

系统重要性金融机构 跨境处置合作法律框架研究*

杨 松**
郭金良***

目次

- 一、问题及其背景
- 二、跨境处置合作的障碍
 - (一) 不同国家中央银行制度的差异性
 - (二) 监管权协调上的困难
 - (三) 处置程序与破产程序之间的差异性
 - (四) 处置制度与监管制度之间的冲突
 - (五) 损失分担规定上的差异性
- 三、跨境处置合作法律框架分析
 - (一) 系统重要性金融机构的识别
 - (二) 金融稳定理事会关于系统重要性金融机构跨境处置合作的法律框架
 - (三) 短期性的核心标准协调与合作法律框架
- 四、系统重要性金融机构跨境处置合作法律框架的构建：基于中国的视角
 - (一) 影响法律框架构建的因素
 - (二) 框架构建：由上到下的顶层设计
- 五、展望：全球金融治理的软法路径

关键词 系统重要性金融机构 跨境处置 合作 法律框架

* 本文为教育部人文社会科学研究规划基金项目“银行监管权配置的法律问题研究”(11YJA820099)及教育部“新世纪优秀人才支持计划”“中国积极参与国际金融体系改革进程研究”(NCET-11-1010)的部分成果。

** 辽宁大学法学院教授、法学博士。

*** 辽宁大学法学院博士研究生。

跨境处置合作是跨国金融机构的母国与相关东道国之间,基于互惠、平等的原则,通过合意选择法律,并按照一定的程序对问题金融机构进行合作处置的法律制度。系统重要性金融机构(以下简称“SIFIs”)的跨境处置涉及国家利益,本国债权人利益,及金融机构本身利益。在金融自由化和全球化的背景下,SIFIs对全球金融市场的发展和稳定具有重要影响,成为了各国政府关注的焦点。但由于各国规定的差异,各国在金融机构的相关处置问题上存在冲突,这使得SIFIs跨境处置合作法律框架构建成为具有争议性的问题。SIFIs的跨境处置合作涉及金融机构的母国与多个东道国之间处置政策、破产程序、监管目标上的“求同存异”,需要各国有限度地“放弃”国家金融主权,以实现对SIFIs的有效处置。我国系统重要性银行在国际金融市场中的作用日益凸显。但是,我国关于SIFIs跨境处置合作法律制度的研究还不够。如何在SIFIs的跨境处置实践中构建合理的合作法律框架,^[1]应该成为我国金融法律制度研究的重要领域,这能够为我国培育具有国际竞争力的大型金融机构提供制度保障。

一、问题及其背景

2008年发端于美国次贷危机的全球经济危机给全球经济的稳定和发展造成了历史性的冲击。全球金融系统的安全性受到了巨大的挑战,特别是跨国金融机构危机处置过程中存在的诸多问题已经成为各国金融监管改革和金融立法完善的核心内容。大型金融机构风险传染和破产危害给各国及全球金融系统造成了极大的影响,^[2]以致产生了SIFIs的概念。其中,SIFIs跨境处置合作在国际上受到普遍的关注,^[3]各国金融机构监管制度中都把“跨境处置合作”作为一项必须考虑的内容。我国金融机构业务的日益国际化促使监管部门开始关注跨境处置问题。截至2011年底,我国

[1] 佳利律师事务所(Cleary Gottlieb)合伙人乔纳森·M·爱德华兹认为,应该为全球系统重要性金融机构(G-SIFIs)处置建立一个合适的法律框架,因为该类机构的失败将受到多个国家处置机制的管辖。该法律框架能够为跨境处置提供一个普遍性的方法,目的是为母国处置机构提供在东道国的处置权力。See Jonathan M. Edwards, “A Model Law Framework for the Resolution of G-SIFIs”, 7 Capital Markets Law Journal 2 (2012), 122-150, at 122. 所以,本文的核心内容和基本任务是为SIFIs跨境处置合作寻求一个合理的法律框架(Law Framework),为SIFIs跨境处置合作提供一套基本的方法、途径或相关法律与政策协调的安排。

[2] 2008年,由美国次贷危机引发的全球金融危机给各国金融系统及全球金融稳定造成了重大的危害:如2008年9月至10月期间,雷曼兄弟破产、美国银行收购美林、AIG国有化、美国五大投资银行的辉煌已经成为历史,以及华盛顿互惠银行倒闭、英国五千亿英镑救市、全球六大央行联手降息等等与全球金融危机相关的事件和救助措施足以证明该次金融危机是20世纪30年代大萧条以来危害最严重的一次。中国为应对金融危机,于2008年11月推出了四万亿救助计划。同时,包括美国、英国、德国、日本在内的世界主要金融体系中的主要国家都出台了各自的危机救助计划。这些大量的、由纳税人“出资”的“公共财政救助”措施不但从正当性和合法性上侵害了纳税人的利益、助长了金融市场中道德风险的发生,而且还没有起到很好的预期效果。如2008年至今美国就业率一直没有好转、2010年全球经济增长率仅为3%(其中新兴市场和发展中国家增长超过7.25%,数据来源于《国际货币基金组织2011年年报》)。

[3] 对于SIFIs跨境处置合作的关注主要表现为:一是金融危机后,G20委托金融稳定理事会制定有效的SIFIs监管标准,其中内容主要包括机构的识别、监管标准的一致性及跨境处置合作法律框架和合作协议等。二是各国政府或区域性组织对跨境处置合作的关注,如2011年7月美国政府问责办公室向国会提交的《破产:复杂金融机构和国际协调面临的挑战》中提出,金融危机中的很多问题需要全球性的行动,法院和监管机构拥有国际协调机制,但是国家利益和一些其他因素限制了有效的国际协调。2012年6月,欧盟委员会工作组向欧盟委员会提交的《信贷机构和投资公司恢复与处置框架》建议中明确提出要设计“跨境危机管理计划”,目的是促进不同监管当局在跨境处置中合作的有效性。

银行国际化情况为:政策性银行及国家开发银行设立 6 家海外机构,参股 2 家境外机构;5 家大型商业银行设立了 105 家海外机构,收购(或)参股 10 家境外机构;8 家中小商业银行设立了 14 家海外机构,2 家中小商业银行收购(或)参股 5 家境外机构。外资银行类金融机构在华发展情况为:45 个国家和地区的 181 家银行在华设立 209 家代表处;14 个国家和地区的银行在华设立 37 家外商独资银行(下设 245 家分行)、2 家合资银行(下设 7 家分行,1 家附属机构)、1 家外商独资财务公司;26 个国家和地区的 77 家外国银行在华设立 94 家分行。^{〔4〕}我国银行业金融机构在世界主要经济体的布局已经形成,外资金融机构在我国金融市场的业务覆盖也已经具有相当的规模。我国金融机构和金融市场的日趋国际化,使得我国面临更大的国际金融风险冲击和挑战。深入研究 SIFIs 的跨境处置合作法律框架,促进金融机构跨境的有效处置,保护本国投资者合法权益,参与金融机构跨境处置标准制定,已经成为我国金融法治的重要内容之一。

与此同时,我国学界对 SIFIs 的研究也逐渐展开,但关于 SIFIs 跨境处置合作的研究成果相对薄弱。^{〔5〕}从国内已有的成果来看,多数研究是对 SIFIs 的具体操作研究,集中在 SIFIs 的识别、道德风险监管和审慎监管等方面;缺乏对 SIFIs 跨境处置的研究,特别是缺乏 SIFIs 跨境处置合作法律框架的研究;缺乏基于本土问题的制度构建,特别是缺乏基于法律规制研究路径的功能探索和制度构建。金融学领域的研究多为参照国际货币基金组织(下称 IMF)、巴塞尔委员会(下称 BCBS)、金融稳定理事会(下称 FSB)等组织发布的关于 SIFIs 监管的各种“框架”、“文件”和“咨询建议”等确立的标准来建议中国应该完善相应的制度,基本上是评析国外 SIFIs 监管的立法、只提出 SIFIs 监管的必要性与发展路径以及结合金融学的研究成果来研究监管标准问题。相比较而言,国外关于 SIFIs 跨境处置合作的研究成果则较为丰富。2011 年,美国金融监管与国际金融专家理查德·贺林(Richard J. Herring)从政治、经济、法律等多个视角全面地概括与分析了“系统重要性金融机构的跨境处置制度”。^{〔6〕}2010 年,IMF 研究员肖恩·汉根和何塞·比尼亚尔斯(Sean Hagan and José Viñals)分析了 SIFIs 跨境处置合作的不同模式,提出了“备忘录式合作法律框架”。^{〔7〕}2010 年,美国哈佛大学法学院国际金融系教授哈尔·斯科特(Hal S. Scott)提出,美国在处置 SIFIs 及缓解系统性风险时,要考虑本国政策和法律对外国的影响,以免遭致报复。^{〔8〕}同时,

〔4〕 参见《中国银行业监督管理委员会 2011 年年报》,第 27~28 页,载中国银监会官网 <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/4DE6AD136C6E4F99B9883B7672674FC3.html>,最后访问时间 2013-3-28。

〔5〕 在 CNKI 总库查询相关研究资料显示:以“系统重要性金融机构”为关键词的检索中,共检索到 13 篇论文,且都为金融学领域的研究。以“系统重要性银行”为关键词的检索中,共检索到 11 篇论文,其中金融 8 篇、证券 1 篇、投资 1 篇、宏观经济管理 1 篇。以“系统重要性金融机构监管”为题的检索中,共检索到 22 篇(有 6 篇与“系统重要性金融机构”检索重合),且基本都为金融学领域的研究。以“大而不倒”为关键词的检索中,共检索到 20 篇论文,其中多为金融学领域的研究。法学学者关于“系统重要性金融机构”或“大而不倒”的研究成果主要有,伏军:《论银行“太大不能倒原则”兼评美国 2010 华尔街改革与消费者保护法案》,载《中外法学》2011 年第 1 期;伏军:《论银行危机行政处置程序》,载《当代法学》2012 年第 6 期;黎四奇:《后危机时代“太大而不能倒”金融机构监管法律问题研究》,载《中国法学》2012 年第 5 期;管斌:《系统重要性金融机构监管问题研究》,载《武汉金融》2012 年第 6 期;徐超:《系统重要性金融机构识别方法综述》,载《国际金融研究》2011 年第 11 期。

〔6〕 Richard J. Herring, “The Central Role of Resolution Policy in Dealing with Systemically Important Financial Institutions”, IADI Research Conference (May 29, 2011).

〔7〕 Sean Hagan and José Viñals, “Resolution of Cross-Border Banks—A Proposed Framework for Enhanced Coordination”, IMF Working Paper (June 11, 2010).

