

中小企业设立过程中的法律风险及应对策略

黄少彬¹, 张旭¹, 牟艳华²

(1. 江苏技术师范学院 商学院, 江苏 常州 213001)
(2. 江苏技术师范学院 图书馆, 江苏 常州 213001)

摘要:中小企业设立过程中存在一定法律风险,主要表现为发起人不具有相应的法律资格、实际出资不足、制定的公司章程不严密及发起人隐名投资等。其产生的原因包括:投资者文化素质较低、法律意识淡薄、资金短缺、融资困难等。提高投资者风险意识、拓宽中小企业融资渠道、抓好风险防范和控制重点、建立投资人法律问题咨询和学习机制以及充分利用社会中介机构提供预警信息等可以有效加强中小企业设立过程中法律风险的防范工作。

关键词:中小企业;企业设立;法律风险;风险防范

中图分类号:F276.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-5420(2013)02-0057-06

一、问题的提出

改革开放以来,我国中小企业发展迅速,目前其数量已占企业总数的99%,创造的生产总值占全国总产值的60%^[1]。但中小企业大都受资金、人员的限制,规模较小,条件较差。近些年来,由于受国内外经济形势的影响,中小企业的生存环境日趋严峻,先前隐藏的各种法律风险凸显出来,成为中小企业生产经营中的隐患。其中,中小企业在设立过程中的不规范行为所引发的法律风险较为突出,成为影响企业健康运行的障碍,并可能导致公司成立后内部纠纷频频,甚至在公司成立过程中就产生了纠纷导致公司无法成立。如在全国中小企业数量最多的江苏省,中小企业已成为全省经济发展的重要力量,但中小企业大部分重诉讼轻预防,追求利润、忽视管理,企业设立过程中不

规范行为引发的法律风险占有较大比重,严重制约中小企业经济的健康发展^[2]。本文仅就中小企业设立过程中存在的法律风险作一初步探讨,以期对问题的解决有所裨益。

二、中小企业设立过程中存在的主要问题

中小企业设立过程中的问题,表现形式多种多样,但大多是由不规范行为引发的。由于中小企业经济发展历史较短,经验有限,加上企业人员素质普遍不高,导致企业设立过程中出现许多不规范的行为,进而引发诸多法律风险^[3]。目前我国中小企业设立过程中存在的问题,主要表现为以下几个方面:

1. 发起人不具有相应的法律资格

(1)投资者资格有限制。中小企业投资者资格限制主要包括:不具有完全民事行为能力

收稿日期:2012-12-12

作者简介:黄少彬(1959-),男,教授,主要研究方向为经济民商法。

张旭(1966-),男,副教授,主要研究方向为经济法。

牟艳华(1959-),女,副研究馆员,主要研究方向为图书情报。

基金项目:江苏技术师范学院2010年基金项目“江苏中小企业法律风险防范机制研究”(KYY10070)

的人;国家公务员;党政机关领导干部;警官、法官、检察官和商业银行工作人员。不具有完全民事行为能力的人由于其不能对自己行为的法律后果做出正确的判断,从而可能采取错误的行为而造成损失。国家公务员、党政机关领导干部、警官、法官、检察官参与经营活动,会影响公务的执行,也会造成新的不公平。而商业银行工作人员的介入,有可能对银行资金安全构成威胁,不利于企业之间的公平竞争。因上述原因,这些人不符合法律规定的投资资格。若投资者资格存在上述缺陷,工商行政管理部门也将不予进行企业登记,即使登记了也将被撤销,各种纷争也随即产生。因此投资人不具有相应的法律资格是产生法律风险的重要原因之一。

(2)个人信用有问题的人。这些人被锁入信用信息系统的“警示信息系统”,表明其信用存在严重问题,已不适合从事投资类的经营活动。市场经济是信用经济,如果一个人信用有问题,则其在市场交易中就有可能不遵守基本的商业规则,损害交易者的利益。根据我国现行有关法律规定,这些人在被锁入期间,其投资资格受到限制。被锁入“警示信息系统”的自然人,不能担任其他公司的新股东,也不能担任法定代表人、董事、监事、经理、分支机构负责人等。而有不少中小企业则对此认识不清,吸纳这些人参与企业投资,殊不知在企业设立过程中就有可能被有关部门叫停,发起人在处理先前为筹备企业成立所投入的资金时就可能发生各种纠纷。

