



ZHONGXIAO QIYE JIERUSHI TUANDUI FALU FUWU

中小企业介入式团队 法律 服 务



谭岳奇◇主编

- ◆ 企业劳动用工常见法律问题
- ◆ 企业知识产权常见法律问题
- ◆ 企业公司治理常见法律问题
- ◆ 公司经济合同常见法律问题



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



ZHONGXIAO QIYE JIERUSHI TUANDUI FALU FUWU

中小企业介入式团队 法律 服 务



谭岳奇◇主 编
邓凌云◇副主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中小企业介入式团队法律服务 / 谭岳奇主编. —北京: 法律出版社, 2009. 7
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9668 - 8

I. 中… II. 谭… III. 中小企业—企业法—研究—中国
IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 096128 号

中小企业介入式团队法律服务

独立策划 郑 导
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京外文印刷厂

责任印制 张宇东

开本 A5

印张 13

字数 334千

版本 2009 年 7 月第 1 版

印次 2009 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9668 - 8

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



《中小企业介入式团队法律服务》

编 委 会

主 编◇谭岳奇

副主编◇邓凌云

撰稿人

第一章 谭岳奇

第二章 杨文华

第三章 杨文华

第四章 邓凌云

第五章 邓凌云

第六章 魏 莹

第七章 谭 征

第八章 谭 征

祝愿中小企业明天更美好

——为谭岳奇《中小企业介入式团队
法律服务》作序

深圳这座青春激扬的城市,在她走过的 29 年历程中,深圳的中小企业与她一起经历从小到大、从弱到强的发展过程,成为深圳经济发展的一支朝气蓬勃的主力军,成为深圳经济发展一道最亮丽的风景线,并迅速撑起了全市经济的半壁江山。

而放眼全国,我们也迎来了我国中小企业发展的春天。2000 年 4 月 25 日原国家经贸委发《关于培育中小企业社会化服务体系若干问题意见》,2000 年 8 月 24 日国办转发国家经贸委《关于鼓励 and 促进中小企业发展的若干政策意见》,这两个文件对我国中小企业的生存和发展事关重大,为中小企业提供生存和发展空间。2002 年 6 月,全国人大颁布了《中华人民共和国中小企业促进法》(简称《中小企业促进法》)。《中小企业促进法》中提出了若干具体措施,是中国中小企业健康发展走上法制化道路的里程碑。国务院 2005 年 2 月 19 日发布《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》,这是新中国成立以来首部以促进非公有制经济发展为主题的中央政府文件。2006 年 3 月,十届全国人大四次会议通过的《关于国民经济和社会发展的第十一个五年规划纲要》的决议中(简称“十一五”规划),把“中小企业成长工程”列入了“十一五”规划的重要内容。

据统计,截至 2008 年底,全国实有企业 971.46 万户,其中 99% 以

上为中小企业,;实有私营企业 657.42 万户,注册资本 11.74 亿元;全国个体工商户 2917.33 万户,实有资金数额 9005.97 亿元。中小企业对 GDP 的贡献超过 60%,对税收的贡献超过 50%,提供了近 70% 的进出口贸易,创造了 80% 左右的城镇就业岗位,吸纳了 50% 以上的国有企业下岗人员、70% 以上新增就业人员、70% 以上农村转移劳动力。在自主创新方面,中小企业拥有 66% 的专利发明、74% 的技术创新和 82% 的新产品开发。

实践证明,中小企业是推动国民经济发展,促进市场繁荣和社会稳定的重要力量,在推进国民经济适度增长、缓解就业压力、实现科教兴国、吸引民间投资和优化经济结构等方面,发挥着越来越重要的作用。

而中小企业的重要性在发达国家同样毋庸置疑。著名未来学家奈斯比特曾预言:“是小公司而不是大公司在发展全球经济!”经济学家舒马赫也曾提出:“小的是美好的。”

以美国为例,美国经济的真正核心是中小企业,约 2000 万家中小企业是美国经济中最具活力的部分,也是大多数美国人和外来移民实现美国梦的主要途径。

据统计,美国中小企业代表了 99% 的雇主,雇佣了 53% 的工人,提供了所有的新工作岗位,提供了 51% 的私营企业产值,代表了 96% 的出口商,获得了联邦政府合同额的 35%。