〔8〕 Hal S. Scott, “The Reduction of Systemic Risk in the United States Financial System”, 33 Harvard Journal of Law & Public Policy (2010).

在 G20 的要求和敦促下,IMF、BCBS、FSB 等组织也相继发布了大量关于“跨境处置合作”方面的文件和咨询建议。^{〔9〕} 但就国外研究成果对我国的借鉴和应用而言,仍然存在一些问题:第一,立足于“美元”主导或“欧元”主导的国际金融秩序下讨论 SIFIs 的跨境处置问题,发展中国家、特别是新兴发展中国家的利益没有得到充分的考虑,这种基于“发达金融市场”的处置框架在面临“不同发达程度国家”之间在 SIFIs 跨境处置合作时,能否顺利协调,是个问题。第二,各个国家关于 SIFIs 立法经验并不一定完全适合我国的实际需要。如哈尔·斯科特的研究中要求严格监管和控制金融机构在金融衍生品方面的创新,以控制金融风险的发生、最大限度地避免监管漏洞。^{〔10〕} 这一监管理念的转变是以成熟的金融市场为基础的,对于处在金融市场发展初期的中国是否完全适用,需要做出适合中国金融发展的研究。第三,IMF、BCBS、FSB 的研究对不同国家之间 SIFIs 跨境处置合作法律框架的构建具有积极意义,但其“指导”和“建议”的方式,并不能对主权国家产生实质“约束性”作用。同时,各国也缺乏如何构建 SIFIs 跨境处置合作法律框架的步骤,对于具体的合作内容仍然没有实质性的进展。

二、跨境处置合作的障碍

对于系统重要性金融机构的监管是整个金融系统监管的核心,而跨境处置的合作又是其中的难点和薄弱之处。究其根本,在于不同金融制度国家的制度差异及其市场需求。

(一) 不同国家中央银行制度的差异性

2008 年金融危机之前,世界上主要经济体的中央银行几乎是专职各国的货币职能,但金融危机、特别是主权债务危机,使得各国认识到货币政策与金融监管互动的重要性。通过分析金融危机中(不局限于 2008 年的危机)跨国金融机构(2008 年后称 SIFIs)处置的实际情况,可以发现中央银行制度在 SIFIs 的跨境处置及维护金融稳定中存在的问题。

目前关于中央银行制度存在的问题主要包括以下几种观点:第一种观点是,中央银行权力行使不透明。理查德·贺林认为,很难确定中央银行在跨境处置中的地位和权力。1974 年赫斯塔特(Herstatt)银行的破产表明一家主要中央银行行为的不可预测性。在这个案例中,为了避免危机蔓延及扩大,德国中央银行和德国联邦银行监管当局决定在纽约结算日期间关闭赫斯塔特。这说明了中央银行有权选择关闭该银行。在该案中,美元和马克市场,在当时是世界上最大的外汇交易市场,停止了超过一个月之久,直到当局和纽约清算中心恢复信心。如果某一银行中断一个重要的清算和解决程序,那么甚至是一个小银行的失败的影响都可能被放大。赫斯塔特案件说明了银行适用司法程序的困难,因为赫斯塔特案件的整个处置过程用了超过 35 年的时间。这也体现了跨境银行处置过程中适用司法程序的长期性。^{〔11〕} 第二种观点是,中央银行职能发生“异化”。詹姆斯·汤姆森(James B. Thomson)认为,中央银行越来越将金融稳定作为其关键的任务,然后才是货币政策。而金融稳定包括对金融机构和其他市场参与者提供持续性的激励。这种激励的获

〔9〕 该方面的文件和咨询建议主要包括:IMF, BIS and FSB, “Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations” (October 2009); FSB, “Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions” (October 2011); BCBS, “Global Systemically Important Banks: Assessment Methodology and the Additional loss Absorbency Requirement” (November 2011); BCBS, “A Framework for Dealing with Domestic Systemically Important Banks” (October 2012).

〔10〕 Hal S. Scott, *supra* note [8].

〔11〕 Richard J. Herring, *supra* note [6].

得要求监管者处理系统性风险,尤其是 SIFIs 的风险。同时,他认为仅仅建立一个独立的监管机构不足以维护金融稳定,关键在于主动地识别 SIFIs。^[12] 因此,应该明确中央银行职能与金融监管目标之间的关系。第三种观点是,区域性中央银行职能的局限。吉丽安·加西亚(Gillian G. H. Garcia)、罗萨·拉斯特拉(Rosa M. Lastra)和玛丽亚·涅托(María J. Nieto)^[13]认为,根据欧盟的经验,要对 SIFIs 跨境处置的合作问题进行深刻的理解。虽然欧盟委员会和国际货币基金组织多年来不断施加压力,但是欧盟成员国仍然没有就如何处理跨境银行危机达成共识。而在这些问题中,中央银行本身具有的最后贷款人和监管协调者的职能没有充分发挥作用,中央银行也没有积极地对处置合作进行协调,以促进一个值得信赖的跨境处置机制的研究。同时,虽然现在欧盟已经努力协调危机处置工具并取得成功,但它只适用于欧盟国家,即使大部分欧盟的系统重要性银行已经在欧盟境外持股。所以,欧盟的处置政策使得欧洲中央银行在与欧盟之外的国家进行处置合作协调上存在困难。

因此,2008 年金融危机揭示了各国中央银行在各自金融体系中的地位与职能的变化,具体表现为中央银行在处理系统性风险和 SIFIs 时行使权力的不透明性,即中央银行缺少处理系统性风险和 SIFIs 的明确授权,其没有有效地执行货币监管权,并导致货币政策的失败。随着 20 世纪末各国金融监管制度的改革,许多国家都对银行类金融机构单独设立监管机构,进而强调中央银行货币政策调控的职能,但本次金融危机说明了金融监管与货币政策监管之间的紧密关联性,单单拥有货币政策调控权难以保证货币政策的有效性。英国 2011 年开始重回“双峰式”监管模式,改组原先的“金融服务监管局”(FSA),新组建了“审慎监管局”(PRA)和“金融市场行为监管局”(FCA),目的是贯彻“栅栏原则”(Ring-fencing)隔离系统性风险。^[14] 而欧盟 SIFIs 处置合作制度中对欧盟成员国监管待遇的统一和不适用欧盟外国家的情况实质上构成对其他国家的“歧视”。因此,目前各国都集中于系统性风险的监管,缺少对中央银行监管改革的关注,中央银行货币政策与金融监管关联性的研究比较匮乏,这就阻碍了对中央银行在实施货币政策、维护金融稳定方面的具体权力的界定和研究,不利于中央银行在金融监管和金融稳定中发挥作用。

(二) 监管权协调上的困难

监管权协调问题主要包括对同一个金融机构有管辖权的国内监管者之间,以及母国与东道国监管当局之间进行合作的困难的两种情况。

1. 对同一个金融机构有管辖权的国内监管者之间的冲突

在美国,《多德-弗兰克华尔街改革与消费者保护法案》(“Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act”,下文简称“多德-弗兰克法案”)出台以前,一个“陷入”危机的美国金融控股公司将受到联邦存款保险公司(FDIC)的立即纠正措施的监管,以及美联储(FRB)、货币监理署(OCC)、相关州监管机构等多重的处置程序,并且该种复杂的监管体系中没有建立一个有效的方法来协调这种多重监管机构之间的行动。同时,一个系统重要性银行几乎一定是某一控股公司的一部分,它自身也会接受母公司的自我处置。有时,由于银行控股公司拥有 20%至 40%本集团

[12] James B. Thomson, “On Systemically Important Financial Institutions and Progressive Systemic Mitigation”, 8 DePaul Business & Commercial Law Journal (2010), 135.

[13] Gillian G. H. Garcia, Rosa M. Lastra and María J. Nieto, “Bankruptcy and Reorganization Procedures for Cross-Border Banks in the EU: Towards an Integrated Approach to the Reform of the EU Safety net”, IMF working paper (May 2009), 3.

[14] See HM Treasury, *Sound Banking: Delivering Reform* (London: The Stationery Office, October 2012).

的资产,所以会导致破产法院和联邦存款保险公司之间缺乏协调,并容易造成混乱。此外,如果这个 SIFIs 拥有一个证券子公司,那么经纪自营商将同时按照破产法第 7 章清算程序和证券投资者保护公司的特别决议程序进行处置,而其余的证券部门将由法院根据破产法第 11 章的破产程序进行处置。最后,如果某一关联保险公司面临破产,那么它会在各州的保险制度下被拆分。此外,除了美联储和联邦存款保险公司,没有任何其他监管机构或司法当局的决定,考虑到系统性风险的影响。^[15]

多德-弗兰克法案在第 2 章扩大了联邦存款保险公司的权力,这使它具备了处置 SIFIs 的能力(不管该机构是银行还是非银行机构)。联邦存款保险公司被授权来完成处置程序的一些内容,包括停业时间的确定、重组的选择、清算等。联邦存款保险公司有权限制股东权利,分配损失,灵活对待债权人,以维护一个有序的处置程序。此外,联邦存款保险公司还有能力维护系统性服务,选择处置过程中的管理机构等。

多德-弗兰克法案出台后,虽然确定了金融稳定委员会和美联储对 SIFIs 监管的权力,但是存在两个方面的问题:一是依据该法案第 119 条“成员机构间监管管辖争议的解决”可以看出,当不同的监管机构出现监管争议时,他们可以向金融稳定委员会请求建议。但是根据该条(d)款的规定,委员会做出的建议不对争议方的联邦机构构成约束。^[16] 因此,委员会在协调监管方面的权力的执行力会受到质疑。二是由于长期以来,美国法律对本国的金融消费者提供“特殊的待遇”,所以美联储在 SIFIs 跨境处置中,与其他国家的处置合作还没有比较成功的案例。因此,本国监管权冲突的直接后果是导致跨境处置合作问题上难以设定一个“全局性代表”来进行跨境合作协调。因为 SIFIs 处置制度是以监管经验积累为基础,包括监管信息、监管技术等在内的各种内容都是建立有效 SIFIs 处置制度的基础。同时,如果同一个 SIFIs 的多个监管机构之间不能统一在一个“核心监管权”下,那么将会影响监管机构与处置机构、不同国家监管机构之间的合作与协调。

早在 2008 年金融危机爆发前,就已经有国家认识到问题银行处置过程中权力协调的重要性。与美国多德-弗兰克法案的处理相类似,瑞士也有相关的规定和做法。2007 年以前,瑞士的银行业由联邦银行委员会(the Federal Banking Commission,简称 FBC)负责监管。FBC 有权撤销银行执照并强制进行清算,但这不能排除银行向法院申请中止令或和解程序。这就会出现 FBC 任命的清算人与地区法院任命的管理人共同管理银行事务的局面。由于缺乏相关法律规定,这就需要在实践中具体协调双方在管辖职责上的分工。在 Spar-und Leihkasse Thun 一案中,银行监管机构与法院在共同管理问题银行时协调上的困难,暴露了这种“双管辖”体制的弊端。^[17] 为了纠正问题银行处置中行政权与司法权共同管理所产生的程序繁冗和高成本问题,2004 年瑞士《银行法》修正案将法院对问题银行处置的权力转移给了 FBC,由 FBC 主管银行重组和破产清算的整个程序。随着金融市场的发展,出于对金融系统整体风险的防范和信息共享的考虑,瑞士又对金融业实施了综合监

[15] Richard J. Herring, *supra* note [6], at 3-4.

