

The Chinese translation of the UNIDROIT Legislative Guide on Bank Liquidation has been prepared by Zhang Shaohua (Vice President, China Deposit Insurance Corporation), Wu Zhuo (Director, Department of Legal Affairs (International Affairs), China Deposit Insurance Corporation), Huang Jiansheng (Senior Manager, Department of Legal Affairs (International Affairs), China Deposit Insurance Corporation), Si Ruohan (Officer, Jincheng Branch, People's Bank of China), Yang Wenjia (Deputy Manager, Department of Legal Affairs (International Affairs), China Deposit Insurance Corporation), Tao Chongyang (Deputy Manager, Department of Legal Affairs (International Affairs), China Deposit Insurance Corporation), Xue Shuangqi (Manager, Asset Management Department, China Deposit Insurance Corporation), and Guo Shuai (Associate Professor, China University of Political Science and Law). All rights reserved.

国际统一私法协会 银行清算立法指南

UNIDROIT

国际统一私法协会《银行清算立法指南》官方版本中文译本

译者衷心感谢国际统一私法协会授予翻译许可。中文为国际统一私法协会的非官方语言，此译本未经国际统一私法协会审议。

Translation into the Chinese language of the official version of the UNIDROIT Legislative Guide on Bank Liquidation

The translators gratefully acknowledge permission to translate given by UNIDROIT in December 2025; Chinese not being an official language of UNIDROIT, UNIDROIT has not reviewed this translation.

建议引用名：

**国际统一私法协会《银行清算立法指南》
(UNIDROIT Legislative Guide on Bank
Liquidation)**

翻译单位

存款保险基金管理公司

中国北京市西城区金融大街 37 号 1 幢三层

出版单位

国际统一私法协会 (UNIDROIT)

Via Panisperna, 28 - 00184 Rome - ITALY

publications@unidroit.org

前 言

在新千年之初（2007—2015年），一场深刻而广泛的金融危机席卷全球，这起初是一场银行业危机，随即蔓延到更广泛的金融市场，并迅速波及非金融领域，最终将许多国家推向破产的边缘。金融市场的扩张及其日益增强的互联性，使得危机以空前的速度和范围升级，波及无数司法管辖区，无论其地理位置如何，从而重新定义了系统性风险和金融稳定的概念。现有国际金融系统的制度和法律框架必须被重塑、加强、深化和扩大。

事实也的确如此。就银行而言，巴塞尔委员会新出台了更严格和更全面的标准，金融稳定理事会的《金融机构有效处置机制核心要素》（以及其他相关文件）以及国际存款保险机构协会的《有效存款保险制度核心原则》——连同国内（如美国《多德-弗兰克华尔街改革和消费者保护法案》）和区域层面（如欧盟《银行恢复和处置指令》）等广泛的法律改革——共同创建了一个显著强化的监管和制度架构，以应对系统性危机并维护金融稳定。

但是，金融危机余波中形成的监管格局并未彻底完成任务。在银行危机管理领域，至少有两个方面未被触及：管理小型（在倒闭时非系统重要性的）银行倒闭的有效手段，以及银行清算框架的设计。这两个漏洞具有重大的潜在影响。首先，在倒闭时非系统重要性的银行在全球银行业中所占比例很大。其次，经验表明，尤其是在（尽管不仅限于）欠发达的金融体系中，任何银行，无论规模大小，最终都可能对金融稳定造成破坏性影响。再次，一个健全的银行清算制度应是每个国家法律框架的重要组成部分，因为它提供了清算和关闭倒闭、资不抵债银行的途径——这是处置过程开始或最终阶段的关键任务。鉴于世界上许多国家要么没有银行清算的专门法规（因而适用通常对银行而言并不合适的普通企业破产法）；要么现有的模式已经过时，严重依赖低效的法院系统，导致跨境处置场景非常碎片化，因此，当前存在一个严峻问题：国际上缺乏关于银行清算的指导原则。

* * * *

意大利银行向国际统一私法协会提出了开展相关研究以填补上述漏洞的提案，欧洲银行学会很快也加入了此提案。该提案经理事会和大会共同决定通过并被纳入 2020—2022 年工作计划，最初被列为中等优先级。根据理事会的授权，秘书处进行了更多的法律研究，为该项目争取国际支持，并寻求在主要监管领域开展合作。很快，各方对该项目的高度相关性和紧迫性给予了广泛确认。最重要的是，我们在巴塞尔的核心机构——国际清算银行（BIS）下的金融稳定学院（FSI）找到了合作伙伴。金融稳定学院（FSI）拟负责监管方面的工作，国际统一私法协会则将其在私法和金融市场法方面的丰富经验带入其中，使得双方形成了极度协同的合作。

2021 年 6 月，国际统一私法协会与金融稳定学院（FSI）联合举办了一场探索性研讨会，邀请了来自世界各地的专家和机构。根据探索性研讨会的结论，理事会第 100 届会议将该项目升级为高优先级，2021 年底成立了工作组开始运作。工作组的构成、参与度和严谨性令人印象深刻，几乎无与伦比。在理事会成员斯特凡尼亚·巴里亚蒂（Stefania Bariatti）教授出色且坚定地主持下，工作组由来自不同法律体系的顶尖专家组成，包括约 40 名来自各大洲的机构观察员（其中包括中央银行、银行监管机构、存款保险机构、处置和清算当局、国际金融组织以及破产行业的代表），总计超过 120 名经认可的参与者。这或许是监管专家和企业破产专家首次共处一室共同开展规范性项目，也无疑是第一次在巴塞尔之外进行此类正式的对话，这一殊荣确实难得，彰显各方信任，国际统一私法协会对此欣然予以承担。

工作组在 2021 年 12 月至 2024 年 11 月期间召开了七次会议。由于有众多金融监管机构的参与和议题的敏感性，工作组的会议（有别于常规会议机制）破例遵循查塔姆宫规则（Chatham House Rules）进行，并受益于三个小组进行的大量闭会期间工作（远超 20 次的正式和非正式会议），尤其是起草委员会的工作，其成员为该项目倾注了巨大的努力和专业能力。我们还对世界各地的银行清算制度进行了盘点，收到了来自 22 个司法管辖区的反馈。此外，我们还进行了一项由金融稳定学院（FSI）、本秘书处和国际货币基金组织（IMF）联合设计的就具体专业问题进行

的专业调查。经理事会授权，启动了为期 18 周的公开征求意见，收到了 22 份反馈意见，包含 414 条具体建议。在考虑了所有相关意见后，工作组召开最后一次会议敲定了最终文本的内容，该文本已提交给国际统一私法协会理事会第 105 届会议（2025 年 5 月 23—25 日），在获得批准的同时得到一致的赞誉。

* * * *

该指南作为立法参考文件，旨在协助立法者和政策制定者设计符合银行特殊性及其在国家经济和社会中作用的有效银行清算制度。其内容很大程度上借鉴了现有标准，特别是金融稳定理事会（FSB）的《核心要素》和国际存款保险机构协会（IADI）的《核心原则》，指南旨在补充而非替代或取代这些文本。指南分为十章，以清晰、论述的方式阐释关键问题、分析应对方案，并在适当处提供了关键考虑和建议。一个符合全部 105 条建议的制度将代表最先进、最佳实践的银行清算体系。

本指南旨在解决立法者设计处置倒闭、无法生存银行的法律体系时需要考虑的所有重要事项。为此，指南分类讨论了不同的模式，直面棘手问题，并在达成共识的情况下提供最优解决方案。指南旨在应对复杂问题的一个很好的范例是，在设置有效银行清算框架的关键目标时，对于如何处理目标之间可能存在的冲突，例如保护存款人与破产财产价值最大化之间的冲突，进行了构想、讨论和争辩，并提出了解决方案。

比较分析显示，银行清算框架的碎片化程度最高，因此在银行清算框架的制度安排方面特别需要指导。考虑到所有可能的变化，指南对行政模式和法院模式的优缺点进行了认真分析。指南没有全盘倾向于某一种模式，而是有效地强调了行政机构（如处置或清算当局、银行监管机构）在任何体系中都必须发挥的关键作用，并指出了那些因路径依赖或制度约束而选择保留法院实质参与的国家无论如何都不应缺少的核心特征。

指南的分析提供了大量清晰案例，说明普通企业破产法的处置方案为何不适用于银行。一个显著的例子是关于启动银行清算程序的条件，通常的资产负债表和现金流测试都被认为是不充分的，指南建议以“无法

生存”的概念作为指导原则并与金融稳定理事会（FSB）《核心要素》保持一致，以确保立法者选择具有前瞻性的启动条件。指南还讨论了银行清算与吊销银行执照之间的相互作用，以及与启动处置程序条件的关联。但或许最实用的部分是关于银行清算工具的设计和使用。重点是将无法生存银行的资产和负债转移给另一家银行（“以持续经营的方式出售”），这是在可行情况下的首选解决方案。此外，关于银行的“逐项清算”，指南讨论如何对普通企业破产框架进行适当调整，以适应银行的特殊性，并最大限度地提升清算流程的效率与效果。

当然，如果没有对银行自身可用资源之外的资金进行充分分析，则这一方面（以及其他方面）的分析便不完整。这里的重点是探讨利用来自银行业的存款保险基金的资源。指南解释了为何允许使用存款保险基金资源来支持“以持续经营的方式出售”具有显著优势，因为这是替代直接偿付并保障受保存款人能够随时支取存款的方式。

讨论最深入的议题是银行清算程序中各类债权的处置和相对顺位，特别关注存款债权（包括银行同业存款和关联方存款）的顺位。在这个领域，不同于少数几个高度相关且发达的司法管辖区所采取的无优先权的解决方案，大多数观点主张给予存款债权优先顺位。指南中的讨论从动态（资金）的角度探讨了这个问题，考虑了与“分级存款人优先权”相比，“一般存款人优先权”如何促进存款账户的转移。立法者在此类事项的选择也对开展跨境业务或隶属国内集团的银行产生影响，为此指南提供了详细的指导。

上述仅是立法者必须面对复杂政策选择的众多复杂领域中的几个例子，无论选择何种方案，其处置方案都必须保持内在一致性：实际上，制度决策过程、启动程序的条件、转移工具的使用及其融资，以及债权的顺位等要素都是相互依存的，必须保持相互一致性。因此，本指南需通篇阅读方能发挥最大效用，不宜断章取义。

* * * *

国际统一私法协会谨向工作组的专家和观察员表示衷心的感谢，感谢诸位的辛勤工作、全情投入、慷慨奉献、秉承建设性的精神和团队协

作精神。这不仅是一次相互学习的过程，而且自始至终都是一次愉悦的经历。

在机构层面，我们首先必须感谢和认可金融稳定学院（FSI），他们分担了项目的工作和成本，在巴塞尔主持了工作组，并在指南的制定和传播中发挥了关键作用。我们的合作被证明是成功的，我们的专业知识是互补和协同的，我们的联合工作是典范性且极具启发性的。我们要感谢金融稳定学院（FSI）主席费尔南多·雷斯托伊（**Fernando Restoy**）先生在整个项目中的领导和坚定不移地支持。特别感谢露丝·沃尔特斯（**Ruth Walters**）女士和拉斯特科·弗尔巴斯基（**Rastko Vrbaski**）先生，与他们共事既是思想上的熏陶，更是极具价值的个人交流。

我们衷心感谢意大利银行，他们最初提议了该项目，非常积极地参与整个研讨过程，并通过设立意大利银行-国际统一私法协会联合主席职位来帮助秘书处，这显著加强了秘书处的人力资源。阿尔多布兰迪尼别墅（**Villa Aldobrandini**，国际统一私法协会所在地）和科赫宫（**Palazzo Koch**，意大利银行所在地）的入口相距不过百米，但即使如此短的距离也不足以体现我们各自团队卓越的合作和协同的效应。我们同样需要感谢单一处置委员会（**SRB**），作为欧洲银行业联盟的处置当局，他们不仅深度参与项目的推进，在布鲁塞尔承办了一次工作组会议，并在征求意见期间通过其年度会议为我们提供了一个专属平台来讨论指南草案。我们还要特别感谢欧洲银行学会，它也是该项目的初始提议者之一，并向工作组和起草委员会输送了一些关键专家。

这一次，国际统一私法协会团队受益于比往常更深厚的人才储备。我们得益于大卫·拉莫斯（**David Ramos**）教授和马可·博德利尼（**Marco Bodellini**）教授慷慨且非常专业的贡献，他们除了本身是工作组成员外，还与秘书处紧密合作。我们也得到了两位意大利银行-国际统一私法协会联合主席亚科波·多纳蒂（**Iacopo Donati**）教授和侯赛因·纳比卢（**Hossein Nabilou**）教授提供了极具价值的支持，中国政府慷慨资助而加入的郭帅教授亦作出重要贡献。这样一个大型项目的行政重任几乎由伊莎贝尔·杜波伊斯（**Isabelle Dubois**）一人承担，她总是以一贯的友善、慷慨和谦逊

出色地完成任务。最后，该项目的真正推动力是协会的高级法律官员米尔特·泰森（Myrte Thijssen），她的勤奋工作、卓越技能、杰出才华和协作精神他人实难企及。

《银行清算立法指南》已在全球范围内被用作标准；其中文和日文译本已接近完成，其他译本也在进行。这一文件的制定具有现实必要性。虽然面临挑战，但是，在（我们）朋友们的帮助下，我们成功克服了挑战。这部介于银行法与破产法、私法与监管之间的文件，为国际统一私法协会展开了一个新的工作领域，并开辟了一条新的道路——如今我们确信，这条道路将为国际法律界孕育更多重要的成果。

玛丽亚·基娅拉·马拉戈蒂

(Maria Chiara Malaguti)

主席

伊格纳西奥·蒂拉多

(Ignacio Tirado)

秘书长

罗马阿尔多布兰迪尼别墅，2025年8月

目 录

目 录.....	1
缩略语表.....	1
第一章 导言.....	1
A.立法指南的背景和范围.....	1
B.结构和目的.....	3
C.术语表.....	4
D.管理银行倒闭的法律框架.....	7
E.指南的中立性.....	8
F.银行清算及更广泛的法律和监管环境.....	11
G.银行清算框架的范围.....	14
H.建立一个有效的银行清算框架的关键目标.....	16
第二章 制度安排.....	24
A.导言.....	24
B.制度模式.....	25
C.制度安排应考虑的事项.....	28
D.建立最有效的制度框架.....	38
E.存款保险机构的作用.....	39
第三章 程序和操作.....	45
A.导言.....	45
B.银行管理层或董事会在临近清算期间的通知义务.....	45
C.启动银行清算程序.....	46
D.银行清算人.....	49
E.债权人参与清算过程.....	56
F.银行清算程序的终止.....	58
第四章 准备与合作.....	62
A.导言.....	63
B.准备工作的必要性.....	63

C.支持准备工作和减少延误的规定	66
D.临近清算期间所有参与者之间的合作	67
第五章 启动银行清算程序的条件	74
A.引言和一般性考虑	74
B.条件的类型	75
C.与吊销银行牌照之间的关系	80
D.处置与启动银行清算程序触发条件之间的衔接	83
第六章 清算工具	86
A.引言	86
B.传统破产工具与转移型工具的必要性	86
C.转移型工具的性质和适用性	90
D.以持续经营的方式出售：程序和保障措施	93
E.其他转移型工具：过桥银行和资产管理公司	103
F.逐项清算	106
G.保护清算财产：中止执行、终止合同和撤销交易	109
H.临时结算账户	111
I.有限中止执行某些金融合同	114
第七章 资金	119
A.引言	119
B.对外部资金的需求	120
C.存款保险基金的使用	121
D.存款保险基金对交易提供资金支持的设计	123
E.支持和回收机制	124
第八章 债权人顺位	127
A.引言	127
B.制定债权人顺位规则	128
C.存款人顺位	131
D.劣后（次级）债权	138
E.股东顺位	145

F.处置融资安排的顺序.....	146
G.清算后融资的顺序.....	146
H.有担保债权人.....	148
第九章 集团层面.....	151
A.导言.....	151
B.银行清算不应存在集团阻碍.....	153
C.行政当局和法院之间的协调行动.....	155
第十章 跨境层面.....	159
A.导言.....	159
B.母国和东道国当局之间的合作与权限分配.....	161
C.承认外国程序和支持措施.....	168
D.保障措施（拒绝承认、支持或合作的理由）.....	171
E.跨境集团的清算.....	173

缩略语表

AMC	资产管理公司
BCBS	巴塞尔银行监管委员会
BRRD	《银行恢复和处置指令》（欧盟）
CP	《核心原则》
DI	存款保险机构
DICJ	日本存款保险公司
EC	基本准则
DIF	存款保险基金
DIS	存款保险制度
EN	解释性说明
EU	欧洲联盟
FDIA	《联邦存款保险法》（美国）
FDIC	联邦存款保险公司（美国）
FSB	金融稳定理事会
G-SIB	全球系统重要性银行
IADI	国际存款保险机构协会
IMF	国际货币基金组织
ISDA	国际掉期及衍生工具协会
KA	《核心要素》
MLCBI	联合国国际贸易法委员会 《跨境破产示范法》

MLEGI	联合国国际贸易法委员会《企业集团破产示范法》
MoU	谅解备忘录
NBFI	非银行金融机构
NCWO	没有债权人比清算 (piecemeal liquidation) 情形更糟
P&A	收购承接
TLAC	总损失吸收能力
UNCITRAL	联合国国际贸易法委员会
US	美国

第一章 引言

A.立法指南的背景和范围

1.银行对实体经济运作提供至关重要的服务，如吸收存款（通常仅限于获得授权机构开展的业务）、提供贷款和支付服务。银行在货币政策的传导中也发挥着关键作用。银行监管和规制旨在确保银行安全稳健地运营。不过其并非实现“零倒闭”制度。但是一家无论多大规模银行的倒闭都可能对存款人、其他债权人和借款人带来重大影响。基于银行的规模，其倒闭也会给支付系统、银行间市场以及整个金融系统带来影响。因此，建立有效的法律框架来处理无法生存的银行，是司法管辖区金融安全网的关键组成部分。

2.处理无法生存银行的法律框架，需要反映银行的特殊性及其在社会中的作用。普通的企业破产制度不是为了处理银行倒闭时产生的特殊风险和公共政策的关切而设计的。这是因为破产原因、程序目标、可用工具、债权人在程序中的角色和权利以及机制框架等并不能与银行的特性以及与银行倒闭相关的公共政策相适应。

3.始于2007年的全球金融危机期间发生了多起银行倒闭事件，此后，国际社会制定了一个框架来处置在倒闭时可能具有系统重要性的金融机构，在不使纳税人蒙受损失的情况下，维持其关键功能并维护金融稳定。基于此，金融稳定理事会（FSB）于2011年通过了《金融机构有效处置机制核心要素》（《核心要素》）¹，作为“处置机制”的国际标准，其中规定了在不依赖公共资金的情况下促进金融机构有序处置框架的核心要素，包括机构设置、权限、工具和相关保障措施、资金来源、恢复与处置计划要求，以及合作和信息共享。该国际标准正在银行业广泛实施，在某些情形下也在其他包括已经承诺实施的二十国集团辖区的金融机构中实施。

¹ 金融稳定理事会（FSB）《金融机构有效处置机制核心要素》（2024年修订）。

4.金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定，任何在倒闭时可能具有系统重要性的金融机构都应遵守符合本标准的处置制度。该范围比事先被指定为具有系统重要性的机构更广，因为任何银行，无论其规模大小，在倒闭时都可能具有系统重要性，这取决于具体情形。一些司法管辖区扩大适用范围将其处置制度尽可能地适用于所有银行。²这两种方式在全球都存在。

5.然而，就金融稳定理事会（FSB）《核心要素》的目的而言，对那些倒闭时不被认定为系统性银行的倒闭管理制度关注有限。在本指南中，此类银行称之为“非系统性银行”。此外，尽管金融稳定理事会（FSB）《核心要素》明确规定，法律框架应包括“对破产实体的全部或部分进行关闭和有序清算”³的权力，但关于采取转移等处置措施后对剩余资产进行清盘的有效清算程序当前仍缺乏指导，例如将有价值的业务转移给买方。

6.本《立法指南》旨在补充现有的国际标准。因此，它侧重于（i）不符合金融稳定理事会（FSB）《核心要素》破产程序的银行有序清算，以及（ii）处置过程中或处置后银行的一部分有序清算（包括破产银行集团中个别银行子公司的清算）。本指南不包括清算以外的重组措施或为了防止银行倒闭而采取的措施。⁴

7.本立法指南所述清算程序随着银行市场化退出而结束，即使其部分业务由不同的法律实体继续经营。⁵本立法指南主要旨在促进非系统性

² 见金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》（2016年），解释性说明（EN）1（c）。关于一家银行是否具有系统重要性或在倒闭时可能引发系统性风险的认定，既可在临近倒闭考虑采取处置措施时作出，也可预先判定。在后一种情形下，需建立相应程序，确保原先未被认定为系统重要性银行在实际倒闭情形中被判定具有系统重要性或关键影响时，仍可对其适用处置机制。

³ 见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 3.2（xii）。该条款进一步规定，处置程序应确保受保存款的及时偿付和转移，并保障交易账户及隔离客户资金的快速取用。

⁴ 如存款保险计划或机构保护计划为防止成员机构倒闭而采取的措施不在本指南的适用范围内。

⁵ 见“银行清算程序”的定义（术语表第（7）点）。这与某些处置框架下可能采用的“持续经营银行”处置模式形成对比。在该模式下，银行法人实体得以存续，且完成处置后仍可在市场中持续经营。

银行的有序清算，债权人顺位等要素（见第八章债权人顺位）也与破产处置框架有关。⁶

B.结构和目的

8.立法指南包括本导言在内共十章，每一章聚焦于银行清算框架的一个具体专题领域，并解释关键问题，分析处理这些问题的适当办法，并提出一系列关键考虑因素和重点建议。

9.本指南中所提供的指导参考了对银行倒闭问题专家的调查，共涉及 22 个司法管辖区的银行清算框架的性质与经验。⁷指南在相关部分引用这些调查结果，以说明对银行清算具体方面的讨论。

10.本指南中的建议详略程度不同，因此不构成可在国内法中直接施行的条款。相反，这些建议就有效的银行清算框架中需要处置的核心问题提供了指引。建议在每一章中阅读这些建议和随附文本，后者提供了详细的解释，并讨论了建议中未具体提及方面。

11.本立法指南在编写过程中充分考虑到了相关国际性文件（见下文 F 节），并在适当情形下参考了这些文件。本立法指南旨在补充管理倒闭银行的现行国际标准。本指南未涵盖的方面适用于其他国际标准。本指南无意修订、取代或推翻任何现行国际标准中的任何规定和原则。

12.本指南旨在根据银行特殊性质及其在社会中的作用，为立法者和政策制定者设计有效的银行清算制度时提供参考。对于尚未制定专门的银行清算框架或非系统性银行清算具体规则的司法管辖区而言，本指南将更具有现实意义，也对那些希望改革其现有的银行清算框架的司法管辖区具有参考价值，本立法指南无意作为国际组织对各国进行评估的标

⁶ 这是因为清算程序中的分配顺序通常决定着银行处置程序中的损失分担规则。

⁷ 阿根廷、比利时、巴西、加拿大、中国、哥伦比亚、法国、德国、加纳、希腊、印度、意大利、日本、马来西亚、摩尔多瓦、荷兰、尼日利亚、巴拉圭、南非、西班牙、瑞士、乌克兰。

准或准则。不过，国际组织和区域组织酌情根据其自身政策，利用本指南向希望完善银行清算法律框架的国家当局提供技术援助。

C.术语表

13.本节解释了立法指南中经常出现的术语的含义。这些术语在其他语境中可能有不同的定义。这里列出的定义旨在确保本立法指南概念的清晰明了。

(1)“**行政当局**”：一种非司法的公共机构，在特定领域拥有法律授予的权力。

(2)“**银行**”：根据所适用法律框架授权或许可，接受公众的存款或可偿资金并发放贷款的任何实体。在本指南中，在本指南中“**银行**”包括以下持牌存款机构（包括合作社、信用社、住房互助协会、储蓄银行或某些国家的法定形式，如西班牙特有的基金式储蓄银行和德国特有的公共银行等形式）。

(3)“**银行当局**”：负责在银行监管、银行处置和银行清算等方面行使职能的当局。这些当局通常包括银行监管当局和处置当局（在任何一种情形下都可是中央银行或存款保险机构）。

(4)“**银行集团**”：两个或两个以上通过控制权或所有权联系在一起的实体，其中至少一个是银行。

(5)“**银行监管机构**”：负责对银行进行审慎监管或监督的机构。

(6)“**银行倒闭管理**”：司法管辖区内的主管机构为处理银行倒闭而可能采取的任何措施，无论银行倒闭的原因如何，也不论在适用的法律框架下如何分类。

(7)“**（银行）清算程序**”：集体性司法或行政程序，在该程序中，银行的资产和业务受到法院或行政当局控制或监督，旨在通过逐项清算或以持续经营的方式出售，并在任何情形下以该银行退出市场而告终。⁸

(8)“**终止净额结算条款**”：一项合同条款，根据该条款，当合同一

⁸ 见第（24）点关于“逐项清算”的定义，以及第（29）点关于“以持续经营的方式出售”的定义。

方发生条款中定义的事件时，无论双方之间的合同债务是否已经到期，这些义务将自动或由一方选择通过更新、终止或以其他方式被简化或替换为一个单一的净债务，该净债务代表合并债务的总价值，并由一方到期支付给另一方。

(9) “应急计划”：在银行无法生存前，为准备和促成银行清算而制定的一个计划。

(10) “存款”：任何来自正常银行交易的信贷余额，根据适用的法律和合同条件，银行必须按面值偿还，由银行出具的债务证明以及适用的法律框架界定或承认为存款的资金或债务。

(11) “存款保险机构”：负责提供存款保险、存款担保或类似存款保护安排的法律实体。

(12) “存款人优先权”：在清算程序中，部分或全部存款因其存款人顺位高于普通无担保债权人的优先待遇。

(13) “金融合约”：根据某一司法管辖区的法律框架，为终止和净额结算的目的，在破产时须做特殊处理的合同。包括证券买卖合同、衍生品合约、商品期货合约、回购协议以及类似的合约或协议。

(14) “母国司法管辖区”：银行获得授权、许可或注册成立的司法管辖区，以及可启动或集中实施银行清算程序的司法管辖区。

(15) “东道国司法管辖区”：银行或银行集团以一家或多家子公司或分支机构的形式开展业务，或在该辖区（非母国司法管辖区）内开展活动并受到监管的辖区。

(16) “机构保护计划”：一种约定或法定的责任安排，用以保护成员银行，特别是确保其的流动性和偿付能力以避免倒闭。

(17) “受保存款”：属于存款保险制度保障范围且不超过最高保障水平的存款。

(18) “同业存款”：一家银行或金融机构在另一家银行的存款，通常为短期存款（通常为隔夜存款）。

(19) “牌照”：从事受监管活动的官方许可，在银行业务中也称为授权或特许。

(20) “清算当局”：法律授权开启或监督银行清算程序的行政或司

法当局（一个或多个）。

（21）“清算人”：清算当局授权或适用法律规定，在银行清算程序中制定和实施清算策略的自然人或法人，如无此类人员，则指清算当局本身。

（22）“没有债权人比清算情形更糟保障”：银行处置程序中，若债权人获得的偿付数额未达到其在逐项清算中本可获得的最低数额，该债权人享有的索赔权利。

（23）“同等原则”：根据该原则，情况相似的债权人可从可供分配给其等级债权人的破产财产中按比例获得债权。

（24）“逐项清算”：是指按照适用的债权人等级制度逐项地出售处置资产以将收益分配给债权人的过程，而非将企业或其部分以持续经营的方式出售或转移。

（25）“预清算人”：经清算当局授权或适用法律规定，参与银行清算程序准备工作并有可能被指定为清算人的人。

（26）“公共政策目标”：本指南是指保护存款人和维护金融稳定的清算目标。

（27）“处置”：处置当局通过行使处置权力，管理银行以及（视制度范围而定）其他（可能）无法继续生存且其倒闭具有系统性影响的金融机构的倒闭管理程序。

（28）“处置当局”：根据处置机制指定的行使处置权力的一个或多个行政当局。

（29）“以持续经营的方式出售”：为使机构持续经营，出售或转移其全部或大部分业务，而非逐项出售机构的资产并将收益分配给债权人。

（30）“劣后顺位”：根据法律规定、法院裁定或合同约定，一项或多项债权人的权利或债权的顺位低于其他权利或债权，结果是在财产分配中比其原本应有的顺位更晚受偿。

（31）“劣后顺位协议”：一个债务人的两个及两个以上债权人之间，或一个债务人与一个及一个以上债权人之间签订的合同协议，根据该协议，一个或一个以上债权人同意其针对债务人的权利或债权的受偿顺位将被劣后安排。

D.管理银行倒闭的法律框架

14.在不同司法管辖区，银行倒闭管理的法律框架设计存在差异。广义上说，各司法管辖区可能有处理任何银行倒闭的单一框架（单轨制）；也可在概念上区分“处置”，以及“清算”或“破产程序”（双轨制）。⁹在单轨制下，应对银行倒闭的法律框架一般是为银行（可能还有其他金融机构）量身定做的。在双轨制下，“清算”可适用普通企业破产法（无论是否有专门针对银行的修改），或适用特有的银行清算法律。

15.例如，欧盟在《银行恢复和处置指令》（BRRD）中区分了银行的清算框架中的“处置”和“普通破产程序”，欧盟成员国的国家采取双轨制的形式。¹⁰根据该框架，只有在清算符合“对公共利益有必要”¹¹且暂无监管措施或私营部门措施能够在合理时限内使银行恢复生存能力的情形下，才可采取处置行动。如果没有达到该门槛，将适用各成员国破产法所规定的相关程序和工具来处理倒闭机构¹²。在通过转移等处置措施后对剩余实体进行清算时，也适用该成员国可适用的破产法。对欧盟成员国而言，本指南提供的指导对这类国内破产法具有参考价值。

16.相比之下，美国《联邦存款保险法》（FDIA）是银行倒闭管理单轨制的代表。所有倒闭的美国投保机构都在该制度下进行处置或清算。《联邦存款保险法》规定了几种可能的处置措施¹³，并赋予联邦存款保险公司（FDIC）作为倒闭投保存款机构接管人的一系列权力，包括在“收购承接”（P&A）交易中将倒闭银行的资产和负债转移给收购承接方的权

⁹ 双轨制的典型特点是有一个区别于本应适用的破产机制等特别处置框架。但单轨制可能会针对不同情形纳入不同权力和程序。例如，某些权力可能只适用于无法生存机构具有系统重要性，或其倒闭危及金融稳定的情形。虽然单轨制、双轨制都有针对不同情形纳入不同权力和程序的类似特点，但单轨制不对“处置”和“清算”做术语上的区分。

¹⁰ 欧洲银行联盟的《单一处置机制条例》也是如此。

¹¹ 关于“公共利益”的概念，请见《银行恢复和处置指令（BRRD）》第32（5）条。

¹² 由于这些制度的性质不受欧盟法律的管辖，它们在形式上各不相同，有的（主要）是行政主导的，有的是法院主导的，有的是银行特有的，有的是普通企业破产框架的修改版。

¹³ 联邦存款保险公司可被任命为倒闭银行的保全人，以继续该机构的业务，等待出售或进行其他处置，或作为接管人。

力。此外，在该框架下，联邦存款保险公司（FDIC）还可成立一家过桥银行，继续运营倒闭银行业务，直到银行被出售或清算。或者，在同一框架下，联邦存款保险公司（FDIC）可利用接管人广泛的法定权力，清算倒闭机构资产，并偿付存款人和其他债权人。联邦存款保险公司（FDIC）还承担存款保险职能，并监督存款类金融机构的安全、稳健运营和消费者保护。

E.指南的中立性

17.指南考虑到不同司法管辖区的银行业和银行倒闭管理法律框架各不相同。指南力求兼顾这些差异，并提供可在任何司法管辖区实施的指导，同时考虑到当地的具体情况。本指南讨论了银行清算法律的关键方面，旨在帮助用户评估不同的方式，并根据具体的法律和制度背景选择最合适的设计和要素。

18.本指南承认银行清算中行政主导的优势（见第二章制度安排），就法律框架的设计，并没有规定或假定法律框架的设计存在特定类型的制度（单轨制或双轨制）。不过，并非指南的所有部分都同样适用于单轨制和双轨制。在单轨制中，金融稳定理事会（FSB）《核心要素》明确了整个银行破产管理框架的设计特点，包括本指南涵盖的几个方面，如制度模式，其在单轨制下必然是行政模式；破产管理程序的目标；准备与合作；启动破产管理程序的理由；可用的权力，包括转移权力的使用；以及跨境合作。这意味着第1、2、4、5、6和10章中提供的一些指导主要适用于实行双轨制的清算程序。¹⁴指南的其他方面也与单轨制同样相关，特别是涉及普通企业破产法的规定和可适用的修改，以及与采取处置措施后清算剩余实体有关的指导意见。

19.本指南未规定银行清算规则应列入各司法管辖区法律框架中的

¹⁴ 虽然这提供了一个总体说明，但建议实行单轨制的司法管辖区的立法者和政策制定者阅读所有章节，以审慎评估金融稳定理事会（FSB）《核心要素》已经为哪些具体方面提供了信息。

哪个层面。某些规定更适合纳入基本立法（立法层面）还是较低位阶法律（行政政策层面），属于法律和政策层面的选择，取决于各司法管辖区的具体特征。

20. 尽管如此，本指南中讨论的大部分内容预计将纳入基本法律之中。重要的是，针对适用于银行的一般性规则进行的修改应在与该一般性规则（如企业破产法规）在同等级别上予以颁布。因此对监管法、公司法、资本市场法和破产法在立法层面规则的减损，应在法规层面明确说明并予以采纳。此外，某些规定可能需要依据司法管辖区的宪法安排制定基本法律，如处理财产权或裁决争议债权的权力。¹⁵

21. 在双轨制下，有关银行清算的规定在理想情况下应纳入专门的银行清算法。或者，这些规定也可整合到银行法或普通企业破产法中，但前提是必须明确区分且易于识别。颁布特别法有助于增强法律准确性和程序清晰度。在以法院主导的制度中，有些司法管辖区对以法院主导的框架制定了特别法。无论如何，如果普通企业破产法适用于银行，则应在银行法或普通企业破产法中引入明确适用于银行的条款。

22. 本指南阐释了无论银行清算框架选择何种立法方式都应具体涉及的各个方面，包括与普通企业破产法相比的特殊性。专栏一简要概述了银行清算法律的主要特征。

专栏 1 银行清算法律的主要特征

行政当局的参与

银行清算程序应由行政当局管理（行政模式）或在相关银行当局深度参与下由法院管理（有行政部门参与的法院主导模式）。无论采用哪种模式，相关银行当局都需要发挥强有力的作用，特别是在银行清算程序的早期阶段，以及在制定和执行将银行业

¹⁵ 作为类比，金融稳定理事会（FSB）的《核心要素》指出处置权力“应明确规定在（处置）当局的法律框架中”（见解释性说明（EN）3（e））。此举旨在为这些权力提供足够明确的法律依据。

务全部或部分转移给另一个实体的策略时（见第二章制度安排）。

债权人的程序角色和待遇

行政当局应有权启动或申请启动银行清算程序。如果其他人也有这种权利，至少应在第三方启动的程序中作出决定前听取行政当局意见。若债权人程序性权利的行使可能严重损害本框架的目标，则应根据本框架对这些权利进行修正。（见第三章程序和操作层面）。

准备与合作

法律框架应使有关当局之间的准备与合作达到适当的水平。尽可能提前准备有利于转移策略的实施，对于逐项清算，需要做好准备，以确保迅速偿付受保存款人（见第四章准备与合作）。

启动清算程序的条件

银行启动清算程序的条件应比其他行业更宽泛，最好包括前瞻性因素，以便及时采取行动防止损失扩大并保护存款人。当负责吊销银行牌照的机构与负责启动清算程序的机构不同时，法律框架应明确规定它们之间的互动机制。该框架应确保倒闭银行的剩余部分在处置过程中得到顺利清算。（见第五章启动银行清算程序的条件）。

清算工具

银行的逐项清算往往会使价值贬损，影响存款人获得存款，这可能会产生更广泛的不利影响。因此，法律框架应允许将无法生存银行的存款和其他适当的负债，以及可用资产，转移给另一个实体（见第六章清算工具）。

资金

在大多数情形下，银行倒闭管理需要的资金超过了

银行的可用流动性资金。银行特有的资金来源，尤其是存款保险基金，将在确保无法生存银行的有序清算方面发挥重要作用（见第七章资金）。

债权人顺位

应明确规定适用于银行清算程序的债权人顺位，并反映银行的特殊性。特别是，赋予存款人优先的顺位有助于实施转移策略，这些策略通过确保存款人能持续使用其存款来保护存款人的利益（见第八章债权人顺位）。

集团层面

银行通常以集团形式运作，集团内部可能在财务和业务上相互关联。银行的集团成员身份不应妨碍其清算。法律框架应明确规定如何处理清算前和清算后的集团内融资，并赋予行政当局适当的权利，以确保集团实体的清算人之间行动协调一致。（见第九章集团层面）。

跨境层面

Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.

单一实体和银行集团都可能存在跨境活动。法律框架应允许有效的跨境合作、协调和信息交流。法律框架应为承认外国程序提供便利，同时充分尊重各种保障措施，如对债权人的非歧视性待遇（见第十章跨境层面）。

F. 银行清算及更广泛的法律和监管环境

23. 银行清算框架的有效性不仅取决于其设计特点，还取决于其所处的更广泛的法律和监管环境。虽然这不在本指南的讨论范围之内，但包括司法系统在内的更广泛的法律和监管环境，会影响清算当局履行职责和有效行使职能的能力，法律框架中的缺陷可能导致决策的滞后和法律上的不确定性，从而导致处理银行清算无法取得最佳成果。银行清算是

司法管辖区金融安全网的一部分。第 1 小节介绍了金融安全网的其他要素。第 2 小节介绍了可能对银行清算程序的有效性产生影响的更广泛的法律和司法制度的要素。

1. 强大的金融安全网

24.按照相关国际标准进行有效的审慎监管和监督，对于使监管者能够识别、评估个别银行或整个金融体系产生的风险并采取相应行动至关重要。在银行倒闭的情形下，及时评估银行是否失去生存能力，有助于降低与倒闭相关的成本。

25.为确保从监管到银行倒闭管理的顺利衔接，各司法管辖区应建立符合相关国际标准的审慎监管和银行监管体系，尤其是要遵循《巴塞尔银行国际监管框架》（《巴塞尔框架》）和《巴塞尔有效银行监管核心原则》（《巴塞尔核心原则》）。¹⁶根据后者，监管框架必须：（i）包括对银行风险状况的前瞻性评估；（ii）对面临困境的银行实施更密集的监管；（iii）赋予监管者足够的权力，以便其及时采取纠正措施，并处理可能对个别银行或整个金融系统带来风险的不安全和不健全的做法或活动。

26.监管框架应促进银行监管当局与清算当局或（潜在）清算人之间的协同和信息交流。根据《巴塞尔核心原则》，监管当局应与相关部门进行合作，共同确定对问题银行进行有序破产管理的时间和方式，包括是否关闭银行。¹⁷

27.有效的最后贷款人机制是金融安全网的重要组成部分。通常由中央银行提供紧急流动性救助的自由裁量。

¹⁶ 《巴塞尔核心原则》（2024）提供了一个全面的（软法）标准，为银行业监管、监督、治理和风险管理奠定坚实基础。巴塞尔框架(https://www.bis.org/basel_framework/)是巴塞尔银行监管委员会（BCBS）的全套标准，该委员会是银行审慎监管的主要全球标准制定者。

¹⁷ 见《巴塞尔核心原则》（CP）11之基本标准（EC）第8款，CP 1，EC 6，CP 3，EC 6。

28.司法管辖区应建立符合国际存款保险机构协会（IADI）《有效存款保险制度核心原则》（《核心原则》）的存款保险制度。¹⁸存款保险制度由存款保险机构及与其相关的金融安全网的参与者构成，这些参与者共同承担存款保险职能并参与处置流程。该制度为存款人提供最高特定金额的保障，并有助于维护金融稳定。

29.如果一家银行被清算，那么存款保险基金的默认用途是偿付受保的存款人。国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》还设想存款保险基金的资源也可用于提供资金支持措施来保护存款人资金使用权，以替代偿付，但须有存款保险机构的授权、适当的管理安排和保障措施，以防止存款保险基金过度消耗。¹⁹

30.司法管辖区应根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》制定银行处置框架。本指南中规定的银行清算框架不能替代处置框架，而且本指南所建议的规定和安排，从整体上看，并不是为处理系统性破产的银行而量身定做的。此外，本指南中提供的银行在处置措施后进行清算的前提是根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》进行。

2.有效的法律和司法框架以及适当的专业支持体系

31.更广泛的法律和司法制度也会对银行清算程序的有效性产生影响。一个完善的法律框架应包括一套明确和始终遵循的商事法律体系，包括公司法、合同法、消费者保护法、证券法、财产法和法律冲突法。

32.根据管理银行倒闭的法律框架的设计，普通企业破产法可能部分适用于银行，并根据银行特定情形进行修改（见第 21 段）。如果银行特定的框架在某种程度上依赖于普通企业破产法的规定，则这些规定应符合相关国际标准。这尤其包括世界银行制定的《有效破产和债权人/债务

¹⁸ 国际存款保险机构协会（IADI）《有效存款保险制度核心原则》（2014 年修订）。

¹⁹ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 9，EC 8。第七章将进一步讨论利用存款保险基金为受保存款的存取提供资金支持，如转移交易以及与存款保险基金相关的保障措施。

人制度原则》（《世界银行原则》）²⁰以及联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）在破产法领域的相关文件，尤其是联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《破产法立法指南》²¹（《立法指南》）。本指南假定各司法管辖区已实施了这些破产文件。本指南酌情参考了这些文件的相关内容，并通过提供专门针对银行清算的指导意见对这些文书加以补充。

33.法律框架应提供公平和及时处置争端的机制。司法机构应该是独立的、具备足够的专业知识和经验，并能够迅速作出决定。同时，专业支持人员（例如，会计师、审计师、估值师、律师和清算人）的体系应完备，并能与清算当局进行有效合作。当这些专业人员参与到银行清算程序的准备和执行工作中时，应接受适当资质认证和专业监督，规范其工作的法律框架应符合相关国际技术和道德标准及准则。

G. 银行清算框架的范围

34.本指南侧重于“非系统性”银行（见第5段）。“银行”一词的定义及其所涵盖实体的范围在不同的司法管辖区、不同监管和法律框架中各不相同。就本指南而言，“银行”的概念基于适用的监管定义：即为监管目的而被归类为银行，可在相关司法管辖区获得吸收存款和发放贷款的牌照或授权的实体。在本指南中，“银行”用作总称，涵盖了各种吸收存款的机构（合作社、信用社及其他）。²²

35.本指南采用的银行清算范围与监管范围是一致的原因是，监管范围反映了政策导向，即哪些实体在该管辖范围内运营，并应该适用哪些特定的制度。在设计银行清算框架时遵循这种监管方式的优势在于，它可明确框架涵盖哪些实体，并且这些实体都在审慎监管的范围内，这有

²⁰ 世界银行《有效破产和债权人/债务人制度原则（2021年修订）》。

²¹ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》（目前共有五个部分，分别在2004至2021年间不同时期通过）。

²² 见术语表第（2）点中“银行”的定义。

助于获取相关信息，并实现从日常监管到倒闭管理的平稳过渡。此外，普遍预期持牌银行属于（存款保险计划或存款保险制度（DIS））的覆盖范围内，因此，在清算过程中，存款保险基金可用于偿付受保存款人，或帮助其将存款转移到其他机构。

36.根据适用的监管框架，不同类型的银行和其他吸收存款机构（如综合银行、支付银行、小型金融银行、城市合作银行、区域性农村银行、地方性银行、农村合作银行、伊斯兰银行）可能需要不同类型的牌照。在这种情形下，可能适用不同的倒闭管理制度和存款保险制度。

