

简评新《公司法》对基金公司治理等方面的影响 ——从公司章程修订的视角

作者：黎明 | 汪健 | 李亚兰

《中华人民共和国公司法》(“《公司法》”)自 1993 年颁布以来, 历经了 1999 年、2004 年、2013 年、2018 年的四次修正以及 2005 年、2023 年的两次全面修订。2023 年 12 月 29 日颁布的《公司法》(“新《公司法》”), 在 2018 年经修正的公司法(“原《公司法》”)的基础上进行了全方面的修订, 并将于 2024 年 7 月 1 日起施行。

公开募集证券投资基金管理公司(“基金公司”)作为以“公司”为组织形式展业的持牌金融机构, 既需要遵循《公司法》的通行要求, 还需要遵守中国证监会等机构发布的相关监管规则。考虑到新《公司法》的本次修订对于基金公司治理等方面将产生重大影响, 而公司章程又是基金公司治理的纲领性文件, 本文将主要从基金公司章程是否需要修订以及如何修订的角度, 就新《公司法》对基金公司治理等方面的影响进行梳理。

一. 应当修改的章程条款

(一) 股东会会议最低表决比例

新《公司法》
第六十六条第二款 <u>股东会作出决议, 应当经代表过半数表决权的股东通过。</u>
第二十七条 <u>有下列情形之一的, 公司股东会、董事会的决议不成立: (一)未召开股东会、董事会会议作出决议; (二)股东会、董事会会议未对决议事项进行表决; (三)出席会议的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数; (四)同意决议事项的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数。</u>

注: 绿色字体为新《公司法》新增的内容, 本文下同。

如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

新《公司法》新增了所有股东会决议均需获得“经代表过半数表决权”的最低通过比例；本处的“过半数”，不包括“半数”本身。

由于原《公司法》没有此等要求，因此部分基金公司的公司章程，存在股东会决议的最低表决通过比例低于半数或等于半数本数的情况，从而与新《公司法》不符。例如，部分基金公司章程约定，除特别决议事项以外的普通股东会决议事项，取得经代表二分之一以上(含本数)表决权通过即可。对于此等情形下的基金公司章程条款，应当根据新《公司法》进行修订，以保证所有股东会决议的最低通过比例应当超过全部表决权的半数(不含本数)。需要说明的是，基金公司章程约定的股东会决议通过比例不得低于新《公司法》的法定最低比例，但可以在法定最低比例标准上采用更高门槛。根据新《公司法》第二十七条的规定，股东会决议通过的比例低于新《公司法》或公司章程规定的孰高值，属于决议不成立情形。

同时还需强调的一点的是，上述最低表决比例以及特别决议事项需经代表三分之二以上表决权的股东通过的规定仅适用于召开股东会会议并作出决议的情形。而无论依据原《公司法》第三十七条还是新《公司法》第五十九条，股东(对股东会职权事项)以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名或者盖章，即：未召开股东会会议，仅采用书面表决方式作出决议的(例如常见的所谓“通讯会议”，实为通过股东传签方式进行书面表决)，需股东对决议事项一致同意。

(二) 董监高任职资格否定情形

对比	新《公司法》
<p>第一百四十六条 有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：</p> <p>(二)因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；</p> <p>(四)担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；</p> <p>(五)个人因所负数额较大的债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。</p>	<p>第一百七十八条 有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：</p> <p>(二)因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；</p> <p>(四)担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；</p> <p>(五)个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。</p>

注：**红色字体**为新《公司法》删除的内容，本文下同。

《证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员监督管理办法》(“**《董监高办法》**”)第七条关于基金公司董监高任职资格否定情形的规定中，援引了原《公司法》第一百四十六条。

因此，如果基金公司章程关于董监高任职资格的条款摘引了原《公司法》第一百四十六条的条款号或直接摘引了对应条款内容的，都应根据新《公司法》第一百七十八条进行修订。

(三) 董事会会议召开的最低人数和决议通过的最低比例

新《公司法》
第七十三条第二款 董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。
第一百八十五条 董事会对本法第一百八十二条至第一百八十四条规定的事项决议时，关联董事不得参与表决，其表决权不计入表决权总数。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足三人的，应当将该事项提交股东会审议。

1. 新《公司法》新增了董事会会议召开的最低人数和决议通过的最低比例要求，即都需要全体董事的过半数，且同样不包括半数的“本数”。

由于原《公司法》没有此等要求，因此部分基金公司存在董事会会议召开的最低人数及决议通过最低比例低于新《公司法》要求的情形。例如，部分基金公司章程约定，董事会召开的最低人数及/或决议通过比例包括全体董事的半数的本数；再例如，部分基金公司章程约定，董事会决议的通过比例是以“出席董事会会议的董事”为基数，而非全体董事。对于此等情形下的基金公司章程条款，应当根据新《公司法》进行修订，以保证董事会会议召开的最低人数和决议通过的最低比例都需要超过全体董事的半数(不含本数)。同样的，基金公司章程可以在董事会的会议召开及决议通过的法定最低标准上采用更高门槛。根据新《公司法》第二十七条的规定，出席董事会会议的人数和决议通过比例低于新《公司法》或公司章程规定的孰高值，属于决议不成立情形。

2. 在此基础上，针对新《公司法》第一百八十二条至第一百八十四条所规定的特定事项，新《公司法》第一百八十五条进一步要求关联董事应当回避董事会表决且其表决权不得计入表决权总数；并要求如果无关联关系董事人数不足三人的，应当提级至股东会审议。

新《公司法》第一百八十二条至第一百八十四条所规定的特定事项，具体是指：(1)第一百八十二条，董监高、董监高近亲属、董监高或者其近亲属直接或者间接控制的企业、与董监高有其他关联关系的关联人，直接或者间接与公司订立合同或者进行交易；(2)第一百八十三条，董监高利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会；(3)第一百八十四条，董监高自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

具体到基金公司而言，由于《证券投资基金管理公司治理准则(试行)》第八十二条已经规定了基金公司的“公司董事会就关联交易事项进行表决时，有利害关系的董事应当回避”，因此基金公司的公司章程中也普遍存在此等回避表决条款。但基金公司的公司章程规定的董事回避事项与新《公司法》第一百八十二条至第一百八十四条并不完全对应，例如若章程

