

[专论]

小微企业立法完善研究*

许晓琪 李建伟**

[摘要] 小微企业概念的提出,既是我国政府对于企业分类的认识深化的产物,也是对多年来的中小企业促进立法与政策进行必要调整的结果。国家立法与政策对于小微企业的最大制度支持,首先体现在提供多类型、有效率的、更具适应性的企业组织形式,供中小投资者选择适合自身的投资企业类型,其次是为小微企业提供对包括财税、金融、技术培训、社会服务等在内的多方面、多领域的倾斜扶持政策,为激励小微企业的健康发展提供制度上的保障。

[关键词] 小微企业 中小企业 企业组织形式 扶持政策 制度供给

自 1999 年我国《宪法修正案》将非公有制经济提升到社会主义市场经济的重要组成部分以来,我国非公有制经济进入快速发展轨道。进入 21 世纪后,无论是从私营企业户数还是从其注册资本额观察,均呈现迅速发展之态势,对国民经济的贡献日益重大。但另一方面,作为私营企业在数量上居于主导地位的小微企业的生存环境恶劣,在国家政策、法律层面长期遭受忽视乃至歧视。2011 年以来,基于各种原因,关于小微企业的立法及扶持政策陡然增多,中央政府层面、地方政府层面以及大型金融机构层面的层出不穷,成为 2011 年产业促进政策的亮点。与促进政策的迭出相较而言,关于

* 国家社科基金青年研究项目“政府规制公司法律问题研究”(08CFX027)阶段性成果,中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目阶段性成果。

** 作者单位:中国政法大学民商经济法学院商法研究所。

小微企业的理论探讨仍显不足,若无充分的理论研讨,关于小微企业的各项政策更有可能成为随意性极大的选择性决策,难以促进小微企业的长期性及可持续性发展。

一、小微企业的界定及其意义

(一) 小微企业的界定

企业分类的标准有很多,其中按照企业规模所进行的分类,有针对性地根据企业的不同类别实施不同的产业规制或者促进政策,美国、日本及欧盟等均将企业大致划分为大型、中型、小型和微型企业。这一分类大多基于资产总额、销售收入、职工人数这三个指标,有的国家还根据不同的产业特点而有不同的分类标准,但主要的分类标准基本一致。关于中小企业的定义,一般以企业的特征或数量为准则来界定,前者属于定性定义,后者为定量定义。定性定义较为准确地反映了中小企业的本质特征,定量定义是从某些指标的数量上来界定中小企业,可以较为直观地反映企业的经济实力。^①关于小微企业的定义,也是从定性和定量两个方面着眼。

定量。从定量的方面界定小微企业,主要指标有职工人数、销售额及资产总额等。职工人数能直接反映出企业规模的大小,同时这方面的数据较容易取得,也易于横向比较。销售额通过盈利能力的渠道也在一定程度上反映出企业规模,但由于销售额受经济景气程度及当时物价水平的直接影响,稳定性较差,不同行业的销售额亦有显著差别,不利于横向比较。资产总额则可以明显地反映出一个企业的生产能力,直观地透视出企业的规模,同时资产总额也易于进行评估,在很大程度上弥补了职工人数和销售额这两个指标的不足。当然,多数国家同时适用其中的两个指标或者三个指标,以求更大的科学性。

定性。从定性的方面界定小微企业更能反映出该类企业的本质特征,具有极强的稳定性。各国一般以企业所有权的集中程度、自主经营的程度、管理方式和它在本行业所处地位作为衡量标准,这其中包括:小微企业应当是由企业主独立所有和经营,通常存在于手工业、饮食饭店业、零售业、服务业等行业,所占市场份额较小,无法影响市场价格,只是价格的接受者;小微企业由企业主自己经营和决策,不受外界的控制,不是其他企业的附属机构;小微企业往往不具有成型的组织结构,个人对企业的影响非常直接和明

^① 郑之杰、吴振国、刘学信:《中小企业法研究》,法律出版社 2002 年版,第 2 页。

显。这些实质特点都是小微企业定性方面的表征,但由于比较抽象,无法作为政府制定小微企业促进政策的基础依据,而是学术理论研究的标准。即便像美国采取定性标准和定量标准相结合的方式界定企业类型,具体到各个行业又是以定量的标准进行企业类型的划分。

我国 2003 年颁布的《中小企业标准暂行规定》规定,企业分类参考的数据也是三个:企业职工人数、销售额、资产总额。如针对工业企业,中小型企业须符合职工人数 2000 人以下或销售额 3 亿元以下或资产总额 4 亿元以下;其中中型企业须同时满足职工人数 300 人及以上,销售额 3000 万元及以上,资产总额 4000 万元及以上;其余为小型企业。2003 年的这项规定并无微型企业这一类别,导致这类企业长期被忽视,得不到政府政策的合理倾斜,多年来政府给予中小企业的优惠政策实际上过度偏向于中型企业。

