

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.02.006

自由贸易试验区商事登记制度构建现状、 反思及展望 ——从自由贸易港商事制度建设启示视角分析^{*}

荣振华¹ 刘阳阳²

(1. 大连医科大学, 辽宁 116644; 2. 上海对外经贸大学, 上海 201620)

摘 要: 2017年初,我国已形成“1+3+7”网格性自由贸易试验区发展格局,十九大为自贸区提出了进一步的改革目标,赋予自贸区更大改革自主权,探索建设自由贸易港。然而,我国自贸区在商事登记制度构建过程中,出现诸如规范性文件多而相关法律规定少、商事登记改良措施多而创新制度少等问题,这些问题没有在制度层面予以破解,可能会成为自由贸易试验区向自由贸易港发展的制度障碍。本文对自贸区商事登记制度发展现状的诱因进行剖析,提出国家层面对自贸区商事登记进行宏观立法,使我国自贸区商事登记制度形成法律制度合力,避免商事登记制度因区域盲目创新而误入朝底竞争,同时重构商事登记理念,以私法自治为基点,进一步弱化和让渡商事登记过程中政府行政职能,使商事登记制度对标国际标准,以商事登记制度创新与突破促进自贸区向自由贸易港快速发展。

关键词: 商事登记;“超时默认”和“缺席默认”;法律责任倒查机制;自由贸易港;容缺受理
中图分类号: F745 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2018)02-0064-12

一、问题的提出

自由贸易试验区商事登记法律制度的尝试与改革,改善了自由贸易试验区营商环境的同时,其制度溢出效应也促进全国范围内相关商事制度的变革。例如,上海自由贸易试验区率先试行外资准入负面清单管理登记模式,此项商事制度改革不仅促进了上海自由贸易区经济发展,而且还复制推广至全国其他地区,并在全国推行一种“非禁即入”的负面清单管理模式,引发政府职能转变之改革,^①甚至倒逼我国三资企业法相关条款的修订。可见,自由贸易试验区在商事登记制度上的某些先行先试创新经验,在某种程度上的确发挥出“以开放促改革,以改革促发展”之功效。我国为了加快推进自由贸易试验区的改革进程,2017年3月31日,国务院批复了第三批自由贸易试验区,使我国形成“1+3+7”网格性自由贸易试验区发展格局。同时,国务院对自由贸易试验区提出“以制度创新为核心,以可复制可推广为基本要求”的发展目标要

^{*} 本文系大连市社科联项目“大连推进自贸试验区商事法律制度构建研究”(2016dlskyo85)和大连市法学会2017年项目(DLFXH2017B003)的阶段性成果。

^① 龚柏华:中国(上海)自由贸易试验区外资准入“负面清单”模式法律分析[J].世界贸易组织动态与研究,2013(6)。

求，并在2017年十九大会议上为自由贸易试验区提出进一步改革目标：赋予自由贸易试验区更大改革自主权，探索建设自由贸易港。然而，在探索建设自由贸易港之前，必须弄清楚自由贸易试验区商事登记制度的现状以及存在哪些问题，并思考建设自由贸易港的商事登记理念是什么？自由贸易试验区还应做哪些商事登记的制度准备？上述问题不仅需要当前自由贸易试验区在商事登记制度建构过程中急需解决，而且也是其在自由贸易港建设过程中不得不破解的难题之一。

二、上海、广东、天津和福建自由贸易试验区商事登记现状盘点

（一）规范性文件引导居多而相关法律规定少

何谓“规范性文件”？我国立法层面并没有统一认知，主要观点有狭义和广义两种，前者是指法律、法规和规章以外的具有规范性的、适用于不特定对象的行政管理性文件。^①后者是指包括法律、法规和规章在内的具有普遍约束力的抽象法律文件。^②本文所指的是狭义的规范性文件。仔细盘点这4个自由贸易试验区的商事登记制度，不难发现，无论是在自贸区设立之初还是在其发展建设过程中，商事登记制度的构建以规范性文件引导为主，法律制度零星跟进为辅。至于专项商事法律制度规定，则一直处于缺位状态。

上海、广东、天津和福建4个自由贸易试验区在正式挂牌运营之前，国务院根据各自由贸易试验区地理位置、资源禀赋和战略发展目标不同，发布了各试验区总体方案的规范性文件，并在文件中搭建了各试验区未来法制建设的框架。虽然各自自贸区总体方案的框架比较相似，但是具体内容和制度设计详略还是有所不同的。仅就商事登记制度而言，广东自由贸易试验区总体方案中，关于商事登记的制度设计偏向于微观，具有可操作性。而上海、天津和福建的总体方案，关于商事登记的制度设计，则侧重于宏观或中观政策的语言表达。^③

在自贸区建设过程中，上海等4个自贸区分别出台了若干规范性文件，从不同视角对企业登记事项做出规定，例如，2013年9月上海市工商行政管理局发布《关于中国（上海）自由贸易试验区内企业登记管理的规定》，对自由贸易试验区内设立公司的注册资本认缴登记制作出具有可操作性的规定。再如，广东自贸区在2017年2月发布《中国（广东）自由贸易试验区南沙新区片区商事主体简易注销登记暂行规定》，共14条，详细规定了商主体简易注销登记流程，构建便利、快捷、有序的市场退出机

