

郭春宏◎著

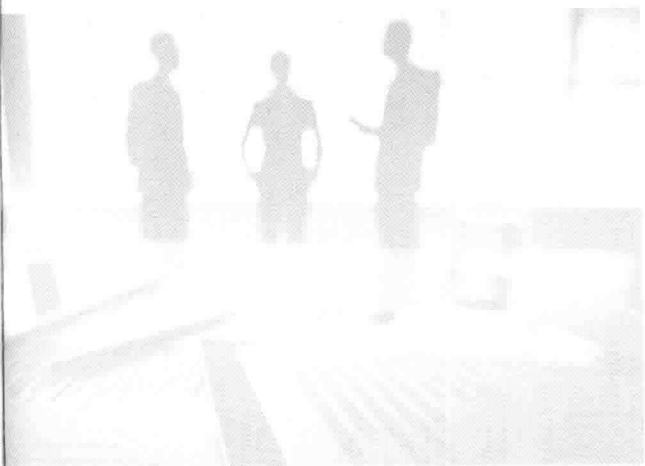
创业经营 必备法律思维

CHUANG YE JING YING BI BEI FA LÜ SI WEI

简明法律思维养成手册

· 创建事业的法律思维 · 企业运营的法律思维 · 事业传承的法律思维

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



创业经营 必备法律思维

CHUANG YE JING YING BI BEI FA LU SI WEI

郭奎宏 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

创业经营必备法律思维 / 郭春宏著. —北京: 中国法制出版社, 2016. 1

ISBN 978-7-5093-7189-3

I. ①创… II. ①郭… III. ①企业法—研究—中国

IV. ① D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 018748 号

责任编辑 朱丹颖

封面设计 李 宁

创业经营必备法律思维

CHUANGYEJINGYING BIBEI FALÜSIWEI

著者 / 郭春宏

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 787 毫米 × 1092 毫米 16

版次 / 2016 年 4 月第 1 版

印张 / 17.5 字数 / 249 千

2016 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7189-3

定价: 50.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66067369

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

创业经营不仅需要互联网思维 还需要法律思维

自十八大以来，新一届政府大力推进简政放权，降低市场准入门槛，减免小微企业税费，建立创投引导基金，推动“互联网+”行动，实施“中国制造2025”等促进“双创”的举措，极大激发了市场的活力，“大众创业、万众创新”的新浪潮正在席卷神州大地。

在“互联网+”背景下，创业者们热情拥抱互联网，用互联网的技术和精神，重新审视用户、产品、营销、创新以及整个价值链和生态系统，积极寻找创业机会。如何用互联网思维颠覆传统行业，已成为创业者们讨论的热门话题。

时下，“互联网思维”不仅是创业者们热烈讨论的话题，也是全社会的超级热词。这是因为互联网已经渗透到了社会的各个角落，已经全方位并正在继续改变着人们的生活方式、产业发展趋势和社会经济结构。因此，人们学习、讨论互联网思维非常有意义。

创业就像走在一条长长的道路上，往往只有少数创业者才能到达目的地。据统计，发达国家中创业的失败率高达70%，而服务行业的开店创业者5年内的失败率更是高达95%。许多创业企业的失败，并非因为其缺乏互联网思维或者市场潜力，而是未处理好创业创新的合法性问题，利益相关者、政府和一

般公众在既存的社会规范和制度框架下对其的接受程度不高。在法制日趋完备的今天，法律就像空气一样无处不在，创业者从申请企业注册登记开始，需要处理各种各样的法律事务，比如注册企业、雇佣员工、购买设备材料、销售产品、分红、招商引资、解散清算等等。在法治社会里，创业不仅需要互联网思维，还需要法律思维，如同人需要双腿，才能顺利到达成功彼岸。

所谓法律思维，就是像律师一样思考（Thinking Like A Lawyer），是依循法治精神，运用法律原则、法律规范和法律逻辑，分析和解决问题的思维方式，是一种理性思维。简言之，法律思维就是根据法律进行思考。

