



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6月（总第13期）

【法规聚焦】

- 1、《关于证券投资基金投资资产支持证券有关事项的通知》
- 2、《关于规范基金管理公司设立及股权处置有关问题的通知》
- 3、《证券投资基金管理公司督察长管理规定》

【基金实务】

- 1、基金管理公司退出机制的相关法律问题
- 2、基金封转开应当如何进行？
- 3、作为基金份额持有人的基金公司股东和基金管理人是否可以参与基金份额持有人大会的表决？
- 4、作为遗产的基金份额应当如何处理？
- 5、基金份额持有人是否有权要求基金管理人行使股权分置改革的表决权？

【业务动态】

- 1、本所律师应邀参加基金研讨会
- 2、本所提供基金募集法律服务的两只货币市场基金基金合同生效

【法规聚焦】

1、《关于证券投资基金投资资产支持证券有关事项的通知》

2006年5月14日中国证监会发布了《关于证券投资基金投资资产支持证券有关事项的通知》（以下简称“该《通知》”），允许包括货币市场基金在内的各类证券投资基金投资资产支持证券，其中既包括央行、银监会发布的《信贷资产证券化试点管理办法》规定的信贷资产支持证券，也包括证监会批准的企业资产支持证券类品种。证券投资基金获准投资资产支持证券，拓宽了证券投资基金特别是固定收益类基金的投资范围，有利于提高货币基金、中短债基金等基金产品的收益率。

该《通知》共19条，涵盖了证券投资基金投资资产支持证券的投资资格、投资限制、投资期限、风险控制、估值方法以及信息披露等内容。

2、《关于规范基金管理公司设立及股权处置有关问题的通知》

2006年5月8日中国证监会发布了《关于规范基金管理公司设立及股权处置有关问题的通知》(以下简称“新《通知》”)。新《通知》的发布目的在于进一步规范股东行为,加强监管,保证股权转让有序进行,鼓励有实力、讲诚信、负责任、有长期投资理念的机构参股基金管理公司。

(一)新《通知》与《关于规范基金管理公司股东出资转让有关事项的通知》的比较

中国证监会曾于2002年12月26日针对当时基金管理公司股东出资转让过程中存在的一些违法违规问题发布了《关于规范基金管理公司股东出资转让有关事项的通知》(以下简称“原《通知》”)。但是,由于最近几年在基金管理公司设立和股权转让过程中又出现了一些新问题,而原《通知》已不能完全满足形势发展的需要,因此中国证监会又于近日发布了新《通知》,并且自新《通知》发布之日起原《通知》同时废止。下图归纳和反映了前述两个《通知》的主要异同。

新《通知》	原《通知》	评价
第四条 持有基金管理公司股权未满1年的股东,不得将所持股权出让。	第十二条 基金管理公司的发起人自公司成立一年内不得转让出资,公司原有股东的新增出资、新增股东的出资一年内不得转让。中国证监会批准的特殊情形除外。	该条以精练的语言全面涵盖了原《通知》规定的三种持股未满1年不得转让的情形并删除了原有的除外规定。
第五条 股东持有的基金管理公司股权被出质、被人民法院采取财产保全或者执行措施期间,证监会不受理其设立基金管理公司或受让基金管理公司股权的申请。		该条对原《通知》实施后在基金管理公司设立和股权转让过程中出现的一些新问题作了补充规定。
第六条 出让基金管理公司股权未满3年的机构,证监会不受理其设立基金管理公司或受让基金管理公司股权的申请。持有两家以上基金管理公司股权的机构,增持其中1家基金管理公司股权,同时退出持有的其他基金管理公司股权的,不受此限制。		该条实际上是对任何机构设立基金管理公司或受让基金管理公司股权增设的一个条件。目的是防止部分机构频繁受让、转让基金管理公司股权,不利于基金管理公司股权的稳定和公司治理结构的完善。
第七条 基金管理公司股东的实际控制人发生变化的,该股东应当在10个工作日内报告证监会。		该条规定了在基金管理公司股东的实际控制人发生变化的情况下,该股东的报告义务。须注意,此处规定的是“报告”而非“公告”或“备案”。
第八条 基金管理公司股东不得为其他机构代持基金管理公司的股权,不得委托其他机构代持基金管理公司的股权。股东及其实际控制人不得以任何形式占用基金管理公司资产。	第四条 受让基金管理公司出资成为基金管理公司股东,受让方必须是实际出资人,不得通过股权托管、秘密协议等形式受让对基金管理公司的出资。	该条较原《通知》在对基金管理公司股东必须是实际出资人的问题上规定得更为全面。
第十条 证监会在审核基金管理公司设立及股权转让等申请事项过程中,	第六条 股东与股东以外的机构签订出资转让协议后,转让双方应当将转	比较二者,有两处不同:(一)该承诺由原来的向基金管理公司董事会

