

厦门大学法学学术文库



管制罅隙下的自治

商事登记制度发展与模式反思

王兰 著

On the System Development and Mode

Reconsideration of Commercial Registration

From the Perspective of Relationship Between Autonomy and Governance

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

管制罅隙下的自治

商事登记制度发展与模式反思

王兰 著



厦门大学法学学术文库

图书在版编目(CIP)数据

管制罅隙下的自治:商事登记制度发展与模式反思 /
王兰著. —北京:法律出版社, 2011. 12
(厦门大学法学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2912 - 2

I. ①管… II. ①王… III. ①工商企业—企业登记—
登记制度—研究—中国 IV. ①F279.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 259794 号

厦门大学
法学学术文库

管制罅隙下的自治:商事登记
制度发展与模式反思

王 兰 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.25 字数 217 千

版本 2011 年 3 月第 1 版

印次 2011 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2912 - 2

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

厦门大学法学学术文库编委会

编委会主任

徐崇利

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星	齐树洁	朱福惠	宋方青
陈晓明	林秀明	李兰英	徐国栋
徐雅芬	曾华群	蒋 月	廖益新

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再

次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎力推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

序

和博大精深且蕴涵深厚人文思想浸淫的民法学研究不同,商法学的研究因其人文根基的匮乏和基础理论的欠缺而一直广受诟病和非议。回顾商法的发展史我们不难发现,在商法制度的历史演进中,有两条主线一直在主导着商法的发展:一条是以市场经济为代表的经济功利思想,另一条则是以国家管制为代表的市场干预思潮。正是这两种思潮的不断交锋和妥协,才成就了今日丰富多彩而又灵活多变的商法制度。但另一方面,无论是经济功利还是市场干预,由于其过分强调规则的技术性要求而忽略了制度本体的伦理基础,由此导致整个商法体系既缺乏作为法律部门存在基础的法律体系闭合性的要求,同时也导致商法制度构建和制度取舍上的易变性和随意性。

而在为数不多的商法学基础理论研究中,作为商事主体制度建构基础的商事登记制度又是一个往往

被商法学界所轻视甚至于忽视的问题,因为这一问题常常被裹挟在行政许可的领域中而被强大的行政法所吞并,从而使商法学的研究在此问题上望而却步;或者是被商法自身更为重要和热门的公司法研究所涵盖,将公司登记直接等同于商事登记的全部,从而难于从商法总论层面上对商事登记的所有问题予以系统梳理而有所建树。因此,无论是基于构筑系统科学的商法学理论体系的需要,还是基于优化商事主体生成机制的现实选择,都要求应当以商事登记为切入点,在行政法与公司法所细密编织的学术范式中找到新的突破,并以此为基础寻求更为“纯粹”的商法总论知识增长点。这既是我对王兰博士本命题研究的一点解读,更是对商法学基础理论研究的一点期许。

王兰博士从硕士阶段到博士阶段一直受教于我,她天资聪颖而又勤奋好学,思维活跃而又不失细致缜密,潜心向学而心无旁骛,述而又作且笔耕不止。其博士论文曾被评为重庆市优秀博士论文,多篇文章也受到学界的广泛赞誉。从她所呈现在读者面前的这部二十多万字的书稿中,我继续看到一位年轻学者努力发出的雏凤新声。全书所着力营造的私法研究路径,既是对传统的由公法笼罩的商事登记研究的彻底颠覆,更是将包括商事登记在内的整个商法制度纳入私法领域的必由之路。循此脉络,全书所着力弘扬和倡导的行商权天赋的私法理念,颇有令人耳目一新之感:在私权基础上所生长出来的商人行商权,既对接了基于意思自治的契约法精神所涵育的自然正义性,又串联了中西方商人寻求私权自治以推动经济发展的真实历史图景。在此基础上所阐述的关于商人团体与公权抗争并推动商事登记制度不断嬗变的学术见解,无疑对商事登记制度发展动力机制的研究有所启迪。虽然论述尚不够充分,但本书所传递出的商人团体理念理应获得更多重视的观点,对打破商事活动管制的坚冰无疑会有所裨益。特别是在中国商事活动管制力量仍然十分强大的今天,尽管市场经济的内在发展要求强

