



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3月（总第10期）

【法规聚焦】

- 1、《证券投资基金内部审核指引第二号——中短期债券基金审核指引》
- 2、《关于2005年度证券投资基金和基金管理公司年报编制及审计工作有关事项的通知》

【基金实务】

- 1、开放式证券投资基金暂停申购的信息披露问题
- 2、同一家基金管理公司旗下几只基金投资一家上市公司股票，信息披露时是否需要合并计算？
- 3、如何判断“与基金管理人、基金托管人有其他重大利害关系的公司”？
- 4、基金分红产生小数点后两位以后部分如何处理？
- 5、基金募集、运作、基金合同终止的批准、备案的规定

【法律实务】

公司股东股权质押中应当注意的法律问题

【业务动态】

- 本所律师应邀参加中国证监会关于基金法律服务座谈会
- 本所律师接受信诚基金管理有限公司的委托提供常年法律顾问服务
- 本所律师提供基金募集法律服务的基金合同生效
- 汇添富货币市场基金公开募集

【法规聚焦】

1、《证券投资基金内部审核指引第二号——中短期债券基金审核指引》

2006年2月7日，中国证监会基金监管部向各基金管理公司、基金监管部下发了《证券投资基金内部审核指引第二号——中短期债券基金审核指引》（以下简称“《指引》”），进一步规范了中短期债券基金的募集申请。

《指引》要求中短期债券基金应向投资者充分揭示利率风险，并对组合久期、个券剩余期限、资产配置比例作出明确限制，加强了对中短期债券基金流动性风险的控制，在估值方面要求采用影子定价弥补摊余成本法的缺陷，并在招募说明书中揭示摊余成本法在揭示利率风险和估值偏离方面的不足。《指引》还要求，中短期债券基金的销售宣传，应当以招募说明书的提示、基金久期限制、费率标准以及收益指标等方式区分中短期债券基金和货币市场基金，以防止误导投资者。

2、《关于2005年度证券投资基金和基金管理公司年报编制及审计工作有关事项的通知》

2006年2月23日，中国证监会发布了《关于2005年度证券投资基金和基金管理公司年报编制及审计工作有关事项的通知》（以下简称“《通知》”），对证券投资基金和基金管理公司2005年年报编制及审计工作中的有关问题进行规范。

《通知》规定，各基金管理公司可以参照社保基金投资管理人有关规定，按当年收取的基金管理费的20%提取风险准备金。对于风险准备金的提取，《证券投资基金管理公司管理办法》第五十条规定，基金管理公司应当按照规定提取风险准备金。但对于基金管理公司应当如何提取风险准备金，目前中国证监会尚无具体规定。尽管《通知》提出了提取风险准备金可以参照的比例，但仍未就基金管理公司提取风险准备金作出强制性规定。

《通知》对会计师事务所提出了严格的审计要求，会计师事务所进行年度报告审计时，应保持独立性，严格按照执业标准进行专业判断，出具客观公正的审计意见。若发现审计范围受限或其他重大疑难问题，应及时向基金部、会计部反映。对于在审计过程中发现的违法违规及其他重大问题，应及时向中国证监会基金部、会计部及公司经营所在地证监局书面报告。

【基金实务】

1、开放式证券投资基金暂停申购的信息披露问题

在我国现行基金信息披露法律法规中，涉及开放式证券投资基金暂停申购、赎回信息披露的规定主要包括：《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称“《基金法》”）第52、53和62条，《证券投资基金运作管理办法》第15、21、26和27条，《证券投资基金信息披露管理办法》第5和23条，《证券投资基金信息披露内容与格式准则》-第2号《年度报告的内容与格式》第34条以及《证券投资基金信息披露内容与格式准则》-第3号《半年度报告的内容与格式》第31条。

从上述规定可以看出，基金暂停申购、赎回的信息披露是根据法律法规的规定，通过在基金合同中约定和在招募说明书规定，由基金管理人负责进行。

在暂停申购和暂停赎回两方面的信息披露上，我国现行基金信息披露法律法规对暂停赎回的规定较为全面，具体包括：暂停赎回发生的情形、暂停赎回发生之后的处理方式、暂停赎回过程中应

