

论我国小商贩营商资格登记之分层

蔡科云¹ 宋雨琪²

(1.2.湖北大学 政法与公共管理学院,湖北 武汉 430062)

摘要:小商贩具有经营主体多元、经营方式多样、群体数量庞大、市场需求广泛的特点。小商贩也面临经营许可缺失、经营地点流动和就业状态不稳的现实之问。新时代针对小商贩营商环境法治化命题,要面向小商贩营商资格立法空白与制度重叠问题,进一步推进商事登记理念与制度改革。营商主体多元化改革背景下,小商贩的法律属性被界定为“商个人”。小商贩尤其是游商走贩从“无证商贩”到“有证经营”的转型,是商事登记法“分层登记”制度的初衷。落实“分层登记”制度,还应从“市场动态监管、综合执法改革、社区属地营商环境改善、大数据信用信息收集与应用”四方面完善小商贩分层登记的配套措施。

关键词:小商贩;营商环境;营商主体;分层登记

中图分类号: D922.294 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-3257(2020)05-0039-11

引言

小商贩的营商问题,本质是自然人营业权的分配问题。对于小商贩是否登记、如何登记的争议,源于对自然人营业权及营业登记效力的不同认知。不同学者基于对私益、公权的不同理解,提出了各自的观点。简要梳理,对于小商贩的营商地位,总体上存在以下学说:(1)小商贩归入免登记行列说。此说认为严格强制登记主义及制度模式的弊端日益明显。法律应切实有效地保护没有登记投资者、经营者或者交易者的经营财产和营业收益;(2)小商贩归入民事主体说。此说认为小商贩虽然有买卖和交易,但未登记、经营资格欠缺。其有力的佐证是我国《中华人民共和国民法总则》(以下简称民法总则)第五十四条规定“自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户。”自然人以自己名义从事工商业经营,无论是个人财产还是以其家庭财产进行,只能个体工商户化且要依法登记。2016年修订的《个体工商户条例》,作为商事单行法规,在其第二条固化了市场登记在自然人从商上的必要性,即有经营能力的公民,从事工商业经营的,依照《个体工商户条例》及《个体工商户登记管理办法》规定,经市场登记,为个体工商户。小商贩没有经过市场登记,则只是自然人。未登记的小商贩有交易,属自然人与交易相对人之间的买卖合同关系;(3)形式与实质双重归入说。这种观点认为,小商贩已在营业内容和形式上具有现实的多样性。针对不同营业内容以及不同经营形式的小商贩,应具体分析,采用不同的

* 收稿日期:2020-01-06

基金项目: 本文是2019年度中国法学会部级法学研究自选课题“我国民营经济高质量发展的营商法治支撑体系研究”(项目编号:ZGFXH2019-41)的阶段性成果。

作者简介: 蔡科云,男,湖北大学政法与公共管理学院教授,硕士研究生导师,研究方向:商法、社会法;宋雨琪,女,湖北大学2018级法学硕士研究生,研究方向:民商法。

登记、备案及审查制。各学说各有千秋,利弊互见,优劣并存。有关主体地位的争议很难简单地用“免登记”或“应登记”来概括,因为登记本身也是一个动态和不确定的概念。对于小商贩而言,是通过登记和公示创设营商权利,还是通过登记赋予登记事实正确性的推定效力,这本来就是站在公权与私益两个坐标系上的两可问题。本文跳出“免登记、要登记”之非此即彼的形式概念之争,从“让小商贩更加快捷、轻松地申领营业执照,具备法定营业资格”之实践价值达成角度,重点论述“我国小商贩营商资格登记之分层”,以期抛砖引玉,求教于大方之家。

一、营商主体多元价值与小商贩的法律属性

(一) 营商主体多元化改革背景

改革开放四十年来,追随和服务市场经济发展是中国商法制度设计的初心和使命^[1]。党的十九届四中全会公报,从坚持和完善中国特色社会主义制度的高度,对我国商事环境建构提出了更多要求。“营造各种所有制主体依法平等使用资源要素、公开公平公正参与竞争、同等受到法律保护的市场环境”是新时代营商环境建设的重要内容,为持续推进市场主体登记改革、营造中国特色营商法治环境提供了方向指引。我国在自由开放、便捷高效的营商环境建设的理念下,正逐步加强商事登记制度改革。降低各类营商主体入市门槛,提高市场监管部门为市场主体登记、备案服务的有效、便捷度,成为商事登记“放管服”改革实践中着重落实的目标。从世界银行年度发布的《营商环境报告》中可以看出我国营商环境的国际排名正在不断提升^[2]。营商环境的优化,首先要从完善营商法治环境抓起。评价营商环境,也要从评价、评估营商法治环境做起^[3]。企业设立的便捷度是营商法治环境评价的标准之一。为此,我国《中华人民共和国公司法》(以下简称公司法)废除了实缴资本的规定,改为认缴资本制。这是近年来我国针对企业类市场主体,降低其登记准入门槛,提高准入后信用监管的重大成果。而针对企业类市场主体以及个体工商户的“证照分离”“多证合一”等改革,也在宽进严管、多部门协调、登记信息归集和应用上,优化营商主体入市准则,减少审批改备案,精简涉企证照,释放市场活力。但是,从人人皆可为商、营商主体的多元化价值层面,就自然人从商以及个人破产问题在我国还未正式地制度化。

