

我国营业财产转让制度立法模式

马竞遥

摘要: 营业财产的价值主要体现于转让营业财产所有权的实践操作过程。通过界定营业财产转让的概念,分析我国营业财产转让规制的现状,发现当下相关系统性专门法律缺失的问题。我国有关调整营业财产转让的规范散见于其他制度中,法律条文中存在“营业财产转让”的表述,但相关立法未就其含义做出明确解释。通过对大陆法系国家规则模式的考察,借鉴其先进的营业财产转让制度,结合我国商事法律活动经营现状,提出我国营业财产转让制度模式的现实选择应该是通过改造现有的重大资产转让和企业名称转让的方式,建立具有中国特色的间接规制模型,从而规范和完善我国的营业财产转让制度。

关键词: 营业财产; 财产转让; 立法模式

作者简介: 马竞遥,法学博士,中山大学立法基地在站博士后,广东省立法研究所研究人员。

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“中国特色生态环境公益诉讼理论和制度研究”(14AFX023); 广东省哲学社会科学规划项目“论设区的市地方立法权限划分”(GD16XFX11)。

中图分类号: D913.99 **文献标识码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2017.04.004

《中华人民共和国民法总则》已由第十二届全国人民代表大会第五次会议于2017年3月15日表决通过,正式开启了我国民法典编纂的进程。相比于之前权威发布的《民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》中相关条款的设置,《民法总则》第五章“民事权利”中,未采纳《专家建议稿》第116条的规定:“企业财产是企业用以从事生产经营活动的各项财产的总和,企业财产的部分或全部得依法成为民事权利客体。”该条款未采纳可能存在以下几点问题:首先,在概念方面使用“企业”这一概念不精确,也与国际通行做法不相符,并与作为商事主体的“企业”容易产生概念使用上的混乱。虽然《企业改制司法解释》及《最高法院案由规定》都采用了“企业”这一概念,但仍然不能为上述规定提供合理性的支持。其次,仅进行抽象内涵界定不妥,不利于理解与适用,应该对企业财产的典型内容进行列示,消除模糊性,便利司法裁判。最后,民法学者对所谓“企业财产”的理解是从民法上“集合物”的角度着眼,对营业财产的整体性、有机性与营利性缺少关注。因此笔者认为,更为精确的条款表述应当是:“营业财产是指企业进行一项经营活动所需要的各种财产和利益的总和。一个企业可以拥有多项营业财产。营业财产的

全部和部分可以依法成为民事法律关系的客体。”

营业财产的价值主要体现在理论上的比较研究价值和实践中的操作价值两方面。营业财产是整体性商业财产,这在我国不仅是理论上的制度,实践中也得到了广泛的运用,充分体现和利用了企业效益上的竞争力,有助于企业的融资和对外转让。本文通过研究我国商业活动中普遍运用的营业财产及其转让规则,借鉴相关国家的制度设计,为我国建构营业财产转让规则提出具体立法建议。

一、营业财产转让的概念界定

在我国的经济活动中,经常会发生各类市场主体讲起商事财产整体转让给他人,由他人在该财产的基础上继续进行原经营活动的现象,小到个体户,大到上市公司,都会自觉利用这一方式以满足各自的目的与需求。这些经济活动主要有如下表现形式:某个体工商户为转换经营或搬迁而将其商铺及营业一起转让给他人;地方政府为盘活国有资产而将其所属的国有小企业转让给民营企业乃至外资企业;某国际知名企业为优化其经营结构,将其意欲放弃的某产品的生产销售业务一并转移给中国企业;一些大型企业为实现上市,通常采取的手法是先成立一家股份有限公司,然后将其主业财产注入该公司以使其上市;在资本市场上,大股东们通常热衷于围绕其上市公司进行资产重组或置换以实现集团公司整体上市等目的。尽管实施这类经济行为的主体各不相同、其目的与动机各异,但却存在着一个共同点:他们都属于营业财产转让。

