


docsriver 文川网  
入驻商家 古籍书城  
在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书



# 复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会

 法律出版社  
LAW PRESS

2003年5月刊（总第二期）

**Fudan Civil & Commercial Law Review**



# 复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会



法律出版社  
LAW PRESS

2003年5月刊（总第二期）

**Fudan Civil & Commercial Law Review**

## 图书在版编目(CIP)数据

复旦民商法学评论·第2期 = Fudan Civil & Commercial Law Review / 复旦民商法研究中心编. —北京:法律出版社, 2003.6

ISBN 7-5036-4295-5

I. 复… II. 复… III. ①民法—文集②商法—文集  
IV. D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 038602 号

法律出版社·中国

责任编辑 / 潘洪兴	装帧设计 / 杨 芝
出版 / 法律出版社	编辑 / 法律应用出版中心
总发行 / 中国法律图书公司	经销 / 新华书店
印刷 / 北京中科印刷有限公司	责任印制 / 陶 松
开本 / 787 × 1092 毫米 1/16	印张 / 26.75 字数 / 429 千
版本 / 2003 年 8 月第 1 版	印次 / 2003 年 8 月第 1 次印刷
法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件 / info@lawpress.com.cn	电话 / 010 - 63939796
网址 / www.lawpress.com.cn	传真 / 010 - 63939622
法律应用出版中心 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件 / pan@lawpress.com.cn	
读者热线 / 010 - 63939644 63939645	传真 / 010 - 63939650
中国法律图书公司 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真 / 010 - 63939777	销售热线 / 010 - 63939792
网址 / www.Chinalaw-book.com	010 - 63939778
书号: ISBN 7 - 5036 - 4295 - 5/D·4013	定价: 50.00 元

docsriver 文川网  
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

# 复旦民商法学评论

---

学术指导委员会:

主任:胡鸿高

委员会成员:(按姓氏笔划为序)

方流芳 王全弟 孙宪忠 朱妙春 朱树英  
张乃根 张宪初 陈治东 邵建东 林腾鹞  
段 匡 顾功耘 徐国建 董世忠 傅鼎生  
潘维大

委员会外籍成员:

[美]约翰·朗拜恩(John H Langbein)

[美]斯蒂文·施瓦茨(Steven L. Schwarcz)

[日]近江幸治

主编:何永健

副主编:赵丽梅 马忠法

编务主任:赵丽梅

编辑:吴向东 范宏瑞 魏炜佳 李 珺 王晓馨

王 琦 徐敬云 蔡军祥 吕丕东

法官园地编辑:朱 川

律师论坛编辑:王志达

技术编辑:吴向东 范宏瑞

---

法律出版社

## 一、商 法 篇

- 商法本位论····· 胡鸿高( 1 )
- 2002 年美国公司改革法案述评 ····· 方流芳( 18 )
- WTO 关于国企私有化的裁决与中国国企改革 ····· 张宪初( 31 )
- 论股东平等原则····· 顾功耘 井 涛( 57 )
- 认真对待公司法:一个实用主义的视角 ····· 蒋大兴( 68 )
- 永无终结的中国“股市第一案”
- 由红光实业虚假陈述案引发的思考
- 冯 果 张 焰( 78 )
- 关于公司治理几个基本问题的思考
- 目的、作用和评价 ····· 丁开元( 98 )
- 论国际保险合同的法律适用····· 徐国建 杜 涛(123)
- 海上保险合同订立前被保险人的告知义务
- 析《海商法》第 222、223 条····· 王 元(151)

## 二、民 法 篇

- 关于中国民法典的制定
- 以草案建议稿为中心····· 刘士国(166)
- 美国侵权行为法归责原因之变动及发展趋势····· 潘维大(176)
- 中国水权初始配置法律制度发展的趋势与障碍
- 魏衍亮 叶东蕾 杨 峰(195)
- 中国传统契约法与古罗马契约法之比较····· 张海航(218)

### 三、网络法学

#### 论中国计算机软件之保护水平

——评新版《计算机软件保护条例》…………… 寿步(233)

中国网络链接案例和相关法律问题研究…………… 高云(257)

网络经济相关主体的法律规范…………… 赵丽梅 尹玉杰(274)

### 四、法官园地

#### FOB 中货运代理人货物灭失赔偿责任的实证分析

——从一则货运代理合同纠纷案说起…………… 顾全(291)

### 五、律师论坛

关于《合同法》第 286 条实务操作中的几点问题…………… 朱树英(305)

### 六、海外名家

“登记”制度和日本的不动产登记法…………… [日]近江幸治(320)

责任有限与法人特征…………… [德]托马斯·莱塞尔,高旭军译(331)

### 七、法规译编

美国 2002 年索克斯法案…………… 李珺 金浩 沈育欣译

方流芳 金盛校(345)

On Foundations of Commercial Law…………… (406)

学术指导委员会成员简介…………… (417)

后记…………… (422)

## 一、商法篇

# 商法本位论

胡鸿高\*

**【内容提要】** 法律本位具有多维性和动态性特征。商法本位是指商法的基本理念与宗旨。贸易本位是商法的本位。贸易的不断扩大推进了社会的进步和商法制度的演进,贸易本位的弘扬与商事信用原则的贯彻息息相关。

**【关键词】** 商法 贸易本位 信用

在推进与保障商品经济发展的过程中,商法的“功力”历久而弥新。在法律进化史上,商法最先突破诸法合体的囿限,成为较早独立的法律部门之一。今日,全球经济一体化的社会现实,伴生着民法商法化的现象。中国市场经济体制的构建实践,呼唤商事法律制度的完善。近年来,随着商事主体、商事行为和商事权利救济法律规范体系的营造,相应的商法部门法学的理论研究亦逐步升温。但是,学界对于商法学基础理论的研究尚显不足。探究商法本位,把握商法理念,有助于我们了解和认识近现代商法理论,弘扬商法精神,重塑商法功能,拓展商法学科理论研究的视野。

### 一、商法本位的界定

法理学家认为,一个法律制度若要恰当地完成其职能,就不仅要寻求实现正义,而且还须致力于创造秩序。换言之,法律旨在创设一

\* 胡鸿高,男,复旦大学教授,法学院副院长,复旦民商法研究中心主任。



种“正义的社会秩序”(Just social order)。<sup>①</sup> 对于法律目的和功能的基本观念,有的学者称之为法律的本位。例如,在民法学者梁慧星看来,所谓民法的本位,就是民法的基本观念,亦即民法的基本目的,或基本作用,或基本任务。从古罗马时代至中世纪,身份关系既是社会秩序的基础,也是社会的立法基础,这是以义务为法律中心观念的时期,即义务本位时期;从16世纪至19世纪,社会秩序乃以个人间由合意所形成的关系为基础,实现了“由身份到契约”的进步,权利成为法律的中心观念,此乃权利本位时期;20世纪以来,增进社会共同生活、对权利进行限制,在维护社会秩序的法制中居于中心地位,社会步入了社会本位时期。而我国制定民法典应体现权利本位与社会本位相结合的原则。<sup>②</sup>

有的学者认为,法律本位是指法律的出发点和归宿,分主体本位和利益本位。任何法律都植根于人(主体),人具有社会性,是个体与整体的对立统一。民法因立足于私人经济生活而以个体为本位,即以社会有机体基本构成单位——个体(或个人)作为它的出发点和归宿,以分别存在的个体作为支架而建立其体系;经济法因立足于国家经济生活而以整体为本位(或称社会本位),即以社会整体为法律的始点和终点,奉社会共同价值目标为上,个体价值目标为次。亦即民法着眼于保护个人利益最大化的个体利益本位,经济法以社会整体利益为本位。<sup>③</sup>

也有学者认为,法律本位是关于法律的理念和原则,私权本位(或称为权利本位)则是民法的理念。近代的所谓社会本位之说,其实并不能成立,因为各种所谓社会立法,不过是权利分配与实现规则之妥贴修正。法律要么是权利本位,要么是义务本位。并指出,有学者提出的我国民法应体现权利本位与社会本位相结合,以权利本位为主、社会本位为辅的立法思想不符合中国国情,我国民法应旗帜鲜明地将权利本位作为自己的理念与原则。<sup>④</sup>