2011 年 6 月工业和信息化部等四部委联合发布《中小企业划型标准规定》。根据重新修订后的这一标准,中小企业划分为中型、小型、微型三种类型,具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标结合行业特点制定;涉及 84 个行业大类,362 个行业中类和 859 个行业小类,分别占大、中和小类的比重为 88.42%、91.41% 和 94.09%,涵盖了国民经济的主要行业,同时特别规定个体工商户和涉及标准行业外的其他行业都可参照执行。根据不同行业的特点,小微企业存在不同的分类标准。在工业方面,从业人员 20 人及以上,且营业收入 300 万元及以上的为小型企业;从业人员 20 人以下或营业收入 300 万元以下的为微型企业。在建筑业方面,营业收入 300 万元及以上,且资产总额 300 万元及以上的为小型企业;营业收入 300 万元以下或资产总额 300 万元以下的为微型企业。在租赁和商务服务业方面,从业人员 10 人及以上,且资产总额 100 万元及以上的为小型企业;从业人员 10 人以下或资产总额 100 万元以下的为微型企业。比之旧标准,新标准体现了政府在中小企业的产业促进政策实践中对中小企业分类认识的深化。

不同行业的企业在日常营业中对从业人员、营业收入及资产总额的要求各有不同,因此只能区分不同行业对中型、小型及微型企业进行合理的分类。每个国家都需要根据本国的实际情况制定一个合适的小企业界定标准,这一标准随时代而不断变动。如日本关于中小企业的定义在 1999 年的《日本中小企业基本法(修正案)》中得到修改,放宽了对注册资本和职工人数

的要求。^① 无论如何界定,政策的出发点是鉴于中小企业在市场竞争中是弱者,但在提供就业机会、创新和经济增长等方面有巨大作用,政府必须在政策上有所倾斜,要动员社会力量,采取具体措施,给予扶持。^② 某些国家采取定性和定量相结合的方法区分企业类型,但在具体实施上仍以定量为准则。我国的现状是采取单一的定量标准进行企业划型,据此,我国的小微企业,就是指符合我国《中小企业划型标准规定》的小微企业及微型企业标准的企业。

(二) 小微企业与中小企业的概念区别

在我国,多年以来,学术界一直倡议增加微型企业这一类别,把雇员在 10 人以下的企业从中小企业中分离出来加以研究。^③ “小微企业”这一概念由政府提出及在相关规章的使用,表明政府对企业类型划分及其意义的认识更加深化。小微企业与中小企业存在很大程度的概念关联,可以认为,小微企业就是中小企业概念中的“小企业”的细化,是为解决产业促进政策实际运行中的偏向而提出的。

首先,小微企业与原中小企业在定量的意义上存在区别。以工业企业为例,原中小型工业企业须符合以下条件:职工人数 2000 人以下,或销售额 30 000 万元以下,或资产总额为 40 000 万元以下。而按照新的《中小企业划型标准规定》,从业人员 20 人至 300 人,且营业收入 300 万元至 2000 万元的为小型企业;从业人员 20 人以下或营业收入 300 万元以下的为微型企业。可见,从定量的意义上很容易将小微企业与原中小企业进行区分。从中也不难看出,原中小企业的概念过于笼统而又模糊,涵盖量太大,同属于这一概念外延之下的不同企业之间在企业职工人数、销售额、资产总额等核心指标上的差异过大,这就大大影响了概念本身的科学性。

其次,小微企业与原中小企业的概念相比更臻精确,有助于提高国家产业促进政策的针对性。^④ 按照原来的企业划型标准,经常出现职工人数、销售额及资产总额三个指标之间互相矛盾而无法将某一特定企业进行归类的情况,故而仅能用“中小企业”这一笼统而又模糊的概念来回避类似的问题,

① 参见《日本中小企业基本法》第 2 条的规定,载 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S38/S38H0154.html>, 2012 年 1 月 6 日访问。国内有关论著还在采用修正前的标准,是不准确的,如沈木珠等编著:《经济法要论》,中国检察出版社 2008 年版,第 436~437 页。

② 郑之杰、吴振国、刘学信:《中小企业法研究》,法律出版社 2002 年版,第 9 页。

③ 陈剑林:《微型企业理论研究综述》,载《井冈山大学学报》(社科版)2010 年第 6 期。

④ 林汉川、魏中奇:《中小企业的界定与评价》,载《中国工业经济》2000 年第 7 期。

导致实践中政策的偏向,以至名为中小企业促进政策,实为中型企业促进政策,小企业往往难以得到财政补贴、金融扶持、社会服务等各类促进政策的实惠。为解决政策实施过程中遭遇的难题,《中小企业划型标准规定》将原小企业细致化,将“小微企业”的概念从原中小企业中分离出来,并在国家、地方各个层面出台针对小型企业和微型企业的促进政策,成为制定相关法律、政策不可缺少的一个基础性概念。

