9.9%	天津华平物流公司	10% 以下	宁波金润资产公司	16%	上海骋宇公司	10% 以下	浙江奥康鞋业	9.9%
深圳横岗投资公司	5.0%	天津万兆投资公司	10% 以下	杭州禾博士公司	8%	德邦控股集团	10% 以下	力天集团	9.9%
深圳光汇石油集团	4.0%	天津鑫华商厦公司	10% 以下	金字火腿公司	3%	赣商联合公司	10% 以下	浙江富通公司	9.9%

数据来源:作者收集各银行工商登记信息

从各银行的股权结构看,普遍存在二至三位主发起人股东,持股比例相对较高,但每一位都未达到控股程度。所以目前我国大多民营银行并没有一股独大式的控股股东,故不适宜采用《控股公司法》模式来对股东行为加以规范。

(三) 中国应采用银行法为主,存款保险法和破产法为辅的立法模式

首先,以银行法为主要立法形式。民营银行“股东自担风险”转化为法律语言,可概括为民营银行“股东加重义务”,它突破了公司法中股东有限责任的基本原则,由银行这类特殊公司的股东,出于对社会公共利益和银行经营稳健的维护,超出其他类型公司股东仅以出资或所持股份为限对公司承担责任的边界,在银行陷入经营危机时,以多种方式向银行额外投入资本,以此承担银行经营风险,是对有限责任的修正性制度。有限责任原则是公司法的基本原则,而公司法作为商业组织基本法,对公司法基本原则的

挑战应当或者以公司法为之,或者以同效力等级的银行业基本法为之,方能理顺股东加重义务作为银行业特别公司法制度的地位。目前我国关于商业银行股东加重义务的规定,见于银监会颁布的《商业银行公司治理指引》这一部门规章中,其立法层级较低。银监会作为国务院直属单位,其立法的效力位阶远远低于全国人大颁布的公司法,部门规章更是不足以匹配加重义务作为公司法基本制度修正的法制地位。建议在修改后的商业银行法中增加股东加重义务的概括规定。同时,在公司法中应当规定银行等特殊类型的公司股东的特殊义务的概括条款,以及适用商业银行法的指引性的条款,以保证公司法与商业银行法适用上的衔接。

其次,基于存款保险公司的监管权,在存款保险法中规定具体操作内容。从制度的主要功能看,存款保险法主要规范存款保险法律关系,主要目的为对银行危机以存款保险进行债权人保护,但为避免存款保险基金的滥用,各国往往赋予存款保险公司对商业银行一定的监管职能,以更有效地利用保险基金。尤其是在动用存款保险基金救助危机银行之前,存款保险公司往往要求商业银行及其股东承担部分危机处置责任,以分担银行经营失败的损失。所以在存款保险法中对商业银行股东加重义务予以规定,较为合适,可以有效衔接商业银行的危机自救机制和存款保险制度,提高对商业银行救助的系统性和效率。对此,可以在《商业银行法》中对股东加重义务作出原则性和体系概括性的规定,而在《存款保险法》中规定股东承担加重义务的具体制度内容,以《商业银行法》的概括规定来满足成文法的相对稳定性要求,以抽象的制度原则满足成文法对快速发展的金融关系的调整适应性;以《存款保险法》的具体规定来实现成文法的操作性要求,以相对具体的实体和程序内容来满足复杂的金融关系的调整需要。

但需要注意的是,在美国、日本等国家的存款保险制度较为发达,存款保险公司的业务经验也较为丰富,而中国存款保险制度刚刚实施,存款保险机构尚不具备丰富的监管经验,所以短期内在中国赋予存款保险公司以实施股东加重义务制度的职责,尤其需要在《存款保险法》中加入对存款保险机构的行为调整

^① 平安银行首位大股东为中国平安保险集团股份有限公司,截至 2015 年 9 月 30 日持股比例为 49.56%, [2015-12-24], 参见平安银行官网, <http://bank.pingan.com/ir/gubenxinx/index.shtml>。

^② 参见民生银行官网, <http://www.cmbc.com.cn/cs/Satellite?c=Page&cid=1375342549740¤tID=1356495496364&detailID=1384592566755&pagename=cmbc%2FPage%2FTP%2FTodayMinShengDetailCLayout&rendermode=preview>, [2016-12-24]。

