

中小企业 营业权研究

Research on the SME
Business Rights

钱宇丹◎著

中国社会科学出版社

中小企业 营业权研究

Research on the SME
Business Rights

钱宇丹◎著

中国社会科学出版社

图书在版编目（CIP）数据

中小企业营业权研究/钱宇丹著. —北京：中国社会科学出版社，2016. 10

ISBN 978 - 7 - 5161 - 9185 - 9

I. ①中… II. ①钱… III. ①中小企业—企业法—研究—中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 261130 号

出 版 人	赵剑英
责任编辑	王 曦
责任校对	周晓东
责任印制	戴 宽
出 版	中国社会科学出版社
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编	100720
网 址	http: //www. csspw. cn
发 行 部	010 - 84083685
门 市 部	010 - 84029450
经 销	新华书店及其他书店
印 刷	北京君升印刷有限公司
装 订	廊坊市广阳区广增装订厂
版 次	2016 年 10 月第 1 版
印 次	2016 年 10 月第 1 次印刷
开 本	710 × 1000 1/16
印 张	15. 25
插 页	2
字 数	228 千字
定 价	56. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话：010 - 84083683
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 中小企业营业权法律保护问题的提出	1
第一节 中小企业的法律保护问题	1
一 我国中小企业的生存现状	1
二 我国中小企业发展面临的主要问题	4
第二节 中小企业营业权的基本理论	9
一 营业权的溯源式阐释	9
二 营业权的主体	20
三 营业权的客体	27
四 中小企业营业权的特殊性	36
五 营业权法律保护的特殊语境及含义	44
第二章 中小企业营业权平等保护之法律原理	53
第一节 中小企业营业权的体系	53
一 营业准入的视角	53
二 营业自由的视角	58
三 营业转让的视角	62
四 营业融资的视角	67
第二节 中小企业法律保护的原理性分析	70
一 中小企业营业权的实现手段分析	70
二 中小企业法律保护的正当性分析	73
第三节 中小企业营业权保护之域外经验	80
一 美国经验	80
二 日本经验	83

三 韩国经验	87
四 其他国家或地区的经验	90
第三章 我国中小企业营业权保护失效之殇	93
第一节 现行制度下中小企业的生存状况	93
一 人才流失问题	93
二 信用缺失问题	97
三 融资困境问题	101
第二节 法律保护不足的危害性分析	107
一 中小企业法律保护不足的危害性分析	107
二 中小企业营业困境的成因分析	110
三 中小企业营业权平等保护的必要性分析	114
四 中小企业营业权立法的实现思路	118
第四章 中小企业营业权法律保护方法	123
第一节 公法体系下的营业权法律保护	123
一 中小企业促进法律体系的构成	123
二 中小企业促进法律制度内容构成	125
三 中小企业促进法律制度的完善目标	125
第二节 商法体系下的营业权保护手段	127
一 公司法	128
二 合伙企业法	131
三 个人独资企业法	132
四 反不正当竞争法	134
第三节 中小企业营业权相关救济措施	138
一 竞业禁止制度下的营业保护	138
二 营业侵权救济制度下的营业保护	149
三 知识产权质押融资制度下的营业保护	161
第五章 中小企业营业权保护制度完善之路	172
第一节 经济组织及市场规则下的保护立法	172

一	完善《中小企业促进法》，强化政府的法律责任	172
二	制定《中小企业银行法》，设立中小企业银行	175
三	创新服务体系的法律保障	178
四	强化政府的财政支持	179
第二节	中小企业市场准入与资源占有权的私法保护	181
一	工商登记制度，市场准入权的私法保护	181
二	竞业禁止制度，资源占有权的私法保护	184
第三节	中小企业市场环境营造与主体的行业约束	187
一	发展隐名合伙，吸纳社会闲置资金	187
二	加强金融合作、行业协作	194
三	重视营业重整，破解倒闭困局	200
第四节	中小企业受侵害的相应法律救济手段	216
一	侵害营业权的救济手段	216
二	破除融资困境的救济手段	219
三	维护营业权的诉讼救济手段	233
结 语		237

