



源泰律師事務所
YUAN TAI LAW OFFICES

中国基金业的专业法律顾问

源泰基金简报

2007年4月（总第21期）

【法规聚焦】

- 一、《中华人民共和国物权法》
- 二、《期货交易管理条例》
- 三、《关于完善证券投资基金交易席位制度有关问题的通知》
- 四、《证券投资基金销售业务信息管理平台管理规定》
- 五、《律师事务所从事证券法律业务管理办法》

【基金实务】

- 一、基金份额质押的有关问题
- 三、基金份额持有人赎回资金划入银行账户问题
- 四、产品推介类短信是否为基金宣传推荐材料
- 五、关于基金合同申购费率修改为采用外扣法的程序
- 六、合同专用章的使用问题

【业务动态】

【法规聚焦】

一、《中华人民共和国物权法》

《中华人民共和国物权法》（以下简称“《物权法》”），历经13年酝酿，8次审议，经第十届全国人民代表大会第五次会议审议通过，将自2007年10月1日施行。《物权法》适用于“因物的归属和利用而产生的民事关系”。该法分五编十九章，分别就总则、所有权、用益物权、担保物权、占有等问题作出了详细规定。

《物权法》对“物”和“物权”的范围进行了明确界定。根据《物权法》，物的范围不仅仅限于不动产和动产，还包括法律规定可以作为物权客体的权利。而物权则包括所有权、用益物权和担保物权。

在所有权方面,《物权法》对国家所有权、集体所有权以及私人所有权分别进行了明确界定,有利于国家、集体和私人物权的平等保护;对业主的建筑物区分所有权以及建筑区域内道路、车位、车库等的归属亦进行了详细规定。

在用益物权方面,《物权法》对土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权分章进行规定。在土地使用权方面,对住宅用地和非住宅用地区分对待,规定住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期。

在担保物权方面,《物权法》分别就抵押、质押、留置进行了详细规定,将质权分为动产质权和权利质权分别加以规定,并明确规定了基金份额可以出质。

《物权法》是我国民事领域第一部就“物的归属和利用”进行系统规定的成文法典,必将对我国物权领域的规范产生积极作用。

二、《期货交易管理条例》

国务院常务会议已审议通过《期货交易管理条例》(以下简称“《条例》”),该《条例》自2007年4月15日施行,原《期货交易管理暂行条例》同时废止。

在期货交易的类型方面,《条例》规定,商品和金融期货合约、期权合约交易均应遵守《条例》。对于“期货合约”,《条例》也进行了明确定义,并分为商品期货合约和金融期货合约,而金融期货合约的标的物包括有价证券、利率、汇率等金融产品及其相关指数产品。金融期货合约交易和期权合约交易新交易类型等大大丰富了期货交易的形式。

《条例》对期货交易所的职责、风险管理制度、相关人员的任职条件,期货公司的设立条件、业务范围,以及期货交易基本规则、期货业协会、监督管理、法律责任作了明确规定。

《条例》在完善期货市场监管体制、加强和完善对其他市场主体的监管、国有企业参与期货交易等方面作出了具体规定,对完善我国资本市场具有重要意义。

三、《关于完善证券投资基金交易席位制度有关问题的通知》

中国证监会发布的《关于完善证券投资基金交易席位制度有关问题的通知》(以下简称“《通知》”)于2007年4月1日正式施行,中国证监会《关于加强证券投资基金监管有关问题的通知》(证监基字[1998]29号,以下简称“原《通知》”)第一条第二款有关基金席位交易的规定同时废止。

与原《通知》相比,《通知》从以下几个方面对证券投资基金交易席位制度进行了规定和完善:

- 1、专用交易席位出租方:《通知》规定,基金管理公司应选择财务状况良好,经营行为规范,研究实力较强的证券公司,向其租用专用交易席位。而原《通知》规定的专用交易席位出租方的范围是证券经营机构。在我国证券市场起步之初,证券经营机构包括证券公司和信托投资公司。随着资本市场的发展和法律法规的完善,信托投资公司的证券业务已停止。根据《证券法》的规定,只有证券公司作为交易所的会员,具有专用交易席位,因此,《通知》对专用交易席位出租方的范围作出了更加准确的规定。