规定股东董事对董事会审议该董事的提名方股东的关联交易事项应当回避，但该回避事项可能并不在新《公司法》第一百八十二条至第一百八十四条的范围之内，因而并不能当然适用新《公司法》第一百八十五条而减少关联董事表决权的计算，而可能需要继续遵守新《公司法》第七十三条规定的过半数要求。但如果因章程规定的非新《公司法》第一百八十二条至第一百八十四条的回避事由导致董事出席比例和通过比例未过半数，将可能导致董事会决议不成立。针对这一问题，建议将董事回避情形与第一百八十二条至第一百八十四条保持统一，或者对于因章程规定的第一百八十二条至第一百八十四条之外其他回避情形导致董事出席比例和通过比例未过半数的，另行制定处理方案，例如提交股东会审议。

(四) 未设监事会且职工 300 人以上的基金公司，应设职工代表董事

新《公司法》
第六十八条 <u>职工人数三百人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表。</u>

新《公司法》新增要求，**同时**符合下述条件的公司应设职工代表董事：**(1)**职工人数三百人以上；**(2)**未设监事会**或**设监事会但并无职工代表监事。

对于基金公司而言，根据《关于实施<公开募集证券投资基金管理人监督管理办法>有关问题的规定》(“《**公募管理人管理办法实施规定**》”)关于基金公司“监事会应当包括股东代表和公司职工代表，其中职工代表人数不得少于监事会人数的 1/2。不设监事会的，执行监事中应当至少有 1 名职工代表”的规定，如果基金公司已经设立了监事会，则该等监事会中必然有职工代表，因此应当无需设置职工代表董事；但如果基金公司没有设置监事会且职工在 300 人以上的，则应当修改公司章程条款增设职工代表董事或者将原执行监事改制为监事会。

(五) 监事会或一名监事

对比	新《公司法》
第五十一条 股东人数较少或者规模较小规模较小或者股东人数较少的 有限责任公司， 可以设一至二名监事，不设监事会可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。	第八十三条 规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。
新《公司法》	
第一百三十三条 <u>规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权。</u>	

注：蓝色字体为新《公司法》进行文字或语序调整的内容，本文下同。

新《公司法》规定，如果公司不设监事会而设置监事的，监事的人数限于一名。据此，如果基金公司依据原《公司法》规定设置了两名监事，则将与新《公司法》的规定不符，从而应当对公司章程进行修订。结合新《公司法》以及《公募管理人管理办法实施规定》关于基金公司“监事会应当包括股东代表和公司职工代表，其中职工代表人数不得少于监事会人数的 1/2。不设监事会的，执行监事中应当至少有 1 名职工代表”的规定，对于设置两名监事的基金公司，其公司章程关于监事设置条款的修订路径包括：(1)在两名监事基础上增加监事席位，从而变更为监事会，其中职工代表监事人数占比不得少于 1/2；(2)在两名监事基础上减少一名监事，从而将监事人数控制在一名，且该名监事需为职工代表监事。

至于新《公司法》关于公司可以不设置监事会及监事的新增规定，受限于基金公司所需遵守的监管规则，暂无法适用于基金公司，具体见后文分析。

(六) 董监高与公司的关联交易

对比	新《公司法》
<p>第一百四十八条 董事、<u>监事</u>、高级管理人员不得有下列行为：</p> <p>(四)违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；</p> <p><u>，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。</u></p> <p><u>董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。</u></p>	<p>第一百八十二条 董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。</p> <p>董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。</p>

新《公司法》新增要求，公司董监高、董监高近亲属、董监高或其近亲属直接或者间接控制的企业、与董监高有其他关联关系的关联人(“董监高及其关联人”)，直接或者间接与公司订立合同或者进行交易，不区分该等合同或交易的性质、金额等情形，都应当提交公司董事会或股东会决议，且新《公司法》没有赋予公司章程通过另行规定的方式对前述程序进行豁免的空间。

具体到基金公司而言，由于基金公司章程通常都会约定关联交易事项，新《公司法》前述新增规定，将对基金公司章程条款产生相应影响：

1. 《公开募集证券投资基金管理人监督管理办法》(“《公募管理人管理办法》”)第三十六条规定,基金公司的重大关联交易须提交至董事会审议通过。在此基础上,结合行业操作实践来看,基金公司的非重大关联交易则通常交由低于董事会层级的内部机构进行审批(例如经理层、董事会下设委员会等)。

而结合新《公司法》的规定,基金公司董监高及其关联人直接或间接与基金公司订立合同或进行交易,不区分合同或交易的性质及金额等情形,例如基金公司董监高及其关联人购买基金公司所管理产品或与基金公司之间开展其他可能并不构成重大关联交易的行为,都需要提交董事会或股东会决议。

2. 从公司章程条款的修改来看,虽然大部分基金公司章程关于股东会和董事会的职权都会设置类似于“法律法规或公司章程规定的其他职权”的兜底条款,但考虑到针对公司董监高及其关联人与基金公司订立合同或进行交易事项,新《公司法》规定的是提交“董事会或股东会决议”而并未确定交由哪一层级审议,因此基金公司章程前述兜底性条款仍无法直接适用,而需作进一步明确。鉴此,针对董监高及其关联人与基金公司订立合同或进行交易事项,基金公司章程应根据新《公司法》的规定,进一步明确是股东会还是董事会的职权。考虑到基金公司重大关联交易的审批层级为董事会,建议可以与此保持一致,明确是董事会的职权。

从实际执行角度,考虑到董监高及其关联人购买基金公司所管理产品的情况较为常见,针对此类情形可以通过一次性决议并统一授权的方式进行,无需针对此类事项进行逐一审议(但此类交易触发基金公司重大关联交易标准的,仍需报董事会进行单独审议)。

(七) 涉及“半数以上”调整为“过半数”的条款

除前文提及新《公司法》关于股东会表决比例、董事会会议参加最低人数及决议通过的表决权比例外,新《公司法》还多处涉及将“半数以上”调整为“过半数”的修订;即,该等修订后的条款不再包括“半数”的本数。相应的,基金公司章程条款也需要同步修订。具体事项如下:

1. 股东会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由“过半数”(原《公司法》系“半数以上”)的董事共同推举一名董事主持。——新《公司法》第六十三条、第一百一十四条
2. 董事会会议由董事长召集和主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长召集和主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由“过半数”(原《公司法》系“半数以上”)的董事共同推举一名董事召集和主持。——新《公司法》第七十二条、第一百二十二条
3. 监事会主席召集和主持监事会会议;监事会主席不能履行职务或者不履行职务的,有限责任公司由“过半数”(原《公司法》系“半数以上”)的监事共同推举一名监事召集和主持监事会

