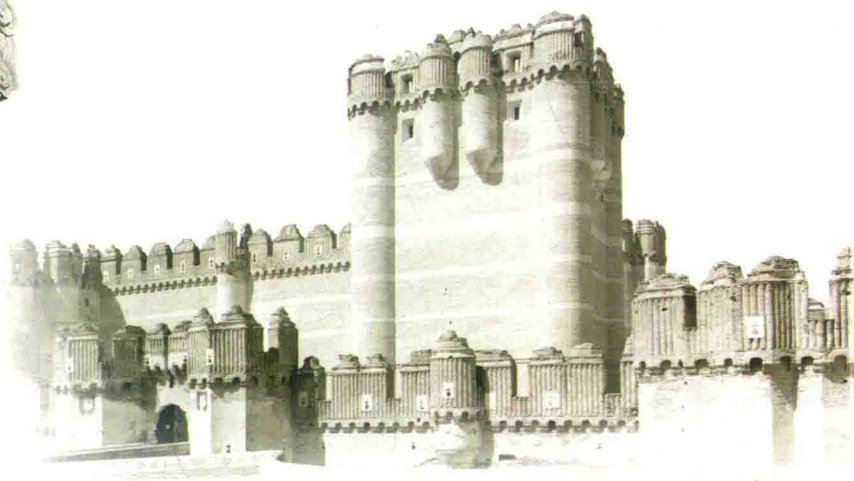


21世纪普通高等学校法学系列教材

商事前沿案例 评析教程

朱晓娟 编著



清华大学出版社


中国大学MOOC(慕课)

商务谈判案例 评析教程

王健 主编



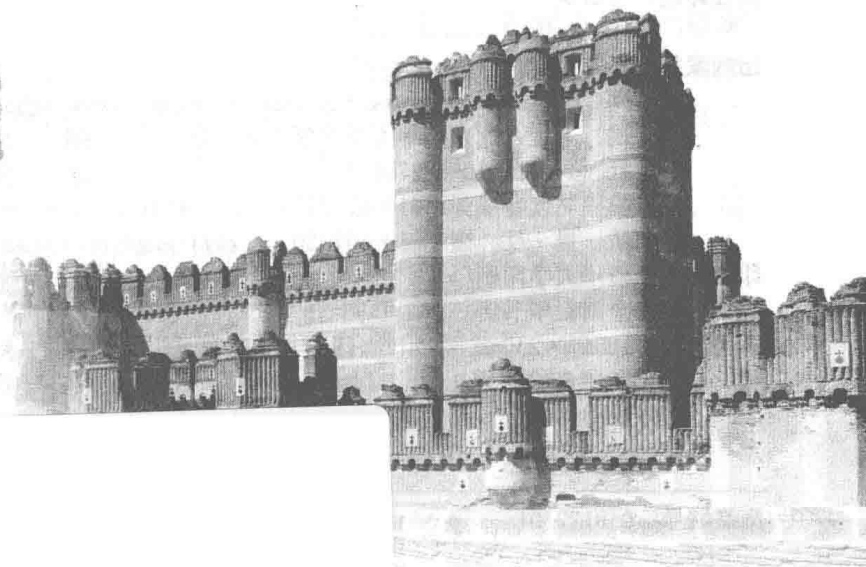
中国石化出版社



世纪普通高等学校法学系列教材

商事前沿案例 评析教程

朱晓娟 主编



清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本书共二十一个专题,包括商法总论、公司法、合伙企业法、证券金融法、破产法、商事合同法等内容,基本依照我国主流的商法体系顺序与内容排列,并在证券法、破产法及保证合同等领域进行了开拓性的尝试。本书在内容和研究对象上做到了“散而不乱”,呈现了商法的“非体系性之美”。

本书适合作为普通高等院校法学专业本科生、研究生商法学的教材,也可作为商法学科科研人员的参考资料,还可作为法官、律师等法律职业人士实践工作的参考用书。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

商事前沿案例评析教程/朱晓娟编著. —北京:清华大学出版社, 2018

(21世纪普通高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-302-48886-6

I. ①商… II. ①朱… III. ①商法-案例-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.995

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第287973号

责任编辑:杜春杰

封面设计:刘超

版式设计:魏远

责任校对:马子杰

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印装者:清华大学印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×230mm 印 张:22 字 数:464千字

