



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

2013年10月（总第66期）

### 【法规聚焦】

- 1、《基金管理公司固有资金运用管理暂行规定》
- 2、《公开募集证券投资基金风险准备金监督管理暂行办法》
- 3、《合格境内机构投资者境外证券投资外汇管理规定》

### 【基金实务】

基金合并相关法律问题研究（上）

### 【业务动态】

- 1、受华泰柏瑞基金管理有限公司委托，本所为其沪深300正向杠杆交易型开放式指数发起式证券投资基金产品提供法律服务；
- 2、受招商基金管理有限公司委托，本所为其丰盛稳定增长灵活配置混合型证券投资基金产品提供法律服务；
- 3、受工银瑞信基金管理有限公司委托，本所为其目标收益一年定期开放债券型证券投资基金产品提供法律服务；
- 4、受农银汇理基金管理有限公司委托，本所为其从业人员提供QDII法规、企业年金法规及固有资金法规的法律培训；
- 5、受中邮创业基金管理有限公司委托，本所为其从业人员提供内幕交易及其防控的法律培训。

## 【法规聚焦】

### 1、《基金管理公司固有资金运用管理暂行规定》

2013年8月2日，中国证监会公布了《基金管理公司固有资金运用管理暂行规定》（以下简称“《暂行规定》”），《暂行规定》在整合《关于基金管理公司运用固有资金进行基金投资有关事项的通知》（以下简称“《通知》”）以及充分吸收各方反馈意见的基础上，按照“放松管制、加强监管”的总体思路，放开了对基金管理公司固有资金运用的限制，以引导基金行业建立灵活有效的固有资金运用管理机制。《暂行规定》共22条，其主要内容如下：

#### （1）明确固有资金运用的定义

《暂行规定》从对外投资和业务经营两个层面，将固有资金运用界定为“基金管理公司运用以本外币计价的资本金、公积金、未分配利润及其他自有资金进行投资以及用于本公司资产管理业务开展所需的资金支出行为”。

#### （2）扩大固有资金的可投资范围

在《暂行规定》颁布前，根据《通知》及相关规定，基金管理公司仅可运用固有资金投资于国债、银行存款、基金以及设立境内外子公司，除此之外，基金管理公司的固有资金不能再进行其他投资。随着基金行业的改革发展，这一投资限制束缚了基金管理公司的盈利能力。

为了改善上述局面，此次《暂行规定》对固有资金投资提出原则性要求，明确了基金管理公司固有资金可以进行金融资产投资以及进行与经营资产管理业务相关的股权投资，对于具体可投资的金融产品不做列举式的限定。但要求固有资金持有现金、银行存款、国债、基金等高流动性资产的比例不得低于50%，同时不得投资于上市交易的股票、期货及其他衍生品。

#### （3）提出固有资金运用的原则及要求

为了防止基金管理公司固有资金运用影响公司的正常运营和产生利益冲突，《暂行规定》要求固有资金运用应当遵循谨慎稳健、分散风险、合法、公平的原则，确保固有资金的安全性、流动性，避免与基金管理公司及其子公司管理的投资组合之间发生利益冲突，禁止任何形式的利益输送行为。

具体而言：

1) 在自有专户产品投资方面，《暂行规定》鼓励基金管理公司运用固有资金按照规定购买本公司及子公司管理的特定客户资产管理计划，但要求固有资金与本公司及子公司员工投

资单个特定客户资产管理计划的份额合计不得超过该计划总份额的 50%；

2) 在自有基金产品投资方面,除重申持有基金份额的期限不少于 6 个月外,《暂行规定》补充现金管理工具基金、发起式基金以及公司出现风险事件豁免持有期限的规定,删除了持有比例不得超过基金总份额 10%的限制,简化申购赎回基金份额的信息披露要求,由事前公告及备案调整为在基金季度报告中披露即可,同时明确基金管理公司可以作为基金份额持有人向基金份额持有人大会提出议案;