在美国以企业为核心的商业社会里,中小企业是真正的英雄、真正的明星、真正的楷模,当今国际商业巨子诸如微软、克莱斯勒、惠普、摩托罗拉、IBM、迪斯尼、沃尔玛……都在诉说着中小企业成长的不朽传奇,不断实现着人类跨越科技巅峰的梦想。

发达国家在支持中小企业发展方面主要积累了如下几个方面的经验:建立完善的管理机构,美国参众两院都设立“小企业委员会”,联邦政府设立小企业管理局,在美国十大城市设立地区分局,在分局下面再设遍布全国各地的地方机构,以执行和实施小企业管理局的政策;制定健全的法律体系,美国、日本和德国堪称是用法律保护中小企业发展的杰出典范,早在 1890 年,美国政府就颁布了一个维护中小企业利益的反垄断法案,即《谢尔曼法》,为了切实有效地保护中小企业利益,并

使中小企业政策的基本原则和指导思想法律化和永久化,美国国会于1953年7月通过了第163-83号法案,即《小企业法案》,美国政府为了放松对中小企业实施的行政管理,提高政府工作效率,给予中小企业更大的经济自由权,于1980年通过了《小企业经济政策法》、《日常工作缩减法》、《规章灵活性法》、《平等公正法》,于1982年颁布了《准时付款法》。为了帮助中小企业拓展海外市场,促进中小企业技术创新和实现经营管理现代化,政府又相继通过了《中小企业出口扩张法》(1980)、《中小企业技术革新促进法》(1982)和《中小企业振兴法》(1985);另外在金融支持、税收优惠、完善服务体系、创立风险基金等方面发达国家均有许多值得借鉴的地方。

中国中小企业协会成立大会于2006年12月11日在北京召开,协会的成立必将为推动中小企业在中国的发展作出积极的贡献。在当前为加快中小企业发展,当务之急要作好以下几个方面的工作:加快全国中小企业服务体系的建设;从制度创新角度加大对中小企业投融资支持力度;在市场准入方面,真正做到“平等准入、公平待遇”等。

本书作者从自己多年为中小企业提供法律服务的经验出发,敏锐地总结出中小企业四个方面常见的法律问题:企业劳动人事规章制度、企业知识产权问题、公司治理问题、日常经济合同问题,对于这四个方面的问题,作者采取以案说法的方式(其中有些案例均是作者亲自处理的),进行深入浅出的解说。在法律服务模式上,作者进行了大胆创新,作者改变了传统为企业提供法律服务的被动方式,提出了为企业提供“介入式团队法律服务”的新模式,令人耳目一新,提升了为企业提供法律服务的质量,充实了为企业提供法律服务的内容。已有一些中小企业正在从作者所提供的新法律服务模式中受益。

在中小企业成长之路上,选择一个良好的法律服务合作伙伴,是一个睿智企业家的理性选择。最大限度的用尽用足现行法律法规设定的权利,巧妙理智地回避常见法律陷阱,为企业的长远发展消除隐患,在突如其来的法律风险出现时冷静应对,阅读本书不时可以发现作者法律智慧的灵光闪现。

当我写下上面那些文字的时候,正值深圳市中小企业发展促进会

4 中小企业介入式团队法律服务

成立 10 周年之际,而《深圳经济特区中小企业发展促进条例》即将出台又给我市中小企业的发展带来福音。

让我们祝福我国的中小企业拥有美好的明天。

中国中小企业协会副会长

中国中小企业国际合作协会副会长

深圳市中小企业发展促进会常务副会长、秘书长

 博士

2009 年 7 月 1 日

法律创造财富 (代序)

本书出版的一个非常重要的背景是,自2000年以来,我国政府对中小企业的关注达到了一个前所未有的高度。2000年4月25日,原国家经贸委发《关于培育中小企业社会化服务体系若干问题的意见》,2000年8月24日国办转发国家经贸委《关于鼓励和促进中小企业发展的若干政策意见》,2002年6月,全国人大颁布了《中华人民共和国中小企业促进法》,国务院2005年2月19日发布《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》,以上一部法律和三个文件对我国中小企业的生存和发展事关重大,为中小企业提供生存和发展的空间。2006年3月,十届全国人大四次会议通过的《关于国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》的决议中(简称“十一五”规划),把“中小企业成长工程”列入了“十一五”规划的重要内容。2006年12月11日,中国中小企业协会成立大会于北京召开。