会议; 股份有限公司由监事会副主席召集和主持监事会会议, 如监事会副主席不能履行职务或不履行职务的, 由“过半数”(原《公司法》系“半数以上”)的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。——新《公司法》第七十六条、第一百三十条

4. 监事会决议应当经全体监事的“过半数”(原《公司法》系“半数以上”)通过。——新《公司法》第八十一条、第一百三十二条

(八) 其他事项

除前文提及内容外, 新《公司法》还在如下方面进行了修订, 并需要同步调整公司章程:

1. 有限责任公司章程中应当明确股东出资的具体日期; 股份有限公司章程应当明确已发行的股份数和设立时发行的股份数、面额股的每股金额等内容。——新《公司法》第四十六条、第九十五条
2. 有限责任公司出资证明书应当新增“认缴和实缴的出资额、出资方式”, 并应当由法定代表人签名并由公司盖章。——新《公司法》第五十五条
3. 有限责任公司股东名册应当新增“认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期”以及“取得和丧失股东资格的日期”, 股份有限公司股东名册应当新增“所认购的股份种类”等。——新《公司法》第五十六条、第一百零二条

二. 建议优化(非必须)的章程条款

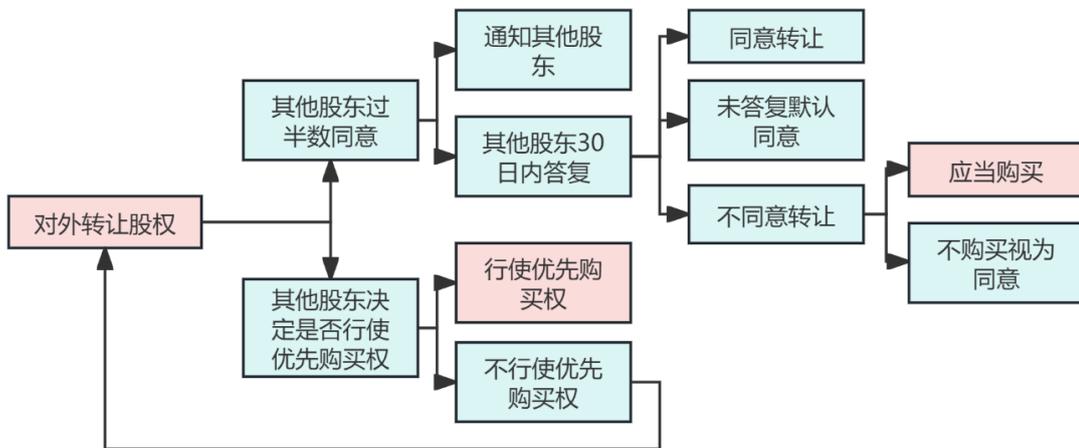
(一) 股权对外转让条款

对比	新《公司法》
<p>第七十一条第二、三、四款 股东向股东以外的人转让股权的, 应当经其他股东过半数同意。股东应就其将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东征求意见, 其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的, 视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的, 不同意的股东应当购买该转让的股权; 不购买的, 视为同意转让。</p> <p>经股东同意转让的股权, 其他股东在同等条件下, 其他股东有优先购买权。股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的, 视为放弃优先购买权。两个以上股东主张行使优先购</p>	<p>第八十四条第二款和第三款 股东向股东以外的人转让股权的, 应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东, 其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的, 视为放弃优先购买权。两个以上股东行使优先购买权的, 协商确定各自的购买比例; 协商不成的, 按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。</p> <p>公司章程对股权转让另有规定的, 从其规定。</p>

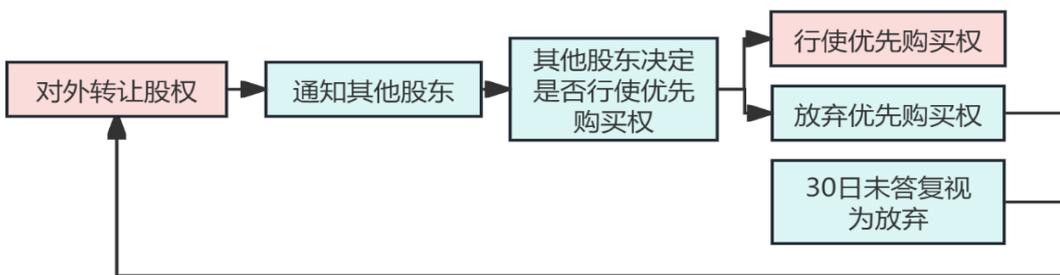
<p>买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。</p>	
<p>公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。</p>	

新《公司法》针对股东对外转让股权的流程进行了简化和优化，具体包括：(1)取消了其他股东的事先同意权；(2)明确其他股东优先购买权行使的期限；(3)明确列举了转让通知的内容，包括“股权转让的数量、价格、支付方式和期限”等详细的交易要素。

原《公司法》项下流程：



新《公司法》项下流程：



值得关注的是，由于新《公司法》保留了“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”的条款，因此基金公司章程中涉及股权对外转让条款，不是必须修改的事项，在新《公司法》施行后仍可保留原股权转让条款的约定。

尽管如此，如果基金公司各方股东同意比照新《公司法》进行修订，将有利于股东对外转让股权流程的简化和优化：一方面，可以有效减少原《公司法》项下召开股东会对股东对外转让股权事项进行审议的程序；另一方面，新《公司法》项下关于股权转让通知的内容更为全面，有助于其他股东得以根据更为全面的信息做出是否行使优先购买权的决定。值得注意的是，目前基金公

司股权转让所涉及监管程序的材料中仍包括基金公司股东会决议，随着新《公司法》的修订，此等材料后续是否可以豁免有待观察。

此外，新《公司法》第八十六条新增规定，明确了股东转让股权应当书面通知公司以及公司负有配合变更股东名册及办理工商变更登记义务(否则转让人、受让人可以依法向人民法院提起诉讼)，并明确股权转让后受让方可以向公司主张股东权利的时点为记载于股东名册时。

(二) 三会一层的职权

内部机构	职权调整内容
股东会	删除“ 决定公司的经营方针和投资计划 ”； 删除“ 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案 ”； 保留职权的兜底性条款“公司章程规定的其他职权”。
董事会	删除“ 制订公司的年度财务预算方案、决算方案 ”； 保留职权的兜底性条款“公司章程规定 或者股东会授予 的其他职权”。
管理层	删除经理的具体职权，允许章程自行规定或董事会授予经理具体职权： 第七十四条第二款 经理对董事会负责， 根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权 。
监事会	新增监事会履职保障措施： 第八十条第一款 监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告 。