第一章 中小企业营业权法律保护问题的提出

第一节 中小企业的法律保护问题

一 我国中小企业的生存现状

中小企业^① (Small and Medium - sized Enterprises) 是与所处行业大型企业相比, 人员规模、资产规模、经营规模较小型的经济单位。2011年6月, 我国国家统计局、发改委、财政部、工业和信息化部联合印发了《关于印发中小企业划型标准规定的通知》^②, 对农、林、牧、渔业、工业、建筑业、批发业、零售业、交通运输业、仓储业、邮政业、住宿业、餐饮业、信息传输业、软件和信息技术服务业、房地产开发经营、物业管理、租赁和商务服务业等各行业的中小企业制定了具体的划型标准。该标准解决了原有标准存在的问题, 对制定和实施中小企业政策, 完善中小企业促进法律、法规, 推动中小企业发展具有重要的意义。新标准充分考虑了各行业的特点, 有利于建立中小企业信息管理和统计制度, 真实反映中小企业的经济运行状况, 同

① 我国的中小企业长期在国家主导和控制下发展, 政府制定的经济政策顺理成章地成为该领域普遍的研究重心, 众多学者将视线集中于中小企业的商业融资、信用担保、物权保护、技术创新、商业秘密保护等方面, 对法制环境和法律制度的研究较少涉及。相当一部分中国学者以西方发达国家中小企业法律制度为研究目标, 对本国的中小企业立法的情况和趋势并没有更深层的探索, 现有的研究也大多侧重于经济学、政治学的角度。

② 该规定根据《中华人民共和国中小企业促进法》和《国务院关于进一步促进中小企业发展的若干意见》, 将中小企业划分为中型、小型、微型三种类型, 具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标, 结合行业特点制定。

时有利于出台更具针对性的政策，加大针对中小企业的扶持力度，提高扶持的针对性和时效性。以民众较为熟悉的零售业为例，中型企业为从业人员 50 人至 300 人、营业收入 500 万元至 2 亿元的企业；小型企业为从业人员 10 人至 50 人、营业收入 100 万元至 500 万元的企业；微型企业为从业人员 10 人以下、营业收入 100 万元以下的企业。可见，中小企业是人们日常生活中最常接触到的企业，同时也是和人们生活、生产乃至整个社会经济息息相关的企业。

中小企业占我国工商注册登记企业总数的 99%，其工业总产值、销售收入、出口总额以及实现利税分别占总量的 60%、57%、60% 和 40%。在流通领域中，中小企业占我国零售网点的 90% 以上，并提供了 75% 以上的城镇就业机会，是我国缓解就业压力，推动经济有效增长的主要力量。此外，中小企业在实现社会化专业协作、科技创新、满足人民对商品多样化和个性化需求、维护社会稳定等方面也起到了至关重要的作用。

全国人大财政经济委员会副主任委员辜胜阻曾用这样一句话形容中小企业的生存状况：“在‘三荒两高’^①压力之下，民营中小企业的利润比刀片还薄。”统计数据表明：我国中小企业的利润率远低于利息率，年利润率不过 1%—3%，而民间借贷的利率年指数已经高达 20%。即便如此，中小企业获得贷款的方式和数额越来越少，融资带来的营业困境是所有问题中最为突出和难以解决的。

2011 年 9 月，北京大学国家发展研究院和阿里巴巴集团联合进行了实地走访，对珠江三角洲的近 100 家中小企业、11 家专业市场、15 家银行以及近 3000 家中小企业进行问卷调查，最终完成《珠三角小企业经营与融资现状》的调研报告。该报告称，在人民币升值、用工成本上升、生产原材料价格大幅上涨、企业融资困难等因素的影响下，大量地处珠江三角洲的中小企业已然或正在面临着极其严重的生

^① 2011 年 5 月 19 日，在中国国际经济交流中心举办的第二十三期“经济每月谈”上，全国人大内务司法委员会副主任委员、民建中央副主席辜胜阻在会议上指出，目前民营企业，特别是民营中小企业面临着“三荒两高”的发展困境，“三荒”为“用工荒”、“钱荒”（融资难，特别是当前政策，对于民营企业来讲非常艰难）、“电荒”（阶段性的电荒变为常态化），“两高”则是高成本和高税负。