- 2、席位选择的限制条件：《通知》规定，不同基金可以共同使用一个交易席位；一家基金管理公司通过一家证券公司的交易席位买卖证券的年交易佣金，不得超过其当年所有基金买卖证券交易佣金的 30%；新成立的基金管理公司，自管理的首只基金成立后第二年起执行。而原《通知》规定，每只基金通过一个证券经营机构买卖证券的年成交量，不得超过该基金买卖证券年成交量的 30%。这就导致单只基金至少要与四家证券公司签订席位租用协议才可以满足原《通知》的要求，势必增加了基金公司选择席位的工作量和时间成本。《通知》以一家基金管理公司管理的所有基金而非单只基金通过一家证券公司交易席位买卖证券的年交易佣金占所有证券交易佣金的比例设置限制条件，有利于合理租用交易席位，降低交易成本，更具有操作性。
- 3、信息披露的内容及文件：原《通知》规定，所选证券经营机构的有关情况、基金通过该证券经营机构买卖证券的成交量、支付的佣金等，要向中国证监会报告，并在基金中期报告和年度报告中予以披露。《通知》规定，基金管理公司应继续按法规的规定在基金信息披露文件中披露选择证券公司的标准和程序、基金通过交易席位进行证券交易等信息；对租用证券公司交易席位进行基金的证券投资时违反限制条件中关于 30%的规定的，应在基金年度报告的管理人报告中进行披露和说明；基金管理公司应于每个年度结束后 30 个工作日内向中国证监会报送上年度基金通过证券公司买卖证券的有关情况。

《通知》还要求基金管理公司和基金托管银行就证券交易所的交易席位制度调整之后双方的具体职责签订协议，并对基金管理公司以及基金托管银行的相关义务进行了规定。

此外，基金公司还需要经与证券公司协商，根据《通知》的规定对此前签订的席位租用协议中的有关内容如交易量的约定、根据销售基金份额保有量的数额进行分仓的约定等内容进行相应的修改。

四、《证券投资基金销售业务信息管理平台管理规定》

为明确证券投资基金销售业务信息管理的各项技术标准，严格对基金销售机构的市场准入和日常行为监管，中国证监会于 2007 年 3 月 15 日发布了《证券投资基金销售业务信息管理平台管理规定》（以下简称“《管理规定》”），并自发布之日起开始实施。

《管理规定》主要明确了证券投资基金销售业务信息管理的各项技术标准和基金销售机构的市场准入和日常行为监管。同时，为了保证基金销售过程中投资人的资金安全，《管理规定》还设计了一个三层体系的监控架构：前台业务系统、后台管理系统以及应用系统的支持系统。

另外，针对目前基金首发和持续营销中一线销售人员随意给予费率折扣，导致不公平对待基金投资人的问题，《管理规定》规定前台业务系统不能具有修改销售费率的功能，同时又规定了后台管理系统应具有监控基金销售费率合规性的功能。

五、《律师事务所从事证券法律业务管理办法》

为了加强对律师事务所从事证券法律业务活动的监督管理，规范律师在证券发行、上市和交易等活动中的执业行为，中国证监会审议通过并颁布了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》（以下简称“《管理办法》”），自 2007 年 5 月 1 日施行，《中国证券监督管理委员会关于加强律师事务所从事证券法律业务管理的通知》（证监法字[1998]1 号）同时废止。

《管理办法》明确规定律师事务所从事证券法律业务的范围，与基金公司有关的法律服务包括证券投资基金管理公司及其分支机构的设立、变更、解散、终止，证券投资基金的募集以及中国证监会规定的其他事项。为保证律师事务所的法律服务质量，《管理办法》鼓励具有一定风险控制条件、人员条件、执业经验的律师事务所从事证券法律业务。律师事务所若要从事证券法律业务，应尽量符合《管理办法》的要求。