新《公司法》删除了股东会和董事会的部分职权并删除了经理的全部职权列举，但同时保留了职权的兜底性条款，允许公司就包括被删除事项在内的职权在章程中自行规定。

因此，基金公司章程中涉及股东会、董事会及总经理的职权事项，不是必须修改的内容；至于新《公司法》新增了“监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告”的规定，由于基金公司章程关于监事会的职权通常也会设置“法律法规和章程规定的其他职权”的兜底性条款，或者即使没有此等兜底条款，监事会也有权依据新《公司法》履职，因此也不是必须修改事项。

尽管如此，结合行业操作实践，原《公司法》股东会职权事项中的“经营方针和投资计划”与董事会职权事项的“经营计划和投资方案”(新《公司法》仍予以保留)较难区分，基金公司可以结合本次新《公司法》修订对股东会中的“经营方针和投资计划”进行删除。

(三) 法定代表人的选任

对比	新《公司法》
第十三条 公司的法定代表人 按照 公司章程的规定，由 董事长、代表公司 执行 公司事务 的董事或者经理担任， 并依法登记。公司法定	第十条 公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。

<p>代表人变更,应当办理变更登记。</p> <p><u>担任法定代表人的董事或者经理辞任的,视为同时辞去法定代表人。</u></p> <p><u>法定代表人辞任的,公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。</u></p>	<p>担任法定代表人的董事或者经理辞任的,视为同时辞去法定代表人。</p> <p>法定代表人辞任的,公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。</p>
<p>第二十五条 有限责任公司章程应当载明下列事项: (七)公司法定代表人的<u>产生、变更办法</u>;</p>	<p>第四十六条 有限责任公司章程应当载明下列事项: (七)公司法定代表人的产生、变更办法;</p>

新《公司法》调整了法定代表人的选任范围,从原《公司法》规定的董事长/执行董事或经理担任,调整为由“代表公司执行公司事务的董事或者经理”担任。我们注意到有解读认为,法定代表人选为“代表公司执行公司事务的董事”或者“经理”,并尝试对哪些董事属于“代表公司执行公司事务的董事”进行解释,这种解读显然背离了立法原意。立法原意应是借鉴英美公司法实践中公司授权代表的选任制,法定代表人不再局限于董事长/执行董事或总经理担任,对于非董事长/执行董事或总经理以外的董事,例如非董事长及总经理以外的股东董事,也可以被公司章程指定为“代表公司执行公司事务”,从而担任公司的法定代表人。换言之,“代表公司执行事务”是对法定代表人当然职权的描述;根据公司章程被指定担任法定代表人,即有权“代表公司执行事务”。

具体到基金公司而言:

1. 基金公司的董事通常包括股东董事、管理层董事和独立董事三个类型。而根据《公募管理人管理办法》第三十五条的规定,独立董事应当坚持基金份额持有人利益优先原则,并强调应当与基金公司及其股东保持独立,因此基金公司独立董事不适合代表基金公司执行事务。除独立董事以外的股东董事、管理层董事,根据新《公司法》的规定,都可以担任基金公司的法定代表人。
2. 基金公司章程根据原《公司法》规定由董事长或总经理担任法定代表人的,因为并未突破新《公司法》规定的“董事及经理”范畴,因此不是必须修改事项。

但值得关注的是,根据《董监高办法》第三十四条的规定,基金公司的董事长、总经理因故不能履行职务的,基金公司应当在 15 个工作日内决定代履职人员且代履职时间不得超过 6 个月。但根据新《公司法》的规定,公司应当在法定代表人辞任之日起 30 日内确定新的法定代表人;因此,如果基金公司由董事长或总经理担任法定代表人,如果该名董事长或总经理离职而由其他人员代履职的,尽管《董监高办法》规定代履职时间最长为 6 个月,但为满足新《公司法》关于 30 日内确定新法定代表人的要求,基金公司需要在 30 日内完成接任董事长或总经理的选任。但考虑到基金公司董事长或总经理受限于任职资格限制等方面

的原因导致在 30 日内可能无法完成选定聘任, 因此一个可行的方案是对基金公司章程进行调整, 具体为: 将当前基金公司章程中确定由董事长或总经理担任法定代表人的条款, 调整为: 法定代表人由董事长或总经理担任, 但在董事长或总经理暂未确定的情况下, 可以暂由董事会决议除独立董事以外的董事(例如董事长或总经理的代履职人员)担任。

三. 不应删除(或暂时不应删除)的章程安排

(一) 暂时不应删除监事会/监事设置

新《公司法》
第六十九条 <u>有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会, 行使本法规定的监事会的职权, 不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。</u>
第一百二十一条 <u>股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会, 行使本法规定的监事会的职权, 不设监事会或者监事。</u>
<u>审计委员会成员为三名以上, 过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务, 且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。</u>
<u>审计委员会作出决议, 应当经审计委员会成员的过半数通过。</u>
<u>审计委员会决议的表决, 应当一人一票。</u>
<u>审计委员会的议事方式和表决程序, 除本法有规定的外, 由公司章程规定。</u>
<u>公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置其他委员会。</u>

新《公司法》新增规定, 公司如果在董事会中设置由董事组成的审计委员会并由该委员会行使监事会的职权, 则可以取消监事会或监事的设置。

具体到基金公司而言, 是否可以根据新《公司法》的规定, 通过在董事会中设置行使监事会职权的审计委员会, 从而不设监事会/监事?对于本问题, 我们持谨慎态度, 在基金公司相关监管规则没有调整之前, 不建议做此修订。

1. 根据《公募管理人管理办法》第二十九条、第三十七条以及证监会其他监管规则的规定, 基金公司应当建立包括股东会、董事会、监事(会)、经理层等公司治理结构, 并要求基金公司的公司章程应当明确监事会或者执行监事的职权范围和议事规则。换言之, 根据现行有效

的证监会监管规则，监事会/监事是基金公司应当设置的内部治理机构。虽然证监会前述监管规则系根据原《公司法》进行制定，但新《公司法》在允许满足特定条件下可以不设置监事会/监事的同时，也没有禁止继续保留监事会/监事的设置。

即，证监会现行有效的监管规则并未违反新《公司法》的规定，与新《公司法》不存在冲突，因此无法根据“上位法优于下位法”、“新法优于原法”的法律解释原则来得出基金公司可以直接根据新《公司法》取消监事会/监事的设置。除非证监会后续根据新《公司法》相应修订其监管规则并明确允许基金公司可以不设置监事会/监事，否则基金公司仍应保留当前的监事会/监事设置，从而满足证监会监管规则的合规要求。