可以根据审慎监管原则，要求股东及其实质控制人就有关事项作出承诺。	让情况书面通知基金管理公司董事会，并保证转让文件的内容真实、准确、完整。该转让文件应当包括：(五) 受让方是对基金管理公司出资的实际出资人且不受制于其他任何未予披露的第三方的承诺书；	作出修改为根据证监会要求作出； (二) 新《通知》未就应当作出承诺的有关事项进行限定。由此可见，新《通知》的规定较原《通知》更为严格。
第十二条 本条对为基金管理公司设立和股权转让提供服务的中介机构（包括会计师事务所和律师事务所）的职责进行了规定（具体内容略）。		该条为新增规定，强化了中介机构的责任。

（二）新《通知》仍有待完善

虽然新《通知》与原《通知》相比有了较大进步，但对以下问题仍未作出明确规定：

- （1）如果根据司法判决划转的基金管理公司股权的受让方不符合《基金公司管理办法》规定的基金管理公司股东应当具备的条件，那么中国证监会是否应当批准？如果批准，显然有悖于现行法律法规的规定；如果不批，生效的司法判决就得不到执行。这一两难问题如何解决？
- （2）根据司法判决划转的基金管理公司股权是否应当受到新《通知》第四条规定的持有未满1年不得转让的限制？

关于上述问题，我们建议中国证监会与最高人民法院就司法执行基金管理公司股权问题进行沟通，避免采用折价抵偿的方式。在基金管理公司其他股东不行使优先购买权的前提下，如果采取股权拍卖、变卖或以其他方式强制执行基金公司股权的，受让方必须符合基金管理公司股东条件；同时，还应对第四条作出除外规定，即转让根据司法判决划转的基金管理公司股权可以不受持有未满1年不得转让的限制。

3、《证券投资基金管理公司督察长管理规定》

中国证监会于2006年5月8日发布了《证券投资基金管理公司督察长管理规定》（以下简称“该《规定》”）。该《规定》对基金管理公司督察长的职责、执业素质和行为规范以及对其的监督管理等问题作了明确规定。

下图归纳和反映了该《规定》在下列主要问题上对《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》的补充和细化。

事项	《高管任职管理办法》	该《规定》	评价
任职条件	第六条 申请高级管理人员任职资格，应当具备下列条件：(三) 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拟任职务相适应的管理经历，督察长还应当具有法律、会计、监察、稽核等工作经历；	第十七条 督察长应当具备有关法律、法规规定的任职条件，并有3年以上监察稽核、风险管理或者证券、法律、会计、审计等方面的业务工作经历，诚实信用，具有良好的品行和职业操守记录。	该《规定》第十七条对《高管任职管理办法》第六条第一款第(三)项的表述进行了调整。
内部任免		第二十六条 督察长由总经理提名，	1、《高管任职管理办法》

