

● 国际法

论欧盟银行重组与清算制度*

刘建新

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 刘建新(1967-), 男, 湖北宜昌人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际金融法研究。

[摘 要] 欧盟《信用机构重组与清算指令》是欧盟银行市场退出机制的一个重要部分。它的制定, 不仅保持了与《第一银行指令》、《第二银行指令》立法宗旨相统一, 而且保持了与《破产诉讼条例》的法律原则及其程序相一致, 从而为欧盟金融市场一体化、统一金融法制并完善市场退出机制扫清了障碍, 使单一银行执照制度及其母国控制原则更加完备。

[关键词] 重组与清算指令; 母国控制; 市场退出

[中图分类号] DF 96 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)06-0659-06

根据欧盟《金融服务纲要》中提出的在 2005 年建立完全一体化的单一金融服务市场的目标要求, 欧盟于 2000 年 11 月提出了未来 6 个月需要优先考虑并完成的 10 个重要事项, 其中关于审慎监管规则方面的一项就是制定关于银行与保险公司的重组与清算指令。2001 年 4 月, 欧盟理事会如期正式批准通过了《信用机构重组与清算指令》(以下简称《指令》)。《第一银行指令》、《第二银行指令》等一系列关于信用机构方面的监管法规奠定了一体化的法律基础, 欧盟《信用机构重组与清算指令》的颁布, 对于欧盟金融市场一体化的建设与发展具有重大推动作用。作为建立单一监管框架的重要审慎监管规则, 该《指令》的出台, 为在整个欧盟内规范信用机构重组与清算程序、统一法律适用规范并健全有问题银行处理制度, 从而根本实现“设立和提供服务自由”及金融市场一体化, 提供了更加有力的法律支持与保障。欧盟《信用机构重组与清算指令》虽然是一部区域性立法, 但正如欧盟所指出的, 欧盟《信用机构重组与清算指令》对于国际私法理论与实践的探讨和发展, 具有重要意义。本文主要从《指令》出台的背景、其体现的立法宗旨与基本原则、主要特点及存在的局限论述欧盟的银行重组与清算制度, 并从中得出结论。

一、《指令》出台的背景分析

欧盟市场一体化, 也是金融市场一体化、金融市场重组与合并的过程, 同时也是市场竞争与风险加剧的过程。仅在 1998—2000 年, 欧元区内 40 家最大银行中就有一半以上的银行涉及到重大合并重组案^[1](第 134 页)。同时自 20 世纪 90 年代以来, 国际银行业危机不断, 如国际商业银行信贷公司(BCCI)、巴林与里昂银行事件等。银行的兼并重组、破产倒闭关系到国家金融体系的稳定与存款人的切身利益, 迫切需要欧盟对此进行立法管制; 为防范风险传染, 需要建立有效的金融市场退出机制和金融安全网。《第一银行指令》和《第二银行指令》的颁布实施, 有关信用机构的设立准入和经营障碍被逐步消除。但

* 收稿日期: 2002-06-06

欧盟各成员国在对有问题银行处理制度上,仍表现出较大的差异,给欧盟金融市场的退出管制及其一体化进程造成障碍,这主要表现在三个方面。

(一) 银行监管机构及其权限问题。欧盟成员国对银行的监管有的由其中央银行负责,有的则是由另外组成的金融监管机构负责(如德国、英国),有的则由财政部负责(如芬兰)。而且,银行的重组与破产清算,司法部门更是责无旁贷。因此,如何协调各国银行主管或监管部门相互间的关系及其与司法机构的合作,在欧盟及成员国间建立高效的合作机制,对于确保有问题银行重整与清算的有效实施至关重要。

