

商主体资格形成机制的革新

季奎明*

内容提要 商主体资格的形成机制是营商环境的核心内容,比照世界银行“营商环境”评估的经济学方法论,无不凸显革新商主体资格形成机制的必要性。就法理而言,利他的“公共利益”与利己的“父爱主义”都无法证成以登记手段赋予商主体资格的正当性,“异化”的行政促成式登记需要重构。建议由国务院制定以商主体登记为核心内容的统一“商事登记条例”,作为新的“外源”规范,促使政府从行政干预者逐渐转向公共服务者:设立商主体可以自愿登记而形成对抗效力,而未经登记的出资人不能获得有限责任的保护;充分保障商主体的一般经营资格,作为商主体资格的自然延伸;废止因社会管理的目的而设置的商主体登记,划清市场干预与社会管理的界限。

关键词 营商环境 商主体资格 设立登记 行政干预 公共服务

营商环境是为从事营利性活动的商主体而构建的,而这类主体的法律资格不同于一般自然人的当然取得,其形成机制中融入了一定的行政干预。如何通过恰当的法律拟制过程来创设一个商主体是优化营商环境的本源性问题,世界银行对于营商环境的评估问卷中也将商主体的“开办”列为第一项重要指标。对当前商主体资格形成机制的检讨,不仅可以为我国进一步改善营商环境、提升投资吸引力指明方向,在理论上也是探求行政权力与公民市场自由权利之间的平衡路径,有着非同寻常的意义。

一、商主体资格形成机制的现状分析

我国实行民商合一体制,并无实定法意义上的“商人”,“商人”亦属“民事主体”,但为了显示商人的营利性和主体性,理论界习惯称之为“商主体”,以涵盖公司、合伙企业、个人独资企业、公有制企业、三资企业和个体工商户等。“商主体”的形成是一个法律拟制而非自然形成的过程。

* 华东政法大学经济法学院副教授,法学博士。本文系2018年国家社会科学基金项目“民法总则对公司法的补充适用研究”(项目批准号:18BFX127)的研究成果。

(一) “外源”规范确立的强制登记主义

商主体资格的取得在本质上关涉立法对于“营商自由”的尊重程度,在保障私权的法典中理应有相应表达。在民商合一与民商分立的体例下,商主体资格形成机制的法律渊源有所不同。按照我国商法学界的主流观点,在编纂民法典与单行商事法律的同时,还需要制定一部“商法通则”,“商主体”的认定、商事登记正是其中十分重要的内容。然而,立法机关当前暂无制定“商法通则”的规划,而《民法总则》又涉及大量的商法规范,令民法典的编纂呈现出扩张的趋势。基本上可以认为,我国私法领域的“民商合一”(而非“民商不分”)已成定局。从《民法总则》的规定中,可以看出我国立法关于商主体资格取得的主流立场。

在制定《民法总则》的过程中,对于设立商主体应该满足何种实质及形式条件的问题,起草者基本未做新的讨论,《民法总则》在文本上延续了30年前《民法通则》的基本逻辑,即“营利法人经依法登记成立”,个人独资企业、合伙企业等“非法人组织应当依照法律的规定登记”,“自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户”。值得注意的是,在《民法总则》相关条文中,均特别突出依“法”登记之意涵,而非笼统规定商主体“经登记设立”,其“依法”或“依照法律的规定”等表述显然无意强调法定登记行为的合法性,而是要为设立登记行为寻找准据法或规则。由于《民法总则》没有直接规定具体的登记规则,登记的准据法规范只能转向其他法律,置言之,设立商主体是否需要登记以及如何登记,需要取决于《民法总则》授权的其他“法律”。至于该其他“法律”能否包括行政法规、部门规章乃至规范性文件,则不无审慎考虑之必要。

《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《个体工商户条例》及各种“登记管理条例(办法)”已对商主体设立登记做出详细规定,并形成了商主体资格形成的强制登记主义。这是由《民法总则》所指向的“外源”规范所决定的,而不是《民法总则》本身的强制要求。笔者认为,“外源型”规范模式有助于保持民法一般规则的稳定性,通过及时修改“外源”规范,可以灵活满足社会经济发展的需要,其本身不失为一种合理的立法选择。

(二) 登记在当前商主体资格形成机制中的功能厘定

根据现行的“外源”规范,要形成商主体资格,须先由申请人提出设立商主体的申请或意思表示,后经行政登记,再颁发证明商主体资格的法律文书。前者是一个私法行为,后者属公法行为。因此,商主体资格的形成机制可以被理解为“私人意思+行政干预”的模式。然而,登记作为行政干预手段的真实功能殊值讨论。

设立登记符合典型行政行为的单方意志性、效力先定性、法定性^①等特征:第一,设立登记的行为主体有申请人与行政主管机关两方,尽管登记的种类、内容是申请人根据其意愿提出的,能否予以登记则仅需登记机关运用行政职权自行决定,无需与申请人协商,从而表现出明显的单方意志性;第二,登记机关一旦决定登记或拒绝登记,就推定该

^① 参见罗豪才、湛中乐《行政法学》北京大学出版社2001年版,第74-76页。

决定符合法律规定,在未被有权机关宣布为违法无效之前,对登记机关、申请人乃至社会公众均有拘束力,具有效力先定性;第三,申请人应按照法定条件和程序提出申请,登记机关作出登记或不登记的决定应严格依据法定标准和条件,从而显示出强烈的法定性。此外,登记机关的错误登记或不予登记,只能通过行政复议或者行政诉讼的途径解决,不能通过民事诉讼予以救济,这也证明设立登记属于行政行为,是政府权力对于商主体资格形成的干预。^②

然而,这种干预的法律效果如何,是否对商主体资格的形成起到决定性作用呢?在理论上,能够产生私法效果的行政行为大致分为三类:第一类是决定私法效果的行政行为,如在土地权属争议中,行政机关一旦作出裁决行为,即可划定土地权利的归属;第二类是促成私法效果的行政行为,对私法效果虽未起到决定性作用,但相关民事行为与行政行为相互依附,可导致某一私法效果发生,如房屋所有权变动的决定性因素是合同等民事行为,但依照物权法规定,非经登记不能产生房屋所有权变动的私法效果;第三类是确认私法效果的行政行为,仅对已产生的私法效果予以确认,如土地承包经营权于相关民事行为生效时取得,但非经登记不能对抗善意第三人。^③

在我国,设立登记究竟是许可商主体资格的取得,还是促成申请人创设商主体的意思表示,抑或是确认申请人既有的营商自由呢?《行政许可法》第12条规定“下列事项可以设立行政许可:……(五)企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项。”第13条则规定“本法第十二条所列事项,通过下列方式能够予以规范的,可以不设行政许可:(一)公民、法人或者其他组织能够自主决定的;(二)市场竞争机制能够有效调节的;(三)行业组织或者中介机构能够自律管理的;(四)行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。”结合《行政许可法》第2条对“行政许可”的定义,其立法本意是将商主体的设立登记纳入行政许可的范围,并非法定许可事项。^④那些认为设立登记一概属于行政许可的观点难以成立。根据《企业法人登记管理条例》《公司登记管理条例》等,登记机关对商主体的设立登记申请以形式审查为主,即主要查验申请材料是否完整和齐全。据此,商主体的名称、性质、资本、权益分配、管理方式等皆由申请人自身意思加以决定,登记机关主要是消极的程序提供者而非整个程序的主导者,其主要功能是信息公示,进而凭借自身权威、公共信誉为其所确认的登记信息提供一种有限度的“担保”。由此可以推断,设立登记的私法效果是由申请人的民事行为所决定的,登记机关对此并不起决定作用,登记只是促成私法效果的发生。所以,当前我国商主体资格的形成机制是一种“私人意思+行政促成”的模式。