①《国务院办公厅关于进一步规范部门涉外规章和规范性文件制定工作的通知》、《农业部规范性文件管理规定》、《财政部规范性文件制定管理办法》、《四川省行政规范性文件制定和备案规定》、《浙江省行政规范性文件管理办法》等所界定的规范性文件，都是狭义的“规范性文件”。

② 黄金荣，“规范性文件”的法律界定及其效力[J]，法学，2014(7):10-12。

③ 以上海和广东对比为例，《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》在主要任务和措施中，第一项任务是加快政府职能转变，在这项任务中，提到改革创新政府管理方式，按照国际化、法治化的要求，积极探索建立与国际高标准投资和贸易规则体系相适应的行政管理体系，推进政府管理由注重事先审批转为注重事中、事后监管。建立一口受理、综合审批和高效运作的服务模式，完善信息网络平台，实现不同部门的协同管理机制。第二项任务中是扩大投资领域的开放，主要是在外商投资方面探索建立负面清单管理模式和备案管理制度。而《中国（广东）自由贸易试验区总体方案》在主要任务和措施中，第一项任务就是建设国际化、市场化、法治化营商环境。这项任务由三方面中观制度支撑。即优化法治环境、创新行政管理体制、建立宽进严管的市场准入和监管制度。并在每项中观制度中都详细列明微观操作措施。

制。采取类似改革措施的还有福建省自由贸易试验区福州片区。^①

同时,国务院也陆续出台多个规范性文件,进一步引导自由贸易试验区的改革开放。仍以上海为例,国务院在2015年4月印发《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》,从负面清单、社会信用体系、信息共享、企业年度报告公示和经营异常名录等制度入手,引导企业登记全面改革。2017年3月,国务院印发《全面深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》,在此方案中,明确指出建立更加开放透明的市场准入管理模式、全面深化商事登记制度改革、全面实现“证照分离”等商事登记改革措施。

除了自贸区的专项规范性文件之外,国家和地方还发布与商事登记有关的全国性和地方性规范性文件,这些规范性文件同样也适用自贸区,例如,2014年国务院印发的《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》、2015年工商总局印发的《关于进一步推动企业简易注销改革试点有关工作的通知》、2016年国务院办公厅发布的《国务院办公厅关于加快推进“五证合一、一照一码”登记制度改革的通知》等,这些规范性文件引发全国规模的商事登记改革。地方政府结合中央文件,也出台相应地方规范性文件,这些规范性文件同样适用于自由贸易试验区,如天津2014年9月发布了《天津市人民政府关于加强市场监管体系建设的意见》,对公平准入注册登记制度、特定行业企业许可制度以及市场主体退出登记制度做出细化安排,这些细化的制度同样也适用自贸区,从而使自贸区处于在“多重规范性文件”中开展相应商事登记改革的状态。

与错综复杂且名目繁多的规范性文件相比,自由贸易试验区的法律则显得单薄。上海等4个自由贸易试验区为了使自贸试验区工作能够有序地推进,在未挂牌运营之前,便发布了自由贸易试验区管理办法,^②如上海2013年10月发布了《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》,共7章39条,其中在商事登记方面主要明确了注册资本认缴登记制、实行先照后证登记制度、外商投资负面清单和备案制度^③、一口受理机制、动态监管机制、企业年度报告公示、信用信息制度和监管信息共享等,从事前准入到事中事后监管对商事登记进行了框架性的引导。虽然这些制度并非上海自由贸易试验区首创,但是这个规章却是上海人大进一步出台自由贸易试验区地方法规不可或缺的立法资源之一。

在自由贸易试验区建设过程中,上海等4个自由贸易试验区陆续发布了自由贸易试验区条例,^④但是这4个自由贸易区条例都没有对商事登记做出专章规定,仍在投资开放、

① 2016年10月21日,中国(福建)自由贸易试验区的福州片区管理委员会和福州市市场监督管理局发布的《中国(福建)自由贸易试验区福州片区企业简易注销登记管理办法(试行)》,该规范性文件有效期为2年。http://www.fuzhou.gov.cn/zfxgk/rmzfbm/bmxx01_3619/gkxx/201610/t20161027_1128714.htm。

② 上海、广东、天津和福建自由贸易试验区的地方政府,都发布了自由贸易试验区管理办法,到目前为止,上海和天津的自由贸易试验区管理办法已经失效。

③ 上海市政府为了更好地推行外商投资负面清单和登记备案制度,在2013年还发布了《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2013年)》(沪府发〔2013〕75号)、《中国(上海)自由贸易试验区外商投资项目备案管理办法》(沪府发〔2013〕71号)、《中国(上海)自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法》(沪府发〔2013〕73号)、《中国(上海)自由贸易试验区境外投资项目备案管理办法》(沪府发〔2013〕72号)和《中国(上海)自由贸易试验区境外投资开办企业备案管理办法》(沪府发〔2013〕74号)。

④ 2014年7月25日,上海市第十四届人大常委会表决通过《中国(上海)自由贸易试验区条例》,2015年12月24日天津市第十六届人大常委会通过《中国(天津)自由贸易试验区条例》,2016年4月1日,福建省第十二届人大常委会表决通过《中国(福建)自由贸易试验区条例》,2016年5月25日广东省第十二届人民代表大会常务委员会通过《中国(广东)自由贸易试验区条例》。

