

面向新世纪的金融立法(二) PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_9D_A2_E5_90_91_E6_96_B0_E4_c122_485146.htm 第二，我想讲一下信托法和信托业的问题。（最早是我带着博士生一起来起草的信托法。）从领导人来说，甚至从管经济工作的人来说，有的不太了解信托的机制，现在了解的人逐渐多一些了。从目前信托法的情况来看，无非有两个争论很大的问题。?? 第一个问题就是，信托法和信托业法是放在一个法里面还是放在两个法里面。?? 从西方国家来看，信托法是私法，private law。因为它解决的是当事人之间的权利义务关系，比如委托人、受托人、受益人、信托财产。而信托业法在西方国家叫公法，比如国家对于设立信托公司要采取什么样的管制：注册资本要到多少，如何来管理它的风险等各个方面，这跟金融机构一样，有它的管理机制。?? 所以第一次开始讨论这个法的时候，日本的专家说，你们应该搞两个法，一个信托法，一个信托业法。我们说，不行，中国人的立法规划里面就写着信托法，再搞一个信托业法不让你通过。在中国，别的地方虽然已经没有严格计划了，但是立法有严格计划的。所以说可以了。中国保险也是一个法，而不是保险一个法，保险业一个法。但是，后来有人说不好，为什么要把这两个东西写在一起呢？应该分开。保险业应该怎么来搞，保险公司应该怎么设立，这个问题由国务院制定一个条例就行了。所以后来就又改变了，设立一个信托法，而把信托业法变成一个国务院的条例来制定了。就按照这样的方案，过了六年以后第二次提交了全国人大常委会。提交后，人大常委会委员

讨论后说，怎么一个信托法里面没有信托业，没有信托公司，信托公司怎么设立，怎么来管，什么条件都没有，这算什么法啊？提了一大堆的意见，所以现在又把两个凑起来。??到底我们国家的信托法应该是应该把两个合成一个呢？还是把一个交给国务院自己去制定？这个国务院应该有权去制定。但是有的东西不行。现在我们的立法法也比较严格了。过去我们曾经想搞一个行政处罚法，最后国务院说不必搞行政处罚法了，由国务院搞一个行政处罚条例就行了。后来很多法学家都说不行，因为行政处罚涉及到财产和人身自由，拘留、劳教都属于行政处罚，如果由国务院、政府来制定条例，限制人身自由，这是不可以的，必须要立法，并由人大、人大常委会通过。所以这次立法法里面特别提到，凡是涉及到人身自由的必须由全国人大立法。那么现在马上就面临着劳教怎么办的问题了：劳教是限制人身自由的，可是现在还没有劳动教养法，现在只有国务院的一个条例。所以我们的立法也在不断的提高。把信托管理制度交给国务院来制定也没什么，这是经济管理里面的一些东西怎么来搞的问题。??第二个争论比较大的问题：我们知道，信托在英国开始的时候，是双重所有权制度。比如，我作为委托人把财产交给曹老师，曹老师是受托人，我是把我财产的所有权交给他，曹老师要把我的财产当作他自己的财产来管理。但是又不可以按照自己的财产那样完全支配，不能够继承，不能够跟自己的财产抵消，也不能够按照自己的财产那样随便卖掉。关键就在于受托人得在享有了所有权人的地位的情况下，来支配财产、管理财产，这样他才可以管好，跟自己的财产一样对待。受益归第三人。当然在商业信托中，受托人也可能是委托人

自己。受托人拿到的利益也具有有一种所有权性质。所以，我们该怎样对待、处理这里面存在的问题？这次信托法草案修改的时候，把世界各国信托法里面规定的，“委托人把受托财产的所有权交给受托人”这条，改成了“委托人把其财产的经营、管理和处分权给了受托人”，变动很大。这到底叫不叫信托呢？因为我们国家现在也担心，把财产的所有权都交给你，会不会出现问题？现在揭露了很多“基金黑幕”。那次我在上海的中欧国际工商管理学院做EMBA的兼职教授，讲课的时候正好有一个基金管理公司的总经理在那里听课。我问，现在财经杂志揭露你们的这些东西，你们是否准备到法院提起诉讼？如果要捍卫自己的名誉，应该到法院起诉。他说，不准备起诉。我说，不起诉是不是默认你们自己有问题呢？他说，也不是。我说，那你怎么来理解呢？他说，我们只要按照信托法的一个重要原则受托财产与个人的财产分开，只要做到这一点，把我们管理的四个基金的财产分开，就符合法律的规定，至于炒做不炒做那是另外的问题。这个观念是信托很重要的一个观念。当初起草信托法的时候，我们到日本的安田信托银行考察。在信托银行，包括信托业务和其他业务，信托银行的信用要比一般的商业银行高得多，甚至比一般的投资银行还要高，因为它有代人理财的作用。最重要的就是委托人交给我的信托财产和银行自己的财产之间有一个万里长城，这两个永远不能够合在一起。虽然两个财产的所有权都属于我个人，但是永远都不能够合在一起。基金管理公司管理了四个基金，四个基金之间有非常明显的界限，不能够把这部分的基金钱用到那部分去，另外这四个基金的钱又与基金管理公司的自有资产、注册资本

