

我国企业住所与经营场所分离与分制改革的法律探析

郭富青

(西北政法大学 民商法学院, 西安 710063)

摘要: 我国现行企业法以经营场所界定住所, 经营场所与住所混为一谈, 往往以固定的经营场所作为企业设立的条件, 住所被视为企业拥有的不动产, 企业设立登记要求提交住所权属证明。这不仅使企业市场准入和大众创业、万众创新受阻, 而且与企业运行实践中, 住所与经营场所普遍分离的事实, 以及淡化物理住所, 去实体化、非财产化的大趋势不符。为降低企业准入门槛, 优化营商环境, 我国企业法应重新定义企业住所为“联系企业, 确定法律文书送达和管辖的地址”, 促使其与经营场所分离, 并对企业住所实行申报登记制, 对经营场所则实行备案登记制。

关键词: 企业住所; 经营场所; 市场准入; 分制改革

中图分类号: DF920.0

文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2020.02.11 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



引言

我国企业立法规定企业以其主要办事机构所在地为住所, 企业设立必须具有固定的经营场所。登记机关在企业设立登记时要求申请人提供住所的产权证明和用途证明, 这实际上是要求拟设立企业前, 企业发起人必须先购置或租借相应的经营场所并获得产权证书或用途证明, 才能顺利登记注册, 取得营业执照。企业必须承担这一高昂设立成本, 无形中成为企业准入市场的门槛。这种既未充分考虑现代企业多角化、跨地区经营, 以及经营场所与住所常处于分离状态的客观事实, 也未反映互联网背景下企业对经营场所依赖逐渐淡化, 甚至出现经营场所虚拟化现象的企业立法, 致使住所成为企业市场准入的障碍, 阻碍了大众创业、万众创新和经济增长。

收稿日期: 2019-09-23

作者简介: 郭富青(1962), 男, 河南开封人, 西北政法大学民商法学院教授, 博士生导师。

自2005年以来,我国企业立法推行放宽企业市场准入,简化企业住所登记程序,加强事中、事后监管的一系列改革措施,妨碍企业市场准入的设立批准、公司法定最低资本和资本实缴登记制已经被陆续废除,只有企业住所登记仍然是市场准入的羁绊。因为简化住所登记程序的改革没有从企业立法层面实现企业住所与经营场所的分立,只是扩大了可供登记为企业住所的经营场所的范围。因此,基于企业住所与经营场所分离的趋向,研究二者在性质、功能上的分化,进一步深化企业住所登记改革,建立企业住所与经营场所分离、分制的法律制度具有十分重要的现实意义。

一、企业住所与经营场所的性质与功能:从合二为一到分化

企业是随着手工业从农业中分离,商业从农业、畜牧业和手工业中分离,这两次社会大分工中逐渐产生的工商业经营组织形式。从企业产生、发展进行历史考察,可以明显地看出企业的组织形式演变呈现出一条从原始的单一业主制到合伙经营,再发展为现代公司组织形态的轨迹,其间经营方式从单个公司的经营到集团化联合经营,经营范围和规范不断地扩大。在企业发展的过程中作为企业构成要素的住所与经营场所,在性质和功能上也经历了从合二为一到分化的渐变。

(一) 企业经营场所与住所二者性质同一功能不分

企业的住所起源于自然人的住所,它是运用法律拟制技术比拟自然人创制企业法人的产物。处在自然经济时代的古罗马私法规定,自然人以有久居意思的居住地住所,最初以设祖先祭坛之处为住所,一个家长一个家,一个人只有一个住所,即经常居住之处,也是奴隶、牛、马等财物的集中地。手工业和商业发达以后,住所、作坊、店铺时有分离,设祭坛之处与业务之处也不再吻合一致,于是,变为以业务中心为住所。若业务中心有多处且有主次之分,则以主要业务中心为住所,无主次之分者,则皆为住所。于是,发展为复数住所^①。手工业作坊和商铺通常采用独资和合伙经营的组织形成,这两类原始企业形态均依附于作为业主的自然人,传统民事立法不承认其拥有独立主体资格,因此被称为自然企业。企业的业务中心即经营场所就是经营企业的自然人业主的住所。住所是人的事务和利益的主要所在地,它是人的法律属性之一^②。公元15世纪,在英国率先出现了法人的概念之后^③,国王以向商人颁发特许状的方式创设了一批特许贸易公司,并赋予其法人资格。法人作为社会组织不但缺少可以触摸到的身体,而且缺少可谴责的灵魂^④。法人不是自然人的“对应物”而是“模仿自然人”的法律拟制物^⑤。为了将法人塑造的如同自然人一般,对自然人具有重要法律意义的主体要素,如姓名、住所与国籍等,均属于法人模拟的构成要素。从而,达到企业法人与

① 参见周枬《罗马法原论》(上册),商务印书馆2005年版,第137页。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》邵建东译,法律出版社2001年版,第791页。