版 次:2018年2月第1版 印 次:2018年2月第1次印刷

印 数:1~3000

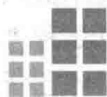
定 价:49.80元

产品编号:069172-01



前

言



本书的写作是以对商事案例的评述与理论分析，以及对商事前沿领域的理论指导为主旨，主要围绕近年来商事领域的司法实践与最新发展，进行理论上的梳理与分析，以求发挥理论对实践的指导作用。

本书以专题研究的形式，运用比较与历史的研究方法，对我国商法的裁判理论进行重点梳理，同时，对亟须理论指导的创新性商事实践提供理论支持以促进其健康发展。理论与实证分析相结合，对德、日、英、美及我国台湾地区的相关立法案例与司法实践进行比较法的分析与借鉴，充分展现立法、理论与裁判或实践的依赖与互动。

众所周知，商事法律规范的生命在于商事实践活动。本书与传统的纯理论商法著作不同，并不追求教义学上的完备体系，而侧重于当前商事实践中的前沿问题。在论述方法上，也是以当前司法裁判和商事实践中发生的案例为基础，在此之上检讨现有商法理论和裁判思路，为读者提供一个贴近现实的观察视角，也为解释商事前沿问题做出理论上的探索。

全书的体例安排大体依照我国主流的商法体系，共二十一个专题，这些专题的选择不追求对商法逻辑体系的涵盖，而是根据商事实践的现实需求做出取舍，并且选取的专题力求兼具理论探讨价值与实践指导意义。每一个专题研究展开的方式依具体内容不同而有所区别。有的从理论分析入手，在分析论证过程中结合以图表式展示的司法实证案例，分析裁判理念与现行理论、立法相合相悖之处，进而提出自己的观点；有的以案例或实践总结引出关注或讨论的问题，再展开系统的逻辑论证，得出自己的结论；有的立足于实证案例与现行规范进行解释论上的解读。无论采取何种方式，均意在进行理论探究的同时，真正对实践有所助益。

本书在题材范围上包括商法总论、公司法、合伙企业法、证券金融法、破产法、商事合同法等内容。在具体专题上既涉及尚未解决的传统商法问题，如商号的概念与性质、股利分配请求权、公司减资效力判定、优先购买权与新股优先认购权、股权转让的结构、瑕疵决议否定规则等，也涉及在当前商事实践中的新问题，如对赌协议、P2P 网贷平台的法律地位、内幕信息重大性的认定标准、股权众筹中领投人民事责任的构成与认定、重整中公司债券持有人的权利保护以及保证合同的违约金条款等；有对现有理论与实践的评析梳理，也包含对预期问题的讨论、预警与风险提示。

读者在阅读本书的过程中会发现，虽然大家怀着相同的目的参与研究和写作，但由于专题撰写者的不同，每位作者的文风有别、表达有异，思路与想法未必相同，甚至相

近的题目展示截然相反的观点，这一定程度上为最后的统稿工作也许带来了某种“不便”，但我更喜欢这种“不便”，学术在争鸣中才能不断进步，希望读者和我一样更多地感受到各位作者学术创新所带来的震撼与惊喜。

本书是为普通高等院校法学专业本科生、研究生商法学的教学编写，同时也能为商法学的科研人员提供资料参考，更能为法官、律师等法律职业人士的实践工作参考使用。

本书撰写分工如下：

主编：朱晓娟（负责体系设计、案例选择、前言撰写、专题十五撰写及全书审稿统稿）、易梦圆（负责协助主编统稿工作）。初稿撰写人员如下：易梦圆（专题一、专题二、专题四、专题十九）；萧鑫（专题三、专题九、专题十二、专题十八）；叶玮昱（专题七、专题八）；姚篮（专题五、专题六、专题十、专题十六、专题二十一）；郝超（专题十一、专题十三、专题十四、专题十七、专题二十）。中国政法大学硕士研究生林珮、肖伽琦、赵婧和张朔源在文稿讨论中提出了很多修改建议，表示感谢。

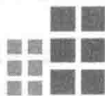
期待本书的观点或结论能够对各位读者的商法学教学、科研及实践工作有所启迪，书中不当，自应由本人承担，期待大家的批评指正。

