

管罚有据，促私募发展：通过罚则速看《私募投资基金监督管理条例》

作者：安随一 | 徐一帆 | 冯哲豪 | 刘泽慧

近十年来，我国的私募人民币基金一直处于高速发展阶段，在此过程中，中国证券监督管理委员会(“证监会”)及中国证券投资基金业协会(“基金业协会”)主要通过发布指引、问答、办法等方式对私募基金行业进行调控和监管，但并无行政法规层级的立法对该等监管规则进行整合。此次国务院 2023 年 7 月 9 日发布《私募投资基金监督管理条例》(国令第 762 号,“《条例》”),正式填补了私募基金行业上位法的空白，完善了行业立法体系，对于管理人和托管人的监管要求、资金募集和备案要求、投资业务活动规范等方面均从行政法规的更高层级进行了明确规定和规范。

《条例》将于 2023 年 9 月 1 日起施行。

笔者特别关注到，《条例》中对于私募基金行业的具体行政监管措施及行政责任罚则进行了明确而细致的规定，丰富了事中事后监管手段，保障监管机构能够有效履职。笔者认为，这对私募基金行业规范健康发展和风险防控具有重要意义，特此梳理如下。

一. 主要罚则及处罚情形

《条例》第六章中专门针对私募基金管理人及相关责任人员制定了一系列法律责任，笔者整理了针对私募基金管理人及相关责任人员的主要罚则及相关处罚情形，并按照罚则严重程度排序梳理如下：

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@linksllaw.com

1. 没收违法所得+并处 1至5倍罚款；相关责任人员处 **3万元以上30万元以下** 罚款：

- 未履行登记手续，使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行投资活动；【与《证券投资基金法》第133条对于证券投资活动的规定一致。】
- 管理人的股东、实际控制人、合伙人发生虚假出资、抽逃出资，或者**未经法定程序擅自干预私募基金管理人的业务活动**，或者要求管理人利用私募基金财产牟利等；【与《证券投资基金法》第124条对于公募基金管理人的规定一致。】
- 违反《条例》关于私募基金合格投资者管理和募集方式等规定；【与《证券投资基金法》第135条规定一致。】
- 管理人及其从业人员将其他财产混同于私募基金财产，或者利用私募基金财产或者职务便利牟利，或者侵占、挪用私募基金财产，或者泄露因职务便利获取的未公开信息并利用该信息从事相关证券期货交易活动；【就“将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事投资活动”、“利用基金财产或者职务之便，为本人或者投资者以外的人牟取利益，进行利益输送”、“侵占、挪用基金财产”的行为，证监会于2014年8月21日发布的《私募投资基金监督管理暂行办法》（“《私募投资基金监督管理暂行办法》”）第38条规定，就存在该等行为的私募基金管理人及相关责任人员应给予警告并处以3万元以下的罚款，本次《条例》实质提高了该等违规行为处罚标准。】

2. 没收违法所得+并处 10万元以上100万元以下 罚款；相关责任人员处 **3万元以上30万元以下** 罚款：

- 将基金财产经营或者变相经营资金拆借、贷款等业务，或者要求地方人民政府承诺回购本金；
- 私募基金管理人委托他人行使投资管理职责，或者委托不符合《证券投资基金法》规定的机构提供证券投资建议服务；
- **以私募基金财产与关联方进行不正当交易或者利益输送**；【提请注意，原先关联交易的具体责任主要是基金合同中的民事责任，而《条例》此项规定将关联交易责任亦划入行政责任范畴。本条处罚规定中对不正当交易及利益输送的认定尺度尚需结合后续实践情况予以观察。】
- 管理人及其从业人员未依照《条例》规定提供、报送相关信息，或者就该等信息虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，或者对投资业绩进行预测，或者向投资者承诺保本或最低收益；【就“向投资者承诺投资本金不受损失或承诺最低收益”的行为，《私募投资基金监督管理暂行办法》第38条规定，就存在该等行为的私募基金管理人及相关责任人员应给予警告并处以3万元以下的罚款，本次《条例》实质提高了该等违规行为处罚标准。】

