



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8月（总第44期）

【法规聚焦】

- 1、基金行业人员离任审计及审查报告内容指引（征求意见稿）
- 2、保本基金审核指引（征求意见稿）

【基金实务】

- 1、“QFII 第一案”（即南宁糖业诉马丁公司一案）中马丁公司是否构成短线交易？

【法规聚焦】

1、基金行业人员离任审计及审查报告内容指引（征求意见稿）

日前，中国证监会下发了《基金行业人员离任审计及审查报告内容指引（征求意见稿）》（以下简称“《指引》”），对基金管理公司高级管理人员、董事、基金经理、投资经理，以及基金托管银行基金托管部门高级管理人员的离任审计或审查内容进行了详细规定。

2004年10月1日施行的《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》（以下简称“《管理办法》”）中已经要求基金管理公司和基金托管银行建立基金行业人员的离任制度。《管理办法》第三十八条规定，基金管理公司应当建立高级管理人员、董事和基金经理的离任制度，对离任审查等事项作出规定。基金托管银行应当建立基金托管部门高级管理人员的离任制度，对离任审计、离任审查等事项作出规定。第三十九条和第四十条还规定，离任审计报告和离任审查报告须在相关人员离任之日起30个工作日内报送中国证监会。

由于《管理办法》对于离任审计和离任审查的具体事项并没有明确的规定，各家基金管理公司和基金托管银行在制定和执行相关人员的离任制度时往往是“大而化之”，离任审计报告和离任审查报告缺乏有价值的信息，对于相关人员很难起到监督约束作用。

中国证监会为了解决这一问题，在《指引》中除了重申《管理办法》的相关规定之外，更是特别明确了离任审计报告和离任审查报告应当包含的具体内容。

- (1) 对于公司董事长和总经理的离任审计报告，《指引》第六条规定应当至少包括：任职期间公司主要业务经营情况，公司和离任人员在合法合规方面的表现，离任人员的基本职责、实际履行职责的情况，与离任人员履行职责相关的其他情况和问题等等，特别是对公司和离任人员在合法合规方面的表现进行了详细列举。
- (2) 对于公司督察长的离任审查报告，《指引》第七条要求说明督察长的基本职责、实际履行职责的情况，在合法合规以及遵守公司规章制度方面的情况，基金管理公司的违法违规行为以及督察长个人承担的责任等。
- (3) 对于公司副总经理的离任审查报告，和对督察长的要求比较类似，不同的是要求说明其分管业务的违法违规行为以及个人承担的责任。
- (4) 对于公司董事的离任审查报告，《指引》第九条规定审查报告应至少包括：董事的履职情况、专业胜任能力，和任职期间受到行政处罚和纪律处分的情况，

以及独立董事的独立性评价（即能否审慎、客观地发表独立意见，维护基金份额持有人的合法权益）。

- (5) 对于基金经理和投资经理的离任审查报告，《指引》规定必须包括：所管理基金或投资组合的基本情况、合规情况，离任人员的合法合规情况，与履行职责相关的其他情况和问题。

此外，《指引》对于基金托管银行基金托管部门总经理等的离任审查报告内容也都有详细规定。

值得注意的是，《指引》明确将基金管理公司的投资经理、基金管理公司以外的其他基金销售机构总部负责基金销售业务的管理人员纳入离任审查的对象。

2、《保本基金审核指引》（2010 征求意见稿）

证监会近期向部分基金公司内部下发了《保本基金审核指引》（征求意见稿）（以下简称“《新审核指引》”），与《保本基金运作指导意见》（2003 年 10 月征求意见稿）（以下简称“《指导意见》”）相比，该《新审核指引》主要修改了保证人的条件、承诺保本的本金比例及投资比例，具体如下。

（1）降低保本本金的比例

《指导意见》第三条规定：“保本基金（以下简称“保本基金”）的管理人应当在契约、招募说明书等法律文件中承诺，保本期间届满，投资人能收回 100% 的投资本金，并约定本金的计算方法。”