3) 在股权投资方面,《暂行规定》要求基金管理公司运用自有资金进行股权投资应履行事前报告程序,投资入股需审批的还应报主管部门批准;

4) 在对外担保方面,《暂行规定》允许基金管理公司运用自有资金为本公司管理的特定投资组合提供保本承诺或者资金垫付以及为子公司管理的特定投资组合提供担保,但保本承诺、资金垫付或者担保总额不得超过上一年度公司经审计的净资产规模。

#### **(4) 规范自有资金运用的监督管理**

1) 在公司治理方面,基金管理公司应当在公司章程和相关制度中明确规定股东(大)会、董事会和经营管理层在自有资金运用方面的职责和授权范围。

2) 在内部控制方面,基金管理公司应当制定自有资金运用的内部控制制度,对自有资金运用的评估论证、决策、执行、风险控制、稽核、信息披露等事项作出规定。

3) 在决策交易方面,基金管理公司应当指定专门的部门负责,确保自有资金投资与本公司及子公司的资产管理业务在人员、信息、账户、资金、会计核算上严格分离,投资决策及操作独立于本公司及子公司管理的投资组合的投资决策及操作,不得利用本公司及子公司管理的投资组合的未公开信息获取利益。

4) 在关联交易方面,基金管理公司运用自有资金投资不得违反规定将本公司及子公司管理的投资组合作为交易对手,不得自行或者通过第三方与本公司及子公司的投资组合进行显失公平的交易。

5) 在信息披露方面,基金管理公司应当在公司监察稽核季度报告、年度报告中列明投资时间、投资标的、金额、费率及提供保本承诺、资金垫付、担保等信息,并对是否合规、是否存在利益冲突、是否存在显失公平的关联交易等进行说明,还应当在公司年度报告中对自有资金运用情况进行总结,评估本年度自有资金运用效果及存在的风险。

6) 在自有资金继续运用方面,为与《证券投资基金管理公司管理办法》(证监会令第 84 号)第五十七条规定衔接,《暂行规定》规定基金管理公司的净资产低于 4000 万元人民币,或者现金、银行存款、国债、基金等可运用的高流动性资产低于 2000 万元人民币且低

于公司上一会计年度营业支出的，基金管理公司应当暂停继续运用固有资金进行投资，明确了固有资金运用应当主要用于满足公司日常经营管理活动。

## 2、《公开募集证券投资基金风险准备金监督管理暂行办法》

为保护公开募集基金份额持有人的合法权益，增强基金行业风险防范能力，落实新《基金法》相关规定，中国证监会于2013年9月24日正式发布了《公开募集证券投资基金风险准备金监督管理暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”）。《暂行办法》对公募基金风险准备金的适用范围、管理制度、投资运作、信息披露、监管规则等做出了统一规范，并将于2014年1月1日起施行。主要内容如下：

### （1）在适用范围上，明确风险准备金的提取主体、提取来源及用途

#### 1) 提取主体：

风险准备金的提取主体除基金管理人外，还包括托管人。

#### 2) 提取来源及用途：

风险准备金从基金管理费或者托管费收入中计提，并主要用于弥补因基金管理人或托管人违法违规、违反基金合同、操作错误或因技术故障等原因给基金财产或基金份额持有人造成的损失及中国证监会规定的其他用途。值得注意的是，当风险准备金不足以赔偿该等损失时，基金管理人及托管人还应当使用其他自有财产进行赔偿。

### （2）在管理制度上，完善风险准备金的提取、转出、存管与使用规则

#### 1) 提取标准：

基金管理人风险准备金的计提标准维持不变，仍为不低于当月基金管理费收入的10%，且计提余额达到上季末管理基金资产净值的1%时可以不再提取，但是，中国证监会可根据对基金管理人的综合评价结果，要求综合评价低、风险较为突出的基金管理人提高风险准备金的计提比例或一次性补足一定金额的风险准备金。

