

# “先照后证”制度下商事登记确认力弱化问题探析

范银芳<sup>1</sup>,张学文<sup>2</sup>

(1.福州大学法学院,福州 350108;2.福建社会科学院,福州 350001)\*

**摘要:**通过商事登记制度改革,我国完成了由“先证后照”向“先照后证”制度的转变。“先照后证”制度的实行,对商事登记确认力产生了重大影响,弱化了商事登记确认力。为了使登记申请人和第三方的权利得到更全面的保护,有必要对商事登记确认力弱化的原因和表现进行分析,在此基础上进一步完善商事登记确认力的有关规定,以更好地保护登记申请人和其他相关人的权益。

**关键词:**“先照后证”;确认力;弱化;完善

**doi:**10.3969/j.issn.2095-5642.2018.03.095

**中图分类号:**D922.291.91

**文献标志码:**A

**文章编号:**2095-5642(2018)03-0095-05

改革开放以来,我国一直在进行经济体制改革,不断完善市场经济制度。十八大以后,商事登记领域的改革成为经济发展的主要动力。此次商事登记制度改革遵循十八届三中全会的指导精神,加快转变政府角色,进一步简政放权,以激活市场活力为目标,旨在建立活跃、开放、有序的新型市场。改革取得了一系列成效,同时也对我国商事登记效力带来了深远影响。作为商事登记效力传统内容之一的确认力,也受到该现实影响,因此我们需对其进行客观探讨,理性应对。

## 一、商事登记确认力基本概述

商事登记确认力指通过商事登记机关对商主体进行登记,能够对商主体的法律权利予以确认和证明。确认力作为商事登记最基本的效力,商事登记行为性质对其产生的法律效果起了决定性作用。<sup>[1]81</sup>在我国,对商事登记行为主要存在确认力说和创设立说两种争议。创设立说认为商主体资格与商营业资格等法律权利是由商事登记行为所创设的,该说将商事登记理解为赋权性质,过于牵强。首先,从商事登记的法律性质来看,登记行为侧重于私法行为,公权力的介入基于强调国家强制力的权威作用。从全局上看,公权力并未因此而侵入到公民的私权领域。倘若支持创设效力之说,可以预见的是,登记行为就彻底沦为行政许可,完全成为一种公法行为。在登记中,审批部门的行政许可这一公法行为,能够获得市场准入的结果,但是这个行为所产生的法律效力并不是登记行为的法律效力,而是登记原因行为的法律效力。<sup>[2]</sup>再从商事登记与商主体资格、营业资格之间的关系角度来看,就商法人而言,法人的创设来源于投资者发起设立这一行为,而不是缘于商事登记程序,登记只是针对发起设立的确认与认可;就商合伙而言,合伙组织实质上是各合伙人基于达成合伙协议而建立的一种组织体,登记行为并不能直接影响合伙组织的形成,在未登记的情形下,合伙组织仍可依民事规范进行经营活动;就商个人而言,更是如此,商自然人的身份是“天赋”的,出生即取得,无需特别授权;从宪法学的角度来看,亦是相同的结论,营业权是宪法赋予的权利。综上所述,商主体资格与营业资格并非商事登记所创设,商事登记只是通过其信息公示功能对商主体的权利进行法律上的确认。

\* 收稿日期:2017-10-21

作者简介:范银芳(1991—),女,福建三明人,硕士研究生,研究方向:民商法;

张学文(1971—),男,福建福州人,研究员,博士,研究方向:商法,公司法。

商事登记确认力的内容主要包括商主体资格与商营业资格。商主体资格确认是围绕商主体登记范围进行探讨,解决哪些主体必须进行商事登记的问题,必须履行商事登记义务的商主体只有通过登记才可以取得商主体资格。<sup>[3]127</sup>商事登记目前主要有两种立法模式:强制登记主义模式与任意登记主义模式。根据我国企业法人和公司登记的有关规定,企业法人从事经营活动,必须前往登记机关,对经营事项申请注册登记,并领取营业执照。由此可见,在我国,对商主体从事经营活动采取强制登记主义。营业资格的确认是指商主体进行经营活动前,商事登记机关对商主体的营业资格进行审查,实则是对商行为能力的审查。商主体通过资格审查的,予以商事登记,前述行为主要依托于营业登记方式来实现。<sup>[1]104</sup>营业登记主要围绕营业范围问题进行,探讨的是哪些营业行为受到商事登记的制约,该制约主要表现为哪些经营范围必须经过登记机关审查,登记机关审查通过后,方可纳入经营范围。