此外，《管理办法》还对律师事务所从事证券法律业务的行为规范、业务准则、出具的法律意见书的相关要求、监督管理等做了更加严格的要求，并对律师事务所违反相关规定所依法应当承担的法律责任进行了明确的规定。

【基金实务】

一、基金份额质押的有关问题

2007年3月16日，第十届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国物权法》（以下简称“《物权法》”），该法第二百二十三条首次明确规定了基金份额可以质押。根据该条规定，债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：……（四）可以转让的基金份额、股权。该法第二百二十六条具体规定了质押的具体方式，规定“以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。”

由于《物权法》对基金份额质押作了明确规定，加之投资者对于基金份额质押的现实需要，我们认为有必要对基金份额质押的有关问题加以认真研究，现对有关问题探讨如下：

1、基金份额质押的性质

基金份额的质押是指基金份额持有人将其持有的基金份额作为债的担保质押给债权人。基金份额持有人的权利包括财产性的权利，即基金份额持有人获得基金收益的权利、在基金赎回时获得赎回款的权利和在基金合同终止时获得基金剩余资产的权利；还包括身份权，即参加基金份额持有人大会并进行表决的权利、查阅或者复制公开披露的基金信息资料的权利、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提起诉讼的权利等。基金份额质押的法律效力只及于基金份额的财产权利，基金份额的身份性权利仍由基金份额持有人享有并行使。

2、对《物权法》第二百二十三条规定的“可以转让的基金份额”的界定

《物权法》规定，“可以转让的基金份额”可以出质。根据《证券投资基金法》第5条规定，封闭式基金基金份额可以在依法设立的证券交易场所交易；开放式基金可以在基金合同约定的时间和场所申购或者赎回的基金。很显然，封闭式基金属于“可转让的基金份额”范畴，但对于开放式基金，法律只规定了其可以申购或赎回，并未涉及其转让问题。从学理上分析，只要不属于“不可转让”的权利，我们都可认定为是“可转让”的。通常“不可转让”的情形包括三种：法律上禁止转让的，合同约定不可转让的，权利本身的性质决定不可转让的。目前为止，没有任何立法明确规定开放式基金是不可转让的。因此，开放式基金基金份额属于可以转让的基金份额，只是需要通过申购和赎回方式进行转让。实践中，基金合同中多有规定，对于法律法规允许基金管理

人办理除认购、申购和赎回外的其他基金业务，按基金管理人届时制定相应业务规则执行。其中的其他业务可以包括法律允许的基金份额的质押业务。

我们认为，所谓可以转让的基金份额是指基金份额持有人对基金份额的处分权利未受限制。权利受限制的情形包括因被有权机关采取强制措施如被查封、冻结，致使基金份额持有人对基金份额的处分权利受到限制的情形。

3、《物权法》第二百二十六条规定的“证券登记结算机构”的界定

根据《物权法》，基金份额出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时成立。与目前上市公司发行的股票统一登记在中国证券登记结算有限责任公司不同，目前基金管理公司管理的基金登记注册方式有中国证券登记结算有限责任公司系统（中登 TA）和基金管理公司开发的注册登记系统（自 TA）两种模式，对于使用自 TA 的公司，负责基金注册登记的基金管理公司，也应当属于本条规定的证券登记结算机构。因此，我们认为，对于该条中“证券登记结算机构”的范围应作扩大解释，而不仅限于中国证券登记结算有限责任公司。

4、基金份额质押对基金份额持有人（出质人）的法律效力

基金份额质押后，基金份额持有人享有的权利应当受到一定的限制。虽然基金份额仍归基金份额持有人所有，但其作为债权的担保，是有负担的权利，如果随意转让可能会损害质权人即债权人的利益，不利于债权的实现。因此，基金份额持有人质押其基金份额后，未经质权人的同意不能转让其基金份额。