中小企业对中国经济发展的推动力已为高层和学者公认,中小企业的价值被全面重新评估,中小企业甚至被赋予了承载中华民族复兴梦想的意义。

然而当我写下“法律创造财富”这个题目时,心里却有些惴惴不安,因为我知道这个命题可能会引起某些企业家甚至是成功企业家的嗤之以鼻,他们认为这个命题是不真实的。

客观地说,在多年做律师的实务中,我们确实也碰到不少成功的企

业家从创业开始到今天功成名就,在创业历程中并没有律师参与或者介入,他们的经历似乎说明律师在企业家的生涯中是可有可无的。

可是从2008年1月1日开始,一部名叫《劳动合同法》的法律的实施,却让大多数企业家猝不及防,甚至陷入惊慌失措的尴尬境地,这部法律全面提升了法律对企业劳动者的保护水平,并第一次出台了对违规企业进行严厉制裁的“惩罚措施”。比如,无固定期限劳动合同概念的拓展、企业没有与劳动者签订书面合同需要双倍支付工资、劳动合同期满不续订劳动合同需要向劳动者支付经济补偿金、企业违法解除劳动合同需要双倍支付经济补偿金等。随之而来的是,铺天盖地的劳动纠纷案件和2008年下半年席卷全球的金融危机,这对企业家来说是一次炼狱式的洗礼。“危”“机”之中既有“危险”也有“机遇”,2008年迫使许多企业家不得不重新审视企业用工制度、规章制度,检讨自己对劳资关系的认识,改变企业管理方式。这时,律师逐渐进入了企业家的视野。

金融危机对拉动中国经济增长所倚重的三驾马车(投资、消费和出口)中的“出口”予以重创,一部分出口导向型生产企业、对外贸易公司在这场突如其来的寒冬中倒下了,订单锐减、劳资纠纷加剧、企业缺乏专利和品牌转型困难、股东之间矛盾重重、企业官司缠身……所有的问题在一夜之间爆发,一些企业家哀叹时运不济、命运不公,一些企业家在危机之中寻找机遇,东山再起。

实际上在我们看来,相当一部分企业家在多年的创业历程中,“只顾埋头拉车,没有抬头望路”。某些问题或者说隐患在创业之初便已经埋下,在多年的发展过程中,企业家往往只注意订单和生产,而忽视了企业的精细化管理,导致在危机来临之时不堪一击。

在这么多年的法律实务工作中,我亲眼目睹一些企业从小到大、从弱到强,但最后又陷入举步维艰的境地甚至关门了事,其中原因异常复杂,但有些企业是因为法律问题没有理顺而导致企业消亡的。例如,甲企业借款数千万元给乙企业,在借款协议中只提到乙企业用自己的机器设备提供担保,后来乙企业破产,虽然乙企业的老板自己赚了个金银满钵,甲企业数千万元无法追偿,甲企业走投无路只有破产。

当然,有的企业某些经营方略的制定因为缺乏法律层面的充分考虑而失败的例子同样不胜枚举。甲企业研发了某实用新型专利,并在中国申请了专利,经在国外试销,市场前景很好,不料国外的竞争对手乙企业在甲企业申请专利后两个月同样在欧洲某国申请专利,并通过PCT途径申请专利国际注册,于是,甲企业在欧洲的出口受到乙企业侵害专利的指控。甲企业多年研究的专利付之东流。

应该说,传统企业家在没有律师介入的情况下可以取得成功,原因是多方面的。在改革开放三十多年的历程中,中国的市场经济经历从无序到有序、从乱到治的发展过程,许多企业家迅速崛起,多数人的财富积累过程充满着冒险、拼搏、艰辛、坚韧的传奇色彩,可能与知识无关,与法律无关。这也是当我写下这个“法律创造财富”题目时,可能会引起这些成功人士的非议。但是,必须要看到的是,即使是这些过去再成功的企业家在今天必然会遇到其自身经验不敷其用的情势,比如有些房地产老板在土地“协议出让”年代,靠领导批示拿地赚大钱,在近几年土地出让市场实行“招拍挂”制度,过去的经验便“失灵”了,从而只好改行。

