

NEW RULES, NEW PERSPECTIVES:

SCENARIOS UNDER THE NEW COMPANY LAW

新法新视角： 《公司法》修订下 的场景演绎

- 股权结构
- 董事责任
- 投融资
- 公司治理与争议解决





中伦研究院出品



CONTENTS

前言	007
----	-----

<第壹部分> 新《公司法》：资本市场与投融资	009
------------------------	-----

《公司法》修改对企业融资及上市的影响	010
--------------------	-----

浅析新《公司法》对上市公司并购重组的影响	038
----------------------	-----

新法新策：透视新《公司法》下私募投资交易条款升级要点	054
----------------------------	-----

浅析新《公司法》对基金及基金管理人的规范与影响	068
-------------------------	-----

关于新《公司法》下投资人董事责任的实务思考	093
-----------------------	-----

<第贰部分> 新《公司法》：法人治理与董事责任	104
-------------------------	-----

从《公司法》修订观国有企业法人治理	105
-------------------	-----

《公司法》修订对外商投资企业的影响解读	116
---------------------	-----

新《公司法》下董事会中的审计委员会是否成为监事会的平替？	134
------------------------------	-----

新《公司法》下的职工董事详解	150
----------------	-----



CONTENTS

董监高必读：新《公司法》下个人责任风险与应对	161
革故鼎新 未雨绸缪——谈公司实际控制人及 控股股东应如何理解和应对《公司法》的新修订	178
《公司法》修订对经营者集中申报的影响	202
百尺竿头：强化职工权益保护 ——解读新《公司法》修订对劳动用工的影响	207
< 第叁部分 > 新《公司法》：争议解决	219
<hr/>	
新《公司法》对公司纠纷争议解决的十方面主要影响	220
新《公司法》实施后公司生存指南系列之--股东权利保护解读	237
新《公司法》中董事怠于清算责任的构成要件及抗辩要点初探	247
新《公司法》下公司解散清算后遗留债务的追偿路径	259



PREFACE 前言

在市场经济的浪潮中，法律是引导企业航行的灯塔，是维护市场秩序的基石。2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议通过修订后的《中华人民共和国公司法》（以下简称新《公司法》），自2024年7月1日起施行。此次《公司法》修改贯彻落实党中央在深化国有企业改革、优化营商环境、加强产权保护、促进资本市场健康发展等方面作出的重大决策部署，适应经济社会发展变化的新形势新要求，为完善中国特色现代企业制度提供了坚实法治保障。¹这一重大法律事件，不仅标志着我国公司法律制度迈入了一个崭新的阶段，也预示着企业治理结构和市场运作模式将迎来深刻变革。

新修订的《公司法》在立法理念、制度设计、规则细化上均展现出鲜明的时代特征和创新精神：修订后的《公司法》更加注重市场效率与公平正义的平衡，通过优化企业融资机制、完善并购重组规则，为企业提供了更为灵活多样的资本运作工具，同时也强化了对中小投资者的保护，确保了资本市场的健康稳定发展。其次，新《公司法》在公司治理结构上进行了大胆创新与细致调整，特别是在加强内部控制、提高透明度、强化董事、监事及高级管理人员的责任方面，提出了更为严格的要求。

1.全国人大常委会法工委经济法室，《新公司法助力完善中国特色现代企业制度》，光明网：https://news.gmw.cn/2024-06/29/content_37409958.htm，2024年7月2日。

除此之外，新《公司法》对争议解决机制进行了优化，强调了股东权利的保护，以及在公司解散清算后遗留债务处理上的新路径，为有效化解公司矛盾、维护市场秩序提供了新的思路和策略。

这些修订内容不仅回应了市场发展的现实需求，也体现了法治进步的内在逻辑，旨在构建一个更加公平、透明和高效的市场环境。文集第一章专注于透析新修订的《公司法》将对私募投资交易、企业的融资、上市、并购重组等资本运作活动产生的深远影响。同时，第二章针对新法框架下国企法人治理结构的优化、外商投资企业的适应与发展、公司内控架构设计，以及经营者集中申报、劳动用工等关键议题，深入剖析了新法律依据所带来的实践变革，助力企业适应新规则，稳健前行。此外，新《公司法》还对涉及股东知情权、公司决议、股东出资、股东权利保护等纠纷的争议解决机制进行了完善，为企业在新的法律框架下更好地维护自身权益提供了指导，与时俱进，在新时代更加强调体现高质量发展要求。文集第三章系统性地探究了这些变革在商事争议解决领域可能引发的连锁效应，为企业决策者、法律顾问及投资者提供了宝贵的实操指南与战略思考。

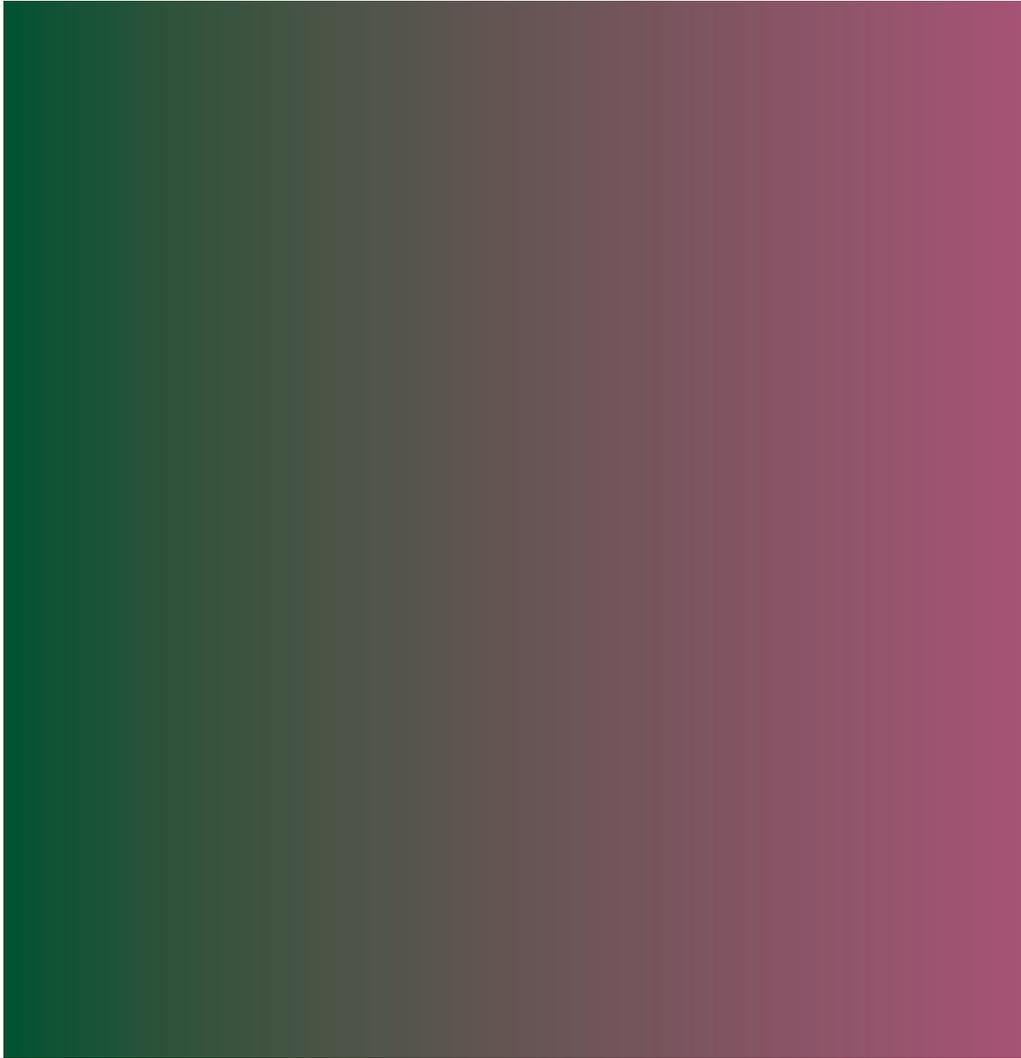
本文集在当前企业法律环境变迁的关键节点应运而生，旨在精准传递新修订《公司法》的精髓，同时为企业的实战操作提供权威指导。文集内容聚焦“资本市场与投融资”“公司治理与合规”“争议解决”三大核心领域，紧扣《公司法》最新修订的要点，通过集合行业前沿见解与实操案例分析的高质量文章，助力深入理解并应对新法带来的挑战与机遇。中伦希望携手各界人士，利用这一文集的智慧成果，加速推动中国企业在复杂多变的商业环境中实现合规经营与稳健增长，共创经济与法律双赢的新局面。



01

新《公司法》： 资本市场与投融资

CAPITAL MARKET & INVESTMENT AND FINANCING



《公司法》修改对企业 融资及上市的影响

 年夫兵 李鑫 宋昆



前言

2023年12月29日，全国人民代表大会常务委员会修订（下称“**本次修订**”）通过了《中华人民共和国公司法》（下称“**公司法**”），并予以公布。公司是商事活动中最广泛采用的企业组织形式，公司法亦属于商事领域最重要的法律之一。公司法自1993年颁布以来，历经的六次修改中，本次修订可谓是规模最大的一次，引起广泛关注、解读及研究。

我们认为，本次修订综合了行政机关对公司的监管要求、司法机关在处理公司有关纠纷过程中形成的裁判规则、上市公司监管及治理实践，并借鉴了其他国家的经验，内容非常丰富，强化了对股东实缴出资的相关要求，允许符合一定条件的企业不设监事会，接受了表决权差异的安排，新增了授权发行股份制度，加大了董事、监事及高级管理人员的责任，扩大了董事会的权力，并在知情权、交叉持股、股东诉讼方面、实际控制人责任方面，体现了穿透监管的原则。

我们在企业上市及股权投资融资方面具备丰富实务经验，认为本次修订将对**创业企业、拟上市企业及上市公司**都将产生重要影响，下面我们分别从这三个方面进行分析，希望对相关方有所裨益。

一、对创业企业的影响

对创业企业及其股东等相关方而言，本次修订对其产生的影响主要体现在强化了对股东实缴出资的相关要求、简化了公司董事会及监事会的设置要求、以法律形式明确认可了表决权差异安排、加大了对股东知情权的保护力度及简化了相关合并、注销等程序，具体如下：

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
股东的实缴出资责任	<p>第四十七条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。</p> <p>……</p> <p>第四十条 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：</p> <p>（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；</p> <p>……</p> <p>第二百二十八条 有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，依照本法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。</p> <p>……</p>	<p>改变了本次修订前法律对股东缴付出资的期限没有明确期限要求的状况，修改为公司设立时股东认缴的注册资本需要在公司设立之日起五年内缴足；公司设立后新增的注册资本，需要在认缴后五年内缴足，且需要将股东实缴出资的情况进行公示。</p>	<p>本次修订前，实务中普遍存在的股东认缴公司出资后长期不实缴，或者股东认缴显然无实缴能力的巨额注册资本的做法，在本次修订后将不再可行。</p> <p>因此，创始人及其他股东需要谨慎规划公司在设立及后续发展各阶段的其各自认缴的注册资本金额，避免因此违规或者遭受损失，总体应对建议如下：</p> <p>1.对于因为法律规定要求，或者业务经营需求（如申请特定业务资质需要，或者客户要求等），需要设置较大金额的注册资本的企业，股东需要严格遵守法律规定履行出资义务，避免因未能按时出资或者抽逃出资引致法律责任；</p> <p>2.对于不存在上述需求的企业，可根据公</p>
出资加速到期	<p>第五十四条 公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。</p>	<p>为进一步强化股东的出资责任，规定在公司不能清偿到期债务的情况下，公司及债权人有权要求股东提前缴付出资。</p>	<p>2.对于不存在上述需求的企业，可根据公</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
董监高对出资的责任	<p>第五十一条 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。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>第五十三条 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>新增明确董事负有督促股东及时履行缴付出资义务的责任，及董事、监事、高级管理人员负有防范股东抽逃出资的义务，及进一步规定，董事、监事、高级管理人员不履行该等责任的，需要承担赔偿责任。</p>	<p>司经常发展的实际需要，设置合理的注册资本规模，不宜脱离实际需要设置金额过大的注册资本；</p> <p>3.公司的董事、监事和高级管理人员，应积极履行督促股东及时缴付出资的义务，且应更加谨慎监督公司与股东的资金往来，避免相关不当往来构成抽逃出资。</p>
受让股东对出资的责任	<p>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</p>	<p>新增规定在老股转让交易中，转让方和受让方相互对交易标的涉及的注册资本的缴付，原则上相互承担连带责任。</p>	<p>投资人或者其他受让方以受让老股的方式对创业企业进行投资的，需要调查了解受让股权的实缴出资情况，并设置合理的交易方案，以尽可能消除可能需要额外承担实缴出资义务的风险。对转让方而言，如其希望由受让方承担未实缴注册资本的出资义务的，亦需要设置合理的交易方案，确</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
	<p>任；受让人不知道且不当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。</p>		<p>保受让方及时履行出资义务，以尽可能消除可能需要额外承担实缴出资义务的风险。</p>
<p>未出资股东的失权</p>	<p>第五十二条 股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。</p> <p>依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。</p> <p>股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院提起诉讼。</p>	<p>新增规定股东未能在章程规定的期限内，及公司催缴给予的宽限期内缴付出资的，经公司董事会决议后，可决定取消该股东对相应未缴纳出资的股东资格，即取消其相应股权。</p>	<p>对股东而言，需要谨慎履行出资义务，否则存在丧失相应股东资格的风险。</p> <p>对公司而言，如存在股东未能及时履行出资义务的，为避免其对公司发展及融资造成不利影响，可及时行使相应权利，取消相关股东的资格，但该规定的有效执行，仍有赖于公司登记机关进一步明确股东失权情况下，如何及时办理相应的股权转让或者减资暨股东/股东出资比例变更手续。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>股东知情权</p>	<p>第五十七条 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。 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。 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。 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> <p>第一百一十条 连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东要求查阅公司的会计账簿、会计凭证的，适用本法第五十七条第二款、第三款、第四款的规定。公司章程对持股比例有较低规定的，从其规定。 股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前两款的规定。 上市公司股东查阅、复制相关材料的，应当遵守《中华人民共和国证券法》等法律、行政法规的规定。</p>	<p>新增明确有限责任公司的股东及持有百分之三以上的股份的股东，可以自行及委托专业机构查阅公司会计凭证，并规定股东还可以查阅、复制公司的全资子公司、公司的同等资料，强化了股东知情权的内容。</p>	<p>在公司法进一步强化包括对股东知情权在内的相关股东权利保护，而公司往往难以证明股东有不正当目的，难以对股东泄露公司商业秘密等侵权行为予以追责的情况下，对创业企业及其创始人而言，谨慎选择公司股东，搭建合适的股权架构，就变得更加重要。</p> <p>建议相关企业总体的应对原则是，对于可能存在疑虑的潜在股东，应尽量避免其成为公司的直接股东，可选择由其通过持股平台间接持股等方式，以降低相关风险。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
法定 代表 人	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。	本次修订前，公司的法定代表人仅能为公司的董事长（未设董事会的有限责任公司为执行董事，下同。本次修订删除了执行董事的表述）或者经理，不能是其他人；本次修订后， 公司的法定代表人除可以是公司董事长或者经理外，还可以是执行公司事务的董事。	本次修订，扩大了可担任公司法定代表人的人员范围，增加了创业企业安排法定代表人的灵活性，但考虑到实际经营管理需要，预计多数公司还是以公司的董事长或者经理担任法定代表人。
一人 公司	第四十二条 有限责任公司由一个以上五十个以下股东出资设立。	删除了原关于一人公司的多条规定，不再要求一个自然人不得设立多个一人公司，及一个自然人投资设立的一人公司不得新设一人公司。	本次修订前，公司法关于一人公司的相关限制，抑制了部分创始人需要设立多个或者多层一人公司的客观需求；本次修订后，创始人可以根据实际需要，灵活设立相应的一人公司。

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>同一控制公司间的连带责任</p>	<p>第二十三条 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，应当对公司债务承担连带责任。</p> <p>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。只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。</p>	<p>新增了股东利用其控制的多个公司实施逃避债务行为的，被其控制的公司相互之间需要承担连带责任。</p>	<p>对投资人而言，其不仅要关注被投资企业是否存在被主要股东利用逃避债务的情况，还需要关注相关股东同时控制的其他公司的相关情况，避免被投资企业需要为关联方企业的相关债务承担责任。</p>
<p>控股股东滥权引致回购</p>	<p>第八十九条 ……</p> <p>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>……</p>	<p>在本次修订前规定的公司需要回购股东股权的相关情形的基础上，规定如控股股东滥用股东权利，损害公司或者其他股东利益的，其他股东也有权请求公司按照合理价格收购其股权。</p>	<p>对通常作为公司控股股东的创始人而言，需要适当行使股东权利，避免其他股东主张其损害公司或者其他股东利益，要求公司回购其股权。</p> <p>当然，本次修订并未明确规定何种情形构成“严重损害公司或者其他股东利益”。该等模糊之处，期待司法机关后续在实务中进一步厘清。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
表决权差异安排	<p>第一百四十四条 公司可以按照公司章程的规定发行下列与普通股东权利不同的类别股：</p> <p>……</p> <p>（二）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；</p> <p>（三）转让须经公司同意等转让受限的股份；</p> <p>（四）国务院规定的其他类别股。</p> <p>公开发行股份的公司不得发行前款第二项、第三项规定的类别股；公开发行前已发行的除外。</p> <p>公司发行本条第一款第二项规定的类别股的，对于监事或者审计委员会成员的选举和更换，类别股与普通股每一股的表决权数相同。</p>	<p>在现有沪深上市公司表决权差异试点实践的基础上，首次将表决权差异的安排纳入公司法，成为公司的基本制度选项之一。</p>	<p>公司法纳入表决权差异安排后，为公司的差异化治理需求提供了更多选择。我们预计除了上市公司外，也会有越来越多的非上市公司采用表决权差异安排，更进一步丰富国内公司治理的实践的多样性。</p> <p>本次修订的公司法同时规定，发行表决权差异股票，应受如下限制：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.不得公开发行表决权差异股份； 2.在选举监事或者审计委员会成员的选举和更换时，每一股表决权差异股份与每一股普通股股份的投票权相同。

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>可以不设监事会或监事</p>	<p>第六十九条 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。</p> <p>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。</p> <p>第一百二十一条 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。</p> <p>……</p> <p>第一百七十六条 国有独资公司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职权的，不设监事会或者监事。</p>	<p>本次修订，规定了公司可以不设置监事会及监事的两种情形：</p> <p>1.规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，经全体股东一致同意不设监事会及监事的；</p> <p>2.公司（包括有限责任公司、股份有限公司及国有独资公司）在董事会设置了审计委员会，并由审计委员会行使监事会职权的。</p>	<p>本次修订借鉴部分国家的做法，允许符合条件的公司，可不设监事会或者监事，可简化创业企业的公司治理，体现了对公司自治的尊重，但对不同公司而言，预计面临的实务问题各不相同：</p> <p>1.对于规模较大的公司，或者国有独资公司，需要在董事会中设置审计委员会，行使监事会职权；实务上，可借鉴现有未设置监事会的红筹企业境内上市的相关案例，完善相关制度。</p> <p>2.对于规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，经全体股东一致同意，可不设监事会或者监事，也无需再设置董事会审计委员会来行使监事会职权，即允许该公司可无人行使监事职责。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
股份公司 股份 转让 限制 及增 资优 先认 购	<p>第一百五十七条 股份有限公司的股东持有的股份可以向其他股东转让，也可以向股东以外的人转让；公司章程对股份转让有限制的，其转让按照公司章程的规定进行。</p> <p>第二百二十七条 有限责任公司增加注册资本时，股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例优先认缴出资的除外。</p> <p>股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东不享有优先认购权，公司章程另有规定或者股东会决议决定股东享有优先认购权的除外。</p>	<p>新增股份有限公司的章程可以对股东转让股份作出限制，也可以规定股东对公司的增资享有优先认购权的规定。</p>	<p>实务中，多数创业企业的组织形式均为有限责任公司，其股东依法自然享有对其他股东对外转让股权的优先购买权，及对公司增加注册资本的优先认购权。</p> <p>但是，创业企业如选择其组织形式为股份有限公司的（包括设立时即为股份有限公司，及先设立为有限责任公司，再变更为股份有限公司）的，则可能会忽视股份有限公司的股东，依法并没有当然享有前述优先权，从而可能导致公司股份变动失控的情况，甚至引致相关纠纷，因此需要创业企业的股东在决定采用股份有限公司的组织形式时，主动充分考虑对该等优先权具体需求，并在公司章程中作出明确规定。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
简易及小规模合并	<p>第二百一十九条 公司与其持股百分之九十以上的公司合并，被合并的公司不需经股东会决议，但应当通知其他股东，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权或者股份。公司合并支付的价款不超过本公司净资产百分之十的，可以不经股东会决议；但是，公司章程另有规定的除外。</p> <p>公司依照前两款规定合并不经股东会决议的，应当经董事会决议。</p>	<p>新增了简易合并和小规模合并制度。根据该等规定，简易合并和小规模合并，无需经股东会决议，但需要经董事会决议。在简易合并的情况下，公司需要通知被合并公司的小股东，且被合并公司有权要求合并公司收购其股权。</p>	<p>简易合并和小规模合并可以简化公司合并的相关程序，提高合并的实施效率。但因合并涉及公司股东、注册资本等法定登记事项的变更及注销登记手续，其实际执行，仍有赖于公司登记管理机关制定配套的登记流程予以明确。</p>
简易注销	<p>第二百四十条 公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的，经全体股东承诺，可以按照有关规定通过简易程序注销公司登记。</p> <p>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。公告期限届满后，未有异议的，公司可以在二十日内向公司登记机关申请注销公司登记。</p>	<p>本次修订采纳了现有商事登记制度改革中已经实施的简易注销制度，规定符合条件的公司在全体股东出具书面承诺（以公司登记机关要求的承诺函文本内容为准）的情况下，可以经二十日公告</p>	<p>以简易注销的方式注销公司的前提是公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的，全体股东均出具书面承诺，理论上可适用于所有公司，但实际上应仅适用于股东结构简单及资产、业务规模较小的公司，否则也会给股东带来可能会承担超过其认缴出资额之外的责任的风险。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
	公司通过简易程序注销公司登记，股东对本条第一款规定的内容承诺不实的，应当对注销登记前的债务承担连带责任。	后，即可注销公司。但如股东出具的承诺内容不实的，应当对公司注销前的债务承担连带责任。	
强制注销	<p>第二百四十一条 公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，满三年未向公司登记机关申请注销公司登记的，公司登记机关可以通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于六十日。公告期限届满后，未有异议的，公司登记机关可以注销公司登记。</p> <p>依照前款规定注销公司登记的，原公司股东、清算义务人的责任不受影响。</p>	<p>新增了强制注销制度，即对于被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销满三年，公司未申请注销的，可由公司登记机关在公示六十日后，注销公司登记。</p>	<p>通过强制注销制度，可消除目前存在的部分被吊销但长期未注销的“僵尸”公司情况，但对股东及相关清算义务人（如董事）而言，其对公司及债权人等相关方承担的责任，不因公司被注销而消除，仍需要依法承担相关责任。</p>

二、对企业境内上市的影响

对正在筹划境内上市的企业，需要结合本次修订的精神和具体规定，调整、优化相关工作安排，具体如下表所示：

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
强化 股东 出资 要求	第四十七条、第五十条，具体见上文	见上文	<p>股东依法履行出资义务，是股东对公司及其他利益相关方履行诚信义务的基本体现，因此一直是境内上市审核机关关注的重点。</p> <p>本次修订，进一步强化了对股东履行实缴出资义务要求，相应上市专业服务机构，也需要加大对拟上市企业股东履行出资义务情况的核查，以消除股东被认为存在出资不实或者抽逃出资情况的风险。</p>
实际 控制 人认 定与 代持 禁止	<p>第一百四十条 上市公司应当依法披露股东、实际控制人的信息，相关信息应当真实、准确、完整。</p> <p>禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票。</p>	<p>以法律形式明确上市公司需要准确披露其股东及实际控制人信息，禁止股东代持上市公司股份。</p>	<p>新增关于实际控制人认定及禁止代持的规定，对拟上市企业，将产生如下影响：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 预计在上市审核过程中，实际控制人的认定及相关信息披露，仍是重要关注事项，需要谨慎处理及应对； 2. 尽管非上市公司的股份代持，不必然属于违法而无效，但本次修订，明确规定上市公司股份代持属违法行为，属无效；审核机关预计仍会对拟上市企业是否存在股份代持情形予以重点关注，并要求专业机构谨慎核查。

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
强化公司社会责任	<p>第二十条 公司从事经营活动，应当充分考虑公司职工、消费者等利益相关者的利益以及生态环境保护等社会公共利益，承担社会责任。</p> <p>国家鼓励公司参与社会公益活动，公布社会责任报告。</p>	<p>本次修订，在原有规定的基础上，进一步细化了关于公司社会责任的规定，并明确鼓励公司发布社会责任报告。</p>	<p>本次修订，体现了国家大力提倡公司承担社会责任的精神。对拟上市企业而言，作为未来的公众公司，预计审核机关可能会更加关注其及其控股股东、实际控制人的守法及诚信情况，如存在重大合法性及诚信瑕疵的，即使发生在报告期外，亦可能对企业上市造成不利影响。</p>
简化股份公司的设立及治理要求	<p>第九十二条 设立股份有限公司，应当有一人以上二百人以下发起人，其中应当有半数以上的发起人在中华人民共和国境内有住所。</p> <p>第一百二十八条 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，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。</p> <p>第一百三十三条 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。</p>	<p>简化了股份有限公司的设立和治理要求，具体为：</p> <p>1.股份有限公司的发起人可为一人，不再要求为两人以上，但仍要求半数发起人在境内有住所。</p> <p>2.股份有限公司可不设董事会，仅设一名董事；设置董事会的，董事会人数可仅为三人即可，不再需要为五人；</p> <p>3.股份有限公司可不设监事会，仅设监事一名。</p>	<p>本次修订前，有限公司整体变更设立为股份有限公司时，需要设置至少五人组成的董事会和三人组成的监事会，且其股东需要为两人以上，设立门槛较高；本次修订后，股份有限公司可仅设置一名董事和一名监事，且其股东可仅为一人，即可完成股份公司的设立，显著降低了设立股份有限公司的门槛，及股份公司上市前的管理成本，进一步便利了拟上市的有限责任公司在上市前整体变为股份有限公司的实务操作。当然，为满足上市要求，在上市申报前，拟上市企业应设置符合规定要求的董事会（含独立董事）、监事会等。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
发起设立的股份需要缴足	<p>第九十八条 发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款。</p> <p>发起人的出资，适用本法第四十八条、第四十九条第二款关于有限责任公司股东出资的规定。</p> <p>第一百零八条 有限责任公司变更为股份有限公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加注册资本公开发行股份时，应当依法办理。</p>	<p>新增要求发起人的出资，应在公司设立前缴足。</p>	<p>从条文上看，有限责任公司整体变更为股份有限公司，不属于公司法规定的发起设立和募集设立股份公司，但在上市实务中，一般均将有限责任公司整体变更为股份有限公司视同为发起设立股份公司。</p> <p>本次修订前，公司法仅要求发起人在股份公司设立前“认足”股份，并未对其实缴义务作出要求；本次修订后，则规定发起人需要在股份公司设立前，缴足股款。据此，拟上市企业在为上市进行整体变更时，不宜再存在股东尚未完成实缴出资的情况，否则将会存在被认为不符合该第九十八条规定的风险。</p>
新增无面额股制度	<p>第一百四十二条 公司的资本划分为股份。公司的全部股份，根据公司章程的规定择一采用面额股或者无面额股。采用面额股的，每一股的金额相等。公司可以根据公司章程的规定将已发行的面额股全部转换为无面额股或者将无面额股全部转换为面额股。采用无面额股的，应当将发行股份所得股款的二分之一以上计入注册资本。</p>	<p>本次修订前，股份公司的发行的股份，均为面额股；公司法通过本次修订，首次出现了无面额股，并规定应将发行无面额股股份所得股款的二分之一以上计入注册资本。</p>	<p>本次修订新增无面额股，应是借鉴境外（如香港）关于公司股份无面额要求的做法。本次修订后，股份公司可以发行无面额股，且无面额股和面额股，可以相互全面转换，为创业企业上市发行股票提供了更多选择。</p> <p>实务中，因香港公司条例取消公司股票的面值制度，在中国境内上市的、注册地位于中国香港的红筹企业，其股票即属于无面额股。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>股份公司 公司 股东 转让 股份 的限制</p>	<p>第一百六十条 公司公开发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构对上市公司的股东、实际控制人转让其所持有的本公司股份另有规定的，从其规定。</p> <p>公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在就任时确定的任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。</p> <p>股份在法律、行政法规规定的限制转让期限内出质的，质权人不得在限制转让期限内行使质权。</p>	<p>关于股份公司 股东 转让 股份， 本次 修订 修改 的主要 内容 如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.删除了发起人持股一年内不得转让的限制； 2.授权证监会制定对上市公司股东及实际控制人转让公司股份的限制措施； 3.强化了对董监高转让股份的限制，任职时确定的任职期间内需要遵守转让限制，不因为离职而解除； 4.明确限售期内，质权人不得行使质权。 	<p>对拟上市企业而言，本次修订后的公司法预计将产生如下影响：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.取消了发起人转让股份的限制，便利公司为上市变更为股份有限公司后一年内，因为股权融资或其他情形所需进行的股份转让； 2.赋予了证监会对股份公司的股东转让股份予以限制的权力，为其提供明确法律（上位法）依据，证监会对上市公司股份转让的限制将拥有更大的监管权限； 3.将上市公司董监高转让所持本公司股份相关限制扩大到所有股份有限公司，董事、监事和高级管理人员离职后，仍需要在任职时确定的任职期限内，受到每年转让股份不超过其持股的25%限制，即使其提前离职。

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>用资本公积及注册资本弥补亏损</p>	<p>第二百一十四条 公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司注册资本。</p> <p>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。</p> <p>法定公积金转为增加注册资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的百分之二十五。</p> <p>第二百二十五条 公司依照本法第二百一十四条第二款的规定弥补亏损后，仍有亏损的，可以减少注册资本弥补亏损。减少注册资本弥补亏损的，公司不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资或者股款的义务。</p> <p>依照前款规定减少注册资本的，不适用前条第二款的规定，但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。</p> <p>公司依照前两款的规定减少注册资本后，在法定公积金和任意公积金累计额达到公司注册资本百分之五十前，不得分配利润。</p>	<p>本次修订前的公司法，不允许公司以资本公积和注册资本弥补亏损；本次修订后的公司法，则有条件的允许公司以资本公积和注册资本弥补亏损，但应依次使用任意公积金和法定公积金、资本公积金、注册资本弥补亏损。</p>	<p>全面注册制下的上市规则，已经废止了全面注册制前要求的企业在上市前不得存在未弥补亏损的要求，即已经不禁止企业在上市前存在未弥补亏损。但审核实务中，如拟上市企业在上市前仍存在未弥补亏损的，仍可能对其通过上市审核带来不利影响。为此，部分拟上市企业存在通过合理方式，消除未弥补亏损的需求。本次修订前的公司法，不允许公司以资本公积和注册资本弥补亏损，限制了拟上市企业消除未弥补亏损的选择；本次修订后的公司法，则给拟上市企业消除未弥补亏损以更多选择。但对拟上市企业而言，亏损的弥补，除涉及合法性、上市审核要求外，可能还会引致税务问题，需要综合考虑各方面因素确定相应解决方案。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
股份公司成立大会	<p>第一百零三条 募集设立股份有限公司的发起人应当自公司设立时应发行股份的股款缴足之日起三十日内召开公司成立大会。发起人应当在成立大会召开十五日前将会会议日期通知各认股人或者予以公告。成立大会应当有持有表决权过半数的认股人出席，方可举行。</p> <p>以发起设立方式设立股份有限公司成立大会的召开和表决程序由公司章程或者发起人协议规定。</p>	<p>本次修订，将设立股份有限公司的股东会的表述由原“创立大会”，修改为“成立大会”。</p>	<p>为与本次修订后的公司法的用词保持一致，建议拟上市企业及专业服务机构均相应调整相关表述，例如在筹划上市过程中，拟上市企业由有限责任公司变更为股份有限公司的“创立大会”，均调整为“成立大会”。</p>

三、对上市公司的影响

除对创业企业及拟上市公司产生相应影响外，本次修订亦直接或者间接涉及已经上市的公司。因此，上市公司亦需要关注相关修订内容，并视情况完善相关治理制度、人事安排等，具体分析如下表所示：

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>百分之一股东的提案权</p>	<p>第一百一十五条 …… 单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东，可以在股东会会议召开十日前提出临时提案并书面提交董事会。临时提案应当有明确议题和具体决议事项。董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东会审议；但临时提案违反法律、行政法规或者公司章程的规定，或者不属于股东会职权范围的除外。公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。 公开发行股份的公司，应当以公告方式作出前两款规定的通知。 股东会不得对通知中未列明的事项作出决议。</p>	<p>本次修订后的公司法将拥有提案权的股东的持股比例，从原规定的百分之三降低至百分之一，且明确规定公司不能提高持股比例要求。</p>	<p>股东对股东会的提案权是一项重要的股东权利，提案内容可以是股东会职权内的任何事项，当然也包括提议聘任或者解聘董事、监事的权利。</p> <p>本次修订后的公司法将使有权提出临时提案的股东人数大幅度增加，相关临时提案也可能会显著增加，对上市公司的治理及应对能力，提出了更高要求。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>章程中规定董事会专门委员会及薪酬机制的要求</p>	<p>第一百三十六条 上市公司设独立董事，具体管理办法由国务院证券监督管理机构规定。</p> <p>上市公司的公司章程除载明本法第九十五条规定的事项外，还应当依照法律、行政法规的规定载明董事会专门委员会的组成、职权以及董事、监事、高级管理人员薪酬考核机制等事项。</p>	<p>本次修订后的公司法新增要求公司章程应就董事会专门委员会的组成、职权以及董事、监事、高级管理人员薪酬考核机制等事项作出规定。</p>	<p>目前的实务中，上市公司的章程主要根据证监会发布的《上市公司章程指引》制定，而最新版的《上市公司章程指引》仅原则性规定了上市公司应设置的董事会专门委员会的类别，并未规定其组成、职权等内容，而是规定由董事会另行制定关于各专门委员会运作规范，且未规定关于董事、监事、高级管理人员薪酬考核机制的内容。为此，预计监管部门可能会根据公司法的要求，进一步完善《上市公司章程指引》，进而要求上市公司根据公司法的该等规定修改公司章程。</p> <p>目前，上市公司普遍已经通过制定董事会专门委员会的专项规范，对董事会专门委员会组成、职权及履职作出了较为完善的规定，上市公司根据本次修订后的公司法，完善章程内容，已经有良好基础，相对较容易完成。</p> <p>相比较而言，目前较多上市公司尚没有对外披露完善的董监高薪酬考核机制，上市公司如何在章程中作出相应规定，可能尚需在实践中摸索。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
审计委员会的职权	<p>第一百三十七条 上市公司在董事会中设置审计委员会的，董事会对下列事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过：</p> <p>（一）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所；</p> <p>（二）聘任、解聘财务负责人；</p> <p>（三）披露财务会计报告；</p> <p>（四）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。</p>	<p>本次修订后的公司法，首次在公司法中明确了董事会审计委员会的法定地位，并规定了其职权。</p>	<p>目前在上市公司监管实务中，关于审计委员会地位和职权的规定已经比较完整、成熟，本次修订属公司法吸收了上市公司的监管实务，因此该条新增规定对上市公司应无实质影响。</p>
禁止交叉持股	<p>第一百四十一条 上市公司控股子公司不得取得该上市公司的股份。</p> <p>上市公司控股子公司因公司合并、质权行使等原因持有上市公司股份的，不得行使所持股份对应的表决权，并应当及时处分相关上市公司股份。</p>	<p>本次修订后的公司法，首次明确上市公司与其控股子公司，不得“交叉持股”，但未禁止不存在控股关系主体之间“交叉持股”。</p>	<p>目前在上市公司监管实务中，监管部门已经明确禁止上市公司与其控股子公司之间交叉持股，本次修订属公司法吸收了上市公司的监管实务，因此该条新增规定对上市公司应无实质影响。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
禁止公司为他人取得公司股份提供财务资助	<p>第一百六十三条 公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。</p> <p>为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。</p> <p>违反前款规定，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。</p>	<p>本次修订后的公司法，采纳了上市公司监管实务中形成的禁止上市公司为他人取得公司股份提供财务资助的实践经验，但同时规定了为公司实施员工持股计划及其他为了公司利益，可为他人取得公司股份提供财务资助的情形。</p>	<p>现有上市公司监管实务中，已经原则性禁止上市公司为他人取得本公司股份提供财务资助，如《上市公司股权激励管理办法》第二十一条和《上市公司证券发行注册管理办法》第六十六条，分别规定上市公司在实施股权激励计划或者在向特定对象发行证券过程中，不得为股权激励对象或者认购对象提供财务资助，但关于上市公司实施员工持股计划的相关规定，并未禁止上市公司在实施员工持股计划过程中提供财务资助。</p> <p>本次修订后的公司法，在原则性禁止相关财务资助的情况下，为员工持股计划或者其他为公司利益所需的情形下，为他人取得公司股份提供财务资助，作出了例外规定，即保留了上市公司在相关情形下提供财务资助可能。</p> <p>但是，上市公司为他人取得公司股份提供财务资助，涉及复杂的利益关系，且涉及相关股东是否足额缴纳对上市公司的出资，或者是否构成抽逃出资的认定等较为复杂的法律定性问题，因此实务中上市公司为包括员工在内的他人取得上市公司股份提供财务资助的情况非常少见，该等例外规定对上市公司的相关运作的实际意义有限。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
授权发行制度	<p>第一百五十二条 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。</p> <p>董事会依照前款规定决定发行股份导致公司注册资本、已发行股份数发生变化的，对公司章程该项记载事项的修改不需再由股东会表决。</p> <p>第一百五十三条 公司章程或者股东会授权董事会决定发行新股的，董事会决议应当经全体董事三分之二以上通过。</p>	<p>本次修订后的公司法，首次规定股份有限公司授权发行制度，授权安排可以在公司章程中规定，亦可经股东会决议规定，且可授权发行的股份占已发行股份的比例为不超过50%。</p>	<p>本次修订后的公司法将已经在上市公司监管实务中实施的授权发行制度，扩大适用至非上市公司，但与现有《上市公司证券发行注册管理办法》规定的授权发行制度相比，大幅度增加了授权发行的比例至已发行股份的50%，而现行《上市公司证券发行注册管理办法》规定可授权发行的规模为“发行融资总额不超过人民币三亿元且不超过最近一年末净资产百分之二十”。</p> <p>对上市公司而言，发行股份属重大资本运作事项，对各方利益影响巨大，因此尽管本次修订后的公司法已经对授权发行作出了规定，但预计仍需要监管部门作出更为详细的实施规则，才能实际执行该等规定。</p>
明确利润分配的期限	<p>第二百一十二条 股东会作出分配利润的决议的，董事会应当在股东会决议作出之日起六个月内进行分配。</p>	<p>本次修订后的公司法，首次规定公司应股东会作出利润分配决议后六个月内进行分配。</p>	<p>现有上市公司相关规则已经要求上市公司要在股东会作出利润分配决议后两个月内完成利润分配。因此，尽管本次修订后的公司法规定的利润分配期限为六个月，但除非监管机构修改相关规则，否则上市公司应仍需要按照现行规则执行。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
允许监事会聘请会计师事务所	<p>第二百一十五条 公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所，按照公司章程的规定，由股东会、董事会或者监事会决定。</p> <p>公司股东会、董事会或者监事会就解聘会计师事务所进行表决时，应当允许会计师事务所陈述意见。</p>	<p>本次修订后的公司法，新增监事会为公司审计机构的有权聘请机构之一，但具体需要由公司章程规定由股东会、董事会或者监事会决定聘请审计机构。</p>	<p>现有上市公司相关规则规定，应由上市公司股东会决定审计机构的聘请。因此，尽管本次修订后的公司法新增规定监事会亦可决定审计机构的聘请，但除非监管机构修改相关规则，否则上市公司应仍需要按照现行规则执行。</p>
取消“股东大会”的表述	<p>第一百一十一条 股份有限公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权。</p>	<p>本次修订后的公司法将股份有限公司的股东大会的名称由原规定“股东大会”调整为“股东会”。</p>	<p>为与公司法保持一致，上市公司可以适时修改相关制度及内部行文中关于“股东大会”的表述为“股东会”。</p>
股东会和董事会的职权	<p>第五十九条 股东会行使下列职权：</p> <p>（一）选举和更换董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；</p> <p>（二）审议批准董事会的报告；</p> <p>（三）审议批准监事会的报告；</p> <p>……</p>	<p>本次修订后的公司法删除股东会原有职权中的“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”和“决定公司的经营方针和投资计划”的职权，并</p>	<p>本次修订后的公司法进一步突出了董事会地位。因此，对希望取得上市公司控制权，或者加强对上市公司影响的投资者而言，尽力取得并增加其提名的董事会席位，变得更加重要。</p> <p>此外，本次修订后的公司法还将涉及“公司的年度财务</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
	<p>第六十七条 有限责任公司设董事会，本法第七十五条另有规定的除外。</p> <p>董事会行使下列职权：</p> <p>（三）决定公司的经营计划和投资方案；</p> <p>……</p> <p>公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人。</p>	<p>规定由董事会“决定公司的经营计划和投资方案”，体现出弱化股东会职权，强化董事会职权的趋势，董事会的重要性加强。</p>	<p>预算方案、决算方案”的内容，从公司法规定的股东会或者董事会职权中删除，上市公司的相关制度是否需要据此调整，尚待监管部门进一步的具体意见。</p>
<p>职工代表董事</p>	<p>第六十八条 有限责任公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。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。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。</p> <p>……</p> <p>第一百二十条 ……</p> <p>本法第六十七条、第六十八条第一款、第七十条、第七十一条的规定，适用于股份有限公司。</p>	<p>本次修订后的公司法新增要求“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”，股份公司亦适用该规定。</p>	<p>就公司法关于职工代表董事的新增要求，因为境内上市公司（部分境内上市的红筹企业除外）均已经设置了监事会，且监事会中已经依法设置了职工代表监事，符合可以不设置职工代表董事的条件，我们理解，该等新增规定对上市公司暂无实质性影响。</p> <p>此外，需要注意的是，如果上市公司设立了职工代表董事，但仍设置监事会的，仍应当依法设立职工代表监事，因此可能会存在需要同时设置职工代表董事和职工代表监事的情况。</p>

项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
<p>百分之十以上股东召开股东大会的权利</p>	<p>第一百一十四条 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，由过半数的董事共同推举一名董事主持。</p> <p>董事会不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。</p> <p>单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求召开临时股东会会议的，董事会、监事会应当在收到请求之日起十日内作出是否召开临时股东会会议的决定，并书面答复股东。</p>	<p>本次修订后的公司法新增董事会及监事会需要在有权提议召开股东大会的股东提议召开股东大会后十日内作出决定，并答复股东的要求。</p>	<p>现有上市公司监管规则，已经有本次修订后的公司法新增的前述要求，公司法本次修改属对现有监管实务经验的采纳，对上市公司暂无实质影响。</p>

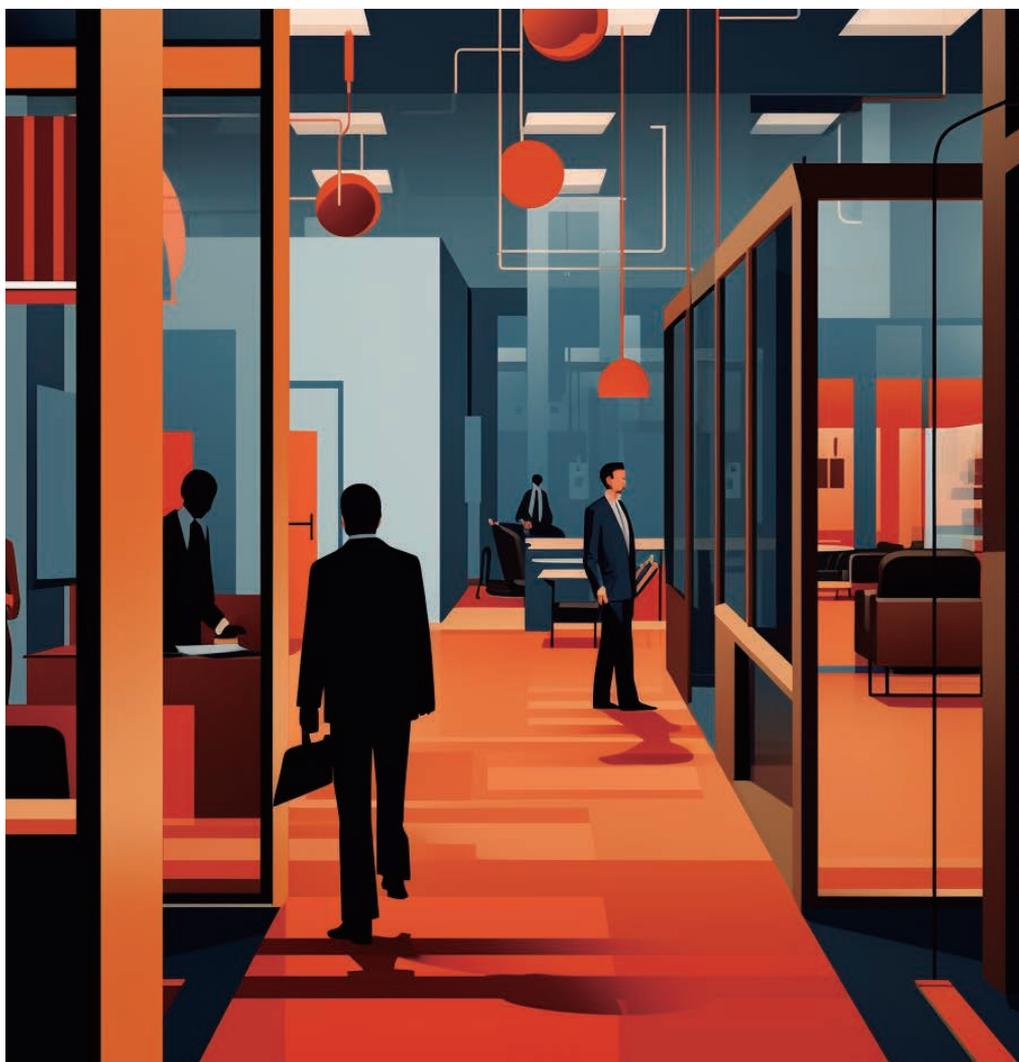
项目	法律条文摘录	修改内容概要	实务影响分析
董监高及责任	第五十一条、第五十三条、第二百一十一条、第一百八十条、第一百八十二条、第一百八十三条、第二百三十二条、第一百八十九条、第一百九十条、第一百九十一条、第一百九十三条（条文略）	显著增加或者进一步明确了公司董事、监事及高级管理人员，尤其是公司董事的责任，包括对股东出资（及股东抽逃出资）、公司清算、违规分配利润等事项的责任，及董事应承担的忠实义务、勤勉义务、关联交易报告及回避义务、避免同业竞争义务等义务，及相应的赔偿责任等。	虽然本次修订的公司法同时规定公司可以为董事投保责任保险，但该等投保责任并非强制规定，且实务中保障的作用尚待检验，因此本次修订预计会使相关个人对出任公司董事存在更多疑虑，进而增加公司尤其是上市公司聘任董事（尤其是独立董事）的难度。