(二) 小商贩的法律属性

小商贩,是无名商主体,其别称有游商、摊贩、货郎、自由商贩、流动商贩等。我国并未从法的层面上定义小商贩这一语词。在现有市场主体登记法规和规章中,小商贩也处于“无名”状态。但依小商贩的实践特征,可定义为:以营利为目的,未经市场监管机关登记且没有稳定营业场所,从事小规模交易的商人。小商贩的小规模经营方式具有明显的商个人属性。因此,在传统商法中又有“商个体”“个体商人”“商自然人”等特定名称。从事实商角度,小商贩是具有商事权利能力和行为能力,能够以自然人自己名义开展商事经营,并履行相关法律义务的自然人。学理层面的商个人的外延,包括有名商主体,如个体工商户、个人独资企业,也包括作为事实商的无名商主体,如自然人直接为商的小商贩。我国现有立法在《民法总则》第五十四条和第五十五条中分别规定了个体工商户和农村承包经营户的登记与责任承担制度的内容,并将其归入第二章自然人的范畴,这明确了个体工商户和农村承包经营户的自然人属性。然而,自然人从商,是否一定要选择个体工商户这一“商户”形式?自然人能否在事实商以自己名义从商?纵观我国现行理论研究和法律规定,对商个人这一概念之下的属概念“小商贩”进行系统、全面、深度探讨甚少。在我国商主体法定和营业能力强制登记主义话语之下,商个人成为个体工商户、个人独资企业这些有法规《个体工商户条例》、法律《中华人民共和国个人独资企业法》(以下简称个人独资法)依据的有名商主体的代称。而小商贩的商主体地位因为缺乏法的拟制,而在实践中长期处于“违法”的状态。

小商贩不同于其他商个人,它因其本身独有的特性而成为商事主体不可或缺的一部分。其一,营业性。小商贩的商事行为是自然人持续性进行的一种以营利为目的经营活动。《法国商法典》认为,商人是从事商行为并以其为经常性职业的人^[4]。小商贩同一般民事主体偶尔的交易行为具有明显区别,

比如大四毕业生在跳蚤市场上处理自己不要的书籍、二手的衣物或者日常用品等。该行为就不属于营业性的活动,因为该活动只存续于特定的时间与特定的地点中,最重要的是学生以远低于市场价的价格出售,意在快速抛售,清理积压,不以营利为目的,也不以营业为状态;其二,非法人的法律人格。与小商贩同属自然人的个体工商户和农村承包经营户在民法总则中被界定为是自然人,民法典中也沿袭了这一规定。小商贩与个体工商户在属性上具有极大的相似度,是自然人从商的展现形式。其区别就在于前者为事实商,后者为法定商。从商事责任能力角度看,小商贩本身无独立承担责任的能力,其财产属于商贩个人。商贩经营者对其营业风险以及所产生的债务承担无限责任。同时,小商贩的商主体人格与其经营者的自然人人格具有极高的重合度,其个人财产与所谓的企业财产几乎完全难以分离。商自然人与商法人人格独立,股东承担有限责任且非特殊情形下不对公司债务负责的法人制有明显差别。因此,在我国民法典出台并实施的背景下,小商贩是自然人的法律人格属性,小商贩的行为是自然人的营利性营业行为。

正是由于小商贩非法人营业的特性,小商贩无法用公司法等规制法人的法律规范进行约束,使得该群体是否应具有法定的商主体地位存在极大争议,进而才产生了其是否具有营业资格以及是否需要进行商事登记等问题。商事登记的模式主要有主体登记和营业登记两类。有限公司、股份公司等商法人通过法律规定获得商事主体资格,首先从法律上规定其商事主体设立的条件,而后只要满足商法人主体设立所要求的登记条件并经法定程序,就可获得法人资格。商合伙在合伙企业法之下的主体登记也是如此。这种登记模式就是主体登记的依法强制主义模式。但对于小商贩来说,由于作为其经营者的自然人身份并非来源于法律,而是始于出生,终于死亡。自然人人格不必进行登记即可获得,所以根本不存在自然人主体登记创设自然人身份之说。小商贩这种特殊的自然人性,映合了德国商法中的营业自由理论。在营业自由理论下,小商贩不仅可以自由地进行经营活动,而且还可以自由地选择是否进行商事登记。《德国商法典》第2条规定,小商贩可以选择是否进行商事登记来获得商主体身份,进行商事登记对小商贩来说仅仅是一项权利而非必要义务。通过商事登记,不仅可以赋予小商贩商事主体身份,而且使其对外产生了公信效力和对抗效力。

在商事活动中,信用具有财产属性,侵害商事信用必然承担财产责任^[5]。商事信用在商事活动中占据基础性地位,我国针对商主体实行的强制登记主义最大程度地保障了商事信用^[6]。然而,该商事登记制度渐行僵化,不承认营业自由理论,这就使小商贩的营业自由不能通过商事登记制度加以实现。没有进行商事登记的小商贩因不享有营业资格而不得开展经营活动。我国的商事登记制度在一定程度上成了管制小商贩自由营业的依据。大多数小商贩规模小、成本低,而办理登记要求具体的经营范围、经营场所、出资额等等。这些对没有经营场所、没有启动资金的小商贩们来说无疑是不必要的负担。至于营业登记,学界对法人开展营业是否在主体登记以外还需营业登记以确认营业资格具有理论争议。我国采用统一的登记模式,由同一机构将主体与营业两种登记的登记事项记载于同一登记簿上^[7]。这种登记模式的好处在于简化了登记程序,避免了繁琐程序带来的压力,减少了大量不必要人力物力的损耗,提高了登记机关的办事效率。依此规定,自然人想进入商事经营领域都必须首先确定一商主体形态,如有限公司、股份公司、个人合伙、个人独资、个体工商户等,然后在满足设立条件后向相关登记机关申请办理营业执照。然而,对于小商贩而言,这种登记方式加大了小商贩的成本,大部分小商贩可能会望而却步,实际上限制了自然人的营业权,过度保障安全的登记制度成为小商贩难以逾越的法律障碍。因此,应为小商贩设定相应的商事登记制度,在尊重其营业权的同时减轻其因登记程序带来的成本压力。

