

民法典如何对待个体工商户

曹兴权

内容提要:个体工商户的私法需求逻辑已从针对特权赋予与财产保护转向基于发展支持的特殊私法义务的豁免。对于赋予私法资格、确立民事主体身份、给予财产权保障以及解决内部外部财产关系等规则,由民法典供给的必要性已不存在;对于商个人特殊私法义务豁免机制,民法典不宜直接供给。民法典延续《民法通则》的立场而单独规定个体工商户的处理模式,不仅导致立法与现实脱节,而且将因明文规定个体工商户的商人身份而强化该豁免机制需求的必要性,其中的所有制特色与强制登记体制的管制隐喻会消减民法典内在的自由与平等理念,个体工商户内涵界定难题以及规范体系架构模式的选择困惑给立法技术带来难以有效解决的挑战。因此,建议民法典总则回避个体工商户制度,删除《民法总则(草案)》中的相关内容。

关键词:民法典 民事主体 商个人 个体工商户

曹兴权,西南政法大学民商法学院教授。

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)将个体工商户界定为一种特殊自然人主体。《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称《民法总则(草案)》)延续了《民法通则》的立场,第50条规定:“自然人经依法登记,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52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;无法区分个人经营和家庭经营的,以家庭财产承担。”虽然个体工商户在推进我国改革和经济发展乃至社会秩序的变动中发挥了巨大历史作用,但是由于在实践中的运行状态混乱,理论界对其性质和法律地位的认识存在争议。对于民法典是否应继续规定个体工商户制度以及如何规定,理论界有不同意见。^[1]

[1] 中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会于2016年6月发布的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》以及中国社会科学院民法典立法研究课题组于2016年3月发布的《民法总则建议稿》的立场一致,均继续规定个体工商户。但是,梁慧星教授主持起草的《中国民法典建议稿·总则编》没有规定个体工商户及农村承包经营户;在2016年举行的第十一届中国法学家论坛上,广东法学会会长梁伟发认为,《民法总则》不宜保留个体工商户,应积极引导其转化为公司或企业,其经营行为由《公司法》或《企业法》调整。

本文试图从制度供给政策定位、民法典继续保留后对私法理念的可能影响以及立法技术理性等角度,继续探讨民法典如何对待个体工商户的问题。

一 制度供给的定位

(一)个体工商户进入《民法通则》的政策动因

与《民法总则(草案)》相比较,《民法通则》对个体工商户的规定有4点不同:其一,前者删除了后者第26条关于“在法律允许的范围内”的规定;其二,前者删除了后者第28条中关于“合法权益,受法律保护”的内容;其三,前者将后者第26条中的“依法核准登记”修改为“依法登记”;其四,前者将后者第26条中的“公民”修改为“自然人”。除将“公民”修改为“自然人”外,其他三种变化几乎全面地反应了个体工商户进入《民法通则》的时代背景和政策动因。

《民法通则》中的个体工商户制度源于个体工商业者经济现象。作为我国的一种比较传统的经济形式,个体工商业在1950年初期的规模比较庞大。据统计,解放初期全国个体工商业者接近3000万人,其中城镇的个体工商业者就达到700多万人。^[2]不过,个体工商业经历了社会主义改造运动的洗礼。1956年社会主义改造完成后,个体工商业者的数量一度降至14万;在文革被作为资本主义的尾巴被继续批判甚至被取缔后,全国的个体工商业数量就相当少了。幸运的是,个体工商业被选择充当我国城市经济改革的一个突破口。1979年3月,国家工商行政管理局向国务院提出的报告指出:“可以根据当地市场需要,批准一些有正式户口的闲散劳动力从事修理、服务和手工业的个体劳动,但不准雇工。”同年4月9日,国务院批复了该报告,首次提出了恢复和发展个体经济的政策:“可以根据当地市场需要,在征得有关业务主管部门同意后,批准一些有正式户口的闲散劳动力从事修理、服务和手工业的个体劳动,但不准雇工。对他们要发给营业执照,会同街道和有关业务部门加强管理,并逐步引导他们走集体化的道路。”1980年12月的中共中央工作会议提出,在公有制经济占绝对优势的条件下,允许城镇个体所有制经济的发展。此后,国务院又先后下发了《国务院关于城镇非农业个体经济若干政策性规定》、《国务院关于城镇非农业个体经济若干政策性规定的补充规定》等规定文件。1982年的《中华人民共和国宪法》也明确了个体经济的地位。

1978年后我国经济改革从计划经济体制转向市场经济体制的过程,也是个体私营经济地位逐步提升的过程。在这个改革过程中,个体工商户制度的实施对特别私法规范的需求表现在三个方面。其一,如何获得特定主体的经营资格以及如何获得一般性经营资格。在市场经济体制没有确立之前,社会主体尚不享有从事经济活动的一般自由,除非经由工商登记等行政许可程序被赋予经营自由和资格。通过登记成为个体工商户,公民被许可获得了经营资格。其二,消除所有制担忧及意识形态担忧对个体工商户制度产生的不利影响。在个体工商户的发展过程中,基于公有制维护意识形态的担忧主要聚焦于个

