



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

商事登记制度 基本问题研究

党海娟★著

★ Research on Basic Problems of the Commercial Registration System ★



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



商事登记制度基本问题研究

• Research on Basic Problems of the Commercial Registration System •

党海娟*著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事登记制度基本问题研究 / 党海娟著. -- 北京 : 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1488 - 8

I. ①商… II. ①党… III. ①工商企业—企业登记—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 253820 号

商事登记制度基本问题研究
SHANGSHI DENGJI ZHIDU JIBEN
WENTI YANJIU

党海娟 著

责任编辑 陈 慧
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版社
开本 A5
印张 12
字数 315 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1488 - 8

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任：李少伟

编委会副主任：高在敏 赵旭东

编委会执行主任：程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序)：

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔

赵旭东 赵林青 高在敏 董少谋

韩 松 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生近 2000 名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中三分之二以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师 20 多名,有 13 名教师分别在中国法学会各专门研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女 / 性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学研究机构,设有私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所和律师制度与执业规则研究中心、仲裁制度与实务研究咨询中心等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、

多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目9项,项目内容涉及集体所有权法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。学院还承担有省、部级研究项目30余项。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院以专著形式形成的科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为省部级及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本书库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本书库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会
2010年9月

目 录

导 论	(1)
第一节 研究背景	(1)
第二节 商事登记制度基本问题的文献综述	(3)
一、商事登记的概念	(3)
二、商事登记的术语表达	(10)
三、商事登记中的应登记事项	(12)
四、商事登记制度基本问题的研究现状	(15)
第三节 研究方法	(18)
第四节 研究目标及其理论、实践意义	(19)
第一章 商事登记制度概述	(20)
第一节 商事登记制度的历史变迁	(20)
一、商事登记的雏形——中世纪的商人行会组合名簿	(20)
二、近代欧洲的商事登记制度	(21)
第二节 现代商事登记制度概述	(23)
一、大陆法系国家现代商事登记制度概述	(23)
二、英美法系国家现代商事登记制度概述	(50)
第二章 商事登记制度的功能和价值	(54)
第一节 商事登记制度的功能	(54)
一、商事登记的功能概述	(54)
二、公示功能——交易安全监管抑或交易安全保护?	(67)
第二节 商事登记制度的价值	(76)
一、商事登记制度的价值:安全和效率	(76)

二、商事登记制度价值的实现路径	(82)
第三章 商事登记与商主体	(84)
第一节 商主体的定义	(84)
一、商主体的概念及相关的学术观点和立法实践	(84)
二、商主体的定义——抽象要素式的概念界定方法	(87)
三、商主体概念的构成要素	(111)
第二节 商主体的类型	(129)
一、商主体类型的历史演变	(129)
二、我国实然的商主体类型层次	(140)
三、我国民法总则中的商事登记规范及其问题	(168)
第四章 商事登记的性质	(171)
第一节 有关商事登记性质的学说	(171)
一、私法行为说	(171)
二、公法行为说	(174)
三、复合行为说	(177)
第二节 营业自由与商主体身份	(179)
一、营业自由理论下商主体身份的获得	(179)
二、营业自由理论下的商事登记	(183)
三、商事登记与政策性的市场准入	(185)
第三节 商事登记的性质	(186)
一、商事登记的性质:特殊行政行为	(187)
二、商事登记制度的属性	(190)
第五章 商事登记的效力	(197)
第一节 商事登记效力的多重性	(197)
一、商事登记的私法效力	(198)
二、商事登记的公法效力	(200)
第二节 商事登记应然的私法效力	(201)
一、商事登记的公信效力	(203)
二、商事登记的对抗效力	(216)