[16] “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act”, Sec. 119. Resolution of supervisory jurisdictional disputes among member agencies.

[17] 刘俊:《各国问题金融机构处理的比较法研究》,上海世纪出版集团 2008 年版,第 152~153 页。1991 年瑞士一个名为 Spar-und Leihkasse Thun 的储贷银行出现大规模抵押贷款风险。当时的 FBC 主席于 1991 年 10 月宣布关闭该银行,并任命一名观察员。同时,撤销其执照下令强制清算。而与此同时,Berne 地区法院针对本案启动司法和解程序,中止任何针对银行的诉讼及执行程序,并任命一名专员。结果是,该银行的最终清算过程花费了十年之久。由此可见,问题银行处置过程中行政权与司法权的冲突导致了处置成本的攀升,并对债权人利益产生不良影响。

管体制。2007年6月,瑞士成立了金融市场监督管理局(Swiss Financial Markets Supervisory Authority,简称FINMA),由其负责金融业的统一监管,其属于瑞士政府部门。至此,FINMA享有对瑞士所有银行、保险公司、证券交易所、证券交易商以及其他各类金融中介机构监管的权力。同时,欧盟委员会在2012年向欧盟议会提交的《信贷机构和投资公司恢复与处置框架》中也明确指出,恢复与处置框架最关键的问题之一就是解决不同处置工具和不同处置权力之间的分歧。^[18]

2. 母国与东道国监管当局之间进行合作的困难

金融主权是一国经济主权的核心内容,也是国家主权的重要内容之一。国家主权的内涵极其丰富,通常情况下,它能够成为保护民族国家、国家权力机构免受批评或国家干预不合法的理由。在跨国金融机构监管合作框架下,母国与东道国监管机构之间合作的困难始终存在。这主要源于各国对本国金融资源的依赖和保护以及金融调控和金融国家安全的需要。每个国家均从本国金融利益出发,在处理同一个问题时总是存在各种分歧,对于需要做出让步的金融合作始终存在掣肘。但是,金融危机发生后,在处置SIFIs时的国际合作确有它的特点。这在欧洲的富通案件处理中体现得较为明显。

众所周知,富通集团在比利时、荷兰、卢森堡都具有系统重要性,^[19]在对富通集团的管理中,协调的监管者是比利时银行金融与保险委员会,尽管富通的一些重要性活动是在荷兰,但该委员会仍然是富通的主要监管者。对于富通危机的管理,三个国家在大部分时间里都是在单独行动。三国政府分别单独地向各自国家内的富通机构注资,但三国没有对富通整体进行救助。这进而导致富通危机的发生,并迫使比利时国家银行(富通的母国银行)向富通提供大量的紧急流动性救助。富通荷兰被荷兰政府国有化,有偿债能力的富通比利时和富通卢森堡被卖给法国巴黎银行。富通的救助和分割是为了维持比利时和荷兰银行系统的稳定。然而,缺乏全面合作的监管增加了欧洲大型跨境银行处置的不确定性,并且增加了救助的成本。比荷卢当局合作的出发点是好的,但没有形成对整个机构的有效监管。三国政府愿意分担富通在各自国家的损失,但都不愿意对自己以外的其他控股公司承担风险。这个案例充分显示了在对跨国银行进行监管中,监管者协调的重要性。而恰恰是跨国协调监管的失败,导致富通问题的出现。如果监管者不能享有充分的超越股东权利的处置权力,那么监管者将面临巨大的难题。

哈尔·斯科特认为,美国在制定国内关于SIFIs的处置计划时,应当考虑国际影响。他指出,处置计划中一个重要的问题就是被处置机构存在多个方面的管辖权,而这些管辖权之间的协调与合作被证明是困难和费时的。但是,如果能够通过一个管理机制来进行合作,这种管辖权的冲突是可以协调的。^[20]而母国与东道国监管当局之间未能实现合作的原因主要表现在,监管目标不同、审慎监管的信息分享差异、监管责任差异、对一个情况恶化机构的监管矫正权力的差异

[18] 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 and Amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010, Commission Staff Working Document, Brussels (6. 6. 2012), p. 13.

[19] 富通集团(Fortis)是一个比利时的金融集团,它在阿姆斯特丹泛欧交易所和布鲁塞尔泛欧交易所都有登记,其大量的银行业务和保险活动发生在比利时、荷兰和卢森堡(比荷卢经济联盟)。因为它在这些国家有着大量的业务活动,同时它是几个交易所的清算会员,所以富通集团在三个国家具有系统重要性。受2008年全球金融危机影响,2008年9月起三国政府决定对富通集团进行救助,并将其拆分。

[20] Hal S. Scott, supra note [8], at 718.

等等。

(三) 处置程序与破产程序之间的差异性

处置程序和破产程序差异引发的主要问题在于市场参与者对政府行为的不可预期。许多市场参与者在抛售风险资产的同时,将更高质量、更具流动性的资产据为己有,置身局外地等待政府对问题金融机构的处理。政府通常会通过紧急救助以实现短期内市场的稳定,但长期的稳定是需要通过强化市场自律完成的。理查德·贺林认为,在危机中困扰当局的大部分问题能够从早期的银行危机中得到预测,包括相关监管机构之间不协调行动产生的危险,因为宣布破产而导致停止自救,处置一个结构复杂的跨国公司在本质上的复杂性,申请破产的机构为了利益而积极地进行交易以破坏破产清算,以及紧急处置程序和模式化的破产法之间存在的重大差异。^[21] 美国政府责任办公室(U. S. Government Accountability Office)认为,不同国家之间破产和处置机制的差别限制了国家间的处置协调,这些限制包括概念的界定、信息共享、能够适用司法破产程序的金融机构的类型等等。因此,政府应该促进概念界定、破产触发条件、司法和处置机制等方面的协调。^[22]

(四) 处置制度与监管制度之间的冲突

金融监管是金融监管主体为实现监管目标而采用各种手段和措施,对监管对象采取的一种干预和调控活动。金融监管的范围应当包括监管对象的准入监管、运行监管和退出监管等,是一种常态制度,并应当具有稳定性特征。处置制度作为问题金融机构处理的一项特殊制度,其本质上应当属于金融机构退出监管的范畴,但其适用上常常因被处置主体的不同而具有临时性特征。所以,处置政策与监管政策结合是解决处置合作的根本问题。理查德·贺林认为,监管政策在一定程度上具有长期的适用性,而处置政策虽然也需要从长远考虑,但实践中多为紧急性的处置计划。而 SIFIs 的识别和分类上的许多本质上的细节却是监管政策的重要内容。所以,在制定处置计划的过程中必须充分地考虑监管政策。缺乏这些细节、分类,以及两者之间的协调是不能有效实施处置计划的。特别是母国处置政策与东道国监管目标、监管政策发生冲突会给处置合作造成极大的障碍。

(五) 损失分担规定上的差异性

SIFIs 往往会存在多个附属机构(包括独立法人机构和非独立法人机构)。基于这种结构上的特殊性,当机构出现危机并需要处置时,就会产生机构损失的划分问题,也即是如何划分风险责任。不同国家之间利益取向的冲突决定了损失分担划分上的困难。特别是在跨境处置过程中,“国家金融主权至上”的观念,使得这种损失责任划分上的分歧表现得更为明显。不同国家间处置政策存在差异性的主要表现在于对问题机构损失分担和处置成本的分担规定不同。目前,无论是国际机构抑或主要金融市场国家,对国内处置政策和跨国处置政策协调仍然没有取得重要进展。安德鲁·霍尔丹(Andrew Haldane)^[23]通过评估得出,美国、英国、欧元区对金融系统担保和补贴的支持数额已经占到世界 GDP 总量的 25%。这种巨大的成本不仅涉及全球输出,而且在一些国家,还远远超出政府为危机机构提供可靠支持的能力。例如,爱尔兰在金融危机中,因救助银行引

[21] Richard J. Herring, “International Financial Conglomerates: Implications for National Insolvency Regimes”, in George G. Kaufman (Ed.), *Market Discipline in Banking: Theory and Evidence* (Amsterdam: Elsevier JAI, 2003), pp. 99-129.

[22] U. S. Government Accountability Office, “Bankruptcy: Complex Financial Institutions and International Coordination Pose Challenges”, Report to Congressional Committees (July 2011), 50.

[23] Andrew Haldane, “Bank of England Financial Stability Report” (June 2009).

发了主权债务危机。一些工业化国家认为不应该为金融危机救助提供如此高额的成本,因为现在还没有一个合理的重整改革和监管处置政策。这说明许多国家在危机机构救助问题上仍存在分歧,这势必阻碍不同国家在机构损失分担上的协调与合作。

三、跨境处置合作法律框架分析

针对实践中系统重要性机构处置合作遇到的诸多问题,各个国家还没有形成系统的处置合作框架,还缺乏一个具体的、可行的跨境破产处置合作计划。但FSB的跨境处置工作组已经研究了大量的该方面的建议,以保证跨境破产处置合作的有序性。SIFIs跨境处置合作制度主要包括两大方面的内容:一方面是SIFIs的识别体系,包括概念界定、识别方法和识别指标。SIFIs识别体系的协调(一致性)是处置合作的基础,例如母国和东道国概念界定不同会直接导致适用何种处置制度的差别(一般机构监管处置、特殊处置程序等)。另一方面是SIFIs跨境处置合作法律制度的构建,可以是双边的、多边的、区域的或全球性的。但无论选择哪种方式的合作框架,都要针对本国金融市场的实际情况,与相关的东道国建立合作处置框架,目的是遇到需要处置的SIFIs时,能够保证处置的有序性及给市场参与者一个可以预测的结果。

(一) 系统重要性金融机构的识别

对SIFIs进行单独识别的主要原因在于其创造的负外部性在现行监管框架下得不到有效的处置,这些负外部性包括失败或损害造成的大范围影响、全球金融机构关联性造成整个金融系统的动荡以及对实体经济的危害,同时道德风险的成本还会因此而增加。^[24]

理查德·贺林从“隔离风险”的角度分析,认为SIFIs的识别是SIFIs处置法律制度的核心,通过识别实现两个层次的目的:一是确定需要处置的特殊主体,对其适用特殊的程序、特殊的工具、特殊的监管及特殊的法律条款等。二是运用识别的方法确定“系统性”机构所具有的“重要功能”和“基础性金融服务”^[25]。但是,SIFIs的识别仍然是一个具有争论性的问题。有些人认为SIFIs不能在事前被识别,因为不可能对危机是如何展开进行预测。有人认为大部分SIFIs能够被识别,

[24] BCBS (2012), supra note [9], at 1.

