

天 天 DENTONS

公司全程法律风险防控 实务操作与案例评析

(第三版)

杨 军 崔 岩 著

**Legal Risk Control throughout Company's Life:
Practices & Case Analyses**

前 言

创业是件激动人心的事，创业是自我价值实现的过程，创业是创业梦想实现的过程。

很多人在不同的人生阶段或者境遇下，或多或少有过创业的梦想和冲动，对于普通的老百姓是如此，对于朝气蓬勃、意气风发的大学生们更是如此。

然而，客观地说，只有极少部分人实现了创业梦想，因为创业也是件充满艰辛的事，创业需要技术、资金和市场的支持，创业更需要健康的创业心态、团队合作的精神。

而从律师的视角看，创业又是个实践公司法、合同法、劳动法等法律的过程，从公司创立、股东关系、公司治理、劳动管理、经营管理、知识产权管理、投融资、并购重组、股票发行上市甚至解散清算均离不开法律。创业者如能尊重法律，以法律规范其投资、创业、经营、管理行为，法律将成为其成功创业的保障；反之，则可能会走很多弯路甚至导致创业失败。

创业者在开始创业前需要了解我国的基本法律环境。我国正处于社会转型期，市场经济虽已深入人心，但在许多领域仍有很多计划经济的痕迹，政府对经济的管制还比较多，许多经营项目需经审批或核准，行政检查比较多，另外还有各种名目的税外费用。随着市场化程度、政府经济管理水平和企业自律能力的提高，上述问题将会逐步得到解决，创业的法律环境将会越来越好。

我国是成文法国家，执法和司法均以法律、法规、规章以及规范性文件为依据。判例不是法律，没有普遍约束力，但具有越来越大的参考意义，特别是最高人民法院公布的案例。毋庸置疑，案例对创业者很有借鉴意义，值得研究学习。

在我国，设立企业从事经营活动，必须到公司登记机关^①办理登记手续，领取

^① 2018年，我国进行了较大规模的国家机构改革，如将国家工商行政管理总局的职责、国家质量监督检验检疫总局的职责、国家食品药品监督管理总局的职责、国家发展和改革委员会的价格监督检查与反垄断执法职责、商务部的经营者集中反垄断执法以及国务院反垄断委员会办公室等职责整合，组建国家市场监督管理总局，不再保留国家工商行政管理总局、国家质量监督检验检疫总局、国家食品药品监督管理总局。地方各级政府的机构也据此相应重组。我们在本书中尽可能使用相关职能相对应的政府机构新名称，但是，在引用法律法规和案例时，仍然使用法律法规和案例中的名称（法律法规已经修订的除外）。

营业执照，如果从事特定行业的经营活动，还须取得相关主管部门的批准文件或许可证。我国企业立法已经不再延续按企业所有制形式立法的旧模式，而是按企业组织形式分别立法。根据《民法总则》《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》等法律的规定，企业的组织形式可以是股份有限公司、有限责任公司、合伙企业、个人独资企业，其中以有限责任公司最为常见。设立企业还需了解《企业登记管理条例》《公司登记管理条例》等工商管理法规、规章，企业发生涉及企业登记事项的变更，须及时办理变更登记，以保护相关当事人的权益。如果设立特定行业的企业，还有必要了解相关的产业政策，了解有关开发区、高科技园区、软件园区（基地）等方面的法规、规章以及有关地方规定，以有助于选择创业地点、享受税收优惠等扶持政策。

我国实行法定注册资本制，如果不是以货币资金出资，而是以实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资，还需要了解有关出资、资产评估等法律规定。在创业初期，创业者应当尽可能从不同方面周全考虑企业的前景和因此将会产生的问题，详细制定公司章程。在实践中，绝大部分创业者不重视公司章程的制定，往往使用工商局的格式文本，结果在发生纠纷时无章可循，导致矛盾久拖不决以致激化，很多企业因此被迫解散，有的甚至因分歧严重无法就解散形成共识。

企业设立后，应当了解企业需要缴纳哪些税费，了解企业的基本财务制度，了解哪些支出可以列入成本，开办费、固定资产怎么摊销、折旧等，以合理计划，减轻税负。劳动法和社会保险问题是每个企业都必须面对的，因此有必要了解劳动合同、试用期、服务期、商业秘密、竞业限制、工伤、养老金、住房公积金、医疗保险、失业保险等方面的诸多规定。企业应当依法建立基本规章制度，对员工进行必要的法律和规章的培训，从创业初期即规范运作，以防患于未然。对于科技创业企业而言，还需要处理知识产权问题，应当尽可能了解著作权、商标、域名、商号、专利、技术秘密等各方面的保护方法，建立起完整的、立体的知识产权保护体系。必须指出的是，建立相应的制度，保管好相关文件资料，对于保护知识产权相当重要。当然，在保护自身的知识产权的同时，还应尊重别人的知识产权，在相关业务活动中要充分考虑到在先权利和已有技术冲突的可能，并进行必要的论证。此外，在业务活动中，《合同法》《担保法》《票据法》等基本民商事法律以及相关行业管理的法律法规也是经常需要面对的。

企业发展到一定的程度，创业者通常会考虑扩大经营规模，这将涉及风险投资、私募基金、外商投资、并购和资产重组、股票发行和上市等方面的法律问题，因此

需要了解政府的相关产业政策，关注在外商投资、股票发行和上市方面的法律要求，研究海外上市的可能性。掌握这方面的法律知识，做好相应的准备，才不会向资本投降，而是与资本紧密合作，真正将企业做大做强。

