

金融危机—发自日本的信息（早稻田大学 GCOE 宣言）

## 《金融危机—向欧美质询日本的评估核心》

早稻田大学 Global COE 企业法制与法创造综合研究所

所长·早稻田大学法学部长·早稻田大学教授·法学博士 上村达男

本宣言是对 2009 年 8 月 8 日于早稻田大学召开的、由早稻田大学 Global COE 企业法制与法创造综合研究所<sup>i</sup>主办的紧急研讨会“检验奥巴马总统的金融规制改革方案—日本应向世界发送什麼信息？”会上、以该研究所所长上村达男的责任在会场派发的信息进行了若干修改之物。除日文之外，该信息还以英文及其他数种语言向海外发送。

1 易于产生泡沫的金融·资本市场、全球化经济下的不适当的金融商品及不适当的金融交易、不正当交易的横行，给世界各国的国民生活造成极大的恶劣影响。该恶劣影响也给面对这样的问题在多数情况下处于受害一方立场的其他各国，尤其是发展中国家的经济、市民生活带来沉重打击。

一直以来主导该领域的欧美各国应考虑到该领域所造成的全球规模影响的程度之大，就规范该领域制度的应有形态认识到严峻的责任。尤其是非常热衷于本国制度的域外适用的美国，更应对基于本国制度的经济活动给其他国家造成的恶劣影响（负面的域外适用）总是保持严肃的自我反省的态度。

作为一贯向欧美学习企业制度、金融·资本市场法制的日本，作为在全球范围内都罕见的、拥有强烈的比较法乃至外国法研究志向这一国民性的日本人，有责任代表欧美各国以外国家的立场，站在作为公正的第三人得以进行评估的立场，向欧美各国指出欧美制度中存在的问题。

2 试看欧美有关金融危机的讨论，尽管在讨论中监管体制的强化通过各种各样的形式得以展开，然而更应该被追究到底的是这样的方向本身。但在该领域我们可以发现，极其缺乏对时常可能出现过度或过火现象的企业法制、金融·资本市场法制的基本应有形态自身进行反省的声音。即便基本法制拥有易于导致过于宽松的交易这样的体质，也仅将其作为国内法方面

---

<sup>i</sup> Global COE (GCOE) 为 global center of excellence 的略称，是日本各大学通过竞争得以采用的来自于国家大型资金的研究据点形成项目。从正面高举进行法律学研究的牌子而被采用的大学极少，早稻田大学是在该计划的前身 21 世纪 COE Program（2003 年采用）之后于 2008 年再次被采用。至今为止的研究成果得到了最高程度的评价。本据点形成目的是，通过弄清楚欧美社会的本质，从理论上、学术上把握欧美借助于经验的部分，重新构成在各方面承担成熟市民社会的责任、与成熟的市民社会相对应的企业法制、金融·资本市场法制的应有形态，力图用理论来克服经验上的不足。我们的志向是，构建日本与亚洲各国能够以此为据的理论模型，进而指出被欧美遗忘的问题，实现与欧美之间的学术上的对话。

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/>

的问题对待；但是放任这样的状况于不管不顾，仅仅是强化监管体制这本身就存在极限。假如经过改革后的监管体制仍不能充分发挥作用，则众多的恶劣影响将扩散到全球，再次导致全球范围的危害。

3 有关美国，应该说其缺乏将企业法制、金融·资本市场法制进行规范性、目的性、历史性、理念性地把握的考虑，以有效市场为前提的经济学方面的假说甚至给司法界造成了影响，以对市场的过度信任为前提的制度的应有形态，等等这些因素招致了与目前的金融危机直接相关的金融界的放纵。美国单独发展的、在其他国家不存在的各种各样对不正当进行严格追究的系统<sup>ii</sup>曾经是对如果没有这样的系统则几乎无法灵活运用的自由与市场机制的信赖进行肯定的依据。但另一方面，也可以说这是一个非常危险的系统（可以说是其他国家无法模仿的系统也不得模仿的系统），因为其中很容易就包含了即便拥有其他国家不存在的独特的对不正当进行严格追究的系统也几乎无法应对的过度自由会招致的失败。这次的金融危机由美国引发，表明了魅力最大·风险最大这一美国做法靠美国自身的系统是无法抵御的，美国自身对此应有自知之明并进行反省。

4 尽管美国一直以来强调以信息披露制度等为中心的规则的透明性，但其以公司法制为首的企业、金融·资本市场法制却像马赛克的模样一样复杂，复杂到几乎难以把握其整体样态，美国人本身也常自嘲美国制度是拜占庭式（杂乱无章）的制度。美国常说将会计准则一体化，但在其国内却连公司法的一体化都未能实现，这在全世界都是非常罕见的。正因为这个原因，在联邦证券规制、联邦交易所规制中混入了实现联邦公司法功能的规定等，并未采用系统性的考虑方法。即使在这次的金融危机中，也极有可能是因为缺乏州规制和联邦规制的连续性这一美国国内的事由导致了海外的灾难。由于对谦虚地学习其他国家法律制度的比较法研究漠不关心，于是在整体上表现为对其他国家而言非常难以理解的法律制度。如果被问起美国公司法为何物，能够作答的美国人恐怕不多。尽管美国的代表性学者 **Melvin Eisenberg** 教授将州判例法、州公司法、联邦证券规制、联邦证券交易所规则、其他软法（soft law）全部称为美国公司法，但仅将特拉华州公司法视为美国公司法的包括专业人士在内的日本人不在少数。问题是，如果这样复杂的规则的影响仅停留在对美国一国之上时，我们可以认为这是每个国家不同的文化，然而当在美国发生的事态扩展到全球时，全世界应该对美国制度的应有形态抱有强烈的关心。

