



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

2010年9月（总第45期）

### 【法规聚焦】

- 1、《深圳证券交易所交易型开放式指数基金风险管理指引》
- 2、《证券期货业反洗钱工作实施办法》

### 【基金实务】

- 1、简评《关于保本基金指导意见》（征求意见稿）（2010年9月）

## 【法规聚焦】

### 1、《深圳证券交易所交易型开放式指数基金风险管理指引》

2010年9月2日，深圳证券交易所发布了《深圳证券交易所交易型开放式指数基金风险管理指引》（以下简称“《指引》”），对ETF的运作和风险管理团队、内部管理制度、技术系统、申购赎回清单与参考净值的生成和复核、实时风险监控等方面作出了详尽规定。

#### (1) 对人员与制度的要求

- 1) ETF 运作团队须制定 ETF 业务流程、投资规范等运营制度、进行 ETF 日常运作和实时风险监控。
- 2) 对于 ETF 运作团队人员组成，《指引》要求应当至少包括：基金经理与基金经理助理人员，负责基金的总体运作；负责基金估值与清算事务的人员；至少两名负责申购赎回清单文件（以下简称“PCF”）与参考净值（以下简称“IOPV”）计算文件生产等事务的人员；负责实时风险监控的人员；负责信息披露等事务的人员；负责 ETF 技术系统的人员等。并且明确除了负责 PCF 和 IOPV 文件生产事务的人员和负责实时风险监控的人员可以由基金经理或者基金经理助理人员担任外，其他人员不得相互兼任。
- 3) ETF 风险管理小组负责制定 ETF 风险管理制度、监督 ETF 运作团队的运作行为和 处理风险事务，应当至少包括：风险管理小组组长，负责风险管理小组总体工作；督察长；ETF 基金经理；运营负责人；技术负责人；对外联络和信息披露相关事务责任人等。《指引》同时明确风险管理小组组长，应当由公司高级管理人员担任，督察长可兼任。

#### (2) 系统和制度建设

《指引》要求基金管理公司应当提高业务运作电子化程度，建立 ETF 估值与清算系统、ETF 投资管理系统、PCF 及 IOPV 计算文件的生成、复核与发布系统、ETF 风险监控系统。基金管理公司应当建立相应的内部管理制度并严格按制度执行。

#### (3) 对 PCF 与 IOPV 的生成、复核和发布做出了详尽规定

- 1) 《指引》要求基金管理公司对 PCF 参数的重大调整应制订单独流程，并对 PCF 原始数据的分析、分析结论的导入、复核、对外发布及发布后的复查等程序作出规定。
- 2) 《指引》要求基金管理公司应当通过 IOPV 生成系统生成 IOPV 计算文件，并对 IOPV 计算文件的复核、委托第三方计算、发布、对回传的 IOPV 计算文件的一致性检查等作出规定。

#### **(4) 风险监控**

- 1) 基金管理公司应当制定 ETF 投资运作规范和建立 ETF 投资管理系统，并对投资运作规范内容量化、参数化，在 ETF 投资管理系统中进行设定，严格限制基金交易行为，防范不合理或随意的主动交易可能带来的投资风险以及因成份股或现金头寸不足导致赎回失败的风险。
- 2) 基金管理公司应当建立具有自动报警功能的风险监控系统，实时监控 ETF 运作情况，在遇到交易状态异常时，启动应急预案。在发生异常时，基金管理公司应将相关情况报告深交所。

## **2、《证券期货业反洗钱工作实施办法》**

2010 年 9 月 1 日，中国证监会公布了《证券期货业反洗钱工作实施办法》（以下简称“《实施办法》”）。《实施办法》共计四章十八条，将于 2010 年 10 月 1 日起施行。其主要规定了中国证监会及其派出机构、中国证券业和期货业协会反洗钱工作职责，证券期货经营机构（包括证券公司、期货公司和基金管理公司，以下简称“经营机构”）的反洗钱工作义务，并明确了经营机构违反《实施办法》所应承担的责任。此外，从事基金销售业务的机构在基金销售业务中履行反洗钱责任也要遵守《实施办法》。

