重構商事登記制度的探索

許俊偉；趙曉星 *

摘要：商事登記制度是市場經濟重要的法律制度，它涉及到市場經濟運行的基礎條件，關係到交易雙方當事人的利益和市場經濟的秩序，甚至更會影響到整個社會的穩定。目前，我國商事登記制度中的主體資格和營業資格的統一主義混淆了登記註冊與審批的關係。而且，隨著新興業態的發展，商事登記制度也存在著無法規制的窘境。基於此，我國應建立系統的立法規範，厘清法人主體登記和營業登記之間的關係，將商事登記制度中的主體登記與營業登記分開，降低商事主體准入門檻，明確事後各方的法律責任以保護交易安全。

關鍵字：資格效力；商事登記；法律責任

中圖分類號：D

商業門檻所帶來的成本本應隨著經濟的發展、市場開放化程度的提高而越來越低，但是目前事實情況卻與理論判斷有著較大差異，准入門檻的商業成本被不斷加大而形成的一種制度性增高。由此可見，現行的商事登記制度已然不能對中國的經濟發展起到促進作用，其固有模式正在逐漸吞噬中國社會進步的動力。2012 年初，國家工商行政管理總局進行了商事制度改革的試點工作，深圳市和珠海市分別啟用了種類精簡的新版營業執照。2014 年，廣東省鑒於自然人的營業自由受到實質性限制的困境，在省內實施了將商事主體登記與營業專案審批相分離的舉措，對於不同的兩種取得經營資格的企業進行了登記改革。透過這一系列的商事登記制度變革措施不難看出，市場需要政府放開行政管制，給予商主體更多經營自由，同時希望政府做好經濟發展的後勤工作，保障好交易各方的合法利益。因而，對於完善或者重構有關商事登記現有法律的呼聲也在日益高漲。

1. 我國商事登記制度的理論研究

1.1 商事登記制度的歷史演進

德國是典型的大陸法系國家，法律制度相對比較健全，其商事登記是指保存於基層法院的有關商法領域法律事實的公開名單。[1]同時，我國也較早就有了商事登記制度，從秦代的稚嫩至清末的比較完善，這項制度在中國發展了兩千多年。剛開始其本質是一種特許制度，以徵稅為目的，而不是為了保護和監督商業。[2]建國後，由於計劃經濟體制佔據絕對的主導地位，政府作為指揮整個政治、經濟的萬能管理者，商事登記機構將登記看作是一種行政授權。隨後，計劃經濟向市場經濟轉變，本以為商事登記制度能夠有所改觀，但是“官本位”思想在長期的形成下已根深蒂固，導致其在我國僅僅作為國家實現經濟管制目的而存在，而疏漏了當事人的自由選擇權利。

1.2 商事登記制度的學界探索

我國學者對商事登記制度的研究不多，多是從程式法和相關部門法的角度入手，介紹一般性規定。而且研究思路大體相同，研究成果也多停留在表面，得出過於單一的結論。對國外商事登記制度的成熟

* 1.安徽財經大學 法學院，安徽 蚌埠 233030；2.安徽財經大學 會計學院，安徽 蚌埠 233030

1 [德]C·W·卡納裡斯.德國商法[M].楊繼,譯.北京:法律出版社,2006:70.

2 官欣榮.商法原理[M].北京:中國檢察出版社,2004:112.

經驗更未潛心研究，僅僅局限於對登記的介紹，很少涉及到其中的效力問題。但是在現階段，對商事登記效力問題的理論探討有利於完善我國商事登記立法，保護商主體和交易相對人不受侵害，實現經濟發展的全民共用。郭富青教授認為，我國目前在商事登記制度中採用的“絕對越權無效”原則，已不能適應市場經濟發展的需要。[1]葉欽則認為現行的企業登記審查制度缺乏現代商事環境中應有的效率，難以確保商事交易的安全。[2]法學家馬懷德、朱少平在接受訪問時表示，之前我國的商事登記制度太過強調嚴格把關市場准入，在目前逐漸放寬准入條件的大趨勢下，可能會產生一些負面效果，這是現行登記制度的問題。[3]

