

# 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）》

刘 斌 张昕惠

---

**摘要：**在商事主体的信息事项管理上，我国长期以来采登记与备案的双轨制，然理论与实务上对二者的差异关注不足。《商事主体登记管理条例（草案）》详细规定了商事主体登记制度，同时规定了部分信息的备案制度，但对于二者的功能差异、效力区分及分工配合关系未予明确，具体事项的分配合理性也存在疑问。登记是经行政机关对相应事项进行形式审查后确认并将登记事项予以公示的行为，其功能在于市场准入、信息公示，体现维护交易安全和商事交易效率的价值；而备案制度是向行政机关披露相应信息以留档备查，其功能在于便利行政机关对商事主体进行监督和管理，提高行政管理效率，其本身并不具备私法效力。因此，对于登记事项与备案事项的划分，应当以其对民商事交易的影响程度作为判断和甄别标准。当前《商事主体登记管理条例（草案）》中所规定备案事项中的公司章程、董事、监事、高级管理人员和农民专业合作社（联合社）成员、个体工商户中参加经营的家庭成员等信息应当作为登记事项予以公示，以维护商事交易的高效性和安全性。

**关键词：**商事主体；登记；备案；商事主体登记管理条例

[中图分类号] D922.294 [文献识别码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 02-0114-15

---

### 一、问题的提出

为进一步完善商事登记制度，解决商事登记立法分散、“不同市场主体登记规则、标准、程序不统一”、登记效力不明确等问题，以将商事制度改革成熟举措法律化，国家市场监督管理总局研究起草了《中华人民共和国商事主体登记管理条例（草案）》（下称《条例（草案）》），并于 2020 年 6 月 15 日向社会公开征求意见。<sup>(1)</sup>该《条例（草案）》中涉及了诸多争议问题，包括但不限于条例名称、商事登记的性质与效力、登记机关的审查义务、登记事项的范围、备案的性质范围、歇业登记、强制退出等。其中，行政备案作为行政审批改革下的替代措施，系程序性的事实行为，

---

[作者简介] 刘斌，法学博士，中国政法大学民商经济法学院副教授；张昕惠，中国政法大学民商经济法学院硕士研究生。

(1)《〈中华人民共和国商事主体登记管理条例（草案）〉及草案说明》，载国家市场监督管理总局网站，[http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202006/t20200615\\_317040.html](http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202006/t20200615_317040.html)，2021 年 1 月 20 日访问。

主要服务于事中和事后监管，与登记行为显然不同。有学者将备案制度分为四类：法律法规的备案、行政机关内部信息的备案、行政机关要求相对人就有关事项的备案、行业协会就有关事项要求进行的备案。<sup>(2)</sup>既有理论对备案制度的关注多集中于行政法领域，特别是规范性文件的备案审查制度，对商事备案的研究不多。<sup>(3)</sup>在《条例（草案）》中，商事登记与商事备案的关系若即若离，难以琢磨，本文则予以关注。

商事主体登记制度的体系化是一般商事制度乃至整个商法体系中的重要内容之一，该草案对商事主体的登记事项、登记程序、登记监督管理以及法律责任进行了较为详尽的规定。根据《条例（草案）》第3条之规定，商事主体登记是指申请人为依法开展经营活动，就商事主体设立、注销及变更相关事项，向商事主体登记机关提出申请，由登记机关依法通过登记确认商事主体资格和一般经营资格，签发营业执照，并公示的行为。在该草案中，其第二章和第三章对于公司登记事项与备案事项进行了列举式规定，延续了此前工商登记实务中的备案制度。对于备案问题，《条例（草案）》仅简要列举了需备案事项，规定了登记机关对经备案的事项依法进行公示，对备案制度的法律性质、规范效力、功能价值等问题均未予明确，对备案与登记的关系问题亦未廓清，缺乏明确的规范依据和操作程序。从私法角度视之，两者所涉及的最基本问题包括但不限于：对于商事主体而言，登记事项与备案事项经行政机关登记和备案，将产生何种不同的效力？商事主体的何种事项应当设为登记事项，何种事项又应当设为备案事项？经登记与备案的事项，在公示性上又有何区别？对此，当前《条例（草案）》并未予以系统回应。若维持当前立法格局，一俟条例通过，亦不免在理论与实务上生疑。舍此之外，前述疑惑不但及于登记、备案等商事程序性事项层面，亦关涉公司法、合伙企业法等商事实体法上的规范设置。比如，现行《中华人民共和国公司法》中仅规定了登记事项，并未涉及备案事项。在法律未设此备案要求的情况下，行政法规甚至部门规章却作此要求，其合理性何在？在缺乏行政许可法等上位规范时，行政备案由行政机关根据管理需求而随意设定，呈现出了一定的随意性与扩张性，有学者即主张对其范围通过负面清单等方式进行限制。<sup>(4)</sup>设定行政备案应当尊重其应有的边界，可以通过行政检查、行政调查等方式进行监管的事项以及行政机关能够通过信息共享机制获取信息的事项实则不应设定行政备案。<sup>(5)</sup>

商事制度的改革有待于各类行为的区分，这将对行政审查、相对人权利、制度效用产生直接影响。<sup>(6)</sup>在未对登记和备案进行区分的同时，《条例（草案）》在诸多条文中对二者进行了一体规定。譬如，在信息采集阶段，《条例（草案）》第28条第2款规定了一体采集的处理方式，备案事

---

(2) 张红：《论行政备案的边界》，载《国家行政学院学报》2016年第3期，第25页。

(3) 王锴：《论规范性文件的备案审查》，载《浙江社会科学》2010年第10期，第12页；郑磊：《省级人大常委会对设区的市地方性法规备案审查权：制度需求与规范空间》，载《政治与法律》2019年第2期，第14页；陈道英：《全国人大常委会法规备案审查制度研究》，载《政治与法律》2012年第7期，第108页。