(三)“行政促成”的异化

根据《企业法人登记管理条例》和《公司登记管理条例》等“外源”规范,登记机关在

^② 参见羊琴《企业设立登记行为的性质及其在民事诉讼中的效力》,载《人民司法》2011年第9期。

^③ 参见前引^②,羊琴文。

^④ 参见王建文《我国商事登记制度的〈行政许可法〉解读》,载《法学杂志》2004年第5期。

商主体设立登记申请过程中主要负责形式审查。但在实践中,市场监督管理部门对形式审查的标准把握不一,引发了多种与登记相关的行政诉讼:第一,市场监督管理部门认为当事人提交的登记材料证明力不足,对设立申请不予受理;^⑤第二,根据上级机关或有关部门的要求、通知,拒绝受理当事人的设立登记申请;^⑥第三,市场监督管理部门基于特殊原因,主动启动对设立申请材料的实质审查;^⑦第四,无故拒绝受理当事人提出的企业名称预先核准登记,最终令商主体无法设立。^⑧此外,还有众多未诉诸法院的设立登记纠纷。预想中的有限干预、形式审查在执行中出现“越界”,对商主体资格的正常取得构成了一定程度的障碍。

从形式审查角度来看,登记并非申请人遭遇商主体设立障碍的“原罪”,但在特殊的社会政治背景下,“行政促成”的功能定位的确容易产生“异化”。设立登记作为一种具体行政行为,一经完成后,登记机关便习惯性地被要求承担起默示“担保”责任,致使登记机关在审查时格外“审慎”。加之我国未能清晰划分行政“登记”“备案”“许可”之间的界限,设立登记中行政干预的程度容易背离立法初衷和公众预期。在表面上,本应杜绝登记机关不作为、乱作为的现象,在背后则隐含着“宁可不予登记,也不愿因争议登记而被追责”的实践逻辑。问题的本质在于,登记机关在商主体资格形成机制中的作用与责任未能厘清。设立登记促成私人意思、服务市场的职能被过度附加行政管制的意味后,登记机关更容易因“扩权”而产生规避担责的动机,进而阻碍登记。

此外,我国实行的部分登记明显带有社会管理的目标属性。例如,在统计意义上,政府通过设立登记可以把握商主体的数量与行业分布,但统计部门公开的数据却可能与市场监督管理部门的登记数据不一致;在税收监管上,设立登记给税收征收提供了便利,但税收主体和商主体从来就不是完全重合的法律概念,行为税即是依行为而非主体作为征税依据的。绝大部分社会管理的目标很难通过设立登记来有效实现,而将政府的社会管理功能与市场干预职责捆绑起来的做法,不仅本身缺乏合理性,还会加剧登记功能的“异化”。

我国近年正大力实行商事制度改革,目的在于弱化设立登记的行政干预。2014年《公司法》修正案改采“认缴资本制”,取消了实缴、期限、验资等强制性要求,设立登记的原有价值已经部分丧失。国务院2015年开始推行“证照分离”改革,^⑨在实践中将商主体的主体资格与经营资格区隔开来,进而倒逼行政机关削减或加快经营资格的审批,

^⑤ 例如被告工商部门(现市场监督管理部门)认为原告为设立公司所提交的住所文件不能证明拟设立登记的公司已经取得相应住所的合法使用权。参见浙江省杭州市拱墅区人民法院(2013)杭拱行初字第21号判决书。

^⑥ 例如根据上级登记机关关于注册登记的工作要求,凡涉及投资理财类、财务类、寄卖类、仓储类、金融服务类经营范围的申请登记不予受理,拒绝当事人的设立登记申请。参见河南省虞城县人民法院(2014)虞行初字第57号判决书。

^⑦ 例如因部分发起人的实名举报,工商部门(现市场监督管理部门)对申请材料启动实质审查,进而拒绝受理登记。参见湖北省孝昌县人民法院(2014)鄂孝昌行初字第00007号判决书。

^⑧ 参见山东省潍坊市寒亭区人民法院(2014)寒行初字第11号判决书。

^⑨ 参见《国务院关于上海市开展“证照分离”改革试点总体方案的批复》(国函〔2015〕222号)。

同时释放出明确讯号:对商主体干预的重心是特殊的经营资格,对于主体资格等则应放松管制。在这样的背景下,逐渐剪除社会管理对设立登记等手段的路径依赖恰逢其时。

二、对具有行政管制色彩的商主体资格形成机制的反思

当前的商主体设立登记,不仅因形式审查的实质化令登记的不同私法功能被混淆,无形中扩大了登记机构的权力,甚至还出现了公法价值“反客为主”的现象。除此之外,通过登记实现的管制目标往往还会在司法裁判中被消解,不少法院处理相关纠纷时都倾向于根据当事人的真实意思、客观状态来认定商主体的资格及其类型,登记信息无法起到决定性作用。^⑩因此,当前具有行政管制色彩的设立登记危害不小,但实效不强。

商主体资格的形成机制从“私人意思的(被动)行政促成”演变为“私人意思的(主动)行政管制”,有其深刻的历史文化背景,却缺少比较法上的成例,更与当前世界范围内被用作营商环境评估依据的经济学基础理论相悖,需要对此进行深刻的反思。

(一) 登记功能呈现管制色彩的历史原因

在中世纪的西方,最早形成的商人团体主要通过行会自治和习惯规则来协调商人之间的共同利益,反对封建制的束缚。商人欲取得主体资格,需要在会员名簿上登记,承担这一职能的是行会。^⑪这种登记因商人阶层的兴起而出现,并以维护商人阶层的利益为目的。但是,随着市场经济的发展、商事活动的泛化、商业社会的成型,商事登记在功能上已不再仅为特定阶层服务,转而承载了维护社会经济秩序和促进社会公共利益的价值,登记组织也从行会演变为了法院或行政机关。但绝大部分发达国家开展商事登记的主要目的是为了公示商主体的基本情况,为社会公众和债权人提供最低限度的保护,登记的主要功能不在于实施政府干预。^⑫

在中国古代社会,高度自足的农业自然经济形态使得大规模的商品交易既无必要也不可能。汉代以后确立的商事登记制度大都是在重农抑商、农本商末的思维定势下采取的控制乃至抑制商事活动的手段。即使有开明君主采用宽容之经济政策对待商贾士家,主要目的也仅在于巩固皇权和维持封建统治集团利益,欠缺维护商主体利益的内在品格、价值取向。商事登记此等发展轨迹对我国当下相关制度的形成及其特点,依然有着不可忽视的影响,即登记以服从国家管理和强化行政权力为主导,绝大部分政府部门事实上仍将登记视为维护国家秩序而非增进商主体活力的手段。^⑬现行各登记规章名称中都带有“登记管理”的字样,即凸显了重干预而轻公示的惯性思维。《民法总则》尽管规定“法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人”,以强化登记