37.不同司法管辖区有不同的合作制银行牌照和破产管理制度。在一些辖区，合作制银行获得银行牌照并受存款保险制度保障（可能是专门为合作银行设立的存款保险制度）；而在另一些辖区，合作制银行则受单独的监管框架约束，其存款可能不受存款保险制度保障。

38.虽然本指南的范围是根据实体从事银行活动的牌照界定的，但在牌照被吊销之后，本指南的指导意见仍然适用。吊销执照可能是启动银行清算程序的一个条件（见第五章启动银行清算程序的条件），吊销执照后可持续经营的方式出售。同样，在吊销执照后进行的逐项清算中，有必要制定适用于银行的规则，以确保清算程序可实现银行清算的目标（例如，迅速偿付存款人，或允许剩余实体继续为另一家银行提供服务，因为该银行已将无法生存银行的部分资产和负债转移给了这家银行）。

39.本指南涵盖的银行不论其法律形式（股份公司、互助制或合作制）或业务模式。虽然大多数银行都是以股份公司（例如，公众有限公司（PLC）、股份有限公司（Société anonyme、Sociedad anónima、Aktiengesellschaft）形式成立的，但在一些司法管辖区，特别是在中小型银行中，合作机制也很重要。银行的商业模式既有传统模式，也有专注于专业或专营服务的创新模式。此外，商业模式也会根据服务是面对面提供（一种“实体”商业模式），还是通过没有实体分支的数字技术提供的程度而不同。目

前，将实体业务和数字业务相结合的混合模式占主导地位，但专门的数字银行的数量正在增长，特别是在中小型机构中。²³此外，本指南还涵盖了单一实体银行和银行集团。²⁴第九章集团层面介绍了与属于集团的银行的清算有关的具体考虑因素。**Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

40.虽然立法指南是针对银行设计的，但各司法管辖区可选择根据其金融部门和监管框架的具体情况调整银行清算框架的范围，例如，可扩大银行清算框架的范围，以涵盖未获得银行牌照但从事类似银行活动的受监管实体（例如，仅从事银行核心活动之一的实体，如贷款或支付服务），这些实体在倒闭时会带来类似的风险。尽管如此，如果银行清算框架的范围扩大到银行以外，指南的某些部分可能并不完全适用。例如，该指南假设无法生存的实体是存款保险制度的参与成员。如果不是这样，就减少了第七章资金中所述的资金选择。

H.建立有效银行清算框架的关键目标

41.本节详细阐述了有效银行清算框架的目标。本节明确了关键目标、原则和结果，以确保银行清算框架的设计能够使程序实现这些目标和结果。这些目标可能在清算框架中明确提出，也可来自法律和机构对银行清算程序参与者的授权。例如，中央银行和银行监管局的职责通常包括与金融稳定有关的目标。任一当局参与清算时，除非框架中规定了其他具体的清算目标，否则也应该遵循与金融稳定有关的目标。

42.即使在法律框架中没有明确规定，这些目标仍然可指导银行清算法中所作出的总体目标和政策选择。以下讨论阐述了可能与银行清算框架的设计和清算程序的结果相关的目标。它并未规定如何将每个目标纳

²³ 虽然指南涵盖的银行不分其法律形式或业务模式，但各司法管辖区的法律框架可能需要具体规定，以反映不同类型银行的特殊性。

²⁴ 10个司法管辖区提供的数据表明，在几乎所有司法管辖区，至少有35%的银行实体在一个银行集团内运营。在大多数司法管辖区，至少有50%的银行在一个集团内运作，而不是独立的。虽然大型银行更有可能成为一个集团的一部分，但小型银行通常也会在集团内运营。

入法律框架，因为这可能取决于当前银行清算框架更广泛的政策选择和设计特点。然而，本节也确实承认，所讨论的一些目标更具有指导设计原则的性质，而另一些目标则可能更适合作为清算人的明确目标。

43.清算程序在不同阶段可能有不同的目标。具体而言，维护金融稳定和²⁵保护存款人往往在清算程序的第一阶段发挥更重要的作用，而随着程序的推进，价值最大化的目标则更具相关性。因此，在清算程序的早期阶段，如决定对银行进行清算、选择清算方式和实施保护存款人的措施（偿付或转移）时，行政当局需要发挥更大的作用。这是因为行政当局完全有能力追求公共政策目标，如保护存款人。反之，清算人在出售剩余资产和清偿债权时的重点将是价值最大化。

44.描述了有效银行清算框架的关键目标（第1小节至第5小节）之后，就法律框架如何指导清算当局和清算人在出现冲突时平衡清算目标提供了备选方案（第6小节）。

1. 保值和价值最大化

45.价值最大化是企业破产法的核心目标。²⁵其目标是获得清算财产的最大价值，这样做的优点是被清算企业的债权人可期望得到最高的回收率。例如，在某些框架中，清算人有明确的责任以破产实体资产价值最大化的方式完成清算任务。

46.无论该目标是否明确被列为清算人的法定目标，如果这是银行清算的目标，该框架应通过授权或提供工具以利于该结果实现。例如，授权将企业或部分企业以持续经营的方式出售，而不是碎片化地处置资产，这有助于资产保值，并向未被转移债权的债权人实现更高价值的分配。能够及时启动银行清算程序和迅速采取行动也有助于资产保值和价值最大化，这将取决于清算的条件和清算当局迅速采取行动的能力。

²⁵ 见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第一部分第一章，以及《世界银行原则》原则C1。

47.如何使银行的资产价值最大化需要一案一评估，因为其不仅取决于资产的组成，还取决于银行清算的大背景以及潜在价值最大化选择，如以持续经营的方式出售的可行性。根据具体情况，价值最大化的目标可能要求快速行动（在以持续经营的方式出售的情况下），也可能要求延缓行动（如在清算剩余实体的过程中避免低价贱卖）。

2. 存款人保护

48.存款人通常在银行的债权人中占很大的比例，在非系统性银行中，该比例通常会更高。如果存款人取回存款的渠道被中断，这可能会给存款人带来相当大的个人困难，并削弱人们对银行业的普遍信心。存款人保护的目的是减少对个人、企业、银行业和其他经济活动的负面影响。因此，存款人保护与金融稳定的目标是相关联的，因为其目的是保持对银行体系的信心，并避免对经济产生更广泛的负面影响。

49.因此，存款人保护是一个普遍的激励目标，主要是针对银行特定的清算框架，包括普通企业破产制度中专门为银行而做的修改。银行清算制度的设计可促进对存款人的保护，例如通过提升存款转移的便利性，使存款人能够不间断地从中获得资金。

50.存款人保护应成为一项明确的法定目标。如果司法管辖区规定清算人与存款人保护相关的职责时，通常采取程序优先的形式，即要求在程序中优先偿付存款人²⁶或要求清算人优先考虑存款人利益，²⁷首先与存款保险机构合作转移存款或快速偿付。清算中 **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**存款人保护的目标也可从负责银行清算

²⁶ 例如，该制度可能规定未受保存款人可在第一时间获得偿付（哥伦比亚）。受保存款受到存款保险制度的保护。

²⁷ 在某些司法管辖区，存款保护目标授权或要求清算人在追求价值最大化之前，首先寻求通过存款保险制度保护存款人的解决方案。例如，英国银行破产程序（BIP）的清算人有两个目标：一是银行破产程序的特定目标，而不是普通企业破产制度的目标，即“与存款保险机构合作，确保在合理可行的情形下尽快将受保存款人账户转移到另一家银行，或确保存款保险机构偿付受保存款”；二是普通企业破产制度的唯一目标，即对倒闭银行进行清算，以实现全体债权人的利益最大化结果。目标一优先于目标二，尽管清算人需同时达成这两个目标。

程序的行政当局的授权中产生，可明确地从存款人保护的角度出发，也可是更广泛的金融稳定目标的一个方面。²⁸

51.存款人保护的目的是通过存款保险单独实现的。存款保险制度保障特定的受保存款人，并通过维护公众对银行业的信心，以及降低银行挤兑导致的风险传染，进而维护金融稳定。²⁹不同司法管辖区对存款保险机构类型的定义不同，反映出在当地银行业环境下，存款保险制度保障存款人利益的政策选择的本质。不过，一般来说，存款保险的保障范围涵盖个人和部分公司的存款，通常以规定的保障限额为限。根据存款保险职责规定³⁰，存款保险机构保护受保存款人的方式可是向其作出偿付，或提供资金把存款转移到另一个可持续的账户，从而确保存款人取用资金的不中断或最少中断。本指南第二章制度安排和第七章资金将进一步讨论在银行清算框架中存款保险机构的作用以及存款保险基金的使用。

52.存款人保护也可通过赋予存款人优先受偿权来实现，即在债权人清偿顺序中，部分或所有存款人相对于债权人等级中其他无担保债权人优先的顺位。通过一般存款人的优先权给予所有存款人优先顺位，实现存款人保护的目标，因为这有利于存款的转移（关于不同形式的存款人顺位影响的全面讨论，见第八章债权人顺位）。

3. 金融稳定

53.在任何银行业审慎监管框架下，维护金融稳定通常都是首要目标，也往往是银行当局和中央银行职能的明确组成部分，它与银行的特殊性（如易受挤兑影响）以及银行、金融部门和实体经济之间的相互作用有关。虽然“金融稳定”这一宽泛而灵活的概念没有统一的定义，其含

²⁸ 例如，负责银行倒闭管理的存款保险机构，通常根据其法定职责被要求以保护存款人的方式履行这些责任，而金融稳定任务可能明确或隐含地包括保护存款人目标。

²⁹ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 1：“存款保险制度的主要公共政策目标是保护存款人并促进金融稳定”。

³⁰ 虽然“仅为付款箱”的存款保险制度只能使用其资金直接偿付受保存款，或通过代理银行偿付受保存款，但拥有更广泛职权的存款保险机构可通过提供资金支持（如转账交易）履行其保护存款的责任，从而维护存款人获得其资金的权利。见第二章制度安排中有关存款保险机构授权类型的讨论。

义也因各司法管辖区和背景而异，但金融稳定的一个核心含义与银行的安全稳健运营密切相关。³¹在任何经济体系中，不稳健银行的存在或银行的无序退出，都可能对金融稳定性构成威胁。对安全稳健银行的信任和信心是金融系统的良好运转的基础。

54.金融稳定是金融稳定理事会（FSB）《核心要素》中处置的核心目标。因此，单轨制应包含一个源自金融稳定理事会（FSB）《核心要素》的金融稳定目标，并会在银行倒闭可能对金融稳定产生负面影响时为相关行动提供参考。在双轨制中，对具有明显金融稳定影响的倒闭将在单独的处置框架下进行管理。然而，在银行清算的某些情形下，金融稳定方面的考虑因素可能具有相关性，因为金融稳定与保护存款人密切相关。这些考虑因素可通过基于转移策略或通过清算人的附加要求，以支持偿付受保存款的存款保险计划，在清算中与迅速获得存款偿付有关的方面发挥作用。一般来说，与逐项清算相比，以持续经营的方式出售可最大限度地减少对无法生存银行的存款人的干扰，并更好地维护人们对银行业的信心。此外，在将关键职能转移给收购方之后，对破产银行的剩余实体进行清算时，金融稳定仍是一个重要的考虑因素。在这种情形下，这些职能的连续性可能需要剩余实体在有限的时间内提供某些服务，直到收购人做出替代安排，或清算人采取其他行动支持这些服务的连续性。这还可能要求清算人避免采取法律行动来保全价值，因为这可能会使之前的处置方案失效或面临风险。

55.因此，金融稳定通常是影响银行清算框架更广泛设计的一个目标，特别是制度安排、工具和程序方面的特点。然而，金融稳定可作为银行破产管理制度全部或特定程序的一个目标，也可通过参与程序的授权纳入清算框架。无论如何设计框架，银行清算中金融稳定的相关性并不意味着以一种使纳税人蒙受损失的方式提供公共资金（见下文第4小节）。银行清算与金融稳定的相关性也是在双轨制下赋予行政当局在银行清算框架中的职能的一个重要原因，这种职能可能是作为清算当局可

³¹ 在更广泛的背景下，金融稳定也与宏观经济稳定及政府财政稳定密切相关。

行使或监督清算中可能出现的金融稳定关切(例如,在对待存款人方面)。如第二章制度安排 C 节第 1 小节中所讨论的,拥有相关授权的行政当局可能最适合考虑到银行倒闭可能涉及的公共政策关切(见建议 12)。

4. 避免公共资金的损失

56.在始于 2007 年的全球金融危机之后,公共资金被用于消除或减轻一些大型银行倒闭的影响,此后,金融稳定理事会(FSB)《核心要素》的一个主要目的就是在管理金融机构的倒闭时通过消除对公共资金的依赖以减少纳税人损失的风险。³²只有在没有其他可行方案保留银行关键职能的情形下,才可在例外情形下使用公共资金进行解决。在这种特殊情形下,应确定私人资金来源已经用尽或无法实现有序处置的目标。³³金融稳定理事会(FSB)《核心要素》规定,在使用公共资金的同时,应建立从倒闭银行或整个行业收回这些资金的机制。³⁴

57. 银行清算框架的设计也应遵循同样的目标。清算措施的资金应主要来自倒闭银行的资产负债表,首先由股东吸损,然后按照债权人顺序由债权人吸损。提供公共资金对非系统性银行的支持比对系统性银行的支持更难以令人信服。因此,为尽量减少对财政的影响,立法者和政策制定者应遵循以下原则,即公共资金不得用于本指南范围内的银行清算。这并不妨碍将存款保险基金的资源用于保障存取款的权力和转移等措施,以保持投保存款的偿付,因为根据存款保险机构的任务使用这些资金被视为涉及行业资金(见第七章资金)。

5. 确定性和可预测性

58.确定性和可预测性是设计任何清算框架的重要目标。立法应就例如程序、参与该过程的各方资格、可用的工具、债权人顺序,以及如何处理银行集团和跨境清算问题制定明确的规则。

³² 金融稳定理事会(FSB)《核心要素》,如序言。KA 6.1 还规定,“管辖区应制定法定或其他政策,确保处置当局在处置问题机构时不必受限于依赖国有化或救助基金作为处置手段”。

³³ 金融稳定理事会(FSB)《核心要素》,KA 6.4。

³⁴ 金融稳定理事会(FSB)《核心要素》,KA 6.2 规定,在需要临时资金来源以实现有序处置的情形下,所产生的任何损失应首先从股东和无担保债权人处收回(须遵守“没有债权人比清算情形更糟”的保障设施),如有必要,应从更广泛的金融系统中收回。

59.在银行清算程序中，债权人对其债权预期待遇的可预测性可能对融资成本产生积极影响。对清算条件、清算当局的权力及其使用作出明确而全面的规定，也可降低清算程序中采取行动面临法律挑战的风险，并为利益相关者增加法律确定性。

60.确定性和可预测性原则也可为与清算有关的措施受到质疑时根据法律框架进行救济提供依据。例如，可对救济加以限制，也可排除某些救济，以避免清算程序启动后出现法律上的不确定性，并在保护私人权利的保护和更广泛的公共利益之间取得适当的平衡（见第二章制度安排）。

第二章 制度安排

61.然而，确定性和可预测性应与适当的灵活性相平衡，使参与清算过程的各方能够根据案件的具体情况规划和执行最适当的清算策略。这种需求同时也应与立法规定的详细程度和规范性相平衡，同时确保尽可能多的透明度（见第二章制度安排 C 节第 7 小节）。

6. 平衡银行清算框架的目标

62.如上所述，一个有效的银行清算框架可寻求实现多个目标。在银行清算程序中，清算策略同时服务于各种目标，这些目标通常是一致的。

63.然而，在某些情形下可能会出现冲突。例如，公共政策目标可能与债权人价值最大化的目标相矛盾（例如，在某些情况下，快速转移可能至少对于受保存款而言更有利于前者，而其他债权人可能希望清算过程更长，以收回更大的价值）。价值最大化的目标可能需要自由裁量权和灵活性，这可能会降低框架内的确定性和可预测性。

64.目标的互补程度取决于具体情况。例如，在清算剩余实体时，推迟出售某些确保业务连续性所必需的资产或业务，可能符合金融稳定目标，但不一定能实现价值最大化。在处置中转移关键职能后对剩余实体进行清算的情形下，该点可能尤为重要。

65.因此，该框架应包括对清算当局或清算人的指导，说明如何平衡各项目标，包括在出现冲突的情形下，同时保持清算当局和清算人的灵活性，以应对个案的具体情况。该指南应认识到银行的特殊性，并加强对安全和稳健的关注，特别是对存款人的保护，以及价值最大化的目标。作为一般原则，价值最大化不应损害公共政策的目标。

主要考虑因素和建议 1-2

主要考虑因素

银行清算框架的有效性取决于更宽泛的法律和运作框架。银行审慎监管框架、存款保险制度、银行清算框架、最后贷款人职能、更宽泛的法律和司法框架及相关的专业人员支持系统都应有效并符合适用标准。

银行清算框架的主要目标应遵循保值和价值最大化、保护存款人、金融稳定、避免公共资金损失以及确定性和可预测性等目标。

建议

1.有关银行清算程序的条款应在法律框架中明确规定。在双轨制中，这最好在专门的银行清算法或普通企业破产法中加以规定，作为替代方案，相关条款也可纳入银行法或普通企业破产法中，但需确保其明确区分且易于识别，并针对银行业的特殊性作出修改，并使其与所调整的一般规则处于同一法律位阶。

2.法律框架的设计应参考清算目标。法律框架应为清算当局和清算人提供指导，帮助他们在目标出现冲突时进行权衡。作为一般原则，价值最大化不应损害公共政策目标。

第二章 制度安排

A. 引言

66. 至关重要的一项是，制度框架必须促进银行清算程序顺利有效地进行，并使无法生存的非系统性银行有序退出市场，这是银行清算程序的预期结果。本章讨论银行清算框架下的制度安排和职能分配如何助力该结果的实现。除引言以外，本章还包括四节，分别探讨与有效的银行清算程序相关的制度安排的不同方面。

B 节概述了清算程序的不同制度模式。这些模式可大致分为：（i）行政主导，即程序由一个行政当局管理（法院的作用仅限于特定职能，如司法审查）；或（ii）法院主导，即程序由法院管理，但鉴于银行的特殊性质，相关银行当局在程序的特定阶段发挥作用。

C 节列出了设计适当的制度模式时应予考虑的关键因素。这些因素包括促进提前准备、银行当局之间的有效合作、及时行动、相关信息获取的安排以及清算当局为有效清算应具备的素质。C 节考虑了不同制度模型是如何满足这些考量和因素的。

D 节阐述了这些因素的作用和相关性在银行清算程序过程中可能会根据所采取的策略发生变化的考量。

E 节讨论存款保险机构在银行清算程序中的作用。

67. 本章解释了行政主导模式的明显优势，这可能使其成为司法管辖区的首选。本章还强调，无论选择哪种制度模式，相关银行当局都应适当参与程序。在这方面，银行处置的类比具有相关性。金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定，处置机制应指定一个负责行使处置权的行政当局。这承认了处置应以公共利益为目标，并应及时干预和快速行动以稳定无法生存的金融机构的必要性。虽然金融稳定理事会（FSB）《核心要素》并不排除法院在处置中的作用，但在任何情况下法院的作用不应妨碍有效地处置。³⁵金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定，处置

³⁵ 处置制度应“确保法院程序所需的时间不会影响处置措施的有效实施”（KA 5.4）。

制度应包括清算选择权，行政处置当局应有权“关闭并有序清算”银行或银行部分业务。³⁶清算可由处置当局直接执行，也可通过指定的管理人执行。无论采取哪种方式，这都意味着处置当局应在该制度范围内的银行清算中发挥作用。

68.如果完全由行政主导的模式不可行，法律框架应保证相关银行当局在银行清算程序中可发挥作用。特别是，银行当局应在决定启动清算程序和清算策略，以及将清算中的银行全部或部分出售给第三方购买者时发挥作用。

B.制度模式

69.不同司法管辖区对行政机关在银行清算程序中的角色性质与权限范围采取不同做法。本节描述了两种主要的制度模式，同时，承认在实践中，行政当局和法院的参与，可能会形成一种“混合”制度设计。

70.银行清算程序的步骤原则上与企业破产案件的步骤相似。这些步骤包括暂缓执行债权（延期履行权）、任命清算人、编制经核实的债权表、盘点和评估可用资产、决定清算资产的最佳方式，以及根据法定债权顺位组织分配程序（详见第三章程序和操作层面和第六章清算工具）。

1.行政主导模式

71.在行政主导模式下，行政当局负责管理银行清算程序。法院可能在裁定法律异议或司法审查中发挥作用，但行政主导的清算当局的行动（包括在适用情形下指定清算人）通常不需事先获得法院批准，司法机关也不参与对该过程的一般监督。

³⁶ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 3.2，第（xii）项。另见金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》EC 3.15：“处置当局有权对倒闭银行的全部或部分业务实施关闭、有序清盘和清算，并在此情形下有能力实施或保障以下两项工作：（1）及时向受保存款人进行偿付或迅速将受保存款转移至第三方或过桥机构；和（2）及时转移或归还客户资产。”

72.由于行政当局在司法管辖区的法律框架和金融安全网的制度设置和职能分配不同，其性质也各不相同。因此，由行政主导的银行清算程序可由银行监管部门（可是中央银行或其他行政当局）、存款保险机构和/或处置当局（以上职能会重叠）主导。³⁷

73.在行政主导模式下，由相关银行当局选择是否启动程序，并通过行政行为对银行进行清算。这种决定一般由行政当局自行决策，尽管在某些国家，其他人可能也有权向银行当局提出请求。³⁸此后，行政当局可作为清算人，也可指定一名体制外清算人，在其监督下行事。³⁹

74.同一行政当局可负责几个清算阶段（例如，启动程序和监督清算程序的执行），也可由几个行政当局负责清算程序的不同阶段。⁴⁰

75.在行政主导模式下，法院在银行清算程序中不发挥直接作用，但不排除法院进行事后司法审查的一般权限。鉴于清算程序对所有利益相关方的影响，事后司法审查对于满足正当程序的要求非常重要。法院的参与也是一种重要的问责机制，可确保行政当局在其授权范围内行事。但与此同时，与银行清算相关的公共政策问题可能需要及时、快速地采取措施，而司法审查程序可能会拖延这些措施，特别是在措施生效之前进行的司法审查。因此，需要在正当程序要求和一般公共政策目标之间取得平衡。出于这些考虑，一些司法管辖区限制了可审查的事项、可采

³⁷ 例如，在巴西、加纳、希腊和意大利，中央银行负责管理银行业务。在这些国家，银行清算程序集银行监管当局和处置当局的职能于一身。在哥伦比亚，银行清算职能由银行监管机构或处置当局以及存款保险机构共同承担。在乌克兰，存款保障基金同时是银行处置和存款保险当局，并且也被授予银行清算职能。当监管、处置、中央银行和存款保险职能与清算职能被集中在同一家机构中，这可能需要为不同职能决策建立内部治理安排，以管控可能产生的利益冲突（见下文C节第5小节）。

³⁸ 例如，在巴西，启动银行清算程序的决定通常是由巴西中央银行作出的，但也可能由该银行管理层的申请触发。

³⁹ 例如，在加纳，由加纳银行指定的“接管人”可能是来自私营部门或加纳银行的部门。在乌克兰，存款保险机构充当清算人。在美国，存款保险机构也可被指定为倒闭银行的接管人或清算管理人。在其他几个采用行政主导模式的国家（例如，巴西、哥伦比亚、希腊、意大利），相关行政当局本身并不充当清算人，而是负责指定清算人。

⁴⁰ 例如，在哥伦比亚，银行监管机构有权启动行政强制清算程序，存款保险机构指定清算人并受其监督。

取临时措施的事项（例如，在审查结束之前不得暂停相关程序）和可进行救济的事项（例如，仅对相关方进行补偿而不撤销在当局法律权力范围内采取的措施）。

2. 有行政参与的法院主导模式

76. 在法院主导模式下，法院主要负责启动和监督清算程序。法院可是商事法院、破产法院或普通法院。而相关银行当局在银行清算程序中始终保留了一定作用，例如，在清算中申请程序启动和监督清算程序这些方面。如本章 C 节和 D 节所示，在某些司法管辖区，法院主导模式下，银行监管当局发挥强有力的作用至关重要。

77. 在法院主导模式下，程序的启动通常是由银行当局向法院提出申请启动清算程序。⁴¹ 提出这种申请可能是相关银行当局的专属权利，也可是与其他主体共享的权利（例如，银行自身、其债权人、股东、公诉人或由银行监管部门任命的临时管理人）。不过，如果其他人有权向法院提出申请，则至少必须征求银行当局的意见或必须获得银行当局的批准，才能启动银行清算程序。有关启动银行清算程序的指导，见第三章程序和操作层面。

78. 与普通企业破产法相比，启动银行清算程序需要遵循更多的要求。在一些司法管辖区，只有在银行牌照被吊销后，才能启动清算程序。而在某些国家，吊销银行牌照可能是启动清算程序的一个条件，但不是一个必要条件。该牌照也有可能是在清算程序开始的同时或随后不久被吊销。有关银行清算与吊销银行牌照之间的关系，见第五章启动银行清算程序的条件。**Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

79. 在法院主导的银行清算程序中，相关银行当局的参与程度有所不

⁴¹ 在所调查的所有实行以法院主导模式的银行清算制度的司法管辖区中，行政当局都有权向法院提出启动银行清算程序的申请。

同。除了在启动程序中发挥作用外，银行当局还参与清算人的任命。⁴²部分司法管辖区允许银行当局直接担任清算人，这将显著增强其在清算程序中的作用。⁴³

80.此外，相关银行当局可：一是成为管理清算程序的委员会的成员；二是负责监督清算程序的进行并接收清算人的报告；三是成为监督机制的一部分，提出撤销和更换清算人的建议；四是确定清算人的报酬；五是在清算过程中被认为是利益相关者（例如，拥有在法院裁决前进行听证的权利和对清算人的决定提出上诉的权利）。

C.制度安排的考虑因素

81.本节列出了促进银行清算程序顺利、有效进行的几个关键因素，并为制度安排的选择和设计提供参考。针对每个因素，均就行政参与和司法参与的适用性提供了具体考量。

1.目标

82.制度安排应有助于实现银行清算的目标（见第一章导言 H 节）。清算当局应具备平衡私人利益和公共政策利益的经验，因为两者会有冲突。只要公共利益目标是行政当局职责的一部分，他们就有能力实现这些目标，如保护存款人和维护金融稳定。具有监管知识的行政当局在做出决定时，能够很好地权衡公共利益和私人利益，例如，银行无法生存的判定、应采取的清算策略以及在清算过程中应转移或处置倒闭银行的哪些业务部门以及资产和负债。行政当局还需要有一定的灵活性，根据案件的具体情况决定最合适的策略。反之，法院和破产从业人员可能在平衡可能相互竞争的私人利益（例如各类债权人之间的利益）方面具有

⁴² 例如，在比利时，清算人由法院任命，但要征求银行监管机构的意见。在南非和西班牙，由行政当局提出候选人，由法院任命为清算人。在法国，“司法清算人”由法院任命，“银行清算人”由监管机构任命（可能是同一人）。

⁴³ 例如，在加拿大，存款保险机构可在法院监督下担任清算人。在印度，印度储备银行（RBI）可被任命为清算人。在尼日利亚，尼日利亚中央银行任命尼日利亚存款保险公司（NDIC）为临时清算人，该公司随后向法院提交银行清算申请。

丰富的经验。

83.在由法院主导模式的司法管辖区，银行清算的目标（特别是需要适当考虑涉及一般公共政策的事项）要求相关行政当局在程序中发挥强有力的作用，特别是在启动程序和决定清算策略的初始阶段。

84.法律框架应确保在清算过程中出现的任何金融稳定问题主要由相关银行当局进行评估和处置。为此，法律框架应允许银行当局在这种情况下向清算人发出指示，或要求法院向清算人发出适当的指示。此外，在清算过程中，如果公共政策目标与价值最大化之间出现冲突，清算人应征询银行当局的意见（见第一章 H 节第 6 小节和建议 2）。

2. 准备工作

85. Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.准备工作对于银行清算程序的顺利执行至关重要，因为某些策略只有在可能的情况下进行提前准备后才能有效执行（见第四章准备与合作）。银行当局拥有清算准备工作所需的技术专长、对银行和其他行业的了解（包括可能购买无法生存银行部分业务的实体）及与其他当局（包括存款保险机构）合作的能力。相比之下，由于法院通常不具备特定机构的知识并且在收到破产申请前无权采取行动，原则上法院为银行清算准备工作的能力较弱。无论选择哪种模式，特别是在以法院主导模式的司法管辖区，法律框架都应该确保做好充分的准备安排。准备步骤可包括应急计划、监管或清算管理机构与存款保险机构的早期合作，或在法律允许的情况下，甚至在正式启动清算程序之前，让预清算人早期参与（见第四章准备与合作）。然而，尽管有这些安排，也无法完全克服法院主导模式下银行清算准备模式的缺点。

3. 专业知识、效率、资源与信息获取

86.银行的性质及其倒闭会对存款人和客户造成潜在的影响，因此银

行清算程序需要及时启动⁴⁴并高效运行。鉴于银行的财务状况可能会迅速恶化，快速行动最符合利益相关方的利益，并能降低银行挤兑的风险，因此制度安排应能使相关行动方迅速采取行动，特别是在早期阶段。存款人需要在不出现重大中断的情形下获得资金，因此需要采取措施确保偿付的顺利进行。一旦启动清算程序，接下来过程中应遵循程序步骤，不得无故拖延。及时准备和高效开展程序有赖于清算当局具备的专业知识，包括对银行在金融体系中的运作方式和其在经济中的作用的相关专业知识。例如，评估一家银行是否符合启动银行清算程序的条件，是一个复杂的问题，需全面了解银行的业务模式和导致其状况恶化的发展过程，并具备评估这种状况是否仍可救济及是否能获得足够融资的能力。

87.与技术上的专业知识同样重要的是，参与者需要及时获得相关信息，为其决策提供参考。他们需要关于无法生存银行详细、准确的数据和信息（例如，财务状况、法律和业务结构）以及整个银行业的情况，以评估是否有合适的收购者以及对破产管理方案的影响。

88.行政主导模式能更好地提供及时介入时需要的专业知识、效率和信息获取。事实上，对及时性的需求也是金融稳定理事会（FSB）《核心要素》中要求各管辖区指定行政处置当局的考虑因素之一。在银行清算领域，相关银行当局通常拥有关于银行特殊性的专业知识和经验。此外，这些银行当局一般都具备良好的条件，可根据其对特定银行、银行业的了解以及与其他银行当局或存款保险机构的现有沟通渠道，设计并顺利执行以转移（或监督执行）为基础的策略。

89.此外，相关银行当局可直接或间接通过与其他银行当局的合作，获得有关银行和整个银行业的大量机密信息，这有助于准备工作和迅速决策，并使当局能在整个清算过程中迅速采取行动。

90.法院和企业破产制度的效率和经验是设计模式时的另一个需要

⁴⁴ 见第五章启动银行清算程序的条件。

考虑的因素。缺乏及时性是法院主导模式的一个弱点。在有些司法管辖区，司法系统已经负担过重或没有加快诉讼的简易程序，法院诉讼程序就可能会比较缓慢和冗长。在这种情形下，由法院主导银行清算程序并不合适。此外，如果没有专门的法官或法院，法院也会缺乏处理银行倒闭的相关专业知识和经验。虽然这样的法院在清算剩余实体方面可能会很有效，但在管理以转移为基础的策略方面，其能力通常不如银行当局。同时，即使司法管辖区的司法部门具备高效率 and 能利用专家库的能力，其对银行清算的评估结果也可能产生差异。

91.在采用法院主导模式的司法管辖区，法院最好借鉴在普通企业破产法和金融领域积累的司法专业知识，如有可能，也可通过专门的破产法院或商事法院进行管辖。不过，人们认识到，有些司法管辖区可能很少或根本没有企业破产方面的司法实践，更不用说银行破产了。让相关银行当局被指定为清算人⁴⁵参与银行清算程序或在其中发挥特殊作用（允许银行当局成为执行清算程序的委员会的成员，并允许银行当局就相关事项提供专家意见），可弥补专业司法知识的不足。此外，银行当局可在整个清算程序⁴⁶中发挥监督作用，并具有对清算人的决定提出上诉和请求法院向清算人发出指令的法律地位。同样重要的是，要确保法院不会拖延诉讼程序，要求法院事先批准才能启动银行清算程序的规定不应妨碍快速而有效的干预（见下文第6节）。⁴⁷

92.清算当局应有足够的人力资源以有效和独立地履行其职能。⁴⁸在法院预先主导的模式中，通常会将具体职能分配给清算人。在行政程序中，银行当局也能够任命在其监督下开展工作的外部清算人。管理清算

⁴⁵ 法院可在银行当局的申请下指定清算人，或从银行当局支持或合作的适任清算人列表中指定清算人。

⁴⁶ 清算人定期向银行当局提交报告将使银行当局能够履行这一监督职责，见第三章程序与操作层面。

⁴⁷ 在处置语境下，金融稳定理事会（FSB）《核心要素》明确，在需要法院命令才能适用处置措施的司法管辖区，应确保“法院程序所需的时间不会影响处置措施的有效实施”（金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 5.4）。

⁴⁸ 此外，清算当局和清算人应拥有充足的技术资源（如信息技术系统），以有效管理清算过程。能力建设应在“和平时期”进行，以确保清算当局和（预）清算人能够有效应对银行倒闭。

的银行当局也应拥有将授权自然人和/或法人进行清算的法定权力，以确保在整个清算程序中都有足够的具备必要专业知识的人员。这种授权的另一个好处是，可将与执行清算程序有关的任务分派给具有互补专业知识的人员（例如，关于索赔的受理或驳回，或雇员待遇的问题，银行当局可能缺乏这方面的专长）。但是，清算人的任命或清算任务的委托，不应免除银行当局的责任（见第三章程序与操作层面）。

4. 合作

93. 无论采用哪种制度模式，不同的当局在清算之前和清算程序过程中都能发挥作用。因此，框架应规定适当的协调和信息交流机制，使这些当局能够恰当地履行其职责，包括作为准备和管理银行倒闭的更广泛的安排的一部分。

94. 当监管、处置、清算或存款保险职能由不同机构履行时，该点尤为重要。例如，在国内层面，银行监管机构将参与准备阶段，清算当局和银行监管机构之间在银行无法生存和确定银行部分业务的潜在承接人等事项上的协调至关重要。同样，清算当局也需要与存款保险机构密切合作，因为后者可能需要偿付受保存款或为转移提供便利（见下文 E 节和第七章资金）。制度安排还应确保与处置机构的协调，尤其当银行经处置程序后进入清算，或与处于处置程序中的实体存在关联时。

95. 由于相关银行当局可利用现有的协调机制或制定新的机制，以行政主导的模式能显著促进合作。行政机制可将银行清算完全纳入现有的危机准备和管理的协调机制，例如在银行监管和处置框架下签订的合作协议或谅解备忘录。在这种现有的合作安排的基础上进行清算，有助于在清算程序期间进行准备、信息交换和采取有效措施。

96. 在法院主导的模式下，很可能缺乏事先的合作机制，而且较难与其他行政当局建立有效合作和信息共享。在清算程序开始之前和在程序过程中，相关银行当局在启动程序前及清算过程中的深度参与可减少这

些弊端。例如，如果法院指定一个银行当局作为清算人，该机构便可利用并依托其与其他监管机构现有的合作安排开展工作。

97. 因为银行的倒闭可能涉及其境外分行和/或附属机构，合作通常需要延伸到其他司法管辖区的银行当局。合作与协调几乎肯定跨国界的情况包括：对跨境银行集团适用处置工具，需要在清算框架下对剩余实体进行清算，或清算过程中资产和负债的转移具有跨境因素。在这种情形下，行政当局可受益于与其他司法管辖区对应机构现有的跨境合作机制（例如，合作协议或跨境合作论坛），并可授权实施域外措施。由法院预先主导的模式可能受益于任何适用的跨境破产法框架，以便在适用时跨境承认法院的命令或清算人行为。关于跨境案件合作的建议，不论采取哪种模式，请参阅 **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

5. 独立性

98. 清算当局的独立性，对于程序的完整性和最大限度地降低其可能受到银行清算目标以外的其他因素造成的风险至关重要。根据现有的国际标准和良好的实践经验，在这两种制度模式下都可满足独立性的要求。法官在决策中的独立性是大多数法律框架的基石，这通常在宪法层面得到保障。此外，国际技术和道德规范要求清算人具有独立性（破产法规定了缺乏独立性的后果）。⁴⁹ 根据国际标准，行政当局也要遵循独立性的要求。⁵⁰ 而由行政主管当局指定的清算人则须遵守独立性要求。⁵¹ 业务自主标准应适用于任何体制结构以便于提供保障，以防范来自政府或任何其他公共或私人机构的不当影响。此外，清算当局应治理完善，并遵循健全的治理实践。这意味着，例如，为促进健全和独立的决策，清算当局应建立适当的内部制衡机制和组织安排，特别是在该当局被赋予如监管和清算等多重任务的情形下。⁵²

⁴⁹ 例如，见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，建议 115 和 116；《世界银行原则》，建议 D8。

⁵⁰ 例如，银行监管机构见《巴塞尔核心原则》（CP 2）、处置当局见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》（KA 2.5）；存款保险机构见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》（CP 3）。

⁵¹ 国际标准的相关性另见第一章 F 节关于国际标准的相关性（特别是第 33 段）。

⁵² 根据现有标准，此类治理要求已适用于行政当局，见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 3，EC 4（针对存款保险机构），金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 2.5 和 FSB《银行业核心要素评估方法》，EC 2.3 和 EN 2（d）（针对处置当局）。

6. 问责

99.清算当局程序的独立性决定了问责的必要性。机构设计必须保证清算当局在其法律授权范围内行事。问责手段涵盖行政架构与司法审查双重维度。对于银行当局，适当的内部治理结构可能已经规定了内部程序，用于审查和评估主管部门在履行其法定职责时采取的行动。定期公布有关其行动和政策的报告可增加一层公众监督（见下文第7小节和第三章程序与操作层面）。⁵³此外，对银行当局的非司法问责机制，例如接受行政部门和立法部门的问责，也与实现这些当局被赋予的清算目标有关，前提是这些机制必须尊重具体信息的保密性和敏感性（见下文第7小节），且不会干扰主管部门的业务决策。

100.建立一种能确保程序正当并向银行及其他在法律框架下有合法利益要求审查的利益相关者提供适当法律救济的司法审查措施是非常重要的。当行政当局越权行事时，该机制亦构成重要的问责手段。法律框架应保证为那些有权针对银行清算措施寻求救济的人提供有效的司法保护。这应包括法律审查程序、诉诸法院的有效途径以及足够的救济措施。

101.清算由清算当局和其他指定清算人的各种行为组成。这些行为包括启动和终止银行清算程序的决定（第三章程序和操作层面）、作为经营中的企业出售、逐项出售剩余资产、分配收益以及出具文件和报告。虽然对任何行为进行司法审查，在原则上对于满足正当程序的要求至关重要，但鉴于清算程序对所有利益相关方的重大影响，司法审查不应损害银行清算的目标，因为银行清算可能需要及时、迅速地采取措施。一般而言，审查清算当局和/或清算人行动的能力，应与高效管理清算程序的需要和清算当局在其任务和权力范围内作出决定的自主权相平衡。在设计银行清算框架时，与司法审查有关的三个关键问题是：（i）法院审

⁵³ 例如，对处置当局的非司法问责要求见金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》，EC 2.4：“处置当局应通过透明的机制对其履行法定职责负责。该机制包括审查和评估处置当局采取的履行法定职责的行动，以及对其处置行动和政策周期性发布报告（如需）”（更深入的解释见 EN 2（e）问责）。

查的标准和范围；（ii）在法院作出裁决或对裁决提出上诉之前是否可暂缓；（iii）有效的救济措施可能产生的影响。

102.关于审查的范围和标准，应该首先区分以下两种情形：（a）行政当局或清算人的决定在执行前需要司法批准，（b）行政当局或清算人的决定在执行后受到质疑。

103.事前司法批准制原则上是不建议的，因为它有可能造成措施执行过程中的重大延误。例如，由于需要通知其他方并让其参与导致的延误。在措施需要事先获得法院批准的情形下，法律框架应规定快速程序，缩短申请、通知、听证和上诉的时限。此外，法院审查的内容应受到限制。特别是，法律条款可要求法院将精力集中在法律和程序问题上，而在复杂的技术问题和公共政策问题上遵从相关银行当局的意见。除非决策过程中存在重大缺陷，或银行当局的评估存在明显错误，否则法院不应能够通过重新评估来推翻银行当局的评估。⁵⁴考虑到有关专业知识方面（上述第3小节）的因素，重要的是确保相关银行当局在评估银行生存能力时拥有一定的自由裁量权，而且法院尊重行政当局的专业知识和自由裁量权。⁵⁵

104.当法院对行政当局的决定进行事后司法审查时，应加快审理程序，若清算决定由行政当局作出，还需要进行特殊考虑。在许多司法管辖区，对行政决定的异议适用特别的规则和原则。司法审查的范围往往因行政法的原则而受到限制，法院需尊重银行当局的技术专业知识和自由裁量权。评估行政当局决定的标准也应遵循同样的原则，例如关于银行不具备生存能力或是否以持续经营的方式出售。除非在更宽泛的行政法中已经对此作出了明确规定，法律规定可特别要求法院专注于法律和程序问题。同时，清算过程中的行为可能并不局限于涉及公共利益事项

⁵⁴ 例如，在荷兰的法院预先主导模式中，银行可对监管者关于符合启动清算程序要求的评估提出异议。在这种情形下，法院只有在认定银行监管机构无法合理得出符合要求的结论时，才能做出有利于银行的裁决（如驳回破产申请）。

⁵⁵ 另见建议17，建议在法律框架中明确规定，在启动银行清算程序之前必须获得银行当局的批准，或至少在启动任何程序之前听取银行当局的意见。

的行政决定。民事性质的行为，例如关于核实债权的行为，可能会在不同的法院（例如，民事法院或专门的破产法院）受到法律质疑，并有不同的审查标准。法律框架应明确规定清算程序中不同类型行为的法律异议程序。

105.第二个主要区别是清算当局或任何指定清算人与利益相关方权利有关的行为。如果这些行为仅仅与有序清算程序有关（如报告职责）或与准备转移有关（如评估或出示相关文件），利益相关方可能没有法定权利向法院提出异议。只有当某项行为直接影响利益相关方可分配价值时，司法异议权才可能适宜行使，或根据适用宪法框架的要求成为必要。可用的救济措施亦可能受到限制，以反映利益相关方在（银行）清算程序中的权益可能仅限于金钱利益这一事实。

106.在法院作出批准清算行为的决定或针对该决定的上诉作出裁决之前，法院有权准予临时中止，这有可能损害到法律确定性的需求以及受清算行为影响的利益相关方的合理期望时。不应仅因个人向法院提出申请就自动中止清算行为。这种做法符合金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，其中规定制定处置制度时，“不应规定可能限制处置当局采取的措施和司法行为”（KA 5.5）。同样，法院主导的程序中，上诉程序也不应中止清算程序的执行。各司法管辖区根据宪法框架和其他法律制度采取不同的司法机制，以确保司法行为不会限制清算期间措施的执行。有些司法管辖区禁止下达任何中止令或任何其他临时令中止清算程序，为此，一些司法管辖区，在法律异议期间临时中止清算措施仅限于严格界定的理由（例如，造成无法弥补的损害或初步证明违法）。司法管辖区还能考虑程序性保障措施（例如，推定中止有违公共政策考虑）。

107.金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定，制定处置制度时，“不应……导致推翻处置当局在其合法权力范围内善意采取的措施的结果。相反，法律应规定在合理的情形下通过给予赔偿的方式进行救济”（KA 5.5）。同样地，在银行清算程序中，为了法律确定性，以及考虑

到不可能恢复现状的情形，有理由在银行清算框架中纳入法定条款，防止法院推翻在银行清算框架下行政当局任何已执行（全部或部分）的决定。特别是，第三方可能已经善意地获得了资产、权利和债务，因此可能对交易不会被撤销或推翻抱有合理的期望。为促进作为经营中企业出售的可行性，应保护善意取得的资产，并扩大对私人的潜在救济范围，债权人也相应受到相应的限制。救济应限定在与此类决定有关的金钱赔偿上，而不是返还资产、权利和债务。⁵⁶