程序		<p>董事会聘任，并应当经全体独立董事同意。公司应当在公司章程中明确规定督察长的任职条件、提名方式、任期、聘任及解聘程序、权利义务等。</p> <p>第三十四条 督察长提出辞职的，应当提前 1 个月向公司董事会提出申请。督察长在辞职申请获得公司批准后方可离职。在辞职申请获得批准之前，督察长不得自行停止履行职责。公司拟免除督察长职务的，应当尽快确定拟任人选。董事会批准免除督察长职务时，应当同时确定拟任人选或者代行职责人选，并按照有关规定履行相应程序。</p>	<p>仅对任免高管的外部审核程序作出了规定，而该《规定》进一步细化了对督察长的内部任免程序；</p> <p>2、根据该《规定》第二十六条，已成立的基金管理公司应当在公司章程中补充规定督察长的任职条件、提名方式、任期、聘任及解聘程序、权利义务等；而拟设立的基金管理公司在准备公司章程时也应体现该条款要求的相关内容。</p>
免职审核程序	<p>第十一条 基金管理公司免去高级管理人员职务、任免董事和基金经理，基金托管银行免去基金托管部门高级管理人员职务的，应当在作出决定之日起 3 个工作日内向中国证监会报告，报送任职、免职报告材料。</p>	<p>第三十五条 督察长任期届满前，公司不得无故免除督察长的职务。公司在督察长任期届满前拟免除其职务的，应当在相关董事会召开前 10 日将解聘理由及督察长履行职责情况书面报告中国证监会相关派出机构。</p>	<p>须注意：免除督察长职务的，除应当按照《高管任职管理办法》第十一条的规定向中国证监会报告外，在督察长任期届满前解除其职务的还应当按照该《规定》第三十五条履行事先报告的义务。</p>

【基金实务】

1、基金管理公司退出机制的相关法律问题

自 1998 年第一批规范的基金公司成立以来，中国基金业经过八年的发展已日趋成熟，治理较为规范。从法律和监管层面上看，“一法六规”的基金法律体系在市场准入、公司治理、基金投资运作、销售管理、信息披露、高管和董事任职等方面已经建立了较为完备的制度框架，无论监管机构的监管行为还是基金管理公司的管理和经营亦有章可循。

对于一个成熟市场而言，市场参与者的退出机制是不可或缺的，但我国的基金法律体系仅为投资者的市场退出提供了比较具体的制度依据，而对于基金管理公司的退出机制则仍旧停留在粗线条的制度层面上，可操作性不强。在目前我国基金业竞争激烈、分化明显的现状下，基金管理公司的自愿性退出或者强制性退出随时可能发生，而应对基金管理公司退出的制度准备则相对不足。为此，我们将对基金管理公司退出可能面临的法律问题作出初步分析。

(1) 基金管理公司退出法律制度

根据我国《基金法》的规定，基金管理人职责终止的原因包括被依法取消基金管理资格、被基金份额持有人大会解任、依法解散、被依法撤销或被依法宣告破产以及基金合同约定的其他情形。其中，被依法取消基金管理资格的事由包括有重大违法违规行为、不再具备《基金法》第十三条规定基金管理公司设立条件以及法律、行政法规规定的其他情形。

在退出程序上，基金份额持有人大会应当在6个月内选任新基金管理人，在此之前，中国证监会将指定临时基金管理人。

此外，根据《基金公司管理办法》规定，基金公司的解散，应当在中国证监会取消其基金管理资格后方可进行。

（2）基金公司退出面临的法律问题

从上述规定可以看出，我国的基金法律对基金公司的退出事由和退出程序的规定还比较原则，可操作性不强，基金公司退出机制将会面临如下法律问题：

1）临时基金管理人是否是基金合同当事人？

尽管指定临时基金管理人并不需要通过基金份额持有人大会变更基金合同的主体，但根据法律法规及基金合同的规定，临时基金管理人作为基金合同当事人（基金管理人），应当根据基金合同的规定履行合同义务。