^⑩ 参见前引^②羊琴文。

^⑪ 参见潘嘉玮《商法的现代化与商事登记制度》,载《华南师范大学学报》(社会科学版)2005年第5期。

^⑫ 参见张民安《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第433-434页。

^⑬ 参见朱慈蕴《我国商事登记立法的改革与完善》,载《国家检察官学院学报》2004年第6期。

的公示功能,但主要是针对“法人存续期间登记事项发生变化的”情形,^⑭商主体资格的取得依旧遵循登记生效而非对抗主义。在大力提倡市场经济、改善营商环境的时代背景下,重农抑商的传统思维仍然未完全肃清。

(二) 比较法视角下的检讨

从古代法到近代法是从身份到契约的运动,折射的法律理念是强调契约观念中的自由意志;从近代法到现代法则从契约到制度的运动,如果意识到制度自身固有的强制性和社会性,那么就很容易发现制度化运动所导致的对人的自由意志的忽视。^⑮面对这种趋势,需要将行政能动性支配世界的状态转化为个人能动性重视世界的状态。无论法律社会化运动可以走多远,有一个社会生活的基本信念是不容否认的,即社会的发展趋势应该增加个人在文明环境中的自由活动,而不是相反。如果不能确立私权观念,民法典(包括民商分立国家的商法典)的制定就缺乏存在的基本价值。^⑯虽然从立法技术上来说,传统民法典几乎以不存在国家管制为前提,单以自由个体为依据设计规则与制度,这与19世纪严格区隔国家与社会、政治与经济的思想理论一脉相承,然而,同样有学者很早就论述了民法典限制行政权力滥用的功能,认为民法典会使市民权利与国家权力达成一种平衡,从而形成有秩序的自由。^⑰从这个理念诉求出发,有成文法传统的大陆法系国家在其民法典或商法典中都力图保护营商的私人权利,即便存在设立登记的要求,也不以此作为行政干预的切入点。

《法国商法典》采用“行为主义”的立法体例,法典构建的重心是商行为,只要从事营利性行为即适用商法典。虽然,后来《法国商法典》被大幅修订,但根据1980年7月12日第80-525号法令补充的《商法典》第109条依旧规定“对于商人,商行为得以一切方式予以证明”。^⑱这种立法技术依据行为外观来确认商主体资格,本质是承认每个个体的营商自由,无需经登记获得商主体资格。

《德国商法典》在立法体例上采用“商人主义”,即根据商主体资格确定商事关系的范围,商法典最重要的第一编即为“商人身份”。然而,德国通过1998年6月颁布的《商法改革法》创设了一个统一的“商人”概念,旧商法典中关于商人的九种列举被全部废止,亦不再区分必然商人(免登记商人)和必登记商人(应登记商人)。^⑲《德国商法典》第2条规定了“自由登记商人”,依照性质或者规模不需要以(一般)商人的方式设置营业的商主体也可以从事营利性活动,经营者有权利依照法典中的相关规定促成登记,但不负有此项强制性义务。^⑳《德国民法典》第65条又规定,社团只有在登记后才能获得

^⑭ 参见《中华人民共和国民法总则》第64、65条。

^⑮ 美国著名教授格兰特·吉尔莫的论文《契约的死亡》,以及日本教授内田贵的论文《契约的再生》,论述的正是这种私权观念兴起、势弱、再度发展的过程。

^⑯ 参见易继明《民法典的不朽——兼论我国民法典制定面临的时代挑战》载《中国法学》2004年第5期。

^⑰ 参见谢鸿飞《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》载《清华法学》2014年第6期。

^⑱ 参见《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社2000年版,第30、45页。

^⑲ 参见《德国商法典》,杜景林、卢谔译,法律出版社2010年版,译者前言第2页。

^⑳ 参见前引^⑲杜景林、卢谔译书,第3页。

“已登记社团”(e. V.)的附加字样,其旨并未排除未经登记的社团存在。^①

《日本商法典》采取的则是“折衷主义”立法体例,在规范商主体时既强调商行为的客观性质,又以“商人”观念去控制商行为的效力,从而达到互相制衡的作用,为现代多数国家所采纳。^②2005年修订的《日本商法典》第4条将“商人”定义为“以自己名义从事商行为并以此为业者”,这里要求经营营业的意思为外界所知悉,可是“为外界所知悉”并不要求向一般公众进行特别的表示行为(如进行商事登记或者专门开设店铺),只要其租借店铺、雇佣雇员等开业准备工作为第三人所认知即可。^③《日本商法典》第8条要求当事人根据商事登记法将应登记事项记载于商业登记簿,“应登记事项”是指可能给交易相对人带来影响的重要事项,主要为“责任关系”事项。同时,该法第9条规定商事登记对第三人产生的是对抗效力。^④可以推知,日本的商事登记制度最核心的功能是公示,商主体及其投资人通过登记彰显信用、表达承诺,登记机关对登记信息的真实性给予最低限度的担保,并非通过登记赋予主体资格。而且,德、日的登记工作由法院或法务局承担,不存在运用行政权力干预商主体资格形成的可能。

上述立法例的背后蕴含着共通的学说基础。从抽象意义来说,营商自由的哲学基础是“自然权利”的法律观。洛克在对“自然权利说”影响深远的《政府论》中提出“人们……生来就享有自然的一切同样的有利条件,能够运用相同的身心能力,就应该人人平等,不存在从属或受制的关系……人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”^⑤美国《独立宣言》对“自然权利”作了进一步的解释“人人生而平等,他们都从‘造物主’那边被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。”使自己成为商主体或创设商主体的营商权属于“追求幸福的权利”亦是财产权动态的表现,因此被归入“自然权利”之列,正是基于对营商自由的捍卫才引发了历史上数次商人阶层与政府之间的对立、博弈。营商自由的理念在经过这样的坎坷历程之后,也推动了大陆法系关于商主体资格的学说形成,进而在具象意义上影响了立法。其中,尤以日本的几种学说最为精细。首先出现的是通过判例确立的“表白行为说”,即必须以自己的名义向外表达营业意思,才能被认为是从事商行为,继而获得商主体的资格。如没有积极对外表达营业之意思,即使在从事开业准备,也不会被认定为商主体。^⑥后来的“主观意思实现说”则认为,任何为开业准备的行为都是商行为,从事该商行为的同时即可获得商主体资格。^⑦而在“客观认识可能说”看来,虽然不需要主动向外披露自己的营业意思,仅仅有营业的主观意思也是不够的,当

