

论常态市场中的个体工商户制度

童列春

(浙江工商大学 法学院 浙江 杭州 310018)

摘要: 个体工商户是在我国改革开放实践中创造的一种经营主体制度,是我国数量最大的一类市场主体,其生命力在于契合中国社会的“家文化”特色。个体工商户虽然得到各级法律确认,但存在过渡性、非规范性疑惑,有些地方推动“个转企”。个体工商户利用天然信用纽带,组织协调成本低,针对性满足市场需要,利于吸纳就业和均衡财富,易于分散和消化经营风险,在低端市场中具有竞争优势。在常态市场中,应该尊重当事人的理性选择,适应市场的层次结构需求,维护市场主体的完整生态,慎重推行“个转企”。

关键词: 个体工商户;“个转企”;无限责任;常态市场

中图分类号: DF59 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-4505(2020)02-0063-10

DOI: 10.14134/j.cnki.cn33-4337/c.2020.02.007

个体工商户制度形成于我国改革开放实践,长期以来,个体工商户是我国数量最大的一类市场主体。在我国改革开放初期的民营经济兴起和发展过程中,个体工商户是支柱性的组织形式。经过四十年的实践,个体工商户制度已经成为商业实务、社会生活、社会观念、社会政策、法律制度等领域中的基本存在。但是,随着公司、合伙企业、独资企业等经营主体制度相继确立与完善,个体工商户在经济结构中的地位相对下降;同时,独资企业、合伙企业和一人公司在制度结构和市场功能方面与个体工商户之间存在重合。近年来出现了否认个体工商户制度的理论观点和政策动向。在民法典制定过程中,个体工商户的去留问题引起广泛关注与讨论,有观点认为个体工商户是过渡性的非规范商主体,政策选择上出现了个体工商户存废之争。有些地方要走高端化和国际化道路,完成区域经济向全球经济、全国一体化经济的过渡,其中的一个措施就是推动“个转企”,试图通过改变市场主体的组织形式来提升经济质量。“个转企”是指个体工商户利用现有的生产经营条件,依法重新登记为有限责任公司、个人独资企业、合伙企业等各类企业^[1]。①由此提出的是:个体工商户在现代市场经济中是

收稿日期:2019-12-22

基金项目:教育部人文社会科学规划基金项目“商主体制度理论研究”(17YJA820025);浙江省社会科学规划优势学科重大委托项目“三权分置、农地流转与农民承包权益保护研究”(16YSXK10ZD)

作者简介:童列春,男,浙江工商大学法学院教授,博士生导师,法学博士,主要从事民商法学研究。

①当下的“个转企”并非政府的强迫,因为在现有法治环境下,尊重市场选择已经被各级政府认同。但是,各级政府会出于政绩追求目的积极引导、推动“个转企”。其原因是误以为“个转企”可以促进经济“腾笼换鸟”以提高水平。学界推动“个转企”的原因在于教条主义地认为个体工商户并非规范的商业组织形式,不符合西方式的小商人标准。

否具有存在合理性?处于市场末端的个体工商户在特定市场结构空间中是否具备竞争优势?个体工商户制度如何与国内外市场有效地连接?个体工商户制度的兴衰取舍是市场选择还是政府选择?这些问题涉及市场与国家如何在个体经济领域进行理性的制度构建,在常态市场中如何科学定位个体工商户制度,为个体经济理性发展提供良好的法律政策环境。

一、常态市场的形成与个体工商户制度塑造

个体工商户是个体经济的组织形式,我国改革开放以来,个体工商户制度的兴起和完善与市场经济的兴起和常态化同步发展。

(一) 市场经济发展对于个体工商户制度的选择

个体工商经济具有悠久的历史 and 顽强的生命力,在市场经济兴起之前,以户为单位的个体经济是工商业的主导组织形式。新中国初期,全国城乡个体工商业者接近3000万人。1956年推行合作化运动进行社会主义改造,消灭私有经济并抑制个体工商业。但是,即使最严苛的“文革”期间也未能消灭个体经济,1978年底全国城乡仍有14万个体工商业者。单一的公有制计划经济使国民经济濒临崩溃,“十一届三中全会决定改革开放,第一个步骤是‘放开、搞活’放开指允许城乡劳动者的个体经济,个体工商户的存在”^[2]。“文革”结束之际,800万知青回城待业,国有企业和集体企业无法吸纳;8亿多农民通过分田到户解决了温饱问题之后,农村富余劳动力没有出路。国家需要一部分人自主解决生存发展问题,当时的个体工商户制度设计旨在解决回城青年就业问题以维护社会稳定,此后,回城知青、无业游民、刑满释放人员等边缘化群体和农村剩余劳动力成为个体工商户主要成分。国家允许个体工商户的初衷具有应急性特征,但是,这项制度在随后的实践中长期发挥了解决就业、促进经济发展的良好社会功能。在改革开放初期,社会主体为贫困农民,机关、事业单位、企业单位职工获得相对统一的低工资,个体工商户拥有经济收入的相对优势,一度成为社会嫉妒的对象,20世纪80年代末流传“搞导弹的不如卖茶叶蛋的”社会情绪。

