

## “生前遗嘱”制度的源流、 构架与异化

——以 Dodd - Frank 法案对我国金融企业退出  
机制的影响为视角

丁 磊\* 金 灵\*\*

**摘要:**美国针对上一轮金融危机“大而不倒”的金融机构出台了 Dodd - Frank 法案,其中第 165 条提及金融机构“生前遗嘱”制度,制度旨在部分大型金融企业与监管机构之间达成危机状态时,如何快速而有序处理自身债权债务的协议。该制度的适用的域外效力延伸到仅在美设立分支机构的金融企业,因此对我国涉美金融机构以及美涉华金融机构均有十分重大的影响。本文在解构 Dodd - Frank 法案指向的“生前遗嘱”对中国适用以及其适用可能性的同时,进一步比较分析银监会在脱离金融机构特殊破产制度基础上,直接移植“生前遗嘱”制度的异化现象,以期讨论作为继受法国家的中国如何应对本轮金融制度国际竞争。

**关键词:**生前遗嘱 跨国合作 Dodd - Frank 法案 特殊破产程序

---

\* 华东政法大学经济法学院硕士研究生。

\*\* 华东政法大学国际金融法律学院硕士研究生。

上轮金融危机中大型金融机构“大而不倒”(too big too fail)从而导致系统性风险迅速扩散引起了各国监管机构的注意,美国出台 Dodd - Frank 法案试图通过订立金融机构“生前遗嘱”等一系列手段安排金融机构有序退出,减轻救助金融机构可能产生的“道德风险”。<sup>[1]</sup> Dodd - Frank 法案对符合一定要求的国内、国外银行与非银行金融机构均苛以制备详细“生前遗嘱”的义务,在长臂管辖的指导思想下,这种义务及于跨国公司的各个分支;甚至符合条件的在美分支机构被要求提交母公司的“恢复和处置计划”。

近年来,我国涉美银行为使在美业务不受影响陆续提交了“生前遗嘱”,<sup>[2]</sup>国内学界对于“生前遗嘱”研究不多,研究视角基本从比较法角度出发,偏重对其美国本土适用的解构<sup>[3]</sup>和我国商业银行破产制度的可借鉴性进行分析,<sup>[4]</sup>鲜有注意到 Dodd - Frank 法案适用“生前遗嘱”指向的对象亦包括我国金融机构——对跨境适用 Dodd - Frank 法案第 165 条的合理性及“生前遗嘱”于我国效力相关讨论几近空白。笔者注意到银监会亦另辟奇径,通过民营银行试点逐步推进我国“生前遗嘱”制度的建立健全,颇有因 Dodd - Frank 法案影响而“倒逼”立法之嫌。国内金融母公司制备的“生前遗嘱”送与 FDIC 审批,其生效、启用的逻辑起点与终点均在我国境内,将“生前遗嘱”制度置于我国制度下分析实有必要。

本文从 Dodd - Frank 法案第 165 条指向的跨境适用主体及“生前遗嘱”所需构成条款出发,在我国破产法、公司法语境下对其公司制定主体、触发条件、适用效力等展开讨论,探索在金融全球化下的制度竞

- 
- [1] Fed, Reserve Bank of Minneapolis, Policy Studies: Too Big to Fail, <https://www.minneapolisfed.org/publications/special-studies/endingtbf>, 2016年7月16日访问。
- [2] 2013年12月25日,我国招商银行公布该行将签署“生前遗嘱”,中国银行、工商银行也已经公告将要签订类似协议。中国银行称其“集团恢复与处置计划(含在美机构处置计划)”的决议正在准备已经由董事会通过。
- [3] 漆彤、宋禹倩:《“生前遗嘱”能否解决银行“大而不倒”困局》,载《经济法论丛》2011年第2期;又见王刚:《系统重要性银行“恢复和处置计划”:国际实施进展、基本要素与政策建议》,载《金融监管研究》2013年第5期。
- [4] 苏洁澈:《英美银行破产法述评——以银行特殊破产制度为中心》,载《环球法律评论》2013年第2期。

赛,尤其是自贸区离岸金融区的制度建设中,与外国金融监管部门相互承认、跨国合作的模式的构架。

## 一、“生前遗嘱”制度概述

生前遗嘱本来是一个民法上的概念,指自然人在生前按照法律的规定通过各种方式,处分自己的财产及安排与此有关事务并于死亡后发生法律效力单方民事行为。本次危机期间将其化为应对系统重要性银行“大而不能倒”负外部性和道德风险的一种举措。“生前遗嘱(living wills)”又称“恢复和处置计划”(recovery and resolution plan),其目标是防止在出现系统重要性银行“倒闭”的情形时,金融体系和实体经济螺旋式坠落。<sup>[5]</sup>

