



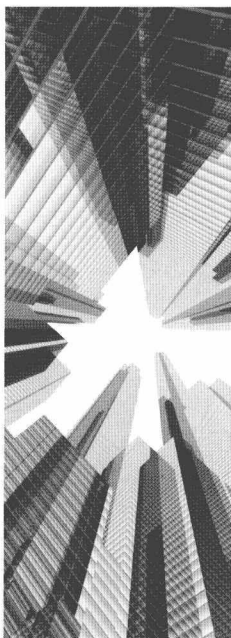
营业转让 法律制度研究

YINGYE ZHUANRANG
FALV ZHIDU YANJIU

郭娅丽◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



营业转让

法律制度研究

YINGYE ZHUANRANG

FALV ZHIDU YANJIU

郭娅丽◎著

本书出版受北京联合大学市级重点建设学科经济法学科建设经费资助



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

营业转让法律制度研究 / 郭娅丽著. —北京: 法律出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2634 - 3

I. ①营… II. ①郭… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 209565 号

营业转让法律制度研究
郭娅丽 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 13.5
字数 232 千
版本 2012 年 3 月第 1 版
印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2634 - 3

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内容摘要

本书运用比较研究方法澄清了营业转让的内涵和外延,梳理了营业转让制度在商法中确立的历史演进脉络,借鉴国外以及我国港、澳、台地区的相关立法经验,结合我国营业转让实践中的诸多迷乱归纳分析,主要论证了以下问题:第一,法律关系客体既有单一客体,也有复杂客体。营业成为营业转让法律关系客体是对法律关系客体理论的重大发展,为该理论由单一客体向复杂客体发展提供了生动的例证。第二,营业转让的实践应用形式。具体包括五种:企业整体转让,企业重要部分的转让,商号权转让引发的营业转让,商铺租赁权转让引发的营业转让,商业特许经营体系扩张时运用的营业转让。第三,营业转让的法律规则。包括两个规则:一是遵循从物与主物共命运的法理,营业财产整体移转规则;二是转让人负有竞业禁止义务的规则。第四,营业转让中对债权人的保护制度。包括两种债权人的保护制度:一是制定法对现时债权人的六种保护制度,并提出相关完善建议;二是判例法对未来债权人的保护制度,提出借鉴美国判例法中的新继受人责任规则,强调只要受让人业务经营是对转让人业务经营的延续,其实质是企业人格的延伸,即可以要求受让人承担转让人对于未来侵权债权人的债务。第五,完善和构建我国营业转让制度。制度的价值取向应定位于实现营运价值和追求利益平衡;制度理念上应谨慎政策治理,树立商法理念;立法模式应选择民法典的一般规定与商事单行法相结合的立法模式;制度的内容有两部分:一是民法典确立的一般规则,主要有:界定营业转让的内涵、要件和判断标准;完善效力认定规则体系;构建统一的营业转让的财产移

转规则;设定转让人的竞业禁止义务;建立债权人利益保护的事前防范机制和事后救济机制。二是特别法确立的特殊规则,主要有:完善国有企业营业转让规则;提升商号转让引起营业转让规则的效力层级;建立特许经营外部民事责任归属机制;建立商铺租赁权转让引起营业转让规则;制定统一严谨的企业并购规范。

目 录

内容摘要	1
绪论	1
一、选题背景及研究意义	1
二、研究综述及简要评价	4
三、研究范围及研究方法	9
四、创新之处及遗留难点	10
第一章 营业转让概念的法律分析	13
第一节 商法中“营业”概念的界定	13
一、与“营业”相关的几个概念	14
二、“营业”的法律本质	18
三、“营业”的法律特征	21
第二节 商法中营业转让概念的界定	23
一、相关概念的比较分析	23
二、营业转让的法律本质	26
三、营业转让的法律特征	28
四、营业转让判定的实例分析：是营业转让还是股权转让	28
本章小结	29