营业财产转让是指转让人(通常是企业主)把企业财产“打包”成一个整体,通过交易将其让与给受让人(新的企业主)。营业财产转让在形式上体现为转让合同:转让人和受让人协商订立的一项有关营业财产流转的权利义务关系的合意;合同的标的物作为整体的营业财产或者部分营业财产,该财产的特殊之处在于它不仅包括组织好了的财产的物质部分,还包括这些财产所附带的事实关系;履行合同对主体双方造成的法律上的效果是,转让人失去了在该营业财产上经营行为的资格,受让人取得这一资格;履行合同对第三人的法律效果是,转让前的债权债务由受让人承担。因此,营业财产转让是指作为企业主的转让人将营业财产整体转让给受让人的行为^[1]。

根据营业财产转让的范围,可以将其分为广义的营业财产转让和狭义的营业财产转让。狭义上,营业财产转让仅指营业财产的买卖:双方订立转让合同,并履行合同规定的支付对价义务和交付营业财产的义务,导致营业财产所有权变更的整个活动。广义上,营业财产转让还包含了营业财产的其他交易形式,如抵押、租赁、赠与、继承等。这些形式的共同点是营业财产的经营权发生了变更。本文仅研究营业财产的买卖,故采用狭义的营业财产转让。

营业财产转让的主要功能包括两部分:一方面,营业财产转让能改变财产的经营人,而经营人掌控营业的决策权,故而营业的控制权从出让人转移到了受让人;另一方面,转让后,营业仍保持了整体上的完整,营业得以继续下去,不影响其经济效益的发挥。总体而言,营业财产转让不仅能实现微观上的财产所有权的流转,还能在宏观上保证营业的经济机能,实现营业财产个人效益和社会效益的最大化。

我国现行法律缺乏关于营业财产转让的统一规定,关于其立法分散于各类法律法规之中。一

些重要制度在我国尚处于起步阶段，如委任经营制度、营业抵押制度等。总结现有研究成果，笔者认为有以下几点达成了学界的共识：

第一，每一种营业财产转移的行为，包括租赁、抵押、转让，作为法律行为都是独立的，因而其合同皆属于单一合同。

第二，每一种财产转移的转移人，例如抵押人、租赁人，对具体转让财产以及整体营业财产均承担物和权利的瑕疵担保责任。

第三，营业财产的转让、租赁和抵押均受各自的统一规则调整。即使营业财产的形式多样，包括不动产、无形资产等，也并不适用这些类型的财产转移规则。

第四，营业转移（包括转让、租赁、抵押）的规则不论是在程序上还是在法律后果上，都与个别财产的转移相差甚远。例如，日本、德国、美国等国家的商法典都规定了营业财产转让人的竞业禁止义务^①；有的国家还规定了对营业财产转让人的债务由受让人承担连带责任^②。由于调整营业转移规则的特殊性，法国于1909年颁布的专门调整营业财产的法律——《科尔德莱法》。结合我国的实际情况，立法机构有必要效仿法国，制定专门调整营业财产转让的法规。

二、营业财产转让的法律规制

我国法律对营业财产转让进行规制的现状可总结为：第一，系统的专门性法律缺失。第二，调整营业财产转让的规范散见于其他制度中，如重大资产转让、股权转让、产权转让、企业出售、企业名称转让，等等。第三，法律中存在“营业财产转让”的表述，但相关立法未就其含义做出说明。

经过对我国相关涉及营业财产转让规定的梳理得知，尽管在《企业破产法》和《反垄断法》中均有“营业的转让”或“转让营业”的表述，但上述立法均未就其表述中“营业”的含义做出解释。我国其他法律也少见有对“营业”做出专门解释的。不过，在其他行政法规中有关于“营业性”的表达。例如，《营业性演出管理条例》^③第2条规定，“本条例所称营业性演出，是指以营利为目的为公众举办的现场文艺表演活动。”文化部《营业性演出管理条例实施细则》^④第2条进一步解释，“《条例》所称营业性演出是指以营利为目的、通过下列方式为公众举办的现场文艺表演活动：一是售票或者接受赞助的；二是支付演出单位或者个人报酬的；三是以演出为媒介进行广告宣传或者产品促销的；四是以其他营利方式组织演出的。”按照上述文件关于“营业性”

