

《中华人民共和国证券投资基金法》全国
人大官方网站释义

第一章 总则

本章共十一条,主要是对证券投资基金法的立法目的、适用范围、调整对象及与其他相关法律、行政法规的关系,基金合同当事人基本权利义务的设定,基金管理人、基金托管人的职责,收益分配和风险控制,证券投资基金活动应当遵循的基本原则,基金财产的债务承担,基金财产与基金管理人、基金托管人固有财产的关系,基金财产的收益归属以及基金财产与破产清算财产的关系,基金财产投资的相关税收政策,基金管理人、基金托管人以及基金服务机构的从业义务,基金管理人投资的审慎义务和基金从业人员资格,证券投资基金自律组织以及证券投资基金活动监管机构等作出规定。

第一条

为了规范证券投资基金活动,保护投资人及相关当事人的合法权益,促进证券投资基金和资本市场的健康发展,制定本法。

【本条主旨】

本条是关于证券投资基金法立法目的的规定。

【本条释义】

证券投资基金法立法目的主要有三个方面。

一、规范证券投资基金活动

证券投资基金是一种集中资金、专业理财、组合投资、分散风险的集合投资方式。一方面,它通过发行基金份额的形式面向投资大众募集资金;另一方面,将募集的资金,通过专业理财、分散投资的方式投资于资本市场。其独特的制度优势促使其不断发展壮大,在金融体系中的地位 and 作用也不断上升。在发达国家已有上百年的历史……

随着我国证券法、信托法的制定以及加入世贸组织,《证券投资基金管理暂行办法》已难以适应我国证券投资基金进一步发展的需要,有必要将《证券投资基金管理暂行办法》这一行政法规上升为法律。2003年10月全国人大常委会审议通过了《中华人民共和国证券投资基金法》,自2004年6月1日起施行。证券投资基金法对规范证券投资基金运作,保护基金投资者合法权益,促进基金业和证券市场的健康发展,发挥了重要作用。证券投资基金已成为证券市场最重要的机构投资者,社会影响力和市场影响力日益扩大。但随着经济和金融体制改革的不断深化与资本市场的快速发展,我国基金业发生了很大变化,现行基金法的部分规定已不能完全适应市场发展新形势和基金监管的需要,主要表现在:一是非公开募集基金缺乏法律规定。近年来,包括私募证券投资基金、私募股权投资基金在内的非公开募集基金快速发展,在推动经济结构调整、提高企业自主创新能力、缓解中小企业融资难等方面的作用日益重要,也成为居民财富管理的重要工具。但现行基金法对非公开募集基金未作规定,使这类基金的设立与运作缺乏明确的法律依据,基金募集和投资行为不规范,容易损害投资者权益,更有少数违法犯罪分子借私募基金之名行“乱集资”之实,蕴含较大的金融风险和社会风险。二是基金治理结构不健全,投资者权益保护力度不足。现行基金法缺乏对基金管理公司股东及其实际控制人的规定,对基金管理人及其从业人员监管措施也不够严密,难以有效地保护基金投资者权益,一些基金的“老鼠仓”、内幕交易等问题屡禁不止。同时,基金组织形式单一,基金份额持有人大会召集难度较大、作用发挥受限,投资者缺乏意志表达机制,难以形成对基金管理人的有效监督和制约。三是基金的行政管制和运作限制过严,制约基金市场竞争力和活力发挥。随着资产管理市场的快速发展和金融

产品的日益多样,基金产品的行政审批制已难以适应基金业竞争需要和投资者需求;基金投资范围较窄,限制了基金市场竞争力和发展活力,也不利于基金管理人为投资者提供更多、更好的理财服务。根据上述情况,为规范基金业,特别是非公开募集基金的设立与投资运作,遏制各种名目的非法集资,加强基金业监管,加大基金投资者权益保护力度,促进基金业的健康发展,2012年12月全国人大常委会对现行基金法进行了修订。

二、保护投资人及相关当事人的合法权益

随着我国证券投资基金的超常规发展,投资人队伍不断扩大,其中,中小投资者占绝大多数。他们缺少必要的证券投资经验,出于对基金管理人和基金托管人的信任,将自己多年的积蓄委托给基金管理人和基金托管人进行证券投资,期望保值、增值,从中获取持续、稳定、合理的收益。这些投资人处于弱势地位,却为我国证券投资基金的发展做出了巨大的贡献。证券投资基金发展的历史表明,投资者的合法权益能否得到有效保护,是证券投资基金能否持续、健康、稳定发展的关键。证券投资基金要发展,必须取信于投资者,必须切实保护投资者的合法权益。因此,基金法将保护投资人合法权益作为第一要务。

投资人是指基金份额持有人,相关当事人是指除基金份额持有人以外的参与证券投资基金活动的其他当事人,包括基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构、为基金出具审计报告或者法律意见书的会计师事务所、律师事务所以及为基金提供资产评估或者验证服务的其他中介机构等。从证券投资基金法的条文内容上看,保护投资者的合法权益始终被放在重要地位。在基金管理人、托管人的义务、基金财产的独立性、信息披露、基金份额持有人大会、基金份额持有人的

诉权等一系列方面作了详细规定,同时对其他相关当事人的合法权益也予以了保护。

三、促进证券投资基金和资本市场的健康发展

证券投资基金是资本市场发展的产物,是中小投资者对专业理财和理性投资的需要。依法促进证券投资基金的发展,有利于培养理性的机构投资者,提高机构投资者的诚信意识,增强中小投资者的投资信心,扩大直接融资比例,减轻银行信贷压力,优化资源配置,化解系统性金融风险;有利于引导投资,活跃交易,防止过度投机,促进资本市场健康发展。大力发展资本市场是国民经济发展的一项长期战略。中国资本市场经过十多年的发展,已成为中国社会主义市场经济体系的重要组成部分,这十多年的发展历程也是资本市场作用不断显现、对资本市场重要性的认识不断深化的过程。从中国经济改革和发展看,完善社会主义市场经济体制需要资本市场和货币市场的协调发展。从中国资本市场的发展实践看,资本市场在国民经济建设中已经发挥了不可替代的重要作用。中国资本市场从无到有、从小到大的发展过程表明,社会主义市场经济离不开资本市场,大力发展资本市场是优化资源配置、推动经济建设的迫切需要。

证券投资基金法的实施是中国基金业和资本市场发展史上一个重要的里程碑,推进证券投资基金的发展是促进我国资本市场健康发展的重要环节。证券投资基金法以法律形式确认了基金业在资本市场中的地位和作用,有利于机构投资者的壮大和发展,从而促进证券投资基金和资本市场的健康发展。

第二条

在中华人民共和国境内，公开或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。

【本条主旨】

本条是关于证券投资基金法适用范围、调整对象及与其他相关法律、行政法规关系的规定。

【本条释义】

一、证券投资基金法的适用范围

本条规定本法适用的地域范围（或称空间效力范围）是中华人民共和国境内，即中华人民共和国主权所及的全部领域。本法的效力原则上及于中华人民共和国的全部领域，凡在我国境内公开或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，都必须遵守本法的规定。需要特别指出的是，本法不适用于香港和澳门两个特别行政区。因为按照香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法的规定，只有列入这两个基本法附件三的全局性法律，才能在这两个特别行政区适用，而本法不属于附件三的法律范围。

二、证券投资基金法的调整对象

公开或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法。

证券投资基金法以信托原理为基础，而构成信托法律关系的当事人主要是与信托活动有直接关系的委托人、受托人、受益人，这三方当事人必须同时具备，缺少任何一方，信托法律关系都不能成立。所谓委托人，是指依法设立信托的人，在本法中是指基金份额持有人，基金份额持有人可以是自然人、法人或者其他组织。所谓受托人，是指与委托人依法订立信托合同，承诺接受委托，并按照合同的约定对信托财产进行管理、运用或者处分的人，在本法中是指基金管理人和基金托管人，即依法设立并取得基金管理资格的基金管理公司和依法设立并取得基金托管资格的商业银行。基金管理人、基金托管人依照本法规定，只能是法人，不得为自然人。所谓受益人，是指按照信托合同的约定享受信托利益的人。根据自益信托原理，委托人可以是受益人。所谓自益信托，是指在信托关系中委托人与受托人为同一人，委托人设立信托的目的是为了自己的利益。在本法中，受益人即基金份额持有人。基金份额持有人可以是自然人、法人或者其他组织。据此，基金合同当事人即为信托关系当事人。基金管理人、基金托管人与基金份额持有人订立基金合同，从事证券投资基金活动，适用本法，本法对基金管理人、基金托管人和基金份额持有人在证券投资基金活动中的权利义务的规范，基金管理人、基金托管人和基金份额持有人必须遵守。除基金管理人、基金托管人和基金份额持有人以外的与证券投资基金活动有关联关系的其他相关当事人，对本法就与其有关系的事项作出的规定，也必须遵守。

根据本条规定，证券投资基金法的调整对象可分为公开募集基金和非公开募集基金。按照募集的对象和范围的不同，投资基金的募集或发行可以划分为公开募集和非公开募集两种形式。所谓公开募集，就是指基金发起人按照法定的程序公开地向社会公众募资金的行为，

是各国法律普遍认可的主要募集方式；非公开募集（私募）是相对于公开募集而言的，指不通过公开邀约的方式，由发起人与投资人以私下、个别协议的方式募集资金。此次证券投资基金法修改的一大特点，就是明确了“公开募集”与“非公开募集”的界限，将私募基金作为具有金融属性的金融产品纳入规制范围，并针对其资产规模小、客户人数少、风险外溢弱等特点，在基金合同签订、资金募集对象、宣传推介方式、基金登记备案、信息资料提供、基金资产托管等方面，设定与公募基金明显不同的行为规范和制度安排，实施适度、有限的监管。

三、本法与信托法、证券法及其他相关法律、行政法规的关系

基金形式的证券投资，既是一种证券投资行为，又是一种信托行为，这就存在一个证券投资基金法与信托法的衔接问题。证券投资基金法针对证券投资基金信托这一特殊的信托行为，确立了基金中持有人（投资人）、管理人、托管人三方主体的信托法律关系。根据信托关系中委托人、受托人、受益人的关系架构，**基金中将持有人设定为受益人兼委托人，管理人和托管人设定为受托人。将基金财产设定为信托财产，具有独立的信托财产的特征。**

证券投资基金份额上市交易与股票、债券是一样的。从法律规范的适用上说，**证券法与证券投资基金法在调整基金单位的发行与交易上，属于一般法和特殊法的关系，凡是证券投资基金法有特别规定的，适用证券投资基金法的规定，凡是其没有规定的，适用证券法的一般规定。**

因此，在中华人民共和国境内，公开或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法；本法未规

定的，适用《中华人民共和国信托法》《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。

第三条

基金管理人、基金托管人和基金份额持有人的权利、义务，依照本法在基金合同中约定。

基金管理人、基金托管人依照本法和基金合同的约定，履行受托职责。

通过公开募集方式设立的基金（以下简称公开募集基金）的基金份额持有人按其所持基金份额享受收益和承担风险，通过非公开募集方式设立的基金（以下简称非公开募集基金）的收益分配和风险承担由基金合同约定。

【本条主旨】

本条是关于证券投资基金合同当事人基本权利义务的设定，基金管理人、基金托管人的职责，以及收益分配和风险承担的规定。

【本条释义】

一、基金管理人、基金托管人和基金份额持有人的权利义务，依照本法在基金合同中约定，公开募集基金和非公开募集基金，均应当依法订立基金合同，明确基金合同当事人的基本权利和义务。基金合同经依法订立，即产生法律效力，对基金合同当事人具有约束力。

证券投资基金法对公开募集基金和非公开募集基金的基金合同的内容分别作出了规定。依据本法规定，**公开募集基金**的基金合同应当包括下列内容：募集基金的目的和基金名称；基金管理人、基金托管人的名称和住所；基金的运作方式；封闭式基金的基金份额总额和

基金合同期限，或者开放式基金的最低募集份额总额；确定基金份额发售日期、价格和费用的原则；基金份额持有人、基金管理人和基金托管人的权利、义务；**基金份额持有人大会召集、议事及表决的程序和规则**；基金份额发售、交易、申购、赎回的程序、时间、地点、费用计算方式，以及给付赎回款项的时间和方式；基金收益分配原则、执行方式；基金管理人、基金托管人报酬的提取、支付方式与比例；与基金财产管理、运用有关的其他费用的提取、支付方式；基金财产的投资方向和投资限制；基金资产净值的计算方法和公告方式；基金募集未达到法定要求的处理方式；**基金合同解除和终止的事由、程序以及基金财产清算方式**；争议解决方式；当事人约定的其他事项。**非公开募集基金**，应当制定并签订基金合同。基金合同应当包括下列内容：基金份额持有人、基金管理人、基金托管人的权利、义务；基金的运作方式；基金的出资方式、数额和认缴期限；基金的投资范围、投资策略和投资限制；基金收益分配原则、执行方式；基金承担的有关费用；基金信息提供的内容、方式；基金份额的认购、赎回或者转让的程序和方式；**基金合同变更、解除和终止的事由、程序**；**基金财产清算方式**；当事人约定的其他事项。

二、基金管理人、基金托管人依照本法和基金合同的约定，履行受托职责基金管理人、基金托管人的受托职责是通过两个方面来确定的：

一是法律规定的受托职责。证券投资基金法对基金管理人、基金托管人的职责作出明确规定，基金管理人、基金托管人要严格按照本法的规定执行，认真履行受托职责。

依据本法规定，公开募集基金的基金管理人应当履行下列职责：依法募集资金，办理基金份额的发售和登记事宜；办理基金备案手续；

对所管理的不同基金财产分别管理、分别记账，进行证券投资；按照基金合同的约定确定基金收益分配方案，及时向基金份额持有人分配收益；进行基金会计核算并编制基金财务会计报告；编制中期和年度基金报告；计算并公告基金资产净值，确定基金份额申购、赎回价格；办理与基金财产管理业务活动有关的信息披露事项；按照规定召集基金份额持有人大会；保存基金财产管理业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；以基金管理人名义，代表基金份额持有人利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为；国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

基金托管人应当履行下列职责：安全保管基金财产；按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见；复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；按照规定召集基金份额持有人大会；按照规定监督基金管理人的投资运作；国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

二是基金合同约定的受托职责。这是基金合同的当事人在签订合同时共同约定的，基金合同一经成立并生效，具有法律效力，其中约定的受托职责条款，也具有法律效力，基金管理人、基金托管人也要认真履行，否则将承担违约责任。

三、公开募集基金和非公开募集基金收益分配、风险承担的方式

由于公开募集基金和非公开募集基金在募集方式、基金运行方式上的不同，从而带来其收益分配、风险承担的方式也不相同。

公开募集基金的基金份额持有人按其所持基金份额享受收益和承担风险。基金持有人是基金单位或份额的持有者。作为基金的受益人，基金持有人享有基金资产的对应权益，以持有的基金份额承担基金投资的亏损和收益。非公开募集基金的收益分配和风险承担则由基金合同约定，不一定以基金份额为基础。

第四条

从事证券投资基金活动,应当遵循自愿、公平、诚实信用的原则,不得损害国家利益和社会公共利益。

【本条主旨】

本条是关于证券投资基金活动应当遵循的基本原则的规定。

【本条释义】

自愿、公平、诚实信用原则、权利不得滥用原则是我国市场经济条件下各种市场主体从事民事活动的基本原则，为我国民法通则、合同法等所规定。证券投资基金活动是重要的民事活动，也应当遵循这些基本原则。

一、自愿、公平、诚实信用原则

所谓自愿原则，就是指民事主体的意思自治。意思自治原则指民事主体可以在法律允许的范围内，自由地创设其权利义务，任何机关、组织或个人均不得非法干涉。意思自治原则在合同制度中的表现即合同自由原则，其赋予合同当事人以订立合同的自由、决定合同内容的自由以及选择合同形式及合同相对方的自由。意思自治排除了他人对

当事人自由意志的不法干预，也排除了不当行使的国家权力对民事权利的侵犯。基金管理人、基金托管人和基金份额持有人作为民事主体参与证券投资基金活动，地位平等，订立证券投资基金合同，应当遵循自愿原则，任何机构、组织或者个人都不得非法干预。

所谓公平原则，是指民事活动当事人应有均等的发表自己意见的机会，其所承担的义务和享受的权利应当对等，在承担民事责任的安排上应当合理，任何一方不得随意扩大自己的权利，加重对方的义务。基金管理人、基金托管人“受人之托，代人理财”，在依法取得报酬的同时，必须履行忠实、勤勉、尽责等义务，并应当对由于自己的过错给基金财产或者基金份额持有人造成的损害，依法承担赔偿责任。基金份额持有人只有依照法律的规定或者基金合同的约定，履行其认购基金份额的缴款义务后，才能按其所持基金份额享受收益和承担风险。

所谓诚实信用原则，是指民事主体从事民事活动，行使民事权利和履行民事义务时，都应本着真诚善意的态度，讲真话、办实事，开诚布公，信守承诺，讲究信誉、恪守信用、意思表示真实、行为合法，做到不欺不诈，不损人利己，不得以坑蒙拐骗等方法从事经营活动，损害国家和他人利益。在现代市场经济条件下，诚实信用原则已成为一切民事活动和一切市场参与者所应遵循的基本原则，成为市场经济活动的道德标准和法律规范。基金份额持有人出于对基金管理人和基金托管人的信任，将自己的财产委托给基金管理人和基金托管人管理运用，在订立基金合同之前，基金管理人应当将风险提示告诉潜在的客户，基金合同签订后基金管理人和基金托管人应当以最大的诚信来运作基金，争取好的业绩回报基金份额持有人。

二、权利不得滥用原则，即不得损害国家利益和社会公共利益原则

权利不得滥用原则，是指当事人在行使民事权利时，必须尊重国家利益、社会公共利益，不得破坏个人利益与国家、社会利益的平衡，不得损害他人依法享有的正当利益，否则，当事人的权利将依法被限制、剥夺或承担民事责任。权利不得滥用原则是诚实信用原则派生出来的一项原则，主要用于解决个人利益与国家、社会利益的冲突和失衡。

国家利益是指国家的根本利益，社会公共利益是指社会全体成员的共同利益，国家利益也是社会公共利益，两者是相辅相成的。国家利益和社会公共利益，是国家稳定与发展的重大利益，各国政府都会运用国家强制力来维护其根本利益。国家鼓励发展证券投资基金，目的是要有效地发挥其专业管理、理性投资和分散风险的作用，增强投资者的信心，促进证券市场健康发展，支持国家经济建设，推进社会全面进步。从事证券投资基金活动，应当遵守国家法律、行政法规，依法保护基金份额持有人及相关当事人的合法权益。对于损害国家和社会公共利益的，行为无效，不受法律的保护。

第五条

基金财产的债务由基金财产本身承担，基金份额持有人以其出资为限对基金财产的债务承担责任。但基金合同依照本法另有约定的，从其约定。

基金财产独立于基金管理人、基金托管人的固有财产。基金管理人、基金托管人不得将基金财产归入其固有财产。

基金管理人、基金托管人因基金财产的管理、运用或者其他情形而取得的财产和收益，归入基金财产。

基金管理人、基金托管人因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的，基金财产不属于其清算财产。

【本条主旨】

本条是关于基金财产的债务承担，基金财产与基金管理人、基金托管人固有财产的关系，基金财产的收益归属以及基金财产与破产清算财产的关系等的规定。

【本条释义】

一、基金财产的债务承担

基金财产的债务是指基金管理运作过程中所产生的债务。如作为基金管理人、基金托管人报酬的管理费、托管费；基金管理人、基金托管人管理运用基金财产所支出的费用；对第三人所负债务等。这些债务由基金财产本身承担，基金份额持有人以其出资为限对基金财产的债务承担责任。

但基金合同依照本法另有约定的，从其约定。如本法第九十三条对非公开募集基金作出特殊规定：按照基金合同约定，非公开募集基金可以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。前款规定的非公开募集基金，其基金合同还应载明：（1）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姓名或者名称、住所；（2）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；（3）基金份额持有人增加、退出的条件、程序以及相关责任；（4）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。

二、基金财产与基金管理人、基金托管人固有财产的关系

证券投资基金活动以信托原理为基础。按照信托原理，基金合同当事人应当被视为信托关系当事人；基金份额持有人应当被视为信托关系中的委托人，在自益信托条件下，也是受益人；基金管理人和基金托管人应当被视为信托关系中的受托人；基金财产应当被视为信托财产。信托财产与受托人固有财产的区别主要在于受托人对这两部分财产所享有的权利和承担的义务是不同的，主要区别有：一是财产的权利主体不同。信托财产的所有权权能是分离的，根据信托文件（就证券投资基金法律关系来说，信托文件主要由基金合同构成）的规定，受托人享有信托财产的管理处分权，受益人享有信托财产的收益权；除遗嘱信托外，委托人对信托财产享有基于所有权所产生的、旨在保护信托财产权益的独立的请求权。这就是说，对信托财产，委托人、受托人、受益人分别享有独立的权利，信托财产的权利主体包括委托人、受托人和受益人。但对于受托人的固有财产的所有权，完全由受托人独立享有，受托人是其固有财产的唯一权利主体。二是受托人对信托财产和固有财产所享有的权利在内容上不同。对信托财产，受托人在信托关系存续期间享有占有、使用、处分的权利以及基于这些权利或者在信托财产运用过程中所产生的请求权。对固有财产，受托人享有完全的所有权，即包括占有、使用、收益、处分四项权能的所有权，同时还享有以固有财产为内容的各项独立的请求权。三是行使权利的条件不同。受托人是由于承诺信托而取得信托财产，从而取得对信托财产的各项权利的，所以，受托人行使这些权利，必须以履行自己的承诺为条件，也就是必须根据信托文件，按照委托人的意愿，为实现信托目的而管理信托财产。同时，为确保受托人依信托目的正确行使对信托财产的权利，受托人在行使权利时，也负有诚实、信用、

谨慎、有效管理、分别管理等义务。这些义务都是受托人的法定义务。受托人承诺信托，意味着对保证这些法定义务的履行作出了承诺，所以又可以说，受托人行使对信托财产的权利是以保证履行若干法定义务为前提的。对于固有财产，受托人在法律允许的范围内可以根据自己的意愿任意支配、处置，受托人依法行使对其固有财产的权利是不受限制的。四是财产收益的归属不同。信托财产的收益归属于受益人，为受益人所有；受托人固有财产所产生的收益则归属于受托人，为受托人所有。五是所担保履行的债务不同。信托财产仅为属于信托财产的债务担保，受托人固有财产则为受托人的债务的担保。应当注意的是，受托人可以其固有财产为信托财产的债务提供担保，但绝对不允许以信托财产为受托人的债务提供担保。从以上主要区别可以看出，信托财产虽然在受托人的实际控制和支配之下，但它与受托人固有财产有本质的区别，信托财产及其收益都不属于受托人所有，为保证信托财产的安全，保证信托目的的实现，必须严格划分信托财产与受托人固有财产的界限，禁止将信托财产归入受托人的固有财产或者将信托财产作为固有财产的一部分。

基金募集设立后，虽然基金财产处于基金管理人管理、基金托管人托管之下，但是，基金财产并不属于基金管理人和基金托管人的固有财产，基金财产始终独立于基金管理人和基金托管人的固有财产，基金管理人、基金托管人也不得将基金财产归入其固有财产。

三、基金财产收益的归属

基金财产的构成，除通过公开发售基金份额募集的基金财产外，基金管理人、基金托管人因基金财产的管理、运用或者其他情形而取得财产和收益，也应当归入基金财产，包括运用基金财产买入证券获

得的股票、债券；因卖出股票、债券获得的价金；基金财产通过储蓄获得的利息；基金财产因灭失而获得的赔偿金等。

四、基金财产与破产清算财产的关系

根据信托法，受托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产而终止，信托财产不属于其遗产或者清算财产。信托财产实际上不属于受托人所有的财产，那么在受托人死亡后，当然不能将信托财产作为其遗产；同样，受托人是法人的，在受托人因依法解散、被依法撤销、被宣告破产而终止时，信托财产也不得作为受托人清算财产。证券投资基金是以信托原理为基础的，同理可知，基金管理人、基金托管人因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的，基金财产不属于其清算财产，基金管理人和基金托管人的债权人不得对基金财产主张权利。

第六条

基金财产的债权，不得与基金管理人、基金托管人固有财产的债务相抵销；不同基金财产的债权债务，不得相互抵销。

【本条主旨】

本条是关于非本基金财产的债权债务不得相互抵销的规定。

【本条释义】

抵销，是终止债权债务关系的一种方式，是指债的当事人双方因相互负有同种类的给付义务而将两方债务相互充抵。实质上，抵销是债的履行的一种特殊方式。采用抵销的方式消灭债的关系需要具备一定的条件。第一，当事人双方应当相互享有债权，也就是相互负有债务。第二，两项债权或者债务的性质应当是同一的。所谓债权或者债务的性质同一，是指受偿的权利或者给付的义务是同一种类，也就是

用以履行债务或者行使债权的标的，在性质和种类上都是相同的。第三，相互的债权或债务都到了履行期。第四，抵销债权或者债务不得违背债的目的，不得违反法律规定或者双方的约定。由此可见，债权或者债务不能随意抵销，只有在具备上述条件的情况下才可以采取抵销的方式。

抵销因其产生的根据不同，可分为法定抵销和协议抵销。法定抵销是指法律规定抵销的条件，条件具备时，依一方当事人的意思表示即发生抵销的效力。法定抵销应当具备以下条件：第一，当事人双方互负债务互享债权。抵销发生的基础在于当事人双方既互负债务又互享债权，只有债务而无债权或者只有债权而无债务，均不发生抵销。第二，双方债务均已到履行期。抵销具有相互清偿的作用，因此，只有履行期限届至时，才可以主张抵销，否则、等于强制债务人提前履行债务，牺牲其期限利益。第三，债务的标的物种类、品质相同。种类相同，是指合同标的物本身的性质和特点一致。品质相同，是指标的物的质量、规格与等级无差别。

当事人双方互负到期债务，具备法定条件的，任何一方都可以将自己的债务与对方的债务相抵销，但下列情况除外：一是法律规定不得抵销的债务，当事人不得通过协议抵销。如民事诉讼法规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。根据这一规定，当事人不得将债务人的生活必需费用用于抵销债务。二是按照合同的性质不得抵销的债务，当事人不得通过协议抵销。如应当支付给下岗工人的生活保障金，不得用于抵销工人欠企业的债务等。

根据本法第五条第二款的规定，基金财产属于信托财产，虽然由基金管理人管理和基金托管人托管，但并不属于基金管理人和基金托管人的固有财产，基金管理人和基金托管人管理运用基金财产所获得的收益，由基金份额持有人享有，所生成的债务由基金财产承担。而债的抵销从其性质来讲是一种单方面民事行为，可因一方当事人的意思表示发生效力。为了保障基金财产的独立性及基金财产的安全，本条对基金财产债权债务的抵销作出了严格的限制。

第一，基金财产的债权，不得与基金管理人、基金托管人固有财产的债务相抵销。基金管理人、基金托管人对同一相对人有属于基金财产上的债权，同时负有属于其固有财产上的债务，都到了清偿期，二者不能抵销；如果允许二者抵销，与信托法律关系的本质不符，并且容易发生基金管理人、基金托管人用信托财产清偿其固有财产的债务的情况。禁止这两种债权债务相互抵销，有利于保障基金财产的独立性及基金财产的安全，有利于维护基金份额持有人的合法权益。

第二，不同基金财产的债权债务，不得相互抵销。对同一基金管理人管理、基金托管人托管的不同基金财产上的债权，同时到了清偿期，相互之间不得抵销。因为从表面看，这些不同基金财产为同一基金管理人管理、基金托管人托管，但是不同的基金财产属于不同信托财产，这些基金财产的利益归属主体不同，如果允许这些不同基金财产的债权债务相互抵销，被减损的基金财产当事人的合法权益就会受到损害。禁止不同基金财产的债权债务相互抵销，有利于保障不同基金财产各自的独立性及基金财产的安全，有利于维护不同基金财产的基金份额持有人的合法权益。

第七条

非因基金财产本身承担的债务，不得对基金财产强制执行。

【本条主旨】

本条是关于基金财产不得非法强制执行的规定。

【本条释义】

依据我国民事诉讼法的有关规定，人民法院对被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务的，可以根据当事人的申请，依照法律规定的程序，对被执行人采取相应的执行措施，包括查询、扣押、冻结、划拨、变价被执行人存款、债券、股票、基金份额等财产，扣留、提取被执行人收入，查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人财产，拍卖或者变卖被查封的财产，搜查被执行人财产，强制被执行人交付财物或者票证，强制被执行人迁出房屋或者退出土地，办理产权证照转移手续，强制执行法律文书指定的行为，强制被执行人加倍支付利息或者支付迟延履行金，等等。从强制执行的对象来看，多数情况下是针对被执行人的财产。

在证券投资基金活动中，基金财产与信托财产一样，既与基金份额持有人未投资于基金的其他财产相区别，也与基金管理人和基金托管人的固有财产相区别。基金财产的独立性决定，其既非基金份额持有人的债务的担保，也非基金管理人和基金托管人固有财产的债务的担保。因此，不论是基金份额持有人的债权人，还是基金管理人或者基金托管人的债权人，都无权要求其债务人用基金财产偿还债务，也不得对基金财产强制执行。

第八条

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。

【本条主旨】

本条是关于基金财产投资的相关税收的规定。

【本条释义】

投资基金是一种集合投资方式，在基金投资方式中，投资者是基金的出资人，运作者是基金管理人与托管人，基金本质上仅为一笔信托财产，基金自身不是经营主体，从而基金自身不应视为纳税主体。对于投资者通过基金获取的收益，相关税收应在基金设立前或基金分配后由基金管理人代为缴纳或由投资者自行缴纳。基金这种投资方式连接了投资环节的多种主体，从而在此过程中涉及多方面的税收，这些税收要由投资环节中的不同主体依据法律自行或者代为缴纳。

证券投资基金法对基金涉及的税收内容作出规定是十分必要的，主要基于以下考虑：第一，在证券投资基金法中对基金财产投资的相关税收问题作出规定能使所有人都了解，基金本身是不需要纳税的，但这并不意味对这种投资行为不征税，而是对这类税收要分别由相关主体自行缴纳或者由基金管理人代为缴纳。第二，从事基金投资要由各种不同的主体依据相关法律自行或代为履行纳税义务。这等于提醒相关主体在利用基金这一方式投资时，要履行自己的法定义务。第三，这一规定与相关税法并不矛盾，因为它并没有改变相关税法的内容，只是与相关税法规定的内容进行必要的衔接。

1998年8月6日财政部、国家税务总局《关于证券投资基金税收问题的通知》（财税字〔1998〕55号）对封闭式证券投资基金的税收问题作了以下规定：1、关于营业税问题。以发行基金方式募集资

金不属于营业税的征税范围，不征收营业税。**2、关于印花税问题。**(1) 基金管理人运用基金买卖股票按照 **4‰** 的税率征收印花税。(2) 对投资者（包括个人和企业，下同）买卖基金单位，在 **1999** 年年底前暂不征收印花税。**3、关于所得税问题。**(1) 对基金从证券市场中取得的收入，包括买卖股票、债券的差价收入，股票的股息、红利收入，债券的利息收入及其他收入，暂不征收企业所得税。(2) 对个人投资者买卖基金单位获得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税；对企业投资者买卖基金单位获得的差价收入，应并入企业的应纳税所得额，征收企业所得税。(3) 对投资者从基金分配中获得的股票的股息、红利收入以及企业债券的利息收入，由上市公司和发行债券的企业在向基金派发股息、红利、利息时代扣代缴 **20%** 的个人所得税，基金向个人投资者分配股息、红利、利息时，不再代扣代缴个人所得税。(4) 对投资者从基金分配中获得的国债利息、储蓄存款利息以及买卖股票价差收入，在国债利息收入、个人储蓄存款利息收入以及个人买卖股票价差收入未恢复征收所得税以前，暂不征收所得税。(5) 对个人投资者从基金分配中获得的企业债券差价收入，应按税法规定对个人投资者征收个人所得税，税款由基金在分配时依法代扣代缴；对企业投资者从基金分配中获得的债券差价收入，暂不征收企业所得税。**4、对基金管理人、基金托管人从事基金管理活动取得的收入，依照税法的规定征收营业税、企业所得税以及其他相关税收。**

2002 年 8 月 22 日，财政部、国家税务总局《关于开放式证券投资基金有关税收问题的通知》（财税〔**2002**〕**128** 号）对开放式证券投资基金的税收问题作了以下规定：**1、关于营业税问题。**(1) 以发行基金方式募集资金不属于营业税的征税范围，不征收营业税。(2)

基金管理人运用基金买卖股票、债券的差价收入，在**2003**年年底前暂免征收营业税。**2、关于所得税问题。**(1)对基金管理人运用基金买卖股票、债券的差价收入，在**2003**年年底前暂免征收企业所得税。

(2)对个人投资者申购和赎回基金单位取得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税；对企业投资者申购和赎回基金单位取得的差价收入，应并入企业的应纳税所得额，征收企业所得税。(3)对基金取得的股票的股息、红利收入，债券的利息收入、储蓄存款利息收入，由上市公司、发行债券的企业和银行在向基金支付上述收入时代扣代缴**20%**的个人所得税；对投资者(包括个人和机构投资者)从基金分配中取得的收入，暂不征收个人所得税和企业所得税。**3、关于印花税问题。**(1)基金管理人运用基金买卖股票按照**2‰**的税率征收印花税。(2)对投资者申购和赎回基金单位，暂不征收印花税。**4、对基金管理人、基金托管人、基金代销机构从事基金管理活动取得的收入，依照税法的有关规定征收营业税、企业所得税以及其他相关税收。**

2004年4月30日，财政部、国家税务总局《关于证券投资基金税收政策的通知》(财税〔**2004**〕**78**号)对证券投资基金的有关税收政策作了以下规定：自**2004年1月1日**起，对证券投资基金(封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金)管理人运用基金买卖股票、债券的差价收入，继续免征营业税和企业所得税。

2004年11月5日，财政部、国家税务总局《关于对买卖封闭式证券投资基金继续予以免征印花税的通知》(财税〔**2004**〕**173**号)规定，从**2003年1月1日**起，继续对投资者(包括个人和机构)买卖封闭式证券投资基金免征印花税。

第九条

基金管理人、基金托管人管理、运用基金财产，基金服务机构从事基金服务活动，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。

基金管理人运用基金财产进行证券投资，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。

基金从业人员应当具备基金从业资格，遵守法律、行政法规，恪守职业道德和行为规范。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人、基金托管人以及基金服务机构的从业义务，基金管理人投资的审慎义务和基金从业人员资格的规定。

【本条释义】

一、基金管理人、基金托管人以及基金服务机构的从业义务

基金管理人、基金托管人依照本法和基金合同的约定，履行受托职责，是基金财产的受托人，在证券投资基金活动中处于主导地位。他们基于投资人的信任取得对基金财产的管理、处分权利，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉义务，为基金份额持有人的利益管好、用好基金财产。这是基金合同依存的信用基础，也是证券投资基金赖以生存和发展的保障。

恪尽职守，是指基金管理人、基金托管人在管理、运用基金财产时，要尽职尽责，以基金份额持有人最大利益为出发点，综合考虑基金份额持有人的整体利益和长远利益，注意防范投资风险。

诚实信用，是指民事权利主体行使权力应当遵守的基本原则。基金管理人和基金托管人作为基金财产的受托人，在与投资人订立基金合同及履行合同义务时，要讲信用、守承诺、无虚假、不欺诈。

谨慎勤勉，是指基金管理人、基金托管人处理基金事务，要像处理自己的事务一样周到严谨，精明细心，兢兢业业，尽心尽力，一丝不苟，认真负责。不得将自己的利益置于基金份额持有人的利益之上，不得用基金财产为自己或者第三人谋取利益。

二、基金管理人投资的审慎义务

基金管理人运用基金财产进行证券投资，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，有效地防范和控制风险。

按照基金管理人必须对基金资产以及基金受益人基于基金资产可获得利益负责的要求，基金管理人应当对基金资产的安全和稳定收益尽到合理的注意。为此，基金管理人需要注意以下三个方面：（1）遵守用基金资产投资范围和品种的限制。设定这方面法定义务的主要目的在于确保基金资产的安全系数，最大限度地防范和减小基金的投资风险。根据本法规定，基金财产不得用于下列投资或者活动：承销证券；买卖其他基金份额（国务院证券监督管理机构另有规定的除外）；向基金管理人、基金托管人出资；从事承担无限责任的投资；等等。（2）遵守对可能危及基金资产安全和基金投资人与受益人利益的经营活动的限制。这类义务所限制的主要是一些非投资性的基金管理人运用基金资产行为，以及一些会给基金资产带来较大风险的基金管理人自身经营活动。根据本法规定，基金财产不得用于下列投资或者活动：违反规定向他人贷款或者提供担保；从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动以及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。（3）分散基金投资品种、限制投资比例方面的义务。这类义务主要以分散投资风险、保障基金安全和投资人与受益人利益为要求，规定基金管理人在法律允许的投资品种和投资经营范围内进行投资经营时，应当做到投资品种和具体项目多

样化以及保持各项投资与基金资产之间的一定比例。《证券投资基金运作管理办法》（2012年修订）规定，基金名称显示投资方向的，应当有80%以上的非现金基金资产属于投资方向确定的内容。基金管理人运用基金财产进行证券投资，不得有下列情形：（1）一只基金持有一家上市公司的股票，其市值超过基金资产净值的10%；（2）同一基金管理人管理的全部基金持有一家上市公司发行的证券，超过该证券的10%；（3）基金财产参与股票发行申购，单只基金所申报的金额超过该基金的总资产，单只基金所申报的股票数量超过拟发行股票公司本次发行股票的总量；（4）违反基金合同关于投资范围、投资策略和投资比例等约定；（5）中国证监会规定禁止的其他情形。

三、基金从业人员的资格

基金从业人员应当具备基金从业资格，遵守法律、行政法规，恪守职业道德和行为规范。

具备基金从业资格，是指申请人要具备法律、行政法规规定基金从业资格条件，通过中国证监会或者其授权的机构组织的基金从业资格考试，由拟聘用单位推荐，报中国证监会核准，取得基金从业资格。遵守法律、行政法规，是指基金从业人员执行职务，必须符合法律、行政法规的规定，必须在法律、行政法规规定的范围内进行，必须依照法律、行政法规的规定行使权利、履行义务。恪守职业道德和行为规范，是指基金从业人员要熟悉行业规则，自觉遵守和执行行业规则，对所任职岗位的工作一丝不苟，兢兢业业，尽职尽责。

2004年，证监会制定了《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》。该办法规定，所称证券投资基金行业高级管理人员（以下简称高级管理人员），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。申请高级管理人员任职资格，应当具备下列条件：（1）取得基金从业资格；（2）通过中国证监会或者其授权机构组织的高级管理人员证券投资法律知识考试；（3）具有3年以上基金、证券、银行等金融相关领域的工作经历及与拟任职务相适应的管理经历，督察长还应当具有法律、会计、监察、稽核等工作经历；（4）没有公司法、证券投资基金法等法律、行政法规规定的不得担任公司董事、监事、经理和基金从业人员的情形；（5）最近3年没有受到证券、银行、工商和税务等行政管理部门的行政处罚。

2002年，证监会制定了《证券业从业人员资格管理办法》。该办法规定，在依法从事证券业务的机构（以下简称机构）中从事证券业务的专业人员，应当按照本办法规定，取得从业资格和执业证书。本办法所称机构包括：基金管理公司、基金托管机构、基金销售机构。所称从事证券业务的专业人员包括：基金管理公司、基金托管机构中从事基金销售、研究分析、投资管理、交易、监察稽核等业务的专业人员，包括相关业务部门的管理人员；基金销售机构中从事基金宣传、推销、咨询等业务的专业人员，包括相关业务部门的管理人员。参加资格考试的人员，应当年满18周岁，具有高中以上文化程度和完全民事行为能力。资格考试由协会统一组织。参加考试的人员考试合格的，取得从业资格。从业资格不实行专业分类考试。资格考试内容包括一门基础性科目和一门专业性科目。根据证券市场发展的需要，协会可在资格考试之外另行组织各项专业的水平考试，但不作为法定考试内容，由从业人员自行选择，供机构用人时参考。取得从业资格的人员，符合下列条件的，可以通过机构申请执业证书：（1）已被机构聘用；（2）最近3年未受过刑事处罚；（3）不存在《中华人民共

和国证券法》第一百二十六条规定的情形；（4）未被中国证监会认定为证券市场禁入者，或者已过禁入期的；（5）品行端正，具有良好的职业道德；（6）法律、行政法规和中国证监会规定的其他条件。

第十条

基金管理人、基金托管人和基金服务机构，应当依照本法成立证券投资基金行业协会（以下简称基金行业协会），进行行业自律，协调行业关系，提供行业服务，促进行业发展。

【本条主旨】

本条是关于证券投资基金自律组织的规定。

【本条释义】

对证券投资基金业的规制主要有两种手段：一是行政监管；二是行业自律。无论是行政监管，还是行业自律，其共同目标都是确保国家证券投资基金法律法规的实施，维护证券市场秩序，保护投资者合法权益，促进证券投资基金规范发展。

行政监管与行业自律的不同点在于以下几个方面：一是实施监管的主体不同。实施政府监管的主体是国家有关行政主管机关；实施行业自律管理的主体是行业协会。二是实施监管的性质不同。政府监管的性质是行政行为；行业监管的性质是自律行为。三是实施监管的依据不同。政府监管的依据是法律、行政法规；行业监管的依据除了法律、行政法规外，还包括自律组织的章程、业务规则、行业纪律等。四是实施监管的范围不同。政府监管面对全国证券投资基金活动的参与者；行业监管主要面对自律组织成员。五是实施监管的手段和保障措施不同。政府监管以国家强制力作保障，对违法组织或者个人可以

依法给予行政、刑事处罚；行业监管主要靠自律组织章程、业务规则和行业纪律来实现，对违法违规成员可以予以警告、暂停或者取消其会员资格，对情节严重的，可以提请政府有关主管机关或司法机关处理。

为了充分发挥行业自律管理的作用，提高行业自律管理的能力和水平，有必要明确自律组织的法律地位，加强对自律组织的管理，促进自律组织发展。据此，本法规定，基金管理人、基金托管人和基金服务机构，应当依照本法成立证券投资基金业协会，进行行业自律，协调行业关系，提供行业服务，促进行业发展。本条规定可从以下三方面来理解：

第一，明确行业协会的法律地位。基金行业协会是证券投资基金行业的自律性组织，是社会团体法人。

第二，明确行业协会的自律性质。基金管理人、基金托管人应当加入基金行业协会，基金服务机构可以加入基金行业协会。基金行业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会。基金行业协会设理事会。理事会成员依章程的规定由选举产生。基金行业协会章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。

第三，明确行业协会的职责。进行行业自律，协调行业关系，提供行业服务，促进行业发展。具体说来，基金行业协会履行下列职责：

- (1) 教育和组织会员遵守有关证券投资的法律、行政法规，维护投资人合法权益；
- (2) 依法维护会员的合法权益，反映会员的建议和要求；
- (3) 制定和实施行业自律规则，监督、检查会员及其从业人员的执业行为，对违反自律规则和协会章程的，按照规定给予纪律处分；
- (4) 制定行业执业标准和业务规范，组织基金从业人员的从业考试、资质管理和业务培训；
- (5) 提供会员服务，组织行业交流，推动行

业创新，开展行业宣传和投资人教育活动；（6）对会员之间、会员与客户之间发生的基金业务纠纷进行调解；（7）依法办理非公开募集基金的登记、备案；（8）协会章程规定的其他职责。

第十一条

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。

【本条主旨】

本条是关于证券投资基金活动依法实施监管的机构的规定。

【本条释义】

改革开放以来，随着中国证券市场的发展，建立集中统一的证券市场监管体制势在必行。1992年10月，国务院证券委员会（简称国务院证券委）和中国证券监督管理委员会（简称中国证监会）宣告成立，标志着中国证券市场统一监管体制开始形成。从1996年8月起，中国证监会统一监管证券交易所的活动，取得了相对独立的地位。1998年，国务院通过“三定”方案将国务院证券委与中国证监会合并组成国务院直属正部级事业单位，确定了中国证监会的职权。证券法、证券投资基金法在法律层面上对证监会的职权作了明确的规定。

在证券投资基金方面，国务院证券监督管理机构依法履行下列职责：（1）制定有关证券投资基金活动监督管理的规章、规则，并行使审批、核准或者注册权；（2）办理基金备案；（3）对基金管理人、基金托管人及其他机构从事证券投资基金活动进行监督管理，对违法行为进行查处，并予以公告；（4）制定基金从业人员的资格标准和行为准则，并监督实施；（5）监督检查基金信息的披露情况；（6）指导和监督基金行业协会的活动；（7）法律、行政法规规定的其他

职责。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：

- (1) 对基金管理人、基金托管人、基金服务机构进行现场检查，并要求其报送有关的业务资料；
- (2) 进入涉嫌违法行为发生场所调查取证；
- (3) 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；
- (4) 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；
- (5) 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、财务会计资料及其他相关文件和资料；对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，可以予以封存；
- (6) 查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户；对有证据证明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，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以冻结或者查封；
- (7) 在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，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 15 个交易日；案情复杂的，可以延长 15 个交易日。

本法在赋予国务院证券监督管理机构对证券投资基金活动实施监督管理职责的同时，对证券监督管理机构及其工作人员应当依法履行的义务和不履行法定义务或者不适当履行法定义务应当承担的责任也作出了规定，如：国务院证券监督管理机构工作人员依法履行职责，进行调查或者检查时，不得少于二人，并应当出示合法证件；对调查或者检查中知悉的商业秘密负有保密的义务。国务院证券监督管理机构工作人员应当忠于职守，依法办事，公正廉洁，接受监督，不得利用职务牟取私利。国务院证券监督管理机构依法履行职责，发现违法行为涉嫌犯罪的，应当将案件移送司法机关处理。国务院证券监

督管理机构工作人员在任职期间，或者离职后在《中华人民共和国公务员法》规定的期限内，不得在被监管的机构中担任职务。

此外，根据国务院批准中国证监会的“三定”方案规定，中国证券监督管理委员会的主要职责是：研究和拟定证券期货市场的方针政策、发展规划；起草证券期货市场的有关法律、法规；制定证券期货市场的有关规章；统一管理证券期货市场，按规定对证券期货监管机构实行垂直领导；监管股票、可转换债券、证券投资基金的发行、交易、托管和清算；批准企业债券的上市；监管上市国债和企业债券的交易活动；监管境内期货合约上市、交易和清算；按规定监督境内机构从事境外期货业务；监管上市公司及其有信息披露义务股东的证券市场行为；管理证券期货交易所；按规定管理证券期货交易所的高级管理人员；归口管理证券业协会；监管证券期货经营机构、证券投资基金管理公司、证券登记清算公司、期货清算机构、证券期货投资咨询机构；与中国人民银行共同审批基金托管机构的资格并监管其基金托管业务；制定上述机构高级管理人员任职资格的管理办法并组织实施；负责证券期货从业人员的资格管理；监管境内企业直接或间接到境外发行股票、上市；监管境内机构到境外设立证券机构；监管境外机构到境内设立证券机构、从事证券业务；监管证券期货信息传播活动，负责证券期货市场的统计与信息资源管理；会同有关部门审批律师事务所、会计师事务所、资产评估机构及其成员从事证券期货中介业务的资格并监管其相关的业务活动；依法对证券期货违法违规行为进行调查、处罚；归口管理证券期货行业的对外交往和国际合作事务等。可见，对基金业的监管是其主要职能之一。

国务院证券监督管理机构可以设立派出机构，其职责由中国证监会授权决定。证券法规定，国务院证券监督管理机构根据需要可以设

立派出机构，按照授权履行监督管理职责。证券投资基金法也规定，国务院证券监督管理机构派出机构依照授权履行职责，依法对证券投资基金活动实施监督管理。

第二章 基金管理

本章共二十条，是关于基金管理人的规定。基金管理人是指发行基金份额，募集证券投资基金，并按照法律、行政法规的规定和基金合同的约定，为基金份额持有人的利益，采取资产组合方式对基金财产进行管理、运用的机构。

本章规定的具体内容包括：基金管理人的担任资格，基金管理公司的设立条件和批准程序，不得担任基金管理人的从业人员的情形，基金管理人的董事、监事和高级管理人员的积极任职资格，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选任或者改任程序，基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员及其配偶、利害关系人从事证券投资的有关要求，基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得兼任不相容职务、竞业禁止和防止利益冲突的义务，基金管理人的法定职责，基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止性行为，基金管理人的内部管理制度，基金管理人计提风险准备金制度，基金管理公司的股东、实际控制人的禁止性行为和监管机关对基金管理公司股东、实际控制人的监管措施，国务院证券监督管理机构对公开募集基金的基金管理人的监管措施，国务院证券监督管理机构可以责令更换基金管理人的董事、监事、高级管理人员的情形，基金管理人违法经营或者出现重大风险时的监管措施，基金管理人被采取监管措施时

其董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员的监管措施，基金管理人职责终止的情形，基金管理人职责终止后如何处理，基金管理人职责终止时对基金财产进行审计，非公开募集基金的基金管理人的监管。

第十二条

基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。

公开募集基金的基金管理人，由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人担任资格的规定。

【本条释义】

2012年本法修改时，将非公开募集基金纳入本法的调整范围。考虑到非公开募集基金的基金管理人有的由依法设立的公司担任，有的由依法设立的合伙企业担任，因此本条相应地作了修改。对于2012修改后的本条，应分为两个层次来理解，一是公开募集基金的基金管理人应由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任；二是非公开募集基金的基金管理人既可以由依法设立的公司，也可以由合伙企业担任。

一、公开募集基金的基金管理人的担任资格

结合本条的规定可知，公开募集基金的基金管理人只能由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。

其中，基金管理公司是指按照本法有关规定由国务院证券监督管理机构批准设立的以公司形式存在的基金管理机构。根据本法第十三

条和第十四条规定，拟设立管理公开募集基金的基金管理公司，符合本法第十三条规定的条件时，可以依法向国务院证券监督管理机构申请批准设立。国务院证券监督管理机构经审查，符合条件的，依法作出批准或者不批准的决定。经批准的，可以持国务院证券监督管理机构的批准决定，向工商行政管理部门依照《中华人民共和国公司法》及《中华人民共和国公司登记管理条例》等办理公司登记，完成设立登记手续。

关于经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构的规定是为将来证券市场、特别是证券投资基金市场改革预留的空间。在本法于2012年修改后，中国证券监督管理委员会于第一时间发布《关于就〈资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》。其中指出：“新的《证券投资基金法》第12条规定：公开募集基金的基金管理人，由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。该条修订已为除基金管理公司以外的其他机构参与公募基金业务预留了法律空间。积极引导其他资产管理机构开展公募基金管理业务，能够丰富机构投资者队伍，完善市场结构，促进行业竞争，有力推动基金行业的进一步发展，是建立强大财富管理行业的一项重要举措。同时，允许有资产管理经验并具备一定管理规模的机构进入公募基金领域，可以为更多的基金持有人提供更好的理财服务。这些机构开展公募基金管理业务，遵循公募基金业务的监管要求，也是进行功能性监管的有益探索。为此，我们起草了《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定（征求意见稿）》。”考虑到证券公司、保险资产管理公司、私募证券投资基金管理机构三类机构有着多年的证券资产管理经验，已经管理着数额巨大的资产，有较完善的风险控制系统和制度

安排，从事公募基金业务相对于其他类机构具有明显优势，因此初期阶段拟允许上述三类机构从事公募基金管理业务。《资产管理机构开展公募证券投资基金管理业务暂行规定》（中国证监会〔2013〕10号公告）规定，在中国境内依法设立的证券公司、保险资产管理公司以及专门从事公开募集证券投资基金管理业务的资产管理机构（简称私募证券投资基金管理机构）可以申请开展基金管理业务。

二、非公开募集基金的基金管理人的担任资格

实践中，非公开募集基金的运作模式通常是：非公开募集到一笔资金后，以该笔资金设立公司或者合伙企业，而这些公司或者合伙企业，自己并不从事生产经营活动，也不按照公司法的规定运作；相反，它们将资金交由专业机构管理，即所谓的基金管理人管理；担任这类基金管理人的专业机构，既有基金管理公司，也有按照公司法设立的一般公司，还有一般的合伙企业。当然，有时非公开募集基金也并不以公司或者合伙企业存在，而是像公开募集基金一样，直接将一笔资金交由依法设立的公司或者合伙企业管理，管理这笔资金的公司或者合伙企业实际上就是这一非公开募集基金的基金管理人。

从以上非公开募集基金的运作模式可以看到，非公开募集基金无论是以公司或者合伙企业形式存在，还是不以公司或者合伙企业形式存在，它的管理人（即非公开募集基金的基金管理人）既有依法设立的公司，也有依法设立的合伙企业。考虑到本法明确了合格投资者制度（见本法第十章），同时非公开募集基金本身也属于高风险事物，因此，本法未对非公开募集基金的基金管理人的担任资格予以明确规定，而仅明确非公开募集基金的基金管理人可以由依法设立的公司或者合伙企业担任。

三、基金管理人担任资格与公开募集基金资格的区别

本条第二款明确了担任公开募集基金的基金管理人应当是依法设立的基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构核准的其他机构。本法第五章则对公开募集基金资格作了规定，即公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。未经注册，不得公开或者变相公开募集基金。在理解本条和本法时，要注意这两者的区别。它们的区别可以简化为：依照本法取得基金管理人担任资格（即依法设立了基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构核准的其他机构取得基金管理人担任资格）并不能自取得担任资格起自行公开募集基金。依照本法取得基金管理人担任资格的机构，应当按照本法第五章的规定，准备相关文件，向国务院证券监督管理机构申请注册公开募集基金，经注册后，方可发售基金份额。自基金合同生效后，开始正式担任基金管理人。

第十三条

设立管理公开募集基金的基金管理公司，应当具备下列条件，并经国务院证券监督管理机构批准：

- （一）有符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程；**
- （二）注册资本不低于一亿元人民币，且必须为实缴货币资本；**
- （三）主要股东应当具有经营金融业务或者管理金融机构的良好业绩、良好的财务状况和社会信誉，资产规模达到国务院规定的标准，最近三年没有违法记录；**
- （四）取得基金从业资格的人员达到法定人数；**
- （五）董事、监事、高级管理人员具备相应的任职条件；**
- （六）有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金管理业务有关的其他设施；**

（七）有良好的内部治理结构、完善的内部稽核监控制度、风险控制制度；

（八）法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

【本条主旨】

本条是关于基金管理公司设立条件及应经批准的规定。

【本条释义】

本法第十二条明确规定，公开募集基金的基金管理人，由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。本条则对其中的基金管理公司的设立条件及应经批准作了规定。需要说明的是，本条规定的是设立担任公开募集基金的基金管理人的基金管理公司的条件，设立担任非公开募集基金的基金管理人的基金管理机构并不需要符合本条规定的条件。同样的，只有设立担任公开募集基金的基金管理人的基金管理公司才需要经国务院证券监督管理机构批准。

一、基金管理公司的设立条件

1、符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程。公司章程是记载公司组织规范及行为准则的法律文件。根据本法和公司法的规定，基金管理公司为有限责任公司的，其章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司注册资本；股东的姓名或者名称；股东的出资方式、出资额和出资时间；公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；公司法定代表人；股东会会议认为需要规定的其他事项。基金管理公司为股份有限公司的，其章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司设立方式；公司股份总数、每股金额和注册资本；发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方

式和出资时间；董事会的组成、职权和议事规则；公司法定代表人；监事会的组成、职权和议事规则；公司利润分配办法；公司的解散事由与清算办法；公司的通知和公告办法；股东大会会议认为需要规定的其他事项。同时，基金管理公司与普通公司不同，本法对其人员、机构、内部稽核监控和风险控制制度以及行为规范有特殊要求，基金管理公司的章程不得与这些要求相违背，其中的一些要求应当体现在公司的章程中。

2、注册资本不低于1亿元人民币，且必须为实缴货币资本。基金管理业务，属于特殊行业，应当对基金管理公司的注册资本有严格要求。为此，本条规定，基金管理公司的注册资本不得低于1亿元人民币，且必须为实缴货币资本。另外，《证券投资基金管理公司管理办法》还规定，境外股东应当以可自由兑换货币出资。

3、主要股东及其他股东应当符合本法及《证券投资基金管理公司管理办法》规定的条件。

根据《证券投资基金管理公司管理办法》，基金管理公司的主要股东是指持有基金管理公司股权比例最高且不低于25%的股东。据本条规定，基金管理公司的主要股东应当满足以下条件：一是基金管理公司主要股东应当是从事证券经营、证券投资咨询、信托资产管理或者其他金融资产管理业务的机构，主要是指证券公司、证券投资咨询公司、信托投资公司、财务公司等机构。二是基金管理公司的主要股东具有较好的经营业绩和良好的社会信誉。三是基金管理公司的主要股东最近3年没有违法记录，即没有因违法行为而受到行政处罚和刑事处罚的记录。四是基金管理公司的主要股东的资产规模达到国务院规定的标准，《证券投资基金管理公司管理办法》就此明确为注册资本不低于3亿元人民币。

基金管理公司主要股东应当具备的其他条件及其他股东应当具备的条件可见《证券投资基金管理公司管理办法》。该管理办法第七条规定：“申请设立基金管理公司，出资或者持有股份占基金管理公司注册资本的比例（以下简称持股比例）在5%以上的股东，应当具备下列条件：（一）注册资本、净资产不低于1亿元人民币，资产质量良好；（二）持续经营3个以上完整的会计年度，公司治理健全，内部监控制度完善；（三）最近3年没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚；（四）没有挪用客户资产等损害客户利益的行为；（五）没有因违法违规行为正在被监管机构调查，或者正处于整改期间；（六）具有良好的社会信誉，近3年在金融监管、税务、工商等行政机关，以及自律管理、商业银行等机构无不良记录。”第九条第二款规定：“中外合资基金管理公司的境外股东应当具备下列条件：（一）为依其所在国家或者地区法律设立，合法存续并具有金融资产管理经验的金融机构，财务稳健，资信良好，近3年没有受到监管机构或者司法机关的处罚；（二）所在国家或者地区具有完善的证券法律和监管制度，其证券监管机构已与国务院证券监督管理机构或者国务院证券监督管理机构认可的其他机构签订证券监管合作谅解备忘录，并保持着有效的监管合作关系；（三）实缴资本不少于3亿元人民币的等值可自由兑换货币；（四）经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。”第十条规定：“基金管理公司股东的持股比例应当符合国务院证券监督管理机构的规定。中外合资基金管理公司外资持股比例或者拥有权益的比例，累计（包括直接持有和间接持有）不得超过我国证券业对外开放所做的承诺。”第十一条规定：“一家机构或者受同一实际控制人控制的多家机构参股基金管理公司的数量不得超过2家，其中控股基金管理公司的数量不得超过1家。”

4、取得基金从业资格的人员达到法定人数。《证券投资基金管理公司管理办法》规定：设立基金管理公司应有符合法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的拟任高级管理人员以及从事研究、投资、估值、营销等业务的人员，拟任高级管理人员、业务人员不少于15人，并应当取得基金从业资格。

5、董事、监事、高级管理人员具备相应的任职条件。本法第十五条规定了不得担任公开募集基金的基金管理人的董事、监事、高级管理人员的条件，有本法第十五条规定情形的人员，一律不具备相应的任职条件。本法第十六条则从正面规定了董事、监事、高级管理人员应当具备的任职条件，即公开募集基金的基金管理人的董事、监事和高级管理人员，应当熟悉证券投资方面的法律、行政法规，具有3年以上与其所任职务相关的工作经历；高级管理人员还应当具备基金从业资格。董事、监事、高级管理人员只有具备本法第十六条规定的条件，才符合本项规定。

6、有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金管理业务有关的其他设施。基金管理公司开展业务，必须有与其业务相适应的营业场所，同时，由于基金管理业务属于金融业务，需要有完善的安全防范设施，以保证业务及财产安全。因此，基金管理公司在设立时应当具备符合要求的营业场所、安全防范设施及其他有关设施。

7、有良好的内部治理结构、完善的内部稽核监控制度、风险控制制度。基金管理公司设立时应当制定有关机构设置、人员配置、业务程序规范、风险管理与控制等方面的完备的制度，以加强内部稽核监控和风险控制。

8、法律、行政法规和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。这是兜底条款及授权国务院证券监督管理机构根据

监管需要设置其他条件的规定。如果法律、行政法规和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定了其他条件，设立基金管理公司应当符合这些条件。

二、设立基金管理公司应经批准

基金管理公司作为专门从事基金管理业务的非银行金融机构，管理大量的向社会公众募集的资金，从事风险很大的证券投资活动，涉及众多投资人的利益，事关证券市场甚至是整个金融市场的稳定，对其运作应当进行严格监管，对其设立也应当严格审批。国务院证券监督管理机构作为证券投资基金活动的监管机构，应当按照法定条件和程序对基金管理公司的设立申请进行严格审查，作出批准或者不予批准的决定。

第十四条

国务院证券监督管理机构应当自受理基金管理公司设立申请之日起六个月内依照本法第十三条规定的条件和审慎监管原则进行审查，作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

基金管理公司变更持有百分之五以上股权的股东，变更公司的实际控制人，或者变更其他重大事项，应当报经国务院证券监督管理机构批准。国务院证券监督管理机构应当自受理申请之日起六十日内作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

【本条主旨】

本条是关于基金管理公司设立及其重大事项变更批准程序的规定。

【本条释义】

本条规定了两个方面的内容，即基金管理公司设立的批准程序和基金管理公司重大事项变更的批准程序。

一、基金管理公司设立申请的审批程序

第一，申请人提出申请。申请设立基金管理公司时，申请人应当按照国务院证券监督管理机构的规定报送设立申请材料。根据《证券投资基金管理公司管理办法》，主要股东应当组织、协调设立基金管理公司的相关事宜，对申请材料的真实性、完整性负主要责任。申请期间申请材料涉及的事项发生重大变化的，申请人应当自变化发生之日起5个工作日内向国务院证券监督管理机构提交更新材料；股东发生变动的，应当重新报送申请材料。

第二，审查。（1）审查依据。国务院证券监督管理机构依照本法第十三条规定的条件和审慎监管原则进行审查。审慎监管原则，是指国务院证券监督管理机构对基金管理公司提出的旨在防范和控制其经营风险，确保经营业务的稳健运行和基金财产安全所必需的监管要求和标准，包括风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、资产流动性等方面的要求和标准。（2）审查方式。根据《证券投资基金管理公司管理办法》，国务院证券监督管理机构审查基金管理公司设立申请，可以采取下列方式：“（一）征求相关机构和部门关于股东条件等方面的意见；（二）采取专家评审、核查等方式对申请材料的内容进行审查；（三）自受理之日起5个月内现场检查基金管理公司设立准备情况。”（3）审查时限。国务院证券监督管理机构应当自受理基金管理公司设立申请之日起6个月内审查完毕。

第三，作出决定。国务院证券监督管理机构应当根据审查结果，作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

另外，《证券投资基金管理公司管理办法》还对设立申请经批准后完成基金管理公司设立的其他程序作了规定。该管理办法规定，国务院证券监督管理机构批准设立基金管理公司的，申请人应当自收到批准文件之日起 30 日内向工商行政管理机关办理注册登记手续；凭工商行政管理机关核发的《企业法人营业执照》向国务院证券监督管理机构领取《基金管理资格证书》。中外合资基金管理公司还应当按照法律、行政法规的规定，申领《外商投资企业批准证书》，并开设外汇资本金账户。基金管理公司应当自工商注册登记手续办理完毕之日起 10 日内，在国务院证券监督管理机构指定的报刊上将公司成立事项予以公告。

二、基金管理公司重大事项变更的审批程序

由于基金管理公司一般负责若干公开募集基金的管理，管理的资金规模很大，对证券市场产生的影响也较大，同时涉及较多投资者利益的保护；如果基金管理公司的重大事项，如主要股东或者其他股东发生变化，足以对基金管理公司的经营产生影响的，为实现审慎监管，需要由国务院证券监督管理机构批准。为此，本条赋予了国务院证券监督管理机构就基金管理公司重大事项变更的事前审批权。

第一，重大事项的范围。本条规定了三类重大事项：一是基金管理公司变更持有百分之五以上股权的股东。二是变更公司的实际控制人。三是其他事项，如《证券投资基金管理公司管理办法》规定的，变更持股不足 5%但对公司治理有重大影响的股东；变更股东的持股

比例超过 5%；修改公司章程重要条款；设立子公司、分公司或者其他形式的分支机构及其他重大事项。

第二，批准程序：（1）申请人提出申请，《证券投资基金管理公司管理办法》规定，基金管理公司变更重大事项，应当自董事会或者股东（大）会做出决议之日起 60 日内按照国务院证券监督管理机构的规定提出变更申请；涉及股东股权转让的，基金管理公司未按照规定提出申请时，相关股东可以直接提出申请。（2）审查，《证券投资基金管理公司管理办法》规定，国务院证券监督管理机构可以采取约谈相关人员谈话、专家评审、核查等方式，审查基金管理公司变更重大事项的申请。（3）决定，国务院证券监督管理机构应当自受理申请之日起 60 日内作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

第三，重大事项变更经批准后的程序：《证券投资基金管理公司管理办法》规定，基金管理公司的重大变更事项涉及变更工商登记的，基金管理公司应当自收到批准文件之日起 30 日内向工商行政管理机关办理变更登记手续。基金管理公司变更为中外合资的，还应当按照有关规定申领《外商投资企业批准证书》，并开设外汇资本金账户。基金管理公司的重大变更事项涉及《基金管理资格证书》内容变更的，基金管理公司应当向国务院证券监督管理机构换领《基金管理资格证书》。基金管理公司应当按照法律、行政法规和国务院证券监督管理机构的规定将重大变更事项予以公告。

第十五条

有下列情形之一的，不得担任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：

（一）因犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，被判处刑罚的；

（二）对所任职的公司、企业因经营不善破产清算或者因违法被吊销营业执照负有个人责任的董事、监事、厂长、高级管理人员，自该公司、企业破产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾五年的；

（三）个人所负债务数额较大，到期未清偿的；

（四）因违法行为被开除的基金管理人、基金托管人、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、期货交易所、期货公司及其他机构的从业人员和国家机关工作人员；

（五）因违法行为被吊销执业证书或者被取消资格的律师、注册会计师和资产评估机构、验证机构的从业人员、投资咨询从业人员；

（六）法律、行政法规规定不得从事基金业务的其他人员。

【本条主旨】

本条是关于哪些人员不得担任基金管理人的从业人员的规定。

【本条释义】

根据本条规定，有下列情形之一的，不得担任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。

1、因犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，被判处刑罚的。这里所说的犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，是指犯有刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪、第五章侵犯财产罪、第八章贪污贿赂罪和第九章渎职罪所规定的各种犯罪。犯有上述各罪，被判处刑罚的人员，必定有违所应恪守的职业道德和行为规范，与基金管理公司从业人员应当遵守的诚实信用、谨慎勤勉义务相悖，应当禁止其成为基金管理人的从业人员。

2、对所任职的公司、企业因经营不善破产清算或者因违法被吊销营业执照负有个人责任的董事、监事、厂长、高级管理人员，自该公司、企业破产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾5年的。担任公司、企业的高级管理人员，并对该公司、企业的经营不善或者因违法被吊销营业执照负有个人责任，说明其缺乏必要的领导和经营管理能力，未忠于职守，对公司、企业的破产或者违法行为负有纵容、疏忽之责。上述两类人员，自该公司、企业破产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾5年的，不得成为基金管理人的从业人员。

3、个人所负债务数额较大，到期未清偿的。这类人员在清偿债务之前，不得成为基金管理人的从业人员。

4、因违法行为被开除的基金管理人、基金托管人、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、期货交易所、期货公司及其他机构的从业人员和国家机关工作人员。上述机构的从业人员和国家机关工作人员，都有严格的职责要求和从业规范，其因违法行为被开除，说明其违背了职责，丧失了必要的诚信，因此不得成为基金管理人的从业人员。

5、因违法行为被吊销执业证书或者被取消资格的律师、注册会计师和资产评估机构、验证机构的从业人员、投资咨询从业人员。根据律师法、注册会计师法及其他有关法律、行政法规的规定，上述人员被吊销执业证书、被取消资格，均是因其从事了严重违反职业道德和从业准则的违法行为。有这些行为，说明其不具备成为基金管理人的从业人员的基本条件，因此不得成为基金管理人的从业人员。

6、法律、行政法规规定不得从事基金业务的其他人员。

第十六条

公开募集基金的基金管理人的董事、监事和高级管理人员，应当熟悉证券投资方面的法律、行政法规，具有三年以上与其所任职务相关的工作经历；高级管理人员还应当具备基金从业资格。

【本条主旨】

本条是对公开募集基金的基金管理人的董事、监事和高级管理人员的积极任职资格的规定。

【本条释义】

本条涉及的基金管理人的相关管理人员主要是指基金管理人的董事、监事和高级管理人员。根据《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》的规定，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。因此，本条规定的任职资格适用于基金管理公司的董事、监事、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。

基金管理人由依法设立的基金管理公司担任，基金管理公司首先要符合公司法的规定，基金管理公司的董事、监事和高级管理人员的任职资格要符合公司法的相关规定。若本法对董事、监事和高级管理人员的规定和公司法的规定不一致，根据特殊法优于普通法的原则，应适用本法的规定。

基金管理公司的董事、监事和高级管理人员不仅要对公司股东负责，也要对所管理基金的基金份额持有人负责。基金管理公司的董事、监事和高级管理人员与一般公司的董事、监事和高级管理人员的任职要求有所不同。基金管理公司是专业理财服务机构，直接为基金份额持有人管理财富、进行投资，基金管理公司的董事、监事和高级管理人员一方面需要具备较高的专业知识和投资能力，才能使基金管理公

司保持良好的运营业绩，为基金份额持有人提供高质量的投资服务，保证基金份额持有人投资获益；另一方面，需要具备良好的法律意识和职业素质。基金管理公司的董事、监事和高级管理人员不仅要为基金管理公司的股东负责，其能力和业绩还与所管理基金的份额持有人的权益息息相关。因此，本条对基金管理人的董事、监事和高级管理人员提出了比普通公司更高的要求。

首先，基金管理人的董事、监事和高级管理人员应熟悉证券投资方面的法律、行政法规。证券投资基金活动的合法合规有赖于基金管理人的董事、监事和高级管理人员在履行相应职责时严格遵守法律、行政法规。基金管理人的董事、监事和高级管理人员熟悉证券投资方面的法律，是其依法履行自身职责的必然要求。法律、行政法规对基金管理人的经营行为和证券投资基金活动有很多特殊规定，因此，需要对基金管理人的董事、监事和高级管理人员遵守法律、行政法规提出更高的要求。应当熟悉的证券投资方面的法律、行政法规主要包括公司法、证券法、信托法、本法和和其他相关法律、行政法规。

其次，基金管理人的董事、监事和高级管理人员应当具有3年以上与其所任职务相关的工作经历。基金管理人的董事、监事和高级管理人员不仅需要具备良好的专业知识，而且需要一定的工作经验，以保证基金管理人的董事、监事和高级管理人员具备履行自身职务所需能力，为给投资人提供高质高效的金融专业服务。考虑到不同职务所需的工作经历不同，无须强制要求具备与其职务无关的工作经历，因此相关人员仅需要具备一定时间的与其所任职务相关的工作经历即可。此外，我国引进证券投资基金行业时间不久，正是需要大量专业人员的时期，证券投资基金从业人员的工作时间普遍不长，综合考虑人员

现状和行业发展需要，规定基金管理人的董事、监事和高级管理人员应具备与其任职相关工作经历的时限为 3 年以上。

最后，基金管理人的高级管理人员，即董事长、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，应当具有基金从业资格。基金从业资格是一项执业资格，只有符合相关职业条件，取得执业资格的人，才能从事基金从业人员的业务。《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》第六条规定：“申请高级管理人员任职资格，应当具备下列条件：（一）取得基金从业资格；（二）通过中国证监会或者其授权机构组织的高级管理人员证券投资法律知识考试；

（三）具有 3 年以上基金、证券、银行等金融相关领域的工作经历及与拟任职务相适应的管理经历，督察长还应当具有法律、会计、监察、稽核等工作经历；（四）没有《公司法》、《证券投资基金法》等法律、行政法规规定的不得担任公司董事、监事、经理和基金从业人员的形态；（五）最近 3 年没有受到证券、银行、工商和税务等行政管理部 门的行政处罚。”

第十七条（已删除）

（编者注：根据 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委 员会第十四次会议《全国人民代表大会常务委 员会关于修改〈中华人民共和国证券投资基金法〉等七部法律的决定》，删去第十七条）

公开募集基金的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选任或者改任，应当报经国务院证券监督管理机构依照本法和其他有关法律、行政法规规定的任职条件进行审核。

【本条主旨】

本条是关于公开募集基金的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选任或者改任的审核程序要求的规定。

【本条释义】

公开募集基金的份额持有人比较分散，数量众多，且多为中小投资者，他们既希望通过委托专业人士管理投资实现财富增值，又因能力、时间等方面的限制无法真正做到有效地监督公开募集基金的基金管理人的经营运作。但在投资活动中，由于基金管理的资产数额巨大，基金管理人容易受到利益的驱使，借助专业化投资形成的信息不对等，违反监管要求，侵害基金份额持有人的合法权益，甚至对金融安全造成不利影响。具有相关职责的人员对保护投资人利益、保证基金管理人正确履行受托义务具有至关重要的作用。因此，从保护投资人利益、规范基金管理人经营的角度出发，有必要对公开募集基金的基金管理人的相关人员的任职加以规范。

此次修改前，原法中规定选任或改任应报国务院证券监督管理机构审核的对象是基金管理人的经理和其他高级管理人员，不仅包括基金管理人的法定代表人、经营管理主要负责人、从事合规管理的负责人，也包括其他高级管理人员。此次修改考虑到基金管理公司作为金融专业服务机构具有很强的人合性质，公司高级管理人员的选任是公司经营自主权的应有之义，董事、监事等人员的选任是基金管理公司实现竞争力的重要途径，选任或改任应当报请审核的范围不宜过宽，不应涉及非负责人的其他高级管理人员，防止对基金管理公司的正常经营形成干扰。

本法修改后，本条适用的对象是基金管理公司的法定代表人、经营管理主要负责人和从事合规管理的负责人。基金管理公司的法定代

表人是依公司章程规定代表基金管理公司行使职权的负责人，对基金管理公司的经营和管理全面负责，并接受公司全体成员和有关机关的监督。由于基金管理公司的法定代表人对公司全面负责，其人选对公司合法合规经营至关重要，由监管部门对选任或改任进行审核是十分必要的。基金管理公司经营管理主要负责人是经公司董事会选举出的对公司经营管理直接负责的人员。经营管理主要负责人由于对公司的经营管理直接负责，其选任或改任也应经过审核。基金管理公司从事合规管理的负责人是在基金管理公司中专门负责合规管理的人员，一般指督察长。基金管理公司从事合规管理的负责人对于公司内控制度的建设和运行负责，能有效地从基金公司内部化解道德风险，应由监管部门审核其选任或改任。

依照本法、公司法、相关行政法规和部门规章，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管理的负责人的选任和改任的具体程序是：首先，基金管理人将拟任经理或者其他高级管理人员的人选的有关情况和董事会审查意见报国务院证券监督管理机构；其次，国务院证券监督管理机构依法对申请材料进行受理和审查，可以通过考察、谈话等方式对拟任人进行审查；最后，经国务院证券监督管理机构审核符合条件的人员，由基金管理人董事会在一定时间内作出决定，正式受聘担任相应的管理职务。经国务院证券监督管理机构审核不符合任职条件的，基金管理人应当重新提出新的人选。

