

流动商贩无照经营合法化路径探究

余欢露

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年5月16日; 录用日期: 2022年6月10日; 发布日期: 2022年7月26日

摘要

流动商贩现象在我国早已屡见不鲜,但实际上流动商贩这一主体却一直游离在法律的边缘,迟迟得不到法律的认可。探其本源,在于法律并未赋予流动商贩独立的法律主体地位,若是要通过个体工商户这一有名商主体获得法律认可,则必须通过工商登记。但工商登记对于流动商贩来说无疑是沉重的负担,结果是得不偿失。那么流动商贩面临的困境出路在哪里?无照经营合法化的路径是什么?本文认为,有照经营并非流动商贩生存的唯一途径,营业权是每个自然人与生俱来的权利,商事登记只是对商事主体资格的确认,而不是赋予权利。行政部门应该从传统的严准入、重打压思维中跳脱出来,贯彻以人为本的思想,商事登记也并非市场监管唯一的方式,“多中心”治理方式或许更适合当下对流动商贩的管理。

关键词

流动商贩, 商事登记, 无照经营, 合法化

Study on the Legalization of Unlicensed Business of Floating Peddlers

Huanlu Yu

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: May 16th, 2022; accepted: Jun. 10th, 2022; published: Jul. 26th, 2022

Abstract

The phenomenon of mobile vendors has long been common in our country, but in fact, the subject of mobile vendors has been on the verge of the law and has not been recognized by the law for a long time. Exploring its origin is that the law does not give mobile vendors an independent legal subject status. If you want to obtain legal recognition through the well-known business entity of

individual industrial and commercial households, you must go through industrial and commercial registration. However, industrial and commercial registration is undoubtedly a heavy burden for mobile traders, and the result is not worth the gain. So where is the way out of the dilemma faced by mobile vendors? What is the path to the legalization of unlicensed operations? This article believes that licensed operation is not the only way for mobile vendors to survive. The right to operate is the inherent right of every natural person. Commercial registration is just a confirmation of the qualifications of commercial entities, not rights. The administrative department should break free from the traditional thinking of strict access and heavy suppression, and implement the people-oriented thinking. Commercial registration is not the only way of market supervision. The “multi-center” governance method may be more suitable for the current management of mobile vendors.

Keywords

Mobile Vendor, Commercial Registration, Unlicensed Operation, Legalization

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

流动商贩是我国街道上一道独特的风景线，但这并不是我国独有的现象，各国都存在小商贩现象。我国流动商贩的独特性就在于其与市场监管的格格不入，在城管的追赶下慌乱逃窜已经成为了流动商贩最普遍的现状。人们在同情的同时，也不免会产生疑问，流动商贩为什么于法不容，其无照经营就必然会干扰市场监管吗？自然人是否能合法的拥有营业权，营业权合法化的途径又在哪里？究其原因，还是在于小商贩未经工商登记，取得营业执照。在我国现有商事法律框架下采取的是强制登记主义，但目前对于小商贩经营活动是否需要采取工商登记取得营业执照说法不一。本文从社会中“流动商贩”的现象出发，以法律上的“商事登记制度”为讨论核心，试图探究商事登记是否与市场监管有必然的联系，流动商贩无照经营是否有合法化的可能性。

2. 流动商贩有没有必要“有照经营”

流动商贩于法不容的根本就在于其没有进行工商登记，获取营业执照从而纳入到法律规制内。城管也是基于此对其进行严格甚至“非人道”的行政管理。谈到“无照经营”，人们首先想到的是违法性。但“无照经营”就是天然的于法不容吗，“有照经营”是否就是流动商贩合法的唯一途径？