3. 处 10万元以上100万元以下 罚款；相关责任人员处 **3万元以上30万元以下** 罚款：

- 不具有与业务类型和管理资产规模相适应的运营资金，或者法定代表人、执行事务合伙人或者委派代表、负责投资管理的高级管理人员未按照证监会规定持有一定比例的私募基金

管理人的股权或者财产份额(情节严重的, 责令其停止私募基金业务活动并予以公告); 【在 2023 年 5 月 1 日生效的《私募投资基金登记备案办法》中亦有此要求, 但该办法中的该项要求主要针对办法生效后新登记的管理人。由于历史监管原因, 目前并非所有的私募基金管理人均能符合上述持股要求。本条处罚规定的具体执行情况(包括是否新老划断并适用于登记时间较早的管理人)尚需结合后续实践情况予以观察。】

- 管理人未聘用具有相应从业经历的高级管理人员负责投资管理、风险控制、合规等工作, 或者未建立从业人员投资申报、登记、审查、处置等管理制度;

4. 处 10 万元以上 30 万元以下罚款; 相关责任人员处 3 万元以上 10 万元以下罚款:

- 未向投资者充分揭示投资风险, 并误导其投资与其风险识别能力和风险承担能力不匹配的私募基金产品(情节严重的, 责令其停止私募基金业务活动并予以公告);
- 私募基金管理人未对募集完毕的私募基金办理备案;

5. 管理人及其从业人员违反《条例》或者证监会有关规定且情节严重者, 可对有关责任人员采取证券期货市场禁入措施。

二. 行政监管措施的深入加强

在《条例》发布前, 《证券投资基金法》第十一条规定了, “国务院证券监督管理机构依法对证券投资基金活动实施监督管理; 其派出机构依照授权履行职责。”证监会于 2020 年 12 月 30 日公布的《关于加强私募投资基金监管的若干规定》第十三条规定了, “对违反本规定的, 中国证监会及其派出机构可以依照《私募办法》的规定, 采取行政监管措施、市场禁入措施, 实施行政处罚, 并计入中国资本市场诚信信息数据库。”此前, 实践中各地证监局已对其辖区内的私募基金管理人开展了大量的现场抽查工作, 但对于证监会及证监局职责行使并无细化规定。

《条例》生效后, 根据《条例》第四十条规定, 证监会明确有权采取现场检查、进入涉嫌违法行为发生场所调查取证、询问有关单位和个人并要求其作出说明、查阅、复制、封存相关交易、财会等有关文件资料、查询有关账户信息等措施以履行其监管职责。

进一步的, 根据《条例》第四十二条规定, 如证监会发现私募基金管理人违法违规, 或者其内部治理结构和风险控制管理不符合规定, 且逾期未改正, 或行为严重危及该私募基金管理人的稳健运行、损害投资者合法权益, 证监会有权采取如下措施:

1. 责令暂停部分或者全部业务;
2. 责令更换董事、监事、高级管理人员、执行事务合伙人或者委派代表, 或者限制其权利;
3. 责令负有责任的股东转让股权、负有责任的合伙人转让财产份额, 限制负有责任的股东或者合伙人行使权利;
4. 责令私募基金管理人聘请或者指定第三方机构对私募基金财产进行审计, 相关费用由私募基金管理人承担;

5. 指定其他机构接管私募基金管理人;
6. 通知基金业协会注销登记。

三. 简评

1. 关于行政法律责任

《条例》行政处罚针对的多项问题均是首次在正式的法律法规中以设置行政法律责任的方式予以落实。笔者认为,《条例》的行政处罚规定有助于敦促管理人及从业人员进一步提高私募基金募、投、管、退各环节中的规范性,对于管理人具有很高的学习价值。除《条例》出台前证监会和基金业协会已反复强调的合规要求之外,提请正常运营中的管理人特别注意下述问题:

- (1) 管理人实施不正当关联交易将可能同时触发基金合同下的民事赔偿责任以及《条例》下的行政处罚责任,建议管理人根据《条例》的规定要求建立健全关联交易管理制度,并在基金对外投资和投资退出过程中按基金合同约定审慎履行关联交易决策程序并及时向投资人披露;
- (2) 《条例》要求管理人的股东、实际控制人、合伙人不得未经股东会、董事会决议等法定程序擅自干预私募基金管理人的业务活动。因此,在管理人运营过程中,建议严格按照公司章程及内控制度开展相关工作,对不同法律主体及管理人内部部门之间的权责和法律关系予以明确区分;
- (3) 就《条例》第十三条对基金管理人的财务状况要求及法定代表人或高级管理人员持股要求,建议密切关注证监会的后续执行标准及新老划断要求。

2. 关于行政监管措施

《条例》第四十二条赋予了监管机构较大的监督管理权力,在管理人违法违规的情况下,不仅管理人自身业务可能会被暂停,并且其董监高及股东/合伙人亦有可能被要求更换或暂停权利。该等监管措施将有助于监管机构更有依据地结合实际情况灵活落实事中事后监管手段,更为有效地保护在管基金及投资人的利益。

但由于《条例》本身并未规定如何选定更换后的新董监高及股东/合伙人、亦未规定股权/财产份额的转让价格认定方式,该项规定的触发标准及执行情况尚待《条例》生效后进一步观察。

3. 与基金业协会自律监管措施的并行

参考基金业协会先前已在其官方网站公告过一批纪律处分的处罚案例,其中不乏管理人存在多项违法的情况。以中基协处分[2020]29号《纪律处分决定书》为例,该案中,管理人同时存在向

非合格投资者募集、承诺最低收益、关联交易未披露、高级管理人员资质不符合要求、未如实填报管理人登记信息及信息报送的多项违法违规行为，当时基金业协会按照《证券投资基金法》、《私募投资基金监督管理暂行办法》及基金业协会其他相关自律规则，决定向该管理人作出取消基金业协会会员和撤销私募基金管理人登记的纪律处分。

而如果该管理人在《条例》生效后发生上述违法违规行为，除基金业协会纪律处分之外，就管理人向非合格投资者募集的行为，《条例》中规定了对管理人施加没收违法所得并处违法所得 1 至 5 倍罚款的行政处罚、对直接负责的主管人员和其他直接责任人员施加最高 30 万元罚款的行政处罚；就从事不正当关联交易、承诺保本、未按规定报送信息的行为，《条例》中均规定了对管理人施加没收违法所得并处最高 100 万元罚款的行政处罚、对直接负责的主管人员和其他直接责任人员施加最高 30 万元罚款的行政处罚；针对未聘用具有相关从业经历的高级管理人员的行为，《条例》中规定了对管理人施加最高 100 万元罚款的行政处罚、对直接负责的主管人员和其他直接责任人员施加最高 30 万元罚款的行政处罚。因此，根据《条例》规定，如监管机构结合上述多种违法行为合并作出行政处罚，对管理人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员施加的罚款金额可能很高。

同时，因为基金业协会的相关自律监管规定依然有效，因此除《条例》规定的行政处罚及行政监管措施之外，基金业协会仍有权向管理人作出撤销管理人登记、暂停基金备案等自律监管措施。如行政处罚及自律监管措施双管齐下，管理人及相关责任人员的违法成本将被极大地提高。

《条例》的发布既是健全私募基金监管基础性法规制度的标志，也是促进行业高质量发展进入新阶段的标志。证监会在答记者问中已提及，后续将根据《条例》修订《私募投资基金监督管理暂行办法》，进一步细化相关要求、完善规则体系；同时指导基金业协会按照《条例》和证监会行政监管规则，配套完善登记备案、合同指引、信息报送等自律规则。本所也将持续关注相关细化规则的落地，协助各私募基金从业者准确把握要点，提高私募行业规范运作水平。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



安随一
+86 21 3135 8761
lawrence.an@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2023