

徒增的商事成本

——法律及管制如何影响企业设立（行为）？

蒋大兴

摘要 在全球社会，竞争性的商事制度要求企业能以更为有效的方式设立，也要求进一步降低企业行为成本。商事制度的改革须立足于此，进而反思哪些管制有助于增进效率，以及哪些管制阻碍了企业效率。透过对公司住所、名称及证照制度的观察可以发现，增加商事成本的管制之形成过程是复杂的——一些管制可能是法律不当强加的；另一些管制则可能是在法律执行过程中，基于部门或政府利益而强加的。因此，商事制度的改革不仅要去除不当的法律管制，还要去除附加的政府管制。按照“法治思维的逻辑”，我们首先需要去除的可能是“非法律的管制”，其次才是“不当的法律管制”。

关键词 公司 商事 法律 管制 成本

作者蒋大兴，法学博士，北京大学法学院教授。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2016.01.005

凯斯·R·孙斯坦认为，严厉的规范标准不仅会造成规制过度，而且还会造成规制不足。^①因此，“特别强硬的法律控制通常对私有市场产生的规范效应太小”，^②走向管制放松似乎成为必然。在我国，最近推行的一系列有关松绑公司注册资本、简化商事注册程序、建立企业信息公示平台、设立自贸区等“简政放权”的改革措施，也确实强化了市场配置资源的能力，使企业设立及运营成本大大节省，改革绩效得到凸显。^③虽然我国目前商事企业的设立效率已经得到了很大的改善，但商事制度本身是一个体系化的结构，商事成本的节省涉及方方面面。在现行商事制度的诸环节中，还存在大量徒增商事成本的制度和管制。若改革不从整体上斟酌商事成本的削减，将难以得到“最

* 本文系国家社会科学基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制”（编号：14ZDC019）、国家工商行政管理总局商事登记制度改革——“‘三证合一’对国家经济发展的功能及意义”（2015）及国家语委“十二五”科研规划2015年度科研项目“企业名称用语用字研究”的阶段成果。感谢北京大学法学院博士生金晓文、唐夕雅，硕士生申一鸣为本文企业名称所涉比较法部分，收集了一些法规资料。

① 参见[美]凯斯·R·孙斯坦：《自由市场与社会正义》，金朝武、胡爱平、乔聪启译，中国政法大学出版社2002年版，第373页。

② 同注①，第367页。

③ 参见张钧、孟令兵、王文郁：《注册资本认缴制激发自主创业活力》，载《中国消费者报》，2014年2月19日；王菲等：《创业准入“零门槛” 注册资本“认缴制”——工商注册资本登记制度改革激发我区市场主体活力》，载《西藏日报（汉）》，2014年5月7日。

— 72 —

优改进”。因此，本文拟坚持“系统性成本控制”的逻辑，从公司住所、公司名称管制及营业执照、税务登记证、组织机构代码证“三证合一”的改革困境等方面，体系化地观察法律及政府管制是如何影响现代企业的设立（行为）成本的。

一、公司住所、人力与管制成本

在融资渠道不畅的情况下，过高的公司住所^④及人力成本，是公司设立及运营的真正障碍——这也是可能进一步释放商业社会活力之所在。但今天的商事登记制度改革并未将焦点或重心置于此处，有必要进一步推进改革。

（一）公司设立运营的真实障碍：高昂的住所及人力成本

在公司资本认缴制改革前后，除少数学者提出资产信用的观念外，^⑤ 很多人都在期待、关注或褒扬公司资本制度改革对企业实践的意义。^⑥ 其实，在2005年《公司法》实行分期缴纳制后，法定最低注册资本对企业设立者而言，已非重大障碍。以自然人股东为例，最低注册资本3万元，在当前工资水平下，并无太大压力。

可是，为何在实务中投资者还是觉得公司设立存在困难？在我看来，就公司设立成本而言，真正可能成为障碍的不是注册资本的法定要求，而是租赁企业住所时所需支出的高额住所成本，以及在劳动者保护不断升级强化时，聘用员工所需支出的高额人力成本。至于税收，多与营业收入有关，在企业有收入时，也多半能承受。因此，在设立成本中可暂不考虑。可见，若不降低住所及人力成本，投资者若无雄厚的资金实力或融资能力，根本不可能承担公司设立后的运营成本。所以，实质阻碍中国公司发展的不是最低注册资本的法定要求，而是高昂的公司住所及人力成本。法律需从这一角度着力去除多余管制，才能使投资者获得更大改革红利。

（二）降低成本的措施：推进住所开放及雇员公聘改革

鉴于住所及雇员成本对公司设立及运营构成了实质障碍，国家需进一步推动公司住所登记及雇员聘用管制改革。

1. 住所开放：居民住宅注册及企业托管（集群注册）

我国《公司法》规定，公司设立时要有住所，公司以其主要办事机构所在地为住所。^⑦ 至于该住所具体如何构成，是否仅限于商业用房或办公房，以及如何确定主要办事机构，法律并无明确要求。《公司登记管理条例》则进一步明确，公司只能有一个住所，应位于公司登记机关辖区内，且

^④ 本文所谓住所是从广义而言的，非仅指法定住所，还包括营业场所，下同。

^⑤ 参见赵旭东：《从资本信用到资产信用》，《法学研究》2003年第5期，第120-123页。

^⑥ 关于公司资本制度改革的文献，可参见傅穹：《公司三大资本制模式之比较及我国公司资本制的定位》，《法商研究》2004年第1期，第3-6页；郭富青：《公司资本制度：设计理念与功能的变革——我国公司资本制度立法观念的转变与路径选择》，《法商研究》2004年第1期，第7-10页；朱慈蕴：《法定最低资本额制度与公司资本充实》，《法商研究》2004年第1期，第17-19页；刘永光：《日本公司资本制度改革的立法实践及其对我国的启示》，《法商研究》2004年第1期，第30-32页；陈甦：《资本信用与资产信用的学说分析及规范分野》，《环球法律评论》2015年第1期，第41-54页。

