

民法典编纂背景下商个人制度结构的立法表达^{*}

李建伟

摘 要:商个人在民生发展中意义重大,目前立法规范供给严重不足,根本障碍在于立法内容和立法模式两方面。前者存在商个人概念混乱、基本主体类型构造不明、商事能力制度缺位等问题,后者存在立法理念不明、规范层级过低的问题。立法内容方面,商个人作为一个整体概念的制度价值是建构统一商个人法律制度之基,为此需要明确商个人仅指纯粹自然人的营业形态,外延包括个体工商户以及部分的农村承包经营户、个体摊贩、个体电商等,而引入商事能力制度、落实自然人的营业自由、商事登记宽松化改革及加快“两户”的分类改革是商个人立法完善的基本内容。立法模式方面,基于上述立法内容的实现和民法典编纂的背景考量,通过制定《商法通则》实现商个人立法体系化,乃为不二的理性选择。

关键词:民法典编纂;商个人;商事登记;商事能力;营业权

引 言

截至2016年底,我国各类市场主体也即商事主体共计8705.4万户,其中个体工商户5930万户,^①占比68%。此外,还有巨量存在的农村承包经营户、个体摊贩以及异军突起的个体电商等新型商主体。从数量上看,由个体工商户及部分的农村承包经营户、个体摊贩与个体电商构成的商个人乃是我国最大的社会主义市场经济主体。一方面,商个人以其独特的经营方式涉及亿万个人与家庭的生存、发展与福祉,直接关乎社会主义公平发展观的实现,在“大众创业,万众创新”的政策引导下,越来越多的自然人选择以个体形式开展营业,故而在社会经济发展尤其民生发展中意义重大;但另一方面,商个人又是长期遭受立法忽视的一类主体,立法规范供给严重不足,是为商事主体制度的短板,背后原因乃在于商个人制度结构的安排混乱。商事主体传统上分为商个人、商合伙和商法人^{[1][P.42-48][2][P.26-39][3][P.44-48][4][P.37-46]},立法向来偏重商法人、商合伙,对商个人的关注较为不足,阻滞商个人发展的诸多法律问题亟待破题,早日完善商个人法律制度的需求极大,其中立法完善首当其冲。在民商合一的民法典编纂背景下,民商事立法的关系协调至关重要,其中包括商个人在内的商事主体法律制度完善是重要一环。为此,立法上需要确立商个人的法律概念,将由个体工商户、农村承包经营户、个体摊贩、个体电商等构成的商个人化为一个有机整体进行制度设计,构造相应的规范体系,解决阻碍发展的制度障碍,找寻真正的立法完善命题。

作者简介:李建伟,法学博士,中国政法大学民商经济法学院教授,博士生导师。

^{*} 本文系中国政法大学校级人文社科项目“民法总则制定中的商事主体立法研究”(15ZFZ82007)阶段性成果,感谢中国政法大学青年教师商法学学术创新团队项目(16XCXD01)的支持。

^① 参见工商总局举行2016年全国市场主体发展等情况发布会公布的数据,网址:<http://www.scio.gov.cn/xwfbh/gbwxfbh/xwfbh/gszj/Document/1540521/1540521.htm>,最后访问日期:2018-02-25。

一、作为一个整体概念的商个人

立法上确立商个人作为一个整体概念的制度价值,在于这是建构一个具有相同规范的统一商个人法律制度之基。惟有确立统一的商个人法律制度,才能根本改观目前立法关于“两户”、个体摊贩与个体电商等不同商个人的普遍低位阶、分散与凌乱、欠缺统一与协调的立法规范局面,进而形成一个在现代商事主体制度框架下的科学合理的统一商个人法律制度。

(一) 商个人的法律特性: 共识与分歧

1. 共识

商个人属于商事主体的一种,故具备商事主体的法律特质。由于商事基本法的缺位,我国学界关于商事主体的内涵界定尚存争议,共识在于应立足于本质要素也即营利性。但如何理解营利性,还存争议,较为严谨的主张是三层次说,首先要以营利为目的,如大多数的农村承包经营户乃是自给型农户,从事农业生产经营仅为了满足自身家庭生活需要,非为商品交易获利,故排除在商事主体之列。其次是利润分配给成员,所谓“营利,并非指法人本身之“营利”而是指法人成员设立法人或者加入法人之目的为获得投资收益”^{[5] (P. 151)},即应实现商事主体投资人的营利,凡不将利润分配给投资者皆不属商事主体,如非营利法人可以开展营业,但所获利润并不分配给投资者,故不属商事主体。再次,应开展营业活动来实现营利,通说认为营业有客观意义与主观意义之分,前者主要指营业的财产和组织体,后者是指经营者的经营性活动^{[6] (P. 22-23)}。在商主体的内涵界定上,主观意义的营业更具重要意义^{[7] (P. 99)},其包含了“以营利为目的而进行的连续的、有计划的、同种类的活动”^{[8] (P. 236)}的意思,因而商事主体须以营利为目的、持续性开展营业活动并以此为业。故而,自然人进行一些偶发性的交易行为而不持续性开展营业活动的也即不以经营为业的,不属商事主体。至此,商事主体可界定为“以营利为目的持续性开展营业活动并以此为业,旨在获得营利的个人和组织”。其中,“旨在获得营利”的要件,在商事组织需要强调分配给成员(投资者),但在商个人身上不言而喻——鉴于投资主体的单一性,商个人通过营业所得的营利自然归于投资者。于此,商个人的营利性内涵可简化为两要件:上述目的意义上的营利也即“以营利目的”,加上过程意义上的营利也即“持续性开展营业活动”。

作为商事主体的下位概念,商个人除具备营利性的本质要素外,还有区别于其他商事主体的特质。这些特质为何?下列的诸类界定显露出分歧,诸如“商个人是指依商事法规定从事营业活动,享有权利并承担义务的自然人”^{[9] (P. 44) [10] (P. 44)},“商个人是指按照法定构成要件和程序取得特定商事主体资格,独立从事商行为,依法享受法律上的权利和承担法律上义务的自然人”^{[11] (P. 38) [12] (P. 107)},“商个人是指具有商事权利能力和商事行为能力,独立从事商行为,依法履行商法上的权利和承担商法上的义务的自然”^{[4] (P. 37)}。分歧点在于商个人是否需要通过法定程序取得主体资格,以及是否要求商事能力,此二点容后详述,但对于商个人的下述特质则无歧见。

(1) 投资主体的单一性。商个人的投资主体是单一的自然人或者家庭户,也有学者认为个体工商户中的户与农村承包经营户中的户是不一致的,前者就是指向从事工商活动的自然人^[13],还有学者提出农村承包经营户仅是形式意义上的土地承包经营权的主体,农户内的单个自然人才是实质意义上的主体^{[14] (P. 264-265)}。这些见解不无道理,但无论名义上是个人抑或家庭户,究本质而言商个人的投资主体都是单一的。