第十七条

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。

【本条主旨】

本条是对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及其配偶、利害关系人从事证券投资的有关要求的规定。

【本条释义】

对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及其配偶、利害关系人是否可以投资证券，社会各界经历了长期的争论。本条是此次修改法律增加的内容。原法没有对基金从业人员买卖证券作出明确规定，但证券法对证券公司从业人员买卖证券有一定的限制，第三十七条规定：“证券交易所、证券公司、证券登记结算机构从业人员、证券监督管理机构工作人员和法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收售他人赠送的股票。”“任何人在成为前款所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。”参照证券法的规定，国务院证券监督管理机构下发文件禁止基金从业人员买卖股票、债券和基金。随着市场的发展，监管机构逐步放开了基金从业人员买卖货币市场基金。2007年，《中国证监会关于基金从业人员证券投资基金有关事宜的通知》（证监基金字〔2007〕171号）规定基金从业人员可以投资开放式基金，但尚未放开基金从业人员买卖股票、债券、封闭式基金、ETF等产品。近几年来，发生了一些基金管理公司从业人员“老鼠仓”案件，基金从业人员进行证券投资的行为受到社会高度关注。一方面，投资人担心允许基金管理

公司的高级管理人员投资证券容易引发违规操作，侵害投资人利益；另一方面，基金从业人员希望可以放开限制，允许其买卖股票、债券、可转债、封闭式基金、期货和权证、股指期货等衍生品。

一般认为，基金从业人员投资证券可能存在三个利益冲突：一是如果基金的买卖行为影响到证券价格，基金内部人将因为先于基金买卖同一证券获利；二是如果内部人先于基金买卖证券的行为对证券价格造成不利影响，将损害基金的利益；三是如果内部人用基金买卖其已经持有的证券来保护或强化其个人投资利益，基金利益将受到损害。考虑到以上基金从业人员投资证券可能存在的三个利益冲突，有必要对基金从业人员投资证券进行一定的管理。

如何对基金从业人员投资证券进行管理，需要综合考虑多方面因素。首先，不是所有的基金从业人员都有机会接触到内幕消息，他们的证券投资行为不会影响基金投资人的利益，如果禁止所有基金从业人员投资证券，将影响基金行业对于人才的吸引力。其次，随着基金市场的发展，产品进一步丰富，基金管理公司的内控水平、诚信程度也在不断提高，通过完善基金管理公司的内控制度、相关人员投资股票的信息披露制度，可以有效地防范基金从业人员通过内幕交易、利益输送等谋取不正当利益。再次，允许基金从业人员投资证券并不会使“老鼠仓”合法化，反而会增加基金行业的透明度及吸引力。同时刑法修正案（七）通过后，基金从业人员进行内幕交易、利益输送的还将面临被追究刑事责任的后果。

从境外成熟市场的做法来看，基金从业人员投资证券未被禁止，在不构成利益冲突的情况下，法律允许该投资行为。例如，美国没有绝对禁止基金从业人员买卖证券，而是授权基金管理公司进行监督，并制定关于雇员买卖证券的行为守则和防止雇员滥用非公开信息的

书面程序；督促、监督雇员遵守行为守则和书面程序；对雇员的个人证券交易进行审核；保存雇员的相关记录及资料等。香港也没有明文禁止基金从业人员买卖证券，只是授权给每个基金管理公司自己制定有关内部政策进行决定，并专门对基金管理公司雇员买卖证券进行了规范。

因此，参考境外成熟市场的做法，本条规定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及其配偶、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。

向基金管理人申报的程序和要求、与基金份额持有人发生利益冲突的认定的标准以及人员进行证券投资的申报、登记、审查、处置等管理制度是防范“老鼠仓”的关键，也是基金公司应当积极建立完善的内控制度。相关制度应设计合理，“疏”“堵”得当。一方面，通过在基金管理公司中引入员工持股等方式，增强基金从业人员和基金公司之间长期利益的一致性，在避免利益冲突和信息公开的情况下适当放开基金从业人员投资证券；另一方面，强化基金从业人员的诚信义务，禁止基金从业人员从事背信行为及与基金和基金持有人利益相冲突的行为。

为监督基金管理公司在法律允许其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员及其配偶、利害关系人可以进行证券投资的前提下完善内控制度，本条第二款规定，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。

第十八条

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，不得担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务，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。

【本条主旨】

本条是对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不得兼任不相容职务、竞业禁止和防止利益冲突规则的义务的规定。

【本条释义】

不得担任基金托管人的任何职务是本法赋予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的不得兼任不相容职务的法定义务。该项法条设计的依据是基金管理人和基金托管人在基金运作中的不同职责。基金的运作是建立在基金份额持有人、基金管理人和基金托管人三方的信托关系之上的组合投资方式，基金份额持有人是委托人，基金管理人和基金托管人是共同受托人，其中，基金管理人负责为了基金份额持有人的利益进行证券投资，基金托管人负责托管基金财产，并监督基金管理人投资运作的职责。可见，本法设计基金管理人与基金托管人为共同受托人的目的是为了共同受托人之间形成必要的监督约束机制，从而保证基金份额持有人的利益不受侵害。如果允许基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员同时担任基金托管人的职务，将很有可能导致法律设计的监督制约落空，从而对基金份额持有人的利益形成潜在威胁。为此，本条规定了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不得担任基金托管人的任何职务。

不得担任其他基金管理人的任何职务是本法赋予公开募集基金的基金管理人的董事、监事、高级管理人员及其他从业人员的竞业禁止的法定义务。竞业禁止制度主要是为防止可能出现的利益冲突，限制从事特定行业或特定职位的人员在与其从事业务或担任职位相竞争的其他组织任职。竞业禁止通常发生在当事人需要履行忠实义务的情况下，是国际上在公司法、证券法等法律中的通行做法，我国公司法、证券法对竞业禁止义务也作出了规定。公司法第一百四十九条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：……（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务……”由于投资活动的专业性和投资信息的不对称，基金管理人的董事、监事、高级管理人员负有更严格的忠实义务，不得担任其他基金管理人的任何职务是防范其在履行不同基金管理人的职责时可能产生的利益冲突的必然要求。

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是本法赋予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防止利益冲突的法定义务。公开募集基金的基金管理人受托管理、运用公募基金财产，应当依照恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务，遵循基金份额持有人的利益优先的原则。基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员是基金管理人履行受托人义务的执行机关和监督机关，同样应对公募基金投资人的利益负责，恪守职业道德和行为规范，在执行职务或者办理业务的过程中，不得从事与公募基金财产和投资人利益相冲突的活动。如果基金管理公司的相关人员从事与基金管理公司所管理的基金的业务，势必影响到基金管理公司履行合格受托人义务。证券投资活动是最显著

的可能和基金财产、投资人利益相冲突的活动，买卖证券的时间、证券的品种、数量都有可能影响基金的投资收益，从而影响到基金投资人的投资回报。同时，公募基金的基金管理人的董事、监事、高级管理人员和从业人员可以从事和所管理的基金财产、基金投资人利益不冲突的证券投资活动，但应当事先向基金管理人申报，接受监督。

第十九条

公开募集基金的基金管理人应当履行下列职责：

- （一）依法募集资金，办理基金份额的发售和登记事宜；**
- （二）办理基金备案手续；**
- （三）对所管理的不同基金财产分别管理、分别记账，进行证券投资；**
- （四）按照基金合同的约定确定基金收益分配方案，及时向基金份额持有人分配收益；**
- （五）进行基金会计核算并编制基金财务会计报告；**
- （六）编制中期和年度基金报告；**
- （七）计算并公告基金资产净值，确定基金份额申购、赎回价格；**
- （八）办理与基金财产管理业务活动有关的信息披露事项；**
- （九）按照规定召集基金份额持有人大会；**
- （十）保存基金财产管理业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；**
- （十一）以基金管理人名义，代表基金份额持有人利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为；**
- （十二）国务院证券监督管理机构规定的其他职责。**

【本条主旨】

本条是对公开募集基金的基金管理人法定职责的规定。

【本条释义】

基金份额持有人和基金管理人之间是信托关系，权利义务可以由双方协商约定，如约定基金管理人应当运用基金财产进行证券投资，以使基金财产保值增值，为基金份额持有人实现投资利益。基金托管人与基金管理人之间通常为基金管理人提供的格式合同，因此法律有必要明确基金管理人的基本职责。无论合同中是否约定，基金管理人都必须履行法律规定的职责，从而促使基金管理人更好地履行受托人的职责，为基金份额持有人的利益管理、运用基金资产。

1、公开募集基金的基金管理人应当依法募集资金，办理基金份额的发售和登记事宜。公开募集基金的基金管理人应当依照法律、行政法规和国务院证券监督管理机构的有关规定，从事基金公开募集活动：首先应向国务院证券监督管理机构提出募集申请；募集申请经核准后，在基金份额发售的3日前公布基金招募说明书、基金合同及其他有关文件；在公布基金招募说明书、基金合同及有关文件3日后，开始发售基金份额。开放式基金的基金管理人应当依法办理基金份额的申购、赎回。基金管理人还应当依法办理基金份额的登记事宜。基金管理人也可以委托商业银行、证券公司等基金服务机构代为办理基金份额的发售、申购、赎回和登记事宜。接受委托办理这些业务的机构应当符合国务院证券监督管理机构认定的条件。

2、公开募集基金的基金管理人应当办理基金备案手续。为了加强对证券投资基金活动的监管，基金合同成立或基金运作过程中发生法定的需要备案的情况时，基金管理人应当依法向国务院证券监督管理机构办理相关的备案手续。没有基金备案手续职责的履行，国务院证券监督管理机构就难以对公开募集基金及其基金管理人进行相应

的监督管理，因此，办理基金备案手续是基金管理人接受监督管理的一项重要职责。

3、公开募集基金的基金管理人应当对所管理的不同基金财产分别管理、分别记账，进行证券投资。基金财产独立于基金管理人、基金托管人的固有财产，也独立于不同基金的财产。基金管理人、基金托管人因基金财产的管理、运用或者其他情形而取得的财产也属于基金财产。由于金融实践中，基金管理人往往同时管理着若干基金，每支基金都有自己的基金财产，受益人也不同。基金管理人在管理不同基金财产时，如果无法保证不同基金的管理、记账之间的独立，基金份额持有人的利益易受损失，比如为使业绩表现良好，将一支基金的收益计入其他基金。因此，基金财产的独立性要求管理不同基金财产的基金管理公司分别管理、分别记账。

4、公开募集基金的基金管理人应当按照基金合同的约定确定基金收益分配方案，及时向基金份额持有人分配收益。基金收益，是基金管理人管理、运用基金资产进行投资所产生的收益，包括基金投资所得红利、股息、债券利息、买卖证券价差、存款利息及其他收入。基金管理人分配收益的职责对应的是基金份额持有人享有按其所持份额取得基金收益的权利。基金管理人应当按照基金合同约定的收益分配原则确定基金收益分配方案，并按照基金合同约定的执行方式，及时向基金份额持有人分配基金收益，这既是基金合同义务，也是法定职责。

5、公开募集基金的基金管理人应当进行基金会计核算并编制基金财务会计报告。基金管理人管理基金财产，运用基金财产进行证券投资活动，需要对管理和投资过程中发生的成本、费用和收益等进行会计核算，包括填制原始凭证，编制记账凭证，登记会计账簿等。同

时，对基金的财务状况和运营成果要编制财务会计报告，以便于基金托管人、基金份额持有人了解基金的财务信息和经营业绩，为基金托管人进行监督和基金份额持有人作出投资决策提供依据。

6、公开募集基金的基金管理人应当编制中期和年度基金报告。基金报告是全面反映基金在一定时期的运营情况的书面文件，主要分为中期报告和年度报告两种。中期报告与年度报告的内容大致相同，主要包括：基金简介、基金管理人报告、基金财务报告（或基金年度财务报告）、基金持有人情况、重要事项揭示、备查文件。除此以外，年度报告中还包括基金托管人报告。同时，中期报告中的基金财务报告与年度报告中的基金年度财务报告的内容也基本相同，都具有基金会计报告书、会计报告书附注、基金投资组合三项内容，基金年度财务报告还增加了审计报告和主要财务指标两项内容。为保证基金份额持有人全面了解基金运作情况，以便作出正确的投资决策，有必要将编制基金报告作为基金管理人的法定职责。

7、公开募集基金的基金管理人应当计算并公告基金资产净值，确定基金份额申购、赎回价格。基金资产净值，是指基金资产总值减去按照国家有关规定可以在基金资产中扣除的费用后的价值。基金资产净值是确定基金财产投资组合的具体比重和基金份额净值的基础，是投资者了解基金运作情况的重要参考指标。因此，计算并公告基金资产净值是基金管理人的一项重要职责，应当从法律上明确由基金管理人来承担。基金管理人还应当承担确定开放式基金申购、赎回价格的职责。

8、公开募集基金的基金管理人应当办理与基金财产管理业务活动有关的信息披露事项。基金财产主要是用于证券投资的，依照证券法的规定，证券市场实行公开、公平、公正原则，从事证券投资活动，

必须遵守信息披露制度。同时，在办理基金管理业务过程中，基金管理人与基金份额持有人之间存在着严重的信息不对称。为了保护基金份额持有人的利益，保证证券市场的公平性和公正性，应当要求基金管理人承担信息披露义务。由于基金管理人办理的是基金财产管理业务，因此，对于与基金财产管理业务活动有关的信息，基金管理人都应当予以披露。

9、公开募集基金的基金管理人应当按照规定召集基金份额持有人大会。基金份额持有人人数众多，要召开基金份额持有人大会，应当有人负责召集。基金管理人掌握着基金份额持有人名册，有条件承担这一职责。同时，在基金运营过程中，可能发生一些重大情况，需要由基金份额持有人大会作出决定，赋予基金管理人召集权，便于及时召开基金份额持有人大会，解决基金运营过程中出现的重大问题，有利于基金份额持有人的利益。

10、公开募集基金的基金管理人应当保存基金财产管理业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料。这是基金管理人保存资料的职责。各种记录、账册、报表等资料，既是监管机构事后检查监督的基础，也是投资者了解基金过往业绩、判断其发展前景的重要参考依据，应当妥善保存。由基金管理人担负这一职责是必要的。具体保存期限，依照有关法律、行政法规以及有关部门和证券监管机构的规定确定。

11、公开募集基金的基金管理人应当以基金管理人名义，代表基金份额持有人利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为。这主要是指基金管理人可以以自己的名义为基金份额持有人的利益起诉或者应诉，实施其他法律行为。

12、国务院证券监督管理机构规定的其他职责。本条还授权国务院证券监督管理机构对基金管理人的职责作出规定，以适应实践中基金管理人业务发展的需要。

第二十条

公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得有下列行为：

- （一）将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资；**
- （二）不公平地对待其管理的不同基金财产；**
- （三）利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益；**
- （四）向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失；**
- （五）侵占、挪用基金财产；**
- （六）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；**
- （七）玩忽职守，不按照规定履行职责；**
- （八）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。**

【本条主旨】

本条是对公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止性行为的规定。

【本条释义】

基金管理人应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务，遵循基金份额持有人利益优先的原则。基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员应当遵守法律、行政法规，恪守职业道德和

行为规范。强化对基金从业人员的监管,更好地保护基金持有人利益,应当规定公开募集基金的基金管理人和及其董事、监事、高级管理人员和基金从业人员在内的行为准则,明确规定履行诚实信用、谨慎勤勉义务的内容,有针对性地增加禁止基金从业人员违背受托义务的具体行为,包括不公平对待基金财产、利益输送、“老鼠仓”等损害基金财产和基金持有人利益的行为,在此基础上增加规定基金从业人员违反受托义务规定所应当承担的法律责任。

1、公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资。基金财产具有独立性,与基金管理人固有财产相区别,不得归入基金管理人固有财产或者所管理的其他基金财产。基金管理人应当为基金份额持有人的利益管理基金财产。将基金管理人的固有财产混同于基金财产或者他人财产从事证券投资的行为,违反了基金财产独立性原则,容易损害基金份额持有人的利益。如果不禁止这种行为,将很难判断基金管理人及其相关人员是否损害了基金份额持有人的利益。因此,有必要禁止基金管理人及其相关人员将基金财产与其他财产混同管理。

2、公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止不公平地对待其管理的不同基金财产。实践中,基金管理人通常同时管理着若干基金,同时已有部分基金管理公司同时管理公开募集基金和非公开募集基金,由于不同基金的利益不同,此外,公开募集基金和非公开募集基金的费用计提方式也不同,可能会出现不同基金之间利益输送,特别是公开募集基金向非公开募集基金利益输送的可能。因此,应当禁止基金管理人及其相关人员不公平

的对待不同基金。管理不同基金的基金管理人可以通过相应的防火墙设置、人员分离等技术手段，避免不公平的对待不同基金。

3、公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益。基金管理人作为受托人，管理、运用基金财产的目的是为基金份额持有人管理财富，谋取收益，这个过程中不得同时以谋取自身或第三方利益为目的，否则就违背了受托人义务。因此，应当禁止基金管理人及其相关人员利用基金财产为基金份额持有人以外的人牟取利益。此外，基金管理人直接管理基金财产，拥有内幕信息等职务之便。在信息不对称的情况下，基金管理人及其相关人员利用职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益，也会影响基金管理人履行受托人义务，应当予以禁止。

4、公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失。基金管理人对于基金份额持有人的义务主要是为了基金份额持有人的利益利用基金财产进行证券投资，投资的风险无法确定，对证券买卖收益或赔偿证券买卖损失所作的承诺很难实现。而销售时违规承诺收益或者承担损失往往是诱使客户投资的手段，有的甚至演变成欺诈。考虑到我国证券投资基金的不断发展和品种创新，经国务院证券监督管理机构批准的基金品种，在一定条件下可能对投资者的收益提供一定的保证，但基金管理人不得向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失。

5、公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止侵占、挪用基金财产。基金财产具有独立性，基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员侵占、挪用

基金财产是最直接的侵害基金份额持有人利益的行为。为保护基金份额持有人利益，应当禁止基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员以任何方式侵占、挪用基金财产。

6、公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止泄露因职务之便获取的未公开信息、利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关的交易活动。基金管理人在管理、运用基金财产进行证券投资的过程中，有机会获得很多未公开的证券信息，对这些信息应当履行保密义务，并在基金合同和有关法律的规定下利用这些信息。为了防止内幕交易，维护金融秩序，保护基金份额持有人利益，有必要禁止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之便获取的未公开信息、利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关交易活动。

7、公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员禁止玩忽职守，不按照规定履行职责。基金管理人受托管理、运用基金财产，应当依照恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务，遵循基金份额持有人的利益优先的原则。基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员应当恪守职业道德和行为规范。为避免基金管理人及其相关人员虽然没有直接损害基金份额持有人的利益，但未按照法律和基金合同的规定履行相应职责，因此应当禁止基金管理人及其相关人员玩忽职守，不按照规定履行职责。

8、法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。除上述禁止行为外，本条还授权行政法规和国务院证券监督管理机构对基金管理人的职责作出规定，以适应实践中基金管理人业务发展的需要。

第二十一条

公开募集基金的基金管理人应当建立良好的内部治理结构,明确股东会、董事会、监事会和高级管理人员的职责权限,确保基金管理人独立运作。

公开募集基金的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。

公开募集基金的基金管理人的股东、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。

【本条主旨】

本条是对公开募集基金的基金管理人的内部管理制度的规定。

【本条释义】

公开募集基金的投资者人数多,单个投资者投资金额较小,基金份额持有人对基金投资管理的参与度低,很少与基金投资管理人员沟通,对基金的具体投资运作不了解,仅能通过年报、季报等公开信息了解有限的、滞后的基金投资信息。基金份额持有人大会作为基金份额持有人参与监督、行使权利的机关,由于投资者人数多也很难召开。因此,必须通过制度设计保证公开募集基金的基金管理人有效履行受托人义务。基金管理人的股东、董事、监事、高级管理人员和其他从业人员在行使权利或者履行职责时,能否恪守谨慎、勤勉的行为守则,直接关系到基金管理人受托义务的履行。除了法律、法规规定的基金管理人的股东、董事、监事、高级经理人员和其他从业人员的行为守则外,基金管理人的内部管理制度对于做到“法网恢恢、疏而不漏”至关重要。此次修改法律,对基金管理人的内部管理制度进行了重点研究论证,增加了建立良好的内部治理结构、长效激励约束机制、遵

循基金份额持有人利益优先原则的内容。管理人义务采取所有合理的措施，并且运用所有适当的机制，以防止基金财产被违规使用或投资。

首先，公开募集基金的基金管理人应当建立良好的内部治理结构，明确股东会、董事会、监事会和高级管理人员的职责权限，确保基金管理人独立运作。国务院证券监督管理机构的监管和基金持有人的监督对于基金管理人履行职责而言属于外部监管，通常发生在事后。确保基金管理人履行受托人义务，更重要的是建立完善的公司治理结构解决基金管理人的利益冲突。基金管理公司主要涉及两方面的利益冲突，即公司股东与基金管理人之间的利益冲突和投资者与基金管理人之间的利益冲突。公司股东与基金管理人之间的利益冲突属于传统股东和经理人之间的代理问题；对基金管理公司而言，投资者与基金管理人之间的利益冲突更为突出，因为投资者与基金管理公司之间存在着严重的信息不对称。基金管理公司的公司治理的核心问题是解决投资者与基金管理人之间的利益冲突，控制道德风险，减少基金管理的委托代理成本。

从境外成熟市场的做法来看，解决投资者与基金管理人之间的利益冲突方式之一是建立有效的防火墙，即建立良好的内部治理结构，明确股东会、董事会、监事会和高级管理人员的职责权限，确保基金管理人独立运作。明确股东会、董事会、监事会和高级管理人员的职责权限，有关从业人员才能各司其职，对自己的职业行为负责，自觉维护受托人义务的履行。鉴于以上考虑，此次修改吸收了境外成熟市场的经验，对公开募集基金的基金管理人明确提出了建立良好的治理结构的要求。

其次，公开募集基金的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。理财服务是一项专业金融服务，从事理财服务的基金管理公司是提供专业金融服务的机构，基金管理公司的市场竞争力体现为其提供的金融服务的质量，主要是其管理的基金的盈利能力。基金的盈利能力主要取决于基金经理及其他从业人员的履职行为，有效地激励约束基金经理和其他从业人员履职是基金管理人提高市场竞争力的重要手段。由于专业人士的短期利益与基金管理人的长期利益可能不一致，在这种情况下如何使专业人士和基金管理人的利益一致是激励约束专业人士尽责履职的关键，专业人士持股计划是国际上通行的比较成熟的做法。通过专业人士持股计划，将股权作为专业人士报酬的一部分，使得专业人士在作为管理人的雇员的同时也成为其股东，股东的权利体现在获得股息红利，基金管理人经营得越好，专业人士作为股东获得的利益也越多，反之则没有利益。专业人士和基金管理人的利益一致，就建立起长效激励约束机制。但本款仅为提示条款，并不强制要求基金管理人实行专业人士持股计划，基金管理人可以根据自身经营需要建立适合的长效激励约束机制，如延迟给付报酬等其他方式。

此次经济危机的爆发也引发了国际上对于基金从业人员激励机制的激辩。人们认为，经济危机一定程度上可以归咎为管理层人员为追求巨额年度分红并抬升股票期权价值，在董事会流于形式的监督下，制造了过高的杠杆率、不尽审慎的投机措施和不可靠的投资决策。因此，许多人提议通过制定新的行政规章，通过加强投资人的权力，解决上述问题。例如，股东可以进行“不得涨薪”投票。

最后，公开募集基金的基金管理人的股东、董事、监事和高级管理人员在行使权力或者履行职责时，应当遵循基金份额持有人利益优

先的原则。除了建立良好的内部治理结构、长效激励约束机制外，本条要求公开募集基金的基金管理人的股东、董事、监事和高级管理人员在基金份额持有人的利益与基金管理公司、公司股东及于股东有关联关系的机构和个人等的利益发生冲突时，投资管理人員应当坚持基金份额持有人利益优先的原则。

第二十二條

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。

【本条主旨】

本条是对公开募集基金的基金管理人计提风险准备金制度的规定。

【本条释义】

公开募集基金的基金管理人在管理、运用基金财产的过程中，出现违法违规或者不遵守基金合同约定造成了基金财产或者基金份额持有人的合法权益受到损失的情况，如因基金管理人违规操作、技术故障等给基金财产或者基金份额持有人造成的损失，基金管理人应当承担相应的赔偿责任。为了保证基金管理人具备相应的赔偿能力，本法规定了保护基金份额持有人利益的相关内容。一方面，公开募集基金的基金管理人，由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任，设立基金管理公司应当满足注册资本不低于1亿元人民币的要求，且必须为实缴货币资本，从资本信用的角

度保护了基金份额持有人的合法权益。但基金管理公司的资产在运营过程中可能发生减少或者转化资产形态，造成基金管理公司在发生赔偿责任的情况下无法支付。基金管理公司怠于履行赔偿责任的，也会对基金份额持有人的利益造成损失。由于公开募集基金面向的是中小投资者，他们承担风险的能力较弱，相对于基金管理公司而言缺乏维护自身权益的能力。为此，此次修改增加了公开募集基金的基金管理人应当按照规定提取风险准备金的内容，用于赔偿公开募集基金的基金份额持有人。

为加强基金管理人的风险防范能力，保护基金份额持有人的利益，实践中证监会已要求基金管理公司计提风险准备金，修订后的证券法、《期货交易管理条例》对证券公司、期货公司也有风险准备金的规定。证券法第一百三十五条规定：“证券公司从每年的税后利润中提取交易风险准备金，用于弥补证券交易的损失，其提取的具体比例由国务院证券监督管理机构规定”。《期货交易管理条例》第十一条第一款规定：“期货交易所应当按照国家有关规定建立、健全下列风险管理制度：……(五)风险准备金制度。……”根据《关于基金管理公司提取风险准备金有关问题的通知》，2006年8月基金管理公司开始计提风险准备金。按照通知要求，基金管理公司每月从基金管理费中计提风险准备金，提取比例不低于管理费收入的5%。2008年，为进一步增强基金管理公司抗风险能力，国务院证券监督管理部门对《关于基金管理公司提取风险准备金有关问题的通知》进行了修改。通知第一条修改为：“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%。”在实际运作中，各基金管理公司自 2007 年开始都是按照管理费收入的 10%提取的。实践证明，风险准备金制度有利于加强基金管理公司的风险防范能力，有利于保护投资者利益，增强社会对基金行业的信心，促进基金行业持续稳定健康发展。此次修改增加了提取风险管理金的内容是对实际做法的肯定。

本条第二款规定，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。根据国务院证券监督管理部门的要求，公开募集基金的基金管理公司应当从本公司所管理基金的基金托管银行中选定一家开立风险准备金专户，用于风险准备金的存放与支付。因基金管理公司违法违规、违反基金合同、技术故障、操作错误等给基金财产或者基金份额持有人造成的损失，依法应当承担赔偿责任的，应当告知相关基金托管银行并由其进行复核，由专户托管行办理。风险准备金专户托管行应当对基金管理公司提取、管理和使用风险准备金进行监督，确保风险准备金存放安全，使用符合程序。风险准备金不足以赔偿上述损失的，基金管理公司还应当使用其他自有财产进行赔偿。

虽然法律法规对于风险准备金的使用和管理存在一定限制，风险准备金仍是基金管理公司的资产。基金管理公司解散、清算和终止时，风险准备金余额按照基金管理公司的资产处置。

第二十三条

公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人应当按照国务院证券监督管理机构的规定及时履行重大事项报告义务，并不得有下列行为：

（一）虚假出资或者抽逃出资；

（二）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；

（三）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；

（四）国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人有前款行为或者股东不再符合法定条件的，国务院证券监督管理机构应当责令其限期改正，并可视情节责令其转让所持有或者控制的基金管理人的股权。

在前款规定的股东、实际控制人按照要求改正违法行为、转让所持有或者控制的基金管理人的股权前，国务院证券监督管理机构可以限制有关股东行使股东权利。

【本条主旨】

本条是对公开募集基金的基金管理公司的股东、实际控制人的禁止性行为和监管机关对基金管理公司股东、实际控制人的监管措施的规定。

【本条释义】

本条是此次修法新增加的内容，原法中没有对基金管理公司股东及其实际控制人的监管要求。实践中，基金管理公司的股东、实际控制人的违法违规行为，往往会损害基金管理公司的独立性和稳定性，影响基金管理人履行受托人义务，侵害基金份额持有人的合法利益。例如，有的股东越权直接干预基金管理公司的日常经营活动，有的股东被责令行政关闭、宣告破产、严重违法违规不再符合法定的股东资格条件等。基金管理公司的股东、实际控制人和管理层之间的矛盾，

以及股东之间的矛盾，一直是基金公司管理层经常变动的原因之一，这些都会影响到基金份额持有人的利益。

证券法和《期货交易管理条例》都已将监管延伸至证券公司和期货公司股东及其实际控制人。证券法第一百九十三条规定：“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按照规定披露信息，或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，给予警告并处以三十万元以上六十万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下罚款。”“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按照规定报送有关报告，或者报送的报告有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，给予警告，并处以三十万元以上六十万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万以下的罚款。”“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人的控股股东、实际控制人指使从事前两款违法行为的，依照前两款的规定处罚。”《期货交易管理条例》第五十八条规定：“期货公司的股东有虚假出资或者抽逃出资行为的，国务院期货监督管理机构应当责令其限期改正，并可责令其转让所持期货公司的股权。”因此，这次修改法律参考证券法、期货交易管理条例相关内容，将基金公司的股东和实际控制人也纳入监管范围。

公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人应当按照国务院证券监督管理机构的规定及时履行重大事项报告义务。国务院证券监督管理机构针对基金管理公司的监管制定了《证券投资基金管理公司管理办法》（中国证券监督管理委员会第84号令），规定基金管理公司的股东、实际控制人应当履行重大事项报告义务，基金管理公司股东发生名称住所变更、控股股东或者实际控制人变更、主要股东连续

3年亏损、所持股权被司法机关采取诉讼保全等措施、决定处分其股权等情形时应当履行报告义务。

除本条第一款的规定外,《证券投资基金管理公司管理办法》对基金管理人的股东、实际控制人的禁止行为作了更为具体的规定。第三十八条规定:“基金管理公司的股东应当履行法定义务,不得虚假出资、抽逃或者变相抽逃出资。”“基金管理公司的股东不得为其他机构或者个人代持基金管理公司的股权,不得委托其他机构或者个人代持股权。基金管理公司的股东及其实际控制人不得以任何形式占有或者转移基金管理公司资产。”“基金管理公司的主要股东应当秉承长期投资理念,并书面承诺持有基金管理公司股权不少于3年。”第三十九条规定:“基金管理公司应当明确股东(大)会的职权范围和议事规则。”“基金管理公司应当建立与股东之间的业务和客户关键信息隔离制度。基金管理公司的股东及其实际控制人应当通过股东(大)会依法行使权利,不得越过股东(大)会、董事会任免基金管理公司的董事、监事、高级管理人员,或者直接干预基金管理公司的经营管理、基金财产的投资运作;不得在证券承销、证券投资等业务活动中要求基金管理公司为其提供配合,损害基金份额持有人和其他当事人的合法权益。”

为保证本条第一款规定的公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人的报告义务和禁止义务得到履行,本条第二款、第三款规定了国务院证券监督管理部门对公开募集基金管理人的股东、实际控制人履行相关义务实施监管,并授予其相应监管措施。公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人有前款行为或者股东不再符合法定条件的,国务院证券监督管理机构应当责令其限期改正,并可视情节责令其转让所持有或者控制的基金管理人的股权。在前款规定的股东、

实际控制人按照要求改正违法行为、转让所持有或者控制的基金管理人的股权前，国务院证券监督管理机构可以限制有关股东行使股东权利。

第二十四条

公开募集基金的基金管理人违法违规，或者其内部治理结构、稽核监控和风险控制管理不符合规定的，国务院证券监督管理机构应当责令其限期改正；逾期未改正，或者其行为严重危及该基金管理人的稳健运行、损害基金份额持有人合法权益的，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）限制业务活动，责令暂停部分或者全部业务；
- （二）限制分配红利，限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利；
- （三）限制转让固有财产或者在固有财产上设定其他权利；
- （四）责令更换董事、监事、高级管理人员或者限制其权利；
- （五）责令有关股东转让股权或者限制有关股东行使股东权利。

公开募集基金的基金管理人整改后，应当向国务院证券监督管理机构提交报告。国务院证券监督管理机构经验收，符合有关要求的，应当自验收完毕之日起三日内解除对其采取的有关措施。

【本条主旨】

本条是对国务院证券监督管理机构对公开募集基金的基金管理人的监管措施的规定。

【本条释义】

只有具备有效的监管措施，国务院证券监督管理机构才可能通过监督管理促进公开募集基金的基金管理人的规范运作，落实法律、法

规规定的制度，真正地维护基金份额持有人的利益。同时，通过法律明确国务院证券监督管理机构的监管措施，也是依法行政的内在要求，国务院证券监督管理机构作为证券监督管理的执法机关应当依法履行职责。

首先，公开募集基金的基金管理人违法违规，或者其内部治理结构、稽核监控和风险控制管理应当符合规定。规定的内容既包括本法有关内容，也包括有关行政法规、规章的相关要求。《证券投资基金管理公司管理办法》第三十七条规定：“基金管理公司应当按照《公司法》等法律、行政法规和中国证监会的规定，建立组织机构健全、职责划分清晰、制衡监督有效、激励约束合理的治理结构，保持公司规范运作，维护基金份额持有人的利益。”“公司治理应当遵循基金份额持有人利益优先的基本原则。基金管理公司及其股东和公司员工的利益与基金份额持有人的利益发生冲突时，应当优先保障基金份额持有人的利益。”第四十四条规定：“基金管理公司应当建立健全督察长制度，督察长由董事会聘任，对董事会负责，对公司经营运作的合法合规性进行监察和稽核。”“督察长发现公司存在重大风险或者有违法违规行为，应当告知总经理和其他有关高级管理人员，并向董事会、中国证监会和公司所在地中国证监会派出机构报告。”第七十二条规定：“中国证监会可以根据监管需要，建立基金管理公司风险控制指标监控体系和监管综合评价体系。对于相关风险控制指标、监管综合评价指标不符合规定的，中国证监会可以责令公司限期改正，并采取要求公司增加注册资本金、提高风险准备金提取比例、暂停部分或者全部业务等行政监管措施。”

公开募集基金的基金管理人的违法违规，或者其内部治理结构、稽核监控和风险控制管理不符合规定，存在两种情况：一是对基金管

理人的稳健运行和基金份额持有人的合法权益有潜在威胁；二是严重危及基金管理人的稳健运行、损害基金份额持有人的合法权益。国务院证券监督管理机构对两种情况的监管措施有所区别。对于前者，由于违规行为的危险并不严重，主要采取责令其限期改正的方式，基金管理人按期改正后符合要求的，不影响其正常经营行为。如果逾期未改正，则可能使潜在的危险转化为现实的损害，严重危及基金管理人的运行。对于逾期未改正，或者其行为严重危及该基金管理人的稳健运行、损害基金份额持有人合法权益的，国务院证券监督管理机构可以采取更为有效、严格的监管措施，使基金管理人及时改正其违法违规行为，避免对基金份额持有人的利益造成更大损失。

本条规定的严格的监管措施主要有：

1. 限制业务活动，责令暂停部分或者全部业务。对基金管理人违法或者违规从事相关业务，严重危及基金管理人的稳健运行，损害基金份额持有人的利益的，可以限制业务活动，责令暂停部分或者全部业务。

2. 限制分配红利，限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利。当出现严重危及基金管理人的稳健运行，损害基金份额持有人利益的情况时，基金管理人分配红利、向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利，会造成受损的基金份额持有人利益难以赔偿，应当予以限制。

3. 限制转让固有财产或者在固有财产上设定其他权利。利用转让基金管理人的固有财产或者在固有财产上设定抵押权等其他权利等方式转移财产的，会造成基金管理人的资产损失，难以承担相关赔偿责任。

4. 责令更换董事、监事、高级管理人员或者限制其权利。严重危及基金管理人的稳健运行，损害基金份额持有人的利益的情况，如果是由于基金管理人的董事、监事、高级管理人员未规范履行其职责造成的，可以责令更换相关人员或者限制其权利。

5. 责令有关股东转让股权或者限制有关股东行使股东权利。严重危及基金管理人的稳健运行，损害基金份额持有人的利益的情况，也可能是股东虚假出资或者抽逃出资、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等原因造成的，国务院证券监督管理机构可以责令有关股东转让股权或者限制有关股东行使股东权利。

以上监管措施只是对相关权利暂时性的限制，违法违规行为消失后，所使用的监管措施应予解除。本条还规定了解除监管措施的有关程序要求，即公开募集基金的基金管理人整改后，应当向国务院证券监督管理机构提交报告。国务院证券监督管理机构经验收，符合有关要求的，应当自验收完毕之日起三日内解除对其采取的有关措施。

第二十五条

公开募集基金的基金管理人的董事、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为或者重大风险的，国务院证券监督管理机构可以责令更换。

【本条主旨】

本条是关于国务院证券监督管理机构可以责令更换基金管理人的董事、监事、高级管理人员的情形规定。

【本条释义】

本条是 2012 年修改新增加的内容，明确了国务院证券监督管理机构在一定情形下，可以责令公开募集基金的基金管理人更换其董事、监事、高级管理人员。根据本条规定，国务院证券监督管理机构可以责令更换董事、监事、高级管理人员有两个要件：一是董事、监事、高级管理人员未能勤勉尽责；二是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。这两个要件必须同时满足，国务院证券监督管理机构才可以作出责令更换的决定。

一、关于董事、监事、高级管理人员未能勤勉尽责的理解

（一）董事、监事、高级管理人员对基金管理人负有勤勉义务

我国公司法第一百四十八条第一款规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”该条明确了公司的董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务。根据本法第十二条，公开募集基金的基金管理人通常由基金管理公司担任，基金管理公司在性质上为公司（第十二条还规定，经国务院证券监督管理机构核准，其他机构也可以担任公开募集基金的基金管理人。这里的“其他机构”，在组织形式上，通常亦为公司），其董事、监事、高级管理人员理所当然对其负有勤勉义务。需要注意的是，本法多处涉及勤勉尽责，例如，本法第九条规定，基金管理人、基金托管人管理、运用基金财产，基金服务机构从事基金服务活动，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。在理解时，应当注意有所区别：本法第九条规定的是基金管理人、基金托管人对基金份额持有人的勤勉义务；而本条所指的勤勉义务是指董事、监事、高级管理人员对基金管理人的勤勉义务。虽然董事、监事、高级管理人员可能间接地对基金份额持有人负有勤勉义务，但在法律上，董事、监事、高级管理

人员只有可能直接地对基金管理人承担相应的勤勉义务，对基金份额持有人并不负有勤勉义务。

高级管理人员的范围依据公司法第二百一十七条确定，即基金管理人的高级管理人员，是指基金管理公司的经理、副经理、财务负责人，公司章程规定的其他人员；如果基金管理公司为上市公司，则还包括其董事会秘书。

（二）董事、监事、高级管理人员的勤勉义务的内容

通常董事、监事、高级管理人员对公司不仅负有勤勉义务，还有忠实义务，二者存在一定区别。勤勉义务又称为注意义务或善管注意义务，是指董事、监事、高级管理人员履行职责时，应当为公司的最佳利益，具有一个善良管理人的细心，尽一个普通谨慎之人的合理注意。实务中，基金管理人的董事、监事、高级管理人员是否做到了勤勉尽责，可以参照上海证券交易所发布的《上海证券交易所上市公司董事选任与行为指引》中关于董事的勤勉义务的规定来判断。《上海证券交易所上市公司董事选任与行为指引》第四章分十四条规定了董事的勤勉义务，其中前三条是核心判断标准：第二十二条规定：“董事应积极履行对公司的勤勉义务，从公司最佳利益出发，考虑与其同等地位的人在类似情况下可能做出的判断，对上市公司待决策事项的利益和风险做出审慎决策，不得仅以对公司业务不熟悉或者对相关事项不了解为由主张免除责任。”第二十三条规定：“董事应保证有足够的时间和精力参与上市公司事务，对需提交董事会审议的事项能做出审慎周全的判断和决策。”第二十四条规定：“董事应关注董事会审议事项的决策程序，特别关注相关事项的提议程序、决策权限、表决程序和回避事宜。”二、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是不可或缺的要件董事、监事、高级管理人员未

勤勉尽责并不必然导致国务院证券监督管理机构可以责令更换董事、监事、高级管理人员；只有董事、监事、高级管理人员未勤勉尽责，致使基金管理人存在重大违法违规行为或者重大风险时，国务院证券监督管理机构才可以责令更换董事、监事、高级管理人员。

三、国务院证券监督管理机构可以责令更换董事、监事、高级管理人员

通常，选任董事、监事、高级管理人员属于公司自主经营事项，但出现违法行为时，国务院证券监督管理机构可以作出责令更换的决定。我国证券法也有类似规定，证券法第一百五十条规定：“证券公司的净资本或者其他风险控制指标不符合规定的，国务院证券监督管理机构应当责令其限期改正；逾期未改正，或者其行为严重危及该证券公司的稳健运行、损害客户合法权益的，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：……（五）责令更换董事、监事、高级管理人员或者限制其权利……”本法这一规定在理解时，应当注意以下几点：

第一，有权责令更换的机关是国务院证券监督管理机构，其他任何机关都无权作出这样的决定。

第二，国务院证券监督管理机构不得自行更换基金管理人的董事、监事、高级管理人员，只能责令基金管理人按照公司法等法律及公司章程规定，更换董事、监事、高级管理人员。

第三，国务院证券监督管理机构作出的责令更换决定属于具体行政行为，当事人不服的，可以依法提起行政复议或行政诉讼，有关机关应当依法受理。

第二十六条

公开募集基金的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,国务院证券监督管理机构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。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人违法经营或者出现重大风险时的监管措施的规定。

【本条释义】

本条是2012年修改新增加的内容,该条内容借鉴自证券法及国务院颁布的《中华人民共和国期货交易管理条例》。证券法第一百五十三条规定:“证券公司违法经营或者出现重大风险,严重危害证券市场秩序、损害投资者利益的,国务院证券监督管理机构可以对该证券公司采取责令停业整顿、指定其他机构托管、接管或者撤销等监管措施。”2007年颁布的期货交易管理条例第六十条(2012年修改为第五十七条)规定,期货公司违法经营或者出现重大风险,严重危害期货市场秩序、损害客户利益的,国务院期货监督管理机构可以对该期货公司采取责令停业整顿、指定其他机构托管或者接管等监管措施。应当说,公开募集基金的基金管理人在经营活动中,和证券公司、期货公司一样,属于金融审慎监管的对象,国务院证券监督管理机构需要相应的手段确保基金管理人依法合规经营,确保整个证券市场秩序的稳定,保证基金份额持有人的利益。

对本条的理解,可以分为两个层次:一是在什么情形下国务院证券监督管理机构可以采取责令停业整顿等严格的监管措施;二是国务院证券监督管理机构可以采取的严格监管措施具体有哪些。

一、采取严格监管措施的情形

国务院证券监督管理机构可以采取责令停业整顿等严格的监管措施，必须满足两个条件：一是公开募集基金的基金管理人违法经营或者出现重大风险；二是基金管理人违法经营或者出现重大风险，导致严重危害证券市场秩序或者损害基金份额持有人利益。这两个条件同时满足时，国务院证券监督管理机构才可以采取有关措施；任何一个条件不满足，国务院证券监督管理机构都不可以采取本条规定的监管措施。

（一）公开募集基金的基金管理人违法经营或者出现重大风险

本法及依据本法制定的行政法规、部门规章等，都对公开募集基金的基金管理人的经营行为进行了规范，例如本法第二十一条规定，公开募集基金的基金管理人应当建立良好的内部治理结构，明确股东会、董事会、监事会和高级管理人员的职责权限，确保基金管理人独立运作。又如，第二十二条规定，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。本法及其他有关规范性文件对公开募集基金的基金管理人经营行为的规范中的强制性规范，基金管理人必须遵守，如果未予遵守，则构成违法经营。例如，公开募集基金的基金管理人未从管理基金的报酬中计提风险准备金，则基金管理人就构成违法经营。

除了基金管理人构成违法经营的行为外，即使基金管理人完全依照法律及其他有关规范性文件开展经营活动，但因为其经营行为未充分考虑金融行业的风险，从事极高风险经营投资活动，或者基金管理人的董事、高级管理人员等能力素质太差，导致经营过程中使基金管理人出现重大风险，也将满足国务院证券监督管理机构采取本条监管措施的条件之一。换句话说，基金管理人只要出现重大风险，虽然重

大风险通常是由违法经营导致，但不论重大风险是由违法经营导致还是其他因素导致，国务院证券监督管理机构采取本条监管措施的条件之一即得到满足。

（二）违法经营或者重大风险产生严重危害证券市场秩序或者损害基金份额持有人利益的后果一旦基金管理人出现违法经营或者重大风险时，通常即会产生严重危害证券市场秩序或者损害基金份额持有人利益的后果；但严重危害证券市场秩序或者损害基金份额持有人利益的后果仍然是一个独立的构成要件。严重危害证券市场秩序是指对现有公平、公正、公开的证券市场秩序产生或者可能产生破坏，导致证券市场中的其他参与者的合法权益可能或者已经产生非正常损失。损害基金份额持有人利益很好理解，即基金份额持有人已有利益被损害或者应得利益无法得到。

二、国务院证券监督管理机构可以采取的严格监管措施

根据本条规定，当满足前述两个要件时，国务院证券监督管理机构可以采取责令停业整顿、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。应当说，本条规定的各项监管措施是由轻向重的排列，在实践中，国务院证券监督管理机构应当根据基金管理人违法经营或者重大风险的情形严重程度，对证券市场秩序的危害程度，对基金份额持有人利益的损害程度，综合考虑证券市场监管需要，在尽可能减少对基金管理人和基金份额持有人利益影响的原则下，按照审慎监管和比例原则的要求，确定合理的监管措施。同时，需要明确的一点是，国务院证券监督管理机构采取较轻的监管措施后发现不足以改变基金管理人违法经营或者重大风险的情况，发现基金管理人仍然可能危害证券市场秩序或者损害基金份额持有人利益时，国务院证券监督管理机构可以依法及时变更监管措施。总之，国务院证券监

督管理机构确定具体监管措施的首要原则是维护正常的证券市场秩序和保护基金份额持有人利益。

国务院证券监督管理机构依照本条采取监管措施，属于具体行政行为，有关当事人不服的，可以依法提出行政复议或者行政诉讼，有关机关应当依法受理。

国务院证券监督管理机构可以依法采取的监管措施包括：

1、责令停业整顿：是指国务院证券监督管理机构可以要求基金管理人在一定期限内按照有关法律或其他规范性文件的要求对经营行为进行整改以符合法律规定，或者要求基金管理人在一定期限内消除产生重大风险的因素；在以上期限内，基金管理人不得继续从事经营活动，待国务院证券监督管理机构验收合格后，基金管理人方可重新开始经营活动。

2、指定其他机构托管：是指国务院证券监督管理机构将基金管理人的经营活动交由符合法律规定条件的机构（一般应具有基金管理资格，且在相当长时间内无违法违规活动，经营较为审慎）在一定期限内代为管理，待原基金管理人能够恢复依法合规经营，能够不再产生重大风险时，原基金管理人恢复经营活动。

3、接管：是指由国务院证券监督管理机构派出的人员在一定期限内全面负责基金管理人的经营管理，行使公司权力，基金管理人的股东大会、董事会、监事会等暂停履行职责，董事、监事和高级管理人员等暂停履行职务。同时，基金管理人的业务正常经营，但机构债务暂缓偿付；待条件成熟时，恢复基金管理人自行经营。由国务院证券监督管理机构采取接管的监督措施，能够迅速控制和有效化解风险，最大限度减少风险处置成本和市场波动。2004年，证监会曾依据证券法对南方证券予以接管，该接管可以作为对基金管理人接管的参考，

当时的接管公告中提到：“鉴于南方证券股份有限公司(以下简称南方证券)违法违规经营，管理混乱，为保护投资者和债权人合法权益，中国证券监督管理委员会、深圳市人民政府决定自2004年1月2日起对南方证券实施行政接管。行政接管期间，中国证券监督管理委员会、深圳市人民政府会同中国人民银行、公安部成立行政接管领导小组，负责对南方证券行政接管和风险处置工作。行政接管期间，由行政接管领导小组派出的接管组全面负责南方证券经营管理。接管组行使公司权力。接管组组长行使公司法定代表人职权。南方证券股东大会、董事会、监事会暂停履行职责，董事、监事和高级管理人员暂停履行职务。行政接管期间，南方证券业务正常经营；客户正常交易，其合法权益依法予以保护；机构债务暂缓偿付。南方证券全体员工要坚守岗位，积极做好本职工作，维护公司经营管理稳定。南方证券行政接管结束的具体日期另行公告。”

4、取消基金管理资格：根据本法第十二条和第十三条，管理公开募集基金的基金管理人，应当经国务院证券监督管理机构批准。如果基金管理人违法经营或者出现重大风险的情形较为严重，则必然使其取得基金管理资格的条件受到影响，为稳定证券市场秩序和保护基金份额持有人的利益，国务院证券监督管理机构应当从根本上处理问题，即取消基金管理资格。基金管理人被取消基金管理资格后，不得继续管理基金；如果仍然管理基金，则构成相应的违法行为，应依照本法第一百一十九条予以处理。

5、撤销：取消基金管理资格后，基金管理人的法人身份依然存在，其仍然可以作为市场主体参与除基金管理外的其他业务。但如果基金管理人被撤销，则其法人主体资格消灭，不再有继续从事民商事活动的的能力。

6、其他监管措施：国务院证券监督管理机构根据实践需要，还可以依法采取其他类似的监管措施。

第二十七条

在公开募集基金的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，经国务院证券监督管理机构批准，可以对该基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员采取下列措施：

（一）通知出境管理机关依法阻止其出境；

（二）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。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人被采取监管措施时对其董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员的监管措施的规定。

【本条释义】

本条是2012年修改新增加的内容，是关于满足一定条件时可以依法对公开募集基金的基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员采取限制出境及转移财产等措施的规定，理解时注意把握以下四个方面。

一、可以依法采取本条所规定措施的条件

对公开募集基金的基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员采取本条所规定的措施，必须符合本条所规定的条件，即公开募集基金的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。其中，第一，公开募集基金的基金管理人被责令停业整顿、被依法指定托管、接管的

含义可以参照本法第二十六条的释义来理解。第二，公开募集基金的基金管理人被清算期间，是指根据法律规定，基金管理人因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的期间，具体可以适用公司法等法律来认定基金管理人是否属于被清算期间。不过在此需要注意的是，基金管理人的清算与基金财产的清算是不相同的。根据本法第八十一条规定，基金合同终止时，基金管理人应当组织清算组对基金财产进行清算。第八十一条规定的是基金财产的清算，基金财产清算与基金管理人的清算是两个不同的事物，有关机关不得仅仅以基金财产处于清算期间而对基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员采取本条所规定的措施。第三，基金管理人出现重大风险，是指基金管理人在经营活动中出现了可能影响基金财产价值的重大风险。

二、可以依法采取本条所规定措施的程序

对基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员采取本条所规定的措施，必须符合本条所规定的程序，即必须经国务院证券监督管理机构批准。否则，不得采取本条所规定的措施，以防止权力滥用。

三、可以依法采取本条所规定措施的对象

本条所规定的措施，仅适用于基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员，即对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、损害投资者利益，而被国务院证券监督管理机构采取责令停业整顿、指定其他机构托管、接管或者撤销的监管措施，或者对基金管理人出现重大风险，直接负有责任的董事、监事、经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公

司章程规定的其他人员，以及其他直接负责、承办该项具体事务的人员。对除此之外的其他人，不得采取本条所规定的措施。

四、可以依法采取的措施

本条规定可以依法采取的措施有两种。

1、通知出境管理机关依法阻止其出境

基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员，对于基金管理人违法经营或者出现重大风险，负有直接的责任。如果他们在证券公司被依法接管、指定托管、停业整顿或者清算期间，或者出现重大风险时，离开中国国境，到其他国家或者地区，那么，由于他们在中国的行政和司法管辖权之外，就会使有关机构和司法机关在对证券公司进行调查处理时，因无法对他们进行询问、调查而难以查清有关事实和问题，而且在应当依法追究他们的法律责任时，也难以使其真正承担相应的责任。为此，本条规定在法定的情形下，经国务院证券监督管理机构批准，可以通知出境管理机关，对企图出境的基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员或者其他直接责任人员，依法不允许其出境。

2、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

基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员，在依法应当承担责任的时，可能需要以其财产来承担责任，如进行民事赔偿、支付罚款和罚金时，需要以自己的财产来赔偿、支付。为了保证基金管理人直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员在需要时能够真正承担责任，本条规定在法定的情形下，经国务院证券监督管理机构批准，可以申请司法机关禁止证券公司直接负责的董事、监事、高级管理人员或者其他直接责任人员将财产转

移至他处、将财产转让给他人或者以其他方式处分财产，如将财产赠与他人等，或者在财产上设定其他权利，如在财产上设定担保权，将财产作为债权的担保，等等。

第二十八条

有下列情形之一的，公开募集基金的基金管理人职责终止：

- （一）被依法取消基金管理资格；**
- （二）被基金份额持有人大会解任；**
- （三）依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产；**
- （四）基金合同约定的其他情形。**

【本条主旨】

本条是关于公开募集基金的基金管理人职责终止的情形的规定。

【本条释义】

本法第十九条规定了基金管理人的职责，如依法募集资金、办理基金份额的发售和登记事宜；对所管理的基金财产进行证券投资等。基金管理人完成基金募集、基金合同生效后，即担负起这些职责。基金管理人职责是由法律规定或者基金合同约定的，不能自行任意终止，除非基金合同另有约定，否则基金管理人不得单方面终止履行职责。为确保基金管理人履行职责，保护基金份额持有人的利益，本条对基金管理人职责终止的情形作了明确规定。依照本条规定，基金管理人职责终止的情形有以下四种：

第一，被依法取消基金管理资格。根据本法，担任基金管理人，应当依法取得基金管理资格。只有具备法定的基金管理资格，才能担任基金管理人。但如果基金管理人在履行基金管理职责过程中，存在违法违规或者重大风险，严重危害证券市场秩序或者损害基金份额持

有人利益，那么基金管理人取得基金管理资格的条件可能将不再满足，依照本法，国务院证券监督管理机构可以依法取消基金管理人的基金管理资格。基金管理人被取消基金管理资格后，意味其不得从事基金管理业务。在这种情形下，基金管理人既然无法履行自己的职责，其职责也就自然终止。

第二，被基金份额持有人大会解任。根据本法第四十七条，基金份额持有人大会可以决定更换基金管理人。因基金份额持有人是基于信任关系而选任基金管理人管理基金，如果因基金管理人违法违规经营等因素，使得基金份额持有人不再信任基金管理人，那么基金份额持有人大会可以决定解任基金管理人。当然，基金管理人并不因某一位单一的基金份额持有人的不满意而被解任，基金管理人的解任必须由基金份额持有人大会依法作出决定才能被更换；另一方面，基金份额持有人大会并不需要以基金管理人违法违规经营行为或者管理不善等理由而决定更换，基金份额持有人大会可以无任何理由地更换基金管理人。基金管理人一旦依法被基金持有人大会决定更换的，原基金管理人的职责自然终止。

第三，依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产。基金管理人通常是依法设立的基金管理公司或其他机构，具有法人地位。基金管理人解散或者被撤销时，其法人资格消灭，客观上已经无法履行职责，其职责当然终止。同时基金管理人一旦被宣告破产，则依据破产法有关规定进行破产清算等程序，进行破产清算程序时，基金管理人将由清算组接管，基金管理人依据破产法只具有有限的行为能力，而依照本法第五条的规定，基金管理人、基金托管人因被依法宣告破产等原因进行清算的，基金财产不属于清算财产，因此基金管理人进入清算

程序后，不得再对基金财产进行管理和处分，换句话说，基金管理人不再行使对基金财产的管理职责。

第四，基金合同约定的其他情形。基金合同是确立基金管理人与基金份额持有人之间信托关系的书面文件，基金管理人与基金份额持有人的权利义务，应当依法在基金合同中约定。基金管理人应当依照本法和基金合同履行受托职责。如果出现基金合同约定的基金管理人职责终止的情形，则基金管理人应终止履行受托职责。实践中，公开募集基金的基金合同很少对基金管理人职责终止的其他情形进行约定，大多数的基金合同约定的基金管理人职责终止情形与本条规定内容一致。例如，华夏希望债券型证券投资基金的基金合同第八部分基金管理人、基金托管人的更换条件和程序的第小一部分基金管理人和基金托管人职责终止的情形中的第一条规定：“1 基金管理人职责终止的情形：有下列情形之一的，基金管理人职责终止：（1）被依法取消基金管理资格；（2）被基金份额持有人大会解任；（3）依法解散、被依法撤销或被依法宣告破产；（4）法律法规和《基金合同》规定的其他情形。”当然，实践中的这种通常做法并不意味着基金合同不可以约定基金管理人职责终止的其他情形；基金合同仍然可以根据实践需要对基金管理人职责终止的其他情形进行约定。

第二十九条

公开募集基金的基金管理人职责终止的，基金份额持有人大会应当在六个月内选任新基金管理人；新基金管理人产生前，由国务院证券监督管理机构指定临时基金管理人。

公开募集基金的基金管理人职责终止的,应当妥善保管基金管理业务资料,及时办理基金管理业务的移交手续,新基金管理人或者临时基金管理人应当及时接收。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人职责终止后如何处理的规定。

【本条释义】

本法第二十八条规定了基金管理人职责终止的情形,但基金管理人职责终止与基金合同终止是有区别的,基金管理人职责终止并不必然导致基金合同终止,恰恰相反,基金管理人职责终止时基金合同通常继续存续。而基金合同继续存续,则意味着基金财产不进入清算程序,不向基金份额持有人分配。此时,一方面基金管理人的职责终止,而另一方面基金合同继续存在,基金需要基金管理人继续管理,也就意味着需要新基金管理人来管理基金。本条即规定了承继基金管理人职责的新基金管理人的产生及新基金管理人产生前由临时基金管理人暂时管理基金;同时,因原基金管理人职责终止,需要向新基金管理人移交职责,为保护基金份额持有人利益,本法规定了原基金管理人移交职责的义务。

一、新基金管理人的产生

选任新基金管理人是关系到全体基金份额持有人利益的重大事项,应由基金份额持有人大会决定;同时,从挑选基金管理人的人选到由基金份额持有人大会表决通过,新基金管理人的产生需要一定的时间,因此,本法规定了6个月的过渡期,即新基金管理人应当由基金份额持有人大会在基金管理人职责终止后6个月之内选任。如果新基金管理人超过6个月仍未产生,则意味着基金合同终止。当然,基金份额持有人大会应当选任具有基金管理资格的基金管理人担任新基

金管理人，否则基金份额持有人大会的选任不产生法律效力。实践中，基金合同通常会对新基金管理人的产生程序作出约定，例如，某精选灵活配置混合型证券投资基金的基金合同中规定，依法或者依合同约定，原基金管理人职责终止的，应当更换基金管理人，更换基金管理人必须依照如下程序进行：（1）提名--新任基金管理人由基金托管人或者单独或合计持有基金总份额 10%以上（含 10%）的基金份额持有人提名，如果基金管理人和基金托管人同时更换，由单独或合计持有基金总份额 10%以上（含 10%）的基金份额持有人提名新的基金管理人和基金托管人；（2）决议--基金份额持有人大会在原基金管理人职责终止后 6 个月内对被提名的新任基金管理人形成决议，新任基金管理人应当符合法律法规及中国证监会规定的资格条件；（3）核准--新任基金管理人产生之前，由中国证监会指定临时基金管理人；更换基金管理人的基金份额持有人大会决议应经中国证监会核准生效后方可执行。

二、过渡期由临时基金管理人管理基金

因为新基金管理人产生需要经基金份额持有人大会选任，中间需要经历一个选择合适的基金管理人并进行提名，依照法定程序和基金合同约定的程序召开基金份额持有人大会作出选任决议，报主管部门批准等过程，花费一个必不可少的时间是必然的。但在新基金管理人产生前，原基金管理人的职责已经终止，而基金需要管理，基金需要正常运营，否则基金份额持有人的合法权益将受到损害，为了保护基金份额持有人的利益，本法规定由国务院证券监督管理机构指定临时基金管理人。国务院证券监督管理机构指定临时基金管理人，应当指定无违法违规经营记录的合格基金管理人担任临时基金管理人。临时

基金管理人在临时管理基金期间，应将自己视作基金管理人，依法履行本法及基金合同约定的基金管理人的职责。

三、基金管理业务的移交和接收责任

基金管理业务资料对于确定基金财产、确定基金份额、确定基金份额持有人及其权益等具有重要意义，如果基金管理业务资料灭失，将对基金及基金份额持有人产生重大损害，为此，本法明确规定了原基金管理人职责终止后仍然应当履行保管好基金管理业务资料并且及时移交的义务。原基金管理人不论因为何种原因而导致基金管理职责终止，即使是因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产，它仍然应当妥善保管基金管理业务资料。新基金管理人产生后，原基金管理人应当及时办理移交手续，向新基金管理人移交基金管理业务，同时，新基金管理人应当及时接收业务，以保证基金运营尽快步入正常轨道。国务院证券监督管理机构指定了临时基金管理人后，原基金管理人应当及时向临时基金管理人办理业务移交手续，临时基金管理人应当及时接收业务。临时基金管理人应当妥善保管基金管理业务及时妥善接收，待新基金管理人产生后，及时移交资料和业务，新基金管理人应当及时妥善接收资料和业务。

第三十条

公开募集基金的基金管理人职责终止的，应当按照规定聘请会计师事务所对基金财产进行审计，并将审计结果予以公告，同时报国务院证券监督管理机构备案。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人职责终止时对基金财产进行审计的规定。

【本条释义】

基金管理人职责终止时，根据本法第二十九条规定，原基金管理人应当向新基金管理人移交资料和业务。而不论是原基金管理人还是新基金管理人，承担的都是受托职责，即为基金份额持有人利益管理基金财产。当原基金管理人向新基金管理人移交资料和业务完成时，基金财产将完全置于新基金管理人的管理之下。为此，由独立的第三方对基金财产进行审计的必要性不言而喻：它一方面是对原基金管理人的一种监督，使原基金管理人在担任基金管理人之初就意识到无论因何种情形其基金管理职责终止，最后都要由独立的第三方（即依法设立的会计师事务所）对基金财产进行审计，从而使原基金管理人勤勉忠实履行职责；另一方面，对基金财产进行审计，可以确定原基金管理人是否存在违法违规经营，从而对确定法律责任可以提供依据，同时也使得新基金管理人对其接手的基金财产有一个明确的范围，不会因此而在将来出现推诿扯皮。据此，本条规定了公开募集基金的基金管理人职责终止的，应当按照规定聘请会计师事务所对基金财产进行审计，并将审计结果予以公告，同时报国务院证券监督管理机构备案。

实践中，聘请会计师事务所、公告审计报告以及办理备案手续，可以按照规定由基金管理人或者基金托管人办理。而对基金财产进行审计的会计师事务所，应当勤勉尽责，对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人财产造成损失的，应当与委托人承担连带赔偿责任。

第三十一条

对非公开募集基金的基金管理人进行规范的具体办法,由国务院金融监督管理机构依照本章的原则制定。

【本条主旨】

本条是关于非公开募集基金的基金管理人的规范的规定。

【本条释义】

2012年本法修订时,考虑到非公开募集基金快速发展的情况,将非公开募集基金纳入本法调整范围,在第二条规定:“公开或者非公开募集资金设立证券投资基金,由基金管理人管理,基金托管人托管,为基金份额持有人的利益,进行证券投资活动,适用本法。”同时,考虑到非公开募集基金与公开募集基金存在的重大不同,本法专设第十章对非公开募集基金的基金合同、基金财产投资范围以及对基金管理人的规范等作了规定。在立法过程中,有人提出,实践中通过非公开募集资金进行证券投资活动的方式较多,所依据的部门规章也各不相同,本法应当考虑这种实际情况。全国人大法律委员会经研究认为,一方面以非公开方式募集资金进行证券投资活动,都应统一适用本法;另一方面对其基金管理人的资质等要求可按现行管理体制规范。基于此,本条对非公开募集基金的基金管理人的管理办法作了特别规定。

一、2012年本法修改时非公开募集基金的基金管理人的管理体制

本法调整的非公开募集基金,全称应为非公开募集证券投资基金,它仅包括从事证券投资活动的非公开募集基金,即投资于股票、债券等有价证券及其金融衍生产品的资本集合,并通过这些金融产品的买卖差价使投资者获利的非公开募集基金,并不包括未上市企业直接提

供资本支持、以未上市企业为投资对象的非公开募集基金。就本法调整的非公开募集基金来说,投资者通过购买基金份额间接投资于证券市场,投资者与上市公司没有直接关系,亦不参与所投上市公司的决策管理,只参与利润分配。我国目前这类非公开募集基金的主要形式包括:券商集合资产管理计划、信托管理公司集合资金信托计划、自由资金的投资公司和民间型、商业银行综合理财计划型、基金管理公司特定客户资产管理型非公开募集证券投资基金等等。

这些不同形式的非公开募集基金,在2012年本法修改时,除民间型非公开募集证券投资基金外,基本都有相应的监管体制。如,有意见认为,在中国人民银行先后颁布实施的《信托投资公司管理办法》与《信托投资公司资金信托管理暂行办法》中,虽然没有提及非公开募集基金这一概念,但里面的许多内容明显就是专门为非公开募集基金“量身定做”的。应当说,《信托投资公司管理办法》与《信托投资公司资金信托管理暂行办法》及《证券公司客户资产管理业务试行办法》等对相应的非公开募集基金的监管作了规定。可以这么说,非公开募集基金的基金管理人在2012年本法修改时,确实存在各方面提出的“非公开募集资金进行证券投资活动的方式较多,所依据的部门规章也各不相同”问题。

二、2012年本法修改后的管理办法

根据本条规定,本法确认了非公开募集基金的基金管理人的现行管理体制。也就是说,中国人民银行、中国保监会、中国证监会、中国银监会等在自己职责范围内,作为国务院金融监督管理机构在2012年本法修改前针对非公开募集基金的基金管理人规定的管理办法,除与本法冲突的外,仍然有效。但同时,这些国务院金融监督管理机构,应当根据本法本章针对公开募集基金的基金管理人规定的监管原则

相应调整对非公开募集基金的基金管理人的监管办法，以切实维护证券市场稳定和保护非公开募集基金的投资者的利益。

对于非公开募集基金的基金管理人，不论从设立还是具体经营行为，如果本法有规定的，应当遵守本法的规定；如果本法未作明确规定，则应当遵守国务院金融监督管理机构依据本法制定的具体管理办法。当然，因国务院金融监督管理机构包括中国人民银行、中国保监会、中国证监会、中国银监会等，非公开募集基金的基金管理人应当判断自己属于哪一类非公开募集基金，然后相应地遵守有关的部门规章。例如，如果信托公司从事非公开募集基金业务，则应当遵守中国人民银行制定的《信托投资公司管理办法》与《信托投资公司资金信托管理暂行办法》等相关规范。

第三章 基金托管人

本章共十二条，主要对基金托管人的资格、条件和核准，以及职责作出规定，同时还规定基金托管人的职责和对托管人的要求等。

第三十二条

基金托管人由依法设立的商业银行或者其他金融机构担任。

商业银行担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构会同国务院银行业监督管理机构核准；其他金融机构担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构核准。

【本条主旨】

本条是关于基金托管人范围的规定。

【本条释义】

2012年本法修改之前的基金托管人，只能由依法设立并取得基金托管资格的商业银行担任。本法修改之后，商业银行和其他金融机构都可以担任基金托管人。

基金托管人与基金管理人一起，是投资者的共同受托人。基金托管人的主要职责是托管基金财产，包括保管基金财产，办理清算交割、复核审查资产净值、开展投资监督、召集基金份额持有人大会等职责的行为。我们在上文已经说明，为了保证基金财产的安全，基金应按照资产管理和保管分开的原则进行运作，并由专门的基金托管人保管基金资产。基金托管人在基金运作中具有非常重要的作用，基金托管人一般具有以下几方面的作用：**一是基金资产由独立于基金管理人的基金托管人保管，可以防止基金财产挪作他用，有利于保障基金资产的安全；二是基金托管人对基金管理人的投资运作(包括投资对象、投资范围、投资比例、禁止投资行为等)进行监督，可以促使基金管理人按照有关法律法规和基金合同的要求运作基金财产，有利于保护基金份额持有人的权益；三是基金托管人对基金财产所进行的会计复核和净值计算，有利于防范、减少基金会计核算中的差错，保证基金份额净值和会计核算的真实性和准确性。**

正是由于基金托管人在基金法律关系中的重要地位，修改前的证券投资基金法规定，基金托管人必须为依法取得基金托管资格的商业银行。因为商业银行是金融体系的核心，是社会的信用中介，本身是存款机构，并承担社会的支付和结算功能。同时，商业银行在设立以及监管上面，都有着严格的要求。《中华人民共和国商业银行法》明确规定，设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事

吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样。此外，设立商业银行，还应当具备下列条件：（1）有符合商业银行法和公司法规定的章程；（2）有符合本法规定的注册资本最低限额；（3）有具备任职专业知识和业务工作经验的董事、高级管理人员；（4）有健全的组织机构和管理制度；（5）有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。设立商业银行，还应当符合其他审慎性条件。在注册资本上也规定，设立全国性商业银行的注册资本最低限额为 10 亿元人民币。设立城市商业银行的注册资本最低限额为 1 亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为 5000 万元人民币。注册资本应当是实缴资本。国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。因此，商业银行资本雄厚，专业管理力量强大，技术设施和内部风险控制制度健全，同时还具有完善的结算系统和支付系统。可以说，商业银行具有有效履行基金托管职责的便利条件和可靠条件，由商业银行担任基金托管人，有利于保证基金财产的安全。

但是，随着我国证券投资基金活动的蓬勃发展，基金托管人相比整个基金市场来说过少。当前，大约只有广东发展银行、华夏银行、上海浦东发展银行、深圳发展银行、兴业银行、招商银行、中国工商银行、中国光大银行、中国建设银行、中国交通银行、中国民生银行、中国农业银行、中国银行、中国邮政储蓄银行、中信实业银行等 18 家银行具有基金托管资格。在这 18 家银行中，中国工商银行、中国建设银行、中国银行、中国农业银行和中国交通银行占据了基金托管市场的绝大部分，有的银行托管了几十支不同的基金。过少的参与主体有可能导致基金托管人之间缺乏竞争，从而推高基金托管费用。此

外如果托管了过多的基金，也容易造成基金托管人精力分散不利于其积极履行其监督义务。因此，迫切需要对基金托管人的主体范围进行变革。本次修改明确规定，除了商业银行之外，依法设立的其他金融机构，经国务院证券监督管理机构，也就是证监会核准之后，也可以担任基金托管人。这样，不但可以加强基金托管人之间的竞争，促进基金托管人更好地履行义务，也有利于从整体上推动基金托管人的专业化和独立性，加强其与基金管理人之间的相互制衡，发挥基金托管人对基金管理人监督作用。

此外，对于外资商业银行能否成为基金托管人的问题。2011年5月，中国证监会经商中国银监会，在第三轮中美战略与经济对话中承诺，拟通过修改《证券投资基金托管资格管理办法》等法规的限制，允许符合审慎监管要求并具备一定资质条件的在华外资法人银行在获得基金托管资格上享受与本国银行同等权利。对于这一规定，由于《证券投资基金托管资格管理办法》尚未最终修改完成，但是根据我国在第三轮中美战略与经济对话中的承诺，应当会在修改后的《证券投资基金托管资格管理办法》中明确允许具备一定资质条件的外资法人银行开展基金托管业务……

第三十三条

担任基金托管人，应当具备下列条件：

- （一）净资产和风险控制指标符合有关规定；**
- （二）设有专门的基金托管部门；**
- （三）取得基金从业资格的专职人员达到法定人数；**
- （四）有安全保管基金财产的条件；**
- （五）有安全高效的清算、交割系统；**

(六) 有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金托管业务有关的其他设施；

(七) 有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度；

(八) 法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构规定的其他条件。

【本条主旨】

本条是关于基金托管人资格条件的规定。

【本条释义】

基金托管人作为基金活动的重要主体，承担着托管巨额基金财产的重要义务，因此在设立上，必须规定严格的资质要求。根据本条的规定，担任基金托管人，必须具备下列条件：

1、净资产和风险控制指标符合有关规定。净资产是指企业的资产总额减去负债以后的净额，它由两大部分组成，一部分是企业开办当初投入的资本，包括溢价部分；另一部分是企业在经营之中创造的，也包括接受捐赠的资产。风险控制指标则是指基于公司净资本、风险资本、负债等数据计算出的反映公司资本风险情况的指标。净资产和风险控制指标都是反映金融机构的资产规模和风险状况的重要指标。根据证监会《证券投资基金托管业务管理办法》第八条的规定，申请基金托管资格的商业银行应当最近3个会计年度的年末净资产均不低于20亿元人民币，其资本充足率符合监管部门的有关规定。

2、设有专门的基金托管部门。依照现行法律规定，我国实行银行业、信托业、证券业、保险业分业经营的原则，银行与信托、保险、证券经营机构应当分别设立。基金托管业务属于信托业务，商业银行不能直接从事这项业务，而应当设立独立的基金托管部门，专门办理基金托管业务。未设专门的基金托管部门的商业银行，不得担任基金

托管人。根据《证券投资基金托管业务管理办法》第八条规定，商业银行申请基金托管资格，必须设有专门的基金托管部门，其部门设置必须能够保证托管业务运营的完整独立。

3、取得基金从业资格的专职人员达到法定人数。基金托管业务具有很强的专业性，并且业务量很大，从事基金托管业务的专职人员必须取得基金从业资格，并且应当达到法定人数，才能适应基金托管人履行托管职责的需要。按照《证券投资基金托管业务管理办法》第八条的规定，基金托管部门拟任高级管理人员符合法定条件，取得基金从业资格的人员不低于该部门员工人数的 1/2；拟从事基金清算、核算、投资监督、信息披露、内部稽核监控等业务的执业人员不少于 8 人，并具有基金从业资格，其中，核算、监督等核心业务岗位人员应当具备 2 年以上托管业务从业经验。

4、有安全保管基金财产的条件。保管基金财产，是基金托管人的重要职责。一般来说，具备安全保管基金财产的条件主要包括以下条件和能力：（1）有从事基金托管业务的设备与设施；（2）为每只基金单独建账，保持基金资产的完整与独立；（3）将所托管的基金资产与自有资产严格分开保管；（4）依法监督基金管理人的投资运作；（5）依法执行基金管理人的指令，处分、分配基金资产；（6）依法复核、审查基金管理人计算的基金资产净值、基金份额净值和申购、赎回价格；（7）妥善保管基金托管业务活动的记录、账册、报表等相关资料；（8）有健全的托管业务制度。

5、有安全高效的清算、交割系统。这是指能够迅速准确地接受基金管理人的投资指令，依法按照投资指令，办理资金和证券的清算和交割业务的系统。具有安全高效的清算、交割系统，是担任基金托管人的必要条件。根据我国现在的监管体制，一般来说，具有安全高效

