

论无证小商贩的合法化途径

■浙江工商大学法学院 马巍萍/文

小商贩存在的必要性

迫于个人、家庭的生存需要,城市失业人口、农村转移劳动力等弱势群体从事小商贩经营成为第一选择,究其原因,小商贩市场进入壁垒低,成为最适合他们的就业选择。某种意义上,成为小商贩是这些群体的“霍布森选择”。(1631年,英国商人霍布森贩马时,把马匹放出来供顾客挑选,但有一个条件,即只许挑选最靠近门边的那匹马。显然,加上这个条件实际上就等于不让挑选。对这种没有选择余地的所谓选择,后人称为“霍布森选择效应”。)

所以,从现阶段的情况来看,小商贩的存在是有其合理性和必然性的:首先,小商贩的准入门槛低,不需要大量的启动资金和设备,每天的营利显而易见,能够在短期之内收回成本,这对于城市失业人口、农村转移劳动力等弱势群体来说是一种很适合的职业选择。其次,小商贩提供的服务价格低廉,获取方便,客观上给一些市民带来了便利。小商贩之所以能够存在,关键还是社会对其有需求,如果没有了他们,人们生活会很不方便,有时甚至会误事。再次,聚集的小商贩的营业构成了特殊的城市文化,丰富了城市生活的内容,为市民的生活增添了色彩。因此,一味禁止小商贩的法律立场,不仅会剥夺其中相当一部分人谋生的权利,也不能解决存在的问题,只会迫使其转入地下经济活动,使其消极的一面在制度的夹缝中会更加凸显。立法应当顺应社会生活,否则便无法得到应有的尊重。因此使游走于法律边缘的小商贩合法化,实为当务之急。

小商贩的私法界定

从私法角度来描述小商贩的生存状态,即“无证营业”。小商贩的另一称呼“无证商贩”,正是缘于其没有营业执照,甚至也无固定的经营场所与商品。“无证”,也是各级政府沿习严格限制传统发布法规、规章及其他规范性文件予以打击、取缔的最常见理由,如国务院2002年12月通过的《无证经营查处取缔办法》第2条:任何单位和个人不得违反法律、法规的规定从事无证经营;第5条:各级工商行政管理部门应当依法履行职责,及时查处其管辖范围内的无证营业行为;第14条:对于无证营业行为,由工商行政管理部门依法予以取缔,没收违法所得。地方性法规如广东省2002年发布的《广东省查处无证营业行为条例》、深圳市人大常委2007年发布的《深圳市查处无证营业行为条例》;地方政府规章如湖北省政府2000年发布的《湖北省无证经营行政处罚办法》、合肥市政府2001年发布的《合肥市查处无证营业行为办法》;其他地方规范性文件如四川省政府2001年发布的《四川省人民政府关于进一步完善查处取缔无证无照经营工作机制的意见》、怀化市政府2008年发布的《怀化市人民政府关于清理整治无证无照营业行为的通告》等。按照这些法规,未经工商登记取得营业执照的小商贩处于事实上的违法地位。

从私法角度看,小商贩未经商事登记,不属于法定的商事主体。小商贩是以自然人个人或家庭从事营业并以此为业的商事主体。小商贩作为自然人,如偶尔签订合同处分自己的财产而不以其为业,属于由民法规范的民事行为,然则其以商业交易为业、以交易营利所得营生时,这种营利性活动就不再不是单纯的民事行为而是营业行为,在此场合下,其身份由民法上的自然人转为商法上的商个人,具有区别于民法上自然人的民事能力的商事能力,并藉此实现商的本质——营利。这种营业能力,就是指为一定的营业目的、运用组织财产进行有计划的反复的营业活动的能力。在此,商个人可被定义为以营利为目的。以自己名义从事营业并以此为业的自然人。由此,接下来我们首先探讨一下营业权。

小商贩的营业权

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的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。

小商贩营业权的行使

营业权作为公民享有的基本民事权利之一,其行使也自有边界,不得损害公序良俗。营业行为的外部性决定了其客观后果会影响社会公共利益,所以并非任何民事主体在任何时间、地点得从事任何营业活动。听任营业权的任意行使,会导致营业的无序如部分营业主体不适格;优势营业主体营业权之滥用;营业机会被少数人垄断等。因而,法律有必要对营业权的行使从主体身份和营业领域等两方面进行限制,以维护社会公平和公共利益。主体身份的限制,表现在部分民事主体由于身份、职务和经历的关系不宜成为私人经营主体,如现代法基本禁绝公务员涉足私人商事活动以免妨碍社会公平。对营业领域的限制,主要表现在对营业领域与公序良俗有关的营业事项、行为设置行政许可,设定一定的门槛。当然,随着社会经济管制的放松,行政许可的事项应该逐步减少。

小商贩的营业领域不过是日常生活、消费用品,规模也仅限于满足个人、家庭生活所需,很难说他们危害公序良俗。对于这类营业,只要其经营主体不存在损害社会公平的现象,准许自由从事小规模营业活动不仅是对民事主体营业权的肯定,也有助于解决社会问题。

