源泰律師事務所
YUAN TAI PRC ATTORNEYS

中国基金业的专业法律顾问

源泰基金简报

2013 年 5 月（总第 63 期）

【法规聚焦】

1、《证券投资基金销售管理办法》及其配套规则

2、《开放式证券投资基金销售费用管理规定》（征求意见稿）

3、《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》及其配套规则（征求意见稿）

4、《基金管理公司固有资金运用管理暂行规定》（征求意见稿）

5、《公开募集证券投资基金风险准备金监督管理暂行办法》（征求意见稿）

【基金实务】

外国人、港澳台居民投资境内证券投资基金之法律分析

【业务动态】

1、 受招商基金管理有限公司委托，本所为其安润保本混合型证券投资基金产品提供法律服务;

2、 受嘉实基金管理有限公司委托,本所为其丰益策略定期开放债券型证券投资基金产品提供法律服务;

3、 受长盛基金管理有限公司委托,本所为其城镇化主题股票型证券投资基金产品提供法律服务;

4、 受红塔红土基金管理有限公司委托,本所为其从业人员提供新证券投资基金法及配套法规的法律培训。

【法规聚焦】

1、 《证券投资基金销售管理办法》及其配套规则

中国证监会于 2013 年 3 月 15 日公布了新修订的《证券投资基金销售管理办法》（以下简称“《销售管理办法》”）及《关于实施〈证券投资基金销售管理办法〉的规定》（以下简称“《规定》”），《销售管理办法》及《规定》将于 2013 年 6 月 1 日起正式施行。此次修订是中国证监会在新形势下对原《销售管理办法》中部分规定的调整和修改。此次修订的主要内容有如下几个方面：

（1）明确规范对象

鉴于新《基金法》将证券投资基金区分为“公开募集”与“非公开募集”，在此基础上，《销售管理办法》第一条即明确规定，制订本办法是为了规范公开募集证券投资基金的销售活动。

（2）弱化基金销售业务资格行政审批

《销售管理办法》及《规定》均将基金销售业务资格申请由“核准制”调整为“注册制”，并将基金销售业务资格注册、基金销售机构持续动态监管等事项的审批权限及监管主体下放至中国证监会派出机构。

同时，《销售管理办法》取消了基金销售机构向中国证监会派出机构报备分支机构（网点）信息的要求。

（3）完善现有基金销售机构准入条件，新增两类机构参与基金销售业务

第一，从基金销售机构类型来说，《销售管理办法》增加期货公司、保险机构作为基金销售机构参与基金销售业务，并对其准入条件和监管要求作出明确。新的基金销售机构类型的出现为基金销售业务带来了新的模式和理念，促进了基金销售机构间的差异化竞争。

第二，从基金销售机构具有符合资质要求人员的数量来说，《销售管理办法》明确国有银行、股份制商业银行、邮政储蓄银行、证券公司以及保险公司等具有基金从业资格的人员不少于 30 人，城市商业银行、农村商业银行、在华外资法人银行以及期货公司等具有基金从业资格的人员不少于 20 人，独立销售机构、证券投资咨询机构、保险经纪公司以及保险代理公司等具有基金从业资格的人员不少于 10 人。

第三，从其他合规性要求来说，鉴于部分申请基金销售业务资格的机构受到行政处罚的原因对开展基金销售业务并不构成实质性障碍，此次《销售管理办法》对限制基金销售业务资格

申请的判断标准限定为“重大处罚”，旨在鼓励具有专业理财产品销售和客户服务能力的机构进入基金销售领域。

此外，《销售管理办法》还将证券公司没有挪用客户资产等损害客户利益行为的时间要求由之前的 2 年提高到 3 年，并且取消了对独立销售机构及其分支机构名称中应有“基金销售”字样等方面的限制要求，以适应其拓展业务范围参与其他金融产品销售的需求。

（4）取消签订销售协议主体限制

《销售管理办法》第六十四条规定取消了只有基金销售机构总部方可与基金管理人签订销售协议的限制，支持符合条件的基金销售机构分支机构与基金管理人签订销售协议并办理基金的销售业务。

