

创业相关法律问题讲解

- 知识产权专题
- 公司治理专题

主讲人：岳岫山

• 商标领域法律问题

一、商标的注册

商标是商品或服务的提供者为了将自己的商品或服务与他人提供的同种或类似商品或服务相区别而使用的标记。

法条链接：

《商标法》

第九条 申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。 商标注册人有权标明“注册商标”或者注册标记。）

。

• 商标领域法律问题

（一）标志具有显著性

《商标法》

第十一条 下列标志不得作为商标注册：

- （一）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；
- （二）仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；
- （三）其他缺乏显著特征的。

前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

• 商标领域法律问题

案例：“蓝牙”能被注册为计算机通讯设备的商标么？

著名手机生产商爱立信公司曾申请在计算机通讯设备等商品上注册“Bluetooth”（蓝牙）商标。商标局和商标评审委员会认为：Bluetooth”即“蓝牙”，作为一种技术术语，是无线数据与语音通信的一种开放性全球规范用语，已发展成为一种近距离无线通讯技术名称。**“Bluetooth”作为商标指定使用在计算机通讯设备等商品上，直接表示了上述商品的技术特点，缺乏商标应有的显著性，不能起到区别不同产品来源的作用。申请人不服，向法院提起行政诉讼。**

• 商标领域法律问题

法院经审理后认为“Bluetooth”虽然在使用之初并无含义，但经过申请人在短距离无线通讯网络技术上多年使用之后，“Bluetooth”通常作为该技术规范的代用名称，特别是随着该技术进入中国市场并迅速普及，因其译音“蓝牙”便于记忆，是中国消费者通过“蓝牙”对“Bluetooth”技术形成认识并广泛接受，从而使中国消费者对“Bluetooth”——“蓝在牙”——短距离无线网络技术形成了一种约定俗成认识的客观情形。因此，“Bluetooth”作为商标用在计算机通讯设备等商品上缺乏显著性。

• 商标领域法律问题

(二) 三维标志不具有实用功能性和美学功能

《商标法》

第十二条 以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。

• 商标领域法律问题

案例：“千层雪”冰淇淋的形状能被注册成立体商标么？

联合利华公司申请将其“千层雪”冰淇淋的形状注册为立体商标，该冰淇淋为长方体形状，侧面和顶面具有波浪形图案。申请人认为：该形状是具有显著特征和独创设计的形状，是具备艺术美感的形状。而商标局、
在商标评审委员会和法院均认为：**由于普通消费者易将该形状识别为冰淇淋的常用形状，因此该形状不能起到标识、区分商品来源的作用。**在联合利华公司未能提供充分证据证明该形状在指定商品上通过使用已具有显著性的情况下，不能将其注册为立体商标。

• 商标领域法律问题

(三) 标志内容不违反法律禁止性规定

《商标法》

第十条 下列标志不得作为商标使用：

(一) 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、军歌、勋章等相同或者近似的，以及同中央国家机关的名称、标志、所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；

(二) 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗等相同或者近似的，但经该国政府同意的除外；

• 商标领域法律问题

（三）同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；

（四）与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；

（五）同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的；

（六）带有民族歧视性的；

• 商标领域法律问题

（七）带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的；

（八）有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

• 商标领域法律问题

案例：“冰心”能作为商标注册么？

杨某申请将“冰心”注册在白酒、黄酒和葡萄酒上。商标局、商标评审委员会和法院均认为不应予以注册。法院认为：“冰心”是我国著名作家谢婉莹的笔名。冰心先生是我国第一代儿童文学作家，是著名的中国现代小说家、散文家、诗人、翻译家，为我国创造出了宝贵的精神财富，并在海内外读者中享有极高的威望。冰心先生及其成就已成为全中国人民的骄傲。出于对我国文化传统、社会公共利益的维护及对冰心先生的尊重，不宜将“冰心”一词作为商标注册、使用，特别是注册在白酒、黄酒之类的商品上，否则，易产生不良影响。

• 商标领域法律问题

（四）不得误导性使用地理标志

《商标法》

第十六条 商标中有商品的**地理标志**，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用；但是，已经善意取得注册的继续有效。

《商标法实施条例》

第四条 商标法第十六条规定的地理标志，可以依照商标法和本条例的规定，作为证明商标或者集体商标申请注册。

• 商标领域法律问题

以地理标志作为证明商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织可以要求使用该证明商标，控制该证明商标的组织应当允许。以地理标志作为集体商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织，可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员；**不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的，也可以正当使用该地理标志，该团体、协会或者其他组织无权禁止。**

• 商标领域法律问题

前款所称地理标志，是指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。

• 商标领域法律问题

案例：“舟山带鱼”证明商标案。

舟山水产协会在第29类带鱼、带鱼片商品上注册了“舟山带鱼”证明商标。某食品公司未经许可，销售外包装上引用“舟山精选带鱼段”字样的带鱼段。舟山水产协会起诉其侵犯注册商标权。

法院经审理后认为：涉案的“舟山带鱼”商标系作为证明商标注册的地理标志，即系证明商品原产地为浙江舟山海域，且商品的特定品质主要由浙江舟山海域的自然因素所决定的标志，用以证明使用该商标的带鱼商品具有舟山水产协会颁布的《“舟山带鱼”证明商标使用管理规则》中所规定的特定品质。舟山水产协会作为该商标的注册人，有权禁止他人在非产于浙江舟山海域的带鱼商品上标注该证明商标。但是，如果他人虽然没有向其提出使用该证明商标的要求，但其带鱼产品确实产于浙江舟山海域，则舟山水产协会不能剥夺其正当使用该证明商标中地名的权利。

• 商标领域法律问题

（五）标志的注册不损害他人的在先权益

《商标法》

第三十二条 申请商标注册不得损害他人**现有的在先权利**，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

第十五条 未经授权，**代理人或者代表人以自己的名义**将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。

就同一种商品或者类似商品申请注册的商标**与他在先使用的未注册商标相同或者近似**，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。

• 商标领域法律问题

第十三条 为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求**驰名商标保护**。

就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。

就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

• 商标领域法律问题

案例1：“阿里巴巴alibaba”商标属于谁？

北京正普公司于2001年注册了“阿里巴巴alibaba及图标”商标，指定使用在第39类服务项目上，阿里巴巴网络公司认为正普是以不正当手段抢先注册了其已经使用并有一定影响的商标，并向商标评审委员会申请撤销争议商标，商标评审委员会和法院均认定：1998年“alibaba阿里巴巴”网站就已开通。经过一段时间的使用和宣传，以“**alibaba阿里巴巴**”为名称的网站在计算机网络使用者等相关用户中具有一定知名度，消费者能将“**alibaba阿里巴巴**”作为该网站所提供服务的标识，使“**alibaba阿里巴巴**”客观上起到了区分不同网站提供的互联网服务的作用，成为有一定影响力的未注册服务商标。