^⑦ 参见《公司法》第23条、第76条、第10条。

需提交住所证明。在实务中,“住所证明”又被进一步确定、物化为“房屋使用权证明”。很显然,从法律到行政法规均未明确排除“居民住宅”成为公司住所之可能。但在公司登记实践中,“住所使用证明”多被限定为“办公”或“商业”用房之使用证明,禁止或限制以非商业、非办公用途之住宅作为公司住所。

这种“实务限制”可能是因为居民住宅用于商业注册,会影响小区生活安宁。事实上,在《物权法》上,需经“有利害关系的业主同意”,方能将住宅变为营业性用房,予以登记注册。登记机关也严格执行着这一程序,^⑧但上述“业主同意”并不容易获得。^⑨居住于该社区之业主,可能不希望将小区变成商业或办公场所。也许正是考虑到此种住宅类型之复杂性,国务院将该问题交由地方处理,由各地视情况开放居民住宅的公司注册。^⑩由此,造成各地在公司住所开放方面推进节奏不一。可见,依托地方政府处理公司住所登记之松绑问题,非常困难。因此,如何开放居民住宅之工商注册,应由国家(国务院或国家工商行政管理总局)统一制定微观政策,规范推进,不能简单交由地方“自治了之”。近年来,法国等国家也在公司住所登记方面予以开放。例如,实行在线注册制度,等等。^⑪住所登记改革已成为全球商业登记制度竞争的重要环节。

笔者认为,在制定统一政策、开放住宅注册时,至少有以下两种改革策略可供选择,以兼顾小区业主利益及投资者商业利益之平衡:

其一,实行“一照多址”,^⑫即,一个企业或一个营业执照上可以有多个地址。将商业注册地与营业地分开,允许居民住宅用于商业注册,但限制将其用作营业地。这是因为,企业注册地与营业地存在功能差异,注册地主要用于联系所需,而营业地主要用于营业(生产经营)所需。商业注册地之功能主要是便于企业接收信件、联系投资人,由于现代电子化技术日趋发达,实体住所作为信件接收场所的功能早已淡化,企业联系方式实现了“从物理住所到虚拟住所或自然人”的转变。因此,在未来工商登记改革中,应采提供自然人联系方式或公司电子邮箱的方式来确保企业联系渠道畅通。例如,可修改立法设立“企业联系官”或“企业秘书官”作为联系通道,原则上企业邮箱“终生不变”,并强制要求企业在其“联系官”或“秘书官”、“企业邮箱”不得已发生变化时,应在法定期限内办理变更登记手续,若未及时处理相应手续,不仅相关当事人应承担法律责任,且有关法律文件传送到原址即视为送达。此外,许可居民住宅注册,将注册地与营业地区分的另一原

^⑧ 参见国家工商行政管理总局《关于住所(经营场所)登记有关问题的通知》(工商企字[2007]236号)。

^⑨ 由于业主是各自独立的单一个体,投资人要证明已按照法律规定,取得所有利害关系业主同意,并不容易。在实践中,这种同意证明转化为两种文件:其一,投资人填写《住所(经营场所)登记表》,在该登记表上,自己承诺已取得业主同意;其二,提交住所(经营场所)所在地居民委员会或业主委员会出具的有利害关系的业主同意将住宅改变为经营性用房的证明文件。这种证明文件所谓“业主同意”的证明,显然是虚拟的。因为,即使经过了业主委员会同意,也可能还存在业主个体不同意的问題。至于作为基层群众自治组织的居民委员会,则更无法证明民居转商用是否已经业主同意——居委会根本没有一种合适的工作机制及权利/力,去取得这种同意。因此,《物权法》第77条所规定“有利害关系的业主同意”,是否应进行限缩解释,非指所有“有利害关系的业主逐一同意”,而是指“有利害关系的业主开会同意”,经过了相应的同意程序,即可视为合法,不需要每一个业主逐一同意。

^⑩ 例如,国务院《关于印发2015年推进简政放权放管结合转变政府职能工作方案的通知》(国发[2015]29号)规定:“继续创新优化登记方式,研究制定进一步放宽新注册企业场所登记条件限制的指导意见,指导督促地方制定出台、修改完善住所(经营场所)管理规定。”再如,国务院《关于进一步做好新形势下就业创业工作的意见》(国发[2015]23号)规定:“继续优化登记方式,放松经营范围登记管制,支持各地结合实际放宽新注册企业场所登记条件限制,推动‘一址多照’、集群注册等住所登记改革,分行业、分业态释放住所资源。”

^⑪ 参见陈群峰:《认真对待公司法:基于股东间协议的司法实践的考察》,《中外法学》2013年第4期,第832页。

^⑫ 参见黄爱学:《我国商事登记制度的改革、创新与发展——评深圳和珠海商事登记立法》,《法治研究》2013年第11期,第84页。

因是,很多轻资产企业无需专门营业地即可开业,若许可将居民住宅作为注册地,且限制或禁止以其作为接待客户之营业地,则既可节省投资者开办企业的成本,又可关照到小区居民的生活安宁,能在一定程度上缓和居住利益与商业利益之冲突困境。在工商登记实务中,吉林、浙江等地已采取注册地与营业地分离注册的方式,^⑬应当尽快在全国推广。

其二,采取“一址多照”、^⑭公司托管、集群注册的方式,允许注册地在居民住宅以外,营业地也在居民住宅。对那些“静默营业”的公司,即在其营业过程中不会有太多扰民行为的公司,可许可其同时将居民住宅作为注册地及营业地。或者,采取“一址多照”方式,许可其将居民住宅作为营业地,而将公司注册在托管公司提供的商业用房或办公场所。以“一址多照”、“集群注册”的方式降低公司设立及营业成本的方式,也已得到吉林、^⑮浙江^⑯等地的认可。当然,在公司托管、集群注册之情形,还需建立“企业托管人”、“秘书公司”的法律义务(包括但不限于在企业信息平台公示有关信息及联系方式),避免其只收费不履行秘书义务之现象,且应解决企业托管人或秘书公司在接到有关函件时,“急于联络”委托企业从而产生的侵权或违约责任问题。