(4) 顾功耘：《证照分离改革相关法律问题研究》，载《政府法制研究》2017年第5期，第12页。

(5) 张红：《论行政备案的边界》，载《国家行政学院学报》2016年第3期，第25页。

(6) 顾功耘：《证照分离改革相关法律问题研究》，载《政府法制研究》2017年第5期，第9页。

项申请在登记注册时一同办理，采集信息并实现部门信息共享。在信息公示阶段，第25条规定，登记机关应当将商事主体登记、备案信息通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。单纯从该条文义上来看，在登记和备案信息的公示上亦并未进行区分。在虚假备案的后果上，该草案第71条规定，由登记机关参照撤销虚假登记程序予以撤销，更使得二者之效力关系疑窦丛生。

为妥当回应以上问题，笔者首先将对商事主体登记制度与备案制度的制度设计差异进行透视，并由此反观二者的制度功能和价值基础，随后，进一步对章程等事项应当归入登记或备案事项进行重点探讨，并最终对登记与备案制度的妥当设置进行体系筹划。

## 二、商事主体登记与备案的规范设置异同

在《条例（草案）》中，登记与备案虽然各有规范，但两者之间的关系并未明确。从当前条文中来看，除了登记与备案的事项和部分程序分开规定之外，对于登记与备案信息的申请方式、采集共享、虚假登记或备案的撤销、法律后果等都具有一体化的规定。<sup>(7)</sup>就登记与备案的分工关系而言，登记为主要规制手段，条例中详细规定了设立登记、变更登记、歇业登记和注销登记四种情形，对于各类登记中的程序性事项也有较为详细的规定；与之相比，备案的相关条文多属于附带性规定，属于登记制度的辅助手段。由此可见，登记与备案制度是商事主体信息管理制度的一体两面，具有密切的关联性。

具体而言，在当前《条例（草案）》的制度设计层面，二者呈现出了以下差异。

### （一）登记与备案的审查方式差异

审查系指登记机关在接到申请后，在法定期限内对申请内容进行审核的过程。理论上的探讨多集中在商事登记的审查领域，对备案审查鲜有论及。在理论层面，商事主体登记的审查模式主要有实质审查、形式审查和折中审查模式三种。<sup>(8)</sup>形式审查模式之下，登记机关仅对材料的数量、种类、形式等事项进行审查，而不对登记事项的真伪进行核查。<sup>(9)</sup>实质审查模式之下，登记机关不仅要关注申请材料的形式妥当性，亦需要对其真实性、合法性、有效性予以核查。<sup>(10)</sup>实质审查模式下的商事主体登记制度越来越偏离市场化要求，对于交易安全的过度强调会降低商事交易的高效便捷性，政府权力寻租现象也不时出现。<sup>(11)</sup>形式审查与实质审查居于登记审查强度之两端，折中审查模式看似游移其中，实则却殊难兼顾二者，缺乏确定性。在现代市场经济秉承营业自由

(7)《条例（草案）》第28条第2款规定：“依照法律、行政法规或者国务院决定规定，设立商事主体须经审批的，应当在取得批准之日起30日内，向登记机关申请商事登记。对于申请人提出的其他备案事项申请，登记机关应当在登记注册时一并办理，采集信息，并实现部门信息共享。”第71条规定：“提交虚假材料、隐瞒重要事实取得备案的，由登记机关参照撤销虚假登记程序予以撤销。”第84条规定：“在申请商事登记、备案过程中涉嫌伪造、变造有关文件材料或冒用、买卖、出租、出借身份证明文件、电子证书等违法行为，涉嫌犯罪的，由登记机关将相关责任人移送公安机关追究刑事责任。”

(8)赵万一主编：《商事登记制度法律问题研究》，法律出版社2013年版，第113页。

(9)吴建斌：《现代日本商法研究》，人民出版社2003年版，第123页。

(10)赵旭东等：《中国商事法律制度》，法律出版社2019年版，第173页。

(11)朱慈蕴：《我国商事登记立法的改革与完善》，载《中国检察官学院学报》2004年第6期，第17页。

与经济效率的理念下，诸多国家和地区都转向了形式审查模式。<sup>(12)</sup>

我国商事登记审查亦存在从实质审查向形式审查的过渡发展。早在 1988 年，国家工商总局在《中华人民共和国企业法人登记管理条例施行细则》中明确了须审查登记材料的真实性、合法性、有效性，并要求核实有关登记事项和开办条件，属于典型的实质审查要求。<sup>(13)</sup> 及至 2005 年的《中华人民共和国公司登记管理条例》，其第 2 条第 2 款规定“申请办理公司登记，申请人应当对申请文件、材料的真实性负责”。该条文虽然明确了公司登记材料的责任主体，但并未指明登记的审查内容。加之该条例第 23 条规定，“公司章程有违反法律、行政法规的内容的，公司登记机关有权要求公司作相应修改”，更易于使人认为登记机关对登记事项具有实质审查的权利，甚至被归入了折中审查模式之列。

相较于前期立法，当前《条例（草案）》第 8 条规定：“申请人应当依法办理商事主体登记，填报登记信息，提交申请材料。登记机关对申请人提交的申请材料实施形式审查。申请人应当对材料真实性、合法性承担责任。”从该草案的规定可见，对登记事项明确实施形式审查，而非实质审查。尽管仅仅是形式审查，行政机关仍然对登记事项建立了一般的形式担保，即明确登记主体提供的相关材料符合成为合格商事主体的形式要件，至于其材料的真实性和合法性则由申请主体负责，风险由交易相对人负担。

对于备案事项的审查方式，当前《条例（草案）》则并无规定。若单纯从备案事项“留档备查”的性质来看，其制度预设为事后监督，在进行备案时并不需要进行实质审查。但亦应当认识到，经由行政机关备案的事项与登记备案之外的其他事项亦有区别，毕竟后者之中完全不存在行政机关注的任何担保或背书。由此，值得探讨的是，登记机关是否需要对备案事项进行形式审查？如果需要进行形式审查的话，其与登记的形式审查的关系如何？以上问题，均有待于在厘清登记与备案关系基础之上进行进一步探讨。