朱晓娟

2017年6月于中国政法大学研究生院科研楼



目 录



专题一 商号的概念和性质	1
一、商号概念的争议	2
二、商号概念的界定	4
三、商号的性质	8
结论	12
专题二 我国企业名称转让制度的完善	13
一、我国企业名称转让制度的特征	13
二、我国企业名称转让制度的不足	16
三、我国企业名称转让制度的完善	18
结论	24
专题三 非公司型房地产合作开发下的对外合同责任	25
一、问题的提出	25
二、连带责任认定下合伙关系的判断	29
三、合伙关系下的连带责任与合同相对性	32
四、房地产合作开发下连带责任构成的其他基础	35
结论	38
专题四 有限责任公司股东资格的认定	40
一、股东资格认定的前提	41
二、股东资格认定的标准	42
三、股东资格认定的理论基础	45
四、股东资格认定的规则设计	48
结论	54
专题五 我国公司法上的隐名股东制度——以法解释论为中心	55
一、代理及相关法律制度	55
二、我国隐名股东制度的法理基础	58
三、实际出资人和名义股东的法律地位	65
结论	67

专题六 有限公司股权变动的一般结构	68
一、有限公司股权变动的规范分析	69
二、既有“模式”的困境	72
三、分离原则下股权转让的一般结构	78
结论	80
专题七 优先认购权的本质与法律效力	81
一、优先认购权的概念与类型	81
二、优先认购权的法律性质	85
三、优先认购权属性及特征的总结与分析	88
四、优先认购权的法律效力	92
结论	95
专题八 优先认购权的行使、排除与救济规则	96
一、优先认购权的一般行使规则	96
二、优先认购权的排除规则	104
三、侵害优先认购权的救济规则	113
结论	118
专题九 有限责任公司股东优先购买权的结构与效力	119
一、《公司法》第七十一条第二款后句下的优先购买权.....	120
二、《公司法》第七十一条下优先购买权的结构.....	125
三、优先购买权效力之前提：有限责任公司股权变动模式.....	127
四、股权优先购买权的效力	130
结论	131
专题十 股东优先购买权的不可侵害性	132
一、优先购买权的性质与效力	133
二、股东优先购买权的性质与效力	137
三、股东优先购买权的不可侵害性	144
结论	148
专题十一 股东知情权的行使	150
一、股东知情权理论概述	150
二、股东知情权行使的一般性规定	152
三、股东知情权的行使主体	155

四、股东知情权的行使范围	158
结论	165
专题十二 法人知情归责的一般结构	166
一、问题的提出	166
二、法解释论上我国法人知情归责的困境	167
三、美国法上的公司知情归责	171
四、德国法上的法人知情规则	176
五、我国法上的法人知情归责探析	182
结论	190
专题十三 公司违法利润分配及其救济	191
一、利润分配请求权概述	192
二、违法利润分配的认定及其具体类型	196
三、违法分配的法律救济	200
结论	209
专题十四 公司减资的效力判断规则	211
一、公司减资制度的概述	211
二、股东利益视角下的减资效力分析	214
三、债权人利益保护视角下的减资效力分析	216
四、减资型股份回购	223
结论	226
专题十五 公司瑕疵决议一元化否定规则的制度构建	227
一、公司瑕疵决议否定规则的价值与依据	228
二、建立瑕疵决议否定规则的必要性	233
三、瑕疵决议否定规则的制度构建	235
结论	238
专题十六 对赌协议的法律效力	239
一、概述	239
二、对赌协议效力的一般法分析	247
三、公司补偿对赌协议的效力	254
四、公司回购对赌协议的效力	262
结论	271

专题十七 P2P 网贷平台的法律地位及其制度完善	272
一、传统的 P2P 网络借贷平台的法律地位	273
二、债权转让模式下的 P2P 网贷及其中的法律行为分析	274
三、债权转让模式下 P2P 平台的法律地位	279
四、P2P 网贷的制度完善建议——兼论《网络借贷信息中介机构业务活动管理 暂行办法》	282
结论	288
专题十八 内幕信息重大性认定的标准及价值	290
一、内幕信息重大性认定的理性投资者标准	290
二、内幕信息重大性标准背后的价值	292
三、我国《证券法》上内幕信息重大性认定的标准	294
四、我国实践中内幕信息重大性的认定标准	297
五、我国法上内幕信息重大性认定标准的进一步思考——以股灾为例	300
结论	301
专题十九 股权众筹中领投入虚假陈述民事责任的构成与认定	302
一、我国股权众筹的发展现状	302
二、股权众筹与证券法的关系	305
三、股权众筹中领投入虚假陈述的民事责任的构成与认定	309
结论	315
专题二十 重整中公司债券持有人的权利保护	317
一、重整中公司债券持有人权利保护的理论基础	318
二、重整中公司债券持有人的应然权利	321
三、重整中公司债券持有人权利保护规则的现状与评析	323
四、重整中公司债券持有人权利保护的完善建议	327
结论	332
专题二十一 保证合同的违约金条款——以主合同为借贷合同为例	333
一、引导案例	333
二、保证人独立违约责任的正当性	334
三、保证合同违约金酌减的一般规则	336
四、违约金酌减中的考量要素	340
结论	341

