

企业类型

章程

股东协议

股东维权

股权代持

公司治理

三会一层

议事规则

创始股东

股权分配

股权激励

LEGAL COUNSEL OF
ENTREPRENEURS

创业者的 法律顾问

彻底揭穿创业中的法律陷阱
为快速成长的创业型公司保驾护航

鲁阳 吴凯 著

劳动人事

法务

合同管理

规章制度

员工关系

资本市场

创业投资

VC

PE

IPO

新三板

科学出版社

LEGAL COUNSEL OF
ENTREPRENEURS

鲁阳 吴凯 著

创业者的 法律顾问

图书在版编目(CIP)数据

创业者的法律顾问 / 鲁阳, 吴凯著. —北京: 科学出版社, 2015.4
ISBN 978-7-03-043922-2

I. ①创… II. ①鲁… ②吴… III. ①企业法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 055667 号

责任编辑: 徐 烁 / 责任印制: 张 倩

科学出版社出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

文林印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2015 年 5 月第 一 版 开本: 720 × 1000 B5

2015 年 5 月第一次印刷 印张: 19

字数: 300 000

定价: 55.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

说一说创业者的法律观

法律观既然是一种观念，孕育它需要人生历练，而能够践行它更需岁月磨砺。在漫长的创业阶段，这种法律观将不可逆地演化为公司的基因，影响至远，不可不察！

商业社会存在着诸多规则，市场规则让你找准下一波商机，用人规则帮你找到合适的搭档，资本规则助你得到资本的青睐，管理规则辅助你运营好公司。

如果问企业负责人，现在是什么社会？最应当遵守什么规则？若不出意外，得到的回答是：商业社会遵循市场规则。现代社会越来越深刻地体现出其法治属性，市场经济的根基之一便是良好的法治，因此必须遵循法治规则。全国适用的宪法、法律、行政法规、部门规章，地方适用的地方性法规、地方政府规章，以及行业协会、国家标准的规定，甚至是各种惯例、内部指导意见，都提供了于宏观和微观处看待这个社会、公司乃至个人的普世角度。让法治规则为你服务，应当成为一种共识，这需要社会、创业者、法律从业者、法律机构、公司法律部门等共同努力。

成功的企业都是相似的，失败的企业却各有各的痛处。法治社会，法律风险便是企业不得不考虑的问题。第一个要考虑该问题的人，不是律师，亦非法务人员，而是创造与运作企业的人——创业者。

法律思维助创业者在不确定中找到确定

人在成长的不同阶段面临着不同的挑战与风险，且各个阶段侧重不同。企业也一样，从初创到发展再到成熟都有各种各样的法律问题要去面对。企业在初创期时，我们要做一些基础性、长远性的法律工作，这非常重要，可能你并没有意识到，企业形式、章程、合伙协议、组织机构、公司治理模式等，实际上就是将创业者的创业思路和理想法律化，以保证方向不偏；企业进入发展期时，你的公司运作在各种各样的合同、协议之上，规章制度、员工关系以及投资者关系也建立在各种劳动、投资的法律法规之上，才能保证企业走得稳；企业到了成熟期，就要更多地接触资本市场、投资并购，这些都影响着公司的抗风险能力，决定着公司是否能如初创时梦想的那样走得既稳健又快速。

知法，才谈得上运用；守法，才会得到法的益处。

尊重并养成契约精神

在法无禁止即可为的司法领域，没有什么比契约精神更加重要。什么是契约精神？就是平等、自由、守信和救济。说白了，平等就是不搞特权、不当霸王，自由就是不强人所难，守信就是说话算数，救济就是你玩花样我就告你。

诚然，利益与契约在发生冲突时，人们会想要选择前者。这在制度不健全、规范不完善、地位不平等的时代，也许可行。但在今日的商业法治社会，如此行事的风险则越来越大。《史记》田忌赛马的故事中，孙臏建议用己方的上马对他人的中马、用己方的中马对他人的下马，果然赢得比赛。但这就像让轻量级拳击手对垒重量级拳击手，在规则明晰的商业社会一定是行不通的。