贸易便利和综合管理等章节中对企业登记进行散落式规定。还是以上海为例,《中国(上海)自由贸易试验区条例》(下称上海自贸区条例)共9章57条,涉及企业登记的法条共12条,其中第6条对行政管理进行原则性规定,要求简政放权、放管结合,并推行告知承诺制度。第12条至第17条主要规定了外商投资的登记制度,第36条、第39条至43条主要规定企业登记事中事后监管制度。从这些具体法条的表达不难看出,各自由贸易试验区的相关立法,不但没有对全国层面规范性文件的商事登记进行回应,而且还对商事登记进行了限缩理解,仅是对企业登记进行零星规定。之所以出现这种局面,主要是商事登记涉及公司登记、企业登记、个体工商户登记等等,这些登记事项涉及到行政审批等有关部委的行政权力,而且这些登记事项多数早被法律加以固化。而上海、广东、福建、天津等自由贸易试验区的行政级别及定位,导致其在商事登记制度立法改革上难逾雷池一步,只能进行地方性法规或规章的小修小补。

(二) 商事登记改良措施多而创新制度少

上海、广东、福建、天津等自由贸易试验区在商事登记制度的正溢出效应,为全国人民有目共睹,并在某种程度上成为其他地区效仿的榜样。以商事主体设立登记制度为例,它主要有三方面“创新”措施。首先是商事登记程序简便化,如广东省自贸区建立“一口受理、同步审批”的一站式服务模式,并在企业登记注册“三证合一”基础上,尝试“多证合一”。^①福建省自贸区创建网上审批信息共享机制,部分事项实施承诺备案制、探索行政审批与技术审查相分离机制,实施“容缺预审”制度。^②同时,福建省自贸区将复杂的投资项目审批手续,分为4个阶段,每个阶段采取“一表申请、一口受理、并联审查、一章审批”的做法,同时避免行政审批人为低效,实行“超时默认”、“缺席默认”法律责任倒查机制。^③其次是在注册住所上的一址多照和一照多址的创新,对于从事电子商务、软件开发等无需大面积生产经营场所的新兴行业企业,可以将同一办公场所中的具体编号的办公位置(工位号),登记为住所(经营场所),允许企业提供住所托管服务,将本企业住所作为多个企业住所进行集群登记。^④最后在商事名称核准上的创新。天津自贸区实施企业名称自主申报制,申请人按照企业名称登记规则,通过企业名称自主申报系统对拟定名称进行自主查询、比对、判断、申报。^⑤上海自贸区建立企业名称负面清单,制定企业名称登记审查规范,推广完善可选用名称库,并加强企业名称保护和支持力度。^⑥这系列措施的实施

① 广东省人民政府关于复制推广中国(广东)自由贸易试验区首批改革创新经验的通知(粤府[2015]127号),提出推行行政审批标准化,编写行政审批办事指南和业务手册,优化、重组审批服务流程,减少不必要的环节和申请材料,细化量化审批裁量标准。在此基础上,依托实体、网上综合政务服务平台,实行审批和服务事项“前台综合受理、后台分类审批、审批限时办量、统一窗口出件”的“一站式”高效服务模式。

② 容缺预审制度就是在“一口受理”时,原则上申报材料要齐全,但是部分材料有所欠缺的情况下,为了提高工作效率,可以提前进入审查流程,同步推进,联合审批。

③ 福建自贸试验区办公室.案例2:投资体制改革“四个一”——从“并联审批”到“综合审批”[EB/OL].福建自贸区实践案例专栏[2017-05-01].<http://www.china-fjftz.gov.cn/article/index/aid/2446.html>.

④ 省人民政府关于进一步复制推广中国(上海)自由贸易试验区改革试点经验的若干意见[J/OL].麻江县人民政府官网[2017-05-01].http://www.majiang.gov.cn/xwzx/ldhd/201612/t20161209_1534899.html.