法律思维不是简单地背诵法律条文。实际上，任何一位律师或法官都不是靠背诵法律条文成为法律专业人士的，而是依靠训练有素的法律思维。因为法律条文多如牛毛并随社会的发展而变动，即使法学博士也不可能学完全部法律，但是只要他具备了法律思维的能力，他就能够应付各种复杂和新型的法律问题。

因此，本书的重点不是向创业者介绍有关法律条文，而是着重于阐述创业者如何训练法律思维、如何运用法律思维解决实际问题以及如何利用法律资源达成战略目标。对企业而言，法律不仅是经济行为规范，还有一种经营资源，一种博弈工具，一种竞争武器。具备法律思维，可以充分利用法律资源，提高自身核心竞争力。

本书共分绪论与上、中、下三编。绪论主要阐述法律思维的意义及如何进行一般的法律思维。上编具体阐述创建事业的法律思维，包括选择创业形式，进行创业融资、出资以及设计股权架构、治理结构和商业模式。中编具体阐述企业运营的法律思维，包括人力资源管理、合同管理和知识产权管理以及防范经营风险。下编具体阐述事业传承的法律思维，包括事业与财富传承以及企业解散清算。

本书无意将创业者及企业家培养成法律专业人士。因为凡事皆有度。创业者及企业家只要具有一般法律思维能力，能够敏锐识别创业及经营过程中遇到的各种法律问题及其法律风险，必要时咨询律师，进而作出决策即可。

律师虽然拥有专业级的法律思维能力，但从来没有一位知名的成功企业家出身于律师。收益和机遇往往与风险相伴，而律师视风险为畏途，拒绝一切风险，也就把机遇拒之于门外，注定不适合经商。

市场经济是法治经济。改革开放以来，无数成功和失败的案例告诉我们：依法经营是事业长盛不衰的基础。改革开放初期，虽然不乏随波逐流靠打“擦边球”，“钻空子”谋求发展机会的企业，但是这种做法已不能适应依法治国的新常态。新一代的创业者必须坚持法律思维，走正道。一个坚持法律思维、走正道的企业家，必将赢得安全、赢得信誉、赢得市场，收获圆满人生。

特别提示：本书中任何观点和意见，都不构成读者朋友作出重要决策的正式法律意见。如要作出相关法律决策，最好事先咨询法律专业人士。

本书参考了许多国内外学者、实务工作者的研究和实践成果，在此深表谢意。由于个人才疏学浅，本书难免有谬误之处，敬请读者朋友批评指正，让法律思维方式更加普及。

郭春宏谨识

2015年10月18日

绪 论

企业家的法律思维

法律像空气一样无处不存，已经渗透到社会经济和生活的方方面面。然而，面对浩如烟海的法律条文和纷繁复杂的法律问题，不少创业者可能会深感迷茫，无所适从。这是因为这些创业者尚未具备一般法律思维能力，无法驾驭和处理创业及经营中涉及到的法律事务。

一、什么是法律思维

所谓法律思维，就是像律师一样思考（Thinking Like A Lawyer），是依循法治精神，运用法律原则、法律规范和法律逻辑，分析和解决问题的思维方式，是一种理性思维。简言之，法律思维就是根据法律进行思考。法律思维包含以下几个方面：

第一，法律思维是规范性思维。法律是社会生活中的行为规范，规范性是法律的本质属性。法律的规范性决定了法律思维是一种规范思维。这就要求凡事以“是否合法”作为思维的出发点，即戴着“有色眼镜”（法律视角）去观察分析问题。当法律思维成为习惯性思维后，人们就会在日常生活中时时以法律规范来衡量自己的行为。

第二，法律思维是逻辑性思维。法律规范是按照一定的逻辑关系来安排

的，因此运用法律也要遵循一定的逻辑顺序，这就是法律思维的逻辑性。法律思维的过程就是运用已有法律规范对特定法律事务和现象进行逻辑分析、推理和判断的过程。逻辑分析是法律思维的重要工具。