契约精神是事实、是主流、是基础，不懂且不会运用契约精神将承担越来越大的风险。

不违法是底线，慎入灰色行业

当依法治国成为普世价值，法律便成为一种不容挑战的规则。那些以身试法者所付出的惨痛代价让人们心惊胆战，很多风险投资者都明确表示绝对不碰法律风险过高的项目。可有些人则暗自思忖：黑色行业固然是违反法律法规的，但能否触碰那些处于法律边缘的灰色产业呢？请切记，一定要慎入！所谓灰色行业，指那些没有相关法律、法规、规章规范，缺乏监管的产业。实际上，没有规范和监督，但并不意味着没有研究和监督，只是没有形成正式的文件和机构，触碰这些模糊地带也会招致大麻烦。

法律是企业攻守兼备的利器

笔者的一位同学毕业时被一家准上市公司录取为法务，实习一段时间后，他发现公司对法务不重视因此向主管提出辞职，他摇摇头：“做得好，老板说你没干活；做得不好，老板说你没用”。殊不知，法律风险控制得好，企业不出法律纠纷，才应该是公司追求的一种境界。

绝大多数的世界500强企业都十分重视法律，不仅设有独立的法务部，很多还增设了合规部门，而且还设立了既是律师又是决策者的首席法务官。企业越大，业务越广越深，就越需要相匹配的法律策略、法律团队支撑。专利被他人用了会蒙受损失，而未经允许用了别人的专利也要负责；产品不合规，会导致从研发到销售全军覆没；创业者不懂法律，可能转眼间就沦为一个投资机构的打工仔。

很多人认为法律知识无法直接给企业创造利润，只能间接体现出它的价值，但在在我看来，在为企业创造价值方面，法律却是一个攻守兼备的利器。这一种既是矛又是盾的法律观，它是战士不离手的武器，需要创业者们善加利用。

如何阅读这本书

“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，美国著名法学家奥利弗·温德尔·霍姆斯在《普通法》的开篇即点明观点，影响致远。于创业而言，法律本身就是一门关于入市的道与术的学问。于创业者而言，法律的意义不在于术而在于道，不在于你掌握多少法律知识，而在于你是否有法律风险意识和布局能力，这些才是让人受益终生的。

我们反对教科书式地堆砌法律知识，也反对事无巨细地全盘介绍，让创业者茫然无所得；我们同时也反对只抛出观点却没有知识与逻辑的串联，因为没有过程的结论难以转化为读者内在的意识和能力。创业者们难以通过阅读几本书便成为法律专家，他们需要的是法律之道，剩下的事情请交给首席法务官带领的团队和律师合作伙伴去处理。

在构思这本书的时候，我们想怎么编排内容能让很忙、很直接的创业者们看得明白、看得舒服，真正做到开卷有益、学以致用。也许我们并不知道怎么是最好的，但幸好我们知道哪些是要在写作中避免的。其一，避免知识堆积，将创业者当成法学专业的学生；其二，避免过分的学术性，讲求实务。同时，本书的编写遵循了三个原则：简单，挑选对创业者最具核心价值的部分；务实，从创业者的角度来阐述法律问题；平衡，寻求创业知识与法律规定的平衡点。

由此，本书将内容聚焦到对每一位创业者都至关重要的四个要素：企业法人治理、人力资源、合同管理和投融资。

关于企业法人治理，其实说的是如何管好公司。这个命题太大，上述各个方面都可以归入广义的治理中，但从法律和制度的角度来讲，企业治理的核心在于“三会一层”（股东会、董事会、监事会和高级管理层）的协调。股东会是公司最高权力机关，决定公司投资、财务分配、产生董事等重大事宜；董事会由股东会产生并向其负责，负责公司重大运营问题并产生高级管理层；高级管理层，就是总经理、副总经理、财务负责人等级别的管理者，他们具体贯彻着上层的意图。有权力必有监督，因此必须要设置监事会。这些机构要不要设置、如何设置、设置了如何有效运作，这些法律问题伴随着企业一步步向前推进而显露无遗！

关于人力资源，其实说的是团队管理。人的重要性自不待言，它是创业能否成功、能否吸引投资的关键。正如房地产界评价商业地产的第一要素——地段、地段，还是地段，创业的第一要素就是团队、团队，还是团队。但在创业初期，如何找到合适的人？如何组建团队？股权如何分配？等有了起色，如何扩充团队招人？如何处理越来越复杂的劳动关系？合伙人觉得分配不均了怎么办？转股了怎么办？跳槽了怎么办？这些在创业过程中必定会遇到的问题，在法律法规中都有着相应的规范或界定，如果想当然地处理，则雷区密布。

