



源泰律師事務所  
YUANTAI PRC ATTORNEYS

中国基金业的专业法律顾问

## 源泰基金简报

2009年8月（总第33期）

### 【法规聚焦】

- 1、《关于进一步改革和完善新股发行体制的指导意见》

### 【基金实务】

- 1、基金管理公司如何向境外投资顾问支付服务费？能否向境外第三人支付服务费？
- 2、基金管理公司由于操作失误而向基金份额持有人超额划付的“赎回款”是否构成“不当得利”？如构成，基金管理公司应如何处理？

### 【业务动态】

## 【法规聚焦】

### 1、《关于进一步改革和完善新股发行体制的指导意见》

为了进一步健全新股发行机制、提高发行效率，中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）在向社会公开征求意见后，于2009年6月10日公布了《关于进一步改革和完善新股发行体制的指导意见》（以下简称“《意见》”），该《意见》自2009年6月11日起正式施行，《意见》施行后将启动IPO审批程序。截至2009年6月，A股IPO已经暂停了近9个月。

#### （1） 主要规定

《意见》载明现阶段新股发行体制改革的四项措施分别为：完善询价和申购的报价约束机制；优化网上发行机制，将网下网上申购参与对象分开；对网上单个申购账户设定上限以及加强新股认购风险提示。

#### （2） 新股发行体制改革前后对比

项目	具体分类	改革前	改革后
初步询价	询价参与方	询价对象	配售对象
	报价方式	价格区间和申购意向	发行价格和申购数量
累计投标询价	与初步询价关系	不参加初步询价则无法参加累计投标询价	杜绝低报高买和高报不买
	申购数量	高于最低申购数量	不低于初步询价阶段所申报数量
网上发行	与网下发行关系	配售对象可同时参与	配售对象只能选择网上或网下一种方式
	申购数量	单一证券账户不得超过9,999.9万股，法定机构证券账户累计申购不能超过新股网上发行量	原则上不超过本次网上发行股数的千分之一
其他变化	新股发行风险提示	主要体现在招股说明书中	强化一级市场风险提示

### (3) 新规影响

- i) 要求询价对象真实报价，询价报价与申购报价应该具有逻辑一致性，主承销商应当采取措施杜绝高报不买和低报高买。
- ii) 要求将网上网下申购参与对象分开，若有配售对象参加了拟发行股票的网下报价、申购、配售任一环节，则将被视为选择网下申购放弃网上申购。
- iii) 对网上单个申购账户设定上限，原则上不超过该次新股网上发行股数的千分之一。对最终定价超过预期价格导致募集资金量超过项目资金需要量的，发行人应当提前在招股说明书中披露用途。
- iv) 发行人及其主承销商刊登新股投资风险特别公告，向投资者提示新股认购风险。

### 【基金实务】

#### 1、基金管理公司如何向境外投资顾问支付服务费？能否向境外第三人支付服务费？

随着 QDII 业务的开展，基金管理公司与境外投资顾问之间开展的境外投资咨询服务业务也日益增多，其中境外投资咨询服务费（以下简称“服务费”）的外汇支出问题引起了一些基金管理公司的关注，相继向我们咨询：

- (1) 基金管理公司如何向境外投资顾问支付服务费？
- (2) 基金管理公司能否向境外第三人（如次投资顾问）支付服务费？

针对上述问题，我们分析如下：

#### (1) 基金管理公司如何向境外投资顾问支付服务费？

##### (i) 向境外投资顾问支付服务费属于经常项目外汇支出

《中华人民共和国外汇管理条例》（以下简称“《外汇管理条例》”）第五十二条规定：“……经常项目，是指国际收支中涉及货物、服务、收益及经常转移的交易项目等。”

基金管理公司与境外投资顾问签订投资咨询服务协议，境外投资顾问向基金管理公司提供的服务为金融服务，应属于《外汇管理条例》中所指的国际收支中涉及服务的交易项目。根据上述规定，基金管理公司根据投资咨询服务协议支付服务费，须以外汇支付，且该外汇支付属于经常项目外汇支出，应当依照有关经常项目外汇收支的规定对外付汇。