(三) 小微企业概念提出的意义

小微企业的概念在其他国家、地区早已存在并受到重视,也受到立法的特殊“关照”。自1999年以来,APEC连续多年将微型企业的发展作为重要议题,并将2002年定为“微型企业年”。但微型企业的概念在我国长期以来未能成为一个法律概念,致使其得不到产业促进类立法与政策的惠顾。随着我国社会经济的发展,小微企业在社会经济生活中的作用日益显著,国家立法与政策层面也日益认识到小微企业的特殊价值与作用,并最终通过《中小企业划型标准规定》将微型企业独立出来。将微型企业从小企业中单独区分出来,使原“中小企业”的概念精确化为中型、小型及微型企业三种类型,无论对于法律规范、政策实施还是理论研究均具有重要意义。首先,在此前的分类中仅有大型、中型和小型,没有微型企业,与国际上的惯常做法不尽一致,从而导致对等研究其他国家促进中小微型企业的立法、政策的困难,也使得相关政策研究缺乏说服力与适应性。其次,精准的中小企业类别划分有助于提高产业促进法在实施方面的针对性与实效性。我国企业众多,财政资源有限,对中小企业作进一步的细分,将微型企业从中小企业单独区分出来,作为其他各项产业政策法及产业促进法制定和实施的基础,有助于提高各级政府对小型、微型企业的重视,将更多的财政资源分配到急需政策扶持的企业上,对于财政资源的有效配置、政策执行的降低成本将产生莫大的助益。最后,原有的中小企业划型标准明显过高,^①与美国、日本等发达国家相比,标准跨度过大,有些在我国被划分为小企业的企业在其他国家、地区已是中型企业甚至是大型企业,这导致针对中小企业的产业促进法律、政策的实效大打折扣,无法对小微企业实施有针对性的产业促进政策。新的划型标准将微型企业独立出来,并且在划分标准上与其他国家在很大程

^① 中小型工业企业须符合以下条件:职工人数2000人以下,或销售额30000万元以下,或资产总额为40000万元以下。其中,中型企业须同时满足职工人数300人及以上,销售额3000万元及以上,资产总额4000万元及以上;其余为小型企业。

度上保持了一致,有利于提高政策执行的效率,也有助于加强中小企业的基础数据统计,为政府的相关决策提供科学依据。

二、小微企业的组织特征

“小微企业”是小型企业及微型企业的统称,这类企业在规模大小、经济功能、组织结构等方面极为相似,这也使政府能够在产业促进立法、政策上往往将小微企业并列。考察现实经济生活中的小微企业,一般具有如下几个特征:

1. 规模很小。小微企业在实践中一般表现为小作坊、小店铺等较小的工业、商业和住宿餐饮等服务行业。尽管小微企业由于行业不同而有不同的规模,但都较小,无论从资产总额、营业收入还是职工人数均是如此。小微企业的职工人数从几人到几十人不等,有可能甚至仅有一人。在企业资产方面,小微企业的固定资产较少,使用家庭生活用品用具的情况较为普遍。在营业收入方面,不排除部分小微企业有较高的资产利润率,但一般而言,小微企业的营业收入在抵补生产成本、营业费用后仅有少量盈余,能够扩大再生产或者扩展企业规模的实为少数,这也与小微企业在很大程度上承担解决贫困、缓解就业的功能是一致的。微型企业的存在与发展,能够为人们提供机会,使人们过上人性的、而非蚂蚁般的生活。^①

2. 管理架构简单。加拿大小企业秘书局给小企业下的定义是:独立所有,并无大公司管理结构特征的企业。^② 小微企业具有管理架构简单的法律特征。在我国,小微企业的主要法律形式是个人独资企业、合伙企业等。根据《中小企业划型标准规定》第6条的规定个体工商户参照本规定进行划型,因此,个体工商户也可以划入小微企业的范畴,并且由于个体工商户的数量超过3000万户,它成为小微企业的主体部分。无论是个人独资企业、合伙企业,还是个体工商户,均不存在正式的组织形式以及管理架构安排,无需采用类似公司的治理结构。

3. “两权合一”的自主经营。20世纪30年代伯利与米恩斯在《现代公司与私有财产》中提出了“所有权与经营权分离”的命题,奠定了现代公司的治理理论。但在小微企业中,几乎不存在同样的问题,个人或者家庭自

^① 郑春荣:《中小企业:德国社会市场经济的支柱》,上海财经大学出版社2003年版,第78页。

^② 郑之杰、吴振国、刘学信:《中小企业法研究》,法律出版社2002年版,第8页。

主经营为小微企业的常态。所有权与经营权不相分离,经营者直接接触工人。当然,也有部分小微企业采取有限公司或者股份公司的法律形式,但这类公司的组织结构也较为简单,出资者直接负责公司的日常生产经营,较少出现复杂的现代公司利益冲突治理问题,更多地则是家族企业治理困境。

4. 产品、服务单一,市场狭小。在激烈的市场竞争中,大型企业与小微企业占据市场的两端,大型企业拥有很高的市场占有率,出于规模经济的考虑,大型企业会极力扩张直到边际收益与边际成本相等。但在某些产业,规模经济并不明显,大型企业对此就不关注。著名管理学家迈克尔·波特指出,“零散产业的特殊结构意味着产业中有许多小型、私营企业。”在规模经济的领域,大型企业缺少经济动力进入,只能依靠小微企业提供这类市场所需的个性化的产品和服务。管理学上有一个著名的“利基市场战略”,指的是企业为了避免在市场上与强大的竞争对手发生正面冲突,而选取被大型企业忽略的、需求尚未得到满足、有获利基础的小市场作为其目标市场的营销战略。小微企业的生存机理正在于经济中存在“利基市场”,它们能够通过专业化、个性化的生产而在市场上顽强地存续下去。高度的产品差异化可以为创建小微企业提供广泛的产品特色选择范围,小微企业便不必面对面与大中型企业展开直接竞争,可充分发挥机制灵活、市场适应性强、行动快捷等特点,灵敏迅捷地寻找市场的“缝隙”。^①