当今时代为知识经济时代,我国近十年出台的法律、法规之多如果用“汗牛充栋”来形容毫不为过,市场经济法律体系逐步完善。律师在这个时代的作用尤为突出。任何法律的出台,首先表现为出现了一堆没有生命的新规则,然徒法不足以自行,这些没有生命的新规则如何融入社会生活中,从而构建出立法者所意图实现的法律秩序,演变为“活法”,达到改造社会的目的,却是一件颇费周折的事情。一位好的律师就是一个社会的“死规则”演变为“活法”的催化剂,是一股促进这种演变不可或却的民间力量。西方的历史经验证明,律师越多的社会越有秩序,越有秩序的社会越有效率。一位好的律师正是法律帝国的精灵,他(她)帮助企业巧妙地驾驭规则防范风险,使企业在现行法律框架内获取最大利益,在这一过程中,不知不觉中规则在企业那里成为了“活法”。

法律改变中国。改革开放三十多年来,中国社会一个最重要的变化是各种法律法规如雨后春笋层出不穷,从全国人大到国务院、国务院

各部委,从地方人大到地方政府,“依法治国”的理念进一步深入人心。即使是再麻木的人也无法做到熟视无睹了。从而在中国几千年的历史再次上演了一幕“改革就是变法”的活剧。

法律缔造传奇。在公司改组改制以致公开发行股票并上市的过程中,律师在资本市场强力介入,许多中小企业在一夜之间摇身一变,资产几十倍成百倍地剧增,企业家赚了个金银满钵,在中华大地上律师第一次与财富走得这么近,“玩的就是心跳”。

法律改变命运。在一些涉及企业重要经营活动的诉讼中,律师于法庭方寸之地,挽狂澜于既倒,扶大厦于将倾,他(她)们曾改变了也将继续改变许多企业家的命运。

结合我们多年为中小企业服务的经验,我们在国内首创了“介入式团队法律服务”模式,针对中小企业提供一种前瞻性的、预防式的团队法律服务,一些接受我们服务的企业深感受益。但创新没有终点,创新没有止境,法律服务亦然如此。

最后,我愿意把“法律创造财富”作为一句祝福送给那些有远见卓识的企业家,当然,“法律创造财富”也包含着我们对法律人自身的真诚祝愿。

谭岳奇

2009年7月1日

目 录

第一章 中小企业介入式团队法律服务模式的创立	(1)
第二章 劳动用工方面常见法律问题(上)	(13)
第一节 劳动关系与雇佣关系、承包关系之区别	(13)
第二节 招聘广告的写法有没有讲究	(18)
第三节 书面劳动合同	(20)
第四节 试用期	(24)
第五节 无固定期限劳动合同	(28)
第六节 劳动合同无效	(32)
第七节 规章制度	(39)
第八节 用人单位能否调动劳动者的岗位	(42)
第九节 工资诸问题	(48)
第十节 加班工资应当如何计算	(59)
第十一节 标准工时制	(61)
第十二节 如何防止恶意加班	(64)
第三章 劳动用工方面常见法律问题(下)	(66)
第一节 劳动者对用人单位造成的损失可否从工资中 抵扣	(66)
第二节 用人单位可否与劳动者约定不缴社会保险	(68)
第三节 保密协议与竞业限制协议的联系与区别	(69)

第四节	经济性裁员	(71)
第五节	劳动合同的违约金	(75)
第六节	代通知金	(76)
第七节	经济补偿金	(79)
第八节	绩效考核	(85)
第九节	工伤保险	(87)
第十节	患病或非因工负伤的医疗期	(96)
第十一节	用人单位是否有权停产放假	(98)
第十二节	使用劳务派遣工的风险	(101)
第十三节	劳动争议的处理时效	(103)
第十四节	劳动争议的举证责任	(105)
第十五节	事实劳动关系	(108)
第四章	企业知识产权常见法律问题(上)	(110)
第一节	知识产权的基本内涵	(110)
第二节	为什么企业应当重视知识产权法律问题	(116)
第三节	企业知识产权战略包括哪些环节	(117)
第四节	实施商业/技术秘密战略应当建立哪些配套制度	(119)
第五节	企业专利战略	(120)
第六节	企业专利战略示例介绍	(123)
第七节	专利无效宣告程序	(125)
第八节	过失导致自有专利无效的常见情形	(129)
第九节	同一项技术创新可以同时申请发明专利与实用新型专利吗	(135)
第十节	涉外专利	(139)
第十一节	专利权保护的发明创造范围	(145)
第十二节	人民法院受理专利纠纷案件的范围	(147)
第十三节	专利纠纷诉讼的级别管辖	(148)
第十四节	专利侵权诉讼与无效宣告程序的关系	(150)