企业发展了，企业的关键管理人员、技术人员的稳定性和创造性就显得尤其重要，企业非常有必要考虑建立适当的激励机制。国外有成功的激励模式，但是我国的法律环境和法律背景与美国等国家有很大的差别，在具体制度上也不相同，如股票回购、优先股、股权的实现，等等。因此，必须建立既合法有效、又具有可操作性的激励机制，才能发挥作用，增强凝聚力。

本书针对创业者在创业的不同阶段和创业过程中可能面临或产生的各种法律问题和风险，以现有法律规范为依据，结合典型案例和律师评论，详细阐述创业者应如何应对企业设立之初以及运营过程中，甚至遇到特殊困难不得不关闭、解散公司的情形下的各种法律问题和风险。

本书在2015年出版后，不仅受到广大创业者的欢迎，很多企业家、职业经理人、企业法务也给予高度评价。为答谢广大读者的厚爱，我们决定根据最新法律法规和司法实践进行修订。本次修订除更新了已经修订的法律法规及相应的法律实务外，还针对近几年间对企业影响较大的新立法做了增补介绍，如第九章中所增加的“个人信息保护”“电子商务法”等新章节，以供各位读者参考。

杨春宝 程强
2019年春

目 录

第一章 公司设立法律风险与控制	1
第一节 企业组织形式的选择	3
一、企业组织形式的比较	3
二、企业组织形式的优劣分析	7
【实务指南】	8
【案例参考】	10
【法规参考】	11
第二节 公司设立条件	11
一、有限责任公司的设立条件	12
二、股份有限公司的设立条件	14
【实务指南】	15
【案例参考】	22
【法规参考】	23
第三节 公司设立程序	29
一、有限责任公司的设立程序	29
二、股份有限公司的设立程序	32
【实务指南】	34
【文书参考】	35
【案例参考】	41
【法规参考】	42
第四节 特定公司的设立	48
一、特定公司的设立条件	48
二、特定公司的设立流程	48
【实务指南】	55
【案例参考】	57
【法规参考】	57

第五节 股东责任和风险防控	61
一、股东的权利	62
二、股东的义务	68
三、股东的有限责任	69
四、公司法人人格否认	70
五、大股东的控股权	71
六、小股东权益的保护	72
【实务指南】	75
【案例参考】	77
【法规参考】	79
第六节 隐名股东	85
一、隐名股东确认股东身份的实质性要件	85
二、显名股东的法律地位	87
【实务指南】	88
【文书参考】	91
【案例参考】	95
【法规参考】	96
第七节 出资	100
一、注册资本数额与认缴制度	101
二、出资方式、出资作价以及非货币出资的转让手续	108
三、不按期出资的法律责任	111
四、虚假出资	112
五、抽逃出资	115
【实务指南】	117
【案例参考】	121
【法规参考】	122
第八节 公司章程的制定与法律风险防范	128
一、章程的制定与修改	129
二、章程的基本内容	130
三、《公司法》中允许公司股东通过公司章程自行约定的事项	131
【实务指南】	135
【案例参考】	138
【法规参考】	139
第九节 设立公司的费用及承担	142
一、设立公司的具体费用	142

二、设立费用的承担	143
【实务指南】	144
【案例参考】	144
【法规参考】	146
第二章 公司治理结构设计及法律风险控制	147
第一节 股东（大）会制度	149
一、有限责任公司股东会	149
二、股份有限公司的股东大会	151
三、股东（大）会决议的无效、撤销与不成立	152
【实务指南】	154
【案例参考】	154
【法规参考】	156
第二节 董事会职能的强化	160
一、有限责任公司与股份有限公司的董事会	160
二、董事会决议的无效、撤销与不成立	162
三、强化董事会职能	162
【实务指南】	163
【案例参考】	165
【法规参考】	167
第三节 监事会制度的建立与完善	170
一、有限责任公司与股份有限公司的监事会	170
二、监事会制度的完善	172
【实务指南】	173
【案例参考】	174
【法规参考】	176
第四节 经理层及其激励约束机制	177
一、公司总经理	178
二、公司其他高级管理人员	179
三、经理层激励机制	180
四、经理层的约束机制	184
【实务指南】	185
【文书参考】	187
【案例参考】	191
【法规参考】	196

第五节 公司治理中的诚信保障机制	197
一、董事、监事以及高级管理人员的忠诚义务	198
二、董事、监事以及高级管理人员的勤勉义务	202
三、忠诚义务与勤勉义务的差异	203
【实务指南】	204
【案例参考】	205
【法规参考】	206
第六节 法定代表人的责任与风险	207
一、法定代表人的任职要求	208
二、法定代表人的责任	208
三、法定代表人的越权行为	211
【实务指南】	212
【案例参考】	214
【法规参考】	215
第七节 关联交易治理	217
一、关联企业、关联关系以及关联交易定义	217
二、不合法的关联交易的表现形式	218
三、不合法关联交易可能产生的不利法律后果	219
四、我国法律对关联企业治理的要求	220
【实务指南】	220
【案例参考】	221
【法规参考】	222
第八节 公司内部风险防控	225
一、公司内部风险防控制度以及职能部门的建立	225
二、公司内部风险控制的具体要求	226
【实务指南】	227
【法规参考】	227
第三章 公司融资法律风险与控制	235
第一节 股权融资的途径及风险防控	236
一、引入私募基金	236
【实务指南】	240
【案例参考】	240
二、引进风险投资	241
【实务指南】	244

三、引进战略投资者	246
【实务指南】	248
四、引进外资	249
【案例参考】	252
【法规参考】	253
五、上市融资	263
【实务指南】	267
第二节 债权融资的途径及风险防控	269
一、银行贷款	269
【实务指南】	271
【案例参考】	272
【法规参考】	273
二、民间借贷	276
【实务指南】	278
【文书参考】	279
【案例参考】	280
【法规参考】	281
三、境外借款	288
【实务指南】	291
【案例参考】	291
【法规参考】	291
四、其他债权融资方式简介	294
第四章 公司投资法律风险与控制	297
第一节 项目投资	297
一、项目投资决策	297
二、项目投资核准	299
三、项目投资备案	301
四、项目投资后的监管	301
【实务指南】	301
【法规参考】	302
第二节 股权投资	302
一、并购	302
二、股权并购模式	304
三、股权并购的基本流程	305

