

# HOW DO I START?

## 创业 法律指南

(第二版)

上海理彰律师事务所 编著



Devote Professional Legal Services to Startups

专业，服务创业



上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



HOW DO I START?

# 创业 法律指南

(第二版)

上海理彰律师事务所 编著



Devote Professional Legal Services to Startups

专业，服务创业



上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

## 内容提要

本书主要是对创业者提供的法律指南。创业者经常会在公司设立、股东进出、公司融资、知识产权保护、业务开展的各类合同签订、日常劳动用工方面存在法律困惑,本书旨在帮助创业者以经济有效的方法解决上述实际问题。

本书可供创业者阅读参考。

## 图书在版编目(CIP)数据

创业法律指南/上海理彰律师事务所编著. —2 版. —上海:上海交通大学出版社,2018

ISBN 978 - 7 - 313 - 18977 - 6

I. ①创… II. ①上… III. ①企业法—中国—指南

IV. ①D922.291.91 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 030912 号

## 创业法律指南(第二版)

编 著:上海理彰律师事务所

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

出 版 人:谈 毅

印 制:上海万卷印刷有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/32

字 数:121 千字

版 次:2016 年 2 月第 1 版 2018 年 3 月第 2 版

书 号:ISBN 978 - 7 - 313 - 18977 - 6/D

定 价:38.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021 - 64071208

经 销:全国新华书店

印 张:5.25

印 次:2018 年 3 月第 3 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:021 - 56928277

## 再版序

《创业法律指南》第一版印数较少,已经售罄。有创业者四处找这本书,甚至有机会与出版社联系,要作为教材使用,这让我们压力倍增。

理彰律师事务所一直服务于科创企业,深知创业的艰辛,这本书的目的就是从实务角度,为创业者提供通俗易懂的法律读本,以期真正有效地帮助创业企业。若作为教材,则更需严谨。通俗和严谨不容易兼顾,尤其是法律的前置条款、除外条款很多,我们力求在不误导读者的前提下,尽量通俗。

这次再版,主要对知识产权和劳动法部分做了较大修订,恰逢公司法司法解释四出台,又增加了公司法的内容和案例。

本书知识产权部分由崔亚峰和刘海虹编写,劳动法部分由尹琪和赵煦编写,其他部分由王鑫和张瑜编写,全书由黎慧萍、张瑜统稿。在编写本书的同时,团队其他成员更多地承担了实务工作,并为本书的编写提供建议。

理彰律师事务所认为:可持续实现商业价值的唯一途径是创造社会价值。这是我们一直坚持的理念,以此与创业者共勉。

上海理彰律师事务所

2017年9月于上海大学路

# 前 言

我们专注服务于草根、创新、有社会价值的创业企业，倡导通过社会价值实现商业价值的商业理念。

企业存在的根本价值是其产品或服务满足社会需求，而这社会需求，不是引人堕落的，不是违背公共秩序和善良风俗的，更不能是违法的。这样，通过社会价值实现商业价值，商业本身就是公益。而现实中，有些企业损害社会利益获取不正当利益，取一部分资助公益或慈善，博得社会责任美名；但真正值得敬重的企业，应当是掌握核心技术，提供优质产品或服务满足社会正当需求的。由此，我们倡导通过社会价值实现商业价值，这一理念的实现，有赖于草根的、创新的、有社会价值的创业企业。这也是我们专注服务于创业企业的原因所在。

创业过程中，无论是商业模式确定、股权架构搭建、公司治理规范、公司融资、股权激励、知识产权还是商业秘密保护、劳动关系建立以及各类合同的签订，都需要专业法律服务。但创业初期财力有限，不是每位创业者都能得到资深律师的帮助。