2. 值得关注的是，部分基金公司已经在董事会中设立了审计委员会，但此等审计委员会与新《公司法》所规定的审计委员会存在显著差异。新《公司法》第六十九条、第一百二十一条规定的审计委员会，行使的是监事会的职权，这与基金公司审计委员会常见的职权安排存在显著差异。因此，即使后续证监会监管规则允许基金公司不设置监事会/监事，基金公司审计委员会的现有职权也需要根据新《公司法》的规定进行相应调整。

新《公司法》下监事会的职权内容	基金公司董事会审计委员会的常见职权安排
<p>第七十八条 监事会行使下列职权：</p> <p>(一)检查公司财务；</p> <p>(二)对董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出解任的建议；</p> <p>(三)当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；</p> <p>(四)提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；</p> <p>(五)向股东会会议提出提案；</p> <p>(六)依照本法第一百八十九条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；</p> <p>(七)公司章程规定的其他职权。</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 审核公司的财务报告、评估内部审计制度、会计制度及内控制度的有效性； ➤ 提议聘请、更换外部审计机构，并就外部审计机构的资质和工作情况进行评议； ➤ 协助董事会审查公司内控制度、重大项目和审计重大交易； ➤ 协助董事会对公司财务、会计基本制度、内控制度及预算执行情况进行监督。

(二) 不应删除董事会设置

原《公司法》规定有限责任公司可以不设董事会而设一名董事，在此基础上，新《公司法》第一百二十八条进一步新增“规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设董事会，设一名董事”。

对于此等规定，同前文关于“不应删除监事会/监事设置”的分析，根据《公募管理人管理办法》第二十九条、第三十四条等证监会相关监管规则的要求，董事会同样是基金公司必备的内部治理机构，且由于基金公司董事会中独立董事人数和比例的强制性监管要求在原《公司法》允许不设董事会的规定下即已存在，在新《公司法》施行后基金公司仍应按证监会的监管要求保留董事会的设置。

四. 非必须修改但提示注意的条款

(一) 控股股东/实际控制人的定义优化以及责任强化

1. 控股股东/实际控制人的定义优化

对比	新《公司法》
<p>第二百一十六条 本法下列用语的含义：</p> <p>(二)控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额超过百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额超过百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会—股东大会的决议产生重大影响的股东。</p> <p>(三)实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。</p>	<p>第二百六十五条 本法下列用语的含义：</p> <p>(二)控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额超过百分之五十或者其持有的股份占股份有限公司股本总额超过百分之五十的股东；出资额或者持有股份的比例虽然低于百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响的股东。</p> <p>(三)实际控制人，是指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。</p>

新《公司法》调整了原《公司法》关于控股股东的定义，持股比例从“50%以上”(即含 50%的本数)变更为“超过 50%”(即不含 50%的本数)。此等定义的优化，有助于《公司法》语境下的控股股东，与国资监管等其他法律法规语境下控股股东的认定标准相一致。

具体到国资股东背景的基金公司而言，如果某基金公司的大股东系国有企业且其持股比例恰为 50%，此时根据原《公司法》的规定，该持股 50%的国有大股东应被界定为控股股东；但根据国资监管的相关规定来看，由于该国有大股东所持基金公司的股权恰为 50%的本数，将不被认定为国有控股企业(例如，《企业国有资产交易监督管理办法》第四条所称的国有控股企业的判定标准即为持股“超过”50%)。由此导致，此类基金公司在原《公司法》和国资监管法律法规体系下对于是否构成控股股东存在不同的认定，进而影响到该基金公司是否存在控股股东存在不同理解。而随着新《公司法》关于“控股股东”定义的优化，将能够有效解决前述问题。

与此同时，新《公司法》删除了公司实际控制人不得是公司直接股东的限制。在原《公司法》项下，由于实际控制人不得为公司的直接股东，由此导致公司可能出现存在控股股东而无实际控制人的情况。例如，如果公司的控股股东为自然人，或控股股东虽然为机构但该控股股东向上追溯没有实际控制人，此时根据原《公司法》的规定，该公司属于有控股股东但无实际控制人的情况，但实际情况是该控股股东本身对于公司即享有实际控制力。随着新《公司法》的本次调整，意味着：(1)实际控制人也可以是公司股东；(2)非控股股东通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为，构成实际控制人；(3)控股股东若无实际控制人(控股股东为自然人，或者控股股东是无实际控制人的机构)，控股股东同时也是实际控制人。

2. 控股股东/实际控制人的责任强化

对比	新《公司法》
<p>第一百四十七条 董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。一。</p> <p>第一百八十条 董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。</p> <p>董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务。一。</p> <p>董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。</p> <p>公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。</p>	<p>第一百七十九条 董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。</p> <p>第一百八十条 董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。</p> <p>董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。</p> <p>公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。</p>

新《公司法》
<p>第一百九十二条 公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。</p>
<p>第八十九条第三款及第四款 公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。</p> <p>公司因本条第一款、第三款规定的情形收购的本公司股权，应当在六个月内依法转让或者注销。</p>

新《公司法》新增规定，如果公司的控股股东、实际控制人没有担任公司董事但实际执行公司事务的，同样对公司负有忠实和勤勉义务；或者存在指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为，需要与该董事、高级管理人员承担连带责任；此外，如果控股股东滥用股东权利导致严重损害公司或其他股东利益的，其他股东有权要求公司回购股权。

具体到基金公司而言，根据《公募管理人管理办法》第三十条的规定，基金公司股东和实际控制人不得“越过股东(大)会、董事会任免基金管理公司的董事、监事、高级管理人员，或者擅自干预基金管理公司的经营管理、基金财产的投资运作等活动”。因此，如果基金公司股东和实际控制人在基金公司运营过程中切实遵守了《公募管理人管理办法》等规则要求，则应当不会涉及违反前述新《公司法》的新增要求。但如果基金公司的股东或实际控制人越权干预或实际执行了基金公司的经营管理事务，一方面意味着违反了《公募管理人管理办法》从而面临合规责任；另一方面根据新《公司法》的规定，将可能面临承担连带赔偿责任的风险。甚至于，如果基金公司的控股股东滥用股东权利导致严重损害了基金公司或其他股东的利益，其他股东有权要求基金公司回购其股权，从而引起股权转让或者减资的后果。

