

# 美国银行检查官特免权(BEP)适用研究

张琳

华东政法大学经济法学院, 上海

收稿日期: 2022年11月4日; 录用日期: 2022年12月19日; 发布日期: 2022年12月26日

## 摘要

银行检查官特免权, 通常被认为用以保护监管机构对金融机构实施检查过程中产生的检查报告和相关的监管材料免受披露, 属于作为上位概念的“政府审议程序特免权”中的一类。在主体层面, 可以主张银行检查官特免权的主体为监管机构。无论是否处于诉讼程序, 监管机构都可以依赖BEP拒绝披露机密监管信息。在诉讼中, 如果相关报告属于BEP保护的机密监管信息范围, 要求披露机密报告的一方负有证明有正当理由(good cause)的举证责任, 法院通常结合富兰克林因素判断最终是否需要披露。尽管BEP对金融监管机构很重要, 但美国国会并没有将其编入法规, 普通法的性质大大影响了BEP的适用。

## 关键词

证据法, 银行检查官特免权, 政府审议程序特免权

# Research on the Practice of Bank Examiner Privilege in the USA

Lin Zhang

School of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 4<sup>th</sup>, 2022; accepted: Dec. 19<sup>th</sup>, 2022; published: Dec. 26<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

The bank examiner privilege is generally considered to protect from disclosure of the examination reports and related regulatory materials generated by the regulator in the course of examining financial institutions, and this privilege falls into the categories of governmental deliberation privilege. By law, the financial regulator can assert the BEP and by doing so relevant regulators shall be protected from disclosure of confidential regulatory information whether or not they are in litigation. In litigation, if the report in question falls within the scope of confidential regulatory information protected by the BEP, the party seeking disclosure of the confidential report bears the

**burden of proving good cause, and the court usually determines whether to override the BEP through Franklin factors test. Despite the importance of the BEP to financial regulators, Congress did not codify it in statute, and the common law nature of the BEP greatly affects its application.**

## Keywords

Evidentiary Law, Bank Examiner Privilege, Governmental Deliberation Privilege

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

银行检查(examination)是联邦监管机构用于监督银行和金融服务业的关键工具。“银行检查官”(bank examiner),《布莱克法律词典》将其定义为有权对银行的财务状况、管理以及政策进行审计检查的联邦或州政府官员[1]。<sup>1</sup>有些州,检察官在银行破产清算程序中代表银行事务专员或银行主管人员行使职权。在监管机构的工作人员实施检查的过程中,不可避免地会接触到被监管对象的机密材料。检查过程中所涉及的机密文件如果能够随意被公开,这将阻碍银行和监管机构之间的交流,甚至严重影响被监管对象的利益。因此,检查记录通常只会在监管机构和金融机构之间共享。

然而,当被监管对象涉诉时,对方当事人会试图获得相关检查记录,以便将其作为对这一金融机构不利的证据。为了保障相关文件的机密性,同时满足对方当事人合法的查阅需求,美国联邦法院制定了“银行检查官特免权”(bank examiner privilege)的普通法规则。根据该规则,银行检查官可以被免除披露特定类型证据的义务。

目前,我国对特免权制度的研究主要集中在“律师-当事人特免权”之上[2][3][4]<sup>2</sup>,对于银行检查官特免权的研究成果十分罕见。然而,应当注意到,已有中国企业在美国遭遇涉及银行检查官特免权纠纷的先例。<sup>3</sup>在此背景下,本文将就银行检查官特免权的源起、银行检查官特免权的构成要件等内容进行研究,旨在加深学界和实务界对于银行检查官特免权的认识,望对中方企业在相关纠纷解决中如何应用该特免权保障自身利益有所启示,并能恰当应对对方当事人的证据特免权主张。

## 2. 银行检查官特免权的源起及背后的价值考量

所谓的银行检查官特免权,通常被认为用以保护监管机构对金融机构实施检查过程中产生的检查报告和相关的监管材料免受披露,属于作为上位概念的“政府审议程序特免权”(governmental deliberation privilege)中的一类。<sup>4</sup>

银行检查官特免权起源于20世纪90年代的涉及到货币监理署(OCC)、联邦储备委员会(FRB)和联邦

<sup>1</sup>BANK EXAMINER, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019).