烈呼唤打破管制所带来的发展窠臼,但只仰仗商人个体的自身发展以软化行政管制的举措,无疑不如通过强化商人团体集体职能的发挥来得更加有效和彻底。

按照我的理解,无论是哪种层面上的制度都有相同之处,一个好的法律制度必须符合四个基本要求:一是必须符合社会正义的要求,能够代表社会大多数人的利益,充分体现对人自身的关怀和尊重,即具有比较坚实的人文伦理基础;二是符合制度的内在逻辑要求,在制度设计的技术层面上做到合理和协调,即具有厚重的科学基础;三是符合社会现实需要,能够回答和解决社会现实中所出现的问题,即具有良好的现实基础;四是必须符合制度实现的环境条件,具有较强的实务操作性,即具备良好的实现基础。根据这一要求,我们在对中国商法制度进行研究时,不能脱离制度存在的现实语境而进行单纯的逻辑演绎,而应使制度具有更强的针对性,能够更好地服务于社会现实需要,这既是理论研究的价值之所在,更是理论工作者的神圣历史使命。不仅如此,虽然法律本身就是为了调整利益关系,但相对于其他法律制度来说,商法所包含的社会利益因素更加繁冗和复杂,因此我们在对商法制度进行研究和设计时,不能仅满足于在法律的话语范畴中实现逻辑的连接和规范的自洽,更应当跨界地自由行走于法学、制度经济学、管理学等多学科融合的理性天地之间。因为这并不纯粹是学术意义上方法论的多元主义实践问题,同时也是检验学术成果本身解释力含金量的一个重要标杆。呈现在我们面前的王兰博士专著的主要笔墨,显然就是属意于斯。就我的个人阅读体验和研究视野所及,信息经济学和公共选择理论是本书将制度经济学的研究方法应用于法学研究的一次很好尝试,也可以认为是本书的一大亮点。在既有的研究中,我们所熟悉的信息经济学更多地被应用于产品或者价格领域,但本书却拓展了这种应用的范围,将进入市场的主体商誉视为一种特殊的信息产品,并因此在市场流

转中也可能再被赋值。于是,传统的商事登记的职能和价值就可以在这种新的学术架构下得到重新的阐释。商事登记不再被视为简单的市场准入控制和信息收集,而是演变成为主体信用和交易安全的前置性平台。与此相适应,商事登记也就由此实现了从实体资产到主体信用的重大切换。商事登记也不再仅仅具有程序性价值,而是体现了更多的实体性价值。

本书的雏形是该作者的博士论文,在此基础上,经过作者数年的精心打磨和雕琢而日臻完善。透过本书的初稿和定稿,作为导师的我不仅看到了作者对此所付出的艰辛努力,更感受到作者在研究理念和研究方法上的不断创新和升华。我相信,作者的辛勤付出一定会带来丰硕的收获,本书也一定会在商事登记的理论研究中占有一席之地。