规范,以存款保险机构内部高效合理的运行机制和严格的行为规制,来保证制度的有效实施。

再次,在银行破产法中,以银行重整制度对其加以体现。应该看到,商业银行股东加重义务制度与银行重整制度并非同一制度,二者是交叉关系。在制度功能上,重整制度以处置债权债务为前提,以恢复经营正常状态,从而维护企业存续与运行,最终满足债权人权益的实现为目的。所以银行重整制度除包括股东加重义务制度中的强制注资、强制股权出售、限制股权等制度外,还包括债权和解、债转股等制度内容。而商业银行股东加重义务制度的制度目标除包括股东对银行实施救助,以恢复银行资本正常状态外,还包括克服股东道德风险,加强银行信用基础等目标,在制度内容上除包括在资产上对股东强制转移的制度,还包括股东对银行债务的担保、股东对银行经营失败损失的分担等制度。但出于两项制度在恢复银行正常经营状态目标的一致性,可以在股东对危机银行救助的制度内容方面协同立法。具体做法是在商业银行破产法的破产重整部分,规定银行股东对濒临破产银行的重整义务,包括强制注资等,这些义务在性质上也可归于银行股东加重义务。但在制度内容设计和具体实施上,应注意与《商业银行法》和《存款保险法》相协调。在具体立法技术上,可以考虑在银行破产法中使用具体规定和适用指引相结合的方式确定具体条文。

(四) 股东加重义务制度与其他银行救助制度的衔接

1. 政府救助

2008年席卷全球的次贷危机,给金融风险预防和处置带来了诸多经验和教训,其中最重要的教训是大型金融机构的危机处置路径与模式的选择。时任美国联邦储备委员会主席本·伯南克认为“如果危机只有一个教训的话,那就是必须解决太大而不能倒问题”。⁽²³⁾以美国为例,危机中美国政府动用公共基金救助大型金融机构,使其获得了明示或默示的公共补贴,而另一些金融机构包括小型金融机构在内,却由于没有获得政府救助而倒闭。这种对“太大而不能倒”机构的政府救助削弱了市场自律,并扭曲了经济激励。⁽²⁴⁾⁷⁰⁷与美国相似,英国和其他欧洲国家也实施了超过八十个旨在恢复金融系统稳定的救助计划,由此欧洲国家承担了高昂的公共资金救助成本。救助成本与市场秩序的破坏,是构建商业银行救助体系必须予以考虑的因素,这促进了危机过后多元的救助系统的形成。

美国国会于2010年7月通过《多德-弗兰克华

尔街金融改革与消费者保护法》(下称“《多德-弗兰克法》”),虽然美国学者认为这部法案在解决“太大而不能倒”的问题上存在种种妥协和不足^①,但与以往金融立法不同的是,这部法案建立了包括金融机构自救、市场化救助和政府救助在内的问题金融机构多元救助系统。在自救措施上,该法在第一章C节规定了联邦储备委员会对某些非银行金融公司和银行控股公司的附加权力,其中第166条规定了“预先救济要求”,要求金融控股公司对正处于不断增加财务困境的公司采取系列特定救济行动,如出资限制、资本重整、筹集资本、关联交易限制、资产出售等,以使该公司将要破产的可能和该等破产对美国金融稳定的潜在损害降到最小程度。该法在第二章有序清算部分规定了对危机金融机构的市场化救助措施,第204条规定了以存款保险保障存款人权益和设立过桥金融公司的市场化救助措施。第214条规定了禁止使用纳税人资金对联邦存款保险公司接管的所有金融公司进行清算,这一条被视为是禁止公共资金救助私人金融机构的条款。《多德-弗兰克法》构建了股东、市场和政府多元主体的救助体系,其中作为股东的金融控股公司承担的预先救济,是救助危机机构的首发程序与措施;存款保险和过桥机构作为市场化处置措施,作为救助危机机构的后续措施;而政府救助系由纳税人承担金融机构清算损失的措施,应当作为最后的危机解决方案并应尽力避免。

应当看到,从危机救助效果角度,政府救助在整个救助体系中是确有必要存在的。如前文所述,日本对危机银行的救助更多采用了政府救助方案,证明在克服和处置由金融机构危机所导致的系统性金融风险时是较为有力的。但即使如此,日本银行法也将银行控股公司的救助作为先于政府救助的程序,前置适用。在金融机构的危机救助系统中,股东以加重义务首先自力救助银行,原因在于,一方面,来自银行内部的自救措施更为高效快捷,对于处置瞬息万变的金融风险更有效率;另一方面,可以有效避免来自银行内部的道德风险,使股东权利与义务、利益与风险相一致。

