



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9期（总第9期）（2005年12月30日）

【基金实务】

一、2005年基金立法回顾

- 银行系基金公司的规定
- 企业年金基金配套法规
- 货币市场基金法规
- 股权分置改革中的权证投资
- 基金管理公司自有资金的投资
- 关于基金募集审核程序的新规定
- 监察稽核新规
- 托管协议内容与格式

二、基金公司应如何修改公司章程中与股东会、董事会、监事会有关的内容

三、关于基金投资资产支持证券问题

四、新托管协议内容与格式评述

【业务动态】

- 交银施罗德货币市场基金公开募集
- 上海地区基金管理公司督察长第二次联席会议召开
- MPS 欲寻找合作伙伴，进入中国基金市场

【基金实务】

一、2005 年基金立法回顾

2005 年，中国基金行业持续、稳步发展，监管机构也通过立法的方式加强对基金行业的监管。为了帮助大家更好的了解、梳理我国基金立法的进程，特在此岁末年初之时，对我国 2005 年的基金立法做如下回顾。

● 银行系基金公司的规定

2005 年 2 月 20 日，由中国人民银行、中国银监会和中国证监会联合颁布的《商业银行设立基金公司试点管理办法》正式施行。此后，国务院批准工商银行、交通银行和建设银行作为首批试点银行，允许其作为主发起人设立基金管理公司。随后，工银瑞信、交银施罗德和建信三家银行系基金管理公司先后设立并成功募集了他们的首只开放式基金。

《商业银行设立基金公司试点管理办法》规定，银行作为主要股东出资设立基金管理公司，应经过银监会出具同意投资基金管理公司的监管意见，同时要经过中国证监会的审批。作为出资人的银行应当严格按照“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；商业银行不得担任其设立的基金管理公司所管理的基金的托管人，不得提供优于非关联第三方同类交易的条件，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；商业银行与其设立的基金管理公司在银行间债券市场上不得以优于非关联第三方同类交易的条件进行交易；银行系基金管理公司可以募集和管理货币市场基金和债券型基金，也可以募集和管理其它类型的基金。

《商业银行设立基金公司试点管理办法》的实施以及银行系基金管理公司的出现对证券公司主导的中国基金行业带来了巨大的冲击。

● 企业年金基金配套法规

2005 年 3 月 1 日，由劳动和社会保障部颁布的《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》正式实施。与此同时，《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》等配套法规相继颁布实施。

在公募基金发行日益困难的市场环境下，企业年金基金被众多基金管理公司视作是其机构理财、专户理财的重要组成部分，蕴藏着巨大的市场商机。

《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》规定，申请取得企业年金基金投资管理资格的基金管理公司应满足注册资本不少于 1 亿元人民币，且在任何时候都维持不少于 1.5 亿元人民币的净资产、具有完善的法人治理结构、近 3 年没有重大违法违规等行为等条件。

2005 年 12 月 19 日，由劳动和社会保障部颁布的《关于企业年金方案和基金管理合同备案有关问题的通知》颁布实施。基金管理公司作为企业年金基金的投资管理人，其与企业年金基金受托人签订的投资管理委托合同应向劳动和社会保障机构备案。

目前，全国共有九家基金管理公司获得了首批企业年金基金投资管理人资格，他们分别是：富国、海富通、博时、华夏、南方、易方达、嘉实、招商、银华。

● 货币市场基金法规

2005年3月25日，由中国证监会颁布的《关于货币市场基金投资等相关问题的通知》正式实施。该通知对货币市场基金的平均剩余期限和估值等备受争议的问题作出了明确规定。通知规定，货币市场基金投资组合的平均剩余期限在每个交易日均不得超过180天；货币市场基金不得与基金管理人的股东进行交易，不得通过交易上的安排人为降低投资组合的平均剩余期限的真实天数；除发生巨额赎回的情形外，货币市场基金的投资组合中，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%；因发生巨额赎回致使货币市场基金债券正回购的资金余额超过基金资产净值20%的，基金管理人应当在5个交易日内进行调整；货币市场基金持有的剩余期限不超过397天但剩余存续期超过397天的浮动利率债券的摊余成本总计不得超过当日基金资产净值的20%；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；买断式回购融入基础债券的剩余期限不得超过397天。通知还规定，货币市场基金可以用摊余成本法对持有的投资组合进行会计核算，同时还应用合理的风险控制手段，如影子定价，对摊余成本法计算的基金资产净值的公允性进行评估。《关于货币市场基金投资等相关问题的通知》的颁布实施对我国货币市场基金产生了巨大影响，货币市场基金收益率开始下滑，但此前未被投资者充分重视的流动性问题则有明显改善，货币市场基金收益率逐步回归理性。

