

HOW DO I START?

创业 法律指南

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

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. —上海:上海交通大学出版社,2016

ISBN 978-7-313-14440-9

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(2016)第 015971 号

创业法律指南

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:韩建民

印 制:上海春秋印刷厂

开 本:880mm×1230mm 1/32

字 数:91 千字

版 次:2016 年 1 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-14440-9/G

定 价:20.00 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:3.875

印 次:2016 年 1 月第 1 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:021-33854186

前 言

我们专注于为草根、创新、有社会价值的创业企业提供服务，倡导通过社会价值实现商业价值的商业理念。

企业存在的根本原因是其产品或服务能满足社会需求，而这社会需求，不是引人堕落的，不是违背公序良俗的，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，博得社会责任之美名；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。这也是我们专注于为创业企业服务的原因所在。

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、知识产权或是商业秘密保护、劳动关系建立以及各类合同的签订，都需要专业的法律服务。但创业初期企业财力有限，不是每位创业者都能得到资深律师的帮助。

有鉴于此，理彰的律师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,我们力求简洁明了。

上海理彰律师事务所

2015 年 11 月于上海大学路

提示:创业者可扫描理彰律师二维码,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	007
第三节 出资方式	008
第二章 股权分配	011
第一节 股权分配的几个原则	011
第二节 股权分配的几点注意事项	015
第三节 股权分配的几个关键股权比例	016
第三章 有限公司治理	017
第一节 三会制度(股东会、董事会和监事会)	017
第二节 公司治理注意事项	019
第三节 公司章程与股东协议	020
第四节 纠错机制	020
第五节 法理上的股东与董事	021
第六节 监事的重要性	022
第七节 法定代表人	022
第八节 公司印章	023

第四章 股权转让与增资	025
第一节 股权转让	025
第二节 公司增资	027
第五章 股权激励	028
第六章 股权代持及隐名股东	032
第七章 公司融资	034
第一节 常见投资条款解读	034
第二节 对赌	046
第三节 股权众筹	050
第八章 合同法常识	054
第一节 什么是合同	054
第二节 订立合同	055
第三节 合同的成立与生效	055
第四节 合同订立的原则	056
第五节 合同谈判	057
第六节 签订合同的注意事项	060
第七节 合同的几种特殊情形	067
第八节 合同管理	069
第九章 知识产权	070
第一节 知识产权简介	070

第二节	移动互联网行业的知识产权保护	072
第三节	移动互联网行业的不正当竞争	076
第四节	移动互联网行业的知识产权侵权形式	086
第十章	劳动与竞业限制	093
第一节	劳动关系的社会法属性	093
第二节	保密与竞业限制	094
第三节	关键员工离职	094
第四节	劳动合同的解除和终止	095
附:	公司章程参考范本	098

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)。

《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、人合的两个特性,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。

案例 (股东以认缴出资为限承担有限责任):

呆萌公司注册资金 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 万元注册资金的部分承担责任。这就是股东以认缴出资承担有限责任。

案例 (股东的出资义务和人合性):

呆萌公司注册资金 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。

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。

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。

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。

有限公司与一人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,除非已证明股东与公司财产不独立。有限公司不适用有限责任的情况,法律上叫“法人人格否认”,或者“刺破公司面纱”。

3. 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。

4. 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。

我国逐步形成了多层次资本市场: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。目前全国中小企业股份转让系统(新三板)也是如火如荼,将近 5 000 家企业挂牌,并且在新三板内部将开始分层。各地还有股交中心,号称新四板。未来如果能规范股权众筹,将成为新五板。

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、上市公司的关系图

5. 有限合伙

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。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伙企业债务承担有限责任。

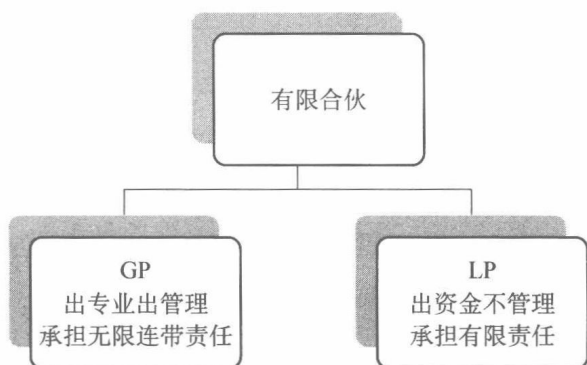


图 1.2 有限合伙企业的组成

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。

在私募投资方面,有限合伙企业有税收优势,不缴企业所得税,只缴合伙人个人所得税。最关键的一点,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,发挥各自优势,这是脱胎于“康孟达契约”的一种企业形式。

