

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

作者: 吕红 / 黎明

2012 年 12 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了修订后的《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称“《2013 年基金法》”), 从 2008 年 3 月份启动的对 2003 年全国人民代表大会常务委员会通过的《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称“《2004 年基金法》”)顺利完成,《2013 年基金法》将于 2013 年 6 月 1 日起施行。

《2013 年基金法》相对于《2004 年基金法》103 条相比, 新增 55 条, 删除 3 条, 并对 74 个条款的内容和文字作了修改, 在章节方面新增 4 章, 合并一章。主要修改内容主要体现在公开募集基金的管理人市场准入、监管和基金运作, 将私募证券投资基金纳入法律适用范围, 针对基金服务机构做出专门性规定, 确定了证券投资基金行业的自律组织——基金业协会。笔者将先后通过三篇文章分别就公募基金、私募基金、基金服务机构三个方面对《2013 年基金法》进行解读分析, 以饷读者。

本文为解读系列之一。

公募基金与私募基金的界限

《2013 年基金法》将“公开募集基金”解释为“向不特定对象募集资金”、“向特定对象募集资金累计超过二百人”以及“法律、行政法规规定的其他情形”三种情形。而“非公开募集基金应当向合格投资者募集, 合格投资者累计不得超过二百人。”由此可见, 投资者人数是否超过 200 人是公开募集的基金(以下简称“公募基金”)与非公开募集的基金(以下简称“私募基金”)的一个基本界限。即便募集对象特定, 但人数超过 200 人, 仍然构成公开募集。

如您需要了解我们的出版物, 请与下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

在目前市场上各类金融机构发行的可投资证券市场的资产管理类的金融产品中，信托公司的集合信托对单笔委托金额在 300 万元以上的自然人投资者和合格的机构投资者数量不设限制。证券公司发行的资产管理计划仅限额特定资产管理计划(通称“小集合”)规定客户人数在 200 人以下，但单笔委托金额在 300 万元以上的客户数量不受限制，且一般集合资产管理计划并无投资者人数限制。基金公司的特定多个客户的资产管理计划，委托人不得超过 200 人，但单笔委托金额在 300 万元人民币以上的投资者数量不受限制。商业银行发行的理财产品则无人数量限制的强制性规定。

按照《2013 年基金法》对公募基金的界定，上述金融机构目前发行的金融产品一旦实际募集对象超过 200 人，将符合公募基金的定义，从而产品发行人或管理人以及金融产品本身都将适用《2013 年基金法》对于公募基金的各项要求。因此，为避免落入公募基金范围并适用公募基金的各项要求，上述金融机构发行的各类金融产品的募集人数限制将可能在监管规定方面做出进行一定的调整。

公募基金管理人的市场准入

《2013 年基金法》对于基金管理人的组织形式规定了公司或者合伙企业两种形式，允许合伙企业形式的公募基金管理人的出现。

从基金管理人的机构性质来看，公募基金管理人可以是主要从事公募基金管理的基金管理公司，也可以是中国证监会核准的其他机构，甚至私募基金的管理人若符合规定条件，经中国证监会核准后，也可以从事公募基金的管理业务。《2013 年基金法》规定了基金管理公司的设立条件，而对于其他机构包括私募基金管理人从事公募基金业务的条件，则未做明确规定，未来将由中国证监会制定具体的规定。目前《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定》已于 2012 年末发布并公开征求意见，在初期阶段将会允许符合条件的证券公司、保险资产管理公司、私募证券投资基金管理机构从事公募业务。

就基金管理公司的设立条件而言，《2013 年基金法》主要从基金管理公司主要股东的资质方面，降低了基金管理公司的市场准入门槛。主要股东可以是经营各类金融业务的金融机构，不再强调证券和信托等特定金融领域，银行、保险等其他金融机构也可以成为基金管理公司的主要股东。主要股东也可以不直接从事金融业务，金融机构的控股公司、集团公司等管理机构，只要业绩和财务状况良好，资产规模达到规定标准，也可以成为基金管理公司的主要股东。另外，《2013 年基金法》还取消了主要股东注册资本不低于 3 亿元的要求。