### **(1) 监管机构及行业协会的职责**

中国证监会负责组织、协调、指导证券业反洗钱工作，其职责主要包括：配合国务院反洗钱行政主管部门研究制定反洗钱政策、规划和对经营机构实施反洗钱监管，及时向国务院反洗钱行政主管部门通报反洗钱工作信息；参与制定经营机构反洗钱有关规章，对经营机构提出建立健全反洗钱内控制度的要求；及时向侦查机关报告涉嫌洗钱犯罪的交易活动，协助司法部门调查处理涉嫌洗钱犯罪案件；对派出机构落实反洗钱监管工作进行考评等。

中国证监会派出机构的反洗钱工作职责包括：配合当地反洗钱行政主管部门对辖区经营机构实施反洗钱监管；定期向证监会报送辖区内半年度和年度反洗钱工作情况，及时报告辖区经营机构受反洗钱行政主管部门检查或处罚等信息及相关重大事件等。

中国证券业协会、中国期货业协会的反洗钱工作职责包括：制定和修改行业反洗钱相关工作指引；组织会员单位开展反洗钱培训和宣传工作；定期向中国证监会报送协会年度反洗钱工作报告，及时报告相关重大事件等。

### **(2) 经营机构的反洗钱义务**

《实施办法》规定经营机构应建立健全反洗钱内控制度，并根据要求向当地证监会派出机构报告反洗钱工作开展情况，发现证券期货业内涉嫌洗钱活动线索的，应当依法向反洗钱行政主管部门、侦查机关举报。经营机构应当履行的报告、备案要求及内控制度要求如下：

- 1) 部门专员负责制：经营机构应当向当地证监会派出机构报送其内部反洗钱工作部门设置、负责人及专门负责反洗钱工作的人员的联系方式等相关信息。

- 2) 重大事项临时报告制度：发生反洗钱工作的重大事项后的5个工作日内，经营机构应以书面方式向当地证监会派出机构报告，具体重大事项包括：经营机构受到反洗钱行政主管部门检查或处罚的；经营机构或其客户从事或涉嫌从事洗钱活动，被反洗钱行政主管部门、侦查机关或者司法机关处罚；其他涉及反洗钱工作的重大事项。
- 3) 客户风险等级划分制度：经营机构应按照反洗钱法律法规的要求及时建立客户风险等级划分制度，并报当地证监会派出机构备案。在持续关注的基础上，应适时调整客户风险等级。
- 4) 客户身份存疑制度：在为客户办理业务过程中，经营机构发现客户所提供的个人身份证件或机构资料涉嫌虚假记载的，应当拒绝办理；发现存在可疑之处的，应当要求客户补充提供个人身份证件或机构原件等足以证实其身份的相关证明材料，无法证实的，应当拒绝办理。
- 5) 反洗钱工作保密制度：经营机构应建立反洗钱工作保密制度，并报当地证监会派出机构备案，对查阅、复制涉密档案行为实施书面登记制度。反洗钱工作保密事项包括：客户身份资料及客户风险等级划分资料；交易记录；大额交易报告；可疑交易报告；履行反洗钱义务所知悉的国家执法部门调查涉嫌洗钱活动的信息等。
- 6) 培训宣传制度：经营机构应建立反洗钱培训、宣传制度，每年开展对单位员工的反洗钱培训工作和对客户的反洗钱宣传工作，每年年初向当地证监会派出机构上报反洗钱培训和宣传的落实情况。

### **(3) 基金销售机构的反洗钱义务**

《实施办法》还规定，经营机构通过销售机构向客户销售基金等金融产品时，应当通过合同、协议或其他书面文件明确双方在客户身份识别、客户身份资料和交易记录保存与信息交换、大额交易和可疑交易报告等方面的反洗钱职责和程序。

### **(4) 违规责任**

《实施办法》明确了经营机构不遵守有关报告、备案或建立相关内控制度等规定的，中国证监会及其派出机构可采取责令改正、监管谈话或责令参加培训等监管措施。

《实施办法》的颁布实施，使反洗钱监管工作日常化、制度化，可以更有效贯彻落实反洗钱监管要求，进一步完善证券期货业的反洗钱监管工作，维护证券期货业平稳健康发展。

## 【基金实务】

### 1、简评《关于保本基金指导意见》（征求意见稿）（2010年9月）

早在2003年，中国证监会已经下发了《保本证券投资基金运作指导意见》（征求意见稿）（以下简称“《2003年指导意见》”），但一直未形成有效的法律文件。继2010年上半年中国证监会向部分基金管理公司下发《保本基金审核指引》（第九号）（征求意见稿）（以下简称“《审核指引》”）后，中国证监会又于2010年9月6日下发了《关于保本基金的指导意见》（征求意见稿）（以下简称“《2010年指导意见》”），向社会公开征求意见。