年夫兵
合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 755 3325 6998
nianfubing@zhonglun.com

浅析新《公司法》对上市公司 并购重组的影响

 郭克军 魏海涛 苗郁芊 丁蔚



前言

2023年12月29日，全国人民代表大会常务委员会作出关于修改《中华人民共和国公司法》（“《公司法》”）的决定，《中华人民共和国公司法（2023修订）》（“新公司法”）已于2024年7月1日正式施行。本文将从上市公司收购及重组的角度出发，对新公司法所增加或修改的相关内容（如**授权资本制、类别股表决机制、财务资助限制、简易合并与小规模合并制度等**）进行解读，并尝试分析其对上市公司收购及重组交易可能产生的影响。

一、反收购视角下的授权资本制

新公司法本次针对股份有限公司引入了授权资本制。我国股份有限公司的公司资本制度经历了自法定资本制到认缴资本制，再到授权资本制的演变过程。最初1993年颁布《公司法》时施行的是法定资本制，2013年修订《公司法》时将有限责任公司和发起设立的股份有限公司的资本制度修改为认缴资本制。直至2021年颁布《中华人民共和国公司法（修订草案）》时，我国首次提出将股份有限公司的资本制度改为授权资本制，并保留了认缴资本制这一过渡性制度。本次新公司法第152条第1款规定：“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”。

笔者认为，授权资本制度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，董事会可以依据股东会¹的授权，通过发行股份“摊薄”敌意收购人所持股份的比例，增加收购人的交易成本，其效果类似于美国法项下的“毒丸计划”（Poison Pill）。

“毒丸计划”较为正式的名称为“股权摊薄反收购措施”，是指在应对敌意收购行为时，现有股东可以依据公司的授权获得低价购买公司股票资格，从而导致收购人交易负担显著增加的行为。通俗来说，当收购人持股达到较大比例时，公司实际控制人或现有管理层可通过激活“毒丸计划”，向除了收购人以外的所有股东大量增发低价新股，使得收购人的持股比例被摊薄，从而增加其收购成本，达到抵御敌意收购人的目的。美国公司法所奉行的授权资本制是“毒丸计划”能够得以施行的制度基础，即公司只要在其章程中明确授权董事会可以扩大股本，那么董事会就对“毒丸计划”具有决策权且无需经过股东会审议，可以随时发行新股以抵御敌意收购。

相比之下，我国现行公司资本制度则不具备实施“毒丸计划”的条件。这主要是由于法定资本制下要求公司发行新股、扩大股本必须经过股东会审议通过，即“毒丸计划”的决策权在股东会，而敌意收购人可能此时已经阶段性地取得了公司较高比例的股份，自然不会同意通过“毒丸计划”。新公司法第152条规定使得“毒丸计划”在我国也具有了一定的可操作性。

但需要注意的是，“毒丸计划”一旦实施，将对公司的股权结构造成很大的影响。由于实施“毒丸计划”的公司基本为上市公司，股权结构的重大变化可能导致公司股价、市值产生剧烈波动，这可能会损害到股东，尤其是中小股东

1.考虑到新公司法不再区分“股东会”、“股东大会”，本文全文均使用“股东会”的表述。

的利益。基于上述原因，许多国家和地区的立法对“毒丸计划”持审慎的态度。我国上市公司发行股份需要遵守股份发行的相关规则，并受到中国证券监督管理委员会、证券交易所的监管，因此上市公司在实践中具体如何应用授权资本制并实施“毒丸计划”还有待进一步观察。此外，本次新公司法进一步加强了董事、监事及高级管理人员的责任，董事会是否可能会因执行“毒丸计划”而被认定为越权发行、存在不当行为，是否需要因此承担责任等问题还存在较大的探讨空间。

二、类别股表决机制与控制权争夺

根据新公司法第144条规定，股份公司可以发行类别股股份，包括可以按照公司章程的规定发行“每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份”，即允许股份有限公司对表决权作出差异化安排。

笔者认为，在公司控制权争夺的交易中，通过表决权差异化安排，公司控股股东、实际控制人可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。特别是对于上市公司而言，由于其股权架构较为分散，大量上市公司的控股股东的持股比例较低，有时会低于30%甚至20%，此时如其他方通过二级市场或其他方式进行大规模增持，则会威胁到控股股东的控制地位。在这种情况下，如预先设置了类别股股份，使得上市公司控股股东能够以较低持股比例持有较高比例的表决权，则在一定程度上可以增加外部人（特别是敌意收购人）争夺上市公司控制权的成本，从而降低其收购意愿。

对于类别股表决机制，需要提示的是，就公开发行股份的公司而言，新公司法不允许其发行表决权与普通股不同的类别股的股份，但公开发行前已

发行的股份除外。自2019年注册制改革启动以来，我国已经有一批存在表决权差异安排的公司成功于A股上市，例如优刻得（688158.SH）、九号公司（689009.SH）等。

此外，新公司法第144条第3款规定，公司发行“每一股的表决权数多于或者少于普通股”类型的类别股的，对于监事或者审计委员会成员的选举和更换，该类别股与普通股每一股的表决权数相同。在不涉及上述情形时，类别股股东仍可以享有差异化的表决权，这对于控股股东、实际控制人有效控制公司董事会仍将产生一定便利。

另一方面，基于同股同权的基本原则，为避免类别股制度被大股东不当利用从而损害公司和其他中小股东利益，新公司法在设置类别股制度的同时亦施加了诸多限制，除前文提及的关于类别股制度的设置时点外，新公司法第145条、第146条还对类别股提出了其他额外要求。此外，现行境内各交易所上市规则也对拟设置类别股并上市的企业有较为完善和细致的监管规则，其中包括发行人的市值及财务指标、设置条件、转让限制、表决机制等。如果企业拟通过类别股制度作为应对潜在控制权争夺的防御措施，建议基于上述规则并结合企业自身情况进行综合判断。

三、对收购人有限度的财务资助

在并购交易中，有些交易模式会涉及目标公司通过提供担保等方式为收购人提供财务资助的情形，比较典型的是杠杆收购（Leverage Buyout）。在该模式下，收购人通常会利用目标公司的资产作为债务抵押以获得收购所需资金。通常情况下，仅有较少的收购资金来自于收购人的自有资金，大部分则来自银

行抵押借款、机构借款和发行债券，并以目标公司的资产和未来现金流量及收益作担保并用来还本付息。例如香港上市公司百丽国际私有化交易中，收购人的并购融资债务主要依靠目标公司未来的经营性现金流来偿还，百丽国际的下属子公司滔博（06110.HK）在后续分拆上市所募集的大部分资金被用于偿还上述债务。

而基于资本维持原则（Capital Maintenance Rule）、保护中小股东和债权人、遏制杠杆收购和防止市场操纵等原因，不少国家和地区颁布了禁止或限制财务资助的规定。资本维持原则意为在公司存续期间内，除法律规定允许的情形外，不得以直接或间接的形式向股东返还资本，其目的在于保护债权人的利益。而财务资助在本质上是用公司资本为他人购买本公司股份提供资金，与该原则存在一定冲突。《上市公司收购管理办法》第8条对财务资助作出了相关限制，即“被收购公司董事会针对收购所做出的决策及采取的措施，应当有利于维护公司及其股东的利益，不得滥用职权对收购设置不适当的障碍，不得利用公司资源向收购人提供任何形式的财务资助，不得损害公司及其股东的合法权益。”类似规定也可见于《非上市公众公司收购管理办法》。同时结合其他有关上市公司或非上市公众公司对外提供担保的限制性规定，由目标公司为收购人融资提供担保或以目标公司未来现金流量及收益为收购人偿还债务的A股上市公司或非上市公众公司杠杆收购交易受到了较大的限制。

新公司法第163条新加入了对财务资助的限制，即对于股份有限公司，“公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股

本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。违反前两款规定，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。”

根据《关于<中华人民共和国公司法（修订草案）>的说明（2021）》，设置上述条款系为了“强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任”。就此不难看出，资本维持原则是新公司法设置该条款的主要理论基础。新公司法将原本主要适用于上市公司、非上市公众公司的禁止财务资助制度扩展至了全部股份有限公司，境内股份有限公司收购交易中收购资金的融资渠道被进一步收窄。值得注意的是，尽管第163条第2款设定了一项例外，但最多也只允许提供相当于已发行股本总额10%的财务资助，对于意图收购较大比例股份（尤其是实施杠杆收购）而言起到的作用比较有限。如此时通过其他融资渠道筹集资金也存在难度，收购人要收购大量的公司股份就变得越发困难。因此，笔者认为，禁止财务资助制度可能会催生出更多能够通过收购较少比例股权即取得公司控制权的交易，毕竟收购的股权比例越低，需要公司提供的财务资助就越少。

此外，新公司法第163条虽规定了董事、监事及高级管理人员的义务与责任，但未将实际控制人纳入责任范围之内，亦未规定违规的财务资助行为之效力，以及违法的财务资助行为是否会影响股份受让的合法性，上述规定的法律影响有待结合司法实践进一步明确。



新公司法将原本主要适用于上市公司、非上市公司、非上市公众公司的禁止财务资助制度扩展至了全部股份有限公司，境内股份有限公司收购交易中收购资金的融资渠道被进一步收窄。

四、简易合并与剩余股份的“挤出”

（一）关于简易合并制度的理解

新公司法第219条第1款规定“公司与其持股百分之九十以上的公司合并，被合并的公司不需经股东会决议，但应当通知其他股东，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权或者股份。”这一制度又被称为“简易合并”，笔者理解其一定程度上借鉴了美国《特拉华州普通公司法》第253条的规定²（该制度被称为Short-form Merger，通常译为“简式合并”或“短式合并”），现行有效的《开曼群岛公司法》第233条（7）款也有类似规定³。

站在子公司的视角，如持股比例达到90%以上的母公司计划合并子公司，子公司的少数股东无法通过行使表决权来阻止该等合并，子公司因而缺乏召开股东会进行表决的必要。由于子公司未召开股东会，少数股东无法通过表决对合并议案提出异议，因而可能无法根据新公司法第89条或第162条主张异议股东回购请求权，所以第219条第1款赋予了少数股东请求公司（系指合并公司）按照合理的价格收购其股权或者股份的权利。

站在母公司的视角，由于母公司对子公司拥有近乎绝对的控制，采取简易合并不会对母公司及其股东的利益产生实质影响，这也是美国《特拉华州普通公司法》第253条规定在采取“简式合并”时母公司和子公司的股东会表决均可省略的原因。不过新公司法第219条第1款并未免除母公司股东会决议的流程。

2.根据《特拉华州公司法》第253条的规定，母公司合并其持股90%以上的子公司时，仅须经母公司董事会同意即可，母公司、子公司的股东会表决均可省略。

3.根据《开曼群岛公司法》第233条（7）款规定，母公司合并子公司无需经过子公司股东会特别决议通过（但需向子公司各股东提供合并计划（Plan of Merger），除非章程另有约定），根据该法第232条的定义，“母公司”系指持有其他公司90%以上表决权的公司。

值得注意的是，第219条第1款仅规定“被合并的公司不需经股东会决议”，此处表述为“被合并的公司”而非“子公司”，是否意味着在子公司反向吸收合并母公司时（例如较为常见的A股上市公司发起的“整体上市”交易），母公司作为“被合并的公司”也无需召开股东会？鉴于“其他股东”在表述上与母公司（作为子公司的控股股东）相对应，笔者认为可能更宜理解为子公司的少数股东。此外，反向吸收合并将使母公司股东的持股形式发生重大变化、对于母公司股东有较大的影响，笔者因此认为第219条第1款的规定仅针对母公司合并子公司、子公司无需召开股东会的情形。

（二）简易合并制度的适用

站在A股上市公司收购的视角，随着注册制的全面落地与退市常态化，壳资源的价值在不断下降，A股上市公司的私有化（包括主动退市）将会逐渐增加。在一般的私有化交易中，即使目标公司已经退市，其可能仍有大量的少数股东（尽管合计持股比例较低）继续持股。此时由于二级市场的流动性受限，少数股东出售股份有所不便，同时缺少退出途径的少数股东对于公司经营管理缺乏影响，甚至可能会无理阻挠收购人与目标上市公司的正常经营管理。简易合并制度则可以实现挤出少数股东与剩余股份的效果。

基于上述分析，收购人可以通过要约收购（前期可结合认购定向发行股份、协议受让、二级市场交易等增持方式）取得目标公司90%以上的股份、目标公司将因不满足股权分布条件而退市后，继续根据第219条第1款发起简易合并，从而实现A股上市公司的完全私有化，事实上“要约收购+简易合并”的两步式合并（Two-step Merger）也是常见的域外实践。对于已退市公司，由于其股票仍会在全国中小企业股份转让系统的两网公司及退市公司板块进行交易，

作为非上市公司仍需遵守全国中小企业股份转让系统的相关交易规则和信息披露义务，简易合并为退市公司的控股股东（或其他收购人）提供了一条完全私有化退市公司、不再作为公众公司而纳入监管的渠道。

站在A股上市公司重组的视角，部分上市公司收购标的公司控股权（例如51%或以上）后，标的公司的少数股东（经常会继续提名或出任标的公司的董事或高级管理人员）会出现不配合上市公司的经营管理或年度审计、也不愿意退出标的公司，进而拖累上市公司正常经营的情形。为充分保护其合法权益，上市公司除在重组交易协议中详细约定标的公司在重组完成后的经营管理安排外，也可考虑争取收购标的公司90%以上股权（如无法或无必要直接全资收购），或在重组交易协议中约定附条件收购少数股东所持股权的分步安排（设置为上市公司的权利而非义务）、确保在重组完成后可根据条件实施进一步收购，并最终视标的公司的经营情况决定是否实施简易合并。

（三）简易合并与强制收购权

《中华人民共和国公司法（修订草案）》公布时，有不少观点认为我国引入了“强制收购权”（squeeze out，或称“强制排除权”、“强制挤出权”）制度。在美国法下，美国《特拉华州普通公司法》第253条规定的“简式合并”通常被认为是“强制收购权”；在美国法外，对于“强制收购权”存在其他理解，例如《开曼群岛公司法》第88条规定，如收购人已经收购公司90%以上股份，收购人可直接以同等条件强制收购剩余的少数股东股份。香港《公司条例》第693条也有类似规定。

《开曼群岛公司法》第88条与新公司法的类似之处在于，赋予了收购人取得目标公司90%以上股权/股份时排除少数股东的法定权利，但新公司法赋予的

该等权利是通过收购人与目标公司实施合并、目标公司注销而实现，与之相近的是《开曼群岛公司法》第233条（7）款规定；《开曼群岛公司法》第88条则是赋予收购人继续以同等条件收购目标公司少数股东股份的权利，目标公司在收购完成后将成为收购人的全资子公司，这是二者的重要区别之一。⁴

2014年公布、现已失效的《中国证券监督管理委员会关于改革完善并严格实施上市公司退市制度的若干意见》曾提出“健全主动退市的配套政策措施。完善上市公司收购制度，丰富要约收购履约保证形式，研究建立包括触发条件、救济程序等内容的余股强制挤出制度……”。2015年的《证券法（修订草案）》在上市公司要约收购制度下引入余股强制挤出制度⁵，第122条第1款规定在收购要约期限届满后，收购人收购一个上市公司的非关联股东持有的有表决权股份数超过90%或收购一个上市公司有表决权股份超过95%的，收购人有权以要约收购的同等条件收购其他股东有表决权的股份，其他股东应当出售。前述内容赋予收购人强制收购少数股东所持股份的权利，其在程序上相较于简式合并更为便捷，但该等内容最终未获采纳。

考虑到新公司法做出的创新，笔者认为，不排除《证券法》及上市公司并购重组相关制度在未来修订时，对上市公司实施（或被实施）简易合并、小规

4.关于该问题的另一讨论价值在于H股上市公司私有化。根据香港《公司收购、合并及股份回购守则》规则2.2规定，在要约收购私有化H股上市公司时，需要通过取消上市地位的股东会决议，且该决议必须同时符合三项条件，其中包括“要约人行使及有权行使强制取得证券的权利”。H股上市公司成立地（中国大陆）原《公司法》并无该制度，要约人可以请求香港证券及期货事务监察委员会豁免该要求（但需满足要约获得90%无利害关系股份的有效接纳的前提条件），客观上增加了私有化难度。新公司法第219条第1款与《开曼群岛公司法》第88条、香港《公司条例》第693条规定的“强制收购权”存在差异，其能否被归为“要约人行使及有权行使强制取得证券的权利”存疑。

5.为保护少数股东的利益，《证券法（2005年修订）》引入了少数股东的“强制出售权”，且该规定一直保留至今。现行有效的《证券法（2019年修订）》第74条第1款规定“收购期限届满，被收购公司股权分布不符合证券交易所规定的上市交易要求的，该上市公司的股票应当由证券交易所依法终止上市交易；其余仍持有被收购公司股票股票的股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。”

模合并等作出更为细致的规定，甚至也不排除《证券法》未来重新采纳上述《证券法（修订草案）》的规定、赋予收购人在上市公司要约收购时的“强制收购权”。

五、小规模合并的有限制度价值

新公司法第219条第2款规定“公司合并支付的价款不超过本公司净资产百分之十的，可以不经股东会决议；但是，公司章程另有规定的除外”。本款规定的合并模式在实践中通常被称为“小规模合并”，其特点在于合并公司支出的对价低、对于合并公司及其股东利益的影响较小。在理解该条时，有如下问题需要厘清：

（一）小规模合并是否以合并公司、被合并公司存在股权关系为前提

新公司法并未做出该等限定。从规定表述以及促进并购重组决策效率的角度考虑，笔者认为小规模合并的制度核心在于合并公司支出的对价低，因而可以适用第219条第2款规定的特别程序，而合并公司、被合并公司是否存在股权关系不会影响本款规定的适用，这点与简易合并存在差别。

（二）“可以不经股东会决议”，是指合并公司的股东会，还是被合并公司的股东会

如上文所述，小规模合并对合并公司而言并非重大的交易、对合并公司及其股东利益影响较小，从缩减程序、节省成本和提高效率的角度分析，可以不经合并公司的股东会决议、仅由董事会决议即可，但公司章程另有规定

的除外。

相比之下，合并事项对被合并公司利益关系重大，如规定小规模合并可不经被合并公司股东会决议将不利于保护被合并公司及其股东的利益。被合并公司的股东在股东会表决反对合并的，可以主张异议股东回购请求权。

但在合并公司在被合并公司的持股比例超过90%、合并公司支出的价款不超过其净资产的10%，即小规模合并同时构成简易合并时，存在合并公司、被合并公司均无需召开股东会决议的适用空间。

（三）“公司合并支付的价款”使用的表述为“价款”而非“对价”，是否意味着合并对价的支付手段仅限于现金

新公司法未对该问题进行回应。作为对比，我国台湾地区《企业并购法》第18条第7款⁶规定小规模合并的对价可以是股份或现金，而美国《特拉华州普通公司法》第251条(f)款规定与小规模合并类似，但其同样规定了股份对价。从丰富公司并购重组的对价支付手段、提高公司（特别是上市公司）并购重组效率的角度分析，应当将合并公司以新发行股份作为对价支付手段纳入小规模合并的范畴。

新公司法第152条第1款特别规定股份有限公司章程或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50%的股份（但以非货币财产作价出资的应当经股东会决议）。在此背景下，笔者建议新公司法的后续实施条例可考虑将股份纳入合并公司在小规模合并时的对价支付手段（相当于以被合并公司

⁶我国台湾地区《企业并购法》第18条第7款规定：“存续公司为合并发行之新股，未超过存续公司已发行有表决权股份总数之百分之二十，或交付消灭公司股东之股份、现金或其他财产价值总额未超过存续公司净值之百分之二十者，得作成合并契约，经存续公司董事会以三分之二以上董事出席及出席董事过半数之决议行之……”。

的股权或股份对合并公司进行非货币财产出资)，例如增加规定“公司为合并而新发行股份不超过本公司已发行股份总数的百分之十，可以不经股东会决议”，并明确小规模合并作为第152条1款规定的“但以非货币财产作价出资的应当经股东会决议”的例外情形。

(四) 上市公司实施小规模合并是否无须经股东会决议

当合并公司为上市公司时，根据其所在证券交易所股票上市规则或其他规则的规定，“合并支付的价款不超过本公司净资产百分之十的”的股权交易通常仅需董事会审议。但根据《上市公司重大资产重组管理办法》第十二条与第十四条的规定，上市公司重大资产重组的判断标准包括总资产标准、营业收入标准、净资产标准（还需结合成交金额进行判断）。即使上市公司就“合并支付的价款不超过本公司净资产百分之十”，根据前述标准，上市公司实施的小规模合并仍可能构成重大资产重组，因而须经上市公司股东会审议。

此外，即使不构成上市公司重大资产重组，如上市公司实施的小规模合并触及所在证券交易所股票上市规则或其他规则规定的、需要提交股东会审议的重大交易标准或关联交易标准，上市公司实施的小规模合并仍需经股东会审议通过。

除上述问题外，简易合并与小规模合并所称的“合并”是否仅指吸收合并（从文义解读笔者倾向于此）、小规模合并所称“净资产”的基准日如何确定（例如最近一个会计年度年末或最近一期期末）、“净资产”是否以审计值为准（从保护股东利益的角度笔者倾向于审计）等问题，受限于篇幅不再展开，问题结论有待进一步澄清。

综合来看，本次新公司法引入了不少制度创新，虽然其中存在部分尚待后

续实施条例或司法解释予以澄清的内容，但在新公司法确立下制度基础后，上市公司并购重组在类型、方式上有望呈现更多元化的实践，并将有助于立法层面进一步明确相关制度的理解与适用。



郭克军
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2082
guokejun@zhonglun.com



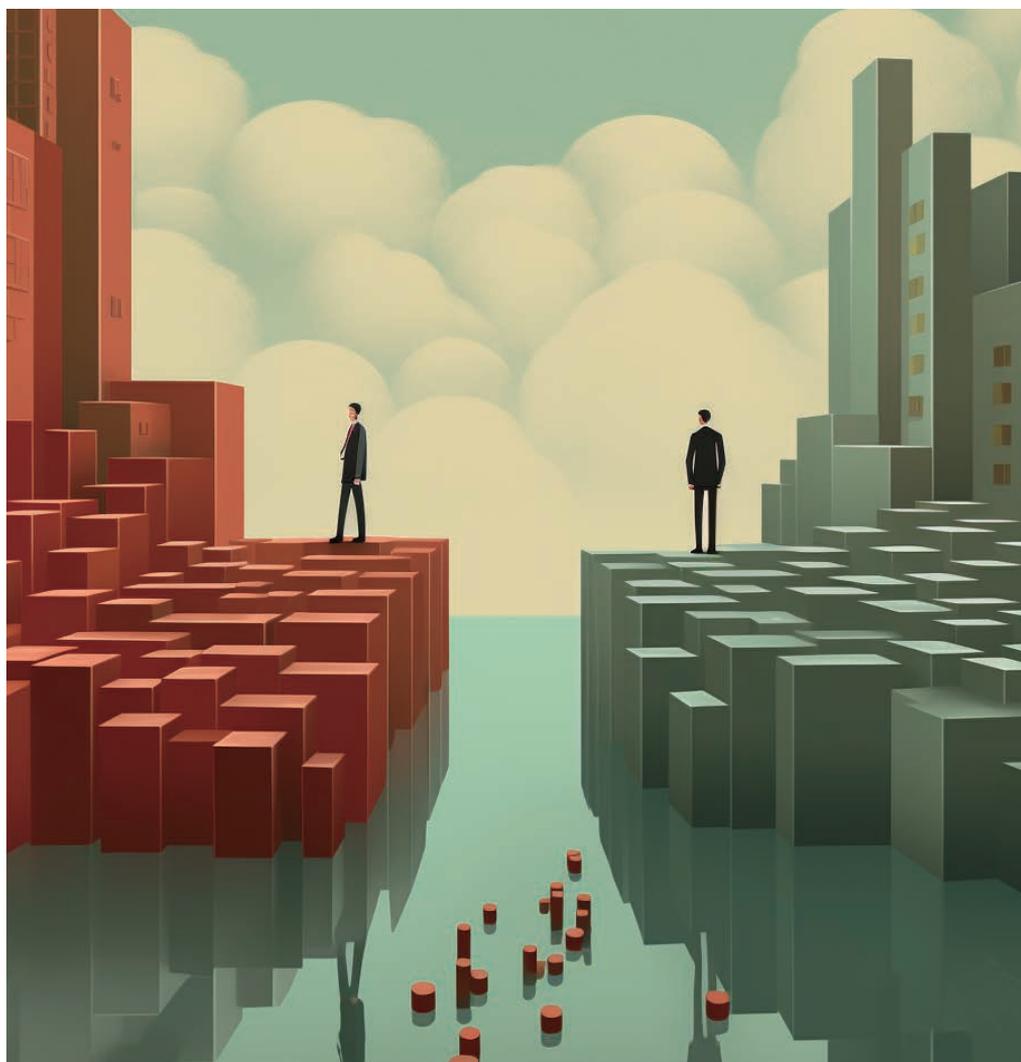
魏海涛
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2429
weihaitao@zhonglun.com



丁蔚
非权益合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5780 8427
dingwei@zhonglun.com

新法新策：透视新《公司法》下 私募投资交易条款升级要点

 刘甜 周雪 刘芷汐



前言

2023年12月29日新修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称“**新公司法**”）已自2024年7月1日起正式施行。此次公司法的大幅修订，不仅标志了我国公司注册资本制度的重大转变——从全面认缴制回归至限期实缴制，而且对股东权利、公司治理结构等方面进行了全面的调整。这些变革无疑将对我国公司的运营和投资环境产生深远影响。

在新公司法的框架下，为了确保投资人的合法权益得到充分保障，投资交易协议的条款也需要进行相应的修改和更新。这些修改和更新，旨在使投资交易协议能够适应新公司法的要求，从而更好地保护投资人的权益，特别是作为公司小股东的权益。本文将从私募投资人的视角出发，围绕限期实缴、股权转让、回购等核心问题，深入剖析新公司法时代下交易文件条款的主要调整方向。

一、实缴注册资本相关条款

新公司法修订的核心变动之一，是结束了自2014年3月开始执行的注册资本全面认缴制，**开启了限期实缴制时代**。根据新公司法第47条、第266条，2024年7月1日后，所有新设有限责任公司的注册资本均应自公司成立之日起5年内缴足；在此前设立的公司的出资期限，亦应逐步调整至新公司法规定的期限。国家市场监管总局于2024年2月6日发布的《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》（“**登记管理征求意见稿**”）对新公司法施行前设立的公司设置3年过渡期，其中：对有限责任

公司实施“3+5”调整安排，即若认缴出资期限超过5年，应当于3年过渡期内将剩余出资期限调整至5年内；而股份有限公司则应当在3年过渡期内缴足认购股份的股款。除了需要按照上述要求调整股东资金安排外，为应对新公司法限期实缴制的新规，投资人也应及时调整交易文件条款。

1. 创始人、ESOP平台实缴义务

• 增加创始人限期实缴的交割后义务

投资交易中，创始人通常存在未实缴情形。为匹配新公司法的五年实缴要求，交割后义务条款需设置有具体期限的实缴要求，比如：

(i) 对创始人设置按比例、分期的实缴时间表；

(ii) 要求创始人将允许出售额度内的股权变现金额优先用于剩余股权的实缴出资。

• 完善股权激励制度，实现ESOP平台限期实缴

股权激励计划的兑现期多为4年并且往往是滚动分期授予，实际行权期限很可能长于ESOP平台的实缴期限。虽然ESOP平台作为有限合伙本身不适用新公司法，但作为公司的股东仍有实缴出资义务。因此ESOP平台上层的员工合伙人无法及时实缴合伙份额，将间接导致ESOP平台未能限期完成实缴公司股权。登记管理征求意见稿暂时没有对ESOP平台设立实缴出资的例外规则，如果后续仍无相关规则，则建议从以下方面对激励计划进行审视和调整：

(i) **期权池容量**：从投资人角度，可在早期限制ESOP平台的持股比例，待有能力达到实缴要求时再安排增资扩大ESOP平台，既避免过早实缴出资，也在一定程度上增加了投资人对期权池增发的控制力度。

(ii) 行权要求：在商业可行的前提下设定行权期限早于法定出资期限，且建议检查授予时间是否与该行权期限留有充分的间隔期，在合法合规前提下充分兼顾激励计划锁定核心员工的需求。

(iii) 授予方式：可考虑修改授予协议调整授予方式，要求员工在行权前通过员工借款方式等先行完成实缴，如后续未能行权，可将相应已实缴的股权对应转让给其他已行权员工或由公司回购该部分实缴出资的股权。

2. 投资人避免承担出资不足连带责任

新公司法明确了股东出资不足时设立股东间的连带责任，增加了投资人的风险。第49条、第50条具体规定“股东未按时足额出资，应对给公司造成的损失承担赔偿责任，且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”。从投资人角度，为避免创始人及持股平台未能按期实缴出资引发投资人的连带责任，可考虑从以下方面降低风险：

- **从严约定实缴出资义务**

- 陈述保证：

- 约定公司及其子公司的注册资本均依照法律法规及公司章程按时足额实缴的陈述保证；

- 若存在非货币出资情形，特别是针对本次新公司法明确的股权、债权作为非货币出资的形式，明确相关出资已经评估作价，核实财产，未高估或低估作价出资，且相关权利已经无瑕疵地归属公司；

- 交割后义务：

- 如上文所述，就创始人、ESOP平台限期实缴设置具体的交割后义务；

▫ 提示注意，新公司法新增出资加速到期制度，第54条规定“在公司不能清偿到期债务的情形下，公司或者已到期债权的债权人有权要求未届出资期限的股东提前缴纳出资”。因此创始人、ESOP平台的实缴出资期限需进一步强调涵盖法定加速到期日；

- 违约责任：

▫ 结合陈述保证条款和披露情况，考虑将公司股权及持股平台份额未按时足额实缴作为特殊赔偿事项；

▫ 可考虑针对未按时完成交割后实缴义务的情况，设置违约金或迟延履行金等具体的违约责任。

• **避免被认定为设立时的股东**

在股东出资不足的情况下，新公司法规定的是只有设立时的股东才需在出资不足范围内承担连带责任。因此，对于参与重组项目、合资项目或首轮融资的投资人而言，需要注意自身是否与创始人一起完成了公司的设立，避免被认定为需承担连带责任的股东。此种情形下，可以考虑由创始人先行设立公司，然后投资人通过增资的方式加入公司。

• **投资人责任的豁免与补偿**

新公司法下，若其他股东未按时实缴出资，投资人除承担上述连带责任外，其委派的董事也可能面临多方面风险：

(i) 民事赔偿：新公司法第51条规定董事会存在核查和催缴出资的义务，未履行该义务造成公司损失，则负有责任的董事应承担赔偿责任；

(ii) 行政处罚：对于股东虚假出资、出资不实、逾期出资，新公司法第252条新增对公司人员的罚款规定，对直接负责的主管人员和其他直接责任人

员处以一万元以上十万元以下的罚款。在董事会存在催缴义务的背景下，不排除投资人董事可能因未及时催缴而受到行政处罚。

为减轻投资人及其委派董事的风险，建议在交易条款中要求公司及其他股东豁免投资人及其委派董事就其他股东未足额实缴而产生的任何责任，如实际承担了任何责任，则公司、创始人、ESOP平台应共同且连带地补偿、赔偿投资人及其委派董事等“受偿人士”由于其他股东未足额实缴而遭受的损失，并明确该等损失包括对第三方进行的赔偿、缴纳的罚款等。

此外，还可以要求公司为投资人董事购买适当的保险。新公司法新增董事责任保险制度，第193条规定，“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，董事会应当向股东会报告投保金额、承保范围及保险费率等内容”。挑选保险时，也可以留意保险范围是否覆盖股东实缴问题引发的责任，是否设置了相关的免赔事项。

3. 股东失权制度：其他股东未按时实缴的救济

新公司法通过新增的第52条，在最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）（“**公司法解释（三）**”）第17条的基础上，创造性地引入了未实缴股东失权制度。相比公司法解释（三），新公司法将失权的决定主体从股东会调整为了董事会，并明确了失权程序各阶段的具体期限及参与主体，标志着股东失权制度首次在法律层面得到确立：

	公司法解释（三）	新公司法
失权股东	未履行出资义务或者抽逃全部出资	未按章程规定日期缴纳出资
失权前置程序	公司催告缴纳或者返还； 股东在 合理期间 内仍未缴纳或者返还出资	公司发出书面催缴书， 宽限期 自发出之日不少于 60日 ； 宽限期届满仍未履行义务
失权决定主体	股东会决议	董事会决议 ； 书面失权通知发出之日 ， 股东丧失未出资的股权
失权后股权处理	公司应当及时办理法定减资程序； 或者由 其他股东或者第三人 缴纳相应的出资	应在 6个月内 转让或减资注销——6个月内未完成的， 其他股东 按出资比例足额缴纳
失权股东的救济	\	股东对失权有异议，应自收到失权通知之日起30日内， 向法院起诉

在其他股东包括创始人未按时实缴时，尤其是将导致投资人承担连带责任时，股东失权制度可作为投资人的有力抓手及可能救济。同时也需要在交易文件及公司章程中搭配其他条款，保障该法定权利的实施。

• 董事会决议程序

针对失权决议，在董事会召开、法定人数、表决比例要求等层面进行提前约定，确保若未来若其他股东包括创始人不配合按时实缴，剩余董事仍能在董事会层面上形成股东失权的有效决议。

- **转让或减资注销程序**

针对失权决议指向的股权，失权制度有特殊的流程要求，需在6个月内转让或减资注销，且在6个月内未完成的，其他股东有义务按出资比例足额缴纳。一方面，如看好公司业务资产的战略投资人有增持需求，可以考虑约定该类投资人届时的特别购买权条款；另一方面，为避免届时打算退出的投资人承担额外的实缴责任，建议在交易文件中明确失权股东届时有义务配合相应的转让或减资流程，甚至约定创始人对此承担兜底责任。

- **创始人失权情形导致的控制权变更**

(i)控制权变更情形定义调整：若创始人是失权程序认定的失权股东，其失权后可能会发生控制权变更。对于投资人而言，可能更倾向在此时退出公司，因此建议在投资交易文件中将创始人失权定义为控制权变更情形之一，直接关联到后续的清算安排、拖售安排。

(ii)保护性事项：事实上，除了投资人主动使用创始人失权制度外，同样也需要警惕创始人利用失权制度从公司退出，进而规避其于股东协议项下的义务。因此建议在交易文件中明确将作出失权决定列为投资人董事的保护性事项。

二、股权转让相关条款

新公司法另外一处引人关注的修订是关于股权转让的调整，股东对外转让股权不再需要取得其他股东过半数同意。根据新公司法第84条，股东对外转让股权的，其他股东在同等条件下享有优先购买权，但章程另有约定的除外。新公司法第88条进一步明确，股权转让后，受让人需要按章程约定的期限足额缴纳出资，转让人在受让人未按期缴纳出资的范围内承担补充责任。若转让的标

的股权出资期限已经届满或者转让的标的股权系非货币出资且其实际价额显著低于相对应的认缴出资额的，则转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任。而在股权确权方面，根据新公司第86条，受让人自记载于股东名册时即享有股东权利，同时该条也进一步明确转让人请求变更股东名册，但公司拒绝或合理期限内不予答复的，转让人或受让人均可以向人民法院提诉。该等条款的变动不仅影响创始人、ESOP平台对外股权转让的限制，也影响投资人受让其他方股权的交易。

1.创始人、ESOP平台的转让限制

- **在章程中明确对外转让的限制**

投资交易中，尤其是早期的风险投资，投资人往往投资的是创始人而非公司本身。如何将创始人和他的核心团队锁定在公司中是投资人需要充分考量的环节。除一般的股权分期兑现条款外，限制创始人及ESOP平台对外转让也是投资交易中常见的条款。根据新公司法的修订，若章程未限制创始人或ESOP平台的转让，则创始人或ESOP平台不再需要取得其他股东过半数同意即可对外进行转让。即使股东协议中约定了股权转让的明确限制，但若创始人或ESOP平台违约转让，也仅能起到事后的补救作用，而无法对创始人或ESOP平台进行预先防范。因此，我们建议在公司章程中明确创始人及ESOP平台的股权转让限制。

- **重视股东名册更新的情形与机制**

为了进一步约束创始人或ESOP平台的股权转让，现有的投资交易中通常有相关约定，例如公司承诺，对于股东违反交易文件约定进行的股权转让，公司不应将受让人登记于股东名册之上且不应进行相应的工商变更登记。但新公

司法更新后，需要关注的是当创始人或ESOP平台违反章程约定进行转让，且章程中约定了无效转让不得进行股东名册更新及工商变更登记的情形下，公司的内部章程约定是否能够对抗受让人要求更新股东名册的诉讼主张。在原公司法体系下，根据我们对过往案例的总结，股东违反章程约定进行转让，并不影响转让合同的效力，但受让人根据该等股权转让协议要求取得股东资格、行使股东权利的请求往往得不到法院支持。我们还是建议给予股东名册更新事项更多的重视。从投资人锁定创始人的角度，在股东协议和公司章程中均应明确违反约定的转让无效，公司不应对该等交易进行相应的股东名册变更及工商变更登记；其次，还可考虑约定非投资人股东的股权转让变更股东名册需要经过投资人或其董事的批准程序。就股东名册确权这一机制，我们也将在新公司法正式施行后的实务中对此问题进行持续的跟踪与观察。

2. 投资人受让股权的连带出资责任

实践中，受让创始人或前轮投资人股权也是投资交易的一种常见形式。随着新公司法的实施，投资人在受让股权的交易中也面临着实缴出资方面的连带责任风险。

- **履行合理的注意义务**

股权转让中，我们代表投资人作为受让人一方时，仅要求转让方陈述保证完成标的股权实缴在新公司法框架下已不足够。若标的股权出资期限已届满但尚未实缴出资或属于显著低于认缴出资额的非货币出资，那么投资人需要论证自身是否已经尽到合理的注意义务，进而抗辩其在进行交易时不知道且不应当知道交易标的股权存在瑕疵。因此，我们建议首先进行初步尽调，确认交易的标的股权是否已经实缴，抑或是对应的非货币出资是否已于出资时进行评估。

- **落实转让人实缴出资义务**

若投资人受让的标的股权未实缴，则我们建议从转让价款中抵扣，或者在交易文件中将转让人完成实缴出资作为交割的前提。若投资人承接的是非货币出资的股权，如有可能，我们建议要求转让人将非货币出资转为货币出资并确保已完成实缴出资，再进行转让交易。同时在交易文件中继续保留转让人对交易标的股权已按时足额实缴的陈述保证，并且针对非货币出资情形，做出特别的陈述保证明确相关出资已经评估作价且相关权利已经无瑕疵地归属公司。

- **区分转让方已实缴和未实缴出资的股权**

值得注意的是实践中也存在转让人，主要是创始人，认缴了公司大额注册资本，但因其缺乏资金而无法履行全部的实缴义务，仅对公司进行了部分实缴出资的情况。此种情形下，转让人拟转让的标的股权是否属于已实缴出资的部分可能存在争议。登记管理征求意见稿未对此进行规定，若后续正式规则仍未有明确规定，为了确保投资人受让的股权系已完成实缴出资的部分，我们建议尽量选择从转让价款中相应扣除实缴出资款项，在受让股权后完成实缴出资。

三、小股东回购权相关条款

新公司法修订涉及到投资人股东权益的另一项变动是扩展了法定回购权，为保障投资人顺利实现回购，交易文件中的回购条款也需相应调整。根据新公司法第89条，“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”。

1. 回购情形

目前，关于控股股东滥用股东权利，并造成公司或其他股东严重损失的情形，尚缺乏具体的细化规则。根据原公司法第20条的规定，“滥用股东权利给公司或其他股东造成损失的，应依法承担赔偿责任”。在过往相关案例中，控股股东滥用股东权利的认定通常与小股东请求解散公司的情况相关联，认定的标准较高。具体而言，小股东的诉求要想得到法院支持，多数需满足以下情形：小股东的股东权利无法正常行使、参与公司经营管理，且通常伴随着公司经营管理出现严重困难、经营目的无法实现，通过其他途径无法解决，例如控股股东控制公司转移绝大部分资产、利润无法分配导致公司陷入僵局。

需要注意的是，新公司法第89条不适用于股份有限公司。如果公司后续进行股份改革，控股股东滥用股东权利将不再符合法定回购的条件，而需要在公司章程或相关协议中进行明确约定。

因此，交易文件建议新增法定回购触发情形，并具体列举对公司或股东产生重大不利影响的滥用行为，比如控股股东不诚信挪用公司资金、未按照股东协议约定进行利润分配、关联交易等。

2. 回购流程

根据新公司法第89条，小股东请求回购情形中的回购义务人为公司，不包括控股股东。公司减资除需要根据九民纪要的原则走减资流程外，单独对投资人股东减资还会关联到新公司法第224条的减资流程相关规定，“公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外”。

因此，在有限责任公司的股东协议或股份公司的章程中，建议回购条款明确回购权行使时所有股东同意并确认按照协议的约定进行非等比例减资，同时提供相应减资流程的配合措施。

3.回购价格

新公司法同样限制了回购价格应是合理价格。对于常规按资金占用利息计算的回购价格是否能被完全认定为合理价格，仍待新公司法实施后的解释和判例检验。

目前在交易文件处理阶段，建议在回购条款中明确各方认同回购价格是合理价格，若发生法定回购情形且根据届时适用法律的要求回购未被认定为合理价格，回购义务方应配合投资人采取其他方式实现回购价格的全额支付。

4.回购顺序

除投资人的回购权外，需要提示注意的是回购顺序劣后或不享有回购权的投资人或其他股东也将在新公司法项下享有同等的法定回购权。

建议视投资轮次先后考虑在回购条款中明确所有股东同意就发生法定回购情形后的回购仍需按照股东协议约定的回购顺序履行，若根据届时适用法律的要求，发生特定回购情形下公司财产必须按照各股东同一顺序进行回购，则其他股东应以其取得的回购金额为限对特定后轮投资者进行补偿，以保证该特定后轮投资者可以足额获得根据回购条款有权取得的款项。

综上所述，新公司法的修订不仅引入了新的规则，也对现有实践操作进行了一定的延续，为投融资领域带来了新的变化和挑战。为了适应新的法律环境、最大限度地保护投资者的利益，必须在投资交易文件中进行同步的谨慎处

理。我们也将持续关注后续发布的解释和配套规则，通过不断学习和研究新的法律动态，更好地理解和应用新的法律要求，继续为投融资交易提供专业助力。



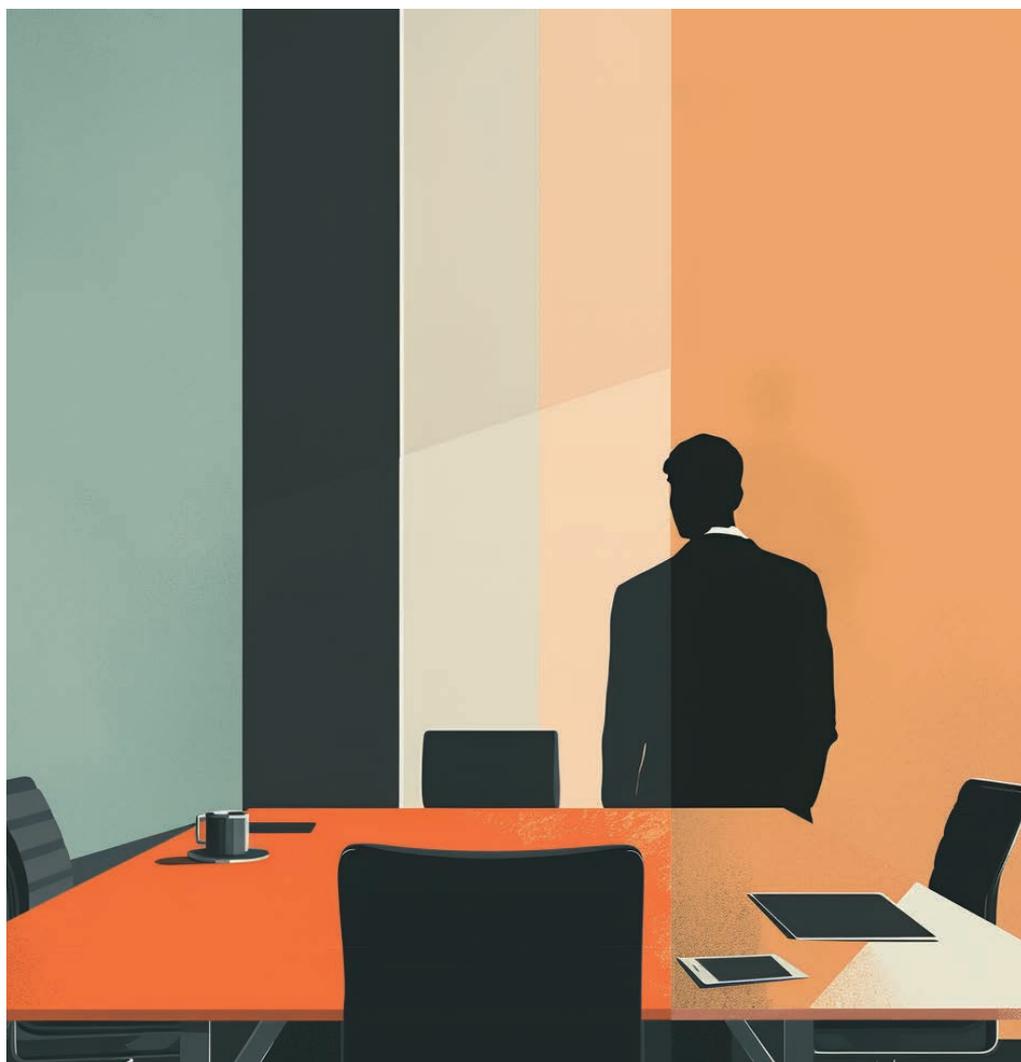
刘甜
合伙人
私募基金与资管部
北京办公室
+86 10 5957 2102
liutian@zhonglun.com



周雪
非权益合伙人
私募基金与资管部
北京办公室
+86 10 5780 8367
zhouxue@zhonglun.com

浅析新《公司法》对基金及基金 管理人的规范与影响

 郭克军 翁禾倩 郝韵珊 潘丽英



前言

2023年12月29日,《中华人民共和国公司法(2023修订)》(“**新《公司法》**”)由第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议审议通过并公布,并于2024年7月1日起正式施行。新《公司法》对《中华人民共和国公司法(2018修订)》(“**公司法(2018年修正)**”)在公司治理、股东出资责任、董监高责任等方面作出诸多调整,并引入控股股东信义义务、类别股等新制度,该等修订对私募股权基金领域亦将产生影响。本文将从组织法角度并结合实践经验分析和解读新《公司法》本次修订对公司制管理人(“**公司制管理人**”)与公司制私募股权基金(“**公司制基金**”)¹治理、管理与运作可能产生的影响并由此提供相关规范建议,以供与读者探讨。