二、从“无证商贩”到“有证经营”的制度障碍及监管困境

(一) 制度压制与立法空白重叠并存

我国商事登记适用的是全面强制登记主义,想要踏入商事经营领域,必须通过市场监管部门登记

机关的登记获取商主体资格,而后才享有商事权利义务,进行商事营业活动。由于我国没有统一的商法典,有关商事登记法规制只能在公司法、合伙企业法、农民专业合作社法、个人独资企业法以及在行政法规、部委规章层面的各个登记管理条例、登记管理办法中具体体现。

针对商法人和商合伙,我国公司法、合伙企业法、外商投资法等对其登记相关制度作了具体规定。设立公司、非法人企业、合伙企业必须向登记机关申请登记,由登记机关发给营业执照并载明名称、住所、注册资本等具体事项,同时,营业执照记载事项发生变更或者公司、企业的经营经营范围发生变更后必须依法办理变更登记。我国针对各种所有制的企业类市场主体的登记制度相对是比较完整的,贯穿于商法人以及商合伙主体的设立、变更、消灭全过程。对于这些法人性组织以及非法人组织,基于市场登记信息,出于对相对人的信赖利益保护,在设立登记的效力上确立“创设商主体功能”,在变更登记和注销登记的效力上,确立对外效力的“登记信息的对抗功能和善意第三人的信赖利益保护”,着重体现了商法人、商合伙市场登记“管理本位,安全至上”的价值理念。

针对商个人,我国现行相关法律存在立法理念不明,主体概念不清、基本主体类型构造不完善等问题^[8]。现行法对个体工商户、农村承包经营户、个人独资企业以及小商贩的规定不甚相同。首先,个体工商户作为以个人自己或其家庭财产为营业资本,依法进行商事登记后开展商业经营的商事主体。民法总则赋予了其法定的商主体地位,《个体工商户条例》第七条就规定,个体工商户必须持户籍证明向所在地市场监督管理机关申请登记。其次,就农村承包经营户而言,他们依照承包合同使用集体土地、森林等生产资料,以家庭为单位实施农业商品经营。其商主体地位同样来源于民法总则,营业资格也是依据承包经营合同书取得,并随合同期满而终止。其商主体地位、商事营业资格的取得均为法定,且无须商事登记。针对个人独资企业,个人独资法第十三条更是直接规定个人独资企业在未领取营业执照前不得从事经营活动。至于小商贩,其本属于自然人性质的民事主体,但是当他开始踏入商事领域从事商事经营,并以交易营利所得谋生时,就具有了营业性,身份也就自然而然从民法上的自然人转为商法上的商个人。然而,小商贩相关法律规定与个体工商户、农村承包经营户之间具有较大差距。我国对小商贩群体,没有法层面上的关于其商事主体地位的规定,也没有相关的商事登记的规定。《无证无照经营查处办法》第五条、第六条做出了对未依法取得许可的经营者与未取得营业执照的经营者分别经由法律、法规规定的部门市场监督管理部门查处的特别规定。将非法营业的小商贩群体分为无证、无照两个部分,并分别由不同的行政机关管制。然而,该规定并不能解决小商贩营业问题。其根源在于只要小商贩未从法律层面上得到认可,无法获取合法的商主体身份。而从事实角度,无证、无照商贩也会一直存在,与行政执法机关的冲突就会一直延续。因此,将商个人的市场登记制度完善放在“便民、便捷、市场信息收集”的层面并进行系统化,才能真正解决我国的自然人从商及小商贩营业问题。

(二) 商主体法律地位的欠缺

我国小商贩由于种种原因,长期以来不受相关部门的重视,得不到相应的营商法律地位。即小商贩法制度的缺乏,使其一直处于灰色地带甚至违法经营尴尬境地。2009年《个体工商户条例(征求意见稿)》第十一条明确规定“无固定经营场所的小商贩可以申请登记为个体工商户”。该条文首次承认了小商贩的主体地位,具有重大的主体制度意义。然而2011年该条例在正式颁布时,不仅删除了将小商贩按照个体工商户进行登记的条款,并且还把管理小商贩的权力从中央政府下放到省、自治区、直辖市人民政府。小商贩无法在国家层面的行政法规中“显名”,无疑对小商贩在“有名化”基础上进一步完善市场登记制度形成障碍。

商事登记作为国家管理经济市场的手段之一,在各商事领域发挥着重要作用,通过强制性商事登记,国家可以掌控商事主体内部资料,监管企业运行发展,保障及时征缴税收,以宏观调控的方式维护市场秩序。但是对于自然人性质的商贩,不能按照企业法人的登记制度加以规制,更不能放任不理,造成市场混乱,根据其固有特质创设一种新的制度势在必行。对于商事登记的功能定位,我国专家学者众说纷纭,主要可以概括为以下三种:其一,主体确认功能,商主体通过商事登记而享有法定地位,从事经营活动;其二,交易安全保障功能,根据公示公信原则,通过登记使商主体具有形式外观,交易双方

均能履行注意义务,保障相对人的信赖利益;其三,国家监管功能,国家机关通过登记掌握商主体的经营情况,进行行政、税收监管,宏观调控经济市场。当前营商环境下为小商贩制定相关法律规范以确定其主体地位刻不容缓。然而,将其定义为何种商主体,在何种阶层的法律法规中进行规制,是否应进行商事登记,登记或备案的事项需包括些什么,登记程序应该以保障交易安全为先,还是以提高交易效率、增进市场活力为主都是要具体考量的内容。