2）临时基金管理人应当如何履行基金管理的职责？

由于临时基金管理人依据法律的强制性规定及基金合同的约定而临时取得基金合同当事人的地位，临时基金管理人应当履行基金管理人在基金合同下的一切职责。

但是在投资方面，临时基金管理人依据基金合同进行投资可能会有一定的障碍。例如，在投资策略方面，有的基金在投资策略中需要采用或借助基金管理人股东提供的技术或研究成果，其投资策略是与特定基金管理人相联系的，临时基金管理人可能无法履行基金合同的此类约定。在投资决策方面，投资决策程序是原基金管理人特有的投资决策程序，临时基金管理人也不可能采用。再如，在投资限制方面，临时基金管理人临时管理的基金是否应当视为“临时基金管理人管理的全部基金”之一，并接受“基金管理人管理的全部基金持有一家公司发行的证券，不得超过该证券的10%”的限制？这些问题均有待明确，并且可能会在一定程度上影响临时基金管理人管理基金的行为。

因此，在基金管理人退出制度中，临时基金管理人的定位和职责是需要明确的一个重点。

3）原基金管理人如何向临时基金管理人办理基金管理业务的移交？

根据《基金法》的规定，基金管理人职责终止的，应当及时办理基金管理业务的移交，临时基金管理人或者新任基金管理人应当及时接收。由于临时基金管理人仅具有临时过渡性质，如果基金份额持有人大会选任新基金管理人，那么基金管理业务届时势必又需要再移交一次。业务资料的移交可能会相对简单一些，而系统的衔接和基金份额注册登记的变更则会相当复杂。

在基金管理人职责终止的各项事由中，被取消基金管理资格以及被基金份额持有人大会解任都不会直接导致基金管理人主体的消灭（当然，如果基金份额持有人大会解任基金管理人肯定会同时选举新的基金管理人，不存在指定临时基金管理人的问题），临时基金管理人在这种情况下可以代原基金管理人继续保管业务资料，同时临时使用原基金管理人的系统，也即是说对于基金管理业务不进行物理上的移交，直到新基金管理人被选任之后才就基金业务进行物理上的移交。

对于基金管理公司的解散，由于股东会通过解散决议到中国证监会取消其基金管理资格之间存在时间差，可以要求基金管理公司股东会在作出解散决议后由公司召集基金份额持有人大会，更换基金管理人，可避免因指定临时基金管理人而进行两次业务移交的繁琐程序。

4）如何认定原基金管理人签订各类协议和合同的效力？

尽管原基金管理人代表基金签订的与基金有关的各类协议，但基金本身并没有民事上的主体资格，从法律上讲，基金管理人是协议的当事人。基金管理人退出时，应当将其协议下的权利义务转让给临时基金管理人或新基金管理人，但权利义务的转让应当经协议对方当事人的书面同意。否则，临时基金管理人或新基金管理人应当重新签订上述协议。

5) 基金份额注册登记系统如何衔接?

原基金管理人管理的各基金有的可能采用 TA, 有的可能采用自 TA, 而临时基金管理人和新基金管理人则可能建立了自 TA, 也可能没有建立自 TA。由于注册登记系统的差异性, 在设计基金管理人退出机制时, 应当考虑注册登记系统衔接的可行性。

6) 基金管理人更换是否需要拟任新基金管理人同意?

目前的基金合同对于基金管理人的更换的规定, 实质要件是基金份额持有人大会决议和中国证监会的批准, 但忽略了很重要的一点是更换必须要经过拟任基金管理人的同意。基金份额持有人大会决议并不能约束其他基金管理公司, 证监会也没有权力要求其他基金管理公司根据基金份额持有人大会的单方面决议担任该基金的基金管理人。

那么, 如何合理设计更换基金管理人的程序? 是由其他基金管理公司先提出申请, 再由基金份额持有人大会决议, 还是先决议后征询其同意? 显然, 前者更加适合, 也比较有效率。

7) 关于新任基金管理人的数量

由于基金份额持有人大会是分基金召开的, 完全可能出现每只基金的新任基金管理人都不同的情况。但对于伞形基金而言, 如果各子基金的新任基金管理人都不同, 这些基金的优势将荡然无存, 新任基金管理人接手这样的基金将要冒极大的风险。对于这样的基金, 其他基金管理公司接手的积极性将大打折扣。