(2) 投资人承担责任的无限性。商个人是自然人在商事法律中的延伸,商个人与自然人之间在法律人格方面有着密切的关系^{[15] (P. 43)}。商个人的形成、存在有赖于自然人的存在,“商个人的商事主体人格与投资者的人格确实高度重合,未显现出完全独立的法律人格”^[16]。由于商个人的财产与投资者的财产指向同一对象,因而在责任承担的形式上是由投资者承担无限责任^{[15] (P. 43)}。由此,自然人一人公司不在商个人之列。

(3) 所有权与经营权的集中性。商个人一般由投资者直接经营,所有权、经营权集于一体。商个人

的财产与投资者的财产虽然从会计学账目意义上可以区分,但由于商个人不具有独立法律人格,从法律上仍视为一体^[16]。商个人的财产所有权与经营决策权具有同一性,此与不同程度上“两权分离”的商法人,以及“两权相对分离”的商合伙存在不同^[17]。

(4) 以个人(户)的名义经营,不具有规范组织性。按照组织经营模式是否具有规范组织性,商主体分为商个人与商组织,商个人是纯粹自然人的经营形态,不形成组织体,也不具有规范组织性。由此,个人独资企业这类业主制企业(商事组织)不在商个人之列。

2. 分歧

分歧一,商事登记是否为商个人主体资格的取得要件?回溯历史,商事登记最初确为商人主体的登记,历史背景是彼时商人作为一个特权阶级存在,随后伴随商业的发展,商事登记的作用逐渐演变为维护交易秩序和交易安全的公示作用,也即“登记机关依据法定的程序和实体要求,对商事主体的设立、变更或解散的事实记载于登记簿册,并予以公示的法律制度”^{[18] (P. 58)}。在我国,多部商事单行法都规定投资者首先要选择一种商事主体类型并在登记机关完成登记后成立该商事主体,进而得开展营业。如此,非经登记,商事主体不得成立也不得开展营业,登记机关藉此成为一个市场准入控制者的角色,所以个体摊贩因未经登记而面临合法性拷问,商事登记在私法上的公示价值被“未经登记,不得经营”的强制主义所取代,营业自由的理念消于无形^{[12] (P. 177)}。商事主体资格是否经由商事登记而获得?暂不论商事组织,仅就商个人论,涉及到自然人的营业权(营业自由)这一宪法层面的问题。商个人乃民法的自然人在商事领域的延伸,自然人之具有商个人资格,本质上是由于自然人享有营业权这一基础性人权。营业权,是“民事主体享有的平等营业机会,可以作为独立的投资主体,自主地选择特定产业领域或特定商事事项作为其主营事项进行经营、从事营利为目的的营业活动而不受国家法律不合理限制和其他主体干预的权利”^{[6] (P. 41)}。可见,自然人的营业权是商个人主体资格获得的权源,也表明商个人主体资格非由商事登记而创设。那么,商事登记的功能到底何在?仅就商个人而言,在性质上应是一种营业资格的登记^[16],这种营业登记起到排除不当经商人、向社会公众公示经营者信息的作用^{[19] (P. 431)}。澄清这一点,也就理解了为何域外商法豁免小商人的商事登记。我国的新近立法有渐次否定商事登记创设商个人主体资格说的倾向,如2017年《无证无照经营查处办法》增加未经登记的不属于无照经营的除外规定等。

分歧二,商事能力是否为商个人的要件?能力从本质上说就是一种资格^[20]。商事能力,有否定说、特殊民事能力说、仿民说等观点,作为主流说的仿民说认为,与民事主体具有民事权利能力和民事行为能力相对应,商事主体也应具有商事权利能力和商事行为能力,商事能力概指商事主体依法承受商事权利与商事义务的资格与能力^{[21] (P. 119) [22] (P. 49) [23] (P. 58) [24]}。这一立论基础,乃认为商个人为民法上的自然人在商法领域的延伸,自然人的民法属性自然影响商个人的属性,商个人的商事能力即以自然人的民事能力为基础,应同时具备民事能力和商事能力双重资格^{[15] (P. 45)}。依照肯定说引入商事能力制度来界定商个人,藉以明确哪些自然人得为商个人,从而限定商个人的主体范围,将不具有商事能力的主体排除在外。由于商事基本法的缺位,我国现行法关于商事能力的规定较为零散,但并不缺位(详见后文的分析)。

(二) 商事主体的“三元论”体系定位之争

现代市场经济主体的类型愈加纷繁,商个人的构成也趋于复杂化,符合某种规范模式预设的应然意义上的商个人与现实存量的商个人之间存有差距。受商事主体分类的分歧影响,应然意义上的商个人外延也有分歧,有人认为包括个体工商户、农村承包经营户、个人独资企业等三类^{[25] (P. 44)},有人认为包括个体工商户、个人独资企业等两类^{[4] (P. 37)},有人认为包括个体工商户、个人独资企业和私营企业^{[26] (P. 207)},还有人认为除了上述几类外,还包括公民个人^{[27] (P. 11)},或者还包括个体摊贩、手工匠等小商人^{[2] (P. 30)}。上述主张虽有分歧,但立论基础都是商事主体的“三元论”分类体系,也即以责任承担方式和组织经营模式为双重标准,将商事主体划分为商个人、商合伙和商法人等三

类^[3] [P. 44-48] [1] [P. 42-48] [2] [P. 26-39] [4] [P. 37-46]。1986 年《民法通则》将民事主体二分为自然人、法人,但其后的多部民商事单行法引入“其他组织”,渐次确立“三元论”民事主体,相应地商事主体也形成商法人、商合伙、商个人的“三元论”分类模式,但这一分类备受质疑,具言之其弊有三:一是外延上的不周延性。市场经济蓬勃发展中不断涌现的新型商事主体,如不具备法人资格的“三资”企业、集体企业、股份合作制企业、农村集体经济合作社等,无法在“三元论”体系下找到位置,还衍生出个人独资企业属于商个人与否的纷争。二是概念体系的混乱性。“三元论”的双重分类标准使得个别商事主体无法合理定位,典型者如个人独资企业,按责任承担方式来分,其不属商法人,又因投资人的单一性,不属于商合伙,据此似乎只能归入商个人,但个人独资企业具有规范组织性,与个体工商户等纯粹自然人经营形态具有质的不同,不宜纳入同一个概念。为解决这一概念体系的混乱,笔者曾提出商个人“按照组织性、规范性的程度不同分为组织商个人与个体商人,前者单指个人独资企业,后者包括个体户、农村承包经营户、个体摊贩等”^[16],但如此一来,商个人的体系内尚需二次分类,异质化现象在所难免,法律规范的适用也会产生混乱。三是与现行法的冲突性。《民法总则》将民事主体分为自然人、法人及非法人组织,表面上延续了“三元论”,其实已有很大的不同。《民法总则》奉行民商合一,着意将商事主体纳入到民事主体之中,将个人独资企业、合伙企业归为组织类民事主体(非法人组织),非法人组织与自然人、法人组织三足并列,再将个人独资企业纳入商个人,与立法不合。