① 日本《商法典》（2005年修订）第15条；德国《商法典》（1998年修订）第26条；美国《统一商法典》（1989年版）6-102（1）（c）；《意大利民法典》第2557条第1款；韩国《商法典》第41条；法国最高法院商事庭1976年5月24日判决以及1985年4月23日判决。

② 日本《商法典》第17条；德国《商法典》第25条；《澳门商法典》第113条；香港特区《业务转让（保护债权人）条例》第3（1）条。

③ 2005年7月7日国务院令439号颁布，2005年9月1日起施行，根据2008年7月22日国务院令528号《营业性演出管理条例》修改。

④ 2009年8月28日文化部令第47号版本，2009年10月1日实施。

的规定,所谓营业,强调的是“营利目的”,这与日本法中“营业财产转让”中的营业强调“以一定营业为目的组织在一起,作为有机整体发挥作用的财产”的含义并不完全一致。这表明我国现行立法在使用营业概念时,并不十分强调其“有机整体”的一面。

看来,中国法律法规中虽已有涉及“营业财产转让”的个别规定,但其规范目的多不在于构建营业财产转让制度的有关规则,而是运用营业财产转让的有关技术,实现其他立法规制的目的。例如,我国反垄断法是将限制“转让营业”作为针对违反《反垄断法》实施经营者集中行为的一种处理措施,相当于将营业财产转让作为法律处罚的方式。《企业破产法》也只是为了对破产管理人实施营业财产转让的行为进行程序规制,要求其报告债权人委员会。因此,现行法律中已有的涉及营业财产转让的个别规定,充其量只是表明了其对营业财产转让法律制度的需求,以及在中国建立营业财产转让制度可能具有的意义,但并未回答“营业财产转让是什么”,以及“营业财产转让具体应当如何运转”等问题。由于我国的《破产法》《反垄断法》本身不具有规定和规制“营业财产转让”的目的和任务,也不可能依托该两法系统地建立中国的营业财产转让制度。因而,中国现有的上述与营业财产转让直接相关的个别规定,不可能有效及完整地调整营业财产转让交易关系。

需特别指出的是,尽管在全国性法律法规中,暂无完整的营业财产转让制度规定,但在《深圳经济特区商事条例》这一主要适用于深圳的地方性法规中,有关于营业财产转让比较完整的规定。该《条例》中有6个条款对营业财产转让相关问题进行了具体安排,例如,营业财产转让需要包括企业名称和营业财产转让;需要通过合同确定债务如何在转让人和受让人之间分配;如果受让人未使用原营业名称,登记机关将自动注销该名称,此时如果受让人公告承担转让人的债务的,则债权人可以请求受让人偿还;营业财产转让实行特别时效,营业受让人承担转让人所负债务的,债权人应在营业财产转让生效或公告一年内请求受让人清偿债务等等。这些规定在很大程度上借鉴了日本立法的经验,体现出日本有关营业财产转让的影子。然而,该《条例》毕竟只是地方性法规,而非对营业财产转让进行整体规制的全国性法规。学界为此仍在研讨之中,如中国商法学研究会一直在为制定中国商事通则而努力,在商事通则的学者建议稿中,也专门设置了营业财产的界定及转让的建议条文。

三、大陆法系国家(地区)营业财产转让制度的立法模式

(一) 民商分立国家(地区)营业财产转让制度的立法模式

目前,奉行民商分立的大陆法系国家,大多通过民法典调整企业整体财产转让行为,其背后的法理是传统罗马法上的主物与从物理论,经济观念上通常作为整体一并出现的物,立法者一般会选择保持其整体性以发挥其经济价值。例如,日本、德国的民法典都有类似的规定。另外还会通过单行法进行特别的规定,例如,19世纪五六十年代日本出台了《矿产抵押法》《企业担保法》和《工厂抵押法》,这些法律法规涉及诸多具体的规则,例如财团抵押、浮动抵押。这些国家通常通过四种方式规定营业财产转让制度:其一,以商号制度规范营业财产转让行为,例如德、日在其颁布的商事法典中都以专章对“营业财产转让”做了十分详尽的规范,还规定了商号

