

面向新世纪的金融立法(一) 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_485157.htm 有关经济方面的立法，包括金融方面的立法，无非是涉及四个问题。?? 第一是主体地位。法律首先要讲主体地位：每种企业的形态不同，它的地位就不一样，它的能力就不一样，它的权限范围就不一样，甚至所承担的责任也不一样。?? 去年《法制日报》某日头版的右下角有标题，上面写的是“从新从轻”。学法律的人一看，不是“从重从快”嘛，这怎么“从新从轻”啊？原来说的是，有一个人贪污了公司巨额的财产，被判了死刑，死刑到了最高人民法院复核，说“不对，应该从新”。“新”的是什么呢？“新”的是，《公司法》规定了，如果贪污、侵占的是公司的财产，没有死刑，只有20年有期徒刑。现在的新《刑法》也是这么规定的。如果是贪污公有制财产、公共财产，那个时候是死刑。所以贪污还要看贪哪儿的。如果侵吞的是全民所有制的财产，那么同样情况下，可能就得死刑了。如果侵占的是改制以后的公司的财产，那么最多只有20年。所以最高人民法院把它改了。?? 每个企业从法律上来说，它的地位不同。是国有、集体，或者是其他性质的，都会影响其法律地位。搞法律的人首先要弄清主体地位。对于金融企业也要弄清它是什么样的地位，它是什么性质的企业。?? 第二是行为。行为无非是说，是投资行为还是普通的交易行为，交易行为是有形财产还是无形财产，是服务贸易还是商品贸易，要分清它的性质。我们金融中也有许多行为，票据行为、证券交易的行为等，哪个是合法的，哪个是违

法的，哪个是有效的，哪个是无效的。主体要确定它的资格、地位，行为就要确定它的法律效力、法律性质。?? 第三就是权利。法律很重要的问题就是赋予权利。到底是什么样的权利？民事权利，行政方面的权利，或者其他方面的权利。?? 第四就是责任。从责任的角度来保护当事人的权利，为当事人提供救济。?? 我想从这几个角度来看金融方面的一些问题，尤其是涉及到金融企业的一些问题。所以我今天定的题目，就是关于主体地位问题，金融企业立法的一些问题。这里面有些是金融企业所独特具有的，有些东西可能是和其他性质的企业所共有的问题。所以我想趁这个机会讲五个问题。?? 第一个问题，讲一讲金融资产管理公司，如何来认定它的法律性质和地位。?? 国务院2000年11月10号刚刚颁布了金融资产管理公司条例。金融资产管理公司，这在我们国家是崭新的东西，不仅在我们国家崭新，恐怕在我所了解到的世界上属于这种以金融资产管理公司的性质来出现的，也很少见，而且这次又是以国务院的行政法规的形式、条例的形式来规定。?? 它跟我们通常所讲的国有资产有密切的关系，国有资产里面涉及到国有资产如何管理的问题。所以在这个意义上来说，它本身的地位又介乎于一个国有资产管理性质的公司，但是它又不是。它的注册资本100亿是由财政部来核拨的，因此它并不是我们一般概念中的公司，由股东来出资。它的清算也是要由财政部来清算。由于它最后所形成的损失如何来核销，也要报财政部来解决，所以从这个意义上来说，这样的—个公司和我们国有资产法里面所涉及到的有关的国有资产管理公司有类似之处。这是第一条，它类似于国有资产管理公司，又不完全等同于国有资产管理公司。?? 第二

条，它是由中国人民银行来颁发金融机构的法人许可证。这点跟一般的公司又不一样，它拿到的是金融机构许可证，从事了一些金融的业务，它要由人民银行来核准、批准，要由人民银行同意颁发金融的法人许可证，而且它的高级人员的任职资格也要符合金融机构的管理人的资格。所以在这个意义上，它本身又兼具有金融机构的性质。??再一个，它本身又叫公司，似乎看起来又跟公司法有密切的关系，因为它是属于公司的概念里面。从过去以至于到现在这个条例颁布以后，人们对于这种企业究竟是属于什么，是什么性质，始终存在着争议。??首先我想跟大家说明，它不是公司法中的公司。公司法的公司要由股东出资，哪怕是国有独资公司也要有股东的出资资本。虽然它这里面也叫资本，注册资本是100个亿，但是它不是以股东出资的形式出现的。它也不是以盈利为目的。我们的公司法虽然没有明确讲以盈利为目的，但实际上公司是商业性的，是以盈利做目的的。而这种金融资产管理公司，实际上是以亏损为目的，或者叫以减少亏损为目的，不可能盈利，不可能赚，只能是减少亏损，管得好一点，亏损就少一点。所以这种公司是能与一般的公司划等号的。它的治理结构也和公司法里面规定的根本不一样。??所以我想趁这个机会跟大家讲一讲，国有资产法起草了十多年，一直争论不下。国有资产法里面规定了国有资产是分三类来管理。一类是经营性的国有资产，按照国有资本来管理。第二是预算性的国有资产，按预算的目的管理。预算拨给学校的钱，拨给国家机关的钱，拨给军队的钱，按照预算的目标来使用。第三叫资源性的国有资产，比如森林资源、矿产资源、土地资源等等，又有对应的办法。??国有资产中按