[2] 参见黄波、魏伟:《个体工商户制度的存与废:国际经验启示与政策选择》,《改革》2014年第4期。

体经济本身的私有属性、雇佣工人存在的剥削、个体经营者积累个人财富导致社会不平等等方面。^{〔3〕} 这些担忧事实上对个体工商户经济的发展带来不利。比如,个体工商经济从业者的个人财产可能得不到有效保护,雇佣较多员工的可能被扣上剥削的帽子。这些潜在风险影响个体经济从业者的积极性,也影响个体工商户制度的效用。为此,有必要建立起保护个体工商户合法财产的制度机制。其三,个体工商户经济活动中的对外对内财产关系,特别是外部债权人保护制度。个体工商户,无论是以个人名义经营还是以家庭名义经营,都涉及到向交易相对人履行合同债务或者承担其他债务的问题。当登记的从业者不履行、不愿意履行或者无能力履行时,必须考虑如何有效保护交易方的合法权益、维护交易安全与市场秩序。当然,如果以家庭名义经营的,还涉及到家庭成员之间的权益关系。

《民法通则》规定个体工商户、农村承包经营户并且将二者处理为特殊自然人主体,正是因应上述需求的结果。魏振瀛教授在回顾《民法通则》起草时特别提到说,虽然“从民法原理上难说个体工商户、农村承包经营户是民事主体”,但是“规定个体工商户和农村承包经营户重在巩固改革成果”,“立法机关主要是从政策上考虑问题”。“当时农村承包经营已在全国实行,个体工商业有很大发展,这样重大的政策问题应当用民事基本法的形式确定下来。”^{〔4〕} 虽然,在中央文件以及宪法确立个体工商业发展政策之后个人已经获得从事工商业的一般资格,不过,在经由《民法通则》的专门规定从而经济改革实现从政策到法律的转化后,发展个体经济政策的长久性才获得私法制度的直接保障。在反对剥削、反对大量私有财产的背景中,发展个体经济也面临巨大挑战,他们的合法权益以及财产得不到有效保护。在当时,“在农村出现了红眼病……在城市,个体工商户发展了,钱多了,怕露富,怕国家政策改变,就把人民币藏在家里,有的失火被烧掉了,有人就把钱埋在地下。”^{〔5〕} 所以,《民法通则》第28条特别规定,“个体工商户、农村承包经营户的合法权益,受法律保护。”该规定无疑消除了意识形态争论对个体工商业产业保护的冲击。《关于〈中华人民共和国民法通则〉(草案)》的说明》也特别强调提到:“城乡劳动者个体经济是社会主义公有制经济必要的补充”,“城乡劳动者个体经济在民事活动中的法律地位、权利、义务、责任,适用公民个人的规定。”至于个体工商户经济活动中对外对内财产关系的处理,主要是因为当时的家庭财产制度在实施中无法有效区分个人财产与家庭财产、个人债务与家庭债务之间的关系。所以,《民法通则》第29条关于“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”的规定带有明显的应急性。

(二) 个体工商户的现实制度需求

自然人经依法登记从事工商业经营就转化成为个体工商户,这是《民法通则》与《民法总则(草案)》均坚持的立场。在市场经济体制之下,个体工商户从事经济活动时依然

〔3〕 参见井峰:《中央领导同志和有关文件关于雇工问题的部分论述》,《理论建设》1983年第23期,第29页。

〔4〕 参见魏振瀛:《参加〈民法通则〉起草的片断回顾》,中国法学网,2016年9月23日访问。

〔5〕 参见魏振瀛:《参加〈民法通则〉起草的片断回顾》,中国法学网,2016年9月23日访问。

存在经营资格、财产权保护、主体之上内外财产关系等方面的制度需求。不过在当下,这些制度需求的供给路径或者供给方式有显著变化。在市场经济体制之中,社会主体基于市场自由原则获得了从事参与市场活动的一般资格,无须再对一般社会主体是否获得一般性资格进行确认;国家对经济活动的准入控制则依赖于针对特殊领域的许可证管理制度。依赖民事基本法授予社会主体一般经营资格的制度需求已经丧失,而民事基本法也没有必要再承载此类功能。因此,对于《民法总则(草案)》第50条,若从赋权的角度理解其价值则意义不大也没有现实必要性。况且,自然人是否有无从事工商业活动的资格与登记与否没有必然联系。关于财产权保护,个体工商户的需求与其他经济主体的需求相比较没有特殊之处,保护私人合法财产权益的宪法原则以及民事基本法关于财产权的确认与保护规则可以完全满足社会需求。《民法总则(草案)》删除《民法通则》第28条中关于“合法权益,受法律保护”的内容的处理方式是合理的。至于主体之上内外财产关系规范,基于合同法制度以及合同的相对性原理、交易外观原理,合同相对方能够便利地找到追索主体;基于婚姻家庭法中的家庭财产与共同债务负担规则、个人财产与债务规则也能够便利地在特殊场合将债权请求指向家庭的其他成员之上。就此而言,《民法总则(草案)》第52条关于“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”规定所存在的制度空白补充价值已经不存在。该条规定中有价值的内容在于“无法区分个人经营和家庭经营的,以家庭财产承担”,但对于这个规定的特别功能也可以由举证责任分担规则替代。当然,如果该类规定对于解决个体经济现象中债务承担有特别价值,那么也可以将“因生产经营所负的债务,不能证明个人经营和家庭经营的,以家庭财产承担”之类的规定置于婚姻法的相关部分。