• 商标领域法律问题

北京正普公司注册的“阿里巴巴alibaba及图”与之相似，而且其注册的服务与阿里巴巴网络公司提供的与网络有关的服务在性质和对象等方面相近，容易使相关公众对其服务来源产生混淆误认。而在北京正普公司注册商标之前，“alibaba阿里巴巴”网站已经在相关公众中具有一定知名度，作为同一行业经营者的北京正普公司应当知晓“alibaba阿里巴巴”系他人的计算机网络服务标识。北京正普公司将阿里巴巴网络公司在先的域名主要部分或网络名称“阿里巴巴”及“alibaba”在相同或类似服务上注册为商标具有恶意，导致相关公众对不同的计算机网络服务来源产生混淆和误认，损害了阿里巴巴网络公司的在先权益，其主观上具有恶意。因此，北京正普公司的行为构成《商标法》所禁止的“以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”，被异议商标不予核准注册。

• 商标领域法律问题

案例2：“易建联”商标被撤销

福建某体育用品公司2003年申请在服装、柔道服和足球鞋等第25类商标上注册“易建联 Yi JianLian”商标并获核准。易建联于2006年向商标评审委员会申请撤销该注册商标。商标评审委员会以该注册商标侵犯了易建联的姓名权为由，裁定撤销该商标。在行政诉讼中，法院认为：《民法通则》第99条规定的姓名权应属于“在先权利”的一种。未经许可，将他人的姓名申请注册商标，给他人姓名权造成或者可能造成损害的，该商标不予核准注册或者予以撤销。

• 商标领域法律问题

二、商标的保护（为什么建议进行商标注册？）

（一）对注册商标的保护

我国商标法主要是保护注册商标的，偶尔旁及一下未注册商标的保护（商标法第13条、第32条），在注册商标与未注册商标之间采取鼓励商标注册和强保护注册商标的态度。

法律链接：

《商标法》

第三十二条 申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

• 商标领域法律问题

第十三条 为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护。

就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。

就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

• 商标领域法律问题

对注册商标的保护体现在以下几个方面：

首先，商标注册具有授权属性，不以此前的实际使用为前提和基础，而且商标一旦获准注册，就在核定使用的商品上具有专有使用权，并排斥他人在相同类似商品上使用近似商标；即使注册后为实际使用，法律仍然预留这些权利。例如，在属于注册商标核定使用范围的商品上，不能因为注册商标人尚未实际使用，而因其他人实际使用了，就认可该实际使用，或者反而以该他人的实际使用闲置注册商标权人的权力范围。注册商标权人的“卧榻之侧”是不允许他人酣眠的。

• 商标领域法律问题

其次，注册商标的效力范围及于全国，而不是局部地区，也即不限于其实际使用的地区。这也是法律为注册商标预留的使用空间。

再次，注册商标的核心是恒定的，在注册时已经确定，不因为注册之后的转让或者受让而缩小和受限。

（《商标法》第五十六条 注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。）

• 商标领域法律问题

最后，某些驰名商标还具有表现和彰显使用者身份和地位的功能，这与普通商标所具有的识别商品或服务来源的功能已经有所不同。

• 商标领域法律问题

我国对驰名商标的特别保护机制

第一、对未注册的驰名商标禁止“同类混淆”

《商标法》第十三条第二款

“就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。”

• 商标领域法律问题

我国对驰名商标的特别保护机制

这意味着未在中国注册的商标只要已经在中国驰名，而他人对该驰名商标进行复制、摹仿或者翻译，并在相同或类似商品上进行使用，可能导致消费者对商品来源产生混淆的，也能受到商标法的保护，即该驰名商标所有者有权阻止他人使用，商标局对他人在相同或类似商品或服务上的注册申请不予核准。这一特殊规定使得“驰名”成为商标除注册之外获得保护的第二条途径，可以有效防止恶意利用未注册驰名商标的声誉牟利并欺骗消费者的行为。

• 商标领域法律问题

案例： 苏富比案

英国苏富比拍卖行虽然当时尚未在中国注册“苏富比”中文商标，但经过其对“苏富比”的持续宣传，“苏富比”在中国已经具有较高的知名度，构成拍卖服务的未注册驰名商标。而被告四川苏富比公司在其拍卖活动、宣传材料、网站和名片中使用“苏富比”等商标标识，显然具有借助原告的商誉，使相关公众对原告和被告二者的服务发生混淆和误认的主观故意，客观上也会造成相关公众的混淆或者误认为被告与原告存在某种联系。因此，法院认定被告的行为侵犯了原告的未注册的商标权。

• 商标领域法律问题

第二、对已注册的驰名商标禁止“跨类混淆”

《商标法》第十三条第三款

“就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。”这样，已注册驰名商标权利人就可以阻止他人不相同或不相类似商品上使用相同或近似的驰名商标，以免导致消费者产生混淆的可能，也即避免“跨类混淆”。

• 商标领域法律问题

第三、对已注册的驰名商标防止淡化

最高人民法院在2009年颁布的《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第九条第二款规定：足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉，属于《商标法》第十三条第二款规定的“误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”。

• 商标领域法律问题

案例1： KODAK电梯与美国柯达公司有关么？

苏州科达液压电梯有限公司（以下简称科达电梯公司）成立于2001年，
在其电梯产品、公司门牌、员工名片、产品介绍和企业宣传资料上，均
以独立标识或与其“科达”上下并列的方式突出标注“KODAK”文字。“柯
达/KODAK”商标的注册人美国伊士曼柯达公司发现后，起诉科达电梯公司
侵犯其“KODAK”商标权。

法院认为：科达电梯公司以商品商标的形式突出使用“KODAK”商业标
识，明显复制、摹仿了伊士曼柯达公司的“柯达/KODAK”驰名商标，并通
过依傍“KODAK”驰名商标的良好声誉形象取得不正当商业利益。**从保护驰
名商标专有性角度出发，科达电梯公司使用该标识必然会降低伊士曼柯达
公司“KODAK”驰名商标的显著性，损害其商誉，对“KODAK”驰名商标的
专有性及商业标识形象造成实质性损害。**因此，科达电梯公司的构成侵权。

