

<<中国私募基金立法问题研究>>

图书基本信息

书名：<<中国私募基金立法问题研究>>

13位ISBN编号：9787010079547

10位ISBN编号：7010079544

出版时间：2009-5

出版时间：人民出版社

作者：陈向聪

页数：358

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## <<中国私募基金立法问题研究>>

### 前言

2003年底,众所企盼的《投资基金法》最终被《证券投资基金法》所取代。但是,公布施行的《证券投资基金法》完全删除了草案中关于私募基金的内容,这不能不说是一件憾事。

这使得我国目前市场上被称为“私募基金”的投资工具,由于至今法律没有给予明确的界定和法律地位,尚处于尴尬的境地。

但是,通过分析我们可以发现,被我们称为“私募基金”的投资工具中,有很多具有私下募集、集合投资、外部管理等私募基金的运作特征。

这些私募基金根据其投资范围不同,可以分为私募股权投资基金和私募证券投资基金。

随着我国私募基金的规模不断扩大,私募基金对我国证券市场和实体经济的影响日益显著,这既有积极的影响,也有消极的影响。

私募股权投资基金是提升企业价值的催化剂,是企业出生到企业成长过程当中不可缺少的一种融资方式。

私募证券投资基金以其不同于公募基金的优势赢得市场的青睐,有关资料显示私募证券投资基金掌握着我国股市流通市值的近半壁江山。

私募证券投资基金如果以收购兼并为目的,将对实质经济产生直接的影响,同时,由于它的运作不像公募证券投资基金那样透明,对证券市场的影响则难以估量。

如私募基金缺乏合法地位,内控机制薄弱,随时都可能冲击我国证券市场;目前私募基金所体现出的非法契约关系一旦出现纠纷,投资者权益难以得到法律保护;对私募基金的资金来源和基金投资人、管理人缺乏统一的监管,容易滋长腐败、洗钱等犯罪活动;等等。

## <<中国私募基金立法问题研究>>

### 内容概要

#### 研究方法 1.历史研究方法。

一切事物都有其产生、发展的过程，每一种现象都有其产生和发展的内在合理性，因此，对私募基金进行历史研究是最合乎科学的方法之一。

本书试图通过研究美国、英国、日本私募基金的发展，为中国私募制度的建立寻找基点。

同时本书还立足于中国的现实国情，对私募基金发展的历史及法律地位进行研究，概括出私募基金相关法律条文的演变及完善。

#### 2.比较分析方法。

这种方法的特点是通过把一国私募基金的制度与另一国私募基金制度进行比较，通过比较其共性与个性，来揭示私募基金制度的本质，进而为我国建立科学的私募发行制度寻找制度化的途径。

本书综合参考国内外相关文献资料，在吸纳相关学科研究成果基础上，寻找构建私募基金法律制度的思路。

#### 3.实证研究方法。

实证研究指在研究过程中不对法学现象进行价值判断，只回答诸如“是什么”、“为什么”等这样的问题，是对现象在抽象意义上的描述及对现象之间联系的把握。

本书的研究对象是实践性极强的问题，所以实证研究的方法成为本书主要的研究方法，本书中来自社会实践部门的一些实证研究资料被穿插采用，为其规则取舍和制度演进提供某种解释。

#### 4.规范的研究方法。

规范研究则是在对法律现象的研究中加入自己的价值判断，回答诸如“最好是什么”、“应该是什么”等问题。

这时的价值判断往往是在实证研究的基础上结合当时或作者的价值判断进一步展开。

本书对私募基金立法的建议等都是规范研究方法的运用。

## <<中国私募基金立法问题研究>>

### 作者简介

陈向聪，女，福建省福州市人。  
毕业于厦门大学法学院，获硕士学位。  
现任东北财经大学法学院副教授、全国政法院校经济法研究会常务理事、中国法学会证券法研究会理事，兼职律师。  
主要从事经济法与金融法的教学与研究。  
曾参编《合同法理论与实务》、《金融法理论与实务3》、《经济法概论》及《谁是资源环境的罪人》多部著作，合编著《信托法》教材，著有《信托法律制度研究》，主持省部级课题三项，在《国际金融研究》，《保险研究》等公开刊物发表学术论文三十多篇。  
研究成果多次在全国性学术研讨会优秀论文评选中获一等奖。

