

## 《公募管理人办法》专题之六：对基金管理公司治理与运作的影响

作者：黎明 | 陆奇

自2012年《证券投资基金管理公司管理办法》(以下简称“《2012 基金公司管理办法》”)实施至今,基金行业面临市场内外环境的深刻变化,法规的部分内容已不能完全适应实践发展和业务需要,应适时予以调整。据此,本次《公开募集证券投资基金管理人监督管理办法(征求意见稿)》及相关配套规则(以下合称“《征求意见稿》”)融合了近年来基金公司的发展变化及行业出现的问题,将法规体系结构由“准入-经营-监管”调整为“准入-经营-治理-退出-监管”。

本文着重从公司治理、经营运作、退出机制方面,说明《征求意见稿》对基金公司的影响。其中,基金公司股东、实际控制人资格条件变化对治理层面的影响,请见本所“《公募管理人办法》专题”的其他系列文章。

### 公司治理

与《公司法》“保护公司、股东和债权人的合法权益”的立意不同,基金公司的业务特点决定了其在公司治理方面相较一般的公司存在特殊之处,即遵守基金份额持有人利益优先原则,如《证券投资基金法》(以下简称“《基金法》”)规定“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”,《证券投资基金管理公司治理准则(试行)》规定“公司治理应当遵循基金份额持有人利益优先的基本原则”。因此,除《公司法》外,基金公司在治理方面还需遵循《基金法》、《2012 基金公司管理办法》、《证券投资基金管理公司治理准则(试行)》等规定。

如您需要了解我们的出版物,  
请联系:

Publication@llinkslaw.com

与《2012 基金公司管理办法》相比,《征求意见稿》同样要求基金公司按照法律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,确保独立、规范运作,并主要在以下方面加强公司治理规范。

## 一. 股东及实际控制人的行为规范

《征求意见稿》总体上强调基金公司全体股东及实际控制人应当遵循法律法规及中国证监会的规定,秉承长期投资理念,依法行使权利和履行义务,推动完善公司治理、风险管理与内部控制,支持基金公司合规经营,维护基金份额持有人利益,实现可持续健康发展;不得未依法经股东(大)会、董事会决议擅自干预公募基金管理人的经营活动。具体而言,对股东及实际控制人行为规范的主要变化包括:

1. 《征求意见稿》将主要股东的股权锁定期从三年(36个月)增加到48个月,5%以上的非主要股东从没有股权锁定期变更为股权锁定期36个月。如基金公司从有限责任公司改制为股份有限公司的,主要股东和5%以上非主要股东应当书面承诺自改制完成之日起12个月内不转让所持有的基金公司股份,且继续履行前述股权承诺持有期(48个月和36个月)。前述主要股东或者5%以上非主要股东持有的基金公司股权包括其一致行动人、关联关系人以及受其或者其实际控制人控制的股东持有的基金公司股权。
2. 对基金公司股东质押公司股权的行为设置规范条件。《征求意见稿》要求,股东在股权承诺锁定期内不得质押所持基金公司股权;股权锁定期届满后,股东仅可向金融机构质押所持基金公司股权,且持股5%以上股东质押基金公司股权的,质押股权比例累计不得超过所持股权比例的50%。这意味着5%以下股东可以质押其所持有的全部股权。但任何情形下,股东均不得约定由质权人或者其他第三方行使其对基金公司的表决权。

同时,《征求意见稿》还就基金公司向中国证监会派出机构报告股权质押、股权解质押时应当提交的材料作出明确规定。

3. 与《2012 基金公司管理办法》相比,基金公司股东需要向中国证监会派出机构报告的事项有所增加。股东出现较大数额的到期未清偿债务、所持基金公司股权成为诉讼仲裁的标的、因重大违法违规行为受到刑事或者行政处罚、出现无法履行股东权利或者承担股东义务、员工持股平台成员发生变化(适用于股东为员工持股平台的情形)时都需要向中国证监会派出机构报告。这些都是新增报告事项。同时,无论是主要股东还是非主要股东,若连续3年亏损,均需要向中国证监会派出机构报告。
4. 《征求意见稿》就基金公司股权转让做出进一步明确要求。一方面,明确禁止通过股权代持、股权托管、信托合同、秘密协议、转让股权收益权或者表决权的形式处分股权;另一方面,在股权变更法定程序完成前,禁止受让方行使股东权利(包括受让或者变相受让表决权、推荐相关人员担任基金公司董事、监事、高级管理人员等等影响转让方独立履行职责的情形)。
5. 《2012 基金公司管理办法》规定,“基金管理公司的单个股东或者有关联关系的股东合计持股比例在50%以上的,上述股东及其控制的机构不得经营公募或者类似公募的证券资产管理业务”。这一规定的存在,导致基金公司的控股股东不能申请公募基金管理牌照。《征求意见稿》删除了

上述规定，还进一步提出了“一参一控一牌”的牌照管理体系，基金公司的股东或其控制人，符合一定条件后，在一参一控两家基金公司外，还可以再申请一张公募牌照。但在“一参一控一牌”的监管体系下，为了防范不当竞争和利益输送，《征求意见稿》进一步规定，基金公司的主要股东、实际控制人应当采取有效措施，防范基金公司与其或者所控制的其他企业间发生业务竞争。但既然《征求意见稿》已经允许在同一实际控制人之下有三个从事公募业务的平台，平台之间必有竞争。因此，从这个角度看，《征求意见稿》关于非竞争的安排似乎还需要进一步探讨。