(二) 董监高的责任强化

新《公司法》强化了对公司董事及/或监事及/或高管的责任要求。对于基金公司而言，其章程通常会规定基金公司董事、监事及管理层人员的义务与责任条款，且一般会规定类似需遵守“法律法规规定的其他义务与责任”的兜底性条款。因此，即使新《公司法》强化了对公司董事及/或监事及/或高管的责任要求，但大部分基金公司章程无需就此进行修订。我们就其中值得关注的事项提示如下：

责任内容	备注
忠实义务	
<p>➤ 董监高与公司的关联交易(新《公司法》第一百八十二条)</p> <p>董监高、董监高近亲属、董监高或者其近亲属直接或者间接控制的企业、与董监高有其他关联关系的关联人，直接或者间接与公司订立合同或者进行交易，不区分该等合同或交易的性质、金额等情形，都应当提交公司董事会或股东会决议。</p>	<p>具体见前文“董监高与公司的关联交易”部分的分析</p>
<p>➤ 董监高谋取商业机会(新《公司法》第一百八十三条)</p> <p>除满足以下条件之一，否则董监高不得利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会：(1)向董事会或股东会报告并按照公司章程的规定经董事会或股东会决议通过；(2)根据法律、行政法规或公司章程的规定，公司不能利用该商业机会的。</p>	

<p>➤ 董监高同业竞争(新《公司法》第一百八十四条)</p> <p>董监高未向董事会或股东会报告,并按照公司章程的规定经董事会或股东会决议通过,不得自营或为他人经营与其任职公司同类的业务。</p>	<p>根据《董监高办法》第三十一条的规定,基金公司的董监高及从业人员禁止自营或者为他人经营与所任基金公司同类或者存在利益冲突的业务。因此,尽管新《公司法》规定了公司董监高同业竞争的豁免条件,但基金公司董监高应当继续遵循证监会的禁止要求。</p>
<p>➤ 董事表决回避(新《公司法》第一百八十五条)</p> <p>董事会对新《公司法》第一百八十二条至第一百八十四条规定的事项进行决议时,关联董事不得参与表决</p>	<p>具体见前文“董事会会议召开的最低人数和决议通过的最低比例”部分的分析</p>
<p>维护公司资本充实的责任</p>	
<p>➤ 董事的催缴义务(新《公司法》第五十一条)</p> <p>有限责任公司成立后,董事会应当对股东的出资情况进行核查,发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的,应当由公司向该股东发出书面催缴书,催缴出资。</p> <p>未及时履行前款规定的义务,给公司造成损失的,负有责任的董事应当承担赔偿责任。</p>	<p>在现行有效的监管规则项下,基金公司及子公司均要求注册资本实缴,具体见后文“公司的资本制度”部分的分析,本处相关规定对基金公司影响不大。</p>
<p>➤ 董监高对抽逃出资的监管(新《公司法》第五十三条)</p> <p>公司成立后,股东不得抽逃出资。违反前款规定的,股东应当返还抽逃的出资;给公司造成损失的,负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。</p>	
<p>➤ 董监高对违规分配利润的监管(新《公司法》第二百一十一条)</p> <p>公司违反本法规定向股东分配利润的,股东应当将违反规定分配的利润退还公司;给公司造成损失的,股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。</p>	
<p>➤ 董监高对违法减资的赔偿(新《公司法》第二百二十六条)</p> <p>违反本法规定减少注册资本的,股东应当退还其收到的资金,减</p>	

<p>免股东出资的应当恢复原状; 给公司造成损失的, 股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。</p>	
<p>董事的清算义务</p>	
<p>➤ 董事的清算义务(新《公司法》第二百三十二条)</p> <p>董事为公司的清算义务人, 清算义务人未及时履行清算义务, 给公司或者债权人造成损失的, 应当承担赔偿责任。清算组由董事组成, 但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外。</p>	<p>新增了董事作为公司的清算义务人。新《公司法》虽然规定清算组由董事组成但仍可以由公司章程或股东会决议另作安排, 因此公司章程根据原《公司法》规定清算组由股东组成的, 可无需修改, 但即使董事没有担任清算组成员, 仍应当承担清算义务。</p>
<p>董事及高管对第三人的责任</p>	
<p>新《公司法》第一百九十一条</p> <p>董事、高级管理人员执行职务, 给他人造成损害的, 公司应当承担赔偿责任; 董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的, 也应当承担赔偿责任。</p> <p>新《公司法》第一百九十二条</p> <p>公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的, 与该董事、高级管理人员承担连带责任。</p>	<p>对基金公司而言, 对“他人”承担赔偿责任的常见情形包括: (1)对投资者: 销售不当、投资运作违约、利益输送、差错事件、怠于履行管理人职责; (2)对交易对手: 交易违约; (3)对合作方: 付费违约; (4)对其他第三方: 侵权行为; (5)对员工(前员工): 劳动争议败诉。</p> <p>针对参与赔偿责任事件决策的高管、参与相关赔偿责任事件的董事会会议但并未提出反对意见的董事, 均可能承担赔偿责任。</p>

<p>新《公司法》第一百九十三条</p> <p>公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险。</p> <p>公司为董事投保责任保险或者续保后，董事会应当向股东会报告责任保险的投保金额、承保范围及保险费率等内容。</p>	<p>本条属于倡导性条款，但随着新《公司法》对董事责任的强化，未来基金公司为董事投保责任险的需求可能会提高。根据新《公司法》的要求，存在此等投保或续保情形，董事会应当向股东会报告相关事项。</p>
--	--

(三) 董事的卸任

<p>新《公司法》</p> <p>第七十条第三款 <u>董事辞任的，应当以书面形式通知公司，公司收到通知之日辞任生效，但存在前款规定情形的，董事应当继续履行职务。</u></p> <p><i>前款规定情形，指董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞任导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。</i></p> <p>第七十一条 <u>股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。</u> <u>无正当理由，在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。</u></p>
--

新《公司法》新增了董事卸任的规定，分为董事辞任和股东会解任两种情形，其中董事主动辞任的规定尤为值得关注。新《公司法》规定董事辞任的，辞任通知送达公司即行生效(除非处于董事任期届满且改选出的董事就任前期间或任期内辞任将导致董事会低于法定人数)，无需再以股东会审议通过为前提。

具体到基金公司而言，基金公司章程根据原《公司法》通常约定了即使是董事主动辞任也需要获得股东会审议通过。但值得关注的是，随着新《公司法》的修订，即使公司章程不做调整，前述章程条款对于董事主动辞任可能无法再行约束，董事将享有辞任的主动权。而且，《董监高办法》目前规定的董事离任备案材料中仍包括内部决议文件，因此对于董事根据新《公司法》主动辞任情形下的监管备案材料能否豁免内部决议的材料要求，仍有待观察。

