

关于《私募投资基金监督管理条例》的思考

作者：金融资管部

2023年7月9日，国务院于2023年6月16日第8次常务会议审议通过的《私募投资基金监督管理条例》（“《私募条例》”）正式公开发布，并将于2023年9月1日起正式实施。《私募条例》是我国首部针对私募投资基金（“私募基金”）行业的行政法规。《私募条例》的出台是我国健全私募基金监管基础性法规制度的标志，对行业具有里程碑意义。我们谨此分享我们学习新规的一些思考，与行业诸君共同探讨。

一、《私募条例》之于行业

20世纪80年代后期，中国私募基金行业萌芽，历经缺乏监管、试点监管、加强监管等几个阶段。2012年12月，全国人民代表大会常务委员会修订《中华人民共和国证券投资基金法》（“《基金法》”），将“非公开募集基金”纳入调整范围，并授权国务院金融监督管理机构制定对非公开募集基金的基金管理人进行规范的具体办法。虽然自2013年起《基金法》即明确对“非公开募集基金”进行监管，但由于《基金法》第二条将该法适用范围规定为“公开或者非公开募集资金设立证券投资基金...进行证券投资活动”，私募基金行业内关于《基金法》对主要向“非公开交易企业股权”投资的私募股权投资基金（含创业投资基金）等其他私募基金是否适用一直存在争议。

修订后的《基金法》于2013年6月1日正式生效。2013年6月，中央机构编制委员会办公室印发了《关于私募股权基金管理职责分工的通知》（中央编办发[2013]22号），明确了中国证券监督管理委员会（“证监会”）对私募股权基金的监督管理权限。彼时，证监会即已提请国务院启动制定《私募条例》，并在2014年年初将《私募投资基金管理暂行条例（草案）》征求国务院有关部门意见后上报国务院。2017年8月30日，国务院法制办发布《私募投资基金管理暂行条例（征求意见稿）》公开征求意见，其后较长时间《私募条例》的制定一直处于未知状态。考虑到行政法规立法周期较长，在推进《私募条例》制定工作的同时，证监会于2014年8月以部门规章形式先行出台了《私募投资基金监督管理暂行办法》（证监会令[105]号），此后大量指导性的规范性准则均来自中国证券投资基金业协会（“中基协”）发布的私募行业自律规则。

《私募条例》十年磨一剑，体现的是立法的审慎，也反映出对十年间中国私募基金行业发展变化的关注和思考。诚如司法部、证监会负责人在答记者问中所介绍，《私募条例》的出台体现了党中央和国务院高度重视私募基金行业发展和风险防控，对私募基金行业近年来在提高直接融资比重、促进经济发展方面发挥的积极作用予以认可，也是为了在当前充满挑战的国际国内政治经济形势下鼓励私募投资基金行业规范健康发展，更好保护投资者合法权益，进一步发挥服务实体经济、促进科技创新等作用。

作为参考，中国私募基金监管体系发展沿革可参见下图：



(图一 中国私募基金行业监管沿革)

二、《私募条例》之初思

细读《私募条例》，可发现其中绝大部分条款“似曾相识”。实际上从证监会的《若干规定》¹明确“行业底线”到中基协 2023 年 5 月 1 日起实施的新规²倡导“扶优限劣”，都已经体现了《私募条例》的规定。《私募条例》是应监管实践而生，从实践中来，到实践中去。

（一）提升效力层级

《私募条例》行文是对现行私募基金行业适用法律法规和自律规则中相关要求的重述，或对原则性规定的提炼和概要，但其意义却异常重大。《私募条例》提高了相关规定的效力层级，通过行政法规的形式对私募基金的现行监管规则进行确认，延续和保障现有监管体系。《私募条例》出台之前，适用于私募基金行业的效力层级最高的规范为《私募投资基金监督管理暂行办法》，为由证监会发布的部门规章。行政法规相较于部门规章效力层级更高，且其效力层级也高于地方政府制定的地方性法规、规章和规范性文件。同时，《私募条例》作为行政法规，相关规定可以被援引为认定当事人之间民事法律行为效力的直接依据。