2. 推行雇员公聘制的改革

至于人力成本高昂的问题,则应适当放宽法人格否认标准,允许实行员工兼任、雇员共聘,不能仅以人员兼任而否认公司的独立法人地位,令其承担严格责任。

首先,在行政人员共聘方面,应允许企业共同聘用一个“企业联系官”或“企业秘书官”,承担联系任务(当然,因商业秘密保护之需求,企业可根据实际情况,自行决定是否实施以及与谁实施雇员共聘,通常实行雇员共聘是在集团内部或友好企业、无竞争关系的企业之间)。

其次,在会计人员共聘方面,主要是开放代理记账人员之共聘。为此,需法律明确规定允许成立代理记账公司,放宽目前有关代理记账的条件。目前代理记账只能由中介机构进行,且须取得代理记账许可证。^⑰法律管制过多,对非中介机构的单位及个人之代理记账,欠缺明确许可,应当不仅允许中介机构代理记账,还应允许具有会计师资格的个人代理记账,从而无需每一企业都设立专

^⑬ 例如,《吉林省市场主体住所(经营场所)登记管理暂行办法》规定:“住所与经营场所可以在同一地址,也可以不在同一地址。”《浙江省放宽企业住所(经营场所)登记条件的规定》(浙政办发[2014]83号)第2条规定:“本规定所称住所(经营场所)指营业执照上记载的住所、经营场所、主要经营场所或营业场所等事项,是企业的主要办事机构所在地,为法律文书送达地址和确定司法、行政地域管辖的依据;所称生产经营场所是指企业实际从事生产经营活动的场所。实行住所(经营场所)和生产经营场所各自独立的登记方式。两者地址不一致的,住所(经营场所)登记条件按本规定执行;两者地址一致的,应当遵守法律法规对生产经营场所条件的规定。”

^⑭ 参见注⑫,第84页;孙正才、杨剑:《同一行政许可区域内设立生产基地不属无证经营》,《人民司法·案例》2015年第4期,第81页。

^⑮ 例如,《吉林省市场主体住所(经营场所)登记管理暂行办法》规定:“允许同一地址登记为多个市场主体的住所(经营场所)。”

^⑯ 在浙江,为降低创业成本,除住所(经营场所)登记方式修改为申报制外,还多措并举释放存量场地资源,继续推行已取得改革实践成果的“一址多照”政策。例如,《浙江省放宽企业住所(经营场所)登记条件的规定》(浙政办发[2014]83号)第5条规定:推行“一址多照”,允许同一地址登记为2个以上企业的住所(经营场所)。除商务秘书企业外,同一地址作为多个企业住所(经营场所)的,应当符合多个主要办事机构共同日常办公的合理需求。对生产经营场所要求不高、不易影响周边环境的电子商务(交易平台服务提供商除外)、软件开发、文化创意等企业,可使用商务秘书企业的住所(经营场所)办理注册登记。允许商务秘书企业从事企业住所(经营场所)的日常办公托管业务,商务秘书企业应当在其住所(经营场所)以及企业信用信息公示平台公示所托管企业的名录和联系方式。

^⑰ 在实务中,这种代理记账公司大量存在,但目前财政部的有关管制规范约束较严。例如,财政部《代理记账管理办法》(财政部令[2005]27号)第3条规定:“申请设立除会计师事务所以外的代理记账机构,应当经所在地的县级以上人民政府财政部门批准,并领取由财政部统一印制的代理记账许可证书。具体审批机关由省、自治区、直辖市、计划单列市人民政府财政部门确定。”第11条规定:“依法应当设置会计账簿但不具备设置会计机构或会计人员条件的单位,应当委托代理记账机构办理会计业务。”第24条规定:“对于未经批准从事代理记账业务的,由县级以上人民政府财政部门责令其改正,并予以公告。”

职会计人员,大大降低企业人力成本。

当然,在雇员共聘方面,法律还应解决有关强制性福利待遇的配给问题。例如,养老保险、公积金的强制缴纳义务由谁承担?是通过企业与雇员之间的合同行为进行“自治分配”,还是由法律根据多个劳动关系的主辅地位或工资收入的构成份额进行“强制分配”?被多家公司共聘者能否同时享有多份强制性的公共福利?等等,均需予以明确规制。

二、公司名称与管制成本

另一存在明显不当管制之领域,乃对公司名称的管制。现行法律管制直接影响了公司的“核名”效率,也给登记机关增加了难以承受的工作负担。过多的法律管制,导致企业名称资源紧张、审核效率低下,应尽快释放企业名称中的字号资源,减少名称管制所衍生的外部负效应。

公司名称管制的负效应乃由两方面原因造成:其一,因常用文字有限,过多法律管制容易导致字号枯竭、可用范围有限,直接影响到投资者的选择权;其二,与公司名称相关的一些法律管制过于弹性、语义模糊,增加了企业名称的选用成本。