是分开的。?? 所以从信托来看，这个问题还仍然是一个争论比较大的问题。?? 在我们国家，跟金融业有关系的信托问题，无非是三个。?? 第一个是投资基金。投资基金到底如何理解为信托关系？这个法学界始终弄不清楚，看法也不一样。?? 我们知道，除了美国的公司型基金以外，还有契约型基金。契约型基金就是信托企业。受益人没有问题，是出资人。但到底谁是委托人，谁是受托人呢？这个看法就很不一样。有的人说，发起的公司是委托人，过去叫做管理人和保管人的，现在叫托管人，他们两个是共同的信托关系。我把财产交给两家来共同信托，信托关系有两个受托人。这点就非常难解释。也有的说，我把财产给了保管人银行，银行有了所有权，然后再交给管理人来管理。那么这其中又多了一个层次。这其中是再信托关系：我把财产按照信托的办法交给保管银行，保管银行再交给管理公司去管理呢？还是他们之间委托代理关系？这些从法律来说，都要确立权利、义务和责任的。?? 信托跟委托不同。信托是我把财产交给曹老师，财产变成曹老师所有；委托是曹老师以我的名义来管理，这东西还是我的。这两者之间相差很多。还有少部分人认为投资基金不是信托关系。但是，将来我们投资基金第一个适用的还应是信托关系。?? 由于时间关系，这个问题我只点一点：契约型的投资基金的财产关系，如果用信托法解释，应该如何来确认？?? 第二个就是职工持股。这个问题我想在这里也简单说一说。也可能将来，信托机制在持股里面，股份信托或投资信托里面是一个非常重要的东西。?? 现在的股份公司，不管上市的也好，不上市的也好，内部职工股存在着很多的问题，并且已经被暂时停止了。如果真正按照股份合作

制企业的办法，应该把股权卖给职工，职工100%持有，或者至少50%以上持有，这又是另外一种形式。但是在中国，现在最难解决的一个问题是职工持股会的问题，尤其是在大量的有限责任公司里面。??在有限责任公司里面，规定股东是二到五十个人。那么，如果职工人数是500个人，5000个人，该怎么办呢？也不能一部分职工入股，一部分职工不入股。有的地方采取了用一个人代表十个职工来入股。这更危险，一个人怎么能代表十个人的股权呢？如果用一个车间来入股，一个班组来入股，一个科室来入股，这也很麻烦：将来如何行使这个权利呢？或者用工会来行使股权。上海曾经用工会来行使职工股股权，现在看起来也不合适。工会是劳动者的组织，不是股东的组织。如果工会来行使职工的股权，那工会就有了双重的、混合的性质。??所以，现在普遍认为，职工持股会是最好的办法。国家一个股，职工一个股，就形成两个股东了。如果要改制成为有限责任公司，两个股东就可以满足要求了。但是职工持股会在法律上是什么性质的呢？这两种模式：法人，或者非法人。如果是法人就要注册登记。职工持股会不是企业法人，不是自己从事经营，它只是行使持股的权利，所以它不能到工商部门去注册企业法人。那么，按中国的法律规定，就只能是社团法人了，社团法人就得到民政部门去登记。所以有好多职工持股会都到民政部门去登记，民政部门也给登记了。但是，民政部门毕竟是管社会团体，不应该管理职工持股会，所以后来发布了一个通知，暂时停止了职工持股会的登记。??现在不让职工持股会注册法人了，怎么办呢？人们都在动脑筋。信托法很快出来了。托管机构能不能用信托的方法来构架职工持股会？信

托关系是合同关系、契约关系，不是法人，不需要法人，那么通过契约关系能否搞一个职工持股会呢？当然，这里面就比较复杂了：怎么样来设立？到底股东是一个职工持股会呢，还是仍然是众多的职工、每一个职工呢？职工在职工持股会里面怎么样产生呢？信托办法如何来产生这样的机构呢？不是股东，没有董事会，没有选举权，还是采取别的办法呢？设立的文件应该是什么样标准的方式呢？如果职工持股会没有按照职工的意愿来行使股权，来保护它的权利，它又有什么保护自己的方法？等等。??所以，在中国，有限责任公司把它的人数硬定在二到五十个人，不能超出一个。在这种情况下，职工持股怎么来搞，也是一个很值得思考的问题。??第三个，就是美国的投票信托制度。??在证券法起草的时候，也曾经考虑过投票信托：到底是采取委托投票，还是信托投票？世界上大多数国家都是委托投票，只有美国有信托投票。美国的信托投票有一个特点：小股东不愿意参加股东会来投票（他们只拥有不到1%的股票，在股东会无非是一个陪衬，没有影响力，意见不会被采纳的），如果大股东能够把小股东的投票权通过信托的办法拿来行使，对大股东是很有利的。（当然，同时也给让出投票权的小股东一点利益。）但是，这样的办法必然会产生一个问题：我在公司里只有10%的投资，而最后在公司里可能有30%的投票权：很有可能通过这种信托的办法形成垄断。我们知道，trust这个词本来是信托，后来就音译成为托拉斯了。这样的信托就成为垄断行为的一种法律机制。利用信托的办法，不一定要把财产集中起来，只要把投票权集中起来，就可以控制股东大会，选举更多的董事会成员。这样，用较小的投资就可以拿到更

多的投票权，进而控制公司。?? 这样的东西，我们将来要不要实行？还是有限度地实行？有好处还是有坏处呢？在中国，怕不怕在这种情况下下的垄断呢？如果小股东都不来参加，那么采取这样的办法，是不是能够更好地吸引各种股东来行使权利呢？?? 概括起来说，在投资领域里面，在股份领域里面的信托，这三种投资基金、职工持股、投票信托，实际上都是用信托把中小股东，尤其小股东的权利集中起来，从而更有利于其利益实现的一种办法。?? 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com