

# 商事登记制度下小商贩营业权保障的完善路径

王禧煜

武汉大学法学院, 湖北 武汉

收稿日期: 2024年12月27日; 录用日期: 2025年2月12日; 发布日期: 2025年2月21日

## 摘要

小商贩作为市场经济活力重要的组成部分, 具有体量庞大、经营方式灵活、经营规模较小等特征, 然而小商贩现实却是长期遭受制度供给不足问题的一类主体, 承受着经营资质存疑、主体资格不明而导致经营困难等制度性经营成本。小商贩商主体地位构建需要从营业权出发讨论营业自由为前提, 在此基础上进而从商事登记的具体制度切入, 探究我国小商贩营商资格登记的可行完善路径——分层登记。

## 关键词

小商贩, 营业权, 商事登记

# The Improvement Path of Protecting the Business Rights of Small Vendors under the Commercial Registration System

Xiyu Wang

Law School, Wuhan University, Wuhan Hubei

Received: Nov. 27<sup>th</sup>, 2024; accepted: Feb. 12<sup>th</sup>, 2025; published: Feb. 21<sup>st</sup>, 2025

## Abstract

As an important component of the market economy vitality, small vendors have the characteristics of large size, flexible business methods, and small business scale. However, small vendors are a type of subject that has long suffered from insufficient institutional supply, bearing institutional operating costs such as questionable business qualifications and unclear subject qualifications leading to operational difficulties. The construction of the subject status of small merchants requires discussing business freedom from the perspective of business rights, and on this basis, starting from the specific system of business registration, exploring the feasible and perfect path of qualification registration for

## small merchants in China—hierarchical registration.

### Keywords

#### Small Vendors, Business Rights, Business Registration

Copyright © 2025 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. 营业权之概念厘清

营业权这一概念，最早现身于德国最高法院的判例当中，当时的表述为：“一个已经建立的营业或者企业构成一种权利。”营业权，也被称作营业自由，其内涵是民事主体在享有平等的营业机会的基础上，同时具备独立的投资主体与营业主体资格，从而能够独立自主地去选择特定产业领域或者特定商事事项，并将之作为主营产品开展经营活动，从事以营利为目的的营业行为，而且在此过程中不会受到国家法律不合理的约束以及其他主体的不当干预。营业权属于一种由多种权力汇聚而成的概括性权利，其涵盖的内容颇为丰富，包括平等地享有营业机会、自由地取得营业资格、自愿地选择营业领域、自主地设定营业事项、自行决定营业方式、独立地进行经营管理决策以及在遭遇营业侵权时能够请求救济等等[1]。营业权不等同于经营权，后者侧重于民事主体的经营管理活动，强调的是对自身财产和经营活动的自主支配权，而营业权更加强调营业主体在市场竞争中的地位 and 利益，不仅局限于内部的经营管理活动，更包括在市场中与其他主体之间的关系，比如排除他人不正当竞争行为对营业活动的干扰与公权力的不正当干预等。同人权在人类的生产与生存活动中占据着举足轻重的地位一样，营业权与法律之间的关联，绝不仅停留在权利与法律的常规对应层面。事实上，这种关联犹如一面镜子，全面地折射了更为深刻的经济、政治以及社会等多方面的紧密联系，同时还将所有营业主体以及与之相关主体所蕴含的道德及文化内涵充分展现了出来。从具体作用来看，营业权有着多方面的重要价值体现。一方面，其能够有力地保护营业主体，使其免受那些已经发生了，然而却尚未被法律清晰、明确界定的行为的侵害；另一方面，在关乎营业活动顺利开展的诸多关键环节，诸如营业准入环节确保依规进行、营业转让过程合法合规、营业重整活动有序开展等方面，营业权都发挥着不可或缺的保障作用，并且能为营业主体营造出平等的竞争环境，让其营业自由得以充分实现[2]。营业权有着其内在的逻辑脉络，它根植于人性的内在需求，契合市场经济的发展要求，依托民主宪政的制度支撑，并且还是特定商业文化的外在体现，从诸多方面来看，其无疑是一项极具现代性特征的权利。自近代以来，世界范围内多数国家都选择将营业权或者营业自由纳入到本国宪法之中。这足以表明，营业权作为公民理所应当享有的、具备司法属性的基础性权利，其地位是不容置疑、无可辩驳的[1]。