2. 发起人的实际出资不足

一是资产评估报告失实,对于非货币财产出资的评估,严重背离其真正价值。根据公司法的规定,有限责任公司应有最低注册资本,才能获得开展经营活动的资格。但在实践中,一些发起人为了获得有关部门的核准,故意减少企业设立中自己必须承担的出资义务,通过各种手段在资产评估报告中弄虚作假,故意高估其价值,造成出资不足,为企业设立和今后的稳健经营埋下隐患。

二是验资后抽逃出资。投资人由于受经济条件所限或出于其他方面的考虑,为了获得工

商部门的核准,取得企业营业资格,就通过借款或贷款的方式筹集资金。一旦企业通过了有关部门的验资,他们就将借来款项立即退还,人为造成企业的实际出资不足。而对那些已经作为出资办理了产权转移手续的实物或者各种权利,如工业产权、专利权、非专利技术、土地使用权等,则在企业通过验资后,就无偿或以不合理的低价转让给他人,实际也是人为减少了公司的注册资本,其直接后果是造成公司的出资不符合公司法和公司章程的要求,削弱了企业承担民事责任的能力,为法律风险的发生埋下伏笔。

3. 发起人制定的公司章程不严密

一是股东会、董事会、监事会、总经理的职责不明确。采用公司形式的中小企业,如果其公司章程中关于股东会、董事会、监事会、总经理的职责规定不明确,将导致公司治理结构不完善和运作不规范。根据公司法的规定,公司组织机构都有其明确的职责范围,如股东会是公司的最高权力机构,董事会为公司的经营决策机关,监事会是公司业务活动及会计事务的监督机构,总经理是公司业务执行的最高负责人。各机构的职责只有明确才能保证企业各项工作的正常运作,而在实践中有相当一部分中小企业由于种种原因不能很好地处理这些问题,违反公司法的做法十分普遍,超越职权的情况比较突出,给企业的管理带来许多问题,其中的一些问题就可能成为公司未来运作中的风险隐患。

二是股东会、董事会、监事会的会议制度与表决制度不规范。按照现行法律的规定,这些内容不能通过章程的形式随意改变。但除此之外,法律也规定,章程中一些内容也可以由发起人约定,以更符合投资人的需要。比如有限公司的表决制度,一般是按出资比例行使表决权,但也可以由发起人在章程中约定,也就是说也可以不按出资比例表决。由于这些可以约定的内容缺少应有的规范,因此互相掣肘、彼此矛盾的情况比较普遍,可能会给企业经营带来风险。

4. 发起人隐名投资引发问题

隐名股东是指与显名股东相对应的投资

人。显名股东是指记载于公司章程、股东名册以及工商登记资料上而没有实际出资的股东,而隐名股东不具备股东资格形式要件却是公司的实际出资人。这种出资人虽然向公司实际投资,但在公司章程、股东名册和工商登记等公示文件中并未记载其姓名。出现隐名股东的原因较为复杂,情况多种多样,如出资者为规避相关法律、法规禁止或限制性的规定而将自己的名字隐去;受法律对企业人数的限制,只能以隐名的方式隐蔽在一方合作者的背后;出资者为了保守个人隐私的需要,如不愿露富;在工商机关登记时少报或错报股东从而形成隐名投资;避开公司设立、变更等繁琐的登记手续等等^[4]。

隐名股东实际出资但在有关文件上并未有该股东身份的相关记载,是极易引起法律纠纷的。比如隐名股东与显名股东的股东资格之争,包括公司分红、股权转让、公司经营等双方权利义务享有与承担的纠纷;公司或股东与公司以外的第三方就股东资格发生纠纷,包括公司债权、债务纠纷和侵权纠纷等。

实践中,一些投资者以其他人名义对中小企业进行投资,这就必然导致公司登记材料中的投资者(显名投资者)与实际投资者不一致。若显名投资者、实际投资者及其他利益主体三方关系出现紧张时,就会导致公司经营、管理等方面出现种种问题,甚至会直接导致公司的解散。

三、中小企业设立中法律风险产生的原因

中小企业设立中的上述不规范行为,直接影响企业的设立效率,同时也必然给企业设立带来许多不确定的因素,有些甚至导致企业设立的失败。企业设立中产生的这些不规范的行为,究其原因主要来自诸如投资者文化素质偏低、投资者法律意识淡薄、投资者资金紧张等因素。正确认识这些原因,有助于减少或避免企业设立中不规范行为的产生,从而提高企业设立的质量^[5]。

