

商事登记制度 法律问题研究



赵万一 主编


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013031926

D922. 291. 914

148

商事登记制度 法律问题研究



主编 / 赵万一
副主编 / 范伟红
作者 / 郑启福
王 兰
吴长波
汪青松
赵 磊
朱明月
华德波



D922. 291. 914
148



北航

C1639338


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事登记制度法律问题研究 / 赵万一主编. —北京:
法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4409 - 5

I. ①商… II. ①赵… III. ①工商企业—企业登记—
企业法—研究—中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 303220 号

商事登记制度法律问题研究

赵万一 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 10.5 字数 270 千

印次 2013 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4409 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

赵万一简介



赵万一，1963年4月生，山东巨野人。现任西南政法大学民商法学院院长、二级法学教授、博士生导师，西南政法大学学位委员会副主席。兼任中国法学会理事、中国民法学研究会学术委员会副主任、中国商法学研究会副会长，福建省人民政府顾问，上海大学、福州大学、西南大学、福建师范大学、山东经济学院等学校兼职教授，上海大学、福建师范大学兼职博士生导师，英国《法律与管理国际杂志》（*ML-The International Journal of Law and Management*）编委。重庆市高级法院智库专家、重庆市人大常委会立法咨询专家、重庆市第一中级法院、第三中级人民法院、重庆市工商局、国土资源局、公安局、江北区人民政府等单位法律咨询专家，重庆市财政局政府采购评标专家。1991年被评为四川省“做出有突出贡献的中国博士、硕士学位获得者”；1992年被聘为副教授，同年被评为四川省高校“十佳青年教师”；1997年被评为教授；2001年被聘为博士研究生导师。2006年8月获重庆市首届“十大优秀中青年法学、法律专家”称号。主要研究领域为民商法基本理论和公司法、证券法、竞争法。独立完成的专著有：《证券法的理论与实务》（1991），《中国竞争保护法律问题研究》（1996），《商法基本问题研究》（2002），《民法的伦理分析》（2003）。主编有包括司法部统编教材、21世纪法学教材《商法学》《证券法学》《民法学》在内的教材、专著、工具书六十余部。先后在《中国法学》《法学研究》《人民日报》《光明日报》等杂志和报刊上发表论文140余篇，有数十篇文章分别被《新华文摘》《中国社会科学文摘》和人大复印报刊资料转载。1985年与金平教授等人提出民法调整的是平等的财产关系和人身关系的观点，这一理论为我国《民法通则》所原则采纳。1987年在全国率先提出了国营企业“委

托经营权”理论，成为国内有影响的代表性学术观点之一。2001年在我国率先提出民商法价值取向差异理论，认为民法的首要价值目标是公平、商法的首要价值目标是效益。这一观点目前已成为民商法学界的主流观点。2003年提出民法的伦理性价值观点，认为中国民法典的制定既要考虑技术性要求，同时也要考虑伦理要求，民法典必须是国际性和民族性的有机统一。2006年在《中国法学》上发表《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》，提出市民社会与政治国家的分野是公、私法划分的理论基础，也是处理宪法和民法关系的主要依据。认为宪法是公法的基本法，民法是私法的基本法，相对于宪法而言，民法具有更为基础的地位。文章发表后，引起了广泛的社会影响，有多篇文章对其进行了评价和驳议。

其学术观点不但在国内有较大影响，而且在海外有一定影响。2004年在日本《修道法学》发表了《关于目前中国商法研究的几个问题》。其学术观点在日本引起关注，2007年11月日本早稻田大学助理教授但见亮在日文杂志《中国研究月报》第61卷第11号（第3—22页）《物权法草案违宪争论诸相》（薛轶群译）中曾对《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》一文进行了详细评介。其学术专著《民法的伦理分析》于2005年在中国台湾最负盛名的法律类学术著作出版机构五南图书出版公司出版。

有较强的司法实务经验，曾作为立法咨询专家参与了我国《物权法》的制定和《公司法》、《证券法》的修改，参加了最高人民法院于《合同法》《破产法》在内的多个司法解释的讨论、论证工作和多部地方立法的制订和论证工作。2011年1月5日—8日在海口参加了由中国证监会授权深圳证券交易所举办的上市公司高级管理人员培训班学习，取得独立董事培训资格（深交所公司高管（独立董事）培训字（06000）号）。现为贵州百灵、闰土股份、国兴地产等上市公司的独立董事。