有鉴于此，理彰律师事务所长期为创业者提供免费法律培训和咨询，希望能以自己的专业知识帮助创业者。实际上，在与创业者的交流中，我们却收获更多，学到更多。

从创业者身上，我们看到的是希望，是朝气蓬勃，是有精力、有兴

趣、有创意、有独立判断、能坚持的一群人,无论成败,我们都充满敬意和感谢。

这本书是我们每周在上海 IPO. FM 为创业者做法律培训的内容整理和总结,希望能与更多的创业者分享。

创业者时间宝贵,我们力求本书简洁明了。

上海理彰律师事务所

IPO. FM

2015 年 11 月于上海大学路

提示:创业者可扫描理彰律所二维码,有任何关于本书的问题或者创业相关的法律问题都可以咨询,我们也会不定期地提供更多的文件模板供大家参考。

附:二维码



# 目 录

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第一章 公司法常识 .....       | 001 |
| 第一节 企业形式 .....        | 001 |
| 第二节 公司注册资本 .....      | 008 |
| 第三节 出资方式 .....        | 009 |
| 第四节 股东权利 .....        | 012 |
| 第二章 股权分配 .....        | 016 |
| 第一节 股权分配的原则 .....     | 016 |
| 第二节 股权分配的注意事项 .....   | 022 |
| 第三节 股权比例的几个关键数字 ..... | 023 |
| 第三章 公司治理 .....        | 024 |
| 第一节 三会一层制度 .....      | 024 |
| 第二节 公司治理注意事项 .....    | 027 |
| 第三节 公司章程与股东协议 .....   | 028 |
| 第四节 纠错机制 .....        | 028 |
| 第五节 法理上的股东与董事 .....   | 029 |
| 第六节 监事的重要性 .....      | 029 |
| 第七节 法定代表人 .....       | 030 |

|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第八节 公司印章 .....      | 031 |
| 第四章 股权转让与增资 .....   | 033 |
| 第一节 股权转让 .....      | 033 |
| 第二节 公司增资 .....      | 035 |
| 第五章 股权激励 .....      | 037 |
| 第六章 股权代持及隐名股东 ..... | 042 |
| 第七章 公司融资 .....      | 044 |
| 第一节 常见投资条款解读 .....  | 044 |
| 第二节 对赌 .....        | 058 |
| 第三节 股权众筹 .....      | 063 |
| 第八章 合同法常识 .....     | 066 |
| 第一节 什么是合同 .....     | 066 |
| 第二节 订立合同 .....      | 067 |
| 第三节 合同的成立与生效 .....  | 067 |
| 第四节 合同订立的原则 .....   | 068 |
| 第五节 合同谈判 .....      | 069 |
| 第六节 签订合同的注意事项 ..... | 072 |
| 第七节 合同的几种特殊情形 ..... | 079 |
| 第八节 合同管理 .....      | 081 |

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 第九章 知识产权 .....                 | 082 |
| 第一节 知识产权简介 .....               | 082 |
| 第二节 商标权 .....                  | 083 |
| 第三节 商号权 .....                  | 095 |
| 第四节 专利权 .....                  | 098 |
| 第五节 集成电路布图设计权 .....            | 107 |
| 第六节 著作权 .....                  | 109 |
| 第七节 商业秘密 .....                 | 112 |
| 第八节 互联网企业知识产权布局 .....          | 117 |
| 第九节 对技术方案的保护——商业秘密 VS 专利 ..... | 121 |
| 第十章 劳动关系 .....                 | 123 |
| 第一节 劳动关系的社会法属性 .....           | 123 |
| 第二节 劳动合同管理制度 .....             | 124 |
| 第三节 用人单位的管理权 .....             | 128 |
| 第四节 劳动合同的解除和终止 .....           | 132 |
| 附录 公司章程参考范本 .....              | 141 |

# 第一章 公司法常识

## 第一节 企业形式

我国的企业组织形式,按照从小到大、从简单到复杂分类,可按照以下顺序排列:个体工商户—个人独资企业—合伙企业—一人有限公司—有限公司—股份公司(上市公司)。

我国《公司法》把公司分为有限公司和股份公司两种,两者的投资人都叫股东,股东在有限公司持有的是股权,在股份公司持有的是股份。

### 1. 有限公司

有限公司就是有限责任公司,这种公司形式有资合、人合两个特性,股东除了把钱投进公司之外,还需要股东之间相互认可,相互合作。人合性要求股东人数不能太多,公司法规定不能超过 50 名。有限公司的股东以认缴的出资为限承担有限责任。

股东有限责任的前提是公司的法人人格。也就是说,公司是独立的法律上的人,以自己的全部财产对公司的债务承担责任。

假如公司不是独立法人,股东就要用自己的全部财产对公司的债务承担无限连带责任,稍有不慎,股东就有可能破产。

如果公司有多种业务,各自面临的风险不同,最好针对不同的业

务分别设立公司,以隔离风险。不能把所有的业务都集中在一家公司,以免公司被不良业务拖垮。

### **案例** (股东以认缴出资为限承担有限责任)

呆萌公司注册资本100万元,小呆认缴80万元,占80%,小萌认缴20万元,占20%,两人均未实缴。公司因过错导致客户损失80万元,但无资产赔偿。这时小呆和小萌需要按持股比例实缴80万元至公司,再由公司赔偿客户损失。

如果公司导致客户损失120万元,小呆、小萌各自实缴足80万元和20万元即可,不对超出100万元注册资本的部分承担责任。这就是股东以认缴出资为限承担有限责任。

### **案例** (股东的出资义务和人合性)

呆萌公司注册资本100万元,小呆认缴80万元,占80%,小萌认缴20万元,占20%,两人均未实缴。小呆的80%股权中有一部分是小明委托他代持的,对此,小萌并不知情。公司分红时,小明要求公司直接把他的分红发到自己账户。