• 商标领域法律问题

案例2：可以在卫生洁具上注册“伊利”么？

尤某申请注册“YiLi + 伊利”的商标，制定使用的商品为水龙头、卫生间用手干燥器、冲水装置和管道（卫生间设备部件）等卫生设备。内蒙古伊利实业集团股份有限公司在异议期内向商标局提出异议，但先后被商标局和商标评审委员会驳回。于是伊利公司提起行政诉讼。

法院认为：法院认为：伊利公司在奶制品上对“伊利”的使用已产生并具有唯一对应与伊利公司产品的标识性效果。“伊利”商标具有极高的知名度，当他人将“伊利”作为商标注册使用在其他领域的商品上时，难免使人将其与伊利公司的“伊利”商标发生联系。

• 商标领域法律问题

尤某注册申请的商品类别尽管在生产、销售等方面与伊利公司，没有关联之处，但可以认定其使用行为客观上带来了减弱“伊利”作为驰名商标显著性的损害后果，其使用在卫生器械和设备上，易使消费者将其与不洁物产生联想，这种使用会造成贬损“伊利”商标声誉的损害后果，法院据此撤销了商标评审委员会的裁定。

• 商标领域法律问题

第四、对恶意注册驰名商标的行为请求撤销不受争议期限限制

《商标法》

第四十一条 驰名商标所有人对于他人恶意注册自己驰名商标的行为请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标，**不受五年争议期限限制**。这条规定承认了驰名商标因凝集了较高的商誉，应当受到比普通商标更强的保护。而恶意抢注人是无法依靠争议期限的限制将他人驰名商标据为己有的。

• 商标领域法律问题

（三）我国商标权保护的地域性

《商标法》

第十三条第二款 驰名的未注册商标，必须是在中国境内驰名的商标。即使在中国境外驰名，但在中国境内不驰名的，不能根据在中国境外驰名的事实而按照该条款规定给予保护。

第三十二条 他人在先使用并具有一定影响的商标”，只能是在中国境内在先使用并具有一定影响的商标。在中国境外在先使用并具有一定影响，倘若尚未在中国境内使用，在中国境内即不具有商标权益，就不宜按照该条给予保护。

• 商标领域法律问题

（三）我国商标权保护的地域性

如中国或流入中国境内的媒体对于境外商标有少量宣传，或者仅仅是宣传报道境外的商标使用等情况，也不足以认定为中国境内进行了商业使用。

• 商标领域法律问题

案例：无印良品案

株式会社良品计画与商标品审委员会等商标异议复审行政纠纷案中，株式会社良品计画主张其在中国境内在先使用“无印良品”商品，主要证据是在中国境内“定牌加工”及有关杂志对于其无印良品在日本、香港等地的报道，如《商业研究》1999/11总第211期的文章《浅谈消费者的“反名牌”倾向及其启示》，稳重体积“本世纪70年代末以来，分别在日本和香港地区兴起的无印良品公司和无印良品连锁店”；文章《海外特色商店拾趣》提及“无印良品”专卖商店；，文章《”无印良品“走俏香港》。上述文章均未涉及“无印良品”在中国大陆地区的使用。**一、二审判决及最高人民法院再审判决均认定，此类介绍虽然可以使部分公众知道国外（境外）有“无印良品”品牌，但并不构成在中国境内的使用。**

• 商标领域法律问题

（三）我国商标权保护的地域性

例外：

《商标法》第十五条规定的禁止代理人或者代表人抢注商标问题，法律并未将被抢注人的商标在中国境内已经在先使用并具有一定影响力作为法律要件，即使被抢注的商标并未在先在中国境内作其他使用，也未具有一定影响，按照上述规定仍然予以保护。

• 专利领域法律问题

一、专利的分类（发明、实用新型、外观设计）

《专利法》

第二条 本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。

发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。

实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。

外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

• 专利领域法律问题

(一) 发明和实用新型专利的主要差别是什么？

- 1、保护期限不同
- 2、两者对创造性的要求不同
- 3、两者的审查授权程序不同
- 4、两者获得专利授权的时间不同
- 5、未授权情况下的公开情况不同
- 6、两者的维权程序不同

• 专利领域法律问题

基于以上差别，专利申请人在选择申请的专利类型的时候，需要综合考虑。当前常见的，“实用新型专利授权容易，所以我肯定申请实用新型”和“发明专利级别高，我当然申请发明专利”的做法都是值得商榷。利弊往往是并存的，只盯着有利的方面而忽视不利的方面是不合适的。比如，对于生命周期超过20年的技术，如果只是看到发明专利20年的保护期限就选择申请发明专利，则很容易因为实际保护期限的延后和因为发明高度不足而驳回等原因造成不必要的损失。

• 专利领域法律问题

二、职务发明创造

《专利法》

第六条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。**职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。**

非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。

利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，**单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。**

• 专利领域法律问题

（一）执行本单位的任务所完成的发明创造

1、在本职工作中作出的发明创造

（例如，某通讯公司技术部技术人员的本职工作是进行研究开发，他们在日常工作中完成的发明创造就是职务发明创造。）

2、履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造

例如，某通讯公司维修人员的本职工作是维修通讯线路，但公司在遇到某线路的设计问题时，要求他凭借丰富的维修经验提出合理化设计方案。如果该维修人员在执行这项任务的过程中完成了发明创造，则该发明创造也属于职务发明创造。

• 专利领域法律问题

（一）执行本单位的任务所完成的发明创造

但如果该名维修人员是在发现实际问题之后，出于个人兴趣进行研究并完成了发明创造，而且没有主要利用单位的物质技术条件，则该发明创造是非职务发明创造。

3、 辞职、退休或者调动工作后**1**年内作出的、与其在原单位职务发明创造的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

• 专利领域法律问题

（二） 主要利用本单位的物质条件所完成的发明创造

例如，某生物技术研究所以研究人员完成的发明创造虽然不是执行本单位任务的结果，但却主要利用了该生物技术研究所以购买的价值高昂的进口仪器设备、生物材料和常年积累下来的内部材料，故该发明创造也属于职务发明创造。但是，如果发明创造人再利用本单位提供的物质技术条件时，已与本单位约定返还资金或者交纳使用费的，以及在发明创造成果完成后利用本单位的物质条件对技术方案进行验证、测试的，则发明创造成果不属于职务发明。

• 专利领域法律问题

（三）职务发明署名权

职务发明创造被授予专利权之后，发明人或者设计人有在专利文件中写明自己是发明人或者设计人的权利，即在专利文件中署名的权利。单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予合理的报酬。