### (一)制度产生原因

银行资产具有高度的挥发性,其资产需要短时间内被处置或找到收购方,若参照一般破产案件冗杂的司法程序、膨胀的债权人数量会延缓对问题银行的处置。<sup>[6]</sup>而且一家金融机构倒闭往往会引起其他金融机构连锁倒闭,并进而殃及和损害整个金融体系,引发金融危机的风险。<sup>[7]</sup>负外部性溢出使快速处理“困境银行”成为制度架构的必然要求。然而对有着上千关联公司、SPV的大型金融机构来说,FDIC 短时间内的接管亦很难找到合理处置风险,逐步有序退出市场的路径。IndyMac 银行破产管理人 Bovenzi 曾利用仅有的“一个周末”<sup>[8]</sup>完成了 IndyMac 银行与全美三十多个大型金融机构的破产安排,其中包括了大量复杂的金融衍生品合同如何执行的问题。“大而不倒”的金融企业高度关联的复杂结构使破产企业的每一笔交易的处理都可能引发

---

[5] 王刚:《系统重要性银行“恢复和处置计划”:国际实施进展、基本要素与政策建议》,载《金融监管研究》2013年第5期。

[6] 同注[4]。

[7] 参见韩龙:《国际金融法要论》,人民出版社2008年版,第43页。

[8] Bovenzi, John F., *Inside the FDIC: Thirty Years of Bank Failures, Bailouts, and Regulatory Battles*, John Wiley & Sons, 2015, p. 2.

“蝴蝶效应”<sup>[9]</sup> FDIC 对于大型金融机构仓促地“收尾”处理在上一轮经济危机包括 Lehman Brothers 案中,造成极大的二次损害。<sup>[10]</sup> 因此,《多德—弗兰克法案》第 165 条提及的生前遗嘱制度让金融企业准备其自身运营僵局时的预案,是“快速而精确”处理“悬崖上的企业”问题的应对措施之一。

## (二) 制度适用对象

“生前遗嘱”指向的 SIFIs (systemically important financial institutions) 是金融危机的始作俑者,按 FSB 的定义,SIFIs 是指“由于规模、复杂度和系统关联性,其发生危机或无序倒闭将会对更广泛范围的金融体系和经济活动造成严重干扰的金融机构”<sup>[11]</sup> 系统重要性金融机构组织结构的复杂性将会导致一些严重的问题——其不但有很多的分支机构经营多种业务,而且一般会在多个国家开展经营。在上一轮危机破产处置过程中,由于庞大的体量以及资产快速变现产生金融资产价格断崖式下降,<sup>[12]</sup> 对全球金融产生了系统性危害。<sup>[13]</sup> 具言之,Dodd - Frank 法案第 165 条(d)列举了三类 SIFIs 率先纳入制度中:(a)总资产在 500 亿美元以上的美国银行;<sup>[14]</sup> (b)总资产在 500 亿美元以上的非银行金融机构且经 FRB 投票同意;<sup>[15]</sup> (c)在美国拥有超过 500 亿美元的非美国本土金融机构。<sup>[16]</sup>

[9] 雷英:《银行生前遗嘱:大而不倒时代的结束》,载《新金融》2014 年第 12 期。

[10] e. g., THE PEW FINANCIAL REFORM PROJECT, THE PEW CHARITABLE TRUSTS, STANDARDS FOR RAPID RESOLUTION PLANS 1 (2011), available at [http://www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/Economic Mobility/Standards RapidResolutionPlans.pdf](http://www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/Economic%20Mobility/Standards%20Rapid%20Resolution%20Plans.pdf).

[11] “financial firms whose collapse might threaten the financial system as a whole (hence ‘systemically important’).” SIFIs are “financial firms whose collapse might threaten the financial system as a whole (hence ‘systemically important’).” George Pieler & Jens Laurson, Are “Systemically Important” Institutions Too Big To Fail?, FORBES (7 - 25 - 2016), <http://www.forbes.com/2011/05/25/too-big-to-fail.html>.

[12] Brunnermeier, Markus K., and Lasse Heje Pedersen, *Market liquidity and funding liquidity*, Review of Financial studies, Vol. 22, 2009, pp. 2201 - 2238.

[13] 同注[9]。

[14] 12 C. F. R. § 381.2(f)(i).

[15] 12 C. F. R. § 381.2(f)(ii).

[16] 12 C. F. R. § 381.2(f)(iii).

### (三) 制度分布与具体内容

“生前遗嘱”制度实际上包含恢复计划(RCP)和处置计划(RSP)两部分。其中恢复计划是金融机构以面临破产为前提而制定的有效应对方案,而处置计划为其倒闭后的处置程序与方法提供基本框架。<sup>[17]</sup> 处置计划与恢复计划最大的不同在于监管权的“干预程度”,前者是“被动性”的,而后者则是主动的行政处置。<sup>[18]</sup> 两种计划并非彼此孤立地存在,<sup>[19]</sup>相反,二者是相互依赖、相互衔接的。处置计划目的是使杠杆过度的金融机构的重组过程与传统破产清算相比,更为迅速和可预测,可以使快速的重组过程不通过常规破产渠道;<sup>[20]</sup>与恢复计划相比其涉及破产、公司、银行等法律的广度与深度更甚一筹;甚至不同法域的立法差异对“恢复计划”的影响远小于“处置计划”。<sup>[21]</sup> 虽本文所述“生前遗嘱”包含两阶段,但在分析中以第二阶段为主。从流程上看,SIFIs根据Dodd-Frank法案定期向FSO及FDIC提交“生前遗嘱”,计划的内容必须明确具体且符合要求。<sup>[22]</sup> 处置计划将由美联储和FDIC进行审查,如不符合要求SIFIs应重新提交一份符合要求的处置计划,否则美联储和FDIC将对SIFIs施加更严格的监管直到其提交切实可行的处置计划,乃至强制命令SIFIs剥离相关资产或业务。