三、有限公司股权登记的立法论与解释论	(234)
四、商事登记视角下股东出资义务的履行	(260)
第三节 商事登记的私法效力与商行为规范	(280)
一、商事登记私法效力的发生:登记抑或公告?	(280)
二、商事登记的私法效力与商行为规范间的关系	(286)
第六章 商事登记机关和审查标准	(293)
第一节 商事登记机关	(294)
一、比较法上商事登记机关的不同类型	(294)
二、商事登记职责的非行政性	(300)
三、民事诉讼与行政诉讼的分工与协调	(312)
第二节 商事登记的审查标准	(317)
一、审查标准的类型划分	(318)
二、形式审查标准的配套制度	(328)
三、商事登记机关的损害赔偿责任	(335)
第三节 撤销公司登记的属性和适用	(340)
一、公司登记与撤销公司登记的联系与区分	(340)
二、撤销公司设立登记的性质及其适用	(344)
结 论	(356)
参考文献	(360)
后 记	(372)

导 论

第一节 研究背景

自 2012 年下半年以来,在国务院及国家工商总局的主导下,我国商事登记领域开始施行一系列改革举措。首先是作为改革试点城市的广东省珠海市和深圳市在 2012 年 5 月和 11 月相继对外公布《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》《深圳经济特区商事登记若干规定》。此后,上海市也于 2013 年 10 月对外公布了《关于中国(上海)自由贸易试验区内企业登记管理的规定》。再之后,2013 年 12 月 28 日,全国人大常委会十二届六次会议通过了对《公司法》的第三次修正案,修正案共修正了涉及公司登记的 12 个条文。2014 年 2 月 7 日,国务院发布《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》,通知提出,我国的注册资本登记制度和整个工商登记制度要依照降低设立公司准入门槛、便利投资人投资创业、转变政府职能的改革思路作出调整。随后 2014 年 3 月 1 日,与《公司法》修正案相配套的《公司登记管理条例》(修订版)《公司注册资本登记管理规定》正式施行。同年 10 月 1 日,由国务院第 57 次常务会议通过的《企业信息公示暂行条例》、国家工商行政管理总局局务会议审议通过的《企业公示信息抽查暂行办法》《工商行政管理行政处罚信息公示暂行规定》《企业经营异常名录管理暂行办法》《个体工商户年度报告暂行办法》《农民专业合作社年度报告公示暂行办法》等一系列配套性行政法规、部门规章正式施行。2015 年 6 月 23 日国务院办公

厅又印发《关于加快推进“三证合一”登记制度改革的意见》，将原来企业设立登记程序中分别由工商行政部门、质量技术监督部门、税务部门核发的：“注册证号”“组织机构代码”和“税务登记证”，改革为由工商行政管理部门一次收件，质检、国税或地税部门并联审批，工商行政管理部门统一核发加载有统一的企业注册号、统一社会信用代码的营业执照。即所谓“一照一码”。浙江省更是自2015年7月1日率先在全国实行起更为超前的“五证合一”。即将原由社保部门、统计部门核发的社会保险登记证号、统计登记证号，全部统一于企业社会信用代码并加载于企业营业执照。同年11月3日国务院又发布《国务院关于“先照后证”改革后加强事中事后监管的意见》，该意见的附件《法律法规明确规定监管部门和监管职责的“先照后证”改革相关审批项目》进一步明确了共计186项涉及企业设立登记程序中审批与登记先后顺序的经营活动项目类型。

上述一系列有关商事登记制度改革的法律、行政法规、部门规章的颁布取得了良好的社会效果。例如，据中国工商总局网站2015年上半年的统计数据，与上一年同期相比，工商机关新登记注册企业数量增长了约19.3%。但却并未触及商事登记制度中以下一些根本性的问题：（1）在不涉及前置或后置行政审批事项的企业设立登记中，营业执照仍然身兼两任，既是企业取得主体资格的充分必要条件，同时也是企业从事一般经营活动营业资格的证明；（2）投资人承担无限责任的自然人商人和合伙商人仍然没有被豁免商事登记，不论是其经营活动的展开还是其主体资格的获得仍然必须依赖商事登记；（3）商事登记私法上的效力性规定、商事登记机关履行审查登记职责时审查标准的明确、股权登记公信效力基础的夯实，商事登记错误时的纠正机制在制度层面有待进一步改进和完善。^{〔1〕}