的清算、交割系统应当包括以下条件：(1)系统内证券交易结算资金及时汇划到账；(2)从交易所、证券登记结算机构等相关机构安全接收交易结算数据；(3)与基金管理人、基金注册登记机构、证券登记结算机构等相关业务机构的系统安全对接；(4)依法执行基金管理人的投资指令,及时办理清算、交割事宜。

6、有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金托管业务有关的其他设施。营业场所、安全防范设施以及其他设施都是基金托管人履行基金托管职责,保证基金财产安全的必要条件。一般来说,应当符合以下规定：(1)基金托管部门的营业场所相对独立,配备门禁系统；(2)接触到基金交易数据的业务岗位有单独的办公场所,无关人员不得随意进入；(3)有完善的基金交易数据保密制度；(4)有安全的基金托管业务数据备份系统；(5)有基金托管业务的应急处理方案,具备应急处理能力。

7、有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度。内部稽核监控制度和风险控制制度是金融机构内部有关稽核、审计、监督、控制的一系列程序和规则,是识别、计量、监测和控制风险的制度保障。为了保证基金财产的安全,保护基金份额持有人利益,基金托管人必须建立健全完善的内部稽核监控制度和风险控制制度。

8、法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构规定的其他条件。本条是一项兜底性条款,也就是说在今后,如果根据实际需要,法律、行政法规,以及经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构的规定,对担任基金托管人提出了其他资质条件,那么也应当符合这些条件。比如,最近3年无重大违法违规记录;最近1年内没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚;没有因违法违规行为

正在被监管机构调查，或者正处于整改期间；不存在对基金运作已经造成或可能造成不良影响的重大变更事项，或者诉讼、仲裁等其他重大事项；不存在公司治理不健全、经营管理混乱、内部控制和风险管理无法得到有效执行、财务状况恶化等重大经营风险等。

对于非银行金融机构申请担任基金托管人的资格要件和程序，则由中国证监会另行规定。

第三十四条

本法第十五条、第十七条、第十八条的规定，适用于基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员。

本法第十六条的规定，适用于基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员。

【本条主旨】

本条是对基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员从业限制的有关规定。

【本条释义】

本法第十五条规定：“有下列情形之一的，不得担任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：（一）因犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，被判处刑罚的；（二）对所任职的公司、企业因经营不善破产清算或者因违法被吊销营业执照负有个人责任的董事、监事、厂长、高级管理人员，自该公司、企业破产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾五年的；（三）个人所负债务数额较大，到期未清偿的；（四）因违法行为被开除的基金管理人、基金托管人、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、期货交易所、期货公司及其他机构的从业人

员和国家机关工作人员；（五）因违法行为被吊销执业证书或者被取消资格的律师、注册会计师和资产评估机构、验证机构的从业人员、投资咨询从业人员；（六）法律、行政法规规定不得从事基金业务的其他人员。”

第十七条规定：“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。”

第十八条规定：“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，不得担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务，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。”

上述三条规定的条件适用于基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员。

本法第十六条规定：“公开募集基金的基金管理人的董事、监事和高级管理人员，应当熟悉证券投资方面的法律、行政法规，具有三年以上与其所任职务相关的工作经历；高级管理人员还应当具备基金从业资格。”

本法第十六条的规定，适用于基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员。

在这里需要说明两个问题。第一，本条的适用对象为基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员。与基金管理人相比，基金托管人有其特殊性。因为基金管理人其成立的目的就在于

管理基金财产，但是基金托管人一般为商业银行或者相应的金融机构，基金托管仅仅是其业务的一部分。因此在适用对象的规定上，应当限定在基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和从业人员。第二，本法第十六条的适用对象为基金管理人的董事、监事和高级管理人员。因此相应的，对于基金托管人的专门基金托管部门的一般从业人员，无须达到本法第十六条规定的条件。

第三十五条

基金托管人与基金管理人不得为同一机构，不得相互出资或者持有股份。

【本条主旨】

本条是对基金托管人与基金管理人相互分离原则的规定。

【本条释义】

本法第二条明确规定，公开或者非公开募集资金设立证券投资基金由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动。这条规定事实上确立了基金管理人、基金托管人和基金份额持有人之间的关系。证券投资基金是通过公开或者非公开的方式募集资金设立的，一般来说，每只基金的财产数额都比较大，基金份额持有人包括机构投资者和广大的社会公众。因此在制度上，需要对基金管理人予以限制。这对于保障基金资产的安全，保护基金份额持有人的利益有着重要作用。基金托管人的介入，使基金资产的所有权、使用权与保管权分离，基金托管人、基金管理人和基金持有人之间形成一种相互制约的关系，从而防止基金财产挪作他用，有效保障资产安全。具体来说，就是由基金管理人负责管理、运用基金财产，进行证券投资，而由基金托管人托管基金财产并负责基金财产的

清算、交割事务。同时，基金托管人还应当通过对基金管理人的投资运作包括投资目标、投资范围、投资限制等进行监督，可以及时发现基金管理人是否按照有关法规要求运作。托管人对于基金管理人违法、违规行为，可以及时向监督管理部门报告。此外，还可以通过托管人的会计核算和估值，可以及时掌握基金资产的状况，避免“黑箱”操作给基金资产带来的风险。

因此，本法明确规定基金托管人与基金管理人不得为同一人，不得相互出资或者持有股份。否则，监督制约机制将失去作用。本法第一百二十六条规定，基金管理人、基金托管人违反本法规定，相互出资或者持有股份的，责令改正，可以处10万元以下罚款。

第三十六条

基金托管人应当履行下列职责：

- （一）安全保管基金财产；**
- （二）按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；**
- （三）对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；**
- （四）保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；**
- （五）按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；**
- （六）办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；**
- （七）对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见；**

(八) 复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；

(九) 按照规定召集基金份额持有人大会；

(十) 按照规定监督基金管理人的投资运作；

(十一) 国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

【本条主旨】

本条是关于基金托管人职责的规定。

【本条释义】

基金托管人担负着托管基金财产的重要职责，在法律中对其基本职责作出明确具体的规定，有利于促使其严格履行职责，保护基金份额持有人的利益。根据本条规定，基金托管人有以下职责：

1、安全保管基金财产。这是基金托管人的一项最基本义务，在商业银行或者其他金融机构申请基金托管人资格的时候，本法就明确规定申请人必须具备安全保管基金财产的条件。

2、按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户。基金财产通常以资金和证券两种形式存在，资金一般包括现金和银行存款。证券包括股票、债券和国务院证券监督管理机构规定的其他证券品种。因此，为便于核算，基金托管人对分别以资金形式和证券形式存在的基金财产，应当分别开立账户。资金应存入资金账户，证券则存入证券账户。

3、对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立。根据目前的基金托管情况，一些国有大型商业银行托管的基金可能超过几十只，因此，必须确保这些基金财产之间的独立性。本法第六条也规定，不同基金财产的债权债务，不得相互抵销。因此，为了确保基金财产的完整与独立，基金托管人对由其托管的每一只不同基金的基金财产，应当分别设置不同的账户。

4、保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料。账册、报表等相关资料能够准确反映基金的业务活动情况，基金托管人对其进行的基金托管业务活动有关的资料进行保存，以便于基金份额持有人、基金管理人、证券监督管理机构、银行业监督管理机构及其他有关主管部门了解基金财产和基金托管业务有关的信息，为投资、管理或者监督决策提供依据。根据证监会的有关规定，对基金的会计凭证、交易记录、合同协议等重要文件档案要保存 15 年以上。

5、按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜。基金管理人管理、运用基金财产，获得投资利益，必然涉及资金或者证券的清算、交割。根据基金运作的程序，基金管理人负责基金财产的投资运作，基金托管人则根据基金管理人的指令对办理基金财产的清算、交割事宜。

基金托管人与基金管理人应当签订结算交收协议，明确双方在基金清算交收及相关风险控制方面的职责。基金清算交收过程中，出现基金财产中资金或证券不足以交收的，基金托管人应当及时通知基金管理人，督促基金管理人积极采取措施、最大程度控制违约交收风险与相关损失，并报告中国证监会。

6、办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项。与基金托管业务活动的有关信息，是反映基金运营和基金财务状况的重要资料，为使基金份额持有人充分、完整地了解基金财产的状况，应当予以披露。基金托管人应当承担披露基金托管业务活动信息的职责。应当披露的信息包括但不限于：披露基金托管协议，对基金定期报告中有关基金财务报告等信息进行复核审查并出具意见，在基金年报报告和半年度报告中出具托管人报告，就专门基金托管部门负责人变动等重大事项发布临时公告。

7、对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见。基金财务会计报告是指基金对外提供的反应基金某一特定日期的财务状况和某一会计期间的经营成果、现金流量等会计信息的文件。基金财务会计报告包括资产负债表、利润表和净值变动表。基金中期报告是反映基金上半年的运作及业绩情况。主要内容包括：管理人报告、财务报告重要事项揭示等，其中，财务报告包括资产负债表、收益及分配表、净资产变动表等会计报表及其附注，以及关联事项的说明等。该报告在会计年度的前6个月结束后60日内公告。基金年度报告是反映基金全年的运作及业绩情况的报告。除中期报告应披露的内容外，年度报告还必须披露托管人报告、审计报告等内容。该报告在会计年度结束后90天内公告。基金托管人对这些直接反映基金经营运作状况的报告应当出具意见。

8、复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格。这也是通过基金托管人的监督保护基金份额持有人利益的有效途径。基金资产净值以及基金份额的申购、赎回价格，都是由基金管理人计算出来的，如果不通过有效的途径进行监督，很难防止其弄虚作假，损害基金份额持有人的利益。由于基金托管人对于基金的经营运作情况最为清楚，因此，由基金托管人对此进行监督，非常必要，也具有可行性。

在实践操作中，基金托管人与基金管理人应当按照《企业会计准则》及中国证监会的有关规定进行估值核算，对各类金融工具的估值方法予以定期评估。当基金托管人发现基金份额净值计价出现错误时，应当提示基金管理人立即纠正，并采取合理措施防止损失进一步扩大。当基金托管人发现基金份额净值计价出现重大错误或估值出现重大偏离时，应当提示基金管理人依法履行披露和报告义务。

9、**按照规定召集基金份额持有人大会。**基金份额持有人大会是指当发生影响基金当事人的权益或其他重大事项需要商讨和解决时，按照基金合同有关规定召集、召开并由基金份额持有人进行表决的会议。召开基金份额持有人大会的事由有很多，如修改基金合同、终止基金运作、与其他基金合并等情形，基金管理人和托管人也可以要求召开基金份额持有人大会。根据本法第八十三条的规定，基金份额持有人大会由基金管理人召集。基金份额持有人大会设立日常机构的，由该日常机构召集；该日常机构未召集的，由基金管理人召集。基金管理人未按规定召集或者不能召开的，由基金托管人召集。因此，**按照规定召开基金份额持有人大会也是基金托管人的重要职责之一。**

根据本法第一百三十二条的规定，**基金管理人或者基金托管人不按照规定召集基金份额持有人大会的，责令改正，可以处5万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格。**

10、**按照规定监督基金管理人的投资运作。**基金托管人应当制定基金投资监督标准与监督流程，通过设置预警指标等方式对基金合同生效之后所托管基金的投资范围、投资比例、投资风格、投资限制、关联方交易等进行严格监督，及时提示基金管理人违规风险。当发现基金管理人发出但未执行的**投资指令**或者已经生效的**投资指令**违反法律、行政法规和其他相关规定，或者基金合同约定，应当依法履行通知基金管理人等程序，并及时报告中国证监会，持续跟进基金管理人的后续处理，督促基金管理人依法履行披露义务。基金管理人的上述违规失信行为给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，基金托管人应当督促基金管理人及时予以赔偿。

11、国务院证券监督管理机构规定的其他职责。比如，基金托管人应当对所托管基金履行法律法规、基金合同有关收益分配约定情况进行定期复核，对于发现的基金收益分配违规失信行为，应及时通知基金管理人，并报告中国证监会。此外，基金托管人还应当履行保密义务，对于基金财产投资信息和相关资料，不向任何机构或个人泄露相关信息和资料，法律、行政法规和其他有关规定，监管机构及审计要求除外。

第三十七条

基金托管人发现基金管理人的投资指令违反法律、行政法规和其他有关规定，或者违反基金合同约定的，应当拒绝执行，立即通知基金管理人，并及时向国务院证券监督管理机构报告。

基金托管人发现基金管理人依据交易程序已经生效的投资指令违反法律、行政法规和其他有关规定，或者违反基金合同约定的，应当立即通知基金管理人，并及时向国务院证券监督管理机构报告。

【本条主旨】

本条是关于有权拒绝执行基金管理人投资指令以及相应的通知义务的规定。

【本条释义】

基金托管人的职责之一就是根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜，同时基金托管人也负有按照规定监督基金管理人的投资运作的义务。因此，对于基金管理人的投资指令，基金托管人必须进行监督，**如果发现存在违反法律、行政法规和其他有关规定，**

或者违反基金合同约定的，应该及时采取相应措施。一般来说，应当区分两种情况采取不同的措施。

第一，如果基金托管人发现基金管理人的投资指令违反法律、行政法规和其他有关规定，或者违反基金合同约定的，这是指**该投资指令尚未被执行之前**。那么按照本法的规定，基金托管人应当拒绝执行，同时立即通知基金管理人，并及时向国务院证券监督管理机构报告。

第二，如果基金管理人依据交易程序作出的投资指令，违反法律、行政法规和其他有关规定，或者违反基金合同约定的，同时**该投资指令已经生效的**，那么基金托管人应当立即通知基金管理人，并及时向国务院证券监督管理机构报告。

同时，基金托管人应当持续跟进基金管理人的后续处理，督促基金管理人依法履行披露义务。根据本法第一百四十五条的规定，基金管理人的上述违规失信行为给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，基金托管人应当督促基金管理人及时予以赔偿。

第三十八条

本法第二十条、第二十二条的规定，适用于基金托管人。

【本条主旨】

本条是关于基金托管人禁止行为的规定。

【本条释义】

本法第二十条规定：“公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得有下列行为：（一）将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资；（二）不公平地对待其管理的不同基金财产；（三）利用基金财产或者职务之便为基金

份额持有人以外的人牟取利益；（四）向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失；（五）侵占、挪用基金财产；（六）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；（七）玩忽职守，不按照规定履行职责；（八）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。”

第二十二条规定：“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。”

基金托管人作为基金财产的受托人，负有安全保管基金财产、确保基金财产的安全与独立、按照基金管理人的投资指令及时办理清算和交割事宜等职责。本法总则第九条规定，基金管理人、基金托管人管理、运用基金财产，基金服务机构从事基金服务活动，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。因此本条对于基金托管人的禁止性行为比照基金管理人做了明确规定。这些禁止行为具体包括：

1、将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资。本法总则第五条规定，基金财产独立于基金管理人、基金托管人的固有财产。基金管理人、基金托管人不得将基金财产归入其固有财产。第六条规定，基金财产的债权，不得与基金管理人、基金托管人固有财产的债务相抵销；不同基金财产的债权债务，不得相互抵销。因此，基金托管人应当严格将其固有财产或者他人财产和所托管的基金财产分开，不得将上述财产混同进行投资，这也是为了确保基金托管人自身利益与基金财产投资所产生利益的严格区分，保障基金份额持有人的合法利益。

2、不公平地对待其管理的不同基金财产。在前文说过，本次修改前规定，能够成为基金托管人的只有符合条件并经过核准的商业银行，而到目前为止，经过核准能够成为基金托管人的只有 18 家商业银行，因此几乎每家商业银行都托管了数只乃至数十只基金。这些基金的情况各不相同，其管理人和托管人的关系也千差万别，在这种情况下，需要基金托管人对这些不同的基金财产一视同仁。具体来说，就是应当严格按照本法第三十六条的规定，履行自己的职责。

3、利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益。事实上，本项内容是基金托管人诚实信用履行其职责的体现，基金托管人本身即是为了保证基金份额持有人的利益才设立的，因此，必须严格禁止基金托管人利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益。

4、向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失。证券投资基金作为一种投资工具，相对于个人投资者来说，虽然具有更好的专业性，同时可以将分散资金归拢，有利于降低投资风险和实现投资利益的最大化，但是从本质上讲，没有一种投资是稳赚不亏的，风险的存在是必然的，差别仅在于风险的大小。因此，在实践中，有的基金管理者为了尽可能多地吸引投资者，会将自己的投资专业能力以及利润获取能力夸大，甚至会违规作出承诺收益或者保证承担损失。在这种情况下，如果投资者因此而投入大量资本，就有可能遭受不必要损失。而对于基金托管人来说，由于其仅仅托管基金财产，本身并不参与基金的运作和经营，根本无力向基金份额持有人承诺收益或者承担损失，即使承诺了，也只是空头支票。

当然，进行证券投资活动，其目的就在于获利，设立证券投资基金的目的也在于此，因此本条禁止的只是基金托管人违规承诺收益或者承担损失的行为。

5、侵占、挪用基金财产。基金托管人作为基金财产的受托人，应当安全保管基金财产，不得侵占、挪用基金财产。

6、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。根据基金托管人的职责性质，其对基金财产投资信息和相关资料应当负有保密义务，不向任何机构或个人泄露相关信息和资料，除非法律、行政法规和其他有关规定，或者监管机构及审计要求。

7、玩忽职守，不按照规定履行职责。本法第三条规定，基金管理人、基金托管人和基金份额持有人的权利、义务，依照本法在基金合同中约定，也就是说，基金托管人必须严格依照基金合同履行其义务。同时，证券投资基金法以及其他相关的法律、法规和规章也对基金托管人的权利和义务进行了规定，基金托管人应当严格按照这些规定履行职责。

8、法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。本条是兜底性规定，因为在法律中不可能对所有的禁止性行为全部作出规定，除了上述七条禁止性规定之外，如果其他法律、行政法规和国务院证券监督管理机构认为需要禁止的行为，基金托管人也不得实施。

对于违反上述规定的法律责任，本法第一百二十三条明确规定：“基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员有本法第二十条所列行为之一的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不

足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；基金管理人、基金托管人有上述行为的，还应当对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款。”“基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员侵占、挪用基金财产而取得的财产和收益，归入基金财产。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”

本法第二十二条是有关风险准备金的规定，风险准备金是从基金管理人管理基金的报酬中提取，用于应对因违法违规、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的损失。比如，大成基金就为重庆啤酒投资失败事件承担了 2000 多万元的损失。本条规定基金托管人也应当适用本法第二十二条的规定，也就是说，基金托管人也应当从托管基金的报酬中提取风险准备金，用于支付上述损失。

第三十九条

基金托管人不再具备本法规定的条件，或者未能勤勉尽责，在履行本法规定的职责时存在重大失误的，国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构应当责令其改正；逾期未改正，或者其行为严重影响所托管基金的稳健运行、损害基金份额持有人利益的，国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构可以区别情形，对其采取下列措施：

- (一) 限制业务活动，责令暂停办理新的基金托管业务；**
- (二) 责令更换负有责任的专门基金托管部门的高级管理人员。**

基金托管人整改后，应当向国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构提交报告；经验收，符合有关要求的，应当自验收完毕之日起三日内解除对其采取的有关措施。

【本条主旨】

本条是关于监督管理机构对基金托管人的监督整改措施的规定。

【本条释义】

本法第三十二条规定：“基金托管人由依法设立的商业银行或者其他金融机构担任。”“商业银行担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构会同国务院银行业监督管理机构核准；其他金融机构担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构核准。”第三十三条规定：“担任基金托管人，应当具备下列条件：（一）净资产和风险控制指标符合有关规定；（二）设有专门的基金托管部门；（三）取得基金从业资格的专职人员达到法定人数；（四）有安全保管基金财产的条件；（五）有安全高效的清算、交割系统；（六）有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金托管业务有关的其他设施；（七）有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度；（八）法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构规定的其他条件。”

这些都是成为基金托管人所必须具备的条件，如果在经营过程中，基金托管人不再具备这些条件，那么也就是说其已经不再适合担任基金托管人，如果继续担任，可能会对基金份额持有人的权益产生影响，在这种情况下，国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构应当责令其改正或者视情况采取进一步措施。

此外，如果基金托管人未能勤勉尽责，在履行本法规定的职责时存在重大失误的，国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理

机构也应当责令其改正或者视情况采取进一步措施。需要注意的是，本条规定的是基金托管人存在重大失误的情形，也就是说基金托管人只有出现了重大失误的时候，才能够采取责令改正或者采取进一步措施。如果基金托管人的行为属于轻微违法违规行为，则不属于本项规定的情形，不需要由监管部门对其进行整顿或者取消其基金托管资格。至于什么情况属于“重大”，需要根据违法违规的情节，对社会、基金财产和基金份额持有人造成损害的程度等因素来判断。

可以采取的措施主要有：（1）限制业务活动，责令暂停办理新的基金托管业务；（2）责令更换负有责任的专门基金托管部门的高级管理人员。

基金托管人进行整改之后，应当向国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构提交报告；经验收，符合有关要求的，应当自验收完毕之日起3日内解除对其采取的有关措施。

第四十条

国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构对有下列情形之一的基金托管人，可以取消其基金托管资格：

- （一）连续三年没有开展基金托管业务的；**
- （二）违反本法规定，情节严重的；**
- （三）法律、行政法规规定的其他情形。**

【本条主旨】

本条是有关基金托管人被取消托管资格的规定。

【本条释义】

事实上，本条是对本法第三十九条的进一步规范。本法第三十九条规定，基金托管人如果不再具备本法规定的条件，或者未能勤勉尽责，在履行本法规定的职责时存在重大失误的，国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构应当责令其改正；逾期未改正，或者其行为严重影响所托管基金的稳健运行、损害基金份额持有人利益的，还可以限制业务活动，责令暂停办理新的基金托管业务；责令更换负有责任的专门基金托管部门的高级管理人员。但是这仍然不能有效保障基金财产的安全和基金份额持有人的利益。为此，本条明确规定，国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构对具有特定情节的基金托管人，可以取消其基金托管资格。

可以取消基金托管资格的情形主要有以下几种：

一、连续三年没有开展基金托管业务的

本法第三十三条对于担任基金托管人应当具备的条件作了明确规定，包括净资产和风险控制指标符合有关规定；设有专门的基金托管部门；取得基金从业资格的专职人员达到法定人数；有安全保管基金财产的条件；有安全高效的清算、交割系统；有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金托管业务有关的其他设施；有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度等。

这些规定是为了保证基金托管人具备相应的资质和条件，能够切实履行基金托管的义务，维护基金份额持有人的合法权益。但是如果一个基金托管人在获得托管资格之后连续3年没有开展基金托管业务的，无法判断其是否还能够符合上述条件，比如专门的基金托管部门、相当人数的取得基金从业资格的专职人员以及其他条件等。因此，本法明确规定，如果基金托管人在取得托管资格之后连续3年没有开展基金托管业务的，应当取消其基金托管资格，如果其还想再继续担

任基金托管人，应当按照本法的有关规定重新获得相关部门批准之后才能够再次成为基金托管人。

二、违反本法规定，情节严重的

本法第三十四条、第三十五条、第三十六条、第三十八条等都规定了基金托管人应当遵守的行为规范，如果基金托管人违反了这些规定，情节严重的，那么国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构可以取消其基金托管资格。

三、法律、行政法规规定的其他情形

《中华人民共和国行政处罚法》第八条规定：“行政处罚的种类：（一）警告；（二）罚款；（三）没收违法所得、没收非法财物；（四）责令停产停业；（五）暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；（六）行政拘留；（七）法律、行政法规规定的其他行政处罚。”

在这些处罚种类里面，法律可以设定各种行政处罚。同时，限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。

因此，按照行政处罚法的规定，取消其基金托管资格属于吊销营业执照，因此必须由法律或者行政法规来作出规定。

本款属于兜底性条款，因为法律不可能穷尽所有的可能，只能够由法律执行机构在执行过程中，比照法律规定的情形进行判断，但是其严重程度必须与法律明确规定的行为相符。

第四十一条

有下列情形之一的，基金托管人职责终止：

- （一）被依法取消基金托管资格；
- （二）被基金份额持有人大会解任；
- （三）依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产；
- （四）基金合同约定的其他情形。

【本条主旨】

本条是有关基金托管人职责终止的规定。

【本条释义】

基金托管人资格被取消是因为法定的违法情形导致基金托管资格被有关部门取消，基金托管人的职责终止则是指由于法定情形发生，基金托管人职责自然终止。根据本条规定，基金托管人职责终止的具体情形主要有：

一、被依法取消基金托管资格

本法第四十条对取消基金托管资格的具体情形做了规定，即连续3年没有开展基金托管业务的；违反本法规定，情节严重的；法律、行政法规规定的其他情形。具备基金托管资格是银行或者其他金融机构开展基金托管业务的前提条件，如果在托管机构营业过程中被取消基金托管资格的，当然不能再担任基金托管人，其职责也自然就随之终止。

二、被基金份额持有人大会解任

基金份额持有人大会是指当发生影响基金当事人的权益或其他重大事项需要商讨和解决时，按照基金合同有关规定召集、召开并由基金份额持有人进行表决的会议。

根据本法第八十三条的规定，基金份额持有人大会由基金管理人召集。基金份额持有人大会设立日常机构的，由该日常机构召集；该日常机构未召集的，由基金管理人召集。基金管理人未按规定召集或者不能召开的，由基金托管人召集。代表基金份额 10%以上的基金份额持有人就同一事项要求召开基金份额持有人大会，而基金份额持有人大会的日常机构、基金管理人、基金托管人都不召集的，代表基金份额 10%以上的基金份额持有人有权自行召集，并报国务院证券监督管理机构备案。基金份额持有人大会应当有代表 1/2 以上基金份额的持有人参加，方可召开。

同时根据本法第八十五条的规定，终止基金托管人职责的，也就是说要更换基金托管人的，应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。

三、依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产

依法解散，是指公司基于一定的事由而使公司消失的法律行为。比如公司章程规定的事项出现而解散，或者股东会或者股东大会决议解散，或者被主管机关强制解散，被责令关闭等。被依法撤销，是指被有关主管机关依法撤销。比如因为从事危害国家安全等违法行为而被撤销的。宣告破产，是指法院依据当事人的申请或法定职权裁定宣布债务人破产以清偿债务的活动。根据我国法律的规定，作为基金托管人的商业银行或者其他金融机构被依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产之后，就要被注销，其法律主体的资格也随之不复存在。在这种情况下，其自然不能再担任基金托管人，作为基金托管人的职责也就随之终止了。

四、基金合同约定的其他情形

本法第三条规定，基金管理人、基金托管人和基金份额持有人的权利、义务，依照本法在基金合同中约定。基金管理人、基金托管人依照本法和基金合同的约定，履行受托职责。通过公开募集方式设立的基金（以下简称公开募集基金）的基金份额持有人按其所持基金份额享受收益和承担风险，通过非公开募集方式设立的基金（以下简称非公开募集基金）的收益分配和风险承担由基金合同约定。

事实上，基金合同对于参与意思表示者具有规范上的拘束力，因此，基金合同也是证券投资基金法的法律渊源之一。

根据本条规定，除了上述三种情形之外，如果基金合同对基金托管人职责终止另有约定的，还要依照基金合同的具体约定。所以，基金托管人职责终止的情形，既包括法定情形，也包括约定情形。

第四十二条

基金托管人职责终止的，基金份额持有人大会应当在六个月内选任新基金托管人；新基金托管人产生前，由国务院证券监督管理机构指定临时基金托管人。

基金托管人职责终止的，应当妥善保管基金财产和基金托管业务资料，及时办理基金财产和基金托管业务的移交手续，新基金托管人或者临时基金托管人应当及时接收。

【本条主旨】

本条是关于基金托管人职责终止，新基金托管人、临时基金托管人的产生以及原基金托管人相关义务的规定。

【本条释义】

事实上，在基金法律关系的架构上，基金管理人、基金托管人和基金份额持有人之间属于一个稳定的三角形，三者之间共同构成一个

稳固的基金法律关系，因此当基金托管人职责终止的时候，必须及时选出新的基金托管人，同时在这段空窗期，应当有机构代行基金托管人的职责。因此根据本条规定，基金托管人职责终止的，基金份额持有人大会应当在6个月内选任新基金托管人；新基金托管人产生前，由国务院证券监督管理机构指定临时基金托管人。

需要注意的是，根据本法第八十六条的规定，基金份额持有人大会应当有代表1/2以上基金份额的持有人参加，方可召开。更换基金托管人，应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的2/3以上通过。基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。

在基金份额持有人大会选出新的基金托管人之前，由国务院证券监督管理机构指定临时基金托管人。

在原基金托管人职责被终止时，应当妥善保管基金财产和基金托管业务资料，及时办理基金财产和基金托管业务的移交手续。这是民法中后合同义务的体现。也就是虽然原基金托管人的职责被终止，也就是和基金份额持有人之间已经没有合同关系，但是基于其特定的地位，从维护基金份额持有人合法利益的角度出发，必须妥善保管基金财产和基金托管业务资料，及时办理基金财产和基金托管业务的移交手续。同时对于新的基金托管人或者临时基金托管人来说，也应当及时接受。

第四十三条

基金托管人职责终止的，应当按照规定聘请会计师事务所对基金财产进行审计，并将审计结果予以公告，同时报国务院证券监督管理机构备案。

【本条主旨】

本条是关于基金托管人职责终止之后，应当对基金财产进行审理，并将审计结果予以公告，报国务院证券监督管理机构备案的规定。

【本条释义】

审计是对资料作出证据搜集及分析，以评估企业财务状况，然后就资料及一般公认准则之间的相关程度作出结论及报告。审计本质上是一项具有独立性的经济监督活动。究其本质而言，审计是一种经济监督活动，经济监督是审计的基本职能；审计具有独立性，独立性是审计监督的最本质的特征，是区别于其他经济监督的关键所在。

与基金管理人在职责终止时需要进行审计一样，对于基金托管人，如果其职责终止的，也应当按照规定聘请会计师事务所对基金财产进行审计。按照本法的规定，基金托管人负责保管基金财产；按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜，等等。因此，在基金托管人职责终止时，对基金财产进行审计，主要有以下作用：一是可以让基金份额持有人能够很好地了解基金托管人在托管期间对基金的保管情况；二是可以及时发现托管过程中可能存在的问题，便于及时纠正，保护基金份额持有人的利益；三是也便于新的基金托管人了解基金财产状况，便于其及时开展托管工作。

第四章 基金的运作方式和组织

本章共六条，分别规定基金合同应当约定基金的运作方式、基金份额持有人的权利、基金份额持有人大会的组成和职权、基金份额持有人大会的日常机构的职权等。

第四十四条

基金合同应当约定基金的运作方式。

【本条主旨】

本条是关于基金合同应当约定基金的运作方式的规定。

【本条释义】

基金运作方式是指基金在运行和操作过程中所应具有的工作方式。基金采用何种运作方式，对于基金的经营运作具有重要影响，因此本条明确规定，应当在基金合同中约定基金的运作方式。

第四十五条

基金的运作方式可以采用封闭式、开放式或者其他方式。

采用封闭式运作方式的基金（以下简称封闭式基金），是指基金份额总额在基金合同期限内固定不变，基金份额持有人不得申请赎回的基金；采用开放式运作方式的基金（以下简称开放式基金），是指基金份额总额不固定，基金份额可以在基金合同约定的时间和场所申购或者赎回的基金。

采用其他运作方式的基金的基金份额发售、交易、申购、赎回的办法，由国务院证券监督管理机构另行规定。

【本条主旨】

本条是关于基金运作具体方式的规定。

【本条释义】

根据本条规定，基金的运作方式主要有封闭式、开放式两种，也可以采用其他方式。

封闭型基金属于信托基金，是指基金规模在发行前已确定、在发行完毕后的规定期限内固定不变，基金份额持有人不得申请赎回，并在证券市场上交易的投资基金。

开放式基金是指基金发起人在设立基金时，基金份额总规模不固定，可视投资者的需求，随时向投资者出售基金份额，并可应投资者要求赎回发行在外的基金份额的一种基金运作方式。投资者既可以通过基金销售机构购买基金使基金资产和规模由此相应增加，也可以将所持有的基金份额卖给基金并收回现金使得基金资产和规模相应的减少。开放式基金是世界各国基金运作的基本形式之一。基金管理公司可随时向投资者发售新的基金份额，也需随时应投资者的要求买回其持有的基金份额……

第四十六条

基金份额持有人享有下列权利：

- （一）分享基金财产收益；**
- （二）参与分配清算后的剩余基金财产；**
- （三）依法转让或者申请赎回其持有的基金份额；**
- （四）按照规定要求召开基金份额持有人大会或者召集基金份额持有人大会；**
- （五）对基金份额持有人大会审议事项行使表决权；**

（六）对基金管理人、基金托管人、基金服务机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼；

（七）基金合同约定的其他权利。

公开募集基金的基金份额持有人有权查阅或者复制公开披露的基金信息资料；非公开募集基金的基金份额持有人对涉及自身利益的情况，有权查阅基金的财务会计账簿等财务资料。

【本条主旨】

本条是关于基金份额持有人享有的权利的规定。

【本条释义】

基金份额持有人是基金的投资人，是基金资产的实际所有者，享有基金信息的知情权、表决权和收益权。基金的一切投资活动都是为了增加投资者的收益，一切风险管理都是围绕保护投资者利益来考虑的。因此，基金份额持有人是基金一切活动的中心。本法为了充分保护基金份额持有人的合法权益，明确规定了基金份额持有人所享有的法定权利，从法律上赋予了基金份额持有人维护自身利益的武器。依照本条规定，基金份额持有人享有下列权利：

一、分享基金财产收益

这是基金份额持有人持有基金份额的最根本目的所在，获得投资收益是促进大家进行基金投资的动力。因此，分享基金财产收益也是基金份额持有人的一项基本权利。反之，对于基金管理人来说，也就意味着当基金财产通过投资经营获得收益的时候，应当让基金份额持有人都分享这一收益。

二、参与分配清算后的剩余基金财产

当证券投资基金因为本法第八十条规定的情形终止的时候，根据本法第八十一条的规定，基金合同终止时，基金管理人应当组织清算

组对基金财产进行清算。**清算组由基金管理人、基金托管人以及相关的中介服务机构组成。**清算组作出的清算报告经会计师事务所审计，律师事务所出具法律意见书后，报国务院证券监督管理机构备案并公告。**本法第八十二条规定，清算后的剩余基金财产，应当按照基金份额持有人所持份额比例进行分配。**

事实上，这也是基金份额持有人地位的体现，因为基金财产属于全体基金份额持有人，因此，清算后的剩余基金财产，应当按照基金份额持有人所持份额比例进行分配。

三、依法转让或者申请赎回其持有的基金份额

根据开放式基金和封闭式基金的定义，我们可以知道，虽然封闭式基金的基金份额持有人在基金合同有效期内不能赎回其基金份额，但是可以在依法设立的证券交易场所交易。对于开放式基金，则基金份额持有人有权申请赎回其持有的基金份额，基金管理人应当按时支付赎回款项。

当然这也并不意味着开放式基金份额持有人可以随时要求赎回其基金份额。许多基金合同都有暂停基金份额赎回的规定，比如，南方全球精选配置基金 2012 年 10 月 30 日就暂停申购、赎回和定投业务，其原因就在于受飓风影响，美国纽约证券交易所于 2012 年 10 月 30 日暂停交易。根据基金合同的规定，南方全球精选配置基金管理人决定于当日暂停基金的申购、赎回和定期定额投资业务。

四、按照规定要求召开基金份额持有人大会或者召集基金份额持有人大会

要求召集或者召集基金份额持有人大会是基金份额持有人的一项权利。本法第八十三条第二款规定：“代表基金份额百分之十以上的基金份额持有人就同一事项要求召开基金份额持有人大会，而基金

份额持有人大会的日常机构、基金管理人、基金托管人都不召集的，代表基金份额百分之十以上的基金份额持有人有权自行召集，并报国务院证券监督管理机构备案。”这也是基金份额持有人依法维护自身权益的手段之一。

五、对基金份额持有人大会审议事项行使表决权

一般来说，决定下列情形的，需要召开基金份额持有人大会：（1）决定基金扩募或者延长基金合同期限；**（2）决定修改基金合同的重要内容或者提前终止基金合同；**（3）决定更换基金管理人、基金托管人；（4）决定调整基金管理人、基金托管人的报酬标准；（5）基金合同约定的其他职权。上述事项直接关系到基金本身的重大利益，对于基金份额持有人的利益也密切相关。因此法律明确规定基金份额持有人在基金份额持有人大会审议事项时享有行使表决权的权利。

六、对基金管理人、基金托管人、基金服务机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼这是基金份额持有人对于自身权利的一种救济手段。本项规定明确规定了基金份额持有人的诉讼地位，赋予基金份额持有人享有对基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼的权利，指明了基金份额持有人在合法权益受到侵害时的法律救济途径。

七、基金合同约定的其他权利

这是指除了上述权利以外，按照基金合同的规定，基金份额持有人可以享受到的权利。基金合同是基金管理人、基金托管人、基金份额持有人之间订立的民事合同，根据意思自治原则，基金合同可以对各方当事人之间的权利义务进行约定。相应地也可以对基金份额持有人的权利进行规定。

此外，本条还规定，公开募集基金的基金份额持有人有权查阅或者复制公开披露的基金信息资料；非公开募集基金的基金份额持有人对涉及自身利益的情况，有权查阅基金的财务会计账簿等财务资料。

对于公开募集基金，本法第七十四条规定：“基金管理人、基金托管人和其他基金信息披露义务人应当依法披露基金信息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性。”第七十五条规定：“基金信息披露义务人应当确保应予披露的基金信息在国务院证券监督管理机构规定时间内披露，并保证投资人能够按照基金合同约定的时间和方式查阅或者复制公开披露的信息资料。”第七十六条规定：“公开披露的基金信息包括：（一）基金招募说明书、基金合同、基金托管协议；（二）基金募集情况；（三）基金份额上市交易公告书；（四）基金资产净值、基金份额净值；（五）基金份额申购、赎回价格；（六）基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告；（七）临时报告；（八）基金份额持有人大会决议；（九）基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的重大人事变动；（十）涉及基金财产、基金管理业务、基金托管业务的诉讼或者仲裁；（十一）国务院证券监督管理机构规定应予披露的其他信息。”也就是对于这些信息，公开募集基金的基金份额持有人有权查阅或者复制。

非公开募集基金，也就是私募基金。主要是指向不超过 200 人的合格投资者募集的基金。近年来，非公开募集基金快速发展，规模越来越大，发挥的作用也越来越重要。但由于非公开募集基金的设立和运作缺乏法律依据，导致资金募集和投资行为不规范，容易损害投资者权益，也滋生了不少借私募之名进行乱集资等社会问题。所以，本次证券投资基金法将非公开募集基金纳入调整范围，对非公开基金的募集、运作、管理等进行了规范，从法律上确立了其法定地位，使非

公开募集基金实现了有法可依。对于非公开募集基金，本款规定，基金份额持有人对涉及自身利益的情况，有权查阅基金的财务会计账簿等财务资料。

第四十七条

基金份额持有人大会由全体基金份额持有人组成，行使下列职权：

- （一）决定基金扩募或者延长基金合同期限；**
- （二）决定修改基金合同的重要内容或者提前终止基金合同；**
- （三）决定更换基金管理人、基金托管人；**
- （四）决定调整基金管理人、基金托管人的报酬标准；**
- （五）基金合同约定的其他职权。**

【本条主旨】

本条是关于基金份额持有人大会的职权的规定。

【本条释义】

基金份额持有人大会是指当发生影响基金当事人的权益或其他重大事项需要商讨和解决时，按照基金合同有关规定召集、召开并由基金份额持有人进行表决的会议。

基金份额持有人大会是基金份额持有人行使自身权利的机构，因此其职权直接决定基金份额持有人能够在多大程度上影响整个基金的经营和运作。在这种情况下，本条明确规定了基金份额持有人大会的职责，明确规定下列事项必须由基金份额持有人大会行使。

一、决定基金扩募或者延长基金合同期限

由于开放式基金本身便不存在基金份额确定的问题，因此扩募主要是针对封闭式基金而言。延长基金合同期限也一样，因为开放式基

金一般不存在基金合同期限的问题。由于扩募或者延长基金合同期限对于基金份额持有人来说，直接涉及他们的切身利益，因为当基金规模扩大的时候，经营的难度也随之改变。因此，本项规定，基金扩募或者延长基金合同期限应当由基金份额持有人大会来决定。

二、决定修改基金合同的重要内容或者提前终止基金合同

证券投资基金说到底是为了基金份额持有人的投资利益而产生的，基金管理人、基金托管人和基金服务机构属于提供服务的职业经理人角色。证券投资基金的运作需要通过基金管理人、基金托管人以及基金服务机构来完成，为了保证基金份额持有人的利益不受损害，应当将各方的权利义务在基金合同中予以明确。因此，**如果需要修改基金合同的重要内容，必须经过基金份额持有人大会决定。同样，提前终止基金合同也一样，根据本法第八十六条规定，公开募集基金要提前终止基金合同的，应当经过参加基金份额持有人大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。**

三、决定更换基金管理人、基金托管人

基金管理人和基金托管人是基金法律关系的重要当事人，对于整个基金的经营有着重要作用。基金管理人、基金托管人是否很好地履行了自身职责，在很大程度上决定了投资者，也就是基金份额持有人是否能够从证券投资基金中获得利益。因此，本法第八十六条同样规定，更换基金管理人、基金托管人应当经过参加基金份额持有人大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。

四、决定调整基金管理人、基金托管人的报酬标准

获得报酬是基金管理人和基金托管人执业的最终目标，管理费、托管费的标准应当适当，因为适当的管理费、托管费标准既可以激发基金管理人和基金托管人的工作积极性，也可以确保基金份额持有人

的利益。一般来说，基金管理人、基金托管人的报酬标准都会在基金合同中明确规定。如果根据实际情况，需要调整基金管理人、基金托管人的报酬标准，就涉及基金合同的变更，就需要取得作为基金合同另一方当事人的基金份额持有人的同意，而基金份额持有人则应当通过召开基金份额持有人大会审议决定。根据本法第八十六条的规定，决定调整基金管理人、基金托管人的报酬标准只需经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 1/2 以上通过。

五、基金合同约定的其他职权

同样，由于基金合同属于当事人在意思自治条件下签订的，因此对于哪些事项需要通过召开基金份额持有人大会审议决定的，可能各不相同。因此本项规定，基金合同可以约定除本条规定以外的其他事项应当通过召开基金份额持有人大会审议决定。

第四十八条

按照基金合同约定，基金份额持有人大会可以设立日常机构，行使下列职权：

- （一）召集基金份额持有人大会；**
- （二）提请更换基金管理人、基金托管人；**
- （三）监督基金管理人的投资运作、基金托管人的托管活动；**
- （四）提请调整基金管理人、基金托管人的报酬标准；**
- （五）基金合同约定的其他职权。**

前款规定的日常机构，由基金份额持有人大会选举产生的人员组成；其议事规则，由基金合同约定。

【本条主旨】

本条是有关基金份额持有人大会日常机构职权的规定。

【本条释义】

基金份额持有人大会的常设机构是为了更好地维护基金份额持有人利益而存在的。因为一般来说，基金份额持有人人数多，而且分散在各地，因此很难有效地行使自身权利，维护自身权益。为此，可以设立日常机构，帮助基金份额持有人大会更好地行使其职责。需要注意的是，基金份额持有人大会的日常机构是为服务于基金份额持有人大会设立的，其本身不等于基金份额持有人大会，也不能代行基金份额持有人大会职权。

根据本条规定，基金份额持有人大会日常机构主要有以下职权：

一、召集基金份额持有人大会

根据本法第八十三条的规定，基金份额持有人大会由基金管理人召集。基金份额持有人大会设立日常机构的，由该日常机构召集；该日常机构未召集的，由基金管理人召集。基金管理人未按规定召集或者不能召开的，由基金托管人召集。因此，召集基金份额持有人大会是常设机构的职权之一。

二、提请更换基金管理人、基金托管人

需要注意的是，基金份额持有人大会日常机构享有的只能是提请更换基金管理人、基金托管人的权利。因为根据本法第四十七条的规定，更换基金管理人、基金托管人需要由基金份额持有人大会决定。

三、监督基金管理人的投资运作、基金托管人的托管活动

事实上，这是基金份额持有人大会日常机构一个非常重要的职权，正如前文所说，基金份额持有人由于人数多，组成分散，不可能及时地对基金管理人、基金托管人进行监督，因此必须通过基金份额持有人大会日常机构代替其行使监督基金管理人和基金托管人的职责。

四、提请调整基金管理人、基金托管人的报酬标准

根据本法第四十七条的规定,基金份额持有人大会会有权决定调整基金管理人、基金托管人的报酬标准,但是在基金托管人大会决定审议之前,需要有一个机构提出,因此本项规定由基金份额持有人大会的日常机构提请调整。

五、基金合同约定的其他职权

除上述事项之外,基金合同也可以约定其他事项由基金份额持有人大会的日常机构行使。

基金份额持有人大会的日常机构,应当由基金份额持有人大会选举产生的人员组成;其议事规则,由基金合同约定。

第四十九条

基金份额持有人大会及其日常机构不得直接参与或者干涉基金的投资管理活动。

【本条主旨】

本条是关于基金份额持有人大会及其日常机构不得直接参与或者干涉基金的投资管理活动的规定。

【本条释义】

通过前文的论述,我们已经知道,基金份额持有人大会是由全体基金份额持有人或委托代表参加,主要讨论有关基金持有人利益的重大事项,如修改基金合同、终止基金、更换基金托管人、更换基金管理人、延长基金期限、变更基金类型以及召集人认为要提交基金份额持有人大会讨论的其他事项的组织。从基金法律关系中,我们可以知道基金份额持有人、基金管理人、基金托管人以及基金服务机构有着各自不同的法律地位。从本质而言,证券投资基金是一个具有法律人

格的主体，是由基金管理人、基金托管人以及基金份额持有人借助于基金合同而组成的一个团体。基金合同是基金持有人权利和义务的来源。从证券投资基金的起源来看，证券投资基金是公司和信托两种制度相结合的产物，基金持有人的法律地位亦介于公司股东与传统私人受益人之间。证券投资基金持有人通过利用基金管理人的专业技能，来实现其资产的增值。也就是说，投资者的财产分裂为资本的提供和投资两个功能，并将投资的功能职业化。资本提供者不再负责投资，而是将他的资本交给金融中介，由金融中介作出投资的决策。在这种情况下，基金份额持有人大会及其日常机构在整个基金运作的过程中的角色也就弱化了，这种弱化主要是在基金的具体运作经营方面。因此，本法在明确规定了基金份额持有人、基金份额持有人大会、基金份额持有人大会日常机构的职权之后，规定基金份额持有人大会及其日常机构不得直接参与或者干涉基金的投资管理活动，因为如果基金份额持有人大会及其日常机构直接参与到基金的投资管理活动中的话，也就在事实上违反了证券投资基金的一般原则，也不利于整个基金的良好运作。

第五章 基金的公开募集

本章共十一条，是对基金的公开募集的规定，具体包括：公开募集基金的含义，公开募集基金应经注册并一律由基金管理人管理、基金托管人托管，注册公开募集基金应向国务院证券监督管理机构提交哪些文件，基金合同应当包括的内容，基金招募说明书包括的内容，国务院证券监督管理机构对基金募集申请进行注册，基金份额的发售，基金管理人在基金份额发售前公布有关文件以及对基金宣传推介活

动的要求，基金募集期限，基金备案和公告程序，基金募集期间不得动用所募资金，基金合同成立、生效以及基金募集失败的法律后果等内容。

第五十条

公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。未经注册，不得公开或者变相公开募集基金。

前款所称公开募集基金，包括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。

公开募集基金应当由基金管理人管理，基金托管人托管。

【本条主旨】

本条是关于公开募集基金的含义、应经注册及其管理与托管的规定。

【本条释义】

本条规定了三个方面的内容：一是公开募集基金的含义；二是将公开募集基金由核准制改为注册制；三是明确了公开募集基金一律应当由基金管理人管理、基金托管人托管。

一、公开募集基金的含义

根据本条规定，应当经国务院证券监督管理机构注册始得募集的基金是指向不特定对象募集资金、向特定对象募集资金累计超过 200 人，以及法律、行政法规规定的其他情形。这一规定主要是为了与非公开募集基金相区别。因为非公开募集基金既不需要核准、也不需要注册，为了防止基金管理人通过非公开募集的方式变相开展公开募集的业务，逃避本法规定的监管措施，本条明确规定了公开募集的含义，从而与非公开募集区别开来。

本条规定了三种属于公开募集而不属于非公开募集的情形，具体是：第一，向不特定对象募集资金，这种情形下，不特定对象的数量不是构成要件，换句话说，即使向少于 200 人的不特定对象募集资金进行证券投资活动，同样构成需要注册才能开展的公开募集。第二，向特定对象募集资金累计超过 200 人，这种情形下实际参与资金募集的人数一旦超过 200 人，则构成公开募集。开展资金募集的基金管理人应当时刻牢记 200 人的“红线”，人数上一旦突破 200 人，则应当按照需经注册的公开募集接受证券监督管理机构监管。第三，法律、行政法规规定的其他情形。

二、公开募集基金应经注册

2012 年本法修改以前规定，“基金管理人依照本法发售基金份额，募集基金，应当向国务院证券监督管理机构提交下列文件，并经国务院证券监督管理机构核准”。换句话说，2012 年修改以前，公开募集基金适用的是核准制而非注册制。

核准制与注册制存在重大差别。一般来说，所谓核准制，也被称作实质管理原则。在核准制下，公开募集基金不仅要符合法律规定的条件，证券监督管理机构可以对申请提交的材料进行实质审查，然后作出核准与不核准的决定。而注册制是指公开募集基金的基金管理人依法向证券监督管理机构送交法律规定的文件，证券监督管理机构只负责审查申请人提供的信息和资料在形式上是否符合法律规定，而不进行实质审查。申请人提交的材料只要符合法律规定，证券监督管理机构便不得以发行价格或其他条件不公平，或投资策略不合理等理由而拒绝注册。注册制主张事后控制。注册制的核心是只要公开募集基金管理人提供的材料不存在虚假、误导或者遗漏，证券监督管理机构则应当予以注册。

2012年将公开募集基金由核准制改为注册制，意味我国对公开募集基金采取了更为灵活、更为自由的监管措施。但需要明确的一点是，注册制是法定的程序，拟任基金管理人应当完成注册后才可以开始募集行为，未经注册，既不得公开募集，也不得变相公开募集，否则构成违法。本法第一百三十六条规定：“违反本法规定，擅自从事公开募集基金的基金服务业务的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，并处十万元以上三十万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上十万元以下罚款。”

三、公开募集基金应当由基金管理人管理、基金托管人托管

本条第三款关于公开募集基金应当由基金管理人管理、基金托管人托管的规定主要是相对于非公开募集而言的。根据本法第八十八条规定，“除基金合同另有约定外，非公开募集基金应当由基金托管人托管。”换句话说，非公开募集基金可以由基金托管人托管，在有基金合同明确约定的情形下，也可以不由基金托管人托管。但是公开募集基金则没有例外规定，根据本法，公开募集基金一律应当由基金管理人管理、基金托管人托管。基金管理人、基金托管人应当根据本法和基金合同约定勤勉忠实地履行职责，保护基金份额持有人的合法权益。

第五十一条

注册公开募集基金，由拟任基金管理人向国务院证券监督管理机构提交下列文件：

（一）申请报告；

- (二) 基金合同草案；**
- (三) 基金托管协议草案；**
- (四) 招募说明书草案；**
- (五) 律师事务所出具的法律意见书；**
- (六) 国务院证券监督管理机构规定提交的其他文件。**

【本条主旨】

本条是关于基金管理人公开募集基金向国务院证券监督管理机构应当提交哪些文件的规定。

【本条释义】

本法第五十条已经规定，公开募集基金应当经国务院证券监督管理机构注册。拟任基金管理人为了完成注册程序，应当向国务院证券监督管理机构提交相关文件。本条明确了拟任基金管理人应当提交的文件，具体包括：

一、申请报告

主要包括：基金发行简要情况，如基金名称、类型、规模、发行对象与价格、费率、认购、申购及赎回安排，存续期限、上市与交易安排等；拟任基金管理人和基金托管人；设立基金的可行性分析，如基金规模、产品需求及目标客户分析等；基金管理人签章等。

二、基金合同草案

基金合同草案应当具备本法第五十二条规定的基金合同必备内容，应当清晰界定基金合同当事人的各项权利义务关系，明确基金份额持有人大会召开的规则及具体程序，清晰说明基金产品的特性等涉及投资人重大利益的事项。另外，此时向国务院证券监督管理机构提交的文本只能是基金合同草案，因其尚未正式成立和生效。基金合同的正式成立与生效时间依照本法第六十条确定，即投资人交纳认购的

基金份额的款项时，基金合同成立；基金管理人依照本法第五十八条的规定向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续，基金合同生效。基金合同在正式成立和生效之前，只能是基金合同草案。

三、基金托管协议草案

基金托管协议是明确基金管理人和基金托管人之间的权利义务关系的法律文书，主要包括基金托管协议当事人，基金托管协议的依据、目的和原则，基金托管人对基金管理人的业务监督和核查，基金管理人对其基金托管人的业务核查，基金财产保管，指令的发送、确认及执行，交易及清算交收运作安排，基金资产净值计算和会计核算，基金收益分配，基金信息披露，基金费用，基金份额持有人名册的保管，基金有关文件和档案的保存，基金管理人和基金托管人的更换，禁止行为，基金托管协议的变更、终止和基金财产清算，违约责任，争议的解决方式，托管协议的效力，其他事项等内容。

通常，基金管理人在向国务院证券监督管理机构提交的基金托管协议草案，应经托管协议当事人双方盖章以及双方法定代表人或授权代表签字，协议当事人双方根据中国证监会的意见修改托管协议草案。托管协议以中国证监会核准注册的文本为正式文本。同时，之所以称为基金托管协议草案，是因为基金托管协议自基金合同成立之日起成立，自基金合同生效之日起生效，在正式成立和生效以前，只能称为基金托管协议草案。

四、招募说明书草案

招募说明书旨在充分披露可能对投资人做出投资判断产生重大影响的一切信息，应充分阐述基金的投资目标、投资理念、投资策略、风险、费率等与投资人投资决策有关的全部必要事项，其法定必备内容可参见本法第五十三条及其释义。

五、律师事务所出具的法律意见书

律师事务所及其律师对基金管理人和基金托管人、代销机构资格、基金广告以及基金发行文件等进行尽职调查并出具法律意见，内容包括但不限于对基金管理人和基金托管人、代销机构等是否具有法定资格及过去是否存在违法违规经营行为的调查及意见。

六、国务院证券监督管理机构规定提交的其他文件

为防止本条列举不全，本条最后一项授权国务院证券监督管理机构可以根据监管实践的需要确定拟任基金管理人应当提交的其他文件。目前，国务院证券监督管理机构的要求提供的文件还包括：（1）代销协议（草稿），应当清晰界定基金销售代理人和基金管理人在基金销售和服务等业务活动中的权利义务关系。（2）基金管理人董事会决议，主要内容包括基金管理人董事会有关基金发行申请的决议、对基金经理人选的审核意见等。（3）基金管理人和基金托管人的资格证明文件。（4）经会计师事务所审计的基金管理人、基金托管人最近3年或者成立以来的财务会计报告。（5）发行方案，等等。实务中，基金管理人应当根据国务院证券监督管理机构的最新要求提供有关文件。

第五十二条

公开募集基金的基金合同应当包括下列内容：

- （一） 募集基金的目的和基金名称；**
- （二） 基金管理人、基金托管人的名称和住所；**
- （三） 基金的运作方式；**

(四) 封闭式基金的基金份额总额和基金合同期限, 或者开放式基金的最低募集份额总额;

(五) 确定基金份额发售日期、价格和费用的原则;

(六) 基金份额持有人、基金管理人和基金托管人的权利、义务;

(七) 基金份额持有人大会召集、议事及表决的程序和规则;

(八) 基金份额发售、交易、申购、赎回的程序、时间、地点、费用计算方式, 以及给付赎回款项的时间和方式;

(九) 基金收益分配原则、执行方式;

(十) 基金管理人、基金托管人报酬的提取、支付方式与比例;

(十一) 与基金财产管理、运用有关的其他费用的提取、支付方式;

(十二) 基金财产的投资方向和投资限制;

(十三) 基金资产净值的计算方法和公告方式;

(十四) 基金募集未达到法定要求的处理方式;

(十五) 基金合同解除和终止的事由、程序以及基金财产清算方式;

(十六) 争议解决方式;

(十七) 当事人约定的其他事项。

【本条主旨】

本条是关于基金合同应当包括的内容的规定。

【本条释义】

基金合同是规范基金管理人、基金托管人和基金份额持有人权利义务关系的协议。本条规定了基金合同应当包括的内容。

一、募集基金的目的和基金名称

募集基金的目的是指该项基金拟通过什么样的投资手段追求什么样的投资收益目的，例如，某基金将其募集基金的目的表述为：“本基金主要投资于全球债券市场，通过运用基金中基金这种国际流行的投资管理模式，力争实现资产运作细分化、组合配置最优化、风险管理精细化、风险调整后收益最大化，从而谋求基金资产的长期稳定增值。”

基金名称是指经国务院证券监督管理机构注册的该支基金的称谓，例如目前市场上有一支基金的名称为“鹏华中证 A 股资源产业指数分级证券投资基金”。

二、基金管理人、基金托管人的名称和住所

在基金合同中应当明确列明基金管理人、基金托管人的名称和住所。

三、基金运作方式

根据本法规定，基金运作方式可以采用封闭式、开放式或者其他方式。封闭式基金，是指基金份额总额在基金合同期限内固定不变，基金份额持有人不得申请赎回的基金；开放式基金，是指基金份额总额不固定，基金份额可以在基金合同约定的时间和场所申购或者赎回的基金。采用其他运作方式的基金，其基金份额的发售、交易、申购、赎回的办法，由国务院证券监督管理机构另行规定。在基金合同中，应当根据本法对封闭式基金、开放式基金的定义以及采用其他运作方式的基金的规定，具体订明该支基金是封闭式基金、开放式基金还是采用其他运作方式的基金。

四、封闭式基金的基金份额总额和基金合同期限，或者开放式基金的最低募集份额总额

对于封闭式基金，应当订明基金份额总额和基金合同期限。基金份额总额，是指经国务院证券监督管理机构注册的，基金管理人计划募集的封闭式基金的基金规

模。根据本法规定，封闭式基金的基金份额总额经注册后在基金合同期限内固定不变。所以，对于封闭式基金，应当在基金合同中订明基金份额总额，使投资人了解该支基金的规模。由于封闭式基金只能在依法设立的证券交易场所交易，基金份额持有人不得申请赎回，只有到基金合同期满后才能对基金财产进行清算。因此，本项要求封闭式基金应当在基金合同中约定合同期限，使投资人了解该支基金的存续期限。

对于开放式基金，本项没有要求在基金合同中订明基金份额总额和基金合同期限，这是因为开放式基金的基金份额总额不固定，基金份额可以在基金合同约定的时间和场所申购或者赎回。因此，本项只要求开放式基金在基金合同中约定最低募集份额总额。但实践中，开放式基金除订明最低募集份额总额外，还会约定最低募集金额及基金的募集规模上限。例如，某基金的基金合同约定“本基金最低募集规模为2亿份基金份额，基金募集金额不少于2亿元人民币。本基金在募集期内最终确认的有效认购金额（含认购费）拟不超过70亿元人民币（不包括募集期利息）”。另外，虽然基金存续期限对于开放式基金不是必备条款，但实践中有些开放式基金会在基金合同中将基金存续期限约定为“不定期”。

五、确定基金份额发售日期、价格和费用的原则

基金份额是指向投资者公开发行的，表示持有人按其所持份额对基金财产享有收益分配权、清算后剩余财产取得权和其他相关权利，并承担相应义务的凭证。在基金合同中订明基金份额的发售日期、基金份额面值以及基金份额认购、开放式基金的基金份额申购等费用的原则，便于投资人购买。例如，某基金的基金合同约定：“本基金发

售时间自基金份额发售之日起最长不得超过3个月；基金份额首次发行面值为人民币1.00元，按面值发售。”

六、基金份额持有人、基金管理人和基金托管人的权利、义务

这是基金合同的核心内容。事实上，本法的核心内容也是对基金份额持有人、基金管理人和基金托管人权利义务的规定。例如，对于基金份额持有人的权利，本法规定了分享基金财产收益；参与分配清算后的剩余基金财产；依法转让或者申请赎回其持有的基金份额；按照规定要求召开基金份额持有人大会；对基金份额持有人大会审议事项行使表决权；查阅或者复制公开披露的基金信息资料；对基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构损害其合法权益的行为依法提起行政诉讼以及基金合同约定的其他权利。而对于基金管理人、基金托管人，则主要是从职责角度作了规定，明确要求其管理、运用基金财产，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。

基金合同在基金合同中约定基金份额持有人、基金管理人、基金托管人的权利义务时，应当在遵守本法有关规定的前提下，结合证券投资基金活动的实际情况作出具体规定。为维护各方合法权益，明晰各自权利义务的界限，基金合同应当尽可能详细地作出准确的约定。例如，以下关于基金管理人权利的约定就比较明确且详尽，可供参考：

“根据证券投资基金法及其他有关法律法规，基金管理人的权利为：
1 依法募集资金；2 自基金合同生效之日起，依照有关法律法规和基金合同的规定独立运用并管理基金财产；3 依照基金合同收取基金管理费以及法律法规规定或监管部门批准的其他收入；4 销售基金份额；5 依法召集基金份额持有人大会；6 根据基金合同及有关规定监督基金托管人，如认为基金托管人违反了基金合同或有关法律法规规定，应呈报中国证监会和其他监管部门，并采取必要措施

保护基金投资者的利益；7 在基金托管人更换时，提名新的基金托管人；8 选择、委托、更换代销机构，并依据基金销售服务代理协议和有关法律法规，对其相关行为进行监督和处理；9 自行担任或委托其他符合条件的机构担任基金注册登记机构办理基金注册登记手续并获得基金合同规定的费用；10 依据基金合同及有关法律法规规定决定基金收益的分配方案；11 在基金合同约定的范围内，拒绝或暂停受理申购和赎回申请；12 在符合有关法律法规和基金合同的前提下，制定和调整有关基金认购、申购、赎回、转换、非交易过户、转托管等业务的规则，在法律法规和基金合同规定的范围内决定和调整基金的除调高托管费率和管理费率之外的相关费率结构和收费方式；13 依照法律法规为基金的利益对被投资公司行使股东权利，为基金的利益行使因基金财产投资于证券所产生的权利；14 在法律法规允许的前提下，为基金的利益依法为基金进行融资、融券；15 以基金管理人的名义，代表基金份额持有人的利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为；16 选择、更换律师事务所、会计师事务所、证券经纪商或其他为基金提供服务的外部机构；17 法律法规和基金合同规定的其他权利。”

七、基金份额持有人大会召集、议事及表决的程序和规则

本法第四十七条和第九章对基金份额持有人大会的召开事由，召集、议事及表决程序和规则等作了明确规定。例如，本法第八十三条规定：“基金份额持有人大会由基金管理人召集。基金份额持有人大会设立日常机构的，由该日常机构召集；该日常机构未召集的，由基金管理人召集。基金管理人未按规定召集或者不能召集的，由基金托管人召集。”“代表基金份额百分之十以上的基金份额持有人就同一事项要求召开基金份额持有人大会，而基金份额持有人大会的日常

机构、基金管理人、基金托管人都不召集的，代表基金份额百分之十以上的基金份额持有人有权自行召集，并报国务院证券监督管理机构备案。”但这并不意味着排除了基金合同对这些事项进行约定的权利。事实上，基金份额持有人大会召集、议事及表决的程序和规则主要还需要通过基金合同在本法规定的基础上，予以进一步细化和明确。具体地说，基金合同应当对以下内容进行详细而明确的约定：基金份额持有人大会的组成及投票权，召开事由，召集人和召集方式，召开基金份额持有人大会的通知时间、通知内容、通知方式，基金份额持有人出席会议的方式，议事内容与程序，决议形成的条件、表决方式、程序，计票，基金份额持有人大会决议报中国证监会备案后的公告时间、方式等。通常，在基金合同中还应当约定，“法律法规或监管部门对基金份额持有人大会另有规定的，从其规定”。

八、基金份额发售、交易、申购、赎回的程序、时间、地点、费用计算方式以及给付赎回款项的时间和方式本项未对封闭式基金和开放式基金进行区别规定，但理解时应当按照基金运作方式的不同相应调整基金合同应当约定的内容。如果是封闭式基金，应当订明基金份额发售、交易的程序、时间、地点、费用计算方式；如果是开放式基金，应当订明基金份额发售、申购、赎回的程序、时间、地点、费用计算方式以及给付赎回款项的时间和方式。同时，基金合同关于这一内容的约定不得违反本法第六章的规定，例如关于给付赎回款项的时间和方式的约定就不得违反本法第六十七条关于基金管理人应当按时支付赎回款项的规定。

九、基金收益分配原则、执行方式

基金合同应当明确基金收益的构成，可供分配的利润，收益分配原则，收益分配方案，收益分配方案的确定、公告与实施，收益分配

中发生的费用等。以上内容中，收益分配原则是核心内容，应当对基金收益分配的基本比例、分配次数、分配时间、分配政策等作出约定。例如，某基金的基金合同约定：“本基金收益分配应遵循下列原则：1 本基金的每份基金份额享有同等分配权；2 在符合有关基金分红条件的前提下，本基金每年收益分配次数最多为 12 次，每份基金份额每次分配比例不得低于收益分配基准日每份基金份额可供分配利润的 20%；若基金合同生效不满 3 个月，可不进行收益分配；3 基金收益分配基准日的基金份额净值减去每单位基金份额收益分配金额后不能低于面值；4 本基金收益分配方式分为两种：现金分红与红利再投资，基金投资者可选择现金红利或将现金红利自动转为基金份额进行再投资；若投资者不选择，本基金默认的收益分配方式是现金分红；5 法律法规或监管机构另有规定的从其规定。在不影响投资者利益的情况下，基金管理人可在法律法规允许的前提下酌情调整以上基金收益分配原则，此项调整不需要召开基金份额持有人大会，但应于变更实施日前在指定媒体和基金管理人网站公告。”

十、基金管理人、基金托管人报酬的提取、支付方式与比例

依照基金合同的约定取得管理费、托管费，是基金管理人、基金托管人的权利，因此，应当在基金合同中对管理费、托管费的提取、支付方式与比例作出约定。

十一、与基金财产管理、运用有关的其他费用的提取、支付方式

除管理费、托管费外，在管理、运用基金财产时还会产生其他费用，需要在基金财产中提取，比如上市年费、证券交易费用、信息披露费用、持有人大会费用、审计费用和律师费用等。这些费用的提

取涉及基金财产和基金份额持有人的利益，需要在基金合同中对其提取和支付方式作出约定。

十二、基金财产的投资方向和投资限制

本法第七十二条规定，基金财产应当投资于上市交易的股票、债券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。同时，本法第七十三条明确规定，基金财产不得用于下列投资或者活动：承销证券；违反规定向他人贷款或者提供担保；从事承担无限责任的投资；买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外；向基金管理人、基金托管人出资；从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动；法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。而运用基金财产买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务。

在基金合同中约定投资方向和投资限制条款时，应当符合本法的上述规定，违反上述规定的内容无效。但基金合同可以结合本基金的实际在不违反上述规定的情况下作出具体规定。例如，某基金的基金合同约定该基金的投资范围为：“本基金的投资范围包括但不限于在已与中国证监会签署双边监管合作谅解备忘录的国家或地区证券监管机构登记注册的境外债券型及货币型交易型开放式指数基金（债券型及货币型ETF），主动管理的债券型及货币型公募基金，公开发行、上市的债券，货币市场工具以及中国证监会允许本基金投资的其他金融工具。如法律法规或监管机构以后允许基金投资其他品种，基金管理人在履行适当程序后，可以将其纳入投资范围。”同时对其

投资境外基金作出明确限制："3 关于投资境外基金的限制：（1）每只境外基金投资比例不超过本基金资产净值的 20%。本基金投资境外伞型基金时，该伞型基金应当视为一只基金。（2）本基金不得投资于以下基金：①其他基金中基金；②联接基金；③投资于前述两项基金的伞型基金子基金。"

十三、基金资产净值的计算方法和公告方式

基金资产净值是指基金资产总值减去基金负债后的价值。本法规定，基金管理人的职责之一是计算并公告基金资产净值，基金托管人的职责之一是复核、审查基金管理人计算的基金资产净值。基金资产净值直接关系到基金份额申购、赎回价格，因此，应当在基金合同中订明基金资产净值的计算方法和公告方式，便于基金份额持有人了解情况。

十四、基金募集未达到法定要求的处理方式

根据本法规定，基金募集期限届满，封闭式基金募集的基金份额总额达到注册规模的 80%以上，开放式基金募集的基金份额总额超过注册的最低募集份额总额，并且基金份额持有人人数符合国务院证券监督管理机构规定的，基金管理人应当自募集期限届满之日起 10 日内聘请法定验资机构验资，自收到验资报告之日起 10 日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，办理基金备案手续，并予以公告。基金募集期限届满，不能满足本法上述要求的，基金管理人应当以其固有财产承担因募集行为而产生的债务和费用；同时，在基金募集期限届满后 30 日内退还投资人已缴纳的款项，并加计银行同期存款利息。在基金合同中约定基金募集未达到法定要求的处理方式时，应当依照本法上述要求作出具体规定。

十五、基金合同解除和终止的事由、程序以及基金财产清算方式

本法对基金合同终止情形的规定是：基金合同期限届满而未延期的，基金份额持有人大会决定终止的，基金管理人、基金托管人职责终止，在6个月内没有新基金管理人、新基金托管人承接的。除本法上述规定外，基金合同还可以约定基金合同终止的其他情形。关于基金清算，应当订明清算小组成立时间、人员组成、清算程序、清算费用、基金清算剩余资产的分配等。

十六、争议解决方式

主要约定基金合同当事人发生纠纷的，可以通过协商或者调解解决。不愿通过协商或者调解解决的，或者协商、调解不成的，可以依据基金合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，向仲裁机关申请仲裁。基金合同当事人没有在基金合同中订明仲裁条款，事后又没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

十七、当事人约定的其他事项

除本条规定的上述事项外，基金合同当事人还可以根据具体情况约定其他事项。

第五十三条

公开募集基金的基金招募说明书应当包括下列内容：

- （一）基金募集申请的准予注册文件名称和注册日期；**
- （二）基金管理人、基金托管人的基本情况；**
- （三）基金合同和基金托管协议的内容摘要；**
- （四）基金份额的发售日期、价格、费用和期限；**

(五) 基金份额的发售方式、发售机构及登记机构名称；

(六) 出具法律意见书的律师事务所和审计基金财产的会计师事务所的名称和住所；

(七) 基金管理人、基金托管人报酬及其他有关费用的提取、支付方式与比例；

(八) 风险警示内容；

(九) 国务院证券监督管理机构规定的其他内容。

【本条主旨】

本条是关于基金招募说明书应当包括的内容的规定。

【本条释义】

基金招募说明书是基金发起人按照国家有关法律、法规制定的并向社会公众公开发售基金时，为基金投资者提供的、对基金情况进行说明的一种法律性文件。基金招募说明书旨在充分披露可能对投资人作出投资判断产生重大影响的一切信息，包括基金管理人情况、基金托管人情况、基金销售渠道、申购和赎回的方式，以及价格、费用种类及比率、基金的投资目标、基金的会计核算原则，收益分配方式等。基金招募说明书是投资人了解基金的最基本也是最重要的文件之一。本条规定基金招募说明书应当包括以下内容：

一、基金募集申请的准予注册文件名称和注册日期

根据本法规定，基金管理人募集基金应当向国务院证券监督管理机构提交有关文件，并经国务院证券监督管理机构注册。本项要求在基金招募说明书中应当写明经国务院证券监督管理机构准予注册的文件名称和注册日期，以向公众说明其募集基金的合法性。这部分内容通常在招募说明书的开头部分阐明，例如，可以表述为：“本信用增利债券型证券投资基金经 2013 年 5 月 19 日中国证券监督管理委员会

会《关于注册鹏华信用增利债券型证券投资基金募集的批复》（证监许可〔2013〕×号文）注册，进行募集。”

二、基金管理人、基金托管人的基本情况

主要包括基金管理人、基金托管人的名称、住所、设立日期、法定代表人、办公地址、电话、联系人、注册资本、股权结构、董事会成员和监事会成员及高级管理人员情况，基金管理人的本基金拟任基金经理的情况、投资决策委员会成员情况、内部控制制度，基金托管人的基金托管业务经营情况、基金托管人的内部风险控制制度说明、基金托管人对基金管理人运作基金进行监督的方法和程序等。

三、基金合同和基金托管协议的内容摘要

基金合同是约定基金管理人、基金托管人、基金份额持有人权利义务关系的协议。投资人购买基金份额，要与基金管理人、基金托管人签订基金合同，基金合同是募集基金的主要文件，因此，本项要求招募说明书中要包括基金合同的内容摘要。基金托管协议是基金管理人与基金托管人签订的，明确各自在管理、运用基金财产方面职责的协议。主要包括基金托管人与基金管理人之间的业务监督、核查，基金资产保管，投资指令的发送、确认及执行，交易安排，基金资产净值计算和会计核算，基金收益分配、基金持有人名册的登记与保管，信息披露，基金有关文件档案的保存，基金托管人报告，基金托管人和基金管理人的更换，违约责任，争议处理等内容。要求在基金招募说明书中写明基金托管协议的内容摘要，目的是让社会公众了解基金管理人、基金托管人在管理、运用基金财产中各自的职责。

四、基金份额的发售日期、价格、费用和期限

基金份额的发售日期是指向社会公众开始募集基金的日期。基金份额发售期限是指从基金开始募集的日期起至基金结束募集的日期

止。按照本法规定，基金份额的发售期限不得超过国务院证券监督管理机构核准的基金募集期限。

五、基金份额的发售方式、发售机构及登记机构名称

发售方式是指在发售机构的营业网点发行、网上发行等。关于发售机构和登记机构，根据本法规定，既可以是基金管理人，也可以是基金管理人委托的经国务院证券监督管理机构认定的其他机构，如商业银行、证券公司等。六、出具法律意见书的律师事务所和审计基金财产的会计师事务所的名称和住所为了，保护基金财产和基金份额持有人的利益，确保证券投资基金活动的规范运作，本法要求对基金管理人、基金托管人出具的相关报告以及对基金财产及财务会计报告，要有律师事务所出具的法律意见书和会计师事务所出具的审计报告。而投资者通过第三方的信誉也可以在一定程度上判断基金规范运作的程度。因此，本项要求在招募说明书中要写明律师事务所、会计师事务所的具体名称和办公地址。七、基金管理人、基金托管人报酬及其他有关费用的提取、支付方式与比例基金管理人、基金托管人的报酬是指管理费、托管费。除管理费、托管费外，在管理、运用基金财产时还会产生其他费用，也需要在基金财产中提取，比如，上市年费、证券交易费用、持有人大会费用、审计费用和律师费用、信息披露费用等。这些费用的提取会对基金财产产生影响，从而影响基金份额持有人的利益，因此需要在招募说明书中事先告知投资者基金管理人、基金托管人报酬及其他有关费用的提取、支付方式与比例。

八、风险警示内容

应专门阐述本基金可能面临的风险，如系统性风险、非系统性风险、管理风险、流动性风险、本基金特有的风险及其他风险等，以使社会公众对投资风险有较为全面的认识。其中，第一，系统性风险