随着市场经济进一步发展,财富形成中心发生转移,地产、金融、能源、信息等经济领域产生大量的财富和高收入群体,资本市场造就了一批富豪,新兴产业中出现白领阶层,机关事业单位薪酬上升,个体工商户从经济上回归草根群体的本相。在常态化的市场之中,个体工商户成为市场结构中的基本主体制度,支持了小商品市场的存在发展。个体工商户在稳定增长、促进创新、增加就业、改善民生等方面发挥重要作用。^①据中国个体劳动者协会统计,到2018年末,全国实有个体工商户6295.9万户。改革开放后发展壮大的个体私营经济,为我国经济社会发展发挥了重要作用。^②

(二) 市场法治化中的个体工商户制度法律构建

个体工商户是我国政策和法律确认的正式制度,相关法律从不同层次上规范个体工商户。我国个体工商户制度构建的基本过程是从政策到法律,通过政策规范、专项法律制度和相关法律制度三个层次的确认完成制度构造,明确了个体工商户在法律体系中的地位。

1. 政策规范对于个体工商户的制度塑造。改革开放以来,国家对于个体工商户在政策层面完成了

^①周科《工商总局:全国个体工商户突破5500万户》,载 http://www.gov.cn/shuju/2016-05/12/content_5072736.htm, 2019年12月21日访问。

^②新闻办《新闻办就第四次经济普查结果有关情况举行发布会》,载 http://www.gov.cn/xinwen/2019-11/20/content_5453873.htm, 2019年12月21日访问。

从歧视、限制到允许、支持和保护的转变过程。主要体现在:其一,功能上肯定。因为个体工商户能够解决就业,满足民生需要,活跃市场。1980年12月的中共中央工作会议决定“允许城镇个体所有制经济的发展”。^[3]其二,政治上脱敏。改变将私营经济视为异己的立场,从将个体工商户看成社会主义公有制经济的补充到社会主义经济的成分,国家承诺保护个体工商户的合法权利和利益,对其实行引导、监督和管理。其三,社会身份认识上归位。从改革开放前的打击限制到改革开放初期的容许、支持、嫉妒到现在的平等对待,完成了从业者身份的社会接受。在常态市场中,个体工商户实现了经济地位归位,这一群体并非暴发户,而是与工人、农民一样的劳动者,属于弱势群体。其四,常态市场中的发展定位。在法律上确认个体工商户的市场主体地位,政府承诺为个体工商户简化手续,放松、放宽限制,实行税费减负,提供良好的营商环境。

2. 专项立法对于个体工商户的制度构建。我国个体工商户制度本体的构建是通过国务院行政法规完成的,原国家工商总局颁布的部门规章进一步细化,从实体制度和程序制度两个方面提供了个体工商户法律制度规范,提供了确认个体工商户商主体地位的立法依据。