还有学者从具体法律部门的基本理论阐释入手,认为特定法律的本位是指特定法律体系构建的基点和核心。例如,“劳权本位”是

① [美]E. 博登海默(Edgar Bodenheimer):《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第318页。

② 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第34页以下。

③ 何文龙:《经济法理念简论》,载《法商研究》1998年第3期。

④ 刘凯湘:《论民法的性质与观念》,载《法学论坛》2000年第1期。

劳动法律体系构建的基点和核心。<sup>⑤</sup>

由此可见,法学家们对于法律本位内容与外延的界定仁智互见,不尽一致。笔者认为,这种状况至少给我们两点启迪:

第一,法律本位的多维性。从内容层面分析,有权利本位和义务本位;从主体视角透视,有国家本位、个人本位和社会本位;从利益方面洞察,有个体利益本位、群体利益本位和整体利益本位;从法律部门梳理,有民法的权利本位、经济法的社会本位、劳动法的劳权本位,等等。

第二,法律本位的动态性。从缺失缔约自由到绝对契约自由,再到受法律一定限制契约自由的历史演进,伴随着义务本位(或国家本位)向权利本位(或个人本位),进而向社会本位的循序渐进的发展。正如罗科斯·庞德所言:法律必须是稳定的,但不可一成不变。<sup>⑥</sup>一个法律制度,不能死死抱住上个时代只具有短暂意义的观念不放。“在一个变幻不定的世界中,如果把法律仅仅视为是一种永恒的工具,那么它就不可能有效地发挥作用,我们必须在运动与静止、保守与创新、僵化与变化无常这些彼此矛盾的力量之间谋求某种和谐。作为使松散的社会结构紧紧凝聚在一起的粘合物,法律必须巧妙地将过去与现在勾连起来,同时又不忽视未来的迫切要求。”<sup>⑦</sup>

商法是调整商事关系的法律规范的总称,属于具有公法化倾向的私法。其性质、对象、体系和内容既有别于民法,也不同于经济法和社会法。笔者认为,商法的本位,是指商法基本理念。它是商法宗旨、任务、功能和价值取向的集中反映。“理念属于文化、观念的范畴,来源于制度却非制度本身,而是植根于民众内心,融合于民众生活的东西”。<sup>⑧</sup>

商法调整的社会关系与贸易(Trade)息息相关。促进贸易和保障贸易是商法制度的中心任务。因此,商法的本位就是贸易本位。<sup>⑨</sup>将贸易本位作为商法本位,其理由主要有:第一,既反映了商法演进

<sup>⑤</sup> 常凯:《劳权本位:劳动法律体系构建的基点和核心——兼论劳动法律关系的几个基本理论问题》,载《工会理论与实践》2001年第6期。

<sup>⑥</sup> Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass, 1923, p. 1.

<sup>⑦</sup> [美]E. 博登海默,前揭书,第326页。

<sup>⑧</sup> 刘凯湘:《论民法的性质与理论》,载《法学论坛》2000年第1期。

<sup>⑨</sup> 在2001年中国法学会商法学研究会首届年会上,笔者首先提出“商法本位是贸易本位”的观念,参见拙文:《商法价值论》,载《中国商法年刊》(创刊号),上海人民出版社2002年版,第54页以下。

的史实,也符合现代商法发展的客观实际。第二,贸易是商行为的理论概括,是商事主体设立和运营的宗旨及目标实现的路径,体现了“自治性”、“国际性”和“灵活性”的商法特质。第三,“营利性”是商法内容上的特色之一,<sup>⑩</sup>不是商法的本位。现代商人的营利追求,只是贸易背后的动力。

## 二、贸易本位的理论依据

广义的贸易是指商品和劳务的交换,包括有形商品贸易(Visible Trade)和无形商品贸易(Invisible Trade)。以贸易方式为标准,现代贸易可分为包销(Exclusive Sale)、代理(Agency)、寄售(Consignment)、招标(Invitation to Tender)、拍卖(Auction)、商品交易所交易(Commodity Exchange)、对等贸易(Counter Trade)、租赁贸易(Lease Trade)等;若按其载体方式,则可分为有纸贸易或单证贸易(Documentary Trade),无纸贸易或电子数据交换(Electronic Data Interchange,简称EDI)。如果说在中世纪之前,贸易对当时的生产产生过一定的促进作用,那么到了资本主义时期,尤其是二次大战以来,贸易则成了资本主义生产方式存在和发展的必要条件。不断扩大贸易和市场,成为这种生产方式的内在必然性。<sup>⑪</sup>现在,资本主义的商品生产离不开贸易和市场,尤其是国际贸易和世界市场。

贸易的基本理论,特别是国际贸易的基本理论,是随着贸易的扩大而逐步发展的。起初,原始社会的生产力低下,交换并不经常发生。随着生产力的发展,带来了社会大分工,有了剩余产品,为交换和贸易的发展构筑了基础。马克思主义认为,正是“一定的生产决定一定的消费、分配、交换和这些不同要素相互间的一定关系。”<sup>⑫</sup>

在逐步告别自然经济,向商品经济过渡的资本主义原始积累时期,欧洲盛行过“重商主义”(mercantilism),认为财富就是金钱,贸易是一个国家创造与增值金银财富的最有效途径。早期的重商主义,反对一切形式的进口;晚期的重商主义,鼓励出口,也容许少量进口,但要保持很大的贸易顺差。这种主张,在理论上反对自由贸易,在实践上强调政府管制进出口。1776年,亚当·斯密(Smith, Adam)用面

<sup>⑩</sup> [日]森木滋:《商法总则讲义》第2版,成文堂1999年版,第16—17页。

<sup>⑪</sup> [德]马克思:《资本论》第3卷,第264页。

<sup>⑫</sup> 《马克思恩格斯全集》第2卷,第102页。

壁 10 年的功力发表了划时代的著作《国富论》，提出劳动价值论，并且以国际分工作为切入点，分析论证了绝对成本理论和绝对优势理论(The Theory of Absolute Advantage)，提出了自由贸易理论。

在自由资本主义时期，为了推进自由贸易，促进商品的交换，天才经济学家大卫·李嘉图(Ricardo, David)于 1817 年发表了《政治经济学与赋税学原理》这部名著，扬弃了亚当·斯密的绝对成本理论，提出并论证了“两优取重、两劣取轻”的比较优势(Comparative Advantage)命题，创立了比较成本理论(The Theory of Comparative costs)。

马克思认为，商品交换范围拓展和贸易规模扩大的程度与国家的社会经济结构不无联系。马克思在论证当时的对华贸易时说过：“除了鸦片贸易之外，对华进口贸易迅速扩大的主要障碍，乃是那个依靠着小农业与家庭工业相结合的中国社会经济结构。”<sup>⑬</sup> 贸易理论，尤其是国际贸易的基本理论的发展，往往会烙上客观历史条件的印痕。在英国和法国相继完成工业革命，而德国仍处于封建割据状态的 19 世纪 40 年代，德国学者李斯特(F. List)在 1848 年发表了《政治经济学的国民体系》一书，认为李嘉图的理论是为殖民主义服务的，提出了“社会发展阶段论”。他认为迄今为止，人类社会的生产发展阶段依次分为愚昧阶段、游牧阶段、农牧阶段、农工阶段和农工商阶段，<sup>⑭</sup> 自由贸易只适用于社会已处于农工商阶段的英法等国，进而创立了历史学派。

马克思的《资本论》发展了劳动价值论，认为在贸易中，价值规律作用的范围没有地域限制，复杂劳动可以折算为加倍的简单劳动。

19 世纪末，在资本主义垄断时代的前夜，马歇尔·阿尔弗雷德(Marshall, Alfred)于 1880 年发表了《经济学原理》，放弃了劳动价值论，认为“边际效用”决定商品价值，他运用“提供曲线”分析了在世界市场上的实物贸易条件，标志着古典贸易理论的终结和新古典贸易理论的开创。

