

网络个体经营者的法律问题 及其立法建议

王冬梅

(西南政法大学 民商法学院, 重庆市 401120)

摘要:网络个体经营者法律地位缺乏立法的明确规定,导致其合法权益得不到立法保障。本文通过对商人内涵的界定论证网络个体经营者的商主体身份,并进而确定其具体商主体类型。在此基础上,本文提出了完善网络个体经营者商事登记制度的具体措施;最后提出了针对民法典、个体工商户及商事登记制度的具体立法完善建议,以保障网络个体经营者的合法权益。

关键词:网络个体经营者;商主体;登记制度

中图分类号:D913 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2017)02-0037-08

网络个体经营者的概念,衍生于国家工商总局 2014 年 1 月 26 日颁布的《网络交易管理办法》中对网络经营者的界定,即将所有从事网上商品交易和服务的经营者归为网络经营者。但是,本文的研究对象“网络个体经营者”,仅限于未经工商登记、以个人形式利用互联网从事网上交易的自然人经营者。这类主体在解决就业、活跃市场等方面具有重要意义,但在其运作及发展的过程中,面临着理论及实践上的双重考验。本文通过对网络个体经营者法律问题的梳理,希望有助于从理论上明确我国商主体的界定,同时完善我国的商事登记制度,以满足多元化的市场需求。

一、网络个体经营者的现实困境及其成因

近年来,随着市场交易的多元化及网络化,对网络经营行为的研究越来越多,多从市场规制的角度探讨如何规范网络个体经营者的行为,保障消费者及社会公众的利益。然而在全面深化改革的今天,必须充分重视所有有助于社会财富增长的社会经济组织及个体,如网络个体经营者。由于未经工商登记,难以统计网络个体经营者的确切数据,从我国权威部门发布的统计数据来看,网络个体经营者在促进社会经济发展、影响民生等方面发挥着不可忽视的作用。中国互联网络信息中心(CNNIC)2017 年 1 月公布的第 39 次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至 2016 年 12 月,我国网络购物用户规模已达 4.67 亿,较 2015 年底增长 12.9%^[1]。与庞大网络购物人数相匹配的是庞大的网络销售群体。根据国家工商总局发布的《2016 年度全国市场主体发展、市场监管和消费维权有关情况》,截至 2016 年年底,全国实有各类市场主体 8 705.4 万户^[2]。即便各类市场主体都从事网络交易活动,相比于网络购物的用户规模,网络个体经营者扩容空间仍然可观。目前,我国专门针对网络个体经营行为的法律规范只有国务院发布的《网络交易管理办法》。该规范通过明确网络交易者的法律义务和责任,保障了消费者和社会公众的合法权益。但是,网络个体经营者

自身合法权益的保障却缺乏立法的明确规定。网络个体经营者的主体身份缺失导致其相关权利保障的不足,因为不同于已经申请工商登记且取得相关商主体身份的其他网络经营者,网络个体经营者没有相对应的实体法律规范支撑,其权利保障和行为规范只能按照民法和合同法的原则来指引;从另一个角度言之,也不利于消费者合法权益的维护,进而影响到社会经济秩序的有序发展。具体而言,网络个体经营者主体地位立法缺失的主要原因在于以下三个方面:

(一)商主体立法界定的缺失

由于我国缺乏商法典及商事法律规范,商主体构成抑或商人法律资格始终处于理论上的论证阶段,而且学理上对商主体构成一直处于争论阶段。对商主体的构成,任先行、周林彬提出了六要件论:行为和经营活动要件、职业要件、产权要件、组织要件、经营方式要件、注册要件^[3]。范健提出了七要件论,在上述要件的基础上增加了名义要件,与六要件论相似^{[4]80-81}。王煜宇将取得商人资格的核心归于营业能力,并抽象出界定营业能力的四个要素:职业要素、财产要素、意识要素、公示^[5]。另外有学者将商主体构成要件归结为两个要素,组织体性和营业体性^[6]。理论上对商主体界定的分歧,增加了认定网络个体经营者主体资格的困难。

