



源泰基金简报

2009年5月（总第30期）

【法规聚焦】

- 1、《证券投资基金收益分配条款的审核指引》
- 2、《中国人民银行公告〔2009〕第5号》
- 3、《国家税务总局关于中国居民企业向 QFII 支付股息、红利、利息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》

【基金实务】

- 1、为缩短基金赎回款项的支付时间，基金管理人是否可以为基金向基金托管人借款支付赎回款项，由基金管理人以自有资金支付基金托管人同期银行贷款利息？
- 2、如何界定《刑法修正案（七）》内幕交易罪中的“未公开信息”？
- 3、《基金经理注册登记规则》生效前后基金管理公司关于基金经理注册方面有哪些注意事项？
- 4、如基金管理公司收到打击使用盗版软件的法务函，应如何处理？

【业务动态】

【法规聚焦】

1、《证券投资基金收益分配条款的审核指引》

2009年4月1日，中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）将《证券投资基金收益分配条款的审核指引》（以下简称“《指引》”）正式下发给基金管理公司。《指引》对基金投资者关注的基金分红问题进行了原则性规范。

《指引》明确了为进一步规范开放式证券投资基金合同、基金招募说明书中收益分配条款的有关内容，应该在基金合同以及招募说明书中约定每年基金收益分配的最次数和每次收益分配的最低比例。基金的收益分配比例应当以期末可供分配利润（即期末资产负债表中未分配利润与未分配利润中已实现收益的孰低数）为基准计算。

《指引》要求，基金管理公司在上报产品的同时，应在基金合同以及招募说明书中约定基金收益分配方案的相关内容，基金收益分配方案中至少应载明基金期末可供分配利润、基金收益分配对象、分配时间、分配数额以及比例、分配方式等内容。

针对收益分配时限，《指引》提出基金红利发放日距离收益分配基准日（即期末可供分配利润计算截止日）的时间不得超过15个工作日。

《指引》明确，基金合同中若约定“基金收益分配后基金份额净值不能低于面值”的条款，应详细说明该条款的含义，例如：“基金收益分配基准日的基金份额净值减去每单位基金份额收益分配金额后不能低于面值。”

为避免产生歧义，《指引》提出，在基金合同中不能约定类似“基金投资当期出现净亏损，则不进行收益分配”等条款。而基金收益分配条款中出现的基金净收益等财务指标应统一改用实施《企业会计准则》后基金会计核算和信息披露的相关表述，如已实现收益或期末可供分配利润等。

《指引》还规定，货币市场基金、交易型开放式指数基金、指数基金及中国证监会认可的特殊产品可以根据产品特性设计分红条款，相关内容可以不受上述规定的限制。

此次下发的《指引》仍未对“期末”进行定义。目前，对于“期末”的理解，会计师提出一种观点，认为如不对“期末”进行定义，这个表述仍然可能令投资者产生误解，如可能误解为季末（如果某只基金每季度分红一次）或年末（如果某只基金每年至少分配一次）等。对此，本所建议，为避免歧义，在基金文件中可根据基金产品的具体分红要求对“期末”进行相应的定义及条款设计。

2、《中国人民银行公告〔2009〕第5号》

2009年3月20日，中国人民银行在其网站就基金管理公司为开展特定客户资产管理业务在全国银行间债券市场开立债券账户的有关事项发布了《中国人民银行公告〔2009〕第5号》（以下简称“《第5号公告》”）。《第5号公告》共十三条，对基金债券专用账户的开户手续、交易和结算方式等做出规定，主要是为基金债券专用账户做一些制度上的准备。

根据《第5号公告》，基金管理公司在全国银行间债券市场从事特定客户资产管理业务时，应为各特定资产管理组合分别开立单独的专用债券账户。账户名称为“基金管理公司名称—托管人名称—组合名称”。特定资产管理组合在全国银行间债券市场进行交易和结算前，资产托管人应先申请开立债券账户并申请办理债券交易联网手续。

根据《第5号公告》第六、七条的规定，特定资产管理组合可以直接或间接进行债券交易和结算。该等规定主要是对专户一对多业务做铺垫，例如可通过结算代理人进行债券交易和结算，结算代理人应根据中国人民银行上海总部公告[2008]第3号（以下简称“《第3号公告》”）的有关规定备案。