在实践中,商事登记存在安全价值与效率价值两种价值导向。但安全与效率价值在实践中的位阶如何安排,在商法学界未形成统一的意见。冲突论者认为效率价值应服务于安全价值;和谐论者认为二者存在共通的法需要和法需要实现机制;还有学者主张效率价值位阶应高于安全价值。以下是一则发生在我国一线城市上海的真实案例。“阿大葱油饼”是上海里弄的一家小葱油饼店,也就是我们所说的小商贩。三十四年来一直沿用传统的制作工艺,年迈的老阿大亲力亲为,限量供应,并因此而声名远播。2016年,英国BBC电视台一期美食节目中对阿大葱油饼进行了颇为详尽的报道,阿大葱油饼的声名不胫而走。然而,伴随着阿大葱油饼声名的日益远播,厄运也如期而至。阿大葱油饼店被当地工商机关以无照经营为由责令关闭。原因在于,阿大葱油饼店并未办理商事登记并领取营业执照,属于无证照经营。阿大要获得商事登记并取得营业执照,必须选址在自己的住宅之外,即不能将其居住用房改为非所居住用房。最终,受制于个体工商户商事登记中经营地址的硬性准入条件,阿大无法办理商事登记并取得营业执照,成为当时工商机关的取缔对象。该案体现了我国商事登记制度中安全与效率价值的冲突。从安全价值层面来说,登记可以真正实现其公示、公信功能,达到保护商主体与第三人之间的交易安全的目的^[9]。然而从效率价值层面来说,对于像阿大这样的小商贩而言,强行进行商事登记,不仅收效甚微还成本较大,而且还会成为行政机关随意干涉小商贩营业自由,剥夺底层小人物最起码生存权最为得力的工具^[10]。当前我国商主体登记制度的改革,就是要从“严准入、轻监管”向“宽准入、严监管”转型。商事登记是营商主体进入市场的基本准入制度,当面临安全与效率价值冲突时,应具体问题具体分析,尤其是在自然人从商这一问题上。没有效率的安全对市场毫无价值,既不能保障市场活力,更易剥夺社会个体的发展权和创业机会。因此,寻找安全与效率价值的最佳平衡点是小商贩商事登记制度变革的关键。在保障登记效率的基础上追求交易安全,减免登记审批程序,降低小商贩入市门槛^[11]。

(三) 行政许可无法满足多元市场需求

小商贩登记及权益保护的制度完善之必要,原因在于以下几个方面,首先,从历史文化层面来看,小商贩已成为一个具有历史代表性的商事群体,出现在许多传统文化和人文地理中。如白居易的《卖炭翁》、欧阳修的《卖油翁》等千古名篇,还有名画《清明上河图》中各种各样的摊贩,反映着简单商品经济的生机和个体属性。如今我国的服务业的公司企业,甚至知名企业,也是从白手起家、街边商贩做起。一定程度上讲,小商贩已经成了中国近现代商品经济发展的神经末梢和全民皆可创业的文化底色。其次,从人权保障方面来看,小商贩主要是由下岗职工、农民工等低收入群体选择的经商方式。他们中的大多数未接受过高素质教育,无先进技术知识,无足量投资资金,在竞争激烈的当代社会只能通过摆摊经营维持生计。如没有基于社会公平的倾斜性保护,甚至加以取缔,不利于商业生态的良性运转,也不利于个人和家庭的创业和发展。让小商贩群体合法存在,并依法参与市场经营,其实是对个人发展权的尊重和保障。最后,从社会的需求来看,小商贩们走街串巷,贩卖生活用品,提供便民服务等,其灵活的经营方式和精准的服务供给,给人民群众的生活带来便利、快捷。这在一定程度上弥补了大型超市、商店的服务空缺,更容易得到社会大众的支持。随着城市规模的扩大、城乡消费负担的提高,普通群众对小商贩的需求也有增无减。小商贩既是民众生活便捷和降低成本的需要,又是社会有机治理不可或缺的一部分。

同时小商贩具有流动性、无组织性,尤其是无证经营性,其事实经营活动给市场监管、城管带来了诸多问题,如无证经营、卫生检疫、影响市容交通等等。小商贩经营缺乏系统合理的法律规制,成了城乡治理中必须面对的现实问题。《城市市容和环境卫生管理条例》第十四条明确规定在道路两侧搭建

建筑物,必须征得城市人民政府市容环境卫生行政主管部门同意并办理相关审批手续。法律“边缘地带”的小商贩从事商事营业,不可避免地会占用街道,搭建违建建筑,并且绝大部分未获许可,这成为市场监管和综合治理的实践问题。依据其第三十六条规定,政府市容环境卫生行政主管部门可对违规商贩采取行政处罚措施,包括责令停止违法行为,限期清理、拆除违法建筑,警告,罚款等。然而部分城管在与小商贩交涉过程中公权力与私权利的冲撞,容易激化矛盾,甚至造成相对人对行政公信力质疑。自然人有序、有效从商,小商贩在现实中规范发展,市场监管与基层服务协同并进是政府在基层营商环境优化上面临的重要挑战。仅仅从取缔非法经营、维护市容市貌的单线思维出发,对小商贩“围追堵截”执法不仅效果甚微,反而使无照无证经营现象此消彼长、难以根除^[12]。小商贩仅因经营场地和经营空间的流动性而被执法,只会让其转入灰色地带,弱化甚至异化。商法机制中市场与政府功能的定位,应当是从“限定市场、余外政府”向“限定政府、余外市场”模式转型^[13]。尊重市场主体的多元化,限定行政权力在准入上的审批,加强市场主体准入后的动态监管,才能公平、合理地解决小商贩与公权力的直接冲撞矛盾。