③ 参见[德]韦伯《法律社会学:非正当性支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2010年版,第132页。

④ Northern countries Securities Ltd. v. Jackson and Steeple Ltd. 参见[马来西亚]罗修章、[香港]王鸣峰《公司法:权力与责任》,杨飞等译,法律出版社2005年版,第84页。

⑤ 梁上上《中国的法人概念无需重构》,载《现代法学》2016年第1期,第74页;龙卫球《民法总论》,中国政法大学出版社2001年版,第360-361页。

自然人同具有人格,有一定之住所,以享有权利履行义务的目的^①。为了将民事主体的法律关系集中于一处统一适用法律解决纠纷,自古罗马以来,大陆法系各国的民法典均将住所作为民事主体制度的重要构成要素加以规定^②。

企业产生、发展的早期阶段,企业的经营通常属于小本经营,因经营规模、经营范围较小,其生产、经营活动往往局限于一个城市或村镇,甚至仅限于一条街道。因此,企业立法规定企业以经营场所为住所,如果企业有多个经营场所,则以主营业地的经营场所为住所。此时,企业的住所与经营场所处于同一地理空间,合二为一,彼此不分,经营场所即住所,住所也是经营场所。进入工业经济时代,土地和房产成为企业最主要的生产要素和资本形态。从事生产经营和商业交易活动依附于土地、厂房和商铺等具有物理空间形式的经营场所。企业的经营场所自然成为缔结、变更和实现相应法律关系的中心地。因此,企业立法仍然要求企业应以主要办事机构所在地、总机构所在地或营业中心所在地为住所^③。以企业经营场所为住所,不但因经营场所和住所处于同一地理空间重合,而且二者具有相同的法律功能:第一,住所是确定民事和商事案件诉讼管辖和经济活动行政主管的依据;第二,住所是企业诉讼文书和其它法律文书的送达地,同时也是公司法律文件的置备地^④;第三,对于跨司法区域的企业经营活动,住所还是确定准据法适用的依据。

(二) 企业经营场所与住所二者性质、功能的分化

18世纪随着工业革命和资产阶级革命的兴起,生产力的提高和资本主义生产方式的形成,为工业生产和贸易活动开辟了道路。社会化机器大生产代替了手工业生产,以股份有限公司为典型的现代企业组织形式逐渐取代个人业主制和合伙经营,成为生产经营的主要组织形态。企业的生产经营规模和范围日益扩大,市场领域不断扩张,依附于住所地的经营活动已经无法满足企业追求利润最大的实际需要。于是,企业出于降低成本和追求规模经济效益的考虑,往往跨越住所地之外,乃至跨国开展经营活动。于是,一个企业常常在不同地区拥有多个经营场所,甚至出现不在住所地进行任何业务活动,却仍然保留其住所的现象。进入21世纪,随着世界经济一体化全球化的迅猛发展,出现了一些规模庞大,富可敌国,影响力超过大多数国家的“公司帝国”。它们的经营活动遍布世界各地,占有很大的国际市场份额,拥有强大的竞争实力和扩张能力。在这种时代背景之下,企业住所与经营场所的分离逐渐成为一种趋势。对此,一些国家的企业立法给予积极回应,美国许多州的公司法规定,公司必须在注册证书中指定一个登记办公室和登记代理人并列明地址和姓名。

① 梁宇贤《公司法论》,三民书局股份有限公司1980年版,第53页。

② 最能彰显住所是民事主体制度不可或缺构成部分的,应属德国和意大利的民法典。《德意志联邦共和国民法典》第一编第一章第一节规定了“自然人”,其中第7条规定了自然人住所的设定和废止;第二节“法人”第24条规定了法人的住所。《意大利民法典》第一编“人与家庭”,在其下第三章规定了“住所与居所”,第43条规定了自然人的住所与居所,第46条规定了法人的住所。

③ 《德意志联邦共和国民法典》第24条规定“法律无其他规定时,社团的事务执行地视为住所”。《意大利民法典》第46条第1款规定“法人的住所系指法人确定的主要活动场所所在地。”

④ 公司法之所以要求公司必须有注册登记的住所,是因为公司住所是公司法律生活的中心,是公司决策机关和管理机关的所在地,以及公司文件、会议记录和会计账簿的存放地点。英国公司法规定,以下法定文件必须置备于公司住所,以备公司成员或债权人查阅,每天开放时间不得小于2个小时:(1)成员登记簿;(2)抵押登记簿;(3)创设可登记抵押权的证券复印件;(4)会议记录;(5)董事和秘书登记簿;(6)董事在公司股票和债券中享有利益的登记;(7)债券持有人登记簿;(8)重大持有人登记簿;(9)董事服务协议登记簿;(10)会议记录。