1. 投资者文化素质偏低

从现有的一些统计资料来看,我国中小企

业投资者的文化素养偏低已是不争的事实。据调查,在我国不少地区的中小企业投资人中,具有大专以上学历者不足10%;具有高中或中专学历的不足30%;而初中及以下学历的人却占60%左右^[6]。大部分人没有经过系统的较高层次的学习。这样的文化结构,势必对他们的投资活动产生直接或间接的负面影响。

首先,文化素质偏低的投资者对投资活动中的风险问题不能有比较全面的认识。由于所受教育的程度较低,他们中的不少人对投资设立企业过程中可能出现的问题缺乏充分的思想准备,不少人都是遇到问题时临时抱佛脚,缺少事先周密的考虑。而设立企业是一项较为复杂的投资活动,需要对可能出现的各种问题做好应对预案,尤其对可能出现的各种法律风险要做好各种准备,防止风险的出现,出现风险也能将风险降到最低限度。

其次,由于受教育程度的限制,缺少专业的应对风险能力。企业设立中涉及许多复杂的问题,需要缜密思考、巧妙应对。如公司章程中涉及的股东权益有关内容的约定、公司股权结构的设置等问题就具有较强的专业性,需要投资者认真研究、妥善解决。一些中小企业投资者缺乏相关的专业知识,对企业设立中的问题把控不好、处置不当,往往会埋下许多风险隐患。

2. 投资者法律意识淡薄

由于受教育程度有限,文化素养普遍偏低,中小企业投资者法律知识欠缺,法律意识普遍淡薄,表现出对法律缺乏应有的认识,导致其不能依法办事。

首先表现为他们对法律的了解有限。他们中许多人觉得法律离自己很遥远,认为自己做的是合法生意,不偷也不抢,更不偷税漏税,没有意识到在公司设立中可能存在违背法律规定的行为。从有关调查情况来看,大部分中小企业投资者对法律问题漠不关心,甚至缺乏基本法律知识。在这种情况下,公司设立中忽视公司治理结构的设计乃至造成治理结构的失衡也是不可避免的事。法律意识淡薄是导致企业设立中各种法律风险产生的直接原因。

其次是不能严格依法办事。有些投资者对企业设立中的法律问题往往是一知半解,其中

有相当多的人一般都是凭经验办事。诸如对公司议事规则的拟定、股权结构的设计、股东权益的约定,一般都缺乏认真详细研究,往往是凭借常规经验操作,殊不知这样做的结果却忽略了自身的特点,制定的有关文件因为不符合本企业的实际情况而无法适用。由于对企业设立过程中的相关文件的重要性缺乏清醒的认识,因此不能按法律的有关规定严格依法行事。而在实践中这些由投资人约定的内容,由于随意性较大,极易出现纷争,为企业的成立和成立后的正常运作埋下风险隐患。

3. 中小投资者资金紧张

虽然近些年来,我国的中小企业发展迅速,但由于历史原因以及我国经济发展水平的不平衡,实际上我国大部分中小企业投资者仍处于创业阶段,其设立的企业规模有限,主要原因是投资者的资金规模有限,还没有资金实力扩大企业规模。

我国社会主义市场经济发展历史不长,投资者缺少必要的资本原始积累。虽然我国的改革开放已有30多年,但与发达国家相比仍然较短,市场经济还未得到充分发展。中小企业的投资者们也仍然缺乏较充裕的时间利用市场机制去完成资本的原始积累。一些人经过艰苦的努力,达到了创业的条件,但更多的人因不具备相应的条件而无法创立实体。在目前融资渠道不十分健全的情况下,中小企业资金紧张的状况将持续较长时间。对于中小企业投资者们来说,他们既缺少创办企业的经验,也缺少创办企业的资金。

我国中小企业投资者创业起点低,他们中的绝大部分经济状况不好。为了投资创业,筹集到设立企业法定的最低要求的资金已实属不易,再拿出更多的资金去从事企业设立中的其他活动更加吃力。设立企业是一项复杂的系统工程,其中涉及的许多问题专业性较强,因此在企业设立过程中他们很需要专业人士的指点。可是由于资金紧张,他们中很少有人去聘请律师等相关人员来代办企业设立中的事宜,而是自己亲自办理,虽然为此节省了部分资金,但由于缺少相关的专业知识,在具体办理过程中遇到许多困难,特别是由于不熟悉