（5）放开基金销售认购费管制

《销售管理办法》第八十二条规定取消了对认购费打折的限制性规定，允许基金销售机构在新基金募集期间对认购费打折。然而，值得注意的是，中国证监会今年 2 月底发布的《开放式证券投资基金销售费用管理规定》（征求意见稿）中仍然保留该限制性规定，最终基金销售机构是否可以在募集期对认购费打折还须监管机构给予明确。

（6）加强违法违规行为处罚力度

对于基金销售机构，《销售管理办法》新增三种处罚事项，包括：1）未向投资人充分揭示投资风险并误导其购买与其风险承担能力不相当的基金产品；2）挪用基金销售结算资金或者基金份额的；3）未建立应急等风险管理制度和灾难备份系统，或者泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息的。并在基金销售机构存在违法违规行为时，监管部门有权暂停或终止其基金销售业务，若构成犯罪的，将依法移送司法机构，追究其刑事责任。

2、 《开放式证券投资基金销售费用管理规定》（征求意见稿）

中国证监会于 2013 年 2 月 22 日发布了《开放式证券投资基金销售费用管理规定》（征求意见稿）（以下简称“《规定》”），针对开放式基金销售费用的定价机制、费率水平及销售机构盈利模式等方面出现的影响市场化竞争的问题进行了调整，此次修改旨在改革基金销售费用管理，促进市场化、差异化销售费率机制的形成。《规定》具体对以下四方面内容进行调整：

（1）增加可收取销售服务费的基金类型

《规定》拟在目前允许货币市场基金和部分债券基金收取销售服务费的基础上，进一步放

宽采用该收费方式的基金种类，允许各类型基金采用此种收费方式；但是，不论采用何种收费方式，单次总申（认）购费与销售服务费合计不得超过 3%，以防止基金销售机构定价过高影响投资人权益。

（2）调低基金认申购费率的上限

《规定》将基金认（申）购费率上限由原来的 5%下调为 3%，同时，对于基金产品同时设置前端和后端收费模式的，取消前端收费最高档认（申）购费率应低于对应的后端最高档认（申）购费率的限制，允许基金管理人自主设置费率。

（3）强制对短期持有者收取惩罚性赎回费

为了鼓励长期投资，避免短期交易投资人的频繁交易对长期持有人利益造成损害，《规定》将对股票型基金（不含 ETF 基金）和混合型基金惩罚性赎回费的选择性规定修改为强制性规定，同时为避免销售渠道通过频繁指导投资人申购赎回基金来增加销售收入，提高了上述两类基金持续持有期少于 6 个月时赎回费中计入基金财产的比例，具体如下：

	持续持有期	赎回费率	赎回费计入基金财产的比例
收取销售服务费	少于 30 日	不低于 0.5%	100%
不收取销售服务费	少于 7 日	不低于 1.5%	100%
	少于 30 日	不低于 0.75%	100%
	少于 3 个月	不低于 0.5%	不低于 75%
	3—6 个月	不低于 0.5%	不低于 50%
	长于 6 个月	——	不低于 25%

对于其他类型的基金产品，基金管理人可在基金合同、招募说明书中约定赎回费，不受上述限制。

（4）取消其他相关限制

《规定》取消了基金销售机构仅可对自助交易前端申购费用实行优惠的规定，允许基金销售机构根据自身服务自行决定优惠水平，有利于形成销售费用市场化竞争。同时取消基金管理人只能与基金销售机构总部签订销售协议的限制，这与新修订的《销售管理办法》的规定保持一致。

3、 《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》及其配套规则（征求意见稿）

中国证监会近日发布了《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》（以下简称"《试行办法》"）及其配套规则的修订征求意见稿，旨在完善 QDII 业务相关规则，为证券公司和基金管理公司开展 QDII 业务营造更宽松的监管环境。

