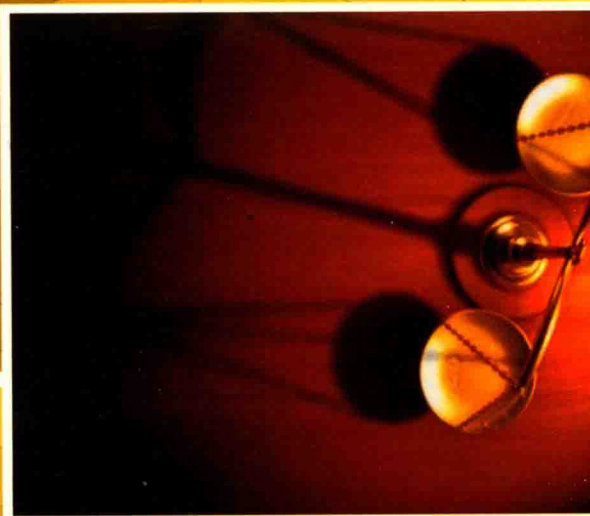


项目投资的 民商事法律视角

郭文政 著

非
外
借

吉林文史出版社



项目投资的民商事法律视角

郭文政 著

吉林文史出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

项目投资的民商事法律视角 / 郭文政著. -- 长春 :
吉林文史出版社, 2016.9
ISBN 978-7-5472-3535-5

I. ①项… II. ①郭… III. ①基本建设投资—研究—
中国②民法—研究—中国③商法—研究—中国 IV.
①F283②D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 240664 号

项目投资的民商事法律视角

著 者	郭文政
出 版 人	孙建军
责任编辑	陈春燕 张蕊
封面设计	天 图
出版发行	吉林文史出版社有限责任公司
地 址	长春市人民大街 4646 号
网 址	www.jlws.com.cn
制 作	山东天图文化传媒有限公司
印 刷	济南新广达图文快印有限公司
开 本	710 毫米×1000 毫米 1/16
印 张	8
字 数	100 千字
版 次	2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5472-3535-5
定 价	40.00 元

前 言

中共十八大报告明确提出“要推进科学立法”，“完善中国特色社会主义法律体系”。民商事法律是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分，完善民商事法律体系是完善中国特色社会主义法律体系的重要任务之一。具体而言，所谓完善民商事法律体系，就是要消除现行民商事法律中存在的体系性缺失问题，实现民商事法律的体系化，构建一个科学的民商事法律体系。

随着国际经济的迅速发展，资本流通日益频繁，跨国投资以其灵活的集资形式及丰厚的利润，日益在国际舞台上扮演起重要的角色。随着全世界文明程度的提高，发展中国家城市化建设的任务接踵而至。对于发展中国家来说，基础设施建设投资浩大，收益周期长，项目投资风险大等都对法律保护方面提出了巨大考验。改革开放以来，我国民商事立法取得了巨大的成就，然而现行民商事法律存在的体系性缺失问题也十分突出，民商事法律亟需体系化。不论是BOT项目、房地产项目规划设计、外商投资企业登记制度，还是新兴的电子商务专利权保护等，都需要我国法律引起重视。

本书由湖南省株洲市市委党校郭文政著，希望本书的理论研究能起到抛砖引玉的作用，为我国项目投资的民事及商事法律保护提供新的视角，由于本人能力有限，书中难免有疏漏或不妥之处，恳请各位读者和同行给予批评指正。

目 录

第一章 我国商事法律制度的概念与理论基础.....	1
第一节 商事登记的涵义与特征.....	1
第二节 商事登记制度的基本理论问题.....	7
第二章 民事法律行为的概念与制度.....	17
第一节 民事法律行为的概念界定.....	17
第二节 民事法律行为制度概述.....	27
第三章 BOT 项目风险的法律分析.....	37
第一节 BOT 项目概述.....	37
第二节 BOT 项目的风险与风险规避法律机制.....	42
第三节 我国 BOT 立法的现状及展望.....	52
第四章 房地产项目规划设计民事法律的风险防范.....	61
第一节 房地产项目规划设计民事法律风险的主要情形.....	61
第二节 房地产项目规划设计民事法律风险防范.....	70
第三节 房地产项目的民商事法律现实保护.....	76
第五章 我国外商投资企业登记制度问题研究.....	85
第一节 我国外商投资企业登记制度存在问题.....	85
第二节 完善我国外商投资企业登记制度的对策.....	88
第三节 外商投资与民商事法律现实保护.....	97
第六章 民商事法律对项目投资的法律保护.....	103
第一节 电子商务中的专利权保护问题.....	103

