

总第六十二辑 2005

金融法苑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

- 公司法定审计模式的演进——以英国公司法为背景的考察
- 证券律师，何去何从
- 公司内部治理机制的改进：董事会与监事会模式的调整
- 美国SEC执法制度概述

28

39

 中国金融出版社

第2卷 第2期 2010年

金融法苑

Financial Law Forum

北京大學商法研究所編

● 中國銀行與中國信託銀行——中國銀行業的雙子星

劉曉輝 劉曉紅

● 中國銀行業的風險管理——以中國銀行為例

李國平 王曉明

总第六十二辑 2005

金融法苑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

 中国金融出版社

责任编辑：李柏梅

责任校对：李俊英

责任印制：丁淮宾

图书在版编目 (CIP) 数据

金融法苑. 2005 年. 总第六十二辑/北京大学金融法研究中心编. —北京：中国金融出版社，2005. 4

ISBN 7 - 5049 - 3678 - 2

I. 金… II. 北… III. 金融法—研究—丛刊

IV. D912. 280. 4 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 027115 号

出版

发行

中国金融出版社

社址 北京市广安门外小红庙南里 3 号

市场开发部 (010)63272190 (010)66070804 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com> (010) 63286832

(010) 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833 (010)82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 三河印务有限公司 (瑞丰)

尺寸 148 毫米×210 毫米

印张 4

字数 104 千

版次 2005 年 4 月第 1 版

印次 2005 年 4 月第 1 次印刷

定价 9.00 元

如出现印装错误本社负责调换

金融法苑 Financial
Law Forum

总第六十二辑 2005

目录

Contents

专论

- | | | |
|----|-------------------------------|-----|
| 1 | 日本金融大爆炸失败 | 方 承 |
| 6 | 公司法定审计模式的演进
——以英国公司法为背景的考察 | 刘 燕 |
| 16 | 证券律师，何去何从 | 彭 冰 |

热点透视

- | | | |
|----|--|-----|
| 23 | 理不清的理财，保不得的保底（上） | 郭 雳 |
| 34 | 银行参与 BOT 项目融资的法律研究
——对某电厂 BOT 的实证分析 | 孟 刚 |

案例分析

- | | | |
|----|------------------|-----|
| 45 | 这个特别约定条款是否有效 | 陆忠行 |
| 56 | 由一起住房按揭合同纠纷引发的思考 | 魏 帼 |

公司法前沿

- 66 公司内部治理机制的改进：董事会与监事会
模式的调整 李清池

金融监管

- 89 美国 SEC 执法制度概述 董炯 覃舸
- 95 金融机构接管制度研究 孙效敏 秦四海

基础法制

- 108 从一个信用证法律关系问题看商法与民法的关系 黄善端

金融刑法

- 115 刑法中的洗钱行为和非法经营行为
——简单评析中国洗钱第一案和澳门
赌资洗钱第一案 俞和明

专 论

日本金融大爆炸失败

方 承^{*}

东京早稻田大学国际部的小口教授对笔者说，“从桥本政府开始的‘金融大爆炸’，现在看来是失败了。”同时在一起的其他日本教授们都同意这个看法。

日本大银行现在的坏账比以前更多，成为全球坏账最多的国家。大银行对中小企业的贷款更少了，日本银行在海外的竞争力不但没有提高，市场份额反而减少了。

过去，日本各大银行的分行行长的年薪大约在 1600 万到 1800 万日元，现在减少了 1000 万日元，只有 600 万日元或 800 万日元。尽管年薪大大减少，分行行长们却不得不做下去，否则只有失业回家。

日本经济仍然处于恢复阶段，2004 年是最近十年来最好的一年。该年日本经济增长了 0.12%，过去几年一直是负增长。自民党政府对银行“激进式”的改革没有成功，对经济恢复有负面影响。

日本国内的一些学者撰写书籍和文章，认为日本金融改革失败的根本原因在于脱离本国国情，理想超越实际。日本的金融企业与欧美企业不同，日本的金融企业与政府的关系较为紧密，由于有了

* 作者单位：北京大学。

政府协调,日本金融企业在市场中的交易成本较低,所以,日本金融企业在过去 30 多年里表现出较强的竞争力。日本的金融改革核心是让金融企业与政府的关系脱离,金融企业的竞争力就显得不够了。

另一个原因是日元升值,导致以国际贸易为基础的经济失去了国际市场竞争力。从 1985 年日元升值以来,日本出口贸易就受到不利影响。原因在于日本出口贸易都是采用美元结算,如果美元贬值,日元升值,日本出口创汇相应减少;不但外汇的价值减少,外汇的数量也减少,因为日本企业出口积极性受到日元升值的影响而降低了。