三、小微企业的组织形式选择及制度供给需求

1973年英国经济学家舒马赫就曾在其著作《小的是美好的》中强调企业并非越大越好,小企业拥有自己独特的优势。未来学家托夫勒在《第三次浪潮》中指出20世纪50年代高新技术革命浪潮兴起后,“小才是好,小才是美,小才具有活力和竞争力”成为了当时社会的普遍观念。^②主要市场经济国家在国民经济发展过程中都非常重视中小企业的发展,意识到“蚂蚁雄兵”般的中小、小微企业对国民经济的重要性,^③正所谓“泰山不拒细壤,故能成其高;江海不择细流,故能就其深。”各国立法者都将企业立法的目光转向小微企业,持续提供立法制度供给扶持小微企业的持续发展。

① 蔡翔、宋瑞敏、蒋志兵:《微型企业的内涵及其理论基础》,载《当代财经》2005年第12期。

② 吴敬琏:《当代中国经济改革教程》,上海远东出版社2010年版,第166页。

③ “美国的中小企业占企业总数的99%以上,欧盟与日本均为99.8%。”焦富民、陈承堂:《中小企业发展法理:规范框架与实证分析》,社会科学文献出版社2007年版,第20页。

法律与经济之间存在互动关系,经济发展的需求会促使法律制度的进化,而法律制度的有效供给也会反过来推动经济发展。特别是作为市场经济法律体系核心的企业法,具有更明显的经济目标,国家通过企业立法提供有效率的企业组织形式,让经济目的不同、投资能力各异各类主体选择适合自身的个性化企业组织形式,使之对投资形式、组织管控、责任承担等法律事项形成合理的预期,能够为社会投资力量的释放提供制度上的保障。

新制度经济学认为,制度是一系列制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范,它旨在约束追求主体福利或效用最大化利益的个人行为,制度供给则是创新和维持一种制度的能力。^①在现代市场经济中,无论宏观性的宪法制度,还是微观性的企业组织形式,国家均在制度供给中处于垄断性的地位,为市民社会的经济活动提供适宜的制度安排应是国家经济职能的应有之义。^②制度供给并非简单的立法想象,而是根源于社会经济力量对制度的强烈需求。它取决于社会中各阶层、团体之间利益与力量之间的博弈,没有制度变迁的需求,制度供给就缺少了动力,制度供给总是遵循着“需求——供给”的规律。

小微企业几乎都是私有企业,私有企业要获得稳定、持续的发展,必须依靠法律这一市场秩序的建立者和维护者。各私有主体的投资规模、经营管理水平各不相同,只有从法律上提供形式多样的企业组织形式,使私人投资主体在衡量资金实力、组织架构、责任承担、税负轻重等各种因素后自由选择多样化的组织形式,才能更好地促进小微企业的发展,让一切创造社会财富的源泉充分涌流。一个国家的企业立法,一般都设计多类型、各具特点的企业组织形式,供投资者根据自己的需要加以选择。^③按照我国企业法律制度的规定,并结合小微企业的资本、投资人等约束条件来看,适合小微企业的组织形式主要有四种。

1. 个体工商户。作为我国的独特商主体,个体工商户是我国居民以个人、家庭财产作为营业资本,依法经核准登记后从事经营的个人或家庭。在法律上,个体工商户主要以个人劳动为基础,多是纯粹通过个体劳动维持的生存型创业。在理论上,个体工商户是否是企业尚存广泛的争议,“户”是我国特有的概念,从严格意义上说,这种家庭形式的经营模式与企业这种组

① [美] 诺斯:《经济变更中的结构与变迁》,三联书店 1994 年版,第 225 页。

② 张宏、赵金锁:《国家的制度供给模型》,载《甘肃社会科学》2007 年第 1 期。

③ 刘瑞复:《企业法学通论》,北京大学出版社 2005 年版,第 134 页。

组织化的结构并不相同,但在我国现实的经济环境下,个体工商户确为自然人从事个体经营的主要法律形式,目前个体工商户的数量已超过 3000 万户,对我国经济发展、缓解就业、解决贫困问题都起到重大作用。2011 年 6 月新颁布的《中小企业划型标准规定》第 6 条规定,本规定适用于在中华人民共和国境内依法设立各类所有制和各种组织形式的企业。个体工商户和本规定以外的行业,参照本规定进行划型。因此,从小微企业的产业促进立法意义出发,个体工商户是小微企业可选择的一种组织形式,并且是目前最为主要的组织形式,国家也已在法律、政策操作的实际层面上承认了这一事实。

2. 个人独资企业。个人独资企业是自然人从事营业活动最为古老的法律形式之一,由于其对于个性解放、自我实现的价值作用,即便在高度市场化的经济环境里,它仍具有广泛存在的空间。个人独资企业设立过程简单,设立费用较低,业主对企业的日常经营拥有直接的控制权,当然,业主要对个人独资企业的债务承担无限责任。目前我国的个人独资企业有几十万户之多,基本上都是小微企业。

