

Commercial Law Review

清华大学商法研究中心
编

商事法论集

王保树/主编

第4卷

VOL.4

法律出版社

Commercial Law Review

清华大学商法研究中心
编

商事法论集

王保树/主编

第 4 卷

VOL.4

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集,第4卷/王保树主编. —北京:法律出版社,2000.8

(商事法论集)

ISBN 7-5036-3168-6

I. 商… II. 王… III. 商法-研究-世界文集

N. D912.29-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第66284号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/杜进

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32

印张/21 字数/520千

版本/2001年1月第1版

2001年1月第1次印刷

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3168-6/D·2888

定价:34.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

· 写在卷首 ·

本书是《商事法论集》第4卷。

本卷设四个栏目,依次是“商法基础理论”、“商法专题研究”、“外国商法”和“硕士学位论文”。

“商法基础理论”栏目编入了李金泽、刘楠的《商业登记法律制度研究》,该论文对商业登记的基本理论进行了研究,提出了一些值得注意的问题。我国正在进行这方面的立法,论文提出的意见很值得参考。至今为止,我国一直实行多元的登记制度,公司、合伙企业、个人独资企业、国有企业、集体企业、外商投资企业等,分别适用不同的登记规则,差别大、待遇不一,加之规则不健全,不利于充分发挥商事法律制度的作用。因此,应该总结经验,编纂一部理念一致、便于执行的法律。这部法律应该取何种名称呢?人们看法不一,有人称“商业登记法”,如李、刘文所言;有人则称“商事登记法”。就其他国家而言,称“商业”或称“商事”均无大的差别;而就我国而言,由于长期实行计划经济体制,行业的意识很浓,“商业”一般作为一个行业的“称谓”,而“商事”则突出其“营利性”,也区别于一般公民生活的“民事”。因此,如从体现立法精神来说,称“商事登记法”更好。

“商法专题研究”栏目编入了四篇论文,大致涉猎三个领域。李功国、陈永胜的《敦煌、吐鲁番契约文书研究》是利用敦煌文献资料,进行系统整理,并进行认真探索的成果。论文展现了唐代人如何利用契约,也揭示了政府管理与契约关系的互动,对于研究今天的商事关系是有借鉴意义的。第二个领域是对区域性投资法律的研究,阮

赞林、孔庆江的论文提出了很有价值的观点。第三个领域是关于公司法律问题的研究,编入了正在香港大学从事教学、研究的张宪初和曾经在香港从事公司法研究的黄建雯的两篇论文。前者,是一篇公司法著述中涉及很少的研究红筹股公司的论文,它对该类公司法律特征及其管治的见解,都是以详实资料为基础的,因而是有根据并有见地的。后者,对中港两地公司董事制度进行了很细腻的比较研究,对我们在公司制度上理解“一国两制”是有帮助的。

“外国商法”栏目编入了三个方面的论文和译文,有许多新鲜东西值得我们研读。第一个方面是公司法人治理结构的论文,包括早稻田大学酒卷俊雄在清华大学法律学系(现清华大学法学院)的讲演和刘志强的《日本董事保险的构造及问题点》。他们的论文告诉我们:(一)公司法人治理结构不能简单地等同于公司组织机构,它指的是一种治理机制,当然也包括选择相应组织形式的问题。(二)建立经营者激励与约束相结合的机制应是公司法人治理结构的必要内容。如何落实董事、监事应承担的赔偿责任?国外的董事、监事责任保险制度已行之多年,值得认真研究和借鉴。第二个方面是研究美国统一合伙法的论文,宋永新撰写的《合伙制度的重大革新》和其翻译的美国《1994年统一合伙法》(1996年、1997年修订)都是很新鲜的。如果我们将其中的有限责任合伙同传统的有限合伙进行比较,就可以发现,这种合伙是一种新的合伙形式。正是基于这一点,宋文对此种公司的研究,在我国是具有开拓意义的。第三个方面是张楚关于电子商务的译文,这是人们正在关注的新的探索领域。电子商务的出现,使商法进入了一个新的发展时代,将为商法学的建设注入新的血液,必须给以高度重视。现在,学术界和实物界将“电子商务”炒得很热,但是,有一个值得注意的倾向,即似乎电子商务是一个可以离开法律规则而存在的问题。因此,当人们炒作之时,很少涉及法律。似乎电子商务又像当年试行股份制时一样,不论有无法律规则,