<sup>⑬</sup> 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，第 57 页。

<sup>⑭</sup> [德]弗里德里希·李斯特：《政治经济学的国民体系》，商务印书馆 1979 年版，第 116 页。

赫克歇尔——俄林理论(亦称要素禀赋理论)<sup>⑮</sup>是20世纪上半叶贸易理论发展的里程碑。该理论以相互依存理论取代了劳动价值论,认为一个国家的生产优势或国际竞争力是由其要素充裕度(Factor Abundance)决定的;要素禀赋(Factor Endowment)的差异是确定国际分工方向和建立贸易方式的充分和必要条件。

经济分析学说是20世纪六七十年代在美国兴起的法学思潮,理查德·A·德斯纳是这一思潮的代表人物,1973年的一部《法律的经济分析》,使他誉满天下。他认为人是自利的理性动物,这是人们选择、寻租而获得利益最大化的前提基础。通过财产权的让渡(可转让性 Transferability),资源价值就能实现最大化。他的学说,为我们提供了一个全新的视野,它不仅是一种方法,而且更体现了一种价值判断,从此,财产权利的使用不仅具有了个人的效用,而且成为社会在考虑资源有效和最优配置时的必要因素。<sup>⑯</sup>

笔者认为,梳理以上贸易理论,不难发现:第一,贸易在社会发展,尤其是商品经济社会发展中有着不可替代的作用。第二,贸易的存在与发展有着复杂而深刻的经济根源。第三,不断深化的经济学理论研究成果,为贸易本位的确立奠定了坚实的理论基础。

此外,商法的贸易本位也不乏法学理论依据。商人之间进行的贸易,实际上包含了两种活动,一种是实际移交对商品或者金属货币物质控制的商品交换活动,另一种是让与和取得物的所有权的法律活动。<sup>⑰</sup>贸易与“商”不无联系,而商法则调整与“商”有关的社会关系的法律。在经济学或日常生活中“商”为沟通生产与消费的媒介行为,而在法律上这种媒介行为仅是一种“商”,即固有商或买卖商。<sup>⑱</sup>在传统商法上,“商”是“以营利为目的的各种商品交换行为”。<sup>⑲</sup>但是,“在近代经济发展中,人们已将营利视为‘商’的本质。这种行为不仅表现在买卖行为之中,也发展到批发商、货物运送、仓

<sup>⑮</sup> 瑞典著名经济史学家伊利·赫克歇尔(E. Heckscher)于1919年发表《对外贸易对收入分配的影响》一文。他的弟子伯利蒂·俄林(B. Ohlin)在1933年发表《区际贸易与国际贸易》一书,相继论述了要素禀赋与国际贸易的关系,受赫克歇尔——俄林理论(Heckscher-Ohlin Theory,简称HO理论)的启迪和影响,理论成果成批涌现,极大地丰富和发展了自由贸易学说。

<sup>⑯</sup> 易继明、李辉凤:《财产权及其哲学基础》,载《政法论坛》2000年第3期。

<sup>⑰</sup> [美]R·康芒斯:《制度经济学》(上),商务印书馆1962年版,第74页。

<sup>⑱</sup> 王书江:《外国商法》,中国政法大学出版社1987年版,第2—3页。

<sup>⑲</sup> 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1987年版,第11页。

库业、银行业、损害保险等。并且,发展到与商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。”<sup>②</sup>从而广义的营利行为构成了作为商法对象的“商”。法律规范是社会关系的协调器,既然“营利”、追逐利润是商事主体从事商行为的动机和目标追求,那么,调整商事主体和商行为的商事习惯法和商事成文法就要反映商事主体这种与商品经济社会发展不相抵触的愿望与要求,协调商人“营业”中产生的社会关系。

法律是统治阶级认可和制定的国家意志,因此,一定历史时期的特定国家调整商行为的法律规范,能否体现贸易本位,鼓励交易,往往是判别该政府是进步的政府抑或反动的政府的标志之一。例如,中国封建社会末期的明、清王朝,仍然奉行封建社会初期秦汉时代形成的“重农抑商”国策,并实行“海禁”,表明当时的封建王朝是一个抱残守缺、扼制商品经济和贸易发展的腐朽、没落和反动的王朝。相反,在资产阶级政治大革命胜利不久建立的法国政府,先后制定了民法典和商法典,确认和保障贸易自由,实行鼓励商品交易的法律制度,这在当时是顺天理、遂人愿的举措,展现了进步和革命政府的时代风采。

贸易的增长和交易方式的进化,不仅推进了商品经济的发展,而且推进了社会制度文明建设。商品是天生的平等派,进行财物交换的贸易主体默认彼此是平等的关系。“这种通过交换和交换中才产生的实际关系,后来获得了契约这种法的形式。”<sup>③</sup>契约是商品交换和贸易关系的法律形式,它既以交换和贸易关系为自己存在和发展的前提,又为交换和贸易的顺利进行提供了可靠的法律保障。契约关系蕴含着主体地位平等、意思自治和等价有偿的法律精神,实际上也是商品经济运行和贸易发展的本质要求在法律制度这一上层建筑层面的反映和表现。在商品经济社会中,通过契约法治,贯彻贸易本位,有助于寻求实现个人利益与实现社会利益的最佳结合点。

### 三、贸易本位与商法演进

我们知道,社会生产力的发展,是撬动社会历史前进的巨大杠杆。而商品贸易的扩大,则往往与商法的演进互为支撑。

<sup>②</sup> 王保树:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第4页。

<sup>③</sup> 《马克思恩格斯全集》第19卷,第423页。

在青铜时代,产生了第一次社会大分工——畜牧业和农业的分工,由氏族长代表氏族进行的商品交换,逐渐被个人与个人之间的商品交换所代替,而牲畜则具有了货币的作用;在铁器时代,发生了第二次社会大分工——手工业和农业的分离,出现了直接以交换为目的的生产,即商品生产,在日益发达的贸易中,贵金属代替牲畜充当了货币职能;在文明时代出现的第三次社会大分工,“创造了一个不从事生产而只从事产品交换的阶级——商人”。<sup>②</sup> 随着金属货币即铸币的使用,贸易扩大了,货币借贷和土地抵押制创造了新的财富贵族。氏族制度“被分工及其后果即社会之分裂为阶级所炸毁”。<sup>③</sup>

包括商法在内的法律,是人们必须遵守的具有普遍约束力的行为规则,这些规则的起源与商品贸易不无关联。恩格斯在《论住宅问题》中说过:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要,把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”<sup>④</sup> 可见,起源于商品经济关系的法律,与“交换产品的行为”息息相关。调整商品贸易行为的带有规则性的习惯,构成了法律的最初起源。

肇始于古希腊和古罗马的商人习惯,历经了中世纪商人习惯法的兴盛,18世纪和19世纪被纳入国内编纂商法典的实践,以及最近一个多世纪以来商法统一化浪潮等发展历程。<sup>⑤</sup> 透视商事法律规范前进征程中留下的足迹,不仅给予人们制度文明建设业绩卓越的震撼,也昭示了贸易本位作为商法彰显的精神和目标追求的史实力量,进而体现出商事法制的强大功能:

### (一) 确认商事主体和商行为的法律地位

关于商法演进的路径,存在着两种学说。一种是二元论,认为商法通过希腊商人习惯法发展到英美法系近代商法;通过罗马法演进

<sup>②</sup> 《马克思恩格斯选集》,第4卷,第162页。

<sup>③</sup> 《马克思恩格斯选集》,第4卷,第165页。

<sup>④</sup> 《马克思恩格斯选集》,第2卷,第538—539页。

<sup>⑤</sup> 有学者认为,人类历史上不同地区商人之间商事交往,形成了支配他们之间贸易关系的商事惯例和商事法律。这种法律规范经历了几个不同阶段,第一阶段是古代原始的商业习惯和习惯性做法;第二阶段是中世纪的商人习惯法;第三阶段是商人习惯法被纳入国内法;第四阶段是重新发现商法的国际性、普遍性,迈开了商法统一的步履。参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第2页以下。