[17] 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。

[18] 杨松、郭金良:《民营银行“生前遗嘱”制度的法律构建》,载《社会科学辑刊》2015 年第 2 期。

[19] Morrison Foerster, *SIFI Resolution and Living Wills: The FSB Proposal (and some U. S. and UK observations)*, Aug. 2011, page 8, para 1.

[20] 同注[9]。

[21] 同注[5]。

[22] FSB“金融机构有效处置的关键属性”的规定包括了一系列要求,并且声明该要求体系是开放的,主要包括:其一,处置当局应该确定可供选择的任何处置措施,评估执行处置措施所需要的先决条件和操作要求,包括跨境协调的安排。其二,处置当局应该以法律或其他具有约束力的形式明确下列事项:处置计划启动的条件、处置措施的执行程序、可利用的处置基金来源的范围、通过存款保险支付的具体程序、维护基础性金融服务的具体措施和程序、处置权和处置信息透明度的保障、跨境处置合作与协调的具体安排等。See Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, available at [www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_111104cc.pdf](http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf)? page\_moved=1.

## 二、Dodd - Frank 法案对我国的影响

### (一) Dodd - Frank 法案长臂管辖权

《美国对外关系法(第三次)重述》第 402 条认为一国可基于领土、国籍和效果标准(发生在境外的行为在境内具有或意图具有实质效果)主张域外管辖。<sup>[23]</sup> 如前所述, Dodd - Frank 法案基于效果标准直接在法案中主张了域外管辖权, 并且明确了域外管辖的范围: (a) 在美国拥有超过 500 亿美元的非美国本土金融机构;<sup>[24]</sup> (b) 母公司于外国的企业的所有海外分支、办公室以及其他机构。<sup>[25]</sup> 在此情况下, 在具体适用中 FDIC 已没有限制性解释的余地。然而, Dodd - Frank 法案并未提供一个清晰跨境问题合作解决框架。如没有得到母国与东道国主管机构的认同, 则不可能解决诸如跨境破产与清算之类的问题。不同国家的政治制度、经济制度、金融制度并不一样, 甚至在关键的规则方面完全不同, 很多情况下, 国际性系统重要性金融机构出于竞争、规模化甚至避税的需要, 为主要的分支机构设立多个多样的、不连续的、重复的生前遗嘱计划并向各东道国主管机构进行备案。

### (二) 问题的症结: 非本土协议的效力与可执行性

Dodd - Frank 法案语境下处置计划的效力是“不受任何限制”(no limiting effect)<sup>[26]</sup> 的, 并且特别强调了必须不受外国法律的限制。<sup>[27]</sup> 事实上, 不同主权国家之间的管辖原则和适用法律存在极大的差别, 这直接导致同一个金融集团的不同机构将接受不同的监管标准。<sup>[28]</sup> Dodd - Frank 法案的另一个内在逻辑硬伤是强调了处置计划本身并不

[23] D'Amato, Anthony, *Is International Law Really Law*, Nw. UL Rev. Vol. 79, 1984, p. 1293.

[24] 12 C. F. R. § 381.2(f)(iii).

[25] 12 C. F. R. § 381.4(a)(2)(ii).

[26] 12 C. F. R. § 381.8(a).

[27] 12 C. F. R. § 381.8(a)(4).

[28] 同注[18]。

创设任何新的权利,不干涉原先破产法体系的运转。这在美国国内体系中的确可行,但当生前遗嘱效力延拓到跨国企业之间,若无协议设定优先权该法条的效力恐难为继。

### (三) 制度竞争与我国短期发展路径

从我国实践来看,签署生前遗嘱的多家银行,多为在美国设有分支机构的大中型中资银行或者全球系统重要性银行。若处置计划被触发,该文件的效力几何;若无效,那么不论属于哪国的金融机构在华分支均无法出具有效的“遗嘱”。

适用行政重整程序是银行特殊破产制度的基本要素,<sup>[29]</sup>无论是处置计划还是恢复计划的具体执行,均是建立在主管机构主导清算与破产之基础上。我国尚且不具备独立金融机构破产体系,遑论对生前遗嘱制度的采纳与化用。诚然,国内法体系具有排他性,如法律规范与非法律规范相冲突,前者优先。<sup>[30]</sup>当然国内法律体系亦具有开放性,如果国际法规则通过并入或转化等方式取得国内效力,则应予以遵从;即使国际法规则尚未取得国内法效力,出于减少国内法体系与国际法体系潜在冲突之需要,各国也应在自由裁量的理由权衡中赋予国际法规则初步优先性。对在美金融企业于我国境内机构“生前遗嘱”效力消极的承认或否认,是短时间内对长臂管辖回应的可期方式。

事实上,Dodd - Frank 法案期望通过跨国合作来解决“大而不倒”企业有序清算的思路十分正确,仅仅依靠本国境内监管机构和破产体系不足以防范系统风险。<sup>[31]</sup>譬如,国际场外衍生品交易中心位于伦敦,与美国银行有关的场外衍生品交易对手大多为外国机构,跨境交易成为主流而非例外,诸如 2012 年 JPMorgan “伦敦鲸”巨亏等事件均有赖于跨国破产合作与相互承认。诸如英国金融服务局等各国监管机构发

---

[29] Wood, Philip R., *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell, 2007. p. 742.

