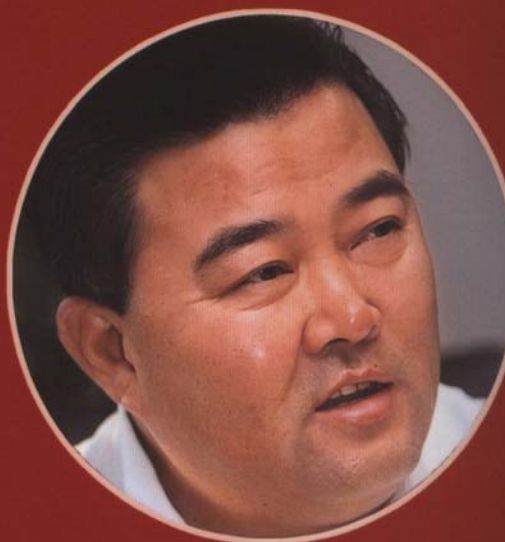


让 金 融 家 看 得 更 远

2010·06

总第60期/2010第6期 定价:RMB 80元
<http://www.modernbankers.com>

当代金融家 | Modern Bankers



分行差异化经营经验 的一场盛宴

银行业公司治理的七个问题

外资私人银行的“中国攻略”

基辛格与招商银行

ISSN 1673-2405



9 771673 240055

走不通的和解之路

Road of conciliation is terminated

文 / 何杰、孙丛坤、刘波



美国法院否决了 SEC 与美银的和解请求。法院认为，双方达成的和解是不公平、不合理，也不充分的。而且，双方达成的和解实际上表明了双方之间非常自私的关系：SEC 可借此宣称其揭露了美银在一桩广受关注的交易中的错误行为；美银的管理层则可借此宣称其被迫与过分热心的监管者达成一项繁重的解决方案。双方的和解不仅牺牲了美银股东的利益，也牺牲了事实真相。为此，本刊约请柯杰律师事务所律师从专业的角度为读者解读这一案例的法律内涵

2008 年 9 月，几乎是在金融危机最严重的时候，美国银行（Bank of America Corporation，以下简称“美银”）与美林证券（Merrill Lynch & Co.，以下简称“美林”）签订了收购协议，前者以换股方式收购后者（以下简称“收购交易”）。但在收购交易完成前，美林于 2008 年 12 月提前向其高管及员工发放了高达 36 亿美元的奖金，再加上美林 2008 年第四季度发生巨额亏损，美银与美林就收购交易、奖金发放、巨额亏损展开了激烈争论，其中针对美林发放奖金一事，纽约州司法部也介入调查。

此外，美国证券交易委员会（Securities and Exchange Commission，以下简称“SEC”）也介入美林发放奖金一事，以调查美银在向其股东提交的股东授权委托书（the proxy statement，即公司要求股东就相关事项进行表决前向股东提供的包含有待表决事项相关信息的文件）中是否实质性地隐瞒了相关信息，以获取股东对收购交易的批准。SEC 称，美银在向其股东提供的文件中说明美林已同意在收购交易完成前，未经美银事先同意，美林不得向其高管发放任何年终绩效奖金或其他激励性补偿。而事实上，美银在向其股

东提供相关文件之前，已经同意美林可以向其高管发放不超过 58 亿美元的奖金。

2009 年 8 月 3 日，SEC 向美国地区法院之纽约南区法院（United States District Court for Southern District of New York，以下简称“法院”）递交了起诉书，指控美银在 2008 年 11 月 3 日向其股东提供的股东授权委托书中包含有“错误的或误导性的”陈述，以致美银股东批准了收购交易。虽然美银对该项指控既不承认也不否认，但在 SEC 向法院递交起诉书的同一天，美银与 SEC 即达成和解，并共同请求法院作出和解判决。

法院经过审理，于 2009 年 9 月 14 日拒绝了美银与 SEC 的共同请求。此外，鉴于美银曾向法院表示，若法院未作出和解判决，美银将针对 SEC 的指控提起诉讼；而 SEC 作为已提起诉讼的一方，“应该”也不会放弃诉讼，因此，法院判令双方就和解所涉及的事项进行诉讼，并于 2010 年 2 月 1 日开始审理此案。

对和解进行审查的原因

法院认为，美银与 SEC 所达成的和解实质上是让受害者为其受害承担额外的惩罚，

仅此一点，已足以让法院“叫停”该和解。

一般而言，法院应遵循诉讼双方达成的一致意见，因为案件将因此获得一个符合诉讼双方意愿的解决方案。此外，若诉讼以和解结束，对社会也大有裨益。因此，一项已就主要争议事项达成一致的民事和解近乎不可审查。但法院认为，在本案以及与本案类似的案件中，诸如 SEC 这样的联邦机构希望通过法院签发的禁令以获得法院的权力，因该解决方法在某些方面具有司法判决的性质，法院应当对该等和解进行更为严格的审查，以确定其是否符合“公平、合理、充分”的要求，以及（在某些情况下）其是否符合公共利益。