## （二）登记及备案的事项的公开性差异

尽管《条例（草案）》第 25 条明确规定登记机关应当将商事主体登记、备案信息通过国家企业信用信息公示系统向社会公示，但前述信息并非无差别地呈现于企业信用信息公示系统之中。以公司为例，《条例（草案）》所规定的登记事项包括名称、住所、法定代表人、注册资本、公司类型、经营范围、有限责任公司股东或者股份有限公司发起人姓名或者名称，备案事项包括公司章程、董事、监事、经理。依照《企业信息公示暂行条例》第 6 条第 1 款的规定，工商行政管理部门负责公示在履行职责过程中产生的登记和备案信息。<sup>(14)</sup> 但是，从商事管理实践来看，并非登

---

(12) 赵万一主编：《商事登记制度法律问题研究》，法律出版社 2013 年版，第 117 – 121 页。

(13) 《中华人民共和国企业法人登记管理条例施行细则》（1988 年）第 38 条规定：“登记主管机关应当对申请单位提交的文件、证件、登记申请书、登记注册书以及其他有关文件进行审查，核实开办条件，经核准后分别核发下列证照……”第 55 条规定：“登记主管机关审核登记注册的程序是受理、审查、核准、发照、公告……（二）审查：审查提交的文件、证件和填报的登记注册书的真实性、合法性、有效性，并核实有关登记事项和开办条件。（三）核准：经过审查和核实后，做出核准登记或者不予核准登记的决定，并及时通知申请登记的单位……”

(14) 《企业信息公示暂行条例》第 6 条第 1 款规定：“工商行政管理部门应当通过企业信用信息公示系统，公示其在履行职责过程中产生的下列企业信息：（一）注册登记、备案信息……”

记和备案信息都得以一体公示。特别是，备案事项并未得到同等对待。比如，企业信用信息公示系统并未对备案事项中的公司章程或合伙协议进行公示，但对于同为备案事项的公司董事、监事、高级管理人员是有公示的。

在国家企业信用信息公示系统中，当前系统纳入公示的事项包括前述事项中除章程之外的所有事项，以及未纳入登记和备案的多证合一信息公示、清算信息、变更信息、商标注册信息、市场监管信息、司法协助信息、企业年报信息、股东及出资信息、股权变更信息、行政处罚信息等。<sup>(15)</sup>参照《企业信息公示暂行条例》的规定，其中动产抵押登记、股权出质登记信息等因动产担保统一登记信息不再更新之外，行政处罚、行政许可等信息均系工商行政管理部门履行职责过程中产生的，与登记和备案无直接关联。其中，工商行政管理部门履行职责过程中获得信息的重要方式是企业年度报告，具体包括《企业信息公示暂行条例》第9条所规定的企业通信信息、存续状态信息、投资信息、出资信息、股权变更信息、网址信息、财务信息等事项。

除了登记信息、备案信息、工商行政管理部门依职权获得信息三种类型之外，还存在《企业信息公示暂行条例》直接规定的企业负有公示义务的信息。《企业信息公示暂行条例》第10条第1款规定：“企业应当自下列信息形成之日起20个工作日内通过企业信用信息公示系统向社会公示：（一）有限责任公司股东或者股份有限公司发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息；（二）有限责任公司股东股权转让等股权变更信息；（三）行政许可取得、变更、延续信息；（四）知识产权出质登记信息；（五）受到行政处罚的信息；（六）其他依法应当公示的信息。”这些信息虽然并非登记或备案事项，但仍然属于公示范围之列。

前述登记事项、备案事项以及企业信息公示事项三者之间的关系可见表1。

表1 登记事项、备案事项与企业信息公示事项之间的关系

商事主体 信息类别	是否为登记事项	是否为备案事项	是否公示于国家企业信用 信息公示系统
1. 名称	√	×	√
2. 住所	√	×	√
3. 法定代表人	√	×	√
4. 注册资本	√	×	√
5. 公司类型	√	×	√
6. 经营范围	√	×	√
7. 营业期限	√	×	√
8. 有限责任公司股东	√	×	√
9. 股份有限公司发起人姓名或者名称	√	×	√

(15) 参见国家企业信用信息公示系统官方网站，<http://www.gsxt.gov.cn/index.html>，2021年2月14日访问。

续表

商事主体信息类别	是否为登记事项	是否为备案事项	是否公示于国家企业信用信息公示系统
10. 章程	×	√	×
11. 公司董事、监事、高级管理人员	×	√	√
12. 股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式	×	×	√
13. 有限责任公司股东股权转让等股权变更信息	×	×	√

除此之外，在《条例（草案）》中，农民专业合作社（联合社）成员、外商投资企业法律文件送达接受人、个体工商户参与经营的家庭成员姓名等事项属于备案事项，但在企业信用信息公示系统未找到相应公示事项。

由此可见，《条例（草案）》中规定的登记、备案与公示三者呈现出了纷繁复杂的关系：登记事项均得到了公示，备案事项部分得到了公示，部分公示事项既不属于登记事项又不属于备案事项。从一般意义上而言，在登记与备案的适用事项上，对商事主体的交易安全有较大影响、市场公开度要求较高的信息实施登记公示的管理方式；对于公开度要求较低，但是基于行政管理和监督需要行政机关掌握的信息施行备案备查的管理方式。但是，这一区分既不严格，也不清晰。在起草过程中，《条例（草案）》涉及争议最大的即公司章程和合伙协议的公示问题。公司章程和合伙协议同属于法定备案事项，但在实践中想要查询某企业章程，须适用《中华人民共和国档案法》和《企业登记档案资料查询办法》的有关规定。<sup>(16)</sup> 企业章程不属于机读档案范围，因此并非各组织、个人均可向各地工商行政管理机关申请，其作为书式档案的内容，依据该《企业登记档案资料查询办法》第7条的规定，私主体想要查询某公司章程，需要委托律师，律师之后持律师事务所的介绍信和律师执业证，可查询与代理事项有关的企业登记档案资料，此过程中需要准备诸多相关材料，且需经过行政机关审批后才能进行查询。由此可见，公司章程和合伙企业合伙协议作