四、股权并购中的尽职调查	306
五、并购谈判和并购协议	310
【实务指南】	312
【文书参考】	313
【案例参考】	323
第三节 资产收购	324
一、资产收购与股权并购的差异比较	324
二、资产收购中的注意要点	325
【实务指南】	326
【文书参考】	326
【案例参考】	330
第四节 境外投资	332
一、境外投资目的或动因	333
二、境外投资流程	334
【实务指南】	339
第五章 公司合同管理法律风险与控制	341
第一节 企业合同管理制度的建立	342
一、合同管理制度的核心内容及作用	342
二、合同管理机构设置	342
三、合同印章管理	344
三、合同示范文本的建立与使用	345
四、合同档案制度	346
【实务指南】	347
【法规参考】	348
第二节 签约前的风险控制	348
一、签约前的资信调查	349
二、签约前的合同审查与审批制度	351
【实务指南】	351
【案例参考】	351
第三节 如何订立一份优质合同	352
一、合同订立的法律程序	352
【实务指南】	354
【案例参考】	355
【法规参考】	356

二、合同内容的确定	358
【实务指南】	363
【案例参考】	365
【法规参考】	367
第四节 合同履行管理	369
一、合同履行中的抗辩制度	369
【案例参考】	371
【法规参考】	371
二、合同的变更	372
【案例参考】	373
【法规参考】	374
三、合同的转让	375
【实务指南】	376
【案例参考】	376
【法规参考】	378
四、合同的解除	378
【法规参考】	380
五、违约责任的追究	381
【实务指南】	383
【案例参考】	383
【法规参考】	385
第六章 劳动人事管理法律风险与控制	387
第一节 员工招聘的法律风险防控	387
一、员工背景调查	387
二、员工招聘中的录用条件设置	389
三、及时签订书面劳动合同	390
【实务指南】	390
四、关于台港澳人员的就业许可取消问题。	392
【案例参考】	393
【法规参考】	394
第二节 劳动合同条款的合理设计	394
一、劳动合同中的必备条款与约定条款	395
二、劳动合同期限条款的约定	395
【实务指南】	396

三、劳动报酬条款的约定	398
【实务指南】	399
四、试用期条款的选择	400
【实务指南】	401
五、违约金条款的约定	402
六、培训服务期约定	402
七、竞业限制义务的约定	403
【实务指南】	404
【文书参考】	406
【案例参考】	411
【法规参考】	411
第三节 规章制度的制定	414
一、规章制度制定程序必须合法	414
二、规章制度内容应合法、合理	415
【实务指南】	416
【案例参考】	416
【法规参考】	417
第四节 用工管理	418
一、薪酬管理	418
【实务指南】	420
二、工作时间管理	421
【实务指南】	423
【案例参考】	424
三、休息休假制度	425
【实务指南】	427
【案例参考】	428
【法规参考】	429
四、社会保险缴纳	431
【实务指南】	432
五、工伤事故处理	432
【实务指南】	434
【法规参考】	435
六、非全日制用工	438
【法规参考】	439
第五节 离职管理	439

一、导致员工离职的法定情形	440
二、经济补偿金与赔偿金	447
【实务指南】	450
【案例参考】	452
【法规参考】	452
第六节 劳动争议的解决	456
一、劳动争议的范围	456
二、劳动争议处理流程	456
三、劳动争议中的举证责任	458
【法规参考】	459
第七章 知识产权管理与法律保护	461
第一节 专利保护	461
一、专利基础法律概念	462
二、专利申请	463
【实务指南】	468
【案例参考】	471
【法规参考】	472
三、专利权无效宣告申请	475
四、专利申请及维持的费用	477
五、专利权人的权利与义务	479
【实务指南】	481
【文书参考】	481
【法规参考】	487
五、专利权的法律保护	487
【实务指南】	491
【法规参考】	493
第二节 商业秘密保护	498
一、商业秘密与专利的差异	498
【实务指南】	499
二、商业秘密构成要件	500
【实务指南】	501
三、商业秘密的分类	503
【实务指南】	503
四、商业秘密的侵权判定	504

五、商业秘密保护的途径及相应的法律责任	505
【实务指南】	506
【案例参考】	506
【法规参考】	507
第三节 品牌保护	511
一、商标基础法律概念	511
【实务指南】	512
二、商标注册申请与商标无效	513
【实务指南】	516
【案例参考】	517
【实务指南】	520
【案例参考】	522
三、商标权人的权利与义务	524
四、注册商标的保护	525
【实务指南】	527
【案例参考】	528
【法规参考】	529
五、驰名商标保护	532
【法规参考】	534
第四节 著作权保护	535
一、著作权的保护对象	535
二、著作权的取得	536
【实务指南】	536
三、著作权的权利内容及其保护期限	537
四、著作权的保护方式	538
【案例参考】	539
【法规参考】	540
第八章 公司登记、税务风险与控制	543
第一节 公司登记管理	543
一、公司变更登记手续	543
二、企业年度报告公示制度	546
【案例参考】	547
【法规参考】	549
第二节 企业税务管理	549