(二) 银行的重组与破产清算所涉及的大量法律适用问题。跨国银行的清算或破产的法律适用历来是有争议的问题,如清算案件的管辖权问题、清算人的权限问题、清算财产的认定问题、抵消权的范围问题及其所有权保留问题等。在法律适用上,英国适用于商业法人的清算法也适用于银行,卢森堡则由法庭根据具体情况逐一决定适用于商业法人的清算法是否也适用于银行。英国还规定了强制性的抵消制度,不要求所抵消的债权债务是同一币种、或须在同一机构的账户上、或发生在同一个国家,抵消范围较广。卢森堡的法律规定,一旦发生了清算命令,就不允许对债权债务进行抵消,除非债权债务在相关交易进行时就达成了特殊协议。银行的重组与破产清算其关键是要解决其涉及的复杂法律问题,否则只会在实践中造成混乱。

(三) 存款保险制度所产生的问题。各成员国成立的存款保险管理机构,有的不仅需要履行部分日常监管职责,当投保的信用机构出现流动性风险或是面临倒闭清算时,存款保险管理机构还需要对有问题信用机构直接进行救助、接管或组织清算,并在赔付存款后相应取得代位求偿权。欧盟现 15 个成员国中,大多数国家实行了存款保险制度。由于强制性保险(如比利时、法国、意大利、卢森堡和英国等)与自愿性保险(如荷兰、德国等)安排的不同、存款保险所覆盖的金融机构类型不同、予以存款保险种类与币种的不同,欧盟各成员国间不同的存款安排势必造成存款人在银行清算中的利益冲突与不均衡。虽然欧洲议会和理事会 1994 年 5 月颁布的《存款保险安排指令》(Directive 94/19/EC)对此作出了基本协调,但该“指令”同时指出,那些在母国采取强制性原则、要求信用机构实行存款担保的,越来越显示出需要互相承认所采取的重置措施和清算程序的效力。

由于欧盟理事会 2000 年 5 月发布的关于“破产诉讼条例”,明确指出该“条例”不适用于有关保险公司、信用机构和从事具有持有基金或证券以及集团投资性业务的投资公司;而且欧盟 2001 年 3 月如期正式发布了关于“保险公司重组与清算指令”。因此,尽快在欧盟专门制定一个有关信用机构重组与清算方面的指令势在必行。金融经济主权作为国家主权的重要部分,各国对其进行立法管制自然而然应是其国内立法的领域。但正如欧盟多次指出的,各国法规的不同并不能成为阻碍和放缓一体化进程的托词。为与欧盟所确立的一体化目标一致,欧盟经济协调与平衡发展需要消除任何不利于自由设立和提供服务的障碍。

二、《指令》的立法目标与基本原则

由于欧盟一体化的进程,并不一帆风顺,欧盟不断新增的成员国,也提出了新的要求。作为对现实积极反映并努力规范信用机构相关制度的立法,也是一波三折,几近破产夭折。早在 1970 年,根据欧盟理事会与委员会之间的决议,就由来自成员国专家组成的一个工作组,负责起草“有关破产、清算、和解及类似诉讼程序公约(草案)”,并将其“草案”提交各成员国的政府提出意见。后由于新成员国的不断加入,该工作组间断多年后得以扩大并重新开始工作。1985 年 12 月欧盟委员会根据欧盟条约第 47 条规定,提出有必要单独制定“有关信用机构重组及清算指令”,指出监管规则,尤其是关于许可、金融监管以及重组、解散等方面的规则,要运用一种最低限度的协调作为各成员国相互承认对方为保护公共利益而采取的行动基础,从而促进金融产品和服务在整个共同体内自由流动^[2](第 345 页)。《信用机构重

组与清算指令》除序言部分外,共有5章36条,分别就信用机构的重组、清算及其二者间存在的共同点进行了规定。从中可以看出,《指令》对欧盟银行重组与清算制度确立了以下立法目标与基本原则。

(一)立法目标。为了确保公平对待所有债权人、和能够使信用机构的重组与清算在整个欧盟真正发挥作用,《信用机构重组与清算指令》致力于达成两项目标:第一,母国的行政管理或司法部门享有惟一的职权来批准与实施银行的重组措施与清算程序;第二,居住在其他成员国而不在母国的债权人的利益均应得到同等保护。由此可以看出,欧盟已就信用机构的市场准入、经营监管到市场退出机制建立了一套相对完善的法律体系,使欧盟“银行单一执照”制度更加成熟与完备。