(二)现行商主体类型的限制

由于我国没有商法典及商事基本法律规范,因此对商主体的认定以我国已出台的商事单行法律规范为基准。鉴于立法的滞后性,部分新出现的商主体无法被旧有的商事立法所涵盖,这种制度需求与制度供给之间的错位必然导致商事法律制度供给不足^[7]。对于新出现的市场主体,即便将其认定为商主体,如果未能归入具体的商主体类型,那么其法律地位仍将处于模棱两可的状态。尤其对于网络个体经营者而言,现有的制度框架下,难以找到网络个体经营者的准确定位,或者说不符合我国现有法律制度下任何一种商主体类型。

(三)网络个体经营者商事登记的困惑

现行商事登记制度下,主体制度和登记制度相互呼应。因此,欲完善网络个体经营者的商主体地位,必须对我国商事登记制度进行相应的完善。

完善网络个体经营者的商事登记制度,不是希冀通过登记制度赋予网络个体经营者以商主体地位,而是借助于商事登记的服务媒介功能以及公示职能,更好保障网络个体经营者及其交易相对方的合法利益。其一,商事登记服务之媒介功能,可以将网络个体经营者桥接至具体商主体类型。即便认可了网络个体经营者的商主体地位,鉴于目前我国商事登记存在的可供选择的登记程序无法满足多元化市场需求的问题,市场主体和登记制度之间无法一一对应,即网络个体经营者无法满足各种市场主体的登记类型,因此难以将网络个体经营归于某类商主体。其二,商事登记服务之公示职能^[8]。通过商事登记的公示制度,不仅商主体可以有力地宣传自己的市场竞争力,而且社会公众可以通过公示制度查询交易对象的信用信息,在保障社会交易安全的基础上,还大大降低了社会交易的成本。同时国家还可通过登记制度收集市场主体信息,以便及时调整经济策略。

网络个体经营者进行商事登记时所面临的问题,除了缺少与主体相对应的登记程序,还面临着没有合适经营场所的困难。其次是由于税费的困扰。网络个体经营者从事网上交易活动本小利薄,无力承担各种税费的负担。最后是由于程序繁琐。工商登记审查程序繁琐,耗时耗力。

二、网络个体经营者商主体地位之界定

立法对商主体资格界定的缺失,以及理论界对商主体资格认定的分歧,使得确立网络个体经营者的商主体资格存在困难。争议的焦点其实是对商主体资格构成要件或者说商人法律内涵的不同解读。本文认为,个体网络经营者商主体地位的确立首先要明确商人的法律内涵,并在此基础上对个体网络经营者的商主体地位进行判定。

《德国商法典》第1条第1款规定:“本法典所称商人,指经营商事营利职业的人。”^[9]德国学者

卡纳里斯对商人内涵的解读更为详细、具体。他将对商人的界定分为两步：“第一个层次是判断是否有‘营业’存在以及这个营业是否由相关的法律主体‘经营’；第二个层次是对是否有‘商营业’的甄别。”^[10]对商人的判定集中于营业和营利两个要素，营利属于前提性目的判断，容易识别，而营业行为的判定，则不易把握。对此，德国学界将营业的特征归纳为：独立性、计划性、有偿性和公示性。法国学者伊夫·居荣认为：“要想成为商人，必须具备两类条件：一类是与（本人）人身相关的条件，另一类是与（所从事的）活动有关的条件。”^[11]详言之，与人身相关的条件是自然人从商资格与条件的限制。重点是第二条：对行为的要求，恰好构成对《法国商法典》第1条^①的解释，商人必须具备以下三个条件：完成商事行为；本人以独立方式；以经常性职业的名义。日本商法对商人内涵的界定着重点在于营利，《日本商法典》从两个方面来界定固有商人，一是以自己名义，二是从事商行为并以此为业。以自己名义主要用于区分己方及代理人。日本学者对第二条的解释为：“以获利为目的，根据一定的计划持续反复地从事同种商行为。”这条解释包含了三个要点：一是要求反复进行同种行为，期间存在持续性意图和一定的计划性；二是要求具有营利的目的；三是经营营业的意思表示应为外界所知悉^[12]。