为大陆法系商法。<sup>⑥</sup> 另一种是一元论,认为商法源自多良港、港口贸易甚为发达的希腊,所走的是一种通过贸易实践形成商法的自主发展的历程。作为简单商品生产完善法的罗马法,从本质上说是排斥商法的,<sup>⑦</sup>“商法最初的发展在很大程度上——虽不是全部——是由商人自身完成的:他们组织国际集市和国际市场,组建商事法院,并如雨后春笋般出现于整个西欧的新社区中建立商人事务所。”<sup>⑧</sup>笔者认为,从商法探源层面考察,一元论因其论据充分,立足更稳。但是,证明商法本位的理论,倘若撇开大陆法系国家的商事法律规范的源流,则有失偏颇。

古希腊城邦国家斯巴达在公元前 8 世纪的立法中严禁公民从事工商业;而公元前 6 世纪初的雅典,通过梭伦立法,实行了一系列有利于发展手工业和商业的措施,如改革历制、鼓励葡萄酒和橄榄油输出、保障借贷、合伙和租赁等契约的流行和实施等。<sup>⑨</sup> 世界上最早的贸易中心是在地中海沿岸的意大利城邦国家之间形成的海上贸易中心。相传产生于罗得岛的罗得海事法就是从事海上贸易的商人之间形成的海事习惯法。这些习惯法确立了商人的法律地位,保障了海商行为的实施,并规定了海商权利的救济制度。因为贸易和航海运输密不可分,“就像圆球的地球由陆地和水面组成一样,商事法是由商业习惯与海洋构成的,而且两者如同海洋与陆地一般紧密交织在一起”。因而商事法与海商法之间不只是相似,且相互涵盖。把海事法与商法截然划开只能是人为如此,并无丝毫事实根据。<sup>⑩</sup>

在罗马帝国时代,罗马法分为市民法和万民法,其私法领域包括了某些性质上属于商事法的规范,诸如关于银钱业、旅店业、运送人、海上借贷契约的规定等,<sup>⑪</sup> 这些规范也在一定程度上确认了商事主体及其行为的法律地位。

<sup>⑥</sup> 参见张建国:《商事法论》,三民书局 1980 年版,第 10—11 页;徐学鹿主编:《商法学》,中国财政经济出版社 1998 年版,第 33 页。

<sup>⑦</sup> 徐学鹿:《创新是商法的宝贵品格——析从“民商法”到现代商法的演进》,载徐学鹿主编:《商法研究》(第一辑),人民法院出版社 2000 年版,第 4 页。

<sup>⑧</sup> [美]哈罗德·丁·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 414 页。

<sup>⑨</sup> 参见《外国法制史》编写组:《外国法制史》,北京大学出版社 1982 年版,第 35—43 页。

<sup>⑩</sup> 参见[美]G. 吉尔摩、C. L. 布莱克:《海商法》(上),第一章历史渊源和管辖权,注[13],中国大百科全书出版社 2000 年版,第 39 页。

<sup>⑪</sup> 王保树:《中国商事法》,人民法院出版社 1996 年版,第 24 页。



## (二) 崇尚契约自由

按照通说,欧洲中世纪的商人习惯法是近代商法的直接起源。地中海沿岸城市的发展,促进了商品交换;作为独立阶层的商人,为了在封建专制和宗教势力支配的罗网中寻求贸易自由,不得不组织商会,另立规范,形成了商人习惯法。中世纪末期,西欧大部分国家确立君主专制制度,商法由共同商法转变为国家商法。<sup>②</sup> 欧洲大陆国家相继制定商法典的实践,尽管产生了对于商法部门法地位的负面历史效应,但从其通过法典化确认和崇尚契约自由的法律原则这一视角窥之,则对于贸易本位的弘扬,不无积极意义。

贸易和交易是契约产生的基础。在罗马法中,最早用以表示“契约”的名词是“耐克逊”(Nex),契约双方称为“耐克先”(Nexi)。“耐克逊”是一种“用铜片和衡具的交易”,原意是一种财产让与。一个“契约”是一个“合约”(或“协议”)加上一个“债”,而“债”是指“应负担履行义务的法锁”,“锁链只有通过称为清偿的程序才能解除。”<sup>③</sup> 罗马法中虽然孕育了契约自由的萌芽,但却被形式主义的迷雾所笼罩。随着资产阶级革命的胜利和启蒙思想的传播,以及宪法、民法和商法的制定,确立了当事人意思自治和契约自由的法律原则。契约自由包括契约意思自由和契约形式的自由,当事人有缔约和解约自由、缔约内容的自由、选择相对人和解决纷争方法的自由等。与此同时,严格的形式主义被打破,合同当事人可以自由选择契约意思的载体。契约自由升华了贸易自由,鼓励、保障和扩大了商品交易,促进了贸易的繁荣,从根本上培植了商法本位生存与发展的肥田沃土。

## (三) 维护交易秩序

20世纪,尤其是二战以来,伴随着科技革命和信息革命,生产力的发展日新月异。与此相适应,商事组织日益集团化和国际化,商品贸易、技术贸易和服务贸易以空前未有的规模冲破国界的藩篱,在全球范围内迅速发展。无论大陆法系国家,还是英美法系国家,亦不论发达国家,抑或发展中国家,商事法律规范的废、改、立活动连绵不

<sup>②</sup> 何勤华、李秀清主编:《外国民商法导论》,复旦大学出版社2000年版,第226页。

<sup>③</sup> [英]梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第177—183页。

docsriver 文川网  
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

断,层出不穷。<sup>④</sup> 商法嬗变的五彩纷呈,让人目不暇接,其深度和广度史无前例。

如果说 19 世纪是一个契约的世纪,那么 20 世纪就是一个公司的世纪。20 世纪以来在世界范围内展开的五次公司购并浪潮,给全球经济、社会、文化、法律和政治带来了巨大的冲击。历经相继发生的社会股权革命和经营者革命,各国尤其是欧美国家上市公司和跨国公司的设立、变更与运营,以及它们遍及全球的贸易和营利行为,给近代商法提出了全面挑战。当代商法的革命,是全球法制进步的集中表现,是推进制度文明建设最根本的标志。当代商法革命的宗旨,就是新的历史条件下,通过维护交易秩序,扫除交易障碍,保障交易安全和交易公正,推进资源在全球范围内合理配置,在更高层次上展现商法贸易本位的魅力。

笔者认为,诊察国际和世界各国错综复杂的商法改革实践的脉息,我们不难把握这种改革呈现的两大走势:第一,商法为维护交易秩序更多地显现出私法的公法化和社会化的倾向。第二,国内商法、区域商法和国际商法正在加快统一性的步伐。<sup>⑤</sup> 这两大走势不仅反映了 20 世纪商事组织和商事行为发展的商法制要求,而且与 20 世纪社会学法学的兴盛相呼应。20 世纪西方法学界权威法学家罗斯柯·庞德是当代最典型的社会法学派的代表人物。他认为,法律概念的首要意义是法学家所称的法律秩序,即通过有系统、有秩序地运用社会政治组织的强力来调整关系和安排行为的制度;作为一种社会控制工具的法律,是和一定的时间、空间的文明密切联系的,从过去

<sup>④</sup> 例如,德国 1964 年颁布《普通德意志商法》(即旧商法典),1900 年修订颁行新《商法典》,从新的《商法典》颁布到 1989 年 2 月,《德国商法典》共有 41 次修订。1998 年,《德国商法典》又进行了一次大的修改,引起世人瞩目。参见何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社 2000 年版,第 263—264 页。再如《日本商法典》施行以来,已经经过 35 次修改或补充,是日本大型法律中修改、补充次数最多的法律。参见王书江、殷建平译:《日本商法典》(译者序),中国法制出版社 2000 年版,第 3 页。