(一) 常用文字的有限性

语言、文字乃人类正常理解和沟通的桥梁。我们今天所生活的社会,充满大量有声和无声、有形和无形的信息,对这些信息的分析和使用,须以了解为前提。由于现代社会的语言信息多以文字形式展现,欲了解信息之实态,须先有常用文字储备。国家有关机构统计认为,现代常用汉字大约在2500个到7000个之间。即便如此,因企业名称不许重名及相似,常用汉字有限性的问题依然存在,这是“文字所固有的有限缺陷”,即,“能被人们书写的文字本身是有限的。即使在文字再发达的文明国度中,文字总是一种可计量的存在。以此种可计量的存在来对应无限的对象世界及其无限的意义,来表现丰富多彩的语言,显然会捉襟见肘”。^⑮常用汉字就那么多,每年申请企业名称数量可能有数十万甚至数百万之多,且一般企业投资者喜用“两字组合”、容易被人认识、记住的字、甚至比较大气、吉利的字做企业名称。而且,随着公司注册资本制度的松绑,企业设立数量更多,企业名称资源紧张的问题更为突出。例如,据公司登记机关反映,2012年申请名称预先核准的有47万,2014年达到67万之多。^⑯名称资源紧张,企业名称制度到了非改不可之时。目前,有关企业名称登记管理文件赋予了公司登记机关过大自由裁量权,实践中很难操作。例如,某市工商局系统有一百余人从事名称核准,但仍觉人手不够。在芝加哥学派的大多数人看来,政府管制是无效率的,而且,随着市场体制的发展,政府管制还会不按照效率原则作出随意决策,产生预想不到的结果。^⑰因此,需尽快放宽企业名称(主要是字号)的法律管制,采取更为宽松的登记和审核规则,将登记机关及投资者都从名称审核的“效率困扰”中解脱出来。例如,登记机关在公司登记时,可

^⑮ 谢晖:《诠释法律的文字工具及其效力》,《法制与社会发展》2003年第1期,第45页。

^⑯ 上述数据是2015年3月国家工商行政管理总局在上海召开企业名称登记管理条例修改座谈会时采集到的。

^⑰ 参见易宪容:《法律经济学的当前发展与主要论题》,《法制与社会发展》1997年第3期,第32页。

否只负责审核企业名称是否相同,而不需审核企业名称是否近似?因后者涉及司法判断及被侵权人的诉权选择问题,事实上也难由登记机关在登记阶段单独完成。

(二) 企业名称选用成本增加

“在市场模型中,个体只是为了让自己的利益最大化”,但公共政策都是有关共同体的,为的是作为共同体来实现某种目标。^② 企业名称管制也往往附有社会共同目标,可能与个体利益发生冲突,但营业自由仍需首先得到保障。为此,企业名称管制的底线,应当是开放名称资源,建立统一的名资源数据库,设定负面清单、进行电子核名,从而提升投资者的可预期性,简化登记机关的企业名称审核难度。目前企业名称资源紧张,在很大程度上是法律“管制过剩”(法律本身设置了一些过于严格的规则)及法律“管制模糊”造成的,这无疑给公司登记实践带来了很大困惑,直接影响了企业名称选用的效率。为此,需修改立法,缩减不必要的法律管制。

1. 法律管制缩减了字库资源

在本世纪初期,扩张和强化规制似乎成为一股不可抵抗的风潮,可是,无论这一动力是起源于选民越来越急切地期待政府能救治大量的社会性问题,还是源于能够从规制政策中受益的产业部门的机会主义支持,一个不可抹杀的事实是:规制本身的不完美趋向于催生更多规制,而非相反。^③ 由此,规制成为有好有坏的“一体两面之物”。斯蒂芬·芒迪指出,当政府对市场进行干预而导致经济无效率时,便产生了政府失灵。^④ 企业名称字库资源的管制就是如此,过多管制导致字库资源紧张,直接影响到企业设立行为的低效率和高成本,形成规制失灵。^⑤ 现有规定对企业名称之过度管制体现在“企业名称构成”、“字号选用”等方面。

首先,管制过多体现在企业名称构成过于复杂、全国性字号不能随意使用方面。按照现有规定,企业名称应由以下部分依次组成:字号(或者商号)、行业或者经营特点、组织形式。企业名称应冠以企业所在地省(包括自治区、直辖市)或市(包括州)或县(包括市辖区)行政区划名称。仅下列企业,可申请在企业名称中使用“中国”、“中华”或冠以“国际”字词:全国性公司;国务院或其授权的机关批准的大型进出口企业;国务院或其授权的机关批准的大型企业集团;国家工商行政管理总局规定的其他企业。^⑥ 其次,管制过多还体现在字号选用受到限制,外文、数字等不能随意使用方面。按照现有规定,对于字号的选用,企事业单位名称应以“国家通用语言文字为基本的用语用字”,而通用的语言文字是“普通话与规范汉字”。^⑦ 由此,企业使用外文名称的,其外文名称应与中文名称相一致,并报登记主管机关登记注册。企业名称应使用汉字,民族自治地方的公司名称可同时使用本民族自治地方通用的民族文字。^⑧ 企业名称不得含有汉语拼音字母(外文

^② 参见[美]德博拉·斯通:《政策悖论——政治决策中的艺术》(修订版),顾建光译,中国人民大学出版社2009年版,第20页。

^③ See A. Schwartz, “Unconscionability and Imperfect Information: A Research Agenda”, 19 *Canadian Business Law Journal* (1991), pp. 437-438. 转引自[英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第337页。

^④ 参见[英]斯蒂芬·芒迪:《市场与市场失灵》,方颖译,机械工业出版社2009年版,第107页。

^⑤ 参见李郁芳:《政府规制失灵的理论与分析》,《经济学动态》2002年第6期,第38页。

^⑥ 参见《企业名称登记管理规定》第7条、第13条。

^⑦ 《国家通用语言文字法》第14条第4款、第2条。

^⑧ 参见《企业名称登记管理规定》第8条。

名称中使用的除外)、数字。^{②⑧}可见,现行立法直接限制企业名称中使用汉语拼音、数字、“中国”、“中华”、“国际”等字样,这直接缩减了企业名称字库资源,亦与许多国家立法通例不一致。