（1）降低申请机构的财务指标门槛

为进一步推动市场化改革，《试行办法》拟适当降低 QDII 业务资格申请机构的准入条件。其中，对证券公司取消了净资本不低于 8 亿元人民币、净资本与净资产比例不低于 70%、经营集合资产管理计划业务 1 年以上、最近一个季度末资产管理规模不少于 20 亿元人民币或等值外汇资产的规定；对基金管理公司取消了净资产不少于 2 亿元人民币、经营基金管理业务 2 年以上、最近一个季度末资产管理规模不少于 200 亿元人民币或等值外汇资产的规定。同时，《试行办法》还特别强调，申请机构对投资管理相关人员的职位安排应当与境外证券投资管理业务发展规划相匹配。

（2）豁免基金管理公司境外子公司担任境外投顾的条件

根据原《试行办法》的规定，担任 QDII 业务的境外投资顾问必须经营证券投资管理业务 5 年以上且管理资产规模达到 100 亿美元，仅证券公司的境外分支机构可以豁免该项限制。随着近几年大量基金管理公司的境外子公司纷纷设立，该项限制严重阻碍了基金业内母子公司的 QDII 业务合作机制。因此，本次修订比照对证券公司境外分支机构的处理原则，豁免了基金管理公司境外分支机构担任境外投顾的限制条件。

（3）调整业绩披露标准及金融衍生品的投资范围

本次修订对原《试行办法》配套规则的投资运作相关条款进行了调整。原规定 QDII 产品应当按照全球投资表现标准（GIPS）计算和表述投资业绩，但考虑到我国基金行业的相关操作惯例已经存在，现拟取消该项强制性要求。另一方面，原规定 QDII 产品投资金融衍生品时，

只能投资于中国证监会认可的境外交易所上市交易的金融衍生产品,现为增添实际操作的灵活性，拟将原表述“中国证监会认可的境外交易所”调整为“已与中国证监会签署双边监管合作谅解备忘录的国家或地区交易所”，取消附件中所认可交易所的清单，避免日后不时更新附件清单的不必要程序。

（4）完善外汇额度管理并保持法规修改同步性

《试行办法》细化了外汇额度申请程序，明确申请机构在获得中国证监会颁发的境外证券投资业务许可文件后,再向外汇管理局进行投资额度的申请,并应当在核准的额度内进行投资。因证券公司的集合资产管理计划相关法规近期变动，《试行办法》相应补充了有关内容，取消了证券公司设立集合计划的审批，改为事后向证券业协会备案，同时新增限额特定资产管理计划的募集规模要求、投资范围及投资比例方面的特殊规定。

《试行办法》及其配套规则修改后，凡在人员配备、公司治理、内控制度、规范经营等方面符合条件的金融机构均可申请 QDII 业务资格，将扩充现有 QDII 业务市场。各基金管理公司均可顺势推出 QDII 基金以完善自身的产品线。

4、 《基金管理公司固有资金运用管理暂行规定》（征求意见稿）

为了提高基金管理公司固有资金的使用效率，推动基金管理公司进行业务创新，鼓励基金管理公司收购兼并、参股与资产管理业务相关的机构，提升行业整体竞争力，按照“放松管制、加强监管”的总体思路，中国证监会于 2013 年 3 月 14 日正式发布了《基金管理公司固有资金运用管理暂行规定》（征求意见稿）（以下简称“《暂行规定》”），拟适当放开对基金管理公司固有资金运用的限制。

（1）明确固有资金运用的定义

《暂行规定》将固有资金运用界定为“基金管理公司运用以本外币计价的资本金、公积金、未分配利润及其他自有资金进行投资以及用于本公司资产管理业务开展所需的资金支出行为 。

鉴于基金管理公司风险准备金提取和使用方面已有专门制度规范， 故《暂行规定》未将风险准备金纳入到固有资金的范围之内。

（2）扩大固有资金的运用范围

《暂行规定》规定固有资金除用于设立分支机构、购置自用动产或者不动产等日常经营活动、支持基金管理公司及子公司特定投资组合管理等外，还可用于下列投资："（一）银行存款；（二）债券；（三）央行票据；（四）基金；（五）商业银行理财产品；（六）特定客户资产管理计划；（七）集合资产管理计划；（八）集合资金信托计划；（九）设立子公司；（十）进行与经营资产管理业务相关的股权投资；（十一）中国证监会允许的其他投资标的。"

