

我国商事登记豁免制度的构建

● 肖海军 *

【内容摘要】 我国的商事登记制度改革应当从总体制度模式入手,改现行严格强制登记主义为强制登记主义与任意登记主义相结合,即在整体上将具规模、持续、稳定的营业(包括新型业态的营业)纳入法定商事登记范围的同时,将小规模、不持续、不稳定的民间营业之商事登记选择权交由营业当事人自主决定,由其根据自己的营业意愿与预期目标在进行利益权衡后作出自由选择。因此,我国未来统一商事登记制度的构建应在总体延续并坚持强制登记主义及制度的前提下,适度引入任意登记主义及制度,创设商事登记豁免制度。

【关键词】 商事登记 营业自由 强制登记主义 豁免登记 小规模商人

一、强制主义与任意主义视角下我国商事登记制度改革的模式选择

(一) 商事登记效力原则与制度模式中的强制主义与任意主义

在商事登记的产生、演变、转型和当代发展过程中,基于历史传统、国家结构、法律制度和执政者的政策偏向等原因,不同法系、国家或地区在相关立法原则、主导模式等方面存在明显差异。其中,商事登记是否为营业当事人所必须履行义务的效力性立法原则以及由此形成的制度模式,对营业当事人商事主体资格的确立具有重要的基础性、决定性意义。

商事登记制度的效力性立法原则,又可称为商事登记的适用对象原则或商事登记对当事人的效力原则,系指法律是否将规定商事登记作为营业当事人法定的强制性义务,也就是说法律是否规定从事营业活动的当事人必须履行登记,不登记则不能营业,或非经登记则以非法营业或无证(照)营业视之。不同法系、国家或地区对此有所谓的强制登记主义与任意登记主义之别。

1. 强制登记主义及制度模式

强制主义登记原则,又称强制登记主义,即法律规定从事营业的主体均负有商事登记的强制性义务,未经登记不得营业;未经登记而事实上营业者,以非法营业或无证(照)营业视之,国家和相关主管机关有权予以取缔或勒令停业。

强制登记主义及制度模式中的强制性主要体现在如下几个方面:(1)申报登记义务的强制性。即

* 作者单位:湖南大学法学院。本文为国家社会科学基金项目“我国商事登记制度统一化改革研究”(项目编号:11BFX036)的研究成果。

法律规定从事营业的当事人必须履行法定的申报登记义务,不履行即为违法。(2)登记注册的强制性。在这一制度模式下,商事登记为一项具有强制性的营业监督管理制度,凡欲从事营业者,必先办理登记。从事营业的主体是否登记、是否需要登记、是否申报登记,不取决于当事人的意愿,而是取决于法律的强制性规定,营业当事人没有选择的余地。(3)登记效力的强制性。在这一制度模式下,从事营业者的商事主体资格和营业权利的获得,与完成商事登记构成对应关系,即只有经过正式的商事登记并注册,领取登记机关颁发的营业执照,才可获得国家承认的商事主体资格和合法从事营业的权利,商事登记就成为从事营业者获得商事主体资格和营业权利的的必要条件和法定程序。(4)未经登记处罚的强制性。在这一制度模式下,对未经登记而事实上从事营业者,则以非法营业、无证(照)营业对待,有关主管机关有权予以惩罚,未登记的事实营业当事人应承担的不利法律后果往往是公法上的处罚,而非私法上的损害赔偿。

一般认为,大陆法系多数国家或地区的商事登记属于强制登记主义及制度模式。例如,《法国商法典》在“商事及公司注册登记簿”一节中对“应当进行注册登记的人”作出具体规定;^[1]《德国商法典》规定,凡“经营商事营利事业(即营业)”的商人和在营业中使用的商号,除法律有特别规定以外,均应办理登记,经登记才具法律效力;^[2]《瑞士债法典》第 934 条、第 935 条、第 939 条对应当履行商事登记的义务人有详细的列举;^[3]《意大利民法典》第 2195 条等对应当履行登记义务的企业主之范围作出原则性规定;^[4]《西班牙商法典》第 16 条、第 22 条对须履行登记的独资商人和非独资商人作出具体规定。^[5]又如,受葡萄牙法传统影响的《巴西民法典》第 1150 条也列举了必须进行企业登记的各种情形。^[6]再如,《日本商法典》第 5~22 条、《日本公司法典》第 907~937 条和《日本商业登记法》具体规定了必须登记于商业登记簿的各种主体和情形;^[7]《韩国商法典》对必须进行商事登记的主体和事项也有具体规定。^[8]

2. 任意登记主义及制度模式

任意主义登记原则,又称任意登记主义或自由选择登记主义,是指商事登记并非营业当事人法定的强制性义务,是否申请商事登记由营业当事人自主决定。未经登记,当事人也可营业,甚至可以设立如公司等企业组织从事营业,只是因其没有登记而不能产生登记公示的法律效果而已。但是基于法律的规定,登记与不登记所产生的公信力和对抗第三人的法律效果存在巨大差异。这种立法的目的并非强制营业当事人进行登记,而是引导投资者、经营者、交易者尽可能地选择登记,事实上绝大多