通过以上三大商法典对商人内涵的解析可以看出，三大法典对商人内涵的界定差别不大，区别在着重点不同。基于对营业特征的全面概括，德国学者用营业界定商人；法国商法典和日本商法典强调通过商行为来界定商人^[13]。

从前文我国学者对商主体构成的论述中可以看出，尽管对商人内涵的界定各有不同，但并未超出现代法律制度下对商人特征的把握，且与三大法典对商人内涵的界定存在相通之处：行为和经营活动要件，与法国、日本商法典中的“经营行为”相类似；名义要件、职业要件与德国商法典中的独立性、计划性相对应；法国商法典中“本人以独立方式”“以经常性职业名义”以及日本商法典中“以自己名义”“并以此为业”与职业要件相吻合。我国学者对“商人”内涵的界定，更贴近于商人法律的特征陈述，但并不适合作为商人的判断标准，且没有突出商人的本质属性：营业和营利。

结合国外商法典的规定和我国学者对商人内涵的分析，本文认为可从以下两个方面界定商人：营业和营利。我国理论界对“营业”的定义，典型见于谢怀栻先生对营业的解读：主观意义的营业是“指营业活动，即以营业为目的而进行的连续的、有计划的活动（行为）”^[14]。借鉴国外的立法经验和我国学者的论述，可将营业的判断标准确立如下：其一，独立性。营业活动的开展应由独立的主体进行，对于商主体而言，该单独的主体表现为一个自然人，或者表现为户（如家庭承包经营户、个体工商户）。营业相对于民事有偿活动的重要区别就在于是否能够反复进行。营业活动是基于计划而展开的一系列活动，活动原则上指向不确定的大量行为，偶然从事的有偿活动不应归属于营业活动。其三，公开性。公开性要求的重要意义在于两个方面。一方面，由于营业的相对人可能同为商人或为普通的消费者，而营业方式的公开可以给交易主体带来合理的预期，并为法律调整双方奠定基础。另一方面，营业行为的公开体现为商事名称、办公场所等条件，对于商人来说，这也是商人人格权的外在体现。其四，营利性。营利性是商人的本质特征，也是区分商人与否的重要标志。如医院、学校等单位，虽然满足前面几个条件，但是不具有营利性。故本文认为，应将营利性单独作为确认商人的准则，正所谓“天下熙熙，皆为利来，天下攘攘，皆为利往”。将营利性作为确认商人的标准，理由还在于谋求营利是人的本性使然，是人追求幸福及富康生活的必然手段，法律应当承担起保障商人谋求合理利润的责任。对营利的判断，可以从目的和结果两个方面进行，目的的营利，也就是主观上的营利，即从事商事经营活动的主观营利的本质追求；结果的营利也是客观上的营利也就是营利是否实际惠及当事人，如红十字会的一些营利机构，所赚取的营利主要用于慈善事业。

^① 《法国商法典》第1条：“所谓商人，是指实施商行为并且将商行为的实施作为习惯性职业的人。”

至此,营业和营利两个属性将商人的法律内涵完整地体现了出来,从商人确认的角度分析,重点在于对营业行为的解读与辨析。根据本文对营业行为的评定可见,利用网络平台从事商品销售的网络个体经营者的经营行为符合商人营业行为的四个属性,网络个体经营者自己开设网店经营符合独立性要件;利用网络开展营利活动,网站是公开的,而开设网店必然是一种持续性的活动,符合公开性、连续性要件;网络个体经营者从事网络商品交易自然是以营利为目的,且网络个体经营者自身实际享受到营业行为所带来的利润。因此,综上所述,网络个体经营者符合商人内涵的法律特征,应当认定为商主体。