• 专利领域法律问题

（四）对于给职务发明创造的发明人或设计人奖励和报酬的具体方式，《专利法实施细则》作出了详细规定。

第七十七条 被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励的方式和数额的，应当自专利权公告之日起3个月内发给发明人或者设计人奖金。一项发明专利的奖金最低不少于3000元；一项实用新型专利或者外观设计专利的奖金最低不少于1000元。由于发明人或者设计人的建议被其所属单位采纳而完成的发明创造，被授予专利权的单位应当从优发给奖金。

• 专利领域法律问题

第七十八条 被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的报酬的方式和数额的，在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于2%或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬；被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取不低于10%，作为报酬给予发明人或者设计人。

• 专利领域法律问题

案例：与单位交付的任务以及其提供的物质技术条件无关的发明不是职务发明

陶某在任北京市城市建设总公司构件厂厂长时，根据自己在基建工程兵部队多年从事地基工程施工的经验积累，设计了“钻孔压浆成桩法”。与此同时，构件厂从国外引进了一种地基打桩的“小桩技术”。北京市城市建设总公司还将“小桩技术的实验及应用”编入总公司科研、技术革新计划，下达给下属的构件厂，并拨给相应科研的补助费。此后，陶某被请去解决某大楼地基工程地基施工问题，在应用“小桩技术”失败的情况下，他运用自己的“钻孔压浆成桩法”，成功地解决了地基打桩问题。此后，陶某将“钻孔压浆成桩法”作为非职务发明申请并获得了专利权，而陶某的单位认为该发明应为职务发明。

• 专利领域法律问题

法院认为该发明并非职务发明，理由有三：首先，陶某作为构件厂厂长，其职责范围应当是领导和管理建筑构件的生产经营活动，**地基施工方面的研究和发明不应认为是构件厂厂长的本职工作**。其次，“钻孔压浆成桩法”这一技术方案是陶某在其多年从事地基工程方面的工作经验积累的基础上研究出来的，**不属于单位交付的任务**。城市建设总公司下达给设计院和构件厂的具体科研任务是“小桩技术的实验及应用”，它是将国际上已有的“小桩技术”在国内推广应用，而不是在“小桩技术”的基础上研究新的成桩方法课题。“钻孔压浆成桩法”与已有的“小桩技术”之间有本质区别。最后，陶某在完成发明过程中，**主要依靠自己几十年地基工程施工的经验积累，并非主要利用本单位的物质条件，只是在实施其发明时使用了本单位的机器设备，而这与技术方案的完成并无关系**。

• 专利领域法律问题

案例2：返聘后执行本单位的任务完成的发明为职务发明

高某原为某石化公司的高级工程师，退休后被返聘。在返聘期间，其对一项原有专利技术进行了改造，形成了新发明。对于该项发明是否属于职务发明，高某与石化公司产生了纠纷。法院认为：职务发明是立足于单位任务作出的。高某退休时，立即由原告返聘，从事原工作，因此，**高某的退休并没有造成他离开原有工作岗位的结果**。其在返聘期间为执行本单位任务作出的发明创造仍然属于职务发明。本案中，高某是石化分公司的技术负责人，**返聘期间的职责所在就是进行技术创造，由此形成的发明与其本职工作密切相关**。因此，法院认定该发明为职务发明。

• 专利领域法律问题

法律链接：

《专利法实施细则》

第十二条 专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：

- （一）在本职工作中作出的发明创造；
- （二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；
- （三）退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

• 专利领域法律问题

三、向国外申请专利有哪些途径？

（一）保密审查

《专利法》

第八条 专利法第二十条所称在中国完成的发明或者实用新型，是指技术方案的实质性内容在中国境内完成的发明或者实用新型。

任何单位或者个人将在中国完成的发明或者实用新型向外国申请专利的，应当按照下列方式之一请求国务院专利行政部门进行保密审查：

• 专利领域法律问题

（一）直接向外国申请专利或者向有关国外机构提交专利国际申请的，应当事先向国务院专利行政部门提出请求，并详细说明其技术方案；

（二）向国务院专利行政部门申请专利后拟向外国申请专利或者向有关国外机构提交专利国际申请的，应当在向外国申请专利或者向有关国外机构提交专利国际申请前向国务院专利行政部门提出请求。

向国务院专利行政部门提交专利国际申请的，视为同时提出了保密审查请求。

• 专利领域法律问题

三、向国外申请专利有哪些途径？

（二）具体途径

专利权的保护具有地域性特点，即在哪个国家申请并获得授权的专利，只能在这个国家获得保护。如果希望自己的发明创造在国外获得保护，就要向国外提出申请，取得外国的专利权。就目前而言，向外国申请专利的途径包括以下两种：

1、传统途径

2、PCT途径

• 专利领域法律问题

1、传统途径

传统途径也称直接申请，即分别按照各个国家的专利法，直接向各个国家的专利行政管理机构提交申请，各个国家的专利行政管理机构根据本国专利法对外国专利申请进行审查，对符合授权条件的申请授予专利权。通过这种途径向外国申请专利的法律依据是国际条约、双边协议或者互惠原则。传统途径需要按照不同国家的文字准备专利申请文件，费时费力，效率很低。

• 专利领域法律问题

向外国直接申请专利与在国内申请专利在程序上基本相同，所不同的主要有两点：一是申请文件要按照所申请国家规定的语言撰写；二是需委托所申请国家的专利代理机构办理。虽然根据《巴黎公约》的规定，本同盟成员国的国民在保护工业产权方面可以互相给予国民待遇，但是由于语言障碍，我国公民或者法人向国外申请专利时往往不得不委托国外专利代理机构办理。除了委托外国专利代理机构的费用之外，向外国申请专利需要支付的费用项目与在国内申请专利的费用项目基本相同。所不同的是，各国的收费标准和币种不尽相同。。

• 专利领域法律问题

2、PCT途径

PCT是《专利合作条约》(Patent Cooperation Treaty)的英文缩写。根据PCT提出的国际专利申请简称“PCT申请”。PCT的主要目的在于，简化以前确立的在几个国家申请发明专利保护的方法，使其更为有效和经济，并有益于专利体系的用户和负有对该体系行使管理职权的国家知识产权局。

• 专利领域法律问题

（三）两种途径的比较

传统专利体系：国家申请提出后12个月内，按照巴黎公约规定，向其他不同国家提出的申请可以要求优先权，由于各个国家有不同的本国专利法，就会产生如下问题：多种形式要求；多种语言；多次的检索；多次的公开；申请的多次审查；12个月所要求的翻译费和国家费。