正是虑及“三元论”的种种不足,有学者提出以商事主体是否具备规范组织形式为惟一标准,分为个体形态的商人和组织形态的商人,前者为商个人,后者为商事组织^{[28] [29]}(或称“商企业”^[14] [P. 233-236]),此谓“二元论”分类模式,在多个版本的《商法通则(专家建议稿)》得到一致的体现,^①实非偶然。总结其理论优势,一则,“二元论”分类标准惟一化且具实质意义,规范组织形式的区分具有实质性制度价值,普天之下的商事主体无外乎组织体与非组织体两种;二则,“二元论”分类体系具有开放性、包容性,能容纳不断涌现的新商主体类型;三则,“二元论”解决了作为组织体的个人独资企业在商事组织的归属,清晰了商个人的本来含义,兼与《民法总则》的分类模式相协调。更为关键的是,“二元论”符合商事主体的发展规律与存在现实。回顾商事主体的发展,不难发现其经历了从个人到组织、从自然人到企业的历史进程^[7] [P. 78],商事组织最终取代自然人成为当代最主要的商主体,甚而域外有以企业法来代替商法的^[16]。回到我国的现实,商事组织就其营业规模、雇工能量、营利能力及纳税贡献而言无疑是最重要的市场主体,也是各类商事立法的假设规范对象;与商事组织比肩而立的,是营业规模小微但以巨大数量优势存在的商个人。商事组织与商个人各自以独特方式存在于市场经济,各具优势,并驾齐驱,所以说“二元论”分类不仅能反映从商个人到商事组织的发展历程,同时真实反映了商事主体的存量现实。

二、商事主体“二元论”下的商个人基本类型构造

在商事主体的“二元论”分类体系下,商个人仅指纯粹自然人营业形态,外延包括个体工商户以及部分的农村承包经营户、个体摊贩、个体电商等,个人独资企业虽然具有投资主体的单一性、投资人承担责任的无限性、所有权与经营权的集中性等商个人诸特质,但其较大的规模性与较强的规范组织性^[30]不能被忽视,故被排除商个人之列。但是,个人独资企业始终是商个人的一个重要制度参照,比如实践中部分的个体工商户和个人独资企业在组织性、规模性上的趋同,如何在法律上恰当区分这两类主体,发挥各自的比较制度优势,是商个人制度亟需理顺的发展中问题。

(一)“两户”

个体工商户与农村承包经营户合称“两户”,是带有深刻的中国特色制度烙印的民商事主体,其法

^① 2010 年由中国法学会商法学研究会组织起草的《中华人民共和国商事通则建议稿》(以下简称“2010 年《商事通则建议稿》”)中就将商人类型分为了商事组织和商自然人(商个人),参见王保树主编《商事法论集》(第 20 卷),法律出版社 2012 年版,第 2 页以下;在 2017 年国家工商总局委托的中国政法大学课题组起草的《中华人民共和国商法通则(立法建议稿)》(以下简称“2017 年《商法通则立法建议稿》”)中也将商事主体划分为了商事组织和商个人。

律地位也一直受争议。对于个体工商户,有人认为其与个人独资企业的功能相同,均是个体私营经济形式,均为满足自然人从事营业行为、获得营利之目的,因此主张将二者合并^[31]。对于农村承包经营户,有人认为目前现行法律未要求其商事登记,所以不应将其作为商主体看待^[32],还有人认为其不是个体经济范畴,是农村集体经济组织的生产经营方式的法律表现,无需为其制造一个专门的法律概念^[33] (P. 269)。在《民法总则》起草过程中,“两户”的存废也备受争论^[34] (P. 47、75-77、169、180-181、208、381-382、552)。《民法总则》最终选择了路径依赖,延续《民法通则》的传统,继续在“自然人”章规定“两户”。考虑到《民法总则》奉行民商合一体例,“两户”虽规定在“自然人”章,但与民法的一般自然人存在区别,在“两户”符合以营利为目的、持续性开展营业活动等两要件前提下,纳入商事主体并适用商法规范,当无疑义^[35]。进一步的,应归入商事主体下的商个人行列。

(二) 个体摊贩

个体摊贩是在各国、地区都有存在的一类特殊市场主体。在我国,由于其不经登记而无营业执照,长期处于“非法”地位,随时被查处、取缔,与城管执法人员的恶性冲突事件时有发生。个体摊贩是否属于商事主体?有学者以为“个人从事获利活动时的情形各有不同,若基本功能是人民谋生的手段,而非财富的增长或投资利润,那么就应确认为民事主体,仅用民事规范调整就可以,没有必要附加商法的权利和责任”,而个体摊贩一般经营都是为了谋生,因此不应是商事主体^[32]。需要指出,这一立论的逻辑是:先人为制造出所谓生存所需、谋生手段与财富增长、投资利润的两组对立概念,再用以区分最终获利的不同用处,最后根据不同用处的标准来界定民商事主体。问题是,这种区分标准不仅含混不清而难具可操作性,与前述商事主体的本质要素不合,更不符合个体摊贩的存在事实。如稍作调查即可发现,小本营生赚大钱的比比皆是,一个煎饼摊主数年间买房买楼的故事在各地都有版本。商事主体的本质要素是营利性,只要个体摊贩具备之即属于商事主体,适用商法规范,反之,若仅为自然人的偶发性交易,则归于民事主体,适用民法调整,至于盈利之多寡、究属财富之增长还是谋生糊口,则一概无关。事实上,实定法上个体摊贩的商事主体地位之悬疑,仅在于其未经商事登记,这是与个体工商户的惟一区别。如前所述,如承认商事登记不创设商个人主体资格、商个人的商事主体资格源于自然人的基本人权——营业权,以登记与否区分个体工商户与个体摊贩就是不恰当的。我国市场监管机构也倾向于认为,从个体摊贩的从业人员的营业目的及其营业特点的角度看,被认为符合商个人的基本特征。^①如前文指出的,从近来立法的价值倾向性看,个体摊贩的合法地位将逐步得到认可。如法理上解决了个体摊贩的合法地位,接下来就是实定法上的合法化路径,对此笔者曾提出有名商主体和无名商主体的分类管理路径^[36],适用于个体摊贩的思路是:简化个体工商户的登记程序,鼓励一部分具有相对稳定经营模式与营业实力的个体摊贩申请商事登记,纳入个体工商户的管理轨道;对于其他的个体摊贩,比照域外的小商人制度,豁免商事登记,有条件的承认其商个人地位。2017年11月国家工商行政管理总局公布的《个体工商户条例(修订征求意见稿)》提出通过放宽个体工商户商事登记条件的方式将个体摊贩纳入个体工商户,循此思路,至少部分未经登记的个体摊贩获得商个人资格指日可待。

(三) 个体电商

个体摊贩分类管理的合法化路径,原则上也适用于个体电商。随着我国电子商务的迅猛发展,涌现出数量巨大的个体电商等新型自然人营业形态。据统计,2016年我国电子商务交易规模26.1万亿,电子商务及相关产业直接、间接带动的就业人数3700万人,全球第一大网络零售市场的地位由此牢牢确立。^②2013年底的一份统计显示,电子商务经营者中个体电商达1122万家,而同期电商企业仅29303

