



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10月（总第35期）

【法规聚焦】

- 1、《基金管理公司反洗钱客户风险等级划分标准指引（试行）》
- 2、《关于证券投资基金投资创业板上市证券的说明》（基金部函【2009】636号）

【基金实务】

- 1、公司内部制度的一致性
- 2、人力资源管理制度中的实习生相关规定
- 3、员工行为管理制度中的惩罚措施
- 4、信息披露制度中的注意事项

【业务动态】

- 1、本所律师为上海某家基金管理有限公司拟募集的新基金提供法律服务；
- 2、本所律师为深圳某家基金管理有限公司拟募集的新基金提供法律服务；
- 3、本所律师应邀为四家基金管理公司提供有关投资管理人员及新股申购方面的合规法律培训。

【法规聚焦】

1、《基金管理公司反洗钱客户风险等级划分标准指引（试行）》

中国证券业协会于 2009 年 9 月发布了专门针对基金客户的《基金管理公司反洗钱客户风险等级划分标准指引（试行）》（以下简称“《指引》”），并于 2009 年 9 月 9 日正式实施。

中国证券业协会在下发《指引》的同时，要求基金管理公司相应制定或修订本公司的客户风险等级划分制度，尽快与代销机构和服务提供商在相关协议中明确投资人身份资料的提供内容及客户风险等级划分职责。中国证券业协会同时要求基金管理公司对现有基金账户按计划进行客户风险等级划分，对新开户客户的风险等级划分工作应与客户身份识别工作同时进行，并在建立业务关系之日起 10 个工作日内完成。

在客户风险等级划分方面，《指引》明确将基金管理公司客户风险等级划分为高、中、低三个等级，并对各等级的划分标准进行了详细说明。对于被识别为高风险等级的客户，基金管理公司有权自主决定是否接受该客户为本机构的客户。

在客户信息审核和交易监测方面，《指引》要求根据客户的不同风险等级进行频度、内容不等的定期审核。《指引》还要求基金管理公司针对客户交易活动制作监测分析报告，并及时向中国反洗钱监测分析中心、中国人民银行当地分支机构和其他有关部门及时报告符合可疑交易标准等情形。

对于《指引》的实施，我们认为目前有两个问题值得探讨：

（1）根据《指引》第 6 条，基金管理公司应与代销机构在销售协议中明确投资人身份资料的提供内容及客户风险等级划分职责。但是，在实践中，由于代销机构对基金管理公司屏蔽其客户信息，实际上只能由代销机构对其进行客户身份识别和风险等级划分。如果代销机构未能依据《指引》规定的风险等级划分标准对其客户进行风险等级划分，即使基金管理公司与代销机构在代销协议中明确了风险等级划分职责，基金管理公司仍然面临着因代销机构的失职而直接承担行政责任的风险。另外，代销机构是否可以适用其自身的客户风险等级划分标准，亦需要进一步予以明确。

（2）根据《指引》，对于高风险等级的客户，基金管理公司有权拒绝其成为本机构的客户，我们理解这个规定只适用于新客户。对于列入高风险等级的老客户，如基金管理公司与其终止基金合同，则可能构成违约；建议提高对此类老客户的审核频度和力度，至少每半年应进行一次审核，更新客户身份基本信息并了解其资金来源、资金用途、经济状况或者经营状况等信息。

2、《关于证券投资基金投资创业板上市证券的说明》（基金部函【2009】636号）

中国证监会基金监管部于 9 月 22 日向各基金管理公司下发《关于证券投资基金投资创业板上市

证券的说明》(基金部函【2009】636号)(以下简称“《说明》”),就基金投资创业板问题做出回应。随着9月25日创业板申购开闸,截至2009年9月25日,已有55家基金管理公司逾300只基金公告旗下符合要求的基金参与创业板的投资。

《说明》要求各基金管理公司根据基金合同所规定的投资目标、投资策略、投资范围、资产配置比例和风险收益特征判断所管理的基金能否投资创业板股票,并做好事前披露和风险提示工作。

由此可见,并非所有的基金都可以当然投资创业板,并且对于那些可以投资创业板的基金而言,其投资也受到基金合同本身对于投资目标、投资策略、投资范围、资产配置比例和风险收益特征等的限制以及相关法律法规对于基金投资的“双十”限制。另外,对于“风险收益特征”该等需要审慎把握的标准,还需要由基金管理公司结合基金本身的安全性、流动性和收益性特点及创业板股票所占比例进行综合权衡。在判断指数基金是否可以投资创业板时,也需要综合考虑具体基金合同中对于投资原则、投资策略、风险收益特征以及投资限制等的约定。