基金管理公司变更和人员方面部分行政许可取消

中国证监会 2012 年修订的《证券投资基金管理公司管理办法》(以下简称“《基金公司管理办法》”)先行削减了一部分行政许可项目，取消了变更 5%以下股权的股东和章程非重大条款修改等非重大变更事项的审批。2012 年 10 月份国务院发布的《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》也取消了对基金管理公司副总经理任职的行政许可项目。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

《2013 年基金法》进一步确认了上述调整,大幅度削减了基金管理公司变更和人员方面的行政许可。基金管理公司设立分支机构的批准项目被取消。基金管理公司章程修改亦非均需报中国证监会批准的行政许可事项,仅变更持有 5%以上股权的股东,变更公司的实际控制人或者变更其他重大事项方需报中国证监会批准。《2004 年基金法》要求基金管理公司的高级管理人员(包括董事长、总经理、副总经理和督察长)的任职审核项目,在《2013 年基金法》中调整为公募基金管理人(包括基金管理公司和其他公募基金管理人)的法定代表人、经营管理主要负责人和从事合规监管的负责人的任职需报中国证监会审核。对于基金管理公司而言,经营管理主要负责人和从事合规监管的负责人应指总经理和督察长。由于法定代表人与总经理可能为同一人,也可能不是同一人(如董事长担任),法定代表人的任职需报中国证监会审核表明法定代表人的任职是一个独立许可事项,这个规定有两层含义:一是若章程规定董事长担任法定代表人,董事长任职和变更需经单独审核;二是若章程调整法定代表人的产生办法,如从董事长调整为总经理,或者从总经理调整为董事长,法定代表人仍然发生了变更,需要单独申请核准。

公募基金管理人董事、监事的任职条件和责任的强化

《2004 年基金法》并不要求基金管理人的董事和监事具有一定年限的特定工作经历,现行的董事任职法规中除独立董事外普通董事也无额外要求,监事任职资格则无任何规定。《2013 年基金法》要求公募基金管理人的董事、监事“具有三年以上与其所任职务相关的工作经历”。

目前基金管理公司的外部董事和外部监事的个人证券投资并无明确法律法规的限制,相对较为自由。但《2013 年基金法》对于公募基金管理人的董事和监事在个人证券投资方面,适用于基金管理人的高级管理人员和其他从业人员相同的事前申报、登记、审查制度,原投资基本不受限外部董事和外部监事的个人证券投资将会受到较大限制。

除此之外,利用基金财产或职务之便牟利、侵占或挪用基金资产、利用非公开信息交易或泄漏非公开信息交易、玩忽职守等禁止性背信行为的要求同样适用于董事和监事。董事、监事未能勤勉尽责,致使基金管理人存在重大违法违规行为或者重大风险的,中国证监会也可以责令更换。

个人证券投资的有条件放开

《2013 年基金法》允许基金从业人员进行证券投资,包括股票投资,解除了基金行业长期以来个人股票投资的禁令。但这一放开仍然是有条件的:

第一,个人证券投资管理制度的适用对象不仅包括基金管理人的高级管理人员和其他从业人员,也包括基金管理人的董事和监事。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

第二，个人证券投资管理制度的核心是事前申报、登记和审查，而申报和审查的投资行为不仅是上述适用对象本人的投资行为，还包括其配偶和利害关系人。《2013 年基金法》对“利害关系人”的范围未作明确规定，有待进一步探讨，通常理解至少包括在资金来源、投资收益方面与本人或配偶存在密切联系的亲属、朋友或者其他第三人。

第三，个人投资需接受基金管理人审查通过后方可进行。基金管理人需建立相应的投资审查制度并确定合理审查标准，防范个人投资与基金投资出现利益冲突。

第四，如果发现个人违规投资，需责令进行事后处置。

如果董事、监事、高级管理人员和其他从业人员未按规定申报，将可能面临 3 万至 10 万元的罚款。如果基金管理人未建立申报、登记、审查、处置等管理制度，将可能面临 10 万至 100 万的罚款，直接负责的主管人员和其他直接责任人员也将面临警告、暂停或者撤销基金从业资格和并处三万元以上三十万元以下罚款的行政处罚措施。