6. 在监督管理方面，《征求意见稿》还从事前、事中、事后三个层面加强对股东及实际控制人监管：事前，全面提高股东和实际控制人的准入门槛，且要求主要股东及实际控制人对基金公司制定风险处置预案，包括流动性支持提供方案、退出妥善处理预案等；事中，增加股东的临时报告事项，增设股东对向基金公司的定期报告义务，如每年报告股东、实际控制人的资质条件及其变化情况；事后，进一步加强对基金公司股东及实际控制人违法违规行为的行政处罚，进一步压实股东及实际控制人对基金公司的责任。需要注意的是，《征求意见稿》在“法律责任”章节所称的“股东的实际控制人”包括基金公司股东的实际控制人的一致行动人及关联关系人。

而为了相应完善基金公司的股权事务管理，除上述规范股东及实际控制人的要求外，《征求意见稿》对基金公司在股权管理方面新增如下规定：

1. 基金公司需要向股东履行告知义务，并进一步明确基金公司对股权变更事项承担尽职调查责任，董事长为基金公司股权事务管理的第一责任人。

此处的“告知义务”包括向股东告知公司治理、经营管理中涉及股东的合规性要求，事先向股权意向参与方告知基金公司股东条件、筛选标准、需履行相关程序等，以及向拟入股股东真实、准确、完整说明公司财务状况、盈利能力、经营管理状况和潜在风险等信息。

2. 如发生基金公司股东对基金公司经营管理的影响力与其持股比例存在重大差异的，基金公司应当按照实质重于形式的原则进行判断，并据此披露或报送相关信息。
3. 若基金公司发现规避股东资格审批或监管的行为，应当在发现后及时履行报批或报告义务。

## 二、在董事会层面加强独立董事履职管理

公募基金行业在基金公司治理中引入独立董事机制以加强董事会决策和判断的独立性。独立董事应保证其独立性和专业性，以基金份额持有人利益最大化为出发点履行职权。《征求意见稿》针对独立董事履职可能不到位的问题及基金公司股东多元化发展等背景，在征求意见稿中进一步加强和落实独立董事履职管理的要求。

1. 独立董事资格：《征求意见稿》强调拟任独立董事应当具备足够的专业胜任能力和从业经验、较高的道德水平和社会声誉，不存在可能影响其独立公正履职的情形，近 5 年不存在重大违法违规记录或者重大不良诚信记录等负面情形。

2. 独立董事构成:《征求意见稿》保留了《2012 基金管理公司管理办法》关于基金公司独立董事人数不少于 3 人且不得少于董事会人数 1/3 的要求,但进一步规定对单个股东及其关联股东合计持股比例超过 50%的基金公司,以及主要股东为自然人的基金公司,独立董事的人数不得少于董事会人数的 1/2。这将意味着,如果董事会人数为偶数,则独立董事与非独立董事人数相同,如果董事会人数为奇数,则独立董事人数将多于非独立董事。

《征求意见稿》还要求董事会下设的专门委员会应当有 1 名以上独立董事——这与目前业内大多数基金公司的实践是一致的,即在董事会下设专门委员会中通常设置至少 1 名独立董事担任委员。

3. 独立董事特别表决权:就基金公司董事会审议事项,对于应当经过三分之二以上独立董事通过的审议事项,除重大关联交易、审计事务、基金中报和年报等外,《征求意见稿》新增了“公司重大创新业务、组织架构重大变化”的事项。
4. 独立董事重点关注事项:《征求意见稿》要求独立董事依法对基金财产和公司运作的重大事项独立作出客观、公正的专业判断,除前述应当经过三分之二以上独立董事通过的董事会审议事项外,独立董事还应重点关注下列事项:
  - (1) 各类受托资产的管理及运作是否存在侵害或者可能侵害基金份额持有人利益的情况及行为;
  - (2) 公募基金定期报告及临时报告所披露的信息是否真实、完整、准确,是否存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏;
  - (3) 各类受托资产的费用支出情况,包括但不限于交易佣金分配情况、信息披露与报告费用、会计师、律师等中介机构费用是否真实、公允、准确;
  - (4) 高级管理人员的聘任和解聘;
  - (5) 基金公司合规履职保障情况;
  - (6) 股权激励计划;
  - (7) 基金公司股权结构及实际控制人变动;
  - (8) 公司章程的重大修改;
  - (9) 董事会专门委员会的设置、成员的任命及其议事规则的制定;
  - (10) 可能造成公司重大损失或者重大经营风险的事项;
  - (11) 可能损害公司中小股东权益的事项;
  - (12) 可能损害基金份额持有人利益的其他事项。
5. 独立董事履职报告:为督促独立董事尽责履职,《征求意见稿》要求基金公司在每年度结束之日起三个月内披露独立董事履职报告,报告内容包括但不限于独立董事履行职责情况、表决情况等。基金公司应当披露而未披露的,独立董事应当向中国证监会派出机构报告。

综上,若《征求意见稿》的上述规定在正式稿中予以保留,为落实相关要求:

第一，基金公司需要健全和完善独立董事管理机制的诸多方面，包括但不限于：如何界定“公司重大创新业务、组织架构重大变化”及重点关注事项的具体范围；如何为实现独立董事对前述重要事项予以特别关注提供可行手段和方式，如各类受托资产的费用支出的真实性、公允性和准确性；如何为独立董事履职“提供充分的信息和必要的工作条件”等等。