（二）明确权限罚则

在《私募条例》之前，囿于部门规章可规定事项的局限，私募基金行业的执法权限和处罚措施并不完善，中基协的纪律处分措施震慑“君子”但无法防范违规但又够不上刑法定罪量刑的行为。当然，一方面是因为私募行业有大量“非标”和“创新”业务，如果在行业发展之初尚未充分实践的时候就施以重压，可能会抑制整个私募基金行业的发展；另一方面也是体现了对整个私募基金行业在探索中自主稳定发展的信心。《私募条例》全文约万字，其中第五章监督管理和第六章法律责任所占篇幅超过 1/3。当私募基金行业发展到如今的体量³，以及和金融体系、实体经济相互勾稽的关系和影响确实需要进一步明确责任之时，在立法上为私募基金行业健康稳定发展保驾护航，也才能更好地实现促进实体经济发展，实现科技创新的目标。

三、《私募条例》之简析

（一）适用范围

私募基金本质上为一种以“非公开方式”募集设立的集合投资工具，私募业务是一种受托理财、资产管理商业模式。从广义理解，在目前的中国资本市场中存在的“私募基金/产品”除了由中基协登记的私募基金管理人发起设立各类私募基金之外，还包括证券公司、证券公司子公司、基金管理公司、基金管理子公司、期货公司、期货公司子公司、保险资产管理机构、金融资产投资公司等（统称“**金融资管机构**”）发起的私募产品，而由各级政府通过政府出资设立的政府投资基金也有可能因同时接纳社会资本出资而落入私募基金范畴。

一直以来，针对上述各类不同属性的私募业务主体，虽然偶有交叉，从监管层面一直是采取了分业监管、区分对待的监管逻辑。此次出台的《私募条例》，作为由国务院制定的行政法规，对于各类私募业务主体是否同样适用是行业内最为关注的核心问题之一。

¹ 中国证券监督管理委员会公告[2020]71号《关于加强私募投资基金监管的若干规定》。

² 中国证券投资基金业协会中基协发[2023]5号《私募投资基金登记备案办法》及配套指引。

³ 根据中国证券投资基金业协会截至 2023 年 4 月的统计数据，在中国证券投资基金业协会登记的管理人总数 22,270 家，管理私募基金产品数量 153,539 只，管理私募基金规模 207,499.08 亿。



（图二 中国私募基金行业现行监管框架）

《私募条例》第二条规定，“在中华人民共和国境内，以非公开方式募集资金，设立投资基金或者以进行投资活动为目的依法设立公司、合伙企业，由私募基金管理人或者普通合伙人管理，为投资者的利益进行投资活动，适用本条例”。不同于此前证监会制定的《私募投资基金监督管理暂行办法》或《关于加强私募投资基金监管的若干规定》，《私募条例》中并没有明确其对证券期货经营机构从事私募基金业务活动是否同样适用或不适用。

相较于 2017 年发布的征求意见稿，此次正式发布版本第二条做了较大调整。《私募条例》放弃了征求意见稿中直接对私募基金进行定义的规定方式，而是选择按照与《基金法》第二条关于适用范围的规定类似方式作出规定。此外，一个受到行业广泛关注的调整点为将《私募条例》的适用范围限定为“由私募基金管理人或者普通合伙人管理”的非公开募集“投资基金或者以进行投资活动为目的依法设立公司、合伙企业”。

《私募投资基金管理暂行条例（征求意见稿）》	《私募投资基金监督管理条例》
<p>第二条 本条例所称私募投资基金（以下简称私募基金），是指在中华人民共和国境内，以非公开方式向合格投资者募集资金设立，由基金管理人管理，为投资者的利益进行投资活动的私募证券投资基金和私募股权投资基金。</p> <p>非公开募集资金，以进行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，其基金管理人、基金托管人、资金募集、投资运作和信息提供适用本条例。</p>	<p>第二条 在中华人民共和国境内，以非公开方式募集资金，设立投资基金或者以进行投资活动为目的依法设立公司、合伙企业，由私募基金管理人或者普通合伙人管理，为投资者的利益进行投资活动，适用本条例。</p>