由于日元升值,日本从海外采购原材料成本即便保持稳定,出口还是要受到不利的影响。如果遇到日元升值,再加上海外原材料市场涨价,如原油涨价,日本企业出口受到的损失就更大。丰田汽车每年的出口量非常大,美元与日元汇率每差零点一美元,丰田汽车就将损失几亿日元。

日本与中国的贸易以往多年都是逆差。因为从中国进口的各种材料的巨大数量,已将日本出口到中国产品的顺差几乎全都抵消。日本只有通过与中国台湾地区的贸易顺差,来弥补与中国大陆贸易的逆差。台湾地区每年再从中国大陆贸易获得 150 亿美元的顺差,来弥补对日本贸易的逆差。

由于日元升值,日本贸易要弥补逆差越来越艰难。一方面,由于日本货品价格越来越昂贵,可以替代的亚洲其他国家和地区的商品,获得更大的竞争空间和机会。另一方面,日本为了加工这些货品,需要从海外进口原材料的成本升高。由于基本的经济面出现问题,日本银行的经营状况也不会好。

2004 年是日本对中国贸易的第一次顺差。分析其原因,与日本大企业到中国投资设厂,从日本采购大量成套设备和管理技术有直接关系。如日本的汽车、家电、办公自动化设备、数字通讯设备等在中国内地都扩大生产规模,设备生产线主要来自于日本。

此外，日本还有许多优质原材料加工技术，将海外采购的原材料进行加工，再出口到别的国家和地区去。例如，中国香港地区生产面包所用的面粉，是从日本进口的，尽管日本并不生产这么多的小麦。日本从澳大利亚进口小麦，加工面包粉出口给香港。香港离广东省的距离比日本更近，广东到香港的运输成本更低。但是，由于面包粉质量的原因，香港宁可舍近求远。

中国台湾地区和韩国加工出口的许多商品，原料从日本进口。这样台湾和韩国出口的商品越多，日本商社就越赚钱。亚洲还没有哪一个国家的海外贸易销售网建立得可以同日本相比。

谈到日本成套设备出口问题，常听到人们在谈论，日本新干线铁路公司不同意到中国去投资建设高速铁路项目。开始笔者感到不解，如果这个大公司能到中国投资高速铁路，日本对中国大陆的贸易将更容易保持顺差。从1964年开始运行的日本新干线铁路，在40多年的运营历史上，没有出现过人身伤亡事故，在日本被称为“新干线神话”。

同中国方面谈判投资的时候，日本方面提出了与在中国台湾地区建设高速铁路类似的条件：不但硬件从日本进口，日本公司还要参与建成后的经营管理。日本方面认为，保证高速铁路安全运行的保障，不但在于硬件，还在于管理等方面的“软件”。但是，中国方面不同意这样的贸易条件。

在中国台湾地区，从台北到高雄的370公里的高速铁路，原来已经同法国签约采用法国的技术。因为台湾从法国购买潜艇被拒绝，李登辉撕毁与法国的高速铁路合同，转向日本同新干线签了合同。据说是石原慎太郎从中帮忙，日本新干线才得以与台湾签约。石原将李登辉邀请到日本，名为“看病”，实为访问。

日本国内金融企业呆账过大，商品的物价也很高。如果日元长期升值，在日本国内的中小企业，不但难以获得发展的机会，就连生存都会遇到困难。

日本在海外的企业，特别是在中国投资的日本公司，正在利用日元与人民币之间的汇率差，来减少日元对美元升值所受的损失。由于人民币与美元挂钩，当美元对日元贬值时，人民币对日元也相应贬值，日元在中国境内兑换人民币的数量便相应增多。现在北京和上海最贵的房地产的价格，比东京和大阪等大都市还便宜。所以，用日元兑换更多的人民币，购买中国沿海城市的房地产，相对日本房地产价格更便宜，这样就可以获得日元升值带来的好处。将来人民币升值时，日本投资人再将手中的中国沿海城市的房地产卖掉，不但获得人民币升值所带来的差价的好处，还可以获得房地产涨价的好处。

尽管日本金融大爆炸式的改革没有取得成功，但是，日本大企业并没有受到太多的影响。日本的大企业在包括中国等地的海外投资，正在利用日元升值带来的投资竞争力，在国内金融改革失败的同时，用海外投资获得一定的弥补，有些还获得了可观利润。