2005年4月1日，由中国证监会颁布的《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》正式实施。该规定要求货币市场基金按要求披露每万份基金净收益和7日年化收益率，并规定了二者的计算公式。同时该规定还要求基金管理人在“影子定价”与“摊余成本法”确定的基金资产净值的偏离度的绝对值达到或者超过0.5%时进行公开信息披露。此外，该规定还要求在货币市场基金的投资组合报告中披露投资组合的剩余期限以及期末投资组合剩余平均期限分布比例。该规则的颁布对货币市场基金的健康、透明运作起到很好的引导作用。

2005年9月22日，由中国证监会颁布的《关于货币市场基金投资短期融资券有关问题的通知》正式实施。通知要求，货币市场基金投资于同一公司发行的短期融资券及短期企业债券的比例合计不得超过基金资产净值的10%。因市场波动、基金规模变动等基金管理人之外的因素致使基金投资不符合上述比例的，基金管理人应当在10个交易日内调整完毕。通知还规定了货币市场基金投资的短期融资券的最低信用评级，并规定，若所持有的短期融资券的信用等级下降、不符合投资标准，基金管理人应在评级报告发布之日起20个交易日内予以全部减持。

2005年11月21日，由中国证监会颁布的《关于货币市场基金投资银行存款有关问题的通知》正式实施。通知指出，货币市场基金可以投资于现金、通知存款、1年以内（含1年）的存款；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；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%。

● 股权分置改革中的权证投资

2005年8月15日，中国证监会颁布了《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》。该通知就基金如何投资于股权分置改革中出现的权证问题做了具体规定。通知规定，基金管理人运用基金财产进行权证投资，一只基金在任何交易日买入权证的总金额，不得超过上一交易日基金资产净值的千分之五；一只基金持有的全部权证，其市值不得超过基金资产净值的百分之三；同一基金管理人管理的全部基金持有的同一权证，不得超过该权证的百分之十。因证券市场波动、基金规模变动、股权分置改革中支付对价等基金管理人之外的因素致使基金投资不符合上述比例限制的，基金管理人应当在十个交易日之内调整完毕。通知还要求，基金管理人运用基金财产进行权证投资时，不得通过内幕信息获得不当利益，不得操纵权证价格或标的证券价格，不得利用权证投资进行利益输送。

● 基金管理公司固有资金的投资

2005年6月8日，中国证监会颁布了《关于基金管理公司运用固有资金进行基金投资有关事项的通知》。该通知允许净资产在5000万元以上的基金管理公司以固有资金投资于证券投资基金，但不得对外融资和向其他机构拆借资金，不得从事其他不正当关联交易和利益输送行为，不得损害基金份额持有人的合法权益，不得投资于交易型开放式指数基金(ETF)，其持有的基金份额总金额不得超过该公司净资产的60%。同时，通知还规定，基金管理公司购买开放式基金，其持有基金份额的期限不少于六个月，持有该基金份额的比例不超过该基金总份额的10%。为了保障其他基金份额持有人的利益，确保基金公司投资于开放式基金的正当性，通知还要求，基金管理公司在申购、赎回基金份额时，应提前进行信息披露。同时，基金管理公司运用固有资金投资本公司管理的基金的，不能作为基金份额持有人向基金份额持有人大会提出议案，对涉及本公司利益的表决事项应当回避。

目前，已经有多家基金管理公司以固有资金认购或申购了本公司的开放式基金。

● 关于基金募集审核程序的新规定

2005年6月16日，中国证监会颁布的《关于进一步完善证券投资基金募集申请审核程序有关问题的通知》正式实施。该通知对之前的基金募集审核程序进行了较大的调整。根据调整后的基金募集审核程序，原则上仅“新公司、新产品”需要经专家评审会评审。“新公司”指设立、运作未满一年的基金管理公司；“新产品”指产品设计有较大创新的基金产品。此外，基金产品设计有较大创新的，中国证监会优先安排基金专家评审会评审和申报材料审核等工作；基金产品有重大创新的，基金募集申请获中国证监会核准后，其他基金管理公司在中国证监会规定的期限内不得复制、模仿。这一规定被视为是监管部门对基金产品创新的鼓励。