〔1〕 值得关注的是，就2017年3月公布的《民法总则》第65条而言，法人实际情况与登记事项不一致的不得对抗善意相对人。商事登记私法效力中积极公信效力的立法空白已经因《民法总则》的规定而得到了一定程度的填补。

第二节 商事登记制度基本问题的文献综述

一、商事登记的概念

商事登记既是一个与商主体具有紧密关联的概念,同时也是一个在内涵上与商事登记法律规范旨意和价值取向不能分离的概念。由于世界各国商事法律规范对商主体的界定标准有所不同,并且,其通过商事登记法律规范所欲实现的制度目的也不尽相同,因此,商事登记的确切含义往往因国家不同而有所不同。

(一)德国商法学者对商事登记的定义

德国商法学者 C. W. 卡纳里斯将商事登记界定为:依商法应当公开的法律事实名单记录。^{〔2〕}C. W. 卡纳里斯的上述界定,其核心要义有三:其一,揭示商事登记的根本目的在于公开商法所规定的法律事实;其二,在商事登记与商主体资格取得两概念之间进行了清晰的切割,即商主体资格取得并非商事登记的目的;其三,从结果层面或者说物的要素层面来看,以商事登记最终的表现形式——保存于基层法院的商事登记簿,来阐明商事登记概念的内涵。^{〔3〕}

(二)日本学者对商事登记的定义

在继受了德国商事登记制度的日本,学者们对商事登记概念的

〔2〕 [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第70页。

〔3〕 由于德国基层法院商事登记活动长期以来对民间商会所收集的有关资料依赖颇多,一度曾有出现将商事登记管辖权移交给民间商会的呼声,但囿于多重因素综合影响,现在德国的商事登记管辖权仍然归属于基层的商事登记法院。参见范键:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第236页。张双根:《德国法上股权善意取得制度之评析》,载《环球法律评论》2014年第2期。

理解与前述德国学者的表述较为相似。大多数日本学者都认为,商事登记(来源于德语“Handelsregister”,在日本,也被译作“商业登记”),^[4]是通过公示和商主体相关的特定营业上的事项,以满足频繁且面向不特定对象的商业活动的需要和保障商事营业顺畅和安全进行的制度。^[5]商业登记的目的是“保护一般公众及维持商主体信用”。^[6]例如,石井照久这样概括商事登记,商事登记指根据商法和公司法,在商事登记簿上进行登记并通过公示商主体营业上的事项,保障营业活动的顺畅安全的制度。^[7]喜多了佑、我妻荣、鸿常夫等人亦持相似观点。日本学者对商事登记概念的界定侧重于强调,商事登记是一项借助于公示与一般交易相关的商主体重要事实以保护不特定的交易相对方的制度。^[8]与此不同,也有学者,譬如大禹建一郎、田中诚二,立足于商事登记的外在表现形式,将商事登记界定为依法定程序由登记机关置备的记载商法中规定的登记事项的商事登记簿。在笔者看来,后一种界定仅描摹了商事登记概念的基本表象,而前一种界定则深刻揭示了商事登记概念的实质。恰当的法律概念界定不仅应当揭示概念对象的根本特征,同时,更应当深刻洞见建构在该概念之上法律制度的规范目的和价值取向。笔者认为,日本商法学者的前一种商事登记概念界定是较为科学和到位的。

[4] 鉴于大多数日文译著在论及日本商事登记制度时使用的表述都是“商业登记”,故本段落亦采同样表述。至于“商事登记”和“商业登记”在中文表达上的细微差别,将在本节第二部分详细论述,此处不赘。

[5] 刘成杰、柳经纬:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社2012年版,第20~21页。

[6] [日]莲井良宪、森淳二郎:《商法总则·商行为法》(第4版),法律文化出版社2006年版,第111页。

[7] [日]弥永真生:《商法总则·商行为法》(第2版),有斐阁2006年版,第23页。
[日]石井照久:《商法总则》(商法1),劲草书房1967年版,第119页。