存危机。具体来说,从2011年国家施行银根紧缩的货币政策以来,消费物价指数居高不下,加之外部经济环境的影响,外贸订单的数量也有所下降,使得珠江三角洲地区以外向型经济为主的中小企业营业出现困难。生产成本的大幅上升导致这些中小企业盈利能力减弱,订单数量的下降导致其开工率降低^①,尤其是小型企业和微型企业,不但无法顺利获得来自银行的贷款,在其他融资渠道方面也遇到层层阻碍。在融资方面,同样因为紧缩的货币政策的影响,珠江三角洲中小企业借款利率有所上升,融资期间缩短,贷款满足率有所下降。而以重要资源和原材料供应商、零部件制造生产商为主的“上游企业”通过缩短账期的方式试图加速回笼资金,同样受到影响的大型企业通过延长账期将这种影响转嫁给与其配套的中小企业,使得中小企业可以灵活支配的资金大幅减少甚至出现负债,进而产生新的融资需求。该调查显示,70%以上的中小企业对未来的营业信心较低,预计利润将呈现出持平或者亏损的态势。

从促进发展的视角来看,银行之间的竞争带来的客户需求有利于中小企业融资的顺利进行。但实际上,这种竞争因规则的缺陷又会产生新的问题。以中山地区为例,银行业的竞争在近年来愈加激烈,仅2010年至2011年就有20多家银行入驻中山,尽管其中不乏外资银行,但贷款方式还是以抵押贷款为主。融资固然是中小企业的普遍需求,但充分抵押物的缺失导致其难以在这种情形下获得贷款,通常只有年销售额超过7000万元的企业才较为容易获得贷款,甚至众多中小企业业主仍以原始的、亲朋之间的借贷为主要融资方式。

以温州为例,在前述背景下,2011年10月,温州中小企业集体

^① 报告指出:珠三角地区小企业订单量相比2010年下滑30%—40%。与2008年相比,订单由急性下滑改为逐步下滑,然而小企业在2008年对大环境的认识清晰,但当前对后市判断不清,看不到未来,没有方向,经营信心较低。受人民币升值、原材料价格波动影响,小企业接单更加谨慎。订单不足直接导致开工率下滑,平均开工率为70.92%,和往年珠三角企业绝大部分加班生产,开工率一直高于100%的情形相比,2011年的生产萧条许多。

爆发惊动一时的“跑路潮”^①事件。仅2011年前10个月，先后有90多名中小企业业主因企业融资问题无法解决导致负债严重，业主携款出逃，甚至发生多起业主跳楼事件。此后，温州25家银行发布联合声明，表示将会对中小企业进行信贷资金方面的政策倾斜。尽管2011年11月11日，央行确认民间信贷具备合法性，但重申民间借贷的利率超过银行同类贷款利率四倍的部分将不予保护。

浙江省人大财经委2012年的资料显示，2012年上半年，温州市约4000家工业中小企业中，有60.43%的企业减产或停产。

2013年3月23日，《华夏时报》以《温州金改一年困境未变，中小企业钱更荒》为题的报道反映出以中小企业较为集中的温州为代表的地区实行金融改革后，理想和现实出现了明显偏差。温州中小企业促进会会长周德文教授直言：“我们想通过金改对中小企业融资成本高进行破解，但尚未取得重大突破，中小企业‘钱荒’的困境不但没解决，还有所加重。”他还表示，2013年温州的中小企业将会面临雪上加霜的态势：一方面，信贷危机加重，银行抽贷和压贷现象愈加严重；另一方面，中小企业还面临着严重的信用危机，民间借贷危机向金融机构蔓延，容易造成整个社会信用的崩溃。显然，尽管银监会多次提出要提高对中小企业不良贷款容忍的程度，但从银行的角度来看，由于贷款考核的机制缺乏具体的改善措施，在银监会同银行两个职能部门出台细则、形成具体的配套政策前，中小企业融资的困境不会发生巨大变化。