[30] [英]约瑟夫拉兹:《实践理性与规范》,朱学平译,中国法制出版社 2011 年版,第 41 页、第 161 ~ 162 页;[英]阿蒂亚等:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏等译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 2 页。

[31] 杜涛:《美国证券法域外管辖权:终结还是复活?——评美国联邦最高法院 Morrison 案及〈多德—弗兰克法〉第 929P(b) 条》,载《证券法苑》2012 年总第 7 卷。

布类似“恢复和处置计划”的文件试图建立自身的“生前遗嘱”制度,<sup>[32]</sup>无可避免地出现管辖权交叉和冲突。另外,各国差异的监管标准使金融机构可将业务转移至监管相对宽松的国家实施监管套利,<sup>[33]</sup>这不仅危害到金融稳定,还会损害到美欧金融业的竞争优势。<sup>[34]</sup>中国应当批判地对待美国金融监管法律域外管辖及其国际化,并尽量将其限制在国际法应然的秩序之内。

综上所述,囿于我国短期内金融机构破产的独立制度难以成形,在各国制度竞赛的夹缝中,短期内银监会及其他监管机构只能消极采取承认或否认的态度。在自贸区离岸金融中心建立的过程中,“制度的荒漠”导致“生前遗嘱”制度难以适用,大量国外金融机构因国内监管机构的需要而难以在自贸区设立分支机构,从事离岸金融交易;亦可能因不受我国管制,“生前遗嘱”带来庞杂的成本与信息泄露风险,使金融机构可能将大量高风险操作转移到自贸区进行操作,从而规避“生前遗嘱”的递交,然而此时风险必将转嫁于我国金融体系。

### 三、我国制度对于“生前遗嘱”制度的可接受性

银监会对 Dodd - Frank 法案所指“生前遗嘱”协议确认的前提,是其应当与我国法律框架相兼容,若“生前遗嘱”本身运行机理与我国公司、破产框架相悖,那也不应确认“生前遗嘱”的可适用性。

#### (一)“生前遗嘱”在公司法框架下效力

##### 1. “处置计划”内容与公司决议权利

金融机构的生前遗嘱计划本质上是监管者与金融机构之间的协议,在递交 FDIC 之前,金融机构自身审批程序是必不可少的。2013 年

---

[32] Feldman, Ron J, *Forcing Financial Institution Change through Credible Recovery/Resolution Plans: an Alternative to Plan - now/ implement - later Living Wills*, Federal Reserve Bank of Minneapolis Economic Policy Paper(2010):10 - 2.

[33] Fleischer, Victor, *Regulatory Arbitrage*, Tex. L. Rev. Vol. 89, 2010, p. 227.

[34] 彭岳:《美国金融监管法律域外管辖的扩张及其国际法限度》,载《环球法律评论》2015 年第 6 期。



招商银行发布公告称,董事会批准并签署招商银行 2013 年度 Dodd - Frank 法案指向的“生前遗嘱”及未来与之相关的年度更新文件。<sup>[35]</sup> 我国董事会是否有权签署该份协议是值得考究的。

处置计划作为一份协议,其效力在于进入银行破产程序之后,金融监管部门按协议亟须运作剩余资产;具体来看,一份处置计划内容涵盖核心业务流程(core business lines)<sup>[36]</sup> 负债和资本主要资金来源<sup>[37]</sup> 公司治理结构描述<sup>[38]</sup> 公司详细战略计划与各风险敞口的处置计划<sup>[39]</sup> 等。从上述列举的内容不难看出,这样一份协议至少处分了公司未来某一时刻缔结、履行、终止协议,处分公司资产等行为的期待权。我国《公司法》第 38 条列举了股东会权利,其中将“对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议”的权利交给了股东会;另外在第 122 条亦将上市公司“重大资产处分”的权利赋予了股东大会。对于未尽空白事项,公司法亦倾向于将其交由股东会处置。因此“生前遗嘱”若想获得我国公司法上的效力,仅由董事会批准不足以使其生效。

## 2. 差异的公司法与不同的生效路径

“生前遗嘱”包含权利是复杂多元的,部分所涉在公司法上并没有明确列举,这就和各国的公司权力分配机制有很大关联。在美国公司法的语境中,董事会会有一个隐性的统领规则,即董事会是公司权利的最高行使者(director primacy)<sup>[40]</sup> 而我国公司法体系没有很好的区分股东和董事的权责,无论是主流理论还是立法之中,都将公司视为股东“手臂的延伸”。现行公司法在股东和公司角色的定位上,赋予了股东会更多的权利:股东会被认为是最高权力机关。这种学理导向在立法上被完全的保留下来,《公司法》第 37 条规定“股东会是公司的权力机构,依照本法行使职权。”

[35] 《上市银行率先订立“生前遗嘱”中资银行危机处理机制起步》,载《金融时报》2014 年 1 月 2 日第 6 版。

[36] 12 C. F. R. § 381.8(c)(2).