从域外立法来看,对国家名称之使用,多数国家未作明确限制,只有俄罗斯与我国例外地限制。在俄罗斯,若股份公司超过75%的股票属俄罗斯联邦,则经俄罗斯联邦政府批准,允许将俄罗斯联邦正式名称及由该名称排成的词语列入股份公司的正式名称。^{②⑨}实际上,与全球化的逻辑相适应,企业也日益国际化,在企业名称中标明所属国家,有助于企业国际化经营,我们今天对企业名称中的“中国”、“中华”、“国际”等字样进行严格管制,其结果是使该类字号成为“央企特权”,进一步形成了企业名称选择权方面的不平等待遇,与企业经营行为日趋国际化的需求不相一致。

再如,对字号的选用,特别是对外国文字、阿拉伯数字等的使用,各国大致有四类做法:第一类,是明确规定企业名称中可以单独使用某类文字、数字或符号。例如,在美国,公司名称若采用英文字母或阿拉伯数字或罗马数字书写,则可不使用英语。^{③①}在加拿大,除非法律另有规定,公司可在公司章程中规定在加拿大境外适用的任何语言形式的公司名称。^{③②}在德国,也允许使用数字作为企业名称,承认其标识资格,例如,“17+5有限公司”。^{③③}第二类,是规定经主管部门允许可使用某一类文字或符号、外国文字。例如,在英国,国务大臣可通过规章,对下列事项作出规定:(1)关于根据公司法所登记的公司名称中可被使用的字母或其他字体、标记或符号(包括重音和其他变音符号)以及标点符号;(2)为登记之目的而指定公司名称的标准风格或式样。规章可以禁止在指定位置(特别在名称开头)使用指定字体、标记或符号。^{③④}在英属维尔京群岛,公司可拥有一个包含经公司名称注册处允许的外国文字的名称。公司注册处许可可使用包含外国文字的公司名称。^{③⑤}第三类,是企业名称应当拥有本国或本民族惯常使用的文字,在此基础上可使用外国文字。例如,俄罗斯。^{③⑥}越南也规定,企业名称须用越南文书写;企业的外文名称是用越南语名称翻译而来。企业名称的可辨识部分可以翻译或不翻译成外语。当外文名称显示在总部、分支机构、代表机构,及与企业有关的交易文件或出版物上时,企业的外文名称须使用较越南语名称小的尺寸;企业的缩写名称可由企业的越南语名称或外文名称缩写而来。^{③⑦}第四类,是对公司名称中某些文字和符号的使用设定禁止性规定。例如,印度尼西亚规定,公司不得使用以下名称:由一些图案或一系列图案、字符,或一系列字符构成,却未组成完整词语。^{③⑧}在德国,作为企业名称,交易中也仅认可

^{②⑧} 参见《企业名称登记管理规定》第9条第5款。

^{②⑨} 参见《俄罗斯联邦民法典》第1473条。

^{③①} 参见美国《示范商业公司法》第1.20条。

^{③②} 参见加拿大《重要商业公司法和证券法》第10条。

^{③③} 参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第287页。

^{③④} 参见英国《2006年公司法》第57条。

^{③⑤} 参见英属维尔京群岛《2004年公司法》第20条。

^{③⑥} 《俄罗斯联邦公司法》第4条规定,公司应当拥有俄文商业名称全称,并有权拥有公司商业名称的俄文简称。公司也有权拥有俄罗斯联邦民族文字和(或)外国文字的商业名称全称和(或)简称。公司俄文的商业名称全称应包含公司商号全称和“有限责任”字样。公司商业名称的俄文简称应包含公司商号全称或简称和“有限责任”字样或“ООО”缩写。公司的俄文和俄罗斯联邦民族文字商业名称可以包含俄文音译的外来语或俄罗斯联邦民族文字的音译,反映公司组织形式的术语和缩略语除外。《俄罗斯联邦民法典》第1473条规定,法人应该有俄语的商业全称或商业简称。法人还有权拥有俄罗斯联邦民族语言和(或)外国语言表示的商业全称和(或)商业简称。法人的商业俄语名称或俄罗斯联邦民族语言商业名称可以包含用俄语拼写的外来语或用俄罗斯联邦民族语言平行的外来语,但不得用来表示法人的组织法形式及其缩略语。

^{③⑦} 参见2005年《越南企业法》第31条、第33条。

^{③⑧} 参见印度尼西亚共和国《2007年关于有限责任公司的40号文》第16条第5款。

语言的标识，而不认可形象化的标识。^③

可见，语言文字只是一种沟通工具，公司名称中的文字更主要是一种“识别工具”，多数国家并不禁止企业使用数字、字母、外国文字为企业名称。一些国家甚至还允许在公司名称中使用符号和标点，使得公司名称与商标的界限淡化。我国现行立法将语言文字之使用“主权化”，立法刻意将语言文字视为国家主权的构成部分，强调企业名称应使用“国家通用的语言文字为基本的用语用字”，由此，事实上禁止使用汉语拼音、数字及外国文字，更不用说符号。事实上，汉语拼音也应属中国文化主权、文化符号的范畴，此种禁止立场值得商榷。目前有关企业名称的法律管制减少了名称资源，无形中增加了名称选用成本，且与国际上多数国家的立法安排不太一致，这种安排显然是低效率的，增加了企业的商事成本。在现实生活中，若允许采纳一些以数字或拼音字母命名的企业名称，可能起到很好的“识别”及“广告”效果，从而增加企业商号的附加值。例如，××市369餐饮股份有限公司、××市123宾馆有限公司，就有很好的识别及广告效果。这或许从另一角度证明，对企业名称进行数字或字母、外国文字的管制，确为低效率且无实益之立法安排。解决这一问题的方案有二：其一，直接修改《国家通用语言文字法》第14条，放宽关于企业名称基本用语用字仅限于国家通用语言文字的限制；其二，对“基本用语用字”进行解释，将字号视为“非基本”的用语用字，从而允许以非通用的语言文字作为字号。

