



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2017年第2期 (总第119期)

■ ■ ■ ■ 新法评述

- 1、 私募基金外包服务新规解读
- 2、 《民法总则》简要评析



1、 私募基金外包服务新规解读(作者：王勇、丁笑)

2017年3月1日，中国证券投资基金业协会（“基金业协会”）正式发布《私募投资基金服务业务管理办法（试行）》（“《服务办法》”），自发布之日起实施，而基金业协会于2014年11月24日发布的《基金业务外包服务指引（试行）》（“《外包指引》”）则同时废止。

自基金业协会于2016年11月15日发布《服务办法》的征求意见稿以来，《服务办法》因其涉及面之广而吸引了市场的广泛关注，如今千呼万唤始出来。《服务办法》共八章，除总则和附则外，分章对私募基金服务机构的登记、基本业务规范和三大类服务业务规范以及自律管理规则作出规定。虽然《服务办法》看似主要针对的是私募基金服务机构，但实际上，其对私募市场上各类主体都有着实质性影响。

一、 私募基金服务机构

《服务办法》第二条明确规定，私募基金管理人委托私募基金服务机构（“服务机构”）为私募基金提供基金募集、投资顾问、份额登记、估值核算、信息技术系统等服务业务的，适用该办法。换言之，《服务办法》在征求意见稿的基础上加以调整（删除了资产保管服务机构），最终将服务机构分成上述五大基本类型。其中《服务办法》重点规范的是自《外包指引》起便重点关注的份额登记、估值核算和信息技术系统服务业务，基金募集业务和投资顾问业务的相关规定则由基金业协会另行制定。

除《服务办法》第四、五、六章分别规定的三类服务机构分别需要满足的业务规范外，《服务办法》对所有服务机构有若干共同的要求：

- 1) 在基金业协会完成登记并已成为基金业协会会员；
- 2) 不得将已承诺的私募基金服务业务转包或变相转包；
- 3) 在基金业协会完成登记后6个月内开展基金服务业务；
- 4) 与私募基金管理人签订包含特定内容的书面服务协议；
- 5) 与私募基金管理人、私募基金托管人、经纪商等相关方就特定内容签订操作备忘录或各方认可的其他法律文本；
- 6) 公平竞争，设定合理、清晰的费用结构和费率标准，不得以低于成本的收费标准提供服务；
- 7) 对基金财产、投资者财产、服务机构财产分账管理，确保财产安全；
- 8) 具备开展服务业务的营运能力和风险承受能力，审慎评估私募基金服务的潜在风险与利益冲突，建立严格的防火墙与业务隔离制度；
- 9) 不得担任同一私募基金的托管人和服务机构，除能将托管职能和基金服务职能恰当分离并披露给投资者的外；

- 10) 建立健全档案管理制度;
- 11) 每年聘请具有证券业务资格的会计师事务所进行审计并出具审计报告;
- 12) 按季度、年度定期向基金业协会报告, 并及时报告特定股权变更事项和其他重大事件。

《服务办法》第八、九条详细规定了服务机构在基金业协会登记的条件和需提交的材料, 对广大拟开展私募基金服务业务的机构而言, 除业务系统技术上的要求外, 尤其需要重点关注以下要求:

- 实缴资本不得低于人民币 5000 万元 (针对份额登记服务机构和信息技术系统服务机构);
- 组织架构完整, 服务业务团队专业, 有满足营业需要的固定场所和安全防范措施;
- 负责私募基金服务业务的部门负责人、独立第三方服务机构的法定代表人应当具备基金从业资格, 所有从业人员自从事私募基金服务业务起 6 个月内应具备基金从业资格, 并参加后续执业培训;
- 应评估业务是否存在利益冲突并设置相应的防火墙等制度;
- 应聘请专业的律师出具法律意见书。

根据《关于发布<私募投资基金服务业务管理办法(试行)>的通知》, 基金业协会将于 2017 年 5 月 2 日正式开放“私募基金服务业务登记系统”(系统路径为 <http://fo.amac.org.cn>), 并公布系统填报说明材料。申请登记的服务机构应按照《服务办法》和系统填报说明材料的要求在系统中填报、上传相应信息和文件, 并提交法律意见书。

