

# 汉坤法律评述

2022年2月21日

北京 | 上海 | 深圳 | 香港

## 基金管理公司人员管理及机构责任 —— 《证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员监督管理办法》评述

作者：葛音 | 毛慧 | 邓晓明

就证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员的任职和执业行为管理，中国证券监督管理委员会（“中国证监会”）于2020年11月20日下发了《证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员监督管理办法（征求意见稿）》（“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。正式稿《证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员监督管理办法》（中国证监会令第195号）（“《新管理办法》”）于2022年2月18日发布，自2022年4月1日起施行。《新管理办法》发布之前，基金行业人员管理这一基础性制度，主要是构建在《中华人民共和国证券投资基金法（2015修正）》（“《基金法》”）、《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》（中国证监会令第23号）（“《任职管理办法》”）、《关于实施〈证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法〉有关问题的通知》（证监基金字〔2004〕150号）（“《通知》”）、《证券投资基金管理公司治理准则（试行）》（证监基金字〔2006〕122号）、《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法（2020年修正）》（中国证监会令第133号，中国证监会令第166号修正）（“《合规管理办法》”）、《证券投资基金管理公司合规管理规范》（中基协发〔2017〕7号）、《证券投资基金经营机构信息技术管理办法（2021年修正）》（中国证监会令第152号，中国证监会令第179号修正）（“《信息技术管理办法》”）等相关规则之上，《新管理办法》正式施行后，《任职管理办法》及《通知》将同时废止。

本文总结了《新管理办法》在适用过程中的关注点，梳理了基金管理公司人员管理及机构责任，以为行业提供参考。

### 一、关于“高级管理人员”的范畴

#### （一）“高级管理人员”范畴的修改

根据《任职管理办法》第2条，证券投资基金行业高级管理人员是指基金管理公司的董事长、总经理、副总经理、督察长以及实际履行上述职务的其他人员，基金托管银行基金托管部门的总经理、副总经理以及实际履行上述职务的其他人员。

根据《新管理办法》第2条，高级管理人员是指证券投资基金经营机构的总经理、副总经理、财务负责人、合规负责人、风控负责人、信息技术负责人、行使经营管理职责并向董事会负责的管理委员会或执行委员会成员，和实际履行上述职务的人员，以及法律法规、中国证监会和公司章程规定的其他人员。

通过《任职管理办法》及《新管理办法》关于“高级管理人员”范畴的对比，我们理解：（1）根据《中华人民共和国公司法（2018年修正）》（“《公司法》”）相关规定，高级管理人员包括财务负责人，董事长隶属于董事会层面，《新管理办法》新增“财务负责人”，删去了“董事长”；（2）根据《合规管理办法》第37条，合规负责人包括证券公司的合规总监和基金管理公司的督察长，相应的，《新管理办法》用“合规负责人”取代原“督察长”表述，能同时涵盖证券公司和基金管理公司两类适用主体；（3）根据《信息技术管理办法》第10条，证券基金经营机构应当指定一名熟悉证券、基金业务，具有信息技术相关专业背景、任职经历、履职能力的高级管理人员为首席信息官，由其负责信息技术管理工作。据此，《新管理办法》重申了首席信息官（信息技术负责人）作为高级管理人员的规则安排。

## （二）关于适用主体的延伸

根据《新管理办法》第56条，下列机构的相关人员应比照证券基金经营机构及其高级管理人员适用《新管理办法》的相关规定：（1）证券基金经营机构以外的其他公募基金管理人及其董事、监事和高级管理人员，基金托管人及其设立的基金托管部门的总经理、副总经理，以及实际履行上述职务的其他人员；（2）证券基金经营机构子公司及其高级管理人员，以及从事证券投资咨询、财务顾问等证券服务机构和从事公募基金销售、份额登记、估值、投资顾问、评价等基金服务机构及其相关高级管理人员，以及实际履行上述职务的其他人员；（3）商业银行以及中国证监会认可的其他金融机构从事证券基金服务业务的，相关机构及其提供证券基金服务部门的相关负责人。《新管理办法》将除证券基金经营机构以外的其他公募基金管理人、基金托管人、证券基金经营机构子公司、证券基金服务机构、商业银行等以及上述机构相关人员纳入监管范围，实现了监管全覆盖。

## 二、关于过渡期安排

1. 《新管理办法》对不符合相应任职和从业条件的人员给予1年的过渡期，逾期不符合相关任职和从业条件的人员不得继续担任相应职务或者从事相应业务。
2. 针对董事、监事、高级管理人员：具体而言，《新管理办法》实施前已在证券基金经营机构、证券基金经营机构以外的其他公募基金管理人、基金托管人及其设立的基金托管部门、证券基金经营机构子公司，商业银行以及中国证监会认可的从事证券基金服务业务的其他金融机构（合称“**金融机构**”）依法担任董事、监事、高级管理人员的，以及担任证券基金经营机构分支机构负责人等职务的，但未取得相应的任职资格或者未进行任职备案，且不符合《新管理办法》规定的任职条件的相关人员，应当自《新管理办法》实施之日起1年内达到相应的任职条件，并按照规定进行备案。
3. 针对从业人员：《新管理办法》实施前已在金融机构依法从业，但不符合《新管理办法》从业条件的，需要自《新管理办法》实施之日起1年内达到相应的从业条件，并按照规定在中国证券投资基金业协会（“**基金业协会**”）登记或者注册。