第二节 互联网金融 P2P 借贷的法律监管.....	114
参考文献.....	119

第一章 我国商事法律制度的概念 与理论基础

第一节 商事登记的涵义与特征

一、商事登记的涵义

不同国家和地区的学者对商事登记的概念给出了不同的观点。如日本学者认为商事登记即将有关商人的某些法定事项记载或者记录于商业登记所备置的商业登记簿上的行为。其特征在于通过记录于国家备置的公共登记簿，使利害关系人能够自由地查阅，并有权申请复制该有关信息，从而使相关的企业组织得到确认并起到公示作用。德国学者普遍认为商事登记是保存于商事登记主管机关的，记载与商事登记有关的法律事实的文件。例如《德国商法典》第十五条第四款规定：“对于与已经登入商业登记簿的分营业所的交易，在此种规定的意义上，由该分营业所所在地的法院进行登记和公告决定。韩国学者普遍认为商事登记主体向法定登记主管机关申请登记，登记主管机关核准登记并予以公告的法律行为是商事登记。如《韩国商法》第34条：“根据当事人申请，依照本法必须登记的事项，必

须在当事人营业所在地管辖法院的商业登记簿上进行登记。”“我国学术界对此的观点不尽相同，现行立法也未对其作清晰的界定。其中学术界的主流观点有：商事登记又称商业注册，是指商事筹备人为设立、变更或终止商主体资格，依照法律规定向登记主管机关提出相应的申请，而被登记主管机关核准登记并予以公告的法律行为的总称。以公示某种关系的存在或者以设立、变更或终止商主体资格为目的而依法向登记主管机关申请登记，并取得相应法律效力的行为是商事登记。

结合以上专家学者的观点，笔者认为：商事登记是指遵循专门的商事登记法及其他特别法的相应规定，按照相关实体要求和法定程序，由相关当事人向登记主管机关提出申请，登记主管机关将应登记事项登记于法定文件上，并公告，继而以此为依据取得、变更、终止商事主体资格的法律行为的总称。

二、商事登记的法律特征、性质和作用

（一）商事登记的法律特征

1. 要式法律行为

要式法律行为是指那些只有具备了法律要求的特定形式才视为成立的法律行为。商事活动涉及社会生活的各个领域，与其中的生产和消费关系甚密，所以，商事登记内容与程序往往由商事特别法以强制性条款的形式规定，商事申请人必须采取填表方式进行。这有利于维护商品生产者、经营者和消费者的权利，也有利于对商事活动的监督和管理。

2.商事登记具有显著的强制性

从公私法的分类来看，商法就其本身性质而言属于私法，这本身是无可争议的事实。但是商事登记作为国家根据主体申请依法对其商主体资格和重要信息进行确认的制度，更多的体现了一种国家意志。是国家对商主体从事商行为的一种调控与监管，因而具有明显的强制性。强制性是相对于任意性而言的，当事人对于任意性的法律规范可以根据意思自治的原则自主选择适用与否，而当事人对于强制性的法律规范必须适用而不允许其自主选择，违反者将会受到法律的严厉制裁。商事登记的规范以强制性规范为主，如商事登记主管机关应履行的义务和职责、商事申请人必须提交的文件和材料、商事登记必须遵循的程序。商事登记法律的一方是商事登记机关，这就决定了商事登记法必须具有强制性，强制性是商事登记目的得以实现的保障。

