



源泰律師事務所
YUAN TAI LAW OFFICES



证券投资基金简报

2005年第1期（总第1期）（2005年3月）

【基金热点】

- 1、商业银行系基金管理公司即将设立
- 2、企业年金入市在即
- 3、货币市场基金运作新规出台
- 4、基金公司抢发货币市场基金
- 5、基金公司欲“试水”期市
- 6、两会期间基金立法动态

【法律实务】

- 1、关于《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》的适用
- 2、基金管理公司章程的修改

【基金热点】

1、商业银行系基金管理公司即将设立

作为落实“国九条”的重大举措，中国人民银行、银监会、证监会于2005年2月20日联合公布并开始实施《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》（以下简称“《试点办法》”）。按照该规定，我国商业银行可直接出资设立基金管理公司。

申请设立基金管理公司的商业银行（包括在中华人民共和国境内经中国银监会批准设立的国有商业银行和股份制商业银行），首先由中国银监会审查其投资基金管理公司的资格，并依法出具可以对外投资的监管意见。经中国银监会出具同意投资基金管理公司监管意见的商业银行，应按照《证券投资基金管理公司管理办法》等有关法律法规，向中国证监会报送申请设立基金管理公司的有关材料，由中国证监会依法进行审批。但《试点办法》并没有就商业银行如何向银监会申请设立基金公司资格等问题作出规定。

试点初期，商业银行设立的基金管理公司既可以募集和管理货币市场基金和债券型基金，投资固定收益类证券，也可以募集和管理其它类型的基金。

商业银行投资设立基金管理公司，突破了传统的分业经营的模式，这就要求商业银行设立的基金管理公司建立良好的公司治理结构，商业银行严格按照“法人分业”的原则，与其出资设立的基金管理公司之间建立有效的风险隔离制度，在商业银行和其设立的基金公司之间设置“防火墙”，实现人员、场地、资金等的隔离，防止利用利益输送、关联交易等不规范或者违规行为，对风险管理体系和市场规则形成危害。

另外，在监管方面，商业银行设立的基金管理公司将面临银监会、证监会和中国人民银行的三方协同监管。其中，银监会负责对试点银行的并表监管，证监会负责对基金管理公司的监管，中国人民银行负责对所募集和管理基金在银行间市场运作的监管。

据悉，《试点办法》出台后，工商银行与瑞士信贷第一波士顿正在就设立合资基金公司的有关事宜进行谈判。另外，交通银行、招商银行、浦东发展银行、民生银行等银行也在积极筹备中。

2、企业年金入市在即

为配合2004年2月发布的《企业年金基金管理试行办法》，劳动和社会保障部于2005年2月4日正式发布了《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》、《企业年金基金管理运作流程》、《企业年金基金账户管理信息系统规范》和《企业年金基金管理机构资格认定专家评审规则》等4个配套文件，并于2005年3月1日起施行。至此，企业年金市场运行的法律法规体系已经形成。

根据《企业年金基金管理试行办法》及四个配套文件，除设立年金的企业及其员工外，企业年金入市的运作涉及四方主体，即：受托人（企业年金理事会或符合国家规定的法人受托机构）、账户管理人、托管人（商业银行或专业机构）和投资管理人（综合类证券公司、基金管理公司、信托投资公司、保险资产管理公司或其他专业投资机构）。

为争取成为第一批获得企业年金基金管理资格的金融机构，各大基金管理公司都开始了相关的

准备工作。

基金管理公司主要着眼于投资管理人的申请。根据《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》的规定，投资管理人应当具备下列条件：

- （一） 经国家金融监管部门批准，在中国境内注册，具有受托投资管理、基金管理或者资产管理资格的独立法人；
- （二） 综合类证券公司注册资本不少于 10 亿元人民币，且在任何时候都维持不少于 10 亿元人民币的净资产；基金管理公司、信托投资公司、保险资产管理公司或者其他专业投资机构注册资本不少于 1 亿元人民币，且在任何时候都维持不少于 1 亿元人民币的净资产；
- （三） 具有完善的法人治理结构；
- （四） 取得企业年金基金从业资格的专职人员达到规定人数；
- （五） 具有符合要求的营业场所、安全防范设施和与企业年金基金投资管理业务有关的其他设施；
- （六） 具有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度；
- （七） 近 3 年没有重大违法违规行为；
- （八） 国家规定的其他条件。

多位基金公司人士认为，在目前市场上所有有意争取企业年金投资管理资格的机构中，基金公司由于其在投资运作、制度设计、治理结构、管理流程透明度、风险控制和信息披露等方面，与企业年金投资运作的要求类似，因而具有较强的竞争优势。