PCT体系：国家申请提出后12个月内按照PCT规定提交国际申请，要求巴黎公约的优先权，在完成国际阶段程序后，在30个月进入国家阶段。

• 专利领域法律问题

（三）两种途径的比较

PCT体系：一种形式要求；国际检索；国际公布；国际初审；国际申请可按需要进入国家阶段；可在30个月缴纳所要求的翻译费和国家费，而且只有在申请人希望继续时才缴纳。

直接向外国提出专利申请和提出PCT申请这两种申请外国专利的途径各有利弊，但总体而言，后者较前者具有更多的优点。这也是为什么近年来PCT申请量不断上升而直接申请量趋于下降的原因。

• 专利领域法律问题

（三）两种途径的比较

要通过哪种途径申请外国专利，申请人应结合自己的实际情况衡量。一般而言，如果希望自己的发明创造在多个国家获得保护，通过PCT途径更为科学；反之，如果仅希望在某一两个国家获得保护，则没有必要提出PCT申请。

• 专利领域法律问题

（四）如何进行PCT申请

PCT申请的程序分为两个阶段，即国际阶段和国家阶段。申请人提出PCT申请后，首先进入国际阶段。国际阶段所涉及的程序包括：PCT申请的受理、国际检索、国际公布、国际初步审查(其中国际初步审查是选择性程序，申请人可以进行选择)。国际阶段和国家阶段是相互衔接的，在申请人办理了进入某国(或者地区)国家阶段的手续后，PCT申请即进入该国国家阶段。国家(或者地区)阶段的程序是指指定国(或者选定国)依据其本国专利法对PCT申请进行审查，从而决定是否授权或者驳回的程序。

• 专利领域法律问题

四、专利权的内容

（一）发明专利

1、产品专利：（1）制造权（2）使用权（3）销售权（4）许诺销售权

2、方法专利：

（1）使用权（2）对方法专利的延伸保护：方法权利人不但享有使用专利方法的专有权利，对于由该专利方法直接获得的产品，还享有使用权、销售权、许诺销售权和进口权。

（3）举证责任倒置

• 专利领域法律问题

四、专利权的内容

（二）实用新型专利

只能是产品专利，用于保护实用新型产品

（三）外观设计专利

（1）制造权（2）许诺销售权（3）销售权（4）进口权（无使用权）

• 专利领域法律问题

法律依据：

《中华人民共和国专利法》

第十一条 发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，**或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。**

外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

• 专利领域法律问题

不视为侵犯专利权的情形：

《专利法》

第六十九条 下列情形之一，不视为侵犯专利权

（一）专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的；

（二）在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的；

• 专利领域法律问题

不视为侵犯专利权的情形：

（三）临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的；

（四）专为科学研究和实验而使用有关专利的；

（五）为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的。

• 专利领域法律问题

案例1：对于制作传统调味品的新方法，不适用举证责任倒置

张某就“一种豆豉调味品制作方法”获得了发明专利权，其发明专利说明书摘要记载：“本法明摒弃传统工艺……制作面豉……通过采取分开发酵的工艺，保证制得的调味品都能体现小麦、大豆单独发酵的风味。”张某认为某食品厂生产的面豉酱瓜侵犯其发明专利权。法院对被告的生产现场进行证据保全后，认为被告面豉酱瓜生产方法的技术特征没有全面覆盖原告专利的技术特征，遂驳回了原告的诉讼请求。原告在上诉中认为，应当要求被告承担举证责任。但在本案中，原告的专利方法是用于制造“豆豉调味品”这种传统食品的。早在原告申请专利之前，就存在众多制造这种传统食品的各种方法。因此，对此类并非用于制造“新产品”的专利方法，在侵权诉讼中不适用“举证责任倒置”。

• 专利领域法律问题

案例2：仅实施了许诺销售行为，不承担赔偿责任

沈某是名称为“汽车地桩锁”的实用新型专利权人。某公司在其网站上及产品宣传册中许诺销售的三角形锁产品落入了涉案专利权利要求的保护范围。法院判决被告停止侵权。但**由于被告仅实施了许诺销售行为，未从中获得直接经济利益，也未给专利权人造成直接经济损失，法院对于原告主张的赔偿经济损失的诉讼请求未予支持。**

• 公司治理法律问题

从法律角度如何设计股权结构？

就初创公司而言，股权设置不合理，极易引起控制权争议，诸如：**创始人与投资人之争、创始人团队内部争议、创始人家族内部争议**等。

创始人在考虑公司股权架构层面更应重视掌握公司的控制权。而公司的控制权主要体现在以下两个方面：股权层面的控制权，日常经营层面的控制权。

• 公司治理法律问题

一、关于股权层面的控制权

案例1：1号店

2008年，前戴尔中国区总裁的刘峻岭和前戴尔全球采购副总裁的于刚联合创立“1号店”，当时的启动资金仅为几百万；2010年5月，于刚在金融危机之后的资金困境中从平安融资8000万元，让出了1号店80%股权。次年，平安将50%股权转让给沃尔玛；2012年8月，商务部批准沃尔玛持有1号店的股份达到了51%，沃尔玛成实际控制人。在2015年7月14日晚间沃尔玛证实，1号店创始人兼董事长于刚、以及联合创始人兼首席执行官刘峻岭已经决定离开1号店去开创他们下一个事业。

• 公司治理法律问题

律师提示：

创始人在进行融资时，一定要注意区分拟引入的投资者是财务投资人还是战略投资人。财务投资人投资公司的主要目的是通过股权投资溢价退出获取财务收益，通常不直接参与被投资公司的经营管理，也不会要求控股被投资公司。相反，战略投资人则通常与被投公司处于同一行业、相近行业或处于同一产业链的不同环节，投资主要考虑自身产业链的战略布局。因此，战略投资人通常会加强对被投资公司股东会与董事会的控制，深度介入被投公司的管理。像本案例中的平安集团、沃尔玛就属于战略投资人，应该说一开始就是奔着控制权来的。

• 公司治理法律问题

故提醒创始人注意，在进行融资时一定要结合企业自身需求决定引入投资者的类型，是引入财务投资者还是战略投资者，同时要注意保持股权层面控股地位，退一步讲，即便不控股，也要考虑通过投票权委托、一致行动人协议、有限合伙或AB股计划等技术手段来控制公司。

• 公司治理法律问题

案例2：真功夫

在引入外部投资者之前，真功夫的股权结构是蔡达标、潘宇海两家各持50%。在2007年引入中山联动和今日资本两家VC机构之后，真功夫的股权结构是蔡达标、潘宇海各持47%。这种股权分布被认作一枚定时炸弹，为真功夫内部股权纠纷埋下了隐患。