[1] 参见[法]伊夫·居荣:《法国商法》第1卷,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第45~68页;《法国商法典》上册,罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第20~29页。

[2] 参见《德国商法典》,杜景林、卢谔译,法律出版社2010年版,第1~23页;[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第70~78页。

[3] 参见《瑞士债法典》,吴兆祥等译,法律出版社2002年版,第273~274页;《瑞士债务法》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第412~415页。

[4] 参见《意大利民法典(2004年)》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第511~514页。

[5] 参见《西班牙商法典》,潘灯、高远译,中国政法大学出版社2009年版,第7~11页。

[6] 参见《巴西新民法典》,齐云译,徐国栋审校,中国法制出版社2009年版,第171~174页。

[7] 参见刘成杰译注:《日本最新商法典译注》,柳经纬审校,中国政法大学出版社2012年版,第13~73页;《最新日本公司法》,于敏、杨东译,法律出版社2006年版,第480~499页;《日本商业登记法》,庄玉友译,载王保树主编:《商事法论集》2012年第2期,中国社会科学文献出版社2012年版,第161~171页。

[8] 参见《韩国商法》,吴日煥译,中国政法大学出版社1999年版,第1~11页;周玉华主编:《韩国民商事法律汇编》,万金红、郑才荣译,人民法院出版社2008年版,第279~286页;王延川、刘卫锋编译:《最新韩国公司法及施行令》,法律出版社2014年版,第2页、第4~7页、第21页、第24~25页、第40~41页、第155~156页。

数选择或决意营业的主体会自觉地办理商事登记。

相较于强制登记主义,任意登记主义及制度模式中的任意性主要体现在如下几个方面:(1)申报登记义务的任意性。即是否申请并办理登记由当事人自主决定,不登记并不违法。(2)登记注册的任意性。在这一制度模式下,商事登记为国家或登记机关接受营业当事人的委托而设立的服务性营业信息公示制度,营业主体是否登记、是否需要登记、是否申报登记完全取决于当事人的意愿,并不取决于法律的强制性规定。(3)登记效力的任意性。在这一制度模式下,从事营业者的商事主体资格和营业权利的获得,与是否完成商事登记并不构成对应关系,未经登记只是不能产生登记公示的法律效果而已。(4)未经登记后果的任意性。在这一制度模式下,未经登记仍然可以营业;非经登记而营业者,不属非法营业的范畴,更无无证营业、无照营业之说,其仅仅是不能产生登记公示的法律效果,未登记的事实营业当事人所承受的不利法律后果往往是私法上的债务责任。

一般而言,英美法系的多数国家或地区奉行的是任意登记主义。在这些国家或地区,由于没有严格的商事登记概念和独立的商事登记制度,其登记规范一般融合于或附属于有关社团登记、公司登记和其他营业登记之规范。是否申报或进行商事登记完全取决于当事人的需要。以英国、美国为例,其商事主体包括个体经营者、合伙和注册公司,其中只有公司要求注册,对于个体经营者、合伙是否须登记或注册,法律则无明文规定。如果公司设立人选择注册公司,则该公司就是法人或拟制的人,其注册的意义在于对世公示该公司作为法人已被有效确认,进而为其出资成员提供有限责任的法律保护,未注册者不产生此等法律效果。至于个体经营者、合伙,则完全通过判例认定其债务责任,未经注册的个体经营者与合伙均不能产生独立法人的法律效果。^[9]

2006年《英国公司法》并无对设立公司的强制性登记要求,只是针对公司组建的方式(第7条)、备忘录(第8条)、登记文件(第9条)、资本和最初持股声明(第10条)、保证声明(第11条)、被提议高级管理人员声明(第12条)、遵守声明(第13条)等公司申请文件的规范性,提出法律上的参考标准和具体要求。^[10]1996年《美国统一有限责任公司法》仅有第107条对“注册名称”作出规定,而无关于注册的强制性规定,只是非经注册,不能获得“注册名称”的专有权和法律的强制性保护而已;1997年修订的《美国统一合伙法》第105条规定,合伙协议和基于合伙协议的各种声明“可在州务卿办事处进行注册申报”,但是否申报注册,由合伙人自己决定;^[11]2002年《美国标准公司法》第1.20条规定,只有“在州务卿处备案”的文件才适用该法的有关规定;^[12]1992年修订的美国《特拉华州普通公司法》第103条规定,有关公司设立的各种文书可向州务卿提交备案并于备案当日生效,未提交备案申请或未备案者对第三人当然不发生对抗效力。^[13]

可见,在英国与美国等普通法系国家或地区,诸如自然人营业、个人独资企业、合伙企业等不需要经营者、业主、合伙人的强制登记,就连公司的设立也由当事人决定是否申请登记。只是法律明确规定未经登记所进行的任何交易均不发生公司法上的效果,例如,2006年《英国公司法》第51条第1款规定:“在公司未被组建之时,意图为或代表公司签订的合同,除非另有任何相反协议,具有如同与意

