



源泰律師事務所
YUANTAI PRC ATTORNEYS

中国基金业的专业法律顾问

源泰基金简报

2009年12月（总第37期）

【法规聚焦】

- 1、《证券投资基金评价业务管理暂行办法》（证监会令第64号）
- 2、《中国证监会工作人员行为准则》（证监办发[2009]83号）
- 3、《关于修改〈证券登记结算管理办法〉的决定》（证监会令第65号）

【基金实务】

- 1、“老鼠仓”相关法律问题分析
- 2、境外个人能否参与一对多业务
- 3、慎用“末位淘汰”

【业务动态】

- 1、本所提供法律服务的富国沪深300增强证券投资基金开始募集；
- 2、本所提供法律服务的华商动态阿尔法灵活配置混合型证券投资基金的基金合同已生效。

【法规聚焦】

1、《证券投资基金评价业务管理暂行办法》（证监会令第64号）

中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）于2009年11月发布《证券投资基金评价业务管理暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”），对从事基金评价业务的原则、基金评价机构和评价人员、基金评价业务、基金评价结果的引用等方面做出了具体的规定，为规范证券投资基金的评价业务提供了指导。

根据《暂行办法》，基金评价业务活动将由中国证监会及其派出机构进行监督管理，而中国证券业协会对基金评价业务活动进行自律管理。

《暂行办法》从三个方面对基金评价的评判标准提出了建议，即在对基金进行评价时至少需要考虑：（1）基金招募说明书和基金合同约定的投资方向、投资范围、投资方法和业绩比较基准等；（2）基金的风险收益特征；（3）基金投资决策系统及交易系统的有效性和一贯性。

《暂行办法》对基金管理人的评价考虑标准则提出了五点意见，即在对基金管理人进行评价时至少应当考虑：（1）基金管理公司及其人员的合规性；（2）基金管理公司的治理结构；（3）股东、高级管理人员、基金经理的稳定性；（4）投资管理和研究能力；（5）信息披露和风险控制能力。

《暂行办法》对基金管理人、基金销售机构等引用基金评价结果做出了约束：（1）要求不得引用不具备中国证券业协会会员资格的机构提供的基金评价结果；（2）如果基金管理人决定与基金评价机构合作，则基金管理人必须按照《暂行办法》第九条（关于合格基金评价机构的判断依据）对拟合作的基金评价机构进行审慎调查，核查其内部控制是否能够保障基金评价业务的有效开展和规范运作；如果发现基金评价机构的内控规范不符合上述规定，则不得引用该等基金评价机构提供的基金评价结果；（3）基金管理人决定引用基金评价结果之前，应当事先根据《暂行办法》第十四条要求的业务规范对基金评价结果做出审查，发现有违反业务规范情形的，基金管理人应当提请基金评价机构做出调整或拒绝进行引用。

值得注意的是，《暂行办法》第十四条从九个方面明确了基金评价业务活动的禁止行为，即，禁止（1）对不同分类的基金进行合并评价；（2）对同一分类中包含基金少于10只的基金进行评级或单一指标排名；（3）对基金合同生效不足6个月的基金（货币市场基金除外）进行评奖或单一指标排名；（4）对基金（货币市场基金除外）、基金管理人评级的评级期间少于36个月；（5）对基金、基金管理人评级的更新间隔少于3个月；（6）对基金、基金管理人评奖的评奖期间少于12个月；（7）对基金、基金管理人单一指标排名（包括具有点击排序功能的网站或咨询系统数据列示）的排名期间少于3个月；（8）对基金、基金管理人单一指标排名的更新间隔少于1个月；（9）对特定客户资产管理计划进行评价。

《暂行办法》将自2010年1月1日起施行。

2、《中国证监会工作人员行为准则》（证监办发[2009]83号）

2009年11月4日，中国证监会发布了《中国证监会工作人员行为准则》（以下简称“《准则》”），该《准则》替代了中国证监会于2000年9月12日发布的《中国证监会工作人员守则》（以下简称“《守则》”）。与之前发布的《守则》相比较，此次发布的《准则》在以下几个方面进行了修改：

(1) 强调并细化了中国证监会工作人员的廉政规定：《准则》第十六条规定，“工作人员不得利用职务上的便利收受礼金和各种有价证券、支付凭证，不得违反规定收受礼品。无法退回的，应当及时上缴所在单位纪检（监察）机构”。《准则》第十七条规定，“工作人员不得接受可能影响公正执行公务的宴请及旅游、健身、娱乐等活动安排，不得接受或者无偿借用监管对象提供的交通工具、通讯工具和其他设备物品”。