[37] 12 C. F. R. § 381.8(c)(3).

[38] 12 C. F. R. § 381.8(c)(10).

[39] 12 C. F. R. § 381.8(c)(11).

[40] Bebchuk, Lucian A., and M. S. Weisbach, *The State of Corporate Governance Research*, Social Science Electronic Publishing, 23. 3(2009), pp. 325 - 346.

另外,Dodd - Frank 法案 381. 8(c)所述的“公司详细战略计划”在我国语境中亦指代不明,《公司法》第 38 条与第 46 条一系列对于股东会与董事会权力的界定从语词射程上无法具体界定具体行为边界:“经营方针”和“经营计划”,“投资计划”和“投资方案”的差异何在?“审议批准”、“决定”、“做出决议”之间如何界定?按照“内部管理机构”的设置来理解,“决定”是和“拟定”相对而言的,但是在“经营方针和投资计划”上又没有人拟定。<sup>[41]</sup>“生前遗嘱”对应一捆权利束,为使其产生作为公司协议的效力仅有董事会的批准显然是不够的,但具体各项事项的做出因法律术语指代对象的不同,还需在我国公司法语境下再次与 FDIC 进行沟通。

## (二)“生前遗嘱”在破产程序中的效力

### 1. 难以触发跨境破产程序

#### (1)空间障碍:跨区域破产联动制度缺失

不同法律框架下的“生前遗嘱”协议的效力不尽相同,很难保证在美国境内的分支机构面临运行障碍时,运行情况良好的母公司同时进入紧急状况,有学者戏称可能存在“仅国内破产”<sup>[42]</sup>的公司。境外启动的破产程序并不必然导致境内金融机构进入破产程序,FDIC 主导的破产程序也难以得到我国法院的司法认可。一方面,金融机构(以商业银行为例)自身申请破产的条件与普通企业并无不同,即“不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的”,或“有明显丧失清偿能力的”,符合 FDIC 接管标准的企业未必符合我国标准,空间上的错位使制度操作空间十分狭窄。我国银行破产程序大致分为两步,首先银监会对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施(非必须前置),倘若经营风险仍不能消除,则进入法院破产程序。银行在我国的分支并非在任何情况下均可以提起破产程序,尤其在国内外经营情况良好时 FDIC 主导的破产效应被阻隔于体系之外。另一方面,对外国法院破产程序的域外效力的承认,需本国法院前置承

[41] 邓峰:《董事会制度的起源、演进与中国的学习》,载《中国社会科学》2011 年第 1 期。

[42] Davidson, Kate, *Foreign Banks Grow Uneasy over Dodd - Frank; Those with Small U. S. Operations Fear High Compliance Cost*, *American Banker* 80(2011), p. 1.

认,但对于 FDIC 主导的行政破产只字未提。我国破产法对跨国破产程序的有限承认范围仅及于“外国法院作出的发生法律效力破产案件的判决、裁定”,并对我国领域内的债务人财产,按公约裁定承认和执行。

(2) 时间障碍:“触发”标准各异

当然 FDIC 亦可以指定美国破产法院受理此类案件,缓和与我国破产法适用条件的冲突,此时仍然难以减缓触发时间上的冲突。普通公司将“流动性”或“资产负债表”作为破产发起的标准,而银行主要适用“监管性”标准。<sup>[43]</sup> 承认外国法院的裁决就是承认其所确定的法律关系,对其承认的效力自然应当溯及至裁决生效之日,<sup>[44]</sup> 在追溯时间段内产生的交易效力将会制造很大混乱。

所谓触发(trigger),是指金融机构开始实施接管的法律条件和时机。若将触发设定得过早,则可能导致金融机构出现业务混乱,同时动摇市场信心;若将触发设定得过晚,则恢复计划的实施将不再具有意义,金融机构甚至可能遭遇直接被 FDIC 强制执行处置计划的境地。<sup>[45]</sup> FDIC 规定生前遗嘱通过一些列“压力测试”(stress testing)<sup>[46]</sup> 以及资产负债等相关财务数据触发;压力测试设置了“基准情形”(baseline scenario)、“恶化”(adverse scenario)与“极端恶化情形”(severely adverse scenario)三条预警线,<sup>[47]</sup> 当达到“极端恶化情形”时 FDIC 即可介入接管该金融企业。值得注意的是,三条预警线的设定并没有固定标准,依据各金融机构业务结构、风险的偏好等情况各自制定后递交 FDIC;因此,即便是受同一母公司控制的金融企业,其不同国家的不同

[43] 同注[4]。

[44] 王欣新、王健彬:《我国承认外国破产程序域外效力制度的解析及完善》,载《法学杂志》2008年第6期。

[45] FSA, *Recovery and Resolution Plans*, Consultation Paper, Aug2011, page 27 - 28, 3. 29 - 3. 35.