2. 存款保险处置措施

^① 如乔治·华盛顿大学法学教授亚瑟·维尔玛认为,这部法案没有解决太大而不能倒问题,如它温和地强化了当前立法对大型金融机构规模扩张的限制,但没有关闭重大法律漏洞;虽然使大型金融机构置于联合监管以及加强的审慎标准之下,但这些规定不可能阻止未来对这些机构的公共救助;没有要求大型金融机构支付保险金为有序清算基金提供事前融资,等等。参见亚瑟·维尔玛《多德-弗兰克法案应对“太大而不能倒”问题的不足与缺陷》,毅友译,《公司重整法律评论》第3卷,法律出版社2013年版,第128-222页。

提及股东加重义务,容易使人产生一个疑问:既然我国已经构建了存款保险制度,对存款人这类由银行风险所造成的最主要受害人来说,存款保险能够起到一定的保护作用,是否还有必要建立股东加重义务制度?对这个问题的分析应当回到两个制度的根本目的,存款保险制度的根本目的是保护存款人的利益,是防止银行风险溢出损害存款人私人利益;而股东加重义务的根本目的指向银行和金融系统,通过股东注资或其他措施维护银行的资本稳定,避免银行倒闭,是防止银行风险溢出损害金融系统稳定的公共利益。在具体实施层面,存款保险制度的保险金赔付对象是存款人,而股东加重义务的股东资本注入对象是银行,资本流向的不同也反映了两个制度不同的制度效果。从这一点看,这两个制度承载着不同的制度功能,不能相互替代。

需要进一步说明的是,从其他国家和地区的现有存款保险制度看,其制度内容中也包括要求银行股东采取措施帮助银行恢复资本稳定,如美国存款保险法中的“立即矫正措施”,这恰恰说明了股东加重义务与存款保险制度的衔接逻辑。美国《存款保险法》中的“立即矫正措施”是当发现银行陷入资本不足甚至更严重的状态时,监管机构采取的一项矫正银行状态的监管措施,其中包括要求银行制订资本回复方案,同时要求银行控股公司对这项回复方案采取措施加以保证。美国学者认为这是银行控股公司对其子银行的垂直保证^①,使控股公司承担了由其附属银行机构所带来的更多损失成本,是一种对银行控股公司金融义务的纵向调整。⁽²⁾²⁹⁰按美国学者的观点,“立即矫正措施”是股东加重义务的内容构成之一,是银行股东加重义务的制度体系的一部分。它是存款保险机构作为获得法律授权的银行监管机构,在承担存款保险赔付责任之前,依法定标准和条件采取的一项维护银行资本稳定的监管措施,股东应监管要求对银行的危机自救是其中的重要内容。故而,以银行股东加重义务为内容要素的“立即矫正措施”是存款保险赔付的前置程序,两者非但不互相排斥,相反,是互为依存

和共生的。

应当看到,存款保险资金作为一种公共资金,对个别参保存款机构的“过度”救助,也将损害公共资金利用的公平性,同时可能引发参保存款机构的道德风险。更为重要的是,对存款保险金的无限制利用,将损害存款保险机构和机制本身的安全性,进而损害整个金融系统的安全。在这方面并非没有教训。20世纪80年代至90年代初美国银行危机使储户损失14亿美元,共有9755家银行倒闭。这场危机中美国存款保险机构很好地履行了及时提供资金,确保储户的损失得到赔偿这一职责,“尽管在此期间众多银行和储蓄机构破产,但是没有储户在已保存款上受到任何损失”。⁽²⁾²⁹⁰结果是,1980年至1994年间,联邦存款保险公司用于处置破产银行的费用大约为363亿美元,承担了全部存款机构损失的接近四分之一。⁽²⁾³⁹到1988年,联邦储贷保险公司(FSLIC)保险基金负债750亿美元,所有已保存款的损失比率上扬了1.48个百分点,最终联邦储贷保险公司破产。⁽²⁶⁾其后美国陆续推出存款保险制度改革,在其中增加股东对危机银行的救助义务,并纳入《存款保险法》中。

从这一意义上说,股东加重义务不仅具有保证参保银行资本稳定的功能,还有辅助保护存款保险资金不致滥用的功能。股东加重义务作为一个制度体系,其部分内容是作为存款保险制度的一部分存在的,对存款保险中保险赔付这一核心制度起到前置缓冲作用;而存款保险赔付作为股东自力救助不能的接续性措施,承接了股东加重义务功能,加强了对危机银行可能造成的金融系统混乱的制度阻断。

① 与之相对应的是美国1989年《金融机构改革、复兴和实施办法》中的“交叉保证”条款,该条款允许在同一银行控股公司系统内,因另一家被联邦保险的储蓄机构倒闭而导致联邦存款保险公司遭受损失,则联邦存款保险公司可以要求银行控股公司一般控制下的银行承担上述损失。这一条款被称为对子银行的横向保证。