政府的可为与不可为（代序言）

中国目前正在稳步推进具有自己特色的市场经济体制的建立,而作为市场经济体制建立的条件之一就是政府必须改变职能,使自己成为市场经济的服务者和维护者,而不是单纯的管理者。成熟市场经济国家的社会实践告诉我们,处于市场经济条件下的政府应该是有所为而有所不为,政府的主要职能不是直接插手市场经济活动,而是通过设计合理的市场运行规则来引导和规范市场行为。也就是通过制定和执行规则来引导市场的宏观走向、培育市场体系、监督市场运行、维护公平竞争、创造良好市场环境,以实现最终促进社会财富增加的目的。同时政府的行为不应有太多的利益驱动,政府始终应当与市场经济活动之间保持适当的距离。强调政府权力有限的观念在我国尤其具有特别意义,其原因在于和其他产生于自由经济条件下的国家的政府不同,我国的政府一直是强势政府和全能政府,长期负担有较多的经济管理职能。即使是在市场经济体制确立之后,政府对社会资源配置与市场行为的导引功能仍然非常强大,事实上仍扮演着“公共人”和“经济人”的双重身份。由于掌握着庞大的国家机器和社会资源,因此政府的任何一个行政决定和行政行为都会给作为相对人的市场主体产生重大影响。这就要求政府必须约束自己的权力,同时必须超脱于具体的市场行为之外,凡是通过市场机制能够妥善解决的问题,政府就不必插手。对那些需要政府许可或同意

的事项,只要不违反法律、社会公共利益和公序良俗的要求,政府对于市场主体的请求都应当无条件予以同意。

具体到政府与企业的关系而言,政府不应当干预企业的具体经营事务和内部事务,而是应充分尊重企业的营业自由,并应为市场主体的营利行为保留充分的运作空间。因为从理论上说,市场主体自由选择经营方式和经营对象既是其自由意志在经济领域中的扩张和延伸,同时也是保证其营利目的实现的前提条件,营业自由权也因此而构成市场主体的基本权利。时至今日,营业自由在许多国家特别是在以德国为代表的大陆法国家中已经被作为市场主体的宪法性权利而受到严密的保护。而营业自由的内涵又非常宽泛,既包括经营自由(又可细分为营业时间自由、营业地点自由、营业方式自由、营业内容自由、使用员工自由、投资自由等),也包括选择营业方式和营业类别的自由,而且还包括是否进行营业的自由。而是否进行营业的自由又主要表现为开业自由和歇业自由。根据我国目前的法律规定,市场主体并无真正意义上的营业自由,不但企业的开业要获得国家工商行政管理部门的批准,其经营范围要受到严格的核定,而且其市场主体的资格取得(包括营业执照和企业法人营业执照)也有赖于工商行政机关的赋予。这些执照既是企业法人或者经营单位主体资格取得的凭证,同时也是这些主体经营资格取得的凭证。实际上,由于工商管理部門是典型的国家公权部門,其依托职权所进行的工商登记管理,事实上已被异化为一种准入资格的赋权功能。这种赋权功能与其说是出于维护社会经济秩序的需要,毋宁说是因为政府机关基于惯性思维继续利用行政手段处理经济问题的结果。行政手段虽然可以在短期内起到经济手段所不能起到的快捷作用,但它却可能会破坏市场经济的正常运行规律。因此理想的选择应当是逐步弱化商事登记的管理色彩而强化其信息传递功能,并最终过渡到由商会主导的民间登记模式,唯有如此才能真正发挥商事登记所承载的信息公开而非管控功能。

商事登记制度的改革仅仅是中国行政体制改革的一个组成部分。

我们期待着商事登记制度的改革能成为整个中国行政体制改革的引领者和试验田。这既是我們从事本课题研究的初衷,也是我们在写作本书时一直追求的目标。尽管我们的一些主张不一定能够转化成现实,但我们愿意继续为此而不懈努力。

