



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

2013年2月（总第62期）

【法规聚焦】

- 1、《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定》
- 2、《证券投资基金销售机构通过第三方电子商务平台开展证券投资基金销售业务指引（试行）》（征求意见稿）

【基金实务】

新《证券投资基金法》专题

【业务动态】

- 1、受富国基金管理有限公司委托，本所为其宏观策略混合型证券投资基金产品提供法律服务；
- 2、受工银瑞信基金管理有限公司委托，本所为其产业债债券型证券投资基金产品提供法律服务；
- 3、受农银汇理基金管理有限公司委托，本所为其7天理财债券型证券投资基金产品提供法律服务；
- 4、受华安基金管理有限公司委托，本所为其员工提供新证券投资基金法的相关法律培训。

【法规聚焦】

1、《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定》

新修订的《基金法》将非公开募集基金纳入调整范围，并在第十二条第二款规定：“公开募集基金的基金管理人，由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。”该条款的修订为除基金管理公司以外的其他资产管理机构（以下简称“资产管理机构”）参与公募基金业务预留了法律空间。因此，为引导资产管理机构开展公募基金管理业务，中国证监会于2013年2月18日发布《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定》（以下简称“《暂行规定》”），自2013年6月1日起施行，其具体内容如下：

首先，《暂行规定》明确了资产管理机构的类型，即证券公司、保险资产管理公司以及专门从事非公开募集证券投资基金管理业务的资产管理机构（我们理解，该类机构应是指阳光私募，以下简称“私募证券基金管理机构”）。同时《暂行规定》明确了其申请开展公募基金管理业务的准入条件，具体如下：

机构类型	准入条件	共同条件
证券公司	(一) 资产管理总规模不低于 200 亿元或者集合资产管理业务规模不低于 20 亿元； (二) 最近 12 个月各项风险控制指标持续符合规定标准。	(一) 具有 3 年以上证券资产管理经验，最近 3 年管理的证券类产品业绩良好； (二) 公司治理完善，内部控制健全，风险管理有效；
保险资产管理公司	(一) 管理资产规模不低于 200 亿元； (二) 最近 1 个季度末净资产不低于 5 亿元。	(三) 最近 3 年经营状况良好，财务稳健； (四) 诚信合规，最近 3 年在监管部门无重大违法违规记录，没有因违法违规行为正在被监管部门调查，或者正处于整改期间；
私募证券基金管理机构	(一) 实缴资本或者实际缴付出资不低于 1000 万元； (二) 最近 3 年证券资产管理规模年均不低于 20 亿元。	(五) 为基金业协会会员； (六) 中国证监会规定的其他条件。

另外，对于股权投资管理机构、创业投资管理机构等其他资产管理机构如符合私募证券基金管理机构的准入条件的，亦可申请公募基金管理业务。

其次，在经营运作方面，《暂行规定》要求资产管理机构设立专门的基金业务部门，建立独立的基金投资决策流程及相关防火墙制度，并应当有符合要求的信息系统和安全防范设施或者有完善的信息系统、业务外包方案。资产管理机构应当建立公平交易和关联交易制度，防范内幕交易和利益冲突，有不少于 10 名从事投资、研究业务并取得基金从业资格的专业人员。资产管理机构在基金募集、份额登记、投资运作、核算估值、信息披露等方面将统一适用《基金法》及配套法规的有关规定。

最后，根据《暂行规定》，证监会对资产管理机构从事公募基金管理业务行使监管权，可以进行现场检查和非现场检查，并可以采取行政监管措施、进行处罚等。基金业协会也将对资产管理机构从事公募基金管理业务进行自律管理。

2、《证券投资基金销售机构通过第三方电子商务平台开展证券投资基金销售业务指引（试行）》（征求意见稿）

为进一步拓宽证券投资基金销售渠道，保障基金销售机构在第三方电子商务平台上的基金销售活动安全有序开展，维护基金投资人的合法权益，中国证监会于 2012 年 12 月 27 日公布了《证券投资基金销售机构通过第三方电子商务平台开展证券投资基金销售业务指引（试行）》（以下简称“《业务指引》”）。《业务指引》围绕第三方电子商务平台、第三方电子商务平台基金销售业务监管、违规行为处罚等方面内容做出了规定。具体如下：

