

北京市重点建设学科项目系列丛书

Shangshi Quanli Lun

商事权利论

吕来明 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

北京市重点建设学科项目系列丛书
本书为北京市属高等学校科学技术与研究生教育创新工程
与北京市重点建设学科民商法学项目建设成果

Shangshi Quanli Lun

商事权利论

吕来明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事权利论/吕来明著. —北京:法律出版社,
2016.2

(北京市重点建设学科项目系列丛书)

ISBN 978 -7 -5118 -8998 -0

I. ①商… II. ①吕… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923.994

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第013048号

商事权利论

作 者:吕来明

责任编辑:彭 雨

装帧设计:贾丹丹

责任印制:张建伟

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

<http://www.lawpress.com.cn/>

编辑统筹 法律职业教育出版社

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>

第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843)

重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636)

北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)

销售专线 010-63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

开 本 A5

印 张 8.375

字 数 207千

版 本 2016年3月第1版

印 次 2016年3月第1次印刷

印 刷 北京京华虎彩印刷有限公司

书 号 ISBN 978 -7 -5118 -8998 -0

定 价 29.00元

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

内 容 简 介

本书论证了确立商事权利的概念以及制度体系的必要性和整体框架,区分了商事权利体系的三个层次,认为商事权利体系中的主要制度与民事权利体系中的相关制度,并非对立的关系或划出一部分的割裂关系,而是相互补充关系。并本着体现商法的价值和特有功能,符合商业实践的的需求的目的,对需要加以确立的主要商事权利的性质、内容、法律保护等问题进行了比较深入的探讨,如营业权、商业信用权、商誉权、商号权、商业机会权利以及基于商事合同设定的权利等。本书系统分析了商事权利的理论依据及制度构建,对于商法理论研究、商事立法及商事审判均具有较强的借鉴参考价值。

前 言

我于2000年9月在徐学鹿先生主编的《商法研究》文集发表的《论商事权利体系》一文中提出“商事权利”的概念以及建立商事权利体系的必要性、基本架构等。在之后的商法教学研究中,我始终对此问题予以关注,并作为研究生教学中的讨论专题。十几年来,我国的商法学理论研究取得了长足的发展,商事权利的理论研究越来越受到商法学界的重视,商事权利的概念逐渐被理论与实践接受。不少学者开始关注商事权利具体制度的构建。目前,大多从商事人格权的角度阐释商事主体特有的某些权利,例如营业权、信用权等。在学习研究过程中,我对商事权利概念以及体系的认识也不断变化、深入,不过始终认为,尽管相关权利的保护采取何种立法例是立法技术问题,但从实践意义方面讲,构建商事权利制度体系是更好地保护营利、促进财富增值的有效手段,从理论意义上讲,确立商事权利的概念以及理论体系,是建立商法特有的逻辑结构和一般规则体系的有效路径之一。而确立商事权利制度体系,除了必要性论证和整体设计以外,非常关键的是各项相关权利制度具体构建的研究。为了体现商法的价值和特有功能,符合商业实践的需求,论证或构建商事权利具体制度,应从商人思维的角度出发,尽量避免直接套用民法中权利类型划分的思维模式,因而,不应按照商事人格权的定位对商事主体特有权利加以解读,商事权利体系中不存在人格权,只有财产权。另外商事权利体系中的主要制度,与民事权利体系中的相关制

度,并非对立的关系或划出一部分的割裂关系,而是相互补充关系,商事权利体系中的主要权利类型,在民法典或通常意义上的民事权利体系中并没有对应的类型,全部纳入民法典又与民法自身的逻辑体系不相匹配,因而应当在商法的一般规则中确立。本书就是沿着这一思路对商事权利体系及相关具体权利的内容及保护进行的探索。由于许多权利类型目前没有成文法的确定,司法实践中虽然有相关判例,但也不够系统,因此在制度设计方面,只是提出基本的内容及法律保护规则,许多地方分析不够深入、周全,错误在所难免,望读者批评指正。