[8] [日]我妻荣编:《新版新法律学辞典》,有斐阁1968年版,第608页。李明妍:《日本商业登记法律制度研究》,中国政法大学2007年硕士学位论文,第3页。刘成杰、柳经纬:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社2012年版,第20~21页。

(三)我国台湾地区学者对商事登记的定义

我国台湾地区的商事登记制度虽然和日本一样均舶来自德国。但奇怪的是,在笔者所能翻阅到的有关台湾商法学者对商事登记概念界定的资料中,前述德国和日本商法学者定义商事登记时那些揭示商事登记规范目的和价值取向的内容被莫名其妙地拿走了。商事登记仅仅被描述为依照商事法律规范规定的程序,由营业所有人将法定的应登记事项,记载于其所在地主管机关的行为。〔9〕

(四)商事登记在我国定义

我国的商事登记制度可以说是纯粹起源于本土,属于地道的国货。缘于此,我国商法学者对商事登记概念的表述与前述德国、日本商法学者的见解相去甚远。我国大多数商法学者认为,商事登记是经营商业活动的当事人为设立、变更或者终止商主体资格,依照法律规定的内容和程序向主管机关提出登记申请,由主管机关予以核准并登记注册的法律行为。〔10〕还有人认为,商事登记法律规范仅仅是规定申请和登记的程序性规范。作为程序性规范,其与其他程序性规范唯一不同是:商事登记规范因无法在登记义务人实体权益受损之先为其预先设定实体权益,所以不能像私法领域中的其他程序性规范那样,为实体权益纠纷提供司法上的公力救济。〔11〕另外,虽然也

〔9〕 张国键:《商事法论》,台北三民书局1980年版,第84页。

〔10〕 覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社1999年版,第24页。周林斌、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第236页。官欣荣:《商法原理》,中国检察出版社2004年版,第110页。范键、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第310页。张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第431页。王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第103页。石慧荣:《商法要义与探微》,法律出版社2009年版,第3页。赵中孚、荆海宝:《商法总论》(第四版),中国人民大学出版社2009年版,第170页。郑彧:《商法要义》,法律出版社2014年版,第194页。

〔11〕 刘训智:《商事登记统一立法研究》,中国政法大学出版社2015年版,第149页。李金泽、刘楠:《商业登记法律制度研究》,载《商事法论集》(第4卷),法律出版社2001年版,第8页。

有商法学者在论及商事登记概念时提及商事登记的公示目的,但在其看来,公示以及通过公示赋予商事登记私法效力以保护交易安全并非商事登记法律规范核心的规范目的,设立、变更、终止商事主体资格较之公示更为重要。^[12]准此,商事登记概念中旨在通过公示来保护交易安全的价值取向被商事主体资格设立、变更、终止的迷雾所遮蔽。值得一提的是,在谢怀栻先生所著的《外国民法精要》(程啸增订)一书中,却有与上述主流观点迥然不同的概念界定。书中写道,商事登记是企业依法将内部情况报告登记机关,由登记机关公布于外的一种制度。^[13]青年学者冯翔在其专著《商事登记效力研究》中也有与之相似的定义。^[14]然而,遗憾的是,这些零星又少数的观点并非我国商法学界的主流。

与前述德国、日本商法学者对商事登记的定义相比较,国内商法学术界和实证法层面对商事登记概念的界定及相关立法规定,存在以下值得反思之处:其一,德国商法学者认为商事登记是被保存于基层登记裁判所以便公示对交易有重要意义的、有关商法领域法律事实的公开名单。然而,国内商法学界却认为商事登记是商主体的筹办人或代表人为设立、变更或终止商主体资格,依商事登记法律法规中的应登记事项和登记程序要求将法定登记事项向登记机关申请登记并经登记机关审查核准后登载于商事登记机关并由其公之于众的行为。^[15]前者外延与内涵兼有,落脚在商事登记的本质作用,即公示和商主体的营业交易有关的重要法律事实;后者徒有外延而缺失内