1987年9月国务院颁布《城乡个体工商户管理暂行条例》,从国家管理角度全面规范个体工商户制度。“个体工商户概念便取代了以往的独资企业的概念,成为公民个人从事民事或商业经营活动的一种特殊的法律形式”^[4]。1987年9月5日原国家工商行政管理局公布《城乡个体工商户管理暂行条例实施细则》,2004年7月23日原国家工商行政管理总局发布《个体工商户登记程序规定》,2008年9月6日原国家工商行政管理总局颁布《个体工商户验照办法》。2011年4月16日国务院发布《个体工商户条例》,2014年2月第一次修订,2016年2月第二次修订。从市场主体角度规范个体工商户制度,确认了个体工商户作为商主体制度。其一,确认主体资格。商法奉行主体法定原则,个体工商户商主体资格获得立法确认。其二,确认市场准入范围。列举了个体工商户在低端市场中的经营范围。其三,确认组织结构。个体工商户以业主的家庭组织结构为基础,外扩到雇佣少量帮工。其四,确认责任形式。个体工商户对外承担无限责任。2011年9月30日原国家工商行政管理总局公布《个体工商户登记管理办法》。其后,随着我国市场法治的完善,个体工商户相关法律制度作出相应修改完善。2013年7月18日发布《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》,确认电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力;要求个体工商户于每年1月1日至6月30日向登记机关报送年度报告,个体工商户应当对其年度报告的真实性、合法性负责。登记机关将未按照规定履行年度报告义务的个体工商户载入经营异常名录,并在企业信用信息公示系统上向社会公示。废除年度验照制度。2014年8月19日原国家工商行政管理总局发布《个体工商户年度报告暂行办法》,规定了个体工商户年度报告办法的适用范围、时间、管辖分工、报告责任、报告方式、报告内容、报告公示、监督检查、法律责任、救济途径、异议处理等方面内容。2019年3月2日颁布《国务院关于修改部分行政法规的决定》,删除个体工商户缴纳登记费的规定。

3. 相关法律制度的确认支持。相关法律从不同法域对于个体工商户进行制度确认,将其纳入制度规范调整范围,提供法律保护。其一,宪法在最高位阶上确认国家对个体工商户的基本政策。1988年宪法修正案规定“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展”。1999年宪法修正案规定“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。”“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”2004年宪法修正案规定“国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”^[5]其二,民法在市民社会生活中确认个体工商户制度。1986年颁布的《民法通则》正式确定

了个体工商户。^①2017年《民法总则》第二章自然人中规定个体工商户。^②民法总则权威地确认了个体工商户的民事主体地位。但是,鉴于民法的主体立法技术局限导致定位失当并引发误解:个体工商户是以自然人为核心的经营户,自然人只是其中的核心要素——人力资本。个体工商户是一个简单的营业体,能够在市场中提供产品和服务,并获得经营利润。“户”原本是一种生活组织,在个体工商户制度中改造出商事组织功能,所以,个体工商户是民法上的主体,但并非自然人项下的主体。其三,其它部门法在国家管理、协调、监督、保障领域确认个体工商户制度。行政法将个体工商户作为管理、保护、服务、处罚的对象;税法对于个体工商户的税目、税率、征税方式、税收优惠等方面作出全面规范;《反不正当竞争法》第2条、《反垄断法》第12条对于市场行为规范中涉及个体工商户的适用作出规定;诉讼法规定了个体工商户在诉讼中的原被告资格、责任承担方式等问题;刑法规定了涉及个体工商户的相关罪刑。

(三) 常态市场中个体工商户制度的走向疑惑

在常态化的市场之中,个体工商户的生存环境发生变化,个体工商户制度的走向存在以下疑惑。

1. 过渡性疑惑。我国的个体工商户制度设计是回应当时社会形势所需,这种应激性的回应是否具有永久性的生命力?有学者认为“个体工商户制度已不符合历史发展需要,从趋势上应当向微型企业等过渡并逐步走向消亡”^[6]。浙江省的“个转企”政策措施背后的逻辑是:个体工商户是非规范性的过渡性的组织形式,个体工商户是低级的商业组织形式,通过淘汰个体工商户可以推动经济升级。其实,个体工商户存废的合理性依据在于其社会功能的有无。如果个体工商户丧失经济社会功能,自然会被淘汰;如果个体工商户具备经济社会功能,自然不该人为地淘汰。我们应该从个体工商户的社会功能视角考量:经济社会发展能否消灭市场的结构层次?市场结构变化能否消灭个体工商户存在的社会基础?个体工商户制度能否更有效地满足就业需求?个体工商户制度能否更有效地满足多层次生活需要?