第三，法律思维是证据思维。这就是：“在法律上，凡是有证据证明的，视为存在；凡是没有证据加以证明的，视为不存在。”即认定任何事实都需要证据，没有证据，就没有结论；并且认定任何事实都要有足够的证据，证据要达到一定的标准。

第四，法律思维是风险思维。法律思维是一种以人性恶为假设立场进行思考的思维方式，也就是认为一切行为都存在大小不一的风险，而法律思维的作用就在于防范和控制这些风险，要求“先小人，后君子”。在设计良好的制度和法律框架下，“小人”也必须行君子之事，由此小人也成了君子。例如双方在签订合同时，预先规定了对方的违约责任，就是一种先预设了坏的后果来防范和约束对方。当对方意图违约时，他就要考虑自己的违约责任，这就降低了他违约的可能性。

第五，法律思维是权利本位思维。权利义务是法的核心内容，它不仅贯穿于所有法律，还贯穿于法律实施的全过程，一切法律问题归根结底都是权利和义务问题。法律思维的本质就是从权利和义务的视角观察分析问题。在人治社会，强调百姓以义务为本位，权利被统治者看作可有可无。在法治社会，强调百姓以权利为本位，设定义务是为了保障权利的实现。“一所破败的茅草屋，风能进、雨可进，国王和军队不能进。”这充分体现了权利本位的理念，也是私有财产神圣不可侵犯的最好佐证。

二、法律思维的作用

对企业而言，法律不仅是经济行为规范，还是一种经营资源，一种博弈工具，一种竞争武器。运用法律思维，可以充分利用法律资源，进而提高自身核心竞争力。法律思维的重要作用包括以下几方面：

第一，指导企业合理配置市场资源或放大市场资源，获得可观利益。

法律规范社会资源配置，是利益分配与再分配的基本规则。法律对社会资源配置的规范，是通过权利和义务的不同配置来实现的。比如，霍英东获得商业上的巨大成功，就得益于他找到“卖楼花”（按揭）这种重新配置社会资源的商业模式：银行、开发商与购房者分别订立合同约定，购房者以所购商品房为抵押向银行贷款，银行将贷款支付给开发商，购房者再分期偿还银行贷款。这种权利义务的組合，重新整合配置了社会资源并产生了巨大经济和社会效应，解决了当时香港房地产滞销、银行有钱贷不出去、民众无力购房导致社会资源闲置的难题，使霍英东在房地产开发上获利丰厚。

运用法律不仅可重新配置市场资源，还可放大市场资源，实现以小搏大。比如资本市场上常见的VC、PE、IPO、期货、股指期货以及对赌协议、杠杆收购等，都是以法律和合同为杠杆，放大资本的能量。

第二，帮企业控制和降低经营风险，让企业放心赚钱。

法律已经渗透到了社会各个角落，企业经营过程中必然遇到各种法律问题，如果不能及时识别、控制其中法律风险，企业轻则遭受经济损失，重则遭遇滑铁卢。比如：中航油亏损、长虹被拖欠巨额贷款、达能收购娃哈哈风波……近年来，中国公司在国际合作、内部经营中遭遇一系列重大问题。如果联系此前发生的安然、世通公司、帕玛拉特、安达信、巴林银行等国际大公司突然倒闭来考察，我们就会发现，这些事件的共同点是因遭遇法律风险而产生严重的经济问题，其中一些公司因此“遭遇滑铁卢”而走向彻底失败。

企业违法经营必然产生法律责任和风险。值得注意的是，企业依法经营也可能产生法律风险，比如对方违约。

第三，法律思维既是开启法律资源宝库的钥匙，又是充分利用法律资源的有效工具。

法制日益完备的今天，法律多如牛毛并随社会的发展而变动，一般人往往无从下手。而具备了一般法律思维能力，能够以不变应万变。因为法律条文虽然可能会被修改、废止，但其背后的文化、观念和思维方式，如同人们

