



源泰律師事務所
YUAN TAI PRC ATTORNEYS

中国基金业的专业法律顾问

源泰基金简报

2012年4月（总第57期）

【法规聚焦】

- 1、《上海证券交易所交易型开放式指数基金业务实施细则》及《深圳证券交易所交易型开放式指数基金业务实施细则》
- 2、《关于进一步优化基金分类审核工作有关问题的通知》
- 3、《关于做好辖区公司从业人员及其亲属申报信息核查工作的通知》

【基金实务】

- 1、公司员工商业贿赂认定为公司行为问题分析
- 2、商业贿赂犯罪案件中贿赂与馈赠的界限

【业务动态】

【法规聚焦】

1、《上海证券交易所交易型开放式指数基金业务实施细则》及《深圳证券交易所交易型开放式指数基金业务实施细则》

为适应跨市场、跨境 ETF 产品的推出，上海证券交易所（以下简称“上交所”）和深圳证券交易所（以下简称“深交所”）对各自的交易型开放式指数基金业务实施细则进行了修订，并于 2012 年 3 月 23 日正式发布了修订后的《上海证券交易所交易型开放式指数基金业务实施细则》（以下简称“《上交所细则》”）及《深圳证券交易所交易型开放式指数基金业务实施细则》（以下简称“《深交所细则》”）。上述细则均自发布之日起施行，重点对跨市场、跨境交易型开放式指数基金（以下简称“ETF”）的申购、赎回及交易等相关事宜进行了规范。本次沪深两所细则修订的主要内容如下：

（1）拓展 ETF 及申赎对价定义

《上交所细则》及《深交所细则》对 ETF 定义中的投资标的表述范围进行了扩展，修改为“特定指数所对应组合证券或基金合同约定的其他投资标的”，为 ETF 创新产品的投资预留了空间。同时，两细则将“现金及基金合同约定的其他对价”也纳入了可用于申购、赎回 ETF 基金份额的对价范畴，并相应完善了各条款的表述。

（2）明确跨市场、跨境 ETF 的交易规则

《上交所细则》

《上交所细则》第二十二條分別規定了跨市場及跨境 ETF 的買賣、申購、贖回的事宜。其中，跨市場 ETF 和上交所單市場 ETF 的交易規則基本一致，只在跨市場 ETF 的當日賣出、贖回上對其進行了特別規定，即跨市場 ETF “當日申購且同日未賣出的基金份額，清算交收完成後方可賣出和贖回”。

而對於跨境 ETF 的交易，《上交所細則》新增一款，明確規定如下：

“買賣、申購、贖回標的指數為跨境指數的交易所交易基金的基金份額時，應當遵守以下規定：（一）當日申購的基金份額，清算交收完成後方可賣出和贖回；（二）當日買入的基金份額，同日可以贖回，但不得賣出；（三）當日申購總額、贖回總額超出基金管理人設定限額的，超出額度的申購、贖回申報為無效申報；（四）本所規定的其他要求。”

《深交所細則》

與《上交所細則》相比，《深交所細則》對跨市場 ETF 基金份額交易和申贖規則的規定有差異，各基金管理公司需要在操作中特別注意。《上交所細則》對跨市場 ETF 基本保持了現有

单市场 ETF 的“T+0”交易制度，而《深交所细则》则对其执行“T+1”交易。《深交所细则》第二十一条第二款规定，当日申购的跨市场 ETF 基金份额，在交收前不可以卖出或赎回；当日买入的基金份额，同日不可以卖出或赎回。

而对于跨境 ETF 的交易，《深交所细则》新增一款，规定基本与《上交所细则》一致：

“投资者申购、赎回、交易以跨境指数为跟踪目标的基金份额时，应遵守下列规定：（一）当日申购的基金份额，在交收前不可以卖出或赎回；（二）当日买入的基金份额，同日可以赎回，但不得卖出；（三）本所规定的其他要求。”

此外，《上交所细则》和《深交所细则》均为创新型的 ETF 产品交易预留了空间，明确其他类型的 ETF 交易原则将另行规定。可见，今后基金管理公司除发展跨市场、跨境 ETF 外，还可进行 ETF 产品创新，促使其多元化发展。

