



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7期（总第7期）（2005年9月29日）

【法规聚焦】

- 《托管协议的内容与格式》（征求意见稿第三稿）修改建议
关于建立二级股票备选库问题
关于提供重大利害关系的公司名单问题
- 基金参与股权分置改革投票的法律问题
基金管理人参加股权分置改革的法律要求
基金如何参与股东大会投票

【基金实务】

- 基金投资资产证券化产品等金融衍生产品问题
- 基金分红不足以支付手续费的处理问题
- 学校购买基金的有关问题
- 保险公司设立基金公司的法律障碍与破解

【业务动态】

- 富国天惠精选成长混合型证券投资基金（LOF）开始募集
- 兴业趋势投资混合型证券投资基金（LOF）开始募集
- 本所律师为客户提供基金法律培训服务

【法规聚焦】

● 《托管协议的内容与格式》（征求意见稿第三稿）修改建议

中国证监会近日下发了《托管协议的内容与格式》（征求意见稿第三稿，以下简称“第三稿”），其中就基金托管人对基金管理人的业务督察和核查以及基金管理人对基金托管人的业务核查进行了明确规定。其中的一些问题值得进一步探讨。

1、关于建立二级股票备选库问题

第三稿对基金托管人的督察职责进行了详细的规定，进一步强化了基金托管人对基金投资行为的监督。要求基金管理人建立二级股票备选库或适用于单只货币基金的债券备选库，并由基金托管人进行监督。

首先，监管层的目的是通过基金托管人监控基金管理人投资对象备选库的方式监督基金管理人的投资运作，督促基金投资符合基金合同规定的投资目标。但银行托管部门是否有能力判断股票池的建立符合投资目标是值得怀疑的，毕竟托管部门并不专门从事投资业务。另一方面，托管人可以按该协议规定监测基金投资对象是否在备选库内，但对于基金超出备选库投资将会承担什么样的责任，目前的法律法规并没有明确规定。

其次，投资对象备选库是基金管理人重要的投资机密，将其提供给商业银行是基金管理人所不愿意的。特别是在银行系基金出现后，银行系基金管理公司的管理人员与银行托管部门之间事实上存在的各种联系，使该举措存在一定的道德风险。如果不能在制度上有效防止基金托管人对基金管理人所提供信息的不当利用，基金管理人将很难认可这样的条款安排。

最后，如果基金管理公司出于以上两个原因而规避第三稿的该规定并不困难。例如在实际操作所采用的备选库之外另行建立一个范围更加宽泛的备选库提供给基金托管人，既减少了基金管理人对机密信息被不当使用或泄漏的顾虑，也减少了调整备选库需要及时向托管人提供更新信息和调整原因的繁琐程序。

因此，无论是从该规定的适当性还是从其可行性上考虑，托管协议的正式文本不宜采用该款规定。

第三稿还增加了针对货币基金、债券基金投资银行间债券市场的监督规定，将托管人的监督重点放在基金管理人的交易对手库上，有助于监督基金管理人控制交易风险。

2、关于提供重大利害关系的公司名单问题

第三稿要求基金管理人和基金托管人应相互提供与本机构有控股关系的股东或者与本机构有其他重大利害关系的公司名单，并及时予以更新并通知对方。

但是，由于目前尚无具体标准判断何为“其他重大利害关系”，使得该条款的可操作性令人质疑。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》中对关联关系作出了明确规定，建议可以明确将其作为判断是否具有其他重大利害关系的标准。此外，一方在实际监控中是否仅以对方提供的名单为准即可，有无义务做进一步的查证？如果由于基金管理人提供的名单不准确，而导致实际投资中违反了投资禁止的规定，则基金托管人是否要承担责任？这些问题均需要监管部门进一步加以规定。

● 基金参与股权分置改革投票的法律问题

1、基金管理人参加股权分置改革的法律要求

作为参与上市公司股权分置改革最大的流通股股东，基金对于上市公司股权分置改革方案的态度往往在一定程度上能决定方案是否可以成功通过。由于基金管理人代表基金参加股东大会行使投票权，因此，确保基金管理人理性投票、充分保障基金份额持有人的利益、发挥维护流通股股东整体利益的积极作用，是有关法律法规对参与股权分置改革的基金管理人的基本要求。

(1) 以基金和基金份额持有人的利益为目标

《中华人民共和国证券投资基金法》第十九条规定了基金管理人负有“以基金管理人名义，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”的职责，同时，在实务中各基金的基金合同通常在“基金管理人的权利和义务”部分设置了一定的授权条款，如“依照法律法规为基金的利益对被投资公司行使股东权利，为基金的利益行使因基金财产投资于证券所产生的权利”等。因此，基金管理人行使投票权符合现行法律的规定和基金合同的约定，但前提是必须符合基金或基金持有人的利益。