与营业财产转让间的关系、债务承担问题等。其二，将商号制度放在营业财产转让规则之中，以韩国为例，其商法典总则部分的“营业的转让”一章对商号做了规定，首先要求出让方不得再从事与受让方业务存在竞争关系的业务，并针对续用或不续用商号时的负债担负做出要求。其三，单独规范营业财产转让问题，以《澳门商法典》为代表，其中某一节的标题为“商业企业之转让”，具体规定了公司转让的限度以及收付要求，以及相关的使用收益和租借问题。其四，通过商法典规定商业营业资产，而单行法规定转让的规则，例如法国等。1985年法国《司法重组与清算法》便具有很强的代表性，其第二章的标题为“企业继续经营或转让的方案”，并在第69条规定：如果确实存在重整、清偿债务的可能性，法院可以根据司法管理人所作报告来决定企业继续存续。如果有必要的，虽然企业仍可以继续经营，但应该采取暂停、增加或转让某些经营活动等措施；第81条规定：根据司法管理人提交的文书，法庭享有裁定的权利，即有权决定是否允许企业从事转让；同时该条还强调转让的目标是既保证经营事务的自主性，同时保证与该事务有联系的某些或者整体职位，与此同时，负债也应当得到偿还。当企业选择进行转让时，其可以选择整体进行，也可以仅针对局部。在第二类局面下，转让事实上关乎某些经营财产，这部分经营财产可以属于特定的某一经营主体，也可以属于多个主体^[2]。

（二）民商合一国家营业财产转让制度的立法模式

在实行民商合一的国家中，《俄罗斯民法典》详细规定了企业财产转让的有关问题^①。这部法典把企业作为不动产予以规定，从两方面考虑不动产的确定：一方面是根据其天然具备的某些特质，如能否加以挪位，并且挪动后其是否依然具备之前的价值；另一方面也应当考虑它随着历史的发展过程产生的某些特质，例如其所具有的历史价值、功能、作用等。《俄罗斯民法典》认为不动产可以一分为三大类。第一类是土地、地下矿藏的地段、单独的水域和全部跟大陆紧紧相依的物，其中包括森林、年生植物、建筑物和构筑物等。第二类是必须完成国家登记的航空器、海洋船舶、内河航运船舶、航天器。第三类是作为财产综合体的企业在整体上是不动产，容纳全部多类可以施展于其活动的不同的财产，具体而言有土地、土地上的各种建筑物和构筑物、机械设施、原材料和成品、请求权、债务，还有其他与商标有关的权利，这类权利可以发挥区别作用，以使企业独立区别于其他企业，和另外的专有的权利，不过法律另有约定的除外。其中，第三类不动产的重点是强调彼此具有一定的牵联，并且属于出于相同的追求加以利用的集合，这意味着该集合中既有动产，同时也含有不动产。可以归入集合的不动产包括公司以及与其共享相同的关键构架的不动产集合^[3]。“企业的出卖”这一章节明确指出了前述讨论的营业财产转让，法典第559条规定企业出售合同：第一，参照相关合约的约定，出卖人应当将企业视为一个整体，作为一项集体财产，并将其交付购买者。但此种转让也仅仅限于其权利范围之内，即其必须享有处分权。第二，如果合同没有另外规定，企业的名称权、商标权、服务标识和出卖人及其商品、工作或者服务的其他个别化手段，以及根据执照而属于出卖人的这些个别化手段的使用权，一并移转于买受人。第三，出卖人根据从事相应活动的许可证（执照）而享有的权利不得移转于企业的买