[25] 对于“基础性金融服务”(fundamental financial services),至少国内还没有专门的文件或法律加以界定。夏志凌认为,基础性金融服务是指金融机构运用传统金融工具,不断满足普通投资者和消费者日常生活和生产金融服务需求的活动,是金融机构业务拓展和创新的基础。刘明康认为,目前我国的“基础性金融服务”问题主要是“农村金融服务问题”,包括乡镇银行业金融机构营业网点的覆盖、农村发展中融资贷款的支持等。Agnieszka Alińska认为,基础性金融服务应当包括经常账户管理、信贷业务和存款业务。Céline Choulet认为,基础性金融服务是非金融投资类客户,即普通的消费者。也有观点认为本次金融危机爆发的一个重要原因在于“金融市场基础设施”的脆弱,所以强健的金融市场基础设施有助于金融稳定。FSB认为“核心金融基础设施”(core financial infrastructures)主要包括支付系统、结算系统和主要交易方。中国人民银行济南分行课题组认为“金融基础设施”包括支付、清算和结算体系。因此,基础性金融服务应当指普通存款、信贷业务,以满足基本生产、生活需要为目的的金融服务。金融危机处置中,各国的处置当局基本都要求维护发生危机的SIFIs基础性金融服务的持续性。该部分具体参考文献详见:夏志凌:《基础性金融服务功能缺失及其矫正对策》,载《武汉金融》2009年第3期;刘明康:《力争用三年左右时间实现全国各乡镇基础性金融服务全覆盖》,载《中国金融家》2009年第10期;中国人民银行济南分行课题组:《国际金融监管体制改革比较研究及对我国的启示》,载《金融发展评论》2012年第9期;Agnieszka Alińska, “Cooperative Banks and Credit Societies—Comparative Analysis of Regulations and Effects of Their Activities”, 83 Warsaw School of Economics (2007); Céline Choulet, “Dodd-Frank Act: US Vision on Financial Regulation”, Economic Research—BNP PARIBAS (May-June 2011); FSB, “Reducing The Moral Hazard Posed by Systemically Important Financial Institutions, FSB Recommendations and Time Lines” (October 20, 2010).

但是他们不应该在事前被识别,因为这会加剧道德风险。理查德·贺林认为,大部分 SIFIs 能够,且应该在事前被识别,同时道德风险应该通过设定高额的代价来进行控制。而且,如果不能在事前对 SIFIs 进行识别,那么就不能对这些机构进行区别于其他类型机构的监管,也不能开发出有意义的处置计划。^[26] 同时,他还认为系统重要性可以分为“政治上的系统重要性”和“经济上的系统重要性”。德克夏银行(Dexia Group)是通过比利时公共信贷和法国地方信贷合并组成的一家设立于比利时的控股公司,它在比利时具有系统重要性,然而在法国和卢森堡却不具有经济上的系统重要性,但它是法国和卢森堡地方的主要银行之一,其主要业务一直是支持地方当局的融资,这使得它具有政治上的重要性。

1. 全球系统重要性金融机构(G-SIFIs)的界定

关于 G-SIFIs 的界定主要包括以下两种观点:第一种观点是普遍危机与风险传染的直接原因标准。根据 2009 年 IMF、BIS 和 FSB 联合发布的《评估系统重要性金融机构、市场和工具的指导》的初步意见第 5 条规定,根据 20 国成员国的实践,如果一个金融机构、市场或工具的失败或经营出现问题引起普遍的危机或者成为广泛风险传染的直接原因或导火索时,该机构、市场或工具便被认定为具有系统重要性。^[27] 第二种观点是关键功能加全球系统影响的标准。根据 2011 年巴塞尔委员会发布的《全球系统重要性银行:评估方法和额外损失吸收能力的要求》原则的规定,“根据巴塞尔银行业监管委员会(BCBS)的定义,G-SIFIs 是指在金融市场中承担了关键功能,对全球金融市场具有重要影响的金融机构。这些机构一旦发生重大风险事件或经营失败,会对全球经济和金融体系带来系统性风险”。^[28] “巴塞尔协议”三提出的“系统重要性金融机构”,是指业务规模较大,业务复杂程度较高,发生重大风险事件或经营失败会对整个银行体系带来系统性风险的大银行。^[29] 金融稳定理事会 2012 年在其 11 月的《恢复与处置计划》的咨询文件的附件 3 中指出,^[30] 识别“关键功能和关键服务”是执行一个 G-SIFIs 恢复和处置计划的关键,其中,“关键功能”包括机构的失败会导致关键的实体经济的破坏,由于银行集团规模、市场占有率、内外关联性、复杂性、跨境活动等因素其失败会影响金融稳定。“关键服务”是指其失败会导致无力实现关键功能,以至于对实体经济和金融稳定构成破坏。

2. 国内系统重要性金融机构(N-SIFIs)的识别

2012 年 10 月巴塞尔银行监管委员会发布了《国内系统重要性银行的处置框架》,制定该框架的背景源于 2011 年 11 月戛纳峰会上,G20 领导人支持 G-SIFIs 的处置框架,同时金融稳定理事会也传达了通过定义 G-SIFIs 处置方式的形式,将处置计划迅速扩展到国内系统重要性银行的处置。因为,一个银行从国际视角看可能不具有系统重要性,但就国内的经济、金融实际情况来评估,其却具有系统重要性,应当要求其制定处置计划。^[31] 该处置框架主要包括国内系统重要性银行的评估方法和高损失吸收能力(HLA)两个部分,共 12 个原则。^[32]

[26] Richard J. Herring, *supra* note [6].

[27] IMF, BIS and FSB, “Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations” (October 2009), 5.

[28] BCBS (2011), *supra* note [9].

[29] 黄珊珊、李伟平:《对系统重要性银行严格监管的要求及影响》,载《求索》2011年第9期。

[30] FSB, “Recovery and Resolution Planning: Making the Key Attributes Requirements Operational” (November 2012), 29-30.

[31] FSB, “Extending the G-SIFI Framework to Domestic Systemically Important Banks” (April 2012).

[32] BCBS (2012), *supra* note [9].

詹姆斯认为,应当通过“系统重要性”来识别 SIFIs。定义系统重要性的目的在于能够使监管者更好地监管 SIFIs,理解系统重要性是创造监管规则、监管政策的基础,有利于控制相互关联的系统性风险。他还认为,识别 SIFIs 是否具有系统重要性的标准包括规模、传染性、关联性和集中度四个指标。^[33]

3. 识别的具体标准

第一种识别指标体系:根据 FSB《评估原则》的要求,全球系统重要性的评估应当依据一个银行的失败给全球金融系统和经济实体造成的影响,而不是一个失败可能产生的风险。同时,巴塞尔委员会选择了跨境活动、规模、关联性、可替代性和复杂程度等五个指标来识别、评估一个银行是否为 G-SIFIs,具体指标如下表:

表 1 识别方法的基础指标^[34]

类别及权重	具体各项的指标	权重(%)
跨境活动	跨境债权	10
	跨境债务	10
规模	巴塞尔三杠杆率定义下的总资产	20
关联性	金融体系内部的资产	6.67
	金融体系内部的负债	6.67
	批发融资的比率	6.67
可替代性(金融机构的基础结构)	托管的资产	6.67
	通过支付系统结算和处理的支付额	6.67
	债务和产权交易市场中认购交易的价值	6.67
复杂性	场外衍生产品名义上的价值	6.67
	Level 3 资产	6.67
	持有交易和可供出售资产的价值	6.67

第二种识别指标体系是根据詹姆斯 N-SIFIs 评估指标的标准^[35]:

第一,规模(Size)。一个金融机构满足下列条件之一将被识别为 SIFIs。条件 1:一个银行集团能够控制全国范围内银行资产的 10%以上或其拥有全国范围内银行资产总额的 5%以上或全国银行贷款总额的 15%以上;条件 2:在资产负债表外的活动转为资产负债表内等价物之后,该机构能够控制全国范围内银行资产总额的 10%以上;条件 3:该机构占全国范围内人寿保险产品价值或数量总额的 10%以上;该机构占全国范围内所有保险产品价值或数量总额的 15%以上;条件 4:非银行金融机构、传统保险公司、投资银行在以下几种情形下会被识别为系统重要性金融机构,即按照总资产被评级为全国 10 大银行之一、总资产被评级为全国 20 强之一且调整后的评级为 10 强、有价证券承销量超过总量的 20%。

第二,传染性(Contagion)。一个金融机构如果它的失败会导致以下后果,则会被认为具有系统重要性。情况 1:机构的实质资本损害占金融系统资产总额的 30%;情况 2:导致国内或国际基本支付系统的实质性损害或关闭;情况 3:导致一个或更重要的金融市场的倒塌或冻结。

第三,关联性(Correlation)。一个金融机构在以下情况下会被认为具有系统相关性。情况 1:一个经济的或金融的震荡会导致抽逃资本的可能,这些抽逃资本的总和将达到整个金融系统资产

[33] James B. Thomson, supra note [12], at 2.

[34] 该表来源:BCBS (2011), supra note [9], at 5.

[35] James B. Thomson, supra note [12], at 2-5.