关于合同管理，其实说的是公司运营。一部《中华人民共和国公司法》，就是由一系列合同组成的规范体系。创业初期，你要和搭档们约定投资协议，以奠定合作基础。注册公司时，你必须设立公司章程，以奠定公司发展方向、经营思路、利益与风险的分配机制。租办公场所或生产场地时，你要签租赁合同。扩充团队时，你要与员工签订劳动合同。当服务或产品开始推向市场时，你要签订大大小小难计其数的买卖或服务合同。推广业务时，你可能要签订广告营销协议。等到公司发展一定阶段，你又要涉足投资、兼并、收购等合同。可是说，公司的每一个动作都避不开“法”。无论是生意伙伴违约还是合伙人因为利益不均翻脸，无论是你无意中侵犯了别人的知识产权还是被他人恶意侵犯，无论是劳动者透露了公司的商业秘密还是自己创办的公司一不小心就被风投控股，面对这一切，唯一不变的就是法律。

关于投融资，其实说的是资本运作。企业发展一定需要资金来支撑，将资金比作血液也许再恰当不过。资金是创业者作每一个决定的因素，也是每一个创业阶段所必须考虑的问题。从启动资金到发展资金，从市场、研发到人员工资，再到兼并收购，资金都是核心。既然是核心就牵涉到一些核心法律问题，该怎么约定出资协

议？眼花缭乱的融资渠道该如何选择？对资本市场游戏规则不甚了解的创业者如何接洽资本？迷惑、兴奋、担心、冲动……这些也许是每个创业者面对资金问题时必经的心情。

全书在分五章阐述以上四个要素的同时，还在每小节对实务中创业者普遍关心的法律问题进行了解析，并整理成创业法律问答索引。此外，本书围绕创业、创业者和创业企业三个词汇展开，并采用如下假设：

1. 对创业的假设

从价值上说，我们将创业定位于广义的尚未在公开市场上市，能够创造新价值、新模式，处于创建或重建中的成长性企业。

2. 对创业者的假设

创业团队大概会有五类人——德高望重者、技术人员、财务人员、销售人员和管理者。第一类人往往在组队前负责召集其他几类人，在组队后负责整合资源。不同于替人打工，创业者要事无巨细，亲力亲为，既忙碌非常又很镇定坦然，在财务、销售、管理等各方面都是独当一面的布局者。对负责经营战略的创业者来说，更重要的是公司治理和“三会一层”的运作；对负责日常管理的创业者来说，更重要的是人力资源；对负责营销的创业者来说，更重要的是合同管理；对负责融资的创业者来说，最重要的是要懂得股权、股权融资和如何面对天使投资、创投与风投。

3. 对创业企业的假设

创业企业，指在中华人民共和国境内注册设立的处于创建或重建过程中的成长性企业，但不含已经在公开市场上市的企业。^① 创无止境，本书暂将创业划分为初创期、发展期、成熟期和上市期四个阶段。由于中国现行商事主体法律体系内，创业企业一般为有限责任公司架构，而股份有限公司（包括上市公司）的法人治理、制度及资本运营更为深广，故全书的论述以有限责任公司为主，以股份有限公司为辅。