(16) 《企业登记档案资料查询办法》第5条规定：“企业登记档案资料的查询，按照提供途径，可以分为机读档案资料查询和书式档案资料查询。机读档案资料的查询内容包括：（一）企业登记事项：名称、住所、经营场所、法定代表人、负责人、经济性质或企业类别、注册资金或注册资本、经营范围、经营方式、主管部门、出资人、经营期限、注册号、核准登记注册日期等。（二）企业登记报批文件：部门批准文件、章程、验资证明、住所证明、法人资格证明或自然人身份证明、法定代表人任职文件和身份证明、名称预先核准通知书。（三）企业变更事项：核准设立子公司或分支机构日期、变更有关名称、住所、法定代表人、经济性质或企业类别、注册资金或注册资本、经营范围、经营方式等事项和各种登记文件及核准变更日期。（四）企业注销（吊销）事项：法院破产裁定、企业决议或决定、行政机关责令关闭的文件、清算组织及清算报告、核准注销（吊销）日期。（五）监督检查事项：企业被处罚记录及日期、年度检验情况（企业经营情况、财务状况、开户银行及帐号除外）。书式档案资料的查询内容包括核准登记企业的全部原始登记档案资料。”第6条规定：“各组织、个人均可向各地工商行政管理机关申请进行机读档案资料查询。”第7条第1款规定：“各级公安机关、检察机关、审判机关、国家安全机关、纪检监察机关、审计机关，持有关公函，并出示查询人员有效证件，可以向各级工商行政管理机关进行书式档案资料查询。律师事务所代理诉讼活动，查询人员出示法院立案证明和律师证件，可以进行书式档案资料查询。”

为商事主体备案事项在实践中公开程度非常低且查询程序复杂，获取难度大。考虑到公司章程对民商事交易效力影响极大，并非纯粹的行政管理事项，因此其应当如何处理有单独探讨之必要。

### （三）章程应当登记抑或备案之惑

关于章程是否应该予以公示，一直是争议较大的问题。支持章程应予以公示的学者认为，创设章程的公示公信效力，既保护善意第三人对章程的信赖，也允许公司基于章程的内部控制机制对抗非善意第三人，因此，立法者应将章程明确为登记与公示事项，有助于确保公司内部决策与内控程序获得对抗第三人的公示公信效力，消除同案不同判现象，有益于建立公司及其股东与债权人之间包容普惠、多赢共享的法治化营商环境。<sup>(17)</sup>究其原因，随着公司设立登记的完成，章程规定事项得对抗第三人，因为第三人可以通过公示了解章程内容，进而决定是否与公司进行交易。<sup>(18)</sup>前述学者的论证思路基本一致，即从保护交易相对人，维护交易安全的价值取向来进行论证。亦有学者从章程公示的经济价值证成角度分析，认为商法外观主义原则适用于公司担保问题的内在逻辑也是追求交易效率和降低交易成本的目的。基于此思路，一般而言，由付出成本较小的一方履行该义务或承担该风险，是有效率的做法，在公司章程对外效力的法经济学解释上，“通知与公示”与“第三人之资讯搜索”的方式相比成本更低。<sup>(19)</sup>

对于章程的登记公示也出现反对的声音。基于《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）第11条的规定，公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力，有观点认为从章程的作用和地位考虑，章程是公司内部的自治规范，无权为公司外第三人创设权利或设定义务，因此对外部人如债权人不发生拘束力。<sup>(20)</sup>在日常商业交往活动中，通过公司章程向外界公示了公司宗旨、营业范围、资本数额以及责任形式等内容，为投资者、债权人和第三人与该公司进行交往提供了条件和资信依据，便于公司与第三人间的经济交往，因此公司章程的对外效力主要是对第三方表明信用。<sup>(21)</sup>对此，应当认识到，虽然章程不必然具有约束交易相对人的效力，但仍然有其重要的外部价值。特别是，我国《公司法》历经多次修改，给予公司的自治空间也逐渐扩大，其中最具代表性的表现即通过“章程另有规定”条款赋予章程对公司的重大事项作出规定的权利，包括公司对外担保、股权转让、股份继承等。这些事项往往不仅对公司内部有重要影响，对于公司交易相对人也具有重要意义。由于章程从内容上来看已经不仅是内部规范，而且存在诸多涉外内容。由此，至少章程中涉及交易相对人的外部事项的规定应当予以公示。

在明确章程中涉外部分的公示必要性后，需要讨论的是章程应当完全公开还是部分公开的问题。在《条例（草案）》起草的过程中，对章程公开持反对意见的一项重要理由在于公司章程中往

（17）刘俊海：《公司章程应予登记与公示的法律逻辑》，载《检察日报》2020年7月22日，第7版。

（18）梁宇贤：《公司法论》（修订版），三民出版社1983年版，第78页。

（19）周林彬、吴劲文：《公司章程“对外”效力何以可能？——以公司章程担保条款为例》，载《甘肃政法学院学报》2019年第3期，第56页。

（20）李建伟：《公司法学》，中国人民大学出版社2018年版，第114页。

（21）范健：《商法》，北京大学出版社2007年版，第117页。

往含有商业秘密，就其内容而言不宜公开。此问题的关键在于中国的章程组成与多数大陆法系的国家如法国、德国、日本、韩国等相同，立法要求公司章程表现为单一的文件。但在英美法系国家，公司章程通常由两个文件组成，一是章程大纲或者组织大纲、设立章程、外部章程等；二是章程细则或者运作章程、内部细则、内部章程等。通常情况下，章程大纲规定公司的外部事务或者外部关系，内容相对简单、明确，需要在公司设立时提交公司注册登记机关，从而予以公示。章程细则主要调整公司的内部事务，如公司机关的选择和权力配置、公司管理层的具体职权与责任、公司各个参与者的利益协调等详细问题。<sup>(22)</sup> 基于对上述章程公开问题的讨论，似乎英美法系国家的二元化章程对解决此问题更具优势。