## 三、关于高级管理人员的任职条件

根据《新管理办法》、《合规管理办法》、《信息技术管理办法》、《基金类行政许可审核工作指引1号——〈证券投资基金管理公司高级管理人员任职管理办法〉第六条的适用》等相关规定，我们对董事、独立董事、监事、总经理、副总经理、督察长、首席信息官、财务负责人的基本任职要求、特别任职要求、基本任职限制（禁止情形）及专业能力要求等方面梳理如下。其中，拟任证券基金经营机构董事长、副董事长、监事会主席、高级管理人员的人员，可以参加基金业协会组织的水平评价测试，作为证明其熟悉证券基金法律法规

的参考；前述人员不参加基金业协会组织的水平评价测试的，应当符合下列条件之一（“测试豁免条件”）：

1. 具备 10 年以上与其拟任职务相关的证券、基金、金融、法律、会计、信息技术等境内工作经历，且从未被金融监管部门采取行政处罚或者行政监管措施，拟任高级管理人员的，还应当担任证券基金经营机构部门负责人以上职务不少于 5 年，或者具有相当职位管理经历；
2. 中国证监会和基金业协会规定的其他条件。

任职类别	基本任职要求	特别任职要求	基本任职限制 (禁止情形)	专业能力要求
董事	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 正直诚实，品行良好；</li> <li>■ 熟悉证券基金法律法规和中国证监会的规定；</li> </ul>	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 存在《公司法》第 146 条、《中华人民共和国证券法(2019 年修订)》（“《证券法》”）第 124 条第 2 款、第 125 条第 2 款和第 3 款，以及《基金法》第 15 条规定的情形；</li> <li>■ 因犯有危害国家安全、恐怖主义、贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产、黑社会性质犯罪或者破坏社会经济秩序罪被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利；</li> <li>■ 因重大违法违规行受到金融监管部门的行政处罚或者被中国证监会采取证券市场禁入措施，执行期满未逾 5 年；</li> <li>■ 最近 5 年被中国证监会撤销基金从业资格或者被基金业协会取消基金从业资格；</li> <li>■ 担任被接管、撤销、宣告破产或吊销营业执照机构的法定代表人和管理的主要负责人，自该公司被接管、撤销、宣告破产或吊销营业执照之日起未逾 5 年，但能够证明本人对该公司被接管、撤销、宣告破产或吊销营业执照不负有个人责任的除外；</li> <li>■ 被中国证监会认定为</li> </ul>	（仅针对董事长、副董事长）参加基金业协会组织的水平评价测试，符合测试豁免条件可豁免。
独立董事	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 具备 3 年以上与其拟任职务相关的证券、基金、金融、法律、会计、信息技术等工作经历；</li> <li>■ 具有与拟任职务相适应的管理经历和经营管理能力；</li> <li>■ 拟任证券基金经营机构高级管理人员的，曾担任证券基金经营机构部门负责人以上职务不少于 2 年，或者曾担任金融机构部门负责人以上职务不少于 4 年，或者具有相当职位管理经历；</li> <li>■ 法律法规、中国证监会和基金业协会规定的其他条件。</li> </ul>	<p>不得存在以下情形：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 最近 3 年在拟任职的证券基金经营机构及其关联方任职；</li> <li>■ 直系亲属和主要社会关系人员在拟任职的证券基金经营机构及其关联方任职；</li> <li>■ 与拟任职的证券基金经营机构及其关联方的高级管理人员、其他董事、监事以及其他重要岗位人员存在利害关系；</li> <li>■ 在与拟任职的证券基金经营机构存在业务往来或利益关系的机构任职；</li> <li>■ 在其他证券基金经营机构担任除独立董事以外的职务；</li> <li>■ 其他可能妨碍其作出独立、客观判断的情形；</li> <li>■ 最多可以在 2 家证券基金经营机构担任独立董事。</li> </ul>		/
监事		/		（仅针对监事会主席）参加基金业协会组织的水平评价测试，符合测试豁免条件可豁免。
总经理		针对新设基金管理公司，拟任总经理需具备 5 年以		参加基金业协会组织的水平评价测试，符合测试豁免