第二，基金公司应梳理董事会专门委员会的设置及议事规则。基金公司董事会下设的较为常见的专门委员会通常包括风控委员会、薪酬委员会、审计委员会、执行委员会等。但实践中部分委员会的存在是“形式重于实质”、仅停留于形式甚至无事可审，相关委员会既没有实际履行职责，也缺乏履行职责的支持和途径<sup>1</sup>。

第三，加强和落实独立董事的具体履职要求。监管机构曾在基金公司现场检查及非现场检查发现的主要问题中提到，“独立董事应当每年向董事会提交工作报告，对参加会议、提出建议、出具意见、现场工作等履行职责的相关情况进行说明。独立董事的工作报告应当存档备查。独立董事未按规定向董事会提交工作报告或无现场履职记录，提交的工作报告模式化样板化，不反映真实的工作情况。”可以看出，基金公司亟待加强对独立董事的履职机制的有效落实和管理。

### 三. 保障独立运作及风险隔离机制

自 2004 年《基金法》施行以来，证券公司、信托公司经历数次整顿、关停并转，但基金公司未受到股东风险事件的影响，其中得益于托管制度及基金公司的独立运作。为保障基金公司在公司治理、经营管理及投资运作等方面的独立性，除《2012 基金公司管理办法》外，中国证监会通过各层级法律法规对前述原则和要求进行规范，如在业务与信息隔离方面，要求基金公司应当建立与股东之间的业务和信息隔离制度，在基金公司独立经营方面，要求基金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、董事会任免基金公司的董事、监事、高级管理人员，或者直接干预基金公司的经营管理、基金财产的投资运作，尊重公司的独立性，公司及其业务部门与股东、实际控制人及其下属部门之间没有隶属关系。不得违反公司章程干预公司的投资、研究、交易等具体事务以及公司员工选聘等事宜。

而本次《征求意见稿》在《2012 基金公司管理办法》规定的基础上：

1. 结合目前公募基金行业在股权结构方面呈现多样化的情况，明确基金公司全体股东及实际控制人不得未依法经股东(大)会、董事会决议擅自干预公募基金管理人的经营活动，但允许自然人股东兼任基金公司公募基金经营管理职务，其兼任情况应当通过股东(大)会和董事会授权，在公司章程中明确具体职责和监督约束机制，并履行向中国证监会派出机构报告的程序。
2. 要求对董事和监事在其股东或者其他关联机构的兼职情况进行有效管理，确保相关董事、监事的履职时间与履职责任相匹配，防范不履职、不当履职和利益冲突。

<sup>1</sup> 同样的问题也较为普遍地存在于基金公司监事会/执行监事的履职。

#### 四. 强化基金公司长期激励约束机制

2014年6月,中国证监会发布《关于大力推进证券投资基金行业创新发展的意见》,明确今后一段时间内推进基金行业创新发展的总体原则、主要任务和具体措施。其中指出,为了推动基金公司向现代资产管理机构转型,需要完善公司内部治理机制,优化基金公司股权结构和组织结构。作为以投研为核心的基金公司,如何建立以人为本的基金治理体制和机制至关重要。自2014年以来,公募基金行业在员工持股及专业人士持股方面进行探索,同时也致使公司治理发生较大变化和发展。《征求意见稿》结合近些年的行业发展,就建立长效激励约束的治理原则提出更为具体的要求。

1. 支持实施专业人士持股及员工持股计划,明确员工持股平台的法律地位。《征求意见稿》支持基金公司结合自身实际,依法实施管理层、投研人员及其他业务骨干等专业人士持股计划,并就员工持股平台作出相关规定,包括:不得从事任何经营性活动;出资人应当为基金公司员工;持有基金公司股权比例不得超过主要股东;持有基金公司5%以上股权的,其实际履行管理职责的普通合伙人应当具备《征求意见稿》规定的相关股东条件等等。

关于《征求意见稿》对专业人士持股、员工持股计划的具体影响,请见本所“《公募管理人办法》专题”的其他系列文章。

2. 建立长期激励的考核机制。《征求意见稿》特别强调:(1)董事会对经营管理人员的考核,应当关注基金的长期投资业绩、公司合规和风险控制等维护基金份额持有人利益的情况,不得以短期的基金管理规模、盈利增长等为主要考核标准。(2)对投资、销售等关键岗位员工的考核,应当与基金长期投资业绩、合规和风险控制情况、职业道德水准、基金份额持有人利益绑定。其中,“长期投资业绩”指基金近五年或以上的投资收益情况,应当避免使用单一指标并弱化相对排名。
3. 建立长效激励约束机制。现行《证券期货经营机构私募资产管理计划运作管理规定》及《关于进一步加强证券基金经营机构债券交易监管的通知》分别对基金公司从事私募资产管理业务的主要业务人员和相关管理人员、参与债券投资交易的人员作出薪酬递延机制的安排。而《征求意见稿》将建立薪酬递延机制作为基金公司发展长效激励约束机制的总体要求,规定基金公司应“建立薪酬递延机制”,但具体人员范围和递延方式是否可由基金公司根据其业务发展情况自行决定尚待进一步明确。

#### 经营运作

公募基金行业自发展伊始便确立了严格的自我管控准则和外部监管标准,并持续完善。总体来说,基金公司根据中国证监会的监管要求,以公司法为基础并结合基金行业特点,建立了较为完善的公司治理结构及内部控制机制,运用组合方式进行投资以分散风险,通过专业的工具和方法进行风险管理,采取第三方托管制以保证基金财产的安全性,通过持续信息披露保障投资者知情权,建立风险准备金制度以保证投资者受损时获得合理赔付。受益于此,基金业发展至今整体运作平稳,尚未发生行业性的重大风险事件。

