

新《公司法》对理财公司的影响系列之四——董监高履职新要点

作者：黎明 | 陆奇 | 狄家璐

新《公司法》对法代条款及董监高忠实勤勉义务条款的调整是新规发布后讨论的重点之一。修改条款包括董监高人员的强化约束、董监高履职风险的提高等涉及董监高履职个人责任的内容，值得仔细分析探讨。因此本所律师准备了新《公司法》对理财公司影响的系列评析文章之四，结合理财公司法律法规及普遍实践，简要探讨新《公司法》中董监高履职相关的核心修改要点带来的影响。

一. 法定代表人的人选范围、产生和变更的注意事项

(一) 法代的人选范围

对比现行《公司法》对法代“由董事长、执行董事或者经理担任”的描述，新《公司法》调整为“由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任”，意味着：

1. 若非经理担任法代，则人选可扩大至所有董事；
2. 另一方面是关于“代表公司执行公司事务的董事”的理解。结合《民法典》关于对法定代表人的定义“依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人”，因此“代表公司执行公司事务的董事”并不是要求公司先赋予特定董事执行公司事务的职权、再将该董事确定为法代，而应将其理解为对法定代表人当然职权的描述，即，一旦董事被确定担任公司法定代表人后，将代表公司执行公司事务，包括签署合同、参与诉讼等等。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

综合前述，理论上总经理或任何董事都可以担任法定代表人，但应注意的是，结合包括《银行保险机构公司治理准则》及《非银行金融机构行政许可事项实施办法》

等在内的银行保险机构法律法规，独立董事与任职机构之间不应存在可能影响其对公司事务进行独立客观判断的关系，而担任法代“代表公司执行公司事务”显然属于该等范畴，因此理财公司在确定法人选时应将独立董事排除在考虑范围之外。

(二) 法代的产生

新《公司法》要求在章程中约定“公司法定代表人的产生、变更办法”。目前理财公司章程中，多直接明确公司法代由董事长/总经理担任，我们理解该等安排下章程中关于董事长/总经理的选举/聘任/离任等程序可视为新《公司法》要求约定的“产生、变更办法”，无需额外根据新《公司法》要求调整；但若拟选择其他董事担任法代(即不通过章程将法代限定为董事长/总经理)，则需要补充法代产生和变更的规则。

(三) 法代的辞任衔接

新《公司法》增加了关于法定代表人辞任的规定，包括 30 日的法定代表人“空窗期”，而根据《非银行金融机构行政许可事项实施办法》的规定，董事长、总经理的代履职期限为 6 个月。因此若理财公司担任法代的董事或总经理离任且拟任人员在 30 日内尚未正式履职，应及时安排总经理/董事长代履职的人员或其他董事担任法定代表人职务。

二. 董监高忠实义务

新《公司法》对董监高的忠实义务、勤勉义务的内涵进行了明确规定，包括防范利冲、不得用权谋私、尽合理注意义务，同时相应细化了涉及与公司交易、利用公司机会、人员自营等方面的规定。

(一) 新《公司法》的更严要求——与公司交易的报告及审批

根据新《公司法》第一百八十二条的规定，董事、监事、高级管理人员及其关联人(方)与公司订立合同或者进行交易的，应在交易前按照章程规定在董事会或股东会完成报告及决议程序。目前各家理财机构已根据理财业务专门法规及《银行保险机构关联交易管理办法》等法律法规的要求建设了关联交易管理流程，新《公司法》该条要求的执行须至少关注以下两个方面：

1. 包括《理财公司内部控制管理办法》及《银行保险机构关联交易管理办法》在内，仅要求重大关联交易应经董事会审批，而新《公司法》未对一般或重大进行区分；只要是董监高及其关联人(方)与公司交易的，均需提交董事会/股东会决议，且无豁免规定。对于理财公司而言，该等严格要求很可能指向关联交易内控机制的调整更新；
2. 董监高及其关联人(方)购买本公司理财产品的，从字面要求而言亦落入该条“与公司订立合同或者进行交易”的范围，但每笔投资均进行报告和决议几乎不可行——公司可以考虑一次性决议同意该类合同订立/交易。