我们也注意到行业内存在有观点认为“由私募基金管理人或者普通合伙人管理”为《私募条例》的适用前提，据此《私募条例》对于金融资管机构的私募业务并不适用。我们理解此种观点并非全无根据，但从审慎角度，在监管机构作出进一步阐明之前，我们仍倾向于认为可能暂无法完全排除《私募条例》对于金融资管机构及其发行的私募产品的适用。此外，根据我们此前经验，实践中也不乏金融资管机构采用有限合伙企业组织形式募集设立私募产品并担任普通合伙人，此种情况下依据第二条规定，也仍可能需适用《私募条例》。

而关于政府出资设立的政府投资基金，根据《私募条例》第五条，“私募基金业务活动的监督管理，应当贯彻党和国家路线方针政策、决策部署。国务院证券监督管理机构依照法律和本条例规定对私募基金业务活动实施监督管理，其派出机构依照授权履行职责”，但“国家对运用一定比例政府资金发起设立或者参股的私募基金的监督管理另有规定的，从其规定”。就此，我们倾向于认为并非完全豁免对“国家对运用一定比例政府资金发起设立或者参股的私募基金”适用《私募条例》的规定，而只是明确了存在特殊规定时的法规适用原则。

（二）重点关注

1. 要求私募基金管理人持续满足财务状况良好和高管持股要求

第十三条 私募基金管理人应当持续符合下列要求：

（一）财务状况良好，具有与业务类型和管理资产规模相适应的运营资金；

(二) 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按照国务院证券监督管理机构规定持有有一定比例的私募基金管理人的股权或者财产份额，但国家另有规定的除外；

(三) 国务院证券监督管理机构规定的其他要求。

第四十六条 私募基金管理人违反本条例第十三条规定的，责令改正；拒不改正的，给予警告或者通报批评，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款，责令其停止私募基金业务活动并予以公告。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

简析：私募基金管理人应当持续符合：1. 财务状况良好，具有与业务类型和管理资产规模相适应的运营资金（《私募条例》未明确具体金额要求，但参照已于 2023 年 5 月 1 日生效的《私募投资基金登记备案办法》及配套指引（“中基协新规”），私募基金管理人实缴资本应不低于 1,000 万元）；2. 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按照国务院证券监督管理机构规定持有有一定比例的私募基金管理人的股权或者财产份额。关于高管持股，此前中基协新规中规定除符合相关条件的外资私募基金管理人等管理人以外，相关高管人员均需持股，且合计实缴出资不低于管理人实缴资本的 20% 或 200 万元。《私募条例》中明确对于持股要求应“按照国务院证券监督管理机构规定持有”以及“国家另有规定的除外”，中基协新规中规定的豁免的落实还有待后续证监会予以明确。

2. 代销模式的政策调整

第十七条 私募基金管理人应当自行募集资金，不得委托他人募集资金，但国务院证券监督管理机构另有规定的除外。

简析：相较现行监管规则正向允许私募基金管理人可以自行或委托销售机构募集资金，《私募条例》删除了可以委托销售机构代销的正向表述。我们推测其并非全面禁止代销模式，但未来可能会有政策的调整，有待进一步观察。

3. 多层嵌套限制豁免

第二十五条 私募基金的投资层级应当遵守国务院金融管理部门的规定。但符合国务院证券监督管理机构规定条件，将主要基金财产投资于其他私募基金的私募基金不计入投资层级。

创业投资基金、本条例第五条第二款规定私募基金的投资层级，由国务院有关部门规定。

简析：关于嵌套层级，现行监管规定主要是中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、证监会、国家外汇管理局联合发布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（“《资管新规》”）的规定。根据《资管新规》，原则上资产管理产品仅可再投资一层资产管理产品，但所投资的资产管理产品不得再投资公募证券投资基金以外的资产管理产品。过去，业内通常认为《资管新规》中关于嵌套层级的规定对于中基协登记的私募基金管理人并不严格适用，此次《私募条例》的规定可被理解为是对此做出了回应。