在特定资产组合的管理人、托管人或结算代理人发生变更时，应向交易中心和中央结算公司办理变更手续。特定资产管理合同终止时，应办理注销手续。办理变更或注销手续后，还应根据《第3号公告》向中国人民银行上海总部备案。

另外，为了保障基金管理公司对其旗下的基金进行规范运作并避免可能的利益冲突，《第5号公告》明确要求，同一基金管理公司管理的所有债券账户相互之间不得进行债券交易。这意味着，将改变基金管理公司数支基金共用一个债券账户的格局，亦有利于跟踪各只基金对债券管理的运作。

3、《国家税务总局关于中国居民企业向QFII支付股息、红利、利息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》

为完善资本市场的运行规则，国家税务总局于2009年1月23日发布《国家税务总局关于中国居民企业向QFII支付股息、红利、利息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》（国税函[2009]47号，以下简称“《通知》”），以明确合格境外机构投资者（以下简称“QFII”）缴纳所得税的问题。

根据《通知》，QFII取得来源于中国境内的股息、红利和利息收入，应当按照《中华人民共和国企业所得税法》及实施条例的规定缴纳10%的企业所得税。至于缴纳方法，《通知》规定QFII所得如果是股息、红利，则由派发股息、红利的企业代扣代缴；如果是利息，则由企业在支付或到期应支付时代扣代缴。

为了避免双重征税，我国与世界上 90 多个国家或地区签订了税收协定。根据收入来源地管辖权的一般原则，境外企业在我国取得的收入适用我国税率。考虑到这一实际情况，《通知》规定 QFII 取得股息、红利和利息收入，需要享受税收协定（安排）待遇的，可向主管税务机关提出申请，主管税务机关审核无误后按照税收协定的规定执行；涉及退税的，应及时予以办理。

2005 年 12 月 1 日，财政部和国家税务总局发布了《财政部、国家税务总局关于合格境外机构投资者营业税政策的通知》（财税[2005]155 号），明确规定对 QFII 委托境内公司在我国从事证券买卖业务取得的差价收入免征营业税。但对于 QFII 是否应缴纳所得税，一直未有明确规定。实践中，一般 QFII 先行预提一定比例的所得税金额，再根据税务机关的要求作相应扣缴。该《通知》的发布，为 QFII 依法纳税和税务机关依法执法提供了明确的法律依据。

【基金实务】

1、为缩短基金赎回款项的支付时间，基金管理人是否可以为基金向基金托管人借款支付赎回款项，由基金管理人以自有资金支付基金托管人同期银行贷款利息？

目前，基金管理人一般在接受基金份额持有人的赎回申请（T 日）后，于 T+1 日对赎回的有效性进行确认；赎回申请成功后，基金管理人指示基金托管人按有关规定将赎回款项在 T+1 日自基金托管账户划出。为缩短基金赎回款项的支付时间（如基金份额持有人 T 日申请赎回，基金管理人在当日（T 日）就指示基金托管人支付赎回款项），基金管理人是否可以为基金向基金托管人借款支付赎回款项，由基金管理人以自有资金支付基金托管人同期银行贷款利息？

对于上述问题，结合有关法律法规分析如下：

（1）基金能否向托管行借款融资？

上述安排的本质是基金向托管行借款融资，以满足赎回的时间要求，而基金能否向托管行融资，一直有较大争议。《中华人民共和国基金法（草案）》二审稿中第 54 条规定：“根据开放式基金运营的需要，基金管理人可以按照中国人民银行规定的条件为基金向商业银行申请短期融资”，而最终定稿的《中华人民共和国基金法》（以下简称“《基金法》”）未对基金向商业银行借款融资作出规定。

对于基金向商业银行借款融资存有较大争议，而法律法规未作规定时，如以基金为借款人向托管行借款融资，亟待监管部门的相关解释。

（2）基金向托管人借款融资，是否导致信托关系的受托人以固有财产与信托财产进行交易？

基金投资者与基金管理人、基金托管人之间的基本法律关系是信托关系，对于《基金法》未规定的，适用《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。而根据《中华人民共和国信托法》第 28 条：“受托人不得将其固有财产与信托财产进行交易或者将不同委托人的信托财产进行相互交易，但信托文件另有规定或者经委托人或者受益人同意，并以公平的市场价格进行交易的除外。”