2. 规范性疑惑。现行法律已经确认了个体工商户、独资企业、合伙企业、一人公司。个体私营业主表现为四类:即真正的个体工商户、个人独资企业业主、合伙企业合伙人、一人公司投资人,四者之间存在结构、功能的相似与重合。一些学者参照西方国家的立法经验,认为个体工商户是非规范性制度,应该回归为个人独资企业、合伙或者一人公司。“从规范商主体的角度来说,应统一于个人独资企业这种组织形式之中”^[7]。

个体工商户作为一类独立的商主体的依据在于其具有需要特别规范的制度特质,个体工商户与其它小微企业组织的真正区别在于其营业体来源的区别。独资企业、合伙企业和一人公司均以市场中处于原子化状态的个人为起点,纯粹依据契约组织商业要素形成商事组织,营业体一般通过章程(合伙协议)、雇佣合同等纽带进行联接,依据法定登记获得主体资格。个体工商户是在自然存在的户的基础上改造而成的营业体,“户”成为其制度基础。作为一个追逐利润的经营组织体,随着生产经营实际需要来调整组织形式和结构,扩充生产要素,也通过雇佣契约将帮工、学徒整合进个体工商户营业组

^①《民法通则》第26条规定“公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以起字号。”第28条规定“个体工商户、农村承包经营户的合法权益,受法律保护。”第29条规定“个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。”

^②《民法总则》第54条规定“自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户。个体工商户可以起字号。”第56条规定“个体工商户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担;无法区分的,以家庭财产承担。”

织之中。

3. 政策选择疑惑。对于个体工商户制度进行规范的基本法律政策选择包括:是否确认其合法地位?是否设为一种登记类型?依据何种市场准入条件进行登记?执行何种税赋政策?是否适用消费者保护法中的经营者义务?虽然个体工商户法律政策体现了决策者的意志,但是,决策者不得随意决定个体工商户的存废,政府需要依据其社会效果衡量对于个体工商户制度进行取舍,只有合理的政策选择才能有利于优化商业环境、社会环境、政治环境和法治环境。现在需要考虑的问题是:个体工商户是否需要以及如何成熟市场中进行重新定位?不同的认识判断影响政府对个体工商户进行政策选择。相关立法政策是继续完善个体工商户制度还是以其它组织形式替代其功能?法律政策对于个体工商户干预的合理性边界在哪里?

二、常态市场中个体工商户制度选择的考量要素

个体工商户是市场关系中的主体,与市场关系性质之间具有适应性。当下的市场发展已经进入发达市场阶段,在变化了的的市场结构中,个体工商户制度选择需要考量如下要素:

(一) 个体工商户在发达市场中是否具备生存空间

改革开放以来,我国市场结构经历了从简单市场到复杂市场的过程,交易方式从实物交易向产品展示加订单、现货交易向期货交易的新型贸易方式转型,在实体市场之外已经兴起虚拟市场、资本市场。“在小商品经济即商品经济的初级阶段,商品经济的组织形式主要是家庭”^[8]。在发达的市场之中,出现了一批具有更复杂组织结构和优越功能的企业集团组织形式,成为市场中的主导组织形式。市场主体形态出现“由商人到企业”的变化趋势,相关立法适应这种趋势,制定了公司法,完善了集团企业相关规定。那么,个体工商户在市场中如何存在?

其实,个体工商户的固有市场并未发生实质变化,市场的升级主要表现为在低端市场之外出现了一些新兴产业和高端市场,但高端市场并未取代低端市场,也不会大量挤占低端市场。例如,数字经济和智能制造等领域的兴起并不挤占早点服务等低端市场。相反,高端市场的出现,也会给个体工商户带来新的生存发展空间,电子商务的兴起出现了淘宝小店的个体工商商业模式。

(二) 个体工商户的形式、结构与功能之间能否自适

商主体外部的市场活动范围、对外所提供产品和服务的复杂程度、实际发生的交易量决定了市场主体内部的组织规模、组织结构、设施配备。不同商主体的组织形式需要不同的内部结构支持,以实现不同的外部功能。每一类商主体的组织形式、内部结构和外部功能之间相互适应,不同商主体自身具有自适应性。商主体可以理解为以商号、营业范围、企业财产和员工等要素组织形成的营利功能体,在营业体的基础上赋予商事法律人格形成商主体。个体工商户是在低端市场中存在的商主体,它在原有家庭组织基础上改造形成营业体,它以业主为核心,以“户”为经营组织基础,内部角色分工模糊。但是,个体工商户具备不可替代的社会功能:其一,个体工商户所提供的产品和服务直接满足人们的日常生活需要,与公众生活高度关切;其二,虽然处于低利润领域,但是,能够为“户”提供生活来源;其三,以业主劳动为基础,在家庭协作基础上招收帮工、学徒,解决就业问题。

(三) 个体工商户与特定经营者之间能否互适

商事组织是经营者的制度工具,不同经营者拥有不同的生产经营知识、不同数量的资本、不同的生产经营技能,业主按照自身的禀赋优势从事不同的行业,选择不同的商事组织,商事组织与业主禀

