



漢坤律師事務所

汉坤法律评述



融贯中西·务实创新

2012年12月31日

资产管理法律

《中华人民共和国证券投资基金法（2012修订）》简析

王勇 | 张平 | 陈骁敦 律师

经过全国人大三次审议，《中华人民共和国证券投资基金法（2012修订）》（“《证券投资基金法（2012修订）》”）于2012年12月28日获得通过，并将于2013年6月1日生效。至此，历时三年多并在今年引起业界广泛热议的证券投资基金法修法工作终于画上了句号。本文对证券投资基金法的主要修订内容介绍如下：

1. 对公开募集基金的放宽与规范

1) 放宽对公开募集基金的管理和限制

目前公开募集基金的行政管制和运作限制较为严重地制约了基金市场的竞争力和活力，现有规定已经不能满足基金市场的快速发展和投资者的需求。《证券投资基金法（2012修订）》适当放宽了公开募集基金投资、运作的限制。

首先，基金公开募集由“核准制”改为“注册制”。《证券投资基金法（2012修订）》规定，公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。相较于“核准制”，“注册制”简化了较为繁琐的行政申请材料及手续，更加高效。这一变化体现了监管层对基金准入管制的放宽。¹

其次，公开募集基金财产投资范围扩大。《证券投资基金法（2012修订）》规定，基金财产的投资范围扩大到国务院证券监督管理机构规定的证券衍生品种，意味着为基金财产投资货币市场、股指期货等其他证券衍生品种提供了法律依据。

此外，适当放开了基金财产投资活动的限制。具体而言，2004年6月1日实施的《中华人民共和国证券投资基金法》（“《证券投资基金法》”）明确规定“基金财产不得向他人提供贷款或者提供担保”，而根据《证券投资基金法（2012修订）》，“以基金财产违反规定向他人提供贷款或者提供担保”是禁止的，换言之，在不违反规定的前提下，则可以通过基金财产向他人提供贷款或者提供担保。此外，《证券投资基金法（2012修订）》也将“以基金财产买卖其基金管理人、基金托管人

¹ 为简化基金产品申报与审核流程，证监会于2012年12月向基金公司下发了《关于实施基金产品网上申报与审核的通知》，规定基金产品网上申报与审核系统（FIRST）将于2013年1月1日正式上线，基金管理公司申请募集基金，在向证监会相关部门提交书面材料的同时，同时通过FIRST系统提交基金募集申请文件。在开通基金产品网上申报的同时，监管部门将对基金常规产品按照简易程序在20个工作日内完成审核，并采取对基金公司分类监管的方式约束不诚信行为。在审核过程中，如发现基金管理公司在申报材料过程中出现材料不齐全、产品准备工作未完成以及存在较多错报、漏报等不诚信行为的，将对该公司今后上报的所有基金产品一律适用普通审核程序。

发行的股票或者债券”从禁止的事项中删除。

2) 规范对公开募集基金的监管

资本市场的高速发展和金融产品的多样化对基金监管提出了更高的要求。《证券投资基金法（2012 修订）》将基金管理人的股东及其实际控制人纳入监管范围，并对基金治理结构进行了规范。

首先，明确基金管理人及其从业人员禁止从事内幕交易。《证券投资基金法（2012 修订）》规定，基金管理人和从业人员不得侵占、挪用基金财产；不得泄露因职务便利获取的未公开信息，或者从事与该信息相关的交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动。

其次，稳定基金管理公司股权结构和治理结构。根据《证券投资基金法（2012 修订）》规定，一方面，基金管理公司变更持有 5% 以上股权的股东、变更公司的实际控制人应当报经国务院证券监督管理机构批准。另一方面，基金管理公司股东及其实际控制人不得虚假出资或者抽逃出资，不得越过股东会和董事会直接干预基金管理人的日常经营活动，不得要求基金管理人利用基金财产为自己或者他人谋取利益，损害基金份额持有人利益。

此外，明确了监管机构在特定情形下可以更换基金管理人监管层。《证券投资基金法（2012 修订）》规定，基金管理公司的董事、监事、高级管理人员未能勤勉尽责，致使基金管理公司存在重大违法违规行为或者重大风险的，国务院证券监督管理机构可以责令公司予以更换。

2. 将非公开募集基金纳入监管范围

非公开募集基金的发展对于推动经济结构调整、缓解中小企业融资难等方面具有重要意义。但是《证券投资基金法》并没有对非公开募集基金做任何规定，非公开募集基金的设立和运作缺乏明确的法律依据和有效监管，导致损害投资者权益的行为时有发生。为有效规范非公开募集基金，《证券投资基金法（2012 修订）》用单独一个章节对非公开募集基金作了规定。

1) 建立非公开募集基金备案制度

非公开募集基金募集完毕，基金管理人应当向基金行业协会备案。对募集的资金总额或者基金份额持有人的人数达到规定标准的基金，基金行业协会应当向国务院证券监督管理机构报告。与《国家发展改革委办公厅关于促进股权投资企业规范发展的通知》规定的私募股权投资企业的备案不同，《证券投资基金法（2012 修订）》所推行的是“基金产品”的备案，即基金管理人无需通过新建一个实体（公司或有限合伙企业）作为资金募集的实体。但是该“基金产品”备案制度也存在如何开户等实际操作上的问题。