(一) 流动商贩的定义与法律属性

“流动商贩”是“小商贩”概念下的一个分支，根据《台湾省摊贩管理条例》，台湾将小商贩分为固定摊贩和流动性摊贩两种。前者指经主管机关许可在市场外指定一定场所设摊经营物品者，而后者指经主管机关许可在市场外指定的地区以肩挑负贩、活动摊架或各种车辆等贩卖经营物品者[1]。我国并没有哪一部法律专门为“流动商贩”下过定义，但是“流动商贩”具有以下特性：1) 营利性。《法国商法典》认为，商人是从商行为并以其为经常性职业的人[2]。流动商贩是以长期的连续的买卖活动为目的的，自然区别于一般民事主体偶尔的买卖行为。2) 经营规模小。我国仍存在很多无业、下岗、待业或者是文化程度偏低的人员，对于他们来说，摆摊经营是成本和门槛最低的盈利活动，因此商品的价值都不

大,销售的也都是蔬菜水果或是早点熟食等用于日常生活的商品。3)流动性较大,由于流动商贩的经营成本低,其通常不会特地支付租金去租用特定的场所,尽管有些流动商贩有相对股东的经营地点,但没有对该地点进行商业利用的权利。基于这两点,我国通常将流动商贩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,具有商个人的属性[3]。

从学理的层面上来说,商个人包括如个体工商户、个人独资企业等有名商主体,也包括类似于流动商贩等无名商主体。流动商贩与个体工商户最大的区别就在于前者是事实商而后者是法定商,在没有特殊法律规制下的流动商贩既无法适用《个体工商户条例》《个人独资企业法》,也无法适用《中华人民共和国公司法》,因而长期处于“违法的状态”[4]。

(二) 自然人营业权的定义

营业权,是指民事主体基于平等的营业机会和独立的投资主体、营业主体资格,可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、从事以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。营业权的基本内涵包括营业机会的平等享有、营业资格的自由取得、营业领域的自愿选择、营业事项的自主设定、营业方式的自我决定、经营管理的独立决策以及营业侵权请求的救济等[5]。我国无论是宪法、民法通则还是到现在的民法典,都没有哪部法律有明确的“营业权”概念,但近代以来,许多国家都把营业权写入了宪法,我国加入的联合国《经济、社会、文化权利公约》明确规定了“人人应有机会凭其自由选择和接受的工作来谋生的权利”,换句话说这也是公民有权经营和选择职业自由的体现[6]。

营业权作为公民的一项基本权利,其行使也不能超过权利的边界,不能影响到社会的公共利益。我国之所以对公民的营业权多加限制,也是出于对公共利益的保护,如果任凭营业权的行使,就会导致营业的无序和营业主体的不适格。因而这时候就需要法律对营业主体和营业范围进行规制。流动商贩的营业主体不过就是自然人,营业领域也只局限在日常生活,满足个人家庭生活的需要。因此只要适当进行市场监管,法律就不应该过度限制自然人的营业权。

(三) 流动商贩从“无照经营”到“有照经营”的现实困境

流动商贩由于缺乏法律上的主体地位,想要使经营地位合法化,就必须登记注册为个体工商户,领取工商执照。光就这点来说,对流动商贩来说就是难上加难了,流动商贩并不具备固定的经营地点,要实现这点就意味着他们还要在城市花费高昂的租金租用摊位加上管理费,这无疑和流动商贩的低成本特点使相冲突的。可见,要注册为个体工商户,在上述费用的压力下,很多小贩将入不敷出,难以维持生计。

除此之外,按照国家工商登记部门的规定,注册登记包括了开业、变更、歇业、停业登记等等,每一项登记都有严格和复杂的程序,流动商贩经营本来就具有不稳定的特性,变动性较大,繁琐的登记程序无疑为其添上了枷锁,同时在实务中又存在“走后门”“插队登记”等现象。在繁琐和高成本两项重负下,本小利微的流动商贩只能选择铤而走险,选择无照经营。

3. 市场监管与商事登记有没有必然的联系

商事登记的一项重要功能就是便于国家机关进行市场监管。如前文所述,市场监管主要针对的是不适格的营业主体和可能会损害公共利益的营业领域。但商事登记是否就是唯一的市场监管的手段呢?流动商贩是否就一定得通过商事登记的手段来受到市场监管?