2. 我國商事登記制度的立法缺陷

2.1 缺乏統一規範

在國內現行制度中，有關商事登記的具體規定只能參考零散的法律法規。所以，我國所謂的該種制度僅僅是一系列法律法規的總稱而已。在西方，此規則是隨著國家和個人層面上的共同經濟進步逐漸上升成國家制定法的。但是，不同國家對商事登記這個概念是有著不同的界定，最終也形成了幾種不一樣的立法模式，其中最為特殊的是英美法系國家。由於這些國家對民、商法沒有進行明確的劃分，以致於法律中也並沒有建立起商事登記這種制度。雖然這些國家的《公司法》規定了公司的註冊登記制度，但這種公司登記制度僅僅是一種特殊的商事登記制度，而非一般意義上的商事登記制度。[4]

1978 年以後，商事登記制度在我國雖然進步了許多，但是隨著經濟大環境的一再變化，其已不能適應紛繁複雜的市場需求。市場經濟有兩個基本的要素：一個權力有限的政府和一個權利充分的市場。[5]這二者之間需要一個協調體，那麼就是制度。國家缺乏統一規範的商事登記制度如同存在一個混亂不堪的市場，各項審批項目的捆綁大大提高了商主體的准入門檻，也耗費了大量的行政資源。所以，經濟發達地區已開始尋求解決之道。2016 年，廈門市市政府針對社會信用體系建設工作，提出建立商事主體信用資訊管理共用共治格局的要求。同年，珠海市也進行了相應改革。由此可見，將我國關於這方面的規定納入到同一部法律中顯得尤為重要。

2.2 資格效力不清

營業登記的主要目的在不同國家有著不同的內涵，但主要無非兩種，一種是便於監管，一種是利於徵稅。在英國，對於特定行業實行的是准入許可的後置，營業主體先在登記機關進行註冊，再申請專營的許可。目前在我國，商事登記獲得批准的一項標誌往往就只有《營業執照》。但是在國外，以這種方式取得商主體資格的做法極為罕見，即使有頒發營業執照的需要，其營業執照也僅僅作為一種營業資格

1 郭富青.論商事登記制度的若干法律問題——兼論我國商事登記的改革與完善[J].甘肅政法學院學報,2002,(3):35.

2 葉欽.論企業登記審查制度[D].北京：中國政法大學,2009:12.

3 中國工商管理研究編輯部.積極推進信用建設加強對市場主體的全面監管[J].中國工商行政管理研究,2003,(8):16-17.

4 張民安.法國商事登記制度研究[J].商事法論集,2006,(11):4.

5 錢弘道.法律的經濟分析[M].北京：清華大學出版社,2006:63.

的憑證，而與主體資格沒有任何關係。不過在我國的制度中，王令浚博士認為，“企業法人的營業執照的獲取，實際上具有兩種功能，其一為主體資格的獲取，其二為營業資格的獲得”。[1]

在英國，《公司法》對商事登記有明確規定，在滿足條件的情況下，登記機關必須發放商事主體資格的證明，否則法院可以強制登記機關頒發。關於營業資格，設立時為開放式公司的，必須取得營業執照才能開始營業。[2]從中不難看出，效力問題是商事登記制度的核心。所以，我國現存的二者混同局面不僅影響了制度存在的科學性，更導致了登記實踐與相關司法實踐的種種困惑。因此，營業執照的作用不應該是雙重證明，如果將這二者集中於一起勢必會造成混亂。

2.3 登記事項不明

營業登記行為從本質上說屬於商法範疇，所以各國家和地區有著不同的內涵。在法國，商事登記被稱為公司和商事登記，是公司登記和一般商事登記的總稱，內容包括商自然人、商事公司、民事公司、具有工商業性質的公共機構的註冊登記。在我國臺灣地區，商事登記者，系依“商業登記法”及“臺灣地區商業登記法實施細則”所規定之程式，將商業主體應行登記事項，向營業所在地主管機關為之登記。[3]相較于域外，現存的商事登記制度中的有關登記事項存在著規定不明的情形。

