



上海政法学院学报(法治论丛)

Journal of Shanghai University of Political Science and Law(The Rule of Law Forum)

ISSN 1674-9502,CN 31-2011/D

《上海政法学院学报(法治论丛)》网络首发论文

题目：我国商事登记统一立法面临的困境与改革路径研究
作者：范健
DOI：10.19916/j.cnki.cn31-2011/d.20250227.001
网络首发日期：2025-02-28
引用格式：范健. 我国商事登记统一立法面临的困境与改革路径研究[J/OL]. 上海政法学院学报(法治论丛). <https://doi.org/10.19916/j.cnki.cn31-2011/d.20250227.001>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

我国商事登记统一立法面临的困境与改革路径研究

范 健

摘 要：长期以来，我国商事登记制度的构建重管理功能，轻信用昭示功能；重行政监管，轻商人自律。由于缺失商事基本法，缺乏商法基本理念、原则与概念的指引，理论上关于商事登记行为的性质争论不休，实践中登记制度体系混乱、规范失衡。在与登记相关的法律法规层面存在以下问题：公法色彩浓厚、共性规则缺失、规范用语和概念不统一、类型设置不健全、制度缺乏体系性、调整对象模糊、过程监管不足，以及公示衔接规则落空、无法应对数字经济时代带来的新挑战等。商事登记立法所出现的问题严重影响了我国市场经济体制的健全和健康发展。要想解决这些问题，走出商事登记制度面临的困境，笔者认为，最低限度的举措是在民商区分、营利与非营利区分的理念指导下对《市场主体登记管理条例》进行修订。不过，由于该条例的位阶较低，难以完成统筹，又由于商事基本法的缺失使得一些重大理念和概念问题难以从根本上得到解决。因此，进一步的举措是在商事理念指导下制定《商事登记法》，以此作为过渡选择。但是，不管如何选择，中国商事登记统一立法的最终目标都应该是制定《商法通则》，并在此基础上制定《商法典》。

关键词：商事登记；商事基本法；商法理念；信息公示

中图分类号：DF59

文献标识码：A

文章编号：1674-9502 (2025) 02-0000-00

作 者：范健，南京大学法学院教授，澳门科技大学法学院特聘教授、博士生导师。

商事登记统一立法是完善市场经济法制体系的基础工程，是建立商事信用体系的核心内容，也是优化营商环境的关键举措。多年来，伴随经济体制改革，我国在工商经营行政管理领域全力推动登记制度的改革与转型，已经制定了多部法律法规。尤其针对原有碎片化的登记管理体系，2021 年国务院颁布了《市场主体登记管理条例》，一定程度上解决了不同市场主体登记规则、标准和程序不统一、效力不明确等问题。然而，这一立法仅仅是商事主体登记统一立法的尝试。由于商事基本法缺失，在缺乏商事基本理念和原则指引的背景下，这一立法本身暴露出许多问题。同时，面对经济形态从制造业向贸易、从贸易向金融、从金融向数字信息的不断转型，以及从商品经济向市场经济的经济体制转型，我国商事登记统一立法从观念到制度仍然存在很多根本性问题有待进一步研究和讨论。过往对商事登记立法的研究多以微观问题发现和规则构建为着眼点，仅针对商事登记的功能、属性、效力、审查标准等问题展开讨论，未能基于统一立法的目标从整个商法体系构建的宏观视野，

本文系 2018 年国家社科基金重大研究专项项目“把社会主义核心价值观融入法治建设研究”的阶段性研究成果，项目编号：18VHJ0022。南京大学法学院博士研究生杨金铭协助收集整理了本文主要资料，博士研究生陈凤鸣、徐恭平收集整理了部分资料。

结合产业、贸易、金融及数字时代的背景和具体制度的缺陷来探讨商事制度构建中的“实质”问题,尤其对商事登记统一立法下的登记制度本质属性、价值功能、依赖的基础概念和制度环境与制度配套,如商事的范围、登记的对象,即登记主体和登记行为的范畴、登记行为的本质属性、登记规范的功能与属性、登记的制度需求、制度体系划分、上位法依据、配套法协调等基础性问题关注阙如。由此,在新的时代背景下,在营利与非营利区分的视野下,如何从根本上解决如今商事登记制度统一立法面临的困境并寻求解决路径,是本文要研究的核心问题。

一、商事登记统一立法面临的理论困境

“商事”一词是现代商法理论、商法制度下的一个专门术语,是《商法典》中的一个法定概念。它与宗教和世俗社会以及传统文化中普遍和习惯使用的“商”字并不等同。商事的本质是“以营利为目的经营事业”,特征是交易活动。传统文化中的“商”,无论东方和西方,都仅特指交易活动,局限于互通有无。“营利”自始被视为由贪婪本性所外溢的不道德的行为,与恶习同类,极难被社会肯定、保障,甚至容忍。商人更多与奸商、唯利是图的小人同名。传统社会崇尚权力对财富的绝对分配权,崇尚身份等级和权力在财富获取上的天然性、正当性和公正性,完全否定财富交易增值的可能性和通过交易促进财富增长行为的伦理性和正当性。认为商人通过交易行为获得财富增长会导致全社会唯利是图,造成社会伦理的堕落。所以在东西方的传统文化中,“商”一词不具有“营利”的含义,不具有营利事业的本意。“商事”则是现代社会的一种职业分工,是工业社会以来创造财富的群体的一种职业状态,是获得法律保障、值得社会崇尚的一项事业。如果说,1664年托马斯·孟《英国得自对外贸易的财富》一书在观念、理论和思想体系上首次系统地为商业的价值、功能和对社会的积极作用正名,那么,18世纪末叶和19世纪60年代法国和德国先后制定的《商法典》则开启了近代社会对商事的制度认同,也开启了传统社会的“商”向现代社会“商事”概念的根本转型。

“商事”已经成为一种社会生产和生存方式,成为职业分工的一种形态。近代欧洲大陆法国家《商法典》颁布之后,“商事”的概念引入中国时在语词上是难以找到一个相同的汉语词汇与其对应的,人们简单地用汉语中的“商”指代现代西方商法上的“商事”。这种语言学上的误导影响了一百多年来中国社会有效借鉴和移植近现代西方商法制度的进程,妨碍了中国商事法律与国际商事法律融合的进程,更在一定程度上影响了包括商事登记在内的中国商事法律制度的健全和完善,使商事登记制度的构建陷入理念困境。这也许是100多年来中国社会对商事登记的认知局限于监管功能而难以突破和改变的历史原因。

二、商事登记统一立法面临的制度借鉴困境

如前文所述,对“商”概念的误读引发了中国商法制度的借鉴困境。具体到商事登记领域,对

其制度目的与功能认知的差异,集中反映了中西方不同时期对“商”以及“商事登记”的理解,直接造成了多年来我国商事登记制度借鉴和移植的困境。在此方面,体系的不完善、理念的错位、概念的缺失等都不同程度地阻碍了我国商事登记制度的发展进程。

(一) 从我国商事登记的历史演变看商事登记的目的与功能

由于传统社会的“商”和现代社会的“商事”在概念上存在本质差异,商事登记从传统到现代同样存在着本质的转变。传统商事登记是交易登记,主要是交易的公示和许可。现代商事登记不仅仅是交易的公示和许可,更是对营利的容忍和保障,是对营利事业的法律认同。

1. 传统中国社会商业登记创制的目的与功能在于管制

现有史料考证,早在商朝时期,“商”作为一种交换形式已经普及,“商人”作为一种独立的职业已经形成,经商活动的登记作为一种社会管理措施也已经出现。当时奉行“工商食官”制度,商业由官府掌控,官府则役使商业奴隶进行贩卖、运输活动,并将其按照人户编制起来,这其实也在某种程度上昭示了商事经营者的身份,并可将其作为最初商业登记制度的起源。^①由此解读,当时的商人实为一种在官府安排下以买卖货物为业的奴隶群体。商事登记实为对商业奴隶的管制措施。春秋战国之后,虽然奴隶制解体,但是官府控制工商业的传统对后世经济社会的运转产生了深远的影响。在“农本商末”“重农抑商”思想的指导下,封建王朝对商业所采取的态度分为两类:在民间,整体上以禁商、抑商为核心,防范和禁止普通百姓经商获利;在官府,将其归类为王权治理的一部分,“主张以社会经济服从于中央皇权,主张一切社会财富必须首先满足国家财政的需要”^②。此时的“商”主要是“官商”,“官商”成为整个封建社会商业的本质特征,“商”与其说是商人的交易活动,不如说是王权或皇权对财富的流通与分配的管理。民间商人地位低下,经营范围也非常有限,确切的指代用语是小商小贩。在高度集权的经济体制之下,政府实行登记的目的在于征收赋税,同时防范民间商业的扩张,巩固官方商业的统治地位,登记的主要功能则是加强政府对于工商业的管理和控制。

在漫长的中国传统社会中,登记主要是作为统治者管控商业活动、维护封建皇权统治的手段之一而存在的,具体包括以下几种制度:其一,“市籍”制度。先秦至明朝,一直沿用“市籍”制度对商人进行管理。“市籍”制度是指商人若要从事经营活动,需到官府进行登记,取得经济户口和经营资格,有籍经营为合法,反之为非法。^③借由市籍制度,官府能够掌握经商者的家庭信息和财产信息,便于赋税的征收,也有利于维护社会的稳定。其二,“领贴给照”制度。该制度最早见于唐朝,唐代时就有商人经商须于八月十五到京都领贴的规定。^④明清时期沿用并发展了这一制度,即商人从事经营需要缴纳一定的银两,领取贴照,方能经营。^⑤其三,“编审铺户”制度。明清时期,官府进一步加强了对商业的管控,在“市籍”制度的基础上发展出“编审铺户”制度,相较于前者,其提

① 参见韦浩:《民国时期商事登记法律制度研究》,中国工商出版社2006年版,绪论第5-9页。

② 张海英:《中国古代商业思想与政策简析》,《人民论坛》2019年第24期,第255页。

③ 参见赵万一:《商事登记制度法律问题研究》,法律出版社2013年版,第15-16页。

④ 参见周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第237页。

⑤ 参见韦浩:《民国时期商事登记法律制度研究》,中国工商出版社2006年版,绪论第13-14页。

出了更为严格的登记要求。要求铺行的开业、歇业都需经官府核准,其资产、营利所得都需在官府分册进行记载。^①其四,行会制度。除了官府所创登记制度之外,商人之间还有行会。建立伊始,其属于商人之间为限制竞争、保护有限市场、相互协调、共同维护自身利益的民间组织,最早见于隋唐。^②但是封建时期,行会无法避免受到官府的干预和管控,宋代行会的设立须由官府批准。从事工商经营者要想加入行会也需要官府的批准,通常,官府对入行采取较为宽松的政策,入行本质上意味着其经营资格、经营权的取得。^③整体上来看,中国传统社会的商业登记制度带有极其浓厚的政府管控色彩,登记是作为政府控商、抑商的手段之一而存在,登记机关多为行政机关,或者受行政机关管控的组织机构,核心目的不仅仅是方便税收,更在于监控民间商业的规模,防范其资产和经营能力的扩大。一旦认定其影响到朝廷的根基或侵害了皇室的利益,便以各种名义没收或转为国有,以维护统治。

2. 商品经济萌芽时期商事登记的目的与功能演变

1842年鸦片战争战败,固步自封、麻木自大的清王朝如梦初醒,以救亡图存为目标向西方学习开始成为一种时尚思潮,不过随后几十年的洋务运动,主要以强军为主导,无论是创办军事工业还是民用工业,目标都在于实现强军。尽管这一时期中国民族资本主义开始发展,商品经济初露萌芽,清政府在被迫开放中探索经济结构、思想、社会体制等多方面的转型,但是中国社会商业和经济结构的根基并没有发生动摇,“官商”垄断仍然是社会经济的主导。1894年甲午海战的战败,标志着军事强国理念下的洋务运动的彻底失败,由此导致了中国经济和社会结构发生了深刻的变化。伴随着民族资本主义兴起、外国资本入侵、通商口岸经济的繁荣,尤其伴随着清王朝对西方法律和制度借鉴的被动接受,经济救国、商业救国成为一种新思想新观念。国家治理的商业政策从“禁商”“抑商”逐渐转为“利商”“重商”,国家治理商业的方法从权力主导转为法律主导。这一社会治理观念和制度的转型,推动了近代意义上的商事登记制度的产生。