是为序。

赵万一

二〇一二年十二月于重庆

目 录

第一章 商事登记制度的历史主义考察——起源与演进 / 1

第一节 国外商事登记制度的历史演进 / 1

- 一、古代商事登记制度的起源 / 1
- 二、中世纪时期的商事登记制度 / 2
- 三、近现代商事登记制度的发展 / 4

第二节 我国商事登记制度的历史发展 / 12

- 一、我国古代的商事登记制度 / 12
- 二、我国近现代的商事登记制度 / 19

第二章 商事登记制度的功能主义考察——制度功能与法律性质 / 29

第一节 商事登记概念界定的两种范式 / 29

- 一、商事登记概念界定的管理行为范式 / 29
- 二、商事登记概念界定的法律行为范式 / 31

第二节 商事登记法律性质的主流学说评析 / 33

- 一、商事登记行为法律性质的三种主流学说 / 33
- 二、商事登记行为法律性质诸学说的缺陷性分析 / 36

三、导致主流学说认知缺陷的原因分析 / 40

第三节 商事登记制度功能的逻辑构造 / 43

一、法律制度功能的一般理论 / 43

二、关于商事登记制度功能的现有认知及其缺陷 / 51

三、基于法理学的商事登记制度功能的逻辑构造 / 53

第四节 商事登记法律性质的功能主义解读:法律事实记录环节说 / 57

一、商事登记法律性质的重新定位 / 57

二、法律事实记录环节说的理论与实际意义 / 60

第三章 商事登记制度的实体主义考察——范围、类型与法律效力 / 66

第一节 商事登记的价值及其所涉法律事实的一般范围 / 66

一、商事登记的价值指向 / 66

二、商事登记所涉法律事实的一般范围 / 71

第二节 商事登记的类型划分 / 75

一、学理分类 / 76

二、法律实践分类 / 80

第三节 商事登记的法律效力 / 84

一、商事登记的效力与商事登记性质之关系 / 84

二、商事登记的一般效力体系 / 88

三、商事登记的特殊效力体系 / 98

第四节 商事登记与商事主体资格的关系分析 / 100

一、商事主体资格的判定标准 / 100

二、商事主体资格和商事登记的内在关联 / 106

第四章 商事登记法律制度的程序考察 / 110

第一节 商事登记程序的概述 / 110

一、商事登记申请程序 / 110

二、登记受理审查程序 / 113

三、登记注册确认程序 / 115

四、登记公示公告程序 / 116

第二节 商事登记审查模式的理性考察 / 117

一、对实质审查模式的剖析 / 117

二、商事自治理念下登记审查模式的理性选择 / 121

三、余论:对我国后续登记审查机制的再思考 / 124

第三节 信号传递理论下登记公示程序的分析 / 126

一、市场秩序与信息对称:登记确认与公示 / 126

二、信任机制下的登记信息传递 / 128

三、对登记责任证据的披露 / 130

四、结语 / 131

第四节 商事登记机关的选择与定位 / 132

第五章 商事登记的信赖利益保护——权利外观责任 / 144

第一节 外观主义法理与信赖利益保护 / 144

一、外观主义概述 / 144

二、外观主义的构成与法律效果 / 147

第二节 外观主义在商事登记制度上的适用——权利外观责任 / 152

一、外观主义在商法中的地位和作用 / 152

二、商事登记制度在商法上的地位和引进外观主义的重要性 / 153

三、商事登记中引入外观主义的重要性 / 154

四、商事登记中权利外观主义的体现和应用 / 154

第三节 商事登记消极公开的信赖利益保护 / 155

一、商事登记的消极公开效力概述 / 155

二、商事登记消极公开信赖利益保护的构成要件 / 156

三、商事登记消极公开信赖利益保护的法律后果 / 160

第四节 商事登记积极公开的信赖利益保护 / 160

一、商事登记积极公开效力概述 / 161

二、商事登记积极公开效力的信赖利益保护的构成要件 / 162

三、商事登记的积极公开信赖利益保护的法律后果 / 165

第六章 商事登记法律制度的运行保障机制——法律救济与法律责任 / 167

第一节 我国商事登记中的违法行为 / 167

- 一、我国商事登记违法行为的种类 / 167
- 二、我国商事登记违法行为的原因分析 / 177

第二节 商事登记违法行为的救济路径 / 179

- 一、自力救济——更正登记 / 179
- 二、民事救济制度 / 181
- 三、行政救济制度 / 193

第三节 商事登记责任机制研究 / 204

- 一、商事登记之行政责任 / 204
- 二、商事登记之民事责任 / 206
- 三、商事登记之刑事责任 / 209

第七章 商事登记的比较法考察 / 212

第一节 有关国家和地区商事登记法律制度之考察 / 212

- 一、商事登记的目的 / 212
- 二、商事登记的主体范围 / 213
- 三、商事登记的主管机关 / 217
- 四、主体登记与营业登记 / 218
- 五、商事登记的主要事项 / 221
- 六、登记材料的审查 / 224
- 七、商事登记的公告 / 226
- 八、商事登记的效力 / 229