一、企业应当了解的税法常识	550
二、企业涉税风险与责任	553
三、企业节税的基本途径	557
四、企业税收代扣代缴义务	560
【实务指南】	560
第九章 公司生产经营中的法律风险控制	563
第一节 安全生产管理	563
一、公司的安全生产义务	563
二、公司违反安全生产规定的法律责任	565
【实务指南】	567
【法规参考】	567
第二节 职业病防治	571
一、职业病类型	572
二、企业防止职业病的责任	573
三、职业病防止不作为的法律责任	575
【实务指南】	576
第三节 产品质量风险	577
一、生产者、销售者的产品质量义务	577
二、生产者、销售者对于其生产、销售产品的责任	579
【实务指南】	582
【案例参考】	583
第四节 避免不正当竞争	586
一、禁止仿冒	586
【实务指南】	588
二、商业贿赂	589
【实务指南】	590
【案例参考】	591
三、虚假宣传	592
四、商誉诋毁行为	593
五、违规的有奖销售	595
六、网络不正当竞争行为	595
【实务指南】	596
【法规参考】	596
第五节 个人信息保护	602

一、个人信息保护的法律框架	602
二、个人信息保护的具体要求	604
【实务指南】	605
【法规参考】	605
第六节 电子商务法	607
一、电商法的适用范围	607
二、电子商务经营者的责任与义务	607
三、电商平台的义务	608
【法规参考】	610
第十章 公司解散和清算	617
第一节 解散程序	618
一、公司解散概述	618
二、公司解散事由	618
三、公司解散效力	624
【实务指南】	625
【案例参考】	626
【法规参考】	628
第二节 清算程序	630
一、公司清算概述	630
二、普通清算	631
【实务指南】	633
【文书参考】	634
三、法院强制清算	635
【实务指南】	637
【案例参考】	638
四、公司注销手续	639
【法规参考】	639
第三节 公司破产	641
一、破产条件	642
二、破产流程	643
三、破产责任	655
【实务指南】	655
【案例参考】	657
【法规参考】	660

第一章 公司设立法律风险与控制

在我国，创业者投资、创业，从事经营活动，必须向公司登记机关办理企业设立登记。未经依法登记，不能开展经营活动。考虑到创业者在创业初始一般会选择有限责任公司作为创业的实体，因此，本书将着重以有限责任公司作为论述重点，而对股份有限公司、合伙企业仅作简单介绍，对于个人独资企业和个体工商户则较少涉及。

公司设立是指设立人（即合法的投资者）在满足法定条件下依照法定程序组建公司并取得法人资格的法律行为。前述定义包含了以下几个层次的内容：①公司设立的主体是设立人；②设立不同类型的公司应当满足不同的法定条件，如在股东人数上，有限责任公司与股份有限公司的要求就存在很大的差异；③公司设立必须依据《公司法》及相关法规、规章规定的程序进行，未按照法定程序办理公司注册，其主体资格就不会被法律所认可；④公司设立的目的是取得独立的法人资格，使公司具有相应的民事权利能力与民事行为能力。从世界各国公司法体例来看，成熟的公司法都对公司的设立要求、程序等进行了详尽的规定。

就设立人而言，公司设立是设立人实现投资的过程；而从行政管理的角度来看，公司设立同时也是政府公司登记机关对公司合法设立行使核准及备案管理的过程。因此，在公司设立过程中，创业者不但要对自己的投资需求有充分的了解，同时也有必要对公司设立的方式、条件、程序等各方面的法律问题有相应的了解，从而保证公司设立符合法律规定。

从投资、创业实务来看，如果公司设立行为不能满足法定的要求，将可能导致以下几种不利的法律后果或风险：

1. 设立不成功

首先，公司设立与公司成立是不一样的法律概念，公司设立是一种法律行为，而公司成立是指公司经过设立过程之后，取得了法人资格，具有相应的民事权利能力与民事行为能力的事实状态。简单而言，公司设立是一个过程，而公司成立是公

司设立的法律后果。我国现行《公司法》第六条第一款规定：“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”如果公司设立条件不满足或者程序不合法，均将导致公司设立不成功，即公司不被法律所认可，不能取得法人资格。

若公司设立不成功，设立人在设立过程中所作出的一切行为均将视为设立人的行为，设立人应当对其行为承担相应的法律责任，如设立人应按照其相互之间的约定承担设立过程中所产生的所有费用，等等。为了明确设立人因公司设立不成功所需要承担的责任，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第四条第一款、第二款明确规定：“公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。部分发起人依照前款规定承担责任后，请求其他发起人分担的，人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。”

2. 设立瑕疵

在某些特殊情况下，尽管公司设立登记得以完成，公司登记机关也为新设公司颁发了企业法人营业执照，就形式而言，公司已取得了法人人格，但是由于公司设立过程中一些实质性条件并未全部满足或者设立程序存在不当，即存在设立瑕疵，那么此类公司的法人人格仍处于一种不稳定的法律状态之中。对于设立瑕疵所产生的不利法律后果，各国法律规定存在较大的差异，德国、法国等大陆法系国家均明确规定瑕疵设立将导致公司设立行为无效，直接否定了存在设立瑕疵公司的法律人格。而我国对于瑕疵设立的公司并不是轻易地予以撤销，而是给予补正的机会，只有在情节严重时才会撤销公司，因此我国《公司法》第一百九十八条规定：“违反本法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。”而且需要进一步说明的是，为了保证商业交易的稳定性，我国法律规定即使公司被公司登记机关吊销营业执照或者被人民法院认定其设立行为无效，该行政决定或司法认定不会溯及公司成立期间已经进行的交易活动的效力，换句话说，我国关于公司撤销的行政决定或者司法认定并不会导致存在设立瑕疵的公司自始无效。