的35%或银行资产的20%;情况2:可能发生抽逃的资本的股份总量达到以下几种情况,即占批发或零售支付额的15%、占主要信贷活动的35%、有价证券承销额的30%、人寿保险产品总数或总价值的20%、所有保险产品总数或总价值的30%。

第四,集中度(Concentration)。能够引起一个金融机构被识别为SIFIs的临界值包括以下几种情况。情况1:该机构占据一个核心金融市场贸易的25%;情况2:占据一个基本支付系统日常支付额的25%;情况3:能够对一个重要信贷活动的30%负责。

4. 识别的方法

SIFIs的识别方法主要包括指标法和市场法两种。指标法是指根据SIFIs的核心特征确定相应的指标(BCBS关于评估方法的文件已有具体说明),再根据金融体系的实际情况为各项指标确定不同的分值,并以此确定SIFIs的具体名单。而市场法是以市场为基础,考察金融机构相关指标的市场波动情况,并通过数据整理,分析金融机构对整个金融体系的影响,进而确定该金融机构是否具有系统重要性。^[36]

指标法主要是金融危机后IMF、BCBS、FSB等国际金融监管组织研究的重点,而市场法主要是学界通过复杂的理论和模型来进行研究。从金融监管规则的发展趋势来看,指标法已经对各国识别SIFIs起到重要指导作用。如美国多德-弗兰克法案第121条和123条规定,“减缓金融稳定面临的风险。合并资本在500亿美元及以上的银行控股公司或非银行金融公司即被认定为可能对金融稳定构成威胁,也即是具有系统重要性”;“研究金融机构的规模与复杂性对资本市场效率和经济增长的影响”。^[37]该法案主要倾向于通过规模性指标和复杂性指标来识别对金融稳定构成威胁的SIFIs,并对其进行严格监管。

在“BCBS国内系统重要性银行的评估方法”中,从原则1到原则7是评估方法。原则1是,国内监管机构应该建立系统重要性银行的评估方法,并以文本的方式保障。原则2是,评估方法应当反映银行失败的潜在影响和可能产生的外部性影响。原则3是,评估银行失败影响的参照系统应该为国内经济。原则4是,对系统重要性银行的全面评估,包括系统重要性银行母国的评估以及东道国依据管辖权对子公司的评估。原则5是,一个国内系统重要性银行的失败对国内经济的影响,从原则上讲,应该通过具有银行特性的因素来评估,包括规模、关联性、可替代性和复杂性。原则6是,国内监管当局应该持续地监管系统重要性银行的评估,以确保它们的评估能够反映相关金融体系的实际情况。原则7是,国内监管当局应该为评估方法提供一个在线平台,以便公开信息披露,这主要用于参照国内经济评估系统重要性银行。

综上所述:对于是否应该事前识别SIFIs的问题上,反对者从识别后道德风险的角度进行论证,而大多数赞同者则认为道德风险可以通过制度设计实现限制的效果。目前已有国家对SIFIs

^[36] 经济学界关于市场法的研究主要包括:Brownlees and Engle的边际预期差额法(Marginal Expected Shortfall)、Drehmann and Tarashev的沙普利值法(Shapley Value)、Adrian and Brunnermeier的在险值协方差法(CoVaR)、Acharya et al.的信贷违约互换价差法(CDS spread)及Zhou的极端值法(Extreme Value Theory)等。该部分文献参见:Christian T. Brownlees and Robert Engle, “Volatility, Correlation and Tails for Systemic Risk Measurement”, Working Paper, New York University (June 2011); Tobias Adrian and Markus K. Brunnermeier, “Federal Reserve Bank of New York Staff Reports 348” (2008); Viral V. Acharya, João A. C. Santos, and Tanju Yorulmazer, “Systemic Risk and Deposit Insurance Premiums”, 16 Economic Policy Review (2010), 89-99.

^[37] “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act”, Sec. 121. Mitigation of risks to financial stability; Sec. 123. Study of the effects of size and complexity of financial institutions on capital market efficiency and economic growth.

进行识别(美国),这主要是从整个金融系统稳定的角度考虑,即金融稳定受损成本大于道德风险成本。通过 G20 近年来的高峰会可以看出,其已经将制度构建的重点转移到 N-SIFIs 识别与处置,因为什么是全球金融系统稳定还很难界定,先进行 N-SIFIs 识别与处置的构建是建立国际标准的前提。因此,无论是 G-SIFIs 还是 N-SIFIs, SIFIs 均指一个金融机构的行为能够对同类金融市场或整个金融市场造成负面影响(破坏市场竞争),其经营失败或经营出现问题能够直接影响金融稳定或对一定关联国家的实体经济造成危害。

在识别指标体系方面,对于 G-SIFIs 识别的“五标”体系基本上得到了主要国际金融市场国家的认可(G20)。但在 N-SIFIs 识别上,詹姆斯提出了“四标法”(规模、传染性、关联性、集中度),而 BCBS 则在 2012 年提出了不同的“四标法”(规模、关联性、可替代性、复杂性)。其中,“可替代性”和“集中度”两者之间有重复的地方(支付系统影响)。从总体上讲,规模和关联性基本得到共识,但其他指标的界定还存在争议,这就会产生在不同的国家能否被识别为 SIFIs 的问题。所以,从根本上讲,识别方法的协调与统一有赖于相关概念的界定,在没有形成概念一致的情况下,规模识别是最有效的指标。评估指标中缺少“国内经济”的评价指标,因为从 BCBS 的识别中可以得出,被识别的机构应该对国内经济或相关国家经济产生影响。

无论是指标法还是市场法,最终都是为了给法律制度和处置计划提供可以适用的标准。从目前各国的实践来看,指标法占据“上风”,特别是“规模”标准能够直接、客观地判断一个机构是否属于 SIFIs。但是,其他方法是识别体系不断完善的保障。一个是从机构特征的角度考察,一个是从市场的角度考察,两者是应该相互促进的,市场法能够使指标法更加准确。BCBS 的方法是给 N-SIFIs 识别提供方法指导,从本质上讲并非属于具体的识别方法。

(二) 金融稳定理事会关于系统重要性金融机构跨境处置合作的法律框架

SIFIs 跨境处置合作法律框架是从总体上对金融机构的母国和相关东道国的处置责任和义务做出的指导性安排,旨在推动与促进各国在金融机构跨境处置上的有效合作。在 G20 的要求下,FSB 于 2011 年发布了《金融机构有效处置的关键属性》,以作为实现 SIFIs 有效处置的重要参照标准。其中,处置法律框架的核心内容主要包括构建框架的总体要求、保障框架实施的条件以及合作协议的内容等。

1. 总体要求:法律救济与司法行动

第一,处置权力的法律保障。SIFIs 的处置机构应当在有效的法律救济和司法程序制度下有能力迅速、灵活地运用处置权力。在司法管辖权范围内,法院的指令仍然适用于处置程序,处置机构制定处置措施时应该考虑这种情况,以便确保处置计划符合法定的时间要求。这是处置计划与管辖权国家司法程序的协调问题。

第二,司法程序与处置制度的协调。立法确立的处置制度不应该提供此类司法行为,即该类行为有可能限制处置机构基于合法权力和善意而做出的处置措施和执行行动。

第三,司法权行使的灵活性例外。为了维护市场自信,司法管辖权应该保持灵活性。其应当允许公司关于豁免和相关披露延期的临时性要求。因为,在市场条件下,如果接管条款和上市规则被迅速地公开披露,那么这种披露可能因为其他市场参与者的行为而影响整个处置执行的成功。^[38]

2. 构建跨境合作法律框架的条件

第一,应该赋予权力给一个法定的处置机构,并激励它尽可能地努力去实现与相关的外国处

[38] FSB, *supra* note [9], at 11-12.

置机构有效的处置合作。理查德·贺林认为,问题的关键在于处置机构有权力在破产处置过程中迅速、果断地行动以保障系统重要性服务的持续。对于逐步上升的监管干预,破产前触发机制能够强化处置政策的有效性。他们为问题金融机构提供强有力的激励,目的是通过重组和资本调整或与良好机构合并的方式来解决它们自身的问题(自救)。

第二,在已有合作的基础上,如果官方干预或破产处置程序的启动在国外管辖权范围内,那么本国的法律和规则不应包含该启动自动救助行动的条款。然而,如果在缺乏有效的国际合作和信息共享的情况下,确实需要实现国内稳定,那么应该保留国内行动的自由裁量权。但是,当一个处置机构运用自由裁量权而采取行动时,它应该考虑其行动可能对相关管辖权国家的金融稳定造成的影响。

第三,处置当局应该有权处置外国公司在本地的分支机构,有能力运用它的权力来执行处置计划或通过获得境外母国处置当局的支持来继续处置的执行。例如,命令一个本国管辖范围内的机构将财产转让给境外母国当局建立的“桥机构”(bridge institution)。在特殊情况下,能够采取主动措施,即当母国管辖权不采取行动或采取的行动没有充分考虑保护本地金融稳定的情况。^[39]同时,当一个东道国处置当局决定采取任意性的处置行动时,其应该给予境外母国处置当局优先的通知和咨询。

第四,国家的法律和规则不应该以国籍、索赔所在地、支付能力地为理由对债权人采取歧视待遇。债权人的对待和破产次序的确定应该是透明的,且应该适当地向存款者、保单持有人、其他债权人充分揭露。

第五,管辖当局应该提供透明的、迅速的程序来执行国外的处置措施,或通过一个相互认可的程序来执行措施或通过国内处置制度支持境外母国处置当局的处置措施,以此保持处置的一致性。这种承认和支持能够使一个境外母国处置当局获得对公司分支机构迅速的控制或控制公司在东道国的资产。但这要视情况而定,上述承认和支持应该发生于这个公司在境外母国的法律下被处置之前。境外措施的承认和支持应该是临时性的,目的在于确保跨境处置中平等地对待债权人。

所以,应当集中 SIFIs 处置的政策关注,这些政策能够限制风险传染或者至少能够强化政策制定者组织紧急救助的政策和过程透明度。一个迅速而良好的处置计划对于 SIFIs 的处置有很大的说明指导作用,尤其是如果该种计划能够成功地识别和隔离每个 SIFIs 的“系统重要性”部分,那么它们将会继续存在,即使该 SIFIs 破产。

第六,处置当局应该在法律的约束下,有能力遵循机密要求,保护敏感的信息数据,并能够合理地分享信息,这些信息包括恢复和处置计划(RRPs)、作为整体金融机构的相关信息、作为个体的子公司或分支机构的相关信息及与之相关的外国当局的相关信息等。同时要求处置当局能够在恢复和处置计划或处置执行的协调上实现信息共享。管辖权当局应当对机密要求和保护措施提供法律保障,为从境外处置当局获得的信息提供法律保护。

3. 跨境合作协议的内容

第一,跨境处置合作协议实现的平台

所谓的“协调途径”就是为各国进行跨境处置合作提供一个可以共同协商、讨论的空间,或建立一个组织相关协调的特殊机构。国际保险监督官协会(IAIS)提出了监管联席会议(Supervisory College)的概念,该机制是金融集团的母国和东道国的监管机构之间为了实现政策协调、信息共

[39] Ibid, at 13.

