



源泰律師事務所
YUAN TAI LAW OFFICES

中国基金业的专业法律顾问

证券投资基金简报

2005年第8期（总第8期）（2005年11月30日）

【法规聚焦】

- 一、《关于货币市场基金投资银行存款有关问题的通知》
- 二、公司法、证券法修改对基金管理公司管理和运作的影响
- 三、《证券投资基金管理公司监察稽核报告内容与格式指引（试行）》

【基金实务】

- 一、《证券投资基金运作管理办法》规定的投资比例限制问题
- 二、基金持股变动信息披露问题
- 三、基金投资理事会的法律性质初探

【业务动态】

本所律师为比利时联合资产管理公司与金元证券设立合资基金公司提供法律服务

本所律师为基金公司客户提供新修订的《公司法》、《证券法》法律培训服务

本所律师为国泰基金管理有限公司提供基金募集法律服务

【法规聚焦】

- 一、《关于货币市场基金投资银行存款有关问题的通知》

为进一步规范货币市场基金的投资运作，促进货币市场基金健康发展，中国证监会于2005年11月21日发布了《关于货币市场基金投资银行存款有关问题的通知》（以下简称“《通知》”）。

《通知》明确了货币市场基金投资银行存款的范围，规定货币市场基金可以投资于现金、通知存款和1年以内（含1年）的存款，同时，取消了《货币市场基金管理暂行规定》规定的“大额存单”。

《通知》要求，货币市场基金的存款银行应当是具有证券投资基金托管人资格、证券投资基金代销业务资格或合格境外机构投资者托管人资格的商业银行，并应当由基金管理人和存款银行双方签订总体合作协议和具体存款协议。为防范特殊情况下的流动性风险，定期存款协议中应当约定提前支取条款。

在投资比例限制方面，《通知》规定，货币市场基金投资于定期存款的比例，不得超过基金资产净值的30%。《通知》还要求，基金管理人与基金托管人应与存款银行建立定期对账机制，确保基金银行存款业务账目及核算的真实准确。基金管理人与基金托管人应就基金的银行存款业务签订书面协议，明确银行存款相关协议签署、执行业务流程中的权利、义务和职责。

二、公司法、证券法修改对基金管理公司管理和运作的影响

2005年10月27日，全国人大常委会通过了现行《公司法》的修订案（以下简称“新《公司法》”）和《证券法》的修订案（以下简称“新《证券法》”）。新《公司法》和新《证券法》将于2006年1月1日起开始施行。

新《公司法》在公司资本制度、公司组织制度等方面进行了大量的修订及制度创新。但新《公司法》的修订并不全部适用于基金管理公司。由于《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称“《基金法》”）及其配套规定《证券投资基金管理公司管理办法》对基金管理公司的资本制度、股东最低人数等作出了特别规定，因此新《公司法》新规定的股东分期缴纳出资、一人公司等制度并不适用于基金管理公司。但新《公司法》中若干新修订内容仍具有普遍适用性，为基金管理公司提供了新的管理和运作规范。

1、 公司法人人格否认

公司法人人格否认制度是新《公司法》的重大制度创新之一。它要求公司股东不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。如公司股东利用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应对公司债务承担连带责任。

该制度突破了过去严格的股东有限责任原则，使股东直接对公司债务承担责任成为可能。这就要求基金管理公司在管理运作过程中严格遵守“所有与管理”相分离的原则，避免基金公司股东与基金公司发生人格混同。但新《公司法》对于该制度的规定还相当原则，司法机关在司法实践中运用该制度还有一定难度，需要立法机关或最高人民法院对此作出进一步的具体解释。

2、 无效决议和可撤销决议

新《公司法》将违反法律、行政法规或公司章程的股东会决议和董事会决议的效力分为两类：内容违反法律、行政法规的股东会决议和董事会决议无效；股东会、董事会会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或公司章程，或决议内容违反公司章程的，任何股东可以在决议作出之日起60日内请求人民法院撤销。无效和可撤销决议制度要求基金管理公司在作出股东会决议和董事会决议的时候，不仅要遵守法律、行政法规，而且要严格遵守公司章程的规定；不仅要重视决议内容的合法合规性，同时也要重视决议程序的合法合规性。如果决议在内容或程序方面存在任何法律瑕疵，可能导致决议无效或被撤销。