^① 参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2010年版,第21页。

^② 参见前引①,潘嘉玮文。

^③ 参见刘成杰《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社2012年版,第13-15页。

^④ 参见前引③,刘成杰书,第21-25页。

^⑤ [英]洛克《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1996年版,第5-6页。

^⑥ 大判大正14·2·10民集4卷2号56页。

^⑦ 田中耕太郎「商法総則概論」,有斐閣,1940版,第259页。

相对人有可能认识到该种营业意思时,行为才被认定为有商业性,同时取得商主体资格。^⑲ 这些学说同一的立场是,商主体资格的确立是当事人作出营业之意思表示的结果,差异仅在于上述意思表示应当主动为之、间接推定抑或考虑获知的客观可能,但即便在最严格的“表白行为说”中,也不认同意思表示的方式只有登记。在本质上,几种学说无不遵从自然权利、营商自由的哲学思想,这种态度最终影响了日本以及其他国家的商事主体登记规则,令商主体资格的取得并不受制于登记。需要说明的是,日本的学者在提出相关学说时将公司排除在讨论范围之外,却未具体说明理由。一种重要的猜测是,公司股东的特殊责任承担方式令公司与其他商主体有所区分,资格取得的要求也可能存在差异。但在思想脉络相仿的德国,明确规定公司在未经登记之前“不作为此类公司存在”,然而在由投资人直接承担责任的前提下,从事商行为的基本主体资格不受影响。对于发挥设权作用的登记,^⑳所设之“权”实为作为特殊公司的法律地位,而非营商之权。将这种解释作为前述日本学说的注脚似乎更为妥当。

总体上,主流的大陆法系国家几乎都不将商主体资格的取得与强制性的设立登记关联起来,未经登记不能形成公示、对抗的法律效果,但不影响商主体资格。相比之下,没有经过行政登记程序的商主体(甚至包括个体工商户、独资企业)在我国是无法成立的,而且登记时法律要求的“形式审查”往往还越界、过当,这令商主体的设立更加不便,从而妨碍一个国际化程度更高的统一市场形成。

(三) 世界银行“营商环境”评估方法论的影响

“营商环境”是世界银行从2003年开始的对全球百余个经济体的投资经营综合条件进行衡量的一套评估体系,^㉑在世界范围内具有很高的权威度,也得到我国政府的充分重视。虽然,“营商环境”的排名及其评价体系未必是唯一且最合理的,却对我国吸引全球资本、深化经济改革有直接的重大影响,因而在“营商环境”的评估方法论下对照分析我国的现有机制,具有重要的现实意义。

“营商环境”评估的每一项指标体系都会以一篇经典文献作为理论支撑。“开办企业”是世界银行“营商环境”评估指标中的第一项,与本文所讨论的商主体资格形成机制密切相关。该项指标以Simeon Djankov等四名经济学家共同撰写的《准入监管》一文作为理论依据,该文运用大量的实证数据来帮助论证在“公共利益理论”和“公共选择理论”之间如何抉择。“公共利益理论”认为,一个追求社会效率的政府应当通过监管来对抗市场失灵,从而达到保护公众的目的。因此,越严厉的准入监管规则(特别是更多的程序)越能够造就良好的社会效果。^㉒“公共选择理论”则有两种代表学说,均不认

^⑲ 片山謙二「開業準備行為に關する法律の諸問題(1)」,民商法雜誌十四卷3号1941年、第49頁。

^⑳ 相关学说将商事登记分为设权作用和公示作用。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74页。

^㉑ 以2018年为例,世界银行对190个经济体从开办企业、办理施工许可证、获得电力、登记财产、获得信贷、保护中小投资者、纳税、跨境贸易、执行合同、办理破产等10个指标进行全面评估,并逐一排名。

^㉒ “公共利益理论”的代表性文献是A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* (Macmillan and Co., 1938)。

同政府管制的效率:其一为 Stigler 的“捕获理论”,认为管制是为了提高行业的收益,更严格的准入规则阻止了竞争者的进入,结果形成了行业从业者更强的市场支配力,而不是更大的消费者利益;^②其二为“收费亭理论”,指出行政许可和管制存在的一个重要原因是为了授予官员拒绝的权力来收受贿赂。^③《准入监管》一文经过分析,将基本立场选定为“公共选择理论”,其预测企业开办时更严格的管制会导致不充分的竞争和更高层次的腐败,继而从简化程序、缩短时间、降低费用等维度来提出解决方案。^④

在此基础上,世界银行做出了一些更便于定量考察的界定和假设,最终选定以程序、时间、费用、最低实缴资本作为评估“企业开办”的二级指标。对于我国“营商环境”的评价,以上海和北京两地为样本,依次占比 55% 和 45%,上海的样本数据如下图所示。^⑤从上海数据、亚太数据、OECD 数据的对比来看,我国当前“企业开办”的不足主要表现在程序繁多、历时较长,而在法定费用和资本金需求上,反而比大部分经济体更占据优势。需要注意的是,上海和北京是我国经济最发达的城市,该数据是上海和北京在为了提升“营商环境”排名而专门调整机制之后得出的统计数据,属于“优化样本”,而国内其他地区还远达不到这样的水平:如果说法定费用、资本要求在各地基本相仿的话,其他地区“开办企业”的程序个数和所需时间则明显多于作为“优化样本”的上海、北京。程序、时间上的劣势几乎都和行政登记在商主体资格形成机制中实际存在的管制倾向有关,从世界银行“营商环境”评估方法论出发的分析与先前的结论不谋而合。

二级指标	定义	计量方式	上海数据	亚太数据	OECD 数据
程序	企业与外部人员之间的任何互动	个数	7	7	4.9
时间	完成一项程序所需的时间	日历天	22	22.7	8.5
费用	官方费用以及法律所要求的法律或专业人士的服务费	占人均收入的百分比	0.60%	18.40%	3.10%
最低实缴资本	企业在登记成立阶段需要存入银行或交给第三方的款项	占人均收入的百分比	0.00%	15.10%	8.70%

^② See George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2(1) *The Bell Journal of Economics and Management Science* 3, 5 (1971).

^③ See Andrei Shleifer & Robert W. Vishny, *Corruption*, 108(3) *Quarterly Journal of Economics* 599, 599 (1993).

^④ See Simeon Djankov, Rafael La Porta & Florencio Lopez-de-Silanes et al., *The Regulation of Entry*, 117(1) *The Quarterly Journal of Economics* 1, 35 (2002).

^⑤ 转引自罗培新《世界银行营商环境评估方法论:以“开办企业”指标为视角》,载《东方法学》2018 年第 6 期。

三、调整行政干预范围与方式的法理基础

改革商主体资格形成机制的主要方向,是通过灵活、有效的制度设计,避免行政权力对营商自由的过度干预。世界银行的“营商环境”评估已经用经济学方法批驳了商主体资格准入语境下的强管制,而弱化行政干预同样可以在法理上确立正当性。现代法律授权公共权力干预私人行为的理据纷繁复杂,但从干预所要维护的法益来说,不外乎“利他”与“利己”两种,相应的干预理由也被归结为“公共利益”与“父爱主义”。下文将分别厘清这两类理据能否在商主体资格形成的场合中成立,进而奠定行政干预范式改革的法理基础。

(一) “公共利益”视角下限制营商自由的正当范围:经营资格而非主体资格

无论沿循起源于西方法哲学的自由主义,还是根据我国《宪法》第51条的规定,公民个人在享受自由和行使权利时,不得损害国家、社会、集体及其他公民的合法权益,这在一定意义上就是“公共利益”。因此,在承认、保护公民营商自由的前提下,以“公共利益”的名义实施行政干预可能是正当的,但需要斟酌干预的范围。