愿读者开卷有益！

① 参见《创业投资企业管理暂行办法》第二条第三款。

序一：说一说创业者的法律观

序二：如何阅读这本书

第一章 公司

第1节 公司及其他企业类型比较

公司：汇聚能量小超人 //003

个人独资企业：单打独斗独行侠 //011

合伙企业：兄弟齐心葫芦娃 //013

第2节 设立

给公司起个好名字：公司名称制度 //017

设立条件：有限公司与股份公司的比较 //020

股东出资：对内责任与对外责任 //024

股东协议：一份信任的契约 //028

设立风险：不止于设立失败 //032

第3节 章程

绝不能忽略的核心法律文件 //046

股东协议与公司章程 //047

章程的个性化设计 //049

第4节 股东

股东权利：知之而善用 //057

股权代持：隐名股东与显名股东 //064

股东维权：别让权利成为空谈 //067

第5节 股权

股权表现：股东的出资与股份 //074

股权转让：没那么简单 //077

第二章 公司治理结构

第1节 股东会及其议事规则

股东会：公司最高权力机构 //084

股东会议事规则：以制度承载权力 //093

第2节 董事会及其议事规则

董事会：公司经营管理决策执行机构 //094

董事会议事规则：以制度规范权力 //103

第3节 监事会及其职权行使

监事会：公司经营活动专门监督机构 //106

权力与监督：监事会的职权行使 //108

第4节 高级管理层

高级管理层：活跃在镁光灯下的人 //110

股东与高管：不仅仅是东家与掌柜 //112

第三章 人力资源

第1节 搭档

与最好的朋友开公司 //119

寻找“蔡崇信” //120

做好创始团队的股权分配 //123

第2节 团队

法务部门：从法务到首席法务官 //127

股权激励：公司，是大家的公司 //130

第3节 规章制度

良好规章制度的三个标准 //134

规章制度制定的三个建议 //139

第4节 员工关系

莫让小节影响员工积极性 //142

别让细节留下劳动纠纷隐患 //150

好聚好散，各奔前程 //171

第四章 合同管理

第1节 风控：建立面向过程的合同管理流程

合同调查：选择合格的生意伙伴 //187

合同谈判：综合实力的博弈 //188

合同起草：争夺起草权后的框架与条款设计 //190

合同审核：以促成交易为目标两个控制 //198

合同签署：小细节有大影响 //199

合同履行：约定的转化 //202

合同结算：跟踪管控很有必要 //208

合同登记：前事不忘，后事之师 //208

第2节 不同创业时期典型合同范本及风险提示

租房子：房屋租赁协议 //210

招员工：劳动合同 //216

找业务：加工承揽合同 //221

忙采购：采购框架协议 //225

售产品（服务）：经销合作协议 //233

做推广：广告发布合同 //242

转股权：股权转让协议 //249

第五章 投融资

第1节 创业与投融资

我国多层次资本市场 //258

在合适的阶段对接合适的投资者 //261

第2节 初创期融资

关于启动资金的两个建议 //265

启动资金不必面向投资机构 //269

第3节 发展期融资

以VC的眼光审视自己 //270

善用VC投资的“增值服务” //271

对赌协议：创业者高风险下的自我激励 //272

第4节 成熟期融资

新三板：中小企业助推器 //283

首次公开募股（IPO）：资本盛宴 //286

跋

创业法律问答索引

创业法律问答1：公司设立的条件有哪些？ //005

创业法律问答2：我国企业类型有哪些？ //006

创业法律问答3：如何理解公司类型？ //007

创业法律问答4：2013年《公司法》修订给创业者带来了哪些利好？ //010

创业法律问答5：设立个人独资企业应当具备哪些条件？ //013

创业法律问答6：设立合伙企业需要哪些条件？ //015

创业法律问答7：什么是合伙企业的有限合伙人？ //016

创业法律问答8：擅用他人企业名称将面临什么法律风险？ //019

创业法律问答9：公司如何申请名称预先核准？ //019

创业法律问答10：哪些企业可以申请在企业名称中使用“中国”、“中华”或者冠以“国际”字词？ //020

创业法律问答11：企业设立分支机构时的名称应符合哪些规范？ //020

创业法律问答12：设立内资公司需要提交哪些资料？ //022

创业法律问答13：如何确定公司住所地？ //023

创业法律问答14：以不享有处分权的财产出资该如何处理？ //025

创业法律问答15：出资人以设定权利负担的土地使用权出资该如何处理？ //026

创业法律问答16：出资人以未依法评估作价的非货币财产出资等于未履行出资义务？ //026

创业法律问答17: 出资人以非货币财产出资, 已交付公司使用但迟迟不办理权属变更手续怎么办? //026

创业法律问答18: 出资人可以其他公司股权进行出资? //026

创业法律问答19: 股东抽逃出资如何认定? //027

创业法律问答20: 出资人以符合法定条件的非货币财产出资后, 因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值如何处理? //027