<sup>2</sup>参见徐磊:《美国公司背景下的律师——委托人特免权适用标准研究》,载《太原师范学院学报(社会科学版)》2022年第6期,李晓郭、贺婕:《中美律师-委托人特免权比较研究与启示》,载《长江论坛》2021年第2期,以及杨良宜、杨大明、杨大志:《证据法》,法律出版社2020年版。

<sup>3</sup>例如在 *Wultz v. Bank of China Ltd.*, 61 F. Supp. 3d 272 (S.D.N.Y. 2013)一案中,以色列自杀式爆炸受害者家属起诉中国银行,指控其犯有国际恐怖主义行为,并违反《反恐怖主义法》(ATA)协助和教唆国际恐怖主义。受害者家属在诉讼中要求银行和作为第三主体的货币监理署(OCC)出示调查档案和监管通信文件。

<sup>4</sup>*Principe v. Crossland Sav.*, FSB, 149 F.R.D. 444 (E.D.N.Y. 1993). See also, *Redland Soccer Club, Inc. v. Department of Army of U.S.*, 55 F.3d 827, 25 Env'tl. L. Rep. 21026 (3d Cir. 1995), cert. denied, 516 U.S. 1071, 116 S. Ct. 772, 133 L. Ed. 2d 725 (1996) and appeal after remand, 124 F.3d 186 (3d Cir. 1997).

存款保险公司(FDIC)等联邦监管机构的系列案件。现在, 银行检查官特免权作为一条证据法上的普通法规则, 在美国各个联邦巡回法院均得到了承认。

法律建立“政府审议程序特免权”制度主要基于两方面的考量。首先, 政府官员之间信息和思想自由流动具有重要的价值。一旦政府官员知道他们之间的通信可能会被透露给外界, 那么信息和思想自由流动将会受到阻碍。<sup>5</sup>其次, 支持政府审议程序特权的另一个理由是分权理论, 分权理论禁止法院探究政府决策背后的心理过程。<sup>6</sup>

在涉及政府审议决策的射程范围内, 法院认可了与银行检查报告相关材料受特免权保护。银行业是一个受到高度监管的行业。银行安全与稳健监管有赖于银行金融机构与其监管部门的持续沟通。二者间沟通的质量对于监管目标的实现起着至关重要的作用, 而沟通的质量又大大取决于沟通的坦诚度(frakness)。<sup>7</sup>

### 3. 银行检查官特免权的构成要件

#### 3.1. 可主张银行检查官特免权的主体

在主体层面, 可以主张银行检查官特免权的主体为监管机构。无论是 BEP 还是受 BEP 保护的信息均由监管者享有, 而不属于金融机构。在联邦层面, 以下监管机构可以主张该特免权: 货币主计长办公室(OCC), 对国家银行系统拥有监督权; 联邦储备系统理事会(FRB), 对银行控股公司、州成员银行、储蓄和贷款控股公司以及在美国运营的外国银行等实体拥有监督权; 联邦存款保险公司(FDIC), 对州特许银行和储蓄机构拥有监督权; 消费者金融保护局(CFPB), 对资产超过 100 亿美元的银行、储蓄和信用社、非银行抵押贷款发起人和服务商、发薪日贷款人、私人学生贷款人和其他消费金融市场的大量参与者拥有监督权。

#### 3.2. 受银行检查官特免权保护的信息

原则上, 首先 BEP 赋予监管机构的意见和建议以及银行对其的回应(opinions and recommendations and banks' responses)以保护, 使其免于披露。<sup>8</sup>其次, BEP 保护的是审议性质的(deliberate)材料, 而非事实性的(factual)材料。如果监管机构想要通过主张 BEP, 避免披露某份材料, 检查员必须证明材料是审议性质的, 而非事实性的。如果事实与意见、结论和建议交织在一起, 审议性质的部分不能被覆盖(redacted)。<sup>9</sup>

许多联邦监管机构采取的立场是, 银行检查记录有机密性。其中一些监管机构甚至为此发布了正式条例, 以界定受特免权保护的“机密监管信息”(confidential supervisory information)以及披露的口径[5]。上文所述的联邦监管机构均颁布了本机构专门的法规, 同时各州银行业监管机构也就州内机密监管信息的保护进行了立法, 例如密苏里州的法律要求密苏里州财政局“对在所有检查和调查过程中获得的所有事实和信息保密。”<sup>10</sup>