8) 法定期限内不能选任基金管理人导致基金合同终止时的法律问题

从上述分析可以看出, 其他基金管理公司接手退出基金公司的旗下基金存在一定的障碍和风险。如果基金份额持有人大会在 6 个月内不能选任新基金管理人, 或者其他基金管理公司不愿意担任基金管理人, 其法律后果将会是基金合同的终止。

对于基金合同的终止, 将有如下法律问题:

A. 清算组的组成

《基金法》规定, 清算组由基金管理人、基金托管人以及相关的中介服务机构组成。在指定临时基金管理人的情况下, “基金管理人”是指原基金管理人还是临时基金管理人? 如果原基金管理人职责终止, 在清算前的 6 个月内, 原基金管理人可能因为解散、被撤销、破产而不复存在, 因此这里的“基金管理人”应当是指临时基金管理人。

B. 清算期限

《基金合同内容与格式》要求基金合同列明基金财产清算的期限, 有的基金合同也规定了清算的期限, 如 6 个月。如果没有在规定的清算期限内完成清算, 将会有什么法律后果? 法律法规和基金合同均未规定违反清算期限的法律后果。

我们认为, 如果从保护投资者权益的角度考虑, 规定清算期限确有必要, 可以规定清算期限及其延长事由以及违反清算期限的法律责任。

C. 基金财产变现的时间

对于基金财产变现的时间, 法律法规和基金合同均未作规定。但在立法上, 应当考虑基金财产短时间内变现对市场的影响。如果一只几十亿、上百亿规模的股票基金, 在极短的时间内将其全部股票资产变现, 势必对市场产生强烈冲击, 同时还会带来包括内幕信息管理、防止利益输送等一系列的监管问题。

2、基金封转开应当如何进行?

随着基金兴业到期日的临近, 封闭式基金转开放式基金的问题再度成为业内关注的焦点。那么现行法律法规对封转开有哪些要求?

首先是基金转换运作方式的法律要求。根据《基金法》第 65 条规定，按照基金合同的约定或者基金份额持有人大会的决议，并经国务院证券监督管理机构核准，可以转换基金运作方式。而第 71 条规定，转换基金运作方式应当召开基金份额持有人大会审议决定。据此，“封转开”必须召开基金份额持有人大会。

其次是基金份额持有人大会的召开程序、表决和生效的法律要求。在召集人方面，除《基金法》第 19 条、第 29 条规定的基金管理人和基金托管人召集基金份额持有人大会外，《基金法》第 70 条还赋予了基金份额持有人按照规定要求召开基金份额持有人大会的权利。另外，根据《证券投资基金运作管理办法》第 39 条，代表基金份额 10% 以上的基金份额持有人可以向基金管理人书面提议召开基金份额持有人大会。在表决方面，转换基金运作方式应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的三分之二以上通过。经表决通过的事项，召集人应当自通过之日起 5 日内报中国证监会核准或备案。该事项自中国证监会依法核准或者出具无异议意见之日起生效。虽然证监会尚未明确哪些属于须核准事项，哪些属于须备案的事项，但是我们认为，虑及“封转开”的性质，其属于对基金合同的重大变更，对基金份额持有人有重大影响，因此，应当认为“封转开”属于需经核准的事项。

综上，就法律程序来说，“封转开”需要通过召开基金份额持有人大会形成决议，并且该决议事项须经中国证监会核准。

3、作为基金份额持有人的基金公司股东和基金管理人是否可以参与基金份额持有人大会的表决？

目前法律法规对基金公司股东投资于基金公司管理的基金并无禁止性规定，仅在《证券投资基金信息披露管理办法》中规定，该事项应当作为重大事项加以披露。因此，基金公司股东在召开基金份额持有人大会时有权参与表决。