是指因整体政治、经济、社会等环境因素对证券价格产生影响而形成的风险，主要包括政策风险、经济周期风险、利率风险和购买力风险等。第二，非系统性风险是指个别证券特有的风险，包括上市公司经营风险、信用风险等。第三，管理风险是指在基金管理运作过程中基金管理人的知识、经验、判断、决策、技能等，会影响其对信息的占有和对经济形势、证券价格走势的判断，从而影响基金收益水平。因此，基金的收益水平与基金管理人的管理水平、管理手段和管理技术等相关性较大。因此基金可能因为基金管理人的因素而影响基金收益水平。第四，流动性风险是指基金可能面临基金资产不能迅速、低成本地转变成现金，或者不能应付可能出现的投资者大额赎回的风险。第五，本基金特有的风险，应根据本基金的投资策略向投资者提示有关风险。第六，其他风险，如应提示因技术因素而产生的风险，如电脑系统出现故障产生的风险，等等。

九、国务院证券监督管理机构规定的其他内容

本项授权国务院证券监督管理机构可以根据实践需要规定其他应在招募说明书中列明的内容，基金招募说明书应当列明这些内容。

第五十四条

国务院证券监督管理机构应当自受理公开募集基金的募集注册申请之日起六个月内依照法律、行政法规及国务院证券监督管理机构的规定进行审查，作出注册或者不予注册的决定，并通知申请人；不予注册的，应当说明理由。

【本条主旨】

本条是关于国务院证券监督管理机构对基金募集申请进行注册的规定。

【本条释义】

2012年修改将公开募集基金由核准制改为注册制。相应的，国务院证券监督管理机构应当将监管措施从过去的核准改为注册。本条对国务院证券监督管理机构进行审查的依据、时限和作出决定进行了规范。

一、审查依据

根据本条规定，国务院证券监督管理机构应当依照法律、行政法规及国务院证券监督管理机构的规定进行审查。也就是说，国务院证券监督管理机构应当进行依法审查，对于符合法律规定的，应当依法予以注册；对于不符合法律规定的，应当依法不予注册。目前，国务院证券监督管理机构主要依据2012年修订颁布的证券投资基金运作管理办法（注：中国证监会依照2012年修改后的本法于2013年4月26日就修订证券投资基金运作管理办法公开征求意见，公开征求意见稿中未对证券投资基金运作管理办法第六、七条作实质性修改。该办法与本法不冲突的内容仍然有效）第六条和第七条进行审查。

《证券投资基金运作管理办法》第六条规定：“申请募集基金，拟任基金管理人、基金托管人应当具备下列条件：（一）拟任基金管理人为依法设立的基金管理公司，拟任基金托管人为具有基金托管资格的商业银行；（二）有符合中国证监会规定的、与管理及托管拟募集基金相适应的基金经理等业务人员；（三）基金的投资管理、销售、登记和估值等业务环节制度健全，行为规范，不存在影响基金正常运作、损害或者可能损害基金份额持有人合法权益的情形；（四）最近一年内没有因违法违规行受到行政处罚或者刑事处罚；（五）没有

因违法违规行为正在被监管机构调查，或者正处于整改期间；（六）不存在对基金运作已经造成或可能造成不良影响的重大变更事项，或者诉讼、仲裁等其他重大事项；（七）不存在公司治理不健全、经营管理混乱、内部控制和 risk 管理制度无法得到有效执行、财务状况恶化等重大经营风险；（八）中国证监会根据审慎监管原则规定的其他条件。”

《证券投资基金运作管理办法》第七条规定：“申请募集基金，拟募集的基金应当具备下列条件：（一）有明确、合法的投资方向；（二）有明确的基金运作方式；（三）符合中国证监会关于基金品种的规定；（四）不与拟任基金管理人已管理的基金雷同；（五）基金合同、招募说明书等法律文件草案符合法律、行政法规和中国证监会的规定；（六）基金名称表明基金的类别和投资特征，不存在损害国家利益、社会公共利益，欺诈、误导投资人，或者其他侵犯他人合法权益的内容；（七）中国证监会根据审慎监管原则规定的其他条件。”

二、审查期限

虽然 2012 年修改将核准制改为注册制，但对于国务院证券监督管理机构可以进行审查的最长期限并没有作出修改。根据本条规定，国务院证券监督管理机构最长有 6 个月的审查期。本法规定相对较长的审查期限而不像行政许可法规定的 20 日（特殊情况下可以延长 10 日，法律行政法规另有规定除外），是由于公开募集基金的一个主要特点在于其向不特定对象募集，影响的投资人范围很广，如果处理不好，很可能影响到社会的稳定；同时公开募集基金涉及较为专业的知识，不可能在较短时间内完成审查。

当然，虽然本法规定了国务院证券监督管理机构有 6 个月的审查期，从提高行政效率，便于各方面及时开展经济活动的角度来考虑，

国务院证券监督管理机构应当及时完成审查，作出注册或者不予注册的决定。同时，国务院证券监督管理机构在安排审查先后顺序时，应当按照受理时间的先后进行审查，对所有申请一视同仁。如果国务院证券监督管理机构未在6个月内作出准予注册或者不予注册的决定，申请人可以依法提出复议或者行政诉讼，有关机关应当依法予以受理。

三、作出注册或者不予注册的决定

根据本条规定，国务院证券监督管理机构应当作出注册或者不予注册的决定。无论是准予注册还是不予注册，都应当及时以书面形式通知申请人。对于准予注册的，除了要以书面形式通知申请人外，还应当在书面文件中载明准予注册的日期，只有这样，申请人才能在基金招募说明书中依照本法第五十三条第一项的要求向社会投资者明示“基金募集申请的准予注册文件名称和注册日期”。对于不予注册的，应当说明理由；同时，根据行政许可法的规定，对不予注册的，国务院证券监督管理机构应当告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

第五十五条

基金募集申请经注册后，方可发售基金份额。

基金份额的发售，由基金管理人或者其委托的基金销售机构办理。

【本条主旨】

本条是关于基金份额发售的规定。

【本条释义】

一、募集申请经注册后方可发售基金份额

基金份额的发售意味着基金募集正式开始。本法明确规定，公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。本条基于这一规定，进一步明确基金募集申请只有经注册后，方可发售基金份额。对未经国务院证券监督管理机构注册，擅自募集基金的，本法规定了法律责任，即由国务院证券监督管理机构责令停止，返还所募资金和加计的银行同期存款利息，没收违法所得，并处所募资金金额 1%以上 5%以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接人员给予警告，并处 5 万元以上 50 万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

基金份额的发售，应当遵守本法及国务院证券监督管理机构的有关规定。其中本法第五十六条对基金份额发售应当公布的文件及宣传推介活动进行了规范，有关内容详见该条文及其释义；而中国证监会 2013 年 2 月 17 日修订，2013 年 6 月 1 日起施行的《证券投资基金销售管理办法》也对基金份额发售提出了要求，如基金销售机构从事基金销售活动，应当遵守法律法规和中国证监会的规定，不得损害国家利益、社会公共利益和基金投资人的合法权益；基金销售机构从事基金销售活动，应当遵守基金合同、基金销售协议的约定，遵循公开、公平、公正的原则，诚实守信，勤勉尽责，恪守职业道德和行为规范。又如，基金销售机构应当按照基金合同、招募说明书和基金销售服务协议约定向投资人收取销售费用，并如实核算、记账；未经基金合同、招募说明书、基金销售服务协议约定，不得向投资人收取额外费用；未经招募说明书载明并公告，不得对不同投资人适用不同费率。基金销售机构应当依法为投资人保守秘密。基金销售机构和基金销售相关机构通过互联网开展基金销售活动的，应当报相关部门进行网络内容服务商备案，其信息系统应当符合中国证监会基金销售业

务信息管理平台的有关要求，并在向投资人开通前将基金销售网站地址报中国证监会备案。

二、基金份额的发售机构

根据本条规定，既可以由基金管理人自行承担基金份额的发售，也可以由基金管理人委托的基金销售机构承担基金份额的发售。

1、基金管理人自行发售基金。这与本法第十九条关于基金管理人应当履行的职责的规定是一致的。本法第十九条规定，基金管理人办理基金份额的发售事宜。

2、基金管理人委托的基金销售机构。根据本条规定，基金管理人除自己发售基金份额外，还可以委托其他机构代为发售基金份额。但是，根据本法第九十七条规定，从事公开募集基金的销售，应当按照国务院证券监督管理机构的规定进行注册或者备案。也就是说，基金管理人只能委托按照国务院证券监督管理机构的规定进行注册或者备案的机构发售基金份额。

根据中国证监会 2013 年修订颁布的《证券投资基金销售管理办法》，除基金管理人可以自行发售基金份额外，商业银行（含在华外资法人银行）、证券公司、期货公司、保险机构、证券投资咨询机构、独立基金销售机构以及中国证监会规定的其他机构可以向中国证监会申请注册基金销售业务资格。商业银行、证券公司、期货公司、保险机构、证券投资咨询机构、独立基金销售机构以及中国证监会规定的其他机构申请注册基金销售业务资格应当具备下列条件： "（一）具有健全的治理结构、完善的内部控制和 risk 管理制度，并得到有效执行；（二）财务状况良好，运作规范稳定；（三）有与基金销售业务相适应的营业场所、安全防范设施和其他设施；（四）有安全、高效的办理基金发售、申购和赎回等业务的技术设施，且符合中国证监

会对基金销售业务信息管理平台的有关要求，基金销售业务的技术系统已与基金管理人、中国证券登记结算公司相应的技术系统进行了联网测试，测试结果符合国家规定的标准；（五）制定了完善的资金清算流程，资金管理符合中国证监会对基金销售结算资金管理的有关要求；（六）有评价基金投资人风险承受能力和基金产品风险等级的方法体系；（七）制定了完善的业务流程、销售人员执业操守、应急处理措施等基金销售业务管理制度，符合中国证监会对基金销售机构内部控制的有关要求；（八）有符合法律法规要求的反洗钱内部控制制度；（九）中国证监会规定的其他条件。”商业银行、证券公司、期货公司、保险机构、证券投资咨询机构、独立基金销售机构还应分别符合《证券投资基金销售管理办法》针对该类机构规定的有关条件，如商业银行申请基金销售业务资格，除前述条件外，还应当具备下列条件： ”（一）有专门负责基金销售业务的部门；（二）资本充足率符合国务院银行业监督管理机构的有关规定；（三）最近3年内没有受到重大行政处罚或者刑事处罚；（四）公司负责基金销售业务的部门取得基金从业资格的人员不低于该部门员工人数的1/2，负责基金销售业务的部门管理人员取得基金从业资格，熟悉基金销售业务，并具备从事基金业务2年以上或者在其他金融相关机构5年以上的工作经历；公司主要分支机构基金销售业务负责人均已取得基金从业资格；（五）国有商业银行、股份制商业银行以及邮政储蓄银行等取得基金从业资格人员不少于30人；城市商业银行、农村商业银行、在华外资法人银行等取得基金从业资格人员不少于20人。”申请基金销售业务资格的机构，应当按照中国证监会的规定提交申请材料。中国证监会依照《行政许可法》的规定，受理基金销售业务资格的注册申请，

并进行审查，作出决定。取得基金销售业务资格的基金销售机构，应当将机构基本信息报中国证监会备案，并予以定期更新。

实践中，基金管理人一般采取自行销售与委托符合条件的机构代销相结合的模式发售基金份额，其中委托的机构通常不只是一家，通常委托多家符合条件的机构代销。例如，某基金在其基金招募说明书中载明：“基金份额发售机构：1 直销机构：（1）某基金管理有限公司直销中心；（2）某基金管理有限公司北京分公司；（3）某基金管理有限公司上海分公司；（4）某基金管理有限公司武汉分公司。2 代销机构：（1）某银行股份有限公司；（2）其他代销机构：具体名单详见本基金份额发售公告。基金管理人可根据有关法律法规要求，根据实情，选择其他符合要求的机构代理销售本基金或变更上述代销机构，并及时公告。”

第五十六条

基金管理人应当在基金份额发售的三日前公布招募说明书、基金合同及其他有关文件。

前款规定的文件应当真实、准确、完整。

对基金募集所进行的宣传推介活动，应当符合有关法律、行政法规的规定，不得有本法第七十七条所列行为。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人在基金份额发售前公布有关文件以及对基金宣传推介活动要求的规定。

【本条释义】

一、基金管理人应当在基金份额发售前公布有关文件

根据本条第一款，基金管理人应当在基金份额发售的3日之前公布招募说明书、基金合同及其他有关文件。其中“其他有关文件”主要是指国务院证券监督管理机构要求公布的有关文件。通过公布这些文件，可以让社会公众提前了解基金管理人所发基金的投资目标、投资决策、投资组合、投资范围、风险揭示、收益分配等具体情况，了解基金合同当事人之间的权利义务关系等。通过最大限度的披露影响投资人决策的全部事项，可以方便投资人作出是否购买基金份额的投资决策。

二、基金管理人公布的文件应当真实、准确、完整

基金管理人公布的文件只有真实、准确、完整，投资者才可以基于这些文件作出判断，否则投资者得到的信息就是不可靠的。而真实、准确、完整的最核心要求是公布的文件应当与募集申请时向国务院证券监督管理机构提交的文件一致，不得弄虚作假，不得有误导性陈述或者有重大遗漏。基金管理人公布的文件不符合真实、准确和完整的要求，则需要承担相应的法律责任，包括投资者可能因此提出民事赔偿请求。因此，基金管理人公布文件时应当充分注意其真实、准确和完整的要求。

三、基金募集的宣传推介活动应当合法

基金宣传推介，是指为推介基金向公众分发或者公布使公众可以普遍获得的书面、电子或者其他介质的信息。基金宣传推介材料通常包括，公开出版资料；宣传单、手册、信函、传真、非指定信息披露媒体上刊发的与基金销售相关的公告等面向公众的宣传资料；海报、户外广告；电视、电影、广播、互联网资料、公共网站链接广告、短信及其他音像、通讯资料等。根据本条第三款的规定，基金宣传推介

活动，应当符合有关法律、行政法规的规定。具体理解时可以分为以下三个层次：

首先，基金募集的完全推介活动不得有本法第七十七条所列行为，即不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；不得对证券投资业绩进行预测；不得违规承诺收益或者承担损失；不得诋毁其他基金管理人、基金托管人或者基金销售机构；不得有法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为，如夸大或者片面宣传基金，违规使用安全、保证、承诺、保险、避险、有保障、高收益、无风险等可能使投资人认为没有风险的或者片面强调集中营销时间限制的表述，登载单位或者个人的推荐性文字。

其次，应当符合有关法律、行政法规的规定，如为基金产品进行广告宣传时，应当遵守广告法的有关规定。

最后，应当符合国务院证券监督管理机构关于基金募集的宣传推介活动的规范。中国证监会 2013 年修订颁布的《证券投资基金销售管理办法》对基金募集的宣传推介活动，特别是基金宣传推介材料，作了专门的规定。宣传推介活动应当符合该办法，如基金管理人的基金宣传推介材料，应当事先经基金管理人负责基金销售业务的高级管理人员和督察长检查，出具合规意见书，并自向公众分发或者发布之日起 5 个工作日内报基金管理人主要经营活动所在地中国证监会派出机构备案。其他基金销售机构的基金宣传推介材料，应当事先经基金销售机构负责基金销售业务和合规的高级管理人员检查，出具合规意见书，并自向公众分发或者发布之日起 5 个工作日内报工商注册登记所在地中国证监会派出机构备案。制作基金宣传推介材料的基金销售机构应当对其内容负责，保证其内容的合规性，确保向公众分发、公布的材料与备案的材料一致。基金宣传推介材料登载基金过往业绩

的，应当特别声明，基金的过往业绩并不预示其未来表现，基金管理人管理的其他基金的业绩并不构成基金业绩表现的保证。基金宣传推介材料对不同基金的业绩进行比较的，应当使用可比的数据来源、统计方法和比较期间，并且有关数据来源、统计方法应当公平、准确，具有关联性。基金宣传推介材料应当含有明确、醒目的风险提示和警示性文字，以提醒投资人注意投资风险，仔细阅读基金合同和基金招募说明书，了解基金的具体情况。基金宣传推介材料含有基金获中国证监会核准内容的，应当特别声明中国证监会的核准并不代表中国证监会对该基金的风险和收益做出实质性判断、推荐或者保证。

第五十七条

基金管理人应当自收到准予注册文件之日起六个月内进行基金募集。超过六个月开始募集，原注册的事项未发生实质性变化的，应当报国务院证券监督管理机构备案；发生实质性变化的，应当向国务院证券监督管理机构重新提交注册申请。

基金募集不得超过国务院证券监督管理机构准予注册的基金募集期限。基金募集期限自基金份额发售之日起计算。

【本条主旨】

本条是关于基金募集期限的规定。

【本条释义】

本条对基金募集的期限进行了规定，包括开始的期限和结束的期限。

一、基金开始募集的期限

基金开始募集的期限是指基金管理人的基金募集申请经国务院证券监督管理机构注册后多长时间内必须开始募集基金。根据本条第一款，基金管理人应当自收到准予注册的文件之日起6个月内进行基金募集。对超过6个月才开始募集的，本条区分原注册的事项是否发生变化，作了以下规定：一是原注册的事项未发生实质性变化的，基金管理人应当报国务院证券监督管理机构备案，以便让监管部门了解其迟延募集的情况。二是原注册的事项发生实质性变化的，基金管理人应当向国务院证券监督管理机构重新提交申请。其中，原注册事项中的重要事项的变更，均属于实质性变化，例如基金募集规模发生改变、基金运作方式发生改变，在这种情况下实际上属于一个新的基金募集申请，基金管理人应当按照本法的规定重新报国务院证券监督管理机构注册；而有些事项的变化对于基金的募集和运作并无实质影响，如基金管理人住所地的变化、基金管理人个别董事的变化等，这些事项的变化不属于实质性变化，依照本法报国务院证券监督管理机构备案即可。不过有一点需要注意，因为超期开始募集本身即属于非正常情形，本法规定非实质性变化可以经备案即开始募集是为了提高行政效率和经济效率，从监管的角度考虑，是否属于实质性变化应从严掌握，基金管理人等拿不准的，应当倾向于属于实质性变化，按照实质性变化重新提出文件申请注册。

二、基金结束募集的期限

基金结束募集的期限是指基金开始募集后多长时间必须停止募集。本法第五十八条和第六十条规定了基金合同自基金管理人依法向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续才开始生效。而根据本法第五十九条，基金合同生效以前（即基金募集行为结束前），任何人，包括基金管理人不得动用募集的资金。因此，如果基金募集没有一个

结束期限，则基金无法正式进入运作，也就无法进行基金合同约定的证券投资，基金也就无法产生收益，这样的话，投资者购买基金实现投资收益的意图就无法实现。因此，对基金募集必须规定结束期限。根据本条第二款，基金募集不得超过国务院证券监督管理机构准予注册的基金募集期限，而该期限自基金份额发售之日起计算。目前，国务院证券监督管理机构准予注册的基金募集期限通常为3个月。但基金管理人基于各种考虑，基金实际发售期间通常短于3个月。例如，某基金的基金管理人在基金发售公告中明确：“……（九）募集时间安排与基金合同生效：根据有关法律法规的规定，本基金的募集期为自基金份额发售之日起不超过3个月。本基金的募集时间为2011年9月5日至2011年9月23日止，期间面向个人投资者、机构投资者及合格境外机构投资者等同时发售。基金管理人可视情况提前结束募集，并将及时公告。募集期满，且具备基金备案条件的，本基金管理人将根据有关规定办理基金备案手续，自中国证监会书面确认之日起，基金备案手续办理完毕，基金合同生效，本基金管理人将在收到中国证监会确认文件的次日对基金合同生效事宜予以公告。若3个月的募集期满，本基金的基金合同仍未达到基金合同规定的生效条件，本基金管理人将承担因募集行为而产生的债务和费用，并在基金募集期限届满后30日内返还投资者已缴纳的认购款项，并加计银行同期存款利息。”

第五十八条

基金募集期限届满，封闭式基金募集的基金份额总额达到准予注册规模的百分之八十以上，开放式基金募集的基金份额总额超过准

予注册的最低募集份额总额,并且基金份额持有人人数符合国务院证券监督管理机构规定的,基金管理人应当自募集期限届满之日起十日内聘请法定验资机构验资,自收到验资报告之日起十日内,向国务院证券监督管理机构提交验资报告,办理基金备案手续,并予以公告。

【本条主旨】

本条是关于基金备案、公告程序的规定。

【本条释义】

根据本法第六十条,基金管理人依法向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续,基金合同才生效。而本条即规定了办理基金备案手续的条件和程序。

一、办理基金备案手续应当具备的条件

根据本条规定,办理基金备案手续应当具备以下条件:

第一,基金募集期限届满。本法第五十七条对基金募集的结束期限作了规定,即国务院证券监督管理机构准予注册的基金募集期限,该期限从基金份额发售之日起算。前面已经提到,实践中,国务院证券监督管理机构准予注册的基金募集期限通常为3个月;但基金管理人实际发售基金的期限常常短于3个月。下面将举例来说明基金募集期限届满的计算。某基金的基金发售公告明确:“根据有关法律、法规的规定,本基金的募集期为自基金份额发售之日起不超过三个月。自2005年3月7日至4月6日,本基金面向投资人同时发售;本基金可视认购情况适当延长发售期间。”就该基金来说,虽然基金的实际发售期限短于3个月,仅1个月(2005年3月7日至4月6日),但这并不改变该基金的基金募集期限为3个月的法律事实。也就是说,基金的实际发售期间并不影响基金的募集期限,对基金备案有影响的期限为基金募集期限而非基金的实际发售期限。同时,3个月的基金

募集期限的起算日为基金发售之日，即 2005 年 3 月 7 日。因此，该基金应当是 2005 年 6 月 6 日基金募集期限届满。2005 年 6 月 6 日是确定该基金是否符合基金备案条件的日期。

第二，达到最低基金份额总额。本条针对封闭式基金和开放式基金的不同特点规定了不同的要求。对于封闭式基金来说，募集的基金份额总额要达到经国务院证券监督管理机构准予注册规模的 80% 以上；对于开放式基金来说，募集的基金份额总额要达到经国务院证券监督管理机构准予注册的最低募集份额总额。

第三，基金份额持有人人数达到国务院证券监督管理机构的规定。根据国务院证券监督管理机构的有关规定，目前基金份额持有人的人数不少于 200 人，方予办理基金备案手续。

二、基金备案的程序

符合前述条件时，基金管理人即可以依照本条规定的程序向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续。基金备案应当经过以下程序：

第一，验资。基金管理人应当自基金募集期限届满之日起 10 日内，聘请法定验资机构，对所募资金进行审查验证，由验资机构出具验资报告。

第二，申请办理备案手续。基金管理人应当自收到验资报告之日起 10 日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，申请办理基金备案手续。备案内容主要包括：基金名称、基金运作方式、基金管理人、基金托管人、基金募集的基金份额总额和资产总额等。

第三，国务院证券监督管理机构确认。国务院证券监督管理机构自收到基金管理人验资报告和基金备案材料之日起 3 个工作日内对基金备案予以书面确认；自国务院证券监督管理机构书面确认之日起，基金备案手续办理完毕，基金合同生效。

第四，公告。基金管理人应当在收到国务院证券监督管理机构确认文件的次日予以公告。

第五十九条

基金募集期间募集的资金应当存入专门账户，在基金募集行为结束前，任何人不得动用。

【本条主旨】

本条是关于基金募集期间不得动用所募资金的规定。

【本条释义】

本条规定有两个方面的意义：第一，基金募集结束以前，基金能否募集成功，即能够达到本法第五十八条的办理基金备案手续的条件并不确定。如果募集不成功，根据本法第六十一条规定，基金管理人应在基金募集期限届满后 30 日内退还投资人已缴纳的款项，并加计银行同期存款利息。如果基金募集尚未结束就允许基金管理人或者其他运用已经募集到的资金，则如果最后基金募集失败，如果基金管理人或者基金托管人等的偿债能力出现问题，则投资人的利益将受到损害。根据基金的基本原理，基金财产应当独立于基金管理人、基金托管人的固有财产，在基金成立生效以前，为保护投资者的利益，这一原理也应当予以执行。第二，根据本法第六十条的规定，投资人缴纳认购基金价款的款项，只是表明基金合同已经成立，但并未生效，只有当基金募集符合本法规定的要求，并向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续后，基金合同才能生效，基金管理人才能开始运用基金财产进行基金合同约定的证券投资业务。在基金募集期间，无论是基金管理人自行募集的资金，还是委托基金份额发售

机构代为募集的资金，均应存入为基金募集所专设的账户内，妥善保管，以备在基金募集期限届满后由验资机构验资，并向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续。在基金募集行为结束前，即基金备案手续办理完结前，任何人包括基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构及其他机构和个人均不得使用所募集的资金，或者将所募资金从专门账户中挪至其他账户。

需要特别指出的是，基金募集期间的信息披露费、会计师费、律师费以及其他费用，不得从基金财产中列支；基金收取认购费的，可以从认购费中列支。

第六十条

投资人交纳认购的基金份额的款项时，基金合同成立；基金管理人依照本法第五十八条的规定向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续，基金合同生效。

基金募集期限届满，不能满足本法第五十八条规定的条件的，基金管理人应当承担下列责任：

- （一）以其固有财产承担因募集行为而产生的债务和费用；**
- （二）在基金募集期限届满后三十日内退还投资人已缴纳的款项，并加计银行同期存款利息。**

【本条主旨】

本条是关于基金合同成立、生效以及基金募集失败的法律后果的规定。

【本条释义】

本条规定了基金合同成立、生效的条件，以及基金募集失败时的法律后果。要理解本条规定，首先要理解合同成立与生效的区别。

一、合同成立与生效的区别

合同成立与生效，是合同法中两种不同的制度，二者存在不同。

第一，合同成立并不意味着合同必然或自然生效。虽然合同成立与生效是相互联系的，在合同当事人意思表示一致且当事人意思表示符合合同的有效要件的情况下，合同成立且生效，但在许多情况下，合同成立并不意味着合同必然或自然生效。我国合同法第四十四条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”本条对基金合同的成立与生效就规定了不同的条件。

第二，合同成立与生效的法律后果不同。合同成立产生一定的法律效力，这种法律效力与合同生效的法律效力不同。合同成立的法律效力是要约人不得撤回要约，承诺人不得撤回承诺。但要约人与承诺人的权利义务仍没有得到法律的认可。合同中的权利义务仍处于不确定的状态。如果成立的合同嗣后无效，或被撤销，合同虽已成立，但其设定的权利义务关系对双方当事人没有约束力。而合同生效的法律效力则不同，生效是法律对当事人意思表示的肯定性评价，表明当事人的意思表示符合国家意志，当事人设定的权利义务得到国家强制力的保护。

第三，合同不成立与不生效的法律后果也不同。合同一旦被宣告不成立，那么有过失的一方当事人则应根据缔约过失责任制度，赔偿另一方所遭受的信赖利益的损失；如果当事人因误认为合同已成立和生效而已经作出了履行，则各方当事人应当向对方返还已接受的履行。由于合同的成立主要涉及当事人意思表示的事实问题，而不涉及国家

意志，因此若合同不成立所产生的法律责任只涉及民事责任而不产生其他的法律责任。但对于无效合同来说，因为它在性质上根本违反国家意志，因此，无效合同不仅产生民事责任（如缔约过失责任、返还不当得利责任），而且可能会引起行政责任或刑事责任，如无经销药品的经营范围而从事药品经销的，不仅会被法院或仲裁机构确认合同无效，而且还应被主管部门科以行政处罚；出售走私物品的，不仅合同无效，而且责任人还应当承担刑事责任。

除以上不同外，合同成立与生效还有其他不同，二者是民法上两种不同的制度，有着区别的必要和实际意义。

二、基金合同的成立

基金合同为基金管理人、基金托管人拟订，在申请公开募集基金时，应当向国务院证券监督管理机构报送基金合同草案。基金募集申请准予注册后，基金管理人应当向社会公布经国务院证券监督管理机构注册的基金合同及招募说明书，投资者通过购买基金份额认可基金合同。一般来说，投资者购买基金份额有三个环节，即认购、确认与缴款。认购是指投资人向基金份额发售机构申请购买基金份额的行为；确认是指基金份额发售机构同意投资人购买基金份额的行为；缴款是指投资人缴纳所认购的基金份额的款项的行为。我国合同法规定，合同自承诺时成立。就基金合同而言，基金管理人公开招募基金份额的行为应视为要约邀请，投资人要求购买基金份额的行为为要约，基金份额发售机构确认投资人的购买要求的行为为新要约，投资人缴纳认购基金份额的款项的行为为承诺。据此，本条规定，投资人缴纳认购基金份额的款项时，基金合同成立。

三、基金合同的生效

我国合同法第四十四条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”因为基金募集存在失败的风险，所以本法第五十八条规定，基金募集期限届满，封闭式基金募集的基金份额总额达到准予注册规模的80%以上，开放式基金募集的基金份额总额超过准予注册的最低募集份额总额，并且基金份额持有人人数符合国务院证券监督管理机构规定的，基金管理人应当自募集期限届满之日起10日内聘请法定验资机构验资，自收到验资报告之日起10日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，办理基金备案手续，并予以公告。当基金管理人完成基金备案手续时，意味着基金募集成功，不再存在失败的风险，此时应当允许基金合同生效，基金管理人、基金托管人等依照基金合同的约定履行职责、行使权利。因此，本条规定，基金管理人依照本法第五十八条的规定向国务院证券监督管理机构办理了基金备案手续，基金合同生效。本条关于基金合同生效的特别规定，即属于合同法第四十四条第二款规定的特别情形。

四、基金募集失败的法律后果

前面已经提及，因为基金募集存在失败的风险，因此本法从法律上将基金合同的成立与生效作了严格区分，并规定了不同的条件。虽然投资人缴纳了认购基金份额的款项，基金合同已经成立；但如果因基金募集期限届满，基金募集未达到本法第五十八条规定的条件，不能办理基金备案手续时，基金合同则不生效，基金合同对基金合同当事人不产生法律约束力。根据合同法的基本原理，合同成立后因各种原因不生效时，合同当事人应当依法承担相应的法律责任。本法考虑到，基金募集行为是基金管理人的主动行为，基金管理人开始基金募集行为时即能意识到基金募集存在失败的风险，由其承担基金募集失

败的法律后果是相对合理的，相反，由基金份额的购买人来承担基金合同不能生效的法律后果却没有正当理由。本法第二款规定基金募集失败时基金管理人应当承担下列法律后果：第一，承担募集费用。因基金募集行为而产生的债务和费用，购买基金份额的投资人不承担，而全部由基金管理人以其固有财产承担。这里所说的债务和费用，包括基金募集申请核准的费用、聘请会计师事务所和律师事务所等中介机构的费用、发售机构的销售费用、宣传推介费用等，以及为支付上述费用而借贷的债务。需要说明的是，因基金募集行为而产生的债务和费用，只能由基金管理人的固有财产承担，不得动用基金财产或者其他基金的基金财产。第二，返还认购款项并支付相应的利息。基金管理人应当在基金募集期限届满后 30 日内，返还投资人已缴纳的款项，并加计银行同期存款利息。

第六章 公开募集基金的基金份额的交易、申购与赎回

本章共十条，是对公开募集基金的基金份额的交易、申购与赎回的规定，具体包括：基金份额上市交易应经证券交易所审核同意、基金份额上市交易应当符合哪些条件、基金份额上市交易规则的制定和批准、基金份额上市交易后终止交易的情形、基金份额申购和赎回及登记的办理机构、办理基金份额申购和赎回业务的时间、基金份额申购和赎回的成立及生效、基金管理人应当按时支付赎回款项、开放式基金应当保持资金流动性、基金份额申购和赎回价格的计算、基金份额净值计价错误如何处理等。

第六十一条

申请基金份额上市交易，基金管理人应当向证券交易所提出申请，证券交易所依法审核同意的，双方应当签订上市协议。

【本条主旨】

本条是关于基金份额上市交易应经证券交易所审核同意的规定。

【本条释义】

2012年本法修改时，对本条内容作了较大改动。修改前的条文为：“封闭式基金的基金份额，经基金管理人申请，国务院证券监督管理机构核准，可以在证券交易所上市交易。国务院证券监督管理机构可以授权证券交易所依照法定条件和程序核准基金份额上市交易。本条是对基金份额上市交易核准的规定。”换句话说，本法修改前，基金份额上市交易主要指的是封闭式基金，并且根据修改前的规定，基金份额上市交易应当向国务院证券监督管理机构申请核准，只有国务院证券监督管理机构可以授权证券交易所核准。但随着证券市场的发展，随着金融产品和基金产品的创新，实践中基金份额上市交易主要由证券交易所核准，同时上市交易的基金份额并不限于封闭式基金。据此，2012年修改时对本条作了较大改动。修改后的条文可以从以下几个方面来理解。

一、基金份额上市交易的含义与开放式基金的上市交易

基金份额上市交易，是指基金份额在证券交易所挂牌，采用公开集中竞价方式进行买卖，基金份额持有人可以通过证券交易所买入和卖出基金份额。从本质上说，基金份额上市交易与股票上市交易、债券上市交易并无不同，证券交易所只是为基金份额的上市交易提供了一个平台，投资者可以通过这个平台买入和卖出基金份额。当然，基金份额的上市交易必须符合本法和国务院证券监督管理机构制定的

监管措施及证券交易所制定的上市交易规则，例如履行法定的信息披露义务等。

前面已经提到，过去上市交易的基金份额主要是封闭式基金，但随着金融产品和基金产品的创新，随着证券市场发展的不断深化，开放式基金等也可以上市。对于开放式基金的上市交易，因为开放式基金在基金合同存续期间是可以通过申购买入、赎回卖出的，换句话说，开放式基金在可以上市交易以前，本身即具备买入与卖出的交易属性，但开放式基金传统的申购与赎回与基金份额的上市交易存在不同，从性质上看，它们的主要区别包括：（1）开放式基金的上市交易并不改变基金份额的总规模，但开放式基金传统的申购与赎回，都会导致基金份额总规模的变化。（2）开放式基金的上市交易，基金份额的买入与卖出是通过公开集中竞价的方式，也就是说基金卖出人并不是基金管理人，而是其他基金份额持有人，同时由券商根据交易额收取佣金；但开放式基金传统的申购与赎回是直接向基金管理人或者其委托的基金销售机构申购与赎回。（3）开放式基金的上市交易价格虽然与基金净值相关，但与基金净值并不完全相同，交易价格会随行就市，一般会围绕基金份额净值波动；但基金的申购与赎回是以基金份额净值为依据。

二、基金份额上市交易须经证券交易所审核同意

2012年本法修改时，明确了基金份额上市交易，由基金管理人向证券交易所申请，证券交易所审核同意。具体程序是：

1 基金管理人向证券交易所提出申请。根据上海和深圳两个交易所关于基金份额上市交易的有关规则，基金管理人提出申请时应当提交以下材料：上市申请书；经中国证监会审定的基金募集申请材料及注册文件；上市交易公告书；基金简称及交易代码的申请；有证券

业务资格的会计师事务所出具的募集基金验资报告；本所一至二名会员出具的上市推荐书；基金份额已全部托管的证明文件；基金管理人联系方式及该基金的基金经理的姓名和联系方式、信息披露负责人及经办人的姓名和联系方式；基金管理人、基金托管人就基金上市之后履行管理人、托管人职责的承诺；基金管理人保证所提交文件和资料真实、准确和完整的承诺；本所要求的其他文件。交易型开放式指数基金上市的，除了提交上述文件和资料外，还应向本所提供代办基金份额申购、赎回的证券公司名单及委托协议。

2 证券交易所对基金管理人提交的文件进行审查，应当重点对是否符合本法第六十三条规定的条件和证券交易所制定的上市规则中提出的条件进行审查，对符合上市条件并经审查同意上市的基金，自收到申请文件之日起 30 个工作日内安排基金上市。

三、基金管理人与证券交易所应当签订上市协议

根据本条规定和证券交易所的上市规则，基金上市前，基金管理人应与证券交易所签订上市协议书。上市协议书为格式合同，由证券交易所拟订，双方签字即可。上市协议书中，会对上市交易的基金的简况、基金管理人等的配合履行监管义务、缴纳上市费用等作出约定。

第六十二条

基金份额上市交易，应当符合下列条件：

- （一）基金的募集符合本法规定；**
- （二）基金合同期限为五年以上；**
- （三）基金募集金额不低于二亿元人民币；**
- （四）基金份额持有人不少于一千人；**
- （五）基金份额上市交易规则规定的其他条件。**

【本条主旨】

本条是关于基金份额上市交易应当符合的条件规定。

【本条释义】

根据本条的规定，基金份额上市交易应当符合下列条件。

一、基金的募集符合本法规定

主要包括以下几个方面：一是基金募集已经国务院证券监督管理机构注册。二是基金募集程序符合本法规定，比如募集前依照本法公开披露了相关信息，基金募集期限未超过国务院证券监督管理机构准予注册时确定的期限等。三是募集的基金份额总额及基金份额持有人人数达到本法规定的要求，即基金募集期限届满，所募集的基金份额总额达到核准规模的80%以上，且基金份额持有人人数符合国务院证券监督管理机构的规定。四是按照规定办理了基金备案和公告手续，即基金管理人自募集期限届满之日起10日内聘请法定验资机构验资。自收到验资报告之日起10日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，办理基金备案手续，并进行了公告。

二、基金合同期限为5年以上

基金合同期限是基金合同载明的经国务院证券监督管理机构注册的基金合同的存续期限。本条规定，基金份额上市交易的基金，其基金合同期限必须为5年以上。这样规定主要是因为，如果基金合同期限太短，则投资人对基金业绩的预期判断会比较明确，其基金份额就失去了集中竞价交易的基础，基金份额上市交易也就没有必要。

三、基金最低募集金额不低于2亿元人民币

本条规定，基金份额上市交易的基金，其最低募集金额必须不低于2亿元人民币。这是因为，上市交易的基金份额，必须数量较大，

形成一定可供交易的规模，才能比较容易撮合成交，避免交易价格被操纵。

四、基金份额持有人不少于 1000 千人

基金份额上市交易，该基金的基金份额持有人必须数量众多，持有基金份额的数量相对分散，才能形成一定的交易量，比较容易撮合成交，避免交易价格被操纵。因此，本条要求基金份额上市交易的基金，其基金份额持有人人数不得少于 1000 人。

五、基金份额上市交易规则规定的其他条件

本法第六十三条规定，基金份额上市交易规则由证券交易所制定，报国务院证券监督管理机构批准。基金管理人申请基金份额上市时，应当满足经国务院证券监督管理机构批准的上海或深圳证券交易所制定的基金份额上市交易规则规定的条件。

第六十三条

基金份额上市交易规则由证券交易所制定，报国务院证券监督管理机构批准。

【本条主旨】

本条是关于基金份额上市交易规则的制定和批准的规定。

【本条释义】

本法已经明确，基金份额上市交易由证券交易所依法审核同意，为保证公开、公平、公正的审核程序，也为了保证基金份额上市交易的正常进行，本条要求证券交易所应当就基金份额上市交易制定交易规则，同时报国务院证券监督管理机构批准。实际上，目前上海和深圳两个交易所都已经制定了基金份额上市交易规则，并已经中国证监

会批准。两个交易所应当根据 2012 年修改后的本法调整修改基金份额上市交易规则，以与修改后的本法相符。

从目前已有的两个基金份额上市交易规则来看，其主要内容（具体内容可以参见两个交易所制定的基金份额上市交易规则）包括：（1）基金份额上市交易的条件。基金份额上市交易规则规定的基金份额上市交易条件与本法规定的基金份额上市交易条件基本相同。（2）申请基金份额上市交易应提交的文件。（3）上市程序。（4）信息披露。基金在证券交易所上市后，基金信息披露义务人（以下简称信息披露义务人）应当按照有关法律、行政法规、规章及上市交易规则的相关规定，及时公开披露与基金有关的重大信息。上市基金应公开披露的信息包括定期报告和临时报告。定期报告包括基金年度报告、基金半年度报告、基金季度报告、基金资产净值和基金份额净值报告以及更新的招募说明书；法律、法规、规章及上市交易规则规定披露的其他报告，为临时报告。（5）基金份额交易的停牌、复牌及暂停交易和终止交易的情形和程序。（6）惩戒措施。

第六十四条

基金份额上市交易后，有下列情形之一的，由证券交易所终止其上市交易，并报国务院证券监督管理机构备案：

- （一）不再具备本法第六十二条规定的上市交易条件；**
- （二）基金合同期限届满；**
- （三）基金份额持有人大会决定提前终止上市交易；**
- （四）基金合同约定的或者基金份额上市交易规则规定的终止上市交易的其他情形。**

【本条主旨】

本条是关于基金份额上市交易后终止交易的规定。

【本条释义】

本条规定了两个方面的内容：一是哪些情形下基金份额上市交易应当终止；二是基金份额上市交易终止的程序。

一、哪些情形下基金份额上市交易应当终止

根据本条规定，基金份额上市交易应当终止的情形包括：

1 不再具备本法第六十二条规定的上市交易条件。本法第六十二条规定了基金份额上市交易的必备条件，如果这些条件不再具备，意味着其不再具备上市交易的前提条件。例如，基金份额持有人的人数少于 1000 人时，意味着基金份额被相对集中地由少数人持有，如果允许继续交易，则基金上市交易的价格容易被操纵，部分基金份额持有人的利益可能遭到损害，正常的证券市场秩序会被破坏。因此，这种情形下，基金份额上市交易必须终止。这里有两点需要说明：第一，只要任何一项条件不再具备，都将导致基金份额上市交易应被终止。第二，如果基金合同期限为 5 年以上，基金份额上市交易 2 年以后，并不导致该基金不再符合本法第六十三条第二项规定的“基金合同期限为五年以上”的条件，从而必须终止上市交易。只要基金合同期限未被变更或者变更后仍然为 5 年以上，随着上市交易时间的推移，只有满足本条第二项规定的基金合同期限届满，基金份额上市交易才能终止。

2 基金合同期限届满。基金合同期限届满而未延期的，基金合同终止，进入基金财产清算程序，应当终止基金份额的上市交易。

3 基金份额持有人大会决定提前终止上市交易。基金的设立、运作等应为基金份额持有人的利益进行。换句话说，基金份额持有人

作为基金这一信托关系中的委托人，依法享有各项重大权利，包括修改基金合同的重要内容或者提前终止基金合同的权利。而基金份额持有人行使这些权利的机关是基金份额持有人大会。如果基金份额持有人认为，为自身利益考虑，应当终止基金份额的上市交易，基金份额持有人大会可以依照本法和基金合同的约定作出终止上市交易的决定。终止上市交易的决定一旦作出，基金份额上市交易终止。

4 基金合同约定或者基金份额上市交易规则规定的终止上市交易的其他情形。基金合同当事人可以根据自己的意愿，在基金合同中约定终止基金份额上市交易的情形，比如约定出现基金运作达不到预期的业绩，或者基金管理人、基金托管人更换等情形时，终止基金份额上市交易。如果出现了两个证券交易所制定的基金份额上市交易规则中规定了其他应当终止上市交易的情形，也应当终止上市交易。

二、基金份额上市交易终止的程序

在出现法定的基金份额上市交易终止的情形后，证券交易所应当终止基金份额的上市交易；证券交易所终止基金份额的上市交易后，应当向国务院证券监督管理机构备案，以使得国务院证券监督管理机构可以全面了解证券市场动向，合理适时调整监管措施。对于基金管理人，根据证券交易所制定的上市交易规则，基金份额上市交易被终止后，基金管理人应当在收到证券交易所终止基金上市的决定之日起两个交易日内，在指定报刊和网站上登载《基金终止上市公告》。《基金终止上市公告》应当包括以下内容：（1）终止上市基金的种类、简称、交易代码及终止上市日期；（2）有关基金终止上市决定的主要内容；（3）终止上市后基金登记、转让、管理事宜；（4）中国证监会和证券交易所要求的其他内容。

第六十五条

开放式基金的基金份额的申购、赎回、登记，由基金管理人或者其委托的基金服务机构办理。

【本条主旨】

本条是关于基金份额申购、赎回和登记的办理机构的规定。

【本条释义】

本条是对开放式基金的基金份额的申购、赎回和登记的办理机构的规定。

一、基金份额的申购与赎回

本法第四十五条规定，开放式基金的基金份额可以在基金合同约定的时间和场所申购或者赎回。基金份额申购，是指投资人按照基金份额申购价格，向基金管理人申购基金份额的行为。基金份额赎回，是指基金份额持有人按照基金份额赎回价格，向基金管理人卖出基金份额的行为。从本质上说，对投资者而言，申购属于买入，赎回属于卖出。只是因为买入与卖出在证券行业中通常被认为属于二级市场中的术语，对应的，申购和赎回则被认为属于一级市场。但无论如何都改变不了申购属于买入、赎回属于卖出(相对于投资者而言)的本质。

二、基金份额的登记

基金份额的登记，是指基金份额登记机构为投资人办理因基金份额的认购、申购、赎回以及其他情形，而导致的基金份额持有人和基金份额持有人所持基金份额数额变更的登记，以及因基金分红而导致的基金份额持有人权益变更的登记事宜。

三、基金份额的申购、赎回和登记的办理机构

根据本条规定，基金份额的申购、赎回和登记，既可以由基金管理人自行办理，也可以由基金管理人委托的基金服务机构办理。但根

据本法规定，基金管理人委托基金服务机构办理基金的申购、赎回和登记业务时，应当是符合本法第九十七条规定的机构。其中，办理基金的申购和赎回业务的基金服务机构应当取得基金销售资格，关于基金销售资格的取得请参见本法第五十五条的释义。办理基金份额登记业务的基金服务机构通常由基金份额注册登记机构承担，基金注册登记机构可办理投资人基金账户的建立和管理、基金份额注册登记、基金销售业务的确认、清算和结算、代理发放红利、建立并保管基金份额持有人名册等业务。

第六十六条

基金管理人应当在每个工作日办理基金份额的申购、赎回业务；基金合同另有约定的，从其约定。

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。

【本条主旨】

本条是关于办理基金份额申购、赎回业务的时间，基金份额申购和赎回的成立及生效的规定。

【本条释义】

本条规定了三个方面的内容：一是办理基金份额申购、赎回业务的时间；二是申购的成立与生效；三是赎回的成立与生效。

一、办理基金份额申购、赎回业务的时间

本条第一款规定，原则上基金管理人应当在每个工作日为投资人办理基金份额的申购、赎回业务。所谓工作日，指的是除国家法定节假日之外的每一天。因基金管理人的主要业务为运用基金财产进行证券投资，因此，基金管理人也可以证券交易场所的交易日为工作日。

本条第一款同时规定，基金合同可以对基金份额的申购、赎回业务的时间进行约定。通常基金合同会对基金份额的申购赎回业务的时间作如下约定：“本基金的申购、赎回自基金合同生效后不超过3个月的时间开始办理，基金管理人应在申购、赎回开放日前3个工作日在至少一种中国证监会指定的媒体上公告。申购和赎回的开放日为证券交易所交易日（基金管理人根据法律、法规或本合同的规定公告暂停申购、赎回时除外）。开放日的具体业务办理时间在招募说明书中载明或另行公告。基金投资者在基金合同约定之外的日期和时间提出申购、赎回或者转换申请的，其基金份额申购、赎回价格为下次办理基金份额申购、赎回时间所在开放日的价格。若出现新的证券市场或交易所交易时间更改或实际情况需要，基金管理人可对申购、赎回时间进行调整，但此项调整不应对投资者利益造成实质影响并应报中国证监会备案，并在实施日3个工作日前在至少一种中国证监会指定的媒体上公告。”

虽然本条规定基金合同对申购赎回时间另有规定的，从其规定，但这并不意味着基金合同对申购、赎回业务的时间的约定没有任何限制。根据证券投资基金运作管理办法，开放式基金的基金合同应当约定，并在招募说明书中载明基金管理人办理基金份额申购、赎回业务的日期（以下简称开放日）和时间。开放式基金的基金合同可以约定基金管理人自基金合同生效之日起一定期限内不办理赎回，但约定的期限不得超过3个月，并应当在招募说明书中载明。基金管理人不得

在基金合同约定之外的日期或者时间办理基金份额的申购、赎回或者转换。投资人在基金合同约定之外的日期和时间提出申购、赎回或者转换申请的，其基金份额申购、赎回价格为下次办理基金份额申购、赎回时间所在开放日的价格。另外，《证券投资基金销售管理办法》还规定，开放式基金合同生效后，基金销售机构应当按照法律、行政法规、中国证监会的规定和基金合同、销售协议的约定，办理基金份额的申购、赎回，不得擅自停止办理基金份额的发售或者拒绝接受投资人的申购、赎回申请。基金管理人暂停或者开放申购、赎回等业务的，应当在公告中说明具体原因和依据。

二、申购的成立与生效

基金份额的申购通常需要两个步骤：一是投资者提出申购申请并缴款；二是基金份额登记机构确认。根据本条规定，投资者提出申购申请并缴款，则申购成立；而根据本条规定，基金份额登记机构确认，则申购生效。实务操作中，通常是基金投资者必须根据基金销售机构规定的程序，在开放日的业务办理时间向基金销售机构提出申购申请并缴款，T日规定时间受理的申请，正常情况下，注册登记机构在T+1日内为投资者对该交易的有效性进行确认，在T+2日后（包括该日）投资者可向销售机构或以销售机构规定的其他方式查询申购成交情况。

另外，通常情况下，基金合同都会约定，当日的申购申请可以在基金管理人规定的时间以内撤销。

三、赎回的成立与生效

基金份额的赎回通常需要三个步骤：一是投资者提出赎回申请；二是基金份额登记机构确认；三是基金管理人支付赎回款项。根据本条规定，投资者提出赎回申请，则赎回成立；基金份额登记机构确认，

则赎回生效。实务操作中，通常是基金投资者必须根据基金销售机构规定的程序，在开放日的业务办理时间向基金销售机构提出赎回申请，投资者在提交赎回申请时，必须有足够的基金份额余额，否则所提交的赎回申请无效而不予成交；T日规定时间受理的申请，正常情况下，注册登记机构在T+1日内为投资者对该交易的有效性进行确认，在T+2日后（包括该日）投资者可向销售机构或以销售机构规定的其他方式查询赎回成交情况；投资者赎回申请成功后，基金管理人在T+7日（包括该日）内将赎回款项划往基金份额持有人账户。在发生巨额赎回等情形时，款项有另外的支付办法。

另外，通常情况下，基金合同都会约定，当日的赎回申请可以在基金管理人规定的时间以内撤销。

第六十七条

基金管理人应当按时支付赎回款项，但是下列情形除外：

- （一）因不可抗力导致基金管理人不能支付赎回款项；**
- （二）证券交易场所依法决定临时停市，导致基金管理人无法计算当日基金资产净值；**
- （三）基金合同约定的其他特殊情形。**

发生上述情形之一的，基金管理人应当在当日报国务院证券监督管理机构备案。

本条第一款规定的情形消失后，基金管理人应当及时支付赎回款项。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人应当按时支付赎回款项的规定。

【本条释义】

前面第六十六条的释义中我们已经提到，基金赎回通常分为三个步骤，第三步是基金管理人支付赎回款项。也就是说，通常情况下，基金管理人支付赎回款项与赎回生效是相分离的，基金投资者取得赎回款项需要在赎回生效后一定时间内才能取得。为保护投资者利益，本条就基金管理人应当何时支付赎回款项作了规定，具体理解时分为以下几个方面。

一、基金管理人应当按时支付基金份额持有人的赎回款项

根据本法第五十二条规定，基金合同中应当对给付赎回款项的时间和方式进行约定。而本条规定与这一规定是相衔接的，所谓基金管理人应当按时支付基金份额持有人的赎回款项即指基金管理人应当按照基金合同约定的时间和方式支付赎回款项。根据证券投资基金运作管理办法，除特殊情形外，基金管理人应当自接受投资人有效赎回申请之日起7个工作日内支付赎回款项。换句话说，基金合同关于给付赎回款项时间的约定不得超过7个工作日（自接受投资者有效赎回申请起算），基金合同的约定超过7个工作日的，以7个工作日为准。当然，这是一般情况下基金管理人给付赎回款项时间的要求。在某些法定的特殊情况和基金合同约定的特殊情形下，应当依法或者依基金合同约定支付基金赎回款项。

二、延期支付基金份额赎回款项的特殊情形

在属于本条规定的三种可以延期支付基金份额赎回款项的特殊情形时，基金管理人不受前述“按时”支付的限制，可以延期支付赎回款项，这三种特殊情形是：

1 因不可抗力导致基金管理人不能支付赎回款项。所谓不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，如自然灾害、

战争等。并不是说只要出现了不可抗力，基金管理人就可以不履行按时支付基金份额赎回款项的义务，而只有基金管理人客观上不能支付基金份额赎回款项是因不可抗力所导致时，才能延期支付。

2 证券交易场所依法决定临时停市，导致基金管理人无法计算当日基金资产净值。临时停市，指的是证券交易所内所有的上市证券都停止交易。根据证券法的规定，因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序，证券交易所可以决定临时停市。当证券交易场所临时停市时，投资于该证券交易场所的证券的价格无法计算，从而导致基金管理人无法计算当日基金资产净值，也就不能按时以该日的基金资产净值为依据计算基金份额赎回款项，因此可以延期支付。

3 基金合同约定的其他特殊情形。首先要强调的是，基金合同只能约定在特殊情形下延期支付赎回款项，如果约定的延期支付赎回款项的情形不属于类似于前述两种情形的特殊情形，约定无效，仍然应当按照不得超过7个工作日的约定按时支付赎回款项。通常情况，基金合同约定的其他特殊情形有以下几种：一是因市场剧烈波动或其他原因而出现连续巨额赎回，导致基金的现金支付出现困难；二是单个基金份额持有人在单个开放日申请赎回基金份额超过基金总份额一定比例；三是出现基金合同约定的巨额赎回的情形，巨额赎回是指开放式基金单个开放日净赎回（赎回申请总数加上基金转换中转出申请份额总数后扣除申购申请总数及基金转换中转入申请份额总数后的余额）申请超过基金总份额的10%。

三、发生延期支付赎回款项的情形应当在当日备案

发生前述三种特殊情形，需要延期支付基金份额持有人的赎回款项时，基金管理人应当在当日即将发生延期支付基金份额赎回款项的情形报国务院证券监督管理机构备案。规定在当日备案的主要考虑是：

延期支付赎回款项对基金份额持有人的利益可能产生重大影响，特别是出现巨额赎回的情形时，可能会对整个证券市场也可能因此产生波动，为了维护基金份额持有人的利益，保持证券市场的稳定，便于国务院证券监督管理机构及时采取相应的监管措施，基金管理人应当及时向国务院证券监督管理机构备案。而考虑到证券市场瞬息万变，为保证监管措施的时效性，本条特别规定应当在有关特殊情形出现的当日报国务院证券监督管理机构备案。

四、特殊情形消失后，基金管理人应当及时支付赎回款项

从法律关系上说，赎回一经基金份额登记机构确认即已生效，基金管理人从本质上说在支付赎回款项前，相当于占用了赎回人的资金，基金管理人当然有及时给付赎回款项的义务。只是本法考虑金融活动的特殊性，明确在法定的三种特殊情形下，基金管理人可以延期支付赎回款项。法律规定可以延期支付赎回款项，并不意味着基金管理人给付赎回款项的义务消失，一旦延期支付赎回款项的特殊情形消失，基金管理人当然应当及时支付赎回款项。

第六十八条

开放式基金应当保持足够的现金或者政府债券，以备支付基金份额持有人的赎回款项。基金财产中应当保持的现金或者政府债券的具体比例，由国务院证券监督管理机构规定。

【本条主旨】

本条是关于开放式基金应保持资金流动性的规定。

【本条释义】

开放式基金的一个主要特点在于，基金合同存续期间，基金份额总规模并不固定，投资者可以申购和赎回。根据本法第六十七条的规定，对于生效的赎回，基金管理人应当按时（通常为不超过7个工作日）向投资者支付赎回款项。为此，开放式基金必须保持一定的资金流动性以备随时向投资者支付赎回款项。一、开放式基金必须保持足够的现金或者政府债券，以备支付基金份额持有人的赎回款项现金容易理解，现金随时可以用来支付基金份额赎回款项。

同时，政府债券的信用一般很高，投资风险较低，收益率较为固定，随时变现不会有太大的投资风险，因此政府债券也具有很好的流动性，特别是到期日较短的政府债券，在一定程度上可以视为具有现金相同的流动性。因此，开放式基金持有一定比例的政府债券也能应付正常的基金赎回。事实上，因为基金的目的在于产生投资收益，如果持有过量的现金，而现金并不产生收益（或者收益率极低），所以基金投资应当尽可能持有政府债券而不是现金，这样一方面可以保证资产流动性，随时以备支付基金份额的赎回款项；另一方面也可以保证一定的收益。二、基金财产中应当保持的现金或者政府债券的具体比例，由国务院证券监督管理机构规定前面已经提及，基金的主要目的在于通过投资产生收益，如果基金财产保持过高比例的现金或者政府债券，那其投资收益就会过低，在收益率上不会较政府债券或者活定期存款有比较大的优势，投资者自然就不会参与基金投资，那证券投资基金将不会有存在基础。因此，基金财产既要保证一定的资产流动性，持有一定的现金或者政府债券；但另一方面，为实现投资收益，现金或者政府债券的持有比例又不能太高。考虑到证券市场变化较快，由国务院证券监督管理机构根据证券市场变化情况确定基金财产持有现金或者政府债券的比例较在法律中明文规定一个固定的比

例，更能适应监管需要，也更符合市场要求，本法授权国务院证券监督管理机构规定一定的基金财产中应当保持的现金或者政府债券的具体比例。

目前，证券投资基金运作管理办法规定，开放式基金应当保持不低于基金资产净值 5% 的现金或者到期日在一年以内的政府债券，以备支付基金份额持有人的赎回款项，但中国证监会规定的特殊基金品种除外。前面提及，如果单个开放日净赎回申请超过基金总份额的 10% 即构成巨额赎回，根据法律规定和基金合同约定可以延期支付基金份额赎回款项。与 10% 这一构成巨额赎回的比例相适应，5% 应当说是相对合理的。而实践中，基金合同通常也会对基金财产持有现金或者到期日在一年以内的政府债券的比例进行约定，通常是 5%。例如，某基金在其基金合同中约定：“本基金投资组合的范围为：股票资产占基金资产的 60%-95%，债券、现金类资产以及中国证监会允许基金投资的其他证券品种占基金资产的 5%-40%，其中，基金保留的现金以及投资于一年期以内的政府债券的比例合计不低于基金资产净值的 5%。”

第六十九条

基金份额的申购、赎回价格，依据申购、赎回日基金份额净值加、减有关费用计算。

【本条主旨】

本条是关于基金份额申购、赎回价格计算的规定。

【本条释义】

前面已经提及，对于投资者来说，基金份额的申购在本质上属于买入基金份额的行为；基金份额的赎回在本质上属于卖出基金份额的行为。既然属于买入、卖出，则必然有价格的问题。根据本条规定，基金份额的申购、赎回价格，依据申购、赎回日基金份额净值加、减有关费用计算。因此，要确定基金份额的申购、赎回价格，首先需要确定申购和赎回日、基金份额净值、申购和赎回费用。

一、申购日和赎回日

一般来说，基金的申购和赎回都采取“未知价”原则，即基金申购与赎回以申请当日的基金份额净值为基准。换句话说，申购日和赎回日都是申购和赎回的申请当日，既不是基金份额登记机构确认之日（即申购和赎回生效之日），也不是赎回款项交付之日。

不过，在这里有一点需要注意的是，申购和赎回的申请当日有其自己的确定规则，与投资者发出申购或赎回指令的所在的日期可能有所出入。举个例子来说明，某基金的基金招募说明书中载明：“本基金申购和赎回的开放日为上海和深圳证券交易所的交易日（基金管理人公告暂停申购或赎回时除外），投资者应当在开放日的开放时间办理申购和赎回申请。开放时间为 9:30-11:30 和 13:00-15:00。如遇下列情况则顺延至下一开放日：（1）国内的节假日；（2）以下三个市场中有一个或一个以上的市场为节假日时：美国纽约证券交易所、卢森堡证券交易所和香港联合交易所。基金管理人可与销售机构约定，在开放日的其他时间受理投资者的申购、赎回申请，但是对于投资者在非开放时间提出的申购、赎回申请，其基金份额申购、赎回价格为下次办理基金份额申购、赎回时间所在开放日的价格。若出现新的证券交易市场或交易所交易时间更改或实际情况需要，基金管理人可对申购、赎回时间进行调整，但此项调整应在实施日 2 日前在指定媒体

公告。”在这一例子中，如果某一投资者在非开放时间通过基金管理人委托的基金销售机构提出申购、赎回申请，虽然基金销售机构受理了投资者的申购、赎回申请，但实际从法律上说，有意义的申购日和赎回日实际是非开放时间结束后的第一个开放时间所在的那一日。实践中，细心的投资者通常会发现，如果在下午3点以后通过某商业银行的网上银行发生的申购、赎回申请，最后申购、赎回价格都是以第二日（如果遇法定节假日则是法定节假日后的第一个工作日）收盘时的价格为准。

二、基金份额净值

根据本法规定，基金合同中应当对基金份额净值的计算方法进行约定。一般来说，基金份额净值的计算方法是基金资产净值总额除以发行在外的基金份额总份数。基金资产净值总额是指基金资产总值减去基金负债后的价值。基金资产总值是指购买的各类证券及票据价值、银行存款本息和基金应收的申购基金款以及其他投资所形成的价值总和，其构成主要有：（1）银行存款及其应计利息；（2）清算备付金及其应计利息；（3）根据有关规定缴纳的保证金；（4）应收证券交易清算款；（5）应收申购款；（6）股票投资及其估值调整；（7）债券投资及其估值调整和应计利息；（8）其他投资及其估值调整；（9）其他资产等。

三、申购和赎回费用

根据本法规定，基金合同应当对基金份额申购和赎回的费用计算方式进行约定。以下是某基金的基金合同关于申购和赎回费用的约定，比较典型，可供参考：“1 本基金的申购费用由基金申购人承担，不列入基金财产，主要用于本基基金合同金的市场推广、销售、注册登记等各项费用。2 投资者可将其持有的全部或部分基金份额赎回。

本基金的赎回费用在投资者赎回本基金份额时收取，赎回费的 25% 归入基金财产，其余部分作为注册登记等其他必要的手续费。3 本基金申购费率最高不超过申购金额的 5%，赎回费率最高不超过基金份额赎回金额的 5%。4 本基金的申购费率、赎回费率和收费方式由基金管理人根据基金合同的规定确定并在招募说明书中列示。基金管理人可以在基金合同约定的范围内调整费率或收费方式，基金管理人最迟应于新的费率或收费方式实施日 3 个工作日前在至少一种中国证监会指定的媒体上公告。5 基金管理人可以在不违反法律法规规定及基金合同约定的情形下根据市场情况制定基金促销计划，针对以特定交易方式（如网上交易、电话交易等）等进行基金交易的投资者定期或不定期地开展基金促销活动。在基金促销活动期间，按相关监管部门履行必要手续后，基金管理人可以适当调低基金申购费率和基金赎回费率。”

四、基金份额申购、赎回价格的计算

实践中，实际是通过基金申购份额的计算和基金净赎回金额的计算来确定基金份额申购和赎回价格。第一，基金申购份额的计算。申购份额为申购金额减去申购费用后除以以当日的基金份额资产净值为基准计算的申购价格。具体计算公式分为以下几个步骤：申购费用 = 申购金额 × 申购费率；净申购金额 = 申购金额 - 申购费用；申购份额 = 净申购金额 ÷ 申购日基金份额净值。从另一个角度来算，申购价格 = 申购金额 ÷ 申购份额。第二，基金净赎回金额的计算。净赎回金额为按实际确认的有效赎回份额乘以以当日的基金份额资产净值为基准计算的赎回价格减去赎回费用。具体计算公式分为以下几个步骤：赎回总额 = 赎回份额 × 赎回日基金份额净值；赎回费用 = 赎回总额 ×

赎回费率；赎回金额=赎回总额-赎回费用。从另一个角度计算，赎回价格=基金净赎回金额÷赎回份额。

第七十条

基金份额净值计价出现错误时，基金管理人应当立即纠正，并采取合理的措施防止损失进一步扩大。计价错误达到基金份额净值百分之零点五时，基金管理人应当公告，并报国务院证券监督管理机构备案。

因基金份额净值计价错误造成基金份额持有人损失的，基金份额持有人有权要求基金管理人、基金托管人予以赔偿。

【本条主旨】

本条是关于基金份额净值计价错误时如何处理的规定。

【本条释义】

前面第六十九条的释义中，我们提到，基金份额净值的计算方法是基金资产净值总额除以发行在外的基金份额总份数；而基金资产净值总额是指基金资产总值减去基金负债后的价值；而基金资产总值是指购买的各类证券及票据价值、银行存款本息和基金应收的申购基金款以及其他投资所形成的价值总和。实践中，基金份额净值的计算通常是按照基金合同约定的基金资产估值的程序和方法来计算的。具体说，基金日常估值由基金管理人进行；基金资产净值由基金管理人完成估值后，将估值结果加盖业务公章以书面形式传真至基金托管人，基金托管人按法律法规、基金合同规定的估值方法、时间、程序进行复核；基金托管人复核无误后加盖业务公章返回给基金管理人。但基金估值与基金份额净值计算过程中，难免会因为资料申报差错、数据

传输差错、数据计算差错、系统故障差错、下达指令差错等而导致基金份额净值计价出现错误。出现错误时，基金管理人应当按照本条规定和基金合同的约定进行处理。

一、基金管理人应立即纠正并防止损失进一步扩大

基金份额净值计价差错被发现后，基金管理人应当立即纠正并防止损失进一步扩大：（1）立即纠正。将基金份额净值公告、会计记录、财务会计报告、中期和年度基金报告以及其他基金信息资料中错误的基金份额净值改为正确的基金份额净值。（2）采取合理的措施防止损失进一步扩大。基金管理人发现基金份额净值计算错误时，应当立即通知基金托管人以及基金管理人委托的基金销售机构，按照正确的基金份额净值办理基金份额的申购、赎回及其他相关业务。同时，基金管理人应当检查会计凭证、会计账簿、会计报表及其他有关资料，并相互核对，检查会计机构、会计人员的会计核算工作，查找基金份额净值计算错误的环节和原因，并根据检查结果，采取完善会计制度和基金份额净值计算程序、加强检查和监督等措施，避免以后再出现基金份额净值计算错误的情况。（3）基金份额净值计价错误达到其净值的0—5%时，基金管理人应当公告，并报国务院证券监督管理机构备案。公告和备案的内容应当包括复查后正确的基金份额净值、造成基金份额净值计价错误的原因、采取防止今后出现计算错误的措施等。

二、基金份额净值计价错误造成损失的责任承担

根据本法规定，因基金份额净值计价错误造成基金份额持有人损失的，基金份额持有人有权要求基金管理人、基金托管人予以赔偿。但实践中，通常由基金合同对基金份额净值计价错误造成损失的责任

承担进行约定。从现有基金合同来看，通常会约定以下几个方面的内容：

第一，因基金估值错误给投资者造成损失的应先由基金管理人承担，基金管理人对不应由其承担的责任，有权向过错人追偿。

第二，如果由于基金管理人或基金托管人、或注册登记机构、或代理销售机构、或投资者自身的过错造成差错，导致其他当事人遭受损失的，过错的责任人应当对由于该差错遭受损失的当事人（受损方）按差错处理原则给予赔偿承担赔偿责任。差错处理原则具体包括：（1）差错已发生，但尚未给当事人造成损失时，差错责任方应及时协调各方，及时进行更正，因更正差错发生的费用由差错责任方承担；由于差错责任方未及时更正已产生的差错，给当事人造成损失的，由差错责任方承担；若差错责任方已经积极协调，并且有协助义务的当事人有足够的时间进行更正而未更正，则其应当承担相应赔偿责任。差错责任方应对更正的情况向有关当事人进行确认，确保差错已得到更正。（2）差错的责任方对可能导致有关当事人的直接损失负责，不对间接损失负责，并且仅对差错的有关直接当事人负责，不对第三方负责。（3）因差错而获得不当得利的当事人负有及时返还不当得利的义务，但差错责任方仍应对差错负责。如果由于获得不当得利的当事人不返还或不全部返还不当得利造成其他当事人的利益损失（受损方），则差错责任方应赔偿受损方的损失，并在其支付的赔偿金额的范围内对获得不当得利的当事人享有请求交付不当得利的权利；如果获得不当得利的当事人已经将此部分不当得利返还给受损方，则受损方应当将其已经获得的赔偿额加上已经获得的不当得利返还的总和超过其实际损失的差额部分支付给差错责任方。（4）差错调整采用尽量恢复至假设未发生差错的正确情形的方式。（5）差错责任方拒绝进行赔

偿时，如果因基金管理人过错造成基金财产损失时，基金托管人应为基金的利益向基金管理人追偿，如果因基金托管人过错造成基金财产损失时，基金管理人应为基金的利益向基金托管人追偿。基金管理人和托管人之外的第三方造成基金财产的损失，并拒绝进行赔偿时，由基金管理人负责向差错方追偿。（6）如果出现差错的当事人未按规定对受损方进行赔偿，并且依据法律法规、基金合同或其他规定，基金管理人自行或依据法院判决、仲裁裁决对受损方承担了赔偿责任，则基金管理人有权向出现过错的当事人进行追索，并有权要求其赔偿或补偿由此发生的费用和遭受的损失。

第三，由于不可抗力原因造成投资者的交易资料灭失或被错误处理或造成其他差错，因不可抗力原因出现差错的当事人不对其他当事人承担赔偿责任，但因该差错取得不当得利的当事人仍应负有返还不当得利的义务。同时，对于因技术原因引起的差错，若系同行业现有技术水平不能预见、不能避免、不能克服，属不可抗力。

应当说，实践中基金合同以上关于基金份额净值计价错误造成损失的责任承担的约定是符合本法及本条规定的，体现了“因基金份额净值计价错误造成基金份额持有人损失的，基金份额持有人有权要求基金管理人、基金托管人予以赔偿”的原则；基金份额持有人可以依法按照基金合同的约定要求基金管理人、基金托管人予以赔偿

第七章 公开募集基金的投资与信息披露

本章共七条，是对公开募集基金的投资与信息披露的规定，具体包括对基金资产组合和投资比例限制，基金财产投资范围，基金财产禁止从事的投资或者活动，基金信息披露义务人依法披露基金信息并

保证所披露信息真实、准确和完整，基金信息披露的时间要求和保证投资人可以获得所披露信息，公开披露的基金信息文件，公开披露信息的禁止性行为等方面的规定。

第七十一条

基金管理人运用基金财产进行证券投资，除国务院证券监督管理机构另有规定外，应当采用资产组合的方式。

资产组合的具体方式和投资比例，依照本法和国务院证券监督管理机构的规定在基金合同中约定。

【本条主旨】

本条是对基金资产组合和投资比例限制的规定。

【本条释义】

一、基金管理人运用基金财产进行证券投资，除国务院证券监督管理机构另有规定外，应当采用资产组合方式这次证券投资基金法修订对本条作了修改，将原第五十七条改为第七十一条，并将第一款“基金管理人运用基金财产进行证券投资，应当采用资产组合的方式”修改为：“基金管理人运用基金财产进行证券投资，除国务院证券监督管理机构另有规定外，应当采用资产组合的方式。”

所谓资产组合方式，指的是基于证券投资基金的投资目的和投资方向，而将基金财产投资按照一定原则选择并按照一定比例进行组合的多种证券。为了保障广大投资者的利益，基金投资都必须遵守组合投资的原则，投资者把资金按一定比例分别投资于不同种类的有价证券或同一种类有价证券的多个品种上，这种分散的投资方式就是投资组合。即使单一市场基金也不能只购买一两种证券。有些基金的基金合同条款就明文规定，投资组合不得少于 20 个品种，而且买入每一

种证券，都有一定比例限制。投资基金积少成多，因而有力量分散投资于数十种甚至数百种有价证券中。正因如此，才使得基金风险大大降低。

基金资产组合分为以下几个层次：

第一个层次是可投资的主要证券品种之间的组合。这是指在股票、债券等各类证券品种之间的组合，即如何在不同的证券品种当中进行比例分配。一支基金通常以某一证券品种的资产组合为主，根据证券投资基金运作管理办法的规定，60%以上的基金资产投资于股票的，为股票基金，80%以上的基金资产投资于债券的，为债券基金，仅投资于货币市场工具的，为货币市场基金，投资于股票、债券和货币市场工具，并且股票投资和债券投资的比例不符合股票基金和债券基金规定的，为混合基金。

第二个层次是同一种证券的品种组合。这是指在同一个证券品种中选择哪几个具体品种以及各自的权重是多少。以投资某一种证券为主的基金，根据其投资方向和目的的不同，其资产组合的具体品种各不相同，比如同样是股票型基金，股票指数基金以证券市场代表性指数的成份股股票为主进行投资组合；积极成长型基金，采取的是比较具有“攻击性”的投资策略，追求高风险、高回报，资产组合主要是具有高速增长潜力的中小型企业的股票；平稳成长型基金追求稳定的长期的投资收益，以大型绩优公司的股票组合为主。此外，某些基金还对投资证券所代表的行业另有要求，在进行资产组合时应当按照基金合同的约定，对代表不同行业的证券进行资产组合。

二、基金资产组合具体方式和投资比例限制的约定

资产组合的具体方式和投资比例，应当按照本法和国务院证券监督管理机构的规定在基金合同中约定，这样做的目的是为了规范基金

管理人运用基金财产的投资行为，分散投资风险，保障基金财产的安全和流动性，避免因基金财产投资过分集中于某一证券而影响该证券交易价格的公正性，维护基金份额持有人的利益。

一些国家和地区大多在其法律中对基金财产投资所应遵守的比例限制作了具体规定。比如：日本规定，基金财产购买某发行人发行的有价证券不得超过其发行总额的 10%。韩国规定，基金管理公司不得将超过基金财产总价值的 10% 的基金财产投资于同一有价证券，购买某一发行人发行的有价证券不得超过其发行总额的 20%。我国香港规定，基金财产持有任何一个发行人发行的证券，不得超过基金资产净值的 10%；持有任何一个发行人发行的每一类别的证券不得超过该类别证券发行总额的 10%；持有其他基金单位或股份，不得超过该基金资产净值的 10%；持有的非上市证券，不得超过该基金资产净值的 15%；持有同一种公共证券（主要是指经合组织成员国政府发行的政府债券）不得超过该基金资产净值的 30%；投资于买入期权，以行使价（期权合约规定的期权到期时的执行价格）计算，不得超过该基金资产净值的 25%；投资于期货合约的投资总值不得超过该基金资产净值的 20%。我国台湾地区规定，基金财产投资于任一上市公司股票的总金额，不得超过该基金净资产价值的 10%；投资于任一上市公司股票的股份总额，不得超过该公司已发行股份总额的 10%。

本法未对基金财产投资的具体比例限制作出规定，运用基金财产进行证券投资时，应当遵守国务院证券监督管理机构的有关规定。根据《证券投资基金运作管理办法》等的规定，证券投资基金比例应当符合以下投资比例规定：（1）一只基金持有一家上市公司的股票，其市值不超过基金资产净值的 10%；（2）基金与基金管理人管理的其他基金持有一家公司发行的证券，其市值不超过该证券的 10%；（3）

