



源泰律師事務所  
YUANTAI PRC ATTORNEYS

中国基金企业的专业法律顾问

## 源泰基金简报

2011年1月（总第48期）

### 【法规聚焦】

- 1、《非金融机构支付服务管理办法实施细则》
- 2、《信息披露违法行为行政责任认定规则（征求意见稿）》

### 【基金实务】

保险公司能否担任保本基金的担保人？

## 【法规聚焦】

### 1. 《非金融机构支付服务管理办法实施细则》

2010年12月1日，中国人民银行正式公布了《非金融机构支付服务管理办法实施细则》（以下简称“《实施细则》”），以配合《非金融机构支付服务管理办法》（以下简称“《管理办法》”）的实施工作。正式的《实施细则》采纳了社会各界的一些建议，对于之前的《非金融机构支付服务管理办法实施细则》（征求意见稿）（以下简称“《征求意见稿》”）做了一系列的删改，将条文从《征求意见稿》的60条删减为42条，剔除了部分补充说明，同时也做了些许修改、完善。下文就《实施细则》的修改侧重点加以分析阐述。

#### （1）删除有关备付金管理的各项条款

《征求意见稿》第42条至第52条对客户备付金做了一系列详细规定，其中包括客户备付金的定义和范围、客户备付金专用存款账户的开立和使用要求、客户备付金管理要求、信息报送要求等多项内容，但《实施细则》把这11条尽数删去，这被部分业内人士解读为监管层倾向于放松对客户备付金的监管。

但另有消息称，针对客户备付金可能会有单独的进一步细化监管的文件出台，对此我们将继续关注。

#### （2）调整熟悉支付业务的高级管理人员的资格条件

《管理办法》第8条第4项要求申请《支付业务许可证》的支付企业中需要“有5名以上熟悉支付业务的高级管理人员”，《实施细则》对《征求意见稿》中的解释条款作了修订，调整了其人员的资格条件，主要包括如下两个方面：

##### 1) 降低对“熟悉支付业务”的认定条件

《实施细则》降低了认定高级管理人员是否“熟悉支付业务”的标准：

- ① 对会计、经济、金融、计算机、电子通信等专业的技术职称的要求从“高级”降为“中级”；
- ② 技术职称范围略有扩大，增加“信息安全”的中级技术职称；
- ③ 从事支付结算业务或金融信息处理业务的年限从“5年”缩短为“2年”；
- ④ 从业经验中增加“从事会计、经济、金融、计算机、电子通信、信息安全等工作3年以上”这一可选项。

这样的修改扩大了对于“熟悉支付业务”的解释范围，使其认定标准不再过于严苛，一定程度上来说也是降低了支付企业的准入门槛。

## 2) 缩小高级管理人员的范围

《实施细则》将《征求意见稿》中的“董事、合规负责人、风险管理负责人、市场推广负责人、系统运维负责人、分公司负责人”这6类人员划出了高级管理人员的范畴，仅保留了“总经理、副总经理、财务负责人、技术负责人或实际履行上述职责的人员”。这样的修改更符合《公司法》第217条规定的高级管理人员为“公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员”的定义，也能与其他相关法律和公司实际操作接轨。

总体来说，《实施细则》修改后的版本更加规范，也适度的放宽了资格要求，对于支付企业的发展和规制都更为有利。

### (3) 细化反洗钱措施要求

《实施细则》将反洗钱措施的范围拓宽，更详尽地规定为“包括反洗钱内部控制、客户身份识别、可疑交易报告、客户身份资料和交易记录保存等预防洗钱、恐怖融资等金融犯罪活动的措施”，取代了原《征求意见稿》中“反洗钱基本政策、反洗钱岗位设置、可疑交易监测系统”较为原则性的表述。

《实施细则》在对反洗钱措施验收材料的解释中，也相应增加了岗位设置、反洗钱工作内设机构等需要报告的内容。《实施细则》更将反洗钱人员表述为“专职反洗钱工作人员”，要求支付企业专门配备专职人员进行反洗钱工作。