## &lt;&lt;中国私募基金立法问题研究&gt;&gt;

## 书籍目录

前言 一、选题背景与意义 二、文献综述 三、研究方法 四、创新与需要继续研究

第一章 私募基金概述 第一节 私募基金概念与特征 一、私募基金概念阐释 二、私募基金的法律特征 第二节 私募基金的主要分类 一、私募证券投资基金和私募股权投资基金 二、信托型私募基金、公司型私募基金和合伙型私募基金 三、开放式私募基金、半开放式私募基金和封闭式私募基金 第三节 私募基金与相关概念辨析 一、私募基金与公募基金 二、私募基金与定向募集 三、私募基金与委托理财 四、私募基金与资产管理 五、私募基金与非法集资、非法基金、地下基金

第二章 私募基金在国外的产生发展及其立法监管 第一节 私募基金在国外的产生发展 一、私募基金在国外的产生发展概况 二、私募基金在国外迅速发展的原因分析 三、国外私募基金对社会经济的作用 第二节 国外私募基金立法及其监管 一、美国私募基金的立法与监管 二、英国私募基金的立法与监管 三、日本私募基金的立法与监管 四、国外私募基金立法与监管评述及启示

第三章 我国私募基金的发展及其立法思考 第一节 我国私募基金发展状况分析 一、我国私募证券投资基金发展状况分析 二、我国私募股权投资基金的发展 第二节 我国私募基金法律环境分析与评价 一、我国私募基金法律环境分析 二、我国私募基金法律环境评价 第三节 加强我国私募基金立法的思考 一、加强我国私募基金立法的意义 二、我国私募基金规范化发展的立法与监管基本思路

第四章 私募基金的组织形式立法研究 第一节 私募基金的组织形式及其选择 一、私募基金组织形式的含义 二、私募基金组织形式选择的考量因素 三、不同国家和地区私募基金组织形式选择 第二节 公司型私募基金 一、公司概述 二、公司型私募基金 三、公司型私募基金的优势与劣势分析 第三节 信托型私募基金 一、信托概述 二、信托型私募基金 三、信托型私募基金的优势与劣势分析 第四节 有限合伙型私募基金 一、有限合伙概述 二、有限合伙型私募基金 三、有限合伙型私募基金的优势与劣势分析 第五节 我国私募基金组织形式制度考察与我国立法完善 一、我国私募基金组织形式 二、我国私募基金组织形式的法律基础 三、我国现行立法相对于私募基金组织的不足与完善

第五章 私募基金设立立法问题研究 第一节 私募基金的设立主体 一、基金发起人概述 二、关于发起人是否是基金关系主体的探讨 三、私募基金立法有必要对发起人作出规定 四、私募基金发起人的立法构建 第二节 私募基金设立的条件 一、现行法律关于私募基金设立条件的规定 二、私募基金成功运作的条件与设立条件的构建 第三节 私募基金设立的审核制度及报送的文件 一、基金设立的审核制度比较 二、我国私募基金审核制的选择 三、私募基金报备的文件及立法规范