（1）第三方电子商务平台

1) 第三方电子商务平台的定义

《业务指引》第二条将第三方电子商务平台定义为“在网上基金销售活动中为基金投资人和基金销售机构之间的基金交易活动提供辅助服务的信息系统”。

2) 第三方电子商务平台经营者的资质条件

《业务指引》要求第三方电子商务平台经营者取得相关电信业务经营许可证 3 年以上，诚信记录良好，最近 3 年未受到重大行政处罚或者刑事处罚，同时还对其网站接入地、内部控制、信息系统和安全保障措施等方面提出了相关要求。

3) 第三方电子商务平台的业务边界

《业务指引》将第三方电子商务平台定位于为基金投资人和基金销售机构之间的基金交易活动提供辅助服务的信息系统，其本身并不属于独立的销售机构，因此，第三方电子商务平台

或无须取得基金销售业务资格。但是，若第三方电子商务平台经营者直接从事基金宣传推介等基金销售活动的，《业务指引》明确规定其应当取得基金销售业务资格，

除此之外，《业务指引》准许第三方电子商务平台经营者在实名制管理的基础上，提供账户管理功能。

(2) 第三方电子商务平台基金销售业务监管

1) 制度建设

《业务指引》规定，基金销售机构应当依法合规通过第三方电子商务平台开展基金销售业务，在进行充分的评估论证和履行必要的内部决策程序的基础上，制定相应的风险管理和应急处理制度，保证基金销售结算资金安全，确保销售适用性原则的贯彻落实，有效保护投资人资料、交易数据等信息的安全。

2) 业务备案

《业务指引》规定基金销售机构通过第三方电子商务平台开展基金销售业务应当事先向中国证监会备案，备案内容应包括业务方案、风险管理和应急处理制度、与相关各方签署的合作协议、技术系统联网测试报告等。

3) 业务开展

首先，《业务指引》规定基金销售机构通过第三方电子商务平台开展基金销售活动，应当在醒目位置披露其工商登记信息和基金销售业务资格信息，并提示基金销售服务由基金销售机构提供，并独立提供基金交易账户开户、基金交易、相关投资顾问咨询和投诉处理等服务。

其次，《业务指引》规定基金销售机构可以自行也可以委托第三方电子商务平台经营者提供业务技术系统。基金销售机构提供的业务技术系统应符合中国证监会的基金销售业务信息管理平台的要求，具备基金交易账户和投资人信息管理、基金交易、销售适用性实施、投资人服务等功能。第三方电子商务平台经营者提供的业务技术支持应符合《证券投资基金销售业务信息管理平台管理规定》和《网上基金销售信息系统技术指引》的要求。

再次，《业务指引》规定基金销售机构通过第三方电子商务平台开展基金销售业务的，可以自行选择身份认证、支付结算等相关服务提供商。相关服务提供商应当与基金销售机构、第三方电子商务平台经营者签署合作协议，明确各自在基金产品销售、投资人服务、信息安全保

障、风险控制等方面的权责义务，并就协议到期后或者合作终止后妥善处理相应业务、违约责任等内容进行规定。

最后，《业务指引》还对第三方电子商务平台经营者和相关服务提供商的安全保密义务进行了规定，即除法律法规规定的情形外，上述主体不得将基金投资者身份资料及交易信息泄露给其他机构或者个人，也不得直接用作其他商业用途。

(3) 违规行为处罚

《业务指引》规定，对基金销售机构和第三方电子商务平台经营者违反业务指引规定的行为，中国证监会可以依法责令整改，暂停办理相关业务；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可以采取监管谈话、出具警示函、记入诚信档案等行政监管措施。除此之外，对违反业务指引以及其他相关规定所应承担的行政处罚和刑事责任，则按照其他法律法规处理。

《业务指引》为基金销售机构基金营销体系的拓展、变革提供了新的途径，有助于改变银行代销渠道导致基金销售成本较高的局面，提升自身的网上基金销售业务能力。

【基金实务】

新《证券投资基金法》专题

2012年12月28日，第十一届全国人大常委会第三十次会议审议通过了修订后的《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称“新《基金法》”)，其针对现行《基金法》的规定进行了相应删减、补充、完善，共计15章，并将于2013年6月1日起正式施行。

1、 扩大调整范围，树立泛资产管理行业新格局

为强化竞争机制，形成开放、包容、多元的机构投资者市场，新《基金法》的调整范围不再局限于传统的公募基金行业，扩大到了以非公开方式募集证券投资基金的财富管理机构、基金的各中介服务机构、在境内募集基金投资境外证券的QDII以及合格境外机构投资者QFII，构建起泛资产管理行业体系。而据此，过去通常意义上基金管理人及基金托管人的外延得到进一步的拓宽，拆除藩篱，鼓励更多的金融资本投入基金行业。