^① 参见国家工商行政管理总局官网发布公告,网址为: http://www.saic.gov.cn/hd/zjdc/201711/t20171101_270051.html,最后访问日期:2018-02-26。

^② 数据来源:中华人民共和国商务部《中国电子商务报告2016》“前言”部分,中国商务出版社2017年印制,第1页。

家,占据绝对的数量优势。^① 这些个体电商除一部分登记为个体工商户外,大部分处于无照经营状态。^② 有鉴于此,个体电商的商事登记的必要性、重要性被反复强调,诸如:有利于完善网络交易市场参与主体的身份界定、促进个体电商的健康发展,有利于规范和引导网络创业就业形式的可持续发展,有利于创造公平竞争的市场秩序、为消费者营造良好的消费环境,有利于完善市场信用体系、更好发挥网络交易市场在资源配置中的决定性作用等。考虑到电子商务的业务范围无疆界性与更易生欺诈的市场环境,个体电商的商事登记的必要性、重要性都更加凸显,因而个体电商必须适用商事登记的呼声更高^[37]。但是,个体电商的登记也面临线下商事主体前所未有的难题:一是个体电商身份难以界定,有的网店从产生到消灭时间短,交易规模小,流动性极强,强制性的商事登记不仅面临成本高、效率低的困境,也可能不利于其发展;二是登记的诸要素难以确定,比如就经营场所而言,从事零售商品经营的个体电商往往拥有实体店铺,尚可比照个体工商户处理登记问题(也确有一部分个体电商登记为个体工商户),但虚拟商品(如类手游充值卡等)的个体电商不需要经营场所,一台联网的电脑即可;三是登记后续管理难题。网络经济的虚拟性、隐蔽性和跨地域性,带给工商部门对个体电商监管的困难,个体电商登记之后会面临工商行政管理机关、交易平台的双重管理,而交易平台在工商行政管理机关登记并面临其管理,工商行政管理机关和交易平台之间的关系复杂而微妙。从过去多年来的市场监管执法经验看,强制登记的推行效果并不理想,自愿登记原则被更多采用,^③制订中的《电子商务法》对强制性登记的适用抉择颇费踌躇^[37],登记豁免、登记简易化改革亟需提上日程。与线下的个体摊贩相比,个体电商的商事登记的特殊性还在于,诸如淘宝等第三方交易平台对个体电商设有底限式的准入门槛,也有基本的经营者信息登记,如登记信息不实,导致交易纠纷发生后消费者找不到经营者的,第三方平台承担相应的法律责任。这表明虽未经商事登记,但借助于第三方平台的准入门槛与信息登记,个体电商比个体摊贩尤其无固定经营点的个体摊贩更有交易安全的保障,或者说第三方平台的信息登记替代了商事登记的大部私法功能,故而个体电商的商事登记需求又没有想象中的那般迫切。

三、商个人制度完善中的问题与课题

(一) 现存问题

由于商事基本法的缺位,现行法上关于商个人的规范主要体现为对具体商个人的零星规定,整体上缺乏顶层设计与体系化规范,统一性的规范体系远未形成,立法规范内容上的缺失、矛盾冲突与不周延之处也在所难免。以轻重缓急观之,阻碍商个人发展的有三大问题。

1. 自然人的商事能力制度缺位。目前立法并未规定商事能力制度,哪些范围内的自然人能够从事营业行为成为商个人,并不明确。虽然有零星的法律法规文件涉及个别特殊身份的人不能经商的规定,但立法位阶不高,规定较为随意,内容也不统一。在商事基本法中引入商事能力制度,完善自然人成为商个人的消极条件和积极条件,势在必行。

2. 适应性的商事登记制度亟需确立。目前统一商事登记法仍付阙如,相关立法规范散见于各类商事主体的单行法,且所有商主体须经商事登记才能取得主体资格开始营业,否则即为“无照经营”,面临被查处、取缔之境地。这种不适应商个人发展规律需求的登记制度,及其背后营业自由制度的缺失,使

^① 数据来源:中国电子商务研究中心《2014 年度中国电子商务市场数据监测报告》。

^② 2014 年 2 月中国就业促进会发布的《网络创业就业统计和社保研究报告》显示,淘宝网平台上的网店中合伙企业、法人企业约占 2.4%,个人独资企业约占 4.8%,个体工商户约占 14.8%,其余为未登记的个人经营,占 78.1%,个体电商合计占比近 93%,其中经营场所为家庭住宅的占 66.2%。数据来源:2015 年 5 月对外经济贸易大学“网络经营主体登记管理就业创业研究”课题组《网络经营主体登记管理及创业就业研究课题结项报告》。

^③ 2008 年 8 月实施的《关于贯彻落实〈北京市信息化促进条例〉加强电子商务监督管理的意见》要求在网络上出售自用物品且以营利为目的的个人应当进行工商登记,此为地方政府推行强制登记的第一例,但其后的实施效果不佳。2009 年 3 月发布的《上海市促进电子商务发展规定》采自愿办照原则,其后福建省、重庆市等多地鼓励但不强制网店的经营户主动申办营业执照,国家工商总局 2010 年 5 月实施的《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》10 条规定:自然人,应当向平台提交姓名、地址等真实信息;具备登记注册条件的,依法办理工商登记注册身份信息。

得个体摊贩、个体电商处于“非法”状态,继发很多法律与社会问题。这两类商个人数量巨大,对民生发展举足轻重,更是“大众创业,万众创新”的主力军,其“合法化”是商个人发展的重大制度问题。

3. “两户”的“异质化”现象亟待破题。个体工商户群体既存在有一定规范组织性、规模相对较大的类似个人独资企业者,又存在不具组织性、小本营生的类似个体摊贩者,这两种类型在个体工商户中的并存,可谓“名同实异”。考虑到商事登记改革后大部分的个体摊贩将纳入个体工商户,这种“异质化”现象会更突出。如前所述,农村承包经营户的问题是,大部分不具备商事主体的特征,较有实力者则完全具备,如何化解“异质化”,是“两户”制度亟待破题的发展问题。