3. 公司治理纠纷风险

公司设立过程中一项极为重要的工作是协商投资者之间的合作条件并在此基础上制定合作协议以及公司章程。实践中，很多创业者在创业之初具有友好的合作关系，但随着公司业务地开展，经营理念的不同可能会导致创业者之间发生极其严重的冲突，甚至导致公司陷入经营僵局，如果没有完善的合作协议以及公司章程对股东的出资方式、公司决策方式、运营管理方式以及纠纷协调与解决机制等进行详尽的约定，则此类冲突将无法得到妥善的解决，进而使得公司面临治理纠纷。

4. 公司股东利益被侵犯的风险

尽管我国《公司法》已经对公司高级管理人员的忠诚义务以及勤勉义务作出了规定，但是这些规定过于原则，在实务中可操作性较差。然而，《公司法》确立的“公司自治”原则，将公司治理过程中的更多权利义务交给股东自行决定并可在公司章程中明确，因此公司章程又被称为公司的“宪法”，其不但对公司、股东具有约束力，而且对董事、监事以及其他高级管理人员也具有约束力。如果在公司设立以及章程制定过程中，对公司高级管理人员的诚信义务强调不够，对公司管理层的职权范围、责任界定不清晰，将给公司将来的正常运营带来诸多不利影响，甚至可能会出现公司利益、公司股东利益被公司高级管理人员侵害的风险。

从以上分析中可以看出，公司设立条件不合格、设立程序不合法等设立问题将可能导致公司不成立、设立瑕疵或者导致出现后期治理纠纷等不利后果，故此，本书第一章将从公司设立初始的企业组织形式的选择、公司设立条件、设立程序、股东的责任与风险、出资形式、公司章程的制定等多个角度分别介绍公司设立过程中的重要环节，并分析相应的风险防控方法，为创业者提供可行的实务操作指南。

第一节 企业组织形式的选择

创业者在进行投资、创业之前，应当充分了解我国现行的各种企业组织形式，并结合所投资项目的特点、投资者的数量、自身的风险承担能力等选择最合适的企业组织形式。

一、企业组织形式的比较

企业组织形式反映了企业的性质、地位、作用，它表明一个企业的财产构成、内部关系以及与外部经济组织之间的联系方式。随着我国市场经济体制的不断完善，

我国企业组织形式也呈现多元化发展的趋势，就目前而言，较为常见的企业组织形式有公司制企业、合伙企业、个人独资企业三个大的类别，而公司制企业又细分为有限责任公司与股份有限公司两种类型。为了使创业者能够清晰地了解前述几种企业组织形式的不同之处，下表将从法律地位、责任形式、投资者的要求、注册资本、出资方式等多个方面对其进行对比分析。

企业组织形式对比表

项目	公司制企业		合伙企业	个人独资企业
	有限责任公司	股份有限公司		
法律依据	公司法（自1994年7月1日起施行，最新修订版自2018年10月26日起施行）		合伙企业法（自1997年8月1日起施行，最新修订版自2007年6月1日起施行）	个人独资企业法（自2000年1月1日起施行）
法律基础	公司章程		合伙协议	无章程或协议
法律地位	企业法人		非法人营利性组织	非法人经营主体
责任形式	股东以其认缴的出资额对公司承担有限责任	股东以其认购的股份为限对公司承担有限责任	普通合伙人承担无限连带责任；特殊的普通合伙人因故意或者重大过失造成的合伙企业债务按照约定承担赔偿责任；有限合伙人承担有限责任	无限责任
投资者要求	无特别要求，法人、自然人皆可（法律、行政法规禁止从事营利性活动的人除外，此外，境内自然人不能与外商及港、澳、台的居民、企业设立合资公司）	发起人须半数以上在中国境内有住所，法律、行政法规禁止从事营利性活动的人不能作为发起人	自然人、法人和其他组织，但是国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人，法律、行政法规禁止从事营利性活动的人不能作为合伙人	完全民事行为能力的自然人，法律、行政法规禁止从事营利性活动的人除外
投资者人数	由五十个以下股东出资设立	应当有二人以上二百人以下的发起人，公众公司股东人数无限制	二人以上（有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立）	一人

续表

注册资本	无	协议约定	投资者申报	
出资	法定：货币以及实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产	约定：货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利、劳务（但有限合伙人不得以劳务出资）	投资者申报	
出资评估	对作为出资的非货币财产应当评估作价	以实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资，可由全体合伙人协商确定或评估，也可由全体合伙人委托法定评估机构评估；以劳务出资，由全体合伙人协商确定或评估	投资者决定	
成立日期	营业执照签发日期			
章程或协议生效条件	公司成立，但对创始股东或发起人而言，自章程签署时生效	合伙人签章	无	
财产权性质	法人财产权（即公司所有）	合伙人共有	投资者个人所有	
财产管理使用	公司机关	全体合伙人或执行合伙人	投资者	

续表

出资 转让	<p>股东之间可以相互转让其全部或者部分股权；</p> <p>股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。</p>	<p>股东可以依法转让其股份，但应在证券交易所进行或通过其他合法方式进行。发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。</p>	<p>除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额时，须经其他合伙人一致同意。合伙人之间转让在合伙企业中的财产份额时，应当通知其他合伙人；</p> <p>普通合伙中合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外；</p> <p>有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人。</p>	<p>投资人对本企业财产所享有的财产权可以转让和继承</p>
经营 主体	<p>股东不一定参加经营</p>	<p>普通合伙人共同经营或者委托执行合伙人经营</p>	<p>投资者及其委托人</p>	
事务 决定 权	<p>股东会</p>	<p>股东大会、董事会</p>	<p>有约定按约定；未约定或约定不明确，除法定须由全体合伙人一致同意的事务外，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过决定</p>	<p>投资者个人</p>
事务 执行	<p>董事会、总经理等公司机关</p>	<p>普通合伙人权利同等，可委托一个或数个普通合伙人执行事务；作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的，由其委派的代表执行；有限合伙人无权执行事务；不执行事务的合伙人有权监督执行</p>	<p>投资者或其委托人</p>	