（3）修改完善 ETF 净值计算事宜

《上交所细则》删去了对 ETF 参考净值（IOPV）具体计算方式的规定，将计算方式的规定及修改权限下放至基金管理人，由其在基金法律文件中明确，但最终仍需上交所认可。

另一方面，上交所和深交所均放宽了 IOPV 的计算和发布主体，允许基金管理人委托交易所或其他机构计算及发布 IOPV。即：（一）基金管理人可向交易所提供基金份额参考净值计算方式，由交易所计算基金份额参考净值；（二）基金管理人计算基金份额参考净值并提供给交易所；（三）基金管理人委托第三方计算基金份额参考净值并提供给交易所。

值得注意的是，《上交所细则》明确规定，在 ETF 上市首日，基金管理公司将承担基金份额净值、参考值的准确性及出现差错的处理的责任。而《深交所细则》则保留原免责规定，明确深交所对基金份额净值的准确性不承担责任，即若基金管理公司委托深交所计算 IOPV，IOPV 差错时仍应由基金管理公司承担相关责任并负责处理，基金管理公司应特别注意。

（4）强调代办券商的风险控制

鉴于 ETF 申赎对价中增加了现金及基金合同约定的其他对价，已不单是组合证券，《上交所细则》特别强调了代办券商对申赎对价的核实义务，并要求在处理赎回时及时进行可用额度更新和基金份额锁定。此外，《上交所细则》还对代办券商在开展相关业务时的风险控制提出了向投资者全面介绍业务规则，充分揭示风险；缴纳价差保证金，控制净申购额度等要求。

除上述主要修订外，《上交所细则》还完善了 ETF 停牌、复牌相关规定，并新增了对交易所会员、基金管理人、基金托管人的违规行为的处罚措施等内容；《上交所细则》和《深交所细则》均完善了信息披露相关规定，有助于提高 ETF 整体运行的规范度和透明度。总体而言，此次细则的修订更加适应市场的发展和需求，为基金管理公司开展产品研发和业务创新提供了

更大的空间，ETF 相关产品创新步伐有望提速。

2、《关于进一步优化基金分类审核工作有关问题的通知》

2012 年 3 月 2 日，基金监管部向各基金管理公司下发了《关于进一步优化基金分类审核工作有关问题的通知》（基金部通知【2012】6 号）（以下简称“《通知》”），对基金管理公司上报产品的通道和排队方式进行了调整，并同时废止了《关于进一步优化基金审核工作有关问题的通知》（基金部通知【2009】44 号）。《通知》于下发之日起实施，主要涉及以下两方面的内容：

（1）精简通道，取消申报类别限制

《通知》规定，基金管理公司通过境内基金通道上报产品，不再按照固定收益类基金、主动投资的偏股类基金、指数类股票基金的分类方式分别排队，可以同时上报三只基金的募集中请，三只基金可以是同一类型，也可以是不同类型。QDII 基金、创新产品和特定资产管理计划仍按原方式申报。此规定将基金申报通道由原来的 6 个精简成了境内基金、QDII、创新产品及专户产品 4 个通道，并取消了境内基金的分类型排队上报制度，允许同时上报 3 只同类型的境内基金。

上述调整是在保持基金申报总数不变的情况下，提高了境内基金的申报自由度和灵活性。今后，基金管理公司可根据自身投研优势及市场情况，合理设计规划产品线，专注于公司优势产品，个性化发展公司的基金产品方向。

（2）适当限制境内新基金申报

为了防止《通知》实施后新基金申报及发行量暴增，《通知》第二条对境内新基金的申报做出了一定的限制。具体为：在《通知》实施前，已上报未核准和已核准未募集成立的境内基金总数达到 3 只的基金管理公司，不得再上报境内基金的募集申请；而总数少于 3 只的基金管理公司则可以另行上报新基金。