三、网络个体经营者商主体类型的确立

通过上文对商人内涵界定的解读,网络个体经营者从事的网上交易行为符合商人营业行为的界定,网络个体经营者当属商主体无疑。但是商主体类型众多,网络个体经营者应当归属商主体类型的哪一种,还有待进一步探讨。首先,目前我国商主体实行类型法定原则,即商主体类型在法律规定的范围内,不允许在法定类型之外创设新的商主体类型,商主体的创设和变更只能在法律规定的范围内^[15]。那么对于网络个体经营者而言,其商主体地位的确立还需要对其主体类型进行进一步的确认。而对于新出现的商主体,其类型的确认主要有两种合法化途径:第一种是对原来商主体类型进行扩张解释,将新出现的商主体归于原来商主体类型范围内;第二种是设立新的商主体类型,即将新出现的商主体作为独立存在的市场主体^[16]。

具体到网络个体经营者而言,首先,可以按照第一种途径对原有商主体类型进行扩张。现有商主体类型中,与网络个体经营者主体形态最为相似的是个体工商户,两者都是个人或家庭出资,以个人或家庭所有财产承担无限责任。选择归为个体工商户的另一个重要原因在于,相较于其他商主体而言,个体工商户的设立成本较低,这更切合本小利薄的网络个体经营者的本性。但是,选择归为个体工商户,要面临制度上的权衡,即个体工商户的登记要件必须具备固定的经营场所,而经营场所的缺乏是网络个体经营者进行工商登记及具备个体工商户主体资格的硬伤。另外,我国现行《个体工商户条例》规定,不经登记不得以个体工商户的名义从事商事经营活动。因此,要承认网络个体经营者的个体工商户地位,工商登记是最大的阻碍。其次,若按照第二种思路,将网络个体经营者作为新的商主体,那么就要根据网络个体经营者自身的特征制定与之相匹配的主体类型。网络个体经营者最大的特点在于经营场所的缺乏,那么新制定的网络个体经营者规范或条例就要豁免其经营场所的登记。并且作为从事网上经营交易活动的市场主体,要求所有的经营者在交易之前都进行工商登记是不现实的。因此,根据网络个体经营者的固有特征,也无法强制其全部进行工商登记。可以看出,不管是哪种立法途径都无法回避经营场所和工商登记的实现问题,只是处理的方式不同。第一种立法方式面临着对原有个体工商户制度的变更,第二种立法方式虽然开辟新的主体类型,但是在经营场所及工商登记上面临同第一种立法方式相同的问题。相比较而言,第二种立法方式还可能带来更为严重的问题,如对整个网络经营者经营秩序的扰乱。在严格意义上说,网络经营者并不是独立的市场主体,而只是市场主体从事商事经营行为的一种现象。现行市场经济条件下,不管是国际化的大企业抑或注册成立的公司、个体工商户等,只要从事商品销售和服务活动,基本上都在各个网络交易平台积极开拓市场。如果单独承认网络个体经营者的商主体类型,则其他已经进行工商登记的网络经营者难以归类或界定。

综上所述,第一种合法化途径更为合适,制度建设的成本也更小,只是将网络个体经营者划归个体工商户,必须妥善解决网络个体经营者工商登记的强制性及经营场所的问题。

四、网络个体经营者商事登记制度的完善

网络个体经营者的商主体资格及类型确认之后,要想得到具体法律的规范与回应,还需要对我

国现有的登记制度进行完善,以满足网络个体经营者商事登记的需求。针对前文对网络个体经营者商事登记制度的困惑,本文认为可以从以下几个方面完善其商事登记制度。

第一,建立网络个体经营者自由登记制度。既然商事登记的意义在于服务性^[17],那么商事登记就不应该是商主体必须承担的一项义务,而是其可以自由选择的一项权利。商事登记最主要的意义在于作为商主体进行主体类型选择的媒介和提供信息公示的服务职能。不进行商事登记则不享有特定商主体的权益。当然,此项制度的完善需要我国商事基本法律制度的完善,因为未进行商事登记的商主体仍然享有商主体的一些基本权利保障和遵守相应的行为规范。另外,对于网络个体经营者而言,强制登记制度也缺乏施行的可能性和现实性。既然如此,对于网络个体经营者而言,可以考虑施行自由登记制度,即网络个体经营者可以自由选择是否进行工商登记。如《德国商法典》赋予小规模经营者选择登记与否的自由权,同时又赋予了注销登记的权利^{[4][119]}。当然,登记与否意义不同,而没有进行工商登记的网络个体经营者并非不受任何限制,网络个体经营者从事网络交易还必须经过网络交易平台的审查,遵循我国相关基本法律规定和网络交易平台的规则。