需要探究的问题是,个体工商户的发展是否需要特殊的制度环境。对此,有必要转到民商关系的语境中来。

个体工商户的本质是从事工商活动的个人。虽然个体工商户的术语中包含“户”这一特殊语素,但这并不意味着个体工商户实质是以家庭为单位的经济实体。^[6]在这个方面,个体工商户的户与农村承包经营户的户有本质区别,农村承包经营户的户指向家庭意义的“户”。因此,我们不能够用家庭承包经营户制度存在的社会意义来“绑架”个体工商户。户这一语素在统计学与工商管理中指向一个经济单位,一户是一个独立的经营者,它可以是一个人,也可以是一个企业。虽然从个体工商业者衍生出来的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商事活动的一种特殊法律形式。^[7]但是,个体工商户在私法上属于自然人民事主体。“如果认为个体工商户就是一个家庭户,那就是极大的误会了。”^[8]只不过,个体工商户指向了从事工商活动这类特殊的自然人。在商法理论中,个体工商户是一种特殊的商个人。虽然依《民法总则(草案)》第50条规定自然人从事工商业经营的要经依法登记才能够成为法律性个体工商户,但市场中

[6] 参见方流芳:《个体工商户的法律地位与财产责任》,《法律学习与研究》1986年第6期,第44页;杨振山:《两户一伙的法律性质》,《政法论坛》1987年第6期,第15页。

[7] 参见赵旭东:《独资企业立法研究》,《政法论坛》1995年第1期,第65页。

[8] 参见方流芳:《个体工商户的法律地位与财产责任》,《法律学习与研究》1986年第6期,第44页。

还存在大量未等登记的事实性商个人。自然人是否成为商人,抛开法律的适用问题,与登记与否没有必然联系。基于从事工商业活动的本质定性与社会事实,个体工商户被贴上经营者、商业活动主体之类的标签。所谓登记,不过是证明从事工商业等经营活动的自然人属于商个人身份的一种特别程序;当然,登记也具有强化特定自然人具有商人身份的效果。

对特定自然人是否属于商个人的事实判断具有法律意义。这涉及民法与商法区分的理论与实践。在《民法典》与《商法典》分立的德国、法国等诸国,民法与商法的关系首先并且最终归结为法律的适用。某个私法主体从事民商事活动,与适用《商法典》的结果相比较,适用《民法典》的结果使他所负担的私法义务要轻微一些,某些由《商法典》规定的特殊私法资格和权利当然不得享有。但是,从适用范围的广泛性和最终效果看,私法主体的私法义务负担不同是民商区分的最典型效用。对我国而言,由于尚不存在《民法典》之外的《商法典》,法律适用中的民商分立带来的影响表现在理念上。正如有学者所言,“商法具有特权与限权并存的双重法律特性,当一般民事主体成为商人后,其获得特殊权利的同事,也不得不承担更多的义务。”^[9]因此,在民商关系的语境中对待个体工商户,最终将归结在私法义务的特殊负担与某些私法权利的特殊享有之上。

虽然个体工商户之类的商个人在《法国商法典》、《德国商法典》中都有可能是商人,但是将从事商业活动的个人定性为商人的目的不在于对其从事的商业活动用商法规范,而是排除在商法规范对象之外。^[10]“一面是零售商与手工业者是小型企业,地位近似于普通个人;另外一面是大商人和工业企业家,他们负担更严格的义务,但也可能享有更全面的诉权。”^[11]也就是说,以个人名义开展商业活动的商个人是法律意义上的商人但不是法律适用意义上的商人。德国将小营业经营者从商法适用领域排除。法典对适用人群有实质性的限制,属于法律政策问题。^[12]立法如此处理的目的在于尊重商个人从事商业活动的特殊性,从而达到对此类经济活动给予特殊扶持的效果。在某种意义上讲,法国和德国的商个人制度具有产业政策的色彩。特定国家或者地区推行特殊产业政策以实现特定社会目的或者特殊经济政策是现代经济活动中常见的现象。在产业政策体系中,政府通过公共管理系统对特定主体配置特使资源,比如税收、信贷、市场准入等。这些产业政策措施反应在法律上几乎表现为经济行政公法。法国和德国通过豁免特殊私法义务负担而保护或者促进商个人的做法意味着,特殊领域的产业政策也可以通过私法机制来实现。

促进中小企业发展是现代各国普遍采用的一种经济发展政策。在我国,大力发展小微企业也是一项重大的产业政策。虽然不属于企业,但就经济规模而言,个体工商户与小微企业类似。“个体工商户制度是改革开放初期的过渡性产物,如今已经不具备存在的必要。应该废除个体工商户制度,将个体经营者转为微型企业,以享受政府对于小微企