108.即使救济仅限于金钱赔偿，理论上也可对行政当局以及作出决定或担任清算人的个人提起法律诉讼。对法律责任的担忧，可能会导致不作为或迟延行动，妨碍清算程序的速度和效率。在个人面临法律责任风险的情形下，这种情形可能尤为严重。同时，在许多企业破产框架中，这种个人面临的法律责任是对清算人问责的一种方式。我们需要采取一种平衡的做法，更详细地讨论。（见第三章程序和操作层面）

7. 透明度

109.必须在法律框架内明确规定银行清算程序和相关参与方的职责。为了提高可预测性、效率和合作的顺利进行，法律框架应明确界定参与准备、决策和执行的每个阶段的相关机构和清算人的责任和权限。

110.银行清算程序中的一个关键问题是如何适当平衡透明度和保密性，特别是在作出启动清算程序或以持续经营的方式出售等关键决定时。由于司法程序在很大程度上是透明的，在法院主导的银行清算程序中，法律框架应确保清算程序的各部分都可保密进行。特别是，不应公开披露信息启动清算程序的申请。只要符合市场透明度要求，应避免或推迟敏感信息的公开披露，直到其不再具有敏感性（见第四章准备与合作）。根据现有标准，法律框架应规定银行和清算人的保密义务。⁵⁷

⁵⁶ 正如金融稳定理事会（FSB）《核心要素》的规定，这应适用于在清算当局法定权力范围内善意采取的措施；对于因恶意或以其他方式超出清算当局法定权力范围而采取的非法行动，不应限制可能提供的司法救济（见《银行业核心要素评估方法》，EN 5（e）和第三章程序和操作层面）。

⁵⁷ 见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第三章，第 28、52 段，以及建议 111。

111. 行政当局已受保密规则的约束。⁵⁸在遵守保密规则的同时，透明度的需求应要求在不损害程序的目标前提下尽可能多地披露信息。这可能是一个公开时机问题。例如，行政当局的决定应充分说明理由，并可在银行进入清算程序后予以公布（必要时延迟公布并遵守保密要求）。可同时考虑透明度和问责制的需要，例如要求清算当局提交关于其工作的事后报告（以之前从清算人收到的定期报告为基础，见第三章程序和操作层面 D 节第 4 小节和建议 23）。一般而言，行政当局应按照良好管理和健全治理的标准进行银行清算工作。

D. 建立最有效的制度框架

112. 如上一节所述，行政主导的模式对银行清算程序有明显的好处。如果不采用完全由行政主导的模式，法律框架也应确保行政当局在该过程中发挥强有力的作用。因此，制度模式可是行政主导模式和法院主导模式之间的混合。任何制度模式的有效性都将取决于特定司法管辖区的具体因素，例如法律传统、宪法保护以及司法管辖区法院、行政当局的效率、能力及专业知识、银行系统的结构和发展水平。

113. 上述 0C 节中的建议有助于设计合适的制度框架。这些因素和考虑的作用和相关性在银行清算程序的过程中可能会发生变化。政策制定者可能会得出结论，例如，只有在程序的早期阶段，即决定对银行进行清算从而启动清算程序时，才需要银行当局发挥更强有力的作用，尽管这也是银行当局在保障金融稳定的银行倒闭管理系统中的法定责任的一部分。如果在银行（或其部分）以持续经营的方式出售的过程中，可能也需要银行当局发挥作用。在逐项清算中，公共政策方面的考虑可能会比较有限，尽管不能完全排除这种考虑，普通的法院程序可在银行当局的监督下进行，如果清算过程对清算目标构成风险，银行当局应能够

⁵⁸ 有关适用于处置当局的保密要求，见金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》，EC 12.3。另见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》关于跨境合作中的保密问题（KA 7.6、7.7. 和 I-附件 1）。

采取适当的行动。无论选择哪种制度设计，法律框架都应明确规定参与管理银行清算程序的各方的职能和责任。

E.存款保险机构的作用⁵⁹

114.在有存款保险制度的司法管辖区，存款保险机构在清算程序中发挥着重要作用，因为其管理（资金来源于银行业的）存款保险基金的使用。存款保险制度包括存款保险机构及其与支持存款保险功能和清算程序的金融安全网参与者的关系。建立存款保险制度的主要公共政策目标是保护存款人和促进金融稳定。⁶⁰

115.存款保险基金资金的使用应符合存款保险机构的授权以及国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》中规定的条件和保障措施（见第七章资金）。国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》将存款保险授权分为四类。⁶¹最小职能的存款保险制度机构（“付款箱”模式）是仅将其资金直接或通过代理银行间接地偿付受保存款。更宽泛的存款保险机构职能，即从有限的“付款箱+”模式到最广泛的“风险最小化”模式，可将其资金用于支付以外的目的，只要这些目的能够实现保护受保存款的目标。除偿付外，“付款箱+”模式的存款保险机构利用其资金进行转移交易，以保护存款的使用权。“损失最小化”模式的存款保险机构，可为更宽泛的策略提供资金，并主动选择对存款保险基金而言成本最低的策略。“风险最小化”模式的存款保险机构可从最宽泛的早期干预和银行倒闭策略中进行选择，它具有额外的风险管理职能，还可能担任审慎监督的责任。

116.存款保险机构在清算中的作用可是多方面的。如果它已经对受

⁵⁹ 当存款保险基金的管理或运作机构根据所适用的法律框架承担存款保险机构的职能时，本指南的指导意见适用于其履行存款保险机构的职能，包括对其机构性质、治理实践及适当保障措施的相关限制性规定。

⁶⁰ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 1。

⁶¹ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，第 II 节。关键术语定义中的“职能”。

保存款人进行了偿付并接管了他们的债权（通过代位受偿权，见第八章债权人顺位），那么它很可能成为主要债权人。根据其授权，它也是包括受保存款在内的转移交易的一种潜在的外部资金来源。然而，在法律框架下，存款保险机构可能在银行清算程序中发挥着更广泛的机构作用。立法者和政策制定者可考虑将银行清算程序中担任清算当局和/或清算人的角色以及银行清算过程中其他的关键职能分配给存款保险机构，前提是存款保险机构能够符合授权遵循良好治理实践⁶²并有足够的保障措施保护机密信息和解决与其作为主要债权人这一角色潜在的利益冲突（见第三章程序和操作层面 E 节第 2 小节）。在这方面存款保险机构的机构性质特别重要。如果存款保险机构是一个私营实体，那么指定将清算职能移交给此类实体可能会带来难以克服的重大法律和政策挑战。

117.在同样的条件下，可让存款保险机构在法院清算程序中发挥作用，例如，使其有权提名清算人或提名负责具体操作或监督清算过程的委员会成员。另一种选择是允许存款保险机构作为当局参与诉讼程序，在其职权范围内，法院可征求其专家意见。

118.在任何情形下，无论存款保险机构的授权和性质如何，其作为债权人，有权根据国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》从清算人处获取信息。⁶³此外，为促进准备与合作，在适当保密和保障措施的前提下，存款保险机构与金融安全网其他参与者应建立信息共享机制⁶⁴。

主要考虑因素和建议 3-15

立法条文的目的

在银行清算程序中，有关制度安排的规定旨在：

(a) 确保银行清算程序的制度设置有利于及时和有效地进行银行清算程序，并符合银行清算程序的目标；

⁶² 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 3 和 CP 14.1。

⁶³ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 16, EC 3。

⁶⁴ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 4。

(b) 明确参与银行清算程序管理的参与者和其职能和职责；

(c) 向债务人和债权人明确有关程序和可用的救济措施。

主要考虑因素

以行政主导的银行清算程序模式有明显的优势，应成为司法管辖区的首选。

在由法院主导的司法管辖区，相关银行当局需要发挥强有力的作用，特别是在银行清算程序的早期阶段，银行当局的特定技术专长有助于有效地准备和合作，以及及时采取行动实现银行清算程序的目标。在制定和执行以转移为基础的方案时，银行当局也应发挥关键作用。

以下因素和考虑有助于银行清算程序的设计：

(a) 目标：制度的设置应服务于银行清算的目标，并且参与该过程的主体应能够符合银行清算目标和平衡不同利益相关方的利益。

(b) 准备工作：制度的设置应允许在银行清算程序开始之前进行充分的准备，但要视恶化或倒闭的速度而定。

(c) 及时性：制度设置应使银行清算程序能够及时、迅速地启动和继续执行。

(d) 专业知识、效率、资源与信息获取：参与银行清算程序的各方应具有必要的专业技术知识、经验、人力、财力和技术资源，以有效履行其职能。他们还能获得与银行以及其他相关实体和其决策相关的所有信息。

(e) 合作：该框架应促进参与银行清算程序的各方与国内外银行当局间的密切合作。

(f) 独立性：参与银行清算程序的行为者应具有独立性，其决定应公正。为此，任何体制结构都应符合关于业务自主权和良好治理的国际标准和良好做法。

(g) 问责：虽然国内框架下的司法审查仍然具有相关性，但这些规定的设计应促进法律的

(h) 透明度：框架中应明确规定规则和程序，以及相关参与者在其中的作用。透明度的需求应与敏感信息保密性的需求相平衡。

建议 (无论制度模式如何)

3.法律框架应明确规定管理银行清算程序的参与者的职能和责任。

4.法律框架应为直接受银行清算程序影响的人提供有效的司法救济措施。法律框架应明确规定法律审查程序，确保有效诉诸法院，并提供相关的有效救济措施。

5.法律框架可明确规定，法院应服从银行当局对银行无生存能力的评估以及该当局判断范围内的其他专业方面，将审查限制在评估决策过程中是否存在重大缺陷或银行当局的判断是否存在明显错误。

6.法律框架应规定，司法行为不应限制银行当局在其法定权力范围内善意采取的措施的执行或导致这些措施被推翻。同样，善意获得资产、权利和负债的第三方也应受到保护。在有正当理由的情况下，司法管辖区应通过给予金钱赔偿而不是归还资产、权利和债务来提供补救。

7.适用于银行当局的非司法问责机制应规定对这些当局在银行清算程序中如何履行职责和实现其在银行破产程序中的目标进行监督。

8.清算过程中应防止不当的政治或行业影响。

对采用行政模式的辖区的建议

9.对行政决定的事后司法审查不应具有自动中止效力。

10.法律框架应为相关银行当局提供法律依据，使其能够自行决定将清算授权给清算人，在涉及公共政策目标的清算各阶段，清算人须在银行当局的监督下开展工作。

对采用法院主导模式或需要法院命令才能启动银行清算程序的司法管辖区提出的建议

11.在以法院为主导的司法管辖区，及时有效地进行银行清算程序可通过规定以下内容的法律框架来实现：

(a) 确保能够进行充分的准备。例如，法律框架可允许未来的清算人在可行的情况下参与清算的准备工作。

(b) 在法院启动清算程序时，相关银行当局应发挥强有力的作用。

如果需要法院命令来启动银行清算程序，不应妨碍银行当局快速有效地干预。

(i) 相关银行当局在制定规划中应考虑到该点，以确保法院程序所需的时间不会影响清算措施的有效实施。

(ii) 法律框架可规定加快程序（例如，缩短通知、提交和上诉程序的时间线）。

(c) 相关银行当局在银行清算程序中发挥强有力的作用。为此，法律框架可采用以下一种或多种方案：

(i) 规定银行当局被任命为清算人、要求任命由银行当局提名的清算人，或要求法院从银行当局制定或与银行当局合作制定的具有技术专长和经验的人员名单中任命清算人。

(ii) 允许银行作为其职权范围内事务的主管机构参与诉讼，法院可征求其专家意见。

(iii) 在适用情况下，允许银行当局参与清算程序委员会和任何监督机制。

(iv) 赋予银行当局监督职能。⁶⁵

(v) 赋予银行当局法律地位，可要求法院向清算人发出相关指示，或对清算人做出的决定提出上诉。⁶⁶

12. 法律框架应确保在清算过程中，主要由相关银行当局对可能出现的任何金融稳定问题进行评估和裁决。为此，法律框架应允许银行当局在此类情况下向清算人发出指示，或要求法院向清算人发出适当指示。

13. 法律框架应确保银行清算案件能够委托给具备相应专业知识和经验的法官，在条件允许的情况下，充分利用司法系统内部的专业化优势。

14. 上诉程序不应中止清算措施的执行。

关于存款保险机构作用的建议

⁶⁵ 清算人向银行当局作出的定期报告将允许银行当局履行其监管职责，见第三章程序和操作层面。

⁶⁶ 清算人定期向银行管理机构提交报告将使银行管理机构能够发挥这种监督作用，见第三章程序和操作。

15.在符合其职责的前提下，履行公共职能并遵循良好治理实践的存款保险机构，可在银行清算程序中发挥重要作用，包括担任清算当局或清算人。

对于以法院主导模式为主的司法管辖区，法律框架可允许存款保险机构依据建议 11 (c) (i) 至 (iii) 项所列选项参与银行清算程序。

第三章 程序和操作层面

A. 引言

119. 本章讨论的是与银行清算程序和操作层面有关的以下几方面事项：

银行管理层在临近清算期间的通知义务、违规的法律后果以及银行当局之间的协调（B节）；

启动清算程序的申请（C节）；

与清算人有关的一系列问题，包括应具备的素质、遴选与任命的标准和程序、报酬、审查、透明度、问责制、个人责任以及法律保护（D节）；

考虑到银行的特殊性和银行当局的作用，债权人的参与（E节）；
银行清算程序的终止（F节）。

120. 有些司法管辖区有专门针对银行的清算框架，规定了专门的银行清算人，而另一些司法管辖区则适用普通企业破产法对倒闭银行进行清算。如第一章引言中所述，除非对其进行适用于银行的修改，普通企业破产程序并非旨在处理银行倒闭管理中的公共利益问题而设计的。程序要素的特殊性使普通企业破产法不适用于银行。因此，有效的银行清算需要有程序要素的支持，例如清算人的选择、报酬和清算人责任或债权人的作用等，这些要素的规定可能不同于司法管辖区企业破产框架中适用的类似规定。本章侧重于立法者可能考虑到作出这类不同规定的方面。

B. 银行管理层或董事会在临近清算期间的通知义务

121. 根据《巴塞尔核心原则》，银行须在其业务、组织架构及整体状况有任何实质性改变之前，或在发现任何“重大不利进展”（包括违反

法律和审慎监管规定)后,尽快通知银行监管机构。⁶⁷鉴于司法管辖区应设立符合相关国际金融标准的银行审慎监管框架,银行将相关变化情况通知监管者的要求应包含在该法律框架之内。除了《巴塞尔核心原则》规定的提前通知要求外,该框架应要求相关银行当局(视情况而定,可能是银行监管机构、处置当局、清算当局)通报其即将无法生存的情况。⁶⁸

122.应在法律框架中明确规定银行履行通知义务的触发条件,以及当局在收到该通知后应采取的行动。这些触发条件可与司法管辖区根据“(可能)无法生存”的概念(见第五章启动银行清算程序的条件)设定的银行清算框架的启动条件相一致。此外,根据其他法律规定(如证券法规或市场规则)的披露要求,立法者和政策制定者应考虑是否需要采取保密保障措施,以避免产生不稳定的影响并支持清算策略的成功实施(见第四章准备与合作 D 节和建议 37)。

123.法律框架应规定银行及其管理层未履行通知义务的适当法律后果。法律后果的类型取决于司法管辖区内更广泛的法律框架,可能包括董事个人的损害赔偿责任和刑事处罚。行政后果可能包括行政处罚或处罚等。⁶⁹

C.启动银行清算程序

124.本节将讨论哪些主体能够启动银行清算程序,鉴于其专业知识和对银行的了解,其首先应是银行当局。银行当局可被授予启动银行清算程序的专属权利(直接地或通过向法院提出申请的方式,视制度模式而定)。如果法律框架允许其他人申请启动银行清算程序,应制定适当的保障措施以避免产生不稳定的影响。下文将对此进行详细讨论。

⁶⁷ 《巴塞尔核心原则》, CP 9, EC 10。

⁶⁸ 关于在准备阶段促进行政当局有效合作的途径,见第四章准备与合作 D 节第 1 小节。

⁶⁹ 例如,加纳《2016 年银行及专业存款机构法》(第 930 号法案)第 57 条第(1)款第(b)项要求银行董事会,在有充分理由相信银行在不久的将来不可能履行其义务时,以书面形式向加纳银行报告。不遵守该义务的银行董事会被处以行政处罚,或不再被视为履行其职能的合适人选。

125.企业破产法通常要求公司管理层（董事）及时提出破产申请，如果不遵守规定，可能要承担个人责任甚至受到刑事处罚。⁷⁰这项义务在原则上也可比照适用于银行的管理层。不过，法律框架应规定，行政当局应批准（或不反对）⁷¹启动银行清算程序，或至少在清算程序启动之前听取其意见。

126.如果及时申请破产的要求适用于银行管理层，那么企业破产框架下不遵守此要求的后果也应适用。⁷²这可能包括损害赔偿（例如，根据企业破产法，银行对其（前）管理层的索赔可由清算人提出并构成破产财产的一部分）。此外，根据破产法的有关规定，对银行倒闭负有过失的管理层可能会被追究银行倒闭的责任。

127.在大多数司法管辖区，普通企业破产法赋予一个或多个债权人启动强制破产程序的权利，作为其强制执行债权的选择之一。为了行使该权利，框架通常要求债权人在集体程序中有合法权益、最低债权数额或最低债权人人数及其百分比的规定，或要求债权人必须满足具体形式的要求，如提交债权的初步证明。

128.然而，银行债权人的类似权利并不明确。由于银行受审慎监管和向监管报告的约束，监管当局比个人债权人更适合评估银行的生存能力，并在必要情况下启动清算程序。在银行受特定部门处置框架管辖的司法管辖区，处置当局也可能负责启动清算程序。⁷³在任何情形下，法律框架都应赋予相关银行当局启动银行清算程序的权利（在采用行政主导模式的司法管辖区）或向法院提交申请，要求启动银行清算程序的权利（在采用法院主导模式，或在需要法院命令才能启动行政性银行清算行

⁷⁰ 见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第四部分，第一节，第11页。根据建议255，简言之，破产法应规定董事在临近破产期间有义务适当顾及债权人和其他利益相关者的利益，并采取合理步骤以：（a）避免破产；和（b）在不可避免的情况下，尽量减少破产的影响。

⁷¹ 法律框架可能要求行政当局不反对，而不是必须同意。

⁷² 此外，不遵守规定可能会产生监管后果（如被取消在其他金融机构担任管理职务的资格）。

⁷³ 在清算是可能的结果时，该情况特别有说服力。例如，根据欧盟的银行处置框架（《银行恢复和处置指令》和《单一处置机制条例》），采取了有关处置的措施。

政程序的司法管辖区)。⁷⁴

129.该要求又衍生出两个方案。在第一个方案下，法律框架将排除个人债权人提出银行清算申请的权利，并仅将该权利授予一个或更多银行当局。在第二个方案下，法律框架允许其他人（如个人债权人或银行本身）申请启动银行清算程序，但要有适当的保障措施，以避免产生不稳定影响。这些保障措施应包括（a）申请清算必须符合保密要求，⁷⁵（b）要求相关银行当局必须批准（或不反对）启动银行清算程序，或至少在任何启动程序之前听取其意见。⁷⁶特别是，在以法院主导的制度中，相关银行当局有权在启动程序之前陈述意见，这将作为一种最低限度的保障措施，并确保当局评估银行是否具有生存能力被法院纳入考量，同时确保法院了解可能采取的其他（监管或处置）措施。

130.但是，这种保障措施可能并不是无懈可击的。即使禁止披露申请书，也可能发生违反保密规定的情形，而关于待决的债权人申请而造成的某些传言有可能加速该银行的挤兑，并破坏对银行业其他部门的信心。社交媒体传播和放大谣言以及错误信息，会使这些风险变得更加严重，而且可说这些风险是无法得到有效缓解的。

131.因此，可将请求法院启动银行清算程序的权利保留给银行当局，并同时赋予其他主体（如银行及其债权人）有权要求该当局评估是否符合清算的条件权利，除非有充分的理由，该当局有责任进行评估。这将更好地防止个别债权人滥用权利可能造成的不稳定的后果，并在银行监管机构可能希望采取额外监管或早期干预措施时，或处置当局可能更倾向于对银行进行处置时，降低银行被不当清算的风险。

⁷⁴ 也可给予检察官申请的权利（如在涉及反洗钱问题时）。

⁷⁵ 作为对清算申请保密的一种替代办法，一些采取法院主导模式的司法管辖区规定就申请举行紧急听证。只有在司法部门能够迅速采取行动并具备适当的专业知识和经验的司法管辖区中，这种做法才是一种有效的替代办法（见第二章制度安排）。无论如何，都需要相关行政当局（包括证券监管机构）和银行进行合作。

⁷⁶ 例如，在中国和南非，个人债权人可申请对银行进行清算，但是启动银行清算程序需要银行当局的同意。同样，根据欧盟法律，针对处于处置程序中的机构或符合处置条件的机构的“普通破产程序”只有在处置当局主动提出或征得其同意的情况下才能启动。

132.同样，在行政体系中，该框架可赋予债权人明确的权利，要求有关行政当局评估是否符合启动程序的条件。该当局随后将进行评估。债权人的请求不应影响银行当局在履行其职能时行使自由裁量权。

133 无论该框架是以行政还是法院主导，都有充分的理由要求相关银行当局对银行进入清算程序的时间进行有效控制。银行清算的条件应前瞻、客观且明确界定（见第五章启动银行清算程序的条件）。如果一家银行可能不再有继续生存下去的能力（但严格意义上仍有偿付能力），当局需要立即采取行动，而不是等到情况进一步恶化。相反，在某些情形下，虽然符合前瞻性理由，但当局认为银行仍有可能恢复运营。在这些情形下，允许债权人申请破产就不符合公众利益，也可能影响跨境合作。

134.由于本指南的重点是银行强制清算程序，因此未对自愿启动的清算程序进行阐述。不过，在自愿启动清算程序的情况下，银行当局也应适当参与该过程。⁷⁷

D. 银行清算人

1. 资质要求

135.从第二章制度安排中可看出，银行清算程序中的清算人可是行政当局，也可是一个或多个指定的自然人或法人。在行政主导模式下，法律框架可允许清算当局自行进行清算（可能有作为清算人代理人的外部人员进行协助）。或授权其指定一名清算人（例如，私营部门的人员），并在其监督下执行清算任务。在采用法院主导模式的司法管辖区，可指定私营部门或银行当局担任清算人，在法院的监督下进行清算。

⁷⁷ 例如，在某些司法管辖区，法律框架规定，在证明银行有能力履行对存款人和其他债权人的义务后，未经银行监管当局授权，不得启动自愿清算程序。如果在程序进行过程中，银行监管当局认为银行无法完全履行其对存款人或债权人的义务，法律框架也可设想从自愿清算程序过渡到强制清算程序。

136.在任何情况下，银行清算程序中指定的清算人都应具备某些个人素质、专业知识和经验。最基本的资格和素质要求应在法律框架、指导意见中规定，或由相关行政当局具体规定。根据关于企业破产法的现行相关国际指导意见，对个人素质的要求应包括正直、独立和公正。⁷⁸此外，清算人应具备关于破产案件和银行运作的知识和专业技术知识。清算当局还可建立一个具有这些要求素质的清算人才库，这有助于从中快速任命清算人。清算当局和清算人还应能够寻求具有特定专业知识的第三方的协助（见第四章准备和合作 C 节和建议 40（c）），并利用他们所掌握的技术工具，包括人工智能。

2. 遴选和指定程序

137.在遴选清算人时应考虑到案件的具体情况，包括倒闭银行的性质（类型、规模、地点、开展的业务），以确保任命具有适当资质的清算人。选择和任命清算人的程序与司法管辖区的制度模式密切相关，而且很可能取决于该模式。在采用行政主导模式的司法管辖区，当行政清算当局本身不是清算人的情形下，银行清算的法律框架应将选择和任命清算人的权限完全赋予该当局。

138.在以法院为主导模式的司法管辖区，清算人将由法院甄选、任命和监督，并可能作为法院官员行事。虽然在以法院为主导的框架下，作为一般规则，法院有权选择和任命其认为合适的清算人，但对于银行清算而言，由于建议银行当局应参与清算过程，该规则可修改。根据经修正的规则，法律框架可规定以下任一情形：法院应任命银行当局为清

⁷⁸ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》建议企业破产法“应具体规定被任命为破产代表所需的资格和素质，包括正直、独立、公正、对有关商法的必要了解以及在商业和企业事务方面的经验。破产法还应具体规定可据以取消拟任破产代表的资格的理由”（建议 115，另见第二部分，第 174 页及其后各页）。此外，它还建议破产法要求披露“存在或可能导致利益冲突、缺乏独立性的情形”（建议 116）。《世界银行原则》指出，该制度应确保“（1）关于谁可担任破产代表的标准应客观、明确并公开；（2）破产代表有能力从事其被指定的工作并行使赋予他们的权力；（3）破产代表应坚持正直、公正和独立的行动原则；和（4）破产代表在担任管理者时，应遵守董事和高级职员问责标准，并可因不称职、疏忽、欺诈或其他不法行为而被免职（原则 D8）。另见第二章制度安排，C 节第 5 小节。

算人；或法院在遴选和任命清算人时以银行当局意见的指导——后者可向法院提出建议；或依据由银行当局制定或与其合作制定的合格清算人名单进行遴选和任命（见建议 11（c）（i））。

3. 报酬

139.清算人应有权收取清算费用，包括行政当局担任清算人的情形，并且计算清算费用的依据应在法律中规定（例如，法律或规则）。

140.在私营部门的法人或自然人担任清算人的情形下，建议制定关于适当报酬的规则或原则，以避免在进行清算时产生不正当的激励（例如，如果延长程序会增加报酬，就会导致程序的延长），其好处是允许根据具体情况灵活调整报酬。民事执行法和企业破产法为管理人或清算人的报酬提供了各种模式。这些模式包括基于清算财产规模的固定报酬、按小时计算或两者结合的报酬，以及针对较复杂案件快速清算的奖金制度。在银行清算程序中，清算人的报酬一般根据银行资产负债表的规模、程序的性质和预期复杂程度或银行资产清算的收益来确定。应酌情考虑银行的具体特点（如资产数额普遍较大），以确保清算人的报酬不会过低或过高。

141.在银行清算人由行政当局任命的司法管辖区，建议法律框架明确清算人的报酬条款应由行政当局决定（根据法律框架中预先确定的规则或由行政当局制定的规则或原则）。

142.如果清算人是由法院指定，法律框架应允许银行当局参与清算人报酬的确定。例如，可要求银行当局向法院提供有关银行规模及其清算复杂程度的信息，可要求法院在确定清算人报酬之前听取银行当局的意见，或银行当局可是负责确定清算人报酬委员会的成员。

143.可调整获得报酬的方式以促进特定的结果。⁷⁹例如，即使报酬政

⁷⁹ 在清算程序的不同阶段，报酬计算方式也可能不同。

策不是按时长计算的，也可调整应支付的报酬，以奖励及时结束程序的清算人，或在出现不当拖延的情形下降低报酬标准。⁸⁰如果部分报酬是参照资产清算实际所得计算的，资产的市场价值有可能随着时间的推移而降低，这也可能使清算人不能无理地延长清算过程。⁸¹任何指定清算人的薪酬都应从清算财产中支付，并在债权人顺位中享有优先权。

4. 监督、透明度与问责

144. 普通企业破产程序中的清算人在管理清算财产方面享有广泛的自由裁量权。不过，为了监督、透明度和问责制的目的，他们通常有义务向负责的（破产）法官、负责破产程序的行政当局或债权人委员会（或破产程序中代表债权人的其他机构）报告其活动。⁸²观察到的最佳做法是，应明确规定透明度和/或问责机制的一般原则。这些机制的细节可根据司法和行政框架进行适当调整。

145. 如果行政清算当局本身在行政主导的银行清算框架下担任清算人，则应就清算程序的进展情况定期编写报告。同时也要向所有债权人提供这些报告或报告中的某些信息。也可公布这些报告，在适当情形下，公布可限于某些信息（例如，以汇总形式或报告非密版形式）。⁸³如果债权人对清算的进展不满意，他们可对某些措施提出质疑，当局也可酌情对负责清算的工作人员进行调整。然而，在行政主导的框架下，当局本身作为清算人的身份不得被更换。

146. 行政清算当局指定的清算人应在该当局的指导和监督下开展工

⁸⁰ 例如，在意大利，中央银行以银行当局的身份任命银行清算人并确定报酬。虽然报酬一般基于资产和负债的数额，但也可能奖励及时结束程序的行为。

⁸¹ 例如，在南非，清算人由法院任命，其报酬采用佣金制，以激励清算人尽可能的实现资产的最大价值。佣金的百分比在法律中作出了规定。

⁸² 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第二部分规定：（a）破产管理人对法院或债权人负有通知、报告或其他义务（第 178 页）；并且（b）对第三方负有保密义务可能较为适当（建议 111 和第 180 页）。《世界银行原则》规定“破产和债权人权利制度应以透明度和问责为基础。有关规则应确保可随时查阅相关的法院记录、法院审理情况、债务人和财务数据以及其他公共信息”（原则 D4）。

⁸³ 在司法管辖区的法律框架允许并认为适当的情况下，公告可是替代通知个人债权人的一种方式。

作。为此，法律框架可规定，清算人应根据行政当局在清算过程中提供的指示、指令和指导行事，但不得损害清算人在职责范围内的业务自主权和职责。该框架还可要求清算人在采取特定行动时获得行政当局的批准。清算人应就其作为清算人履行职责的情况对行政当局负责。此外，法律框架可要求清算人定期（例如，每月）向行政当局报告，以确保后者适当了解清算人的职责履行情况和程序进展情况。除了这种定期报告的要求之外，还可规定清算人有义务在行政当局提出要求时提供补充信息。如果出现法律法规或合同规定的正当理由，如管理不善情形下，行政当局应可更换清算人并相应地扣减其报酬。⁸⁴

147.对于采用法院主导行政参与模式的司法管辖区，一般会有类似的要求。清算人可能被要求定期或就某些活动向法院报告，在清算程序的某些阶段可能需要法院的批准。鉴于相关银行当局需要在银行清算程序的各个阶段发挥作用，因此法律规定了银行清算人的职责，程序中需要相关银行当局的参与，正如第二章制度安排中所述，法律框架可允许该当局成为监督机制的一部分，报告应该同时提交指定的法院和行政当局，以便两者都能监督该过程。

5. 个人责任和法律保护⁸⁵

148.根据普通企业破产法，破产管理人或清算人通常对债权人或其他当事人在清算期间的非法作为或不作为造成的任何损失或损害，负有个人责任。私营部门破产执业人员或行政当局（也可能是他们的员工）都可能属于这种情形。⁸⁶如果责任门槛过低或责任标准不明确，就有可能阻碍清算人的活动，或可能限制愿意履行这些职能的人。因此，法律框架应明确规定责任标准，使其在司法管辖区的更宽泛的法律框架下得到充分理解，以防止清算人因其合法、正当行为或不作为而面临可能的高

⁸⁴ 在某些司法管辖区，行政清算当局也有可能在清算程序的不同阶段更换清算人（例如，它可在初始阶段指定法人担任清算人，而一旦清算程序进入最后阶段，即要求可能较低的阶段，则由自然人取代）。

⁸⁵ 本节就清算当局和清算人的民事责任提供指导，不涉及可能的刑事责任。

⁸⁶ 相比之下，除非故意违反了不当行为的一般规则，监督破产程序的法院不受以上责任制度的约束。

额损害赔偿索赔。⁸⁷

149.在制定关于清算当局和清算人责任的适当标准的法律规定时，需要考虑一些相关因素。如果一个框架对清算人的保护不足，就可能使他们面临无意义的索赔，或可能会利用诉讼对清算进程施加压力的股东和债权人提出或威胁提出的索赔。保护不足还可能导致不作为：清算人可能宁愿不出售资产，也不愿冒着被起诉的风险在不确定的市场条件下出售资产。然而，如果清算人的保护范围太广，也可能导致次优结果，特别是在认证和监督方面安排较弱的国家。

150.在赋予清算人法律保护的性质和范围方面，各国的框架大相径庭。例如，根据司法管辖区的法律框架，责任可能仅限于重大过失、恶意行为或类似概念，或清算制度可能设立一个“安全港”，为出于良好经营理由的行为提供法律保护。相反地，在一些国家，责任门槛较低，清算人可能要为根据普通责任标准被认定为疏忽的作为或不作为承担责任，因为他们违反法律义务或注意义务方面的规定。⁸⁸在一些司法管辖区，责任门槛被制定为清算人在履行职责过程中未能达到谨慎、专业和勤勉的职业标准。⁸⁹在其他责任门槛更高的司法管辖区，只有故意不法行为或重大过失才可被起诉，而清算人可免受一般过失的起诉。在一些司法管辖区，清算人根据其专业职能善意实施的行为享有广泛的法定保护。在清算人或管理人依公共机关指示行事的情形下，法律保护的范围可能延伸至所有依该机关指示而采取的行动。⁹⁰若清算人是行政当局官员，法律

⁸⁷ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》建议，破产法应“具体规定破产清算人未履行或未适当履行法律规定职责的后果以及所规定的相关赔偿责任标准”（建议 121）。该建议提及破产清算人各种可能的谨慎标准，例如，至少遵守在债务人进行正常商业活动时适用于债务人的相同标准，或为适当目的善意措施（第二部分，第三章，第 60-61 段）。

⁸⁸ 例如，在比利时和法国，清算人对其履行职责时的作为或不作为，须按照普通法律的过失责任标准承担责任。

⁸⁹ 例如，在加拿大，如果清算人的谨慎、勤勉和能力达到了一个合理审慎的清算人在相似情况下所应达到的水平，则清算人不承担责任。这些包括对银行员工提供给清算人的银行财务报表、公允反映银行经济情况的银行审计报告、或是具有专业权威性的人的报告陈述的善意信赖。

⁹⁰ 例如，在加纳，接管人在根据中央银行的指示采取行动，或行使权力或履行任何其他法令授权或要求的职责的情况下，其履行职责时善意的任何作为或不作为都享有豁免权，除非构成故意的不法行为或重大过失。

保护的适用范围适用于其根据官方职能采取的任何行动，他们只有在存在恶意或故意的不当行为时才承担责任。

151.在行政当局或其任何官员担任清算人的情形下，他们应得到充分的法律保护。银行监管机构、处置当局和存款保险机构在善意且在其权力范围内履行职责时的作为和不作为，已经有国际标准予以保护。⁹¹虽然各司法管辖区对责任标准（例如，故意、重大过失、恶意）的确切表述可能有所不同，但这些标准为当局及其官员的责任设定了很高的标准。

152.赋予如此高水平保护的动因是，法律框架要求这些当局必须依据明确的法定公共政策目标履行职能。其目的是促进在当局的授权范围内在信息不完善的高压环境下迅速采取善意行动，不因体制和个人责任的高风险而受到限制。

153.对于行政当局及其官员而言，原则上，法律框架至少应确保现有的法律保护规定适用于他们参与银行清算程序的情形。

154.对于不是公职人员而是由清算当局（法院或行政部门）任命的私营部门自然人或法人的清算人而言，某种形式的责任既可激励清算人适当履行其职责，也可作为对债权人的保护，因为债权人的追偿可能取决于清算的效率。然而，需要在促进清算人称职并高效履职的标准与过于严格以至于招致针对清算人的诉讼并提高其服务成本的标准之间取得平衡。我们需要一个健全有效的认证和监督框架，以补充高水平的法律保护。在其他法律框架比较完善的情况下，可通过将法律保护限制在根据清算当局（法院或行政部门）或债权人机构（如债权人委员会）的直接指示所采取的行动内，从而平衡清算程序的高效与债权人和第三方权利的平等保护。⁹²其中，自由裁量的行为应根据适用的清算人专业的标准

⁹¹ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 11，EC 2；《巴塞尔核心原则》，CP 2和 EC 9；以及金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 2.6。

⁹² 在涉及公共利益目标的清算方面，私营部门的自然人或法人将根据银行业当局的指示行事（见第二章制度安排），因此有理由给予高度的法律保护。对银行当局及其官员的适用法律保护已经延伸到其代理人。

来衡量。

155.无论责任标准如何或是否存在“安全港”，清算人都将面临损害索赔的风险，如果清算人的行为违反了其职责和专业标准，债权人有权获得经济救济。普遍适用的专业责任保险通常至少可在一定限额内保障被起诉的清算人和提出合理索赔的债权人。因此，在法律框架规定了责任制度的情形下，如果该司法管辖区有针对私营部门清算人的强制保险，则应考虑为其投保。如果没有职业责任保险，在清算人没有资金进行损害赔偿的情形下，损害赔偿实际上并不是一种有效的救济措施。

E.清算过程中的债权人参与

1. 一般方面

156.清算程序的结果对债权人有直接的经济影响。他们收回债权的金额取决于债务人资产的收缴、管理和变现结果，如果清算费用由被清算的财产承担（这是标准做法），还取决于清算费用。

157.企业清算框架通常以债权人会议和债权人委员会（如有）的形式提供债权人参与机制，一些类别的债权人会参与这类机制（尽管作为一般惯例，许多债权人并不参与）。在企业清算中，这些机制可用于审议须经债权人投票批准或否决的问题。这些问题包括（但不限于）以下方面：选择或更换管理人或清算人，批准其报酬，批准拍卖程序，和/或对分配方案提出质疑。

158.公共政策目标和行政当局在银行清算程序中的作用以及效率方面的考虑证明，与普通企业破产程序相比，债权人参与的程度有所不同，同时还要有适当的保障措施。⁹³考虑到存款人和其他债权人人数众多，普

⁹³ 在适用于以下情形的现有破产框架下，债权人参与的程度大不相同，在一些司法管辖区，债权人在银行清算中没有任何作用，也没有关于债权人会议和债权人协议的规定。在另一些司法管辖区，债权人参与的可能性要大得多，可能包括各个方面：参与承认债权的权力；提出债权人协议；参加债权人会议以批准或否决这种协议；在法院批准清算计划之前对其提出修正；以及对破

通企业破产法中关于债权人参与的典型规则，在实际操作中可能并不适用，并可能造成延误从而影响银行清算程序的效率。拥有相关职责的行政当局可能最适合评估公共政策目标。因此，在设有债权人委员会的情况下，应确保有关各银行当局都能够参与，而且在清算程序的早期阶段，例如在决定对银行进行清算、选择清算方式和执行保护存款人的措施（偿付或转移）方面，它们无论如何都有主要发言权。⁹⁴债权人不得干涉涉及公共政策目标的决定，包括基于转移策略的决定和执行。⁹⁵债权人应有权事后对这类决定提出异议，尽管救济可能仅限于经济赔偿。在将资产和负债转移给另一实体之后对银行或剩余实体逐项清算的情形下，对公共政策的关注比较有限，但并非完全排除在外，债权人的参与同普通企业破产法类似，前提是不影响银行清算程序的效率，这意味着债权人应能够对清算人的决定提出异议，例如，关于受理债权的决定，债权人应收到清算人的报告或至少是清算人选定的部分信息（见上文 D 节第 4 小节）。

2. 存款保险机构作为债权人的参与

159. 与普通企业破产程序相比，一个主要区别是存款保险机构（通常）对清算财产拥有大量债权的参与。如果存款保险机构直接偿付了清算中银行的受保存款，其将代位取得受保存款人对倒闭银行的权利，并以债权人身份参与清算程序。⁹⁶作为清算中最大的债权人（即便不是最大，也是主要债权人之一），存款保险机构的特殊权益体现在其有权任命代表参加债权人委员会（如果已经成立了委员会）。如果存款保险机构也是清算当局或清算人，其作为清算中银行的重要债权人的地位可能会引起潜在的（重大）利益冲突。冲突的发生程度取决于各种因素，如存款

产程序中通过的处置提出上诉。但一般来说，在采取行政主导银行清算模式的司法管辖区，债权人参与受到严格限制。

⁹⁴ 另见建议 11 (c) 和建议 12。例如，在英国，清算委员会仅由银行当局组成，直至受保护存款得到偿付或转移。

⁹⁵ 见第六章清算工具，其中解释说，清算当局和/或清算人应有权未经债权人同意，将无法生存的银行的资产和负债转移给另一个实体（建议 46）。

⁹⁶ 国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》规定，如果存款保险机构已经偿付了倒闭银行的受保存款，则应通过代位权明确承认存款保险机构为该银行的债权人，并至少享有与存款人相同的债权人权利（CP 16，EC 1 和 2）。

保险机构内部职能的分离、其在清算中的职责，以及存款人优先权的存在和类型。在存在冲突的情形下，可通过对作为清算人的存款保险机构提出要求来缓和，即存款保险机构必须代表全体债权人的共同利益，并建立相应机制以确保其根据独立原则，为所有相关方独立行事。这些机制可得到框架下适当的透明度和问责制的支持（例如，债权人有权对存款保险机构作为清算人的决定提起诉讼）。

F. 银行清算程序的终止

160. 普通企业破产法对清算程序终结或终止方式采取不同的方法。⁹⁷可要求清算人召集债权人会议，提交决算报告并经债权人核准。在一些司法管辖区，只需随后将账目和最后债权人会议的报告提交负责工商登记的行政当局，即可将实体从工商登记簿中注销。在另一些司法管辖区，可能需要向法院申请才能解散债务人。

161. 根据普通企业破产法，应要求一名银行清算人向债权人提交有关银行清算的决算和最终报告。应酌情对这些文件进行调整，以删除所有保密信息。在采用行政主导模式的司法管辖区，清算人还应向行政清算当局提交决算和最终报告（可能以保密形式）。法律框架应明确规定，在行政当局批准这些文件后，银行清算程序即告结束。在采用法院主导模式的司法管辖区，决算和最后报告应提交给债权人（酌情可非保密形式）、指定的法院以及参与清算程序的银行当局。在这种情形下，在法院核准这些文件并听取银行当局的意见或得到其同意（或不反对）后，法院应终止程序。

162. 无论采用哪种制度模式，在银行清算程序终止后，清算当局都应采取必要措施，将破产银行从工商登记簿中注销。⁹⁸还应从任何其他涉

⁹⁷ 见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第六节（第16-17段）。

⁹⁸ 有限责任公司清算后，法律一般规定法人实体消失。如果债权人没有得到全额偿付，他们将不再对债务人享有未偿债权（见《立法指南》，第二部分，第六节（第3段））。银行清算程序也应如此（即不会出现银行股东“解除义务”的问题）。

及正在开展业务的公司的公共登记簿（例如，由银行监管机构负责的授权或受监管实体登记簿）中删除。法律框架应明确清算当局和任何指定的清算人随后是否解除与原银行清算相关的任何进一步责任。

建议 16-35

立法条文的目的

关于银行清算过程中对程序和运作的规定旨在确保：

(a) 明确规定银行管理层在临近清算期间的通知义务，以及不遵守通知义务的相关法律后果；

(b) 清算人应有适当的资格和责任，并受到充分的保护，无需为清算的决定和行为承担个人责任。

(c) 债权人参与银行清算程序的地位和程度应考虑到银行的特殊性、银行当局在其中的具体职责以及效率因素。

(d) 已制定终止银行清算程序的程序。

建议

银行管理层或董事会在临近清算期间的通知要求

16. 根据《巴塞尔核心原则》，法律框架应要求银行在发现任何重大不利进展，包括违反法律或审慎要求时，应立即通知银行监管机构。

法律框架还应要求银行有义务同时向所有相关银行当局情形通报其即将无法生存的情形。

法律框架应明确规定该通知要求的具体条款，以及收到通知的行政当局的义务。该框架还应规定银行违规的适当法律后果。

银行清算程序的启动

17. 在采用行政主导模式的司法管辖区，法律框架应赋予银行当局启动银行清算程序的权利。

在采用法院主导模式或需要法院命令才能启动银行清算程序的司法管辖区，银行当局应有权向法院提出申请。法律框架应包含适当的保障

措施，以避免其他人行使下列权利造成不利的影响。特别是，法律框架应规定对申请采取保密措施，除非法院能加急举行听证会，并规定在启动清算程序之前必须获得银行当局的批准或至少在启动任何程序之前听取该当局的意见。