## **(ii) 外汇支出的程序**

### **(a) 向税务主管部门办理完税证明**

根据《关于服务贸易等项目对外支付提交税务证明有关问题的通知》第一条规定，境内机构和個人由于取得境外机构或個人提供的服务向境外单笔支付等值3万美元以上（不含等值3万美元）服务费，基金管理公司应当先向主管税务机关办理完税证明，然后向外汇指定银行办理外汇支付审核手续；经咨询有关税务人员，服务费单笔支付数额不超过3万美元的，基金管理公司无需向外汇指定银行提交完税证明，但仍应为境外投资顾问办理税务方面的代扣代缴手续。

### **(b) 向外汇指定银行办理外汇支出审核手续**

《外汇管理条例》第十二条规定：“经常项目外汇收支应当具有真实、合法的交易基础。经营结汇、售汇业务的金融机构应当按照国务院外汇管理部门的规定，对交易单证的真实性及其与外汇收支的一致性进行合理审查。外汇管理机关有权对前款规定事项进行监督检查。”可见，服务费外汇支付的审核主体为外汇指定银行，外汇管理机关负有监督检查的权力。

根据《国家外汇管理局关于下发<非贸易售付汇及境内居民个人外汇收支管理操作规程>（试行）的通知》（汇发[2002]29号）（以下简称“《29号文》”）关于咨询服务类外汇收支的要求，外汇指定银行应当审核书面申请、合同或协议、发票或支付通知、税务凭证的原件，并在原件上注明售付汇日期、金额，加盖业务公章，留存复印件3年备查。

### **(c) 对外支付服务费**

《外汇管理条例》第十四条规定：“经常项目外汇支出，应当按照国务院外汇管理部门关于付汇与购汇的管理规定，凭有效单证以自有外汇支付或者向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇支付。”

根据该规定，基金管理公司向外汇指定银行办理外汇支出审核手续获批后，可以自有外汇或向外汇指定银行购汇，并通过在外汇指定银行开设的境内外汇账户对外支付服务费。

## **(2) 基金管理公司能否向境外第三人支付服务费？**

### **(i) 协议或合同中能否约定向第三人履行债务？**

《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第六十四条规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”

根据上述规定，协议或合同的当事人可以约定由债务人向第三人履行债务；债务人未向第三人履行债务的，依然构成违约，应依照协议或合同约定向债权人承担违约责任。

## **(ii) 境外投资顾问协议中能否约定基金管理公司向境外第三人支付服务费？**

《外汇管理条例》第十二条规定：“……经营结汇、售汇业务的金融机构应当按照国务院外汇管理部门的规定，对交易单证的真实性及其与外汇收支的一致性进行合理审查……”；此外，《29号文》对于咨询服务项目售付汇的审核也要求外汇指定银行审核材料的真实性和一致性。根据该等外汇管理规定，境外投资顾问的当事人为基金管理公司和境外投资顾问，相应的，外汇收支的当事人也应该是基金管理公司和境外投资顾问。因此，我们认为，基金管理公司只能向合同的当事人境外投资顾问支付服务费，而不能向境外第三人支付服务费。

综上，尽管《合同法》并未限制基金管理公司与境外投资顾问在境外投资咨询协议中作出由基金管理公司向境外第三人支付服务费的约定，但该等约定显然违反了外汇管理规定关于外汇收支“一致性”的要求，从而可能导致基金管理公司实际无法向境外第三人支付服务费。

## **(iii) 关于向境外第三人支付服务费的约定之效力探讨**

根据上述(ii)的分析，基金管理公司与境外投资顾问应避免在境外投资咨询服务协议中作出基金管理公司向境外第三人支付服务费的约定，但如果已经作出了该等约定，基金管理公司因违反外汇管理规定而不能向境外第三人支付服务费是否构成违约行为？抑或是否可以向有关法院或仲裁庭申请裁定该等约定为无效条款？