(2) 明确离职回避制度：《准则》第二十五条规定，“工作人员离职后，在规定期限内应当遵守中国证监会回避规定，不得违反规定在监管对象中任职”。

目前，一些中国证监会的工作人员离职后即到券商、基金公司等监管对象担任重要职务，引发一些业界争议。针对这一现象，《准则》规定，中国证监会工作人员离职后，在规定期限内应遵守中国证监会回避规定，不得违反规定在监管对象中任职。对于回避的“规定期限”，《准则》并未明确规定，根据中国证监会负责人的表示以及《公务员法》的相关规定，原领导人员一般要3年，原普通工作人员一般要2年。

此外，《准则》还规定，工作人员不得在监管对象以及其他营利性组织兼任职务；未经批准，不得在社团等非营利性组织兼任职务，经批准担任职务的，不得领取兼职报酬。

(3) 增加相关监管规定：为督促工作人员遵守该《准则》，《准则》增加“监管”章节，规定如工作人员有违反《准则》的，知情人可以向中国证监会系统相关单位举报和投诉，中国证监会有关部门和单位将及时调查处理，并反馈处理结果。工作人员存在严重违反《准则》的行为，一经查实，将按照规定严肃处理。

该《准则》是中国证监会以正式对外发文规格公布的纪律规则，力图增加监管透明度，提高其约束力以及社会监督的力度。

3、《关于修改〈证券登记结算管理办法〉的决定》（证监会令第65号）

中国证监会于2009年11月27日正式对外发布《关于修改〈证券登记结算管理办法〉的决定》，对《证券登记结算管理办法》的第十四条和第十九条进行了修改，修改后的《证券登记结算办法》自2009年12月21日起施行。具体修改如下：

(1) 第十四条第二款第三项修改为：“证券交易所、中国金融期货交易所依法履行职责要求证券登记结算机构提供相关数据和资料。”

(2) 第十九条增加一款，作为第二款：“前款所称投资者包括中国公民、中国法人、中国合伙企业及法律、行政法规、中国证监会规章规定的其他投资者。”

证监会有关部门负责人指出，修改后的《证券登记结算办法》正式实施后，中国金融期货交易所将可以依法查询证券登记结算资料；合伙企业以及法律、行政法规、中国证监会规章规定的其他投资者申请开立证券账户将进入操作阶段。

【基金实务】

1、“老鼠仓”相关法律问题分析

(1) 老鼠仓的定义

“老鼠仓”其实并无官方定义，实践中典型的“老鼠仓”是指证券从业人员在使用公有资金拉升某只股票之前，先用个人资金在低位买入该股票，待用公有资金将股价拉升到高位后，率先卖出个人仓位进而获利的行为。

(2) 触犯的法律条款

对于基金从业人员而言，老鼠仓行为违反了如下法律法规：

1) 《证券投资基金法》第 18 条

利益冲突 —— 基金管理人的董事、监事、经理和其他从业人员，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。

2) 《投资管理人员管理指导意见》第 6 条

利益输送 —— 不得利用基金财产或利用管理基金份额之便向任何机构和个人进行利益输送，不得从事或者配合他人从事损害基金份额持有人利益的活动。

3) 《证券法》第 43 条

证券从业人员买卖股票 —— 证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。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。

(3) 可能面临的法律责任

1) 行政责任

a) 取消基金从业资格

基金管理人的从业人员违反《证券投资基金法》第 18 条规定，给基金财产或者基金份额持有人造成损害，依法承担赔偿责任；情节严重的，取消基金从业资格；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

b) 没收违法所得并罚款

法律、行政法规规定禁止参与股票交易的人员，直接或者以化名、借投资人名义持有、买卖股票的，责令依法处理非法持有的股票，没收违法所得，并处以买卖股票等值以下的罚款；属于国家工作人员的，还应当依法给予行政处分。

c) 证券市场禁入

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违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定，情节严重的，中国证监会可以根据情节严重的程度，采取证券市场禁入措施。

根据目前中国证监会已经处罚的三例基金行业老鼠仓案件，每个被处罚者均被没收违法所得并处罚款、取消基金从业资格并采取年限不等的证券市场禁入措施。在此特别指出的是，被“证券市场禁入”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。目前部分媒体将“证券市场禁入”扩大理解为被禁入者个人不得从事证券投资，我们认为这是对法律法规的误读。“证券市场禁入”重在禁止被处罚者在禁入期间在任何机构（包括原工作单位）从事证券业务，但并不禁止被处罚者个人作为公民从事证券投资的权利。然而，据我们了解，我国反洗钱监管部门已将被证券市场禁入者列入反洗钱犯罪的高风险人群而要求金融机构予以特别重视。