尽管有上述要求和相应的法律责任，但如何有效执行上述要求可能需要有一个逐步摸索的过程，例如从业人员如何有效知悉和限制配偶和利害关系人的投资行为、基金管理人如何设置合理指标审查确认可能存在利益冲突的投资行为以及如何有效跟踪、监控从业人员的投资行为，都还存在一定的难度。

禁止董事、监事和从业人员的背信行为

利用非公开信息交易(即“老鼠仓”)，是基金行业长期以来存在的痼疾。尽管 2009 年的《刑法修正案七》正式规定了“利用非公开信息交易罪”，但刑法不能解决所有“老鼠仓”问题，只有部分老鼠仓行为因情节严重方可被刑事追诉。在行政监管层面，对于“老鼠仓”行为的行政处罚主要依据还是禁止证券从业人员炒股的《证券法》第四十三条和《2004 年基金法》第十八条“基金管理人的董事、监事、经理和其他从业人员……不得从事损害基金财产和基金份额持有人利益的证券交易及其他活动”的原则性规定。在基金法层面，缺乏针对老鼠仓行为的专门性规定。《2013 年基金法》第二十一条则明确禁止了公募基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员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。

除“老鼠仓”这一比较典型的背信行为外，《2013 年基金法》第二十一条还增加了利用职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益、侵占、挪用基金财产、玩忽职守，不按照规定履行职责等其他背信行为。

公司治理和经营管理

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

《2013 年基金法》明确提出了公募基金管理人应当建立良好的内部治理结构，股东会、董事会、监事会和高级管理人员职权明确，以确保基金管理人独立运作的要求。

对于业内一直呼声较高的股权激励，《2013 年基金法》也作出回应，规定了基金管理人可以实行专业人士持股计划，建立长效激励约束机制。

基金份额持有人利益优先，作为基金公司经营管理和从业人员行为规范的基本要求，过去主要通过中国证监会部门规章和规范性文件的形式加以要求。《2013 年基金法》将这一要求正式上升到法律高度，要求基金管理人的股东、董事、监事和高级管理人员在行使权利或者履行职责时，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则。

鉴于基金管理人受托管理业务的性质，《2013 年基金法》特别强调基金管理人应当遵守审慎经营规则，制定科学合理的投资策略和风险管理制度，有效防范和控制风险。

对于从 2006 年就开始实行的风险准备金制度，《2013 年基金法》也正式在法律层面作出规定。

基金管理人股东、实际控制人的监管

基金行业监管过去偏重对基金公司的监管，而鉴于基金管理人的股东、实际控制人对于基金管理人的重大影响，《2013 年基金法》也加强了对基金管理人的股东和实际控制人。一方面，要求基金管理人应当按照中国证监会的规定及时履行重大事项报告义务。2012 年修订的《基金公司管理办法》已经对基金管理人股东发生名称、住所变更、主要股东连续 3 年亏损、被监管机构或者司法机关立案调查等重大事项的报告义务做出了规定。另一方面，《2013 年基金法》还进一步规定了基金管理人的股东、实际控制人的若干禁止行为，包括未依法经股东会或者董事会决议擅自干预基金管理人的基金经营活动、要求基金管理人利用基金财产为自己或者他人牟取利益，损害基金份额持有人利益等。

如果基金管理人股东、实际控制人违反规定，或者不符合条件，中国证监会将有权责令其转让所持有或者控制基金管理人的股权，并在完成处置前还可以限制其股东权利的形式。

丰富监管部门监管措施和执法手段

对于基金管理人违法违规或内控不符合规定而限期整改的，逾期若未改正或者情节严重的，中国证监会可以采取限制业务活动，限制分配红利，限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬，限制转让固有资产，责令更换董事、监事、高级管理人员，限制股权转让或者股权形式等措施。

董事、监事、高级管理人员未能勤勉尽责，致使基金管理人存在重大违法违规行或者重大风险的，中国证监会也可以责令更换。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