⑤ 天津市政府关于转发市市场监管委拟定的中国(天津)自由贸易试验区企业名称自主申报登记管理试行办法的通知。

⑥ 2016年11月22日,上海市工商行政管理局关于在浦东新区和自贸试验区开展企业名称登记改革试点的若干意见。

施,使企业名称登记程序简化,除了涉及前置审批事项,或者企业名称核准与企业登记不在同一机关外,企业名称不需要再预先核准。

然而,冷静剖析这4个自由贸易试验区的商事登记制度不难发现,这些商事登记制度中的“多数措施”并非自由贸易试验区原创,只能称其为“广东省和福建省等省市商事登记制度改革成果”的改良措施。广东省在2009年便开始了商事登记制度改革创新尝试,并在2012年11月14日和2012年11月29日分别发布《深圳经济特区商事登记若干规定》和《珠海经济特区商事登记条例》,对商事登记注册资本认缴制、证照分离、备案登记、信用信息平台、年度报告和经营异常名录等进行了详细的规定。基于此,当广东省被国家批复设立自由贸易试验区后,其向国家提出的自贸区建设的总体方案中,对商事登记制度的构建不仅系统化且具有可操作性,为此,广东省自贸区的商事登记法律制度改革在某种程度上具有体系性,但也只限于在其原有制度上进行微观操作改良。其他自贸区的商事登记制度改革也各有侧重。福建省因其在厦门市进行商事登记制度改革试点,并在2013年发布了《厦门经济特区商事登记条例》,也具有一定的制度基础,其商事登记制度改革侧重于在原有制度上进行某些制度结点的改良。上海自贸区是外商投资“负面清单”制度的探索者,因此,其在商事登记制度上的创新,主要集中在外商投资的负面清单制度上,至于一般商事登记制度创新,从其目前的地方法规来看,鲜有实质性创新制度出台。天津自贸区在商事登记制度地方立法创新上,与上海具有某些相似性——在一般商事登记制度上,鲜有实质性创新法律制度出台,但是,如前所述,其在商事登记微观措施改良上,确实取得了一些成果。

(三) 相关法律跟进不及时致使基层执法者与市场主体困扰多而制度收效甚微

从上文各自由贸易试验区的商事登记改革创新措施可以看出,自贸区商事登记制度变革,更多的是行政引导下的变革,或者可以称为行政自我革命。从“三证合一”发展至“五证合一”再飞跃到“多证合一”的执照革命,从一表受理发展至承诺备案制再到“容缺受理”制度和“超时默认”、“缺席默认”法律责任倒查机制,自由贸易试验区在商事登记制度改革上不断推陈出新,但是这种行政引领的商事登记制度变革,不免出现碎片化局面,很容易沦为单纯满足执政者政绩需求,而忽视制度改革的整体性与系统性。诚如某些地方执法者所形容“行政创新眼花缭乱,执法干部忙得团团转”。^①以“多证合一”为例,由于地方政府追求“多”的最大数值,忽略这个“多”不仅仅涉及基层职能整合及配合,还涉及依法职权“法”的再修订,同时还关涉到商事主体对这些“证”的合一是否需求的问题,进而使基层执法人员忙于“部门之间职责的协调和政策文件的学习”,而商事主体并没有因为“多证合一”而实质受益,相反,却为那些与自己经营无关的证件而徒增困扰,或者增加营业执照获得的门槛。再以“容缺受理”为例,这项改革措施以提高行政受理效率为基点,优化行政受

^① 王利平. 地方制度创新的困境与路径——以福建自贸试验区建为例[J]. 中共福建省委党校学报, 2016(10): 70.

理服务，破解“群众办事难、审批效率低”的难题，受到了社会上的广泛关注。容缺受理是指行政机关在申请人主要申请材料齐全、符合法定形式且作出书面承诺的情况下，因申请人次要材料有欠缺，先予受理并进行审查的行为。^①从容缺受理的内涵可以推出，此行为本身已经启动了行政许可审查程序，既然是行政许可，便要依法行政，法不授权不可为，但是事实上，相关法律属于缺位状态。在容缺受理过程中，何谓主要申请材料？何谓次要申请材料？在相关立法没有厘清范围之前，行政机关又是依据什么进行自由裁量？如果法律不能对此进行确定性规定，行政执法人员只能消极执行，而相关市场主体也会对行政执法人员的执法行为心生不满。

商事登记制度改革的核心是激发市场活力，优化服务，营造良好的商业环境。激发市场活力是从商主体需求视角考量，商主体对商事登记需求是什么，而行政引导下的商事登记改革是否符合商主体需求，这是我们急需考证的问题之一。优化服务是从政府本身改革入手，而优化服务的改革是否能够为基层执法者所接受，并达到真正的“优化”，这种优化不是机构物理性整合，而是如何整合后产生化学聚变反应，达到真正的整合合力，这也是政府在商事登记改革需要反复斟酌的议题之一。然而，政府引导下的“碎片化”商事登记改革似乎并没有从双主体视角进行思考，而是忙于措施创新，进而使自由贸易区的商事主体处于不断地“非法被改革当中”，而从事商事登记的执法工作者，也在规范性文件引导下进行“执法工作”。

三、辽宁等新批复自由贸易试验区商事登记制度外部环境介绍

（一）后设与先设的自由贸易试验区政策环境是否统一的困惑

在上海、天津、福建和广东自贸区建设期间，国务院出台了若干规范性文件，而且在规范性文件中列明该文件所适用的区域范围，例如，国务院在2016年7月1日发布的《国务院关于在自由贸易试验区暂进调整有关行政法规、国务院文件和经国务院批准的部门规章规定的决定》（国发[2016]41号），以列表的形式明确在广东、天津、福建以及上海自由贸易试验区扩展区域，暂时调整《中华人民共和国外资企业法实施细则》等18部行政法规、《国务院关于投资体制改革的决定》等4件国务院文件、《外商投资产业指导目录（2015修订）》等4件经国务院批准的部门规章的有关规定。再如，2017年3月30日，国务院印发《全国深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》（国发[2017]23号），对上海自贸区各方面建设提出建设目标和制度引导，其中包括建立更加开放透明的市场准入管理模式、全面深化商事登记制度改革、全面实现“证照分离”等商事登记改革目标。这些规范性文件的效力，是否扩张适用到辽宁等新批复的自贸区，到目前为止，没有国家层面的规范性文件发布，致使辽宁省等新设自贸区可能在建设之初，便面临着国家政策不均衡的不利局面。

^① 李兴正. 关于行政许可容缺受理制度在法律层面上的思考[J]. 中国质量技术监督, 2016(5): 62.