3、 有限责任公司股东股权转让完成时间的判断

在《公司法》修订之前，在公司股东进行股权转让的情况下，如何判断有限责任公司股权转让

的完成时间一直缺乏一个明确的标准，实践中有的以当事人股权转让协议签字盖章后生效为准，有的以登记于股东名册为准，有的以工商登记为准。这种状况导致实践中股东身份的认定容易产生争议。

新《公司法》明确规定，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。同时公司应当将股东的姓名或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。未经登记或变更登记的，不得对抗第三人。可见，新《公司法》实施后，有限责任公司的股东以股东名册上的登记为准，同时公司应将股东及其变更情况向工商部门办理登记，否则不能对抗第三人。

值得注意的是，一些需要监管部门批准的股权转让，如证券公司、基金公司的股权转让，监管部门的批准仅为监管部门履行监管职责的行为，并不必然产生公司股权转让的效力。如果公司在获得批准后未及时将股东记载于股东名册，并办理工商变更登记，仍不得对抗第三人。如果在办理股权转让期间，转让股权的其他权利人，如转让方的债权人申请法院采取股权冻结措施，将可能导致股权转让无法完成。股权受让方只能根据股权转让协议要求转让方承担违约责任。因此，如果基金管理公司股东发生变更，公司在获得证监会批准后，应及时将股东变更情况记载于股东名册，同时向工商部门办理变更登记，使股权转让具有对抗第三人的法律效力，以充分、完整地保护新股东的权益，维护公司股权关系的稳定。

4、 股权转让的规定

新《公司法》对有限责任公司的股权转让的规定更加具体，操作性更强，同时增加了异议股东的请求收购权。

首先，新《公司法》对股东向股东以外的人转让股权如何取得“过半数”股东的同意作出了更为具体的规定：股东就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起30日内未答复的，视为同意。

其次，新《公司法》对两个以上股东同时主张优先购买权如何处理作出了规定：同时主张优先购买权的股东应协商确定各自的购买比例，协商不成的，按转让时各自的出资比例行使优先购买权。

第三，新《公司法》明确公司股权被法院强制执行时股东享有优先购买权。

最后，新《公司法》规定，在公司5年连续盈利且符合公司法规定的分配利润条件而不向股东分配利润，或合并、分立或转让主要财产，或章程规定的解散事由出现，而股东会通过决议修改章程使公司存续的，对上述决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。

5、 董事、监事与高级管理人员的义务

新《公司法》明确了董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务，同时对董事、高级管理人员的禁止性行为作出了更加具体的规定，尤其是禁止董事和高级管理人员接受公司与他人交易的佣金归为己有。

如果董事、监事、高级管理人员执行职务时违反法律、行政法规或者公司章程，给公司造成损失的，股东可以请求监事会或董事会向人民法院提起诉讼，要求其承担赔偿责任。如果监事会或董事会拒绝提起诉讼，或情况紧急，股东可以以自己名义直接向法院起诉。这一制度安排对维护公司和股东权利，规范董事、监事、高管的责任追究方式具有重大意义。

6、 公司自治

新《公司法》的修订比较明显地体现了公司自治的理念，现行《公司法》中对有限责任公司的部分强制性规定已转变为可由公司自行规定。例如，在监管部门没有明确的禁止性规定的情况下，基金管理公司全体股东可以约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资，召集

股东会提前通知的时间可以由章程规定或全体股东另行约定，公司章程也可对股东行使表决权的原则、股权转让的条件和程序等事项作出规定。

7、章程修改

由于新《公司法》的部分涉及有限责任公司的修订条款属于强制性规定，基金管理公司应针对这些修订相应修改公司章程，以符合新《公司法》的规定。应当修订的章程条款主要包括：

(1) 召开临时股东会会议的股东提议权

新《公司法》降低了召开临时股东会会议的股东提议权门槛。原提议召开临时股东会会议的股东应代表 1/4 以上的表决权，而根据新《公司法》的规定，代表 1/10 以上表决权的股东可以提议召开临时会议，且一经提议，就应当召开。

(2) 董事、监事的持续履职义务

如果董事、监事任期届满未及时改选，或董事、监事辞职导致董事会、监事会成员低于法定人数的，在改选出的董事、监事就任前，原董事、监事仍应当按照法律法规和公司章程的规定，履行职务。