第六章 私募基金募集立法问题研究 第一节 私募发行的认定标准 一、美国证券私募发行的认定标准 二、日本私募发行的认定标准 三、我国台湾地区证券私募发行的认定标准 四、确立中国证券私募发行认定标准的基本思路 第二节 私募基金的募集对象 一、不同国家和地区私募基金募集对象的立法 二、我国对私募基金募集对象的立法现状 三、完善我国私募基金募集对象的立法建议 第三节 私募基金募集的豁免审核 一、证券发行审核制度概述 二、不同国家和地区私募基金的豁免制度 三、我国证券发行审核制度 四、我国私募基金募集豁免审核制的构建 第四节 私募基金的募集方式 一、不同国家和地区私募基金募集方式的规定 二、我国私募基金募集方式的构建 第五节 私募基金募集的信息披露 一、美国私募基金募集的信息披露制度 二、我国台湾地区私募基金募集信息披露的规定 三、我国私募基金募集信息披露制度的构建 第六节 私募基金的转售限制 一、私募证券转售限制的必要性及制度构建的双重诉求 二、美国私募证券转售限制制度 三、我国台湾地区私募证券转售限制制度 四、我国私募基金转售限制制度的构建

第七章 私募基金资产保管与运作立法问题研究 第一节 私募基金资产的保管 一、私募基金资产保管概述 二、保管合同的法律性质及保管人的法律地位 三、私募基金资产保管的立法问题与建议 第二节 私募基金投资运作立法规范 一、私募基金的投资方向和范围的立法策略 二、私募基金的投资限制与立法建议 三、私募基金经理人的激励约束机制 四、私募基金运作中信息披露的规制 五、我国私募基金开放程度的选择与立法建议

第八章 私募基金监管立法问题研究 第一节 私募基金监管概述 一、私募基金监管的概念 二、我国私募基金监管现状 第二节 私募基金监管目标与原则的确立 一、私募基金监管的目标 二、私募基金监管的原则 第三节 私募基金监管体制的选

<<中国私募基金立法问题研究>>

择 一、基金监管体制的概念 二、基金三种监管体制的比较分析 三、我国私募基金管理体制的立法选择 第四节 私募基金监管的主体与内容 一、私募基金监管的主体 二、私募基金监管的内容主要参考文献

## &lt;&lt;中国私募基金立法问题研究&gt;&gt;

## 章节摘录

第一章 私募基金概述 第一节 私募基金概念与特征 一、私募基金概念阐释 中文“私募基金”一词，在一些国家的法典和英文大词典中并没有直接对应的词。同时，查遍所有类型基金的英文名称，也未发现将“私募”（“private placement”或“private offering”）与“基金”（Fund）结合为一体的“Private Placement Fund”以及“Private Offering Fund”。人们仅在美国的一些建议性文件及关于私募型投资公司（Privately offered Investment Company）的最终文件中，曾发现类似说法“Private Fund”或“Private Equity Fund”。但“Private Equity Fund”是指私募股权投资基金，与我们所探讨的“私募基金”概念并不完全一致。所以，在我国金融市场中常说的“私募基金”一词，应该说是中国的创造，是中国一个特有的名词，它是用以表述与公募基金相对应的基金。所以，要了解“私募基金”的含义首先得对“基金”、“投资基金”和“私募”的概念有所了解。

（一）基金 对于“基金”一词，《辞海》的定义为：“国民经济中有特定用途的物资或资金。在社会主义制度，它是按国家、企业和居民的特定需要有计划地建立起来的。”《现代汉语大词典》的定义为：“为兴办、维持或发展某种事业而储备的资金。”《汉语大词典》的定义为：“为兴办、维持或发展某种事业而储备的资金或专门拨款。基金必须用于指定的用途并单独进行核算。”

在英文中，“基金”一词为“fund”和“funds”。《布莱克法律词典》将它定义为：“为特定目的而设定的一项或一组资产，为特定目的而设定的一定数量的金钱或流动性资产。”《韦伯词典》将其定义为：“为企业或其他目的而设置的一定数量的金钱或其他可变现的财产。”在这里“流动性资产”或者“可变现财产”，具体表现为债券（bonds）、股票（stocks）、支票（cheques）、汇票（drafts bills of exchange）、本票（promissory notes）等。