的语言规则一样，不会轻易改变。万变不离其宗，只要具备了一定的法律思维，便能够以不变应万变。

第四，法律思维推动法治国家建设。

我国现在正全面向“法治”社会转型。一方面法律思维方式蕴含着法律知识、价值和方法等，是一种认识世界，分析和解决矛盾的世界观和方法论，有助于提高人们的理性思维，增强人们抵御野蛮和专制的能力。另一方面，法律思维是一种根据法律分析和解决问题的思维方式。当法律思维成为习惯思维后，人们就会在日常生活中时时以法律规范来衡量自己的行为，整个社会就形成了与法治理念相一致的普遍的行为方式。法治实质上是一种思维方式。

三、如何进行法律思维

法律思维分为职业法律思维和一般法律思维。职业法律思维是指法学教授、律师、法官等法律人的带有职业习惯的法律思维方式。一般法律思维是指非法律职业人士根据法律分析和解决问题的思维方式。职业法律思维与一般法律思维各有利弊，具有职业法律思维能力者分析和解决法律问题的能力，比具有一般法律思维能力者强；但拥有职业法律思维能力的法律人，视法律风险为畏，而机遇（收益）与风险相伴，拒绝风险，也就把机遇拒之门外。创业者和企业家只要具有一般法律思维能力，能够敏锐识别创业及经营过程中遇到的各种法律问题及其法律风险，必要时咨询律师，进而作出决策即可。

（一）法律思维的基本模式

1. 法律思维的基本模式

法律思维的过程，可以分解为两个阶段：事实认定和法律适用，查明案件事实后，再查找应当适用的法律。这就是常说的“以事实为根据，以法律为准绳”。

事实认定阶段注重证据思维，认定任何事实都需要证据，没有证据就没有法律事实；同时要求这些证据要形成逻辑严密的证据链，并指向唯一的事实，如果不能形成证据链，就不能认定有关事实。

法律适用阶段注重逻辑思维，运用查找到的法律规范对特定法律事实进行逻辑分析、推理和判断。

查找法律及适用法律时，需要对相关法律规范进行分析。法律规则一般由适用条件、行为模式和法律后果三个有机部分构成。适用条件是指适用该规则应该具备的时空条件或其他的事实条件，即只有当这些条件出现时，方可适用该规则。行为模式是指法律规范所规定的行为规范的内容，即权利与义务的部分。法律后果是指法律规则中规定的，人们做出的行为符合或违反该规则时所引起的法律效果，包括积极的法律保护或奖励，消极的法律责任或制裁。可见，法律规则是一种奖善惩恶机制。

如《刑法》规定，故意伤害致人死亡或者以特别残忍的手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。其中“故意伤害致人死亡或者以特别残忍的手段致人重伤造成严重残疾”是适用条件，“处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”是法律后果。又如“转让注册商标的，转让人和受让人应当共同向商标局提出申请”，这就属于行为模式。

简言之，法律思维的基本模式就是来回反复地穿梭于法律规则与案件事实之间。其基本步骤包括：（1）确定待解决的问题；（2）分析问题的法律性质；（3）搜集法律、证据等相关信息；（4）对各种可能的解决方案进行评估及选择；（5）按最优方案行动。

2. 法律思维的基本方法

法律思维反复穿梭于法律和事实之间时，同时也是诸如法律解释、法律推理、法律修辞、论证等法律方法的应用之时。没有法律思维方法，我们就不可能对案件事实进行归类、分析，也不可能认清事实的法律意义，更无法制定个案的行动方案。

在实践中，形式逻辑中的三段论推理是最重要的法律方法之一。这就是：

以已经确定的法律规则作为大前提，同时以已经查明的案件事实作为推理的小前提，然后结合形式推理或三段论的推理进而导出有利或不利自己的法律结果。换言之，在采用三段论法律推理的情况下，法律思维就是对照法律规范（大前提）与案件事实（小前提），在案件事实与法律规范之间来回穿梭，即“从规则到事实，再从事实到规则”的往返流转。比如，借钱还债是大前提，张三借了李四 100 万元是小前提，结论：张三应向李四还债 100 万元。