[9] 参见范健、丁凤玲:《关于中国商事立法体例的思考》,《民法典编纂背景下民法与商法的对话学术研讨会论文集》,2016年4月,第13页。

[10] 参见胡晓静:《个体工商户的法律地位辨析》,《中国商法年刊》2015年,第393页。

[11] 参见[法]伊夫·居荣著:《法国商法》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第55页。

[12] 参见[德]C. V. 卡纳里斯著:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第20页。

业的优惠政策。”^{〔13〕}目前,我国对包括个体工商户在内的小微企业的发展促进政策主要是由政府推行的各种优惠。这种优惠要么是针对小微企业的公法义务的减少,要么是政府补贴企业从事市场活动的某种成本。法国、德国直接从私法义务负担减少的角度去支持小商人、小营业经营者的做法值得中国借鉴。基于私法义务负担的特别设计思路去构建对个体经济的支持机制,不失为一种理性选择。

如何建立针对个体工商户的私法义务负担豁免机制,是包括民法典在内的私法应当考虑的问题。至于民法典是否适宜承载此项功能,另当别论。但是,至少我们应当明确,民法典对待个体工商户的做法不应当对构建特殊私法义务豁免机制增加障碍。《民法总则(草案)》关于自然人经依法登记即可转化为个体工商户的规定以及“从事工商业经营”、“经营”等字样强化了个体工商户就是商人、就是经营者的判断和印象。在被作为民事基本法的民法典进行观念强化后,要顺利建立针对个体工商业者的私法义务豁免机制可能不那么容易。

二 私法理念的解析

(一) 关于个体的语源

虽然在市场经济体制中自然人有权从事工商业活动的一般资格,但是被贴上了“个体工商户”的标签。如前所述,“户”仅具有登记管理与经济统计的意义。“工商”指向个人从事经济活动的特定领域,在泛商时代与泛商语境中,该术语的价值在于彰显个体工商户与承包经营户的区别,是将后者的活动限制在农业领域。当然,此种限制仅仅是单向的,商业资本进入农业之后,个体工商户当然可以从事那些以商业形式表现的农业活动,甚至针对农村土地的经营活动。因此,在个体工商户真正有政策及法律意义的语素是“个体”。

如《关于〈中华人民共和国民法通则〉(草案)》的说明》强调的,《民法通则》引入个体工商户的政策背景在于,“城乡劳动者个体经济是社会主义公有制经济必要的补充”,“城乡劳动者个体经济在民事活动中的法律地位、权利、义务、责任,适用公民个人的规定。”基于从政策到法律,曾经是中国改革中法治发展进程中的一个基本趋势。在宪法和发展个体工商户的政策中,个体工商业被定性为个体所有制经济的内容。《中华人民共和国宪法》在经济制度的部分界定了个体经济的地位。1982年《宪法》允许城乡劳动者个体经济作为社会主义公有制经济的补充在法律规定范围内存在。在1980年12月中共中央工作会议文件中,个体工商户是以城镇个体所有制经济的形式被加以表述的。《民法通则》中个体工商户制度的历史价值在于固化当时推进的个体经济改革政策,作为法律术语的“个体”实则是作为所有制的“个体”的转化物。

在《民法通则》确立个体工商户的私法主体地位、将所有制语境中的“个体”转化为法律语境中的“个体”之后,宪法与法律文件中“个体”的所有制语境内涵依然被强化。1988

〔13〕 参见黄波、魏伟:《个体工商户制度的存与废:国际经验启示与政策选择》,《改革》2014年第4期,第107页。

年宪法修正案在宪法第十一条中引入私营经济的概念,将私营经济是社会主义公有制经济的补充。1999年的宪法修正案直接将个体经济、私营经济并列处理为非公有制经济的两种形态,并且将这两种非公有制经济作为社会主义市场经济的重要组成部分来对待。1987年的《城乡个体工商户管理暂行条例》第1条明确规定,“为了指导、帮助城乡劳动者个体经济的发展,加强对个体工商户的监督、管理,保护其合法权益,根据国家法律规定,制定本条例。”法律文件名中的“城乡个体工商户”与该条例第1条中的“城乡劳动者个体经济”直接对应,这种处理无疑强化了城乡个体工商户的个体经济所有制的色彩。2011年《个体工商户条例》的第1条则直接转述1999年宪法关于个体经济的表述,明确规定“鼓励、支持和引导个体工商户健康发展,加强对个体工商户的监督、管理”。也就是,虽然《民法通则》在私法语境中使用“个体”,但“个体”的所有制色彩甚至属性依然突出。在这个语境中,个体工商户暗含着所有制区的政策意图;对个体工商户的有关私法规定也表征着国家基本经济制度中对个体所有制经济的定位意图。

这种暗含或者表征本身没有什么,因为法律和法规必须遵守宪法的规定,也必须反映一个国家特殊历史时期的特殊政策需求。但是,如果法律术语中的政策意蕴过分强烈,那么该术语也可能导致其他不利效应。《民法总则(草案)》依然坚持使用个体工商户这一术语来表达对个人从事工商业活动的特殊关怀,是不是也彰显了某种特殊的政策意蕴呢?