[9] 参见[美]斯蒂芬·加奇:《商法》,屈广清、陈小云译,中国政法大学出版社2004年版,第187~205页。

[10] 参见《英国2006年公司法》,葛伟军译,法律出版社2008年版,第5~9页;林少伟:《英国现代公司法》,中国法制出版社2015年版,第84~93页。

[11] 参见虞政平编译:《美国公司法规范精选》,商务印书馆2004年版,第178页、第555~556页。

[12] 参见沈四宝编译:《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年版,第5~8页、第26~27页。

[13] 参见《特拉华州普通公司法》,徐文彬等译,中国法制出版社2010年版,第10~16页。

图为公司或作为其代理人而行事的人签订的合同的效力,并且他据此对合同负个人责任”;^[14]又如,2002年《美国标准公司法》第2.04条规定:“任何声称以公司名义或者代表公司行为的人,如果明知依照本法公司尚未成立,应对该行为所产生的一切债务承担无限连带责任。”^[15]据此,登记和不登记会产生完全不同的民事法律后果,但登记或不登记由营业当事人自己决定和选择,这就是任意登记主义制度模式的核心。

(二)强制主义与任意主义商事登记制度的优劣比较与晚近发展趋势

无论是强制登记主义还是任意登记主义,其登记的强制性对抗效力是基本相同的,不同的只是登记行为的完成对营业当事人先前营业行为效力的评价差异而已。采用强制登记主义的国家或地区对此一般持禁止和否认的态度,而奉行任意登记主义的国家或地区对此持宽容和默许的态度。但是,不管立法持何种立场,营业最终能否完成取决于交易,而交易必定会产生债务。因此,只要对营业的债务规则作出基本、原则、清晰的规定,即可确保交易第三人的利益和市场秩序。就此而言,强制登记主义采用简单、硬性的事前禁止和事后否定规则,后果仅为行政或刑事处罚上的公法责任,其对交易第三人的法律意义不太大,因为对交易第三人而言,所要解决的核心问题是无证(照)经营者如何尽快和足额清偿其债务。因此,强制登记主义即使采取类似取缔、清理、关闭等高压的否定方式,要求营业当事人必须登记,但并未对不登记或非法营业导致的民事债务问题作出有效处理,这反而导致民间机会主义盛行,不经登记而营业的现象屡禁不止。

相反,选择任意登记主义的国家或地区将是否申请商事登记的决定权赋予营业当事人,其立法重点不在于惩罚非法营业、无证(照)营业的当事人,而在于切实保护因未经登记营业受损的交易第三人。即使事实上成立了公司并开展营业,但因没有登记就当然不能产生公司法上的法律后果,由此对实际营业中所产生的债务一律按照无限责任或合伙中的连带赔偿责任规则处理,此时当然对因未经登记营业受损的交易第三人最为有利。法律作如此规定,一方面体现了对民间营业自由的尊重和对投资经营活动的鼓励,因为即使未经登记而营业,只要在实际交易中没有形成债务纠纷,国家就完全没有必要作过多干预;而如果发生了债务纠纷,则因为没有登记,既定的规则和强有力的司法必然会使未登记的事实营业当事人处于十分不利的地位。既然不登记比登记会导致营业当事人更大的债务责任和交易风险,就会产生督促其自觉选择登记的良好法律效果。

强制登记主义与任意登记主义虽然各有优缺点,但任意登记主义的实际效果更好。正因为如此,有些采用强制登记主义的国家或地区在一般性领域引入了任意登记主义的原则或制度,诸如法国、德国、瑞士、西班牙、意大利、巴西、日本、韩国和我国台湾地区等大陆法系国家或地区在总体规定强制性登记的前提下,又豁免了特定对象或行业的商事登记强制义务,实则对任意登记主义的借鉴。而奉行任意登记主义的部分国家或地区,如英国、美国等,在金融等特别重要的领域也参考或借鉴了强制登记主义的某些规则,规定了矿产业、金融业、邮政业、交通业、烟草业、证券业等行业企业的设立人和出资人的强制性登记义务。

由此可见,强制登记主义和任意登记主义并非绝对泾渭分明、不可兼容,而是可以相互借鉴与补充,这对我国的商事登记制度改革无疑是有启发意义的。

(三)我国的商事登记制度改革应在坚持强制登记主义的原则下适度引入任意登记主义

[14] 同前注[10],葛伟军译书,第28页。

[15] 同前注[12],沈四宝编译书,第27页。

我国实行严格的、绝对的强制登记主义。例如,2013年修订的《公司法》第210条规定,未依法登记为公司或分公司,而以公司或分公司的名义从事经营的,“由公司登记机关责令改正或者予以取缔,可以并处十万元以下的罚款”;2006年修订的《合伙企业法》第11条第2款规定:“合伙企业领取营业执照前,合伙人不得以合伙企业名义从事合伙业务”;《个人独资企业法》第13条第2款规定:“在领取个人独资企业营业执照前,投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。”此外,国务院颁布的《企业法人登记管理条例》《公司登记管理条例》《合伙企业登记管理办法》《农民专业合作社登记管理条例》以及国家工商总局颁布的《个人独资企业登记管理办法》《个体工商户登记管理办法》等均规定未经主管机关登记注册,不得从事经营活动。上述一系列规定均是严格强制登记主义及制度的集中体现,非经登记的营业均属非法经营、无证经营、无照经营的范畴,应属主管机关查处与取缔的对象,这已成为我国商事登记立法中的一种习以为常的思维定势。