• 公司治理法律问题

案例3：海底捞

海底捞早期的股权结构是张勇夫妇和施永宏夫妇各持50%，后随着企业的发展，张勇于2007年让施永宏离开企业，并以原始出资额的价格从施永宏夫妇的手中购买了18%的股权，至此张勇夫妇成了持有海底捞68%股权(超过三分之二)的绝对控股股东。

• 公司治理法律问题

律师提示：

通过案例2和案例3，提醒创始人们注意，最差的股权结构就是均等，这样的股权结构在创业初期可能相安无事，但随着企业的发展，由于每个人对企业的贡献不同，企业一旦做大势必会引起纠纷。**在此，提醒创始人注意：面对均等的股权结构，无论处于什么阶段，建议考虑通过协商或者回购的方式来调整股权结构。**

• 公司治理法律问题

案例4：雷士照明

在软银赛富入股雷士照明之前，创始人吴长江的持股比例为70%。2006年8月，软银赛富向雷士投资2200万美金，占雷士照明股权达到了35.71%，创始人吴长江的持股比例被稀释到41.79%，但其仍为第一大股东。2008年8月，雷士照明再次寻求私募融资。此次融资中，软银赛富出资1000万美元。至此，吴长江的持股比例因稀释而失去了第一大股东地位，持股34.4%；而软银赛富则因先后两次投资，持股比例超越了吴长江达到了36.05%成为第一大股东，而这也为日后轰动的公司控制权争夺埋下伏笔。

• 公司治理法律问题

律师提示：

本案例提醒创始人：必须平衡融资与控制公司之间的关系，要把握好公司发展速度与控制力度之间的关系，创业者在融资时，一定要保证能够控制企业，不要轻易将公司的主动权交给投资人。

• 公司治理法律问题

（一）关于绝对控股和相对控股：

1. 怎样享有绝对控股权？

1、理想状态是创始人持股比例达到**67%**，即达到三分之二以上，公司决策权基本可以完全掌握在手中。

2、退而求其次，创始人至少要持有公司至少**51%**的股权，即达到二分之一以上。

2. 相对控股权指的又是什么呢？

1、相对控股权需要公司创始人为持有公司股权最多的股东，与其他股东相比可以保持对公司的相对控制力。

• 公司治理法律问题

法律依据：

《公司法》

第四十三条 股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

因此，根据《公司法》及常见的公司章程规定，股东会的普通表决事项多为二分之一以上多数表决权通过，而少数重大事项则需要三分之二以上表决权通过外，只有掌握了控股权，才能够控制股东会决策，从而控制公司。

• 公司治理法律问题

3. 律师提示特别关注：

1、创始人在进行股权结构设计时，最好避免容易导致公司僵局的股权比例设置。避免诸如：50:50，65:35，40:40:20以及50:40:10之类的股权比例设置。

50:50及65:35这样的股权结构设置所面临的风险在于，当公司发展日益壮大而股东间利益分配冲突日趋明显时，50:50的股权结构使得任何一方只要投反对票，股东会便很难做出决议而陷入僵局。

• 公司治理法律问题

而65:35的股权结构在小股东行使投票权否决公司重大事项时，会使得股东会很难就重大事项做出有效决议，进而使公司丧失迅速做出决策的优势。

同样，类似于40:40:20这样的股权结构则可能会导致两大股东都希望联合小股东控制公司股东会决策的情形，而50:40:10这样的股权结构也面临股东联合进而出现僵局的可能性。

• 公司治理法律问题

可参考的股权结构：

- A. “创始人相对平等模式”：各个创始人之间的股权相差基本不大，但仍然会有一位创始人的股权比例高于其他人，如**37**:32:31。
- B. “核心创始人+联合创始人模式”：会有一位核心创始人的股权比例，远远高于其他人，占到70以上（或者至少67%以上），如**75**:25/70:20:10。

• 公司治理法律问题

2、通过设置章程条款来避免出现公司僵局

A.在章程中对公司治理机构进行合理设置。

例如：章程中可以约定，一方担任董事长的，则另一方委派的董事可以占多数；双方的董事人数相等时可以以公司的名义聘请中介机构出面委派独立董事。或者可以约定：一方担任执行董事的，则另一方担任总经理，并明确执行董事无权聘任或解聘总经理。这样股东之间可以通过分享公司的控制权，来避免僵局的发生。

• 公司治理法律问题

B.在章程中对股东表决权进行科学设计

1) 可以规定利害股东、董事表决回避制度

如果股东或董事与股东会或董事会讨论的决议事项有特别利害关系的，比如关联交易，为股东、董事提供担保等，该股东或董事及其代理人不得行使表决权，股东也不得代理其他股东行使表决权。

2) 限制控股股东所享有表决权的最高数额，防止控股股东利用资本多数表决制度，侵害少数股东的合法权益。

3) 可以规定特定事项由特定类别的股东行使表决权。

• 公司治理法律问题

法律依据：

《公司法》

第十六条 出资人以符合法定条件的非货币财产出资后，因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值，公司、其他股东或者公司债权人请求该出资人承担补足出资责任的，人民法院不予支持。但是，当事人另有约定的除外。

• 公司治理法律问题

C.在章程中设定具体的权利制衡措施

比如赋予董事长在出现表决僵局时以最终的决定权；又比如规定董事会成员与股东会成员不得完全重合，在董事会出现表决僵局时将该事项提交股东会表决；再比如规定大股东应履行诚信义务，不得正当侵害公司和其他少数股东利益，不得在合法形式的外表下进行实质违法行为，保障少数股东知情权和会议召集权。

• 公司治理法律问题

D.在章程中设定股东退出条款

可在章程中约定，当公司股东或董事之间发生分歧或纠纷，出现公司僵局时，由控制股东以合理的价格（协商或中介机构评估）购买相对方的股份，从而让弱势股东退出公司，以达到解决公司僵局的目的。

• 公司治理法律问题

E.在章程中对公司的解散进行合理规定

公司章程规定的常见解散事由：公司发展资金严重匮乏、公司亏损达到一定时间或一定数额、利润分配没有达到公司章程规定的最低数额。也可以约定一个确定的公司目的无法达到，或者一个确定的“合理预期”严重受挫时，股东有权请求解散公司。还可以将公司解散与异议股东股权回购请求权相结合，如果股权回购请求权条件成就，但公司未在一个约定的合理期限内购买，异议股东获得请求法院解散公司的权利。