## 一. 内部控制与业务规范

从法制建设来看，公募基金行业建立了较为先进和完善的监督管理法规体系。从 1997 年《证券投资基金管理暂行办法》、2004 年《基金法》到 2013 年新《基金法》的实施，与此相配套的公募基金法律法规及自律规则有两百余项，包括《证券投资基金管理公司内部控制指导意见》、《公开募集证券投资基金运作管理办法》、《证券投资基金销售管理办法》、《证券投资基金托管业务管理办法》、《公开募集证券投资基金信息披露管理办法》、《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》、《证券期货投资者适当性管理办法》、《证券投资基金管理公司公平交易制度指导意见》等等，对公募基金的内部控制、投资运作、销售管理、信息披露管理等进行细化规定，确立了风险自担的产品设计和销售规范、强制托管机制、估值制度、信息披露制度、公平交易制度及相应的监管执法体制。

### 1. 内部控制制度

《征求意见稿》强调基金公司应当按照中国证监会的规定，建立覆盖全面、科学合理、控制严密、运行高效的内部控制机制和 risk 管理制度，并有效执行。此次征求意见稿对基金公司内部控制机制规范的业务条线予以梳理，其中基本包含《证券投资基金管理公司内部控制指导意见》<sup>2</sup>规定的基本管理制度及内部控制机制，包括但不限于投资管理制度和流程、公募基金重大关联交易的管理机制、人力资源管理制度、薪酬递延机制、基金财务核算与基金资产估值制度和流程、资料档案管理制度、基金销售管理制度、合规负责人制度、防火墙机制、公平交易、关联交易和异常交易监控管理制度、信息披露管理制度、财务管理制度、风险准备金管理制度、信息技术系统与敏感信息管理制度、突发事件应急处理预案制度、代表基金对外行权制度和流程等其他必要制度。其中：

#### ➤ 公募基金重大关联交易的管理机制

除《基金法》对重大关联交易的规定外，监管机构亦在近期强调基金公司应就关联交易“建立健全内部审批和评估机制……依照相关法规要求，全面梳理重大关联交易业务流程，建立健全内部审批与评估的管理制度、控制流程和系统设置，动态维护控股股东、实际控制人及与其有重大利害关系的公司信息”，并要求纳入每年合规管理有效性评估范围。

《征求意见稿》进一步明确，(1)基金公司的股东、实际控制人等应当遵守法律法规和中国证监会的相关规定，不得与基金财产进行不当的关联交易，不得要求基金公司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。(2)基金公司不得运用公募基金财产直接或间接向基金公司及其控股股东、实际控制人或者与其有重大利害关系的公司(以下简称“管理人重要关联方”)提供融资，包括但不限于参与基金公司及管理重要关联方发行的证券的申购及二级市场交易，开展与管理人重要关联方为对手方的逆回购交易，以及其他提供融资或担保的交易行为；公募基金参与基金公司及其股东关联方承销期内承销的债券

<sup>2</sup> 中国证监会已将制定《证券基金经营机构内部控制管理办法》列入 2020 年立法计划，预计将与《征求意见稿》配套，对基金公司内部控制提出更为全面的要求。

不得超过该次债券发行规模的 10%。这一规定实际禁止了部分法定重大关联交易，并将与管理人重要关联方的逆回购交易纳入禁止范围。

### ► 基金销售管理制度

尽管公募基金行业已有一套较为成熟的基金销售法律法规，《征求意见稿》就销售管理工作要求公募基金管理人应当建立基金销售管理制度，并着重强调了投资者适当性管理、客户服务工作和规范基金宣传推介活动，这些方面也是基金公司在基金销售活动中容易“踩线”违规的高发区。中国证券投资者保护基金公司于 2020 年 5 月对外发布 2019 年度《中国资本市场投资者保护状况蓝皮书》之子报告《2019 年度公募基金管理人投资者保护状况评价报告》，从投资者保护制度建设、投资管理情况、适当性管理及知情权保障、投资者教育服务及投诉处理四个方面对公募基金管理人的投资者保护状况进行评价，并指出目前基金公司的适当性管理工作(尤其在适当性匹配情况方面，依然存在基金公司主动推介过风险等级高于其自身风险承受能力的产品或服务的情形)、充分履行风险提示义务、基金宣传推介材料存在误导性表述、投教工作的满意度方面存在明显不足。

## 2. 服务外包

《征求意见稿》依据《基金法》对基金服务机构的规定，进一步明确基金公司可以委托资质良好的基金服务机构，代为办理基金份额登记、核算、估值、投资顾问、评估、不动产项目运营管理等事项。基金公司委托基金服务机构代为办理部分业务的，应当充分评估、审慎决策，并符合中国证监会的有关规定。

基金公司与基金服务机构签署委托协议后 5 日内，应当向中国证监会及其派出机构报告委托办理业务的范围、内容、受托基金服务机构的基本情况和业务准备情况、主要风险及相应的风险防范措施等，并在基金招募说明书、基金合同、基金年度报告、基金中期报告以及基金公司年度报告中披露委托办理业务的有关情况。