## 2. 中国背景下的营业权

### 2.1. 营业权在我国语境下的意义

推动市场经济不断向前发展，确保市场经济体制能够在规范的轨道上高效地运行，离不开独立的企业制度、充分且有效的市场竞争、健康完善的社会信用体系、规范审慎的行政管理以及完备健全法律制度。而保障各个市场营业主体都具备平等的竞争资格，使市场竞争始终保持良性且稳定的状态，这正是营业权这项法律权利得以实现的根本性目的所在。

在我国商法实践中，营业权与交易公平原则有着高度的契合性。在市场经济环境之下，公平所涵盖的内容包含公平的生产活动机会、公平的资源分配规则以及公平的收入分配结果。而营业权着重从制度层面出发，为各类社会主体平等地提供的营业资格及均等的商业机会，这一点与商法将公平视为核心价值理念相得益彰、相互补充。此外，现代商法扮演着规范市场主体以及各类商事行为的基本法律角色，一切以营利为目的的市场活动，均被涵盖在其保护与规制的范畴之中。商法构建了诸项前端的市场准入和主体分化的法律制度，以保障营业主体资格能够得以合法获取并被妥善运用，同时确保营业项目或者内容既符合实质性的法律规定又具备形式上的规范性，由此进一步保障交易的安全性以及提升交易的效率，从而展现出了多种多样、丰富多元的法律功能。我国商法的理念，应当扎根于市场交易实践的土壤之中，着重去反映市场本身的内在要求以及营业主体的客观实际需求[2]。可以说，保障营业主体营业权是完善现代商法，充分调动中小经营主体积极性，保护市场经济稳定协调发展的核心所在。

## 2.2. 我国营业权法律规定的缺憾

对于经营规模相对较小，但占市场体量较大份额的中小经营主体，我国并非对其营业环境没有任何重视，惠及各种市场主体的政策性文件颁布的频率并不低。但缺失严重的是法律供给的经营法治环境。在营业权相关范畴内，于整体法律环境要素之中，对营业主体施加最为直接且具体影响的无疑为国家或地方政府所颁行的各类法律、法规。法律与法规，一方面构成了市场主体开展经营活动所须遵循的根本准则，另一方面亦成为其在秉持依法经营原则的基础上，得以受国家法律保障的关键依据所在。然颇为遗憾的是，于我国现行立法框架之下，尚欠缺针对营业权作出的明确规定内容。自改革开放以来，自然人个体获得了进入营业领域的许可。然而，受价值定位出现偏差的影响，立法未能完全领会营业权的内涵，也没有深刻认识到营业权作为民事主体应具备的当然资格以及其作为基本权利的本质所在。由于相关法律规范存在缺失，导致公民对于营业这一属于自身的权利缺乏足够的认知，权利意识较为淡薄，这已然成为了当下亟待面对的现实问题。

## 3. 营业权视角下我国市场准入制度的检视

### 3.1. 小商贩营业权受损的原因——从商事登记制度切入

商事登记制度在最初阶段本质上是针对商人主体所开展的登记。那一时期，商人仍属特权阶级，然而随着商业活动的不断发展，商事登记的作用也发生了明显的变化，逐渐向着维护交易秩序和交易安全的公示性发展，成为了登记机关按照法定的程序要求以及实体方面的规范，将商事主体在设立、变更或者解散等方面所涉及的事实如实记载于相应的登记簿册之上，并依法对其予以公示的法律制度[3]。在我国，商事单行法大都规定：个人需要选择一种商事主体类型并且在登记机关完成登记，继而成立商事主体并开展营业。基于此，未经登记的商事主体并未成立，因而不得开展营业，这使得登记主管部门成为了市场准入的实际控制人，小商贩往往因未经登记之原因而常常面临着违法开展经营活动的质疑和拷问。商事登记的公示作用式微，而强制登记方可经营的理念则压制了商事经营所理想的营业自由观念。我国商事登记制度的不完善使得其行政性监管和小商贩营业自由之理念产生了严重冲突，体现在更深层次的是交易安全价值和效率价值的不兼容。强制性登记伴随对经营者场所设施、章程协议、投资者主题文件等诸多要求，严格的准入是保障交易安全的有力手段，然而经营的自由和效率所受限制也不可忽视。对于小商贩一类的经营者来说，没有效率的交易安全成为了经营的桎梏。面对巨大的制度性成本，个人创新创业的积极性更是无从谈起。商法人与商合伙只需遵循相应的登记条件及程序要求，便能获取法人资格。然而，就小商贩这一群体而言，其成为经营者的资格乃是基于其自然人身份而天然具备的，唯有经过登记方可开展经营活动的登记模式，明显与自然人人格起始于出生、终止于死亡这一既定事实不