## 二、商事登记确认力弱化

各国商事登记中,法人设立登记时,不仅要进行主体登记,还要进行营业登记。根据主体登记与营业登记的关系,两者在设立登记时形成统一和分离两种不同模式。资格确认的统一模式是指主体资格登记与营业资格的登记都由统一的登记机关负责,登记事项记载于同一登记簿上,并且颁发同一登记凭证的效力模式。<sup>[3]129</sup>资格确认的分离模式是指主体资格与营业资格登记由不同的登记机关进行,适用不同的登记程序,登记事项分别记载于不同的登记簿,颁发不同的凭证。<sup>[3]130</sup>资格确认的分离模式又可以进一步区分为全面分离和部分分离两种模式:全面分离是指主体登记和营业登记的主管机关、登记程序、登记簿和颁发的证书均不相同;部分分离是指主体登记和营业登记适用相同的登记机关,适用相同的登记程序,适用相同的登记事项,但记载于不同的证书上。采取分离模式的国家并不多,迄今为止,大多数国家依然采取统一模式。

实施“先照后证”登记制前,即“先证后照”登记制下,我国实行资格确认的统一模式。公司依法设立不一定取得法人资格,公司在营业执照签发日,才正式成立并取得法人资格。营业执照上还需明确记载被许可的经营范围。所以,登记机关依法颁发的营业执照作为公司取得商主体资格和营业资格的标志。从前述营业执照的功能可以看出,我国实行资格确认的统一登记制度。从理论上而言,商主体资格与营业资格的确认登记并非杂糅进行,而是先后进行。在“先证后照”制度下,根据我国相关法律规定,商主体只有在取得营业执照后才具有经营资格,而营业执照的颁发必须以商主体登记与营业登记的完成为条件。在某些特殊的经营领域,应先向主管部门申请经营活动所需的相关行政许可证。显然,在不具备主体资格前,市场主体很难取得相应的经营资格,从而陷入主体登记与营业登记互为前提的矛盾循环。

“先照后证”一词中“照”就是指营业执照,“证”是指商主体进行经营活动所需获得的相关许可审批的证明。“先”与“后”是指商主体依法取得营业执照与相关许可审批的顺序问题。顾名思义,“先照后证”是指申请人只要获得商主体资格则可先领取营业执照,而后再取得相关许可审批的证明,即相关的许可审批由前置程序转为后置程序。<sup>[4]</sup>实行“先照后证”登记制后,我国开始实行资格确认的分离模式,提高了商主体资格的取得效率。工商部门颁发营业执照之日,即为商主体资格取得之日。商主体领取营业执照后,便符合一般经营范围的经营条件,可进行一般性的经营活动。“先照后证”制度改革改变了原来营业监管依附于商主体登记的做法,有利于厘清政府部门的各自职责,同时也反映了国家在逐步减少对商事登记的强权干预。总而言之,经过改革,营业监管从主体登记中剥离出去,商主体设立登记回归到真正意义上的商事登记。在这种登记制度下,商事登记仅涉及商主体的设立、变更和终止,营业资格的确认登记从商事登记中剥离出去,极大地弱化了商事登记确认力。<sup>[5]</sup>

## 三、商事登记确认力规定的进一步完善

“先照后证”登记制改革推动了政府管理方式的创新,一定程度上削弱了原有体制下行政审批占据的主导地位,是约束政府公权力的重要举措,大大提升了商事企业的设立效力,带动了就业增长。但同时“先照后

证”制度的实施,将营业资格的确认从商事登记中剥离出去,弱化了商事登记确认力。为了更好地维护社会秩序,以及给登记申请人和第三人的权益提供更全面的保护,我们需进一步完善商事登记确认力的相关规定。

### (一) 商主体资格登记与营业资格登记完全分离

“先照后证”登记制实行后,我国企业登记实现了统一主义向分离主义转变的制度模式,当前实行的制度模式本质上为部分分离主义模式。部分分离主义立法模式下,商主体只要具备法律规定的设立条件即可申请领取营业执照,随后即可从事一般性生产经营之活动。若涉及特别经营领域,如关系国家和公民重大利益的,需要审批许可,则再向主管部门申请审批许可。而对于一般经营许可项目,不需要行政机关的审批。但是,我们不能将此机械性地理解为,一般经营事项完全不需要任何的审批。例如,商主体从事餐饮行业,其虽属于一般经营项目,但卫生、消防等诸多方面的许可必不可少。倘若商主体还没有获得全部的审批,就先行开展了营业活动,那么实际上是处于一种违法的状态。

