

商个人登记制度的完善路径研究

王冬梅

(西南政法大学 重庆 401120)

摘要: 破除商个人与登记制度之间的博弈,不应局限于登记制度的简化以适应商个人的需求或者提升商个人的条件以满足登记的要求,从商事登记关涉的三方主体利益需求分析,重新审视商事登记的理念与本质,可以考虑将商个人履行商事登记的强制义务转变为商个人登记与否的自主选择权。同时结合我国工商登记改革的意见设立我国商个人的工商登记程序,并完善我国商个人登记的配套制度。

关键词: 商个人;自由登记制度;商事人格权;独立诉讼地位

中图分类号: DF59 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2017)03-0172-09

Research on the Perfect Path of Individual Registration System

WANG Dong-mei

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120 China)

Abstract: To break the game between the individual and the registration system, should not limit the simplification of the registration system to meet the needs of the business individual or enhance the individual's conditions to meet the requirements of the registration, from the analysis of the three parties interests and needs involved by commercial registration, re-examine the ideas and the nature of the commercial registration administrative, we can consider convert the compulsory obligation to perform commercial registration into independent choice of business individual registration or not. At the same time, combined with the opinions of China's industrial and commercial registration reform to set up the business registration procedures of business individual, and improve the matching system of individual registration.

Key words: business individual; free registration system; commercial personality; status of independent litigation

收稿日期:2016-12-15 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2017年2月13日数字出版,全球发行
作者简介:王冬梅(1989-),女,安徽青阳人,西南政法大学博士研究生,研究方向:商法。

引言

不管是具有商法典的国家,还是理论上,均认为商个人是从事营利性行为的自然人,自然人的主体资格无须再通过行政登记的程序获得,营业自由是自然人的基本人权,人人应有机会和自由凭其自由选择并接受的工作来谋生的权利,商个人从事商事经营也不应需要通过工商登记的程序得到行政机关的许可,似乎商个人从事商事经营不需要进行商事登记。而实践中,商个人中除了个体工商户和个人独资企业外,没有经过工商登记便没有商个人的主体资格,没有经过工商登记而从事的经营行为甚至被认为是无证经营而面临被取缔的危险(如无证摊贩)。商个人看似不需要工商登记,而实际上离不开工商登记,现行每一种登记程序都对应着一种主体制度,故新出现的商事主体便无所适从,当然也就登记不能。商个人与登记就陷入了这种两难的境地,破除这种难题不应仅从登记程序上进行调整,而是重新审视工商登记的功能与意义,以批判的角度重新审查商事登记的主体赋权及市场准入功能,并正视其行政服务的本质,商事登记应当是商个人选择成为某种主体并进而享有其相应权利和承担其相应义务的一种平台,登记与否应是商个人的一种选择权而不是必然要承担的义务。

一、商个人登记制度改革的必要性

历经几十年的发展,我国的商事登记制度初具规模,登记种类与事项较为完备,即我国现行各种规模的商人在登记制度中都获得了定位。与学者一般评价有所出入,多数认为我国登记制度法规重叠、体系混乱,如苗延波认为:“中国现行的商事登记立法存在严重的重叠性,其体系之混乱在中国诸项法律制度中也是少见的,这也成为现行商事登记发挥其固有作用的严重阻碍。”^[1]法规重叠、体系混乱的根源并不在于商事登记,而在于我国主体制度的混乱,商事登记制度在主体制度后亦步亦趋,步履维艰。因而,不改革商事主体,仅痛批商事登记并进而指望完善商事登记很可能不切实际。具体到商个人登记制度的完善,目前对商个人的界定还不明晰,商个人的法律内涵和外延具有不确定性,如无证摊贩是否属于商个人一直未能得到立法上的肯定,更谈何无证摊贩的登记,主体属性不明确,其登记制度就无法进一步完善。学者的讨论也是局限于将无证摊贩类推适用个体工商户的登记程序,其结果当然是水土不服。除此之外,我国商事登记制度本身还存在以下几方面的问题。