第二章 营业转让制度的商法确立	31
第一节 营业转让客体的历史演进	31
一、农业时代的经济组织与“营业”	32
二、手工业时代的经济组织与“营业”	33
三、工业化时代的经济组织与“营业”	35
四、信息化时代的经济组织与“营业”	37
第二节 营业转让的法律确认	39
一、营业转让法律确认的深层原因	39
二、营业转让法律确认的法理推演	41
三、营业转让法律确认的立法实践	47
本章小结	49
第三章 营业转让的实践应用	51
第一节 营业转让的发生依据:要素转让	51
一、“营业”构成元素的三种观点	51
二、“营业”构成元素的争议焦点	52
三、要素转让是营业转让的发生根据	63
第二节 营业转让的实践形式	63
一、企业整体转让	63
二、重要部分转让引发的营业转让——以日本判例和学说为中心	63
三、商号权转让引发的营业转让	65
四、商铺租赁权转让引发的营业转让	70
五、商业特许经营体系扩张运用的营业转让	74
第三节 营业转让实践形式的分类	77
一、营业转让实践形式的分类意义	77
二、营业转让实践形式的几种分类	78
本章小结	79
第四章 营业转让的规则分析	81
第一节 营业转让的效力认定	82
一、特殊客体的买卖:营业转让合同的有效条件	82
二、公益冲突的规制:营业转让合同无效的认定	86
三、私益冲突的规制:营业转让合同撤销权的行使	90
第二节 转让人的义务规则设定	100

一、营业转让中转让人义务规则设定的理论基础	100
二、营业转让中的财产移转规则	101
三、营业转让中的竞业禁止义务	110
第三节 营业转让中债权人的利益保护机制	120
一、营业转让中债权人利益保护机制的理论基础	121
二、债权人在营业转让中的弱势地位	122
三、制定法对营业转让中债权人的保护制度	124
四、判例法对营业转让中债权人的保护制度	137
五、实例分析：“金蝉”一再脱壳	143
本章小结	146
 第五章 我国营业转让制度的立法构建	149
第一节 梳理与扬弃：对我国现行营业转让制度的反思	149
一、制度价值取向错位之要因：范畴界定的模糊混乱，加之实践形式的 复杂多变	150
二、制度设计理念混乱之根本：政策治理的惯性思维，加上对国有资产的 过度保护	150
三、制度设计诸多纰漏之表现：现行营业转让制度的梳理与扬弃	151
第二节 借鉴与完善：我国营业转让制度的具体构建	174
一、营业转让制度之价值定位：实现营运价值和追求利益衡平	174
二、营业转让制度之理念提升：谨慎政策治理和树立商法理念	175
三、营业转让制度之内容重构：一般规则与特殊规则相结合	176
本章小结	191
 结语	193
 参考文献	195
 后记	207

绪 论

一、选题背景及研究意义

(一) 选题背景

20 世纪 90 年代,在商事立法模式的讨论中,有学者提出了区别于“民商合一”和“民商分立”的第三种模式,即在民法典之外另立一部《商事通则》,依照当初《民法通则》的模式,将有关商事总则的内容加以规定,以突出商法的特征。^① 该观点得到多数商法学者的肯定,并就《商事通则》的具体内容展开了广泛的讨论。^② 其中,营业的内涵和外延如何界定,营业转让是否应作为具有一般性和共同性的规则在《商事通则》中加以规定,如何认定营业转让的效力,受让人的营业资质问题,转让人是否承担竞业禁止义务,以及营业转让中债务承担是否应坚持“债随物走”,如何建立债权人、劳动者的利益保护机制等问题成为争论的焦点。具体到我国的商事实践,营业转让纠纷日渐增多,既有规则主要限于国有企业,且多具政策性;相关司法解释违背基本法理,导致司法实践中诸多迷乱。学界正致力于探究上述问题,试图构建营业转让中相关当事人的利益平衡机制,以此回应商事实践对营业转让规则的需求。

^① 参见江平:“关于制定民法典的几点意见”,载《法律科学》1998 年第 3 期。

^② 参见王保树:“商事通则——超越民商合一与民商分立”,载《法学研究》2005 年第 1 期;雷兴虎:“商事通则:中国商事立法的基本形式”,载《湖南社会科学》2004 年第 6 期;杨继:“商法通则统一立法的必要性和可行性”,载《法学》2006 年第 4 期;苗延波:“论中国商法的立法模式——兼论《商法通则》的立法问题”,载《法学评论》2008 年第 1 期、第 2 期;朱慈蘅:“营业规制在商法中的地位”,载《清华法学》2008 年第 4 期。

(二) 研究意义

所谓“营业转让”,是指将具有有机一体性的财产和权利的集合体加以整体转让的一种混合契约行为。营业转让制度在大陆法系国家民法典、商法典,以及公司法、企业并购法、反垄断法等立法中均有规定。营业转让不仅是企业在初级发展形态下处置营业资产达到利益最大化常用的手段,在并购重组的激烈竞争之中更成为企业优化资产结构和组织结构的重要手段。正如学者所言,营业转让是一种“理论上模糊,实践中有用”^①的制度,对其进行系统性的专题研究,具有两方面的重要意义:

1. 理论意义

(1) 丰富和发展民(商)事法律关系客体理论

法学上使用“营业”这一概念有诸多含义,“营业转让”中的“营业”有其特定的含义,学界尚有模糊之处,尤其与企业并购重组的诸种手段混淆使用的情况比较普遍,导致在制度设计上出现错位现象。因此,从制度的源头去探寻,对“营业”概念进行科学界定,从而确定营业转让的准确内涵,然后通过对营业转让制度的发展过程梳理,可以“从正面把握由权利、法律关系(权利义务的综合)与事实关系这三要素组成的企业组织本身”,“有利于明了存在于‘企业’之上的权利观念,减少在概括处理企业组织方面存在的诸多遗憾”,^②揭示“营业”(包括“企业”)作为统一体所具有的价值。同时,探求“营业”(包括“企业”)作为法律关系客体的理论基础、法律依据,丰富和发展民事(商事)法律关系客体理论。

(2) 剖析并夯实我国营业转让法律制度的法理基础

从两大法系营业转让制度立法来看,大陆法系国家和地区大多采取一般法(民商分立国家的商法典、民商合一国家的民法典)加特别法(公司法、企业并购法等)的模式加以规定,前者如日本、德国、法国、我国澳门、我国台湾地区等,后者如俄罗斯、意大利等。英美法系国家虽然不使用这一概念,但有与之相似的制度,通过判例法确立了相应的处理规则。该制度引起两大法系特别是大陆法系学者的关注,积累了丰富的研究资料。对我国营业转让制度立法溯源,早在民国初年农商部起草的《商事条例》就使用了“营业”一词,^③盛行于明清商界,至民国时期历久不衰,其制度脉络在大院及最高法院作出的判例中清晰可辨的铺底权,^④就是营业转让的表现形式之一。新中国成立以后1951年4月16日北京市政府曾公布《北京市人民政府

① [法]克洛德·商波(C. Chempaud):《商法》,刘庆余译,商务印书馆1998年版,第70页。

② [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版,第111页。

③ 参见季立刚:《民国商事立法研究》,复旦大学出版社2006年版,第96~97页。

④ 金伏海:“续租权与铺底权之比较”,载《比较法研究》2006年第4期。

关于铺底权纠纷处理试行办法》，及至改革开放以后国有企业改革过程中，关于国有企业产权交易、企业公司制改造等颁布了一系列立法（第五部分详细论述），其中包含了丰富的营业转让制度的内容。我国立法中第一次明确使用“营业转让”一词并初步建构该规则的当属《深圳经济特区商事条例》（1999年6月30日，经深圳市第二届人民代表大会常务委员会第三十三次会议通过并公布，2004年修改）。此外，《破产法》、《反垄断法》、《物权法》、《公司法》等法律、行政法规、司法解释、地方性法规均有实质意义的营业转让制度的规定。总体上看，这些规则尚未形成逻辑严密、内在协调统一的体系，且主要是围绕国有企业产权改革设置的规范，无法适用于所有企业。针对如火如荼的营业转让实践，学者必须对此作出积极回应，对其进行深入、系统的研究，对营业转让规则进行法理阐释，为规则的良性运行提供坚实的法理基础。

2. 实践意义

（1）建构统一的营业转让规则，为企业实行营业转让提供指引

如上所述，在我国，尽管“营业转让”这个词在立法中出现的时间较晚，但实质意义的营业转让早已成为立法规制的对象，司法实践中亦已有成案。^① 国有企业改制、并购的实践固然占据较大比例，非国有企业亦跻身其中；营业转让不仅是上市公司之间并购重组的常用手段，而且在非上市公司实施扩张战略、中小企业改变经营策略等特定情形下同样被利用。尽管各自实现营业转让的模式不同，但毕竟存在一些共同的法律特征，应该有统一的处理规则适用于不同类型企业的营业转让，之下再构建各自的特殊规则，为企业实行营业转让提供指引。