1903年清政府设立商部,派载振、伍廷芳等人起草商法,于1904年公布了《商人通律》《公司律》,与此同时还起草了《公司注册试办章程》《商标注册暂行办法》等,随后又聘请了日本法学博士志田钾太郎起草了《大清商律草案》。^④其中,《商人通律》带有商法总则的性质,但内容较少,规范也较为笼统。《公司律》中就公司设立登记、变更登记以及违反登记规定承担的法律后果进行了一般性规定,具体的公司登记制度则见于《公司注册试办章程》。上述几部法律规范共同构成了中国历史上最早的关于商事登记的专门法律文件。其中,《公司注册试办章程》第1条明确规定:“钦定颁行在案凡商人经营贸易均可照律载合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司此四项中认明何项在本部呈报注册。无论现已设立与嗣后设立之公司、局、厂、行、号、铺、店一经注册

① 参见赵万一:《商事登记制度法律问题研究》,法律出版社2013年版,第16-17页;韦浩:《民国时期商事登记法律制度研究》,中国工商出版社2006年版,绪论第12-13页。

② 参见高其才:《论中国行会习惯法的产生、发展及特点》,《法律科学(西北政法学院学报)》1993年第6期。

③ 参见魏天安:《宋代行会的特点论析》,《中国经济史研究》1993年第1期,第146-148页。

④ 参见范健、王建文:《商法学》,法律出版社2015年版,第20-22页。

即可享一体保护之利益。”^①此外,《公司注册试办章程》还明确设立注册局,专司公司注册事业,对登记事项、登记费用都予以较为详细的规定。后制定的《大清商律草案》与《改订大清商律草案》均在第一编总则编设单独章节规定了商业登记(注册)与商号。^②整体上来看,这一时期的登记制度完全接纳了当时流行的大陆法系商法的原则,采任意登记主义,是否登记听任当事者意愿。^③此时,登记注册制度设立的功能主要在于通过将注册信息向公众公示,昭示商人身份,取得商事信用,保护其经商的权利,就其目的而言,更多的是为了促进商业发展,实现实业救国。这些法律法规的颁布与当时亟需发展商业拯救国家于危急存亡的时代背景息息相关,更与西方商法理念在中国的传播密不可分。这一时期的商事登记立法,彻底改变了中国传统社会商业治理的模式,开启了中国人传统商业理念的划时代变革,促进了民族资本主义工商业的蓬勃兴起,掀起了一阵实业救国的风潮,但囿于半殖民地半封建的社会背景,最终并未能真正发挥其社会功能。^④

北洋政府时期,伴随着民族工商业的空前发展,北洋政府先后颁布了《公司条例》《商人通例》《公司注册规定》《商业注册规则》等商事法律,并为上述法律文件的实施,对应颁布了施行细则,并且在施行的过程中对上述法律文件不断进行修正完善。^⑤不同于清政府的任意登记主义,为了加强对商业的管理,《商人通例》采对抗主义,其在第11条规定:“凡应注册之事项非经注册及公告后不得对抗第三者,即已经注册及公告后仍不得对抗因正当理由而实不知情之第三者。”^⑥根据《商人通例施行细则》第4条的规定可知,当时北洋政府欲确立法院作为登记主管机关,在法院成立之前由县知事属暂时作为登记机关。^⑦除此之外,关于登记事项、登记对象、登记程序、商号登记、登记费用等规定都更为翔实,还设立了小商人豁免登记制度。

南京国民政府时期,不同于清末和北洋政府时期采用分散的登记立法体例,其在1927年11月颁布《全国注册局注册条例》,其中第1条明确规定:“凡在国民政府统治之下经营商业者均应依法呈请注册。”^⑧此外,该条例第3条还明确对包括公司、商号、商标、矿业注册在内的全国商事登记注册种类实行统一管理。1937年,南京国民政府又制定了专门的《商业登记法》,并辅之以《商业登记法实施细则》。相较于北洋政府时期,其在公司设立登记上采用更为严格的设立要件主义,即非经登记,公司不得成立。^⑨此时,商事登记的主要功能在于维护交易安全,登记的主要目的在于通过登记公告提高商人信誉,维护商事交易秩序。但是受限于当时的时代背景,商事登记制度并没有取得理想的实施效果,在此后持续的战乱动荡时期,其能发挥的作用也非常有限。

从清末到民国这段时期商事登记制度的变迁表明,自清末引入西方商法理念和商法制度以来,

①《公牒:奏定公司注册试办章程十八条》,《商务报(北京)》1904年第18期。

②参见曹宪义、赵晓耕:《中国法制史》,北京大学出版社2018年版,第300-301页。

③参见张家镇:《中国商事习惯与商事立法理由书》,中国政法大学2003年版,第25-26页。

④参见贾孔会:《试论清末的经济立法》,《福建论坛(文史哲版)》1999年第6期。

⑤参见任先行:《商法原论(上)》,知识产权出版社2015年版,第486页。

⑥《法规:商人通例》,《山西实业公报》1933年第11期,第3页。

⑦《商人通例施行细则》第4条:“商人通例所称该管官厅在各省地方法院未遍设以前,暂以县知事属当之。”《法规:商人通例施行细则》,《山西实业公报》1933年第11期。

⑧《全国注册局注册条例(案经国民政府颁布)》,《商业月报》1928年第3期。

⑨参见韦浩:《民国时期商事登记法律制度研究》,中国工商出版社2006年版,第63页。

商事的概念逐渐取代了传统文化中商的概念。营利不仅仅开始被视为一种可以获得推崇的事业,而且被规范为受法律保障的行为。商事登记不只是政府管理商业活动的措施,更是经营者依其自由意志获得法定权利的宣告。

3. 计划经济时期商事登记制度目的与功能的异化

计划经济体制完全否定以营利为目的的经营活动,主张消灭生产经营领域的财产私有、消灭产权,用指令和政策替代经营、用计划替代市场交易。因此,这一时期不存在“商事”,即现代意义上的“商”,商事法律更成为陌生的概念。这一时期虽然一些政策文件和机构部门称谓中也使用“商”字,但“商”主要表达为一种流通状态,是计划安排的一个环节,是行政管辖的一项分工类别。与蕴含“营利目的”之本质特征的“商事”概念相去甚远。虽然这一时期也有商业登记,但是,此时“国家立法的重点在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的行政手段”^①。相应地,登记制度的核心亦在于统筹和管理。

建国后到1956年之前,我国的工商行政管理局颁布了一系列指导各种类型企业登记的指示,典型如《私营企业暂行条例》《关于公营企业和公私合营企业应进行登记的指示》,意在整顿市场,恢复经济发展秩序,积极推动三大改造的完成。^②其中,《私营企业暂行条例》采先核准后登记的许可登记主义,施行严格主义的法定登记制,明确所有工商经营活动必须办理登记,且必须在核准登记的营业范围内展开经营。^③1962年,国务院颁布《工商企业登记管理办法试行办法》,统一各类企业的登记管理。结合当时的时代背景来看,计划经济时期《工商企业登记管理办法试行办法》颁布的主要功能是调控经济,主要目的是强化对各类企业的管理,稳定经济发展秩序。进入“文革”时期后,法律虚无主义盛行,包括登记在内的各项法律法规被废止,经济发展陷入无序的状态,工商经营登记也成为可有可无的一种存在。国家对工商经营活动的管理已经不再依赖于登记机关,而是根据行业不同从中央到地方分别设立的行政管理机关直接管理和调配,原有的工商登记管理更多地成为一种摆设。该种状态一直持续到“文革”结束。

1978年改革开放之后,为了发展商业经济,我国开始借鉴德国、日本等大陆法系国家的民商法律制度,制定了一系列与商业登记相关法律法规。1982年,国务院颁布了《工商企业登记管理条例》,但该条例仍贯彻“以计划经济为主,市场调节为辅”的方针,目的仍是加强对工商企业的管理,登记也采核准制。1987年颁布《民法通则》,对个体工商户、个人合伙以及企业法人的登记制度作出了一般概括性规定,其规则设置仍采主管机关核准制,带有浓厚的管理和强制色彩。总体上看,制定于过渡时期的各种登记法规仍然充满计划经济的色彩:采登记核准主义;重行政干预;登记机关需要对商主体提供的材料进行实质审查;对是否予以登记拥有较大的裁量权;企业的设立,不仅应当符合法律规定的条件,还应当取得行政许可;行政机关可以根据实际情况作出是否给予许可的决

① 范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2007年,第61页。

② 参见赵万一:《商事登记制度法律问题研究》,法律出版社2013年版,第249-250页。

③ 参见肖海军著:《商事登记论》,法律出版社2023年版,第104-105页。

定。^①此时,商主体登记的审批程序繁杂,设立成本高,申请登记结果的可预期性较弱。

4. 市场经济时期商事登记制度目的与功能的转变

1992年,党的中共十四大确立了建设社会主义市场经济体制的目标,自此,中国的商业发展进入兴盛时期。在市场经济建设初期,我国在立法理念上确立了“商事”的合法地位,确立了以营利为目的的经营活动的合法性,并在这一基本理念指导下,分别制定了《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《农民专业合作社法》《全民所有制工业企业法》《乡镇企业法》等商事法律法规,有关登记的规则虽未形成系统的章节,但也在分散的条文中分别就不同类型的企业的设立登记、变更登记、注销登记及其登记事项予以规定。为了保证登记制度的实施,国务院还根据主体类型的不同,分别颁布了不同的登记管理条例。整体来看,市场经济建设初期的商事登记制度采用的是分散立法的形式,以商主体为主线,在对应的商主体单行法中制定相应的登记制度。从立法实践和立法成果来看,虽然这一时期我们没有统一使用“商事登记”一词,但实践中,我们是在“商事”的理念下形成了约定俗成的、相对统一的商事登记制度,最核心的标志是,登记的对象仅仅是从事营利性经营活动的主体。

不同于《民法通则》规定的核准主义,1993年制定的《公司法》遵循商法所奉行的营业自由原则,引入了公司登记准则主义,明确了除法律法规另行规定需要经有关部门审批的有限责任公司之外,普通的有限责任公司只要其提交的申请文件符合法律法规的规定,公司登记机关就应当予以登记。其后制定的《合伙企业法》《个人独资企业法》同样引入了登记准则主义的设立原则。这也标志着我国开始逐步由登记核准主义向登记准则主义转变。但是,除上述三类商主体之外的一些特殊商主体,如股份有限公司、商业银行、保险公司等仍然需要履行前置许可程序。^②2003年《行政许可法》颁布,其中第12条第5项明确将“企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项”认定为行政许可事项。同时,该法在第34条的规定中区分了形式审查与实质审查,规定了当场登记的要求。由上观之,市场经济初期的商事登记制度仍然保留有计划经济时期的管制色彩,但也有一定的进步,逐步放开了各种类型企业的设立登记要求。

随着市场经济的深入发展,2005年《公司法》修订,其在第6条明确规定了公司设立的准则主义,删除了1993年《公司法》第77条关于股份有限公司设立前置行政核准程序的规定。2013年3月14日,第十二届全国人民代表大会第一次会议审议通过了《国务院机构改革和职能转变方案》,该方案针对“改革工商登记制度”提出了明确的要求,即:“对按照法律、行政法规和国务院决定需要取得前置许可的事项,除涉及国家安全、公民生命财产安全等外,不再实行先主管部门审批、再工商登记的制度,商事主体向工商部门申请登记,取得营业执照后即可从事一般生产经营活动;对从事需要许可的生产经营活动,持营业执照和有关材料向主管部门申请许可。”^③同年通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》进一步提出将先证后照改为先照后证,推进工商注册制度便

^① 参见范健、王建文:《商法学》,法律出版社2015年版,第57页。

^② 参见肖海军:《商事登记论》,法律出版社2023年版,第112-113页。

^③ 《国务院机构改革和职能转变方案》, https://www.gov.cn/2013lh/content_2354443.htm, 2024年12月20日访问。