任职类别	基本任职要求	特别任职要求	基本任职限制 (禁止情形)	专业能力要求
		<p>上的公募基金管理经验或证券资产管理经验，且应符合下列条件之一：(1)担任公募基金管理公司副总经理及以上职务满 2 年；</p> <p>(2)担任大中型（资产管理规模行业排名前 1/3）公募基金管理公司部门负责人满 4 年；(3)担任证券公司分管资管业务副总经理及以上职务满 2 年或公募部门负责人满 2 年；(4)担任证券资管子公司副总经理及以上职务满 2 年；(5)担任保险资管公司负责公募业务的副总经理及以上职务满 4 年或公募部门负责人满 4 年；(6)担任监管部门证券资产管理业务监管岗位副处级及以上职务满 2 年；(7)担任自律组织证券资产管理业务自律管理部门副职及以上职务满 2 年。</p>	<p>不适当人选或者被基金业协会采取不适合从事相关业务的纪律处分，期限尚未届满；</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 因涉嫌违法犯罪被行政机关立案调查或者被司法机关立案侦查，尚未形成最终处理意见；</li> <li>■ 中国证监会依法认定的其他情形。</li> </ul>	<p>免条件可豁免。</p>
<p>副总经理</p>		<p>/</p>		<p>参加基金业协会组织的水平评价测试，符合测试豁免条件可豁免。</p>
<p>督察长</p>		<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 从事证券、基金工作 10 年以上，并且通过基金业协会组织的合规管理人员胜任能力考试；或者从事证券、基金工作 5 年以上，并且通过法律职业资格考试；或者在证券监管机构、证券基金业自律组织任职 5 年以上；</li> <li>■ 最近 3 年未被金融监管机构实施行政处罚或采取重大行政监管措施；</li> <li>■ 中国证监会规定的其他条件；</li> </ul> <p>针对新设基金管理公司，拟任督察长需具备 5 年以上的资产管理合规风控管</p>		<p>参加基金业协会组织的水平评价测试，符合测试豁免条件可豁免。</p>

任职类别	基本任职要求	特别任职要求	基本任职限制 (禁止情形)	专业能力要求
		<p>理经验，且应符合下列条件之一：(1)担任公募基金管理公司督察长或公募基金管理公司公募业务合规负责人满2年；(2)在公募基金管理机构、证券公司、证券资管子公司从事公募基金管理业务或者证券资产管理业务相关的监察稽核、风险管理工作，担任部门负责人满2年；(3)担任取得资产管理业务牌照的证券公司的合规总监职务满2年；(4)担任私募证券基金管理机构合规部门负责人满4年，其从业的私募证券基金管理机构须满足最近3年无重大违法违规记录、管理良好、最近3年证券资产管理规模合计不低于150亿元；(5)担任监管部门证券资产管理业务监管岗位主任科员及以上职务满2年；(6)担任自律组织证券资产管理业务自律管理部门副职及以上职务满2年。</p>		
首席信息官		<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 从事信息技术相关工作10年以上，或者在证券监管机构、证券基金业自律组织任职8年以上；</li> <li>■ 最近3年未被金融监管机构实施行政处罚或采取重大行政监管措施；</li> <li>■ 中国证监会规定的其他条件。</li> </ul>		参加基金业协会组织的水平评价测试，符合测试豁免条件可豁免。
财务负责人		/		参加基金业协会组织的水平评价测试，符合测试豁免条件可豁免。