• 公司治理法律问题

例如：

在陈德勇诉南京轻研机电发展有限公司公司解散纠纷案中，法院认定"根据轻研机电公司章程第二十八条第二款规定，**'股东任何一方要求解散公司的，公司可以解散'**，故轻研机电公司章程规定公司解散事由已出现，陈德勇据此要求解散公司，符合法律规定。

再如：

厦门华侨电子股份有限公司诉奥普斯国际集团有限公司解散公司纠纷案中，双方合资成立的映鑫公司章程约定"**合资企业发生严重亏损，无力继续经营，合资公司应当解散。**"

• 公司治理法律问题

（二）关于投票权与股权的分离：（有限公司）

法律依据：

《公司法》

第四十二条 股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

因此，提醒创始人注意“股权与投票权是可以分离的”。尤其是随着公司发展的不断壮大，创始人所持有的股权势必将不断被稀释，如何在股权被稀释的情况下继续保持创始人对公司的绝对控制权显得尤为重要，而“将其他部分股东股权中的投票权分离出来交给创始人行使”无疑是不错的方法。

• 公司治理法律问题

律师提示特别关注：

就资本市场而言，将投票权从其他股东的股权中分离出来，主要体现为以下**四种方式：投票权委托、一致行动协议、有限合伙持股（创始人通过作为管理合伙人来控制有限合伙所持有的公司的投票权）、境外架构中的“AB股计划”**。

创始人可以考虑通过上述四种方式争取控制其他股东的投票权，从而维持公司稳定的控制权。

• 公司治理法律问题

1. 如何理解“投票权委托”？

“投票权委托”是指公司部分股东通过协议约定，将其投票权委托给其他特定股东（如创始股东）行使。

例如，根据京东的招股书，在京东发行上市前，京东有11家投资人将其投票权委托给了刘强东行使。刘强东持股20%左右却通过老虎基金、高瓴资本、今日资本以及腾讯等投资人的投票权委托掌控了京东上市前过半数的投票权。

• 公司治理法律问题

2. 如何理解“一致行动协议”？

“一致行动协议”是指通过协议约定，某些股东就特定事项采取一致行动，意见不一致时，某些股东跟随一致行动人投票。

例如，创始股东之间、创始股东和投资人之前就可以通过签署一致行动人协议加大创始股东的投票权权重。一致行动协议内容通常体现为一致行动人同意在其作为公司股东期间，在行使提案权、表决权等股东权利时做出相同的意思表示，以其中某方意见作为一致行动的意见，以巩固该方在公司中的控制地位。

• 公司治理法律问题

一致行动协议在境内外上市公司中都很常见，境内上市公司如网宿科技、中元华电、海兰信都有涉及，而境外上市公司如阿里巴巴和腾讯也同样存在，根据阿里巴巴上市招股书，马云仅持有7.8%股权而软银把不低于阿里巴巴30%普通股的投票权委托给了马云与蔡崇信行使；南非 MIH 公司持有腾讯34%的股份，而马化腾持股仅为10%，还不及MIH的三分之一，但 MIH 公司基于信任将投票权让渡给腾讯管理团队，实现马化腾的控制权。

• 公司治理法律问题

3. 如何理解“通过有限合伙持股”？

有限合伙企业在中国是一种比较新的企业形式，有限合伙企业的合伙人分为普通合伙人（俗称管理合伙人或GP）和有限合伙人（LP）。普通合伙人执行合伙事务，承担管理职能，而有限合伙人只是作为出资方，不参与企业管理。

所以，可以让股东不直接持有公司股权，而是把股东都放在一个有限合伙里面，让这个有限合伙持有公司股权，这样股东就间接持有公司股权。同时，让创始人或其名下公司担任GP，控制整个有限合伙，然后通过这个有限合伙持有和控制公司的部分股权。

• 公司治理法律问题

除创始人之外的其他股东，只能是有限合伙的LP，只享有经济收益而不参与有限合伙日常管理决策，也就不能通过有限合伙控制公司。例如，创始人股东通过其控制的持股平台实体（如有限合伙）间接持股（如员工激励或公司的小额投资人的股权），可以实现以小博大的控制效果。

• 公司治理法律问题

4. 如何理解“境外架构中的‘AB股计划’？”

如果公司使用境外架构，还可以用“**AB股计划**”，实际上就是“**同股不同权**”制度。

其主要内容包括：

- (1) 公司股票区分为A序列普通股与B序列普通股；
- (2) A序列普通股通常由机构投资人与公众股东持有，B序列普通股通常由创业团队持有；
- (3) A序列普通股与B序列普通股设定不同的投票权。

• 公司治理法律问题

美国上市的公司通常采用这种结构来维持公司创始团队的控制权，比如，Facebook、Google与百度等企业都将其A序列普通股每股设定为1个投票权，B序列普通股每股设定为10个投票权。近些年上市的京东、聚美优品、陌陌都是采取的这种AB股制度。根据京东的股东协议，刘强东及管理层持有的股份每股代表20份投票权，其他股东持有的股份每股只能代表一个投票权，这样刘强东及其管理团队虽然只持有20%左右的普通股，但是由于有双层投票结构保护，其投票权能确保股东会上重大议案有绝对的发言权。

• 公司治理法律问题

二、日常经营层面的控制权

（一）关于董事会的控制

根据我国《公司法》规定，董事会对股东会负责，负责公司日常经营层面所涉事项的决策。因此，公司的控股权和公司运营的控制权并无必然联系，尤其是股权相对分散的公司中，公司的控制权往往在于公司的董事会。

就初创公司而言，在引入投资者时，投资者往往会要求委派相应的董事，董事的构成便会发生变化。此时，需要创始人控制公司董事会、法定代表人并进而掌握公司控制权。

• 公司治理法律问题

律师提示特别关注：

- 1、创始人可通过占有公司董事会的大部分席位来控制公司的日常经营管理，从而保障决策效果和决策效率。
- 2、创始人需要注意控制董事会的人数以及创始人任命的董事人数。创始人在公司初期控制 $\frac{2}{3}$ 的董事人数，而在后期最好能控制 $\frac{1}{2}$ 以上的董事席位，并尽量将外部董事席位留给对公司发展具有战略意义的投资人。

• 公司治理法律问题

案例：京东&阿里巴巴

京东的招股书显示，京东的董事会成员为9人，其中老虎基金、Best Alliance、Strong Desire以及DCM分别有权任命一名董事，而刘强东及管理团队则有权任命5名董事，并且有权任命董事会主席。从董事会席位来看，刘强东及其管理团队与其他股东在董事会的投票权为5：4，刘强东在董事会的投票权已过半数，在董事会重大问题上刘强东及其管理团队拥有主导权。如此，刘强东及其管理团队便在董事会与股东会都拥有绝对的发言权，从而牢牢的把握公司的控制权。