银行清算人应具备的素质

18.法律框架、指南或相关行政清算当局应规定银行清算人须具备的最低资格和素质要求，这些资格和素质应包括正直、独立和公正。此外，清算人还应具备破产案件和银行运作方面的知识和技术专长。为提高效率，可要求清算当局建立并维护一个符合所需素质的清算人才库。

选择和指定程序

19.在采用行政主导模式的司法管辖区，选择和指定银行清算人的权限应完全赋予相关行政清算当局。行政清算当局也可担任清算人。

20.在采用法院主导模式的司法管辖区，建议银行当局根据建议 11 (c) (i) ，参与法院对清算人的选择和指定。

报酬

21.法律框架应建立一个确定清算人报酬的机制，以鼓励及时有效地进行清算，同时参考企业破产程序的模式，并根据银行的具体特点加以适当调整。

在采用行政主导模式的司法管辖区，法律框架应规定由行政清算当局确定清算人的报酬条件。

在采用法院主导模式的司法管辖区，银行当局应参与决定清算人的报酬。

22.清算人的报酬应从清算财产中支付，并具有以下特点：在债权人顺位中享有优先顺位。

清算人应有权收取清算费用（包括行政当局担任清算人的情形），并且计算清算费用的依据应在法律框架中规定。

监督、透明度和问责

23.法律框架应要求清算人定期向指定的清算当局报告其活动。在采用法院主导模式的司法管辖区，法律框架应要求清算人同时向法院和相关银行当局报告。

在采用行政主导的模式司法管辖区，如果行政清算当局自行管理清算程序，则其应定期报告。

应向所有债权人提供经过适当调整的、省略机密信息的报告，并予以公布。

24.法律框架应要求清算人按照要求向清算当局提供补充信息。

25.在采用行政主导模式的司法管辖区，法律框架应要求被指定的清算人在清算过程中按照行政清算当局的指示、指令和指导行事，但不应影响清算人在职责范围内的业务自主权和责任，并接受充分监督。清算人应就其作为清算人履行任务的情形向行政当局负责。

26.在管理不善、业绩不佳或利益冲突等正当理由的情形下，法律框架应允许更换清算人，并相应地扣减其薪酬。

个人责任和法律保护

27.如果清算当局和/或清算人是行政当局或公职人员，法律框架应确保关于该当局及其官员法律保护的有关规定按照国际指南延伸至其参与的银行清算程序。

28.如果清算人是私营部门的人员，法律框架应为清算过程中的作为或不作为提供适当标准的法律保护。应为此类人员根据清算当局的指示所采取的行动提供“安全港”。在采用行政主导模式的司法管辖区，应评估对行政当局及其官员适用的法律保护是否可延伸至由其任命的作为该当局代理人的私营部门人员。

29.如果相关司法管辖区提供清算人责任强制保险，则应考虑为清算人投保。

债权人在清算过程中的参与

30.法律框架应确保债权人不得干预涉及公共政策目标的决定（包括

基于转移策略的相关决定及其执行)。在逐项清算的情形下,公共政策的关注就比较有限,债权人的参与同普通企业破产程序类似,但须确保银行清算过程的效率。

31.在包括偿付受保存款银行清算程序中,法律框架应承认存款保险机构在程序中的债权人的地位(例如,在债权人委员会存在的情形下,有权指定其代表参加该委员会)。如果存款保险机构也是清算当局和/或清算人,则应制定适当的治理安排以及透明度和问责机制,以减少因其债权人地位而产生利益冲突的风险。

银行清算程序的终止

32.在采用行政主导模式的司法管辖区,法律框架应:

(a)要求清算人向行政清算当局和债权人提交决算和最终报告(酌情以非保密的形式)。如果行政清算当局自行进行清算,则应编制决算和最终报告;

(b)明确在行政清算当局批准(a)项所述文件后终止程序。

33.在采用法院主导模式的司法管辖区,法律框架应:

(a)要求清算人向指定法院、相关银行当局和债权人(酌情以非保密形式)提交决算和最终报告;

(b)规定在法院批准(a)项所述的文件并听取银行当局的意见或得到其同意(或不反对)后终止程序。

34.银行清算程序终止后,清算当局应采取必要措施将原银行从工商登记簿中注销。

35.法律框架应明确规定,银行清算程序终止后,清算当局和任何指定的清算人是否解除与银行清算相关的任何进一步责任。

第四章 准备与合作

A. 引言

163. 处置当局的一个关键任务是对至少倒闭时可能产生系统性风险的银行制定处置计划。⁹⁹相反，在正常时期的处置计划通常很有限。如果进行这种规划，其可能仅限于与存款保险相关的职能（例如，确保银行能够提供必要的受保存款的信息，以便进行偿付或转移），或可能确保银行有能力支持转移。然而，作为正常业务活动一部分的可能的清算计划与在银行无法生存之前制定的适当清算策略和计划（所谓的“应急计划”）不同。应急计划往往是银行清算成功的关键。逐项清算通常是次优的处置方案（见第六章清算工具），如果准备不足，以持续经营的方式出售通常可能会取得更好的结果，但也可能会受到阻碍。为了能够在逐项清算中迅速向受保存款人进行偿付，需要在银行无法生存之前做好准备。

164. 本章就如何促进银行清算程序的准备工作提供指导，包括以下方面。

B 节讨论了准备工作的必要性，并举例说明了在启动银行清算程序之前需要采取的行动。

C 节就可纳入法律框架以促进准备行动的授权条款以及时效性的考虑提供了指导。

D 节解释了在准备阶段所有相关行为者之间合作为何成为清算程序成功的关键，以及在采用行政主导模式和法院主导模式的司法管辖区，法律框架如何促成这种合作。

B. 准备工作的必要性

165. 持续规划在银行处置中已经确立，由处置当局在有关银行的配

⁹⁹ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 11.1。

合下，在正常经营期间进行。金融稳定理事会（FSB）《核心要素》要求各司法管辖区建立“一套持续性的恢复和处置计划制定程序，该程序至少要涵盖在国内注册的、一旦倒闭可能产生系统重要性或关键性影响的金融机构”¹⁰⁰。在一些司法管辖区，无论其规模大小，所有银行都必须制定处置计划，而另一些司法管辖区则将处置计划的范围限制在具有系统相关性的银行。

166.相反，司法管辖区一般不要求当局以清算为目的制定此类计划，但在对所有银行进行处置计划的情形下，非系统性银行的计划可能以清算而非使用处置工具为基础。

167.相比之下，在银行无法生存之前，需要制定应急计划。在逐项清算中，在银行无法生存之前的准备工作主要集中在确保存款保险机构（若有）迅速偿付受保存款。¹⁰¹各当局之间需要进行准备和合作，以促进及时和顺利地偿付（见 D 节）。在银行无法生存之前做好准备也可能有助于确保银行必要的日常运作（例如信息技术系统）在清算过程中（如需）得以继续。例如，应确保清算人能够继续使用向受保存款人偿付所必需的基础设施。

168.在银行无法生存之前制定应急计划，为清算做准备，有助于迅速有效地应用银行清算工具。应急计划可对无法生存的银行的业务活动进行准确和最新的描述，并可提高清算人在清算期间出售银行资产和负债的能力。例如，研究如何将银行的部分业务在操作、法律和财务层面从法律实体的剩余部分分离，这将使清算人能够迅速出售高质量的业务单元，并实现价值最大化。同时，比例原则可被视为制定应急计划和采取相关准备行动的核心指导原则。

169.在理想情况下，银行清算程序中作为经营中企业的出售几乎需

¹⁰⁰ 同上注。

¹⁰¹ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 15，要求存款保险迅速偿付存款人的受保资金。根据附随的 EC 1，存款保险机构应能在 7 个工作日内向大多数受保存款人偿付款项。

要与清算程序的启动同时完成，因此需要大量的准备工作。如下一段所述，在启动清算程序之前可能需要采取一系列行动。这与普通企业破产法的规定不同，在普通企业破产法中，破产程序启动前几乎不需要做任何准备，除非打算全部或部分转移债务人债务。¹⁰²

170. 银行清算程序中，作为经营中企业出售之前，通常要对无法生存银行的资产和负债进行估值；计算潜在的“资金缺口”（即待转移资产和负债之间的价值差）；在情形和保密要求允许的范围内进行公开透明的营销，包括确定潜在收购人并与之交换信息；潜在收购人进行尽职调查的竞标过程；起草合同文件；以及在适用的情形下，存款保险机构参与并提供资金以促进转移策略（见第六章清算工具和第七章资金）。所有这些都需要全面、及时地获得有关银行业务和银行业整体状况的最新信息，以便可找到潜在的收购者。

171. 如果清算是作为处置程序的一部分进行的，目的是对剩余资产进行逐项清算，那么为处置而进行的计划和预先准备工作能最大限度地减少为清算剩余实体而单独进行预先准备的必要性，因为处置当局已经转移了可转移的银行业务。¹⁰³此外，如果当局对银行采取了措施，以便为可能应用的处置工具奠定基础，这也可能有助于拟定包括逐项清算在内的备选处置方案。

172. 清算当局能够进行准备工作的程度也可能取决于制度安排。行政主导模式下准备工作更容易开展，因为银行当局拥有所需的专业技术知识、对银行和其他行业的接触和了解，以及与其他当局合作的能力。一旦银行经营状况恶化，银行当局还可在其启动倒闭管理程序前，采取早期干预措施。除此之外，银行监管机构可任命一名临时管理人（或类似人员），以防止银行倒闭。倒闭管理的准备行动可与此类监管行动同

¹⁰² 例如，“预先打包”式出售是指在指定清算人之前进行的出售。如果事先就“预先打包”式出售达成协议，一旦实体进入破产程序，清算人将立即出售协议中的资产和业务。在重整程序中，准备阶段也普遍适用。

¹⁰³ 即使处置程序没有配置处置工具，该情形也适用。

时进行，或以此类监管行动为基础（例如，如果临时管理人采取的行动不足以防止银行倒闭，则应制定适当的应急计划）。在法院主导模式下，准备工作主要取决于银行当局的准备行动和法院对这些行动的依赖。此外，一些司法管辖区考虑（由法院或银行当局）指定一名预清算人，授权其参与银行清算程序的准备工作，一旦清算程序开启，此人就有可能被指定为清算人。¹⁰⁴

C.支持准备工作和减少延误的规定

173.法律框架应赋予银行当局充分准备清算策略的权力，包括制定应急计划。为此，行政清算当局应事先与其他当局和银行进行合作（见D节）。

174.无论采用哪种制度模式，法律框架都应要求银行在准备阶段与银行当局合作，如果银行不合作，法律框架应允许当局采取适当的救济措施（例如，指定专门人员与银行管理层合作或取代银行管理层，或向相关当局传递信息）。司法管辖区应评估其法律框架是否已经规定了在破产管理程序之前撤换不合作银行管理层的权力。法律框架还应授权当局干预以防止资产剥离。¹⁰⁵

175.此外，在采用法院主导模式的司法管辖区，法律框架可允许由法院或银行当局任命预清算人（见第二章制度安排和建议11）。¹⁰⁶如果预清算人是银行当局，则将进一步促进准备工作的进行。如果司法管辖区允许同时指定临时管理人（或类似人员）和预清算人，并且这些人得到的授权不同（因此不可能是同一人），则法律框架应允许这两类人之间开展合作和信息交流，但须遵守适当的保密规定，并接受银行当局的

¹⁰⁴ 预清算人应有别于“临时”清算人，后者的有限职责仅聚焦在临近破产的期间保护资产。

¹⁰⁵ 关于银行监管机构应能在早期阶段采取的措施类型，见《巴塞尔核心原则》，CP 11。

¹⁰⁶ 例如，在荷兰，法院会在启动清算程序的当天指定一名清算人。但实践中，在此之前，法院可指明谁将被指定为清算人，以便预清算人做好准备并采取可能的准备行动（例如出售）。同样，在英国，英格兰银行也可任命一名预清算人，他可参与应急准备工作，随后由法院提议任命为清算人。

监督。在任何情形下，法律框架都不应妨碍行政当局采取准备行动。

176.在某些情形下，如果法律框架赋予清算当局和/或其监督下的清算人将银行的全部或部分资产和负债转移给另一机构的权力，就足以为清算做准备（见第六章清算工具），因为这可能隐含地包括准备清算的权力。不过，在其他情形下，应该在法律框架中明确增加一项额外权力，授权清算当局和/或清算人采取任何其他必要的行动进行有序清算（包括准备行动），以及寻求第三方协助的权力，包括聘请任何专家、专门人员或专业顾问。

177.根据定义，准备阶段先于正式宣布银行破产开始，但无法确定准备行动开始的确切时间，因为这取决于每个案件的具体情况。银行倒闭管理的法律框架通常没有规定开始清算准备工作的时间点。但早期纠正措施框架是一个例外，它所提供的干预措施有时限性要求，并最终清算或处置而结束。¹⁰⁷在法院主导模式下，法律框架应使银行当局能够及时参与，以便进行更多的准备工作。

178.法律框架在满足清算条件和正式启动清算程序之间可能存在延迟（例如，当启动清算程序的申请需要得到法院批准时）。银行当局在制定计划时需要考虑到该点，为缩短延误时间，法律框架可规定加快程序，并要求法院服从申请当局对事实的评估（见第二章制度安排第 C 节第 6 小节和建议 11（b））。为降低该时期的损害风险，授权银行当局解除银行管理层职务或采取其他措施，以防止其无序违约和/或任何资产剥离（如果该权力尚未成为司法管辖区法律框架的一部分）。或，通过规定主管法院在对申请作出裁决之前采取临时措施的权力或义务，也可取得同样的结果。

D.临近清算期间所有参与者之间的合作

¹⁰⁷ 例如，在美国，《联邦存款保险法》（第 38 条）规定了与不同资本类型相关的强制和自由裁量的监管行动。如果一家银行“资本根本不足”，在经过一段时间（最长 90 天）后，原则上应为该机构指定一名接管人。

179. 银行清算过程通常涉及多个参与者。除了清算当局（可能是行政当局或法院）和任何被指定的清算人之外，它还涉及银行、银行监管机构、存款保险机构以及可能的处置当局。这些参与者可能受制于不同的授权，并在不同的法律框架下做出决定和采取措施。加强这些参与者之间的协作，并在其管理框架中作出一致的规定，是清算过程取得成功的关键。

180. 同样重要的是，如果倒闭银行是在证券交易所或其他交易设施上市或交易的证券发行人，则应确保与相关市场当局建立合作关系。应及时以保密的形式向该当局通报银行的情况，以便其决定是否暂停银行的证券交易。在涉及适用证券法规定的披露要求方面，银行、银行当局和市场当局之间也需要协作。

181. 公开披露“重大不利进展”或银行即将无法生存的信息（见第三章程序和操作 B 节）可能会加速银行倒闭，增加资产剥离风险，并且影响清算策略的成功实施。但另一方面，延迟披露上述信息会使债权人无法就是否与银行进行交易做出明智决定，并且投资者间的不确定性也会产生不稳定的影响。对于适用法律（例如，公司法）中可能的其他披露要求，也适用类似的考虑。司法管辖区在设计银行清算框架时应考虑这些权衡因素。法律框架应使得银行、银行当局以及其他相关当局之间可进行合作，以达成一个相互可接受的解决方案。

182. 证券法通常允许在严格条件下，允许相关市场管理当局同意在发行人提出请求后延迟披露相关信息。在这种特定情形下，市场主管机构的同意应与银行当局的作用协调一致。一种可选方案是，法律框架允许相关市场主管当局延迟披露银行即将无法生存的信息，但延迟期限严格限定在完成清算准备工作所必需的期限内，前提是（i）市场管理当局事先得到通知，并与银行管理当局进行了协商；并且（ii）在此期间有关信息可保密。

183.法律框架还应确保证券监管机构或经营倒闭银行证券交易设施的市场经营者及时得到通知，以便在必要时暂停相关证券的交易，除非暂停交易可能会对投资者的利益或市场的有序运作造成重大影响。

184.在银行状况恶化和可能被清算的时期，银行与银行当局之间的合作至关重要。法律框架并不总是明确规定清算前阶段的合作。事实上，可有不同的方法确保合作的开展。各司法管辖区当局之间的合作安排各不相同。在一些司法管辖区，银行监管机构与清算当局之间签订了谅解备忘录。在其他行政体制的国家，相关职能可能设在同一当局内（例如，银行监管机构在监管和破产管理职能分离的前提下，也可负责处置和清算）。

1. 行政当局之间的合作

185.如果清算程序属于行政性质，《巴塞尔核心原则》、金融稳定理事会（FSB）《核心要素》和国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》中规定的，并通过相关指南中的良好做法加以阐述的，有关当局为银行倒闭管理进行机构间合作的国际标准继续适用。¹⁰⁸这些标准将尤其适用于各当局之间为使相关方为预期的清算程序做好准备而进行的任何沟通、事前通知、协商和协调行动。例如，这种协调对于存款保险机构按时偿付受保存款，从而促进有序清算至关重要。银行清算框架应与上述标准下的合作安排保持一致，并应消除此类合作的障碍。

186.除立法规定外，还可通过签署谅解备忘录或类似协议推进合作。此类协议可提供一个运作框架，各方在此框架内，承诺在权限内行使各自的权力时相互合作，以及规定对数据和信息的共享，并明确各自在清算程序开始前阶段的业务职责。虽然当局可能不需要具体的法律规定与国内相应机构签订此类协议，此类规定可能仍有助于促进协调机制，而且法律框架应允许共享保密信息（在有适当保障措施的情况下）。当局

¹⁰⁸ 例如，国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》CP4 要求通过立法、法规或谅解备忘录的形式，建立存款保险机构与其他金融安全网参与者之间明确的信息共享机制。

之间沟通的正式要求不应妨碍银行倒闭过程酌情做出反应的灵活性。与银行倒闭的准备和管理有关的现有（针对具体机构的）多边协调机制也可促进相关当局之间协调。

187. 监管与倒闭银行管理之间应保持平稳衔接。因此，银行应向相关银行当局通报即将无法生存的情况（见第三章程序和操作层面 B 节和建议 16），并且这些银行当局之间应密切合作。清算当局也需要及时向银行监管机构和处置当局提供充足的信息，并随时向他们通报自己的意向和准备工作的进展情况。¹⁰⁹

2. 行政管理当局与法院之间的合作

188. 当银行清算的机构设置涉及法院和法院指定的清算人时，可能会出现协调方面的问题。法院通常在正式申请清算程序时最先介入。因此，法院在准备阶段不会发挥任何作用或只发挥非常有限的作用。

189. 在采用法院主导模式的司法管辖区，准备工作很可能必须由相关的一个或多个行政当局进行。这就产生了银行当局是否有能力根据计划进行的交易向潜在收购人作出承诺，法院是否愿意批准准备步骤等问题。司法人员事先不了解情况，法院的批准也可能造成延误。该点应在准备阶段加以考虑（另见第二章制度安排）。

190. 不过，法律框架及其适用过程中的规定可而且应该促进行政当局与法院之间的合作。如第二章制度安排中所述。在几乎所有采用法院主导模式的司法管辖区，银行当局都在清算人的遴选和任命方面发挥作用。在这种情形下，让预清算人参与准备过程可完善准备方案以加强法院与行政当局之间的合作。指定银行当局担任清算人还有助于确保从清算前到清算的平稳过渡以及法院与有关银行当局之间的有效合作（见建议 11 (a) 和建议 11 (c)）。

¹⁰⁹ 在实行双轨制的司法管辖区，由破产管理机构在破产或清算之间做出选择。因此，如果清算当局有别于处置当局，则这些当局之间应进行适当协调，清算当局的任何准备行动都不应妨碍处置的准备工作。

191.虽然银行当局与法院之间的合作至关重要，但框架应考虑到与当局的独立性和一些信息的保密性有关的宪法限制。然而，该框架还可制定一些高层次的原则，规定有关当局必须真诚合作，以实现该框架的目标。特别是在清算前阶段，对职能进行精准和明确的分配，同时限制对行政当局做出的技术性决定进行司法审查的范围，可能会促进上述合作。

3. 与银行的合作

192.由于先前的信息收集（例如，报告和调查），银行当局可能已经获得准备行动所需的数据。上文第 1 小节讨论了与行政清算当局共享此类信息的问题。如果需要额外信息（包括更及时或更细化的财务数据），清算当局应有权要求银行直接提供或在清算程序开始或要求银行监管机构在清算程序启动前收集相关信息。

193.无论在何种情形下，都应制定相关规定，使信息能够提供给负责准备清算的当局。银行有义务向银行监管机构及其他相关当局通知任何重大不利发展，包括银行实际或即将无法生存的情况，这也是与银行合作的一个方面，有助于减少就针对清算条件对当局提起的法律异议（见第三章程序和操作层面B节和建议16）。

194.此外，法律框架不应阻止清算人留用被认为是对开展清算工作必要的银行工作人员（例如，保安人员、信息技术人员、放款人员），作为准备活动的一部分，当局应能够确定关键人员等资源。

主要考虑因素和建议 36-40

主要考虑因素

在银行无法生存之前，清算的事前准备是有益的也是可行的，同时

应考虑到银行及其倒闭的特殊性。准备工作对于有效实施出售（以持续经营的方式出售）尤为重要。

在采用行政主导模式进行银行清算程序的司法管辖区，《巴塞尔核心原则》、金融稳定理事会（FSB）《核心要素》有助于及时获取充分信息，并在行政当局之间进行有效的准备和合作。与存款保险机构的合作应符合国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》的规定。司法管辖区应评估现有的法律规定是否已经赋予了本节建议的权力。

在采用法院主导模式的司法管辖区，法律框架应包含一些安排以确保仍能进行充分的准备工作（见第二章制度安排 C 节第 2 小节建议 11（a））。

建议

36.在银行无法生存之前的准备阶段，法律框架应有助于及时有效地为清算程序做好准备，并促进或至少不妨碍相关当局认为适当且相称的合作和准备行动。为达成该目的，相关当局应有清算当局和/或清算人以及其他因其职责需要参加准备阶段工作的所有参与者，包括银行监管机构、处置当局和存款保险机构。

37.法律框架应明确规定，银行、银行当局和其他相关当局能够在银行即将无法生存期间就证券监管和市场规则规定的披露要求的适用进行协调。若银行是上市证券或交易证券的发行人，则法律框架可允许在完成清算准备工作所必需的期限内，延迟披露银行即将无法生存的信息。

38.法律框架应确保证券监管机构或经营倒闭银行证券交易设施的市场运营机构及时且以保密的方式获知银行预计倒闭的消息，以便这些机构决定是否暂停该银行证券的交易。

39.法律框架应要求银行在银行清算程序之前与银行当局合作，以便于做好准备工作。如果银行不合作，法律框架应确保银行当局能够采取一切必要的救济监督措施。司法管辖区应评估其法律框架是否已规定有权在倒闭管理程序之前解除不合作的银行管理层的职务。

40.法律框架应赋予银行当局——包括行政清算当局——以及临时管理人或类似角色（如获任命）和任何获得任命的清算人（包括相关司

法管辖区的预清算人) 足够广泛的权力, 以充分做好清算程序的准备, 这可能包括但不限于以下权力:

(a) 在采取清算行动之前, 在遵守适当保密要求的前提下, 在存款人和存款保险机构之间共享信息;

(b) 如果无法通过 (a) 项获得清算准备工作所需的所有相关信息, 则从银行获得此类信息; 以及

(c) 聘请第三方, 如专家、学者或专业顾问。

第五章 启动银行清算程序的条件

A. 引言和一般性考虑

195. 为启动银行清算程序提供正当性的条件是银行清算法律框架的基本要素，应予明确。作为一般原则，法律框架应为所有破产管理决策提供一致的结构。关于启动清算程序条件的性质和形式的政策，还应考虑到与吊销银行牌照的条件之间的关系，因为这两者都涉及银行退出市场的问题。

196. 在单轨制中，启动程序的条件很可能是单一的，已构成处置框架的一部分，应反映金融稳定理事会（FSB）《核心要素》相关规定。因此，本章主要侧重于双轨制。双轨制的一个显著特点是，在认定银行不具备生存能力时，需要决定是对银行进行处置还是启动清算程序。由于破产管理制度和清算制度之间应保持无缝衔接，因此，在处置当局决定不采取处置行动或采取处置行动，留下银行的某些剩余部分进行清算之后，应启动对无生存能力银行的清算程序。

197. 本章包括以下几个方面：

B 节概述了为启动银行清算程序提供正当性的条件类型。该部分解释了为什么启动银行清算程序的条件应比其他企业的传统破产条件更为宽泛，而且最好应包括前瞻性要素，以便及时采取措施，防止资产贬值并保护存款人。根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，无生存能力或可能无生存能力这一概念应被视为启动银行清算程序的指导原则。

C 节讨论了吊销牌照与启动银行清算程序之间的相互关系。同时，还应注意行政决策与司法决策之间的相互关系。金融稳定理事会（FSB）《核心要素》在与司法行动协调¹¹⁰中为处置制度提供的指南，作必要修

¹¹⁰ 根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》KA 5.4，“在遵守受宪法保护的法律救济措施和正当程序的前提下，处置当局应有能力以必要的速度和灵活性行使处置权力。在仍需法院命令才能实施处置措施的司法管辖区，处置当局应在处置规划过程中考虑到该点，以确保法院程序所需的时间不会影响处置措施的有效实施”。

改后也应适用于银行清算程序（见第二章制度安排）。尤其对于法院主导的清算程序，必须明确规定银行当局和法院在确认是否符合法定条件时的各自角色。

D 节强调处置条件与启动银行清算程序的条件必须保持一致，以避免出现“悬而未决”的情形，并促进作为处置行动一部分的剩余实体的顺利清算。

B.条件的类型

1.清算的财务与非财务条件

198.为编写本指南而开展的调查表明，各司法管辖区启动银行清算程序的条件各不相同。可分为两大类，（i）财务条件：银行的财务状况无法维持；（ii）非财务条件：包括广泛的考虑因素，如犯罪活动证据、系统性违反反洗钱或反恐融资相关要求的行为及其他严重和/或持续违反法律或监管规定的行为，这些因素证明为了公共利益而关闭或解散银行是正当的。实际上，所有司法管辖区都以某种形式的财务条件为依据（如破产、资本充足率不足、流动性不足、无法继续生存、信用薄弱等），部分司法管辖区以非财务条件作为财务条件的补充。此外，在个别司法管辖区，基于财务和非财务条件吊销银行牌照是启动银行清算程序的触发因素（见 C 节）。

199.尽管区分财务和非财务条件有助于从概念上梳理和理解条件类型，但在确定法律框架应纳入哪些具体条件时，必须采取综合统筹的方法。这是因为，银行的财务和非财务问题往往相互关联：非财务性缺陷极易引发市场和客户信心丧失，进而造成财务困境，最终导致银行丧失持续经营能力。

200.上述对启动银行清算程序条件的一般分类与违反银行监管制度的具体条件（“监管条件”）和其他可能的条件之间的区别有重叠。若监管条件不涉及量化审慎要求（例如，将银行的资本率维持在特定阈值之

上），则构成财务条件。但监管条件也可能是非财务性的。因此，在许多司法管辖区，违反定性的监管条件的行为（例如，严重和系统性违反监管标准以致吊销银行牌照、组织或治理失灵，或违反反洗钱或反恐融资的要求）也可作为启动清算程序的非财务条件。

2. 银行清算财务条件与普通企业破产法中传统财务条件的区别

201.根据企业破产法，一般在以下情形下启动清算程序：（i）公司无力偿还到期债务（流动性不足或停止支付）；和/或（ii）公司负债超过其资产（资产负债表破产）。¹¹¹由于银行的特殊性，这些条件并不适用于处置银行破产。因此，启动银行清算程序的条件不应局限于或过分依赖传统企业破产的条件，还应该包括其他条件。

202.特别是，鉴于银行在期限转换方面的职能及其对活期存款的高度依赖，流动性不足——在普通企业破产框架中适用的概念——可能不是一个适当的条件。就银行而言，流动性不足的标准不能只考虑负债到期日，因为银行理论上有能力立即、同时偿还当前到期的所有负债（包括活期存款），这与银行维持储户信心和获得市场资金的实际能力显然不同。另外，银行可在银行间货币市场进行再融资，也可在符合中央银行政策规定的资格要求和其他保障措施的情况下，参与中央银行的常规货币政策再贷款操作。此外，只要满足必要条件，中央银行也可酌情提供流动性支持（向有偿付能力的银行提供紧急流动性支持）；而其他公司通常缺乏类似的流动性来源。相反，当预见到一家银行很可能倒闭时，也不能将官方干预推迟到实际停止付款后。应根据资金外流（或还款要求）的实际和预测情况，以及近期能否获得再融资来源，做出决定。因此，在某些情形下，银行流动性不足可能是一个暂时性问题，可通过采取措施加以解决，不需要强行退出市场。¹¹²但另一方面，与普通公司的流动性问题相比，银行流动性问题可能会以更快的速度升级，并影响资

¹¹¹ 联合国国际贸易法委员（UNCITRAL）《立法指南》第二部分第一章第23段将其表述为“广泛用于启动破产程序的一个标准是各种所谓的流动性、现金流或一般停止付款检验。要求债务人已普遍停止付款，将没有足够的现金流偿付其在正常经营过程中到期的现有债务”。

¹¹² 此外，观察到的实际停止支付意义上的流动性不足（有别于存在潜在的再融资问题），由于其异常强烈的信号效应，通常会导致银行立即无序倒闭。

产负债表中负债端的大部分（例如，包括存款人在内的短期负债债权人的挤兑）。

203.关于资产负债表破产问题，银行资产的账面价值无法全面、及时地反映资产质量的每一次减损及其可能产生的损失。更普遍的情形是，在很短的时间内对资产进行非常精确的估值，进而判定一家财力薄弱银行是否以及何时最终达到了资产负债表破产的门槛，并非易事。更重要的是，等到银行净资产实际变为负值再进行干预，可能会在清算前导致价值减损（因可预测的额外损失的积累或银行管理者“为复活赌一把”的动机）；产生不公平的结果（例如，通过向内部人员和富有经验的投资者提供从银行套现和资产剥离的机会，从而损害了不太了解情况的投资者和存款人的利益）；以及增加了风险传染性。¹¹³

204.因此，法律框架需允许在相对较早的阶段进行干预，一旦银行出现严重财务困境的迹象（即在资产负债表破产之前），即可迅速、及时干预。¹¹⁴因此，导致银行处置和/或清算的官方强制干预的财务条件通常设定在净资产较低但仍为正值水平上，¹¹⁵并以资本严重不足（参照监管资本要求的定义）或流动性不足的量化监管阈值和/或对是否无法生存的评估来表示，其中应包括对银行的前瞻性估计，表明银行有可能持续恶化，且预计在短时间内无法恢复稳健经营。

205.根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，“当机构无法生存或可能无法生存时”，¹¹⁶应对倒闭时可能出现系统性影响的金融机构进行

¹¹³ 此外，在达到资产负债表破产临界点之前，银行可能已经违反了监管资本要求，而遵守这些要求是继续获得授权的一个条件。

¹¹⁴ 从程序角度看，在以法院为基础的制度中，管辖法院必须在银行当局提交相关申请后立即启动清算程序，因为任何拖延或第三方参与清算程序都可能导致银行立即无序倒闭（见第二章制度安排，建议 5 和建议 11（b），以及第三章程序和操作层面和建议 17）。

¹¹⁵ 同样，在企业破产中，与清算相比，重组程序可在更早的时间点启动。

¹¹⁶ 见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 3.1，其中规定“当机构不再具有生存能力或可能不再具有生存能力，并且没有生存的合理前景时，应启动处置机制。清算制度应规定，在机构资产负债表资不抵债和所有权益被完全抵消之前，应及时并及早进入清算程序。应制定明确的标准或适当的非可行性指标，以确定是否符合进入处置程序的条件”。

处置。同样地，即便司法管辖区可能更倾向于在其立法中使用更具体的描述和标准，“（可能）无法生存”的概念也可为设计启动银行清算程序的条件提供有益参考。但根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，各司法管辖区的法律框架应该包含无法生存的明确标准或适当指标，这些标准和指标可在规范银行清算的法律框架中引用或参考。关于无法生存的认定标准，应考虑金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》中的现有指南。¹¹⁷

206. 银行当局可根据具体情况评估一家银行是否被认为无法生存或可能无法生存。启动银行倒闭管理程序通常需要对情况进行全面评估，包括技术评估和行使自由裁量权，以平衡各种竞争性因素。例如，虽然有必要及时果断地处理银行倒闭问题，但同时也应充分证实银行无法生存，从而证明干预股东和债权人的财产权是合理的。在某种程度上，可通过在法律框架中以精确的措辞规定干预的条件以解决潜在的冲突。然而，相关条件包含对程度评估的要求（例如，要求违反监管要求的行为“非常严重”或“实质性的”，或特定财务结果“可能发生”）是不可避免的。此外，法律框架需要特意在条件的定义中包含一定程度的灵活性，表明某些事项可根据具体情况酌情确定。

207. 因此，技术评估和/或自由裁量权可能在评估银行是否无法生存以及决定对无法生存采取何种适当的应对措施（包括在双轨制中是否对银行采取处置或清算措施）方面发挥重要作用。因此，如果需要法院参与启动银行清算程序，法院就不应将其自己对情况的评估取代银行当局的评估（见建议5）。

¹¹⁷ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》举例说明了这些指标：“(i)监管资本或所需流动性低于规定最低水平；(ii)银行获得市场资金来源的渠道严重受损；(iii)银行依赖官方部门的资金援助维持运营，或在不采取处置措施的情形下将依赖官方部门的资金援助维持运营；(iv)银行资产价值严重恶化；或(v)银行预计在不久的将来无法支付到期债务。完全依赖与破产或可能破产密切相关的无生存能力的标准，无法满足及时和及早进入处置程序的检验（尽管应始终可对破产银行采取出处置措施）”。另见国际存款保险机构协会术语表中的“无生存能力”定义，其中在金融稳定理事会（FSB）的清单中又增加了两点，即“(vi)银行的业务计划不可行；(vii)预计银行在不久的将来资产负债表将资不抵债”。

3.“消极”条件

208.金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定银行在被处置之前必须满足“消极”条件：银行不仅应满足“无法生存或可能无法生存”条件，还应满足“不具有‘生存’的合理前景”¹¹⁸。消极条件可被视为一个基于灵活性和比例性并包含前瞻性条件的制度的必备要素。作为一种导致银行退出市场的程序，清算必须被视为最后的方式；从这个意义上说，如果其他干扰性较小的措施似乎能够解决银行的问题，那么清算就是不合理的。因此，有关当局应确信清算是必要的，且其他措施没有合理的成功前景。这意味着当局应考虑私人部门干预、市场处置方案和/或监管措施是否有能力在合理的时限内解决问题并恢复银行的生存能力。¹¹⁹

209.然而，实施这一“消极”条件有不同的方式。一种方法是作为启动银行清算的条件之一纳入法律框架。还可在该框架中明确规定，消极条件不应包括使用公共资金进行干预替代清算的可能性。如第一章介绍导言 H 节中所述，银行倒闭管理框架的一个主要目标是避免公共资金的损失，包括通过外部救助以防止倒闭。因此，适当限定的消极条件应仅限于当局无法采取其他形式的干预，或仅限于可用的私营部门的处置方案无法在合理的时限内纠正银行的问题。

210.然而，银行当局在行政决策时必须遵守的比例原则（或任何功能相当的公法原则）中也可能隐含着消极条件。事实上，清算的决定是在监管干预和银行倒闭管理的整体框架下做出的，其他监管措施并不充分，而且在合理的时限内似乎没有可行的私营部门处置方案，从而使银行处于持续的财务困境和/或即将倒闭的境地。因此，法定“消极”条件可能是多余的，因为当局已经根据公法对其进行评估。¹²⁰

¹¹⁸ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》KA 3.1。欧盟的表述略有不同，主要是要求在合理的时间范围内，任何替代措施都无法防止银行倒闭的合理前景。

¹¹⁹ 在某些司法管辖区，包括银行所属的机构保护计划采取的措施。

¹²⁰ 要证明一个消极条件的成立可能很困难，因为这需要提供充分的理由来证明存在替代措施，并且这些措施有合理的成功前景能够恢复银行的生存能力。为了解决这个问题，一个解决方案是将缺乏替代措施作为一个事实问题来处理。在这种方案下，并不要求清算当局提供理由来积极证实并支持没有其他可行的替代措施，而是如果能够提供充分的证据证明存在合理可行的替代措施，

C.与吊销银行牌照之间的关系

211.司法管辖区的法律框架不仅必须确立银行强制退出市场的实质性条件，还必须确定其与银行倒闭管理框架下相关规定的关系。与普通公司不同，银行只能在获得牌照的基础上运营。¹²¹在各司法管辖区，严重和/或持续违反监管要求都可能导致银行牌照被吊销，迫使其终止银行业务活动。此外，除下文讨论的一些例外情形（见第 217 段），吊销银行牌照还会影响银行作为法律实体的事实或法定的生存能力，不可避免地导致银行清算和解散。法律框架可通过吊销牌照的监督程序和/或清算程序确保银行强制退出市场。同样的财务和非财务条件可作为这两种程序的基础。

212.因此在大多数情形下，吊销银行牌照与启动清算程序之间密切相关，尽管各司法管辖区内这两个程序的顺序和时间各有不同。一个关键的区别是，这两个程序是相互之间没有关系地平行进行，还是作为一个过渡（即一个程序先启动并作为另一个程序启动的基础）。在后一种情形下，吊销牌照可触发启动银行清算程序，或反过来是银行清算程序的结果。

213.接下来的段落将解释不同的选择方案，并得出结论：确保这两种程序的协调一致具有明显的优势。法律框架可通过规定吊销牌照作为启动银行强制清算程序的充分理由，或反过来规定吊销牌照构成银行清算程序的直接后果，以实现该结果。本节不考虑银行自愿交出银行牌照的情形，例如为了改变其业务活动。严格而言，这种情形与清算无关，也不是本指南的主题。

1.以吊销牌照为条件启动清算程序

就可阻止清算的启动。在这种情况下，以尊重相关银行当局对银行生存能力的评估为原则是关键（见建议 5）。

¹²¹ 见《巴塞尔核心原则》CP 5 和基本标准——特别是 EC 3，“发放牌照的标准与持续监管中适用的标准相一致”。当一家银行不再符合银行牌照的标准时，银行就无法继续经营，因此牌照被吊销。

214.在大多数司法管辖区，吊销一个实体的银行牌照意味着该实体不能再实现其目的。作为实体解散的强制性条件，吊销牌照可作为清算的触发因素。

215.在某些司法管辖区，这两个程序是明确关联且有次序的，吊销银行牌照在先必然导致银行被清算。¹²²该情形下，银行监管框架将银行强制退出市场的财务和非财务条件同时规定为触发（行政）吊销银行牌照的事件，因此，严格而言，后续启动清算程序的法律依据并不在于实质性条件的本身事实的发生，而在于吊销牌照的监管行为。

216.将吊销牌照作为启动银行清算程序的一个条件有明显的好处。重要的是，这种方法可规避对是否符合这些条件作出相互矛盾的评估。如果吊销牌照是清算的一个条件，则法律框架应支持在决定吊销牌照后迅速启动清算程序。

217.虽然这种方法具有法律确定性的优势，但建议仍要进行一些改进。重要的是，立法应允许当局在决定吊销银行牌照后，在必要时允许银行在短期内继续经营，以促进转移的执行（见第6章清算工具D节第2小节）。此外，吊销牌照触发迅速启动清算程序的一个潜在缺点是，在某些特殊情形下，即使银行牌照已被吊销，所涉实体的清算和解散也可能不必要或不符合比例原则。¹²³显然，这种特殊情形不适用于普通商业破产法狭义上的资不抵债或流动性差的实体，也不适用于因严重违法行为（如严重违反反洗钱或反恐融资要求或协助参与犯罪活动等行为）而被吊销牌照的实体，他们的解散可被认为是符合公共利益。

¹²² 例如，希腊、加纳、印度、日本、尼日利亚。在其中几个司法管辖区，吊销银行牌照是启动银行清算程序的若干条件之一。在某些司法管辖区（例如希腊、加纳），吊销银行牌照是启动银行清算程序的唯一条件。

¹²³ 例如，在某些情况，一个实体可能会违反监管条件，但仍有偿付能力并可作为持续经营的企业生存——尽管不再是一家银行。在这种情况下，清算和解散似乎是不合理的。法律框架可允许在不启动强制清算程序的情况下，以双方同意的方式交出该实体的银行牌照，但前提是该实体的形式和宗旨允许其改变业务活动，而且该实体能够将其存款负债组合和其他受监管活动迅速转移给另一家银行或自愿清算，并完全履行其对负债人的合同义务。

2. 吊销牌照和清算程序同时进行

218. 在某些司法管辖区，吊销牌照和清算程序不是作为存在先后的连续步骤而是作为平行程序，都以不同的法律依据为基础。在此情形下，吊销牌照的条件和清算程序的实质性触发条件可能完全相同，也可能存在差异，或彼此完全独立。例如，根据银行相关法律长期达不到审慎监管的指标要求是吊销牌照的一个条件，但在银行清算框架内却不是启动清算程序的条件。

219. 然而，将吊销牌照和启动清算分开的做法并不可取，这既是出于实质性条件考虑，也是为了法律框架的协调统一。相反，建议将启动清算程序的法定条件与具体司法管辖区吊销牌照的现有条件统一起来。理想情形下，吊销牌照应是启动清算程序的充分条件。或各司法管辖区应确保监管、处置和清算框架在不同法规中规定的条件相一致。

220. 即使吊销牌照与启动清算程序采用相同的条件，也必须对每个程序分别开展评估是否符合这些条件，并可由不同的决策主体进行评估。如将吊销牌照的决策权交给银行监管机构，而将启动清算程序的决策权赋予清算当局（可能是清算委员会或法院）。在此情形下，清算框架的设计应与行政机关或法院的职能相一致。尽量减少评估不一致和“悬而未决”¹²⁴的情形。

221. 在以法院为主导的模式中，应注意法院在评估银行当局因为银行无法生存而申请启动银行清算程序方面的作用。为避免出现悬而未决的情形，首选方案是在法律框架中将吊销银行牌照作为清算的独立条件。如果情形并非如此，可引入程序性保障措施，要求法院专注于法律和程序问题，同时在复杂的技术问题和公共利益问题上遵从银行当局的意见（见建议 5）。法律框架应解决如何避免法院在偏离银行当局技术评估意见的情况下陷入困境的问题。

¹²⁴ 在这种情况下，“悬而未决”指的是一家银行没有进入破产程序，因此尽管被银行当局认定为无法生存，但仍继续在金融市场上运营的情形。

3. 启动清算程序对吊销牌照的影响

222. 如果一个司法管辖区的法律框架允许清算程序独立于甚至先于吊销执照的监督决定而启动，那么后者应是前者的必然结果之一。因此，吊销执照应在清算程序启动后不久进行。在某些特殊情况下，可允许在清算程序开启后的一段有限时间内进行特定的受监管活动（如维持存款¹²⁵和进行支付交易），只要这被认为是进行高效清算和/或完成有效转移所必需的（见第六章清算工具 D 节第 2 小节）。各司法管辖区可制定协调规则，使清算当局能够就该问题上与银行监管机构合作。

D. 与触发处置条件之间的衔接

223. 在某些实行双轨制的司法管辖区，对处置和清算采用不同的触发机制。然而，出于法律确定性和经济合理性的原因，该框架应防止出现根据处置框架标准认定一家银行无法生存，但又不符合启动清算程序的财务条件这种悬而未决的情况。¹²⁶因此，如果一个司法管辖区通过处置机制或清算方式让倒闭银行有序退出市场，法律框架应确保在确定银行无法生存（或吊销银行牌照）时必须使用其中的一种制度。如果无法生存银行不进行处置，必须迅速进入清算程序。为此，将启动银行清算程序的财务条件与处置中无法生存的标准统一起来是有益的。实现这种统一有不同的方法。例如，清算框架可参照触发处置的无法生存标准，或以与处置触发因素相同的方式拟订启动银行清算程序的条件；或采用与处置条件一致但表述不同的方式。在任何情形下，处置当局决定对无法生存的银行不进行处置，应是启动清算程序的充分条件，而处置银行的决定则应排除清算，除涉及剩余实体（如有）。