#### （1）《2010年指导意见》有何新变化？

通过对上述三份征求意见稿的对比，不难发现随着证券市场的变化，监管部门关于保本基金的监管指导思想也在发生变化。

与《2003年指导意见》的内容相比较，《审核指引》修改不多，基本沿袭了前者的内容，最主要的区别在于降低了保证人的门槛（详见上一期简报）。

与《2003年指导意见》和《审核指引》相比较，《2010年指导意见》变化较大，主要体现在：（i）在行文方面基本上用了“担保”，改变了以往使用的“保证”；（ii）将担保人区分为非金融机构和金融机构，并对二者作为保本基金担保人的条件分别作出了不同要求；（iii）在保证方式上首次提出了“风险买断担保”，并将担保方式分为“风险买断担保”和“连带责任担保”，即将“风险买断担保”作为一项独立的担保方式予以规定。

#### （2）由“保证”改为“担保”是否意味着增加保本基金的担保方式？

《2003年指导意见》和《审核指引》均将保本基金的担保方式规定为保证，并围绕保证设计了相关条款；而《2010年指导意见》则将“保证”改为“担保”，是否在立法上可以理解为，保本基金的担保方式可以从“保证”扩大为其他担保方式呢？

根据现行有效的担保法规定，担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。因此，我们认为，保本基金的担保方式除了保证，是否可以扩大到其他担保方式，目前在法律方面没有障碍，可以理解为《2010年指导意见》对此作出了预留空间，具有一定的前瞻性。

但从操作层面看，对于留置和定金，我们倾向认为这两种方式不太可能成为保本基金中的担保方式；对于抵押，例如，可以在担保方拥有所有权的财产上设置抵押物权；对于质押，例如，可以公司股权作为质押标的，在法律法规上已经没有障碍。但是对于抵押和质押，在保本基金中如何应用这两种方式，还值得进一步探讨。在没有相关细则出台之前，我们倾向认为，在《2010年指导意见》项下的担保方式仍以保证为主。

#### （3）将担保人进一步区分为金融机构和非金融机构，是否意味着扩大了担保人的范围？

与《2003年指导意见》和《审核指引》相比较，《2010年指导意见》首次将担保人区分为金融机构和非金融机构，并对二者作为保本基金的担保人的条件分别作出了不同规定。虽然《2003年指导意见》和《审核指引》对担保人未作进一步区分，但是，我们认为这两份征求意见稿均未否定金融机构担任保本基金的担保人，也就是说，从条文看，《2010年指导意见》并没有扩大担保人的范围。

然而，值得注意的是，《2010年指导意见》对担保人做了上述分类，而且对不同类别的担保人的条件作出了不同规定，是颇有意义的。一方面，中国证监会对于担保人的门槛进一步降低，旨在解决担保人稀缺的现状；另一方面，中国证监会进一步明确了金融机构，例如基金管理公司、证券公司、信托公司、保险公司，在符合条件下均可以成为保本基金的担保人，也是向证券市场释放了一个明确信号，即基金管理公司在寻求担保人时，可以不拘泥于其母公司或担保公司。

### **(3) 基金管理公司是否可以作为保本基金的担保人？**

按照《2010年指导意见》关于担保人的分类，可以作为担保人的金融机构包括基金管理公司，因此基金管理公司可以作为保本基金的担保人，在法律法规层面上没有障碍。但是，基金管理公司作为保本基金的担保人，是否指作为其他基金管理公司的担保人，还是作为自己旗下基金的担保人？

#### **1) 基金管理公司不能为其旗下基金提供保证担保**

根据现行有效的担保法的相关规定，债务人不能成为自己债务的保证人，因此，基金管理公司不能为其旗下基金提供保证担保。但从国外的保本基金经验来看，保本基金不一定需要第三方提供保证担保。