我国关于营业权的规定

1956年社会主义改造完成后的较长一段时间内,营业本身的合法性、正当性不存,勿提自然人的营业权。允许自然人个体进入营业领域始自30年前的改革开放。1979年2月国家工商行政管理局向中共中央、国务院报告,提出“各地可以根据当地市场需要,在取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、服务和手工业者个体劳动,但不准雇工”。党中央、国务院各地批转了这个报告。这是十一届三中全会以后第一个关于允许个体经济发展的报告。需要指出,时至今日,营业权作为公民的基本民事权利之一,不仅在《宪法》中缺失,在其他诸如《民法通则》等基本民事立法也是空白。宪法、法律对自然人的营业权规定的缺位,直接导致营业权在下位阶的行政法规、地方性法规、行政规章等立法文件对自然人的营业权的严厉限制乃至否定,公民自身对该项基本权利也毫无意识。

《立法法》第8条规定,民事基本制度以及基本经济制度只能制定法律。比照这一规定,依据《立法法》关于立法权配置的

『摘要』

在我国,小商贩与城管执法之间的矛盾冲突愈演愈烈。小商贩的基本权益得不到保护,根本原因是作为民事主体的基本民事权利之一的营业权没有得到宪法、基本法律的肯认,而低效力位阶的法规、规章的诸多规定又损害了小商贩的营业权。为减少冲突,增进社会和谐,可考虑将小商贩纳入个体工商户的范畴进行调整,使之合法化。



●夏俊峰案简介

夏俊峰是沈阳一小商贩。2009年5月16日,夏俊峰和妻子在马路摆摊被沈阳市城管执法人员查处。在勤务室接受处罚时,夏俊峰与执法人员发生争执,用随身携带的切肠刀刺死城管队员两名,重伤一人。2011年5月9日上午,夏俊峰刺死城管案终审宣判,辽宁省高级人民法院作出刑事裁定,驳回上诉,维持原判:夏俊峰因涉嫌故意杀人罪被起诉,判处死刑。

●关于小商贩的简介

小商贩是指未经工商登记注册,无固定的经营场所,利用路边空地、广场等公共空间从事小规模商业经营者。小商贩,在各国城市都存在,我国也不例外。小贩,走鬼,游商,摊商,货郎,小商小贩,无证商贩,自由商贩,流动商贩,游商浮贩等都是对这一群体的称呼。

在我国许多城市,小商贩急跑逃窜早已成为街头一景,在许多时候引人同情、关注。他们为何不容于法律?城管、工商执法依据什么驱逐他们?的确,他们的营业存在环境污染、假冒伪劣、影响市容交通等问题,但这些问题的解决是否一定通过取缔、没收等“毁灭性”方式进行?其实,正如行政法学者何兵教授在一场演讲中所指出的:“城管与摊贩的猫捉老鼠游戏是‘恶法导致好人相残,城管的职业认同感的缺失也导致了他们的暴力执法’。那么怎样做可使他们获得合法的法律身份,减少诸如上述介绍的案例这样的悲剧发生呢?此即本文写作的目的。

基本精神,如果将自然人的营业权视为民事基本制度,则全国人民代表大会及其常务委员会有权对此制定基本法律、法律文件。没有足够效力位阶的法律依据,行政法规、地方性法规、行政规章无权限制、剥夺自然人的营业权,阻塞他们成为商事主体从事小规模营业之路。

小商贩的合法化路径

政府如对从事小规模营业活动附加过多准入限制、抑制自然人的营业权,非但不能解决小规模经营可能带来的社会问题,且会人为提高小规模营业的门槛,造成社会不公平以及地下经济的泛滥。纵观我国有关法规,对小规模商业活动的管制远多于鼓励,抑制远大于扶持,总希望在制度层

面限制商事活动的“营利”,于是法律对从事营业活动的商事主体以及营业活动本身设定相当多的限制措施。由此很大程度上构成了对自然人的营业权的否定,民事主体从事营业活动的自由受到压制,只有满足法定条件、经过工商注册登记、领取营业执照后才能营业。这一规定不仅为自然人从事小规模营业活动设置了较高的进入门槛,而且使得小商贩的地位非法化,也是造成小商贩与城管之间矛盾的关键问题。因此,为了使小商贩能够获取合法的地位及身份,可以试从以下视角找出一条合法化途径:即让小商贩成为个体工商户。

所谓个体工商户,是指公民以个人财产或家庭财产作为经营资本,依法经国家工商行政机关核准登记,并在法定的范围内从事非农业性经营活动的个人或家庭。个体工商户在法律规定的范围内从制造、销售、运输、饮食、修理、修建等非农业性活动。

《中华人民共和国民法通则》第四节第二十六条是关于个体工商户的法律定义:公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以起字号。它具有以下法律特征:1.个体工商户须依法经核准登记。2.个体工商户可以在核准登记的范围内从事工商业经营。3.个体工商户可以起字号,并因而享有对字号的名称权。

个体工商户发展至今已经历了三阶段,即恢复阶段(1979—1981年)、高速发展阶段(1982年—1985年)和稳定发展阶段(1986年至今),对社会起了一定的积极作用,补充了国营经济和集体力量的不足,为社会创造了大量的就业机会。