以上是国内外权威词典对“基金”一词的定义。相较而言，虽然我国权威词典对“基金”一词的定义或许带有一定时代的印记，但无论是中文权威词典还是英文权威词典都表明了“基金”概念的两个主要内涵：第一，基金是资金或其他特定资产；第二，它是为特定的目的而建立起来的。所以，笔者认为，基金的概念可以表述为：基金是为特定的目的而设立的一定数量的金钱或其他流动性资产。

根据不同的划分标准，基金有很多类别。其中，根据其设立的目的是否是为了追求投资的收益，基金可以分为投资基金和非投资基金。本书所要探讨的“私募基金”属于投资基金。

（二）投资基金 投资基金最早产生于英国，当时的投资基金是广大投资者为了分享丰厚的国际投资利润并分散风险，将自身分散的众多的小额资金聚合成一笔大额基金，交给专家进行经营，所获利润，按其出资比例分配给投资人的一种投资方式。但后来，由于各国投资基金发展历史不同，法律体系不同，因而人们在揭示投资基金的基本原理时，对概念的表述存在着较大的差异。

根据《韦伯斯特新二十世纪词典》的解释，投资基金是一种信托或公司，它投资于证券，通过出售其股份获得资金，并将其从证券投资得来的收入分配给其股东。根据《大英百科全书》的解释，投资基金是一种金融组织，它将股东的资金集中管理，并且投资于分散的证券组合，公司的投资者按其投资比例分享其证券组合的部分收益，投资基金通过这种方式，提供个人投资者分散风险、专业化的投资选择和证券管理。

美国经济学家William Howard Steiner指出，“所谓投资基金，即是众多的投资家共同出资，资金的管理者据此进行比投资者本人运用时更安全、更有利的投资，运用成果归投资者享有的一种投资方式。换言之，投资者通过投资基金可以最大限度地利用其所拥有的资金”。1980年，Robert Charles Clark教授在《哈佛法律评论》上发表文章指出，投资基金作为一种集体投资组

## &lt;&lt;中国私募基金立法问题研究&gt;&gt;

合方式，属于资本主义四个阶段中的第三个阶段。

在这个阶段，资本的供应者（即公众投资者）不再选择投资“真正的传统的企业”，而是将资金交给“中介人”，由“中介人”来作出投资运作决定。

公众投资者因此与最终消耗他资金的企业距离拉得更远。

从上述的定义中，我们可以发现关于投资基金的定义归根结底是“集体投资组合方式”，还是“投资组织”、“投资计划”、“金融产品”，世界各国专家颇有争论。

另外，由于各国侧重发展的投资基金种类不同，投资基金立法所体现的投资基金的名称、定义、特性也不相同。

投资基金在英国称为单位信托（Unit Trust）、投资信托（Investment Trust）。

1986年英国《金融服务法》（Financial Service Act of 1986）第75（1）条明确指出单位信托与投资信托都是集体投资组合方式，并界定其定义为：“有关某些资产的任何安排，通过这种安排使参与者能够得到由于获取、占有、管理或处置这些资产所带来的利润或收益，而且参与者并不对资产进行日常控制”。

显然，这里的“获取、占有、管理或处置”是投资和再投资的另一种表述。

“投资基金”在美国称为投资公司（Investment Company）。

美国1940年《投资公司法》（Investment Company Act of 1940）第3（a）条将投资公司定义为：“投资公司是指任何主要从事和拟主要从事投资、再投资和证券交易的发行人，并且该发行人拥有或拟购买的投资证券（不包括政府证券）不低于其本身资产总值的40%……”依该定义，美国投资公司具有从事投资和再投资，且投资的主要对象为有价证券两个特点。

至于是否“主要”从事证券投资，美国法采用了两项独立的标准：其一是主观标准，即一家公司“显示”它主要从事证券投资业务；其二是客观标准，即公司资产40%以上用于证券投资。

该法对“公司”一词作宽泛解释，它包括公司法人、合伙、协会、合股公司、信托、基金以及其他人的组织体（Section 2（a）（8））。

美国投资公司分为面额证书公司（face amount certificate companies）、单位投资信托（unit investment trust）、管理型投资公司（management company）。