进入全国银行业间同业市场的债券回购融入的资金余额不得超过基金资产值的 40%；（4）基金投资于股票资产的比例为 60%-95%，投资于债券资产的比例为 0%-35%，投资于短期金融工具的比例为 5%-40%；（5）基金财产参与股票发行申购，单只基金所申报的金额不超过该基金的总资产，单只基金所申报的股票数量不超过拟发行股票公司本次发行股票的总量；（6）保持不低于基金资产净值 5%的现金或者到期日在 1 年以内的证券债券；（7）不得违反基金合同关于投资范围、投资策略和投资比例等的约定；（8）法律法规或中国证监会对上述比例限制另有规定的，应从其规定。但是，完全按照有关指数的构成比例进行证券投资的基金品种可以不受第（1）项、第（2）项规定的比例限制。

第七十二条

基金财产应当用于下列投资：

- （一）上市交易的股票、债券；**
- （二）国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。**

【本条主旨】

本条是对基金财产投资范围的规定。

【本条释义】

本次证券投资基金法修订对本条内容进行了修改，将原第五十八条修改为第七十二条，并将第二项中“国务院证券督管理机构规定的其他证券品种”修改为：“国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。”在我国，基金只能投资于具有良好流动性的金融工具，其中主要投资于国内依法发行上市的股票、债券。随着我国金融

市场的发展，更多的金融衍生品应逐渐进入基金的投资范围，在金融领域证券衍生品种变得越来越重要。顺应这一趋势，本次修订扩大了基金财产的投资范围，规定基金财产可以投资国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。

一、证券投资基金的基金财产应当用于证券投资

由于本法规范的是证券投资基金，因此，将基金财产的投资范围限定在某些种类的证券。广义的证券包括各种表明民事权利的书面凭证；狭义的证券则指的是资本证券，主要包括表明债权关系的债券以及表明股东权利的股票。基金财产投资的证券是指狭义的证券，即资本证券。从大多数国家和地区的实际情况来看，只要是资本证券，或者说只要是证券法中规定的证券，证券投资基金均可以投资。除此之外，有些国家和地区还允许证券投资基金投资于证券以外的其他领域。比如美国投资公司法规定，投资公司用于证券投资或者再投资的资金至少应占其资产总额的40%；日本规定，基金财产可以用于不动产的取得以及转让。而本法对基金财产可投资的证券限制在较窄的范围内，同时又有一定的灵活性。这主要是考虑我国的证券市场还不够发达，可交易的证券品种较少，市值较低，未上市的股票和债券的发行及交易还不够规范，企业信用制度、风险控制制度还不健全，证券交易监管手段还不够完善。同时，我国证券市场建立的时间较晚，需要在实践中不断积累经验。因此将证券投资基金可投资的证券范围限制在较窄的范围内，可以更好地规范基金管理人运用基金财产所进行的投资行为，控制投资风险，维护基金份额持有人的利益。同时，证券投资基金采用资产组合方式进行证券投资，基金管理人具有一定数量的专业人员，比较完善的内部稽核监控制度和风险控制制度，与基金托管人形成相互监督制约关系，从这几年的情况来看，运作比较规范，是

广大中小投资者比较适宜的投资工具，对证券投资基金可投资的证券范围限制过严，将限制基金产品的创新，不利于证券投资基金业的发展。因此，本法通过授予国务院证券监督管理机构规定证券投资基金投资证券及其衍生品种的方式，给基金产品的创新和基金财产投资范围的适当扩大留下必要的空间。

二、基金财产可投资的证券品种

根据本条规定，基金财产可投资的证券包括：

1、上市交易的股票。股票是一种有价证券，是股份公司在筹集资本时向出资人发行的股份凭证，代表着其持有者（即股东）对股份公司的所有权。上市交易的股票，是指已经发行的股票经证券交易所批准后，在交易所公开挂牌，进行集中竞价交易的股票。投资于上市交易的股票，可以获取分配的股息和红利以及买入卖出股票的差价收益，并且上市交易的股票实行集中竞价交易，流通性强，股票所属公司的信息更为公开，受到严格的市场监管，是证券投资基金主要投资品种之一。

2、上市交易的债券。债券是国家或地区政府、金融机构、企业等机构直接向社会借债筹措资金时，向投资者发行，并且承诺按特定利率支付利息并按约定条件偿还本金的债权债务凭证。上市交易的债券，是指在证券交易所挂牌，实行集中竞价交易的债券。上市交易的债券到期偿还本息，收益比较稳定，风险较小，同样具有流通性，是证券投资基金主要投资品种之一。根据发行主体的不同，我国证券市场发行的债券可以分为政府债券（国债）、金融债券和公司（企业）债券三种。政府债券是政府为筹集资金而发行的债券，主要包括国债、地方政府债券等，其中最主要的是国债。国债因其信誉好、利率优、风险小而又被称为“金边债券”。金融债券是由银行和非银行金融机

构发行的债券。在我国目前金融债券主要由国家开发银行、进出口银行等政策性银行发行。公司（企业）债券是企业依照法定程序发行，约定在一定期限内还本付息的债券。公司债券的发行主体是股份公司，但也可以是非股份公司的企业发行债券，所以，一般归类时，公司债券和企业发行的债券合在一起，可直接称为公司（企业）债券。

3、国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。国务院证券监督管理机构可以按照本条的授权，根据我国证券市场和证券投资基金业的发展状况和实际需要，规定证券投资基金可投资的证券及其衍生品种。比如，允许设立“基金的基金”，投资于其他基金份额等。根据《证券投资基金运作管理办法》第二十九条第三项的规定，“仅投资于货币市场工具的，为货币市场基金”。可以看出，除了上市交易的股票、债券，货币市场工具也属于基金财产投资的范围。所谓货币市场工具，是指期限小于或等于一年的债务工具，具有很高的流动性，属固定收入证券的一部分。由于这些证券的交易在许多情况下是大宗交易，个人投资者难以参与这些证券的买卖，他们是通过货币市场基金来间接参与这些证券的投资的。货币市场工具主要包括：（1）现金；（2）1年以内（含1年）的银行定期存款、大额存单；（3）剩余期限在397天以内（含397天）的债券；（4）期限在1年以内（含1年）的债券回购；（5）期限在1年以内（含1年）的中央银行票据；（6）中国证监会、中国人民银行认可的其他具有良好流动性的金融工具。

证券衍生品种也叫衍生证券，其价值依赖于其他更基本的标的变量，因其价值取决于其他资产的价格而得名。目前，包括远期合约、期货、期权、互换等在内的金融衍生品被称为衍生证券。我们经常看到，衍生证券所依附的标的变量是可交易证券的价格。例如，股票期

权是一个衍生证券，其价值依赖于股票的价格。近年来，在金融领域衍生证券变得越来越重要，许多交易所正在进行大量的期货和期权交易，金融机构与其客户在交易所外的场外市场频繁进行远期合约、互换和其他不同种类的期权的交易。

第七十三条

基金财产不得用于下列投资或者活动：

- （一）承销证券；**
- （二）违反规定向他人贷款或者提供担保；**
- （三）从事承担无限责任的投资；**
- （四）买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外；**
- （五）向基金管理人、基金托管人出资；**
- （六）从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动；**
- （七）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。**

运用基金财产买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务。

【本条主旨】

本条是对基金财产禁止从事的投资或者活动的规定。

【本条释义】

本次证券投资基金法修订将原第五十九条修改为第七十三条，并对本条内容作了多处修改，具体而言：一是将原第二项“向他人贷款或者提供担保”修改为第一款第二项“违反规定向他人贷款或者提供担保”；二是将原第四项“买卖其他基金份额，但是国务院另有规定的除外”修改为第一款第四项“买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外”；三是将原第五项“向其基金管理人、基金托管人出资或者买卖其基金管理人、基金托管人发行的股票或者债券”修改为第一款第五项“向其基金管理人、基金托管人出资”；四是将原第六项“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”删除；五是将原第八项“依照法律、行政法规有关规定，由国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动”修改为第一款第七项“法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动”；六是增加一款，作为第二款：“运用基金财产买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务。”

应当说，基金立法的一个核心问题，是要充分保护基金份额持有人的合法权益。如果没有法律规制，那么拥有巨额资金力量的基金将会成为“洪水猛兽”，随意投资、随意担保，不仅容易滋生腐败，还容易导致资金风险。因此，为了保证基金财产安全，维护基金份额持有人利益，本法对基金财产的运作进行了严格的限制。

一、基金财产不得用于下列投资或者活动

1、承销证券。所谓承销证券，是指当一家发行人通过证券市场筹集资金时，就要聘请证券经营机构来帮助它销售证券。证券经营机构借助自己在证券市场上的信誉和营业网点，在规定的发行有效期限内将证券销售出去，这一过程称为承销，它是证券经营机构的基本职能之一。根据证券经营机构在承销过程中承担的责任和风险的不同，承销又可分为包销和代销两种方式：所谓代销，也称为“尽力之承销”。根据证券法第二十八条的规定，证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。证券公司根据承销协议尽力推销发行人的证券，在承销期内将所收证券款额按约定拨付给发行人，承销期满后未售出的证券退还给发行人，证券公司不承担发行风险。这种制度安排使得证券公司获得的报酬相对较少，发行人必须承担发行失败的风险，或者发行成功后回收剩余证券所需资金无法及时募足的风险，因此只能适合于信誉好、知名度高的企业。所谓包销，依证券法所下的定义，证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。采用包销方式证券公司须承担发行风险，因而收取的承销费用相对较高。在这种制度安排下，发行人可以通过向证券公司全部或部分出售证券迅速筹集大量资金，无须承担发行风险，一些社会知名度低且缺乏发行经验的企业大都青睐于此种方式，借助信誉度高且有众多客户群的证券公司销售证券，因此，证券包销方式在我国证券市场上适用范围较为广泛。由此可以看出，不论是代销还是包销，由于存在着发行风险，如果允许将基金财产用于证券承销，一旦发生证券不能全部售出的情况，势必会出现由基金财产将售后剩余证券全部自行购入的情况，这就违背了运用基金财产

进行证券投资应当采用资产组合方式的原则，且证券承销从性质上讲是一种经纪业务，而基金财产只能用于符合法律规定的投资，所以对基金财产用于证券承销的行为必须严加禁止，以保证基金财产的安全。

2、违反规定向他人贷款或者提供担保。由于用基金财产向他人贷款或者提供担保存在着较大风险，可能会对基金份额持有人利益造成严重损害，因此对基金财产用于向他人贷款或者提供担保的行为同样必须严加禁止，以保证基金财产的安全。本法第七十二条规定，基金财产应当用于上市交易的股票、债券和国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种的投资。这是对基金财产的投资方向作出的明确规定，也就是说基金财产只能用于符合法律规定的证券品种及其衍生品种的投资，而不能用基金财产从事其他的投资或者活动。

3、从事承担无限责任的投资。无论以多少基金财产投资都要用全部基金财产承担责任的投資就是承担无限责任的投资。由此可见，这种投资的风险极大，一旦失败将会给基金财产带来毁灭性损失，因此法律禁止基金财产从事承担无限责任的投资，以防止基金份额持有人的利益遭受损害。

4、买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外。之所以作出这一规定，主要是基于两方面的考虑：一方面，为了防止基金管理人利用不同基金之间的买卖进行利益输送，一般应当禁止基金之间相互投资；另一方面，考虑到我国今后可能会允许设立专门用于购买其他基金份额的基金，而法律对具有特定投资方向的基金，可以授权国务院证券监督管理机构作出特别规定，所以本项又规定了“但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外”，这就为今后发展“基金的基金”等基金品种预留出了法律空间。

5、向其基金管理人、基金托管人出资。利用基金财产向其基金管理人、基金托管人出资涉嫌利益输送、不当关联交易等证券投资违法行为，并且极有可能给基金份额持有人的利益造成损害，因此针对实践中出现的问题，对基金管理人、基金托管人利用与其他利害关系人之间的关联关系，从事危害基金财产安全的行为，作出禁止性规定是完全必要的。

6、从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动。内幕交易，是一种最古老、最典型的证券违法行为。它又称为“内部人交易”、“内线交易”或者“知情人交易”，是指掌握证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取内幕信息的其他人员，利用内幕信息进行的证券交易活动。我国1993年颁布的《禁止证券欺诈行为暂行办法》中即把内幕交易视为重要的证券欺诈行为予以禁止。2005年修改后的证券法又对禁止内幕交易制度作了进一步充实，不仅扩大了内幕交易的范围，明确规定禁止非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动，而且增加了民事赔偿责任的条款，规定内幕交易行为给投资者造成损失的，行为人依法承担赔偿责任。所谓操纵证券交易价格，是指以获取不当利益或转嫁风险为目的，利用其资金、信息等优势或者滥用职权操纵市场，影响证券交易价格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下作出证券投资决定，扰乱证券市场秩序的行为。如果利用基金财产从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动，不仅会破坏证券市场的正常秩序，而且也会损害到国家利益和社会公共利益，因此，为了维护证券交易公正合理地进行，必须禁止内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动。

7、法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。这是一项概括性的规定，指除前面所列举的六项基金财产从事投资或者活动的禁止性行为外，由法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他利用基金财产从事的投资或者活动。作出这一规定，可以适应证券市场监管中的复杂情况，有利于规范证券投资基金活动，保证基金财产安全，维护基金份额持有人利益。

二、有限制的投资活动

运用基金财产买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务。这意味着只要遵循持有人利益优先原则和履行信息披露义务，基金即可投资托管行股票，托管行、控股股东承销的证券。而原证券投资基金法第五十九条规定，基金财产不得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。这就是基金投资中与其他基金、基金管理人，托管人、管理人或托管人控股股东三大关联交易投资禁令。原证券投资基金法的有关限制和当时的历史条件有关。证券投资基金法的立法工作是在2002年到2004年年初进行的，当时中国证券市场关联交易问题较为严重，上市公司大股东占款、通过关联交易把上市公司利润计算到集团公司等问题都十分突出，再加上基金行业还受到“基金黑幕”事件隐性影响，因此，立法中将三大类关联交易一概禁止。但随着行业的大发展，原证券投资基金法中第五十九条过于严格的规定对基金投资运作产生了不利影响，损害了基金持有人的利益，不利于基金公司的

公平竞争，例如一些指数基金不能投资托管行股票，不仅不利于基金持有人利益，而且致使基金跟踪误差加大，实际上在做好信息披露的前提下，是可以将可能存在的风险及时化解的。因此，此次修改对本条内容做了较大调整，借鉴了发达国家的监管经验，将完全禁止关联交易改为有条件的允许。

第七十四条

基金管理人、基金托管人和其他基金信息披露义务人应当依法披露基金信息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性。

【本条主旨】

本条是对基金信息披露义务人依法披露基金信息并保证所披露信息真实、准确和完整的规定。

【本条释义】

在证券市场上，每支基金的未来收益都具有不确定性，投资人在收益、风险方面的偏好也有所不同。寻求各种投资品种和获利机会的投资人，都需要通过公开披露的各种有关基金的信息，特别是基金招募说明书、基金合同、基金托管协议、基金资产净值、基金份额净值、基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告以及证券市场上提供的其他基金信息数据等，进行分析预测，才能作出交易、申购或者赎回基金份额的决定，所以了解可能影响基金份额价格的各种信息，是投资人作出正确选择的前提。基金信息披露义务人只有公布真实、准确和完整的信息，才能有助于投资人了解基金真实情况，作出正确的选择；而散布虚假信息，进行信息误导，则会使投资人作出错误的判断，利益受到损失，甚至会影响到社会的稳定。

因此，基金信息披露义务人必须依法披露基金信息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性。

但是，我国证券投资基金市场在信息披露方面还存在一些问题，比如，信息披露的非主动性。不少基金管理人把信息披露看成是一种额外的负担，因而往往不是主动地去披露有关信息，而是抱着能够少披露就尽量少披露的观念，在关联交易信息的披露方面尤其是如此。信息披露的不严肃性。尽管证券投资基金监管部门对信息披露制定了不少的规定，但有些基金管理人、基金托管人信息披露的随意性很强，不分时间、场合随意披露信息，有的甚至故意拖延披露重要信息。信息披露的不充分性。主要表现在以下几个方面：一是对关联交易信息披露不够充分；二是对证券投资基金的投资范围的信息披露不够充分；三是对一些重要事项的披露不够充分。为加强对证券投资基金信息披露的管理，保护基金投资人的合法权益和社会公共利益，本条明确规定基金管理人、基金托管人和其他基金信息披露义务人应当依法披露基金信息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性，这是基金信息披露义务人必须遵守的法律规范。

一、应当披露的内容

基金信息披露义务人应当依法公开披露的基金信息，依照本法第七十六条的规定，主要包括：（1）基金招募说明书、基金合同、基金托管协议；（2）基金募集情况；（3）基金份额上市交易公告书；（4）基金资产净值、基金份额净值；（5）基金份额申购、赎回价格；（6）基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告；（7）临时报告；（8）基金份额持有人大会决议；（9）基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的重大人事变动；（10）涉及基金财产、基金管理业务、基金托管业务的诉讼或者仲裁；（11）

国务院证券监督管理机构规定应予披露的其他信息。上列各项基金信息是基金投资人进行投资决策的重要依据，法律要求基金信息披露义务人保证所披露的基金信息应当是真实、准确和完整的。

二、真实性、准确性、完整性要求

信息披露的真实性，是指基金信息应当准确、真实，不得有虚假记载、误导或者欺骗。为了确保信息披露的真实性，我国确立了强制性信息披露保障机制，包括：（1）基金监管机构的审核制度；（2）信息披露义务人的担保责任；（3）证券中介机构对信息披露文件真实性的保证责任；（4）证券交易所对公开信息真实性的审查。

信息披露的准确性是指发行公司披露信息时必须确切表明其含义，其内容与表达应通俗易懂，不得故弄玄虚，或语意不详，引起误解。在此，需要区别对待的是“硬信息”和“软信息”：硬信息是指招募说明书、上市公告书、年度报告、中期报告等确定事实的陈述；而软信息是指盈利预测、估算、前景展望等。对于硬信息，必须完全准确；对于“软信息”，本法完全禁止基金管理人提供基金业绩预测信息。本法第七十七条规定，公开披露基金信息，不得有下列行为：（1）对证券投资业绩进行预测；（2）违规承诺收益或者承担损失。

信息披露完整性是对信息披露量的要求。它要求信息披露当事人依法充分公开所有法定项目的内容，不得有欠缺和遗漏。信息披露的完整性包括形式的完整和内容的完整，更主要的是体现在内容的完整性上。各国证券大多对各种不同事项规定了各种披露表格，披露只能严格按照表格上所列的条款编制种类报表，不得有任何遗漏或删减，否则要承担相应的法律责任。此外，还要求信息披露人对信息披露做到“易解性原则”和“易得性原则”的要求。所谓“易解性原则”是指要求公开披露的信息从陈述方式和使用术语上都应尽量做到浅显

易懂，用语不要过于专业化，以防阻碍了一般投资者的有效理解。而“易得性原则”要求公开披露的信息内容易为一般公共投资者所获取。关于信息的数量，并非越多越好。过多的信息将可能产生误导，因为信息太多时真正相关的信息项目就可能被掩盖，而冗长、无关紧要之细节信息，会影响预测和决策。因此，所谓信息披露的完整性实质上是一种适度披露，以达到对投资者决策有用为目的。

第七十五条

基金信息披露义务人应当确保应予披露的基金信息在国务院证券监督管理机构规定时间内披露，并保证投资人能够按照基金合同约定的时间和方式查阅或者复制公开披露的信息资料。

【本条主旨】

本条是对基金信息披露的时间要求和保证投资人可以获得所披露信息的规定。

【本条释义】

基金信息披露义务人必须依照法律和国务院证券监督管理机构的有关规定，认真承担对投资人的信息披露义务，确保在规定时间内披露应予披露的基金信息，并保证投资人能够按照基金合同约定的时间和方式查阅或者复制公开披露的信息资料。之所以这样规定，是因为证券投资基金的投资人是社会公众，他们购买基金份额的目的是希望分享基金财产增值的成果，从而获得投资的收益。通过信息披露，基金管理人就基金投资运作的历史业绩和风险状况、投资方向、资产配置等信息进行充分披露，可以使其基金的现有投资者和潜在投资者根据自己的风险偏好和收益预期对基金价值进行理性分析，进而作出

投资选择。此外，由于现实证券市场存在信息不对称问题，投资者无法对基金进行有效甄别，助长了基金管理人的道德风险，高效率的基金无法吸引到足够的资金进行投资，形成不合理的资金配置机制。通过信息披露，迫使隐藏的信息得以及时和充分地公开，从而消除逆向选择和道德风险带来的低效无序状况，提高证券市场的有效性。

一、时间要求

对于基金管理人公布招募说明书、基金合同及其他有关文件在时间上的要求，法律作出了明确规定，依照本法第五十六条第一款的规定，基金管理人应当在基金份额发售的3日前公布招募说明书、基金合同及其他有关文件。这就是说基金管理人公布招募说明书、基金合同及其他有关文件与发售基金份额至少要有3天的间隔，这样规定主要是为使投资人能够及时、准确地了解和掌握拟发售的基金份额的基本情况，以方便其做好必要的准备和进行合理的投资决策，因此是保护投资人利益的重要法律规范。对于基金信息披露义务人应予披露的其他基金信息在时间上的要求，应当遵守中国证监会发布的《证券投资基金信息披露管理办法》的规定。

二、获得信息的方法

本条同时规定，基金信息披露义务人应当保证投资人能够按照基金合同约定的时间和方式查阅或者复制公开披露的信息资料，这也是保护投资人利益的重要措施。依法公开披露的基金信息，基金信息披露义务人除应当确保在规定时间内披露外，还要保证投资人能够按照基金合同约定的时间和方式查阅或者复制，以使投资人能有更多的途径、办法充分获知公开披露的信息资料，从而保障其在进行基金投资时的合法权益。事实上投资人查阅或者复制公开披露的基金信息的过程，也正是基金信息披露义务人了解投资人需求，与投资人寻求沟通、

交流互动的好机会，所以基金信息披露义务人应当高度重视、依法予以保证。

第七十六条

公开披露的基金信息包括：

- （一）基金招募说明书、基金合同、基金托管协议；**
- （二）基金募集情况；**
- （三）基金份额上市交易公告书；**
- （四）基金资产净值、基金份额净值；**
- （五）基金份额申购、赎回价格；**
- （六）基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告；**
- （七）临时报告；**
- （八）基金份额持有人大会决议；**
- （九）基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的重大人事变动；**
- （十）涉及基金财产、基金管理业务、基金托管业务的诉讼或者仲裁；**
- （十一）国务院证券监督管理机构规定应予披露的其他信息。**

【本条主旨】

本条是对公开披露的基金信息文件的规定。

【本条释义】

本次证券投资基金法修订对本条作了修改，将原第六十二条修改为第七十六条，并将第十项“涉及基金管理人、基金财产、基金托管

人业务的诉讼”修改为“涉及基金财产、基金管理业务、基金托管业务的诉讼或者仲裁”，将第十一项“依照法律、行政法规有关规定，由国务院证券监督管理机构规定应予披露的其他信息”修改为“国务院证券监督管理机构规定应予披露的其他信息”。

应披露的基金信息可以分为基金募集信息、基金运作信息和基金临时信息。其中，募集信息包括：（1）基金招募说明书、基金合同、基金托管协议；（2）基金募集情况等。运作信息包括：（1）基金份额上市交易公告书；（2）基金资产净值、基金份额净值；（3）基金份额申购、赎回价格；（4）基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告等。临时重大信息包括：（1）基金份额持有人大会的召开；（2）提前终止基金合同；（3）基金扩募；（4）延长基金合同期限；（5）转换基金运作方式；（6）基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的重大人事变动等。

一、基金招募说明书、基金合同、基金托管协议

基金招募说明书是基金最重要、最基本的信息披露文件，有助于投资者充分了解将要买入的基金。基金招募说明书是基金管理人为发售基金份额而依法必须制作的供投资人了解基金管理人的基本情况，说明基金发售有关事项，指导投资人认购基金份额的规范性文件。其编制原则是要求基金管理人将所有对投资人作出投资判断有重大影响的信息予以充分披露，以便投资人更好地作出投资决策。本法第五十三条对基金招募说明书应当包括的内容作出了具体规定。

基金合同是指具有平等地位主体的基金当事人在基金活动中，为规范其间的权利、义务，依意思表示一致而形成的契约或协议。此种契约或协议对于参与意思表示者具有规范上的拘束力，因此，基金合同也是证券投资基金法的法律渊源之一。基金合同是基金管理人、基

金托管人、基金发起人为设立投资基金而订立的用以明确基金当事人各方权利和义务关系的书面文件。投资者缴纳基金份额认购款项时，即表明其对基金合同的承认和接受，此时基金合同成立。基金各当事人按照基金合同的约定享有权利、承担义务，投资人自取得依基金合同所发售的基金份额，即成为基金份额持有人，本法第五十二条对基金合同应当包括的内容作出了具体规定。

基金托管协议是基金管理人、基金托管人(一般为商业银行)就基金资产托管一事达成的协议书。协议书以合同的形式明确委托人和托管人的责任和权利、义务关系。主要目的在于明确双方在基金财产保管、投资运作、净值计算、收益分配、信息披露及相互监督等事宜中的权利义务及职责，确保基金财产的安全，保护基金份额持有人的合法权益。

二、基金募集情况

依据本法第五十八条的规定，基金募集期限届满，封闭式基金募集的基金份额总额达到准予注册规模的80%以上，开放式基金募集的基金份额总额超过准予注册的最低募集份额总额，并且基金份额持有人人数符合国务院证券监督管理机构规定的，基金管理人应当自募集期限届满之日起10日内聘请法定验资机构验资，自收到验资报告之日起10日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，办理基金备案手续，并予以公告。这一公告主要反映的是基金募集情况。要求公开披露基金的募集情况，可以增加基金募集的透明度，同时使基金份额持有人充分享有知情权。

三、基金份额上市交易公告书

根据《证券投资基金信息披露管理办法》的规定，基金份额获准在证券交易所上市交易的，基金管理人应当在基金份额上市交易的3个工作日前，将基金份额上市交易公告书登载在指定报刊和网站上。

四、基金资产净值、基金份额净值

基金资产净值是指基金资产总值减去按照国家有关规定可以在基金资产中扣除的费用后的基金份额总额的价值。基金资产净值是衡量一个基金经营好坏的主要指标，也是基金份额交易价格的计算依据。基金份额净值是指计算日基金资产净值除以计算日基金份额总数后的每一基金份额的价值。

根据《证券投资基金信息披露管理办法》的规定，基金管理人应当至少每周公告一次封闭式基金的资产净值和份额净值。开放式基金的基金合同生效后，在开始办理基金份额申购或者赎回前，基金管理人应当至少每周公告一次基金资产净值和基金份额净值。基金管理人应当在每个开放日的次日，通过网站、基金份额发售网点以及其他媒介，披露开放日的基金份额净值和基金份额累计净值。基金管理人应当公告半年度和年度最后一个市场交易日基金资产净值和基金份额净值。基金管理人应当在半年度和年度最后一个市场交易日的次日，将基金资产净值、基金份额净值和基金份额累计净值登载在指定报刊和网站上。

五、基金份额申购、赎回价格

申购、赎回开放式基金份额的价格就是基金份额申购、赎回价格。申购开放式基金份额和赎回开放式基金份额的价格，依据申购赎回日基金份额资产净值加、减有关费用计算。根据《证券投资基金信息披露管理办法》的规定，基金管理人应当在开放式基金的基金合同、招募说明书等信息披露文件上载明基金份额申购、赎回价格的计算方式

及有关申购、赎回费率，并保证投资人能够在基金份额发售网点查阅或者复制前述信息资料。

六、基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告

基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告均属于定期报告，根据《证券投资基金信息披露管理办法》的规定，基金管理人应当在每年结束之日起 90 日内，编制完成基金年度报告，并将年度报告正文登载于网站上，将年度报告摘要登载在指定报刊上。基金年度报告的财务会计报告应当经过审计。基金管理人应当在上半年结束之日起 60 日内，编制完成基金半年度报告，并将半年度报告正文登载在网站上，将半年度报告摘要登载在指定报刊上。基金管理人应当在每个季度结束之日起 15 个工作日内，编制完成基金季度报告，并将季度报告登载在指定报刊和网站上。基金合同生效不足两个月的，基金管理人可以不编制当期季度报告、半年度报告或者年度报告。基金定期报告应当在公开披露的第二个工作日，分别报中国证监会和基金管理人主要办公场所所在地中国证监会派出机构备案。报备应当采用电子文本和书面报告两种方式。

七、临时报告

临时报告是指基金发生重大事件时，有关信息披露义务人应当编制的报告。根据《证券投资基金信息披露管理办法》的规定，基金发生重大事件时，有关信息披露义务人应当在两日内编制临时报告书，予以公告，并在公开披露日分别报中国证监会和基金管理人主要办公场所所在地中国证监会派出机构备案。重大事件，是指可能对基金份额持有人权益或者基金份额的价格产生重大影响的事件，包括：（1）基金份额持有人大会的召开；（2）提前终止基金合同；（3）基金扩

募；（4）延长基金合同期限；（5）转换基金运作方式；（6）更换基金管理人、基金托管人；（7）基金管理人、基金托管人的法定名称、住所发生变更；（8）基金管理人股东及其出资比例发生变更；（9）基金募集期延长；（10）基金管理人的董事长、总经理及其他高级管理人员、基金经理和基金托管人基金托管部门负责人发生变动；（11）基金管理人的董事在一年内变更超过 50%；（12）基金管理人、基金托管人基金托管部门的主要业务人员在一年内变动超过 30%；（13）涉及基金管理人、基金财产、基金托管业务的诉讼；（14）基金管理人、基金托管人受到监管部门的调查；（15）基金管理人及其董事、总经理及其他高级管理人员、基金经理受到严重行政处罚，基金托管人及其基金托管部门负责人受到严重行政处罚；（16）重大关联交易事项；（17）基金收益分配事项；（18）管理费、托管费等费用计提标准、计提方式和费率发生变更；（19）基金份额净值计价错误达基金份额净值 0.5%；（20）基金改聘会计师事务所；（21）变更基金份额发售机构；（22）基金更换注册登记机构；（23）开放式基金开始办理申购、赎回；（24）开放式基金申购、赎回费率及其收费方式发生变更；（25）开放式基金发生巨额赎回并延期支付；（26）开放式基金连续发生巨额赎回并暂停接受赎回申请；（27）开放式基金暂停接受申购、赎回申请后重新接受申购、赎回；（28）中国证监会规定的其他事项。

八、基金份额持有人大会决议

基金份额持有人大会决议往往是涉及基金份额持有人重大利益的事件，因此基金份额持有人大会的决议理应成为公开披露的基金信息，以保证基金份额持有人能充分了解基金份额持有人大会的决定。

九、基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的重大人事变动

基金的一个重要特点就是集合广大投资人的零散资金，交由专业人员进行组合，因而基金具有专家理财的优势。投资人之所以愿意将资金交由基金管理人经营，是因为信赖其专业人员的管理技能，因此一般情况下投资人与基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的专业人员之间存在事实上的信赖关系。一旦基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门发生重大人事变动，势必对基金运作产生重大影响，所以为保护基金份额持有人的利益，有关基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的重大人事变动的信息应当依法公开披露。

十、涉及基金财产、基金管理业务、基金托管业务的诉讼或者仲裁

这是由于涉及基金管理人、基金财产、基金托管业务的诉讼或者仲裁均属于基金发生的重大事件，可能会给基金财产安全和基金份额持有人利益带来重大影响，因此也属于应当公开披露的基金信息。这里需要说明两点：一是原证券投资基金法中规定，涉及基金管理人的诉讼应当披露，但实际上涉及基金管理人的诉讼不一定与基金运作有关，不一定属于基金发生的重大事件，这样的规定过于严格，因此，这次修改将其限定为基金管理业务；二是除诉讼之外增加了仲裁，这是因为仲裁活动和法院的审判活动一样，关乎当事人的实体权益，是解决民事争议的方式之一，可能会给基金财产安全和基金份额持有人利益带来重大影响，因此应当公开披露。

十一、国务院证券监督管理机构规定应予披露的其他信息

考虑到证券市场监管中的情况较为复杂，需要公开披露的基金信息包括的文件较多，内容又十分重要，法律难以一一列全，因此授权国务院证券监督管理机构可以规定应予披露的其他重要信息。

第七十七条

公开披露基金信息，不得有下列行为：

- （一）虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；**
- （二）对证券投资业绩进行预测；**
- （三）违规承诺收益或者承担损失；**
- （四）诋毁其他基金管理人、基金托管人或者基金销售机构；**
- （五）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。**

【本条主旨】

本条是对公开披露基金信息的禁止性行为的规定。

【本条释义】

在证券市场上，各种各样信息的传播对基金份额的发售、交易、申购、赎回都会造成影响，披露真实的基金信息，有助于投资人了解市场真实情况，作出正确的投资决策；而通过虚假披露基金信息、预测证券投资业绩、违规承诺收益或者承担损失、诋毁同行或者竞争对手等手段，进行信息误导，则会使投资人作出错误的判断，利益受到损失，不仅破坏了证券市场的正常秩序，而且也损害了国家利益和社会公共利益。所以对借公开披露基金信息为名编造、传播虚假基金信息，恶意进行信息误导、诋毁同行或者竞争对手等行为，应当坚决予以禁止。依照本条规定，公开披露基金信息，不得有下列行为。

一、虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏

所谓虚假记载，是指基金信息披露义务人在披露基金信息时，将不存在的事实在基金信息披露文件中予以记载的行为。虚假记载是各国证券投资基金市场中经常出现的一种虚假陈述行为，在财务会计报告中尤其普遍，其主要方式是：夸大投资者权益；虚报公司盈利；虚构成本费用等。

所谓误导性陈述，是指基金信息披露义务人在基金信息披露文件中或者通过媒体，作出使投资人对其投资行为发生错误判断并产生重大影响的陈述。其常见类型有：语义模糊型，它使公众投资者产生不同理解；语义难解型，它使一般投资公众不知所云；半真披露型，它没有表述全部事实，遗漏了相关条件或事实，从而误导投资者。

所谓重大遗漏，是指基金信息披露义务人在基金信息披露文件中，未将应当记载的事项完全或者部分予以记载。国家行业政策变化、重大诉讼等重大事项应当记载而不予记载，就构成重大遗漏，这种情况是虚假陈述中表现最多的。应当注意的是，公开文件中应披露的内容不以法定表格所列举的事项为限，发行人或上市公司尤其要注意法定表格以外的信息披露，否则极易造成遗漏。

二、对证券投资业绩进行预测

目前在基金发售过程中，常有一些基金管理人对于基金产品未来收益率进行预测，或者测算出基金产品在未来取得某些收益率的可能概率分布，这被认为是基金风险特征的重要构成因素，为了防止欺诈性或误导性信息挫伤投资者对证券市场的信心，必须对公开披露的基金信息中含有预测证券投资业绩的内容加以禁止。关于证券投资业绩的预测，美国立法允许基金管理人提供基金业绩预测性信息，但必须满足“谨慎预示”条件的要求。在美国，基金公告书中的业绩预测或关于基金未来事态的任何表述所涉及的法律诉讼，法院一般应用“谨慎

预示”原则。美国联邦第九巡回法院将其定义为：谨慎预示原则为法院提供了一种裁决机制，判定原告的起诉缘由或进行总结裁定，如果辩护人在对未来的展望性表述中包含了足够的谨慎性语言或者是足够的风险揭示，就可以免除证券中欺诈条款对辩护人的责任。在当前，我国基金业发展尚处于起步阶段，基金投资金融工具有限，基金投资缺乏充分的风险规避手段，并且大多数投资者投资分析能力不强。为保证投资者的根本利益，证券投资基金法规定基金管理人不得对证券投资业绩进行预测的做法是恰当的。但将来随着我国金融市场的不断发展与深化，基金投资工具的多元化发展，投资者投资分析能力的提高，证券投资预测信息将有可能相应地成为投资人决策的重要信息。

三、违规承诺收益或者承担损失

基金信息披露义务人既没有承诺投资人收益的能力，也没有承担投资人损失的可能。基金投资的盈亏结果，只能由投资人自己承担。如果有人对投资人承诺收益或者承担损失，该承诺只能被认为是对投资人的诱骗，同时也是一种不正当竞争行为。为了保护投资人利益，创造公平竞争环境，对公开披露的基金信息中违规承诺收益或者承担损失的行为，法律必须加以禁止。证券投资基金是存在一定投资风险的金融产品，它既可能给投资者带来丰厚的收益，也可能使投资者遭受损失，需要投资人根据自身的需要和经验，对投资的对象和时机作出审慎的选择，任何人都不能包办代替。

四、诋毁其他基金管理人、基金托管人或者基金销售机构

证券市场的公平原则，要求市场的所有参与者都有平等的法律地位，各自的合法权益都能够得到公平的保护。这里公平是指机会均等，平等竞争，营造一个所有市场参与者进行公平竞争的环境。对所有市场参与者而言，不能因为其在市场中的职能差异、身份不同、经济实

力大小而受到不公平的待遇，都要按照公平的市场规则进行各种活动。公开披露的基金信息中如果含有诋毁其他基金管理人、基金托管人或者基金份额发售机构的内容，显然就违背了公平原则，构成一种不正当竞争行为，因此对这种诋毁同行或者竞争对手的不正当竞争行为，法律必须明确加以禁止。

五、法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为

这是一项概括性规定，考虑到我国证券市场还不够成熟，基金业发展中基金信息公开披露方面也还不够规范，为了适应证券市场监管工作中的复杂情况，在制定诸如公开披露基金信息的禁止性规定方面授予国务院证券监督管理机构一定的权力是必要的，因此法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为也属本条规制。

对于公开披露基金信息的禁止性规定，基金信息披露义务人必须严格遵守，否则要承担相应的法律责任。依照本法第一百三十一条的规定，基金信息披露义务人不依法披露基金信息或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，没收违法所得，并处10万元以上100万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处3万元以上30万元以下罚款。

第八章 公开募集基金的基金合同的变更、终止与基金财产清算

本章共五条，对公开募集基金的基金合同的变更、终止与基金财产清算等作了规定。

第七十八条

按照基金合同的约定或者基金份额持有人大会的决议，基金可以转换运作方式或者与其他基金合并。

【本条主旨】

本条是关于基金转换运作方式或者与其他基金合并的规定。

【本条释义】

一、基金的运作方式及其转换

按照基金的交易方式，可以将证券投资基金分为开放式基金与封闭式基金。开放式基金又称追加型基金，是指证券投资基金设立后，投资者可以随时申购或者赎回基金份额，基金也可以随时追加卖出或者发行基金份额，基金份额与基金财产规模不固定，基金存续期限也不固定的一种基金类型。开放式基金追加发行基金份额，投资者申购或者赎回基金份额，不是以面值，而是以基金份额资产净值为基础计算的。封闭式基金也称为固定型基金，是指在基金发行前就已经确定基金资本总额、发行数量和存续期限，在基金存续期内基金资本总额以及发行数量都保持固定不变的基金类型。封闭式基金的基金份额不能被追加认购或者赎回，投资者只能通过证券经纪商在依法设立的证券交易所交易。基金收益以股利、利息和可实现的资本利得等形式支付给投资者。封闭式基金的价格更多地是反映证券市场供求关系。

开放式基金与封闭式基金在基金存续期限、发行规模要求、基金的买卖双方、转让价格、收益与风险等方面都存在很大的不同。在证券投资基金发展初期，由于缺乏良好的市场环境，人们希望基金的运作更加稳定，因此，证券投资基金发展初期一般是以封闭式基金为主。随着证券市场的不断发展和完善，由于开放式基金具有市场选择性强、便于投资、流动性强、透明度高、对基金管理人的约束和监督机制健

全等优势，在封闭式基金发展到一定规模后，开放式基金开始得到较大发展，并在证券市场上逐渐取得了主要地位。我国的证券投资基金也经历了这样一条发展道路。在证券投资基金这种发展形势下，原有的大量封闭式基金需要转换为开放式基金。本条的规定为基金转换运作方式提供了法律依据。根据本条规定，按照基金合同的约定或者基金份额持有人大会的决议，基金可以转换运作方式，即由封闭式基金转换为开放式基金。

二、基金合并

本次修改证券投资基金法增加了基金合并的有关规定，即在本条增加规定，如果基金合同有约定或者基金持有人大会通过决议，该基金可以与其他基金合并。

基金合并属于一种基金退出机制，目前一些业绩差、规模小的基金处于两难境地，允许基金以合并方式退出，有利于保护投资者利益并节约基金公司的资源。本法修改前，我国没有关于基金退出机制的明确规定，对于那些基金业绩长期表现不佳、规模缩水严重的基金，基金公司大多会通过自购、“帮忙资金”等方式维系其生存，但成本很高，实际损害的是基金份额持有人的利益。如果以清盘方式退出，则涉及股票大笔出售等问题，也可能损害投资者的利益。基金合并方式允许基金管理人、基金份额持有人决定基金的生存问题，同时还可以集中公司资源。例如，规模较小的基金可以与其他基金合并，或者与业绩表现良好的同类基金合并。不同基金之间合并涉及以下三个方面的问题，需要考虑：一是具体如何操作，是否需要变卖基金原有的投资标的再进行资产转移；二是基金合并涉及两只基金，是否需要双方的基金份额持有人均召开持有人大会；三是同一基金公司旗下的不同基金进行合并的可行性较高，因此，基金合并是否应限定于同一基

金公司旗下的基金。对于这些问题，还需要在实际操作中不断地摸索，积累经验。

三、基金转换运作方式或者与其他基金合并的程序

转换基金运作方式或者与其他基金合并涉及所有基金份额持有人的切身利益，事关重大，必须按照基金合同的约定进行，或者通过召开基金份额持有人大会并由大会作出决议。依照本法第八十六条的规定，基金份额持有人大会应当有代表 1/2 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这一规定比例的，召集人可以在原公告的基金份额持有人大会召开时间的 3 个月以后、6 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 1/3 以上基金份额的持有人参加，方可召开。转换基金的运作方式或者与其他基金合并，应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。基金份额持有人大会决定后，还应当依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。基金合同没有约定或者基金份额持有人大会未作出相应决议的，不得转换基金运作方式或者与其他基金合并。本条对基金转换运作方式或者与其他基金合并的程序作出规定，有利于规范基金运作方式转换以及基金合并活动，维护基金份额持有人的合法权益。

原证券投资基金法规定，转换基金运作方式的还要经国务院证券监督管理机构核准。本次修改证券投资基金法删去了这一规定。随着证券投资基金的不断发展和完善，封闭式基金要转换为开放式基金以及基金的合并，只需按照基金合同的约定或者基金份额持有人大会的决议即可，无须再报经国务院证券监督管理机构核准。

第七十九条

封闭式基金扩募或者延长基金合同期限，应当符合下列条件，并报国务院证券监督管理机构备案：

（一）基金运营业绩良好；

（二）基金管理人最近二年内没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚；

（三）基金份额持有人大会决议通过；

（四）本法规定的其他条件。

【本条主旨】

本条是关于封闭式基金扩募或者延长基金合同期限的条件规定。

【本条释义】

封闭式基金是基金份额总额在基金合同期限内固定不变，基金份额可以在依法设立的证券交易场所交易，基金份额持有人不得申请赎回的基金。基金合同当事人约定基金合同期限和基金份额总额在合同期限内固定不变是封闭式基金的两个重要特征。因此，一般情况下，封闭式基金是不允许扩募或者随意延长合同期限的。那么，在证券市场的发展前景比较乐观，基金的运营状况也比较好的情况下，基金各方当事人希望扩募基金或者延长基金合同期限，是否允许呢？本条为封闭式基金扩募和延长基金合同期限提供了法律依据，并设定了严格的条件。

一、封闭式基金扩募或者延长基金合同期限的条件

依照本条规定，封闭式基金扩募或者延长基金合同期限，应当同时符合下列条件：

1. 基金运营业绩良好。基金运营业绩直接关系到投资人的投资回报，是衡量基金管理人证券投资管理能力的重要指标，也是投资人权衡是否购买该基金的主要因素。基金运营业绩良好是封闭式基金扩募或者延长基金合同期限应当具备的首要条件。基金管理人应当凭借其良好的专业知识与经验，合理运用所管理的基金财产，根据法律、法规及基金章程、基金合同的规定，按照科学的投资组合原理进行投资决策，谋求所管理的基金资产不断增值，使基金持有人获取尽可能多的收益。只有创造良好的基金运营业绩，才能吸收更多的投资人肯于投资该基金，才具备扩募基金或者延长基金合同期限的基础条件。如果基金运营业绩不好，不能给投资人带来良好的投资回报，甚至给投资人造成亏损，就不得扩募基金或者延长基金合同的期限。

2. 基金管理人最近2年内没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚。为了保护投资人的合法权益，减少基金投资的风险，基金管理人应当诚信守法，不得从事破坏证券市场正常秩序、损害投资人利益的违法违规行为。依照本法的有关规定，基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得有下列行为：（1）将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资；（2）不公平地对待其管理的不同基金财产；（3）利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益；（4）向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失；（5）侵占、挪用基金财产；（6）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；（7）玩忽职守，不按照规定履行职责；（8）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员有上述所列行为之一的，责令改正，没收违法所得，并处罚款；构成犯罪的，依法追究刑

事责任。为了规范证券投资基金活动，保护投资人的合法权益，本条规定基金管理人在最近2年内因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚的，不得扩募其所管理的封闭式基金或者延长基金合同期限。只有基金管理人在最近2年内没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚的，才可以扩募基金或者延长基金合同期限。

3. 基金份额持有人大会决议通过。封闭式基金扩募或者延长基金合同期限涉及所有基金份额持有人的利益，事关重大，应当召开基金份额持有人大会并由大会决议通过。本法第四十七条即明确规定，决定基金扩募或者延长基金合同期限属于基金份额持有人大会行使的一项重要职权。根据这一规定，封闭式基金扩募或者延长基金合同期限必须经基金份额持有人大会决议通过。

关于基金份额持有人大会召开和作出决定的程序，根据本法第八十六条的规定，基金份额持有人大会应当有代表1/2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3个月以后、6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1/3以上基金份额的持有人参加，方可召开。基金份额持有人大会就封闭式基金扩募或者延长基金合同期限等审议事项作出决定，应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的1/2以上通过。基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。

4. 本法规定的其他条件。封闭式基金扩募或者延长基金合同期限，除应当符合上述三项条件外，还应当符合本法规定的其他条件。例如，封闭式基金扩募时，应当严格遵守本法第五章有关基金公开募

集的各项规定以及第七章公开募集基金的投资与信息披露的各项规定。

二、封闭式基金扩募或者延长基金合同期限应当依法备案

封闭式基金扩募或者延长基金合同期限，除应当符合本条规定的各项条件外，还应当报国务院证券监督管理机构备案。原证券投资基金法规定，封闭式基金扩募或者延长基金合同期限，应当“经国务院证券监督管理机构核准”。本次修改证券投资基金法将“经国务院证券监督管理机构核准”修改为“报国务院证券监督管理机构备案”，做了比较大的改动。核准是指政府机关或者授权单位，根据法律、法规、行政规章以及有关文件，对相对人从事某种行为、申请某种权利或者资格等，依法进行确认的行为。有关机关在批准相对人的申请时，按照有关条件进行确认。只要符合条件，一般都予以准许。核准的条件一般都比较明确具体，便于确认。备案是指相对人按照法律、法规、行政规章及相关性文件等规定，向主管部门报告制定的或者已完成事项的行为。本条将“核准”程序修改为“备案”程序，意味着基金管理人在扩募封闭式基金或者延长基金合同期限时，不必事先报经国务院证券监督管理机构审查、批准，只需事后报国务院证券监督管理机构备案即可。这样规定简化了程序，减轻了基金管理人的负担，方便了基金管理人扩募基金或者延长基金合同期限。

第八十条

有下列情形之一的，基金合同终止：

- (一) 基金合同期限届满而未延期；**
- (二) 基金份额持有人大会决定终止；**

（三）基金管理人、基金托管人职责终止，在六个月内没有新基金管理人、新基金托管人承接；

（四）基金合同约定的其他情形。

【本条主旨】

本条是关于基金合同终止的规定。

【本条释义】

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止权利义务关系的协议。依法成立的合同，受法律保护，对当事人具有法律约束力。合同因具备法律规定的情形或者当事人约定的情形而终止，合同的权利义务归于消灭。基金合同是基金管理人、基金托管人、基金发起人为设立投资基金而订立的用以明确基金当事人各方权利和义务关系的协议。基金合同因具备证券投资基金法规定的情形或者基金合同约定的情形而终止。

依照本条规定，基金合同有下列四种情形之一的，合同终止。

一、基金合同期限届满而未延期

我国对证券投资基金的募集采取意思自治原则，证券投资基金法没有代替当事人之间的协商和意思自治，基金合同的当事人，即基金管理人、基金托管人和基金份额持有人在法律允许的框架内有权在基金合同中约定当事人权利和义务的分配、基金收益分配方案以及基金合同期限等内容。也就是说，基金合同各方当事人可以根据基金运营的需要自行约定基金合同的期限。基金合同约定的存续期限届满，各方当事人未延期的，基金合同终止。

二、基金份额持有人大会决定终止

证券投资基金法除了赋予基金份额持有人享有分享基金财产收益、参与分配清算后的剩余基金财产、依法转让或者申请赎回其持有

的基金份额等权利外，还规定基金份额持有人在一定条件下可以要求召开基金份额持有人大会或者自行召集持有人大会。基金合同终止是涉及所有基金份额持有人利益的重大事项，因此，基金合同终止要经过基金份额持有人大会决定。本法第四十七条即明确规定，提前终止基金合同应当由基金份额持有人大会审议决定。

本法第八十六条对召开基金份额持有人大会的程序以及表决提前终止基金合同的份额比例要求作出了明确规定：基金份额持有人大会应当有代表 1/2 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 3 个月以后、6 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 1/3 以上基金份额的持有人参加，方可召开。提前终止基金合同，应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。从以上规定可以看出，基金份额持有人大会决定提前终止基金合同的程序是非常严格的。这样规定，有利于防止少数掌握大量基金份额的机构持有人滥用持有人大会而随意提前终止基金合同，保护广大投资者的合法权益。

三、基金管理人、基金托管人职责终止，在 6 个月内没有新基金管理人、新基金托管人承接依照本法的有关规定，公募基金的基金管理人负有依法募集资金、进行证券投资、及时向基金份额持有人分配收益等职责。

基金管理人被依法取消基金管理资格、被基金份额持有人大会解任、依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产的，基金管理人的职责均告终止。基金管理人职责终止的，基金份额持有人大会应当在 6

个月内选任新基金管理人。基金托管人负有安全保管基金财产、确保基金财产的完整与独立、及时办理清算与交割事宜等职责。基金托管人被依法取消基金托管资格、被基金份额持有人大会解任、依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产的，基金托管人的职责均告终止。基金托管人职责终止的，基金份额持有人大会应当在6个月内选任新基金托管人。

如果在基金管理人、基金托管人职责终止的6个月内未能召开基金份额持有人大会，或者虽然召开了持有人大会但没有选任出新基金管理人、新基金托管人，即在6个月内没有新基金管理人、新基金托管人承接基金管理、基金托管职责的，基金就将无法正常运营下去。在这种情况下，基金合同应当终止。

四、基金合同约定的其他情形

除上述三项基金合同终止的法定情形外，出现基金合同约定的其他终止情形的，基金合同也终止。根据本法第五十二条的规定，基金合同的各方当事人可以在基金合同中约定基金合同终止的事由。当基金合同中约定的终止事由出现时，基金合同即行终止。例如，某基金合同中约定，“存续期间内，基金份额持有人数量连续60个工作日达不到100人，或连续60个工作日基金资产净值低于人民币5000万元，基金管理人宣布本基金终止”，就属于这种情形。

第八十一条

基金合同终止时，基金管理人应当组织清算组对基金财产进行清算。

清算组由基金管理人、基金托管人以及相关的中介服务机构组成。

清算组作出的清算报告经会计师事务所审计, 律师事务所出具法律意见书后, 报国务院证券监督管理机构备案并公告。

【本条主旨】

本条是关于基金合同终止时对基金财产进行清算的规定。

【本条释义】

一、基金财产清算的含义

依照本条规定基金合同终止时, 应当组织清算组对基金财产进行清算。基金财产清算是指出现基金合同终止的情形时, 依法组成的清算组清理基金财产的活动。基金财产清算的条件是基金合同终止。依照本法第八十条的规定, 有以下情形之一的, 基金合同终止: 一是基金合同期限届满而未延期; 二是基金份额持有人大会决定终止; 三是基金管理人、基金托管人职责终止, 在 6 个月内没有新基金管理人、新基金托管人承接; 四是基金合同约定的其他情形。只要出现上述四种情形之一的, 基金合同都终止, 都应当组织清算组对基金财产进行清算。那么, 由谁来负责组织清算组呢? 根据本条第一款的规定, 基金合同终止时, 应由基金管理人组织清算组。组织清算组对基金财产进行清算, 是基金管理人的法定义务。基金管理人应当按照基金合同的约定, 在基金合同终止后尽快组织成立清算组。

二、清算组的组成和职责

1. 清算组的组成。负责基金财产清算的主体是清算组。根据本条第二款的规定, 清算组由基金管理人、基金托管人以及相关的中介服务机构组成。具体来讲, 基金清算组成员应当由基金管理人、基金托管人、具有从事证券相关业务资格的注册会计师、具有从事证券法律业务资格的律师以及国务院证券监督管理机构指定的人员组成。基金清算组可以聘请必要的工作人员。

2. 清算组的职责。清算组成立后，在中国证监会的监督下进行基金清算。在清算组接管基金财产之前，基金管理人和基金托管人应当按照基金合同和托管协议的规定继续履行保护基金财产安全的职责。在清算过程中，清算组负责基金财产的保管、清理、估价、变现和分配等各项具体工作。因清算活动的需要，清算组可以依法进行必要的民事活动。

三、清算程序

基金财产清算的程序主要包括：

第一，基金合同终止后，基金管理人依法组织清算组并向清算组办理移交手续，由清算组统一接管基金财产。其他任何人不得对基金财产进行处置。

第二，清算组对基金财产进行清理、核查和确认，以查实和确定基金财产。

第三，清算组在对基金财产清理、核查和确认的基础上，编制基金财产账册，并对基金财产进行价值评估。

第四，清算组对基金财产进行变现，即将基金持有的股票、债券等证券产品卖出以变换成现金。

第五，清算组按照基金份额持有人所持份额比例，进行剩余基金财产的分配。

第六，分配剩余基金财产后，清算组应当制作基金清算结果报告。清算组作出的清算报告经会计师事务所审计，律师事务所出具法律意见书后，报国务院证券监督管理机构备案。

第七，由清算组发布基金清算公告。

第八十二条

清算后的剩余基金财产,应当按照基金份额持有人所持份额比例进行分配。

【本条主旨】

本条是关于清算后的剩余基金财产如何分配的规定。

【本条释义】

基金财产清算后,扣除清算费用即清算组在清算过程中发生的所有合理费用和债务后的剩余基金财产,应当在基金份额持有人之间进行分配。根据本法有关规定,基金份额持有人按其所持基金份额享受收益和承担风险,因此,分配剩余基金财产也应当按照基金份额持有人所持基金份额比例进行分配。即,所持基金份额较多的基金份额持有人分配到的剩余基金财产也较多,所持基金份额较少的基金份额持有人分配到的剩余基金财产也较少。

第九章 公开募集基金的基金份额持有人权利行使

本章共四条,对基金份额持有人行使权利,要求召开基金份额持有人大会、基金份额持有人大会召开的方式以及表决等作了规定。

第八十三条

基金份额持有人大会由基金管理人召集。基金份额持有人大会设立日常机构的,由该日常机构召集;该日常机构未召集的,由基金管

理人召集。基金管理人未按规定召集或者不能召开的，由基金托管人召集。

代表基金份额百分之十以上的基金份额持有人就同一事项要求召开基金份额持有人大会，而基金份额持有人大会的日常机构、基金管理人、基金托管人都不召集的，代表基金份额百分之十以上的基金份额持有人有权自行召集，并报国务院证券监督管理机构备案。

【本条主旨】

本条是关于基金份额持有人大会召集的规定。

【本条释义】

依照本法第四十六条的规定，基金份额持有人享有分享基金财产收益、参与分配清算后的剩余基金财产、依法转让或者申请赎回其持有的基金份额等各项权利。那么，如何确保基金份额持有人的合法权利得到充分行使呢？为此，本法建立了基金份额持有人大会制度，基金份额持有人可以通过参加基金份额持有人大会并对持有人大会审议事项行使表决权来保障其合法权益得以实现。本章内容围绕召开基金份额持有人大会的有关问题作了详细规定。其中，本条对由谁来召集基金份额持有人大会问题作了明确规定。

一、基金份额持有人大会由其日常机构、基金管理人或者基金托管人召集

1、由基金管理人召集。根据本条第一款的规定，**召集基金份额持有人大会首先是基金管理人的职责，即一般情况下，基金份额持有人大会由基金管理人召集**，开会的时间、地点、会议形式等由基金管理人确定。基金管理人负责基金的投资运作和事务执行，召集基金份额持有人大会也是其职责所在。**只有当基金管理人未按规定召集或者不能召开时，才由基金托管人召集。**

2、由基金份额持有人大会的日常机构召集。为了充分发挥基金份额持有人大会的作用，确保基金份额持有人大会更好地行使职权，切实加强对基金管理人、基金托管人的监督，本法第四十八条规定，按照基金合同约定，基金份额持有人大会可以设立日常机构，行使下列职权：（1）召集基金份额持有人大会；（2）提请更换基金管理人、基金托管人；（3）监督基金管理人的投资运作、基金托管人的托管活动；（4）提请调整基金管理人、基金托管人的报酬标准；（5）基金合同约定的其他职权。基金份额持有人大会的日常机构由基金份额持有人大会选举产生的人员组成；其议事规则，由基金合同约定。允许基金份额持有人大会设立日常机构，是本次修改证券投资基金法新增的一项规定。本条也相应增加了基金份额持有人大会的日常机构召集基金份额持有人大会的规定，即：“基金份额持有人大会设立日常机构的，由该日常机构召集；该日常机构未召集的，由基金管理人召集。”根据这一规定，**如果基金份额持有人大会设立日常机构的，召集基金份额持有人大会首先是持有人大会日常机构的职责，只有当该日常机构未召集时，才由基金管理人召集。**

3、由基金托管人召集。**当基金管理人未按规定召集，或者在更换基金管理人、审议与基金管理人利益冲突的事项以及基金管理人因不可抗力等客观原因无法行使召集权的情况下，可由基金托管人召集基金份额持有人大会。**基金托管人负责基金财产的保管，在基金信托关系中处于受托人的地位，因此，基金托管人也具有基金份额持有人大会的召集权。

实践中，基金托管人认为有必要召开基金份额持有人大会的，应当向基金管理人提出书面提议。基金管理人应当自收到书面提议之日起 10 日内决定是否召集，并书面告知基金托管人。基金管理人决定

召集的，应当自出具书面决定之日起 60 日内召开。基金管理人决定不召集，基金托管人仍认为有必要召开的，应当自行召集。

二、基金份额持有人大会由基金份额持有人自行召集

根据本条第二款的规定，代表基金份额 10%以上的基金份额持有人就同一事项要求召开基金份额持有人大会，而**基金份额持有人大会的日常机构、基金管理人、基金托管人均怠于行使召集权或者无法行使召集权的，代表基金份额 10%以上的基金份额持有人有权自行召集，并报国务院证券监督管理机构备案。**这一规定拓宽了召集基金份额持有人大会的渠道，有利于保证在基金份额持有人大会的日常机构、基金管理人、基金托管人都不履行召集大会的职责时，基金份额持有人的权利能够得到正常行使。

实践中，代表基金份额 10%以上的基金份额持有人认为有必要召开基金份额持有人大会的，应当向基金管理人提出书面提议。基金管理人应当自收到书面提议之日起 10 日内决定是否召集，并书面告知提出提议的基金份额持有人代表和基金托管人。基金管理人决定召集的，应当自出具书面决定之日起 60 日内召开。基金管理人决定不召集，代表基金份额 10%以上的基金份额持有人仍认为有必要召开的，应当向基金托管人提出书面提议。基金托管人应当自收到书面提议之日起 10 日内决定是否召集，并书面告知提出提议的基金份额持有人代表和基金管理人。基金托管人决定召集的，应当自出具书面决定之日起 60 日内召开。基金管理人和基金托管人都不召集基金份额持有人大会的，基金份额持有人可以按照本法的规定自行召集基金份额持有人大会。**基金份额持有人依法自行召集基金份额持有人大会的，基金管理人、基金托管人应当配合，不得阻碍、干扰。**

第八十四条

召开基金份额持有人大会，召集人应当至少提前三十日公告基金份额持有人大会的召开时间、会议形式、审议事项、议事程序和表决方式等事项。

基金份额持有人大会不得就未经公告的事项进行表决。

【本条主旨】

本条是关于召开基金份额持有人大会的公告时间、公告内容以及基金份额持有人大会不得就未经公告事项进行表决的规定。

【本条释义】

一、召开基金份额持有人大会的公告时间和公告内容

基金份额持有人大会所审议的事项都是关系基金份额持有人切身利益的重大事项，为了让基金份额持有人充分了解大会的审议事项，做好参加大会的各项准备工作，以便更好地行使表决权，本条第一款明确规定：召开基金份额持有人大会，召集人应当至少提前30日公告基金份额持有人大会的召开时间、会议形式、审议事项、议事程序和表决方式等事项。也就是说，召开基金份额持有人大会，负责召集的基金份额持有人大会的日常机构、基金管理人或者基金托管人应当至少在会议召开的30日前发出公告。公告应当载明以下内容：（1）会议召开的时间和地点；（2）会议形式，即会议是采取现场方式还是采取通讯方式召开；（3）会议拟审议的主要事项；（4）会议的议事程序和表决方式；（5）权利登记日；（6）投票代理委托书送达的时间和地点；（7）其他有关事项。

二、基金份额持有人大会不得就未经公告的事项进行表决

基金份额持有人大会在召开过程中，应当就公告的审议事项进行审议和表决。如果有人会议在会议召开过程中临时提议对未经公告的事项

进行表决,是否允许呢?为了防止一些人特别是机构持有人或者基金管理人 对基金份额持有人大会进行操纵,在其他基金份额持有人毫无准备的情况下临时表决某些事项,损害广大基金份额持有人的利益,本条第二款明确规定,基金份额持有人大会不得就未经公告的事项进行表决。

第八十五条

基金份额持有人大会可以采取现场方式召开,也可以采取通讯等方式召开。

每一基金份额具有一票表决权,基金份额持有人可以委托代理人出席基金份额持有人大会并行使表决权。

【本条主旨】

本条是关于基金份额持有人大会的召开方式和表决权的规定。

【本条释义】

一、基金份额持有人大会的召开方式

根据本条第一款的规定,基金份额持有人大会可以采取现场方式召开,也可以采取通讯等方式召开。现场方式和通讯方式是召开基金份额持有人大会的两种基本方式。实践中,基金合同一般会约定由召集人确定会议的召开方式。现场开会是指基金份额持有人本人亲自或者以授权委托书委派代表出席持有人大会和行使表决权。在现场开会的情况下,基金管理人和基金托管人的授权代表可以列席会议。由于基金份额持有人人数众多、居住分散,难以一一单独联系,会议召集人可以提前 30 日以公告方式或者其他方式通知基金份额持有人到具体的开会地点参加会议。

会议召集人也可以采取通讯等方式召开基金份额持有人大会。通讯方式开会是指基金份额持有人以通讯表决的方式对基金份额持有人大会的审议事项行使表决权。通讯方式主要是利用信件、电话、电子邮件等联系方式进行会议的通知、公告、提出议题、讨论和提交表决。会议召集人承担具体的联系工作，并负责收集基金份额持有人对审议事项的意见和表决结果。根据证券监管部门的要求，我国的基金合同中一般都约定以通讯方式召开基金份额持有人大会的，应将会议通知报证券监管部门备案。与现场开会方式相比，通讯方式更加简便易行，开会的成本也更低。

二、基金份额持有人的表决权

根据本条第二款的规定，每一基金份额具有一票表决权。即表决权是根据基金份额数而不是根据具体的持有人人数决定的，每一基金份额都平等地享有一票表决权。持有基金份额越多的持有人所拥有的表决权越多；反之，持有基金份额越少的持有人所拥有的表决权也越少。同时，基金份额持有人可以委托代理人出席基金份额持有人大会并行使自己的表决权。

第八十六条

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。

基金份额持有人大会就审议事项作出决定，应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的二分之一以上通过；但是，转换基金的运动方式、更换基金管理人或者基金托管人、提前终止基金合同、与其他基金合并，应当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。

基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。

【本条主旨】

本条是关于基金份额持有人大会出席人数和表决要求的规定。

【本条释义】

一、基金份额持有人大会的出席人数

本法赋予了基金份额持有人享有分享基金财产收益、转让或者申请赎回其持有的基金份额等七项权利，其中不少权利基金份额持有人需要通过召开基金份额持有人大会来行使。因此，依法开好基金份额持有人大会，直接关系广大基金份额持有人的切身利益。为了切实保障基金份额持有人的利益，本条对基金份额持有人大会的出席人数和表决要求作出了明确限定。

为了确保基金份额持有人大会能够召开，并使参加人具有一定的代表性，本条第一款规定，基金份额持有人召开大会应当有代表1/2以上基金份额的持有人参加，方可召开。只有符合这一法定条件的相当数量的基金份额持有人参加，大会的召开才是合法有效的。参加大会的人员，既包括基金份额持有人本人，也包括基金份额持有人的代理人。

根据上述规定，只要有代表基金份额简单多数的持有人参加，即可召开基金份额持有人大会。但是，这一规定在实际操作中仍存在一定的困难。主要是基金份额持有人人数众多、地处分散、持有基金份额多少不等，持有人关心基金业绩的程度也不尽相同，有些持有人对基金份额持有人大会拟审议的事项并不关心，因此，要召开基金份额持有人大会，不论采取何种召开方式，有时都难以召集到代表 1/2 以上基金份额的持有人参加。为了解决这一问题，本次修改增加了一项重新召集基金份额持有人大会的程序，并对重新召集的程序作了严格限定，即：参加基金份额持有人大会的持有人的基金份额低于基金份额 1/2 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 3 个月以后、6 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 1/3 以上基金份额的持有人参加，方可召开。根据这一规定，召集人要重新召集基金份额持有人大会，要满足两个条件：一个是时间条件，即召集人必须在原公告的基金份额持有人大会召开时间的 3 个月以后、6 个月以内重新启动召集程序；另一个是参加人所代表的份额比例条件，即重新召集的基金份额持有人大会应当有代表 1/3 以上基金份额的持有人参加。重新召集程序将参加人所代表的基金份额比例从“1/2”降为“1/3”，就是为了使基金份额持有人大会能够尽可能地召开，以便基金份额持有人通过大会行使相关的权利。

二、基金份额持有人大会的表决要求

关于基金份额持有人大会的决议表决，各国各地区立法通常将基金份额持有人大会的决议区分为一般决议和特别决议并适用不同的通过比例要求。例如，英国规定特别事项的通过须得到 75% 的亲自或者委派代表出席及有权投票者投票同意，如果在信托契约中规定了更

高的份额，则依契约规定；而普通事项的通过则可以简单多数票通过。我国香港也规定普通事项可以简单多数票通过，而特别事项的通过需得到 75%或以上的亲自或者委派代表出席及有权投票者投票同意。我国台湾地区最新修正的证券投资信托契约范本规定，受益人大会之决议，应经持有已发行在外受益权单位总数 1/2 以上受益人出席，并经出席表决权总数 1/2 以上同意行之。证券投资信托及投资顾问法同时还规定，证券投资信托契约有关受益人会议出席权数、表决权数及决议方式之规定，“主管机关”基于保护公益或受益人权益，认为有必要时，得以命令变更之。各国各地区对特别决议设置高比例的通过要求，其原因主要在于防止少数持有大量基金份额的持有人特别是机构持有人联合起来滥用基金份额持有人大会的权力。

为了保护基金份额持有人的利益，使基金份额持有人大会能够反映多数基金份额持有人的意愿，并防止少数持有大量基金份额的持有人（包括机构和个人）完全操纵基金份额持有人大会，本法也采取了将表决决定分为一般事项和特殊事项并规定不同通过比例的做法。具体是：基金份额持有人大会就审议事项作出决定，应当经参加大会的基金份额持有人（包括基金份额持有人本人及其代理人）所持表决权的 1/2 以上通过。但是，转换基金运作方式、更换基金管理人或者基金托管人、提前终止基金合同、与其他基金合并，应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。

根据上述规定，基金份额持有人大会表决的特别事项包括转换基金运作方式、更换基金管理人或者基金托管人、提前终止基金合同、与其他基金合并四类。其中，转换基金运作方式包括由开放式转为封闭式或者其他方式，由封闭式转为开放式或者其他方式，由其他方式转为封闭式或者开放式，是基金运作中的重大事项；更换基金管理人

或者基金托管人将导致基金受托主体发生变化；提前终止基金合同将直接影响基金份额持有人、基金管理人和基金托管人的权利和义务；与其他基金合并也会对基金份额持有人、基金管理人和基金托管人产生重大影响。总之，上述四种情形都关系到基金合同当事人的重大利益，如果允许随意、轻率地通过转换基金运作方式、更换基金管理人或者基金托管人、提前终止基金合同、与其他基金合并等重大决定，将会导致基金运作的动荡，影响基金的收益，甚至可能使基金份额持有人大会沦为少数大机构持有人牟取不正当私利的工具，从而最终损害广大中小基金份额持有人的权益。因此，为了更好地体现广大基金份额持有人的意愿，基金份额持有人大会表决上述四类特别事项时，应当经特定多数同意，即应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。

三、基金份额持有人大会决定事项的备案与公告

本条第四款规定，基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。基金份额持有人大会决定的事项与基金的运行有重大关系，直接关系到广大基金份额持有人的利益，国务院证券监督管理机构作为证券投资基金的主管部门，有必要了解这些情况。因此，基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构备案。备案之后 还要将该决定事项予以公告。要注意的是，本次修改删去了基金份额持有人大会决定的事项应当报国务院证券监督管理机构“核准”的规定。根据这一修改，基金份额持有人大会决定的所有事项只需报国务院证券监督管理机构备案即可，无须报其核准。

第十章 非公开募集基金

本章是关于非公开募集基金的规定，共十条，是此次修改证券投资基金法时新增加的内容。所谓非公开募集基金，又称私募基金，是指通过非公开方式，面向少数个人或机构投资者等特定对象募集资金而设立的投资基金。非公开募集基金是相对于受国家主管部门监管的公开募集基金而言的。2004年通过的证券投资基金法主要规范的是基金管理人以公开募集方式设立的基金，对采用非公开方式募集设立的基金未作规定。近年来，随着经济结构调整和居民财富管理需求的增长，非公开募集基金得以快速发展，规模越来越大，发挥出越来越重要的作用。但由于非公开募集基金的设立和运作缺乏法律依据，导致资金募集和投资行为不规范，投资者的权益得不到有力的保护，也滋生借私募之名进行乱集资等不少社会问题。为规范非公开募集基金，加强投资者权益保护，此次修订证券投资基金法时将非公开募集基金纳入调整范围，明确了其法律地位，对非公开基金的募集、运作、管理等作了具体规定。本章对非公开募集基金的规定，主要规定了以下六个方面的内容：一是规定合格投资者制度；二是规定非公开募集基金应当由基金托管人托管；三是规定基金管理人的登记和基金产品的备案制度；四是规定非公开募集基金禁止进行公开性的宣传和推介；五是规定基金的投资运作、收益分配、信息披露等内容由基金合同约定；六是规定非公开募集基金管理人达到规定条件的，经核准可从事公募基金管理业务。将非公开募集基金纳入法律的适度监管范围，从法律上加以界定，标志着对我国资本市场的私募部分给予法律地位和认可的开始，同时也意味着非公开募集基金只有在合法的前提之下才能健康快速地发展。

第八十七条

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。

前款所称合格投资者,是指达到规定资产规模或者收入水平,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。

合格投资者的具体标准由国务院证券监督管理机构规定。

【本条主旨】

本条是关于非公开募集基金合格投资者的规定。

【本条释义】

非公开募集基金是面向特定对象发行的基金,法律对于募集对象有着严格的要求。本条从法律上明确了对非公开募集基金的募集对象的限定,主要包括两个方面:一是对投资者资格的界定;二是对投资者数量的限制。

一、对投资者资格的界定

非公开募集基金的投资者首先必须是“合格投资者”。

关于“合格投资者”的概念,中国证券业监督管理委员会在《证券公司债券管理暂行办法》《信托公司集合资金信托计划管理办法》等规章中曾有所规定。如2003年8月29日发布、2004年10月18日修正的《证券公司债券管理暂行办法》第九条对“合格投资者”规定如下:“定向发行的债券只能向合格投资者发行。合格投资者是指自行判断具备投资债券的独立分析能力和风险承受能力,且符合下列条件的投资者:(一)依法设立的法人或投资组织;(二)按照规定和章程可从事债券投资;(三)注册资本在1000万元以上或者经审计的净资产在2000万元以上。”

此次修改证券投资基金法借鉴了有关规定条文中对合格投资者的表述，但也只作了原则性的界定。本条第二款对“合格投资者”定义如下：“合格投资者，是指达到规定资产规模或者收入水平，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。”这一定义是对“合格投资者”的笼统表述，对投资者的资产规模或者收入水平、基金份额认购金额的规定限额等，均未提出明确的要求。合格投资者的具体标准，根据本条第三款，由国务院证券监督管理机构进行规定。

根据本条第二款，非公开募集基金的合格投资者须具备四个形式要件。

1、合格投资者既可以是单位也可以是个人。这里所说的单位，既可以是合格的机构投资者，也可以是作为非机构投资者的法人。综合中国证监会出台的有关规定，合格的机构投资者包括证券公司、信托公司、保险公司、证券投资基金管理公司、商业银行、财务公司、保险基金、社保基金、境外合格机构投资者以及经中国证监会认定的其他机构投资者。例如，中国证监会公布、于2007年7月5日起施行的《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》第二条规定：“本办法所称合格境内机构投资者（以下简称境内机构投资者），是指符合本办法规定的条件，经中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）批准在中华人民共和国境内募集资金，运用所募集的部分或者全部资金以资产组合方式进行境外证券投资的境内基金管理公司和证券公司等证券经营机构。”又如中国证监会公布、于2006年9月1日起施行的《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》第二条规定：“本办法所称合格境外机构投资者（以下简称合格投资者），是指符合本办法的规定，经中国证券监督管理委员会（以下简

称中国证监会)批准投资于中国证券市场,并取得国家外汇管理局(以下简称国家外汇局)额度批准的中国境外基金管理机构、保险公司、证券公司以及其他资产管理机构。”作为非机构投资者的法人,主要是指在中华人民共和国境内登记注册的、除证券经营机构等机构投资者以外的、有权购买人民币普通股的法人。个人投资者,则是指自然人投资者。个人资产达到最低限额的自然人,可以成为非公开募集基金的合格投资者。此外,非公开募集基金发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员以及其他与发行人有关联关系的人员,也属于个人投资者的范围。

2、合格投资者须达到规定的资产规模或者收入水平。合格投资者既是非公开募集基金提供资本的主体,也是非公开募集基金存在的根本原因和主要目的。换句话说,非公开募集基金之所以存在,根本原因在于投资者向该基金进行了注资,希望通过该基金的具体运作实现资产的保值与增值;非公开募集基金运行的主要目的,是满足投资者的这种需求,并努力为投资者带来更高的投资回报。因此,本条要求,合格投资者必须达到规定的资产规模或者收入水平。这是投资者向非公开募集基金注资的前提条件。作为合格投资者的单位和个人,在检验标准上有所不同。对于机构投资者和非机构投资者的法人,本条要求必须达到规定的资产规模;对于个人投资者,本条要求必须达到规定的收入水平。目前,中国证监会对已规定的合格投资者的资产规模设定的标准不一,例如,私募股权基金对境内投资者的投资门槛是,单个投资者对创投企业的投资不得低于100万元人民币。《证券公司债券管理暂行办法》规定,定向发行债券的合格投资者,其注册资本须在1000万元以上或者经审计的净资产在2000万元以上。根据《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》第六条的规定,