(3) 监事会职工代表的比例

现行《公司法》未对监事会职工代表的比例作出规定，而是由公司章程具体规定。新《公司法》确定监事会中不仅要有职工代表，而且职工代表的比例不得低于三分之一。

(4) 强化监事会职权

新《公司法》在现行《公司法》规定的监事会职权基础上，增加了监事会的如下权利：

建议罢免董事和高级管理人员；向股东会提出议案；对董事、高级管理人员提起诉讼；对董事会决议的质询权和建议权；在公司经营状况异常时的调查权和取得专业机构协助的权利。

(5) 监事会的运作

新《公司法》要求公司监事会设主席一人，由全体监事过半数选举产生，负责召集和主持监事会会议。在监事会会议的召开、议事方式、表决程序方面，新《公司法》进行了相应规范。

与新《公司法》相比，新《证券法》对基金管理公司管理和运作的直接影响要小很多。新《证券法》第 2 条规定，“证券投资基金份额的上市交易，适用本法”，可见新《证券法》并未完全将基金纳入《证券法》的证券范畴，基金的管理和运作仍主要适用《基金法》及相关的部门规章。

三、《证券投资基金管理公司监察稽核报告内容与格式指引（试行）》

2005 年 10 月 25 日，中国证监会发布了《关于发布〈证券投资基金管理公司监察稽核报告内容与格式指引（试行）〉的通知》（以下简称“《通知》”），要求基金公司加强监察稽核工作，提高合法合规运作水平。

《通知》要求基金管理公司高度重视监察稽核工作，对照监察稽核项目表，认真做好监察稽核工作，出具监察稽核报告，确保监察稽核报告真实、准确、完整地反映公司治理和内部控制情况。

基金管理公司各部门应根据监察稽核项目表认真进行自查，督察长应组织监察稽核部门进行复核，并出具督察长评估报告。针对目前一些基金公司股东变化频繁，困扰基金公司的正常经营的情况，《证券投资基金管理公司监察稽核报告内容与格式指引》（以下简称“《指引》”）规定，督察长应在评估报告中披露公司股东情况，具体包括公司股东有无变更以及有无重大违法违规事项被披露、有无被监管机构或司法机关调查或者正处于整改期间；公司股东有无违规处分其出资行为；公司股

权有无被司法冻结或被采取其他强制司法措施；公司股东有无转让公司股权的意向等。

针对目前市场关注的基金利益输送问题，《指引》要求，督察长可以根据监察稽核计划确定每季度的监察稽核重点，并在季度监察稽核报告中予以说明。投资、销售、后台运营等重要业务环节必须每季度进行核查。

监察稽核报告除提交公司全体董事审阅并由董事出具书面意见备查外，还应当抄报公司经营所在地中国证监会的派出机构。监察稽核报告应包括总经理签字的声明及督察长评估报告。季度监察稽核报告还应包括季度监察稽核项目表和季度基本情况统计表，年度监察稽核报告还应包括本年度公司内部控制情况评价、本年度监察稽核工作总结和下一年度监察稽核工作的计划安排。

上述规定不仅加强了公司内部的管理，也强化了公司董事、总经理和督察长的责任，有利于完善基金公司的公司治理结构，提高合法合规运作水平。

【基金实务】

一、《证券投资基金运作管理办法》规定的投资比例限制问题

1、《证券投资基金运作管理办法》第31条第2款规定的“证券”的具体范围。

《证券投资基金运作管理办法》（以下简称“《运作办法》”）第31条第2款规定：“基金管理人运用基金财产进行证券投资，不得有下列情形：……（二）同一基金管理人管理的全部基金持有一家公司发行的证券，超过该证券的百分之十。”

该规定中涉及两个问题：第一、证券的范围；第二、公司的范围。

首先，根据目前现行有效的《证券法》的规定，证券包括股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券。新修订的即将于2006年1月1日生效的《证券法》规定，在中华人民共和国境内，股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易，适用本法；其他法律、行政法规有特别规定的，适用其规定。政府债券、证券投资基金份额的上市交易，适用本法；证券衍生品发行、交易的管理办法，由国务院依照本法的原则规定。

由于目前条件尚不成熟，《证券法》未给“证券”下定义。根据上述规定，可以认为证券的范围包括股票、公司债券、政府债券以及证券衍生品等。《基金法》第58条规定，基金投资对象包括上市交易的股票、债券以及国务院证券监督管理机构规定的其他证券品种。根据上述法律规定和中国证监会的有关规定，《运作办法》规定的证券，应当包括上市交易的股票、债券、可转债、企业债、短期融资券、权证等中国证监会允许基金投资的全部证券品种。