专题一 商号的概念和性质



【摘要】

随着市场交易的复杂和深入，商号不仅可以区分企业，亦可以起到区分产品和服务的作用，由此，商号的使用在更为广泛的语境下展开，商号也逐渐具有了财产性价值。无论理论还是实践，都注意到了商号的这种财产性价值，并对其采取了相应的保护措施。然而，商号的概念、性质等基本问题依然没有厘清，对其他相关问题的研究造成了障碍。为此，本文意图解决这一基础问题，从而为其他相关问题的研究提供论证基础。



【关键词】

商号 概念 性质 商号权

商号的起源可以追溯到简单商品经济社会，有学者考证，商事主体的名称起源于合伙组织，最初它被作为合伙组织的标志而出现^①。作为舶来品，近代商号（trade name）在我国的出现有三种途径：一是中央政府企业私营化的结果；二是由家庭商号建立起来的；三是来自地区合作发展的努力。这些商号有一个共同特点，即都属于20世纪最初几年建立的自称为“公司”的团体。^②发展到现在，“商号”的适用范围早已不限于公司，而是为商主体^③普遍享有的、区分单个商主体重要标志，商号的这种作用有效避免了行政管理及市场交易的混乱。随着商事交易复杂程度的提高，商号的作用渐渐超出了“区分”的范畴，它被赋予了独特的象征意义。实务中“搭商号便车”的情况屡见不鲜，大量的商号侵权纠纷让我们意识到商号还可以成为品质和商誉的证明并对产品市场造成影响，进而成为一种“新型财产”。“商号争夺战”已然打响，要解决商号的归属、流转和保护等问题，首先必须厘清商号的概念及性质。

^① 范健，王建文. 商法基础理论专题研究[M]. 北京：高等教育出版社，2005：259.

^② [美]科大卫. 公司法与近代商号的出现[J]. 陈春生，译. 中国经济史研究，2002（3）：61.

^③ 对于商主体的判断，各国立法存在差异，例如法国以从事商行为来界定商主体，德国则类型化规定了商主体的类型和取得资格的方式，但总的来说，商主体即为商事主体，是区别于民事主体的概念，是为立法所承认的可以从事商事行为的主体。参见：范健，王建文. 商主体论纲[J]. 南京大学法律评论，2003（1）：53.；刘凯湘，赵心泽. 论商主体资格之取得要件及其表现形式[J]. 广东社会科学，2014（2）：215.

一、商号概念的争议

在我国立法中，商号并没有明确的定义，学界对于商号的认知也尚不统一，但总体上可以分为两大类：第一类在广义上使用“商号”一词，认为商号又称商业名称、企业名称、商人名称、厂商名称，是经营者（商人）所经营的企业的名称。国有企业、集体企业、私营企业等各类企业的名称及个体工商户的字号均为商号。^①另一类观点在狭义上使用“商号”一词，认为商号仅仅是企业名称的一部分。

持广义观点的有王保树、董安生、范健和王建文等学者。例如，王保树认为，商号是商人在营业上表示自己的名称，又称字号、商业名称。^②董安生认为，所谓商业名称，指各种商主体，包括商个人、商法人以及商合伙等在营业活动中所使用的独特称号，又称商号。^③范健、王建文认为，我国长期以来都以商号或字号指称商主体本身，但这种习惯称谓已经少有人使用了。因此，从规范意义上讲，还是将商主体的名称，即企业名称称为商号为宜。至于商号权，可以界定为商主体依法对其所拥有的商号所专属享有的商号设定权、使用权和转让权等权利。^④张丽霞认为，商号是商品生产者或经营者（以下称商事主体）为了表明不同于他人的特征而在营业中使用的专属名称，即商事主体在商事交易中为法律行为时，用以署名或让其代理人使用，与他人进行商事交往的名称。^⑤这种观点在国外立法上也有所体现，例如《德国商法典》第17条规定，商人的商号是指商人进行其营业经营和进行签名的名称。商人可以其商号起诉和应诉。在德国，“商号”与“商业名称”是同一语，“商号”既可用于自然人，也可用于法人。在日本立法上，“商号”指的是商事主体在从事单方或双方商行为时的名称。《日本国商法》第一编专设“商号”一章，其中第16条规定：“商人可以其姓氏、姓名及其他名称作为商号。”第17条规定：“在公司商号中，要按照公司种类使用无限公司、两合公司或股份公司字样。”由此可见，德国和日本立法中“商号”的含义实际相当于我国法律规定的“企业名称”，都是从广义上界定商号的概念。不仅如此，英美国家也在企业名称或称商业名称的意义上使用商号（trade name）。^⑥