（2）剖析现行的营业转让规则，为司法实务中正确适用提供参考

我国的营业转让规则主要围绕国有企业改革进行，立法难免带有一定的倾向性，如对金融债权的特殊保护。加之其中某些规则的设置不尽合理，适用中存在诸多困惑。此外，由于审判人员对规则的理解歧义，导致类似的案件判决结果却差异较大，影响法院在社会中的威信，同时也是对法律权威的挑战。解决这些问题的根本方法是制定统一的营业转让规则，同时规则背后的法理依据应统一，便于法官深入理解立法的本意，在具体适用中作出合乎立法宗旨的解释。这里应强调的是，尽管“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，但是对经验作出合乎逻辑的推演，使法律具有一定的超前性，便于法官在无法律规定可以援引时，正确把握和解决未来实践中可能出现的争议。

^① 参见马跃、毕芳芳：“营业转让问题研究”，载《人民司法》2004年第6期。

二、研究综述及简要评价

(一) 国内外研究综述

1. 国外研究综述

(1) 日本

我妻荣先生所著《债权在近代法中的优越地位》是一部鼎力之作,其中关于“企业”作为具有独立价值的存在的观点,以后在其《物权法》、《新订民法总则》等著作中均作了重申。先生对德国法致力于纯逻辑的综合分析肯定其合理性的基础上,着眼于社会生活的实际,提出以裁判为中心考察法律,并身体力行地对“企业”这一组织体的独立价值沿着社会变迁路径,概括分析其在现代法中否定原则之例外情况,提出了“赊销价金债权或企业设施的概括担保”、“企业的担保价值的独立”、“特许经营权”、“附随于企业经营的责任保险、保险契约的权利义务和企业合为一体而移转”等情形,引发我们的深思。这些论断尽管比较分散,但是其中不乏真知灼见,让我们窥视到了现代法发展的方向,只遗憾于对“企业”这一组织体的价值所在成为先生未竟之事业。

宇田一明教授所著《营业让与法的研究》(1993年)主要研究了以下问题:①把握营业让与的对象“营业”的方法论;②营业让与和劳动关系是否承继问题;③营业转让和竞业禁止义务的关系;④营业转让时因是否续用商号不同,受让人的责任问题;⑤营业转让是否必须经过股东大会特别决议;⑥营业让与担保是否必须经过股东大会特别决议;⑦财政破綻情况下营业转让是否必须经过股东大会特别决议;⑧营业转让命令和股东大会决议的关系;⑨母子公司间的营业转让。该研究的角度多元,主要是从商法角度对营业转让法律关系及其法律程序展开论述。

山下真弘教授所著《公司营业转让法的法理》(1999年)主要研究了以下问题:①营业转让中股东保护和交易安全;②从比较法角度考察营业及公司全财产的转让;③股份公司营业重要部分的转让;④公司解散后营业的转让担保;⑤主张公司营业转让、受让无效的限制;⑥营业转让是否必须经过股东大会特别决议;⑦营业转让对债权人的效力;⑧营业让与和劳动关系是否承继问题。

(2) 德国

德国学者迪特尔·梅迪库斯指出:民法中“没有关于财产的概括性规定,即既无定义,也缺乏关于法律后果的一般性规定”。“一个企业可以被买卖。但是,企业并不是一个可以承受一体性处分行为的权利客体。”^①

《德国商法典》规定了“企业转让”,学者C. M. 卡纳里斯对“企业作为法律交易

① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2004年版,第889、890页。

的标的物”进行了详尽的阐述:企业出让人的义务、企业买卖中的履行障碍和担保、股份买卖和企业买卖、企业临时出让合同、企业作为返还之债的标的物等。^①

(3) 法国

法国商法中建立了完备的商事营业资产转让合同公示制度,包括公示的方式、时间和效力,并赋予债权人以竞价权和异议权;对商业营业资产的组成部分之一——租约权颁布了一系列相关法律。学者对此有较为充分的论证。^②

(4) 俄罗斯

《俄罗斯民法典》有关企业转让立法的规定可谓一大创新。^③ 有学者针对《俄罗斯民法典》中“企业”的两种不同意义做了阐述,特别是对作为客体的“企业”及其转让规则进行了评介。^④