[46] 12 C. F. R. § 5365(i).

[47] 12 U. S. C. § 5365(i) (Supp. IV 2010); Craig Torres, *Stress - Test Guidelines for Smaller Banks Issued by U. S. Under Dodd - Frank*, BLOOMBERG (June 9, 2011), <http://www.bloomberg.com/news/2011-06-09/stress-test-guidelines-for-smaller-banksissued-by-u-s-under-dodd-frank.html>.

机构之间的基准也各不相同,触发的时间也自不相同。现实中,银行等金融机构一天内金融交易的体量十分庞大,对于追溯时间段内破产效力的错配亦存在很大问题。

## 2. “生前遗嘱”效力无法对抗“管理人”、“接管者”撤销权

既然生前遗嘱计划是监管者与金融机构之间签订的一个关于处置自身资产等内容的协议,在进入破产程序后,并不能对抗破产法的相关规定。<sup>[48]</sup>我国破产法将进入破产程序后企业日常经营等活动的决定权赋予了破产管理人,并且管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有完全的决定权。同样在银行接管后,《商业银行法》亦将日常经营、业务判断的权利交给了银监会。

不妨将“生前遗嘱”对企业破产后的效力分解为单独协议的安排,而对于每一份协议的安排执行与否并非理所当然,文件也异化为银行破产中管理人可以参考的凭据,效力大大弱化;甚至对于协议中已经开始履行的折价变卖、强制平仓等不利承诺,破产管理人可以通过“破产撤销权”恢复原状。如此程序也违背了 Dodd - Frank 法案提出“生前遗嘱”协议不受外国法与主管机构限制的要求。

## 四、我国金融企业破产制度重建与比较法考察

金融企业由于短时资金流量大、短期债权等金融工具违约周期短、关联企业众多等特点,提前进行可能的破产安排十分有必要,银监会也开始试点我国的“生前遗嘱”。囿于缺乏行政破产程序,试点的推广颇有“形似神非”的畸形感。

### (一)“生前遗嘱”中国式异化

2014年银监会在发布的《商业银行全球系统重要性评估指标披露指引》中,首先圈定大型银行必须制定处置方案,要求资产余额1.6万亿元以上的商业银行均需披露系统重要性银行评估涉及的12项

---

[48] 李景杰:《论金融机构的生前遗嘱制度及其对我国的启示》,载《经济问题》2014年第12期。

指标;<sup>[49]</sup>同时五大国有商业银行还适用1%的附加资本要求,这也被实务界认为是中国版“生前遗嘱”的雏形。<sup>[50]</sup>

然而这与 Dodd - Frank 法案第 165 条指向的“生前遗嘱”大相径庭:首先生前遗嘱应当是一份实用且可操作的企业剩余资产操作指南,而上述指引更多的是一种银行披露自身经营信息标准。的确“生前遗嘱”需要信息及时的披露与报告,但这不是其最终目的,其终极目的是使金融企业在破产程序中“快速而有序地退出”;而我国处置计划的可操作性的目的完全被便于监管取代。

另外区别于国际惯例,银监会还对民营银行、信托行业、金融消费公司提出设立“生前遗嘱”的要求。<sup>[51]</sup> 金融机构实时对其金融产品的风险控制及对其错综复杂的金融控制企业分别的处理,均会为金融企业带来成本。当 Lehman Brothers 申请破产时,其在全球遍布了超过 3000 个法律实体,<sup>[52]</sup>同时制备 3000 份分支机构的“生前遗嘱”显然并不容易。同时母公司“生前遗嘱”亦需很大的投入,FDIC 要求至少 7200 个工时的人力资源需要被用于处置计划的制定,并且 452 小时的工时耗于每年的更新。<sup>[53]</sup> 制度带来的高昂成本受到了很大质疑,<sup>[54]</sup>

---

[49] 所谓“全球系统重要性评估指标”,具体包括调整后的表内外资产余额、金融机构间资产、金融机构间负债、发行证券和其他融资工具、通过支付系统或代理行结算的支付额、托管资产、有价证券承销额、场外衍生产品名义本金、交易类和可供出售证券、第三层次资产、跨境债权和跨境负债共 12 个指标。参见《商业银行全球系统重要性评估指标披露指引》(银监发[2014]1 号)。

[50] 同注[9]。

[51] 中国银行业协会专职副会长杨再平表示,从中国系统重要性银行开始,除了村镇银行和农信社,未来所有银行都应该制定“生前遗嘱”。参见吴红毓然:《中国版银行生前遗嘱》,载《新世纪周刊》2014 年第 2 期。

[52] John F. Bovenzi, *Another View: Why Banks Need 'Living Wills*, N. Y. Times Dealbook (July 8, 2010), available at <http://dealbook.nytimes.com/2010/07/08/anotherview-why-banks-need-living-wills/>.

