

论商事登记中商主体资格与营业资格的合一与分离

柳妍妍

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年9月1日; 录用日期: 2023年9月14日; 发布日期: 2023年11月15日

摘要

几十年来我国的商事登记制度进行了一系列的改革, 先后经历了传统的证照合一阶段、先证后照阶段、先照后证阶段, 实现了从“统一主义”立法模式向“相对分离主义”立法模式的转变。在商事登记制度的改革过程中, 商主体资格与营业资格二者的关系也从统一转向不完全分离。但在实践中, 商主体资格与营业资格部分分离的关系引起了一系列的问题, 如监督主体与监管责任不清、营业执照功能错位、虚假登记现象泛滥等。以上的问题说明了现有的商事登记制度仅把商主体资格与营业资格做部分分离是不足以满足实践需要的, 因此本文主张重新审视商主体资格与营业资格二者的关系, 将商主体资格与营业资格做完全分离, 并在实践中对商事登记制度进行改革, 对不同的商主体进行登记的分流。

关键词

商事登记制度, 商主体资格, 营业资格, 完全分离主义, 登记分流

On the Unification and Separation of Business Subject Qualification and Business Qualification in Commercial Registration

Yanyan Liu

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Sep. 1st, 2023; accepted: Sep. 14th, 2023; published: Nov. 15th, 2023

Abstract

In recent decades, China's commercial registration system has undergone a series of reforms, which

has experienced the traditional stage of the unification of certificate and license, the stage of the first certificate, and the stage of the first license, and realized the transformation from the “unionist” legislative mode to the “relative separatism” legislative mode. In the process of reform of commercial registration system, the relationship between business qualification and business qualification has also changed from unity to incomplete separation. However, in practice, the separation of business qualification and business qualification has caused a series of problems, such as unclear supervision and regulatory responsibility, misalignment of business license functions, false registration phenomenon. The above problems show that the existing commercial registration system only partially separates the qualification of business subject from the business qualification is not enough to meet the practical needs. Therefore, this paper proposes to re-examine the relationship between the qualification of business subject and the business qualification, completely separate the qualification of business subject from the business qualification, and reform the commercial registration system in practice. The registration of different business entities is divided.

Keywords

Commercial Registration System, Business Entity Qualification, Business Qualification, Outright Separatism, Registration Diversion

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



1. 问题的提出

《公司法》第7条规定，“依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照”。从文义上对该法条进行解释，则营业执照是商主体资格登记的载体。但若仅对“营业执照”一词做文义解释，营业执照是工商行政管理机关发给工商企业、个体经营者的准许从事某项生产经营活动的凭证。从这个角度解读，营业执照是证明商主体具备营业资格的载体。2020年颁布的《商事主体登记管理条例(草案)》第3条又把营业执照看作是确认商事主体资格和一般经营资格的统一载体。由此对营业执照的功能就产生了以下争议，即营业执照究竟是商事主体资格的载体、营业资格的载体还是二者的共同载体。该问题的本质就在于理清商事主体资格与营业资格二者之间的关系。若商事主体资格与营业资格之间是合一的关系，则营业执照就可以作为二者的统一载体；若商事主体资格与营业资格是相互独立的两个主体，则营业执照就只能具备单一的功能。因此，为厘清商事主体资格与营业资格间的关系问题，本文分析两大立法模式的利弊，并结合我国商事登记制度的改革对二者关系的影响，试图探索出一条符合实际的处理商事主体资格与营业资格的路径。

2. 商主体资格与营业资格的理论基础

域外各国的商事登记制度起源很早，经过长久的发展，世界上主要形成了两大立法例：统一主义立法模式和分离主义立法模式[1]。并且世界各国的商事登记立法发展趋势从“统一”走向“分离”。我国的商事登记立法起步较晚，但总体发展的走向也顺应了“分离”的大趋势。

2.1. 商主体资格与营业资格的两种立法模式

对于商事主体资格与营业资格的关系，世界各国在商事登记制度中对二者的制度安排都不尽相同。有的国家将商事主体资格与营业资格的登记合二为一，在商事主体资格登记的同时完成营业资格的登记。也