1. 基于公共利益干预营商自由的普遍趋势

对个人基本权利的尊崇,曾经使得社会权力格局发生重大的变化,按照社会契约论的观点,政治权力是每个人把他在自然状态中的权力交给社会,再由社会交给它自己设置的统治者,并附以明示或默许的委托,进而构成个人与政府之间的默示契约。政府和社会是为了维护个人权利而存在的,而个人权利的不可取消性构成了政府与社会权威的限度。然而,当一种同社会福利国家的正义相联系的新的工具性法律观覆盖、排挤并最终取缔自由主义的法律模式时,法律本身也经历了一种重新诠释和范式的转换。^⑤特别是20世纪以后,市场经济的正常运行与国家干预的联系越来越紧密,现代政府作为公共利益的代表者,总是在保证一定程度的私权自治的同时强制性地介入经济活动,凭借公权力来保障社会公共利益。

无论是基于我国历史文化传统,还是根据西方现代法律理念,为保护公共利益而实施的政府干预都并非不可接受。当营商自由遭遇公共利益时,干预便会渗透其中,营商自由的自然权利被部分或全部让渡给国家,转而由政府基于公共利益的考量予以行使,这种让渡不仅符合社会契约理论,也是现代国家转型下私权发展的一种必然结果。^⑥值得注意的是,绝大多数国家为了公共利益而限制营商自由的主要表现,是通过行政行为限制特定、稀缺或关系民生的重要行业之经营资格,甚至直接由政府代表社会占有上述

^⑤ 参见[德]哈贝马斯《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店出版社2003年版,第106-111页。

^⑥ 参见赵万一、王兰《私法视域下商事登记的重新解读》,载《河北法学》2009年第6期。

资源并垄断性地实施经营,而非通过设立登记限制营商的主体资格。

2. “公共利益”的合理界定

“公共利益”是一个不确定的法律概念,既包含价值选择,也带有浓厚的历史特征,现代社会关注的重点应在于如何防止以“公共利益”为名侵犯私权利的行为,即正确诠释“公共利益”和保护公民私权利,而非随意扩张“公共利益”的范围。^③ 庞德根据公共利益的内容将其划分为以下类型:(1)一般安全中的利益,包括防止国内外侵略的安全和公共卫生的安全;(2)社会制度的安全,如政府、婚姻、家庭及宗教制度等;(3)一般道德方面的社会利益;(4)自然资源和人力资源的保护;(5)一般进步的利益,特别是经济和文化进步方面的利益;(6)个人生活中的社会利益,这种利益要求每个人都能够按照其所在社会的标准过一种人的生活。^④ 对比而言,与限制营商自由相关的公共利益可以表现为国家与社会安全、自然资源保护、经济文化进步等因素,这种限制确实可能具有正当性。

然而,在界定“公共利益”时,必须具体考虑其中的核心要件:第一,利益性,这种利益应当是客观真实的、具有价值内涵的存在,没有实际价值意义的内容不能成为公共利益;第二,多数人享有,受益范围一般是不特定多数的受益人,而且该项利益需求往往无法通过市场选择机制得到满足,如果受益人特定且人数较少,一般不能认为符合公共利益的要求;第三,符合比例性原则,所追求的目的与所使用的手段之间应当相称,如果为了追求一个较小的利益或某一较低位阶的利益而损害他人的基本权利,且受影响的人为数众多,则显然违背比例性原则。^⑤ 在此基础上,以公共利益为理据而干预营商自由,其范围、限度都需要进行审慎的论证,不宜肆意地扩张解释“公共利益”,甚而过当地限制营商自由。

3. 因“公共利益”干预商主体资格的正当性证否

以“公共利益”之名对营商自由加以干预,除了要求政府在公共利益的外延中找到相应内容,还要求政府证明这种干预能带来客观、具体且为不特定多数人共同享有的利益,干预的方式亦不能超出必要之限度。而营商自由至少涉及主体资格与经营资格,在我国目前的“证照”管理模式,营业执照代表商主体资格及其从事一般经营事项的资格,系通过行政登记由市场监督管理部门颁发;经营许可证代表商主体的特许经营资格,系通过行政审批由行业主管部门颁发。“公共利益”项下的国家与社会安全、自然资源保护、经济文化进步等因素无不与特殊经营资格有关,而与主体资格、一般经营资格无涉。特别是在我国经济发展的现阶段,行政垄断仍是一个十分突出的痼疾,打着维护“公共利益”的幌子谋求垄断利益的企业、行业并不少见,不分主体资格与经营资格的强

^③ 参见胡鸿高《论公共利益的法律界定——从要素解释的路径》,载《中国法学》2008年第4期。

^④ 参见[美]E. 博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,第141页。

^⑤ 参见王利明《论征收制度中的公共利益》,载《政法论坛》2009年第2期。

制设立登记可能会增加市场准入的成本,放大垄断企业的竞争优势,妨碍健康的市场竞争,最终将所谓的“公共利益”演变成个别利益集团的私利。对于那些真正对公众的安全、公平、效率有影响的领域确实不能完全自由地放任经营,但只需禁止未经行政许可的商主体从事划定范围的经营行为即可,而无需先行限制所有人营商的主体资格,再通过行政登记的方式对个别主体予以解禁,这种普遍性的设立登记超出了保障公共利益过程中比例性原则的要求。基于“公共利益”而限制营商自由的必要范围仅及于对商主体的特许经营资格进行管制。

(二) “父爱主义”视角下限制营商自由的合理方式:自愿而非强制的设立登记

在“利他”的“公共利益”之外,“父爱主义”也是行政干预可以援引的一种理据。法律的“父爱主义”又称“家长主义”,是为了保护行为人的利益而干预行为人的行为。事实上,在我国尚未出现对于法律“父爱主义”的系统研究之前,通过“训政”式的立法来加速当事人权利意识形成的做法就已经出现,在政府的许多行为中,“公共利益”与“父爱主义”的目的是交织在一起的。近年来,理论界对于“父爱主义”的态度变得审慎起来,开始越来越多地论及“父爱主义”的边界。^①更值得关注的是,市场对于商主体所遭受的“父爱主义”往往不持积极态度。^②

“父爱主义”又可以细分为“软父爱主义”与“硬父爱主义”。“软父爱主义”只对不真实反映当事人意志的危险选择进行限制和干预,实际上反而保护甚至提升了当事人的自治。“硬父爱主义”则是管理人出于增加当事人利益或使其免受伤害的善意,不顾当事人的主观意愿而限制其自由。^③设立商主体的行政登记则可能构成后一种“父爱主义”,其合理方式同样值得细究。

1. 以“父爱主义”考量中国现实问题的意义

洛克早就警示人们不要将“父权”与“政治权力”混淆。康德同样认为,“如果一个政府建立的原则是对人们的仁慈,像父亲对他的孩子一样,换句话说,如果它是家长主义式的政府,这样的政府是能被人想象出来的最坏的政府”。边沁也曾质疑,是否应该将“事关自己的冒犯”视为公法所要管辖的内容。可见,从西方的法律传统出发,“父爱主义”的政府干预也是受到争议的。