(二)基本原则。在欧洲货币政策协会1998年10月递交的咨询意见中,首先就说明建议制定“信用机构重组与清算指令”其目的是在于根据统一和普遍性原则确保银行母国所采取的重组措施和清算程序能在整个欧盟内得到有效认可,并切实能够遵照执行。从《指令》的相关规定中,如与其他有关监管机构的密切合作、发布重组措施与清算程序的消息、公平对待居住地不同的债权人权益等,可以看出《指令》所确立的主要原则。

1. 统一性原则。根据在欧盟建立一体化的金融市场和推行“单一执照”的规定与要求,信用机构凡进行重组与清算,而且包括该信用机构设立在其他成员国的分行,《指令》规定,均由单独授权的信用机构母国的管理部门或司法当局决定。

2. 普遍性原则。银行母国管理部门或司法当局所作出的重组与清算决定,一旦该决定在有权作出开始重组与清算程序的成员国生效,在所有其他成员国也具有同等效力(除非该《指令》有另外其他的规定)。而且《指令》指出,即使可能对抗和抵触位于其他成员国内的第三方、即使东道国适用的相关法律规则不能提供相应的手段、或者不具备执行这些重组与清算决定所需要的相应条件,也不需要办理任何其他的额外手续,确保作出的重组与清算决定在各成员国具有普遍效力。

3. 公开性原则。金融机构有效防范银行挤兑、金融恐慌和“多米诺效应”的一个重要方面就是金融信息的及时透明公开。《指令》关于重组与清算开始程序的公告、及时通知债权人和加强银行母国与东道国信息交流等方面的规定,都体现了这一原则。如关于重组与清算决定的公告,必须在12天内刊登在“欧共体公报”和每一个成员国至少两种全国性报刊上。

4. 保护投资者利益原则。重组是最后一次努力,清算则是最后一次法律救济,二者都是为了最大程度地保护投资者的利益。《指令》关于通知债权人与债权申报程序事项的规定就是为投资者行使权利提供法律保障;而且《指令》明确要求,这种通知义务不是一次性的。接管人或清算人在信用机构进行重组与清算的整个过程中,应注重保护各方投资者利益,并采取可行方式把信用机构重组与清算的进展情况及时告知所有债权人。

三、《指令》的主要特点

银行的重组及其清算,特别是在跨境设有分行的情况下,既涉及银行母国,又涉及设有银行的东道国;既关系到银行主管部门或监管机构,又涉及相关的司法机构;既涉及成员国的国内法规范,又涉及相关的国际法规范;既涉及实体法,又涉及程序法。作为欧盟银行法律制度的一部分,《信用机构重组与清算指令》主要从银行重组与清算的程序方面的事项及其法律适用问题进行规制,从而来建立与完善欧盟银行重组与清算制度。信用机构的重组与清算的主要问题,就在于如何协调银行母国隶属与东道国监管之间的关系、是否承认银行母国采取的重组措施与清算程序的效力、能否公正解决各方权利争议及其法律适用问题。《指令》对此作出了明确回答,其特点主要表现在以下几个方面。

(一)体现了信用机构母国控制原则。除第三国信用机构的重组与清算外,《指令》规定有问题银行的重组与清算决定必须由授权设立信用机构的母国金融主管当局或司法机构作出。同时在法律适用问题上,只要该《指令》没有作出相反的规定,信用机构的清算应适用母国的法律、规章和有关程序,特别是