2) 刑事责任

条款	刑法	刑法修正案（七）
第 180 条 第 1 款	证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券交易内幕信息的人员，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尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者泄露该信息，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。	证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，或者明示、暗示他人从事上述交易活动，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。
第 180 条 第 4 款	无	证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的，依照第一款的规定处罚。

根据《刑法修正案七》的相关规定，“老鼠仓”行为符合第 180 条罪行的主体、客体、主观方面及客观方面，最严重者可能被处以十年有期徒刑，但具体罪名认定仍存在争议。根据目前中国证监会已经处罚的三例基金行业老鼠仓案件，尚无一例被移交司法机关，原因在于三例基金行业老鼠仓案件中的违法行为均发生在《刑法修正案七》颁布并生效之前。根据“法不溯及既往”的原则（即新的法律法规对其生效前的行为不发生效力），已经查证属实的三例基金行业老鼠仓案件处罚均限于行政处罚的范围。

2、 境外个人能否参与一对多业务？

尽管多家基金管理公司已经开展特定多个客户资产管理业务（以下简称“一对多业务”）；但是仍有不少基金管理公司对一对多业务中的投资者的范围（尤其对是否包括境外个人）仍存在困惑。因此我们结合现行有效的法律法规进行以下简单分析。

(1) 关于投资者和境外个人的定义

1) 投资者的定义

《基金管理公司开展特定多个客户资产管理业务有关问题的规定》（以下简称“《规定》”）将“符合条件的特定客户”定义为“委托投资单个资产管理计划初始金额不低于 100 万人民币，且能够识别、判断和承担相应投资风险的自然人、法人、依法成立的组织或中国证监会认可的其他特定客户”。

根据上述定义，我们不难发现，一对多业务中的投资者与从事普通民事活动的主体没有区别，均包括自然人、法人和其他组织，也没有进一步区分为境内投资者和境外投资者；但与普通民事主体不同的是，一对多业务的投资者还应符合资金要求（即委托投资单个资产管理计划初始金额不低于 100 万人民币）并具备识别、判断并承担相应投资风险的能力。

此外，《规定》实际上赋予了中国证监会一定的自由裁量权，即中国证监会认可的其他特定客户亦可参与一对多业务。但目前何谓“中国证监会认可的其他特定客户”尚无明确的解释。

2) 境外个人的定义

根据《个人外汇管理办法》第 37 条的规定，“境外个人”是指持护照、港澳居民内地来往通行证、台湾居民来往大陆通行证的外国公民（包括无国籍人）以及港澳台同胞。

结合《规定》关于投资者的定义看，现行有效的基金法律法规并没有明确限制境外个人参与一对多业务。

(2) 外汇政策对境外个人投资境内金融产品的管制

《个人外汇管理办法》第 23 条规定：“除国家另有规定外，境外个人不得购买境内权益类和固定收益类等金融产品。境外个人购买 B 股，应当按照国家有关规定办理。”《个人外汇管理办法实施细则》第 22 条规定：“境外个人可按相关规定投资境内 B 股；投资其他境内发行和流通的各类金融产品，应通过合格境外机构投资者办理。”

根据上述规定，我们认为，从外汇政策上看，原则上禁止境外个人投资境内金融产品（根据通常的理解，权益类金融产品包括股票、股票型基金、权证等，固定收益类金融产品包括国债、金融债、公司债、可转换债券、央票、货币市场基金、债权型基金等），但有两个例外，即境外个人可以直接购买 B 股或者通过合格境外机构投资者间接投资境内其他金融产品。

可见，除了直接购买 B 股或者通过合格境外机构投资者间接投资外，境外个人不能将其境外外汇投资包括基金在内的境内金融产品。

(3) 实践中，境外个人能否参与一对多业务？

受外汇政策的管制，境外个人不能通过购汇方式参与一对多业务。但随着经济全球化以及中国的日益开放，已经有很多境外人士在中国大陆地区就业甚至永久定居，对于这些境外个人是否应禁止参与一对多业务呢？