● 监察稽核新规

2005年10月25日，中国证监会颁布了《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》。该通知对基金管理公司的监察稽核工作提出了严格要求。通知规定，

基金管理公司应在每个季度结束后的 15 日内将季度监察稽核报告提交公司全体董事审阅, 在每个年度结束后的 30 日内将年度监察稽核报告提交公司全体董事审阅。公司董事应当认真审阅监察稽核报告, 了解公司运作情况, 对合规性作出客观、公正的独立判断, 在收到季度监察稽核报告和年度监察稽核报告之日起 15 日内将书面意见反馈给公司。总经理应在监察稽核报告上签字确认。

监察稽核报告中的主要内容之一是督察长评估报告。在该报告中, 督察长应对公司主要人员变动、公司股东情况、诉讼仲裁情况、行政处罚情况、公司组织结构的重大变化、高级管理人员分管工作的变化、公司基本管理制度有无增减和修订等做具体的阐述。

● 托管协议内容与格式

2005 年 12 月 21 日, 中国证监会颁布了《证券投资基金信息披露内容与格式准则第 7 号<托管协议的内容与格式>》。该准则根据基金法律法规围绕基金管理人和基金托管人之间的业务监督和核查、基金财产的保管、交易指令的发送、确认及执行、基金资产净值计算和会计核算、争议解决方式等重大问题进行了规范。其中对关联交易的监督和限制成为该规则的亮点。(具体分析见下文)

二、基金公司应如何修改公司章程中与股东会、董事会、监事会有关的内容

基金公司应根据《公司法》的规定设立和运作股东会、董事会、监事会。新《公司法》对“三会”作出了多处修改, 基金公司在运作过程中或在修改公司章程过程中应注意以下内容:

1、临时股东会议的召开。新《公司法》第 40 条规定, 代表十分之一以上表决权的股东, 三分之一以上的董事, 监事会提议召开临时股东会会议的, 应当召开股东会会议。该规定与旧《公司法》不同, 应引起基金公司的重视。

2、书面股东会决议的效力。实践中, 因为时间的原因, 很多基金公司以书面表决的方式对公司重大事项作出股东会决议。新《公司法》第 38 条第 2 款规定, 对股东会职权范围内的事项, 股东以书面方式一致表示同意的, 可以不召开股东会会议, 直接作出决定, 并由全体股东在决定文件上签名、盖章。该规定虽然明确了书面股东会决议的效力, 但通过书面股东会决议的前提是全体股东一致同意。如果全体股东并未一致同意, 例如有代表 90% 表决权的股东同意, 虽然达到了章程规定的通过股东会决议的股东表决权的比例, 但是该书面决议仍应视为未获股东会通过。很多基金公司的章程在此问题上的规定与《公司法》不一致, 应作出修订。

3、股东会会议的主持。新《公司法》第 41 条规定, 股东会会议由董事长主持, 董事长不能履行职务或者不履行职务的, 由副董事长主持; 副董事长不能履行职务或者不履行职务的, 由半数以上董事共同推举一名董事主持。实践中, 很多基金公司的章程规定, 在董事长不能履行职责召集会议时由董事长指定一名董事代为履行职责。这一规定与新《公司法》相冲突, 均应根据新《公司法》的规定进行调整。董事长不能主持和召集董事会, 监事会主席不能主持和召集监事会的处理方法与上述相同。

4、董事任期届满未及时改选的特殊规定。实践中, 很多公司因疏忽或其他原因在董事任期届满时未能及时对董事进行改选, 从而导致任期届满的董事不知是否应继续行使董事职权。针对该问题, 新《公司法》规定, 董事任期届满未及时改选的, 在改选出的董事就任前, 原董事仍应当依

照法律、行政法规和公司章程的规定履行董事职务。监事任期届满未及时改选的处理方式与董事相同。这一问题需要在章程中作出明确规定。

5、监事会的职责。相比旧《公司法》而言，新《公司法》加强了监事会的职权。新增职权主要包括：

- (1) 监事会对高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；
- (2) 监事会在董事会不履行公司法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；
- (3) 监事会向股东会会议提出议案；
- (4) 监事会依法对董事、高级管理人员提起诉讼。