（3）完善固有资金运用的原则及要求

为了防止基金管理公司运用固有资金而影响其正常运营和可能的利益冲突，《暂行规定》要求固有资金运用应当遵循谨慎稳健、分散风险的原则和合法、公平的原则，确保固有资金的安全性、流动性，避免与基金管理公司及子公司管理的投资组合之间发生利益冲突，禁止任何形式的利益输送行为。

（4）豁免固有资金运用的前提和条件

《暂行规定》拟取消基金管理公司净资产在5000万元以上才可运用固有资金进行基金投资的限制性条件，并且不再要求基金管理公司持有的基金份额总金额不超过公司净资产的60%。

（5）放开固有资金的投资限制

首先，自有产品投资。《暂行规定》鼓励基金管理公司运用固有资金按照规定购买本公司及子公司管理的基金或特定客户资产管理计划。同时，为了防范利益冲突，要求固有资金以及本公司及子公司员工投资单个特定客户资产管理计划合计不得超过计划总份额的50%；

其次，公募基金投资。对于投资本公司管理的基金，1）不再对投资本公司基金区分封闭式或开放式，统一拟取消持有基金份额比例不得超过基金总份额的 10%的限制及原规定中对投资本公司封闭式基金和开放式基金的信息披露要求；2）在持有本公司基金份额期限不少于6个月的原则下，补充了持有货币市场基金等现金管理工具基金、公司出现风险事件确需赎回及持有发起式基金份额的例外规定；3）简化申购赎回本公司基金份额的信息披露要求，由事先公告、备案变更为在基金季度报告中披露即可；4）允许基金管理公司作为基金份额持有人向持有人大会提出议案，但对涉及本公司利益的表决事项应当回避。对于投资其他公司管理的基金，《暂行规定》拟取消相关信息披露要求，不再要求对投资信息进行公告。此外，《暂行规

定》拟取消关于基金管理公司不得投资于交易型开放式指数基金（ETF）的限制，允许基金管理公司投资本公司或其他公司管理的 ETF 指数基金。

再次，股权投资。为了防范风险，《暂行规定》仅允许基金管理公司进行与经营资产管理业务相关的股权投资，并且要求基金管理公司履行事前报告程序和投资入股的审批程序；

最后，对外担保。《暂行规定》允许基金管理公司运用固有资金为本公司管理的特定投资组合提供保本承诺或者资金垫付以及为子公司管理的特定投资组合提供担保，但保本承诺、资金垫付或者担保总额不得超过上一年度公司经审计的净资产规模。

（6）固有资金运用的其他规定

除上述规定外，《暂行规定》还从信息披露、公司治理、内控制度、防火墙制度、关联交易管理、违规行为的处罚等方面对基金管理公司运用固有资金的监督管理事项进行了规定。

5、 《公开募集证券投资基金风险准备金监督管理暂行办法》（征求意见稿）

为落实新《基金法》第二十三条和第三十九条关于基金管理人及托管人计提风险准备金的要求，中国证监会于 3 月 14 日正式发布了《公开募集证券投资基金风险准备金监督管理暂行办法》（征求意见稿）（以下简称“《暂行办法》”），拟对公募基金行业风险准备金的提取、投资运作、使用等进行统一规范。

（1）扩大制度适用范围

《暂行办法》明确规定，基金管理人与基金托管人从其基金管理费或者托管费中计提的风险准备金，主要用于弥补因基金管理人或基金托管人违法违规、违反基金合同、技术故障、操作错误等原因给基金财产或基金份额持有人造成的损失。当风险准备金不足以赔偿该等损失的，基金管理人及基金托管人还应当使用其他自有财产进行赔偿。

（2）确立集中管理体系

根据《暂行办法》，中国证券投资基金业协会将设立基金行业风险准备金管理中心（以下简称“风险准备金中心”），对基金管理人及基金托管人风险准备金的提取、投资运作、使用等活动进行集中统一管理。基金管理人及基金托管人的风险准备金账户将集中开立于风险准备金中心指定的存管银行，且支付等操作交由风险准备金中心办理，以确保该账户的独立性。