① 王志华：《俄罗斯企业立法转向启示》，<http://blog.sina.com/caiguoxuan>，2017年4月19日访问。

受人,但法律或其他法律文件另有规定的除外。当企业的债务移转于买受人,而买受人无该许可证(执照)便无法履行时,不免除出卖人对债权人的债务清偿责任,出卖人与买受人对该债务的履行承担连带责任。此外,对企业转移涉及的权利人的权利、出售本身、变更的企业的所有者、交付并接收问题主体的解决等,都作了明确规定。由于在不同的环境和条件下营业财产转让规则的兴起缘由以及作用属性都会有所不同,因此这也决定了不同的国家会对其采取不同的态度和法律规制方式。以近现代的德、日为例,其商法典对营业财产转让的规定都有其特点,而这些特点都是与其制定当时的社会、历史背景相符的。当时的市场经济尚不完善,此种转让行为仅属于个例,因此,社会和民众也并不十分重视这种行为,他们更希望以商号制度来解决营业财产转让行为。而与德日不同,俄罗斯以及澳门在制定法典时,市场经济已经相对完善,并发展迅猛,因此其必须制定与其所处阶段相适应的规范措施。

四、构建我国营业财产转让制度立法模式

在我国,虽然营业财产转让在实践中早已有诸多具体实例,但“营业财产转让”一词却并未成为法律中明确使用的概念性词语,在条款中使用了这一词语的法律法规和规范性文件仅能找到《深圳经济特区商事条例》。虽然没有明确使用这一概念,但相关立法中事实上已经对此类行为作出了规定,从而成为规范这一行为的依据,从法律到行政法规,再到地方性法规、部门规章与司法解释,都存在与之相关的规定。

从全局的角度观察,这些规范零散见之于不同级别的法律法规中,正是由于这种分散性,容易导致法律法规的相互冲突,导致适用上的困难。因此亟需统一立法,对全部营业财产转让行为进行统一规范和管理,从营业财产转让行为的认定到转让时签订的合约要求,从移转的具体路径到相关利益的承接,从强制要求履行的义务到违约后的救济,诸多事项都需要统一立法。在统一立法以后,还可以根据具体情况制定个例规范,以适应特殊要求。我国目前的民法总则中很少有关于商事活动的制度与规则,对于这一点,不少专家从制定初期起就一直提出改进意见,希望制定与民法总则并行的商法总则,对商事活动加以规范。然后根据如上所述的对营业财产转让的具体分析和探究,我们认为,商事规则有其自身的特性,并且十分繁复,仅仅通过一部法律往往很难全面概括,因此在其基础上制定其他的单行法也是十分必要的。根据目前的实际而言,在制定法律时应当考虑实现既有法律和社会资源效益的最大化,因此采用民法典加商事单行法的方式更为贴切^[4]。所以,我国在考虑制定相关规范时,可以适当的吸取俄罗斯以及澳门的可取之处,专门设置一个章节对其进行规定,不应当将其视为商号规则的子规则。同时也应注重结合我国实践做出新的突破,营业财产转让的方式方法应当是多样的,不应当仅仅将其等同为“企业”的出售。

法律制度的设计并非易事,其关乎各类利益主体的切实利益,企图实现所有法律主体利益的最大化是不可能的,需要在某些利益之间做出抉择。进行制度设计时,应当秉持设计的最初理念,平衡各方利害关系人的权益利益。法律的效力范围包括所有个体,但是规范某一特定行为的规范又经常具有一定的针对性,有其需要特别予以考虑的群体。以公司法为例,公司法的目标在

于使公司的结构和活动符合要求，维护其权益，并统筹不同主体（公司自身、股东以及债权人）的利益平衡。而其他利害关系人，则并非法律规范的主要范围。类推至营业财产转让规则，制定该规则也必定有其宗旨和目标，从而导致不同群体利益满足程度的不同。最终决定专门建立该项规则的关键是在不同的规制模式下做出选择，选择更为合适的一种，而深究其本质，在于努力实现“关系成本”（Cost of relationship）的最低。

