



源泰律師事務所
YUAN TAI LAW OFFICES

中国基金业的专业法律顾问

源泰基金简报

2006年12月（总第18期）

【法规聚焦】

一、《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》

【基金实务】

一、同一基金公司管理的不同基金是否应视为一致行动人？

二、基金能否投资分离交易可转债？

三、有条件申购的法律分析

四、浅析基金管理公司的反洗钱义务

五、基金公司是否能以实物形式奖励代销机构销售人员

【业务动态】

一、本所律师为工银瑞信基金管理有限公司提供常年法律顾问

二、本所律师为富国基金管理有限公司的汉博基金封转开提供专项法律服务

三、本所律师为博时基金管理有限公司的裕元基金封转开提供专项法律服务

四、本所律师应邀参加深圳地区 2006 年第三次督察长联席会议

【法规聚焦】

一、《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》

2006年10月27日，中国证监会基金部发布了《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》（《意见》）。根据《意见》，基金管理公司的投资决策委员会成员（通常包括总经理、分管投资的副总或投资总监、基金经理等）、分管投资、研究、交易业务的高级管理人员（如分管该类业务的副总）、投资、研究和交易部门的负责人、基金经理及其助理等，均属于投资管理人员，应遵守《意见》的基本行为规范，公司对投资管理人员的监督管理也应当符合《意见》的规定。

在基本行为规范方面,《意见》重申了基金份额持有人利益优先的原则,禁止投资管理人员向任何机构和个人进行利益输送,对于市场上某些基金为了业绩排名拉抬尾市、打压股价的现象作出了明令禁止。《意见》要求投资管理人员树立长期、稳健、对基金份额持有人负责的理念,认真履行聘用合同,如提前解除聘用合同的,应当有正当的理由。但提前解约需具备正当理由的要求对投资管理人员来说有点苛刻,毕竟投资管理人员也是劳动者,劳动者行使劳动合同解除权在劳动法上仅以提前通知为条件。

《意见》对基金管理公司建立投资管理人员聘用制度作出了较为严格的规定,要求基金管理公司对聘任人员的工作背景、遵纪守法情况、诚信情况、从业资格、业务素质及工作变动情况进行认真评估,聘用合同中必须具备投资管理目标与考核、保密事项、竞业禁止事项等条款。针对业内投资管理人员频繁变动的现象,《意见》要求基金管理公司聘用短期内频繁变更工作岗位的投资管理人员时,应对其以往诚信记录、从业操守、执业道德进行尽职调查,并在签订聘用合同前报告中国证监会。基金公司不得聘用从其他公司离任未满3个月的基金经理从事投资、研究、交易等相关业务。而基金经理管理基金未满1年的,基金管理公司原则上不得变更该基金经理。如果其他公司聘用某公司基金经理担任投资管理人员,应当遵守竞业禁止有关规定,对其以往诚信记录、从业操守、执业道德进行尽职调查,并取得其前任职公司的书面鉴定。这些规定对基金公司聘用投资管理人员,尤其是基金经理时的调查评估提出了相当高的要求,甚至需要对基金经理与前雇主的竞业禁止约定进行尽职调查。

除上述规定外,《意见》还要求基金公司完善投资业务流程、投资决策机制和投资授权制度,建立公平交易制度,对反向交易、交叉交易及其他可能导致不公平交易和利益输送的异常交易行为加强跟踪监测、及时分析并按规定履行报告义务,加强对投资管理人员直系亲属投资等可能导致个人利益冲突行为的管理,加强对投资管理人员参加与履行职责有关的社会活动及会议、对外公开发表与基金投资有关言论、代表基金份额持有人对外行使权利、出国境的管理,建立投资管理人员考核体系等。针对某些基金经理长期授权他人履行职责的现象,《意见》要求其他人员代为履行职责的时间超过30日的,公司应当报告中国证监会。

如何建立、完善和认真落实上述制度,对于基金管理公司来说是需要认真考虑和研究的。例如在投资管理人员个人利益冲突管理方面,如何加强对投资管理人员直系亲属投资的管理?禁止其直系亲属投资证券显然不合理也不可行,而基金管理公司除投资管理人员主动报告直系亲属证券投资情况外,也很难通过其他渠道了解其直系亲属投资情况,而且通过主动报告的方式了解的投资情况在真实性和及时性方面也存在缺陷。

【基金实务】

一、同一基金公司管理的不同基金是否应视为一致行动人?