<sup>⑤</sup> 为了适应全球经济一体化的新趋势,商法的协调与统一的趋向在美国、欧洲和世界范围内日益凸现。在美国发起商法统一运动的组织有两个:全国统一州法代表会议(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)和美国法学会(American Law Institute),1942 年开始共同制定美国《统一商法典》。1951 年该法典通过后,又得到美国律师协会的认可,如今它已在美国所有各州的立法机关通过。欧共体商法也正在趋于接近。在世界贸易组织、联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会、国际商会等机构努力下,全球范围内的统一的贸易和交易规则不断产生,商法正在走向全球性统一。参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 98—118 页;徐学鹿主编:《商法总论》,人民法院出版社 1999 年版,第 4456 页。

来看,法律是文明的产物,从现在来看,法律是维护文明的手段,从将来来看,法律是推进文明的手段。庞德特别强调法律的社会目的、效果和作用,认为社会是由一群具有抽象人性的人组成,他们既有相互合作的社会本性,又有个人主义的本性,法律就是控制人的本性的工具,其任务是以最小限度的阻碍和浪费,尽可能地满足各种相互冲突的利益。庞德在其著作中,还提出了关于法律历史发展阶段的创新理论,认为19世纪的法律处于法律成熟阶段,体现个人权利为主要的法律精神;20世纪的法律处于法律社会化阶段,强调保护社会利益;下一阶段的法律处于“世界法”阶段,主张建立“一个世界范围的法律秩序”。<sup>③</sup>

#### 四、贸易本位与信用

信用,在希腊、罗马法中已经有所体现,嗣后,随着商品生产和商品交换的逐步发育,信用法律制度在相应发展。信用一词含义丰富。从伦理学层面看,信用指诚实、信任使用;<sup>④</sup>从经济学层面看,信用是指以偿还和付息为条件的价值运动的特殊形式,这种运动主要表现为资本借贷和商品赊购销中授受信者不同时空的相向运动;<sup>⑤</sup>从法律层面看,信用的诠释甚多:有的认为“信用是指出借人对他人借钱以分期付款方式购买货物的偿付能力和可靠性的积极判断”;<sup>⑥</sup>有的认为信用是“经济评价”和“信誉”;<sup>⑦</sup>有的认为信用(诚信)是“来源于道德的法律制度,分为客观诚信和主观诚信两个方面”;<sup>⑧</sup>有的认为信用是指信用权,客体是资信利益,既非传统财产权,也非传统人

<sup>③</sup> 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第281页以下。

<sup>④</sup> 许慎:《说文解字》说:“信,诚也,从人言。”《左传·宣公十二年》记载:“其君能下人,必能信用其民矣。”

<sup>⑤</sup> 美国保罗·萨缪尔森等经济学家认为,信用或信贷(Credit)在货币理论中,是指“以承诺在未来某时期偿还(通常带有利息)为条件,以使用他人资金的情况。主要包括:银行短期贷款、卖方信贷或商业票据”。参见[美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯:《经济学》(第16版),华夏出版社、麦格劳·希尔出版公司1999年版,《词汇表》第6页。

<sup>⑥</sup> Black's Law Dictionary, Vest Publishing Co., 1979, p. 331.

<sup>⑦</sup> 史尚宽:《债法总论》,台湾荣泰印书馆1978年版,第147页;王利明:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第299页;张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社1999年版,第158页;杨立新:《人权法》,中国检察出版社1996年版,第638页。

<sup>⑧</sup> 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,载《中国社会科学》2001年第6期;《诚实信用原则二题》,载《法学研究》2002年(第24卷)第4期。

格权；<sup>②</sup>有的认为信用是指“对一个人(自然人和法人)履行义务能力、尤其是偿债能力的一种社会评价,与风险成反比。”<sup>③</sup>

笔者认为,商法意义上的信用,是指商事主体在商事活动中客观偿债能力和主观履约意愿,及其在社会上获得的信赖和评价。商法上的信用具有商事人格信用和商事财产信用的双重属性。

以交易和贸易为核心的商事活动,其规模和范围的扩张与商事法律制度的发展互为依存,相得益彰。贸易中既有商品的交换,也有商事主体的交往。马克思主义认为,交往传承文明,是人类文明积淀、提高的重要机制;交往直接影响生产;交往是个人获得现实存在和发展的条件,是人之现实性的根据之一。但是,交往一方面扩大增强合作,另一方面也会引起冲突。冲突是社会历史的普遍现象,其产生主要与分工、资源稀缺、权力分配、目标差异和人性自身的弱点有关。为了解决冲突,把冲突限制在一定秩序的范围内,就需要有规则,而制度就是规则。<sup>④</sup>商事主体在贸易过程中的交往,有守信的,也有失信的,甚至“恶信”<sup>⑤</sup>(恶意诈欺)的,这就需要建设商事制度文明。商事主体在商品交换的贸易活动中既有商机,为其带来“营利”,但同时也面临着其所蕴涵的、潜在的市场风险。为了规范市场秩序、保障交易安全,就需要将信用道德规范法制化,构建商事信用制度。商事信用制度,是指商事主体在商事交往过程中形成,以规范和维护市场交易秩序,保障贸易安全为目的而建立和不断创新的信用制度的总称。

迄今为止,信用的发展历程,演示和证明了四个历史结论:<sup>⑥</sup>一是信用已经从民事人格权的范畴向商事人格权的范畴转化;二是信用从道义上的范畴上升为法律上的范畴,是道德规范法律化的典型代表;三是信用从人格利益向兼具财产权益的转化;四是信用从封闭走向公开,是现代商业社会发展的必然结果。

在这样一种历史背景下,笔者要特别强调的是,商法的本位即商法的宗旨,是鼓励、促进贸易,推进商事交易;商法的基本价值是交易效率、交易安全和交易公平;商法本位是商法基本价值的出发点与归宿;而商事信用则是实现商法宗旨和商法基本价值的基础和保障。没有信用,就没有贸易,没有商事活动。

② 吴汉东:《论信用权》,载《法学》2001年第1期。

③ 江平、程合红:《论信用——从古罗马法到现代社会》,载《东吴法学》2000年特刊。

④ 鲁鹏:《制度与发展关系论纲》,载《中国社会科学》2002年第3期。

⑤ 徐国栋:《诚实信用原则二题》,载《法学研究》2002年(第24卷)第4期。

⑥ 江平、程合红:《论信用——从古罗马法到现代社会》,载《东吴法学》2000年特刊。

商事信用制度,是一个内容极其丰富并处在不断创新过程中的充满旺盛生命力的“活法”。其中,直接展现和保障商法贸易本位的内容主要有三大方面:

### (一)贸易主体信用法律制度

贸易主体包括从事商行为的商法人和商自然人。贸易主体信用法律制度的内容有:第一,贸易主体商事资格取得的信用。通过立法规范商法人和商自然人取得商事主体资格的实质要件和形式要件。例如,我国《公司法》对于股份有限公司注册资本的下限为1000万元人民币,有限责任公司注册资本的下限根据不同行业分别为10万、30万或50万元人民币的规定,并实行与西方国家的授权资本制不同的法定资本制。再如,商事组织的设立、变更和终止的登记,我国由工商行政管理机关负责,而法国和德国等大陆法系国家则由商事法院承办。第二,贸易主体法人格否认制度。这种通常称为“揭开公司面纱”制度,是针对滥用有限责任,造成对公司商业信用损害的情形,由美国法院通过判例首创的公司信用维护制度。这种商事主体信用制度主要适用于公司资本显著不足、利用公司回避合同义务、利用公司规避法律义务、公司法人格形骸化等场合。<sup>④</sup>第三,商业使用人资格取得信用和职业信用。在商法上,经理和执行董事是通过委任或聘用关系产生的以商行为职业并拥有经营和诉讼代理权的商业使用人;职员是指通过招聘或雇佣关系产生的对于特定事项有代理权并有劳动义务的商业使用人。商事信用制度不仅规定经理和公司执行董事人格取得的积极条件、消极条件及其规范性程序,而且规定他们的忠诚义务、注意义务、竞业禁止义务和不滥用职权的义务。