（二）地方商事制度法规或政策对自由贸易试验区创新之隐性制约

虽然自由贸易试验区为国务院批复的特殊经济区域，但是不能忽略的一个事实是，这些自贸区在地理位置上属于地方，其改革创新方面必然要受制于地方法律、商事文化等诸多社会因素影响。这也是在国家同一政策引导下，各自贸区商事登记制度发展不均衡的主要原因之一。以广东为例，在广东自由贸易试验区没有批复之前，广东省就已经在商事登记方面进行了探索性改革，如前所述，其拥有两个地方性商事登记立法，并且形成了以优化商业登记服务为理念的商事登记环境，基于此，广东自由贸易试验区向全国“复印”并推广了诸多商事登记制度，并在2015年尝试探索“多证合一”商事登记理念，同时对自贸区的改革诉求明确，也有利于中央对其进行政策的扶持，符合先行先试的自由贸易试验区发展理念。

而辽宁省等后批复的自由贸易试验区，不具有广东等自贸区的地方外部制度环境，在其发展过程中，不可避免地会出现自贸区的商事制度创新与地方法制相冲突。以商事登记住所改革为例，辽宁省政府在2014年8月1日施行《辽宁省简化市场主体住所登记条件暂行规定》，在其第3条要求商事主体申请住所登记时，申请人向工商登记机关提交住所合法使用证明材料后，即可予以登记，其中是自有房产的，提交房屋产权证明，租（借）用房屋的，要提交租（借）用协议以及出租（借）方的房屋产权证明。由产业园区、创业基地等提供住所的，提交园区管委会出具的住所证明文件。第4条规定，如以住宅为住所登记的，还要经利害关系的业主同意。这个规定属于地方规章，规范辽宁省范围内的所有商事主体。然而，与前述其他自由贸易区住所登记改革相对比，辽宁省这一规章还是偏重于市场安全，具有一定的政府在市场中的家父主义情结。显然，辽宁省自由贸易试验区在未来商事登记法律制度改革中，会突破这个规章框架，进行改革创新。然而这个突破是对地方现有立法的突破，虽然国家鼓励自由贸易试验区先行先试，但是这种先行先试是在“于法有据”的前提下进行的，否则，我国也不会在上海、广东、天津和福建自由贸易试验区筹建运营之时，由全国人民代表大会开创“因事因地”^①立法模式。因此，地方政府原有的商事登记法规或政策，也是自贸区创新发展过程中不可忽视的隐性制约之一。

四、自由贸易试验区商事登记制度发展现状反思

为什么自由贸易试验区商事登记制度改革会出现上述现象？不可否认，自贸区商事登记制度改革过程中，某些制度的确需要政府这个外力启动才能推行，同时也需要灵活性强且生成成本低的规范性文件穿插其中，从而使改革中的行政职权有所依据。但是，政府和规范性文件只是商事登记制度生成与实施中的部分因素，我们必须透视这些现象，看到商事登记制度改革的内核因素，否则制度改革创新必然会陷入多样现象的泥潭，进而形成上述“商事登记改革措施日新月异，执法者与市场主体无所

^① 所谓“因地因事调整”是国家针对特定地区或者特定事项改革创新先行先试的需求，需要在特定区域内调整实施有关法律，甚至暂时停止适用有关法律，对法律是行使局部的、临时的调整。参见：贺小勇. 上海自贸试验区法治建设评估与展望[J]. 人民法治, 2016(12): 16.

适从”局面。如果自由贸易试验区以此种商事登记立法与执法状态步入自由贸易港建设，只能使自由贸易港在商事登记方面快速地陷入“制度适用僵局”。

（一）商事登记属性思考缺位致使制度创新呈现“碎片化”

如前所述，各自贸区不断出台各种商事登记制度创新措施，有的是在国家引导下进行上下联动创新，如多证合一，有的是根据自贸区发展情况，进行有针对性的创新，如名称核准程序的简化。而且每项措施背后都有若干个规范性文件的跟进，致使基层执法部门隐入规范性文件的丛林中，缺乏对商事登记内涵及属性的思考，这个结论可以从前述中央文件表达与地方改革措施供给“错位”中得以证成。何谓商事登记？其与企业登记是怎样一种关系？商事登记具有怎样的属性？如果商事登记制度创新的过程中，没有对这些关涉商事登记基本概念和本质属性进行深入思考，只能使我们的改革沦为“头痛医头、脚痛医脚”的碎片化措施改良之中。而且这种碎片化的改革，也极易使各个自由贸易试验区进入“制度创新的朝底竞争”——“你新我异，你有我特”的局面。为此，需要透视这些商事登记措施，找到商事登记制度存在的制度价值。首先从商事主体的需求视角反思，商事登记对于商事主体而言，其属于何种属性的行为？商事登记源于一种习俗性的产权制度，其并不是出于任何人或者组织的理性设计，而是一种自发秩序形成的结果。^①商事登记只不过是私权确认与信息统计功能的结合。然而随着经济发展，商事登记的功能也不断扩张，其不仅仅是私权确认，还内含实现经济管制、市场准入、赋税和信息公示等公法属性，为此，有学者主张，商事登记属性为“公私混合行为说”。^②可见，商事登记的属性并不是一成不变，其随着时代的发展而被赋予不同的制度功能。从现在各国商事登记改革动向，以及市场主体的回应来看，^③商事登记属性向商事登记的起源属性回归，以商事主体的私权尊重为本位，兼顾市场安全。如果我们不能正确理解商事登记的属性，则会引发商事登记制度改革“只见树木，不见森林”，甚至会出现偏离改革初衷的“商事登记措施”。^④