利化。^①同年,《公司法》修订,设立认缴制,原则上取消了法定注册资本最低限额以及对货币出资比例的限制,简化了登记程序。2014年国务院颁布《企业信息公示暂行条例》,规范与登记配套的企业公示制度,促进企业诚信自律,畅通企业信息查询路径,引入社会监督,共同守护交易安全。除此之外,“先照后证”“多证合一”“一照一码”制度的施行、负面清单管理模式的确立以及电子化、信息化的商事登记制度改革都致力于简化登记程序、畅通企业信息获取渠道、提高信息公示的质量、发挥市场在资源配置中的作用。2021年国务院颁布了《市场主体登记管理条例》,整合了分散的、碎片化的各类市场主体登记规定,在一定程度上起到了统筹的作用,同时还在第19条明确规定了登记机关仅对登记材料负形式审查的义务。

不难看出,我国在实现商事制度现代化转型的过程中,逐渐减少了行政干预,着力推进商事登记便利化,发挥其所具有的信息公示功能。但是就当前我国现行商事登记制度而言,仍然存在公法色彩浓厚、重监管偏强制的问题。一方面,登记主管机关仍然是行政机关,登记制度也仍以行政法规为主导;另一方面,具体制度设计整体重程序和监管,未能贯彻商事自治的理念和原则。究其原因,这与几千年来的禁商抑商传统和以行政干预为主的历史顽疾脱不开关系,商事理念淡薄反映在制度层面则表现为商事基本法的缺乏。在此种状况下,我国现行商事登记制度的功能表现为监管与信息公示并重,登记制度建立的目的仍侧重于规范各类商主体的登记行为,便于统一的社会调控,进而维护经济秩序。

通过对我国商事登记制度从古至今发展演变的梳理可以看出,商事登记制度主要有以下三大功能:(1)赋予或者确认主体所具有的商主体资格和营业资格;(2)对商主体营业信息进行公示,构建商事信用体系;(3)实现国家对经济的监管和调控。整体上看,我国从古至今更加重视登记市场准入功能与经济管理功能的发挥,其目的多表现为稳定经济秩序、维护交易安全。商事登记本身所具有的信息公示与彰显商事信用的功能未能得到充分的重视,该传统仍然影响着如今市场经济时期商事登记制度的构建。

(二)从西方登记制度的历史发展演变看商事登记的目的与功能

1. 中世纪西方商事登记制度的目的与功能

从中世纪向近代转型的欧洲商业,经历了一个从放纵自由向有限自由的转变过程,商事登记也经历了从任意型登记向监管型登记的转变。基于现有文献资料考证,商事登记制度的雏形初见于古罗马时期,开设商店的人必须在店里挂牌写明本店的经营项目、范围、营业情况与营业状态,起到经营信息公示的作用。^②而较为规范的商事登记制度则可以追溯至中世纪。随着十字军东征,城市以及海上贸易的发展,新的社会阶层——商人应运而生,而商人在交易过程中形成的各种商事习惯、交易准则逐渐发展成为中世纪的商人法。在这个过程中,商人行会扮演了至关重要的角色。根据商人行会自治法的规定,取得商人资格需分两步走:第一,取得特定行业商人行会的认可和接纳;第二,

^① 参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》, https://www.gov.cn/jrzq/2013-11/15/content_2528179.htm, 2024年12月20日访问。

^② 参见范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第224页。

将与其经营相关的商人名称、营业招牌、商业使用者及所雇学徒等事项登记于行会置备的成员名录簿中。^①此时商事登记功能主要在于赋予商人主体资格,区分商人和非商人,其目的仅在于明确行会与其成员之间的关系,并无向第三人进行信息公示的作用,也不会产生私法上的法律效果。^②但是后来随着商事实践的发展,行会成员的名录簿逐渐也发展成了公示商人营业状况的习惯法文件。^③不能否认,其虽然与现代商事登记制度有所差别,但确实对欧洲国家商事登记法律制度的制定产生了深远的影响。

2. 资本主义早期商事登记制度的目的与功能

随着商品经济的发展和商人阶层的壮大,为了规范日益复杂的商事交易,商事制度逐渐由商人间的自治规范上升为国家法律,商事登记制度也不例外,依此形成了近代商事登记制度体系。但是在16-18世纪,受重商主义思潮的影响,不同于中世纪的自足主义,也不同于后来的贸易自由主义,处于民族国家建立之后的欧洲各国,为了实现致富图强的目标,开始实现对经济的全方位干预。^④17世纪的英国政府为了保证其公司的垄断经营地位,排斥自由贸易,明确公司设立需要取得皇家特许,特许状的颁发则起到了类似公司设立登记的作用。^⑤为了抑制公司滥设和投机行为,1720年英国颁布《取缔投机行为和诈骗团体法》(又称“《泡沫法》”),其中明确规定公司只能依英国国王特别许可或者立法特别规定授权设立。同样,重商主义影响下的法国也在该段时期加强了对经济的干预。1673年,法国颁布了《陆上商事条例》。虽然其并未对商事登记做出单独规定,但其确立了较为严格的公司登记制度,采公司设立核准主义,这一设立原则后来也被1861年的《德意志普通商法典》所采纳。^⑥与法国不同的是,《德意志普通商法典》确立了一般商事登记制度,而且较其他国家更为严格,明确只有拥有自己商号的完全商人才能够履行商事登记,否则便不具备登记资格。^⑦对比而言,资本主义早期的商事登记制度已经具有了一定的信息公示功能,但该时期的商事登记制度具有较明显的国家干预色彩,更重视商事登记制度监管与调控功能的发挥,重在突出国家在经济发展中的地位,维护商业秩序和交易安全。

3. 现代西方商事登记制度目的与功能的转变

19世纪之后,以亚当·斯密为代表的自由经济思潮席卷欧洲。该时期强调市场自我调节作用的发挥,反对政府对经济的干预。以公司登记为例,1862年《英国公司法》率先采准则设立主义,放宽公司设立登记的要求,减轻行政干预,随后德国颁布《德国股份法》也改采准则主义。^⑧进入20世纪后,自由放任经济思想的弊端暴露,出现了市场失灵的状况,此时又要求国家介入进行适当地干预和调控。但是与资本主义早期重商主义不同,此时政府的干预是有限的,其表现为市场失灵的

① 参见董安生、王文钦、王艳萍:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第163页。

② 参见赵万一:《商事登记制度法律问题研究》,法律出版社2013年版,第3页。

③ 同注①。

④ 参见任先行:《商法原论(上)》,知识产权出版社2015年版,第575页。

⑤ 参见冯翔:《商事登记效力研究》,法律出版社2014年版,第46页。

⑥ 参见范健、王建文:《公司法》,法律出版社2018年版,第99页。

⑦ 参见范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第225页。

⑧ 同注⑥。

补充手段,主要职能在于提供公共服务和完善社会保障。在该种经济思想的指导下,商事登记制度功能逐渐向信息公示和信用昭示转变。现代商事登记制度伴随着欧洲法典化运动的深入不断发展,其体系性和逻辑完整度都达到了前所未有的程度。德国在《德意志普通商法典》的基础上又制定了《德国商法典》,其与《德国有限责任公司法》和《德国股份法》一起构成了一套完善的德国现代商事登记制度。1937年,德国在《商法典》之外还颁布了《商业登记规则》,统一了德国的登记制度。而且《德国商法典》将法院确定为登记主管机关,确立登记的基本程序,搭建起了商事登记私法效力的基本框架,对其后国家商事登记制度的创设提供了蓝本。1807年颁布的《法国商法典》并未规定商事登记制度,1919年,法国颁布《关于创设商业登记簿的法律》,但其作为一项公法上的制度,施行效果并不理想,最终于1953年法国修订了商事登记制度法案,创设了具有现代公示功能的商事登记制度,明确商事登记形式审查标准以及商事登记的私法效力和对抗效力。^①

20世纪之后,商事登记制度的发展更偏重于信用功能的一个重要原因在于商人组织形式的变革、商人交易更多的社会化。传统的以国家监管手段已不足以实现对商人组织的监管,需要借助于社会公共的力量,尤其是交易相对人的力量,以此来实现对交易主体的监督,对商人的监管从国家和政府主导转向社会公众主导。由此,商事登记的信用功能成为现代商事登记的重心。商事登记法也逐渐发展成为《商法典》之下的一个相对独立的部门法。

横向对比中外商事登记制度可以发现,西方国家商事登记制度遵循自下而上的严谨逻辑,从最初商人自发保护自身利益制定的自治准则、商人惯例逐渐发展成为系统的商事法律制度。其起源和发展脉络使得商事登记制度本身并不具有明显的管制色彩,重在突出其信息公示和商事信用体系建设功能。虽然我国商事登记制度建构多借鉴大陆法系国家立法,但我国相关法律法规过度关注公权力机关通过强制手段对商事登记进行干预,多为商事登记管理性规定,制度功能重在经济调控与秩序维护,忽略商人发展和创新激情的保护。不管是在商事登记立法名称、立法架构,还是在登记类型、法律责任设置等方面均体现出对行政管理职能的偏重。^② 归结起来,即我国登记制度过于强化登记管理意识而过于弱化登记服务理念,为商主体提供营业进入服务的理念与意识缺失^③,缺乏对商事自治理念的关怀。而且从商事登记立法的体系性来看,我国商事登记立法缺乏商事基本法的指引,分散的立法也使得各种规则之间或有重复或有冲突,体系性和逻辑性都较为欠缺。而在商事基本法缺失下制定的各种商事登记规则则表现为:监管功能突出、服务意识不足;公法色彩浓厚、私法属性欠缺;调整对象模糊、制度实效性不足。上述不同使得我国在借鉴西方商事登记制度时,片面地借鉴具体制度而忽视基本理念、原则与基础概念,片面地学习管理性制度而忽视商事登记的本质属性,从而影响了我国商事登记制度的体系性与实效性,不利于与国际商事制度的接轨。

① 参见党海娟:《商事登记制度基本问题研究》,法律出版社2017年版,第32-35页。

② 参见孙悦、范健:《〈民法典〉之后商事登记立法思考》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2021年第5期。

③ 参见肖海军:《商事登记论》,法律出版社2023年版,第422-423页。

三、商事登记统一立法面临的商事基本法缺失困境

（一）商法基本法理念的缺失引发商事登记行为性质定位模糊

1. 商事登记行为性质的学界论争

因商事基本法缺失，商法基本理念未得到厘清和贯彻，导致商事登记制度层面人们对商事登记行为性质认定模糊。不同学者从不同角度出发，形成的看法和观点各不相同。首先，基于公私法区分的视角，学者们形成“公法行为说”“私法行为说”“复合行为说”三种不同的观点。但不管是公法行为说还是私法行为说，其观察的视角都具有一定的片面性，仅关注商事登记的某一阶段，如公法行为说更多地强调登记主管机关的公权属性与登记本身的程序性，而私法行为说则更强调登记申请的主动性和行为的私法效力。而“复合行为说”认为，商事登记兼具公法和私法的属性，登记本身是带有公法性质的行为，但作为登记主体的商主体具有私法的属性。^①

其次，基于登记主管机关在登记中扮演的角色和发挥的作用不同，学者对企业登记的性质形成三种不同的观点，又分为三种学说，即“行政许可说”“行政确认说”“公共服务说”。其一，“行政许可说”以现行立法规定为立论依据，认为《行政许可法》第12条以法定形式确定了可以设定为行政许可的事项。该条第5项规定：“企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项。”根据这一规定，企业设立登记就属于行政许可事项。有学者在此基础上进一步提出，不仅仅设立登记，变更登记和注销登记在性质上也均应认定为行政许可。^②其二，“行政确认说”同样以现行立法规定为理论依据，但对《行政许可法》第12条规定的法意作出了不同的解释，认为该条款所言“可以设定行政许可”的事项，并非为了昭示企业设立登记的性质，而仅仅是提供一种选择，可以选择是否设置许可，当然也可不选择许可而将其视为行政确认甚至是备案。^③支持行政确认说的学者认为，商业登记并非对营业权的赋予或者行政许可，而是对营业权的确认。^④还有学者进一步指出，基于登记所产生的主体、权利、能力、行为等资格性要素，并非登记本身所具有的赋权效能，而是公权力机关依申请实施的行政确认行为所产生的商事私法效果。^⑤其三，支持“公共服务说”的学者认为，营业执照这类公共信息，可以交由登记机关进行托管，并由其进行公示，回归信息的公共属性。^⑥其中，登记机关提供的仅为信息收集与公示的服务。另有学者在此基础上进一步提出：应当淡化公司登记行为的行政色彩，凸显其采集和公示信息的技术服务属性；企业登记不同于涉及裁量权的行政许可，