狭义观点亦有学者支持。例如姚新华认为，商号是企业以及其他商主体为表明不同

^① 王兰娟. 商号的概念辨析[J]. 湖北广播电视大学学报, 2007(3): 118.

^② 王保树. 中国商法[M]. 北京: 人民法院出版社, 2010: 57.; 樊涛、王延川也持此观点, 见: 樊涛, 王延川. 商法总论[M]. 第二版. 北京: 知识产权出版社, 2010(10): 144.

^③ 董安生. 中国商法总论[M]. 长春: 吉林人民出版社, 1994: 185.

^④ 范健, 王建文. 商法基础理论专题研究[M]. 北京: 高等教育出版社, 2005: 254.

^⑤ 张丽霞. 论商号和商号权[J]. 法律科学, 1996(4): 57.; 梁上上, 李国毫. 商号法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2014(12): 40.

^⑥ 聂凌. 论商号的知识产权保护[D]. 桂林: 广西师范大学, 2010(6): 2.; 王兰娟. 商号的概念辨析[J]. 湖北广播电视大学学报, 2007(3): 118.; [德]C.W.卡纳里斯. 德国商法[M]. 杨继, 译. 北京: 法律出版社, 2006(9): 281.

于他人的特征而使用的名称……在企业名称中，只有商号属于企业的专属名称，对专属名称的使用权，谓之商号权。^①任先行、周林彬教授认为，商号和商业名称是种和属的关系，商业名称是“种”，商号是“属”，商号只是商业名称中的一个重要组成部分，而且是核心部分。^②这种观点也为我国《企业名称登记管理规定》第七条所采纳，它规定企业名称由字号（或者商号）、行业或者经营特点、组织形式依次组成。

立法定义的缺失加之学界的理论分歧使得审判中对商号、企业名称等概念的使用十分混乱。笔者在“北大法宝”上检索商号纠纷案件^③，得到的结果如表 1-1 所示。

表 1-1 实践中商号与企业名称概念的使用情况表

	判例索引	裁判要旨
区分使用 商号与企业 名称	上海雅特兰家具有限公司诉梁爱民等企业商号使用合同纠纷案 (2009)沪一中民五(知)初字第30号	本案查明的事实表明，原告同意被告梁爱民、郭曙光设立家具销售有限公司使用“雅特兰”字号……被告梁爱民、郭曙光、上海雅特兰家具销售有限公司于本判决生效之日起立即停止使用“雅特兰”商号
	辽宁成大方圆医药连锁有限公司等诉辽宁成大方圆抚顺医药有限公司等公司企业名称商号使用合同纠纷案 (2014)抚中民一初字第00045号	本院认为，企业名称由所在行政区划、字号(商号)、所属行业或者经营特点、组织形式构成，企业可以选择字号。企业名称，特别是字号，是区别不同市场主体及其商品(服务)的商业标识
	泉州丰泽区德源轴承有限公司与卢燕华等侵犯企业商号权纠纷上诉案 (2009)浙知终字第51号	德源公司之企业名称权相对于“德源”注册商标权而言，其属于在先权利，且该企业字号与“德源”注册商标相同；但要认定在轴承等产品上使用“德源”商标的行为构成对德源公司不正当竞争，还须同时具备该“德源”商号具有很高的知名度、相关公众会对两者产生混淆等要件
	上海炎黄画院与徐纯中等侵害企业名称商号权纠纷上诉案 (2014)沪二中民五(知)终字第61号	原审法院认为，法人的名称是区别不同民事主体的标志，通常由行政区划、字号、行业或者经营特点、组织形式等构成。法律保护经合法登记的法人的名称全称，因此如果一方未经他人同意，使用与其他法人相同的名称，属于侵犯名称权的行为
不加区分地 使用企业 名称与 商号	昆明云缆电工配套有限公司诉云南云缆电缆(集团)有限公司侵犯企业名称(商号)权纠纷 (2014)云高民三终字第97号	原审法院认为，企业名称(商号)是指经营主体在从事经营活动时用以署名而与其他经营主体相区别的名称……企业名称专用权(商号权)是指经营主体依法享有的对其商号的专有权利，即享有商号设定权、使用权及转让权等权利

^① 姚新华. 论商号权[J]. 政法论坛, 1994(1): 57.