（二）宏观法律引导缺位致使制度创新进入“瓶颈阶段”

截至目前，自由贸易试验区的商事登记制度改革，主要是地方政府主导与条约驱动的结合体，在商事登记改革中，地方政府不仅改革商事登记中商事主体权利义务，而且还改革政府职能范围，这就使政府在商事登记改革中既是推动者又是改革对象，这种双重身份，很可能使商事登记改革与商人实质需求相悖。而条约驱动的最大特点

① Bruce L. Benson, “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal*, 1989, 55(3): 644-661.

② 朱慈蕴. 我国商事登记立法的改革与完善[J]. 国家检察官学院学报, 2004(12): 18-20.

③ 商事登记制度改革激发全社会创新热潮，商事主体呈“井喷式”增长，截至2015年8月，深圳商事主体由改革前的不足100万，迅速翻番达到了200万，总量由此跃居全国大中城市首位（参见：李瑶娜. 商事登记制度改革引发“创业潮”深圳商事主体数量激增至200万[N]. 深圳晚报, 2015-10-26(A07)）。2015年3月20日，李克强总理到国家工商总局调研时，总局反馈商事登记制度改革后新登记的企业处于活跃状态的仅多于60%，近40%的企业没有正常经营，存在大量的“休眠”企业（参见：浙江省台州市工商局. 商事制度改革背景下市场主体登记注册信息失真现象研究[EB/OL]. http://www.360doc.com/content/16/0509/10/9851038_557482111.shtml）。

④ 有些地方将燃气经营许可证等涉及特定行业或特定所有制形式许可审批的“证”与营业执照合并，由于这些证的属性与营业执照为企业主体资格证明的属性不同，而且实践中，企业设立之初往往不具备办理此类许可的特定条件，将这些证与营业执照合在一起，反而提高了相关市场主体办理登记注册的门槛。参见：冯筱岑、魏磊. 推进“多证合一”改革必须注意的几个问题[N]. 中国工商报, 2017-06-13.

是我国参加某些国际组织,并签订某些国际条约,这些条约中的个别商事登记条款倒逼自贸区商事登记制度进行改革,这种个别制度改革是否与其他制度相契合,形成法律制度合力,则无法考量,而这一切都是因为国家相关立法缺位所引致。

制度创新最终要以法治为依归,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中指出,实现立法和改革决策相衔接,做到重大改革于法有据。然而,自由贸易试验区因为立法权局限的影响,其制度创新能力难以突破既有立法的障碍,实现以“法”趋动改革,尤其商事登记改革会涉及有关部委职权,地方立法不能越权对部委的职权进行重置,虽然国家不断出台国家层面的规范性文件对全国商事登记制度改革进行引导,甚至全国人大常委会授权国务院将三资企业法在上海、广东、福建、天津 4 个自由贸易试验区内暂停实施 3 年,但这种法律实施的调整犹如“达摩克利斯之剑”悬在外国投资者的头上,让其质疑规范性文件的稳定性和连续性,进而影响其投资决心。尤其随着自贸区队伍快速壮大,自贸区逐渐由稀有性向普惠性发展,并向自由贸易港转化,其所承载的战略目标,也必然由上海自由贸易区的“国家级开放战略”,逐渐演化为“区域发展空间战略”,直至“贸易的发展极”。^①面对这种扩张局面,国家层面的“先行先试”的实质性支持政策的含金量,必然会逐步消减。尤其是在商事登记改革制度,国家层面相关立法的缺位,必然会引发全国各自贸区商事登记改革的“创新朝底竞争”,如前述分析,从“三证合一”到“五证合一”发展到“十二证合一”^②和“十五证合一”^③飞跃至“二十二证合一”,^④商事登记在某种程度上可能呈现出追求“标新并异”政绩工程的盲目发展趋势。

(三) 商事登记国际接轨程度低引发未来发展空间受限

我国自贸区商事登记之所以陷入“改革措施丛林”,商事登记国际接轨程度低也是制度碎片化的主要原因之一。商事登记制度因其具有技术性特点,而成为各个国家效仿及移植的主要制度。如专项法律引导、便利的商事登记簿制度以及商事电子法律技术的应用等,为多数国家商事法律所采用。由于我国对商事登记制度理念认知的错位,致使我国在自由贸易试验区商事登记制度建设上秉持“特事特办”、“成熟一个推广一个”的发展模式。这种制度创建手段,虽然制度风险小,但体系性不足。投资者无法对自贸区商事登记具有系统化的认知,影响投资者的投资决策。如果秉持试验的理念来继续发展自贸区的商事登记制度,并将这种理念延续到自由贸易港的商事制度建设中,只能增加其他国家投资者对我国营商制度环境的误读。基于此,在商事登记制度构建的过程中,还要研磨其他国家及国际商事登记规则,进行借鉴与移植,以发挥法律的引导功效,而不是采取自由贸易试验区构建之初的“尝试性”的制度构建手段,这类制度生成方式在自贸区创设之初,具

① 查建国,李玉.深入学习贯彻十九大精神,积极推进自由贸易港建设[EB/OL]. 中国社会科学网[2017-11-13].http://ex.cssn.cn/gd/gd_rwhd/gd_zxjl_1650/201711/t20171113_3739971.shtml.