续表

利亏分担	按投资比例，但有约定从约定	按股东认购的股份	有约定从约定；未约定协商决定；协商不成按实缴出资比例分配、分担；无法确定比例则平均分配、分担；除另有约定外，有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人	投资者个人
解散程序	清算、注销并公告	清算、注销	注销	
解散后义务	无	原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍承担无限连带责任	原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在五年内未向债务人提出的除外	

通过上面的比较可以看出，有限责任公司、股份有限公司与合伙企业及个人独资企业最本质的区别就是公司制企业（包括有限责任公司以及股份有限公司）的股东承担有限责任，而合伙企业及个人独资企业的投资者须承担无限责任（有限合伙人除外）。

所谓有限责任，即股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，只要股东向公司实际缴纳了其认缴的全部出资，并且没有抽逃出资，股东就不需要再对公司经营过程中形成的债务承担责任，公司的债权人不能追究股东的责任。与有限责任制度相对应的，就是公司的独立人格制度，即公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权，公司以其全部财产对公司的债务承担责任，而相对应的，股东缴纳出资后，其缴纳的出资也不再属于股东，而应当属于公司，股东对其缴纳的出资不再享有占有、使用和处分的权利，但如果股东滥用其股东权利，严重损害公司债权人利益的，此时仍应当对公司债务承担连带清偿责任。

二、企业组织形式的优劣分析

对于公司制企业而言，最大的优势在于股东的有限责任，即使公司日后运营出现困难，无法偿还所有债务，债权人通常情况下也不能向公司股东主张偿还责任。

对于合伙企业，其优势表现在以下几个方面：①合伙企业无须缴纳企业所得税，而是由其合伙人缴纳个人所得税，而公司在缴纳企业所得税后向股东分配利润时，股东还需缴纳个人所得税，因此投资合伙企业的税赋明显低于投资公司制企业；

②创办费用较低；③合伙人人数没有限制（有限合伙企业除外），可以从众多的合伙人处筹集资本；④合伙人对企业盈亏负有完全责任，有助于提高企业的信誉。当然，合伙企业也存在着不少的劣势。例如：①普通合伙人均须对企业债务负有无限连带清偿责任，风险较高；②权利比较分散，决策效率较低，如果合伙人之间在决策方面发生矛盾，非常容易影响企业经营；③外部筹融资比较困难，不能发行股票和债券。

对于个人独资企业，其优势表现在：①创立容易，结构简单；②不需要缴纳企业所得税，投资者只需要按照盈余缴纳个人所得税。个人独资企业的劣势主要有：①投资者需要对投资的企业承担无限责任；②企业的存续年限受限于投资者的寿命，若投资者死亡且无继承人或者继承人决定放弃继承，则企业必须注销，无法实现企业的延续发展；③由于规模较小，很难从外部获得大量资金发展企业。

实务指南

1. 如何选择合适的企业组织形式？

创业伊始，创业者不但需要了解我国现有企业制度中可以选择的各种投资、创业形式，而且应当了解每一种形式的优劣，从而选择一种合适的企业组织形式。通常而言，决定企业组织形式时应考虑以下几个方面的因素：

（1）拟投资的行业

对于一些特殊的行业，法律规定只能采用特殊的组织形式，如律师事务所只能采用合伙形式而不能采用公司制企业形式，而对于银行、保险等金融事业，法律则要求必须采用公司制形式。因此，根据拟投资的行业确定可以采取的企业组织形式是应当首先考虑的因素。对于法律有强制性规定的行业，只能按照法律的要求办理，对于法律没有强制性要求的，则需要根据实务中通常的做法以及创业者的特殊要求来确定组织形式。例如，近几年间在创业投资领域内非常热门的私募股权基金（Private Equity, PE），法律允许采用的组织形式包括公司制和合伙制，但随着《合伙企业法》的修订，越来越多的私募股权基金采取了发达国家最为流行的做法，即有限合伙制的组织形式。

（2）创业者的风险承受能力

对于创业者而言，其风险承受能力是其创业前必须考虑的重要因素之一。商业环境中存在各式各样的经营风险，而企业组织形式如何与创业者日后所需要承担的责任大小息息相关。正如前文所述，公司制企业的股东仅以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任，因此公司制企业的有限责任制度对于风险控制具有重要的意义；而对于普通合伙企业以及个人独资企业，合伙人

或者投资人则需要对企业承担无限责任，如果选择这两种组织形式，则创业者所必须承担的风险不仅限于目前的投资额度，还包括全部个人财产，因此，采用后两种组织形式进行创业的风险相对较大。

(3) 税务因素

由于不同的企业组织形式所缴纳的税不同，因此选择企业组织形式，必须考虑税赋的问题。根据我国相关税法的规定，对个人独资企业和合伙企业的生产经营所得计征个人所得税，其中合伙企业的投资者将全部生产经营所得按合伙协议约定的分配比例，确定各自的应纳税所得额，分别缴纳个人所得税。而对于公司制企业，既要就经营所得缴纳企业所得税，又要在向股东分配利润时为股东代扣代缴个人所得税，即按照20%的税率缴纳个人所得税。因此从税赋筹划的角度而言，选择合伙企业以及个人独资企业，通常所需要缴纳的税赋较公司制企业更低。但是这并不能一概而论，对于一些特殊的行业，如高新技术企业和小微企业，由于我国政府对其采取税收优惠政策，在享受到税收优惠政策的情况下，公司制企业或许更加节税。

(4) 未来融资的需要

企业组织形式对于未来的融资也具有较大的影响。如果创业者自身资本充足，拟投资的事业所需资金要求也不大，则采用合伙制或者有限责任公司的形式均可；但是如果日后发展业务所需要的资金规模非常大，则建议设立有限责任公司或者股份有限公司。