基金托管人风险准备金的计提比例为不低于当月基金托管费收入的2.5%，且达到上季末托管基金资产净值的0.25%时可以不再提取。

#### 2) 转出标准：

基金管理人及托管人计提的风险准备金余额分别高于上季末管理或托管基金资产净值的1%或0.25%时，可以申请转出部分资金，但转出后的风险准备金余额不得低于上季末管理或托管基金资产净值的1%或0.25%。

3) 存管要求:

基金管理人及托管人应当选取一家具有基金托管资格的商业银行作为风险准备金存管银行开立风险准备金专户,用于归集、存放与支付风险准备金,但商业银行基金托管人不得在本行开立风险准备金专户。

4) 使用要求:

基金管理人或托管人发生需要使用风险准备金的情况时,应经对方复核后交存管银行办理,并按照规定履行报告及信息披露义务。

**(3) 在投资运作上,规范风险准备金的运作方式、投资范围、关联交易**

1) 运作方式:

基金管理人及托管人在保证安全性与流动性的前提下,可以对已提取的风险准备金进行自主投资或开展一定形式的委托投资。

2) 投资范围:

基金管理人风险准备金除国债投资外,还可投资于银行存款、中央银行票据、中央企业债券、中央级金融机构发行的金融债券、基金以及中国证监会规定的其他投资品种,但风险准备金专户应当保持不低于风险准备金总额 10%的现金或者到期日在一年以内的政府债券。基金托管人风险准备金的投资管理活动在符合所在行业监管规定的基础上参照上述要求执行。

3) 作为基金份额持有人时的提案权:

风险准备金投资于基金管理人管理或托管人托管的基金时,基金管理人或托管人可以作为基金份额持有人向基金份额持有人大会提出议案,但对涉及基金管理人或托管人利益的表决事项应当回避。

此外,风险准备金投资管理的各类损益,应纳入风险准备金管理,并且其在投资运作和使用过程中发生的各项税费,可以由风险准备金承担。

**(4) 在信息披露上,根据不同信息披露主体对风险准备金的使用、投资、专项披露事项做出规定**

1) 基金管理人的信息披露义务:

基金管理人发生需要使用风险准备金的情况时,应在使用后 2 个工作日内将相关情况书面报告中国证监会,并在其监察稽核季度报告中予以说明;风险准备金投资于基金管理人管理或托管人托管的基金,或者用于弥补基金财产相关损失等法定用途的,应当依法在相关基金的定期报告中披露;

基金管理人应在监察稽核年度报告中对上年度风险准备金的提取、投资管理、使用、年末结余等情况作专项说明。

2) 基金托管人的信息披露义务:

基金托管人发生需要使用风险准备金的情况时,应在使用后 2 个工作日内将相关情况书面报告中国证监会,并在托管业务运营情况季度报告中予以说明;

基金托管人应在托管业务运营情况年度报告中对上年度风险准备金的提取、投资管理、使用、年末结余等情况作专项说明。

3) 存管银行的信息披露义务:

存管银行应当于每年结束之日起一个月内,向中国证监会提交上年度所存管风险准备金的提取、投资管理、支付使用、年末结余等情况的专项报告。

**(5) 在监管规则上,完善风险准备金使用的制度监管、监管措施**

1) 制度监管:

《暂行办法》不再要求基金管理人将其风险准备金管理制度报中国证监会备案,仅需留档备查,并将该制度报告存管银行即可。

2) 监管措施:

对于基金管理人或托管人违规提取、管理或使用风险准备的责任,《暂行办法》明确了对基金管理人及托管人、直接负责的主管人员和其他直接负责人员的行政监管措施,并对其行政责任和刑事责任做出了原则性规定。

**3、《合格境内机构投资者境外证券投资外汇管理规定》**

2013 年 8 月 21 日,国家外汇管理局发布了《合格境内机构投资者境外证券投资外汇管理规定》(以下简称“《管理规定》”),自发布之日起实施,《国家外汇管理局关于印发<商业银行代客境外理财业务外汇管理操作规程>的通知》(汇综发[2006]135 号)(以下简称“《商业银行外汇管理规程》”)及《国家外汇管理局关于基金管理公司和证券公司境外证券投资外汇管理有关问题的通知》(汇发[2009]47 号)(以下简称“《基金管理公司外汇管理通知》”)同时废止。《管理规定》在统一《商业银行外汇管理规程》及《基金管理公司外汇管理通知》相关规定的基础上,对合格境内机构投资者(以下简称“合格投资者”)外汇管理政策进行了归并和整合,其主要内容如下:

**(1) 明确合格投资者的范围**

《管理规定》明确合格投资者是指取得相关部门批准或许可开展境外证券等投资（以下简称“境外投资”）的境内机构，包括但不限于：商业银行、证券公司、基金管理公司、保险机构、信托公司等。

## （2）简化投资额度申请材料

就基金管理公司首次申请投资额度而言，《管理规定》不再要求以书面申请方式提交包含申请人的基本情况，境外证券投资计划及拟申请投资额度，境外证券投资业务高级管理人员情况、内控制度、风险管理措施及相关准备情况等信息的申请材料，且在申请增加投资额度时，无需再提供 QDII 业务资格批准或许可文件复印件。

## （3）统一投资额度管理要求

根据《商业银行外汇管理规程》及《基金管理公司外汇管理通知》的规定，商业银行的代客境外理财投资购汇额度可以循环使用，对其累计购汇与累计结汇之间的差额（收益部分除外）不得超过国家外汇管理局核准的购汇额度。而国家外汇管理局对基金管理公司和证券公司的投资额度实行余额管理制度。

此次《管理规定》对各类合格投资者境外证券投资额度统一实行余额管理，即合格投资者境外投资净汇出额（含外汇及人民币资金）不得超过经批准的投资额度。

## （4）取消资金汇出入币种限制及结汇、购汇审核

1)《管理规定》取消了资金汇出入币种限制，但要求合格投资者汇出入非美元币种资金时，应参照汇出入资金当月国家外汇管理局公布的各种货币对美元折算率表，计算汇出入资金的等值美元投资额度。

2)《管理规定》取消了《基金管理公司外汇管理通知》中以自有外汇进行投资或以人民币资金进行投资来区分结汇程序的不同规定，而是明确为合格投资者境外投资本金及收益，可以外汇或人民币形式汇回，若以外汇形式汇回的本金和收益，可以外汇形式保留或划转至境内机构和个人外汇账户，也可以结汇划转至其境内人民币托管账户，但法规规定不予结汇的除外。

3)《管理规定》取消了结汇、购汇审核，对于涉及购汇及境内外汇划转的，合格投资者可凭国家外汇管理局投资额度批准文件到境内商业银行办理，合格投资者也可凭国家外汇管理局投资额度批准文件到银行办理相关资金结汇及划转手续。

除上述内容以外，《管理规定》还对合格投资者基本信息登记及变更、境外投资资金汇出入等情况的报送制度、合格投资者和托管人违规行为的处罚等事项作出了规定。

总体而言，《管理规定》的发布实施，有利于促进合格投资者境外证券投资便利化，更

好地满足境内机构和个人境外证券等投资的需求。

## 【基金实务】

### 基金合并相关法律问题研究（上）

新《基金法》的实施，明确了基金合并成为基金退出机制的路径选择之一，与基金直接清盘对基金公司品牌可能产生的负面影响相比较，基金合并不仅可以保留现有的存量客户，还可以降低运营成本，逐渐受到基金公司的关注。尽管新《基金法》为基金合并提供了法律依据，但是其配套细则久未出台，使得基金合并在实践中仍旧面临着一些障碍。本文拟就基金合并的相关法律问题作简要分析，同时借鉴其他国家、地区的立法情况，为基金公司进行基金合并的实务操作提供意见参考。