对于反洗钱措施的细化无疑更有利于支付机构内部反洗钱工作的具体实施，也表明了监管层对于反洗钱工作的重视程度。

除了以上几个较重要的修订，《实施细则》还删除了《征求意见稿》中网络支付客户实名制的管理要求，补充了支付机构变更基本信息的申报材料，明确了重大违法违规行为的范围等。

## 2. 《信息披露违法行为行政责任认定规则（征求意见稿）》

2010年12月27日，中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）发布了《信息披露违法行为行政责任认定规则（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），该《征求意见稿》共分为5章23条，对信息披露违法行为的类型、定义、责任认定、归责原则等做出明确规定，以保障信息披露的真实、准确，保护投资者合法权益。

《征求意见稿》主要包括总则、信息披露违法行为认定、信息披露义务人信息披露违法的责任认定、信息披露违法行为的责任人员及其责任认定、附则5大部分，其主要内容及创新之处包括以下几点：

### **(1) 认定信息披露违法行为查处的总体要求**

《征求意见稿》对认定信息披露违法行为的查处，提出了两方面的总体要求：

一是按照行为的性质分不同层次处理。对于信息披露违法行为情节严重，涉嫌犯罪的，依法移送并追究刑事责任；对于构成行政违法的，在采取行政处罚或监管措施的同时，都必须记入证监会诚信档案。在今后的日常监管中，此诚信档案将作为准入审核的考量因素以及违法行为量罚的从重、加重情节。

二是证监会执法人员在调查和认定信息披露违法行为行政责任过程中，必须依法办事、客观公正，并对自由裁量权的运用做出了严格限制。

### **(2) 信息披露违法行为分类**

《征求意见稿》将信息披露违法行为分为未按规定披露信息、虚假记载、误导性陈述和重大遗漏。

关于未按规定披露信息行为，《征求意见稿》明确了《证券法》第 193 条所述“规定”的范围包括了法律、行政法规、证监会规章和证券交易所的有关规定，披露的要求上不仅包括及时性，还引入《上市公司信息披露管理办法》中规定的“公平”披露要求，明确了违反“公平”披露规定的，也可以按照《证券法》第 193 条处罚。

《征求意见稿》将与真实情况不符的信息披露认定为虚假记载，并列出了典型的财务造假虚假记载情形。重大遗漏的重大性判断不仅要符合法律、行政法规、证监会规章规定，还要符合证券交易所的有关规定。

其中，尤其值得我们关注的是《征求意见稿》规定：信息披露义务人通过法定信息披露文件之外的其他信息发布渠道或载体，作出不完整、不准确陈述，致使或可能致使投资者对其投资行为发生错误判断的，同样属于信息披露违法。这就是说，证监会对于上市公司高管的行为监管将越来越严格，其无论是公开场合的谈话，还是私下场合的表态，都将被纳入监管范畴。这意味着高管“乱说话”或将被追究责任。

### **(3) 信息披露违法行为认定标准：主客观结合**

《征求意见稿》规定，信息披露义务人主要是发行人和上市公司，认定其信息披露违法的行政责任要结合违法情节严重程度和主观两个方面来综合审查认定。

客观违法行为情节严重程度的判断包括违法行为的直接结果（对资产、负债、收入、利润、盈亏的影响和占比）、间接结果（导致发行、资产重组获得许可、收购要约豁免、上市资格发生变化等）、是否有累犯情节、个体影响（投资者判断、股价是否受到影响）和社会普遍影响等。

主观方面根据是否属于共谋，故意还是过失，是否进行补救，是否主动报告、配合调查等

因素综合考虑。如果信息披露违法行为是由于其他违法行为所引起的，则应当综合考虑信息披露义务人的主观过错，是否因违法行为获益、避损，以及引发信息披露违法的其他违法行为的责任，追究是否存在对信息披露违法行为责任的吸收等因素。