基金公司应在章程中的监事会职权部分增加上述规定。

三、关于基金投资资产支持证券问题

2005年4月20日，中国人民银行、中国银监会联合发布了《信贷资产证券化试点管理办法》，资产证券化的立法和实践从此正式开始。

所谓资产支持证券是指由特定目的信托受托机构（信托公司或中国银监会批准的其他机构）发行，代表特定目的信托的信托受益权份额。资产支持证券是资产证券化过程中的特殊证券品种，在全国银行间债券市场发行和交易。

《信贷资产证券化试点管理办法》颁布实施以后，国家开发银行和中国建设银行获得试点资格，两家银行在2005年12月15日分别发行了开元信贷资产支持证券（Asset Backed Securities, “ABS”）和个人住房抵押贷款支持证券（Mortgaged Backed Securities, “MBS”）。

根据《基金法》的规定，基金公司投资于股票和债券之外的证券品种，需要监管部门同意。目前基金公司已经开始关注投资ABS和MBS的问题，但尚待监管部门颁布特别的规定。

基金公司日后获准投资ABS和MBS时需要对其法律框架做全面的研究。例如，在资产证券化产品中，涉及发起机构、受托机构、贷款服务机构、资金保管机构、证券登记托管机构、承销机构、评级机构等多个主体，应了解各方主体之间主要的权利义务关系，以此作为判断证券投资风险的基础；此外，ABS和MBS均为分档设计，如优先A档、优先B档，次级档，各档证券的利率和证券持有人的权利义务均不相同。这些都是基金在投资过程中应密切关注的。

四、新托管协议内容与格式评述

2005年12月21日，中国证监会发布了《证券投资基金信息披露内容与格式准则第7号〈托管协议的内容与格式〉》（以下简称“第7号准则”），1997年12月18日发布的《〈证券投资基金管理暂行办法〉实施准则第二号〈证券投资基金托管协议的内容与格式（试行）〉》同时废止。

第7号准则加强和细化了基金托管人对基金管理人的业务监督以及基金管理人对基金托管人的业务核查。基金托管人对基金管理人的业务监督和核查事项涵盖基金投资范围和投资对象、投融资比例、基金投资禁止行为、基金参与银行间债券市场的交易行为、基金管理人选择存款银行等基金投资行为以及基金资产净值计算、基金份额净值计算、应收资金到账、基金费用、收益分配、信息披露等其他事项。第7号准则特别强调了如基金合同约定了基金的投资风格或选券标准，基金托管人应对基金实际投资是否符合相关约定进行监督和核查。此外，基金管理人还应当定期或不定期向基金托管人提供基金份额持有人名册，但基金托管人应就未妥善保存持有人名册承担责任。

基金管理人则对基金托管人履行各项托管职责情况进行核查，核查事项包括基金财产的保管、资金账户和证券账户的开设、基金资产净值的复核、清算交收、信息披露和监督基金投资运作等。

托管协议还应明确规定协议当事人为配合对关联交易限制实施监督所采取的措施，如基金管理人和基金托管人相互提供与本机构有控股关系的股东或与本机构有其他重大利害关系的公司名单。

【业务动态】

● 交银施罗德货币市场基金公开募集

交银施罗德货币市场基金于2005年12月27日开始公开募集。本所律师为此次基金募集提供专项法律服务。

● 上海地区基金管理公司督察长第二次联席会议召开

上海地区基金管理公司督察长第二次联席会议于2005年12月24日召开。中国证监会和上海证监局的领导也参加了本次会议，并针对基金管理公司的合规运作发表了重要讲话。本所律师应邀参加了此次会议，并就《证券法》修改问题做了主题发言。

● MPS 欲寻找合作伙伴，进入中国基金市场

MPS Banking Group 是意大利第五大商业银行集团，创建于1472年，是世界上最古老的银行之一。近年来，MPS 的资产管理业务获得了较大的发展，资产管理规模达到了460亿欧元。MPS 希望通过新设或者并购现有基金公司的方式进入中国基金管理市场。受MPS委托，本所律师为其中国基金业务的拓展提供法律支持。

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12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