当披露的事项以及具体的披露方式，而对暂停申购未作明确规定。

近日，由于招商银行股权分置改革、中石化回购可能产生基金净值大幅波动，将会影响原基金份额持有人的利益，多只基金相继发布了暂停申购的公告。由于我国现行基金信息披露法律法规对暂停申购具体规定的缺失，因此，基金管理人基金公司在基金合同、招募说明书中对暂停申购的信息披露事项及时间规定不完全一致。各基金管理人具体操作时主要依据的是基金合同和中国证监会在今年2月16日下发的一项通知，即要求基金公司根据股改、并购等重大事项对旗下基金净值影响情况，制定相应的基金申购赎回等相关政策。正是由于法律法规没有明确规定，各基金合同的规定也不尽相同，各基金在暂停申购的时间安排上出现了较大差异，大多数暂停申购公告当日暂停申购、部分基金提前一天停止申购、次日刊登暂停申购的公告。对于事后刊登暂停申购公告的基金，由于其基金合同并未明确规定暂停申购的公告时间，因此，也不违反基金合同的规定。但是，这种做法在一定程度上影响了投资者正常申购基金权利的行使。

基于以上原因，我们认为，暂停申购的信息披露规范亟待完善。具体可以参照《基金法》、《证券投资基金运作管理办法》和《证券投资基金信息披露管理办法》对暂停赎回的相关规定，从以下几方面进行完善：

（一）暂停申购发生的情形

总体来看，基金合同和招募说明书中规定的发生暂停申购的情形主要包括：不可抗力导致基金无法接受申购；证交所决定临时停市，导致基金管理人无法计算当日基金资产净值；证交所、申购赎回代理机构、登记结算机构因异常情况无法办理申购、赎回；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；基金资产规模过大，使基金管理人无法找到合适的投资品种，或可能对基金业绩产生负面影响，从而损害现有基金份额持有人的利益；基金管理人有正当理由，认为需要暂停接受基金申购申请的；法律法规规定或中国证监会认定的其他可暂停申购的情形。

我们认为，为保护基金份额持有人的利益，除基金合同中载明的暂停申购的情形外，如基金管理人无正当理由，认为需要暂停接受基金申购申请的，应当报中国证监会获得认可后方可刊登暂停申购的公告。

（二）暂停申购情形发生之后的处理方式

在实践中，由于现行规定对暂停申购的信息披露时间未明确规定，当暂停申购情形发生之后，基金管理公司在暂停申购和进行信息披露的时间安排上差别很大，个别基金甚至出现了先暂停申购后进行信息披露的情形。在相关法律法规未作规定的情况下，我们认为，从保护基金份额持有人利益的原则出发，应当先进行信息披露再暂停申购。出于紧迫性考虑，基金管理人可采用信息披露当日暂停申购的做法。

此外，暂停申购的信息披露应包括两方面：第一，导致暂停收购的事项发生时的信息披露；第二，暂停接受申购申请后又重新接受申购时的信息披露。

2、同一家基金管理公司旗下几只基金投资一家上市公司股票，信息披露时是否需要合并计算？

《证券法》第86条规定，通过证券交易所的证券交易，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百分之五时，应当在该事实发生之日起三日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。

根据上述规定，当基金管理人管理的任何一只基金持有一个上市公司已发行的股份达到百分之五时，都应当按照规定履行信息披露义务，这是毫无疑问的。但是，假设基金管理人管理的任何一只/几只基金持有一个上市公司已发行的股份均未达到百分之五，但合并达到百分之五时，是否仍须按照上述规定履行信息披露义务。

我们认为，在相关法律法规未作规定的情况下，该问题的关键在于判断同一基金管理人管理的各只基金是否属于《证券法》第 86 条规定的“一致行动人”。我们认为，虽然各只基金由同一基金管理人管理，但按照《基金法》以及相关法律法规的规定，基金管理人管理的不同基金财产之间应当相互独立，并且基金管理人对所管理的不同基金财产应当分别管理、分别记账，进行证券投资。基金合同明确规定，基金管理人以基金的名义、为基金份额持有人的利益独立行使股东权利。在实践中，基金管理人一般也会根据基金合同的约定独立行使股东权利。由此，我们认为同一基金管理人管理的各只基金并不能视作通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司股份的行为，在履行信息披露义务时无须合并计算。

3、如何判断“与基金管理人、基金托管人有其他重大利害关系的公司”？

（一）基金法律法规的规定

《基金法》第 59 条“基金财产不得用于下列投资或活动：（六）买卖与其基金管理人、基金托管人有控股关系的股东或者与其基金管理人、基金托管人有其他重大利害关系的公司发行的证券或者承销期内承销的证券”。

该条的立法原意在于保护基金份额持有人的利益，防止基金管理人向其股东或其它利益主体进行利益输送和不当关联交易。从字面意思看，该条的禁止性规定主要针对的主体是：（1）与基金管理人、基金托管人有控股关系的股东；（2）与基金管理人、基金托管人有重大利害关系的公司。但对于“重大利害关系”，《基金法》并没有作出明确的解释。实践中，对“重大利害关系”是否指或者仅指非控股股东并不明确。同时，对于“承销”的理解也有争议。由于《基金法》没有区分主承销、分承销，字面意思的理解应当包括了两种情况。