赋之间一般存在互适性。从事个体工商户经营只需要小额资本、具备特定的生产技能、能够组织管理小规模的经营,对外拥有小范围的市场信誉和知名度。个体工商户存在于低技术行业,市场进入门槛低,适于大部分人的创业选择。个体工商户利润有限,一般用来维持业主家庭生活开支,成为其生活来源。个体工商户的居住场所与经营场所就近甚至统一,生产协作与生活协作相通,便利老幼照顾、子女教育、夫妻团圆,避免家庭分离,提供较高的幸福指数。可见,个体工商户与业者的商业禀赋契合度高,对于其生存需要满足效用好。

三、常态市场中个体工商户制度的比较优势

个体工商户是在我国社会中成长起来的商业组织制度形式,具有良好的本土适应性,随着经济社会的发展变化进行修正完善,今天已经成为稳定成熟的商业制度形式。个体工商户的存在与发展对于活跃市场经济、发展第三产业、方便城乡居民需要、增加财政收入、减少政府负担、安置就业、促进社会安定等方面具有重要功能,在商业实践中具有比较优势。

(一) 个体工商户与特定市场空间相互适应

商事组织形态没有抽象的合理性,不同的市场结构与不同的市场主体组织之间相互适应,检验商事组织是否合理的标准是商事组织在市场中的生存竞争能力,能够在市场竞争中生存发展的组织形式就是有效的组织形式。商主体在市场中的交易量在一定程度上决定了它能够支付多高的组织成本、支持多复杂的组织结构。其一,市场主体组织形态与特定市场空间之间相互适应。在市场规模方面,大公司与大市场相适应,在大市场中具有竞争优势;个体工商户与小市场相适应,在小市场中具有竞争优势。在市场发展过程中进化成大市场时,小市场仍然存在,例如,大城市中仍然存在提供早点等小商品市场。个体工商户与小商品市场相适应,在小商品市场中具有竞争优势。在小商品市场中,公司相对比个体户存在竞争劣势。其二,市场主体组织形态与特定产品和服务之间相互适应。在市场结构方面,组织形态和交易形态相适应,公司制与需要大资本和复杂协作的行业相适应,公司制在大制造业等大规模协作行业中具有竞争优势;个体工商户在简单商品和服务行业中具有竞争优势,所以,无论在城市市场还是在农村市场中,均有低端的小市场存在,能够容许个体工商户大量存在。

(二) 个体工商户作为商业组织具备效率优势

“个体工商户在生产经营中形成了以自雇用、自组织和自适应为主要特征的运行模式”^[9]。个体工商户在自然存在的家户组织之上嫁接了商业营业功能,成为商事组织。从个体工商户制度内部的结构和功能分析,我们可以发现这种组织具有的独特优势。

1. 利用天然的信用纽带。任何商业组织中必须通过信用纽带实现组织内部的联接,一般认为企业是由复杂的契约体系实现连接的,依赖雇佣合同产生企业内部信用。在个体工商户的生产经营活动中,从业者以家庭成员为基础,扩展到亲属,也存在一些没有特殊情缘的雇工。在个体工商户组织内部,除了契约关系之外,还存在婚姻、血缘、亲缘联系,在这些长期联系并反复博弈的关系中,人们彼此更易于产生信任。因为在商业上的背信会牵连损害亲情、友情,背信成本倍增从而有效地约束背信行为。个体工商户交易多产生于熟人之间,在对外关系中承担无限责任,优化了整个社会的信用生态系统。

2. 组织凝聚力强。个体工商户出资主体单一、组织结构简单,在法律上承担无限责任。个体工商户属于业主制商业组织,生产经营以业主为核心进行灵活性地组织,由于个人利益与经营利益的高度一

致性,个体工商户中一般不易出现类似国有企业中内部人控制或掏空企业问题。经营收入与个人财产界限模糊,经营风险即为个人风险。个体工商户对于经营债务承担无限责任,这种责任形式有利于维护社会信用和市场信用环境。有限责任仅仅锁定了投资人的风险,但是并不能消除风险,只是将经营失败的风险转嫁给与其交易的债权人。无限责任有利于债权人利益保护,投资人以其全部财产对外承担责任,增加了市场整体的信用。