但是,登记的办公室不必是公司的营业办公室,主要职能是接收法院的诉讼文书,以及州政府纳税通知和其他公务文件^①。为了防止公司的法律文书与日常业务信件混在一起,影响公司法律事务的及时处理,律师常常建议公司指定律师事务所及律师为登记办公室及代理人。美国90%以上的公司成立于免税的特拉华州,但却在该州没有经营场所及经营活动。这些公司常常利用住所登记服务公司提供的服务^②。另外,出现了注册的住所地与营业地位于不同国家的离岸公司现象,例如,百慕大群岛有很多离岸公司,虽然住所的注册地位于百慕大群岛,但是,经营场所却在境外其他国家或地区。

另外,进入以互联网、信息技术为标志的知识经济时代,由于互联网和信息技术在企业组织和运作中的广泛运用,企业的住所逐渐向淡化物理性,去财产化、去实体化的电子住所转变和发展,出现了非实体性虚拟经营场所,加剧了住所与经营场所分离,以及性质和功能分化。一方面,知识经济使企业对土地、厂房等有体财产的需求迅速相对下降,甚至一些轻资产企业出现无实体经营场所的现象。互联网经营企业拓展业务、扩张规模,不再依赖或受制于实体经营场地;纯线上运作的互联网企业,往往无实体营业网点与柜台,使传统企业通过物理网点拓展客户和渠道失去价值^③。另一方面,企业物理住所的重要性日益淡化,企业联系方式由实体住所向虚拟的电子化住所转变已经成为不可逆转的趋势。

企业经营场所与住所分离的现象,逐渐使住所具有了与经营场所不同的内涵,并开始出现明显的性质与功能分化。企业经营场所是从事生产、经营和服务活动的空间,在性质上经营场所是企业的生产要素,是企业从事生产经营必备的条件,在形式上为有形的物理空间。然而,当企业经营场所与住所分离之后,由于不再将住所作为生产经营要素看待,企业住所在性质上则完全被抽象为:企业注册登记的联系地址。企业的住所与经营场所,二者性质相异,企业住所具有法定性和唯一性,一个企业必须登记注册一个住所,却可以拥有多个经营场所。在地理位置上,即使企业住所地与经营地出现事实重合的现象,也不能抹杀二者的本质区别。由于企业住所与经营场所性质不同必然引起了二者功能的分化和显著不同。

1. 住所是企业人格塑造的必要构成要件,而经营场所则不是企业取得人格的条件

如果企业没有住所则主体人格存在瑕疵,甚至会丧失主体地位。我国《公司法》第23条第5项,第76条第6项均规定“有公司住所”是设立有限责任公司、股份有限公司应当具备的条件之一。《民法总则》第85条规定,法人应当依法成立,应当有自己的住所。正因为住所是企业设立的条件之一,企业设立登记时住所必须作为登记事项之一纳入登记注册。若企业不登记住所其成立的合法性则存在瑕疵。公司住所一旦纳入登记便产生对抗第三人的效力。如果公司变更住所不变更章程、不办理变更登记,则不能以此变更对抗第三人^④。德国学者认为,如果一家公司将管理机构所在

① 参见胡果威《美国公司法》,法律出版社1999年版,第45页。

② 参见[美]罗伯特·W·汉密尔顿《公司法》(影印本),法律出版社1999年版,第59页。

③ 参见孙洁《冲击与变革:互联网条件下的传统百货业态转型研究》,载《上海经济》2016年第1期,第96页。

④ 江平《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第63页。

地迁往国外,那么按照德国的冲突法则该公司将丧失权利能力^①。企业的经营场所则不是主体性要素,并无建构企业主体人格的法律意义。经营场所作为企业重要的生产、经营要素,对它的选择,在企业设立前及设立过程中属于发起人的职责,而在企业成立后的存续阶段,则属于经营管理者的职权范围。企业经营场所,由于不是企业取得民事主体资格或法人资格的必要条件,通常不需要在企业登记簿中进行登记注册。它充其量只不过是企业享有所有权或使用权的不动产,它的有无和变动不会影响企业的主体资格的存续。

2. 企业住所是确定公司法律关系缔结和实现的基点,决定着公司法律关系的空间范围,而经营场所则不是法律关系的连接点

企业经营场所与企业民事主体地位的取得、存续和丧失,以及企业权利的行使、义务的履行没有任何关系。公司住所地通常是公司法律关系的连接点^②。因此,企业住所具有法定性和确定性,一个公司只能拥有一个住所。“住所在法律上的作用,是赋予公司行为以一定的法律意义,并使其参加的法律关系集中于一处^③。”住所是确定合同订立地、履行地的依据^④;《公司登记管理条例》第45条规定,分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。公司章程所确定的住所与实际开展经营活动的地点不一致时,起决定作用的因素是公司“从事法律行为中心”的住所,而不是实际从事经营活动的经营场所。对此,公司则不能援引实际经营场所地对抗第三人^⑤。比较而言,企业的经营场所则不具备上述住所拥有的法律功能。它只是企业从事生产经营活动的要素,经营场所是否固定,经营场所多少和地区分布,彰显的是企业的规模和经营范围的大小,以及企业业务的地区市场分布和市场占有份额。