## 3. 财务指标

《征求意见稿》提出基金公司应当在保持公司正常运营的前提下，管理和运用自有资金，不得损害基金份额持有人的合法权益，且基金公司财务指标应当符合中国证监会规定。本次征求意见稿新增财务指标的规定，要求基金公司负债总额原则上不得超过净资产规模的 100%。

## 4. 基金托管人的流动性支持

此外，《征求意见稿》新增关于基金托管人流动性支持的规定，具体而言，基金公司可通过与基金托管人签订协议，约定当相关产品出现巨额赎回时，基金托管人可以在一定授信额度内向该产品提供短期融资支持以支付投资者赎回款项。该等短期融资支持产生的利息等费用将由基金公司承担，且基金公司应在融资支持行为发生当日向中国证监会及其派出机构报告。



## 二. 子公司、分支机构管理

基金公司可以设立子公司、分公司或者中国证监会规定的其他形式的分支机构。《征求意见稿》要求基金公司应当结合自身实际，合理审慎构建和完善经营管理组织架构，进行充分的评估论证并履行必要的决策程序。

### 1. 支持和拓宽子公司差异化、特色化发展

其一，为避免“一窝蜂”设立基金子公司，《征求意见稿》在现行《基金管理公司子公司管理规定》基础上进一步提高基金子公司的设立条件，明确要求基金公司必须具备足够的专业能力、管理经验、财务盈余和人员储备，需符合净资产不低于 6 亿元、近 2 年主动权益类公募基金日均管理规模不低于 200 亿元、一般风险准备金规模不低于 2 亿元等要求。除专门从事基础设施证券投资基金等业务的子公司或者对符合条件的核心人员实施股权激励的子公司外，基金子公司应当由基金公司全资设立。

其二，鼓励基金子公司术业有专攻，并允许兼营不同业务。

根据《征求意见稿》，基金子公司可开展公募基金管理、私募资产管理、投资顾问、养老金融服务、金融产品销售和运营管理服务等业务。其中，《征求意见稿》列举了基金子公司可以开展公募基金管理的业务范围，包括指数投资、FOF、MOM、养老金产品、不动产基金等类型，但此类基金子公司开展的业务亦属公募证券投资基金管理业务，还需要满足法规对新设基金公司的相关条件。

同时，与《基金管理公司子公司管理规定》规定基金子公司仅允许经营单项业务不同，《征求意见稿》允许基金子公司新增与现有业务协同发展的相关业务，为基金子公司从事多类业务提供了依据。

### 2. 设立分支机构的要求变化

分公司或者中国证监会规定的其他形式的分支机构可以从事基金公司授权的业务。《征求意见稿》第四十一条主要以负面清单的形式要求拟设立分支机构的基金公司不得存在公司治理不健全、内控制度不完善或者未有效执行、经营不稳定、持续经营能力不强等情形，其中新增基金公司近 3 年不得存在重大违法违规记录或者重大不良诚信记录等负面情形的规定，且从严要求基金公司的合法合规情况，将“公司最近 1 年内没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚”调整为“近 3 年存在因重大违法违规行为被行政处罚或者刑事处罚、正在被监管机构立案调查，或者正处于整改期间”。

同时，《征求意见稿》加强了对分支机构设立程序的管理，要求基金公司应当向中国证监会及公司所在地和分支机构办公地中国证监会派出机构备案，并通过有关办公场地、信息系统、人员等方面的现场检查验收，未经检查验收不得开业。

### 3. 加强母子公司风险隔离，强化子公司及分支机构管理

一方面，《征求意见稿》强调基金公司与其子公司、各子公司之间应当严格划分业务边界，建立有效的隔离墙制度，不得存在利益输送、损害基金份额持有人利益或者显失公平等情形，防止可能出现的风险传递和利益冲突。而在有效防范利益冲突和敏感信息不当流动的前提下，基金公司可以依照有关规定或者合同约定，为子公司提供业务支持和服务。

另一方面，《征求意见稿》进一步强化基金公司对子公司及分支机构的管控，建立健全覆盖整体的风险管理、合规管理和稽核审计体系，包括对子公司的业务活动、合规管理、风险控制、信息技术系统、人员考核等实行集中统一管理；要求对子公司以及分支机构的分工或者授权应当明确、合理，不得以承包、租赁、托管、合作等方式经营，保障母子公司稳健运营。

尽管上述子公司管控的原则性要求大都已在 2016 年《基金管理公司子公司管理规定》予以体现，且已设立子公司的基金公司均具备《2012 基金公司管理办法》、《基金管理公司子公司管理规定》规定的必要制度，但从目前基金公司对子公司的治理管理实践来看，部分子公司管理制度的内容大多是对法规条款的简单重述，未能对具体管理事项作进一步的展开和细化；此外，在业务流程方面由于章程或制度规定得较为宽泛，缺乏必要的执行性，只能有赖于对章程或公司制度拥有解释权的主体界定其外延，在具体流程方面未形成书面化的规范。随着未来法规放开基金子公司业务的多元化发展以及与基金公司多方位合作的可能，这也将对基金公司的子公司管控水平提出更高要求。

## 三. 行政许可及报告事项的主要变化

1. 《征求意见稿》删除了根据《基金法》已不需要报中国证监会批准的事项(修改公司章程重要条款)，补充明确“设立、关闭子公司”、“公司合并、分立、破产或者解散”为需要中国证监会批准的重大事项，并强调基金公司股东不得通过变更股东实际控制人等方式变相规避重大事项批准要求。
2. 《征求意见稿》强调基金公司应当建立健全信息报送机制，按照法律、行政法规和中国证监会的规定，向中国证监会或其派出机构报送经营管理信息和资料。基金公司需要履行报告职责的事项变化如下：