本条明确了符合国务院证券监督管理机构规定条件、将主要基金财产投资于其他私募基金的私募基金不计入投资层级，不视为一层嵌套。我们注意到在《私募条例》发布时一并发布的司法部、证监会《答记者问》中明确提及本条为针对“母基金、创业投资基金、政府性基金等具有合理展业需求的私募基金”的一项政策支持，在已有规则基础上豁免一层嵌套限制，以支持行业发挥积极作用，培育长期机构投资者。为适用该条豁免规定需要满足国务院证券监督管理机构规定的哪些条件，什么情况可认定为将主要基金财产投资于其他私募基金，仍有待国务院证券监督管理机构后续出台相应的执行细则进一

步明确。

4. 私募基金管理人需建立投资申报、登记、审查、处置等管理制度

第二十六条 私募基金管理人应当遵循专业化管理原则，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。

私募基金管理人应当遵循投资者利益优先原则，建立从业人员投资申报、登记、审查、处置等管理制度，防范利益输送和利益冲突。

第五十二条 违反本条例第二十六条规定，私募基金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、处置等管理制度的，责令改正，给予警告或者通报批评，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

简析：要求私募基金管理人建立从业人员投资申报、登记、审查、处置等管理制度。如果未建立该等制度，则可能面临责令改正，并处10-100万的罚款等法律责任。

5. 明确对创业投资基金的差异化监督管理

第六条 国务院证券监督管理机构根据私募基金管理人业务类型、管理资产规模、持续合规情况、风险控制情况和服务投资者能力等，对私募基金管理人实施差异化监督管理，并对创业投资等股权投资、证券投资等不同类型的私募基金实施分类监督管理。

第三十六条 国家对创业投资基金给予政策支持，鼓励和引导其投资成长性、创新性创业企业，鼓励长期资金投资于创业投资基金。

国务院发展改革部门负责组织拟定促进创业投资基金发展的政策措施。国务院证券监督管理机构和国务院发展改革部门建立健全信息和支持政策共享机制，加强创业投资基金监督管理政策和发展政策的协同配合。登记备案机构应当及时向国务院证券监督管理机构和国务院发展改革部门报送与创业投资基金相关的信息。

享受国家政策支持创业投资基金，其投资应当符合国家有关规定。

第三十七条 国务院证券监督管理机构对创业投资基金实施区别于其他私募基金的差异化监督管理：

- （一）优化创业投资基金营商环境，简化登记备案手续；
- （二）对合法募资、合规投资、诚信经营的创业投资基金在资金募集、投资运作、风险监测、现场检查等方面实施差异化监督管理，减少检查频次；
- （三）对主要从事长期投资、价值投资、重大科技成果转化的创业投资基金在投资退出等方面提供便利。

第三十八条 登记备案机构在登记备案、事项变更等方面对创业投资基金实施区别于其他私募基金的差异化自律管理。

简析：首先，《私募条例》从原则上确立差异化监管的总体思路，根据相关要素对不同类型的私募基金管理人及其管理的私募基金实施分类监督管理。具体而言，《私募条例》中明确了加强创业投资基

金监管政策和发展政策的协同配合，国务院发展改革部门负责组织拟定促进创业投资基金发展的政策措施，国务院证券监督管理机构和国务院发展改革部门建立健全信息和支持政策共享机制。《私募条例》中为针对创业投资基金在登记备案、资金募集、投资运作、风险监测、现场检查等方面实施差异化监管和自律管理预留了空间，虽然具体举措仍有待相关部门制定政策明确，但从《私募条例》条款即可得知整体方向是为创业投资基金创造一个更为优化的监管环境，减轻合规负担、提供更多便利。