值得注意的是，该限制将《通知》实施前已核准，但尚未募集成立的基金也纳入了 3 只的统计范畴。这意味着一段时间内，基金管理公司旗下已核准未募集成立的境内基金可能成为其申报新基金的障碍，这也将促使各基金管理公司及时募集旗下已核准的基金。

另外，鉴于《通知》实施后可能出现集中发行某一类基金的情形，加剧公司竞争和基金发行压力，基金监管部还要求各公司在申报基金时，根据自身条件做好产品规划及人员储备等工作。

3、《关于做好辖区公司从业人员及其亲属申报信息核查工作的通知》

上海证监局近日下发《关于做好辖区公司从业人员及其亲属申报信息核查工作的通知》(以下简称“《通知》”),对辖区基金管理公司从业人员及其亲属信息申报做出了严格规范。

(1) 明确上报的亲属范围

按照《通知》要求,基金管理公司应要求所有正式员工对其上报的本人及亲属身份证号码信息进行自查自纠,并将证件原件扫描存档。其中高级管理人员、基金经理、投资经理等人员的亲属信息范围比照任职资格登记表要求确定,任职登记表中规定的主要社会关系包括但不限于本人父母、配偶、兄弟姐妹和配偶父母、兄弟姐妹以及与本人关系密切或有重大利益关系的人士;其他从业人员亲属信息自查范围应至少包括父母、配偶、子女等直系亲属。

(2) 重点核查错报漏报人员

公司应开展员工上报信息专项核查工作,对于核查发现相关信息仍然存在错报或漏报的,公司应对相关员工进行内部责任追究,并对其本人及亲属的基金、股票投资情况进行重点核查;对涉嫌存在违法违规行为的,公司应及时向上海证监局报告。

(3) 完善公司内部管理

各公司应完善从业人员管理制度,强化员工及其亲属身份证号码信息及其他投资报备信息的申报、登记以及审查工作,建立长效机制。督促员工及时更新投资报备信息,对上报信息定期核查,做好检查留痕,确保员工报备信息的真实性、准确性和完整性。

(4) 加强行政监管

上海证监局将在今后日常监管中加强对从业人员申报信息的核查工作,如发现公司员工及其亲属身份证号码信息仍然存在虚假、漏报,或者员工报备的投资信息存在瞒报、错报且公司未履行核查职责的,将依据《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》、《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》等规定对直接责任人员和高管责任人员采取相应的行政监管措施。

【基金实务】

1、公司员工商业贿赂认定为公司行为问题分析

某公司销售人员在未告知公司的情形下,为销售公司旗下产品,对客户进行了商业贿赂。在工商局查处商业贿赂的过程中,公司辩称:其员工实施贿赂行为前后都未经公司同意,贿赂

客户的资金也由该员工个人支出，因此，该员工的行为属于个人行为，不能认定为公司的商业贿赂行为。在这种情况下，如何认定？由此产生的法律责任是否应由公司承担？我们分析如下：

（1）相关法律法规

1) 国家工商行政管理局第 60 号令《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第三条规定：“经营者的员工采用商业贿赂手段为经营者销售或者购买商品的行为，应当认定为经营者的行为。”该条原则性规定，对于员工采取的商业贿赂行为应当认定经营者的行为。工商局在查处商业贿赂案件时往往引用该条作为依据。

2) 《民法通则》第四十三条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”又，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称“《意见》”）第四十二条规定：“法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人或其组织为当事人。”《民法通则》及《意见》都规定公司应对其工作人员的经营行为承担责任。

（2）分析

结合上述法律法规及相关司法实践，我们理解，认定员工从事商业贿赂行为是否是经营者的行为，应主要分析员工实施的商业贿赂行为是否属于职务行为。如该员工实施商业贿赂行为时，以经营者工作人员的身份并以经营者的名义出现进行推销，则该行为应视为职务行为。该员工职务所覆盖的范围即是公司的当然授权行为，故该员工为推销所实施的一系列行为均视为是公司进行的，属于执行职务行为。