从规范层面观之，章程的公示价值以及效力值得认真对待。首先，公司在对外部事务和内部事务进行区分的基础上，确定章程大纲和章程细则的内容能够有效地明确公司自治的边界，将全部章程事项按照是否涉及其他主体的利益及公共利益进行周延地区分。其次，外部章程（或制式章程）与内部章程的分离明确了公司登记机关的监管范围，即仅仅登记外部章程，而不用审查章程细则。这既防止了公司登记机关对公司进行过多的干预，坚持私法自治，也通过外部事项的公示起到必要的风险防范作用，有利于交易安全，在效率与安全两种价值之间找到相对平衡的状态。当然，这种章程内容的区分仍然有赖于公司的合理安排，完全不需要将其商业秘密写入章程之中，以避免公示所产生的消极效果。

### 三、商事主体登记及备案制度的本旨异同

除了前述规范设置上的实然差异之外，登记与备案亦存在诸多法理差异。从词语文义而言，登记系指把有关事项写在特定的表册上以备查考<sup>(23)</sup>；备案系指把情况用书面形式报告给主管部门，供存档备查。<sup>(24)</sup> 从法理层面，考诸登记与备案制度之差异，二者在渊源、属性、效力等层面均有不同，不可相提并论。

#### （一）商事主体登记与备案的渊源差异

考察域外商事登记制度的起源与演进，一般认为可以追溯至古罗马时期。在罗马帝国时期，古罗马凭借地理优势，在贸易、运输和财富生产等方面取得了巨大的发展，罗马法中对于借贷、抵押、买卖、租赁、合伙与委任等合同规则的规定均体现了商事规则。与此相适应，这一阶段出现了行政官署勒令商业经营者挂配一定的看板、贴札、引札等牌号以公示其经营状况的规则，成为商事登记的雏形。<sup>(25)</sup> 随着中世纪商业的发展和商人阶层的逐渐形成，商事登记以商人行会自律的行规形式存在，昭示商人身份，以加强行业内部管制、维护行业垄断为目的。<sup>(26)</sup>

---

(22) 朱慈蕴：《公司章程两分法论——公司章程自治与他治理念的融合》，载《当代法学》2006年第5期，第9页。

(23) 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2016年版，第274页。

(24) 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2016年版，第56页。

(25) 赵万一主编：《商事登记制度法律问题研究》，法律出版社2013年版，第2页。

(26) 何勤华、魏琼：《西方商法史》，北京大学出版社2007年版，第320页。

近现代以来，随着资本主义经济的迅速发展，商业交往愈加频繁且复杂，交易安全成为商人之间不可忽视的问题。因此，商事登记制度在其区分商人主体的功能之外，逐渐具有了公示的作用，商事登记规则逐渐为各国商法所采纳，形成了相应的现代商事主体登记制度。除上述《德国商法典》将商事登记内容规定在商法典之中建立统一的商事登记制度之外，欧洲大陆及日本等大陆法系国家也仿效德国实行商事登记制度。<sup>(27)</sup> 学说普遍认为，在英美法系国家并没有建立商事登记制度，在英国和美国都没有对商事登记的专门立法，主要由公司法和其他的企业法加以规定，仅仅作为公司注册登记程序的特殊规定。<sup>(28)</sup>

与商事登记制度的浓厚商法色彩不同，商事备案制度是较为纯粹的行政法概念即备案制度拓展到商事立法领域中形成的。从行政法领域来看，早期立法主要要求法规和规章的备案、行政机关内部的备案等，如1990年国务院颁布了《法规、规章备案规定》以及2000年《中华人民共和国立法法》都明确规定了立法过程中的备案审查。<sup>(29)</sup> 2002年，国务院修正前述《法规、规章备案规定》为《法规、规章备案条例》，对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的备案机关、备案时间、备案原则作了明确规定，备案制度被明确为一项法律制度。此后，在各类行政法规和规章中都能看到备案制度的规定，如《中华人民共和国城市房地产管理法》第45条第2款规定，商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。《中华人民共和国知识产权海关保护条例》第7条规定，知识产权权利人可以依照本条例的规定，将其知识产权向海关总署申请备案。由此可见，行政备案制度在行政法领域被广泛应用。

与之相适应，在商事立法领域的行政法规中也发展出了备案制度。截至目前，涉及备案的规范性文件中，效力级别为法律的共7部，其中无商事领域相关法律；行政法规共3部，其中1部为商事领域规范<sup>(30)</sup>；部门规章共27部，其中4部为商事领域规范。<sup>(31)</sup> 在《条例（草案）》之前，

(27) 张民安：《商法总则制度研究》，法律出版社2007年版，第435—438页。

(28) 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40页。

(29) 《中华人民共和国立法法》第98条规定：“行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的三十日内依照下列规定报有关机关备案：（一）行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案；（二）省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；（三）自治州、自治县的人民代表大会制定的自治条例和单行条例，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；自治条例、单行条例报送备案时，应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况；（四）部门规章和地方政府规章报国务院备案；地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案；设区的市、自治州的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案；（五）根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案；经济特区法规报送备案时，应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况。”第102条规定：“其他接受备案的机关对报送备案的地方性法规、自治条例和单行条例、规章的审查程序，按照维护法制统一的原则，由接受备案的机关规定。”

(30) 《企业投资项目核准和备案管理条例》，中华人民共和国国务院令第673号，2016年11月30日公布，自2017年2月1日起施行。

(31) 修订后的《商业特许经营备案管理办法》，中华人民共和国商务部令2011年第5号，2011年12月12日公布，自2012年2月1日起施行；《外商投资项目核准和备案管理办法》，中华人民共和国国家发展和改革委员会令第12号，2014年5月17日发布，自2014年6月17日起施行；《企业投资项目核准和备案管理办法》，中华人民共和国国家发展和改革委员会令2017年第2号，2016年12月14日发布，自2017年4月8日起施行；根据2019年11月30日商务部令2019年第1号《商务部关于废止和修改部分规章的决定》第二次修正《对外贸易经营者备案登记办法》。

