从创始人视角看新公司法修订之十问十答

作者：佘铭 | 史成 | 白春慧 | 俞雪薇

2023 年 12 月 29 日，《中华人民共和国公司法(2023 修订)》(“**新公司法**”)正式通过，并将于 2024 年 7 月 1 日起施行。

本所律师近期陆续收到不少公司的创始人咨询新公司法修改对其影响等相关问题，特此借由本文对创始人关注度较高的十个问题进行梳理和分析，以供拟投身及已在创业道路上的各位创始人参考。

Q1：新公司法施行后对于已经成立的公司如何适用？

A:

1) 新公司法正式的施行时间是 2024 年 7 月 1 日，且对新公司法施行前已登记设立的公司设置了过渡期安排，原则上除法律、行政法规或者国务院另有规定外，出资期限超过新公司法规定的，应当逐步调整至新公司法规定的期限以内。但对于出资期限、出资额明显异常的，公司登记机关可以依法要求其及时调整。具体如何理解与适用前述“逐步调整”尚待相关部门出台具体实施办法予以明确。

2) 国家市场监督管理总局于 2023 年 12 月 31 日发布的《完善认缴登记制度 营造诚信有序的营商环境》一文进一步明确了“总体统一适用、分类有序调整、特殊情形例外”的原则。

3) 同时，我们留意到北京市市场监督管理局于 2024 年 1 月 15 日发布《关于对<北京市市场监督管理局关于全面开展促进经营主体高质量发展登记试点工作的意见(征求意见稿)>公开征集意见的公告》，并提及存量有限责任公司应当在新公司法生效后三年以内(即 2027 年 7 月 1 日前)将剩余出资期限调整至五年以内，即赋予存量有限责任公司三年的过渡期。

如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

就此，本所也会时时关注各地市场监督管理局的实操态度，并及时与各位创始人更新。

Q2：现阶段到新公司法施行前这段期限内，创始人能做些什么？

A: 目前离新公司法施行还有近 5 个月，在该等期限内，建议各位创始人重点关注以下四点，并采取必要的措施:

1) 核查注册资本和出资期限。根据自身实际情况评估出资能力和出资时间的合理性。如有需要，则可通过修改公司章程的方式调整出资期限，或启动减资程序。对于尚未实际开展业务运营的公司，也可考虑直接进行注销并新设实体。

2) 核查设立时其他股东的出资情况。新公司法规定如存在有限责任公司设立时的部分股东未按照公司章程规定实际缴纳出资，则设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。因此，建议创始人对此进行核查并敦促设立时的其他股东尽快履行出资义务。

3) 核查自身是否存在转让未届出资期限的股权。新公司法规定股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权，由受让人承担缴纳该出资的义务；但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。基于此，如创始人存在该等情形且受让人尚未按期足额缴纳出资的，创始人需就此承担补充出资责任。因此，建议创始人对相关情形进行核查并敦促受让人尽快履行出资义务。

4) 及时置备股东名册。根据我们的经验，多数初创公司并不注重股东名册的置备，包括存在股东名册信息不完整、未及时更新甚至未准备股东名册等情形。根据新公司法规定，有限责任公司记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利，表明股东名册的记载成为股东权利行使的节点，公司实际的股东及股权结构应当以股东名册上记载的为准，其重要性不言而喻，并且新公司法还赋予股东查阅、复制股东名册的权利，并对股东名册包含的内容以及相关信息变更时的更新提出了更为明确的要求。基于此，建议创始人及时根据公司现状准备或更新股东名册。

Q3：对于有限责任公司，是否必须在五年内完成实缴？如届时无法实缴，会有什么后果，以及该如何应对？

A:

1) 出资时间

创始人在公司成立时认缴的出资额，应在公司成立之日起五年内缴足；而创始人如在公司成立后通过增资另行取得公司股权的，则就该部分股权对应出资额的认缴时间法律并不明确，但本所律师倾向于认为自取得该部分新增股权之日起五年内完成实缴即可。

2) 面临的后果

如出资期限届满但创始人未实缴自身出资的，则创始人可能会面临如下后果:

a) 除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任;
b) 可能需向其他已按期足额缴纳出资的股东或者债权人承担违约或赔偿责任;
c) 可能面临失权风险(即失去其作为公司股东的权利)。