此外，根据新《公司法》第七十一条的规定，虽然公司面临赔偿的风险，但并不影响公司股东会在无正当理由的情况下决议解任董事。但具体到基金公司而言，根据《证券投资基金管理公司治理准则(试行)》第三十五条等证监会监管规则，基金公司不得无正当理由解任公司董事，基金公司仍应遵守证监会的此等监管规则要求。

(四) 股东知情权扩展

对比	新《公司法》
<p>第三十三条 股东有权查阅、复制公司章程、<u>股东名册</u>、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。</p> <p>股东可以要求查阅公司会计账簿、<u>会计凭证</u>。股东要求查阅公司会计账簿、<u>会计凭证</u>的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿、<u>会计凭证</u>有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以<u>请求向</u>人民法院<u>要求公司提供查阅</u>提起诉讼。</p> <p><u>股东查阅前款规定的材料，可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构进行。</u></p> <p><u>股东及其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅、复制有关材料，应当遵守有关保护国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息等法律、行政法规的规定。</u></p> <p><u>股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前四款的规定。</u></p>	<p>第五十七条 股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。</p> <p>股东可以要求查阅公司会计账簿、会计凭证。股东要求查阅公司会计账簿、会计凭证的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿、会计凭证有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以向人民法院提起诉讼。</p> <p>股东查阅前款规定的材料，可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构进行。</p> <p>股东及其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅、复制有关材料，应当遵守有关保护国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息等法律、行政法规的规定。</p> <p>股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前四款的规定。</p>

新《公司法》扩展了股东的知情权范围，股东可以要求查阅股东名册和会计凭证；其中，股东有权查阅会计凭证尤为值得关注。根据《会计法》的规定，会计凭证包括原始凭证和记账凭证，而原始凭证是指例如发票、合同、单据等会计核算的原始资料，这对于企业财务报表的编制质量至关重要。新《公司法》新增股东查阅会计凭证的权利，显著提升了对股东知情权的保护。值得关注的是，区别于股东有权查阅并复制“公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告”，对于“会计账簿、会计凭证”，股东仅有权查阅，但无权复制。鉴此，考虑到股东自身可能不具备相关专业知识等因素，新《公司法》新增了股东可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构协助进行。此外，新《公司法》将股东的前述知情权范围，扩展至全资子公司。

具体到基金公司而言，股东出于掌握基金公司财务状况的目的，通常对于查阅基金公司会计事项具有较为强烈的需求；甚至于，我们注意到部分基金公司的股东出于集团整体审计的需要，要求基金公司配合股东审计师为集团审计的目的进驻基金公司查阅相关材料(在外商独资或中外合资基金公司中尤为典型)。具体到基金公司章程而言，虽然基金公司章程通常都会约定此等股东知情权条款，而且即使公司章程条款不做调整，股东依据新《公司法》也享有相应权利，但不排除基金公司股东为明确前述股东知情权内容而要求修订公司章程，从而使得该等知情权获得公司章程的进一步确认。

(五) 公司的资本制度

新《公司法》对公司资本制度的调整，是《公司法》本轮修订的重要事项，包括但不限于公司的出资额应当在公司成立之日起 5 年内缴足以及存量公司实缴整改(新《公司法》第四十七条、第二百六十六条)、股东对欠缴出资的连带责任(新《公司法》第五十条)、股东欠缴出资的失权制度(新《公司法》第五十二条)、认缴出资的加速到期(新《公司法》第五十四条)等。但根据《公募管理人管理办法》第六条及第四十三条的规定，基金公司及其子公司均要求注册资本实缴，因此新《公司法》前述公司资本制度的调整对于基金公司及其子公司的影响较小，本处不再展开。

值得关注的是，新《公司法》第八十八条新增规定，明确了转让人和受让人对于尚未完成出资的股权转让的责任承担规则，从而可能对从事私募股权投资管理业务的基金子公司(“PE 子公司”)对外股权投资及退出产生较大影响。

新《公司法》

第八十八条 股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。

未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。

例如 PE 子公司代表私募资产管理计划受让未完成实缴注册资本的股权标的，则需要由 PE 子公司代表私募资产管理计划承担实缴义务，因此 PE 子公司在受让股权前需要核查该等股权是否已经完成实缴注册资本。再例如 PE 子公司代表私募资产管理计划对外转让未完成实缴注册资本的股权标的，虽然由受让方承担实缴义务，但如果受让方未能按期足额缴纳注册资本，PE 子公司代表私募资产管理计划仍需承担补充责任，特别是如果届时私募资产管理计划已清算分配，出资责任可能会需要由 PE 子公司自有资金承担。鉴此，PE 子公司以股权转让的方式进行未完成实缴注册资本的股权退出，建议 PE 子公司还要考察受让方的出资能力。

(六) 职工代表大会

对比	新《公司法》
<p>第十八条 公司职工依照《中华人民共和国工会法》组织工会，开展工会活动，维护职工合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。公司工会代表职工就职工的劳动报酬、工作时间、休息休假、福利、保险和劳动安全卫生<u>和保险福利</u>等事项依法与公司签订集体合同。</p> <p>公司依照宪法和有关法律的规定，<u>建立健全以职工代表大会为基本形式的民主管理制度</u>，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。</p> <p>公司研究决定改制、<u>解散、申请破产</u>以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。</p>	<p>第十七条 公司职工依照《中华人民共和国工会法》组织工会，开展工会活动，维护职工合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。公司工会代表职工就职工的劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生和保险福利等事项依法与公司签订集体合同。</p> <p>公司依照宪法和有关法律的规定，建立健全以职工代表大会为基本形式的民主管理制度，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。</p> <p>公司研究决定改制、解散、申请破产以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。</p>

新《公司法》第十七条新增规定，要求公司“建立健全以职工代表大会为基本形式的民主管理制度”，但这并不意味着公司必须设置职工代表大会。一方面，新《公司法》第十七条同步规定了“通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理”，由此可见职工代表大会不是民主管理的唯一形式；另一方面，综合新《公司法》其他涉及民主程序事项的相关规定，也没有将职工代表大会作为唯一形式，如“通过职工代表大会或者其他形式”(第十七条第三款)、“通过职工代表大会、职工大会或者其他形式”(第六十八条第一款、第七十六条第二款等)。目前大多数基金公司并未设置职工代表大会而是采取职工大会的方式，基于前述分析，我们理解基金公司并非必须设立职工代表大会。当然了，如果基金公司职工人数较多，以职工代表大会作为民主管理形式可能更为高效。