一种意见认为，该等约定构成违约，理由是：(i) 根据《合同法》有关规定，债务人不按照约定向第三人履行债务的，对于债权人而言，将构成违约行为；(ii) 《外汇管理条例》没有明确地禁止债务人向第三人履行债务的强制性条款；(iii) 从效力的层次看，《合同法》的效力优先于《外汇管理条例》，因此基金管理公司不能以该等约定违反外汇收支的要求为由而主张该等条款无效。

另外一种意见认为，该等约定为无效，理由是：(i) 虽然《合同法》允许债务人向第三人履行债务，债务人不向第三人履行债务的，仍将构成违约行为，但前提是合同或合同条款有效；(ii) 根据《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定”，《外汇管理条例》为行政法规，而该等约定实质上违反了《外汇管理条例》关于外汇收支“一致性”的要求。因此，该等约定因违反行政法规的强制性规定而无效。在该等条款被认为无效的情况下，基金管理公司不存在违约行为，也就无需承担违约责任。

综上，针对上述问题，不同法官或者仲裁员对此也可能存在不同意见。因此，我们建议，基金

管理公司应避免在境外投资咨询服务协议中作出该等约定或类似的约定，以避免将来可能发生的争议。

## 2、基金管理公司由于操作失误而向基金份额持有人（以下简称“投资者”）超额划付的“赎回款”是否构成“不当得利”？如构成，基金管理公司应如何处理？

基金管理公司在划付赎回款项时可能由于操作失误而向投资者超额划付“赎回款”。例如：某投资者申请赎回基金份额 1,000 份，提出赎回申请当日的基金份额净值 0.6 元/份，基金管理公司应划付 600 元赎回款。由于操作失误，基金管理公司向其实划付 1,000 元，超额划付 400 元。那么，该笔超额划付的“赎回款”是否构成“不当得利”？如构成，基金管理公司应如何处理？

### 问题一：基金管理公司由于操作失误而向投资者超额划付的“赎回款”是否构成“不当得利”？

不当得利，是指无法律上的原因而受益，致使他人受到损失的事实。《中华人民共和国民法通则》（以下简称“《民法通则》”）第九十二条规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”可见，“不当得利”的构成要件有四：（1）一方获得利益；（2）他方受有损害；（3）受益和受损之间存在因果关系；（4）受益没有合法根据。

上述假设中：（1）投资者获得 400 元的经济利益；（2）基金财产受到 400 元的经济损失；（3）该 400 元经济利益是由于基金管理公司操作失误所导致基金财产的损失而得，存在因果关系；（4）投资者取得超额划付的 400 元“赎回款”显然没有合法依据。据此，投资者取得超额划付的“赎回款”符合“不当得利”的构成要件，即构成“不当得利”。

### 问题二：基金管理公司应如何处理？

#### （1）以风险准备金赔偿基金财产的损失

根据《证券投资基金法》（以下简称“《基金法》”）第九条和第八十三条的规定，基金管理人、基金托管人管理、运用基金财产，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。基金管理人、基金托管人在履行各自职责的过程中，违反《基金法》规定或者基金合同约定，给基金财产或者投资者造成损害的，应当分别对各自的行为依法承担赔偿责任；因共同行为给基金财产或者投资者造成损害的，应当承担连带赔偿责任。

基金管理公司作为受托人管理基金财产时负有谨慎勤勉的义务，对于投资者提交的赎回申请，有义务对其确认后发出准确的划款指令。基金管理公司因自身操作失误超额划付赎回款，致使基金财产受到损害，显然有悖于其谨慎勤勉的受托人义务，应当承担赔偿责任。