都可以“独往独来”。无疑,这是很值得注意的。所以,本栏发表张楚的译文和论文是有理论意义和实际意义的。

本卷继续开设“硕士学位论文”栏目,鼓励青年人认真读书,深入钻研,撰写好的论文,攀登商法学研究的高峰。

最后,想说几句技术性的话。本论集不断收到来稿,这是对本论集的厚爱。对此,谨表示欢迎和谢意。同时,提醒一点,所有来稿,烦请按照本论集的格式(包括注释)撰写。

王保树

2000年8月

· 目 录 ·

· 写在卷首 ·

· 商法基础理论 ·

商业登记法律制度研究 李金泽、刘 楠(1)

· 商法专题研究 ·

敦煌、吐鲁番契约文书研究 李功国、陈永胜(41)

区域性投资法律文件的若干问题研究 ... 阮贇林、孔庆江(97)

红筹股公司的法律特征及其管治的若干问题 张宪初(129)

中港公司董事法律规则比较研究 黄建雯(170)

· 外国商法 ·

日本对企业治理问题所作的探索

——对美国型与英国型的比较研究

与启示 酒卷俊雄 于 敏 译(256)

日本董事保险的构造及问题点 刘志强(268)

附:日本公司董事、监事赔偿责任普通保险

合同书 刘志强 译(307)

合伙制度的重大革新

——美国《1994 年统一合伙法(1996、1997 年

修订)》评述 宋永新(321)

附:统一合伙法(1994)

(1996年、1997年修订)	宋永新 译(397)
开放系统,自由市场与因特网商务规范	
..... 金·温妮 张 楚 译(436)	
 ·硕士学位论文·	
股份有限公司代表法律制度研究	史晨霞(514)
上市公司收购的若干法律问题研究	胡 滨(601)

· 商法基础理论 ·

商业登记法律制度研究

李金泽* 刘 楠*

目 次

- 一、商业及商业登记法意义
- 二、商业登记法的性质
- 三、商业登记法的价值取向
- 四、商业登记程序立法之比较
- 五、我国商业登记立法的现状及存在的问题
- 六、完善我国商业登记立法的若干思考

一、商业及商业登记法意义

在称谓商业登记法(或商事登记法)时,立法使用了“商业”或“商事”一词,英文用语为 Business。所谓“商事”或“商业”是指以营利为目的的各种形式的事业。由于商业的概念关涉到从事该项事业的主

* 武汉大学法学院博士生。

体是否必须进行商事登记,因此许多国家和地区的商事法或商事登记法均有所明晰。

《德国商法典》规定:凡以商业方法与范围为营业,办理商业登记者,即视为商业,并规定了9种方式的企业活动属于商事经营。^①我国台湾地区的“《商业登记法》”第2条规定:本法所称商业,谓经营下列各种业务之独资或合伙之营利事业:农林业,畜牧业,渔业,矿业,水、电、煤气业,制造业,加工业,建筑业,运送业,金融业,保险业,担保、信托业,证券业,银楼业,当业,买卖业,国际贸易业,出租业,仓库业,承揽业,打捞业,出版业,印刷、制版、装订业,广告传播业,旅馆业,娱乐业,饮食业,行纪业,居间业,代办业,服务业,其他营利事业。由此可见,台湾地区立法所指商业之含义颇为广泛,它把诸如制造业、农业、牧业等通常与商业并称的事业也纳入至商业的范畴。日本商法把投机购买、出卖、交易所交易、票据等行为规定为4种绝对商行为,另把借贷、加工、制造、运送、银行交易等12种行为规定为相对商行为。《韩国商法》既对商行为作了一般的界定,又对基本的商行为进行列举。该法第46条对基本商行为界定为:作为营业进行的行为称商行为;但只以接受租金为目的制造物品或从事劳务者的行为例外。该法律列举了18种基本商行为。该法第47条还规定了补助的商行为:①商人为了营业而进行的行为;②商人的行为推定是为了营业而进行的。^②《瑞士债务法》规定:凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业,而进行登记的,也视为商业。我国香港地区《商业登记条例》的概括性解释有一定的特色,该条例第3条释义指出:“‘商业’指任何形式之行业、贸易、工艺、专业、职业或其他活动,为谋