3. 住所是企业法律生活的中心地而经营场所则是企业生产经营地

企业住所是企业法律关系产生、变更和消灭之地,能够确定企业行为的行政主管与司法管辖,并决定相关法律的适用,从而将企业权利、义务和责任具体化和现实化。例如,在我国存在多个独立的司法区域,位于不同司法区域的公司则适用的法律不同。如果公司的住所位于祖国大陆,则公司从事经营活动应适用《中华人民共和国公司法》;如果选择香港特别行政区作为设立公司的住所地,那么公司设立和经营活动的必须适用《香港公司条例》,而如果公司的住所位于澳门特别行政区,则必须接受《澳门商法典》的调整。然而,企业的经营场所是企业的生产或营业活动地,即使是固定的经营场所也不具备这些法律功能,充其量只能作为企业经营活动稳定性或真实性的佐证。另外,企业经营场所既不是企业主体资格构成的要素,也不具有确定企业行政和司法管辖及法律文书送达效力的功能。

值得注意的是,互联网络空间全球化、虚拟化与无地域性,对传统法律以当事人的住所为基础连接因素的地域管辖原则,以及“场所支配行为”的法律适用规则,均提出了严峻的挑战与巨大的冲

① 参见 [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资公司法》,高旭军、单晓光等译,法律出版社2005年版,第910页。

② 参见 [韩] 李哲松《韩国公司法》,吴日煥译,中国政法大学出版社2000年版,第168页。

③ 史际春《公司法教程》,中国政法大学出版社1995年版,第76页。

④ 《民法通则》第88条《合同法》第62条规定,对于合同约定履行地点不明确的债务,给付货币的,在接受方的住所地履行,其他标的在履行义务一方的住所地履行。

⑤ 参见 [法] 伊夫·居荣《法国商法》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第187页。

击。由于网络空间与物理空间并非一一对应关系,使得在物理空间中已经发展成熟的管辖权规则难以适用电子商务案件^①。互联网去中心化、非特定化的倾向性,使互联网交易与场地失去关联性。被告与法院地的地域关联度可能无迹可寻,致使地域性连结因素在决定管辖权上变得无所适从^②。因此,必须积极探索以“电子化住所+协议管辖”作为解决司法管辖与行政主管的方法^③。此外,2014年12月18日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第135条允许法院采用传真、电子邮件、移动通信等即时收悉的特定系统作为送达媒介,进行法律文书的电子送达。第138条则许可法院在信息网络等媒体上刊登公告,开展公告送达。2015年广东省开始试行全省统一的电子送达方式。到目前为止,电子送达在司法实践中已经广泛使用^④。由此可知,互联网技术的广泛运用使传统立法根据属地主义原则确定诉讼管辖,决定法律文书送达效力的规范功能正在弱化或丧失。

二、我国企业住所与经营场所合一:企业构成要件的错配、市场准入的障碍

我国《公司法》第10条规定“公司以其主要办事机构所在地为住所。”《民法总则》第63条规定“法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的,应当将主要办事机构所在地登记为住所。”这里的“主要办事机构所在地”即“主要生产经营地”或“主要经营场所”,也就是企业的生产经营管理中心所在地。显然我国立法是以企业的经营场所界定企业的住所,企业的主要经营场所即是企业的住所,反之亦然。企业住所与经营场所合一,不但与企业住所与经营场所分离的事实不符,而且往往导致对住所性质的错误认识和功能的扭曲。

(一) 企业住所与经营场所的不分造成企业构成要件的错误配置

因为住所是民商事主体资格不可或缺的构成要素,所以企业立法应毫无例外地规定,有符合法律规定的住所为企业设立的必备要件。然而,由于我国立法者对企业住所与经营场所不加区分地视为同一对象,导致一些企业立法将企业的经营场所规定为企业成立要件之一。例如,1986年制定的《民法通则》先在第37条把法人应有自己的“场所”作为法人的一般条件;又在第41条第1项进一步将全民所有制企业、集体所有制企业有经营场所作为其取得法人资格的具体条件。《企业法人登记管理条例》第7条第2项规定,申请企业法人登记的单位应当具备拥有“固定的经营场所”的条件;第9条则将企业法人的“住所、经营场所”并列为企业法人登记注册的主要事项。1993年制定的《公司法》第19条第5项、第73条第6项要求,设立有限责任公司、股份有限公司应当“有固定的生产经营场所”。从此以后,其它企业立法模仿《公司法》的规定,均要求设立企业应当“有自己的生产经营场所。”或“有固定的生产经营场所”^⑤。为贯彻执行各项企业立法而颁布的有关企业登记的

① 参见朱颖《电子商务背景下消费者电子合同的国际管辖权问题》,载《学海》2007年第2期,第176页。

② 参见袁泉《从若干案例看网络发展对传统国际私法的挑战》,载《法商研究》2002年第2期,第129-130页。

③ 蒋大兴《〈民法总则〉的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心》,载《比较法研究》2017年第4期,第67页。