此外，基金份额持有人是否有权就其持有基金份额所代表的投票权向基金管理人提出投票意见？既然基金和基金份额持有人的利益是基金管理人行使投票权的首要原则，那么如果基金份额持有人的投票意见与基金管理人不同，基金管理人就应当按该基金份额持有人的意见行使其持有基金份额所代表的投票权。美国在共同基金代理行使投票权问题上，不仅要求基金应在征得基金份额持有人的充分授权后，按照基金份额持有人的意愿和利益行使有关权利，而且许可基金份额持有人自行行使投票权，同时要求基金应给予全力的帮助和方便。

而从我国基金参与股权分置改革的实践来看，基金对于股改方案几乎全部投赞成票，基金份额持有人似乎并没有多少表达意见的空间。不过，值得关注的是某基金在对其持股的上市公司股改方案投票中，代表其持有的约84.25%的股份投了赞成票，剩下的持股则投了反对票。该基金的管理人对此解释为，反对票是根据基金份额持有人的委托而投出的。这种充分尊重基金份额持有人的投票意愿的做法，在股权分置改革中似乎是绝无仅有的。但是，根据《基金法》及基金合同的规定，基金份额持有人仅能对基金份额持有人大会审议事项行使表决权。基金份额持有人与基金管理人之间实质上为信托关系。根据信托法的原理，除非信托合同有明确规定，委托人并不能直接指令受托人进行表决。因此基金份额持有人委托管理人进行表决的做法与基金管理人代表基金行使股东权利以及信托法的原理不符，其效力值得怀疑。

（2）禁止操纵投票和利益交换

由于基金管理公司的出资股东多为上市公司、证券公司、银行、信托公司等，基金行使投票权过程中存在一定的利益冲突、关联交易、内幕交易、欺诈和操纵等道德风险。上市公司的社会公众投资者也担心基金与上市公司、保荐人可能存在中间环节的暗箱操作，从而损害公众投资者的利益。为此，《上市公司股权分置改革管理办法》第四十九条规定，基金管理公司不得利用不正当手段干扰其他投资者正常决策，操纵相关股东会议表决结果，或者进行不正当利益交换。违反该规定的，由中国证监会责令改正，情节严重的，认定主要责任人员为市场禁入者，一定时期或永久不得担任上市公司和证券业务机构的高级管理职务。

此外，在 8 月 30 日举行的第 30 次基金联系会议上，证监会要求将基金经理的投票决定权上收到基金管理公司的投资决策委员会，这一举措大大降低了基金利用投票权寻租和进行黑幕交易的可能性，有助于基金管理公司参与股权分置改革的程序化，形成对股改方案的有效评估机制，更好地发挥基金在股权分置改革中的积极作用。

2、基金如何参与股东大会投票

基金参与股权分置改革方案的投票，可以和普通投资者一样采取现场投票、委托独立董事投票、网络投票三种形式。如果采用网络投票方式，深圳证券交易所的上市公司股东可以通过深圳证券交易所的交易系统投票或者通过互联网系统投票，而上海证券交易所则采取了通过交易系统投票的网络投票方式。

对于基金公司参与股东网络投票，上海证券交易所作出了程序性规定，基金公司在申请数字证书、报送股东账户后可以参加投票表决。

【基金实务】

● 基金投资资产证券化产品等金融衍生产品问题

近期发行的“联通收益计划”是根据《证券公司客户资产管理业务试行办法》的规定，经中国证监会批准，由证券公司发行的专项资产管理计划。有媒体将其称为我国固定收益品种创新的新起点，甚至可以说是我国第一例标准化的企业资产证券化（ABS）产品。从“联通收益计划”的发行条款来看，在存续期 175 日的联通 01 产品中，预期年收益率为 2.55%，在存续期为 354 日的联通 02 产品中，预期年收益率为 2.80%，而与此对照的我国一年期央行票据利率仅在 1.3% 左右。从“联通收益计划”的安全性上看，中国银行为“联通收益计划”产品的发行提供了连带责任担保，中诚信国际信用评级公司给予了该产品 AAA 的最高标准。因此，从收益性和安全性角度看，“联通收益计划”完全可以成为优良的投资对象。

根据《中华人民共和国证券投资基金法》第五十八条规定，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。因此，在我国现行的基金监管体制下，基金投资于上市交易的股票和债券之外的其他金融产品必须经过中国证监会批准。例如基金投资权证，就必须获得中国证监会许可方可进行。目前中国证监会尚未批准基金投资资产证券化产品，因此基金还不能涉足联通收益计划。