### (二)贸易行为信用法律制度

当今世界,商事交易、贸易行为种类繁多,且呈爆炸性扩张之势。商业信用、银行信用、消费信用和服务信用等制度的外延不断扩大,构成了当代法律制度创新最主要的生长点。例如,第一,金融信用法律制度。金融债务的信用基础本身是一个复杂的系统,包括银行与非金融企业的借贷关系、金融机构之间的同业拆借关系,以及本国企业向外国银行借款或在海外市场发行股票和债券的金融债务关系。自20世纪80年代以来,国际金融的信用机构发生了非中介化、电子

<sup>④</sup> 朱慈蘊:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第140页以下。

化、大型化和全球化的巨大变化。<sup>④</sup> 伴随着授信者授信数额和风险的加大,金融信用法律制度的完善成为世纪之交的世界性热门话题。第二,消费信用法律制度。它包括直接联接生产与消费的固有商信用和间接联接生产和消费的辅助商信用,以及服务商信用。随着科技的进步和人们生活质量的提高,消费信用制度的构建和发展成为中国社会的一大紧迫任务。其中,分期付款消费信用、邮购销售信用、电脑网络销售信用、信用卡消费信用、广告服务信用,以及信托、居间和行纪等信用,尤为突出。这些消费信用法律制度,既要反映商事贸易的自愿、快捷和安全的商法原则,又要体恤弱者,保护消费者的合法权益,由形式公平向实质公平过渡。第三,证券信用法律制度。当今社会,公司购并浪潮此起彼伏,股权急剧分散,资本市场空前活跃,证券信用获得了前所未有的发展空间。近年来,不仅作为发展中国家的中国,其证券市场丑闻不断、控股公司掏空上市公司并不断“造假”问题日益严重;而且,即使有 200 多年资本市场发达史的美国,也冒出了特大型上市公司和证券公司“虚报利润”的严重事件。规范证券信用,保障公开、公平和公正原则的贯彻,已经成为当今世界东西方国家公司法制和证券法制完善的共同目标。第四,票据信用制度和保险信用制度。在西方,票据信用和保险信用是两种源远流长的保障商事贸易的制度。而在新中国,这两种法律制度的颁行均始于 1995 年。票据信用是信用制度发展到高级阶段即信用票据化的产物,汇票、本票、支票等票据的出票、背书、承兑等票据行为均建筑在信用基础之上,同时票据制度又相对降低了信用风险。而保险本身就是一种分散和分担风险的信用,保险合同的最大善意原则、近因和代位原则充分体现了保险信用的本质要求。票据信用和保险信用在商事贸易发展史上发挥过巨大的作用,在 20 世纪末,这两种信用制度也迎来了新的挑战。比如,票据信用中,怎样防范利用票据诈骗、传统票据信用制度如何应对电子支付手段问世的挑战;保险信用中,商事贸易的伟大实践引发的制度创造,已经突破了财产保险和人身保险的传统保险范围,开辟了保证保险和信用保险的新领域。

### (三) 贸易失信或“恶信”的预防和救济制度

商事信用法律制度是一种既有预警性,又有威慑性的商事贸易保障制度。如果仅有商事主体信用和商事行为信用制度,缺失违反

<sup>④</sup> 吴志攀:《金融危机与债务信用基础——金融危机与法(一)、(二)》,载《金融法苑》1998 年第 8 期。

商事信用制度的法律责任的规定或者忽视商事信用制度成长的环境建设,那么,商事信用制度的实施和商法宗旨的实现都是空话。综观国内外的社会现实,预防和救济贸易失信或“恶信”的方式,着重在于商事制度文明建设。

首先,公示制度。包括商事主体(贸易对象)的人格信用公示制度和商事交易信息公示制度。在现代市场社会,任何商事主体的设立、变更和终止的登记事项应当公示,允许商事贸易的当事人查阅。在证券交易中,法律要求真实、及时地披露上市公司的信息,对于履行公示义务有过错的商事主体及其责任人员根据情节依法追究民事、行政或刑事责任。

其次,外观制度。<sup>④</sup>以商事交易当事人行为的外观为准,确定其行为所产生的法律后果。大陆法系称之为外观法理,英美法系称之为禁反言。各国商法上关于不实登记的责任、字号借用的责任、表见经理人、表见代表董事、自称股东和类似股东者的责任、票据的文义性和要式性、背书连续的证明力等规定,皆属于外观制度。外观制度针对交易中出尔反尔的现象,体现了商事信用,保障了贸易秩序的稳定。

第三,信用评级制度。信用评级制度也称资信评估制度,是指评估机构利用专业技术对于受评主体的履约能力和可信任程度进行综合评价的法律制度。它通过对社会资源配置的引导和优化来完善社会的信用机制。信用评级机构作为中介组织通过法定手续进入市场,按照科学的信用评级指标体系进行公正的信用评级,将交易主体一定时期的信用状况进行量化分析,有助于贸易主体市场风险的防范,减少交易成本。

第四,信用报告制度。信用报告制度(Credit reporting)是美国针对信用交易中信息不对称现象而实施的制度。信用报告所记录的信息通常包括银行等债权人、雇主和保险人等意欲了解的消费者的工作场所、付账单方式、诉讼事项或破产史等,<sup>⑤</sup>信用局(Credit bureau)负责收集和出售这类信息。在美国,约90%的成年美国人皆为其征信对象。为了规范信用局及其用户相关行为,在消费信用和消费者权益保护之间寻找公平和公正的结合点,美国联邦政府公布和施行了《公平信用报告法》(the Fair Credit Reporting Act,简称FCRA)。在我国,有的地区如上海,已在探索个人征信制度。这项

<sup>④</sup> 覃有土:《商法学》,中国政法大学出版社1999年版,第10—11页。

<sup>⑤</sup> <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/credit/fcra.htm>



制度的推广和完善,以及这项制度的建设与个人信用管理制度建立的有机结合,必将有力推进商法宗旨的实现。

第五,商事严格责任制度。在各国商法中,商事严格责任体现在很多方面,例如,美国通过法院的判例创立公司法人格的否认制度;美国《统一商法典》要求因买卖商品交易而发生纠纷的被告人,必须保证其所买卖商品具有商销性,如果被告人是一般民事主体则没有该项责任。<sup>①</sup> 根据日本商法制的实践,商人必须登记和公告,公告内容必须与登记事项一致,否则不能对抗善意第三人。<sup>②</sup> 在20世纪末的英美法系,有些国家和地区也开始实行公司董事负无限责任的有限公司制度。这些商事严格责任制度的推行,标志着商事信用制度的日臻完善。

(审校:赵丽梅)

<sup>①</sup> 赵万一:《商法学》,法律出版社2001年版,第39页。

<sup>②</sup> 王保树:《商法的实践和实践中的商法》,载《中德商法研究》,法律出版社1999年版,第34页。

## 2002 年美国公司改革法案述评\*

方流芳\*\*

**【内容提要】** 在安然、世通公司丑闻之后,美国公众对资本市场的信心严重动摇,加强法律管制再次成为立法对市场弊端的回应,SOX 法案于是匆促出台。本文介绍了 SOX 法案的背景、主要规则和它在美国资本市场可能产生的影响,批判分析了美国证券市场的制度性弊端和 SOX 法案的局限性。

**【关键词】** SOX 法案 外部审计 独立董事 民事诉讼 认股期权 管制

每当市场欺诈挫伤投资者信心的时候,总会有一批强化管制的法律出台;每当经济因政府管制而举步维艰的时候,放松管制的主张又重新抬头——从 20 世纪 30 年代以来,美国法律一直按照这样的轨迹反复徘徊。如今,公司丑闻震动美国社会,朝野一片“严打”呼声,小布什总统在 2002 年 7 月 30 日签署了国会以压倒多数通过的萨巴尼—奥克斯勒法案(Sarbanes-Oxley Act,以下简称 SOX 法案)。<sup>①</sup>小布什总统说:“公司腐败打击了投资者的信心,冒犯了民族的良心”;承诺“充分运用一切政府权力揭露腐败,惩罚不法之徒,保护美国工人和投资者的利益”,并称该法案是“罗斯福时代以来,有关