《2012 基金公司管理办法》	《征求意见稿》
第六十五条 基金管理公司发生下列情形之一的，应当在 5 日内向中国证监会和所在地中国证监会派出机构报告： (一)变更持股 5%以下的股东； (二)变更股东的持股比例不超过 5%； (三)变更名称、住所； (四)股东同比例增减注册资本；	第六十一条 【需报告的重大事项】基金管理公司发生下列情形之一的，应当在 5 日内向中国证监会及其派出机构报告： (一)变更注册资本或股权，且不属于前述需批准的重大变更事项； (二)变更名称、住所； (三)修改公司章程条款；

<p>(五)修改公司章程<u>一般条款</u>;</p> <p>(六)公司及其董事、高级管理人员、<b>基金经理受到刑事、行政处罚</b>;</p> <p>(七)公司及其董事、高级管理人员、<b>基金经理被监管机构或者司法机关调查</b>;</p> <p>(八)公司财务状况发生重大不利变化;</p> <p>(九)因公司过失遭受重大投诉;</p> <p>(十)面临重大诉讼;</p> <p>(十一)对公司经营产生重大影响的其他事项。 发生前款<b>第(六)项至第(十一)项</b>规定事项的,基金管理公司应当书面通知全体股东。</p>	<p>(四)公司及其董事、<u>监事</u>、高级管理人员、<u>其他从业人员被监管机构、司法机关调查或者受到刑事、行政处罚</u>;</p> <p>(五)财务状况发生重大不利变化<u>或者其他重大风险</u>;</p> <p>(六)因公司过失遭受重大投诉;</p> <p>(七)面临重大诉讼、<u>仲裁</u>;</p> <p>(八)<u>变更、解散分支机构</u>;</p> <p>(九)对公司经营产生重大影响的其他事项。 发生前款<b>第(四)项至第(八)项</b>规定事项的,基金管理公司应当书面通知全体股东。</p>
<p>第六十三条 <u>非现场检查主要以审阅基金管理公司报送材料的方式进行。</u> <b>基金管理公司</b>应当向<u>中国证监会和所在地</u>中国证监会派出机构报送下列材料:</p> <p>(一)经<b>具有证券相关业务资格</b>的会计师事务所审计的<b>基金管理公司</b>年度报告;</p> <p>(二)由<b>具有证券相关业务资格</b>的会计师事务所出具的<b>基金管理公司</b>内部<b>监控</b>情况的年度评价报告;</p> <p>(三)<u>监察稽核季度报告和年度报告</u>;</p> <p>(四)中国证监会根据审慎监管原则要求报送的其他材料。</p>	<p>第六十四条 <b>【定期报告报送义务】公募基金管理人</b>应当<b>按照相关规定</b>向中国证监会派出机构报送下列材料:</p> <p>(一)经<b>符合《证券法》规定</b>的会计师事务所审计的年度报告;</p> <p>(二)由<b>符合《证券法》规定</b>的会计师事务所出具的<b>针对基金管理业务的内部控制</b>情况年度评价报告、<b>基金管理公司子公司内部控制情况年度评价报告</b>;</p> <p>(三)中国证监会根据审慎监管原则要求报送的其他材料。</p>

## 退出机制

随着近年来公募基金行业及外部环境的发展变化,基金公司在运营过程中面临的潜在风险的广度和深度呈现扩大趋势。例如,基金公司股东背景、准入门槛趋于多元化,不同性质、不同背景的股权结构为公司治理带来新的挑战;基金产品的投资范围、投资方式、交易场所、交易对手种类不断丰富,带来潜在投资风险,内地与境外股票、债券市场之间的互联互通在拓宽投资渠道的同时,也伴随着潜在的跨境风险;受宏观经济和市场状况的影响,发行人或交易对手的信用风险、流动性风险等风险敞口亦有所扩大;在宏观审慎管理和微观审慎监管相结合的监管理念下,资产管理行业将逐步适用趋同的监管标准,基金公司需采取合理有效措施不断适应最新的监管要求,亦不可避免涉及基金份额持有人利益的保护问题,从而带来潜在的合规风险及由此衍生的民事风险。

1. 《基金法》<sup>3</sup>授予中国证监会在法定情形下对基金公司作出责令停业整顿、指定其他机构托管、接管、取消基金管理资格或撤销的风险处置措施。可以看出,这四项监管措施的性质由轻向重排列,在实践

<sup>3</sup> 《基金法》第 26 条规定,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。

中由中国证监会按维护正常的证券市场秩序和保护基金份额持有人利益的首要原则,根据基金公司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公司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。

依据《基金法》的授权,《2012 基金公司管理办法》已据此对相关风险处置措施的适用情形作出原则性规定。不过,《2012 基金公司管理办法》及相关规定主要关乎各类风险处置措施的触发情形,对于具体实施方式(如参与主体、职责划分、执行程序等)尚无体系化的具体规定。此外,其他关于风险处置措施的规定散见于各项规章及规范性文件,这些规定的出台背景往往是由于某些领域风险发生频率或者概率较高且影响较大,因而需要通过专项规定予以规范。