公平性

法院认为，美银和 SEC 达成的和解并不符合最基本的司法观念和道德观念，因为该项和解实际上是要求因美银的不当行为而受到损害的美银的股东为美银的不当行为支付罚款。尽管 SEC 也承认，该和解中的罚款会间接地由美银的股东承担，但其同时辩称，该项罚款向股东传达了一个强烈的信号，即令人不满意的公司行为已

经发生，美银股东应重新评估美银管理的质量和绩效。但法院认为，SEC的这个假设运用在本案中是没有效果的，因为让被公然欺骗的美银股东，不仅花费数百亿美元购买一个巨大且濒临破产的公司，还得额外支付3300万美元以更好地评估公司管理的质量和绩效是“荒谬的”。

虽然SEC承认，其通常的政策是追究对虚假陈述负有责任的公司管理层的责任，而不是向无辜的股东追责。但根据SEC的调查，美银和美林的律师起草了相关文件，并作出了隐瞒奖金发放计划的相关决定，因此不能追究公司管理层的责任。但法院认为，在任何情况下，SEC的该项辩称均不能构成要求美银股东——虚假陈述的受害者——承担罚款的理由，而且若SEC的调查属实，其应当追究律师的责任。

面对SEC的指控，美银最初保持沉默，但其随后则坚决地向法院表示，如果仔细阅读股东授权委托书，则可发现其既不是“错误的”，也不是“误导性的”，而且美林发放奖金一事早已被媒体广为报道。此外，值得注意的是，美银自始至终未向法院说明股东授权委托书的制作过程，以及谁决定了股东授权委托书的内容。尽管如此，法院认为这些都不是关键，关键在于，如果美银未向其股东作出虚假陈述，则美银为什么要同意向SEC缴纳罚款？

美银的解释是，因为SEC决定起诉，因此无论是否达成和解，美银都不得不花费公司的资金以了结该诉讼。这个解释暗含的意思是，对于SEC的起诉，美银可以选择和解或者诉讼，美银作出的选择实际上是一种商业判断，即哪一项解决方式花费更少。法院认为，除了很难相信像本案这样如此简单的

诉讼会花费3300万美元外，也没有人会认为这个决定是无利害关系方作出的。法院进一步指出，公司管理层运用商业判断决定应该花费公司现有股东多少资金以解决公司与其前股东或第三方的诉讼是一回事，而被指控欺骗了公司股东的管理层决定花费受害者（股东）多少资金以解决针对管理层的诉讼完全是另外一回事。

法院认为，美银与SEC的和解给人的“直觉印象”是双方设计好的计谋，以为SEC提供执行的“外衣”，并使美银管理层迅速脱离尴尬的调查。即使运用最宽容的审查标准，双方的和解也远称不上“公平”。

合理性

法院指出，如果法院作出和解判决，实际上是在SEC没有根据其政策追究美银管理层或被宣称应对虚假陈述负责的律师的责任的前提下，了结了这一案件。

SEC的解释是，如果要追究个人的责任，则需要证明该个人在知情的情况下参与作出了虚假陈述（但SEC并没有掌握相关证据），加之所有相关文件均为律师起草，所以无法证明美银管理层存在虚假故意。法院反驳道，SEC既然称美银管理层在作出股东授权委托书之前已经同意美林发放奖金，又怎能证明缺乏相关证据呢？而且，如果SEC陈述的是事实，那律师就存在虚假故意，SEC就应追究律师的责任。

SEC表示，其未追究个人责任是因为美银管理层称，律师作出了所有决定但美银拒绝放弃“律师—客户特权”（attorney-client privilege，即企业/个人有权与其律师进行沟通并对沟通内容不予披露的权利）。但法院认为，SEC从未认真地调查美银是否放

弃了前述特权，更没有调查本案的虚假陈述行为是否构成犯罪或欺诈。而且，SEC的辩词表明其更应该对律师进行调查。对此，美银表示由于其并未以“律师提供了建议”作为辩护理由，因此也就不存在是否弃权的问题。但由于美银始终未向法院说明股东授权委托书的内容由谁决定，法院认为，美银的说法只是一个借口。

此外，双方达成的和解事实上是寻求法院签发禁令以禁止美银在未来作出虚假陈述。但是法院认为，该禁令并不符合联邦民事诉讼法的相关规定，即“禁令应对被禁止的行为进行合理的详细描述”，而美银述称其在过去没有作出任何错误的或误导性的陈述，这导致法院无法进行相关事实描述。

而且，由于美银认为股东授权委托书内容完全符合法律规定，其将来完全有可能作出类型完全相同的股东授权委托书，这将导致禁令变得毫无意义。

鉴于上述原因，法院认为双方达成的和解是不合理的。

充分性

法院认为，仅仅3300万美元的罚款，对于一个严重影响了一项数百亿美元的收购交易的虚假陈述而言，是不充分并且是毫无意义的。而且由于罚款最终由美银股东而非美银管理层承担，导致其比毫无意义更加糟糕，因为它进一步伤害了受害者。因此，和解判决是不充分的。④

（本文作者为柯杰律师事务所管理合伙人何杰、孙丛坤、刘波，张方和扬帆对本文亦有贡献。本文仅供一般性参考，不构成法律意见，不能代替法律意见，也无意对讨论事项进行全面的分析。）