3. 组织成本低。个体工商户是最简单的专业组织,准入门槛低,体现了社会生活和市场经济的原生态,具有组织成本优势。在一些行业和市场领域,无需形成精细的分工和专业化,由于交易量的限制,无法摊薄复杂组织的组织成本,所以,在利润较低的低端市场中,无法支付大企业的组织成本。个体工商户组织中的业主处于核心地位,业主主要为自己利益工作,符合理性人、自利人的基本人性,其生产经营的积极性、责任心、组织生产经营的灵活性均能够产生成本优势。在个体工商户制度中,依托从业者自身具备的手艺技能为基础,从业者具有多种才能,承担多样角色,从事多项工作。既承担组织工作,又对外联系市场交易,还直接从事操作劳动。相比较公司等组织形式,个体工商户没有复杂的机构和人员分工,无需支付高昂的组织成本。

4. 生产协调成本低。在任何商主体内部均存在权利界定和行动协调问题,从而产生权利界定成本和行动协调成本,个体工商户具有内部权利界定和行动协调成本优势。个体工商户从设立运行到退出市场,均无需在合作当事人之间进行复杂明确的产权界定,从而发挥了模糊产权的成本优势。个体工商户在管理方式上主要以“家庭式”管理为主,业主在生产经营过程中起决定性作用,生产经营决策由业主独立自主作出,无需与他人协商,决策程序成本低。生产经营活动中,业主具备绝对的权威性,生产经营指令易于落实。业主对于业务全程负责,没有形式化、规范化的上班下班时间,按照业务需要针对性地安排劳动。总体而言,个体工商户内部协作规模小,人与人之间的信用程度高,生产协调成本低。

(三) 个体工商户具备独特社会功能

经营个体工商户既是个人在市场中的从业方式,也是个人在社会中的生存方式。在市场结构中,个体工商户拥有独特的功能优势。

1. 满足需要的针对性。在外部,商事组织的价值在于能够为公众提供产品和服务,个体工商户为其市场功能而存在。《个体工商户条例》第4条规定“国家对个体工商户实行市场平等准入、公平待遇原则。”个体工商户可以在国家法律和政策允许的范围内,依法经营工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业等行业。个体工商户所提供的产品和服务,针对人们日常生活的最基本需要,支持了城市生活的最基础秩序。个体工商户自主决策,针对市场需要提供产品和服务,一旦社会出现需要,个体工商户能够及时组织生产,提供产品和服务;一旦出现过剩,在个体工商户的营业活动中能够及时调整生产规模,或转行从事其他业务。

2. 利于财富的均衡分配。市场中的不同主体结构关系不同的民生形态,涉及就业机会和收入分配的基本结构。尽管也存在一些规模较大、利润可观的个体工商户,但总体而言,个体工商户属于维持生存的劳动方式,其收入一般不会造就超级富豪,有利于社会财富在低收入者之间的分配。个体工商户解决了部分城市户籍人员和进城农民工的就业问题,他们的收入一般直接满足家庭生存发展的基本需要,其经济收入对于人们的生存需要满足程度高,具有重要的社会保障功能。个体工商户经营收入的增加,对于拉动消费、产生市场需求效果更好。个体工商户制度的优势体现为解决了弱势群体的经济参与问题,他们在市场中获得经营利润;他们通过提供产品和服务实现了社会参与,实现了个人的

社会价值。

3. 具备吸纳就业优势。《个体工商户条例》第21条规定“个体工商户可以根据经营需要招用从业人员。”虽然法律上没有雇佣人数限制,实践中的个体工商户雇佣人数一般较少。但是个体工商户作为生产组织形式,其中的人力成本成为最重要部分,机器等物质资本在其中占有的比重低,单位资本吸收劳动就业的比例远远高于大企业。同时,由于进入门槛低,个体工商户也是年轻人创业的最可行的选择。个体私营经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分。“个体私营经济从业人员占全国就业人员的比例呈现逐步上升趋势,从1990年的3.5%增长到2014年的32.36%”。^①《个体工商户条例》第21条规定“个体工商户应当依法与招用的从业人员订立劳动合同,履行法律、行政法规规定和合同约定的义务,不得侵害从业人员的合法权益。”

4. 易于分散和消化风险。由于个体工商户组织程度低,组织规模小,利害关系人较少,经营失败的风险分散。2018年国家统计局调查显示,个体工商户户均人数2.8人。对于个体工商业者而言,个体工商户改变经营范围的成本小,一种事业经营失败,可以依据市场行情及时调整生产经营方向,进入其他领域。经营失败的风险由业主分散吸收,不易叠加形成大规模的经济和社会危机。