(一) 商事登记理念上的局限

我国现行法律制度与理念对商事登记赋予了太多沉重的负担,充当国家管理市场经济的手段,或者说是商事登记的公法性质。从公法角度分析,商事登记,重点在于保证国家对企业的监管,通过商事登记,国家可以获取商事登记的统计资料,从而可监管商事主体的市场行为,并对商事主体征缴税收,便于国家的宏观调控,维护社会秩序。我国立法者将商事登记偏向于公法性质的理念源于计划经济时代的影响,监管职能着重迫使政府过多干预市场行为,对商事行为的规范更是以强制性为主,如工商登记制度的强制性。商事登记的此种公法性质彰显商事登记“管理本位,安全至上”基本价值理念,进而导致商事登记的功能出现偏差。

现行法律制度下,商事登记的功能主要体现在以下几方面:其一是创设效力。即商事登记具有创设商事主体资格的权能。“通过商业登记就可以使其取得合法的商事主体资格,登记后即具有在法律规定和确认的范围内独立从事商事活动的主体资格”^[2]。“确认和取得商

主体身份 这是商事登记制度的首要功能。”^[3]在我国 ,要想从事商事活动 ,必须通过登记程序取得相应的主体资格 ,以个体工商户或者公司的形式开展经营 ,而诸如无证摊贩没有经过商事登记从事商事活动的商个人被冠以“无证经营”的帽子随时面临被取缔的风险。前已述及 ,商个人商事主体资格因其从事商事营利性活动而自然具备 ,无需行政机关通过登记程序赋予。故商事登记的创设功能值得商榷。

其二是公示效力。前已述及 ,商事登记并无创设商个人的效力 ,商事登记正当化的理由在于公示性。商事登记具有重要的制度价值 ,表现在:首先是主体领域的公示公信原则 ,商事登记对于商个人最主要的作用在于 ,通过商事登记获得商人的形式外观 ,并因登记的形式外观获得一定法律效力 ,如诉讼主体资格的取得及登记事项的对抗效力。其次是公示支撑了商法上的外观主义 ,最后公示是交易相对人履行注意义务的保证^[4]。从政治学的角度解释 ,商事登记的公示效力正好体现了有限政府和服务政府理论 ,正好区别于政府的行政管理角色。但是我国商事登记公示职能没有得到充分发挥 ,商事登记制度过分强调了其行政管理职能 ,而缺乏对公示制度详尽的规定 ,公示的程序、内容等规定有待于进一步完善。

(二) 商事登记实践中的困惑

商事登记实践上的问题首先是商事登记统一模式带来的不便。统一模式即将主体资格和营业资格合二为一 ,统一体现于营业执照上。所有市场主体 ,只有同时具备了主体要件和营业资格 ,才能取得营业执照 ,才能够以商事主体的身份(如个体工商户)开展商事经营。对于商个人而言 ,这种捆绑式的登记制度人为地提高了商个人从事商事经营的成本 ,商个人欲取得营业执照 ,必须在主体条件、资金条件等方面达到现行法律的要求。其次是登记的内容庞杂繁重 ,以个体工商户为例 ,实际进行工商登记时需要提供的登记事项远远多于《个体工商户登记管理条例》所要求的事项 ,而一些登记事项 ,如经营场所的面积、租赁期限等没有实际意义 ,鉴于个体工商户灵活的经营方式 ,从事商事经营活动的商个人有些没有固定的经营场所 ,如无证摊贩 ,有些经营场所就在自家住房屋。还有就是经营范围 ,我国经营范围来源于计划经济向市场经济转型时期 ,为了维护交易安全和方便税收 ,国家管理企业和市场的参考 ,而在市场经济深化改革的今天 ,经营范围的核定反而成为制约经济发展的瓶颈。经营范围的核定难以保障经济安全 ,反而影响到市场运行的效率。同时对于登记部门来说 ,面对新型产业的突飞猛进 ,经营范围的审定时刻考验着工商部门工作人员 ,并占据了工商登记的大部门时间。最后是登记形式的僵化。现行商事登记制度以现场办理为主 ,并且营业执照都是纸质版 ,虽然有些工商部门开展了网上登记业务 ,但是并没有普及。传统的现场审批方式消耗了大量的人力物力财力 ,行政成本高 ,效率低下。更重要的是严重不适应互联网时代下商个人的工商登记需求 ,广大的个人网店及微商从事商事交易的平台就是互联网 ,他们申请纸质营业执照的客观可行性和现实可能性很低 ,因此急需展开网上申请工商登记和发放电子营业执照的改革措施。