对于基金公司常见的管理层人员担任公司董事(“**管理层董事**”)的情形，考虑到该等管理层董事与基金公司签署劳动合同属于基金公司的职工，是否意味着管理层董事从性质上可以被认定为职工代表董事?对于本问题，我们认为需要区分对待：**(1)**对于基金公司总经理，根据《公募管理人管理办法》第三十四条的规定，基金公司总经理是当然的董事会成员；即基金公司总经理是因为证监会监管规则的要求而必须担任董事，这与职工代表董事需经“民主”程序选举产生存在冲突，故其不宜作为职工代表董事；**(2)**对于基金公司除总经理以外的管理层董事，如果是由职工代表大会、职工大会或其他形式经民主选举产生，可以担任职工代表董事。此外，根据新《公司法》第十七条以及《工会法》第六条、第二十条等规定，职工代表大会的核心在于民主管理，工会核

心在于维护职工合法权益，工会不能取代民主管理制度。鉴此，职工代表董事或监事不能通过工会任命，而应当根据《公司法》的规定通过职工代表大会、职工大会或者其他民主形式选举产生。

(七) 横向法人的人格否认

<p>新《公司法》</p> <p>第二十三条第二款 <u>股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。</u></p> <p><i>前款规定行为，指公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的。</i></p>
--

新《公司法》新增了横向法人的人格否认制度。举例来说，甲公司控制了 A 和 B 两家公司，利用控股权将 A 公司主要资产以非公允的极低价转让给 B 公司，严重削弱 A 公司偿债能力，此时甲公司和 B 公司应当对 A 公司的债务承担连带责任。

具体到基金公司而言，基金公司章程通常会规定股东的责任与义务条款，且其中通常会包括“法律法规及章程规定应当承担的其他义务”的兜底性条款。因此，我们理解，部分基金公司章程并非必须修改。而且，即使公司章程条款不新增横向法人人格否认条款，股东依据新《公司法》也需要承担此等责任。

(八) 其他事项

新《公司法》还在如下方面进行了修订，除非公司章程现有内容与之冲突，否则以下事项实际按照新《公司法》执行即可，并非必须修改公司章程：

1. 股东会作出分配利润的决议，董事会应当在股东会决议作出之日起六个月内进行分配。——新《公司法》第二百一十二条
2. 公积金弥补公司亏损，应当先使用任意公积金和法定公积金；仍不能弥补的，可以按照规定使用资本公积金。即新《公司法》允许公司使用资本公积金弥补亏损。——新《公司法》第二百一十四条
3. 新增简易合并、减资弥补亏损、利害关系人申请清算、简易注销程序。——新《公司法》第二百一十九条、第二百二十五条、第二百三十三条、第二百四十条

五. 其他值得注意的事项

(一) 股份有限公司应适用有限责任公司的相关规则

1. 新《公司法》关于有限责任公司股东会职权的规定, 适用于股份有限公司。故关于股份公司股东会职权事项的调整, 适用前文“三会一层的职权”部分的相关分析。——《新公司法》第一百一十二条第一款、第五十九条第一款及第二款
2. 新《公司法》关于只有一个股东的有限责任公司不设股东会的规定, 适用于只有一个股东的股份有限公司。——《新公司法》第一百一十二条第二款、第六十条
3. 新《公司法》关于有限责任公司的董事会职权、300 以上职工的公司董事会应有职工代表及例外、董事任期、卸任的规定, 适用于股份有限公司, 适用前文“三会一层的职权”、“未设监事会且职工 300 人以上的基金公司, 应设职工代表董事”及“董事的卸任”部分的相关分析。——新《公司法》第一百二十条、第六十七条、第六十八条第一款、第七十条、第七十一条
4. 新《公司法》关于有限责任公司监事任期、监事会及监事职权的规定, 适用于股份有限公司。前文关于“三会一层的职权”部分的相关分析, 亦适用于股份有限公司。——新《公司法》第一百三十五条第五款、第一百三十一条第一款、第七十七条至第八十条

(二) 通过国家企业信用信息公示系统进行信息公示

新《公司法》在多个事项上新增了公司应当通过国家企业信用信息公示系统进行信息公示的要求, 包括但不限于:

1. 公司应当按照规定通过国家企业信用信息公示系统公示下列事项: (一) 有限责任公司股东认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期, 股份有限公司发起人认购的股份数; (二) 有限责任公司股东、股份有限公司发起人的股权、股份变更信息; (三) 行政许可取得、变更、注销等信息; (四) 法律、行政法规规定的其他信息。

公司应当确保前款公示信息真实、准确、完整。——新《公司法》第四十条

对于基金公司而言, “行政许可取得、变更、注销等信息”包括基金公司牌照类、重大变更审批事项、基金子公司上缴牌照等事项。

2. 公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人, 并于三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。——新《公司法》第二百二十条

3. 公司分立,应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。——新《公司法》第二百二十二条
4. 公司应当自股东会作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。——新《公司法》第二百二十四条
5. 减资弥补亏损,应当自股东会作出减少注册资本决议之日起三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。——新《公司法》第二百二十五条
6. 公司出现解散事由,应当在十日内将解散事由通过国家企业信用信息公示系统予以公示。——新《公司法》第二百二十九条
7. 清算组应当自成立之日起十日内通知债权人,并于六十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。——新《公司法》第二百三十五条
8. 通过简易程序注销公司登记,应当通过国家企业信用信息公示系统予以公告,公告期限不少于二十日。——新《公司法》第二百四十条

(三) 国家出资公司组织机构的特别规定

原《公司法》第二章“第四节 国有独资公司的特别规定”整体修改为新《公司法》“第七章 国家出资公司组织机构的特别规定”,且新《公司法》的调整范围从“国有独资公司”扩展到国有资本控股公司,并针对国有出资公司提出在内部治理方面的特殊要求。

新《公司法》中的国家出资公司是指国家出资的一级企业,由于当前基金公司均非国家出资的一级公司,若是国有背景的基金公司,均是国家出资公司所出资的下级企业,因此新《公司法》“第七章 国家出资公司组织机构的特别规定”中相关规定对于基金公司没有影响。

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



汪健
+86 21 3135 8726
lawrence.wang@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

上海

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

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

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

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
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



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 2024