基金管理人违法经营或者出现重大风险，严重危害证券市场秩序、损害基金份额持有人利益的，中国证监会可以对该基金管理人采取责令停业整顿、指定其他机构托管、接管、取消基金管理资格或者撤销等监管措施。

在基金管理人被责令停业整顿、被依法指定托管、接管或者清算期间，或者出现重大风险时，中国证监会可以对负责董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员，通知出境管理机关依法阻止其出境，申请司法机关禁止其转移、转让或者以其他方式处分财产，或者在财产上设定其他权利。

在进行调查过程中，如果有证据证明当事人和相关单位、个人已经或者可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产，或者隐匿、伪造、毁损重要证据的，中国证监会经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以直接进行冻结或者查封，而无须按《2004年基金法》通过向司法机关申请而予以冻结。

在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经中国证监会主要负责人批准，中国证监会可以限制被调查事件当事人的证券买卖，但限制的期限不得超过十五个交易日；案情复杂的，可以延长十五个交易日。

基金托管

《2013年基金法》就基金托管对公募基金和私募基金采取了不同态度。私募基金经基金合同约定，可以不采用托管制度。但公募基金必须由基金托管人托管。

对于公募基金的托管人，《2004年基金法》要求只能由取得基金托管资格的商业银行担任。《2013年基金法》对于基金托管人，则允许由商业银行或者其他金融机构担任。其中，商业银行担任基金托管人的资格由中国证监会会同中国银监会核准，而其他金融机构担任基金托管人的资格则由中国证监会核准。

上述规定使商业银行之外的其他金融机构参与公募基金的托管业务成为可能。参照证券公司资产管理计划的托管机构，中国证券登记结算有限责任公司和证券公司，均可能成为除商业银行外的新类型的托管机构。

基金运作方式、组织形式和持有人大会

➤ 运作方式

与《2004年基金法》基本相同，《2013年基金法》对于基金的运作方式仍然主要规定为封闭式和开放式两种方式，同时允许存在其他运作方式。但对于其他运作方式，由原国务院另行规定调整为由中国证监会另行规定。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

➤ 组织形式

不论《2004 年基金法》还是《2013 年基金法》，证券投资基金的组织形式原则上为契约型，以基金合同约定各方权利义务，基金管理人、基金托管人依据基金合同管理、托管基金财产。

但《2013 年基金法》同时也规定了，公开或者非公开募集资金，以进行证券投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其证券投资活动适用本法。因此《2013 年基金法》对于证券投资基金的界定，采用实质重于形式的原则，无论组织形式是什么，只要存在公开或者非公开募集的行为，并且通过受托管理的方式进行证券投资，仍然适用基金法的规定。

➤ 持有人权利和持有人大会的职权

《2013 年基金法》将持有人的权利和持有人大会的职权两个条款从《2004 年基金法》的第九章第七十、七十一条调整到《2013 年基金法》第四章第四十七条、第四十八条。这一调整使持有人权利和持有人大会职权的条款在逻辑顺序上更能显示其重要性。

在持有人大会职权中，基金运作方式的转换不再是必然需要召开持有人大会审议决定的事项，如果基金合同已经对于转换运作方式提前做出约定，在发生约定事由时进行运作方式转换可不用召开持有人大会。《2013 年基金法》对持有人大会职权中加入了“决定修改基金合同的重要内容”，以重要性原则来确定基金合同的具体变更是否需要召开持有人大会。

➤ 持有人大会的日常机构

由于持有人大会是一个非日常机构，不便行使日常职权，《2013 年基金法》对于公募基金允许但非要求必须设立一个日常机构，由持有人大会选举产生成员。该日常机构将负责召集持有人大会，提请持有人大会更换基金管理人、托管人，监督基金管理人的投资运作、基金托管人的托管活动，提请调整基金管理人、基金托管人的报酬标准等。