照企业经营的部分，经营性的国有资产怎么来管理呢？现在这个问题争论最大。谁代表国家来行使国家的财产所有权，或者国有股的股权呢？公司法里面明确写了：国家授权的投资机构。但是这个国家授权的投资机构到底是什么呢？?? 这些国家授权的投资机构主要是指两类性质的。一个就是国家授权的投资公司和控股公司。这个现在非常明确了，国际信托投资公司，大的集团公司都可以成为国家授权的投资机构，行使国务院给予的这种投资公司和控股公司的职能。但是在国有资产法里面，还有第二类，叫国有资产管理公司。地方上有不少国有资产管理公司，深圳就有三个国有资产管理公司，管得也不错。但是立法里面就马上争论一个问题：这种国有资产管理公司究竟是什么性质的？?? 我参加过几次讨论，有的人说，国有资产管理公司也应当是公司法中的公司，也应该按照公司这样来经营。可是它是代表国家来行使股权的，行使国有股东的权利的，那么国家财产的收益难道就是你们这几个人的吗？你们这几个人来管理国家的财产，代表国家行使国有股股权，怎么挣了钱了，利益就是你们几个人的？这个不能像一般的股东出资那样来看待。有人说这些人应该是公务员性质，他代表国家来行使国家的股权的权利。那有人说，这样的公司有什么意义？这样的公司，反正我经营的好坏都按公务员拿固定工资，谁会去好好管理呢？所以在这个问题上，当时在国有资产法讨论的时候，有人主张要搞一个特别公司法：这类公司并不是一般公司法中的公司。还有人主张把这两类之外，再加一个第三类，就是金融资产管理公司。所以当时就在讨论，金融资产管理公司是和国有资产管理公司平行的一种公司，还是这种金融资产管理公

司就是国有资产管理公司中的一类？这个问题有争论。所以从这个角度来看，这样的公司，确实具有国有资产管理性质，但是它又和国有资产管理公司不一样。国有资产管理公司行使的主要是国有股的股权，代表国家来行使股权。按照公司法来说，国家授权给它来行使国有股股权，个别地方行使的是国家所有权。而金融资产管理公司看起来行使的是债权，把那些国有企业、银行里面的不良借贷、不良债权，由金融资产管理公司来行使。可见，它到底是和国有资产管理公司属于一类呢，还是不属于一类呢？又要考虑。我刚才讲了，这一类的公司应该单独立法，因为他不是公司法中的公司。从法律角度来说，到目前为止，可以有五类的公司，名字叫公司，适用于不同的法。第一个当然就是公司法的公司。名称上必须冠以有限责任或者股份有限的字样，才能适用公司法。第二类，全民所有制企业、集体企业也可以叫公司，但是它适用的是全民所有制工业企业法和集体企业的条例。第三类，三资企业也可以叫公司。中外合资企业的名字可以叫公司，但是它首先适用的是三资企业法，三资企业法没有规定的可以适用公司法。第四类也是争论很大的，就是合伙企业能不能叫公司？原来合伙企业法的草案明确讲了，合伙企业不能成为公司。因为公司法的公司都是有限责任，合伙企业中的合伙人承担的是连带无限责任。所以，草案里写道：依照本法设立的企业不得用公司的名称或字样。但是，合伙企业现在也越来越大了，不让它叫公司叫什么呢？叫商店，工厂，中心都不合适。所以现在规定，合伙企业也可以叫公司了，但是不得在它的名称上冠以有限字样。这是第四类的公司，它的本质是一个合伙企业，合伙人承