(二) 完善商个人制度的基本课题

1. 引入商事能力制度

前已指出,商事能力制度在商法上尤其商个人领域的制度价值不可忽视。由于商个人是自然人开展营业的主体类型,自然人的民事能力必然会影响到商个人的商事能力,为此立法需要明确两点,一是商事能力与民事能力之间的独立关系,二是前者之于后者的特殊性。至少在商个人领域,民事能力是商事能力的基础,具备商事能力的自然人当然是具备民事能力的自然人,但具备民事能力的自然人不一定具备商事能力,不一定能成为商个人^{[14] (P. 301)}。因而商事能力的规范是解答哪些自然人得为商个人这一问题的答案。商事权利能力是某一自然人成为商个人的资格前提,否则不得为商个人。不得为商个人的情形,依照现行法的零星规定,具体有五。一是基于某些特殊行业的限制,例如烟草、邮政、电信等行业,国家明确禁止自然人进入这些行业从事营业,也即在这些特殊行业中以商个人的形式从事营业是被禁止的。二是存在公职身份的自然人,主要指向党政机关公职人员及个别高级公职人员的个别近亲属经商的限制性、禁止性规定。公职人员由于掌握公权力及其工作性质的原因,任由其经商可能会妨碍市场竞争,滋生腐败,所以各国立法均不同程度地限制其经商^[38]。我国公务员法、法官法、检察官法、人民警察法等法律以及中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则等党内规范,对党政机关公职员及其部分近亲属经商设有限制。从商事能力的角度言之,这些自然人不具商事能力,不得为商个人。三是对于未成年人的限制,域外部分国家、地区立法对未成年人经商设有限制性规定,未成年人不具备商事权利能力,我国的司法实践亦然。不同于民事活动,商事活动并非每一个自然人所必须从事的,又由于其天然的风险性,未成年人尚无法预见并承担因此带来的法律责任,出于保护未成年人利益以及维护交易相对方的交易安全考虑,限制其商事能力实有必要。^① 四是对境外人员、无国籍人的限制。按有关规定,境外人员(包括港澳台的居民)、无国籍人在我国境内开展营业的途径包括投资设立公司、合伙等商事组织,但不能申请成为个体工商户,更无资格成为农村承包经营户,可见在“两户”领域内不具有商事权利能力,至于能否成为个体摊贩、个体电商,则未见禁止性规定。五是基于先行为的限制,如部分自然人主体因为工作原因接触到用人单位的商业秘密的,用人单位与其签订相关的竞业禁止协议,基于有效的竞业禁止协议,自然人在一定期间内不得从事相应的经营活动,可视为此时自然人不具有相应的商事权利能力^[39]。

欲成为商个人的自然人是否还需具备商事行为能力? 有人持肯定论^{[15] (P. 45)},有人则质疑,认为行为能力的概念是民法上为“保护意志薄弱之人”^{[40] (P. 56)}提出的,商主体没有与自然人一样的先出生、后获得行使自己权利的心智条件的过程,因而商法上实无必要比附民法的自然人能力制度而妄谈商人的行为能力^{[41] (P. 276)}。还有人提出以营业能力替代商事行为能力的概念^{[42] [43] [44] (P. 104 - 110)},所谓营业能力是“特定民事主体因其自由或依法取得营业资格而成为营业主体,得自由地、独立地选择特定营业领域或某一营业事项为其主业,进行以营业事务决策、营业财产管理、营业外部交易为主要内容的经营性活

^① 如《深圳经济特区商事条例》第7条规定“未满十六周岁的未成年人不得设立商人,不得从事商行为。”在《法国商法典》中也对未成年人经商作出限制规定,参见[法]伊芙·居荣《法国商法》(第一卷),罗杰珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第36页。

动之权能的概称。”^{[6] [P. 237]} 还有人提出经营能力的概念,认为经营能力就是商事能力,“企业依据商事登记所核定的经营范围或者说营业范围独立实施特定商行为,享有法律上的权利并承担相应义务的资格和能力。”^{[45] [P. 44]} 其实,不论营业能力抑或经营能力,都是商事行为能力的变通说法,商事行为能力这一概念对于商个人不可或缺,概指自然人以自己名义在选定的经营范围内开展经营活动以获得营利的能力统称。自然人只有同时具备进入商事活动的权利能力和具有开展营业行为的行为能力,方能成为商个人。

2. 承认与落实自然人的营业自由

存量巨大的个体摊贩、个体电商的合法化,是商个人制度迫切需要解决的问题。一部分个体摊贩、个体电商固然可以通过纳入个体工商户的方式来获得合法地位,但终究仍会有数量较大的个体摊贩、个体电商始终未经登记,这些主体的法律地位得以确认的前提都是立法承认自然人的营业权(自由)。

营业权在我国并无法律的明确规定,域外法有将营业权作为公民基本权利明确规定在宪法的^{[12] [P. 136]} 联合国《经济、社会、文化权利国际公约》也将营业权确认为一种人权。^① 据此,人们选择从事商行为是为自身生存所需、应受保障的一项人权,作为多种权利集合形成的权利,其核心是营业自由,包括公民有参与营业的自由、经营选择的自由及退出营业领域的自由^[46]。既然自然人可以选择个体摊贩的主体形式来开展营业,任何机关非基于重大公共利益不得侵犯之,因此动辄对个体摊贩取缔、没收其营业财产的行政处罚缺乏依据。但是,由于我国长期存在国家本位的营业观,对于个体的营业自由缺乏体认,对于个体经商主体资格的获得采取的是一种“权利授予”的态度,而非一种“权利登记确认”的态度,因此导致未经登记的自然人经商主体长期处于“非法”境地^[47]。对于这些未经登记的自然人经商主体,承认其营业自由是取得合法地位的前提。从此前《宪法》数次修订的变化情况,可以看出对于个体营业自由的鼓励原则^{[12] [P. 138]} 例如承认个体私营经济的地位,对其采取鼓励、支持、引导的态度,明确保护公民的合法私有财产等。当然这还远远不够,为保障人民的合法权利,营业权写入宪法予以保护是有必要的。

3. 商事登记的宽松化改革

针对商个人的商事登记改革命题有二,一是引入登记豁免制度,二是改革商事登记的功能。从比较法的角度看,域外法上的小商人、任意商人等多被许可自由选择登记,不登记的也可从事相应的营业行为。如《韩国商法典》第9条规定,商事登记的规定不适用于小商人。如台湾地区“商业登记法”第4条规定以下小规模经营商事主体豁免登记:(1)沿门沿路叫卖者;(2)于市场外临时性设摊营业者;(3)自任操作或者虽雇佣员工而仍由自己操作的家庭农林渔牧业者;(4)自任操作或者虽雇佣员工而仍由自己操作的手工业者;(5)符合“中央”主管机关所定的其他小规模营业标准的。从我国的制度实践看,豁免登记并非完全的新生事物。比如,作为商事主体的农村承包经营户历来免于登记。又如农村地区的个体摊贩也被豁免登记,2003年国务院《无照经营查处取缔办法》明确规定“农民在集贸市场或者地方人民政府指定区域内销售自产的农副产品”行为不属于无照经营,2005年国家工商总局印发《个体工商户分层分类登记管理办法》规定,“工商行政管理机关依照国家有关政策法规对农村流动小商小贩免于工商登记,对农民在集贸市场或者地方人民政府指定区域内销售自产农副产品免于工商登记,并规定了根据实际需要可以对免于登记的经营者进行备案。”^② 最新的变化是城市地区的部分个体摊贩也将享受豁免登记,2017年国务院《无证无照经营查处办法》规定,“依照法律、行政法规、国务院决定的规定,从事无须取得许可或者办理注册登记的经营活动的”不属于无证无照经营。最大的变化则是,国家工商

① 《经济、社会、文化权利国际公约》第6条第1款规定“本公约缔约各国承认工作权,包括人人应有机会凭其自由选择 and 接受的工作来谋生的权利,并将采取适当步骤来保障这一权利。”

② 参见国家工商行政管理总局关于印发《个体工商户分层分类登记管理办法》的通知,网址:<http://www.gdgs.gov.cn/publicfiles/business/htmlfiles/gdgsj/s141/201010/34591.html>,最后访问日期:2018-03-01。