由于目前基金份额持有人自行提请召集基金份额持有人大会至少需单独或合计持有 10%以上的份额，基金份额持有人主动提请召集或发起召集持有人大会的难度非常高，很难通过持有人大会向基金管理人或基金托管人提出诉求。在设立日常机构后，日常机构作为持有人大会的常设机构和持有人的代表机构，可以直接召集持有人大会，提出更换管理人、托管人或调整其报酬等与管理人、托管人利益直接相关的议案，并进行日常的监督，可以极大地改善基金的治理，更加充分地保障持有人的权利。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

但另一方面，日常机构的设立并非强制性的，以基金合同有约定为前提，而基金合同作为基金管理人、基金托管人拟定的一份格式合同，基金份额持有人几无协商修改的可能。所以，基金份额持有人大会能否设立日常机构，最终还是取决于基金管理人和基金托管人的意愿。

➤ 持有人大会的二次召集

召开基金份额持有人大会往往涉及与基金份额持有人利益直接相关的事项。但实务中召开基金份额持有人大会最大的障碍在于难以召集到足额(代表 1/2 以上基金份额)的持有人参会，“搭便车”心理和怠于行使持有人大会的权利是持有人中比较普遍的现象。

有鉴于此，《2013 年基金法》规定，参加基金份额持有人大会的持有人的基金份额低于二分之一的，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。但二次召集的持有人大会的法定人数将大幅降低，只需有代表三分之一以上基金份额的持有人参加即可召开。

在上述二次召集过程中，二次召集的时间是在第一次持有人大会召开时间的三个月以后、六个月以内，对于该时点，笔者倾向于理解为第二次持有人大会召集公告的时间，而非第二次持有人大会正式召开的时间。

➤ 基金合并

在特别决议事项，即经参加大会的基金份额持有人所持表决权的三分之二以上通过的事项中，除转换基金的运作方式、更换基金管理人或者基金托管人、提前终止基金合同外，《2013 年基金法》还增加了与其他基金合并这一事项。

何为基金合并？目前并无已实行的案例可供分析。如果类比公司合并，可能会存在吸收合并和新设合并两种形式。对于被合并的基金的基金份额持有人而言，相当于其所持的基金份额转换为另一种基金份额。由于该转换为主动申请进行，应召开持有人大会审议自无需多言。但对于参与合并的另一只基金而言，无论是吸收的方式合并，还是新设的方式合并，也有可能需要召开持有人大会。例如，被合并的基金通过将其所持全部组合转移至合并的基金，基金类型和投资范围等方面的差异，合并事务对于合并的基金未必全然有利，在这种情况下，合并事务同样也需要合并的另一基金召开持有人大会通过。

➤ 持有人大会决定事项的备案

尽管《2004 年基金法》对于基金份额持有人大会决定的事项采用报中国证监会核准或者备案两种方式，但实际上基本上都采用核准制，核准期限一般在 2 周至 1 个月不等。《2013 年基金法》则对于持有人大会决议事项采用单一备案制，取消了核准制。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

基金发行体制

从《2004 年基金法》到《2013 年基金法》，公募基金的发行经历了从严格单通道核准到分类审核，再到“准注册制”，最后到注册制的一系列基金产品发行体制市场化改革过程。

《2004 年基金法》规定了基金管理人募集基金，应当经中国证监会核准，即基金发行的核准制。在核准制下，基金募集申请的核准采用了比较严格的“通道”制。在 2004 年至 2008 年期间，基金募集申请采用“单通道”制，即基金管理人前一只基金获批且成立之后方可上报下一只基金产品。

2008 年中国证监会为鼓励基金产品创新，为重大创新产品开通绿色通道，允许在创新产品审核期间再上报一只普通产品。

2009 年中国证监会开始推动基金产品审核的市场化改革，实行基金产品分类排队、分类审核的制度，按照公募基金和特定资产管理计划、境内基金和 QDII 基金、创新产品和普通产品、固定收益类基金和偏股型基金的分类方式实行分类审核制度。基金管理公司在上报一类基金的募集申请时，可同时上报另一类基金的募集申请，两类基金分别排队，分别审核。2010 年中国证监会对指数类股票基金单独实施分类审核。基金管理公司可同时上报指数类股票基金的募集申请和主动投资的偏股类基金的募集申请。