二 我国中小企业发展面临的主要问题

（一）成本升高

国家统计局上海调查总队的调查显示，我国中小企业的资金使用状态总体上趋于紧张，融资成本持续增长，银行借贷要求高，贷款成功率普遍偏低。另外，资金紧张亦波及上下游产业链，使市场环境的恶化更进一步，而民间融资的风险很大，利息较高，无法得到中小企

^① 据统计，截至2012年2月末，温州出走企业234家，比年初新增60家，其中1月发生24家，2月发生36家，涉及银行授信的出走企业152家，涉及银行授信余额总计40.72亿元，已基本形成不良贷款，占全市不良贷款余额的36.22%。

业业主的广泛认同。此外，“用工荒”和《社会保险法》实施效应的叠加，进一步提高用工的成本，而原材料价格的大幅上涨更是加剧了中小企业的竞争压力。

工业和信息化部总工程师朱宏任表示，当前我国中小企业面临的主要困难，一是原材料价格普遍上涨，铁矿石、棉花、原油等中小企业生产必需的原料价格持续处于高位，表现出生产成本过快上升趋势；二是用工难、用工荒的问题特别突出，长江三角洲、珠江三角洲等沿海地区职工的工资普遍上涨，表现出劳动力成本上升趋势过快。以上两个成本上升过快的趋势，严重挤压了中小企业的利润空间。

2011年，温州市经贸委调查的855家企业中，有74.5%的企业表示用工出现短缺，比上一年同期提高了14个百分点。在受调查的企业中，近90%的企业普通工人工资有所上升，其中近60%的企业普通工人工资比上年同期上涨了约10%。

（二）订单减少

提及中小企业订单减少的问题，就不得不提到“去库存化”^①的问题。去库存化分为两类，即狭义的去库存化和广义的去库存化。

狭义的去库存化是指降低产品的库存水平，例如，中小企业降低原材料的库存就是一种狭义的去库存化。广义的去库存化是指消化过剩产能的过程在一定时间内延续，产能过剩的严重性从宏观投资与消费的失衡局面中可见一斑。

而从中观层面看，各行业的去库存化现象存在明显的差异，不同行业本身在地区之间也存在差异。无论是大型企业还是中小企业，部分行业产能过剩始终制约着我国经济的发展。习近平主席于2012年在中央经济工作会议上再次指出，包括水泥、煤化工、钢铁、平板玻璃、有色金属、多晶硅、风电设备等行业的产能都显示出过剩的态势，部分行业的能力则明显过剩。

① 在经济上行周期，尤其在2006年、2007年，中国企业因原材料商品价格上涨预期、出口形势良好、企业盈利前景看好等原因，增加了大量产成品或原材料库存，甚至扩大投资、购进机器设备，扩充了产能。而在2008年下半年，国际国内宏观经济形势急转直下，形成了库存。导致2009年时，只有消化库存，企业才能重新整装前进，经济才能回到增长的轨道上。

在这样的背景下,包括中小企业在内的企业业主对企业回补库存持有的态度比较谨慎。我国央行的企业家调查问卷显示,2012年第四季度,企业家的宏观经济热度指数为31.6%,较第三季度上升0.2个百分点;企业家的信心指数为60.4%,较第三季度上升1.2个百分点,企业景气度企稳回升。但是,尽管2012年第四季度的经营景气指数、市场需求指数以及国内订单指数较第三季度有所提升,但从实际数据来看这种提升幅度很小,也反映了业主们谨慎的态度。^①

另外,欧美市场消费低迷,部分经销商也进入了去库存化的状态,部分来自欧美的客户出于成本控制的考量,将以往投放至中国的订单逐步转移到东南亚等地区,导致我国中小企业接到的订单数量普遍下降。根据东莞市对外贸易经济合作局调查,该地区近两年企业订单的降幅达到15%—20%。同时,出于对人民币升值和原材料成本上涨问题的担忧,很多企业对于签订订单持有过于谨慎的态度,仅仅接受中短期的订单。