企业设立的流程及相关规定,可能存在不规范操作,给企业今后的运作埋下了许多隐患,有些隐患就可能发展成法律风险。

四、防范中小企业设立过程中法律风险的策略

中小企业设立过程中法律风险的产生有多方面的原因,其中企业投资者法律知识欠缺、法律意识淡薄是出现诸多不规范情况的主要原因。这些不规范的行为给企业的设立和今后的运作埋下隐患,并可能成为今后法律风险产生的风险点。因此,应加强中小企业设立过程中的法律风险防范工作,减少和杜绝企业设立过程中的非规范行为^[7]。为此,应强化投资者风险意识,改善投资者的融资方式,拓宽融资渠道,建立企业设立过程中的法律问题咨询机制,充分利用社会中介机构提供预警信息^[8]。

1. 提高投资者的风险意识

从以往中小企业设立中存在的问题来看,有相当一部分风险是由于投资者风险意识淡薄所致。他们在投资办厂的过程中基本上没有风险意识,更少考虑风险发生的后果,从而导致各种风险的发生,影响企业的正常经营,有的甚至造成重大损失。因此提高投资者的风险意识,防患于未然是解决中小企业设立中发生风险的关键举措。要通过各种切实有效的途径提高中小企业投资者的风险意识,如相关部门可以通过举办企业投资人法律风险防范培训班的形式,组织中小企业投资人学习风险防范知识,提高风险防范意识;也可以由相关部门对中小企业投资人在设立企业的过程中做专项的指导,告知投资人企业设立过程中哪些地方容易出现风险,如何防范风险,以及风险一旦发生可以采取哪些措施进行补救,降低不利影响,减少风险发生造成的经济损失。

2. 拓宽投资者的融资渠道

由于受经济发展水平的制约,我国中小企业投资人的经济条件一般都不是很好,缺少资金是他们在创业阶段面临的共同问题。但目前可供他们融资的渠道并不畅通。融资困难,

增加了他们创业的艰辛,也是导致企业设立中出现众多不规范行为的深层次原因。因此解决中小企业的融资难问题,拓宽他们的融资渠道是减少或避免设厂过程中出现各种不规范行为的重要保证。随着国家近些年来对中小企业融资问题重视程度的提高,投资人的融资难问题将得到继续改善。在目前情况下,国家一方面应允许并鼓励建立和发展中小银行,另一方面应允许地下钱庄合法化和公开化,借以扩大民间融资中资金供给者的数量,为投资人融资创造一个宽松的外部环境。在目前的金融环境下,单靠大银行解决中小企业投资人融资的问题是不现实的,而中小金融机构则是投资人融资最理想的提供者。近几年在我国部分地区出现了许多地下钱庄或类似的民间集资和融资机构,虽然其运作还需要进一步规范,但大都建立了相对公平和守信的交易准则,取得了存款者和借贷者的信任和支持,承担起了资本市场的职责,尤其对以中小企业为主的民营经济的发展起到了极大的促进作用。

3. 抓好防范和控制重点

设立中的中小企业各不相同,情况千差万别,其风险也是各有特点,以各种不同的形式存在。因此抓好防范和控制工作是企业设立过程中的重要环节,应力争控制风险不发生或发生后能将其消弭在萌芽状态,不至于造成无法挽回的严重后果。为此应至少抓好以下两个方面的工作:一是风险的事先预防工作。对企业设立中的重要环节,如投资人出资情况、企业章程的拟定、投资人资格的审查、隐名投资人权利义务等问题,要重点关注,认真核查,谨慎处理,务必在这些环节上不留有瑕疵,不出现隐患,努力做好风险的防范工作。二是风险的控制。风险的事前预防、事中控制、事后补救三大机制中,风险的事前预防始终是第一位的,做好这项工作,可以收到事半功倍的效果。但当风险的事前预防失败时,针对企业设立过程中出资人出资不到位、章程约定条款引发的争议,如果能在第一时间采取适当的补救措施,控制事态的发展,就能有效降低风险造成的不利影响。如果风险发生造成了一定的经济损失,则需要启动事后补救机制,将风险