5、基金份额质押对质权人的法律效力

基金份额质押生效后，基金份额的质权人即享有如下权利：

- （1）收取基金收益的权利。基金收益属于基金份额的法定孳息，我国《担保法》第 68 条第一款规定：“质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有规定的，按照约定。”基金合同一般规定，基金份额冻结时，基金份额产生的收益无论是现金分红还是红利再投资均一并冻结；在投资者选择现金分红时，为了避免投资者将获得的现金分红转移，基金注册登记机构一般暂时把这部分资金存在基金登记注册机构的清算账户中不作分配。我们认为，基金份额的质押应当采用冻结的方式，质押基金份额产生的收益也应一并冻结。当质权人实现其质权时，如果不足以清偿债务，质押份额产生的收益也应应用于清偿债务。
- （2）取得基金份额物上代位权的权利。在基金份额质押期内，基金合同可能因基金合同期限届满未延期或者持有人大会决定而终止，但并不影响在这部分基金份额质权的实现。《担保法》第 73 条规定：“质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产的代位物”。因此，当基金合同终止时，对基金份额质押权同时终止，此时质押权及于基金份额的代位物上，代位物通常是按照该部分基金份额分配的基金剩余财产，一般是现金。
- （3）优先受偿权。质押期限届满后，出质人未清偿债务，质权人可以要求基金份额持有人赎回该基金份额，并就赎回资金优先受偿。

6、质权人所面临的风险

质权人面临着质押的基金份额受益权不足以满足债权的风险。由于法律规定基金管理公司不得对基金作保证最低收益或保证投资本金不受损失的承诺（保本基金除外），而基金净值与股票和债

券市值的相关性非常大，每天都处于变动中，因此，这就存在当基金份额持有人不履行其债务而质权人以基金份额受益权变价以实现债权时，赎回资金不足以清偿债务的风险。

针对这一问题，如质权人属于银行类的贷款机构，为控制贷款风险，可以借鉴中国人民银行、中国银监会、中国证监会于 2004 年 11 月 5 日联合发布的《关于印发〈证券公司股票质押贷款管理办法〉的通知》的相关规定。该《办法》规定，用于质押贷款的股票应业绩优良、流通股本规模适度、流动性较好；股票质押率由贷款人依据被质押的股票质量及借款人的财务和资信状况与借款人商定，但股票质押率最高不能超过 60%；股票质押期限最长为 1 年，且不得展期。

质权人可以与基金份额持有人（出质人）协商一定的质押率以确定所需质押的基金份额，从而最大限度地化解基金份额用于质押的风险。同时，如需确保零风险，质权人可以设定止损点，当被质押的基金份额净值及存款账户资金接近还本数值时，质权人可通知基金份额持有人再存入一定量的现金或追加购买一定数量的基金份额以重新达到约定的质押率，否则有权强行“平仓”。

三、基金份额持有人赎回资金划入银行账户问题

在基金募集时的基金发售公告中一般对投资人应当开立的账户作了规定，投资人应当提供指定银行账户。指定银行账户是指投资者开户时预留的作为赎回、分红、以及认购/申购无效资金退款的结算汇入账户，银行账户名称必须同投资者基金账户的户名一致。基金公司的开放式基金业务规则一般也作了相应规定。

但是，由于法律法规并未明确规定申购资金必须从投资人账户中划出、赎回资金必须划入投资人账户，实践中存在个别公司使用其关联公司基金账户投资基金，申购资金账户、赎回资金账户并非基金投资人的账户的现象。也有个别公司由于名称公司名称变更未及时通知基金公司更新信息，给销售机构的审查造成一定影响。

《证券投资基金销售业务信息管理平台管理规定》第八条规定，应当禁止赎回资金划入非基金投资人的银行账户；基金投资人在提交赎回申请后至赎回款项到账前更改银行账户的，系统应当视为异常交易并作记录。因此，在基金销售过程中，销售机构应当对投资人的主体资格、银行账户情况进行认真审核。