3. 合伙企业。我国的合伙企业分为普通合伙、特殊的普通合伙以及有限合伙三种组织形式,特殊的普通合伙主要由会计师事务所、律师事务所等专业服务机构采用,有限合伙则主要由私募股权投资基金、风险投资基金等投资机构采用。采用这两类组织形式的主体大多资金规模雄厚,营利能力很强,与小微企业多为个人创业者创办、解决生存、贫困问题不相适应,因此,实践中,采用合伙企业这种组织形式的小微企业主要为普通合伙。

4. 有限公司。从有限公司最初的制度设计目的观察,这种组织形式正是为了给中小企业提供合适的制度选择。有限公司具有有限责任的优势,并且治理结构相对比较规范,适合已具有一定规模的小微企业采用。《公司法》仅要求有限公司的最低注册资本额为 3 万元或者 10 万元(一人有限公司),较低的资本要求使得绝大多数普通民众能够自如选择此组织形式。

5. 股份有限公司。现代意义的股份有限公司适应了大规模的工业化发展,在融资方面具有极大的优势,这一组织形式主要为大型企业采用,它要求较高的运行成本支出、规范的治理结构与较高的资金(《公司法》要求股份有限公司的最低注册资本额为 500 万元),这些都是生存型的小微企业难以具备的。当然,从我国《中小企业划型标准规定》来看,资产总额在 300 万元与 5000 万元之间的建筑业企业、资产总额在 2000 万元与 5000 万元之间的房地产开发经营企业为小型企业,有可能有极少数的这两类企业采用股

份有限公司形式。

上述几类企业组织形式,是我国现行企业立法框架为小微企业提供的制度选择,这些组织形式在运营风险、责任承担等方面各有优劣势,但在现实中,各地政府出台的小微企业促进政策却并未完全照顾到不同的企业组织形式的需求。对比各地方政府新近制定的小微企业促进政策,重庆市的探索值得注意。该地区在一定程度上已经形成制度化的扶持政策,小微企业的发展进入常态化轨道,但是从《重庆市微型企业创业申请书》的填列内容看,它要求组织形式只能从有限责任公司、合伙企业和个人独资企业中选择其一。^①但个体工商户才是自然人最倾向于选择的组织形式,事实上,个体工商户的数量在实体经济中占据了最大的比重,若及时将个体工商户纳入中小企业促进政策的对象,将使普通民众极大受益。近期有学者呼吁直接放开小微企业的认定标准,将登记注册的个体工商户与家庭果园也列入其中,享受到小微企业的各种政策优待。^②

此外,仍需考虑立法提供的几种企业组织形式选择是否足够,是否能够满足投资主体的创业需要。在企业法中,有限责任与双重纳税往往同时并存,这也使得小微企业的投资者在规避税收负担的同时错失选择公司这一现代组织形式的机会。美国则通过创设特殊的企业类型为小微企业提供更多的选择,极大促进了国民财富的创造。比如,适用美国国内《税收法典》“S”章的公司被称为“S公司”,它的特点是公司所得仅通过股东所得纳税,即只有股东才负担所得税纳税义务,避免了双重征税,当然“S公司”资格的获得需满足不超过35名具有美国国籍的自然人股东等条件。此外,1996年通过了《美国统一有限责任企业法》,根据该法设立的有限责任企业(LLC)可以根据意愿选择是否承担无限责任,且享受合伙企业的税收待遇,不缴纳公司所得税,因此,LLC同时具备有限责任和单层所得税的优点,被小微企业广泛采纳。美国企业组织形态的最新立法发展,表明了这个世界上最发达的国家对于制度供给的重视程度,从不吝啬提供能够促进经济发展的立法资源。在美国,人们普遍把创立小微企业看成是提高自身的社会经济地

^① 参见《重庆市微型企业创业申请书》,网址:<http://www.cqwg.gov.cn/>,2011年12月30日访问。

^② 参见《全国政协委员厉以宁建议放开小微企业认定标准,个体户和家庭果园应算小微企业》,载《南方日报》2012年3月5日,A03版。

位的重要手段,小微企业成为年轻人“个人表演”、施展个人价值的舞台。^①德国人认为,一个国家自主创业的人员越多,则人的自我发展和自我完善的机遇也就越高,就越容易培养一批成功的企业家。^②我国作为新兴的市场经济国家,理当注意汲取美国、德国立法的经验,通过制度创新,创造多样化的企业组织形式供小微企业选择,充分发挥社会财富和民众智识的潜力,如此方能为国民经济的持续稳定发展提供广阔的空间。

四、促进小微企业发展的特殊倾斜政策安排

小微企业这一概念的提出,就是为了更有针对性地实施特殊倾斜政策,2003年施行的《中小企业促进法》在此方面先行一步,从资金支持、创业扶持、技术创新、市场开拓、社会服务等诸多方面为中小企业的创立和发展创造有利的条件。但从该法的实施效果存在较为普遍的偏差,中小企业促进往往演变为中型企业促进,对小企业的扶持政策极为缺位。2011《中小企业划型标准规定》将微型企业从小企业中分离出来,有助于改变对于微型企业支持不力的局面。2011年10月12日国务院常务会议确定一系列支持小微企业发展的金融、财税政策措施,此后,各地方政府亦不断推出以小型企业、微型企业为扶持对象的促进措施。目前来看,对小微企业的特殊倾斜政策大致包括财税、金融、技术培训、社会服务等几个方面。