根据《关于基金管理公司运用固有资金进行基金投资有关问题的通知》的规定，基金管理公司虽然可以根据规定投资于其管理的基金，但不能作为基金份额持有人向大会提出议案，对涉及本公司利益的表决事项应当回避。该通知并未对涉及本公司利益的表决事项明确加以规定，根据基金运作的情况，我们认为，涉及公司利益的事项包括如更换基金管理人、提高基金管理费、提高销售费率等事项，但是对于基金运作的有关问题，如资产配置、投资比例等关系到基金运作、基金份额持有人权益的事项是否属于涉及公司利益的事项，应当根据具体情况分析。为了保证基金的正常运作，维护基金份额持有人的利益，基金管理人在作为基金份额持有人参与表决前应进行充分的信息披露并征求监管部门是否需要回避的意见。

4、作为遗产的基金份额应当如何处理？

随着个人投资者投资开放式证券投资基金日益普遍，基金份额作为公民个人遗产的继承问题已经成为基金公司实际操作中经常遇到的问题。

中国证券登记结算有限责任公司（以下简称“中登”）《开放式证券投资基金登记结算业务指南》第 4.10 条规定，对于因继承、捐赠以及其他形式财产分割或转移引起的基金份额转让，有关当事人直接向本公司办理非交易过户登记手续。

在实际操作过程中，基金管理公司一般会依据上述规定对如何办理非交易过户业务制定具体的操作细则。从中登、基金管理公司以及代销机构目前的做法来看，继承人若要顺利继承基金份额，必须办理基金份额的非交易过户登记手续，而若要顺利完成该手续，继承人必须对继承的有效证明文件进行公证，并开立基金账户方可进行。

在办理过程中，也有些个人投资者由于自身原因无法亲自前往办理基金账户开户及非交易过户手续，希望能借鉴银行存款的处理方法，不通过非交易过户而直接将基金份额赎回后作为遗产分割。我们认为，通过非交易过户的方式还是通过赎回的方式来继承基金份额只是一个遗产执行方式的问

题，并不影响遗产的归属。因此，从法理上来看，两种方式均为可行。但是，考虑到选择后一种方式会受到中登现行规则的限制，因此，在中登现行规则作出调整之前，投资者还是只能通过非交易过户的方式来实现对基金份额的继承权。但是，对于采用自 TA 的基金管理公司，可以考虑对有关业务规则进行修订，允许继承人向公证机构办理继承权证明书，基金管理人根据该证明书办理基金赎回及遗产分配，以适应投资者的需求。

5、基金份额持有人是否有权要求基金管理人行使股权分置改革的表决权？

近期，基金份额持有人梁俐针对驰宏锌锗股改捆绑定向增发一事致信国内三家基金公司，以基金份额持有人的身份要求基金投驰宏锌锗定向增发的反对票，那么该项要求是否有法律依据？

我国目前的法律法规和基金合同中均没有对基金份额持有人是否有权要求基金管理人行使基金所持上市公司的股东表决权作出规定或约定。根据《基金法》的规定，基金份额持有人对基金的重大事项的参与权主要通过参加基金份额持有人大会并进行表决来实现，并且基金份额持有人大会的召开事由在基金合同中均有明确规定，并不包括基金管理人行使基金所持上市公司的表决权。虽然基金合同中约定，基金份额持有人大会召集事项中包括对基金当事人权利和义务产生重大影响的事项，但是根据《基金法》的规定和基金合同对各方当事人权利义务的约定，基金投资及代表基金行使股东权利为基金管理人的权利，基金管理人有权代表基金行使因基金投资而产生的股权、债权及其他权利。

那么，基金份额持有人可以通过哪些方式来进行保障自身利益呢？如果基金份额持有人认为基金管理人的行为损害其合法利益，可以根据《基金法》第 70 条的规定向基金管理人提起诉讼。

【业务动态】

1、本所律师应邀参加基金研讨会

受中国证监会基金监管部邀请，本所律师参加了于 5 月 19 日在北京召开的研讨会。会议讨论了基金管理公司风险准备金的计提问题。多家基金管理公司和托管银行均对风险准备金的计提用途、金额、使用方式等提出了建议。

2、本所提供基金募集法律服务的两只货币市场基金基金合同生效

本所提供基金募集法律服务的兴业货币市场证券投资基金、万家货币市场证券投资基金日前结束募集，基金合同经中国证监会备案后生效。

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