管理型公司又分为开放型（open—ended type）和封闭型（closedend type），这种开放型的管理型公司即通常人们说的“共同基金”，成为美国证券投资基金中应用最广的一种。

该定义反映了美国法的经验主义传统，既没有反映投资公司的法律形式或结构，也没有体现各当事人之间的权利义务关系，而是注重投资公司所体现的机制或经济特征，即广大投资者以股权为基础将资金交由他人投资于证券。

在日本，人们是将“投资基金”纳入信托的范围，并且特别限定为证券投资信托（Securities Investment Trust）。

日本《证券投资信托法》第2条第1项将证券投资信托定义为“基于委托人的指示，以将信托财产作为对特定有价证券的投资加以运用为目的的信托，且以将受益权分割，使不特定的多数人取得为宗旨者”。

韩国《证券投资信托业法》第3条第1项关于证券投资信托的定义与日本类似：“证券投资信托是指受托者按照委托者的指示，将投资信托的信托财产向特定有价证券进行投资和使用，并分割其收益权，以使不特定多数人获取之为目的。”

日、韩定义首先将证券投资限定在信托的范围之内，受信托法律规范；其次揭示了委托人、受托人及受益人之间的权利义务关系；再次，明确了投资对象是特定的证券。

在这种定义方式下，投资基金这种特殊主体的法律结构以及各个当事人的地位都得到了充分的反映。

在我国的台湾和香港地区，对投资基金除了和日本、韩国一样使用“投资信托”外，还使用“投资公司”、“投资基金”、“互惠基金”等称呼。

比如，在香港，虽然互惠基金可组织为公司，但它更多的是以信托形式组成，一个法人互惠基金发行股份，公众投资者成为股东；以信托组成的互惠基金发行单位信托，投资者成为信托受益者。

从监管角度看，法人互惠基金的股份或单位信托的单位就是投资者在市场上购买的证券；发行人是信托或基金公司。

## &lt;&lt;中国私募基金立法问题研究&gt;&gt;

单位信托是“开放”的；基金公司可为封闭的或“开放”的。

“开放”是指基金既发售本身发行的股份或单位，又有发行在外的可赎回的股份或单位，因而在任何时候，其股数是不稳定的。

封闭的基金就是非“开放”的，“开放”的基金的特征是它们必须不断地销售。

香港《单位信托及互惠基金守则》中的总则说明注释：“《证券条例》第2(1)条对‘互惠基金公司’及‘单位信托’的含义已作出界定。

为了执行本守则，‘互惠基金公司’及‘单位信托’统称为‘集合投资计划’……” 在我国大陆，“投资基金”究竟是什么？

不同的人从不同的背景和视角，也提出了不同的概念界定。

有学者认为，投资基金的实质是一种集合投资方式，或曰集合投资的组织形式。

但从逻辑上看，投资者购买投资基金，尚可称为投资方式，而投资基金自身，则属于投资的客体。

还有人将其称为一种集合投资制度，但投资基金制度本身才是集合投资制度，投资基金则为该制度所规范的内容。

考虑到投资基金既可采取契约型，也可采取公司型，还可采取法律和行政法规规定的其他组织形式（如合伙，包括有限合伙），有学者将其界定为：“所谓投资基金，是指由多数投资者缴纳的出资所组成的，由投资者委托他人投资于约定的项目，投资收益按投资者的出资份额共享，投资风险由投资者共担的资本集合体。

”总之，在我国，学界有关“投资基金”的定义，有的归结为“投资方式”，有的归结为“资本集合体”，有的归结为“基金公司或者信托”，有的归结为“投资组织”，有的归结为“投资计划”，有的归结为“金融工具或产品”，有的归结为“投融资制度”，见仁见智，不一而足。