第二,建立网络个体经营者委托登记制度。作为网络个体经营者自由登记制度的配套制度,不进行工商登记的网络个体经营者以网络交易平台的申请及审核作为商事登记的类型之一,也就是委托网络交易平台进行商事登记。委托登记的可行性在于商事登记的本质特性。我国学者从不同的角度对商事登记进行了不同的界定,较为代表性的意见如朱慈蕴认为:“商事登记又可称为商业登记,现代意义的商事登记,系指商主体或商主体之筹办人或负责人、代表人,为设立、变更或终止商主体资格,依照商法典、专门的商事登记法或其他法律法规中的相关内容及程序,将法定登记事项向登记主管机关提出,经其审查核准,登载于登记簿并公之于众的行为。”^[18]如此,商事登记并不一定指向工商登记,虽然我国现行法律制度下工商登记是商事登记的唯一表现形式,但是不能据此排除其他商事登记形式的可能性。委托登记这一举措思路主要借鉴澳大利亚、新西兰对摊贩登记的做法,其摊贩主要由市政厅(局)负责管理,而不是国家工商部门^[19]。当然,那些实在不愿进行工商登记的网络个体经营者由市政部门管理更为不便。实际上,这部分市场主体通过在网络交易及社交平台提交审核,可以实现网络个体经营者委托登记的方式。如果能够规范网络平台的审核工作,实现商事登记的职能和意义,那么网络平台的申请、审核则可以作为商事登记之一种,代替工商登记发挥商事登记应有的作用。而要充分发挥委托登记的功能,必须做好以下几个方面的工作:首先,对承担委托登记职能的平台进行资格限制。能够担当起商事登记主管机关的机构必须具备一定的审查能力,且具备一定的风险偿付能力,因此至少应当具备法人组织形式。其次,框定有权进行委托登记的网络个体经营者的范围。鉴于工商登记制度的限制,避免给其他商主体工商登记造成不必要的干扰,可申请网络平台委托登记的网络个体经营者限于未经工商登记程序且没有实体店铺的网络个体经营者。再次,进行了委托登记,同样也要缴纳相应的税费义务,只是缴纳方式的不同,可通过交易平台按照交易金额收取租金,再根据网络交易平台收取租金的多少决定平台所需缴纳税款的多少。当然,如果需要税务缴纳凭据,则只有通过工商登记的形式再办理税务登记,如此也可起到敦促网络个体经营者积极办理工商登记的作用。此外,还可将网络个体经营者网络平台的审核作为商事登记的前置流程。如果网络个体经营者选择工商登记,依然要进行网络平台的审核,但仅限于平台的审核,有关商事登记的相关问题遵循工商登记的相关程序。最后,委托登记平台要做好信息公示工作。委托登记同样是商事登记的一种,信息公示是其最主要的职能。

委托登记制度建立之后,为了能够更好地发挥制度功能,还需要进一步明确委托登记和工商登记制度的区别,委托登记和工商登记同是商事登记的一种,都要承担信息公示的职能。但是委托登记在不必履行工商登记的繁琐程序时也不具备商主体选择工商登记所具备的制度优势,这种制度优势包括:(一)国家工商系统所构建的全国企业信用信息公示系统,未进行工商登记的商主体不得进入该系统;(二)商事名称权等商事人格权所带来的人格利益。但是委托登记的商主体因同时具