① 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第311-312页；朱慈蕴：《我国商事登记立法的改革与完善》，《国家检察官学院学报》第6期；叶林：《商业登记法的基本问题》，《扬州大学学报（人文社会科学版）》2011年第2期；冯翔：《商事登记效力研究》，法律出版社2014年版，第26页；刘凯湘：《我国商事主体登记制度改革的难题与路径——以登记效力的考察为中心》，《中国法律评论》2022年第3期。

② 参见章剑生：《行政许可审查标准：形式抑或实质——以工商企业登记为例》，《法商研究》2009年第1期。

③ 参见罗培新：《优化营商环境视域下我国商事主体登记制度之完善》，《华东政法大学学报》2021年第6期。

④ 参见叶林：《商业登记法的基本问题》，《扬州大学学报（人文社会科学版）》2011年第2期。

⑤ 参见肖海军：《商事登记论》，法律出版社2023年版，第47页。

⑥ 参见蒋大兴：《公共信息的回归路径？——股东名册和营业执照保管的乌托邦》，《河北法学》2005年第10期。

也区别于对登记信息进行行政背书的行政确认,其本质应当是一种垄断性的公共信息服务。^①

2. 商法基本理念指导下对商事登记性质的澄清

商法的基本理念是指包含商法的精神与价值,体现商法基本属性,以正义为统率,包含私法自治、营业自由与投资自由、保护营利、严格责任在内的基础理论范畴。^②商事登记制度作为商法的重要组成部分,当然应贯彻上述商法的基本理念。学界有关商事登记行为性质的争议,从商法基本理念的层面进行解读,表现为公法管制与私法自治的论争、监管与自由的论争以及效率与安全的论争。就本文而言,在上述商法基本理念的指导下,笔者认为,商事登记行为是同时具有私法属性与公法属性的复合行为,是一种行政确认行为和信用公示行为。但就商事登记行为的发展趋势而言,则表现为公法属性弱化,私法属性和服务属性增强。

首先,在私法自治、营业自由以及保护营利的理念指引下,商事登记行为的私法属性表现在以下两个方面:其一,从商事登记行为的起源和演变可以看出,其最初是商人自治团体内部自发形成的秩序,后来才慢慢引入了国家干预。虽然商事登记纳入世俗法律之后商人自治受到削弱,但是其上升为了商法中的私法自治理念,在其指导下的商事登记行为中属于自治的部分及其营业自由得到了法律的保障,实现了更高层次的自治和自由。其二,营业自由强调的是除法律做出禁止性或者限制性规定之外,主体有选择进行营业与否的自由。从登记申请的主动性来看,不管是设立登记、变更登记还是注销登记,其均产生于申请人的意思自治。申请人营业的名称、经营范围、资产数额、住所等与营业相关的登记内容均产生自申请人之间的合意,其拥有自主选择权与自主决定权。其三,在保护营利的理念指引下,商事登记行为的最终目的指向私主体。其本质应当是通过发挥其营业宣示、信息公示、信用昭示的功能,促进商事交易的发展、保护营利。

其次,私法自治与营业自由并非绝对,而是要受到一定限制的,法律对其进行的限制本意应是为了实现更高层次的自治与自由。在商法基本理念的指引下,商事登记行为的公法属性表现在以下几个方面:其一,登记主管机关的公法性或者准公法性。在我国,商事登记主管机关为行政机关;在德国,其登记主管机关是地方法院,地方法院内设有企业注册部;在荷兰,商会为登记主管机关,但这里所讲的商会具有国家授权的性质,扮演着准公法机关的角色。^③其二,虽然登记申请是申请人自发自愿的行为,但是一经申请,其便要履行相应的登记程序,受到登记程序规范的限制。另外,虽然申请人对登记内容有自主决定权,但是一经登记便产生法律效力,非经法定程序无法变更或者撤销。其三,在保护营利的理念指引下,虽然其目标最后指向私主体,但是保护营利的手段多表现为公法手段,即通过市场准入、行政监督、法定必要登记事项的设置等维护交易秩序,保障交易安全,最终促进营利目标的实现。但应当引起注意的是,公法手段的引入和国家对商事自由的适度干预都是作为手段存在的,干预的目的仍然是为了能够为私主体提供更好的信息公示服务。而在这过程中,

^① 参见刘俊海:《论股权转让时的股权变动规则:契约自由、公司确认与登记公示的三重维度》,《上海政法学院学报》(法治论丛)2022年第5期。

^② 参见范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2007年,第33-34页。

^③ 参见肖海军:《商事登记论》,法律出版社2023年版,第33页。

国家也通过登记制度获取了商主体的经营信息,可以借助此类信息实现税务征收和调控经济的目的,进而为私主体提供更好的服务,实现优化营商环境的目标。由此,才能充分发挥制度效能,建立良性循环机制。

再次,商事登记行为是一种行政确认行为。其一,就行政法规范解释而言,虽然《行政许可法》第12条第15项将“企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项”认定为可以设定行政许可的事项,但该法又在第34条第2款确立了形式审查的标准。同样,《市场主体登记管理条例》也在第19条确立了形式审查的标准,由于立法中形式审查标准与行政许可无法契合,其所带来的后果就是行政机关诉讼缠身。仔细分析可以发现,许可本身赋予主管机关过宽的裁量权,其与公司设立准则主义也不相符合。同时,法律上的许可通常是对本应禁止从事的行为予以许可,其以一般禁止为前提,但是商事经营活动通常是被允许的,从事经营活动的权利(行商权)并非源自授予,而是一项代表了自由意志的基本权利。^①由此,从“许可”语义上解读《行政许可法》第12条第15项,容易导致对商事登记本质认知的混乱。其二,就行政确认说而言,一方面,通过申请人申请登记,国家机关接受申请开启登记程序,登记机关借登记程序对商主体资格和一般经营资格进行确认,同时对在此过程中收集到的信息进行公示,借其权威力和公信力搭建第一道准入防线;另一方面,形式审查标准本身与行政确认的要求相契合,不仅能够将政府从诉累和责任负担中解放出来,也能够督促登记申请人自身对自己登记信息负责,发挥政府公信力和商人自治两种力量约束。而且从商法的基本理念来讲,商人的私法自治、营业自由本身并非是绝对的,私法自治为主与公法保障自治本身并不冲突。而就行政确认蕴含的背书风险、形式审查的弊端以及由此引发的公信力不足的问题,可以通过配套制度的完善来解决。

最后,商事登记是一种商人独有的信用公示行为,构成了商人与交易相对人和利益相关第三人的信用关系。商人的信用,本质上是一种私法上的权利义务和责任,由商人的权利能力与行为能力构成,以商人履行相应的信任义务为基础,与商人的存在方式相关,并不因履行登记而产生实质性改变和变化。商事登记是商人有意识地利用特定的信息平台将其信用单方面地对外宣示,目的是获取不特定相对人的信任,以拓展更多交易机会。就此而言,信用公示是商行为的一种方式,是促成交易的一个过程。商事登记本身并不能改变商人自身的信用能力,但因登记机关的行政属性,容易造成交易相对人对商人信用的加持,尤其在形式审查状态下,增加了对登记行为的依赖。这一行政介入过程改变了固有商行为的信用结构,将商人自发和自觉的私法上的信用昭示行为转变成了商人和行政机关共同的信任行为的外观保证。相较行政形式审查,行政实质审查的过程是行政机关为商行为背书的过程,也是行政机关招致诉讼、被追究行政责任的事由。由于行政权力的介入,不仅不能实质性提升商人自身的信用能力,相反容易掩盖商人信用的瑕疵或缺陷,更直接加大了相对人实现失信救济民事权利的难度。从世界各国制度安排经验来看,商人信用作为一种商行为,能够通过

^① 参见《中华人民共和国商事主体登记管理条例(草案)》的起草说明, https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_a3a9f5755fa64931af626a443fbc7a5c.html, 2024年12月25日访问。

登记更大程度获取社会公信力,主要不是通过行政机关的实质介入,而是借助于社会中介机构,如律师事务所、会计师事务所、咨询公司等,对登记的事项依法予以实质性的审查,其审查过程被融入了登记商行为,这些机构与登记商人共同构成了商事信用登记的责任主体。这种融入商行为构成的制度安排,更好地确立了商事登记的私法属性,更好地回避了行政机关的公法介入。因登记所产生的失信纠纷更多由当事人遵循意思自治原则,基于私权保护的司法或仲裁路径实现权利救济,大大减少了公权力滥用的空间。

(二) 商法基本原则的缺失导致商事登记规则设置缺乏指引

商法的基本原则是指集中体现商法的性质和宗旨,对商事立法、司法具有普遍指导和适用意义,对统一商法规则体系具有统领作用的法律原理和准则。这也意味着其能够为具体商事规则的形成和制定指明方向,防止具体规则间的冲突,保持规则的逻辑一贯性。目前我国没有商法典,也未制定统一的商事基本法,民商合一体例下的《民法典》总则编第3条到第9条有关民商法基本原则的规定,没有一条与保护营利有关,不能与诸如交易自由、简便、迅捷原则、商法的特权与限权原则等相切合,商法基本原则在整个《民法典》中均未能得到应有的关注。而在商法基本原则缺失状态下制定的商事登记规则,整体上呈现重安全轻效率、重监管轻自律、重限权轻赋权的价值导向,诸如交易自由、简便、迅捷原则中非常重要的商事外观主义在立法和司法中均未能得到充分重视。

1. 商法交易自由、简便、迅捷原则未能得到充分的贯彻

商事外观主义是商法交易自由、简便、迅捷原则的核心内容,借由商事登记制度,商事外观主义能最大程度发挥其促进商事交易效率的功能。但是目前就我国商事登记制度的实施效能来看,效果并不理想。首先,在《全国法院民商事审判工作会议纪要》(简称“《九民纪要》”)中,其仅关注了交易法上的外观主义,忽略了对组织法上外观主义的贯彻,并且更为注重其在保护财产实质归属、保护交易安全中的作用^①,强调穿透式思维的运用,而忽视了外观主义在商法中促进交易效率的作用。以公司登记为例,在代持股的情形下,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(2020修正)第25条的规定可知,登记的名义股东处分股权被视为无权处分,但是第26条在追究责任时却又承认名义股东的身份,令其承担责任。这在某种程度上鼓励了隐匿和代持股行为,制度设计也未完全贯彻商事外观主义原理。^②

2. 商法特权与限权统一的原则未能得到充分体现

商法特权与限权统一的原则可从两个层次进行解读:所谓特权,是指商法赋予商主体通过商行为获取营利的特权,从而使营利权成为商主体的专有权利。所谓限权,一方面是指因商法为了抑制商业过度扩张、无序扩张带来的负面作用而设有公法性条款,此为立法强制限权,另一方面是指商主体基于利益的追逐所作出的主体自发限权。不过,不论是立法强制限权还是主体自发限权都与商主体基于登记取得经商特权有关。在商法特权与限权统一原则的指引下,主体通过登记取得经营特

^① 参见蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,《国家检察官学院学报》2021年第2期。

^② 参见蒋大兴:《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》,《国家检察官学院学报》2021年第2期;蒋大兴:《为什么法定的商业秩序难以形成和维持?——尊重商法对“隐名交易”的基本立场》,《法制与社会发展》2024年第2期。

权的同时,也应当遵守负担基于登记公示对外产生的各种义务和责任,这种义务与责任与商事信用融为一体,实为商主体的一种本能,这也与上文提到的商事登记行为同时具有公法属性和私法属性,以及将其认定为行政确认行为的观点相呼应。在构建商事登记制度时,应当注意特权与限权的平衡,对于商主体自发限权的行为也应当予以尊重。但我国现今的商事登记制度普遍重视借助立法强化对商主体的约束作用,忽视了商主体自律机制作用的发挥。