享、执行合作而建立的一种监管合作机制。主要是为了完善国际集团的风险监管和危机处置。^[40] 欧盟委员会工作组认为,为了促进跨境处置合作的有效性,处置当局之间应该建立“处置联席组”(Resolution Colleges),它能够确保跨境机构在发生危机时,不同国家的监管当局之间能够采取协调的行动。^[41] FSB 提出,CMGs 是 FSB 处置框架下的“协调观察机构”,即危机管理组。CMGs 要求 SIFIs 的母国和东道国建立系统重要性机构跨境处置合作的目标和程序。同时,要在处置框架中明确界定危机前(恢复与处置阶段)和危机后处置当局的作用和责任。它主要有三个任务:一是促进跨境处置合作的协调和信息共享;二是开发恢复和处置计划上的合作协议;三是 SIFIs 可拆分性的分析。SIFIs 的母国和核心东道国处置当局应维持 CMGs 的目标,促进其管理和处置一个受跨境金融危机影响的公司。CMGs 的结构有以下几部分组成:监管机构、中央银行、处置机构、财政部和负责管辖担保机制的公共部门。同时,应该强化 SIFIs 及其附属机构所在国家之间的紧密合作。^[42] 肖恩·汉根和何塞·比尼亚尔斯在其 2010 年的文中提出了“跨境处置组”(CBRG),该组织是隶属于 BCBS,最主要的作用是提供跨境银行处置信息的最新数据,促进跨境处置协调与合作。

第二,母国与东道国之间信息的共享与协调

在危机前和危机中设定信息共享程序,包括 CMGs 之外的任何东道国管辖区域的信息共享,明确分享信息的各个国家在保护信息上的法律依据,并对保护秘密信息做出必要的安排。无论是机构的母国还是东道国,都要设定系统重要性机构的恢复与处置计划和程序,要保证覆盖的全面性,包括母公司、持股公司、重要的子公司、分支机构、附属机构等都应该纳入到设定的范围。目的是不管危机发生于哪个主体,都有可以迅速适用的处置计划。

第三,处置中实体法律内容的协调与预警告知

在公司拆分的评估方面,设定母国与东道国当局的协调程序。当母国公司出现极其不利的情况,或当局将对其采取重要行动或危机措施前,母国处置当局应当同意履行对其他东道国的告知和建议程序。母国当局向东道国当局提供一个关于特殊处置措施的跨境执行的细节情况,包括“桥机构”的使用和自救权力。

第四,召开周期性联席会议

母国和东道国之间的高级别官方机构至少每年要举办一次会议,以评估、讨论 G-SIFIs 全部处置制度的稳健性。同时,至少每年要由执行处置制度的高级官员提供有关处置计划情况的规律性评论。^[43]

跨境合作平台为相关国家协商处置计划提供了一个良好的机会,IMF、BCBS、FSB 等国际金融监管组织的指导和协调,能够促进各国之间的合作。在处置合作过程中处置信息共享和对对方行为尊重是形成跨境合作协议的基础,在此基础上对处置过程中的核心法律内容进行协调,并辅之以周期性联席会议以加强沟通。

[40] IAIS, “Guidance Paper on the Use of Supervisory Colleges in Group-wide Supervision”, Guidance Paper No. 3.8 (October 2009), Article 7, at 6.

[41] European Commission, “Establishing a Framework for the Recovery and Resolution of Credit Institutions and Investment Firms and Amending Council Directives”, Commission Staff Working Document (2012), 54.

[42] FSB, *supra* note [9], at 14.

[43] FSB, *supra* note [9], at 15.

（三）短期性的核心标准协调与合作法律框架

根据肖恩·汉根和何塞·比尼亚尔斯的观点,^[44]从长远的角度看,解决跨境处置问题应该建立一个国际条约,它能够给各个国家设定义务,去遵从金融机构或集团主要活动国的管辖权,并按照该核心管辖国的机制来进行处置。或者采取金融机构的“去全球化”方法,这样能够保证金融机构更好地适应国内处置制度,在国内管辖范围内运行。第一种方式的优点在于“约束性的保障”,缺点在于对国家主权的牺牲,这在短期内很难实现。第二种方式的优点在于处置的方便,缺点在于金融机构将丧失系统重要性功能,并破坏新兴市场和发达市场的关系,破坏国际贸易的发展。因此,在参与跨境处置合作框架制定组的国家之间建立一个非约束性的谅解备忘录被证明是合理的,至少在短期内能够在不同国家之间实现标准上的一致性。肖恩·汉根和何塞·比尼亚尔斯认为,跨境合作法律框架应当具体包括三个部分:

第一,法律保障处置机构的地位与权力。国家应该修改法律,以便要求国内的处置机构与相关国家的处置机构进行处置协调,并在最大范围内为债权人和金融稳定提供保护。其中,重要的是国家处置机构应该持续地保持这种自由裁量权,维护处置机构的独立性,以更好地实现处置目标。

第二,国家间处置制度的尊重与承认。不同国家之间要相互承认对方的处置框架,强化处置框架的协调,并在核心标准上实现更好的合作。这些核心标准包括外国债权人的非歧视、合格的干预工具、合格的债权人保护制度、存款者优先权规则的强化、东道国与母国监管制度的强化及赋予处置机构以权力等。

第三,SIFIs 损失分担规定的协调。强化协调合作框架的一个关键性问题是设计 SIFIs 的损失分担程序,以保证处置协调的有序进行。从本质上讲,这是各国利益协调的主要内容。同时,同意强化协调合作框架的国家也应该同意设计一个协调程序,以便能够迅速地对一个危机中的金融机构进行有效处置。

综上所述,FSB 跨境处置法律框架的总体要求包括三个方面:处置权力的法律保障、司法程序与处置制度的协调、司法权例外条款等。而肖恩·汉根和何塞·比尼亚尔斯的处置框架主要包括以债权人保护和金融稳定为核心的法律协调、相关国家处置制度核心标准的协调、损失分担机制的设计与协调等。FSB 的框架更加全面,适用于长远计划的实施;而汉根与比尼亚尔斯的处置合作框架明显具有短期适用的价值,即其设计的内容都是处置各方的核心利益,虽然不像 FSB 框架那样详细和全面,但能够为需要处置的合作提供最基本的协调内容。因此,结合实际应用和长期效果来考虑,应该将肖恩的“核心标准”纳入到 FSB 的框架中。

四、系统重要性金融机构跨境处置 合作法律框架的构建:基于中国的视角

（一）影响法律框架构建的因素

从总体上讲,FSB 的该处置合作法律框架基本上可以解决跨境处置合作实践中的各种障碍,但是有两点值得考虑,一是“本国债权人”的特殊待遇问题,这涉及各国债权人对金融市场和政府的信任,信任危机没有其他的利益容易协调。所以,处置框架没有设定母国或东道国如果违反“债权人歧视待遇”将按照什么样的法律和程序来承担责任。二是 FSB 所制定的处置框架多以咨询文

[44] Sean Hagan and José Viñals, supra note [7], at 5.

件、指导建议等形式公布,因此其性质一直受到争议,这导致该类国际标准的约束性弱化。因为,从形式上讲,这些文件、建议不具有国际法约束力;但从实质上讲,长期的国际金融监管实践证明它们应该属于国际惯例,属于国际软法的范畴。按照法国学者弗朗西斯·斯奈德(Francis Snyder)的理解,“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”。^[45]而以巴塞尔资本协议为基础的银行监管标准已经得到各国普遍的认可,其应当属于金融监管“软法”的范畴。因此,FSB所确定的处置合作框架需要一段时间来验证其对SIFIs处置的效果和实际效力。鉴于实践操作和各国国情的差异,各国在借鉴监管框架时应注意以下几个方面的问题。

1. 合作协调主体的法律地位

跨境处置合作的协调主体是实现有效、迅速跨境合作的桥梁。按照上文FSB的界定,CMGs的组成包括监管机构、中央银行、财政部、处置机构等等,几乎涵盖了SIFIs处置可能涉及的所有部门。而肖恩·汉根和何塞·比尼亚尔斯提出的“跨境处置组”(CBRG)则是BCBS的组成机构。从形式上讲,两者都不属于国际法主体。从实质上讲,它们都有强化信息共享和促进跨境合作协调的目标。但是,两者所发布的文件都是一些建议、咨询文件等,不可能对主权国家构成强制性约束,只能起到指导作用。并且,SIFIs的处置常常涉及多国的主权利益,该类机构还不具备协调各国主权利益的能力和主体资格。他们也指出,“跨境处置组”(CBRG)只是巩固跨境处置框架、促成跨境合作,其并不要求国家主权的放弃。因此,无论是监管联席会议、还是CMGs和CBRG等跨境处置协调机构,在它们的法律地位还不确定的情况下,一个完好、理想化的跨境处置合作法律框架是很难被执行的,但其可以被当作一项长远的工程来完成,如通过强化IMF、BCBS、FSB等组织或机构的地位来提高合作协调主体的能力。从近期的需要来考虑,以该框架为基础进行双边或区域性的跨境处置合作更具有实践意义。

2. 识别与处置的问题

SIFIs的识别是一项非常庞大且复杂的系统工程,仅仅通过选取的指标就可以看出,它选取的范围涉及金融机构本身特征的识别,又涉及金融机构与市场关系的识别(如可替代性指标的识别)。虽然对于SIFIs的识别指标还没有完全形成共识,但依据规模和关联性标准来进行识别是最直接、最客观,也是最常用的方法(如美国《多德-弗兰克法案》中SIFIs的识别就主要是以“规模”标准来识别的)。而复杂性、可替代性等指标却很难用一个客观的标准来衡量。所以,FSB设定的识别标准与方法的可操作性需要进一步实践与强化。实践中,有一些金融机构在正常经营期是一个普通的市场主体,一旦其经营不善,就会给整个金融体系带来风险传染,此时其便立刻具有了系统重要性的特征,识别在此刻的意义已经不那么重要了,重要的是如何处置的问题。由于发生危机前其没有被识别为系统重要性机构,所以各项与它相关的系统重要性的严格监管措施、处置计划都与它无关,那么这时该机构应该选择什么样的处置机制是值得思考的问题。虽然,BCBS在2012年发布的《处理国内系统重要性银行的框架》中要求国内监管机构对国内的所有银行均应做好处置计划,但这显然是不具有可操作性的。因为,从我国金融机构的实际情况来讲,一方面,我国金融监管权在民间金融监管方面还存在很大的真空地带;另一方面,鉴于监管成本和金融机构控制权的客观现实,除了大型银行外,中小金融机构不会花费大量的人、财、物来制定、修改、维护那些对于自己还不确定的处置计划。