---

\* 该文曾在 2002 年 8 月 19 日《21 世纪经济报道》部分刊载,作者作了补充修改后全文发表于本书。

\*\* 方流芳,男,中国政法大学教授,中国人民大学民法学博士,美国哈佛大学法学院访问学者。

① 该法案全文可从 <http://www.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf> 下载。

美国商业实践的影响最为深远的改革”。<sup>②</sup>

SOX 法案是对 1933 年证券法、1934 年证券交易法和破产法相应条款的修正。美国公司立法,权在各州,然而,凡在美国证券委(SEC)登记的股票或者债券发行则属于“州际交易”,发行人须受 1933 年证券法、1934 年证券交易法管束,故这两个法律在一定程度上被看成联邦公司法。所称的“发行人”多为公众公司,但未必是中文所称的“上市公司”。

### 一、SOX 法案改善公司治理的主要措施

美国公司改革方案的目标仍然是确保信息披露的真实、充分和及时,确保目标实现的措施则是改善公司治理。SOX 法案共计 65 条,长达 66 页,涉及公司治理的整治措施繁多,本文仅择其要点,述评如下:

#### (一)锁定 CEO/CFO 个人责任:公司定期报告须有 CEO/CFO 认证

SOX 法案第 302、906 条要求 CEO/CFO 对公司年报和季报进行个人书面认证,书面认证必须包含以下法定内容:(1)本人审查了报告。据本人所知(based on the knowledge),报告不存在有关重要事实的虚假陈述、遗漏或者误导,符合证券交易法 13(a)和 15(d)节的要求;(2)在关于公司财务状况和营运效果的所有重要方面,报告所含财务陈述和信息均为公允表述。在内部控制方面,本人已经向公司外部审计和审计委员会披露了内部控制系统设计和运作的一切重大缺陷、弱势,披露了已往发生的、牵涉公司要员的欺诈行为;(3)本人负责建立和运作公司内部控制系统,在报告提交之前的 90 天内评估了内部控制系统的有效性,确信该系统能够有效提供重要信息。若内部控制系统发生重大变化,CEO/CFO 需声明:哪些因素导致内部控制系统的重大变化,是否已经采取措施纠正内部控制系统的缺陷。如 CEO/CFO 知道(knowing)定期报告不合证券交易法 13(a)和 15(d)要求,仍然作出书面认证,可并处不超过 100 万美元的罚款和不超过 10 年的监禁;如果 CEO/CFO 蓄意故犯(willfully),可并处不超过 500 万美元的罚款和不超过 20 年的监禁。

已往,每当公众公司提供信息不实的定期报告,CEO/CFO 因此

<sup>②</sup> <http://www.whitehouse.gov/infocus/corporateresponsibility>

受到指控的时候,总是用这样的套话进行辩护:“公司设有审计委员会,财会簿记是否准确、合规,概由审计委员会督查;经过合理质询,我们有理由信赖审计委员会认可的财务信息。如今,公开财务信息有不实、遗漏或误导之处,我们对此深为遗憾,但这是审慎常人在相同或者类似情况下都难以发现的缺陷。”接着,审计委员也有一套开脱责任的说辞:“审计委员会并不直接从事公司内部审计,也不对公司财务报告的合规和准确作出判断,前者由公司财会在 CEO/CFO 监督下进行,后者由外部审计全权负责。我们聘用了资信良好的外部审计,外部审计的职能就是找错、纠错,如此独立和权威的专家都不能发现缺陷,我们又如何能意识到缺陷的存在呢?”最后,问题常常转换为如何解释会计规则,而这恰恰是法官说不上多少话的事务。

SOX 法案颁布之后,CEO/CFO 仍然会把“竭尽注意义务”作为主要的辩护理由,但是,举证困难增加了。CEO/CFO 对财务报告的书面认证相当于证人当庭宣誓不做伪证,并被告知做伪证的罪责。在诉讼中,如果 CEO/CFO 推翻早先的声明,无论能否成功,都等于是在承认本人言而无信的情况下开始辩护,其言辞可信度大打折扣;如果 CEO/CFO 不推翻早先的声明,他的辩护就受到以下事实的限制:(1)公司存在可靠的财务监控系统,能够确保财务信息的可得、合规、准确;(2)他“审阅”(而不是简单地依赖审计委员会或者外部审计的结论)了定期报告;(3)就“本人所知”,定期报告没有重大缺陷。SOX 法案给 CEO/CFO 预留的辩护空间只有“不知”,而“不知”抗辩有明显的弱点——原告可以主张某事实为被告“应知”,或经过尽职调查而“可知”,至于哪些事实在案件具体情形下属“应知”或“可知”,则全由法官或陪审团定夺。

已往,董事责任保险总是能化解董事的大部分民事赔偿责任:董事履行职务过程中,给他人造成损害,董事个人需承担赔偿责任,而又不能从公司得到补偿,则由保险公司对该董事进行补偿。当然,保险费是公司交付的。安然公司为每名董事购买了责任保险,保单记载的最高赔偿额是 3500 万美元,安然破产之后,投资者首先起诉安然的 20 多名董事和高级管理人员,就是为了抢占优质赔偿基金——董事责任保险。SOX 法案推行个人认证之后,董事难以通过责任保险化解的法律责任增加了,保险赔偿的可依赖性减少了:首先,包括罚金在内的刑事责任无法转移到责任保险;其次,认证书是以 CEO/CFO 个人,而不是以公司的名义签发,其性质属个人声明,未必为保险条款覆盖;再次,如果 CEO/CFO 被证明“知道”报告存在

虚假陈述而进行认证,多半不会获得责任保险赔偿,因为,投保人或者受益人明知某一事项会引发保险索赔,却对此隐瞒不报或做不实陈述,正是保险公司拒赔的最强理由。

已往,罪错董事走投无路的时候,可以申请破产,从债务枷锁中解脱出来。SOX 法案堵死了这一退路。如今,欺诈、市场操纵等违反证券法的行为所产生的债务(如:民事赔偿、罚款)属不可解脱的债务——债务负担并不因为债务人破产而消失(803 条)。

**(二)防止 CEO/CFO 的利益冲突:禁止公司直接或间接,以个人借款形式,对董事或者经理人员授信(402 条)**

在美国,公司向董事、经理提供贷款并不违法。美国示范公司法和一些州的公司法明文规定:公司的能力和权力包括向董事、经理提供贷款,除非公司章程有相反规定。此次签署公司改革法案的小布什总统当年就曾从他任职的 Harken Energy Co. 获得低息贷款。但是,此次法律修正实质性地改变了这一传统规则。

董事、经理需要向公司借款,公司愿意向董事、经理提供贷款,这一现象长期合理存在的深层原因还是管理者持股。投资者不信任那些自己没有把钱投进公司的管理者,公司政策鼓励甚至强行要求管理者持股。于是,管理者向公司借钱就有了充分理由:“我愿意持股,但是,没有足够现金,希望公司借钱给我。”在公司方面看来,贷款给董事、经理的风险不大——董事、经理通常有可靠的偿付能力,公司既可获得利息,又推进了管理者持股。但是,这一在表面上看来对双方有利的交易,常常变成公司承担最终风险的圈套。董事、经理取得公司股票之后,常常以股票为质押,向证券经纪商借款,而股票质押属定值担保:当股价下跌到一定数目以下的时候,质押人要么追加担保财产,要么听任债权人出售股票。熊市一到,董事、经理收到证券经纪商要求追加担保的通知(margin call),就会找到公司:“我希望公司能提供贷款或者为我担保,否则,我只能卖出股票。”董事、经理出售股票需向公众披露,他们在熊市出售股票显然会对股票市场和公司声誉产生严重的负面影响,诸如:引发恐慌性抛售和公司的信用危机。因此,公司此时不仅不能收回到期贷款的本息,还要向董事、经理追加贷款,或者为之提供担保。2001 年,在美国最大的 285 家公司中,有 85 家公司的管理者对公司负债,负债总额达 25 600 万美元,这还不包括当时没有暴露出来的世通公司 CEO 对公司的 40 800 万美元负债。管理层持股本来为了使管理层和股东的风险和利益保持一致,或者说是用持股“套”住管理层,然而,通过向公司借款买股