商事登记立法中的备案制度主要见于《中华人民共和国公司登记管理条例》。其第 36 条规定：“公司章程修改未涉及登记事项的，公司应当将修改后的公司章程或者公司章程修正案送原公司登记机关备案。”第 37 条规定：“公司董事、监事、经理发生变动的，应当向原公司登记机关备案。”第 41 条规定：“公司解散，依法应当清算的，清算组应当自成立之日起 10 日内将清算组成员、清算组负责人名单向公司登记机关备案。”第 47 条第 4 款规定，“公司应当自分公司登记之日起 30 日内，持分公司的《营业执照》到公司登记机关办理备案”。此外，其他商事主体登记相关规定中也零星可见关于备案制度的规定，《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》第 31 条、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第 23 条、《个人独资企业登记管理办法》第 27 条分别规定了登记机关应将合伙企业、企业法人、个人独资企业的登记、备案信息通过企业信用信息系统向社会公示，《农民专业合作社登记管理条例》第 28 条规定农民专业合作社的成员变动、章程修改应予备案。

## （二）商事主体登记与备案的行为属性差异

《条例（草案）》第 3 条第 1 款明确了商事主体登记的概念，即申请人为依法开展商事活动，就设立、注销商事主体及变更相关事项，向商事主体登记机关提出申请，由登记机关依法通过登记确认商事主体资格和一般经营资格，签发营业执照，并予以公示的行为。与此同时，该草案还规定了商事登记的法律后果，即未经商事主体登记或依法经豁免，任何个人或组织不得以商事主体名义开展经营活动。商事主体的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。

关于商事登记的性质，理论上有公法行为论、私法行为论和复合行为论三种观点。其一，公法行为论认为商事登记本质是一种公法行为，在商事登记行为中主要体现的是国家意志，在性质上属于行政法律行为，将登记机关置于商事登记法律关系中主导性、决定性的地位。如有学者认为，商事登记虽然严格意义上不能成为行政许可，但基于原《企业登记程序规定》是依据《行政许可法》制定的，其将商事登记行为定义为“准行政许可行为”，而受《行政许可法》调整。<sup>(32)</sup>其二，私法行为论认为要明确商事登记对私法自治和权利本位的价值目标的追求，商法理论所要规范的是商事法律行为意义上的商事登记，属于私法范畴，此过程中行政机关所起到的作用在于行政机关对于商人固有的从事商事行为权利的认可、支持与保障。<sup>(33)</sup>其三，复合行为论认为商事登记制度既具有明显的私法意义上的功能，又具有强烈的公法意义上的功能。比如，赵旭东教授认为，商事主体的筹办人，为设立、变更或注销商事主体资格及相关事项，依照法定的程序，向主管机关提出申请，由主管机关依法对申请事项进行审查、登记、公示的一种复合行为，是法律行为同时也是法律程序和法律制度。<sup>(34)</sup>与之相似，亦有学者认为，虽然商事登记是一种商事私法行为和公法行为统一的复合行为，但在市场经济条件下必须强调其私法功能。<sup>(35)</sup>

公法行为论强调国家意志和行政行为在商事登记中的主导地位，忽略了商事登记过程中商事

---

(32) 王建文：《我国商事登记制度的〈行政许可法〉解读》，载《法学杂志》2004 年第 5 期，第 46 页。

(33) 赵万一主编：《商事登记制度法律问题研究》，法律出版社 2013 年版，第 35—36 页。

(34) 赵旭东主编：《商法总论》，高等教育出版社 2020 年版，第 94 页。

(35) 郭富青：《商事登记制度的若干法律问题——兼论我国商事登记的改革与完善》，载《甘肃政法学院学报》2002 年 6 月，第 31 页。

主体对营业种类、经营范围、投资方式、营业期限等登记事项同样可以依意思自治进行选择。且商事登记与行政许可存在较大区别，行政许可的基本特征是“先许可，后行为”，当事人在获得相应行政许可后才可为相应的行为，而商事登记在登记之前已经进行了一系列行为如章程制定、人员选任甚至出资等。<sup>(36)</sup>因此，将商事登记行为归入行政许可或有失偏颇。私法行为论则过于模糊和淡化了行政机关在商事主体登记过程中的作用，且从私法自治的一般模式来说，商事登记很难直接被定义为通过一定意思表示创设、变更或终止平等主体当事人的法律关系。登记申请的相对方为行政机关而非平等主体，而且登记意思表示实际是请求登记机关确认并登记公示的行为，不存在改变主体间法律关系的效果意思。由此可见，将商事登记行为定义为同时具有行政和司法色彩的复合行为更具有合理性，其登记性质属于行政确认。行政主体依现有的事实和法律规定对于相对人的法律地位、法律关系进行确定、认定和证明，在此过程中实质上商事主体对营业种类、经营范围、投资方式、营业期限等登记事项享有选择的自由，不会丧失其私法色彩。

与登记相比，虽然备案制度在行政法领域已经存在广泛应用，但是现行立法并没有对备案行为进行明确定义，导致备案的性质与效力不明。例如，房屋网签合同备案的效力问题在理论和实践中引起了较大的争议。<sup>(37)</sup>《条例（草案）》中未对商事主体备案的性质和效力作出规定，一俟条例通过，在未来也难免产生争议。就其性质而言，商事主体事项备案并不创设权利或主体资格，而只是对既成事实的信息存案留档以备查考，仅为留档证明之需，系事实行为而非法律行为。从主体角度而言，备案行为涉及双方主体——备案主体和接受备案方。对于备案主体而言，其依照法律规定向有关部门报告，起告知作用，系履行其法律义务的行为；对于接受备案方而言，备案即为保存有关资料，具有存档作用。除了名为备案实为许可或替代审批的事项之外，商事备案实则据以实现对涉及公共利益、限制经营项目等行业的监测，为行政决策提供依据。<sup>(38)</sup>因此，备案事项公示效力极弱，并不具有公信力和对抗力。

### （三）商事主体登记与备案的效力差异

商事主体登记制度与备案制度的合理分工，建立在法律上对二者效力的合理区分之上。商事登记的法律效力可分为两部分：对内的设权效力和对外的公示效力。除此之外，商事登记在比较法上因法律规定可另有弥补效力、宣告效力、免责效力。<sup>(39)</sup>理论上探讨的确认效力是一个较为笼统的概念，行政确认自然具有确认效力，实际上包含了上述设权效力和公示效力，在明确设权效力和公示效力之后，确认效力实际上已经空洞化。其中，设权效力体现了商事主体法定性的价值取向，对市场中各类主体进行身份和权利的确认。在此效力层面，登记机关将商事主体的名称、住所、法定代表人、注册资本、企业类型、经营范围等事项记载于商事登记簿并予以公示，从而