有的国家将商主体资格与营业资格分开登记，规定二者登记的先后顺序。因此，对于商主体资格与营业资格的登记形成了两种主要的立法模式——“统一主义”立法模式和“分离主义”立法模式。

2.1.1. “统一主义”立法模式

在采取统一主义立法模式的国家，通常根据商主体类型的不同将商事登记划分为两套程序，即法人登记程序与非法人登记程序。对法人进行设立登记时，申请人的商主体资格与营业资格由同一个登记机关登记在同一个登记簿上，并颁发同一个文件来证明商主体资格与营业资格的登记效力。对非法人进行设立登记时，申请人仅需办理营业登记即可。美国是实行统一主义立法模式的典型代表。在美国，承担有限责任的公司，在各州州务卿办公室进行主体登记，取得法人资格，并由州务卿办公室颁发营业执照，同时确认营业资格。而对于非法人主体，如个人企业和普通合伙，由于他们不具备法人资格，企业中的自然人主体要对企业的债务承担无限连带责任，因此非法人企业的债务承担问题并不需要政府过多关注。所以，对于承担无限责任的非法人主体来说，它们只需要向其所在地的税务机关进行营业登记的申请，然后领取营业执照，获得营业资格即可[2]。

2.1.2. “分离主义”立法模式

分离主义立法模式是指由不同的登记机关将申请人商主体资格和营业资格登记在不同的登记簿上，并分别颁发商主体资格证明文件和营业资格证明文件以证明登记效力的模式。分离主义立法模式又可以进一步细分为完全分离模式和部分分离模式。完全分离模式是指登记机关向申请人颁发两本独立的证明文件分别证明商主体资格的设立与营业资格的设立，即登记证作为商主体资格的证明，营业执照作为营业资格的证明。相对分离模式是指对于只从事一般经营许可项目的主体而言，登记机关颁发的证明商主体资格设立的文件也具备证明营业资格的功能，登记机关也就无需再单独颁发证明营业资格的文件。因此，从事一般经营许可项目的商主体在获得商主体资格证明文件后即可正常开展经营活动。但对于从事特殊经营许可项目的商主体而言，登记机关对其颁发的主体资格证明文件的功能是单一的，只能证明商主体资格的设立，若想合法开展特殊经营活动，还需向政府等相关部门申请特定营业许可证。也就是说，在一般经营活动中，营业执照具备双重功能，即能同时证明商主体资格的设立与营业资格的获得。在特殊经营活动中，营业执照的功能是单一的，仅证明商主体资格的设立，而营业资格的获得则需持营业执照和相关材料向相关部门另行申请。

实行分离主义立法模式的典型代表是德国。在德国，商主体设立登记与营业登记是完全分离的，由两个不同的机构登记于不同的登记簿上，并且对规范二者的法律也做了完全区分。比如，商主体资格的登记机构是各州的初级法院，登记结果记载在商业登记簿上，由《德国商法典》进行规范。营业资格的登记机构是各工商管理局，由《德国公共秩序法》加以规范。

2.2. 我国商事制度的改革对二者关系的影响

我国的商事制度改革大体上可以党的十八大召开为界限，分为两个阶段：在党的十八大召开前，我国采取证照合一的商事登记制度；在党的十八大召开以后，为刺激市场经济的活力，我国开始探索证照分离的商事登记模式，并先后摸索出了先证后照和先照后证两个模式。在商事登记制度改革的不同阶段，商主体资格与营业资格二者的关系也随之发生变化。

2.2.1. 证照合一阶段

证照合一是指将信息采集、记载公示、管理备查类以及企业登记信息能够满足政府部门管理需要的涉企证件，进一步整合到营业执照上，使企业在办理营业执照后即能达到预定可生产经营状态。在证照合一措施下，企业在领取营业执照后就同时具备了商主体资格和营业资格，由此可见，我国证照分离的