这一制度规范的形成有其深刻的观念传统、思想基础和客观背景,短时期内予以摈弃而改采任意登记主义并不现实。但是,现行严格强制登记主义及制度模式日益明显的弊端已备受诟病,对其进行适度的调整极为必要。因此,我国的商事登记制度改革应逐步地和有选择性地引入任意登记主义的某些有益做法,即在总体坚持既有的强制登记主义及制度模式的前提下,适度引入任意登记主义的某些合理因素,构建商事登记豁免制度。

二、商事登记豁免的制度逻辑与法理依据

商事登记豁免的制度逻辑与法理依据在于其可厘清强制登记主义的合理边界,回应自然人营业自由权的正当需求,体现开放经济政策的必要态度,以及创新法定商事登记制度的时代内容。

(一)厘清强制登记主义的合理边界

严格的、绝对的和法定的强制登记主义是一种建立在乌托邦式理想主义基础上的制度性安排。

1. 绝对的强制登记主义违反了相对性的客观规律。由于民事行为商事化和营业行为普遍化已成为现代社会的常见现象,这必然导致民事行为与商事行为原有边界的模糊,在此情形下,绝对的强制登记主义之下的营业范围和边界难以确定。而营业与非营业之间的模糊边界和不清晰地带恰恰也是绝对的强制登记主义难以发挥作用之处,由此亟待商事登记豁免制度作出模糊处理。

2. 法定强制登记有时与营业事实不符。一般而言,法定强制登记只适用于规模化、持续化和稳定化的营业,而不具规模、不持续、不稳定的营业因不具有识别性,难以进行法定强制登记。

3. 严格强制登记主义的实际运行效果堪忧。在严格的且极端的强制登记主义之下,其后果要么是明显地抑制营业,要么是导致大量的地下经济,而无论是哪一种后果,均是严格强制登记主义失败的表现。

4. 绝对的强制登记会导致机会主义泛滥。由于绝对的强制登记主义违反了客观经济规律以及本身无法得到不折不扣的实施,必然导致民间机会主义盛行。在绝对的强制登记主义之下,私人资本和民间营业总会通过各种手段绕过严格的登记制度,最终使法律制度的目的落空。

5. 法定强制登记制度只注重营业准入而不重视营业促进。该制度最重要的特点是只注重营业准入,带有明显的抑制性和保守性。有关主管机关将过多的执法资源放在市场准入关口,导致对市场经营和交易活动的监管明显不足,而且只注重对非法营业者、无证(照)经营者进行处罚,忽略了对营业的促进以及民事救济问题。

6. 原采强制登记主义国家或地区的改革启示。从世界经济发展和商事登记制度演变的历史来看,

严格的、绝对的甚至极端的强制登记制度几乎没有成功的先例。其运行结果不是实际上阻碍经济的发展,就是给市场发展带来更大的混乱,第二次世界大战时期的德国、意大利与日本等国家的相关实践已经证明该制度是完全失败的,此后这些国家纷纷摒弃此一绝对化的制度,特别是日本在 2005 年修改公司法后,其强制登记主义倾向明显有所缓和。

(二) 回应自然人营业自由权的正当需求

从营业自由的角度来看,商事登记所反映的是享有营业自由权的个体与掌管商事登记权的国家之间的博弈关系。从自然人角度看,营业乃自然人追求更多财富和更幸福生活的当然权利,此一权利不因政府的干预就先前享有,而机会的平等享有和资格的自由取得又是这一权利最核心和最基础的部分。^[16]就更具体的生活层面而言,自然人的营业自由权还是其求得生存最基本的权利保障,在当前中国的社会场景下,其又集中反映在城管执法人员与众多小商贩之间的各种博弈、管理者与所谓“非法经营者”之间的“追逐与抵抗”等行上。^[17]

当然,占道经营和随意摆摊设点确实给城市管理带来了不利因素,甚至有碍观瞻、市容和他人的正常出行,但从权利的性质与重要性位序来说,自然人自由营业的目的是实现自身的生存和发展,解决的是生存权、发展权问题,这一权利的重要性程度显然更高。因此,从尊重自然人的营业自由权这一基点出发,应充分考虑到小规模且不具持续性、稳定性的自然人营业之特质,特别要考虑到较大规模个体工商户、小微规模个体工商户之禀赋差异和不同境遇,完全豁免小微规模的个体工商户或城市摊贩的商事登记义务。^[18]

(三) 体现开放经济政策的必要态度

国家对小规模商人的态度实际上更能反映其社会经济政策,经济政策愈开放,对民间经济和底层社会的态度就应更宽容。

现阶段我国奉行积极、开放、自由、共享的经济政策,这是总结建国以来近七十年特别是改革开放近四十年经济发展成果所形成的宝贵经验。为深入贯彻这一经济政策,就必须对处于社会底层的小规模经营者持更加宽容的态度。从社会分层角度观察,城市摊贩、农村自由经营者和其他临时经营者均为处于我国社会最底层甚至是尚处于温饱边缘的群体,营业本是其求得自身生存和发展的一种重要手段,不仅可以解决自己的生活困难和满足家庭需要,也可满足社会需求和减轻国家与社会的负担。如果仅仅因为其占道经营和随意摆摊设点影响了市容和他人的出行,主管部门即以无照经营为由予以取缔,其正当性和妥适性确实值得质疑。因此,为保障小规模经营者这一特殊群体的生存权,以满足其最起码的生活发展需要,就应当完全赋予自然人经营者、小商人、流动摊贩以商事登记豁免权。^[19]