2012 年 3 月中国证监会进一步放松通道管制，将上述通道中三类境内基金——固定收益类基金、主动投资的偏股类基金、指数类股票基金的通道合并为境内基金通道，基金管理公司可以同时上报三只基金的募集申请，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的通道继续保留。

2011 年 11 月中国证监会发布了《股票型(混合型)证券投资基金基金合同填报指引(试行)》(以下简称“《2011 年指引》”), 基金管理公司完全按照《2011 年指引》撰写基金合同的，将简化审核程序，无需召开产品评审会；基金管理公司在撰写基金合同时对《2011 年指引》内容进行修改的，中国证监会将视情况对产品召开产品评审会。《2011 年指引》的推广使用，大大简化和缩短了主流股票型和混合型基金的审批程序。这一举措为视为基金发行从实质核准转向“准注册”制的一个起点。

2012 年 6 月，中国证监会在上述境内基金、QDII 基金及创新产品通道外，又新增了发起式基金审核通道。

2012 年 12 月，中国证监会发布《关于深化基金审核制度改革有关问题的通知》，彻底取消产品审核通道，基金管理公司可以根据市场需求自行决定上报数量和类型，常规产品将按照简易程序 20 个工作日内完成审核。同时中国证监会还发布了与之配套的分别针对股票型(混合型)基金、指数型基金、债券型基金和货币市场基金的四份基金合同填报指引(以下简称“《2013 年指引》”), 对采用《2013 年指引》撰写基金合同的产品，中国证监会将按照简易程序进行审核。这一举措，使基金募集申请不再面临通道管制，并且审核程序更加接近于注册制。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

《2013 年基金法》则更为彻底地将基金发行的审核制调整为注册制，与注册制相应的调整包括：

- 相比核准制，注册公开募集基金需要强制性提交的文件类型有所简化，更多授权由中国证监会做出规定。
- 对于封闭式基金募集结束而办理备案手续所需达到的募集份额，由《2004 年基金法》规定的达到核准规模的 80%以上调整为达到准予注册规模的 80%以上。
- 《2004 年基金法》对于基金份额的上市交易，采用中国证监会事前核准或者授权交易所事前核准的方式。《2013 年基金法》则对于基金份额上市交易，取消核准要求，允许由基金管理人自行向交易所提出申请，经其同意后签订上市协议。

基金的申购与赎回

《2013 年基金法》对于基金的申购与赎回增加了两款规定：

投资人交付申购款项，申购成立；基金份额登记机构确认基金份额时，申购生效。

基金份额持有人递交赎回申请，赎回成立；基金份额登记机构确认赎回时，赎回生效。

上述规定对于投资人的申购与赎回区分了成立与生效两种不同的阶段。成立意味着权利义务已经明确，交易条件清楚，双方均无异议。生效意味着该行为已经产生法律效力并进入履行阶段。若法律行为成立，但未生效，当事人可以追究过错方的缔约过失责任。若法律行为生效但未履行，则未履行方应承担违约责任。

具体言之，投资人交付申购款项，申购即成立。无论基金份额登记机构因何种原因未予确认，申购均未生效，投资人不能取得基金份额。但如果是因为基金份额登记机构的过错而未予确认，例如基金份额登记机构存在疏忽，则基金管理人或基金份额登记机构应承担缔约过失责任，主要赔偿范围为投资者因此发生的直接损失，如利息损失和办理申购业务产生的费用等。如果是因为投资人本身的原因导致基金份额登记机构未予确认，例如投资人填写身份证号码有误，则基金管理人或基金份额登记机构不承担任何责任。而如果基金份额登记机构确认基金份额后，因登记份额数有误导致投资人未能获得应得投资收益，则可追究基金管理人的违约责任，要求赔偿相应的损失。

对于赎回亦然。持有人提交赎回申请，赎回即成立，但只有经过基金份额登记机构确认后赎回方可生效。如果基金份额登记机构因其过错未予登记，持有人可主张基金管理人或基金份额登记机构承担缔约过失责任。如果基金份额登记机构确认赎回后却未支付赎回款项或者支付金额不足，则可要求基金管理人赔偿其实际损失。