一、新《公司法》对公司制基金管理人的影响

(一) 基金管理人的公司设立

公司法(2018年修正)要求股份有限公司(“**股份有限公司**”或“**股份公司**”)的发起人应当签订发起人协议,未对有限责任公司的设立作出要求。新《公司法》则对于有限责任公司新增了提示功能的注意性规定,规定有限责任公司设立时股东可以签订设立协议,明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

1.为免疑义,公司制基金系有限责任公司制基金和股份公司制基金的统称。如需特指,本文将分别单称有限责任公司制基金或股份公司制基金。

要点提示：

对于拟新设管理人，**若组织形式为有限责任公司，可考虑由股东签署设立协议或股东协议，若组织形式为股份有限公司，发起人应当签署发起人协议。**鉴于基金管理人于基金业协会登记过程有实质条件要求且尚需时日，该等协议在明确公司基本治理结构、规范股东或发起人在公司设立过程中的权利义务等方面有其存在的必要性。

(二) 基金管理人的实缴出资期限

新《公司法》新增要求，有限责任公司的股东应在公司成立之日起5年内缴足出资，股份有限公司的发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款，并就此明确溯及力要求为新《公司法》施行前已登记设立的公司，出资期限超过该法规定的期限的，除法律、行政法规或者国务院另有规定外，应当逐步调整至该法规定的期限以内。

根据国家市场监督管理总局起草的《国务院关于实施<中华人民共和国公司法>注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”，征求意见稿截止日为2024年3月5日），就出资期限事项设置3年过渡期，自2024年7月1日至2027年6月30日。对于公司法施行前设立的公司，自2027年7月1日起，若有限责任公司剩余出资期限不足5年，无需调整出资期限；剩余出资期限超过5年的，应当在过渡期内将剩余出资期限调整至5年内；股份有限公司被允许在2027年6月30日前缴足认购股份的股款。

要点提示：

1.对于新设基金管理人，应关注股东出资期限的要求，有限责任公司形式的私募基金管理人股东应在公司成立之日起5年内缴足出资，股份有限公司形

式的私募基金管理人发起人应当在公司成立前全额缴纳股款；

2.对于既有基金管理人，若注册资本尚未全部实缴的，需要尽早筹划新公司法施行后的处理方式。例如，对于保险资金管理机构，此前实践中根据《保险资金投资股权暂行办法》《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》的要求，保险资金投资股权投资基金的管理机构注册资本应不低于1亿元，但未要求全部实缴，结合新《公司法》要求则可能需要在规定期限内完成1亿元实缴出资；部分基金管理人存在员工持股，需要结合员工缴款能力确认能否满足规定期限内的实缴要求等。就该问题，相应的应对措施主要包括股东增加实缴出资、公司减资等，亦可考虑结合本文后述“七、公司提供财务资助机制”部分关于公司提供财务资助相关规定，考虑由公司为员工持有管理人股权提供资金支持；

3.由于《征求意见稿》尚未正式出台，建议既有基金管理人关注国务院关于注册资本登记管理制度正式出台的进一步规定，并结合股东实际出资期限情况予以处理。

（三）基金管理人的公司治理

新《公司法》中关于公司治理的主要变化包括：**（1）股东会。**关于股东会职权方面，删除股东会“决定公司的经营方针和投资计划”与“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”两项法定职权，新增股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议的规定，并对有限责任公司股东会作出决议的一般议事规则明确为应当经代表过半数表决权股东通过；**（2）董事/董事会。**取消执行董事称谓，不区分有限责任公司和股份有限公司的董事会人数要求，统一规定公司董事会成员为三人以上，规模较小或者股东人数较少的公司可以不设董事

会，设一名董事。若公司职工人数300人以上，董事会成员中应当有公司职工代表，或依法设监事会并设置职工代表；还对有限责任公司董事会会议出席及决策规则做了明确，即过半数董事出席方可举行会议，决议应当经全体董事过半数通过；**（3）监事/监事会**。对于有限责任公司而言，规模较小或股东人数较少时，经全体股东一致同意，可以不设监事；亦可以按照公司章程的规定在董事会中设置审计委员会，行使监事会职权，从而不设监事会或监事。对于股份有限公司而言，在按照公司章程的规定于董事会中设置审计委员会行使监事会职权的情况下，可以不设监事会或监事；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；**（4）经理**。取消对经理职权的明文列举，规定经理职权由公司章程规定或董事会授权；**（5）法定代表人**。人选范围从“董事长、执行董事或者经理”扩大到“代表公司执行公司事务的董事或者经理”。

要点提示：

1.新《公司法》将公司实际经营的职权从股东会转移到董事会职权中，进一步强化了董事会的主观能动性和决策能力。**对于拟发行公司债券的基金管理人，可由股东会作出决议或由股东会授权董事会对发行公司债券作出决议；**

2.从经济角度考虑，对于**有限责任公司形式的基金管理人**，可以在全体股东一致同意的情况下选择不设监事，此外，两种组织形式的管理人均可以选择**“董事会+董事会下设审计委员会”的治理架构从而不设监事；**

3.关注有限责任公司形式基金管理人股东会与董事会议事规则，有关出席及决策要求需符合新《公司法》的明确要求；

4.为避免对经理职权产生争议，原则上建议基金管理人的公司章程中明确经理职权；

5.新《公司法》项下法定代表人人选范围扩大，利于基金管理人确定符合行业监管要求的法定代表人，若基金管理人的法定代表人辞任董事或经理职务，将涉及更换法定代表人，需相应向基金业协会提交高管变更申请。另外，如何理解“代表公司执行事务的董事”，有观点认为²，“对于‘董事’，我国《公司法》（2024）并未对其独立性作出特别要求，但却要求其承担日常经营管理的职责。因此，我国除独立董事以外的‘董事’均为执行董事”，就此**是否可认为除独立董事外的董事均可作为公司法定代表人人选，这有待进一步观察。**

（四）基金管理人的股东责任

相较于公司法（2018年修正）中的法人人格否认制度，新《公司法》新增了横向人格否认，即对于股东利用其控制的两个以上公司实施逃避债务行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。同时仍保留一人公司举证责任倒置规则，即对于只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

其次，新《公司法》还新增了控股股东、实际控制人的信义义务，包括公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，也应对公司负有忠实与勤勉义务；以及公司的控股股东、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。

要点提示：

1.对于**集团化管理人**，除需关注行政责任和自律监管要求之外，还需**关注**

2.参见王毓莹：《新公司法二十四讲：审判原理与疑难问题深度解释》，法律出版社2024版，第567页。

《公司法》上关于不得滥用股东权利的责任和风险，对于同一控股股东、实际控制人控制下的基金管理人，应当避免出现资产、财务、人员、业务、机构的混同，例如相同人员为多家管理人服务且未做区分，不同管理人之间收入支出主体混用的情形等；

2.对于一人公司，其股东可能面临“刺破公司面纱”的风险，**建议基金管理人仍避免以一人公司的形式存在；**

3.2023年被称为私募投资基金监管的“大年”，以底线监管及抓住对关键主体的监管为亮点的《私募投资基金监督管理条例》及基金业协会系列配套规则无不在强化对于基金管理人控股股东、实际控制人的准入资格、义务与责任，新《公司法》从组织法的角度亦首次正式明确公司控股股东、实际控制人的信义义务，使其法律责任因义务范围的逐步完善而呈现出从纯粹的侵权法律责任向违信法律责任的扩展，与行业相关监管要求不谋而合。

(五) 基金管理人的董监高义务和责任

新《公司法》进一步细化和加强了董事、监事、高级管理人员（以下合称“董监高”）的义务和责任。

首先，新《公司法》新增了董监高忠实义务和勤勉义务的内涵，包括“应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权谋取不正当利益”和“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”；**其次**，规定若董监高拟与公司进行交易、为自己或他人谋取属于公司的商业机会、自营或为他人经营与公司同类的业务，应向董事会或股东会报告并按照公司章程规定经董事会或股东会决议通过；**再次**，新增了董事、高级管理人员的外部责任，即董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害且存在故意或者重大过失的，

也应当承担赔偿责任；**此外**，新《公司法》还规定在公司或公司股东存在不当行为的情况下（如董事会未及时核查公司股东出资情况并通过公司催缴出资、公司股东抽逃出资、公司违规为他人取得公司或其母公司的股份提供财务资助、公司违规分配利润、公司违规减少注册资本、董事作为法定清算人时未及时履行清算义务等），给公司造成损失的，负有责任的董事（或董监高）需要承担赔偿责任（或与责任股东承担连带赔偿责任），亦新增了公司对于有过错法定代表人追偿的规定。

就此，新《公司法》亦配套明确了董事责任保险制度，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。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。

要点提示：

1.对于**集团化管理人的董监高**，若**董事、监事、高管在其他关联私募机构处任职**，应当向董事会或股东会报告并根据公司章程的规定经董事会或股东会**对董监高的任职予以许可**；

2.由于新《公司法》对董监高的义务和责任进一步加强，**建议董监高履职过程遵守《公司法》和公司章程的相关规定**，例如及时履行核查股东出资和相应催缴义务等，以避免承担赔偿责任；

3.**必要时可根据新《公司法》规定为董事投保责任保险。**

（六）基金管理人的股权转让

新《公司法》取消了有限责任公司股东向股东以外的人转让股权时，其他股东的同意权，仅需书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买

权。此外，还新增了股东转让股权时有权书面通知公司进行变更登记，且受让人在对内关系上有权以股东名册作为股东权利的主张依据。

要点提示：

1.对基金管理人而言，除需遵守新《公司法》和公司章程中对于股权转让的程序要求外，受让方还需符合《私募投资基金登记备案办法》等规则中对于基金管理人股东资质的要求。**股权转让完成后，公司除需要在公司登记机关办理变更登记外，还需要自变更之日起10个工作日内向基金业协会履行变更手续；**

2.关于股权转让时股权变动效力发生的时点，公司法（2018年修正）并未作出明确规定，在理论和实践中存在意思主义和形式主义的分歧。**新《公司法》新增了股权转让时受让方可以自记载于股东名册时主张股东权利，作为公司内部股东资格的明确依据之一。因此，建议基金管理人重视制备股东名册的重要性。**

（七）公司提供财务资助机制

新《公司法》将原本主要适用于上市公司、非上市公众公司的禁止财务资助制度扩展至全部股份有限公司，规定公司原则上不得实行财务资助，例外情况是公司实施员工持股计划，以及经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议的，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份实行财务资助，且财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。

要点提示：

若基金管理人为有限责任公司，我们理解，其未受到财务资助限制条款的约束；若基金管理人为股份有限公司，仅在实施员工持股计划的情况下，以及经股东会决议或授权董事会决议且符合总额限制的情况下，允许公司实行财务

资助。对于基金管理人，可考虑通过提供财务资助由公司为员工持有管理人股权提供资金支持。

(八) 股份有限公司新增类别股机制

新《公司法》正式引入了类别股的发行规则，明确规定股份有限公司可以按照公司章程的规定，发行财产分配型类别股、表决权型类别股、限制转让型类别股或国务院规定的其他类别股。公司发行表决权型类别股时，享有此类股份的股东在监事和审计委员会的选任上无法行使其特权。

要点提示：

1.对于基金管理人的组织形式，目前以有限责任公司形式居多。考虑新《公司法》中一定程度上缩小了有限责任公司和股份有限公司在公司治理架构方面的差异，**若基金管理人希望通过类别股机制实现股东权利义务的差异化安排，或存在未来进一步资本运作的需求等，可考虑设立为股份有限公司的组织形式；**

2.**若基金管理人为股份有限公司**，可考虑通过类别股机制优化基金管理人管理团队的高管持股安排，将团队持股的股份设置为表决权数多的股份；在利润分配角度亦可根据不同股东的性质，区分为优先或者劣后分配利润或剩余财产的股份等。

二、新《公司法》对公司制基金的影响

(一) 公司制基金的出资及减资

1. 资本充实原则及股东出资责任

本次新《公司法》最为实质且讨论度最高的修订之一即资本充实原则及股东出资责任，该等修订对公司制基金的运作方式亦将产生重大影响，具体如下：

(1) 实缴出资期限

相较于公司法（2018年修正）采用认缴出资制，新《公司法》明确要求公司在规定期限完成实缴。其中，新《公司法》施行后新设有限责任公司注册资本须在成立后五年内缴足，新设股份公司发起人认购股份须在成立前全额缴纳。新《公司法》施行前已设立的公司出资期限超过新《公司法》规定的应当进行逐步调整。此外，明确有限责任公司及股份公司公司设立时的其他股东/发起人与该未出资/逾期出资股东（“**出资违约股东**”）在出资不足的范围内承担连带责任。

要点提示：

对于新《公司法》施行后新设有限责任公司制基金而言，其需在设立起5年内完成全部实缴，建议在有限责任公司章程或基金合同予以明确。设置分期缴付机制管理人建议关注提款节奏，避免实缴超过5年。对于根据项目投资进度提款的，还需关注项目投资进度安排。但从实践而言，私募基金投资期通常在5年且提款亦会在投资期内完成，故在合理安排提款进度并同时考虑基金投资与其他资金使用需求的前提下，**该等缴付出资规则变化对有限责任公司制基金影响相对可控。**

对于新《公司法》施行后新设股份公司制基金而言，作为发起人的投资人不适用分期缴付，应当在基金发起设立前全额实缴。该等机制与私募投资基金实操与商业安排存在不匹配性，**可能会因此使得选择股份有限公司作为私募投资基金载体的可能性减少。**

值得注意的是，与此配套，国家市场监督管理总局于2024年2月6日发布

了《国务院关于实施<中华人民共和国公司法>注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》，具体内容详见上文“一、（二）基金管理人的实缴出资期限”。基于前述征求意见稿：

1) **对于新《公司法》施行前已设立有限责任公司制私募基金而言，其最晚实缴期限不得超过2032年6月30日**，我们建议根据私募基金存续期间和投资期限关注和调整提款节奏，并通过修改公司章程将认缴出资缴足时限调整至五年内。

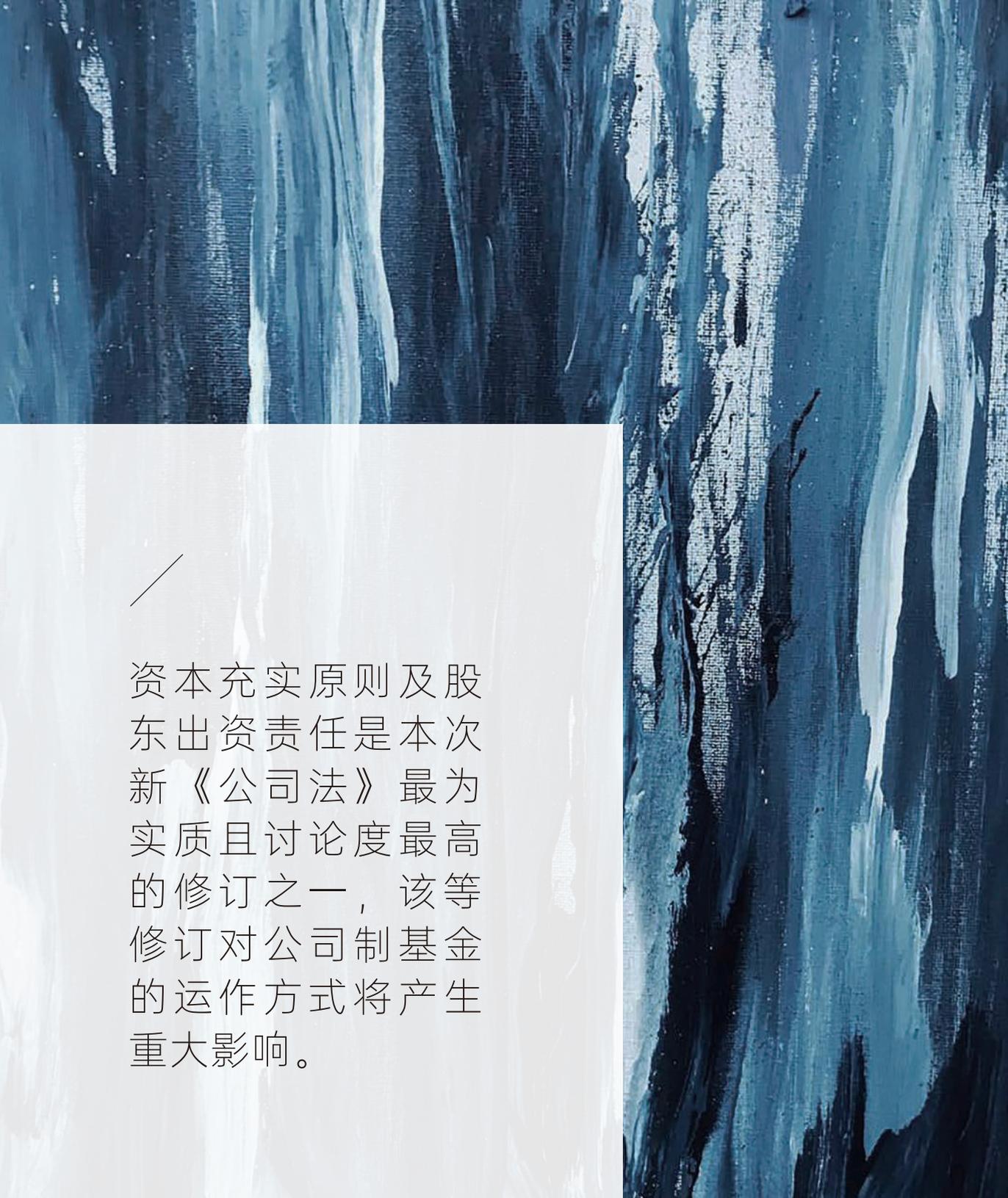
2) **对于新《公司法》施行前设立的股份公司制基金而言，其应在2027年6月30日前完成全部实缴**，分期缴付的基金应当注意合理安排提款进度。对于根据项目投资进度安排提款的，还应注意匹配投资进度。

由于《征求意见稿》尚未正式出台，我们建议持续关注该等规定的正式出台。

此外，我们理解本次新《公司法》仍保留的股份有限公司发起人股东或本次修订新增的有限责任公司设立时股东对于出资违约股东在出资不足范围内的出资连带责任系对外连带。**对于该等出资违约股东的对内责任，我们建议在公司章程及/或基金合同中予以具体约定，其中包括下文“（3）股东失权制度”相关分析。**

（2）注册资本催缴制度及董事责任

相较于公司法（2018年修正），新《公司法》在《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（三）》（“《司法解释三》”）基础上进一步细化董事的勤勉义务，创设注册资本催缴制度并明确董事责任。明确董事会应当对股东出资情况进行核查，股东未按期缴纳出资的，公司应向股东催缴，未及时履行前述义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承



资本充实原则及股东出资责任是本次新《公司法》最为实质且讨论度最高的修订之一，该等修订对公司制基金的运作方式将产生重大影响。

担赔偿责任。

要点提示：

注册资本催缴制度及董事责任适用于全部的公司制基金。

基于管理需要，管理人可能在公司制基金中提名董事甚至在董事会中占据多数席位，其他投资人亦可能提名相应董事。如果股东存在逾期出资情况，公司董事需注意遵守新《公司法》下的董事/董事会催缴义务并督促公司及/或管理人（如需）发出缴款通知，避免因失职行为需要承担责任。

此外，实践中，私募基金催款主体通常由管理人（对于部分委托管理型公司制基金）或公司（对于部分自我管理的公司制基金而言）担任，本次新《公司法》明确由公司催缴。对于委托管理人进行催款的公司制基金，应当注意催款应当体现其自身意志（如加盖公司制基金公章），避免违反新《公司法》规定从而导致催缴瑕疵。

（3）股东失权制度

相较于公司法（2018年修正），新《公司法》删除了公司法（2018年修正）中关于股东出资的对内责任即出资违约股东向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任，但明确对给公司造成损失的赔偿责任并首次直接创设了股东失权制度³。新《公司法》设置了六十天的最低出资宽限期，宽限期届满，股东仍未出资的，公司经董事会决议可书面通知该股东丧失相应股权。股东丧失的股

3. 《司法解释三》第十七条规定，有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。

权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权，六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。

要点提示：

股东失权制度适用于全部公司制基金。

关于股东失权。公司章程和基金合同可据此约定董事会有权对出资违约股东采取失权处理措施，届时将涉及收益分配权益、表决权丧失。但是，如果投资人作为股东被认定失权，新《公司法》要求限期转让或进行减资，否则其他投资人需要相应补足其逾期缴纳的出资额。**如实操中前述转让、减资或补足存在一定的难度，则建议谨慎使用股东失权制度。**

关于宽限期。新公司明确未缴款而导致股东失权的宽限期的设置不低于六十天。实践中，缴款是否设置宽限期以及时限主要基于基金合同或公司章程约定，部分基金将该等权限委托管理人行使，且对应宽限期届满未履行的后果也并非直接就触发股东失权。从实操而言，**对于根据项目进度而进行提款的安排而言，过长的宽限期有可能导致无法匹配项目进度，并对公司及时采取违约处理措施造成一定的障碍。**为此，我们提示关注该等法定宽限期要求与基金实践的匹配运用。

关于违约责任。虽然新《公司法》删除了公司法（2018年修正）中股东出资的对内责任，但并不意味着出资违约股东无需承担相应责任。一方面新《公司法》明确需对给公司造成的损失承担赔偿责任，另一方面，可在公司章程或基金合同中进行具体约定，包括但不限于设置违约金、赔偿金、调整资本账户、保留分配额等常规机制，以及定向减资机制、违约豁免机制。

（4）出资加速到期制度

相较于公司法（2018年修正），新《公司法》吸纳并调整《最高人民法院

关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（二）》（“《**司法解释二**》”）第二十二条第二款有关出资加速到期制度，明确如公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资。

要点提示：

出资加速到期制度适用于有限责任公司制基金。因股份公司没有五年缴资期限一说，故以上修订不适用于股份公司制基金。一般而言，私募基金负债情况较少，但不排除存在因拖欠投资款而导致负债。由于私募基金投资管理活动系由基金管理人负责，如公司无财产可偿付投资款或对外承担其他负债（如违约责任、侵权责任等），极端情况下可能导致被投资企业或其他相关方作为债权人要求基金投资人承担提前缴款的义务。由于有限责任公司制基金通常采用分期缴付的方式，且投资人中不乏国资背景企业，其内部请款流程需要一定的时间，因此提前缴款存在一定的难度。但整体而言基金直接对外负债可能性角度，管理人或基金公司本身应做好基金财产使用规划，并与投资人缴款进度相匹配，避免出现触发加速实缴的情形。

（5）股权转让双向连带机制

相较于公司法（2018年修正），新《公司法》在《司法解释三》第十八条基础上首次明确有限责任公司股权转让双向连带机制，即转让的股权因未到期限尚未实缴的，**受让方承担出资义务，受让方未按期足额缴纳的，转让方承担补充责任；**转让的股权属于到期未实缴的，**或者非货币出资实际价值显著低于出资额的，转让方与受让方承担连带责任，但受让方不知情且不当知情的仍由转让方承担责任。**

此外，新《公司法》取消了有限责任公司股东转让股权时其他股东的同意

权，保留了其他股东在同等条件下的优先购买权，与《合伙企业法》的规定类似，强调了股东的转股自由，避免了同意权叠加优先购买权而过度限制股权转让。新《公司法》还首次明确股份有限公司股权转让可受公司章程的限制。

要点提示：

股权转让双向连带机制适用于有限责任公司制基金。实践中，转让股权往往是解决投资人逾期出资问题或实现投资人退出的较常见手段，在新《公司法》下，转让人在转让后仍需要承担补充责任甚至连带责任，一方面有利于促使转受让方及时足额缴款，另一方面也会使得转让人更谨慎选择受让方，且在其通过转让方式仍承担着对出资的补充责任的情况下，可能影响各方股权转让的积极性，不利于出资违约问题的解决。**从风险防范角度出发，提示实操中公司股东在选择受让人转股时，或基金管理人协助股东寻找受让人时，谨慎选择有出资能力的受让人，并在转让相关文件中就督促受让股东缴付出资以及对各方内部责任划分和追偿进行明确约定。**

除此之外，不论是有限责任公司制基金还是股份公司制基金，私募股权基金股权的受让方还需符合《私募投资基金登记备案办法》等对于投资人资质的要求（包括但不限于满足合格投资人的要求），为确保管理人以及基金的合规性，实操中管理人通常需要在私募股权基金股权转让前需要对受让方进行资质审核。鉴于新公司取消了其他股东的同意权，为避免受让方资质问题，**我们建议在公司章程或基金合同中明确相关股东资质要求（包括但不限于合格投资人要求以及基金自身其他需求）以及转让流程（包括但不限于决策程序）。**

2. 定向减资方及董监高责任

相较于公司法（2018年修正）未区分定向减资与同比例减资，新《公司法》首次明确同比例减资为原则、定向减资为例外。

此外，违反新《公司法》规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金，减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监高应当承担赔偿责任。

要点提示：

以上修订适用于全部公司制基金。

实践中，公司制基金出资违约股东的违约后果之一即被除名或退出基金，因此通常涉及定向减资，另外公司型基金亦不排除向部分股东分配所致定向减资的适用。公司制基金中，如涉及违约股东退出基金或向部分股份以减资形式分配的，**建议在公司章程中明确定向减资决策程序等相关事宜，并关注有限责任公司与股份有限公司对于非同比例减资所涉程序（是否一致决）与形式（章程或其他约定形式）存在差异**，避免相关安排存在瑕疵而影响效力或执行。

公司制基金违规减少注册资本造成管理人损失的，负有责任的董监高应承担赔偿责任，我们建议相关董监高对此予以关注。

（二）公司制基金的公司治理

相较于公司法（2018年修正），新《公司法》对公司治理进行调整，具体修订内容详见上文“一、（三）基金管理人的公司治理”。

要点提示：

1.相较于公司法（2018年修正），新《公司法》简化公司治理结构，首次允许公司选择**单层制治理模式（即只设董事会、不设监事会）**。上述修订根据其内容规定分别适用于**有限责任公司制基金和股份公司制基金**。新《公司法》首次明确有限责任公司可以不设监事会或监事，设立审计委员会的股份有限公司可以不设监事会或监事，进一步简化了公司制基金的治理结构和决策流程，

对于公司制基金而言可相应提高决策效率。

2.相较于公司法（2018年修正），新《公司法》充分吸收实践作法并首次以法律形式明确**股东会、董事会和监事会（合称“三会”）可采用电子通信方式召开会议和表决。**

上述修订适用于全部公司制基金。在新《公司法》发布之前，电子通信方式即已成为实践中三会通行做法，我们理解该等新增条款对公司制基金实操影响不大。值得注意的是，**电子通信方式召开会议与不召开会议直接作出决定存在本质区别。**公司法（2018年修正）第三十七条与新《公司法》第五十五条均对有限责任公司可以不予召开股东会的情形作出规定，即对于股东会职权内的审议事项“股东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、盖章”，且新《公司法》下该条款亦适用股份有限公司。此外，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（四）》（“《**司法解释四**》”）也将前述情形作为未召开会议所致决议不成立的例外情形。因此，股东以书面形式一致表示同意的情形下，可以不召开股东会，并作出股东会决定。除此之外的其他情形下，如未召开股东会、董事会会议作出决议，则构成股东会、董事会的决议不成立的情形。因此，为避免决议无效的后果，电子通信方式会议仍应遵守公司法（2018年修正）/新《公司法》、公司章程或相关议事规则等相关法律法规和内部制度的规定履行相应程序，**不得豁免会议召开、表决及决议等程序。**

3.相较于公司法（2018年修正），新《公司法》在股东会审议事项进行删减。**该等修订适用于全部公司制基金。**我们理解，新《公司法》删除了相关股东会审议事项，将公司实际经营的职权从股东会转移到董事会职权中，有利于公司制基金优化决策机制。根据新《公司法》，此类事项可以更灵活地安排由

董事/董事会或投资决策委员会决策，方便管理人通过对董事/董事会或投资决策委员会的掌控从而履行主动管理职责。

4.相较于公司法（2018年修正），新《公司法》**明确有限责任公司过半数表决原则。上述修订适用于有限责任公司制基金。**我们理解新《公司法》上述修改系参考了公司法（2018年修正）关于股份公司股东会和董事会表决程序的表述，即“董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过”。“过半数”的表述，明确了决议生效的表决权数量条件，并明确了董事会过半数董事出席方可举行，相对而言降低了会议决策的灵活性。

（三）公司制基金的信息公示

相较于公司法（2018年修正），新《公司法》首次以法律形式明确公司应当通过国家企业信用信息公示系统公示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；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；行政许可取得、变更、注销等信息以及法律法规规定的信息。

在新《公司法》发布之前，《企业信息公示暂行条例》（2014年发布）即规定了企业公示信息机制，但在公示的范围上有所差异。如《企业信息公示暂行条例》要求对股份有限公司发起人的实缴出资进行公示，但新《公司法》并未作此要求，我们理解可能系与新《公司法》已直接规定股份公司发起人需在公司设立前完成全部实缴有关。此外，该条例还要求知识产权出质登记信息和行政处罚信息进行公示，且不要求对股份有限公司发起人的股权、股份变更信息进行公示，这与新《公司法》的公示范围也存在差异。鉴于新《公司法》与《企业信息公示暂行条例》之间的规定存在差异，我们理解不排除我国后续将

对《企业信息公示暂行条例》进行修订。但在《企业信息公示暂行条例》届时持续有效的情况下，我们理解二者的规定同时均应遵守。

要点提示：

上述修订根据其内容规定分别适用于有限责任公司制基金和股份公司制基金。私募股权基金通常采用分期缴付机制，基于新《公司法》和《企业信息公示暂行条例》，我们理解公司制基金**每期实缴后均需进行公示**。此外，我们理解新《公司法》规定的“出资日期”和《企业信息公示暂行条例》规定的“出资时间”系指公司章程载明的出资日期，而非每期实缴出资日期。

（四）公司制基金投资人查阅权限

相较于公司法（2018年修正），新《公司法》明确有限公司股东可以要求查阅的公司材料扩大到**股东名册、会计凭证**；股份公司股东可以要求查阅的公司材料扩大到**会计账簿、会计凭证**（但要求是**连续180日以上单独或合计持股3%以上**股份的股东），并可复制公司章程；有限公司和股份有限公司有权查阅的材料都延展至全资子公司，且有权委托律师、会计师进行查阅。

要点提示：

上述修订根据其内容规定分别适用于有限责任公司制基金和股份公司制基金。该等修订扩大了投资人的查阅权限，故有利于投资人全面评估公司情况。特别地，股份公司新增连续180日以上单独或合计持股3%以上股份的股东对于会计账簿、会计凭证的查阅权，前述原则可在公司章程或基金合同中予以约定，提示相关约定应与私募股权基金信息披露要求相衔接。

(五) 公司制基金的解散与清算

1. 存续期限延长

相较于公司法（2018年修正）规定公司可通过修改公司章程延长经营期限，新《公司法》在明确**可经股东会决议延长经营期限**（有限责任公司须经持有三分之二以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东会会议的股东所持表决权的三分之二以上通过）的基础上，增加了前述延期事项需以**“尚未向股东分配财产”**为前提条件的要求。

要点提示：

以上修订适用于全部公司制基金。实践中，私募股权基金基于各种原因（如因无法及时完成投资退出）进行延期较为常见。本次新公司要求通过修订公司章程或股东会决议延期需以“尚未向股东分配财产”的前提条件，我们理解**需要注意该“分配财产”的含义是指剩余财产分配**，还是亦包括基金存续期间财产分配（公司型基金主要以分红和减资形式）。考虑到实践中基金一般采用“随退随分”的分配策略，往往较难满足理解为后者的“尚未向股东分配财产”的要求，理解从公司本身实践而言也应解释为前者（即剩余财产分配）更为合理。

2. 清算义务人

相较于公司法（2018年修正）规定有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成，新《公司法》首先明确董事为法定清算义务人，并规定清算组由董事组成（但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外）。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。

要点提示：

以上修订适用于全部公司制基金。实践中，公司制基金可能通常由管理人

负责清算工作，为避免违反新《公司法》规定，**我们建议在公司章程或基金合同中明确管理人在清算中的义务，并注意考虑董事在因管理人未依约履职情况下导致董事遭受赔偿责任下向管理人的追偿权利。**

(六) 股份公司提供财务资助机制及新增类别股机制

新《公司法》正式引入了股份公司提供财务资助机制和类别股的发行规则，具体详见上文“一、（七）公司提供财务资助机制”与“一、（八）股份有限公司新增类别股机制”。

要点提示：

1.值得注意的是，**财务资助机制的限制仅适用于股份公司制基金，对于有限责任公司制基金则无此限制。**尽管新《公司法》规定股份公司可为员工持股提供财务资助，但根据《私募投资基金登记备案办法》《关于加强私募投资基金监管的若干规定》等相关监管规定，私募基金原则上不得从事借款（债转股或以股权投资为目的的限期限额借款等除外）等行为。因此，**股份公司制基金如需在基金层面实施员工跟投，我们理解股份公司制基金也不能为该等跟投计划提供相应借款。**

如股份公司制基金违规为他人取得基金份额提供财务资助，给基金造成损失的，负有责任的董监高应承担赔偿责任。实践中，基金由管理人管理，前述情形下管理人委派的董监高不排除被认定负有责任。

2.**类别股机制的修订仅适用于股份公司制基金。**在新《公司法》的框架下，股份有限公司制基金可以参考境外公司制基金的模式设置类别股，其中投资人股东无投票权仅参与分配，持有管理人股东负责公司运营，表决数相比股份数更多，但这一模式有待实践中进一步探讨。

（七）公司制基金的董监高其他义务与责任

除前文提及的董事会催缴义务、清算义务、违规减资赔偿义务、违规为他人取得基金股份提供财务资助外，新《公司法》进一步细化和加强了董监高的义务和责任，具体详见本文上篇“五、基金管理人的董监高义务和责任”。

要点提示：

本次新《公司法》关于董监高义务与责任的修订适用于全部公司制基金。

由于新《公司法》对董监高的义务和责任进一步加强，且管理人或投资人通常会向公司制基金委派董监高，我们建议董监高履职过程遵守《公司法》和公司章程的相关规定，避免承担相关赔偿责任。

就关联交易回避制度而言，在实践中，部分涉及管理人相关事项可能涉及董事会审议，比如与管理人在管基金的关联交易，则关联董事不得参与，亦不排除与投资人相关事项，比如对投资人发起设立的其他基金进行投资，可能涉及相应投资人董事的回避表决，故而建议管理人及投资人在实操中予以注意。

就违规分配利润所承担责任而言，公司制基金分配利润一般由管理人（就自我管理型基金而言，指公司制基金自身）执行。如管理人违规向投资人股东分配利润，投资人股东还涉及退还义务，在给公司造成损失的，管理人股东及其负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。因此，管理人应当按照新《公司法》规定及公司章程、基金合同的约定进行分配，投资人亦应当在收取到相关利润时核实分配依据。

就抽逃出资所承担责任而言，我们理解公司制基金主要由管理人进行管理，投资人一般不参与公司经营，其出资通常用于投资和基金日常运转，且在托管银行（如有）的情形下，其抽逃出资情形一般不为常见。因此，就此处修订，我们理解管理人委派的董监高应当予以注意，避免股东抽逃出资情形的发

生，否则将可能承担相应责任。

必要时可根据新《公司法》规定为董事投保责任保险，这点可与既有受偿人士条款相关约定结合考虑设置。



郭克军
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2082
guokejun@zhonglun.com



翁禾倩
非权益合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2455
wengheqian@zhonglun.com

关于新《公司法》下投资人 董事责任的实务思考

 朱永春 于泓扬



前言

新《公司法》已于2024年7月1日起施行。总览新《公司法》的修订，可以看出公司权力机构进一步由“股东会中心”向“董事会中心”转变的立法趋势，并在提升董事地位、加强董事权利的同时，压实董事和高管对于公司和股东所负有的责任。在私募股权投资中，投资人董事的功能定位主要是保障投资人知情权和通过保护性投票权防止投资人的利益受到不当损害。相比于从事公司经营的董事而言，投资人董事知悉和参与公司的经营事务较少。然而，随着公司法下董事责任被进一步强化，投资人董事亦随之面临更多的风险。如何全面理解和防范该等风险，并保障投资人权利不因此受到影响，成为投资人必须要思考的一个问题。

一、新《公司法》下的董事责任

根据新《公司法》的相关规定，董事责任产生的情形可大致分为以下九类：

序号	类别	具体条款和规定
1.	董事会决议	<p>董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事对公司承担赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。</p> <p>——新《公司法》第125条第二款</p>

序号	类别	具体条款和规定
2.	执行职务	<p>董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。</p> <p>——新《公司法》第188条</p> <hr/> <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191条</p>
3.	催缴出资	<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>——新《公司法》第51条</p>
4.	股东抽逃出资	<p>公司成立后，股东不得抽逃出资。</p> <p>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>——新《公司法》第53条</p>
5.	违法减资	<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>——新《公司法》第226条</p>

序号	类别	具体条款和规定
6.	违法分配利润	<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>——新《公司法》第211条</p>
7.	财务资助 (股份公司)	<p>公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。</p> <p>为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。</p> <p>违反前两款规定，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。</p> <p>——新《公司法》第163条</p>
8.	清算	<p>公司因本法第二百二十九条第一款第一项、第二项、第四项、第五项规定而解散的，应当清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算。</p> <p>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>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。</p> <p>——新《公司法》第232条</p> <hr/> <p>清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务。清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。</p> <p>——新《公司法》第238条</p>

序号	类别	具体条款和规定
9.	关联交易和同业竞争	<p>公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益。 违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。 ——新《公司法》第22条</p> <hr/> <p>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。 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。 ——新《公司法》第182条</p> <hr/> <p>董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外： （一）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； （二）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。 ——新《公司法》第183条</p> <hr/> <p>董事、监事、高级管理人员未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，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。 ——新《公司法》第184条</p> <hr/> <p>董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。 ——新《公司法》第186条</p>

二、投资人的抉择和应对

随着新《公司法》强化董事责任，投资人存在委派或不委派董事两种抉择。

（一）投资人委派董事

如果投资人选择委派董事，投资人及投资人董事需要采取防范、应对措施以降低董事承担责任的风险，可以参考以下举措：

1. 忠实、勤勉履行职责：根据新《公司法》的要求，董事、监事和高管均对公司负有忠实义务和勤勉义务，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，且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。这要求投资人董事积极参与公司事务，从公司的最大利益出发来考虑问题，在处理公司事务时做到忠实、勤勉、尽责，从而避免被认定在履行董事职责时存在故意或重大过失的情形。投资人董事积极参与公司事务亦有助于投资人董事更好识别和判断董事会决议是否存在违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议的情况。如果投资人董事对董事会表决事项或委托的公司事务不能独立做出正确判断，应避免在缺乏正确判断的情况下赞同表决事项或执行事务，投资人董事可要求公司聘请合格的专业机构出具意见协助其进行判断。

2. 行为留痕：董事是否已尽到忠实勤勉义务是其免除责任的重要依据，故投资人董事在履行董事职责时（无论是在董事会投票或执行公司事务时）应注意行为留痕。投资人董事的行为留痕主要包括：(a)如果投资人董事对董事会决议存在异议，应明确记载在董事会的会议记录中；(b)如果投资人董事根据公司

委托执行公司事务，相关委托事项、权限范围、决定和重要沟通记录应留有书面证据；(c) 如果投资人董事在董事会投票表决或执行公司事务时依赖专业机构的意见，投资人董事应要求专业机构提供书面意见并留存。

3. 核查公司股东出资：在担任公司董事后，投资人董事应尽早对公司股东的出资情况进行核查，包括以下几个方面：

(1) **股东到期出资的实缴情况：**投资人董事应核查公司全部股东是否已根据法律和公司章程的规定缴纳全部到期的出资，包括货币出资是否已汇入公司账户，用于出资的非货币财产是否已转移在公司名下（如果用于出资的非货币财产未转移到公司名下，相关股东的出资义务仍未完成）。如果股东没有按照法律和公司章程规定完成出资的实缴，投资人董事应督促董事会向股东发出催缴书，催缴出资；如果股东未按照催缴书要求的宽限期履行出资义务，投资人董事应督促董事会审议是否向该股东发出失权通知或采取其他有效的救济措施。

(2) **非货币财产出资是否存在显著低于认缴出资额的情况：**根据规定，对作为股东出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价；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的，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。判断股东用于实际出资的非货币财产的实际价额是否显著低于所认缴的出资额，投资人董事应核查：
(a)非货币财产出资是否依法经有评估资质的专业机构进行评估作价，且评估作价不应低于认缴出资额；(b)用于出资的非货币财产（包括技术）对公司是否存在真正的价值。根据以往案例，如果股东用于出资的非货币财产对公司没有实际价值，即使该非货币财产得到评估，亦存在认定为出资不实的风

如果投资人董事发现股东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，投资人董事应督促董事会要求相关股东和公司设立时的其他股东（如系设立时的出资不实）尽快补足出资。

(3) 股东是否存在抽逃出资的情况：抽逃出资有多种情形，识别难度相对较大。常见的抽逃出资情形包括：(a)制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；(b) 通过虚构债权债务关系将其出资转出；(c) 利用关联交易将出资转出等。投资人董事应审核和识别其担任公司董事期间公司可能涉及股东抽逃出资的相关事项（尤其是涉及股东的关联交易事项）；如果需要，也可以聘请专业机构协助，尽到勤勉尽职的义务，避免负有个人责任。此外，如果投资人董事发现在其担任董事之前存在股东抽逃出资的情况，应督促董事会要求相关股东尽快返还出资或采取其他有效救济措施，确保公司不因此发生损失。

4. 督促公司依法减资和分配利润：公司减资和分配利润应该遵守法律和公司章程的要求。在公司减资方面，投资人董事重点关注减资程序的合法性，尤其包括是否按照规定通知/公告债权人，债权人的要求是否得到满足（提前偿还或提供担保）等。在公司分配利润方面，投资人董事应重点关注财务会计报表利润的真实性、利润分配之前是否已依法提取法定公积金和弥补亏损、利润分配比例是否符合法律和章程的规定。

5. 严格审核公司的财务资助行为：公司原则上不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。如为公司利益，公司确实存在提供财务资助的需求，投资人董事应严格按照法律和章程的规定对公司拟提供的财务资助事项进行审核，包括财务资助必要性、是否符合公司的利益、财务资助的额度以及公司审核程序是否符合法律和章程的规定等。

6. 督促公司依法清算：根据新《公司法》，董事为公司清算义务人，因此

投资人董事应督促公司在解散事由出现之日起十五日内依法组成清算组进行清算。此外，除公司章程另有规定或者股东会决议另选他人外，清算组由董事组成。由于公司清算涉及事务复杂且通常耗时较长，如非确实必要，投资人董事可不担任清算组成员。投资人董事可委托信赖的公司管理人员或专业人士担任清算组成员，规避与清算组相关的潜在风险（包括对公司或债权人承担潜在的赔偿责任等）。

7. 避免或严格审核同业竞争和关联交易：根据规定，董事不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务；原则上不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。如果投资人投资了同行业的其他竞争对手，投资人内部应设有防火墙，投资人董事应尽量避免同时在两家存在竞争的公司中担任董事或其他职务。在关联交易方面，如果投资人或投资人董事客观存在和公司关联交易的需求且不损害公司的利益，投资人董事应按照法律和章程的规定，向公司董事会或者股东会报告关联交易信息，并履行关联交易的相关审批程序（包括回避表决）等。

8. 董事责任赔偿：董事责任赔偿在国际上比较常见。投资人可在投资文件中要求公司和实际控制人对投资人董事在董事任职期间因执行公司职务产生的责任、风险进行赔偿，确保投资人董事不因履行董事职责而对公司或他人承担个人赔偿责任或产生损失。

9. 董事责任保险：新《公司法》明确规定，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。董事责任保险在国内上市公司已经比较常见，投保董事责任保险已经成为上市公司董事规避履职风险的热门选择。董事责任保险可对投资人董事提供一定的保护，当董事在履行公司职责过程中，因被指控工作疏忽或行为不当而被追究其赔偿责任时，由保险人根

据约定承担赔偿责任。投资人可在投资文件中要求公司承诺为投资人董事购买董事责任保险，对投资人董事进行保护。此外，鉴于国内非上市公司董事责任保险尚处于发展阶段，投资人董事应关注公司为其投保的董事责任保险的具体赔偿机制与赔偿范围，以合理筹划相关风险分担机制。

（二）投资人不委派董事

如果选择不向公司委派董事，投资人可尝试采取以下措施，从而在一定程度上实现知情权和对重大事项参与决策的权利，以保护自身利益：

1.增加股东大会的保护性条款：在不委派董事的情况下，投资人在董事会没有表决权。投资人可尝试要求将原本在董事会层面的保护性条款所涉事项升格到股东会审议表决，使得投资人在股东会层面有权对所涉事项进行审议、表决和/或行使一票否决权。需要注意的是，将原本在董事会层面的保护性条款所涉事项升格到股东会表决，公司需要召开股东会，所有股东均有权参与相关事项的审议和表决；如果公司股东人数较多，可能对股东会召开、决议签署的效率产生一定影响。

2.委派董事会观察员：委派董事会观察员在私募股权投资中比较常见，持股比例较低且无权委派董事的投资人可以要求向公司委派董事会观察员。董事会观察员在董事会中虽然没有表决权，但可列席董事会，有助于投资人及时获悉董事会的相关信息，深入了解公司的经营情况。

3.“事实董事”或“影子董事”：新《公司法》对“事实董事”（不担任公司董事但实际执行公司事务）和“影子董事”（指示董事从事损害公司或者股东利益行为）的约束对象是控股股东、实际控制人，其范围未包括除公司控股股东或实际控制人之外的其他股东。投资人通常为公司的少数股东，可考虑委派非内

部人员（但相对熟悉公司情况的人员）担任董事、并要求其严格按照投资人的指示行使董事会表决权。当然，这一措施相比投资人内部人员而言，存在更高的信任风险，同时还需考虑委派人士是否会导致投资人和公司其他股东或相关方形成一致行动关系等因素。

三、总结

新《公司法》下董事责任强化是投资人普遍关注的问题，其立法初衷本是促使公司董事忠实、勤勉地履行职责，而不应成为投资人委派董事的障碍。笔者建议，投资人可根据自身情况选择是否向公司委派董事，并在平衡投资人权益的同时，采取有效措施降低投资人董事可能面临的个人责任风险，使得投资人董事可发挥其应有的作用。