(一) 商事登记与商事主体资格的取得

当事人为设立、变更或终止商事主体资格,而依据相关商事登记法规及程序,向其营业场所所在地登记机关提出申请,经登记机关审核通过后,将登记事项载于商事登记簿的法律行为为商事登记[7]。对

于商事登记的性质,学界存在公法说、私法说还有公私结合说。商事登记的性质很大程度上取决于其与商事主体资格取得的关系,如果商事登记是一种赋经营者予商事主体资格的行政行为,那么它的公法性质就更强,如果商事登记是对经营者商事主体资格的确认,那么体现的就是私法的性质。

根据商事主体资格取得的必要条件,世界各国主要存在强制登记说和任意登记说两种观点。强制登记说是指必须经过商事登记后才能取得商事主体资格,世界上多数国家都主张以公司、企业为代表的商事主体必须经过登记。任意登记说不要求从事商事经营的主体进行商事登记,未进行登记国家也不否认其商事主体资格,只是对其权利进行适当的限制。

(二) 商事登记的功能

商事登记主要分为主体登记和营业登记两部分,两者的性质不同因此也需要找不同的登记机关。中世纪的商人进行商事登记的目的在于确认商人的身份,以及向社会公示其经营信息。后来商人特权身份取消,商人与自然人的壁垒被打破,自然人都享有经商的权利,商人身份不再需要商事登记,因此商事登记逐渐演变为营业登记。

在世界多数国家里,自然人的身份是“天赋”的,营业权作为宪法赋予的民商事权利,也不存在被“商事登记”赋予效力的说法。因此笔者赞成的是商事登记的确权说,商个人商事登记的意义在于使商主体的营业资格得到确认,作用在于排除由于身份等原因不得从事营业活动的人,向公众公示其经营信息,为社会公众提供最低限度的保护[8]。

具体到实务中,商事登记主要有信息公示和市场监管两大作用。登记机关通过商事登记,向公众披露该商事主体所有与市场交易安全相关的基本信息。如果没有对经营活动进行登记,一般难以确认商事主体内在的各方面信息,在发生纠纷时,对于债权人来说,是难以自证的。

其次就是本文要重点讨论的市场监管问题,对于涉及到国计民生、公共利益或者是垄断的行业,国家便要设立更加严格的市场准入制度。在世界范围内,这样的行业主要有矿产业、邮政业、交通业、烟草业、金融保险业、证券业等。这样的商事登记制度主要是为了凸显国家的行政管理职能,但却是牺牲公众的自由经营权利为代价[9]。

(三) 流动商贩的市场监管是否与商事登记有必然的联系

前文中笔者已经分析了流动商贩的特点,其经营范围不过是人们日常生活领域,又由于规模小,成本低,因而难以影响到国计民生、公共利益等社会核心利益。如天津市西青区的一份调研显示,该区无照经营主要集中在零售,服务,餐饮,加工等与居民生活密切相关的行业,其中从事小商品零售的有3002户,占总数的28%;从事餐饮的有1749余户,占总数的16.4%;从事修理服务的占总数的6.2%,且绝大部分经营规模小。因此,笔者认为,在流动商贩的市场监管问题上,国家完全不必运用如此严苛的商事登记审核制度。市场的应该归市场管,除去对小商贩财产权的不合理限制,国家完全可以通过其他更加间接的温和的手段来进行控制。

4. 对流动商贩无照经营治理制度的新构想

通过上文对商事登记和意义的分析,笔者非常赞成参考国外在商事立法中对于小商贩等商个人采取的任意登记或者不登记制度,在承认“无照经营”合法化的基础上,加强社会力量的参与。

(一) 管理理念的转变

“流动商贩”本质上能为低收入水平、低学历的城镇务工人员提供一条新的谋生道路,涉及民生问题。因此在行政管理的过程中必须要从以往的“严准入、轻监管”向“宽准入、严监管”转变,流动商贩作为城市中的弱势群体,应该更需要人文关怀而不是打压驱赶。国家应该鼓励“地摊经济”的发展,辅之配套完整的城市交通、卫生细则,并且定期进行抽查监管。尊重流动商贩的合法地位,为其提供合