担连带无限责任。??第五类是股份合作企业。关于股份合作企业的名称，也有一段历史。当时深圳进行地方立法的时候，就讨论一个问题：股份合作企业能不能叫公司？有的人说不行，有的人说可以。还是深圳人大胆，它现在的条例就叫深圳市股份合作公司条例，名字就叫股份合作公司了。像上海这样的，就规定可以用公司字样。本来我们的国家体改委制定的股份合作企业法草案，是这么写的：依照本法设立的企业，必须在它的名称上冠以合作字样。叫公司也可以，但是必须冠以“合作”字样，人们一看就知道是股份合作。当然现在股份合作企业法不搞了。但是从各地方来看，它仍然可以叫公司。??所以迄今为止，叫“公司”的企业能适用于这五种不同的法：公司法，全民所有制工业企业法，三资企业法，合伙企业法，以及各地方有关股份合作企业的办法。??现在又出现第六种公司了：国有资产管理公司、金融资产管理公司。这一类的公司跟前面五种都不一样，它不是以经营为目的，它本身就是按照自己特殊的职能来行使这样的权利。所以从这个角度来看，这样的一种公司，像国有资产管理公司，具有一种代表国家来行使所有权或者股权的职能；或者按照现在金融资产管理公司的说法，收购不良债权，由它来行使银行原来那部分不良债权。这一类的公司，将来由什么法律来调整？我们搞法律的人，始终要想着由什么样的法律来调整。现在，金融资产管理公司总算有了条例了，国有资产管理公司希望国有资产法有一个规定。那么，这一部分东西将来如何解决？??新的金融资产管理公司，它本身的性质属于第六类的公司，管理性质的公司，行使国家的所有权，或者股权，或者债权的公司。它的法律地位应该

属于一种特殊的公司，这种公司不是一般的出资的关系，而是一个管理性质的。?? 如何看待它跟金融机构的关系，这是一个新的问题。这个问题我也没有很好的研究。把它定性为国有独资的非银行的金融机构？国有独资的，这个好办。商业银行法里面规定，四大商业银行都是国有独资的。但是把它定性为非银行的金融机构，这里就出现了问题。我们过去讲的金融的四业：银行、保险、证券和信托。它属于其中的哪个呢？银行之外的非银行金融机构，它又属于哪一类呢？它当然不属于保险、证券，有点类似信托。它的性质很像信托：国家把这部分不良资产委托交付它来管理，甚至行使股权。但是它本身又不是按照信托法这种机制建立起来的，它也绝对不是信托公司所能够概括的。?? 由于商业银行法不允许商业银行在企业里持股，所以就出现了这么一个通融的办法，银行通过银行所设立的这么一个公司，来行使对企业的持股。这一部分将来又怎么样来考虑？?? 我们原来在搞信托法的时候，当时有300多家信托公司，都知道将来前途难保。因为信托法通过了以后，不仅信托业要整顿，信托投资公司要整顿，而且都要从事信托业务。所以当时，很多人考虑信托业务在新时期的情况下怎么转轨？曾经有人提出过一个问题：信托投资公司能不能加强受人之托，代人理财的作用？能不能把搞不好的国有企业管起来，搞国有企业托管制度？国有企业既然有的托管给这个，有的托管给那个，能不能托管给信托投资公司呢？当时有一段时间，信托投资公司对这个还是很感兴趣。?? 我当时给他们讲的时候，稍微泼了点冷水。我说受人之托，代人理财，是信托制度的核心。国有企业搞不好，交给某个机构来托管，是一条路。但是国有企业

国家领导人想了那么多的办法都没搞好，怎么交给你信托投资公司就能搞好了？你有多大的能耐？你有没有管理一个企业的知识和才能？你搞金融的会不会搞企业管理？所以这个到现在仍然面临着一个问题。?? 搞金融的能不能管好企业？当然严格说来，我们现在的这种金融管理公司，和我们传统概念上的深圳的这种国有资产管理公司有很大的不同。深圳的几个国有资产管理公司自己本身不参加管理，无非是行使国有股股东的权利，比如资产收益权、重大决策权、选择管理者的权利，它本身并不直接参与企业的资产管理。而现在这样的一个金融资产管理公司，是要把银行里面的不良贷款部分，由它自己直接行使起来，管理起来，甚至以后变成了股东，还可以卖给人家，行使这样的一些职能。但这同时又面临着这样一个问题：金融机构里面的职员，能不能做好管理企业的职能？因为它已经涉及到了一个具体的资产管理工作，具体资产怎么增殖或者避免损失的问题，它已经有一个经营管理的职能了，有一个如何使它最大限度发挥其资产效力及盈利的问题了。在这种情况下，银行家，银行人能不能管得好？银行能把金融管好，能不能把一个企业管好，把一般的工业企业、商业企业来搞好？这又是我们面临的一个问题。所以，这个对于我们学法律的人来说，都提出了一个很新的问题。?? 因此，总的来说，金融资产管理公司条例的出台，是否意味着在我们国家的金融行业里面，是不是又多了一个第五业？把它叫做讨债业也好，管理业也好，总之已经不能够归纳在原来的金融四业里面了。这第五类的虽然现在为数不多，只有四家，但是它本身应该如何定位呢？在金融业里面如何在法律上定它的位呢？这个问题我觉得仍然值得