2006年1月1日开始施行的《中华人民共和国证券法》(“《证券法》”)在“上市公司收购”一章中的规定:投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到5%时,应当在该事实发生之日起3日内,向中国证监会、证券交易所作出书面报告,通知该上市公司,并予公告;其在此之后所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少5%,也须进行报告和公告。中国证监会于2006年5月17日颁布的《上市公司收购管理办法》(“《收购办法》”)则在第83条明确界定了“一致行动”,要求对一致行动人持有的股份合并计算。根据该条,一致行动是指投资者通过协议、其他安排,与其他投资者共同扩大其能够支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。在上市公司的收购及相关股份权益变动活动中有一致行动情形的投资者,互为一

致行动人。同时《收购办法》还借鉴了国外立法例，明确了一致行动人的推定方式，列举了 12 项将被推定为构成“一致行动人”的情况。

那么《证券法》和《收购办法》对于“一致行动人”的规定是否也适用于同一基金管理公司旗下的不同基金，进而需要合并计算持股并履行信息披露义务呢？

首先看基金是否符合“一致行动人”的定义。“一致行动”的前提是投资者之间存在共同扩大其所能支配的一个上市公司股份表决权数量的协议或者其他安排。在基金的投资和运作实践中，可能会出现同一基金管理人旗下的不同基金同时持有一个上市公司已发行股份的情形，但是：（1）我国的证券投资基金是契约型，而非公司型，因此基金并不具有法律主体资格，不能构成“一致行动人”的合格主体；（2）作为上市公司收购规则中的法律概念，“一致行动人”用于揭示投资者对上市公司表决权的实际控制的变动情况，而基金投资上市公司股票，其目的是为获得投资收益，并不以收购或控制为目的，因此“一致行动人”的概念不适用于基金。

第二，对照《收购办法》第 83 条中列举的被推定为构成“一致行动人”的若干情形，其中仅第（二）项“投资者受同一主体控制”可能与题述情形存在一定的关联。但是，“控制”作为关联方关系的认定标准，在法律上具有特定含义，如《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》中定义为指有权决定一个企业的财务和经营政策，并能据以从该企业的经营活动中获取利益。”而基金管理公司作为基金财产的管理者、基金信托关系中的受托人，必须按照基金合同的约定管理和运作基金财产、履行受托职责，因此基金管理公司与其管理的不同基金之间是受托管理的关系，而不是控制关系。同一基金管理公司旗下的不同基金不属于《收购办法》列举的应推定为“一致行动人”的若干情形之一。

第三，尽管实践中确实存在同一基金管理公司管理的若干基金投资同一股票的情形，但由于基金投资运作独立性的法律要求，不同的基金均以维护各自基金份额持有人的利益为原则，按照各自的基金合同和投资决策程序以及基金财产投资增值的需要进行股票投资，因此这种情形不应当视为一致行动。如果基金管理公司凭借其受托人的地位控制旗下各基金操纵单只股票价格，那么需要探讨的就不再是是否构成一致行动人，而是是否合法的问题了。

因此，无论是从一致行动人的定义和推定方式还是从基金运作的独立性来看，同一基金管理公司旗下的不同基金无需合并计算对同一股票的持股比例并履行信息披露义务。

二、基金能否投资分离交易可转债？

根据《上市公司证券发行管理办法》的规定，上市公司可以公开发行认股权和债券分离交易的可转换公司债券（简称“分离交易可转债”）。目前，已有 7 家上市公司召开股东大会通过了发行分离交易可转债的方案。那么证券投资基金能否投资分离交易可转债？

《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称“《基金法》”）第 58 条规定，基金财产应当用于下列投资：（一）上市交易的股票、债券；（二）国务院证券监督管理机构规定的其他证券品种。根据上述规定，基金的投资对象是法定的，即基金只能投资《基金法》和中国证监会规定的证券品种，而对于《基金法》和中国证监会没有规定基金可以投资的证券品种，基金不能进行投资。

《基金法》只规定基金可以投资上市交易的股票和债券，对于权证，根据中国证监会发布的《关于股权分置改革中证券投资基金投资权证有关问题的通知》的相关规定，目前基金可以投资在股权分置改革中发行的权证，因此，除了该类权证，当前基金应不得投资其他类型的权证。