基金管理公司申请境内机构投资者资格的，净资产不少于 2 亿元人民币；经营证券投资基金管理业务达 2 年以上；在最近一个季度末资产管理规模不少于 200 亿元人民币或等值外汇资产。证券公司申请境内机构投资者资格的，净资本不低于 8 亿元人民币；净资本与净资产比例不低于 70%；经营集合资产管理计划业务达 1 年以上；在最近一个季度末资产管理规模不少于 20 亿元人民币或等值外汇资产。又如，中国证监会 2012 年修改的《证券公司客户资产管理业务试行办法》第二十四条规定：“证券公司办理集合资产管理业务，只能接受货币资金形式的资产。”“证券公司设立限定性集合资产管理计划的，接受单个客户的资金数额不得低于人民币 5 万元；设立非限定性集合资产管理计划的，接受单个客户的资金数额不得低于人民币 10 万元。”根据《信托公司集合资金信托计划管理办法》第六条的规定，投资一个信托计划的合格投资者须符合的资产和收入条件是，自然人、法人或者依法成立的其他组织，要求最低金额不少于 100 万元人民币；自然人，要求个人或家庭金融资产总计在其认购时超过 100 万元人民币，或者个人收入在最近 3 年内每年收入超过 20 万元人民币或者夫妻双方合计收入在最近 3 年内每年收入超过 30 万元人民币，且能提供相关收入证明。证券投资基金法作为一部法律，在修订时不可能对非公开募集基金的合格投资者的资产规模和收入水平作出明确的数量上的要求，其具体标准有待中国证监会参照其他类型合格投资者的标准详细规定。

3、合格投资者应具有较强的风险识别和承担能力。非公开募集基金是针对特定的投资者，即包括对投资风险具有较强识别、判断、抵御和化解能力的机构投资者，也包括与发起人具有特别法律关系（如劳动关系、同事关系或亲属关系）的个人投资者。无论是较为理

性的机构投资者，还是对发起人了解的个人投资者，都应该对于非公开募集基金具有一定的风险抵御能力，这样才能保证非公开募集基金的生命力。同样是针对特定投资者发行的定向发行债券，也对合格投资者有同样的要求，例如，中国证监会在《证券公司债券管理暂行办法》中规定，定向发行债券的合格投资者，需要具备自行判断投资债券的独立分析能力和风险承受能力。在非公开募集基金运作过程中，投资人将资金投入非公开募集基金后，就将资金的管理权交给了基金管理人，之后的收益情况与基金的运作成功与否密切相关，也就需要**非公开募集基金的投资人在实际投资之前，对投资的风险进行评估和判断**。非公开募集基金的项目投资周期较长，一般为5-8年，根据以往的私募基金实际运作情况来看，大部分投资者采用分阶段投资的方式，在基金运作的过程中，视情况而跟进投资。非公开募集基金具有投资周期长、投资规模大的特点，这就对投资者所提供资金的稳定性和持续性提出非常高的要求，投资者应具备风险承担能力。因此，具备相应的识别、判断和承担风险的能力，是衡量非公开募集基金的投资者是否属于合格的根本标准。

4、合格投资者的基金份额认购金额不得低于规定限额。对合格投资者经济实力的检验，各国采用了不同的办法，以实质检验法和最低认购额限制法为主。实质检验法，就是法律要求基金单位发行人承担保证基金投资者是合格投资者的责任，基金单位发行人在向投资者发行基金单位之前，必须实质检视投资者管理或控制的金融资产的数量。所谓最低认购额限制法，就是法律强行规定非公开募集基金的投资者认购的非公开募集基金单位不得少于确定老练投资者所需的最低金融投资数额，一次推定拥有老练投资者所需的最低金融投资数额，才是合格的投资者。目前我国对公司制私募股权基金的投资者、对证

券公司定向发行债券的合格投资者也设定了最低认购额门槛，如由国家发改委等多部门发布、2006年3月1日施行的《创业投资企业管理暂行办法》第九条规定：“……单个投资者对创业投资企业的投资不得低于100万元人民币。……”《证券公司债券管理暂行办法》第二十一条规定：“……定向发行的债券应当采用记账方式向合格投资者发行，每份面值为50万元，每一合格投资者认购的债券不得低于面值100万元。……”本条规定，非公开募集基金的合格投资者，其基金份额认购金额不得低于规定限额，采用的也是最低认购额限制法。对非公开募集基金的合格投资者设定认购基金金额门槛，实际上是对投资者是否具备投资实力的一种检验，目的是让非公开募集基金在募集时仅针对有一定经济实力和风险承担能力的单位和个人，而不包括经济实力较弱以致不足以购买规定限额的单位和个人。

二、对投资者数量的限制

按照本条第一款规定，“合格投资者累计不得超过二百人”。对此需要说明的是，首先，这一规定与本法第五十条关于公开募集基金的规定是一致的。本法第五十条第二款规定：“前款所称公开募集基金，包括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。”意味着向特定对象募集资金累计不超过200人的，属于非公开募集。其次，这一规定与证券法的规定是对接的。全国人大常委会2005年10月27日修订通过的证券法第十条第二款第二项规定，“向特定对象发行证券累计超过二百人的”属于公开发行。最后，这一规定与国务院的有关文件也是一致的。国务院办公厅于2006年12月12日发布的《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》规定：“向不特定对象发行股票或向特定对象发行股票后股东累计超过200人的，为公

开发行；”“向特定对象发行股票后股东累计不超过 200 人的，为非公开发行。……向特定对象转让股票，未依法报经证监会核准的，转让后，公司股东累计不得超过 200 人。”上述这些规定都表明，向特定对象募集资金、发行证券、股票累计不超过 200 人的，属于非公开募集或非公开发行。“200 人”上限，是非公开募集或私募发行有别于公开募集的一个数量标准。

此条中所称的“200 人”中的“人”泛指各类民事主体，既包括机构投资者，也包括机构投资者以外的法人和自然人投资者。“累计”针对的是作为特定对象的“合格投资者”，即无论是一次还是多次募集，也无论两次募集之间的时间间隔多久，只要“合格投资者”累计超过了 200 人，那么就不属于非公开募集。也就是说，任何投资者都在被累计之列。

“合格投资者累计不得超过二百人”这一规定既适用于契约型的非公开募集基金，同样适用于公司型的非公开募集基金。公司法第七十九条规定，“设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人……”结合公司法、证券法的规定，本条第一款“合格投资者累计不得超过二百人”意味着，以非公开发行的募集设立方式设立的股份有限公司，其股东在任何情况下也不得超过 200 人。

第八十八条

除基金合同另有约定外，非公开募集基金应当由基金托管人托管。

【本条主旨】

本条是关于非公开募集基金的托管人的规定。

【本条释义】

证券投资基金按照组织形态的不同，可以分为信托契约型基金和公司型基金。证券投资基金法调整的非公开募集基金，主要是信托契约型基金，按照证券投资基金法第二条规定：“在中华人民共和国境内，公开或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。”非公开募集基金应当由基金托管人托管，符合本法第二条的规定。

一、非公开募集基金的基金托管人

非公开募集基金作为信托型基金，基金投资者与基金托管人、基金管理人签订基金合同，基金托管人和基金管理人是共同受托人。其中，基金托管人承担着安全保管基金财产、办理权益登记、转账过户、资金划拨、监督运营等多项职责。本条非公开募集基金的“基金托管人”，与公开募集基金的基金托管人同样，都是指证券投资基金法第三十二条第一款规定的“依法设立的商业银行或者其他金融机构”。2002年以前，我国批准的基金托管机构只有最大的5家商业银行，即中国工商银行、中国银行、中国建设银行、中国农业银行和交通银行。2002年以后又陆续批准了7家商业银行的基金托管资格。商业银行申请取得基金托管资格，应当具备法定的条件，由国务院证监会会同银监会核准。实践证明，以5家国有商业银行为主的基金托管体系对于稳定基金市场、防范金融风险、维护基金持有人利益起到一定作用。但是，随着私募基金的不断发展，部分信托投资公司、财务公司、证券公司及其他存款类金融机构，在组织管理、风险控制等方面也逐渐具备安全保管基金资产、监督基金运作的的能力。为了适应这一

需求，证券投资基金法将“其他金融机构”纳入基金托管人的选择范围。同时规定，其他金融机构申请取得基金托管资格，应当具备本法第三十三条规定的条件，由中国证监会核准。这样，可以防止商业银行独占基金托管市场，在基金托管人之间造成有效的竞争，更有利于基金投资者利益的保护。

二、基金合同另有约定的例外情形

本条也规定了非公开募集基金应由基金托管人托管的例外情形，即“除基金合同另有约定外”。这一规定考虑到非公开募集基金是针对特定对象发布，其监管主要依靠行业自律，对其托管的要求不需要像公开募集基金的托管要求那样严格。证券投资基金法第三十二条第一款规定的基金托管人仅限于依法设立的商业银行或者其他金融机构，并不能涵盖拥有履行基金托管人职能的其他机构，例如有些学者建议的基金受托人委员会或者基金董事会。如果非公开募集基金的投资人与基金受托人在基金合同中约定由基金受托人委员会或者基金董事会承担托管职能，可以不将基金交由证券投资基金法第三十二条第一款规定的基金托管人托管。

第八十九条

担任非公开募集基金的基金管理人，应当按照规定向基金行业协会履行登记手续，报送基本情况。

【本条主旨】

本条是关于非公开募集基金的基金管理人的登记制度的规定。

【本条释义】

一、担任非公开募集基金的基金管理人

担任非公开募集基金的基金管理人，首先应该是依法设立的公司或者合伙企业。基金管理人在证券投资基金活动中居于核心地位。基金管理人既是证券投资基金的募集人，也是证券投资基金法律关系中的受托人，肩负着管理和运用基金财产的职责。因此，证券投资基金法第十二条第一款规定：“基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。”修改前的证券投资基金法只规定由依法设立的基金管理公司担任基金管理人。这次修改，扩大了基金管理人的组织形式，增加了依法设立的合伙企业也可以担任基金管理人，这样基金管理人可以有两种组织形式，即公司型和合伙型。

二、担任非公开募集基金的基金管理人应履行登记手续

担任非公开募集基金管理人的公司或者合伙企业，应当按照规定向基金行业协会履行登记手续，报送基本情况。这体现了证券投资基金法对非公开募集基金和公开募集基金的基金管理人两种截然不同的规定。对于公开募集基金，因涉及重大的公共利益，故进行严格监管，对其基金管理人的任职资格采取核准主义的态度，即第十二条第二款的规定：“公开募集基金的基金管理人，由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。”“核准”是一种实质审查，中国证监会必须对基金管理人是否符合法律、法规或者有关管理办法的规定作出实质的判断。而对于非公开募集基金的基金管理人，只采取登记主义的态度，即本条规定，“担任非公开募集基金的基金管理人，应当按照规定向基金行业协会履行登记手续，报送基本情况”。“履行登记手续”主要是一种形式审查，由基金行业协会也就是中国基金业协会，而不是中国证监会，对基金管理人的基本情况进行形式要件的审查。此处的“按照规定”，主要还是指由中国证监会公布的有关私募基金管理的“管理办法”或“实施细

则”，例如证监会 2012 年 10 月 18 日公布的《证券公司定向资产管理业务实施细则》，而不是指证券法、信托法等法律，也不是指由国务院颁布的相关行政法规。

本条有关非公开募集基金的基金管理人的规定，反映了此次修订证券投资基金法时对非公开募集基金的基本理念，即“放松管制，加强监管”。尽管在修改时将非公开募集基金纳入基金法的适度监管，但由于非公开募集基金不涉及公共利益，因此参照国外对非公开募集基金一般没有明确的监管法律的经验，只要求非公开募集基金的基金管理人进行登记，同时，明确非公开募集基金主要还是依靠行业自律，把中国证监会相应的监管权力下放，将非公开募集基金的监管责任由中国基金业协会承担。中国基金业协会对非公开募集基金的监管责任还体现在备案制度上，即本法第九十四条规定的“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”。

第九十条

未经登记，任何单位或者个人不得使用“基金”或“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动；但是，法律、行政法规另有规定的除外。

【本条主旨】

本条是关于对非公开募集基金及基金管理人进行强制性登记的规定。

【本条释义】

中国私募基金最早出现在 20 世纪 90 年代，当时主要是一些大客户将资金交与证券公司并委托其进行投资。从 1999 年起，综合类券

商经批准可以从事资产管理业务，受托管理现金、国债或者上市证券，以私募基金获得长足发展。从 2003 年开始，中国股市进入深度调整期，私募基金的竞争越来越激烈，私募基金的运作方式不断发生变化，信托型私募基金发展迅速，目前国内已有大大小小的 200 多家私募基金公司、千余款阳光私募信托产品。

目前，我国私募证券投资基金可以分为两大类：一类是以特殊形式存在的合法的私募基金，主要包括券商的集合资产管理计划、信托公司的集合资金信托计划、基金管理公司的专门理财和管理自由资金的投资公司；另一类私募基金通常以委托理财的形式为投资者提供理财服务，其业务的合法性不确定。2004 年实施的证券投资基金法未对非公开募集基金作出规定。在实践中，一些机构和个人未经主管部门的批准，擅自从事委托理财业务。还有一些私募证券投资基金的投资管理人为自然人、投资咨询公司、投资顾问公司等非金融机构，他们从事受托理财的行为也不为现行法律所认可。

为了规范这种行为，同时为防止对非公开募集基金过于严格的监管，此次修改证券投资基金法时，明确要求任何单位或者个人以“基金”或“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动，必须事先到基金行业协会进行登记，否则属于非法。同时规定，“法律、行政法规另有规定的除外”。但书的规定，是对已经以“基金”或“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动的单位或者个人作出的例外规定。在新的证券投资基金法生效后，已有的非公开募集基金如果注册成公司，即纳入公司法或者合伙企业法的调整范围。原来登记为公司、合伙企业或者依据信托法设立的阳光私募机构，可以按照新证券投资基金法规定的程序和组织形式进行调整，之前的合伙关系和

公司关系可以通过基金合同作出约定，到基金行业协会或者证监会注册、备案、登记，纳入新法的监管范围。

第九十一条

非公开募集资金，不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金，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、分析会等方式向不特定对象宣传推介。

【本条主旨】

本条是关于对非公开募集资金的发行对象和发行方式的限制性规定。

【本条释义】

一、不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金

非公开募集资金，应当向本法第八十七条第二款规定的合格投资者募集资金，而不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金。这是非公开募集资金本身的特性决定的。第一，非公开募集资金的销售对象并非一般的投资大众，而是面向少数成熟投资群体，即仅限于资金充足、经验丰富并有承受风险能力的特定机构投资者和个人投资者。第二，非公开募集资金的投资者往往是长期投资者，考虑到从资金的投入到资金的退出及投资收益的实现，这一周期往往需要 3-7 年的时间，且非公开募集资金的流动性偏低，因而其投资者的获利预期偏向较长周期。第三，非公开募集资金本身的私募特性与金融市场内在信息不对称的方法，加之非公开募集资金信息披露与政府监管上的宽松，都要求面临较大代理道德风险的投资者必须拥有较高的自我投资风险判断力与承受力。由于资本市场存在投资者的差别性风险投资需求，

政府需要不断推动金融市场的产品创新与企业成长的融资需求，同时要防范风险投资教育不足或者风险防范能力较低的投资者陷入投资陷阱或者认知判断有误引发的社会成本与金融损失。因此，法律规定，一方面鼓励非公开募集基金的发展，对非公开募集基金进行适度监管；另一方面出于对非公开募集基金业和投资者利益的保护，严格设定非公开募集基金合格投资者的市场准入门槛。

二、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、分析会等方式向不特定对象宣传推介

我国证券法第十条第三款规定：“非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。”这是对私募发行的发行方式所作的原则性规定。证券投资基金法与证券法是特别法与一般法的关系。由于证券法的规定对非公开募集的发行渠道和发行方式的界定并不清晰，证券投资基金法在中国证监会有关私募发行规定的基础上，对非公开募集基金的发行方式作了明确的列举式限定。

1、不得通过报刊、电台、电视台、互联网等公众传播媒体宣传推介。通常理解的公共传媒主要是指报刊、广播、电视等。例如证监会在《证券公司客户资产管理业务办法》第四十二条中规定，证券公司及其他推广机构“不得通过广播、电视、报刊及其他公共媒体推广资产管理计划”。随着互联网成为一种重要的公共传播媒体，私募发行通过互联网进行推介也为监管部门所禁止，但是基金管理公司自身网站的宣传介绍除外。例如《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》规定，基金管理公司从事特定资产管理业务，不得“通过报刊、电视、广播、互联网站（资产管理人、销售机构网站除外）和其他公共媒体公开推介具体的特定资产管理业务方案和资产管理计

划”。另外，本条所说的“宣传推介”不仅是指一般的宣传介绍，也应包括在推介活动中的公开营销行为。

2、不得通过讲座、报告会、分析会等方式宣传推介。有些基金管理公司在推广私募基金时，通过举办专题讲座、报告会、分析会等方式，邀请投资人及社会公众参与，名义上是学术研究、专题报告，实质属于一种变相广告，因此，也为本条所明确禁止。国务院办公厅早在2006年12月12日发布《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》规定：“非公开发行股票及其股权转让，不得采用广告、公告、广播、电话、传真、信函、推介会、说明会、网络、短信、公开劝诱等公开方式或变相公开方式向社会公众发行。”此次修改证券投资基金法时，尽管只列举了讲座、报告会、分析会三种宣传推介的形式，但并不排除通过信函、传真、说明会、论证会、短信群发等其他宣传推介的方式。

3、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、分析会等方式向不特定对象宣传推介。非公开募集基金区别于公开募集基金的一大特征，就是它的募集对象是特定的，而公开募集基金的募集对象是不特定的。根据证券法第十条第二款的规定，向不特定对象发行证券的，为公开发行。根据本条的规定，任何以非公开募集基金的名义，通过公众传播媒体或者上述列举的方式向不特定对象宣传推介，就不再属于非公开募集基金，而应认定为公开募集基金，这时，就应该遵照本法有关公开募集基金的规定。那么，是否意味着允许非公开募集基金的发行人通过报刊、电台、电视台、互联网等公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会等方式向特定对象宣传推介呢？这要具体分析。由于报刊、电台、电视台、互联网等公众传播媒体的受众本身是不特定的，所以通过报刊、电台、电视台、

互联网等公众传播媒体进行宣传推介，根本不存在这种宣传推介是面向特定对象的问题。但是，如果非公开募集基金的发行人在某一封闭的空间内采用讲座、报告会、分析会等方式向特定对象宣传推介，特定对象中既包括合格投资者，也可能包括达不到合格投资者法定要求的单位和个人。这种宣传推介是否允许？由于所面向的对象是特定的，同时本法已经限定非公开募集基金的合格投资者最终不得超过 200 人，并禁止非公开募集基金向合格投资者之外的单位和个人募集资金，因此采用讲座、报告会、分析会等方式向合格投资者之外的特定对象宣传推介，不是一种公开推介行为，因而也应该是本法所不禁止的行为。

第九十二条

非公开募集基金，应当制定并签订基金合同。基金合同应当包括下列内容：

- （一）基金份额持有人、基金管理人、基金托管人的权利、义务；**
- （二）基金的运作方式；**
- （三）基金的出资方式、数额和认缴期限；**
- （四）基金的投资范围、投资策略和投资限制；**
- （五）基金收益分配原则、执行方式；**
- （六）基金承担的有关费用；**
- （七）基金信息提供的内容、方式；**
- （八）基金份额的认购、赎回或者转让的程序和方式；**
- （九）基金合同变更、解除和终止的事由、程序；**
- （十）基金财产清算方式；**

（十一）当事人约定的其他事项。

基金份额持有人转让基金份额的，应当符合本法第八十七条、第九十一条的规定。

【本条主旨】

本条是关于对非公开募集基金应签订基金合同及其内容的规定。

【本条释义】

一、非公开募集基金合同

非公开募集基金合同是规范投资人、基金管理人以及基金托管人的权利与义务的核心法律文件。证券投资基金法主要规范的是信托型证券投资信托法律关系。其中，投资者既是委托人，也是受益人，基金管理人、基金托管人则分别处于受托人的地位，各自履行的职责有所不同，**基金管理人注重基金资产的管理和投资活动，基金托管人着眼于基金资产的安全性**。由于我国信用制度尚不健全，投资者法律意识不强，因此在对非公开募集基金进行立法监管的过程中，规定非公开募集基金应当制定并签订基金合同，确定统一的合同格式和条款，以减少投资者风险和市场风险。

二、非公开募集基金合同的内容

根据本条规定，非公开募集基金合同的内容主要有以下十一项：

1、基金份额持有人、基金管理人、基金托管人的权利、义务。

根据本法第四十六条规定，**非公开募集基金的基金份额持有人享有下列权利：**（1）分享基金财产收益；（2）参与分配清算后的剩余基金财产；（3）依法转让或者申请赎回其持有的基金份额；（4）按照规定要求召开基金份额持有人大会或者召集基金份额持有人大会；**（5）对基金份额持有人大会审议事项行使表决权；**（6）对基金管理人、基金托管人、基金服务机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼；（7）

对涉及自身利益的情况，有权查阅基金的财务会计账簿等财务资料；
(8) 基金合同约定的其他权利。第四十九条规定，基金份额持有人大会及其日常机构不得直接参与或者干涉基金的投资管理活动。

根据本法第九条，非公开募集基金的基金管理人、基金托管人应承担的注意义务：（1）基金管理人、基金托管人管理、运用基金财产，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务；（2）基金管理人运用基金财产进行证券投资，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。

非公开募集基金的基金管理人的职责，根据本法第三十一条规定，由国务院金融监督管理机构依照本章的原则制定具体办法加以规定。一般来说，基金管理人的主要职责应该包括：（1）依法募集基金，办理基金份额的发售、申购赎回和登记事宜；（2）向基金行业协会办理登记、备案手续；（3）对所管理的不同基金财产分别管理、分别记账，进行证券投资；（4）按照基金合同的约定确定积极受益分配方案，及时向基金份额持有人分配收益；（5）办理基金会计核算并编制基金财务会计报告；（6）编制年度基金报告；（7）计算并公告基金资产净值，确定基金份额申购、赎回价格；（8）办理与基金财产管理义务活动有关的信息披露事项，以及其他职责。

根据本法第三十六条规定，非公开募集基金的托管人应当履行的职责有：（1）安全保管基金财产；（2）按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；（3）对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；（4）保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；（5）按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；（6）办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；（7）对基金财务会计报告、中期

和年度基金报告出具意见；（8）复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；（9）按照规定召集基金份额持有人大会；（10）按照规定监督基金管理人的投资运作；（11）国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

2、基金的运作方式。根据本法第四十五条规定，基金的运作方式可以采用封闭式、开放式或者其他方式。非公开募集基金采用何种运作方式，基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中加以约定。

3、基金的出资方式、数额和认缴期限。基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中约定，境内投资者以人民币投资，境外投资者以可自由兑换的货币出资，或者投资者以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，以及出资或作价出资的具体数额、认缴期限、一次缴纳还是分批次缴纳。

4、基金的投资范围、投资策略和投资限制。根据本法第九十四条第二款规定，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。

5、基金收益分配原则、执行方式。根据本法第三条第三款规定：“通过非公开募集方式设立的基金的收益分配和风险承担由基金合同约定。”基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中约定，基金收益分配是按出资比例或者按信托计划及受益人大会决议，以及具体如何执行收益分配。

6、基金承担的有关费用。非公开募集基金管理人在与被投资公司发生关系时，会产生各种可能由基金承担的费用。因此，基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中约定由基金承担的

费用范围，明确费用结构和可用基金管理费冲抵的费用，并且须由第三方核实，在费用发生时及时提供有关信息。

7、基金信息提供的内容、方式。基金管理人和基金托管人应当依法提供基金信息，并保证所提供信息的真实性、准确性和完整性；否则承担法律责任。基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中约定基金信息提供的内容和具体方式，基金管理人、基金托管人应当确保应予提供的基金信息在法定时间内提供，并保证投资人能够按照基金合同约定的时间和方式查阅所提供的信息资料。基金信息提供的内容一般包括：基金招募说明书、基金合同、基金托管协议；基金募集情况；基金资产净值、基金份额净值；基金份额认购、赎回价格；基金财产的资产组合季度报告、财务会计报告及中期和年度基金报告；基金份额持有人大会决议；基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的重大人事变动；涉及基金管理人、基金财产、基金托管义务的诉讼等依法应提供的信息。

8、基金份额的认购、赎回或者转让的程序和方式。基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中约定认购、赎回或者转让基金份额的程序、时间和场所。基金份额的认购、赎回或者转让，由基金管理人负责办理。基金管理人应按时向基金份额持有人支付赎回款项。基金份额的认购、赎回或者转让，依据认购、赎回或者转让日的基金份额净值加、减有关费用计算。当基金份额净值计价出现错误时，基金管理人应当立即纠正，并采取合理的措施防止损失进一步扩大。因基金份额净值计价错误造成基金份额持有人损失的，基金份额持有人有权要求基金管理人、基金托管人予以赔偿。

9、基金合同变更、解除和终止的事由、程序。基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中约定基金运作方式的转换等

导致合同变更的事由,约定导致基金合同解除或者终止的情形,包括:基金合同期限届满而未延期;基金份额持有人大会决定终止;基金托管人、基金管理人职责终止,在6个月内没有新基金托管人、基金管理人承接;等等。

10、**基金财产清算方式**。基金份额持有人、基金管理人、基金托管人应在基金合同中约定,基金合同解除或者终止时,**基金管理人应当组织清算组对基金财产进行清算,清算组应该如何组成,清算报告经会计师事务所审计、律师事务所出具法律意见书后,向基金行业协会备案,等等。**

11、当事人约定的其他事项。基金份额持有人、基金管理人、基金托管人还可以在基金合同中约定上述法定内容以外的其他事项,体现契约自治的原则。

三、非公开募集基金份额的转让

本条第三款规定,基金份额持有人转让基金份额的,应当符合本法第八十七条、第九十一条的规定。本法第八十七条是有关非公开募集基金的合格投资者条件的规定,第九十一条是有关非公开募集基金的发行对象和发行方式的限制性规定。基金份额持有人转让基金份额的,应当符合这两条的规定,意味着:(1)非公开募集基金的转让对象应当是合格投资者;(2)转让后的合格投资者累计不得超过200人;(3)不得向合格投资者之外的单位和个人转让非公开募集基金份额;(4)非公开募集基金份额的转让,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、分析会等方式向不特定对象宣传推介。

第九十三条

按照基金合同约定,非公开募集基金可以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。

前款规定的非公开募集基金,其基金合同还应载明:

(一) 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姓名或者名称、住所;

(二) 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;

(三) 基金份额持有人增加、退出的条件、程序以及相关责任;

(四) 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。

【本条主旨】

本条是关于对非公开募集基金有限合伙人的规定。

【本条释义】

一、非公开募集基金的投资与责任承担

根据本条第一款规定,按照基金合同约定,非公开募集基金可以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。

此条中所称的由部分基金份额持有人作为基金管理人,主要指的采取有限合伙制的非公开募集基金,由该基金的普通合伙人担任基金管理人,负责基金的投资决策及日常运作活动。根据合伙企业法关于有限合伙企业的规定,这种基金管理人是普通合伙人,对有限合伙制的非公开募集基金的债务承担无限连带责任。这样的基金管理人,一

般称为无限合伙人。全国人大常委会在公布的证券投资基金法草案中曾将由无限合伙人担任基金管理人的情形称为无限责任型基金，将无限合伙人称为无限责任人。但是在最终通过的法律中还是采用了“承担无限连带责任的基金份额持有人”这一表述，更为易懂明了。实际上，承担无限连带责任的基金份额持有人，就是有限合伙制的非公开募集基金的无限合伙人。

无限合伙人作为非公开募集基金的基金管理人，虽然也是基金份额持有人，但出资比例一般并不高，基金的主要资金来源于其他的基金份额持有人。事实上，无限合伙人是拿着基金份额持有人的资金去投资的。假如非公开募集基金的资金全部来自基金份额持有人，而基金管理人没有任何实际出资，那么实际上很难保证基金管理人不出现道德风险。因为基金管理是由人具体操作的，人在缺乏利益安排与法律严格监管的情况下，往往难以确保不作出损人利己的行为。此外，由于非公开募集基金的信息披露不完善，基金管理人由于不涉自身的利益，可能会不积极向基金份额持有人提供必要的基金信息，故相对不利于基金份额持有人利益的保护，也蕴含着较大的风险。为此，无限合伙人具有出资的必要，这样才可以将无限合伙人的利益与其他的基金份额持有人的利益真实地捆绑在一起。无限合伙人在出于保护自己利益的前提下，自然会保护与自己的资金融合在一起的其他的基金份额持有人的出资。为了约束无限合伙人的行为，保护其他的基金份额持有人的利益，因此，本条第一款规定，无限合伙人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。

二、非公开募集基金的基金合同应载明的事项

本条第二款规定了，前款规定的非公开募集基金，其基金合同还应载明的事项。

证券投资基金法规定的有限合伙制的非公开募集基金，应当符合合伙企业法对有限合伙企业的相关规定。根据合伙企业法第六十三条规定，合伙协议除符合合伙企业法第十八条的规定外，还应当载明下列事项：（1）普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；（2）执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；（3）执行事务合伙人权限与违约处理办法；（4）执行事务合伙人的除名条件和更换程序；（5）有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；（6）有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

根据合伙企业法的上述条款，本条第二款规定，有限合伙制的非公开募集基金，其基金合同除了包括本法第九十二条规定的内容以外，还应载明以下内容：

1、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姓名或者名称、住所。有限合伙企业中的合伙人分为普通合伙人和有限合伙人，其权利义务及承担的责任是不同的，因此在有限合伙制的非公开募集基金的基金合同中应当明确区分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，分类载明其姓名或者名称、住所。

2、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。非公开募集基金由基金管理人负责基金的投资管理活动，承担无限连带责任的基金份额持有人作为基金管理人，其行为直接决定着基金的投资收益，直接决定着其他基金份额持有人的投资是否能够得到回报。为加强对承担无限连带责任的基金份额持有人的监督，基金合同可以对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作出规定；对出现约定条件的承担无限连带责任的基金份额持有人予以除名，以更好地维护基金的收益及其他基金份额持有人的利益。

3、基金份额持有人增加、退出的条件、程序以及相关责任。有限合伙制的非公开募集基金类似于有限合伙企业，是投资人财力和承担无限连带责任的基金份额持有人人力的结合，基金份额持有人增加、退出，对基金运作的影响更大。尤其是基金属于风险投资领域，一般在设立后经过若干年才会有投资回报，如果允许承担无限连带责任的基金份额持有人在非公开募集基金成立后不久就可以退出，将可能影响基金目的的实现，甚至直接导致基金的无法运转，损害其他份额持有人的利益。因此，对采用有限合伙形式的非公开募集基金，在基金合同中规定一个“封闭期”，限制承担无限连带责任的基金份额持有人在該期限内退出，同时对基金份额持有人增加、退出的条件和程序作出规定，并对违反约定的基金份额持有人的责任加以明确。

4、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。依据合伙企业法的规定，有限合伙企业中有限合伙人和普通合伙人可以相互转换。对有限合伙制的非公开募集基金，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也可以相互转换。本条对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身份的转换加以规范，为减少纠纷，基金合同可以对转换程序作出明确规定，如转换是否应由基金份额持有人大会同意等。

本条第二款的规定，与合伙企业法第六十三条有关合伙协议还应载明的事项基本是一致的。目的都在于约束无限合伙人的行为，即作为非公开募集基金的基金管理人的部分基金份额持有人的行为。此外，无限合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务也应承担无限连带责任。

第九十四条

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。

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。

【本条主旨】

本条是关于对非公开募集基金的基金管理人备案制度及非公开募集基金财产的证券投资范围的规定。

【本条释义】

一、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

根据本条第一款规定，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。这一规定同样反映了此次修订证券投资基金法时对非公开募集基金“放松管制，加强监管”、主要依靠行业自律的基本理念。只要求非公开募集基金的基金管理人向基金行业协会进行登记，非公开募集基金募集完毕基金管理人向基金行业协会备案。当非公开募集基金所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，基金行业协会才向国务院证券监督管理机构报告。此处的“备案”是备而不审、记录在案的意思，属于事后备案，中国基金行业协会不对募集完毕的非公开募集基金做实质性审查。“报告”也只是形式上的报告情况，由于非公开募集基金的监管责任主要由中国基金业协会承担，

中国证监会相应的监管权力下放,基金行业协会应当向国务院证券监督管理机构报告,目的是为了尽告知的义务,确保国务院证券监督管理机构可以对非公开募集基金进行适度监管。这种报告制度,绝不意味着变相的审查或审批制。

二、非公开募集基金财产的证券投资范围

本条第二款明确了非公开募集基金财产的证券投资范围,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。证券投资基金法主要规范的是基金的募集和运作行为,目的是保护基金投资者的权益,防范非法集资。基金的投资方向属于基金投资策略的自主选择,法律一般不作具体性规定。世界各国的基金立法普遍按募集方式区分公开募集基金和非公开募集基金进行规范,而不按基金的具体投向分别进行规定。公开募集基金主要面向普通投资者,对其募集、运作和基金管理人等须予以严格监管,并要求主要投资于安全性和流动性高的上市证券类资产;非公开募集基金主要面向合格投资者,对其法律限制较少,投资也不限于上市证券。此次修订证券投资基金法,借鉴国外基金立法的通行做法,适应非公开募集基金投资运作的需要,对其投资方向适当放宽,可以投资于上市证券或者未上市的股份有限公司股票等其他证券。

我国证券法第二条所确认的证券有六类:(1)股票;(2)公司债券;(3)政府债券;(4)证券投资基金份额;(5)证券衍生品种;(6)国务院依法认定的其他证券。按照修改后的证券投资基金法的规定,非公开募集基金财产,并非可以用于所有这六类证券的投资,而仅限于其中公开发行的股份有限公司股票、债券、基金份额,或者国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种,不得用

于买卖公开发行的政府债券。但是，非公开募集基金财产的证券投资范围，要比公开募集基金财产的证券投资范围广泛。证券投资基金法第七十二条规定，公开募集基金财产应当用于下列投资：上市交易的股票、债券；国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。第七十四条列举了公开募集基金财产不得用于的投资或者活动，其中第四项是不得用于买卖其他基金份额。而**非公开募集基金财产可以用于买卖公开发行的证券投资基金份额**，因为证券投资基金的实质是一种资本集合体，公开发行的证券投资基金份额本身是面向不特定对象发售的，非公开募集基金可以成为其投资者。

本条规定的“证券衍生品种”是指由股票和债券等传统的、典型的、现货交易的证券派生出的创新型的、非典型的、非现货交易的证券投资品种，如权证、股指期货、期货等。本款中的“国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种”是一个兜底条款，是为了将来非公开募集基金财产可以用来投资其他新型证券及其衍生品种，像有限合伙权益中的有限合伙人权益证书等。

第九十五条

基金管理人、基金托管人应当按照基金合同的约定，向基金份额持有人提供基金信息。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人、基金托管人应当按照约定向基金份额持有人提供基金信息的规定。

【本条释义】

非公开募集基金是一种非公开的基金发行方式，其核心在于豁免注册，在基金发起之初，投资者无法从正式渠道获得发行人的重要信息，因此，投资者必须与发行人之间有着重要的联系、关系，或有能力获取自己所需要的信息，通过自己与发行人的关系获得本应通过信息公开披露的方式获得的信息。在投资者向基金注资、基金募集完毕以后，基金管理人与基金份额持有人之间应该建立比较密切的联系，基金份额持有人必须通过信息披露制度，保证能够从基金管理人、基金托管人那里获取有效且必要的信息，从而在合理情况下进行商业判断。因此，本条规定，基金管理人和基金托管人应当按照基金合同的约定向基金份额持有人提供基金信息。

本条对信息披露是一个原则性规定。由于非公开募集基金不涉及公众的重大利益，对信息披露的要求很低，对于提供基金信息的具体时间、基金信息的内容、信息提供的方式等，没有像公开募集基金那样作出详细列举和非常严格的要求，而是规定交由基金份额持有人与基金管理人、基金托管人通过基金合同约定。在此需要说明的是，本条中没有明确规定基金管理人和基金托管人应保证所提供信息的真实性、准确性和完整性，这是因为非公开募集基金的信息披露是根据不同基金份额持有人的要求而给予不同的披露。

一般来说，基金管理人、基金托管人提供必要的基金信息涉及以下几个方面：（1）提供基金信息的时间安排。非公开募集基金发行中的信息披露的时间跨度，可以从私募要约发出至私募证券销售完毕期间；非公开募集基金运行中的信息披露，则从基金募集完毕开始至基金合同的解除和终止。（2）基金信息的内容。在发行阶段，涉及发行人最近一年内的基础财务信息、发行人的工商注册信息、发行人在投资方面的经验能力、基金招募说明书、基金合同、基金托管协议

等；在基金设立后，及时向基金行业协会备案有关信息资料；在运营阶段，按照基金合同的约定，每半年或者定期私下公布其投资组合及投资收益，向投资者披露资产净值、运营的基本情况等信息。（3）信息提供的方式。对于非公开募集基金，由于投资更具隐蔽性，一般不宜采用公开的方式提供信息。

第九十六条

专门从事非公开募集基金管理业务的基金管理人，其股东、高级管理人员、经营期限、管理的基金资产规模等符合规定条件的，经国务院证券监督管理机构核准，可以从事公开募集基金管理业务。

【本条主旨】

本条是关于非公开募集基金的基金管理人可从事公开募集基金管理业务的规定。

【本条释义】

一、修改本法时有关“公募私募化”与“私募公募化”的讨论……

第十一章 基金服务机构

本章是关于基金服务机构的規定，共十一条，是此次修改时新增加的章节。随着基金行业的迅速发展，其专业程度不断提高，相关服务业务也得到快速发展。由于现行法律对基金销售机构、基金份额登记机构、基金估值服务机构等服务机构缺乏详细规定，难以适应证券投资基金业快速发展的实际需要。为此，本章对基金销售、基金销售

支付、基金份额登记、基金估值服务、基金投资顾问、基金评价、信息技术系统服务等基金相关服务业务作了明确的规定。

第九十七条

从事公开募集基金的销售、销售支付、份额登记、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等基金服务业务的机构，应当按照国务院证券监督管理机构的规定进行注册或者备案。

【本条主旨】

本条是关于基金服务机构应当依法注册或者备案的规定。

【本条释义】

从事公开募集基金的销售、销售支付、份额登记、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等基金服务业务的机构，为基金的发售、申购、赎回、转换提供服务质量的高低，在一定程度上影响着基金份额持有人的权益的保护状况和基金市场的运行秩序。从保护广大投资者和维护公开募集基金市场正常运行出发，有关主管部门应对其作适度监管，因此，这些机构进入基金服务市场，应当按照国务院证券监督管理机构的规定进行注册或者备案。这与证券法规定的证券服务机构必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准的规定不同，基金服务机构从事基金服务业务，只需按规定注册或备案，而不用事先报批。

本条对从事公开募集基金的服务机构作了列举式规定。

一、基金销售机构

基金销售机构是指依法从事基金的宣传推介、办理基金份额的发售、申购、赎回和转换等基金销售业务的基金管理人以及经中国证监

会认定的其他机构。基金份额的发售，由基金管理人或者其委托的基金销售机构办理。开放式基金的基金份额的申购、赎回，由基金管理人或者其委托的基金服务机构办理。商业银行(含在华外资法人银行)、证券公司、证券投资咨询机构、独立基金销售机构以及中国证监会规定的其他机构可以向中国证监会申请基金销售业务资格。中国证监会依照行政许可法的规定，受理基金销售业务资格的申请，并进行审查，作出决定。取得基金销售业务资格的基金销售机构，应当将机构基本信息报中国证监会备案，将参与基金销售业务的分支机构(网点)基本信息报分支机构(网点)所在地中国证监会派出机构备案，并予以定期更新。基金销售机构及基金销售相关机构应当加入基金行业协会，接受行业协会的自律管理。

二、基金销售支付机构

基金销售支付机构是指基金销售机构选择的从事基金销售支付结算业务的商业银行或者支付机构。基金销售机构应当选择具备下列条件的商业银行或者支付机构从事基金销售支付结算业务：(1)有安全、高效的办理支付结算业务的信息系统。该信息系统应当具有合法的知识产权，且与合作机构及监管机构完成联网测试，测试结果符合国家规定标准；(2)制定了有效的风险控制制度；(3)中国证监会规定的其他条件。从事基金销售支付结算业务的商业银行除应当具备上述条件外，还应当具有基金销售业务资格。从事基金销售支付结算业务的支付机构除应当具备上述条件外，还应当取得中国人民银行颁发的《支付业务许可证》，且公司基金销售支付结算业务账户应当与公司其他业务账户有效隔离。

三、基金份额登记机构

基金份额登记机构,是指为投资人办理因基金份额的认购、申购、赎回以及其他情形,而导致的基金份额持有人和基金份额持有人所持基金份额数额变更的登记,以及因基金分红而导致的基金份额持有人权益变更的登记事宜的机构。开放式基金的基金份额的登记,由基金管理人或者其委托的基金服务机构办理。基金份额的登记,一般由基金管理人自行办理。为了使基金管理人专注于基金财产的投资运作业务,扩大基金份额的发售数量,方便投资者办理基金份额登记事宜,基金管理人也可以委托商业银行、中国证券登记结算有限责任公司等机构,利用其业务网络办理基金份额登记业务。基金管理人委托他人代为办理基金份额登记事宜的,应当与该机构签订委托代理协议,并经国务院证券监督管理机构审查认定。接受基金管理人的委托,代为办理基金份额登记业务的机构的主要职责是:建立并管理投资人基金份额账户;负责基金份额的登记;基金交易确认;代理发放红利;建立并保管基金份额持有人名册;登记代理协议规定的其他职责。

四、基金估值机构

基金估值,是指基金管理人按照公允价格对基金资产和负债的价值进行计算、评估,以确定基金资产净值和基金份额净值的过程。基金估值的机构一般是基金管理人,基金托管人则负有复核责任。基金管理人、基金托管人也可以委托其他机构代为办理基金的估值、复核业务。

五、基金投资顾问机构

基金投资顾问业务,是指基金管理公司、基金投资咨询机构接受客户委托,按照约定,向客户提供涉及基金及基金相关产品的投资建议服务,辅助客户作出投资决策,并直接或者间接获取经济利益的经

营活动。基金投资顾问业务是基金投资咨询业务的一种基本形式，投资建议服务内容包括投资的品种选择、投资组合以及理财规划建议等。

六、基金评价机构

基金评价业务，是指基金评价机构及其评价人员对基金的投资收益和风险或基金管理人的管理能力开展评级、评奖、单一指标排名或中国证监会认定的其他评价活动。评级是指基金评价机构及其评价人员运用特定的方法对基金的投资收益和风险或基金管理人的管理能力进行综合性分析，并使用具有特定含义的符号、数字或文字展示分析结果的活动。基金评价机构应当加入中国证券业协会。基金评价机构应当在加入中国证券业协会后 15 个工作日内向中国证监会报送书面材料进行备案，基金评价人员应当具备基金从业资格。基金评价人员只有被一家基金评价机构聘用后，方可从事基金评价业务，且基金评价人员不得同时在两个以上的基金评价机构执业。基金评价机构应当将基金评价标准、评价方法和程序报中国证监会、中国证券业协会备案，并通过中国证券业协会网站、本机构网站及至少一家中国证监会指定的信息披露媒体向社会公告。基金评价机构修改上述内容时，应当及时备案、公告。

七、基金信息技术系统服务机构

基金信息技术系统，是指随着信息技术的不断发展，覆盖基金销售、销售支付、份额登记、风险监控、转账和结算等基金业务的各个环节的全电子化的交易结算及相关技术系统。基金信息技术系统使用应遵循安全性、实用性、可操作性原则。基金管理人、基金托管人、基金服务机构的信息技术系统，应当符合规定的要求。

第九十八条

基金销售机构应当向投资人充分揭示投资风险,并根据投资人的风险承担能力销售不同风险等级的基金产品。

【本条主旨】

本条是关于基金销售机构应当坚持投资人利益优先原则的规定。

【本条释义】

基金销售机构接受基金股份持有人的委托发售基金,应当坚持投资人利益优先的原则,最大限度地保护基金投资人的利益。2013年2月17日中国证监会修改的《证券投资基金销售管理办法》对基金销售业务规范作了详细规定。结合该管理办法的有关条款,对本条可以从以下三个方面进行理解:

1、基金销售机构应当建立基金销售适用性管理制度。基金销售机构应当建立基金销售适用性管理制度,至少包括以下内容:(1)对基金管理人进行审慎调查的方式和方法;(2)对基金产品的风险等级进行设置、对基金产品进行风险评价的方式和方法;(3)对基金投资人风险承受能力进行调查和评价的方式和方法;(4)对基金产品和基金投资人进行匹配的方法。基金管理人在选择基金销售机构时应当对基金销售机构进行审慎调查,基金销售机构选择销售基金产品应当对基金管理人进行审慎调查。

2、基金销售机构应当向投资人充分揭示投资风险。基金销售机构所使用的基金产品风险评价方法及其说明应当向基金投资人公开。基金销售机构应当加强投资者教育,引导投资者充分认识基金产品的风险特征,保障投资者合法权益。

3、基金销售机构应当根据投资人的风险承受能力销售不同风险等级的基金产品。基金销售机构在销售基金和相关产品的过程中,应

当坚持投资人利益优先原则，注重根据投资人的风险承受能力销售不同风险等级的产品，把合适的产品销售给合适的基金投资人。

第九十九条

基金销售支付机构应当按照规定办理基金销售结算资金的划付，确保基金销售结算资金安全、及时划付。

【本条主旨】

本条是关于基金销售支付机构应当确保基金销售结算资金安全、及时划付的规定。

【本条释义】

基金销售支付机构应当按照规定办理基金销售结算资金的划付，确保基金销售结算资金安全、及时划付。这一规定的具体要求体现在以下三个方面：

1、基金销售支付机构负有确保基金销售结算资金安全、及时、高效的划付的义务。基金销售结算资金，是指在基金投资人结算账户与基金财产托管账户之间划转的基金申购（认购）、赎回、现金分红等资金。为了确保基金销售结算资金安全、及时、高效的划付，基金销售支付机构可以在具备基金销售业务资格的商业银行或者从事客户交易结算资金存管的指定商业银行开立基金销售结算专用账户。基金销售结算专用账户，是指基金销售支付结算机构用于归集、暂存、划转基金销售结算资金的专用账户。基金销售支付机构开立基金销售结算专用账户时，应当就账户性质、账户功能、账户使用的具体内容、监督方式、账户异常处理等事项以监督协议的形式与基金销售结算资金监督机构作出约定。基金销售结算专用账户的启用、变更和撤销应

当按照规定向中国证监会及账户开立人所在地中国证监会派出机构备案。

2、基金销售支付机构不得将基金销售结算资金归入其自有财产。禁止基金销售支付机构以任何形式挪用基金销售结算资金。基金销售支付机构挪用基金销售结算资金，或者发生重大违法违规行为的，责令暂停或者终止基金销售支付结算业务。从事基金销售支付结算业务的支付机构，其基金销售支付结算业务账户应当与公司其他业务账户有效隔离。基金销售支付机构破产或者清算时，基金销售结算资金不属于其破产财产或者清算财产。

3、基金销售支付机构办理基金销售结算资金的划付，应当收取相关费用。商业银行为基金销售机构提供支付结算服务的，应当根据商业银行从事支付结算服务的价格收取相关费用。商业银行收取超出支付结算服务费用的，应当与基金销售机构签订销售协议，并提供基金销售相关服务，履行基金销售相关责任。

第一百条

基金销售结算资金、基金份额独立于基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构的自有财产。基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构破产或者清算时，基金销售结算资金、基金份额不属于其破产财产或者清算财产。非因投资人本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行基金销售结算资金、基金份额。

基金销售机构、基金销售支付机构、基金份额登记机构应当确保基金销售结算资金、基金份额的安全、独立，禁止任何单位或者个人以任何形式挪用基金销售结算资金、基金份额。

【本条主旨】

本条是关于确保基金销售结算资金、基金份额的安全、独立的规定。

【本条释义】

一、基金销售结算资金、基金份额

所谓基金销售结算资金，是指由基金销售机构、基金销售支付结算机构或者基金注册登记机构等基金销售相关机构归集的，在基金投资人结算账户与基金财产托管账户之间划转的基金申购（认购）、赎回、现金分红等资金。所谓基金份额，是指基金发起人向投资者公开发行的，表示持有人按其所持份额对基金财产享有收益分配权、清算后剩余财产取得权和其他相关权利，并承担相应义务的凭证。基金销售机构、基金销售支付结算机构或者基金注册登记机构等基金销售相关机构，均负有确保基金销售结算资金、基金份额安全、独立的责任。

二、本条规定的主要内容

1、基金销售结算资金、基金份额独立于基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构的自有财产。基金销售结算资金、基金份额作为信托财产，具有独立性。基金销售结算资金是基金投资人的交易结算资金，基金销售机构、基金销售支付结算机构、基金注册登记机构等涉及基金销售结算专用账户开立、使用、监督的机构不得将基金销售结算资金划入自己的账户，归入其自有财产。基金份额本质是广义上的证券的一种，可以上市交易，是基金份额持有人对资

金财产的投资权益凭证，基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构不得将基金份额归入其自有财产。

2、基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构破产或者清算时，基金销售结算资金、基金份额不属于其破产财产或者清算财产。基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构破产是指其不能清偿到期债务时，为满足债权人正当合理的清偿要求，就自有的总财产所进行的以清算分配为目的的活动。清算是破产程序中由清算组对破产财产所进行的保管、清理、估价、处理和分配的活动。破产清算应按照民事诉讼法有关破产还债的程序进行。基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构破产清算时，基金销售结算资金或者基金份额不属于其破产财产或清算财产，应当从其破产财产或者清算财产中去除，基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构的债权人不得对基金销售结算资金、基金份额主张权利。

3、非因投资人本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行基金销售结算资金、基金份额。查封、冻结、扣划或者强制执行是民事诉讼法规定的对被执行人财产的执行措施。查封，一般针对不易或者不能移动的物品而采用，但基金份额作为投资人的投资凭证，属于特殊标的物，可以作为查封的对象。冻结，是指人民法院向存有被执行人款项的金融机构发出协助执行通知书，不准被执行人在一定期限内提取和转移其存款的执行措施。扣划，是指人民法院通过有关金融机构将被执行人账户上的存款，划入权利人账户的执行措施。投资人本身的债务包括投资人委托基金管理人、基金托管人从事基金交易而产生的债务，也包括与投资人委托基金有关业务无关的合同债务及侵权债务。法律规定的其他情形，则包括投资人

拖欠税款、受到没收财产、没收违法所得、罚款、罚金处罚等。因基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构的债务，不得查封、冻结、扣划或者强制执行基金销售结算资金、基金份额。

4、基金销售机构、基金销售支付机构、基金份额登记机构应当确保基金销售结算资金、基金份额的安全、独立，禁止任何单位或者个人以任何形式挪用基金销售结算资金、基金份额。所谓挪用基金销售结算资金、基金份额，是指基金销售机构、基金销售支付机构、基金份额登记机构私自将基金销售结算资金用于基金申购（认购）、赎回、现金分红以外用途，将基金份额用于与基金份额持有人收益无关的其他用途，例如用作该机构的自营业务，用作该机构借款的担保等。

《证券投资基金销售管理办法》规定了对基金销售机构、基金销售支付机构挪用基金销售结算资金的严厉的处罚措施。基金销售机构从事基金销售活动，挪用基金销售结算资金的，终止基金销售业务资格。基金销售支付机构从事基金销售支付结算活动，挪用基金销售结算资金的，责令暂停或者终止基金销售支付结算业务。

第一百零一条

基金管理人可以委托基金服务机构代为办理基金的份额登记、核算、估值、投资顾问等事项，基金托管人可以委托基金服务机构代为办理基金的核算、估值、复核等事项，但基金管理人、基金托管人依法应当承担的责任并不因委托而免除。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人、基金托管人可以委托基金服务机构代办部分基金业务的规定。

【本条释义】

一、基金管理人

基金管理人肩负着管理和运用基金财产的职责，在证券投资基金活动中处于核心地位。证券投资基金法第十九条规定了基金管理人应当履行的十二项职责。根据本条规定，这十二项职责中，基金管理人可以委托基金服务机构代为办理的事项包括：

1、基金的份额登记。开放式基金份额的登记，一般由基金管理人自行办理。为了使基金管理人专注于基金财产的投资运作业务，扩大基金份额的发售数量，方便投资者办理基金份额登记事宜，基金管理人也可以委托商业银行、登记计算公司等机构，利用其业务网络办理基金份额登记业务。

2、基金的核算、估值。为确保投资人自由地以公平价格申购或赎回基金，基金管理人义务计算并公告基金资产净值，确定基金份额申购、赎回价格。基金管理人也可以委托专门的估值机构代为办理基金的核算、估值。

3、基金投资顾问。基金管理人作为受托人，有向投资人提供投资建议服务的义务，包括提供投资的品种选择、投资组合以及理财规划建议等。基金管理人也可以委托基金投资顾问机构代办基金的投资顾问业务。

基金管理人委托他人代为办理基金份额登记、核算、估值、投资顾问等事宜的，应当与该机构签订委托代理协议，并经国务院证券监督管理机构审查认定。

二、基金托管人

基金托管人承担着保管基金财产、办理结算和支付业务等职责。证券投资基金法第三十六条规定了基金托管人应当履行的十一项职

责，其中第八项是复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格。在证券投资基金中，基金托管人的主要义务是监督和风险控制。根据本条规定，基金托管人可以委托基金服务机构代为办理基金的业务仅限于核算、估值、复核等事项。

基金管理人可以委托基金服务机构代为办理基金的份额登记、核算、估值、投资顾问等事项，基金托管人可以委托基金服务机构代为办理基金的核算、估值、复核等事项，但并不能免除基金管理人、基金托管人依法应当承担的责任。因为基金的份额登记、核算、估值、投资顾问、复核等事项，都是证券投资基金法所规定的基金管理人、基金托管人应当履行的职责，因此，尽管基金管理人、基金托管人可以委托基金服务机构代为办理这些事项，但相应的法律后果仍须由基金管理人、基金托管人承担。

第一百零二条

基金份额登记机构以电子介质登记的数据，是基金份额持有人权利归属的根据。基金份额持有人以基金份额出质的，质权自基金份额登记机构办理出质登记时设立。

基金份额登记机构应当妥善保存登记数据，并将基金份额持有人名称、身份信息及基金份额明细等数据备份至国务院证券监督管理机构认定的机构。其保存期限自基金账户销户之日起不得少于二十年。

基金份额登记机构应当保证登记数据的真实、准确、完整，不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。

【本条主旨】

本条是关于基金份额登记机构登记数据及妥善保存登记数据的规定。

【本条释义】

基金份额登记机构担负的主要职责包括：（1）建立并管理投资人基金份额账户；（2）负责基金份额的登记；（3）基金交易确认；（4）代理发放红利；（5）建立并保管基金份额持有人名册；（6）登记代理协议规定的其他职责。其中，一项重要职能是以电子介质登记基金份额持有人的名称、身份信息、份额明细等数据。对此，本条作了明确规定。

1、确认所登记数据的法律性质以及基金份额可用来质押。本条第一款规定，基金份额登记机构以电子介质登记的数据，是基金份额持有人权利归属的根据。这意味着持有人按其所持份额对基金财产享有收益分配权、清算后剩余财产取得权和其他相关权利，并承担相应义务。基金份额持有人为了担保债的履行，可以将自己持有的基金份额出质。基金份额作为一种具有财产价值的财产权利，必须通过出质人移转权利凭证的占有、办理出质登记的方式，才能使债权人取得质权，并取得对抗第三人的效力。因此，本条第一款还规定，基金份额持有人以基金份额出质的，必须到基金份额登记机构办理出质登记，质权自基金份额登记机构办理出质登记时设立。基金份额出质后，质权人享有占有基金份额凭证的权利，但同时应负担妥善保管基金份额凭证的义务。

2、基金份额登记机构负有妥善保存登记数据并备份至有关机构的义务。本条第二款规定，基金份额登记机构应当妥善保存登记数据，并将基金份额持有人名称、身份信息及基金份额明细等数据备份至国务院证券监督管理机构认定的机构。基金销售机构将基金发售之后，

基金份额持有人的相关资料唯有通过基金份额登记机构登记，才方便公众查询和知悉，因此，基金份额登记机构必须妥善保存登记数据。为了对基金份额持有人进行必要的监管，基金份额登记机构必须将登有基金份额持有人名称、身份信息及基金份额明细等数据的登记名册，向国务院证券监督管理机构认定的机构备份。同时，本款还规定，登记数据的保存期限自基金账户销户之日起不得少于20年。这是从法律上限定重要的原始凭证及有关电子数据最短的保存期限。

3、基金份额登记机构应当保证登记数据的真实、准确、完整，不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。这是最起码的要求，也是基金份额登记机构的法定义务。基金份额登记数据记载着投资者对基金的合法权益，关系到投资者的切身利益，所以必须完全真实，否则就会侵害投资者及其他合法权利人的权益。登记数据的准确，就是如实记载，数量确切，权属明确，没有差错。登记数据的完整，则要求全面地反映基金份额持有人的权利和义务，不应片面登记或有重大遗漏。基金份额登记机构对有关基金份额的登记数据负有妥善保存的义务，为了保证数据的真实、准确、完整，不得有任何隐匿、伪造、篡改或者毁损登记数据的行为。

第一百零三条

基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，应当具有合理的依据，对其服务能力和经营业绩进行如实陈述，不得以任何方式承诺或者保证投资收益，不得损害服务对象的合法权益。

【本条主旨】

本条是对基金投资顾问机构提供顾问服务的要求和禁止行为的规定。

【本条释义】

一、基金投资顾问业务

基金投资顾问业务，是指基金管理公司、基金投资咨询机构接受客户委托，按照约定，向客户提供涉及基金及基金相关产品的投资建议服务，辅助客户作出投资决策，并直接或者间接获取经济利益的经营行为。

二、对基金投资顾问机构提供顾问服务的法定要求

1、基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，应当具有合理的依据，对其服务能力和经营业绩进行如实陈述。基金投资顾问服务的合理依据包括基金投资研究报告或者基于基金投资研究报告、理论模型以及分析方法形成的基金投资分析意见等。基金管理公司、基金投资咨询机构应当为基金投资顾问服务提供必要的研究支持。为了保证向服务对象提供高质量的服务，基金管理公司、基金投资咨询机构必须如实陈述其基金投资顾问的服务能力和以往的经营业绩，不得对服务能力和过往业绩进行虚假、不实、误导性的营销宣传。

2、基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，不得以任何方式承诺或者保证投资收益。这是对基金投资顾问机构及其从业人员承诺投资收益的禁止性规定。对基金投资收益作出承诺或保证，是指向客户保证其进行基金投资将会获得一定数额的收入。这种行为不仅是一种不正当竞争行为，也是对基金投资市场有严重危害的欺诈客户的行为，必须予以禁止。因为投资人与基金投资顾问机构的关系是委托人与被委托人的代理关系，而代理人在代理权限内，以被

代理人的名义实施民事法律行为，其后果应当由被代理人承担。如果基金投资顾问向投资人承诺投资收益，但是投资一旦出现损失，基金投资顾问机构受客户委托同样收取佣金，根本没有财力赔偿损失。因此，这种承诺只是对投资人的一种诱骗，而且容易引发基金投资顾问机构之间的恶性竞争。为了保护投资人利益，创造公平的竞争环境，本条规定，基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，不得以任何方式承诺或者保证投资收益。

3、基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，不得损害服务对象的合法权益。这是对基金投资顾问机构及其从业人员应当忠实客户利益的要求。基金投资顾问机构及其从业人员向服务对象提供投资建议，应当提示潜在的投资风险，不得为公司及关联人员的利益损害服务对象的利益，不得为基金投资顾问人员及其利益相关者的利益损害服务对象的利益，也不得为特定服务对象的利益而损害其他服务对象的利益。

第一百零四条

基金评价机构及其从业人员应当客观公正，按照依法制定的业务规则开展基金评价业务，禁止误导投资人，防范可能发生的利益冲突。

【本条主旨】

本条是对基金评价机构及其从业人员行为规范的规定。

【本条释义】

基金评价机构及其从业人员对基金的投资收益和风险或基金管理人的管理能力所开展的评级、评奖、单一指标排名等评价活动，是

投资人是否投资于基金的重要参考，直接影响着投资人的投资利益。因此，基金评价机构及其从业人员应当严格按照本条的规定，从事评级、评奖等评价活动。

1、应当客观公正，按照依法制定的业务规则开展基金评价业务。客观评价，就是对基金的投资收益和风险及基金管理人的管理能力如实描述、不加个人偏见地作出判断；公正评价，就是公平正直，没有偏私，不作厚此薄彼的陈述。依法制定的业务规则，主要是指国务院证券监督管理部门依照证券法、证券投资基金法等法律、行政法规而发布的有关证券评价的标准和管理办法。客观、公正、合法是基金评价机构及其从业人员应当遵循的基本原则。

2、禁止误导投资人。基金评价机构及其从业人员关于基金投资收益和风险及基金管理人的评价机构，对投资人具有重要的影响，任何虚假不实的评价都可能给投资人带来灾难性的后果，因此，法律禁止基金评价机构及其从业人员传播虚假、不实、误导性信息，以免误导投资人。

3、防范可能发生的利益冲突。这是基金评价机构及其从业人员的一项义务。基金评价机构做出的评级、评奖、单一指标排名，涉及多家基金和基金管理人，各评价对象之间本身存在利益冲突，评价对象与基金评价机构的关联方之间也可能存在利益冲突。基金评价机构及其从业人员作为受托人一方，应当保持中立的态度，公平地对待其评价对象，积极、主动地防范可能发生的利益冲突。

第一百零五条

基金管理人、基金托管人、基金服务机构的信息技术系统，应当符合规定的要求。国务院证券监督管理机构可以要求信息技术系统服务机构提供该信息技术系统的相关资料。

【本条主旨】

本条是关于基金信息技术系统服务机构的规定。

【本条释义】

基金管理人、基金托管人、基金服务机构从事有关基金的销售、销售支付、份额登记、风险监控、结算、估值、评价、咨询等各个环节的业务，都需要借助全电子化的交易结算及有关信息技术服务系统进行。本条规定，基金管理人、基金托管人、基金服务机构的信息技术系统，应当符合规定的要求。此处的“规定”是指我国法律、行政法规、部门规章等对信息技术系统所作的规定。例如，《证券投资基金销售管理办法》规定，基金销售机构应当确保基金销售信息管理平台安全、高效运行，且符合中国证监会对基金销售业务信息管理平台的有关要求。基金销售机构、基金注册登记机构应当通过中国证监会指定的技术平台进行数据交换，并完成基金注册登记数据在中国证监会指定机构的集中备份存储。基金销售机构和基金销售相关机构通过互联网开展基金销售活动的，应当报相关部门进行网络内容服务商备案，其信息系统应当符合中国证监会基金销售业务信息管理平台的有关要求，并在向投资人开通前将基金销售网站地址报中国证监会备案。

国务院证券监督管理机构可以要求信息技术系统服务机构提供该信息技术系统的相关资料。这里的“可以”，是“可以要求，也可以不要求”，而不是“必须要求”之意。如果证监会认为有必要了解信息技术系统服务机构提供该信息技术系统的相关资料时，可以要求

有关服务机构提供，该有关服务机构必须提供该信息技术系统的相关资料。因此，基金管理人、基金托管人、基金服务机构开展基金业务推广、协议签订、服务提供、客户回访、投诉处理等环节，应当实行留痕管理。对向服务对象提供投资建议的时间、方式、内容和依据等重要信息，通过电子介质进行的，应当记录留存。

第一百零六条

律师事务所、会计师事务所接受基金管理人、基金托管人的委托，为有关基金业务活动出具法律意见书、审计报告、内部控制评价报告等文件，应当勤勉尽责，对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人财产造成损失的，应当与委托人承担连带赔偿责任。

【本条主旨】

本条是对接受委托从事有关基金业务活动的律师事务所、会计师事务所的责任的规定。

【本条释义】

一、律师事务所、会计师事务所接受基金管理人、基金托管人的委托，为有关基金业务活动出具法律意见书、审计报告、内部控制评价报告等文件应当履行的义务：

1、勤勉义务。律师事务所、会计师事务所提供有关基金业务服务时应当忠实地履行自己的职责，不得有违法和违规行为，不得违反与基金管理人、基金托管人签订的委托协议。

2、核查和验证义务。律师事务所、会计师事务所在提供有关基金业务服务时，应当建立完备的核查和验证制度，对各自制作、出具的法律意见书、审计报告、内部控制评价报告等文件所依据的资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证，防止和避免其出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

二、律师事务所、会计师事务所制作、出具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的文件的法律责任律师事务所、会计师事务所制作和出具的有关基金业务文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给基金份额持有人造成损失的，应当与基金管理人、基金托管人共同承担连带赔偿责任。如果律师事务所、会计师事务所能够证明自己没有过错的，不与基金管理人、基金托管人共同承担连带赔偿责任。在律师事务所、会计师事务所应当对提供的有关基金业务服务承担连带赔偿责任的情况下，财产受损失的基金份额持有人既可以向律师事务所、会计师事务所提出赔偿损失的请求，也可以直接向基金管理人、基金托管人提出赔偿的请求，也可以一并向律师事务所、会计师事务所和基金管理人、基金托管人提出赔偿的请求。

第一百零七条

基金服务机构应当勤勉尽责、恪尽职守，建立应急等风险管理制度和灾难备份系统，不得泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息。

【本条主旨】

本条是对基金服务机构的勤勉义务和保密责任的规定。

【本条释义】

一、勤勉义务

基金服务机构，无论是基金销售机构、销售支付机构、份额登记机构、估值机构，还是投资顾问机构、评价机构、信息技术系统服务机构，提供基金服务业务，都应当遵守法律、行政法规及相关规定，遵循诚实、守信、独立、勤勉、尽责的原则，恪守执业纪律，严格履行法律职责，按照基金协议及基金委托协议的要求提供周到的服务。勤勉尽责，恪尽职守是基金服务机构开展基金有关服务业务的基本素质，只有这样，才能确保基金份额持有人的合法权益，维护证券投资基金市场的正常秩序。

二、建立应急等风险管理制度和灾难备份系统

基金服务机构是证券投资基金市场必不可少的组成部分，要保证证券投资基金市场的正常运转，就要求基金服务机构能够正常地提供有关基金业务服务，必须具有一系列的条件，如一定素质的从业人员、完善的业务制度和财务制度、必备的信息服务等。此外，由于基金市场还不成熟、不完善，为有效应对应急情况，基金服务机构还必须建立下列制度：

1、应急管理风险管理制度。这是对基金服务机构比较高的一项要求。证券投资市场存在较大的商业风险，在发生金融风险的情况下，基金服务机构必须能够迅速有效地处理危机和灾难，以最大限度地保障基金投资者的利益。为了防范、应对和化解基金服务过程中可能出现的各种风险和紧急情况，基金服务机构必须建立应急管理机制，建立完善的应对商业风险的管理制度，增强其承担和应对风险的能力。

2、灾难备份系统。由于基金服务机构提供的有关基金业务的大量数据资料都是以电子介质存在的，而电子设备的存放和维护都需要一定的条件，在发生紧急情况，如火灾、洪水、地震等灾害时，如果

电子设备出现故障，造成基金股份持有人的登记信息灭失，基金交易活动无法正常进行，将给基金投资人带来无法挽回的巨大经济损失，甚至基金市场秩序部分瘫痪，为此，基金服务机构必须事先建立灾难备份系统，增强其在紧急情况下应对各种灾难事件的能力。

三、基金服务机构负有保密的义务

基金服务机构在提供有关基金业务服务的过程中，必然涉及、了解有关基金和基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息，如果非公开信息一旦泄露，将会给基金份额持有人、基金投资运作带来不利的影响，甚至造成经济损失。为了避免基金服务机构及其从业人员在履行职责的过程中给基金份额持有人造成不必要的损失，本条规定，基金服务机构负有保密的义务，不得泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息。

第十二章 基金行业协会

本章是关于基金行业协会的规定，共四条，是此次修改新增加的内容。新增加的本章规定，以法律的形式明确了四部分内容：一是明确了基金行业协会的性质和组成主体。即基金行业协会是证券投资基金行业的自律性组织，是社会团体法人；基金管理人、基金托管人应当加入基金行业协会，基金服务机构可以加入基金行业协会。二是明确了基金行业协会的内部组织机构。即基金行业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会；基金行业协会设理事会，理事会成员依章程的规定由选举产生。三是明确了基金行业协会章程的制定机关与报备的机构。即基金行业协会章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。四是明确了基金行业协会的具体职责。

第一百零八条

基金行业协会是证券投资基金行业的自律性组织,是社会团体法人。

基金管理人、基金托管人应当加入基金行业协会,基金服务机构可以加入基金行业协会。

【本条主旨】

本条是关于基金行业协会性质和组成主体的规定。

【本条释义】

一、基金行业协会的性质

根据本条规定,基金行业协会性质包括两个方面:一为自律性组织,二为社会团体法人。

1、自律性组织。本条所称的自律性组织,是指证券投资基金行业的会员以协会章程的形式对协会及其会员进行自我管理、自我约束,并同时受法律约束的一种社会组织。就是说,这种社会组织除受协会章程约束外,还需要受到法律的规范和管理。根据本法的规定,证券业协会的自律性主要体现在以下八个方面:一是教育和组织会员遵守有关证券投资的法律、行政法规,维护投资人合法权益;二是依法维护会员的合法权益,反映会员的建议和要求;三是制定和实施行业自律规则,监督、检查会员及其从业人员的执业行为,对违反自律规则和协会章程的,按照规定给予纪律处分;四是制定行业执业标准和业务规范,组织基金从业人员的从业考试、资质管理和业务培训;五是提供会员服务,组织行业交流,推动行业创新,开展行业宣传和投资人教育活动;六是对会员之间、会员与客户之间发生的基金业务纠纷

进行调解；七是依法办理非公开募集基金的登记、备案；八是协会章程规定的其他职责。

2、社会团体法人。也就是说，基金行业协会这种自律性组织的组织性质还具体体现在其还是法人，也就是，其具有独立的法律人格。作为法人，就需要符合有关法律关于法人的规定。比如，根据民法通则的规定，法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。法人应当具备下列条件：依法成立；有必要的财产或者经费；有自己的名称、组织机构和场所；能够独立承担民事责任。依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。法人以它的主要办事机构所在地为住所。法人分为企业法人、机关法人、事业法人和社会团体法人。有符合国家规定的资金数额，有组织章程、组织机构和场所，能够独立承担民事责任，经主管机关核准登记，取得企业法人资格；有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。

按照本条规定，基金行业协会是社会团体法人。所谓社会团体法人，根据《社会团体登记管理条例》的规定，是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。国家机关以外的组织可以作为单位会员加入社会团体。对此需要指出的是，基金行业协会作为社会团体法人，与一般的社会团体法人有相同和不同之处，相同之处，都是“非营利性社会组织”，其不同之处就是主体不完全相同，基金行业协会的主体是基金管理人、基金托管人和基金服务机构。

同时还需要说明的是，成立基金行业协会还需要了解《社会团体登记管理条例》的以下规定：第一，成立社会团体，应当经其业务主管单位审查同意，并依照条例的规定进行登记。社会团体应当具备法人条件。社会团体必须遵守宪法、法律、法规和国家政策，不得反对宪法确定的基本原则，不得危害国家的统一、安全和民族的团结，不得损害国家利益、社会公共利益以及其他组织和公民的合法权益，不得违背社会道德风尚。第二，社会团体不得从事营利性经营活动。第三，国家保护社会团体依照法律、法规及其章程开展活动，任何组织和个人不得非法干涉。第四，国务院民政部门 and 县级以上地方各级人民政府民政部门是本级人民政府的社会团体登记管理机关（以下简称登记管理机关）。国务院有关部门和县级以上地方各级人民政府有关部门、国务院或者县级以上地方各级人民政府授权的组织，是有关行业、学科或者业务范围内社会团体的业务主管单位。法律、行政法规对社会团体的监督管理另有规定的，依照有关法律、行政法规的规定执行。本法属于法律对社会团体的监督管理另有规定的情况，对基金行业协会的监督管理依照本法的规定执行。

设立基金行业协会除遵守本法、民法通则的规定外，由于其属于社会团体法人，所以其设立时还必须遵守国家有关社团登记的相关规定。按照《社会团体登记管理条例》的规定，（1）关于登记机关。全国性的社会团体，由国务院的登记管理机关负责登记管理；地方性的社会团体，由所在地人民政府的登记管理机关负责登记管理；跨行政区域的社会团体，由所跨行政区域的共同上一级人民政府的登记管理机关负责登记管理。登记管理机关、业务主管单位与其管辖的社会团体的住所不在一地的，可以委托社会团体住所地的登记管理机关、业务主管单位负责委托范围内的监督管理工作。（2）关于成立登记

程序。申请成立社会团体，应当经其业务主管单位审查同意，由发起人向登记管理机关申请筹备。一是成立要符合法定要件。成立社会团体，应当具备下列条件：有 50 个以上的个人会员或者 30 个以上的单位会员；个人会员、单位会员混合组成的，会员总数不得少于 50 个；有规范的名称和相应的组织机构；有固定的住所；有与其业务活动相适应的专职工作人员；有合法的资产和经费来源，全国性的社会团体有 10 万元以上活动资金，地方性的社会团体和跨行政区域的社会团体有 3 万元以上活动资金；有独立承担民事责任的能力。其中，社会团体的名称应当符合法律、法规的规定，不得违背社会道德风尚。社会团体的名称应当与其业务范围、成员分布、活动地域相一致，准确反映其特征。全国性的社会团体的名称冠以“中国”“全国”“中华”等字样的，应当按照国家有关规定经过批准，地方性的社会团体的名称不得冠以“中国”“全国”“中华”等字样。二是成立要提交登记文件。申请筹备成立社会团体，发起人应当向登记管理机关提交下列文件：筹备申请书；业务主管单位的批准文件；验资报告、场所使用权证明；发起人和拟任负责人的基本情况、身份证明；章程草案。三是成立要经过法定机关批准。登记管理机关应当自收到有效文件之日起 60 日内，作出批准或者不批准筹备的决定；不批准的，应当向发起人说明理由。有下列情形之一的，登记管理机关不予批准筹备：有根据证明申请筹备的社会团体的宗旨、业务范围不符合规定的；在同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的社会团体，没有必要成立的；发起人、拟任负责人正在或者曾经受到剥夺政治权利的刑事处罚，或者不具有完全民事行为能力的；在申请筹备时弄虚作假的；有法律、行政法规禁止的其他情形的。筹备成立的社会团体，应当自登记管理机关批准筹备之日起 6 个月内召开会员大会或者会员代表大会，通过

章程，产生执行机构、负责人和法定代表人，并向登记管理机关申请成立登记。筹备期间不得开展筹备以外的活动。社会团体的法定代表人，不得同时担任其他社会团体的法定代表人。