1. 财税政策。小微企业往往仅有微利,并非国家重点税源,所以需要财税政策的倾斜照顾。目前我国将小型微利企业减半征收企业所得税的政策延长至2015年底并扩大范围,对金融机构向小微企业的贷款合同在3年内的免征印花税,将金融机构中小企业贷款损失准备金税前扣除政策延长至2013年底,将符合条件的农村金融机构金融保险收入减按3%征收营业税的政策延长至2015年底。这些政策为小微企业减轻了税负,有利于其发展。但缺陷就在于政策的时限,小微企业可能由于时限要求而采取短期化的行为,既然促进小微企业的发展应当成为基本国策、国家战略,完全应该实行更具可持续发展策略的小微企业减免税收政策,以使小微企业的发展具有可持续性。此外,由于小微企业往往没有资质建账,税务机关对其采取核定征

^① 参见陈剑林、李朝晖:《我国中小企业研究理论中存在的偏差——兼论将微型企业从小企业中独立出来的意义》,载《南昌大学学报》(社科版)2007年第1期。

^② 郑春荣:《中小企业:德国市场经济的支柱》,上海财经大学出版社2003年版,第54页。

收方式征收所得税,在小微企业的所得税政策方面,应当允许核定征收小微企业享受税收优惠,降低应税所得率,^①以此鼓励更多的人创业。2003 年初施行的《中小企业促进法》第 12 条规定,国家设立中小企业发展基金,中小企业发展基金由下列资金组成:中央财政预算安排的扶持中小企业发展专项资金;基金收益;捐赠;其他资金。但时至今日 9 年过去了,中小企业发展基金仍未设立,政府需要言必信行必果,真诚扶持小微企业的发展。

2. 金融政策。小微企业融资难是全球性普遍问题,小微企业由于规模小,资产单一,担保物少,经营风险较大,几乎没有成形的财务报表,很难得到金融机构的贷款。从小微企业的角度看,虽然存在极大的资金支持需求,但存在贷款手续繁杂、贷款利息高、融资渠道少、为小微企业服务的小银行少等各种问题。^②这些矛盾只能通过金融机构的贷款创新机制获得解决。国务院要求银行业金融机构对小微企业贷款的增速不低于全部贷款平均增速,增量高于上年同期水平,对达到要求的小金融机构继续执行较低的存款准备金率;要求商业银行重点加大对单户授信 500 万元以下的小微企业的信贷支持。国家层面的扶持政策意图明显,但具体落实仍需金融机构创新针对小微企业的贷款机制。虽然金融机构难以通过财务报表数据分析小微企业的财务数据,但可以通过其他方式了解小微企业的资信状况,以考察其偿债能力来决定是否发放贷款。比如,小微企业在营业中产生的电费、水费、职工薪酬等非财务指标在一定程度上反映了该企业的营业状况,而这些数据可以通过政府相关部门获取。^③也可以通过与小微企业的交易往来考察小微企业的营业主信用状况、产品或服务的市场认可度、营业资产质量等,建立优质的小微企业客户名单。另外,还可以在传统担保模式下积极探索和创新供应链融资、浮动抵押、动产质押、权利质押等以往为金融机构较少触及的多样化的金融产品,进行金融服务的创新。^④

3. 创业扶持。小微企业是解决就业问题的主力军,因此扶持小微企业的创业活动是维护社会稳定的重要途径。《中小企业促进法》第三章“创业扶持”要求政府有关部门应当积极创造条件,提供必要的、相应的信息和

① 唐靖妮、黄朝晓、商琦:《扶持微型企业创业的税收政策:不足及改进》,载《广西经济管理干部学院学报》2010 年第 2 期。

② 何健聪:《小微企业融资问题实证分析》,载《辽宁经济》2011 年第 9 期。

③ 王国才:《先行先试:破解小微企业融资难题》,载《金融管理与研究》2010 年第 7 期。

④ 参见唐友伟:《供应链金融:小微企业成长“助推器”》,载《中国农村金融》2011 年第 19 期。

咨询服务,在城乡建设规划中根据中小企业发展的需要,合理安排必要的场地和设施,支持创办中小企业;失业人员、残疾人员创办中小企业的,所在地政府应当积极扶持,提供便利,加强指导。但多年来这些规定多数并未得到很好的落实,对此地方政府难辞其咎。2011年各级各地政府出台各种层面的小微企业扶持政策,整个社会环境形成了促进小微企业发展的氛围,扶持小微企业创业的政策实施状况有所改善。如重庆市政府出台的扶持政策,鼓励大中专毕业生、下岗失业人员、返乡农民工、残疾人等九类人群积极创业,提供包括注册资本金50%以内的补助、创业培训、税收扶持、融资担保扶持等,取得良好的效果。

4. 社会服务。小微企业多为贫困人员等社会弱势群体所创办,在市场信息、营销能力、投资融资、经营管理、法律意识等方面均较为欠缺或者处于劣势,政府相关部门有必要设立小微企业服务机构,为小微企业的经营者提供企业经营管理方面的知识,进行常规化的技术指导与培训,引导小微企业的良性发展。同时,政府应通过设立小微企业发展专项资金,补贴培训费用,积极鼓励小微企业的经营者参加相关的培训,提升其营运水平。此外,应发挥为微型企业服务的中介机构的作用,加强私营企业协会、个体工商户协会的服务功能。^①从过往的经验来看,《中小企业促进法》实施8年多来很多方面是被动的,应进一步提高主动实施法律的意识,从主动的角度积极地采取更多的措施。^②法律与政策不能只是被动的文本,针对小微企业的产业促进类法律、政策的实施尤其如此。鉴于小微企业所涉利益的广泛性、在社会经济发展战略的重要性,对小微企业的促进政策不应只是阶段性的运动性措施,而应当化为政府主动实施的常规制度,而这恰恰正是我国法律、政策实施常见的难点所在。