(1) 新《基金法》明确了证券投资基金中采取“公开募集”与“非公开募集”方式的界限，为非公开募集基金正名。

“非公开募集基金”在新法中单列一章，根据规定，拟担任非公开募集基金的管理人要向基

金行业协会履行登记义务，在募集基金完毕之后要向基金行业协会主动备案。非公开募集基金的基金合同、募集对象、宣传推介、基金资产托管等方面，均与传统的公募基金作了区别，保证了其投资运作的自主权。实践中，某些名为公司或者合伙企业、实为非公开募集基金的机构，亦将统一适用新《基金法》关于“非公开募集基金”的监管标准。

本次修订的起草过程可以说是一波三折，围绕 PE/VC 是否入法的争议不断。最后，修订者选择了以基金是否公开募集来区别不同监管标准，不再拘泥于基金的投资方向，避开了交叉监管难题。自此，市场被清晰的划分成了私募股权基金 PE、产业投资基金、风险投资基金 VC 等涉及一级市场的基金，以及涉及二级市场的证券投资基金，有助于杜绝非法集资、挪用资产的现象，营造更安全的投资市场环境。

(2) 新《基金法》明确了基金服务机构的范围，视其为基金行业的重要组成环节，以发挥其社会监督作用。

基金服务机构包括从事公开募集基金的销售、销售支付、份额登记、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等业务的机构，将实行统一的注册或备案管理。原销售机构、登记机构的法律责任进一步细化，且补充了销售支付、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等机构的行为准则，例如销售适当性、反洗钱等义务。

基金管理公司可以尽量把投资决策之外的非核心业务外包给基金服务机构，扬长避短，转而在产品研发上寻求自身的突破。但是需要注意，根据新《基金法》的规定，基金管理公司与基金服务机构之间构成的仅仅是普通委托法律关系，为了保证基金份额持有人的利益优先原则，基金管理人应当承担的责任是不因该等委托关系而转移、免除的，故基金管理人今后在选择中介机构时，尤其要注意对其相应资格的审查及风险的排查。

(3) 新《基金法》预留了混业经营的法律空间，在基金的募集、运作、托管环节积极吸引其他机构参与，旨在优化金融市场的结构配置。

根据新《基金法》规定，基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任，其中公开募集基金的基金管理人，除基金管理公司，还可以是经中国证监会核准的其他机构。对于基金托管人，除依法设立的商业银行，还可以是经中国证监会核准的其他金融机构。两项原则性定义的放宽，首先为合伙制基金管理人的运作模式进行铺垫，其次为非银机构开展基金托管业务打开了大门。随着《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定》的公开征求意见，证券公司、保险资产管理公司、私募基金管理人作为试点金融机构，有望获批开展公募基金业务，为投资者提供更多的选择。

新《基金法》生效后，对传统公募基金行业是一则较大的冲击。面临日趋激烈的局面，各

基金管理公司可以调动自身的资源，主动争取市场份额，例如根据《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》规定而设立子公司平台开展专项资产管理业务。毕竟，机遇同挑战并存，藉此变革之际，加快自身业务转型，亦可使公司升级为专业的财富管理机构。

2、 松绑投资运作，强调风险防范及投资者权益

相较于调整范围的横向拓宽，在传统公募基金的投资运作方面，新《基金法》进行了纵向、深入的大量细节性修订工作，总体上，投资运作的监管标准趋于放宽，但是在各主体的行为规范、监督管理和责任追究方面趋于收紧，体现了宽严相济的特征。（本文下面提到的“基金”若无特指涵义，均表示“公开募集的基金”）

（1）新《基金法》放宽了基金管理人的主要股东资格，并提出了股权激励的设想。同时，增加了基金管理人股东和实际控制人的重大事项报告义务以及禁止性行为规范。

关于基金管理人的主要股东资格，取消了其必须“具有证券经营、证券投资咨询、信托资产管理等金融资产管理业务经验”的市场准入条件，只要“具有经营金融业务或者管理金融机构的良好业绩”并且财务状况良好、资产规模达到标准，即可入股，吸引更多有实力的金融机构参与到基金行业。对股东参股问题，新《基金法》允许基金管理人通过专业人士持股的方式，建立长效的激励约束机制。但是需要注意，基金管理公司的股权激励存在特殊性，须以投资者利益优先为原则，故具体如何操作，有待监管部门的进一步指引。