改革措施恰好与统一主义的立法模式相对应。也就是说，在证照合一阶段，商主体资格与营业资格二者是关系是相统一的。

2.2.2. 证照分离阶段

证照分离是指针对与企业经营活动密切相关的许可事项，采取适当的管理方式将许可类的“证”与营业执照分离开来。证照分离中的“证”和“照”是市场主体进入市场的两把钥匙，其中，“证”是指许可证，即审批主管部门依法颁发给特定市场主体的凭证。“照”就是营业执照，即登记主管部门依法颁发给市场主体的主体资格证明。证照分离主要包括先证后照和先照后证两种具体情形。在先证后照措施下，商主体登记制度根据商主体不同分为两套不同的模式。对于从事一般经营活动的市场主体来说，只需要到登记机关领取营业证照即可同时获得商主体资格与营业资格。对从事特许经营活动的企业来说，在领取营业执照之前，这类主体需要先向相应的审批机关申请许可证。在获得许可证之后即意味着其具备了从事特殊经营活动的营业资格。然后再到登记机关领取营业执照，获得商主体资格。而先照后证措施与先证后照在一般经营活动上的规定是相同的，在特许经营活动上的规定有所变化。在先照后证措施下，市场主体应先由登记机关颁发营业执照，取得商主体资格。然后在向特定的审批部门申领许可证后在获得营业资格。由此可见，我国的证照分离阶段恰好对应部分分离立法模式，即商主体资格与营业资格是部分分离的。

3. 我国商事登记制度改革的弊端分析

从“证照合一”阶段的商主体资格与营业资格合一，再到“证照分离”阶段的商主体资格与营业资格部分分离。虽然这样的改革措施改善了部分实践中存在的证照办理问题，但笔者认为无论是“证照合一”，还是“证照分离”，在商主体资格与营业资格关系的处理上仍旧存在问题。

3.1. 商主体资格与营业资格合一的弊端

3.1.1. 统一模式的理论悖论

结合上述我国商事登记制度的改革以及德国立法例，可以得出：首先，商主体资格的取得是营业资格取得的前提。正如德国的权利能力和行为能力理论一样，商主体资格对应市场主体的权利能力，市场主体只有取得主体资格才享有准入市场的资格。营业资格则对应行为能力，市场主体只有在取得主体资格、准入市场之后才能享有从事生产经营活动的资格。因此，营业资格的取得以商主体资格的设立为基础。其次，营业资格的丧失并不必然导致商主体资格的丧失。对于这一点，我国法律已经做出了相关规定，营业执照被吊销仅意味着营业资格的丧失，法人的主体资格只有经过注销程序才会归于消灭。基于这两点分析，认定商主体资格与营业资格二者合一的观点与理论逻辑相悖。

从法律行为的性质上来看，商主体资格的设立属于行政确认行为，是登记机关对主体是否具有商主体资格这一事实的法律确认，登记机关只需要进行形式审查，审查该商主体是否符合法人成立的要件即可。而营业资格的取得属于行政许可行为，商主体在获得主体资格后，若要从事特殊的生产经营活动，就需要向相应的审批机关提交申请，审批机关进行实质审查，“拟从事的经营项目依法经过核准登记，法人即可以合法经营。”^[3]并且依照行政法的相关规定，行政确认行为与行政许可行为在发生的时间上通常有先后顺序，即行政确认行为在发生前，行政许可行为发生在后。商主体资格与营业资格相统一的模式下，商主体资格确认这一行政确认行为和营业资格这一行政许可行为却同时发生，这与理论上的逻辑相悖。同时，统一模式下，营业资格这一行政许可行为被纳入商事登记这一行政确认的范畴中，这一做法也违背了法理。