从概念上说，分离交易可转债属于附认股权证公司债（Bond with Warrants, or Warrant Bond）的范围。附认股权证公司债指公司债券附有认股权证，持有人依法享有在一定期间内按约定价格（执行价格）认购公司股票的权利，也就是债券加上认股权证的产品组合。附认股权证公司债与我们所熟悉的普通可转债都属于混合型证券（hybrid securities），它们介于股票与债券之间，是股票与债券以一定的方式结合的融资工具，兼具债券和股票融资特性。

对于投资者而言，投资分离交易可转债是投资两种有价证券——认股权证和公司债。因此，基金申购分离交易可转债实际是同时申购认股权证和公司债两种证券品种。但这种权证并不是股权分置改革中发行的权证，因此基金投资分离交易可转债是有违规嫌疑的。我们也曾就此问题咨询过中国证监会，中国证监会的意见也是如此。

同时，很多基金合同也都规定了权证投资的内容，包括权证投资的比例、策略、估值等，但对其投资的权证是否是指股权分置改革中发行的权证没有明确界定。我们认为，基金合同是依据《基金法》等相关法律法规以及中国证监会的规定订立的，虽然基金合同中往往对基金投资权证的范围没有界定，但是依据中国证监会的规定，基金目前只能投资股权分置改革中发行的权证，因此基金合同中规定的权证在当前只能理解为股权分置改革中发行的权证。

三、有条件申购的法律分析

日前，多家基金管理公司发布了旗下基金实行有条件申购的公告，对于大额资金的申购与赎回实行有条件的限制，即大额资金申购时必须承诺基金份额持有期限，否则基金有权拒绝该笔申购。

根据《证券投资基金销售管理办法》第四十四条的规定，开放式基金合同生效后，基金管理人、代销机构应当按照法律、行政法规、中国证监会的规定和基金合同、代销协议的约定，办理基金份额的申购、赎回，不得擅自停止办理基金份额的发售或者拒绝投资人的申购、赎回。基金合同中通常规定，对于基金管理人认为会有损于现有基金份额持有人利益的某笔申购，基金管理人有权拒绝或暂停基金投资者的申购申请。

对于何为“有损于现有基金份额持有人利益的某笔申购”，基金合同以及基金实施有条件申购的公告中均未作出具体界定。我们认为，大额资金短期持有基金份额的行为不属于基金合同中规定的“基金管理人认为会有损于现有基金份额持有人利益的某笔申购”。首先，依照《中华人民共和国证券投资基金法》等相关法律法规的规定，申购、赎回基金份额是投资者的权利，基金管理人应当按照相关法律法规及基金合同的约定办理基金份额的申购、赎回，不得擅自拒绝。其次，基金实施有条件申购的对象是当天累计持有有一定基金份额的大额投资者，并非基金合同中规定的“某笔申购”。最后，大额资金短期持有基金份额是否会有损于现有基金份额持有人的利益也值得商榷。因此，基金合同的规定并非拒绝该大额资金投资者的申购申请的依据。

那么，基金管理公司是否可以以发布公告的方式，对大额资金的申购与赎回实行有条件的限制？

根据《证券投资基金运作管理办法》以及基金合同的规定，对基金当事人权利和义务产生重大影响的事项，应当召开基金份额持有人大会。但有条件申购针对的是公告发布之日起的部分大额投资者的申购行为，对基金合同现有的基金份额持有人的权利和义务并不产生重大影响，其对申购、

赎回设定限制也在基金合同的框架之内，因此无须召开基金份额持有人大会。公告日后的大额资金投资者的申购应受其限制，但基金管理公司应当在更新的招募说明书中列明。

四、浅析基金管理公司的反洗钱义务

随着《反洗钱法》的颁布，基金管理公司的反洗钱义务成为了业内普遍关注的一个义务。那么基金管理公司如何适用反洗钱的法律法规、如何履行反洗钱义务，特别是客户识别义务？本文将重点从反洗钱法律对基金管理公司的适用以及基金管理公司如何履行客户识别义务两个方面分析基金管理公司的反洗钱义务。

（一）反洗钱法律法规及适用范围

1、“一个《规定》，两个《办法》”

2003年1月，中国人民银行颁布了《金融机构反洗钱规定》（以下简称“《反洗钱规定》”）、《人民币大额和可疑支付交易报告管理办法》（以下简称“《人民币交易报告办法》”）和《金融机构大额和可疑外汇资金交易报告管理办法》（以下简称“《外汇交易报告办法》”），标志着中国反洗钱工作开始走上制度化轨道。“一个《规定》，两个《办法》”确定了金融机构的反洗钱义务，包括客户尽职调查义务、保存交易记录义务、大额交易报告义务、可疑交易报告义务等。