我们认为，对于境外个人能否参与一对多业务，应具体问题具体分析：

- 1) 以境外外汇参与一对多业务：根据现行有效的外汇有关规定，境外个人目前不能以其境外外汇申请购汇参与一对多业务；
- 2) 以人民币参与一对多业务：由于现行有效的基金法律法规并无明文限制境外个人参与一对多业务，因此拥有合法人民币收入的境外个人能否参与一对多业务，取决于基金管理公司在资产管理合同中所界定的投资者的定义或范围。如果资产管理合同中投资者的定义或范围没有明确排除境外个人，那么我们理解，允许持有合法人民币收入的境外个人参与一对多业务更为合理。

综上，尽管现行有效的基金法律法规对境外个人能否参与一对多业务没有明确规定，但我们比较倾向性认为，在资产管理合同没有限制的情况下，境外个人可以其境内合法人民币收入参与一对多业务，但基金管理公司对境外个人的人民币收入应尽合理审查义务，例如，要求境外个人作出书面承诺，承诺其认购或参与一对多业务之资金来源于其在境内的合法人民币收入，并要求境外个人提供其在中国境内的工作单位所出具的相关工作证明等。

3、慎用“末位淘汰”

末位淘汰制是实践中用人单位常采取的一种管理手段，即用人单位根据本单位的总体规划和具体目标，结合各个岗位的实际工作情况，设定一定的考核指标体系，以此指标体系为标准，对一段时间内员工的工作绩效进行考核，根据考核的结果对绩效靠后的员工进行淘汰、辞退，而不管这些员工的绩效水平是否高于绩效考核标准线的一种绩效管理制度。

(1) 末位淘汰制的合法性分析

该等“末位”即遭“淘汰”的制度，使“末位”等同于“解除劳动合同”或“调岗”。

1) 末位淘汰制与解除劳动合同

我国《劳动法》和《劳动合同法》对用人单位解除劳动合同的权利有严格定义。例如《劳动法》和《劳动合同法》均规定了用人单位法定解除的情形，以及用人单位不得解除的情形。用人单位在不具备法定解除的情形时和具备不得解除的情形时，均无权单方提前终止劳动合同。

因此，末位淘汰制的实行也必须遵守《劳动法》和《劳动合同法》等相关规定，也就是说，如果不符合法定的劳动合同解除规则，即使员工被评为绩效末位，用人单位也不得以此为理由解除劳动合同，否则就侵犯了劳动者的合法权利。

2) 末位淘汰制与调岗

“末位”不是员工违纪，充其量与“不胜任工作”相近，但两者也不必然能划等号。换句话说，即使员工不胜任工作，企业应先对员工进行调岗或培训的，不能直接解除劳动合同，所以，单以“末位”为由解除劳动合同于法无据，实践中有案例表明，即使企业以“末位”为由让员工待岗也是不被劳动仲裁委员会或人民法院所支持的。员工经调整工作岗位或培训，仍不能胜任工作的，用人单位可以依据《劳动法》和《劳动合同法》有关规定行使解除权。

值得注意的是，末位淘汰制作为一种绩效管理方式，具有在企业内部引入竞争机制，提高企业劳动生产率的作用，因此用人单位把“末位淘汰”作为一种内部激励机制，规定对考核业绩排在末位的员工不予提高薪酬水平或不续签劳动合同等，则并不违反法律法规的强制性规定。

(2) 应用末位淘汰制时的注意事项

如果企业已在实行“末位淘汰”制度，我们建议企业从以下四方面进行完善：

- 1) 在评估标准上，将序列标准与业绩标准相结合。对业绩排名末位且无法完成工作任务的员工才能认定为不胜任工作，对于业绩末位但业绩已完成目标的员工则不宜惩处；
- 2) 将岗位分类，在合适岗位实行。“末位淘汰”较适宜量化考核业绩的岗位，如客服人员、销售人员等。对业绩无法量化考核的岗位，不宜实行末位淘汰制；
- 3) 不直接淘汰末位员工。即使上述 2 条的标准均已达到，对末位员工也不宜直接解除劳动合同，可以予以调岗或培训；
- 4) 完善劳动合同和规章制度。实施末位淘汰制的企业，可以在劳动合同中对该制度的实施进行约定，在工作内容、岗位要求、劳动报酬等问题上，结合末位淘汰制度进行约定。在实施制度前应与员工进行沟通，并要求员工签字确认。

免责声明：

本所编写《源泰基金简报》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, 5115 0391 (直线), 13917351457

传真：(8621) 5115 0398

邮箱：henryliao@yuantai.com.cn

网址：www.yuantai.com.cn