2. 2014 年 5 月 9 日,国务院发布《国务院关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》(国发〔2014〕17 号),提出推动资本市场改革发展的基本原则和指导意见,基本原则包括“处理好创新发展与防范风险的关系”,要求在积极鼓励和引导资本市场创新的同时,强化风险防范,始终把风险监测、预警和处置贯穿于市场创新发展全过程;同时,还要求注重防范和化解金融风险,完善系统性风险评估处置机制和风险管理措施,及时化解重大风险隐患。

根据上文介绍并参照银行、信托、证券、保险等行业经验,本次《征求意见稿》增设专章规定基金公司的退出途径,根据《基金法》的有关规定对基金公司的退出流程予以明确,以构建进退有序的行业生态。

- (1) 《征求意见稿》就退出触发情形作出具体规定,并按照解散、破产、风险处置三种情形,明确了基金公司(及子公司)相应的退出流程,以及风险处置情形下责令停业整顿、接管、撤销等不同风险处置措施。

	《2012 基金公司管理办法》	《征求意见稿》
解散审批	第二十八条 基金管理公司的解散,应当在中国证监会取消其基金管理资格后进行。 基金管理公司的解散应当按照《公司法》等法律、行政法规的规定办理。	第四十六条 【解散审批触发情形】基金管理公司存在下列情形之一的,应当经中国证监会批准后,依法履行解散程序: (一)出现公司章程规定的解散事由; (二)股东会议决议解散; (三)因公司合并或者分立需要解散; (四)依法被吊销营业执照、责令关闭; (五)法律、行政法规和中国证监会规定的其他事由。 其他公募基金管理人解散的,应当在中国证监会注销公募基金管理资格后进行。
破产审批	无	第四十七条 【破产审批触发情形】基金管理公司存在《企业破产法》规定的破产情形的,应当

		<p>经中国证监会批准后, 依法履行破产程序。</p> <p>其他公募基金管理人破产的, 应当在中国证监会注销公募基金管理资格后进行。</p>
<p>风险处置 的总体规 定</p>	<p>无</p>	<p>第四十八条 【风险处置触发情形】公募基金管理人违法经营或者出现重大风险, 非经有序处置将严重损害基金份额持有人利益或者危害金融市场秩序的, 中国证监会有权依法对其启动风险处置程序。</p> <p>前款所称违法经营或者出现重大风险, 包括下列情形:</p> <p>(一)违反《证券投资基金法》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的八项禁止行为, 如利益输送、侵占/挪用基金财产、利用未公开信息交易等)的规定;</p> <p>(二)公司治理、合规内控、风险管理不符合规定, 严重危及基金管理业务稳健运行;</p> <p>(三)财务状况持续恶化, 可能出现《企业破产法》第二条(不能清偿到期债务且资不抵债)规定的情形, 或者可能导致基金管理业务无法正常运营;</p> <p>(四)法律、行政法规和中国证监会规定的其他情形。</p> <p>第四十九条 【处置决定】中国证监会及其派出机构发现公募基金管理人存在违法经营或者重大风险隐患, 根据审慎监管原则, 可以派出风险监控现场工作组对公募基金管理人进行专项检查, 对公司、资产、业务、人员等经营管理活动进行监控, 并评估是否启动风险处置程序。</p> <p>中国证监会决定对公募基金管理人启动风险处置程序的, 可以区分情形, 对其采取责令停业整顿、接管、取消公募基金管理资格或者撤销的处置决定。</p>
<p>责令停业 整顿</p>	<p>第七十六条 基金管理公司的净资产低于 4000 万元人民币, 或者现金、银行存款、国债等可运用的流动资产低于 2000 万元人民币且低于公司上一会计年度营业支出的, 中国证监会可以暂</p>	<p>第五十条 【停业整顿程序】中国证监会决定对公募基金管理人采取责令停业整顿的, 可以责令其在规定期限内停止办理部分或者全部新产品的发行、份额申(认)购等基金管理业务, 并进行整顿。</p>

	<p>停受理及审核其基金产品募集申请或者其他业务申请，并限期要求改善财务流动性。财务状况持续恶化的，中国证监会责令其进行停业整顿。</p> <p>被责令停业整顿的，基金管理公司应当在规定的期限内将其管理的基金资产委托给中国证监会认可的基金管理公司进行管理。逾期未按照要求委托管理的，中国证监会可以指定其他机构对其基金管理业务进行托管。</p>	<p>公募基金管理人应当自责令停业整顿决定生效之日起 1 个月内提交整顿计划，并取得中国证监会认可。停业整顿期间，公募基金管理人应当继续履行基金管理职责。</p> <p>中国证监会对公募基金管理人的停业整顿情况进行持续评估。公募基金管理人整顿计划不符合要求或者整顿效果不及预期的，中国证监会可以采取其他风险处置措施。</p> <p>第五十二条 【处置措施】中国证监会对公募基金管理人实施责令停业整顿、接管等风险处置过程中，可以同时采取以下一种或者多种监管措施：</p> <p>(一)《基金法》第二十四条第一款规定的监管措施；</p> <p>(二)责令特定基金产品按照指定方式进行运作；</p> <p>(三)责令将公募基金管理人的全部或者部分基金管理业务委托由指定第三方机构管理；</p> <p>(四)中国证监会认为必要的其他措施。</p>
<p>指定托管</p>	<p>基金公司发生以下情形被中国证监会责令整改，逾期未完成整改且情节特别严重的，中国证监会可以采取指定其他机构托管的监管措施：</p> <p>(1)基金公司治理不健全，严重影响公司的独立性、完整性和统一性；</p> <p>(2)基金公司内部控制制度不完善，相关制度不能有效执行，存在重大风险隐患或者发生较大风险事件；</p> <p>(3)基金公司对子公司、分支机构管理松懈，或者选聘的基金服务机构不具备基本的资质条件，存在重大风险隐患或者发生较大风险事件；</p> <p>(4)基金公司发生重大违法违规行为。</p>	<p>[删除]</p>
<p>接管</p>	<p>触发上述指定托管情形的，中国证监会可以决定采取接管的处置措施，即中国证监会可根据具体情节决定采取的处置措施的种类。</p>	<p>第五十一条 【接管程序及职责】公募基金管理人内部控制失效，且直接予以撤销可能对实现风险处置目标造成不利影响的，中国证监会可以决定对其进行接管。</p> <p>中国证监会决定对公募基金管理人进行接管的，应当组织专业人员成立接管组，行使被接管基金管理公司或者其他公募基金管理人的公募基金</p>