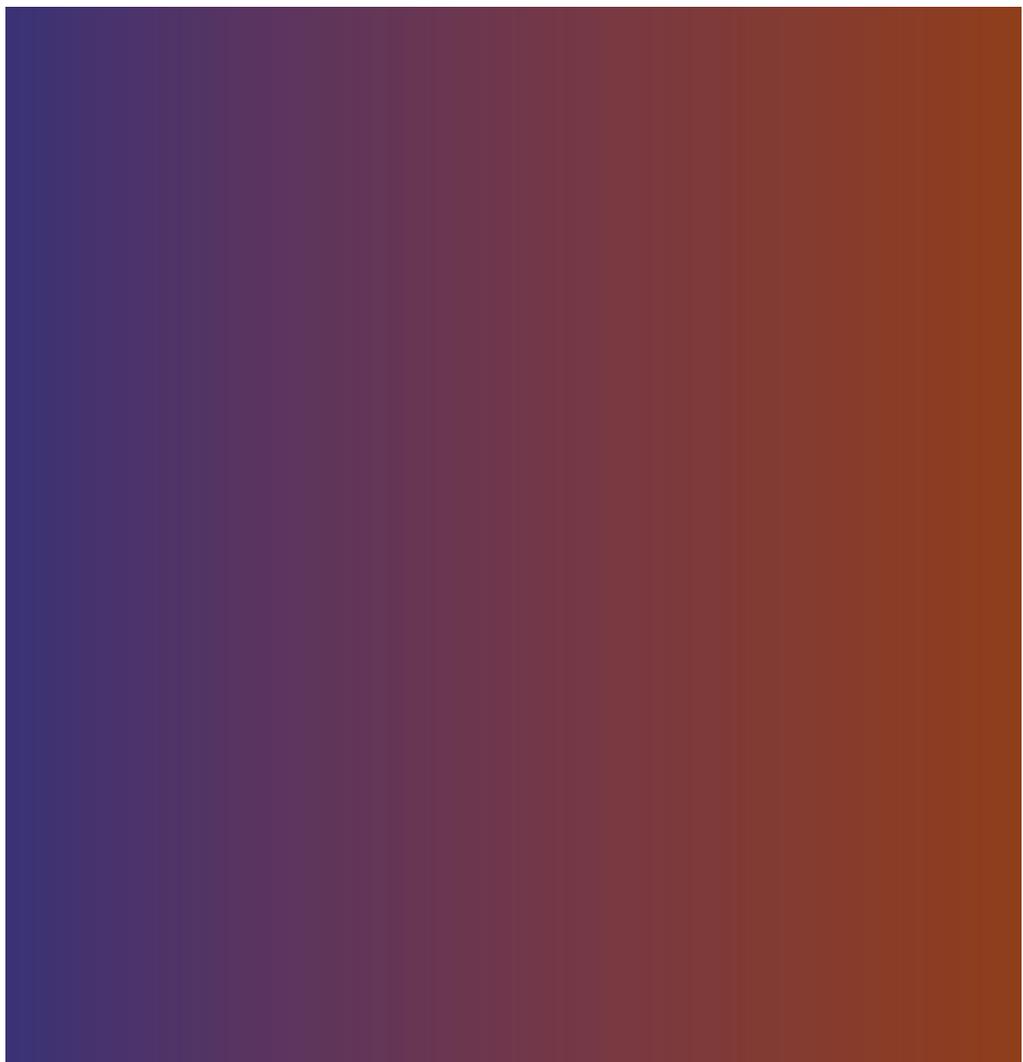
朱永春
合伙人
私募基金与资管部
北京办公室
+86 10 5957 2488
zhuyongchun@zhonglun.com



02

新《公司法》： 法人治理与董事责任

CORPORATE GOVERNANCE



从《公司法》修订观国有企业 法人治理

张曙光 徐婕 张鑫 余光宇



前言

建立现代企业制度是国有企业一以贯之的改革方向，加强和完善国有企业法人治理结构，是国家治理体系治理能力现代化的重要组成部分，是全面推进依法治企、深化国有企业改革的内在要求，也是促进国有经济高质量发展、加快建设世界一流企业的基本保障。

立良法促善治。公司法作为中国特色社会主义法律体系的基础性法律，对于国有企业建立健全现代企业制度，促进社会主义市场经济持续健康发展发挥了重要作用。本次公司法修订深入总结和巩固了国有企业治理改革成果，对国有企业健全各司其职、各负其责、协调运转、有效制衡的国有企业法人治理结构意义深远而重大。我们结合相关实务经验，对新《公司法》关于国企法人治理结构的规定进行梳理分析，以期为国有企业更好地理解 and 适用新《公司法》提供参考。

一、专章对国企治理提出特别要求

随着近年来国有企业混合所有制改革的深入推进，以及国有资本日益成为资本市场健康发展的重要力量，本次《公司法》修订新设“国家出资公司的特别规定”专章，对国家出资公司的组织机构作出特别规定。

《公司法》（2018年修正）

第四节 国有独资公司的特别规定

第六十四条 国有独资公司的**设立**和组织机构，适用本节规定；本节没有规定的，适用本章第一节、第二节的规定。

本法所称国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

《公司法》（2023年修订）

第七章 国家出资公司组织机构的特别规定

第一百六十八条 国家出资公司的组织机构，适用本章规定；本章没有规定的，适用本法其他规定。

本法所称国家出资公司，是指国家出资的国有独资公司、**国有资本控股公司**，包括国家出资的**有限责任公司**、**股份有限公司**。

1.对国资公司的全方位覆盖。公司法（2018年修正）仅对“国有独资公司”作特别规定，本次公司法将特别规定的适用范围扩大至国有资本控股公司。现行法律尚无“国有资本控股公司”的明确定义，结合《企业国有资产法》《企业国有资产交易监督管理办法》（国务院国资委 财政部第32号令）关于国有企业的界定，¹我们理解“国有资本控股公司”不等同包括国有全资和国有控股公司。国有实际控制企业不适用新《公司法》关于“国有资本控股公司”的规定，但有待国资监管部门进一步明确；在此之前，我们建议国有企业参照适用。

2.对公司制国企的全方位覆盖。公司法（2018年修正）仅在“有限责任公司的设立和组织机构”一章对“国有独资公司”作专节规定，新《公司法》则设

1. 《企业国有资产交易监督管理办法》第四条规定，“本办法所称国有及国有控股企业、国有实际控制企业包括：（一）政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业直接或间接合计持股为100%的国有全资企业；（二）本条第（一）款所列单位、企业单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过50%，且其中之一为最大股东的企业；（三）本条第（一）、（二）款所列企业对外出资，拥有股权比例超过50%的各级子企业；（四）政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。

“国家出资公司组织机构的特别规定”专章，将公司法（2018年修正）关于“国有独资公司”的特别规定扩展至适用于股份有限公司。

3. 国企合规要求的全方位覆盖。近年来我国不断强调国有企业全面风险与合规管理，无论从制度上亦或实践中均对企业风险合规管控予以完善，²新《公司法》明确规定“国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度，加强内部合规管理”，将国企加强合规的要求从部门规章提升为基础性法律。

二、党对国有企业的领导正式法定化

坚持党对国有企业的领导是重大政治原则，必须一以贯之。中国特色现代国有企业制度，“特”就特在把党的领导融入公司治理各环节，确保国有企业党委（党组）把方向、管大局、促落实，发挥国有企业党组织的领导核心和政治核心作用。实践中，国有企业已通过“党建入章”、“双向进入、交叉任职”、党委（党组）前置把关等措施实现加强党的领导和完善公司治理的有机统一。

本次修订在保留公司法（2018年修正）总则规定的基础上，延续《中国共产党章程》³以及国务院国资委的相关要求⁴，正式在法律层面明确了中国共产

2.例如，国务院国有资产监督管理委员会发布《中央企业合规管理办法》（国务院国有资产监督管理委员会第42号令），强化对中央企业加强合规管理的要求，各地方国资委亦持续推动本辖区内国有企业的合规管理要求。

3.《中国共产党章程》第三十三条第二款：“国有企业党委（党组）发挥领导作用，把方向、管大局、保落实，依照规定讨论和决定企业重大事项。国有企业和集体企业中党的基层组织，围绕企业生产经营开展工作。保证监督党和国家的方针、政策在本企业的贯彻执行；支持股东会、董事会、监事会和经理（厂长）依法行使职权；全心全意依靠职工群众，支持职工代表大会开展工作；参与企业重大问题的决策；加强党组织的自身建设，领导思想政治工作、精神文明建设、统一战线工作和工会、共青团、妇女组织等群团组织。”

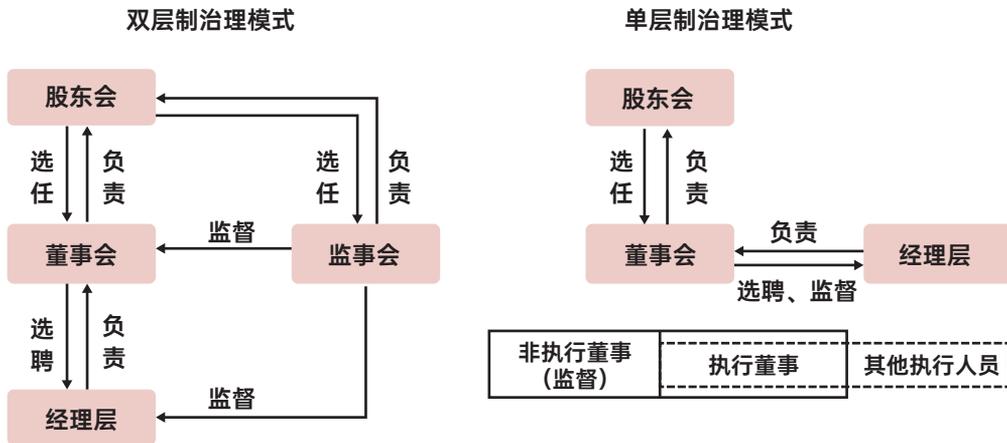
4.例如，《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》（国办发〔2017〕36号）规定，“坚持党的领导、加强党的建设是国有企业的独特优势。要明确党组织在国有企业法人治理结构中的法定地位，将党建工作总体要求纳入国有企业章程，明确党组织在企业决策、执行、监督各环节的权责和工作方式，使党组织成为企业法人治理结构的有机组成部分。要充分发挥党组织的领导核心和政治核心作用，领导企业思想政治工作，支持董事会、监事会、经理层依法履行职责，保证党和国家方针政策的贯彻执行。”

党对国有企业的领导，并明确规定了党“研究讨论公司重大经营管理事项”的法定权利。我们建议国企深入贯彻落实新《公司法》和国企深化改革要求，分层分类动态优化党委（党组）前置研究讨论重大经营管理事项清单，完善“三重一大”决策机制，在党的领导下全面提升国有企业公司治理水平。⁵

三、公司治理模式发生深刻变化

公司治理是随着现代企业制度的发展而出现的概念。公司治理是以所有者和管理者的权力制衡安排为核心的控制和管理公司行为的机制，即公司所有者（股东）将其对公司的权力（执行权）分配给管理者（董事会/职业经理人），由管理者来管理和运营公司并接受所有者的监督制衡（监督权），最终实现公司的良好运作和股东利益的最大化。**视股东会分配权力方式的不同，公司治理模式主要有两种：一是双层制治理模式**，即执行权与监督权并列，在股东会下平行设置董事会和监事会，监事会负责对董事会和经理层进行监督，主要为德国等大陆法系国家采用。**二是单层制治理模式**，即执行权与监督权有机统一，公司只设董事会，不设监事会。董事会由执行董事和非执行董事组成，由执行董事行使执行权，非执行董事/独立董事行使监督权，主要为英美法系国家采用。两种模式的主要运行机制如下图所示：

5.《国有企业改革深化提升行动方案（2023—2025年）》指出，要“推动中国特色国有企业现代公司治理健全中国特色现代企业制度，充分发挥国有企业党委（党组）把方向、管大局、保落实的领导作用，分层分类动态优化党委（党组）前置研究讨论重大经营管理事项清单，完善“三重一大”决策机制，配齐建强董事会，加强外部董事队伍建设，提升国有企业公司治理水平。”



公司法（2018年修正）沿袭大陆法系，采取双层制治理模式，但监事会存在监督效能不足问题。为避免重复检查和监督盲区，增强监督效能，2018年中共中央印发《深化党和国家机构改革方案》，提出要优化审计署职责；将国务院国资委的国有企业领导干部经济责任审计和国有重点大型企业监事会的职责划入审计署；不再设立国有重点大型企业监事会。随后，国务院国资委监督局进行职能调整，地方国资委将国企监事会转隶同级审计部门，国有独资公司、国有资本投资运营公司董事会探索实践审计委员会行使监督职能。

本次《公司法》修订巩固了此项改革成果，明确“国有独资公司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职权的，不设监事会或者监事”。就国有资本控股公司，则赋予公司选择权，即可以选择不设监事会，由董事会下设审计委员会行使监事会职权。值得注意的是，如股份有限公司采用单层制治理模式，则审计委员会成员应当为三名以上，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。

四、优化公司治理主体及其职权

(一) 股东会优化调整，提升国企治理效率

1. 股东会法定职权的精简

较公司法（2018年修正），新《公司法》对股东会法定职权进行了精简，删除了股东会“决定公司的经营方针和投资计划”和“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”两项管理职权。我们理解，此处赋予公司自主权，允许出资人/股东会将前述职权授权至董事会行使。

2. 国有独资公司的授权放权

为提升国有资本运行效率，国资监管已实现从“管资产”向“管资本”的转变，国有资本投资、运营公司试点在授权放权与混合所有制改革的助推下，已取得显著成效。在此背景下，新《公司法》简化国有独资公司决策流程，减少了须由履行出资人职责的机构决定的重大事项，删除了重要国有独资公司的重大事项决策需报本级人民政府批准的相关规定，实现政企分开和公司决策的合理前移，让“听见炮火的人做决策”，提高国企公司治理效率效能。值得关注的是，新《公司法》将公司章程的制定和修改为必须由履行出资人职责的机构决定的重大事项，这正体现了公司章程在公司治理中的基础性、引领性地位得到强化，提示国企及其交易相对方要高度重视公司章程对公司决策权限的分配机制。

《公司法》（2018年修正）

第六十六条 国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和**发行公司债券**，必须由国有资产监督管理机构决定；**其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。**
前款所称重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定。

《公司法》（2023年修订）

第一百七十二条 国有独资公司不设股东会，由履行出资人职责的机构行使股东会职权。履行出资人职责的机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，**但公司章程的制定和修改**，公司的合并、分立、解散、申请破产，增加或者减少注册资本，**分配利润**，应当由履行出资人职责的机构决定。

3. 类别股引入实现国有股东多元化需求

国有资本参股非国有企业或国有企业引入非国有资本时，将部分国有资本转化为优先股已有可供遵循的政策文件；⁶国家特殊管理股制度也正在探索之中以确保国有股东就行使特定事项否决权，保证国有资本在特定领域的控制力。

本次《公司法》修订在法律层面明确所有类型的股份有限公司均有权按照公司章程规定发行三种类型的类别股，并将其他类别股的制定权授权给国务院规定。

6.2013年11月30日，国务院发布《关于开展优先股试点的指导意见》，启动优先股试点。2017年4月24日，国务院办公厅发布《关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》（国办发〔2017〕36号），明确提出要适时制定国有资本优先股和国家特殊管理股管理办法。2023年2月17日，中国证券监督管理委员会发布新修订的《优先股试点管理办法》，根据《证券法》并结合全面实行注册制要求，对原办法进行了修订。

此前此类安排主要体现在股东协议等交易文件之中，新《公司法》实施后，类别股对应的特殊股东权利将依据《公司法》和公司章程规定行使，从而更有力地保障股东权利。

(二) 建强建优董事会，压严压实董事会责任

1. 优化董事会组成人员安排

新《公司法》总结国有企业外部董事实践，明确规定国有独资公司的“董事会成员中，应当过半数为外部董事”。值得注意的是，按照目前国资监管要求，国有独资公司要健全外部董事召集人制度，国有全资公司也应全面建立外部董事占多数的董事会，国有控股企业实行外部董事派出制度，外部董事要与出资人机构加强沟通，积极维护国有资本权益。⁷

另外，董事会组成人员更加灵活。新《公司法》不再区分公司类型设置董事会上限，将公司董事会规模一律定为三人以上，赋予公司更多自主权。对于规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，亦可不设董事会，只设一名董事行使董事会职权。

2. 调整董事会法定职权

新《公司法》对董事会的法定职权进行了精简，删除了董事会“制订公司的年度财务预算方案、决算方案”的职权，并明确董事会可行使股东会授予的其他职权。

值得一提的是，本次《公司法》修订稿在提交人大第一次审议时，曾不再具体列举股东会法定职权，而是概括规定由董事会行使《公司法》和公司章程规定

7. 参见《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》（国办发〔2017〕36号）。

的属于股东会职权之外的职权。⁸后续审议稿以及新《公司法》回归到公司法（2018年修正）的列举模式，同时允许董事会行使股东会授予的其他职权。我们理解，新《公司法》采取了缓和的股东会中心主义而非董事会中心主义，在明确股东会法定职权的前提下，尊重公司意思自治，允许公司根据自身需求和情况，将股东会部分职权授权至董事会行使，强化董事会在经营管理中的独立地位。

3. 压严压实董事会资本充实责任

新《公司法》对完全认缴制进行修正，要求“有限责任公司全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足”，经公司催缴且宽限期届满，股东仍未缴足出资的，自公司发出失权通知之日，该股东丧失其未缴纳出资的股权。作为该项制度的配套措施，新《公司法》明确要求董事会对股东出资情况进行及时核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当催缴出资。董事会未履行前述义务，给公司造成损失的，负责责任的董事应当承担赔偿责任。另外，如股东抽逃出资给公司造成损失的，负有责任的董事也应与该股东承担连带赔偿责任。

（三）调整监事会职能主体，强化职工民主监督

新《公司法》虽延续了公司法（2018年修正）关于监事会法定职权的规定，但如前所述，公司治理模式已发生深刻变化。国有独资公司不再设置监事会；国有资本控股公司，则可以选择不设监事会，由董事会下设审计委员会行使监事会职权。

职工是公司重要的利益相关者。新《公司法》强化公司民主管理，新增要

8. 《公司法（一审稿）》第六十二条规定，“有限责任公司设董事会。董事会是公司的执行机构，行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权。公司章程对董事会权力的限制不得对抗善意相对人。”

保护职工合法权益的立法目的，强化职工在董事会、监事会的参与要求，对于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外，强制性要求董事会成员中应当有公司职工代表；允许董事会成员中的职工代表成为审计委员会成员。另外，新《公司法》要求公司解散、申请破产应听取工会意见。

五、小结

新《公司法》深入总结和巩固了国有企业治理改革成果，对公司资本制度、公司法人治理结构等内容进行重大修改，对深化国有企业改革、优化营商环境、加强产权保护、促进资本市场健康发展意义深远。新《公司法》已于2024年7月1日实施，我们建议国有企业关注新《公司法》及后续配套规定，根据自身实际情况完善法人治理和合规管理，以深入贯彻落实全面依法治国战略部署和法治国企建设，实现国企深化改革与高质量发展。



张曙光
合伙人
争议解决部
武汉办公室
+86 27 5942 5157
zhangshuguang@zhonglun.com



徐婕
非权益合伙人
争议解决部
武汉办公室
+86 27 5942 5137
xujie@zhonglun.com

《公司法》修订对外商投资企业的影响解读



钟俊鹏 余昕刚 江宪胜 贾申 李瑞 侯彰慧 谢雪倩



前言

新《公司法》结合近年经济社会的发展需要，从优化公司治理结构、保护股东权利、强化股东出资责任、强化董监高职责、增加国家出资公司特殊规定、便利企业设立注销流程等多个范畴，对公司法（2018年修正）做了深度调整。另一方面，根据《中华人民共和国外商投资法》及实施条例，根据旧“三资”企业法设立的外商投资企业，需要在2024年12月31日前根据《公司法》完成其企业组织形式等方面的调整。因此，公司法的最新修改，无疑是外商投资企业未来一年里需要重点关注和研究的课题。

根据商务部近年的统计数据，外商投资企业主要采用有限责任公司的组织形式，股份有限公司仅占外商直接投资企业的0.3%。¹因此，本文侧重从有限责任公司的视角，梳理新《公司法》中可能对外商投资企业产生重要影响的主要修订，并结合我们在相关领域的实务经验，进行简要评析及应对建议，以供参考。

一、公司治理

第一，赋予企业股东会、董事会及经理的权限分配更大灵活度。

• **新《公司法》中股东会法定职权有所缩减，部分此前属于股东会保留的事项，可视企业实际情况分配予董事会或管理层进行决策（第五十九条²）。**

1. 参见中国商务部《中国外资统计公报2020》。

2. 如未特别指出，本文的条款号均指新《公司法》的条款号。

- 在列举的董事会权限范围之外，明确股东会可以授予董事会其他职权，包括允许股东会可授权董事会决策“发行公司债券”（第五十九条）。

- 删去公司法（2018年修正）中对经理职权的列举，经理权限完全受制于公司章程及董事会的约定（第七十四条）。

本次修订后，“决定公司的经营方针和投资计划”及“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”不再属于必须由股东会决策的事项。同时，新《公司法》明确了董事会和经理的权限可基于公司章程约定及内部授权情况进行延展，赋予了企业更多的操作空间，可视自身情况调配股东会、董事会、经理三层结构的权限。对于外商投资企业而言，这一调整的意义尤为突出。实践中，外商投资企业的境外股东，对境内公司的日常运营进行密切跟踪、决策存在诸多不便，另外，不少境外公司治理均遵循董事会中心主义，由董事会负责决策公司的经营和投资相关的重大事宜，由管理层负责日常经营事宜。本次修改更贴合外商投资背景企业的经营实际，便于其根据自身情况优化治理结构，提升管理效率。

第二，调整有限责任公司股东会会议、董事会会议议事规则。

- 公司法（2018年修正）下，有限责任公司的议事规则和表决程序几乎完全可以由企业自由约定。新《公司法》中，部分公司法（2018年修正）中股份有限公司的议事规则亦适用至有限责任公司，包括：

- 公司股东会决议应当经代表过半数表决权的股东通过（第六十六条）。
- 明确董事会会议必须有过半数董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数同意（第七十三条）。

- 如出席人数不足或同意决议事项的人数未达到《公司法》或公司章程的规定，公司股东会、董事会的决议不成立（第二十七条）。

因为公司法（2018年修正）对有限责任公司股东会、董事会的法定人数、表决机制未做过多约束，为了避免因到会人数不足引起的决策停滞，实践中，除法定须经三分之二以上全体表决权的股东通过的事项外，一些企业会根据自身的实际情况，约定以实际参会人数的全数、绝对多数、过半数通过作为表决要求，同时，在某一方股东或某董事收到会议通知屡次不配合出席表达意见的情况下，约定以实际出席人数构成特定会议的法定人数。鉴于新《公司法》对有限责任公司股东会、董事会的表决机制、会议法定人数均作出了明确规定，上述机制的有效性将受到挑战。

股东会、董事会决议的顺利通过作出对于外商投资企业高效、稳定开展经营活动至关重要。外商投资企业需在新的规则下重新审视现有的议事规则，评估风险。例如，为了避免董事会法定人数未能满足而导致的决策停滞，可将出席率作为董事的考核机制，对屡次缺席董事设定替换机制。同时，如针对某一事项的董事会会议屡次因法定人数缺失而未能召开，可约定相关事宜纳入僵局范畴，提升至股东代表层面讨论解决。

第三，强化职工民主管理，调整公司需任命职工董事的情形（第十七条、第六十八条）。

新《公司法》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，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。公司法（2018年修正）规定，两个以上的国有企业或两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表。不同于公司法（2018年修正）以投资方国资背景划定任命要求，新《公司法》规定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。关于这一要求，我们注意到实务界存在两种理解：一种认为职

工人数三百人以上的有限责任公司应同时具有职工监事和职工董事；第二种认为职工人数三百人以上的有限责任公司，如果设置有职工监事，则不一定需设置职工董事。我们倾向于后一种理解，但有待立法解读及后续解读。

因此，即使是非国资背景的外资完全持股的企业，或者是一中一外合资的有限责任公司，如满足前述人数条件，可能需要设置职工董事。同时，企业需要注意该等要求可能会对董事会席位结构产生的潜在影响，应提前做出合理安排。

第四，公司满足一定条件的，可以不设监事会或者监事。

- **有限责任公司可以在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使监事会的职权（第六十九条），不设监事会或者监事；**

- **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)；**

此前《上市公司治理准则》《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》已有针对上市公司、国有企业应当设立审计委员会的规定，此次新《公司法》在法律层面明确所有的有限责任公司与股份有限公司均可设置审计委员会，由董事组成，行使监事会职权。

在公司法（2018年修正）下，有限责任公司可以不设监事会、设一到两名监事，股份有限公司则必须设监事会，成员不得少于三人。新《公司法》则明确规定规模较小或者股东人数较少的有限公司和股份公司，均可以不设监事会，设一名监事或者不设监事。

实践中，部分中外合资企业设两名监事，由中外双方各提名一名监事，以保障双方对公司的监督。新《公司法》对仅设监事时监事数量作出明确规定后，新法生效前已经设置两名监事的有限责任公司在未来监事人选发生更迭时

是否可以依据新《公司法》进行调整，有待后续立法与工商登记实践作进一步澄清。

第五，公司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（第七十一条）。

中外合资企业中，通常约定任何一方可随时提名任命或者撤换特定的董事会席位，并由股东会做最终批准。为了避免董事与公司之间不必要的摩擦和潜在风险，董事离任时，双方可及时进行必要的书面确认，明确彼此不存在任何未决的纠纷或债务事宜。

第六，新增针对国家出资公司的特别规定。

此前《公司法》有针对国有独资公司的特别规定，此次新《公司法》新增专章，设置对国家出资公司的特别规定：

- **国家出资公司中中国共产党的组织，按照中国共产党章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司重大经营管理事项，支持公司的组织机构依法行使职权（第一百七十条）。**

- **强调国家出资企业应当加强内部合规管理（第一百七十七条）。**

适用以上特别规定的前提是公司被认定为国家出资公司。国家出资公司是指国家出资的国有独资公司、国有资本控股公司，包括国家出资的有限责任公司、股份有限公司。国有独资公司的概念在公司法（2018年修正）及国资监管的相关法律法规中均有规定，其内涵边界比较明晰。但现行法律中尚未有针对国有资本控股公司这一术语的明确定义。我们初步理解该术语可能与目前《企业国有资产交易监督管理办法》（“32号令”）中的“国有资本控股公司”具有较为相似的内涵。

根据32号令，国有资本控股公司包括“国有控股企业”与“国有实际控制企

业”。“国有控股企业”是指(i)政府部门、机构、事业单位、国有独资企业单独或共同出资合计拥有产（股）权比例超过50%，且其中之一为最大股东的企业，以及(ii)第(i)款所列企业、政府部门、机构、事业单位及国有独资企业对外出资，拥有股权比例超过50%的各级子企业。“国有实际控制企业”是指政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。

需要注意的是，因为新《公司法》并未对“国有资本控股公司”作出明确定义，32号令下的近似概念仅可做参考，特别是“国有资本控股公司”是否包括“国有实际控制企业”仍有待进一步澄清。尽管如此，我们建议中外合资企业可先对照32号令的定义做初步评估，同时持续关注相关主管部门的立法解读，如经确认公司落入“国有资本控股公司”的范畴内，则需要根据新《公司法》对国家出资企业的特别规定，调整公司章程等组织文件和组织日常经营。

二、股东权利保护

第一，强调保护股东的查阅权，扩大股东查阅的资料范围（第五十七条）。

公司法（2018年修正）规定股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、会计账簿等资料。新《公司法》在此基础上，约定在遵守相关法律法规的情况下，股东还可以自行或者委托会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅公司的会计凭证、查阅与复制股东名册，以及可以查阅公司全资子公司的上述材料。查阅权的补充、完善，有利于进一步保障公司股东（尤其是小股东）的

投资权益。

第二，将控股股东滥用股东权利作为有限责任公司股东要求公司进行回购股权的情形之一（第八十九条）。

新《公司法》新增了将控股股东滥用股东权利作为请求公司回购的情形之一，有利于更好保护中小股东的权利。

第三，新《公司法》第二百二十四条第三款要求，除非法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定外，公司减少注册资本应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或股份。

我们理解这一修订可能出于防止控股股东利用定向减资损害其他小股东利益考虑，有利于小股东利益的保护。此前的三审稿中规定，除法律另有规定外，原则上公司减资只能按照股东的出资比例同比例减少。但另一方面，定向回购、减资的条款也在投融资实践中被广泛使用，这一要求可能会对投融资实践中广泛涉及的对赌等情形下公司向特定投资人定向回购、减资条款的安排产生挑战。在最终出台的新《公司法》中，立法部门结合大量经济、法律运行的实践情况，允许全体股东可另行约定“按比例减资”原则的例外情况。对于投资者而言，在和合作方商定投资项目的退出机制时，需要考虑新法下“按比例减资”的默认规则，对于特定情况下定向回购的情形，应进行明确、详细的约定，通过全体股东签署的交易文件的方式进行确认，保护自身的投资权益。

三、强化股东出资责任

此次新《公司法》从约定出资实缴期限、股东失权、股东出资义务加速到期等多方面强化了股东的出资责任。

第一，新增有限责任公司股东认缴出资期限(第四十七条、第二百六十六条)。

2013年修订、2014年生效的《公司法》改注册资本实缴登记制为认缴登记制，取消出资期限、最低注册资本和首期出资比例的法定要求。这一修订降低了公司设立的成本，激发了创业活力，公司数量迅速增加。但亦有部门、专家学者和社会公众提出，实践中股东认缴期限过长，影响交易安全、损害债权人利益的情形，这一情况在经济受压下行时期尤为显著，容易导致一系列系统性风险。

此次新《公司法》增加有限责任公司股东认缴期限的规定，除非法律法规另有规定，要求股东按照公司章程的规定，在公司成立之日起五年内缴足认缴出资。该规定有利于维持公司资本充实、保护债权人利益。同时，考虑到大量现有企业执行2013年《公司法》修改中规定的意愿设定出资期限的制度，新《公司法》规定2024年7月1日前已登记设立的公司，出资期限超过新《公司法》要求的，应当逐步调整至本法规定的期限以内。对于出资期限、出资额明显异常的，登记机关可以依法要求其及时调整。具体的实施办法由国务院规定。

我们理解上述规定仍有不少地方有待主管部门的明确，如现有的已基于投资方自由意愿约定认缴期限设立的外商投资企业需如何逐步过渡至新法要求的期限内，缓冲期如何设定，何为“出资期限、出资额明显异常”需要及时调整的情形等。就现有的尚未完全完成注册资本实缴的外商投资企业，我们建议评估尚未完成的出资金额及时间安排，同时关注主管部门的后续立法，做好应对方案。就新法出台后设立的企业，我们建议投资方充分考虑新《公司法》对出资期限的要求及企业设立之初的商业发展规划，设定合理的初始注册资本，避免造成无法履行出资义务的风险。对于尚不明确的资金需求，可通过后期增资的方式予以解决。

第二，在公司法层面新增有限责任公司股东失权制度，并明确经催缴后的宽限期不得少于六十日。

此前《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（“《公司法司法解释（三）》”）已有规定有限责任公司股东“未履行出资义务或者抽逃全部出资”，经催告后，在合理期间内仍未缴纳或者返还出资的，公司可以以股东会决议解除该股东的股东资格。

新《公司法》第五十一条、第五十二条则在法律层面明确规定了具有类似效果的股东失权制度：股东未按期足额缴纳出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。催缴书可以载明缴纳出资的宽限期，宽限期不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。

法规层面的失权制度强化了股东的出资责任，有利于维护公司资本充足、保护债权人利益，但这一制度如何落地执行仍有待立法、司法机关进一步明确。一方面，目前的规定可能存在受股东利益影响，董事会怠于启动股东失权程序的问题。在股东未按期足额缴纳出资的情况下，启动股东失权程序的主体为董事会，由董事会向该股东发出书面催缴书。而各董事通常由股东提名，因此股东失权程序的启动可能受股东利益影响。另一方面，股东失权程序启动后，在失权股权被转让或注销前的间隔期内，失权股权属于何种法律性质，失权股东是否仍然保留表决权、分红权，有待进一步澄清。

第三，新增有限责任公司股东出资义务加速到期的规定（第五十四条）。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“《九民纪要》”）规定，在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充

赔偿责任的，人民法院不予支持。上述期限利益仅在以下两种情况下可被突破：(1)公司无财产可供执行，已具备破产原因但不申请破产；(2)公司债务产生后，公司通过股东会决议或以其他方式延长股东出资期限。

此次新《公司法》在法律层面新增了股东出资义务加速到期的规定，触发条件调整为“公司不能清偿到期债务”的情形，较之《九民纪要》约定的触发条件限制性更少，体现了本轮修改强调公司资本充实、保护债权人利益的价值取向。

第四，强化股东未足额缴纳出资时的股东责任。

• 公司设立时股东未足额缴纳出资的责任（第五十条）

现行的《公司法司法解释（三）》第十三条规定了发起人的连带责任，如股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，公司或其他股东请求该股东履行出资义务的，人民法院应予以支持，公司、其他股东可以请求发起人与被告承担连带责任。

新《公司法》在法律层面明确，公司设立时，股东未足额缴纳出资的，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。

• 新增转让未缴出资的股权情况下的转让人与受让人责任（第八十八条）。

➤ **转让人的补充责任：**新《公司法》规定了有限责任公司股权转让时转让人的补充责任，即股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权，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。基于这一规定，即使转让人与受让人对出资义务的转让作出了明确规定，转让人股权转让交割完成后仍存在风险敞口，如受让人未来未按期缴纳出资的，转让人仍有可能承担补充的出资责任。出让人如何控制因受让人未履行出资义务产生的风

险，仍有待进一步探讨。

➤ **受让人的连带责任：**《公司法司法解释（三）》中已有规定，有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，应当对出让人履行出资义务承担连带责任。新《公司法》在法律层面明确规定了这一点，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；受让人不知道且不当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。

我们认为，上述修改均体现了强调资本充实度的价值取向。就受让人而言，为了降低相关风险，在股权转让交易中，应仔细开展拟转让股权出资情况的尽职调查，包括要求出让人或公司出具验资报告，就非货币出资提供评估报告的方式，全方位评估所受让股权对应的出资是否已经按期缴纳到位，识别未缴纳出资（如适用）的金额、约定出资方式及出资期限等要素；就出让人而言，需要将受让人按期缴纳出资的意愿与能力纳入考虑范围内，评估后续可能承担补充出资责任的风险，同时可考虑在交易文件层面设定更多的保护机制（如受让方的陈述保证，出让方被要求承担补充义务情况下受让方的补偿义务（如本金和罚息机制），要求受让方在出让方退出时或之后一定时限内尽快完成实缴安排等），缓和后续被要求承担补充责任的风险。

四、董监高责任

董事、监事和高级管理人员的个人责任一直是外国投资者关注的热点问题。一般来说，董事、监事和高级管理人员的个人责任主要包括：（1）违反忠

实勤勉义务、越权代理等导致的民事赔偿责任；（2）董事、高管在公司担任相关职务、作为企业相关领域的主要负责人，可能因公司违反相关领域重大合规义务（如安全生产、环境保护）等，承担个人行政处罚责任乃至刑事责任；（3）董事如参与、推动公司犯罪、违规行为的相关决策，可能会被认定为对公司的行为起到一定的“决定、批准、授意”等作用，进而被要求承担个人责任。

本次新《公司法》重点强化了董监高的忠实和勤勉义务，在民事赔偿责任之外也增加了部分行政处罚，主要的规定概括如下：

第一，明确忠实义务与勤勉义务的定义，公司的控股股东和实控人如实际执行公司事务，也负有忠实义务和勤勉义务（第一百八十条）。

此前公司法已经规定董监高对公司负有忠实义务和勤勉义务，本次新《公司法》第一百八十条进一步明确了忠实义务和勤勉义务的定义。忠实义务是指董监高应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权谋取不正当利益。勤勉义务是指董监高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。

此外新《公司法》第一百八十条第三款还明确公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事、但实际执行公司事务的，也对公司负有勤勉和忠实义务。实践中，通常由控股股东与实际控制人提名的董事及经理来负责公司的日常运营，控股股东与实际控制人往往发挥着隐形的管理作用，而又不受限于忠实和勤勉义务的要求。这一新增规定进一步规范了公司控股股东、实际控制人的管理行为，保护中小股东的权利。

第二，强化公司存在出资瑕疵情况下董监高的个人责任。

主要包括：

- **强化董监高在股东未足额缴纳出资时的个人赔偿责任（第五十一条、第**

五十三条)

此前《公司法司法解释（三）》中已规定在股东未全面履行出资义务时，未履行忠实和勤勉义务的董事和高级管理人员需承担相应责任；股东抽逃出资的情况下，协助抽逃的董事、高级管理人员应当承担连带责任。新《公司法》第五十一条进一步明确董事会应当对股东的出资情况进行核查。董事会未履行核查出资义务、给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。新《公司法》第五十三条约定股东抽逃出资给公司造成损失的，负有责任的董事、监事和高级管理人员都应与该股东承担连带责任。

为降低董事的履职风险，我们建议企业董事会成员应该熟悉了解最新公司法对董事勤勉、忠实义务及公司注册资本缴纳的各项要求，定期核查股东出资情况，确保不存在抽逃出资的情形，及时对未按期缴纳出资的股东发出书面催缴书、留存相关书面材料（包括说明讨论相关事项的会议纪要等），妥善执行《修正案》下的催缴程序。

- **新增股东抽逃出资情况下，对主管人员的行政处罚（第五十三条、第二百五十二条）**

新《公司法》第二百五十三条规定，如公司的发起人、股东在公司成立后抽逃其出资的，对直接负责的主管人员将处三万元以上三十万元以下的罚款。因此在抽逃出资的情形下，直接主管人员（如董事、高级管理人员）除可能需要承担民事赔偿责任以外，还可能有行政处罚风险。

- **修改清算义务人为公司董事，并明确了清算义务人的赔偿责任（第二百三十二条）**

新《公司法》第二百三十二条修改了此前《公司法》第一百八十三条的规定（有限责任公司的清算组由股东组成、股份有限公司的清算组由董事或者股

东大会确定的人员组成），明确董事为清算义务人，除非公司章程或者股东会决议另有约定，清算组原则上也应由董事组成。作为更加熟悉公司日常经营和财务状况的人员，将董事调整为清算义务主体可能是更加合适的选择，这也更贴合外商投资企业在中国的经营管理实践。但如果董事未能妥善根据相关法律要求完成清算任务，导致损害了债权人等相关主体的合法利益，也可能需承担个人赔偿责任。

- **新增违规减少注册资本时的董监高赔偿责任（第二百二十六条）**

新《公司法》新增了对公司减资的一系列程序要求，在使用公积金弥补注册资本后仍然有亏损的，可以通过减资弥补亏损，并应当履行公告义务等（第二百二十五条）。如公司违反新《公司法》减少注册资本，负有责任的董监高应当承担赔偿责任。

- **公司违规向股东分配利润的，负有责任的董监高应当承担赔偿责任（第二百一十一条）**

- **新增公司未按照规定公示或不实公示有关信息的，对主管人员处以一万元以上十万元以下的罚款（第二百五十一条）**

五、便捷化公司的设立、运营和注销

新《公司法》吸收了近年来国家改善营商环境，提升企业设立和注销流程的一系列实践经验，在法律层面对电子营业执照、简易注销程序等进行了规定，同时，对僵尸企业强制注销程序、减资要求等亦提出了一系列要求。包括以下几点：

- **第一，便利企业设立与运营。**

- **对于公司新设过程中投资者提交的申请材料不齐全或者不符合法定形式的，新《公司法》要求公司登记机关应当一次性告知需要补正的材料（第三十条）。**

这也是从法律层面确认了近年优化营商环境、提升企业登记效率的政策精神。

- **确认电子营业执照的法律效力（第三十三条）。**在政务服务数字化的改革浪潮下，电子营业执照已经被广泛应用。本次公司法修改亦确认了电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力。

- **明确公司应当通过国家企业信用信息公示系统公示各项信息，包括但不限于公司的出资信息、行政许可信息、公示解散事由（如有）等（第四十条、第二百二十九条）。**

- **公司合并或分立发出公告的，除在报纸上进行公告外，还可以于国家企业信用信息公示系统公告（第二百二十条、第二百二十二条）。**

- **明确公司登记机关应当优化公司登记办理流程，推行网上办理等便捷方式（第四十一条）。**

第二，新增简易注销程序（第二百四十条）。

此前《工商总局关于全面推进企业简易注销登记改革的指导意见》《关于进一步完善简易注销登记便捷中小微企业市场退出的通知》等规定，已经明确对未发生债权债务或已将债权债务清偿完结的市场主体（上市股份有限公司除外）可以适用简易注销程序，但涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业等特殊情形除外。简易注销的公示期不少于20日。在公示期内无异议的，公司应当在公示期届满之日起20日内向登记机关办理简易注销登记。简易注销情形下，全体投资人需要对企业不存在未结债权债务提供承诺，如承诺不实，需要对注销前的债务承担连带责任。

新《公司法》在法律层面对简易注销的规则进行了确认。

第三，新增强制注销程序（第二百四十一条）。

此前由国家发展改革委、最高人民法院等部委印发的《加快完善市场主体退出制度改革方案》已明确我国市场主体退出制度提高市场重组、出清的质量和效率等指导思想，浙江、河北等多地也开启了强制注销的试点。新《公司法》从法律角度为行政机关主动履职提供了依据，明确对于被吊销营业执照、责令关闭或被撤销且满三年未向公司登记机关申请注销公司登记的企业，公司登记机关可以通过统一的企业信息公示系统予以公告，公告期限不少于六十日。公告期限届满后，未有异议的，公司登记机关可以注销公司登记。

六、总结

总体而言，新《公司法》从优化公司治理结构、强化股东出资责任、强化董监高职责等方面对公司法（2018年修正）做出了诸多实质性修订，将对包括外商投资企业在内的各类公司主体产生重要影响。

对外商投资企业而言，无论是否已根据公司法（2018年修正）完成组织架构的调整，均需关注新《公司法》可能产生的新影响，了解新法与公司法（2018年修正）之间如何过渡衔接等问题。特别地，需要重点识别新法是否仅触发相关组织文件的技术性调整，亦或会造成此前商业安排的实质性变动（如董事会人员结构、出资安排等），需要与合作方开启新的商业谈判。对于基于旧“三资”法设立，尚未根据公司法（2018年修正）要求调整公司治理架构的外商投资企业，需要根据现行及新《公司法》的相关要求，在2024年12月31日前尽快完成调整。

此外，对于人员规模、中方股东股比及性质、出资期限设置等事项符合相

关条件的外商投资企业，还需特别关注新《公司法》提出的职工董事设置、国有资本控股公司、5年出资实缴期限等要求，关注其对公司治理结构、资本计划等核心事项造成的影响，持续跟踪主管部门对相关要求的后续增补说明，尤其是相关要求在新旧企业之间如何进行过渡衔接等问题。

综上，本次《公司法》修订在公司法（2018年修正）的基本框架和主要制度的基础上作了具有一定深度的修改，我们建议企业及时跟踪最新的法律要求以及后续监管部门出台的细则规定，梳理自身的实际情况，评估后续调整的紧迫性和复杂度，必要的时候也可寻求外部专业法律服务团队的协助。



钟俊鹏
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2122
zhongjunpeng@zhonglun.com



余昕刚
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2078
scotttyu@zhonglun.com



江宪胜
顾问
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2015
johnjiang@zhonglun.com



贾申
高级顾问
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2263
jiashen@zhonglun.com



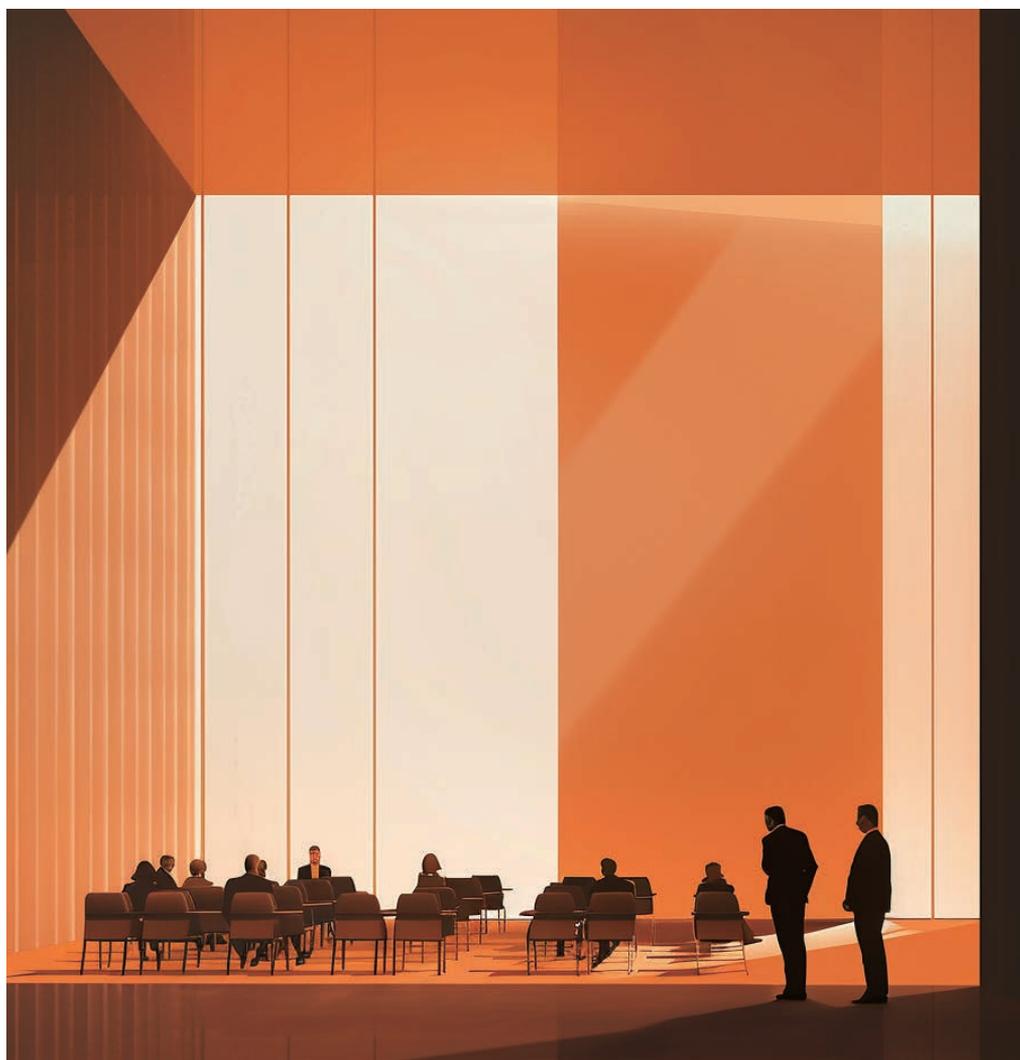
李瑞
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2143
lirui@zhonglun.com



侯影慧
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2336
houzhanghui@zhonglun.com

新《公司法》下董事会中的 审计委员会是否成为 监事会的平替？

✎ 江浩雄 余娟娟 袁玥



前言

2023年12月29日修订的《公司法》（以下简称“**新公司法**”）是继2005年之后又一次对《公司法》的全面修订。除了大家广泛热议的“资本实缴制”“股东失权制”以外，新公司法在公司治理层面，也创设了一系列新的制度。例如**引入单层内部监督机制，即赋予公司选择设立监事会或在董事会中设置审计委员会（以下简称“审计委员会”）的权利，选择不设监事会或监事的，由审计委员会行使监事会的职权。**

那么，审计委员会是否由此就成为监事会的平替呢？新公司法下的审计委员会与现有上市公司审计委员会有什么区别？审计委员会到底应该具备哪些职权？

本文将结合境内资本市场的相关实务经验，重点分析新公司法下审计委员会的相关职权，以期对公司尤其是上市公司的公司治理和规范运作提供初步建议。

一、新公司法关于设立审计委员会的相关规定

新公司法关于设立审计委员会的具体规定如下：

有限责任公司	股份有限公司
<p>第六十九条 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。</p> <p>第一百七十六条 国有独资公司在董事会中</p>	<p>第一百二十一条 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。</p> <p>审计委员会成员为三名以上，</p>