[45] See Francis Snyder, “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, in Steve Martin (Ed.), *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel* (Dordrecht/Boston: Kluwer Academic Publishers, 1994);转引自姜明安:《软法的兴起与软法之治》,载《中国法学》2006年第2期,第26页。

3. 金融机构被识别为系统重要性而产生的道德风险问题

当一个金融机构被识别为具有系统重要性后,它将会被要求更高的资本充足率、更高的损失吸收能力、具有更加完善的处置计划,这也意味着它将会更加强大、安全和可靠。一方面,潜在的和现实的金融消费主体会更愿意与这样的机构进行交易,包括把已经成为其他金融机构消费主体的主体吸引过来;另一方面,该类金融机构将会受到更加严格、更加独立的政府监管,也就是说它们的市场约束将会被削弱,从而恶化竞争环境。因此,SIFIs 被识别和严格监管后可能产生的道德风险主要包括:一是在正常经营时期,该类金融机构将会从事更加投机、更加冒险的行为,开发更多的金融交易方式(对该类机构业务的严格监管经常是无效的,该类机构常常会与监管者之间进行合作),因为有人为它们的风险“买单”。二是该类机构将完全忽视法律对它们的约束,因为它们有政府特别的监管机构和监管措施,政府与大型金融机构之间常常会形成理念和行为上的“统合”。^[46] 因此,金融监管国际规则在 SIFIs 监管负面影响上的研究还存在不足,还没有制定出有效的指导性建议。

(二) 框架构建:由上到下的顶层设计

按照经济学家吴敬琏的观点,“顶层设计”(Top-Down Design)是网络工程学的“舶来品”,即在进行一个大系统建设时要从顶层开始,要自上而下进行。而“十二五规划”中“顶层设计”的要求是政治、经济、文化、社会各领域整体上的全面设计,是满足改革的总体需要的一种框架性设计。^[47] 因此,“顶层设计”应当是国家从改革发展的规划、目标、重点、推进方式等方面做的自上而下的总体性设计与安排,该种设计抓重点问题,讲究政治、经济、文化等各方面的全面性,同时设计中要有全球视野,能够应对全球性问题。^[48] SIFIs 跨境处置合作法律框架进行“顶层设计”的原因主要包括:第一,作为一个总体性的“框架”要能够保证参与合作的国家在基本立场和基本利益共识上保持一致性,这是框架构建的基础问题。第二,从处置合作实施的角度分析,由于各国政治、经济、法律及文化环境的差异性,短期内在详细而具体的合作内容上完全实现一致是不现实的事情,只有以“总体设计”作为基本立足点,在发生或需要处置合作时,根据 SIFIs 本身特殊性和具体国家的实际情况来对某些细节问题进行“现场化”协调。第三,合作框架的“顶层设计”主要是为各国提供及时合作的机会、督促相关国家做好“预防性安排”、保障各国最基本的利益协调,从根本上保障处置的有效性和及时性。

[46] 政府可能会通过挑选出来的进行特殊对待的大型金融机构传递政策信号,这种政府和大型金融机构之间的合作被称为统合主义。例如,当政府对大型石油公司或武器制造商表示不满时,监管者将决定花旗银行是否需要遵从“沃尔克规则”,为了避免受到规则的约束,花旗银行的董事们决定最好还是限制银行对这些政府不喜欢的行业进行融资。[美]戴维·斯基尔:《金融新政——解读〈多德-弗兰克法案〉及其影响》,丁志杰等译,中国金融出版社 2012 年版,第 13 页。

[47] 参见吴敬琏于“2012·金融四十人年会”上的演讲,《经济体制改革的方向》,载《21 世纪经济报道》2012 年 5 月 7 日第 15 版。“顶层设计”作为中国政治新名词预示着一一种新的改革路径,其范围主要包括事业单位改革、住房制度改革、收入分配改革、医疗改革、养老制度改革、金融改革等等。参见新华网,http://news.xinhuanet.com/politics/2012-06/26/c_123327559.htm,最后访问时间 2013-1-26。

[48] 具体参见王一木:《中国文化顶层设计的基本内涵和路径选择》,载《江西社会科学》2012 年第 2 期;夏斌:《关于“顶层设计”的思考》,载《重庆理工大学学报(社会科学版)》2012 年第 4 期。同时,在 CNKI 中检索 2010 年至 2013 年的相关资料,以“顶层设计”为题的论文共 491 篇,其中国家行政管理 110 篇、中国政治与国际政治 49 篇、经济(包括国际经济)与财政 168 篇、金融 18 篇、法律与医疗 18 篇,其余的是工业方面的文章。这可以充分说明我国学界目前的“顶层设计”研究具有改革需求性、总体与全面性、全球性等特征。

1. 建立跨境处置合作法律框架

SIFIs 跨境处置合作法律框架的构建是国际金融监管合作中的重要内容,应该寻求一种“事前合作预防—事中合作处置—事后合作分担”的顶层设计。

首先,从总体上讲,通过案例分析与跨境处置框架结合的考察,在解决 SIFIs 的跨境处置合作问题上应当核心关注以下内容:第一,处置制度合作,核心处置国与其他相关管辖权国家之间处置制度的合作;第二,破产规则的协调,核心处置国破产法律与相关国家破产法律的协调;第三,核心处置国处置权的尊重与认可,协调基础上的相关国家对核心处置国处置制度的承认;第四,SIFIs 母国与相关东道国损失分担责任的协调,以 SIFIs 的活动范围为基础的损失分担机制的确定。例如,在德克夏银行的危机处置中,比利时、法国、卢森堡三国政府为了德克夏新的融资达成了联合担保机制的协议。即达成损失分担机制协议,它主要是以自愿为基础,并按照公共部门和机构投资者在这三个国家的持股比例来确定的。对德克夏的救助培育了三个国家中短期的银行稳定,并减轻了地方当局融资的压力。这也在短期内培育了欧洲银行系统的广泛稳定。比利时、法国和卢森堡当局在为德克夏提供支持的问题上实现了有效的合作。比利时和法国对美国附属机构的损失分担模式,为合作提供了有效的激励。这种损失分担是建立在三国自愿的基础之上的。

其次,政府当局预先制定处置计划,明确处置预期。这是处置制度透明度上的要求,即要求各国政府应当明确处置的政策和法律,保证市场参与者对市场的判断和处置的合理预期。例如,雷曼兄弟破产案中,市场参与者与政府预期偏差对金融机构造成了重要的影响。美国前财政部长保尔森私下里同雷曼的 CEO 进行沟通,警告其这种无准备的消极做法是不够的,并且如果雷曼在第三季度宣布公司发生一个重大损失而此时没有买主或没有一个明确的生存计划的话,那么它将处于极度的危险当中。然而,财政部并没有通过寻找法定权力来干预的方式为该种可能发生的事情做出准备,尽管它知道它缺乏该种权力。^[49]

再次,母公司、重要子公司均要设立相应的处置计划。雷曼兄弟的案例显示了金融机构和监管当局都没有及时做好处置准备的严重后果。2008 年美国第四大投资银行雷曼兄弟宣布破产,它的规模超过贝尔斯登的两倍。在雷曼兄弟破产案中要进行多个东道国管理与美国证券交易所的监管协调,由于没有预设处置计划,这导致雷曼兄弟没有成功地找到一个并购者,也没有开发一个生存计划。同时,巴塞尔委员会在其《国内系统重要性银行处置框架》中也明确要求所有的金融机构都应当制定各自的恢复与处置计划,因为一个非 SIFIs 也可能引发系统性危机,或者一个机构在国内不具有系统重要性而在国外具有系统重要性。^[50]

最后,处置管辖权的确定与相关处置当局的义务。通过上文的分析可得,SIFIs 跨境处置中管辖权的确定是实现有效处置合作的关键。处置管辖权的确定关涉不同国家的利益、处置机构母公司及其附属机构利益以及不同国家债权人的利益。在这其中,明确母国和相关东道国的处置责任是 SIFIs 有效处置的前提和保障。2008 年的金融危机快速蔓延到其他国家的一个直接原因就是母国与东道国监管责任划分的不明确。按照传统的国际法管辖权理论,当发生管辖权冲突时,一般优先适用属地管辖原则。但无论是巴塞尔协议,还是具有代表性的欧盟“第二号银行指令”,都坚持母国并表监管为主的管辖原则,这是对传统属地优先原则的突破。同时,GATS 金融服务协议以审慎例外原则扩张了东道国监管权力和责任。这就在一定意义上形成了对“母国管辖权”的限制。^[51] 为了实现管辖权划分的一致性,应当考虑适用 FSB 的跨境处置法律框架,并在此基础上

[49] Richard J. Herring, *supra* note [6], at 51.

[50] BCBS (2012), *supra* note [9].

[51] 参见杨松:《跨国银行境外机构的母国监管责任》,载《法学家》2009 年第 6 期,第 63~71 页。

实现“管辖权划分”的合作。我国 SIFIs 跨境处置中管辖权的划分应当坚持以下几个原则：一是风险发生国处置当局应当履行对处置信息共享的义务。以风险发生国为标准，无论发生危机的金融机构是否为母公司，处置当局都应当对危机机构的处置相关信息做出系统、全面的整理收集，并向母国或相关东道国处置当局通知该信息，实现信息共享。这主要是基于 SIFIs 危机处置时的“信息优势”。二是按照金融机构性质确定机构处置管辖权（处置责任），即确立母国对母公司、分公司、办事处等机构的主处置管辖权；子公司一类被母国法律确认为具有独立法人资格的机构由东道国管辖。三是处置计划实施前的通知义务。无论哪个国家享有主处置管辖权，都应当在处置计划实施前，将处置计划通知被处置机构的母国或相关东道国。四是处置法律或政策认可的承诺。母国与东道国应当事前签订合作协议，以做出对对方国家处置法律或政策认可的承诺。这种承诺的意义不在于创造一个国际条约性质的“处置法律”，而是为了保障 FSB 处置法律框架指引下各国处置计划的顺利实施。如果哪个国家违反承诺，那么相关国家将会实施报复措施，FSB 也会将该国列为黑名单。这可以理解为一种法律外的约束。参照 BCBS 的做法，当使用不同的金融监管标准时，如果某国被列入黑名单，则该国会适用更为严格的标准。