三、中国特色营商主体体系整合与小商贩分层登记

(一) 营商主体类型的全面性和“小商人”的逻辑自恰

1. 营商主体的法定类型。首先,针对法人。我国民法总则第七十六条、第八十七条、第九十六条分别规定了营利法人、非营利法人以及特别法人三种法人类型。营利法人以向股东分配所获取的利益为目的,包括有限责任公司、股份有限公司以及其他企业法人,其他企业法人主要包括国有企业、集体企业等。非营利法人主要以公益或其他非营利事务为目的,不向出资人分配利润,包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。非营利法人不从事商业活动,缺乏商法人的必备要件“以营利为目的”,因此不属于商法人。特别法人主要包括机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人。特别法人中,除农村集体经济组织法人以外,均不以营利为目的,不属于商法人。其次,针对合伙。商合伙是指以营利为目的的合伙组织,以合伙组织的商号从事市场经营活动,我国制定了合伙企业法来对商合伙进行规制。提到商合伙就不得不提个人合伙,民法总则删除了民法通则中有关个人合伙的内容,将其排除了商主体领域,仅适用合同法进行规制。我国民法典沿用民法总则中的这一规定。再次,针对商个人。在我国,个人独资企业属于典型的商个人。在个人独资法中规定其为“个人单独出资、拥有和控制的企业”,完全满足商主体特征。除个人独资企业之外,个体工商户、农村承包经营户、流动商贩也具有商自然人属性。

营商主体类型的法定化,除上文中的商法人、商合伙、商个人这一分类以外,还包括其他辅助型主体和商中间人:首先,商事辅助人,包括商事代表人和代理人,他们代表或代理人从事商事活动,其行为后果归属于商人,以公司董事及高管为代表;其次,商事经纪人,包括法人经纪人与自然人经纪人两种,均以自己的名义代理客户参与经营活动,后果归属于委托人,其中,法人经纪人属于商人,自然人经纪人属于非商人。除此之外,还包括有公司清算人、破产管理人这些对外代表企业承担授信义务,对内负责公司破产和清算的非商人主体等等^[14]。我国的小商贩可以在类型化上,归入商个人一类。小商贩的核心特征在于“自然人以自己的名义从商”,其在商事辅助人和商中间人上的设定能力,应予以限制。但小摊贩的合理雇工需求,应不予限制。

2. “小商人”的事实逻辑自恰。小商人指那些从事基本商事营业,很少适用相关商事法规,更不需要完全履行法定商事权利义务的商主体。小商人制度是针对小规模经营者而设立,使其既能获得商主体特定权利,又不必进行繁琐的商事登记程序,大大降低了经营成本,具有极大的自主性和灵活性。小商人概念出自《日本商法典》第7条,最初指经营规模小的走街串巷的行商和沿路买卖的露天商人。后在《商法施行规则》中规定资本金额为50万日元以下的非公司商人为小商人,商人同时经营数个相关营业的,以其财产总额为判断基准;经营数个不相关营业的,其一超过50万日元即为完全商人。同时

规定未成年人、监护人、商号等商事登记相关事项不适用于小商人,建构起基本完整的小商人制度。

《日本商法典》中的小商人制度源自《德国商法典》,在《德国商法典》的框架下,商人依据其经营程度及规模被分为了必须进行商事登记的当然商人与选择进行商事登记的自由登记商人,自由登记商人就是此处所讨论的小商人。《德国商法典》第2条、第3条规定该制度包括从事小规模营利事业的自由登记商人与从事农林业营利事业的自由登记商人,前者由于其经营程度及规模较小,可以自由选择是否进行注册登记,其经营种类和经营范围不必按照当然商人的方式进行强制登记,登记仅作为一项权利,而非法定义务,即使已经进行了登记,也可以基于经营者的申请进行注销,因此德国商法学者施密特称之为“拥有回程票的自由登记商人”。然而,已经进行登记的自由登记商人一旦达到法定的经营规模,就成了当然商人,不得再行使注销权。至于农林业营利事业性质的自由登记商人,其包括农业和林业领域的企业以及与之相关联的从企业,该类商人在拥有选择登记权的前提下同时不受营业程度及规模限制,即便超出法定规模也享有作为自由登记商人的优惠权,但其登记后不再享有任意注销权,直至其经营事业终止方可注销,这是《德国商法典》对农林业经营领域所做的特殊规定^[15]。《德国商法典》中的自由登记商人制度,为本文小商贩营商资格登记采用分层登记制提供了理论及法律依据。

(二) 小商贩“分层登记”的理念、原则及规范一致性

1. “分层登记”理念的提出及基本原则。在营商开放、自由的理念指导下,我国废除了公司法关于注册资本制的规定,改为认缴资本制。其目的就在于降低准入门槛,在发挥投资人自主和灵活出资的优势的同时加强对公司、企业的信用监管和过程监管。然而,针对自然人以自己名义从商,现行的法定强制登记主义不仅抑制了小商贩的发展,而且导致实践中处于灰色地带的小商贩经营者机会主义的泛滥。民间私人的小商贩经营,通过各种手段绕开商事登记,进而规避税收、食品药监、劳动与社会保障、海关等部门监管。针对非企业市场主体尤其是流动小商贩,强制登记主义模式不仅无法达到规范一体化的效果,反而让事实商、小微商失去自主选择是否登记的空间。因此,将小商贩等小规模营业纳入事实商范围,应进行商事登记改革,引入非企业市场主体的备案制。即针对自然人从商的,适当引入英美法系中对商主体的任意登记主义^[16]。配合现行的针对企业市场主体和个体工商户的强制登记主义,借鉴德、日商法中的“小商人”制度,对小商贩按营业程度及规模大小进行“分层登记”(备案)。“分层登记”制度是针对小商贩这一特定主体的“自然人以自己的名义从商”性质而设立,是在法定强制登记主义和自由营业的冲突之间找寻平衡点。该制度具有现实的必要与合理性:

其一,“分层登记”制度符合大陆法系国家(地区)基本情况。在我国《个体工商户分层分类管理办法》中,市场监管机关工商登记部门对个体工商户的市场准入、经营、退出等信息进行内部信用评价,并按不同评价等级实行不同层级的监管模式。小商贩作为同个体工商户性质相同的商个人,参照现行个体工商户的“分层管理”来进行“分层登记”具有可行性。日本依据营业额来对小商贩是否需要登记进行划分,在其《商法施行规则》中规定营业额在50万日元以下者为小商人,小商人不必遵循商事登记的规定。除此之外,我国台湾地区的“商业登记法实施细则”第二条规定每月销售额未达营业税起征点者可豁免强制性登记义务。因此,立足于我国国情,结合中国特色社会主义市场经济建设的成就、经验、教训进行制度创新^[17],在地摊经济的实践背景下,针对小商贩制定详细的“分层登记”制度更能满足市场需求。

其二,“分层登记”制度应当以人为本、高效便民。对底层、普通自然人经商的关注,是社会的常识,更应是法的良善追求,关键是对其如何呵护才更有效。“分层登记”制度所适用的主体是小商贩群体,其出发点是立足于自然人以自己名义从商的权益。国务院关于推开“证照分离”改革的通知,是在保证国家营商环境规范化的前提下,坚决贯彻“证照分离”,逐步减免涉企行政审批,优化准入服务。大力推进登记备案制,落实“放管服”,创新政府管理方式,做到放管结合,既减轻了行政部门工作负担,又降低了小商贩的入市成本,保障其创业积极性。同时,“分层登记”制度提高了市场监管机关的工作质量及工作效率,将小商贩按经营规模区分为不同等级,按照不同等级适用不同登记模式,营造便捷化登记环境及监管环境,真正落实以人为本、服务于民的宗旨。

2.“分层登记”的具体规范。小商贩作为商个人,为其制定“分层登记”的具体规范应以其营业额为分层标准。个人所得税法规定我国居民年收入达60000元以上的征收个人所得税,因此以个税起征点为界线对小商贩营业规模进行分层,适用不同的登记备案制度具有恰当性。

自然人从商的年营业额申报额超60000元的,从税法应缴营业税款角度,鼓励自然人经过市场登记成为法定商主体——个体工商户。对于小商贩转换为个体工商户的登记申请,依照个体工商户的相关规定对其经营内容进行审查,经市场监管机关登记部门登记其经营者姓名、住所、经营范围、营业场所,领取营业执照,以个体工商户开展经营活动。个体工商户同时作为法定纳税义务人,应当建立账簿,税务部门依照税法征收增值税、营业税,以达到强有力的监管效果。对于年营业额申报额小于60000元的小商贩,应当将其视为普通的个人从商,不缴纳个人所得税。自然人从商的小商贩经营行为仅是为解决生计、就业而进行的谋生手段,在不违反行业管理法律法规的前提下,应当给予其足够的营业权利和自由。该类经营者是事实商,可依其意愿自由选择是否进行商事登记,进而登记成为法定商主体,即享有对外的公示及对抗效力;自然人从商而不登记的,也不能按照无照商贩进行取缔。社区内经营与街道流动经营的小商贩,由其所处社区、街道办进行商事备案登记,是营商备案服务性质,而不是行政许可和审批性质。针对小商贩属地的基层备案,不必按照商事主体严格登记内容,仅需对其经营者姓名、住所、经营内容进行形式上的登记。基层市场监管机关或者派出机构应当与社区、街道办的备案信息进行协同,共享的小商贩信息,进行市场信用信息系统的信息备案和上传。市场监管机关的登记部门,仅对小商贩的登记信息进行形式审查并备案、上网,不负责对备案材料进行实质审查。自然人经营的小商贩备案申报应保证其在社区、街道办登记的信息真实,因不实备案而造成的风险及后果由小商贩经营者自担。小商贩在提供经营、服务过程中的质量直接关乎交易对象的人身、财产安全。为确保其经营合法安全、保障消费者权益,即使豁免登记,真实经营信息的登记、备案也必不可少。对于人流量大的街道、闹市区、学校、旅游景点、农村集贸市场等重点地区的小商贩,当地社区、街道办除进行经营信息的备案外,仍应由市场监管部门纳入国家企业信用信息公示系统,按照“双随机,一公开”的动态监管要求和黑名单、经营异常名录录入要求,按期进行抽查和检查。不合法经营或者有经营异常而限期无法改变的,及时取缔。

我国当前强制登记模式造成大量从事商行为的事实经营者,尤其是自然人从商的小商贩游离在跨部门大数据抓取、应用以及数据监管之外。消费者的需求和权益,也因对游商走贩的营业信息不确定而得不到应有的维权保障。承认小商贩的事实商地位,引入自然人从商的自由登记主义下的选择登记备案模式,通过分层使经营者依据自身情况选择合适的登记方式,既能彻底解决把小商贩纳入市场监管和行业监管范围的问题,又能提高个人经营、全民创业的增量。这是优化中国特色营商环境,细化自然人经营制度供给的必要举措。自然人从商以营业额为基准,针对规模大小不同的小商贩适用不同的登记、备案模式。小商贩“分层登记”,其实是由经营小商贩的自然人选择法定市场登记还是事实商备案:首先,小商贩的年营业额60000元以上者,其自然人经营者自愿选择是否经市场登记成为个体工商户。如申请登记,市场监管机关登记部门对其所申请登记事项需进行审查、核准、发照。经市场登记后其开业登记享有积极对外效力,即不仅具有创设个体工商户的效力,获得法定商主体资格,而且拥有了对抗善意第三人的法律效力。其次,年营业额60000元以下的自然人,未登记小商贩经所在社区、街道办备案,仍可继续营业。其备案信息,与市场监管部门登记机关或其排除机构共享。经社区登记备案的小商贩从事商事经营,应接受所在辖区基层政府的卫生防疫、食品药监、城市管理等部门监管。《德国商法典》中认为从事商事经营并以此为业即为商人,不以登记为必要条件。