二、商个人自由登记制度的选择

(一) 商个人登记与否的争议

商个人登记与否历来是学者们争议的热点 ,对于商个人要不要登记、怎么登记一直没有说服力的论证 ,学者们的论证主要集中在豁免登记及简易登记的争论中 ,如李建伟学者对小

商贩的合法化途径的分析中,针对小商贩合法化提出两条路径,一是作为无名商主体无需经过许可登记程序,只要登记备案程序即可营业。二是作为有名商主体,简化个体工商户、个人独资企业的工商登记程序^[5]。李建伟对小商贩的分析建立在对其主体身份和营业权的分析之上,认为小商贩具有自然人的天赋人权和营业自由权,而工商登记是对其主体资格和营业权的确认,且“登记备案仅仅为了行政管理的方便”。李建伟的论述否认了工商登记的主体资格创设功能与营业许可制度,具有重大的进步意义,但是止于工商登记的确认效力,且没有突破工商登记行政管理的定位。不管是有名商主体还是无名商主体的论述,对商个人法律体系的建构,重点还是对现行商事登记制度的改革,设立不同的商事登记程序以适应不同的商事主体的需求,实际上对商事法律制度的功能定位没有实质上的更新。

于此观点对应的是对商个人的豁免登记的探讨,且学者对此持支持意见的较多。王妍学者从法哲学和经济学的角度为小商人豁免登记寻求根据,认为“在生存和秩序之间,对小商人的关注,也是对弱势群体的关注,是自由、平等、博爱的现实需求。”“从经济学角度,对其进行理性分析,这应该是一场制度约束与生存、利益之间的博弈。社会发展历史已经证明,生存与利益如果具有正当性,制度约束一定会被打破”^[6]。从王妍学者对小商人豁免登记的论述更多的是从小商人的生存权出发,将小商人视作弱势群体,法律对其予以免于登记的特殊照顾,但是本文认为此举不符合法律的正义公平理念,法律应该对从事商事活动的商事主体平等对待,对小商人的特殊照顾一定程度上也是对其的歧视。同时小商人概念的不准确,文中小商人基本上仅指无证摊贩,而从事商事活动的商个人不限于无证摊贩,同时也不能以小商人概念统称之。另外在对我国工商登记改革试点中,对自然人从事商事经营的,建议豁免其商事登记,只进行税务登记,如经营项目需要相关行政部门审批的,还须取得相关部门的审批文件^[7]。这一举措的目的还是基于便于城市管理,降低管理成本及个人经营者的经营成本,这一举措对于无证摊贩的问题是解决了,无证摊贩的经营不再违法违规行为,但是,个人经营者的其他权利的保障没有得到更好的体现,登记的职能与意义也没有完全发挥出来。

(二) 商事登记的职能解析

商事登记关系两方当事人和三方需求,两方当事人是指登记机关和商事主体,三方需求包括登记机关的需求、商事主体的需求和社会第三方的需求。对商事登记制度定位的重新审视要从这三方的需求解析。

首先,登记机关的需求。也就是国家进行工商登记的意义,而我国的工商登记主要在于行政管理,便于税收的目的。“中国商事登记制度历史的发展轨迹对今日我国商事登记制度的形成及其特点有着不可忽视的影响,即它以服从国家管理和强化行政权力为主导。”^[8]但是商事登记的功能不应限于工商管理。对此,可从商事登记的发展轨迹予以窥探:商事登记发展的第一个阶段:最初商事登记源于古罗马时期商人的自发行为,是表明其商人身份的一种昭示,完全游离于国家权力之外。第二个阶段:商事登记制度随着13世纪商人行会的出现而赋予了新的意义,载有商人信息的商事登记簿一方面可以作为获得商人行会承认并保护的旗帜,另一方面也便于商人行会对商人的规范^[9]。第三个阶段:国家以管理者的角色进入商事登记领域。国家介入商事登记始于是资本主体时期商品经济迅速发展时期,企业的设立也由原先的自由设立转变为国家对其的适度干预,如企业设立的许可主义和特许主义,