• 公司治理法律问题

案例：京东&阿里巴巴

阿里巴巴的招股书显示，阿里巴巴合伙人拥有独家提名多数董事会成员的权利，但提名董事候选人，必须在一年一度的股东大会上获得大部分票数的支持，方可成为董事成员。而根据马云、蔡崇信、软银和雅虎达成的投票协议，在未来的股东大会上，软银和雅虎需要赞同阿里巴巴合伙人提名的董事候选人。

• 公司治理法律问题

（二）关于法定代表人和公章的控制

在我国法律框架下，法定代表人通常由董事长、执行董事或经理担任，法定代表人在法律规定的职权范围内，直接代表公司对外行使职权，法定代表人的职务行为构成公司的行为，相应法律后果由公司承担。另外，公司经营过程中不可或缺的便是公章，根据法律规定盖公章便是公司意志的体现，除非能证明公章并非公司加盖，否则盖有公章的法律文件将能够直接约束公司。也就是说，公司法定代表人在合同上代表公司签字，或者公司公章加盖在合同上，公司通常就要受到合同的约束，除非极端例外的情况（如公章被盗或对方恶意）。

• 公司治理法律问题

律师提示特别关注：

1、就初创公司而言，公司的董事长、总经理和法定代表人通常会由首席创始人担任，一般不会出现董事长、总经理和法定代表人旁落或失去公章控制的情况，但是在公司有数位作用相当的联合创始人时则需要注意法定代表人和公章（以及公司营业执照以及银行账户等公司印鉴）的控制问题，防范联合创始人出现冲突时可能出现该问题，影响公司发展。

• 公司治理法律问题

律师提示特别关注：

2、一旦创始人对公章和营业执照等证照或印鉴失去控制，公司会遇到很多麻烦。例如，公司宣布印鉴作废而重新变更补领需要去报社刊登作废声明，但报社却要求出具营业执照和公章，去银行变更财务预留印鉴需出具公章和原财务章、人名章，去公安局变更印章需出具营业执照，去工商局变更营业执照需出具公章，这些互为条件的尴尬境地很难沟通解决。

• 公司治理法律问题

律师提示特别关注：

实际中，公章等一旦失控，只能通过诉讼途径解决，但是即使诉讼程序顺利（因为各地法院受理诉讼可能还需要公司盖章），走完一审、二审、执行程序可能需要两年左右时间，公司正常运营（签合同都没有公章）可能遭受重大影响。之前提及的雷士照明案例中，公司创始人吴长江被罢免董事长职务后就有抢夺公司公章和证照的报道。

• 公司治理法律问题

三、创始人保护公司控制权的若干建议

（一）创业之初公司股权结构的设计

1. 如果股东只有一个，可成立一人有限责任公司，拥有100%股权。
2. 如果2个或者2个以上股东一起成立有限责任公司，股东为2人时持股比例尽量避免50:50，股东为3人时持股比例尽量避免33: 33: 34。

初创公司股东为2人或者2人以上时，创始人要保持对公司的绝对控制权，就必须拥有超过2/3的持股比例。

• 公司治理法律问题

（二）融资过程中的股权结构设计

尽量保持创始人拥有绝对控制权，即持股比例保持在2/3以上或者超过51%。如果需要经过若干轮融资，且创始人所持股权不得被稀释，则建议保持相对控股的地位，即创始人拥有第一大股东的地位，同时也要结合下面提到的保护控制权条款的设置来维持控制权。

• 公司治理法律问题

（三）设计合适的保护控制权的法律条款

诸如前面提到的股权与投票权分离的设计模式，创始人人都可以结合实际情况来选择适合自己的模式。

除上述建议之外，创始人也要重视前面讲到的董事会层面及法定代表人、公章等层面的控制，确保在公司快速发展的同时也一直拥有对公司的控制权。

• 公司治理法律问题

三、一方个人财产婚后财产收益问题的认定与处理

法律依据：

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》

第十一条 婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于夫妻共同财产。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》

第五条 一方个人财产婚后取得的孳息和自然增值归一方所有。

• 公司治理法律问题

三、一方个人财产婚后财产收益问题的认定与处理

（二）关于投资收益的界定

投资收益仅限于股东实际取得的红利。如《广东省高级人民法院关于审理婚姻纠纷案件若干问题的指导意见》（粤高法发[2006]39号）第8条规定，一方用婚前财产投资而成为有限责任公司股东或持有股票、债券、证券投资基金份额等有价值证券，在婚姻关系存续期间取得的红利或利息，属于夫妻共同财产。

• 公司治理法律问题

三、一方个人财产婚后财产收益问题的认定与处理

（二）关于投资收益的界定

投资收益为与股权对应的公司可分配利润份额。如上海市高级人民法院在关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）（沪高法民一[2004]25号）中认为，当事人以个人财产投资于公司或企业，若基于该投资所享有的收益是在婚姻关系存续期间取得的，则对该公司或企业生产经营产生的利润分配部分如股权分红等，依照《婚姻法》第十七条第（二）项的规定，应为夫妻双方共同所有。

• 公司治理法律问题

三、一方个人财产婚后财产收益问题的认定与处理

（三）案例分析

郭某诉冯某某离婚一案中，争议焦点是一方个人财产的婚后收益问题。郭某婚前持有某公司的股权，双方婚姻关系存续期间，郭某与美国某公司签订《股份置换协议》，由此取得美国某公司100多万股股票。后美国某公司宣布每一股普通股票新增两股，即股份一拆三，郭某在该公司持有普通股300多万股。

• 公司治理法律问题

三、一方个人财产婚后财产收益问题的认定与处理

最高院观点：

郭某婚后取得美国某公司的股票，不是简单的个人财产替代物，其经历了资本的运作和股权外资收购上的审批和工商登记程序，股票的增值收益并非单纯外在因素所致，其中包含了人为因素和资本运作成分，即由于人的主观能动性而导致的物或权利价格的提升不属于自然增值，离婚时的股票增值收益应认定为夫妻共同财产。

• 公司治理法律问题

三、一方个人财产婚后财产收益问题的认定与处理

最高院民一庭的倾向性意见：

一方婚前用个人财产购买股票、基金等，如果婚姻关系存续期间进行了交易，其收益应认定为夫妻共同财产。如果没有进行买进与卖出的操作，离婚时的账面收益更倾向于认定为自然增值。

谢 谢 观 看 ！