票、用股票质押向证券商借款、质押股票的价格下跌时要公司提供担保,管理者名义上还是股东,但是,已经把股东的最大风险——股价下跌风险——转移给了公司。SOX 法案宣布:此后,一切公众公司不得直接或者通过其子公司向董事或者经理提供贷款;法律生效之前已经提供的此类贷款可以获得宽限一次,但是,不得事后修改宽限条件。

### (三)公司财务报告重大违规,管理者丧失业绩报酬

公司管理层报酬和股票价格挂钩,这是认股选择权(stock option)造就的一种激励机制——管理层的绝大部分收入不是现金报酬,而是买进股票的行权价和股票市价两者之间的差额。SOX 法案要求管理者在财务报告不实的情况下返还业绩报酬:若 SEC 因公司公布的定期报告有重大违规,命令公司提交财会重述,CEO/CFO 在违规报告发表之后的 12 个月内获得的一切业绩报酬(包括:奖金、认股选择权)和买卖股票的收益都必须返还公司(304 条)。与此同时,SOX 法案缩短了公司内部人士买卖股票的申报时间:董事、管理者和持有公司已发行证券 10% 以上的公司内部人士,在买卖公司证券之后的第二个工作日必须向 SEC 申报该项交易。在此之前,公司内部人士买卖公司证券的申报时间是在交易发生当月的最后 10 个工作日。

### (四)保护举报

如果雇员向上级管理者、监管机关和国会议员报告公司欺诈行为,因而受到解雇、降职、停职、威胁、骚扰或者其他任何形式的、关于雇佣期限和条件的歧视,该雇员得提起民事诉讼。受害雇员因此获得的赔偿有两项:一是如果不发生报复行为,原告能够获得的利益;二是原告的一切诉讼费用(806 条)。

### (五)SEC 解职令

如果 SEC 认为公众公司董事和其他管理者存在欺诈行为或者“不称职”,可以有条件或者无条件、暂时或者永久禁止此人在公众公司担任董事和其他管理职务(1105 条)。以前,SEC 需向法院申请解职令,并且应证明有问题的董事或者其他管理者为“实质不称职”。

### (六)设立公司审计委员会(301 条)

最初,公司审计委员会是自发产物,公众公司董事会用它为自己开脱责任,而冠冕堂皇的理由则是改善公司治理。尔后,纽约股票交易所(NYSE)推荐公司治理规则,要求上市公司设审计委员,委员会由 3 名独立董事组成,至少一名委员须有财会知识。其实,安然暴露

docsriver 文川网  
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

的问题并不是公司有无审计委员会,而是如何才能找到真正“独立”的董事去充当审计委员?安然早就设立了“审计委员会”,其职能和公司改革方案的要求并无二致,但是,每个审计委员都从公司获得数万到上百万的捐助和咨询费。

SOX 法案按照制度固有的惯性,把审计委员会提升到第三个阶段——公众公司的法定审计监管机构。要求公众公司必须建立审计委员会。审计委员会必须全部由“独立董事”组成,“独立”的含义是:(1)除了董事津贴、审计委员津贴之外,不从公司领取其他酬金;(2)为不受控制股东或者管理层影响的“非关联人士”(unaffiliated)。此外,委员会至少要有一名财务专家。审计委员会的职能是:(1)从管理层之外的来源获得公司信息。公司内部审计直接向审计委员会报告工作,审计委员会负责处理内部审计和管理层之间的分歧;审计委员会负责建立一定程序,以接受、存放和处理有关公司财务的投诉,并确保雇员能够进行匿名或者保密的投诉。(2)在外部审计和管理层之间构成隔离带。审计委员会全权负责外部审计的聘用、解聘、监管和报酬事项。(3)从外部获得财务咨询。审计委员会有权聘用独立财务顾问,从而在处理疑难问题的时候,能够摆脱管理层和外部审计的影响。

#### (七)强化外部审计的行业监管(101—105条)

外部审计是立法的产物。按照1934年证券交易法,公众公司必须聘用外部审计;向SEC递交年报和季报,必须有外部审计签署意见。安然事件发生不久,哥伦比亚大学的Coffee教授指出:在一系列的公司腐败案件中,会计行业背离职守不是例外现象,究其原因有三:一是会计行业缺乏权威的自律组织,二是外部审计同时向客户提供审计和财务咨询服务,三是诉讼对会计师的威慑作用正在下降。Coffee建议成立一个有业外人士参加的自律监管组织。对Coffee提出的前两个问题SOX法案都作出了认肯回应。<sup>③</sup>

#### (1)创设“公众公司财会监管委员会”(PCAOB)

PCAOB名义上是自律组织,实际上是SEC控制的、负责监管审计行业的准官方机构。PCAOB由SEC任命的5名委员组成,其中注册公共会计不超过两名,其他三名委员都是来自会计行业之外的专家。从委员组成来看,立法者对会计行业的自律并不乐观,因而让

<sup>③</sup> John C. Coffee, *The Acquiescent Gatekeeper, Reputation Intermediaries, Auditor Independence and the Governance of Accounting* (2001), <http://ssrn.com>



业外人士在 PCAOB 保持法定多数。可见,审计失职、合谋造假的代价是整个会计行业在一定程度上丧失了自治权。

PCAOB 拥有以下权限:

——负责审计注册。除非在 PCAOB 注册,任何会计师事务所不得向公众公司提供审计业务。所谓“注册”,并不是另行申请行业准入许可,而是须向 PCAOB 提交初始申请和年度报告,交纳初始注册费和年费。

——制定自律规范。除了会计规则之外,PCAOB 在理论上可以制定一切与监管有关的行业规范,包括行业标准和行业纪律。但是,PCAOB 多半会接受注册公共会计师协会颁布的“审计标准陈述”。

——年检。PCAOB 对注册审计事务所实行年检:向 100 家或者更多公众公司提供审计服务的事务所,每年检查一次;其他事务所,每三年检查一次。主要检查审计事务所是否遵循专业标准、法律和 SEC 规则。

——调查和处罚。PCAOB 负责调查审计事务所的不法行为。在调查过程中,PCAOB 可要求被调查对象提供相关文件和证言。PCAOB 可采取的处罚措施包括:撤销公共审计注册、禁止某一会计师在注册的审计事务所就业、对事务处以不超过 1500 万美元的罚款、对个人处以不超过 75 万美元的罚款。

## (2)防止外部审计的利益冲突

SOX 法案禁止外部审计向上市公司提供与审计无关的服务,诸如:簿记、财务信息系统的设计和营运、评估资产、出具公允意见或者就非现金出资出具报告、精算服务、承接公司内部审计事务、提供投资银行、证券经纪服务和法规禁止的其他业务。此外,审计事务所主要合伙人和初审合伙人担任公司外部审计的时间不得超过 5 年。审计事务所雇员离职之后的一年内,不得在客户公司担任财会职务,同样,客户公司的财会人员在离职之后的一年内,也不得到为公司提供外部审计的审计事务所任职。

## (八)SOX 法对外国公司的影响

在一些重要规则的适用方面,SOX 法案并没有区分本国和外国的上市公司,在理论上,该法案适用于一切在美国公开发行证券的公司,不分本国公司和外国公司——这是一个偏离美国证券市场法律管制历史的趋势,至为引人注目。历史上,在美国公开发行证券的外国公司得到许多豁免,特别是在公司控管方面,美国证券法、证券交易法通常是让位于外国公司住所地的法律。当然,整个 SOX 法案究