当然，在法律思维的过程中并不是仅仅使用某一种法律方法，而是多种法律思维方法的交叉共用，这样才能确保法律思维结果的准确性。

（二）自助式的法律思维

1. 了解掌握与创业经营有关的常见法律知识

法律及其相关知识是进行法律思维的基础，它是构成法律思维的“硬件”。一个对法律知识和法律基本原则一无所知的人，不可能形成法律思维，一般来说，人们通过对法律知识的学习与把握，便可知道什么可以做，什么不可以做，什么必须做，从事这些行为的意义和法律后果，从而依法做出相应的行为，养成依法办事的习惯。基于此，本书“实务解读”部分在解读相关实务操作时着重向创业者和企业家阐述与创业经营有关的常见法律知识点。

法律知识包括法律概念、法律规则和法律原则，是据以进行法律思维的“前见”，决定着法律思维的广度和深度。法律概念是法律思维的基本载体，法律规则是法律思维的具体依据，法律原则贯穿于法律运行的各个环节，主导着法律思维的价值取向。

2. 掌握判断合法与非法的简易方法

合法性分析是法律思维的重心之一，也是解决问题的首要环节。所谓合法就是符合法律规定并将受到法律保护，所谓非法就是违反法律规定并将受到法律制裁。

我国已经颁布了超过 10 万件的法律法规及部门规章。面对这么多法规，

要准确判断某个行为是否违法，有时甚至会难倒训练有素的律师及法官。创业者受法律知识和经验的限制，面对多如牛毛、浩如烟海的法律条文，不掌握一定的思维方法，就更难作出合法与非法的判断。

笔者结合二十余年为企业提供法律服务的实践经验，向各位创业者和企业家介绍一个简单易行的判断合法与非法的“PH试纸法”：想象夜深人静，抛开个人利益及情绪，扪心自问：这样做符合天理良知吗？如果别人这样对我，我会接受吗？如果答案是不合天理，则不合法。这可称之为“天理”试纸法。

我们讲的“天理”，在法学理论上称为自然法，又称为良知、正义、德性，是人类的集体智慧，是千百年来自然演化形成的，人们普遍认可的，扎根于每个人的基本意识中的元规则。霍布斯在《利维坦》一书中曾归纳出十九条自然法则并将这些法则提炼精简为一条：“己所不欲，勿施于人。”人们称之为黄金法则。这是人类长期演化形成的生存智慧：人类有追求自己幸福的权利，但如果每个人只考虑自己的眼前利益，就会导致囚徒困境和相互伤害。为了避免囚徒困境和相互伤害，就需要人们遵守基本的行为规范，包括克制自己的私欲，推己及人。而为了使这些行为规范得到有效执行，不仅需要人们有善心，还需要一个奖善惩恶机制，如果这个机制得到公正有效的执行，人类就可以走出囚徒困境，享受和谐而幸福的生活。由此可见，法律来源于天理良知，法律存在的正当性在于确保天理得到有效执行。如果法律违背了天理，就欠缺了存在的正当性，堕落为“恶法”，应当废除和修改，如早先的收容、劳教制度。秦王朝奉行法家思维，只讲王法，不讲天理，二世而亡。

“天理良知”试纸法是西方陪审团制度的价值所在。陪审员都是没有受过法律专业训练的普通公民，他们的判决是基于天理良知而不是法律，这样的裁决结果却与法律规定惊人的一致。由此看来，“天理良知”这张试纸，不仅可以用来快速判断行为合法与否，还可以检验社会与国家的法治成色。

（三）他助式的法律思维

1. 咨询法律专业人士

当创业者及企业家经上述自助式法律思维后得出了一个初步判断：自己或对方可能违法，可能存在较大法律风险，或者有一种说不出来又有些蹊跷的感觉。这时就需要咨询律师、法学教授等法律专业人士，请他们协助找出其中的法律问题及法律风险，并与之探讨解决方案。