然而,“父爱主义”的法律思维范式对当下的中国却具有现实意义。我国的文化传统中,宣扬“利他”多过“利己”,由此形成的法律话语包含着强烈的行为涉他性的逻辑推定,即认为所有个人行为都可能影响或涉及其他人的利益,为了保护他人利益尤其是社会利益、公共利益,政府可以理直气壮地干预个人行为。忽略自涉性行为的存在会带

^① 参见禹竹蕊《从盛行到自持:法律父爱主义在行政管理中的演进》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)2017年第5期;杨善长《流押条款法律效力辨——兼及法律父爱主义立法思想之取舍》,载《河北法学》2017年第3期。

^② 参见陈涛《金融监管必须拒绝“父爱主义”》,载《经济参考报》2017年4月14日第1版;张小洁《清退“僵尸企业”须摒弃“父爱主义”》,载《经济参考报》2016年1月12日第2版。

^③ 参见孙笑侠、郭春镇《法律父爱主义在中国的适用》,载《中国社会科学》2006年第1期。

来潜在的危险,即否定个人有独立、自治的空间。相比之下,“父爱主义”更尊重行为人的主体地位,是为了行为人的利益而限制其行为自由,表面上压制了自由,实质上更尊重自由。如果干预的理据充分,干预所得大于所失,干预对行为人的限制降至最低,“父爱主义”是可以具备正当性的。

用“父爱主义”来考量、解释各种行政干预,不仅是对“利他”的公共利益式干预的补充,同时也传达了一种对私人权利、自由的尊重。但是,正如“公共利益”的外延需要准确界定一样,“父爱主义”的合理范围也是有限的,笼统、抽象、宽泛的“父爱主义”同样会造成行政权力的越界。

2. 设立登记何以成为“父爱主义”的干预

形成商主体资格的本质是拟制市场之“人”,权利基础是营商自由,包括以自然人身份经商与结社经商。在设立登记的过程中,商主体的名称、性质、资本、权益分配、管理方式等事项皆取决于申请人自身的意思,登记机关对此并不起决定作用,只是促成相应私法效果的发生。商主体的设立登记固然是对投资人私人意思的反映,但根据我国现行法律,不登记的商主体又无从取得法律资格,因而设立登记又实实在在地构成了一种对营商自由的限制。

设立登记也有利于行政相对人实现私人诉求。设立登记在客观上的主要功能其实是构建公示信息的平台,从而凭借自身的权威、公共信誉为其所确认的登记信息提供一种有限度的“担保”。此外,登记借助法律的权威又型塑了商主体的交易能力和责任承担方式,尤其是有限责任对市场之“人”意义重大,虽然通过契约方式也能够实现类似的法律地位,但登记的路径显然成本低廉得多,这构成了行为人的利益。故而,商主体的设立登记有可能成为商法上“父爱主义”的一种表现,反映出为提升商业效率而限制营商自由的倾向。

3. “父爱主义”干预在商主体资格形成语境中的理据不足

“父爱主义”干预所涉领域广泛,情形差异很大,难以用一条或数条简单的标准来推演出所有正当的理据。^④而国内的代表性文献则将“父爱主义”正当干预的理由大致概括为行为能力缺失、当事人同意、风险规避、经济效率、分配正义、基本人权保障等。其中与限制营商自由相关的理据主要是经济效率与当事人同意。

在“父爱主义”的理念下,为了提升行为人的经济效率,政府对创设商主体的自由加以限制,基本途径便是设立登记。登记为申请人带来的效率主要是市场识别的便利,行为人一旦完成登记,藉由公示公信的效果就可以快捷、准确地让交易相对人了解其法律地位、责任承担方式、资产状况、组织成员等信息,进而形成市场交往中必需的信任与预期。特别是当行为人创设一个自身承担有限责任的商主体时,登记在行为人与新拟制的商主体之间划清了财产责任范围,免去当事人反复协商谈判之累,可以显著地降低交

^④ See Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92(5) *The Yale Law Journal* 763, 765 (1983).

易成本。然而,“父爱主义”的正当性还必须建立在效率大于限制的基础之上。在强制登记的要求下,像个体工商户、个人独资企业、合伙企业这样责任承担方式原始、内部关系简单的商主体也必须负担一定的程序成本(如费用成本、决议成本、时间成本等)甚至是寻租成本。衡量登记带来的效率与限制时,无法自然形成积极的结论。事实上,“不登记、不成立”的干预方式使得登记的程序要求与商主体资格形成的实质要件发生了混同,在私人意思与行政促成之间应以前者为主。设立登记的“父爱主义”干预并不能对所有商主体都产生比管制更大的经济效率。

同时,“父爱主义”的主要缺陷在于干预者将自己的意志强加给行为人,是对行为人之尊严和个性的侵犯。如果行为人自身对干预表示认可,那么“父爱主义”的干预自然是可以成立的。当事人对干预的认可能够被概括为五种类型:“事先同意论”“真实意志论”“预期同意论”“事后同意论”,以及“推定的理性同意论”。^⑤其中,“预期同意论”的观点与“真实意志论”“推定的理性同意论”有重合。“真实意志论”只适用于因行为能力缺陷、不知情、被胁迫等客观因素所导致的真实意志背离。“推定的理性同意论”即便被限定在维护生命、健康等重要利益的场合,依然容易被滥用。“事后同意论”与法律或行政行为的强制性不相符,行政干预一旦实施即生效,不存在事后同意之说。所以,在干预商主体资格形成的语境下,只有“事先同意论”能够为“父爱主义”提供正当性基础。“事先同意”可以表现为行为人同意实施干预的立法,政府再根据立法作出干预的具体行政行为,但是这样的“同意”并不全面,因为现代民主立法程序的多数表决机制意味着可能出现部分行为人不支持干预,由于“父爱主义”干预的行为不影响社会公共利益,以集体决议取代个人意愿缺乏正当基础。事实上,另一种类型的“事先同意”更具有可行性:在立法中确定干预的方式,同时揭示干预可能给行为人带来的利益,由当事人选择是否需要行政干预,即政府在取得行为人的同意后被动地给予“父爱关怀”。比如,通过立法规定,对于自然人设立的合伙,不经登记亦允许其成立,但是该组织的能力依附于创设人,须以合伙人共同或代表的名义从事交易、参与诉讼,而经由登记的合伙企业则能够获得法律明定的主体地位。英美判例法甚至承认未经登记而实际存在的有限公司、商事信托^⑥,只是这种商主体及其设立人无法取得成文法所赋予的一些特殊权利,而不否定其基本法律地位。此时的登记虽有成本,同样给申请人带来利益,是否登记可自行决定,属征得“事先同意”的“父爱主义”干预。

综上,设立登记要实现“父爱主义”的目标,存在两个预设:为当事人带来的利益大于管制;当事人自身的意愿。应当将创设商主体的当事人看成是理性的,他们才是自身

^⑤ See John Kleinig, *Paternalism*, at 28, 55 (Rowman & Allanheld Publishers, 1984).