《新审核指引》第三条规定：“保本基金的基金管理人应当在基金合同、基金招募说明书等法律文件中承诺，保本期间届满，投资人能收回一定比例的投资本金，并约定本金的计算方法，该比例最低为 90%”。

相比之下，《新审核指引》将保本期间届满，承诺投资人收回投资本金的比例从《指导意见》规定的“100%”降低为“90%”。

（2）降低固定收益类资产比例

《指导意见》第五条规定“保本基金资产中投资于固定收益类金融产品和银行存款之外的资产不得超过基金净资产的 30%，经中国证监会批准的除外”，即投资于固定收益类金融产品和银行存款不得低于基金净资产的 70%。

《新审核指引》第五条规定：“保本基金可以投资于股票、债券、货币市场工具、权证、股指期货及其他金融衍生品，其中，债券、货币市场工具等固定收益类资产占基金净资产的比例不得低于60%。”

《新审核指引》规定保本基金投资债券、货币市场工具等固定收益类资产占基金净资产的比例不得低于60%，与《指导意见》相比，缩小了投资固定收益类资产的占比，并明确保本基金可以投资股票、债券、货币市场工具、权证、股指期货及其他金融衍生品。

（3）降低保证人条件

《指导意见》第六条规定保本基金的保证人应当经中国证监会批准，并应当符合下列条件：（1）实收资本不低于20亿元；（2）最近一期经审计的净资产不低于50亿元；（3）成立并经营满三年以上，具备法人资格的企业；（4）财务状况良好，最近三年连续盈利；（5）已担保的保本基金资产规模不超过其净资产总额的两倍；（6）具备较强的证券投资风险控制能力；以及（7）最近三年未受过重大处罚。

整体上，《新审核指引》第六条降低了保证人的门槛，具体如下：

- 1） 将保证人的实收资本由“不低于20亿元”降为“不低于10亿元”；
- 2） 将保证人须满足“最近一期经审计的净资产不低于50亿元”降为“上一年度审计的净资产不低于20亿元”；以及
- 3） 将保证人应满足“已担保的保本基金资产规模不超过其净资产总额的两倍”改为“已担保的保本基金资产规模不超过其净资产总额的十倍”。

此外，我们还注意到：（i）《新审核指引》第十三条第二款规定：“保本基金的保本周期到期后，基金合同终止。”该款规定保本周期到期后基金合同终止可能不妥，例如保本基金合同设计两个保本周期时，在第一个周期到期并转入第二个周期时，基金合同并没有终止，但可能涉及基金合同的修改。（ii）《新审核指引》第十三条第二款规定：“保本基金转入下一个保本周期或者转为其他类型的基金，应当提前召开基金份额持有人大会表决通过。”该款要求保本基金转入下期保本周期或转型时，需要召开基金份额持有人大会，对于新基金而言，增加召开基金份额持有人大会这一程序，增加了基金管理公司操作上的难度，但在法规适用上问题不大；但对于老基金而言，可能会存在疑问，因为老基金的基金合同中可能已经明确规定在发生该等情形时无需召开持有人大会，那么在《新审核指引》生效后如何协调老基金的法律适用不无存疑。

【基金实务】

1、“QFII 第一案”（即南宁糖业诉马丁公司一案）中马丁公司是否构成短线交易？

（1）“QFII 第一案”的案情摘要及调解结果

1) 案情摘要

根据南宁糖业股份有限公司（以下简称“**南宁糖业**”）2008年6月30日发布的《关于民事诉讼事项情况的公告》，南宁糖业向广西壮族自治区南宁市中级人民法院起诉马丁居里投资管理有限公司（Martin Currie Investment Management Ltd.（以下简称“**MCIM**”）、马丁居里公司（Martin Currie Inc.（以下简称“**MCI**”）和马丁居里有限公司（Martin Currie Ltd.（以下简称“**MCL**”）），要求被告涉及短线交易所得收益归入原告。该案被媒体称为 QFII 机构在中国遭遇的第一案，也是上市公司向股东及其一致行动人追讨违规减持收益的第一案。

