



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

2010年2月（总第39期）

【法规聚焦】

- 1、 证券投资基金评价业务自律管理规则（试行）
- 2、 证券投资基金销售人员从业资质管理规则

【基金实务】

- 1、 基金管理公司是否应按照法院调查令的要求提供基金份额持有人的基金财产信息？

【法规聚焦】

1、 证券投资基金评价业务自律管理规则（试行）

中国证券业协会（以下简称“协会”）于今年1月11日公布了《关于发布〈证券投资基金评价业务自律管理规则（试行）〉的通知》（以下简称《通知》），并自当日开始实施。

（1）基金评价业务

根据《证券投资基金评价业务自律管理规则（试行）》（以下简称“《规则》”）的规定，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。

值得注意的是，基金管理公司和基金销售机构根据基金销售适用性原则对基金产品进行风险等级分类或聘请第三方对基金产品进行风险等级分类的，不属于《规则》规范的基金评价业务。

（2）引用境内评价机构的评价结果

基金评价结果是指基金评价机构开展基金评价业务所形成的信息资料，包括基金或基金管理人的评级信息、基金排名、基金或基金管理人获奖信息等。

第一，公开引用具有协会会员所发布的基金评价结果

《规则》要求基金管理公司、基金销售机构及中国证监会指定信息披露媒体应当引用协会公告的具备协会会员资格基金评价机构公开发布的基金评价结果，并注明所引用评价结果的基金评价机构。

须注意的是，（i）基金管理公司、基金销售机构在宣传推介材料中公开引用基金评价结果的，由于构成基金宣传推介材料制作还应遵循中国证监会关于基金宣传推介材料制作的相关规定；（ii）基金管理公司主动聘请基金评价机构利用非公开信息对本公司或基金产品进行综合评价或评级的，由此得出的评价或评级结果，《规则》规定“不得在境内（包括公司网站）公开引用”。

第二，撤换已经公开引用的非协会会员所发布的基金评价结果

《通知》要求基金管理公司、基金代销机构在第一批具备协会会员资格的基金评价机构名单公布后一个月以内撤换公司网站已经公开引用的非协会会员所发布的基金评价结果，停止印发含有非协会会员发布的基金评价结果的宣传材料。

第三，停止公开引用基金评价结果的情形

如果基金评价机构被取消协会会员资格或被停止基金评价业务的，基金管理公司、基金销售机构及中国证监会指定信息披露媒体应当停止公开引用其评价结果。

（3）在境外引用境外基金评价机构的基金评价结果

对于不具备协会会员资格的境外基金评价机构对基金或基金管理公司进行评价或评级的结果，基金管理公司不得在境内（包括公司网站）公开引用。在境外公开引用时，应遵从当地法律的要求。

（4）对公开引用基金评价结果的监督

基金管理公司、基金销售机构及中国证监会指定信息披露媒体决定与基金评价机构合作并公开引用其基金评价结果的，可以向协会查询基金评价机构的诚信档案。同时，上述主体在与基金评价机构合作并公开引用其基金评价结果的过程中，也负有监督的职责，若发现基金评价机构或其基金评价活动违反《暂行办法》和《规则》的，应当及时向协会报告。

协会有权监督基金管理公司、基金销售机构对《暂行办法》或《规则》的执行情况，协会可采取书面或口头形式进行谈话提醒或质询，要求改正，对拒不改正或情节严重的，可给予警告、行业内通报批评、通过媒体公开谴责、暂停部分会员权利、将其从具备协会会员资格的基金评价机构名单中予以删除、取消会员资格等纪律处分，记入诚信档案并报告中国证监会等手段。

如果基金管理公司、基金销售机构在境内公开引用不具备协会会员资格基金评价机构发布的基金评价结果，或不注明引用评价结果的基金评价机构的，协会可按照上段规定，给予纪律处分。如果对检查结果或纪律处分有异议的，可以向协会进行申诉。

2、 证券投资基金销售人员从业资质管理规则（2010.01.11）

中国证券业协会（以下简称“协会”）制定了《中国证券业协会证券投资基金销售人员从业资质管理规则》（以下简称“《管理规则》”）。对各基金销售机构而言，须在今后的运作中遵守《管理规则》。值得注意的是，基金管理公司应当在《管理规则》施行半年内达到相关要求。

（1）基金销售人员

根据《管理规则》，基金销售人员包括：（i）基金销售机构总部及主要分支机构负责基金销售业务的部门中从事基金销售业务管理的人员，包括部门基金业务负责人；（ii）基金销售机构从事基金宣传推介活动、基金理财业务咨询等活动的人员。