本书的出版,得到了法律出版社刘晔副总编和彭雨副编审的大力支持,在此表示感谢。

吕来明
2015年11月

目 录

第一章	商事权利概论	1
第一节	建立商事权利制度的依据	1
第二节	商事权利的界定	12
第三节	商事权利体系及类型划分	23
第四节	商事权利的保护	31
第二章	投资人权利	44
第一节	概述	44
第二节	股权	53
第三节	合伙企业份额权	65
第四节	农民专业合作社成员权	76
第三章	营业权	80
第一节	确立营业权制度的必要性	80
第二节	营业权的含义与特征	88
第三节	营业权的取得	91
第四节	营业权的内容与限制	101

第五节 营业权的法律保护	109
--------------	-----

第四章 商业信用权 112

第一节 构建商业信用权制度的依据	112
第二节 商业信用权的性质与特征	120
第三节 商业信用权的内容	124
第四节 商业信用权的保护	127

第五章 商誉权 134

第一节 商誉的含义及与相关概念的关系	134
第二节 商誉权的含义、性质与内容	140
第三节 商誉权的法律保护	150

第六章 商号权 167

第一节 商号的含义与构成	167
第二节 商号权的含义与性质	181
第三节 商号权的取得与内容	185
第四节 商号权的保护	192

第七章 商业机会权利 210

第一节 商业机会的含义与性质	211
第二节 商业机会的法律保护	215

第八章 商业秘密权 225

第九章 基于商事合同设定的权利 232

第一节 商事合同设定的权利作为商事权利的 依据与范围确定 232

第二节 特定领域商事合同中的若干权利 239

第一章 商事权利概论

第一节 建立商事权利制度的依据

我国现行法律条文中没有“商事权利”的专门术语,那么,有无必要确立商事权利的概念及相关的权利体系,是首先应当明确的一个问题。在传统商法理论中,商事主体和商事行为是两个基本的概念,但是商事权利并没有成为系统的研究对象,许多学者在反复争论民法与商法的关系时基本上没有提及商事权利的概念,实际上也不承认独立的商事权利的存在。其默认的理论依据是商法是民法的特别法,商事主体应享有的各项权利都已经包括在民事权利体系之中,无论是否商事主体,其拥有者的权利都可在民法规范的民事权利中找到相对应的类型。民法对于民事权利的调整和保护,完全可以实现保障财富增长、确认企业维持、保障交易安全、高效的目标,商事主体的权利及其保护并不具有独立性与特殊性。因此,确定有无必要建立商事权利的概念以及相应的权利制度,首先有必要对上述流行的观念及理论进行分析。

一、民法与商法价值取向的差异

(一)民法的价值目标是保护人的基本权利

一种权利在法律上被确认并得到保护往往有着特定的目标和价值取向。例如,隐私权的概念在法律上得以确立并加以保护,是为了

保护基本人权以及社会秩序与人们生存空间的安宁。著作权的概念得以确立并保护是为了保护人们智力创造的劳动成果,合理分配利益。

民法的本质是人法,其基本目标和价值取向在于对人的私权维护。民法的这一基本属性是近代资本主义国家在继受罗马法的背景下以自然法的思想为哲学基础建立的。“法国民法典是以自然法和理性法所确立的信念为基础的”,“这部民法典若不是整体上有来自自然法而又发展的法典编撰思想,那么它在思想史上就是不可想象的。就是说,《法国民法典》是以自然法构想为基础的,即存在独立于宗教信条的个人自治与自然原则,由此而派生出法律规范制度”。^①《德国民法典》尽管与《法国民法典》在结构、立法技术、风格上存在重大差异,但是,这个体系同样是自然法与罗马法相融合的产物,“在一定范围讲,总则是自然法学家们为了得到普遍的、基本的法律原则而利用非常抽象的推理方法的结果。与此同时,总则到底是不是正宗的自然法和“简化”的自然法相区分的衍生物,这点几乎辨认不出来,因此,《法国民法典》与《德国民法典》在结构上的重大差异,理当由自然法对于德国民法传统的更大渗透性来解释”。^②古典自然法理论认为,人的本性具有一定的恶意和侵占性,同时具有一种追求与他人交往,在社会中过一种和平的社会生活的强烈倾向。与人性的这两个方面相适应,存在两种基本的自然法原则。第一个原则告诉人们要尽力保护生命和身体,保全自身及财产,第二个原则要求人们不要扰乱人类社会。普芬道夫将两个原则合并为一个单一的基本律令即每个人都应积极地维护自己并使人类社会不受纷扰。并且从第二个原则推出重要的法律要求:“任何人都不能对第二个人施

