

新興科技公司最好的朋友 — 律師

作者： 陸志明律師
香港玉山科技協會 名譽法律顧問 兼 顧問委員會成員
海陸國際律師事務所 執行合夥人，香港業務

何善璋律師
海陸國際律師事務所

引言

一家新興科技公司的發展通常包括三個階段：（1）公司的成立；（2）公司發展期間的融資；以及（3）退資，即套現投資。實際上，所有新興公司的企業家以及投資者的主要目的都是希望**獲取利潤**：通過創設公司、發展其業務、然後從他們的投資獲利：不單是著重通過公司的紅利分配，而更多是通過出售成熟的公司或者通過該公司的 IPO(首次公開發行股票)。

擬組建公司的性質、資金的來源及獲取資金的方式，以及最終的退資策略原則上屬於商業決策，但經驗豐富的國際財務律師通常能幫助企業家以及公司在上述三個階段作出對他們有利的決策，並且通過審慎起草的法律文件實現並保護這些決策。本概要就法律專業人士如何在這三個階段提供有利的指引以及草擬有關文件方面作簡述。

公司的成立

開始一家公司的運作，看上去似乎很容易，但事實上，一家最終目的在於通過出售、合併或首次公開發行股票進行退資的公司，其公司組建文件、公司架構以及其他重要的協定在形式上應配合將來可能的退資策略，特別是財務、業績記錄以及與 IPO 相關的其他方面的要求。恰當的公司文件能方便潛在投資者對公司進行的盡職調查，亦將影響他們的投資決策或者他們向公司投資的金額。與新興公司的成立相關的文件包括：

- 公司註冊證書；

- 標準的公司章程或細則（該公司章程或細則應當在公司融資的各個不同階段進行修正以對賦予不同投資者的不同的特別權利作出規定）；
- 董事會及股東決議；
- 公司運作方面的協議（如辦公樓的租賃協定、服務合同、許可以及買賣合同等）；
- 發起人股東協議；以及
- 管理層人員以及非管理層雇員的聘用協議。

新興公司在其發展的初期階段還應考慮一些其他的法律問題，因這些法律問題對公司將產生長期的影響，比如員工股權計劃，以作為一種激勵機制，旨在吸引那些有利於公司業務發展的良好雇員。由於此方面的考慮，公司需要預留出部分股份用於該等員工股權計劃，並需要草擬員工股權計劃協定的內容以及行使期權通知的格式。在有些司法管轄區域，員工股權計劃涉及到國家或州的稅務/會計事項，該等事項在計劃中應當有所提及。

新興公司應考慮的另一個重要問題是如何保護其知識產權。對致力於科技、生命科學以及醫藥的公司來說，這一點尤其重要。公司能否確定（1）公司有否存在可申請專利的技術、可能的商標、版權或者其他專有權利；以及（2）該等知識產權應當如何受到保護以及該等知識產權的應用範圍，是至關重要的。如果該等知識產權是在雇員受聘期產生/被使用，公司或許還應當就保密協定以及知識產權的轉讓文件尋求法律意見。

公司發展期間的融資

一家新興公司在其發展期間常需要有資金的注入：用於產品模型/初型生產的資金（“種子”融資）、用於銷售及市場開拓及/或產品初型的更大規模的測試及生產的資金（首期或二期融資）、以及用於實現退資策略（諸如合併或 IPO）的資金（“中間”融資）。這些資金可能源自發起人本身或其家人或朋友，但可觀的資金更多可能來源於天使投資者或者投資公司，而他們尋求的不僅是投資的潛在最終回報，而且還有於投資期間在公司本身享有的權利（如投票權等），以及能夠使他們在特定事件發生時優先於其他投資者受償還的權利。這些權利的程度將影響投資者

投資的意願以及其投資的數額。因此，公司以及發起人對該等權利的法律意義的理解至關重要，這樣他們就能夠在與潛在投資者的磋商中平衡他們的取捨。

投資者尋求的權利大致可以分為三種類型：

- (1) 對公司的控制權；
- (2) 優先於其他股東的權利；以及
- (3) 其他權利。

對公司的控制權

投資者可以通過購買公司的大多數股份而控制公司（50%或75%，這是通過公司重要決策時大多數需要達到的主要支持票率，比如修改公司章程、公司簽署涉及到超過某金額的合同）。投資者可以通過享有任命公司董事會多數成員的權利而控制公司。還可以要求否決權或者資訊知悉權（資訊知悉權可以授予所有投資者或僅授予主要投資者）以審核公司的記錄或要求提供定期報告、預算、財務資料等等。