在日本的金融改革失败中受到最大影响的是中小企业，中小企业由于没有足够的投资能力到海外投资，日元升值带来的在海外投资的好处，在日本本土经营中就难以体现。所以，当银行减少对中小企业日元贷款时，特别是当日元升值增加出口压力时，日本的中小企业就面临倒闭和裁员的风险。同时，日元升值使中小企业偿还银行贷款的未来压力也越来越大。

今天，日本政府依然在实行类似美国那样的金融市场自由化模式，在日元升值时，日本政府也不干预，任其自由升浮。日本政府采取不干预政策，分析起来有两个原因：一是政府继续市场化金融政策，让日本的金融市场通过竞争起死回生，获得国际竞争力。二是日本政府现在可能没有足够的钱来干预金融市场。日本政府应该是亚洲最有钱的政府，为什么还说没有足够的钱呢？在今天的国际金融市场上，流动在国际金融市场上的大集团拥有的钱比日本政府还要多。这些大金融机构不但有钱，而且善于利用金融衍生工具，

如果日本政府干预，就意味着日本政府要赔钱。过去日本政府已经赔过许多钱来干预市场，但是，只要停止干预，日元就会升值。长此以往，国际热钱就会选择日本货币做投机生意。

现在，日本市场已经冷静下来，金融大爆炸改革运动已经过去，日本人开始回忆过去获得竞争力的社会资本。由于本国货币市场非常有限，不如欧洲的12个国家的欧元货币联盟，更不如作为全球市场代表的美国金融市场，美国用机器印刷出来的美元，让全球各国中央银行储备。日本本地的金融市场没有欧洲和美国那样的特殊优势，又被改革放弃了原来具有的本土优势，怎能不使大爆炸式的金融改革失败呢？

现在以欧洲为中心的巴塞尔委员会又在推出新的衡量资本充足率的第二套版本，美国只有大银行表示愿意加入，中小银行不愿意加入。欧洲又不能强迫美国的所有银行都必须加入，自愿加入成为必然的选择。如果连美国的中小银行都不接受巴塞尔银行监督规则，更谈不上说服其他国家的各类银行自愿加入这个最有利于大银行的新规则。

前不久，笔者在中国见到了日本前首相桥本先生。笔者对前首相说，他比以前从电视中看到的样子胖了。桥本先生笑着对笔者说，“现在吃得多了，活动少了。”日本金融大爆炸式的改革失败了，借鉴日本的教训，对于正在进行的中国金融改革是否会有启示呢？

公司法定审计模式的演进

——以英国公司法为背景的考察

刘 燕*

审计模式的选择是当前《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）修改中的一个热点话题。会计职业界的主流观点是实行全面的强制审计模式，即要求各类公司的财务报告都接受由注册会计师进行的审计，并以现行《公司法》第一百七十五条第一款作为依据，“公司应当在每一会计年度终了时制作财务会计报告，并依法经审查验证”。

笔者无意否定全面强制审计的意义，但公司财务报表审计作为便利股东监督管理层的一项制度安排，效益与成本是并存的。从国外公司法定审计制度的历史来看，全面强制审计模式曾经出现过，但逐渐被各国放弃，这一演变背后的原因和其中蕴涵的意义颇值得我们思考。

本文将以前英国公司法关于财务报告审计规则的变化为对象，考察公司法定审计模式的演变。之所以选择英国公司法，是因为公司财务报告审计发端于英国，英国公司法对当今各国会计职业审计实务都产生过不小的影响。英国《1844年公司法》首先提出“账目审

* 作者单位：北京大学法学院。

计”的概念,《1900年公司法》全面建立强制审计制度,《1948年公司法》提出“真实与公允”的财务报告编制与审计评价的基本标准。正是在英国公司法的历史变迁中,公司财务报表审计的目的、职能以及会计师的职责等都逐步得到明确。当今各国调整民间审计关系虽然有商法、证券法、会计法等不同形式,但其制度基础皆源于现代公司法的鼻祖——英国公司法。因此,考察公司法定审计模式的变迁,英国公司法可以算是一个最好的观察起点。

一、股东审查账目的模式

英国《1844年公司法》既是现代公司制度的起点,也是法定审计的开端。这部法律确立了现代公司制度的三项基本原则:(1)承认与私人合伙有别的股份制公众公司的法律地位;(2)公司设立从特许主义转为登记主义;(3)信息披露制度,它被视为在放松了对公司设立的管制后,法律为保护投资人、债权人利益所能提供的最主要的手段以及其他公司监管措施的基础^①。财务信息的披露是信息披露中的一项核心内容。《1844年公司法》规定,“董事应编制详尽且公允的年度资产负债表,并在上面署名,然后由一名或若干名股东代表加以审查”,从而第一次在法律上提出了公司财务审计的概念^②。