在某种意义上讲,这种担心或许是多余的。虽然1987年的《城乡个体工商户管理暂行条例》基于所有制结构的维护目的而针对利用主体、人员聘用、对外合作、业务范围等方面设置了诸多限制,但这些限制在2011年的《个体工商户条例》中几乎被取消。根据该条例,凡是具备从事个体工商业能力的公民,只需经登记就可成为个体工商户;只要所从事的行业属于法律、法规允许进入的,个体工商户都可以从事经营;个体工商户可以根据经营规模的需要招用人员,没有了雇工人员人数的限制。但是,所有制的惯性思维可能在很多方面间接地影响着商个人的经济活动。

并且,个体工商户的特别规定也可能强化这种间接性干扰:既然其他制度已经完全可以为自然人的工商活动现象供给制度,为什么民法典还要单独界定个体工商户?如果立法的意图不在于限制,为什么基本法依然单独做出规定?如果不是为了限制,为什么依然强调个体?在这个意义上讲,这种担心也是合理的。法律是一种传递现实的符号序列,法律之精神以广为接受的社会共同语言予以表述,目的在于社会接受和普遍适用,而其本身即由一系列受现实、政治、道德乃至市场经济等感染的符号构成。^[14]我们不能忽视个体工商户这个特殊法律语言可能表达出的特殊信息。在市场经济条件下,各种所有制下的经济主体都应是平等的,各类经济活动都应得到同等对待。但是,如果特定术语传达出的隐含信息与平等精神相对立,那么我们就不得不重新审视:旧瓶能够装新酒吗?民事基本法有单独规定本没有必要单独规定的此种特定术语吗?

(二)关于登记的隐喻

如前所述,无论是《民法通则》还是《民法总则(草案)》,均强调经由登记获得个体工

[14] 参见[德]汉尼斯·科尼夫卡著:《立法语言的运作——德国视角》,程乐、吕加译,中国政法大学出版社2012年版,第1页。

商户身份的程序控制机制。不同的是,前者强调“核准登记”,后者强调“依法登记”。^[15]

工商登记功能、性质以及审查机制因经济体制的不同有别。在计划经济及市场活动的系统管制主义模式中,由于社会主体不享有参与经济活动的一般自由,工商登记作为一种经济管制工具而存在,获得工商登记即获得准入资格,工商登记在法律属性上等同于行政许可。在市场经济条件下,社会主体具有从事市场活动的一般资格,政府本应本着负面清单的方式来管制市场活动,工商登记从行政许可转化为该一种私法属性的服务机制,仅应作为帮助市场主体实现身份及信用信息彰显的公共服务目的而存在;如果市场主体能够通过其他途径实现上述目的,工商登记并非唯一选项或者必要选项。工商登记的私法属性意味着除非法律明文规定,工商登记机关应按形式审查的原则对申请人的申请资料进行审查。个体工商户工商登记制度的发展就反应了此种转化。不过,制度变革与理念调适之间总会有差异。在《民法总则(草案)》明确界定个体工商户的情况下,《宪法》第11条中关于“对非公有制经济依法实行监督和管理”以及《个体工商户条例》第1条中“加强对个体工商户的监督、管理”的规定将会产生不利后果,即:制度执行者将基于不当理念的诱导而依法监督、管理将被理解为加强管制。这种与民法典彰显的自由精神相背离的非理性理念,可能依托于明文规定的“依法登记”而转化为实实在在的非理性管制措施。

在泛商时代,市场中存在大量自然人没有经过依法登记从事登记而从事商业活动的现象。按照市场逻辑和法律原理,这些经济现象并非违法,也并非一定会被取缔。这些商个人,由于没有经由以依法登记而无法获得个体工商户的身份资格。此刻,人们会有疑问:为什么依然坚持登记而获得个体工商户资格的制度?此制度是否意味着要对未登记取得个体工商户身份的商自然人加以排斥或者歧视?这种排斥或者区分对待的做法背离市场原则吗?当然,政府可以坚持申请登记获得身份即可获得特殊政策支持或者服务的立场而去建构个体工商户的登记制度,事实上在个体工商户改革的过程中该种思维也得到了一定程度的体现。如果登记制度属于此种诱导性的,是某种公共管理机制的基础,具有事实性自然排斥效应的个体工商户登记制度不违背市场平等原则。问题是,《民法总则(草案)》表达的“依法登记”中的个体工商户制度是不是基于该思维而产生?如果不是,个体工商户的登记制度将事实上可能成为排斥自然人获得商业经营资格的不公平机制。如此一来,《民法总则(草案)》上的登记制度,与其说是一种赋权机制,不如说是一种私权限制机制。或许,我们会以法人与非法人组织的登记来印证个体工商户的登记制度的合理性。但是,我们应当认识到二者之间的不可比性。类型化及类型法定化是现代各国用以规范组织类民事主体的基本法律技术,而登记是落实该规范技术的必要技术手段,此种登记可以是价值中立的,不存在对排斥。

当个体工商户的登记制度真成为私权限制机制时,对于这种明显具有消解民法典基本精神的制度,我们理应将其从民法典中剔除掉。如果不删除,可能需要在自然人权利能力的部分增列有关营业权或者营业自由的条款了。^[16]否则,真的就出现了“典立而魂失、