3.1.2. 统一模式的实践困境

在实践中，商主体资格与营业资格的统一不分会造成一些问题。一方面，若认为商主体资格与营业

资格是合一的，将会引起二者监督主体与监管责任的不清。商主体资格与营业资格的不分，使得主体资格与营业资格各自的内容界限不清，从而引发监管部门之间的相互推诿，监管责任不清的问题^[4]。另一方面，认定二者合一的做法还会导致特许行业准入门槛降低，造成市场行为乱象。在统一模式下，企业在进行商事登记时可同时获得商主体资格与营业资格，即企业只要满足商主体成立的形式要件即可获得主体资格与营业资格。而商主体的成立要件是很容易达到的，市场主体只要其符合了商主体资格的成立要件，也就获得了营业资格。这似乎将营业资格变成了商主体资格的附属品，对营业资格的审查要求也就变成了“空架子”，从而导致特许行业的市场准入门槛降低，市场经济秩序混乱。

3.2. 商主体资格与营业资格部分分离的弊端

3.2.1. 营业执照功能错位

营业执照功能错位这一问题自商事登记制度改革以来普遍存在。在统一模式的制度安排下，由于商主体资格与营业资格的统一性，营业执照就担负着商主体资格与营业资格的双重证明作用。在我国现行的部分分离模式下，营业执照也承担着证明一个企业具备商主体资格与从事一般经营生产活动的营业能力的双重作用。但仅从文义上对营业执照这一概念进行解释，可以得出营业执照是指工商行政管理机关发给工商企业、个体经营者的准许从事某项生产经营活动的凭证，即营业执照在理论上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。因此，统一模式和现行的部分分离模式都不可避免的存在营业执照功能错位的问题，营业执照功能急需正确归位。

3.2.2. 商主体的营业自由受限

以是否需要国家特别审批为依据，我国的企业经营项目可以分为一般经营项目和许可经营项目。一般经营项目无需批准，企业可以自主申请。许可经营项目是指企业在申请登记前依据法律、行政法规、国务院决定应当报经批准方可经营的项目。许可经营属于行政许可，因此许可经营的范围应当与行政许可的范围相同，根据《行政许可法》的相关规定，行政许可的范围有“直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项等等其他法定事项”。从该规定可以看出，法律对许可经营的范围规定的很抽象，政府在许可经营项目的范围限定上享有较大的自由裁量权。在相对分离主义模式下，对于从事一般经营项目的主体来说，只需要在符合商主体设立的条件后向登记机关申请营业执照，然后即可具有从事一般经营项目的资格。然对于想从事许可经营项目的主体来说，除了需要向登记机关申领营业执照确定自己的商主体资格外，还需要获得相关部门的审批许可，由此颁发营业许可证，方可进行营业。而法律规定对许可经营范围的抽象性规定，给政府留下了较大的自由裁量权，即当政府基于某种考虑决定对某个领域实施管制时，其可凭借抽象的自由裁量权将该领域设定为需要额外获得审批的许可经营范围，由此市场主体的营业自由就容易受限制。

4. 现有商事登记制度的完善建议：建立完全分离模式

无论是过去的证照统一、先证后照，还是现行的先照后证，在商主体资格与营业资格二者关系的处理上都存在一定的不当之处，因此，笔者认为应当在现有的商事登记制度的基础上进行完善，使得商主体资格与营业资格形成合理正当的关系。

4.1. 改革现有商事登记制度

4.1.1. 部分商主体主体资格登记豁免

我国现有的商事登记制度采取强制登记主义原则，即“任何单位或者个人不得违反法律、法规、国

务院决定的规定，从事无证无照经营”。我国商主体资格的全面强制登记与世界各国的商事登记立法的大趋势是不符的，并且全面强制登记在实践中也存在许多问题。

大多数国家都是在采取强制登记主义制度模式的同时，辅以任意登记主义的做法。比如，德国的小规模经营者的登记是自由的，登记与否完全凭借自身的意愿，因为该类经营者的经营模式简单，经营规模小，其经营活动有很大程度的自由而无需经过法律的强制性审查[5]；日本在2005年的《商法施行规则》中规定，营业额小于50万日元的，属于小商人，不适用商事登记的规定[6]。全方面的强制登记主义也与我国的商事实践出现了脱节。比如，对小商人群体来说，他们的规模小、流动性强，统一采取法定强制登记的可操作性不强，并且小商人群体本身进行登记的意愿也不强，从而会增加登记的难度。因此，笔者认为，可以对部分商主体进行主体资格登记的豁免，既能顺应世界立法趋势、与我国实际接轨，也能便于逐步分离商主体资格与营业资格。