根据《反洗钱规定》第二条，《反洗钱规定》所称金融机构，是指在中国境内依法设立和经营金融业务的机构，包括政策性银行、商业银行、信用合作社、邮政储汇机构、财务公司、信托投资公司、金融租赁公司和外资金融机构等，即银行业金融机构，未包括证券、期货行业的金融机构以及保险业金融机构。

根据《人民币交易报告办法》第三条，《人民币交易报告办法》仅适用于经中国人民银行批准在中国境内设立的政策性银行、商业银行、城乡信用社及其联合社、邮政储汇机构办理支付交易业务。根据《外汇交易报告办法》第二条，《外汇交易报告办法》仅适用于境内经营外汇业务的金融机构（以下简称金融机构）。

根据上述规定，“一个《规定》，两个《办法》”针对的是银行业金融机构的反洗钱制度，并不能直接适用于基金管理公司。

2、《反洗钱法》

《中华人民共和国反洗钱法》（以下简称“《反洗钱法》”）于2006年10月31日公布，并将于2007年1月1日起施行。《反洗钱法》以专门一章规定了金融机构的反洗钱义务，包括建立客户身份识别制度、客户身份资料和交易记录保存制度、大额交易和可疑交易报告制度等。

《反洗钱法》第三十四条规定：“本法所称金融机构，是指依法设立的从事金融业务的政策性银行、商业银行、信用合作社、邮政储汇机构、信托投资公司、证券公司、期货经纪公司、保险公司以及国务院反洗钱行政主管部门确定并公布的从事金融业务的其他机构。”由于该条规定未将基金管理公司包括在内，因此在国务院反洗钱行政主管部门根据该规定授权将基金管理公司确定为反洗钱义务主体前，《反洗钱法》暂不适用于基金管理公司。

但应当看到的是，《反洗钱法》第三十四条规定的适用范围已经包括了证券公司、期货经纪公司和保险公司等证券、期货、保险业金融机构，因此，基金管理公司很有可能也被确定为《反洗钱法》下的金融机构。

3、《证券、期货业金融机构反洗钱规定（征求意见稿）》

中国人民银行于2006年4月份发布了《证券、期货业金融机构反洗钱规定（征求意见稿）》（以下简称“《证券业反洗钱规定意见稿》”），该稿明确规定了包括基金管理公司在内的证券、期货业金融机构反洗钱的基本制度。

综上所述，目前实施的有关反洗钱的行政规章并没有直接规定基金管理公司的反洗钱义务，《反洗钱法》也未明确将基金管理公司列入适用对象。但国务院反洗钱行政主管部门可以根据《反洗钱法》的授权将基金管理公司确定为《反洗钱法》下的金融机构，中国人民银行也可能会制定《证券、期货业金融机构反洗钱规定》从而进一步明确基金管理公司的反洗钱义务。

（二）基金管理公司的客户身份识别制度

如前所述，国务院反洗钱行政主管部门可以根据《反洗钱法》的授权将基金管理公司确定为《反洗钱法》下的金融机构，基金公司从而需履行《反洗钱法》规定的反洗钱义务。

反洗钱义务很重要的一个方面是客户身份识别。对于客户身份识别问题，《反洗钱法》规定：金融机构应要求客户出示真实有效的身份证件或者其他身份证明文件，进行核对并登记；客户由他人代理办理业务的，金融机构应当同时对代理人和被代理人的身份证件或者其他身份证明文件进行核对并登记；金融机构不得为身份不明的客户提供服务或者与其进行交易，不得为客户开立匿名账户或者假名账户；金融机构对先前获得的客户身份资料的真实性、有效性或者完整性有疑问的，应当重新识别客户身份。

由此可见，《反洗钱法》对于金融机构进行客户身份识别的主要要求是让客户出示身份证明、核对并进行登记。《反洗钱规定》、《证券业反洗钱规定意见稿》对金融机构进行客户身份识别的要求也与此类似。只要金融机构在业务办理过程中的身份审查具备出示身份证、核对、登记的程序，就符合了反洗钱法律法规关于客户身份识别制度的要求。