3.其基本法律效果在于从法律上对商事活动的众多参加人设立、变更和终止商主体资格进行确认

商事登记是商主体取得主体资格的途径。而对于社会公众而言，通过商事登记可以使其了解商主体的具体经营内容，从而有利于交易安全。如根据《德国商法典》的相关规定：“在应登入商业登记簿的事实尚未登记和公告期间，在其事务上应对此种事实进行登记的人，不得以此种事实对抗第三人，但此种事实为第三人所知的，不在此限。”

4.商事登记的目的是保护消费者权益和强化对商主体的监督和控制

消费者则可以通过商事登记了解商主体的营业范围、服务内容，从而有选择性地与商主体进行交易进而保障自己的合法权益。国家可以通过商事登记掌握商主体的基本情况从而对商事活动进行有效的监管。

（二）商事登记的性质

商事登记包含两种行为，即作为登记主管机关的审核登记注册及公告行为和作为私法主体的商事登记申请人的申请行为。由于对以上两种行为在商事登记中重要性的认识不同，理论上关于商事登记的性质也就有了不同的学说，主要有以下观点：其一，认为商事登记属于公法上的行为，公法行为说认为商事登记究其本质而言具有强烈的公法特征，是商事登记主管机关代表国家对商事登记进行的一种干预，集中体现的是国家意志性和强制性；其二，认为商事登记是一种私法行为，私法行为说认为商事行为意义上的商事登记必须与商事管辖意义上的商事登记区分开来，前者具有私法性质，后者当然是公法行为；其三，复合行为说认为商事登记在具有显著的私法性质的同时兼具有强烈的公法意义上的功能。笔者认为公法行为说将商事登记制度视作是公权力运行的必然结果，片面强调商事登记管理机关的作用而忽略了商事登记主体旨在创设某种商主体的意思表示，这才是商事登记行为得以完成的起点。并且公法行为说反映的是一种计划经济下管理型政府的观念，可能会导致对商事登记申请人权利保护的不力，这与市场经济下建立服务型政府的观念是相违背的，也无法解释商事登记制度的目的和初衷。复合行为说认为商事登记同时具有私法性质和公法性质，即商事登记申请人的申请行为具有私法性质，而登记主管机关的审核登记及公告行为则是公法行为，这一理论的漏洞在于人为地将商事登记分为两个阶段。实际上，这两个阶段是缺一不可、不可分裂的。该说不能解释国家权力为什么及怎样介入商事登记制度。综上所述，笔者赞同私法行为说，具体理由如下：

第一，将商事登记界定为私法行为，可以从根本上解释商事主体的来

源和采取何种途径取得商主体资格。商事登记申请人的意思表示是商主体得以产生的来源，其所体现的法律理念是权利本位和私法自治。

第二，将商事登记界定为私法行为，可以使国家权力免于承担因不合法干预商事登记行为而产生的不利后果。我们知道，权力总是伴随着义务与责任，如果认为商事登记是一种公法行为或复合法律行为，那么商事登记机关就可能因为如不实登记等给善意相对人造成损失而成为行政诉讼的被告对象，商事登记机关就可能承担弥补善意相对人财产损失的要求。目前我国的商事登记主管机关的任务繁重而商事登记制度还不完善，登记机关就很可能大量的被卷入诸如此类的行政纠纷中，而不利于商事登记制度的最终目的的实现。

第三，将商事登记界定为私法行为是出于我国改革现行商事登记制度的需要。商事登记的私法性质在今天的市场经济条件下日益凸显，只有这样定位才能更好地对商事登记制度予以重构，也更加符合我国商法改革的趋势。

（三）商事登记的作用

1. 维护商主体的合法地位和信誉

商事登记通过赋予登记申请人对登记商号的排他权使用来保护其对商号的专有使用权。商主体在生产经营活动中所累积的商业信誉可以通过商号向公众传递。所以商事登记起着维护商主体合法地位和商誉的重要作用。商誉的实质是社会对商主体的评价，它被消费者及社会公众所信赖。如日本《商业登记法》规定“对两合公司的登记要求进行出资履行的登记，即在因有限责任股东履行出资而进行变更的登记申请书中，须附以证明已进行该项履行的书面材料，对于公司的资本有增加或减少的行为也需作出变