[53] Resolution Plans Required, 76 Fed. Reg. at 58,388.

[54] 有学者质疑构架“生前遗嘱”的成本能否通过制度红利得到补偿。See Grant, Joseph Karl, *Planning for the Death of a Systemically Important Financial Institution under Title I Sec. 165(d) of the Dodd - Frank Act: The Practical Implications of Resolution Plans or Living Wills in Planning a Bank's Funeral*, Va. L. & Bus. Rev. Vol. 6, 2011, p. 467.

因此 FDIC 谨慎地将“生前遗嘱”适用范围缩小至约 124 家 SIFIs。<sup>[55]</sup> 我国金融抑制的大环境下,不计成本的制备“生前遗嘱”不但为规模较小的金融企业带来了极大负担,同时所谓的“生前遗产”制度防患于未然的目的正在发生着嬗变,逐渐异化成一种监管机构监控的新手段。

## (二) 制度异化之因

### 1. 银行特殊破产途径的缺失

“生前遗嘱”可以说是美国金融行政主导破产制度下的创新,同时与 Dodd - Frank 法案“有序清算制度”<sup>[56]</sup> 相辅相成。监管机构在破产案件中承担了更多职能 FDIC 同时身兼存款保险人、监管人、清算人和管理人多重角色。<sup>[57]</sup> 正是 FDIC 接管金融企业后直接下达一系列命令,排除了拖沓的债权人会议,主导了金融机构的破产。银行特殊破产制度与公司破产制度有着明显差异主要体现在破产发起标准和程序上的差异。<sup>[58]</sup>

上文所述金融资产的特殊性与金融控股企业间的盘根错节等因素使金融企业的破产单独成篇,这并非纯逻辑推论,而是经验研究的产物。本轮危机之前许多学者认为银行破产目标与公司破产目标并没有明显差异——银行破产亦是为了拯救银行、保护公司资产;随后债权人之间合理分配财产,追究相关责任人。<sup>[59]</sup> 危机蔓延至 Lehman Brothers、AIG 等大型金融企业后,普通的公司破产制度因缺乏专业性、程序拖沓、难以遏制欺诈,无法有效应对银行破产问而饱受诟病。<sup>[60]</sup> 因需处置庞杂的金融产品,公司破产管理人和清算人也难以承担银行

---

[55] 数据来源 e. g., Thecla Fabian, FDIC Approves SIFI, Large Bank Living Will Rules; Assessment Mod Guidelines, BANKING DAILY (BNA), Sept. 14, 2011.

[56] 有序清算制度 (Orderly Liquidation Authority, OLA) 是 Dodd - Frank 法案在金融监管上的一个重要创新。根据有序清算制度,在美国财政部的协调下,由联邦存款保险公司 (FDIC) 主导对陷入困境的系统重要性金融公司进行有序清算。

[57] 同注 [4]。

[58] Hüpkes, Eva, *Special Bank Resolution and Shareholders' Rights: Balancing Competing Interests*, Journal of Financial Regulation and Compliance, Vol. 17, 2009, pp. 277 - 301.

[59] Hüpkes, Eva HG, *Insolvency - Why A Special Regime for Banks? Current developments in monetary and financial law* 3 (2002).

[60] Brierley, Peter, *The UK Special Resolution Regime for failing banks in an international context*, Bank of England financial stability paper 5 (2009).

破产的任务;<sup>[61]</sup>学者逐渐认识到普通程序扩大了债权人的损失,<sup>[62]</sup>而行政重整能维护市场信心和保护消费者。<sup>[63]</sup>

美国《联邦存款保险法》11USC & 109(B)(2)&(d)定义的存款机构则被明确排除在破产法调整范围之外,金融危机之后更是将范围扩展到了 SIFIs。反观我国在并不存在特殊破产制度下照搬“生前遗嘱”制度,难免失去了其原本的意义。

## 2. 监管机构接管行为界限不明确

我国银监会得以接管金融机构的时点并不明确,我国《银行法》和《银行业监督管理法》关于接管条件的规定还不尽相同,前者规定为“商业银行已经或可能发生信用危机,严重影响存款人的利益”,而后者为“商业银行已经或可能发生信用危机,严重影响存款人和其他客户合法权益的”。同时该种接管条件过于笼统,没有具体标准可供衡量。虽然在《商业银行资本充足率管理办法》、《村镇银行管理暂行规定》等法规中对接管条件作了进一步细化,但均以资本是否充足作为接管的唯一标准。资本乃至资本充足率并不能作为唯一衡量金融企业运行稳定性的依据,Bahrain 银行的破产就说明资本充足率并非金融机构的“免死令”。<sup>[64]</sup>

美国《联邦存款保险公司改进法》(FDIC Improvement Act of 1991)同样指出银行监管机构可以任命美国联邦存款保险公司为问题银行的管理人或接管人,<sup>[65]</sup>其接管接管后不仅可以终止银行股东及管理层

---

[61] Hadjiemmanuil, Christos, *Bank Resolution Policy and the Organization of Bank Insolvency Proceedings, Who Pays for Bank Insolvency?* Palgrave Macmillan UK, 2004, pp. 272 - 330.