(三) 商法基本概念的模糊和缺失引发商事登记制度的体系性混乱

1. 商主体概念的混乱引发商事登记制度调整对象的混乱

法律的严谨性与基础概念体系的清晰完整息息相关。采“民商合一”立法体例的《民法典》并未在法人、营利法人、非法人组织、个体工商户、公司等基础概念之上抽象出商主体的概念。《反不正当竞争法》与《反垄断法》采“经营者”的概念,认为经营者是“从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织”。此外,为了适应电子商务的发展,《电子商务法》中还引入了“电子商务经营者”这一概念。而“商主体”“市场主体”之类的概念则多见于行政法规、地方政府规章、地方政府工作文件以及地方规范性文件之中。2021年,国务院颁布了《市场主体登记管理条例》。该条例在最初制定时,一直是按照《商事主体登记管理条例》的概念逻辑起草的,只是在最后将条例名称商事主体换成了市场主体,试图以市场主体这一概念指代商主体,但是市场主体这一概念本身的内涵和外延就不清晰。而在理论界和学术界,在界定商主体这一概念时,又有商人说^①、商事主体说^②、市场经营主体说^③、市场主体说^④、企业说^⑤、经营者说^⑥等不同观点。对于同一个术语,不同法律法规对其内涵和外延的解释常常不统一,甚至有的法律法规中使用的相关术语没有概念的界定。法律法规对同一类主体五花八门的不同表述,严重影响了法制的统一性和严肃性,而商事登记制度本身就建立在商主体制度的基础之上,商主体概念的混乱会进一步引发商事登记制度调整对象和调整范围的混乱。

商主体概念的确定是商事登记制度的基础。以《德国商法典》为例,商主体概念的统一在其商事登记制度体系构建的过程中发挥了不可替代的作用。1998年《德国商法典》修订,改变了原1987年《德国商法典》中有关商主体的9项分散列举式规定^⑦,转而在《德国商法典》第1条明确规定:“(1)本法典所称的商人是指经营营业的人。(2)营业指任何营利事业,但企业依种类或范围不要求以商

① 参见参见范健:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第32页;范健、王建文:《商法学》,法律出版社2007年版,第25页;草有土:《商法学》中国政法大学出版社2007年版,第17页;任先行:《商法总论》,北京大学出版社、中国林业大学出版社2007年版,第19页;顾功耘:《商法教程》,上海人民出版社、北京大学出版社2006年版,第34页;朱翌鋐:《商法学——原理·图解·实例》,北京大学出版社2006年版,第28页;高在敏、王延川、程淑娟:《商法》,法律出版社2006年版,第56页。

② 参见赵中孚:《商法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第144页;李永军:《商法学》中国政法大学出版社2007年版,第23页;施天涛:《商法学》法律出版社2006年版,第49页;官欣荣:《商法原理》中国检察出版社2004年版,第66页;雷兴虎:《商法学》人民法院出版社、中国人民公安大学出版社2003年版,第25页。

③ 参见王俊岩、王保树:《市场经济法律导论》,中国民主法制出版社1996年版,第65页。

④ 参见徐学鹿:《商法学》,中国人民大学出版社2015年版,第53页;徐学鹿:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第187页。

⑤ 参见林嘉:《商法总论教学参考书》,中国人民大学出版社2002年版,第79页;范健、王建文:《商法论》,高等教育出版社2003年版,第384页;范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第159页;王建文:《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社2009年版,第233页;王建文:《从商人到企业:商人制度变革的依据与取向》,《法律科学》2009年第5期。

⑥ 参见王建文:《中国商法的理论重构与立法构想》,中国人民大学出版社2018年版,第93页。

⑦ 参见范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第94-95页。

人方式进行经营的,不在此限。”^①依此,《德国商法典》将商人划分为当然商人与自由登记商人,前者依其从事经营营业达到行业最低的程度或者规模而被当然认为是商人,此时是否登记意义已经不大;而后者则并非因其所从事的经营营业而成为商人,而是因为登记成为商人,其一旦登记便成为商人,要受到商法的约束,是否选择登记是其权利而非义务。^②除此之外,《德国商法典》还借登记制度引入了拟制商人的规定。《德国商法典》第5条规定:“商号在商业登记簿中已经登记的,对于援用登记的人,不得主张以该商号所经营的营利事业非为营业。”^③依此,一经登记,即成为法律意义上的商人,其所经营的营利事业当然为营业。而对于未经登记,但是因可归责行为引起商人外在表象的人,则可被归为表见商人一类,从而将其作为真正的商人对待,适用商法规范。^④但是在我国,缺乏统一的商主体概念,用以替代的市场主体概念本身内涵和外延不清晰,故商事登记制度的调整对象、范围也不清晰,未能够实现商主体制度与登记制度的良性互动。而且就表见商人制度而言,该规则的引入能够在一定程度上解决数字经济时代微商、直播卖货、小摊贩等未登记但从事商行为的问题,也能为解决因逃避纳税、撤销登记、未登记等无照经营问题提供新的思路。但由于基础概念的缺失,我国无从引入表见商人制度,在解决商个人登记问题上讨论的范围也极为有限。

2. 营业概念的缺失引发商事登记制度中对营业登记的忽略

营业作为商法中最为重要的组成部分,与以营利为目的的活动或者财产相关联,与商主体、商行为、商事财产、商事登记等商法制度的构建密不可分,但是我国目前多在“营业活动”层面适用营业这一概念,缺乏严格意义上的客观营业概念。^⑤在此基础上,我国商事登记制度缺乏有关营业与营业财产登记的规定。整体来看,我国登记制度散见在不同的商主体法,如《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》及其配套的登记条例中,《市场主体登记管理条例》在对登记规则进行整合时也自然而然地以主体分类为主线来设计登记制度,这一点也体现在其名称之中。但其实现代商事登记制度不仅仅有主体登记,还包括营业登记和营业财产登记。典型如法国,其在《法国商法典》中所涉及的登记就包括两部分,即主体登记和营业、营业资产登记。^⑥而我国现在不仅没有“营业”这一概念,更没有与营业相关的登记制度设计。究其原因,在于我国商事登记机关一直被传统工商登记的立法理念所桎梏,并未意识到现代商事登记的本质其实是营业登记。而营业登记不仅包括个体工商户登记、企业登记、公司登记、开业登记、企业法人登记,还包括营业登记以及营业财产登记。^⑦营业是商事信用的一个组成部分,营业登记更能昭示商事信用,因此已经成为现代商事登记的核心内容之一。但由于客观营业概念的缺失,导致我国没有独立的营业登记制度,这也使得我国常常陷入吊销营业执照、吊销商主体营业执照即吊销法人资格的窘境。^⑧

① 杜景林、卢湛译:《德国商法典》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

② 参见杜景林:《〈德国商法典〉中的商人》,《德国研究》2011年第1期。

③ 杜景林、卢湛译:《德国商法典》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

④ 同注②。

⑤ 参见丁凤玲、范健:《中国商法语境下的“营业”概念考》,《国家检察官学院学报》2018年第5期。

⑥ 参见《法国商法典(上册)》,罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第20页、第123页。

⑦ 参见肖海军:《商事登记论》,法律出版社2023年版,第422页。

⑧ 参见蒋大兴:《商事登记制度的结构性改革》,《中国工商管理研究》2013年第7期。

3. 商号概念的缺失导致我国未建立起与国际接轨的商号登记制度

此次《公司法》修订,为了实现与《民法典》中关于法人人格权规定的衔接,在《公司法》第6条新增了公司名称权的规定,将《民法典》中法人名称权进行具体化。同时我国还颁布有《企业名称登记管理规定》与《企业名称登记管理规定实施办法》。但是世界范围内除公司法另有规定外,各国有关公司名称的立法一般包含于统一的商号制度之内,规定在商法典或者商事基本法中。但是在奉行“民商合一”的我国,不存在统一的商号制度,而代之以企业名称制度。这种做法和国际商事惯例以及商事实践均存在较大差异,不利于实现我国商法制度与国际规则和惯例的有效对接,而会减损商法所具有的国际性以及商法所具有的天然的国际沟通桥梁、促进对外贸易的价值功能。

关于商号,有广狭义之分。广义而言,商号是指商主体对外的名称。在我国法律中,并无“商号”的规定,但在行政法规中有所提及。《企业名称登记管理规定》第7条便将“商号”等同于“字号”,并且仅将其视为是企业名称的一部分而非等同于企业名称。各国公司名称与商号的立法通例是公司名称包含于统一的商号制度之中。但是,按照我国现行《企业名称登记管理规定》的规定,除了商号(指的是商号的核心部分,我国称之为字号)以外,企业名称还包括行政区划、行业特点、组织形式等要素。但将上述要素拆开分析便可以发现,其中只有商号才是真正具有识别性、独特性的企业标识,其余要素在一个行政区划内几乎为所有企业共同使用,根本无法发挥标识性作用。企业名称中最核心的部分,名称权所要保护的核心内容即“商号(字号)”部分。而商号制度的缺失及其与商标权、网络域名等的冲突都会进一步引发商事登记制度的混乱。

四、商事登记统一立法面临的现有制度冲突困境

(一) 法律层面我国商事登记制度面临的困境

1. 分散式立法所导致的登记共性规则缺失

在与商主体有关的登记法律中,《民法典》在总则编分别对个体工商户、农村承包经营户、法人以及非法人组织的登记作出了一般规定,但是可操作性不强,而且并未在所有领域实现营利主体与非营利主体的区分,也未抽象出更高层次的与登记有关的主体概念。就2023年颁布的新《公司法》而言,其在公司登记一章对公司的设立登记、变更登记、注销登记、登记公示以及登记责任制度进行了规定,但是其适用范围仅限于公司,不能扩至所有商主体。《个人独资企业法》《合伙企业法》《农民专业合作社法》《全民所有制工业企业法》《乡镇企业法》亦然。散见于不同法律的登记制度不能够遵循统一的理念、原则和逻辑指引,相关规则之间缺乏共性,问题导向式立法和分散式的立法将登记制度分散开,没有能够实现体系化,相关规则之间还会产生冲突。结合本文第一章有关中西方商事登记制度起源与历史发展的内容可以看出,大陆法系国家如法国、德国在其商事登记制度法律化的过程中均采用统一立法的模式。清政府末期以及民国时期,我国也做过商事登记统一立法的尝试,但囿于历史与时代的限制,其影响力非常有限。其实,不同商主体的登记内容、登记程序、登记类别、

登记效力,以及登记当事人的权利、义务、责任等在某种程度上具有一定的一致性和共通性^①,可以通过进一步抽象整合,实现商事登记制度的统一。但显然我国现行有关登记的立法并未形成体系化。

2. 重主体登记,轻行为登记

如前所述,我国目前与商事登记有关的法律规定是以商主体类型为主线展开的,分散在不同的以商主体类型命名的商事单行法中,即使是统一的商事登记法规《市场主体登记管理条例》也是以主体登记为主线展开的。但是在构建商事登记制度体系时,除了主体登记之外,还包括股权变动登记、抵押质押登记、代理行为登记、信托登记、证券登记等在内的行为性登记。^②此类行为性登记有的规定于民法之中,如抵押、质押登记、代理行为登记;有的如股权变动登记、信托登记、证券登记则散见于各商事单行法,未能实行体系化,也未能在统一商事登记制度构建的过程中引起足够的重视。

3. 电子商务经营者豁免登记制度的反思

随着互联网和平台经济的发展,出现了依托网络平台进行交易的新型交易形式,由此也引发了新的问题,即电子商务经营者是否需要登记?对此,我国《电子商务法》第10条规定:“电子商务经营者应当依法办理市场主体登记。但是,个人销售自产农副产品、家庭手工业产品,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和零星小额交易活动,以及依照法律、行政法规不需要进行登记的除外。”据此建立起了个人电子商务经营者豁免登记制度。但是不同于线下实体经济,线上平台交易加剧了平台经营者与消费者之间的信息不对称,消费者维权难度和成本也较线下更高,是否可以基于效率的考量完全豁免个人电子商务经营者登记,还有待进一步考量。^③此外,虽然《电子商务法》还在第15条设立了自我公示制度,同时第27条、第28条建立了电子商务平台的核验、登记以及信息报送制度,但是自我公示缺乏与之匹配的审查机制,电子商务平台的核验登记义务又缺少责任制度与其匹配,制度的实效性如何,还有待观察。在此基础上,电子商务平台的登记能否代替登记机关的登记?其效力如何?这些问题都未能得到解决。