(三) 货币升值

2012年10月,人民币对美元汇率的中间价格连续六个交易日上涨,在18日时创造新高。而美国和欧盟作为中国最大的两个出口市场面临经济疲软期,消费水平有所下降,对以加工贸易为主导的中小企业造成了更大的冲击。

对于中小企业来说,首先,人民币升值提高了我国出口商品的外币价格,使得原本利润有限的中小企业的商品在国际市场的价格优势被进一步削弱,减少了企业的收入;其次,人民币升值导致原本计划在我国投资的企业之投资成本有所上升,部分企业可能会转投资于其他国家,导致中小企业能够引进的投资数量减少;再次,由于我国众多中小企业出口商品都是以劳动密集型为主,创新能力较弱,产品附加值较低,人民币的升值无疑会导致成本的升高,使得依靠低价竞争的中小企业承受更大的压力,甚至面临破产倒闭的态势;最后,我国出口型中小企业的汇率风险防范意识和抵抗能力天生薄弱,而货币汇率的变化本身就具有很强的不确定性,这无疑大大增加了中小企业的

^① 陈和午:《中国经济去库存化迷局》,《南风窗》2013年第4期。

营业风险,当部分中小企业的交易已经完成,形成了应收账款,但由于汇率的升值,会直接导致汇兑损失^①,进一步加大出口产品定价的难度,造成营业状态的恶化。^②

尽管人民币升值一定程度上转移了美欧金融危机给其自身带来的经济损失,但在中小企业面临原料价格、劳动力成本上涨等多种困难的情况下,人民币汇率的上升客观上使中小企业的生存空间越来越小。

(四) 高额税收

禁止对中小企业不合理征税一直是我国政府税收政策的一项基本原则,但客观上,我国中小企业仍然处于税费项目较多、税费负担较重的税制环境中。从税收项目方面来看,中小企业在营业过程中所涉及的税种包括营业税、土地使用税、房产税、城建税、各种增值税以及企业所得税等税费项目。从税收负担方面来看,以2012年为例,我国中小企业缴纳税款占营业收入的税收负担率为6.81%,高于全国各类企业6.65%的平均水平;缴纳税款占总利润的119.6%,高于全国99.9%的平均水平;缴纳税款占资产总额的税收负担率为4.9%,高于全国1.91%的平均水平。尽管国家出台了相应的政策和法律对中小企业税收负担进行缓解,但依然存在问题:这些税收政策大多局限于降低税率和降低起征点两种方式,形式上比较单一,起到的效果并不明显;此外,税收政策对中小企业的优惠力度有限,优惠条件较高,很难起到让众多中小企业平等享有优惠政策带来的扶持效果。例如,我国2007年颁行的新《企业所得税法》第二十八条规定,“符合条件的小型微利企业,减按20%税率征收企业所得税。国家需要重点扶持的高新技术类企业,减按15%税率征收企业所得税”,尽管对于小微企业按照20%的优惠税率进行征税,但新企业所得税法还对该条款设定了从业人数、资产总额、应纳所得税额三个方面的限制条

^① 汇兑损失是指企业向银行结售或购入外汇产生的银行买入、卖出价同记账所采用的汇率间的差额,以及月、季、年度终期,各种外币账户外向期末的余额,按照期末规定的汇率折合的记账人民币金额和原账面人民币金额间的差额等。