有限责任公司	股份有限公司
<p>设置由董事组成的审计委员会行使本法规定的监事会职权的，不设监事会或者监事。</p>	<p>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。</p> <p>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。</p> <p>审计委员会决议的表决，应当一人一票。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>第一百三十七条 上市公司在董事会中设置审计委员会的，董事会应对下列事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过：</p> <ul style="list-style-type: none"> （一）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所； （二）聘任、解聘财务负责人； （三）披露财务会计报告； （四）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。 <p>第一百四十四条第三款 公司发行本条第一款第二项规定的类别股的，对于监事或者审计委员会成员的选举和更换，类别股与普通股每一股的表决权数相同。</p>

有限责任公司

第七十六条 有限责任公司设监事会，本法第六十九条、第八十三条另有规定的除外。

监事会成员为三人以上。

监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

……。

第七十八条 监事会行使下列职权：

（一）检查公司财务；

（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；

（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；

（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；

（五）向股东会会议提出提案；

（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；

（七）公司章程规定的其他职权。

第七十九条 监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。

监事会发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

股份有限公司

第一百三十条 股份有限公司设监事会，本法第一百二十一条第一款、第一百三十三条另有规定的除外。

监事会成员为三人以上。监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

……。

……。

第一百三十一条 本法第七十八条至第八十条的规定，适用于股份有限公司监事会。

监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

有限责任公司	股份有限公司
<p>第八十条 监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。</p> <p>董事、高级管理人员应当如实向监事会提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。</p>	
<p>第七十五条 规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。</p>	<p>第一百二十八条 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，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。</p>
<p>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。</p>	<p>第一百三十三条 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。</p>

新公司法上述规定表明，无论是有限责任公司、股份有限公司、上市公司还是国有独资公司，均允许公司选择在董事会设置审计委员会，依法行使监事会的职权，不设监事会或监事。

同时，针对规模较小或者股东人数较少的有限责任公司、股份有限公司可以不设董事会和监事会，只设一名董事和一名监事（经全体股东一致同意，前述有限责任公司也可以不设监事）。在只设一名董事的情形下，也就不存在设置审计委员会的问题。

在《公司法（2018修正）》的框架下，我国的公司治理呈现“三角形”架构（又可称为“**并列式双层制**”）。董事和监事（股东代表出任的监事除外）均由股东会选举产生，董事会对股东会负责，监事会与董事会同级，并监督董事、高级管理人员执行公司职务的行为。而在新公司法下，公司可以选择“单层垂直”式的治理架构，即股东会选举董事组成董事会，董事会内设审计委员会，行使监督职权。这一修改，被学界认为是逐渐摆脱日本、韩国、我国台湾地区的并列式双层制，而逐渐接受和引进美国、英国、法国、意大利、瑞士、我国香港特别行政区单层制的体现¹。

但是，审计委员会并非是新公司法本次修订的首创。早在2002年1月，中国证监会发布的《上市公司治理准则》就已经明确规定，上市公司董事会可以按照股东大会的有关决议，设立战略、审计、提名、薪酬与考核等专门委员会。其中，审计委员会中独立董事应占多数并担任召集人，且至少有一名独立董事是会计专业人士²。那么，新公司法规定的审计委员会和现有上市公司审计委员会，是否是一回事呢？

二、现行上市公司审计委员会的人员构成和职责

2023年2月1日，全面实行股票发行注册制改革正式启动。结合股票发行注册制的相关法律法规，现行境内上市公司审计委员会的人员构成和职责整理如下：

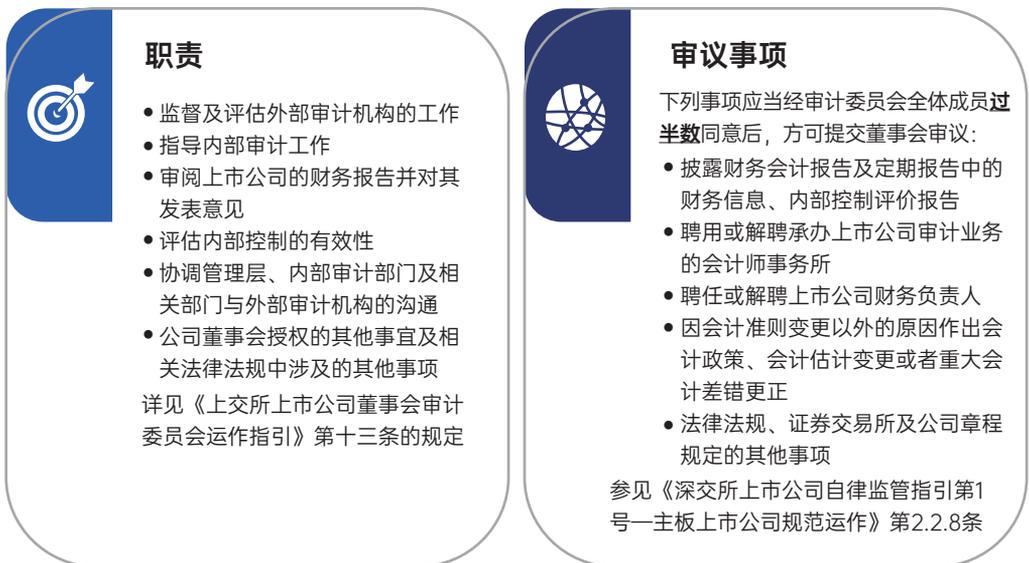
1. 参见林一英《公司监督机构的立法完善：超越单层制与双层制》，载于《法学杂志》，2022年第4期

2. 参见《上市公司治理准则》（证监发[2002]1号）第五十二条的规定。

（一）现行上市公司审计委员会的人员构成

结合主板、科创板、创业板和北交所的相关上市规则的规定，境内上市公司应当在董事会下设审计委员会，公司内部审计部门对审计委员会负责，向审计委员会报告工作。审计委员会中独立董事应当占多数，且召集人应当由独立董事担任且为会计专业人士。实践中，上市公司的审计委员会普遍为3人，其中2名为独立董事，1名为非独立董事。2名独立董事中有1名系会计专业人士，并担任审计委员会的召集人。

（二）现行上市公司审计委员会的职责



如上图所示，上市公司审计委员会的职权主要集中在**审阅财务报告、监督和评估内外部审计工作、以及决定聘任或解聘公司财务负责人/会计师事务所**三大方面。这三方面的职权与传统监事会的职权存在部分重叠之处，例如均包括

对公司财务工作的检查，对财务负责人作为公司高级管理人员的聘任或解聘提出建议等。但是，上市公司审计委员会的职权也并未囊括所有监事会的职权，例如监事会有权提议召开临时股东会会议、有权向股东会会议提出议案等。那么，新公司法下设立的审计委员会是否要全盘接受监事会的全部职权呢？现有上市公司在修改《审计委员会工作细则》时，是否要将新公司法下监事会的职权全部复制粘贴到审计委员会的职权之中呢？我们认为，不能这样简单机械地理解新公司法，不妨先看一下真正实施单层制的国家是如何设置审计委员会职权的。

三、英美单层内部监督机制下审计委员会的职权

（一）美国

在美国公司治理结构中，独立董事是唯一的内部监督机构，这种单层的内部监督机制的核心就是公司不在董事会外部再设置监事会这样的上位或平行监督机构，而是通过建立独立董事、设立董事会委员会，特别是**独立董事组成的董事委员会**、改进董事会及其委员会的领导机构等来建立和完善单层的内部监督机制³。

根据《纽约证券交易所上市公司手册》（NYSE Listed Company Manual）303A.07的规定，审计委员会必须至少有3名成员。所有审计委员会成员必须满足第303A条所规定的独立性要求。审计委员会的职责，除《美国证券

3.摘自谢遵振《刍议我国上市公司内部监督机制的立法模式选择——基于比较法角度的市政分析》，载于《佳木斯大学社会科学学报》，2014年6月第32卷第3期。

法案》（Securities Exchange Act of 1934）第10A-3(b)(2)(3)(4)(5)规定的之外，还包括如下内容：

(A) 至少每年一次，获得并审查由独立审计员出具的报告，该报告描述：公司的内部质量控制程序；在过去五年内，公司最近的内部质量控制审查或同行审查，或政府或专业机构的任何询问或调查中提出的任何重大问题，涉及公司进行的一次或多次独立审计，以及为处理任何此类问题而采取的任何措施；以及(评估审计师独立性的)独立审计师与上市公司之间的所有关系；

(B) 与管理层和独立核数师会面，审阅和讨论上市公司经审计的年度财务报表和季度财务报表，包括审阅上市公司在“管理层对财务状况和经营业绩的讨论和分析”章节中的具体披露；

(C) 讨论关于上市公司盈利的新闻稿，以及向分析师和评级机构提供的财务信息和盈利指引；

(D) 讨论有关风险评估和风险管理的政策；

(E) 定期与管理层、内部审核员(或负责内部审核职能的其他人员)和独立审计师单独会面；

(F) 与独立审计师一起审查任何审计问题、困难以及公司管理层对该等问题和困难的回应；

(G) 为独立审计师的雇员或前雇员制定明确的聘用政策；和

(H) 定期向董事会汇报⁴。

上述审计委员会的职责集中在对上市公司**财务、内控和风险评估**三大方

4. 详见《纽约证券交易所上市公司手册》（NYSE Listed Company Manual）303A.07 Audit Committee Additional Requirements 的相关规定，链接：<https://nyseguide.srorules.com/listed-company-manual/09013e2c85c0074b?searchId=2211982932>。最后访问日期：2024年2月8日。

面。审计委员会可以采取审阅报告、与内审部/独立审计员会面、单独会面、定期讨论等多种方式，借用独立核数师、审计员等专业人员的专业知识，全方位、独立地了解公司财务、内控和风险评估情况，从而可以切实有效地对公司经营管理行为进行内部监督。

（二）英国

对于在英国的上市公司，无论公司的注册地在英国或者其他地方，都应当适用英国《公司治理准则》（2018年7月版，The UK Corporate Governance Code，以下简称《公司治理准则》）的规定。《公司治理准则》第4部分第24项规定：董事会应当设立1个由独立的非执行董事组成的审计委员会，委员人数至少为3人；针对股东人数较少的公司，可以由2名委员组成。**董事会主席不应当是审计委员会的成员。**。董事会应当确保至少有1名成员具有系相关财务经验。审计委员会作为一个整体，应当具有与公司经营所在行业相关的能力。

根据《公司治理准则》第4部分第25项规定，审计委员会的职责具体如下：

（A）检查公司财务报表及任何与公司财务表现有关的正式公告的完整性，并审阅其中所载的重大财务报告判断意见；

（B）（应董事会要求）就年度报告和账目整体上是否公平、平衡和可理解提供意见，并为股东评估公司的地位和业绩表现、商业模式和发展战略提供必要的信息；

（C）除非由独立非执行董事组成的单独董事会风险委员会进行审阅或董事会本身明确规定之外，负责审查公司的内部财务控制以及内部控制和风险管理理制度；

（D）监督和审查公司内部审计职能的有效性，如果没有内部审计职能，

每年则考虑是否需要内部审计职能，并向董事会提出建议；

(E) 履行**招投标程序，并就外聘核数师的聘任、续聘及解聘事项向董事会提出建议，并批准外聘核数师的薪酬和聘用条款；**

(F) 审查和监督外部审计师的独立性和客观性；

(G) 在审查外部审计有效性时，考虑到相关的英国审计师执业和监管要求；

(H) 制定和实施聘请外部审计师提供非审计服务的相关政策，确保事先批准非审计服务，并考虑该等聘请可能会对独立性产生的影响以及相关法律法规和道德指导，并向董事会报告所需采取的任何改进或行动；和

(I) 向董事会报告定期履职情况⁵。

由此可见，英国法下，上市公司审计委员会的职责也集中在对上市公司**财务、内控和风险评估**三大方面。比美国更进一步的是，审计委员会有权直接就外聘核数师的聘任、续聘及解聘事项向董事会提出建议，同时职能范围也不仅仅局限于审计服务，也包括上市公司聘请外部审计师提供**非审计服务**。

综合美国和英国上市公司审计委员会的职权，不难发现，**审计委员会的职权主要集中在财务监督方面，并不是对公司董事和高级管理人员的全方位监督**。因此，本次新公司法提出有限责任公司和股份有限公司设立审计委员会的，可以履行监事会职能，不再设立监事会，有人认为是审计委员会在财务监督职能方面的单兵突破⁶。那么审计委员会真的能替代监事会的内部监督职能吗？

5. See Provisions 24 and 25 of the UK Corporate Governance Code, published by the Financial Reporting Council, dated in July 2018. 最后访问日期：2024年1月25日

6. 参见柯湘《公司法修改漫谈系列之一：审计委员会与监事会“二选一”——公司内部监督的救赎之道？》，载于君合法律，2022年5月7日发布，链接：<https://www.junhe.com/legal-updates/1787>。最后访问日期：2024年2月5日。

四、新公司法下审计委员会的职能优化

(一) 董事会和监事会的职能对比

根据新公司法的规定，董事会和监事会的职能对比情况如下：

董事会	监事会
<ul style="list-style-type: none">① 召集股东会会议，并向股东会报告工作；② 执行股东会的决议；③ 决定公司的经营计划和投资方案；④ 制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑤ 制订公司增加或减少注册资本以及发行公司债券的方案；⑥ 制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；⑦ 决定公司内部管理机构的设置；⑧ 决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；⑨ 制定公司的基本管理制度；⑩ 公司章程规定或者股东会授予的其他职权。 <p>详见《公司法》（2023修订）第六十七条的规定</p>	<ul style="list-style-type: none">① 检查公司财务；② 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；③ 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；④ 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；⑤ 向股东会会议提出提案；⑥ 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；⑦ 公司章程规定的其他职权。 <p>详见《公司法》（2023修订）第七十八条的规定</p>

(二) 对审计委员会的职能优化建议

如上图所示，新公司法下监事会的职能可以分为三类：

1、**检查公司财务**（第①项职权）。这一类的职能完全可以由审计委员会替代，且现行有效的与上市公司治理相关的行政规章及规范性文件，已经明确

规定了审计委员会的财务监督职能。但实践中，很多上市公司的审计委员会并未切实履行财务监督职责。查阅中国证监会发布的《2022年证监稽查20起典型违法案例》，其中有5例都与财务造假有关。同时，在“堂堂所未勤勉尽责案”中，上市公司的审计机构违反独立性要求，与上市公司约定审计意见，协助其倒签租金抵账协议，未对财务舞弊迹象进一步实施审计程序，导致出具虚假审计报告。在“永拓所未勤勉尽责案”中，审计机构“走过场”，未对公司业务管理系统实施相应审计程序，并且在风险识别与评估程序、内控测试审计程序、实质性审计程序等多个环节存在未尽勤勉尽责行为⁷。这些违法案例均反映出这些上市公司审计委员会的财务监督职责形同虚设。

为此，借鉴英美单层内部监督机制下审计委员会的职权，我们认为可以对审计委员会的财务监督职能进一步细化，并对审计委员会的人员构成提高要求：

(A) 对“监督和评估外部审计机构的工作”进行细化，明确审计委员会：有权对聘任、解聘外部审计机构发表意见，并**定期与外部审计机构会面**，讨论关于公司经审计的年度财务报表、半年报或季度报告；

(B) 对“指导内部审计工作”进行细化，除要求公司建立内审部门之外，明确审计委员会：**有权定期、单独与内审部门会面**，探讨公司的内部财务控制情况以及内部审计执行的有效性；

(C) 对审计委员会的人员构成和专业能力提高要求。在独立性方面，我国目前与上市公司审计委员会相关的行政规章及规范性文件，只强调独立董事

7. 参见中国证监会官网2023年3月24日发布的《2022年证监稽查20起典型违法案例》，链接：<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c7397653/content.shtml>。最后访问日期：2024年2月7日。

应当占多数，且召集人应当由独立董事担任且为会计专业人士。而英美法下，审计委员会均由独立董事/非执行董事担任，即在委员的选聘上，做到与董事会、公司高级管理人员彻底独立。另一方面，在专业资质要求上，仅要求1名独立董事为会计专业人士，是否可以满足审计委员会财务监督的职能？**我们认为应当提高对委员财务会计专业知识的要求，同时鼓励审计委员会通过借助外部审计机构、独立核数师等专业人士的力量，加强对公司财务状况的监督。**

2、对董事、高级管理人员履职行为的监督（第②项、第③项和第⑥项职权）。该项职责包括发现董事、高级管理人员履职行为损害公司利益时有权要求纠正，以及当董事、高级管理人员执行职务的行为违反法律、行政法规或公司章程规定时，有权向人民法院提起诉讼。**这一类职能，我们认为可以由审计委员会履行。**《公司法（2018年修正）》下，监事会对董事、高级管理人员履职行为的监督是全方位监督，不仅仅在财务方面，也包括对公司日常经营活动中的履职行为，例如制定和执行公司经营计划、对外投资计划等。而受限于审计委员会的监督职能是从财务角度的“单兵突破”，因此审计委员会对董事、高管履职行为的监督也应当是从财务角度切入，例如关联交易。如果董事、高级管理人员通过与关联方之间进行交易的方式，转移利润、输送利益，从而损害公司和其他股东利益时，该等关联交易的情况可以从财务报表上进行查阅。审计委员会关注到这一事项后，可以要求董事、高级管理人员对关联交易的必要性、定价公允性、合理性等进行解释，从而实质上起到对董事、高级管理人员履职行为的监督作用。

3、召开股东会并向股东会提出议案（第④项和第⑤项职权）。**这一类职能，我们认为并不适合由审计委员会履行。**《公司法（2018年修正）》下，监

事会和董事会是平行机构，监事和董事均由股东会选举产生。因此，监事会有权提议召开股东会并向股东会提出议案。而选择设置审计委员会、不再设立监事会的公司，审计委员会属于董事会的下属专门委员会，隶属于董事会。此时再赋予董事会内部专门委员会提议召开股东会和提案的权利，会导致董事会及专门委员会的权责不清，那么薪酬与考核委员会、战略委员会等其他专门委员会是否也有权提议召开股东会呢？这样导致董事会职权的落空。因此，我们认为此时审计委员会可以向董事会提出召开股东会并提交相关议案的建议，尤其是对公司财务监督方面的相关提案，而后由董事会实际履行召开股东会并将议案提交股东会审议的权利。

（三）总结

上述对审计委员会的职能优化建议，系我们结合英美国家单层制下审计委员会财务监督职能的初步想法。新公司法于今年7月1日起实施后，对于选择只设立审计委员会而不再设立监事会的上市公司，应当如何发挥审计委员会的监督职能这一课题，我们相信中国证监会及/或证券交易所将根据新公司法的规定出台或修订关于上市公司治理的相关行政规章或规范性文件，对现有上市公司董事会设置的审计委员会的职责进行细化和调整。

2024年2月18日至19日，证监会召开系列座谈会，就加强资本市场监管、防范化解风险、推动资本市场高质量发展广泛听取各方面的意见建议。其中，重点提出：**建议严把IPO准入关，加强上市公司全过程监管，坚决出清不合格上市公司，从根本上提高上市公司质量，增加投资回报。**上市公司全过程监管，不仅仅来自外部监管机构，上市公司自身建立健全监督机制并切实有效运

行，才能从根本上提高上市公司的质量。新公司法生效后，关于审计委员会的
监督职能具体如何细化和调整，让我们拭目以待。



江浩雄
合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3337
jianghaoxiong@zhonglun.com



余娟娟
合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3336
yujuanjuan@zhonglun.com

新《公司法》下的职工 董事详解

 严静安 周易



前言

2023年12月29日，新修订版《公司法》正式公布，并确认于2024年7月1日起正式施行，本次修订中不乏对公司法（2018年修正）条款的实质性调整和修改。其中，“保护职工权益”、“加强公司民主管理”是本轮《公司法》修订的亮点之一，尤其是职工董事的适用范围扩大，引起了诸多关注。但职工董事的概念对于许多非国有企业而言，是较为陌生的。本文将结合现有的相关规定，做一个梳理和总结，帮助大家更好地理解这个概念，以及背后可能对公司运营产生的影响。

一、新修《公司法》下职工董事制度的重大变革

我国《公司法》自1993年首次发布以来就有职工董事的概念，其第四十五条明确“两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表”，而第六十八条则明确国有独资公司“董事会成员中应当有公司职工代表”。可见，最早的职工董事制度是针对部分国有企业民主管理的要求。

2018年修正的《公司法》中，除继续沿用上述要求外，还明确了其他有限责任公司与股份有限公司董事会中“可以有公司职工代表”。据此，我国此次修订前的职工董事制度是“针对部分国有公司的强制性要求+其他公司可选”的一种民主管理方式。

但是，这种针对大部分企业的“可选择性”在此次新修《公司法》中被直接改变。2023年修订版本的《公司法》第六十八条“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”，而第一百二十一条确认了股份有限公司同样适用。因此，在新修版本《公司法》实行后，职工董事制度将演变为：1) 对部分国有公司的强制性要求；2) 对人数超300人的公司“择一”要求；3) 其他公司可选的一种民主管理方式。

这种职工董事的普遍化适用趋势在《公司法》本轮修订过程中其实早有涉及，甚至更为严格。2021年12月人大法工委发布的《公司法（修订草案）》中相比目前的“择一”要求，直接明确“职工人数三百人以上的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表”。

因此，2024年7月1日新修《公司法》实行后，对于人数超300人的公司，其面对的选择很直接，要么设立监事会并依法选任职工监事且职工监事比例不得低于三分之一，要么选任职工董事。换言之，对于人数超300人的公司，至少要接受一名职工代表以董事身份或监事身份深度参与公司的经营管理。公司是否应当选择职工董事？如果选择，应该如何执行职工董事制度？希望在阅读本文后，读者能有一个较为清晰的了解。

二、有关职工董事的重要文件

除《公司法》外，就职工董事制度，国资委在2006年出台《国有独资公司董事会试点企业职工董事管理办法（试行）》（“**国资委文**”），并于2009年进一步出台《董事会试点中央企业职工董事履行职责管理办法》（现已失效）。上述规定相对全面，但对于非国有独资公司而言，也具有参考意义。而更为普适的职工董事规范指引，现行的依据主要是中华全国总工会分别在2006年出台

的《关于进一步推行职工董事、职工监事制度的意见》（“**32号文**”）以及2016年出台的《关于加强公司制企业职工董事制度、职工监事制度建设的意见》（“**33号文**”）。上述两份文件有新旧之分，且2016年的文件内容相对2006年意见丰富许多。本文将分享这些规定里的重点内容。另外，全国与地区总工会企业民主管理规定中也有对于职工董事内容的涉及，但内容相对较少，本文不再涉及。

三、职工董事的职权

《公司法》并未对职工董事的职权做任何特别规定，因此原则上来说，职工董事应当享有非职工董事的全部职权（除了第71条有关董事被股东会无正当理由解任，董事可要求公司赔偿这一权利不适用以外）。上述国资委的文件与全国总工会的意见，均明确职工董事享有非职工董事的同等职权（权利）。在这一基础上，由于职工董事本身的“职工代表”本质，其还拥有一定特别职权及职责。

全国总工会33号文列举了职工董事的职权虽然没有特意区分一般职权与特别职权，但其中能体现职工代表这一性质的职权包括：对涉及职工合法权益或大多数职工切身利益的董事会议案、方案提出意见和建议；就涉及职工切身利益的规章制度或者重大事项，提出董事会议题，依法提请召开董事会会议，反映职工合理要求，维护职工合法权益等。

理论角度，职工董事的权利很大程度上来源于全体职工，其作为民主代表参与公司的经营、决策、管理流程。因此，职工董事的“特别职权（责）”与其说是区别于非职工董事而独有的某些权限，倒不如说是职工董事在履行董事职

权时需要尤其关注职工合法权益、从职工角度的出发。

值得注意的是，无论国资委又或是全国总工会文件中，都并未限制公司章程对职工董事的职权做出合法、合理的设置。因此我们认为，**在把握“维护职工合法权益”这一原则下，通过公司章程明确职工董事的职责及履行方式是可行且十分必要的。**

最后，在2022年全国总工会草拟的《职工董事、职工监事工作的操作指引（征求意见稿）》中专门指出职工董事“有权在必要时聘请公司以外的相关方面专业人员协助其工作”，这种专门服务于职工董事的人员与一般意义上的公司顾问或董事会顾问似乎均有区别，确实是颇有创设性。不过鉴于该操作指引尚未实行，仅分享该条以供了解，不做进一步分析。

四、职工董事的任职资格和人选问题

首先，职工董事受《公司法》中对于董监高的一般任职资格限制。如果是上市公司的职工董事，还应符合上交所或深交所对于董监高任职的资格限制。除了这些相对普适的任职资格要求（主要是负面禁止条件），职工董事作为职工代表，也有特殊的任职资格要求。

整体上可以将这种特殊要求划分为两类，一类是正面条件，另一类是负面禁止条件。就正面条件，最基础的条件为“与公司建立劳动关系”，即首先应为职工。至于其他的正面条件，依据国资委与全国总工会的文件，与其说是“资格”，倒不如说是“要求”或“期望”，其中包括维护职工利益、代表职工反映需求的能力及具备群众基础，熟悉公司经营，还包括遵纪守法、品行端正这样的一般要求等。其中比较有亮点的是33号文中，强调职工董事需要“熟知劳动法律

法规”，为职工董事的人选提出了较高的专业性要求。

至于负面禁止条件，33号文中主要提出了两点：一是公司高级管理人员、监事**不得**兼任职工董事，二是公司高管的近亲属**不宜**担（兼）任职工董事。而全国总工会2022年草拟的征求意见稿中则直接将第二点中的“不宜”也改变为了“不得”。从合理性上看，不难理解全总工会作此限制的目的，即职工代表应保持其相对公司核心管理层、决策层的独立性，不受影响地代表全体职工。但该文未明确“公司高级管理人员”的范畴，如果用《公司法》项下定义，则包括公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司负责人董秘和公司章程规定的其他人员。这种理解下，在章程未有限制的情况下，其他广义的“高管”，例如部门负责人等，原则上应是具备职工董事任职资格的。不过针对高管不能担任职工董事的规定，在32号文中似乎有一个例外，即“未担（兼）任工会主席的公司高级管理人员，不得担任职工董事”，反言之，担任工会主席、副主席的高管可以担任职工董事。

这里就需要特别提一下工会主席和职工董事之间的关系。首先，33号文提出，“公司工会主席、副主席一般应作为职工董事、职工监事候选人选”。可见，全国总工会认为工会主席、副主席是职工董事的理想人选。这两个职务之间确实有类似的功能，均系重要的职工代表，为了确保工会主席能够充分代表职工利益，工会主席也有负面禁止条件，即根据《企业工会主席产生办法（试行）》第六条，“企业行政负责人（含行政副职）、合伙人及其近亲属，人力资源部门负责人，外籍职工不得作为本企业工会主席候选人。”结合上述规定，不难发现在全国总工会指导框架下，高管、工会主席、职工董事这三重身份可能的兼任情形包括：（i）第一种：兼任上述三种身份。举例而言，财务负责人似乎是高管序列里面可以既成为工会主席，又成为职工董事的人。但是，公司高

管的立场本质上并不完全适合职工董事这个岗位寄托的责任和义务，而且即使被列为候选人，也可能面临无法选举通过的可能性；（ii）第二种：担任广义的“高管”，未担任工会主席，但兼任职工董事。例如人力资源部门负责人，但也取决于其是否能够通过民主选举流程；（iii）第三种：未担任高管，但担任工会主席并兼任职工董事。公司需要注意，即使不是高管成员，如一名员工已经是工会主席（例如厂长），又以职工董事身份加入公司董事会，本身也将产生巨大的影响力和话语权，公司在采纳这种安排之前应慎重考量。

此外，现有制度并未限制通过公司章程等形式对职工董事的任职资格做进一步要求，部分上市公司公示的文件中，也可看到职工董事的任职资格，常常可见“在公司工作5年以上、具备公司所在行业的专业能力、丰富的从业经验”等要求。因此，**在确保合法性、合理性前提下，公司有权对职工董事提出进一步的任职资格要求或限制。**

关于职工董事的人数和比例问题，新《公司法》没有作出要求，但是32号文提出“职工董事的人数一般应占公司董事会成员总数的四分之一；董事会成员人数较少的，其职工董事至少1人。”

五、职工董事的选任与产生

鉴于职工董事之职工代表的特性，其产生方式必须是与民主形式紧密联系的，这也是新《公司法》的明确要求，职工董事须由“职工代表大会（职代会）、职工大会或其他形式民主选举产生”。国资委文件在此基础上简略指引了选举流程，指出：（1）候选人由公司工会提名+职工自荐产生；（2）由职代会、职工大会或其他形式进行选举，明确需要无记名投票+差额选举；（3）职

工董事选举前需征得国资委同意，选举结果需报国资委备案。不难看出，国资委文件除了在选举流程前后增加了审核环节外，对于选举流程本身的规范较少，允许公司与职工（包括工会）在流程中发挥主观能动性。

与之相比，全国总工会33号文对整体流程的指引更为详细：

1) 提名阶段：（i）可以由公司工会根据职工推荐、自荐情况，听取职工意见并进行提名；（ii）可以由三分之一以上的职工代表或者十分之一以上的职工联名推举；（iii）职代会联席会议提名。

2) 选举阶段：由职代会以无记名投票方式进行**差额选举**，且要经职代会全体代表的过半数同意。

3) 选举后：对选举结果进行任前公示，与其他董事一样履行相关手续，并报上级工会和有关部门（机构）备案。

初步看来，这一流程的设计是具备可操作性的，尤其在提名阶段，提供了多种方式。但事实上，该流程设置与很多公司的现实条件存在差距。在全国总工会设置的职工董事选任、产生流程中，公司工会承担重要作用，而职代会承担包括直接进行选举在内的核心作用。另外，在全国总工会设置的职工董事履职（包括报告义务）、罢免及补选等流程中，公司工会同样起到组织作用，而职代会作为职工董事的负责对象，也依然起到核心作用。

而现实情况是，在非国有企业中，很多公司并没有设立工会，设立职代会的就更少了。尽管全国总工会33号文也明确提出“尚未建立职代会的，应在企业党组织的领导和上级工会的指导下，先行建立职代会”，但非国有企业很多也没有“企业党组织”。进一步来说，对于未设立本公司工会的公司，上级工会的指导也可能无法落到实处。全国总工会设置的职工董事履职（包括报告义务）、卸任（罢免）的全流程中，公司工会也起到组织作用。如果公司没有设

立工会，33号文中设计的职工董事相关制度就无法落到实处。

回到新《公司法》视角下，如果没有工会，理论上职工董事可以由职工大会选举。但实操角度，如果与职工董事相关的全流程，不仅包括选任、罢免与更换，更包括日常履职行为中，如征集意见、汇报工作等，都全部需要通过职工大会来完成，显然也存在较大的困难。

六、职工董事的责任和义务

职工董事既然是董事会成员之一，原则上也应承担董事的全部义务和责任。新《公司法》的修订，在多个方面新增或加重了董事的责任和义务，包括董事负有催促股东出资的义务、清算义务、勤勉义务、忠实义务；在履行职务的过程中存在故意和重大过失的，需要承担赔偿责任；协助出逃出资的董事需要承担连带责任；对公司违规分红、违规减资负有责任的董事也需要承担赔偿责任等等。可以说，新《公司法》对于董事的履职要求是非常高的，在考虑职工董事能否充分代表员工的权益的同时，也需要考虑职工董事候选人是否具备一定的法律和商业素养，能否妥善地完成法律规定的义务，否则将有被追究法律责任的风险。

另外，公司商业运营的考量和职工权益保护的考量，在有些方面存在一定程度的天然冲突。也就是说，职工董事在某些提案中可能面临一定的利益冲突，与工会主席或者职工监事更为纯粹的立场相比，职工董事可能是更难平衡的一个角色。

出于职工董事的立场的复杂性，职工董事与其他董事会成员出现不一致意

见的情况是可以预期的。根据新《公司法》的要求，董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。**公司应注意在章程中妥善规定董事会的议事规则和决策机制，以尽量避免公司僵局的发生。**

七、有关职工董事与民主管理的思考

仅从选任与产生一节，就足以充分认识职工董事制度在国内实施的挑战较为艰巨。尽管新《公司法》中再次强调“要健全建立以职工代表大会为基本形式的民主管理制度”，但事实上“职代会”对于很多非国有公司与员工而言，仍然是个陌生的概念。规范层面，多地区企业民主管理相关规定中，如《上海市职工代表大会条例》、《江苏省企业民主管理条例》都明确职工人数在一百人以上企业应当召开职工代表大会（人数一百人以下一般/可以召开职工大会），并对职代会的职权，包括审议事项等等做了详细规定，但上述规定并未严格落到实操层面。

除了职工董事的选任与产生，新《公司法》也有其他民主管理的条款涉及工会与职代会的参与。例如，新《公司法》第十七条第三款要求，“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”。对于没有设立工会和职工代表大会的公司，是否必须要以全体员工大会的形式听取意见？在实践操作层面，这是否意味着将来公司在做出解散决定后，提交公司注销申请时，还需要提交已经依法履行上述步骤的证明材料？

此次新《公司法》出台后，是否会有进一步措施推进工会设立和职代会制

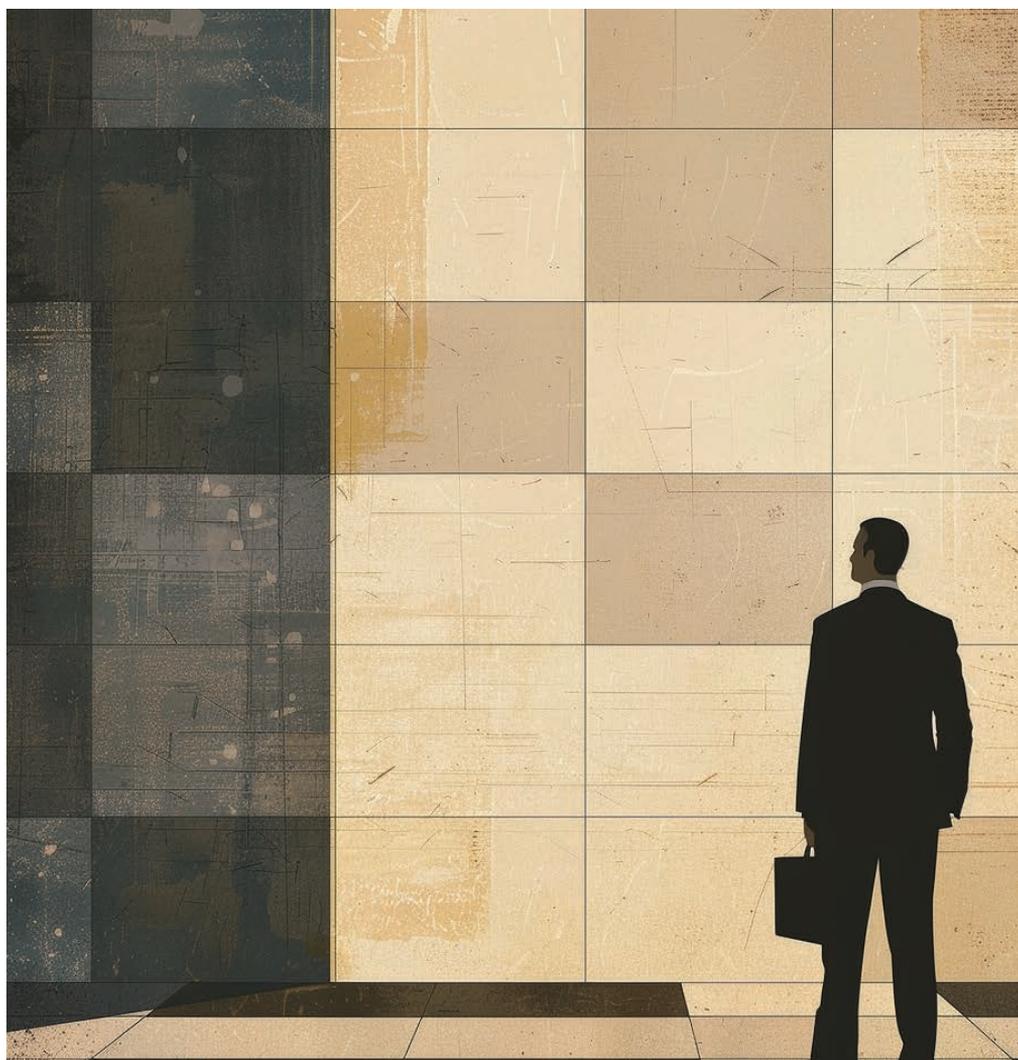
度的进一步落地？或者对于非国有企业的职工董事制度，政府是否会出台新的、适配于新《公司法》的操作指引？如未依据新《公司法》选任职工董事是否会导致董事会决议无效？这些问题，均有待我们继续关注。



严静安
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3187
yanjingan@zhonglun.com

IPO企业董监高必读： 新《公司法》下个人责任 风险与应对

刘新辉



前言

2023年12月29日,《中华人民共和国公司法(2023修订)》(以下简称“新《公司法》”)经第十四届全国人大常委会审议通过,并已于2024年7月1日起正式施行。

新《公司法》在公司资本制度、公司治理、管理者责任等方面做出了较多修改,对公司及相关主体的治理能力提出了更高要求。在涉及董监高责任的边界、权责对等、责任限制与救济等方面,董监高个人责任和风险大幅提升。

对于上市公司以及拟IPO企业而言,由于企业的公众属性更高、所受监管更强等特点,其董监高同时适用《公司法》及《证券法》的各项要求,所面临的责任、风险以及对自身履职能力的要求都相对更高。

我们聚焦于上市公司及拟IPO企业的董监高视角,从实务角度梳理了新《公司法》下董监高的个人责任风险与应对,以供参考。

一、董监高承担赔偿责任的边界扩大

新《公司法》下,董监高承担个人责任的边界有所扩大。

可以提出赔偿主张的权利主体除了公司,还包括股东、公司债权人,甚至是履职行为涉及到的其他第三方。

随着司法实务中被参照执行,董监高个人遭受各类主体直接索赔、或在针对公司或股东的诉讼中被追加为被告的情形可能会增加,需要做好充分的认识和应对。

（一）董监高自身履职行为不当而承担赔偿责任的情形

新《公司法》下，董监高自身履职行为不当涉及的赔偿责任条款内容主要如下：

责任主体	触发情形	赔偿对象
董事、监事、高级管理人员	执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失	公司
董事、高级管理人员	违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的	股东
	执行职务，给他人造成损害的，且董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的	受损害的“他人”

其中，董事、高级管理人员执行职务给第三人造成损害的，明确将“重大过失”纳入担责范围。总体看，该条规定比较宽泛，如不进一步细化，则可能导致董监高遭受“泛诉”之累。

拟IPO企业、已上市公司的董事和高管，应特别关注上述规定。实务中，证券虚假陈述、欺诈上市等案件，是典型可归入该条款的情形。

在这类案件中，受损害的大量公众投资者都可能是“他人”；即便很多董事、高管并未参与造假过程甚至毫不知情，并非“存在故意”，但他们在很多证券发行、信息披露文件中都有义务签署书面承诺，以保证发行文件的真实、准确和完整，从而可能被主张存在“重大过失”而牵扯进诉讼当中。此类证券诉讼索赔金额巨大，个人较难承受。

除可能遭到公众投资者直接索赔外，董监高还可能面临着额外的风险，即被进一步追偿上市公司因赔付投资者而遭受的损失。

2023年2月，“全国首例”投资者保护机构代位追偿董监高案件中，某A股上市公司因证券欺诈被判令承担了民事赔偿责任后，投服中心作为持有该上市公司100股的股东，代表上市公司，以时任董监高损害公司利益为由向董监高提起了代位追偿，最终该案以时任董事长兼总经理向上市公司赔偿3.35亿元达成和解。

在这类案件中，IPO企业、上市公司董监高基于“过错推定原则”承担着“自证清白”的责任，这是很多董监高未能充分认识的问题。

最高人民法院在《关于审理证券虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》中就已明确规定，如发行人的董事、监事、高级管理人员“不能提供勤勉尽责的相应证据，仅以其不从事日常经营管理、无相关职业背景和专业知识、相信发行人或者管理层提供的资料、相信证券服务机构出具的专业意见等理由主张其没有过错的，人民法院不予支持。”

随着新《公司法》落地，董监高如何尽职履责，避免被认定存在“重大过失”，是IPO企业及上市公司董事和高管在履职过程中需要特别关注、并与专业机构共同探讨防范的问题。

附：对应公司法主要条款：

第一百八十八条 董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

第一百九十条 董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

第一百九十一条 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。

（二）股东出资不实、抽逃出资，公司违法分红、减资、财务资助等情形下的责任

在新《公司法》下，公司成立后，董事会有义务对股东的出资情况进行核查，并且对于未按期足额缴纳出资的股东负有催缴义务。

如果没有及时履行前述义务给公司造成损失，负有责任的董事应当承担赔偿责任。如果股东抽逃出资给公司造成损失，负有责任的董事、监事、高管与股东承担连带赔偿责任。

除股东出资问题外，对于公司资金“违规流向股东”，负有责任的董事、监事、高级管理人员也需对于公司的损失承担赔偿责任。具体包括：

- 公司违反规定的程序和限额要求，为他人取得本公司或其母公司的股份提供财务资助（员工持股计划除外）；
- 公司违反规定向股东分配利润；
- 公司违反规定减少注册资本。

由上可见，公司的董监高对于公司资本充实和资本维持负有全面的责任。而对于IPO企业和上市公司而言，IPO申报过程中，中介机构及审核部门通常会对公司股东的出资情况做重点核查并夯实，“出资不实”的风险通常可以在此环节中得以消除。而公司上市完成融资后持有大量资金，董监高更需要重点关注股东变相抽逃出资，或公司资金违规流向股东的风险。

上述责任要求如何在实践中把握，又会衍生出若干进一步的话题，例如：

——**如何认定“负有责任”？**针对与公司资本维持相关的赔偿责任，均带有

“负有责任”的定语，体现了新《公司法》归责逻辑。

不论是出资不实、抽逃出资，还是公司资金通过违规减资、违规分红、违规财务资助方式流向股东，首要的违规责任主体都是股东。而董监高如自身履行了对于公司的“忠实”“勤勉”义务，是否还要对股东的出资违约或违规侵占公司资金行为担责，需要特别注意各类情形下“负有责任”的具体认定规则。

——**关于“抽逃出资”？** 实务中，很多董监高或不关注、或无法识别股东在出资后的抽逃出资行为。抽逃出资的行为很多都具有隐蔽性，尤其是控股股东“一家独大”的公司，不乏通过隐蔽性方式操作抽逃的情形。

例如，通过非公允关联交易、虚构债权债务关系、虚假诉讼、公司委托理财等方式，将资金回流至体外主体，都可能是为了实现抽逃出资的目的。

对于上市公司而言，股东“占用上市公司资金”一直是近年来的监管重点。

《上市公司监管指引第8号——上市公司资金往来、对外担保的监管要求》中，列举了多种常见的资金占用情形。上市公司董监高除应遵守行政监管规则的要求监督股东行为外，也应当认识到，股东占用上市公司资金符合一定条件的也可能构成抽逃出资；此时董监高如果被认定“负有责任”，自身也会面临与股东连带赔偿的风险。

而对于隐蔽的抽逃出资行为，董监高的识别义务需要达到什么程度、如何能够识别，是需要实务中进一步关注的问题。

综上，新《公司法》的多处修订，对于董事、监事、高管主观上的勤勉尽责、客观上的治理能力、经验和认知都提出了更高的要求。

附：对应公司法主要条款：

第五十一条 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。

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。

第五十三条 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。

第一百零七条 本法第四十四条、第四十九条第三款、第五十一条、第五十二条、第五十三条的规定，适用于股份有限公司。

第一百六十三条 公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。

为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。

违反前两款规定，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

第二百一十一条 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。

第二百二十六条 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。

（三）董事高管受控股股东、实际控制人指示从事不当行为，与股东承担连带责任

本次新《公司法》明确“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。”

实践中，很多公司，即便已经完成IPO上市，董事、高级管理人员仍无法独立履职，仅是配合或根据控股股东、实际控制人指示行事。

客观而言，导致这种情况的原因比较复杂；对于公司内部提拔的董事、高管而言，他们作为员工，本就处于话语权相对弱势的地位；而我国大多数公司存在控股股东、实际控制人“一言堂”的情况，内部董事、高管违背大股东的指示非常困难。

新《公司法》这一条款的出发点主要是强化控股股东、实际控制人的责任，但也警示了董事、高管，如只是作为“被动执行者的角色”，并不能成为自身免责的理由。

因此，应当注意甄别所“受指示”实施的行为，是否可能损害公司或股东利益，并做好相应的自我风险防范。

附：本节对应公司法主要条款：

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。

（四）董事会决议存在违法违规问题，“参与决议”的董事负赔偿责任

此项要求延续了2018年《公司法》的条款。新《公司法》规定，董事会决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，

参与决议的董事对公司负赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

该条款在过往实务中受到一些可适用性不足等方面的质疑，包括弃权董事是否担责、该条规定在股份有限公司章节是否能供有限公司董事援引据以免责等，都不甚明确。

对于董事而言，在强化责任的大背景下，要审慎地行使手中的表决权。对于不认可的议题，要明确表明异议并要求公司做好记录、且自己也要注意留存。

本次公司法修订，还有一个重要条款，是明确了“勤勉义务”的判断原则。即“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”；相应地，董事投出反对票，也需要基于勤勉义务的前提；表决意见做出前，应有足够的依据，对履职尽责加以证明。

附：本节对应公司法主要条款：

第一百二十五条 董事会会议，应当由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书应当载明授权范围。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

(五) 与公司不当交易、谋取公司商业机会、与公司同业竞争等，所得收入归公司

此项内容，主要是围绕董监高“忠实义务”所作的明确。

在2018年《公司法》及司法解释等的规则基础上，基本变化不大，主要是

明确了各类情形下的报告义务，并将限制与公司交易的主体范围扩展到近亲属及其控制的企业、其他关联方等。

简言之，在新《公司法》下，董监高应当尤其注意下表所述各项要求；否则，违法所得均应归公司所有。

IPO企业、上市公司的董监高，除新《公司法》的相关要求外，本身在《证券法》及上市公司监管规则下就负有与公司之间避免同业竞争、规范实施关联交易的相关义务，需要同时遵守。

适用情形	具体要求
自营或者为他人经营与其任职公司同类业务的要求	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
直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易的要求	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； 本条还适用于以下主体： 董监高的近亲属；董监高及其近亲属控制的企业；董监高的其他关联方
其它禁止性行为	不得有下列行为： <ul style="list-style-type: none"> （一）侵占公司财产、挪用公司资金； （二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储； （三）利用职权贿赂或者收受其他非法收入； （四）接受他人与公司交易的佣金归为己有； （五）擅自披露公司秘密； （六）违反对公司忠实义务的其他行为

适用情形	具体要求
	<p>不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。</p> <p>但是，有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）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>（二）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。</p>

附：对应公司法主要条款：

第一百八十一条 董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：

- （一）侵占公司财产、挪用公司资金；
- （二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；
- （三）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；
- （四）接受他人与公司交易的佣金归为己有；
- （五）擅自披露公司秘密；
- （六）违反对公司忠实义务的其他行为。