更登记。”“我国企业登记法也规定，企业开业时应进行注册资金登记，在注册资金发生变化时进行变更登记。这些制度无疑有利于商主体将自己的经营身份、营业状况、营业能力公之于众从而使其商誉得以确立，进一步有利于其开展商事经营活动。

2.促进交易迅捷

众所周知，民法的一系列制度注重保障交易安全，而商法制度的设计则重点在于促进交易迅捷。商事行为具有反复性、大量性和同一性的特征，商事登记具有公示性和要式性，通过充分获取完全、充分、真实的市场信息，这可以使交易双方在最短的时间内了解对方的基本情况，以利于当事人的迅速辨认，以避免交易的盲目性，从而使交易的风险性降低，进而实现交易的迅捷。具体而言，国家以法律的形式，要求信息的拥有者通过一定的形式公示信息。商事登记制度在登记事项和程序上都有明确和强制的要求，这有助于相关当事人在最短的时间内对商主体的各方面信息有一个全面的了解，从而大大减少相关主体为获取这些信息所需要付出的成本，客观上有助于缩短交易的时间。

3.保障交易安全

商事行为贵在迅速、简便，但要更好的发挥其促进交易的作用，必须注重其安全性。在市场经济条件下，商事登记主管机关的主要作用在于对商事主体的活动进行某种间接的监管。那么此时，商事登记的作用就可以突显出来了，它可以使包括交易相对人在内的社会公众对商主体及其经营状况有一个相对明晰的了解，商事登记通过国家强制力保证商主体的设立、变更和终止及其他重要信息予以公开，其目的就在于保护交易相对人和不特定第三人的合法权益，进而保障交易安全。比如，法律要求商主体必须

具备法律规定的最低条件才予以登记，商事主体在进行商事登记时需提交相关材料和文件，登记事项一经登记则可以对抗第三人等。

4.为国家进行经济调控提供基本的核算资料

通过商事登记制度，可以使国家或者政府机构更全面准确地了解商事主体的基本状况，有利于国家及时采取一定的措施和手段对商主体的经营活动进行一定的管理和调整。当然，在现代市场经济条件下，通过信息公开来确保交易安全是商事登记制度的最为重要的作用之一。明确这一点对于重塑商事登记制度具有重要的作用。

第二节 商事登记制度的基本理论问题

一、商事登记制度的性质分析

界定一项法律制度的性质，看似简单，实则不然。遵循大陆法系传统以及德国法学家慎思严密的思维逻辑，总是先入为主地将某法律行为或法律事实进行周密、严格的界定后，其他内容结构以及实质内涵才延续铺陈开来。对商事登记的性质，学界争论不一，主要是在三大阵营之间摇摆：

（一）商事登记是公法行为

持该观点的学者认为，2004年7月1日起施行的《行政许可法》第12条详细列举可以设立行政许可的事项，其中第5款明确规定：企业或者其他组织的设立等，需要确定其主体资格的事项，即需要进行所谓的商事登记，属于可设立行政许可的范围。此外，在我国履行商事登记职责的是工商行政管理部门，属于典型的具有经济管理职能的国家行政机关，再加上

我国根深蒂固的“官本位”的思想，此时其依法行使商事登记这一法律规定的行政行为时，必然带有强烈的国家公权力色彩。有的学者甚至认为，商事登记就是行政行为，它的构成部分是行政相对人的申请行为和行政登记机关的审查行为。

笔者认为，此观点先入为主地将登记机关定位于商事登记过程中主导者，而忽略了商主体在进行商事登记中的选择权，他们可以根据自身的需要对主体类型、经营范围、投资比例等事项进行选择。这种观点只满足于计划经济体制下商事经营活动的需要，但伴随着我国市场经济体制的不断完善，该主张越来越多的受到质疑和抨击。