#### **(4) 责任人员的认定及其归责原则**

此前《证券法》中仅规定对信息披露违法直接负责的主管人员和其他直接责任人员应分别追究行政违法责任，未具体规定如何区分和认定两种责任主体。在《征求意见稿》对这两类责任主体进行了明确区分，并确定了不同的归责原则。

##### **1) 董事、监事和高级管理人员的过错推定原则**

《公司法》第 113 条、《证券法》第 69 条规定的信息披露违法民事责任的归责原则是过错推定原则，《征求意见稿》对董事、监事和高级管理人员也采取过错推定的原则认定行政违法责任，即发行人、上市公司发生信息披露违法的，董事、监事和高级管理人员就可以根据其身份、职责等推定负有责任，除非能够证明自己已忠实、勤勉的履行了《证券法》第 68 条规定的“保证”义务。《征求意见稿》对责任人员证明其勤勉尽责的可行方式也作出了规定，指导当事人履责、尽责和免责。

##### **2) 其他人员的一般过错原则**

《征求意见稿》对董事、监事和高级管理人员以外的其他人员未设有信息披露的强制性义务，因此对上述人员只采一般过错责任的归责原则，以掌握充分证据证明其确有过错为前提，不实行过错推定。

但在两种情形下，上述人员依其在信息披露违法行为中的作用，也将被认定为责任人员：一是实际承担或履行董事、监事和高级管理人员职责的人员；二是虽然不属于董事、监事和高级管理人员，但实际参与或具体实施了信息披露违法行为，或其行为与信息披露虚假有直接因果关系的人员。

#### **(5) 不同责任人员之间的责任区分认定**

《行政处罚法》要求实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。《征求意见稿》要求从违法行为责任人员在信息披露违法行为发生过程中所起的作用，对违法行为的知情程度和态度，其职务、具体职责及履行情况，以及专业背景等四方面具体分析、综合考虑区分认定责任人员的责任大小。但是，以上综合考虑的因素并非认定当事人责任的必要条件，当事人可以在陈述、申辩过程中提出有关考虑因素，请求证监会予以综合考量。

《征求意见稿》规定了认定从轻或者减轻处罚的考虑情形和不予处罚的考虑情形，但仅是量罚时的考量因素。为避免当事人简单以各种不当理由提出申辩要求不予处罚，《征求意见稿》

规定了不得单独作为不予处罚情形的认定。而对应当从重处罚的情形,《征求意见稿》则做了较为明确的规定,以警示当事人不配合调查、妨碍调查以及屡犯者将受到严惩。

## 【基金实务】

### 保险公司能否担任保本基金的担保人?

中国证券监督管理委员会(以下简称“中国证监会”)于2010年10月26日公布了《关于保本基金的指导意见》(以下简称“《意见》”),《意见》第9条规定:“证券公司及其他金融机构担任保本基金的担保人或保本义务人的,应当符合以下审慎监管要求:(一)成立并经营满3年以上,具备法人资格的企业;(二)财务状况良好,最近三年连续盈利;(三)注册资本不低于10亿元;(四)上一年度经审计的净资产不低于20亿元;(五)为保本基金承担保证责任或偿付责任的总金额不超过上一年度经审计的净资产的10倍;(六)最近三年未受过重大处罚;(七)中国证监会规定的其他条件。”

根据此条规定,保险公司作为金融机构是可以担任保本基金的担保人的。但保险公司担任担保人除满足《意见》的规定,还需要满足其他法律法规及中国保险监督管理委员会(以下简称“中国保监会”)关于保险公司对外担保的相关规定。下文拟通过对相关规定的分析,从法律层面上探讨保险公司担任保本基金担保人的可行性。