以联邦储备系统(FRB)的定义为例, FRB 对“机密监管信息”的定义包括检查(examination)、查阅(inspection)和探视(visitation)报告; 机密操作和条件报告(operating and condition reports); 从此类报告衍生、相关或包含在此类报告中的任何信息; FRB 在任何调查过程中收集的信息; 以及由 FRB、某联邦储备银行或州监管机构编写或供其使用的文件。<sup>11</sup>FRB 将该法规广义解释为涵盖“在检查或查阅过程中从金融

<sup>5</sup>In re Franklin Nat. Bank Securities Litigation, 478 F. Supp. 577, 4 Fed. R. Evid. Serv. (LCP) 1053 (E.D.N.Y. 1979).

<sup>6</sup>See, for example, U.S. v. Morgan, 313 U.S. 409, 61 S. Ct. 999, 85 L. Ed. 1429 (1941).

<sup>7</sup>In re Subpoena Served Upon Comptroller of Currency, and Secretary of Bd. of Governors of Federal Reserve System, 967 F.2d 630 (D.C. Cir. 1992).

<sup>8</sup>Wal-Mart Puerto Rico, Inc. v. Zaragoza-Gomez, 152 F. Supp. 3d 67 (D.P.R. 2016).

<sup>9</sup>Fed. Rules Civ. Proc. Rules 26(b)(1), 45(c)(3). In re Providian Financial Corp. Securities Litigation, 222 F.R.D. 22 (D.D.C. 2004).

<sup>10</sup>See Mo. Ann. Stat. § 361.080.

<sup>11</sup>12 C.F.R. § 261.2(c)(1).

机构获得”的所有文件。然而，这一定义并不包含“由受监管的金融机构为自己的商业目的准备并由其拥有文件”。<sup>12</sup>又如，消费者金融保护局(CFPB)曾发布了一份公告，提供了机密监管信息的范例。主要包括：CFPB 检查报告和监督函；包含在、衍生于或与上述文件相关的信息；CFPB 与受监管金融机构之间关于 CFPB 检查的沟通；以及 CFPB 行使其监管权而产生的其他文件，包括信息请求函和受监管金融机构的回复。<sup>13</sup>与 FRB 一样，CFPB 界定的机密监管信息排除了金融机构为商业目的准备的文件。

银行检查官特免权不是绝对的(absolute)。由于法规中包含的机密监督信息的范围非常宽泛，律师经常采取扩张性解释(take an expansive approach)尽可能主张某一涉密文受到银行检查官特免权的保护[6]。<sup>14</sup>在诉讼中，监管机构主张的机密监管信息能否受到 BEP 保护还应当受到法院的检验。

### 3.3. 银行检查官特免权行使时间

按照法律规定，机密监管信息是监管机构的财产，未经监管机构授权，受监管对金融机构不得披露机密监管信息。<sup>15</sup>事实上，无论是否处于诉讼程序，监管机构都可以依赖 BEP 拒绝披露机密监管信息。根据 OCC 的法规和 OCC、FDIC 和 FRB 的长期政策，受监管的金融机构可能会因未经授权披露机密监管信息而面临罚款和其他刑事或民事处罚。此外 FRB 曾对未经授权使用和披露机密监督信息的实体提起了行政诉讼。

然而，机密监管信息对不披露规则存在一些例外。首先，金融机构通常可以在未经监管机构批准的情况下向其关联公司披露其拥有的机密监管信息，以及向董事、高管和员工披露与履行各自职责相关的机密监管信息。<sup>16</sup>其次，金融机构通常可以向其雇用的某些顾问和服务提供商披露此类信息，例如公共会计师和法律顾问。除此之外，任何试图向第三方披露的人都必须根据该机构颁布的程序向该机构申请许可。

同时，监管机构也有权向几乎所有恰当提出索要请求的人提供机密监督信息。例如，应要求，“银行监督和监管司司长或适当的联邦储备银行”可以向其他联邦监管机构(包括 OCC、FDIC 和联邦住房贷款银行委员会)、州监管机构以及 FRB 确定的“必要”的其他机构提供受 BEP 保护的信息。<sup>17</sup>OCC 法规同样允许主计长向 FRB、FDIC 提供非公开的 OCC 信息，并“由主计长自行决定”、其他联邦和州机构以及外国政府“在必要时履行公务”。<sup>18</sup>