(四) 创新法定商事登记制度的时代内容

任何制度的设定首先都必须考虑其可执行性和可操作性。将一切营业主体、营业行为和营业事项全部纳入商事登记范围虽然似乎体现了政府的尽职精神,但实际上是一项根本无法完成的任务。在我国农村人口以及与农村人口有关联的人口近 9 亿、长期施行农业经济生产和生活方式自由散漫、城市化发展还不到 20 年的历史大背景下,城市户口和住房尚不能完全容纳流动人口和流动摊贩,工

[16] 参见肖海军:《营业权论》,法律出版社 2007 年版,第 43~44 页。

[17] 参见王妍:《小商人豁免登记及其法理基础——为小商人无照经营提供的辩护》,《学习与探索》2010 年第 5 期。

[18] 参见石少侠、李镇:《论个体工商户商事登记义务之豁免》,《经济纵横》2012 年第 1 期。

[19] 参见陶澹澹:《流动摊贩与商事登记豁免权》,《国际商报》2006 年 7 月 24 日第 4 版。

工商行政管理部门欲将这一海量且不稳定的营业主体纳入其登记范围是一项不可能完成的任务。既然绝对的强制登记制度对此既管不了也管不好,还不如对这些难以管理到位的部分放开管理,任由营业当事人自由选择,从而可以将管理精力放在诸如企业登记、非营利组织营业登记、新型专业职业营业登记等问题的解决上。

三、商事登记豁免制度之考察

商事登记豁免制度是强制登记主义及制度模式的副产品,这是因为在任意登记主义及制度模式下,商事登记与否完全由营业当事人自己决定,也就不存在豁免问题。由于采用强制登记主义及制度模式的大多为大陆法系国家或地区,因此,对商事登记豁免制度的考察对象也就集中为部分大陆法系国家或地区。经初步统计后发现,绝大多数大陆法系国家或地区在采用强制登记主义及制度模式的同时,均规定了一定范围的登记豁免制度。

在欧陆,例如法国,诸如手工业者、农业经营者、自由职业者等传统产业经营者是否登记可由其自主决定,实际上为强制登记的例外豁免。^[20]又如《德国商法典》虽然经1998年改革废除了关于小商人概念和制度的第4条,^[21]但依然保留了关于当然商人(第1条,可免于登记的商人)、任意商人(第2~3条,即自由登记商人,包括小营业的任意商人和农林业任意商人)的概念,而任意商人是否登记则取决于当事人的决定。^[22]再如《西班牙商法典》第19条第1款规定“不得强制独资商人在商业登记中心登记,但海事公司除外”,而且只是规定“未在商业登记中心登记的独资商人无权要求商业登记中心将其记入任何文书,亦无权通过商业登记中心获取相关法律文件”,^[23]显然,独资商人属于强制登记的豁免对象。此外,《意大利民法典》第2202条也规定:“小企业主不必在企业登记簿登记。”^[24]

在亚洲,例如《日本商法典》第7条规定,有关商事登记的规定不适用于小商人;^[25]关于小规模商人营业额的金额标准,在1938年日本商法修改时确定为500日元,但随着日元的贬值,2005年日本《商法施行规则》所规定的限值为50万日元;营业财产在50万日元以上者为完全商人,在50万日元以下者则为小商人。^[26]又如《韩国商法典》第9条规定:“本法中有关经理、商号、商业账簿及商业登记的规定,不适用于小商人。”^[27]再如我国台湾地区“商业登记法”(2016年修订)第5条和“商业登记法施行细则”(2016年修订)第2条规定,下列经营者可豁免强制性申请登记义务:(1)摊贩;(2)家庭农、林、渔、牧业者(以自任操作或虽雇用员工但仍以自己操作为主者为限);(3)家庭手工业者(以自任操作或虽雇用员工但仍以自己操作为主者为限);(4)民宿经营者;(5)每月销售额未达营业税起征点者。上述5类小规模商人以自任操作或虽雇用员工但仍以自己操作为主者为限。

通过以上考察可以发现,采用强制登记主义及制度模式的国家或地区为缓和法定强制登记与自然人、小规模商人营业自由之间的矛盾,一般均会选择适度引入一定范围的任意登记主义,规定对特定对象适用登记豁免制度。

[20] 同前注[1],伊夫·居荣书,第52~59页。

[21] 同前注[2],C.W.卡纳里斯书,第46~58页。

[22] 同前注[2],杜景林、卢湛译书,第1~4页。

[23] 同前注[5],潘灯、高远译书,第8页。

[24] 同前注[4],费安玲等译书,第514页。

[25] 同前注[7],刘成杰译注书,第17~19页。

[26] 参见[日]近藤光男:《日本商法总则·商行为法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第17页。