总之,决定是否投资于创业板股票,需要对单只基金的基金合同进行解读,综合考虑如“双十”限制等法规层面的限制,以及基金合同中对于投资目标、投资策略、投资范围、资产配置比例和风险收益特征等的约定。

【基金实务】

本所律师近期为家多基金管理公司的内部制度进行了系统的梳理和完善,在此与大家分享一些基金管理公司内部制度方面的心得与体会。

1、公司内部制度的一致性

目前基金管理公司的内部制度结构通常分为四级:第一级,公司章程;第二级,基本制度;第三级,董事会及下设委员会工作制度;第四级,公司部门规章制度。

在我们为基金管理公司梳理和完善公司制度的过程中,发现基金管理公司的内部制度中经常存在如下两种不一致的情况:

- (1) 制度之间对相同事项的规定不一致;
- (2) 制度与现行法律法规的规定不一致。

对于第1种情况,比较典型的情况是公司章程与股东会、董事会或监事会议事规则不一致:

公司章程中通常对股东会、董事会或监事会的议事规则作出规定,这一部分也是公司章程的必备内容。但公司章程中的规定往往比较原则,操作性上有所欠缺,通常公司把制定具体议事规则的权限下放给董事会,经股东会会议表决通过后实施,以确保工作效率和科学决策。

如果公司对章程中议事规则所涉内容修改后没有相应对议事规则进行修改，就容易导致不一致的情形出现。例如，某公司章程中对“董事长不能召集、主持或不召集、主持董事会会议”情形的解决方式是“由半数以上董事共同推举一名董事主持”，而在董事会议事规则中对同样情形的解决方式为“董事长书面指定其他董事代为主持”。虽然在公司章程与董事会议事规则不一致的情形下，公司章程是公司的宪法性文件，具有最高的法律效力，应以章程规定为准。但这种情形仍然反映了公司制度更新的滞后性，也会影响董事会的工作效率。

我们建议，公司在对公司某一或某些内部制度进行修订且经董事会或股东会通过之前，应系统综合地对与被修订制度相关的制度进行审查并及时做出修订，以确保公司内部制度的一致性。此外，我们不建议在其他内部制度中间接引用章程条款，以免章程条款发生变动而导致其他内部制度中条款引用错误。

对于第 2 种情形，比较典型的情况是除公司章程之外的其他制度与法律法规相关规定不一致：

随着 2006 年新公司法的生效以及中国证监会颁布的一系列行政规章及规范性文件的出台，基金管理公司在章程修订方面基本跟上了法律法规修订的步伐，但可能存在基本制度、部门规章等制度未能及时更新的问题，这个问题对于成立较早的基金管理公司较为突出。

在此列举一例：根据《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）第 41 条，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，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。由此可以得出，如果某基金管理公司不设副董事长，则在董事长不能或不主持股东会会议的情况下，应由半数以上董事共同推举一名董事主持。如果该基金管理公司在《股东会议事规则》中规定董事长不能或不主持股东会会议的情况下由董事长指定一名董事主持，则与《公司法》第 41 条的规定产生冲突。

根据《公司法》第 22 条的规定，股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。因此，如果股东会、董事会议事规则在对召集程序或表决方式的规定上违反法律法规或公司章程，则据此作出的决议存在被撤销的风险。

我们建议，公司章程及其他内部制度应保持与现行法律法规的一致性，定期对制度进行合法合规性审核和梳理，确保公司在合法合规的框架下运作。

2、 人力资源管理制度中的实习生相关规定

我们在整理修改多家基金管理公司的人力资源管理制度时，发现这些制度里往往缺乏对实习生管理方面的规定，有的将实习生归入员工范畴，有的将实习生排除在员工范围之外，也有的对实习生未作规定。无论是否对实习生作出规定，基金管理公司在聘用实习生方面仍存在一定的法律风险。

（1）实习生的定义

现行有效法律法规尚无实习生的明确定义。按照通常理解，实习生是指 16 周岁以上全日制在校学生，在用人单位实习、未建立劳动关系的人员。

（2）实习生与用人单位的关系

对于实习生和实习单位之间的法律关系，我国目前没有一部专门法律对其进行调整。原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 12 条明确规定：“在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系。”