基金的运作

➤ 组合投资及例外

《2004 年基金法》对于基金的投资要求必须采用“资产组合”的方式，并无任何例外。《2013 年基金法》保留了“资产组合”投资方式的原则性规定，但允许中国证监会另有规定。

对于中国证监会可另行规定的授权，认可了已有的联接基金这一绝大部分资产投资于单一目标 ETF 的基金类型，也为将来发行投资于单一标的的基金预留了空间，例如投资于黄金合约这一单一品种的黄金 ETF。

➤ 投资范围

相比《2004 年基金法》，《2013 年基金法》对于公募基金的投资范围并无太大突破。除继续保留上市交易的股票、债券和中国证监会规定的其他证券品种的说法外，加入了“及其衍生品种”。衍生品种的加入，与其说是新增的投资品种，不如说是对现有公募基金投资股指期货的认可。中国证监会 2010 年允许公募基金投资股指期货的法理基础，笔者理解更多是对“证券”较广义的解释，从而将股指期货视为广义的证券品种之一。《2013 年基金法》正式确认了公募基金投资衍生品种的合法性，包括目前的股指期货投资和未来的国债期货投资。

值得探讨的一个问题是，商品期货是否可以成为公募基金的投资标的。虽然商品期货也属于衍生品，但《2013 年基金法》关于“衍生品种”的提法以“其”加以了限定，而“其”的字面理解应指前文所述股票、债券和其他证券品种。因此笔者更倾向于认为，基金可以投资的衍生品种应为以证券为基础资产的衍生品，如权证、股指期货和国债期货等。

➤ 投资禁止行为的放宽

- 向他人贷款或者提供担保

《2004 年基金法》严格禁止以基金财产向他人贷款或者提供担保。但这一禁止性要求在基金从事融资性交易时会存在解释上的障碍。典型的例子如基金参与质押式回购，若是逆回购，可视为是基金向融资方贷款，若是正回购，可视为基金作为融资方向资金提供方以基金所持证券提供质押担保。当然，较常见的解释是将基金法所禁止的贷款和担保行为理解为商业性贷款和商业性担保，但这一缩小解释存在权威性不足的缺陷也显而易见。《2013 年基金法》则将该禁止行为加上了“违反规定”的定语。而所谓“规定”，其外延就比较宽泛了，可以是法律规定，也可以监管部门的部门规章的规定，甚至可以是规范性文件、通知、复函等形式所体现的规定。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

- 基金中基金

《2004 年基金法》不允许基金采用买卖其他基金份额，但国务院另有规定的除外。也就是说不允许出现“基金中基金”的这一类型，但国务院可以另外做出规定。在《2013 年基金法》之前实际上已经出现了基金买卖其他基金份额的情形。一种是联接基金，联接基金可以申购、赎回或者通过二级市场买卖目标 ETF 的份额。虽然联接基金与通常所说采用组合投资方式的“基金中基金”有所差别，但其投资的标的和方式的确就是“买卖其他基金份额”。另一种情形是在投资境外市场的 QDII 基金中，允许存在投资境外公募基金的“基金中基金”，也允许非“基金中基金”的 QDII 基金直接买卖境外公募基金。虽然在这一情形中，QDII 基金投资的是境外基金，但《2004 年基金法》也没有将所谓“其他基金份额”明确界定为境内基金。针对基金投资的需要而对联接基金和 QDII 基金进行的豁免，同样也是对《2004 年基金法》禁止性规定的变通解释，将联接基金视为目标 ETF 的延伸，将 QDII 基金投资的境外公募基金则排除在禁止性规定之外。这些解释也同样存在权威性不足的缺陷。《2013 年基金法》虽然也原则上不允许基金采用买卖其他基金份额，但将豁免权从国务院下放到了中国证监会。