2) 确立合格投资者制度

非公开募集基金只能向合格投资者募集，且累计不超过二百人。合格投资者是指达到规定资产规模或收入水平，并且具备相应的风险识别能力和风险承担能力、其基金份额认购金额不低于规定限额的单位和个人。具体标准由国务院证券监督管理机构规定。但是就计算投资者人数而言，对母基金、信托及其他非法人组织投资者是否打通计算仍待明确。

同时，非公开募集基金不得通过报刊、电台、电视台、互联网等公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会方式向不特定对象进行宣传推介。该限制规定是否包括通过信托等合法理财产品宣传仍

尚待进一步明确。

3) 规定承担无限连带责任的基金份额持有人机制

非公开募集基金可以在其基金合同中约定由部分基金份额持有人作为基金管理人负责基金的投资管理活动，并在基金财产不足以清偿其债务时对基金财产的债务承担无限连带责任。此外，基金合同中还应载明承担无限连带责任的基金份额持有人的姓名/名称和住所、承担无限连带责任的基金份额持有人的除名条件和更换程序、承担无限连带责任的基金份额持有人和其他基金份额持有人的转换程序。

4) 明确非公开募集基金财产的证券投资的定义

根据《证券投资基金法（2012 修订）》，非公开募集基金财产的证券投资，包括买卖公开发行的股份有限公司股票、债券、基金份额，以及国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。

相较于《中华人民共和国证券投资基金法（修订草案）》，《证券投资基金法（2012 修订）》进一步明确明确了“买卖股票”中的“股票”仅指“公开发行的股份有限公司的股票”，而未包括有限责任公司的股权，因此，国内目前从事对有限责任公司及非公开发行股份的股份有限公司的股权进行投资的私募股权投资基金被纳入《证券投资基金法（2012 修订）》进行监管的可能性较小。但是，鉴于根据《证券投资基金法（2012 修订）》，国务院证券监督管理机构有权对“其他证券及其衍生品种”进行界定，因此，不排除国务院证券监督管理机构通过界定“其他证券”的范围来扩大其监管权。

3. 加强对投资者权益的保护

除本文上述内容所包含的对投资者权益保护的机制外，以下措施也对加强投资者权益保护具有重要意义。

1) 进一步明确管理人风险准备金制度

《证券投资基金法》本身并未规定管理人风险准备金制度，而是在《关于基金管理公司提取风险准备金有关问题的通知》以及关于修改〈关于基金管理公司提取风险准备金有关问题的通知〉的决定中对风险准备金制度进行了规定，“基金管理公司应当每月从基金管理费收入中计提风险准备金，计提比例不低于基金管理费收入的 10%。风险准备金余额达到基金资产净值的 1%时可以不再提取。风险准备金使用后余额低于基金资产净值 1%的，基金管理公司应当继续提取，直至达到基金资产净值的 1%。”

《证券投资基金法（2012 修订）》则明确了公开募集基金的基金管理人应当从管理基金的报酬中计提风险准备金。公开募集基金的基金管理人因违法违规、违反基金合同等原因给基金财产或者基金份额持有人合法权益造成损失，应当承担赔偿责任的，可以优先使用风险准备金予以赔偿。相对于上述规定，《证券投资基金法（2012 修订）》将风险准备金的计提基数由“基金管理费”调整为“管理基金的报酬”，实质上扩大了计提风险准备金的基数，有利于充实风险准备金。

2) 基金份额持有人大会二次召集制度

根据《证券投资基金法（2012 修订）》，基金份额持有人大会应当有代表二分之一以上基金份额的持有人参加，方可召开。参加基金份额持有人大会的持有人的基金份额低于前款规定比例的，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。重新召集的基金份额持有人大会应当有代表三分之一以上基金份额的持有人参加，方可召开。

4. 其他事项

1) 明确了基金财产投资的税收政策

根据《证券投资基金法（2012 修订）》，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。鉴于非公开募集基金并非一个独立的法律实体，因此，非公开募集基金本身无需缴纳任何税收。

2) 规定了基金管理人相关人员进行证券投资的限制

根据《证券投资基金法（2012 修订）》，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、利害关系人可以进行证券投资，但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述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。

3) 规定了国务院证券监督管理机构工作人员任职的限制

根据《证券投资基金法（2012 修订）》和《中华人民共和国公务员法》，

国务院证券监督管理机构基金监管层人员离职后，两年内不得在基金公司任职，基金监管层领导人员离职三年内不得在基金公司任职。该措施的实施将有利于维护基金市场公平运行，避免部分参与者利用其影响力造成不正当竞争。

综上所述，《证券投资基金法（2012 修订）》体现了“放松管制，加强监管”的理念，有利于释放基金行业的活力，进一步促进中国基金行业的发展。但是，仍有很多具体问题有待后续出台的配套细则或规定予以明确。

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法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与**王勇律师**（+86-10-8525 5553; james.wang@hankunlaw.com）或**张平律师**（+86-10-8525 5534; evan.zhang@hankunlaw.com）联系。