[15] 在市场经济体制中的依法登记不等于工商登记。为行文方便,以下仅讨论工商登记。

[16] 参见汪青松:《主体制度民商合一的中国路径》,《法学研究》2016年第2期,第75页。

得形而忘意”。^[17]

三 立法技术的考量

(一) 个体工商户内涵界定之困

无论依据《民法通则》第26条还是依据《民法总则(草案)》第50条,从事工商业经营的自然人在经由经登记程序被转化个体工商户后依然属于自然人。从语义上考察,个体工商户这种特殊的自然人就是自然人,不可能存在自然人这类民事主体的次级分类。但是,该推论会在引入商号、个人经营还是家庭经营后呈现变异。

对于如何处理有商号的个体工商户的诉讼主体地位,人民法院的立场曾发生明显变化。基于《民法通则》第26条,最高人民法院1988年颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的第41条将民事诉讼中个体工商户定性为自然人。该条规定,“起字号的工商户,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,在诉讼文书注明系某字号的户主”。最高人民法院1992年颁布的《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》依然坚持了该立场,第46条规定,“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”。也就是说,无论合个体工商户本身在实际中是否表现为组织性,无论是否有字号,都不是诉讼程序中的当事人,当事人应当是自然人。但是,最高人民法院在2015年的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中的立场发生变化。依据该解释第59条,对于个体工商户,没有字号的以营业执照上登记的经营者为当事人;有字号的,以营业执照上登记的字号为当事人,但应同时注明该字号经营者的基本信息。对诉讼主体的处理方式因是否有字号而不同。虽然诉讼主体不等于民事主体,但从对诉讼主体处理中我们可以得到关于民事主体的有益信息。诉讼主体的处理不同,是不是意味着可能出现不同主体类型?

在个体工商户是家庭经营的场合,数个家庭成员实质上是个体工商户的投资主体和利益主体,依然将个体工商户与某个自然人在投资与经营上的人格等同处理的做法是否适宜?此刻,个体工商户到底是组织还是个人?有学者主张,个体工商户若是家庭经营应为合伙。^[18]如果在特定场合将个体工商户认定为合伙,那么个体工商户这种法定的民事主体下中就可能同时存在特殊自然人与合伙组织两种主体身份。《个体工商户条例》第10条第(二)款规定,“家庭经营的个体工商户在家庭成员间变更经营者的,依照前款规定办理变更手续。”家庭经营的个体工商户在本质上是家庭成员共同投资设立的一个经营体,但是显示于外的经营者发生变化的,依然要完成变更手续。有疑问的是,该变更手续的法律意义何在?是民事主体人格的根本性变化,从一个自然人变化为一个自然人,还是该个体工商户显示于外的代表发生变化,而不涉及个体工商户身份人格的本质变化?从

[17] 参见苏亦工:《得形而忘意》,载梁慧星等著《民法典编纂论》,商务印书馆2016年版,第21页。

[18] 方流芳:《个体工商户的法律地位与财产责任》,《法律学习与研究》1986年第6期,第44页。

实质讲,基于个体工商户家庭经营的则以家庭全部财产承担民事责任的实体规定,对外责任的承担效果不受家庭成员间变更经营者的影响。如果理解为民事主体人格的根本性变化,那就意味着在个人经营还是家庭经营的不同场合,个体工商户的民事主体身份存在着某种差异。或者说,在个人经营或者家庭经营的不同场合,关于个体工商户的民事主体身份可能存在相对独立的不同次级类型。此种推论,显然背离文本解释的结论。有意思的是,这种违背文本本身含义的情形在实际中确实出现了。市场中存在将个体工商户区分为个人经营、家庭经营、合伙经营三种形态的做法。中国农业银行于1988年发布的《个体工商户、私营企业贷款管理暂行办法》,直接将城乡个体工商户贷款对象区分为个人经营的工商户、家庭经营的工商户、合伙经营的工商户三种。所以有学者认为,个体工商户仍属于公民的范畴,但存在个体经营、家庭经营、联合经营等几种经营形式。^[19]

并且,这种变异被某些法律基于特定政策立场而固定下来。根据《劳动法》第2条关于“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织(以下统称用人单位)和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法”的规定,个体工商户成为了单位,成为了个体经济组织。《劳动合同法》在第2条也采相同立场。在劳动争议民事诉讼中,个体工商户的主体属性从《民法通则》中的自然人转化为了组织。^[20]

在商号、个人经营还是家庭经营、劳动法三个因素的介入下,文本意义上的个体工商户的自然人属性发生变异。此刻,我们不禁疑问:个体工商户是一种确定的民事主体类型吗?个体工商户这种民事主体类型,虽然是法律本文意义上的,但可能不是实践意义上的。此差异可归结为经济现象与民事主体之间的差异。个体工商户的概念指向一种经济现象无疑,也能够一定程度上表征这种经济现象的独特内容,但表征经济现象的个体工商户能否转化为表征一类独立民事主体,哪怕是特殊的自然人民事主体,则存在疑问。自然人个人从事经济活动是人类社会普遍存在的现象,他们通过不同载体形式表现,比如自然人名义、合伙名义、公司名义、合作社名义等等,但个人经济活动本身不一定就是一类民事主体。此种差异其实预示,个体工商户概念的内涵在法律上难以获得精确的界定。立法中必须追求立法语境下的法律语义的确定性。^[21] 否则,立法将无法给适法者以明确和确定的行为指引。民事主体是法律上的关键概念,而法律规范的理性构建离不开概念的精确性。“如果我们试图摒弃概念,那么整个法律大厦就将化为灰烬。”^[22]