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。

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。

第一百八十三条 董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：

(一) 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；

(二) 根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。

第一百八十四条 董事、监事、高级管理人员未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，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

第一百八十六条 董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。

(六) 董事未及时清算公司、在清算过程中有“故意或重大过失”等情况，负有赔偿责任

新《公司法》实质性加重了董事在公司清算环节的责任义务，应予重点关注。

2018年《公司法》规定，有限责任公司的清算组由股东组成、股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。而新《公司法》则统一规定，除非公司章程另有规定或股东会决议另选他人，否则公司的清算组“由董事组成”，强化了董事的清算义务与责任。

而董事自动成为清算义务人的后果，则是面临着履职不当的赔偿风险：“未及时履行清算义务”给公司或债权人造成损失、“怠于履行清算职责”给公司造成损失、“故意或者重大过失”给债权人造成损失，都要承担赔偿责任。

随着市场上业绩表现不佳、濒临破产的企业（包括上市公司）呈增多趋势，围绕企业清算的相关纠纷风险增加。董事如果未能妥善履行清算职责，被公司债权人索赔的风险可能会大幅提升。

附：对应公司法主要条款：

第二百三十二条 公司因本法第二百二十九条第一款第一项、第二项、第四项、第五项规定而解散的，应当清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算。

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。

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。

第二百三十八条 清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务。

清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

二、给IPO企业及上市公司董监高的建议

处于不同阶段的公司，以及具有不同背景的董监高，在应对新《公司法》下加重的责任和风险时，都需要有针对性的方案。

初创企业、无上市规划企业、拟IPO企业、上市公司、以及处于破产清算阶段的企业，因所处阶段不同，董监高遭受索赔的事由和主体不尽相同。

董监高的类型和背景也存在差异。例如投资人委派的董事、独立董事、职工董事等特殊身份董事，与实际控制人、公司高管兼任的董事，在实际履职过程中的话语权、知情难度等方面都差异巨大。但是，他们法定责任却并不因此而有所区分。

本文提出以下几条普适性建议供参考：

（一）充分认识董监高责任风险，提升履职主动性和独立性

新《公司法》修订的一个重要目的，是强化经营管理人员的责任，进一步明确董监高忠实义务和勤勉义务的具体内容，细化了多种履职行为规范要求，大幅提升了董监高的责任和风险。IPO企业及上市公司的董监高，由于企业的公众属性更高、所受监管更强等特点，其所面临的责任、风险以及对自身履职能力的要求都相对更高。

董监高的首要任务，是尽快提高对履职所面临的责任、风险和要求的充分认识，提升履职行为的主动性和独立性，重视公司的财务情况和资金、资产的流向。平时注意学习法律，参与相关培训，提升风险责任意识，提高治理水平。

（二）对所任职公司情况自我“排查”，识别潜在风险

担任公司董监高的人士，对自身所任职公司的情况应做好排查，分析，识别自身可能面临的风险。

例如：（1）公司股东出资是否到位、是否有股东抽逃出资的嫌疑。如有出资瑕疵的应尽快催缴；（2）所任职公司的股东、高管及员工等，是否给自己的履职制造障碍，从而自身难以做到“勤勉”履职；如有，则应尽快要求相关方配合落实履职所需的各项条件；（3）所任职公司是否存在重大负面舆情、财务状况恶化、可能面临债权人索赔、已出现法定解散情形但长期未清算等情况，评估自身是否可能会面临被外部人索赔的风险，并积极寻求应对方案。

(三) 履职过程妥善留痕

新《公司法》下，董监高在诉讼中被直接列为或追加为被告的风险大幅提升。如果发生纠纷，董监高往往需要“自证清白”。

结合近年来证券领域监管强调对证券违法行为“零容忍”的要求，持续加大对发行人控股股东、实际控制人、董监高等“关键少数”对象证券违法行为的追责力度；一旦被追究行政责任，会大大增加被公众投资者乃至上市公司民事追偿的风险。

因此，IPO企业及上市公司董监高应当注重自身履职过程的持续、妥善留痕，做好档案保管，保存主动履行各类职责的证据、明确发表异议意见的会议记录。履职过程中对于发现或存在怀疑的问题，应及时书面督促股东和公司澄清或整改，并做好记录。这些都是未来面临行政调查及民事诉讼时，保护自己的有利证据。

(四) 履职及风险防范过程中如何借助外力

IPO企业及上市公司董监高，其履职尽责亦可借助外部力量，并注意要对外部机构的工作履行适当的“审查义务”。

例如：

在(2019)粤民终2080号证券虚假陈述责任纠纷案中，A上市公司在重大资产重组交易中受到行政处罚，主要原因为重组标的向评估机构提供了虚假资料导致评估值虚增。后上市公司股价受此影响，公司及董监高等责任方被某股东索赔。法院最终判决上市公司7名董监高免责，法院认为：

首先，董监高对于评估机构出具的评估报告仍负有一定的审查义务。法院

并不认同公司董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员对信息把关只要满足了程序规范、完全依照专业服务机构的专业意见作出决策就视为履行了忠实、勤勉义务，而完全不考量内容本身的真实性。判断公司董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员忠实、勤勉义务时，应根据职责分工、专业技能、客观行为及主观心理状况等综合因素，具体案件具体分析。而**证据显示，在重组期间，公司董事长及公司财务负责人频繁往来江阴和深圳，经过多轮现场调研、反复磋商、洽谈，积极督促和安排上市公司聘请专业机构开展工作，依照规定落实了重组对方出具承诺保证资料的完整、准确、真实。在已经做到了前述工作的前提下，在各中介机构出具的报告没有明显异常、相互之间没有矛盾的情况下，法院认为7名董事履行了应尽的工作职责。**

根据最高法在《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》的规定，**独立董事可以免责的几类情形包括：**（1）在签署相关信息披露文件之前，对不属于自身专业领域的相关具体问题，借助会计、法律等专门职业的帮助仍然未能发现问题的；（2）在揭露日或更正日之前，发现虚假陈述后及时向发行人提出异议并监督整改或者向证券交易场所、监管部门书面报告的；（3）在独立意见中对虚假陈述事项发表保留意见、反对意见或者无法表示意见并说明具体理由的，但在审议、审核相关文件时投赞成票的除外；（4）因发行人拒绝、阻碍其履行职责，导致无法对相关信息披露文件是否存在虚假陈述作出判断，并及时向证券交易场所、监管部门书面报告的；及（5）能够证明勤勉尽责的其他情形。

上述规则及案例对于上市公司董监高的履职具有一定参考价值，尤其是对外部董事和监事而言，在履职过程中如果面对自身不了解的具体专业问题，可

借助会计、法律等相关专业人士的帮助，并将咨询过程妥善留痕。同时，对于外部机构的工作成果，也应尽可能地进一步加以审核验证，排除一般商业逻辑下的合理怀疑。

(卞嘉虹对本文亦有贡献)



刘新辉
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2074
liujason@zhonglun.com

革故鼎新 未雨绸缪——谈公司 实际控制人及控股股东应如何 理解和应对《公司法》的新修订

✎ 贺云帆 王欣一 邓心怡 吴若瑜



引言

公司实际控制人及控股股东在考虑决策责任与风险、股权结构设计、公司内部治理等方面事项时，需要了解新《公司法》与2018年第四次修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称“**公司法（2018年修正）**”）的差异，理解这些差异的潜在影响，以及了解应当如何应对。

一、实际控制人及控股股东的责任与风险

新《公司法》加重了实际控制人及控股股东的责任与风险，对实际控制人及控股股东的经营管理行为提出了更高要求。

1. 实际控制人及控股股东作为“事实董事”的责任和风险

由于实际控制人及控股股东往往能令其委派的公司董事对公司的经营管理施加影响，并要求该等董事按照其指示行事，故即便实际控制人及控股股东不在公司中担任职务、领取报酬，其在一定程度上也可主导公司的业务经营，在实践中常常被视为“事实董事”。公司法（2018年修正）缺乏对“事实董事”的直接约束，而新《公司法》借鉴境外法律的“事实董事”制度，进一步强化了对实际控制人及控股股东的行为规范。

(1) 忠实义务和勤勉义务

新《公司法》第一百八十条对公司董监高的忠实义务和勤勉义务的内涵进行了完善。忠实义务是指“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”；勤勉义务是指“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”。前述规定从一反一正两个方向，给董监高的诚信义务划定边界。

新《公司法》第一百八十条进一步规定，尽管不具备董事身份，但若实际控制人及控股股东实际执行公司事务，也应当对公司承担忠实义务和勤勉义务。

(2) 关联交易和同业竞争

公司法（2018年修正）对非上市公司与董监高发生关联交易的限制较少。按照通常理解，只要交易不违反公司章程的规定即可。往往直到公司计划上市，关联交易才实质收紧。但新《公司法》第一百八十二条、第一百八十五条借鉴了上市公司董监高关联交易规则，大幅加强了对董监高与公司之间关联交易的限制，主要包括：（i）将监事纳入关联交易规制主体；（ii）扩大了关联交易的范围，不仅将董监高间接与公司从事的交易纳入关联交易范围，而且将董监高的近亲属、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”与公司之间的交易也纳入关联交易范围；（iii）只要落入关联交易范围，就需要向董事会或者股东会履行信息披露义务并经决议通过；（iv）将关联董事表决回避机制扩大适用至所有类型的公司。

同时，新《公司法》第一百八十三条、第一百八十四条及第一百八十五条对董监高谋取公司商业机会及从事同业竞争的相关规定进行了以下完善：（i）将监事纳入规制主体范围；（ii）允许公司章程将允许实施该类行为的审批层级由股东会下放到董事会；（iii）将关联董事表决回避机制扩大适用至非上市公司。

结合上文提及的公司董监高的忠实义务和勤勉义务的内涵，以及事实董事的义务，对于实际控制人及控股股东拟与公司发生关联交易，或同时持有多个

同类经营业务的公司情况而言，上述规定可能会增加实际控制人及控股股东的责任风险。因此，在关联交易或同类业务公司的经营管理中，实际控制人及控股股东需要更加谨慎。如有关联交易或下属多个公司经营同类业务，建议及时履行向公司董事会或股东会的报告义务，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

(3) 损害公司利益的连带责任

新《公司法》第一百九十二条明确规定，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。此条规定是“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任”的一般侵权原则在公司法中的体现。

基于上述，新《公司法》规定的前述条款综合加重了实际控制人及控股股东的责任，使得非上市公司实际控制人及控股股东在关联交易、商业机会、同业竞争等方面适用与上市公司实际控制人及控股股东几乎相同的标准，与目前非上市公司的普遍实践存在较大差异。新《公司法》实施后，非上市公司的实际控制人及控股股东在进行关联交易、分配商业机会、经营同类业务时将需要满足严苛的实体及程序要求，否则将被认定为从事损害公司或者股东利益的行为，并承担相关责任。

此外，由于新《公司法》增设了关联董事在关联交易、商业机会和同业竞争方面的表决回避机制，在一定程度上减弱了实际控制人及控股股东对董事会的控制力。实际控制人及控股股东需要在董事会层面与无关联关系董事保持良好关系，并了解非关联董事是否可以在一定程度上尊重其意见。如果非关联董事在相关事项中投反对票，则关联交易或同类业务将可能难以推进。实际控制人及控股股东可以考虑在公司章程中对董事席位分配、管理职权范围以及表决

机制等方面进行合理设置，或在必要时将相关事项提交其可以单方决策的股东会审议，从而避免相关事项在董事会层面被否决。

2. 股东实缴注册资本的期限及股东失权制度

(1) 注册资本实缴期限

新《公司法》对有限公司设置了注册资本实缴的最长期限，有限公司设立时或后续增资时认缴的注册资本缴付期限均不得长于五年；对股份公司而言，注册资本由认缴制变更为实缴制，明确发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款，后续增资发行新股的也按照设立时的实缴规定执行。

除瑕疵出资股东的差额补足和损害赔偿责任之外，新《公司法》第五十条和第九十九条还规定了公司设立时的其他股东就出资瑕疵应承担的连带责任，即股东未按照公司章程规定实际缴纳出资，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的，公司设立时的其他股东与瑕疵出资股东在出资不足的范围内承担连带责任。

对于新《公司法》实施前存量公司注册资本的缴付期限如何调整的问题，根据新《公司法》第二百六十六条的规定，出资期限超过新《公司法》规定的期限的，原则上应当逐步调整至新《公司法》规定的期限以内，但具体办法将由国务院另行规定。2024年2月6日，国家市场监督管理总局发布了《国务院〈关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》，明确对新《公司法》施行前设立的存量公司设置三年过渡期，过渡期自2024年7月1日起至2027年6月30日止。有限责任公司可以在过渡期内将出资期限调至五年以内，2032年6月30日前完成出资即符合要求。同时，明确有限责任公司自2027年7月1日起剩余认缴出资期限不足五年的，不需要调整出资

期限。此外，股份有限公司可以在2027年6月30日前缴足认购股份的股款。该征求意见稿对存量公司注册资本的缴付期限设置了较为合理的过渡期和起算日，但其内容是否与最终生效的规定保持一致，还需进一步关注立法动向。

新《公司法》的前述修订要求实际控制人及控股股东在确定出资义务时更理性地评估未来经营需求、投资风险，并考量债权人获得偿付的合理预期。此外，对于存量公司而言，实际控制人及控股股东还应该关注公司其他股东是否已满足或能够配合满足对公司实缴出资的上述要求，进一步考量股权合作方的资信情况，避免因其他股东未能按规定实缴出资而承担对出资瑕疵的连带责任。

(2) 股东失权制度

新《公司法》新设股东失权制度。第五十一条、第五十二条规定，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；经公司催缴后仍未缴纳出资，并经董事会决议发出失权通知的，股东丧失其未缴纳出资的股权。

由于失权通知需由董事会决议后发出，在未缴纳出资的情况下，公司股东是否有董事席位以及董事席位的多少，将影响股东失权的难度。对于能够控制公司董事会的实际控制人及控股股东而言，因未实缴出资而导致的失权风险较低；而对于在董事会没有席位的小股东而言，其面临失权的风险则较高。另一方面，无论是否由实际控制人及控股股东推荐，作为公司董事本身，还是应当尽到对公司注册资本实缴的催缴义务。否则，负有责任的董事亦会对公司的出资瑕疵承担赔偿责任。结合上文提及的“事实董事”制度，公司的实际控制人及控股股东即使未担任公司董事，若其指示公司董事不向股东履行催缴出资义务或未及时采取失权措施，也存在被认为因未履行勤勉义务而对公司的出资瑕疵

承担赔偿责任的可能。

3. 公司决议无效、撤销、不成立及相应法律后果

新《公司法》吸收了《民法典》、公司法（2018年修正）及配套的司法解释的相关规则，在第二十五条、第二十六条、第二十七条分别规定了股东会、董事会决议无效、撤销和不成立三种决议效力样态。

为避免小股东的程序权利被变相架空，新《公司法》明确规定未被通知参加会议情形下撤销权行使期限自股东知道或应当知道决议作出之日起算，并规定前述情形下撤销权可行使的最长期限为一年。在此基础上，新《公司法》继续适用裁量驳回制度，并对其适用有严格的限制，明确对决议未产生实质影响的轻微程序瑕疵不影响决议效力。

此外，根据公司法（2018年修正）相关规定，股东提起决议撤销之诉的，法院可以应公司的请求，要求股东提供担保。前述规则具有防止恶意诉讼的功能，但由于目前我国公司治理的大背景是小股东权利保护不足，大股东容易利用其控制地位侵犯小股东的权利，因此新《公司法》删除了要求股东提供担保的规定，降低小股东的维权成本。

需要说明的是，在继续适用公司法（2018年修正）司法解释关于决议无效及可撤销情况下，以及在不影响公司与善意相对人之间民事法律关系的外部效力规定之基础上，新《公司法》第二十八条进一步扩大了善意相对人的保护范围，将决议不成立的外部效力一并纳入上述规则范围，公司根据该等决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

新《公司法》实施后，公司实际控制人及控股股东需要更加关注公司决议的程序规范性，避免因小股东滥用诉权而导致额外的应诉成本。对于公司根据

决议与善意相对人形成的民事法律关系，小股东难以通过司法途径撤销公司的经营行为，但小股东有可能转而向实际控制人及控股股东主张赔偿。

4. 控股股东滥用权利时其他股东的回购权

新《公司法》第八十九条规定，有限公司的异议股东在特定情形下享有回购请求权；在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时，有限公司的其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。此外，新《公司法》第一百六十一条规定，有限公司异议股东的回购请求权同样适用于非上市股份公司，但排除了有限公司回购请求权中涉及的公司合并、分立的情形。

由于我国公司普遍股权结构比较集中，实践中控股股东滥用权利，损害公司或其他股东利益的情形容易发生。对于有限公司和非上市股份公司，由于缺乏公开转让股权/股份的市场，中小股东退出公司的渠道十分狭窄。因此，为了加强对于中小股东的保护，新《公司法》明确规定了在公司发生特定事项或在控股股东滥用权利的情形下异议股东或其他股东的回购请求权，为中小股东提供了有效的救济渠道。另外，此项规定也有利于缓和公司解散制度的适用，为公司股东处理公司僵局提供了更多解决机制。

上述规定将对控股股东可能涉及的一些不合理经营管理行为形成有效牵制。控股股东在行使相关权利的过程中应当更加注意遵守法律规范，加强企业经营管理的合规性，考虑企业运作的合理性，避免滥用权利或侵害公司和中小股东权益。



／
新《公司法》实施后，横向法人人格否认制度可以作为裁判的依据，争议解决机构将从更为实质的层面审查是否存在法人人格否认的情况。

二、实际控制人及控股股东在股权结构设计、对外投资及内部重组中的关注要点

新《公司法》的修订对公司股权结构设计、对外投资及内部重组也带来了各方面的影响，实际控制人及控股股东应予以关注，并提前在公司经营管理和资本运作过程中对相应制度予以合理考量。

1. 增设横向法人人格否认制度

新《公司法》第二十三条规定，股东利用其控制的两个以上公司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，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。此修订横向扩展了公司法人人格否认制度的适用范围，或将对司法实践产生实质影响。

此前，部分实际控制人及控股股东存在利用其控制的多个法人主体逃避债务、规避股东责任或损害第三人权利的情形，往往通过设计合资、代持、夹层公司持股等复杂的股权结构以分散底层公司的运营风险。之前在一人公司的情况下，由于举证责任的倒置，还可能具备适用法人人格否认制度的空间，从而追究实际控制人及控股股东责任；但对于股权和层级相对复杂的同一体系内的多家关联公司而言，被侵害利益方往往较难在案件中成功举证证明这些公司的法人人格否认。新《公司法》实施后，横向法人人格否认制度可以作为裁判的依据，争议解决机构将从更为实质的层面审查是否存在法人人格否认的情况，即如果实际控制人及控股股东控制的多家公司之间存在财产、资金、业务、人员、机构等往来或独立性欠缺的情况，则有较大可能会被认定为横向法人人格否定。因此，为控制风险或降低责任的相关内部股权结构设计和经营管理安排

将面临挑战。

2. 股权对外转让的内部决议机制发生变化

新《公司法》第八十四条对有限公司股权对外转让的内部决议机制作出了一系列调整，取消其他股东的同意要求，股东对外转让股权仅受限于其他股东的优先购买权，转让股东应将股权转让的数量、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。此项修订简化了股东对外转让股权的流程，强调了股东的转股自由，同时允许股东在公司章程中进行例外约定，更好地体现了意思自治原则。

由于控股股东在对外转让所持公司股权时仍将受到小股东优先购买权的限制，建议控股股东及时考虑在公司章程、股东协议中，对控股股东对外转让股权的事宜做出详细约定或修改。例如：删除此前约定的对外股权转让的其他股东同意机制；约定小股东对控股股东对外转让股权事宜放弃优先购买权；在小股东行使优先购买权时，除了约定答复期限外，还可对行使优先购买权的方式和内容等做出具体约定，若未按照约定的答复方式和内容履行，将被视为放弃优先购买权并设置相关违约责任等。前述约定，可以督促小股东尽快、规范行使优先购买权，避免出现小股东借行使优先购买权而阻碍、拖延控股股东对外转股的情况。

此外，新《公司法》实施后，需进一步关注市场监督管理部门对股权转让项下公司其他股东放弃行使优先购买权事宜的审查尺度，例如是否仍需全体股东作出股东会决议明确放弃优先购买权、在股东不配合签署决议的情况下如何提供材料以证明其他股东已视为放弃优先购买权等。市场监督管理部门的审查

尺度、公司需要提交的变更文件及证明材料内容均有待进一步明确。

3. 明确双重股东代表诉讼制度

公司法（2018年修正）第一百五十一条规定了股东代表诉讼制度，当公司利益受到侵害而公司不能或怠于起诉时，公司股东有权为了公司利益以自己的名义提起诉讼。新《公司法》第一百八十九条在公司法（2018年修正）的基础上，明确了双重股东代表诉讼制度：公司全资子公司的董监高或他人侵犯所涉子公司的合法权益造成损失的，有限公司的股东、股份公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以提起股东代表诉讼。前述规定旨在顺应公司集团化背景下，母子公司架构中普遍存在的中小股东权益被限制的问题。

在公司集团化背景下，全资子公司的公司治理往往遵从母公司的公司治理架构，真正掌握子公司业务决定权和经营权的，往往是母公司的实际控制人及控股股东或由其控制的董监高。当子公司的利益被侵害而母公司怠于行使股东权利时，母公司的股东（尤其是话语权有限的中小股东）会因此间接遭受损失。新《公司法》扩大了股东代表诉讼制度的适用范围，对于全资子公司的董监高履职有了更进一步的约束。当然，全资子公司是否包括全资孙公司，以及非全资的控股子公司是否可以规避或减少该等风险，还有待司法实践进一步明确。此外，结合上文提及的“事实董事”制度，如果实际控制人及控股股东损害全资子公司利益，股东双重代表诉讼的效用可能还有进一步拓展适用的空间。

4. 增设类别股制度

新《公司法》第一百四十四条及第一百四十五条增设了股份公司的类别股

制度，规定非上市股份公司可以发行下列与普通股权利不同的类别股：（一）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；（二）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；（三）转让须经公司同意等转让受限的股份；（四）国务院规定的其他类别股；上市公司不得发行前述第（二）、（三）项所列的类别股，上市前已发行的除外。前述规定对公司法（2018年修正）项下“同股同权”的基本原则进行了重大突破，这一突破性的规定增加了股份公司在股权结构设计上的灵活性，有利于以股份公司为载体开展投融资活动。

第（一）类财产分配型类别股可对应投融资项目中常见的优先分红权及优先清算权：在投融资交易中，股东之间可以对公司的利润分配优先顺位进行自由约定，但除协议约定外，此前往往还需要公司股东配合，按约定在公司层面作出关于利润分配的决议。增设该类别股则为优先分红权的适用进一步提供了法律依据，通过该类股权设计和公司章程的约定，股东可以直接享受优先股的相关权利。对于优先清算权而言，虽然投资者往往会要求约定优先清算顺位，但受限于公司法（2018年修正）关于清算情形下公司财产的分配制度，实际操作中往往还是需要按照法律规定先按股东出资比例进行分配，之后再按照协议约定的优先清算顺位进行调整。新《公司法》增设的该类别股可以有效突破历史上对于优先清算权分配顺位的限制，更加有利于保障投资人的利益。

第（二）类表决权型类别股可对应公司治理中的特殊表决权：新《公司法》规定非上市股份有限公司可发行每一股的表决权数多于或少于普通股的股份，为股份公司设计差异表决权提供了法律依据。对于控股股东而言，即使在股份比例被稀释、达不到绝对控股情况下，也可以通过类别股的设计为自身争取在公司重大事项上的绝对表决权；对于投资者而言，则可以通过持有该类别股而对特定公司事项享有一票否决权。

第（三）类限制转让型类别股可对应股份转让限制条款：例如控股股东及员工持股平台的转让限制、投资人股东不得向公司竞争对手转让股份等。除公司同意外，新《公司法》用“等”的形式为转让否决权、间接转让限制、锁定期等股份转让限制预留了空间。该类别股的设计，可以从制度和程序方面加强对限制转让股份的管理，在一定程度上可以避免股东违约突破转股限制而其他股东仅能通过事后追究违约责任，但无法要求回转股权的风险。

第（四）类其他类别股为兜底性约定：给类别股留存政策调整的灵活空间。

虽然在新《公司法》语境下类别股相关规范仅适用于股份公司，并未及于有限公司，但有限公司仍可延续此前惯例，在公司章程/交易文件中对于股东权利进行特殊约定。对于非上市股份公司而言，交易文件项下关于特殊股东权利的约定将更具有灵活性。

基于此，我们提示实际控制人及控股股东注意，在进行投融资交易的过程中，应注意相应股东特殊权利条款与新《公司法》的衔接，或可将部分已获新《公司法》认可的类别股对应的股东特殊权利在公司章程或交易文件中进行约定或调整，或者考虑在非上市股份公司中通过类别股的方式提升对公司的控制权。

5. 公司原则上不得非同比例减资

公司法（2018年修正）下并未明确规定公司是否可以非同比例减资。实践中，部分地区的市场监督管理部门拒绝配合办理非同比例减资，为部分股东通过减资方式退出公司带来一定的实操障碍。新《公司法》第二百二十四条规定，除法律另有规定、有限公司全体股东另有约定或股份公司章程另有规定外，公司减少注册资本应当按照股东出资比例相应减少。即公司原则上不得非同比例减资，但也设置例外情形，回应了实践中通过股东意思自治，在股东协

议或者公司章程中约定将定向减资作为回购/对赌等商业条款的执行机制的诸多需求，为前述商业惯例提供了制度空间。

基于此，我们提示实际控制人及控股股东在投资项目退出时，关注是否可能涉及特定情形下的减资需求。如需通过定向减资实施退出的，则需要与公司的全体股东签署相关文件，并在公司章程中对定向减资机制作出详细约定。

6. 限制交叉持股

新《公司法》第一百四十一条规定，上市公司控股子公司不得取得该上市公司的股份。该条款与现行的上市公司监管规则相匹配，旨在规制上市公司经营管理层利用交叉持股架空公司股东权利，避免内部绝对控制的行为。

需提示实际控制人及控股股东关注的是，该条款对于上市公司的部分资本运作可能造成一定限制。在上市公司想要将其股东下翻至上市公司体系内的场景下（即通过内部重组将股东的资产纳入上市公司范畴），若由上市公司直接购买其股东的股权，则会形成交叉持股的局面。在这种情况下，只能由上市公司股东先进行内部重组，将其持有的上市公司股份转让至其他未持有上市公司股份的主体名下，再由上市公司购买其股东的股权。

7. 股份公司原则上不得为他人取得公司股份实行财务资助

新《公司法》第一百六十三条规定，股份公司原则上不得为他人取得本公司或其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，除非：（1）为实施员工持股计划；（2）经股东会或董事会决议，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。

我们提示实际控制人及控股股东，新《公司法》实施后，若有对其自己或

特定人员持有公司股份实行财务资助之计划，应提前拟定方案并通过内部决议满足内部管理的程序性要求。如果违反该等规定给公司造成损失的，负有责任的董监高、控股股东和实际控制人将承担赔偿责任。

8. 限售期内出质股份后质权人不得行使质权

新《公司法》第一百六十条第三款规定，股份公司股份在法律、行政法规规定的限制转让期限内出质的，质权人不得在限制转让期限内行使质权。根据文意理解，股份公司的股东在限售期内可出质股权，但相应质权人在限售期内不得行使质权。

在此前的监管规则和司法实践中，多数认为处于限售期的股份可以强制执行，且通过司法拍卖的方式被动处置的股份不受限售期和减持规定限制。新《公司法》的上述规定，我们理解主要是为了避免公司股东以主动进行股份质押的方式创造被动转让公司股份的机会，从而绕开限售期的约束。

但是，基于对“不得行使质权”的不同理解，新《公司法》的此项修订可能有不同的解释。从广义上理解，此项修订不仅限制了质权人要求对质押股份进行处置、从而使质押股份被动发生权利转移的权利，还限制了质权人起诉出质人或启动实现担保物权程序的权利。但在此种情况下，质权人之外的第三方债权人仍可通过司法途径要求拍卖质押股份并以拍卖所得价款获得受偿，该等广义解释反而可能对质权人享有的优先受偿权造成不利影响。从狭义上理解，此项修订仅要求质权人不得对质押股份进行处置从而导致质押股份权属发生转移，但不应限制质权人起诉出质人或者启动实现担保物权的特别程序。我们理解，上述狭义理解与目前的普遍实践较为接近，但此项修订在实践中的具体适用仍有待相关司法解释进一步明确。



／

监事（会）不再是必选项，股份公司和有限公司可选择由董事会审计委员会行使监事（会）职权；

三、实际控制人及控股股东对公司内部治理的关注要点

新《公司法》的颁布不仅为实际控制人及控股股东设计公司治理结构提供了更精简、更灵活的选择，也对公司内部管理提出了更高的要求。

1. 公司治理结构更为精简

新《公司法》下，无论是股份公司还是有限公司，**监事（会）不再是必选项，股份公司和有限公司可选择由董事会审计委员会行使监事（会）职权**；董事会审计委员会为董事会的专门委员会之一，其选任及职责仍有待进一步明确，其能否完全独立代替监事会/监事行使职权（包括对董事、高管的监督权），也将成为新《公司法》项下的新问题。

除此以外，对于其中规模较小或股东人数较少的有限公司，**第八十三条还允许经全体股东一致同意可不设监事**。而公司法（2018年修正）下，股份公司必须设董事会和监事会。考虑到市场上的部分股份公司的股东人数较少、规模也较小，新《公司法》一方面允许一名股东也可以设立股份公司；另一方面也顺应实际情况，**允许规模较小或股东人数较少的股份公司简化董事会、监事会设置，可以设一名董事、不设董事会，设一名监事、不设监事会**。

基于上述，我们理解，新《公司法》给予实际控制人及控股股东精简公司治理结构的一定空间，对于实际控制人及控股股东控制下的设立目的较为单一、业务经营活动开展较为简单的某些公司，实际控制人及控股股东可合理考虑精简其治理结构，减少向其委派的人员，降低管理成本。

2. 重新划分内部治理职权范围

新《公司法》第五十九条删除了股东会职权中的“决定公司的经营方针和投资计划”和“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”，第六十七条删除了董事会职权中的“制订公司的年度财务预算方案、决算方案”。同时，新《公司法》明确规定董事会和经理的权限可基于公司章程约定及内部授权情况进行延展，赋予了公司更灵活的内部治理权限空间。

上述变化意味着公司可以将部分实际经营的职权从股东会转移到董事会，且就年度财务预决算方案及其他日常经营管理事项，可由公司自主决定在股东会、董事会或经营管理层面进行审议。

3. 明确有限公司的股东会、董事会议事规则

公司法（2018年修正）仅对股份公司的议事规则和表决程序作出了规定，对于有限公司而言，除法律规定须经三分之二以上全体表决权的股东通过的事项外，其他事项并没有明确约束，有限公司往往可参考股份公司的议事规则和表决程序进行，或由公司股东之间自由约定。

新《公司法》第六十六条和第七十三条对有限公司股东会、董事会的出席和表决规则均作出了明确规定：（1）公司股东会决议应当经代表过半数表决权的股东通过；（2）董事会会议必须有过半数董事出席方可举行，董事会作出决议应当经全体董事的过半数同意。同时，新《公司法》第二十七条明确规定，出席会议的人数或者所持表决权数未达到新《公司法》或者公司章程规定的人数或者所持表决权数的，公司股东会、董事会的决议不成立。

基于此，公司实际控制人及控股股东需要谨慎评估公司现有的议事规则和表决程序，及时根据新《公司法》的要求进行调整。如部分事项在董事会层面

可能因出席率或表决机制不符合规定而形成僵局，可考虑将相关事项提升至股东会层面进行审议。

4. 强化职工民主管理制度

新《公司法》第十七条、第六十八条和第一百二十条强化了职工代表大会及职工代表在公司治理中的重要性。新《公司法》下，公司做出重要经营决策以及改制、解散、申请破产以及重大经营问题、制定重要规章时，需通过职工代表大会听取职工的意见和建议。

此外，公司法（2018年修正）只针对部分国家出资企业要求设置职工董事，新《公司法》扩大了需设置职工董事的公司范围。人数三百人以上的公司，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。此项修订将职工董事制度从国家出资企业扩展适用于三百人以上的公司。

新《公司法》虽然没有明确规定职工代表大会对相关事项享有一票否决权，但如公司做出重要经营决策时不通过职工代表大会听取职工的意见和建议，将存在程序瑕疵。因此，实际控制人及控股股东应注意在公司章程、内部制度等文件中完善职工民主管理制度。

5. 明确法定代表人选任范围、程序

实际控制人担任法定代表人既有一定权能优势，也存在相应责任风险。具体而言，法定代表人可以公司名义从事与业务经营相关的民商事活动，但若公司涉嫌犯罪、侵权、违法违规等行为时，法定代表人可能将承担个人责任。基于种种原因，实际控制人及控股股东有时自身并不想担任公司法定代表人，但

由于法定代表人委任不善将可能给公司带来各种风险，实际控制人及控股股东在推荐法定代表人时往往需要谨慎考虑。

新《公司法》将公司法定代表人的选任范围由“董事长、执行董事或者经理”扩大调整为“代表公司执行公司事务的董事或者经理”，选任范围相较此前更具备灵活性。选任范围扩大后，对于合资公司的经营管理而言，在实际控制人自己担任公司董事长、合作方担任公司总经理的情况下，实际控制人还可要求由自己委派的其他董事担任法定代表人，从而既满足了实际控制人通过法定代表人有效管控公司的意图，又规避了实际控制人自身担任法定代表人可能带来的风险。

同时，新《公司法》第十条明确了法定代表人辞任的内部生效制度，即担任法定代表人的董事或经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。实践中，存在董事长或者经理辞任后继续担任法定代表人并代表公司越权对外行使权利而给公司造成损害的现象，从而导致一系列有关公司法律行为效力的争议纠纷，这一修改有助于在一定程度上避免前述问题的发生。

此外，新《公司法》第三十五条规定，法定代表人的变更登记申请书由新法定代表人签字，无需原法定代表人签字，避免了原法定代表人对变更存在争议、不予配合导致无法完成法定代表人变更登记的情况，降低了实践中变更法定代表人的难度，同时减少了实际控制人及控股股东在推荐新法定代表人时的顾虑。

需要提示的是，尽管有上述灵活性修改，但新《公司法》第十一条明确规定，公司内部对法定代表人行使职权的限制无法对抗善意第三人，法定代表人超越权限代表公司作出法律行为的效果仍有可能归属于公司。因此，我们提醒实际控制人及控股股东注意，在推荐法定代表人时，仍需对法定代表人的资

质、条件、品格以及自身与其的信赖关系等因素进行综合考量，并及时就法定代表人变更事项履行变更登记程序。

6. 明确股东会对董事的无因解除权

新《公司法》第七十一条新增股东会对公司董事在任期内的无因解除权以及董事的损害赔偿请求权。一方面，公司无需任何理由即可经过股东会决议解除董事职务；另一方面，该条规定也赋予了被无因解除的董事请求赔偿的权利。

根据该条规定，在股东会决议无效力瑕疵的情况下，对董事的解任即生效，董事享有的只是事后的损害赔偿请求权。对于实际控制人及控股股东来说，这仍可以达到随时解任、变更公司董事的效果。但需要提示实际控制人及控股股东注意的是，关于无因解除董事的赔偿标准尚未有法律规定予以明确。司法实践中，争议解决机构往往会结合该董事是否存在过错、董事的剩余任期、董事的报酬、是否与公司存在劳动关系等因素，结合公平原则综合考量。建议在委任公司董事时，与公司签署相关文件，就赔偿标准等予以明确。

7. 强化对中小股东知情权的保护

a) 细化股东名册要求

新《公司法》第五十六条对有限公司股东名册应当记载的信息进行了进一步的细化规定，明确股东名册除需载明股东名称及住所、出资额、出资方式、出资日期、和出资证明编号之外，还需新增关于“认缴及实缴出资额”和“取得和丧失股东资格的日期”这两大要素，这有利于增加对公司股权基本情况和历史演变情况的了解。

此外，新《公司法》第八十六条第二款明确了有限公司股权转让时，受让人可以自记载于股东名册时向公司主张权利，即在内部效力上可以以股东名册作为股东资格的确认依据。

在此前的实践操作中，很多公司并没有及时置备股东名册。新《公司法》实施后，实际控制人及控股股东应该更加重视股东名册的规范性和重要性；尤其是在公司发生股权变更时，由于工商变更登记相较于股权交割往往较为滞后，股东名册的及时更新对于股权交割而言将发挥更重要的作用。

b) 扩大股东知情权范围

新《公司法》第五十七条及第一百一十条扩大了股东知情权的范围，主要包括：（1）有限公司股东有权查阅的公司资料增加了会计凭证，有权查阅、复制的公司资料增加了股东名册，且有权委托第三方中介查阅公司相关资料；（2）股份公司股东有权查阅的公司资料增加了会计账簿、会计凭证（要求连续180日以上单独或合计持股3%以上，或公司章程规定的更低股比）；（3）有限公司和股份公司股权有权查阅、复制的材料均延展至公司的全资子公司。

上述变动扩大了股东知情权范围，强调了对中小股东权益的保护，同时也对实际控制人及控股股东运营管理公司的合规性提出了更高的要求。此外，考虑到股东知情权范围的扩大，尽管新《公司法》已要求股东和中介机构承担相关保密义务，但实际控制人及控股股东在公司扩张进程中还是应当谨慎引入新股东，并注意防范其他股东通过行使其知情权泄露或者不正当利用公司重要商业信息。

结语

新《公司法》的修订明显加强了实际控制人及控股股东的相关责任和风险，进一步保护公司中小股东及债权人利益，对于公司股权结构设计和内部治理也有更多规范性、灵活性的要求。本文通过提示新《公司法》施行后公司实际控制人及控股股东需重点了解的条款变动及其影响，以期引起公司实际控制人及控股股东对法律变化的重视，并采取措施对法律变化作出灵活应对，降低风险，同时使股权结构设计和公司内部治理更为合理、严谨及规范化。



贺云帆
合伙人
资本市场部
成都办公室
+86 28 6208 8066
heyunfan@zhonglun.com



王欣一
非权益合伙人
资本市场部
成都办公室
+86 28 6208 8023
wangxinyi@zhonglun.com

《公司法》修订对经营者 集中申报的影响

 吴鹏 马成豪



据不完全统计，2023年国家市场监督管理总局反垄断执法二司审查、批准并公布约800个案件，含地方办理案件及附条件批准案件。根据我们的观察，涉及私募基金及新能源产业链的申报较多。同时，结合过往项目经验，我们观察到反垄断执法机构对于个别行业案件，可视文档准备情况于申报次日给予立案，并于公示期结束后次工作日即完成审批，此举极大地缩减了申报各方的等待周期及合规成本。

2023年12月29日，第十四届全国人大常委会第七次会议审议通过了新修订的《中华人民共和国公司法》（“**新《公司法》**”），新《公司法》于2024年7月1日起施行，过渡期内，如何审视新《公司法》与反垄断法、《民法典》、外商投资法、证券法、企业国有资产法以及正在修改的企业破产法等法律以及相关行政法规、规章、司法解释的衔接及其理解适用，对企业经营与交易具有重要的意义。结合客户需求及我们的观察，我们重点列举新《公司法》对经营者集中申报的几点影响，以飨读者。

第一，对于复杂的交易，考虑到“同股不同权”制度的影响，控制权分析判断要参考交易前后股权变动情况，更要侧重审阅公司章程，特别是在公司治理安排没有明确具体体现在股份购买协议、合资合同等交易文件的情况下，更要依据公司章程以及配套的内部治理文件审慎地出具相关法律意见。

新《公司法》第一百四十四条规定“公司可以按照公司章程的规定发行下列与普通股权利不同的类别股：（一）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；（二）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；（三）转让须经公司同意等转让受限的股份；（四）国务院规定的其他类别股。公开发行股份的公司不得发行前款第二项、第三项规定的类别股；公开发行前已发行的除外。公司发行本条第一款第二项规定的类别股的，对于监事或者审计委员会成员的

选举和更换，类别股与普通股每一股的表决权数相同。”

我们理解，依据该条款股份公司的股种可以设计为优先股、劣后股、表决权重不同的股和转让受限股等。我们注意到在过往的“抢跑”处罚案件中，曾有申报主体将交易涉及的股份设计为“不具有表决权股份”和“具有表决权股份”，但是没有在“不具有表决权股份”交割前启动经营者集中申报工作而被多个反垄断执法辖区予以处罚的案例。在新《公司法》生效后，该交易类型的控制权评估工作应当如何处理？我们初步认为需要结合全部的交易文件进行评估，特别是公司股改历史情况及交易背景等法律事实。此外，考虑到“同股不同权”制度的影响，即便对于简单的交易，也不能仅依据持股比例等简单地判定控制权问题，控制权的判定更应当查阅公司章程等内部治理文件，以及必要时申报各方可事先准备相关章程文件，以备执法机构寻要。

第二，结合过往公布的“抢跑”行政处罚案件，反垄断执法机构对抢跑的判定时间及标准多以“完成工商变更登记”为准，新《公司法》将股权变动的时间节点定为股东名册登记时间，但该时间节点对于“抢跑”的认定及实践操作仍待进一步观察。

新《公司法》第八十六条规定“股东转让股权的，应当书面通知公司，请求变更股东名册；需要办理变更登记的，并请求公司向公司登记机关办理变更登记。公司拒绝或者在合理期限内不予答复的，转让人、受让人可以依法向人民法院提起诉讼。”

我们理解，股东名册变更与工商登记变更相比更具有恣意性，但股东名册变更更具有便捷、高效的特点，其可以保障交易顺利进行；而工商登记变更具有公信力，往往和“打款”组合成交易的最后一道环节，因此，对于“抢跑”的认定时间及判定标准，仍需进一步观察。

第三，结合过往跨司法辖区申报案件中关于“单一经济实体”的认定问题，就国家政府部门控制的实体，该等实体是否属于关联公司以及是否属于“单一经济实体”等，不同的认定路径和研判会直接影响到营业额计算，横向、纵向及相邻市场界定，申报资料的多寡和竞争效果分析等，并可能对交易审批产生一定的或重大的影响。

我们注意到新《公司法》第二百六十五条保留了“（四）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。”但书部分为反垄断法衔接及跨境复杂并购相关政府审批预留了空间，我们理解如果碰到这些情况，申报主体可以据此主张对自己有利的观点，并可以提交更多的关于公司治理和控制权的证据，以说服域外审批部门。

第四，经营者集中申报非常关注实际控制人相关问题。营业额口径计算、市场份额计算，申报适用程序以及基本申报资料收集的详实程度均与实际控制人相关，我们注意到新《公司法》第二百六十五条“（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。”该条款与之前的文本相比“（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。”新条款不再提及是否是股东问题，该等修改实际上更契合申报义务主体的确认，实务中，申报方可能要关注代持或协议控制下真正的实控人问题，以及衍生的拟议交易是否达到营业额阈值问题，以及如果发现交易方可能的规避申报问题，应当充分尽调并提示客户。

第五，其他新《公司法》亮点，主要包括公司单层、双层治理机制，股东会和董事会职权、法定人数和/或表决机制，“影子董事”“影子高管”“公司审计委

员会”的组成及表决机制，“法定回购权”等保护小股权权利的安排，以及上市公司组织机构特别规定等。

结合《经营者集中审查规定》第五条“判断经营者是否取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，应当考虑下列因素：（一）交易的目的是未来的计划；（二）交易前后其他经营者的股权结构及其变化；（三）其他经营者股东（大）会等权力机构的表决事项及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；（四）其他经营者董事会等决策或者管理机构的组成及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；（五）其他经营者高级管理人员的任免等；（六）其他经营者股东、董事之间的关系，是否存在委托行使投票权、一致行动人等；（七）该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等；（八）其他应当考虑的因素。两个以上经营者均拥有对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响的，构成对其他经营者的共同控制。”

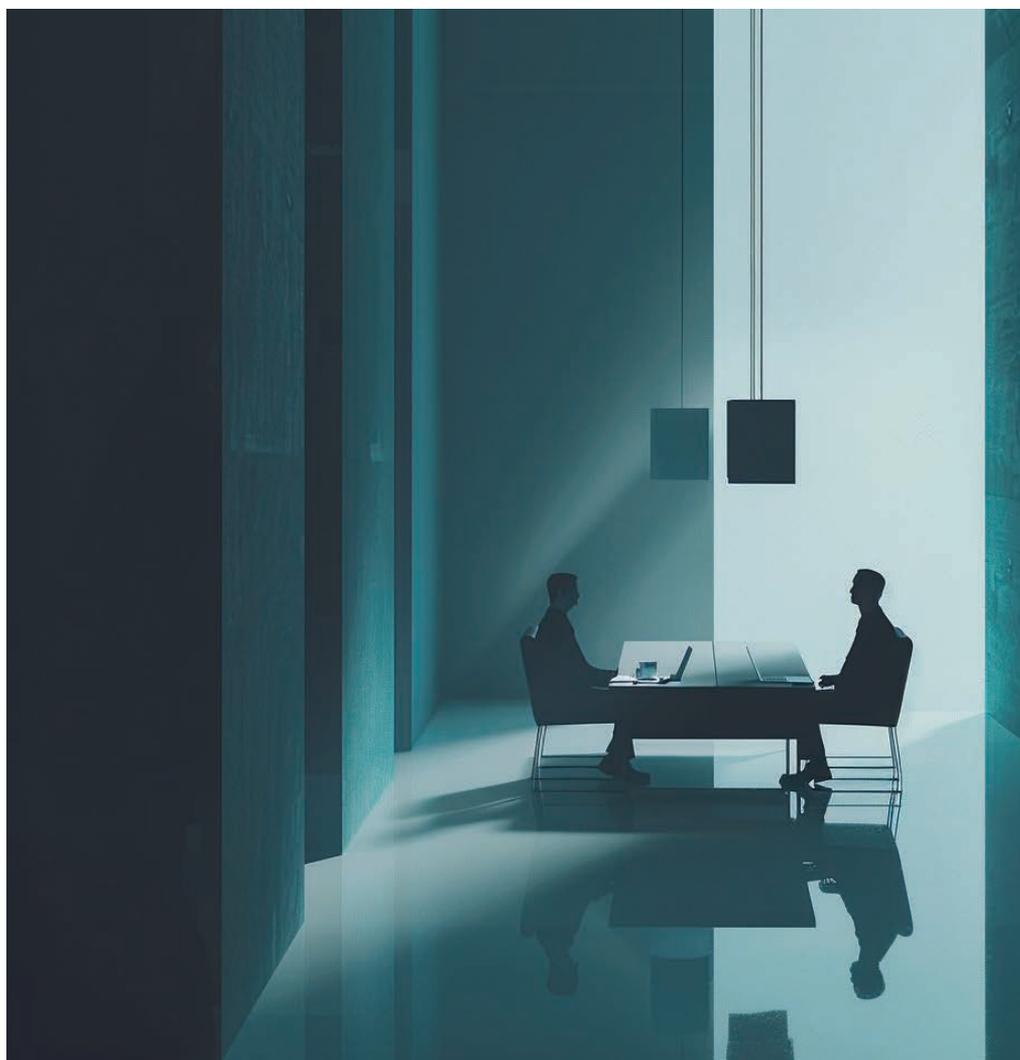
我们初步认为新《公司法》设立的制度架构并未实质性改变经营者集中申报关于公司控制权的判定要素及分析路径，我们可以在审阅交易文件以及目标公司章程等内部治理文件时，更加关注相关董事会/各委员会/管委会的法定人数、组成及其表决机制、表决事项、议事规则和流程是否和新《公司法》存在违和或冲突，并及时提示企业注意并处理。