备民事主体的身份,故仍然具备民事主体人格利益。

第三,改革登记制度内容。首先,简化经营场所的登记手续。国家工商总局并没有对经营场所登记手续作出明确规定,而是交由各省根据实际情况自行确定。江苏省率先通过政府规章规定,无实体店铺的网络交易服务可以将住宅作为经营性场所登记。本文认为这种做法值得全国推广,将住所作为网络个体经营者的经营场所进行登记有助于鼓励网络个体经营者工商登记的积极性。其次,简化经营范围的审核。经营范围的核定使企业设立困难重重、效率低下,成为经济发展的瓶颈,且经营范围的核定也无法达到保护交易安全的目的,反而降低了登记效率。现行经营范围用语表述依据的是2004版《国民经济行业分类》,明显滞后于经济发展,很大程度上已失去参考作用。对于经营范围的审核,可以考虑适用排除式方式,除了涉及国家安全、公民生命健康等需要立法作出特殊规定的事项需要特别审查外,其他经营事项可采取自由许可形式。

第四,完善网上登记制度。改革传统的工商登记模式,全面推进网上登记,建立电子营业执照制度。即网络个体经营者营业执照的申请、受理、审查等程序全在网上办理,并发放电子版的营业执照。电子营业执照的意义在于:一是同纸质执照具有相同的法律效力,网络个体经营者是否领取纸质营业执照不影响其营业行为的开展。二是申请登记的便捷性,加速了网络个体经营者融入市场、参与竞争,并为其进行工商登记提供了便利,减少其经营成本,提高了市场运行的效率。三是公众查询的便利性。电子营业执照的完善,为公众查询网络个体经营者的经营信息提供了便利。

第五,完善公示制度。工商登记公示制度的改革目标在于构建统一的商主体登记及信用信息平台,大力推进企业诚信制度建设。具体到网络个体经营者而言,也就是网络个体经营者的登记信息、许可资格、年度备案等信息通过政府的公示平台予以展示,并将有违法违规的网络个体经营者列入经营异常的“黑名单”,向社会公布,提高其失信成本。审视之,对网络个体经营者的公示制度的完善还是基于政府监管的目的,只是更新了监管的理念和方式。如此看来,基于政府监管目的的公示制度并未给商主体带来利益,那么商主体进行信息公示的真实性和积极性将大打折扣。既然是信用信息公示,就应当充分体现信用信息双刃剑的属性。双刃剑的一面即是改革中的网络个体经营者的信用信息约束机制,双刃剑的另一面是通过公示制度提升网络个体经营者的信用等级。信用等级可分为三个部分来建构:一是公法义务的履行,按时缴纳税款与履行年度报告义务的;二是行政机关的安全、卫生、质量等抽查结果合格的;三是社会公众的投诉与表彰。现有的公示体制仅公示了不良信用企业名单,而对于企业这三个方面的表现都应当如实反映。尤其是社会公众的投诉和表彰这一块,是企业信用展示的最有说服力的一部分,工商部门应当对这部分作重点公示。显而易见,信用等级高的网络个体经营者获得商事交易的机会更多。而这个信用等级的评价由第三方登记机关来作,更加客观公正,且具有更强的说服力和号召力。

第六,给予小规模的网络个体经营者税费优惠政策。网上申请工商登记意味着各种材料费用的免除,同时可以规定营业额不足一定限额的网络个体经营者可免缴营业税。为鼓励交易,同样的税收优惠也应体现在委托登记的网络个体经营者上,对于未达到一定金额的网络个体经营者可免收或少收租金,间接少缴或不缴税费。

五、网络个体经营者法律问题的立法建议

解决网络个体经营者权益保障法律依据缺失的关键还是要进行立法完善。本文认为,主要应从法律地位和登记制度两个方面进行完善。我国现行法律制度缺乏对商主体法的系统规范,商人的基本属性难以定论;就网络个体经营者而言,体现其主体地位的立法尚不明确;而商事登记制度的完善则需要对现行登记制度进行较大幅度的更改。具体而言,网络个体经营者法律问题的立法完善应主要从以下三个方面进行。