^⑥ 英美法中的“商事信托”(Business Trust)是一种区别于传统私益信托关系的商业组织方式,不在《信托法重述》等重要规范性文件的规制范围内,而出现单独立法的趋势。不论是历史还是当下,商事信托都是与公司、合伙相竞争的商主体形式,而不登记的商事信托大量存在,主体资格受到肯定。参见季奎明《从合伙、公司到信托:英美商事信托的演进历程及其启示》,载陈小君主编《私法研究》(第20卷),法律出版社2016年版,第181-201页。

利益最佳的判断者,法律与政府理应尊重当事人的选择。进一步讲,维护当事人自身利益的“父爱主义”干预与保障“公共利益”的政府干预不仅在理念上是互补的,在干预对象上也是协调的。“父爱主义”模式关注商主体资格登记带来的效率,“公共利益”模式针对特殊经营资格的授予。两者都无法为我国当前全面实行的设立登记生效主义提供正当性依据。所以,“私人意思+行政促成”的商主体资格形成机制不仅有“促成”功能异化的问题,从根源上看,行政促成的必要性也未必确凿,至少对不同诉求的当事人、不同类型的商主体不宜一概而论。

四、革新商主体资格形成机制的法律路径

从目前设立登记直接遵循的“外源”法律文件名称(大多为“登记管理条例”)中可以看出,行政机关实施商主体登记的主要功能是社会管理。在发展社会主义市场经济的初期,为了实现改革、治乱的目标,设立商主体的行政登记曾部分采核准主义,这种干预具有一定的必要性。然而,在商业高速发展、营商渐趋自由的当下,我国所倡导的营商环境与其他发达国家越来越相似,以《公司法》为代表的商主体法甚至走在了多数大陆法系国家的前面,取消了市场准入的绝大部分条件,应当说对商主体设立登记的价值取向进行新一轮权衡取舍的时机已经成熟。服务于社会管理的登记主要价值诉求是交易安全,甚至还包括国家经济安全,而以公示公信为目标的商事登记所追求的效果是在自由基础上形成的效率,安全与效率的博弈冲突在我国经济发展的现阶段有新的表现。从规范背景来说,我国经历40年的改革开放,初步形成了社会主义特色的市场经济,也基本建构了市场风险的防范体系、救济机制,特别在改革的初期对安全的要求尤为严苛,安全的问题在很大程度上已经得到了较好的解决,允许自由经商(特许经营除外)会影响市场安全的担忧并不能成立,而近年来以激活市场为导向的简政放权措施中,效率渐渐被置于更显著的地位。从规范模式来看,政府对市场的干预越来越多地从事前的静态监管转变为事中、事后的动态监管,行政机关也开始意识到自身在判断适格商主体时的能力不足,直接的行政管制被信息供给这样的公共服务所取代,市场选择正在实现“去行政化”,当事人自己在营商交往中的风险识别意识、能力被强调,安全成为政府和市场主体共同的目标与共担的责任,适当减少政府干预不等于摒弃安全的价值观,由此带来的效率却可能在市场中彰显。从规范实效来分析,商主体的登记生效主义并不能堵住市场风险的漏洞,未登记、未如实登记、未及时变更登记的商主体大量存在,司法实践不得不采取以实质为准的立场来解决纠纷,也可以认为是通过判决确认了客观意义上的商主体资格,登记管制的预期难以完全实现,衍生的低效问题却非常突出,安全与效率的关系在此语境下演变为非零和博弈,需要重塑一种均衡状态,革新商主体资格的形成机制。

《民法总则》并没有在《民法通则》的基础上明确回应如何平衡营商自由与行政管

制的命题,但“外源”规范模式为开放性地构建商主体资格形成机制留下了可能。在既有模式下,下列三个问题是需要特别澄清的:第一,《民法总则》中所谓商主体“依法登记”的表述不应狭隘地理解为“必须行政登记”,而应当解释为依据相关的法律(在有强行规定时)开展登记,这是该模式的正当性基础;第二,作为登记依据的“外源”规范,其制定权力来源于民法典的授权,自然也应该反映民法典保护个人权利的基本价值取向,体现公权干预与私权自治的平衡,不宜异化为社会管理的工具;第三,“外源”规范之位阶不能太低,以防止各行业、地区私立规范性文件,封锁市场,妨碍竞争,甚至对私人产权实施歧视,“依法”之“法”宜限定于全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规。事实上,目前全国层面上各种名义的“登记管理条例(办法)”作为“外源”规范呈现出同质化的特征,^①各地在商事制度改革的过程中也积极探索制定地方的商事登记条例,完全有可能也有必要在国务院行政法规的位阶上制定一部统一的“商事登记条例”。“商事登记条例”主要解决主体登记的需求,因而区别于民事财产登记。

将“商事登记条例”作为《民法总则》中商主体依“法”登记的“外源”规范,借此革新商主体资格的形成机制,核心在于用制度规范妥善表达政府在干预营商自由时的功能转变。十八届三中全会以后,中共中央明确提出“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”,可以说我国政府与市场的关系正处于一个由“限定市场、余外政府”变为“限定政府、余外市场”的模式翻转过程中。具体而言,政府在法律机制中的功能要实现几项转型,包括在识别功能上由监护转向服务,在选择功能上由主导转向辅助,在规制功能上由管制转向治理。^②上述转向也应当在“商事登记条例”中充分予以体现。

(一) 政府由监护转向服务的市场识别功能:推动登记功能从“行政促成”变为“行政确认”

对于商主体资格,应摒弃监护式的登记,改行以公共服务为宗旨的登记,并将登记的法律效力明确为对抗。监护式登记的逻辑基础是默认政府具备更高的信息能力与更好的社会公信力,因此强制的行政登记能够提供更优质的市场识别功能。可是实际上,这样的立法过分夸大了行为人的“弱势”形象,现代社会不仅资讯水平高度发达,而且还逐步形成了能够辅助信用识别、判断的社会中介服务机构,政府所提供的一般性识别不再是行为人唯一的可选项。反而,为了维系政府的公示价值,行为人需要付出相当大的程序成本。

商主体的设立登记可以被当作一项公共服务,由当事人在自行评估经济效益后选

^① 当前关于商主体登记的规范性文件主要包括《公司登记管理条例》《企业法人登记管理条例》《合伙企业登记管理办法》《个人独资企业登记管理办法》等,除《个人独资企业登记管理办法》为原国家工商行政管理总局制定的部门规章外,均为国务院制定的行政法规。

^② 参见陈甦《商法机制中政府与市场的功能定位》,载《中国法学》2014年第5期。

择采用。进一步说,设立个体工商户、个人独资企业、合伙企业等商主体,并未改变出资人的责任承担方式或确立特殊的意思形成与执行机制,即便拓及社会管理的意义,登记的作用也不明显,完全可以豁免这类主体设立登记的义务;^⑨对于创设有限责任的公司等商主体,借由行政登记公示了出资人的财产责任承担方式,重新在商主体的出资人与债权人之间分配了风险,且用登记的方式集中分配风险显然比私人协商的方式效率更高,这样的设立登记应予保留;但是,未经登记的“公司”仍可以具有主体资格,只是出资人不得享有有限责任的保护,须以传统的无限(连带)责任的方式承担风险。质言之,公共服务式的设立登记不以准入管制为目标,允许当事人自行选择登记来使自己的责任承担形式得以产生对抗效力。根据前文的标准,商主体资格形成过程中的“私人意思+行政促成”应当转为“私人意思+行政确认”。