^② 陈若梅:《试论人民币汇率变动的原因及其对我国中小企业的影响》,《经营管理者》2012年第19期。

件,使得大多数中小企业难以享受优惠,并没有实际减轻小微企业的缴税负担。

(五) 融资困难

融资困难或许是所有中小企业面临的营业困境中最为严重也是最难在短时间内找到有效解决途径的问题。随着银根不断地收紧,银行对资金管制的力度加大,“钱荒”现象频频出现,全国范围内中小企业遭遇的融资困难可谓不胜枚举。据江西省中小企业局统计,江西省内约有上千家中小企业具有融资规模为300亿元至400亿元的融资需求,其中大多数企业的资金需求在1000万元以内,而部分仅仅需要100万元以内的融资,目的是挽救企业于破产倒闭的边缘。在深圳,根据《深圳市中小企业发展情况报告》的调查显示,约有75%的中小企业存在融资困难,资金缺口达5700亿元。在上海,调查显示,中小企业主普遍反映银行贷款利率上升导致企业贷款的成本达到贷款额度的11%以上,即便部分企业享有贴息项目,贷款成本所占比例也达到9%以上。加之中小企业贷款门槛较高,手续烦琐、提交材料复杂、审核时间较长,导致部分中小企业即便最终能够获得贷款,也错失了资金到位的最佳时间,影响企业的正常运行。甚至有部分中小企业主表示,贷款的利率已非最为关键的事项,最终能否获得贷款才是最值得关注的问题,资金缺乏必将严重影响企业的生产发展。在温州市,温州经信委监测报告称,约有一半的中小企业面临资金短缺的状况,在银行信贷无法满足中小企业融资需求的情况下,民间借贷和内部集资的融资方式仍然占有很高的比例,主要集中在部分小型民营企业和农场小企业中。根据温州人民银行的调查表明,同20世纪80年代相比,民间借贷在温州市中小企业的资金来源中所占的比例从30%下降到了15%左右,但借贷资金总体规模增加了两倍以上。融资结构分析显示,小型企业通过亲友借款和内部集资的比例分别占了68.6%和45.7%,在中型企业中该比例分别为45.8%和41.0%,在农村企业中该比例分别为59.3%和46.5%,在城市企业中该比例分别为48.9%和45.6%,在一定程度上反映出中小企业通过银行等金融机构获取贷款依然存在诸多困难。

第二节 中小企业营业权的基本理论

一 营业权的溯源式阐释

(一) 营业权概念溯源

营业权之于营业主体类似人权之于人，是一种概括性保护商事营业经济利益不受一些尚未有明确界定的行为的侵害，同时，又限于对已然发生的侵害的保护，在营业准入、营业转让等方面也具有重要的作用和意义。

“权利”一词最早由古罗马人在其制定的私法中开始使用，迄今为止，权利的概念到底经过多少位学者定义，恐怕无法确切地统计。首先，权利是一个相当抽象的概念。权利及拥有权利的表现并非一个静止的概念，并非仅存于一个特定的历史时期，其在人类历史长河中始终不断地变化和发展着，植根于其所处的社会之政治、经济和文化中。其次，权利在政治、经济、文化以及历史等学科的研究中同样处于相当重要的地位，而不仅仅是法学的研究对象。因此，学科的不同决定了研究视角的不同，研究视角的不同决定了权利被赋予的定义也不尽相同。再次，即使是同一学科的学者对权利的研究也会受到不同历史时期所处政治经济环境的影响，给予权利不同的定位。在我国，权利被视为法律为了保障民事主体基于实现某种利益的意思而允许其一定作为的界限^①，权利人对这种利益享有以特定的、正当的、具有法律效力并受到法律保护的自由程度为表现方式，本质上是一种不得侵犯的社会利益。这种定义区分了法律意义上的权利和自然意义上的权利，强调法律意义上的权利和法律之间存在不可分割的关系，即权利被视为主观意义上的法律，而法律被视为客观意义上的权利。我国宋代儒者程颢、程颐提出“明天理，灭人欲”的道德修养目标，把社会伦理看作独立于人的存在，在社会尚未制定出合法的程序确认“天理”之内容的情形下，“天理”被赋予各种规定。这也是我国封建社

^① 彭万林：《民法学》，中国政法大学出版社2002年版。

会时期的重要思想,抑制了人民对利益的追求,甚至延伸到封建社会末期,乃至新中国成立初期。事实上,对利益的追求是人性本能的选择。生存是人民享有权利的基础,生存的基础则是平等地享有社会资源和个人利益,而人民的自然需求正是追求利益的动机。另外,人对利益的追求又是没有止境的。特别是在现代社会,经济的高速发展、生活质量的提高都一定程度地刺激了人们对利益更多的追求。但无论是古代还是当代,社会资源的总量永远是有限的,这就决定了社会稳定的发展、法律体系的完善都要面对如何平衡社会资源的分配和利益归属等核心问题。^① 随着我国社会主义法律体系的形成和发展,法律对公民的生命权、财产权、人权的保护以及对交易自由、经营自由、契约自由等权利的确认也在不断发展,强调对公民物质利益保护的同时也逐步重视精神利益的保护。

