

论我国商事权利的体系化构建

王建文*

内容提要：我国《民法典》第五章对商事权利作了规定，但该规定纯属为贯彻民商合一的立法指导思想而设，对商事权利的法律适用不具有实质意义。商事权利作为商事法律关系的内容，其特殊性与独立性的内涵、外延阐释，可谓理解商法特殊性与独立性的钥匙。我国亟待确立商事权利理论体系，推动商事权利制度体系化，促使我国商法学科体系与规范体系走向成熟。商事权利可分为商事财产权和商事人格权，又可进一步分为基本商事权利和具体商事权利。某些商事权利，如商事留置权、商事承租权，虽然具有典型性，但因其仅存在于特定的商事关系中，不属于普遍存在于各种商事关系中的商事权利，故只能作为具体商事权利。营业权、商业名称权、商事信用权、商业秘密权、商业形象权、公平交易权则系商主体普遍拥有、依法应予保护的基本商事权利。

关键词：商事权利；基本商事权利；营业权；商事信用权；公平交易权

一、问题的提出

在大陆法系国家，无论奉行民商分立还是民商合一立法例，在法律部门的划分上，商法都是作为一个相对独立的法律部门而存在。但商法作为私法的特别法或民商合一体系下民法的重要组成部分，其与民法具有十分密切的联系。我国民法学界通常认为，民法与商法均为私法的基本组成部分，但同时认为民法典乃私法的基本法，其他民商事单行法则为私法的特别法^{〔1〕}。尤其是在我国《民法典》构建了试图涵盖民商事法律关系的民商统一的规范体系的背景下，商法作为私法的特别法，很容易被理解为《民法典》的特别法。^{〔2〕}在我国《民法典》立法过程中，关于民商关系的立法指导思想是民商合一，即在民商法之间构建“统一的基本原则”“统一的主体制度”“统一的法律行为制度”“统一的时效制度”。^{〔3〕}基于此，我国《民法典》确定的基本原则、主体制度、法律行为制度、时效制度等民法基本原则与制度作为民商法的一般规范，都统一适用于商法，从而使《公司法》《证券法》《保险法》《票据法》《企业破产法》等商事部门法都获得了基础性规范。立法者的态度也很明确：“我国民事立法秉持民商合一的传统，通过编纂民

* 南京大学法学院教授，博士生导师，法学博士。本文系作者担任首席专家的国家社会科学基金重大项目“优化市场化法治国际化便利化营商环境研究”（21ZDA052）的阶段性成果。

〔1〕参见王利明：《正确适用民法典应处理好三种关系》，载《现代法学》2020年第6期，第7页；崔建远：《编纂民法典必须摆正几对关系》，载《清华法学》2014年第6期，第46页。

〔2〕参见杨立新：《〈民法总则〉规定的民法特别法链接条款》，载《法学家》2017年第5期，第106页；李永军：《民法总则民事权利章评述》，载《法学家》2016年第5期，第62页；孟强：《经由编纂民法典实现民商合一——兼评〈民法总则专家建议稿〉与〈商事通则立法建议稿〉》，载《社会科学战线》2015年第12期，第219页。

〔3〕参见王利明：《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，载《法商研究》2015年第4期，第4页。

法典,完善我国民事领域的基本规则,为民商事活动提供基本遵循。”〔4〕与王利明教授的上述论断一脉相承,许中缘教授认为:“商法规范并不具有自治体系,商事基本原则、主体制度、行为制度、权利制度以及责任制度只有回归民法典中的一般性规则才能找到恰当的体系路径。”〔5〕该观点明确提出“商法规范并不具有自治体系”,并认为商法规范中的权利制度也必须依赖民法中的权利制度体系才能正常适用。

事实上,除了可以统一适用的民法基本原则与制度外,商法作为特别法还有其特有的基本原则(如企业维持原则、交易安全原则、交易便捷原则)、商主体制度(如公司制度、合伙企业制度、商自然人性质的职业经营者)、商行为制度(如公司设立行为、公司清算行为、公司决议行为),在民商分立的国家还针对商法设立更短期的时效制度。民商法学界基本都不否认客观上存在这种差异性,但对此尚存认识分歧,分歧主要在于差异性究竟是实质性的,还是作为特别法所表现出的特殊性的。这些商法基础理论问题固然需要商法学界持续深入地展开研究,但更需要关注的是,商法是否具有不同于民事权利体系的商事权利体系?对此,李永军教授认为:“在我国,商事权利,如股权、商号权、票据权利、知识产权等都应该属于特殊的民事权利,仅仅是法律关系的特殊性,由特别法调整,但是,当他们本身没有特别规定时,都适用民法的一般原则。”〔6〕显然,李永军教授只是将商事权利认定为特殊的民事权利,但明确承认了商事权利的特殊性,并认为只有在商法没有特别规定时才适用民法的一般规定。姚辉教授则认为:“在商法与民法渐行渐远的今天,商事主体的‘人格权’,例如名称权、商誉权等,与民法上人格权能否同等看待,姑且存疑。”〔7〕尽管姚辉教授未直接使用商事权利的概念,且未明确认定商事权利的特殊性,但基于其“商法与民法渐行渐远”及“能否同等看待,姑且存疑”的表述,可以确定其认可商事权利的特殊性。许中缘教授则在否定制定形式商法的可行性的同时,认为“在民商合一的立法背景下,不仅要体现民事权利体系,也要实现商事权利的体系化”〔8〕。