第二节 商事登记制度发展的总趋势 / 236

- 一、安全与效益价值兼顾 / 236
- 二、商事登记的强制主义与自由主义相结合 / 240
- 三、商事登记职能的转变 / 241
- 四、重视程序性立法 / 242
- 五、主管机关审查的形式化 / 243

六、主体资格登记与营业资格登记相分离 / 244	
七、登记生效主义与登记对抗主义相结合 / 245	
八、商事登记信息的电子化处理 / 245	
第八章 我国商事登记法律制度的现状分析 / 248	
第一节 我国商事登记法的制度背景与体系内容 / 248	
一、我国商事登记法的制度背景 / 248	
二、我国商事登记法的体系结构 / 255	
三、我国商事登记法的基本内容 / 258	
第二节 我国商事登记法在法律体系中的定位 / 261	
一、商事登记法在工商行政管理法体系中的地位 / 261	
二、商事登记法在商事主体法体系中的地位 / 262	
三、对现行商事登记法的体系地位之评析 / 264	
第三节 我国商事登记法律制度在适用中存在的具体问题 / 267	
一、商事登记的二元化审查标准问题 / 267	
二、主体登记和营业登记一体化模式问题 / 275	
三、住所和经营场所的登记问题 / 278	
四、商事登记的效力问题 / 279	
五、网络时代下的商事登记问题 / 282	
第四节 我国商事登记立法改革与完善的基本路径 / 284	
一、明确商事登记法律制度的立法指导思想 / 284	
二、完善二元化审查标准,对实质审查的适用条件和方法予以规范 / 286	
三、登记机关统一模式下的主体登记和营业登记的分离 / 287	
四、商事登记效力体系的完善 / 288	
五、商事登记法律责任体系的完善 / 288	
六、网络登记管理规范的完善 / 289	
第九章 我国商事登记法律制度的立法完善 / 291	
第一节 我国商事登记法律制度完善的基本理念 / 291	
一、立法的价值目标追求要效率优先,兼顾安全 / 292	

- 二、建立具有国情特色的统一暨单一的立法模式 / 292
- 三、服务商主体运营需要的多维立体化登记创新 / 293
- 四、立法的具体制度构建上要立足国情,借鉴国外 / 294
- 五、淡化商事登记的行政管理色彩 / 295

第二节 我国商事登记法律制度体系重构 / 295

- 一、商事登记的主体范围 / 295
- 二、主体登记与营业登记 / 301
- 三、商事登记的类别效力 / 305
- 四、商事登记规范统一与分立 / 307
- 五、商事登记中对公承诺的效力 / 309
- 六、我国商事登记二元化审查标准的完善 / 310

第三节 商事主体以及营业登记之外商事登记展望 / 314

- 一、国家登记模式的商事登记公共选择的弊端 / 315
- 二、国家登记模式的商事登记公共选择的矫正 / 317
- 三、商事主体以及营业登记之外商事登记展望 / 319

第一章 商事登记制度的历史主义 考察——起源与演进

第一节 国外商事登记制度的历史演进

一、古代商事登记制度的起源

外国商事登记制度起源于何时?目前学界一般认为国外商事登记制度的最早雏形可以追溯至古罗马时代。在古罗马时期,开设商店从事经营活动的人必须在其店堂内挂上一定的牌号,上面写明自己的经营项目、经营范围及营业情况,以表明自己的经营状态。^{〔1〕}

国外商事登记制度肇始于古罗马时期,是与其商品经济的发展密切相关。在古罗马的商事登记雏形产生之时,其商业贸易已经有了一定程度的发展。在公元前2世纪到公元1世纪时期,罗马帝国成为西方最强大的国家,并凭借着地理优势,使其贸易、运输和财富生产取得了巨大的发展。同时,国家实行完全自由化的贸易政策,对商业的发展采取了自由放任的态度,经济的发展几乎没有受到国家方面的干预,因此,这一时