2. 模糊管制增加了商事成本

“无论私法在其自身的内在话语中如何看待自己，它也可以从一个外在的视角加以考察，被看做国家试图规制市场的一个机制。私法在调控市场行为方面，无疑和商业活动的其他社会和经济规制有着相似的效果。”^④对于企业名称，现有立法管制还存在一些模糊安排，这些模糊安排使企业名称的选定耗时费日，徒增了企业、投资人的选名成本。这在对企业名称选用进行消极管制时体现得非常突出。例如，《企业名称登记管理规定》要求，企业名称不得含有下列内容和文字：有损于国家、社会公共利益的；可能对公众造成欺骗或者误解的；其他法律、行政法规规定禁止的。可是，上述禁止性规定存在解释困难。这首先是因为“模糊语词”所造成的。哈特认为，一般化语词既具有语义明确的核心地带，又存在语义不确定的边际地带，从而导致一般化语词在结构上具有开放性特征。法律的不确定性即源自语言的这种开放结构。“我们把开放文本，特别是在立法这种传播形式中，视为人类语言的普遍特征……边际地带的不确定性是我们必须要付出的代价。”^⑤模糊语词是一种法律技术，模糊语词也导致管制的不确定性及效率降低。哈特的论断似乎印证了这样一个结论：具有开放性特征的模糊语词与法律不确定性之间具有必然的因果联系。^⑥

在几乎一切法域（包括企业名称制度）中，维护公共利益是所有国家法律的任务。事实上，各国也都有关于企业名称的禁止性规定，对于涉及一些政治组织、影响善良风俗、侵权或构成冒犯他人企业名称（欺诈、侵犯了保留名称）等，均不许注册。但是，在具体禁止范围上，各国宽严程度

^③ 参见注②，第286页。

^④ [英]休·柯林斯：《规制合同》，郭小莉译，中国人民大学出版社2014年版，第62页。

^⑤ [英]哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2006年版，第123页。

^⑥ 参见张玉洁：《论模糊语词之于立法的意义——兼及对法律不确定性命题的修正》，《法律方法》2014年第1期，第445-446页。

有些不同。在英国,若国务大臣认为存在以下情形,则禁止公司名称予以登记:(1)公司对该名称的使用将构成犯罪;(2)该名称具有冒犯性。国务大臣还可通过规章禁止以某种方式使用词语、表述或其他指示。^{④②}在加拿大,若公司具有或对外宣称之名称属以下情形之一,则公司不得依法律注册或存续:依据有关规定,该名称属禁用名称;或其表述具有欺诈性;或该名称依法是保留给其他公司或拟设公司的。^{④③}

我国目前有关企业名称的禁止性规定,存在诸多模糊规定。例如,《企业名称登记管理规定》中规定,企业名称不得含有“有损于国家、社会公共利益的”、“可能对公众造成欺骗或者误解的”的文字,^{④④}等等。一方面,立法中所使用的“国家利益”、“公共利益”、“可能造成欺骗或者误解”等这些文字用语,本身存在模糊之处,很难设定清楚明晰的判断标准;另一方面,当事人选用的企业名称用语,其本身应如何理解,也可能产生争议。由此,企业名称选择是否违反了上述模糊规定,也可能还需再解释。因此,应结合各国立法及我国实际,对企业名称的上述禁止性规定采取“负面清单”形式,进一步明确其外延。

我国不仅文字复杂,更重要的是,还有特殊的国情和政治考量。我国地域广阔,南北文化有异,对企业名称是否合法、是否影响了公序良俗,也会有不同判断,从而引发争议。例如,企业名称若含有“法轮”、“王八”、“小三”、“肥婆”等字样,是否违背了政治意识形态及善良风俗?可能会有争议。再者,国家(前)领导人、名人及普通自然人之姓名用于商业领域时,是否应加设限制?现行规则也不明确。很显然,涉及政治意识形态或善良风俗等模糊地带的企业名称之使用,是否能被核准存在不确定性,而这可能取决于投资者在何处或谁手上办理公司登记。地域庞大、非电子化核名以及模糊管制导致了执法不一,但商事交易对可预见性有较高要求,期待法律规则透明统一,唯此才能降低交易成本。在有关企业名称的制度设计及实施方面,应给业界(投资者)更明确的预期,以增强商事规则的透明度。对那些被禁止的“企业名称模糊地带”,应以“负面清单”形式详细罗列、“去模糊化”,以减少分歧、压缩定名之“时间成本”。所以,建立企业名称负面清单,避免投资人在企业名称选定时走弯路已非常重要。

三、公司证照与管制成本

另一个非常棘手、增加商事成本的制度是有关公司证照的“多元管制”。长期以来,我国企业之设立除需颁发营业执照外,还需领取其他诸多证照或许可。不同证照代表不同管制环节,衍生不同管制利益,也增加了不少商事成本。迈克·费恩塔克认为,公共选择理论的基础是相信私人选择的行使会最好地服务于总体福利。^{④⑤}公共选择理论家假定总体福利可以通过个体选择的行使获得最

^{④②} 参见英国《2006年公司法》第53条、第65条。

^{④③} 参见加拿大《重要商业公司法和证券法》第12条。

^{④④} 参见《企业名称登记管理规定》第9条。

^{④⑤} 参见[英]迈克·费恩塔克:《规制中的公共利益》,戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第11页。

大化,而规制干预最多只是在要矫正“市场失灵”以保证市场“适当”运转的情况下才会需要。^{④⑥}虽然许可经常假以公共利益之名存在,但现今并存的多元证照现象,亦属典型的不当管制增加成本之情形,迫切需要改革。

(一) 多元证照的成本

我国企业生活在证照社会,虽然从企业设立到解散的全部过程中,到底需要多少证照,说法不一。但名目繁多的证照,最为集中地表现在三方面:营业执照、税务登记证及组织机构代码证。每一证照都有独立号码和编码,分别彰显不同功能。因此,三个证照就有三个编码、编号及功能。