我国的法律法规中并未明确使用“营业财产转让”这一概念，也未对其进行较为统一的规定，然而许多具体规则实际上已经蕴含着营业财产转让的影子。如企业重要财产的出售、公司股票的出售等等。虽然比较起来，其与营业财产转让并非完全一致，仍具有许多不同点，但有一点是明确的，那就是法律法规通过建立这些制度可以在一定程度上完善营业财产转让。因为营业财产转让规则还存有许多不足，使得该制度产生之初的目标得以转让为实际。所以，从这一视角出发，我国若想建立该制度，就必须综合考虑。首先，该制度的目标是什么？通过设置其意图实现何种效果？其最终有利于哪些关系人的利益诉求？应当致力于企业真正的掌控者的更替，亦或应当着眼于公司经营继续？如果选择前者，则建立其他可以取代的规则便可以达到制度本身的目的；而如果选择后者，则这种取代规则能否很好发挥作用呢？根据我国目前的实际，结合国外立法经验教训，我国营业财产转让制度立法模式的现实选择应该是通过改造现有的重大资产转让和企业名称转让的方式，建立具有中国特色的间接规制模型，从而规范和完善我国的营业财产转让制度。

（一）改造重大资产转让制度

我国目前的各项制度中，重大资产转让制度与“营业财产转让”二者之间具有诸多共同点，主要表现在主客体方面。在考虑建立属于我国自己的营业财产转让规则时，可以结合参考现有的重大资产转让制度，节省设立成本。这并不意味着我国营业财产转让制度的建立就可以轻而易举，其依然面临重重困难。

第一，“重大资产转让”制度中涉及的转让的资产，仅仅是额度的衡量，而非考虑财产的具体作用。在重大资产转让制度中，并无需考虑财产究竟是否属于一个统一体。所以，我们如果试图在该项制度的基础上构建营业财产转让制度，就必须首先解决转让财产的问题，简单而言，就是要不要在原本的制度体系中提出功能性判断标杆，使得标的既在数额方面满足了一定的要求，同时具有了一定的功能性。

第二，如果在前述问题之下增加了功能性因素，那么我们仍然应当关注劳动工作关系的过渡。营业财产转让实际上要求主要的财产在出售的基础上，实现劳动工作关系的连带过渡。但这并不意味着一定要采取强制性的方法进行，给主体以选择权也未尝不可，因为强制性可能会带来诸多问题，所以必须考虑自由意愿的重要性。

第三，除了劳工关系的考量，还应当考虑出售方的业务限制问题。通过分析转让活动，不难发现，购买方之所以整体购买企业，其主要动力是希望借助该企业全体，尽快实现利益的输入。因此，从这一角度出发，我们应当对出售方的业务活动作出一定的限制，不能允许其继续从事存在竞争关系的业务，否则将对购买方的利益不利。为此，许多国家在进行相关立法时都明确了出售方应当负有竞业禁止义务，以保护受让方的利益。法律虽然规定了业务限制，但也给转让行为的双方预

留了足够的自治空间,即允许双方在自愿的基础上做出约定。但并非所有国家均采取此类态度,依然存在某些国家坚持十分严苛的态度,坚决制止任何以获取不当利益为企图的转让^[5]。

第四,负债的承受也应当予以考虑。通常情况下,重大资产的转让并不会关系到负债问题,但营业财产转让却与其密切相关。因此,若想以重大资产转让制度为框架构建营业财产转让规则,就必须及时、有效地解决这一问题。

(二) 改造企业名称转让

除了重大资产转让,我们还可以企业名称转让为基础构建有自身特色的营业财产转让制度。在进行营业财产转让时,绝大部分企业都会为一个难题所困扰,那就是关于商号的使用问题。在完成营业财产转让后,出售方所拥有的商号在此之后究竟应当归谁所有,由谁使用?这一问题不解决,将严重阻碍该制度的发展和完善。而企业名称的转让过程中也会面对相同的疑问,这也是导致很多国家将营业财产转让制度规定在商号问题下面的原因。例如,日本商法典的做法,便是将其设置在商号专章下面。不过我们也发现其《公司法典》却并未将转让行为与商号的移转规定在一起,而是采取分别规范的方式^①;而韩国也采取分开单列不同章节的方法^②。虽然存在分开罗列的情况,然而日、韩的相关法规中,营业财产转让与商号问题两者是密不可分的。在营业财产转让的条文下面可以看到商号的有关内容,而在商号部分,也不难找到营业财产转让的影子。所以,我国可以吸取日、韩的经验,在现有的企业名称让与规范的框架下建立营业财产转让的相关规范。而在建立之前我们首先必须明确两方的不同点:第一,营业财产转让并非必须存在商号的过渡,即便没有也属于正常现象。但这对于企业名称转让而言则不然,其要求必须存在转让,因为购买方取得商号的有关权利是其最为重要的目的;第二,负债的承受问题也存在并非十分类似的规定。