我们理解，实习生在毕业之前到有关单位去实习，并不存在劳动法律关系，实际上只是整个教育任务中的一个组成部分，也就是说，实习生在实习期间和原来的学校依然维持着教育和被教育的法律关系。而从劳动法律关系看，用人单位对劳动者有一种工作上的支配关系，而显而易见，实习生的实习并不符合这方面的条件。有的实习生在毕业前到有关单位实习，有关单位对他们支付一定的报酬，这种报酬不是劳动法上的工资概念，而是一种生活上的补助或是生活补贴。

因此，参加实习的在校学生不是劳动法意义上的劳动者。既然实习生和用人单位不存在劳动关系，是否就不存在任何法律关系了呢？我们认为，尽管实习生和用人单位之间不存在劳动支配的关系，但实习生在用人单位工作，仍需要遵守用人单位的规章制度，和其他员工一样接受用人单位的管理；而实习生接受这种管理，源于其与用人单位之间已经建立的民事关系。我们认为无论是否签订实习协议，在校生在基金管理公司参加工作的，则已经构成一种平等的民事关系，应适用《民法通则》和《合同法》等相关法律法规的规定。

（3）毕业生是否还可以签订实习协议

在实践中，我们还发现不少公司（包括基金管理公司）在聘用毕业生时，仍与其签订实习协议。对于毕业生，用人单位是否必须与其签订劳动合同，在法律法规方面没有明确的规定。但在司法实践中，仲裁员和法官更倾向于认为毕业生和用人单位之间建立的是劳动关系，而非实习关系。我们认为，签订实习协议的前提是实习生具备在校生的身份，由于毕业生已经离开学校，可以参与社会工作，因此用人单位在招用毕业生时，应与其签订劳动合同。

如毕业生隐瞒其毕业的事实而与基金管理公司签订实习协议，我们认为尽管基金管理公司在不知情的情况下与该毕业生签订了实习协议，仍可能面临诉讼的风险；因此，我们建议基金管理公司在聘用实习生时应严格审查相关情况，根据核实结果再决定是否录用，以避免争议和纠纷。

（4）人力资源管理制度中应注意的问题

综上分析，在招用实习生方面，基金管理公司在人力资源管理制度需要注意如下几个方面：

- (a) 确定实习岗位、招录条件、实习报酬;
- (b) 制定详细的招录流程;
- (c) 按照招录流程聘用实习生, 例如: 发布实习生的招聘公告, 并保留有关招录条件和公告等资料; 招录实习生需要履行核实其学生身份, 例如要求其出示有效的学生证, 甚至可以要求其出具学校出具的证明或直接与学校核实; 对实习生的有关身份证件等资料做好备案工作; 与实习生签订实习协议等;
- (d) 向实习生出具相关人事管理制度并要求其签收, 在人事管理制度里, 可以对员工和实习生做明确定义, 同时明确相关人事管理制度亦适用实习生。

3、 员工行为管理制度中的惩罚措施

实践中, 很多企业会在员工制度中规定经济处罚权, 例如, 有企业在《员工行为管理制度》中规定, 在因员工玩忽职守而给企业带来损失的情况下, 企业有权以扣除工资或扣除奖金的形式给予其经济处罚。对于企业能否实施经济处罚措施, 存在着诸多的争论。我们试图从“经济处罚权”的合法性和合理性两方面讨论这个问题。

(1) “经济处罚权”的合法性

根据国务院 1982 年 4 月发布并施行的《企业职工奖惩条例》, 明确规定, 对于存在法定情形的职工(如经常迟到、早退、旷工、消极怠工, 没有完成生产任务或工作任务的), 经批评教育不改的, 应当分别情况给予行政处分或者经济处罚。这一规定曾是企业对职工行使经济处罚权的直接依据。然而, 该条例已于 2008 年 1 月被国务院明令废止。

在现行的《中华人民共和国劳动法》(以下简称“《劳动法》”)以及《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称“《劳动合同法》”)中也未明确赋予企业“经济处罚权”。而且, 依据《劳动合同法》第 25 条的规定, 除劳动者违反服务期约定和劳动者违反竞业限制约定两种情形外, 劳动合同中不得约定违约金。对此, 有人理解为, 企业不能在上述两种情形外, 对职工进行经济处罚。我们认为此种观点值得商榷:

(a) “经济处罚情形”散见于《劳动法》和《劳动合同法》之中。虽然《劳动法》和《劳动合同法》没有明确提出“经济处罚权”的概念, 也没有对用人单位可以对员工实施经济处罚的情形进行列举, 但是经过归纳, 不难发现这些经济处罚的情形散见于相关条文中。例如, 《劳动法》第 90 条规定, 劳动者违反本法规定解除劳动合同, 或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制, 给用人单位造成损失的, 应当承担赔偿责任; 《劳动合同法》第 102 条规定, 劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项, 对用人单位造成经济损失的, 应当依法承担赔偿责任。