① 范健:《德国商法》,中国大百科全书出版社,1993年版,第51页。

② 《韩国商法》,载董冬主编:《公司法大全》,中国工人出版社,1993年版,第1820—1821页。

取利益而从事者,同时亦指一所会社。”这里的商业已不限于行业来归纳,而把会社(club)^① 这种组织也纳入了。

由于我国内地尚无统一的商业登记法,因而理解则更富争议。1987年9月5日国家工商行政管理局发布的《城乡个体工商户管理条例实施细则》第5条将“商业”界定为:“是指从事商品收购、销售、贩运、储存等。”我国商务印书馆出版的《新华词典》将“商业”解释为“从事商品经济交换的经济活动,也是组织商品流通的国民经济部门”。^② 由于商品的含义颇为丰富,这种界定也可从广义上来理解,即不限于买卖活动,对此法学界有不同的理解。有的认为商业的“商”是指:以买卖方式使商品流通的经济活动。^③ 这种理解属于狭义上的理解,即商行为的形式限于买卖方式。也有学者主张,商行为是“以营利为目的的各种商品交换行为”。^④ 这也因商品的理解不同,可作广义和狭义上的不同理解。还有的学者则以发展的视角来审视商业的意义,提出:商行为不仅表现在买卖中,也发展到批发商、货物运送、仓库业、银行业、损害保险业,甚至延伸到与商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。^⑤

我国台湾地区学者也有不同的主张,张国健提出:“凡属以营利为目的,从事媒介交易之行为,皆称之为商。”^⑥ 刘清波、林咏荣等学

① 根据香港《商业登记条例》的规定,所谓“会社”(club)是指任何法团或团体,设立的目的在于为某会员提供设施以便进行社交(intercourse)或康乐(recreation)活动。

② 《新华词典》,商务印书馆,1980年版,第732页。

③ 李功国:《商人精神与商法》,载王保树主编:《商事法论集》,法律出版社,1997年版,第7页。

④ 李功国:《商人精神与商法》,载王保树主编:《商事法论集》,法律出版社,1997年版,第7页。

⑤ 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社,1996年版,第4页。

⑥ 张国健:《商事法论》,三民书局,1994年版,第3页。

者主张依“《商业登记法》”的规定来界定。^①同时,林咏荣还认为,无论形式意义的商业,还是实质意义上的商业都具有如下两个要素:(一)营业。商业是各种经营,它必须有一定的经营范围,一定的场所和相当的设备,经营超越其范围则属违法行为:没有一定的场所也不是商业,如沿门沿路的叫卖者。(二)营利。商业以营利为目的,物品的买卖必有其对价,劳务的供给也必须有报酬,如不以营利为目的的交易行为,则不能纳入商业的范围,如合作社的消费合作。^②

笔者认为,把握商业的含义,应注意以下几点:首先,商业的含义并非一成不变的。如果从“商业”是社会实践的事实状态来看,商业都应该是发展的,因为“商业”的社会事实形态是发展的;如果从“商业”是一个法律或法学概念来看,“商业”也可能因社会事实形态的发展而引起立法者和法学工作者的主观认识发生相应的变化。事实上,台湾“《商业登记法》”的以新代旧的变化也说明了这点。台湾现行的“《商业登记法》”在列举的商业种类中便增加了农林业、畜牧业、渔业、矿业、水电、煤气业、保险业、证券业、国际贸易业、银楼业、打捞业、广告传播业等内容。^③

其次,商业的营利性是商业的普遍特性,但并非判断是否为商业的本质属性。尽管有许多国家和地区的立法倾向于把营利之目的作为商业的基本要素,但也有的立法把非营利性的事业纳入商业的范畴,如香港地区的《商业登记条例》对商业的界定即属此类。该条例把营利性的商业和“会社”并列起来,因为会社为其会员提供服务,有牟利和非牟利的区别,不论牟利与否该条例均将其纳入“商业”的

① 刘清波:《商事法》,商务印书馆(台),1986年版,第13页;林咏荣:《商事法新论》(上),五南图书公司,1987年版,第9页。

② 林咏荣:《商事法新论》(上),五南图书公司,1987年版,第44页。

③ 同上,第40—42页。

范畴。

再次,对“商业”或“商”的概括性界定,不宜使用“商品交换”或“商品流通”的用语。综观各个国家、地区的商法,商业登记法所纳入的商业行为已远远超越了“商品交换”的范畴,即使把劳务也视为商品的内容,也不足以将各种商业行为概括起来,因为诸如人身保险之类的商行为既不能认为是商品的交换,也不能认为是劳务的提供。事实上,也很少有立法上直接使用“商品交换”之类的用语来界定“商业”或“商”的概念。