由于基金面向社会公众募集，所以监管层始终将其稳定性和安全性作为首要的考虑因素，尽量减少基金自由操作造成的违规风险。对于投资上市交易的股票和债券以外的其他金融产品，监管层采取的是逐项批准的方式，对不同类别的金融产品设定不同的监管要求。这种监管方式可以控制基金运作风险，但该种逐项审批的制度将会增加行政成本，并不可避免地使基金的投资运作滞后于新类型金融产品的发行，也使基金难以在金融创新过程中有所作为。

在创新品种不断出现的今天，如何将监管与及时适应金融创新相结合的问题，应当引起监管层重视。在目前金融证券市场日益发展的情况下，新的金融衍生品品种将层出不穷，对基金投资各个产品进行逐个审批显然无法跟上市场步伐。监管部门可以在综合考虑各类金融衍生产品的风险后，对该类产品制订统一规定，不仅符合基金管理公司的需求，也能促进基金管理公司在金融创新中发挥更积极的作用。

● 基金分红不足以支付手续费的处理问题

目前，多数基金公司在分红公告中写明“本次分红免收取分红手续费”。经查阅部分基金合同的规定，在基金的收益分配中，一般约定：“收益分配时发生的银行转账等手续费用由基金份额持有人自行承担。当投资人的现金红利不足以支付手续费时，为降低基金份额持有人的转账成本，保障基金份额持有人的利益，注册登记机构可将投资者的现金红利自动转为基金份额。”然而，在基金的分红过程中，由于基金份额持有人的份额不同，因现金分红需要支付的银行转账等手续费也不同。因此，基金管理人无法在基金合同、招募说明书中对基金分红的手续费低于多少金额时可以自动转为基金份额作出明确规定。

从维护基金份额持有人的权利出发，如果对收益分配收取手续费，基金管理人除了在基金合同中明确规定之外，还应当在分红公告中列明手续费的计算方法。当现金分红低于持有人应当支付的手续费时，基金管理人方可将现金分红转为基金份额计入投资者基金账户。基金管理人不应为了操作上的便利，随意确定一定的金额，在现金分红不足该金额时自行将现金红利转为基金份额。否则，根据基金合同的约定，基金份额持有人有权要求基金管理人在扣除实际的分红手续费后支付现金红利。

● 学校购买基金的有关问题

1、学校是否可以购买基金？

目前基金营销的对象日益呈现多样化，一些高等院校进入基金的营销视野。根据基金合同的规定，基金的机构投资者为“依据中华人民共和国有关法律法规规定可以投资于证券投资基金的法人、社会团体、其它组织”。那么，学校可否投资于证券投资基金呢？

目前，我国的学校主要分为两类，一类是以国家财政拨款为主的国家举办的学校，另一类是法人单位、民主党派、人民团体、社会团体、学术团体以及经批准的个人利用非国家财政性教育经费举办的社会力量举办学校。

根据《事业单位登记管理暂行条例》的规定，国家投资兴办的学校属于事业单位，其管理的资产为行政事业单位国有资产。根据《行政事业单位国有资产管理办法》的规定，其资产分为经营性资产和非经营性资产两类。根据国资委“关于颁发《事业单位非经营性资产转经营性资产管理实施办法》的通知”的规定，事业单位可以在符合国家法律、法规和政策规定，进行可行性论证、办理申报手续后，将非经营性资产转作经营。但是应当注意：国家财政拨款、上级补助以及维持事业正常发展，保证完成事业任务的资产不得转为经营性资产。此外，事业单位接受捐助、资助、必须符合事业单位的宗旨和业务范围，必须根据捐赠人、资助人约定的期限方式和合法用途使用，不得转为经营性资产。

关于社会力量举办学校的资产，根据《关于社会力量办学的若干暂行规定》，社会力量办学的全部收入及固定资产归学校所有，学校应当严格遵守国家财经纪律。该规定未对民办学校的资产使用作出明确的限制性规定。只要满足学校正常运作所需资金，社会力量举办学校有权决定资产的运用。

因此，根据我国现行法律法规的规定，学校将其所有的经营性资产投资于证券投资基金不存在法律障碍。

2、如果学校未根据有关规定将非经营性资产用于购买基金的法律后果如何？

根据我国《合同法》的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。国家投资兴办的学校用非经营性资产购买基金，违反了《行政事业单位国有资产管理办法》的规定，应当承担相应的法律责任。但就双方的合同关系而言，由于该办法的性质为行政规章，学校使用非经营性资产购买基金的行为并不因此而无效。

3、基金管理人是否负有审查基金投资人的主体资格及财产来源合法性的义务？

基金管理人作为基金合同的一方当事人，应当负有审查合同主体是否合格的义务。如果法律法规禁止某类民事主体投资于证券投资基金，则基金管理人不得向其销售基金。否则，基金管理人可能会因违反法律法规及基金合同的规定，而承担相应责任。与此相应，只要我国法律法规没有明确规定禁止投资于证券投资基金的民事主体，均可购买基金。