主要目的在于便于国家对经济的监管。第四个阶段:登记制度政府服务理念 的体现。除涉及公共安全与秩序外,企业可自由设立,商事登记的职能同时也发生了转变,由之前的行政监管转为行政服务,为企业的发展提供公共服务。这种服务体现为一种信息上的集散,商事登记作为信息集散的服务平台服务于社会公众,并与商事登记的功能仅在于公示相呼应,同时恰好切合于现代社会服务政府的理念。再反观我国现行的商事登记制度,主要还是突出行政监管的理念,商事登记的行政服务的理念还有待于进一步的扩展。就商事登记发展的轨迹而言,商事登记的性能目前还处于商品经济时期国家经济监管的时代下,而商事登记制度由经济监管阶段向信息公示阶段的转变是社会发展的 大趋势,是市场经济发展的必然需求。

其次,从商事主体的需求角度审视,我国现行商事主体进行工商登记的主要目的在于取得营业执照,不进行工商登记就无法取得营业执照,不取得营业执照而从事的经营就是无证经营,无证经营要面临随时受到非法取缔的威胁。商事登记成了商事主体从事商事活动不得已而为之的行为,既然前已论述,商事登记应逐步体现服务政府的理念,那么商事登记就不应该是商事主体必须要履行一道义务,而应该是商事主体自由行使与否的权利。商事登记进行商事登记的正当需求应主要体现在两个方面,一方面商事主体通过履行商事登记程序期望得到的相关制度上的保障,如注册为有限责任公司,承担有限责任一样。而对商个人而言,现行登记制度的负担远远大于所得到的制度上的红利,这也是造成商个人积极登记障碍的主要原因,制度成本过高,而制度红利过少。另一方面是商事主体市场竞争力的体现,通过商事登记,借助于信用公示制度功能的发挥,充分体现商事主体的市场竞争力。我国现行信用公示制度只规定了违规行为的“黑名单”,虽然一定程度上展示了部分企业的信息,但是不得不说,公示制度的应有功能被极大的抑制,公示制度不仅具有惩戒功能,还具有褒扬的作用,政府部门发布的一些具有荣誉称号的企业往往具有更强的市场竞争力,故商事主体需要借助商事登记的平台提高自己的影响力和知名度。

最后,是社会公众的需求,社会公众的需求主要在于登记信息的公示功能的正常发挥。此时的社会公众包括商事交易的相对人和消费者两种主体。不管是哪种主体都需要仰赖商事登记的公示制度来作出相应的判断与决策。如社会公众在选择交易相对人之前,需要相应的平台查询到商事主体的经营信息,商事登记的优势就在于:一方面具有权威性,国家行政工商部门发布的信息虚假的可能性极低,除非商事主体在登记时提供虚假材料,不过随之要承担沉重的代价;另一方面具有便捷性,便捷性体现在公众对商事经营的查询上,相比每一位商事经营者在选择合作伙伴时的各种查询行为,通过工商登记系统征集每一位商事经营者的经营信息并统一发放出去,这种方式具有其他方式难以比拟的便捷性与高效性,以及社会运行成本与资源的极大节约。

(三) 商个人自由登记制度的选择

商事登记的服务理念得到确认之后,再审视我国商个人的登记,前文已经探讨过,对商个人进行登记程序的简化不具有实际意义,没有解决商事主体登记难的 实际问题,操作上也难以完成,而本质上出于怜悯情怀的豁免登记只考虑到商事主体的生存,全然不管登记的应有职能与意义,且如果应该豁免这些小商贩登记,那么哪些主体应当登记,现实中绝大部分的个体工商户亦可以小商贩的形式免于登记。故从商事登记服务于商事主体与社会公众的

角度思考 既然否定了商事主体的强制登记义务 ,那么商事主体登记与否应该属于其一项自由行使的权利。如同德国商法典赋予小规模经营者选择自由登记与否的规定^①。这样以来 ,无须以商人方式进行业务经营的经营者有权利但无义务依关于商人商号登记的规定登记为商人。选择成为商人 就要完全不受限制的受商法的调整。另外 ,小规模经营者又具有通过注销登记而放弃其商人资格的权利^②。这样 ,小规模经营者是否进行商事登记完全是其一项自由选择权 ,商事登记成为其选择成为商事主体的一种平台。