[62] Alexander, Kern, *Bank Resolution Regimes: Balancing Prudential Regulation and Shareholder Rights*, *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 9, 2009, pp. 61 - 93.

[63] 许多国家都规定了行政重整程序,如美国、加拿大、法国、意大利、荷兰、葡萄牙、西班牙。See Campbell, Andrew B. Campbell, and Peter Cartwright, *Banks in Crisis: The Legal Response*, Ashgate, 2002, p. 120.

[64] 周仲飞:《资本充足率:一个被神化了的银行法制度》,载《法商研究》2009年第3期。

[65] Olson, Gerald N, *Government Intervention: The Inadequacy of Bank Insolvency Resolution - Lessons from the American Experience*, RM Lastra/HN Schiffman (Hg.), *Bank Failures and Bank Insolvency Law in Economies in Transition*, London, 1999, pp. 107 - 169.

权力,承继银行所有权利并享有直接从事银行经营业务等权利。《商业银行法》第66条仅将“商业银行的经营管理权力”交由接管方。也就是说,接管程序启动后接管组织所承继的仅仅是商业银行的经营管理权力,取代的是银行经营管理层的权限,而针对接管行为对于股权及其他债权的影响,则成为立法盲点。

### 3. 金融控制公司、导管公司危害性认识不足

在我国破产法语境下,破产仅指向单一企业清算、破产。然而在金融集团化运作模式之下,金融集团对集团下所属金融机构和公司进行整体的流动性管理,<sup>[66]</sup>为监管套利可疑资产会在公司内流通,通过资产负债表金融资产停止确认隐藏风险。<sup>[67]</sup>然而,一旦此类公司遇到困难,则商业银行通常也难以幸免;金融危机时AIG的垮塌肇始于其一个操作CDO衍生品的分支机构。<sup>[68]</sup>事实上,银行特殊破产规则不应仅适用于商业银行,如果商业银行的母公司、子公司或其关联企业的行为可能引发银行破产的风险,则监管机构应当有权对此类企业进行“早期干预”。监管机构掌握金融危机的扩散范围以及后果的相关信息,是为了更为方便地介入金融企业破产案件,而非如我国为收集信息制度而设计的制度。

## 五、代结语

对“生前遗嘱”进行研究后发现,其是金融企业与监管机构之间订立的契约,而监管机构也是恢复计划的接管人和处置阶段的清算人,通过前后连贯的制度设计得以使契约达到辅助金融企业“快速而有序清算”的目的。“一个好的法律环境可以有效地保护潜在的资金供给者,

---

[66] IMF, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, p. 12.

[67] 同注[66]。

[68] Ferris, Shauna Diane, *Repercussions: the Impact of the AIG Crisis on Its Insurance Subsidiaries*, *Australian Journal of Actuarial Practice*, Vol. 3, 2015, pp. 71 - 91.



使他们愿意为金融市场提供资金,从而推进金融市场的发展”,<sup>[69]</sup>目前,我国金融企业的特殊破产程序几近空白,但监管机构在 Dodd - Frank 法案等国际金融管辖权扩张的背景下,试图跨过特殊破产程序直接移植“生前遗嘱”制度。在制度缺失的前提下,南橘北枳的结果并不意外。

随着我国证券市场进一步成熟,金融对于经济的影响愈发显著。<sup>[70]</sup>短期来看,诸如 Dodd - Frank 法案等对于我国境内的金融机构退出机制客观上存在影响,在自身法律框架与“生前遗嘱”不兼容的前提下,消极的不沟通势必会影响我国在美金融机构的业务正常展开;同样外国金融机构也会以我国“制度缺失”难以达到母国监管要求等原因避开中国市场,这对自贸区离岸金融中心的资本引进将产生重大不利影响。事实上这样的问题不仅在我国,在制度健全的英、美之间也会因为监管利益和国内制度的冲突产生争议。本轮金融危机以来,世界主要经济体国家通过 G20 这一国际经济金融治理的重要平台,积极推动 SIFIs 国际监管法制的构建,<sup>[71]</sup>段时间内跨国合作也同样适用我国处理“生前遗嘱”的相关问题。从长期来看建立健全金融企业破产程序、完善金融机构退出机制依旧是参与金融监管国际化合作与竞争的基础,也是打破自身金融抑制的格局、优化社会资源配置的起点。

---

[69] Lopez - De - Silanes, Florencio, et al, *Law and Finance*, Journal of Political Economy 106.6(1998), pp. 113 - 115; and see Porta, Rafael La, et al, *Law and Finance*, Social Science Electronic Publishing 106.6(2001), pp. 113 - 115.

[70] Allen, Franklin, and J. Q. Qian, *China's Financial System and the Law*, Cornell International Law Journal, Vol. 47, 2014, pp. 499 - 553.

[71] Martínez Cañellas, Anselmo, *Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy*, Derecho de los Negocios, 2008, pp. 19 - 26.