相契合。

商事登记的模式可划分为主体登记与营业登记两大类。我国施行的是统一登记模式，具体而言，便是由同一个登记机构在同一本登记簿内，对主体登记和营业登记这两项登记各自包含的登记事项一并予以记载。这种统一登记模式在一定程度上对登记程序起到了简化作用，有效规避了因程序繁杂而导致的人力、物力成本的增加，进而切实提升了登记机关的行政效率。但根据这一登记模式，自然人需要选择一种商主体形态如有限公司、股份公司、合伙、个人独资、个体工商户等，其后才可以在满足设立条件的情况下向登记机关申办营业执照。过度保障交易安全的登记制度成为了自然人营业权实现路径中一道难以逾越的法律障碍。因此需要为小商贩制定合适的商事登记模式，以图实现营业权保障、商事信用保障、交易安全保障的有机统一。

### 3.2. 小商贩营业资格确认路径——分层登记

#### 3.2.1. 分层登记的制度理念及其合理性

当前，强制登记主义存在诸多弊端，其不仅会对小商贩灵活开展经营活动形成抑制作用，而且还致使实践中经营机会主义现象肆意泛滥。在现实情况中，部分主体试图通过复杂的手段来绕开商事登记这一环节，进而规避税收、劳动、海关、食品药品等诸多部门的监管的情形层出不穷。法定的强制登记主义虽然统一了市场主体开展经营活动的前置登记程序，然而其弊端就是忽略了不同市场主体之间的差异性，让规模小、经营灵活的小商贩失去了登记与否的自主选择权。鉴于小商贩呈现出小规模营业的实际情况以及事实上商主体的定位，理应制定与之特点相契合的非企业市场主体备案制度，此制度亦可称之为任意登记主义[4]。在此基础上，根据小商贩的营业规模进行层次化的登记或备案。分层登记即是一种既契合小商贩主体开展经营活动的具体情况，同时符合事实商主体“自然人以自己名义从商”的性质而设立，是平衡强制登记主义所保护的交易安全和营业自由的制度尝试[5]。

《个体工商户分层分类登记管理办法》规定，工商登记部门须围绕个体工商户的市场准入、经营过程以及退出环节所涉信息开展信用评价工作，进而依据各异的评价等级，实施与之适配的、层级有别的监管模式。将小商贩参照个体工商户，按分层管理进行分层登记是合理的。在日本和我国台湾地区的商法中均可见按照营业额或销售额进行分类管理的制度设计。由此可见，分层登记制度与大陆法系的商事管理特点相契合，更符合我国社会主义市场经济下的商事管理特性，同时满足了我国商法制度服务于市场经济发展的制度定位与功能要求[6]。

此外，我国为进一步释放市场活力，面向各类企业类市场主体以及个体工商户全力推进“证照分离”“多证合一”等一系列改革举措。这些改革旨在对营商主体的入市准则加以优化，将部分审批事项调整为备案管理，对涉企证照进行精简，进而充分释放市场活力。而分层登记制度同样有着积极的作用，其对于落实“放管服”改革、降低市场准入门槛以及调动市场主体的积极性等方面，发挥着良好的推动效果。该制度依据不同的经营登记情况，适用与之相应的登记模式，这恰恰契合了以人为本、服务为民的根本宗旨。