[12] 周林斌、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第236页。石慧荣:《商法要义与探微》,法律出版社2009年版,第3页。高在敏主编:《商法》,法律出版社2010年版,第72页。

[13] 谢怀栻:《外国民法精要》(第三版),程啸增订,法律出版社2014年版,第268~269页。

[14] 冯翔:《商事登记效力研究》,法律出版社2014年版,第18页。

[15] 邹小琴:《商事登记制度的属性反思及制度重构》,载《法学杂志》2014年第1期。施天涛:《构建我国商事登记制度的基本思路》,载《中国工商管理研究》2013年第8期。

涵,使商事登记沦落为获得商事资格(包括商主体资格和营业资格)的手段。商事登记最为本质的目的,公示与商主体的营业交易有关的重要事实,被获得商事资格的目的所取代。其二,我国商事登记实证法层面难觅与公示效力有关的类似于《德国商法典》第15条那样能够支撑其商事登记制度实证法基础的“最重要同时也是最复杂的条款”。^[16]不论是因2013年《公司法》注册资本认缴制修订而相应修订的《公司登记管理条例》《企业法人登记管理条例》《合伙企业登记管理条例》,还是《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》,体现商事登记公示目的的法定应登记事项未登记时的消极公示效力,正确登记后的对抗效力,登记错误时的积极公信效力,迄今为止一直付之阙如。

我国国家工商行政管理总局虽然基于转变行政管理方式的初衷,将企业年度检验制度转变为企业年度报告制度,制定并实施了《企业信息公示暂行条例》《个体工商户年度报告暂行办法》《农民专业合作社年度报告公示暂行办法》,而且,对各类商主体应通过企业信用信息公示系统向社会公示的信息以及年度报告作出了如下规定:



图 0-1 全国企业信用信息公示系统(北京市)的网站页面

1. 企业依法应当公示的信息

法人类企业、合伙企业、个人独资企业不仅必须要在企业信用信息

[16] [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第80页。

公示系统公示其登记、备案信息,并且还必须在每一年的上半年之内(自1月1日至6月30日)在企业信用信息公示系统公示其上一年度年度报告。个体工商户也需要在每年上半年内(1月1日至6月30日),在企业信用信息公示系统公示其上一年度的年度报告。^[17]个体工商户的年度报告应包含下列内容:行政许可取得和变动信息;生产经营信息;开设的网站或者从事网络经营的网店的名称、网址等信息;联系方式等信息以及国家工商行政管理总局要求报送的其他信息。企业没有按实报送年度报告的,将被登入企业经营异常名录。农民专业合作社也需和各类企业一样,通过企业信用信息公示系统报送和公示上一年度年度报告。^[18]此外,较之于个体工商户,农民专业合作社的年度报告还多一项——资产状况信息。

小微企业名录 (北京)			
首页 扶持政策集中公示 申请扶持导航 企业享受扶持信息公示 小微企业名录			
国家工商总局 公示 小微企业名录			
基本信息			
企业名称:	北京磐拓科技有限公司	注册类型/内-资企业:	7-1 (01) 0000000000000000
企业类型:	有限责任公司	成立日期:	2014-09-08
注册资本:	1000万元	登记机关:	北京市工商局
所属行业:	软件和信息技术服务业	所属行业:	软件和信息技术服务业
享受扶持政策信息			
版权所有: 北京市工商局 京ICP备14000000号 地址: 北京市西城区月坛南街1号 邮编: 100045			

图 0-2 在全国企业信用信息公示系统公示的北京磐拓科技有限公司的基本信息截图

2. 工商登记部门应当公示的企业信息

工商部门在履行职责时产生的下列信息:企业注册登记、备案信息、动产抵押登记信息、股权出质登记信息,行政处罚信息应当公示。

[17] 《个体工商户年度报告暂行办法》(2014 年 10 月 1 日施行)第 3 条。

[18] 《农民专业合作社年度报告公示暂行办法》(2014 年 10 月 1 日施行)第 4 条。