第五章 企业知识产权常见法律问题(下)	(156)
第一节 企业商标战略	(156)
第二节 驰名商标	(158)
第三节 商标注册的一般流程	(169)
第四节 外国人申请注册中国商标	(174)
第五节 商标与字号的冲突	(174)
第六节 独家代理商通过商标维权的策略	(176)
第七节 著作权侵权行为与合理使用	(180)
第八节 计算机软件著作权	(186)
第九节 QQ 号的法律性质	(191)
第十节 知识产权的海关保护	(196)
第十一节 如何避免意外侵犯他人的知识产权	(200)
第十二节 知识产权维权策略	(201)
第十三节 “陷阱取证”获得的证据是否具有证据效力	(217)
第十四节 知识产权侵权赔偿额之认定方法	(219)
第六章 公司治理方面常见法律问题	(227)
第一节 企业创办人与企业的主体资格混同问题	(227)
第二节 投资创业的第一步:选择创办公司还是设立合伙	(230)
第三节 公司变动(设立、合并、分立、终止、增减资本)的一般流程	(235)
第四节 “有限责任”的内涵	(240)
第五节 有限责任公司的出资限额	(243)
第六节 公司资本三原则的内涵及其对公司治理实践的影响	(244)
第七节 分公司的法律地位	(251)
第八节 股权激励	(254)
第九节 股权激励的常用模式	(256)
第十节 章程在设计公司表决机制中的积极价值	(259)

第十一节	累积投票制	(263)
第十二节	董事长负责制与董事会负责制哪种方式更合理	(266)
第十三节	设立独立董事需要注意哪些问题	(271)
第十四节	独立董事的人选一般需要哪些素质和怎样的专业知识背景	(274)
第十五节	如何协调独立董事与监事会之间的关系	(279)
第十六节	如何切实发挥经理层在公司经营管理中的中坚作用	(286)
第十七节	如何协调对经理层的放权与监督之间的关系 ...	(289)
第十八节	“公司僵局”及其对策	(292)
第十九节	公司清算与破产保护	(296)
第七章	公司经济合同常见法律问题(上)	(302)
第一节	起草经济合同的基本要求	(302)
第二节	有名合同与无名合同	(308)
第三节	制定和使用格式合同条款应当注意哪些问题	(315)
第四节	企业合同法务管理应注意哪些问题	(320)
第五节	经过公证的合同一定当然有效吗	(321)
第六节	合同的违约金	(323)
第七节	合同的管辖权	(329)
第八节	代位权诉讼	(332)
第九节	撤销合同与解除合同之区别	(339)
第十节	合同的解除权	(341)
第十一节	约定违约金过高或过低时人民法院依职权调整的一般原则	(345)
第十二节	发票能否证明购销合同成立	(348)
第八章	公司经济合同常见法律问题(下)	(353)
第一节	“买卖不破租赁”原则的理解与适用	(353)

第二节	转租之风险及其防范	(356)
第三节	借款合同的诉讼时效与利息计算	(359)
第四节	委托合同的法定任意解除权	(361)
第五节	赠与合同的法定撤销权	(362)
第六节	隐名委托之风险及其防范	(364)
第七节	国际提单贸易之风险及其防范	(367)
第八节	买卖合同标的物毁损灭失的风险负担	(369)
第九节	承揽合同中承揽人的法律风险	(373)
第十节	建设工程转包与分包	(375)
第十一节	传真件的证据效力	(377)
第十二节	涉港澳台合同纠纷的管辖与执行	(383)