另外，我国司法实践中对职务行为的外延作了扩大解释，司法实践中职务行为的认定，可以借鉴《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 9 条所对“从事雇佣活动”的解释。所谓从事雇佣活动是指“从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为范围超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为‘从事雇佣活动’。”雇员基于“从事雇佣活动”所从事的违法违规行为，雇主也就是经营者应当承担相应的民事责任和行政责任。即，该员工的行为超出了雇主的授权范围，但若其表现形式与其履行职务是有一定内在联系，也会被认定是雇主的责任。企业法人作为雇主的一种类型，也适用于这一规定。

当然，公司在承担法律责任后，可以按照公司内部规定对员工作出相应处理，也可以根据员工过错程度就经济损失部分依法向员工追偿的经济责任或进行处罚。

2、商业贿赂犯罪案件中贿赂与馈赠的界限

物品或钱财通常被作为进行商业贿赂的手段，在被查处的情形下，公司员工往往辩称其行为只是一般的馈赠，与商业贿赂无关。厘清该问题的关键在于正确区分贿赂与馈赠的界限。

收受贿赂与馈赠在表面上十分相似，在司法实践中很容易混淆两者之间的界限，造成认定和处理上的困难。为此，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称“《意见》”）第十条规定：“办理商业贿赂犯罪案件，要注意区分贿赂与馈赠的界限。主要应当结合以下因素全面分析、综合判断：（1）发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；（2）往来财物的价值；（3）财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；（4）接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。”

法律并不禁止亲友之间的正当馈赠行为，然而，往往有公司及员工借馈赠之名而行贿赂之实，并以馈赠正当为其行为辩解。《意见》第十条对如何区分贿赂与馈赠作了明确的原则性规定。

（1）背景因素——发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度

区分贿赂与馈赠的时候应当注意考察双方平时往来的情况，是否有较深的友情。如果双方平时素无往来，这种突然发生的馈赠往往是打着“馈赠”形式的贿赂行为。如果双方之间感情较好，甚至平时常有你来我往的互相馈赠，就不能排除属于合法馈赠的可能性。

（2）价值因素——往来财物的价值

区分贿赂与馈赠的时候还应当看往来财物价值的大小，是否符合亲友间正常交往的限度。一般来讲，正常的馈赠往往财物价值不会过高，符合当地习俗或亲友间交情的程度，符合赠与人的收入水平；非正常的馈赠，表现为赠与财物价值过高，且为单方面赠与，不符合当地习俗，超越了当事人之间的交情程度和历史上往来财物的价值。

（3）目的因素——财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托

认定财物往来的目的因素，应考虑提供方是否有明示或者暗示的职务上的请托，接受方是否许诺、着手或者已经为其谋取利益。贿赂的目的是为了利用对方的职务便利谋取利益；而馈赠是单纯的加深友谊、增进感情的举动，没有以对方职务便利为自己谋取利益的复杂目的。

（4）职务因素——接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益

区别馈赠行为与贿赂界限的关键在于,行为人是否利用现有职务范围内的权利或者与职务相关的便利条件为财物提供方谋取利益。

需要注意的是,《意见》第十条列举的是区分贿赂与馈赠的主要因素,而不是全部因素,不排除个案中,出现其他的关键区分因素。此处用“因素”而非“要件”,指不是必须满足列举的所有条件就能构成贿赂或是馈赠,而只作为重要参考,非必要的构成要件。

【业务动态】

- 1、 受财通基金管理有限公司委托,本所为其员工提供特定客户资产管理业务的相关法律培训;
- 2、 受诺德基金管理有限公司委托,本所为其员工提供三条底线的相关法律培训;
- 3、 受富安达基金管理有限公司委托,本所为其策略精选灵活配置混合型证券投资基金产品提供法律服务;
- 4、 受信达澳银基金管理有限公司委托,本所为其消费优选股票型证券投资基金产品提供法律服务;
- 5、 受农银汇理基金管理有限公司委托,本所为其深证 100 指数增强型证券投资基金产品提供法律服务。

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

编委: 梁丽金、刘佳、孙文婷、张兰、马维娜、徐莘、张强、夏露露、何慧明、季仁炜、李学科
责任编辑: 陈琦骄

邮箱: jessicachen@yuantai.com.cn

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