(b) 有的地方性法规对“经济处罚权”作出了明文规定。例如, 2008 年 11 月 1 日在深圳市开

始施行的《深圳市经济特区和谐劳动关系促进条例》第 16 条规定，“用人单位依照章程对劳动者实施经济处分的，单项和当月累计处分金额不得超过该劳动者当月工资的百分之三十，且对同一违约行为不得重复处分。”这部条例的出台，为企业的经济处罚权提供了依据。

综上，除了部分地方性规定，“经济处罚权”在法律层面上尚无明文规定。但我们认为，地方性法规所规定的“经济处罚权”有一定的参考价值。

（2）“经济处罚权”的合理性思考

我们认为，企业无“经济处罚权”并不排斥企业具有劳动管理权，也不等于劳动者不需要承担任何经济责任。企业的经济处罚权派生于企业的自主管理权，是企业根据自主管理的需要，在员工制度或劳动合同中的约定的惩罚措施。

企业内部规范需要保证其实现的力量，从这一点来说，结合目前的实践，倘若员工制度中没有相应有力的惩戒措施，那么该员工制度就只是“一纸空文”。据企业的反映，同警告、告诫、教育相比，经济处罚更能有效的遏制员工“大错不犯，小错不断”的行为。而且，从国际上来看，即使在发达国家，企业也有对员工进行经济处罚的权利。这种经济处罚的权利，具有简易性和高效性，比企业动辄解除劳动合同，更能稳定员工和企业的劳动关系，培养企业和谐的工作氛围。

因此，我们认为，赋予企业合理的经济处罚权，对有效管理企业是有必要的。但在进行处罚时，企业都应慎行之，必须保存相应的证据，以免未来可能存在的劳动纠纷。根据我们的实务经验，大部分企业败诉的劳动纠纷案，主要是因为企业无法提供足够、充分及有效的证据，无法举证其处罚的合法性及合理性。

（3）制定员工行为管理制度的注意点

除上述经济处罚的规定，企业在对员工行为管理制度的制定中还要注意如下几个方面：

- （a）合法合理，也即符合《劳动合同法》第 4 条的规定，这是企业规章制度能够被认可的大前提；
- （b）具有可操作性，有企业规定：“员工不遵守执行领导合理指示的视为一般违纪”，何谓“合理”？劳资双方往往各执一词，实际可操作性极弱。企业一旦按照此条款操作，往往引发劳动争议。因此，规章制度的条款需要可操作性强的表述；
- （c）完备性，尽可能多地考虑公司经营、员工管理中可能发生的情况，避免发生情况后“无法可依”；
- （d）逻辑性，特别是在奖惩制度中，对于大错不犯小错不断的员工，采用逻辑递进的惩罚模式比较合理。
- （e）奖惩相互结合，企业的惩罚和奖励应是相对的，这样才符合权利义务相一致的原则。

4、信息披露制度中的注意事项

根据《证券投资基金信息披露管理办法》（以下简称“《信息披露管理办法》”）第5条，公开披露的基金信息包括涉及基金管理人、基金财产、基金托管业务的诉讼。而实践中，有关基金管理人、基金财产、基金托管业务的纠纷多以仲裁方式进行。“公开披露的基金信息”中是否包括涉及基金管理人、基金财产、基金托管业务的仲裁呢？

根据《民事诉讼法》第3条，人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。因此，就相关法律法规的规定而言，诉讼仅指通过人民法院解决纠纷的一种方式。

根据《仲裁法》第2条，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产纠纷，可以仲裁。因此，仲裁是解决合同纠纷和其他财产纠纷的另一种方式。

我们理解，证监会之所以要求披露“涉及基金管理人、基金财产、基金托管业务的诉讼”，是因为该等信息可能会对基金份额持有人的利益产生重大影响；而对基金份额持有人利益产生重大影响的直接原因是：发生了涉及基金管理人、基金财产、基金托管业务的纠纷，有可能导致基金管理人、基金财产、基金托管人承担相应法律责任和损失。而该等纠纷以诉讼方式亦或是仲裁方式解决，不会对基金管理人、基金财产、基金托管人所应承担的法律责任和损失产生重大影响。

因此，我们认为，从立法本意而言，该等需要公开披露的基金信息中“涉及基金管理人、基金财产、基金托管业务的诉讼”亦应包括仲裁。

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