		<p>管理业务相关部门的经营管理权，接管组负责人行使被接管基金管理公司法定代表人职权，被接管公募基金管理人的原有组织机构以及高级管理人员停止履行职责。</p> <p>三、《办法》中相关条款的执行</p> <p>(二十二)根据《办法》第五十一条规定，接管组自接管基金管理公司之日起履行下列职责：1.接管基金管理公司的财产、印章和账簿、文书等资料；2.决定基金管理公司的日常事务，完善内控制度；3.控制基金管理公司持续经营风险，提出风险处置方案；4.维持业务合规稳健运行；5.清查基金管理公司财产，依法保全、追收资产；6.核查基金管理公司有关人员与公司经营相关的违法行为；7.中国证监会要求履行的其他职责。</p>
<p>撤销</p>	<p>触发上述指定托管情形的，中国证监会可以决定采取撤销的处置措施，即中国证监会可根据具体情节决定采取的处置措施的种类。</p>	<p><b>第五十三条 【取消公募基金管理资格或者撤销】</b>公募基金管理人经责令停业整顿、接管等风险处置程序，在规定期限内达到正常经营条件，并经中国证监会及其派出机构检查验收的，可以恢复正常经营；在规定期限内仍未达到正常经营条件的，中国证监会应当撤销基金管理公司或者取消其他公募基金管理人的公募基金管理资格。</p> <p>公募基金管理人违法经营情节特别严重，继续存续或者经营将使基金份额持有人利益或者金融市场秩序遭受重大损失的，中国证监会可以直接做出取消公募基金管理资格或者撤销的决定。</p> <p><b>第五十四条 【撤销法律后果】</b>公募基金管理人自取消公募基金管理资格或者撤销决定生效之日起，必须立即停止基金管理业务活动。</p> <p>被撤销基金管理公司发生侵占、挪用基金财产等违法违规行为造成基金财产重大损失，且无法自行弥补的，应当由中国证监会按照规定程序选择律师事务所、会计师事务所等专业机构成立行政清理组，对该基金管理公司进行行政清理。除上述情形外，被撤销基金管理公司应当按照《公司法》第一百八十二条的规定自行清算，但存续业务未能妥善处置完毕且获中国证监会认可前，不得分配清算财产。</p>

		<p>三、《办法》中相关条款的执行</p> <p>(二十四)根据《办法》第五十四条规定,公募基金管理人应当自被取消基金管理资格或撤销决定生效之日起,缴回经营证券期货业务许可证,并在 30 日内向公司登记机关办理变更登记手续。</p>
--	--	--

- (2) 明确基金托管人在基金公司退出时的职责。要求基金托管人承担共同受托责任,履行包括考察、提名临时基金管理人、召集基金份额持有人大会、组织基金财产清算组等职责,确保托管基金产品平稳有序运作,维护基金份额持有人利益。
- (3) 在基金公司不能正常经营或者被采取风险处置措施时,要求基金公司主要股东应当召集其他股东及有关当事人,按照有利于基金份额持有人利益的原则妥善处理后续事宜,并确保关键岗位人员正常履职,不得擅自离岗、离职、离境,同时明确基金公司及其股东、董事、监事、高级管理人员及其他关键岗位人员负有配合相关工作的义务。对于被采取风险处置措施但不配合的基金公司及其股东、股东的实际控制人、基金托管人等主体,《征求意见稿》就各类情形规定了相应的处罚措施。



如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



黎明  
+86 21 3135 8663  
raymond.li@llinkslaw.com



陆奇  
+86 21 3135 8695  
qi.lu@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: [master@llinkslaw.com](mailto:master@llinkslaw.com)

#### 上海

上海市银城中路 68 号  
时代金融中心 16/19 楼  
T: +86 21 3135 8666  
F: +86 21 3135 8600

#### 北京

北京市建国门北大街 8 号  
华润大厦 4 楼  
T: +86 10 8519 2266  
F: +86 10 8519 2929

#### 深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号  
中国华润大厦 18 楼  
T: +86 755 3391 7666  
F: +86 755 3391 7668

#### 香港

香港中环皇后大道中 5 号  
衡怡大厦 27 楼  
T: +852 2592 1978  
F: +852 2868 0883

#### 伦敦

1/F, 3 More London Riverside  
London SE1 2RE  
T: +44 (0)20 3283 4337  
D: +44 (0)20 3283 4323



[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)



Wechat: Llinkslaw

## 本土化资源 国际化视野

### 免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2020