（3）完善计提支付流程

首先，计提标准上，1）基金管理人风险准备金的月计提标准不低于基金管理费收入的10%，当风险准备金余额达到上季末管理基金资产净值的1%上限时可以不再提取，若因使用导致风险准备金余额低于上述1%上限规定的，应当继续提取直至达到该上限。除此之外，中国证监会可以要求综合评价较低、风险较为突出的基金管理人提高计提比例或者一次性补足一定金额的风险准备金。2）基金托管人风险准备金的月计提标准不低于基金托管费收入的2.5%，当风险准备金余额达到上季末托管基金资产净值的0.25%上限时可以不再提取，若因使用导致风险准备金余额低于上述2.5%上限规定的，应当继续提取直至达到该上限，并于每月划付基金管理费及基金托管费收入的同时，将计提的风险准备金划入相应的风险准备金账户。

其次，支付流程上，基金管理人使用风险准备金的划付应当经相关基金托管人复核，基金托管人使用风险准备金的划付应当经基金托管部门负责人按有关制度程序审核签批，最终均交由风险准备金中心办理。在使用风险准备金后2个工作日内，基金管理人及基金托管人应当向中国证监会进行书面报告，此外，《暂行办法》同时强调了基金管理人及基金托管人应分别在监察稽核季度报告和托管业务运营情况季度报告中对相关情况予以说明。

再次，基金管理人及基金托管人制定的风险准备金管理制度不再向中国证监会履行备案手续，而应当及时报送风险准备金中心并留存备查。基金管理人及基金托管人应分别在监察稽核年度报告及托管业务运营情况年度报告中披露风险准备金的提取、投资管理、支付使用、年末结余等情况。

（4）拓宽风险准备金投资运作

在投资方式方面，较以往风险准备金限于基金管理人自行投资管理，《暂行办法》拟允许基金管理人及基金托管人在保证安全性与流动性的前提下，还可以选择开展一定形式的委托投资，并应遵循分散化组合投资原则，事先约定各种投资品种的投资比例等限制。

在具体投资品种方面，除目前开放的国债等高流动性低风险资产外，风险准备金还可以投资各类货币市场工具以及各类基金产品，但不得投资于流通受限的金融工具。

在投资限制方面，权益类资产投资部分不得超过风险准备金总额的 20%，并应保持不低于风险准备金总额10%的现金或到期日在一年以内的政府债券。

在信息披露方面，在风险准备金投资于基金管理人旗下的基金，或者用于弥补基金财产相

关损失等法定用途的，基金管理人有义务在相关基金的定期报告中披露。特别需要注意的是，风险准备金投资于基金管理人旗下基金的，基金管理人不能作为基金份额持有人向基金份额持有人大会提出议案，对涉及基金管理人利益的表决事项也应当回避。

中国证监会指出，风险准备金制度是提升基金行业风险防范能力、保护投资者利益、促进行业稳定发展的重要制度。《暂行办法》修改完善后，拟与新《基金法》同步实施。

【基金实务】

外国人、港澳台居民投资境内证券投资基金之法律分析

长久以来，外国人、港澳台居民是否能投资境内证券投资基金（以下简称“基金”）一直是基金行业十分关注的问题。继中国证监会允许港澳台人士开立 A 股证券账户后，中国证监会基金部正式下发了《关于在大陆工作生活的外国人、港澳台居民开立证券投资基金账户等有关事宜的通知》（基金部通知[2013]9 号）（以下简称“《通知》”），以三条规定原则性地放开了境内港澳台居民和外国人的基金投资。

《通知》在第一条明确，“在大陆工作生活的外国人和港澳台居民，如符合国家相关法律法规和政策规定，可以在境内申请开立证券投资基金账户及其交易账户，并进行认购、申购、赎回、转换、定投等基金投资。” 根据该规定，境内的外国人、港澳台居民可以投资基金，且对于可投资基金的类型、交易方式等未做任何限制。以下分别探讨两类主体的开户等具体业务操作问题。