第四,立法上不可能有各个国家、地区绝对一致的“商业”之概念,法学理论上更无法有统一的“商业”之概念。由于各个国家、地区的法律文化和立法传统上的差异,“商业”的概念在立法上不可能完全一致。即使同时以《德国商法典》为参照对象的日本、韩国商法,对“商”或“商业”的限定也有所不同。何况在民商合一的国家,以及英美法系的国家法中,则更有不同的面貌。法学界的理论探讨宜结合本国、本地区的立法界定来把握“商”或“商业”的概念。

商业登记法是指规定商业登记的法律适用、登记机关及其权限、申请及相关要求、登记的效力等内容的法律规范的总称。商业登记是依商业登记法(包括实质意义上和形式意义上的商业登记法),按法定的程序,由当事人将应登记事项,向营业所所在地主管机构为之的登记。

二、商业登记法的性质

传统的商业登记法律制度是商法典或民法典的有机组成部分,这自然地可得出商业登记法是私法的范畴。然而在当代,已有商业登记法单行化的趋势,那么是否意味着商业登记法不宜纳入商法或民法中呢。笔者认为,从商业登记规则和制度的整体性质来看,我们有必要重新审视商业登记法在一国法律体系中的地位。

1. 商业登记法具有很强的公法性。众所周知,私法(民商法)是

调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律,然而商业登记法的多数规范并不以平等主体间的权利义务关系为调整对象。以香港《商业登记条例》所列的条款可透视以下各种具体规范的调整对象的特质,该条例第2条为解释性条例,此外19个条文:须负责履行法定行为之人士、官方保密、登记之申请、商业登记及商业登记证之发给、缴费、须提供之资料、小型商业豁免缴费、同一人士或团体经营多种商业、逾期未交费之罚责、登记证之展示、视察、规则、违例事项、豁免事项、上诉、立法局通过决议修订附表、文件之签署证明及发给、通知书之送达、基金之设立等,均主要是申请人的义务(相对于登记机关应履行的义务)^①及登记机关(含工作人员)的职权和责任等。从申请人角度来看,他的权利和义务不是以平等当事人为相对人,而是以登记机关(国家机关)为相对人的。国家机关在这里的身份也不是普通的民事主体,而是行使国家的权力。事实上,商业登记法调整的法律关系是申请人和登记机关两者之间的关系。民法典、商法典中的有关制度也是如此。例如意大利《民法典》第五编第三节第二分节所规定的登记义务,共有8个条文,都是关于有登记义务的企业主应履行哪些义务,这些义务也不是以对应权利为报偿的,而是必须为之的。对违反法定义务的处理也是以行政罚款之类的强制措施为主,该法典第2194条便明确规定:“对于未按法律规定的方式和期限进行登记之人,给予2万里拉至100万里拉罚款的行政处罚,本法第2626和第2634条的规定不在此限。”^②当然,现代国家的商法有公法化的趋势,正如有的学者指出:“商法虽以私法为其中心,但为保障其私法规定之实现,颇多属于公法性质的条款,几与行政、刑法等有

^① 见香港《商业登记条例》的目录。

^② 《意大利民法典》(中译本),中国政法大学出版社,1997年版,第544页。

不可分离之关系,确已形成商事法之公法化。”^①但是,我们也应看到,商业登记法这一相对集中而系统化规范群体并不是局部的公法化问题,而是整体性地表现为公法规范。

2. 商业登记法具有极为明显的强制性。法律规范的强制性是与任意性相对而言的,任意性的规范允许当事人自主地选择是否适用,而强制性的规范则是不能由当事人自主选择而必须适用,违反者则可能遭致法律制裁。一般而言,民商法规范是以任意性规范为主体,而行政法、刑法以强制性规范为主。商业登记法的规范绝大多数是强制性规范,如商业登记法规定必须进行登记的商业事项,申请人必须履行的程序和应该准备的文件,商业负责人及公司负责人因违反有关规定的处罚,以及登记机关应履行的义务、职责等等,均不得由相关的当事人自主排除。商业登记法的强制性反映了政府对社会经济生活的干预。尽管商业登记法律关系中的登记机关并不直接干预民事主体之间的民商事权利义务关系,但是登记及其相应的要求市场主体从事特定商业活动的必经程序,即这种准入的开明机制仍是政府干预经济活动的直接表现,只是这种干预的强弱程度因各国立法的具体规定不同而已。倘若商业登记法的登记程序与核准权结合起来的话,则会生成极强的政府干预。登记法律关系的一方是国家政府机关(法院、行政机关或政府授权的社会组织)就命定了商业登记法需要强制性,因为强制性是实现商业登记法理想的保障。