但是,《1844年公司法》并没有对担负审计职责的股东代表的资质提出任何要求,既没有规定审计师需要独立于企业管理层之外,更没有规定审计师应由职业会计师担任。这是因为当时经济业务相对简单,控制手段也比较原始,对专业技能的要求并不高,普通的投资人通过检查账目就可以发现问题。审计报告的内容也不很明确。

^① Stevens & Sons, *Gower's Principles of Modern Company Law* (4th ed.), London, p. 41, 1980.

^② (英) Tom Lee 著, 徐宝权、张立民译:《公司审计》, 31~32页, 天津, 天津大学出版社, 1991。

通常,一份审计报告会指出企业的资产负债表所反映的业务是否“充分合理”,其含义是指资产负债表恰当地反映了企业对银行家和贷款人的偿债能力,因此股东不必担心公司会突然丧失清偿能力。当然,作为公司法配置的一项治理股份公司欺诈行为的武器,审计报告还有第二个目标,即揭露企业会计记录中存在的差错以及管理人员的舞弊行为。

二、自愿审计的模式

《1844年公司法》随后进行了一系列的修改,全面引入有限责任制,放松监管成为主导理念。在这一思路下,《1856年公司法》放弃了强制审计的要求,允许股份公司在章程中自主规定是否进行审计,同时授权政府有关部门在一定比例的股东(股东人数以及所持有的股票价值达到五分之一以上)提出要求时对公司的财务状况进行调查。

公司法将“股东审计”与“政府检查”相提并论这一做法表明,早期的审计作为详细的账目审查或检查,针对的是管理层单纯的欺诈行为,财产所有人最关心的是管理人的诚实性。因此,审计的目标是“检查受托人个人的正直性,而不是检查他们的会计账簿的质量。只有在认为可能存在舞弊行为的情况下,才对簿记的正确性与公允性加以验证”^①。在这个意义上,由股东或会计师来检查还是由政府来检查,并没有什么实质的区别。

此后二十年间,英国公司法虽经过了数次修改,但自愿审计的法律原则并没有改变。当然,如果政府认为有必要,也可以对某些特殊行业,如铁路、银行中虚假的管理活动记录实施审计。不过,由股东进行的审计暴露出缺乏财务会计或审计方面知识的局限,故开始出现对专业会计师的需求。在这一时期的英国公司法提供的章

① (美)迈克尔·查特菲尔德著,文硕、董晓柏等译:《会计思想史》,169页,北京,中国商业出版社,1989。

程范本中，有关财务报表审计的条款给公司股东提供确定审计师人选的两种选择：从本企业推荐审计师或者从外部聘请审计师。正是后者直接推动了一个独立的会计职业的发展。

三、全面强制审计模式

19 世纪 60 年代至 70 年代英国发生了三次金融危机，促使英国议会重新在经营银行、保险的公司中恢复审计制度，并最终在 1900 年全面建立强制审计制度。

1878 年，在伦敦金融圈有“特别明星”之称的格拉斯哥银行倒闭，成为轰动一时的事件。调查发现，在倒闭前的几年中，该银行为维持所谓的声誉，高估资产而低估负债，同时也在无红利可供分配的情形下依然继续发放股息，导致公司资产枯竭。此一事件暴露出金融机构的特殊风险以及自愿审计制度的缺陷，促使英国议会在 1879 年修改《公司法》，要求银行、保险公司必须进行审计。

不过，由于 19 世纪下半叶自由放任主义经济思潮的影响，1879 年的《公司法》修改并没有要求其他公司接受审计，只是许可无限责任公司注册为有限责任公司，以解除股东的责任负担，同时避免对公司外部第三人的误导。然而，随着有限责任公司组织形式的普及，公司隐瞒债务进行过度分配等问题也频频发生，在 19 世纪 80 年代至 90 年代出现了一系列的公司破产案件和法律诉讼，其中包括对日后英美法国家会计职业的法律责任问题影响深远的几起案件，如 1895 年的伦敦通用银行案、1896 年的金斯顿棉花场案等^①。这一局面最终促使英国议会改变传统的自由放任立场，在世纪之交修改《公司法》，整顿负有限责任的公司内部的管理秩序及会计秩序。