个体工商户是个体经济存在和发展的形式。随着我国改革开放的发展,个体工商户在搞活经济、扩大就业等方面的作用越来越重要,在国民经济中所占的比重也越来越大。其实,在2011年11月1日起实施的为个体工商户发展提供了更加宽松的法制环境的《个体工商户条例》上网征求意见稿中,曾试图将流动经营小摊贩纳入调整范围,曾规定了“无固定经营场所的小摊贩,申请成为个体工商户的,登记事项不包括经营场所,但应当在当地人民政府或者工商行政管理部门指定的区域内从事经营活动”,这一规定曾引起社会较大关注与争议。

最后对这一问题的处理:是将流动摊贩定位为“地方政府管理事务”,由地方政府或地方政府授权的部门管理。它参考了《食品安全法》第二十九条第三款食品摊贩管理办法由省级人大常委会制定的规定。

《条例》第二十九条规定:无固定经营场所摊贩的管理办法,由省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况规定。虽然不能不说是一个遗憾,但这给我们提供了一个很好的思路。个体工商户制度设计的初衷就是为了小规模经营者,并且基于路径依赖因素、围绕个体工商户形成的利益集团阻力、制度变迁的效用分析以及新修订的《个体工商户条例》所体现的立法寓意,可以将个体工商户制度进行改造以规范小商贩问题。

在我国法律尚未承认民事主体营业权

的背景下,让小商贩成为个体工商户这一路径实际上缩小了民事主体获得营业资产的路径,使得营业权从基本权利变成了实证法意义上的“行政机关授予的权利”。

然则,由于个体工商户的设立、运营成本仍然偏高,会在事实上将许多意欲从事小规模营业的自然人挡在门外。因而,想要使小商贩通过这种主体形态达到合法化,还必须进行相应的制度改革。下面先对个体工商户的运行成本进行分析:

个体工商户的制度成本

准入成本

个体工商户的准入成本可从实体与程序加以分析。由于我国对非法人商事主体的营业登记带有双重性质,因而对于意欲从事小规模营业活动的自然人来说,获得合法经营权的路径只能是成为法定的某种商事主体。具体而言,申请个体工商户营业执照需满足:申请人身份适格;固定的经营场所;从事需审批的经营事项的核准手续。(国家工商行政管理总局(2004年7月23日)《个体工商户登记程序规定》第5条。)

运营成本

个体户营业后仍面临诸多运营成本,这给小规模经营者带来沉重负担。首先,个体户被要求具有四至确定的固定经营场所,而绝大多数小商贩的营利空间就在于没有场地成本,否则将无利可获。其次,名目繁多的登记、验照、年检成本,如果不按时履行这些名目繁多的登记、验照、年检程序,将面临限期改正、罚款甚至吊销营业执照等处罚。(国家工商行政管理总局《企业年度检验办法》(2006年)第6条、第16条、第19条;国务院《城乡个体工商户管理暂行条例》(1987年)第10条,国家工商行政管理总局《城乡个体户管理暂行条例实施细则》(1998年修订)第10—11条、第17条。)再者,还有税费成本,二者还要负担工商登记费、税务登记费及网上申报的开票系统和论证软件费,在经营过程中要缴付增值税、营业税(部分行业)、城市维护建设税、教育费附加、水利建设专项基金、印花税、社会养老保险金以及所得税(许多行业还对营业者附加了更多的税负义务)。

个体工商户的制度改革

上述成本,使得意欲选择个体工商户小规模经营者望而却步。这一现实状况不仅是对这种主体形态设计初衷的背离,且对民事主体的营业权构成了实质上的抑制。要真正使这种主体形态符合小规模经营者的投资需求,放宽相应的条件和降低相关成本势在必行。可以从以下几个方面努力:

首先,按照民事主体资格的取得方式,简化个体工商户营业执照的获得条件,不再审查其资本、营业地、营业条件等,留给经营者自己选择。其次,申请登记获得营业执照仅具备案的意义,如同公民办理身份证一般,登记备案仅仅为了行政管理的方便。最后,对其规范应当尽量采用民法规范而非商法规范,包括免除验照程序,降低税费负担。

结语:

政府严格管制下的小商贩与城管、工商执法冲突的根本原因,在于私法上没有正面肯认自然人的营业权,致使其受到肆意侵害,这是城市治理思路和治理方式的失灵与扭曲,也导致城管执法和小商贩之间的矛盾不断演化为两个群体间的集体冲突,甚至极端激化为不幸的暴力性事件。

本文开头所引的案例即是明证。小商贩在营业中与城市管理之间的法律关系,应交由行政法、城市管理法规等公法来平衡协调,但前提是私法明确肯认、保障小商贩作为商主体的营业权,这是公民在宪法、法律层面上的基本权利,不得动辄遭剥夺、限制。如没有高位阶的法律取消、限制其营业权,城管、工商执法必须设有清晰边界:不能用以侵犯公民营业权为代价的取缔、没收来取代有严格边界的行政管理。