224. 倒闭银行的处置涉及部分资产负债转移后对剩余实体进行清算的策略。这种情形下应根据现有的银行生存能力的评估来对剩余实体进

¹²⁵ 具体而言，牌照的临时续期可使银行继续为现有存款提供服务。在此期间，银行通常无法接受新存款。

¹²⁶ 欧盟在 ABLV 银行案（2018 年）中就出现过此类情形。

行清算，而无需评估其他条件。¹²⁷但是，这不应影响当局的灵活性，即在短期内使银行的剩余部分处于清算之外，以便继续履行所转移的关键职能，同时也要考虑到这种延迟对其余债权人的影响。

主要考虑因素和建议 41-44

立法条文的目的

立法规定启动银行清算程序条件的目的是及时采取行动，帮助实现银行清算目标。

主要考虑因素

一般而言，启动银行清算程序的条件应反映银行的特殊性，包括其资产和负债之间的期限错配、其资产的不透明性以及银行面临流动性问题的特殊风险。考虑到这些特殊性以及及时干预以实现银行清算目标的需要，启动银行清算程序的条件不应局限于或过分依赖于传统的破产条件，而应包括前瞻性的内容。

法律框架的设计应最大限度地减少不确定情形的风险，在这种情形下，银行尽管已被银行当局认定为无法生存，但仍继续在金融市场上运营。在实行双轨制的司法管辖区，清算程序应在处置当局决定针对一家无法生存的银行不采取处置行动或采取处置行动后将银行的某些部分清算后启动。

为确保程序的一致性，吊销牌照可作为启动银行清算程序的触发因素，反之，也可作为此类程序的结果。

如果吊销牌照是启动银行清算程序的一个条件，或是启动银行清算程序的一个结果，立法应允许在短期内作出决定酌情推迟吊销牌照，以便保障高效清算和/或为启动此类程序后实施转移策略提供必要的时间。

建议

¹²⁷ 如在意大利，在银行处置框架下进行部分转移后，剩余实体应进入强制行政清算程序。在某些司法管辖区，剩余实体的清算受不同的法律框架管辖。

41.法律框架应明确规定启动银行清算程序的条件，为有关决策者提供有意义的指导，以利于法律的确定性和问责制。制定这些条件时应为评估每个案件的具体情况留出余地。

42.除了资产负债表破产和停止支付等传统破产条件外，启动银行清算程序的条件还应包括前瞻性要素，而不仅仅是证明银行满足退出市场的财务条件。根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，无法生存这一概念应被视为一项指导原则。

43.法律框架中有关吊销银行牌照规定应与启动银行清算程序的条件应相一致，并应明确规定这两类程序之间的实质性和程序性关系。

44.在实行双轨制的司法管辖区，启动银行清算程序的条件与处置的无法生存条件统一起来。法律框架应使处置中银行的剩余实体能够顺利清算，而无需额外的条件。

第六章 清算工具

A. 引言

225. 本章就法律框架中应包括的工具和权力提供指导，以便对未被处置的银行，或对处置后仍有剩余部分的银行，进行有序清算。本章结构如下：

B 节讨论了传统的企业破产策略，并解释了银行清算框架为何需要更多工具。本章的重点是向私人收购方出售倒闭银行的资产和负债，¹²⁸在本指南中称为“以持续经营的方式出售”。E 节还涉及其他转移型工具，但不建议在清算单家非系统性银行时使用。

C 节讨论了转移型工具在银行清算管理框架中的作用、清算人选择最合适工具的裁量权以及一般法律前提条件。

D 节讨论了成功实施以持续经营的方式出售的准备行动、相关授权条款以及对债权人的保障措施。

F 节侧重于银行整体或其剩余部分的逐项清算，阐明对普通企业破产法进行调整是可取的。

G 节讨论了力求保全清算财产和确保业务连续性的规则。

H 节讨论了临时结算账户资金的处理问题。

I 节阐述了在银行清算程序中如何处理金融合约。

B. 传统破产工具，以及银行对转移型工具的需求

226. 根据普通企业破产法进行的清算通常意味着逐项清算。但这会要求破产企业立即、完全停止业务并终止其所有客户关系，再进行资产清算。清算时间通常较长，且资产的清算价格往往显著低于其账面原值。

227. 在许多情形下，破产法还可允许清算人将同类型资产打包出售。例如，不动产和存货等实物资产，或应收账款等金融债权，都可此种形

¹²⁸ 本立法指南中所指的“资产和负债”包括倒闭银行的所有权利或义务。

式出售；与经营有关的资产和合同，通常也可此种形式出售，这些资产和合同可通过诸如破产企业的分支机构或业务单位自主运作。这种“预先打包”和集体出售资产的做法有其优点：同类型资产组合的风险往往比单个资产的风险更容易评估，从而更易于出售和定价。此外，诸如分支机构或业务条线等“正常运营”的资产组合，可即刻启用，避免价值损毁，能使债权人受益，同时保持生产能力并稳住就业，有益于经济环境。

228.这种资产打包出售有别于破产企业重整。破产企业重整的重点在于债务重组而非资产处置，旨在恢复其财务状况并使其能作为一个法律实体继续存在。同以下两种情形作区分：（i）将破产的法律实体本身出售给新股东；（ii）在不中断其经营活动和业务关系的情形下，将整体或部分业务以持续经营的方式转移出售。第二种情形要求转移的业务包含资产和负债。普通企业破产法虽能实现这种可能性，¹²⁹但按惯例更倾向于将破产企业的资产和负债分别处理。

229.因此，普通企业破产法及传统惯例，要求分别处理资产变现和负债清偿，并且还区分破产前的负债和破产后的负债。这种区分符合打包出售程序的逻辑，其目的是有序满足债权人的要求（或在企业财务重组的情形下重新调整其债权），以防止不协调的法律行为可能导致的价值损失和收益的不公平分配。

230.对于银行而言，有必要设立一套特殊制度，因为正是其负债端，特别是存款基础，才是将一个实体定义为“银行”的依据。银行清算中出现的主要实质问题，是保留银行全部业务或部分业务的可能性，这样做能更好地实现清算目标。通过将银行的部分资产和负债转移，实现银行业务的连续性，对剩余部分进行逐项清算，最后解散法律实体。银行的客户资源通常会被收购方溢价估值。通过全面转移破产银行现有的存款

¹²⁹ 根据某些司法管辖区的现代企业破产框架，在清算中以持续经营的方式出售是可能的。例如，在荷兰，“预包装”程序是一种国家惯例，可在宣布破产之前准备出售企业的全部或部分资产，以增加债权人获得全额偿付的机会。出售准备工作由破产管辖法院任命的“预破产管理人”和“预监督法官”负责。一旦宣布破产，可迅速转移企业的全部或部分业务。“预包装”销售应能可防止大多数企业在清算程序开始后遭受价值损失。

账户及其部分或全部资产，以保留客户关系，可能会提升价值。银行清算框架应能促进和促成这种转移。

231.在逐项清算中，漫长的资产变现过程对银行的影响巨大。逐项清算的某些缺点将在银行业中尤为突出。银行单个资产的价值很难在二级市场上变现，而清算人在没有持续的信贷业务，也没有为这些资产提供服务所需的专业知识和组织能力的情形下，清算贷款重组可能会特别困难，成本也会特别高，该过程有可能进一步损耗处置财产的价值并增加管理费用。更通俗地说，银行存款与贷款之间密切的业务联系所带来的好处将丧失。如果银行不再为维持客户关系而提供服务，即使是优质资产也会迅速贬值。因此，在这种情形下，资产和负债的合并处置至关重要。与逐项清算相比，将倒闭银行的一揽子资产和负债作为一个经营单元予以保留，可避免前述影响，通常更有利于实现价值保全和价值最大化的核心目标（见第一章导言 H 节）。

232.此外，可能有理由保留与资产无关的存款人基本信息。与普通企业不同，银行的负债端只要仍是持续经营的一部分，就很有价值。转移可通过实现以下价值挽救特许经营价值：（i）随时可用的分支机构网络以及客户存款人基本信息对潜在收购人的经济价值；（ii）银行从负债业务中获得、在信贷业务中使用的客户信息，即银行通过与客户的长期关系、为客户提供服务和观察客户现金流而获得的信息。

233.出于这些考虑，有理由在银行清算框架中引入一种工具，让倒闭银行能够通过该工具迅速将其全部或部分业务转移给财务稳健且合适的私人收购方继续经营。¹³⁰在本指南中，该工具被称为“以持续经营的方式出售”。使用该工具需要将包括存款在内的特定负债从倒闭银行的其他负债中剥离出来，以便将这些负债与特定资产一并转移给收购方。

234.银行处置框架包括处置当局有权将倒闭银行的全部或部分资产

¹³⁰ 转移后，银行剩余部分将被清算，该过程以法律实体的解散而结束。

负债转移给第三方。¹³¹如果为确保价值最大化和保护存款人而将银行以持续经营的方式出售是合理的，那么无论倒闭银行是否具有系统性，这种出售都是有益的。如果一家小型银行倒闭，导致非受保存款人和其他交易者（例如，依赖透支信贷额度的家庭和企业）遭受损失，会降低人们对银行体系的信心，并导致连锁反应。只要转移型处置计划能保护存款人的存款、账户和支付便利不受干扰，就能实现银行清算的公共政策目标（见第一章导言 H 节）。

235.参与本指南调查的大多数司法管辖区都承认，其银行清算框架允许转移资产和负债。有些司法管辖区还规定，可使用过桥银行临时接管倒闭银行的部分业务（见下文 E 节）。各司法管辖区可能使用不同的术语来描述其转移型工具，¹³²这看上去可能有不同，但实际上功能是相同的；或正好相反，即各司法管辖区对功能不同的程序使用了相同的术语。无论各司法管辖区的法律框架对现有工具和权力使用何种术语，本章建议中的任何内容都不应被解释为要求废除各司法管辖区法律框架中与本章所讨论的内容功能相同的现有工具和权力。

236.如果某司法管辖区法律框架当前只规定了逐项清算，建议进一步明文规定采用转移型工具，以确保其有明确的法律依据。同时，还应有条款确保其能够迅速有效实施。

237.关于转移时机的一个关键考虑因素是，存款保险机构需在多长时间内偿付受保存款。根据国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，该工作应尽快执行，尽量在 7 个工作日内完成。¹³³因此，资产和负债的转移应在存款保险机构向存款人偿付的最后期限前执行。否则，偿付将使第三方收购方失去价值的主要来源（即现有的存款人关系组合），从而破坏交易的商业利益。

¹³¹ 见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 3.2（vi）和 KA 3.3。

¹³² 例如，美国的“收购承接交易”；欧盟处置框架中的“业务出售工具”。

¹³³ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 15。

C.转移型工具的性质和适用性

1.转移型工具的类型

238.包含转移型工具的银行倒闭管理制度，其交易类型范围和适用条件各不相同。这里所设想的以持续经营的方式出售可通过向收购方直接转移资产和负债来实现。清算当局也可先将银行某些不需要牌照的业务部分转移给一个特殊目的载体（SPV），以便在不久之后将该机构的股份转移给收购方。¹³⁴在某些情况下，以持续经营的方式出售可能涉及倒闭银行下属有生存能力的子公司股份的转移（这些股份是后者的资产）。

239.以转移 SPV 或有生存能力的子公司股份作为以持续经营的方式出售的一种方式，应与涉及强制将倒闭银行的股份出售给收购方的“股份交易”区分开来。以持续经营的方式出售与股份交易的本质区别在于，前者保留了倒闭银行的某些业务，但不保留其法律实体，因为法律实体已被解散，而股份交易则保留了法律实体本身。股份交易更有可能成为一种处置工具（因此被纳入单轨制），但在双轨制中该工具可能无法在单独的清算程序中使用。有诸多原因导致股权交易不太可能在银行清算中发挥作用。股份交易可能会妨碍转移倒闭银行业务中不具吸引力的部分业务、隐性和或有负债，从而压低价格或增加转移交易的复杂性（例如，因为收购方可能要求某种形式的担保）。此外，如果转移使法律实体得以生存并持续经营，则可能不符合将清算定性为有序清算倒闭银行的法律规定。

240.以持续经营的方式出售和股份交易必须与另外两种转移工具区分开来，即把过桥银行或资产管理公司。下文 E 节对此进行了讨论。

2.银行倒闭管理制度程序中的工具

¹³⁴ 由于潜在成本与成本复杂性，特殊目的载体（SPV）作为破产工具在重整程序中运用远比在清算程序中更常见。

241.在双轨制中，将转移型工具作为清算框架的一部分，将确保银行在倒闭时未被视为具有“系统性”，当局有权转移银行具有特许经营价值的（部分）业务，尽管不涉及“关键”职能。这不会混淆处置和清算程序之间的界限，因为这两个程序在所追求的目标、适用的保障和限制、外部资金的可用性等方面仍然存在差异。在单轨制中，原则上适用单一的工具箱，区分处置和清算中的转移型工具没有意义。单轨制框架的设计参考了金融稳定理事会（FSB）《核心要素》。不过，指南中关于实施和执行转移策略的技术细节可能对实行单轨制的司法管辖区有所帮助。无论如何，关于清算剩余实体或保存破产财产的指南对单轨制和双轨制同样适用。

3. 选择工具的自由裁量权

242.为使有关当局能够实现银行清算目标，应提供以持续经营的方式出售和逐项清算两种方式。清算当局和/或清算人¹³⁵应能根据具体情况选择最合适的工具，且不得规定工具使用的优先序或默认选项。如果清算当局和/或清算人必须证明逐项清算不适合某个具体案例，就可能不愿意以持续经营的方式出售。虽然在选择工具方面的自由裁量权允许优化清算策略，但同时也应采取适当的保障措施（见下文D节第6小节）。

4. 法律规定和其他条件

243.在本指南中，财务因素以及有利的法律框架是成功使用转移型工具的前提。

244.财务考量、拟转移的负债与资产之间的差额以及估值的不确定性可能会导致在没有外部资金支持的情况下难以实施转移，该点在第七章资金中讨论过。可用资金的来源和限制会影响转移型工具策略的可行性和吸引力。

¹³⁵ 在采用行政模式的司法管辖区中，工具将由行政清算当局选择，而在主要以法院为基础的模式中，清算人可能会在工具选择中发挥作用（无论如何，银行当局将发挥强有力的作用）。

245.在未经第三方（包括债权人和股东）同意的情形下转移倒闭银行的资产和/或负债，不能在法律上存在任何障碍，并且不应要求将转移事宜单独通知债权人。在为实现公共政策目标所必须时应消除此类转移的法律障碍，并在可能的情况下加快与转移有关的任何授权（见下文 D 节第 8 小节）。此外，法律框架应确保转移是最终的和不可逆转的，除非对此行为另有规定（例如，如果规定某些资产或负债的转移生效时间推迟，或受制于单独的转移措施或合同，或与收购方商定某些资产或负债可回转）。¹³⁶

246.法律框架还需解决倒闭银行在最终完成转移前继续开展业务活动的潜在需求，以避免合同和客户关系中断，并维护特许权价值。如果根据适用的框架，只能在启动银行清算程序后才能决定转移，或只能在银行进入清算程序后才能完成转移，那么就有必要根据完成交易的需要，规定债权人暂缓强制执行措施（见 G 节），或规定清算人有权在完成转移所需的短暂时间内，继续开展银行业务。一般而言，业务连续性原则要求正式宣布破产不应自动导致所有先前存在的法律关系因法律实施而终止（见 G 节）。

247.从程序的角度来看，该框架应明确规定：（i）决定采用转移工具的时间（即，必须在清算正式开始前或在清算过程中作出决定，即使转移将在随后执行）；以及（ii）对该决定及其执行的责任进行分配。

建议 45-48

立法条文的目的

银行清算程序中使用转移型工具，其目的是以承认银行特殊性并力求实现银行清算目标的方式促进倒闭银行有序退出市场。

建议

¹³⁶ 见第二章制度安排和建议 6。

45.法律框架不应规定工具的使用顺位，清算当局和/或清算人应具有根据银行清算的目标和具体情形酌情选择最合适的清算工具的自由裁量权。

46.法律框架应赋予清算当局和/或清算人明确的权力，将倒闭银行的全部或部分资产和负债转移给可行的收购方，而无需单独通知第三方或征得第三方的同意。

47.关于转移权力的规定应包括确保能够迅速且有效执行转移的规定。特别地，法律框架应确保转移策略能够在清算程序启动后非常紧迫的时间内迅速实施，以确保银行运营和交易的连续性以及不间断地获得存款。

48.法律框架应确保转移结果的法律确定性和不可逆转性（终局性），除非对转移行为另有规定。

D.以持续经营的方式出售：程序和保障措施

1.一般方法和准备步骤

248.成功实施以持续经营的方式出售的策略，不仅取决于市场条件，还取决于有利的、技术上可行的法律框架。要使该策略成为有效的清算方式，在设计法律框架和适用的保障措施时，需要考虑到一些法律和交易因素。¹³⁷

249.如果普通企业破产法不能引申出对相应权力的规定（如适用），法律框架至少应规定，以命令或直接实施以持续经营的方式出售，而无需单独通知第三方或获得第三方的同意或批准的权力（见建议46）。

250.部分司法管辖区可能选择不在于其法律框架中引入更多的实质性

¹³⁷ 更多详情可参阅国际存款保险机构协会（IADI）的《收购承接》调研报告（2019）；David C. Parker, 《关闭一家破产银行》，国际货币基金组织（IMF）（2011年），特别是第5章。美国的收购与承接交易实践可能更为悠久。也可参考《联邦存款保险公司处置手册》（2014年）或《危机与应对：联邦存款保险公司历史，2008-2013年》（2017年）第六章银行处置与接管。

或程序性细节，而只是赋予清算当局和/或清算人广泛的自由裁量权，以便在遵守保障措施的前提下设计和执行清算策略。但为确保转移快速且有效，可能还需进一步的规定。例如，在不影响监管评估强度的情况下，加快从审慎和治理的角度对收购进行评估的进程。如果完成转移还需要其他授权，那么可能还需要有关于清算人与相关当局合作的规定（见下文 D 节第 8 小节和第四章准备与合作）。如果司法管辖区缺乏完善的转移实践，或过去的实践已被证明有问题，又或是保障措施可能以不可预测和追溯的方式适用，那么为了提高法律确定性，应进一步制定细则。

251.本章并未规定应将规范转移程序的规则纳入司法管辖区何种级别的法律框架以及应采取的形式。一些司法管辖区可能会选择将转移程序纳入主要法律（法定条款），另一些司法管辖区则可能倾向于使用法律条文规定一般权力和保障措施，而将更多细节留待低阶法案或监管规则甚至是实务手册的规定。

252.如何做出明文规定，必须考虑到整个银行倒闭管理制度的特点，可能需要进行转移的市场结构，以及适用的保障措施，以便在当局的行动自主权和问责制之间取得平衡。

253.转移策略的成功取决于银行当局、清算当局和/或负责准备的清算人所掌握信息的数量和准确性，是否存在合适且有意向的潜在收购人，转移范围的界定，以及出售过程的充分性，因此，必须做好清算前准备并制定应急计划（另见第四章准备与合作）。一般而言，成功与否取决于更广泛的法律和运作环境，其中应包括有效的法律和司法框架、健全的金融安全网，以及清算当局和清算人在必要时可获得适当的专业支持（见第一章导言 F 节）。

2. 转移、牌照和资金的情形

254.法律框架应赋予清算当局或清算人自由裁量权和灵活性，以确定拟转移资产和负债（转移范围），包括通过与潜在收购人谈判，从而

实现破产财产价值最大化和其他清算目标。法律框架应允许而不应妨碍以下任何选择：（i）银行业务（即倒闭银行的所有资产和负债）的整体转移；（ii）分拆和转移银行业务中可存续的部分，包括存款、流动资产和履约资产，留下其他资产和负债，包括或有负债；（iii）转移银行存款（无论仅是受保存款还是包括其他存款）和流动资产；以及（iv）向潜在收购人出售或转移资产，并由其承接负债，与银行存款或主要业务分离（包括通过证券化）。法律框架还应允许可转移特定的分支机构或单位。¹³⁸在任何情况下，转移通常不包括某些资产（如非法贷款、支付优先债权所必需的资产）或债务（如雇员福利、贷款损失准备、税务负债、递延收益准备金账户）。¹³⁹法律框架表明，收购人只能收购转移措施中规定的资产和负债，可包括一项反对转移或有负债的推定，或至少不应包括一项赞成转移或有负债的推定，因为这可能会影响潜在的收购人。清算当局和清算人还应有权缔结一项以上的转移措施。清算当局和清算人在确定转移范围方面的自由裁量权受到转移有关金融合约（适用“禁止挑选”规则，见建议 66（d）和以抵押品作担保的负债（原则上应一并转移或留下，见建议 53）的限制。

255.以持续经营的方式出售不应受到关于牌照规定的阻碍。为监管当局提供一定的灵活性，例如在短期内推迟吊销正在被清算银行的牌照决定的效力，同时对其监管要求给予必要的豁免，可促进持续经营的转移，并确保存款和支付服务的连续性。不过，这种推迟和豁免即使时间很短，也应被视为例外情况，并应有明确的时限（见第五章启动银行清算程序的条件 C 节）。

256.为便于实施包括受保存款在内的转移，司法管辖区可规定使用存款保险基金支持相关交易，但必须遵守一定的限制和条件（见第七章资金）。在这种情形下，授权条款最好不要规定或限制出资的形式（例如，仅限于现金支付），总体是应允许存款保险机构负责设计符合其权

¹³⁸ 与企业破产程序相比，收购方不太可能对固定资产和基础设施感兴趣。

¹³⁹ 国际存款保险机构协会（IADI）《收购承接》调研报告（2019），第 22 页。

力和能力的资金安排，包括订立更复杂的资金安排，如损失分担或风险分担协议，或为转移资产的价值提供担保。

3. 非银行收购方

257. 以持续经营的方式出售时，有必要确定潜在的收购者并最终选定收购者。为此，清算当局和/或清算人应有权酌情聘请市场调研员或其他专业私营实体的服务，并严格遵守保密要求。充分的准备工作可促进该过程（见第四章准备与合作）。

258. 司法管辖区必须决定潜在收购人是否应仅限于银行（现存银行或专门组建的过桥银行，见第 E 节），或也可扩大到其他实体，如非银行金融机构（NBFIs）和非金融公司。

259. 如果转移范围涉及存款，收购方应是一家持牌银行，能够从转移生效之时起合法开展存款业务。从法律上讲，一些司法管辖区可能有经特定事先审批程序的“分类”牌照，¹⁴⁰但在绝大多数司法管辖区并不现实。

260. 同样，如果转移仅限于须符合特定牌照要求的资产，则潜在收购人（包括非银行金融机构）在竞标时应已拥有所要求的牌照。如果司法管辖区允许尚不具备所需牌照的实体参与竞标过程，则应评估牌照发放程序是否在出售的时间限制之内，以及牌照要求背后的关切是否可通过其他方式得到保障。这些方式可包括适当的审查程序和/或为特殊目的载体（SPV）专门颁发牌照以作为管理、服务和执行资产的渠道。

4. 向潜在收购人披露信息、尽职调查和竞标程序

261. 为能够以持续经营的方式出售，法律框架应允许或至少不妨碍银行当局和/或（预）清算人在启动清算程序之前采取行动“推销”银行（见

¹⁴⁰ 美国联邦存款保险公司（FDIC）《危机与应对：联邦存款保险公司历史，2008-2013 年》（2017 年），第 198 页。

第四章准备与合作），应允许向潜在收购人披露倒闭银行独有的信息。为此，法律框架可考虑规定一项义务，即面临即将无法生存前景的银行有义务向潜在收购人披露专有信息，或在银行当局、清算当局和/或（预）清算人（视情况而定）要求的情况下允许其获取此类信息。相关规定要求将保密信息的披露保持在必要的最低限度，潜在收购人应严格遵守保密要求。特别规则可能适用于机构保护计划，在这种情况下，参与投标过程的各方和机密信息的披露都可能受到限制。

262.应允许潜在收购人在适当的时间限制内进行尽职调查。尽职调查程序能使潜在收购人在转移范围内评估银行的状况，和/或资产和负债组合的质量和在经济价值。在清算前，当局应有权要求倒闭银行建立必要的设施，如建立虚拟数据室等，使潜在收购人能够获得银行的详细信息。如果因为时间受限，潜在的收购方无法进行充分的尽职调查，或数据的可用性或质量不佳，那么应该可向潜在收购者提供适当的保证，以防被转移业务的质量低于预期，或出现某些不可预见的风险。为此，可能需要外部应急资金，例如对未来潜在损失的担保（见第七章资金）。此外，法律框架应允许相关主管部门在评估收购方对违反法律或监管规定的行为应承担的责任时，考虑到信息的可获得性和时间限制。¹⁴¹在任何情况下，收购方均不应对其收购银行资产与负债之前发生的违约行为承担责任。

263.法律框架应保证清算当局和/或清算人能够以公平和非歧视的方式设计竞标程序，并允许以商业条款进行转移，同时始终考虑到当前的市场条件和保密要求。

264.必须以客观标准为基础选择中标者。¹⁴²司法管辖区应在次级工具、政策文件或启动出售程序的决定等方面制定此类标准，并将其纳入招标文件（招标邀请书）。根据具体情况，公开招标程序可能不切实际、

¹⁴¹ 例如，违法行为可能源于内部程序不完善，或从倒闭银行“承接”的不完整或不准确数据。

¹⁴² 美国联邦存款保险公司（FDIC）《银行处置与接管》，第 208-209 和 215 页。

效率低下、负担过重或可能导致市场信心丧失。因此，法律框架不应排除公开招标程序，即只邀请一组选定的潜在收购人参加，甚至直接征集特定银行的意向，只要以这种方式进行的决定有适当理由，且该程序在所选定的组内是公平的。

5. 估值

265. 银行倒闭管理中，相关当局通常会在外部专家顾问的支持下，使用估值模型估算银行资产和负债的价值。在银行处置框架中，估值是一项关键要求，为启动处置、选择处置工具及其应用决策提供信息。

266. 考虑到关键决策是在没有债权人参与的情况下通过的，银行清算中类似的实践有助于为当局的决策过程提供信息，以利于良好治理，亦有助于支持清算工具的选择。在以持续经营的方式出售的情形下，它还可作为估计可能出现的资金缺口提供依据，为确定价格和评估潜在收购人的出价提供信息，以及确定债权人是否会受到公平对待。最后一个方面在跨境案件中可能更加重要，因为在不公平对待债权人的情况下可能会导致被拒绝合作（见第十章跨境层面）。

267. 估值应被视为实现清算目标的工具。因此，法律框架应允许在转移过程中有必要时进行估值。估值原则上应由独立专家进行。清算当局在参考现有国际相关指引前提下，应规定估值标准和程序。¹⁴³

268. 同时，关于估值过程的规定不应过于规范或妨碍采取迅速有效的行动，而应允许一定的灵活性和合理的前瞻性。包括估值在内的事前准备，往往是在时间有限的情形下进行的。如果由于无法由独立专家进

¹⁴³ 例如，见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第 2 部分，第 2 章（第 66 至 69 段，关于担保资产估值的部分），其中承认使用启动前估值的可能性、启动后不久估值对于编制债务人净资产状况的相关性，以及具体就担保资产而言，确定向有担保债权人提供多少金额作为对担保资产在程序期间可能贬值的救济；以及确定债权有担保部分的金额。联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》还承认，由中立、独立的专业人员对资产进行估值（特别是在不动产和专门财产的情形下）可作为一种程序性保护，以确保破产程序中资产的出售是公平的（见第 82 段）。

行全面估值，法律框架应提供保障措施。例如，可允许临时估值，不涉及每项资产（而是依靠统计抽样），或由相关银行当局而不是外部专家进行估值。在任何情形下，通过竞标程序获得的价格都应高于估价，除非因选择参与方和确定中标的标准（见第 264 段）导致出售和转移过程并未在公平和竞争的条件下进行。

6. 保障措施：债权人待遇

269. 尽管清算当局和/或清算人有在以持续经营的方式出售和逐项清算之间进行选择的自由裁量权，但转移工具同时也应有适当的保障措施。特别是，只有以持续经营的方式出售能使债权人整体受益或加强了对存款人保护，而且任何债权人获得的收益都不少于其在倒闭银行逐项清算情形下获得的收益时，才可被选择。为确保符合该条件，以持续经营的方式出售和对可能的剩余实体进行清算所实现的净值，应超过（根据上述第 5 小节的估值）对整体破产财产逐项清算的预计净收益。

270. 以持续经营的方式出售如运作良好，往往会提高（资产）价值，使清算当局和/或清算人能够证明该程序有利于倒闭银行的债权人，且无论如何，转移工具的选择不涉及各等级债权人之间的财产转移。然而，该考虑不应影响清算当局和清算人的责任标准，该标准应平衡保护倒闭银行债权人的权利与促进清算当局和清算人迅速采取行动（见第三章程序与操作 D 节第 5 小节）。

271. 部分转移资产和负债可能会与债权人平等待遇的原则相悖，因为一些债权人的债权，包括银行或有负债产生的债权，可能会留在剩余实体中，而其他同等顺位的债权则转移给一个优质收购人。只有当转移能为全体债权人利益最大化，或达到保护存款人的目的，同时没有债权人获得的收益比其预期从整体破产财产的逐项清算中获得的收益低，而在财务上处于不利地位时，才允许在清算中偏离同类债权人同等受偿原则。如果由于这种部分转移，使债权人的境况好于他们在整体破产财产的逐项清算中的境况，那么，只要没有债权人比清算情形更糟，该交易

就应被视为全体债权人整体利益实现了价值最大化。¹⁴⁴

272. 债权人待遇，以及该保障措施的实际运作，在很大程度上取决于各司法管辖区存款人的顺位。在其他条件相同的情况下，一般存款人优先得到的偿付，将降低非存款无担保债权人可能获得的赔偿，同时有利于将全部存款基础转移给潜在收购人（见第八章债权人顺位）。

7. 转移和关联方

273. 转移关联方债务会带来风险，因为这种转移可能会导致银行倒闭责任人从倒闭管理过程中受益的风险。因此，法律框架应禁止将关联方债务纳入银行业务转移范围，或允许清算当局或清算人将其排除在转移之外。任何此类限制都应和债权人顺位保持一致，这些规定通常将关联方存款排除在优待之外，并在某些情形下考虑将关联方债权置于次级顺位（见第八章债权人顺位 D 节第 4 小节）。

274. 此外，对关联方收购银行业务或在逐项清算时收购破产财产中的资产也应加以限制。法律框架应使清算当局和/或清算人能够在串通风险过高的情况下将关联方排除在收购人之外，或对可能向关联方转移资产和负债的行为进行严格审查，包括通过独立估值和披露业务关联等方式。

8. 执行方面

275. 除了赋予清算当局和/或清算人一般转移权之外，各司法管辖区还需要考虑执行转移的行为（或多项行为）的法律性质。这关系到转移在国内的有效性及其跨境承认（见第十章跨境层面）。一般而言，转移可通过行政行为和/或法院裁决或命令进行，法院裁决或命令可授权或直接执行转移，通常附有收购方与倒闭银行（由清算当局或清算人代表）之间的转移合同，合同执行转移或确定其具体条件。法律框架应明确转

¹⁴⁴ 这同样适用于银行处置程序，见金融稳定理事会《银行业核心要素评估方法》，KA5.1 的解释性说明。

移的法律性质和后果，特别是包括能够在其中规定的时间内实现批量的资产转移和债务承担，而无需对每个项目分别采取转移措施（见第 278 段）。转移条件应在与收购方签订的合同中明确规定。法律框架还应明确规定可对哪些行为提出异议，以及向哪些法院提出异议，如行政法院、民事法院或商事法院。这不应影响对转移不可逆转性的考虑（见上文 C 节第 4 小节）。

276.各司法管辖区还应考虑转移生效的实际条件，这并不一定要求立法赋予清算当局和清算人明确的权力。只要转移倒闭银行资产和负债的一般权力框架足够宽泛，转移的有效性可能主要取决于事先确定过程中可能出现的法律问题。银行当局应提前为处理这些存在潜在障碍的转移合同或文书制定合适的模型或模板。在制定此类转移模板时，当局可借鉴涉及业务转移的公平交易公司交易经验，以确保合理、明确分配风险。例如，可列入交易生效的先决条件（**conditions precedent**）涵盖清算人的有效指定和代表权、（如收购方董事会的）所有必要授权或批准、收购方持有许可证等事项。同时可使用赔偿金以保护收购方免于承担责任或索赔。为使清算适应每种情况的具体特点，应授权有关当局与潜在收购方谈判出售的确切条件，包括转移范围、风险分配和生效时间。

277.各司法管辖区需要事先评估其法律规定是否阻碍整个银行业务、具体资产或权利的转移。如果阻碍来自事先行政审批的需要，例如根据竞争法或并购制度，或适用于外国存款保险的制度，法律框架应在必要时简化相关程序以实现公共政策清算目标。授权程序可能与特定资产有关，例如，税收资产可能需要由税务机关确认。在这种情况下，可能需要做出适当的合作安排。如果转移特定资产的阻碍来自私法，法律框架应尽量减少手续。例如，可考虑转移所需的许可、批准和同意，并排除可能适用于某些资产转移的公证要求（清算当局的干预将取代这些要求）。应在可能的情况下排除基于合同或法律的优先购买某些资产的权利。

278.法律框架应认可资产与负债的批量转移，从而避免对单项资产实施特定转移程序。为此，法律框架可借鉴企业转移中普遍承认的概括继受形式，如合并。对于不动产、证券或设有担保权益的债权等需经登记且所有权变更需履行特定要式行为的资产，法律框架应授权清算人单方快速实施此类行为（必要时可要求受让方出具确认函），并相应调整登记规则中可能阻碍转移的期限或形式要求。若转移涉及担保债务，转移无需征得担保债权人同意，但法律框架应通过规定担保财产随同担保债务一并转移等方式保障其权益。在有序清算所需且合同相对方权益已获充分保障的情况下，法律框架可设置例外条款。充分保障措施包括但不限于替代担保安排、签订信用支持协议或向相对方提供经济补偿等。¹⁴⁵为避免基于隐私（如涉及前员工的资料）或保密（如未转移业务的记录）考量对银行记录转移造成限制，转移措施应确保符合相关要求。无论如何，法律框架应允许转移附条件延期生效，或通过多次转移行为完成——具体条件可由清算当局在转移文件中载明。

279.在继续经营活动、承担债务或变更合同方面可能会出现具体的问题。如果转移的目的是提供某些金融服务，清算当局应该能够要求收购人承诺在一般银行活动或在特定领域或业务范围内继续开展银行业务。员工也可能是相关的考虑因素，包括与非银行特有的考虑因素（如养老金或医疗保健计划）或银行特有的因素（保留履行特定职能的员工，或对倒闭银行员工违反监管义务的责任分配）。这些考虑因素不影响银行清算中有关合同连续性的规则（见 G 节）。

280.应特别注意存款的转移和收购人对被转移存款人的义务。例如，司法管辖区可能会考虑转移后的应计利息和适用利率、收购人在支付服务和订单方面的义务，或原始存款合同或相关协议产生的其他服务义务的变更等事项。除了由存款保险机构通知存款人外，如果法律框架或转移令中尚未规定收购人还要告知被转移的存款人有关转移及其索偿存款的权利，那么应在转移合同中明确规定。在核实存款人的索偿要求方面

¹⁴⁵ 见金融稳定理事会《银行业评估方法核心要素》，EN3（n）。

需要制定特殊规则（见 F 节）。

281.法律框架应保护收购方免于承担与转移中未包括的任何项目有关的实际或可能的索赔责任。

282.这些方面大多可在低阶法案、监管规则、实务手册和模板中阐明，而无需在主要法律文本中作出具体规定。不过，各司法管辖区应适当考虑这些技术方面的问题，并酌情调整或解释其法律框架。

E.其他转移型工具：过桥银行和资产管理公司

283.转移策略的其他方式是将资产和负债转移给过桥银行或资产管理公司。这两种方式都必须区别于使用 SPV 作为以持续经营的方式出售的手段（见上文 C 节第 1 小节）。过桥银行是由公共机构专门设立的持牌银行，目的是在向私人收购方转移资产无法立即实现或无法保值的情形下，接管并持续经营濒临倒闭或倒闭银行的全部或部分业务。过桥银行的所有权和运营暂时由公共部门控制，存款人可继续使用其存款，从而为银行继续经营提供了可能性，并在找到私人收购方之前保持特许经营的价值。在部分转移资产和负债的情形下，剩余（不良）部分（如不良资产和其他可疑类资产以及未转移的负债）将被留在倒闭银行中，等待清算。

284.资产管理公司是为接收和管理倒闭银行的资产组合（包括不良贷款和其他低质量资产）而设立的实体。根据法律框架以及经济和金融情况的不同，资产管理公司由公共部门或私营部门设立并控制，并仅限于管理一家银行或多家银行的资产（甚至是一国银行业）的不良资产。

285.根据具体情况，过桥银行和资产管理公司可有利于促成倒闭管理程序。尽管如此，这些机构的成立、所有权、治理、牌照、资金来源和运营成本的复杂性方面存在相当大的复杂性和缺点，使之通常不适合

用于单家非系统性银行的清算。¹⁴⁶

286.具体到过桥银行工具，包括过桥银行的资本化、运营资金和组织资源必须符合银行通常的审慎标准，这些直接成本和预期成本可能会成为阻碍。因此，过桥银行工具主要适用于单轨制下的银行清算。此外，在实践中，过桥银行工具的可行性取决于外部资金的可得性，以及在正常情况下通过适当准备控制成本的能力。¹⁴⁷然而，应注意的是，如果在清算程序中倒闭未对金融稳定性产生影响，提供公共资金支持是不合理的。

287.对资产管理公司则有不同的考虑，资产管理公司成立的目的是管理全系统范围内多个机构的不良资产。这些资产管理公司在组建、筹资和治理方面可能存在特殊性，其具体配置需要根据司法管辖区的实际情况进行调整。由于此类资产管理公司的基本原理与系统性危机管理直接相关，有别于单个银行倒闭，该事项不在本立法指南的范围内。

建议 49-53

立法条文的目的

当在银行清算框架中纳入以持续经营的方式出售（和其他转移型工具，如有）并为其提供保障措施的目的是：

- (a) 确保这些工具的迅速成功实施；
- (b) 确保在相关情形下尽可能取得最好的财务结果；

¹⁴⁶ 过桥银行和资产管理公司也涉及清算当局的费用。如果后者从破产财产中收回这些成本，这些工具可能无法改善债权人的财务结果。总体而言，复杂性和成本意味着过桥银行和资产管理公司倾向于被用于价值最大化以外的原因。

¹⁴⁷ 日本过去曾在限额保障计划下，利用预先设立的过桥银行处置中小银行。在针对系统重要性金融机构的有序处置措施框架下，不仅银行，控股公司、证券公司和保险公司也是处置措施的对象。日本存款保险公司（DICJ）提前设立了空壳公司，一旦系统重要性金融机构倒闭，这些过桥机构能够迅速获得必要的许可和牌照。至于中小型银行，根据修订后的《存款保险法》，“处置与回收公司”（RCC）是日本存款保险公司（DICJ）的子公司，系拥有银行牌照的行业级资产管理公司，可在银行破产时发挥过桥银行的作用。如此，现有的组织机构就可得到有效利用，从而在银行破产管理中降低使用过桥银行的成本。此外，过桥银行还可在银行破产后能接纳其员工。

(c) 确保银行资产和负债的顺利转移以最有利于实现银行的清算目标；

(d) 确保问责制和公平、无歧视地对待债权人。

建议

49. 司法管辖区应在考虑到原有惯例、市场条件和法律确定性需要等因素的情形下，选择规范转移过程的具体程度和规定性。

50. 法律框架应确保转移资产和负债的一般权力（见建议 46），能够按照公平、合理和有利于实现银行清算目标的条件，有效和坚决地转移资产和负债。法律框架尤其应：

(a) 促进转移程序与监管程序的协调，包括规定清算当局与银行监管机构（如两者不同）的效力、任何附带的监管豁免以及转移所需的监管审批要求方面进行合作；

(b) 使准备进行转移的当局在必要时进行或要求进行估值，以便决定转移方案的应用以及转移的相关条款和条件；

(c) 使准备进行转移的当局能够在严格保密的情形下与市场参与方进行沟通，以评估市场偏好和开展尽职调查；

(d) 使准备进行转移的当局或实体能够设计竞标程序和确定出售条件，以便以公平和商业上有效的方式执行转移；

(e) 使清算当局和/或清算人能够确定资产和负债的转移范围；

(f) 只要充分遵守了存款保险基金出资的所有条件和保障措施，在存款保险机构授权允许的情形下，存款保险基金资源可用于损失分担协议或以其他方式限制收购方与所转移资产和/或负债相关的风险敞口的协议；

(g) 不限制清算中的银行在获得相关当局事先批准的情形下，继续某些必要业务，支持以持续经营的方式出售时转移的业务；

(h) 便于根据明确客观的标准选择最佳报价；

(i) 明确规定转移措施的法律性质和效力，特别是能够在规定的时间内批量转移资产和承担负债，而无需对每个项目分别进行转移；

(j) 保护收购方免于承担与转移中未包括的任何项目有关的实际或

可能的索赔责任；

(k) 消除转移的任何潜在阻碍，包括在可行的情况下简化获得行政授权的程序，并尽量减少私法规定的手续；

(l) 使清算当局能够制定适当的转移做法，确定可能需要的法律和实际步骤，以确保成功转移银行业务的不同要素，并以低阶法案、实务手册或合同模板的形式解决可能出现的法律问题。

51.法律框架应确保转移遵守债权人顺位规则。只有在转移给某些债权人能提高整体债权人所获得的价值或确保对存款人的保护，且不会导致任何债权人或债权处于财务不利地位的情形下，这种转移才可被接受，并且与倒闭银行假定的整体逐项清算相比，不会对任何债权人或债权造成经济上的不利。

52.法律框架应考虑涉及关联方转移的保障措施，包括：

(a) 限制对关联方债务的转移；

(b) 限制关联方收购资产和负债。

当存在串通风险时，法律框架应使清算当局和/或清算人应有权不向关联方转移，或使向关联方的转移在估值和披露业务关联方面受到特定要求的限制。

53.法律框架应明确规定，在负债有抵押品担保的情况下，负债和相关抵押品必须一并转移或留下。如果出于有序清算的必要，而且该制度在其他方面为合同利益的相对人提供了充分的保护，则法律框架可规定免除该限制。例如替代抵押品、提供信贷支持协议或向交易对手提供经济补偿。

F.逐项清算

288.当以持续经营的方式出售不可行或不可取时，以及当转移不包括所有资产时，就有必要进行逐项清算，在这种情形下，剩余财产必须以这种方式进行清算。此外，对倒闭银行的全部资产进行假设性的逐项清算为当考虑或实施以持续经营的方式出售时提供了一个比较基准。

289.关于银行逐项清算的法律规定，原则上可在许多方面借鉴企业破产框架及其概念。不过，考虑到银行的特殊性，有必要做出一些调整，并使该过程尽可能高效和有效。

290.为确保逐项清算的有效性，法律框架应授权清算人识别倒闭银行的资产，采取必要措施保护和保全这些资产，为倒闭银行的债权人提出的索偿做出安排，核实破产银行的资产和负债。这些权力包括：通过商业上合理和负责任的方式收集资产或变现单个资产或资产包，从而使负债和资产变现。如果这些权力已列入普通企业破产法，则可能无需增订条文（如果普通企业破产法仅作银行特有的修改即可适用），或者只需（在专门的银行清算框架内）提及即可。法律框架应进一步确保：资产变现的净收益按照债权的优先次序和比例，分配给倒闭银行的债权人（见第八章债权人顺位）。