各国在处理营业财产转让与商号过渡二者的相互连接问题方面,通过不断的实践,目前主要形成了两种路径:一是绝对转让模式,意味着营业财产转让之后,出售方的商号也必须连带出售。此种路径在德、日、韩的有关法典中都可以找到依据。例如德国商法典的第23条、韩国商法典的第25条、日本商法典的第15条以及意大利民法典的第2565条。其大致内容比较一致,即要求商号若想进行过渡,要么要求拥有商号的企业停业,要么就随营业财产转让一同进行。二是相对转让模式,即可以单独转让营业,商号转让也可以独自进行,同时不同的经营也允许对同一商号加以利用。即便所有人将商号出售,其依然可以继续对商号加以利用,而购买方也同时获得了这些权利,这意味着出售方和购买方可以同时使用同一名称。但实践中遵循此种方式的国家很少,比较典型的当属法国^[6]。如果细心观察,不难发现,两种不同的模式归根结底属于对转让行为性质的不同认识,一种是传统意义上的转让,而另外一种则实际上将转让与许可两者概念等同。在德国,通常会将商号的让渡等同于“许可”,而非真正意义上的转让,这种模式使得出售方和购买方都享有针对同一商号的相关权利。然而有专家指出,从事件双方的目标和最优的结果看,我们应当尽量将商号的转让视为一种真正意义上的转让,而绝非许可^[7]。

① 参见日本《公司法典》第一编第二章“公司的商号”、第四章“事业转让情形下的竞业禁止等”以及股份公司部分第七章“事业的转让等”。

② 参见韩国《商法典》第四章“商号”、第七章“营业的转让”。

（三）对企业名称转让制度作出某些调整后建立营业财产转让规则，厘清需要正视的事项

1. 确定是否将企业名称与营业财产转让同时进行

法律法规应当规定必须整体转让，禁止公司的名称独自过渡，因为如果不这样规定，将没有办法实现企业名称转让覆盖营业财产转让的目的。为了实现这一目的，同时还应当对《企业名称登记管理规定》中企业名称转让的规定作出修正，在“企业名称可以随企业或者企业的一部分一并转让”中的企业或者企业的一部分变更为“企业营业”，从而对长久存在的疑问给出合理的回答，以实现营业财产转让制度的顺利建立。

2. 解决出卖方业务限制的疑虑

根据现有的通行做法，出卖方将企业的名称出售后，应当对其能否再次利用已经售出的名称做出一定的限制，至于具体的经营业务活动应当放宽，不应当过多干预。事实上，目前的企业名称转让规范其实并未很好的维护购买方的权益，尤其是经营利益，其力度比营业财产转让的力度小。所以，我们应该考虑对名称过渡后出售方的经营活动设置一定的框架加以规范。其实，这与出售方的法律地位有密切的关系，所以必须妥善解决。有部分学者将此种状况与版权法的有关规定相比，认为出售方事实上可以享有无法出售的商号权所包含的余下的人身性质的权益。或许出售方主体性质的不同也会带来一些不同，主体为公司或者独资企业或者为合伙企业等，都会导致这一问题得到不同的答案。比方而言，购买者购买后，应当如同物的转移那样取得商号的所有权，然而若发生了个例情形，此时出售方便或许可以行使某些禁止权，但这仅仅是比较特殊的个例情况。