吴鹏
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2002
wupeng@zhonglun.com

百尺竿头：强化职工权益保护 ——解读新《公司法》修订 对劳动用工的影响

张根旺 王昌璐



一、引言

2023年12月29日，第十四届全国人大常委会第七次会议审议通过了新修订的《中华人民共和国公司法》（“新《公司法》”），新《公司法》于2024年7月1日起施行。新《公司法》对《中华人民共和国公司法（2018修正）》（“公司法（2018年修正）”）进行了较大幅度的修订。尽管新《公司法》主要涉及公司治理相关层面，但是其也对与公司有密切关联的劳动者权益进行了规范。本文根据新《公司法》的相关修订，结合劳动用工的相关法律法规和司法实践，解读新《公司法》中涉及劳动用工的相关修订，为公司如何合规处理劳动用工相关事宜提供规范指引。

二、新《公司法》涉及劳动用工相关修订的条文对照表格

我们梳理了新《公司法》与公司法（2018年修正）中涉及劳动用工条款相关的修订，具体对照如下表格：

公司法（2018年修正）	新《公司法》
<p>第一条</p> <p>为了规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。</p>	<p>第一条</p> <p>为了规范公司的组织和行为，保护公司、股东、职工和债权人的合法权益，完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，根据宪法，制定本法。</p>

公司法（2018年修正）

第十七条

公司**必须**保护职工的合法权益，依法与职工签订劳动合同，参加社会保险，加强劳动保护，实现安全生产。

公司应当采用多种形式，加强公司职工的职业教育和岗位培训，提高职工素质。

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、福利、保险和劳动安全卫生等事项依法与公司签订集体合同。

公司依照宪法和有关法律的规定，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。

公司研究决定改制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。

新《公司法》

第十六条

公司**应当**保护职工的合法权益，依法与职工签订劳动合同，参加社会保险，加强劳动保护，实现安全生产。

公司应当采用多种形式，加强公司职工的职业教育和岗位培训，提高职工素质。

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。

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。

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。

公司法（2018年修正）	新《公司法》
/	<p>第二十条</p> <p>公司从事经营活动，应当充分考虑公司职工、消费者等利益相关者的利益以及生态环境保护等社会公共利益，承担社会责任。</p> <p>国家鼓励公司参与社会公益活动，公布社会责任报告。</p>
<p>第四十四条</p> <p>有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人；但是，本法第五十条另有规定的除外。</p> <p>两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。</p> <p>董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。</p>	<p>第六十八条</p> <p>有限责任公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。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。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。</p> <p>董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。</p>

公司法（2018年修正）	新《公司法》
/	<p>第六十九条</p> <p>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。</p>
/	<p>第一百六十三条</p> <p>公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。</p> <p>为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。</p> <p>违反前两款规定，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。</p>
/	<p>第一百二十一条</p> <p>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。</p>

公司法（2018年修正）	新《公司法》
	<p>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。</p> <p>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。</p> <p>审计委员会决议的表决，应当一人一票。</p> <p>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。</p> <p>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。</p>

三、新《公司法》关于劳动用工修订之逐条解读

1、明确公司应当保护职工的合法权益

第一条 为了规范公司的组织和行为，保护公司、股东、职工和债权人的合法权益，完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，根据宪法，制定本法。

解读：

新《公司法》的第一章总则的第一条是关于立法目的的宣示性条款，除了保护公司、股东和债权人的合法权益外，新《公司法》增加了保护职工的合法权

益。职工是公司价值的贡献者和创造者，新《公司法》在立法目的中强化了对公司职工权益的保护，也可以窥见立法者对职工权益的关注。在新《公司法》的修订过程中，是否应将职工权益保护列入公司法的立法宗旨也曾产生过争议¹，笔者认为新《公司法》吸收了保护职工权益，对公司的发展有良性的促进作用。

第十六条 公司应当保护职工的合法权益，依法与职工签订劳动合同，参加社会保险，加强劳动保护，实现安全生产。

解读：

新《公司法》将公司法（2018年修正）条款中的“必须”改为“应当”，并无实质意义上的变动。

第二十条 公司从事经营活动，应当充分考虑公司职工、消费者等利益相关者的利益以及生态环境保护等社会公共利益，承担社会责任。

解读：

该条为新《公司法》对公司法（2018年修正）第五条关于公司承担社会责任的扩充，也增加了公司需考虑职工的利益，再次强调了对职工权益的保护。

2、保护职工休息休假权利，建立健全以职工代表大会为基本形式的民主管理制度

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

1.参见刘俊海《职工参与公司治理的体系化设计：立法宗旨、制度重构与股权纽带的三重视角》，肯定说建议将《公司法》第1条“保护公司、股东和债权人的合法权益”的表述拓展为“保护公司、股东、债权人与职工的合法权益”。理由有二：首先，积极推进公司民主管理工作，是落实二十大精神、践行全过程人民民主、保障职工权益、促进公司可持续健康发展的举措。其次，公司作为多元利益联合体，既是资本联合，也是劳动与资本的结合。职工作为重要利益相关者，理应得到公司法保护。反对说理由有二：首先，立法目的条款有赖于具体制度予以落实，无法孤立存在。倘若《公司法》分则缺乏维护职工权益的后续条款，立法目的就容易落空。其二，公司法与劳动法作为不同法律部门各有使命，分工负责。《公司法》重点调整股东、董事、高管与债权人之间的法律关系；至于职工权益维护主要由劳动法与社会法等专门法律予以保障，而非由《公司法》调整。

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。

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。

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。

解读：

近年来，劳动者与用人单位关于休息休假的纠纷呈逐年递增趋势²。新《公司法》第十七条的第一款新增“休息休假”的内容，符合《宪法》及《劳动法》中对劳动者休息权利的保护，也是对保障劳动者休息休假权利问题的进一步重视。

职工是公司重要的利益相关者，新《公司法》的修订加强了公司的民主管理制度。根据《工会法》的相关规定，工会依照法律规定通过职工代表大会或者其他形式，组织职工参与本单位的民主选举、民主协商、民主决策、民主管理和民主监督。2022年3月，中华全国总工会发布了《关于印发〈职工代表大会操作指引〉的通知》，对规范职工代表大会操作流程、完善职工代表大会运作机制提供了相关的指引。职工代表大会是企事业单位实行民主管理的基本形式，是职工群众行使民主管理权力的机构，能保证广大职工在企事业单位中的主人翁地位。当然，该条款只是将职工代表大会作为民主管理的基本形式，公

2. 参见2021年北京西城法院发布，将2018年至2020年期间受理的劳动争议案件进行了统计，发现涉劳动者带薪年休假案件占比分别为4%、9%、11%，呈现逐年递增趋势。<https://mp.weixin.qq.com/s/hK2gqcQIn-K4sPewUeG64g>

司既可以选择职工代表大会的方式，也可以选择其他的民主管理形式，例如平等协商和集体合同制度³、职工董事制度、职工监事制度等⁴。

此外，在听取公司工会意见中，新《公司法》将公司解散与申请破产两项纳入听取公司工会意见中，也是对职工权利保护的体现，避免公司法（2018年修正）第十八条第三款中的“重大问题”因外延不明确而导致在实践中无法落地。《劳动合同法》第四条第二款规定“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”。公司的解散与申请破产事项将会对员工的劳动关系及劳动合同产生重要影响，用人单位决定提前解散及被依法宣告破产是劳动合同可以终止的法定事由。在司法实践中，容易发生争议的是在公司决定提前解散的情形下，员工通常在公司作出提前解散的决定后被动单方面告知，无法参与公司所作决策之过程，而且公司提前解散也无提前一个月通知员工的法律规定和要求，无法保障员工在直接涉及切身利益的重大事项中享有知情权、建议权等。如果在公司发生解散、申请破产的重大事项中，员工能有机会参与，进而增加员工安置过程中的员工权益保障，降低公司与员工发生劳动争议的风险。因此，新《公司法》的修订既是对《劳动合同法》《工会法》等相关法律中公司解散规定的补充，也是对实践中发生的公司破产及解散员工相关纠纷中员工知

3. 《中华人民共和国工会法（2021修正）》第六条：工会通过平等协商和集体合同制度等，推动健全劳动关系协调机制，维护职工劳动权益，构建和谐劳动关系。

4. 《中华全国总工会关于加强公司制企业职工董事制度、职工监事制度建设的意见》一、充分认识加强职工董事制度、职工监事制度建设的重要意义 职工董事制度、职工监事制度，是指依照《公司法》《公司登记管理条例》设立的有限责任公司和股份有限公司（以下简称公司）通过职工代表大会（或职工大会，简称职代会）民主选举一定数量的职工代表，分别进入董事会、监事会，代表职工源头参与公司决策和监督的基层民主管理形式。

情权的回应。但是，如果公司在作出有关解散、申请破产的决议时没有听取工会和/或职工代表大会的意见和建议，相关决议的合法性是否会受到挑战，进而影响公司终止劳动关系的合法性，则有待司法实践的检验。

3、充实职工代表董事制度

第六十八条 有限责任公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。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。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

解读：

早在2005年《公司法》便已充实了职工董事与监事制度，然而该制度在随后的2013年、2018年《公司法》修改中均未有涉及。新《公司法》允许公司的董事会成员中可以有职工代表，将公司法（2018年修正）中国有独资公司和两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司设置职工代表董事的要求适用范围扩大到了三百人以上的全部有限责任公司（除依法设监事会并有公司职工代表的外），对大中型公司董事人选提出了须有职工代表的要求。该条款的修订听取了广大职工的利益诉求，既加强职工代表能够有序参与公司治理，强化了职工代表的地位，也能够促进公司治理现代化与民主化，增强公司核心竞争力。针对大中型企业，尤其是外商投资企业和民营企业中强制性的职工董事制度如何落地的问题，有待进一步观察。如果大中型企业在2024年7月1日后未能设置职工董事，董事会作出的决议是否因此而无效、可撤销或不成立？这个问题可能更加引人关切。

4、明确公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员

第六十九条 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。

第一百二十一条 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。

解读：

上世纪末，德国、美国等国家就已经在公司中引入审计委员会制度，其目的是维护公司相关利益者的权益，减少公司内部的舞弊现象。新《公司法》创设性地引入了审计委员会制度，强化了公司的内控管理。近年来，公司内部的财务纠纷增多，对公司的相关利益者造成了严重影响。职工代表作为公司的雇员，掌握被管理者的信息优势，对公司而言是宝贵的监督资源。新《公司法》明确职工董事也可以成为审计委员会委员，既是对职工董事制度的完善，也能够使职工董事职能和地位得以加强。在未来的实践中，公司需鼓励职工代表勇于向公司建言献策，尊重职工代表的知情权与监督权等，确保职工代表能够代表职工群体的利益，以实现公司与职工利益的双赢局面。但笔者认为，有关审计委员会的相关规定仍然比较模糊，职工董事如何有效地参与审计委员会行使相关权利，仍应当进一步细化。

5、增加公司为员工持股计划提供资助的规定

第一百六十三条 公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。

解读：

公司法（2018年修正）未明确公司是否能实行财务资助，新《公司法》确立了原则上股份有限公司不得为他人实行财务资助，而公司实施员工持股计划的除外。目前，越来越多的公司开始尝试员工持股计划，分享公司发展的成果，提升员工的积极性。但是由于实践中员工通常需要支付一定的对价才能取得股权，部分员工可能存在资金短缺的问题从而放弃参加持股计划。新《公司法》的该条款在实操中为员工在参加持股计划时缺少资金的情况提供了解决方案，有助于公司帮助符合条件的、有意向的员工参与持股计划，从而实现留住人才的目的。

四、结语

由于用人单位与劳动者通常处于管理与被管理的地位，普通劳动者在公司运营管理中的参与度相对较低，而新《公司法》在劳动用工方面突出和强化了职工参与公司管理、保护职工的合法权益等亮点，值得用人单位关注。

俗话说“百尺竿头，更进一步”，新《公司法》的修订和实施将对我国公司治理和规范运营产生重要影响，而公司的稳健发展也能够为劳动者在经济方面提供稳定的保障。尽管市场形势仍复杂多变，我们坚信和期待用人单位和劳动者能够协同进步，共同构建和谐的劳资关系，实现共赢。

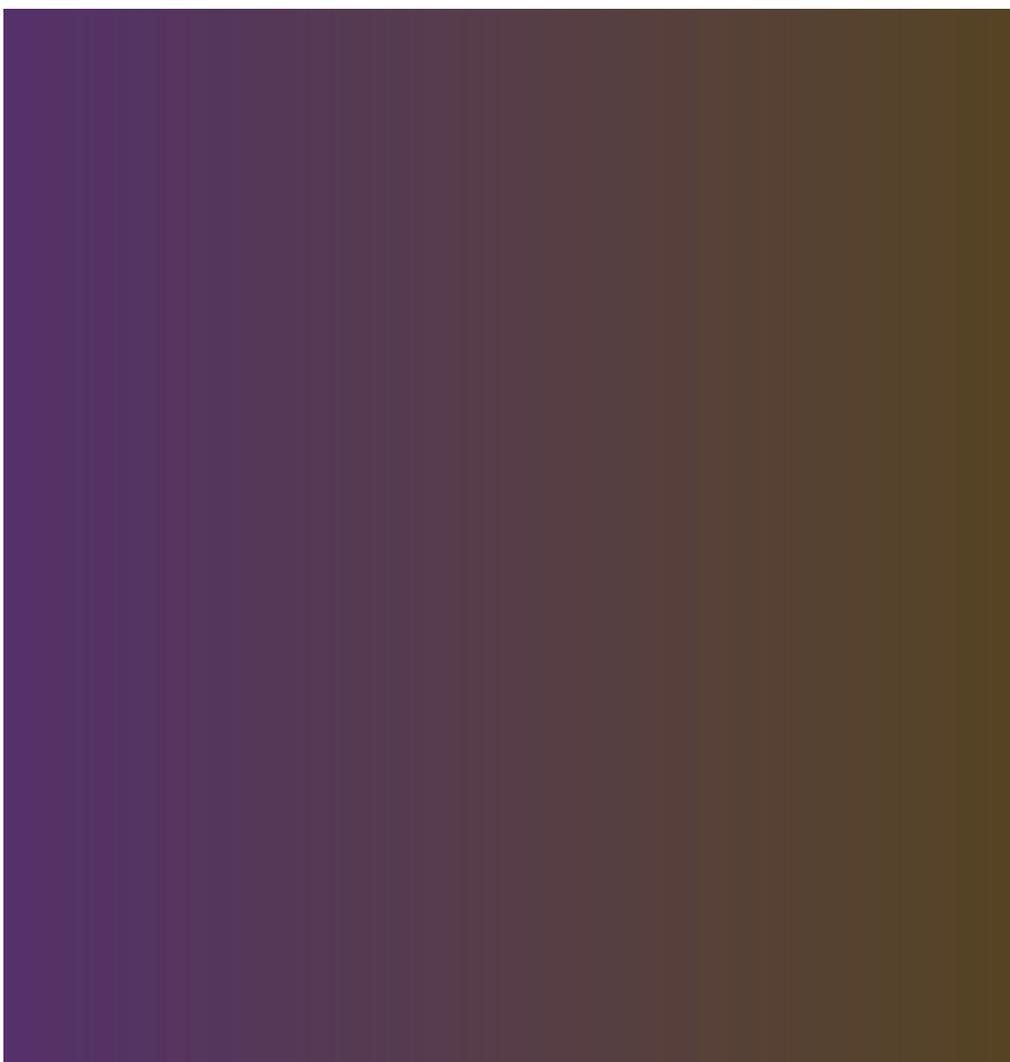


张根旺
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3191
andersonzhang@zhonglun.com

03

新《公司法》： 争议解决

DISPUTE RESOLUTION



新《公司法》对公司纠纷争议解决的十方面主要影响

 傅长煜 伊向明



前言

新《公司法》自2019年启动本轮修订，至2023年12月29日获得审议通过。作为争议解决律师，我们欣喜地看到新《公司法》解决了司法实践中许多此前悬而未决的问题，深入研读发现又有一系列新课题被提出，等待着司法实践的检验和改革与立法的进一步发展。

研究新《公司法》对公司纠纷争议解决的影响，不能脱离对我国《公司法》的使命和取向的理解。《公司法》颁布于1993年，时值1992年邓小平同志南方谈话提出要建立社会主义市场经济体制和十四大正式把建立社会主义市场经济体制确立为我国经济体制改革目标。因此，《公司法》自始就担负着确立和完善现代企业制度，推进市场经济体制改革的使命。

如全国人大法工委负责人在接受记者采访时所指出的，本次《公司法》全面系统修订，对于完善中国特色现代企业制度、推动经济高质量发展具有重要意义。大量修改内容均反映出加强产权保护、优化营商环境、弘扬企业家精神、进一步激发市场主体活力、夯实市场主体高质量发展基础的深意。

在此基础上，公司纠纷争议的司法公共服务供给，同样服务于上述使命和目的，并将与时俱进，在新时代更加强调体现高质量发展要求。

我们结合多年来从事公司纠纷法律服务的经验和体会，以民事诉讼案由规定中“与公司有关的纠纷”为线索，就新《公司法》对公司纠纷争议的十方面主要影响总结如下。

一、对请求变更公司登记纠纷的主要影响

按照我们对2023年度公开裁判文书数据的统计和分析（参见“中伦视界”推文：《公司类纠纷 | 2023年度司法实践全景回顾》），2023年度请求变更公司登记纠纷占比上升，进入了占比前五位的公司纠纷案由之列。新《公司法》响应商业活动需求，进一步明确和加强了公司登记的相关要求和保障，可预见未来此类纠纷的重要性将进一步凸显。

（一）法定代表人请求涤除登记具备了法律依据

在经济增速放缓背景下，越来越多的人意识到，法定代表人职务不仅意味着权能，也意味着责任。在公司未履行法律义务时，法定代表人也将承担不利后果，例如被采取限制高消费措施等。

司法实践中，对于原任公司法定代表人，请求在辞任后涤除其法定代表人登记，此前裁判规则不一。新《公司法》第十条和第七十条明确了法定代表人和董事的辞任和内部生效规则，并要求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，该等条文虽然仅将变更法定代表人作为公司义务加以规定，并未明确原法定代表人在公司怠于办理变更登记的情况下的请求权，但为原任法定代表人通过行政、司法手段推动涤除登记提供了正当性的基础，我们认为，随着未来登记主管机关配套登记制度和司法机关裁判实践的明确，此类纠纷的解决将有更为明确、妥善的渠道。

纠正法定代表人名实不符情形、保障权责统一，对于促进公司高质量发展和维护交易安全，具有制度合理性。而与上述规定相配套的公司登记规则和司法裁判与强制执行规则，有待进一步完善和明确。

(二) 明确了股权转让当事双方的变更登记请求权

在股权转让场景下，其他股东既不行使优先购买权，也不配合作出登记机关此前要求的同意转让的公司决议等文件，是常见问题。新《公司法》第八十六条进一步明确了转让人、受让人任意一方对公司的变更登记请求权。

二、对股东出资纠纷的主要影响

根据对2023年度公司纠纷公开裁判文书的统计，股东出资纠纷占比也位居前五位之列。常见的股东出资纠纷，包括虚假出资纠纷、出资不足纠纷、逾期出资纠纷、出资加速到期纠纷和抽逃出资纠纷等。新《公司法》对此在吸收最高人民法院近年来相关司法解释规定的基础上，在出资加速到期等问题上又有新发展。

(一) 夯实了股东出资存在缺陷时的董监高义务与责任

新《公司法》第五十一条、第五十三条，吸收最高人民法院《公司法解释（三）》相关内容及司法实践经验，明确了董事对股东按期足额缴纳出资负有催缴义务，以及董事未履行该等义务时或董监高对股东抽逃出资负有责任时的赔偿责任。

(二) 明确了有限责任公司不能清偿到期债务时，股东出资义务以加速到期为原则

认缴资本制下，公司不能清偿到期债务时，未届出资期限的股东出资是否加速到期，近年来争议很大。《九民纪要》的态度是以股东依法享有期限利

益、不应加速到期为原则，以公司已具备破产原因但不申请破产，或债务产生后公司延长股东出资期限两种情形为可加速到期之例外。

新《公司法》的态度明显变化，第五十四条规定公司不能清偿到期债务的，已认缴股东的出资义务加速到期，且公司及债权人对此均享有请求权。该等规定与新《公司法》完善注册资本认缴制度，强化股东出资责任的思路取向一脉相承。

未来值得观察的是，就公司“不能清偿到期债务”之要件，最高人民法院是否会要求债权人需先诉请公司清偿债务，执行不能情况下才能再诉请股东出资加速到期。按照防止司法程序空转、实质化解纠纷的精神，我们预计最高人民法院可能不会做该等两段式要求，并且对于在强制执行程序中追加该等股东为被执行人的要求可能也将放宽。

照此，债权人未来起诉公司要求清偿债务时，可能将普遍一并起诉已认缴但未届出资期限的股东，或者可能得以在强制执行程序中较为容易地追加该等股东为被执行人。

（三）明确了有限责任公司未出资股权转让后的出资责任，即出资义务由受让人承担、转让人承担补充责任

此前另一个争议巨大的问题，是原股东在出资期限到期前转让股权，是否仍需承担出资责任。大量法院认为此时再要求原股东承担出资责任缺乏法律依据，而《公司法解释（三）》也仅就瑕疵股权转让情形予以了规定。

新《公司法》秉持强化股东出资责任的取向，对于第八十八条规定，此时应由受让人承担出资义务，如果受让人未按期足额缴纳出资，则转让人承担补充责任。该等规定也将为债权人主张权利提供更有力保障。

(四) 有限责任公司最长五年认缴出资期限对司法强制执行的影响

此次《公司法》修订的焦点之一，是规定了有限责任公司的最长认缴出资期限为五年。存量公司后续如何落实这一要求，是新《公司法》实施的一大看点。该等制度要求映射到司法强制执行领域，也将对存量案件产生巨大影响。结合上述出资加速到期和未出资股权转让后的出资责任规定，在强制执行程序中如何实操尚待观察，但显然将朝着有利于债权人方向发展。

(五) 新增股东失权规则

公司法（2018年修正）并未直接规定股东除名或失权，针对股东全部未缴纳出资或抽逃全部出资情形，《公司法解释（三）》规定了股东除名制度。

新《公司法》第五十一、五十二和一百零七条新增了股东失权规则，即股东如对公司未部分出资，将相应导致部分丧失股权，从而对股东除名制度作出了重大发展。公司经董事会决议可以向所涉股东发出失权通知，股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内提起诉讼。

值得观察的是，以《公司法解释（三）》为依据的股东除名纠纷，原本通常以除名决议效力诉讼的形式展开。未来该等诉讼的形式是继续体现为公司决议纠纷，还是改纳入股东出资纠纷，抑或成为独立案由，尚待观察。公司登记机关的相应衔接登记规定亦待明确。

三、对股东知情权纠纷的主要影响

如统计所示，股东知情权纠纷案件占比也一直名列前茅。新《公司法》响应理论和实务界呼声，为股东行使知情权提供了进一步保障。

（一）明确了股东知情权范围及于财务凭证和股东名册

股东行使知情权是否可以查阅公司财务凭证在实务中争议已久，此前各地法院裁判尺度不一。新《公司法》一锤定音，于第五十七条和第一百一十条明确了股东有权查阅财务凭证和股东名册，对于实质保障股东知情权具有重要意义。

（二）明确了股东知情权行使对象及于公司之全资子公司

新《公司法》还明确了股东知情权对象及于公司之全资子公司，通俗来说即可对公司之全资子公司查账，同样为股东充分行使知情权提供了更有力保障。

（三）明确了股份有限公司股东查阅公司账簿和会计凭证的持股条件

鉴于股份有限公司可能股东数量众多，为平衡股东与公司利益，新《公司法》第一百一十条规定“连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份”之股东，有权查阅股份有限公司及其全资子公司的会计账簿和会计凭证，且上市公司股东还需遵守《证券法》等法律、行政法规的规定。

（四）简化了股东委托中介机构协助行使知情权的要求

《公司法解释（四）》规定，股东依据法院生效判决查阅公司文件材料，在该股东在场的情况下，可以由会计师、律师等专业人员辅助进行，虽然相较于公司法（2018年修正）之规定系属进步，但该等形式要求的合理性、必要性存疑。

新《公司法》予以简化，明确股东查阅会计账簿、会计凭证，可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构进行，便利了股东知情权的行使。

综上，新《公司法》就股东知情权以保障股东便捷行使权利为导向，而另

一方面，公司对股东行权请求如有不同意见，则需更充分证明股东具有“不正当目的”，可能损害公司合法利益，方能加以对抗。

四、对请求公司收购股份纠纷的主要影响

公司法（2018年修正）下，有限责任公司异议股东在三种情形下有权要求公司按照合理价格收购其股权，分别是：公司连续五年盈利、具有盈余分配能力而不分配利润；公司决议合并、分立或转让主要财产；公司本应依据章程规定解散清算、但股东会决议修改章程使之存续。新《公司法》在此基础上，增加了规定了股东有权请求公司收购其股权之情形。

（一）有限责任公司的新增情形

新《公司法》第八十九条新增规定，有限责任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，这为有限责任公司小股东对抗控股股东压迫，新增了一条法律救济途径。

该等情形下，小股东要求公司收购股权，不以存在相关决议事项、且小股东投票反对为前提，但需证明控股股东“滥用”股东权利，造成了“严重损害”，相关证明标准有待司法实践摸索。

此外，新《公司法》第二百一十九条规定，公司与其持股百分之九十以上的公司合并，被合并的公司也不需经股东会决议，但应当通知其他股东，其他股东有权请求公司按照合理价格收购其股权或股份，即公司收购合并中的“强制挤出”制度。

（二）股份有限公司股东有权请求公司收购股份的新增情形

新《公司法》第一百六十一条、第一百六十二条第一款第（四）项，将前述公司法（2018年修正）下有限责任公司异议股东的三类收购股权请求权，赋予了股份有限公司股东。

上述修改反映出新《公司法》进一步保障小股东合法利益的导向，但请求公司收购股份诉讼中的主要难点一直在于“合理价格”的确定，后续司法动向有待进一步观察。

五、对股权转让纠纷的主要影响

公司诉讼中，股权转让纠纷占比历年来一直雄踞榜首。新《公司法》在此方面对与争议解决相关内容的修订幅度不大，主要在第八十四条中进一步明确了股权对外转让时，通知其他股东的事项应包括股权转让的数量、价格、支付方式和期限等。该等规定吸收了《公司法解释（四）》相关内容，力图为其他股东行使优先购买权时，如何认定“同等条件”提供判断标准。

值得关注的是，当前商业实践和司法实务已经反映出，仅审查股权转让的数量、价格、支付方式和期限，在关联公司之间股权转让、大型复杂商业并购等场景下，很可能尚不足以框定“同等条件”，相关规则仍有待进一步完善。

此外，新《公司法》第八十四条保留了公司章程对股权转让可另行规定的制度。因此，章程对股权转让如有专门规定，股东原则上仍需遵循，而章程限制与股东权利的平衡仍将是重要课题。



／
新《公司法》吸收和
发展了《公司法解释
（四）》中的诸多规
定，将其在上位法中
进行明确。

六、对公司决议纠纷的主要影响

（一）完善决议撤销之诉中撤销权的行使期限、起算规则

为平衡保障股东权利和商业效率及交易安全，在公司法（2018年修正）规则基础上，新《公司法》第二十六条明确，未被通知参加股东会会议的股东诉请撤销决议的六十日除斥期间，自知道或者应当知道股东会决议作出之日起算，同时明确撤销权可行使的最长期限为决议作出之日起一年。

同时，该条也吸收了《公司法解释（四）》关于会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响，则不予撤销之规定。

（二）增加决议不成立规则

新《公司法》吸收了《公司法解释（四）》对决议不成立的相关规定，明确在四种情形下决议不成立：一是没有召开会议，二是虽然召开会议但没有进行表决，三是出席会议人数或所持表决权未达标，四是同意决议人数或所持表决权未达标。

（三）明确决议被撤销、无效或不成立的法律后果

新《公司法》吸收和发展了《公司法解释（四）》相关规定，于第二十八条明确，公司决议被法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司应当向登记机关申请撤销根据该决议已办理的登记，但公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

比较而言，《公司法解释（四）》只规定了决议被撤销或宣告无效情形下，公司与善意相对人形成的民事法律关系不受影响，而对决议不成立情形未

做规定。法律实务中，对决议无效与不成立的法律后果区别对待，合理性与必要性存疑，新《公司法》对此予以了统一。

（四）类别股制度对公司决议效力纠纷的影响

为适应经济活动发展需要、弘扬企业家精神，新《公司法》在股份公司层面引入了类别股制度，并于第一百四十六条，就修改公司章程、增加或者减少注册资本、公司合并、分立、解散、变更公司形式等重大事项，明确须普通股股东会决议和类别股股东会决议双重批准，且均需出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

七、对损害公司利益责任纠纷的主要影响

实务中，损害公司利益责任纠纷，往往发生在公司及其利害关系方，与涉嫌损害公司利益的董事、监事、高级管理人员、实际控制人、其他关联方等主体之间。新《公司法》在弘扬企业家精神，推动公司治理由股东会中心主义向董事会中心主义过渡的同时，也秉持权责一致原则，强调防范董监高、实际控制人、其他关联方损害公司利益的行为。

（一）充实了董监高的忠实义务和勤勉义务，明确了审查判断标准

公司法（2018年修正）虽然规定了董监高对公司负有忠实义务和勤勉义务，但相关具体内容主要侧重于忠实义务方面，而未对勤勉义务设定具体标准。

新《公司法》吸收学理意见及司法实践经验，于第一百八十条规定董监高

“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”，首次为董监高的勤勉义务设定了标准。该等规定使得评判、审查董监高是否勤勉，具备了明确的法律基础，预计将产生深远影响。

在忠实义务方面，新《公司法》主要在原有规定基础上，进一步明确了董监高应主动防范利益冲突，以及对于关联交易的主动报告义务和回避表决规则。

(二) 全面强化董监高维护公司资本充实的责任

伴随着新《公司法》对资本制度的完善和改革，以及公司治理转向董事会中心主义，董监高维护公司资本充实的责任也被全面强化。

除前文已述的董事对股东按期足额缴纳出资负有催缴义务，以及董事未履行该等义务或董监高对股东抽逃出资负有责任时的赔偿责任相关规定外，新《公司法》第一百六十三条规定了股份有限公司违规为他人取得本公司股份提供财务资助时，相关董监高的损失赔偿责任；第二百一十一条规定了公司违法分配利润时，股东及相关董监高的损失赔偿责任；第二百二十六条规定了公司违法减资时，股东及相关董监高的损失赔偿责任。该等规定均系公司资本充实原则之反映。

(三) 新增事实董事和影子董事制度，加强规范控股股东、实际控制人的行为

针对大多数公司存在的“一股独大”现象，新《公司法》为防范控股股东和实际控制人利用优势支配地位损害公司利益，于第一百八十条新增了事实董事规则，即公司控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，应如董事一般承担忠实勤勉义务；于第一百九十二条新增了影子董事、影子高

管制度，即实际控制人、控股股东“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”，应当与该董事、高管承担连带责任。

该等制度为公司及利害关系方追究控股股东、实际控制人损害公司利益的责任，增加了更为方便、直接的法律基础，也将产生深远影响。

(四) 明确双重股东代表诉讼制度

公司法（2018年修正）规定了股东代表诉讼制度，使得公司小股东有途径代表公司追究控股股东、实际控制人、董监高及其他相关方损害公司利益之责任，但未规定母公司股东有权代表全资子公司维护权利。司法实践中，陕西高院曾有案例予以支持，但最高人民法院在同类案件中持相反态度。

新《公司法》第一百八十九条明确了双重股东代表诉讼制度。公司全资子公司的董监高或他人，侵犯所涉子公司的合法权益造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以提起股东代表诉讼。结合上述新增的事实董事和影子董事制度，股东代表诉讼制度的效用在新《公司法》下预计将得到进一步发挥。

八、对损害公司债权人利益责任纠纷的主要影响

切实维护公司债权人的合法权益，亦是此次《公司法》修订的导向之一，此次修订明确的横向法人人格否认制度即重要反映。

股东有限责任是现代公司制度的基石之一，而法人人格否认制度的目的在于平衡保护公司债权人利益。法人人格否认包括纵向否认与横向否认。公司法（2018年修正）规定了纵向否认，即股东滥用公司法人独立地位和股东有限

责任，逃避债务，严重损害债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。新《公司法》第二十三条新增一款，规定股东利用其控制的两个以上公司实施该等行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任，即确立了法人人格横向否认制度。

司法实践对于法人人格横向否认早已探索，例如最高人民法院指导案例第十五号买卖合同纠纷案，即属此类案件。《九民纪要》规定，控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司，滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，沦为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪工具的，可以综合案件事实，否认子公司或者关联公司法人人格，判令承担连带责任。

新《公司法》提供了更加明确的法律依据后，法人人格横向否认的适用有望进一步推开，在我国商业环境下，对于保障债权人利益具有重要意义。

九、对清算责任纠纷的主要影响

新《公司法》对清算责任纠纷的最主要影响，是秉持董事会中心主义精神，于第二百三十二条统一明确公司董事为清算义务人，如其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。

公司法（2018年修正）采取两分法，规定有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。而现实生活中，有限责任公司占绝大多数。《公司法解释（二）》规定，包括小股东在内的全体股东都是有限责任公司的清算义务人，在怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算时，需对公司债务承担连带清偿

责任。司法实务中，此前一度对公司无法清算的具体原因和所涉股东的角色地位不加区分，判定责任过于严苛。为此，《九民纪要》明确应按照侵权责任判定规则，对股东不履行清算义务的赔偿责任予以认定，即按照无过错者不承担责之原则纠偏。

此次新《公司法》统一明确董事为清算义务人，再结合事实董事和影子董事制度，未来清算责任的认定有望更加精准，在保障公司和债权人利益的同时，避免对小股东课以过于苛刻的责任。

十、对股东资格确认纠纷的主要影响

在股东资格确认纠纷方面，新《公司法》对于股权代持问题仍然总体上保持审慎谦抑，仅在第一百四十条明确，禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票。

事实上，司法审判实践近年来对此问题已基本形成共识，即代持上市公司股票因违背证券市场信息披露制度要求而无效，乃至进一步延伸认定，以上市后获利为目的而约定代持拟上市有限责任公司股权的合同亦无效。预计在新《公司法》下，该等司法实践做法仍将保持。

对经济生活中更为常见的代持有限责任公司股权问题，立法层面仍未表明态度，有待未来进一步观察，预计《公司法解释(三)》相关规则将继续适用。

限于篇幅，以上仅为择要介绍。可以看出，此次《公司法》全面系统修订，确实深刻体现了完善中国特色现代企业制度、推动经济高质量发展、加强产权保护、优化营商环境、弘扬企业家精神、进一步激发市场主体活力、夯实市场主体高质量发展基础等一系列政策取向。《公司法》2005年全面修订后，

公司纠纷争议解决蓬勃兴起，为《公司法》的贯彻落实与制度发展提供了法律保障。我们相信，新《公司法》也将带来一系列新变化、新气象，对公司纠纷争议解决产生多方面深远影响，为宏观经济发展和微观公司成长提供更加坚强有力的保障！



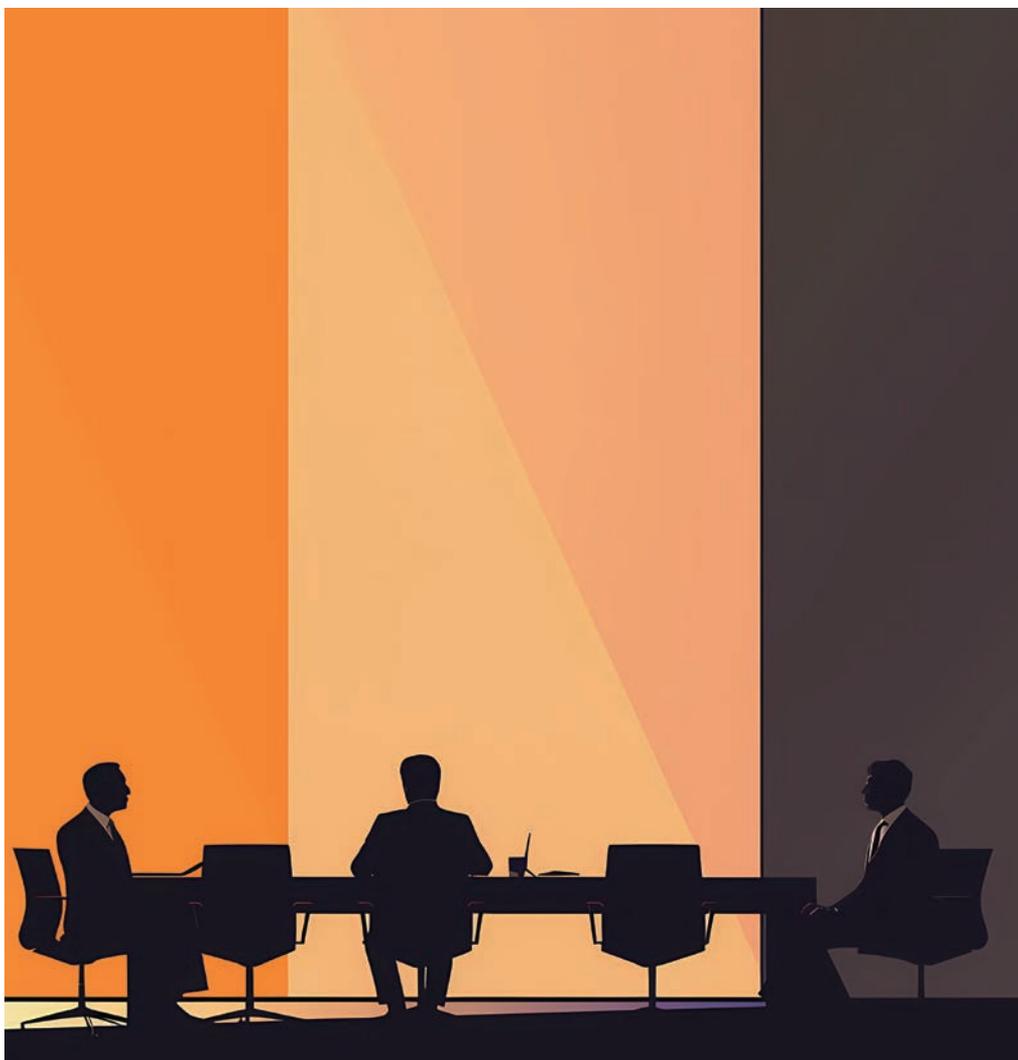
傅长煜
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2085
fuchangyu@zhonglun.com



伊向明
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2087
yixiangming@zhonglun.com

新《公司法》实施后公司 生存指南系列之一—— 股东权利保护解读

孙彬彬 邢昊然 谭书卿



引言

2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议修订通过《中华人民共和国公司法》，自2024年7月1日起施行。本次《公司法》修订在加强股东权利保护有诸多亮点，包括：强化股东知情权；完善临时股东会召集、临时提案权规定；新增控股股东滥用股东权利情况下的股东回购请求权规定；新增同比例减资原则性规定及例外规定；新增双重代表诉讼规定等。法治是最好的营商环境，本次公司法修订仍然是围绕着优化营商环境的应有之义展开，基于实践中存在问题以及行之有效的解决方案所做出的针对性修改。本文旨在就本次修法中加强股东权利保护中部分重点修订、新增内容进行溯源性分析，进一步揭示其在商事纠纷中解决的实践问题及后续的关注点。

一、股东知情权

（一）法条修改情况

2018年《公司法》	2023年《公司法》
<p>(删除线文本表示在2018年《公司法》中存在, 但在新《公司法》中已被删改的内容。)</p>	<p>(红色文本表示新《公司法》新增修订的内容。)</p>
<p>第三十三条 股东有权查阅、复制公司章程、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。股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请</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。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</p>

2018年《公司法》

(删除线文本表示在2018年《公司法》中存在, 但在新《公司法》中已被删改的内容。)

求, 说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的, 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, 股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

第九十七条 股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告, 对公司的经营提出建议或者质询。

2023年《公司法》

(红色文本表示新《公司法》新增修订的内容。)

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**。

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。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。

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。

第一百一十条 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、财务会计报告, 对公司的经营提出建议或者质询。**连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东要求查阅公司的会计账簿、会计凭证的, 适用本法第五十七条第二款、第三款、第四款的规定。公司章程对持股比例有较低规定的, 从其规定。**

股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的, 适用前两款的规定。

上市公司股东查阅、复制相关材料的, 应当遵守《中华人民共和国证券法》等法律、行政法规的规定。

本次公司法修订，对于有限责任公司股东知情权，明确了股东可以查阅会计凭证，吸收、完善了司法解释中委托会计师事务所、律师事务所等中介机构辅助行使查阅权的内容，同时将知情权的行使对象拓宽至全资子公司；对于股份有限公司股东知情权，新增复制资料的规定，并将查阅、复制的范围与有限责任公司股东保持一致，但对查阅公司会计账簿、会计凭证的股东身份进行了限制，连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东才有权查询。

（二）知情权行使客体明确包括会计凭证

在本次公司法修订前，司法实践中关于股东知情权的一大争议焦点即为知情权范围是否包括会计凭证。

在《最高人民法院公报》刊载的李淑君等诉江苏佳德置业发展有限公司股东知情权纠纷一案中，审理法院认为，公司的具体经营活动只有通过查阅原始凭证才能知晓，根据会计准则，相关契约等有关资料也是编制记账凭证的依据，应当作为原始凭证的附件入账备查，最终认定查阅权范围包括会计账簿及会计凭证（含记账凭证、相关原始凭证及作为原始凭证附件入账备查的相关资料）。

进一步地，虽然2017年《公司法司法解释四》没有保留征求意见稿中“股东可以查阅会计凭证”的规定，但在《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用》中说明了是因为存在争议，所以删去了股东可以查阅原始会计凭证的规定，而留待司法实践探索。在此背景下，大量实践案例通过将会计账簿外延拓展至会计凭证的解释方式，支持股东查阅会计凭证。

但2020年3月在(2019)最高法民申6815号案中，最高法认为，根据《会计法》规定，会计凭证和会计账簿是不同的概念，不应随意超越法律规定扩张解

释股东知情权的权威，将会计账簿解释为包括会计凭证。此后，司法实践中对于查阅会计凭证主张的支持态度有所缩紧，但仍不乏支持股东查阅会计凭证的案例（如(2021)沪02民终8327号）。

本次公司法修订，在成文法层面上解决了股东查阅会计凭证的障碍，应当注意的是，从判例意见的演变来看，最高法实际并不排斥在正当情形下股东有权查阅会计凭证这一心证结论，而是排斥在法律未有明文规定下通过扩大解释方式获得结论的论证过程，因此条文修正赋予了结论正当性。基于前述逻辑，亦可以对股东是否可以查阅未被归入会计凭证的其他合同（实践中合同可能不会被归入会计原始凭证，很多情况下是以进货单、发票等入账）等文件的问题作出回应，即在法定查阅材料范围外的其他材料不应支持查阅。

（三）知情权行使主体拓展至全资母公司股东

从此前司法实践中看，母公司股东主张对子公司行使知情权的案例也时有发生，但法院通常会考虑到子公司本身的人格独立性，而不予支持母公司股东的行权请求（案例见(2023)苏13民终149号、(2023)粤01民终6561号、(2022)沪0115民初56148号）。如果在公司章程本身规定股东可以查阅子公司资料的情况下，法院则倾向于支持股东的行权请求（案例见(2022)苏02民终7878号、(2014)沪高民二(商)申字第S158号）。只有在极个别案例中，法院突破了子公司的人格独立，支持股东对子公司的知情权，如在(2017)苏执监648号中，江苏高院认为集团公司控制子公司经营、财务管理、财务资料，子公司的会计账簿在实质上与属于集团公司所有无异，进而支持了股东查阅子公司财务账簿的请求。

需要注意的是，将股东知情权扩张至全资子公司，并非对母子公司之间独立人格的否定，而是股东权利穿透的应有之义。一方面，从全资子公司与母公

司之间的关系来看，全资意味着所有的财产权益归属于母公司，不存在其他股东利益；另一方面，从知情权的权利属性来看，知情权本身与公司经营管理无关，本质上是缓解中小股东的信息不对称，避免其权益受损。因此，对全资子公司行使知情权并不会当然造成母子公司之间独立人格的否定。本次公司法修订将股东知情权的对象拓展至全资子公司，亦是基于实际情况对母公司中小股东的加码保护，仅将知情权对象拓展至全资子公司，但不包括控股子公司，也是考虑到股东权利与公司经营之间的法益平衡而做出的保守性修改。与知情权对象扩展相类似，新公司法第189条也增加了全资子公司董监高或他人侵犯子公司利益情况下，母公司股东有权起诉的双重股东代表诉讼规定，也是基于同样的法益保护考量，本文中不再赘述。但由于公司法并未对全资子公司的概念进行界定，此处的全资子公司是否仅指直接全资子公司，抑或是包括了间接全资子公司尚待进一步司法实践的检验查证。

二、股东压迫下的回购请求权

（一）法条修订情况

2018年《公司法》

/

2023年《公司法》

第八十九条 第三款、第四款新增

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。

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。

本次公司法修订在原有的异议股东回购权基础上，新增了在有限责任公司控股股东滥用股东权利情形下，其他股东向公司主张回购的权利，该条规定增设于异议股东回购请求权规定之后，行权条件及前提与异议股权回购请求权相独立，是中小股东权利保护的兜底性条款。

（二）股东压迫下的救济路径完善

从公司法（2018年修正）规定来看，在中小股东权益受到侵害时，法定的退出路径只有在股东对特定股东会决议提出反对情况下的回购权，以及公司僵局下的强制解散。但一方面异议回购权行使的情形有限且严苛，在很多情况下无法主张；另一方面，强制解散的救济路径过于激烈，属于“最终手段”，在部分情形下可能会超出解决问题的合理必要限度，并且可能会损害公司债权人利益，为此《公司法司法解释二》也鼓励法院在解散公司案件中调解，支持当事人之间协商达成转让或公司回购股权约定。此外，虽然公司法（2018年修正）第20条、21条规定了股东滥用权利情况下的损害赔偿责任作为兜底性、原则性规定，但在损害赔偿后股东身份仍然存在，股东压迫的问题可能会持续存在，问题无法实质性解决。因此，本轮公司法修订增设股东压迫下的回购请求权，完善了我国公司法在中小股东权利保护体系构建上缺少相对温和性的股东退出途径的瑕疵。

从司法实践看，最高院在(2014)民申字第2154号案的判决理由中对于股东压迫下的回购请求权提供了侧面说明。在本案中，公司未通知股东即召开股东会作出决议，股东基于公司法异议股东回购请求权要求公司回购股权，最高法认为从形式上看，股东未参与股东会并提出异议不满足公司法异议股东回购请求权的形式要件，但在股东未收到通知情况下无从了解决议内容，股东后续明