在实践中经常会出现基金销售机构（包括直销机构和代销机构）应对客户身份进行“实质性审查”还是“形式审查”的争议。按照通常理解，“实质性审查”是对客户身份真实性的实质性验证和确认，而不是仅仅依赖于客户提供的文件资料进行判断，例如对身份证的真伪进行技术性的鉴定，对客户个人信息向公安局进行查询等。但从前述规定来看，反洗钱的法律法规并未要求金融机构进行这种程度的客户识别，实践中也只有部分商业银行的部分营业网点对身份证真伪进行机器验证。与“实质性审查”相对，“形式审查”只要求客户出示身份证明，对身份证明的真伪进行肉眼识别和经验判断，核对身份证照片与申请人的一致性，然后登记身份证号码。这种“形式审查”或“非实质性审查”是符合反洗钱法律法规规定的。

《反洗钱法》第十七条规定：“金融机构通过第三方识别客户身份的，应当确保第三方已经采取符合本法要求的客户身份识别措施；第三方未采取符合本法要求的客户身份识别措施的，由该金融机构承担未履行客户身份识别义务的责任。”根据该条规定，如果代销机构没有采取法律要求的

客户身份识别措施，基金管理公司将承担未履行客户身份识别义务的责任。因此，基金管理公司与代销机构在签订代销协议时，应当明确代销机构应采取符合《反洗钱法》规定的客户身份识别措施。

如果基金由中国证券登记结算有限责任公司而非基金管理公司担任注册登记机构，代销机构通常不会向基金管理公司提供客户登记资料，这会给基金管理公司监督代销机构是否已采取客户身份识别措施造成一定的障碍，也给基金管理公司带来了因代销机构未履行反洗钱义务而承担责任的风险。尽管银行、证券公司等代销机构作为《反洗钱法》的适用对象，应按规定履行反洗钱义务，可以在一定程度上减少上述风险，但为防范风险发生，基金管理公司也应当考虑采取适当、可行的措施，加强对代销机构客户身份识别措施的监督。

五、基金公司是否能以实物形式奖励代销机构销售人员

根据《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第二条规定，本规定所称商业贿赂，是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。一般而言，对方单位是指购买或接受商品的一方，但是作为代销机构，虽然不是购买基金的一方，但由于其根据基金公司的委托提供基金销售服务，双方之间是代理服务关系，我们认为不宜简单地将其排除在该第二条规定的范围之外。因此代销机构销售人员可成为该第二条规定的收受基金管理公司商业贿赂的人员。

此外，根据《证券投资基金销售管理办法》第四十七条规定，“基金管理人、代销机构从事基金销售活动，不得有下列情形：采取抽奖、回扣或者送实物、保险、基金份额等方式销售基金。”该条规定了禁止行为的方式，但并未明确将对象限定于基金投资者。因此，我们认为该条规定的对象不仅包括投资者，也应包括代销机构的营销人员。直接向营销人员送实物的行为可能会违反销售办法的规定。

再次，如果奖励以现金方式入账，并且双方有约定的，应当属于基金管理公司向代销机构支付约定的费用的行为，不违反法律法规的规定。但对于采用实物形式奖励如何处理，则需要从会计的角度认真考虑。

总之，我们认为，基金管理公司直接向代销机构营销人员支付奖励费用的行为，由于没有任何合同依据、可能违反销售办法的规定而存在较大的法律风险，应当慎重。

【业务动态】

一、本所律师为工银瑞信基金管理有限公司提供常年法律顾问

根据工银瑞信基金管理有限公司的委托，本所律师为该公司提供常年法律顾问服务。

二、本所律师为富国基金管理有限公司的汉博基金封转开提供专项法律服务

根据富国基金管理有限公司的委托，本所律师为该公司旗下的汉博基金封转开提供专项法律服务。

三、本所律师为博时基金管理有限公司的裕元基金封转开提供专项法律服务

根据博时基金管理有限公司的委托，本所律师为该公司旗下的裕元基金封转开提供专项法律服务。

四、本所律师应邀参加深圳地区 2006 年第三次督察长联席会议

2006 年 11 月 29 日，深圳地区基金管理公司督察长联席会议 2006 年第三次会议召开。中国证监会、深圳证监局的领导以及深圳地区基金管理公司的全体督察长出席了此次会议。本所律师应邀参加本次会议，并就基金管理公司章程修订的法律实务做了主题发言。

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