另外，在争取年金基金投资管理人资格的同时，一些基金公司还把目光投向了账户管理人的资格上。针对目前基金公司在代销渠道和托管业务上受制于银行的问题，不少基金公司开始着手开发自己的账户管理系统，准备在账户管理方面有所作为。某基金管理公司已于三月初在北京推出了国内第一个自主研发的企业年金账户管理系统。

3、货币市场基金运作新规出台

2005 年 3 月 28 日，中国证监会发布了《关于货币市场基金投资等相关问题的通知》和证券投资基金信息披露编报规则第 5 号《货币市场基金信息披露特别规定》，自 2005 年 4 月 1 日起实施。《关于货币市场基金投资等相关问题的通知》附有两份附件分别为“投资组合平均剩余期限计算方法”“影子定价的处理流程和计算公式”。新规中对于此前货币市场暂行规定有待明确及未细化之处做出了详细的规定。

新规首先细化了规则，明确了此前有关规定中可能会被钻空子的地方。对于剩余期限，《货币市场基金管理暂行规定》中规定为“货币市场基金投资组合的平均剩余期限，不得超过一百八十天”。而此次新法规明确表述为在每个交易日均不得超过 180 天。这可能将使得部分货币市场基金被迫进

行调整，也对托管行提出了进一步加强监管的责任要求。同时也会导致部分货币市场基金的基金合同和招募说明书做出相应的修改。

其次统一了标准。对于投资组合剩余期限的计算方法，新法规列出了具体的计算公式，规定应以投资于金融工具产生的资产减去负债再加上正回购为分母。

新法规主要着眼于风险的控制。规定债券正回购的资金余额在每个交易日均不得超过基金资产净值的 20%。规定货币市场基金不得投资于以定期存款利率为基准利率的浮动利率债券。

同时，新法规还引入了影子定价方法对摊余成本法计算的基金资产净值的公允性进行评估。当摊余成本法计算的基金资产净值与影子定价法确定的基金资产净值偏离达到或超过 0.25% 时，基金管理人应根据风险控制的需要调整组合，其中，对于偏离度的绝对值达到或超过 0.5% 的情形，基金管理人应编制并披露临时报告。

业内人士估计，严格按此操作，部分货币市场基金将很难维持较长时间高达 3% 以上的七日年化收益率。

4、基金公司抢发货币市场基金

为了应对“商业银行系基金公司”即将设立的挑战，各基金管理公司纷纷将下一只产品定位为货币市场基金，希望在银行发起基金之前，尽快推出货币市场基金，避免与“商业银行系”基金竞争销售渠道。

目前，近十家基金公司都在筹备发行货币市场基金。

业内人士认为，基金管理公司抢发货币市场基金，主要是出于以下几点考虑：

首先，银行是货币市场的主要参与者，“商业银行系”基金管理公司发起债券型基金和货币市场型基金具有天生的优势。虽然此次《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》规定，商业银行代理销售其设立的基金管理公司发行的基金时不得歧视其他代销基金，不得有不正当销售行为和不正当竞争行为。但是在法律法规允许的范围内，商业银行对自己设立的基金公司给予一定的资源上的倾斜也是有可能的。

其次，由于货币市场基金是适合弱市的投资产品，因此，当前基金管理公司抢发货币市场基金是一个很正常的抢占市场策略。

再次，基金产品的丰富可以吸引不同类型的投资者，树立基金公司的品牌。比如一些基金公司由于旗下的货币市场基金规模迅速增长，规模扩大到上百亿份，在目前投资者并不成熟，大多信任资产管理规模比较大的公司的情况下，有助于树立良好的公司品牌形象。

5、基金公司欲“试水”期市

近日，某基金管理公司董事长向媒体透露，今年力争在外资股东的技术支持下拓宽基金投资领域，考虑推出期货等方面基金。这从一个侧面显示出了基金公司已经开始将目光投向期货市场。

这是基金公司希望打破目前证券投资基金投资于少数几只股票的扎堆局面，寻求投资范围突破的一项创新举措。期货能够将资金放大数十倍的杠杆效应、“T+0”和“做空”机制都是目前证券场所不具有的，因此其更高的风险和更高的回报率极有可能吸引投资者的注意力。同时，鉴于期货交易高风险的特性，投资者在期货经纪公司开户的最低门槛是5万元人民币；而基金较低的最低认购额则使得一般的投资者有机会涉足期货领域。

但是，基金公司能否顺利获得期货基金管理的资格，尚存在着法律和政策上的限制：

首先，《期货交易暂行条例》禁止证券公司等金融类企业进入期货市场。

其次，管理层对期货市场的态度也尚不明朗。证券投资基金属于社会公募资金，涉及社会方方面面，关系重大。一旦出现不可控的市场风险，造成期货基金出现过度的投资风险，也会造成负面影响。