④ 参见肖建华、柴芳墨《网络信息技术对司法程序的影响》,载《北航法律评论》2014年第1辑,第82页。

⑤ 《民法通则》第37条《全民所有制工业企业法》第17条第3项《乡村集体所有制企业条例》第13条第2项规定《城镇集体所有制企业条例》第12条第2项规定《个人独资企业法》第8条第4项《合伙企业法》第14条第4项。

行政法规和规章,则要求企业登记经营场所。

20世纪70年代末到80年代中期,由于我国尚未建立民事主体法律制度,企业立法者难以预见到住所对于企业设立和运行的重要意义,也不可能对其作出超前的规定。例如,《中外合资经营企业法》《全民所有制工业企业法》《乡村集体所有制企业条例》与《合伙企业法》的条文中均无企业住所的任何规定。这些立法中除了《合伙企业法》外,虽然承认企业具有独立的民商事主体资格,但是,却未将住所作为其人格要素,这不符法理和逻辑规律。从《民法通则》考察,立法者已经开始意识到住所对企业主体重要性,但是没有意识到住所应当是企业设立的必要条件;直到2005年《公司法》修订时,立法者才全面地意识到住所不仅是企业成立的必备条件与人格构成要素,而且是维持企业主体人格存续,明确其权利、义务和责任,实现法律调整的基础。

值得强调的是,我国2017年制定《民法总则》已经承认个人独资企业与合伙企业具有民事主体资格。这是因为随着我国经济社会的发展,在实际生活中,存在大量不具有法人资格的个人独资企业、合伙企业,以自己的名义从事各种民事活动;所以赋予这些非法人组织民事主体地位有利于其开展民事活动,也与其他法律的规定相衔接^①。正是出于这一考虑,《民法总则》创建了民事主体制度由“自然人”“法人”与“非法人组织”三类民事主体并列构成的三分天下的模式,突破了传统民事主体的二元结构,完善了我国民事主体制度。《民法总则》第102条规定“非法人组织是不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。”然而,我们应当注意到1997年制定的《合伙企业法》与1999年制定的《个人独资企业法》,均未将住所作为合伙企业和个人独资企业设立的条件,而将有“固定的生产经营场所”作为设立的必要条件。这样就在企业立法中出现一个漏洞:具有民事主体资格的个人独资企业和合伙企业却欠缺住所,这一民事人格不可或缺的要素。这一漏洞有待将来这两部法律修订时予以填补。

(二) 企业住所与经营场所合一使住所登记成为市场准入的门槛

按照法国公司法理论,公司身份由财产要素与非财产要素共同构成,其中公司名称与住所均属于财产外的要素,即非财产要素^②。而德国民法学者进一步强调一个投资者“自己有住房并不是设定住所的必要条件^③。”然而,以经营场所界定公司住所必然涉及企业对其选定的经营场所内的土地及其附着的房产等财产是否拥有产权。在我国企业法的执行过程中,由于以经营场所界定住所,主要经营场所就是住所,因而企业住所登记的相关法规往往将住所视为公司的财产。例如,《企业法人登记管理条例》第15条第6项规定,申请企业法人开业登记,应当提交“住所和经营场所使用证明”。《公司登记管理条例》第20条第2款第8项规定申请设立有限责任公司,应当向公司登记机关提交“公司住所证明”。在企业登记的规范文件中类似的规定十分普遍^④。公司住所证明是指能

^① 参见2017年3月8日,在第十二届全国人民代表大会第五次会议上,全国人民代表大会常务委员会副委员长李建国所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》。

^② 参见[法]伊夫·居荣《法国商法》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第183-189页。

^③ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》邵建东译,法律出版社2001年版,第793页。

^④ 参见《公司法》第92条第7项《公司登记管理条例》第47条第2款第3项《合伙企业登记管理办法》第6条第2项,第11条第2款第6项《个人独资企业登记管理办法》第9条第1款第3项,第10条第1款第1项《农民专业合作社法》第16条第6项。

够证明公司对其住所享有使用权的文件^①。因此,“住所”又被《公司登记管理条例》的制定者看成公司对之拥有所有权或他物权的不动产^②。根据实质审查的要求,公司登记机关在办理公司设立登记时,须核查公司住所即主要经营场所是否客观真实。如果申请人不能提供公司住所即经营场所的证明,或提供了虚假证明,登记机关将会驳回设立公司的申请,不予登记注册。