尽管上述安排中基金不需要支付借款利息，不是以公平的市场价格进行，但却优于公平的市场价格；在基金信托法律关系项下，作为信托文件的基金合同和托管协议均未就基金向基金托管人借款融资作出规定，因此，我们理解，基金向托管人借款融资，需要取得作为委托人的基金份额持有人的同意。

(3) 基金向托管人借款融资，由基金管理人支付利息，是否导致基金份额持有人利益受损？

针对这一问题应区分申请赎回的基金份额持有人和未申请赎回的基金份额持有人进行分析。

对于申请赎回的基金份额持有人而言，基金向托管人借款融资，同时，基金不承担借款利息而由基金管理人承担，申请赎回的基金份额持有人可以更早地收到基金赎回款。因此，对于申请赎回的基金份额持有人而言是有利的。

对于未申请赎回而继续持有基金的基金份额持有人而言，基金向托管人借款融资，同时，基金不承担借款利息而由基金管理人承担，但基金可以更加灵活地管理处分期持有的基金资产，一般而言对未申请赎回的基金份额持有人而言亦是有利的。但是，并不能排除基金管理人对该等基金资产的灵活管理处分，绝对对基金资产、对未申请赎回的基金份额持有人没有不利影响。

由此，我们认为该等利弊无法量化。

(4) 对于基金管理人自身有何影响？

上述安排由基金管理人承担借款利息。基金管理人向基金托管人融资而可能承担的借款利息取决于赎回款项的金额，在基金管理人与基金托管人签署借款合同时，该等利息金额是无法确定的，因此，该等借款利息的金额存在不确定性。一般而言，根据基金管理公司的章程，公司对固有资产的处置超过一定的金额，应经内部决议机制（如董事会或总经理）批准。如果计息支付金额在总经理或董事会的处置范围内，则需要相应的获得总经理或董事会的批准。

如果涉及较大金额的利息支出需要董事会批准时，因召开董事会需要一定的时间，可能无法满足支付赎回款的时效性要求。同时，如果涉及较大金额的利息支出，可能超过基金管理人的资金承受能力，也可能会影响基金管理人对其旗下基金的投资运作。

综上，为缩短基金赎回款项的支付时间，如基金管理人为基金向基金托管人借款支付赎回款项，由基金管理人以自有资金支付基金托管人同期银行贷款利息，有下列事项需要注意：

- (1) 亟待监管部门对基金向商业银行借款融资作出相关解释；
- (2) 取得作为信托关系项下委托人的基金份额持有人的同意；
- (3) 对基金财产、对未申请赎回的基金份额持有人可能产生不利影响的风险控制；
- (4) 对基金管理人自身可能产生不利影响的风险控制。

2、如何界定《刑法修正案（七）》内幕交易罪中的“未公开信息”？

《刑法》第 180 条对内幕交易罪作出了规定。对于前述条文所指的内幕信息，我国《证券法》第 67 条及第 75 条已明确其范围。认定内幕信息的信息标准包括：（1）对公司证券的市场价格有重大影响的信息（即重大性原则）；（2）尚未公开的信息（即非公开性原则）。

2009 年 2 月 28 日，全国人大常委会发布了《刑法修正案（七）》，其中第 2 条对内幕交易罪进行了修正，增加了 1 款作为《刑法》第 180 条第 4 款，即“证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的，依照第一款的规定处罚。”

那么，如何界定该条文所述“内幕信息以外的其他未公开的信息”？“内幕信息以外的其他未公开的信息”是否包括基金管理公司的未公开信息？

此次《刑法修正案（七）》对刑法第 180 条内幕交易罪进行修正的一个重要原因是鉴于，近年来一些金融机构（包括基金管理公司、证券公司、商业银行、保险公司等）的从业人员，利用因其职务便利知悉的内幕信息以外的其他与证券、期货交易有关的未公开的信息（如本单位受托管理资金的运营情况，客户的交易信息等），违反规定从事相关交易活动，谋取非法利益或者转嫁风险（俗称“老鼠仓”行为），严重破坏了金融管理秩序，损害了广大公众投资者的利益，违背了社会的诚信和资本市场的运行规则。《刑法修正案（七）》有助于对老鼠仓行为进行遏制，以保护广大公众投资者的利益。