6. 明确证监会有权采取的监管措施

第四十条 国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取下列措施：

- （一）对私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构进行现场检查，并要求其报送有关业务资料；
- （二）进入涉嫌违法行为发生场所调查取证；
- （三）询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；
- （四）查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通讯记录等资料；
- （五）查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料以及其他有关文件和资料；对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，可以予以封存；
- （六）依法查询当事人和与被调查事件有关的账户信息；
- （七）法律、行政法规规定的其他措施。

为防范私募基金风险，维护市场秩序，国务院证券监督管理机构可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函等措施。

第四十一条 国务院证券监督管理机构依法进行监督检查或者调查时，监督检查或者调查人员不得少于2人，并应当出示执法证件和监督检查、调查通知书或者其他执法文书。对监督检查或者调查中知悉的商业秘密、个人隐私，依法负有保密义务。

被检查、调查的单位和个人应当配合国务院证券监督管理机构依法进行的监督检查或者调查，如实提供有关文件和资料，不得拒绝、阻碍和隐瞒。

第四十二条 国务院证券监督管理机构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的，应当责令限期改正；逾期未改正，或者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的，国务院证券监督管理机构可以区别情形，对其采取下列措施：

- （一）责令暂停部分或者全部业务；
- （二）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；
- （三）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；
- （四）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。

私募基金管理人违法经营或者出现重大风险，严重危害市场秩序、损害投资者利益的，国务院证券监督管理机构除采取前款规定的措施外，还可以对该私募基金管理人采取指定其他机构接管、通知登记备案机构注销登记等措施。

简析：《私募条例》明确赋予证券监督管理机构对管理人进行现场检查、获取交易/账户/财务等方面信息的权利，赋予监管机构采取多种行政监管措施的权限，为监管机构能够有效履职提供了保障。私募基金管理人应当在发展业务的同时，更加注重修炼内功做好自身合规工作，这样才能保证长远稳定发展。

7. 明确违反私募条例规定的法律责任

第四十四条 未依照本条例第十条规定履行登记手续，使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行投资活动的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第四十五条 私募基金管理人的股东、实际控制人、合伙人违反本条例第十二条规定的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第四十六条 私募基金管理人违反本条例第十三条规定的，责令改正；拒不改正的，给予警告或者通报批评，并处10万元以上100万元以下的罚款，责令其停止私募基金业务活动并予以公告。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第四十七条 违反本条例第十六条第二款规定，私募基金托管人未建立业务隔离机制的，责令改正，给予警告或者通报批评，并处5万元以上50万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第四十八条 违反本条例第十七条、第十八条、第二十条关于私募基金合格投资者管理和募集方式等规定的，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第四十九条 违反本条例第十九条规定，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的，给予警告或者通报批评，并处10万元以上30万元以下的罚款；情节严重的，责令其停止私募基金业务活动并予以公告。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上10万元以下的罚款。

第五十条 违反本条例第二十二条第一款规定，私募基金管理人未对募集完毕的私募基金办理备案的，处10万元以上30万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上10万元以下的罚款。

第五十一条 违反本条例第二十四条第二款规定，将私募基金财产用于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的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第五十二条 违反本条例第二十六条规定，私募基金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、处置等管理制度的，责令改正，给予警告或者通报批评，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第五十三条 违反本条例第二十七条规定，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的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第五十四条 违反本条例第二十八条规定，私募基金管理人从事关联交易的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第五十五条 私募基金管理人、私募基金托管人及其从业人员有本条例第三十条所列行为之一的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第五十六条 私募基金管理人、私募基金托管人及其从业人员未依照本条例规定提供、报送相关信息，或者有本条例第三十二条所列行为之一的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

第五十七条 私募基金服务机构及其从业人员违反法律、行政法规规定，未恪尽职守、勤勉尽责的，责令改正，给予警告或者通报批评，并处10万元以上30万元以下的罚款；情节严重的，责令其停止私募基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上10万元以下的罚款。