四、产品推介类短信是否为基金宣传推荐材料

目前，短信服务已经成为基金管理公司客户服务的一项重要内容。基金投资人在基金管理公司开户并预留手机号码，或者其后通过电话、邮件或其他方式添加了手机号码，就可以成为基金公司的客户，享受短信服务。纵观各基金管理公司的短信服务内容，主要可分为产品推介类短信、公告类短信、开户及交易确认类短信、市场波动点评短信等等。对于产品推介类短信是否为基金宣传推介材料，相关基金法律法规以及中国证监会都没有明确予以规定。

《证券投资基金销售管理办法》（以下简称“《销售办法》”）第 17 条规定，基金宣传推介材料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、电子或其他介质的信息。根据该条的规定，基金宣传推介材料的主要构成要件为：

1、基金宣传推介材料的内容为基金产品推介信息。实践中较为难以区分的是公告类信息与产品推介类信息。以基金分红为例，根据《证券投资基金信息披露管理办法》第 23 条的规定，基金分红属于基金重大事件，基金管理人应当依法进行公告，履行信息披露义务。另一方面，针对基金投资

人的“净值恐高”现象，基金分红已成为备受基金管理公司青睐的持续营销手段，用于基金管理公司推介其旗下的基金产品。

对于该类信息，如何判断其究竟为公告类信息还是产品推介类信息？我们认为，如果信息为对事实的一般陈述，其目的为告知、通知基金投资人一项事实，则其为公告类信息；如果信息非为对事实的简单陈述，其目的在于推介基金产品，则其为产品推介类信息。当对信息性质的认定有分歧时，则应当以一般基金投资人对该信息性质的判断为标准进行认定。

2、基金宣传推介材料发布的对象是公众。对“公众”的界定，主要有两种理解。一种观点认为，公众是指不特定的对象；另一种观点认为，公众是一个具有相对性的概念，是指不特定的对象或特定的多数。我们更倾向于第二种理解，我们认为公众具有主体的相对性以及地域的相对性，对其理解应重点放在“众”上，即多数人。新《证券法》首次对公开发行进行了界定，将“向不特定对象发行”以及“向累计超过 200 人的特定对象发行”均认定为发行证券的公开方式。我们对“公众”的前述理解也正是建立在新《证券法》对“公开方式”的认定的基础上。

根据上述分析，对于基金管理公司向其客户发送的产品推介类短信是否为基金宣传推介材料，其判断的关键则在于对其发送对象的认定上，即基金管理公司的客户是否为《销售办法》第 17 条规定的“公众”。如上所述，基金管理公司的客户是指在基金管理公司开户并预留手机号码，或者其后通过电话、邮件或其他方式添加了手机号码的基金投资人。即基金管理公司的客户是特定的基金投资人，是特定的多数。按照上述对“公众”的第一种理解，产品推介类短信不属于《销售办法》规定的基金宣传推介材料；而按照上述对“公众”的第二种理解，产品推介类短信是《销售办法》规定的基金宣传推介材料，其应当事先经基金管理人的督察长检查，出具合规意见书，并与报中国证监会备案的宣传推介材料保持一致，其内容应当符合《销售办法》关于基金宣传推介材料的规定。

鉴于实践中对产品推介类短信是否属于基金宣传推介材料出现了两种不同的理解，我们希望监管部门能对此问题予以进一步的明确。

五、关于基金合同申购费率修改为采用外扣法的程序

2007 年 3 月 8 日，中国证监会发布通知，为了更好的保护基金投资人的合法权益，要求各基金公司统一规范证券投资基金认（申购）费用及认（申）购份额计算方法，计算方式统一采用外扣法计算认（申）购费用及认（申）购份额。采用外扣法计算，在费率不变的情况下，实际上是降低了认（申）购费用，对投资者更有利。