上述多元证照体系,在功能上有重复之处,均为区分及证明企业主体身份或营业或行为资格而设,三证并存尤其是三号并存,徒增了商事成本,直接阻碍了企业设立及运行效率。因此,应当鼓励行政机关采取成本更小、限制更少的方法进行规制。^{④⑦}“三证合一”属此类成本更小、限制更少的规制方法。2014年国务院第20号文件中就要求,由国家工商行政管理总局、中央编办牵头负责,简化手续、缩短时限、鼓励探索实行工商营业执照、组织机构代码证和税务登记证“三证合一”的登记制度,“三证合一”首次进入公众视线。^{④⑧}2015年10月1日,“三证合一”正式在全国普遍推行。正在推进的“三证合一”商事登记制度改革,将营业执照、税务登记证及组织机构代码证“合三为一”,采取从“一照三码/号”到“一照一码/号”的渐进改革,对降低企业商事成本(包括时间成本、资金成本、人力成本等)、简化行政管制、推进法治政府建设等均有积极意义。

(二) 政府管制增加了商事成本

与企业名称管制多由法律规范不当造成不同,多元证照问题并非全系法律管制造成,在一定程度上乃增加“非法律管制”之结果。我们可以企业开立银行账户所需法律凭证为例,来观察非法律管制是如何影响企业行为、增加商事成本的。

按照《公司登记管理条例》第25条之规定:“依法设立的公司,由公司登记机关发给《企业法人营业执照》。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章,开立银行账户,申请纳税登记。”可见,公司设立登记后,只需凭借营业执照就可刻制印章、开立银行账户、申请纳税登记。开立银行账户,并不需要提交有关组织机构代码证,也不需预先取得税务登记证。因为,企业在纳税前,可能有收入,需先开立账户存储,但此时未必能提交税务登记证。其他有关企业立法的规定(包括法律及行政法规),也基本都坚持了“凭营业执照开户”的做法。只有《税收征收管理法》及《个体工商户条例》似乎要求在开设银行账户时,同时提交税务登记证。例如,《税收征收管理法》第17条规定:“从事生产、经营的纳税人应当按照国家有关规定,持税务登记证,在银行或者其他金融机构开立基本存款账户和其他存款账户,并将其全部账号向税务机关报告。”《个体工商户条例》第19条规定:“个体工商户可以凭营业执照及税务登记证明,依法在银行或者其他金融机构开立账户,申请贷款。金融机构应当改进和完善金融服务,为个体工商户申请贷款提供便利。”然而,即便如此,按照上述《个体工商户条例》的

^{④⑥} 参见注⑤,第10页。

^{④⑦} 参见[美]斯蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2008年版,第513页。

^{④⑧} 参见郑北鹰:《国家工商总局:“三证合一”今年将在全国推开》,载《光明日报》,2015年1月20日。

规定,个体工商户也只是“可以”凭借税务登记证开立账户,似乎并无强制要求。

然而,在银行实务中,企业开设银行账户,往往被要求预先提交税务登记证,甚至组织机构代码证。这与多数法律及行政法规仅要求提交营业执照即可开户的规定发生冲突,企业被附加了义务,开立银行账户的成本及要求均被提高。例如,按照2003年中国人民银行《人民币银行结算账户管理办法》的规定,在开立基本存款账户时,存款人为从事生产、经营活动纳税人的,还应出具税务部门颁发的税务登记证。而按照2005年中国人民银行发布的《人民币银行结算账户管理办法实施细则》之规定,存款人申请开立单位银行结算账户时,应填写“开立单位银行结算账户申请书”,并加盖单位公章。存款人有组织机构代码、上级法人或主管单位的,应在“开立单位银行结算账户申请书”上如实填写相关信息。存款人有关联企业的,应填写“关联企业登记表”。^{④⑨}由此,组织机构代码之取得,又在实践中逐渐异变为“开户前提”。中国人民银行的有关规定,在规范层级上,属行政规章,其效力低于法律及行政法规,税务登记证及组织机构代码证成为企业开户前提,虽有《税收征收管理法》的原因,但可能主要是因中国人民银行的不当管制而造成,至于该种不当管制何以成为事实,则不得其详。

尤其是,在本次“三证合一”的改革过程中,具体赋码规则之设计,可让我们产生很多联想和揣测:也许正是“部门利益”导致组织机构代码证成为开户前提,并使组织机构代码证之合并或赋号规则成为“三证合一”过程中争议最大、最难协调之事。按照国务院之设计,“三证合一”的最终目标是“一照一码”,是组织机构代码证和税务登记证不再使用,而仅使用营业执照及注册号,使统一的注册号最终成为企业的身份证号。^⑤按照企业设立及运营的自然流程,最优方案似应为采取“入口赋号”、“终身不变”、“赋号唯一”的原则,将目前相对独立的三证发布机构合并到国家工商行政管理总局注册局,由其统一编码规则,通过电脑直接派码。现今之设计方案,并未完全贯彻此原则,基本维持了组织机构代码独立码段,且还保留了部分“人工赋码”的程序。例如,将社会信用统一代码的码段分为五部分“18位”码,在第四部分“主体标识码”(共9位)中,整体融入了组织机构代码,该部分代码由组织机构代码中心发码段,其中设有校验码内容。而在18位码的其他部分,还单设了校验码位置,导致校验码重复。“主体标识码”部分实为顺序码,完全可在企业登记时,通过电脑系统自动生成,无需其他机构人为配置码段。如此,不仅不会有校验码重复现象,也提升了发码效率及科学。换言之,目前社会信用代码结构维持了组织机构代码之相对独立存在、“校验码”重复,且部分码段实行“人工发码”,涉及工商局与组织代码中心两个工作机构,降低了工作效率,增加了登记成本,登记机关需与组织代码中心协作,提前发码入库。否则,一旦组织代码中心发码延迟或错误,就会影响公司登记的顺利进行。即便两者衔接较好,也从整体上增加了社会成本。投资者节省的社会成本,内化于登记机关及组织机构代码中心。无论如何,这样一种改革都带有渐进或妥协色彩,是“没有彻底完成的改革”,不符合成本最小、规制最少的“现代行政”原则。^⑥