② 王文郁.沈阳商事制度改革将在自贸区先行“十二证合一”[N]. 中国消费者报, 2017-04-17.

③ 叶田,陈丝柳.江门创全国先河,发出首批“十五证合一”营业执照[EB/OL]. 江门人民政府网站[2017-02-24].http://www.jiangmen.gov.cn/zwgk/bdxx/201702/t20170224_766320.html.

④ 赵振杰.河南自贸试验区将全面实施“二十二证合一”改革[N]. 大河网——河南日报, 2017-04-30(02).

有一定的制度正效应,但在自贸区向自由贸易港探索过程中,必须要有稳定的商事法律制度做指导,才能吸引更多市场主体到中国进行投资。这一点,完全可以从德国汉堡自由贸易港、荷兰鹿特丹港、新加坡自由贸易港等运作模式中窥见一斑,这些自由港因诚信、法治、效率及严谨的执法政策而得到快速稳定的发展。

五、自由贸易试验区商事登记制度展望

(一) 立法理念: 根据商事登记属性构建分类登记理念

任何一项法律的创制都必然受制于一定的立法理念,它是指导立法制度设计和立法活动的理论基础和主导价值观。^①鉴于前述商事登记属性的分析,可以结合商事登记的不同属性进行分类立法,将商事登记分为一般商事登记和特殊商事登记。其中,前者仅需要取得营业执照,而后者还需要取得经营许可证。仅就一般商事行为而言,商事主体之所以选择登记,无非是为了实现营利目的,并在整个登记过程中,商事主体具有很大的自主性,并按照国家法律规定的能够成为商事主体的条件,积极准备资料,私权动机贯穿整个过程,而且一般商事主体从事商业活动,其能否实现营利目的,主要取决于市场“优胜劣汰”的选择,国家行政部门在登记结点的介入,更多的是确认与统计功能。特殊商事登记,除了营业执照还需要取得经营许可证,之所以称其为特殊,主要在于其所从事的行业,涉及到国家或公共利益,为此,需要行政部门的审查许可,从这个视角来看,特殊商事登记中行政机关的介入,不仅仅是确认与统计,还要有保障国家和公共利益安全之职责,因而特殊商事登记的确具有公法与私法混合之成分,因此,对于特殊商事登记,需要在许可环节加大事中事后监管行为。

通过上述对商事登记属性的分类认知可以梳理出不同的商事登记立法理念,即:一般商事登记行为是“优化服务,提供最便利的登记程序”,特殊商事登记行为则是以许可为基点,加强事中事后监管。以这个理念为出发点,商事登记的改革便拥有了体系性思维的起源地,商事登记的所有法律制度建设就不会出现杂乱无章的局面。

私法属性的认知,使我们对商事登记的理解,已不再是静态结点的结合,而是动态发展的过程,其不仅仅涉及商事主体设立登记,还涉及商事主体在运营过程中的变更行为,如股权变更、章程变更、住所变更等等系列变更行为也是私法行为,既然如此,法律只需要为其提供便利的变更路径,如网上变更或多点办理变更手续。由于各自由贸易试验区忽视对商事登记属性的反思,进而对商事登记倾向于静态理解,主要侧重于商事主体设立登记的改革,而忽视了商事变更登记和注销登记也是商事登记的一部分,这一点可以从上述各自贸区的商事登记创新措施中管窥一斑。

基于对商事登记的私法属性及动态特征的分析不难发现,商事登记法律制度构建的核心目标应该是减少商事登记的制度成本,最大化地保障私权权益的实现。以此目标为制度创新基点,则商事登记创新措施少了些盲目性,而体现出更多的结构性和系统性。

^① 高其才. 现代立法理念论[J]. 南京社会科学, 2006(1): 85.

而且这类系统的商事登记制度,也便于投资主体掌握与识别,进而能够吸引其他国家投资主体愿意到我国自贸区投资和开展贸易,有利于自由贸易区向自由贸易港建设发展,进而使在自由贸易港贸易的巨大附加值留在我国,促使商人愿意在我国开展投资活动。

(二) 国家层面: 自由贸易试验区立法并对商事登记进行专章规定

为了避免后批复的自贸区在建设初期便处于是否享有先批复自贸区优先权政策的踌躇且尴尬局面,同时也为了避免国家层面不断出台规范性文件“因事因地”调整商事登记改革,^①以及促进我国自由贸易港的发展,我国应出台全国自由贸易试验区立法,并在该立法中对商事登记进行专章规定,为自贸区和自由贸易港的商事登记提供专业有效、稳定可靠的顶层法治保障。^②