要建立部分商主体资格的豁免制度，首先要明确主体资格登记豁免的范围。我国法定的商主体主要有公司、合伙、国有企业、集体企业、外资企业、个人独资企业等企业经营者以及个体工商户、个体电商等自然人经营者。学界对于商主体的分类存在“二元论”和“三元论”的争议。对此，笔者认为，将商主体划分为法人商主体和非法人商主体较为合适。对于商主体来说，登记主体资格是为了确认其商主体地位，从而确定商主体在生产经营中所生债务的承担人。非法人商主体不具有法人资格，非法人商主体的自然人负责人对非法人商主体的债务承担无限连带责任，政府无需担心非法人商主体的债务无人承担，因此，非法人商主体的主体资格登记并无意义，即便不对其登记，也能找到相应的自然人责任承担主体。故笔者认为对于非法人商事主体可以予以商主体资格登记的豁免。非法人商事主体仅需进行营业登记，领取营业执照，证明其具备营业资格即可。对于从事一般经营项目的非法人商主体来说，其应向所在地的工商管理部門申领营业执照。对于从事特许经营项目的非法人商主体来说，其应获得相对应的行政审批部门的批准后方可获得营业执照。

采取这样的构想可以在非法人商事主体的范围内初步实现商主体资格与营业资格的分离，就可以遵循“谁审查，谁许可，谁负责”的原则确定具体行为的监管主体，监管责任的界限也较分明。

4.1.2. 仅进行法人商主体资格登记

和非法人商主体不同，法人商主体具有法人资格，其财产是独立的，并且其投资人对公司的债务仅承担有限责任。因此，对法人商主体而言，商主体资格的登记是有必要的，在法人商主体资不抵债的事后，能够为债权人和法院确定责任承担的最终主体即法人本身。同时，法人商主体应向所在地的工商管理部門进行商主体资格的登记，颁发法人资格证以证明其具备商主体资格。笔者主张在此处引入“法人资格证”的概念而不是传统的营业执照，以法人资格证作为法人商主体获得商主体资格的证明文件。

4.2. 构建法人经营许可管理制度

正如前文所述，法人的经营活动可以分为一般经营活动和特许经营活动，因此，在构建法人经营许可管理制度时也应按照这个分类采取不同的制度。

4.2.1. 一般经营许可资格的确定

经营范围属于一般经营事项的，法人商主体无需再向其他机关申请经营许可。因此，对于从事一般经营事项的法人商主体来说，其在取得法人资格后，就自然获得经营许可权。为了保证行政效率的高效和程序的简便，笔者认为，该类法人商主体在符合主体资格成立条件后，即可向其所在地的工商管理部門同时申领法人资格证和营业执照。其在进行生产经营之后，也继续由工商管理部門对其经营动态进行监管，如果发现有违法行为，工商部門亦可依法对其做出行政处罚。

4.2.2. 特殊经营许可资格的确定

如果法人商主体的经营范围属于特许经营项目,比如食品生产经营产业、证券公司、保险公司、药品销售公司等等,在经过工商登记机关确认其法人资格、颁发法人资格证后,还应向相应的行政审批部门^[7](如安全生产监督管理局、证券监督委员会、保险监督委员会、药品监督管理局)申请营业执照,相应的行政审批部门应当严格按照《行政许可法》、《食品安全法》、《证券法》、《保险法》等法律法规的规定,对法人的生产场地、设施、技术人员、生产资金等进行实质审查,确保将不符合特许经营行业标准的法人拒之门外,以保障市场生产交易安全。法人商主体在获得审批后即可向相应的行政审批部门申请,并申领营业执照以作为其具备特许经营行业经营资格的证明。从事特许经营行业的法人商主体在通过行政审批后,还必须接受相应行政审批机关的动态监管,如有违法行为或者不符合法定的经营条件的,应当由做出经营许可的职能部门做出相应的行政处罚,如吊销营业执照等。