造成的损失降到最低。

4. 建立投资人法律问题咨询和学习机制

中小企业设立过程中出现的各种风险,虽然原因具有一定的复杂性,但中小企业投资者文化水平偏低、缺乏企业设立的基本知识是其中的基本原因。他们一般不懂法律对企业设立的要求,也不知道不规范的行为会产生什么样的不利后果。因此,由相关部门建立法律问题咨询机制,对设立中的企业及时提供相关的服务,为他们解释企业设立过程中遇到的各种实际问题,为他们出谋划策妥善处理这些问题,就显得非常有必要。

应由政府牵头,法律、工商、税务等有关部门参与建立常设机构,形成具体可行的工作机制。同时应建立投资人员的法律知识学习制度,真正把学法落到实处。逐步建立和完善企业投资人员学法用法考试考核机制和考核登记制度,把法律素质和依法经营的能力作为对企业投资人员的综合考核依据之一,促使其依法参与企业的设立工作,有助于规范企业设立过程中的行为,避免各种风险的发生。

5. 充分利用社会中介机构提供风险预警

预防企业设立过程中的法律风险,除了采取上述措施以外,还可以充分利用社会中介机构等社会资源,为企业提供预警信息,让投资人在设厂过程中就可以了解相关知识,提高辨别风险的能力,将可能出现的各种风险因素排除掉。如律师事务所、审计师事务所、会计师事务所等社会中介机构,由于拥有企业设立过程中的专业人才,在企业设立过程中可以为投资人把关号脉,提供风险防范的预警信息。有条件的投资人在设立企业过程中可以聘请他们担当顾问,代办或协助投资人办理相关事宜。一些地方的实践证明,他们不仅有较高的办事效率,更重要的是由他们办理的设厂手续,较少有风险发生。因此,充分利用社会中介机构等社会资源处理中小企业投资办厂的相关事宜,能收到比较好的办事效果。

五、结束语

随着我国中小企业经济的迅猛发展,企业数

量剧增,设立中的中小企业发生风险的情况会越来越多,情况也会越来越复杂,对此我们必须有足够的思想准备。有关部门应该采取切实有效的措施,认真做好企业的风险防范工作,减少或避免中小企业设立中各种风险的发生。毋庸置疑,中小企业设立过程中的法律风险防范是一项复杂的系统工程,需要相关部门协调一致,更需要投资人的通力配合才能把这项工作做好,从而促进我国中小企业经济的健康发展。

参考文献:

[1] 赵灵敏. 我国中小企业占企业总数 99% , 四成或将停产或倒闭[J]. 南风窗, 2011(13):31.

- [2] 吕景胜. 我国中小企业法律风险实证研究[J]. 中国软科学, 2007(5):105-106.
- [3] 企业设立过程中的法律风险与控制浅析[EB/OL]. [2012-10-15]. <http://www.hnqylawyer.com/qysl/ShowArticle.asp?ArticleID=1083>.
- [4] 王成勇, 陈广秀. 隐名股东之资格认定若干问题探析[J]. 法律适用, 2004(7):62-63.
- [5] 孙建新, 丁森红. 浅谈中小企业不规范财务管理行为[N]. 中国工商报, 2011-04-27.
- [6] 李耀辉, 李铁治. 中小企业人力资源危机防范对策分析[J]. 商场现代化, 2010(28):146-147.
- [7] 徐先明. 中小企业如何防范法律风险[J]. 人民论坛, 2011(2):72-73.
- [8] 陆静. 构建中小企业风险预警服务机制[N]. 青岛日报, 2012-11-18.

Legal risks and strategies in the process of establishing small and medium-sized enterprises

HUANG Shao-bin¹, ZHANG Xu¹, MU Yan-hua²

(1. School of Business, Jiang Su Technology Normal College, Changzhou 213001, China)
(2. Library, Jiang Su Technology Normal College, Changzhou 213001, China)

Abstract: There are certain legal risks in the process of establishing small and medium-sized enterprises (SME). The major problems are the lack of promoters' corresponding legal qualifications, insufficient actual investment, imprecise articles of association, and promoters' anonymous investment. The reasons include several parts: low education and weak legal consciousness of investors, shortage of fund, and financing difficulties. To solve these problems, strategies and countermeasures are suggested in the following five ways: to improve investors' risk awareness, to broaden the financing channels for SMEs, to strengthen risk prevention and control key problems, to establish a legal consulting and learning mechanism for investors, as well as to make full use of the social intermediary organizations to provide early warning information.

Key words: small and medium-sized enterprises; establishment of enterprise; legal risk; risk prevention

(责任编辑:张玉梅)