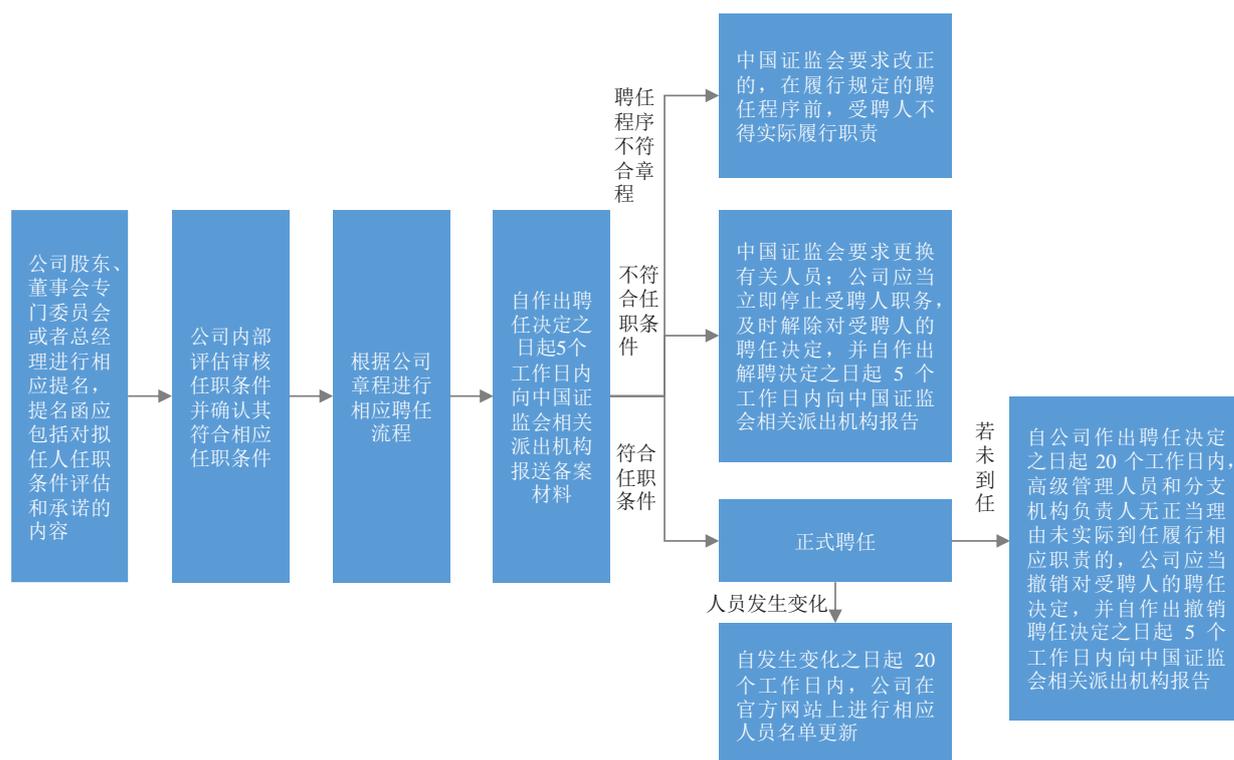
## 四、高级管理人员聘任/解聘流程

### (一) 高级管理人员聘任流程

1. 根据《新管理办法》第 10 条，证券投资基金经营机构聘任高级管理人员的，应当按照法律法规和公司章程的规定，由公司股东、董事会专门委员会或者总经理进行提名，提名人应当就拟任人符合任职条件作出书面承诺，并对其个人品行、职业操守、从业经历、业务水平、管理能力等发表明确意见，不得隐瞒重要情况或者提供虚假信息。
2. 根据《新管理办法》第 11 条，证券投资基金经营机构聘任董事、监事和高级管理人员前，应当审慎考察并确认其符合相应的任职条件，自作出聘任决定之日起 5 个工作日内向中国证监会相关派出机构报送备案材料。
3. 根据《新管理办法》第 14 条，中国证监会相关派出机构发现受聘人不符合任职条件的，应当要求证券投资基金经营机构更换有关人员。证券投资基金经营机构应当立即停止受聘人职务，及时解除对受聘人的聘任决定，并自作出解聘决定之日起 5 个工作日内向中国证监会相关派出机构报告。

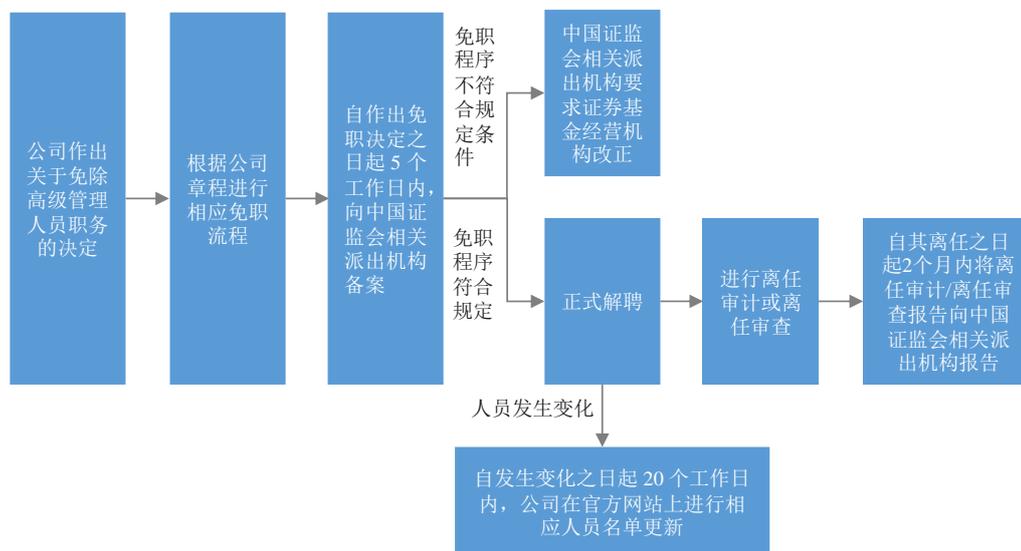
中国证监会相关派出机构发现受聘人的聘任程序不符合公司章程规定的，应当要求证券投资基金经营机构改正，在履行规定的聘任程序前，受聘人不得实际履行职责。

4. 根据《新管理办法》第 37 条，证券投资基金经营机构应当对其董事、监事、高级管理人员和分支机构负责人的人员名单在官方网站进行公示，并自发生变化之日起 20 个工作日内进行更新。
5. 根据《新管理办法》第 38 条，自证券投资基金经营机构作出聘任决定之日起 20 个工作日内，高级管理人员和分支机构负责人无正当理由未实际到任履行相应职责的，证券投资基金经营机构应当撤销对受聘人的聘任决定，并自作出撤销聘任决定之日起 5 个工作日内向中国证监会派出机构报告。
6. 根据相关规定和行业实践，我们梳理相关高级管理人员聘任流程关键节点如下：



## （二）高级管理人员解聘流程

1. 根据《新管理办法》第 41 条，证券基金经营机构免除董事、监事、高级管理人员和分支机构负责人职务的，应当自作出免职决定之日起 5 个工作日内，向中国证监会相关派出机构备案。中国证监会相关派出机构依法对免职备案材料进行审查。免职程序不符合规定的，中国证监会相关派出机构应当要求证券基金经营机构改正。
2. 根据《新管理办法》第 47 条，证券基金经营机构董事长、高级管理人员、分支机构负责人离任的，证券基金经营机构应当对其进行审计，并自其离任之日起 2 个月内将离任审计报告向中国证监会相关派出机构报告。其中，法定代表人、经营管理的主要负责人离任的，证券基金经营机构应当聘请符合《证券法》规定的会计师事务所对其进行离任审计。
3. 根据《新管理办法》第 37 条，证券基金经营机构应当对其董事、监事、高级管理人员和分支机构负责人的人员名单在官方网站进行公示，并自发生变化之日起 20 个工作日内进行更新。
4. 根据相关规定和行业实践，我们梳理相关高级管理人员解聘流程关键节点如下：