[27] 同前注[8],吴日煥译书,第4页;同前注[8],周玉华主编书,第280页。

四、我国商事登记豁免制度的历史沿革

1950年政务院颁发《私营企业暂行条例》，工商业登记对象仅有企业类经营主体，并未将流动商人（行商）、摊贩纳入工商业登记的范围。在1951年11月14日中央贸易部制定《行商管理暂行通则》后，“凡在当地有正式户籍而无固定营业地址，经常从事城乡埠际间流动性的商品贩运者”即“行商”就被严令纳入工商业登记的范围；但是“农民、渔民、猎夫、牧民及家庭副业生产者，出售其自产品或城市住户以非营利为目的而出售其自身使用或旧有物品者，不以行商论”，^[28]即“农民、渔民、猎夫、牧民及家庭副业生产者”仍被列入豁免登记的范围。但自1956年4月9日商业部下发《关于城市私营商业社会主义改造的意见》以后，城市摊贩作为社会主义改造的内容也被正式列入登记管理的对象，商事登记豁免从此中断，不复存在。此后的20世纪六七十年代，个体营业和民间经营作为“资本主义尾巴”处于政策不允许和法律禁止之列，就更谈不上登记或登记豁免的问题了。

1981年7月7日国务院发布的《关于城镇非农业个体经济若干政策性规定》在部分允许城镇非农业个体经营的同时，却规定“个体经营”应由本人申请、街道居民委员会签署同意，经当地工商行政管理部门批准，发给营业执照；未经批准，一律不得营业。^[29]1981年6月22日国家工商行政管理局、商业部、粮食部、全国供销合作总社、国家物资总局、国家劳动总局联合下发的《关于对城镇个体工商户货源供应等问题的通知》（〔81〕工商总字第86号）明确规定，货源供应的对象只能是“有城镇正式户口”且“领有《营业执照》”的城镇个体工商户。^[30]1983年4月13日国务院发布的《关于城镇劳动者合作经营的若干规定》（国发〔1983〕64号）规定，“城镇个体工商户或待业青年、社会闲散人员”可以个体经营，也可申请合作经营，但申请开业须向当地工商行政管理机关申请登记，经批准发给营业执照后方可营业。^[31]同日国务院发布的《关于城镇非农业个体经济若干政策性规定的补充规定》（国发〔1983〕64号）只规定工商行政管理机关在核定个体工商户的经营范围时可予适当放宽，但并无可免于工商登记的规定。^[32]1984年2月27日国务院发布了《关于农村个体工商业的若干规定》，对“农村居民经营个体工商业”仍然坚持须经“工商行政管理机关审查核准，发给营业执照后，方可营业”的规定，且规定“常年经营的，发给营业执照；临时或季节性经营的，发给临时营业执照”，并无登记豁免的任何空间。^[33]

1987年8月5日国务院发布的《城乡个体工商户管理暂行条例》第2条规定，有经营能力的城镇待业人员、农村村民以及国家政策允许的其他人员，可以申请从事个体工商业经营，依法经核准登记后为个体工商户。^[34]仅从此一立法条文来看，该条例对城乡个体工商户的工商登记奉行的应是任意登记主义，城乡个体工商户可被视为强制登记主义之外的豁免登记对象。但是实际情况并非如此，因为该条例第26条又规定，自然人个人或家庭经营营利性的文化教育、体育娱乐、信息传播、科技交流、咨询服务、各种技术培训等专业职业类业务，也要参照该条例进行登记注册。而在该条例的执行过程中，城乡个体工商户往往被要求必须登记，未经登记而营业的一律以非法营业、无照经营对待，这

〔28〕 参见中央贸易部《行商管理暂行通则》（1951年）第2条、第3条。

〔29〕 参见国务院《关于城镇非农业个体经济若干政策性规定》（1981年）第（一）条至第（四）条。

〔30〕 参见国家工商行政管理局等发布的《关于对城镇个体工商户货源供应等问题的通知》（1981年）第2条。

〔31〕 参见国务院《关于城镇劳动者合作经营的若干规定》（1983年）第1条、第9条。

〔32〕 参见国务院《关于城镇非农业个体经济若干政策性规定的补充规定》（1983年）第（二）条。

〔33〕 参见国务院《关于农村个体工商业的若干规定》（1984年）第2条。

〔34〕 参见国务院《城乡个体工商户管理暂行条例》（1987年）第2条。

集中体现在2003年1月6日国务院发布的《无照经营查处取缔办法》(国务院令第370号,2011年修订)等相关规定中。但是,恰恰是2003年《无照经营查处取缔办法》首次规定了类似商事登记豁免条款的内容。如该办法规定“农民在集贸市场或者地方人民政府指定区域内销售自产的农副产品”不属于无照经营行为,不应列入对无照经营的查处、取缔范围;^[35]但此仅属不列入查处和取缔的范围,与严格意义上的商事登记豁免制度不可等同。根据2017年8月6日国务院发布的《无证无照经营查处办法》(国务院令第684号),属于“在县级以上地方人民政府指定的场所和时间,销售农副产品、日常生活用品”,或者“个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动”,以及“依照法律、行政法规、国务院决定的规定,从事无须取得许可或者办理注册登记的经营活动”等情形,没有办理工商登记从事经营的,不属于无证无照经营。^[36]这可理解为较为明确的登记豁免规定,但其豁免对象和范围仍具有模糊性。