(5) 关于经营期间的考量

对于个人独资企业，一旦投资人死亡且无继承人或者继承人决定放弃继承，则企业必须解散；合伙企业由合伙人组成，一旦合伙人死亡，除非不断吸收新合伙人，否则合伙企业的寿命也是有限的。因此，无论是合伙企业还是个人独资企业，通常的经营期限都不会很长，很难持续发展下去。但公司制企业却完全不同，除出现法定解散事由或者股东决议解散外，原则上公司制企业是可能永远存在的。因此，创业时可以根据拟经营的期限来选择企业组织形式，若希望将该企业不断经营下去，则更建议采取公司制企业形式。

当然，除了上述因素之外，还可以从投资权益的自由流通度、经营管理的需要等多个方面就企业组织形式的优劣进行分析与比较。总之，企业组织形式没有最好的，只有最适合的，创业者只有对自己的实际需要有充分的了解，才能选择出最合适的企业组织形式。

2. 创业者的新选择：有限合伙。

我国在2006年修订《合伙企业法》时增加了有限合伙制度，该制度规定部分
乱网www.docsriver.com入驻店铺巨力法律书制作发布 若侵犯您的权利请

合伙人可以承担有限责任。该制度对于发展我国的风险投资等特殊行业起到了促进作用，因而颇受投资者的重视和青睐。

有限合伙企业是指由普通合伙人和有限合伙人共同组成，普通合伙人对合伙债务承担无限连带责任，有限合伙人以其出资额为限对合伙债务承担有限责任的营利性组织。通常而言，创业者往往是拥有投资管理能力或者技术研发能力之人，但是他们缺乏创业资金，而风险投资者是拥有大量资金，专业从事投资的企业或个人，他们不愿意或者没有精力参与企业经营，在此情况下，有限合伙制度契合了市场需求，能调动各方面的投资创业热情，实现了风险投资人与创业者之间的最佳结合。

案例参考

张某选择企业组织形式案

张某经营一家化工厂，多年来，张某一直坚持独资经营，身兼所有者与经营者双重角色。但是由于年事已高，他想从管理岗位上退下来，并将事业留给自己的儿孙们。

他首先考虑将该独资企业转为公司制经营，并将公司的股份分配给自己的儿孙，他同时也在考虑将该独资企业转变为合伙经营企业，由儿孙合伙经营。为了选择正确的企业组织形式，张某提出了以下目标：

(1) 权益结构：他希望他的两个儿子各拥有30%的股份（或份额），四个孙子各分配10%的股份（或份额）；

(2) 管理：由于化工产品生产经营管理要求较高，而自己的子孙没有经营管理能力，他希望将企业交给原来的副厂长李某经营管理；

(3) 所得税：他希望拟采用的组织形式能够尽可能地减少应缴的税收；

(4) 风险承担：由于经营化工厂风险较高，一旦发生事故，赔偿额度无法估量。故张某希望发生意外风险的时候，他的儿孙的财产不受任何影响。

在此情况下，张某寻求了某律师的帮助，律师作出了如下分析：

假设将该化工厂转为公司制经营，成立一家有限责任公司，在权益结构、管理以及风险承担方面均能够满足张某的要求，然而由于公司经营过程中需要缴纳企业所得税，在分配利润时，各股东还需要缴纳个人所得税，因此张某的子孙所需要实际承担的税额较高。

假设将该化工厂转为合伙企业经营，在权益结构方面没有任何问题，同时税负也比公司制企业低，然而在风险承担方面，则需要各合伙人承担连带责任；另外，经营管理方面，按照法律规定，合伙人对执行合伙事务享有同等的权利，故通常而

言，合伙人需要参与合伙企业的事务管理，这一点与张某的要求也不相符合。

律师建议采用有限合伙形式，但必须以副厂长李某同意作为普通合伙人继续经营为前提条件。张某因此征求副厂长李某的意见，李某跟随张某多年，对该化工厂的经营管理非常熟悉，愿意继续经营下去，但是，他表示作为普通合伙人，须承担无限责任，应当有对应的激励机制。为此，律师根据双方的意图拟订了注销个人独资企业、成立有限合伙企业的方案。

法规参考

《中华人民共和国公司法》

第二条 本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

《中华人民共和国合伙企业法》

第二条 本法所称合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。本法对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

《中华人民共和国个人独资企业法》

第二条 本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

第二节 公司设立条件

公司制企业的设立必须具备法定的实质性条件与程序性条件，实质性条件即公司设立时必须具备的各项实质性要求，而程序性条件是指公司设立时的程序上的要

求。创业者有必要充分了解设立公司的基本条件，从而保证所设立的公司符合法定的要求。由于有限责任公司与股份有限公司的实质性条件存在较大的差异，因此，本节将分别介绍这两种公司的设立条件。

一、有限责任公司的设立条件

我国《公司法》第二十三条规定了在我国设立有限责任公司应当具备的最基本条件，这些条件包括：①股东符合法定人数；②有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额；③股东共同制定公司章程；④有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；⑤有公司住所。

对于股东的资格、人数、出资以及章程的制定，后续章节中将作详细的论述，在此仅作简单的说明。

（一）关于股东的法定人数

我国《公司法》第二十四条规定，有限责任公司由五十个以下股东出资设立。如果股东只有一个自然人或者一个法人，则所设立的公司为一人有限责任公司。

一人有限责任公司与普通的有限责任公司相比，存在以下几点不同：

1. 股东另行投资限制：普通有限责任公司的股东可以另行设立其他公司，但是一个自然人若投资设立了一个一人有限责任公司，便不能再投资设立其他一人有限责任公司。

2. 再投资限制：普通有限责任公司可以独资再设立子公司，子公司具有法人资格；自然人投资的一人有限责任公司不能再作为股东投资设立新的一人有限责任公司，只能与其他自然人与法人合资设立新的公司。