1、境内港澳台居民

港澳台居民在境内进行基金投资需要具备哪些资格，《通知》并没有详细规定，我们理解，基金公司可以借鉴港澳台居民在中国证券登记结算有限责任公司开立 A 股证券账户的相关规定来进行设置。根据修订后的《中国结算上海分公司证券账户管理业务指南》及《中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司证券账户管理业务指南》（以下合称“《业务指南》”）的规定，境内港澳台居民开立 A 股证券账户需提供“三证”，即：1）香港、澳门居民来往内地通行证或台湾居民来往大陆通行证，2）港、澳、台居民身份证以及 3）公安机关出具的临时住宿登记证明表。

在港澳台居民投资基金新政实施之际，业内还存在以下疑惑：

a、是否对其资金来源有所限制？

《通知》并未作出相关要求，仅规定需“以外国或港澳台基金投资人的人民币结算账户作

为其申购资金的银行账户”，未明确限制投资资金为境内或境外收入。但中国证监会前主席郭树清先生曾表示，境内港澳台居民进行 A 股投资的必须是境内的资金。港澳台居民的基金投资是否也需参照上述要求执行，目前尚未有明确要求。我们也注意到，在投资 A 股方面，中国证券登记结算有限责任公司亦未对港澳台居民投资 A 股的资金来源加以限制。同时，如其资金为境外收入，必然会增加基金公司的反洗钱工作的难度。

b、是否与现行《个人外汇管理办法》相冲突？

根据《个人外汇管理办法》第二十三条的规定，“除国家另有规定外，境外个人不得购买境内权益类和固定收益类等金融产品”。此处所指的境外个人，同时包括了外国人和港澳台居民。

我们理解，《通知》的规定即可认为是《个人外汇管理办法》原则性规定的一项例外。《通知》出台后，有关港澳台居民进行基金投资事宜按照该《通知》的相关规定执行。

2、境内外国人

关于境内外国人的基金投资，首先，2012 年 9 月底，由包括国家外汇管理局、中国证监会在内的 25 部门联合发布了《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》（以下简称“《办法》”）。根据《办法》第十三条规定，“在国内办理银行、保险、证券和期货等金融方面业务，可以《外国人永久居留证》作为身份凭证，享有中国公民同等权利、义务和统计归属”。此条规定明确了具有中国永久居留资格的外国人在境内办理金融业务时视为中国公民，即具有中国永久居留资格的外国人可以投资境内的基金。

另一方面，《中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司证券账户管理业务指南》规定，“除已获得中国永久居留资格的外国人和在境内工作生活的港澳台居民之外的其他境外投资者，不得开立 A 股证券账户和基金账户”。此规定在账户的开立流程上限制了未获得在中国永久居留资格的外国人的基金投资。

由此可见，目前明确允许进行基金投资的实际上仅为持有《外国人永久居留证》的外国人，而对于未获得中国永久居留资格的境内外国人仍未明确放开。参照上述规定，基金公司在允许境内外国人开立基金账户时，应要求其提供《外国人永久居留证》作为身份证明文件，并相应完善流程。

综上，此次对境内外国人、港澳台居民基金投资的放开，为基金公司拓展了客户群体，有助于公司吸引更多客户资金。但具体操作中尚存在的各类细节性问题，还有待监管部门出台细则进行规范。

如果您需要了解详细内容或需要本所提供有关的法律服务，请通过简报所列方式与本所联系。

主编： 廖海，上海源泰律师事务所合伙人，法学博士，金融学博士后，中国及美国纽约州执业律师

邮箱：henryliao@yuantai.com.cn

责任主编：刘佳

编委：张兰、马维娜、徐莘、张强、范佳斐、石旭东、李学科、夏露露、季仁炜、何慧明

责任编辑：董姝

邮箱：dongshu@yuantai.com.cn

上海源泰律师事务所

地址：上海市浦东南路 256 号华夏银行大厦 1405 室　邮编：200120

电话：（8621）5115 0298

传真：（8621）5115 0398

网址：www.yuantai.com.cn