在原“基金业务外包服务备案系统”中填报资料的申请机构也应按照新系统要求重新填报。已备案的服务机构应按照《服务办法》和法律意见书指引的要求对其业务合规性进行梳理, 并于 4 月 30 日之前向基金业协会指定邮箱(fo@amac.org.cn)提交合规性自查报告。

特别提示:

在《服务办法》实施之前, 从事私募基金份额登记、估值核算、信息技术系统服务但未在协会完成服务机构登记的服务机构, 应自系统开放登记之日起六个月内, 按照《服务办法》的有关要求完成登记, 期间不得新增私募基金有关服务业务。

二、 私募基金管理人

《服务办法》也对私募基金管理人在委托服务机构提供服务时应承担的义务作出了规定:

- 1) 制定相应的风险管理框架及制度, 并根据审慎经营原则制定业务委托实施计划, 确定与其经营水平相适应的委托服务范围;
- 2) 对服务机构开展尽职调查, 选择已在基金业协会完成登记并成为基金业协会会员的服务机构, 与服务机构签订书面服务协议;
- 3) 对服务机构的运营能力和服务水平进行持续关注和定期评估;
- 4) 与服务机构、私募基金托管人、经纪商等相关方就特定内容签订操作备忘录或各方认可的其

他法律文本；

- 5) 责任不因委托而免除，服务机构在开展业务的过程中给基金财产造成损失的，应由私募基金管理人先行承担赔偿责任后，按照服务协议约定与服务机构进行责任分配与损失追偿；
- 6) 向基金业协会报送私募基金募集结算资金专用账户及其监督机构信息；
- 7) 发生重大事件时向基金业协会报告。

除此之外，若私募基金管理人自行办理服务业务，则就其参与该等服务业务的环节也适用对服务机构的有关规定。

三、 私募基金托管人

- 1) 不得被委托担任同一私募基金的服务机构，除该托管人能够将其托管职能和基金服务职能进行分离，恰当的认识、管理、监控潜在的利益冲突，并披露给投资者；
- 2) 与服务机构、私募基金管理人、经纪商等相关方就特定内容签订操作备忘录或各方认可的其他法律文本；
- 3) 按照约定与基金估值核算机构核对账务，并对估值结果进行复核；
- 4) 发生重大事件时向基金业协会报告。

与私募基金管理人类似，若私募基金托管人自行办理服务业务，则就其参与该等服务业务的环节也适用对服务机构的有关规定。

四、 私募基金募集结算资金监督机构

《服务办法》第二十、二十一条在《私募投资基金募集行为管理办法》的基础上对募集结算资金的安全保障作出了进一步规定，明确了基金募集结算资金专用账户的监督机构的范围，即中国证券登记结算有限责任公司、取得基金销售业务资格的商业银行、证券公司、公募基金管理公司以及基金业协会规定的其他机构。

监督机构可以和服务机构为同一机构，但应当做好内部风险防范。

五、 私募基金相关中介

《服务办法》所涉及的服务中介主要包括会计师事务所和律师事务所。《服务办法》第十七条规定，服务机构每年应当聘请具有证券从业资格的会计师事务所对私募基金服务业务的内部控制与业务实施情况进行审计并出具审计报告。而中国律师事务所出具的法律意见书则是服务机构申请在基金业协会登记所须提交的申请材料之一。基金业协会随《服务办法》同时发布了《私募投资基金服务机构登记法律意见书指引》，作为律师事务所对服务机构开展尽职调查和出具法律意见书的指导性文件。

=====

2、《民法总则》简要评析（作者：陈汉）

作为未来中国民法典之开篇之作，《中华人民共和国民法总则》（以下简称“《民法总则》”）于2017年3月15日获十二届全国人大五次会议表决通过，自2017年10月1日起施行。这意味着中国在民法法典化道路上迈开了重要的第一步。

《民法总则》全文包括“附则”共计11章，206个条文。从结构上看，《民法总则》与过去的且未被明确废止的《民法通则》具有较大的相似性。但是从内容上看，对比《民法通则》，《民法总则》的部分内容还是值得业界关注。