291.逐项清算的一个重要方面是，根据包括所有资产和负债在内的期初资产负债表，确定破产财产确切的财务状况。为此，清算人应尽快编制银行资产和财产清单。负债则应视为到期应付。在普通企业破产程序中，确认并执行不同债权人权利，是有效制度的标志。¹⁴⁸在银行清算中，确定债权有效性和优先权的程序应借鉴普通企业破产的要求并在法律框架中规定，不过可能需要做一些调整。例如，考虑到对银行记录保管的严格要求（以及国家民事诉讼制度承认银行的账簿记录为证据）和存款人的特殊性质，根据债权人提交的所述债权¹⁴⁹承认债权的制度可能过于繁琐。在确定债权人的债权时，最好允许清算人至少在银行存款方面以银行的记录为依据，除非对上述记录的可靠性存在怀疑（例如，存在金融犯罪或违规控制的迹象）。在有存款保险制度的司法管辖区，受保存款人应无需提交与存款保险覆盖金额相关的债权申报。然而，如果金融中介机构以自己的名义但代表投资者持有托管存款，而这些存款受存款保险和存款优先权的约束，则可能需要制定具体的规则。在这种情

¹⁴⁸联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》关键目标 8，第 13 段。关键目标 8 还包括关于排序的明确规则。这些规则在第八章债权人顺位中述及。

¹⁴⁹联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第二部分，第五节，第 2 段及其后各段。

形下，可要求代理人或保管人提供证据，证明其作为代理人持有存款、客户姓名以及每个客户的本金数额。此外，司法管辖区应考虑是否需要法律框架中作出具体规定，以处理债务人根据未列入银行记录的协议可能提出的索赔。

292.法律框架应允许清算人，在逐项清算的情形下向未受保存款人预付款项。这种做法尽量减少了对受影响的存款人的干扰，特别是在没有存款保险制度的司法管辖区。¹⁵⁰法律框架应规定，存款人有权从其账户中提取法定的或清算当局根据可用流动资金酌情决定的有限金额。理想情况下，为促进有序清算的任何筹资处置方案也应事先在法律框架中明确规定。

建议 54-56

54.法律框架应要求清算人根据银行资产估计的清算价值为银行编制资产负债表，以确定银行的财务状况。

55.法律框架应按照经适当调整后的普通企业破产规则确定债权的有效性和优先权的程序，以及规定资产清算的程序。特别是，在确定存款债权的有效性时，应允许清算人和清算当局推定银行的记录是准确的，除非对该记录的可靠性有疑问。此外，受保存款人应免于提交与受保存款有关的索赔要求，但需要对作为托管人持有存款的金融中介机构制定特别规则。

56.法律框架应有利于逐项清算的情形下向未受保存款人预付款项。如果银行清算程序不涉及存款转移，法律框架可赋予存款人在银行进入清算程序后迅速提取有限金额现金的权利。相关金额应在法律框架中明确规定，或由清算当局根据可用流动性确定。

清算人可将其认为可适当用于此目的的款项提供给存款人提取或支付给其他债权人，但所有情况类似的存款人或其他债权人应受到同等对

¹⁵⁰ 在设有存款保险制度的司法管辖区，法律框架应允许向非受保存款人预付款项。例如，如果只有受保存款人通过以持续经营的方式出售的方式转移，则需要通过预付款的方式尽量减少对非受保存款人的干扰。

待。

G.保护清算财产：中止执行、终止合同和撤销交易

293.破产财产的保全是有效和高效率的普通企业破产框架的一个关键目标。¹⁵¹稳定商业经营、确保其连续性和防止合同提前终止的必要性需要，对银行而言更为迫切。因此，银行清算的法律框架应（直接或参照）做出适当调整，并包含普通企业破产法中与保全破产财产和确保业务连续性的相关标准。

294.普通企业破产法通常寻求防止清算资产被无序执行。为此，法院可在申请启动破产程序和程序启动之间采取临时措施。在启动破产程序时，适用中止或暂停债权人的强制执行措施，包括暂缓扣押有担保债权人的抵押资产。¹⁵²

295.这些原则也应适用于银行清算。因此，银行清算法律框架可借鉴普通企业破产法中的有关规定，包括启动银行清算程序的自动中止执行的特别规定。在采用行政清算模式的司法管辖区，授权清算当局采取同等的临时措施。法律框架应明确规定适用于银行清算程序中止执行合同的范围、期限、限制和保障措施，这种一般性中止不应影响受具体规则约束的金融合约（见 I 节）。

296.普通企业破产法还包括合同终止的规则，在合同双方未充分履行义务（“待履行合同”）的情形下，该法允许当事人保留对其有利的合同条款而拒绝那些负担过重的合同。维持某些合同对于确保关键服务、系统和流程的业务连续性尤为重要。¹⁵³法律框架可规定任何合同都不会

¹⁵¹ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第一部分，关键目标 6，第 10 段；《世界银行原则》，C1。

¹⁵² 《世界银行原则》，C5.1, C5.2, C5.3；联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，B，建议 39-51。

¹⁵³ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，F；《世界银行原则》，C11。

仅仅因为银行被清算而被终止、加速或修改，任何规定这种加速或终止的合同条款都应被视为无效。法律框架也可采取一种较为有限的方法，事先将某些类型的待履行合同确定为必要合同并规定其连续性，或规定合同连续性规则的例外情形，例如，与某些金融合约有关的例外情形（见 I 节关于提前终止和终止净额结算的可行性），或针对弱势对手方（如倒闭银行的雇员）的特殊规则，这些交易方不应被迫继续履行合同。司法管辖区还可在逐项清算的情形下适用企业破产法的一般规则，并适用特别规则，力求确保在适用转移工具时不中断对业务连续性至关重要的合同。无论如何，应明确规定在哪些情形下可加速或终止。在逐项清算和非必要合同的情形下，法律框架还应规定清算人有权决定是否继续履行对破产财产有利的尚未完全履行的合同，或在更有利于实现清算目标的情形下拒绝履行合同。清算人决定终止合同所造成的损失应作为正常的无担保债权。

297. 法律框架还可规定清算人有权修改待履行合同，但须经清算当局授权并遵守适当的保障措施（见 D 节第 6 小节，应比照适用于银行对手方）。即使修改合同的权力范围很广，也可能需要有一些例外情况，例如，受担保权保护的合同，以及在任何情况下，某些类型的金融合约（见下文第 I 节）。法律框架应规定清算人的决定是否继续执行、修改或否决合同的最后期限。

298. 防止资产流失对银行尤为重要。清算人的一般权力应确保其对银行的业务、资产、办公场所、操作系统和记录有足够的控制能力，以防止资产因盗窃或其他不当行为而损失，必要时请求执法部门的帮助。具体应包括通过更换门锁、密码、授权和/或身份通行证限制他人进入银行的权力，清算人还应有权暂停资本分配或向董事支付款项的权力。但可应清算人的要求，对银行董事、高级管理人员和工作人员为银行提供的服务支付合理的补偿。如果银行管理机构的成员继续履行其某些职能，清算人应有权将其免职或控制其行动。

299.普通企业破产法还规定了对债务人正常经营范围以外的交易进行撤销和认定无效的机制，特别是在债务人破产之后或在破产之前的“可疑”期达成的欺诈性或偏颇性交易¹⁵⁴。企业破产法的最佳实践表明，撤销包括“意在挫败、阻碍或拖延债权人收回债权的交易；低价交易；以及与某些债权人进行的可被视为优惠的交易”。¹⁵⁵

300.银行清算关于撤销交易和认定交易无效的规则，应以借鉴企业破产法的最佳实践的明确标准为基础。各司法管辖区必须决定是否在清算人提出申请后将撤销交易或认定交易无效的权力授予清算人或清算当局。在作出这种选择时，还应考虑到适用于清算人行动的问候制度（第三章程序与操作 D 节第 5 小节）。

301.法律框架应提供适用普通企业破产法关于撤销的规则的具体例外情形，以确保关键服务、系统和流程的业务连续性。如果倒闭银行在清算其剩余财产之前经过了处置程序，破产阶段的交易应在清算阶段得到尊重。如果倒闭银行在普通企业破产框架下无法确保同样的结果，另一种例外应适用于某些类型的金融合约（见 H 节）。相反，在某些情形下，银行的特殊规则可能更加严格。例如，与关联方交易需遵守更长的“可疑期”或举证责任倒置，即关联方需要证明交易是在正常经营过程中进行的。¹⁵⁶然而，如果从政策角度看，某些形式的“边缘地带”的集团内部的支持被认为是有序清算所需的，那么任何对此类交易免于适用撤销规则的规定或任何其他类似效果的修改都应从狭义上加以界定，并受到严格的条件和保障措施的限制（见第九章集团层面）。

建议 57-61

57.法律框架应根据普通企业破产法的一般原则，规定中止或暂停债

¹⁵⁴ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，F；《世界银行原则》C11。

¹⁵⁵ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第 170-184 段，建议 87。

¹⁵⁶ 中央银行融资即使在可疑期内延期，预计也是可执行的。为确保该结果，有严格的撤销规则的司法管辖区可能需要在其法律框架中纳入明确的“安全港”。

权人的强制执行行为，特定的金融合约应适用例外情形。

58.法律框架应通过明文规定或参照普通企业破产法作出规定：

(a) 确保关键服务、系统和流程业务连续性的合同不会仅仅因为银行被清算而被终止、加速或修改。可通过不同的办法促成该结果，包括合同连续性的一般规则，但有某些例外情况，即事先将某些类型的待履行合同确定为必要合同并规定其连续性，确定合同连续性规则的例外情形，或适用企业破产的一般规则，同时适用特别规则，以确保在适用转移工具时，对业务连续性至关重要的合同不会中断。应明确规定在哪些情形下可加速或终止合同，以及任何例外情形或特殊规则，如金融合约的情形（见 I 部分）；

(b) 为更有利于实现清算目标，清算人有权在法律规定的期限内决定拒绝履行合同。法律框架可能需要考虑确定因终止合同而造成的损失的情形。

59.清算人应有明确的授权以控制银行的业务、资产、办公场所和记录，以防止资产因盗窃或其他不当行为而流失，必要时请求执法部门协助。

清算人的权力应包括更换门锁、密码和/或限制访问的权力，以及暂停发放薪酬或向董事付款的权力，前提是按照清算人要求为银行提供服务的银行董事、高级管理人员和工作人员可获得合理补偿。清算人应有权罢免银行管理机构的成员或控制他们的行动。

60.法律框架应借鉴普通企业破产法的原则，为撤销交易或认定交易无效制定明确的规则，并应规定具体的操作程序。各司法管辖区必须决定，在清算人提出申请后，是否授予清算人或清算当局撤销交易或认定交易无效的权力。下列交易应免受撤销规则的约束：

(a) 当局在清算前作为处置程序的一部分所采取的措施；以及

(b) 特定类型的金融合约应受其自身规则约束。

对于集团内部支持形式的撤销规则豁免，应通过严格限定范围并附加限制条件与保障措施（例如须经监管机构批准）予以规范。

61.与关联方进行交易时，应制定更严格的撤销规则。这可能包括一个较长的可疑期，或举证责任倒置，即关联方需要证明交易是在正常业

务过程中进行的。

H.临时结算账户

302.银行的主要功能之一是让客户通过银行账户余额支付。当银行被清算时，往往会出现客户账户上的一些款项“在途”，即相关款项已从客户的账户中扣除，但尚未进入收款人账户。

303.为了保持支付系统的顺利运作，并保护支付的预期收款人，许多司法管辖区都规定了一种特殊的账户处理办法，即在从付款人的账户中提取资金后，在根据支付系统的管理规则将其存入收款人的账户之前，（暂时）将转账资金存入“中转账户”“临时结算账户”“暂记收款账户”等使用不同名称的账户。¹⁵⁷本指南使用“临时结算账户”一词。

304.保护临时结算账户有不同的方式，这可能取决于账户的功能和特点。各国的做法包括：（i）将转移中的资金与破产财产分开，并将其排除在破产财产之外；¹⁵⁸（ii）在具有某种形式的存款人优先权的司法管辖区中，将该资金定性为存款或将其视为存款；¹⁵⁹或（iii）允许存款保险制度为转移策略提供资金，以保护这些账户。¹⁶⁰

305.司法管辖区应根据其更宽泛的法律框架，以决定在银行清算程

¹⁵⁷ 例如，在日本，当付款人要求银行向收款人在另一家银行的账户转账时，首先从付款人的银行账户中扣除资金，然后将资金暂时转入暂记收款账户，该账户可称为“单独存款”或“暂记收款”，直到同业银行结算这些资金。

¹⁵⁸ 例如，巴西即采用了此类安排。在欧盟，根据第 98/26/EC 号指令（《最终指令》）第 4 条，“成员国可规定，对某一参与方启动破产程序，不得妨碍该参与方结算账户上的可用资金或证券，用于履行该参与方在破产程序启动当日在系统中的义务。此外，成员国还可规定，该参与方与系统相连的信贷额度，可抵偿现有的抵押担保，以履行该参与方在系统中的义务。”

¹⁵⁹ 例如，在哥伦比亚、马来西亚、摩尔多瓦和乌克兰。

¹⁶⁰ 根据日本《存款保险法》，暂记收款账户中的资金作为“结算义务”受到充分保护。支付过程（即资金从一个账户转移到另一个账户）由存款保险公司（DICJ）向倒闭银行提供的贷款来保证，该贷款成为清算程序中的一项债权。提供这种保护的原因是：（i）将暂记收款中的资金返还到付款人的活期存款账户，从而顺利地將存款人的姓名汇总到一起，这实际上是很困难的，特别是对大型银行而言；（ii）尽可能避免对接收资金的一方造成负面影响。

序中如何处理临时结算账户，特别是“存款”的定义和处理方法以及有关支付和结算系统的规则和惯例。为了确保收款人、支付系统运营商和其他市场参与者的法律确定性，法律框架不应妨碍支付和结算系统的持续运行以及对在途资金的保护。

建议 62

62.法律框架应保护在途资金，确保在银行清算程序启动前即已进入支付系统的交易顺利完成，以保障法律的确性。

I.有限中止执行某些金融合约

306.管理银行倒闭的法律框架应包括明确、透明和统一的条款，用于处理包含标准格式的终止净额结算的金融合约，这类合约包括衍生工具（如掉期、期权和远期等）、证券融资以及销售和回购交易，主协议通常使用和相关金融业协会公布的标准条相同的结构。主协议的交易方通常以总额为基础管理它们之间的双边交易。主协议通常允许非违约交易方在银行倒闭管理程序启动时可能触发终止净额结算。

307.金融合约（通常是主协议）中的终止净额结算条款规定了终止当事人之间多项义务而采用单一净支付义务的程序。终止净额结算条款规定了非违约方启动该程序的事件以及确定单一净支付义务价值的方法等。可能导致提前终止净额结算条款的事件，通常包括破产、处置、清算或可能中止或以其他方式阻碍合同执行的类似程序的启动。

308.通常情形下，当一个实体进入破产程序时，对债务清收予以中止，以阻止个别债权人对该实体的资产强制执行债权（见上文 G 节）。这使得所有债权都可在集体破产程序中按照债权人顺位处理。金融合约终止净额结算条款的可执行性，是破产法和实践的例外情形，也是现行

国际标准的一部分。¹⁶¹这种源自正常待遇的“安全港”所依据的前提是，当中止执行影响到特定金融合约时，对该实体的所有合约均适用同样的中止执行会影响金融市场稳定。¹⁶²

309.金融稳定理事会（FSB）《核心要素》修改了针对金融机构的终止净额结算例外规定，以限制对手方在公司进入处置程序时行使金融合约项下提前终止权的能力。该修改包含两个要素：一是规定，如果实质性合同义务在机构在进入处置程序和行使处置权力后仍继续履行，则交易对手方不得援引法定或约定抵销、提前终止、约定终止净额结算、加速到期等类似规定。如果实质性合同义务可继续履行，立法不应使处于处置程序中公司的交易对手方仅以程序性规定为理由而启动提前终止和提前清算。¹⁶³

310.二是规定，如果交易对手方仅因机构进入破产程序而保留行使提前终止条款和类似条款的权力，处置当局应有权在特定有限时间内（如不超过两个工作日）暂停交易对手行使提前终止权，但须有适当的保障措施。¹⁶⁴

311.继续履行合同义务（包括付款、证券交付、保证金交割和抵押品提供等）对清算、结算系统等金融市场基础设施的正常运作，以及市场和金融稳定至关重要。金融稳定理事会（FSB）《核心要素》中对中止权的狭义限制是来自2007年的全球金融危机后的经验，以及人们担心在某些情况下，提前终止和净额结算可能会促使资产惜售和市场不稳定，

¹⁶¹ 见《世界银行原则》（原则 C10.4）；国际统一私法协会《终止净额结算原则》（原则 6 和 7）；联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》（建议 101-107）。

¹⁶² 见《世界银行原则》，C.10.4：“破产程序中合同处理一般规则的例外情形应是有限的、明确界定的，并且只允许出于紧迫的商业、公共或社会利益，例如在下列情形下：[.....]坚持（在可能的情形下于规定的期限内中止）明确界定的各类金融合同所载的终止、净额结算和结清规定，如果由于对手方或交易类型的原因，不适当地拖延这类行动会给金融市场稳定带来风险”。该原则的脚注 9 指出，“终止净额结算规定的实施，不排除根据有关银行破产的国内法或国内破产法可能规定类似的短期中止，特别是为将合同有序地转移给有偿付能力的对手方。这种中止应遵守适当的保障措施。提前终止权可被暂缓，条件是债务人继续充分履行相关合同规定的实质性义务”。

¹⁶³ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 4.2

¹⁶⁴ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 4.3

并可能破坏处置程序的实施和基本功能的连续性。

312.从 2014 年开始，国际掉期及衍生工具协会（ISDA）已经发布了处置中止协议，多数具有系统重要性的金融机构都已签订了处置中止协议，该协议对终止净额结算和提前终止权实施了临时和有限的执行中止，以确保处置的有效性。处置中止协议的目的是确保处于处置银行母国之外的对手方（因此不在该辖区法律框架规定的破产权力地域范围内）仍受到该辖区处置当局实施处置终止协议的约束。此外，部分司法管辖区监管当局要求系统重要性金融机构加入此类 ISDA 协议，或与其系统性和非系统性对手方订立双边合同安排，以确保法定处置工具和标准格式合同条款不会对机构造成冲突，或破坏有效的危机管理。针对证券融资以及销售和回购交易也采取了相应措施。

313.金融稳定理事会（FSB）《核心要素》旨在解决可能引发系统性风险的金融机构的处置问题，但对于其他类型破产程序中暂缓提前终止权的可取性或适当性并未提及。同样，国际掉期及衍生工具协会（ISDA）文件依据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》制定，目的是使处置中止生效。¹⁶⁵《世界银行原则》¹⁶⁶并未将对终止净额结算的有限暂缓规定仅局限于特殊处置程序或系统重要性机构。

314.在非系统性银行清算程序中，这种中止在有限的情况下可能是适当的。将中止权的适用范围扩大到特别处置制度之外，可能在某些情形下给衍生工具回报带来不确定性，降低衍生工具在风险管理中的有效性。在权衡该风险与削弱银行倒闭管理有效性的风险后，可支持确立一项有针对性且界定明确的权力，以在为有效实施向另一实体转移资产和负债所必需的情况下（而不是逐项清算整家银行）暂缓终止净额结算，并以合同项下实质性义务继续履行为前提。

¹⁶⁵ 见 <https://www.isda.org/a/K16gE/ISDA-Resolution-Stay-Matrix-7.29.2019.pdf>。

¹⁶⁶ 《世界银行原则》对“在规定期限内可能的短暂中止”持开放态度，特别其提及的“国家破产法可能规定的类似中止，尤其是为了完成将合约有序移交给有偿付能力的对手方”（见前注）。这种中止不一定仅限于处置，但要求“应根据现有国际文书事先确定相关类型的金融合约”。

315.根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，任何暂缓的期限都应受到严格限制，如最长不得超过两个工作日。应考虑到，适用这种短期中止的可行性将取决于更宽泛的银行清算框架的效率和程序要求，包括在法院主导的模式中，法院评估破产申请和批准转移和/或实施中止请求的时间，以及在所有情况下，有关机构有能力迅速实施以转移为基础的工具。

316.此外，还应适用金融稳定理事会（FSB）《核心要素》下的类似保障措施。特别是，应适用“禁止挑选”规则，以便清算当局或清算人不得选择转移同一净额结算协议所涵盖的同一交易对手的部分合约，而非全部合约。重要的是，在中止期届满时，应明确哪些债务是履约对手方的债务（例如，因为这些债务已转移给财务状况良好的第三方），哪些债务仍在清算财产中。如果不转移金融合约，任何已暂缓的提前终止权应在中止期满后立即行使，如果在中止期满前已通知对方其将留在处置财产中，则应在收到该通知后立即行使。

建议 63-66

63.金融合约下的合约提前终止权，包括参照清算程序启动而运作的终止净额结算程序，银行的交易对手应能够行使这些权利，作为普通企业破产法和实践的一种例外情形，但须符合建议 64-66。应在法律框架中明确界定该例外情形所涵盖的金融合约的类型，例如包括衍生工具、证券融资以及销售和回购合约。

64.为确保有效实施以转移为基础的工具，清算当局和/或清算人应有权暂时保留行使提前终止权和终止净额结算，这些权利完全是由于银行清算程序的启动，或有关行政或司法权力的行使而产生的，条件是合同规定的实质性义务，包括付款、交货和抵押品规定继续得到履行。

65.法律框架应明确规定中止的范围并严格限定持续时间，例如不超过两个工作日。

66.以下关于暂缓终止净额结算的附加保障和条件，应在主要或次要立法中明确规定：

(a) 因银行清算程序开始，或相关行政或司法权力的行使而产生的提前终止权和终止结算程序应继续有效，不应受到中止的限制。

(b) 只有在清算当局和/或清算人认为有必要促进实施将银行在清算期间的部分或全部业务转移给财务状况良好的实体时，清算当局才可酌情决定实施中止。

(c) 法律框架应明确规定实施和取消中止的程序。

(d) 只应允许清算当局和/或清算人将与某一特定对手方签订的所有符合条件的合约转移给一个新实体，而不应允许其选择转移与同一对手方签订并受制于同一净额结算协议的单个合约（“禁止挑选”规则）。

第七章 资金

A. 引言

317. 银行倒闭管理的主要资金来源应该是银行自身的资源。然而，在某些情形下，这些资源可能并不充足，需要从外部资源获得额外资金（“外部资金”），以实现清算目标，如保护存款人和维护公众对银行体系的信心（见第一章引言）。这种外部资金需求造成了政策目标之间的矛盾。一方面，与银行倒闭管理相关的资金支持可能会带来道德风险，将银行倒闭成本从银行债权人和股东身上转移出去。另一方面，缺乏可靠的融资安排支持银行倒闭管理，可能会损害脆弱的存款人，并有可能削弱存款人对其他银行的信心。在某些情形下，这些影响可能最终导致公众付出更高的成本。

318. 资金需求和安排可能因以下因素而异：管理特定银行倒闭的工具选择、可能的资金提供机构（如存款保险机构）的职能以及市场结构。因涉及有限资源分配，资金决策往往具有政治敏感性。因此，在设计倒闭管理框架的资金安排时，应依据倒闭银行的股东和债权人以及更广泛的行业之间分配资金的政策。这些因素在适用于银行倒闭管理出资的国际标准中得到了认可：适用于一般性处置的国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》（CP 9），以及针对可能具有“系统性或关键性”银行倒闭的金融稳定理事会（FSB）《核心要素》（特别是 KA 6）。¹⁶⁷

319. 在此背景下，本章就银行清算程序中的资金问题提供如下指导：

B 节解释了进行有序清算可能需要外部资金的原因，如协助将存款转移给稳健的收购方。

C 节讨论了存款保险机构可资助的措施类型，具体取决于其职能和保护存款保险制度的措施。

¹⁶⁷ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定，除其他外，司法管辖区应有可靠的安排提供临时融资，以支持处置权的行使，只有在金融稳定需要且私人资金来源已用尽或无法实现金融稳定目标的情形下，才可使用公共资金。见《银行业核心要素评估方法》，KA 6 和 EC 6.1。

D 节涉及存款保险制度融资交易的形式（如现金捐助或损失分担安排）。

E 节讨论了存款保险制度的紧急资金支持，和避免使用公共资金的原则。

B.对外部资金的需求

320.随着监管改革，银行自身损失吸收能力得到提高，构建这种能力是金融危机后国际金融协调改革的关键要素。然而，旨在确保银行在满足最低监管资本之外，还需有足够的满足“停止经营”损失吸收能力的具体要求，主要针对系统重要性机构，目的是促进实施金融稳定理事会（FSB）《核心要素》所设想的处置方案。¹⁶⁸

321.非系统性银行，可能需要外部资金进行有序清算。资金需求程度取决于一系列因素，包括银行的业务模式、组织结构、在金融体系中的地位、与其倒闭相关的风险、可供选择的倒闭管理方案以及外部环境等。

322.在银行清算程序中，如果能迅速偿付受保存款人或将存款转移到一家健康银行，就可实现保护存款人的目标，也能增强公众对银行体系的信心。然而，以持续经营的方式出售的可行性可能取决于外部资金的供应情形。潜在收购方通常非常看重银行稳定客户群的价值。尽管存在溢价，存款价值与可供转移银行资产价值间仍可能存在差额，因此在没有外部资金填补缺口的情形下，收购方可能很少或没有。

323.当银行倒闭限制了潜在收购方尽职调查和全面评估收购风险的能力时（如在时间极为紧迫的情形下），可能需要外部资金作为临时应

¹⁶⁸ 金融稳定理事会（FSB）关于总损失吸收能力（TLAC）的标准要求全球系统重要性银行（G-SIBs）保持更高水平的损失吸收能力（LAC），包括符合特定资格标准的监管资本或其他债务工具，以确保足够的可用吸收损失和资本重组能力，以支持处置方案。在对其他银行适用或考虑适用与处置相关的 LAC 要求时，相关考虑因素包括对业务和融资模式的影响。

急资金。这种资金可采取对无法进行全面尽职调查的特定资产的未来潜在损失进行担保的形式(见第六章清算工具 D 节第 2 小节和建议 50(f))。

C.存款保险基金的使用

1. 非偿付措施

324.已设有存款保险制度的司法管辖区，来源于行业的存款保险基金是外部资金可能来源之一。对受保存款的偿付是所有存款保险基金的默认用途。然而，金融稳定理事会（FSB）《核心要素》和国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》认可，使用存款保险基金支持保障存款人资金支取的措施，以替代偿付（“非偿付措施”）。这类措施的典型做法是将一家无法生存银行的业务（包括但不限于受保存款）转移给另一家银行。在符合存款保险机构的职能（不同辖区可能有所不同，见第二章制度安排 E 节）以及国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》规定的条件和保障措施的情形下，存款保险基金可帮助弥补资金短缺以促成这种转移。

325.根据国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，如果存款保险机构不是银行倒闭的管理机构，考虑将存款保险基金用于非偿付措施时，法律框架需有额外的特别规定和保障措施。¹⁶⁹这些措施旨在确保问责制和防止存款保险基金过度消耗。其中包括：确保存款保险机构了解决策过程并参与其中；¹⁷⁰确保资金的使用是透明的、有据可查的、清晰的和有正式规定的；确保倒闭管理程序的设计能限制存款保险基金为同一债务提供额外资金的风险；以及确保存款保险基金提供的资金数额不超过存款保险机构在清算中向受保存款人偿付本应承担的成本扣除预期收回的金额。

¹⁶⁹ 国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 9，EC 8 提到“清算以外的成员机构处置”。在《核心原则》中，术语“处置”的定义较为宽泛，并不一定指在特别处置制度下采取的措施；还包括本指南所讨论的银行清算程序中的以持续经营的方式出售。

¹⁷⁰ 信息共享的程度主要取决于存款保险机构的性质和治理安排。

326.在清算程序中使用存款保险基金以促成存款转移给收购方，从而确保存款人继续获得受保存款，具有显著优势。赋予存款保险机构偿付之外的职能，¹⁷¹更有可能维持银行业务的连续性，限制外部效应，并推进有序管理银行倒闭的目标。¹⁷²特别是，如果银行清算制度授权以持续经营的方式出售，其价值可能会高于在逐项清算中实现的“停止经营”的价值。如果缺乏对非偿付措施的资金安排，可能会限制当局可用的清算方式，并且存在当局临时诉诸公共资金以保护存款人和管理倒闭影响的相关风险。

2. 存款保险基金的可用额度

327.国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》规定，如果存款保险机构不是负责倒闭管理的当局，但法律框架授权其资金用于非偿付措施，则出资额应限制在存款保险机构在向受保存款人偿付时，扣除预期收回的资金后本应承担的成本。¹⁷³该“非偿付情形”构成了对将存款保险基金用于非偿付措施的额度限制。在一些司法管辖区，这种限制也适用于存款保险机构是负责倒闭管理的当局，例如，要求当局采用对存款保险机构而言成本最小化的倒闭管理方案。这些限制旨在降低存款保险基金在个别银行倒闭管理中过度消耗的风险。

328.在实践中，防止过度消耗的保障措施以不同的方式实施。如果以“净值”为基础，就意味着存款保险基金对非偿付措施的出资不得超出偿付成本，该做法已经考虑到存款保险机构的清算预期收回（即从偿付成本中减去预期回收，从而减少存款保险机构对非偿付措施的出资额）。¹⁷⁴与此相反，有些辖区在“总额”基础上计算处置成本，即存款保险基金

¹⁷¹ 此外，法律框架应促进私人放款人提供清算后融资作为外部资金来源，见第八章债权人顺位G节。

¹⁷² 在全球范围内，将存款保险基金用于非支付措施的做法正在取得进展。2021年，只有约20%的存款保险机构为“付款箱”职能，而2011年该比例约为40%，见国际存款保险机构协会（IADI）《2021年年度调查》。

¹⁷³ 国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 9，EC 8，(d)。

¹⁷⁴ 国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》规定，如果存款保险机构已经偿付了受保存款，那么它应该通过代位受偿权成为倒闭银行的债权人，并且在倒闭银行的财产分配方面至少拥有与受保存款人相同的地位。这意味着，存款保险机构至少可收回其支付给受保存款人的部分资金，具体取决于其顺位（见第八章债权人顺位）。如果采用“净值”法，存款保险机构在出资的同时

可为非偿付措施出资金额是基于其向受保存款人偿付的成本，而不减去清算收回的金额，但存款保险机构仍需在后期（如在剩余实体清算的情形下）收回。¹⁷⁵

329.因此，决定存款保险机构支持非偿付措施（如转移）的金额的关键因素，就是计算存款保险基金使用限额的方法。银行清算框架可在一般条款中规定此类资金限额，设置原则和参数，并通过发布政策声明或行政指导等方式，公布明确详细的方法（如在计算存款保险基金偿付成本时应考虑的费用范围或对回收水平的假设）。

330.在清算期间对受保存款进行转移，存款保险机构的出资能力也受到各司法管辖区存款人优先权选择的影响，因为这是影响存款保险机构在清算中可预期收回的资金的重要因素。因此，各司法管辖区应密切关注保障措施（如存款保险基金的限额约束）与银行清算制度其他方面（如债权人顺位）之间可能存在的相互作用（见第八章债权人顺位）。

D.存款保险基金对交易提供资金支持的设计

331.在银行清算程序中，存款保险基金对转移交易的支持形式取决于存款保险机构的职能、作用和能力及其在银行倒闭管理机制总体设计中的作用等因素。在最简单的情形下，存款保险机构可提供现金以促成收购。¹⁷⁶更复杂的支持形式可包括为转移资产价值提供担保、与收购方签订损失分担协议或做出视情形而定的其他形式的承诺。资金支持交易可进行事后调整，以反映估值变化。这类形式的支持在设计和实施上更为复杂，需要更多的人力资源和专业知识，可能更适用于具备监督职能

已经考虑到了偿付后代位受偿中的预期收回。在这种情形下，如果存款保险机构也有权对剩余实体提出索偿，实际上将会得到比逐项清算更有利的待遇。

¹⁷⁵ 如果受保存款人的债权被转移到另一个实体，存款保险机构就不能根据代位权对剩余实体提出法律索赔。因此，为了得到一个净结果，存款保险机构将需要一个单独的法律依据，以便在剩余实体的逐项清算过程中提出索赔。

¹⁷⁶ 此类支付旨在服务于收购银行方的利益，因此可支付给清算当局转交给收购方，也可直接支付给收购方。

的存款保险机构，或与银行监管机构有密切协调安排以便于持续监测损失分担协议执行情况的制度框架。

332.通常情形下，有关提供资金方式的细节将在法律框架中仅作出原则性规定（如果有的话）。存款保险基金公司的交易设计将因具体情形而异，取决于每家倒闭银行的情形和特点，包括当时可供选择的转移方案。一般的公司权力，如签订合同的权力，应该足以满足大多数转移交易的需要。¹⁷⁷

E.支持和回收机制

333.虽然大多数存款保险基金通过行业评估预先收取保费，¹⁷⁸但其可用资金可能有限。存款保险基金的资金水平和评估通常只涵盖所承保存款总额的一小部分。在单个案例中，虽然存款保险基金出资金额上限有助于防止过度消耗，但多个银行倒闭或对较大银行的干预可能会耗尽存款保险基金的预付资源。国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》通过要求存款保险机构建立紧急融资安排（包括预先安排和有保证的流动性来源），以应对该风险。¹⁷⁹各司法管辖区应明确规定存款保险机构的后备流动性支持安排。

334.当银行倒闭给存款保险机构带来的成本超过其在清算中收回的金额，可适用事后行业评估收费补充存款保险基金。这种事后评估将银行倒闭的成本强加给幸存的银行，与没有事后评估或用公共资金补充存款保险基金的情形相比，有助于加强市场约束。部分存款保险机构还有权在私人或公共金融市场上借款，以待行业补充基金。

¹⁷⁷ 如果存款保险机构不是清算当局，其对转移的贡献一般基于直接投资管理层（董事会）的决定，该决定将在倒闭银行（由清算当局或清算人代表）和收购人之间的合同中被强调（并可进一步明确）。在某些司法管辖区，存款保险机构可作为合同当事方（如作为担保人）。

¹⁷⁸ 根据国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》CP 9，EC 1，存款保险制度的基金采取事前筹集机制。

¹⁷⁹ 根据国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》CP 9，EC 4，资金来源可能包括与政府、中央银行或市场借款的融资协议。

335.公共资金不应用于非系统性银行的清算。金融稳定理事会(FSB)《核心要素》适用于“倒闭会产生系统性影响”的银行，无论这些银行在倒闭之前是否因审慎或其他目的而被认定为系统性银行。因此，金融稳定理事会(FSB)《核心要素》也适用于在倒闭前未被视为系统性银行，但其倒闭带来了系统性风险的一家(或多家)银行，也适用于倒闭管理所需的外部资金超出了存款保险基金可提供的资金，或超出存款保险机构职能范围。

主要考虑因素和建议 67

立法条文的目的

关于银行清算程序中的资金规定的目的是：

(a) 确保银行清算程序的资金安排有助于程序的有效进行，并符合银行清算制度的目标；

(b) 明确规定资金的来源、可能的用途和使用条件，资金使用的治理安排。

主要考虑因素

倒闭的成本应主要由银行股东与其他损失吸收资源承担。公共资金不得用于管理倒闭银行的清算。

在已建立存款保险制度的司法管辖区，在银行清算程序中，除采取偿付措施外，还可允许存款保险机构授权使用存款保险基金资源，以支持将资产和负债转移给另一实体，确保受保存款持续可用，这种做法具有显著优势。允许以这种方式使用存款保险基金资源更有可能实现银行清算制度的目标，并将损失降至最低。

当存款保险基金用于非偿付措施，其条件和保障措施应符合国际存款保险机构协会(IADI)《核心原则》。

法律框架的设计应考虑存款保险机构职能和资金安排与银行清算框架其他方面的相互影响，包括可用工具和偿付顺位。

建议

67.法律框架应规定倒闭银行内部资源之外的外部资金来源，以促进有序清算，包括使用转移工具。建议法律框架允许存款保险机构授权使用存款保险基金作为外部资金来源，并依据存款保险机构职能和国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，具体规定存款保险基金的使用条件。

第八章 债权人顺位

A. 引言

336. 适用于银行清算程序的债权人顺位制度，确立了已倒闭银行资产债权人的偿付顺序。在逐项清算的情形下，必须严格遵守该分配顺序。在采用其他银行倒闭策略时，债权人顺位也很重要。金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定，对于倒闭具有系统性影响的银行，在行使破产管理权时应遵循债权顺位。¹⁸⁰此原则同样适用于在银行清算程序中使用转移权的情况。此外，在假设的逐项清算情境下债权人的可回收金额，是银行清算程序中“没有债权人比清算情形更糟”原则的比较基准，清算人或清算当局需要评估作为以持续经营的方式出售是否能为债权人的整体利益带来最大价值（见第六章清算工具 C 节）。因此，破产中的财产分配规则是银行倒闭管理程序中损失分配的衡量标准，并可对程序中目标的实现产生直接影响。

337. 充分、透明的债权人顺位规则对促进银行倒闭管理策略的顺利实施至关重要，同时也确保了公平对待债权人，这是获得跨境认可的前提条件。明确的清算顺位规则，可使债权人在与银行建立关系时，对风险进行定价和管理，从而为市场创造确定性，并促进信贷供给。

338. 尽管债权人同等是一项基本原则，但在某些情形下，出于令人信服的政策考量，可在损失分配中适当偏离绝对平等，例如，当绝对平等反而导致不公，或部分债权在法律或经济性质上存在显著差异时。因此，破产法可考虑对某些债权实行区别对待，包括优先待遇（如有担保债权）和劣后待遇（如次级债权）。

339. 原则上，情形相似的债权人从可分配给其顺位的债权人的破产

¹⁸⁰ 在债权人清偿顺位体系内，如有必要遏制机构失败可能带来的系统性影响，或为实现全体债权人的整体利益最大化，可在行使处置权力时，适当便偏离同一顺位债权人同等受偿原则。见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 5.1。

财产中按比例获得债权，即债权人同等原则。¹⁸¹债权人同等原则及其例外情形在世界银行¹⁸²和联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）¹⁸³的框架中均有所涉及，金融稳定理事会（FSB）《核心要素》¹⁸⁴也涉及了该点。本章将结合这些既定框架以及涉及银行特殊性质的公共政策考量，就银行清算程序中特定类型债权的处理方式和相对顺位提供指引。

B 节讨论如何在司法管辖区的立法框架中引入银行清算程序中的债权人顺位规则；

C 节就存款债权（包括同业存款和关联方存款）顺位提供指引；

D 节讨论无论是依据合同、法定条款还是法院命令产生的劣后顺位问题。该部分对关联方债权的顺位提供了具体的指引；

E 节涉及股东的顺位问题；

F 节讨论处置融资安排的顺位；

G 节涉及清算后融资顺位的指导；

H 节就如何对待有担保债权人（包括担保债券持有人和中央银行）提供指引。

B.制定债权人顺位规则

340.各司法管辖区制定银行清算程序中的债权人顺位规则的做法存在不同。在某些司法管辖区，普通企业破产法规则中的清偿顺位和优先权规则完全适用于银行倒闭管理程序（方案一）。某些司法管辖区能够突破债权人同等原则，这可能使得当局实现与针对银行的特殊调整在功能上相似的结果（见下段），虽然这可能会削弱对债权人的保障（见第六章清算工具 D 节第 6 小节）、降低可预测性，并使倒闭管理程序中的跨境合作复杂化。

¹⁸¹ 见术语表第（23）项。另见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第一部分和第二部分，术语表。

¹⁸² 《世界银行原则》，C12。

¹⁸³ 见（例如）联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，建议 191 以及第二部分第五章第 51 - 79 段有关优先顺位的内容。

¹⁸⁴ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 5.1。另见国际货币基金组织（IMF）《跨境银行的处置——加强协调的拟议框架》（2010），以及 Dobler 等《存款人优先权案例》（国际货币基金组织（IMF）技术指导说明，2020）（“存款人优先权案例”）。

341. 一些司法管辖区对普通企业破产法规则中的清偿顺位和优先权规则做了有限的、针对银行的修改（方案二）。在大多数情形下，此类修改涉及存款的清偿顺序，包括由存款保险制度或类似资金安排所覆盖的存款。有些司法管辖区就次级债权或非优先债权制定了银行特有的规定，以便在银行破产管理程序中吸收损失和调整资本。

342. 还有一些司法管辖区规定了针对银行的债权人顺位规则（方案三）。在一些司法管辖区，银行倒闭管理框架规定了单独的、有时是相对详细的针对银行的债权人顺位规则。

343. 方案二和方案三代表了良好实践。程序的透明度要求在法律框架中明确规定银行清算中债权的清偿顺位。¹⁸⁵这可通过在银行清算法中单独规定债权人顺位制度实现，或如果一般破产规则在某种程度上也适用于银行清算，则可通过在银行法或普通企业破产法中为银行作出明确、有针对性的修改实现。

344. 法律框架应明确哪些债权人将受到清算程序的影响，以及他们在优先权和财产分配方面的待遇，包括关于顺位的一般规则和例外情形。事实上，可能有理由对与银行有关的特定债权进行区别对待，例如，给予存款人债权以优先顺位（见 C 节）。反之，在没有明确理由的情形下存在多种有区别的债权人分类，可能会削弱银行清算程序的有效性。按照现有的国际指引，应尽量减少优先类别的数量。¹⁸⁶

345. 在银行处置与清算中，债权人的损失分配顺位不应有实质性差异。¹⁸⁷根据“没有债权人比清算情形更糟”原则，债权人在处置和清算中

¹⁸⁵ 另见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》KA 7.4，其中指出“破产中对债权人的处理和其清偿顺位应透明，并向存款人、保单持有人和其他债权人适当披露。”因此，不应赋予清算当局确定债权相对顺位的自由裁量权。

¹⁸⁶ 见《世界银行原则》，C 12.3；联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，建议 187。

¹⁸⁷ 《存款人优先权实例》，第 4 页。

的待遇的重大差异会增加法律异议和债权赔偿的风险。

346.根据现有的国际指引，法律框架应保障债权人的权利，并确保在银行清算程序开始前确定的债权优先顺位在整个程序中得到承认，以维护债权人的合法预期并提升可预测性。¹⁸⁸在非系统性银行清算中只有在为所有债权人整体利益或为了保护存款人而实现价值最大化的情形下，才可突破同一顺位债权人同等原则（见第六章清算工具）。¹⁸⁹这并不排除因其他不属于本指南的目标而在处置过程中偏离平等待遇。¹⁹⁰

¹⁸⁸ 《世界银行原则》，C 12.1

¹⁸⁹ 例如，当或有负债被留置于剩余实体，而同一顺位的债权被纳入转移范围时，可能会出现偏离同等原则的情形（见第六章清算工具 D 节第 6 小节）。

¹⁹⁰在处置中，如有必要控制公司倒闭的潜在系统性影响或为所有债权人的整体利益实现价值最大化，则允许偏离平等受偿原则。在出现这种偏离的情况下，债权人将受到“没有债权人比清算情形更糟”保障的保护，该保障赋予债权人获得赔偿的权利。见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 5.1。

主要考虑因素和建议 68-70

主要考虑因素

在设计适用于银行清算程序的债权人顺位时，应考虑到这种顺位也会潜在影响银行实现有效处置方案的能力。

建议

68.法律框架应明确规定适用于银行清算程序的债权人顺位制度。为此，应制定专门的银行清算法，或在普通企业破产法关于顺位的规则适用于银行清算的情形下，引入明确的银行专用条款。

69.应尽量减少债权人类别的数量。原则上，债权人应作为单一类别对待，除非他们与银行的关系在法律或经济性质上存在本质差异，或有令人信服的政策理由对他们加以区分。

70.如建议 68 所述，除银行特有的清算规则外，法律框架应确保在银行清算程序中维护商法或其他法律规定的债权人破产前的权利和优先权，以保护债权人的合法预期并确保可预测性。

C.存款人顺位

347.存款人往往占银行债权人的很大比例。当银行倒闭时，存款人无法提取存款，可能会造成混乱并对银行业的整体信心造成破坏。保护存款人的目标是减少这种负面影响（第一章导言 H 节第 2 小节）。存款保险制度是提供存款人保护和避免银行挤兑蔓延的关键。存款人优先权，即把存款债权排在普通无担保债权之前，可看作是为实现保护存款人目标的另一种方式。¹⁹¹