## 五、关于静默期的规定

根据《新管理办法》第 29 条，证券基金经营机构不得聘用从其他证券基金经营机构离任未满 6 个月的基金经理和投资经理，从事投资、研究、交易等相关业务。相较于《任职管理办法》规定的“基金管理公司不得聘用离任未满 3 个月的高级管理人员、基金经理从事证券投资业务”，以及《征求意见稿》规定的“证券基金经营机构不得聘用从其他证券基金经营机构离任未满 3 个月的基金经理和从事自营业务、私募资产管理业务的投资经理，从事投资、研究、交易等相关业务”，《新管理办法》对静默期的期限进行了延长，即从 3 个月改至 6 个月，并对适用主体进行了扩大。除基金经理外，将投资经理纳入其中。

根据《私募基金登记备案相关问题解答（四）》，“基金经理变更就职的公募基金公司，需要有 3 个月的“静默期”，在这 3 个月内该基金经理不得在其它公募基金管理公司从事投资、研究、交易等相关业务。为维护基金行业的公平、公正、统一监管标准，对从公募基金管理公司离职，转而在私募基金管理公司任职的基金经理实行同样 3 个月的“静默期”要求，即私募基金管理人不得聘用从其他公募基金公司离职未满 3 个月的基金经理从事投资、研究、交易等相关业务”，我们理解，根据《新管理办法》之前的要求，（1）基金经理从公募转公募；（2）基金经理从公募转私募均受“3 个月静默期”的限制，而根据《新管理办法》，

无论是基金经理还是投资经理，均受“静默期”限制。

## 六、关于人员兼职管理要求

1. 根据《新管理办法》第 32 条，证券基金经营机构的高级管理人员、部门负责人和分支机构负责人，不得在证券基金经营机构参股或者控股的公司以外的营利性机构兼职；在证券基金经营机构参股的公司仅可兼任董事、监事，且数量不得超过 2 家，在证券基金经营机构控股子公司兼职的，不受前述限制。法律法规和中国证监会另有规定的，从其规定。董事、监事、高级管理人员、部门负责人、分支机构负责人兼职的，应当及时通知证券基金经营机构，证券基金经营机构应当在知悉有关情况之日起 5 个工作日内向中国证监会相关派出机构报告。
2. 根据《基金管理公司子公司管理规定》（证监会公告〔2016〕29 号）第 19 条，基金管理公司应当在公司年度报告、监察稽核报告中对公司人员在子公司领薪、兼职和参股的情况进行详细说明，并采取有效措施确保符合下列要求：
  - (1) 基金管理公司从业人员不得在子公司兼任职务，但向子公司派驻董事、监事和相关委员会成员的除外；
  - (2) 基金管理公司从业人员不得在子公司领取工资薪酬，但向子公司派驻的董事、监事和相关委员会成员领取固定津贴的除外；
  - (3) 基金管理公司从业人员不得在子公司参股，子公司实行专业人士持股计划应仅限于本公司人员。
3. 根据《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法（2021 年修正）》（中国证监会令第 150 号，中国证监会令第 179 号修正）第 25 条，证券基金经营机构的董事、监事、高级管理人员等在境外子公司、参股经营机构兼职的，应当遵守境内外相关规定，不得兼任与现有职责相冲突的职务。证券基金经营机构应当参照境内证券基金行业人员离任审计或离任审查的相关管理规定，对境外子公司的董事、高级管理人员和重要岗位人员开展离任审计或离任审查。
4. 根据《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》（中国证监会公告〔2009〕3 号）（“《指导意见》”）第 36 条，投资管理人员有下列情形之一的，督察长应当在知悉该信息之日起 3 个工作日内，向中国证监会相关派出机构报告：
  - (1) 因涉嫌违法违规被有关机关调查或者处理；
  - (2) 拟离开工作岗位 1 个月以上；
  - (3) 在其他非经营性机构兼职；
  - (4) 其他可能影响投资管理人员正常履行职责的情形。
5. 根据《公开募集证券投资基金管理人及从业人员职业操守和道德规范指南》（中基协字〔2021〕327 号），基金从业人员不得利用职务之便为自己或他人获取不当利益。基金从业人员应当严格遵守法律法规有关兼职的规定，禁止违规从事营利性经营活动，违规兼任可能影响其独立性的职务或者从事与所在机构或者投资者合法利益相冲突的活动。

综上，关于人员兼职，我们理解：（1）高级管理人员、部门负责人和分支机构负责人，不得在基金管理公司参股或者控股的公司以外的营利性机构兼职；（2）基金管理公司从业人员不得在子公司兼任职务，但向

子公司派驻董事、监事和相关委员会成员的除外；（3）在基金管理公司参股的公司仅可兼任董事、监事，且数量不得超过 2 家；（4）基金管理公司的董事、监事、高级管理人员等在境外子公司、参股经营机构兼职的，应当遵守境内外相关规定，不得兼任与现有职责相冲突的职务；（5）投资管理人员在其他非经营性机构兼职，督察长应当在知悉该信息之日起 3 个工作日内向中国证监会派出机构报告。