二、基金行业协会的组成主体

所谓基金行业协会的组成主体，简单来讲，就是基金行业协会由哪些会员组成。根据本条第二款规定，基金管理人、基金托管人应当加入基金行业协会，基金服务机构可以加入基金行业协会。

1、基金管理人、基金托管人、基金服务机构。此条所称的“基金管理人”“基金托管人”“基金服务机构”系指按照本法第二章“基金管理人”、第三章“基金托管人”和第十一章“基金服务机构”设立的组织。比如，按照本法第二章的规定，基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。公开募集基金的基金管理人，由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。非公开募集基金的基金管理人要符合国务院金融监督管理机构的规定。按照本法第三章的规定，基金托管人由依法设立的商业银行或者其他金融机构担任。商业银行担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构会同国务院银行业监督管理机构核准；其他金融机构担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构核准。按照本法第十一章的规定，从事公开募集基金的销售、销售支付、份额登记、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等基金服务业务的机构，应当按照国务院证券监督管理机构的规定进行注册或者备案。基金管理人、基金托管人、基金服务机构的信息技术系统，应当符合规定的要求。国务院证券监督管理机构可以要求信息技术系统服务机构提供该信息技术系统的相关资料。除基金合同另有约定外，非公开募集基金应当由基金托管人托管。

2、组成主体。按照本条规定，基金行业协会的组成主体包括两类：**一类是强制加入会员**。即基金管理人、基金托管人应当加入基金行业协会。就是说，基金管理人、基金托管人一经依法成立就应当依照本法的规定加入基金行业协会。**另一类是自愿加入会员**。基金服务机构可以加入基金行业协会。就是说，基金服务机构经依法注册或者备案后，是否加入协会，由其自身确定，但一经加入则需要遵守协会章程的规定，接受协会章程的约束。对此需要说明的是，法律之所以分为强制加入会员和自愿加入会员，是因为根据三者的性质不同、对投资人证券投资基金、资本市场的健康发展的影响力不同、对社会的责任大小不同以及国际通行的规则来确定的。

第一百零九条

基金行业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会。

基金行业协会设理事会。理事会成员依章程的规定由选举产生。

【本条主旨】

本条是关于基金行业协会会员大会和理事会的规定。

【本条释义】

一、会员大会

本条中所称的会员，是指依照本法规定加入基金行业协会的基金管理人、基金托管人和基金服务机构。

会员大会是基金行业协会的权力机构。此处所称的权力机构是指决定基金行业协会重大问题的机构。包括两个方面的含义：**一个是体现所有会员的意志的机关；另一个是协会的最高权力机关**。作为体现所有会员的意志机关，是由全体会员组成的权力机关，进一步讲就是

由加入基金行业协会的所有的基金管理人、基金托管人和基金服务机构组成的机关，而不应是部分会员组成的代表大会。作为协会的最高权力机关，是协会管理和维护会员利益的最高决策机关，这一决策机关是一个非常设的机关，不对外代表协会与任何单位发生关系，也不对内执行一些具体的业务，其本身不能成为协会的法人代表。**会员大会一般具有下列职权：制定和修改协会的章程；审议理事会工作报告和财务报告；审议监事会工作报告；选举和罢免理事、监事；决定会费收缴标准；决定协会的合并、分立、终止；决定其他应当由会员大会审议的事项。**

按照相关做法，一般情况是，会员大会须有 2/3 以上有表决权的会员代表出席，其决议须经到会有表决权的会员代表半数以上表决通过。但制定和修改章程以及决定协会的合并、分立、终止，须经到会有表决权的会员代表 2/3 以上表决通过。会员大会应当在一定期限（一年或者两年等）至少召开一次会议，理事会认为必要或由 1/3 以上会员联名提议时，可召开临时会员大会。

二、理事会

根据本条规定，基金行业协会设理事会。理事会成员依章程的规定由选举产生。

基金行业协会设理事会的规定表明，理事会是协会的常设机构，也是一个必设机构，不是可设可不设，具有一定的强制性。该机构一般依章程的规定执行会员大会决议，在会员大会闭会期间，领导协会开展日常工作，对会员大会负责。理事会职权一般有：筹备会员大会；执行会员大会的有关决议；向会员大会报告工作；听取和审议协会工作报告和财务报告；制定自律规则、行业标准和业务规范；决定其他应由理事会审议的事项。

理事会成员依章程的规定由选举产生的规定是一个授权性规定，就是法律授权理事会选举产生的方式由章程作出具体的规定。此规定包括两个方面或者讲学习时应掌握两个关键点：一是理事会成员由章程作出规定，理事会成员一般在3人或者3人以上，具体数额由章程确定。二是理事会成员由选举产生。此处强调了“选举”产生，属于一个强制性的规定，章程不能够否定“选举”这种产生方式，并且要细化这种产生方式。一般来讲，章程应当规定理事会成员的具体人数，选举产生的具体程序，比如，是简单多数同意产生，还是2/3或者3/4以上的多数会员同意产生等，还应对理事长产生方式作出规定。此外章程中，还应当对理事成员的任期，连选可否连任，理事会召开会议，召开会议的主持人，主持人因故不能履行职务时如何召开会议，理事会的具体职责等问题作出规定。

第一百一十条

基金行业协会章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。

【本条主旨】

本条是关于基金行业协会章程制定和备案的规定。

【本条释义】

一、基金行业协会章程由会员大会制定

所谓基金行业协会章程，是指基金行业协会依据本法制定的、规定协会重大事项的对所有会员具有约束力的基本守则。包括以下含义：第一，是协会会员共同的一致意思表示；第二，是协会组织和活动的基本行为规范；第三，是协会的宪章，对所有会员均有约束力。也

正由于章程在协会中具有上述所讲的非常重要的作用，所以本法明确规定了基金行业协会章程要由会员大会制定。所谓由会员大会制定，包括了制定与修改两部分内容，指的是要由会员大会表决通过，一般来讲，制定和修改章程需要由到会有表决权的会员代表 2/3 以上表决通过。

关于社团章程，国家民政部制定并发布了《社会团体章程示范文本》，基金行业协会制定章程时可参考该文本的规定。一般来讲，基金行业协会章程应包括以下内容：（1）总则部分。比如制定依据、协会的性质、协会宗旨、协会与监督管理机构的关系等内容。（2）协会的基本职责部分。按照本法规定，协会职责包括，教育和组织会员遵守有关证券投资的法律、行政法规，维护投资人合法权益；依法维护会员的合法权益，反映会员的建议和要求；制定和实施行业自律规则，监督、检查会员及其从业人员的执业行为，对违反自律规则和协会章程的，按照规定给予纪律处分；制定行业执业标准和业务规范，组织基金从业人员的从业考试、资质管理和业务培训；提供会员服务，组织行业交流，推动行业创新，开展行业宣传和投资人教育活动；对会员之间、会员与客户之间发生的基金业务纠纷进行调解；依法办理非公开募集基金的登记、备案；其他职责，即进行行业自律，协调行业关系，提供行业服务，促进行业发展的其他职责，章程中应重点就这一项职责作出明确的规定。（3）会员部分，包括会员权利与义务等内容。（4）协会的组织机构，包括会员大会、理事会以及监事会及其会议运作等内容。（5）协会经费（或者协会资产），包括协会会费来源、财务要求（比如要明确协会要建立严格的财务管理制度，保证会计资料合法、真实、准确、完整）等内容。（6）协会终止，

包括终止的条件、终止前的清算、财产处理等内容。（7）附则，包括章程的生效、章程解释权属于哪一个机构等内容。

二、基金行业协会章程报国务院证券监督管理机构备案

这是一个义务性的规定。也就是说，基金行业协会章程制定以后，一定要报国务院证券监督管理机构备案。法律作出这一要求，其目的是便于国务院证券监督管理机构履行指导和监督基金行业协会的活动的职责。

第一百一十一条

基金行业协会履行下列职责：

（一）教育和组织会员遵守有关证券投资的法律、行政法规，维护投资人合法权益；

（二）依法维护会员的合法权益，反映会员的建议和要求；

（三）制定和实施行业自律规则，监督、检查会员及其从业人员的执业行为，对违反自律规则和协会章程的，按照规定给予纪律处分；

（四）制定行业执业标准和业务规范，组织基金从业人员的从业资格考试、资质管理和业务培训；

（五）提供会员服务，组织行业交流，推动行业创新，开展行业宣传和投资人教育活动；

（六）对会员之间、会员与客户之间发生的基金业务纠纷进行调解；

（七）依法办理非公开募集基金的登记、备案；

（八）协会章程规定的其他职责。

【本条主旨】

本条是关于基金行业协会职责的规定。

【本条释义】

一、基金行业协会职责

本条所称的协会职责，是指基金行业协会依照本法的规定所享有的职权和责任，这种职权和责任具有法定性质。规定目的是，进一步落实本法总则所规定的“进行行业自律，协调行业关系，提供行业服务，促进行业发展”的原则性内容。

二、基金行业协会的法定职责

按照本条规定，协会具有以下八项法定职责：

1、教育和组织会员遵守有关证券投资的法律、行政法规，维护投资人合法权益。这项职责可称为**教育会员守法职责**。该项职责应是基金行业协会进行行业自律的应有之义。其包括两部分内容：

(1) 教育和组织会员遵守有关证券投资的法律、行政法规。要教育和组织会员学习本法、遵守本法的规定，还要学习和遵守《中华人民共和国信托法》《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。要教育和组织会员从事证券投资基金活动，应当遵循自愿、公平、诚实信用的原则，不得损害国家利益和社会公共利益。要教育和组织基金管理人、基金托管人在管理、运用基金财产，基金服务机构从事基金服务活动中，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。要教育公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得有下列行为：将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资；不公平地对待其管理的不同基金财产；利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益；向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失；侵占、挪用基金财产；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；玩忽职守，不按照规定履行职责；法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。要教育基金托管人应当履行下列职责：安全保管基金财产；按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见；复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；按照规定召集基金份额持有人大会；按照规定监督基金管理人的投资运作；国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

(2) 教育和组织会员维护投资人的合法权益。保护投资人及相关当事人的合法权益是本法的立法目的之一，本条规定是落实本法立法目的的具体规定。这项规定与前所讲的“教育和组织会员遵守有关证券投资的法律、行政法规”的规定，是一个问题的两个方面，遵守法律、行政法规规定本身，就有一个保护投资人合法权益的问题。比如，按照本法规定，基金管理人、基金托管人、基金服务机构的信息技术系统，应当符合规定的要求。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，不得担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务，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。基金服务机构应当勤勉尽责、恪尽职守，建立应急等风险管理制度和灾难备份系统，不得泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息。又如按照本法规定，基金财产不得用于下列投资或者活动：承销证券；违反规定向他人贷款或者提供担保；从事承担无限责任的投资；买卖其他基金份额，但是国务院证券监督

管理机构另有规定的除外；向基金管理人、基金托管人出资；从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动；法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。运用基金财产买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务。遵守了上述规定，就等于保护了投资人的合法权益。

2、依法维护会员的合法权益，反映会员的建议和要求。这项职责可称为**维权职责**。基金行业协会是由基金管理人、基金托管人、基金服务机构组成的行业协会，是基金行业同业自律组织作为本行业体系整体利益的代表者，由此可知，基金行业协会所以具有依法维护会员合法权益、反映会员的建议和要求的职责，是由其组成及其行业自律性质所决定的。

3、制定和实施行业自律规则，监督、检查会员及其从业人员的执业行为，对违反自律规则和协会章程的，按照规定给予纪律处分。这项职责可称为**订定自律规则和处罚违纪会员职责**。基金行业协会是证券投资基金行业的自律性组织。既然具有自律性，就需要有本行业共同遵守的行业规则，因此，其一方面要制定本行业的自律规则；另一方面确保其制定的本行业自律规则的实施；再者要监督、检查会员及其从业人员的执业行为是否合法、是否合规则，对违反自律规则和协会章程的，按照规定给予纪律处分，比如可以给予行业内通报批评、公开谴责、暂停或者取消协会授予的业务资格、暂停部分会员权利或取消会员资格的纪律处分。在此需要说明的是，此处所称的“按照规

定”中的“规定”二字的含义宜作广义理解，包括法律、行政法规、行业规章及协会章程的规。

4、制定行业执业标准和业务规范，组织基金从业人员的从业考试、资质管理和业务培训。这项职责可称为**制定行业标准和业务规范职责**，其属于行业自律的重要内容之一。基金行业协会要切实履行好这项职责。首先要依据本法及有关法律、行政法规和本行业的特点制定相应的行业标准和业务规范，有了标准和规范以后要依法对从业人员进行资格考试、并进行资质管理和进行必要的业务培训。比如，按照本法规定，基金管理人、基金托管人管理、运用基金财产，基金服务机构从事基金服务活动，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。基金管理人运用基金财产进行证券投资，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。基金从业人员应当具备基金从业资格，遵守法律、行政法规，恪守职业道德和行为规范。公开募集基金的基金管理人的董事、监事和高级管理人员，应当熟悉证券投资方面的法律、行政法规，具有3年以上与其所任职务相关的工作经历；高级管理人员还应当具备基金从业资格。基金行业协会制定行业执业标准和业务规范要遵守上述规定，不得违反。同时，还要将上述有关规定具体化，确保本法相关规定的全面落实。

5、提供会员服务，组织行业交流，推动行业创新，开展行业宣传和投资人教育活动。这项职责可称为**服务职责，也属于协调职责**。目的是确保本行业的健康、有序发展及本行业的共同进步。

6、对会员之间、会员与客户之间发生的基金业务纠纷进行调解。这项职责可称为**调解职责**，属于自律管理的重要内容之一。目的是维护本行业的活动有序健康，减少不必要的矛盾和冲突。对此需要进一

步说明的是，此处所称的调解属于民间调解，作为调解人应遵守法律、行政法规、行政规章的规定，比如要在当事人自愿、平等的基础上进行调解；不得违背法律、法规和国家政策；要尊重当事人的权利，不得因调解而阻止当事人依法通过仲裁、行政、司法等途径维护自己的权利。调解纠纷，应当坚持原则，明法析理，主持公道，不收取任何费用。协会可根据业务需要设立专门的调解机构，也可以设立临时的调解机构，调解本法规定的纠纷。由于该项调解属于民间调解，所以有关当事人不服调解的，也可以依法通过诉讼程序解决有关纠纷。

7、依法办理非公开募集基金的登记、备案。这项职责可称为**办理登记备案职责**。这一规定在本法前面有关章节的规定有所规定，此规定目的是与前面章节的有关规定有所呼应，也是本法授权协会的重要职责之一。根据本法第十章非公开募集基金的规定，担任非公开募集基金的基金管理人，应当按照规定向基金行业协会履行登记手续，报送基本情况。未经登记，任何单位或者个人不得使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动；但是，法律、行政法规另有规定的除外。除基金合同另有约定外，非公开募集基金应当由基金托管人托管。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。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。基金行业协会办理非公开募集基金的登记、备案，要遵守本法及其他有关法律、行政法规以及行政规章的规定。

8、协会章程规定的其他职责。这项职责是本法授权协会章程规定的职责，可称为**章定职责**。基金行业协会制定章程时要充分考虑这

项授权性的规定，要根据本法、其他法律、行政法规及其行业规章的规定，将这一授权性的规定进一步细化，细化内容主要是上述几项职责之外的其他职责，以便协会更好、更有效地履行好自己所承担的职责。

第十三章 监督管理

本章共七条，对国务院证券监督管理机构的监督管理职责、有权采取的措施、进行监督管理的程序，以及对监督管理机构工作人员的要求等作出规定。

第一百一十二条

国务院证券监督管理机构依法履行下列职责：

- （一）制定有关证券投资基金活动监督管理的规章、规则，并行使审批、核准或者注册权；**
- （二）办理基金备案；**
- （三）对基金管理人、基金托管人及其他机构从事证券投资基金活动进行监督管理，对违法行为进行查处，并予以公告；**
- （四）制定基金从业人员的资格标准和行为准则，并监督实施；**
- （五）监督检查基金信息的披露情况；**
- （六）指导和监督基金业协会的活动；**
- （七）法律、行政法规规定的其他职责。**

【本条主旨】

本条是关于国务院证券监督管理机构监管职责的规定。

【本条释义】

证券投资基金是一种大众化的投资工具，涉及面广，社会影响大。同时，基金的投资者大多是分散的社会公众，与基金管理人和基金托管人相比，处于相对弱势的地位。因此，有必要建立完善的监管体系，对证券投资基金实施严格的监督管理，保障证券投资基金的正常运作，保护广大投资人的合法权益。证券投资基金监管是指证券投资基金的监管主体，通过依法制定一定的行为标准和规则，并利用一定的监管措施，对证券投资基金、基金管理人、基金托管人、基金承销商、基金中介机构等市场参与者及其经营活动进行限制和约束，并对不合规的行为进行监督检查、依法作出处理，以保证参与者的行为不损害其他参与者的利益或者不违背公平公正的原则，保障证券投资基金稳健运行。依据本法的相关规定，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。

健全有效的基金监管体系是基金业健康快速发展的保证。经过多年的探索，目前已构建了分工明确、协调配合、高效有序的基金监管体系。中国证监会作为基金监管体系的组织者和领导者，担负着行政许可、政策研究、规则制定、组织指导派出机构和证券交易所的监管工作等重大职责，在基金监管体系中处于核心地位。中国证监会各派出机构根据中国证监会的授权，对辖区内的从业机构进行日常监管。此外，证券交易所对基金在交易所内的投资活动进行监管，负责交易所上市基金的信息披露监管工作。中国证券业协会负责基金从业机构和从业人员的自律管理。

本条对国务院证券监督管理机构的监管职责作了具体规定，主要包括以下几方面：

一、制定有关证券投资基金活动监督管理的规章、规则，并行使审批、核准或者注册权

（一）制定有关证券投资基金活动监督管理的规章、规则

我国规范证券投资基金的法律主要有证券法、证券投资基金法等。2003年制定的证券投资基金法对证券投资基金的募集、运作等各方面内容作了全面规范，本次修订又作了进一步完善和补充。证券投资基金法是规范我国证券投资基金活动的基本法律。此外，国务院有关行政法规对证券投资基金也作了相应规定。但是，由于法律、行政法规的规定比较原则和宏观，还需要国务院证券监督管理机构针对证券投资基金运作中的具体情况和实际需要，制定更为详细、操作性更强的监管规则和监管措施。同时，证券投资基金市场是一个风险性比较大的市场，其风险具有突发性强、传导速度快等特点，需要监管部门根据市场风险情况快速作出反应，积极采取应对措施。因此，本条授权国务院证券监督管理机构制定有关证券投资基金活动监督管理的规章、规则。国务院证券监督管理机构制定的有关规章、规则所规定的事项，应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

本法颁布后，中国证监会会同有关部门制定了一系列监管规章、规则，形成了以证券投资基金法为核心，《证券投资基金信息披露管理办法》《证券投资基金销售管理办法》《证券投资基金运作管理办法》《证券投资基金管理公司管理办法》和《证券投资基金托管资格管理办法》等为配套规则的基金法律体系，对基金业市场主体的准入标准、行为规则以及基金运作的关键业务环节进行了系统的规范。制

定的规章主要包括：（1）《基金管理公司管理办法》，主要规定基金管理公司的设立标准及审批程序、公司重大变更事项审批程序、公司治理及经营原则、监督管理措施等内容。（2）《证券投资基金托管资格管理办法》，主要规定基金托管人资格条件、审批程序及监管要求。（3）《证券投资基金运作管理办法》，主要规定基金募集申请条件、审批程序、设立条件、基金申购与赎回原则、基金投资与收益分配原则、基金份额持有人大会召开程序、监管要求等内容。（4）《证券投资基金销售管理办法》，主要规范基金代销机构资格审批、基金宣传推介材料的基本要求、基金销售费用、基金销售行为规范及监督管理等内容。（5）《证券投资基金信息披露管理办法》，主要规定基金信息披露的主要内容及基本要求。（6）《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》，主要规定基金行业高级管理人员的任职资格、审核程序、行为规范等内容。此外，中国证监会根据行业发展的情况及监管需要，单独或会同有关部门出台了一系列配套的规范性文件，如《基金管理公司内部控制指导意见》《货币市场基金管理暂行规定》《证券投资基金信息披露的内容与格式指引》等。

2012年6月19日，为了加强对证券投资基金管理公司的监督管理，规范证券投资基金管理公司的行为，中国证监会修订了《证券投资基金管理公司管理办法》。同日，为了规范证券投资基金运作活动，保护投资人的合法权益，促进证券投资基金市场健康发展，中国证监会还修订了《证券投资基金运作管理办法》。

（二）行使审批、核准或者注册权

本法规定了国务院证券监督管理机构的一系列审批、核准或者注册权，主要包括：

1. 设立管理公开募集基金的基金管理公司，应当符合法定条件，并经国务院证券监督管理机构批准。国务院证券监督管理机构应当自受理基金管理公司设立申请之日起6个月内依照本法第十三条规定的条件和审慎监管原则进行审查，作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

2. 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，或者变更其他重大事项，应当报经国务院证券监督管理机构批准。国务院证券监督管理机构应当自受理申请之日起60日内作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

3. 公开募集基金的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选任或者改任，应当报经国务院证券监督管理机构依照本法和其他有关法律、行政法规规定的任职条件进行审核。

4. 商业银行担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构会同国务院银行业监督管理机构核准；其他金融机构担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构核准。

5. 公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。未经注册，不得公开或者变相公开募集基金。注册公开募集基金，由拟任基金管理人向国务院证券监督管理机构提交有关法定文件。国务院证券监督管理机构应当自受理公开募集基金的募集注册申请之日起6个月内依照法律、行政法规及国务院证券监督管理机构的规定进行审查，作出注册或者不予注册的决定，并通知申请人；不予注册的，应当说明理由。基金募集申请经注册后，方可发售基金份额。基金管理人应当自收到准予注册文件之日起6个月内进行基金募集。超过6个月开

始募集，原注册的事项发生实质性变化的，应当向国务院证券监督管理机构重新提交注册申请。

6. 基金份额上市交易规则由证券交易所制定，报国务院证券监督管理机构批准。

7. 专门从事非公开募集基金管理业务的基金管理人，其股东、高级管理人员、经营期限、管理的基金资产规模等符合规定条件的，经国务院证券监督管理机构核准，可以从事公开募集基金管理业务。

8. 从事公开募集基金的销售、销售支付、份额登记、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等基金服务业务的机构，应当按照国务院证券监督管理机构的规定进行注册或者备案。

本法规定的上述审批、核准或者注册权，以及其他有关法律、行政法规规定的审批、核准或者注册权，国务院证券监督管理机构应当严格依法行使。

二、办理基金备案

为使国务院证券监督管理机构全面了解证券投资基金的情况，以便根据不同情况采取相应的监督管理措施，本条规定国务院证券监督管理机构依法履行办理基金备案的职责，主要包括：

1. 公开募集基金的基金管理人应当将其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员进行证券投资的申报、登记、审查、处置等管理制度报国务院证券监督管理机构备案。

2. 基金管理人终止职责的，应对基金财产进行审计并将审计结果报国务院证券监督管理机构备案。

3. 基金托管人职责终止的，应对基金财产进行审计并将审计结果报国务院证券监督管理机构备案。

4. 基金管理人自收到准予注册文件之日起超过 6 个月开始募集基金，原注册的事项未发生实质性变化的，应当报国务院证券监督管理机构备案。

5. 基金管理人应当自募集期限届满之日起 10 日内聘请法定验资机构验资，自收到验资报告之日起 10 日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，办理基金备案手续。

6. 基金份额上市交易后，发生法定情形，由证券交易所终止其上市交易，并报国务院证券监督管理机构备案。

7. 基金管理人发生不能按时支付赎回款项情形的，应在当日将发生的法定情形报国务院证券监督管理机构备案。

8. 基金份额净值计价出现错误达到基金份额净值 0.5% 时，基金管理人应当公告，并报国务院证券监督管理机构备案。

9. 封闭式基金扩募或者延长基金合同期限，应当符合法定条件，并报国务院证券监督管理机构备案。

10. 基金合同终止，基金清算组应将清算报告报国务院证券监督管理机构备案。

11. 代表基金份额 10% 以上的基金份额持有人自行召集基金份额持有人大会的，应报国务院证券监督管理机构备案。

12. 基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构备案，并予以公告。

13. 基金行业协会章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。

国务院证券监督管理机构应当按照上述规定以及其他有关规定，建立和完善备案档案，认真及时履行备案职责。三、对基金管理人、基金托管人及其他机构从事证券投资基金活动进行监督管理，对违法

行为进行查处，并予以公告。本法规定国务院证券监督管理机构对基金管理人、基金托管人以及基金服务机构等在从事基金的募集、基金份额的交易、基金份额的申购和赎回、基金的运作与信息披露、基金合同的变更、终止与基金财产清算等证券投资基金活动方面，享有广泛的监督管理职权，有权对违法行为进行查处，并予以公告。本法有大量的条文涉及这方面的内容，主要见于本章以及第二章基金管理人、第三章基金托管人和第十四章法律责任中。例如，第二章基金管理人中规定，公开募集基金的基金管理人的董事、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为或者重大风险的，国务院证券监督管理机构可以责令更换。公开募集基金的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，国务院证券监督管理机构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。

国务院证券监督管理机构应当严格依照这些规定，对证券投资基金活动依法进行监督管理，对违法行为进行严肃查处，维护证券市场的正常秩序，促进证券投资基金的稳健运行，保护基金份额持有人的合法权益。

四、制定基金从业人员的资格标准和行为准则，并监督实施

本法在修改前对基金管理人、基金托管人及其他相关机构的从业人员的资格标准和行为准则作了一些规定。本次修改对相关规定作了进一步细化和补充。例如，本法第十五条规定，具有因犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，被判处刑罚等五种情形之一的，不得担任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。第十六条规定，公开募集基金的基金

管理人的董事、监事和高级管理人员，应当熟悉证券投资方面的法律、行政法规，具有3年以上与其所任职务相关的工作经历；高级管理人员还应当具备基金从业资格。第十七条规定，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。第十八条规定，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，不得担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务，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。第二十条详细列举了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禁止从事的八种行为，等等。此外，本次修改还对基金服务机构从业人员的行为准则作出了规定。

国务院证券监督管理机构应当依据这些规定并在其规定的范围内，制定更为具体、更有可操作性的基金从业人员的资格标准和行为准则，并依法监督实施。

五、监督检查基金信息的披露情况

为了规范证券投资基金活动，保护基金合同当事人的合法权益，本法在第七章专章对公开募集基金信息披露的有关内容作出了规定，要求基金管理人、基金托管人和其他基金信息披露义务人依法披露基金信息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性。该章还列举了应当公开披露的基金信息的范围，并明确规定了公开披露基金信息中禁止从事的行为。国务院证券监督管理机构可以依据这些规定制定具体的规则，并对基金信息的披露情况进行监督检查。

六、指导和监督基金行业协会的活动

本法总则中规定，基金管理人、基金托管人和基金服务机构，应当依照本法成立证券投资基金行业协会，进行行业自律，协调行业关系，提供行业服务，促进行业发展。为了进一步发挥基金行业协会的作用，本次修改新设专章规定了基金行业协会的相关内容。该章对行业协会的性质和职责进行了详细的规定。明确了基金行业协会是证券投资基金行业的自律性组织，是社会团体法人。要求基金行业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会，协会章程由大会指定，并报国务院证券监督管理机构备案。规定了基金行业协会的八项职责，包括依法维护会员的合法权益，反映会员的建议和要求；制定和实施行业自律规则，监督、检查会员及其从业人员的执业行为，对违反自律规则和协会章程的，按照规定给予纪律处分；对会员之间、会员与客户之间发生的基金业务纠纷进行调解；等等。为了指导和监督基金行业协会依法开展活动，更好地发挥基金行业协会的自律作用，本条规定国务院证券监督管理机构依法对基金行业协会的活动进行指导和监督。

七、法律、行政法规规定的其他职责

近年来，我国证券市场发展变化十分迅速，出现了比较大的振荡，也产生了不少问题。证券投资基金行业牵涉的机构和人员众多，影响面广，证券投资基金行业的任何变化都会对证券市场乃至整个经济发展形势造成比较大的影响。为了促进证券投资基金的稳健运行，确保证券市场的健康发展，维护社会经济的正常秩序，除本法外，证券法等有关法律、行政法规对国务院证券监督管理机构的监管职责也作出了规定。国务院证券监督管理机构除了应当依法履行本条规定的监管职责外，还应当严格履行法律、行政法规规定的其他职责。

第一百一十三条

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）对基金管理人、基金托管人、基金服务机构进行现场检查，并要求其报送有关的业务资料；

（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、财务会计资料及其他相关文件和资料；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）查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户；对有证据证明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，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以冻结或者查封；

（七）在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，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。

【本条主旨】

本条是关于国务院证券监督管理机构依法履行职责有权采取的措施的规定。

【本条释义】

根据本条规定，国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取以下措施：

一、进行现场检查

国务院证券监督管理机构要履行好监督管理的职责，首先要了解事实真相，并在查明事实的基础上，依法对违法行为作出处罚。为了更真实、深入地了解 and 掌握有关事实和情况，国务院证券监督管理机构可以根据情况派员对基金管理人、基金托管人、基金服务机构的部门设置、人员配备、财务状况、技术设施、资金管理、基金运作、网点设置、管理制度等各个方面进行现场检查，与其主要负责人和当事人进行谈话，核实情况。国务院证券监督管理机构还可以要求基金管理人、基金托管人、基金服务机构报送有关的业务资料，如要求基金管理人报送基金运作报告、公司财务与自有资金运用情况报告等，或者要求基金托管人报送基金份额持有人名册、对基金管理人的监督报告等。

二、进入涉嫌违法行为发生场所调查取证

为了获取违法行为的证据，国务院证券监督管理机构有权进入涉嫌违法行为发生的场所，对违法行为发生的原因、过程、所造成的后果等进行调查取证。涉嫌违法行为的发生场所包括涉嫌从事违法行为的基金管理人的住所或者营业场所、基金托管人的住所或者营业场所、基金服务机构的住所或者营业场所等。

三、询问有关单位和个人

为深入了解事实情况，核实证据，国务院证券监督管理机构可以询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其与被调查事件有关的事项作出说明。国务院证券监督管理机构工作人员询问有关

单位和个人，可以到其办公场所进行，也可以在国务院证券监督管理机构指定的场所进行。询问有关单位和个人应当个别进行。

四、查阅、复制财产权登记、通讯记录等资料

与被调查事件有关的财产权登记资料直接反映了基金投资运作情况以及基金管理人、基金托管人管理或者保管基金财产的情况。与被调查事件有关的通讯记录对于揭示事件的真相也具有重要作用。为了查清事实，制裁违法行为，本条规定国务院证券监督管理机构有权查阅、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、封存有关的文件和资料

为了查明事实真相，国务院证券监督管理机构有权查阅、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、财务会计资料及其他相关文件和资料。为了保存证据，防止有关单位和人员转移、隐匿、毁损有关文件和资料，国务院证券监督管理机构对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，有权予以封存。

六、查询有关账户，依法冻结或者查封涉案财产或者证据

依照本法有关规定，基金管理人对所管理的不同基金财产进行分别管理、分别记账，进行证券投资。基金托管人履行托管职责，应当按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户。实践中，有关单位和个人利用基金财产或者其他财产进行证券买卖，必然要通过基金财产的资金账户、证券账户或者其他有关银行账户，在这些账户上反映买入卖出证券的情况。因此，要查证有关单位和个人是否从事了违法行为，查询其有关的资金账户、证券账户和银行账户，是非常必要的。为此，本条明确规定，国务院证券监督管理机构有权查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户。

实践中，违法行为人为了掩盖其不法行为，逃避制裁，可能会转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产或者隐匿、伪造、毁损涉案的重要证据。涉案证据的灭失会导致难以查明案件事实，而涉案财产的转移将会给案件的执行带来很大的困难。为了避免发生这些情况，本条规定，对有证据证明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，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以冻结或者查封。国务院证券监督管理机构采取冻结、查封措施，其前提条件是已经掌握了相关证据，不能仅凭猜测或者推断就冻结、查封涉案财产或者证据。同时，还要依法履行批准程序，即要由国务院证券监督管理机构主要负责人批准，方可采取冻结、查封措施。

七、限制证券买卖

本次修改证券投资基金法新增了禁止基金管理人操纵证券市场、内幕交易的内容。原来的证券投资基金法缺乏对基金管理公司股东及其实际控制人的规定，对基金管理人及其从业人员的监管措施也不够严密，难以有效保护基金投资者权益，一些基金的“老鼠仓”、内幕交易等问题屡禁不止。本次修改根据目前公开募集基金运行情况和存在的问题，对有关规定作了相应调整。参照证券法的规定，加强了基金监管，完善了基金治理结构，将基金管理人的股东及其实际控制人纳入监管范围。明确基金财产不得用于“从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动”。为了落实这一规定，打击操纵证券市场、内幕交易等违法活动，本条赋予国务院证券监督管理机构一项新的监管措施，即限制当事人的证券买卖，具体为：国务院证券监督管理机构在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经主要负责人批准，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 15 个交易日；案情复杂的，可以延长 15 个交易日。

第一百一十四条

国务院证券监督管理机构工作人员依法履行职责，进行调查或者检查时，不得少于二人，并应当出示合法证件；对调查或者检查中知悉的商业秘密负有保密的义务。

【本条主旨】

本条是关于国务院证券监督管理机构工作人员依法履行职责时应负义务的规定。

【本条释义】

一、进行调查或者检查时不得少于二人，并应出示合法证件

根据本条规定，国务院证券监督管理机构工作人员依法履行职责，进行调查或者检查时，不得少于二人，即不得由一名工作人员独自进行调查或者检查。这样规定主要是为了有关工作人员在开展工作时能够相互配合，协同做好调查核实工作，同时也为了相互监督，避免个别工作人员徇私舞弊。

同时，为了便于开展工作，取得有关单位和个人的协助、配合，国务院证券监督管理机构的工作人员在进行调查或者检查时，应当出示证明其身份及履行相关职责的证明文件。调查或者检查人员向当事人及有关单位和人员出示合法证件，表明其身份和职责的，有关单位和人员应当配合工作；未出示合法证件的，有关单位和人员有权拒绝其调查或者检查。

二、对调查或者检查中知悉的商业秘密负有保密的义务

在对违法行为进行调查或者检查的过程中，国务院证券监督管理机构工作人员有可能会接触、了解被调查或者检查单位和个人的一些商业秘密。为了防止这些商业秘密的泄露，给当事人造成不必要的损失，国务院证券监督管理机构工作人员履行职责时，对知悉的商业秘密负有保密的义务。这里的“商业秘密”，是指技术秘密、商业情报及信息等，包括基金的资产状况、投资组合、操作方法等当事人不愿公开的秘密。

第一百一十五条

国务院证券监督管理机构工作人员应当忠于职守，依法办事，公正廉洁，接受监督，不得利用职务牟取私利。

【本条主旨】

本条是关于国务院证券监督管理机构工作人员行为准则的规定。

【本条释义】

国务院证券监督管理机构对证券投资基金活动享有广泛的监督管理职权，国务院证券监督管理机构工作人员能否依法、公正、有效地履行监管职责，对于证券投资基金行业依法规范运行将会产生直接的影响。因此，本法规定国务院证券监督管理机构的工作人员在履行监管职责时，应当忠于职守，依法办事，公正廉洁，接受监督，不得利用自己的职务便利牟取私利。这就要求国务院证券监督管理机构的工作人员必须严格根据法律赋予的权限公正地履行职责，不得有任何滥用职权、徇私舞弊、收受贿赂等不正当的行为，同时，还应当依法接受社会各方面的监督。证券监督管理机构工作人员违反上述规定，

玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊或者利用职务上的便利索取或者收受他人财物的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百一十六条

国务院证券监督管理机构依法履行职责时，被调查、检查的单位和个人应当配合，如实提供有关文件和资料，不得拒绝、阻碍和隐瞒。

【本条主旨】

本条是关于被调查和被检查的单位和个人负有配合调查、检查的义务的规定。

【本条释义】

要求被调查和被检查的单位和个人积极履行配合调查、检查的义务，对于确保国务院证券监督管理机构依法行使证券投资基金监督管理职权，及时、有效地查处证券投资基金活动中的违法行为，是非常必要的。依照本条规定，国务院证券监督管理机构依法进行调查和检查时，被调查和被检查的单位和个人应当积极配合，并提供便利条件。被调查和被检查的单位和个人应当如实提供有关的文件和资料，并确保所提供文件和资料的真实性与可靠性。不得以各种理由拒绝提供或者阻碍调查人员、检查人员获取有关文件和资料，也不得对其所应掌握的文件和资料进行隐瞒。这里的“有关文件和资料”包括证券交易记录、登记过户记录、对账记录、财务会计资料、申购赎回情况、信息披露，等等。被调查和被检查的单位和个人不配合国务院证券监督管理机构履行职责的，应当依法承担相应的法律责任。拒绝、阻碍证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查、调查职权未使用暴力、威胁方法的，依法给予治安管理处罚。

第一百一十七条

国务院证券监督管理机构依法履行职责，发现违法行为涉嫌犯罪的，应当将案件移送司法机关处理。

【本条主旨】

本条是关于涉嫌犯罪案件的移送的规定。

【本条释义】

国务院证券监督管理机构在履行监督管理职责、查处违法行为的过程中，可以根据情况采取调查、检查、冻结、查封、限制证券买卖等监管措施，也可以对违法行为人依法给予警告、罚款、没收违法所得等处罚。但是，国务院证券监督管理机构在查处违法行为时，如果发现违法行为涉嫌犯罪的，则无权自行处理，更不得以罚代刑，应当将该案件移送有关的司法机关进行处理。例如，发现涉嫌证券投资基金犯罪的，应当移送公安机关，由公安机关进行立案侦查；发现涉嫌贪污贿赂犯罪、国家工作人员渎职犯罪的，应当移送人民检察院，由人民检察院立案侦查。公安机关、人民检察院对移送的案件，应当依法立案侦查。

第一百一十八条

国务院证券监督管理机构工作人员在任职期间，或者离职后在《中华人民共和国公务员法》规定的期限内，不得在被监管的机构中担任职务。

【本条主旨】

本条是关于国务院证券监督管理机构工作人员在法定期限内，不得在被监管的机构中担任职务的规定。

【本条释义】

根据本条规定，国务院证券监督管理机构工作人员在任职期间，不得在被监管的机构中担任职务。这里的“被监管的机构”，包括基金管理人及其下属机构、基金托管人及其下属机构、基金管理人和基金托管人的股东、证券交易所、从事证券投资基金业务的证券公司、证券登记结算机构、与证券投资基金有关的证券投资咨询机构和资信评估机构、从事证券投资基金业务的律师事务所、会计师事务所，等等。

本条还规定，国务院证券监督管理机构工作人员离职后，在《中华人民共和国公务员法》规定的期限内，也不得在被监管的机构中担任职务。公务员法第一百零二条规定：“公务员辞去公职或者退休的，原系领导成员的公务员在离职三年内，其他公务员在离职两年内，不得到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职，不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。”根据这一规定，国务院证券监督管理机构工作人员离职后，原系领导成员的，在离职3年内不得在被监管的机构中担任职务；其他工作人员在离职2年内不得在被监管的机构中担任职务。

国务院证券监督管理机构的工作人员违反本条规定，在被监管的机构中担任职务的，依法追究相应的法律责任。

第十四章 法律责任

本章对违反证券投资基金法的行为规定了相应的法律责任。本章是本次修订证券投资基金法的重要内容之一，修订前的证券投资基金法第十一章法律责任，从第八十三条起至第一百条止，共 18 条，约占整部法律条文（103 条）的 17%；而修订后的法律责任一章，从第一百一十九条起至一百五十一条止，共 33 条，约占整部法律条文（154 条）的 21%。从上述情况可以看出，无论是在法律责任一章的条文数量上，还是在法律责任一章条文数量在整部法律条文数量的占比上，本次修订都有了显著的变化。

所谓法律责任，是指责任主体违反了法定或者约定的义务而必须承担的具有强制性的特定后果。法律责任是一种不利的法律后果。根据违法行为的性质和危害的程度不同，法律责任分为行政责任、民事责任、刑事责任三种。行政责任又称行政法律责任，是指因违反行政法律、法规所应承担的法律责任。行政责任分为两类：一是行政处分。是指对国家工作人员及由国家机关委派到企事业单位任职的人员的行政违法行为，由所在单位或者其上级主管机关所给予的一种制裁性处理。行政处分的种类包括警告、记过、降级、降职、撤职、开除等。二是行政处罚。是指国家行政机关对构成行政违法行为的公民、法人或者其他组织实施的制裁。行政处罚包括以下几种：警告；罚款；没收违法所得、没收非法财物；责令停产停业；暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；行政拘留，以及法律、行政法规规定的其他行政处罚。民事责任又称民事法律责任，是指由于违反民事法律或者合同约定，或者侵害了他人合法权益所应当承担的法律后果。民事责任具有以下特点：第一，民事责任主要在于救济当事人的权利，赔偿或者补偿当事人的损失。第二，民事责任主要是一种财产责任。第三，民

事责任可以由当事人协商解决。民事责任可以分为违约责任和侵权责任两种。违约责任是指合同当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，依法产生的法律责任。侵权责任是指民事主体因实施侵权行为而应承担的民事法律后果。刑事责任又称刑事法律责任，是指行为人因犯罪行为所导致的，违反国家刑事法律而必须承担的惩罚性的后果。这种惩罚性的后果由司法机关通过特定的程序来确定。刑事责任具有以下特点：第一，行为人的行为具有严重的社会危害性。第二，刑事责任是犯罪人向国家所负的法律责任，由国家机关来追究。第三，刑事责任是所有法律责任中最严厉的一种，如被判处死刑、无期徒刑等。

证券投资基金法在“法律责任”一章中，对不同情形的违法行为，分别规定了相应的法律责任。这些法律责任，按照分类，分别属于行政责任、民事责任和刑事责任。

第一百一十九条

违反本法规定，未经批准擅自设立基金管理公司或者未经核准从事公开募集基金管理业务的，由证券监督管理机构予以取缔或者责令改正，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款。

基金管理公司违反本法规定，擅自变更持有百分之五以上股权的股东、实际控制人或者其他重大事项的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不

足五十万元的，并处五万元以上五十万元以下罚款。对直接负责的主管人员给予警告，并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于未经批准或者核准擅自设立基金管理公司、从事公开募集基金管理业务以及擅自变更法定事项的行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共两款，对未经批准或者核准擅自设立基金管理公司、从事公开募集基金管理业务以及擅自变更法定事项的违法行为规定了法律责任。本条是本次修订证券投资基金法进行修改的条文。

一、关于未经批准或者核准擅自设立基金管理公司、从事公开募集基金管理业务的行为及其处罚

（一）关于违法行为的主体

根据本条第一款的规定，本违法行为的主体，为一般主体，即任何公司、企事业单位、其他组织或者个人，都有可能成为本违法行为的主体。也就是说，只要实施了未经批准擅自设立基金管理公司或者未经核准从事公开募集基金管理业务的行为，就会成为本违法行为的主体，将依法受到法律的追究。

（二）关于违法行为的构成

按照本条第一款的规定，本违法行为的构成，为“未经批准擅自设立基金管理公司或者未经核准从事公开募集基金管理业务的”。修订前的证券投资基金法第八十六条规定：“违反本法规定，未经批准，擅自设立基金管理公司的，由证券监督管理机构予以取缔，并处五万元以上五十万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”第八十七条规定：“未经国务院证券监督管理机构核准，擅自从事基金管理业务或者基金托管业务的，责令停止，没收违法所得；违法所得一

百万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”本次修订，保留了对未经批准擅自设立基金管理公司或者未经核准从事公开募集基金管理业务行为予以处罚的规定，同时根据情况的变化，对处罚内容作了相应的调整，如在处罚种类上增加了“没收违法所得”，在处罚对象上增加了“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”，同时考虑到已经将有关刑事责任集中规定在第一百四十九条中，所以删除了有关追究刑事责任的内容等。

设立基金管理公司或者从事公开募集基金管理业务，必须具备法律规定的条件，并必须经过主管部门批准或者核准。如证券投资基金法第十三条规定：“设立管理公开募集基金的基金管理公司，应当具备下列条件，并经国务院证券监督管理机构批准：（一）有符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程；（二）注册资本不低于一亿元人民币，且必须为实缴货币资本；（三）主要股东应当具有经营金融业务或者管理金融机构的良好业绩、良好的财务状况和社会信誉，资产规模达到国务院规定的标准，最近三年没有违法记录；（四）取得基金从业资格的人员达到法定人数；（五）董事、监事、高级管理人员具备相应的任职条件；（六）有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金管理业务有关的其他设施；（七）有良好的内部治理结构、完善的内部稽核监控制度、风险控制制度；（八）法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条

件。”因此，违反法律规定，未经批准擅自设立基金管理公司或者未经核准从事公开募集基金管理业务的，属于违法行为。

（三）关于违法行为的处罚

根据本条第一款的规定，构成本违法行为，即违反法律规定未经批准擅自设立基金管理公司或者未经核准从事公开募集基金管理业务的，由证券监督管理机构予以取缔或者责令改正，同时给予以下两种处罚：第一，没收违法所得。第二，并处罚款。罚款数额按照以下两种情况确定：一是违法所得在 100 万元上的，“并处违法所得一倍以上五倍以下罚款”；二是没有违法所得或者违法所得不足 100 万元的，“并处十万元以上一百万元以下罚款”。此外，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予以下两种处罚：一是给予“警告”；二是“并处三万元以上三十万元以下罚款”。

二、关于擅自变更法定事项的行为及其处罚

（一）关于违法行为的主体

根据本条第二款的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即“基金管理公司”，其他的公司、企业事业等单位或者个人，不能成为本违法行为的主体。

（二）关于违法行为的构成

根据本条第二款的规定，本违法行为的构成，为“基金管理公司违反本法规定，擅自变更持有百分之五以上股权的股东、实际控制人或者其他重大事项的”。证券投资基金法第十三条中规定，设立管理公开募集基金的基金管理公司，应当具备法律规定的条件，如“主要股东应当具有经营金融业务或者管理金融机构的良好业绩、良好的财务状况和社会信誉，资产规模达到国务院规定的标准，最近三年没有违法记录”等，并经国务院证券监督管理机构批准。根据证券投资基

金法第十四条第二款的规定，基金管理公司依法成立后，“基金管理公司变更持有百分之五以上股权的股东，变更公司的实际控制人，或者变更其他重大事项，应当报经国务院证券监督管理机构批准”。国务院证券监督管理机构应当自受理申请之日起 60 日内作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。因此，基金管理公司应当严格遵守法律规定，如需变更相关事项的，应当依法及时报请批准，否则即构成本违法行为，将受到相应的法律制裁。

（三）关于违法行为的处罚

根据本条第二款的规定，构成本违法行为，即基金管理公司违反本法规定，擅自变更持有 5%以上股权的股东、实际控制人或者其他重大事项的，由国务院证券监督管理机构责令改正，给予以下两种处罚：第一，给予“没收违法所得”的处罚。第二，给予罚款的处罚。至于罚款数额，按照以下两种情况分别确定：一是违法所得超过 50 万元的，“并处违法所得一倍以上五倍以下罚款”；二是没有违法所得或者违法所得不足 50 万元的，“并处五万元以上五十万元以下罚款”。

根据本条第二款的规定，对本违法行为实行“两罚制”，即在处罚基金管理公司的同时，对直接负责的主管人员给予以下两种处罚：一是给予“警告”处罚；二是并处罚款，即“并处三万元以上十万元以下罚款”。

第一百二十条

基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，未按照

本法第十七条第一款规定申报的，责令改正，处三万元以上十万元以下罚款。

基金管理人、基金托管人违反本法第十七条第二款规定的，责令改正，处十万元以上一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金从业人员未依法申报法定事项以及基金管理人或者托管人未依法建立管理制度并报备案行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条分两款，对以下两种违法行为规定了处罚：

一、关于基金从业人员未依法申报法定事项的行为及其处罚

（一）违法行为的主体

本违法行为的主体，为特定主体，即基金从业人员。至于基金从业人员的范围，根据本条第一款的规定，分为两种：一是“基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员”；二是“基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员”。

（二）违法行为的构成

根据本条第一款的规定，本违法行为的构成，为“未按照本法第十七条第一款规定申报的”。证券投资基金法第十七条第一款规定：“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。”根据这一规定，本违法行为的构成，包括以下几个方面的内容：第一，没有事先申报。即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，没有按照法律规定，事先向基金管理人申报。第二，没有申报特定关系进行证券投资。即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，没有按照法律规定，事先向基金管理人申报其本人、配偶、利害关系人进行证券投资的情况。第三，与基金份额持有人发生利益冲突。即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，虽然已经申报，但存在与基金份额持有人发生利益冲突的情况。

（三）违法行为的处罚

根据本条第一款的规定，基金从业人员具有未依法申报法定事项行为的，“责令改正，处三万元以上十万元以下罚款”。行政处罚法第二十三条规定：“行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。”因此，对于基金从业人员具有未依法申报法定事项行为的，国务院证券监督管理机构应当责令其改正违法行为，同时根据违法行为的情节轻重，“处三万元以上十万元以下罚款”。二、关于基金管理人或者托管人未依法建立管理制度并报备案的行为及其处罚。

（一）违法行为的主体

根据本条第二款的规定，本违法行为的主体，为特定主体。具体来讲，有两种：

一是基金管理人。按照证券投资基金法的规定，“基金管理人”，“由依法设立的公司或者合伙企业担任”；“公开募集基金的基金管理人”，“由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任”。设立管理公开募集基金的基金管理公司，应当具备下列条件，并经国务院证券监督管理机构批准：有符合证券投

资基金法和《中华人民共和国公司法》规定的章程；注册资本不低于1亿元人民币，且必须为实缴货币资本；主要股东应当具有经营金融业务或者管理金融机构的良好业绩、良好的财务状况和社会信誉，资产规模达到国务院规定的标准，最近3年没有违法记录；取得基金从业资格的人员达到法定人数；董事、监事、高级管理人员具备相应的任职条件；有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金管理业务有关的其他设施；有良好的内部治理结构、完善的内部稽核监控制度、风险控制制度；法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

二是基金托管人。按照证券投资基金法的规定，“基金托管人”，“由依法设立的商业银行或者其他金融机构担任”。商业银行担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构会同国务院银行业监督管理机构核准；其他金融机构担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构核准。担任基金托管人，应当具备下列条件：净资产和风险控制指标符合有关规定；设有专门的基金托管部门；取得基金从业资格的专职人员达到法定人数；有安全保管基金财产的条件；有安全高效的清算、交割系统；有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金托管业务有关的其他设施；有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度；法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构规定的其他条件。

（二）违法行为的构成

根据本条第二款的规定，本违法行为的构成，为“基金管理人、基金托管人违反本法第十七条第二款规定的”。

证券投资基金法第十七条第二款规定：“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。”按照这一规定，本违法行为的构成，包括以下几个方面的内容：第一，没有建立管理制度。即公开募集基金的基金管理人，没有按照法律规定建立相应的管理制度；第二，没有建立符合法律要求的管理制度。即公开募集基金的基金管理人，没有针对其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员本人，以及上述人员的配偶、利害关系人进行证券投资，建立起申报、登记、审查、处置等的管理制度；第三，没有报送备案。即公开募集基金的基金管理人，虽然依法建立了针对其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员本人，以及上述人员的配偶、利害关系人进行证券投资的申报、登记、审查、处置等管理制度，但没有报国务院证券监督管理机构备案。

证券投资基金法第三十四条规定：“本法第十五条、第十七条、第十八条的规定，适用于基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员。”因此，证券投资基金法第十七条第二款关于“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”的规定，适用于“基金托管人”。但在具体人员的范围上，则限于“专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员”。

（三）违法行为的处罚

根据本条第二款的规定，对基金管理人或者托管人未依法建立管理制度并报备案的违法行为，实行“双罚制”，即既处罚单位、又处罚个人。具体处罚内容为：

第一，对单位的处罚。根据本条的规定，对单位即“基金管理人、基金托管人”，由国务院证券监督管理机构责令改正，“处十万元以上一百万元以下罚款”。

第二，对个人的处罚。根据本条的规定，对个人即“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”，由国务院证券监督管理机构“给予警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款”。即对个人的处罚，有三种：一是警告。即针对基金管理人或者基金托管人直接负责的主管人员和其他直接责任人员的违法行为，予以谴责和警示。二是暂停或者撤销资格。即暂停或者撤销基金管理人或者基金托管人直接负责的主管人员和其他直接责任人员的基金从业资格。三是罚款。即对基金管理人或者基金托管人直接负责的主管人员和其他直接责任人员“处三万元以上三十万元以下罚款”。

第一百二十一条

基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员违反本法第十八条规定的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；情节严重的，撤销基金从业资格。

【本条主旨】

本条是关于基金从业人员违反任职禁止及从事损害行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对基金从业人员违反任职禁止及从事损害行为规定了法律责任。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即基金从业人员。至于基金从业人员的范围，有两种：一是“基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员”；二是“基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员”。至于“高级管理人员”，按照公司法的规定，是指“公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员”。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为可以分为两种：

（一）违反任职禁止的行为

所谓任职禁止，是指法律明确规定不得担任相应职务的禁止性规定。根据本条的规定，基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，“违反本法第十八条规定的”，即构成违反任职禁止的行为。

证券投资基金法第十八条中明确规定，“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”，“不得担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务”。同时，按照证券投资基金法第三十四条关于“本法第十五条、第十七条、第十八条的规定，适用于基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员”的规定，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，也“不得担任基金管理人和其他基金托管人的任何职务”。

（二）从事损害的行为

所谓从事损害的行为，是指基金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。根据本条的规定，基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，基金托管人

的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，“违反本法第十八条规定的”，即构成从事损害的行为。

证券投资基金法第十八条中明确规定，“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”，“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”。按照证券投资基金法第三十四条关于“本法第十五条、第十七条、第十八条的规定，适用于基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员”的规定，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，也“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”。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，违反法律规定，担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务的，或者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，由国务院证券监督管理机构责令改正，“没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；情节严重的，撤销基金从业资格”。因此，本违法行为的处罚，有以下三种：

第一，没收违法所得。即基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，违反法律规定，担任相关职务，或者从事损害行为，其所获得的收益，属于违法所得，一律予以没收。

第二，处以罚款。罚款的数额，按照以下两种方式确定：一是有违法所得且超过 100 万元的，“并处违法所得一倍以上五倍以下罚款”；

二是没有违法所得或者违法所得不足 100 万元的，“并处十万元以上一百万元以下罚款”。

第三，撤销从业资格。基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，基金托管人的专门基金托管部门的高级管理人员和其他从业人员，违反法律规定，担任相关职务，或者从事损害行为，“情节严重的”，由国务院证券监督管理机构撤销其基金从业资格。

第一百二十二条

基金管理人、基金托管人违反本法规定，未对基金财产实行分别管理或者分账保管，责令改正，处五万元以上五十万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人、基金托管人未对基金财产实行分别管理或者分账保管行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对基金管理人、基金托管人未对基金财产实行分别管理或者分账保管的行为规定了法律责任。本条是在修订前的证券投资基金法第八十八条的基础上经过修订形成的。原第八十八条规定：“基金管理人、基金托管人违反本法规定，未对基金财产实行分别管理或者分账保管，或者将基金财产挪作他用的，责令改正，处五万元以上五十万元以下罚款；给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者取消基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚

款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”“基金管理人、基金托管人将基金财产挪作他用而取得的财产和收益，归入基金财产。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即“基金管理人”和“基金托管人”。因此，不属于“基金管理人”或者“基金托管人”的公司、企业、其他组织以及个人，不能成为本违法行为的主体。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，违法行为的构成，就是“基金管理人、基金托管人违反本法规定，未对基金财产实行分别管理或者分账保管”。

证券投资基金法在“总则”一章中规定，基金财产独立于基金管理人、基金托管人的固有财产；基金管理人、基金托管人不得将基金财产归入其固有财产。基金管理人、基金托管人因基金财产的管理、运用或者其他情形而取得的财产和收益，归入基金财产。基金财产的债权，不得与基金管理人、基金托管人固有财产的债务相抵销；不同基金财产的债权债务，不得相互抵销。基金管理人、基金托管人管理、运用基金财产，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。基金管理人运用基金财产进行证券投资，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，有效防范和控制风险。

同时，证券投资基金法还对分别管理、分账保管作了明确规定。如第十九条中规定，公开募集基金的基金管理人应当履行“对所管理的不同基金财产分别管理、分别记账，进行证券投资”的职责；第二十条中规定，公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，不得有“将其固有财产或者他人财产混同于基

金财产从事证券投资”的行为；第三十六条中规定，基金托管人应当履行“对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立”的职责。

因此，基金管理人、基金托管人没有按照法律的规定，对基金财产实行分别管理或者分账保管的，即构成本违法行为。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，基金管理人、基金托管人具有未依法对基金财产实行分别管理或者分账保管行为的，由国务院证券监督管理机构责令改正，予以处罚。处罚实行“两罚制”，即对单位和个人同时进行处罚。

第一，对单位的处罚。即基金管理人、基金托管人违反本法规定，未对基金财产实行分别管理或者分账保管的，“处五万元以上五十万元以下罚款”。

第二，对个人的处罚。即基金管理人、基金托管人违反本法规定，未对基金财产实行分别管理或者分账保管的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给以警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处3万元以上30万元以下罚款。也就是说，对个人的处罚，分三种：一是警告。即给予直接负责的主管人员和其他直接责任人员以“警告”的处罚。二是“暂停或者撤销基金从业资格”。即暂停或者撤销直接负责的主管人员和其他直接责任人员的基金从业资格。三是处以罚款。即直接负责的主管人员和其他直接责任人员“并处三万元以上三十万元以下罚款”。

第一百二十三条

基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员有本法第二十条所列行为之一的,责令改正,没收违法所得,并处违法所得一倍以上五倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足一百万元的,并处十万元以上一百万元以下罚款;基金管理人、基金托管人有上述行为的,还应当对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,暂停或者撤销基金从业资格,并处三万元以上三十万元以下罚款。

基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员侵占、挪用基金财产而取得的财产和收益,归入基金财产。但是,法律、行政法规另有规定的,依照其规定。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员实施禁止性行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共两款,对基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员实施禁止性行为的法律责任作出了规定。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定,本违法行为的主体,为特定主体。具体来讲,本违法行为的主体,分为两种:

第一,单位。即基金管理人、基金托管人。按照证券投资基金法的规定,“基金管理人”,“由依法设立的公司或者合伙企业担任”;“公开募集基金的基金管理人”,“由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任”。“基金托管人”,“由依法设立的商业银行或者其他金融机构担任”。商业银行担任基

金托管人的，由国务院证券监督管理机构会同国务院银行业监督管理机构核准；其他金融机构担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构核准。

第二，个人。个人成为本违法行为的主体，又可以分为三种：一是董事、监事。即担任基金管理人、基金托管人董事、监事职务的人员。二是高级管理人员。即在基金管理人、基金托管人中担任经理、副经理、财务负责人职务的人员；基金管理人、基金托管人属于上市公司的，担任董事会秘书的人员；以及公司章程规定的其他人员。三是其他从业人员。即在基金管理人、基金托管人工作的没有担任董事、监事、高级管理人员职务的其他从业人员。

二、关于违法行为的构成

根据本条第一款的规定，本违法行为的构成，为“有本法第二十条所列行为之一的”。证券投资基金法第二十条规定：“公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得有下列行为：（一）将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资；（二）不公平地对待其管理的不同基金财产；（三）利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益；（四）向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失；（五）侵占、挪用基金财产；（六）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；（七）玩忽职守，不按照规定履行职责；（八）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。”同时，证券投资基金法第三十八条规定：“本法第二十条、第二十二的规定，适用于基金托管人。”

上述法律明确禁止实施的行为，基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员必须严格遵守，不得实施，否则即构成本违法行为。

三、关于违法行为的处罚

根据本条第一款的规定，基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员实施禁止性行为的，由国务院证券监督管理机构责令改正，同时给予以下处罚：

第一，没收违法所得。即基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员，违反法律规定，实施禁止性行为所获得的收益，属于违法所得，一律予以没收。

第二，处以罚款。罚款数额，按照以下两种情况确定：一是有违法所得且超过 100 万元的，“并处违法所得一倍以上五倍以下罚款”；二是没有违法所得或者违法所得不足 100 万元的，“并处十万元以上一百万元以下罚款”。

第三，基金管理人、基金托管人实施禁止性行为的，实行“两罚制”。即除了按照上述规定对基金管理人、基金托管人处以没有违法所得和并处罚款以外，还应当对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予以下三种处罚：一是警告；二是暂停或者撤销基金从业资格；三是并处 3 万元以上 30 万元以下罚款。

四、关于因侵占、挪用基金财产而取得的财产和收益的处理

根据本条第二款的规定，基金管理人、基金托管人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员侵占、挪用基金财产而取得的财产和收益，归入基金财产。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第一百二十四条

基金管理人的股东、实际控制人违反本法第二十三条规定的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金或证券从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人的股东、实际控制人未履行申报义务和实施禁止性行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对基金管理人的股东、实际控制人未履行申报义务和实施法律明确规定的禁止性行为追究法律责任作了规定。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体。具体来讲，有两种：

第一，公开募集基金的基金管理人的股东。所谓股东，是指基金管理人的出资者。根据公司法的规定，股东不得虚假出资。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额；公司成立后，股东不得抽逃出资。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司

或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

第二，公开募集基金的基金管理人的实际控制人。所谓实际控制人，根据公司法第二百一十七条的规定，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。根据公司法第二十一条中的规定，公司的实际控制人不得利用其关联关系损害公司利益；违反规定给公司造成损失的，应当承担赔偿责任等。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为“违反本法第二十三条规定的”。证券投资基金法第二十三条规定了基金管理人的股东、实际控制人应当履行报告义务和不得实施的行为，如果违反该规定的，即构成本违法行为。

1. 关于履行报告义务。根据证券投资基金法第二十三条的规定，公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人，“应当按照国务院证券监督管理机构的规定及时履行重大事项报告义务”。如《证券投资基金管理公司管理办法》，对证券投资基金管理公司股东需要及时报告的事项作了规定。该办法第六十五条规定，基金管理公司股东发生下列情形之一的，应当书面通知公司，并在5日内向中国证监会和公司所在地中国证监会派出机构报告：（1）名称、住所变更；（2）控股股东或者实际控制人变更；（3）主要股东连续3年亏损；（4）所持股权被司法机关采取诉讼保全等措施；（5）决定处分其股权；（6）发生合并、分立或者进行重大资产、债务重组；（7）被监管机构或者司法机关立案调查；（8）被采取责令停业整顿、指定托管、接管

或者撤销等监管措施或者进入破产清算程序；（9）对公司运作产生重大影响的其他事项。

基金管理人的股东、实际控制人应当严格按照国务院证券监督管理机构的规定，及时履行重大事项报告义务。如果基金管理人的股东、实际控制人没有按照国务院证券监督管理机构规定的内容、时间、方式等要求，及时履行报告义务的，即构成违法行为，将受到相应的法律制裁。

2. 关于实施禁止性行为。根据证券投资基金法第二十三条中的规定，公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人“不得有下列行为”：（1）虚假出资或者抽逃出资；（2）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；（3）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；（4）国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。如按照《证券投资基金管理公司管理办法》，证券投资基金管理公司的股东不得为其他机构或者个人代持基金管理公司的股权，不得委托其他机构或者个人代持股权；证券投资基金管理公司的股东及其实际控制人不得以任何形式占有或者转移基金管理公司资产；证券投资基金管理公司的主要股东应当秉承长期投资理念，并书面承诺持有基金管理公司股权不少于3年等。

基金管理人的股东、实际控制人应当严格遵守上述法律规定，不得实施法律明确规定的禁止性行为，否则即构成违法行为。此外，根据法律规定，公开募集基金的基金管理人的股东、实际控制人有前述行为或者股东不再符合法定条件的，国务院证券监督管理机构应当责令其限期改正，并可视情节责令其转让所持有或者控制的基金管理人的股权。在前述规定的股东、实际控制人按照要求改正违法行为、转

让所持有或者控制的基金管理人的股权前，国务院证券监督管理机构可以限制有关股东行使股东权利。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，基金管理人的股东、实际控制人未及时履行重大事项报告义务或者实施禁止性行为的，由国务院证券监督管理机构责令改正，同时给予以下处罚：（1）没收违法所得。（2）处以罚款。罚款的数额，按照以下情况确定：一是违法所得超过 100 万元的，“并处违法所得一倍以上五倍以下罚款”；二是没有违法所得或者违法所得不足 100 万元的，“并处十万元以上一百万元以下罚款”。

同时，还要对基金管理人的股东、实际控制人的直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以处罚：一是“给予警告”；二是“暂停或者撤销基金或证券从业资格”；三是“并处三万元以上三十万元以下罚款”。

第一百二十五条

未经核准，擅自从事基金托管业务的，责令停止，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于擅自从事基金托管业务行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对未经核准擅自从事基金托管业务的行为规定了法律责任。本条是在修订前的证券投资基金法第八十七条的基础上经过修订形成的。原第八十七条规定：“未经国务院证券监督管理机构核准，擅自从事基金管理业务或者基金托管业务的，责令停止，没收违法所得；违法所得一百万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这次修订将“擅自从事基金管理业务”与“擅自从事基金托管业务”两种违法行为进行分别规定，在修订后的第一百一十九条中，对“擅自从事基金管理业务”的行为规定了处罚，本条只对“擅自从事基金托管业务”的违法行为进行了规定。同时，考虑到有关民事赔偿、刑事责任的内容已经统一规定到相关条文中，所以删去了有关民事赔偿、追究刑事责任等内容。

一、关于违法行为的主体

本违法行为的主体，为一般主体，即任何公司、企业事业单位、其他组织以及个人，都有可能成为本违法行为的主体。根据本条的规定，只要是“未经核准，擅自从事基金托管业务的”，即成为本违法行为的主体，并受到相应的法律制裁。

二、关于违法行为的构成

按照本条的规定，本违法行为的构成，为“未经核准，擅自从事基金托管业务的”。证券投资基金法第三十二条规定，基金托管人由依法设立的商业银行或者其他金融机构担任。商业银行担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构会同国务院银行业监督管理机构核

准；其他金融机构担任基金托管人的，由国务院证券监督管理机构核准。第三十三条规定，担任基金托管人，应当具备下列条件：净资产和风险控制指标符合有关规定；设有专门的基金托管部门；取得基金从业资格的专职人员达到法定人数；有安全保管基金财产的条件；有安全高效的清算、交割系统；有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金托管业务有关的其他设施；有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度；法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构规定的其他条件。第四十条规定，国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构对有下列情形之一的基金托管人，可以取消其基金托管资格：连续三年没有开展基金托管业务的；违反本法规定，情节严重的；法律、行政法规规定的其他情形。根据上述规定，从事基金托管业务，必须具备法律规定的条件，并取得国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构的核准，即取得基金托管资格。没有取得基金托管资格，即没有取得国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构核准，擅自从事基金托管业务的，即构成本违法行为。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为，即“未经核准，擅自从事基金托管业务的”，由国务院证券监督管理机构责令停止，同时给予以下两种处罚：

第一，没收违法所得。即任何公司、企业事业单位、其他组织或者个人，违反法律规定，未经核准，擅自从事基金托管业务，其所获得的收益，属于违法所得，一律予以没收。

第二，处以罚款。罚款数额按照以下两种情况确定：一是违法所得在 100 万元以上的，“并处违法所得一倍以上五倍以下罚款”；二

是没有违法所得或者违法所得不足 100 万元的，“并处十万元以上一百万元以下罚款”。

此外，如果本违法行为的主体是公司、企业事业单位、其他组织的，还要对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予以下两种处罚：一是给予“警告”处罚；二是“并处三万元以上三十万元以下罚款”。

第一百二十六条

基金管理人、基金托管人违反本法规定，相互出资或者持有股份的，责令改正，可以处十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金管理人、基金托管人相互出资或者持有股份行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对基金管理人、基金托管人违反规定相互出资或者持有股份的行为规定了法律责任。修订前的证券投资基金法第九十二条规定：“基金管理人、基金托管人违反本法规定，相互出资或者持有股份的，责令改正，可以处十万元以下罚款。”本次修订，保留了该条规定，只对条文序号作了调整。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即只有“基金管理人”“基金托管人”才能成为本违法行为的主体，其他单位和个人，不能成为本违法行为的主体。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为“基金管理人、基金托管人违反本法规定，相互出资或者持有股份的”。为了保护基金份额持有人的合法权益，证券投资基金法第三十五条规定：“基金托管人与基金管理人不得为同一机构，不得相互出资或者持有股份。”即基金管理人不能为基金托管人的出资人或者股份持有人，基金托管人也不能成为基金管理人的出资人或者股份持有人。违反上述规定的，即构成本违法行为，将受到相应的法律制裁。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为，即基金管理人、基金托管人违反本法规定相互出资或者持有股份的，由国务院证券监督管理机构责令改正，可以处10万元以下罚款。所谓“可以处十万元以下罚款”，是指国务院证券监督管理机构根据基金管理人、基金托管人相互出资或者持有股份的具体情节，决定由是否需要给予罚款处罚；如果需要给予罚款处罚的，则罚款数额应当在10万元以下。也就是说，对于基金管理人、基金托管人相互出资或者持有股份的违法行为，国务院证券监督机构根据违法行为的具体情况，享有两方面的裁量权：一是对该违法行为是否需要给予罚款处罚，享有裁量权；二是对该违法行为的罚款数额，在1万至10万元之间，享有裁量权。

第一百二十七条

违反本法规定，擅自公开或者变相公开募集基金的，责令停止，返还所募资金和加计的银行同期存款利息，没收违法所得，并处所募资金金额百分之一以上百分之五以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处五万元以上五十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于擅自公开或者变相公开募集基金行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对擅自公开或者变相公开募集基金的行为规定了相应的法律责任。修订前的证券投资基金法第八十五条规定：“未经国务院证券监督管理机构核准，擅自募集基金的，责令停止，返还所募资金和加计的银行同期存款利息，没收违法所得，并处所募资金金额百分之一以上百分之五以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”本次修订，保留了原来的规定，同时根据情况的变化，对处罚内容作了相应的调整，如在处罚对象上增加了“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”，并考虑到有关刑事责任已经集中规定在第一百四十九条中，所以删除了追究刑事责任的内容。

一、关于违法行为的主体

根据本法的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即公开募集基金的基金管理人。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为“违反本法规定，擅自公开或者变相公开募集基金的”。公开募集基金，包括向不特定对象募集资金或者向累计超过 200 人的特定对象募集资金，涉及金融秩序和资金安全，必须严格依法进行。证券投资基金法在第五十条第一款中明确规定：“公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。未经注册，不得公开或者变相公开募集基金。”同时，法律还对注册公开募集基金需要提交的文件提出了明确要求，国务院证券监督管理机构自受理公开募集基金的募集注册申请之日起 6 个月内依照法律、

行政法规及国务院证券监督管理机构的规定进行审查，作出注册或者不予注册的决定，并通知申请人；不予注册的，应当说明理由。基金募集申请经注册后，方可发售基金份额。基金管理人应当自收到准予注册文件之日起6个月内进行基金募集；超过6个月开始募集，原注册的事项未发生实质性变化的，应当报国务院证券监督管理机构备案；发生实质性变化的，应当向国务院证券监督管理机构重新提交注册申请。因此，违反法律规定，擅自公开或者变相公开募集基金的，属于违法行为。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为，即违反本法规定擅自公开或者变相公开募集基金的，由国务院证券监督管理机构责令停止，并承担以下法律责任：第一，返还所募资金和加计的银行同期存款利息；第二，没收违法所得；第三，并处所募资金金额1%以上5%以下罚款。此外，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5万元以上50万元以下罚款。

第一百二十八条

违反本法第五十九条规定，动用募集的资金的，责令返还，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，并处五万元以上五十万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于违法动用募集资金行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对违反法律规定动用募集资金的行为规定了相应的法律责任。修订前的证券投资基金法第八十四条规定：“违反本法第四十五条规定，动用募集的资金的，责令返还，没收违法所得；违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，并处五万元以上五十万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款；给投资人造成损害的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”本次修订，保留了对违法动用募集资金行为的处罚，同时根据民事责任、刑事责任已经在有关条款中集中规定的情况，删去了“给投资人造成损害的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任”的内容。

一、关于违法行为的主体

根据本法的规定，公开募集基金应当由基金管理人管理，基金托管人托管。因此，本违法行为的主体，为特定主体，主要是基金管理人，基金托管人动用募集资金的，也可成为本违法行为的主体。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为“违反本法第五十九条规定，动用募集的资金的”。由于基金募集期间募集的资金，既未归入尚待备案、公告的证券投资基金，也不是基金管理人或基金托管人的固有财产，所以证券投资基金法第五十九条明确规定：“基金募集期间募集的资金应当存入专门账户，在基金募集行为结束前，任何人不得动用。”所谓动用，是指将存入专门账户的募集资金，调入非专门账户，占为己有或者用以投资或者消费等。违反证券投资基金法第

五十九条的规定，在基金募集行为结束前，动用基金募集期间募集的资金的，即构成本违法行为，将依法受到法律的制裁。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为的，即违法动用募集的资金的，由国务院证券监督管理机构责令返还，即将违法动用的募集资金，重新归入专门账户。同时给予以下处罚：

第一，没收违法所得。违法动用募集资金，有违法所得的，一律予以没收。

第二，并处罚款。罚款数额按照以下两种情况确定：一是违法所得超过 50 万元的，“并处违法所得一倍以上五倍以下罚款”；二是没有违法所得或者违法所得不足 50 万元的，“并处五万元以上五十万元以下罚款”。

同时，根据本条的规定，对本违法行为实行“两罚制”，即除了对单位进行处罚外，还要对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处罚：一是给予警告处罚；二是处以罚款，即“并处三万元以上三十万元以下罚款”。

第一百二十九条

基金管理人、基金托管人有本法第七十三条第一款第一项至第五项和第七项所列行为之一，或者违反本法第七十三条第二款规定的，责令改正，处十万元以上一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款。

基金管理人、基金托管人有前款行为，运用基金财产而取得的财产和收益，归入基金财产。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

【本条主旨】

本条是关于违法运用基金财产行为予以处罚及所获收益处理的规定。

【本条释义】

本条共两款，对基金财产投资于法律禁止项目行为的法律责任以及所获收益处理作了规定。对此，修订前的证券投资基金法第九十条也作了规定，即“基金管理人、基金托管人有本法第五十九条第一项至第六项和第八项所列行为之一的，责令改正，处十万元以上一百万元以下罚款；给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者取消基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”本次修订，维持了原来的处罚规定，并根据这次修订将有关民事责任、刑事责任集中规定的情况，对原来的内容作了适当调整。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即“基金管理人”和“基金托管人”。除此之外的公司、企业事业单位以及其他组织，以及未在基金管理人、基金托管人任职的个人，不会成为本违法行为的主体。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为基金管理人、基金托管人“有本法第七十四条第一款第一项至第五项和第七项所列行为之一，或者违反本法第七十四条第二款规定的”。

本法第七十三条规定：“基金财产不得用于下列投资或者活动：（一）承销证券；（二）违反规定向他人贷款或者提供担保；（三）从事承担无限责任的投资；（四）买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外；（五）向基金管理人、基金托管人出资；（六）从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动；（七）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。”“运用基金财产买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务。”根据这一规定，基金管理人、基金托管人运用基金财产实施下列行为的，即构成本违法行为：（1）承销证券；（2）违反规定向他人贷款或者提供担保；（3）从事承担无限责任的投资；（4）买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外；（5）向基金管理人、基金托管人出资；（6）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动；（7）买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，没有履行“遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务”的义务的。