(三) 小商贩分层登记的市场监管及执法配套

1.市场行为的执法监管。在小商贩分层登记体系下,市场监督的综合执法应当基于市场主体信息和小商贩备案登记信息,把日常监督和“双随机、一公开”作为对小商贩动态、全过程管理的基本方式。把对小商贩的执法监管与自然人经商的征信数据资料进行整理和共享使用。同时开放市场监管投诉执法渠道,确保群众诉求表达、利益保护、风险预警的渠道畅通。针对流动商贩,城管执法机关也应转

变执法方式,以商事登记制度改革倒逼行政监管制度改革^[18]。承认事实商的合法性,落实“放管服”政策,设定基层执法尤其是市、县两级的城管执法的权力清单,使其能根据各地特色适用符合本地实际的城市管理标准,对小商贩严格做到“法定职责必须为,法无授权不可为”。比如,城管可以改善执法方式方法,帮助小摊贩安排不影响交通、市容的摊位。用制度避免人情监管、选择执法、执法不公,摒弃随意检查、重复检查。同时,城管部门还应当协同市场监管、社保、卫生、食药监等各部门,形成统筹全局、分工明确、责任清晰、覆盖全面小商贩监管机制^[19]。

2.摊贩人员的社区服务。小商贩群体规模小、数量多,散布于社区、街道。市场监管部门登记机关的窗口指导和特定事项内容才启动现场检查的工作方式,无法有效对摊贩及经营人员进行准确收集和经营信息更新。针对小商贩的登记备案信息的收集和更新事务,应在制度上设计为:由小商贩经营所在辖区或者自然人经营者所在辖区的社区、街道办提供小商贩营商数据采集的营商服务。针对“小商贩”中的营业内容(营业范围)以及不同经营形式(社区内经营形式、流动经营形式),进行不同的审查制(形式审查,非实质审查)和登记备案制(备案登记,非市场登记)。同时,为体现小摊贩之间的成员自律,在制度上还应鼓励其加入个体劳动者协会。摊贩自由选择是否加入个体劳动者协会。这种用社会治理的方式,提供小摊贩劳动者自我管理、自我服务、自我监督的途径和渠道,有助于缓解政府刚性执法和公权力行为与小商贩自立自主之间的冲突。此外,摊贩不仅亲自经营,还可根据需要,聘请雇工。摊主与雇工共同经营的情况下,组织内部成员自己协商确定劳动规范、人员权利和责任,甚至可以针对摊贩“营利性、反复性、长期性、持续性特点的商事活动,适用商事职务代理制度”^[20]。小摊贩的雇工信息,应当由社区、街道办一并备案,并与市场监管机关进行信息联动。用市场监管机关主导与社区服务共进,经营属地登记备案和摊贩社会治理并行,能有效引导小商贩的规范化经营。

3.营业结果的税收监管。税是营商环境和自由度的一个重要指标。依据税收法定原则及其进阶趋势,当前税收立法渐具开放性特征^[21]。小商贩作为事实商从事经营活动,一方面能够依法依规享受政府与社会提供的公共服务,另一方面也应负有纳税义务。基层税务机关对小商贩主个人所得税的征税质效的提升,可达到监控小商贩经营活动的作用。所以应当以个人所得税的申报为基础,进一步完善针对小商贩的税收征管制度。小商贩基于“分层登记、备案”信息码,进行纳税申报,进而依据不同年营业额规模而适用不同的税收程序和标准。其一,针对年营业额超过60000元小商贩,鉴于小商贩确实没有建账能力,按照个体工商户纳税标准和程序,由税务部门进行定期定额征收增值税;其二,针对年营业额不足60000元的小商贩,基于分层登记备案信息,依照自然人纳税标准进行征收。就个人所得税而言,因没有达到个税的起征点,免征小商贩的个人所得税。就流转税而言,鉴于年营业额低于60000元的小商贩经营规模较小、经济实力弱,大多数属于无业人员经营的面向社区、街道的营业活动,因此免流转税申报和稽核。

4.信用信息的网络监管。电子化、信息化、网络化时代,运用E网通、市场大数据进行征信,进而推行信用监管成为市场治理的重要内容。在国家、社会、市场、个人之间结构性的信息传递中,推动中国特色的诚信商贩制度建设。市场监管部门应当依托国家信用信息公示系统,对小商贩在基层社区、街道办的备案信息,以信息收集为基础、信息公开为手段,强化“好人假设”的市场信用监管。各行政机关在收集信用信息进行网络监管的同时,也要兼顾经营者的个人信息安全^[22]。对于小商贩的信息收集与运用,是在追求监控性和公平性之间寻求有效治理。国家干预下的小商贩信用监管与有效治理,是基于社区、街道办的营商服务行为,而非行政审批行为。对商贩信息进行收集,并生成登记备案信息,是基层为营商服务的内容。市场监管机关基于部门间的信息共享,通过易于识别和传播的载体——国家信用信息公示系统,形成影响广泛、陌生人和普通民众都可知晓和查询的小商贩基础性经营信息和营业状态。这一征信、授信、取信,以及可能的失信过程,以对“习惯性短期行为的减少、属地冲突的削弱、尺度之间与区域之间的协调”为治理有效性目标^[23]。让失信记录、失信告诫、重点监管、“一处受限处处受限”的联合惩戒、双随机一公开、声誉不利等的有效运行,形成针对小摊贩信用监管的常态。全国型小商贩数据库的形成,且打破各部门之间的信息壁垒,拓展网络信息来源,实现网络监管数据共