3. 正视出售方的债权人利益

这一问题在日本很常见，很多情形下都会有所涉及，所以为了妥善加以解决，日本商法典和公司法都特意进行了规定。其《商法典》第14条要求，某一主体允许他人使用其商号进行经营活动，但却导致第三方错误地将该他人与授权主体相混淆，针对此种情况，该主体应当一起承担连带性的偿还责任。类似的规定也出现在日本《公司法》第二章“公司的商号”部分的第9条中，即因为授权之后经营活动产生的交易对方的混淆，此时商号出售方和购买方都负有偿还债务的责任，并且是连带的。债权人可以要求二者中的任一方偿还债务，二者均不能拒绝。而且，日本还要求后来使用商号的企业也必须承受与转让相关的负债^①。就我国目前的情况而言，现有的规定对此采取否定态度，即禁止企业名称的许可使用，因为这极容易导致相关消费者或相关群体的混淆，从而导致错误交易的发生^②。然而我国的具体规定还是留出了一定的发挥的空间，允许双方通过合同约定的方式事先对相关责任承担等问题做出约定。但如果没有事先的约定，则应当

^① 参见日本《商法典》第17条第1款；日本《公司法典》第22条第1款。

^② 国家工商行政管理局《关于对企业名称许可使用有关问题的答复》[工商企字（2002）第33号]即规定，“一、关于企业名称许可使用问题，鉴于《中华人民共和国民法通则》将企业名称权列在人身权范畴，我认为，企业不得许可他人使用自己的企业名称，更不得许可他人使用第三方的企业名称或未经核准登记的企业名称。”司法实践中，北京市高级人民法院在《关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理中若干问题的解答》（北京市高级人民法院审判委员会第二十七次会议2002年12月23日讨论通过）第7条中也指出：“企业名称是用于区别不同企业或者社会组织的标志，具有专用属性，其保护范围受行业和行政区划的限制，仅可由进行注册登记的企业专用。故企业名称专用权人不得许可他人使用自己的企业名称。”

单独对出售方的负债的过渡问题做出回应。

有一个问题不得不给予关注,那就是在既有的企业名称准让框架下增加营业财产转让事实上无法覆盖不使用商号的营业财产转让行为。这种类型的行为事实上仅可以通过第一种模式,即在重大资产转让背景下进行。概括而言,必须努力实现营业财产转让与企业名称转让之间的平衡发展,否则就可能引发制度之间的冲突问题。这种不平衡的现象已经在日本韩国等国家出现了,这表明其并未能处理好二者之间的关系,从而导致了混乱现象的发生。我国应当汲取其教训,完善相关制度以避免冲突与混乱现象的发生。

参考文献:

- [1] 王保树. 商法总论 [M]. 北京:清华大学出版社, 2007: 185-190.
- [2] 法国商法典 [M]. 金帮贵, 译. 北京:中国法制出版社, 2000: 391.
- [3] 娜一美. 俄罗斯当代民法研究 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2006: 120.
- [4] 程淑娟. 我国商事立法模式的再思考——兼论《商法典》《商事通则》的不可行性 [J]. 甘肃理论学刊, 2008 (1): 107-111.
- [5] 刘小勇. 国外营业转让规制及其在我国的引入——日本及美国法对我国的启示 [J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2010 (2): 110-117.
- [6] 任尔昕, 张完连. 论营业转让与商号转让 [J]. 甘肃社会科学, 2007 (2): 171-174, 128.
- [7] 卡纳里斯 C W. 德国商法 [M]. 杨继, 译. 北京:法律出版社, 2006: 293.

On the Legislative Mode of Chinese Business Property Transfer Regulations

Ma Jingyao

Abstract: The value of business property is reflected in the transfer process of business property ownership. Relevant systematic legal deficiency is found in the definition of business property transfer and through the analysis of the present legal regulations in our country. Regulations of business property transfer are scattered in other regulations. The term “business property transfer” can be found in legal regulations but there is no clear definition of it. Through the investigation of regulations and modes of civil law countries, learning from their advanced business property transfer regulations, based on the operating status quo of Chinese civil and commercial legal activities, it is suggested that the practical choice of Chinese business property transfer regulations is to modify the current methods of major property transfer and business name transfer, establish an indirect regulative model with Chinese characteristics, so as to standardize and complete Chinese business property transfer regulations.

Key words: business property; property transfer; legislative mode

(收稿日期: 2017-06-01; 责任编辑: 晏小敏)