(二)规范体系架构理念选择之惑

民法典的制定事实上选择了民商合一的体系。无论就是否制定《商事通则》,民法典的规定将作为商人(包括商自然人)从事商业活动的制度环境而存在。况且,对于个体工商户之类的商个人而言,如果坚持《民法总则(草案)》的立场,他们必须直面民法典的明确规定。

如前所述,个体工商户经济现象的制度需求包括一般和特殊两个方面。前者,涉及身

[19] 参见叶林、叶德华:《关于个体工商户的几个法律问题》,《法律学习与研究》1986年第6期,第54页。

[20] 参见鲜艳:《对个体工商户制度的整合与重塑》,《理论与改革》2014年第2期,第85页。

[21] 参见杨建军:《法律语言的特点》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2005年第9期,第123页。

[22] 参见[美]E·博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第465页。

份获取、特殊自然人属性彰显、财产权益保护、内部外部财产关系配置等内容。后者,涉及个体工商户私法义务豁免机制。目前,《民法总则(草案)》在第二章“自然人”的第四节“个体工商户、农村承包经营户”中规定了身份获取、特殊自然人属性彰显、内部外部财产关系配置三个内容;关于财产权益保护的制度需求,由第9条关于“民事主体合法的人身、财产权益受法律保护,任何组织或者个人不得侵犯”的规定供给。如果不考虑前述“个体”背后的所有制意识、“依法登记”的管制意识及不当排斥意识问题等方面可能给立法理念带来严重伤害的问题,《民法总则(草案)》没有涉及到个体工商户私法义务豁免机制。由于《民法总则(草案)》对个体工商户商自然人身份的强化,社会对此种私法义务豁免机制的需求将更加强烈。

将民法典是否规定个体工商户、个体工商户特殊私法义务豁免机制结合起来考虑,商个人的特殊私法义务豁免机制有多重供给路径。其一,民法典继续规定个体工商户,但不具体规定私法义务豁免机制。针对个体工商户的义务豁免规则由民法典和其他法律法规共同供给。民法典应当规定一般原则,诸如《民法总则(草案)》第11条“其他法律对民事关系另有特别规定的,依照其规定”。其他法律和行政法规作具体规定。其他法律和行政法规的供给,或者由个体经营者单行法律或者行政法规作一般规定,或者由其他涉及经营者私法义务负担的各法律和行政法规分别规定。其二,民法典继续规定个体工商户,除坚持诸如《民法总则(草案)》第11条的一般除外外,在个体工商户部分专门规定除外规则,以彰显对个体工商户的特别关怀。其他法律的处理,同第一种方案。其三,民法典不再继续规定个体工商户。个体工商户的特别私法义务豁免规则可以通过个体经营者单行法律或者行政法规来供给,也可以通过其他涉及经营者私法义务负担的各个法律和行政法规来供给。

第一种方案是《民法总则(草案)》的选择,但是对于基于对个体工商户商自然人身份的强化带来的对私法义务豁免机制的强烈需求,仅仅依靠第11条的一般除外可能不符合强力支持个体经济发展的立法导向。虽然在本法中相应部分再单独加以规定的第二方式显得突兀,但该类体系上的突兀与身份获取、特殊自然人属性彰显、内部外部财产关系配置上的体系突兀几乎相同。或许我们可以从立法技术剩余角度来容忍此类突兀。^[23]但是,该部分的规定在功能上事实上与同一个法律的其他部分重复。为什么容忍此突兀而不容忍彼突兀呢?中国的民法典,应该是“一个具有内在逻辑、和谐、统一的科学体系的民事法典”。^[24]对于总则,应当考虑是否对这些内容进行一般性规定以及文本措辞与问题的技术问题。^[25]因此,选择第三种方案,删除在个体工商户的内容,可以避免这些体系安排上的困惑。