^① 王景峰、王佳锐:《我国微型企业存在问题与对策研究综述》,载《未来与发展》2011年第9期。

^② 全国人大常委会财经委员会法案室主任朱少平在第九届中小企业融资论坛上的讲话,2011年12月1日。

项目公司之诉若干法律问题探析

雷震*

专
论

近年来,日益增多的与项目公司有关的纠纷案件给法院的审判带来不少的压力。究其原因,不仅仅在于此类案件形式多样、所涉及的法律关系复杂、处理难度较大;更为突出的还在于,法官对此类案件较为陌生,既有的法律规定又较为原则,审判时缺乏明确具体的条文规范,造成司法实践中的诸多困难。鉴于此,本文意欲在现行的法律框架之下,从解释论之层面对项目公司审判实务中几个颇具代表性的问题进行法理剖析,探求司法裁判中解决相关纠纷之合理路径。

一、据以研究的案例

甲、乙、丙、丁在《共同开发××市房地产项目协议》(下简称《合作合同》)中约定四人分别出资 2500 万元,各占项目股份比例为 25%。随后,四人借用某房地产公司(乙系该公司的法定代表人)的名义以 5099.97 万元的价格竞得一块面积为 144.225 亩的国有土地使用权,甲出资 452 万元,乙出资 4647.97 万元。乙另与他人设立项目公司,承接了该项目的开发和经营。甲向法院提起诉讼,要求确认其享有 25% 的公司股权或 25% 的项目份额。

二、项目合作人未被登记为公司股东,是否已然丧失股东资格

由于土地资源的稀缺性、资本需求的密集性以及政府对开发资质管制的

* 作者单位:江西省宜春市中级人民法院。

严格性,使得土地、资金、资质^①成为我国房地产开发必备的三大要素。一般只能选择以合资、合作的方式进行房地产开发。房地产合作是一个长期的投资过程,始终存在着房屋不能建成的风险,这种风险非由一方当事人承担,而是由全体发起人共同承担。因此,“应探求订约当事人之意思表示及目的决定之。如其契约重在双方约定出资,以经营共同事业,自属合伙。倘契约着重在建筑商为地主完成一定之建屋工作后,接受报酬,则为承揽。如契约之目的,在于财产权之交换(即以屋易地)则为互易。”^②实践中,有的合作方基于自身管理经验、能力等方面的不足,不参与公司经营的,这也符合合同自由原则。既然如此,就应允许当事人在一个合同关系中同时设定多个民事权利义务关系,不能以《合作合同》约定合作一方只分享利润不承担风险为由,断然否定合作行为的性质,这有违当事人意思自治原则之嫌。^③从法律关系的整体性、全面性来考虑,《合作合同》无论表现形态如何,其实质均应属于合伙合同在房地产合作开发中的应用。^④各发起人^⑤签订的股东协议^⑥从性质上说属于民法中的合伙合同,所以发起人之间的关系是合伙关系,每个发起人都是发起人合伙中的成员,^⑦而且发起人之一必须具有房地产开发经营资质。

① 对开发经营房地产的资格问题,虽然目前法律和行政法规没有明确的限定,但根据现行立法精神和最高人民法院法发(1996)2号《最高人民法院关于审理〈房地产管理法〉施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》的规定及以往的判例,基本一致的观点是,房地产开发关系到国计民生和社会安全,作为一个特种行业,房地产开发经营应受到房地产市场准入许可限制,其经营者应是依照《城市房地产管理法》第29条规定设立的房地产开发企业法人,否则不得进行房地产开发经营。与此相应,对房地产开发经营的合作各方,也就必然要求至少其中一方必须具备房地产开发经营资格,否则,合作各方订立的房地产合作开发经营合同无效。参见韩延斌:《国有土地使用权出让、转让纠纷中的法律对策及其展望》,载奚晓明主编:《最高人民法院民事案件解析》,法律出版社2010年版,第567页。

② 詹森林:《民事法理与判决研究》,中国政法大学出版2002年版,第34页。

③ 参见韩延斌:《国有土地使用权出让、转让纠纷中的法律对策及其展望》,载奚晓明主编:《最高人民法院民事案件解析》,法律出版社2010年版,第567页。

④ 王振宏:《房地产合作开发中的“合同”与“公司”——对房地产合建纠纷若干问题的分析》,载《判解研究》2011年第3辑。

⑤ 《公司法解释(三)》第1条规定:为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人,应当认定为公司的发起人。笔者认为,以是否在公司章程上签章作为发起人的标准过于严格,应着眼于他们在公司设立活动中所起的作用。