企业设立时要求提交住所权属证明,不但增大了企业设立成本,而且使企业住所登记的实务操作变得十分复杂和繁琐,成为企业市场准入的一道门槛。首先,提交住所的产权证明的前提是拥有相应经营场所的产权,这就要求发起人要么投资购置房产或场地,要么租赁房产或场地,这将是公司成立之前所支出最大一项设立费用。其次,企业登记机关在企业设立登记时提交的住所房产或场地证明及其相关证明名目繁多,取得这些证明的程序复杂,也会产生较大的成本。例如,如果企业创办人以自有房屋作为住所的,提交的《房屋所有权证》应载明“房屋用途”,未记载用途的,还应提交《建设工程规划许可证》或《土地使用证》复印件。使用未取得《房屋所有权证》的房产作为住所的,则应提交房屋建设管理部门出具的证明文件。不能提供该证明文件的,则提交规划主管部门出具的《建设工程规划验收合格通知书》和房屋建设管理部门出具的《竣工验收备案表》。这两个文件中记载的建设单位与产权单位不一致的,还应提交房屋建设管理部门出具的有关证明文件。不能出具上述两个文件的,住所位于城镇地区的,应提交区县人民政府或区县规划主管部门出具的证明文件,位于农村地区的,应提交乡、镇人民政府出具的证明文件。由此可见,以经营场所决定企业住所导致住所被视为企业设立时应拥有的不动产或不动产使用权,加上提交住所权属证明,如此繁文缛节的要求,必然使住所登记成为企业市场准入难以跨越的门槛,严重妨碍大众创业、万众创新的步伐。有学者一语中的“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^③。”现如今,最低资本的要求已经由2013年《公司法》修改而废除,公司设立登记要求出具住所证明则成为妨碍企业市场准入的最后一块“绊脚石”。为了节省企业创设成本,国内曾经出现创业者租赁写字楼长期闲置的厕所和用车库充当企业住所的奇特现象^④。由此可知,将经营场所混同于住所,将住所视为企业设立的财产要件致使企业创设成本居高不下,所带来的妨碍企业市场准入的负面效应,略见一斑。

三、我国企业住所与经营场所分制的法律举措

鉴于企业住所与经营场所事实上的分离,性质和功能存在显著的差异,坚守合二为一的企业立法已经滞后于企业创设和运行的现实需要,成为阻碍市场准入、大众创业、万众创新和培育新的经济增长点的“绊脚石”。因此,对企业住所、经营场所实行分制,建立不同的法律调整模式,不仅具有理论和实践依据,而且对实现放宽准入,降低设立成本,加强事中、事后监管的改革目标均具有重要

① 《公司登记管理条例》第24条。

② 江平《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第63页。

③ 蒋大兴《徒增的商事成本——法律及管制如何影响企业设立(行为)?》,载《法学家》2016年第1期,第73页。

④ 黄蕾《车库作为住所(经营场所)的可行性探析》,载《中国工商报》2014年7月22日,第003版。

的推动作用。

(一) 当前企业住所及经营场所登记改革存在的局限性

2014年2月7日,国务院以国发〔2014〕7号印发《注册资本登记制度改革方案》。主要目标是,通过改革公司注册资本及其他登记事项,进一步放松对市场主体准入的管制,降低准入门槛,优化营商环境,促进市场主体加快发展;转变监管方式,强化事后信用与协同监管,激发各类市场主体的创造活力,增强经济发展内生动力。其中,明确提出简化住所登记手续。对市场主体住所的条件,要求各省、自治区、直辖市人民政府根据法律、法规的规定和本地区管理的实际需要,按照既方便市场主体准入,又有效保障经济社会秩序的原则,可以自行或者授权下级人民政府作出具体规定。根据国务院的要求,各省、自治区、直辖市人民政府推出了旨在放宽住所登记条件,释放住所场所资源等各项改革措施。主要包括:(1)企业住所和经营场所可以实行分离登记。这包括两种情形,一是住所可以设在经营场所之外的某个地方;二是没有办公实体的企业可以通过住所托管,使用受托人商务秘书企业的住所或者办公区域作为拟设立企业的住所进行登记。(2)同一地址可以申请登记为两家以上企业的住所。对这一做法,有的地方规章附加了限制条件,只允许有直接或间接投资关联关系的市场主体,使用同一地址作为住所登记;或者在集中办公区以同一地址作为多家市场主体的住所予以登记的才被许可。另外,区(县)政府或者其授权单位可以指定一处或多处非居住用房为集中登记地,供本区内从事不会扰民、不影响周边环境和公共安全经营项目的企业登记住所。(3)符合法律规定,经有利害关系的业主同意,创办人可以将住宅登记为企业住所。(4)商务楼宇分隔为多个独立空间,并对每个独立空间编号对外出租的,该独立空间可以作为承租企业的住所申请登记^①,等等。这些企业住所登记改革措施尽管释放和增加了可作为住所登记的场地资源,简化了登记程序;但是,并未从立法的顶层设计,实现企业住所与经营场所的分离、分制,因而无法彻底拆除阻碍企业市场准入的最后门槛。