是为序。

赵万一

2011年11月16日于重庆宝圣湖畔

目 录

导论 001

第一章 天赋行商与本质解读 014

第一节 商事登记的本质解析 014

一、争议焦点:本质与本源 014

二、商事登记行为的本质属性 016

第二节 商事登记行为的权利本源 017

一、天赋人权理念下的私权回归 017

二、天赋行商权的人格属性 019

第三节 商事登记的私法解读 022

一、商事登记要素的解构性分析 022

二、私法视角下主导角色的重新界定 023

三、小结:属性与定位 025

第二章 从行会自治到国家登记 028

第一节 西方商事登记的历史考据 029

一、中世纪前商事登记的雏形 030

二、中世纪西欧行会登记的形塑 031

三、西方商事登记模式的变迁 036

第二节 中国商事登记制度的历史变迁 039

一、中国商事登记制度之嚆矢 040

二、中国晚近行会登记模式的形成与发展 042

三、中国工商登记制度的当代考察 046

四、中西行会登记之比较 050

第三章 声誉信号下的登记博弈 052

第一节 信息经济学分析框架 052

- 一、信息不对称理论概述 052
- 二、信号传递——合作模型 054
- 三、信息不对称下的市场失灵 055

第二节 信号传递下的商事登记机制 057

- 一、市场秩序与信息对称:登记确认与公示 057
- 二、信任机制下的登记信息传递 059
- 三、对登记责任证据的披露 061

第三节 利益博弈下商事登记意义之辩 063

- 一、现象:影子经济下的黑公司 063
- 二、诊断:利益博弈与登记选择 065
- 三、质疑:选择商事登记的意义何在 074

第四章 融合公私利益的一般准入 080

第一节 市场准入的系统界定 081

- 一、市场准入的一般概述 081
- 二、市场准入的经济学解释 082
- 三、市场准入的法学定位 085

第二节 一般准入机制的功能分析 089

- 一、一般准入的目的 090
- 二、一般准入的必要性 092
- 三、一般准入的合理性 094
- 四、余论:私益与公益之辩 096

第三节 一般准入功能的展开 097

- 一、对商主体权益的保护 098
- 二、信息公示与公共利益的共生 102
- 三、公私兼顾下的登记进路 104

第五章 价值冲突与伦理化解 106

第一节 商事登记制度的价值位阶 107

一、法律价值的位阶识别	107
二、从法治信仰开始的价值位阶	108
三、价值体系的理性化	117
第二节 商事登记价值冲突体现	117
一、准入平等与交易安全冲突	118
二、交易安全与登记效率冲突	119
三、准入平等与登记效率冲突	120
第三节 商事登记价值冲突的伦理化解	123
一、商事登记的伦理内涵	124
二、化解价值冲突的伦理进路	130
三、登记伦理与制度完善	135

第六章 走向民间登记

第一节 现代商事登记模式	139
一、国家登记模式	139
二、民间登记模式	142
第二节 登记模式的理性选择:公共选择理论下的分析	143
一、公共选择理论框架概览	144
二、商事登记模式的理性选择	147
第三节 商会主导下的民间登记模式	155
一、市民社会、私权自治与民间自治团体	156
二、自治团体嵌入商事登记机制的功能分析	160
三、评价与前景	172

第七章 商事登记的本土模式

第一节 中国工商登记模式现状分析	175
一、工商登记管理存在的弊端与因缘	175
二、现行工商登记管理的改革举措	182
三、对工商登记改革的省思	185
第二节 商会主导的商事登记模式建构	187
一、商会主导的商事登记组织体系	188

二、中国工商联主导的商事登记职能重构	194
第三节 工商联主导的商事登记机制与现行制度的衔接	205
一、与工商行政管理制度的衔接	206
二、与工商联既有组织体系的衔接	220
第四节 中国民间登记模式的技术构建	221
一、商事登记对象的确认	222
二、商事登记机制的协同	225
三、商事登记的惩戒	229
结语：对民间登记模式的余思	234
 附录：自治型行业内部信用管理的实证分析	 237
 参考文献	 244
 后 记	 277

导 论

一、背景

商事登记制度所涉领域相当广泛,从法学的性质、效力、功能与价值,^[1]到经济学的信息传递与市场准入,^[2]再到社会学的市民社会、信用体系与伦理约束,^[3]甚至在史学家研究商人、行会、商业社会规则

[1] 近年来,我国关于商事登记的法学研究成果很多,一些商法类著作或教材在总则方面有较为粗略、概括性的分析,如赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社1999年版,第151~153页;覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社1999年版,第24~26页。亦有从比较法视角的介绍,如张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第420~443页;范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第212~216页。还有一些期刊专题论证,如郭富青:“论商事登记制度的若干法律问题——兼论我国商事登记的改革与完善”,载《甘肃政法学院学报》2002年第6期;朱慈蕴:“我国商事登记立法的改革与完善”,载《国家检察官学院学报》2004年第6期;折喜芳、赵颖:“商事登记制度的立法完善”,载《河北法学》2005年第2期;李金泽、刘楠:“商业登记法律制度研究”,载王保树主编:《商事法论集》(第4卷),法律出版社2001年版。此外,以商事登记或公司登记命名的专著目前仅有韦浩的《民国时期商事登记法律制度研究》(中国工商出版社2006年版),以及李克武的《〈公司登记法律制度研究〉》(中国社会科学出版社2007年版)。