那么修改基金合同应当如何操作呢？一般基金合同均明确规定了基金合同与法律法规冲突的，以法律法规为准，或者基金合同应当根据法律法规修改基金合同。而“法律法规”的定义则包括了中国证监会通知的规范性文件，所以这次认申购费计算方式调整属于基金合同规定的在“法律法规和基金合同约定范围内对费率和收费方式的调整”。因此，基金公司可以根据通知及基金合同的规定直接对基金合同进行修改，并相应调整招募说明书中的有关内容，不需要经过基金份额持有人大会程序。根据通知及基金合同的规定，基金管理人应当做好技术调试和信息披露工作。

实践中，也有少数基金合同中未规定认购、申购费用的计算方法，仅规定：“本基金的申购费率由基金管理人决定，并在招募说明书中列示。基金申购份额具体的计算方法在招募说明书中列示。”对该类基金，建议根据中国证监会公布的《证券投资基金信息披露内容与格式准则第 6 号》<基金合同的内容与格式>的规定，应当补充认购、申购费用的计算方法。

六、合同专用章的使用问题

在某些基金管理公司召开基金份额持有人大会时，个别机构投资者的授权代表提供加盖公司合同专用章的公司营业执照复印件和授权书参加会议。基金管理公司认为上述机构提供的授权委托书并未加盖相关机构投资者的公章，授权手续存在瑕疵，因而无权代表机构投资者参加会议进行表决。就上述问题，我们认为应当关于合同专用章效力的确认问题进行分析。

根据《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《中华人民共和国公司登记管理条例》的规定，公司、企业法人成立后，凭据《营业执照》可以刻制公章（印章）、开立银行账户、签订合同，进行经营活动。但由于至今尚没有一部法律来明确规范和调整企业法人的印章，各种印章的使用以及相关法律效力等问题都有待进一步明确。

一般来说，公章在所有印章中具有最高的效力，是法人权利的象征，在现行的立法和司法实践中，审查是否盖有法人公章成为判断民事活动是否成立和生效的重要标准。除法律有特殊规定外（如发票的盖章），均可以公章代表法人意志，对外签订合同及其他法律文件。而合同专用章应在公司对外签订合同时使用，仅可以在签约的范围内代表公司，公司需承受由此导致的权利义务，在使用时合同专用章一般也可由公章代替。

由于上述机构投资者对于其代表参加基金份额持有人大会的授权行为，并非对外订立合同的行为，应以机构投资者的公章进行用印，方能表示机构投资者对其与会代表的授权意思。为保证基金份额持有人大会的顺利召开，保证参加基金份额持有人大会的主体资格证明文件符合基金合同、会议通知的要求从而顺利出席会议并进行表决，机构投资者应当依法提供加盖公司公章的授权书、营业执照复印件及授权委托书，以便查验。否则，因授权手续存在瑕疵，导致无法参加会议并行使表决权的法律后果由该投资人自行承担。

【业务动态】

本所提供封转开法律服务的博时裕元证券投资基金、国泰金鼎证券投资基金关于基金转型的基金份额持有人大会顺利召开，会议通过了有关决议，并经中国证监会核准生效。

本所提供封转开法律服务的富国汉博证券投资基金关于基金转型的基金份额持有人大会顺利召开，会议通过了有关决议。

免责声明：

本所编写《证券投资基金简报》的目的仅仅是为了帮助客户及时了解中国基金领域法律法规及实务的最新动态。本简报中的内容并非正式的法律意见。如果您需要了解详细内容或需要本所提供有关的法律服务，请通过简报所列方式与本所联系。

主编：廖海，上海源泰律师事务所主任，法学博士，金融学博士后，中国及美国纽约州执业律师

上海源泰律师事务所

地址：上海市浦东南路 256 号华夏银行大厦 1405 室 邮编：200120

电话：(8621) 5115 0298, 51150391(直线), 13917351457

传真：(8621) 5115 0398 邮箱：henryliao@yuantai.com.cn 网址：www.yuantai.com.cn