尤其值得探讨的是,有的省市制定的相关规范性文件仍然对企业住所和经营场所在性质混为一谈;保守地认为住所是企业享有所有权或使用权的不动产,致使塑造企业主体资格的住所异化为财产要件。例如,《东莞市市场主体住所(经营场所)登记管理试行办法》第6条规定:住所依法应当经规划、住建、国土、公安、消防、环保、文化、卫生、安监、城管等有关部门审批方可开展经营活动的,开展经营活动前须依法办理审批。第7条第2款规定:市场主体的住所应当具备必要的经营条件,并且以独立空间的形式存在。这些规定显然是将经营场所的帽子戴到了住所的头上。单独就住所发挥联系企业和确定管辖的功能而论,根本无须以“独立空间形式存在”。在司法实践中,只要有企业明确的联系地址或联系方式,就能确定民事、商事案件的地域管辖,满足法律预设的条件,实现法律调整的功能。需要强调的是,具备一定的经营条件,并以独立空间形式存在,只能是对经营场所的界定。此外,当住所从经营场所分离并赋予其独立的内涵后,住宅作为企业住所不再存在障碍。但是,并非所有的住宅均可以作为企业的经营场所。只有那些轻资产或弱资产,对周边环境基本没

^① 参见《河南省简化住所(经营场所)登记手续的规定》《上海市企业住所登记管理办法》《成都市企业住所(经营场所)登记管理办法》《东莞市市场主体住所(经营场所)登记管理试行办法》。

有影响的行业,例如从事计算机数据处理、软件 and 信息服务、网络技术、文化创意、动漫游戏开发、翻译服务、工业设计、股权投资等无污染、不会扰民的经营业务,才允许以住宅作为经营场所。另外,各省市已出台的简化住所登记手续的管理办法,均未取消在申请住所登记时,申请人应当提交住所相关不动产权属证明文件的规定^①。企业住所登记仍然是阻碍企业进入市场的最后堡垒。

(二) 企业住所与经营场所分制的法律举措

由于现有的企业住所及经营场所登记改革存在诸多不足和局限性,笔者主张应从以下几个方面深化企业住所及经营场所登记改革,对企业住所与经营场所实现分别规制、分别监管。

1. 立法应重新界定企业住所的概念使之与经营场所彻底分离

我国企业立法应当放弃“企业住所是企业的主要办事机构所在地”,这一过时传统定义。笔者认为应当将企业住所重新定义为“企业住所是企业选定的具有确定法律文书送达和行政、司法管辖等法律功能的具体地址。”而“经营场所则是企业开展业务经营活动的场所”。对企业住所的界定不再以物理空间作为要素,应当去实体化、去财产化;经营场所则主要由空间场所构成,但是,不排除网络虚拟空间。在立法观念上分清企业住所与经营场所的性质的前提下,修订国有企业、集体企业、合伙企业和个人独资企业的相关立法,增加企业住所的规定,并将住所作为这些企业设立的条件之一,删除将经营场所作为企业设立条件的规定,纠正企业设立条件的错误配置。这一立法改革措施,一方面,在法理上澄清了企业住所与经营场所各自的性质和功能,使企业住所回归于作为民事、商事主体构成要素的基本定位,主要发挥确定司法和行政管辖的功能;经营场所则归于单纯的生产经营要素,发挥创造价值或利润的作用。另一方面,使《民法总则》与各项企业立法关于企业的设立条件、法律地位和企业住所及经营场所的规定之间保持统一性,更好地协调配套,发挥有效的调整功能。

2. 对企业住所与经营场所分别加以规制

从法律层面区分企业住所与经营场所的性质,是从观念上把握住所与经营场所分离,进而实行分制的基础。首先,企业立法须秉持区分企业住所与经营场所规制的宗旨。因为住所是企业作为民事主体不可或缺的构成要素,没有住所的企业不可能成为健全的民事主体;所以企业法对企业住所规制的宗旨,在于确保企业拥有符合要求的住所,发挥联系企业和确定管辖的功能,确认和保持企业主体资格的健全。企业法对经营场所的规制的目的则是,禁止企业利用经营场所从事违反产品质量、安全、环境、卫生、土地和规划等法律、法规的经营活动,损害公共利益、消费者或第三人合法权益的行为。因此,就市场监管局作为登记主管机关的职能和监管方式而言,对企业住所登记属于市场准入范围的事前监管,而对经营场所采取备案的方式进行事后监管。

企业住所作为设立登记事项,创办人只须详细、明确、规范地填报住所的具体地址,由登记机关记载于企业登记簿,并加注于营业执照。对住所地应当按省、市、县(区)、街道(路、乡、镇)、小区(村)、门牌、房号填写。对申请人填报的企业住所地址,登记机关只进行形式审查,不进行实质审查。住所地址的真实性、可靠性应由申请人或企业负责。企业住所发生变更应当及时办理变更登记

^① 孙鹏飞《如何准确理解简化住所(经营场所)登记手续》,载《中国工商报》2015年6月16日,第003版。

记,否则,企业不得以实际地址对抗第三人。如果企业登记住所的地址与实际地址不相符,造成无法通知其参加诉讼,企业有可能丧失为自己辩护的权利,并承担缺席判决的不利后果。企业如果擅自变更住所造成债务人无法履行债务,其应当承担债权无法按时实现的后果。市场监督管理局一旦发现通过企业注册登记的住所无法与企业取得联系,应将企业列入异常名录,并通过公示的方式警示潜在的交易相人注意交易安全。