三、关于违法行为的处罚

根据本条第一款的规定，构成本违法行为的，由国务院证券监督管理机构责令改正，处10万元以上100万元以下罚款。同时，对本违法行为实行“两罚制”，即在处罚基金管理人或者基金托人的同时，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予以下三种处罚：第一，给予直接负责的主管人员和其他直接责任人员警告的处罚；第二，暂停或者撤销直接负责的主管人员和其他直接责任人员的基金从业资格；第三，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员“并处三万元以上三十万元以下罚款”。

四、关于违法运用基金财产所获收益的处理

根据本条第二款的规定，基金管理人、基金托管人违法运用基金财产，所取得的财产和收益，归入基金财产；但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第一百三十条

基金管理人、基金托管人有本法第七十三条第一款第六项规定行为的，除依照《中华人民共和国证券法》的有关规定处罚外，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员暂停或者撤销基金从业资格。

【本条主旨】

本条是关于运用基金财产从事内幕交易、操纵证券交易价格以及其他不正当证券交易活动予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对运用基金财产从事内幕交易、操纵证券交易价格以及其他不正当证券交易活动规定了相应的法律责任。修订前的证券投资基金法第九十一条规定：“基金管理人、基金托管人有本法第五

十九条第七项规定行为的，除依照《中华人民共和国证券法》的有关规定处罚外，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者取消基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款；给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，依法承担赔偿责任。”本次修订，保留了对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处罚的规定，同时根据情况对处罚内容作了适当调整，如取消了警告处罚等。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即只有“基金管理人”或者“基金托管人”才可能成为本违法行为的主体，其他公司、企业事业单位或者组织等单位不能成为本违法行为的主体。同时，在基金管理人、基金托管人任职的个人，如果是实施本违法行为的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，则依法受到相应的处罚。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为基金管理人、基金托管人“有本法第七十四条第一款第六项规定行为的”。按照证券投资基金法第七十四条第一款第六项的规定，基金财产不得用于“从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动”。

为了规范证券发行和交易行为，保护投资者的合法权益，维护社会经济秩序和社会公共利益，证券法第七十三条明确规定：“禁止证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。”第七十条对禁止操纵证券市场的手段作了明确规定等。在法律责任一章中，还对从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动规定了相应的法律责任。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为的，首先要依照《中华人民共和国证券法》的有关规定给予处罚。如证券法第二百零二条规定：“证券交易内幕信息的知情人或者非法获取内幕信息的人，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息公开前，买卖该证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券的，责令依法处理非法持有的证券，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足三万元的，处以三万元以上六十万元以下的罚款。单位从事内幕交易的，还应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款。证券监督管理机构工作人员进行内幕交易的，从重处罚。”第二百零三条规定：“违反本法规定，操纵证券市场的，责令依法处理非法持有的证券，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，处以三十万元以上三百万元以下的罚款。单位操纵证券市场的，还应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以十万元以上六十万元以下的罚款。”

其次，要对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处罚。处罚的内容为“暂停或者撤销基金从业资格”。即由国务院证券监督管理机构对基金管理人、基金托管人的直接负责的主管人员和其他直接责任人员发出处罚通知，暂停或者撤销其基金从业资格。这是一种“资格罚”。受到处罚的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，在接到行政处罚通知后，应当立即暂停在基金行业从业，或者不得在基金行业从业。

第一百三十一条

基金信息披露义务人不依法披露基金信息或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，没收违法所得，并处十万元以上一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于不依法披露基金信息或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对不依法披露基金信息或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏行为规定了相应的法律责任。修订前的证券投资基金法第九十三条规定：“基金信息披露义务人不依法披露基金信息或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，没收违法所得，并处十万元以上一百万元以下罚款；给基金份额持有人造成损害的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者取消基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”本次修订，保留了原来处罚的规定，同时根据有关民事责任、刑事责任已经集中规定的情况，删除了相应的内容。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即只有“基金信息披露义务人”才可能成为本违法行为的主体，其他人不会成为本违法行为的主体。

所谓“基金信息披露义务人”，是指法律规定负有披露基金信息义务的人。按照本法第七十四条关于“基金管理人、基金托管人和其他基金信息披露义务人应当依法披露基金信息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性”的规定，“基金信息披露义务人”包括以下三种主体：一是基金管理人；二是基金托管人；三是其他基金信息披露义务人，即基金管理人、基金托管人以外的其他负有披露基金信息义务的人。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为基金信息披露义务人“不依法披露基金信息或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的”。

为了保护基金投资人的合法权益和社会公共利益，本法对证券投资基金信息披露作了一系列的规定，形成了较为完整的基金信息披露法律制度。如第七十四条规定，基金信息披露义务人应当依法披露基金信息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性。第七十五条规定，基金信息披露义务人应当确保应予披露的基金信息在国务院证券监督管理机构规定时间内披露，并保证投资人能够按照基金合同约定的时间和方式查阅或者复制公开披露的信息资料。第七十六条规定，公开披露的基金信息包括基金招募说明书、基金合同、基金托管协议等 11 个方面的内容。第七十七条规定，公开披露基金信息，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等禁止性事项。

基金信息披露义务人应当严格按照法律规定要求，如披露内容、披露时间、披露方式等，认真履行信息披露义务，同时要确保披露的信息不含有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。所谓虚假记载，是指基金信息披露义务人违反法律的规定，在从事基金的募集、交易或

者其他相关活动中，对基金募集、交易及其相关活动的事实、性质、前景、法律后果等事项背离真实情况，作虚假记载，使投资者作出错误的基金投资决定的行为。所谓误导性陈述，是指基金信息披露义务人违反法律的规定，在从事基金的募集、交易或者其他相关活动中，对基金募集、交易及其相关活动的事实、性质、前景、法律后果等事项背离客观实际，夸大事实或者避重就轻作误导性陈述，诱导投资者作出错误判断的行为。重大遗漏，是指基金信息披露义务人违反法律的规定，在从事基金的募集、交易或者其他相关活动中，对依法应当予以披露的重大事项未作披露，影响投资者作出正确的基金投资决定的行为。

基金信息披露义务人不依法披露基金信息，或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，即构成本违法行为，依法受到相应的法律制裁。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为的，由国务院证券监督管理机构责令改正，同时给予基金信息披露义务人以下两种处罚：第一，没收违法所得；第二，并处 10 万元以上 100 万元以下罚款。

同时，对基金信息披露义务人的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予以下三种处罚：一是警告；二是暂停或者撤销基金从业资格；三是并处 3 万元以上 30 万元以下罚款。

第一百三十二条

基金管理人或者基金托管人不按照规定召集基金份额持有人大会的，责令改正，可以处五万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者撤销基金从业资格。

【本条主旨】

本条是关于不按照规定召集基金份额持有人大会行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对不按照规定召集基金份额持有人大会的行为规定了相应的法律责任。修订前的证券投资基金法第九十五条规定：

“基金管理人或者基金托管人不按照规定召集基金份额持有人大会的，责令改正，可以处五万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，暂停或者取消基金从业资格。”本次修订，未作修改。

一、关于违法行为的主体

根据本条的规定，本违法行为的主体，为特定主体，即“基金管理人”或者“基金托管人”。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为**基金管理人或者基金托管人“不按照规定召集基金份额持有人大会的”**。为了规范证券投资基金活动，保护投资人特别是基金份额持有人的合法权益，证券投资基金法专门对基金份额持有人大会的召集、公告、召开、表决、决定事项备案等作了规定。基金管理人或者基金托管人应当严格按照法律规定，依法及时召集基金份额持有人大会，审议、决定相关事项。否则，即构成本违法行为，依法承担相应的法律责任。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为，即基金管理人或者基金托管人“不按照规定召集基金份额持有人大会的”，由国务院国务院监督管理机构责令改正，并根据情节轻重，可以对基金管理人或者基金托管人处5万元以下罚款。同时，对不按照规定召集基金份额持有人大会一事直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予以下两种处罚：一是警告；二是暂停或者撤销基金从业资格。

第一百三十三条

违反本法规定，未经登记，使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动的，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于未经登记使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动予以处罚的规定。

【本条释义】

一、关于违法行为的主体

根据本法的规定，本违法行为的主体，为一般主体，即任何单位或者个人，只要违反本法规定，未经登记，使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动的，就会成为本违法行为的主体，受到相应的法律制裁。

二、关于本违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为“违反本法规定，未经登记，使用‘基金’或者‘基金管理’字样或者近似名称进行证券投资活动的”。本法第九十条规定：“未经登记，任何单位或者个人不得使用‘基金’或者‘基金管理’字样或者近似名称进行证券投资活动；但是，法律、行政法规另有规定的除外。”因此，只要违反法律规定，没有依法经过登记，就擅自使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称，进行证券投资活动的，就构成本违法行为。在认定本违法行为时，需要注意的是，未经登记使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称，但没有进行证券投资活动的，不能构成本违法行为。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为的，将受到下列处罚：

第一，没有违法所得。公司、企业等组织或者个人违反法律，未经登记使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称，进行证券投资活动，凡有收益的，均属于违法所得，一律予以没收。

第二，并处罚款。罚款的数额，按照下列情况确定：一是违法所得超过 100 万元的，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚款；二是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 元以下罚款。

此外，实施本违法行为的主体属于单位的，除对单位处以“没有违法所得”“并处罚款”以外，还要对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予以下两种处罚：一是警告，即对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告的处罚；二是处以罚款，即对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予并处 3 万元以上 30 万元以下罚款的处罚。

第一百三十四条

违反本法规定,非公开募集基金募集完毕,基金管理人未备案的,处十万元以上三十万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于非公开募集基金募集完毕后基金管理人未备案行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款,对非公开募集基金募集完毕后基金管理人未按照法律规定进行备案的行为应当承担的法律责任作了规定。本条是本次修订证券投资基金法新增加的规定。

一、关于违法行为的主体

根据本法的规定,本违法行为的主体,为特定主体,即基金管理人。其他单位和个人,即担任非公开募集基金的基金管理人以外的人,不会成为本违法行为的主体。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定,本违法行为的构成,为基金管理人在“非公开募集基金募集完毕”后“未备案的”。本法第九十四条第一款规定:

“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。”根据这一规定,非公开募集基金的基金管理人,在非公开募集基金募集完毕后,应当

及时向基金行业协会备案。如果非公开募集基金的基金管理人没有依法及时进行备案的，即构成本违法行为，将受到相应的法律制裁。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为的，即基金管理人在非公开募集基金完毕后没有按照规定备案的，实行“两罚制”：一是处罚基金管理人，即处10万元以上30万元以下罚款；二是处罚责任人员，即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10万元以下罚款。

第一百三十五条

违反本法规定，向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金或者转让基金份额的，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于违法向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金或者转让基金份额行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对违反法律规定向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金或者转让基金份额的行为规定了相应的法律责任。本条是本次修订证券投资基金法新增加的规定。

一、关于违法行为的主体

根据本法的规定,本违法行为的主体,为特定主体。具体来讲,本违法行为的主体,有两种:一是非公开募集基金的基金管理人;二是非公开募集基金的基金份额持有人,即合格投资者。其他的单位或者个人,不会成为本违法行为的主体。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定,本违法行为的构成,为“违反本法规定,向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金或者转让基金份额的”。因此,本违法行为实际上包括两种具体行为:

一是违法向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金。按照本法第八十七条的规定,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200人。所谓合格投资者,是指达到规定资产规模或者收入水平,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;合格投资者的具体标准由国务院证券监督管理机构规定。非公开募集基金的基金管理人如果违反法律规定,向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金的,即属于违法行为。

二是违法向合格投资者之外的单位或者个人转让基金份额。本法第九十二条第二款规定:“基金份额持有人转让基金份额的,应当符合本法第八十七条、第九十一条的规定。”即非公开募集基金的基金份额持有人转让基金份额的,应当向合格投资者转让。基金份额持有人如果违反法律规定,向合格投资者之外的单位或者个人转让基金份额的,即属于违法行为。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为的，即违法向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金或者转让基金份额的，由国务院证券监督管理机构给予以下处罚：

第一，没收违法所得。行为人违法向合格投资者之外的单位或者个人非公开募集资金，或者转让基金份额的，所获得的收益，属于违法所得，一律予以没收。

第二，处以罚款。罚款的数额，按照以下两种情况确定：一是违法所得超过 100 万元的，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚款；二是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 万元以下罚款。

此外，非公开募集资金的基金管理人或者基金份额持有人属于单位的，还要对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予以下两种处罚：一是给予警告；二是并处 3 万元以上 30 万元以下罚款。

第一百三十六条

违反本法规定，擅自从事公开募集基金的基金服务业务的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，并处十万元以上三十万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于擅自从事公开募集基金的基金服务业务行为予以处罚的规定。

【本条释义】

本条共一款，对违反法律规定擅自从事公开募集基金的基金服务业务行为规定了相应的法律责任。本条是本次修订证券投资基金法新增加的规定。

一、关于违法行为的主体

根据本法的规定，本违法行为的主体，为一般主体，即任何单位或者个人，只要违反法律规定，擅自从事公开募集基金的基金服务业务的，都会成为本违法行为的主体，依法承担相应的法律责任。

二、关于违法行为的构成

根据本条的规定，本违法行为的构成，为“违反本法规定，擅自从事公开募集基金的基金服务业务的”。本法第九十七条规定：“从事公开募集基金的销售、销售支付、份额登记、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等基金服务业务的机构，应当按照国务院证券监督管理机构的规定进行注册或者备案。”因此，凡是没有按照国务院证券监督管理机构的规定，经过注册或者备案，就直接从事公开募集基金的基金服务业务的，即构成本违法行为。

三、关于违法行为的处罚

根据本条的规定，构成本违法行为的，即违法擅自从事公开募集基金的基金服务业务的，由国务院证券监督管理机构责令改正，并给予以下处罚：

第一，没收违法所得。行为人未依法经过注册或者备案，擅自从事公开募集基金的基金服务业务，所获得的收益，属于违法所得，一律予以没收。

第二，处以罚款。罚款的数额，按照以下两种情况确定：一是违法所得超过 30 万元的，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚款；二是

没有违法所得或者违法所得不足 30 万元的，并处 10 万元以上 30 万元以下罚款。

同时，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予以下两种处罚：一是给予警告；二是并处 3 万元以上 10 万元以下罚款。

第一百三十七条

基金销售机构未向投资人充分揭示投资风险并误导其购买与其风险承担能力不相当的基金产品的，处十万元以上三十万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金销售机构未尽风险揭示义务并误导投资人应承担法律责任的规定。

【本条释义】

基金产品具有专业性强、风险大等特点，一般的投资者受投资经验、专业技能、信息渠道等方面的限制，对于证券市场投资风险难以全面了解和准确把握。证券投资基金募集后，投资者将资金交给专业经营的基金管理人进行管理和运用，投资者本人并不直接负责管理。如果投资人事先不了解投资风险而盲目投资，或者购买与其风险承担能力不相当的基金产品，极有可能造成投资人利益受损。随着资本市场不断活跃，大量缺乏风险意识和风险承担能力的新投资者入市，市场违规行为时常发生，一些基金销售机构重业务规模、轻风险揭示，

重客户开发、轻客户风险评估，重投资推介、轻基本知识普及，造成投资人利益受损的问题比较突出。

为进一步规范基金销售机构的销售行为，保护投资人合法权益，促进证券投资基金市场健康发展，在此次修改中，本法第九十八条明确规定，基金销售机构应当向投资人充分揭示投资风险，并根据投资人的风险承担能力销售不同风险等级的基金产品。本条是此次修改中的新增条文，对基金销售机构未向投资人充分揭示投资风险并误导其购买与其风险承担能力不相当的基金产品的，规定了相应的法律责任。本条在理解上应注意把握以下几个方面：

一、基金销售机构未向投资人充分揭示投资风险

基金产品销售过程中，基金销售机构应向投资者充分揭示投资风险，帮助投资者树立正确的投资理念，讲清投资与投机、风险与收益的关系，告诉投资者认识证券投资是高风险投资，特别是对新开基金账户的投资者要合规推介产品，说明基金份额与储蓄存款、债券等投资产品的差异，引导投资者充分认识基金产品的风险特征。

根据《证券投资基金销售管理办法》的有关规定，基金销售过程中，可通过公开出版资料，宣传单、手册、信函、传真、非指定信息披露媒体上刊发的与基金销售相关的公告等面向公众的宣传资料，海报、户外广告，电视、电影、广播、互联网资料、公共网站链接广告、短信及其他音像、通讯资料等多种方式向公众推介基金。但基金宣传推介材料必须真实、准确，与基金合同、基金招募说明书相符，不得虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；预测基金的证券投资业绩；违规承诺收益或者承担损失；夸大或者片面宣传基金，违规使用安全、保证、承诺、保险、避险、有保障、高收益、无风险等可能使投资人认为没有风险的或者片面强调集中营销时间限制的表述等。

基金宣传推介货币市场基金的，应当提示基金投资人，购买货币市场基金并不等于将资金作为存款存放在银行或者存款类金融机构，基金管理人也不保证基金一定盈利，也不保证最低收益。基金宣传推介保本基金的，应当充分揭示保本基金的风险，说明投资者投资于保本基金并不等于将资金作为存款存放在银行或者存款类金融机构，并说明保本基金在极端情况下仍然存在本金损失的风险。保本基金在保本期间开放申购的，应当在相关业务公告以及宣传推介材料中说明开放申购期间，投资者的申购金额是否保本。基金宣传推介材料应当含有明确、醒目的风险提示和警示性文字，以提醒投资人注意投资风险，仔细阅读基金合同和基金招募说明书，了解基金的具体情况。有足够平面空间的基金宣传推介材料应当在材料中加入具有符合规定的必备内容的风险提示函。电视、电影、互联网资料、公共网站链接形式的宣传推介材料应当包括为时至少 5 秒钟的影像显示，提示投资人注意风险并参考该基金的销售文件。电台广播应当以旁白形式表达上述内容。基金宣传推介材料含有基金获中国证监会核准内容的，应当特别声明中国证监会的核准并不代表中国证监会对该基金的风险和收益做出实质性判断、推荐或者保证。基金产品销售合同中，基金销售机构也应当列明该基金产品具有的各项风险因素，包括但不限于：（1）市场风险；（2）管理风险；（3）流动性风险；（4）特定的基金品种、特定的投资方法及基金所投资的特定投资对象可能引起的特定风险；（5）其他风险。基金销售机构违反上述规定，就属于“未向投资人充分揭示投资风险”。

二、基金销售机构误导投资人购买与其风险承担能力不相当的基金产品

基金销售机构在销售基金和相关产品的过程中，应当根据基金投资人的风险承受能力销售不同风险等级的产品，把合适的产品卖给合适的基金投资人。在证券投资基金市场管理中，这通常被称为基金销售适用性。根据《证券投资基金销售管理办法》《证券投资基金销售适用性指导意见》的有关规定，基金销售机构在销售基金和相关产品的过程中，应当坚持投资人利益优先原则，注重根据投资人的风险承受能力销售不同风险等级的产品，把合适的产品销售给合适的基金投资人。

基金销售机构应当建立基金销售适用性管理制度，对基金产品风险进行评价，基金产品风险评价结果应当作为基金销售机构向基金投资人推介基金产品的重要依据，基金销售机构所使用的基金产品风险评价方法及其说明应当向基金投资人公开。基金产品风险评价以基金产品的风险等级来具体反映，基金产品风险应当至少包括以下三个等级：（1）低风险等级；（2）中风险等级；（3）高风险等级。基金销售机构可以根据实际情况在前款所列等级的基础上进一步进行风险细分。基金产品风险评价的结果应当定期更新，过往的评价结果应当作为历史记录保存。

基金销售机构选择销售基金产品，应当建立基金投资人调查制度，制定科学合理的调查方法和清晰有效的作业流程，对基金投资人的风险承受能力进行调查和评价。基金投资人评价应以基金投资人的风险承受能力类型来具体反映，应当至少包括以下三个类型：（1）保守型；（2）稳健型；（3）积极型。基金销售机构可以根据实际情况在前款所列类型的基础上进一步进行风险承受能力细分。基金销售机构调查和评价基金投资人的风险承受能力的方法及其说明应当通过适当途径向基金投资人公开。

在销售过程中，基金销售机构应当制定基金产品和基金投资人匹配的方法，由销售业务信息管理平台完成基金产品风险和基金投资人风险承受能力的匹配检验。匹配方法至少应当在基金产品的风险等级和基金投资人的风险承受能力类型之间建立合理的对应关系，同时在建立对应关系的基础上将基金产品风险超出基金投资人风险承受能力的情况定义为风险不匹配。基金销售机构应当在基金认购或申购申请中加入基金投资人意愿声明内容，对于基金投资人主动认购或申购的基金产品风险超出基金投资人风险承受能力的情况，要求基金投资人在认购或申购基金的同时进行确认，并在销售业务信息平台上记录基金投资人的确认信息。基金销售机构不得违背基金投资人意愿向基金投资人销售与基金投资人风险承受能力不匹配的产品。

如果基金销售机构违反上述规定，未对基金产品和基金投资人进行科学、合理的调查和评价，或者未将基金产品风险评价和基金投资人风险承受能力评价明确告知基金投资人，导致基金投资人作出错误判断，选择与其风险承受能力不匹配的产品，就属于“误导投资人购买与其风险承担能力不相当的基金产品”。

三、法律责任

根据本条规定，基金销售机构未向投资人充分揭示投资风险并误导其购买与其风险承担能力不相当的基金产品的，就应当承担相应的法律责任，即处 10 万元以上 30 万元以下罚款。需要注意的是，“未向投资人充分揭示投资风险”与“误导其购买与其风险承担能力不相当的基金产品”应当同时具备。情节严重的，证券监督管理机构可责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处 3 万元以上 10 万元以下罚款。情节严重，一般是指故意对投资风险作虚假描述，误导投资人购买与

其风险承担能力很不相当的基金产品，对基金投资人造成严重财产损失，或者具有严重社会影响等情形。

第一百三十八条

基金销售支付机构未按照规定划付基金销售结算资金的，处十万元以上三十万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金销售支付机构未按照规定划付基金销售结算资金应承担法律责任的规定。

【本条释义】

基金销售结算资金是指由基金销售机构、基金销售支付结算机构或者基金注册登记机构等基金销售相关机构归集的，在基金投资人结算账户与基金财产托管账户之间划转的基金申购（认购）、赎回、现金分红等资金。基金销售结算资金的监管是保护投资人权益的重要内容。目前，基金销售结算资金管理中存在的一些问题日渐突出：一是基金销售结算资金未受监管。二是基金管理公司和专业基金销售机构的业务受制于支付环节，高昂的支付成本影响了销售机构在提高服务质量方面的竞争力，不利于基金销售服务专业化水平的提高。三是销售账户体系缺乏规范，各类机构账户管理复杂，基金销售结算资金划转流程不一，时间各异，不利于保护基金投资人的权益。在这种情况下，在此次修改中，本法第九十九条明确规定，基金销售支付机构应当按照规定办理基金销售结算资金的划付，确保基金销售结算资金安

全、及时划付。与之相适应，新增的本条规定，明确了基金销售支付机构未按照规定划付基金销售结算资金所应承担的法律责任。

为了保护基金投资人的合法权益，保障基金销售结算资金的安全，证监会先后出台《证券投资基金销售管理办法》《证券投资基金销售结算资金管理暂行规定》，对基金销售支付机构划付基金销售结算资金作出了具体规定。根据规定，基金销售机构可以选择商业银行或者支付机构从事基金销售支付结算业务。基金销售支付结算机构应当确保基金销售结算资金安全、及时、高效地划付。

基金销售机构应当选择具备以下条件的商业银行或者支付机构从事基金销售支付结算业务：（1）有安全、高效的办理支付结算业务的信息系统。该信息系统应当具有合法的知识产权，且与合作机构及监管机构完成联网测试，测试结果符合国家规定标准；（2）制定了有效的风险控制制度；（3）中国证监会规定的其他条件。除此之外，从事基金销售支付结算业务的商业银行除，还应当具有基金销售业务资格。从事基金销售支付结算业务的支付机构，还应当取得中国人民银行颁发的《支付业务许可证》，且公司基金销售支付结算业务账户应当与公司其他业务账户有效隔离。

基金投资人通过基金销售支付结算机构完成资金支付的，基金销售支付结算机构、基金销售机构应当按照下列规定划转资金：（1）基金销售支付结算机构同时使用支付归集总账户和支付归集分账户的，对于基金投资人的申购（认购）申请，基金销售支付结算机构应当于D+1日10:00前将资金从支付归集分账户划往支付归集总账户，并于12:00前将资金从支付归集总账户划往基金销售机构的销售归集总账户；对于划至基金销售支付结算机构的应当支付给基金投资人的赎回、分红、申购（认购）确认失败的资金，基金销售支付结算机构应当于

下一个工作日 10:00 前将资金划往基金投资人结算账户。(2) 基金销售支付结算机构仅使用支付归集总账户的,对于基金投资人的申购(认购)申请,基金销售支付结算机构应当于 D+1 日 12:00 前将资金从支付归集总账户划往基金销售机构的销售归集总账户;对于划至基金销售支付结算机构的应当支付给基金投资人的赎回、分红、申购(认购)确认失败的资金,基金销售支付结算机构应当于下一个工作日 10:00 前将资金划往基金投资人结算账户。(3) 基金销售支付结算机构不使用任何销售账户的,对于基金投资人的申购(认购)申请,基金销售支付结算机构应当于 D+1 日 12:00 前将资金划往基金销售机构的销售归集总账户;对于发至基金销售支付结算机构的基金投资人的赎回、分红、申购(认购)确认失败的清算信息,基金销售支付结算机构应当于下一个工作日 10:00 前将资金划往基金投资人结算账户。基金销售结算资金划转流程中的 D 日是指基金合同规定的开放日或者现金红利发放日, D+1 日为工作日。

根据本条规定,基金销售支付机构未按照规定划付基金销售结算资金的,证券监督管理机构可对基金销售支付机构处以 10 万元以上 30 万元以下罚款;情节严重的,可责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,撤销基金从业资格,并处 3 万元以上 10 万元以下罚款。其中,“情节严重”包括未按规定划付的资金数额巨大、造成基金投资人严重财产损失等情形。

第一百三十九条

挪用基金销售结算资金或者基金份额的,责令改正,没收违法所得,并处违法所得一倍以上五倍以下罚款;没有违法所得或者违法所

得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于挪用基金销售结算资金、基金份额的法律规定的规定。

【本条释义】

基金销售结算资金、基金份额独立于基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构的自有财产。基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构破产或者清算时，基金销售结算资金、基金份额不属于其破产财产或者清算财产。本法第一百条的明确规定，基金销售机构、基金销售支付机构、基金份额登记机构应当确保基金销售结算资金、基金份额的安全、独立，禁止任何单位或者个人以任何形式挪用基金销售结算资金、基金份额。

为保障基金销售结算资金的安全，《证券投资基金销售管理办法》《证券投资基金销售结算资金管理暂行规定》对基金销售结算资金的管理作出了具体规定。根据规定，基金销售结算资金是基金投资人的交易结算资金，涉及基金销售结算专用账户开立、使用、监督的机构不得将基金销售结算资金归入其自有财产。基金销售机构、基金销售支付结算机构、基金注册登记机构（以下统称账户开立人）可以在具备基金销售业务资格的商业银行或者从事客户交易结算资金存管的指定商业银行，或者作为监督机构的中国证券登记结算有限责任公司开立基金销售结算专用账户（以下简称销售账户）。

销售账户不得提取现金，基金销售结算资金也不得用于与基金销售无关的消费或者转账等。账户开立人不得以销售账户内的基金销售结算资金向他人提供融资或者担保。账户开立人直接从销售账户扣划

销售相关费用的，应当向监督机构提供有关费用收取的证明文件和划往账户的基本信息等。账户开立人用自有资金参与基金申购、赎回等业务的，应当选择其他基金销售机构进行。

基金投资人申购（认购）失败、赎回基金或者基金分红的资金，应当退回基金投资人的结算账户。基金投资人结算账户发生变更的，基金投资人应当向基金销售机构或者基金销售支付结算机构提出申请。基金销售机构、基金销售支付结算机构应当在变更基金投资人的结算账户后向监督机构备案。基金投资人结算账户发生变更，且未向基金销售机构或者基金销售支付结算机构提出申请，致使资金无法返还基金投资人的，基金销售机构、基金销售支付结算机构应当将资金分别存放于销售归集总账户、支付归集总账户，并记录明细。

根据本条规定，有关单位或者个人挪用基金销售结算资金或者基金份额的，应承担相应的法律责任。违法主体包括单位和个人，通常是基金管理人、基金托管人、基金销售机构、基金销售支付机构、基金份额登记机构及其从业人员。所谓“挪用”，是指违法基金销售结算资金或者基金份额管理规定，危害基金销售结算资金、基金份额安全、独立，将基金销售结算资金、基金份额挪作他用的行为，具体包括将基金销售结算资金、基金份额与自有财产混同，用于个人消费、经营，向他人提供融资或者担保等情形。对于挪用基金销售结算资金或者基金份额的，责令有关单位或者个人予以改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下罚款。需要注意的是，违法所得是指挪用基金销售结算资金、基金份额产生的财产性收益，并不包括基金销售结算资金、基金份额本身，被挪用的基金销售结算资金、基金份额仍属于基金投资人或者基金份额持有人。对于没有违法所得或者违法所得不足100万元的，除了责令有关单位或者个人予以改正，没收

违法所得外，并处 10 万元以上 100 万元以下罚款。基金销售机构、基金销售支付结算机构、基金注册登记机构等有关单位挪用基金销售结算资金、基金份额的，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 万元以下罚款。

第一百四十条

基金份额登记机构未妥善保存或者备份基金份额登记数据的，责令改正，给予警告，并处十万元以上三十万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处三万元以上十万元以下罚款。

基金份额登记机构隐匿、伪造、篡改、毁损基金份额登记数据的，责令改正，处十万元以上一百万元以下罚款，并责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处三万元以上三十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金份额登记机构未尽妥善保管基金份额登记数据义务的法律规定的规定。

【本条释义】

基金份额的登记，是指基金份额登记机构为基金投资人办理因基金份额的认购、申购、赎回以及其他情形，而导致基金份额持有人和所持基金份额数额变更的登记，以及因基金分红而导致的基金份额持有人权益变更的登记事宜。基金管理人可以根据自身发展战略的需要，委托资质良好的基金服务机构代为办理基金份额登记业务，但基金管理人依法应当承担的责任并不因委托而免除。基金管理人委托其他

基金服务机构代为办理基金份额登记业务的，应当与该机构签订委托代理协议，并经国务院证券监督管理机构审查认定。基金份额登记机构的主要职责有：建立并管理投资人基金份额账户；负责基金份额的登记；基金交易确认；代理发放红利；建立并保管基金份额持有人名册；登记代理协议规定的其他职责。

基金份额登记机构以电子介质登记的数据，是基金份额持有人权利归属的根据。基金份额持有人以基金份额出质的，质权自基金份额登记机构办理出质登记时设立。基金份额登记数据对于保护基金投资人的权利，维护证券投资基金交易市场稳定具有重要意义。因此，本法第一百零二条明确规定，基金份额登记机构应当妥善保存登记数据，并将基金份额持有人名称、身份信息及基金份额明细等数据备份至国务院证券监督管理机构认定的机构。其保存期限自基金账户销户之日起不得少于 20 年。基金份额登记机构应当保证登记数据的真实、准确、完整，不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。

根据本条的规定，基金份额登记机构未妥善保存或者备份基金份额登记数据的，证券监督管理机构可责令其改正，给予警告，并处 10 万元以上 30 万元以下罚款。情节严重的，可责令该基金份额登记机构停止基金服务业务。对该基金份额登记机构中直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处 3 万元以上 10 万元以下罚款。所谓“情节严重”，一般是指故意不保存或者备份基金份额登记数据，或者未妥善保存或者备份的基金份额登记数据量大，造成严重损失等情形。如果基金份额登记机构故意隐匿、伪造、篡改、毁损基金份额登记数据的，由证券监督管理机构责令其改正，处 10 万元以上 100 万元以下罚款，并责令其停止基金份额登记业务。对该基金份额登记机构中直接负责的主管人员和其他直接责任

人员给予警告，撤销基金从业资格，并处3万元以上30万元以下罚款。

第一百四十一条

基金投资顾问机构、基金评价机构及其从业人员违反本法规定开展投资顾问、基金评价服务的，处十万元以上三十万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金投资顾问机构、基金评价机构及其从业人员违法开展投资顾问、基金评价服务的法律责任的规定。

【本条释义】

一、基金投资顾问机构及其从业人员违法开展投资顾问服务的法律责任

基金投资顾问服务是一种证券投资咨询业务，指基金投资顾问机构接受客户委托，按照约定，向客户提供涉及基金及其相关产品的投资建议服务，辅助客户作出投资决策，并直接或者间接获取经济利益的经营性活动。投资建议服务内容包括投资的品种选择、投资组合以及理财规划建议等。基金投资顾问机构从事基金投资顾问业务，应当遵守法律规定，切实维护投资人合法权益。

根据本法第一百零三条的规定，基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，应当具有合理的依据，对其服务能力和经营业绩进行如实陈述，不得以任何方式承诺或者保证投资收益，不得损

害服务对象的合法权益。具体而言，基金投资顾问机构及其从业人员开展基金投资顾问服务，需要注意以下几个方面：一是基金投资顾问向客户提供投资建议，应当具有合理的依据。通常投资建议的依据包括基金研究报告或者基于研究报告、理论模型以及分析方法形成的投资分析意见等。基金投资顾问机构应当为基金投资顾问服务提供必要的研究支持。二是基金投资顾问机构应当对其服务能力和经营业绩进行如实陈述，规范基金投资顾问业务推广和客户招揽行为，不得对服务能力和过往业绩进行虚假、不实、误导性的宣传。三是基金投资顾问向客户提供投资建议，应当提示潜在的投资风险，不得以任何方式向客户承诺或者保证投资收益。四是基金投资顾问机构及其人员提供基金投资顾问服务，应当忠实客户利益，不得损害服务对象的合法权益，包括不得为基金投资顾问机构及其关联方的利益损害客户利益；不得为基金投资顾问人员及其利益相关者的利益损害客户利益；不得为特定客户利益损害其他客户利益等。

根据本条的规定，基金投资顾问机构及其从业人员违反上述法律规定开展投资顾问服务的，由证券监督管理机构对基金投资顾问机构处以 10 万元以上 30 万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对基金投资顾问机构中直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处 3 万元以上 10 万元以下罚款。所谓“情节严重”，通常是指基金投资顾问机构及其从业人员开展基金投资顾问服务过程中，完全缺乏合理的依据，或者对其服务能力和经营业绩进行严重虚假、不实、误导性的宣传，或者以各种方式承诺或者保证投资收益，严重损害服务对象的合法权益等情形。

二、基金评价机构及其从业人员违法开展基金评价业务的法律责任

基金评价业务，包括基金评价机构及其评价人员对基金的投资收益和风险或基金管理人的管理能力开展评级、评奖、单一指标排名或中国证监会认定的其他评价活动。其中，评级是指基金评价机构及其评价人员运用特定的方法对基金的投资收益和风险或基金管理人的管理能力进行综合性分析，并使用具有特定含义的符号、数字或文字展示分析结果的活动。为规范证券投资基金评价业务，引导证券投资基金的长期投资理念，保障基金投资人和相关当事人的合法权益，根据证券法、证券投资基金法等法律法规，证监会于 2009 年颁布了《证券投资基金评价业务管理暂行办法》，对开展基金评价业务的业务规则作出规定。

根据《证券投资基金评价业务管理暂行办法》，基金评价机构从事基金评价业务，应当遵循公开性、公正性、全面性、客观性、一致性、长期性等原则。基金评价机构应当注重对基金的长期评价，培育和引导投资人的长期投资理念，不得以短期、频繁的基金评价结果误导投资人；应当保持中立地位，公平对待所有评价对象，不得歪曲、诋毁评价对象，防范可能发生的利益冲突；应当全面综合评价基金的投资收益和风险或基金管理人的管理能力，不得将单一指标作为基金评级的唯一标准；应当保证基金评价过程和结果客观准确，不得使用虚假信息作为基金评价的依据，不得发布虚假的基金评价结果；基金评价标准、方法和程序应当保持一致，不得使用未经公开披露的评价标准、方法和程序；应当使用市场公开披露的信息，不得使用公开披露信息以外的数据。

本次修改中，本法第一百零四条进一步明确规定，基金评价机构及其从业人员应当客观公正，按照依法制定的业务规则开展基金评价业务，禁止误导投资人，防范可能发生的利益冲突。根据本条的规定，

基金评价机构及其从业人员如果未按照上述依法制定的业务规则开展基金评价业务，由证券监督管理机构对基金评价服务机构处10万元以上30万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处3万元以上10万元以下罚款。所谓“情节严重”，通常是指以短期、频繁的基金评价严重误导投资人，恶意歪曲、诋毁评价对象，引发严重利益冲突，或者大量使用虚假信息作为基金评价的依据，发布大量虚假的基金评价结果等情形。

第一百四十二条

信息技术系统服务机构未按照规定向国务院证券监督管理机构提供相关信息技术系统资料，或者提供的信息技术系统资料虚假、有重大遗漏的，责令改正，处三万元以上十万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处一万元以上三万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于信息技术系统服务机构未按照规定提供相关信息技术系统资料应负的法律规定的规定。

【本条释义】

基金管理人、基金托管人、基金服务机构在从事基金市场活动时，大量都是依托信息技术系统进行，信息技术系统的安全运行，直接关系到投资者的合法权益和证券投资市场的健康稳定。因此，本法第一百零五条规定：“基金管理人、基金托管人、基金服务机构的信息技术

系统，应当符合规定的要求。国务院证券监督管理机构可以要求信息技术系统服务机构提供该信息技术系统的相关资料。”

本条是此次修改中新增的条文。根据本条的规定，信息技术系统服务机构未按照规定向国务院证券监督管理机构提供相关信息技术系统资料，或者提供的信息技术系统资料虚假、有重大遗漏的，应承担相应的法律责任。信息技术系统服务机构既可以是基金管理人、基金托管人、基金服务机构本身，也可以是基金管理人、基金托管人、基金服务机构委托的从事信息技术系统开发维护等业务的其他机构。信息技术系统服务机构应当建立符合业务要求的信息技术系统，信息技术系统应当具有合理的架构，足够的性能、容量、可靠性、扩展性和安全性，能够支持相关业务的运行和发展。信息技术系统服务机构应按照规定或者应国务院证券监督管理机构的要求，提供相关信息技术系统资料。提供的信息技术系统资料应当真实、完整、准确、及时。如果不提供或者提供的信息技术系统资料虚假、有重大遗漏的，由证券监督管理机构责令其改正，并处以3万元以上10万元以下罚款。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1万元以上3万元以下罚款。

第一百四十三条

会计师事务所、律师事务所未勤勉尽责，所出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，没收业务收入，暂停或者撤销相关业务许可，并处业务收入一倍以上五倍以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于会计师事务所、律师事务所未勤勉尽责的法律规定的规定。

【本条释义】

在证券投资基金市场活动中，基金管理人、基金托管人可以委托会计师事务所、律师事务所从事一定的业务。对会计师事务所而言，主要是财务报表审计、净资产验证、实收资本（股本）的审验、盈利预测审核、内部控制制度审核、前次募集资金使用情况专项审核等业务。对于律师事务所而言，主要是指接受当事人委托，为其证券发行、上市和交易等证券业务活动，提供的制作、出具法律意见书等文件的法律服务。会计师事务所、律师事务所从事基金服务业务，对于规范基金管理人、基金托管人的行为，促进证券投资基金市场健康发展，以及保护基金投资人的合法权益起到了积极作用。但是，也有一些会计师事务所、律师事务所未能依照有关规定，勤勉尽责地从事基金服务业务，例如依据的文件资料内容缺乏真实性、准确性或者完整性，制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人财产造成损失等。

为加强会计师事务所、律师事务所的监管，充分发挥其基金服务机构的作用。本次修改对律师事务所、会计师事务所的勤勉尽责义务进行了明确。本法第一百零六条规定：“律师事务所、会计师事务所接受基金管理人、基金托管人的委托，为有关基金业务活动出具法律意见书、审计报告、内部控制评价报告等文件，应当勤勉尽责，对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人财产造成损失的，应当与委托人承担连带赔偿责任。”

根据本条的规定，会计师事务所、律师事务所未勤勉尽责，所出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，由证券监督管理机构责令改正，没收业务收入，暂停或者撤销相关业务许可，并处业务收入1倍以上5倍以下罚款。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10万元以下罚款。

第一百四十四条

基金服务机构未建立应急等风险管理制度和灾难备份系统，或者泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息的，处十万元以上三十万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处三万元以上十万元以下罚款。

【本条主旨】

本条是关于基金服务机构未建立应急等风险管理制度和灾难备份系统，或者泄露有关非公开信息的法律责任的规定。

【本条释义】

本次修改新增“基金服务机构”一章，其中第一百零七条规定：“基金服务机构应当勤勉尽责、恪尽职守，建立应急等风险管理制度和灾难备份系统，不得泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息。”与之相对应，本条规定了基金服务机构未履行第一百零七条规定的义务所应承担的法律责任。本条在理解上应注意把握以下几个方面的内容：

一、基金服务机构未建立应急等风险管理制度和灾难备份系统的法律责任

根据证监会有关规定，基金服务机构应建立应急等风险管理制度和灾难备份系统。例如《证券投资基金销售管理办法》第九条规定，商业银行、证券公司、期货公司、保险机构、证券投资咨询机构、独立基金销售机构以及证监会规定的其他机构申请基金销售业务资格应当具备的条件之一，就是具有健全的治理结构、完善的内部控制和风险管理制度，并得到有效执行。证监会 2012 年颁布的《证券期货业信息安全保障管理办法》规定，承担证券期货市场公共职能的机构、承担证券期货行业信息技术公共基础设施运营的机构等证券期货市场核心机构及其下属机构（以下简称核心机构），证券公司、期货公司、基金管理公司、证券期货服务机构等证券期货经营机构（以下简称经营机构）应当建立数据备份设施，并按照规定在同城和异地保存备份数据。核心机构和经营机构应当建立重要信息系统的故障备份设施和灾难备份设施，保证业务活动连续。核心机构和经营机构应当建立网络与信息安全风险检测、监测、评估和预警机制，发现风险隐患应当及时处置，并按照规定进行报告。基金服务机构如果未依照有关规定，建立应急等风险管理制度和灾难备份系统的，由证券监督管理机构处 10 万元以上 30 万元以下罚款；情节严重的，责令其停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处 3 万元以上 10 万元以下罚款。所谓“情节严重”，通常是指未建立应急等风险管理制度或者灾难备份系统，导致重要数据丢失、严重影响业务活动连续、造成基金投资人重大财产损失等情形。

二、基金服务机构泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息的法律责任根据本法第七章以及《证券投资基金信息披露管理办法》等有关规定，基金管理人、基金托管人和其他基金信息披露义务人应当按照法律、行政法规和证监会的规定披露基金信

息，并保证所披露信息的真实性、准确性和完整性。除应当公开披露的信息外，对于基金服务机构在开展基金服务业务过程中掌握的基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息，不得予以泄露。例如，《证券投资基金销售结算资金管理暂行规定》第二十四条规定：“监督机构应当严格遵守保密规定。除法律法规规定的情形外，履行监督职责的部门不得将账户开立人或者基金投资人的信息泄露给其他部门、机构或者个人。”这里的监督机构是指中国证券登记结算有限责任公司和具有基金销售业务资格等规定条件的商业银行。基金服务机构泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息的，由证券监督管理机构处10万元以上30万元以下罚款。与基金份额持有人、基金投资运作相关的非公开信息情节，包括基金份额持有人、投资人的账户信息、资产信息、申购、交易和赎回交易信息等。情节严重的，责令基金服务机构停止基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销基金从业资格，并处3万元以上10万元以下罚款。所谓“情节严重”，通常是指故意泄露与基金份额持有人、基金投资运作相关的重要非公开信息、造成基金份额持有人、投资人重大财产损失等情形。

第一百四十五条

违反本法规定，给基金财产、基金份额持有人或者投资人造成损害的，依法承担赔偿责任。

基金管理人、基金托管人在履行各自职责的过程中，违反本法规定或者基金合同约定，给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，

应当分别对各自的行为依法承担赔偿责任；因共同行为给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，应当承担连带赔偿责任。

【本条主旨】

本条是关于对基金财产、基金份额持有人或者投资人造成损害应承担赔偿责任的规定。

【本条释义】

本条第一款是此次修改中新增的条款，该款规定：“违反本法规定，给基金财产、基金份额持有人或者投资人造成损害的，依法承担赔偿责任。”这是一条原则性规定，无论是基金管理人、基金托管人还是基金服务机构，只要违反本法的规定，造成基金财产、基金份额持有人或者投资人财产损害，就应当承担赔偿责任。承担赔偿责任的条件包括：一是行为人的行为应当违反了本法的规定；二是行为人的行为造成了基金财产、基金份额持有人或者投资人的损害，两者之间具有因果关系；三是损害应当是财产性损失。

本条第二款规定了基金管理人、基金托管人违反本法规定或者基金合同约定，给基金财产或者基金份额持有人造成损害所应承担的法律责任。本法第三条规定，基金管理人、基金托管人和基金份额持有人的权利、义务，依照本法在基金合同中约定。基金管理人、基金托管人依照本法和基金合同的约定，履行受托职责。本法第十九条、第三十六条分别对公开募集基金的基金管理人应当履行的职责和基金托管人应当履行的职责作出了规定。此外，本法还有其他条文对基金管理人、基金托管人作出了义务性规定。根据本条第二款的规定，**当基金管理人、基金托管人在履行各自职责的过程中**，违反本法的规定或者基金合同的约定，给基金财产或者基金份额持有人造成损害的，**应当分别对各自的行为依法承担赔偿责任**。不论是法律规定，还是基

金合同约定，都对基金管理人和基金托管人的职责有明确的规定和约定，基金管理人和基金托管人有本条规定的违反职责行为，给基金财产带来损害的，对基金财产依法承担赔偿责任，给基金份额持有人带来损害的，对基金份额持有人依法承担赔偿责任。如果是基金管理人和基金托管人各自的行为，就应当分别对各自的行为承担赔偿责任，**如果是基金管理人和基金托管人的共同行为，不论其是否有共谋，只要客观上是共同行为，并给基金财产和基金份额持有人造成损害的，就应当承担连带赔偿责任。**之所以这样规定，是因为基金管理人与基金托管人的法律关系是基于法律的分工而形成的特殊的受托人关系。他们的权利和义务是法律和基金合同事先规定或者约定的。一般情况下，各自对各自的行为承担责任，不承担连带责任，但是在共同行为造成损害的情况下，应承担连带赔偿责任。

第一百四十六条

证券监督管理机构工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊或者利用职务上的便利索取或者收受他人财物的，依法给予行政处分。

【本条主旨】

本条是对证券监督管理机构工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊、或者利用职务上的便利索取或者收受他人财物应承担的行政责任的规定。

【本条释义】

证券监督管理机构工作人员作为国家工作人员，负有依法履职，保持职务廉洁性的法律义务。本法第一百一十五条规定，国务院证券监督管理机构工作人员应当忠于职守，依法办事，公正廉洁，接受监

督，不得利用职务牟取私利。根据本条规定，如果证券监督管理机构工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊或者利用职务上的便利索取或者收受他人财物的，应承担相应的法律责任。

证券监督管理机构工作人员是指在各级证券监督管理机构中，对基金管理人、基金托管人、基金服务机构等证券投资市场主体以及基金募集、交易与赎回等市场活动负有法定监管责任的工作人员。玩忽职守，是指证券监督管理机构工作人员怠于履行法定职责，或者不认真履行法定职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的行为。滥用职权，是指证券监督管理机构工作人员超出法律、行政法规赋予的职权，决定或者处理其无权处理的事项，或者违背法定程序、目的随意行使职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的行为。徇私舞弊，是指证券监督管理机构工作人员在履行职责过程中，为私情、私利等，违背事实和法律，该为不为，或者不该为而为之，或者枉法作出处理决定，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的行为。利用职务上的便利索取或者收受他人财物，是指证券监督管理机构工作人员利用职权、职位，明示或者暗示，主动索取他人财物或者被动收受他人财物的行为。证券监督管理机构工作人员有上述行为之一的，由其所在单位或者其上级单位或者监察部门视情节的轻重，给予相应的行政处分。行政处分是指国家机关根据法律、行政法规的规定，按照行政隶属关系，对犯有轻微违法行为或者违反内部纪律人员给予的一种制裁。行政处分主要有警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、留用察看和开除等八种。

需要注意的是，本条所规定的证券监督管理机构工作人员的违法行为，是指情节比较轻微，危害性不大，根据刑法的有关规定，尚不构成犯罪的行为。如果证券监督管理机构工作人员玩忽职守、滥用职

权、徇私舞弊或者利用职务上的便利索取或者收受他人财物的行为相当严重，已经构成刑法规定的滥用职权罪、玩忽职守罪或者受贿罪，就应当依照刑法的规定定罪处罚，而不能以行政处分取代刑事处罚。本次修改在本法第一百四十九条中对刑事责任作了统一的概括性规定，与之相协调，删去了原规定中“构成犯罪，依法追究刑事责任”的表述。

第一百四十七条

拒绝、阻碍证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查、调查职权未使用暴力、威胁方法的，依法给予治安管理处罚。

【本条主旨】

本条是关于妨害证券监督管理机构及其工作人员执行公务依法给予治安管理处罚的规定。

【本条释义】

为加强对证券投资基金市场的有效监管，本次修改进一步丰富了执法手段和监管措施，加大了监管职权。本法第一百一十二条的规定：“国务院证券监督管理机构依法履行下列职责：（一）制定有关证券投资基金活动监督管理的规章、规则，并行使审批、核准或者注册权；（二）办理基金备案；（三）对基金管理人、基金托管人及其他机构从事证券投资基金活动进行监督管理，对违法行为进行查处，并予以公告；（四）制定基金从业人员的资格标准和行为准则，并监督实施；（五）监督检查基金信息的披露情况；（六）指导和监督基金行业协会的活动；（七）法律、行政法规规定的其他职责。”本法第一百一十三条规定：“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）对基金管理人、基金托管人、基金服务机构进行现场

检查，并要求其报送有关的业务资料；（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、财务会计资料及其他相关文件和资料；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）查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户；对有证据证明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，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以冻结或者查封；（七）在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，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。”同时，第一百一十六条规定：“国务院证券监督管理机构依法履行职责时，被调查、检查的单位和个人应当配合，如实提供有关文件和资料，不得拒绝、阻碍和隐瞒。”即证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查、调查职权时，有关单位和个人负有配合的义务。

根据本条的规定，拒绝、阻碍证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查、调查职权未使用暴力、威胁方法的，依法给予治安管理处罚。本条在理解上应当注意以下几个方面：一是违法的主体是单位或者个人，既可能是被调查、检查的单位或者个人，也可能是其他单位或者个人。二是行为主要表现为拒绝、阻碍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。拒绝是指被调查、检查的单位和个人不予配合，抗拒调查、检查，例如拒不如实提供有关文

件和资料，或者逃避调查、检查等。阻碍是指针对证券监督管理机构及其工作人员的调查、检查行为设置障碍，致使调查、检查行为无法进行下去。三是未使用暴力、威胁方法。如果行为人使用暴力、威胁方法，则属于以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的行为，根据刑法第二百七十七条的规定，构成妨害公务罪，依法应承担相应的刑罚。四是依法给予治安管理处罚。根据治安管理处罚法第五十条的规定，阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处警告或者 200 元以下罚款；情节严重的，处 5 日以上 10 日以下拘留，可以并处 500 元以下罚款。

第一百四十八条

违反法律、行政法规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市场禁入的措施。

【本条主旨】

本条是关于对有关责任人员可以采取证券市场禁入措施的规定。

【本条释义】

本次证券投资基金法修改，立足于防范业务风险、切实保护投资者合法权益，在行为要求、监督管理和责任追究等多方面同步收紧，其中重要一点就是明确规定了证券市场禁入制度，为完善市场监管提供了有力武器，对于震慑违法违规行为，惩治不良从业人员，维护市场秩序、净化市场环境具有重要作用。

一、证券市场禁入措施

证券市场禁入，是指在一定期限内直至终身不得从事证券业务或者不得担任上市公司董事、监事、高级管理人员的制度。为了维护证券投资市场秩序，保护投资者合法权益和社会公众利益，证监会于2006年颁布《证券市场禁入规定》。根据该规定，被证监会采取证券市场禁入措施的人员，在禁入期间内，除不得继续在原机构从事证券业务或者担任原上市公司董事、监事、高级管理人员职务外，也不得在其他任何机构中从事证券业务或者担任其他上市公司董事、监事、高级管理人员职务。被采取证券市场禁入措施的人员，应当在收到中国证监会作出的证券市场禁入决定后立即停止从事证券业务或者停止履行上市公司董事、监事、高级管理人员职务，并由其所在机构按规定的程序解除其被禁止担任的职务。

违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定，情节严重的，可以对有关责任人员视严重程度采取3至5年、5至10年乃至终身的证券市场禁入措施。证券市场禁入措施可以单独采取，或者与行政处罚一并依法进行；涉嫌犯罪的，依法移送公安机关、人民检察院，并可同时采取证券市场禁入措施。证监会采取证券市场禁入措施前，应当告知当事人采取证券市场禁入措施的事实、理由及依据，并告知当事人有陈述、申辩和要求举行听证的权利。被采取证券市场禁入措施的人员，证监会将通过证监会网站或指定媒体向社会公布，并记入被认定为证券市场禁入者的诚信档案。

二、违反法律、行政法规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市场禁入措施具体到证券投资基金管理领域，证券投资基金管理人、证券投资基金托管人的董事、监事、高级管理人员及其内设业务部门、分支机构负责人或者其他证券投资基金从业人员如果违反法律、行政

法规或者证监会有关规定，根据本条规定，情节严重的，证监会可以根据情节严重的程度，采取证券市场禁入措施。本条在理解上应注意把握以下几个方面：一是违反法律、行政法规或者证监会有关规定，违反的规定不限于证券投资基金法等法律规定，也包括行政法规和证监会出台的有关规定。例如，2012年6月19日证监会修订通过的《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》第四十七条规定：“资产管理人、资产托管人违反本办法第二十七条的规定提取管理费和托管费的，责令改正，单处或者并处警告、罚款；情节严重的，责令暂停办理相关业务；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，单处或者并处警告、罚款；情节严重的，按照有关规定，采取证券市场禁入措施。”违反上述规定，对有关责任人员就可以采取证券市场禁入措施。二是情节严重，采取证券市场禁入措施尤其是终身的市场禁入是相当严厉的处罚措施，因此应当适用于情节严重的违法者。所谓情节严重，通常包括严重违法违反法律、行政法规或者证监会有关规定，构成犯罪的；违反法律、行政法规或者证监会有关规定，行为恶劣，严重扰乱证券投资基金市场秩序；造成严重社会影响，或者致使投资者利益遭受特严重损害等情形。三是由国务院证券监督管理机构对有关责任人员采取证券市场禁入措施。国务院证券监督管理机构应当依照《证券市场禁入规定》规定的原则、要求、程序采取证券市场禁入措施。被采取证券市场禁入措施的人应当是直接负责的主管人员和其他直接责任人员。

第一百四十九条

违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

【本条主旨】

本条是关于刑事责任的规定。

【本条释义】

本条规定新增的刑事责任条款。在修改前，原证券投资基金法绝大部分规定法律责任条文，在规定违法行为的民事责任、行政责任之后，均有“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的表述。从条文的表述来看，语句重复，影响法律条文的简洁。因此，此次修改对违反本法规定可能产生的刑事责任作出概括性的统一规定，即“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”如此规定，既保证了民事责任、行政责任与刑事责任的衔接，也体现了全覆盖、多层次的责任体系，还有利于法律条文表述的进一步简洁。

第一百五十条

违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。

【本条主旨】

本条是关于民事赔偿责任优先原则的规定。

【本条释义】

为了严格规范证券投资基金的活动，制裁扰乱证券投资基金市场的违法行为，本章对违反本法规定的行为分别作出了承担行政责任、刑事责任和民事责任的规定。当违法者应同时承担两种以上不同性质的法律责任时（如罚款、罚金和民事赔偿），就会导致不同性质的法律责任如何适用的问题。本条的规定就是为了解决不同性质的法律责任如何适用的问题。

行政责任、刑事责任与民事责任都是证券投资基金法律制度中重要的责任形式。行政处罚是对尚未构成犯罪的违法行为所给予的经济性质和非经济性质的制裁，从而实现规范市场行为和维护市场秩序的目的。本条规定中的缴纳罚款即属于一种行政处罚。刑事责任主要刑事处罚。刑事处罚是以国家名义强制剥夺犯罪人的人身自由、财产、生命或者其他权利的一种最严厉的处罚。本条规定中的缴纳罚金就是一种刑罚方法。至于民事责任，则是民事法律关系人不履行民事法律义务应当承担的法律后果。民事责任具有以下特点：一是以财产责任为主；二是以等价、补偿为主；三是向特定的权利人或者受害人承担责任。

在现实生活中，行为人实施的一种违法行为可能同时造成几种不同性质的法律责任。例如，基金管理人运用基金财产从事内幕交易，造成损失的，既是一种民事违约行为，损害了基金份额持有人利益，依法应承担赔偿责任，又是一种违法违规行为，破坏了正常的证券投资基金管理秩序，依法要给予罚款的行政处罚。如果该行为严重到一定程度，构成犯罪的，就可能出现既要承担民事责任，又要承担刑事责任的情形。在多种性质的法律责任同时存在的情况下，根据法律基本原理，行为人应承担不同性质的法律责任，不能因为承担了民事责任，就不给予行政处罚或刑事处罚；也不能因为给予了行政处罚或刑事处罚，就由此免除民事责任。但是，当行为人无力同时承担多种法律责任时，就需要明确何种责任优先。

按照本条的规定，违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任，而后再缴纳罚款、罚金。在我国相关立法中，也明确了民事赔偿优先原则。刑法第三十六条第二款规定：“承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时

被处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。”证券法第二百三十二条规定：“违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。”

确立民事赔偿优先原则，有利于维护基金投资人的合法权益，有利于树立基金投资人的投资信心，有利于证券投资基金市场的长期稳定发展。基金份额持有人是证券投资基金市场存在的前提条件，因为没有他们就没有证券投资基金市场。对于证券投资基金份额持有人，最关心的是其财产权益。民事赔偿责任优先原则有利于有效弥补基金份额持有人受损的财产权益，充分说明本法将基金投资人利益保护放优先位置，体现了法律对基金投资人利益的维护。从深层次来看，民事赔偿责任优先维护了证券投资基金市场的交易安全，增强基金投资人对其财富的安全感，促进了证券投资基金市场的长远发展。

第一百五十一条

依照本法规定，基金管理人、基金托管人、基金服务机构应当承担的民事赔偿责任和缴纳的罚款、罚金，由基金管理人、基金托管人、基金服务机构以其固有财产承担。

依法收缴的罚款、罚金和没收的违法所得，应当全部上缴国库。

【本条主旨】

本条是对基金管理人、基金托管人、基金服务机构应当承担的民事赔偿责任和缴纳的罚款、罚金以其固有财产承担，依法收缴的罚款、罚金和没收的违法所得全部上缴国库的规定。

【本条释义】

此次修改中，增设“基金服务机构”一章，对从事公开募集基金的销售、销售支付、份额登记、估值、投资顾问、评价、信息技术系统服务等基金服务机构的职责作出了明确规定。与之相适应，对本条的规定进行了修改，除了“基金管理人、基金托管人”外，增加了“基金服务机构”。本条在理解上，应注意以下两个方面的内容：

一、基金管理人、基金托管人、基金服务机构应当承担的民事赔偿责任和缴纳的罚款、罚金，由基金管理人、基金托管人、基金服务机构以其固有财产承担

基金财产虽然在基金管理人、基金托管人、基金服务机构实际控制和支配之下，但它与基金管理人、基金托管人、基金服务机构的固有财产有本质的区别。二者主要区别有：

1、权利主体不同。基金财产的所有权权能是分离的，根据基金合同的规定，基金管理人、基金托管人、基金服务机构享有基金财产的管理处分权，基金份额持有人享有基金财产的收益权。这就是说，对基金财产，基金管理人、基金托管人、基金服务机构与基金份额持有人分别享有独立的权利。但对于基金管理人、基金托管人、基金服务机构的固有财产，基金管理人、基金托管人、基金服务机构是唯一的权利主体。

2、权利内容不同。对基金财产，基金管理人、基金托管人、基金服务机构在基金合同存续期间享有一定的权利，但绝不是完全的所有权。对固有财产，基金管理人、基金托管人享有完全的所有权，即包括占有、使用、收益、处分四项权能的所有权。

3、行使权利的条件不同。基金管理人、基金托管人、基金服务机构是因信托而取得对基金财产的各项权利。因此，基金管理人、基金托管人、基金服务机构行使这些权利，必须根据基金合同，按照基

金份额持有人的意愿，为实现基金目的而管理、运用基金财产。同时，基金管理人、基金托管人、基金服务机构在行使权利时，负有诚实、信用、谨慎、有效管理、分别管理等义务。这些义务都是基金管理人、基金托管人、基金服务机构的法定义务。对于固有财产，基金管理人、基金托管人、基金服务机构在法律允许的范围内可以根据自己的意愿任意支配、处置，依法行使对其固有财产的权利是不受限制的。

4、财产收益的归属不同。基金财产的收益归属于基金份额持有人，为基金份额持有人所有；基金管理人、基金托管人的固有财产所产生的收益则归基金管理人、基金托管人、基金服务机构所有，两者不能混同。

鉴于上述区别，本法第五条规定，基金财产独立于基金管理人、基金托管人的固有财产。基金管理人、基金托管人不得将基金财产归入其固有财产。基金管理人、基金托管人因基金财产的管理、运用或者其他情形而取得的财产和收益，归入基金财产。基金管理人、基金托管人因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的，基金财产不属于其清算财产。第七条规定，非因基金财产本身承担的债务，不得对基金财产强制执行。第一百条规定，基金销售结算资金、基金份额独立于基金销售机构、基金销售支付机构或者基金份额登记机构的自有财产。非因投资人本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行基金销售结算资金、基金份额。

由此可见，基金管理人、基金托管人、基金服务机构的固有财产与基金财产是相互独立的，不应混同。基金财产本身的债务由基金财产承担，基金管理人、基金托管人、基金服务机构所负债务由基金管理人、基金托管人、基金服务机构以其固有财产承担。基金管理人、

基金托管人、基金服务机构应当承担的民事赔偿责任和缴纳的罚款、罚金，均为其本身所负债务，与基金财产无关。因此，应当由基金管理人、基金托管人、基金服务机构以其固有财产承担。

二、依法收缴的罚款、罚金和没收的违法所得，应当全部上缴国库

依照本法的规定，证券监督管理机构对证券投资基金的募集、交易等过程中的违法行为可以给予行政处罚，其中包括罚款和没收违法所得。同时，对于证券投资基金的募集、交易等过程中构成犯罪的行为，也可以没收违法所得，并处以罚金。没收违法所得、罚金都属于财产罚。没收违法所得是对违法行为人非法占有的财产的剥夺，罚款、罚金则是对违法行为人自有合法财产的剥夺，三者的共同表现是通过剥夺被处罚的当事人的部分或者全部财产权利，来达到制裁违法行为的目的。

根据行政处罚法第五十三条第二款的规定，罚款、没收违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，必须全部上缴国库，任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分；财政部门不得以任何形式向作出行政处罚决定的行政机关返还罚款、没收的非法所得或者返还没收非法财物的拍卖款项。这就清楚地表明依法没收的违法所得和罚款必须全部上缴国库，收归国有。刑法第六十四条也明确规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。

本条第二款的规定，其目的也是为了督促证券监督管理机构、有关司法机关依法上缴罚款、罚金和没收的违法所得，防止出现挪用、私分等问题。需要注意的是，依法收缴的罚款、罚金和没收的违法所

得，应当全部上缴国库，不能予以挪用、截留，更不能予以私分。另外，没收的违法所得，是指证券投资基金的募集、交易等过程中因违法、犯罪行为产生的财产收益，而不包括被违法、犯罪行为侵占、挪用的基金财产本身。

第十五章 附 则

附则一般是对有关需要特别说明的内容、有关定义和法律生效时间等作出的规定。本章共三条，分别是基金涉外问题的特别规定、关于公司型或者合伙型基金适用本法的规定和本法生效时间的规定。

第一百五十二条

在中华人民共和国境内募集投资境外证券的基金，以及合格境外投资者在境内进行证券投资，应当经国务院证券监督管理机构批准，具体办法由国务院证券监督管理机构会同国务院有关部门规定，报国务院批准。

【本条主旨】

本条是关于基金涉外问题的特殊规定。

【本条释义】

对于在境内募集资金投资于境外证券的基金、合格境外投资者投资境内市场业务虽已试点多年，但因其涉及我国资本市场的对外开放，具有较大的特殊性，既要适用本法，又应区别其不同情况，制定有针对性的特殊规则。为此，在此次修改中规定，此两类活动应当经国务

院证券监督管理机构批准，具体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规定，报国务院批准。

一、关于在境内募集资金投资于境外证券的基金

为了规范合格境内机构投资者境外证券投资行为，保护投资人合法权益，2007年中国证监会颁布《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》（以下简称《试行办法》）和相关通知，意味着基金管理公司等可在境内募集资金投资境外证券市场，这种在人民币资本项目不可自由兑换条件下有控制地进行境外证券投资业务的制度安排，既有助于境内投资者分散投资风险，也有助于境内机构培养全球资产管理能力。

根据《试行办法》的规定，合格境内机构投资者（以下简称境内机构投资者），是指符合一定条件，经证监会批准在中华人民共和国境内募集资金，运用所募集的部分或者全部资金以资产组合方式进行境外证券投资的境内基金管理公司和证券公司等证券经营机构。基金公司申请境内机构投资者资格要求净资产不少于2亿元人民币，经营基金管理业务达2年以上，在最近一个季度末资产管理规模不少于200亿元人民币或等值外汇资产；拥有符合规定的具有境外投资管理相关经验的人员；具有健全的治理结构和完善的内控制度，经营行为规范；最近3年没有受到监管机构的重大处罚，没有重大事项正在接受司法部门、监管机构的立案调查；中国证监会根据审慎监管原则规定的其他条件。

在资金募集、投资运作等方面，取得境内机构投资者资格的基金管理公司可以根据有关法律法规通过公开发售基金份额募集基金，运用基金财产投资于境外证券市场。基金管理公司申请募集基金，应当根据有关法律法规规定提交申请材料。申请募集的基金应当根据有关

规定选择投资业绩比较基准。基金应当投资于中国证监会规定的金融产品或工具，主要投资于已与证监会签署双边监管合作谅解备忘录的国家或地区的证券市场，投资产品包括挂牌交易的股票、债券、存托凭证、房地产信托凭证、公募基金、结构性投资产品、金融衍生品等。除此之外，《试行办法》还对境内机构投资者委托境外投资顾问提供投资咨询服务、资产托管业务、信息披露、额度和资金管理、登记结算等方面作出了规定。在我国境内募集投资境外证券的基金也应遵守这些规定。此次证券投资基金法修改，并未涉及《试行办法》的效力。因此，《试行办法》依然有效。同时，国务院证券监督管理机构根据本条的规定，还可以会同国务院有关部门，结合《试行办法》和本次证券投资基金法的修改，针对境内募集投资境外证券的基金制定更为具体的办法，报国务院批准。

二、关于合格境外投资者在境内进行证券投资

合格境外机构投资者（以下简称合格投资者），是指符合一定规定，经证监会批准投资于中国证券市场，并取得中国国家外汇管理局额度批准的中国境外基金管理机构、保险公司、证券公司以及其他资产管理机构。为了规范合格境外机构投资者在中国境内证券市场的投资行为，促进中国证券市场的发展，2006年证监会颁布了《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》（以下简称《办法》）。

根据《办法》申请合格投资者资格，要求申请人的财务稳健，资信良好，达到中国证监会规定的资产规模等条件；申请人的从业人员符合所在国家或者地区的有关从业资格的要求；申请人有健全的治理结构和完善的内控制度，经营行为规范，近3年未受到监管机构的重大处罚；申请人所在国家或者地区有完善的法律和监管制度，其证券监管机构已与证监会签订监管合作谅解备忘录，并保持着有效的监管

合作关系；证监会根据审慎监管原则规定的其他条件。申请合格投资者资格，应经国务院证券监督管理机构批准，即证监会批准。为鼓励中长期投资，对于符合规定的养老基金、保险基金、共同基金、慈善基金等长期资金管理机构，予以优先考虑。合格投资者应当委托境内商业银行作为托管人托管资产，委托境内证券公司办理在境内的证券交易活动。

在投资运作方面，合格投资者在经批准的投资额度内，可以投资于中国证监会批准的人民币金融工具。合格投资者可以委托在境内设立的证券公司等投资管理机构，进行境内证券投资管理。合格投资者的境内股票投资，应当遵守证监会规定的持股比例限制和国家其他有关规定。合格投资者的境内证券投资活动，应当遵守证券交易所、证券登记结算机构的有关规定。除此之外，《办法》还对合格境外投资者在境内进行证券投资，在资产托管、登记结算、资金管理、监督管理等方面作出了规定。合格境外投资者在境内进行证券投资应当遵守这些规定。此次证券投资基金法修改，并未涉及《办法》的效力。因此，《办法》的规定依然有效。同时，国务院证券监督管理机构根据本条的规定，还可以会同国务院有关部门，结合《办法》和本次证券投资基金法的修改，针对合格境外投资者在境内进行证券投资制定更为具体的办法，报国务院批准。

第一百五十三条

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。

【本条主旨】

本条是关于公司型或者合伙型基金适用本法的规定。

【本条释义】

实践中，除了本法第二条规定的证券投资基金，还存在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，其资产由基金管理人或者普通合伙人管理，这些公司或者合伙企业，又被称为公司型或者合伙型基金。本次修改前，原证券投资基金法并未将公司型或者合伙型基金纳入调整范围。

一、关于公司型或者合伙型基金

关于公司型或者合伙型基金，严格来说，是一种学理上的分类。根据按证券投资基金的组织形式和法律地位，可以**把证券投资基金分为契约型基金与公司型基金**。

契约型基金是以投资信托契约集合投资人资金成立的基金。契约型基金并不需要设立公司组织，而是基于一定的信托契约而设立的基金，因此又被称为信托型基金。这种基金包括**三方当事人，即基金管理人、基金托管人和投资人**。三方当事人权利、义务由证券投资基金信托合同约定。基金管理人负责基金的日常管理和操作，**基金托管人接受管理人的委托，以自己的名义为基金注册、开立独立的账户，并负责基金资产的保管、处分及对基金管理人的监督**。英国的单位信托、日本和中国台湾地区的证券投资信托均为契约型基金。根据本法第二款的规定，一般认为本法规定的证券投资基金法也是这种基金。

公司型基金是指基金本身为一家公司，通过发行股票的方式筹集资金以进行分散性的证券投资，并向投资者定期派发股票和红利。这种公司通常被称为“投资公司”。公司型基金与一般的股份有限公司有很多类似之处。主要的不同是，投资公司的业务往往集中于证券投

资领域。公司型基金包括以下四个主要当事人：基金投资者、投资公司、基金管理人和基金托管人。这其中，**基金投资者因购买基金份额成为投资公司的股东；投资公司作为一个具有独立法人资格组织与基金管理人和基金托管人签订委托协议，由基金管理人运作管理基金，基金托管人保管基金资产。**实践中，还存在一种与公司型基金相类似的合伙型基金，即以进行证券投资活动为目的设立的合伙企业。

二、公司型或者合伙型基金的法律适用

在此次修改中，有的意见认为，基金与公司和合伙企业是不同的投资方式，公司应适用公司法，合伙企业应适用合伙企业法，而基金则应适用证券投资基金法。虽然目前不少从事证券投资的公司与合伙企业被称为私募基金，但本质上仍属于公司与合伙企业，都在工商登记部门作了登记，对这些公司与合伙企业及其投资行为并不必然纳入修改后的证券投资基金法适用范围。但经过多次审议、研究，认为原来的证券投资基金法未对这类公司与合伙企业作出规定，这类公司与合伙企业的证券投资行为与基金具有很大相似性，如果不纳入法律调整范围，可能产生较大的金融和社会风险，因此**最终将这类公司与合伙企业的证券投资行为纳入本法的适用范围。**需要注意的是，这类公司与合伙企业在设立、管理等方面，仍应适应公司法、合伙企业法的规定。

第一百五十四条

本法自 2013 年 6 月 1 日起施行。

【本条主旨】

本条是关于本法生效日期的规定。

【本条释义】

一、法律生效日期的问题

法律生效日期的问题，任何一部法律都会涉及。一部法律通过以后，就产生了从什么时候开始起生效、在什么地域范围内生效、对什么人有效的问题，这些问题就是法律的效力范围问题。法律效力范围包括时间效力、空间效力和对人的效力三个方面。法律的生效日期是法律的时间效力问题的规定。法律时间效力又包括法律从何时开始起生效、到何时终止生效和法律生效后有无溯及力三个问题。考虑到法律终止生效常常不在法律中明文规定，一般只论述法律从何时开始起生效和法律生效后有无溯及力这两个问题。

1、法律生效日期的确定。目前制定的法律对生效日期的规定，大体有以下几种情况：一是在法律条文中规定该法的生效日期；二是在法律条文中没有直接规定具体的生效日期，而是规定“本法自公布之日起施行”；三是规定一个法律的生效日期取决于另一个法律的制定和实施时间。

2、法律的溯及力。法律的溯及力是指法律溯及既往的效力，即法律不仅适用于其施行后所发生的事件和行为，而且适用于其施行前所发生的事件和行为。任何一部新公布的法律都存在是否具有溯及力的问题。我国法律除非有明确的条文规定，一般不发生溯及既往的效力，立法法对此有规定，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。

二、本法的生效日期的问题

1、本法的生效日期。本法的生效日期采用的是第一种立法形式，即在法律中明确规定本法的实施日期。本条明确规定本法自2013年6月1日起施行，法律的施行日期是指法律生效的日期，即本法自

2013年6月1日起产生法律效力。证券投资基金法于2003年10月28日由第十届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过，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修订，但其施行日期为2013年6月1日，其间相隔半年时间。之所以这么规定，是考虑到证券投资基金法专业性强，而且此次修改作出了诸多重大修改，新增了很多条文。为了使广大的公民能够充分了解本法的内容，以及有关机构和部门能够充分熟悉、理解、掌握本法的内容，从而保证本法能够得到有效的遵守和执行，从通过到施行需要留有一段时间供大家学习、准备。同时，在本法通过以前，有关部门和机构为监督管理证券投资基金市场，颁布了一系列的规定，这些规定都需要时间来进行清理，以废除或者修改那些与本法相抵触的规定，保证本法的顺利施行。此外，本法规定的一些措施、制度等，需要一些配套规定进行具体化，有关部门和机构也需要时间来作出具体的规定。所以，本法并不是自通过之日起生效，而是需要过一段时间才能生效。虽然由于上述各种原因，本法需要过一段时间才能生效，但生效的时间也不能离通过的时间太长。因为当前证券投资基金市场中存在的诸多问题，需要有一部更为完善的法律来进行规范。综合各方面因素，从通过到生效的时间以半年为宜，因此，本条规定本法自2013年6月1日起施行，本法生效以后有关部门应当根据本法的授权及时制定有关具体规定。

2、本法的溯及力问题。本法没有明确规定具有溯及力，依立法法，本法不具溯及力。本法对2013年6月1日以前的证券投资基金活动不予适用。在此之前已经实施完毕的证券投资基金活动仍适用修订前的法律规定。