¹⁹¹ 存款人优先权的范围取决于将金融工具界定并法律上认定为“存款”的标准，这在不同的司法管辖区存在差异，其他不属于本指南范畴。就本指南而言，“存款”是指基于正常银行交易形成的任何贷方余额，银行依法或根据适用法律及合同条件必须按面值偿付的；银行签发凭证所证明的任何债务；以及根据适用法律框架被界定或承认为存款的任何其他资金或债务。（术语表第 10 项）。

348.关于存款债权顺位的规则在世界各地有所不同。在大多数实行存款保险制度的司法管辖区¹⁹²，都存在存款人优先权，尽管个别司法管辖区并未考虑该点。¹⁹³存款人优先权的形式（“一般优先”“受保优先”和“分级优先”）在各司法管辖区间有所不同。

349.“一般存款人优先权”给予所有存款人同等的优先权，无论其状态（已投保与未投保、符合条件与不符合条件的情形）和存款金额如何；“受保险存款人优先”只对受保险的存款给予优先（不同辖区的投保限额差别很大）；“分级存款人优先权”给予受保存款优先于未受保存款，并在此基础上，将部分或全部未受保存款排在普通无担保债权之前（见表2）。在有存款保险制度的司法管辖区，存款保险机构在每种形式的存款人优先权下都通过代位权享有优先权。

专栏 2 存款人债权顺位¹⁹⁴

存款人无优先权	受保存款人优先权	分级存款人优先权	一般存款人优先权
所有存款（存款保险机构）与普通无担保债权同等顺位	受保存款（符合条件包括在存款保险偿付限额内的存款）和存款保险机构的债权享有优先权	受保存款和存款保险机构的债权享有优先权	所有存款和存款保险机构的债权享有优先权
	未受保存款（以及超过限额的存款）与普通无担保债权同等顺位	符合特殊条件的未受保存款（通常是指符合存款保险有条件超过存款保险制度覆盖范围的存款）	

¹⁹² 根据国际存款保险机构协会（IADI）（2023年年度调查），82%的存款保险制度在规定了存款人优先权的法律框架下运行。

¹⁹³ 例如，在起草本指南时，巴西、加拿大、日本和韩国尚未规定存款人优先权。

¹⁹⁴ 在没有存款保险制度的司法管辖区，可通过设定特定门槛建立分集机制，从而达到与受保存款和分级存款人优先相似的结果。法律框架可不使用“受保存款”这一表述，而改为不超过一定限额的存款债权，而“未受保存款”则指超过该限额的存款债权。

		不符合优先标准的普通无担保债权和未受保存款	
			普通无担保债权

350. 根据以往经验，有令人信服的理由对银行存款实行优先待遇，理由包括其法律特征¹⁹⁵或政策原因（减少挤兑和风险传染，保护支付系统，降低存款保险成本，使存款待遇与处置所给予的保护保持一致）。¹⁹⁶同时也可能存在一些潜在的不利因素（例如，银行融资的潜在成本较高；监管套利或银行资产负担增加，因为其他债权人会采取“转向优质资产”的方式进行保护自己）。¹⁹⁷

351. 一般建议法律框架采用某种形式的存款优先权。¹⁹⁸在任何情形下，司法管辖区都应在权衡存款人优先权的潜在优势与潜在劣势后做出自己的选择，包括对不同无担保资金来源及其成本的影响、无担保存款的作用（即其在支付系统中作为营运资本与金融投资的重要性）、道德风险、机构吸收资金结构潜在变化的能力，以及银行在其法律和司法框架及金融体系的负债结构。

352. 存款的顺位决定了如何处理不同的债权，也决定了存款保险机构在清算中的回收，因为它代位行使受保存款的权利。¹⁹⁹存款保险机构代位债权的顺位越高，其在偿付后的逐项清算中从倒闭银行的资产中收回的金额就越多。²⁰⁰

¹⁹⁵ 《存款人优先权实例》，第 5 页。

¹⁹⁶ 同上注，第 11 页。另见 Kumudini Hajra 等人，《存款人优先权及对存款保险的影响》，国际存款保险机构协会（IADI）简报（2020），第 4 页。

¹⁹⁷ 同上注，第 11-12 页；第 5 页。

¹⁹⁸ 《存款人优先权实例》，第 15 页。当存款保险覆盖率较低，或中小型企业（SMEs）的存款不符合保障条件时，受保存人款优先权可能无法为存款人提充足保障。

¹⁹⁹ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 16。在所调查的司法管辖区中，没有一个考虑对存款债权的顺位与存款保险机构基于代位受偿权取得的此类存款人债权，在清偿顺位上给予区别待遇。

²⁰⁰ 由于具有较高的优先顺位，存款保险机构的作用将类似于流动性提供者，因为其在清算中有望获得较高的资金回收率。资产负担情况也会影响存款保险机构的资金回收。对银行资产享有担保权益的债权人一般必须首先得到清偿（见 H 节），这就会减少可用于清偿其他无担保债权人的资产池。此外，存款保险机构的资金回收率还受到介入时间的影响。如（第五章启动银行清算程序的条件）所述，及时启动银行倒闭管理程序至关重要，并且有利于提高存款保险基金回收率。

353.对存款保险机构代位债权的处理，受规则限制通常会影响到其为转移提供资金的能力，规定所使用的资金不得超过存款保险基金在偿付中产生的费用（“非偿付情形”，见第七章资金 C 节第 2 小节）。当计算非偿付情形时“扣除”了清算收回的资金时，那么预计在逐项清算中收回更多资金的存款保险基金就可对非偿付措施（如支持转移策略）少缴（或不缴）资金。

354.存款人优先权的形式，以及适用于受保存款的债权类别在顺位结构中的相对排序，是决定存款保险清算回收的关键因素，也会影响转移工具的可行性，²⁰¹这将在下一段中解释。然而，除了存款人等级对转移策略的影响外，立法者还应考虑各种选择对所有政策的影响（见第 350 段）。

355.在没有存款人优先权的情形下，存款保险机构在代位取得受保存款对应权利后，其债权与所有其他普通无担保债权人的债权处于同等顺位。这就减少了存款保险制度在逐项清算中的回收份额，同时也增加了存款保险机构为转移策略提供资金的可能性，因为这增加了存款保险机构偿付的净损失。然而，当受保存款（以及可能的未受保存款）被转移，而与之享有同等顺位的其他债权却被留在剩余实体中时，要完全遵守同顺位同等原则就可能变得困难。²⁰²虽然作为经营中企业出售通常会增加价值，但这可能难以确保留在剩余实体中的债权人的境况不会比逐项清算时更糟。

356.在受保存款人优先权或分级存款人优先权的情形下，存款保险机构通过代位权享有优先于未受保存款人和所有其他普通无担保债权人的债权。受保存款人优先权和分级存款人优先权可能会导致存款保险机

²⁰¹ 存款保险机构的出资额还取决于计算存款保险在偿付中所产生的成本的方法。

²⁰² 在日本，日本存款保险公司（DICJ）通过同时向倒闭银行与承接银行提供资金支持，并在两者之间调整援助金额，以实现被转移至承接银行的受保险存款人与留存在倒闭银行的其他债权人之间的同顺位同等受偿待遇。

构获得相似的清偿水平，但在分级存款人优先权下，普通无担保债权人的清偿水平较低，因为（至少部分）未受保存款优先于此类债权。只要被转移的存款只是那些比普通无担保债权人优先的存款，受保或分级存款人优先权就降低了银行倒闭给存款保险制度带来的成本，也降低了在实施转移策略时违反同等原则的风险。但在受保存款人优先权制度中实施转移策略的灵活性可能会受到限制，因为将未受保的存款与投保存款一起全部或部分转移，而将具有相同排序的普通无担保债权人留在剩余实体中将偏离同等原则。如果优先权的上限为一定数额，而只转移部分存款又不切实际，也会产生类似的问题，在任何情形下，受保或分级存款人优先权都可能使存款保险机构难以在实施转移时提供资金，这取决于存款与其他优先债权相比的相对顺位，以及适用于存款保险机构出资的限额和保障措施的具体内容。

357.在一般存款人优先权的情形下，存款保险机构通过代位权享有高于普通无担保债权人但等同于所有其他存款债权人的受偿顺位。因此，存款保险基金在清算中回收份额将低于受保存款人优先权制度，但高于无存款人优先权制度。与其他形式的存款人优先权相比，一般存款人优先权有利于存款保险机构对实施转移策略提供更多出资，同时也不会以任何方式影响存款保险机构对受保存款人的保护水平。此外，因为存款人的顺位高于普通无担保债权人，所以对所有存款的特殊待遇都是合理的，这就使得一般存款优先权有利于实施包括所有存款在内的转移。正如第六章清算工具 D 节第 2 小节所述，法律框架不应只限制受保存款的转移，只要符合银行清算的目标，也应允许其他存款的转移。

358.通常建议采用某种形式的存款人优先顺位，存款人的排序将受到一系列政策因素的影响，然而，无论选择哪种类型的存款人顺位，法律框架应清楚和透明地反映该点。

359.法律框架不应根据存款人的国籍、存款债权地点或应受偿付债

权的司法管辖区而区别对待存款人。²⁰³这种歧视性待遇可能破坏有效的跨境协调，故应予以避免。例如，优先考虑银行在本国司法管辖区的存款，而不是其外国分行的存款，可能会降低东道国司法管辖区有关当局的合作意愿，并可能会刺激其采取围栏策略。相反，通过存款人优先权来协调统一债权人顺位，避免任何形式的歧视，将有助于激励各司法管辖区的协同合作。

360.在任何情形下，存款人优先权不应被视为存款保险的替代品。存款人优先权本身并不能消除风险传染和银行挤兑的风险。²⁰⁴在存款人无法获得存款的情形下，存款保险制度需要允许在适用的承保范围内迅速偿付存款。在符合存款保险机构职责的情况下，存款保险机构也可帮助为非偿付措施提供资金。越来越多的司法管辖区将存款保险和存款人优先权结合起来。²⁰⁵在设有存款保险制度的司法管辖区，有关存款人优先权和存款保险的立法规定应相互协调。特别是，存款人享有优先权的范围（如有）不应低于存款保险保障限额，²⁰⁶存款保险和受保存款人应享有相同的顺位。²⁰⁷

361.如上所述，根据国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，

²⁰³ 同样见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 7.4；国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 8.7 和 14.7。对于通过分支机构持有的存款，决定存款处理方式的法律通常是法律实体适用的母国管辖区法律，但也可能有例外。通过子公司持有存款的适用法律通常是子公司所在司法管辖区的法律。详见第 10 章跨境层面。

²⁰⁴ 根据不同的类型，存款人优先权可通过提高存款人在银行破产中的债权回收概率，在一定程度上降低风险传染的可能性。然而，这并不能提高非受保存款人收回资金的速度。因此，尽管存款人将享有优先地位，但由于在清算程序中债权清偿完成前他们将无法使用其资金，存款人对银行破产的担忧可能依然存在。

²⁰⁵ 国际存款保险机构协会（IADI）（2023）年度调查。

²⁰⁶ 如果法律框架为存款人优先权设定的具体上限低于存款保险保障限额，那么存款保险机构将只对其代位的部分债权享有优先权。当存款人优先权的上限过低时，那么存款保险机构在寻求偿付时，其大部分债权将与其他高级无担保债权人同等顺位受偿。这是有问题的，因为它可能使存款保险基金面临风险。将存款人优先权的上限设定在与存款保险保障限额相同或更高的水平，可为存款保险机构提供更好的保护。

²⁰⁷ 见《存款人优先权实例》，第 13 页，在某些司法管辖区，只赋予存款保险机构债权优先权，大概是假设受保存款人在任何情形下都会受到保护，因为他们将得到存款保险机构的偿付。然而，这种做法并不推荐，因为在未发生存款保险偿付的情形下（如在清算中使用转移工具，或在处置中使用内部纾困或转移工具），保护受保存款可能变得困难。在应用此类工具时，若受保存款人没有优先受偿顺位却给予其优先待遇，可能导致诉讼和成功的赔偿索求。

存款保险机构有权在偿付后回收其债权，因此代位行使了受保存款的权利。如果某一司法管辖区给予某种形式的存款优先权，那么存款保险机构因存款偿付而产生的代位债权将享有同样的优先权。²⁰⁸

362.出于政策原因，法律框架可能允许在银行被清算后向存款人（如零售客户和中小微企业）预付款项，前提是存款不转移到另一家银行（见第六章清算工具 F 节和建议 56）。就债权人普通待遇而言，此类提款应视为提前支取。这意味着，清算中考虑到预付款项，应减少应偿付的存款金额。如果存款转移达到一定水平（如达到保险限额），则需要扣除已作为预付款提供的金额。

363.司法管辖区还应考虑关联方存款的顺位。这些存款在很多框架下可能被排除在存款保险保护范围之外。²⁰⁹建议法律框架明确规定关联方存款不享有存款人优先权。因此，关联方存款可与普通无担保债权享有同等顺位，或劣后于普通无担保债权。

364.最后，各司法管辖区应仔细考虑如何对待银行间同业存款。同业存款通常被排除在存款保险之外，而且通常超过存款保险提供的限额保障的覆盖范围。²¹⁰一方面，将银行同业存款纳入存款人优先权范围更缺乏正当性，因为与小存款人不同，银行有能力监控其他银行的活动和风险。因此，给予银行同业存款优惠待遇可能会削弱市场纪律。另一方面，正是这种情形使银行同业存款特别容易发生挤兑。²¹¹在一般存款人优先的情形下，所有存款（包括银行同业存款）顺位都将高于普通无担

²⁰⁸ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 16, EC 1。

²⁰⁹ 见国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 8, EC 1 及其脚注 16（“[...]某些特定类型的存款可能被排除在外或被认为没有资格得到保护。这些可能包括:[...]被认为对机构恶化负有责任的个人的存款，包括属于董事、经理、大股东的存款。”）

²¹⁰ 同上注（“[...]某些特定类型的存款可能被排除或视为不符合保护条件。这些可能包括：银行同业存款[...]”）。根据国际存款保险机构协会（IADI）2022 年年度调查，只有 8% 的司法管辖区承保银行同业存款。另见世界银行政策研究工作文件 3628 号，“世界各地存款保险：综合数据库”（2005 年），第 7 页。当时，在接受调查的 80 个国家中，只有 13 个国家将保险覆盖范围扩大到银行同业存款（第 12 页）。

²¹¹ 例如，国际货币基金组织（IMF）不定期文件 197，“存款保险：实际情况和良好做法”（2000），第 4 页。

保债权，这可能有助于降低挤兑风险。在因政策原因需要区别对待银行同业存款的情形下，各司法管辖区可考虑给予银行同业存款高于普通无担保债权、但低于零售客户和中小微企业存款的顺位，以反映银行与个人及小型企业存款人在风险管理水平和能力方面的差异。

主要考虑因素和建议 71-74

主要考虑因素

对存款人和存款保险机构债权顺序的选择应有助于实现以下目标：有序且有效的银行破产管理程序和促进使用处置和清算工具，包括可能向另一个实体转移资产和负债。从筹资的角度来看，与分级存款人优先权相比，一般存款人优先权更有利于整体存款组合的转移，并且使得同时转移受保存款和未受保存款更方便。

考虑引入某种形式的存款人优先权或改变现有存款人优先权安排的司法管辖区应权衡其法律和司法框架以及金融系统结构的利弊。

存款人优先权不应取代存款保险。存款保险是必要的，以确保受保存款能够迅速得到偿付，或在这些存款转移到另一个实体时能够继续获得这些存款。

建议

71.法律框架应明确规定所选择的相关存款人顺位。

72.在选择不同形式的存款人优先权类型时，司法管辖区应牢记上述主要考虑因素，考虑给予存款债权优先的顺位。

73.法律框架应明确规定任何形式的存款人优先权的实质范围。将关联方存款排除在存款保险之外，至少不应享受给予其他存款的任何优先待遇。法律框架应明确银行同业存款的待遇。

74.法律框架不应根据存款人的国籍、存款债权地点或应受偿付债权的司法管辖区而区别对待存款人。

D.劣后（次级）债权

365. 债权可依据合同协议（约定劣后）、法定条款（法定劣后）或法院命令劣后于其他债权受偿。

1. 约定劣后

366. 约定劣后债权产生于一个或几个债权人与债务人之间或债权人之间的协议，根据该协议其中一些债权人同意在其他债权人的债权得到清偿后，才清偿其债权。²¹²这是普通企业破产时的正常做法，因为债权人可能希望将其债权顺位劣后，以确保债务人继续获得流动资金。就银行而言，债务工具可包括顺位劣后条款，以确保在处置或清算时吸收损失。

367. 劣后债务对银行具有重要的功能，因此法律框架应在清算和处置中执行劣后协议。如果合同法和破产法的综合影响对劣后条款在清算中的承认产生疑虑，建议在法律框架中明确承认劣后条款。还建议这种明确承认包括“完全劣后”条款（如将债权顺位劣后于“所有普通无担保债权人的债权”）和“部分劣后”条款（将特定债权人的债权顺位劣后于其他特定债权人的债权）。

建议 75

约定劣后债权

75. 法律框架应在清算时执行劣后债权协议，并在适当情形下，明确承认在银行清算时劣后条款的可执行性。这种明确承认应包括“全部劣后”和“部分劣后”条款。

368. 但作为劣后协议可执行性的例外情形，协议的结果不能使债权的顺位高于根据所适用法律本应给予特定债权人的顺位。

²¹² 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第五章，第 57 段。

369.关于约定劣后债权的规则应与集团内部支持安排的有效性和可执行性的特殊规则（见下文及第九章集团层面）相协调。

2. 法定劣后

370.一般而言，顺位和优先权应遵循适用于清算程序的法律规定的一般规则，包括法定劣后。如果法律框架对某些类型的债权的劣后作出明确规定，这些规定应适用于这些债权的劣后，约定劣后应适用法律规定。

371.对关联方债权规定法定顺位劣后或许是必要的，包括集团内部债务（见下文第4小节）。

3. 衡平居次

372.当某一债权人通过欺诈、非法行为或不公平地利用其与债务人的特殊关系而获得了相对于其他债权人的优势时，可能会出现衡平法下顺位劣后情形。这种情形下，法院或行政清算当局有权改变债权的优先受偿顺位，以防止该债权人从这种优势中获益。

373.“衡平居次”有其特定含义，通常与某些普通法司法管辖区相关，指法院的“衡平权力”。事实上，为编写本指南而进行的调查结果表明，大多数司法管辖区没有“衡平居次”这一概念，即使有也是在集团内部或关联方的劣后债权。²¹³

4. 关联方债权

374.在集团背景下，单一股东、母公司或关联公司的有利地位可能会增加融资不公平的风险，并可能导致对其他债权人的不公平对待。这就需要法律框架为关联方的债权提供一种劣后形式，以便阻止不法行为或纠正明显的不公正情形。

²¹³ 例如，在加纳，衡平居次是可能的，但在实践中并未使用。中国考虑了衡平居次的可能性，并在实践中将其应用于股东债权诉讼。

375.企业破产最优的做法是对相关方的债权进行审查，包括审查排序劣后的可能性。²¹⁴一般建议企业破产法列入一些机制，以确定哪些类型的行为或情形下的债权应受到更多关注。²¹⁵许多司法管辖区法律框架明确规定集团内或关联方债权（直接或附条件）的劣后，在其他情况下是因适用法律框架中其他规定而产生的。²¹⁶

376.在设计关于银行清算的法律框架时，各司法管辖区应特别注意关联方债权的处理，并确保这些债权受到严格审查。²¹⁷法律框架还应有助于识别需要特别关注的情形。无论如何，关联方存款在任何情形下都不应享有任何形式的存款人优先权，至少在其被排除在存款保险保障范围之外时应如此（见建议 73）。此外，考虑到劣后作为一项规则的优势及对其他政策影响（如集团内部融资成本），每个司法管辖区都应考虑将关联方债权劣后，并相应通过法律规定顺位。法律框架可采用不同的方法。法律框架可采用不同的方法对关联方债权进行劣后处理，这些方法大致可分为“基于原则的”“混合的”和“基于规则的”。

377.根据以原则为基础的方法，法律框架赋予清算当局权力，使通过欺诈或不公平行为获得有利待遇的债权人的债权顺位劣后，因为这将导致对其他债权人的不公平待遇。这些权力还应扩展到认定债务人向债权人提供的担保无效的可能性。

²¹⁴联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第五章（第 48 段，建议 184）。

²¹⁵ 同上注，第三部分，第二章（第 85 段；及第 86-87 段中的例子）

²¹⁶ 部分法律框架明确了关联方之间债权劣后的可能性，包括集团内部债权。其中，有些规定了当然顺位劣后；另一些则适用合理性检验标准（即在提供股权注资更为合理的情形下顺位劣后）或正常交易检验标准（即未按正常交易条件提供给股东的贷款顺位劣后）。其他法律框架没有明确考虑集团内债权顺位劣后。不过，集团内部债权顺位劣后在实践中可能会由于以下原因而产生：债务工具损失吸收的结构、非公平交易或通过重组计划或主管当局行使权力（其中可能包括实质性合并等严厉的救济措施）。

²¹⁷ 设有存款保险制度的司法管辖区通常认为关联方存款没有资格获得保险，一些司法管辖区已将关联方存款列为劣后存款，以避免道德风险问题。见《存款人保护案例》，第 14 页。银行法通常会明确界定具有充分关联关系、因此应被视为关联方的人员类别。

378.“混合”可选方案是法律框架在满足某些条件的情况下，根据适用的银行法的定义（如董事、持股超过 10%的股东等）对关联方进行精确定义，规定关联方债权的劣后，例如，这些条件可能包括在公司陷入财务困难的情形下提供债务融资、弥补本应是股权出资的部分、有证据表明存在自我交易和/或其他会导致对债权人的不公平待遇的行为。

379.根据以规则为基础的方法，法律框架自动将关联方向银行提供贷款所形成的债权排在劣后顺位，这些关联方的定义与银行法是一致的。该框架可允许债权人提出证据，证明融资是在市场条件下发放的，并且有明确的商业目的，具有合法的商业目的（而不会对其他债权人造成相对的损害），也不存在自我交易。

380.对各司法管辖区现行法律和惯例的分析，未提出一种可取的方法。但是建议法律框架至少应承认，作为一项规则或在某些情形下，关联方（包括集团内部）的债务可顺位劣后，以削弱关联方获得不公平优势地位的可能性甚至降低参与欺诈的风险。

381.各司法管辖区都应选择其处理关联方债权顺位劣后问题的方法，尽管关联方债权的法定顺位劣后具有各种优势，包括有利于降低处置和某些清算策略（如转移）中的诉讼风险；降低道德风险；抑制资产剥离；以及支持关于与关联方交易的审慎规则等。但鉴于银行业务的特殊性和相对严格的国际审慎原则，应要求银行在公平交易的基础上与关联方进行交易，并要求监管者对这些交易进行监督。²¹⁸规范银行清算的法律框架可规定集团内部非公平交易债权的法定劣后顺位来加强该点。此外，如果关联方交易没有受到定期监督，和/或没有特别关注对关联方滥用权力的情形，法律框架可考虑将某些关联方债权自动顺位劣后。一般而言，如果普通企业破产法中规定的其他形式的顺位劣后（如衡平劣后）的适用性不确定或不大可能适用于银行，建议明确采用法定顺位劣后。

²¹⁸ 见《巴塞尔核心原则》，CP 20。

382.无论选择哪种办法，法律框架都应确保关联方债权排序劣后规则与清算后融资规则和银行集团清算规则完全一致，这些清算后融资的规则和关于银行的规则适用于从母公司或集团内另一家公司获得资金的银行。法律框架应特别明确清算后融资（下文 G 节）在集团内部发放时的处理办法。如果司法管辖区基于政策考虑对在清算前的“黄昏”阶段提供的集团内融资规定了任何特殊规则或劣后的例外情形，则应遵守严格的条件和保障措施（见第九章集团层面）。

建议 76-77

关联方劣后债权

76.法律框架应明确规定，在银行清算程序中，关联方的债权应受到更加严格的审查。司法管辖区应考虑将关联方（包括同一集团内的公司）的债权顺位劣后，并应根据适用的银行法明确规定与银行有充分联系的、应被视为关联方的人员类别。

77.法律框架应明确规定关联方债权劣后的方法。各司法管辖区应选择更符合其一般法律框架的办法，并考虑对政策和道德风险的影响、与审慎监管规则中正常交易原则的一致性、资产剥离风险以及银行倒闭管理策略的有效性。建议就关联方债权顺位劣后做出法律规定，特别是在根据普通企业破产法将这类债权顺位劣后的可能性不确定和/或很渺茫的情形下。

5.清算后利息债权

383.根据企业破产法，在清算程序中对债权利息的应计和支付采取了不同的办法。²¹⁹在某些司法管辖区，一旦启动清算程序，无担保债务就不再产生利息。在其他司法管辖区，可能会产生利息，但清偿的顺位劣后（如在所有无担保债权人得到清偿后）。

²¹⁹ 见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第五章，第 49 段。

384.在银行清算程序中，应从程序启动之时起适用中止原则（见第六章清算工具 G 节）。²²⁰这意味着银行的债务被冻结，债权人无法强制执行清算程序中可能产生的利息债权。与此同时，清算财产将继续从其未偿贷款的利息中获利，只要这些贷款没有终止。经过一个漫长的过程后，这可能最终产生一个余额为正的账户，所有债权人包括劣后债权人在内都可得到全额偿付，而顺位较高的债权人可能只在程序结束后才得到利息。从经济角度来看，这意味着享有利息债权的高级非优先债权人为劣后债权人提供了融资：因为在银行清算程序中，劣后债权人可得到全额偿付，高级非优先债权人的利息债权被推迟到程序终止后才能得到清偿。

385.这种结果是不可取的，原因有以下几点：（i）它违背了正常和法定债权人顺位制度，即高级、非劣后债权人优先于初级（次级）债权人；（ii）它降低了在处置过程中对次级债务债权减记或转为股权的程度；以及（iii）如果在处置过程中将次级债权纳入自救机制，则会增加该类债权持有人基于“没有债权人比清算情形更糟”原则提出索赔的风险。

386.为避免这种情形，应允许无担保债权人申报其清算程序中应计利息，（在适当情形下以备忘录方式提出²²¹），并且在债权人顺位中，劣后债权人的顺位应低于普通无担保债权人，包括在清算程序期间普通无担保债权人应产生的任何利息债权。

建议 78

劣后债权人的顺位低于优先的无担保债权人，包括利息债权

78.法律框架应确保劣后债权人的顺位低于普通无担保债权人，包括这些普通无担保债权人对清算程序期间应计利息的任何债权。如果债权人被要求在银行清算程序开始时申报其债权，则应允许他们以

²²⁰ 正如第六章清算工具第 1 节所解释的，在银行以持续经营的方式出售的情形下，金融合同应适用特殊规则。

²²¹ 这意味着债权已经申报，但其价值要在后续阶段确定。

备忘录的形式申报其利息债权。

E. 股东顺位

387. 根据普通企业破产法，在分配清算财产收益时，股东一般排在所有其他债权人之后。换句话说，在债权人得到全额偿付之前（包括启动清算程序后应计利息债权），股东或企业所有者无权从清算财产中分配收益。²²²因此，股东很难从破产财产中分配到任何资产。如果向债权人分配后仍有剩余资产，股东从分配获得的资产通常与其在倒闭的实体中持有的股份成正比。

388. 同样的规定也应适用于银行清算程序。这也将确保银行清算程序中的股东待遇与金融稳定理事会（FSB）《核心要素》规定的银行处置程序中的股东待遇相一致，因为 KA 5.1 规定，与清算中的债权顺位相一致，股权应首先吸收损失。如果采用转移工具，可通过将股权留在剩余实体中来实现该结果。

389. 股东还可能因向银行提供贷款而对银行产生债权。在企业破产法中，这类债权并不总是排在劣后地位。²²³在上述 D 节第 4 小节中论述了股东贷款在银行清算程序中的顺位。

建议 79

股权持有者（股东）顺位

79. 法律框架应确保银行股权持有人的顺位低于债权人，其结果是，在银行债权人得到全额偿付之前，股权持有人不会得到偿付。

同样的原则也适用于使用转移工具的情况。

²²² 见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第五章，第 76 段。

²²³ 同上注。

F. 处置融资安排的顺位

390. 根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，各司法管辖区应建立私营部门资金支持的存款保险、处置基金或其他融资机制，以便在使用临时融资推动银行处置的情形下，可从行业中事后回收资金。²²⁴上文论述了存款保险制度的顺位和地位（见上述 C 节）。具有不同处置融资安排的司法管辖区应明确规定在剩余实体清算中该融资安排的债权顺位。²²⁵同样，鉴于在银行处置程序中出现使用公共资金的例外情形，法律框架应明确规定政府债权的顺位。

G. 清算后融资的顺位

391. 在企业破产中，当债务人的企业以持续经营的方式出售时，其在清算程序开始后的持续经营至关重要。这要求债务人必须能够获得资金支付经营费用和维持资产的价值。²²⁶这些考虑也与银行有关，以持续经营的方式出售是银行保值的关键（见第六章清算工具 B 节），并且获得资金是确保有序退出的关键。就银行而言，资金可能用于弥补资金缺口，最常见的情形是资产与待转移负债之间存在价值差。由于需要迅速转移，维持实体业务所需资金可能与银行关系不大。因为转移需要迅速进行，而且转移后必要的资金将来自收购方。正如第七章资金所述，存款保险基金是银行破产管理中重要的潜在外部资金来源。然而，也不能排除私人贷款人愿意为银行的清算策略提供便利。法律框架应允许提供清算后融资，必要时可在债权人顺位规则中予以确认。在确定作为清算后融资处理的条件时，各司法管辖区应遵循企业破产法的一般原则。²²⁷

392. 法律框架可给予清算后融资优先权，将其视为一种破产管理费

²²⁴ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 6.3。

²²⁵ 各司法管辖区采用不同的方法。在某些司法管辖区，处置融资安排享有优先顺位（如作为清算费用），而在其他司法管辖区则没有特殊待遇。

²²⁶ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，第五章，第 94-95 段。

²²⁷ 同上注，第 96-107 段。

用，即优先于普通无担保债权人和其他法定优先权，但就担保财产方面的权益劣后于有担保债权人；或如果这不足以提供清算后融资，甚至可给予“超级优先权”，即优先于其他管理费用。²²⁸当清算后债权人要求提供担保时，可用未担保资产提供担保，或在已担保资产价值足够时设定顺序劣后的担保。法律框架不应允许债权人要求将清算后融资的部分资金用于清偿其申请前债权（即“滚动”），从而改变其顺位。

393.鉴于情形紧急，清算后融资的审批程序不应该过于繁琐。在行政主导模式的司法管辖区，提供清算后融资应得到清算人和/或清算当局的批准。在法院主导模式的司法管辖区，原则上可适用普通企业破产法。²²⁹不过，为了高效，提供清算后融资须经清算人批准可能就足够了。在批准清算后融资之前应听取银行当局的意见。每个司法管辖区都应考虑在某些情形下是否基于融资重要性、对其他债权人的影响或其他风险而需要由法院授权。

建议 80-82

清算后融资的处理

80.法律框架应通过确保对清算后融资提供者的充分保护，为银行业务的继续经营或财产的保值或增值提供便利，同时确保因提供清算后融资及其处理方法而权利可能受到影响的各方利益的平衡。

81.法律框架应确定清算后与融资有关的债权的排序。这可能包括：将其作为管理费用处理，优先于普通无担保债权人和其他法定优先权，但就担保财产劣后于有担保债权人；或将其作为特殊管理费用处理，优先于其他管理费用。

82.鉴于情形紧急，需尽量减少清算后融资的审批时间。在采用行政主导模式的司法管辖区，法律框架可明确规定，清算后融资须经相关清

²²⁸ 同上注，第 101-102 段。此外，一些司法管辖区在具备充分保障措施的前提下，基于可能提升资产回收率的预期，也赋予诉讼融资优先权或超级优先权。

²²⁹ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第二部分，建议 63。

算人和/或行政清算当局批准。在采用法院主导模式的司法管辖区，在听取相关银行当局的意见后，可授权清算人批准清算后的融资。

H.有担保债权人

394.担保权益保护制度的标志之一是“明确的所有权规则和同一资产上竞存债权或权利的优先顺位，尽可能消除或减少优先于担保权之上的其他优先权安排。²³⁰有担保债权人的权利在企业破产程序中是可强制执行的，通常需要暂停执行（见第六章清算工具 G 节）。在银行清算程序中也应如此。

395.担保权益与银行融资尤其相关。某些类型的融资如担保债券，银行间放款人（包括中央银行）也经常持有证券权益作为担保品。如果法律框架没有像大多数破产法那样通过债权人顺位制度中对其给予保护，则可能无法获得这些和其他类型的银行融资。可通过担保物取得权、对处置担保品所得价款或破产财产的一般收益赋予优先受偿权（以有担保债权的价值为限）做到该点。超过担保资产价值的债权一般作为普通无担保债权处理。不过，如下文所述，在中央银行融资的情形下，可能需要采取一些特殊做法。

396.有担保债权人享有的优先权可是绝对优先权，这似乎是一项一般规则，若有充分理由，它可劣后于清算程序²³¹的一般费用和/或其他一些特定债权（如未付工资债权或存款债权²³²）。在某些司法管辖区，可就担保物优先受偿的金额被限制在一定比例内。²³³应尽快向有担保债权

²³⁰ 《世界银行原则》，A2，A3。

²³¹ 在有些司法管辖区，有担保债权人直接分担清算程序的一般费用，或由于这类费用的顺位更高，有担保债权人也需分担该类费用。在另一些司法管辖区，这可能取决于清算程序的一般费用是否有助于担保资产的保全、变现和交付。还有些司法管辖区原则上不考虑有担保债权人对一般清算费用的任何分担。不过，如果有担保债权人在持有与普通无担保债权人同等顺位的剩余债权，则其可能间接承担此类费用。

²³² 例如，在哥伦比亚和尼日利亚。

²³³ 例如，在西班牙，享有优先受偿权的债权限于担保资产合理价值的 90%。

人进行分配。²³⁴

397.此外，除了对一般有担保债权人或银行债务的有担保债权人适用优先待遇外，法律框架还可考虑作出更具体的规定，以涵盖某些类型的银行交易。例如有担保债券²³⁵，它在一些司法管辖区得到广泛使用，使银行能够向消费者和企业提供抵押贷款或为公共债务融资。虽然规制担保债券超出了本立法指南的范围，但债权人顺位制度中对债券持有人债权的处理可能会激励担保债券的使用。一些司法管辖区考虑以某种形式区分担保资产或以某种形式提供担保，以确保债券持有人得到保护。²³⁶各司法管辖区都应考虑现有的关于有担保债权人的一般规则是否足够，或是否应明确提及其优先待遇。

398.中央银行是与银行关系密切的另一类有担保债权人。在大多数司法管辖区，中央银行可通过货币政策操作或也可能向面临流动性压力的机构提供双边贷款，所有此类贷款都需要担保物。如果一个司法管辖区在破产时给予有担保债权人优惠待遇，这通常足以保护作为债权人的中央银行。不过，每个司法管辖区都必须审查是否需要额外规定，以确保对作为有担保债权人的中央银行的保护。²³⁷

建议 83

有担保债权人的处理

83.法律框架应维护银行有担保债权人对其担保物的优先权，这些

²³⁴ 见《世界银行原则》，C 12.2。

²³⁵ 担保债券是由银行发行的债务，以隔离资产池（可称为“担保资产池”或“担保资产”）为担保。担保资产池由优质资产构成，通常是抵押贷款和公共部门债务。

²³⁶ 例如，在欧盟，第 2019/2162 号指令（担保债券指令）介绍了担保债券的最低统一规则。债券持有人享有优先权，并有权通过以下方式获得“双重追索权”：一是对担保资产池享有债权（优先权），二是作为普通无担保债权人对发行银行的破产财产享有债权，以填补处置担保资产池所得收益不足以偿付所有债务的部分。担保资产必须与银行财产分开；可保留在资产负债表上，也可使用特殊目的工具。在银行破产清算的情形下，担保债券投资者将继续按照合同规定的时间表获得偿付，即付款义务不会加速到期（“破产隔离”）。

²³⁷ 在某些司法管辖区，中央银行享有无条件的优先权，可用其持有的债务人（受困银行）的现金余额、证券和其他资产清偿其各笔债权。这更类似于抵销权或法定留置权。

债权不应排在银行清算程序期间给予的其他优先权之后（除非有担保债权人明确同意）。对有担保债权人的分配应尽量迅速。法律框架应确保有担保债权应在担保物变现范围内得到偿付，或在法律框架允许的情形下，将担保物交付有担保债权人，可出售或直接抵偿债务。

第九章 集团层面

A. 引言

399. 无论其规模大小，在大多数司法管辖区，银行都以集团的结构运作。银行集团往往占银行业总资产的大部分。银行集团可能位于单一辖区，也可能通过在东道辖区设立的子公司开展跨境业务（常见于大型银行）（见第十章跨境层面）。

400. 银行集团最常见的结构是公司结构。但在许多司法管辖区合作结构也特别重要。虽然银行集团可能由一家银行或非银行控股公司领导，但通常是以银行为母公司的集团结构。

401. 银行集团在审慎监管和银行处置机制下的实际利益相关及具体考虑，与其在一般破产规则惯例下的有限待遇存在区别。²³⁸ 长期以来，各国公司法以实体为中心主义的性质以及缺乏统一的以公司法处置集团的方式，一直体现在破产规则中。²³⁹ 但该趋势最近发生了变化，国际、区域和国家的规定在一定程度上强调了程序协调或合并或集团范围的公司重组。²⁴⁰ 最值得注意的是，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《企业集团破产示范法》现提倡以集团为导向，包括协调和合作，由

²³⁸ 本章借鉴了关于与集团有关的破产和处置方面现有的国际标准和指导意见（包括金融稳定理事会（FSB）《核心要素》、联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《企业集团破产示范法》和联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》、《世界银行原则》和国际货币基金组织（IMF）工作论文）。

²³⁹ 例如，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《跨境破产示范法》（1997年）、第2001/24/EC号《信贷机构清盘指令》和第1346/2000号《欧洲破产条例》都是以实体为中心的。

²⁴⁰ 2010年的联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》包含了第三部分（企业集团的破产处理），为各国相关发展提供了参考。2015年的《欧洲破产条例修订版》包含了有关集团的条款，以及比利时、德国、意大利和西班牙进行国家改革后的国内立法。联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第三部分将“程序协调”界定为“对两个或多个企业集团成员的破产程序进行管理上的协调，各集团成员及其资产和负债仍分别独立存在”。这区别于“实质性合并”，其定义是“将两个或多个企业集团成员的资产和负债视为同属单一破产财产进行处理”。

集团的“规划流程”²⁴¹产出“集团破产处置方案”，保障集团作为一个整体持续经营的价值，以保护集团整体资产和业务的综合价值并使之最大化，避免解体，从而有利于所有债权人。²⁴²联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《企业集团破产示范法》不一定体现银行集团的特殊性，但它表明在银行业背景下处理集团影响在重组程序中和在银行集团的全部或部分业务需要清算或其他合作处理方式时的重要性，可更好保全价值，使全体债权人受益。当银行集团中存在不受作为存款吸收机构或其他受监管金融服务提供商的特殊破产程序约束的子公司时，它也可提供指导。

402.金融稳定理事会（FSB）《核心要素》涵盖单一金融机构和金融集团整体的处置方案。其范围包括范围内金融机构的控股公司（不论控股公司本身是否从事受监管的金融活动）、外国银行的本地分支机构业务以及金融集团或大型企业集团内不受监管的运营实体，尽管当局对这些实体可行使的权利性质可能有所不同。²⁴³突然撤销集团内不受监管的运营实体提供基本服务（如财务服务、IT支持等）可能会危及处置目标。因此，除此之外，处置当局应有权要求集团内的实体（无论是否受监管）继续提供所需的服务，以支持处置中银行或任何被承接（收购）实体关键职能的连续性（见第六章清算工具G节）。²⁴⁴

403.在此背景下，本章讨论了：

法律框架如何防止个别银行的清算程序因其作为集团成员而受到阻碍（B节）。

如何促进各清算当局和各集团实体清算人之间的合作（C节）。

²⁴¹ 见2019年联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《企业集团破产示范法》第2（f）条中的“集团破产方案”定义；第2（g）条“计划程序”定义，第9-18条关于合作与协同，第19条及以下条文关于关于计划程序的实施。此外，根据“集团破产方案”的定义，此类方案并不限于重组程序。

²⁴² 另见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》，第三部分。

²⁴³ 见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 1.1，以及《银行业核心要素评估方法》中对KA 1的解释性说明。

²⁴⁴ 见金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》，EC 3.6。关于在银行清算情境下对此问题的讨论，见第六章《清算工具》G节。

B. 银行清算不应存在集团阻碍

404. 当一家不具备生存能力的银行是银行集团的一部分时，其清算就需要制定相关规定，以确保该银行的清算不受集团关系的阻碍。

405. 这首先影响到如何处理清算前无法生存的银行从母公司或其他集团实体获得的融资。如第八章债权人顺位D节第4小节所述，法律框架应提供将关联方债权顺位劣后的可能性，包括集团内部债务。不过，集团内部债务的劣后顺位未必总是适当的。可能存在正当理由需要通过非劣后清偿的金融工具或安排来提供集团内部财务支持（例如，当接受支持的集团成员面临流动性压力但仍满足所有资本要求时）。²⁴⁵如果一个司法管辖区的法律框架规定所有形式的集团内部融资都自动劣后，或不加区分地规定劣后是可能的后果，这可能会阻止流动性提供者在最需要时提供这种融资，从而导致价值减损。

406. 另一方面，如果母公司以债务而非股本或附属资本的形式提供支持，则存在这样一种风险，即选择这种工具是为了避免先于无担保债权人吸收损失。若司法管辖区考虑对清算前的集团内部融资采取特殊规则处理，且此类融资是根据具体集团内部支持安排提供的，不应引入劣后的全面豁免。相反，劣后规则的任何例外都应受到严格保障和条件制约，以确保这些例外安排确实是为了最终进入清算实体的利益而运作。

407. 原则上，如第八章债权人顺位所述，在清算中对集团内部融资的处理应与维持持续经营的业务安排相一致。如果银行处置规则适用于集团的某些实体，那么在清算中对关联方债权的处理也必须与处置中适用的规则保持一致。

²⁴⁵当陷入困境的银行隶属于某一机构保护计划（IPS），且该计划为履行其防止成员银行倒闭的核心职能而向该银行提供流动性援助时，该项财务支持可能具有正当理由。可考虑在法律框架中明确将此类支持排除在劣后债务之外，但需以设置适当的保障措施为前提。

408.此外，在集团背景下的银行清算可能对清算后可能发生的集团内部融资产生影响。在企业破产中，启动程序后的融资在集团破产情形下可能是必要的，因为如果没有这类融资，可能很难以持续经营的方式出售企业或部分业务²⁴⁶。普通企业破产法的最佳做法是为程序启动后的融资提供便利，以便企业继续经营、资产保值或提高资产价值（第八章债权人顺位G节），即使融资是由集团破产成员企业以直接融资、设定担保物权或提供担保的形式提供的，情况也是如此。²⁴⁷

409.在银行业中，鉴于资产和负债的转移需要迅速进行，并且考虑到存款保险基金是外部资金的重要潜在来源之一，并可用于弥补待转移资产和负债价值之间的差额，因此由其他实体提供的清算后的融资可能不那么重要。第八章债权人顺位说明了应遵循启动程序后融资的一般原则，²⁴⁸针对银行集团进行适当调整。²⁴⁹对于集团内的问题银行，若计划由同样处于清算程序的其他集团实体提供清算后融资，则应确保在批准任何清算后融资之前，听取相关银行监管机构在所有程序中的意见。在行政主导模式下，此类清算后融资地提供地提供应经由相关清算人判定——基于对单个实体的专门评估，确认该融资安排对该集团成员债权人可能造成的损害，将被债权人从财务援助中获得的利益所抵消。此类资金安排可能还需获得清算管理机构的授权。²⁵⁰