对投资人购买基金的财产的合法合规性，我国有关法律法规并未赋予基金管理人对投资于基金的财产合法合规性进行实质性审查的权利和义务，基金管理人只能进行表面合法合规性审查。实践中，对于投资财产受有关规定限制的当事人，为了避免产生纠纷，可以通过要求其提供保证和承诺的方式解决。如要求学校等事业单位保证其投资于基金的财产不属于非经营性资产和禁止投资于基金的财产。

● 保险公司设立基金公司的法律障碍与破解

据报道，保险系基金管理公司有望在今年年底前破壳，首批试点可能在五家保险资金管理公司中诞生，相关试点办法将于近期出台。

保险公司设立基金公司呼吁已久，但最大的困难来自法律上的障碍。《保险法》第 105 条规定：“保险公司的资金运用，限于在银行存款、买卖政府债券、金融债券和国务院规定的其他资金运用形式。保险公司的资金不得用于设立证券经营机构，不得用于设立保险业以外的企业。”这条规定一直被认为是保险基金公司难以设立的主要障碍。

对于如何绕开《保险法》第 105 条的限制性规定，保险公司有三种方式可以选择。

第一，《保险法》第 105 条授权国务院可以规定保险资金的其他运用形式，因此，保监会可以利用该授权条款进行突破。但即便如此，第 105 条第 2 款对保险资金的运用作出了禁止性规定，即“不得用于设立证券经营机构，不得用于设立保险业以外的企业”。因此，仅有国务院的特别许可尚不足以突破第 105 条的禁止性规定。

第二，修改《保险法》。修改《保险法》可以直接赋予设立保险基金公司法律依据。但《保险法》的修改一直存在较大争议，没有列入人大今年的立法计划，而且据报道，《保险法》的修订稿将于 2005 年年底才将提交中国保监会主席办公会，因此通过修改《保险法》以在短期内取得保险公司设立基金公司的法律依据是不现实的。

第三，以保险公司下属的保险资产管理公司作为保险基金公司的发起人，可以避免《保险法》第 105 条的限制。但采取保险资产管理公司作为基金公司发起人的方式，又将面对《证券投资基金管理公司管理办法》（以下简称《办法》）的限制。《办法》第 7 条规定，基金公司股权占 25% 以上的主要股东必须“持续经营 3 个以上完整的会计年度，公司治理健全，内部监控制度完善”、“注册资本不低于 3 亿元人民币”。目前 5 家保险资产管理公司注册资本均未到达 3 亿元，而国内最早开业的保险资产管理公司——中国人保资产管理公司，也不过持续经营 1 年而已。

保险公司可采取以下方式回避上述障碍。第一，《办法》属于部门规章，中国证监会可直接豁免保险资产管理公司持续经营 3 年的要求，或者经证监会认可，将保险资产管理公司的前身——保险公司的资产管理部的运作时间也计算在 3 年的连续运营时间内。第二，保险资产管理公司作为基金公司的发起人的持股比例低于 25%，即无需符合持续经营 3 年的要求。但这种方式可能导致保险资产管理公司不能控股基金公司，除非基金公司股权特别分散。

从上述法律障碍的破解方式来看，如果保险公司年内设立基金公司，最可能采取的方式是由保险资产管理公司发起设立基金公司，同时证监会对保险资产管理公司的持续经营时间进行特别许可或豁免。

【业务动态】

- **富国天惠精选成长混合型证券投资基金（LOF）开始募集**

本所律师提供法律服务的富国天惠精选成长混合型证券投资基金（LOF）自 2005 年 9 月 19 日起至 2005 年 10 月 25 日止，通过深交所上网发行和基金管理人及其代销机构公开发售。

- **兴业趋势投资混合型证券投资基金（LOF）开始募集**

本所律师提供法律服务的国内首只趋势基金——兴业趋势投资混合型证券投资基金（LOF）自 2005 年 9 月 19 日起至 2005 年 10 月 28 日止通过深交所上网发行和基金管理人及其代销机构公开发售。

- **本所律师为客户提供基金法律培训服务**

应本所客户国海富兰克林基金管理有限公司的邀请，本所律师结合“一法六规”以及中国证监会新近颁布的有关规定，主要就基金的基本法律关系、基金管理人的管理职责、基金销售、基金的运作、基金投资中的限制行为及关联交易等问题对公司有关人员进行培训。此前，作为法律服务的内容，本所律师已根据客户的需要，为客户多次提供基金法律法规的培训。

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 9 月 29 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