经营场所则不属于企业设立时登记的事项,但是,应当在企业成立后的法定期间通过企业信用信息系统进行备案登记并予以公示。企业根据自身的性质、规模、业务类型和经营成本等因素,在相关法律、行政法规允许的范围内,可以自主地选择经营场所。对经营场所除了市场监督管理局外,往往涉及房管、住建、规划、国土、公安、环保、安全等归口管理机关的多头监管。例如,申请人如果拟设立一家网吧,其经营场所将会涉及是否存在干扰中、小学的教学秩序、改变居住环境、消防安全隐患的问题。因此,其经营场所应当经县级以上地方人民政府文化行政部门及同级公安机关审查许可。

总而言之,对企业住所采取申报登记制而对经营场所实行备案制,二者有机结合起来,既能保证企业创设健全的主体人格,又能赋予发起人和企业根据企业的性质和实际需要选择经营场所实现自治的权利。

3. 推广企业经营场所与住所分离的托管制,降低企业市场准入门槛

2010年深圳市率先成立了国内首家商务秘书公司“深圳网邦商务秘书有限公司”,该公司开展企业住所托管业务^①。在此之后企业住所登记改革中,江苏、广西、湖北、山东、浙江等省、区、市也尝试推行商务秘书企业住所托管制度。但是,由于我国企业立法层面并未确立企业住所与经营场所分离。企业住所托管仅限于没有办公实体的企业,难以适用于其他企业的住所托管。这也充分说明,只有在企业立法上确立企业住所与经营场所分离、分制,才能为所有企业住所的托管提供合法有效的依据。否则,企业住所托管必然与企业“以其主要办事机构所在地为住所”的法律规定相冲突。因此,笔者主张先在企业立法中明确允许企业住所与经营场所分离,然后依法推广企业住所托管制度。企业住所委托商务秘书企业托管的,登记时,应当提交“住所托管服务合同”,受托企业的营业执照副本复印件,由登记机关将受托企业的住所登记为委托企业的住所,并在核定的企业住所后加注“(由××托管)”。商务秘书类企业应当在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。笔者认为应当总结、推广商务秘书类企业住所托管的经验,扩大适用于所有的企业,并将其上升为《企业登记法》的规范。这不但能降低企业住所登记的成本和市场准入的门槛,而且商务秘书类企业为委托企业提供住所托管服务及其他配套服务还能降低企业经营成本。更重要的是,住所托管服务也有利于企业法律文书的及时送达,便于行政和诉讼管辖的确定,从而提高司法审判和行政管理的效率,节约社会管理成本。

^① 参见肖健《国内首家网商秘书公司诞生》,载《深圳商报》2010年8月5日,第B03版。

结 论

企业立法应在顶层设计上将企业住所定义为旨在确定法律文书送达与管辖的地址。企业住所与经营场所应彻底分离,住所作为塑造主体的要素,是企业章程的必要记载事项,是企业设立的必备条件,也是企业登记的主要事项。企业住所去实体化,不再取决于经营场所,因而不视其为企业应具有的不动产或不动产使用权,住所登记时无须提交任何产权证明。而经营场所作为企业从事生产经营的场所是企业运营的重要条件,应当在法律许可范围内由企业自治。在企业住所与经营场所分离的基础上实行分制,即企业住所实行申报登记制,而企业经营场所则实行备案登记制。这种分制模式既能客观地反映企业设立和运行中住所与经营场所分离的事实,澄清二者性质和功能的区别,又能降低企业市场准入的门槛,促进大众创业、万众创新,确保我国经济可持续增长。■

Legal Research on the Separation System Reform of the Enterprises' Domicile and the Business Place in China

GUO Fu-qing

(College of Civil and Commercial Law, Northwest University of Political and Science and Law, Xi'an 710063, China)

Abstract: China's current enterprise defines domicile by business place, the business premises confused with domicile, often taking a fixed business place as the condition for the establishment of enterprises, the domicile is regarded as the real estate by an enterprise, the enterprise establishment registration requires submission domicile ownership certificate. This not only hinders the market access of enterprises and mass entrepreneurship and innovation, but also contradicts the fact that domicile and business place are generally separated from each other in the operation practice of enterprises, as well as the general trend of despising physical residence, dematerialization and de-propertyization. In order to lower the threshold of enterprise access and optimize the business environment, China's enterprise law should redefine the enterprise domicile as "the specific address with the function of determining the effect of service of legal documents and jurisdiction", so as to separate it from the business site, and implement the reporting and registration system for the enterprise domicile and the record system for the business site.

Key Words: enterprises' domicile; business place; market access; separation system reform

本文责任编辑: 林士平