（2）基金销售人员从业资质的取得

基金销售人员应按照《管理规则》的要求取得从业资质证明，基金销售人员从业资质可以通过以下方式获取：

（i）通过证券业从业人员资格考试中的“证券市场基础知识”和“证券投资基金”两科考试，由所在机构统一进行注册申请，符合条件的可获得中国证券业执业证书。

（ii）通过基金销售人员从业考试即“证券投资基金销售基础知识”一科的，可直接获得基金销售人员从业考试成绩合格证。

《管理规则》同时根据不同销售主体的销售人员资质做出了不同的要求：

(i) 基金管理公司的全部基金销售人员应通过证券业从业人员资格考试中的“证券市场基础知识”和“证券投资基金”两科考试，由所在机构统一进行注册申请，并取得中国证券业执业证书。

(ii) 证券公司总部及营业网点、商业银行总行及其一级分行、专业基金销售机构和证券投资咨询总部及营业网点从事基金销售业务管理的人员应通过证券业从业人员资格考试中的“证券市场基础知识”和“证券投资基金”两科考试，由所在机构统一进行注册申请，并取得中国证券业执业证书。

(iii) 证券公司总部及营业网点、商业银行总行、各级分行及营业网点、专业基金销售机构和证券投资咨询机构总部及营业网点从事基金宣传推介、基金理财业务咨询等活动的人员应取得基金销售人员从业考试成绩合格证。对于该等基金销售人员，如其在《管理规则》实施前，已经通过证券业从业人员资格考试中的“证券投资基金”科目考试取得的考试成绩合格证，可以作为其从业资质证明。上述人员如果已取得中国证券业执业证书的，可以豁免基金销售人员从业考试。

(3) 基金销售人员行为要求

《管理规定》要求基金销售人员在开展基金宣传推介、基金理财业务咨询等活动时应通过适当的方式向基金投资人出示从业资质证明。

(4) 基金销售人员的后续培训

对于，基金销售机构而言，其应遵照《证券业从业人员资格管理办法》、《证券业从业人员资格管理实施细则》和本规则的要求，统一为通过证券业从业人员资格考试的基金销售人员办理执业注册、后续培训和执业年检。

对于取得基金销售人员从业考试成绩合格证的人员，基金销售机构可参照协会证券从业人员后续职业培训大纲的要求，组织与基金销售相关的职业培训。取得基金销售人员从业考试成绩合格证的人员可以参加所在机构组织的培训，也可以参加协会远程系统的培训或所在辖区地方证券业协会组织的培训。

(5) 基金销售人员的管理

根据《管理规定》，基金销售机构对基金销售人员的销售行为、流动情况、获取从业资质和业务培训等进行日常管理，建立健全基金销售人员管理档案，登记基金销售人员的基本资料和培训情况等。并应通过网站或其他方式向社会公示本机构所属的取得基金销售从业资质的人员信息，公示的内容包括但不限于姓名、从业资质证明及编号、所在营业网点等信息。

基金销售机构应在 2010 年 6 月底以前在本公司网站建立公示专栏，按照规定的格式将全部基金销售网点及基金销售人员资质情况在公司网站上披露，同时将公示网址和本公司基金销售人员资质情况报送协会。今后，基金销售机构应每年对销售人员资质情况进行更新，并将更新内容报送协会。

(6) 协会的监督职责

协会将对各基金销售机构基金销售人员的持证上岗情况以及执业行为等进行监督检查。对于违反本规则及协会其他自律规则的，协会将进行调查并视情节轻重对基金销售机构和基金销售人员予

以纪律处分，相关惩罚记录记入基金销售人员和所在机构的诚信数据库。不予纠正或情节严重的，报告中国证监会。

【基金实务】

1、基金管理公司是否应按照法院调查令的要求提供基金份额持有人的基金财产信息？

自从部分地方法院推行调查令之后，有律师持有法院调查令前往基金管理公司调查取证，要求基金管理公司披露某基金份额持有人的基金财产信息。基金管理公司是否有配合义务，在实践中仍存在困惑。以下主要结合上海法院有关调查令的司法解释对此问题进行初探。

1、法院调查令的含义与适用

(1) 调查令的含义

调查令在《民事诉讼法》中没有规定，而是散见于各地法院的司法解释中。例如，《上海法院调查令实施规则》（以下简称“《实施规则》”）第2条第1款规定，调查令是指当事人在民事诉讼中因客观原因无法取得自己需要的证据，经申请并获人民法院批准，由法院签发给当事人的诉讼代理律师向有关单位和个人收集所需证据的法律文件。

(2) 调查令的适用

根据《实施规则》并结合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》），可概括其范围如下：

- (i) 申请主体：申请人仅限案件当事人及其诉讼代理人，包括原告、被告及其诉讼代理人。
- (ii) 持令调查主体：持令调查主体只能是案件当事人的代理律师。
- (iii) 申请时间：申请应在启动诉讼程序之后（即立案后）举证期限届满之前或执行程序中提出。
- (iv) 申请方式：申请必须采用书面形式，并要写明申请理由及申请调查的内容。
- (v) 被调查人：《实施规则》规定，接受调查的有单位和个人；但《上海市高级人民法院关于在执行程序中使用调查令的若干规定（试行）》（以下简称“若干规定”）则仅限于单位，包括机关、团体和企事业单位。
- (vi) 申请调查的证据范围：《实施规则》第六条规定，属下列情况的，不予签发调查令：（一）涉及国家机密的；（二）涉及个人隐私的；（三）不宜由诉讼代理律师凭调查令自行调查收集的证据；（四）其他原因不公开的证据。又根据《上海市高级人民法院关于在执行程序中使用调查令的若干规定（试行）》第三条规定，有下列情形之一的，不得使用调查令收集相关的证据：（一）涉及国家机密的；（二）涉及商业秘密的；（三）与执行案件无关的；（四）其他不宜持令调查的。