小明的股东资格得到认可需要两个条件:①小明实际出资(出资义务);②小明的股东身份得到其他股东(小萌)的认可(多名股东时,一半以上其他股东认可),如实际参与股东会或者得到小萌的书面认可(人合性)。

因为小明既未出资,亦未得到股东小萌认可其股东身份,这样,小明不能对公司提出股东的要求,只能通过与小呆的协议获得分红,也就是先分到小呆的账户,再由小呆转给小明。小明的风险,我们在代持股部分再说。

## 2. 一人公司

一个人也可以设立有限公司，这就是一人公司，只有一个自然人股东或只有一个法人股东。一人公司降低了设立公司的难度，但同时也附加了条件：股东不能证明公司财产独立于自己财产的，股东对公司的债务承担连带责任。也就是说，这是附条件的有限责任公司。

一个自然人只能设立一家一人公司，且这家一人公司不能再设立新的一人公司，可以简单记成一人公司的“一子绝孙”。

如果一家公司只有夫妻二人为股东，这家公司也有可能被认定为一人公司，因为我国《婚姻法》规定，如果夫妻之间没有其他约定，婚后财产属于夫妻共有财产。

### 案例

小呆设立呆萌公司，自己是公司的唯一股东和执行董事。呆萌公司收款付款经常用小呆的个人账户。后呆萌公司对外欠债，公司资产不足以偿还，小呆必须要用自己的财产承担连带责任，这时不是以认缴出资为限承担有限责任。在这个一人公司中，小呆需要证明自己的个人财产与公司财产独立才能适用有限责任，否则，默认为财产相互不独立。

一人公司与有限公司在有限责任上的区别在于：对于一人公司，股东不是当然地承担有限责任，除非已证明股东与公司财产独立；对有限公司，股东当然地承担有限责任，除非已证明股东滥用法人格和有限责任，逃避债务。有限公司不适用有限责任的情况，法律上称“法人人格否认”，或者“刺破公司面纱”。

### 3. 法人人格否认

尽管有限公司的股东是以认缴出资为限承担有限责任,但如果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。这就是否认公司法人人格。

审判实践中如果出现以下情况:

- 公司出现股东与公司人格混同,如财产、业务、人员相互都分不清,资金用同一账号,财务管理不区分,股东与公司业务重合交叉,董、监、高相互兼任,员工大量重合。
- 股东对公司过度支配和控制,如股东利用关联交易,非法隐匿、转移公司财产,或母公司完全控制子公司决策,子公司丧失独立性。
- 公司的资本显著不足,注册资本与实际经营规模、经营性质相比严重不足。

这些都严重损害了债权人利益,在公司无力清偿债务时,会适用法人人格否认,股东对公司债务就要承担连带责任。

当然,公司的法人人格独立制度是主导性规则,股东承担有限责任,这是主体,附条件的有限责任和法人人格否认制度是例外,审判实践中法人人格否认是审慎适用的,这个主次要搞清楚。

### 4. 股份公司

股份公司是资合性质,股东之间可以相互不认识,对相互合作要求不高。股份公司要求有 2~200 个发起人,半数以上的发起人在中国境内有住所。但股份公司上市后,股东数量不受限制。股份公司的股东以认购的股份为限承担有限责任。

股份公司必须设董事会,董事会人数 5~19 人,必须设监事会,监事会成员不得少于 3 人,董事不得兼任监事。

## 5. 上市公司

上市公司是股票在证交所上市交易的股份公司。我国只允许股份公司挂牌上市,并且要求同股同权,这是一些合伙企业、AB股的企业不能在国内上市的原因。公司上市是很多公司的梦想,公司上市前,假如是有限公司,需要将它改制成股份公司再上市。上市公司除了受《公司法》调整之外,更多的是受《证券法》相关法律规范调整。

我国已逐步形成了多层次的资本市场:上海证券交易所的主板市场、深圳证券交易所的中小板和创业板市场。全国中小企业股份转让系统(新三板)已经分为创新层和基础层,挂牌企业达 10 000 多家。各地还有股权交易中心,号称新四板。未来如果能规范股权众筹,将成为新五板,但目前由于互联网金融领域各类非法集资案件频发,政府正在采取打击态势。

### 案例

小呆:我们的项目就是以上市为目标,所以我们计划一开始就设成股份公司。

理彰:如果设立股份公司,创业之初就至少需要 8 个人参与经营(5 名董事、3 名监事,且不可兼任),会严重影响效率。对于草根创业者,我们不建议这样做。

有限公司、一人公司和股份公司、上市公司的关系如图 1.1 所示:

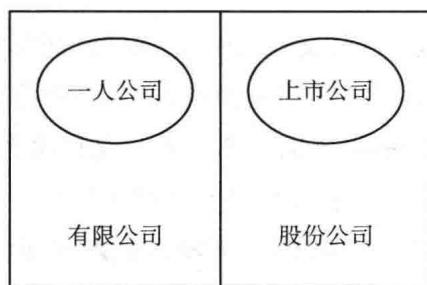


图 1.1 有限公司、一人公司和股份公司、上市公司的关系

## 6. 子公司与分公司

与子公司对应的是母公司,母公司是子公司的股东,子公司是独立承担责任的公司。

与分公司对应的是总公司,分公司是总公司的分支机构,没有法人资格,不是独立的公司,不能独立承担责任,其责任最终由总公司承担。

## 7. 有限合伙

在 2006 年之前,合伙企业只有一种类型,即普通合伙企业。在普通合伙企业中,所有合伙人对合伙企业都要承担无限连带责任,过高的风险导致普通合伙企业很难发展壮大。

2006 年《合伙企业法》修订后,一种新形式的合伙企业出现了,这就是有限合伙企业。有限合伙企业被广泛应用于私募投资基金和股权激励或股权众筹的持股平台。

有限合伙企业由普通合伙人(GP)和有限合伙人(LP)组成(见图 1.2)。GP 负责合伙企业的经营管理,对合伙企业的债务承担无限连带责任;LP 不负责合伙企业的经营管理,以其出资额为限对合

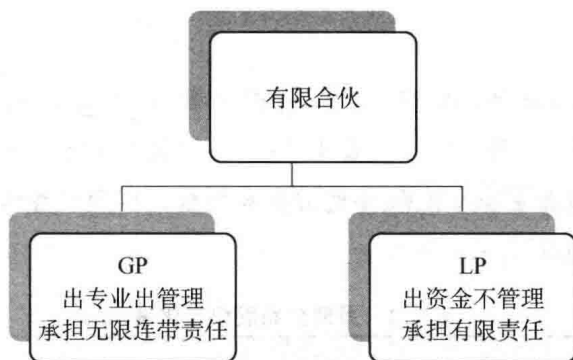


图 1.2 有限合伙企业的组成

伙企业债务承担有限责任。

为控制 GP 风险，一般由有限公司担任 GP，使其最终承担有限责任。

有限合伙企业具有税收方面的优势，只需缴纳合伙人个人所得税，无须缴纳企业所得税，因此在私募投资领域被广泛采用。最关键的是，有限合伙企业将普通合伙人的专业和有限合伙人的资金充分结合，发挥各自的优势，这是脱胎于“康孟达契约”<sup>①</sup>的一种企业形式。

有限合伙企业作为持股平台也广受欢迎。有限合伙企业作为持股平台时通常由公司大股东担任 GP，这样既可以充分保障公司的控制权，又可以减少 LP 的代持风险。

创业者一般结合使用有限公司和有限合伙企业。一人公司通常是创业者找到合适的合伙人之前的过渡形式。

<sup>①</sup> 中世纪时，欧洲海上远洋贸易风险极大，但利润极丰厚，投资者有足够资本但不愿意承担高风险的无限责任，而船主缺乏资金造船、购货，于是产生了船主企业家和银行投资家之间的新式联合，称为“康孟达契约”。

## 案例

呆萌公司注册资本 100 万元,小呆认缴 80 万元,占股 80%,小萌认缴 20 万元,占股 20%(见表 1.1)。公司需要对员工进行股权激励,激励股权为 15%,小呆、小萌按各自股权比例同等稀释,即小呆出 12%,小萌出 3%。

表 1.1 呆萌公司股权变化表

| 呆萌公司股权 | 股权激励前<br>(%) | 股权激励后由<br>小呆代持(%) | 设立有限合伙后<br>(%) |
|--------|--------------|-------------------|----------------|
| 小呆     | 80           | 83                | 68             |
| 小萌     | 20           | 17                | 17             |
| 呆萌有限合伙 | 0            | 0                 | 15             |
| 总计     | 100          | 100               | 100            |

最初,这些激励股权都由小呆代持,后来随着激励员工人数增多,代持不方便,于是设立呆萌有限合伙,由小呆做 GP,激励员工做 LP。

通过设立有限合伙,使得 15%的激励股权仍由小呆行使表决权,保障了小呆对公司的控制权;激励员工在有限合伙企业登记为有限合伙人,也保障了激励员工对激励股权的财产权利。

## 第二节 公司注册资本

目前我国注册公司采取资本认缴制,也就是除了特殊类型的公司外,公司注册时既没限制注册资本金额,也不要求实缴出资,只要根据实际需要实缴即可,但法律和行政法规另有规定的除外。