410.银行集团清算过程中涉及的集团内部关系与依赖性的另一重要方面，关乎问题银行在进入清算程序前从母公司或其他集团实体获得的服务。若集团服务提供商继续运营或其业务（全部或部分）被转移至第三方（第六章清算工具），问题银行的清算人应拥有独立裁量权，决定是否延续或终止与银行的相关服务协议。法律框架可规定，只要银行持续履行服务协议项下的实质性义务（见第六章清算工具G节），服务提供商不得仅以银行启动清算程序或行使清算权力为由单方面终止服务

²⁴⁶ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第三部分，第56段。

²⁴⁷ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第三部分，建议211。

²⁴⁸ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第三部分，建议63

²⁴⁹ 见第八章债权人顺位G节及建议82。

²⁵⁰ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第三部分，建议212-213。

协议。某些情况下，既有服务协议条款可能不适用或不可行，例如原协议条款未遵循公平交易原则，或基于集团架构和运营模式（清算后将发生变更）形成的规模经济效益。因此，清算人应有权按商业条款重新协商修改现有集团内部服务协议或其他运营安排，或订立新协议以考量这些因素。若集团服务提供商亦处于清算阶段并需终止服务，则应允许银行清算人签订新服务协议并采取一切必要措施，确保维持银行有效清算所需的基础设施接入。鉴于集团服务提供商可能未持有银行牌照，法律框架应授予相关主管部门适当权限，以应对行动不协调引发的风险。

建议 84-86

银行清算无集团障碍：集团内部交易和清算后融资

84.一般而言，银行集团成员之间的交易应遵守关于债权人顺位的一般规定（另见第八章债权人顺位D节第4小节）。在清算程序中，涉及对集团实体在清算程序之前提供流动性支持的处理，任何例外或特别规定都应受到严格的保障和条件限制。

85.在以法院为主导模式的司法管辖区，在授权集团实体提供清算后融资前，应听取相关银行监管机构在以下两类程序中的意见：一是提供融资的集团实体的清算程序，二是接受此类清算后融资的集团实体的清算程序。而在以行政为主导模式的司法管辖区，清算后融资的提供需由资金提供方和接受方的清算人共同评估，并可能需要获得行政清算管理机构的批准。

86.当银行在进入清算程序前已从一个或多个集团实体获得集团内部服务，且这些实体继续运营或其业务（全部或部分）已转移至第三方时，现有服务安排的延续或终止应由银行清算人自主裁量决定。清算人还应有权按照商业条款重新协商修改既有的集团内部服务协议，或签订新的服务协议。

C. 行政当局和法院之间的协调行动

411.银行清算措施——特别是银行资产和负债的转移——需要在银行即将无法生存时做好准备措施（见第四章准备与合作）。如果准备措施包括制定应急计划，有关银行当局可有效地确定：（i）对确保在清算期间的一段过渡时期内实现特定集团业务运营连续性具有重要意义的集团内部安排，包括共享服务或基础设施（如信息技术）；（ii）银行子机构的首选清算策略，如果这些附属机构也要进入清算程序。

412.无论如何，包括法院（如适用）在内的各相关监管机构对不同集团实体的监管协作必须顺畅有效。若行动缺乏协调或延误，可能导致银行的有序清算受阻。此类风险可能在以下情况出现：当银行在行政清算管理机构监督下进行清算，而其母公司或其他（非银行）集团实体却由法院依据普通企业破产法进行清算或重整时；或当集团实体由分管不同行业（如银行、证券及投资公司等）的行政清算管理机构分别进行清算时。对于一体化集中管理的集团，协调机制可促成对整个集团或部分集团实施统一清算程序，或在更有利于实现清算目标时采取全集团解决方案。若某家银行正处于清算阶段，必须充分考虑其他集团实体是否可能即将进入清算程序，并据此做好协调安排。

413.为降低行动不协调的风险，法律框架应赋予授权行政当局适当的程序性权力，以进行协调。如果法院是集团内至少某些实体的清算当局，或法院的批准或干预对这类清算是必要的，则行政当局的程序性权利应包括：（i）在法院为集团实体的重组或清算指定破产管理人之前，有权发表意见；（ii）诉讼地位——该诉讼地位亦应授予任何指定的银行清算人——有权对另一集团实体的破产管理人所采取的行动或重整计划提出异议，前提是该行动或计划威胁或与银行清算目标相冲突。此外，为集团其他实体指定的破产管理人一般有义务与银行清算当局和任何指定清算人进行协调。若该集团涉及跨境业务，各司法管辖区的行政清算机关及任命的清算人之间也应进行协调（见第十章跨境层面）。

414.如果银行集团包括受监管的实体，且这些实体受到负责银行清

算的行政当局以外的行政当局的监督，并有可能受其清算，则法律框架应确保允许并大力促进相关行政当局进行合作，以达成协调一致的处置方案，并确保这种协调的处置方案符合当局职责和清算目标。

415.法律框架应允许有关当局灵活采取必要措施作为其合作的一部分，包括允许交换机密信息。第四章准备与合作提到的关于行政当局之间在准备阶段开展合作的指导意见，包括依靠根据国际指导进行的现有的合作安排，也应适用于集团范围。此外，对于有跨境业务的银行集团，第十章跨境层面中的相关建议也适用。

416.有效合作还涉及其他程序问题。如果要对同一银行集团的若干实体进行清算并由此产生多个清算程序时，法律框架应支持在这些清算程序之间进行有力协调。在可能的情形下，法律框架可允许为所有程序指定同一清算人。²⁵¹不过，程序的协调应充分尊重集团内各实体的资产分割（因其具有独立的法人资格）²⁵²，并应处理涉及利益冲突的情形。在由不同清算人负责多个程序的情形下，这些清算人应直接沟通并尽最大可能进行合作，以实现有效的处置。如果集团的结构属于集团一体化模式——这意味着集团很可能因其系统相关性而被处置——如果集团处置计划要对一家或多家子银行进行清算，则可能会将处置程序和清算程序结合起来。在后一种情形下，法律框架必须确保在这些银行的清算程序中采取的措施与处置行为相协调，以免妨碍集团其他实体的处置目标。

²⁵¹ 《世界银行原则》，C 16.5。为不同的集团实体指定同一清算人仅在特定情形下可能，例如，当集团实体主要适用以法院为主导的清算程序，且由法院负责为此类程序指定私人清算人时。或当集团实体适用行政清算程序，且由行政清算当局负责指定清算人时。另一方面，在行政主导的模式下，行政清算当局担任清算人（尤其是跨境集团），很难想象为不同的集团实体指定同一清算人。此外，不同集团实体债权人的利益可能会引起潜在的利益冲突，而解决这些问题可能很有难度。

²⁵² 在实践中，若集团实体间存在交叉担保关系（同样适用于隶属于同一机构保护体系的实体），则可能出现对此规则的例外情形。在极端情况下，如按联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第三部分，建议 219-230 以及《世界银行原则》C 16.3 的示例，当集团实体因资产与业务功能在违法情形下混同，以致无法识别各自独立的破产财产时，可适用对集团实体破产财产的实质性合并。

417.最终，法律框架应赋予银行清算程序中所任命的清算人一项权利，为促进银行有序清算，可从任何正常运营的集团实体处获取信息并寻求协作。

建议 87-92

隶属于集团的银行对其清算程序产生的影响

87.当被清算银行隶属于某个集团时，法律框架应确保

(i) 在法院或对银行清算和处置至关重要的任何其他集团实体为重整或清算前指定破产管理人前，行政当局有权发表意见；

(ii) 如果银行清算人和相关行政当局的行动或集团实体的重组计划威胁到或违背了银行的清算目标，银行的清算人和相关行政管理当局有权质疑被破产管理人的行为或重组计划。

此外，为其他集团实体指定的破产管理人一般有义务与银行的清算当局和任何指定的清算人进行协调。

88.如果集团各实体分别进入不同的清算程序，或由不同的行政清算当局管辖，则法律框架应允许并大力鼓励行政当局和任何指定的清算人进行合作。法律框架应允许有关行政当局采取必要的措施保障协调，包括交换机密信息等。

89.在可能的情形下，如果对银行集团的实体启动了平行清算程序，法律框架可允许任命同一清算人，包括在跨境情况下。

90.程序性合作应尊重独立的法律实体原则及其对资产分割产生的影响。程序性合作应避免歧视，防止损害利益相关者，并尽量减少对他们的不利影响。在指定单一清算人的情形下，应解决利益冲突的情况。

91.当针对银行集团实体启动多个平行清算程序时，清算当局和任何指定的清算人应尽最大可能进行合作，以实现有效处置。应鼓励清算人之间直接沟通。

92.法律框架应赋予在银行清算程序中指定的清算人从任何有生存能力的集团实体处获取信息和进行合作的权利。

第十章 跨境层面

A. 引言

418. 本章旨在协助立法者以协调一致的方式起草有关银行清算跨境层面的法律规定。²⁵³ 各种规模的银行可能在母国司法管辖区，或同时在母国与东道国司法管辖区有持牌的分支机构，或有需要清算的境外资产。因此可能需要与其他受影响的司法管辖区进行跨境合作。当银行在东道国设有当地许可并受监管的境外子公司时，也可能需要这种合作。这种跨境活动给清算程序的进行带来了挑战，如果不能有效处理，可能会影响存款人和其他债权人的追偿，并增加风险传染和溢出的可能性。相反，顺利地跨境合作则可将上述风险降至最低。

419. 为编写本指南而进行的调查结果表明，各司法管辖区对跨境银行清算有不同的习惯做法。这种差异本身并不妨碍跨境合作。然而，如果法律条款缺乏明确性，或其对银行的适用范围不清晰，这会导致在实施跨境清算策略时阻碍或妨碍协调合作，或增加不确定性，从而造成债权人价值损失，并可能损害银行的利益相关方。

420. 一些国际标准提到了跨境破产问题，包括1997年联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《跨境破产示范法》和2019年《企业集团破产示范法》。然而，二者均未涉及银行的特殊性（例如，它们没有考虑银行当局在银行清算程序中发挥的突出作用）。两部联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）示范法都规定了各国可将银行排除在其适用范围之外，认可银行可能适用特殊的破产制度。金融稳定理事会（FSB）《核心要素》包含跨境合作的法律框架要素和高层次原则（KA 7）。这些原则规定，处置当局的法定授权应使其有权并鼓励当局尽可能与境外处

²⁵³ 多位评论人士及学者指出该领域存在法律空白，目前尚无专门针对银行跨境清算程序的国际示范法。此问题在罗纳德·戴维斯（Ronald Davis）、斯蒂芬·马道斯（Stephan Madaus）、莫妮卡·马尔库奇（Monica Marcucci）、伊里特·梅沃拉赫（Irit Mevorach）、里兹·莫卡尔（Riz Mokal）、芭芭拉·罗曼（Barbara Romaine）、贾尼斯·萨拉（Janis Sarra）与伊格纳西奥·蒂拉多（Ignacio Tirado）合著的《困境金融机构：恢复、处置与承认》（牛津大学出版社 2023 年版）中已有详尽论述。

置当局达成合作方案。这些原则还包括通过危机管理工作组进行跨境协调安排（KA 8）和特定机构跨境合作协议（KA 9）等形式支持跨境协调的制度安排条款。²⁵⁴金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》²⁵⁵和《核心要素》规定了处置行动跨境生效的法定和约定机制。

421.各司法管辖区应根据《核心要素》KA 7和《处置行动跨境效力原则》调整其跨境合作法律框架，并将该框架应用于系统性和非系统性银行，以实现有效的跨境处置方案。然而，将高阶原则编纂成详细的法律规定可能会遇到困难。联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）的承认框架是一种可行方法。然而，如上所述，其主要是为普通企业的跨境破产而设计，在诸如母国和东道国行政当局的职责及其与法院的沟通等问题上可能不够详细。此外，也没有考虑银行领域的特有问题的关切。

422.本章依据金融稳定理事会（FSB）框架提供指导意见，并借鉴了包括联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）和世界银行在内的其他国际标准、原则和模式。²⁵⁶在适当情况下参考这些标准和指导意见，并重点讨论非系统性银行清算的某些特殊性。本章还指出有不同形式的跨境合作，包括承认境外程序、依据国内法规定行使清算权以支持境外程序、运用监管权支持境外清算程序，以及基于自由裁量不采取国内行动。

423.本章旨在指导跨境合作立法框架的设计，考虑到不同的可能情形和法律框架，并确保债权人的公平待遇和涉及该过程的司法管辖区的

²⁵⁴ KA 7 适用于所有可能出现系统性倒闭金融机构的合作安排。KA 8 和 9 特别适用于全球系统重要性银行和其他指定的全球系统重要性金融机构，尽管金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》规定，对于任何有重大跨境业务且在其母国管辖范围内受处置约束的银行，其母国和东道国当局之间也应做出跨境合作和信息共享安排，以支持处置过程（见 EC 11.9 和 EN 11（c））。

²⁵⁵ 金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》（[fsb.org](https://www.fsb.org)）。另见 金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》。

²⁵⁶ 《世界银行原则》。本文件还借鉴了罗纳德·戴维斯、斯蒂芬·马道斯、莫妮卡·马库奇、伊里特·梅沃拉赫、里兹·莫卡尔、芭芭拉·罗曼、贾尼斯·萨拉和伊格纳西奥·蒂拉多在《困境金融机构：恢复、处置与承认》（牛津大学出版社 2023 年版）中提出的模型。

参与和控制。这种立法框架将受该司法管辖区为一方的任何条约或其他形式协定的约束。本章建议体现了“修正普及主义”准则，即设想对跨境银行清算采取全球统一的办法，但也承认在某些情形下，在母国和东道国司法管辖区，平行程序或适用当地措施可能更有效率，而且有必要采取保障措施，以确保兼顾东道国或受影响的司法管辖区的公共政策关切。修正普及主义是一种受纯粹普及主义理论模型启发而形成的规范。与普及主义相同，该原则以全球化的视野，旨在实现最大限度合作与最优解决方案。其通过调整纯粹普及主义模式（在所有情况下一法院一法律），使其适应现实世界情况和不同银行结构。该原则与“地域主义”形成对比，其坚持在所有情况下都逐国分别进行清算。

424.本章编排如下：

B节为清算当局和清算人之间的跨境合作和沟通提供了框架。

C节重点关注境外程序的承认以及东道国司法管辖区和受影响司法管辖区²⁵⁷为具体措施的生效而提供的协助和救济。

D节讨论了对建立公平有效的跨境制度、维护当地利益至关重要的保障措施。该部分提出了东道国或受影响司法管辖区拒绝承认、合作、协助或支持母国管辖区的条件。B节至D节提供的指导涵盖了拥有海外子公司、分支机构或资产的单一银行的清算。

E节为涉及跨境集团内两家或多家银行在清算程序中开展跨境合作和协调提供了补充指导。关于银行集团，本章应与第九章集团层面一并阅读。

B.母国和东道国当局之间的合作与权限分配

1. 导言

425.法律框架应规定清算当局和各司法管辖区清算人之间明确的职

²⁵⁷ 就本指南目的中，“受影响司法管辖区”一词是指非银行东道国司法管辖区，且银行因任何资产、权利、负债或债权人的所在地或适用法律而与该司法管辖区有联系的司法管辖区，因此在银行进行清算时，可能需要该司法管辖区的当局采取行动，以承认或实施境外清算措施。

责分配，以及在清算程序的准备、应急计划的制定和执行过程与银行当局的顺畅合作（见第四章准备与合作），并适当兼顾保密需要。法律框架中的规定应符合国际标准和相关指南，包括金融稳定理事会（FSB）《核心要素》和《处置行动跨境效力原则》，以及联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）框架（和相应的《世界银行原则》C15和C17）。最终，有效的跨境银行清算法律框架需要针对与境外司法管辖区当局的合作和沟通制定有针对性的条款。本节的建议旨在协助立法者制定此类规定。

2. 一般原则：实现合作处置

426. 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》要求尽可能授权并强烈鼓励处置当局与境外处置当局达成合作方案。²⁵⁸此外，司法管辖区应提供透明、快捷的程序，使境外处置当局采取的处置措施具有跨境效力（具有适当的保障措施）。²⁵⁹银行清算程序也应比照适用该规定。清算当局、银行当局，以及其他行政当局和跨司法管辖区的指定清算人之间的协调是确保有跨境业务的倒闭银行顺利清算的关键。

427. 法律框架应授权并强烈鼓励清算当局、银行当局和其他行政当局，以及任何指定的清算人及时与境外对应方进行沟通和合作，以实现合作处置的目的。²⁶⁰法律框架不应过度限制实现合作处置的可能性，例如，在缺乏互惠的情形下拒绝承认，或由于境外司法管辖区的官方干预或清算而触发自动行为（见下文C节）。

3. 清算管理当局和清算人的权力

428. 根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》（KA 7.3），法律框架应确保相关清算当局能够以东道国身份采取适当行动。为此，法律框架应授权清算当局管理境外银行的当地分行，并使其可利用这种权力支

²⁵⁸ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 7.1。

²⁵⁹ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 7.5。

²⁶⁰ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 7.1；另见 金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》 1-3。

持本国当局开展清算（见下文C节）。法律框架还应赋予国内当局在母国当局没有采取行动或其行动方式没有充分考虑到维护东道国金融稳定的需要时，主动采取措施的权力。在对境外银行的当地分支机构采取此类措施之前，东道国当局应通知并征询境外母国当局。²⁶¹

429.此外，根据《核心要素》7.6和7.7，法律框架应允许行政清算和有关当局在必要时与境外行政当局和清算人共享信息，以便制定和实施清算策略（包括协助对潜在收购者的尽职调查）。此类信息共享可包括保密信息，前提是当局必须确保这些信息将被视为保密信息并仅用于其提供目的。银行当局可受益于与其他司法管辖区对应局的现有跨境合作安排（见下文第6小节）。

430.法律框架授权清算当局指定一名清算人按该当局的指示行事（见第二章制度安排C节第3小节建议10），应授权该清算人在相关情况下开展跨境交流与合作，包括允许其直接与境外司法管辖区的清算当局和指定清算人进行交流和/或请求获得信息和协助。

4. 实现有效跨境清算措施的灵活性对不同制度模式的影响

431.实现跨境合作的机制可能因银行清算程序的制度模式而不同（见第二章制度安排）。行政清算当局具有与境外当局进行早期合作的优势（见第二章制度安排C节第4小节），例如，在存款保险机构必须在短期内向存款人偿付的情形下，该点非常关键。²⁶²在法院主导并有行政部门参与的司法管辖区，法院通常只在正式申请和司法裁定要求法院指定的清算人与境外清算当局合作之后才行使权力。在这些司法管辖区，法律框架应确保银行当局与境外相对方之间及时、迅速地开展合作，推进银行清算过程。银行当局的职责可能包括保护存款人和金融稳定，跨境合作框架不应施加与这种职责不一致的任何义务或目标。相反，法律

²⁶¹ 另见《银行业核心要素评估方法》EN 7 (h)，其明确此项规定应被理解为要求东道国当局必须努力与母国当局沟通其关切的问题和拟采取的行动。母国当局的同意不是必须的。

²⁶² 根据国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》CP15，EC1，存款保险机构应能在7个工作日内偿付大多数存款人的存款。

框架应作出充分规定以应对任何此类不一致。

432.金融稳定理事会（FSB）《核心要素》指出，处置机构应具备以必要的速度行使处置权的能力，²⁶³但也指出，在需要法院命令以实施处置措施的情形下，法院程序所需的时间不应影响处置行动的有效实施。²⁶⁴金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》规定，应加快实施境外处置措施的程序，包括涉及司法当局的情形。²⁶⁵

433.按照这种做法，在法院主导的司法管辖区，法律框架应授权并鼓励银行当局事先与境外银行当局合作，以准备并促进后续合作清算策略的实施。法律框架还应促进境外行政清算当局或指定的清算人参与当地法院的诉讼程序，并在适当情况下促进分公司或子公司监管当局的参与。如果采取某些措施需要通过法院命令，应提供快速程序。此外，在以法院为主导的清算程序中，法院需要考虑清算目标和难以评估的因素，如金融稳定性，则法律框架应促进法院与银行当局之间的协调，以便进行这类评估。²⁶⁶法院审查不应推翻清算当局和清算人采取的清算措施原则（见建议 6）²⁶⁷也适用于跨境案件（如东道国当局采取当地措施的情况）。

5. 银行清算程序的协调

434.母国、东道国和受影响司法管辖区的清算当局应保留各自的管辖权和权限。同时，法律框架应促进清算当局决策过程中的协调。由于行政清算当局和法院在职权范围、决策过程、程序规则和职能限制方面的不同，二者之间有效协调可能更具挑战性。然而，无论适用何种体制模式，法律框架都应允许或至少不妨碍清算当局与其他司法管辖区的行

²⁶³ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 5.4。

²⁶⁴ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 1.13 和 KA 5.4。

²⁶⁵ 金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》，第 5-6 页。

²⁶⁶ 任何金融稳定问题都应主要由相关银行业管理机构评估和决定（见第二章制度安排第 C 节第 1 小节和建议 12），银行业当局可在该过程中发挥特殊作用（例如允许法院向其征询专业建议），见（第二章制度安排）。

²⁶⁷ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 5.5。

政清算当局协调并进行决策，反之亦然。协调包括通知和有关各方交流或发表意见的权利，同时将各方召集在一起共享信息并讨论和解决冲突，最大限度地减少延误。²⁶⁸清算当局之间或清算人之间（并经清算当局批准）的协调协议可保障各方的实体和程序权利以及相关当局的管辖权。尽管如此，清算当局仍应负责就其处理的事项作出自己的决定。此外，法律框架可促进任命与母国司法管辖区清算人相同的清算人，也可是与母国司法管辖区清算人协调的不同清算人。

6. 合作机制

435. 清算管理机构间的早期合作有助于统筹管理不同司法管辖区的多重程序，并通过商定清算策略促进跨境银行清算的协调。主管部门或清算人之间的常设协作安排，是国际通行框架的成熟制度安排。根据金融稳定理事会（FSB）《核心要素》要求，至少应为全球系统重要性金融机构设立危机管理小组并制定机构间协作协议。²⁶⁹若某银行虽非系统重要性机构但隶属系统重要性集团，也可纳入此类安排。此外，依照国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，相关司法管辖区的存款保险机构应建立正式信息共享与协调机制，受到保密条款约束。²⁷⁰具体而言，双边或多边协议应明确存款保险机构在特定跨境情形中的职责。程序协调类跨境协议（即跨境协作议定书）作为普通企业破产领域的成熟实践，²⁷¹同样可适用于跨境银行及银行集团的清算，用以促进联合决策流程、确保沟通策略一致性以及化解母国与东道国管辖冲突。

436. 在此背景下，法律框架不应妨碍行政清算当局利用或在既有合作安排基础上进一步发展与境外当局的合作机制（例如，将处置合作协议或谅解备忘录扩展至清算），并可允许清算当局与其他清算当局或银

²⁶⁸ 另见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《多边投资协定》第12条，《立法指南》建议245。

²⁶⁹ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 8和9

²⁷⁰ 国际存款保险机构协会（IADI）《核心原则》，CP 5.

²⁷¹ 见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《跨境破产示范法》第27(d)条和《企业集团破产示范法》第10(f)条，以及这些文件中提到的其他合作形式。

行当局缔结新的互助和信息共享协议，但须有适当的保密保证，并认识到针对非系统重要性银行制定此类协议时应遵循比例原则。如果考虑将缔结此类协议作为金融机构监管法律框架的一部分，则其范围应足够广泛，以包括与境外清算当局签订的协议和/或有关银行清算事项的协议。此类协议的法律框架不应对从境外法院获取信息或与其合作造成不当限制。

建议 93-95

与其他司法管辖区当局的合作与交流

立法条文的目的

关于在银行清算程序中与境外当局合作和联系的规定，其目的是实现合作性解决方案，并促进具有跨境因素的清算程序的效率和效果。

主要考虑因素

实现合作性跨境清算的机制或安排应适合具体的制度模式（行政主导或法院主导行政参与）。

建议，无论制度模式如何

93.法律框架应与金融稳定理事会（FSB）《核心要素》（KA7）和《处置行动跨境效力原则》中有关跨境合作的规定保持一致。特别是根据核心原则 7.1、7.6 和 7.7，法律框架应：

（a）授权并大力鼓励清算当局和任何指定的清算人尽可能采取行动，与境外当局和清算人达成合作处置方案；

（b）授权清算当局主动采取措施，如果母国当局没有采取行动或采取行动的方式没有充分考虑到维护东道辖区金融稳定的需要（如启动当地清算程序）。在此之前，东道国当局应通知母国当局并与之协商；

（c）在符合保密规定的前提下授权并鼓励清算不同司法管辖区的清算当局、任何指定清算人和银行当局之间在早期阶段进行沟通、信息交

换和协调；

(d) 授权清算当局与境外清算当局协调决策过程；

(e) 允许开展合作，以设计有序清算的可能路径、正式承认其他司法管辖区的程序、采取支持性措施、商定应急方案或处置方案，并协调各项程序的实施；

(f) 确保东道国司法管辖区的当局能够适当获悉母国司法管辖区的清算程序及其采取的行动，并要求母国清算当局就相关事项通知并咨询东道国当局，并考虑东道国当局的意见；

(g) 授权清算当局、任何指定的清算人及银行当局在整个程序中与境外清算及银行当局和清算人交换信息，但须确保对信息予以保密。

法律框架可允许指定与境外司法管辖区相同的清算人，或指定本地清算人，由其在与母国清算当局及清算人协调的情况下开展清算程序。

对采取法院主导的司法管辖区的建议

94.法律框架应：

(a) 为境外行政清算当局或由其指定的清算人在当地法院的参与提供便利，并酌情为监管分支机构或子公司的主管当局的参与提供便利。

(b) 在采取具体措施需要法院命令的情形下，应规定快速获得法院命令的程序。

(c) 确保法院对跨境事项的考虑与更广泛的清算目标相一致，并促进法院与银行当局之间的协调，以确保法院能够适当评估这些考虑因素。

对采取行政模式的辖区的建议

95.法律框架不应妨碍行政清算当局利用或在既有合作安排基础上进一步发展与境外当局的合作机制，如合作处置协议。在相关情形下，法律框架可允许清算当局与其他清算当局或银行当局缔结（额外的）互助和信息共享协议，或关于协调程序的协议，受限于保护共享信息的保密性。

C.承认外国程序和支持措施²⁷²

437.承认和支持措施应迅速，并使清算人或临时清算人的行动在东道国司法管辖区生效。这种迅速地承认程序应涵盖一系列可能的清算措施，包括中止提前终止和/或净额结算权以及资产转移。金融稳定理事会（FSB）《核心原则》规定，各司法管辖区应提供透明、快速的程序，通过“承认”程序（如司法确认）或国内制度下的“支持”措施，使外国处置措施生效。²⁷³在根据母国法律对公司进行处置的情形下，此类承认或支持措施能让母国处置机构迅速控制位于另一司法管辖区银行分支机构或股份或资产。金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》原则3规定，实施外国处置措施或采取支持外国处置行动的措施的法律框架应明确规定承认、执行或支持行动的条件；拒绝此类行动的理由，并应加以限制；以及采取此类行动的程序。²⁷⁴承认或支持外国措施应以外国诉讼程序中债权人获得公平待遇为前提。²⁷⁵

438.银行清算程序也应允许承认和支持境外程序。法律框架应授权相关当局给予这种承认和支持。清算当局或指定的清算人可向外国清算当局联系，寻求承认和支持措施。当局应通过承认程序或采取支持并与母国司法管辖区框架一致的国内措施，来提供信息并使请求的措施生效，同时考虑到及时采取行动的必要性。还应提供跨境清算的承认和支持措施，以支持跨境处置。在任何情形下，承认和支持都应遵守D节讨论的保障措施。

439.如果东道国或受影响的司法管辖区有跨境承认制度，例如以联

²⁷² 在本指南中，“承认外国措施”是指一种使外国清算措施生效的程序或框架，应外国当局或清算人的请求，一司法管辖区接受在本国启动外国清算程序，并授权有关的本国当局（法院或行政当局）执行该外国措施或给予其他形式的国内救济，例如中止境内债权人程序（见金融稳定理事会（FSB）《核心要素评估方法》，EC 7.4 和 EN 7(e)；以及联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《跨境破产示范法》第 15-21 条）。“支持外国措施”是指使外国清算措施生效的程序或框架，通过其清算当局或银行监管机构，一司法管辖区根据相关国内法采取清算措施或监管措施，或行使其不采取行动的自由裁量权，以产生或以其他方式支持外国当局所采取措施的效果（见金融稳定理事会（FSB）《核心要素评估方法》，EC 7.4 和 EN 7(e)）。

²⁷³ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 7.5。

²⁷⁴ 金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》，第 12 页。

²⁷⁵ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 7.5。

联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《跨境破产示范法》为基础，法律框架可适用该制度并对银行清算作适当调整。这类调整应在法律框架中明确规定。特别是，在行政模式和法院主导模式下，法律框架应允许当地承认外国行政当局管理的程序。此外，还应考虑在有必要确保清算行动的跨境效力或加快采取必要措施的情形下，加快获得法院命令的程序。

440.承认应在清算人或清算当局提出请求之后进行，包括就（外国）银行清算程序的启动发出充分通知。法律框架应规定迅速承认境外清算程序。原则上，承认不应以互惠为条件。²⁷⁶承认须受限于适当的保障措施（见下文D节）。

441.法律框架还应具有必要的灵活性，以便在承认程序不可行或不可取的情形下为境外清算措施提供支持。²⁷⁷特别是，法律框架应赋予行政清算当局自由裁量权，以便在必要时通过在东道国司法管辖区启动清算程序或通过不采取行动启动清算，以支助外国措施。应允许母国司法管辖区的清算当局和清算人请求采取这类措施。法律框架还应给予东道国司法管辖区的监管当局自由裁量权，由其决定是否采取监管措施，使境外清算程序中采取的措施生效，或在有利于程序的情形下不采取这类措施。法律框架应能下令中止执行程序，包括中止行使提前终止权。可允许通过承认程序转移母国当局下令转移的资产和债务，或允许地方当局根据国内法下令进行这种转移。无论如何，法律框架不应包含因另一司法管辖区的官方干预、启动清算或类似程序而触发自动行动的规定。²⁷⁸

²⁷⁶ 金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》第12页指出，即使有互惠要求，也不应该是绝对的，如果这种承认符合司法管辖区的利益，例如有助于金融稳定，也不应该阻止非基于互惠的承认。另见《核心要素评估方法》，EN7(b)。

²⁷⁷ 见金融稳定理事会（FSB）2014年9月29日发布的《处置行动跨境承认，咨询文件》，2014年9月29日，其中举例说明了可给予承认或支持措施的不同情形。

²⁷⁸ 此处所指的“自动生效”特别意味着，法律框架不应规定因另一司法管辖区启动银行破产管理程序，就自动触发银行清算程序或自动撤销银行牌照。此处提及的“自动生效”不包含任何旨在促进外国行为生效的自动承认效力。见金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA7.2条款；另见金融稳定理事会（FSB）《银行业核心要素评估方法》，EN7(c)项，其中包含对“自动生效”概念的解释说明。

建议 96-98

承认境外程序与行动和支持措施

立法条文的目的

关于承认与支持条款的目的在于确保能够及时实施外国清算行动。

建议

96.在下文D节所述保障措施的前提下，法律框架应授权行政和司法清算当局迅速承认另一司法管辖区启动的清算程序和采取的清算措施，包括支持处置行动跨境，而无需进一步的认证或授权，并/或支持这些程序或措施。原则上，承认不应以互惠为条件，但可符合充分的保障措施为条件。

97.法律框架应确保行政当局能够运用其职权支持外国清算程序。这应允许清算当局在需要采取清算措施时行使权力，银行监管机构在需要实施监管措施时行使权力；前提是满足行使此类职权的法定事由或审慎条件。清算机关和银行监管机构均应有权在支持境外清算程序或措施的情况下，选择不采取清算或监管措施。法律框架不应包含因另一司法管辖区启动官方干预或清算或类似程序而自动触发相关行动的条款。

98.法律框架应授权清算当局，使其能够迅速承认和支持外国清算措施，前提是已就一家银行在寻求协助的司法管辖区内拥有资产、债权人或分支机构而启动了外国清算程序。可通过承认并落实母国当局在清算程序中采取的措施，或通过根据当地清算或监管框架采取措施来提供认可和支持。协助措施可包括但不限于以下形式：

(a) 委托母国清算当局管理或变现位于东道国司法管辖区内的资产。

(b) 下令中止诉讼程序，禁止债权人和其他当事人采取可能损害外国法律规定的清算措施的强制执行等行为，包括提前终止权或执行担保

品。

(c) 下令将倒闭银行的资产和/或负债转移，或将资产隔离以满足存款人的要求。

(d) 下令清算部分或全部资产，允许或协助转移所有权，包括登记位于和/或登记于其管辖范围内登记的资产或权益。²⁷⁹

(e) 采取程序性援助措施，包括询问当地证人、获取证据和信息。

清算当局应有权下令采取上述措施，如果是行政当局，则应能够请求法院协助下令采取这些措施，正如建议94 (b) 所设想的那样。

D.保障措施：拒绝承认、支持或合作的理由

442.虽然必须赋予清算当局为银行清算目的在跨境基础上进行合作的广泛权力，但东道国司法管辖区和受影响司法管辖区的当局必须对在其管辖区内的资产、债权人、债务人、分支机构或子公司的措施保留必要程度的控制权，因为在缺乏最低限度保障的情形下，他们不太可能进行合作。虽然不同辖区制定的标准及其执行方式可能有所不同，但现有的保障措施往往涉及公共政策原则。²⁸⁰在设计专门针对跨国界银行清算的保障措施时可参考的重要原则，包括程序公正、保护存款人、公平和不歧视地对待债权人、金融稳定以及财政影响。金融稳定理事会（FSB）、世界银行和联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）的框架中都有此类考虑。以下建议与这些标准相一致，特别是金融稳定理事会（FSB）《核心要素》和《处置行动跨境效力原则》中的标准。

443.公共政策保障已得到广泛认可，也比较常见，但是，为编写本指南而进行的调查表明，“公共政策”的含义可能因各国法律规定而异。这些差异可能会阻碍跨境合作。每个司法管辖区在适用公共政策保障时应按照明确、透明且严格界定的参数。以公共政策例外为由拒绝承认或

²⁷⁹ 值得注意的是，根据多国的国内银行法，这种协助可通过监督批准控制权变更的方式提供，而无需特别授权以支持外国程序。

²⁸⁰ 例如，见金融稳定理事会（FSB）《处置行动跨境效力原则》，原则 3；联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《跨境破产示范法》第 6 条、《承认及执行判决示范法》以及《企业集团破产示范法》中的类似条款。

支持外国清算措施可能是合理的，例如，在境外清算或处置程序中未能公平对待债权人；²⁸¹或因债权人的国籍、债权所在地或应付债权的司法管辖区而歧视债权人，例如清算措施区别对待母国和外国债权人，损害了本国债权人的利益或违反了基本的公平标准。

444.如果歧视仅限于某项辅助决定，那么拒绝执行所有措施或整个策略是不合理的。只有对当地债权人的权利产生普遍和实质性影响的措施才能达到公共政策保障的歧视门槛。

445.如果对国内金融稳定产生不利影响或造成重大财政影响（例如，如果这些措施会使地方公共当局或纳税人遭受损失），则可拒绝承认、支持或合作。

446.以下建议旨在通过确保有关当局充分考虑措施在其他司法管辖区的影响，推进跨境的合作与协调原则，以及承认母国司法管辖区采取的清算措施。这些建议的另一个目标是，在一定基本保障措施的基础上，确保东道国司法管辖区和受影响司法管辖区的当局对影响其本国司法管辖区的资产、债权人、债务人、分支机构和子公司的行为保留必要程度的控制，包括清算程序正在由母国司法管辖区协调或集中的情况。

建议 99-101

立法条文的目的

保障条款的目的是促进公平，明确规定拒绝承认、执行或支持行动的有限依据。

确保地方利益得到保障

99.根据金融稳定理事会（FSB）的标准和实施指南，²⁸²实施境外措

²⁸¹ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA7.5。

²⁸² 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA7.5 和《处置行动跨境效力原则》原则 3。

施的过程应遵循公平对待债权人的原则。此外，该过程还应充分考虑到寻求承认或支持相关措施的司法管辖区的国内公共政策、金融稳定影响和财政影响。如果外国清算措施会对国内金融稳定产生不利影响或造成重大财政影响，则可拒绝承认或支持。

确保程序公平有效

100.法律框架应要求母国司法管辖区的清算当局，在对有关分支机构或子公司的跨境清算程序中采取行动或措施时，及时与东道国司法管辖区合作和沟通，并确保：

(a) 相关行动遵循公平对待债权人的原则，存款人和其他债权人不会因其国籍、居住地或债权所在地而受到歧视；

(b) 在选择如何处理银行清算程序时，充分考虑对东道国金融稳定的影响。

公共政策保障

101.东道国法律框架应允许其当局在承认、支持或合作将违反本国公共政策时，拒绝采取行动承认或支持境外清算措施，或在境外清算程序中提供合作。

E.跨境集团的清算

447.对于跨境经营的银行集团成员机构的清算，除可适用本章前述章节的建议外，还需应对特殊挑战（见第九章集团层面）。本节将着重阐述跨境银行集团清算的特有问题。银行子公司可能隶属于一体化集中控制的集团，例如某些为控制成本而集中财务和管理流程的中小型银行。为实现有序、高效的清算，协调集团内部此类银行的清算程序至关重要。将清算程序集中于母公司或母金融机构的母国司法管辖区，可能是最高效的方式。即便集团内各银行运营相对独立，为实现最优清算方案

，程序协调仍属必要。²⁸³此外，当集团部分成员尚未进入清算程序时，有关当局应考虑对那些可能即将清算的实体进行协调，以确定程序协调或集中清算是否更为适宜。但必须认识到实践中达成此类协调面临的挑战。在适当情况下，可通过促使东道国司法管辖区尊重母国程序、允许依据东道国法律提出的债权在母国清算程序中获得与东道国程序同等的待遇，最小化清算程序数量。²⁸⁴

448.在跨境集团部分成员机构适用处置程序、其他成员适用清算程序的情况下，相关清算措施须与处置行动进行协调，以免妨碍对其他集团成员的处置目标实现（见第九章集团层面C节）。

449.应允许并大力鼓励不同司法管辖区银行当局和其他行政当局事先开展合作，为集团实体在不同司法管辖区的清算做好准备（见第四章准备与合作建议40，该建议也应适用于跨境情形）。

450.关于承认、支持境外清算措施的建议，应经适当调整后适用于跨境集团。法律框架应授权清算当局或指定清算人订立跨境程序协调协议，对涉及同一银行集团的程序进行协调。法律框架应允许有关当局在母国和相关东道国管辖区的存款保险机构开始偿付受保存款期限届满之前达成并执行此类协议。

451.清算当局之间开展跨境交流与合作时，不应该改变他们的权力和责任。²⁸⁵每个清算当局在任何时候都能够（并被要求）对提交的事项和参与该过程的各方行为，行使独立的管辖、权力和判断。²⁸⁶

²⁸³ 关于“程序协调”一词的含义，请参阅联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》第三部分第9章“集团层面”，脚注240。

²⁸⁴ 此种处理方式可能受以下条件限制：(a)母国当局承诺给予同等待遇；(b)该承诺符合东道国司法管辖区的正式要求；(c)东道国主管机关批准在母国程序中给予的待遇安排；及(d)该承诺具有法律约束力，且对银行破产财产具有强制执行力（更多指引见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《企业集团破产示范法》第28至32条）。

²⁸⁵ 另见联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《企业集团破产示范法》第11条，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《立法指南》建议244

²⁸⁶ 金融稳定理事会（FSB）《核心要素》，KA 7.2。

452.在资产或负债整合的罕见情形下，或相关银行实体之间管理权整合的情形下，由母行司法管辖区的清算当局领导或指定单一清算人的集团清算程序可能最为有效。在对银行集团或集团内某些实体进行清算时应加强程序上的合作，还应保证清算策略的实施，防止任何债权人通过在多个清算程序中提出重复申报债权，并获取超过其在单一清算程序中本应获得的清偿金额。²⁸⁷

建议 102-105

跨境集团清算时清算当局和/或清算人的权力

102.法律框架应使清算当局或指定的清算人能够签订跨境协议，以协调与同一银行集团有关的程序。法律框架应允许当局在母国和相关东道国管辖区的存款保险机构开始偿付受保存款期限届满之前制定并执行此类协议。

103.合作与协调不应：

(a) 改变清算当局的权力和责任，清算当局在任何时候都有权行使其独立的管辖、权力和判断；

(b) 表明清算当局就赋予其的任何权力或分配给其的任何责任作出妥协或放弃。

104.法律框架应：

(a) 明确规定清算当局和清算人应最大限度地开展合作，以达成有效处置，包括在不同司法管辖区对同一集团不同实体进行单独清算程序（包括即将进行的程序）的情形；

(b) 如果程序协调和集中清算程序更有利于实现清算框架的目标和清算当局的任务授权，则允许在集团母国司法管辖区程序协调和集中清

²⁸⁷ 这符合联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《企业集团破产示范法》第31条关于“混合分配原则”的规定。

算程序，或任命同一清算人；

(c) 在集中管理的情形下，促进东道（和受影响的）当局在集团母国程序中的合作和参与。

集中与平行程序的调和协调

105. 法律框架应允许母国与东道国清算管理机构在认为适当时，采用集中清算程序并避免程序重复，只要集中清算更有利于实现银行清算目标。法律框架应保留东道国主管机关启动清算程序的权限，当其认定该程序能更好保护银行清算目标，或在特定情形下经与母国协调后认为该程序更高效。

通过在集中清算程序中，对依据东道国法律提出的债权，给予与该债权在东道国程序中同等的待遇，可促进程序集中化并减少程序重复。

**WORKING GROUP
FOR THE PREPARATION OF THE
LEGISLATIVE GUIDE ON BANK LIQUIDATION**

DRAFTING COMMITTEE

Marco BODELLINI	Associate Lecturer, Queen Mary University of London
Anna GELPERN	Professor, Georgetown Law
Christos GORTSOS	Professor, National and Kapodistrian University of Athens
Christos HADJIEMMANUIL	Professor, University of Piraeus
Marco LAMANDINI	Professor, University of Bologna
Rosa LASTRA	Professor, Queen Mary University of London
Stephan MADAUS	Professor, Martin Luther University
Irit MEVORACH	Professor, University of Warwick
David RAMOS MUÑOZ	Associate Professor, University Carlos III of Madrid
Janis SARRA	Professor, University of British Columbia
INTERNATIONAL MONETARY FUND	Alessandro GULLO - Assistant General Counsel, Legal Department
<i>Observer</i>	Ender EMRE - Senior Counsel, Legal Department
WORLD BANK GROUP	Danilo PALERMO - Senior Financial Sector Specialist (until 2023)
<i>Observer</i>	

UNIDROIT SECRETARIAT

Ignacio TIRADO	Secretary General
Anna VENEZIANO	Deputy Secretary-General
Myrte THIJSEN	Senior Legal Officer
David RAMOS MUÑOZ	Associate Professor, University Carlos III of Madrid, <i>Advisor to the UNIDROIT Secretariat</i>
Marco BODELLINI	Associate Lecturer, Queen Mary University of London, <i>Advisor to the UNIDROIT Secretariat</i>
Jeremy CUMMINGS	Partner, Auxlaw, <i>Assistant to the UNIDROIT Secretariat 2021-2022</i>
Hossein NABILOU	Professor, University of Amsterdam, <i>UNIDROIT-Bank of Italy Chair 2021- 2022</i>
Iacopo DONATI	Professor, University of Siena, <i>UNIDROIT-Bank of Italy Chair 2023- 2024</i>
Shuai GUO	Assistant Professor, China University of Political Science and Law, <i>Consultant to the Secretariat 2024</i>

翻译人员名单

- 张韶华 存款保险基金管理公司副总经理
- 武 卓 存款保险基金管理公司法律事务部（国际事务部）主任
- 黄建生 存款保险基金管理公司法律事务部（国际事务部）主管
- 司若涵 中国人民银行晋城市分行主任科员
- 杨文嘉 存款保险基金管理公司法律事务部（国际事务部）副经理
- 陶重阳 存款保险基金管理公司法律事务部（国际事务部）副经理
- 薛双麒 存款保险基金管理公司资产管理部经理
- 郭 帅 中国政法大学副教授