第一，對登記事項缺乏統一規範。各項規定分散在多類法律文本當中，並且具有重疊和交叉，比如“營業期限”和“經營期限”看似不同的稱呼確只是一個登記事項。第二，對登記事項的界定模糊不清。如“經營範圍”和“經營方式”應當具體怎麼界定，現行法律規範中並沒有明確的指導。甚至“經營範圍”和“經營方式”本身就存在交叉，實踐中也一直採取不給出精確劃分的做法。第三，對登記事項的要求略顯隨意。在有的法規中要求登記的事項卻在有的法規中不要求登記，而且有些登記事項的適用範圍比較狹窄，已不能跟上現代商業的節奏，如“住所”和“經營場所”等。

3. 我國商事登記制度的實踐困境

3.1 新興業態登記不力

商事登記這種行為具有雙重屬性，但是隨著社會發展的要求，我們需要更多的強調當中的私法性質。在香港，需要依據《商事登記條例》向稅務局申請有關業務登記，取得商業登記證方可營業。[4]近年來，社會新興產業發展迅速，許多原本在《國民經濟行業分類目錄》中並未出現的新興行業逐漸產生，由於無章可循也無先例，新興行業的登記挑戰著商事登記機關的業務能力。如“月子會所”、“母嬰服務”等與人民身體健康和生命安全密切相關的行業，卻是法律法規中並未涉及的新興業態，是否需要前置許可、需要哪些前置許可、這些許可的依據是什麼、如何設定許可登記的流程以及後續的監管問題等，都是商事登記機關需要考慮的。同時，微商的日益盛行，也不斷地在給商事登記制度帶來難題。微商以朋友圈作為廣告陣地，以送貨上門為經營模式，商事登記制度無法對其發揮作用，更給國家賦稅的徵收造成不利影響。

1 王令浚.商事登記法律制度研究[D].上海:對外經貿大學博士論文,2007:45.

2 苗延波.中國商法體系研究[M].北京:法律出版社,2007:418.

3 梁宇賢.商事法論[M].北京:中國人民大學出版社,2003:31.

4 王令浚.商事登記法律制度研究[D].上海:對外經貿大學博士論文,2007:83.

3.2 關鍵事項未能公開

現在，我國《公司登記管理條例》對有關資訊公示問題的具體操作辦法沒有規定，也導致了各地登記機關在實際操作中，針對此項政策的落實情況存在良莠不齊的現象。企業登記資訊網上公示制度正被大力推行，有的城市資訊化程度高，已基本能實現即時查詢，而有的城市因種種原因不僅做不到即時，更是一年更新一次。經濟“新常態”需要電子化環境滿足企業正常經營活動需要，保證公示制度存在應有的價值。但是，即使資訊公示速度達到理想的標準，也依然存在公示內容不全的缺陷。現行企業登記簿中只記載了企業的登記資訊，而行政機關對企業監管、處罰的資訊未能公開，企業主要負責人如被限制在一定時間內不得擔任高管的情況，相關人也難以從公示的資訊中獲取。同時，登記的資訊只是停留在紙面上的資訊，更是記錄申請人主動申請的資訊，不過隨著市場要素的日益活躍，靜態資訊往往已發展成為了對商事信用非常關鍵的動態資訊。所以，目前的商事登記制度已不能很好地詮釋出保護交易安全的作用。

3.3 相對制約經濟發展

商業登記的有關法律在西方是應商品經濟的發展需求而隨之產生的，經歷了從區別非商人的自發性制度——賦予從事商業的資格，到為了在與陌生買家貿易往來時能夠保護交易安全的歷程。而在我國，商品經濟的發展遠沒有西方那麼充分，其制度也基本上採取強制登記主義。任何人想從事經營活動都必須選擇一種法定商主體形態，在滿足這些主體形態的成立要件後，須向工商機關申請才能擁有《營業執照》。但是，現行法律要求登記的商主體範圍過於寬泛，這無形當中加重了對商主體生存和發展的不必要束縛，也與商事交易本身的要求不相符合。對進行登記的市場主體而言，主體登記與營業登記的合一，導致了越來越多的人為了得到經營資格而付出本可避免的巨大成本，不利於創新型國家的建設。