2. 设立独立的处置机构

设立一个独立的处置机构对 SIFIs 进行系统重要性的识别与处置不但是 IMF、BCBS、FSB 等组织的建议，也是其他国家立法实践的产物。根据 FSB《金融机构有效处置的关键属性》的规定，为了实现对 SIFIs 的有效处置，预防系统性危机的发生，各管辖权国家应该保证有独立的处置机构，以保障处置权的独立和有效执行。^[52] 美国多德-弗兰克法案中设立了金融稳定监督委员会，由其 SIFIs 实行全面的监管。本次金融危机后，鉴于预防与处置系统性风险的必要性，我国金融监管有向“功能性监管”发展的趋势，强调各监管机构之间的交流与合作，但形式上仍然是“一行三会”式的分业监管体制。这种分业监管体制产生的一个重要问题是不能很好地实现金融监管机构之间的监管合作与协调，也不能有效地进行信息共享。因此，可以借鉴美国金融稳定监管委员会的组成结构，即委员会成员的构成基本包括了金融市场中的各个方面，其设立的目的在于维护金融稳定，总体目标是识别威胁美国金融稳定的风险、加强市场纪律、对刚显现的威胁美国金融体系稳定的风险做出应对。^[53] 我国中央政府（国务院）一直都是金融监管的“最高机构”。2008 年金融危机的应对措施都是在国务院的领导下进行的。所以，我国应该在国务院领导下下设一个独立的金融稳定监督委员会，委员会由财政部、中国人民银行、银监会、证监会和保监会的高级官员共同组成，由该机构行使对 SIFIs 的识别与监管（包括对危机机构的处置）。由于该机构组成上的特殊性，其既有利于经营混业性业务的大型金融机构的监管，又有利于金融监管机构之间的协调，维护金融稳定。

3. 强化金融监管与金融机构的内部控制

冰岛银行系统危机案表明，私营部门和政治上层建筑之间的紧密关系，使得银行无限制地接近廉价资本，过度承担风险，并暴露在松懈的风险管理制度下，导致对银行监管的极度脆弱。从本质上讲，冰岛具有同其他欧洲经济区或欧盟国家同样的银行管理。所以，冰岛银行失败的真正原

[52] See FSB, *supra* note [9], at 5-8.

[53] 根据美国多德-弗兰克法案第 111 条的规定，金融稳定监督委员会中有投票权的成员包括财政部长、联邦储备理事会主席、货币监理官、金融消费者保护局局长、证券交易委员会主席、联邦存款保险公司主席、商品期货交易委员会主席、联邦住房金融管理局局长、全国信用合作社管理委员会主席及由参议院建议并批准，由总统任命的具有保险专长的独立成员。《多德-弗兰克华尔街改革与消费者保护法》，董裕平等译，中国金融出版社 2010 年版，第 7~8 页。

因是冰岛金融监管制度的失败，它没有形成一套合理有效的金融监管制度。同时，更没有提高对SIFIs投资进行严格监管的重要性的认识。这些银行投资的重要组成部分是用它们自己的股份和持有的交易对方的股份来进行的。这种用银行自有股份资本进行的融资不能为可能发生的损失提供保护。罗伯·塔梅罗(Rob Tammero)认为，本次金融危机的经验表明，SIFIs的失败使得金融风险迅速传染给其他市场主体，破坏信贷市场，并损坏实体经济，所以应当对该类机构进行额外的严格监管。^[54]同时，加强SIFIs内部控制的关键在于限制道德风险。在许多方面，雷曼破产带来了不必要的混乱，因为这个公司的监管和管理是有问题的。作为雷曼重要股东的福尔德曾非常自信地认为，如果雷曼遇到破产危机，政府一定会对其进行救助，因为雷曼的规模比贝尔斯登大几倍，这导致雷曼的管理层根本没有为破产做好准备。并且其认为，一旦公司失败，政府会为它的债权人和交易相对方提供保护。^[55]因此，限制道德风险的根本在于机构内部控制的强化和外部激励监管的有机结合，但设计什么样的合理机制才会产生理想的效果还需要实践的积累与验证。

五、展望：全球金融治理的软法路径

BCBS、FSB等国际组织制定的SIFIs处置方面的各种文件和指导建议，增强了金融机构跨境处置合作实现的可能性，丰富了全球金融治理的内容，均反映了国际金融领域软法的作用。并且，该种软法的治理路径已经成为全球金融治理的基本方式。

全球治理理论的研究主要是源于20世纪90年代初期。90年代末的亚洲金融危机使得世界各国认识到全球金融治理的重要性，这以美国学者詹姆斯·罗西瑙(James N. Rosenau)提出全球治理的概念为代表。^[56]20世纪90年代末，IMF就将全球金融治理作为重要目标之一。其在BCBS、世界银行等组织的基础上，建立起一套国际认可的金融治理标准，以稳定全球金融市场。IMF立足于汇率管理、国际收支平衡协调的同时，也将重点放在缓解金融动荡、预防金融危机的措施中。2008年国际金融危机后，IMF进一步认识到全球金融治理的重要性，并开始积极地推进其自身的改革。目前，IMF改革的核心问题主要包括投票权制度改革、新兴市场和发展中国家份额分配机制改革，而IMF职能改革的一个重要问题就是如何强化其在促进全球金融稳定上的作用。^[57]

软法及其适用一直是国际法学界长期讨论的问题。有学者从“软法”与“硬法”互补的角度出发，认为软法是一种不可替代的行为规范。软法符合法治的应然要求，在这种环境中考察，软法具有法的基本特征，软法之所以能够独立于硬法，是因为它以不同于硬法的方式体现法律的共性特

[54] Rob Tammero, “Reining in Systemically Important Financial Institutions”, 30 *Review of Banking and Financial Law* (2011), 595-607, at 595.

[55] 参见前注[46]，戴维·斯基尔书，第28页。

[56] 参见洪小芝：《全球金融治理相关问题研究综述》，载《西南金融》2012年第3期，第35页。

[57] 参见杨松：《国际货币基金协定研究》，法律出版社2000年版，第254~260页。杨松：《国际货币基金协定变革与中国金融立法》，载《中国法学》2000年第4期，第129页。该文将协定的规范分析与国际金融创新相结合，并提出IMF的职能改革应当包括维护金融稳定和预防金融危机。李本：《国际货币基金组织改革的职能趋向》，载《法学》2010年第4期，第133~136页。该文中指出，IMF的职能应当包括四个方面：汇率监督、贷款援助、技术支持和合作协调，其中合作协调是针对全球金融危机预防和处置而言的，IMF应当在全球金融治理合作的技术支持和合作协调上起到大的作用。李仁真、涂亦楠：《金融危机背景下国际货币基金组织代表性改革》，载《华中师范大学学报(人文社会科学版)》2010年第3期，第20页。该文从分配代表权的标准、每个国家实际分的代表权的大小、行使代表权的方式等三个方面论证了IMF代表性的改革问题。其核心内容是基于公平理论、效率理论和民主理论提高发展中国家在IMF中的话语权和投票权，进而提高发展中国家在IMF治理全球金融问题中的地位，以增强IMF的合法性和有效性。

征,并具有硬法所没有的个性特征,并且在公共领域之中发挥重要作用,它具有独特的规范和调整公共关系的功能,软法与硬法在法律功能上优势互补,在法律规范上相互转化。^[58] 虽然学界对软法的界定还没有形成共识,但都赞同国际金融软法具有以下两个特征,即一是软法不具有法律约束力;二是软法在实践中能够产生实际效果。^[59] 同时,“赤道原则”的发展也丰富了国际金融软法的内容,该原则没有国家的参与,是完全的“自我规制”。^[60] 这也充分说明了国际金融软法在全球金融治理方式上的特殊性,即实际效果的约束。随着新兴市场和发展中国家的崛起,国际政治经济中权力多极化格局已悄然形成。但是在短期内,权力多极化和复合相互依赖的国际关系格局导致各主权国家在国际金融“硬法”上达成共识的困难,通过硬法路径实现全球金融治理显然是困难重重。

SIFIs 跨境处置合作是全球金融治理的重要内容之一。在 G20 牵头和督促下,由 BCBS、FSB 等国际组织制定的全球金融治理框架既能为各国金融治理提供共同协商合作的平台,又能提供具有全球意识和应用价值的治理标准。该种软法治理路径已经突破了 2008 年之前只有国际组织参与制定国际金融标准的时代。以 G20 为核心的新国际金融治理机制突破了 G7 时代“发达国家主导”的治理局面,^[61] 将国际金融软法推向一个更加可操作化的发展方向,其核心法律框架的构建标志着全球金融治理的一个新的发展方向。由于 SIFIs 的“全球系统重要性”和潜在的“系统性危机”,所以通过国际金融软法标准来及时地治理全球金融问题是当今国际社会比较合理的选择。值得注意的是,这里所讲的国际金融软法应当是 G20 牵头下(目前 G20 的级别已经由“部长级”升格为“元首级”),由 IMF、BCBS、FSB 等国际组织研究、制定的治理标准,目的是保障软法的“实际约束效果”,以增强治理标准的强制性及适用的普遍性。

其实,中国是否存在 SIFIs、中国的 SIFIs 能否“倒”以及中国是否存在“太大而不能倒”的系统重要性风险等问题已有学者提出。^[62] 但无论是出于主动的选择,还是被动的接受,中国金融的发展和金融法治建设在金融全球化时代要与国际市场接轨、要避免利益损失,就要在金融立法中充分考虑国际因素。因此,以 SIFIs 处置机构、处置权力为核心的法律制度的构建作为一种承担“大国责任”的方式,应该在中国的金融法治完善中受到重视,并付诸于具体的立法实践。

(责任编辑:黄 韬)

[58] 参见罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载《中国法学》2006年第2期,第4页。

[59] 参见杨方:《“软法”与“软组织”——对巴塞尔银行监管体制的再认识》,载《时代法学》2008年第6期,第115页;漆彤:《国际金融软法的效力与发展趋势》,载《环球法律评论》2012年第2期,第155页;涂亦楠:《论国际金融软法及其硬化——以国际信贷法为例》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第80页。

[60] 刘志云:《赤道原则的生成路径——国际金融软法产生的一种典型形式》,载《当代法学》2013年第1期,第137~138页。

[61] 参见崔志楠、邢悦:《从“G7时代”到“G20时代”——国际金融治理机制的变迁》,载《世界经济与政治》2011年第1期,第135页。

[62] 有学者提出,由于我国金融机构实行的是一级法人制度,从控制模式上看具有“大”的特征。同时,我国并不存在“系统重要性风险”,我国的大金融机构也不可能倒下去。因为,我国金融业运营模式是官办、官商合办及官督商办,产权上表现为国有经济占主体、私营经济为补充。但是,为了适应金融发展的全球化需要,SIFIs 监管法律制度的构建具有必要性。中国金融立法和金融监管实践必须考虑“国际因素”的影响。参见前注[5],黎四奇文,第100页。