[2] Simeon D. Jankov, Rafael Laporta, Florencio Opez de Silanes, Andrei Shleifer, The Regulation of Entry, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. CXVII, Feb. 2002, Issue 1, pp. 1~6; [美]约瑟夫·斯蒂格利茨:《政府为什么干预经济:政府在市场经济中的角色》,郑秉文译,中国物资出版社1998年版,第69~81页;谢地主编:《政府规制经济学》,高等教育出版社2003年版,第3~19页。

[3] [美]罗威廉:“晚清帝国的‘市民社会’问题”,邓正来、杨念群译,载[英]J. C. 亚历山大、邓正来编:《国家与市民社会:一种社会理论的研究路径》,中央编译出版社2002年版,第401~419页; [印度]阿马蒂亚·森:《伦理学与经济学》,王宇等译,商务印书馆2000年版,第8~14页;张维迎:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2003年版,第76~82页;杨充霖、张晓梅、许秀江:“市场与良心——论市场经济的道德内涵”,载《哲学研究》2003年第3期。

的演变史中亦能找到商事登记制度的雏形与变迁历程。^[1]正是由于各学科研究对象的同一性,运用交叉学科的分析工具来进行现况剖析抑或未来制度架构,亦成为现今诸多学者所推崇的研究范式。^[2]于法学界而言,先前主要是行政法学家,在论及有限政府及现代行政权的发展问题上,谈到对现代商事登记制度的工商行政管理职能的革新,^[3]而经济法学者更倾向于从市场管制法的定位来分析商事登记准入机制,且更多的是从公权的视角来予以论证。^[4]相比之下,民商法学者对该命题的研究是近几年才开始的,且诸多民商法学者对商事登记制度的认识仍局限在行政管理的视野,真正从私法视角来进行制度性研究的学者甚少。^[5]

在立法上,我国关于商事登记的立法过于分散,从企业法人到非企业法人的合伙、个体工商户,从内资企业到外资企业,从主体登记到名称、注册资本、经营范围、公告等具体事项,从实体性登记内容到程序性登记流程等,均分别立法,且还以诸多的实施细则予以配套推行。^[6]并

[1] [比利时]亨利·皮朗:《中世纪欧洲经济社会史》,乐文译,上海人民出版社2001年版,第76~173页;[美]刘易斯·芒福德:《城市发展史:起源、演变和前景》,倪文彦、宋俊岭译,中国建筑工业出版社1989年版,第192、207页;金志霖:《英国行会史》,上海社会科学院出版社1996年版,第32~33、68~69页;彭泽益主编:《中国工商行会史料集》(上册),中华书局1995年版,“导论”,第1~58页;孙丽娟:《清代商业社会的规则与秩序》,中国社会科学出版社2005年版,第126~145页;高其才:《中国习惯法论》,湖南出版社1995年版,第6~12页。

[2] 在上述列举的研究成果中,均或多或少地运用法经济学、经济伦理学、法史学、法社会学等交叉学科分析方法,在不同的视角对研究对象进行剖析,而这也是本书所遵循的写作手法。

[3] 尤其在《行政许可法》出台之后,法学者更倾向于结合行政许可法的立法理念来论证商事登记作为一种行政许可行为时,该制度在我国行政观念转型之际应如何予以相应的变革,如登记服务理念的确立、审批程序的简化、形式审查机制的设置。

[4] 戴震:“市场准入法律制度研究”,西南政法大学2006年博士学位论文,第19、20页。

[5] 蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第345页;樊涛、王延川:《商法总论》,知识产权出版社2006年版,第234、235页;徐强胜:“商主体的类型化思考”,载《当代法学》2008年第4期;朱慈蕴:“我国商事登记立法的改革与完善”,载《国家检察官学院学报》2004年第6期。

[6] 具体的法律法规、规章有:《企业法人登记管理条例》、《公司法》、《公司登记管理条例》、《合伙企业法》、《合伙企业登记管理办法》、《个人独资企业登记管理办法》、《个体工商户条例》、《中外合资经营企业法实施条例》、《关于外国企业常驻代表机构的登记管理办法》、《企业名称登记管理实施办法》、《公司注册资本登记管理规定》、《企业经营范围登记管理规定》、《企业法人登记公告管理办法》、《个体工商户登记管理规定》、《企业登记程序规定》、《企业法人登记管理条例实施细则》、《公司登记管理若干问题的规定》等。