（一）民法典关于商人资格的回应

我国法律体系的格局是民商合一,根据十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,关于商人的法律问题应在未来的民法典中有所体现。首先,为什么选择民法典?选择民法典对商人进行界定既是机遇又充满无奈,也是我国现实法律制度下的最佳选择。一方面,从商事法律制度的角度论之,商人资格属于商主体法律制度的重要组成部分,也是我国商事法律制度研究的基点,有关商事法律制度的一切规则和推论都是基于商人主体资格的认定。而我国没有商法典,也没有商法通则等规定商事基本规则的立法文件。现行有关商主体的立法文件都是以单行法的形式出现的,有关商法的基本问题,商人资格认定等基本问题始终处于理论探讨中。而我国目前制定商法典甚至商法通则的条件不够成熟。但是商人资格问题面临立法规定的紧迫性和必要性。另一方面,民法典的制定正在紧锣密鼓地进行着,而法律是一定时期社会经济制度的产物,是现阶段社会问题的集中反映。民法典一定要体现当下及未来社会经济发展最为关键的问题才有实际价值^[20],而现代社会是市场经济社会,最突出的问题是自然人从事商事交易时所面临的法律问题。当然,民事法律问题和婚姻家庭问题依然是民法规制的重点,但是对于这些问题,我国《民法通则》和《婚姻法》依然在有效调整。故民法典若要制定,就不能回避商人主体资格的法律问题。而再反观我国现行的民法典草案,与民法通则的规定别无二致。如此一来,民法典制定的意义何在?任何一项法律的制定应当是现阶段社会矛盾与法律关系的集中反映,而不是对原有法律规定的整理和归纳。其次,商人资格问题在民法典中的位置。从现行颁布的民法典草案中可以看出,在第一章总则部分,将民事主体分为自然人、法人、非法人团体三个部分^[21]。这种分类方法意味着自然人以个人形式从事商事营业活动都不能称为商人,因其不具备团体的性质,不能称为非法人团体,那么只能是自然人。既然民法典要包揽民事主体和商主体,就要将现行法律制度下的民事主体和商主体全部列入范围内,要么就仅仅规定民事主体的范围,将法人也排除在民事主体的范围外,实行民商分离,民法典仅规定民事主体法律问题及婚姻家庭问题,所有有关商主体的法律规范另外集中处理,完全独立于民法典。然而既然我国现行的法律制度是民商合一,那么代表这种制度的立法文件就应当包含民商合一在内的所有主体形式。因此在第一章总则部分,对市场主体的划分不应当是自然人、法人和非法人团体这种分类方式,而应当是以营利与否将市场主体分为民事主体和商主体,其中民事主体包括自然人和非营利团体,商主体分为商个人、商合伙及商法人。对于商人资格能力等关乎商主体基本权益的规定才是民法典制定的重点,也是现实社会最紧迫的法律需求。最后是法条的具体规定。有关商人的资格认定,可以表述为“从事商事营业行为的人”,其中营业行为是指以营利为目的,公开持续为个人目的而从事的一些列商事交易活动。

（二）网络个体经营者法律地位的立法回应

根据前文的论述,网络个体经营者面临的主要问题是主体地位的确认及登记制度的困惑。通过民法典对商人资格作出回应之后,还需要进一步明确网络个体经营者的商主体地位,才有助于解决现实中的法律问题。根据前文对网络个体经营者主体类型的分析,将网络个体经营者纳入个体工商户的范围是最佳处理方式。个体工商户不仅包括具备固定经营场所的个体经营者,还包括无固定经营场所、从事网络交易行为的个体。故网络个体经营者法律地位的明确需要对《个体工商户条例》进行完善,如第六条关于登记事项的要求,经营场所应包括“网络个体经营者的住所”;第十条“经营场所是指个体工商户营业所在地的详细地址”,增加“其中从事网络个体经营的可将住所作为经营场所”的规定。第十四条个体工商户注册、变更的,提交经营场所证明的,都要增加一条有关网络个体经营者住所的证明材料。同时,与此相对应,对《个体工商户登记管理办法》关于经营场所的规定也要作出相应变更。