（36）赵万一主编：《商事登记制度法律问题研究》，法律出版社2013年版，第37页。

（37）常鹏翱：《中国式买房：网签备案的功能分析》，载《法律科学》2020年第4期，第101页。

（38）张红：《论行政备案的边界》，载《国家行政学院学报》2016年第3期，第26页。

（39）刘成杰译注：《日本最新商法典译注》，中国政法大学出版社2012年版，21—26页。

确认商事主体的成立、变更、终止，为商事主体进入市场交易提供合法的确认。商事登记的公示效力则体现了交易安全的价值取向，由此提供了交易相对人及社会公众低成本地了解商事主体情况的途径，作为交易相对人可以合理依赖的客观基础，形成了商事登记的公信力。交易第三人通过商事登记的事项而不需要通过其他方式即可获得交易所需要的信息，从而有助于当事人对交易主体资格和能力信息的了解，以便预测特定交易的风险，从而减少商事交易中风险发生的频率，提高交易安全性。商事登记不仅直接关系到每个市场参与主体，也间接关系到非市场参与主体，它体现的不仅是个人利益，同时也涉及国家利益、公共利益和社会利益。

与商事登记的价值功能不同，备案制度的价值取向更偏向于提高行政管理效率。备案制度的基本作用是留档备查，其制度目的是商事主体向行政机关披露信息，以便于行政机关事后的行政监督与管理。由于其极低的公开程度和极大的查询成本，备案制度本身在商事主体进行商事活动中的交易安全保障功能微乎其微。故而，以行政法为来源的商事主体备案制度的价值在于行政法上的高效监管价值，对于商事主体外部交易安全没有重大影响但对风险评估、运行状况等仍有重要意义，需要行政机关对其维持高效监督管理的事项，作为备案事项向行政机关进行披露，以实现相应监督管理工作的效率。

在私法效力层面，作为行政确认的登记行为确认了商事主体参与商事活动的资格，经过设立登记的主体取得相应的商事权利能力，变更登记、歇业登记、注销登记等也依其具体内容不同产生了相应的变动。而备案制度是通过对相关信息进行收集、存档备查等方式为行政决策或行政执法提供信息基础，以达到监督和预防的目的，并不具有创设权利的性质，不会对当事人的权利义务状态产生直接的影响，因此备案行为的程序性色彩更突出。同时，登记事项可依据推定知悉规则而具有公示效力：一方面，商事登记产生公信力，使得公众受信赖利益保护；另一方面，登记事项的公信力和对抗力对于交易信息的认定具有重要意义，往往是认定交易相对人善意与否的重要标志。前述私法效力的差异系登记制度和备案制度最本质的差别。

在公法效力层面，关于行政机关的审查方式和功能定位的区别，虽然两者都是登记机关行使行政管理权的过程，但由于行政机关对登记事项进行了事前的形式审查，客观上起到了一般担保的作用。虽然仅仅是形式审查，但登记机关仍然在其审查的范围内承担责任。对于备案事项，虽然登记机关并非不进行任何审核审查，比如在备案过程中对备案信息的内容、种类仍然需要进行了解，以确定备案信息与法定要求相吻合，但审查强度较登记审查更低。经备案事项，仅能表明其事实存档，登记机关亦不提供一般意义上之担保。

总之，商事主体登记与备案的差别可体现于私法效果与公法效果两个层面：于前者，备案制度不具有登记制度的设权效力和公示效力，公示程度低，查询难度大；于后者，备案管理纯属行政管理事项，审查强度低于登记审查，备案事项亦无登记机关之一般担保效果。

#### 四、商事主体登记与备案制度的规范完善

由以上论述可见，与商事主体登记不同，所谓备案是指申请人在设立、变更、注销登记过程

中，对相关信息及其变动情况向登记机关进行报告存案，以便登记机关留档备查的行为。在当前《条例（草案）》中，存在登记与备案的关系不清、登记与备案的范围和事项不明确、备案的效力存在争议、能否公开与查询不明等问题，有待于进一步解决。其中，有些问题属于商法学问题，可通过理论解释的方式予以完善，比如登记与备案的关系问题；有些问题则属于商法层面的规范问题，无法通过解释方式解决，有待于规范上的明确。就登记与备案事项问题，笔者认为应当从以下方面予以解决。

### （一）明确登记和备案制度的程序和效力区别

《条例（草案）》第25条规定了登记机关应当将商事主体登记、备案信息通过国家企业信用信息公示系统向社会公示，明确了登记及备案事项均须予以公示，其合理性值得质疑。<sup>(40)</sup>若登记事项和备案事项都需要予以公示并产生公示效力，那两者区别仅仅在于行政机关是否进行审查，这对商事活动的规制没有实质意义，与上述备案制度的价值取向也不相符。加之国家企业信用信息公示系统中备案事项的公示差异，进一步加剧了两者之间的混乱。

循体系视角观之，虽然《条例（草案）》规定了登记与备案事项需要予以公示，但实践中备案事项的公示程度很低。基于前文对备案制度的定义与价值分析，其目的在于向行政机关的信息披露以便于行政监管，通过公示赋予其外部效力是与其本质和制度功能不相称的。故而，基于效率与安全的考虑，需要向外界公示的信息应当列入登记事项，备案事项应专门规定对外界交易安全无明显作用但对于公司行政管理效率有较大影响的事项。另外，“留档备查”意味着行政机关对备案事项审查程度极低，实际上也无法产生公信力。基于以上原因，笔者认为，应当将备案制度与登记制度在效力上予以明确区分：登记机关应当将商事主体登记事项记载于商事登记簿，供社会公众查阅、复制，并通过国家企业信用信息公示系统向社会公示；同时登记机关应当将商事主体备案事项另行记载并留档备查。