〔1〕 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第224页。

期是商业贸易迅速发展的时期。在商品经济迅速发展的情况下,使得调整商事关系的法律规范大量产生,主要包括:市民法中关于银钱业、旅店业、运送业、海上借贷契约的规定;万民法中关于代理、冒险借贷、海运赔偿等,这些规定构成了古罗马商法的基本内容。在法典中的对于借贷、抵押、买卖、租赁、合伙与委任等合同的规定则体现出罗马法中的商事规则。^{〔2〕}与此相适应,这一阶段出现了商事登记的雏形,即具体表现为由行政官署勒令商业经营需配挂一定的“看板”或“贴札”、“引札”等牌号,以公示其经营状况。^{〔3〕}

二、中世纪时期的商事登记制度

中世纪时期,商业开始在欧洲的城市复兴,特别是在地中海沿岸、亚得里亚海沿岸、波罗的海沿岸和北海沿岸等地。例如,9世纪时,北海与波罗的海沿岸出现了海上贸易;10世纪时,位于地中海沿岸的威尼斯,其商业已经达到了相当的规模;13世纪时,德国北方港口城市吕贝克也成为欧洲北部异地贸易的中心。

商业的发展在促进城市发展的同时,也推动了商人团体的形成。当时的商人已有相当大的自主权,可以自由组织商人团体,设立管理机构。商业的发达在法律制度上的直接结果是促进了商法的诞生和发展。如这一时期的城市法,商人同业公会的章程、条例,商事和海商法院的判决,地区和跨地区的习惯法,以及国王、领主、教会颁布的单行法规。当时的城市法不仅包含了涉及市场交易的一系列制度,同时还包含了关于外国商人的外籍人法,关于外国商人的供货义务、货物规格、重量、价格和质量之检验的规则,关于仓库和货物储藏的规则,关于手工业者、商人同业公会与自治企业之间经常发生的冲突的解决办法等一系列规则内容。^{〔4〕}

〔2〕 何勤华、魏琼:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版,第140页。

〔3〕 张民安、龚赛红:《商法总则》,中山大学出版社2004年版,第348页。

〔4〕 范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2004年版,第93页。

随着商业的发展和繁荣,在这一时期商事登记制度也得到了进一步的发展,其中行会或商人团体在商事登记中发挥着重要的作用。如前所述,在中世纪时期,随着商业的复兴与发展,商人这一独立的社会阶层逐步形成。为了相互团结、相互援助,以保护共同的利益,商人便组成了各种行会。事实上,行会成立以后,政府也便于对各种行业进行管理。行会还起到了保持行会成员对本城市本行业的垄断地位,即不加入行会,就不能在本城市中从事该行会所经营的行业。例如,行会对新成员的加入存在诸多的限制,农村来的人、外城市的人、外国人,即使有很高的技艺,也很难成为行会成员,特别是,不允许或严格限制其他城市的产品在本城市销售。^{〔5〕}在中世纪的意大利及地中海沿岸,凡要取得商人资格者必须登记于商业组合名簿,包括组合牌号在内,组合人员均须登记。^{〔6〕}随后,根据商人行会自治法,欲取得商人资格和身份者,不仅在事实上须取得特定行业商人行会的认可和接纳,而且必须将其商人名称、营业招牌、商业使用者及所雇学徒等事项登记于商人行会备置的行会成员名录簿中,而此种行会成员名录簿后来又逐渐发展为公示商人营业状况的习惯法文件。^{〔7〕}从上述规定可以看出,中世纪的行会登记与现代的商事登记还是存在较大的差异:首先,商业行会与其说是商法上的团体,不如说是公法上的团体。而且组合员名簿只是为了明确组合与组合员之间的内部关系,而不是为了向与行会没有关系的第三人说明这一情况的。其次,行会登记不存在任何私法上的效果,因此,中世纪的行会登记与现代商业登记并不一样。^{〔8〕}但是,这一时期的行会登记的实质在于赋予商人资格,具有区分商人和非商人的作用。当然,这应当以获得行会的许可为前提,类似于许可主义,这显然与现代商事登记制度

〔5〕 张晓群:“欧洲中世纪城市:资本主义的胚胎”,载 <http://economy.guoxue.com/article.php/5616/3>,访问日期:2009年8月20日。

〔6〕 任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第237页。

〔7〕 董安生:《商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第162页。

〔8〕 李惠阳:《商主体登记法律制度研究》,对外经济贸易大学出版社2009年版,第48~49页。