以下事项:1. 清算程序开始后信用机构财物的隶属管辖和所获财物的处置;2. 信用机构和清算人各自的权限范围;3. 行使抵销权所需要的法律要件;4. 清算程序对信用机构作为当事人一方所签当前合同的法律效力;5. 清算程序对每个债权人所提诉讼的效力;6. 清算程序开始后针对信用机构债权申报以及由此引起的债权处理;7. 有关索赔请求权的提出、审核及承认的规则;8. 有关财产变现后的收益分配、债权申报的排名顺序规则,以及那些在破产程序开始后因为相关的权利或是通过行使抵销权、已经获得部分理赔的债权人的权利;9. 有关破产诉讼的法定条件、法律效力和终止规定,特别是通过签署债务和解协议的情况下;10. 清算程序终止后的债权人的权利;11. 关于谁来承担发生在清算程序中的各项费用和开支;12. 损害所有债权人权益行为的无效、撤销或不予执行的认定规则。

(二) 突出了信用机构重组优先的原则。银行的破产较其他工商企业对社会危害性更大。各国首先是对银行进行重组或促使其并购,“保全银行的运营基础,在保护存款人利益的同时,对社会来讲也避免了一场金融服务业的恐慌。因此通常被认为是一种较为优选的处理方法。”^[3](第 6 页)破产清算则是各国都尽力避免的方式,《指令》也体现了这种重组优先原则。重组与清算作为解决陷入财务或经营困境信用机构的二种制度与方式,前者注重于积极挽救,以使被重组的信用机构恢复其正常的经营能力与业务活动;后者则是根据国内公司法、银行法和破产法等法规对信用机构的债权债务进行清算,直至取消其授权或关闭有问题的信用机构。通观欧盟关于《信用机构重组与清算指令》的规定与内容,与世界其他国家或地区一样,也把对有问题信用机构的重组或重整作为破产清算之前的一种优先程序,但并不是一种必经程序。

(三) 程序法的规定多于实体法的规定。由于各国都建立了比较健全的市场运行机制与法律体系,欧盟所要做的是在统一协调基本标准的基础上,建立和健全有效沟通渠道与争议解决机制方面的程序法规范,其他大量关于银行重组的具体措施、重整并购及其所有权或控股权的变更、公司治理结构及其内控机制等实体内容仍依其国内公司法、银行法、反垄断法和破产法等法规。

(四) 体现了国际私法的相关原则。跨国设有银行分行的情况下,其重组与清算面临复杂的法律适用问题。《指令》在重组与清算中的法律适用问题上,不仅保持了与欧盟《破产诉讼条例》在适用法律规范上的一致,也保持了与国际私法相关主要原则的一致,如关于雇佣合同、不动产、船舶或飞行器适用法律方面的规定,所有权的保留与抵销权的行使问题、物之所在地法、净提与回购协议以及未决诉讼的管辖权问题等。虽然根据《指令》第 10 条规定有 12 项适用信用机构母国的相关法律,但根据国际私法的最密切联系原则,也需要根据合同及有关权益实际选择适用相应的准据法。

1. 用工合同、不动产、船舶或飞行器等涉及的法律适用问题。《指令》第 20 条规定,重组措施和展开的清算程序,对于雇佣合同及其关系,仅适用该成员国有关雇佣合同方面的法律规范;对于有关不动产使用权或购买权的合同,仅由不动产所在成员国的法律管辖,并根据该成员国的法律决定该资产是否属于动产还是不动产;凡已在公共登记机关注册登记的不动产、船舶或飞行器,仅受其享有登记权力所在成员国的法律管辖。

2. 所有权保留问题。《指令》第 22 条规定,采取重组措施或展开清算程序时若涉及信用机构所购买的资产,不应影响销售者基于所有权所保留的权利,即使采取重组措施或进行清算程序时其资产位于一个成员国的领土范围内而不是位于决定采取上述措施或展开清算程序的国家范围内。采取重组措施或展开清算程序,涉及信用机构所出售的且已经交货的资产,并不因此构成取消或中止销售的事实证据,也不能阻止购买者获得相应的所有权,即使采取重组措施或进行清算程序时已被销售的资产位于一个成员国的领土内而不是位于决定采取上述措施或展开清算程序的国家范围内。