3. 商业登记法主要体现为程序法。商业登记关系的核心——登记决定了商业登记法律主要是规制登记程序的法律规范。商业登记中最主要的问题是申请人应如何履行申请登记的业务及登记机关如何完成登记行为。如日本《商业登记法》共 120 个条文,直接列入第三章“登记手续”的条文则达 100 个条文,占条文总数的 90%;韩国

^① 李宜琛:《民法总则》,正中书局(台湾),1967年版,第3—4页。

《商业登记处理规则》共 109 个条文,第二章“关于登记的程序”也达 74 条,将近占条文总数的 70%。从商业登记的主旨来看,申请人的商业登记申请并不是试图在登记中获取实体性的权益,他也无法从中获取实体权益,因为其相对当事人是登记机关,他们间的交流并不是实体上的交易。申请人为登记的最终目的不是登记的自身完成,而在于获取从事特定商业活动的资格;商业登记对于申请人而言是迈向实体权利获得的必经之路。当然,商业登记法的程序性法律规范不同于诉讼法(民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等)之类的程序性规范,后者是在实体法律关系发生之后,因双方当事人实体权利义务争执而诉诸法院,由法院作出裁决,其目的在于促成非常态的既有权利义务关系合法化、常态化。

由上可见,商业登记法并非私法规范的集合,那么传统立法仍将商业登记制度置于民商法中,尤其是商法中,这是为什么呢?笔者认为,传统立法将商业登记制度设于民法典或商法典有几方面的根据:其一,民法典和商法典并非绝对排斥非私法性规范,尤其商法典中,还有大量的公法性规范,如公司设立的类型,公司章程的主要记载事项,公司设立、变更、终止等的法定条件,公司募集股份时应公告有关事项,股份有限公司召集创立大会应进行公告,票据法关于汇票、本票及支票绝对记载事项的规定,保险法关于保险契约应记载事项的规定,海商法关于海上货物运送契约及载货证券的规定等等,都非一般私法规范。其二,商业登记制度在传统民商立法中所占的比重毕竟有限。日本《商法典》总条文数达 800 多条,专门规制商业登记的第一篇第二章仅有 7 条,将商号、商业账簿、代理商等相关内容纳入,其比重也极为有限。同样,意大利《民法典》有 2900 多条,而商业企业等有关登记的规定不过数十条,比重更为微小。正基于这种悬殊的比例,民商法典将商业登记规范接纳下来,并不伤害其私法规范的一般特征。其三,商业登记制度具有较强的依附性和分散性,这为民

商法接受它提供了先天性的条件。众所周知,商业登记制度只是规制商事主体从事某些商事活动的资格的取得等问题,而且多种商事活动均有相对集中的规范群,如公司法、证券、交易法等等,登记制度对这些实体制度有较强的依附性,而且许多具体事项的登记需要实体制度的配套,这样商业登记制度也就必然地倾向于与实体制度相结合。况且,商业登记所涉商事领域的广泛,使得某些规则不得不与相应的实体规则集中在一起,这强化了商业登记制度的分散性,也意味着商业登记法统一和集中的困难,从而为民商法典接纳相关的商业登记制度创造了条件。其四,商业登记制度在一定程度上体现了政府对经济活动的干预,而市场经济国家,尤其是自由资本主义时期的市场经济国家,普遍反对政府对经济干预,这必然导致商业登记制度的发展无法受到足够的重视。倘若政府和市民社会不对商业登记制度的发展给予足够的重视,那么商业登记法的系统化和详尽化发展必然受阻,何况,将商业登记法置于民商法领域中,有助于淡化商业登记制度的公法色彩,进而避免商业登记法内蕴的政府干预性得到突出。

在商业登记法已有系统单行法的发展阶段,仍把商业登记法纳入商事法中不太妥当。笔者认为,对于经济法已从民商法分离出来的国家,将商业登记法置于经济法中比较合适,以保持民商法的私法性,同时,也有助于法学工作者对商业登记法进行系统的研究。

三、商业登记法的价值取向

商业登记法的特殊性不仅可从具体规范的性质上表现出来,也在其价值取向上体现出来。研究商业登记法的价值取向,一方面有利于深化对商业登记法规范的特质的研究,另一方面则有助于商业登记法法律规范、原则和制度的优化选择,以充分保持立法的科学性、合理性,使立法最大化地增进商业活动的繁荣。

1. 保障交易之安全:商业登记法的基本价值取向之一