但是，2004 年 9 月，中国证监会基金部在(2004)110 号《关于 [关于基金参与证券发行受到限制问题的建议]有关问题的复函》中规定，在严格控制风险的前提下，基金财产可以买卖下列证券：（一）基金管理人、基金托管人的控股股东在承销期内担任副主承销商或者分销商所承销的证券；（二）基金管理人、基金托管人的非控股股东在承销期内承销的证券。

可见，监管部门对于该条的理解是（1）承销只涉及该控股股东作为主承销商的情况；（2）“重大利害关系”不包括非控股股东。根据监管部门的理解，监管部门似乎强调利害关系须为“重大”，同时并不一味排斥基金买卖与基金管理人、基金托管人股权关系的公司承销的相关的证券。从《基金法》的立法本意来看，《基金法》所禁止的是损害基金份额持有人利益的“关联交易”，并不排斥关联方之间不损害甚至利于基金份额持有人利益的交易。但是该条规定对基金法关于承销的解释是否具有法律效力引起了法学理论界和基金业内人士的质疑。

2005 年 2 月，中国人民银行、中国银行业监督管理委员会和中国证券监督管理委员会联合下发的《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》中，对于银行系基金在基金投资问题上似乎更趋于严格。根据该管理办法第十四条的规定，商业银行设立的基金管理公司所管理的基金资产不得用于购买其股东发行和承销期内承销的有价证券。该规定对于股东并没有做控股和非控股的区分。由于

银行作为基金公司的股东的特殊地位，其所受到的限制更为严格。从中国证监会参与制订的该条规定，可以看出监管部门对承销的理解重新回到《基金法》规定的范围之内。

（二）重大利害关系的认定

究竟应当如何理解“重大利害关系”？在目前法律法规及监管部门尚无明确解释的情况下，我们认为，可以借鉴财政部 1997 年 5 月 22 日颁布的《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》中对关联关系的界定对“重大利害关系”作出判断。

根据该准则第四条，在企业财务和经营决策中，如果一方有能力直接或间接控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，准则将其视为关联方；如果两方或多方同受一方控制，准则也将其视为关联方。

从准则第五条关于关联方的规定可以看出，确定的关键在于“控制”和“重大影响”的概念。根据《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》指南的解释，“控制”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得利益。控制的实现方式包括通过直接或间接持股的方式对表决权的拥有，以及通过其它方式事实上拥有表决权。

而对于“重大影响”，是指对一个企业的财务和经营政策有参与决策的权力，但并不决定这些政策。

参照上述规定，除了“控股”的情况，“关联关系”的认定强调的是对公司的重大决策或运营的影响。借鉴这种判断方式，在认定“重大利害关系”时也可以考虑至少涵盖以下两个方面：间接或者通过其他方式拥有表决权、可以通过对公司关键管理人员的控制来参与公司的管理机构、以及对公司的运营产生影响。

由此，假设某基金管理人的控股股东持有一家上市公司的股票，如果该控股股东能够对该上市公司控股，或者进入该上市公司管理层并影响公司的运营和决策，则基金管理人和该上市公司都事实上受到该控股股东的影响，甚至控制。此时受其股东控制的该上市公司可能成为基金管理人的重大利害关系人，该基金管理人旗下的基金就不应投资于该上市公司的股票。反之，如果该股东持有的上市公司的股票没有达到对公司的任何管理决策或运营的影响，则并不应当限制基金对于该股票的投资。

4、基金分红产生小数点后两位以后部分如何处理？

基金合同规定的基金分红方式有现金分红和红利再投资两种方式，在分红公告中，分红的金额一般采用向基金份额持有人按每 10 份基金份额派发一定金额的现金红利进行收益分配的计算方式。但是，如果分红过程在计算现金红利出现小数点时，基金合同一般并未明确规定保留至小数点后几位。采用现金分红方式的投资人在获得现金红利时，如果未明确采用何种方式保留至小数点后几位，则可能出现分歧。选择红利再投资方式的，还会面临再投资基金份额余额的计算问题。虽然各基金合同都规定再投资不收取申购费用，但是红利再投资是否全部适用基金申购的原则以及申购份额余额的计算方式，基金合同并未明确规定。

上述基金合同关于收益分配中的空白点，可能会导致投资者和基金管理人在基金分红过程对分红计算结果产生分歧，值得基金管理人予以关注。我们建议，为避免产生分歧，应当在基金合同中作出明确规定。