① [德]K. 微茨格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健等译,贵州人民出版社1995年版,第164页。

② [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变与形成》,中国政法大学出版社1992年版,第150页。

加压力,后者能在诉讼中适当抗诉侵害其平等权利的行为。”^①古典自然法哲学的一个实际结果是,它掀起了强大的立法运动。1804年的《法国民法典》、1896年的《德国民法典》和1907年的《瑞士民法典》,所有上述法典通过赋予其效力范围内所有人以一定的自由、平等和安全,实现并实施了古典自然法学派提出的某些基本要求。^②因此,民法必须以人为出发点,其使命即在于确定合理的人性观念、规范人的行为、体现人的关怀。尽管民法对私权领域中的人身关系和财产关系都有调整,但民事权利的设定与保护,就其基本目的或宗旨而言,并非像我国早期民法理论中所说的那样是对于商品关系或市场经济中交易关系的调整,^③而是对私权的维护,是实现人权的手段。在此意义上,民事权利的人身权利和财产权利中,人身权利的设定和保护是首要的、第一位的,财产权是第二位的,人身权高于财产权。把人格权单独列出并放在民事权利体系的第一位,这已是多数学者所采用的办法。其意义不必多说。人格权是民事权利中最基本的最重要的一种,因为人格权是直接 with 权利者(权利主体)的存在和发展相联系的。对人格权的侵害就是对权利者自身的侵害。所以它在民事权利体系中应该居于首位。^④

(二)商法的价值取向是保障和促进营利

与民法不同,商法的本质是营利法,其基本目标和价值取向是保

① [美]E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2014年版,第41页、第61页。

② 前引《法理学——法哲学及其方法》,第61页。

③ 我国民法学理论在20世纪80年代的主流观点是民法是调整商品交易关系的基本法。进入21世纪以后此种观点得到修正,主流理论认为民法是调整私人利益的法,人身权的保护高于财产权。中国法学会2015年发布的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿(征求意见稿)》第2条规定:本法调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的人身关系和财产关系。把人身关系放在财产关系之前,而在《民法通则》中则把财产关系放在前面。这反映了一种对民法本质认识的变化。

④ 谢怀栻:“论民事权利体系”,载《法学研究》1996年第2期。

障商业利润的实现、财富的增长。大陆法系国家中民法典没有商法的简单原因是商法没有被当成“民法”来看待,商法已经形成它独特的法律传统,它没有明显的与罗马法有关联的祖先。^①近代商法的起源表明,“商人法”的概念不仅意味着适用商人阶层,更意味着商人造法,商人造法的目的就是实现商业利益的需求,除此无他。社会发展到现代,商法的这一本质更加明显和强化,商事组织权利的设定和保护,终极目的并不是对其生存命运的关怀,而是实现利润,为财富的增长提供有效的保障。

所以,民事权利体系中对财产权利的设定和保护与商法对于商事主体权利的设定和保护,其出发点和定位是不同的,不能简单地将二者等同,这一不同决定二者在保护原则、权利体系及内容上不可能相同,商事权利在功能上存在独立性与特殊性。

二、民事权利体系涵盖性不足

(一)民事权利体系的划分二分法对于商事主体不能适用

依大陆法系民法一般理论,民事权利体系分为人身权与财产权两大类型。人身权包括人格权与身份权,财产权包括物权、债权、知识产权及继承权中的财产权。尽管物权、债权、知识产权等民事权利也可以为商事主体所拥有,但是,民事权利体系的一般划分标准即人身权与财产权的二分法适用于商事主体,会产生理论解释和制度适用上的困境。例如,民事权利体系采取人身权与财产权二分法,一些学者把这种划分及其规则套用到商事权利之中,认为商事权利中商号权、商誉权是人身权。一方面,与自然人生存本身就是目的迥然不同,商事组织其存在有特定的明确的目的,即作为一个经济体而存