⑥ 作为发起行为重要内容的股东协议,又称发起人协议、认股协议、公司设立协议、投资协议、项目合作协议等。

⑦ 奚晓明主编:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第31页。

项目公司作为因特定房地产开发项目设立的公司,它的存续期限与开发项目的存续期限一致,当房地产项目开发完成后,公司一般会随之解散注销;由于房地产项目的前期工作较多,特别是在土地竞买时,由具有房地产开发资质的合作人对外签订土地成交确认书;项目公司成立后,再由合作人和项目公司一起向项目所在地的土地交易中心出具函告,由项目公司承接该地块上的权利义务,并与项目所在地的国土部门签订《国有土地使用权出让合同》。同时,项目公司又是依据《合作合同》设立的,项目公司往往与《合作合同》存在一定程度上的依附性;所以,《合作合同》是确立项目公司运作准则的基础。项目公司成立后,一般情况下发起人均应转化为公司股东,《合作合同》实质上应转变为股东协议,对项目公司具有拘束力。但是,项目公司作为独立的法人,已经依法登记,为保护第三人利益,项目公司在运作中必须遵循公司法的强行性规范。即使存在重大瑕疵,也不能以《合作合同》不成立或无效来否定项目公司的法人人格。

在公司设立三要件中,股东协议属发起行为,公司章程属设立行为,登记公告属成立行为。工商登记并非设权性登记,而是宣示性登记,对善意第三人具有证权功能。^① 不能因为工商登记记载的形式要件不一致就否认当事人的实体权利,这有违实质公平正义的司法原则。对权利的认定,应当从法律关系的实质上去考量。股东之所以能够成为股东,从根本上就源于其对公司的出资,形式要件只是实质要件的外在表现,或者说是股东出资事实的一种记载和证明。当然,股东协议的终极目标是成立公司,对公司进行经营管理,最终实现公司股东的权能,根据合同相对性原理,它只能对缔约当事人产生法律约束力,不能对未来公司章程中所表彰的显名股东产生法律约束力,公司设立前的公司章程具有合同的法律性质。《公司法》第 11 条规定:设立公司必须依法制定公司章程。换言之,公司章程是公司成立的必备文件,也是公司行为的基本准则,还是公司对外的信誉证明,更是第三者了解公司组织和财产状况的重要法律文件。公司章程约束的是签署股东和公司以及未曾签署的董事、监事等,公司成立后的公司章程具有法律规范^②的性质。因此,公司成立之后,股东协议并不被公司章程当然所取代,在没有被

① 赵晖、赵艳洁:《挂名股东与隐名股东的股权之争》,载《江苏经济报》2003 年 5 月 21 日。

② 在个案适用中,法官可以把公司章程当法律规范直接引用,无需当事人再举证证明签署公司章程的公司是否具有行为能力(主体障碍),章程是否为当事人真实的意思表示(主观障碍),章程内容是否符合法律规范要求(效力障碍)等。

修改、变更、解除之前，股东协议的效力并不自然终止，相反，它与公司章程一同客观存在，各自发挥着不同的法律作用。在个案诉讼中，股东协议与公司章程具有不同的证明对象，不存在以哪个为准的问题。^①

问题之一是，合作人未将发起人登记为公司股东，是否已然丧失股东资格？笔者认为，应允许当事人享有更多的救济途径。如其选择确认股东资格的，法院可确认侵权方构成违约或侵权，判令其在确定的期限内办理登记手续。侵权方怠于或不履行该义务，则由本应获得股权的当事人凭判决书及有关出资证明办理登记手续。如果工商部门不予批准的话，还可以退而求其次，另行起诉请求侵权方承担因欺诈行为所致的损失；也可以请求违约方承担违约责任，包括解除合同、返还投资款并赔偿损失；两者构成责任竞合，受害人可择一行使，这样就拓宽了对受害人的救济途径。^②

在上文案例中，甲、乙、丙、丁四人签订的《合作合同》不违反法律、行政法规的禁止性规定，应当认定为有效。乙在办理公司的登记时，避开发起人甲、丙、丁三人，与他人另设项目公司，从《合作合同》项下乙方义务的履行角度来看，乙的行为已构成违约，其与他人设立的项目公司不能视为对《合作合同》的全部履行。因乙的原因，发起人甲未能转化为公司股东，《合作合同》系股东协议，自然不应被公司章程所取代，其效力并不当然终止，甲可以向法院请求确认其股东资格。

三、项目合作人未足额出资，是否已然被项目公司除名

由于团体是为团体成员的共同目的而建立和存续的，因此在共同目的实现之前，团体不得随意解散。若允许成员的随意退出，必定会有损团体共同意志的达成，并且这种行为难免有背信弃义之嫌，为公众所不齿；而成员一旦加入便永不允许其退出，必定会极大束缚人身自由，肯定为公众所不能接受。罗马法谚有云：“无论何人不负违反其个人之意思，留于团体中之义务。”此项原则实属正确。为使团体能继续维持下去，防止团体走向解散，在保障个人退出自由的同时，在特定情形下，可以剥夺个人继续留在团体中的权利，这就是团体有权经过一定的程序将某些团员开除。此种条件与程序，依私法自治亦应当由团体成员共同商定，而且同样不能排除法律就某种

^① 陈界融：《股东协议与公司章程若干法律问题比较研究》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版）2007年第3期。

^② 刘贵祥：《外商投资企业纠纷若干疑难问题研究》，载《法律适用》2010年第1期。