3. 抵消问题。《指令》第 23 条规定,采取重组措施或展开清算程序,并不影响债权人与信用机构基于彼此债务行使抵销权,只要该抵销权被信用机构主张的适用法律所认可。但该项规定不应阻止根据该《指令》有关无效、可撤销或无效力的规定所提起的诉讼。

4. 物之所在地法(Lex rei sitae)。根据《指令》第 24 条规定,金融交易工具或契据专属权的执行、或

在此类金融契据存续或转让中的其他权利(以其登记记载、银行账户或在中央存款系统持有或设置相关权益在一个成员国为前提)应受其注册登记、银行开户或在中央存款系统中持有或设置所记载权利的国家法律管辖。

5. 关于净提或净结算协议、回购协议问题。根据《指令》第25和26条规定,其法律适用,均受规制该协议的合同法管辖,但注意不要违背《指令》上述第24条的规定。

6. 未决诉讼。重组措施或清算程序,对正在进行的诉讼所牵涉到的资产权益上的效力问题,仅受该未决诉讼正在进行的成员国法律管辖。

但由于“指令”自身的法律特性所决定,其实施主要依靠欧盟成员国修改国内法规来执行,成员国仍具有相当的自由裁量权。虽然该《指令》明确指出银行在重组和清算中哪些应援用母国的法律规范、哪些应限制援用母国的法律规范,但由于银行业在各成员国经济生活中的重要地位所致,各成员在贯彻该《指令》所确立的重组与清算具体制度、修改国内法时仍采取较谨慎和保守的态度。正如《指令》本身所指出的,母国的法律决定重组措施与清算程序的效力,无论是程序法还是实体法方面,虽然遵守这种原则极为重要,但同时要注意到这些效力很可能与有问题银行的经济和财务活动所通常适用的规则、以及在其他成员国的分支机构的利益相冲突;且不要违背公共政策与社会风俗,从而使其母国控制原则大打折扣。从其发布到该《指令》在成员国正式执行有3年的过渡期,就可见其在成员国的实施难度。

而且,该《指令》适用于在成员国设立的信用机构及其设立在其他成员国的分行,并没有将银行子公司等其他形式包括进来。银行子公司作为东道国的独立法人,其经营活动必然受其注册登记地或东道国的法律管辖。同时,作为欧盟一贯的对第三国的政策表现,《指令》规定,对于银行总行不在欧盟而在成员国设有分行的,仅当该行至少在欧盟2个成员国设有分行时,才适用该《指令》,该项规定在适用范围上受到一定限制。

四、结 论

20世纪90年代初国际商业银行信贷公司(BCCI)的清算与关闭,说明不仅需要加强母国监管与国际合作,而且跨国银行清算需要解决其复杂的法律适用问题。正如巴塞尔银行监管委员会1992年12月在其提交的一份关于“跨国银行的破产清算”的报告中所指出的,不同的清算法规将影响存款人与其他债权人的收益,影响到存款保险安排的实施,而且其清算法规的性质也将影响到对跨国银行的监管方式^[4](第341页)。欧盟银行法区域立法的特性,决定了其首先要解决的是在整个欧盟内如何建立起成员国间的相互承认机制,使在银行母国所采取的重组措施和清算能在欧盟内有效执行,从而使建立起来的“单一银行执照”制度最终落到实处。《信用机构重组与清算指令》作为欧盟整个金融立法的一部分,其目标、原则及其法律精神与欧盟《第一银行指令》、《第二银行指令》、2000年12月制定的《关于信用机构设立及其经营指令》一脉相承,《指令》作为配套法规,使欧盟银行立法日趋完善。由此可以看出,欧盟在国际大背景还没有建立起对国际私法相关原则普遍认可的前提下,基于其金融市场一体化与欧盟内部统一的需要,在其欧盟范围内对区域性立法及其实践作出了有益尝试。笔者认为,欧盟关于《信用机构重组与清算指令》所确立的银行重组与清算制度,给我们不少启示。