行政管理总局公布的《个体工商户条例(征求意见稿)》准备对个体工商户登记做除外的规定,通过放宽个体工商户商事登记条件的方式吸引有条件的个体摊贩进行商事登记。

在《民法总则》征求立法意见过程中,不少人大代表、专家学者与实务部门人士提出来,按照行政审批改革的要求,以后个体工商户不一定全部要登记,有的可能改为备案,有的可能登记豁免^[34](P. 76-77),可谓与域外制度接轨之举。按渐进式改革与诱致性改革的思路,至少对部分的个体摊贩、个体电商可以适用登记豁免,可以选择登记也可以不经登记而得继续营业,但履行商事登记手续的将享受到一些优惠性的制度红利,未经登记的也不会因此而非法。同时进一步完善商事登记程序,个体摊贩等之所以不履行商事登记手续,还有程序繁杂、效率低、成本偏高等因素。对此,可以考虑引入电子登记方式,通过网络办理的方式节约登记成本,提升登记效率,从而激励更多的个体摊贩、个体电商选择登记。

长远来看,变革商事登记功能的立法改革才是最重要的。商事登记的功能,有公法功能与私法功能之分,前者指行政管理与监管,起到了行业准入的门槛作用;后者,是面向市场的信息公示与服务功能,从商事登记的私法功能设置可以透视其公法功能的强弱,按照强弱度排序依次是:生效要件的登记;对抗要件的登记;备案性质的登记。最弱化公法功能的登记,是备案性质的登记。商个人的登记能否设计为备案性质的登记,将其公法功能降到最低,同时发挥最基本的私法功能,也即商人的基本信息查询职能。如此,发生商事交易纠纷之后,商事登记可以保障相对人找寻到交易对方的商人,即为已足。

4. 加快“两户”的分类改革,破解异质化问题

1999年《个人独资企业法》颁布后的相当长时间里,个人独资企业的发展远未达到当初立法者的预期,就其原因非常复杂,其中个人独资企业的制度设计与具有先发制度优势的个体工商户之间的同质化严重,以及制度优势不明显,都是关键性的制度原因^[30]。以至于有学者认为二者的区分本身欠缺法律上与经济上的科学性与合理性^①,还有学者主张应该以个体工商户取代个人独资企业的制度设置^[48]。应该说,作为现代企业制度之一的个人独资企业制度设置,以及发端于中国特殊社会土壤、长期茁壮成长个体工商户制度设置,都有足够的自我存在与发展壮大的理由,二者的生存与发展也并不必然存在着矛盾,关键是作为商个人制度整体性顶层设计的一项重要内容,要拉大个体工商户与个人独资企业之间的实质区别,激励有一定规范组织性、经营规模相对较大的个体工商户变更登记为个人独资企业^②;另一方面,通过引入宽松化商事登记制度,将部分长期在固定地点经营的个体摊贩引入个体工商户之中。对于农村承包经营户的分类改革方案是,对于绝大多数以满足自我生活需要、不以营利为目的的自给型农户,不视为商事主体,对其偶然性的出售多余农产品的行为定性为民事法律行为,由民法调整;对于那些具有明显营利属性的持续从事农林牧渔产品生产、销售行为的农户,应该视为商事主体,归商法调整。需要指出,从长远来看,我国农业势必走向集约化经营,单个农户以维持家庭基本生活需求为主要目的分散经营模式将逐步减少,基于此,对于那些日益壮大的具有明显营利性本质要素的集约化经营模式下的“农村承包经营户”,可以借鉴域外法上的“自由登记商人”制度,从而将其纳入商法的调整范围。

四、商个人的立法模式选择

(一) 商个人立法模式的可选方案

关于商主体的立法模式,大陆法系多倾向于统一立法,而将各单行立法作为统一立法的特别法,实行双重调整,英美法系仅有单行立法的直接调整^[49](P. 285)。鉴于历史传统与立法现状,我国宜采大陆法

① 岳兵、姚狄英“两户民事主体地位的再思考”,载《中国民法学研究会2015年年会论文集》(上册),第538-539页。

② 关于委托他人经营的机制,就是个人独资企业的制度优势之一。《个人独资企业法》第19条规定,个人独资企业的经营方式,可以由投资者个人经营,也可以委托他人经营。但依照《个体工商户暂行条例》、《个体工商户条例》,都没有规定个体工商户可以委托他人经营。按照前引台湾地区“商业登记法”的规定,豁免商事登记的家庭农林渔牧业者、手工业者的一个必要条件就是“自任操作或者虽雇佣员工而仍由自己操作”,该规定可以理解不得委托他人经营,否则不得适用商事登记豁免。这一制度设计,对于我们区分个体工商户与个人独资企业的制度优势不无启发意义。

系的立法例。目前商个人立法规范除了《民法总则》的基本规定外,还有《个体工商户条例》《农村承包经营法》《无证无照经营查处办法》等单行法规,这些单行法规仅仅考虑了其所调整的具体对象的个别要求,缺少着眼于商个人整体性的基本制度规范构造,顶层设计也较为缺失,具体规则层面则存在规范分散、内容冲突、位阶较低等问题。商个人制度的完善,以选择合适的立法模式为首要,立法模式选择的核心则是统一私法体系下民商法规范的关系处理,这涉及到以民商合一、民商分立为背景的立法体例选择。作为背景,民商事立法的关系模式有四:(1)完全形式意义上的民商合一模式,即民法典统一提供民商法规范;(2)完全形式意义上的民商分立模式,即在民法典之外另立商法典,对商事法律制度予以规范;(3)不完全形式意义上的民商合一模式,即民法典加单行商事立法,民法典提供商法基本规范,商法主要以单行法的形式存在;(4)折中形式意义上的民商分立模式,即民法典加商事基本法与单行商事立法,民法典提供私法的一般规范,商法规范体系由一部“商法通则”提供商法基本规范,商事单行法提供商法具体规范,商事关系的法律适用采用商法优先于民法的规则^{[50] [51] [52]}。商法学界多主张模式四为应然模式,但民法典编纂、《民法总则》采用了模式三。整体审视《民法总则》关于商个人的规范,有三处突出的问题。

一是商事立法理念的缺失。奉行民商合一的《民法总则》虽吸纳了部分商法规范,但更多出自民法立场的立法设计,立法理念上不能体现商事主体所要求的商法规范独立性,以民事主体为核心的规范适用于商事主体,民法商事过度与商事不足的双重问题同时并存^{[53] [54]}。如民法学者强调《民法总则》正是遵循了“兼顾商事主体的特定化与民事主体的一般化要求,商事主体只能依附于民事主体”的立法思路,借以“有效实现了商事主体与民事主体的融合”^[35],但实际上,“商事主体依附于民事主体”是真,“有效实现了商事主体与民事主体的融合”则存疑。在此情况下,民法的主体制度设计是否解决了包括商个人在内的商事主体的所有问题?显然回答是否定的。