其次，关于发行证券的公司范围。从发行证券的主体看，《运作办法》规定的证券发行人为公司。但是，除根据《公司法》设立的公司外，一些发行证券的主体如部分国有商业银行虽然不是根据《公司法》的规定设立的公司，但根据《商业银行法》第2条、第45条规定，商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人，商业银行可以发行金融债。由此可见，无论是根据《公司法》设立的股份制商业银行，还是尚未改制的国有商业银行，都可以发行金融债券。

从立法精神判断，《运作办法》中的“公司”应当作广义的理解。未改制的国有商业银行虽不是根据《公司法》设立的企业法人，但其发行的金融债等证券应当视同公司发行的证券。基金投资该等证券的比例应受《运作办法》第31条第2款规定的限制。

2、基金公司管理的全部基金投资于公司发行证券的比例的理解问题。

关于证券投资比例的规定,《运作办法》第31条第2款并未明确“该证券”是公司发行的全部证券还是公司发行的单一证券。如果满足了持有一家公司发行的单一证券不超过10%的要求,也就必然满足了持有一家公司发行的全部证券不超过10%的要求。因此,在目前对该证券为全部证券还是单一证券尚无明确解释的情况下,我们认为,应从严格意义上理解证券投资比例的规定,该证券是指公司发行的某一类证券。如某公司发行了股票、可转债、短期融资券,则基金管理人管理的全部基金持有该公司发行的股票、可转债、短期融资券分别不得超过该公司发行股票、可转债、短期融资券的百分之十。此外,对一些风险较大的证券衍生产品如权证,监管部门有特别的投资比例限定的,应遵守特别的规定。

对基金投资的可转债,由于处于转股期的可转债的规模不断发生变化,基金管理人应当根据可转债发行人定期公告的可转债转股资料,对可转债转股导致基金持有可转债比例不符合上述比例限制的,基金管理人应当在十个交易日内调整完毕。

3、基金管理人管理的社保基金投资的证券是否需要与证券投资基金投资的证券一并计算?

《全国社会保障基金投资管理暂行办法》第29条规定,单个投资管理人管理的社保基金资产投资于一家企业所发行的证券或单一证券投资基金,不得超过该企业所发行证券或该基金份额的5%;按成本计算,不得超过其管理的社保基金资产总值的10%。

如果一家基金管理人管理了社保基金和证券投资基金,其投资于一家公司发行的证券是否应当分别计算?

我们认为,社保基金的投资适用《全国社会保障基金投资管理暂行办法》的规定,证券投资基金的投资适用《运作办法》的规定,两类投资虽然同为一家基金管理人作出,但其应遵守的规定不同,不应合并计算。

二、基金持股变动信息披露问题

基金投资股票市场时,可能会出现持有一家公司上市公司已发行股份5%的情况,特别是在上市公司进行股权分置改革时,持有该公司股份接近5%的基金很容易因上市公司的送股或缩股导致其持股比例超过5%。在这种情况下,基金是否应当履行报告义务和信息披露义务?

根据《证券法》和《上市公司股东持股信息披露管理办法》(以下简称《披露办法》)的规定,投资者持有一个上市公司已发行股份超过百分之五,或持股变动每达到百分之五时,应当按照《披露办法》的规定向证交所提交持股变动报告书,抄报中国证监会及派出机构,通知上市公司,并做出公告。如持股变动虽未达到百分之五,但导致其持有该公司已发行的股份低于百分之五的,应当进行公告。对于基金而言,在符合投资比例限制的情况下,也可能出现持有一个上市公司的股份超过百分之五,或持股比例超过百分之五后减持比例超过百分之五,或虽减持比例未超过百分之五但减持导致其持股比例低于百分之五。在这些情况下,该基金应当按上述规定履行信息披露义务。

但在信息披露所适用规范方面可能遇到的问题是,《披露办法》及《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第15号——上市公司股东持股变动报告书》(以下简称“《准则》”)未涉及基金持股的特殊情况,其规定的持有或控制股份的投资者即为信息披露义务人,因此,大部分关于信息披露义务人对自身信息的披露规定无法直接适用于基金。但根据《准则》第5条规定,《准则》某些要求对信息披露义务人确实不适用的,信息披露义务人可针对实际情况,在不影响披露内容完整性的前提下做适当修改,但应在报送时作书面说明。据此,基金在进行信息披露时,可结合基金的特殊情况,对《准则》的格式要求进行适当变通。