限于篇幅，本文围绕《民法总则》对商业与商事主体的影响，简要评析部分条款。

一、 关于法律渊源的重要变化

第十条 处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。

本条明确了“习惯”作为法律渊源，删除了《民法通则》中将“政策”作为替补性的法律原因。“习惯”代替“政策”的进步性不仅在于降低了“政策的人为控制性导致的不确定性”，并且对解决例如彩礼这样极具地方习俗性的纠纷，具有显著的积极意义。但是尚需要得到进一步明确或者等待司法审判实践来检验的是：商业活动中的商业习惯（交易习惯）是否会被接纳为法律渊源，是值得关注的。根据《中华人民共和国合同法》第六十一条规定，“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定”，交易习惯在司法实践中已经获得了一定的认定，我们拭目以待商业习惯（交易习惯）的法律地位能否得到进一步的提升。

二、 关于意定监护的正式规定

第三十三条 具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。

本条是关于意定监护的规定，在法定监护之外赋予了当事人选择权。类似的规定此前出现在《老年人权益保障法》中。本次《民法总则》的出台，扩大了此前的适用范围。意定监护看似是家事法领域的一个条款，事实上对于企业避免“意外”损失具有防范性意义。自然人股东，如果因为重疾等原因陷入昏迷而丧失或者部分丧失民事行为能力时，如果未指定监护人，则有配偶或者其他家属作为法定监护人。但是法定监护人未必有能力妥善行使股东权利。因此，如果自然人股东事先指定其信任的、有专业能力的人士担任监护人并明确其监护的职权，那么万一发生小概率事件而丧失或者部分丧失民事行为能力时，其指定的监护人可以行使相关权利。这对保护企业利益，避免家庭内部纷争影响企业发展，具有较大意义。

三、 关于职务代理的规定

第一百七十条 执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者

非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。

法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。

相对于《民法通则》，此项关于职务代理的规定属于新增加的条款。从立法的意图来看，特别是本条第二款的规定，显然是为了保护交易对方，特别是善意相对人。这对于企业来说，是加重了被员工或者高管“无权代表”的风险，因此需要采取相应的措辞降低此类风险。

四、 关于委托代理终止的规定

第一百七十四条 被代理人死亡后，有下列情形之一的，委托代理人实施的代理行为有效：……

(三) 授权中明确代理权在代理事务完成时终止。

类似规定此前在效力层级更低的司法解释中有所规定，此次立法明确上升为民事立法，在效力层级与内容的稳定性方面，都具有积极意义。在复杂的商业结构安排中，例如 VIE 结构，往往需要将股东的权利全部或者部分委托给指定的人行使。此类委托代理中最大的风险是委托人去世之后其继承人是否认可此类委托的继续。此项规定对授权委托中委托的效力期限可以超越委托人的生命周期提供了明确的法律依据。

五、 关于诉讼时效的规定

第一百八十八条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

关于诉讼时效的规定，是本次立法中最无争议的变化之一。将从前的时效从二年延长到三年，并且在第一百九十七条明确规定了当事人对诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由的约定属于无效。

六、 其他

《民法总则》中还有一些神秘的条款。之所以称之为神秘，在于其最终在司法实践中适用的宽严度及影响还有待于进一步的考察与评估。例如第一百一十一条关于自然人的个人信息受法律保护的规定，是否会对相关行业、企业产生影响，属于待观察的条款。在过去对个人信息的保护，主要通过刑事方面的立法，即惩罚的是“出售、非法提供公民个人信息”的行为，鲜有面对个人的索赔案件。

《民法总则》明确了个人信息的个人权益性质，因此从诉讼的角度看，很有可能会有针对在商事交互活动中获得自然人个人信息后不当使用、未履行明确告知义务等而被告的诉讼出现。

《民法总则》是对过去立法与司法审判实践的总结，同时也是与时俱进对新的社会需求的回应，同时也不能忽略这是一个国家的国际地位与国际姿态的体现这一宏观背景。《民法总则》是民法法典化的开始，根据立法规划，未来三年将有更为具体的分则部分的出现。从民商合一的大思路看，未来三年将经历一个立法微调的时期，无论是研究者还是实务者、民商事主体，都建议予以持续关注，并充分准备，利用公开征集意见等机会，表达合理诉求。

■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街 1 号东方广场办
公楼 C1 座 9 层

邮编：100738

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路 1266 号
恒隆广场 5709 室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区中心四路 1-1
号嘉里建设广场第三座 21 层 03 室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏悫道 10 号和记大厦
20 楼 2001-02 室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com