^② 任先行, 周林彬. 比较商法导论[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2000: 247.

^③ 若无特别说明, 本文所引用的案例均来自“北大法宝”数据库。

从表 1-1 可以看出,实践中将商号与企业名称区分或不加区分地替代使用的情况均存在,且法院一般不对其说明理由而是较为任意地选择使用,这与法律的严谨性和逻辑性不符,也容易造成误解。商号概念及其与字号、企业名称关系的厘清对于指导商事审判,促成法律适用的规范、统一有重要意义。为此,下文将从语义分析、历史分析和规范分析三个角度来论述商号概念的应然状态。

二、商号概念的界定

梳理我国对于商人名称、字号、商号、企业名称的规定并运用法解释学的方法,或许有助于我们厘清这些概念之间的关系。

首先,《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第二十六条规定:“公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以起字号。”第三十三条规定:“个人合伙可以起字号,依法经核准登记,在核准登记的经营范围从事经营。”第九十九条第二款规定:“法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”按照体系解释的方法,有两种可能性:一是第二十六条及第三十三条中的“字号”与第九十九条第二款所说的“名称”是同一概念,至少对于个体工商户、个人合伙来说如此;二是字号是名称的下位概念。《民法通则》未使用商号这一概念,因此无法梳理商号与字号、企业名称的关系。

其次,现有对企业名称、字号、商号等有较为详细规定的是由国务院发布的《企业名称登记管理规定》(以下简称《规定》)。其第七条规定:“企业名称应当由以下部分依次组成:字号(或者商号,下同)、行业或者经营特点、组织形式。企业名称应当冠以企业所在地省(包括自治区、直辖市,下同)或者市(包括州,下同)或者县(包括市辖区,下同)行政区划名称。经国家工商行政管理局核准,下列企业的企业名称可以不冠以企业所在地行政区划名称:(一)本规定第十三条所列企业^①;(二)历史悠久、字号驰名的企业;(三)外商投资企业。”第十条规定:“企业可以选择字号。字号应当由两个以上的字组成。企业有正当理由可以使用本地或者异地地名作字号,但不得使用县级以上行政区划名称作字号。私营企业可以使用投资人姓名作字号。”第十五条规定:“联营企业的企业名称可以使用联营成员的字号,但不得使用联营成员的企业名称。联营企业应当在其企业名称中标明‘联营’或者‘联合’字词。”据此,企业名称是字号及商号的上位

^① 《企业名称登记管理规定》第十三条:下列企业,可以申请在企业名称中使用“中国”、“中华”或者冠以“国际”字词:(一)全国性公司;(二)国务院或其授权的机关批准的大型进出口企业;(三)国务院或其授权的机关批准的大型企业集团;(四)国家工商行政管理局规定的其他企业。

概念，由于行业或经营特点、组织形式不可省略，企业名称将不存在等同于字号或商号的可能性，并且商号与字号将在同等意义上使用。

如果对《民法通则》采用第一种解释，它将与《规定》冲突。依照法理学的基本原理，解决法律规定的冲突时，应当遵循以下原则：同一位阶新法优于旧法、特别法优于普通法；不同位阶则上位法优于下位法。《民法通则》作为法律是作为行政法规的《规定》的上位法，应当以《民法通则》为准，由此我们得出“（个体工商、个人合伙的）字号等同于名称”的结论；如果采用第二种解释，则能避免《民法通则》与《规定》的冲突，得出“商号即为字号，且商号仅为企业名称的组成部分”的结论。由此，问题依然没能得到解决。

笔者认为，采用第一种解释使得《民法通则》与《规定》矛盾的做法是有原因的，这来源于法律解释自身的局限性，也可以说，是自我封闭和逻辑演绎的法学学科的局限性。为此，应当结合其他学科的知识尝试突破这种界限，以期完善。笔者选用了语义分析法和历史分析法，即从“商号”一词的本意出发，结合我国商事发展历程和传统来界定“商号”的概念及其与相关概念的关系。