- 禁止性关联交易

《2004 年基金法》禁止基金从事两类关联交易：买卖其基金管理人、基金托管人发行的股票或者债券；买卖与其基金管理人、基金托管人有控股关系的股东或者与其基金管理人、基金托管人有其他重大利害关系的公司发行的证券或者承销期内承销的证券。该规定在公募基金行业发展初期对于防范基金管理人、基金托管人的利益冲突，防止基金管理人、基金托管人对于基金财产的管理权利用基金财产进行利益输送起到了积极的作用。但同时，过于严格的限制也对于基金的部分投资产生了负面影响，甚至进而影响到持有人的利益。

以基金托管人发行的股票为例，较多商业银行已上市发行股票，其中不少商业银行的股票为大盘蓝筹股票，相当一部分基金对其具有合理的投资需求。而基金托管人在基金受托事务中主要负责资产保管和执行管理人的指令，不能自行支配和处分基金财产，其对基金投资的影响力较弱，难以进行利益输送活动。以防范如此低的利益输送风险而牺牲基金正常、合理的投资需求，对持有人而言也是弊大于利。特别是在指数型基金中这种情况更加明显，对于银行股作为指数成分股的指数基金而言，基金投资主要是根据指数成分股的构成和权重进行被动投资，即便对于基金管理人而言主动投资的空间也比较窄，而银行股往往在指数中的权重较高，一旦托管行股票为成分股而不能投资，对于指数基金的表现会产生负面影响，在一定程度上会削弱指数基金作为指数投资工具的作用。

基于上述及相似的原因，《2013 年基金法》对于上述关联方发行或承销的证券的投资，主要通过信息披露的方式防范利益冲突，替代了《2004 年基金法》采取的简单禁止的方式。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

➤ 基金管理人与基金托管人的报酬

《2004 年基金法》在基金合同必备条款中规定了“作为基金管理人、基金托管人报酬的管理费、托管费的提取、支付方式与比例”。这一表述直接理解即是基金管理人和基金托管人的报酬仅为管理费和托管费这样一种形式。

基金管理费和基金托管费采用按基金资产规模的年固定费率每日计提，此种报酬模式构成了管理人和托管人，特别是基金管理公司生存和发展的基础。但固定费率的报酬模式，在近几年的市场震荡中也饱受投资者和媒体诟病。基金管理费收入并不与基金业绩直接挂钩，市场无论涨跌，管理人均可“旱涝保收”，这一现象也是引发投资者不满的主要原因。《2013 年基金法》不再强调管理费、托管费作为管理人和托管人报酬形式的唯一性，为基金公司采取浮动管理费、业绩报酬等多种灵活报酬形式预留了空间。

➤ 基金相关税收

《2013 年基金法》规定：“基金财产投资的相关税收，由基金份额持有人承担，基金管理人或者其他扣缴义务人按照国家有关税收征收的规定代扣代缴。”这一规定使过去原本并不承担扣缴义务的基金管理人成为了扣缴义务人。

例如债券发行人在向基金派发利息时应代扣代缴 20% 的个人所得税。但如果债券发行人怠于扣缴个人所得税，由于《2013 年基金法》实施前基金管理人并无扣缴义务，因此目前常见处理方式是将债券兑息时未被代扣代缴的个人所得税部分计入利息收入，而不进行扣缴。但若按《2013 年基金法》，在债券发行人未进行个人所得税扣缴的情形下，基金管理人仍可能负有扣缴义务，基金收到债券利息未被扣缴个人所得税部分可能需计入应交税金，具体有待相关税法或其细则予以规定。

由于《2013 年基金法》对于公募基金规定了上述诸多新的内容和要求，主要《2004 年基金法》为依据制定的《基金公司管理办法》、《证券投资基金运作管理办法》、《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》、《证券投资基金托管资格管理办法》等配套法规也将面临一轮新的修订。

2013《证券投资基金法》修订解读之一——公募基金

如需进一步信息，请联系：

上海	北京
韩 炯 电话: (86 21) 3135 8778 (86 10) 6655 5050 Christophe.Han@linkslaw.com	翁晓健 电话: (86 10) 6655 5050 - 1028 James.Weng@linkslaw.com
秦悦民 电话: (86 21) 3135 8668 (86 10) 6655 5020 Charles.Qin@linkslaw.com	
吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 (86 10) 6655 5050 Sandra.Lu@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2013