^① [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变与形成》,李静冰译,中国政法大学出版社1992年版,第166页。

在,实现财产利益,因此本质上不可能有人身权。商事主体的商号权、商誉权、信用权等都不是真正意义上的人身权利,而是财产权利,是一种特殊的财产权利。商号也好、商誉也好,其代表的以及需要法律保护的是商事主体的财产利益,而不是人格尊严。另一方面,就具体规则而言,按照民法中的人身权理论,人身权不得转让、不得用财产评估其价值,而商号和商誉都可以评估其价值并予以转让,更符合财产权的属性,无法用民事权利中人身权的理论来加以解释和调整。

(二)民事权利体系中的基本权利类型与商事领域特有的利益保护不能对应

实现商事主体的营利目标所必须保护和设定的许多权利在传统的民事权利体系中并不能包括,或者说,许多商事权利在特点上和民事权利体系中的几种基本类型并不能对应。民事权利的调整与保护方式在许多情况下不能适用于商事主体及其权利保护。在学理上,以现有民事权利体系中各项权利特点的相关理论,并不能对商事主体的许多权利作出令人满意的解释。商事主体基于其营业而存在的特有的权利或利益在传统的民事权利财产权体系中并没有包括进去,需要保护的许多商事权利在民法典规定的财产权基本类型并不能对应起来。在王利明教授主持的中国民法典草案专家建议稿中,所规定的民事权利包括人格权、婚姻家庭及继承权、物权、债权四大类型,分别对应于第二编人格权,第三编婚姻家庭、第四编继承、第五编物权、第六编债法总则、第七编合同、第八编侵权行为。^①梁慧星教授主持的民法典草案建议稿中规定的民事权利保护的客体为物、行为、人格利益、智力成果。民事权利的类型包括人格权(限于自然人)、物权、债权、亲属权、继承权。分别对应于第一编总则第三章自然人第二节人格权、第二编物权、第三章债权总则、第四编合同、第五

^① 王利明:《中国民法典专家建议稿附理由说明》,中国法制出版社2004年版。

编侵权行为、第六编亲属、第七编继承之中。^① 魏振瀛教授主编的《民法》中规定的民事权利包括物权、债权、人身权(人格权与身份权)等。^②

从以上情形看,无论是民法理论中的通说还是民法典立法建议中的主流意见,在民事权利中的具体类型规定上都没有涉及商事主体经营活动中特有的利益或权利保护,如营业权、商誉权等。而民法典中规定的财产权利的调整与保护方式在许多情况下不能适用于商事主体及其权利保护。商事主体的营业权既不能归于物权,也不能归于债权或知识产权,营业权的保护不可能用债权、物权、知识产权的保护原则予以解决,股权的保护也无法从民法典规定的权利类型中找到相应的规则。

三、民事权利体系扩张或开放性的问题

鉴于现行民事权利体系下二分法对于现实生活中新出现的权利特别是商事主体的权利保护不能有效涵盖或调整。一些学者试图通过扩张现行民事权利体系或采取开放式的民事权利范围解决这一问题。早在 20 世纪 90 年代,谢怀栻先生就指出,二分法无法确切地安置像知识产权和社员权这样的具有复杂内容的权利,并把民事权利体系划分为以下五个大类:人格权、亲属权、财产权、知识产权、社员权。^③ 2015 年中国法学会民法典编纂项目领导小组发布的《中国民法典民法总则专家建议稿》(征求意见稿)中规定的民事权利的客体包括物、有价证券和其他民事权利客体三类,其他民事权利的客体包括人身利益、智力成果及商业标记和信息、财产权利、企业财产。同时规定了民事权利客体范围的开放性即民事权利客体的范围,不以