案情摘要如下：

- (i) **MCIM** 是一家取得 QFII 资格的境外投资机构，与 **MCI** 均为 **MCL** 的独资子公司。
- (ii) 2007 年 8 月 23 日至 2007 年 8 月 30 日，**MCI**、**MCIM** 买入南宁糖业 16,922,648 股，占南宁糖业已发行股份总额的 6.44%（其中 **MCIM** 买入 7,168,469 股，占已发行股份总数的 2.73%；**MCI** 买入 9,754,179 股，占已发行股份总数的 3.71%）。
- (iii) 2008 年 1 月 4 日至 2008 年 1 月 25 日，**MCI**、**MCIM** 累计卖出南宁糖业股份 14,535,656 股，占南宁糖业股份总额的 5.07%（其中 **MCIM** 卖出 7,168,469 股，占已发行股份总数的 2.5%；**MCI** 卖出 7,367,187 股，占已发行股份总数的 2.57%）。
- (iv) 南宁糖业董事会认为 **MCI**、**MCIM** 在合计持有超过 5% 的南宁糖业股票后 6 个月内又抛售，根据《证券法》第 47 条的规定，由此所得收益应归入上市公司，因而于 2008 年 6 月 4 日向广西壮族自治区南宁市中级人民法院提起诉讼。

2) 法院调解

鉴于该案中三被告均为境外机构，基于举证义务、归入利益的计算、诉讼成本及风险、执行等多方面的考虑，南宁糖业与三被告在法院的协调下达成和解协议，双方于 2010 年 8 月 6 日签收了法院出具的民事调解书，三被告向南宁糖业支付和解款 5,906,849 美元，历时 3 年的“QFII 第一案”终于尘埃落定。

（2）“QFII 第一案”的法律分析

尽管该案已经调解结案，但是对于 MCI、MCIM、MCL 是否违背了信息披露义务、MCI 与 MCIM 是否违反了禁止短线交易的规定，在法学界和实务界仍有很多不同观点。我们将根据现行有效的法律法规及司法、执法实践，对于“QFII 第一案”进行法律分析，以供参考。

1) MCI、MCIM、MCL 是否构成一致行动人？

《上市公司收购管理办法》（以下简称“《管理办法》”）第 12 条规定，投资者在一个上市公司中拥有的权益，包括登记在其名下的股份和虽未登记在其名下但该投资者可以实际支配表决权的股份。投资者及其一致行动人在一个上市公司中拥有的权益应当合并计算。根据《管理办法》第 83 条的规定，当投资者受同一主体控制时，如无相反证据，将被认定为一致行动人。由于 MCI 及 MCIM 均为 MCL 的子公司，因此三者构成《管理办法》第 12 条及第 83 条所称的“投资者及其一致行动人”。

2) MCI、MCIM、MCL 是否违背了信息披露义务？

根据《管理办法》第 13 条的规定，通过证券交易所的证券交易，投资者及其一致行动人在以下两种情形下应当在该事实发生之日起 3 日内履行披露义务：

- i. 拥有权益的股份达到一个上市公司已发行股份的 5% 时。
- ii. 拥有权益的股份达到一个上市公司已发行股份的 5% 后，其拥有权益的股份占该上市公司已发行股份的比例每增加或者减少 5%。

MCI 与 MCIM 在 2007 年 8 月 23 日至 2007 年 8 月 30 日之间累计买入股票占南宁糖业已发行股票总数的 6.44%，但直到 2007 年 10 月 27 日，MCL 才公告了增持股份的简式权益变动报告书。此外，2008 年 1 月 4 日至 2008 年 1 月 25 日，MCI 与 MCIM 累计卖出股票占南宁糖业已发行股票总数的 5.07%，但直到 2008 年 2 月 25 日，MCL 才公告了减持股份的《简式权益变动报告书》。