现在的市场主体尤其是商个人不愿进行商事登记的主要原因在于登记之后要承担过重的义务 除了公法上的税收、年检外 ,商事主体比一般民事主体承担更为严格的责任 ,而商事主体从事商事经营又有一些特殊的需求 ,如开发票票据、商事名称权的保障等。而这是商事经营者从事商事经营活动时面临的一种权衡 ,这种权衡维系在工商登记之中。选择登记 ,就可以享受商事主体的一些特殊保障 ,同时意味着要付出一定代价。这种权衡的选择权在于商事经营者自身 ,街边的小商贩权衡之后可以选择不进行工商登记 ,只要不违反法律的一些禁止性和强制性规定 ,他们的经营就不再属于无证经营 ,这与豁免登记有着本质的区别。

三、商个人自由登记制度的完善

在审视了商事登记行政服务的本质而非行政管理的本位及明确了商个人商事登记的自由选择权之后 ,本部分对商个人自由登记制度的完善重点在于商事登记程序上的更新。

另外 ,由于商个人登记制度的不健全很大程度由于其商个人主体制度的缺失 ,故对商个人登记程序的设立首先需要商个人主体制度的完善。商个人主体制度的建构重点在于商个人法律内涵和外延的确定 ,以基本法的形式肯定商个人的法律地位 ,以自然人投资为主的小规模经营者为代表的商个人、以合伙组织为代表的商合伙和以公司类为代表的商法人共同构成市场经济的参与者 ,即完整的商事主体。商个人的形式不应仅限于个体工商户 ,个体工商户只是商个人的表现形式之一 ,其他类型的商个人应有法律上相应的称谓 ,可考虑暂以个体经营者统称之 ,以便于其相应的登记程序的设立。

(一) 商个人自由登记程序的设立

商个人个体经营者的法律地位确立之后 ,相应的个体经营者登记程序应运而生。比照个体工商户的登记程序和结合我国这两年试行的工商登记改革 ,我国的个体经营者的登记应着重突出以下几个方面 :其一是行政审批制度改革 ,即由先证后照改为先照后证 ,证照分离的改革。即一般情况下 ,个体经营者向工商部门申请 ,取得营业执照后即可从事营业活动 ,而对于涉及国家安全、公民生命健康安全的事项 ,个体经营者可再持营业执照和相关的申请材料向有关部门申请行政许可。证照制度改革的意义不仅仅在于证照前后顺序的调整 ,更重要的工商登记服务社会理念的体现 ,个体经营者进行商事登记的意义在于一方面通过商事登记获得商事主体的形式外观 ,另一方面是对其营业资格的确认 ,登记不再作为商个

① 《德国商法典》第 2 条第 2 款 :企业经营者有权依照关于商人商号登记所适用的规定促成等级 ,但不负有此义务。

② 《德国商法典》第 2 条第 3 款 :已经进行登记的 ,以不具备第 1 条第 2 款的要件为限 ,也可以以企业经营者的申请而注销商号。

人营业资格的许可限制,恰好体现了商事登记服务而非监管的理念。另外这项制度大大简化工商登记审批程序,也为商个人参与市场竞争、鼓励社会资源充分涌流提供了便利条件。

其二是工商登记注册内容的改革。工商登记注册内容的改革集中于两点,第一点在于简化经营场所的登记手续。国家工商总局并没有对经营场所登记手续改革作出明显的规定,而是交由各省根据实际情况自行确定。这条改革简直就是直接为个体经营者量体裁作,现实中广大的商个人,如无证摊贩、利用无线网从事网上商事交易的个人网店、微商等进行工商登记的最大障碍就是经营场所的限制。本文认为,对个体经营者的经营场所可不做强制要求,不必苛求提供经营场所的产权证明或租赁证明,但要在经营形式上作出相应的说明,实体店经营、网营、微商模式、或两者的结合、甚至路边无证摊贩形式的经营。经营场所的限制主要在于监管的便利,对个体经营者经营场所登记的非硬性要求,不是完全放松不管,而是创新监管的方式,对个体经营者的监管通过住所和身份信息的登记强化监管。第二点就是实务中诟病颇深的登记事项,对经营范围的审核。前已述及,经营范围的核定使企业设立困难重重、效率低下,成为制约经济发展的瓶颈,对于经营范围的审核,可以考虑适用经营资格的审查,适用排除式方式,除了涉及国家安全、公民生命健康等需要立法作出特殊规定的之外,都可自由经营。