此外，市场资金对风险的偏好性值得关注，高风险偏好型的资金占市场资金的比重高低，也同样关乎期货基金这一高风险高回报的投资产品设立的成败。

6、两会期间基金立法动态

(1) 私募基金立法

两会期间，有政协委员建议，应当加快证券私募基金的合法化进程。该委员认为，当前私募基金存在的制度问题有两方面：一是私募基金本身不具有合法地位；二是三方主体不合格，一旦发生争议，合同不受法律保护，当事人权利也不受法律应有的保护。另一方面，根据2004年的统计数据，我国私募基金的规模已达到6200亿元，远远超过公募基金。因此，如何将活动在灰色地带的私募基金纳入证券监管部门的监管和规范，使之更好的满足民间理财的需求，是现阶段立法的重要任务之一。

私募基金的立法应当重点考虑以下五个方面：

第一，由于私募基金具有高风险高收益的特性，所以应该考虑私募基金投资人的风险承受能力。对于个人而言，应该规定投资额的下限；对于机构投资者，在一定的范围内也应规定相应的投资额和净资产收益率的下限。

第二，财务杠杆系数的控制，即借款融资的数量应该规定一定的范围，如规定其占基金净值的比例，以控制私募基金的风险。

第三，私募基金定期向投资者披露信息，以增加透明度。

第四，要求私募基金的管理人投入的资金在筹集的基金总额中必须占到一定的份额，以避免利益主体的缺位。

第五，私募基金应该有固定的组织形式、内部管理章程，以强化其内部控制，并明令禁止银行贷款、国有资产等风险承担能力较低的社会资金投向私募基金。

(2) 产业基金立法

前不久结束的十届全国人大三次会议上，有代表提交了要求加快产业投资基金立法的议案以及对此项立法的框架设计。

在目前产业投资基金立法缺位的情况下，产业投资基金的运作主要是在政府主管部门的引导下进行的。今年1月18日，中国-比利时直接股权投资基金（“中比基金”）随着中国比利时合资的海富产业投资基金管理有限公司的设立开始正式运营。中比基金注册资本为1亿欧元，共有包括中比两国政府在内的9个股东共同注资，是继中瑞合作基金之后中国第二家中外合资产业投资基金。中比基金将会采取以股权的形式投资于中国境内具有高科技内涵、处于成长期的拟上市中小企业。中比基金的设立和运行都受到了国家产业投资基金主管部门的重视，其运行尝试也在为中国产业基金的立法提供现实经验和立法依据。

【法律实务】

1、关于《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》的适用

随着我国证券投资基金行业竞争的日趋激烈，基金管理公司高级管理人员的变换日益频繁。《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》（《管理办法》）于2004年10月1日起实施。该《管理办法》实施近半年来，有如下几个法律实务问题需要注意：

（1）《管理办法》的适用范围

对基金管理公司而言，证券投资基金行业高级管理人员包括董事长、总经理、副总经理和督察长。因此，上述人员的职务任免需要适用《管理办法》。同时，基金管理公司的董事和基金经理，虽然不属于高级管理人员，但其任免也应当适用《管理办法》的相关规定。

很多基金管理公司设有副董事长。副董事长的任免适用董事任免的条件和程序，而不是适用董事长任免的条件和程序。

（2）关于“取得基金从业资格”的认定

《管理办法》第6条规定，担任基金管理公司的高级管理人员需要取得基金从业资格。我国证券投资基金从业资格前后经历了几次变更，导致了基金从业资格的认定的复杂性。具备下列条件之一的，都可以认定为取得了“基金从业资格”：（1）具有基金从业资格证书的；（2）通过证券业从业资格考试中“证券市场基础知识”及“证券投资基金”科目考试的；（3）参加过2003年以前中国证监会或中国证券业协会组织的基金业高级管理人员任职资格培训班，且考试成绩合格的；（4）取得境外基金或资产管理、基金销售等相关从业资格，或者执业所在国家（地区）不要求具备相关从业资格，最近5年一直从事资产管理、证券投资分析、基金营销等业务，并通过中国证监会或者中国证券业协会组织的考试或者考核的。实践中还有一种情形可以认定为取得基金从业资格，即申请人具有证券从业资格并通过了中国证监会组织的“证券投资基金”科目考试的。这种情形在实践中大量存在。拟任基金公司的高级管理人员中有很多在十几年前就取得了“证券从业资格”，现在只要参加证监会组织的“证券投资基金”考试就可以取得“基金从业资格”了。

（3）关于“法律知识考试”