二是规范的碎片化现象严重。有效实现主体制度的民商合一,要求规范设计一要避免忽视商事主体的特殊性,二要避免将民商事主体对立化,避免出现两类主体、两套规则界分的情形^[35],也即要做到民商主体合一的辩证统一。但民商主体的分与合,以各自的概念体系在不同场域中的厘清为前提,鉴于民事主体对商事主体的包含关系,这种厘清实为商事主体在概念与外延上的清晰化。为此,《民法总则》需要提出一个统领并促进民商事主体相容相通的统一法概念,来实现商主体在民法典中的准确定位^[29],但《民法总则》没有完成这一任务。目前,各单行商事法一直缺乏一个能将各类商主体一统化的统一法概念,^①但《民法总则》并未改变这一立法局面,关于各类商主体的定义规范中对于“营利性”的强调不均,即为例证。如前文所述,民商主体之界分标志在于后者的“营利性”,《民法总则》第76条通过对营利法人的界定本来已经给出了“营利性”的精确内涵,以此为基础可将各单行商法的商主体有机联系在一起,并藉此有效对接与区分民商事主体。具言之,以是否具有营利性为标准界分出营利法人,可视为对商法人营利性特征的突出强调;但个体工商户的认定标准是“从事工商业经营”^②,这表现了较弱的营利性;到了个人独资企业、合伙企业等非法人组织,“营利性”的认定标准则遭完全的忽视^③,各类商主体之间的内在有机联系由此断绝,界分民商主体的“分水岭”也就不存。正是由于《民法总则》未确立有效贯通民商事主体的统一法概念,提取公因式的立法技术无从适用,于是乎逻辑未能一贯的“一对一”式立法规范大行其道,商事主体规范的碎片化由此铸成。可见,未来仍需能引入“营利性”核心法概

① 《个体工商户条例》第2条对个体工商户的界定是以“从事工商业经营”为标准,《个人独资企业法》第2条对个人独资企业的界定也强调了“经营”,《合伙企业法》对普通合伙企业和有限合伙企业的界定强调了承担责任的形式,《公司法》对公司的界定则凸显了“企业法人”的特性。在《民法总则》征求立法意见过程中,不少人大代表、专家学者与实务部门人士关于个体工商户的营业性特征的表述,多有不同意见,这体现了社会各界对于营业、营利的充分关注。参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第76-77页。

② 参见《民法总则》第54条。

③ 参见《民法总则》第102条。

念的一部商事基本法,构建起“民事主体—营利—商事主体”的联系桥梁,以克服商事主体司法认定的混乱以及民商事主体规范无法有效衔接与区分的问题,消减民商事主体规范的碎片化现象。

三是,商主体的基本制度规范缺失。事实上,《民法总则》、民法典都无法提供完全统率商事主体的法律规范,加之商法具有较强的开放性、时代性与发展变动性,伴随市场经济的发展,商事主体的新发展层出不穷,制定一部囊括商事主体规范的民法典既不可能也不必要,创新性的商事立法模式应成为合适的选择。

(二) 商个人基本制度规范供给的中国范式: 制定《商法通则》

除了《民法总则》的上述诸问题外,各单行商事法之间关于商事主体的规定还存在规范重复与冲突、立法理念相悖等现象,如延续各商事单行法并立、商事基本法缺位的商法体系,包括商个人在内的商法制度完善是不可能完成的目标。统筹解决这些问题的较佳方案,是制定一部作为商法基本法的《商法通则》融合在民法典与单行商事立法之间,架构起“民法典+商法通则+商事单行法”的商法体系。关于制定《商法通则》的必要性与可行性,商法学界已多有充分论证,此处不赘,仅就其关于商个人制度完善的功能简叙二三。

首先,可以实现对商事主体的合理分类。从构建商事主体制度体系化的角度,应对商事主体采“二元论”分类,以是否具有组织性为标准将商事主体分为商个人与商事组织。中国商法学研究会提出的《商事通则建议稿》(2010)与2《商法通则立法建议稿》(2017)均采此分类方式,值得借鉴。

其次,在遵循“二元论”分类的基础上实现体系化界定商个人的内涵与外延的立法目标。《商事通则建议稿》(2010)仅规定个体工商户,《商法通则立法建议稿》(2017)又增加了未经商事登记的个体摊点、流动商贩、农村承包经营户等主体类型,^①可谓进一步完善之举,有利于实现商个人的体系化。

再次,完善商事能力制度的规定。《商法通则立法建议稿》(2017)加入了未成年人、公务人员的商事能力限制规定^②,但仍没有提供完整的商事能力制度。在商个人的制度构造中,外国人、无国籍人的商事能力规定不能缺位。

最后,完善统一的商事登记制度,明确豁免适用规则。一是明确商个人的商事登记是一种营业资格而非主体资格的登记。另外,从实质公平的角度出发区分不同商个人而适用不同的商事登记制度,对于诸如部分的个体摊贩、农村承包经营户、个体电商等主体豁免商事登记,明确规定豁免登记的范围和情形。前述两部“立法建议稿”都通过除外规定的方式承认了对不同商主体的区分对待,^③今后的立法可以更加的明确。

总之,被设计为商事基本法的《商法通则》可以胜任提供商个人基本制度规范的任务,并在《民法总则》、民法典与单行商事法之间架起不同位阶规范的衔接桥梁,形成一个由“民法典+商法通则+商事单行法”构成的商个人规范体系,统筹解决目前各部门立法关于商个人规定的冲突、遗漏之处,构建一套完整的商个人法律制度。

结 论

应当说,商个人法律制度存在的主要问题较为清晰,立法改革与发展的重要命题也有相当共识,在此基础上形成完善商个人法律制度的路径与目标,值得期待。首先,立法者需要树立起关于商个人的清晰概念,明确其内涵与外延,将诸类商个人整合为一个整体,在商事法律制度现代化的框架内进行顶层

^① 《中华人民共和国商事通则》建议稿第13条规定:本法所称商自然人是指依法在商事登记机关进行登记的个体工商户;第14条第3款规定:商个人是指依法在商事登记机关进行登记的个体工商户;第15条规定:未经商事登记的个体摊点、流动商贩、农村承包经营户和营利性的专业服务机构,从事商事活动时,视为商事主体,适用本法。

^② 其第16条规定:未满18周岁的未成年人,不具备商事能力,不得以自己的名义从事营业性活动;第17条规定:国家机关公务人员不得从事营利性活动。法律、法规另有规定的,从其规定。

^③ 《中华人民共和国商事通则》建议稿第19条规定:登记义务人应当依照本法的规定进行商事登记,法律另有规定的除外;第24条第2款规定:法律、行政法规对商事主体登记、经营资格有特别规定的,从其规定。