### 3.4. 银行检查官特免权的例外

在诉讼中，各种类型的民事索赔都可能涉及到银行监管文件的披露，例如证券诉讼、针对银行或其董事和高级职员의 欺诈索赔。为了解决与 BEP 有关的纠纷，法院通常遵循一个特定的程序。首先，法院考虑检查报告是否属于 BEP 保护的机密监管信息范围。不同的司法判决使用不同的措辞来描述 BEP 的确切界限。从本质上讲，该特免权保护的是监管人员的机密意见和建议，以及检查过程中的其他审议性内容。监管机构有责任证明检查报告是否属于 BEP 保护的机密监管信息范围。为了确定监管机构是否履行了证明责任，法院可以直接审查记录，或对记录进行存样。

其次，如果相关报告属于 BEP 保护的机密监管信息范围，法院将考虑是否有充分的理由要求披露该机密报告。要求披露机密报告的一方负有证明有正当理由(good cause)的举证责任。如果请求披露机密监管信息的一方证明有正当理由(good cause)，即要求披露受 BEP 保护信息的公共利益超过监管机构对保密

<sup>12</sup>C.F.R. § 261.2(c)(2).

<sup>13</sup>CFPB, “Treatment of Confidential Supervisory Information,” Compliance Bull. 2015-01 (Jan. 27, 2015).

<sup>14</sup>Haddad, Mark, & M.(2016). A Brief Introduction to the Bank Examiner Privilege. *Commercial & Business Litigation*, 17(3), 2-5.

<sup>15</sup>See 12 C.F.R. §§ 261.2(g) (FRB); 1070.47(a) (CFPB); 309.6(a) (FDIC); and § 4.36(d) (OCC).

<sup>16</sup>12 C.F.R. §§ 1070.42(b)(1) (CFPB); 261.20(b)(1) (FRB); 4.37(b)(2) (OCC); 309.6(a) (FDIC).

<sup>17</sup>12 C.F.R. §§ 261.20(c)-(e).

<sup>18</sup>12 C.F.R. § 4.37(c). See also 12 C.F.R. § 309.6(b).



的利益，法院可以推翻(override)这一特免权。例外情形最初出现在在富兰克林国家银行证券诉讼中，法院在平衡上述利益时通常适用的五个因素，称为“富兰克林因素”(Franklin factors)，具体包括：1) 争议证据的相关性；2) 其他证据的可获得性；3) 诉讼和所涉纠纷的严重性；4) 政府在诉讼中的作用；以及5) 披露可能对政府雇员造成的潜在寒蝉效应。

需要注意的是，富兰克林因素并非用来评估一项材料是否应当受到 BEP 特免权保护(falls within the privilege)，而是用来确定受到 BEP 特免权保护的机密材料是否仍然应该被出示(should nevertheless be produced)；因此，不属于受到 BEP 特免权保护的材料，如上文提及的事实材料，则不能且无必要应用富兰克林因素测试。

### 3.5. BEP 与 FOIA Exemption 8

根据美国法律，在诉讼范围之外，公众可以根据《联邦信息自由法》(FOIA)要求监管机构公开记录。《联邦信息自由法》包含各种豁免条款，允许机构不公开特定类型的记录，如 FOIA Exemption 8 允许机构保留与银行检查有关的记录。因此，有时 FOIA Exemption 8 被错误地与 BEP 联系在一起。虽然 FOIA Exemption 8 和 BEP 源于相同的基本关切：需要保护银行检查的机密性。但 FOIA Exemption 8 和 BEP 涉及的是两种不同的程序性情况。FOIA Exemption 8 和 BEP 在实质上也有所不同。各方有可能因提出合理理由(good cause)来推翻 BEP。然而，FOIA Exemption 8 这一条款则不存在合理理由(good cause)的例外。

## 4. 银行检查官特免权制度面临的挑战——作为联邦普通法的 BEP 规则

尽管 BEP 对金融监管机构很重要，但美国国会并没有将其编入成文法。因此，BEP 规则被认为是一项非成文的普通法规则。这一规则在各州之间存在较大差异，BEP 普通法的性质大大影响了其适用。