核准登记旨在通过商事登记,解决民事主体向商事主体身份转换的问题,使其商事主体的身份合法化。<sup>[3]127</sup>从公私法领域来看,核准登记应属于私法领域范畴。企业的商事主体资格应以核准登记时的注册证或企业登记薄的记载为证明。从公私法领域来看,营业执照的颁发则属于公法领域的问题。<sup>[6]</sup>通过营业登记赋予商主体营业资格和营业能力,营业执照的颁发表明企业已合法取得营业资格和营业权。“先照后证”制度实施前,商主体资格与营业资格的统一模式在实践中引发了越来越多的问题。“先照后证”制度改革后,我国开始实施商主体登记与营业登记相分离的制度模式,但这种部分分离模式依旧没能还原营业执照的本质功能。商主体在领取营业执照之后,从事特殊经营项目活动,仍需取得相应的行政许可或审批后方可进行生产经营之活动。因此“先照后证”制度改革只是将营业执照的“双重”证明功能,即证明商主体资格和营业资格,异化为仅承载着证明商主体资格的功能。但是,在理论上,营业执照仅作为取得营业资格的凭证,而不作为取得商主体资格的凭证。由此可见,部分分离主义的登记模式存在不可避免的逻辑混乱和功能错位。

鉴于商事登记主体资格与经营资格部分分离模式引发的理论矛盾及实践问题,我国应在此基础上进一步深化改革,实行商主体登记与营业登记全面分离的制度模式。商事组织者在取得经营资格后,即可进行经营活动,工商部门不再登记经营范围,即便经营范围事后变更,也无需进行变更登记。经营范围属营业自由范畴,商主体有权在合法范围内自由经营。但对于国家依法禁止的项目、企业不得经营的项目,商主体办理相关许可手续后才可进行经营活动。

### (二) 明确商事登记的主体标准

实行商主体登记与营业登记完全分离的模式,如上文所述,意味着营业登记完全剥离于商事登记,商事登记确认力效力仅及于商主体登记。对此,我们需具体明确哪些商主体属于登记范畴,登记机关应对其进行登记。

从现行立法来看,我国依然采取强制登记主义。目前,我国对商主体基本上都要求进行商事登记,该登记模式大大增加了商主体的设立负担,同时也浪费行政资源。纵观世界各国,许多立法技术先进的国家从“私法自治”的理念和“营业自由”的基本原则出发,采取折中主义的登记模式,即强制登记主义与任意登记主义相结合。我国也可以效仿他国的立法技术,采取折中主义登记模式来确定商事登记的主体范围。法人作为法律拟制的主体,必须经过登记,才具备民事主体资格。所以,法人只有经过登记,才可以成为商主体。各国商事登记中,设立商法人时,不仅进行主体登记,还需进行营业登记。而对于合伙企业、个人独资企业、个体工商户、流动商贩等,大多数国家采取任意登记主义,免于商事登记。因为作为自然人,他们出生即取得民事主体地位。在我国,对于合伙企业、个人独资企业、个体工商户、流动商贩也可遵循营业自由原则,无需进行商主体资格确认登记。

对于合伙企业,根据《合伙企业法》的有关规定,营业执照的颁发日,就是合伙企业的成立日期。合伙组

织是否可以“合伙企业”名义从事营业活动,取决于合伙组织是否依法领取了营业执照。但合伙组织的客观存在,并不以登记为成立要件,其只要出具有效的合伙协议及合法的共同出资即可形成合伙。退一步来看,未经登记的合伙人以“自然人”名义进行经营活动,其交易结果也是由全体合伙人共同承担,这与以“合伙企业”名义依法从事交易所承担的结果并无差别。<sup>[1]98</sup>因此,登记与否,并不影响合伙企业取得商主体资格。

对于个人独资企业,企业主的自然人身份也是依出生而自然取得,未进行商事登记前,其只要具备相应的行为能力即可参与经营活动。个人独资企业登记的意义在于,其不仅以简单的自然人身份进行交易,而是可以企业的身份进行交易活动,但登记与否并不影响其最终承担交易结果的方式,均由商主体以其全部财产对该交易结果承担无限责任。<sup>[1]95</sup>因此,对于个人独资企业,我们也不必对其进行强制登记。

对于小商贩,根据《促进个体私营等非公有制经济发展的通知》相关规定,农村流动商贩不进行工商登记,对其实行备案制即可。<sup>[7]</sup>但对于城市小商贩却未进行明文规定,但城市小商贩与农村小商贩并无本质上的差异,也应免于登记,实行备案制。城市小商贩与农村小商贩一样,存在数量多、流动性强、经营期限和方式不特点等特征,若对其实行强制登记,一来增加工商登记成本,二来增加小商贩的经营成本。再者,城市小商贩与农村小商贩一样都是自然人主体,具有经商自由,其作为商人地位的身份无需经过登记获取。