2. 国内研究现状

(1) “商事法律关系客体”研究概述

在民(商)法学研究领域民(商)法律关系研究方面,对民事法律关系研究居多,商事法律关系研究偏少(在中国期刊网上输入关键词“商事法律关系”,仅有4篇文章,^⑤且不是对其本身进行的专门研究);查阅已经出版的商法教材及有关商法总论的著作,对商事法律关系的论述也寥寥无几,^⑥且对商事法律关系主体、内容研究居多,大多数商法教材、论著都热衷于这一块,而对商事法律关系客体的研究相对冷落,只有少数学者看到了这一理论空白,对“商事营业资产”展开研究,^⑦对企业作为法律关系客体作出了初步的探索,^⑧但对其整体价值从商事法律关系客体的角度探寻背后的理论基础付之阙如,对整体价值的实现模式、实现方式,特别是对中国构建

① [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第225~250页。

② [法]伊夫·居荣:《法国商法》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第701~777页。

③ 王志华:“俄罗斯企业立法转向启示”,载 <http://blog.sina.com.cn/caiguoxuan>,2008年7月19日访问。

④ 鄢一美:《俄罗斯当代民法研究》,中国政法大学出版社2006年版,第210页。

⑤ 郑景光:“论在国际民商事法律关系中国家豁免的废除”,载《武汉科技学院学报》2006年第11期;赵合理:“刑民互涉案件中经济犯罪的处理结果对民商事法律关系的影响”,载《人民司法》2005年第9期;郭明瑞:“民商事法律关系中合同制度探讨”,载《政治与法律》1997年第4期;林勇:“第三方物流民商事法律关系研究”,2006年福州大学硕士学位论文;李少伟、王延川:“商法的规范对象——商事关系论要”,载《甘肃政法学院学报》2005年第9期。

⑥ 根据笔者翻阅的教材、论著统计,赵万一:《商法学》,中国法制出版社2006年版;任先行主编:《商法总论》,北京大学出版社、中国林业出版社2007年版。

⑦ 张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版;叶林:“营业资产法律制度研究”,载《甘肃政法学院学报》2007年第1期。

⑧ 唐晓晴:“企业作为法律关系主体与法律关系客体的可能性——兼评我国民法界对企业性质的认识”,载《判解研究》2005年第4期。

营业转让制度尚未进行深入探讨。

从对商事法律关系客体的研究来说,主要局限于单一的客体,如物权法律关系、债权法律关系等,事实上,“商事法律关系显示出一定的交错性与综合性,‘大多数法律关系并不是由某种单一的关系组成,而是一个由各种法律上的联系组成的综合体:它是一个整体,是一种‘结构’,它的具体要素有权利、权能、义务和拘束等多种多样的形式’”。^① 商事法律关系具有不同于民事法律关系的性质,其客体的社会化演进带来了相应的法律变迁,从单一的物作为客体,到具有有机一体性的财产、权利、事实关系的集合体,商事法律关系也呈现出一种从单一的物权法律关系到复杂的法律关系的趋势。

(2) 营业转让制度研究概述

直接以该题目研究的博士论文有两篇:

滕晓春所著“营业转让制度研究”,中国政法大学民商法博士学位论文(2008年)。该文在梳理、分析、评价其他国家和地区的营业转让制度基础上,比较借鉴其立法、司法成果及理论研究成果,结合我国的企业产权制度改革实践,首先对营业转让的基础理论进行研究,对营业的构成要素及法律性质进行分析;其次对营业转让的特殊制度重点探讨了三个内容:营业转让合同的登记与公示、营业转让中的债权与债务、营业转让中的竞业禁止;最后从宏观层面和微观层面提出了构建我国营业转让制度的立法内容。^②

陈国奇所著“营业转让研究”,清华大学民商法博士学位论文(2009年)。该文在分析界定商法上营业、营业转让内涵的基础上,指出营业转让是企业并购的重要方式。对营业受让人是否应承担转让人的债务问题的三种观点进行评析,认为我国尚未对营业转让中的债务承担问题作统一规定,容易导致司法实践中的法律适用错位,自愿承担符合意思自治原则和公平原则,且有利于实现资产与负债相分离,值得我国借鉴。公司重大资产出售是营业转让的类型之一,提出对重大资产出售的界定,应当采取质与量相结合的标准,并对存续公司、破绽公司、清算公司中营业转让的决策权、股东权益的保护问题进行了探讨。针对我国现行立法中营业转让规则缺乏系统立法的现状,提出未来有必要针对营业转让进行系统而专门的立法。^③

与营业转让制度直接相关的研究有三部:

张宏伟著“营业资产法律制度研究”,中国人民大学民商法博士学位论文(2007

^① 转引自李少伟、王延川:“商法的规范对象——商事关系论要”,载《甘肃政法学院学报》2005年总第82期。

^② 参见滕晓春:“营业转让制度研究”,中国政法大学2008年民商法博士学位论文摘要部分。

^③ 参见陈国奇:“营业转让研究”,清华大学2009年民商法博士学位论文摘要部分。

年)。该文共分两大部分:第一部分是理论研究,首先界定营业资产的概念,指出商法制度侧重于满足营利价值理念的实现,营业转让制度是从整体上考虑财产让与的问题,营业资产可以作为商事经营、转让和租赁的客体。其次对营业资产的法律性质进行了探讨,介绍了营业资产的构成要素。第二部分是制度和实务研究,指出营业资产让与是各种资产交易的基础性交易模型,通常情况下,营业资产让与只会影响让与双方的资产结构,而不会影响企业组织结构。公司合并分立作为更为复杂的营业资产让与形式,既引起营业资产的实质性让与,又能导致公司组织结构的变更或消灭。营业资产转让过程中,要受到一些限制,文中探究了异议股东的收买请求权、转让方的债权人利益保护等。现行营业资产的定价机制不合理,提出通过透明公开的产权市场对资产价格作出最终裁决和判定。此外,文章还探讨了营业资产向公司出资的规制、外资并购中国企业的法律规制。^①

许德风著“论企业的买卖——以瑕疵与缔约行为为中心”,北京大学法学院民商法博士学位论文(2004年),与本题目的研究相关。该文突破了以往学者对企业买卖主要着眼于对国企改革中政企分开问题的探讨,选择从交易法,包括从买卖法及相关制度的角度进行研究,立足于建构平等主体之间充分竞争的交易规则。重点研究了三个核心问题:企业买卖中信息的公开与分配、瑕疵责任与缔约过失责任的相互替代和企业人格在买卖中的延续。提出了以下观点:①企业买卖中的出卖人并不负有当然的告知有关企业一切信息的义务。但是,对于影响企业买卖目的的重大信息,应当予以告知。②买卖双方可以通过合同明确约定有关避免、发行和处置瑕疵的办法。意向书、尽职调查等都是有效地避免和发现瑕疵的法律工具。③企业瑕疵具有独特性。如果双方当事人就企业的应然状况作了明确约定,则在企业的实际状态与该约定不符时,便构成买卖法上的瑕疵。买受人可以根据约定,或者,在没有约定的情况下,比照买卖法的有关规定要求出卖人承担瑕疵责任。在救济手段方面主张更多地适用诸如减价、补充履行、损害赔偿等,对解除这种救济方式适当予以限制。在违约损害赔偿的内容上,考虑到可得利润的证明困难,更注重对成本费用或信赖利益的赔偿。④无论是股权买卖还是资产买卖,在一定程度上说,都是企业人格的一种延伸。这是继任人责任、企业债务的承受、资产买卖中劳动关系延续等制度的基本根据。^②

王志诚著“企业组织再造之法制”,其中第五章“营业让与法制”作为企业组织再造的一种手段,就营业让与的形态、对价、方式、程序等问题进行探讨,评介了学说

① 张宏伟:“营业资产法律制度研究”,中国人民大学2007年民商法博士学位论文摘要部分。

② 许德风:“论企业的买卖——以瑕疵与缔约行为为中心”,北京大学2004年民商法博士学位论文摘要部分。

与实务的对立,总结了规避股东会决议的几种行为:担保设定、让与担保或信托设定、概括授权、承受后再让与、现物出资、清偿债务、化整为零、脱壳法的营业让与,提出了重构公司治理的观点:合理分配治理权限,建立契约当事人之间、经营者与股东之间、大股东与小股东之间、公司价值与第三人之间、公司价值与员工之间的利益冲突调整机制。

此外,关于营业转让制度的硕士学位论文代表性的有两篇:

陈文元著“营业让与之研究”,我国台湾地区辅仁大学法律学硕士学位论文(1998年)。该文主要评介了日本商法中有关营业转让的立法与学说、实务,并相对于我国台湾地区当时有关营业转让立法的相关问题进行探讨。重点包括三大部分:①营业及营业让与的概念、本质、法律性质;②营业让与的法律效果,剖析了内外两种法律关系及其当事人的权利义务;③股份有限公司之营业让与股东会特别决议之关系。^①

张完连著“营业转让制度之比较研究”,兰州大学法律硕士学位论文(2005年)。该文主要就商号转让引起营业转让的情形、营业转让中的债权债务关系、竞业禁止义务和劳动关系是否承继问题,结合《德国商法典》、《日本商法典》、《韩国商法典》、《澳门商法典》中的规定,进行了比较研究。