那么，基金管理公司应如何赔偿？根据《关于基金管理公司提取风险准备金有关问题的通知》第二点：“风险准备金用于赔偿因基金管理公司违法违规、违反基金合同、技术故障、操作错误等给基金财产或者投资者造成的损失，以及中国证监会规定的其他用途。风险准备金不足以赔偿上述损失的，基金管理公司应当使用其他自有财产进行赔偿。”据此，基金管理公司应以风险准备金赔偿其因操作错误而给基金财产造成的损失。当风险准备金不足以赔偿上述损失时，以基金管理公司的其他自有财产进行赔偿。

## （2）代表基金财产要求该投资者返还“不当得利”

如上文所述，投资者取得超额划付的“赎回款”构成“不当得利”。在“不当得利”法律关系中，投资者是“不当得利”之债的债务人，基金财产是“不当得利”之债的债权人。根据《民法通则》第九十二条的规定，债权人享有要求债务人返还“不当得利”的权利，债务人负有向债权人返还“不当得利”的义务。《基金法》第十九条规定：“基金管理人应当履行下列职责：……（十一）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……”因此，基金管理公司有权代表基金财产行使“不当得利”之债的返还请求权，要求该投资者返还超额划付的“赎回款”。

## 问题三：基金托管人是否需要承担相应责任？

相关法律法规并未对基金托管人监督资金划付情况作出明确规定，但一般来说，在托管协议中都会有类似“基金托管人对基金申购资金的到账和赎回资金的划付进行监督 and 核查”的约定。

由此可见，在托管协议有前述约定的前提下，对于赎回款等资金划付，基金托管人负有监督、核查相关指令的义务。因此，基金托管人和基金管理人应对因共同行为所导致的基金财产的损失承担连带责任。

**问题四：若投资者拒绝返还“不当得利”且在基金管理公司处仍有剩余基金份额，基金管理公司是否可以在该投资者再次提出赎回申请时，以剩余的基金份额抵销该笔“不当得利”？**

### （1）法定抵消

《合同法》第九十九条规定：“当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外……”

该投资者再次提出赎回申请剩余基金份额时，基金管理公司负有支付赎回款项的义务，同时该投资者负有返还“不当得利”之义务，且此时均已到期，符合双方互负到期债务的要求。双方互负的债务也不属于按照合同性质或者依照法律规定不得抵销的债务。（通常在两种情况下债务禁止抵销：其一，因合同的性质禁止抵销的，例如提供劳务的债务等；其二，依照法律规定禁止抵销的，例如劳动报酬、抚恤金等。）那么，判断的关键在于双方互负的债务的给付是否为同一种类，即标的物的

种类、品质是否相同。尽管基金份额在赎回成功后最终体现为现金形式，但在投资者提出赎回申请之时，基金份额仅仅是基金的基本构成单位和计算单位，与超额划付的“赎回款”（现金）并不属于同一种类的标的物。因此，我们认为，基金管理公司不能行使法定抵销权。

## （2）合意抵销

除“法定抵销”外，《合同法》第一百条规定了“合意抵销”，即当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。因此，尽管基金份额与超额划付的“赎回款”属于不同种类的标的物，但是基金管理公司与投资者若协商一致，在实践操作可行的前提下（如系统支持），可以剩余的基金份额抵销该笔“不当得利”。

## 【业务动态】

- 1、本所受农银汇理基金管理有限公司的委托，担任其第五只基金专项法律顾问；
- 2、本所受汇丰晋信基金管理有限公司的委托，担任其新基金专项法律顾问；
- 3、本所提供法律服务的新世纪泛资源优势灵活配置混合型证券投资基金、长信恒利优势股票型证券投资基金、天治趋势精选灵活配置混合型证券投资基金、民生加银增强收益债券型证券投资基金等基金的基金合同于近日生效；
- 4、受多家基金管理公司的委托，本所律师为其进行了投研、销售、董事监事履职、反洗钱、新股申购等方面的培训。



## 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](mailto:henryliao@yuantai.com.cn)

网址: [www.yuantai.com.cn](http://www.yuantai.com.cn)