#### ■ 实体相关法律问题

与我国《公司法》上的公司合并相类似，基金合并也可以分为两种模式，即吸收合并和新设合并。前者即 A 基金并入已存在的 B 基金，仅 A 基金终止，B 基金继续存续；后者为 A 基金和 B 基金共同终止，两者合并成为一只新的 C 基金。理论上而言，基金合并可以发生在同一基金公司旗下的基金之间，亦可发生在两家基金公司各自旗下的基金之间，但是新《基金法》规定基金合并的目的，主要在于为业绩较差、规模较小的“迷你基金”提供退出市场的路径，以保障持有人及基金公司的既得利益，故现阶段而言，实行基金合并可能主要会在同一基金公司旗下的基金之间进行。

那么同一基金公司旗下的任意基金之间是否都可进行合并呢？拟合并的两只基金是否存在限制性规定？新《基金法》并没有直接给出答案。在开展实务操作之前，我们不妨先参考一下我国台湾地区关于基金合并的立法情况。

根据台湾金融监督管理委员会（以下简称“金管会”）颁布的《证券投资信托基金管理办法》第八十三条的规定：“证券投资信托事业所经理之开放式基金，符合下列条件者，得向本会申请核准与本公司之其它开放式基金合并：

- （一）合并之基金应同为募集或私募之基金。
- （二）合并之基金应为同种类基金。
- （三）合并之基金投资区域及国家应相同。



(四)经受益人会议同意合并。但消灭基金最近三十个营业日净资产价值平均低于新台币三亿元且存续基金之证券投资信托契约内容未修改者，不在此限。”

可以看出，以上第(一)至(三)项均属于基金合并的实体性前提条件，要求拟合并的基金应当具有相同的募集方式、种类、投资区域及国家，其中我们容易产生理解分歧的是“同种类基金”的涵义。根据《证券投资信托基金管理办法》第二十三条对于基金种类的明确规定，基金之种类有股票型、债券型、平衡型、指数型等等。据此，“同种类基金”是按基金的投资对象区别作限制。假设该规定类比适用于中国大陆地区，即拟合并的基金需要符合《证券投资基金运作管理办法》第二十九条关于基金类别的规定，同为股票型、债券型、混合型或货币市场基金，则基金公司目前可选择合并的基金范围并不大，甚至有些产品线不够宽的中小型基金公司难以就此开展实务操作。我们注意到，目前已有基金在其基金合同中约定了基金合并条款，其中并未限制拟合并基金须为同种类基金，也就是说，目前监管层对于该限制条件还是采取比较宽松的态度，对基金公司开展相关合并业务较为有利。

此外，我们也认为，在现行立法并未对基金合并的前提条件作明确规定的情况下，对基金合并的实务操作不宜全面参照台湾地区的严格限制规则，建议可以通过合理的程序设置赋予持有人充分的选择权，对于不希望持有的基金因合并而变更类别、投资对象等的，可由其选择赎回或转换入其他基金。从其他地区立法实践来看，英美法系国家及地区对基金合并的立法正是基于上述思想。以香港地区为例，香港证券及期货事务监察委员会颁布的《单位信托及互惠基金守则》以及《房地产投资信托基金守则》都没有对基金合并的实体条件作出限制，而是着重规范基金合并的程序是否保护了持有人的利益。而台湾金管会也已于日前发布了《证券投资信托基金管理办法》修正案，自今年10月开始，基金合并的条件将放宽，除了取消投资区域或国家相同的限制还将免于召开受益人会议的门槛由新台币3亿元提高至5亿元。宽行的立法现状及趋势更表明，只要不侵犯到持有人的实际利益，对于基金合并的实务操作规范无需过多立法上的条条框框限制。现阶段已有基金公司在新《基金法》之下着手开展基金合并项目，我们认为，基金公司应本着持有人利益优先的原则，在基金合并的程序上做到合法合规，而规范基金合并的实体性立法则应当赋予基金公司更多操作上的灵活性、自主性，以符合市场化的合理需求。

关于基金合并程序的相关法律问题，我们将在下一期的简报中进一步探讨。

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)

责任主编：刘佳

编委：张兰、马维娜、徐莘、张强、范佳斐、石旭东、张娅静

责任编辑：董姝

邮箱：[dongshu@yuantai.com.cn](mailto:dongshu@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](http://www.yuantai.com.cn)