## 七、关于薪酬递延要求

在《新管理办法》施行前，薪酬递延制度适用范围主要是高级管理人员与关键岗位人员。但实践中我们观察到，基于管理的需要，薪酬递延抑或绩效奖金制度已突破至大部分的从业人员，尤其是业务部门的从业人员。我们列举了目前适用于证券基金经营机构的相关法规，以做进一步分析：

1. 根据《新管理办法》第 44 条，证券基金经营机构应当建立长效合理的薪酬管理制度，充分反映合规管理和风险管理要求，避免短期、过度激励等不当激励行为。证券基金经营机构应当对董事长、高级管理人员、主要业务部门负责人、分支机构负责人和核心业务人员建立薪酬递延支付机制，且在劳动合同、内部制度中合理确定薪酬递延支付标准、年限和比例等。
2. 根据《证券期货经营机构私募资产管理业务运作管理暂行规定》（证监会公告〔2016〕13 号）及《证券期货经营机构私募资产管理计划运作管理规定》（证监会公告〔2018〕31 号）相关要求，基金管理公司及其依法设立的从事私募资产管理业务的子公司，必须对私募资产管理业务的主要业务人员及相关管理团队建立递延支付机制，递延周期原则上不少于 3 年，递延支付的收入金额原则上不少于 40%。
3. 《证券基金经营机构债券投资交易业务内控指引》（中证协发〔2018〕319 号）规定证券公司及其子公司、基金管理公司及其子公司证券自营、资产管理（含私募与公募基金）、投资顾问等业务参与债券投资交易的人员，其薪酬与激励合计超过 100 万元人民币的，超过部分应当按照等分原则递延发放，递延周期不少于 2 年。
4. 根据《关于进一步完善基金管理公司治理相关问题的意见》（中基协发〔2014〕7 号），基金管理公司应建立充分体现风险与收益相匹配的激励约束机制，完善从业人员薪酬指标体系，将员工的收入水平与风控水平、合规水平、职业操守相挂钩，通过递延支付奖金等多元化的薪酬体系，促进员工树立长期理念，强化员工的合规风控意识。
5. 根据《基金经理兼任私募资产管理计划投资经理工作指引（试行）》（中基协发〔2020〕55 号）第 8 条，基金管理人应当强化兼任基金经理的长期考核机制，对兼任基金经理进行 5 年以上的长周期考核，考核激励指标应当涵盖所有兼任组合长期业绩、遵规守信情况、公平交易执行情况等，并对兼任基金经理实施收入递延支付机制，递延支付年限原则上不少于 3 年，递延支付的收入金额原则上不少于 40%。

综上，《新管理办法》之前的薪酬递延要求主要针对私募资产管理业务主要业务人员及相关管理团队，及债券业务项下的投资交易人员，以及兼任基金经理等，本次《新管理办法》则将薪酬递延制度适用的范围延伸至董事长、高级管理人员、主要业务部门负责人、分支机构负责人及核心业务人员。

## 八、关于人员投资管理

根据《新管理办法》第 45 条，证券基金经营机构应当建立健全董事、监事、高级管理人员、从业人员及其配偶、利害关系人进行证券、基金（货币市场基金除外）和未上市企业股权投资的申报、登记、审查、

监控、处置、惩戒等投资行为管理制度和廉洁从业规范，制定有效的事前防范体系、事中管控措施和事后追责机制，防止董事、监事、高级管理人员及其从业人员违规从事投资，切实防范内幕交易、市场操纵、利益冲突和利益输送等不当行为，确保投资者合法权益不受损害。我们注意到，该条规定这在《征求意见稿》中并未体现，是本次《新管理办法》正式稿中新增的条款。

基金管理公司对于投资申报体系已有一套较为成熟的运作体系，根据《基金法》第 17 条，公开募集基金的基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，其本人、配偶、利害关系人进行证券投资，应当事先向基金管理人申报，并不得与基金份额持有人发生利益冲突。公开募集基金的基金管理人应当建立前款规定人员进行证券投资的申报、登记、审查、处置等管理制度，并报国务院证券监督管理机构备案。而对于“利害关系人”的认定，实践中通常会根据基金业协会发布的《基金从业人员证券投资管理指引（试行）》（中基协发〔2013〕32 号）第 7 条参照适用，利害关系人的范围至少应包括以下人员：（1）基金从业人员承担主要抚养费或赡养费的父母、子女及其他亲属；（2）基金从业人员可以实际控制其账户的运作，或向其提供具体投资建议，或可直接获取其账户利益，或作为其账户资金的实际持有人的人员或机构。

而根据《指导意见》第 23 条，公司应当建立有关投资管理人员个人利益冲突的管理制度，加强对投资管理人员直接或者间接股权投资及其直系亲属投资等可能导致个人利益冲突行为的管理，按照基金份额持有人利益优先的原则，建立相关申报、登记、审查、管理、处置制度，防止因投资管理人员的股权投资行为影响基金的正常投资、损害基金份额持有人的利益。

实践中，就投资申报登记措施，需要明确申报登记的标准、审查的时限和程序等。对于投资监控措施，应建立定期报告或者比对分析制度，及时跟踪发现异常交易行为；就处置和惩戒事项，应制订合理且可执行的处罚措施，使得投资申报登记措施得以有效落地。同时，基金管理公司还应合理配置相关人员及系统、安排合规培训等，以确保人员投资申报制度的良性运行。