3. 股东责任形式：普通有限责任公司的股东以其出资额为限对公司承担责任；一人有限公司也是以出资额为限承担责任，但是一人有限责任公司的股东若不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

（二）有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额

2014年修订之前的《公司法》对有限责任公司、一人有限公司的最低注册资本作出了明确的规定，然而随着2014年我国注册资本登记制度的改革，我国开始实行注册资本认缴登记制度，并取消了法定注册资本最低额（特定行业除外，如金融、保险等）。但公司股东应当对其认缴出资额、出资方式、出资期限等进行自主约定，并记载于公司章程之中。

（三）股东共同制定公司章程

章程应当由股东制定，章程是公司的内部宪章，对公司、股东、董事、监事以

及高级管理人员具有法律效力。公司章程的制定与法律风险防范的具体要求，请参考本章第八节内容。

（四）公司名称

公司名称是公司在经营活动中区别于其他经营实体的标识。这种标识一经登记，便受法律保护。随着公司经营活动的不断发展，公司的名称往往会附着着企业的形象与声誉，因此，公司名称与商标一样，属于一种无形的财产权利。

公司名称应当符合国家有关规定，由行政区划、字号、行业、组织形式依次组成。创业者在选择企业名称时应注意以下几个方面的问题：

1. 公司选择名称时应注意以下禁止性要求：公司名称不得与同一企业登记机关已登记注册、核准的同行业公司名称相同；公司名称不得含有有损于国家、社会公共利益的内容和文字；公司名称不得含有可能对公众造成欺骗或者误解的内容和文字；公司名称不得含有外国国家（地区）名称、国际组织名称；公司名称不得含有政党名称、党政军机关名称、群团组织名称、社会组织名称及部队番号；公司名称应当使用符合国家规范的汉字，不得使用外文、字母和阿拉伯数字；公司名称不得含有其他法律、行政法规规定禁止的内容和文字。

2. 除上述禁止性要求外，公司名称选择还有一些限制性的要求。例如，公司名称不得与同一企业登记机关已登记注册、核准的同行业企业名称近似，但有投资关系的除外；公司名称中不得含有其他非营利法人的名称；公司名称中不得含有另一个公司名称，但有投资关系或者经该企业授权，且使用该企业的简称或者特定称谓的除外；公司名称的字号应当由字、词或其组合构成，不得使用语句、句群和段落；公司名称的字号不得含有“国家级”“最高级”“最佳”等带有误导性内容和文字，等等。

3. 公司名称中的行政区划是拟设公司所在地县级以上行政区划的名称或地名，市辖区的名称不能单独用作企业名称中的行政区划。省、市、县行政区划连用的企业名称，由最高级别行政区的市场监督管理局核准。只有在一些特殊情况下，公司名称中可以不含行政区划，如注册资本不少于5000万元人民币的公司，不过此种不含行政区划的公司名称需经国家市场监督管理总局核准。

4. 企业字号是公司名称的核心内容，应当由2个以上的汉字组成，不得使用市场监督管理总局曾经给予驰名商标保护的规范汉字作同行业企业名称的字号。企业字号对公司具有特别的意义，公司经过不断发展，具有较高知名度的时候，人们提起其字号，就会联想到该公司在某一领域突出的成就，同时会联想到该公司的良好信誉和它们的优质产品或服务。

5. 公司名称中的行业应当反映公司经济活动性质，并且与公司经营范围一致。社会公众或其他经营者在选择公司服务或者产品时，首先需要了解该公司的大致经营范围，而公司名称中的行业便能够大致体现该经营范围，因此创业者应慎重选择名称中的行业，特别是一些特殊行业。如果公司经营业务跨国民经济行业分类大类的，可以选择一个大类名称或使用概括性语言名称表述企业所从事的行业。只有在满足以下三个条件时，公司名称中才可以不使用行业进行限定：①企业经济活动性质分别属于国民经济行业5个以上大类；②企业注册资本1亿元以上或者是企业集团的母公司；③与同一市场监督管理机关核准或者登记注册的企业名称中的字号不相同。

6. 公司名称中应当标明组织形式，如有限责任公司或有限公司。公司对于其名称享有名称权，该权利具有人格与财产双重属性。首先，与自然人姓名权一样，公司名称权是标示自身身份的标识；其次，公司名称权可以转让、继承，又具有一定的财产属性。

（五）公司住所

公司住所是公司的主要办事机构所在地，是公司开展业务活动的场所。公司住所应当依法进行登记并记载在公司营业执照之上。

公司住所对于公司而言具有重要的法律意义：

1. 公司住所是确定企业登记机关管辖的依据，如果企业住所地在上海黄浦区，则公司登记只能在黄浦区或黄浦区的上级公司登记机关进行，而不能在其他区域的公司登记机关办理公司登记手续；

2. 公司住所是法律文书的送达处所，若公司随意变更了办公地址，但是并未办理公司变更登记，则司法机关按照登记的住所送达司法文书，即使公司没有实际收到该文书，也可能视作该文书送达完成，若公司因此丧失答辩机会，则可能产生对公司不利的法律后果；

3. 公司住所是确定诉讼管辖的依据，在任何类型的纠纷中，除非法律另有强制性规定或者原、被告双方另有明确约定，均可以选择被告公司的住所地作为法院管辖的依据。

总之，公司住所对于公司而言具有重要的法律意义，若公司住所发生变更，应当及时进行变更登记，否则不能对抗善意第三人。

二、股份有限公司的设立条件

与有限责任公司相比，股份有限公司的设立条件更多，我国《公司法》第七十