确表示反对后公司继续转让资产侵害了股东权益；从实际处理效果看，公司股东之间因利益纠纷产生多次诉讼，通过让小股东退出公司的方式，有利于尽快解决公司股东之间的矛盾和冲突，从而保障公司利益和各股东利益。

考虑到公司法（2018年修正）明确规定了异议股东回购请求权的前置要件，且现实情况存在复杂性，确有出现现有规定情形外的严重损害中小股东权益的行为，基于立法本意，股东压迫回购请求权的设置能够充分、合理保障中小股东权益，且由于本身条文具有兜底性质，也为个案实质判断何种情况下符合“严重损害”情形留下解释空间。

三、法定同比例减资

（一）法条修订情况

2018年《公司法》	2023年《公司法》
/	第二百二十四条 第三款新增 公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。

本轮公司法修订新增了公司减少注册资本时原则上应按持有比例减少的原则性规定，除非有限公司股东全体另有约定或股份有限公司章程另有规定。

（二）定向减资决议效力争议

公司法（2018年修正）第43条规定了增资或减资的决议需经三分之二以上

股东表决通过，但只规定了增资时原则性按实缴比例认缴，未对减资时的安排进行规定。在司法实践中，有法院认为定向减资决议只需经过三分之二以上股东表决通过即可，在(2018)沪民申1491号案中，上海高院认为，公司成立后股东缴纳的出资额已经转化为公司的注册资本，所有权属于公司，在公司运营过程中根据具体经营情况需要对注册资本进行增减时，需要遵守公司权力机构股东会作出的决议，注册资本的增减必然涉及具体股东出资额及出资比例的变化，若强求达成一致意见才能对注册资本进行增减，显然有违公司法第四十三条规定的初衷，在个别股东反对情况下通过定向减资的决议正当合法。

从权益角度看，某一股东的定向减资退出会造成其他股东持股比例的上升，似乎是对股东权利的增益，但从负债角度来看，这会导致各股东注册资本所对应负债比例的增加（举例来说，如公司注册资本100万，负债80万，则各股东资本负债比例为80%，但此时如定向减资20万，未减资股东资本负债率则会变为100%），因此定向减资可能也会损害其他股东利益，如果可以以三分之二比例通过定向减资决议，对反对股东而言则是在未取得同意情况下损害了他们的利益。对此亦有法院作出进一步分析，在(2018)沪01民终11780号案中，上海市一中院认为三分之二的通过比例仅是是否同意进行减资的表决比例，但不包括减资后股权在各股东之间的分配，不同比减资会直接突破公司设立时的股权分配情况，如只需经三分之二以上表决权的股东通过即可做出不同比减资决议，实际上是以多数决形式改变公司的股权架构，因此认为股东会决议中定向分配减资金额部分内容不成立。在被编入《人民法院案例选》（2018年第1辑）的(2017)苏02民终1313号案中，无锡中院也持有类似观点。

反观过往判例中的矛盾观点，支持定向减资需全体股东同意的观点从结论上看似乎更为合理，但其解释路径却是基于“同股同权”的公司法原理，而缺乏

具体条文支撑，特别是在同比例增资有明文规定的情况下，同比例减资的解释形成了实质上的类推解释。本轮公司法修订对此进行了法律续造，弥补了在论证环节中的瑕疵，充分尊重了中小股东在减资事项中的表决权。

四、小结

本轮公司法修订进一步加强了对处于弱势地位的中小股东保护，这对完善我国股东中心主义的公司治理体系来说有着重要意义。纵观本轮公司法修订中对于中小股东权利保护的修订内容，除了对全资子公司的知情权及代表诉讼作出了突破性规定外，其他修订内容并未实质突破此前司法实践中裁判意见范畴之外，更多是通过法律续造的方式，为合理的裁判观点提供可以依据的法律规定，而不再需要法官在个案中通过繁琐的法律解释方法得出结论，这也有利于维护法律本身的安定性，避免司法实践中对于法律规范进行过度解释。同时，我们也期待着本次修订中的一些兜底性规定能在后续司法解释或司法实践中得到进一步细化、落实。

(陆薪宇、倪炜辰对本文亦有贡献)



孙彬彬
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3021
sunbinbin@zhonglun.com

新《公司法》中董事怠于 清算责任的构成要件 及抗辩要点初探

✎ 李崇文 吴坤 李征宇 史超文



引言

于2024年7月1日正式施行的《公司法》（以下简称“新《公司法》”）第二百三十二条对于“清算义务人”及“未及时履行清算义务责任”（以下简称“董事怠于清算责任”）进行了重大修订，无论是股份公司还是有限公司，董事都将成为法定的唯一清算义务人。该条规定的更新无疑将引发司法解释及其他配套规定的新一轮重大修改，并将再次对司法实践中本就争议颇多的怠于清算责任案件的裁判规则带来冲击。

回望我国立法沿革，在超过三十年的时间中，对于“清算义务人”及“怠于清算责任”的规定修订之繁多、体系之冲突、解释之模糊，遍观整个民商事法律体系都属罕见，并由此引发了大量“类案不同判”的现象。在《〈公司法〉对于“清算义务人”及“怠于清算责任”的重大修订解读》这一小文中，笔者已对前述规定的演变过程、修订要点及溯及力问题进行了梳理和初步探讨。在本文中，笔者将聚焦于新《公司法》第二百三十二条的具体条文，结合既往可资参考的实践观点，对新法下如何认定董事怠于清算责任的构成要件进行简单分析和梳理¹。而就现行实践中此类纠纷广泛关注的诉讼时效问题，笔者将留待下篇文章进行梳理和分析。

依据新《公司法》第二百三十二条之规定，公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现，股东会决议解散，依法被吊销营业执

1.虽新《公司法》第二百三十二条第三款增加了公司请求董事怠于清算责任的情形，但基于我国公司清算实践现状，笔者认为未来大量的纠纷仍然会产生在债权人与董事之间，公司提起该等诉讼的实例在短期内不会大量出现。故本文中，笔者将债权人起诉董事作为此类纠纷案件的典型模式来进行分析和讨论。对于公司在该类纠纷中会如何主张，尚待后续实践来进一步厘清，特在此说明。

照、责令关闭或者被撤销、法院支持股东请求解散公司之诉而解散等事由（以下合称“**公司解散事由**”）出现后，董事作为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算；如其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。鉴于此，笔者将在对“董事即清算义务人身份”的认定规则进行梳理的基础上，进一步围绕怠于清算责任的三个构成要件，即“未及时履行清算义务”“给公司或债权人造成损失”“怠于行为与损失结果存在因果关系”三方面展开分析。

一、关于董事作为清算义务人的理解和认定

第一，关于清算义务人之基础概念的辨析。在新《公司法》之前，公司法（2018年修正）及配套司法解释并未有过“清算义务人”这一概念，实践中也存在清算组、清算组成员、清算人等多个内涵杂糅的概念；而对于负有启动清算义务的主体，有限公司及股份公司亦存在明显的区别²。新《公司法》则在《民法典》第七十条的基础上，进一步厘清了这一制度性规定：结合新《公司法》第二百三十二条、第二百三十四条、第二百三十八条等规定可知，**清算义务人**仅指在公司解散事由出现后负有及时成立清算组以启动清算程序之义务的人，在清算程序启动后，清算义务人的职责即告完成；新《公司法》将此义务主体限缩至全体董事。而**清算组**是指负责具体清算工作的临时性机构，其成员可以为全体董事，也可以为公司章程另行规定或股东会决议另行选定的其他人员。

2. 对此问题在笔者《<公司法>对于“清算义务人”及“怠于清算责任”的重大修订解读》一文中有一较为详细的梳理和介绍，可资参考。

清算组的清算义务自清算程序启动之时起，至清算完毕之时结束。为避免混淆，本文中探讨的“董事怠于清算责任”并不包括第二百三十八条规定的清算组成员瑕疵清算、恶意清算等怠于履行清算职责时应承担的赔偿责任。

第二，关于清算义务人身份的认定问题。在董事怠于清算责任纠纷案件中，外部的债权人通常基于公司公示的信用信息，将登记的董事作为清算义务人，进而将其列为被告并要求承担责任。由于公司登记信息具有公示公信力，如对外公示的董事以其已辞职为由，主张其在公司应清算之时已实际退出公司，进而抗辩称其不负有清算义务的，在既往的司法实践中，法院通常会以保护善意债权人作为理由，对其抗辩主张不予支持。³而随着新《公司法》第二百二十九条第二款关于“公司出现前款规定的解散事由，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”的明确要求，我们预计这一方式在后续此类案件中更为便捷和常见。

然而，从既往实践观点来看，如上述登记的董事能够提供证据证明系被冒用身份信息登记的，由于不具有可归责性，法院可能将认定其并非清算义务人。但法院对于冒用身份事实的证明标准要求较高，故对外公示董事至少需要提供行政部门基于冒用身份事实而出具的撤销登记（备案）决定书、鉴定机构关于案涉工商档案中全部文件上的签字均非其本人签署的鉴定报告等证据，并辅之以被冒名人从未参与公司经营管理等事实证据来综合证明。⁴

3.参见（2018）京03民申261号民事裁定、（2022）京03民终7757号民事判决、（2022）京01民终1240号民事判决、（2022）京0112民再17号民事判决、（2021）沪01民终14499号民事判决

4.参见（2022）京01民终34号民事判决、（2021）京01民终9661号民事判决、（2021）京0106民再13号民事判决、（2021）鲁民再471号民事判决、（2023）辽01民终1656号民事判决、（2017）浙民再136号民事判决。

同时，在新《公司法》下可能存在一个新的实操问题，即鉴于董事作为清算义务人的理论来源仍然是其忠实勤勉义务，故如未来主张董事怠于清算责任的主体系公司、监事会或监事、抑或提起股东派生诉讼的股东的，则此时作为公司内部的责任追索，将“董事”这一概念由形式董事精准定位、或扩大到在公司实际履行董事职责的主体亦存在相当的合理性。即便扩大到外部债权人层面，鉴于新《公司法》第一百八十条第三款、第一百九十二条关于事实董事和影子董事之新增规定，如债权人能够在诉前获取相关的证据，或是通过诉讼过程中的法定程序补充获取了相关证据，亦可以考虑扩大本条董事清算义务责任的追责主体范围。但因该等问题均为新《公司法》项下的新问题，法院对于证明责任和认定规则会具体做何程度的把握，仍有待于通过一定数量的案件积累来进一步明确。

二、“未及时履行清算义务”的司法认定

在新《公司法》之前，对于董事怠于清算义务责任的行为表述均为“怠于履行义务”，而新《公司法》第二百三十二条将其替换为了“未及时履行清算义务”。笔者以为，该等变化并无实质区别，仍然隐含过错推定的前提，仅“未及时履行”的表述在一定程度上强化了过错推定的程度，即当出现公司解散事由后的15日内董事未能启动清算程序的，均可视为在形式上满足了这一不作为行为要件的基本特征。但回归到实践争议案件，现行法律法规中对于“怠于”的界定在新《公司法》项下仍然适用，既往的裁判规则亦仍有参考价值。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称《九民纪要》）第14条对“怠于履行义务”的界定，落脚于“在法定清算事由出现

后，在能够履行清算义务的情况下，故意拖延、拒绝履行清算义务，或者因过失导致无法进行清算的消极行为”。换言之，只有在清算义务人“能为而不为”时，才构成怠于履行义务，故需要考察清算义务人是否实际具备履行义务的条件和能力。实践中，由于“未及时履行清算义务”属于消极不作为行为，故债权人仅需证明清算义务人“未履行清算义务”，而清算义务人亦可举出反证证明自己不具有过错，从而推翻过错推定。

实践中，如清算义务人能够证明其已为履行清算义务采取了积极措施，或确有其他证据可证明客观上无法履行清算义务，则法院可能支持该项抗辩，认定清算义务人不存在主观过错。例如，部分法院认为，如清算义务人在清算义务发生时处于被羁押、监禁或服刑状态，则其客观上无法进行清算工作，不构成怠于履行清算义务。⁵相反，亦有法院认为，清算义务人在服刑期间的其他合法权益仍可以得到保障，故对该项抗辩不予支持。⁶当然，如在董事怠于清算责任之诉提起之前，该董事已经恢复人身自由，但未在恢复自由后履行清算义务，则法院均会认定其构成怠于履行清算义务。⁷此时若董事怠于履行清算义务的行为发生在其恢复人身自由之时，但如此前因无法清算致损的事实已经发生，则应当认定上述未及时履行清算义务的行为与损害结果之间不存在因果关系。

另外，如前所述，虽然对外公示的登记董事以其已辞职为由抗辩其并非清算义务人，法院通常会出于保护善意债权人的考虑，对其主张不予支持。但是

5. 参见（2020）京02民终10369号民事判决、（2022）苏03民终2826号民事判决。

6. 参见（2022）京03民终4833号民事判决。

7. 参见（2018）闽民申4037号民事裁定。

如该董事以其已辞职为由主张其不再具有履行清算义务的条件和能力，则在其提供充分证据的情况下，法院存在支持该项抗辩的可能性。⁸

三、“给公司或债权人造成损失”的司法认定

依据现行《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《公司法解释二》）第十八条第二款之规定，“**无法进行清算**”为**主张怠于清算责任的结果要件**。实践中，正如最高法在《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》中所述，为证明债务人公司“无法进行清算”，债权人通常会先行对债务人公司申请强制清算，在获取法院作出的包含认定“债务人公司无法清算”相关内容的终结清算程序裁定后，再向清算义务人提起诉讼，主张怠于清算责任；但近年来，债权人未经强制清算程序即直接起诉清算义务人的案例并不少见，且亦不乏被支持的案例。⁹此外，部分法院也突破性地采取“举证责任倒置”的方法，由清算义务人举证证明债务人公司可以清算，以此减轻债权人的举证压力。鉴于新《公司法》第二百三十二条未再强调“无法进行清算”这一事实，而是概以“给公司或债权人造成损失”的代指，故这一变化在未来可能会存在两个方向的演变路径。具体而言：

（一）基于新《公司法》之规定的理想状况分析

在新《公司法》第二百三十二条的规定下，“无法进行清算”不再是明文规

8. 参见（2022）苏03民终2826号民事判决。

9. 参见（2019）粤民终253号民事判决、（2023）京03民终4825号民事判决、（2022）京03民终10867号民事判决、（2021）粤01民终12542号民事判决。

定的构成条件，而是回归到侵权法律关系的基本范式之下，直接将损害结果明确为索赔的事实前提。详言之，这一调整大幅简化了《公司法解释二》第十八条规定项下的待证事实，不再强调“公司主要财产、账册、重要文件灭失”与“公司无法清算”之间的逻辑链条，也不再拘泥于“公司无法清算”才是“债权人的债权无法得到清偿/公司因此受有损失”之间的唯一事实范式。笔者认为，这一简化有助于应对纷繁复杂的现实状况，也扩大了董事怠于清算责任这一条款的适用空间。如后续配套司法解释不再对前述条款的这一文字表述进行调整，则在未来董事怠于清算责任纠纷案件中，公司或债权人仅需要证明其实际受有损失，不用再大费周章地证明公司无法进行清算，而且这一法律事实在实践中既不存在统一标准，也难以为外部人知悉实际情况。鉴于此，如债权人能够证明，作为债务人的公司在公司解散事由出现之后未能如期启动清算程序，且债权人的既有合法债权事实上未能受偿，则可以初步证明其已经符合了关于损害结果的构成要件，诉请要求相关董事承担赔偿责任。这一调整避免了现行实践中关于“公司无法清算”如何认定的巨大争议，明显有利于对债权人利益的保护。

另一方面，对于新《公司法》增加的公司主张董事怠于清算责任制度，这一规定亦实现了“内外有别”的基本理念。从公司内部主体责任分配的角度看，公司无法清算的证明难度和可操作性，相较于公司实际受有损失的难度而言事实上更小。在董事责任被大幅强化的新《公司法》体系下，这一规定也在某种程度上减少了董事无端得咎，被股东或公司随意引用该条款来追索其民事责任的可能性。

（二）《公司法解释二》第十八条之规则继续适用时的主要争议

另一个可能的解释是，因新《公司法》第二百三十二条对于董事怠于清算责任的规定较为笼统，故未来不排除在配套司法解释的出台后，仍然保留《公司法解释二》第十八条之规定作为该条款的解释路径。在这种情况下，核心争议在于“无法进行清算事实”的举证责任分配，以及“公司主要财产、账册、重要文件灭失”与“公司无法清算”“债权人的债权无法得到清偿”之间的证明问题。

第一，关于举证责任分配问题。该问题的争议通常出现在债权人未先行申请强制清算而直接主张董事怠于清算责任的情况下，此时应由债权人证明债务人公司“无法进行清算”，还是由清算义务人证明债务人公司“可以进行清算”，实践中争议颇多。部分法院认为，虽然债权人能够举证公司存在应清算未清算的事实，但在无其他证据的情况下（特别是清算义务人能够提供部分公司资料时），公司是否无法清算的事实尚未确定，故债权人要求清算义务人承担怠于清算责任的前提条件尚不具备，其诉讼请求不应得到支持。¹⁰但亦有部分法院认为，债权人作为外部主体，一般难以知晓债务人公司内部的财产、账册、重要文件的保存情况，客观上存在举证障碍；而清算义务人作为债务人公司的内部主体，则具备相应的举证能力，其应负有相应的举证责任。因此，在清算义务人无法举证或说明公司主要财产、账册及重要文件资料去向的情况下，应由其承担举证不能的法律后果，并认定公司无法清算的事实。¹¹

第二，关于“公司无法清算”前后法律事实的证明问题。实践中，如清算义

10. 参见（2020）最高法民申2293号民事裁定、（2020）津民申2026号民事裁定、（2020）粤06民终3069号民事判决、（2020）沪01民终12956号民事判决。

11. 参见（2019）京民申3584号民事裁定、（2021）粤01民终12542号民事判决、（2021）京01民终9878号民事判决、（2023）京03民终5387号民事判决。

务人举证证明在清算事由出现之前，公司的主要财产、账册、重要文件就已经灭失，¹²或证明上述材料的灭失系因火灾、盗抢、遗失或被扣押、调用等其他事由导致的，¹³则上述材料的灭失并非“怠于清算的行为”导致，清算义务人可以据此脱责。此外，如清算义务人举证证明，虽然上述材料因其怠于清算的行为已经灭失，但其并没有达到公司无法清算的程度，只是在此后发生了其他事由导致了公司最终无法清算，则清算义务人亦可以据此脱责。

四、行为与损害结果之“因果关系”的司法认定

关于未及时履行清算义务与公司或债权人损害之间的因果关系，是董事怠于清算责任这一侵权责任的应有之义，且可以清晰地从新《公司法》第二百三十二条的文义推导得出。而关于因果关系的认定，在新旧法之间并无显然的区别，此前司法实践中的裁判思路在新《公司法》颁布之后仍可继续适用。实践中，如侵权行为及损害结果均已被查证属实，则法院通常会推定两者之间存在“因果关系”，无需债权人对此进一步举证。清算义务人如抗辩不存在因果关系，则其应当承担举证责任。

在既往实践中，如清算义务人能够举证证明在清算事由出现之前，公司即已丧失了偿债能力，则债权人的债权无法受偿并非由公司无法清算导致，清算义务人可以据此脱责。实践中，清算义务人通常会提供在清算事由出现前，法院因债务人公司无可供执行的财产而作出的终结本次执行的裁定，以此证明公司在清算事由出现前即已丧失偿债能力。对于这一问题，实践中争议颇多，部

12.参见（2021）苏06民终857号民事判决。

13.参见（2017）粤03民终14490号民事判决。

分法院认为，执行程序中法院查明无财产可供执行仅是一个阶段性的结果，仅能表明法院在该案中暂时未调查到相关财产，但并不能等同于公司实际上已无任何财产可用于清偿债权；只有在全面清算后，才能确认公司真实的资产和负债情况，故上述终本裁定不能作为清算义务人免责的依据。¹⁴也有部分法院则认为，如在清算事由发生前，公司已无财产可供执行，则即便公司可以清算，债权人的债权仍无法得到清偿，故债权人的权益受损并非由债务人公司无法清算导致，两者之间不存在因果关系。¹⁵但需要注意的是，清算义务人提供的终本裁定作出日期应当在清算事由发生前，否则将难获法院支持。

与此同时，此前少部分法院所持观点对于新《公司法》施行后的董事可能存在积极意义，故特在此列明供参考及进一步讨论。该观点认为，如依据当时的法律规定，董事在清算事由发生时并无清算义务，则其清算义务应在规定其具有清算义务的新法施行之日起才产生，若在该时间点公司已被裁定终本，则应当认定怠于履行清算义务的行为与债权人权益受损之间不存在因果关系。¹⁶

小结

新《公司法》下董事怠于清算责任的构成要件如何认定，是每位公司董事都会关注的问题。随着法律规则的变化，这一纠纷在不远的将来势必会涌现各种新的问题和争议。为此，笔者结合类案处理的经验、新《公司法》的规定和

14. 参见（2023）京03民终1261号民事判决、（2019）粤03民终5404号民事判决、（2019）粤01民终14080号民事判决。

15. 参见（2022）京民申1699号民事裁定、（2022）京民申570号民事裁定、（2022）京民申1755号民事裁定、（2021）京民申7672号民事裁定。

16. 参见（2019）粤03民终25xx号民事判决。

对既往司法实践观点的梳理，希望能够对可能的争议和变化进行初步的分析和探讨，以求教于业界。但因目前司法实践中对于此类纠纷的观点莫衷一是，这也为单个案件的结果预判带来了额外的不确定因素。故对于个案而言，仍建议综合考察相关情况，并关注相关地区法院的最新裁判倾向。



李崇文
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5087 2888
lichongwen@zhonglun.com

新《公司法》下公司解散清算 后遗留债务的追偿路径

 闵敏 王奕博



前言

在我国商事实践中，由于清算相关主体未必能严格履行清算义务，以及解散清算制度本身的不完备性等原因，导致存在大量公司自行解散清算并注销，却仍遗留部分债务未处理的情况。此时债务人的公司法人人格已经终止，不再是民事责任承担主体，债权人只能选择其他主体主张权利，这无疑增加了债权追偿的难度，在司法实践中引发了大量争议。

2024年7月1日，新《公司法》实施，新法一方面对解散清算制度进行了优化，明确了以董事为主的清算主体责任；另一方面则强化了股东的出资责任，特别规定股东的最长认缴出资期限为五年，且要求存量公司逐步调整至该期限内，这预计将引发大量未实缴出资的公司通过解散清算程序进行注销，从而带来更多公司注销后遗留债务的追偿难题。基于这种新形势，笔者根据近年来代理不良债权追偿项目的经验，梳理并归纳了对遗留债务的追偿路径，以期为面临类似情况的债权人提供参考和借鉴。

一、《公司法》修订与遗留债务的追偿现状

遗留债务是指因各种原因未能在公司的解散清算程序中得到清偿，而在公司注销后继续存在的债务。遗留债务出现的主要原因是清算义务主体未能严格履行法定的清算程序，包括清算义务人虚假清算、清算组成员未履行通知和公告义务、公司股东基于逃债目的而通过简易注销程序直接注销公司等，这些情形严重侵害了债权人权益。¹由于我国之前的清算责任体系较为混乱，²清算义

1.参见林一英：《公司清算制度的修改——以经营异常公司的退出为视角》，《法律适用》2021年第7期，第13页。

2.参见肖雄：《论公司清算人中心主义的回归与重建》，《政治与法律》2017年第11期，第141页。

务人与清算组成员依规定均主要由股东构成，因此此前实务中债权人通常会以现行《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称“《公司法司法解释二》”）第19条“以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记”作为请求权基础，对以公司股东为主的清算责任主体主张赔偿责任。

然而，此次公司法修订后，新《公司法》明确规定董事为清算义务人，且清算组成员默认由董事组成，公司的出资义务主体与清算责任主体出现了分化，这就要求债权人在把握对不同主体进行追偿可行性的基础上选择最优路径。笔者将在下文对不同责任主体的追偿路径进行具体分析。

二、向公司股东追偿—基于遗留债务的基础法律关系

1. 公司注销后的遗留债务应由股东承继

遗留债务本应由持续存在的公司法人承担，却因法人人格终止而丧失了债的承受主体。不过，遗留债务并不会随着公司注销而一同消灭。根据民法原理，债的消灭原因有五种：清偿、提存、抵销、免除和混同，³我国《民法典》第557条也规定了债权债务终止的六种情形，⁴公司注销不属于其中任一情形。笔者认为，解散清算是在公司注销前集中处置债权债务关系的特殊程序，不会对债权人的请求权基础产生影响，⁵只可能导致债的关系主体发生变化。基于有

3. 参见王泽鉴著：《民法概要》，北京大学出版社2011年版，第235页。

4. 《民法典》第五百五十七条：“有下列情形之一的，债权债务终止：（一）债务已经履行；（二）债务相互抵销；（三）债务人依法将标的物提存；（四）债权人免除债务；（五）债权债务同归于一人；（六）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。合同解除的，该合同的权利义务关系终止。”

5. 参见李永军著：《破产法理论与规范研究》，中国政法大学出版社2013年版，第190页。

限责任理论，公司注销后仍应以其剩余资产对债务人承担责任。新《公司法》第236条第二款延续了公司法（2018年修正）第186条第二款的内容，明确规定公司的剩余财产按照股东的出资比例或股份比例分配，股东作为公司的权利义务继承人分配取得了剩余财产，自然也应当承担剩余财产所对应的责任，成为遗留债务的清偿义务主体。

2. 债权人有权直接向已注销债务人的全体股东追偿

债权人发现未履行清偿义务的债务人注销的，有权以遗留债务所依据的基础法律关系，直接向债务人的股东追偿债权。由于股东的这一清偿责任本质上是其出资责任的延续，因此我们理解，无论是何种原因产生的遗留债务，债权人均可以向股东追偿。虽然现行法律及新《公司法》中均未对公司注销后的债务如何承继作出明确规定，但基于民法基本原理，实务中法院通常会支持债权人的这一请求。如对于公司注销前所签订合同产生的违约之债，北京市一中院在(2022)京01民终6940号案中认为：“现非禾教育公司已经注销，其权利义务应由张某承继，现科创智行公司向张某主张权利，理由正当，法院予以支持”。又如对于公司注销前所实施侵权行为产生的侵权之债，安徽省高院在（2020）皖民终751号案中认为：“因科华热控公司已经注销，其剩余财产已经按出资比例分配给李某A、李某B，故李某A、李某B应在其分配财产的范围内按出资比例即李某A按90%，李某B按10%承担赔偿责任”，法院持有类似观点的案例还有(2020)鲁01民终1819号案、(2017)苏05民终1276号案等。因此，债权人有权依据遗留债务的基础法律关系向股东追偿，但应当以股东分配所得的财产为限，并由各股东按照出资比例承担清偿责任。

3. 债权人有权要求股东就注销时未实缴部分出资承担清偿责任

新《公司法》要求存量公司将股东的认缴出资期限调整至五年的最长期限内，目前部分地区已经出台了试点调整方案，如北京市市场监督管理局于2024年1月15日发布了《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）》，其中明确规定：“存量有限责任公司应当在新《公司法》生效后3年以内将剩余出资期限调整至5年以内”。对于认缴出资金额较大的公司，由于股东难以实际履行出资义务，很可能在调整期限届满前自行解散清算并注销，从而引发更多的遗留债务问题。现行《公司法司法解释二》第22条规定，公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产，且公司财产不足以清偿债务时，债权人有权主张未缴出资的股东及公司设立时的其他股东或者发起人在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任。因此，股东尚未到期的出资也属于公司清算财产的一部分。如果公司财产足以清偿债务，股东在注销时可以不足额实缴出资，但如果公司在注销后仍有遗留债务的，债务人股东在公司注销前未实缴部分出资也属于股东分配所得的清算财产，债权人有权向股东进行追偿。实务中法院多会支持债权人的请求，如(2021)京03民终15650号案中，北京市三中院认为：“现军创联合公司已经注销，苏恒世纪公司之债权尚未得到清偿。一审法院判令陈某、刘某在未缴纳出资范围内对公司承担连带清偿责任并无不当”，相似案例还有(2021)川民再98号案、(2020)苏07民终2392号案等。

不仅如此，根据新《公司法》第88条的规定，如果股东在公司注销前将其出资期限届满前的股权转让的，出资责任首先由受让股东承担，在受让股东无法足额缴纳出资的情况下，转让股东应当承担补充责任。由此可见，新《公司法》进一步强化了股东对遗留债务的清偿责任，股权转让也不能使原股东对嗣

后产生的遗留债务免责。而此前实务中的主流观点认为，股东在出资期限尚未届满前转让股权，不构成瑕疵转让，无需承担补充清偿责任。新《公司法》将股权转让后的原股东也纳入清偿责任的主体范围内，加大了对债权人的保护力度，债权人有权在股东无法足额补缴出资额的情况下，继续向转让前的原股东主张遗留债务的补充清偿责任。

4.未决诉讼/仲裁中债务人注销后应由全体股东继承当事人地位

新《公司法》延续了公司法（2018年修正）中有关清算组职权的有关规定，包括代表公司参与民事诉讼活动等，但却仍未明确清算组是否应等到公司全部的未决诉讼或仲裁均结案后才能注销公司。事实上，由于民事诉讼的周期通常较长，且在一审作出判决后还可能被提起上诉并历经二审、再审乃至重审等诉讼程序，为了保证公司清算的效率要求，实务中存在不少清算组在诉讼程序仍未了结时就将公司注销的情形。公司在诉讼程序中注销的，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第64条的规定，若存在违法清算情形的，应以公司股东、发起人或者出资人为当事人；⁶若不存在违法清算情形的，参照《最高人民法院关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》第25条之规定，⁷亦应当将被告变更成作为公司权利义务继受人的全体股东，由全体股东继续参与诉讼程序。⁸基于上述，债权人有权在诉讼程序中向已注销公司的全体股东追偿。在执行阶段，法院也会支持将已注销公司的股东变

6. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第六十四条：“企业法人解散的，依法清算并注销前，以该企业法人为当事人；未依法清算即被注销的，以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人。”

7. 《最高人民法院关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》第二十五条：“审查过程中，申请再审人或者被申请人死亡或者终止的，被申请人有权利义务继受人的，变更其权利义务继受人为被申请人。”

8. 参见龚杨：《当事人在诉讼中被注销后的处理》，《人民司法》2018年第35期，第72-73页。

更为被执行人的申请，如(2020)最高法执监492号案中，最高院指出：“执行中作为被执行人的法人或者其他组织被注销的，如果依照有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人”。

同理，仲裁程序中一方注销的，仲裁协议可以被原股东概括继承，仲裁当事人也应变更为公司原股东。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第八条之规定，当事人死亡后仲裁协议可继承，⁹虽然该条款未提及公司注销的情况，不过笔者曾就此问题咨询过北京、苏州、洛阳等地的仲裁委，得到的答复均是公司注销参照前款中自然人死亡的情况处理。可见，我国仲裁实务中普遍承认仲裁协议可被公司股东继承。在部分仲裁委的仲裁规则中，如《苏州仲裁委员会仲裁规则》第7条第二款，¹⁰则直接写明除订立仲裁协议时当事人另有约定的，仲裁协议在公司注销后对当事人的权利义务继承人继续有效，仲裁庭可直接变更原股东为当事人。

三、向清算义务主体追偿——基于违法清算的侵权关系

1. 董事取代股东成为清算义务主体

在我国的清算制度下，清算义务主体主要包括清算义务人与清算组，清算义务人是启动公司清算程序的主体，清算组则是依照法定程序处理公司清算过程中具体事务的主体。

9.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第八条：“当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继承人有效。当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效。”

10.《苏州仲裁委员会仲裁规则》第七条第二款：“订立仲裁协议的当事人因合并、分立、终止、撤销等原因发生变更的，仲裁协议对权利义务的继承人有效，但当事人订立仲裁协议时另有约定的除外。”

关于清算义务人，现行《公司法司法解释二》¹¹及最高院发布的2012年第9号指导性案例¹²中均将清算义务人的范围界定为有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东以及公司的实际控制人，《民法典》第70条又规定清算义务人包括法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员¹³，上述规定的矛盾导致清算义务人的主体范围一直存在争议。在理论界，学者们普遍从法律解释的角度，将《公司法司法解释二》纳入《民法典》第70条中“法律、行政法规另有规定的，依照其规定”的范畴，并依据特别法优于一般法的法律适用原则，¹⁴得到我国立法上有限责任公司的全体股东均为清算义务人的基本结论。¹⁵司法实践中，目前的主流观点同样是采取较广的认定范围，将公司的实控人、全体股东、董事及高管等主体均认定为清算义务人，¹⁶如(2022)京民终274号案中，北京市高院将持股1%的小股东众达公司也认定为清算义务人。但新《公司法》第232条一锤定音，明确规定董事为公司清算义务人，股东将不再属于这一范畴。¹⁷

关于清算组成员，新《公司法》第232条规定清算组由董事组成，也可以由公司章程另行规定或者股东会决议另行选定。而公司法（2018年修正）第

11. 参见《公司法司法解释二》第十八条至第二十条：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算……”

12. 参见上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案，最高人民法院2012年第9号指导性案例。

13. 《民法典》第七十条第二款：“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”

14. 参见陈春龙：《中国司法解释的地位与功能》，《中国法学》2003年第1期，第24-32页。

15. 参见王长华：《论有限责任公司清算义务人的界定——以我国〈民法总则〉第70条的适用为分析视角》，《法学杂志》2018年第8期，第91页。

16. 参见高永周：《清算义务人承担连带清偿责任的法理逻辑——评最高人民法院指导案例9号案》，《中南大学学报(社会科学版)》，2014年第5期，第126页。

17. 新《公司法》第二百三十二条第一款：“公司因本法第二百二十九条第一款第一项、第二项、第四项、第五项规定而解散的，应当清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算。”

183条规定有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。新《公司法》不区分公司类型，默认董事为清算组成员，同时灵活地允许其他主体加入，解决了此前关于有限公司清算组是否需包括所有股东，以及能否包括股东外成员等问题的争议。笔者理解，这也顺应了目前我国司法实践中认为清算组的成员既不必由全体股东共同参与，也可以有股东之外的成员加入的主流裁判倾向。¹⁸

鉴于新《公司法》修改了由股东履行主要清算义务的规则，明确规定清算义务人由董事构成，清算组成员也主要为董事，从而实现了违法清算的主要责任主体由股东向董事的转变。

2.清算义务人的责任范围趋于限缩

在清算义务人的具体责任方面，新《公司法》第232条第三款中仅规定：“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”，¹⁹并未纳入现行《公司法司法解释二》第18条至第20条中关于清算义务人责任范围的其他规定，包括怠于履行义务、解散后恶意处置财产、虚假清算骗取注销登记以及未经清算即办理注销登记等。笔者理解，新《公司法》的规定体现了限缩清算义务人责任范围的立法倾向，清算义务人作为启动清算程序的主体，要求其对清算结果承担责任本身就与其义务范围不甚对等，不能苛求其对清算过程承担责任。未及时履行清算义务，即清算义务人没有在解散事

18. 参见徐子良、杨怡鸣、沈燕茹：《有限责任公司清算组成员不必是全体股东》，《人民司法》2016年第20期，第81-83页。

19. 新《公司法》第二百三十二条第三款：“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。”



清算义务人作为
启动清算程序的
主体，不能苛求
其对清算过程承
担责任。

由出现之日起15日内成立清算组，清算义务人在此规定下仅需对启动清算程序的行为负责，而无需对后续清算组所实施的清算过程负责。因此，随着新《公司法》配套的司法解释出台，若其中没有继续将现行《公司法司法解释二》中虚假清算骗取注销登记和未经清算办理注销登记等情形纳入清算义务人的责任范围，则在新《公司法》实施后，遗留债务的债权人将无法再向清算义务人追究违法清算的责任。

3.清算组成员的通知与公告义务

实务中，造成债务被遗漏的原因通常是清算组成员未能对债权人履行通知和公告义务。对此，新《公司法》基本延续了公司法（2018年修正）的规定，要求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或者国家企业信用信息公示系统公告。在责任方面，新《公司法》规定了清算组成员的忠实和勤勉义务，并概括规定了清算组成员因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。笔者理解，既然清算组成员的职责包括履行通知和公告义务，在其违反前述规定导致公司债务被遗漏的情况下，债权人有权直接依据新《公司法》第238条向其主张赔偿责任，法律效果与依据现行《公司法司法解释二》第11条的具体规定进行追偿相同。²⁰

清算组对已知债权人和未知债权人需要尽到的通知义务是不同的。已知债权人是清算组知道或者应当知道对公司存在债权的主体，实践中大多数遗留债

20. 《公司法司法解释（二）》第十一条第二款规定：“清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

《公司法司法解释（二）》第十五条第二款规定：“执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失，公司、股东、董事、公司其他利害关系人或者债权人主张清算组成员承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

务的债权人均属于已知债权人。清算组对已知债权人必须单独书面通知债权申报事宜，无论是故意遗漏还是过失未送达的，均视为清算组未履行通知义务，债权人因此向清算组主张赔偿责任通常会得到法院的支持，如(2020)最高法民申1412号案中，最高院认为硕鑫公司的清算组成员孙某、李某和乔某未履行通知和公告义务导致债权人王某未及时申报债权而未获清偿，因此应对王某的损失承担赔偿责任。

需注意的是，对于公司注销时尚未确定发生的债权，如果清算组成员在清算中知晓此类债权人主体的存在，那么也应当履行通知义务并作出清偿安排。这类不确定性债务的常见情形包括未决诉讼/仲裁和担保债权。未决诉讼/仲裁是指公司清算时尚在进行中，且公司注销时仍未产生判决的案件。虽然未决诉讼/仲裁产生的债务具有不确定性，但清算组显然应对未决诉讼/仲裁的存在及潜在债权人的身份知情，从而有义务在清算过程中准备好处置方案，并在清算报告中予以披露。因此，若清算组没有对未决诉讼/仲裁作出妥善处理，法院一般会认为清算组因未履行通知义务而应承担赔偿责任，如(2019)最高法知民终2xx号案中，最高院指出：“作为华表公司的唯一股东，建研公司未了结华表公司所涉诉讼即对华表公司进行清算注销，其应作为诉讼当事人参加诉讼并对华表公司的债务承担清偿责任”。担保债权亦类似，若公司作为保证人且注销时保证期限尚未届满，则此后可能会因保证责任的确立而产生遗留债务，法院同样会认为清算组应当对债权人履行通知义务，如(2021)最高法民申2048号案中，明仁公司的清算组成员在明知公司对外负有担保责任的情况下没有履行通知义务，最高院支持了原审法院判令清算组成员对公司所负担担保债务承担清偿责任的判决。此外，部分特殊行业也要求公司在清算时应当对担保责任作出处理，如《融资担保公司监督管理条例》第11条就要求融资担保公司的清算组对未到

期融资担保责任的承接作出明确安排。²¹

未知债权人是在公司清算期间无任何资料显示对公司享有债权的主体，因此清算组仅对其进行公告即可。最典型的未知债权是由公司侵权行为产生的，即公司在经营期间所实施的侵权行为可能对不特定的群体造成损害并产生侵权责任，比如知识产权侵权、产品质量侵权、环境侵权等。此类侵权行为产生的债权主体和金额均具有高度不确定性，不应苛求清算组在清算过程中查明潜在主体并履行通知义务，实务中法院一般也不支持未知债权人因没有收到债权申报通知而向清算组索赔的主张，如(2021)陕民申1695号案中，陕西省高院认为：“对于未知债权人，清算组登报公告，债权申报期为公告之日起四十五日内。本案中尚无生效判决确定王某所主张的债权，因此原索宝公司清算组并无直接书面通知王某申报债权的义务。”

四、向承诺主体追偿—基于承诺产生的责任关系

清算制度没有强制要求公司注销时需要由相关主体对公司未尽事宜作出承诺，实务中主要存在如下两种承诺情形：其一是按照简易注销程序注销公司需要由全体股东作出承诺，其二是经解散清算后注销的公司股东或第三人自愿在清算报告中作出承诺。

1. 简易注销模式下的强制性承诺

新《公司法》第240条吸收了现行《市场主体登记管理条例》第33条中的

21.《融资担保公司监督管理条例》第十一条规定：“融资担保公司解散的，应当依法成立清算组进行清算，并对未到期融资担保责任的承接作出明确安排。清算过程应当接受监督管理部门的监督。”

简易注销程序，规定公司未发生债权债务或者已将全部债权债务结清的，可以不经清算进行公告，期满无异议的可直接申请注销。新《公司法》还进一步明确了股东承诺不实应当对注销登记前的债务承担连带责任。²²目前，简易注销程序已经在实务中被广泛采用，市场监督管理部门一般不需要公司提供实质性的清算材料，只需要全体股东书面承诺公司符合简易注销条件。例如，北京市市场监督管理局就要求全体投资人签署《简易注销全体投资人承诺书》，并在其中作出如下承诺：“本市场主体全体投资人对以上承诺的真实性负责，如果违法失信，则由全体投资人承担相应的法律后果和责任，并自愿接受相关行政执法部门的约束和惩戒。”²³因此，简易注销模式下，遗留债务的债权人有权要求承诺不实的全体股东承担连带清偿责任，法院也通常会支持债权人的主张。如(2021)最高法知民终2123号案中，最高院基于国康公司股东出具的《全体投资人承诺书》的内容，认为国康公司的股东应当对公司债务承担清偿责任。

2.解散清算模式下的自愿承诺

在经解散清算程序后注销公司时，股东或第三人也可能会在清算报告对清算未尽事项作出承诺。笔者推测，之所以会出现这种自愿加重责任的行为，主要是因为现已废止的《企业法人登记管理条例》中曾要求公司在注销时提交清

22.新《公司法》第二百四十条规定：“公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的，经全体股东承诺，可以按照规定通过简易程序注销公司登记。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。公告期限届满后，未有异议的，公司可以在二十日内向公司登记机关申请注销公司登记。公司通过简易程序注销公司登记，股东对本条第一款规定的内容承诺不实的，应当对注销登记前的债务承担连带责任。”

23.详见北京市政务服务系统中对于简易注销登记所需的材料要求，<https://banshi.beijing.gov.cn/-pubtask/task/1/110000000000/a8d857ae-8d88-41d4-b5ee-efb23a116f4c.html?locationCode=110000000000>，2023年11月10日最后访问。

理债务完结的证明或者清算组织负责清理债权债务的文件，²⁴这在实务中产生了大量股东在注销公司时进行承诺的行为。不过，该要求本身并非强制性规定，现行《市场主体登记管理条例》及新《公司法》中亦没有延续该要求。因此，目前股东或第三人所做的承诺都是自愿承诺，债权人应当在股东或第三人的承诺范围内就遗留债务进行追偿。实务中如(2019)最高法民再195号案、(2019)豫民再453号案等案件中，法院均判令全体股东基于“对清算报告不真实承担一切责任”的承诺赔偿债权人的损失。

五、债权人的追偿风险——因自身原因未按时申报债权的责任

除了违法清算的情况外，债权人因自身原因未按时申报债权的，同样会导致债权被遗漏到公司注销之后处理。现行《公司法司法解释二》第13条至第14条规定了债权人补充申报债权的规则，²⁵即债权人不存在重大过错的，可在清算程序终结前主张在未分配财产及股东已分配的剩余财产范围内受偿。然而，该规定仅适用于公司清算程序终结前补充申报的情形，无法直接适用于注销后才补充申报的情形。对于公司注销后债权人是否仍有权主张债权的问题，我国现行法律法规中并没有明确规定，新《公司法》中也未作出回应。

24.《企业法人登记管理条例》第二十一条规定：“企业法人办理注销登记，应当提交法定代表人签署的申请注销登记报告、主管部门或者审批机关的批准文件、清理债务完结的证明或者清算组织负责清理债权债务的文件。经登记主管机关核准后，收缴《企业法人营业执照》、《企业法人营业执照》副本，收缴公章，并将注销登记情况告知其开户银行。”

25.《公司法司法解释（二）》第十三条：“债权人在规定的期限内未申报债权，在公司清算程序终结前补充申报的，清算组应予登记。公司清算程序终结，是指清算报告经股东会、股东大会或者人民法院确认完毕。”

《公司法司法解释（二）》第十四条：“债权人补充申报的债权，可以在公司尚未分配财产中依法清偿。公司尚未分配财产不能全额清偿，债权人主张股东以其在剩余财产分配中已经取得的财产予以清偿的，人民法院应予支持；但债权人因重大过错未在规定期限内申报债权的除外。”

司法实践中，根据举轻以明重的原则，法院在认定债权人存在重大过错的情形下，通常不会支持其在公司注销后主张债权的请求。不过，由于法律中未对“重大过错”进行明确界定，导致实务中对其认定标准不断降低，法院通常认为，只要债权人收到了债权申报通知或明知公司已经进入清算程序，却未在规定的期限内主动申报债权的，就构成重大过错，进而不支持债权人在公司注销后主张受偿，相关案例如(2021)黔27民终3534号案、(2020)陕0113民初22673号案等。因此，除非后续新《公司法》配套的司法解释对现行有关债权人“重大过错”的规定进行实质性修改，否则因自身原因未按时申报债权的债权人在公司注销后主张就遗留债务受偿的，很可能无法得到法院支持。

六、总结

新《公司法》基本延续了现行的清算制度框架，债权人在追偿遗留债务时主要存在三条可选路径：**一是依据遗留债务的基础法律关系向继承公司财产的股东主张清偿责任；二是依据清算程序中存在的违法清算行为向清算责任主体主张侵权责任；三是依据清算报告中的承诺向股东或第三人等承诺主体主张相应责任。**

在新《公司法》下，股东的出资责任得到了进一步强化，董事则取代股东成为了清算义务主体。由于公司法（2018年修正）规定清算义务人及清算组成员基本都由股东组成，债权人无论选择直接向股东追偿公司剩余财产，还是选择向清算义务主体主张违法清算责任，并无实质差别。而新《公司法》实施后，债权人选择不同的追偿路径最终将导致承担责任的主体不同，进而对追偿

效果产生实质性影响。建议债权人综合考虑不同可追偿主体的责任情况及偿债能力，结合最新法律规定及相关司法判例选择最优的追偿策略。



闵敏
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2086
minmin@zhonglun.com

更多中伦精彩书籍推荐



中伦企业合规指南系列：
启航篇



公司控制权争夺
研究报告



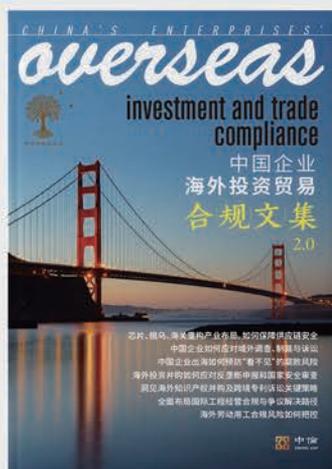
《公司法》修订实务指南(一)：
解读与策略



《公司法》修订实务指南(二)：
指引和应对



人工智能2.0：
全景透视AIGC的法律挑战与合规路径



中国企业海外投资贸易
合规文集

总编

龚乐凡

张炯

编委(按姓氏笔画排序)

丁蔚

王欣一

年夫兵

朱永春

伊向明

刘甜

刘新辉

江宪胜

江浩雄

孙彬彬

严静安

李崇文

李瑞

吴鹏

余昕刚

余娟娟

闵敏

张根旺

张曙光

周雪

钟俊鹏

侯彰慧

贺云帆

贾申

徐婕

翁禾倩

郭克军

傅长煜

魏海涛

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。



中伦研究院出品