（3）调查令与律师取证

新修订的《律师法》第 35 条第 2 款规定，律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况，即律师向相关人调查取证时无需征得该相关人的同意。但《律师法》赋予律师调查取证权时，却没有赋予律师调查取证实施上的保障，未规定无正当理由拒绝或者妨碍他们调查取证的单位或个人应当承担什么样的责任，因此，律师自行调查取证往往遭遇拒绝，导致律师调查取证权在实践中形同虚设。

在律师自行调查取证遭受困难，而法院在调查取证缺乏人力的前提下，民事诉讼中的调查令应运而生。在探索解决取证难方面，上海法院于 1998 年率先正式试行调查令制度，随后，各地一些法院陆续进行了试点和推行。

2、法院调查令的合法性分析

有观点认为：调查令所蕴含的调查证据权实为人民法院依职权调查取证权的延伸。理由是《实施规则》第 1 条明确规定，调查令的法律依据是《民事诉讼法》的第 64 条第 1 款“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”和第 65 条第 1 款规定“人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝”。在当事人承担举证责任时，考虑到当事人举证能力的不足，人民法院将其调查取证权部分授权给当事人及其律师，使调查令带有公权的性质，从而具有一定的强制性。

我们认为，首先，我国宪法规定人民法院依照法律规定独立行使审判权，民事诉讼法、人民法院组织法中并没有授权法院将依职权调查权授予他人行使的规定，法院以签发调查令的方式使律师调查具有“国家公权力特征”缺乏立法依据。第二，公权力的调查与私权利的调查分属不同主体，当事人的调查权是私权利，律师的调查权基于当事人的委托而发生，也仅仅代表一方当事人的利益，因此律师的调查权依然是私权利。法官依据《民事诉讼法》第 64 条、第 65 条规定进行的依职权调查是代表人民法院行使公权力，在缺乏立法依据的前提下人民法院的权力不能“转移”给律师。因此，我们比较倾向认为，律师手持调查令并非代表法院行使职权。

在现行有效法律法规没有明确法院将调查取证的权力赋予律师之前，调查令的合法性容易遭受质疑，因此在实践中也会遭到被调查人的拒绝。

3、基金管理公司是否有义务按照调查令提供基金份额持有人的基金财产信息？

（1）基金管理公司的保密义务

根据《基金法》等相关法律法规的规定，一方面，基金管理公司对基金份额持有人的基金财产状况等相关信息负有保密义务，另一方面，中国证监会等权力机构有权查询基金份额持有人的基金账户，有权要求基金管理人提供配合。因此，我们认为，除了有权机关要求基金管理公司披露基金份额持有人相关信息外，基金管理公司应为基金份额持有人保密。

（2）按照调查令披露基金份额持有人信息是否违背保密义务？

根据上述 2 分析，律师手持调查令并非代表法院行使职权，按照现行有效法律法规的规定，基金管理公司没有义务向律师披露基金份额持有人的信息；反之，基金管理公司给予配合的，有违反其对基金份额持有人信息的保密义务之嫌。

(3) 拒绝执行调查令要求的后果如何？

《实施规则》赋予持令人有前往本调查令所指定的人或单位收集、调查证据的权力，同时也赋予被调查人对涉及国家机密或调查令指定调查内容以外的证据拒绝提供的权利。但对于被调查人拒绝提供调查令要求披露的信息，《实施规则》和《若干规定》并没有规定相应的法律责任。因此，基金管理公司拒绝律师调查取证的，按照上海法院的相关司法解释，目前尚难追究基金管理公司的法律责任。

我们也注意到，《山东省高级人民法院民事诉讼证据规则（试行）》第 20 条规定，法院可以下达针对证据持有人的调查令，证据持有人应当根据调查令提供有关证据。拒绝执行调查命令的，以妨害民事诉讼予以处理。因此，违反其他地方性法院关于调查令的司法解释，基金管理公司仍有可能面临被采取强制措施。

综上，一方面，法院调查令在现有法律框架下缺乏立法依据，且各地法院司法解释对拒绝调查令的法律责任缺乏统一性规定；另一方面，基金管理公司按照调查令披露基金份额持有人基金财产等相关信息又可能违背保密义务，因此，我们建议立法亟待明确该等问题，以避免基金管理公司在收到调查令时难以适从。

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