#### 3.2.2. 分层登记的制度设计

其一，分层登记宜将小商贩的具体营业额作为分层标准，即以我国个人所得税法所规定的个人所得税起征点 60,000 元为界限，针对不同规模的商贩适用相应的登记制度。该界限与税收监管制度的设计要求相符。一方面，将 60,000 元设定为分层登记的界限标准，高度契合税收征管工作中针对中低收入群体的减负导向。这一标准能够减轻年营业额处于较低水平的个体商贩在开展商业经营活动时所面临的制度性成本压力，体现税收政策对于小微企业及个体经营者的扶持与关怀。另一方面，该标准充分遵循了“政

简易从”的行政理念，将对年营业额较高的自然人实施更为精准、高效的税收监管。明确这一界限标准，不仅提升了税收监管工作的整体效能，还促使监管资源得以更为合理、高效地利用，推动税收征管工作在科学、有序的轨道上稳步进行，为营造公平、有序的税收营商环境奠定基础。

若自然人从事商业经营活动，其年营业额申报额超出 60,000 元的，宜鼓励该自然人前往市场登记部门办理登记手续，申请成为个体工商户。当自然人提出登记为个体工商户的申请后，相关登记部门应对其经营内容等事项依法进行审查。经审查通过，由登记部门对其各项经营信息予以登记，且自然人领取营业执照后，便可凭借个体工商户的身份开展经营活动，并按照税收征管办法的相关规定缴纳增值税及营业税。

对于年营业额申报额低于 60,000 元的商贩而言，其无需缴纳个人所得税，仅将其视作普通自然人从事商业经营活动即可，只要其经营活动处于法律法规所许可的范围之内，便应赋予其开展经营的自由。普通自然人从事商业经营时，理应享有选择是否进行商事登记的自由权利，即便未进行登记，其同样属于合法的商事经营主体，不应被认定为无证无照经营而遭到取缔处理。

其二，在营业额为分层标准的登记体系下，进一步依照经营种类或经营场所细化登记内容。以经营种类标准为例，按照经营种类的风险可以划分出高风险经营种类、中风险经营种类与低风险经营种类。高风险经营种类主要涉及食品类小商贩，其经营活动对公众健康具有高风险性，应实行较为严格的登记制度。除基本的个人信息登记外，需提交详细的经营场所卫生状况说明，包括场地布局、清洁消毒设施等。从业人员必须持有健康证明，同时要提供食品采购渠道信息，确保食材来源可追溯。登记机关应进行实地核查，重点检查卫生条件和食品安全措施是否到位。只有在符合一系列食品安全标准后，方可颁发登记证书，并进行定期复查。中风险经营种类涵盖日用百货类与服务类的小商贩，日用百货类小商贩，登记时需提供经营商品的种类、来源及质量合格证明。服务类小商贩则需登记服务项目、服务人员技能资质等信息。这两类小商贩的登记相对简化，但仍需确保经营活动符合基本的市场规范。对于低风险经营种类，如手工制品类小商贩，其经营风险较低，登记时主要记录个人信息、经营产品种类及原材料来源等信息，对于创新型、文化传承型的手工制品经营，还可给予一定政策支持。

其三，对于社区和街道办管辖范围内开展经营活动的小商贩，应当向其属地的社区和街道办进行备案。该备案不具有行政许可性质，只需要对其经营基本信息做记载。同时，上述备案信息应当上传至市场监督管理部门，及时实现信息的共享和协同。具体而言，市场监管部门对备案信息进行形式上的审查和上网，备案信息不实的不利后果由做出真实性承诺的自然人经营者负担。对于在集贸市场、学校、景点等人流量较大的重点地区开展经营的小商贩，在上述备案制度的基础上，需增加国家企业信用信息公示系统的上传要求，及时按期对经营者进行抽查和检查，录入经营异常信息，实现动态监管。

### 3.2.3. 分层登记体系下的监管完善

首先，以将个人所得税的申报为基础，进一步完善对小商贩的税收征管制度。完善税收监管工作，需契合当下税收立法所展现出的开放性特点[7]。就具体的税收征管而言，可依据小商贩的营业额来匹配不同的税收标准与程序。倘若小商贩年营业额超过 60,000 元，便可参照个体工商户的纳税标准及程序，运用定期定额的方式征收增值税；而针对年营业额不足 60,000 元的小商贩，则按照自然人的纳税标准和程序开展征收工作。此外，针对那些尚未达到个人所得税起征点的小商贩，应当给予免征个人所得税的优惠政策，以此保障他们的经营收益。对于年营业额低于 60,000 元的小商贩，鉴于其经济规模较小等特点，还应同时免征流转税。