“康孟达契约”: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,就产生了船主企业家和银行投资家之间的新式联合。

在持股平台方面,有限合伙企业通过由公司大股东做 GP,充分保障公司的控制权,又减少 LP 的代持风险,广受欢迎。

一般创业者是把有限公司和有限合伙企业结合使用。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。

案例

呆萌公司注册资金 100 万元,小呆认缴 80 万元,占股 80%,小萌认缴 20 万元,占股 20%。公司需要对员工做股权激励,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%。

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

表 1.1 呆萌公司股权变化表

呆萌公司股权	股权激励前	股权激励后由小呆代持	设立有限合伙后
小呆	80%	83%	68%
小萌	20%	17%	17%
呆萌有限合伙	0%	0%	15%
总计	100%	100%	100%

通过设立有限合伙,使得 15% 的股权仍由小呆行使表决权,保障了公司的控制权。而激励员工在有限合伙中登记为有限合伙人,保障了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金金额,也不要求实缴出资,只要根据工作需要实缴即可,但法律和行政法规有其他规定的除外。

案例

小呆:既然注册公司时不要求缴足出资,我就多注册些,注册资金 1 000 万元听上去很酷。

理彰建议:量力而行,根据股东能力和公司需要确定注册资金,太多太少都不行。多了,股东责任大(见前面案例);少了,不利于公司发展。

需要提醒的是:公司增资容易减资难。增资,只要股东三分之二以上表决权通过即可;减资则除需要经过股东三分之二以上表决权通过之外,还需要财务审计,向债权人公示,安排好债务清偿计划。

公司设立时间越长,减资越难。

第三节 出资方式

我国《公司法》规定,股东可以用所有可用货币估价(有价值)并可以依法转让(有交换价值)的非货币财产作价出资,包括货币出资、实物、知识产权、土地使用权等。但法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。如政府机关、事业机构的财产不能出资。

如果用非货币出资,必须经过评估作价。

1. 劳务不能用于出资

劳务虽可用货币估价,但不能依法转让。但实践中,创业者的能力和付出的精力越来越重要,以至于投资人获得股权需要溢价以对应创业者的劳务。所以,尽管工商登记不认可劳务出资,但如果股东之间相互认可并且有股东愿意代为缴纳劳务部分对应的出资,还是可以操作的。

案例

小呆:我们公司计划注册资金 100 万元,其中大家认可我的劳务值 20 万元,这怎么注册?

理彰建议:一种方案:前期以货币认缴这 20 万元,在工作中按估价领取工资,再以工资作为出资实缴到公司。另一种方案:其他股东愿意代为缴纳这 20 万元的,将这 20 万元计入你的出资。

2. 知识产权出资

知识产权包括著作权(包括计算机软件著作权)、商标权、专利权

以及专有技术、域名,等等。

创业者的核心知识产权是否要出资至公司,要根据自己的对公司的控制能力决定,这一点非常关键。如果公司的控制权不稳定,建议将核心知识产权保留在自己个人名下,授权公司使用,收取的授权使用费可以作为出资。

案例

小呆:我有一项提高人体舒适度的节能浴缸发明专利。现在要设立公司,不知专利是在自己名下好还是转到公司名下好?

理彰:如果专利对于公司极为重要,要看公司控制权是否稳定,如果稳定可控,可以以增资方式转入公司名下,这样既能减少你的货币出资,又能计入实际缴纳的出资,减少股东责任。但如果公司控制权不稳,或者有不良企图的投资人,就需要小心,不要急于转入公司名下,待公司稳定后再转不迟。

如果是与公司业务不相干的专利,则没有必要转入,对公司没有意义,若专利能在其他方面发挥更大价值,转入公司名下对个人也不利。

3. 实物出资

实践中,经常有创业者已经做了很多事,而公司还没设立。比如买了办公桌椅、电脑、硬件,兄弟几个加班加点做好程序或者 APP,申请了域名、商标,这些都可以实物出资方式,作为公司的注册资本。

但无论是桌椅电脑,还是 APP 或软件,还有域名商标,都需要评估作价。

对于 APP 或软件的著作权、商标和域名,需要办理转让登记。