第五十八条 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构及其从业人员违反本条例或者国务院证券监督管理机构的有关规定，情节严重的，国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券期货市场禁入措施。

拒绝、阻碍国务院证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查、调查职权，由国务院证券监督管理机构责令改正，处10万元以上100万元以下的罚款；构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十九条 国务院证券监督管理机构、登记备案机构的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊或者利用职务便利索取或者收受他人财物的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六十条 违反本条例规定和基金合同约定，依法应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、被没收违法所得，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。

简析：对于私募基金管理人、私募基金托管机构以及私募基金服务机构的违法行为，原证监会制定的《私募投资基金监督管理办法》中只是较为简略地规定了罚则，监管机构可自行决定采取的处罚措施基本限于责令改正、警告并处3万元以下罚款、市场禁入等措施。与之相较，《私募条例》关于法律责任的规定框架和脉络与《基金法》中关于法律责任规定的章节有许多相似之处，详细地列举了各类违反

《私募条例》规定的违法行为所对应的法律责任，使处罚更具有可执行性，加大违法违规行为惩处力度。

8. 明确境外机构境内募资需要遵守相关规定

第六十一条 外商投资私募基金管理人的管理办法，由国务院证券监督管理机构会同国务院有关部门依照外商投资法律、行政法规和本条例制定。

境外机构不得直接向境内投资者募集资金设立私募基金，但国家另有规定的除外。

私募基金管理人在境外开展私募基金业务活动，应当符合国家有关规定。

简析：明确境外机构不得直接向境内投资者募集资金设立私募基金，但国家另有规定的除外；私募基金管理人在境外开展私募基金业务活动，应当符合国家有关规定；外商投资私募基金管理人的管理办法，由证监会会同国务院有关部门依照外商投资法律、行政法规和本条例制定。规定为就外商投资私募基金管理人和跨境募集另行制定管理办法提供了依据和空间，同时也带来了一些不确定性。比如目前市场上常见的外资私募基金管理人如 QDLP、QFLP 和 PFM 管理人，需要注意未来监管出台的新规定；此外，由于何种情形会被视为“境外机构直接向境内投资者募集资金设立私募基金”尚不明确，新规对境外及外资基金的影响仍有待观察。

9. 对私募基金争议纠纷和清算事宜的影响

第三十四条 因私募基金管理人无法正常履行职责或者出现重大风险等情形，导致私募基金无法正常运作、终止的，由基金合同约定或者有关规定确定的其他专业机构，行使更换私募基金管理人、修改或者提前终止基金合同、组织私募基金清算等职权。

简析：近年来，与私募基金相关的争议纠纷频发。可以预见，《私募条例》的实施将对私募基金相关纠纷，特别是围绕着资金端的信托法律关系展开的纠纷产生直接影响。第一，《私募条例》作为行政法规，相关规定可以被援引为认定当事人之间民事法律行为效力的直接依据。第二，《私募条例》明确将契约型、公司型、合伙型等不同组织形式私募基金均纳入规制范围，这为公司型、合伙型私募基金的争议案件根据私募基金相关法律法规来认定管理人、托管人等主体的履职情况，增加了明确的行政法规依据。第三，《私募条例》该条规定或许能为处理“基金（含清算）僵局”问题提供新的路径：一方面，充分尊重当事人的意思表示，各方可以在基金合同中明确约定“基金（含清算）僵局”情况下的处理方式；另一方面，该条规定为根据有关法律规定（如《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国企业破产法》、《中华人民共和国证券投资基金法》，等）处理“基金（含清算）僵局”提供了下一步指引，后续监管部门可以就此进一步制定相关规范，以期能打破“基金（含清算）僵局”。

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：

冉璐

电话： +86 10 8525 5521
Email: lu.ran@hankunlaw.com

杨李

电话： +86 21 6080 0360
Email: li.yang@hankunlaw.com