我们认为,保险公司提供担保可以通过两种方式进行:一种是作为一项保险业务,即保证保险,另一种则是与普通公司类似的对外保证担保。以下分别论述之。

#### (1) 保证保险业务

《中华人民共和国保险法》(以下简称“《保险法》”)第95条规定:“保险公司的业务范围:(一)人身保险业务,包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务;(二)财产保险业务,包括财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险等保险业务……保险公司应当在国务院保险监督管理机构依法批准的业务范围内从事保险经营活动。”可见,保证保险是保险公司的合法经营的险种之一。

最高人民法院在2000年8月28日《对湖南省高级人民法院关于<中国工商银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司湖南省郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案的请示报告>的复函》中指出:“保证保险是由保险人为投保人向被保险人(即债权人)提供担保的保险,当投保人不能履行与被保险人签订合同所规定的义务,给被保险人造成经济损失时,由保

险人按照其对投保人的承诺向被保险人承担代为补偿的责任。因此，保证保险虽是保险人开办的一个险种，其实质是保险人对债权人的一种担保行为。”由此可知，保证保险的实质是保险公司向投保人提供担保。

又，中国保监会 2010 年 5 月 11 日发布的《关于实施〈财产保险公司保险条款和保险费率管理办法〉有关问题的通知》规定：“中国保监会依法认定下列保险险种的保险条款和保险费率，应当报中国保监会审批：……（三）保险期间超过 1 年期的保证保险和信用保险……其他保险险种的保险条款和保险费率，应报中国保监会备案”。据此，期间超过 1 年的保证保险的保险条款和保险费率应报中国保监会审批，保险期间不超过 1 年的保证保险的保险条款和保险费率应报中国保监会备案。

根据上述规定，我们理解，保险公司开办针对保本基金的保证保险，作为保本基金的担保人是有可能性的。但是，我国目前的保证保险大都是针对个人信贷消费类而设计的，尚无保险公司开办针对保本基金的保证保险的先例，因此，能否为保本基金设计保证保险尚待专家的论证以及中国保监会的确认。

## （2）对外保证担保

根据《公司法》第 16 条的规定，公司可以为他人提供担保，目前相关法律法规也没有禁止保险公司的对外担保行为。

中国保监会 2008 年 7 月 8 日发布的《关于印发〈关于规范保险公司章程的意见〉的通知》规定：“保险公司章程应当规定公司资产买卖、重大投资、对外担保、重要业务合同、重大关联交易等事项的审议权限及决策方式。”

又，中国保监会 2007 年 4 月 6 日发布的《保险公司关联交易管理暂行办法》第 10 条规定：“保险公司关联交易是指保险公司与关联方之间发生的下列交易活动……（六）担保、债权债务转移、签订许可协议以及其他导致公司利益转移的交易活动。”

从以上规定可以看出，中国保监会并没有禁止保险公司的对外担保行为，并且要求保险公司在公司治理层面就需要明确外担保执行相关的审议程序。

需要指出的是，中国保监会对保险公司的担保行为仍有一定的限制。中国保监会发布的《保险公司偿付能力管理规定》第 3 条规定“保险公司应当具有与其风险和业务规模相适应的资本，确保偿付能力充足率不低于 100%。偿付能力充足率即资本充足率，是指保险公司的实际资本与最低资本的比率”；又，第 24 条规定“保险公司应当重点从以下方面识别、防范和化解承保风险、担保风险、融资风险等各类负债风险……（四）严格保险业务以外的担保程序，遵循法律、行政法规和中国保监会的有关规定，根据被担保对象的资信及偿债能力，采取谨慎的风险控制措施，及时跟踪监督”。

综合以上分析，我们认为，在目前相关法律法规框架下，保险公司作为保本基金的担保人

是没有法律上障碍的，但考虑到保险公司偿付能力的控制，其是否能提供这种类型的担保需要专业人员的测算以及中国保监会的确认。

**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)

编委：梁丽金、刘佳、陈武、张红文、荣华、孙文婷、张兰、马维娜、戚垠川、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)