其次，完善对小商贩日常监管。放松登记制度并不是从监管上忽略对小商贩的监督管理。在分层登记体系框架内，应以备案信息为依托，将日常监督以及“双随机、一公开”机制贯穿于动态监管的全过

程之中[8]。商事登记制度的改革对行政监管制度改革形成了倒逼之势,要求执法部门积极主动地转变执法方式[9],需要切实落实“放、管、服”政策,结合地方实际情况设立独具地方特色的城市管理标准,同时确立清晰明确的执法权力清单,以此来全方位提升执法与监管水平。以不同经营场所的小商贩监管为例,执法部门应当结合经营活动对城市管理的影响程度、经营活动的稳定性与持续性、消费者权益保护的难易程度对各种经营场所的小商贩实行差异化监管。具体地,对固定场所经营的小商贩可以开展定期巡查、专项检查与信用监管;对流动经营的小商贩应利用移动执法设备与信息共享平台开展区域内的动态巡查与实时监控;对临时场所开展经营的小商贩,在临时活动期间重点开展现场监管、组织者协同监管,并进行事后经营评估作为今后经营的信用参考。地方执法部门应当与市场监管、物价、卫生、交通等部门协力统筹推进执法水平提升,实现全面覆盖、分工明确的监管体系。

最后,完善网络征信及信息共享。利用网络和数据的传递便捷性、公示性推行市场主体信用监管,实现政府、市场主体、消费者间信息传递和信用制度建设,是完善市场监管的重要手段。市场监管部门需要重视国家信用信息公示系统的监管作用,积极收集、按时公开市场主体相关信息,各部门也要通过国家信用信息公示系统形成便于查询和识别的信息网络。全国性小商贩数据库的构建,可以同时打破了各部门间的信息壁垒,进一步拓展了网络信息来源,达成了网络监管数据的共享,从而让各部门能够依据各自的职责,共同参与到监管活动当中[10]。

#### 4. 结语

在当今的经济发展格局下,实现营商环境的优化,离不开市场在可持续发展基础上所形成的营商主体多元化以及有序竞争的良好态势。就小商贩群体而言,一方面,必须充分保障他们的营业自由,让其能够在合理的范围内开展经营活动;另一方面,也要将他们纳入合法合规的监管轨道之中,确保其经营行为有章可循、符合规范要求。借助分层登记制度这一有力举措,可以帮助小商贩摆脱无证经营的尴尬境地,进入合法且自由经营的理想状态。在此过程中,我们需要格外关注商事实践中相关商事主体所提出的要求以及发出的呼声,切实从他们的实际需求出发来完善相应举措。在疫情后的时代背景下,我国众多市场主体正面临着诸多棘手的困难。此时,运用法治的手段去降低制度性成本,大力优化营商环境,积极提高个体经商的增量,已然成为恢复经济活力、有效解决稳岗就业问题的关键所在。通过这样的方式,能够为市场主体营造更为有利的发展环境,助力经济重回蓬勃发展的轨道,进而稳定就业岗位,推动整个社会经济的良性循环与健康发展。

#### 参考文献

- [1] 肖海军. 营业权论[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 41-43.
- [2] 钱宇丹, 徐卫东. 论我国中小企业的营业权制度[J]. 当代法学, 2014(4): 70-73.
- [3] 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.
- [4] 肖海军. 我国商事登记豁免制度的构建[J]. 法学, 2018(4): 129-130.
- [5] 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(5): 39-49.
- [6] 赵旭东. 改革开放与中国商法的发展[J]. 法学, 2018(8): 32-47.
- [7] 侯卓. 税收法定的学理阐释及其进阶路径[J]. 学习与实践, 2019(7): 64-65.
- [8] 解安, 杨峰. “放、管、服”改革的经验启示及路径优化[J]. 中国行政管理, 2018(5): 158-159.
- [9] 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(2): 141-149.
- [10] 肖季业. 大数据时代行政紧急权力模式之变革与形塑[J]. 湖北大学学报(哲学社会科学版), 2019, 46(5): 135-142.