① 正是在这两起案件中，英国法官提出了会计师进行审计时的法定义务是“保持合理的、适度的谨慎与注意”以及著名的“审计师是看家狗、而不是猎犬”的比喻。有关案情及分析，参见刘燕：《会计师民事责任研究：公众利益与职业利益的平衡》，178～180 页，北京，北京大学出版社，2004。

英国《1900 年公司法》规定，所有公司的会计账簿、记录都必须经过审计，其资产负债表必须附有审计报告。这一规则标志着公司法下的全面强制审计制度的正式确立。审计师按照“真实正确”的原则，对反映在资产负债表中的企业业务情况作出评价，包括：审计师已经检查了企业账簿与会计资料的精确性，从中未发现任何舞弊和差错；资产负债中充分报告的内容与当时最佳实务标准是相符合的。审计的主要目的是揭露会计账目中的差错与舞弊，它既包括会计资料处理过程中的无意的记录错误，也包括有意编制不准确、不可靠的会计资料以掩盖挪用企业资源的行为，还包括不涉及账目或报表的直接侵占企业实物资源的行为。

四、注册会计师专任审计模式

20 世纪上半叶，公司管理模式以及审计实务经历了一系列的变化。随着资本市场的发展以及公司规模扩大，经审计的财务信息在减少代理成本的同时，越来越凸显其对于投资决策的重要作用。人们更加关注企业资产负债表的信息内容，而非每一个具体账目中的数字准确性。大型企业管理部门开始承担起预防、发现以及纠正舞弊与差错的责任，建立内部财务会计控制系统，降低依赖外部审计来揭露舞弊和差错的成本。外部审计人员也逐渐放弃对账目记录的详细验证和检查，采取抽样审计、由样本推定总体的方式，因为这是在合理时间内完成审计的惟一可行的方法。这一切推动审计师开始重视财务会计程序以及由此产生的信息的质量，而不是企业财务记录中那浩如烟海的会计事项的计算精确性。审计的作用由“证明公司账目没有舞弊和差错”转向侧重于“评估财务信息的可信度”^①。

英国《1948 年公司法》集中反映了上述变化，它规定每家企业必须向股东呈送年度损益表以及资产负债表，这些报表应当“真实

^① (英) Tom Lee 著，徐宝权、张立民译：《公司审计》，34 页，天津，天津大学出版社，1991。

而公允 (true and fair)”地反映企业的财务状况和盈利情况,并由独立的审计师对这两份报表的可靠性提出审计报告。审计意见包括:(1)经专门检查后,审计师认为企业的财务会计账簿和其他记录是否完整保存;(2)账簿和记录与企业的损益表和资产负债表是否相符;(3)审计师对这些报表所反映的该会计年度企业获利能力和年终财务状况是否可作出真实公允的评价。英国著名的审计学者 Tom Lee 教授认为,“它标志着审计从早期的为银行家、贷款人或股东服务,保证所有与财务报表有关的人士不会因舞弊和差错受到损害,转向代表股东的利益对财务报表的质量提出意见。”^①

审计目标的改变其实是审计专业化的一部分。《1948 年公司法》同时规定,担任公司审计师的必须是公司以外的专业会计人士。确立会计职业独任审计的原因在于,随着公司组织的大型化以及经营活动的复杂化,对公司账目的审计越来越难为一般股东所驾驭。同时,大型公众公司股东的多元化与分散化,造成单个股东执行审计的成本太高,终至集体冷漠。另一方面,专业的会计师在执行公司审计聘约的进程中,逐渐展示了自己独立的价值和知识权威。特别是 20 世纪 30 年代后,会计职业将在人口普查领域发展起来的抽样技术应用于审计过程中,不仅令审计为客户提供更有效率的服务,同时也明显提高了审计作为一门专业知识的科学成分^②。对会计职业来说,公司法对会计职业垄断审计业务的~~规定~~,也~~确定~~了~~会计~~专业~~人士~~作为一个独立职业的知识权威的法律~~基础~~。

这样,从《1844 年公司法》到《1948 年公司法》在~~经过~~一百多年的公司实践后,英国公司财务报表~~审计~~彻底完成了~~从~~股东审计向专业人士审计的转化过程。

① (英) Tom Lee 著,徐宝权、张立民译:《公司审计》,37 页,天津,天津大学出版社,1991。

② M. Power, “From Common Sense to Expertise: Reflections on the Prehistory of Audit Sampling”, *Accounting, Organization and Society*, Vol. 17, No. 1, at 37-62.