（一）商号、字号的语义

在现代汉语词典中，“商号”意指商店本身，即出售商品的店铺。^①如此理解，商号似乎指代的并非商事主体，而是商事主体的营业所。若把其拆开来理解，“商”可以理解为商人、经商，“号”则指名称。为此，“商号”应当指的是商人的名称。虽有所分歧，但无论“商人的营业所”抑或“商人的名称”，商号之概念不限于“企业”^②，而是指向所有商事主体的。有学者考证，商事主体的名称起源于合伙组织，最初它被作为合伙组织的标志而出现。^③由此也可以说明，商号与企业名称应当有所区别，它指向的范围更广，甚至是后者的上位概念，因为它还包含了非企业形态的商事主体的名称，例如个体工商户的名称。笔者认为，商号与商人皆为传统概念且相伴相生，商人的出现使得商号产生，而商号的产生也正是为了表彰商人身份。所谓“商人”，即经营营业者。商人之营业区别于民事交易，具有独立性、有偿性、持续性、对外显示等特征。^④为了商事交易之方便，商人应当有自己的名称，这种名称指代商人实体并形成外观，使交易相对人并不在意该商事组织的真正所有人是谁、人员构成为何，而仅关注该名称所代表的产品或服务。

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 修订本. 北京: 商务印书馆, 2001: 1671, 1104.

^② 若无特别说明，本文所称企业是指以盈利为目的，运用各种生产要素（土地、劳动力、资本和技术等），向市场提供商品或服务，实行自主经营、自负盈亏、独立核算的社会经济组织。包含个人独资企业、合伙企业、公司等商事组织，但不包含个体工商户、个人合伙。本文在此基础上理解《合伙企业法》的有关规定，除特别说明外，下同。

^③ 转引自：范健，王建文. 商法基础理论专题研究[M]. 北京：高等教育出版社，2005：259.

^④ [德]C.W.卡纳里斯. 德国商法[M]. 杨继，译. 北京：法律出版社，2006（9）：29-32.

（二）商号、字号的起源

为了进一步理解商号的概念，不妨运用历史分析法追溯商号一词的来源。考察欧洲国家与亚洲国家的商业名称发展轨迹会发现，商号概念出现的方式有所不同。欧洲国家的商业名称与公司制度紧密相连。中世纪，在意大利以及地中海沿岸的其他城市国家，商业非常繁荣，出现了各种商业组织和行会，于是公司得到进一步发展。为了商事交易的方便，同时为了明示公司的所有人，需要给公司取一个名称，人们便将几个股东的姓联合在一起，组成一个新的、表明一定内容的商业名称，这也许就是现代意义商号的始祖。^①后来随着商业日渐发展，对商号的使用便由商业公司扩展到商个人或商业合伙组织，而亚洲国家的商业名称则先由商个人或商业合伙组织使用，到近代公司组织出现之后，商业名称才沿用于公司组织。^②结合我国商事活动发展的历史，我国商业名称的使用始于独资或合伙组织的商事主体，公司组织诞生以后，商业名称的使用才延伸到公司组织这种商事主体，并且在商号概念引入之前，我国一般采用“字号”这种本土用法。^③“字号”在我国是对一个人或一个组织的尊称和美称，作为中国特有的一种文化现象有着悠久的历史。据文献资料记载，字号早在西周时期就已经出现，但它最早是对人的一种称谓方式。人的称谓，有名、字和号之别。名，是出生时由父母或其他长辈起的，是其一生中唯一的正式称谓，字和号则是长大成人之后才有的称谓。字号虽不属于正式的称谓，但在古代社会生活中，却被普遍使用，并且成为一种文化习俗，为各阶层人士普遍接受和使用。在商品经济萌芽并发展后，字号的使用范围不断拓展，被运用于商业活动之中，逐渐成为商家不可或缺的名号、品牌，出现在各式牌匾、招幌、产品和包装上。^④从许多明清小说之中可以看到，字号也用以指代商店或其名称^⑤。由此，在我国商号这一概念很可能是作为字号的替代品出现的，用以指称经过发展演变的商事组织的名称。

由此，在我国，“字号”作为本土概念在文义上代指店铺或商人的名称，并且伴随着商事组织形态的演变由代表商个人扩及商合伙甚至公司，直至后来“商号”概念的引入才使得字号使用的范围有所限制。如今，我国规定个体工商户和个人合伙可以起“字号”，而对企业则允许起“字号（或商号）”，可见使用商号的主要是企业，而使用字号的则主

^① 范健. 德国商法传统框架与新规则[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 237.