因此，结合上述立法背景及立法意图，“内幕信息以外的其他未公开的信息”应至少包括：证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的未公开信息。针对基金管理公司，该等未公开的信息一般指基金管理公司尚未公开的其管理基金财产的运营情况（如基金公司即将建仓、减仓或出仓的信息）、客户的交易信息、投资指令等。

3、《基金经理注册登记规则》生效前后基金管理公司关于基金经理注册方面有哪些注意事项？

中国证券业协会 2009 年 3 月 20 日发布的《基金经理注册登记规则》（以下简称“《规则》”）明确对基金经理注册登记作出了规定。基金管理公司在《规则》生效前后在基金经理注册方面应注意哪些主要事项？

（1） 《规则》中未明确规定的基金经理助理是否需要申请注册？

根据《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》第十四条规定，申请注册的人员是基金经理；投资总监、特定客户资产管理投资经理、企业年金投资经理、社保基金投资经理参照执行。因此，《规则》中未明确规定的基金经理助理无需申请注册。

但是，如果现任的基金经理助理可能是未来新基金的拟任基金经理，我们也建议公司按照拟任基金经理的资格要求尽早对基金经理助理进行规范，如对参加合规培训的要求等，以便于未来的申请注册。

（2） 现任基金经理是否需要申请注册？

根据《关于发布和实施基金经理注册登记规则有关事项的通知》，现任基金经理无需按《规则》要求申请基金经理注册，但基金管理公司仍需要向中国证券业协会提交基金经理的基本情况，办理登记手续。

（3） 拟任基金经理是否需要参加基金经理证券投资法律知识考试？

如基金产品于 2009 年 4 月 1 日以前取得基金募集批文，基金合同是在 2009 年 4 月 1 日以后生效的，则该基金产品的基金经理视为“现任基金经理”，无需参加基金经理证券投资法律知识考试。

如基金产品于 2009 年 4 月 1 日以后取得基金募集批文，则该基金产品的基金经理是否视为“现任基金经理”取决于该基金经理是否正在担任其他基金的基金经理：如该拟任基金经理正在担任其他基金的基金经理的，则该拟任基金经理无需参加基金经理证券投资法律知识考试；如否，则该拟任基金经理仍需参加基金经理证券投资法律知识考试。

如基金产品于 2009 年 4 月 1 日以后申请募集，则该基金产品的基金经理（如不是其他基金的现任基金经理）应参加基金经理证券投资法律知识考试。

4、 如基金管理公司收到打击使用盗版软件的法务函，应如何处理？

我国目前最终用户在电脑中安装、使用未经授权软件的现象非常普遍。近期，业内已有基金管理公司收到某些软件公司打击使用盗版软件的法务函，那么使用这些未经授权的软件是违法行为吗？如果是，基金管理公司将要承担什么法律责任？基金管理公司应如何处理？

（1） 商业性使用未经许可的软件构成侵权

我国在加入 WTO 前，为履行 TRIPs 协议下的相关义务，对我国知识产权法律进行了全面修改，加大了对侵犯著作权行为的打击。目前，计算机软件侵权的相关规定主要有：《中华人民共和国著作权法（2001 年修正）》（“《著作权法》”）、《计算机软件保护条例（2001 年修正）》（“《条例》”）以及最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（自 2002 年 10 月 15 日施行）（“《高院解释》”）等。

根据《著作权法》第 47 条第 1 款的规定，未经著作权人的许可，复制作品的构成侵权行为。根据《条例》第 24 条第 1 项规定，未经软件著作权人许可，复制或者部分复制著作权人的软件的，构成侵权行为。据此，有观点认为，无论是机构还是个人、盈利性还是非盈利性，只要使用未经授权的软件就构成侵权。但鉴于《著作权法》、《条例》并未对最终用户作出明确界定，《高院解释》采取了稳妥的态度，第 21 条规定，计算机软件用户未经许可或者超过许可范围商业使用计算机软件的，依据著作权法第 47 条第 1 项、条例第 24 条第 1 项的规定承担民事责任。因此，基金管理公司商业性使用未经许可的软件的是侵权行为。