4. 登记类型设置不健全,缺乏有关涤除登记的规定

目前有关商事登记的法律规定基本是遵循设立登记、变更登记、注销登记的制度设计逻辑展开的。2023年新《公司法》颁布,在法律层面引入了撤销登记的规定,进一步规范实践中的虚假登记、冒名登记以及欺诈登记现象。除此之外,新《公司法》进一步完善了法定代表人的辞任、解任程序的有关规定,在基于合意情况下法定代表人离职,可以通过变更登记涂销原本法定代表人的信息,但是在非基于合意情况下法定代表人离任或者被解任,若公司怠于选任或者无法选任新的法定代表人并办理变更登记,此时原法定代表人退出机制失灵,其只能被迫留任。^④更进一步而言,此时法定代表人信息已经变更,但是登记信息却未得到及时变更,将会导致公示信息与实际信息不一致,进而减损商事登记制度的信息公示功能。因此,在拟对商事登记制度进行改革的今天,可以考虑将涤除

① 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49页。

② 参见蒋大兴:《商事登记制度的结构性改革》,《中国工商管理研究》2013年第7期,第14页。

③ 参见马更新,王焕悟:《电子商务经营者登记豁免制度的反思与重构》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》,2022年第3期。

④ 参见李建伟、何健:《法定代表人涤除登记制度的创新与展望》,《济南大学学报(社会科学版)》2024年第5期。

登记作为新的商事登记类型,以弥补现有制度设计的漏洞。

5. 未建立起体系化的商事登记责任制度

碎片化的立法模式使得与商事登记责任相关的法律散见于不同立法之中,未能构建起逻辑一贯的商事登记责任体系,甚至不同法律法规在相同事项的责任规定上作出了不同的规定。以虚假登记为例,关于提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得市场主体登记、未按规定办理变更登记等行为的法律责任,《公司法》《个人独资企业法》《合伙企业法》《市场主体登记管理条例》等法律法规作出了不一致的规定,存在较大差异:有的法律规定了登记机关责令改正,有的并未规定;有的追究直接责任人的责任,有的不追究,追究方式有金钱罚也有资格罚;虽然都规定了罚款,但是罚款金额范围差异也很大,由此造成法律规则适用的难题。就商事登记责任的类型而言,商事登记的法律责任主要是行政责任,行政管理的公法色彩浓厚,多表现为责令改正、行政处罚以及吊销营业执照。一方面,有关民事责任的规定欠缺,无法为因登记行为致使其利益受损的当事人提供有效的救济;另一方面,近些年兴起的、并在实践中广泛得到运用的诸如异常经营名单、违法失信人名单、限制高消费、信用减等、限制信贷等信用责任多停留在地方法规立法或者政策层面,在立法层面未能得到足够的重视。

(二) 行政法规层面我国商事登记制度面临的困境

1. 管理条例未能实现统一商事登记制度的构建

目前来看,现有法律法规中的一般登记规则见于2021年国务院颁布的《市场主体登记管理条例》,其整合了《公司登记管理条例》《企业法人登记管理条例》《合伙企业登记管理办法》《农民专业合作社登记管理条例》《企业法人法定代表人登记管理规定》的规定,对我国碎片化的登记管理制度进行了提炼归并,试图建立统一的市场主体登记制度。但是,《市场主体登记管理条例》本身属于行政法规位阶,无法对上位法律形成统摄效果,无法对散落在多部法律中的登记制度进行统筹整合,各商事单行法中的共性原则和一般规则未被充分提炼,也未能有效解决各商事单行法之间的制度重复和矛盾冲突。而且,以行政机关为主导的立法整体上偏行政轻自治,偏强制轻指引,整体规则构建具有一定的局限性和片面性,整体立法技术还有待提高。另外,《市场主体登记条例》是在“民商合一”背景下制定出来的,缺乏商事基本理念和原则的指引,未明确区分营利和非营利,所适用的概念也并非严谨的法学概念,其能发挥的作用也极为有限,与发达国家已有的统一商事登记立法相比,还有所欠缺。

2. 行政性条例公法色彩浓厚,重监管偏强制

受我国重行政干预轻私法自治的传统立法理念的影响,我国具体的商事登记制度多为行政性法规或者部门规章,其制定机关为行政机关,而且从其名称来看,几乎都带有“管理”的字样,内容也重在强调登记机关对商事登记的监督管理。具体而言,主要表现在以下几个方面:其一,就登记事项类型的设置而言,《市场主体登记管理条例》仍然遵循商事登记事项绝对法定主义的指引,只规定了不同类型商事主体的法定登记事项,类型单一,并未就任意性或选择性登记事项作出规定,

而这其实也是对私法自治理念的忽略。^①其二,就条例规定的具体内容而言,《市场主体登记管理条例》在第一章设置总则,在总则部分明确立法目的为规范市场主体登记管理行为,总则之外程序性规定和实体性规定杂糅,设登记事项、登记规范、监督管理、法律责任这四个章节,不论是从章节名称设置来看,还是从章节内容来看,整体上都呈现重程序、重监管的局面。其三,就责任设置来讲,多表现为行政责任,对民事责任和信用责任关注不足。依此,条例本身的行政性使得我们在构建登记制度时缺少指引性规范和自治选择的空间,未能发挥多元主体在登记中的作用。而且,其中行政权力对商事登记的不当管制和对相关主体经济性权利的侵害,还会进一步减损商事登记的权利保障和信息服务功能。^②

3. 市场主体概念的内涵和外延模糊

在商事基本法缺失、商主体概念体系混乱的制度背景下,国务院颁布《市场主体登记管理条例》,试图用“市场主体”这一概念统一概括目前混乱的立法术语和概念。该条例在第2条对市场主体的概念和范围作出了规定,即:“本条例所称市场主体,是指在中华人民共和国境内以营利为目的从事经营活动的下列自然人、法人及非法人组织:(一)公司、非公司企业法人及其分支机构;(二)个人独资企业、合伙企业及其分支机构;(三)农民专业合作社(联合社)及其分支机构;(四)个体工商户;(五)外国公司分支机构;(六)法律、行政法规规定的其他市场主体。”但是,如前所述,在该条例草案制定之初,其采用的是《商事主体登记管理条例》的表述,引入“市场主体”的概念,进一步造成了概念体系的混乱,看似清晰的规定背后暗藏主体范围被不当扩大的风险。因为,商事主体特指从事营利性经营活动的主体,而市场主体不仅包括从事营利性经营活动,也包括从事非营利性经济活动的主体,甚至包括从事非经营性活动的市场监管主体等。商事立法之所以出现如此大的概念混乱,究其根本,是因为我国缺失与商、商事、商主体有关的基本概念,商主体的范围不清晰,进而在商事登记范围划定时会进一步引发概念体系的混乱。

就市场主体这一概念而言,有学者指出:“市场交易主体(简称市场主体),又称商主体或者商人,是指市场中从事交易的人或者组织,是市场交易法律关系中的主体,包含市场交易主体中的商法人和商自然人。”^③该学者将市场主体的概念当作是商法范式创新的举措之一。但也有学者指出,市场主体这一概念的内涵和外延都很模糊,从狭义上看,其外延基本上与市场经营主体相同,但从广义上讲,其包含作为市场监管者的国家机关^④,甚至还会将参与市场交易的投资者、消费者包含进去,其内涵和外延也要广于我们所说的“商主体”。

据此,似乎认为我们可以采狭义的市场主体概念,即市场经营主体,或者直接称之为经营主体。但是,经营主体这一概念同样具有一定的模糊性。就经营主体而言,经营性是其特征,经营性是指营利行为具有连续性、计划性、职业性,它表明行为主体至少在一段时间内连续不间断地从事

① 参见肖海军:《论商事登记事项的立法确定——兼评〈商事主体登记管理条例(草案)〉》,《法学论坛》2021年第4期。

② 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48页。

③ 徐学鹿:《商法学》,中国人民大学出版社2015年版,第53页。

④ 参见王建文:《中国商法的理论重构与立法构想》,中国人民大学出版社2018年版,第92页。

某种同一性质的营利活动，因而是一种职业性营利行为。^①结合我国在《反不正当竞争法》第2条有关经营者的规定可知，其仅强调“从事商品生产、经营或者提供服务”，强调经营本身，经营本身具有营利性，但无法突出“以营利为目的”这一区分的重要标准。实践中，事业单位、公法人等也会从事经营活动，其是否应当属于经营主体？在我国现有的法律概念框架内，经营主体的内涵本身就是不清晰的。甚至在实践中，在“中国药科大学诉江苏福瑞科技有限公司不正当竞争纠纷案”^②以及“宜昌市妇幼保健院诉宜昌市工商局案”^③中，都将作为事业单位的学校、医院因其从事了经营行为，认定为经营者。此时若采经营主体的概念，那是否意味着此类主体也被涵盖在内，并应当履行商事登记？虽然相较市场主体这一概念而言，其内涵和外延相对较窄，将参与市场交易的消费者和投资者排除在外，但在我国现有法律体系下，这一概念本身仍不明晰。

不论是市场主体、市场交易主体、市场经营主体或者经营主体，我们在适用这些概念时都会将从事经营活动或者说从事交易活动的自然人、非营利组织甚至公法人涵盖进去。究其原因，这些概念都缺乏对市场中营利性主体和非营利性主体的区分。在现代市场经济体制下，市场中从事经营活动的主体，并非都是从事营利性活动的主体；公益性经营、非营利性经营是社会生活的一个重要方面，并且是一个基础性领域。由于我国缺乏商事基本法，对商主体、经营、营业等基础概念界定不清晰，制度体系中也并没有彻底贯彻营利与非营利的区分标准，因而难以构建清晰且富有逻辑的制度规则。

4. 登记制度设计重前端准入控制，忽视过程监管

以主体登记为主线设计的商事登记制度关注的重点在于：哪些主体可以设立登记，并依登记制度获取相应的主体资格？故制度设计的重心在前端控制，重准入监管，但是却忽略了主体设立之后过程监管。一直以来，我国以主体为主线构建的商事登记制度多表现为经济管理性规范，其首要目标便是控制市场准入，控制市场主体设立瑕疵，便于政府管理。^④但设立之后的登记监管措施并没有引起立法的重视，由此便会引发只登记不管理的乱象。现如今我国登记制度的过程监管主要依靠《市场主体登记管理条例》中的抽检制度以及《企业信息公示暂行条例（2024）》中的举报以及抽查制度，辅之以年度报告制度，一定程度上起到了保障登记公示信息真实性、有效性的作用。但是上述制度仍有缺陷，虽然抽检制度能够节约制度成本，提高行政效率，但是不区分行业和领域的抽检制度其实并不合理，对于涉及民生的诸如食品药品等重要领域，则应当予以更为严格的监管。另外，就监管主体而言，目前主要规定的是行政监管，未能发挥社会多元主体的监督作用。

5. 数字经济时代对商个人登记制度提出的新挑战

如前文所述，商个人这一传统的商事主体在数字经济下展现出新的发展趋势，借助平台从事经营活动的微商、直播卖货等新型商个人，未履行经营主体登记，始终面临着合法性风险。就《市场主体登记管理条例》的规定来看，其偏重对商事组织的登记公示规定，忽略了商个人登记公示制度

① 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，法律出版社2005年版，第352页。

② 参见“中国药科大学诉福瑞科技公司不正当竞争纠纷案”，《最高人民法院公报》2005年第6期。

③ 参见“宜昌市妇幼保健院不服宜昌市工商行政管理局行政处罚决定案”，《最高人民法院公报》2001年第4期。

④ 参见赵旭东：《商事登记的制度价值与法律功能》，《中国工商管理研究》2013年第6期。

的构建。有关商个人，其仅在第54条规定：“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另行规定。”有关电子商务平台的自然人经营者，也仅规定：“电子商务平台内的自然人经营者可以根据国家有关规定，将电子商务平台提供的网络经营场所作为经营场所。”我国商个人制度没有统一的立法，“两户一资”共同构成实证法中的商个人制度体系。但是“两户一资”制度碎片化，制度之间既有重叠又有空白。个体工商户与个人独资企业之间缺乏实质性差异，小商贩等游离在“两户一资”之外，数字经济下出现的新型商个人则难以被现阶段制度所容纳。^①是否采取豁免登记以及豁免的范围如何界定，是否需要区分线上商个人和线下商个人制定不同的登记规则，是否需要进行公示，是否要引入表见商人制度等基本问题现在都无法在现有的行政法规规定中找到答案。