创业法律问答21: 股东出资瑕疵, 公司是否可以对其股东权利进行限制? //027

创业法律问答22: 股东未履行出资义务或者抽逃全部出资, 公司是否可以解除其股东资格? //028

创业法律问答23: 股东尚未(全面)履行出资义务时可以转让股权? //028

创业法律问答24: 有限责任公司设立过程不需要签订股东协议吗? //029

创业法律问答25: 发起人为设立公司以自己名义对外签合同, 谁来承担合同责任? //033

创业法律问答26: 发起人以设立中公司的名义对外签订合同, 谁来承担合同责任? //034

创业法律问答27: 公司因故未成立时, 设立公司行为所产生的债务谁来承担? //034

创业法律问答28: 发起人因履行公司设立职责造成他人损害, 责任如何承担? //034

创业法律问答29: 股东协议与公司章程相冲突该如何处理? //048

创业法律问答30: 滥用股东权利会面临什么风险? //061

创业法律问答31: 股东有哪些清算义务? //064

创业法律问答32: 股东行使公司解散请求权时该如何理解“公司经营发生严重困难”? //072

创业法律问答33: 有限责任公司的股东出资与持股比例可以不一致吗? //075

创业法律问答34: 什么是特别股, 我国禁止公司特别股吗? //076

创业法律问答35: 什么是表决权股和非表决权股? //076

创业法律问答36: 股东行使优先购买权应注意哪些问题, 公司章程是否可以对股权转让另行规定? //078

创业法律问答37: 股权转让该如何操作, 涉及哪些法律文件? //078

创业法律问答38: 临时股东大会在实务中如何召集? //089

创业法律问答39: 股东(大)会、董事会无效决议及其法律后果有哪些? //093

创业法律问答40: 执行董事有何特殊之处? //098

创业法律问答41: 何为独立董事? 有限责任公司可以设立吗? //099

- 创业法律问答42: 公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和义务有哪些? //114
- 创业法律问答43: 法务部门与管理层是一种什么关系? //128
- 创业法律问答44: 公司法务部制度包括哪些内容? //128
- 创业法律问答45: 企业规章制度该如何做好公示? //138
- 创业法律问答46: 违反规章制度用人单位就能单方解除劳动合同吗? //138
- 创业法律问答47: 规章制度与劳动合同、集体合同发生冲突怎么办? //139
- 创业法律问答48: 我国有哪些工时制度? //143
- 创业法律问答49: 如何依法处理加班加点问题? //144
- 创业法律问答50: 什么情形下用人单位可以不支付工资? //145
- 创业法律问答51: 用人单位在适用最低工资标准时应当注意什么? //147
- 创业法律问答52: 同工同酬意味着相同工资吗? //148
- 创业法律问答53: 用人单位违法约定试用期面临什么风险? //149
- 创业法律问答54: 试用期内解除劳动合同该如何操作? //149
- 创业法律问答55: 企业签发录用通知书要注意哪些事项? //152
- 创业法律问答56: 入职要做好哪些审查工作? //153
- 创业法律问答57: 什么情形下可以约定服务期? //154
- 创业法律问答58: 服务期约定多长合适? //155
- 创业法律问答59: 约定服务期对劳动者有何影响? //155
- 创业法律问答60: 用人单位与劳动者能约定劳动者承担违约金吗? //157
- 创业法律问答61: 如何理解被派遣劳动者同工同酬? //159
- 创业法律问答62: 劳务派遣工能行使预告解除权吗? //159
- 创业法律问答63: 劳动合同期限届满就一定导致劳动合同终止吗? //171
- 创业法律问答64: 劳动合同到期该如何处理? //172
- 创业法律问答65: 如何处理解除劳动合同涉及培训费用问题? //173
- 创业法律问答66: 裁员时应当优先留用哪些劳动者? //174
- 创业法律问答67: 用人单位能以劳动者绩效考核不合格而单方解除劳动合同吗? //176
- 创业法律问答68: 因事实劳动关系终止需要支付经济补偿金吗? //178
- 创业法律问答69: 经济补偿金计算中的“月工资”是应得工资还是实发工资? //178
- 创业法律问答70: 违法解除或者终止劳动合同的法律责任是什么? //179
- 创业法律问答71: 招用与其他单位尚未解除劳动关系的劳动者的潜在风险有哪些?
//181
- 创业法律问答72: 用人单位如何做好劳动者承担赔偿责任的应对? //182

- 创业法律问答73：如何评估通过律师尽职调查评估交易对象的资信？ //188
- 创业法律问答74：合同、协议、契约有何区别？ //191
- 创业法律问答75：如何起草合同？ //192
- 创业法律问答76：如何理解合同的主要条款？ //193
- 创业法律问答77：有名合同与无名合同有何区别？ //197
- 创业法律问答78：定金与订金有何区别？ //198
- 创业法律问答79：如何应对合同倒签？ //200
- 创业法律问答80：什么是合同的变更与转让？ //203
- 创业法律问答81：合同约定不明该如何补救？ //204
- 创业法律问答82：法律赋予了当事人哪些合同履行抗辩权？ //205
- 创业法律问答83：什么是债权人的代位权和撤销权？ //207
- 创业法律问答84：企业间借贷一定无效吗？ //267