有限责任的优势在于鼓励投资,但有限责任不能消灭风险本身,只是将投资者风险和损失转嫁给债权人承担。个体工商户在对外关系中承担无限责任,^②经营失败的风险由从业者个人承担,有效地消化风险,一般不会危及整个市场,对于社会安全冲击小。个体工商户对于交易相对人的信用达到了民事信用的极限,涵养了中国市场的信用环境。

四、常态市场中个体工商户法律政策选择

当下个体工商户法律政策选择的要点在于是否推动“个转企”。基于以上的理论分析,对于市场中的“个转企”提出以下建议。

(一) 尊重商主体的完整生态

在现代市场的复杂结构中,多种组织形式共存,不同参与人有不同的市场定位,存在多样化的制度选择需求。其一,市场主体中简单组织与复杂组织共存。市场中存在复杂的公司集团、跨国公司,也存在小微企业。与个体工商户最接近的组织形态是个人独资企业,这种企业形式最可能与个体工商户之间形成替代关系。2016年修订的《个体工商户条例》规定了个体工商户向企业组织的转变规范。但是,个体工商户具有设立门槛低、程序简便、运营成本较低、管制更宽松、经营更灵活等优势,这些决定了个人独资企业都处于劣势^[10]。从而决定了从业者会优先选择个体工商户而非个人独资企业,更不会从个体工商生产转变为个人独资企业。其二,市场信用中有限责任和无限责任各有功能优势。在相对稳定的地域范围内经营,交易相对方相对稳定,近似于熟人之间的交易。所提供的低端产品和服务与消费者的生命健康关切度高,需要更高的信用保障。其三,个人市场实践存在发展过程。个人选择何种经营形态参与市场实践,依据在于参与人既有的能力适应何种组织形式、组织规模、组织结构与行业定位。一些青年人初次创业以个体工商户为起点,经过个体工商户的实践训练和能力提升,有能力经营更大的商业企业。

^①工商总局《我国个体私营经济就业规模不断扩大》,载 <http://www.gov.cn/20160129/n436298909.shtml> 2019年12月22日访问。

^②《个体工商户条例》第2条规定“个体工商户可以个人经营,也可以家庭经营。”

(二) 尊重市场层次结构规律

早在20世纪90年代市场经济体制建立之初,就有学者呼吁“取消个体工商户和独资企业的划分,使所谓的个体工商户回复其独资企业的性质并由统一独资企业法一并调整”^[4]。这种意见是否正确,不能看是否与外国经验相契合,而要看是否符合中国市场本身的层次结构规律。个体工商户在其存在的低端范围内具有竞争优势,不能要求个体工商户去和微软、波音等公司去进行高端市场竞争。《个体工商户条例》第28条规定,个体工商户申请转变为企业组织形式,符合法定条件的,登记机关和有关行政机关应当为其提供便利。该条规定从立法上提供了商业组织形态转化的依据,但是,这仅仅是保障个体工商户进行“个转企”的可能性,赋予了“个转企”的权利,并非赋予“个转企”的法律义务。实践中如何引导、操作需要更为慎重。具备“个转企”条件的应该尊重业主的营业权及对营业组织形式的自由选择权,不能搞运动式、一刀切性的强制转化,应该通过税收、责任承担等规则引导投资者主动完成转化。如果投资者选择转化为个人独资企业,可以做好相应的服务工作。

(三) 尊重当事人情境理性选择

在商事法治之中,营业自由属于一般原则,国家干预属于例外。我国商主体的组织形式服务于营利追求,从业者是理性人,一般会结合市场条件,从自身利益最大化出发来选择商业组织形式。由于他们掌握的相关决策信息最为充分,决策后果具有最强的利益相关性,所以,一般会依据自身条件作出谨慎选择,选择错误的后果自行承担。每个个体工商户在市场中存在三种发展倾向:其一,积累资本升级转型为独资企业、合伙企业、公司。其二,维持简单再生产,继续以个体工商户形式进行生产经营。其三,经营不善,退出市场。如果已经积累了足够的资本、拥有足够的管理经验和市场经营能力,个体工商户业主会自动地升级为公司。在“个转企”中,应该首先尊重当事人的选择,业主可以综合考量禀赋要素、协作规模、运行方式、税负负担、风险责任承担等要素,依据法定的条件和程序选择个体工商户、独资企业、合伙企业、公司。