6. 缺乏登记、备案、公告、公示三者之间相协调的制度安排

2014年登记制度改革，国务院改企业年检制度为企业信息公示制度，并颁布了《企业信息公示暂行条例》，逐步实现由监管型政府向服务型政府的转变，突出商事登记最本源的功能——信息公示。2023年《公司法》修订后，分别在第32条和第40条规定了登记机关以及公司应当按照规定通过国家企业信用信息公示系统公示的事项，据此建立起公司登记公示制度。目前，实践中也已广泛推行各种类型企业信息公示制度。除此之外，《市场主体登记管理条例》分别在第8条、第9条列举了市场主体的一般登记事项和备案事项，另在第35条规定了市场主体公示年度报告和登记相关信息的义务。但是在此基础上，如何实现商事登记制度、备案制度与信息公示制度的对接，如何将商事登记事项、备案事项与信息公示事项作立法与制度上全贯通，登记与公示之间的效力有何差别以及登记、备案、公示的信息不一致，相互之间产生冲突之后如何认定等问题，行政法规并未作出妥当、可行的立法设计与制度安排。另外，《企业信息公示暂行条例》第6条要求市场监督管理部门应当将其在履职过程中所获取的注册登记、备案信息一并通过国家企业信用信息公示系统公示，那区分登记和备案的意义何在？

7. 未能充分发挥中介机构在登记审查监督中的作用

在我国商事登记实践中，虚假登记、冒名登记问题屡禁不止。据此，我国在《市场主体登记管理条例》第15条确立了身份核验制度，即：“市场主体实行实名登记。申请人应当配合登记机关核验身份信息。”但是在实践中，形式审查背景下身份核验制度能发挥的作用十分有限。仅仅依靠行政机关进行登记审查和监督，一方面，行政机关会频频陷入因虚假登记、冒名登记引发的各种纠纷之中，承担过重的责任负担；另一方面，也不利于行政效率的提升，而且登记信息真实性频繁被质疑也不利于政府公信力的维护。目前我国主要在金融审查与监管领域引入了第三方中介机构，发挥其“看门人”作用。但是在登记审查与监管领域，还未能够重视这类主体作用的发挥。

^① 参见张梁：《论我国商个人选择登记制度的构建》，《法商研究》2023年第6期。

五、改革路径：在商事基本法指引下实现商事登记统一立法

为了解决上述问题，最理想的路径是制定《商法通则》，确立商法基本理念和原则，厘清商事基本概念，明确区分营利和非营利，在其指引下对商事登记具体制度进行整合和修订。但是就现状的现实情况来看，在《商法通则》缺位的背景下，我们所能做的最低限度的举措即修订《市场主体登记管理条例》，以期能在《商法通则》制定之前部分发挥商事登记基本法的作用，统一商事登记制度，并在一定程度上厘清商事经营主体的范围，为之后《商法通则》的制定提供制度基础。但是《市场主体登记管理条例》本身仅为行政法规，其抽象性有限，能实现的统合效果也十分有限。故进一步而言，我们可以将制定《商事登记法》作为一个过渡选择，一方面能够实现法律层面的规范整合，另一方面能够形成与商事交易有关的主体和行为概念，在法律层面实现营利和非营利的区分。而且在制定的过程中，若能遵循商法的基本理念，也能够为制定《商法通则》提供更有利的现实基础和法律支撑。

（一）最低限度举措：修订《市场主体登记管理条例》

1. 明确《市场主体登记管理条例》的调整对象

如前所述，市场主体这一概念的外延过于宽泛，概念本身没有区分营利和非营利的功能，并且暗含扩大商事登记调整主体的法律风险。而就市场经营主体、经营主体、经营者概念来讲，其面临同样的问题，即无法清晰明确地实现营利与非营利的区分。而在市场经济体制下，为推动实现共同富裕，营利与非营利区分的制度建构应是基础。而商主体制度叠加商事登记制度本身能够清晰划定营利主体的范围，进而构建营利非营利、区分的主体规则和行为规则。一方面充分发挥营利主体在创造社会财富方面的作用，另一方面充分发挥非营利主体在参与社会治理、提供社会公共服务、促进分配公平方面的作用。在这种法治体系下，政府、营利组织、非营利组织之间各司其职，同时又相互合作，共同推进市场经济体制的建设。

目前国家相关部门拟推动《经营主体登记管理条例》或者《经营主体管理法》的制定，但在现有法律体系内，经营主体的概念同样存在营利与非营利不分的嫌疑。如果想在突出“从事经营活动”的同时，明确区分营利与非营利，不妨在经营主体前加上“商事”的限定，明确该类主体的营利属性，指明其是以营利为目的，构建营利主体与非营利主体区分的登记制度规则。采商事经营主体的说法较市场主体与市场经营主体、经营主体而言都更为准确，以此为调整对象制定的规范内容也会更加切实、具体、可行和有针对性。若要采《经营主体登记管理条例》的称呼，那应当在条例界定其调整对象时明确区分营利性经营主体和非营利性经营主体，明确其适用对象与范围。

但是，更进一步而言，商事登记制度在划定其调整对象的同时，也是在划定商主体的范围。我们在修订《市场主体登记管理条例》时应当慎之又慎，对于作为商法制度构建最具基础性意义的商主体概念，还牵扯到之后商事基本法乃至商法典的制定与概念选定。故而，我们在对《市场主体登

记管理条例》进行修订时,应当采用外延和内涵都较为清晰的法学概念,划定《市场主体登记管理条例》的调整对象。对此,最为理想的选择,笔者认为可采商法学界讨论成熟度较高的“商主体”概念。明确商主体是以营利为目的用自己的名义直接从事各种商行为,享受权利与承担义务的主体,营利性是其本质属性。商主体从事商事经营活动是其基本的社会职能和活动方式,将商主体与从事社会管理活动的国家机关、从事党务活动的党组织、从事科学、教育、文化、卫生的事业单位及从事社会公益活动的各种非营利主体区别开来。

2. 弱化条例行政属性,推动政府转型

如前文所述,市场经济体制下商事登记制度的主要功能应当是信息公示和信用昭示,政府的经济管理功能应当是为其信息公示功能服务的。依此,我们在推动商事登记制度构建时应当注重对商法基本理念和原则的贯彻,在修订《市场主体登记管理条例》时可以删除名称中的“管理”二字,弱化其行政强制色彩。应当明确的是:商事登记制度不仅仅包含管理制度,还应当贯彻商事自治的理念,设置授权性规范和指引性规范;不仅仅应当发挥行政机关在商事登记中的监督管理作用,还可以引入包括商人自律组织、中介机构、社会公众在内的多元主体;不仅仅只重视行政手段、行政责任作用的发挥,还可以采取包括经济手段、信用工具等在内的多种措施共同参与,完善民事责任、信用责任体系,共同参与商事登记制度的构建。

3. 完善商事登记过程监管制度

完善商事登记过程监管制度主要可以从以下两个方面入手:其一,实现检查制度的精准分类。对于涉及民生安全的重要行业和领域,应当加强过程监管,实施更为严格的过程控制制度;对于普通行业而言,可以进一步完善企业信息公开制度,监督制度实施效能。同时,在《市场主体登记管理条例》中引入举报制度,加强社会监督的同时也能够提升行政运行效率。其二,就监督主体而言,发挥商人自治组织和社会多元主体的监督作用。一方面,能够减轻政府的负担,同时利用社会舆论、公众监督,积极回应公众关切,树立良好的政府形象,提升其公信力;另一方面,能够通过商人自主限权机制作用的发挥,共同推动良好行业秩序的建立,树立良好的商人形象。其三,就监管和监督实现而言,要更多引入司法和仲裁救济机制,赋予被举报商人充分的抗辩权,防止监管检察的滥用。要防范乱处罚、乱罚款,保护正当的经营权利和正常的经营秩序。

4. 完善登记类型设置,构建全方位体系化商事登记制度

以商主体为主线构建的商事登记制度缺乏对行为登记以及营业登记的关注,我们在修订《市场主体登记管理条例》的过程中应当跳出固有思维的桎梏,完善登记类型设置,引入行为登记、营业登记、营业资产登记的内容,构建更加完善的商事登记制度。一方面,主体和行为是商法的两大支柱,而且商主体与商行为两者联系非常密切,我们在理解界定商主体时也离不开对商行为的分析和研究。故而有些行为登记本身就与主体登记密切联系在一起,典型如股权变动登记与代理行为登记,两者虽然均属行为登记,但是其登记本身也昭示着股东资格的变动和代理人资格的确定。^①另一方面,

^① 参见蒋大兴:《商事登记制度的结构性改革》,《中国工商管理研究》2013年第7期。

营业登记与营业资产的登记是营业转让的基础制度,而营业转让也会涉及营业对应主体的身份变更。故此,我们在构建商事登记制度时不应当孤立地考虑主体登记本身,可以率先考虑在法规层面整合现有行为登记制度将其体系化,并与主体制度衔接起来。同时,引入客观意义上的营业概念,构建与之相关的营业与营业登记制度。

5. 回应数字经济时代对商个人登记制度提出的挑战

就数字经济时代带来的挑战而言,《市场主体登记管理条例》的修订需要把握两个关键点:其一,关注线上商事交易与线下商事交易的不同特点,根据两者的特点,区分可以共同适用的登记规则以及需要特别规定的事项,构建线上线下二元区分的登记制度。就电子商务经营者豁免登记制度而言,需要明确电子商务平台的登记、核验可以作为补充手段,但无法替代工商登记。^①基于电子商务本身所具有的远程性和虚拟性,可以考虑通过提高被豁免的经营者的信息公示的标准,完善责任制度,倒逼其对公示的信息负责。其二,针对数字经济时代出现的各类商个人问题,从更为基础的角度来讲,应当转变登记的义务属性,而更凸显其权利属性。^②可以考虑借鉴《德国商法典》中的自由登记制度,明确登记是此类商个人的权利而非义务,赋予主体登记选择权,一经登记在承担义务、责任的同时也享有因登记带来的权利。另外配之以表见商人制度,明确其行为若具备法律上商行为的外在表象,其可被认为是表见商人,令其承担与商人同等的义务与责任。这样一方面可以解决新兴主体潜在的主体合法性问题,另一方面也尊重了各类主体的意愿,符合市场经济时期对商事登记制度的定位,尊重主体意思自治。

6. 协调登记、备案、公示三者之间的关系

首先,就登记与备案区分必要性而言,笔者认为,在要求登记与备案信息一体公示的背景下,区分备案和登记并没有实质意义,还会进一步引发制度适用的混乱。但在实践中,并非所有的备案信息都会被公示,而且备案制度产生之初主要是为了方便政府留档管理,备案信息本身不具有私法效力。^③基于此,法规有必要审慎区分何为登记事项与备案事项,典型如公司章程,其作为备案事项,未在企业信息公示系统上公示是否合理,学界仍存有争议。但从根本上讲,备案本身是基于行政管理的需要,其信息公示程度也非常有限,商事登记制度中引入这一制度实无必要,更为妥善的处理方式不如统一使用登记概念,在登记项下区分绝对必要登记事项、相对必要登记事项与任意登记事项。^④其次,就登记与公示而言,一个关键的问题就是打破时间差,实现登记与公示系统的互联互通,最大程度地实现信息同步,避免因信息不一致引发效力冲突。再次,应当对登记与公示信息不一致时效力认定与判断问题作出安排。一般来讲登记信息具有本源性,且由行政机关进行背书,其公示公信力要强于公示信息,而且一部分公示信息也来源于登记机关,故在两者产生冲突时,除非确有证据证明登记信息有误,不然应当仍以登记信息为准。

^① 参见赵旭东:《电子商务主体注册登记之辩》,《清华法学》2017年第4期。

^② 参见张梁:《论我国商个人选择登记制度的构建》,《法商研究》2023年第6期。

^③ 参见刘斌、张昕惠:《商事主体登记与备案之辨——兼评〈商事主体登记管理条例(草案)〉》,《经贸法律评论》2021年第2期。

^④ 参见刘俊海:《公司登记制度现代化的解释论与立法论:公共信息服务、公示公信效力与可诉可裁标准的三维视角》,《法律适用》2023年第1期。

7. 充分发挥中介机构在登记审查监督中的作用

就第三方中介机构的作用发挥而言,可以考虑在前后两个环节围绕该主体构建服务性机构协同登记制度。其一,在前置审查环节,特别是身份核验阶段,可以考虑引入第三方中介机构,构建与英美法上类似的签字见证制度。一方面,第三方中介机构能够起到前置审查的作用,对登记材料进行筛查,能够帮助提升行政效率;另一方面,第三方中介机构能够以自己的信用为登记申请人提供担保,在出现冒名登记、虚假登记的情况下,令其与登记人一起承担相应的民事责任,更好地保护善意相对人的利益,同时也能在一定程度上将政府从各种纠纷和责任负担中解放出来。其二,在其后的监督环节,同样可以发挥第三方中介机构的独立性、专业性作用,典型如可以为企业年度报告设置前置审查程序,发挥第三方中介机构的专业性作用,规范报告的内容,提高信息公示的有效性。