（三）网络个体经营者商事登记制度的完善

完善网络个体经营者商事登记制度是对我国商事登记制度的重大变革,引领商事登记制度回

归其本质属性,也是商事登记制度未来变革最可能的趋势。由于篇幅有限,本文仅限于讨论网络个体经营者商事登记制度的变革。首先是工商登记之自由登记制度代替强制登记制度。赋予部分不进行工商登记的市场主体采取委托登记的形式而具备从事商事营业的合法性。对此,可以考虑先由国务院出台《商事委托登记服务办法》,规范委托登记各项规定。其次,完善委托登记制度,包括委托登记主体、登记范围的限制等。再次,对商事登记内容进行重大调整。经营场所不再作为商事登记的限制性条件,符合条件的市场主体如网络个体经营者可以将住所作为经营场所进行工商登记。同时对经营范围的审查方式改为以排除式为主。复次是工商登记之信用信息公示系统的调整,全面反映企业信用信息,充分发挥信用信息双刃剑的功能。最后是网上登记制度的完善和网络个体经营者税费优惠政策的调整。网上登记制度已在我国部分地区试点运行,且取得良好的效果,有望在全国全面推行,并在立法中予以肯定。

参考文献:

- [1] 中国互联网络信息中心. 第39次《中国互联网络发展状况统计报告》[R/OL]. (2017-01-22)[2017-02-10]. [Http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/hlwtjbg/201701/P020170123364672657408.pdf](http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/hlwtjbg/201701/P020170123364672657408.pdf).
- [2] 国家工商总局. 工商总局发布2016年度全国市场主体发展、市场监管和消费维权有关情况[EB/OL]. (2017-01-19)[2017-02-10]. [Http://www.saic.gov.cn](http://www.saic.gov.cn).
- [3] 任先行,周林彬. 比较商法导论[M]. 北京:北京大学出版社,2000:216-217.
- [4] 范健. 德国商法:传统框架与新规则[M]. 北京:北京大学出版社,2000.
- [5] 王煜宇. 中国社会转型期商人法律制度研究[M]. 北京:法律出版社,2008:124-126.
- [6] 赵万一,叶艳. 论商主体的存在价值及其法律规制[J]. 河南省政法管理干部学院学报,2004(6):49-55.
- [7] 樊涛. 我国商主体法律制度的评判与重构[J]. 法治论丛,2006(5):64-70.
- [8] 赵万一,王兰. 私法视域下商事登记的重新解读[J]. 河北法学,2009(6):63-67.
- [9] 德国商法典[M]. 杜景林,卢湛,译. 北京:法律出版社,2010:1.
- [10] 卡纳里斯. 德国商法[M]. 杨继,译. 北京:法律出版社,2006:29.
- [11] 伊夫·居荣. 法国商法[M]. 罗结珍,赵海峰,译. 北京:法律出版社,2004:35.
- [12] 刘成杰. 日本最新商法典译注[M]. 北京:中国政法大学出版社,2012:14-15.
- [13] 李政辉. 商人主体性建构[M]. 北京:法律出版社,2013:90.
- [14] 谢怀栻. 外国民商法精要[M]. 北京:法律出版社,2002:236.
- [15] 范健. “商法通则”关于商法基本原则的界定及其立法安排[J]. 中国商法年刊,2007:12-18.
- [16] 李建伟. 从小商贩的合法化途径看我国商个人体系的构建[J]. 中国政法大学学报,2009(6):121-132.
- [17] 邹小琴. 商事登记制度的属性反思及制度重构[J]. 法学杂志,2014(1):49-59.
- [18] 朱慈蕴. 我国商事登记立法的改革与完善[J]. 国家检察官学院学报,2004(6):14-21.
- [19] 国家工商总局赴澳大利亚、新西兰考察团. 关于澳大利亚、新西兰商事登记和个体商贩登记管理的考察报告[J]. 中国工商管理研究,2003(4):10-13.
- [20] 王利明. 全面深化改革中的民法典编纂[J]. 中国法学,2015(4):25-40.
- [21] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿[M]. 北京:法律出版社,2003:3.

责任编辑 毛兴贵

网 址:<http://xbbjb.swu.edu.cn>