5、基金募集、运作、基金合同终止的批准、核准、备案的规定

根据目前公告的基金合同，部分基金合同的内容中关于经中国证监会批准、核准、备案事项的规定与现行法律法规不完全相符。为此，现将基金募集、运作过程的有关事项列表说明。

阶段	事项	批准/核准	备案	相关法条
基金募集	基金份额发售	中国证监会核准		《基金法》第 36 条、第 40 条
	迟延募集		中国证监会备案	《基金法》第 43 条
	基金备案手续		中国证监会备案	《基金法》第 44 条
	基金合同生效		中国证监会备案	《基金法》第 46 条
基金份额交易	封闭式基金上市交易	中国证监会或者证券交易所核准		《基金法》第 47 条
	基金份额上市交易规则	中国证监会核准		《基金法》第 49 条
	基金份额上市交易终止		中国证监会备案	《基金法》第 50 条
	延期支付赎回款项			《基金法》第 52 条
	基金份额净值计价错误		中国证监会备案	《基金法》第 56 条
基金的运作	基金转换运作方式	中国证监会核准		《基金法》第 65 条
	封闭式基金扩募或延长基金合同期限	中国证监会核准		《基金法》第 66 条
	基金定期报告		中国证监会和中国证监会派出机构备案	《基金信息披露管理办法》第 22 条
	基金临时报告		中国证监会和中国证监会派出机构备案	《基金信息披露管理办法》第 23 条
基金份额持有人大会	代表基金份额 10% 以上的基金份额持有人召集		至少提前 30 日报中国证监会备案	《基金法》第 72 条;《基金运作管理办法》第 40 条
	基金份额持有人大会决定事项	中国证监会核准	中国证监会备案	《基金法》第 75 条;《基金运作管理办法》第 42 条
基金合同终止	清算报告 备案		中国证监会 备案	《基金法》第 68 条

【法律实务】

公司股东股权质押中应当注意的法律问题

实践中，一些有限责任公司股东将其股权质押给债务人作为债务担保，在股东质押股权以及债务人行使质押权时，有以下法律问题值得注意：

（一）质押登记

《中华人民共和国担保法》（以下简称“《担保法》”）第七十八条规定：以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。根据该规定，有限责任公司股东质押其股权，应将股权出质记载于股东名册，质押合同自记载于股东名册之日起生效。

（二）质押权的行使

《担保法》第七十一条规定：债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。根据该规定，如果出质人到期未清偿债务，质权人可以选择行使质押权的方式包括：拍卖、变卖和折价。

但无论质权人采取何种方式行使质押权，均应遵守《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）关于其他股东享有优先购买权的规定。同时，因质权人行使质押权而取得股权的受让方应当符合法律法规对特殊行业公司股东资格的规定。受让方取得特殊行业公司股权而发生股东变更的，应当依法报监管部门批准。如证券公司、基金公司的股东股权变更，须经中国证监会批准。

（三）法院强制执行

《公司法》第七十三条规定：人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当及时通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

因此，如果质权人申请法院强制执行，法院应当及时通知公司及全体股东，其他股东应及时行使优先购买权，否则视为放弃。如果法院未通知公司股东而直接转让质押股权，则其他股东可提出执行异议，由执行法院中止执行程序。

（四）股权变更的登记

《公司法》第三十三条规定，记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利……公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记；未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

根据上述规定，如果因质押权的行使导致公司股东变更，在获得监管部门的批准后，公司应当将新股东记载于股东名册，并向公司登记机关办理变更登记，以确保新股东可以合法行使股权并对抗第三人。

【业务动态】

- 本所律师应邀参加中国证监会关于基金法律服务座谈会

2006年1月20日，本所律师应邀参加中国证监会基金监管部和法律部组织的基金法律服务座谈会。中国证监会负责基金监管工作的主要领导参加了本次会议，并发表了重要讲话。中国证监会肯定了律师在基金行业发展过程所起到的作用，同时也对律师在基金管理公司运作和基金募集方面提供法律服务的内容和程序作出了进一步的严格要求。会后，根据会议精神，本所律师组织了专门的业务学习和讨论，以进一步提高基金法律服务的专业水平。

- 本所律师接受信诚基金管理有限公司的委托提供常年法律顾问服务

根据信诚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。

- 本所律师提供基金募集法律服务的基金合同生效

本所律师提供基金募集法律服务的交银施罗德货币市场基金合同、兴业趋势投资混合型证券投资基金（LOF）基金合同生效。

- 汇添富货币市场基金公开募集

汇添富第二只基金——汇添富货币市场基金自2006年2月27日至2006年3月17日公开募集，本所为该基金的募集提供法律服务。

免责声明：

本所编写《源泰基金简报》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 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