考虑。所有权性质很清楚，是国有独资性质，这是没有问题的。但是如何来定位？资产管理公司条例里面很重要的一个问题就是讲到了债权转股权即债转股。从法律角度来说，债转股有两个法律上很重要的依据。第一个法律依据是公司法的资本真实原则。公司法里面，资本的第一重要原则是资本真实。资本真实就要求，无论是国家也好，法人也好，个人也好，外商出资也好，资本必须到位。但是我们国家在改革开始的一段时间，实行了拨改贷。原来国家要建一个企业，拨给你5000万，现在不拨了，给你5000万的贷款。这样做从原先的用意来说，当然是好的，是想借助于债权人的监督机制，借助于债权的约束机制，克服所有者约束的不足。国家拨给你5000万，你爱怎么花就怎么花，对国家也不承担什么责任。现在改成贷款了，那多好啊，到时候还要还，还要看你效益好不好。但是拨改贷创造了皮包公司的先例。可以说从拨改贷开始，国有企业有许多就是皮包公司了。国家在建立的时候没有给它一分钱的自有资金，也没有任何投资。我记得我那时候去了甘肃武威，搞股份制改制。皇台酒厂的总经理就想不通：“怎么国家不给我一分钱，最后我这资产一改制，都变成国家财产了？”我说，谁叫那个时候是拨改贷呢？可是拨改贷不就意味着国家没有投资到位吗？资本不真实。现在是贷改投了。贷改投，把国家原来贷给你的变成国家的投资了。所以我说，回想起来，这三段很有意思。本来是预算拨款给你，后来是贷给你，现在变成投资给你了。投资给你了，国家的资本应该是真实到位了。那么要照这样来看，贷改投不是也是债转股吗？“贷”在法律上是债权，“投”在法律上来说来说是股权，债转股无非是把原来的债权

变为股权。如果国家真正在这次的债转股里面，把国家过去投资没有到位的真正投资到位了，把原来欠着国家银行的钱作为国家投入企业的钱，这一点百分之百的符合公司法的资本真实原则，注册资本到位。?? 债转股的第二个法律依据是破产法里面的企业重组也叫重整程序。甚至有人主张把破产法叫破产和重组法。本来在世界上，这个法的名字都叫什么什么国家破产法，比如日本破产法，美国破产法，但是我们一写中华人民共和国破产法，领导不爱听，所以现在叫企业破产法。但是，企业现在也包括合伙企业和个人独资企业。而合伙企业和个人独资企业的破产就不仅仅是企业的破产了，已经是个人破产了。个人独资企业破产，企业有什么破产的？破产最后到了个人、出资人了。合伙企业也没有什么破产的，合伙企业资不抵债还可以找到每个合伙人，还要找到合伙人破产。?? 但是不管怎么说，我们这个新的破产法，显然跟国际接轨了。而跟国际接轨里面一个非常重要的问题，就是要解决重组的问题。德国最新的破产法里面特别强调，西方国家也特别强调，千万不要把企业非要推到破产才算最好的选择。因为一旦破产了以后，股东一分钱拿不到了，债权人只能拿到一部分钱了，职工也下岗了，三败俱伤。?? 怎么能够在它濒临破产的时候重整一下？这个重整的概念显然就包含了债权人的让步，或者债权人放弃一部分权利，使得它不要死亡，或者干脆债权人自愿的变成股东。本来欠银行5000万块钱还不了，破产后银行5000万拿不到，只能拿到1000万。现在重整以后，银行不能持股，变成了资产管理公司，它来持有企业主要的股份，60%的股权它来掌握。这样它利用控股的地位，来把新的企业重整。股东会要变了，

董事会的成员也要变了，原来的债权人变成股东了，最大的债权人变成控股股东了。这样，利用对于企业经营的支配权，来把企业管好。这种情况应该是现在的趋势，世界各国从重整这条来说是趋势。但这必须是自愿的，而且这也必须建立在一个破产重整的机制之上。??所以现在很多人对这个问题非常争论，债转股到底在法律上，或者在其他方面有没有根据？如果说有根据，那主要是这两个根据。但是世界上还很少听说，专门有一家公司什么事也不干，把人家的不良债权买过来，把别人的呆账坏账收购过来。没人出资来办这种公司，除非是国家。这是在中国特殊情况下的情形。以上是对于这种债权转股权，应该如何从法律的角度上来认识它。当然其他的问题，比如涉及到居民的存款等的问题，就更复杂了。??这是第一个问题。由于金融资产管理公司条例的出台，我想提出这样一些问题。我自己有些也没有想好，但是我想，也许这有助于我们搞金融经济管理工作的人从另外一个角度来分析金融资产管理公司。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