国际上通常将“保本基金”分为“保证型基金”（Capital Guaranteed Fund）和“保护型基金”（Capital Protected Fund），二者的区别就在于是否有第三方担保机构提供保证，前者有保证机构提供保证，后者则没有，只是依赖投资工具达到保本之目的。对于“保护型基金”，还强制要求在相关信息披露文件中提示“本基金无保证机构提供保证”。例如，我国台湾地区《证券投资信托基金管理办法》第44条规定：保证型基金系指在基金存续期间，藉由保证机构保证，到期时提供受益人一定比率本金保证之基金；保护型基金系指在基金存续期间，藉由基金投资工具，于到期时提供受益人一定比率本金保护之基金。故在保证型基金中，基金管理公司即使尽到信托责任，在有投资损失时，也有可能需要依照承诺，承担赔偿责任，但在保护型基金中，基金管理人无需承担此种责任。

因此，建议中国证监会可以借鉴国外作法，在“保本型基金”的大概念下明确“保护型基金”的概念，允许符合一定条件的基金管理公司发起保护型基金。如果中国证监会拟推出保护型基金，那么《2010年指导意见》还需要进一步修改，例如，对保本基金重新界定，并明确保本基金分为保证型基金和保护型基金。

#### **2) 基金管理公司为其他基金管理公司旗下基金提供担保**

根据《2010年指导意见》第八条的规定，基金管理公司在符合有关条件时可以成为本基金的担保人，可以为其他基金管理公司旗下基金提供担保；但是，基金管理公司之间存在激烈的竞争关系，为其他基金公司的基金提供担保这种安排有多大可能性呢？在操作上是否具有可行性呢？我们认为，这样的安排有待考证。

#### **(4) “风险买断担保”是否可以作为一项独立的担保方式？**

《2010年指导意见》首次提出“风险买断担保”，并规定为一种独立的担保方式，我们认为该提法值得商榷。

##### 1) 对“风险买断担保”的理解

《2010年指导意见》将连带责任担保和风险买断担保作为并行的两种担保方式进行定义，我们结合第九条第三款和第十二条的规定，推断中国证监会拟对风险买断担保与连带责任担保作出不同的安排：

- (i) 在连带责任方式下，保本事由成就时，基金份额持有人既可以单独向基金管理人或担保人要求承担保本责任，也可以同时要求二者共同承担保本责任；
- (ii) 而在风险买断担保下，保本事由成就时，似乎应仅仅由担保人对基金份额持有人承担责任，即基金份额持有人只能要求担保人承担保本责任。

##### 2) 对“风险买断担保”的法律分析

结合担保法的相关规定以及基金法下“投资者利益优先原则”，我们认为：

- (i) 与担保法相冲突：现行担保法项下保证只有一般保证和连带责任保证，“风险买断担保”不符合上述规定的任何一种担保形式，将其作为独立的担保方式，将与担保法（上位法）发生冲突。
- (ii) 对基金投资者保护不利：根据上述推断，在“风险买断担保”方式下，基金份额持有人只能要求担保人承担保本责任，当担保人无力承担保本责任时，由于不能向基金管理人请求承担保本责任，基金份额持有人到期仍有无法保本之虞。
- (iii) 反之，我们认为，风险买断担保作为连带责任担保的内部责任分担方式更为妥当：根据《2010年指导意见》第九条第三款规定，实际是基金管理人以支付担保费为对价，从而豁免受到追偿，即担保人放弃了追偿权。为了保护基金份额持有人利益，可以将这样的安排作为连带保证方式下的内部责任分担，可以由基金管理人和担保人具体在担保协议中约定。

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合伙人，法学博士，金融学博士后，中国及美国纽约州执业律师

邮箱：[henryliao@yuantai.com.cn](mailto:henryliao@yuantai.com.cn)

责任编辑：蔡青

邮箱：[lorenatsai@yuantai.com.cn](mailto:lorenatsai@yuantai.com.cn)

编委：梁丽金、刘佳、陈武、张红文、荣华、孙文婷、夏露露、何慧明、季仁炜、李学科

### 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

传真：(8621) 5115 0398

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