首先,在国家层面立法中明确商事登记的内涵及属性,并结合前述立法理念采取商事登记分类立法的形式。针对这两类商事登记设计不同的登记制度,一方面使行政部门在履行商事登记职责时,可以明晰自己的职责范围,做到有的放矢,另一方面也在国家立法层面,真正破解地方立法局限性对自贸区商事登记创新发展的制约。同时根据商事登记的私法属性,构建一般企业全程网上登记制度及商人登记簿的备案审查制度等以商人需求为导向的优化商事服务的法律制度。

其次,注意商事登记立法构建的动态性。商事登记不仅仅是设立登记,商事主体运营过程中还涉及变更和企业年报等备案登记以及注销登记等等,商事登记的动态性,必然会涉及事中事后监管,为此在备案登记和注销登记制度设计上,也要还商事登记的私法本性,进而减少商事登记的制度成本,例如建立电子商事登记与民间评级机构企业信用评价公示制度,这些便利化的商事登记的创新,可以吸引更多商主体投资兴业。

再次,结合国家法律职业资格证书改革,在国家立法层面构建“商业登记专员”制度,提高商业登记工作人员的准入门槛,培养专业的商事登记人员,提高商事形式登记效率,同时在国家层面立法中设置“容错”责任豁免制度,职业的专业化和法定责任的确定,有利于激发基层执法人员改革创新,更好地推动我国商事登记改革。

最后,国家层面商事登记制度构建过程中要注重对“上下联动的立法资源”进行有效的整合与吸收,促使国家层面的商事登记制度供给符合商事主体的需求,进而缩短国家层面的商事登记制度的适应磨合期,减少制度的振荡性、循环性和不确定性。如前所述,在商事主体简易注销登记改革制度设计上,国务院先发布《关于市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》(国发[2014]20号)提出简化和完善商事主体注销登记流程。随后国家工商总局发布《关于进一步推动企业简易注销改革试点有关工作的通知》(工商企注字[2015]142号),随后,《中国(广东)自由贸易试验区南沙新区片区商事主体简易注销登记暂行规定》出台,对商事主体简易注销登记进行了细化规定,明确规定了可以进入简易注销登记的企业类型,以及简易注销登记的程

① 这种改革在自由贸易区建设初期,因自由贸易试验区数量少,可以点对点进行制度建设,但是随着自由贸易试验区密集批复,国家层面再“因事因地”地调整商事登记改革,恐怕不仅力所不及,而且也会形成“商事登记制度的不当竞争”。

② 李猛. 中国自贸区国家立法问题研究[J]. 理论月刊, 2017(1): 88.

序，促进企业快速且不影响其他利益主体权益的基础上退出市场。这些上下联动改革的规范性文件是最好的立法储备资源，完全可以对这些规范性文件进行归纳总结并提炼，形成全国自由贸易试验区立法中的商事登记专章法律制度。

当然，除了对国内商事登记立法资源进行整合之外，还要借鉴其他国家地区自由贸易商事登记的技术性规定，例如借鉴新加坡自由贸易港的企业信用分级评定制度，实施大数据分析基础上的信用分级，并对重点风险事项进行有效监管，再如借鉴美国纽约港的立法，采取“负面清单与非违规不干预”结合制度，简化商事登记流程，完全实施网上登记式备案等商事制度，进而完成自由贸易试验区向自由贸易港转化，完成与其他国家商事登记制度的无缝对接，进而达到完全境内关外的制度功效，同时，也体现我国商事登记立法的前瞻性和引导性。

【作者简介】荣振华：大连医科大学副教授，法学博士，大连海事大学博士后在站。研究方向：民商法，经济法。

刘阳阳：上海对外经贸大学研究生。研究方向：民商法。

The Outlook and Reflection, Status of Commercial Registration System Building in Free Trade Experimental Zone ——From the Perspective of Enlightening to Build the Free Trade Port' Commercial System

RONG Zhen-hua¹ & LIU Yang-yang²

(1.Dalian Medical University, Dalian 116644, Liaoning, China; 2.Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 201620, China)

Abstract: In early 2017, our country formed “1+3+7” web format free trade area development pattern. In 2017 October, the 19th National Congress of the Communist Party of China, Our country put forward further reform goal, and give free trade area even greater right of reform’ autonomy to explore the construction of free trade port. However, in the process of building the system of commercial registration, Free trade area appear such situation as normative documents more and legal registration less, commercial registration measures more and innovation system less ect., These system of commercial registration problems cannot crack in the system level. They maybe become system obstacle of the free trade area developing to free trade port. Therefore, we analyze the cause of current situation of free trade area commercial registration system, and propose the macro legislation of commercial registration of the free trade area at national level in order to make free trade area in our country legal system of commercial registration system to form resultant force, and avoid commercial registration system for regional innovation blindly to go toward the bottom of the competition. At the same time, we need to reconstruct commercial registration, and make private law autonomy as a starting point, further weaken government’s administrative functions in the process of commercial registration, make the commercial registration system for the international standards, we should make innovation and breakthrough in commercial registration system, and promote the rapid development of free trade experimental zone to the free trade port.

Keywords: commercial registration; free trade port; free trade pilot zone

(责任编辑：黄志瑾)