《管理办法》要求基金公司高级管理人员的条件之一是：应当通过证监会组织的高级管理人员证券投资法律知识考试。实践中，只有在拟任高级管理人员的申报材料上报中国证监会后，证监会才组织此类人员参加该法律知识考试。因此，在上报证监会前，拟任高管往往并没有通过法律知识考试。但并不是说没有通过该考试就视为条件不满足、不能上报证监会。而是应当在其他条件满足的情况下，先上报证监会，之后再参加考试，考试通过后，再由证监会审批其是否具备高管资格。

（4）法律意见

根据《管理办法》的规定，基金公司董事长、总经理、副总经理、督察长和董事（包括副董事长）的任职需要律师出具法律意见。律师应对上述人员的任职条件和任职程序（如提名程序、股东会程序、董事会程序等，下同）进行审查。

基金公司董事长、总经理、副总经理、督察长和董事（包括副董事长）的免职也需要律师出具法律意见。但律师仅对上述人员的免职程序进行审查。

基金经理的任免不需要律师出具法律意见。

2、基金管理公司章程的修改

在基金法及有关配套规定颁布实施后，部分基金公司存在章程的内容与现行法律规定相脱节的现象。原因是其章程是根据1997年12月12日中国证监会发布的《基金公司章程必备条款指引（试行）》（第四号）制订的。根据证监基金字〔2001〕37号“关于发布《证券投资基金规范运作指导意见第一号——基金管理公司章程制定指导意见》的通知”（以下简称“《通知》”），《基金公司章程必备条款指引（试行）》已经废止。《通知》还规定基金管理公司应当根据有关法律、法规的修订和中国证监会有关规定的修改，及时修订公司章程。由于公司章程是规范公司的组织与行为、公司与股东之间以及股东与股东之间基本规则的规定，因此，为规范公司运作，保护基金份额持有人的利益，在法律法规修改后，公司章程应当及时加以修改。

根据现行法律法规的规定，在章程修改过程中应重点关注以下问题：

（1）关于董事、独立董事的禁止性规定

以前的公司章程一般规定，独立董事候选人应聘任职基金管理公司的数量不得多于三个；其他董事不得兼任其他基金管理公司的董事或高级管理人员。

根据基金法及有关规定应当修改为，公司董事（包括独立董事）不得担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务。修改章程的同时还应召开董事会对在其他基金管理公司兼职的董事进行免职。

（2）关于董事长不能履行职务时指定其他董事代行职责的规定

以前的公司章程规定，董事长不能履行职权时，可以指定其他董事代行其职权。没有指定的，涉及公司重大利益的事项应提交董事会集体决策。

由于董事长或履行其职务的管理人员必须具备高管人员的任职资格，因此其职责不能由任何一位董事代为行使。应根据现行规定修改为，公司董事会应当在 15 个工作日内决定由符合高级管理人员任职条件的人员代为履行职务，并在作出决定之日起 3 个工作日内向中国证监会报告。代为履行职务的时间不得超过 90 日，但法律、行政法规另有规定的除外。

另外，对董事长兼任其他职务的，应当经董事会批准，并及时向中国证监会报告。

(3) 关于需经全体董事的二分之一以上审议通过、三分之二以上独立董事同意方可生效的事项

以前的公司章程规定该类事项中的公司关联交易的审议时未对关联交易作出具体划分。修改章程时应明确为“公司及基金投资运作中的重大关联交易”；此外，根据规定还须补充“公司管理的基金的半年度报告和年度报告”等内容。

(4) 担任总经理、督察长、基金经理等的任职经历条件放宽

原规定要求总经理、督察长、基金经理要有 3 年以上基金业或者 5 年以上证券、金融业工作经历。现修改为总经理、督察长具有 3 年以上基金、证券、银行等金融相关领域的工作经历及与职务相适应的管理经历；基金经理具有 3 年以上证券投资基金管理经历。

(5) 关于运用自有资金投资问题

根据原章程指引，原公司章程规定了公司作为基金发起人在基金募集时认购的基金单位，自基金成立之日起至少一年内不得赎回或者转让。前述期满后，其持有的基金份额应达到有关法律、法规、规定所规定的最低比例要求。现修改为公司应遵守法律法规及中国证监会的有关规定运用自有资金。

此外，对公司不得从事的行为加以修改，使公司章程与现行法律及相关规定保持一致。

免责声明:

本所编写《证券投资基金简报》的目的仅仅是为了帮助客户及时了解中国基金领域法律法规及实务的最新动态。本简报中的内容并非正式的法律意见。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主任，法学博士，金融学博士后，中国及美国纽约州执业律师

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, 51150391(直线), 13917351457

传真：(8621) 5115 0398

邮箱：henryliao@yuantai.com.cn

网址：www.yuantai.com.cn