设计。其次,针对诸类商个人存在的发展中问题,要坚持发展民生、实现社会公平、扶持民众独立创业的法律理念,践行营业自由、合理规制的法律原则,通过引入商事能力、登记豁免、简化登记等法律规则,来解决诸如个体工商户的“异质化”现象、个体摊贩合法化路径、农村承包经营户的营业资格等长期阻碍商个人健康发展的痼疾,形成适应新时代的法律规则体系,实现商个人法律制度现代化,为“大众创业,万众创新”提供法律制度保障。最后,利用编纂民法典的历史契机,搭上便车来完善商个人法律制度,审慎选择立法模式,创新民商合一的立法体例,通过《商法通则》来实现对商个人整体性、系统性、制度化的规范供给,一揽子解决商个人面临的诸多法律障碍,构建一个体系化的完善的商个人法律制度。

参考文献:

- [1] 王保树 主编《商法》,法律出版社 2005 年版。
- [2] 赵旭东 主编《商法学教程》,中国政法大学出版社 2004 年版。
- [3] 施天涛《商法学》,法律出版社 2009 年版。
- [4] 顾功耘 主编《商法教程》,上海人民出版社 2006 年版。
- [5] 梁慧星 主编《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》,法律出版社 2013 年版。
- [6] 肖海军《营业权论》,法律出版社 2007 年版。
- [7] 李政辉《商人主体性的法律建构》,法律出版社 2013 年版。
- [8] 谢怀栻《外国商法精要》,法律出版社 2002 年版。
- [9] 王保树《商法总论》,清华大学出版社 2007 年版。
- [10] 柳经纬 主编《商法总论》,厦门大学出版社 2006 年版。
- [11] 王建文《商法教程》,中国人民大学出版社 2009 年版。
- [12] 樊涛,王延川《商法总论》(第二版),知识产权出版社 2010 年版。
- [13] 曹兴权“民法典如何对待个体工商户”,载《环球法律评论》2016 年第 6 期。
- [14] 许中缘《商法的独特品格与我国民法典编纂(上)》,人民出版社 2017 年版。
- [15] 任尔昕等《商法的体系构建与制度完善》,高等教育出版社 2011 年版。
- [16] 李建伟“对我国商个人立法的分析与反思”,载《政法论坛》2009 年第 5 期。
- [17] 于新循“现代商自然人之基本判别”,载《商业现代化》2005 年第 9 期。
- [18] 范健 主编《商法》,高等教育出版社 2000 年版。
- [19] 张民安《商法总则制度研究》,法律出版社 2007 年版。
- [20] 张民安“商自然人的法律地位研究”,载《中国商法年刊》2007 年。
- [21] 赵中孚 主编《商法新论》(第四版),中国人民大学出版社 2009 年版。
- [22] 赵万一 主编《商法学》,中国法制出版社 2002 年版。
- [23] 叶林、黎建飞 主编《商法学原理与案例教程》,中国人民大学出版社 2006 年版。
- [24] 樊涛“商事能力制度探析”,载《法学杂志》2010 年第 4 期。
- [25] 王保树《中国商事法》,人民法院出版社 2001 年版。
- [26] 范健、王建文《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社 2007 年版。
- [27] 雷兴虎《商事主体法基本问题研究》,中国检察出版社 2007 年版。
- [28] 王敏“论商法语境下的商人法律人格”,载王保树主编《商事法论集》,法律出版社 2008 年版。
- [29] 肖海军“民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择”,载《中国法学》2016 年第 4 期。
- [30] 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”,载《政法论坛》2012 年第 5 期。
- [31] 任尔昕、郭瑶“我国商个人形态及其立法的思考”,载《甘肃政法学院学报》2009 年第 6 期。
- [32] 吕来明“论我国商主体范围的界定”,载《北方法学》2008 年第 4 期。
- [33] 于新循《现代商人法纵论》,人民法院出版社 2007 年版。
- [34] 《民法总则立法背景与观点全集》编写组《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社 2017 年版。
- [35] 许中缘“我国《民法总则》对民商合一体例的立法创新”,载《法学》2017 年第 7 期。
- [36] 李建伟“从个体摊贩的合法化途径看我国商个人体系的建构”,载《中国政法大学学报》2009 年第 6 期。
- [37] 赵旭东“电子商务主体注册登记之辩”,载《清华法学》2017 年第 4 期。
- [38] 国务院研究室工交组“当前党政机关干部经商办企业的情况和建议”,载《党建》1993 年第 3 期。
- [39] 刘宏渭“营业自由的实现路径——9 兼论与商事能

- 力的关系”,载《中国商法年刊》2010年第1期。
- [40] 王伯琦《民法通则》,台北中正书局1979年版。
- [41] 徐国栋《民法总论》,高等教育出版社2007年版。
- [42] 樊涛“商事能力制度初探”,载《法学杂志》2010年第4期。
- [43] 肖海军“论商主体的营业能力——以投资主体与营业主体的二重结构为视角”,载《法学评论》2011年第5期。
- [44] 曾大鹏《中国商法通则理论与立法研究》,法律出版社2013年版。
- [45] 于新循《现代商人法纵论》,人民法院出版社2007年版。
- [46] 张大为“论营业自由的性质及其法律规制”,载《北京航空航天大学学报》(哲社版)2013年第6期。
- [47] 王妍“作为宪法权利的自由经商权及其本质探究”,载《比较法研究》2010年第3期。
- [48] 李永军“我国未来民法典中主体制度的设计思考”,载《法学论坛》2018年第2期。
- [49] 任先行、周林彬《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版。
- [50] 马建兵、任尔昕“我国商事主体法律制度的构建”,载《国家检察官学院学报》2008年第2期。
- [51] 赵旭东“民法的编纂与商事立法”,载《中国法学》2016年第4期。
- [52] 李建伟“民法总则设置商法规范的限度及其理论解释”,载《中国法学》2016年第4期。
- [53] 施天涛“商事关系的重新发现与当今商法的使命”,载《清华法学》2017年第6期。
- [54] 张谷“商法 这只寄居蟹”,载《东方法学》2006年第1期。

The Legislative Improvement of the Commercial Individual System under the Background of Codification of Civil Code

Li Jianwei

Abstract: Commercial Individual is of great significance in the development of people's livelihood. At present, there exists a serious shortage of legislation on commercial individual. The fundamental obstacle of commercial individual lies in the legislative content and the legislative model. The former has problems with the confusion of commercial individual concept, the unclear structure of basic subject types, and the absence of commercial capacity system. The latter has problems that the idea of legislation is not clear and the level of regulation is too low. As for the legislative content, the institutional value of commercial individual as a whole concept is the basis for constructing the unified commercial individual legal system. For this purpose, it is necessary to clarify that the commercial individual only refers to the business form of the pure natural person, which extension includes the individual businesses, some lease-holding farm households, individual vendors and individual electric business, etc. Moreover, the introduction of the commercial capacity system, the implementation of guaranteeing the natural person's freedom of business, the commercial registration liberalization reform, and the acceleration of the individual businesses and lease-holding farm households classification reform are the basic elements of the commercial individual legislation. In respect to the legislative model, the establishment of *General Principles of Commercial Law* to achieve the systematization of commercial individual legislation is a rational choice based on the background of considerations of the implementation of the above-mentioned legislative content and the compilation of Civil Code.

KeyWords: Codification of Civil Code; Commercial Individual; Commercial Registration; Commercial Capacity; Business Right

(责任编辑 寇 丽)