3) 应对措施

a) 对于拟设立的公司合理设定注册资本(需考虑较低注册资本在商业层面是否可满足某些供应商入库要求等)，或对于已设立的公司通过减资方式降低注册资本(需考虑定向减资的可操作性以及减资可能面临债权人要求公司清偿债务/提供相应的担保);
b) 资本公积转增注册资本(需考虑税负问题);
c) 将未实缴出资部分的股权转让给第三方(需要促使受让人及时履行出资义务)。

当然上述不同的应对措施需适用不同场景，且各类应对措施都会有其本身需要解决的次生问题，待根据实际情况评估选择。

Q4: 创始人和其他股东相比，有何额外的责任和义务？

A: 创始人并非新公司法项下的法律概念。通常而言，创始人大概率同时是公司设立时的股东(或在股份有限公司发起设立时特别称为发起人)、控股股东以及实际控制人。在该等情形下，创始人和其他股东相比，主要有如下额外的责任和义务:

1) 筹备阶段的民事责任。创始人拟设立公司，但最终公司未成立的，其法律后果由公司设立时的股东承受；设立时的股东为设立公司以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担。

2) 发起股东之间的出资连带责任。未按照公司章程规定实际缴纳出资(或未按照其认购的股份缴纳股款)，或者实际出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额或股份的，设立时的其他股东(或其他发起人)与该股东(或该发起人)在出资不足的范围内承担连带责任。

3) 关联交易引发的赔偿责任。公司的控股股东、实际控制人不得利用关联关系损害公司利益，否则如给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

4) 引发公司的法定回购义务。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。

5) “视同董事”和“影子董事”的责任。“视同董事”是指虽然未担任董事，但若控股股东、实际控制人实际执行了董事职权，亦应当对公司承担忠实义务和勤勉义务。“影子董事”是指若公司的控股股东、实际控制人指示董事或高管从事损害公司或者股东利益的行为，应与该董事、高管承担连带责任。

Q5：创始人转让已认缴出资但未届出资期限的股权，需要关注些什么？

A: 创始人转让已认缴出资但未届出资期限的股权，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，创始人作为转让人应对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。

基于此，建议创始人对受让人的资信及履约能力进行详细核查，并可以考虑要求受让人先行将该等股权对应的出资额支付至公司；或者支付至创始人并由创始人完成缴纳，再完成股东名册更新和工商变更登记手续，并配套约定相应的违约责任等救济措施。

需特别提醒注意的是，该等情形在设立员工持股平台时特别常见，创始人向员工持股平台进行转股通常不会完成实缴，而留待员工或员工持股平台后续进行实缴，虽然员工或员工持股平台与创始人之间发生出资纠纷的可能性较小，但是从法律层面来看仍无法排除创始人承担补充出资责任的可能。

Q6：新公司法扩展股东的信息权，会增加公司的管理成本以及潜在的商业秘密泄露的风险，是否有平衡的方式？

A: 新公司法对股东知情权的扩展主要体现在如下四个方面:

1) 明确股东有权查阅和复制股东名册;
2) 明确股东有权查阅会计凭证;
3) 明确股东行使知情权可以委托中介机构进行;
4) 股东知情权的客体范围扩展至全资子公司。

可以看到，新公司法对股东知情权存在较大幅度的调整，尤其是明确股东有权查阅会计凭证，且查阅主体增加了股东委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构等。我们认为这不仅对公司文件收集与管理提出了更高的要求，而且因会计凭证可能涉及公司较为敏感的商业秘密，如果有股东利用该等信息作出违背公司利益的行为将对公司造成不利的后果。

就此，我们提出如下建议:

1) 公司如有合理理由认为某股东查阅会计账簿、会计凭证有不正当目的而可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅;
2) 公司建立提供相关信息的固定机制，尽可能避免不同股东分别提出不同诉求增加公司管理成本;
3) 明确股东行使知情权查阅相关文件应以不影响公司正常运营且提前合理时间通知公司为前提;
4) 限定股东委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅的具体情形、次数等条件，且明确相关费用由该股东自行承担;

5) 公司在引入股东时，需进一步关注股东真实的身份背景，比如是否直接投资了公司竞争对手，甚至是竞争对手的“白手套”、是否有良好的商业信誉等，同时也建议创始人在商业谈判时，可以考虑要求投资人不能投资公司竞争对手(当然这点实操中谈判难度较大，需要结合项目谈判地位综合考量)，或者如投资人投资了竞争对手，则对其在公司委派董事的权利或者知情权做出一定的限制。