## 九、关于行政监管措施

《新管理办法》着重强调了对于高级管理人员及从业人员的事后监管，并依据上位法律法规的授权，具体列出了针对违法违规行为的行政监管措施。具体来看，证券期货经营机构的高级管理人员和从业人员在执业时，需要保持自身的诚信合规情况，遵守职业道德和行业规范，符合勤勉尽责、廉洁从业、维护公司合法权益，切实维护投资者合法权益等原则性标准，不得从事禁止性行为。与上述执业规范相对应，如果有违反法律法规和中国证监会其他规定的情形发生，高级管理人员和从业人员按照违法违规行为的情节轻重，从轻至重会受到责令改正、监管谈话、出具警示函、责令定期报告、责令处分有关人员、责令更换有关人员或者限制其权利、限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬或者提供福利、责令暂停履行职务、责令停止职权、责令解除职务、认定为不适当人选等行政监管措施。

此外，《新管理办法》还新设了一条兜底条款，当证券基金经营机构高级管理人员及从业人员违反规定且情节严重，或者拒不执行监管决定，适用法律没有规定相应处理措施或者罚则的，给予警告或者通报批评，并处 20 万元以下罚款。值得注意的是，此处的最高罚款金额从《征求意见稿》所规定的 3 万元提升至 20 万元。

《新管理办法》第 52 条还规定了证券基金经营机构及其董事、监事、高级管理人员及从业人员行政监管措施的豁免规定。当前述人员有证据证明存在下列情形之一的，可以从轻、减轻或者免除行政监管措施：

（1）对突发事件或者重大风险积极采取补救措施，有效控制损失和不良影响；（2）对证券基金经营机构作出的涉嫌违法违规决议，在集体决策过程中曾明确发表反对意见，并有书面记录；（3）主动向中国证监会及其派出机构、公司合规负责人报告公司的违法违规行为且调查属实；（4）中国证监会认定的其他情形。这一

豁免条款的规定与《合规管理办法》中的“证券投资基金经营机构通过有效的合规管理，主动发现违法违规行为或合规风险隐患，积极妥善处理，落实责任追究，完善内部控制制度和业务流程并及时向中国证监会或其派出机构报告的，依法从轻、减轻处理；情节轻微并及时纠正违法违规行为或避免合规风险，没有造成危害后果的，不予追究责任”一脉相承。

此外，《新管理办法》第 51 条还规定了证券投资基金经营机构收到中国证监会及其派出机构责令停止职权或者解除职务的决定后，应当立即停止有关人员职权或者解除其职务，不得将其调整到其他平级或者更高级别职务。证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员被暂停履行职务期间，不得擅自离职。

## 十、董监高及从业人员道德风险对机构自身民事法律责任的影响

根据《新管理办法》第 4 条，证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员应当遵守法律法规和中国证监会的规定，遵守公司章程和行业规范，恪守诚信，勤勉尽责，廉洁从业，不得损害国家利益、社会公共利益和投资者合法权益。又根据《新管理办法》第 25 条，证券投资基金经营机构高级管理人员应当忠实、勤勉履行职责，有效执行董事会决议和公司制度规定，防范和化解经营风险，确保公司规范经营和独立运作。《新管理办法》对董事、监事、高级管理人员及从业人员提出了系统性规范要求，不仅针对董监高及从业人员个人，对基金管理公司的人员管理注意义务提出更高要求。且有关要求可以通过一系列民事法律规则转化为机构自身的法定义务，进而将个人职务行为之外的违法犯罪活动（即通常理解的“人员道德风险”，例如人员伪造产品合同，兜售虚假金融产品等）变为证券投资基金经营机构真金白银的民事赔偿责任。在《新管理办法》颁布之前，相关司法实践已较为普遍，未来有关法律风险预计进一步提升。

### （一）人员道德风险转向经营机构民事赔偿责任的法律基础

结合相关法律法规及司法实践，我们认为金融机构有义务对其人员进行有效管理，从业人员未能妥善履行相关义务，且金融机构存在过错的，金融机构应以自身财产对相关损害承担赔偿责任。这种法律责任有别于“表见代理”制度，是一种根据过错大小确定具体责任承担比例的“一般侵权责任”。实践中通常依据的裁判规则包括：

《中华人民共和国民法典》第 1165 条第 1 款，“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”。《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》（法释〔1998〕7 号，法释〔2020〕17 号修正）（2020 年修正，1998 年版条款内容相同）第 5 条第 2 款，“行为人私刻单位公章或者擅自使用单位公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书以签订经济合同的方法进行的犯罪行为，单位有明显过错，且该过错行为与被害人的经济损失之间具有因果关系的，单位对该犯罪行为所造成的经济损失，依法应当承担赔偿责任”。

上述规则体现了证券投资基金经营机构对其从业人员的“管理责任”。实践中问题较多出现于业务一线、营销业务人员及分支机构负责人层面，表现为违规代客操作、代客理财、销售不合规产品甚至虚假金融产品、以机构名义进行金融诈骗活动等。其结果往往是个人承担刑事责任，但是受害人的损失巨大无法弥补，需向犯罪人的单位主张赔偿。赔偿结果以违法犯罪造成的损失为基础，综合案件各方面因素，在 0~100%之间确定金融机构应当承担的责任比例。