2. 探讨合法及其替代行动方案

法律思维是规范性思维，对事情进行法律效力的判断，以是否违反法律强制性规范作为评价标准。这是违法与合法之间的分水岭，相应的，有效与无效的法律后果也截然不同。对老百姓来说，凡是不禁止（法律明文禁止）的都是允许的；对官员来说，凡是不授权的都是禁止的。

无论自助式法律思维还是他助式法律思维，它的出发点和归宿都是要找出合法或至少不违法的行动方案。制定法律及替代行动方案时，要遵循一定的思维方法和规则。

比如：合同应符合国家相关法律法规的规定，尤其不得签订违法合同。因此，合同管理的第一原则是：合同的签订、履行及争议处理一般应有明确的法律依据，因为有明确的法律依据就意味着受法律保护；第二个原则是：法律无明确规定的，合同应遵循一般的公平、公正、诚信等法律原则，使合同合法或至少不违法；第三个原则是：法律明确禁止的，应通过一定的技术处理，使合同合法或至少不违法；第四个原则是：技术上无法规避法律禁止性规定的，合同不得为之。

（四）法律筹划

市场经济是法治经济。在规则中竞技和博弈，离不开对规则的理解与运用。企业家在理解法律和识别风险的基础上，借助专业人士的“外脑”，往往能够善用法律，筹划出对企业有利的商业布局。比如商标联合防御群，专利

布局，税务筹划等。

任何产品都存在替代品，或者存在替代的技术方案。如果主营产品存在替代的技术方案，就意味着，企业即使在其技术路线上申请了专利权，但竞争对手还是可以采用替代的技术方案，生产类似产品进行竞争，进而影响企业的市场地位和利润空间。而企业如果先竞争对手一步，申请替代技术路线上的技术专利权，就可以阻击竞争对手。这种专利阻击就是专利布局。

（五）企业家思维的多维性

时下，各行各业都在热情拥抱互联网思维，企业家都在思考如何用互联网思维颠覆传统行业。互联网思维、经济思维、法律思维等，是企业家思维的不同维度，不同视角。企业家的决策是多种思维权衡的结果，有时如同在绝壁悬崖上跳芭蕾。企业家多维度思考，可以提高决策的科学性、合法性，以免坠落悬崖。

市场竞争，有时出奇方能制胜，出奇就是创新。创新往往面临合法性问题，当法律思维的结果是提示存在法律风险时，企业家有时无需一筹莫展，在权衡风险、机遇及收益后，根据个案具体情况，果断选择机遇远大于风险的行动方案，并采取适当措施控制法律风险，这也未尝不可。因为活人永远不能给尿憋死，何况某些所谓违反之“法”本身违背天理良知，阻碍社会进步，如优步、滴滴、快的所受打压。

当然，如果是严重违反法律和天理良知，则不得为之。这是必须守住的底线。古人说出奇守正。出奇的根基，是守正，也就是要坚守法律良知的底线。

法律文件检索表^①

非法集资司法解释 = 最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用若干问题的解释

非法集资意见 = 最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的解释

民间借贷司法解释 = 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释

公司法解释(三) = 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的解释(三)

公司法解释(二) = 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的解释(二)

民通意见 = 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的解释(试行)

^① 为方便阅读,文中涉及的一些标题较长的法律文件都作了缩略,在此处做对照检索,供对照使用。

目 录

第 1 篇 创建事业的法律思维

第一章 如何选择创业形式

□ 实务解读

一、企业及其法律形态·····	003
二、个体工商户及其设立·····	004
三、个人独资企业及其设立·····	005
四、合伙企业及其设立·····	006
五、有限责任公司及其设立·····	008
六、股份有限公司及其设立·····	010
七、如何开网店做电商? ·····	011
八、如何开加盟店? ·····	013
九、企业年度报告及其公示·····	015
十、企业集群注册登记·····	017
十一、公司秘书服务·····	018
十二、企业孵化器·····	019