其三是网上登记制度的完善。信息化高速发展的时代,工商登记必须跟上时代的潮流,充分利用电子信息,建立电子营业执照制度。即个体经营者营业执照的申请、受理、审查等程序全在网上办理,并发放电子版的营业执照,电子营业执照的意义在于:一是同纸质执照具有相同的法律效力,个体经营者是否领取纸质营业执照不影响其营业行为的开展。二是申请登记的便捷性,电子营业执照是工商登记发展的大势所趋,加速了个体经营者融入市场、参与竞争,也为许多个人网店、微商等进行工商登记提供了便利,降低其经营成本,提高市场运行的效率。三是公众查询的便利性。电子营业执照的完善,为公众查询个体经营者的经营信息提供了便利。

其四是个体经营者年度报告制度和除名制度的完善。本文认为,年度报告制度和除名制度对个体经营来说更具实用价值,个体经营者投入的资金较小,灵活性较强,商事经营受个人主观影响很大,个体经营者商事经营半途而废的几率很大,同时也不排除其东山再起的可能性,这种间断性、不确定性给第三人和社会公众的商事经营判断带来了困惑,故需要借助工商登记的年度报告制度和除名制度确认。个体经营者的年度报告主要是指在工商机关的网上申报平台上自主完成年度备案工作,填报上一年度的主要经营情况,资产负债情况等,工商登记机关依法要对年报相关信息审核后予以公示。个体经营者的除名制度主要是针对两年不按时申报年报,或不依法纳税的个体经营者可被依法予以除名,并公示期除名信息,但是个体经营者被除名之后,不影响其商个人的主体资格,被除名的个体经营者依然要承担相应的债务,除名不意味着其法律责任的免除。同时,在除名的5年内,被除名的商事主体可以申请恢复。

至此,从申请设立年度报告到除名制度的完善,个体经营者有了较为完善的工商登记程序,同时,个体经营者商事登记制度职能的充分发挥还依赖于其信用公示制度的进一步完善。

(二) 商个人登记之公示制度完善

工商登记公示制度的改革的目标在于构建全国统一的商事主体登记及信用信息平台,大力推进企业诚信制度建设。具体到商个人而言,也就是个体经营者的登记信息、许可资格、年度备案等信息通过政府的公示平台予以展示,并将有违法违规的个体经营者列入经营异常的“黑名单”,并向社会公布,提高其失信成本。审视之,对商个人的公示制度的完善还是基于政府监管的目的,只是更新了监管的理念和方式。但是此种基于政府监管目的的公示制度只会给商个人带来不利益,那么商个人进行信息公示的真实性和积极性将大打折扣,便利商个人登记、活跃市场竞争的工商登记改革目标就难以实现。故从商事登记的行政服务理念出发,商事登记应该是商事主体进行商事活动时选择何种市场主体的平台及其市场竞争力展示的平台,同时是社会公众选择交易主体参考与判断的平台。故商事登记的信用公示制度应该体现商个人经营情况的全貌,不仅限于经营行为的“黑名单”,还应该具有商个人良好经营行为的记录,也就是充分体现商事登记的双刃刀的属性。双刃刀制度完善的一方面即是改革中的商事登记的信用信息约束机制,另一方面是通过公示制度提升商事主体的信用等级。信用等级可分为三个部分来建构,一是公法义务的履行,按时缴纳税款与履行年度报告义务的,其信用登记加分,反之减分;二是行政机关的抽查,安全、卫生、质量等抽查结果合格的,其信用登记加分,反之减分。三是社会公众的投诉与表扬,对于社会公众的投诉与表扬,工商机关查证属实,应相应的加分与减分。显而易见,信用等级高的商事经营者获得商事交易的机会更多。这也是商事经营者煞费苦心寻求客户的筹码之一。而这个信用等级的评价由第三方登记机关来做,更加客观公正,且具有更强的说服力和号召力。故对于工商登记制度的改革,应当充分发挥公示制度这把双刃刀的作用,不仅及时公布违规行为的黑名单,还要准确的刷新商事主体的信用等级。