因此，我们认为，MCI、MCIM、MCL 违背了信息披露义务。

3) MCI、MCIM 是否违反了禁止短线交易的规定？

《证券法》第 47 条（以下简称“第 47 条”）规定：“上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有。”此条规定被认为是我国法律中禁止短线交易的最明确的规定，目的在于通过对上市公司内部人的短线交易收益予以归入这一威慑手段，建立内幕交易的事先防范和吓阻机制。

我们认为，判断 MCI 与 MCIM 是否违反第 47 条禁止短线交易的规定，关键在于以下两点的判断：

- i. 在适用第 47 条时，MCI 与 MCIM 持有的南宁糖业股份是否应合并计算。
- ii. MCI 与 MCIM 在买入和卖出股票两个时点的身份是否符合短线交易主体的构成要件。

具体分析如下：

- i. 在适用第 47 条时，MCI 与 MCIM 持有的南宁糖业股份是否应合并计算。

根据第 47 条的规定，短线交易的主体包括“上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东”，但在计算上述主体所持有的股份时，是按其名义持有的股份来计算，还是按其实际持有的股份即包括以自己名义和他人名义持有的股份来计算，第 47 条并没有明确。如果按名义持有的股份来计算，则 MCI 与 MCIM 各自持有的股份均不超过 5%，不属于持有上市公司股份 5% 以上的股东，其各自卖出持有的股份时也不违反第 47 条的规定。如果按实际持有的股份来计算，因为 MCI 与 MCIM 是均为 MCL 的全资子公司，属于一致行动人，所以两家公司持有的股份须合并计算，从而超过了 5% 的门槛，属于持有上市公司股份 5% 以上的股东。

虽然法律没有明确对公司内部人持股进行计算时应采用何种计算标准，但在 1993 年 9 月深宝安旗下三家关联企业买卖延中实业股票的事件中，证券监管机构采用了“实际持有”的计算标准来认定深宝安旗下三家关联企业的交易行为构成了短线交易。因此，根据我国证券监管机构的监管实践，我们倾向于认为应采取实际持有的计算标准合并计算 MCI 与 MCIM 持有的南宁糖业股份，即 MCI 与 MCIM 属于“持有上市公司股份百分之五以上的股东”。

- ii. MCI 与 MCIM 在买入和卖出股票两个时点的身份是否符合短线交易主体的构成要件。

第 47 条规定持有上市公司股份 5% 以上的股东将其持有的该公司股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入即构成短线交易，所得收益归公司所有。此条规定对于短线交易主体在买入、卖出两个时点是否均须是 5% 以上的股东没有明确。但在 2009 年的华夏建通诉股东严琳违规减持案中，受理法院在一审判决书中认为短线交易的主体须在买入和卖出股票时均为持有公司股份 5% 以上的股东（理论界所谓的“两端说”）。

此外，证券监管部门也曾在监管实践中对短线交易的主体认定采取了“两端说”的标准，如北京证监局曾根据“两端说”标准认为东吴价值成长双动力基金在 2007 年 4 月买卖国投中鲁股票的行为构成《证券法》第 47 条规定的短线交易。

综合法院的审判与证券监管部门的监管实践，我们倾向于认为在本案中应采取“两端说”标准来判断 MCI 与 MCIM 在买入和卖出股票两个时点的身份是否符合短线交易主体的构成要件。MCI 与 MCIM 在 2007 年 8 月 23 日至 2007 年 8 月 30 日之间合计持有南宁糖业 6.44% 的股份，在 MCI 与 MCIM 合计持有南宁糖业股份达到 5% 之时，二者便成为持有公司股份

5%以上的股东，从此时到二者持有南宁糖业股份达到 6.44%之时，便构成了以持有公司股份 5%以上的股东身份买入股票的行为，二者在 2008 年 1 月 4 日至 2008 年 1 月 25 日卖出公司股票，符合短线交易主体的构成要件，故 MCI 与 MCIM 违反了《证券法》第 47 条关于禁止短线交易的规定。

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

责任编辑：蔡青

邮箱：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