① 梁慧星:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社 2013 年版。

② 魏振瀛主编:《21 世纪规划教材《民法》》,北京大学出版社 2013 年版。

③ 谢怀栻:“论民事权利体系”,载《法学研究》1996 年第 2 期。

本法规定的为限。^①这一做法确实可以在一定程度上解决民事权利保护范围理论体系涵盖性不足的问题。但是,仍然存在以下问题:

第一,虽然在总则的民事权利客体部分通过扩张或开放性规定把商事主体的权利类型纳入其中,但在具体权利类型及保护的規定上无法通过相应的制度纳入民法典,因而仅具宣示意义,无法达到有效调整的目的。例如,企业财产作为权利客体,那么具体称为什么权利,权利的取得、内容、保护等如何规定,以及规定在哪一部分等,在总则以及对应的分则中都没有涉及。

第二,扩张之后的民事权利体系,只是把某些商事领域中的权利纳入保护范围,也仍然没有或难以完整地体现商事主体应享有的主要权利。例如,上述建议稿,规定了企业财产作为客体,但是对于营业权、商誉权等权利未加涉及。

第三,鉴于体系化的逻辑模式和民法的价值目标,无法或难以把商事主体应享有权利类型、保护、限制等制度纳入到民法典的民事权利体系之中。自法国民法典和德国民法典以来延续至今,大陆法系民法典及其权利保护形成了的一整套严谨、完整的规则,有其专门的一套话语体系和适用方式,其基本模式是人身权财产权的划分以及财产权中的物权债权二元结构。商事领域中特有的权利保护也有众多的制度,例如股权、营业、商誉、商业信用、商业机会、商号等保护制度,与物权、债权的特征、设定、保护等有不同的规则和理念,这些内容无法放入物权或债权制度中加以调整,如果把商事领域中的特有这些权利或利益保护制度单独放在民法典中,则由于民法典整体的价值目标及权利保护理念与商事领域存在差异,带来的结果是本来体系严谨的民法体系出现混乱和不协调,甚至概念上出现一些混乱。

^① 中国法学会民法典编纂项目领导小组发布的《民法总则专家建议稿》(征求意见稿)第五章,2015年4月。

这在前述《民法典总则专家建议稿》(征求意见稿)规定民事权利的客体中表现比较明显。按照该建议稿,民事权利客体包括物、有价证券和其他民事权利客体三类,其他民事权利的客体包括人身利益、智力成果及商业标记和信息、财产权利、企业财产。这里的问题是很多概念并非同一标准下的划分,存在界限交叉、模糊、不确定、冲突等问题。例如,“物”和“企业财产”是什么关系,难道企业财产不包括“物”吗?又如,“有价证券”是一种独立的客体,而其他权利中的“财产权利”也是一种客体。有价证券是权利凭证,有价证券所代表的权利难道不是“财产权利”吗?法律对于有价证券的保护,实质上是对有价证券所代表的财产权利的保护,而不是对于该权利物质载体——某张纸的保护,这才能解释电子证券的保护制度的存在,把有价证券与财产权利并列,存在概念交叉问题。同时难以解释货币属于有价证券还是物?如果从权利与证券二者不分离的角度,把有价证券归于物,虽然可以解决概念不清的问题,但此物不同于彼物,二者在保护规则上存在较大差异,放在一起不太协调。再如,“财产权利”作为一种独立的标的,而法律意义一般所说的财产权包括各种财产权利,例如物权也是财产权利,这将导致概念循环。

第四,开放式规则的好处在于为日益发展的社会生活和民事权利保护留出空间,也有利于保护人权。但是,哪些利益应上升到权利层面上加以保护应当加以明确,否则一方面带来了不确定性,另一方面也因缺乏具体规则而不具有操作性。

四、商事主体权利保护的现实需要

(一)商事主体权利保护应确立的商法思维

商法内容的核心是对商人活动的调整。分析商法思维离不开对商人思维的理解。即从商业活动固有的特性和商人所追求的目标出发,去研究商法的理念和思维。商人的思维本质在于通常从投资的