(四) 注重相关法律政策的有效性

经济社会发展的动力,源于市场主体的活力和社会创造力^[11]。市场升级是一个自然发展过程,仅仅从形式上将个体工商户改为独资企业、合伙企业、公司并不能解决实质性问题。1999年制定《个人独资企业法》,立法者预想《个人独资企业法》颁布后,个体工商户会大量改为个人独资企业,但是,这种现象在市场实践中并没有出现。这说明符合企业法标准理论模式并不能直接带来实际效用,低端企业中人格模糊具有合理性。如果有条件的“个转企”,也应该注重保持经营的连续性。《个体工商户登记管理办法》第39条规定“个体工商户申请转变为企业组织形式的,登记机关应当依法为其提供继续使用原名称字号、保持工商登记档案延续性等市场主体组织形式转变方面的便利,及相关政策、法规和信息服务。”同时,在我国当前立法语境下,个体工商户分为登记起字号和无字号两种形态,应依法对是否起字号加以区分,明确当事人主体及责任认定^[12]。

五、结 语

商主体组织形式的优劣不能单纯通过逻辑自证,只能通过市场生存标准检验。只要能够在市场中开展生产经营,能够抵抗市场风险,能够获得必要的利润并为投资者选用,这样的经营形式就是有效的组织形式。市场存在层次结构,不同商事组织与特定市场空间相适应,在特定市场空间内部显示合理性和优越性。个体工商户是在“家户”基础上嫁接的经营组织,其生命力在于契合中国社会的“家文

化”特色。有限责任企业的天然缺陷是对外转嫁风险,污染社会信用环境,个体工商户最大程度承担和消化经营风险,优化了市场信用的基础环境。不同自然人依据自身禀赋优势和经营需要所选择的商业组织形式是最优选择,政策推动的企业升级本身违背市场规律,“个转企”政策本身不能产生正面的社会效应。

参考文献:

- [1]俞萍. “个转企”的法律构造分析[J]. 商场现代化, 2014(8): 288.
- [2]梁慧星. 对宪法修正案的若干私法解读[J]. 当代法学, 2004(5): 38-47.
- [3]中共中央文献研究室. 三中全会以来重要文献选编: 上[M]. 北京: 人民出版社, 1982: 619.
- [4]赵旭东. 独资企业立法研究[J]. 政法论坛, 1995(1): 65-69.
- [5]周兴会, 秦在东. 论马克思所有制理论标准的两重性[J]. 马克思主义与现实, 2014(1): 49-54.
- [6]黄波, 魏伟. 个体工商户制度的存与废: 国际经验启示与政策选择[J]. 改革, 2014(4): 100-111.
- [7]范健, 王建文. 商法基础理论专题研究[M]. 北京: 高等教育出版社, 2005: 225.
- [8]郑曙光. 中国企业组织法: 理论评析与制度构建[M]. 北京: 中国检察出版社, 2008: 304.
- [9]汪海粟, 姜玉勇. 个体工商户的行业分布、生存状态及其或然走向[J]. 改革, 2014(4): 112-119.
- [10]李建伟. 个人独资企业法律制度的完善与商个人体系的重构[J]. 政法论坛, 2012(5): 114-122.
- [11]李克强. 在全国深化“放管服”改革优化营商环境电视会议上的讲话[J]. 中国行政管理, 2019(7): 6-10.
- [12]王刚. 个体工商户之主体性质与责任承担问题研究——以民事诉讼法司法解释第59条为中心展开[J]. 河北法学, 2020(3): 162-174.

On Individual Business System in Normal Market

TONG Liechun

(School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Individual business is a business entity system created in the practice of reform and opening up in China. It is the largest market entity in China, and its vitality lies in the “family culture” characteristics of Chinese society. Although individual businesses have been confirmed by law at all levels, they still have transitional and non-normative doubts. In some places, individual businesses have been transformed into enterprises. Individual businesses take advantage of the natural credit bond, low cost of organization and coordination, and are targeted to meet the needs of the market, which is conducive to absorbing employment and balancing wealth, easy to disperse and digest business risks, and has a competitive advantage in the low-end market. In a normal market, the rational choice of the parties concerned should be respected, the hierarchical structure of the market should be adapted, the complete ecology of market subjects should be maintained, and the reform of individual enterprises should be prudently implemented.

Key words: individual industrial and commercial households; “individual transfer enterprises”; unlimited liability; normal market



(责任编辑 陶舒亚)