2011年4月16日国务院发布的《个体工商户条例》(国务院令第596号)后经2014年、2016年两次小幅度的修改施行至今,它的制定和施行在我国营业准入领域和商事登记制度史上具有划时代的价值与意义。

1. 与此前所有此类规范性文件的制定不同的是,在该条例起草、制定、修改和通过的过程中最大程度地倾听了各方特别是来自一线个体工商户的意见。早在2009年7月21日,国务院法制办公室就将《个体工商户条例(征求意见稿)》全文公布在其官网上,向社会各界征求意见,嗣后一共收到全国各方面的反馈意见近一千条,条例最终采纳了一些有益的建议。

2. 该条例基本放松了对个体工商户的准入限制。如该条例第2条规定,凡有经营能力的公民,只要愿意均可依照规定向工商行政管理部门申请登记,以个体工商户的名义从事工商业经营;个体工商户既可以个人名义经营,也可以家庭名义经营。

3. 该条例全面放宽了对个体工商户经营范围的限制。如该条例第4条本着“市场平等准入、公平待遇”的原则,规定凡“不属于法律、行政法规禁止进入的行业”,对个体工商户的登记申请,登记机关应当依法予以登记。

4. 该条例为“无固定经营场所摊贩”的豁免登记预留了法律空间。该条例最大的亮点之一是回应了学界、业界呼吁已久的“无固定经营场所摊贩”“小规模商人”的豁免登记问题。各派对此的意见大相径庭,分歧极大,如主张适用豁免登记者即质疑“流动摊贩”本身是否需要通过商事登记才合法,从而提出应给予“流动摊贩”豁免登记的自由;^[37]或者认为法律应对底层社会群体维持基本生活所需的生存权予以特别保护,认为“流动摊贩”应当享有商事登记豁免权。^[38]而主张必须进行登记的建言者却认为商事登记制度是现代商业社会高度发展的必然结果,也是一项国家公共权力干预私法领域活动、带有公法性质的法律制度,既可维护商事主体与社会公众的利益,也可有效提高国家的行政管理水平,因此对“流动摊贩”应予登记、注册和监管;^[39]当然也有主张认为,“流动摊贩”无疑应当登记,但应简化其登记程序,即只需在辖区内进行简易登记即可,并可免除其账簿设置义务,强化有关

[35] 参见国务院《无照经营查处取缔办法》(2003年发布、2011年修订)第21条。

[36] 参见国务院《无证无照经营查处办法》(2017年)第3条。

[37] 参见吕来明:《流动摊贩的法律地位及其商事登记考量分析》,《商业时代》2010年第20期。

[38] 同前注[19],陶滢滢文。

[39] 参见陈艳:《对流动摊贩今后可登记为个体工商户的几点思考》,《中国工商报》2009年9月2日第3版。

销售凭证的发放责任。^[40]该条例最终虽然没有将豁免登记制度载入具体的法条,但第29条中“无固定经营场所摊贩的管理办法,由省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况规定”的模糊处理实际上回避了争议,而由各地根据实际情况决定是否将其纳入登记或将其纳入登记是否可行。该条例颁布后,截至2017年6月,全国共有15个省、市、区制定了关于“无固定经营场所摊贩”的管理办法,但均集中于“食品生产加工小作坊和食品摊贩”的管理,且只涉及食品卫生的管理,而未涉及其工商登记问题。这无疑为今后的立法修改和构建以“无固定经营场所摊贩”“小规模商人”为主要对象的商事登记豁免制度预留了足够的法律空间。

五、我国商事登记豁免制度的构建路径

(一)我国商事登记豁免制度的框架设计

我国未来统一商事登记制度的构建应在总体延续并坚持强制登记主义及制度的同时,适度引入任意登记主义及制度,创设商事登记豁免制度。目前尚未建立全国统一的商事登记制度,部分地区已在先行先试,其中以《深圳经济特区商事登记若干规定》(2012年)、《珠海经济特区商事登记条例》(2012年)、《厦门经济特区商事登记条例》(2014年)、《广东省商事登记条例》(2015年)等四个地方性规范文件最具有代表性,其共同点就是通过探索初步建立起统一商事登记的基本制度框架。但在这些地方性规范文件中,真正建立商事登记豁免制度的只有2015年通过的《广东省商事登记条例》。该条例第65条第1款规定:“法律、法规规定食品摊贩经营、农民销售自产或者未经加工的农副产品等无需办理商事登记的,从其规定。”这是我国自1949年以来,除1951年中央贸易部《行商管理暂行通则》之外,另一部就适用豁免登记作出明确规定的法律文件,具有一定的标志性意义。笔者认为,商事登记豁免制度的构建应从以下几个方面入手。

首先,应适度引入任意登记主义,豁免特定范围或类型的经营者之强制登记义务,而非绝对的不登记或拒绝登记。也就是说,商事登记豁免制度实质上是一种对强制登记主义必要的、有限的补充或缓和,其将是否登记的决定权与选择权交由特定范围和类型的营业当事人自己决定,而非由法律强制规定其必须进行登记。若营业当事人选择登记,法律应予鼓励与切实保护。