4.3. 建立全面分离主义立法模式

正如前文第三章的分析,统一主义立法模式与部分分离主义立法模式均存在弊端,统一主义立法模式下,存在法律逻辑上的悖论以及实践中监管主体不清等重大问题,因此,我国摒弃统一主义的立法模式而转向分离主义立法模式。但我国采取的是“部分分离”模式。部分分离模式与统一模式相比有很大的进步性,但仍存在弊端。在部分分离模式下,营业执照功能的错位仍旧没有得到矫正,并且公权力的过度介入使得商事登记的公法化倾向明显。商主体的营业自由大受限制。因此,为了寻找到一个合适的处理商主体资格与营业资格关系的方法,应在我国建立起全面分离主义模式,把商主体资格与营业资格完全分割开来,用不同的证明文件来分别证明商主体资格与营业资格,明确主体资格登记与营业资格登记的监管主体及监督责任。对此,笔者对商主体进行了重新分类。首先,根据责任承担的有限性与无限性为依据,将商主体分为承担无限责任的非法人商主体与承担有限责任的法人商主体。其次,根据生产经营项目是否需要获得审批许可为依据,将商主体进一步划分为从事一般经营活动的商主体和从事特许经营活动的商主体。在上述分类的基础上,实行一般经营活动的非法人商主体仅需到工商登记机关领取营业执照,即可从事一般经营活动。实行一般经营活动的法人商主体需要到工商登记机关同时领取法人资格证与营业执照,然后就能从事一般经营活动。从事特许经营活动的非法人商主体仅需向相应的向审批机关提出申请,在审批机关进行实质审查后颁发营业执照即可从事特许经营活动。从事特许经营活动的法人商主体首先需要到工商登记机关申领法人资格证,确定法人主体地位。然后向相应行政审批机关申请,颁发营业执照后即获得营业资格。各部门的职能也较为明确,工商登记机关负责法人资格登记和一般经营活动的审批和后续监督。各行政审批机关负责特许经营项目的审批和后续相关事项的监督。笔者认为该分类虽然仍会有一定的缺陷,但和部分分离模式相比,还是有一定的进步之处。

5. 结语

我国商事登记制度历经了多次改革,但现行商事登记制度仍存在一定的弊端。本文分析了各阶段商事登记制度的优劣。不可否认,“先证后照”制度在一定程度上化解了证和照混合、互为前提的矛盾,也起到了简化工商行政审批、提高企业设立效力的作用。然其无法避免商主体资格与营业资格相分离的弊端。本文分析了我国历来的设立登记模式的不足,例如营业执照功能错位;商主体行动自由受限;监管主体和监管责任不清等问题。要解决上述问题,前提就是要将商主体资格和营业资格完全分离,建立完全分离模式。具体来说,首先,要改革现有商事登记制度。豁免部分商主体登记,仅对法人商主体资格进行登记;其次,构建法人经营许可管理制度,明确一般经营许可资格与特殊经营许可资格的主体范围。通过上述完善措施的执行,我们既能理顺设立登记制度的各项理论,又能有效地使设立登记制度服务于商主体。

参考文献

- [1] 陆晓瑜. 论商事登记中的商主体资格与营业资格[J]. 湖北警察学院学报, 2014(9): 99-106.
- [2] 赵万一, 主编. 商事登记制度法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 220.
- [3] 谢欣华. 浅议中国企业登记中的前置审批制度[J]. 法制与社会, 2012(2): 43+57.
- [4] 顾功耘. 商主体营业资格应与主体资格相分离[J]. 扬州大学学报(人文社会科学版), 2011, 15(2): 30-33.
- [5] 石少侠, 李镇. 论个体工商户商事登记义务之豁免[J]. 经济纵横, 2021(1): 122-124.
- [6] 近藤光男. 日本商法总则商行为法[M]. 梁爽, 译. 北京: 法律出版社, 2016: 17.
- [7] 李克武. 我国公司登记机关职责之划分: 现状检讨与应然选择[J]. 法学评论, 2011(4): 38-46.