理念、制度与立法技术是衡量民法质量的重要因素。民法典的编纂不是全新设计相

[23] 关于立法技术剩余与民法典的规范选择,请参见王轶、关淑芳:《民商关系论——以民法典编纂为背景》,《社会科学战线》2016年第4期,第192页。

[24] 参见王家福:《21世纪与中国民法的发展》,《法学家》2003年第4期,第5页。

[25] 参见[德]恩斯特·齐特曼著:《民法总则的价值》,王洪亮译,《中德私法研究》第10卷,北京大学出版社2014年版,第79页。

关制度,而“是对现有的民事法律规范进行科学整理,也不是简单的汇编,而是要去除重复的规定,删繁就简,还要对已经不适应现实情况的现行规定进行必要的修改和完善”。^[26] 从对民事法律规范进行科学整理的角度看,《民法通则》中的个体工商户制度或许是已经不宜在民事基本法的层面来规定。当然,即使做出如此判断,也不意味着民法典一定要删除此制度,因为我们不得不考虑制度变迁的路径依赖问题,不得不考虑删除个体工商户后给社会带来的观念性冲击。由于《民法通则》中的个体工商户制度在特定时代具有宣示政策的政治正确性,此种删除中国特色制度的处理可能引发社会舆论的反弹,比如出现所谓民法典否定个体经济制度之类的非性解读;由于《劳动法》与《劳动合同法》已经将个体工商户作为与企业、民办非企业单位并列的用人单位组织,民法典删除《民法通则》中的个体工商户的处理将导致《劳动法》与《劳动合同法》某些规定可能落空的问题。这些问题,实质是民法典制度体系架构中理想主义与实用主义之间的选择难题。从某种意义上看,立法的理念问题、制度规范的科学性问题最终将依赖于立法技术的优化来实现。对个体工商户,基于规范体系理性构建的思维我们可以选择理想主义的模式,基于社会政策或者规范供给便利的思维我们可以选择实用主义的模式。

但是,我们也应从立法技术的角度考虑。如果坚持规定个体工商户,立法者如何将现有条文规定带来的可能降低到社会可以容忍的程度?立法技术上是否可接解决法律界定中的难题?因为,实现立法的体系化与科学化也是启动民法典编纂工作的重要动因。如果真的很难通过立法技术来精准界定个体工商户的内涵、合理设计出理性规范体系,那么民法典选择忽略个体工商户无疑是一种理性选择。

四 结束语:艰难的选择

在民法典制定的过程中,我们不应忽略个体工商户这种经济现象以及制度实践,也必须正面回应民法典如何处理的立法现实问题。引入个人经营者的概念来取代个体工商户应当是一种理性的选择。^[27] 虽然从某种角度看,个体工商户制度已不符合历史发展需要,从趋势上来讲应当向微型企业等过渡并逐步走向消亡,应当建立小商人制度。^[28] 或者,对于那些颇具经营、资本与雇员规模的个体户,应鼓励其向上转型为独资企业甚至向公司发展;^[29] 或者,对城镇个体工商户这种家庭、或者家族式的经营,应该引导他们走上现代股权-所有权的法权结构。^[30] 但是,强制推进该类转化也是不理性的;同时,这些转化、改造的建议都是未来之事,没有正面回应民法典如何对待个体工商户的当下问题。

但是,民法典如何对待个体工商户真真切切是一个艰难的选择。本文以《民法总则

[26] 参见孙宪忠:《我国民法典编纂中的几个问题》,在全国人大常委会专题讲座中的讲话稿,中国法学会网站,2016年10月6日访问。

[27] 参见李友根:《论个体工商户制度的存与废——兼及中国特色制度的理论解读》,《法律科学》2010年第4期,第116页。

[28] 参见黄波、魏伟:《个体工商户制度的存与废:国际经验启示与政策选择》,《改革》2014年第4期,第110页。

[29] 参见李建伟:《对我国商个人立法的分析与反思》,《政法论坛》2009年第5期,第73页。

[30] 孙宪忠:《关于中国民法典中民法总则的编制体例的议案》,中国法学网,2016年10月23日访问。

(草案)》为基础,从制度需求、私法理念以及立法技术三个角度对该问题进行回应。结论是,民法典不宜再对个体工商户做任何回应。但是,这些结论可能遭受其他基于特定立场的质疑甚至反对。对这些质疑甚至反对的担忧以及基于这些担忧可能是《民法总则(草案)》以及多数学界建议稿延续《民法通则》处理个体工商户立场的主要原因。对于舆论的反弹,不必过度担忧,因为我们应当认识到,通过民事基本法专门界定个体工商户的方法来彰显政治正确的必要性已经没有《民法通则》制定时代那么强烈,民事基本法关于平等、自由的原则规定以及深入人心的私法理念也会显著地消解那些担忧。因此,如果关注到自然人自由从事商业活动的商业逻辑,如果注意到组织类主体登记规则之于组织类民事主体构建的技术属性,如果注意到个体工商户制度在民事实践中的混乱现实,如果关注个体工商户制度中的财产规则与家庭财产制度的联系,如果认识到可以在婚姻法编规定“无法区分个人经营和家庭经营的以家庭财产承担”之类的内容,如果关注到个体工商户与农村承包经营户关于“户”的法律意义的本质区别,如果从制度需求、私法理念以及立法技术等多方面进行了系统审视,那么,我们或许会更加倾向于支持不在民法典总则规定个体工商户的做法。

[Abstract] The foundation of private law demand of individually-owned businesses has transformed from protecting privileges and property into supporting development. For individual-owned businesses, there is no longer the necessity for the Civil Code to provide for rules on such matters as granting status of civil subject, protecting property right and adjusting the relationship between internal and external property. And it is not suitable for the Civil Code to directly supply individual-owned businesses with the mechanism for the exemption of private law duty. Therefore, this author suggests that the General Principles of the Civil Code say nothing about the system of individual-owned businesses and that the relevant content in the Draft of General Principles of the Civil Code be deleted.

(责任编辑:姚佳)