(二) 中间过渡选择:制定《商事登记法》

如前所述,《市场主体登记管理条例》因其位阶问题,很难发挥统摄作用,且行政机关为主导的条例本身监管强制色彩过重,规则制定也有一定的局限性。而且《市场主体登记管理条例》在共性规则设计、理念指引、概念选择以及与上位法衔接等方面还存在一定的问题,无法完全发挥登记的功能价值。如果仅仅对《市场主体登记管理条例》进行修订,具体规则上的小修小补无法改变其存在的位阶限制、理念错位、概念混乱、原则缺失等根本性问题。因此,制定一部统一的《商事登记法》作为《商法通则》制定前的过渡选择,不失为一种方法。很早就有学者指出,最好的方式应当是制定一部统一的商事登记法^①,来统一调整所有类型的商事登记,消弭各单行法之间的重复和冲突,使得商事登记规则更加体系化。还有学者从商事登记立法的必要性和可行性两方面出发进行论证,认为:一方面,商事登记具有特殊性、独立性、复杂性、专业性和程序性,因此有独立立法的必要;另一方面,尽管商事登记可分为不同的类型或类别,但其具有缘由的法定性、登记的同质性、机构的统一性等共同特征,因此统一立法有其可行性。^②还有学者甚至直接给出了完整的《商事登记法草案建议稿》。^③

上述《市场主体登记管理条例》中需要关注的问题,在制定《商事登记法》时仍需进行关注。在此基础上,《商事登记法》在制定过程中还应当注意以下问题:

1. 明确其商法属性,遵循商法基本理念和原则的指引

《商事登记法》与商事基本法两者休戚相关,《商事登记法》制定后还可以成为《商法通则》甚至《商法典》立法的一个重要组成部分。这也意味着,其在立法构建时需要明确其商法性质,以商事基本法中的理念、原则为指引,统筹考虑基本概念的选择和范围的确定,区分营利与非营利,明确其调整对象和适用范围,厘清不同类型商主体登记与其主体资格取得之间的关系。同时,如前文所述,在市场经济体制下,商事登记制度的构建应着重强调其信息公示和商事信用体系建设的功能,明确

^① 参见缪永贵:《对〈商事登记法〉的立法建议》,《工商行政管理》1999年第16期,第25页;苏慎,戴少俊:《如何完善企业登记管理法律体系——从〈公司登记管理条例〉到〈商事登记法〉的一点思考》,《工商行政管理》1999年第19期。

^② 参见肖海军:《商事登记论》,法律出版社2023年版,第427-428页。

^③ 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303-324页。

政府的经济监管功能应当是为信息公示和信用昭示功能服务的。另外,应当在商事登记制度中贯彻商事外观主义,构建值得信赖的商事信用体系,提高交易效率,贯彻商法特权与限权统一原则的指引,厘清商事登记行为的性质,明确商事登记行为是同时具有私法属性和公法属性的复合行为。

2. 统筹各商事单行法中的内容,构建体系化的商事登记制度

就行政法规限于位阶无法完成的统筹以及共性规则提取任务,在制定《商事登记法》时应予以充分的关注。首先,就商事基本概念的选定而言,其可以在现有法律概念的基础上抽象出包括商主体、商行为、营业、商号在内的基本概念。一方面注意与现有制度的协调,另一方面概念的选定和制度的创新也应当与国际商事制度实现有效对接。其次,就登记类型的设置而言,在以主体登记为主线进行构建的同时关注营业登记、营业资产登记、行为登记、商号登记等问题,整体上统筹散落在各商事单行法中的登记规则,明确其适用范围。同时在设立登记、变更登记、注销登记、撤销登记之外,关注涤除登记的制度价值,衡量其引入的可行性,构建全方位体系化的商事登记制度。再次,就登记责任的体系化而言,统一不同法律中对同一事项所设不同规定,完善责任类型设置,不仅仅设置行政责任,还可以充分发挥民事责任、信用责任的作用。

综上,我国目前可以通过制定一部统一的《商事登记法》来整合散落在各单行法中的登记制度,提取共性规则,确立营利与非营利区分的理念指引,消解不同法律法规之间的制度冲突,建立体系化的商事登记制度,弥补《市场主体登记管理条例》的客观不足。但同时我们也应当意识到商事登记是商事基本法的一部分,制定《商事登记法》所要遵循的基本理念和原则,所需要的基础概念等与商事基本法休戚相关。在庞大的法律体系中,登记不仅仅只涉及登记本身,特别是在民商不分、营利与非营利不分的今天,忽略重大理念问题的立法会引发体系性风险,进而会危及整个商业秩序的建立和经济的发展。因此,即便是在商事基本法缺失的背景下,制定《商事登记法》也要遵循客观存在的且已经在实践中反复验证过的商事理念和原则的指引,慎重选择其所涉及的基本概念。

(三) 理想立法路径:制定《商法通则》

登记制度的设计与商事基本法密切相关。从世界各国、各地区有关登记制度的设计角度来看,德国在《德国商法典》第一编“商人的身份”第二章对“商业登记簿”作了专门的规定。^①同时,与公司法规定的登记制度一起构成了商事登记制度体系。法国同样在《法国商法典》中设置了一般登记规则,与德国不同,《法国商法典》中的登记包括两部分即主体登记和营业资产登记。^②《日本商法典》则在第一编“总则”第三章对“商业登记”作了规定^③,同时制定专门的商业登记法,抽象和具体相辅相成,共同调整商事登记。同样,《韩国商法典》也在第一编“总则”第六章对“商业登记”作专章规定。^④除此之外,《爱沙尼亚商法典》《非洲17国一般商法统一法》都设专编对商事登记制度予以统一规定。我国澳门地区的商事登记制度也是由《商法典》和《商业登记法典》共同构成。^⑤

① 参见《德国商法典》,杜景林,卢湛译,中国政法大学出版社1999年版,第5页。

② 参见《法国商法典》(上册),罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第20页、第123页。

③ 参见《日本最新商法典译注详解》,刘成杰著,中译出版社2021年版,第5页。

④ 参见《韩国商法》,吴日煊译,中国政法大学出版社1999年版,第9页。

⑤ 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47页。

由此观之,商事登记法本身是商事基本法重要的组成部分,同时其自身也具有一定的独立性,但其制定本身仍需遵循商事基本法的指引。

另外,就学界的研究来看,我国学者在提出《商法通则》建议稿时,大部分都在其中设置了商事登记一章。^①之所以选择在商事基本法《商法通则》中对登记进行统一规定,原因在于登记制度本身与商事基本法的概念息息相关,与商主体的人格、行为、营业、权利都密切相关,无法分割。在缺乏商事基本法统筹的情况下单独立法,仍然可能会面临定位偏差、原则错配、理念错位、概念混乱、营利与非营利不分的困境,而这会进一步影响法律的施行与适用。因此,最为理想的修法路径还是制定《商法通则》,在《商法通则》确定商法基本理念和基本原则,明确商主体与商行为范围,确立一般商事登记规则的基础上,制定具体的商事登记法,才能够从根源上解决现存的营利与非营利不分、理念错位问题。

六、结 语

在陌生人社会,信息是交易的基础。商事登记则为信息公示和商事信用的确立提供了制度基础,在促进商事交易发展,维护经济秩序中发挥着至关重要的作用。但是通过研究不难发现,我们无法脱离商法这个大的范畴去孤立地研究商事登记制度。商法的基本理念与原则,商主体、商行为、营业、商号等基础概念无不影响着体系化商事登记制度的构建,而这些问题的根源还在于如何正确认识“商”,只有厘清这些基本问题才能够实现商事登记制度的体系化建构。但是,现如今我国商事登记制度还存在功能定位偏差、理念不清、原则不明、概念混乱、体系性缺失、时代性不足等问题。市场经济时期,商事登记制度的构建应当以营利和非营利的区分为目标,划定商事登记的范围,这也是市场经济区别于商品经济的本质特征。但我国如今商事登记制度主体概念并未明确区分营利与非营利,主体概念选用偏差使得制度本身陷入适用主体被不当扩张的风险。依此,我们在修订现行登记法规时,应当从基础性领域着手,解决根本性问题,并在此基础上探讨具体的问题才更具现实意义。

综上,本文认为,应当在商法私法自治、营业自由、保护营利的理念与商法交易自由、简便、迅捷原则,特权与限权统一原则的指引下,明确商事登记制度是具有私法属性和公法属性的复合行为,是一种行政确认行为而非许可行为,是一种商人独有的信用公示行为。商事制度构建应当采商主体概念,突出其调整对象的营利性,建立营利与非营利区分的登记制度。同时,通过对比古今中外商事登记制度目的和功能的变迁可知,市场经济时期商事登记的主要功能应是信息公示与信用昭示,故我们在构建商事登记制度时应当弱化其行政属性,推动政府在商事登记制度中的转型,推动准入

^① 参见蒋大兴:《〈商法通则〉/〈商法典〉总则的可能体系——为什么我们认为“七编制”是合适的》,《学术论坛》2019年第1期;赵旭东主持课题组:《中华人民共和国商法通则(建议稿)》;《商事通则》调研组:《〈中华人民共和国商事通则〉建议稿》,《商事法论集(2011)》,第20卷,第1-11页;樊涛:《商法通则:中国商事立法的应然选择(附:〈中华人民共和国商法通则〉建议稿)》,《河南大学学报(社会科学版)》,2008年第3期;苗延波:《商法通则立法研究》,知识产权出版社2008年版,第257-258页。

便利化,完善过程监管。而就具体规则设计而言,应当完善登记类型的设置,主体登记之外的行为登记、营业登记、营业资产登记均应被考量在内。数字经济时代商个人的问题,可以通过构建线上线下二元区分制度,借鉴德国自由登记制度和表见商人制度来解决。同时,注意协调登记、备案与公示三者之间的关系,构建协调规则。此外,在引入社会多元主体参与登记审查与监管,构建服务机构协同登记制度。最后,则要聚焦体系化责任制度的构建,整合责任制度,引入多种责任形式,增强法律实效性。这些问题在制定统一商事登记法或者修订登记法规中均应引起重视,为之后《商法通则》乃至《商法典》的制定奠定基础。

The Challenges and Reform Pathways for the Unified Legislation of Commercial Registration in China

FAN Jian

Abstract: Historically, the construction of China's commercial registration system has emphasized administrative management over credit disclosure, and prioritized government supervision over merchant self-regulation. The absence of a basic commercial law, devoid of guiding commercial principles and concepts, has led to persistent theoretical disputes regarding the nature of commercial registration activities. In practice, this results in a disorganized registration system and imbalanced norms. The specific manifestations of issues related to legal and regulatory aspects of registration include: a strong public law orientation, a lack of common rules, inconsistent use of normative language and concepts, inadequate categorization, systemic deficiencies in the regulatory framework, ambiguous regulatory targets, insufficient procedural oversight, and ineffective public disclosure linkage rules. Moreover, the existing system fails to address the new challenges posed by the digital economy era. The issues arising from the legislation of commercial registration have significantly impeded the integrity and healthy development of China's market economy system. To resolve these issues and navigate the challenges facing the commercial registration system, the author suggests that, at a minimum, the "Regulations on the Registration Management of Market Entities" should be revised under the guidance of distinguishing between civil and commercial law, and between for-profit and non-profit entities. However, due to the lower hierarchical status of these regulations, comprehensive coordination is challenging. Additionally, the absence of a fundamental commercial law makes it difficult to fundamentally resolve significant conceptual issues. Therefore, a further measure would be to draft a "Commercial Registration Law" under the guidance of commercial principles as a transitional choice. Regardless of the approach, the ultimate goal of unified legislation for commercial registration in China should be the establishment of "General Commercial Provisions," leading to the formulation of a "Commercial Code."

Keywords: commercial registration, fundamental commercial law, commercial legal principles, information disclosure

(责任编辑:韩冰)