(一) 信息交流合作进一步扩大与加强。金融监管其实质就在于能确保监管者与银行管理层、银行母国与东道国、金融机构与投资者或存款人等各方面之间建立起有效的信息交流合作与共享机制,确保金融信息的真实、全面与及时,从而作出正确的决策。正如巴塞尔银行监管委员会关于跨国银行破产清算的一个研究小组的报告中所揭示的,在关闭一家跨国银行时,监管当局之间应注意随时加强信息交流,也应注意加强与债权人、股东以及银行管理部门之间的信息交流^[4](第318页),这一点对于保护各方当事人的权益至关重要。欧盟《信用机构重组与清算指令》第4条、第5条和第9条对此均作出了明确规定,要求银行母国的管理部门或司法当局,应毫不迟延、用任何可行的方式,把信用机构开始重组与清

算程序的决定,包括采取该措施的实质后果,告知东道国相应的主管当局;如果可能应在采取行动之前告知,否则事后立即通知东道国的主管当局,这种信息的沟通与交流,应由母国的主管当局负责。

(二) 国际私法原则及其实践的发展和创新。在跨国银行破产问题上,由于国际上并未就跨国破产形成统一的法律制度。在金融机构破产案件的管辖权、域外效力等关键问题上仍将存在争议与实力的较量,破产案件上的“双重标准”、从而最大程度保护银行国内债权人的利益仍是实践中的“法宝”。正如欧盟名誉理事帕罗·卡拉诺蒂(Palo Clarotti)指出的,对如此复杂的问题(指抵消)进行完全的协调是不可能的事情,这也就是为什么欧盟委员会认为最好的解决办法是信用机构的破产只能把母国执行的法律作为一般法则,同时对特定类型的资产作出一些例外规定。国际私法相关原则在实践中的困境与无力,迫切需要加强跨国破产的国际合作,并完善相应的法律争议解决机制。

(三) 金融一体化及其监管法制的发展与影响。欧盟是迄今为止一体化程度最高的政治经济联合体,其发展前景及影响都不可低估。由于银行业的重要性所在,对进行其重组与清算各国都极为谨慎,这也就是为什么欧盟历时 30 年才得以出台该部《指令》理由之所在。这除了经济利益上的长远考虑外,欧盟在关键时刻表现出的政治决心则起着重要作用。欧盟对银行的市场准入与日常审慎监管均以母国控制原则为主,银行的重组与清算作为市场退出机制的重要部分,作为单一原则也应由母国决定。欧盟所建立的这套经济运行及其法律机制对于世界经济新秩序具有深远的影响,其确立的银行重组与清算制度对各国金融监管立法,都起着一定的参考与借鉴作用,应代表一种不可逆转的趋势与方向。

[参 考 文 献]

- [1] 陆晓明. 欧洲银行业的发展与展望[A]. 刘明康. 2000-2001 国际金融报告[R]. 北京:经济科学出版社,2001.
- [2] 李仁真. 欧共体银行法及其对中国的启示[A]. 漆多俊. 经济法论丛[C]. 北京:中国方正出版社,1999.
- [3] 侯之源. 世界各国银行危机处理制度及启示[J]. 中国金融形势月报,2000,(11).
- [4] 国际清算银行. 巴塞尔银行监管委员会文献汇编[Z]. 北京:中国金融出版社,1998.

(责任编辑 车 英)

EU Systems of Reorganization and Winding up of Credit Institutions

LIU Jian-xin

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: LIU Jian-xin (1967-), male. Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in international finance law.

Abstract: Directive of EC on the reorganization and winding up of credit institutions (Directive 2001/24/EC) is a main part of the EU system of banking market exit. The author holds that the Directive is not only consistent with the First Banking Directive (Directive 77/780/EEC) and the Second Banking Directive (Directive 89/646/EEC), but also in line with the principles and procedures established by the Regulation on Insolvency Proceedings. Therefore, this Directive improves the EU system of market exit, eliminates the obstacles for integration of EU financial market, makes the Single Banking License and the principle of home-country control becoming more perfect.

Key words: Directive on reorganization and winding up; home-country control; market exit