優先於其他股東的權利

投資者通常投資於公司的優先股而不是普通股，因為優先股具有優先於普通股的權利。不同的優先股所具有的優先權或許各有不同，而最常見的為：

- *對紅利的優先權利*

投資者的投資回報通常是通過投資者的退資、轉換股份或出售股份而獲得。如果有紅利政策存在，優先股則有權優先於普通股東獲得一定比例的紅利（紅利為該等優先股購入價錢的一定比例）。這種紅利分配還可以是累計的，即當年未支付的應付紅利可以計入下一年度（因此該等優先股可以稱為“累計性優先股”）。

- *清算優先權*

優先股股東可以有權在普通股東從公司“清算”收益中取回投資之前，取回優先股股東的投資（或其投資額的某個倍數）以及未支付的應付紅利。“清算”通常包括公司之合併及公司之合併及公司所有或多數資產的出售。

以往，優先股股東沒有權利分享清算收益的餘額，但是現在，很多優先股股東能夠與普通股東一起按比例參與清算收益餘額的分配（因此該等優先股可以稱為“參與性優先股”）。

- *轉換的權利*

優先股股東一般都有權自行選擇是否要求公司將其股份以一對一的比例轉換為普通股份，但此比例可被調整，以防止股份分拆或類似事件攤薄優先股股東的股權。

- *自動轉換*

公司可以就自動轉換條款與投資者進行磋商，即公司有權在特定事件發生時將優先股轉換為普通股。這對 IPO 非常重要，因為 IPO 包銷商不希望有優先股之存在。

- *贖回權*

- *強制贖回*

優先股股東可以有權要求公司以某議定價格贖回該等股份。這使優先股投資者能取回其投資。但公司應當注意，銀行多視該等公司義務為公司債務，因而可能不願意向公司提供借貸。

- *自願贖回*

另一方面，公司可以就自願贖回權與優先股投資者進行磋商，即公司有權以某議定價格贖回優先股。該等自願贖回權通常是在議定事件發生時才可行使。

- *其他權利*

優先股投資者還可以就其他權利與公司進行磋商，比如：

- 按比例優先購買公司將來發行的股票；
- 優先購買權—優先股投資者有可以以給予第三方同等的條件優先於第三方購買其他股東出售的股票的权利；以及
- 共同出售權—與其他向第三方出售股票的股東一起向第三方出售股票。

優先股投資者還可以向公司要求其他權利來交換其投資。這些權利的類型及程度是商業決策，但新興公司必瞭解這些權利的法律意義以作出明智的決定，衡量公司擬從優先股投資者那裏獲得的資金與公司/其現有股東所要賦予優先股投資者的權利是否相配。同樣重要，在經修正及重述的公司章程以及股東協議中將這些權利加以合法地、恰當地陳述。還有，當事人之間應當就優先股投資者認購公司股份恰當起草股份購買協議，該協議應當包含優先股投資的基本條款以及當事人的陳述與保證，這樣既保護了優先股投資者而且還允許公司在協議所附之披露文件中對重要事項進行披露，以保護公司不會因其未作披露或不實陳述而被優先股投資者向公司追討責任。

退資策略

成功的新興企業最終都會面對為其發起人及投資者提供資產流動性的問題。通常的退資策略是 IPO 或者出售/合併。到底採取哪種方式牽涉到商業和法律方面的考慮。這些考慮尤如“雞和雞蛋”的問題—IPO、出售或合併的法律程式或許是在公司作出採用何種退資策略的決定之後才開始，但是採用某種退資策略所必須滿足的法律要求或許又會影響公司這種決定。比如，一個公司在考慮公開上市前必須考慮其是否滿足基本的上市要求：董事資格、其證券有否足夠的市場、業務記錄等等（以香港上市為例）。確實，一家組建完善的新興公司在其創始階段就應當選擇專業人士（包括會計師及律師）以確保公司在將來決定把握市場優勢以進入公眾市場或者在最恰當的時機以最合適的價格進行出售或合併時，其公司組織已完善，而其法律和會計事項上也已做好了充分的準備，悉時能配合有利之退資行動。

結論

企業家著重於新興公司三個階段中的商業範疇；作為法律顧問，我們提議這三個階段都可以從良好的法律建議中受益：一家擁有起草恰當、有關公司運作方面的協定、聘用協定，以及得到適當保護的知識產權的新成立的公司能使公司做好將來成功退資的準備以及促進潛在投資者能有效地進行盡職調查的準備；理解投資者可能向公司要求的權利能夠使公司在融資期間享有談判優勢；就實行退資策略之前及之後的法律要求以及公司架構方面所提供的法律建議能夠幫助公司採用效益最高的退資機制。因此，國際財務律師可以說是新興公司最好的夥伴。

有關香港玉山科技協會的資料或入會詳情，請與本會秘書處聯絡 (電話：+852-2758-6276 / 電郵：secretariat@montejadehongkong.com)，或瀏覽本會網址 www.montejadehongkong.com。