在“三证合一”过程中,要打破目前部门利益区隔所带来的问题,首先需解决社会信用代码的

^{④⑨} 参见《人民币银行结算账户管理办法实施细则》第20条。

^⑤ 参见《关于加快推进“三证合一”登记制度改革的意见》(国办发〔2015〕50号)。

^⑥ 参见注④,第513页。

科学编码问题，该问题看起来仅是编码思路不同，本质上却是部门利益之争，这可能涉及全国组织机构代码中心大量员工如何安置的问题。笔者认为，解决这一问题可供选择的主要方案如下：

其一，若继续将营利性组织的部分发码权继续保留在组织机构代码中心，^⑤ 则应将组织机构代码中心从质检部门中独立出来，^⑥ 取消其任何显性或隐性的执法监督权，禁止发码单位利用组织代码信息进行任何直接或间接的有偿服务（包括但不限于以单独或联合举办各种培训班的形式牟利等等）。即便如此，长远来看，这只能是一种“次优”的过渡形式。因为，其不符合“入口赋号”、“行政效率”的原则。

其二，若将营利性组织的发码权及人员完全转移，并入国家工商行政管理总局，则组织机构代码中心只负责非营利性机构发码，如此，则可将其更名为政府及其他非营利机构组织代码中心。这对企业设立和行政便利来说，可能最为简便、更有效率，也不致于对组织机构代码中心的人员重组成太大的压力。

结 论

我们透过企业住所、名称、多重证照制度及运行实践的观察发现，商事领域的管制形成是复杂的：有一些管制是法律不当强加的；还有一些管制则是在法律执行过程中，基于部门或政府利益而附加的，并非立法的过错。因此，商事制度的改革若要坚持“法治化”思维，不仅要去除“不当的法律管制”，还要去除“附加的政府管制”。并且，按照“法治思维”的逻辑，我们首先可能要去除的是“非法律的管制”，其次才是去除“不当的法律管制”。热衷于提出立法建议的法学界往往习惯将眼界停留在后者，而忽略大量“非法律的隐性管制”之存在，这恰是我们今天的现实。

【主要参考文献】

1. [美]凯斯·R·孙斯坦：《自由市场与社会正义》，金朝武、胡爱平、乔聪启译，中国政法大学出版社2002年版。
2. 赵旭东：《从资本信用到资产信用》，《法学研究》2003年第5期。
3. [英]安东尼·奥格斯：《规制：法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社2008年版。
4. [美]斯蒂芬·布雷耶：《规制及其改革》，李洪雷等译，北京大学出版社2008年版。
5. [英]休·柯林斯：《规制合同》，郭小莉译，中国人民大学出版社2014年版。
6. [英]迈克·费恩塔克：《规制中的公共利益》，戴昕译，中国人民大学出版社2014年版。

（责任编辑：高圣平）

^⑤ 按照国务院此前的工作安排，似曾有过此种考虑。例如，曾经提及“三证合一”是在组织代码证基础上推行。但是，最近有关文件都提“一照一码”，明确是在保留营业执照的基础上统一“三证”，凸显了营业执照的核心作用。这也意味着“三证合一”本质上属于商事登记制度改革。

^⑥ 目前，国家质量监督检验检疫总局依法负责统一组织协调全国组织机构代码管理工作。全国组织机构代码管理中心在职责范围内负责全国组织机构代码管理的具体实施工作。参见《组织机构代码管理办法》（国家质检总局令第158号）第4条。

cation and drafting a kind of civil code with both national and modern characteristics.

Key Words Culture of Civil Law; Nationalization of Civil Code; Codifying of Civil Code; Right-oriented Theory

Li Jianhua, Ph.D. in Law, Professor of Jilin University Law School.

Increased Business Costs: How Did the Law and Regulation Influence the Enterprise's Incorporation (or Behavior)?

JIANG Daxing · 72 ·

Under the background of Globalization, the establishment of an enterprise should be carried out in a more efficient manner and the cost of enterprise behavior should be further reduced in order to enhance the competitiveness of the commercial system. The reform of the commercial system should be based on investigating which regulation improves efficiency and which regulation reduces efficiency. Through the observation of the company, the name and domicile of the certification system, we can find that the regulations which increase commercial cost are complicated and could be imposed by law improperly; and others could be imposed by law enforcement for department or government interests. Therefore, to abide by rule of law, the reform of the commercial system should eliminate not only the improper regulation by law but also the additional government regulation. According to this logic, we should remove the “regulation other than law” before the “improper law regulation”. Scholars who are keen to put forward legislative proposals were often used to paying attention to the latter and ignoring the fact that there were a large number of implicit “regulations other than law”.

Key Words Enterprise; Commercial; Law; Regulation; Cost

Jiang Daxing, Ph.D. in Law, Professor of Peking University Law School.

The Change of the Route in the Construction of Virtual Property Rule: From the Perspective of Paradigm Transformation

SHEN Chen · 84 ·

Current virtual property research focuses on two aspects, the extension of virtual property and the legal feature of virtual property right. Both the solutions are in a dilemma. The construction of civil law rule concludes two paradigms, “right paradigm” and “relationship paradigm”, which both have advantages and disadvantages. Current virtual property research applies “right paradigm”, so it has the disadvantages of “object dependence”, omission of precondition and difficulty in describing the complex interactive relationship. Through the transformation of the research paradigm, the legal disputes of virtual property can be analyzed in the concrete contract, tort or inheritance relationship, and get the corresponding solutions.

Key Words Virtual Property; Right Paradigm; Relationship Paradigm

— 177 —