（2） 软件侵权的法律责任

依据《著作权法》第 47 条第 1 项、《条例》第 24 条第 1 项，侵犯软件著作权的，可能承担民事、行政及刑事法律责任。民事责任包括停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等；行政责任主要是由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品以及处以罚款等；构成犯罪的，依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定，追究刑事责任。目前，许多公司因商业性使用未经许可的软件被判令赔偿损失、罚款；但据我们了解，尚未有普通个人用户非商业性使用未经许可的软件被追究法律责任的情形。

（3） 收到打击使用盗版软件的法务函如何处理

许多基金管理公司收到软件公司的法务函、律师函或受到行政机关的执法调查后，未及时作出应对，或者错失协商解决机会，或者掉入“销售陷阱”，给公司造成了不必要的损失。我们建议基金管理公司从以下几方面着手，及时作出应对：

（i） 了解自己、分析原因

收到类似的法务函或律师函时，首先要对公司目前安装使用的软件进行排查，以确认是否使用未经授权的软件、是个人使用还是公司使用、是否与公司经营有关等。如果的确有使用，应当及时删除，应当立即停止使用侵权软件。如果公司因业务需要使用特定软件，又无替代软件的情况下，可以考虑购买正版软件。另外，公司要分析被发现使用盗版软件的原因，一般是软件著作权人通过网络探测、员工举报、隐名公证取证或行政机关的执法调查等方式，公司可以根据不同情形作出及

时应对。但无论基于何种原因而被发现使用盗版软件，我们都建议公司在不影响公司软件系统安全性和稳定性的前提下及时删除涉嫌盗版的软件。

(ii) 防范陷阱、协商解决

许多法务函是由软件公司的销售部门或者销售代理机构发出，以推销软件为目的，并不一定掌握基金管理公司使用未经授权软件的证据，“法务函”的背后有可能是“销售陷阱”。公司即使要购买其正版软件，也应要求发函方提供销售正版软件的授权，并比较价格是否与市场价格一致。

律师函一般是在著作权人向律师提供了初步证据后，由律师发出。基金管理公司需要审慎应对，并防止著作权人进行电话录音、隐名公证取证等，而落入著作权人的“取证陷阱”。

行政机关的执法调查一般是著作权人向行政机关提供了初步证据后，由行政机关进行调查。行政机关的执法调查的背后存在“罚款陷阱”，既要赔偿著作权人的损失，又要缴纳罚款，因此，基金管理公司须谨慎应对。对于侵犯软件著作权，证据确凿的案件，实务中也多由侵权行为人与著作权人协商以购买一定数量的正版软件，或赔偿一定损失的协商方式解决。

(iii) 寻找对策、进行反制

如果收到具有“恐吓”性质的函件，著作权人恶意发布公司使用盗版软件的信息，贬低公司的商誉或者著作权人在协商解决过程中漫天要价的，基金管理公司应寻找对策，及时进行反击，以维护自己的合法权益。如对侵犯商誉的，可以要求赔偿；对涉嫌垄断、不正当竞争的也可以向知识产权局、工商局及商务部门举报。目前国家知识产权局已对部分国外软件公司在中国涉嫌垄断，如价格歧视、捆绑销售等进行调查。当然，解决软件侵权的不二法门仍然是购买正版软件。证监会也要求基金管理公司建立一套完善的计算机信息系统，确保公司信息系统安全、高效、稳定的运行。为减少盗版软件对公司计算机系统安全性和稳定性的影响，基金管理公司也应避免使用未经许可的软件。

【业务动态】

- 1、本所为泰信基金管理有限公司某股票型证券投资基金等基金提供法律服务，本所提供法律服务的泰信蓝筹精选股票型证券投资基金、泰达荷银品质生活灵活配置型证券投资基金等基金的基金合同于近日生效；
- 2、受富国、农银汇理、诺德、长信、鹏华、易方达、民生加银、中邮创业、华商、天治等基金管理公司的委托，本所律师为其进行了投资管理人员（基金经理）新法规、反洗钱及销售适用性等方面的培训。

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 邮编: 200120

电话: (8621) 5115 0298, 5115 0391(直线), 13917351457

传真: (8621) 5115 0398

邮箱: henryliao@yuantai.com.cn

网址: www.yuantai.com.cn