（二）商事登记是私法行为

相较上文的公法性质，有学者提出，设立商事登记制度是为了解决各类商组织资格的问题，即主体资格和经营资格，尽管是由行政管理部门对其资格进行审查，但其本身亦属于私法范畴。因此，商事登记这一法律行为是私法行为。

然而，不容忽视的几点是：第一，在商事登记法律关系中，一方主体是商事登记的申请者，另一方主体则是行使国家权力的登记机关，这两主体之间并非平等关系，与私法所调整平等主体间的人身、财产关系相矛盾；第二，过分强调商主体在商事登记中的选择权，易导致忽略商事登记的公属性，如：登记事项的真实性和合法性、商主体违法规定所应承担的责任等，这与上文所述设立商事登记的目的相背离。

（三）商事登记属于混合行为

该观点认为，商事登记的主要内涵有两方面：其一，国家为监督和管理商主体活动而采取的措施；其二，当事人为设立、变更或终止各商事登

记事项，向登记机关所实施的法律行为。还有学者认为，商事登记带有公法性质是由其自身的公法属性决定的，但是商事登记的存在是商主体为了获得主体资格和经营资格，无论其公法属性如何强烈，仍不能否认具有明显私法属性这一特征。该说认为商事登记的性质既具有公法性质，又具有私法性质。

综合上述观点，笔者认为，我国商事登记属混合行为，兼具公法性质和私法性质。首先，从商事登记的法律关系来看，当事双方中的一方是作为登记机关的行政部门，两者之间的关系并非平等。申请人欲使其设立、变更或终止商主体的行为发生登记效果时，必须履行登记程序，从而体现了公权力在商事登记过程中的干预；其次，从商事登记制度的历史沿革来看，该制度最初形成于商事活动中的自发秩序，而国家公权力的干涉是在后来经济发展中慢慢渗入的。此外，商主体的产生、变更或终止，以及商主体类型、经营范围、投资比例等可按照自己的意愿享有充分的自由选择权。因此，我国商事登记兼具公法和私法双重性质。

二、商事登记制度的效力

设立商事登记制度的出发点是：监督商事交易的安全、提高商事活动的效率，其效力亦是该制度存续的生命力所在。学界对商事登记的效力纷争明显，主流是创设力、公信力和对抗力三个效力。

（一）商事登记的创设力

1. 究系确认力抑或创设力

主张商事登记具有确认力的学者认为，商事登记只是对商主体资格的

法律确认，而非登记机关的依申请对商主体赋权行为。此观点与西方国家的“天赋商权”思想不谋而合。譬如，发起人经登记设立公司后，股东意志仍可通过公司章程或股东大会决议的方式影响公司，为设立公司而进行的登记仅是对自然人商权的确认，并非创设，但是主张确认力者仅注意到经商的自由，而忽略了现实社会的复杂和多变。对商事自由的适当限制才是真正意义上的商事自由。

主张创设力的学者观点是：纵观商事登记的历史进程，商主体对其资格的创设经历了三个阶段：绝对无公权介入、全面公权介入与公权有限介入。在公权力有限介入的今天，登记自然成为商主体取得主体资格和营业资格的唯一方式。强制商事者为商事登记虽包含调控、限制商主体行为的意旨，但根本出发点是保护经济活动中各方的合法权益。因此，商事登记具有创设力并不违拗自然人经商自由的权利，反与“天赋商权”理论内在契合。

我国《公司登记管理条例》第3条规定：一经登记机关依法登记后，领取《企业法人营业执照》，方可取得法人资格。未经登记机关登记的，不得以公司名义从事经营活动。《合伙企业登记管理办法》第3条、《企业法人登记管理条例》第3条均明确了类似规定。由此可见，我国坚持“统一模式”，即商主体在登记后，同时获得了法律上主体资格和营业资格。

因此，对现行商事登记制度，我们应肯定其的创设效力。该登记完成后，商主体不仅取得了主体资格，同时也获得了经营资格，无须另行登记经营资格，体现了商事登记对商主体的创设力。

2. 登记生效主义与登记对抗主义下的效力

应注意的是，此处所指的创设效力是基于登记生效主义的，而非同时