四、商个人自由登记的配套制度

商个人自由登记制度的设立,除了需要完善的商事登记程序,还需要相应的配套制度,正所谓牵一发而动全身。对于商个人而言,其选择进行商事登记的制度红利太少,公示的信用等级制度远远不能够匹配其选择登记所要承担的公法上的义务和私法上商法规则的约束。而商个人最关心的是其权利体系的扩张和保障,实务当中,商个人权利体系的需求和争议主要集中在以下两个方面:

其一,个人人格权的法律保护。商事主体所具有的商事人格权在现代市场经济符号消费发展路径中运用较多,通过商事登记的基础建构平台实现信息传递和信息彰显的功能,在市场经济中表现出来的无形资产,具有极大的经济价值^[10]。商个人人格权的法律保护主要应从以下三个方面入手:一是确立商个人的独立人格权。对商个人人格权的争议主要在于“无财产无人格”,财产的价值在于确保责任的落实,法人因具有独立财产具有独立人格权,相比承担有限责任的法人而言,不该否认承担无限责任的商个人的人格权。二是商个人人格权的具体表现形式。我国立法上只对个体工商户的商号权的保护提供了法律依据^①。而

① 《民法通则》第99第2款:法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。

商个人的商事名称权还应当包括商业形象权、信用权、商誉权和商业秘密权。因为这些权利能为市场主体带来经济利益。三是对商个人人格权的法律保护力度不够。目前对商事人格权的法律保护主要依据《民法通则》、《知识产权法》和《反不正当竞争法》,这些保护措施零散、救济范围受限,可以考虑在商法中确立独立商人人格权制度,确立商事人格权损害赔偿制度。

其二,个人独立诉讼地位的确立。现行我国商个人与其投资者的法律地位是混同的,法律适用是以业主为当事人,在诉讼文书中要注明某字号的业主^①;但劳动争议案件,是以个体工商户的登记字号为当事人^②。实务中个体工商户的字号、业主和实际经营者关系的混乱给司法实务、当事人带来了不少困惑。由于我国的个体工商户有用人权,属于法律规定的劳动关系中的用人单位。而自然人不能成为劳动关系中的用人单位,虽说也能用工,但只能与劳动者建立平等主体的民事法律关系,如劳务关系等^[11]。这也是为什么在劳动争议中列营业执照上登记的字号为当事人的原因。对此,为促进商个人便捷发展、鼓励其参与市场竞争,应赋予其独立的诉讼地位。

参考文献:

- [1] 苗延波. 中国商法体系研究[M]. 北京:法律出版社 2007. 414.
- [2] 任先行. 商法总论[M]. 北京:中国林业出版社 2007. 172.
- [3] 叶林 黎建飞. 商法学原理和案例教程[M]. 北京:中国人民大学出版社 2011. 127.
- [4] 李政辉. 商人主体性的法律构建[M]. 北京:法律出版社 2013. 137.
- [5] 李建伟. 从小商贩的合法化看我国商个人体系的建构[J]. 中国政法大学学报 2009,(6):121-132.
- [6] 王妍. 商事登记基础理论研究——以权力和权利为视角[D]. 黑龙江大学博士学位论文 2010. 234-236.
- [7] 肖健. 商事登记制度改革有七大亮点[N]. 深圳商报 2012-03-25.
- [8] 朱慈蕴. 我国商事登记立法的改革与完善明[J]. 国家检察官学院学报 2004,(6).
- [9] 范建. 德国商法:传统商法与新规则[M]. 北京:法律出版社 2003. 224-225.
- [10] 刘训智. 商事人格权的理论诠释与制度构造[J]. 西南政法大学学报 2015,(6):75.
- [11] 申惠文. 论国家治理视角下的民商事登记局[J]. 河北法学 2015,(8):67-77.

(全文共 12,163 字)

-
- ① 《民法通则意见》第 41 条:起字号的个体工商户,在民事诉讼中,应以营业执照登记的户主(业主)为诉讼当事人,在诉讼文书中注明系某字号的户主。《民事诉讼法意见》第 45 条:个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人。《民事诉讼法意见》第 46 条:在诉讼中,个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的,应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的,以业主和实际经营者为共同诉讼人。
 - ② 最高院在《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第 9 条规定:劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议诉讼,人民法院应当以营业执照上登记的字号为当事人,但应同时注明该字号业主的自然情况。