如上所述，许多联邦监管机构采取的立场是，银行检查记录有机密性，应当享有特免权，其中一些监管机构甚至为此发布了正式条例，并且这些监管政策在涉 BEP 诉讼中发挥了重要作用。但这些法规并不是这项特免权的法律依据。BEP 是一项普通法规则，这些条例也不具有将 BEP 成文化的效力。因为没有任何联邦成文法授权联邦金融监管机构宣布银行检查记录在联邦诉讼中享有特免权。由于银行检查官特免权没有成文法的支撑，因此银行检查官特免权不能免于适用联邦证据规则第 501 条规则<sup>19</sup>。

联邦证据规则第 501 条规范了联邦法院如何在联邦特免权法和州特免权法之间进行选择。第 501 条规定特免权将由普通法规制，在民事诉讼和程序中，如果州法律为起诉或者辩护的某个要件提供了确定规则，则证人、个人、政府、州或者政治区划的特免权将根据州法确定<sup>20</sup>。在多元化管辖权的案件中，当特免权源于美国宪法、联邦成文法或美国最高法院规则时，第 501 条规则并不禁止联邦法院在多元化管辖权的案件中适用此类特免权；然而，包括 BEP 在内的联邦普通法特免权并不适用于多样性管辖权案件——在多元化管辖权的案件中，州特免权法取代了联邦普通法特免权。

在银行法领域，联邦成文法特免权的一个例子是为可疑活动报告(Suspicious Activity Reports, SARs)提供保护的免权。当金融机构提交可疑活动报告时，《联邦银行保密法》(Federal Bank Secrecy Act)禁止该机构通知“任何参与交易的人该交易已被报告”。由于 SARs 特免权是以成文法为基础的，第 501 条并没有将其限制在联邦问题案件中。联邦法院在不同司法管辖区的案件中也适用 SARs 特免权。州法院也同样尊重 SARs 特免权。相比之下，没有这样的成文法来支持银行检查官特免权。<sup>21</sup>因此，该领域的州特免权法可能因州而异，并且经常与联邦法院的规则发生冲突，该特免权的适用效果会严重受到州法的影响。

<sup>19</sup>Eric B. Epstein, Why the Bank Examination Privilege Doesn't Work As Intended, 35 Yale J. on Reg. Bull. 17 (2017).

<sup>20</sup>王进喜：《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》，中国法制出版社2012年版，第126页。

<sup>21</sup>Eric B. Epstein, Why the Bank Examination Privilege Doesn't Work As Intended, 35 Yale J. on Reg. Bull. 17 (2017).

## 5. 结语

银行检查官特免权是保护监管机构机密和敏感信息的一种方法。监管机构制定的规则中包含的机密监管信息的定义非常广泛，而涉及 BEP 的判例法表明，该特免权并不是绝对的，特定案件的事实和情况最终决定了该特免权的潜在适用范围。BEP 因涉及到众多监管机构，且相关规则在各州之间存在较大差异，其运用后果不可避免地存在较大不确定性。对于 BEP 的研究还有很大的深入空间，本文在此进行了简要的尝试，抛砖引玉，旨在加深学界和实务界对于银行检查官特免权的认识。

## 参考文献

- [1] Garner, B.A. (2019) *Black's Law Dictionary*. 11th Edition. Thomson Reuters, Toronto, Ontario.
- [2] 徐磊. 美国公司背景下的律师-委托人特免权适用标准研究[J]. 太原师范学院学报: 社会科学版, 2011, 10(6): 68-72.
- [3] 李晓鄂, 贺婕. 中美律师-委托人特免权比较研究与启示[J]. 长江论坛, 2021(2): 74-80.
- [4] 杨良宜, 杨大明, 杨大志, 著. 证据法[M]. 北京: 法律出版社, 2020.
- [5] Code of Federal Regulations (Annual Edition). <https://www.govinfo.gov/app/collection/cfr>
- [6] Haddad, M.M. (2016) A Brief Introduction to the Bank Examiner Privilege. *Commercial & Business Litigation*, 17, 2-5.
- [7] Epstein, E.B. (2017) Why the Bank Examination Privilege Doesn't Work as Intended. *Yale Journal on Regulation Bulletin*, 35, 17-28.
- [8] 王进喜, 著. 美国《联邦证据规则》(2011年重塑版)条解[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012.