法的经营场所, 让其在特定的区域内自由经营, 该做法是无疑是一举两得的, 一方面能解决繁重的就业压力, 提高低收入者的生活水平, 另一方面能让城市的监管更加有序, 增强城市的人文关怀、文化底蕴。

针对流动商贩, 城管执法机构也应该转变执法方式, 以商事登记制度改革倒逼行政监管制度改革[10]。坚持“以人为本”的理念, 落实“放管服”政策, 承认流动商贩的合法地位, 提高执法队伍的综合素质, 在碰到流动商贩的违法行为时也尽量避免过激的行为, 贯彻落实“合理原则”, 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[11]。

(二) 加强社区居委会的管理

由于流动商贩数量大、规模小, 其多零星见于社区街道, 因此社区居委会应该是最接近于流动商贩的管理组织。因此, 笔者认为, 流动商贩的商事登记完全可以转变为社区的备案登记, 其优点在于, 社区能有效对摊贩及经营人员进行准确收集和经营信息更新, 满足流动商贩的不特定性特点。因此该项管理制度具体设计为: 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)[12]。

除此之外, 居委会还应该加强有关食品安全、环境卫生、街道秩序的宣传教育, 建立流动商贩与居民的良性沟通渠道。充分发挥出社区的服务、协调、监管功能。

(三) 商贩自治组织的设立

除了政府、社区两个治理主体外, “多中心”治理理论还要求除政府以外, 社区、企业、公民成为社会治理的主体[13]。因此, 作为流动商贩主体的公民也要加强自身的建设。在印度, 街头商贩及一些相关的民间团体自发的组织起来, 成立了国家街头商贩协会(NASVI), 其成员包括来自印度 20 个州的近 300 个民间组织和 16 万多个街头小贩, 该协会的行动也得到了政府的支持。笔者认为, 这对我国是一个很好的借鉴, 针对流动商贩我国还未设立专门的自治组织实现自我管理, 自治组织由各流动商贩选举组成, 不仅能在内部形成良性的监督, 化解内部的矛盾, 形成统一的利益主体, 防止城管部门暴力执法, 还能成为组织内部与政府部门沟通的桥梁, 建立良性的互动。

5. 结语

随着社会经济的发展, 人民素质的提高, 政府管理日益现代化和科技化, 流动商贩对社会秩序、卫生、安全的影响是越来越小的, 流动商贩不但不是一座城市的负担, 反而能缓解城市内部的就业压力, 便利人民的生活。任何的治理模式都不会是完美的, 最重要的是治理的目的。笔者之所以推崇流动商贩“无照经营”合法化, 理由就在于遵循“以人为本”的理念, 流动商贩的营业权是与生俱来的权利, 政府不应该从“强制管理”的角度出发, 而应该考虑如何为流动商贩提供更安全便捷的营商环境, 任何一种管理, 都应该是融入在温和的包容的社会氛围中的, 但流动商贩未来的出路在哪里, 国家依旧任重而道远。

参考文献

- [1] 何静. 我国小商贩无照经营之合法化及其治理[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2012.
- [2] 周林彬, 官欣荣. 论营业行为的商法安排[J]. 学术论坛, 2019, 42(1): 16-22.
- [3] 蔡科云, 宋雨琪. 论我国小商贩营商资格登记之分层[J]. 河南财经政法大学学报, 2020, 35(5): 39-49.
- [4] 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): 121-132.
- [5] 肖海军. 营业权论[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 58.

- [6] 肖海军. 营业权论[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 125-127.
- [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: 310.
- [8] 张民安. 商法总则制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 431.
- [9] 张翔. 商业登记与营业自由——商业登记的功能、技术及其价值基础分析[J]. 政治与法律, 2008(2): 92.
- [10] 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, 36(2): 141-149..
- [11] 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): 128-136.
- [12] 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, 26(1): 169-174.
- [13] 迈克尔·麦金尼斯, 主编. 多中心体制与地方公共经济[M]. 毛寿龙, 译. 上海: 上海三联出版社, 2000: 69-75.