Q7：新公司法施行后，是否可以考虑直接将公司设立为股份有限公司？

A: 现行公司法下，大多数初创企业以有限责任公司的形式设立，其中主要的原因是股份有限公司发起人持有的公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让；以及股份有限公司“同股同权”的限制。因此，实践中有融资需求的公司一般都会选择设立为有限责任公司，到有明确上市意向时再改制为股份有限公司。

但新公司法在如下四个方面进行了调整:

1) 删除了原股份有限公司发起人自成立之日起一年内不得转让公司股份的规定;
2) 放开了股份有限公司的最低人数限制，即一人也可设立股份有限公司;
3) 明确了股份有限公司可以发行类别股，包括优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；转让须经公司同意等转让受限的股份等;
4) 新增了授权资本制，即规定除特别情形下，公司章程或者股东会可以授权董事会在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份。

基于上述，我们认为新公司法施行后，或可考虑直接新设股份有限公司。当然考虑到与有限责任公司五年出资要求不同，股份有限公司的出资要求相对更严格[1]，因此具体可以在设立时综合商业诉求进一步论证确定。

Q8：新公司法施行后，对员工股权激励有何影响？

A: 员工股权激励的设置一方面对于提高核心员工的积极性，将公司利益和个人利益紧密结合具有很大的促进作用；另一方面又会影响公司股权结构的稳定性、股份支付的处理等，因此员工股权激励是创始人亦是投资人特别关注的事项之一。

新公司法施行后，对员工股权激励的影响主要体现在如下五个方面: 1) 激励对象的确定和程序; 2) 激励对象的出资时间要求和出资责任; 3) 激励对象的出资来源; 4) 激励对象的认购价格；以及 5) 激励计划的决策和管理机制等。

关于新公司法对员工股权激励的具体影响以及应对措施，本所律师会另行撰写文章进行专项探讨。

[1] 发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当认足公司章程规定的公司设立时应发行的股份；以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司章程规定的公司设立时应发行股份总数的百分之三十五。

Q9：新公司法施行后，该设立审计委员会还是监事会(监事)？

A: 这个问题需要考虑站在什么角度以及公司目前处于什么阶段回答。

1) 对于早期尚未引入投资人的初创企业而言，由于审计委员会系董事组成，设立审计委员会无需再另设监事会或监事，则设立审计委员会有利于优化公司治理结构；

2) 当公司已经引入投资人，如设置审计委员会，一般而言投资人有权委派董事，该投资人委派董事可能会同时担任审计委员会成员。在这种情形下，再考虑到投资人委派董事常常配置一票否决权，创始人在公司“话语权”可能会被大幅削弱，因此对于寻求公司控制的创始人而言，在公司设置审计委员会并非是最优选择。进一步地，审计委员会制度本身也存在诸多尚未明确的问题，比如审计委员会作为董事会下设专业委员会，其职权与董事职权如何分离；其如何行使监督董事的职权；如果不设监事而设立审计委员会，股东代表诉讼的前置程序如何满足等。

基于上述，对于审计委员会和监事会的选择，仍需要结合具体情况综合考虑。

Q10：新公司法对创始人对公司的控制权保障有何变化？

A: 新公司法对创始人控制权的保障措施主要有如下两方面的变化:

1) 针对股份有限公司引入了授权资本制。具体而言：公司章程或者股东会可以授权董事会在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份，但以非货币财产作价出资的应当经股东会决议。该等规定允许董事会不经股东批准即可决定发行已授权的股份，使得董事会拥有一定的发行股份的自由。这也使得公司在应对敌意收购行为时，董事会可以依据章程的规定或股东会的授权，通过发行股份降低敌意收购人所持股份的比例，增加收购人的交易成本，从而更好的保障创始人对公司的控制权。

2) 针对股份有限公司引入了类别股。具体而言：明确了股份有限公司可以发行类别股，其中包括: a) 优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份; b) 每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份; c) 转让须经公司同意等转让受限的股份。该等差异化表决的安排以及转让股份的限制可以使得创始人以较低比例的股权实现对公司表决权的控制，从而稳定和巩固其控制地位。

我们会持续关注新公司法施行后的落地和实操，为各位创始人和初创企业保驾护航，也欢迎各位创始人和初创企业与我们充分沟通和交流。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：

佘 铭
+86 21 3135 8770
selena.she@llinkslaw.com

史 成
+86 21 3135 8738
colin.shi@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	北京	深圳
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	**伦敦**	
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	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