此外,硕士学位论文还有两篇,^②期刊论文十几篇,^③研究的主要内容并未超越上述内容。

(二)简要评价

以上学者对营业及营业转让的概念界定、商号转让和营业转让关系的研究,奠定了本论文进一步阐释基本内涵及外延的研究基础;从商法、反垄断法、劳动法多个角度解读营业转让的意义,加深了本书限于商法角度展开论证的理解;对营业转让的效力问题的研究、营业转让与股东大会特别决议的关系以及债权人的保护等阐述,对本书的研究均有较大的启发和借鉴意义。

但是,现有的研究成果亦存在明显的不足:①对营业成为法律关系客体的法理基础未加以深入论证;②对营业要素的分析存在偏差;③对营业转让的实践形式进

① 陈文元:“营业让与之研究”,辅仁大学1998年法律学专业硕士学位论文摘要部分。

② 柳立业:“营业转让的法律规制”,苏州大学2008年法律硕士学位论文;郭晓杰:“营业转让问题研究”,清华大学2007年法律硕士学位论文。

③ 代表性论文有:王保树:“寻求规制营业的‘根’与‘本’”,载《中国商法年刊》2007年卷;孙英:“营业转让法律制度研究”,载王保树主编:《商事法论集》(第14卷)2008年版;叶林:“营业资产法律制度研究”,载《甘肃政法学院学报》2007年第1期;蔡永民、张完连:“营业转让制度初探”,载《江南大学学报》2007年第4期;任尔听、张完连:“论营业转让与商号转让”,载《甘肃社会科学》2007年第2期等;[日]山下真弘:“日本公司法上的营业转让与股东保护”,刘小勇译,载《太平洋学报》2009年第7期。

行了研究,但还不全面,未从理论上加以提炼;④对营业转让的效力认定问题,国外研究成果主要集中在股东大会决议和营业转让的关系,对不同经济组织内部决策与营业转让的关系未抽象出共性的规则,同时对违反不同法定程序的营业转让的效力未充分研究;⑤国内对股东大会决议瑕疵研究较多,对营业转让中存在的股东大会决议瑕疵问题还没有太多关注,对违反不同法定程序的营业转让的效力不加区分;⑥营业转让对双方当事人的效力问题,未充分关注“营业”作为集合物的特性构建相应的财产移转规则,对竞业禁止义务未限定在营业转让的视角加以深入研究;⑦对营业转让中债权人的保护,现有成果主要集中在商号转让引起营业转让的情形,对不附带商号转让的营业转让中债权人的保护机制未进行系统研究;⑧对中国现行营业转让制度的分析不够全面,具体制度构建显得薄弱,亟待学者全面、系统地研究论证。

三、研究范围及研究方法

(一) 本书的研究范围

对营业转让制度的研究,可以从反垄断法的角度出发,如有学者认为营业转让是“通过取得资产的方式取得对其他营业的控制权的行为”,^①是一种经营者集中;可以从劳动法角度出发,对劳动者在面临营业转让时的利益保护研究;本书则是侧重于商法角度,从商事法律关系客体理论出发,使“营业”这一具有独立价值的客观存在获得理论上的支撑;对营业转让的特殊规则进行分析构建,由于篇幅所限,作出以下限定:主要限于本书第三部分归纳的营业转让的实践应用的五种表现形式,营业的担保、租赁不在研究范围之内。

(二) 本书的研究方法

本书写作过程中,运用了多种研究方法,主要有:

1. 历史分析方法

任何一个制度都植根于一定的历史条件,有它产生的社会背景,有它适用的具体条件,这是考察制度是否充分发挥作用的前提和基础。本书研究试图沿着“营业”(企业)作为法律关系客体的历史演进脉络,探寻“营业”(企业)独立价值的真正动因,研究营业转让的制度价值,为构建营业转让规则提供历史逻辑依据。

2. 规范分析方法

运用这一方法主要体现在:通过对国内外相关立法模式比较分析,提出中国营业转让制度立法模式的现实选择;通过对国内外相关立法文献及其附随情况进行比较研究,探求和阐明法律规范的立法意旨,分析营业转让的特殊规则,反思我国现行

① 陈国奇:“作为反垄断法规制对象的营业转让”,载《北方法学》2008年第6期。