---

<sup>ii</sup> 作为治安官的 SEC、通缉悬赏（bounty）、针对刑事犯罪 FBI 常采用的诱捕、窃听、卧底调查、司法交易与惩罚性·裁量性民事制裁、被告企业的证据披露义务（discovery）、从根本上请求存在不正当行为的企业所获得利益的集团诉讼（class action）、任何人均不得从事不正当行为这一兜底性规定（SEC Rule 10b-5）的大量适用（伴随严重的刑事处罚）、州权强大的美国特有邮寄·通信欺诈法（mail fraud, wire fraud; 作为联邦法律的该法仅以使用了邮寄或通信的不正当或为了不正当的目的使用了邮寄或通信为由就可以进行处罚）的大量适用、在各领域大量适用的共谋罪（conspiracy）、抓捕黑社会的最下层成员后追究其主体的责任 RICO 法在金融机关的适用（将证券公司也视为会进行恫吓的组织）等等。

5 美国在经历了证券大恐慌的经验之后制定的 1934 年联邦证券交易法第 2 条中详细规定了需要规制的理由。在其中，强调了鉴于制度无法应对横跨州际通商乃至合众国全国的证券市场的实际形态，该领域不仅是美国一国而是可能成为世界性恐慌的原因这一问题，就联邦证券规制构建了新的制度框架。该条在最后做出了如下规定<sup>iii</sup>：“引发大范围的失业及交易活动、运输及产业中的混乱，且妨碍州际通商，以及造成违反公共福祉的影响这样的全国性的非常事态，由于操纵证券市场及证券的急速且不当的变动以及在这种交易所及市场的过度投机而被引发、增大及延长。为了处理这样的非常事态，联邦政府不得不承担诸如负担国家信用这样的巨额支出。”

今天，在被称为起源于美国的金融危机爆发之时，美国除了应该就监管体制的应有形态进行讨论之外，还应该表示出美国自身为了构建在全球化世界通用的新制度的框架，将大幅修订自己一直以来所依托的构想的决心。同时，美国的制度本身应努力成为具有理论上的连贯性、对其他各国来说也能够被充分接受的制度，为此，美国需要具备谦虚地听取其他各国意见的姿态，甚至也不应该禁止谈及在联邦层面实现欧洲型的节制型的公司法制。

6 就欧洲而言，较为有节制的公司法制与对资本市场的警戒性制度的应有形态，尤其是英国在历史上形成的自律规制的崇高意义等，有很多地方值得我们学习。但我们可以看到，例如在欧洲国内如果不切实遵守就无法在此生存的、基于原则（Principles）、绅士规则（Gentleman's rules）、最佳实践（best practice）的行动在欧洲以外则缺乏贯彻实施的态度，即使在该领域缺乏经验的亚洲各国采取了违背原则（Principles）的行动，欧洲各国也只是置之不理。由于欧洲各国在国外毫不知耻地淡然进行在本国不会采取的野蛮行为，于是在亚洲将这样的行为视为殖民地支配时代的残渣这一看法并没有消失（英国自身应该明确声明在金融世界里已经完全克服了禁止英国人抽鸦片但强烈推荐中国人抽这样的态度）。欧洲应该明确指出欧洲规范在欧洲之外也将得到贯彻，否则，不拥有欧洲在历史上形成的共同体规范意识的亚洲各国即使采用了对欧洲极为戒备的制度（例如银证分离等），欧洲也没有资格对此表示不满。

7 日本过去向欧美学习民主，学习重视人类·重视个人的社会的应有形态。但是，放任由特定少数人构成的隐名私募基金成为股份公司的大股东或控股股东这样的事态，这本身就是自动放弃欧美自身（尤其是美国）引以为豪的以个人为中心的股份市场、股份公司、企业社会的理念。如果被华丽的金融技术抢走眼球，轻视欧美在历史上形成的值得骄傲的民主与尊重人类的精神，那么这样的态度并不是值得我们学习的典范。我认为，直截了当的传达这样的信息也是日本的责任。

企业、金融·资本市场制度主要是由欧美发展至今的，在现在这样的全球化时代，正如我前面所讲述的一样，其动向几乎可以左右全世界各国人民的生活。在这个意义上来说，欧美

---

<sup>iii</sup> 新外国证券相关法令集美国（III）第 76 页（2008 日本证券经济研究所）

以外的各国拥有对该领域规则的应有形态进行讨论的充足资格。日本政府有责任认识到日本作为在该领域走在前列的非西欧国家的单独立场，并应向国际社会大胆发出其主张。

尽管企业、金融·资本市场本身是全球化市场，然而一直以来规则基本上都是利用美国规则这一国内规则，但一旦发生金融危机，由此暴露出来的国家利益优先的构想就会得到允许。因此，我们应该尽早意识到最终将本国利益放在最优先位置的国家同时也是提供全球化制度的国家这一矛盾，积极地参与到世界水平的制度讨论中来。