在现代社会,营业权是指在企业营业过程中概括性保护其利益不受侵害的商事权利,它同法律的关系不仅仅是权利同法律的关系,还能够反映出更深层的经济、政治、社会关系以及所有营业主体和相关主体的文化与道德内涵。尤其在营业主体可能受到的侵害方面,营业权不但能够保护营业主体不受已然发生的、尚未被法律明确界定的行为所侵害,在营业准入、营业转让、营业重整等活动合法进行,在平等的竞争环境中营业自由能够充分得以保障等方面均具有重要的作用和意义。

“营业权”概念的溯源同《德国民法典》的制定以及1904年德国最高法院的一项判例紧密相关,其所指向的利益关系在其本身被创立之前,是由《德国民法典》中的“其他权利”加以界定和保护。这是因为,即便法律采用列举式制定权利保护的一般条款,也无法穷尽所有可能或者无限扩大侵权责任的范围,制定出不计其数看似有针对性实则复杂烦冗、缺乏司法实践价值的权利和概念。反之,一旦某种权利被不计其数的判例或社会事实赋予了广泛需求的属性,新权利的法律确认便不再是巧合,基于同样的逻辑,营业权概念的出现绝非偶然。回到历史视野内,正如著名法学家耶林(Rudolph von Jhering)

① 李少伟:《权利的人本主义解释》,《法学杂志》2010年第12期。

在《德国民法典》制定之前针对侵权责任范围的问题写道：“如果在非合同关系的领域，一个人既可因故意也可因重大过失而受到起诉，将把世界引向何方？一句不经意的话、一条传言、一条错误信息或是糟糕的建议、轻率的判断、推荐的保姆不称职、回答旅客的时间地点有错误等，如果仅因这些行为属于重大过失便使得行为人为其引致的损害承担责任，而不论其诚信与否，无疑是一个责任扩张的过程，是商业和社会交往真实的噩梦，极大地限制了自由交流，令最无辜的话语成为了可怕的诱饵！”^① 对于侵权行为，《德国民法典》草案拟规定因故意或过失的作为或不作为造成他人损害者，应当承担赔偿责任。该条款本身并未对“损害”的概念和范围进行具体的描述或限制，民法典起草委员会对此作出如下解释：在民法中，每个人的权利都应当被尊重，不允许以任何不被认可的方式对他人的合法权利实施侵害行为，任何人违反该法的一般要求、缺乏正当理由的行为都足以构成侵权。最终《德国民法典》第 823 条第 1 款的表述为：“故意或过失地以违法方式侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的人，负有向他人赔偿因此发生的损害的义务。”当时的起草委员会认为“可能被侵犯的对象”中不包括债权，该条款中的“其他权利”指的是没有被明确列举的其他绝对权。

《德国民法典》实行后第四年，“营业权”的概念诞生于德国最高法院的判例中。1904 年 2 月 27 日，德国最高法院在一个实用新型纠纷案的判决中首次提到了“营业权”一词。1901 年夏天，本案中的被告对原告提出停止使用某实用新型设计的要求，声称如果原告继续使用该实用新型，将提出损害赔偿的要求并提起诉讼。同年 9 月 2 日，本案被告明确要求原告停止在地毯和地垫等类似产品的生产环节中使用黄麻纤维桩技术，并在同一日向原告企业的两位纺织主管发送以警告为内容的信函。原告则声称早在 1901 年 6 月 10 日，原告企业已经停止使用黄麻纤维桩技术和相关产品的生产。此后，本案原告对被告提起诉讼，认为黄麻纤维桩技术在被告申报实用新型时已被广泛

^① 张新宝、张小义：《论纯粹经济损失的几个基本问题》，《法学杂志》2007 年第 4 期。