参 考 文 献

- (1) 罗豪才,宋功德. 公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的透视(J). 中国法学, 2005(5): 3-23.
- (2) [美] 哈威尔·E·杰克逊,小爱德华·L·西蒙斯. 金融监管(M). 吴志攀,等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- (3) 张文显. 法哲学通论(M). 沈阳: 辽宁人民出版社, 2009.
- (4) Howell E. Jackson. The Expanding Obligation of Financial Holding Companies. Harv. L. Rev (J). 1994(summer): 514-619
- (5) Mayer C. Financial Systems, Corporate Finance, and Economic Development (M). Asymmetric Information, Corporate Finance

and Investment. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

- (6) 黎四奇. 后危机时代问题金融机构处置法律制度完善研究 (M). 广州: 世界图书出版广东有限公司, 2014.
- (7) 郭金良. 系统重要性金融机构市场化处置法律制度研究 (D). 辽宁大学, 2014.
- (8) 王去非, 应千凡, 焦琦斌, 等. 美国中小银行“倒闭潮”的回顾与启示 (J). 银行家, 2012 (1): 79-82.
- (9) FDIC. Managing The Crisis: The FDIC and RTC Experience 1980-1994 (EB/OL). (2015-12-24), <https://www.fdic.gov/bank/historical/managing/>, 1998: 93 last visited 2016-5-10.
- (10) [日] 奥村洋彦. 日本“泡沫经济”与金融改革 (M). 余熯宁, 译, 余明, 校. 北京: 中国金融出版社, 2000.
- (11) [日] 鹿野嘉昭. 日本的金融制度 (M). 余熯宁, 译, 余明, 校. 北京: 中国金融出版社, 2003.
- (12) 赵旭梅. 日本政策性金融体系改革的制度设计及启示 (J). 日本学刊, 2012 (4): 19-23.
- (13) [日] 河邑宗昭. 日本金融控股公司的监管历史与前景 (J). 经济导刊, 2004 (10): 26-28.
- (14) 日本存款保险制度课题组. 日本存款保险制度 (M). 北京: 中国金融出版社, 2007.
- (15) [日] 六本佳平. 日本法与日本社会 (M). 刘银良, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006.
- (16) 庄起善, 袁菲菲. 俄罗斯银行业改革与发展 (1988-2007): 动荡、危机到稳定 (J). 学术交流, 2008 (5): 58-65.
- (17) 徐向梅. 俄罗斯银行改革、危机与启示 (J). 经济社会体制比较, 2009 (10): 62-67.
- (18) Дмитрий Кошелев. Банкротить по-русски - Досудебное оздоровление. 德米特里·科舍廖夫. 俄罗斯式破产: 法庭外重整 (EB/OL). (2015-12-24), <http://www.seminars.ru>.
- (19) 姜睿. 俄罗斯银行业风险及其监管研究 (J). 俄罗斯研究, 2007 (6): 59-64.
- (20) 德意志联邦银行. 德国银行重组法的基本特点 (M) // 严华, 译. 公司重整法律评论. 北京: 法律出版社, 2013.
- (21) 索丽娜, 康书语. 我国台湾地区开放民营银行设立的启示与借鉴 (J). 国际金融, 2013 (12): 16-24.
- (22) 杨胜刚. 台湾地区公营银行民营化的进展与问题 (J). 国际金融研究, 2003 (3): 28-32.
- (23) Bernanke S. B. Chairman, Fed. Reserve Bd., Cause of the Recent Financial and Economic Crisis, Statement Before the Financial Crisis Inquiry Commission (EB/OL). [Http://www.Federalreserve.Gov/newsevents/testimony/bernanke20100902a.htm](http://www.Federalreserve.Gov/newsevents/testimony/bernanke20100902a.htm). 2010-9-2 last visited: 2015-10-20.
- (24) Wilmarth E. A. Reforming Financial Regulation to Address the Too-Big-to-Fail Problem (M). 35 Brook. J. Int. 2010: 707.
- (25) FDIC. Managing The Crisis: The FDIC and RTC Experience 1980-1994 (M/OL). <https://www.fdic.gov/bank/historical/managing/>, 1998: 242, last visited 2016-5-10.
- (26) [美] 联邦存款保险公司. 美国 20 世纪 80 年代至 90 年代初银行危机研究——历史与教训 (M). 朱崇实, 刘志云, 等译. 厦门: 厦门大学出版社, 2010.

(本文责任编辑 松 明)