建议在“商事登记条例”中确立这样的基本规则:“自然人、法人或其他组织有设立新的组织从事市场活动的权利。设立人可以在市场监督管理部门将上述组织的名称、资本、人员、责任承担方式等信息予以登记,未经登记的不得对抗善意第三人。设立出资人承担有限责任的组织而未经登记的,出资人的有限责任不受法律保护。”使得商主体资格的取得与行政登记相分离,政府在商主体资格形成过程中的功能转变为提供降低交易成本的市场识别服务。不登记的商主体亦可存在,同其交易的相对人依靠自力方式进行市场识别,如果这种识别成本过巨,可能导致相对人放弃同该商主体的交易,反过来会推动商主体开展更多的自愿登记。只有希望取得有限责任保护的情形下,设立登记才是具有强制性的。此时的登记已归复其服务市场的功能,而不再是干预市场的手段。

(二) 政府由主导转向辅助的市场选择功能:保障商主体的一般经营资格

本文讨论的主要对象是商主体资格,但主体资格与经营资格是无法完全割裂看待的,只有主体资格而缺乏经营资格的商主体没有存在的意义,承认商主体从事一般经营事项的资格是商主体资格的必然延伸。《企业经营范围登记管理规定》(2015年)第3条规定“经营范围是企业从事经营活动的业务范围,应当依法经企业登记机关登记。申请人应当参照《国民经济行业分类》选择一种或多种小类、中类或者大类自主提出经营范围登记申请。……经营范围发生变化的,企业应对章程或者合伙协议进行修订,并向企业登记机关申请变更登记。”第15条规定“企业未经批准、登记从事经营活动的,依照有关法律、法规的规定予以查处。”从第3条的规定可知,除了该规定第4条所指需要前置或后置审批的经营事项外,申请人可以自主地选择经营范围并适时予以变更,这反映了商主体开展一般经营事项的自由。但是,从事所谓的一般经营事项仍需登记,未经登记的甚至还可能根据该办法第15条被市场监督管理部门查处,如此制度逻辑何以体现一般经营事项的“一般”之处?而且,上述规定是在商事制度改革的背景下新近颁

^⑨ 参见石少侠、李镇《论个体工商户商事登记义务之豁免》,载《经济纵横》2012年第1期。

行的 相比《公司法》修改之前在 2004 年颁行的旧规定 未见实质性进步。

经营资格的许可是政府代表市场和行业选择商主体的过程 政府对行政相对人作出是否违法的法律判断容易 而对其作出是否适合进入特定市场和行业的商业判断困难。政府自身的公正能力和专业能力未必超过一般商主体 由政府过多发挥选择功能可能造成市场竞争机制的障碍 而且政府的选择标准也未尽合理 特别是政府基于商业判断的选择应处于辅助地位。“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”就是要求政府用行政手段约束好违法违规的行为 不必对于商主体的资信、品行、经营价值这样的事项作出政府能力所不及的商业判断 转而交给交易相对人根据市场机制自行甄别 以期回复到风险自担、责任自负的基本市场逻辑之上 也将政府从不必要的默示“担保责任”中解放出来。因此 政府只需集中力量在关涉“公共利益”的场合把好选择关 维护公众(人身和经济)的安全 防范系统性的风险。

为了充分保障商主体的一般经营资格 使之与主体资格共同提升商主体的法律地位,“商事登记条例”应当补充规定“从事法律、行政法规设有行政许可的经营事项 应当在市场监督管理部门登记领取营业执照之后 向主管部门申请并取得经营许可证。市场监督管理部门或其他主管部门不得以未经登记为由禁止当事人从事行政许可事项以外的经营事项。”据此 登记取得营业执照之后 可以获得商主体资格和一般经营资格 投资人也能够根据需要提供有限责任的保护。但除去有限责任之外 即便不登记 商主体资格和一般经营资格仍然应当受到法律肯定。特别需要注意的是 特许经营事项应严格限定在法律及国务院行政法规规定的范围内 防止地区垄断 杜绝以“备案”之名行“许可”之实 且许可事项以密切相关为限 不得扩张解释。

(三) 政府由管制转向治理的市场规制功能: 划清市场干预与社会管理的界限

政府所承担的社会管理职能同行政权力对市场的干预并无必然关联 要改变通过广泛的干预手段来实现社会管理目标的思维。逾越“父爱主义”又不受“公共利益”范围限定的政府干预 只能表现出一定的行政效率。比如 面对众多的人口 政府可以依靠法人作为组织中介实施社会管理 而登记就是管控法人的重要手段;又如政府在实施税收或产业调控时 分类是必不可少的步序 登记在案的组织形式、经营范围、资本规模等信息可以作为参考 这也是行政效率。然而 谈论行政效率之前首先需要追问的是大而全的家长式管理是否必要 而且不同领域的干预或管理之间可以相互传递效率的假定是难以成立的 因为干预或管理的对象存在差异(如商主体与纳税主体的不同) 信息可能失真(如企业变更后未登记 公司资本未届缴付期限) 基于一种目标的市场干预未必能降低另一种社会管理的行政成本。在莫须有的行政效率与市场自由之间选择前者 本身缺乏正当性。

“商事登记条例”应表明其限制公共权力以社会管理之名肆意扩张的立场 “行政机关不得因社会管理、行业统计等事由对市场中的各类主体设置登记事项”。

结 语

我国的商事制度改革是在市场需求的内因和“营商环境”评估的外因共同作用下不断推进的,商主体资格形成机制的革新是其中非常重要的一项内容。当前开展的“证照分离”改革并未触及该问题的根本,即如何在制度范畴内准确表达行政干预与营商自由的关系,这不仅是为我国打造一个与世界接轨的营商环境所必须考虑的命题,也始终是制定私法基本法来阐明权力与权利之间界限时无法回避的难题。在民商合一的我国,民法典在关于商主体设立登记的事项上采取的“外源”规范模式具有较好的开放性,为主体资格形成机制的革新预留了空间。制定以主体登记为核心的“商事登记条例”,并将“去管制化”的设立登记规则纳入其中,有助于校正传统认知上的偏差——商主体是通过行政登记被赋予主体资格的,恢复登记以对抗为效果的功能本位,促使政府从全面干预向公共服务转型,迈出优化营商环境的关键一步。

Abstract: The formation mechanism of the business subject qualification is the core of the commercial environment. According to the economic methodology of the evaluation of ‘business environment’ advanced by the World Bank, it demonstrates the necessity of reforming the formation mechanism of the business subject qualification. As for jurisprudence, both altruistic ‘public interests’ and egoistic ‘paternalism’ cannot evidence the legitimacy of the registration that gives qualifications to the business subjects. The ‘dissimilated’ administrative registration mode should be re-established. The suggestion is that the Regulations of Business Registration which prescribes the business subject registration as the core content should be enacted by the State Council to form a new ‘external source’ of norm and facilitate the government to change its role from an administrative intervenor to a public servant. First, the subjects can be voluntarily registered to obtain the effectiveness of confrontation, while investors of those unregistered subjects will not be protected with limited liability. Second, the general operation qualifications of the business subjects which is a certain extension of the business subject qualification will be fully guaranteed. Third, the old business subject registration mode which was formed for the purpose of social management will be abandoned, and there will be a clear line between the market intervention and social management.

(责任编辑:王莉萍)