综合前述，理财公司应当根据新《公司法》增加需要提交董事会/股东会审议的事项，但亦可考虑通过授权/一次性决议的方式免于实践中一事一议进行审批。

(二) 继续适用金监的严格要求——第一百八十三条、第一百八十四条

1. 禁止以职务之便谋取属于公司的商业机会

新《公司法》第一百八十三条对董监高牟取公司商业机会的情形规定了两项豁免情形：(1) 在董事会/股东会层面完成报告及决议程序；或(2)公司本身无法利用该机会。

《商业银行理财业务监督管理办法》及《商业银行理财子公司管理办法》中有类似规定，即禁止公司董监高利用职务之便为理财产品投资者以外的人牟取利益、利用因职务便利获取的未公开信息从事或者明示、暗示他人从事相关的交易活动。我们理解，在不违法该等要求且符合公司章程的前提下，董监高仍能适用第一百八十三条规定的豁免情形利用相应的商业机会。

2. 禁止自营同业业务

新《公司法》第一百八十四条中关于禁止董监高自营同业业务的豁免条件为在董事会/股东会层面完成报告及决议程序。

而根据《理财公司内部控制管理办法》《银行保险机构董事监事履职评价办法(试行)》《非银行金融机构行政许可事项实施办法》等金监局对理财公司董监高的监管要求，董监高人员的任职条件包括不得兼任有明显利益冲突的其他职务、董监高人员行为准则包括不得从事与本机构有利益冲突的职业或者活动。因此，在绝对禁止利冲的行政监管要求下，豁免条件并不适用于理财公司，理财公司的董监高应避免出现任何可能产生利益冲突的行为。

三. 董事、高管对外赔偿责任

(一) 董事和高管的重大过失责任

新《公司法》增加了董事和高管的重大过失责任(第一百九十一条)，在职务行为导致的赔偿责任由公司承担的原则之外，明确存在故意或者重大过失的董事或高管需承担赔偿责任。

在理财公司的业务开展过程中，可能出现的赔偿责任包括①理财产品管理过失情形下投资者的索偿、②开展投资交易业务中因违约而面临交易对手索赔、③在开展商业活动中因侵犯知识产权等侵权行为被要求赔偿、④对外合作过程中存在违约被合作方索赔、⑤因劳动争议而进行赔偿等等。若董事或高级管理人员在对应事件决策中在故意或者重大过失的，例如①经董事会或高级管理人员审议/审批的涉事机制存在重大违法违规、②交易方案/处理方案存在重大缺陷、

③新产品/新业务方案明显超出本机构风险管理能力等情形，且董事或高级管理人员未明确发表反对意见的，则可能被要求承担赔偿责任。

(二) 控股股东和实际控制人指使的连带责任

新《公司法》在第一百九十二条新增一项连带责任，即若控股股东和实际控制人指示董事、高管从事损害公司或者股东利益的行为的，需承担连带责任。因此，若理财公司的董事或高管在公司控股股东或实际控制人的指使下实施损害行为，例如①泄露非公开信息损害理财公司合法权益、②参与或协助控股股东或实际控制人对理财公司进行不当干预导致损失、③受指使进行的决议/决策违反法律法规、监管规定及公司章程或导致损失等，指使方与行为人需对理财公司的损失承担连带责任。

(三) 其他可能需要承担赔偿责任的情形

新《公司法》还规定了有限责任公司董事的出资催缴义务(第五十一条)、董监高对抽逃出资的监管义务(第五十三条)、董监高对违法分配利润的监管义务(第二百一十一条)、董监高对违法减资的赔偿责任(第二百二十六条)，强化了董事清算义务与责任(第二百三十二条)，并相应规定了未按规定履行义务的赔偿责任。

董责险规定(第一百九十三条)是新《公司法》相较现行《公司法》新增的规定，体现了国家引导公司参与投保的鼓励态度，理财公司亦可考虑投保董责险，以促使其在决策过程中从公司利益最大化角度出发，减少个人责任角度的顾虑。

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

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