享,使各部门可以依照各自职责共同参与监管活动^[24]。小商贩数据库信用信息的统计、综合、研判、预警,对于小商贩商事行为规范,商业监管、税收监管、行业监管甚至宏观调控有序且有效,有重要现实意义。

结语

营商主体多元化是促进市场可持续发展的基础。制度对于小商贩,要宽容,但不纵容。小商贩营商资格登记之分层,与民法典、个体工商户条例、个体工商户登记管理办法中“经营登记”的立法精神不相悖。面对小商贩尤其是游商走贩从无证到“合法经营”的转型中面临的现实困境,我国应加强商事登记制度对自然人从商实践发展要求的回应性。中国特色营商主体体系整合不仅着眼于商法意义上的分层登记,也强调与民法典民事主体自然人制度的对接。“以分层登记解决商自然人营业资格问题,配套以行政、社区、税收、网络大数据的动态监管”的实践解决思路,这种经营门槛准入降低,动态监管、社区化监管、大数据监管配套,不仅切合当前市场登记改革的大方向,而且能够更好地鼓励自然人经商、全民创业。小商贩的“分层登记”,依不同规模营业额大小,由自然人经营者选择适用不同商事登记法规进行登记、备案。为深入改善小商贩的营商环境,由其所在社区及街道办进行备案信息的收集服务,并与市场监管机关进行信息共享,进而为跨部门服务和动态监管提供信息抓手。在新冠疫情影响下,我国“存量”企业和个体工商户面临困难。用法治的方法回应理论上营商主体类型的全面性和小商人的逻辑自洽,提高实践中自然人个体经商的“增量”,不失为疫情之后复工复产、增加就业机会的一个制度选择。这是依照国家“放管服”理念和精神,对营商主体登记备案管理与服务的实践革新。

参考文献:

- [1] 赵旭东.改革开放与中国商法的发展[J].法学,2018,(8):41.
- [2] 余斌.商法通则的设计理念——营商环境与交易规则孰重[J].湖南社会科学,2018,(1):71.
- [3] 谢红星.法治化营商环境的证成、评价与进路——从理论逻辑到制度展开[J].学习与实践,2019,(11):40-41.
- [4] 周林彬,官欣荣.论营业行为的商法安排[J].学术论坛,2019,(1):16.
- [5] 陈宾.论信用权的性质及其保护路径[J].河南财经政法大学学报,2019,(1):58.
- [6] 赵磊.商事信用:商法的内在逻辑与体系化根本[J].中国法学,2018,(5):166.
- [7] 李建伟.从小商贩的合法化途径看我国商个人体系的建构[J].中国政法大学学报,2009,(6):127-128.
- [8] 李建伟.民法典编纂背景下商个人制度结构的立法表达[J].政法论坛,2018,(6):87.
- [9] 石一峰.论商事登记第三人效力[J].法商研究,2018,(6):52.
- [10] 党海娟.商事登记制度基本问题研究[M].北京:法律出版社,2017:80-81.
- [11] 华德波.商事登记二元化审查标准的困境与出路[J].河南省政法管理干部学院学报,2011,(1):172-173.
- [12] 周昕.社区小商贩:社会治理创新研究[M].广州:中山大学出版社,2016:72.
- [13] 陈甦.商法机制中政府与市场的功能定位[J].中国法学,2014,(5):41.
- [14] 施天涛.商人概念的继受与商主体的二元结构[J].政法论坛,2018,(3):87-95.
- [15] 杜景林.德国商法典中的商人[J].德国研究,2011,(1):14-15.
- [16] 肖海军.我国商事登记豁免制度的构建[J].法学,2018,(4):129-130.
- [17] 范健.当代中国商法的理论渊源、制度特色与前景展望[J].法制与社会发展,2018,(5):64.
- [18] 王湘军.商事登记制度改革背景下我国市场监管根本转型探论[J].政法论坛,2018,(2):143-145.
- [19] 周昕,向敏.新时代“枫桥经验”与社区小商贩治理[J].长白学刊,2018,(6):133.

- [20] 冉克平,瞿燕妮.论我国的商事职务代理制度及其完善——兼析《民法总则》第 170 条[J].湖北警官学院学报,2019,(4):65.
- [21] 侯卓.税收法定的学理阐释及其进阶路径[J].学习与实践,2019,(7):64-65.
- [22] 韩旭至.个人信息列举式规范之审视[J].河南财经政法大学学报,2018,(4):46.
- [23] [英] 马丁·琼斯.治理的大力推进与失败的实际情况:以 20 年来的经济发展为例[J].王爱松译.国际社会科学杂志,2019,(3):50.
- [24] 肖季业.大数据时代行政紧急权力模式之变革与形塑[J].湖北大学学报(哲学社会科学版),2019,(5):137.

责任编辑:郭 奕

On the Hierarchy of Qualification Registration of Small Vendors in China

Cai Keyun¹ Song Yuqi²

(1.2. College of Politics & Law and public administration, Hubei University, Wuhan, Hubei 430062)

Abstract: Small vendors have the characteristics of diversified business entities, diversified business methods, large numbers of groups, and broad market demands. Small vendors also face the realities of lack of operating permits, mobility of operating locations and unstable employment. In the new era, aiming at the proposition of the rule of law for small vendors' business environment, it is necessary to face the problem of blank legislation and system overlap of small vendors' business qualifications, and further promote the reform of commercial registration concepts and systems. In the context of the diversified reform of business entities, the legal attributes of small vendors are defined as "business individuals". The transformation of small vendors, especially travellers, from "unlicensed vendors" to "licensed operations" is the original intention of the "hierarchical registration" system of the Commercial Registration Law. To implement the "hierarchical registration" system, it is also necessary to improve the market supervision and law enforcement supporting measures for the hierarchical registration of small vendors from the aspects of administration, community, taxation and network.

Keywords: small vendors; business environment; business entities; hierarchical registration