4. 重構商事登記制度的設想

4.1 建立統一規範

世界上所有國家和地區都有著不同的歷史傳統和文化背景，因而對商事登記的立法模式也存在著明顯差別，其中最典型的兩種立法模式就是集中立法和分散立法。集中型多出現在大陸法系國家和地區，通過系統化或法典化的立法規範來規制登記行為；分散型多出現在英美法系，其以分別、具體的法律規範來規制登記行為。德國採用的是集中型模式，並系統規定了登記事項，而我國臺灣地區則採取了不同的模式。在通過總結各國關於商事登記制度的歷史經驗基礎上，我國最正確的做法就是採取一元模式為基石進行重構，儘快頒佈統一的商法典，在商法典中明確規定商事登記制度一章，對登記中的申請、管理、資格效力認定和公示等作出確切要求。以一元模式為根基，將所有約束商主體的規範納入商法典中的具體一章進行管轄，以免造成實踐當中的混亂。

4.2 厘清資格效力

世界上對資格效力的認定一般分為兩種，一種是分離模式，一種是統一模式。長久以來，我國採用的一直是將二者合一的做法，即設立登記前需要辦理完畢所有的前置許可。但是，目前這樣的做法無法跟上經濟發展的潮流。基於此，在商事登記制度中採取二者分離的模式就顯得不可或缺。在主體資格登記環節，僅對商事主體的名稱、行業、組織形式進行登記，對於何種經營範圍、商事主體的經營期限等都由商事主體的發起人自行在章程或協議中規定，營業執照不做記載。放棄長期以來對經營範圍所採取的“越權絕對無效原則”，減少登記環節和流程，降低商事主體的設立成本，更重要的是確保當商事主體超越其經營範圍與相對人締結法律關係時的穩定性，公平地保護善意第三人的利益。這種模式更多的

好處就在於通過對經營資格的登記進行市場管理，鼓勵市場主動發揮其積極作用，以保持整個經濟的可控有序。

4.3 明確法律責任

目前，我國強制商事主體進行商事登記。但是，商事登記制度中的法律責任問題一直以來都被忽略。隨著社會的發展，市場和國家都急切需要商事登記制度中法律責任清晰化。由於現在各國和地區政府，對商主體的營業行為所徵收的稅賦是國家財政收入的主要來源，其支撐著國民經濟的發展。所以，稅賦對每個國家或地區而言，其重要性不言而喻。然而，如果僅憑賦稅徵收的機制想解決商主體相關營業資訊真實性與完整性的問題未免有些吃力。基於此，必須通過明確各方法律責任加以根除，我國立法應對各主體需要承擔的相應法律後果作出詳盡的規定。對於登記機關在審查中未發現的問題而導致的不利方面，應對登記機關進行責任認定，要求主要責任人承擔法律責任；對於商主體在登記時不實登記的欺騙行為，應施以更細化、嚴格的處罰措施；對於交易第三人受到的侵害，應對其所受侵害類型和範圍明確救濟，並對救濟標準進行劃分。

5. 結語

以安全為保障、以效率為目標本應作為商事登記制度的價值定位，只不過我國長期以來形成的以《營業執照》定生死的“慣性”思維影響了這種應有之義。就目前而言，我國對商事登記制度的研究尚處於初級階段，因此未來商事登記理論若僅憑我們對實踐的認知與感受，很難得到迅速發展，學習國外商事登記制度的優秀經驗可能可以使我國的部分理論乃至整體得到完善。總而言之，對於完善或者重構商事登記制度的探索，我們還有很長的路要走。

The Exploration of Reconstructing Commercial Registration System

XU Junwei, ZHAO Xiaoxing

Abstract: The commercial registration system is an important legal system of the market economy. It involves the basic conditions of the market economy, which is related to the interests of the parties to the transaction and the order of the market economy, and even affects the stability of the whole society. At present, the subject qualification and business qualification in China's commercial registration system is confused with the relationship between registration and examination and approval. There is also a problem that the commercial registration system cannot get involved in the development of the emerging industries. Therefore, China should establish a system of legislative norms to clarify the relationship between the registration of legal persons and business registration, separate the registration of legal persons and business registration in the commercial registration system, to reduce the entry threshold of commercial subjects, to clarify the legal responsibility of parties to protect the transaction security.

Keywords: Qualification Effect; Commercial Registration; Legal Responsibility