### （二）重新厘定登记和备案的事项范围

在明确界定登记制度和备案制度的功能和效力差异之后，需要对登记与备案事项的分配进行重新考量，建立一个合理的标准来对相关事项应纳入登记事项或是备案事项进行评判。信息经济学认为，政府的干预应当从矫正商事主体之间的信息不对称入手从而避免或减少处于信息劣势的交易相对人的交易风险，市场经济体制下的商事登记制度实质上是借助具有公信力的公示行为来为公众提供一种信息传递的平台。<sup>(41)</sup>从此角度分析，政府在商事活动中所起到的信息传播作用不仅不会阻碍商事交易主体自治活动，反而会为其提供高效的信息获取途径，缓解了商事交易过程中的信息不对称，对于商事活动的效率和安全秩序都有积极意义。基于此原因，对于登记事项的规定并非是越少越好，而是应当区分商事主体在商事交易过程中是否对该信息有需求，相关事项是否对于交易安全有重大影响。《条例（草案）》中规定的公司的登记事项有名称、住所、法定代表人、注册资本、公司类型、经营范围、营业期限、有限责任公司、非上市股份有限公司股东或

(40) 《条例（草案）》第25条规定：“登记机关应当将商事主体登记、备案信息通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。”

(41) 赵万一主编：《商事登记制度法律问题研究》，法律出版社2013年版，第126—128页。

者股份有限公司发起人姓名或者名称都是对于交易安全有基本保障的企业基本信息，所以应当以同等强度标准对条例中规定的备案事项进行衡量分析。

《条例（草案）》中第 39 条规定：“公司章程、农民专业合作社（联合社）章程或合伙协议修改未涉及登记事项的，商事主体应当自做出修改决定之日起 30 日内，将法定代表人签署的修改后的章程或章程修正案送登记机关备案。公司董事、监事、经理、农民专业合作社（联合社）成员、外商投资企业法律文件送达接受人发生变更的，商事主体应当向登记机关备案。农民专业合作社成员发生变更的，应当自本会计年度终了之日起 90 日内，将法定代表人签署的修改后的成员名册报送登记机关备案。其中，新成员入社的还应当提交新成员的身份证明。农民专业合作社因成员发生变更，使农民成员低于法定比例的，应当自事由发生之日起 6 个月内采取吸收新的农民成员入社等方式使农民成员达成法定比例。农民专业合作社联合社成员退社，使成员数低于联合社设立法定条件的，应当自事由发生之日起 6 个月内采取吸收新的农民专业合作社成员入社等方式使农民专业合作社成员达到法定条件。个体工商户家庭经营的，参加经营的家庭成员姓名应当同时备案。”基于前文论述，将章程纳入登记事项并由登记机关予以公示是较为合理的选择。

《条例（草案）》第 39 条第 2 款规定董事、监事、经理以及农民专业合作社（联合社）成员，属于商事主体的人事信息的规制。从其对商事交易的影响来分析，对公司而言，除了法定表意机关法定代表人应予以公示之外，随着现代公司治理机制的改革，公司权力中心逐渐向董事会及经理转移，企业董事、监事、经理等高级管理人员的人事情况是对于交易安全有重要意义的，应当纳入登记事项。同样，对于集体所有制的农民专业合作社（联合社）而言，由于其实行的是集体决策经营管理模式，交易相对人对其成员组成的知晓对于交易具有相应保障作用，亦当纳入登记事项。本条第 2 款中规定的外商投资企业法律文件送达接受人纯属于程序性信息，可保留为备案事项。本条第 5 款规定个体工商户家庭经营的，参加经营的家庭成员姓名属于商事主体的人事信息，对交易进行具有重要影响，应当将其划入登记信息之列。

## 五、结语

在制定法律制度的过程中，都需要明确其制度功能和价值所在，并以此为框架进行具体的制度设计。商事主体登记制度与备案制度虽然同时在《商事主体登记管理条例（草案）》中有所规定，但是从其本质来看，登记制度是经行政机关对相应事项进行形式审核予以通过后对商事主体资格进行确认，并将登记事项予以公示，其功能在于市场准入、信息公示，体现维护交易安全、提高信息取得和交易效率的价值；而备案制度是向行政机关披露相应信息以留档备查，其功能在于便于行政机关对商事主体进行监督和管理，体现提高行政管理效率的价值，本身并不具备私法效力。因此，对于登记事项与备案事项的划分应当以二者对民商事交易的影响程度作为判断标准。具言之，《条例（草案）》中所规定的备案事项中的章程、公司董事、监事、高级管理人员和农民专业合作社（联合社）成员、个体工商户中参加经营的家庭成员等信息应当作为登记事项予以公示，明确其对于商事交易活动的重要性，以促进交易信息的获取与交换，维护商事交易的高效性和安全性。

## Analysis of Commercial Subject Registration and Commercial Record-filing Rules —Comments on the Registration Ordinance of Commercial Subjects (Draft)

LIU Bin ZHANG Xinhui

**Abstract:** In the information regulation of commercial subjects, China has adopted both of registration rules and record-filing rules for a long time, but the differences between them are not well established. The Registration Ordinance of Commercial Subjects (Draft) stipulates in detail the registration rules of commercial subjects, leaving the record-filing rules into pieces. Commercial registration is the act of confirming and publicizing the registered items after the formal examination of the relevant matters by the administration. Its function lies in market access and information publicizing, and embodies the value of maintaining transaction security and commercial transaction efficiency. The record-filing rules are to disclose relevant information to the administrative organs to keep files for future reference. Its function is to facilitate the administration to supervise and manage commercial subjects and improve the efficiency of administrative management. It does not have the effect of private law itself. Therefore, the classification of registered items and recorded items should be based on their impact on civil and commercial transactions as a screening standard. In the Registration Ordinance of Commercial Subjects (Draft), the articles of association, the company's directors, supervisors and senior management personnel and the farmers' professional co-operatives (association) members, individual businesses members shall be classified as registered items, in order to maintain the efficiency of commercial transaction, and security.

**Keywords:** Commercial Subject; Registration; Record-filing; the Registration Ordinance of Commercial Subjects

(责任编辑：王乐兵 汪友年)