对于个体工商户,根据现行立法,其若想取得个体工商户资格,也必须进行工商登记。与小商贩一样,个体工商户同样通过个体劳动进行生产活动,其与小商贩并无实质意义上的区别。即便进行工商登记,其也不能以企业形式进行生产经营,最终还是以个人或家庭财产承担责任。个体工商户实行登记制取得的商主体资格,有别于以企业形式生产经营的法人、合伙企业和个人独资企业,考虑是否登记,对其实际经营没有带来太多效益。并且,长期以来实行的登记制给个体工商户带来很多不必要的负担,比如行政事务性收费、各种摊派罚款等。因此,对于个体工商户,也应免于登记,实行备案制。

### (三) 加强事中事后监管

实行商主体登记与营业登记完全分离模式后,营业登记从商事登记事项中剥离出去。此举简化了商事登记程序,大大提高了企业设立效率,减少企业设立成本。但这种“宽入”准则,绝非“放任”,更需“严管”,防止“宽入”后监督管理不到位。同时,政府应转变监管理念,摆正“有限政府”的地位,坚守“服务为本”的监管理念。加强事中事后监管,需要建立一系列配套制度,保障行政监管科学有序进行。

建立一套现实可行的备案制度。对于合伙企业、个人独资企业、小商贩、个体工商户实行主体资格任意登记制后,对他们采用备案制。因此,要建立一套现实可行的备案制度,明确各主体备案要素。备案制下的登记不同于商事登记,是一种以自然人身份信息备案,通过身份信息备案对自然人的生产经营进行监督,如果出现問題,备案信息记载的经营主体承担相应责任。<sup>[1]102</sup>因此,建立一套完善的备案制,是加强事中事后监管的重要保障。

建立合理的抽查制度。首先,应当制定合理的抽查事项清单,以法定程序对事项清单进行抽查。然后,确定合理的抽查比例与频率,兼顾行政效率与有序监管。推广“双随机”抽查,细化审查程序,规范涉密信息。<sup>[8]</sup>对于抽查过程中存在的监管衔接方面的问题,应明确权限,防止监管部门和人员滥用自由裁量权。最后,建立执法检查人员名录库,从名录库中随机选取检查人员。

## 四、结语

经过“先照后证”制度改革,我国结束了长期以来实行的商主体资格与营业资格相统一的制度模式,是简化工商行政审批、提高企业设立效力的重要举措,但同时也弱化了商事登记确认力。为了更好的建立社会秩序,维护登记申请人和第三人的合法权益,我们需尽快完善商事登记确认力相关规定。文章建立在专家学者研究的基础上,同时借鉴国外的先进制度与理念,提出自己的见解,希望可以成为商事登记确认力相关规定的完善贡献微薄之力。

**参考文献:**

- [1] 冯翔.商事登记效力研究:第一版[M].北京:法律出版社,2014.
- [2] 王令浚.商事登记法律制度研究[D].北京:对外经贸大学,2007:66.
- [3] 刘训智.商事登记统一立法研究:第1版[M].北京:中国政法大学出版社,2015.
- [4] 周友苏,严姣.商事登记制度“先照后证”改革的商法思考[J].中国商法年刊,2013:212.
- [5] 张学文.商事制度改革背景下商事登记效力的变迁[J].福建论坛(人文社会科学版),2016(12):131-137.
- [6] 蒋大兴,章琦.从统一主义走向分离主义:企业登记效力立法改革研究[J].南京大学法律评,2000(2):67-79.
- [7] 关于发挥工商行政管理职能作用促进个体私营等非公有制经济发展的通知:工商个字[2005]39号[A/OL].(2005-3-21)[2017-10-15].[http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=90973](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=90973).
- [8] 魏社敏.关于商事登记制度改革背景下“双轨抽查制”的探讨[J].工商行政管理,2014(6):60-61.

**Analysis of Weakening of Confirmation Force of Commercial  
Registration under "License First, Operating Permit Second" System**

FAN Yinfang<sup>1</sup>, ZHANG Xuwen<sup>2</sup>

(1.School of Law, Fuzhou University, Fuzhou 350108, China;

2. Fujian Academy of Social Sciences, Fuzhou 350001, China)

**Abstract:** The reform of the commercial registration system in our country has realized the change of the system from "Operating Permit First, License Second" to "License First, Operating Permit Second". "License First, Operating Permit Second" system, has a significant impact on the confirmation force of commercial registration, weakening the confirmation force of commercial registration. In order to better protect the rights of applicants for registration and third parties, it is necessary to analyze the reasons for and performance of the weakening of the confirmation force of commercial registration, on the basis of which the relevant provisions of the confirmation force of commercial registration are further improved to better protect the rights of applicants for registration and other related persons.

**Key words:** "License First, Operating Permit Second"; confirmation force; weakening; perfection

(实习编辑:赵 杨 责任校对:暮 晨)