除原有“股东”一词的表述，新《基金法》补充了“实际控制人”一词，将基金管理人的股东及其实控人一并纳入监管范围，防范其利用基金财产进行利益输送。股东和实际控制人的禁止行为包括不得为他人代持股份、违规干预日常运营、利用基金财产牟取私利等，而相应监管措施中，最为严重的可以责令其转让股权。新《基金法》还要求基金管理人和基金托管人都必须计提风险准备金，以增强抵御风险的能力。

（2）新《基金法》适当扩大了基金财产的投资范围，删减了关联交易禁令，并允许从业人员买卖股票。同时，对交易中产生的利益输送行为及“老鼠仓”现象予以严厉的打击。

基金财产的投资范围，除上市交易的股票、债券、中国证监会规定的其他证券，还包括了前述证券的衍生品种。基金投资于货币市场、股指期货等对象，有了明确的法律依据。基金财产的禁止行为中，本基金买卖其他基金、管理人或托管人发行的证券、管理人或托管人的控股股东及利害关系公司发行及承销的证券，这三大关联交易的禁令被放开，进行重大关联交易的，依法及时履行信息披露义务即可。基金管理公司的董事、监事、高管、其他基金从业人员及其配偶、利害关系人，可以进行证券投资买卖股票，但是应当事先报备，防范利益冲突。为便于

实际操作，基金管理公司还应当建立申报、登记、审查、处置等相应管理制度，使基金从业人员的证券投资管理“阳光化”。

前述投资、交易的放宽，以控制风险、坚持基金份额持有人利益优先的原则为基础，具体到基金管理公司董事、监事、高管的勤勉尽责、诚实信用等受托义务。新《基金法》第二十一条补充了董事、监事、高管及其他从业人员禁止泄露因职务便利获取的未公开信息、利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关的交易活动等从事“老鼠仓”的背信行为，防范职务性犯罪的监管套利。

(3) 新《基金法》为基金的运作、退出提供了更多的选择。同时，相应增补了大量法律责任条款，以健全法律监管体系。

运作上，针对基金份额持有人的利益代表机制较为薄弱的情况，新《基金法》规定了基金份额持有人大会的“二次召集”制度。若出席会议的人数低于二分之一的，召集人可以在原公告的基金份额持有人大会召开时间的三个月以后、六个月以内，就原定审议事项重新召集基金份额持有人大会，三分之一以上出席即有效。另一方面，仿照有限合伙企业的运行机制，允许基金份额持有人大会设立常设机构，履行召集持有人大会、监督基金管理人的投资运作、基金托管人的托管活动等职责，更好地发挥基金相关主体内在的制衡性。退出上，新《基金法》增加了关于基金合并的相关规定，相比于自购、帮忙资金等救济形式，基金合并更有利于保护投资者利益并节约基金管理公司资源。基金合并事项须经基金份额持有人会议作出决定，且须经三分之二以上表决权通过。至于基金合并的实际操作流程，有待市场的检验反馈。

在提升基金运作活力的同时，为应对可能产生的法律监管漏洞及违规行为，新《基金法》丰富了现场检查、查阅复制相关资料、查封冻结相关账户、限制被调查事件当事人证券买卖等执法手段，提高处罚力度，增加违法成本，设置覆盖行政、民事、刑事多层次的法律监管体系。

最后，新《基金法》大幅弱化了基金募集的行政审批。首先，将基金募集的申请由须作出实质判断的“核准制”改为仅需作合规性审查的“注册制”，推动基金业务的创新；其次，减少了基金管理人的任职核准项目，取消了基金管理人设立分支机构、变更5%以下股东、变更公司章程普通条款的核准，同已经完成修订的《证券投资基金管理公司管理办法》保持一致；再次，简政放权，明确基金份额上市交易不再需要中国证监会的核准，由基金管理人自行向证券交易所申请并签订上市协议。

中国证监会的相关部门表示，下一步将抓紧制定配套规章，贯彻落实新《基金法》的规定。值此变革之际，各基金管理公司应当根据自身的战略研究，寻求自身的市场定位，尽快适应新的法律环境。要懂得借鉴境内外资产管理行业的先进模式，建立起良好的人才培养机制，严格

控制风险，切实维护投资者利益，争取在组织、产品、服务上不断地创新，迎合财富管理市场的需求。

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

责任主编：刘佳

编委：张兰、马维娜、徐莘、张强、范佳斐、石旭东、李学科、夏露露、季仁炜、何慧明

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