^② 任先行, 周林彬. 比较商法导论[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2000: 250.

^③ 参见: 赵中孚. 商法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999: 172.; 转引自: 蒋虹. 论商号及其法律保护[D]. 上海: 华东政法大学, 2011(5): 9.

^④ 王红. 老字号[M]. 北京: 北京出版社, 2006: 2-3.; 转引自: 蒋虹. 论商号及其法律保护[D]. 上海: 华东政法大学, 2011(5): 10.

^⑤ 如《老残游记》第三回: “即到院前大街上找了一家匪票庄, 叫个日昇昌字号, 匪了八百两寄回江南徐州老家里去。”又如《官场现形记》第三一回: “而且他南京有卖买, 上海有卖买, 都是同人家合股开的。便有他现在南京一升字号里做挡手的一个人, 其人姓田, 号子密, 是徽州人。”

要是个体工商户，这生动地反映了字号与商号的动态关系。至此，我们可得出结论：商号和字号同义，均指代商事组织的名称，它是企业名称的上位概念。《规定》的做法枉顾字号、商号的本来含义和历史发展事实，也违背了《民法通则》的本意，没有正确表达商号与企业名称的关系。

可能会有这样的反驳：一是随着社会的发展，字号的含义可能悄然发生了变化。的确，如果我们仔细观察历史和实践个体工商户的名称，会发现存在很大的不同。从历史的角度看，商个人作为最初的商事组织形式应当是以经营者自己的“名”或“字”作为“招牌”，并且“字”是尊称，雅于“名”。在古代商品经济不发达且采封建政治制度的情况下，社会的风气是“重农而轻商”，因此，商人为了提高自己的身份地位，亦或是不想让人知道自己的真名，会以起“字”的方式来表彰和区分营业，这时的“字”与自然人姓名没有什么太大的区别，不会加入行政区划及组织形式等要素，因为商业不发达不会出现商品大面积地跨区域流动，商事组织形式也非常单一，无须规范和区别。甚至有的店铺名称不需要表现行业特点或经营特色，这从一批老字号中可以窥见，如“吴裕泰”“全聚德”。由是，古代“字号”就是代表商人之营业的名称，扮演着如同自然人姓名一样的作用。而随着商事的发展，交换愈加频繁，就有了区分商主体之必要，因此，店铺名称会包含更多可以区分并方便行政管理的要素，变得越来越复杂。观察今天个体工商户和个人合伙的状况，大多数个体工商户的名称即便不加入行政区划和组织形式，但都会包含行业特点，因此，传统意义上的“字号”已经不能解释为现代商事组织的名称。二是既然字号与商号为同一概念，为何又要采纳商号这一概念将问题复杂化呢？

以上两个问题并非无法解决。针对反驳一，传统的商事组织名称本身就只存在“吴裕泰”这一部分，而不存在行政区划、组织形式、行业特点等要素。“吴裕泰是字号（名称）”这句话在当时的语境下并没有问题，但在现在的背景下就存在很大的问题了。这种理解事实上是将字号理解为“商事组织名称中的专有部分”而非“商事组织的名称”，“商事组织名称中的专有部分”自然无法涵盖“商事组织的名称”。简言之，不是传统字号的含义无法适用于当下的现实，是对字号含义的理解一开始就停留在商事组织名称的最基本形式。200年前的“×××”是字号，当下“北京×××有限责任公司”也是字号，“字号”等同于“商事组织的名称”并无不妥。针对反驳二，笔者认为与商事交易的国际化有关。字号作为扎根于我国土壤的传统概念用以代指商事组织的名称可以为普通商事交易者所理解，但对于国外的商事主体而言，他们很难理解何为“字号”，连精准的翻译也存在一定困难。为与商事交易发达的英美国家便利贸易往来，引入“商号”这一概念并没有什么奇怪。那么，既然商号与字号同义，为何不以商号完全取代字号？笔者认为，我国法律对“字号”概念的采用及适用主体的规定是存在倾向性的，如前所述，我国法律规定个体工商户和个人合伙可以起“字号”，而对企业则允许起“字号（或商号）”，可