由于人们对“投资基金”存在着不同的认识，反映在我国立法上的定义也不一致。

1992年6月深圳市人民政府颁布的《深圳市投资信托基金管理暂行规定》第2条第1款定义：“本法所指的投资信托基金，是指通过发行受益凭证，募集资金后，由专门经营管理机构用于证券投资或其他投资的一种信托业务。

”此定义将投资基金定义为一种信托业务。

1992年1月中国人民银行海南分行发布《海南省投资基金管理暂行办法》第4条规定：“投资基金是指将投资者通过认购基金券积累起来，并由管理人员长期经营的长期投资基金，基金只能用于房地产和证券投资。

”这一定义指出了投资基金的投资对象，但没有抓住投资基金的本质。

在我国《基金法》草案稿中更是出现三种不同的表述：（1）投资基金是一种“投资方式”

2000年1月24日的《投资基金法》（草案稿）规定：投资基金是指多个投资人共同出资，依法设立，由专门的管理人管理，托管人托管，按照投资组合原理运作，投资人共享收益、共担风险的一种“投资方式”。

（2）投资基金是一种“组合资产” 2001年9月25日《投资基金法》（草案稿）规定，投资基金是指由专业机构根据特定投资目的，向公众或者特定对象募集资金，实行分工和专业化管理的“组合资产”。

（3）投资基金是一种“投资组织” 2002年8月由人大财经委员会向全国人大常委会提交的《投资基金法》（草案一审稿），将证券投资基金定义为：“是指通过发售基金份额募集资金形成独立的基金财产，由基金管理人管理、托管人托管，以资产组合方式进行证券投资，基金份额持有人按其所持份额享受收益和承担风险的投资组织。

”由于学者对其定义有着诸多分歧，归结为哪一个概念，都会有不同的意见。

到了2003年4月，全国人大常委会法工委的同志提出：既然谁也说不清楚，就在由全国人大法律委员会提交的二审稿中，干脆回避了投资基金的定义。

所以，最后通过的《证券投资基金法》，取消投资基金定义，只规定证券投资基金的调整范围，并明确投资基金的法律关系。

这种做法的目的在于避免不必要的争论，推动《证券投资基金法》的及早顺利出台。

经验说明，虽然投资基金的出现不过是百余年的经济现象，但对投资基金的理论定义与概念的准

## <<中国私募基金立法问题研究>>

确表述，却不是件容易的事。

投资基金不仅具有十分深刻与广阔的内涵和外延，而且，它是一个动态的概念，随着实践的发展而不断完善，对其定义与概念的表述也在发展之中，在各个国家以及在投资基金发展的不同时期、不同语境下，人们对它往往具有不同的认识。

因此，笔者认为，投资基金无论归结为“金融工具或产品”，还是归结为“集合投资方式”，还是归结为“投资组织”，甚至是归结为“投融资制度”，都具有一定的合理性，它们都从不同的角度反映投资基金某一方面的属性，适合于不同的语境下对投资基金的不同描述。

与此同时，上述的各种定义虽然存在着差异，但也存在着诸多的共性，这些共性的集合反映出投资基金所具有的本质内涵，即投资基金是通过信托契约、合伙或公司的形式，借助基金券（如受益凭证、基金单位、基金股份）发行，将投资者不等额的资金汇集起来，形成一定规模的信托资产，交由专业机构的专业人员按照资产组合原理进行分散投资，获得收益后，由投资者按投资比例分享的一种投资工具或投资方式或投资组织或投资的制度。

正如麻省理工学院斯隆管理学院金融学教授、美国科学院院士斯蒂芬·罗斯指出的那样，投资基金最重要的特性即“集合投资，专家理财，组合投资，利益共享，风险共担”。

### 1.集合投资。

即投资基金是由不特定的众多的投资者作为投资主体。

他们为了共同的投资目标和利益要求，自愿按照一定组织形式（公司型或契约型），将各自分散的小额的资金组成具有相当规模的集合式共同投资基金，以取得在各自分散条件下难以达到的规模经济效益。

<<中国私募基金立法问题研究>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>