### （二）《新管理办法》赋予证券投资基金经营机构更严格明确的从业人员管理注意义务

被告承担一般侵权责任的基础与前提是对相关事务具有“注意义务”；具有注意义务，但是未能妥善履行有关义务，即构成侵权法上的过错。这种注意义务通常是“法定”的，以此区别于合同约定的义务。在金融机构人员道德风险类案件中，这种注意义务即相关金融机构管理其人员的义务。

此前，证券基金经营机构对其人员的管理义务散见于各项规则，本次颁布实施的《新管理办法》具有统领证券基金经营机构人员管理义务的功能，其中，较为典型的相关注意义务条款如《新管理办法》第35条：“证券基金经营机构应当切实履行董事、监事、高级管理人员及从业人员任职考察、履职监督、内部考核问责的主体责任，建立健全人员任职和执业管理的内部控制机制，强化合规与风险管理，有效管控激励约束、投资行为和利益冲突防范等事项，持续提升人员的道德水准、专业能力、合规风险意识和廉洁从业水平，培育合规、诚信、专业、稳健的行业文化”。根据我们的经验，这类表述或成为法院认定相关机构人员管理注意义务的基础，其中有关“任职考察、履职监督、内部考核问责的主体责任”可以覆盖目前绝大部分金融机构承担人员管理赔偿责任的情况。因此，虽然此前也可以通过更抽象的法律规则和相关监管规定推导出证券基金经营机构的有关注意义务，但是《新管理办法》第35条给予了相关案件原告权利主张更为明确的依据，且覆盖所有“从业人员”，进一步增加了证券基金经营机构的法律责任风险。

除第35条外，《新管理办法》的其他具体规定对证券基金经营机构的人员管理提出了履职要求。例如《新管理办法》第36条有关人员聘任时“查询其任职管理和执业管理信息”的内容，以及《新管理办法》第43条“持续执业培训”的要求。此类都是此前人员道德风险类纠纷中出现过争议的事项，是法院会关心，且会影响最终过错认定与责任比例承担的因素。

### （三）应对《新管理办法》导致法律风险加剧的实务建议

在《新管理办法》从制度规则至司法实践各个层面都会导致证券基金经营机构民事赔偿责任风险加剧的情况下，结合我们的实务经验，有以下建议供行业参考：

1. 有效保存已履行相关义务的证据。在原告往往为自然人且是刑事犯罪受害人的此类纠纷中，当事人的地位是天然不平等的。因此无论法律规则如何分配举证责任，司法实践中证券基金经营机构都需要举证证明其积极履行了《新管理办法》规定的各项义务。而且，该等证明需要满足证据规则与证明标准并经得起质证。例如，留档文件需要有原件，电子资料需要上传特定系统或云端以确定生成时间与原件状态，培训记录、表格应由当事人签字并注明日期等。因此，从争议解决角度看，严格落实与履行《新管理办法》第48条、49条等有关资料保存、电子化管理、信息共享的要求，是保护证券基金经营机构自身的有效方法。
2. 通过必要投入借助第三方独立意见实现自身免责。在过往案例中，相关人员有赌博恶习，参与民间借贷，生活方式奢靡等都可能成为法院认定的金融机构应当注意而没有注意的问题，从而判定相关责任。因此，人员道德风险实际中很难完全防范，证券基金经营机构几乎不可能找到一个明确可复制、结果确定的履职标准。

在此情况下，无论机构自身制度多么完善、执行多么有力，都可能难以应对“万一”的不确定性。参考域外发达市场实践经验，在关键节点寻求外部第三方机构的专业意见，是应对上述问题比较有效的办法。有关第三方的专业意见作为评价证券基金经营机构的管理活动的独立意见，被司法机关采纳的可能性较大。例如，在《新管理办法》第46条所述场景，对关键岗位（分支机构负责人等）以外部审计代替内部审计；在招聘过程中通过第三方咨询机构进行背景调查；这些工作，都有可能成为相关机构在法庭上主张合理、必要的管理手段无法发现行为人违法犯罪活动的证据。

3. 风险暴露后立即进行人员管控与证据固定。此类纠纷的一个现实问题是实际起诉的“受害人”可能并非现实的“弱者”，一旦相关违法犯罪活动暴露，相关涉事人员是站在机构一方还是“受害人”一方，是非常不确定的。例如，在不止一起违规销售理财产品的纠纷中，金融机构工作人员私下向

---

投资者提供“保证书”，承认甚至夸大违规销售活动，指责有关宣传话术来自机构统一安排，或者私自泄露宣传材料、内部邮件等。就此，我们建议相关人员应在风险暴露的第一时间接触相关从业人员，要求其停职待查，同时向其了解违规操作的具体情况，固定属于己方的客观证据。

#### 十一、《新管理办法》与《任职管理办法》对比表以及《新管理办法》与《征求意见稿》对比表

[点击此处进行查看。](#)

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 葛音

电话： +86 21 6080 0966

Email: [yin.ge@hankunlaw.com](mailto:yin.ge@hankunlaw.com)