其次,应确定合理的豁免登记范围。根据域外一些国家或地区的相关经验和做法,商事登记豁免的范围不可太宽,否则即变为英美法系国家或地区所奉行的任意登记主义,这与我国相关法制传统、制度惯性和民众观念尚不相符。同时,登记豁免范围也不能太窄,否则即无实质意义。通常而言,商事登记豁免的对象主要包括自然人商人、小规模商人、家庭经营者、传统手工业经营者与无固定场所经营者等类别,未来我国的商事登记豁免范围也可从此惯例。

再次,还应对没有履行登记之事实经营者的债务处理原则作出明确规定。豁免登记的对象通常属于经营规模不大、交易效益与营业收入不是很高的特殊商人群体,其风险承受能力和履约能力一般较弱,因此,在其经营过程中必须强化对交易相对人和债权人的保护,如此才能在鼓励营业、促进生产和保障底层群体生存权与发展权的同时,有效维护市场秩序、交易安全和相对人的利益。基于此,在构建商事登记豁免制度的同时须明文规定,未经商事登记不产生登记公示的所有法律效果,投资者、经营者或交易者对其在营业中所生债务应承担无限连带责任;如以家庭经营的,应以家庭全部财产及家庭成员的个人财产清偿。如此规定才可以任意登记、豁免登记收强制登记之效,进而发挥督促事实

[40] 参见陈琳玲:《论流动摊贩的登记制度》,《东方企业文化》2012年第7期。

经营者积极申请登记的良好制度效应。

最后,必须在法律上切实地、有效地保护没有登记的投资者、经营者或交易者的经营财产和营业收益。不能一面在立法上豁免其强制登记义务,一面在行政执法或诉讼中否认甚至剥夺其经营财产和营业收益。若是如此,商事登记豁免制度即无存在的实际意义。

在构建商事登记豁免制度时对以上四个方面的内容必须全面把握,缺少或遗漏其中任何一个方面,这一制度就无法达到预期的目的。

(二)我国商事登记除外规定的内容

关于商事登记豁免的具体对象和范围,国内众说纷纭。有学者认为固定地和连续地从事经营活动的企业和个人可适用强制登记,但主要为满足自己基本生活需要的家庭农、林、牧业经营者,商场外临时性设摊经营者,沿街叫卖者,农村承包经营户等小规模经营者则不必纳入强制登记的范围;^[41]有学者认为其应包括农村承包经营户和小商人;^[42]有学者认为其应包括商摊商贩、个体工商户与农村承包经营户等;^[43]有学者认为其应包括个体工商户、流动摊贩类小商人等。^[44]还有学者参考国际上的相关通行做法,将商事登记豁免的对象列举如下:(1)在集贸市场或者地方人民政府指定区域内销售自产农副产品的农民;(2)合法经营的无固定经营场所的摊贩;(3)直接以个人名义经营的农、林、渔、牧业者和家庭手工业者;(4)经营规模小、以个人名义经营的与居民生活息息相关的小餐饮、缝纫、修理等服务性行业的谋生型个体工商户等。^[45]另有学者则将商事登记豁免的对象列举如下:(1)无固定经营场所的摊贩;(2)家庭农、林、渔、牧业者;(3)家庭手工业者;(4)月销售额未达营业税起征点者。^[46]

根据以上分析,基于国务院2017年发布的《无证无照经营查处办法》第3条的规定,参考不同国家或地区的相关规定和做法,而且从商事登记豁免制度作为对强制登记主义的补充和鼓励营业的特殊功能分析角度考察,未来我国商事登记豁免的对象应包括以下八类:(1)无固定经营场所的摊贩经营者;(2)家庭农、林、渔、牧业经营者;(3)家庭手工业经营者;(4)利用自有房屋的小规模民宿或餐饮经营者;(5)个体投资者;(6)临时性贩卖者或经营者;(7)小规模网商;(8)月销售额未达营业税起征点者。我国未来统一的《商事登记法》应对此作出明确规定。

(责任编辑:洪玉)

[41] 参见冯果、柴瑞娟:《我国商事登记制度的反思与重构——兼论我国的商事登记统一立法》,《甘肃社会科学》2005年第4期;施天涛:《商法学》,法律出版社2006年版,第73页;邹海林、张辉:《商法基础理论研究的新发展》,中国社会科学出版社2013年版,第122~123页。

[42] 参见任尔昕、石旭雯:《商法理论探索与制度创新》,法律出版社2005年版,第162页;苗延波:《商法通则立法研究》,知识产权出版社2008年版,第176页。

[43] 参见王妍:《商事登记中公权定位与私权保护问题研究》,法律出版社2011年版,第253~255页。

[44] 参见赵万一主编:《商事登记法律问题研究》,法律出版社2013年版,第296页。

[45] 参见冯炬文:《个体工商户豁免登记问题的思考》,《珠海特区报》2013年12月9日第6版。

[46] 参见刘训智:《商事登记统一立法研究》,中国政法大学出版社2015年版,第303~304页。