首先,《持股变动报告书》中需列明的信息披露义务人应当是基金管理人而不应是基金。第一,从本质上讲,基金是由基金管理人管理和运作的,全部权益归属于基金份额持有人的基金财产,并

无独立的法律人格，不能成为信息披露义务人。第二，根据《基金法》的规定，基金管理人应办理与基金财产管理业务活动有关的信息披露事项，并以自己的名义，代表基金份额持有人利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为。因此，在基金管理运作过程中出现的基金持股变动信息披露，应由基金管理人代为履行。

其次，在披露的内容方面，《持股变动报告书》应当参照《准则》的要求披露信息披露义务人——基金管理人的基本信息，同时应披露基金合同的另一当事人——基金托管人的基本信息。而基金持股变动情况及前6个月买卖该股份的情况，均可按照《准则》的规定逐一系列明，但我们建议基金管理人在公布此类数据前应首先经基金托管人复核。

最后，应按规定载明基金管理人的法定代表人的承诺声明并签字。

除提交持股变动报告书外，对于基金持股变动情况，基金管理人还应当以自己的名义按规定进行公告。

三、基金投资理事会的法律性质初探

目前的证券投资基金全部是契约型基金，本质上为信托关系。基金份额持有人是基金财产的委托人；受托管理基金财产的基金管理人和受托托管基金财产的托管人为基金的共同受托人。

根据《中华人民共和国信托法》的规定，信托关系中委托人享有知情权和一定的管理权，便于其对受托人活动进行监管。但我国基金份额持有人的高度分散及基金法律法规对持有人大会召开条件的规定，都在一定程度上限制了基金份额持有人大会的召开，同时，由于缺乏代表基金份额持有人利益的代理机构的存在，也使基金份额持有人大会制度的作用大打折扣。

为解决这一问题，通过基金合同的约定来加强基金份额持有人对基金管理人的监管，成为一种有益的探索。南方高增长基金投资理事会（简称“投资理事会”）应运而生，该投资理事会由基金份额持有人代表、基金管理人代表和基金托管人代表组成。投资理事会主要对基金管理人的投资运作行使一定的监督、考评和建议的权利。投资理事会费用由基金管理人负担，不从基金财产中支付。

从该理事会的组成和职责可以看出，它实质上就是在法律法规没有作出具体规定的情况下，设置的一个独立于基金本身的一个信息交流机构。主要活动内容就是依据法律法规和基金合同，监督基金管理人的执行情况，对基金的投资运作和基金经理的业绩进行考评，并对收益分配提出建议。但是，由于投资理事会所作出的各种决议与基金份额持有人大会决议不同，不具有对基金合同当事人的约束力；且对投资理事会的职责描述、议事程序等还比较笼统、原则；其法律性质为独立的类似于“投资者俱乐部”的组织，还是在基金公司管理体系下的一个附属机构，尚待进一步探讨。

作为一个可以相对平衡基金合同各方当事人利益的机构，投资理事会可以发展成基金份额持有人大会的常设机构，通过与基金份额持有人大会制度相结合，发展成为解决基金份额持有人缺位的一种有效措施，来弥补并完善我国现有基金治理结构在组织制度上的缺陷，使基金份额持有人权利的行使能够真正到位。

【业务动态】

● 本所律师为比利时联合资产管理公司与金元证券设立合资基金公司提供法律服务

根据客户的委托，本所律师为比利时联合资产管理公司与金元证券有限公司设立合资基金管理公司提供法律服务。

- **本所律师为基金公司客户提供新修订的《公司法》、《证券法》法律培训服务**

应本所客户交银施罗德、国泰、华富基金管理有限公司的邀请，本所律师对公司有关人员进行新修订的《公司法》、《证券法》培训。今后，本所将继续为本所客户提供两法修订的法律培训服务。

- **本所律师为国泰基金管理有限公司提供基金募集法律服务**

根据国泰基金管理有限公司的委托，本所律师为该公司拟募集的基金提供基金募集法律服务。

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。本简报的信息截止至 2005 年 11 月 30 日。

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