民法学者对商事权利的特殊性普遍予以认可,主要原因是营业权、商业名称权、商事信用权、公平交易权等商事权利确实与一般民事权利具有本质区别,显然无法在传统民事权利体系中获得妥当解释。不过,民法学界虽承认商事权利的特殊性,但同时认为商事权利乃民事权利的组成部分,否认了其质的差异性。商法学界则普遍认为商事权利不仅具有特殊性,而且因其与民事权利相比有质的差异性,所以发展成为独立的权利体系。不过,商法学界虽普遍持该观点,但对商事权利的体系化研究暂付阙如。在我国《民法典》框架下,这一问题并非孤例,在知识产权法研究中同样存在“轻总论重分论,总论与分论彼此脱节、相互分离,形成‘头轻脚重’‘两张皮’的非体系化、非逻辑化的”问题〔9〕。因此,商法学界亟待对商事权利开展系统研究,确定商事权利体系是否能像民事权利体系那样,承担法典化或理论体系构建的核心作用。为此,需要立足于民事权利体系的构成及其适用于商事权利的局限性的分析,充分揭示商事权利的特殊性,论证构建商事权利体系的必要性,并提出构建商事权利体系的具体方案。

二、《民法典》民事权利体系的构成及其适用于商事权利的局限性

我国《民法典》承继《民法通则》的立法模式,于第五章对“民事权利”作了专门规定。

〔4〕李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2017年第2期,第207页。

〔5〕许中缘:《我国〈民法总则〉对民商合一体例的立法创新》,载《法学》2017年第7期,第56页。

〔6〕同前注〔1〕,李永军文,第68页。

〔7〕姚辉:《当理想照进现实:从立法论迈向解释论》,载《清华法学》2020年第3期,第49页。

〔8〕同前注〔5〕,许中缘文,第61页。

〔9〕李建华:《后民法典时代知识产权法学的私法研究范式》,载《当代法学》2020年第5期,第50页。

不少民法学者认为,《民法通则》在第五章规定了民事权利是其最重要的历史贡献。^[10] 这种模式被称为“权利宣示模式”,即直接将民法典涉及的全部权利以正面的方式规定出来,让人对民法典的全部权利一目了然。^[11] 尽管有部分民法学者对《民法典》设专章规定“民事权利”持否定态度^[12],但多数民法学者都对此持肯定态度^[13]。对此,孙宪忠教授认为:“民法典总则编中不仅要规定民事权利一章,而且要把它作为重点来规定,因为这不仅是民法通则所确定的中国立法传统,而且其理论和实践意义都非常显著。首先,民事权利一章在总则编中的规定,明确地建立了该章在整个民法典中的核心地位,而且进一步说,它也确立了该章以及整个民法典在我国全部民商法的大体系中的核心地位。从其内容看,不仅仅民法典分则中的民事权利在该章得到了规定,而且民法典分则没有规定的商事权利、知识产权、社会性民事权利(民法总则第128条),都在这一章中得到了规定。通过这样的规定,整个大民事法律体系中的权利规则形成了统一和谐的整体。”^[14]

民法学界认为,“民事权利”的规定方式,符合立法技术的基本要求,且与大陆法系国家“总则编”模式下围绕“法律关系”展开的逻辑具有一致性。这些国家的民法典都是以法律关系的主体、客体、权利、权利的产生及保护为内容,因而法律关系乃各国设计民法总则内容的一个入口和逻辑起点。^[15] 在民法理论中,法律关系的要素包括主体、内容和客体三个部分。德国学者卡尔·拉伦茨认为,法律关系的内容包括单个权利和权能、预期取得(如所有权人对其所有物的孳息)、法律义务和其他拘束(如作为形成权的对立物)、负担性义务(不能要求主体履行此种义务,但不履行会给主体产生不利后果,如根据《德国民法典》第254条减少损害的义务)和权限(受领另一当事人的意思表示或给付的权限)。^[16] 迪特尔·梅迪库斯直接转述了上述观点,表明其认同这一论断。^[17] 我国学者大多从概括角度认为,法律关系以一定的权利和义务为内容^[18],即从广义上理解权利和义务的内涵。

在民事法律关系中,权利和义务是相对立、相互联系在一起的。通常情况下,权利与义务乃相伴而生、相对而言的关系,权利的内容要通过相应的义务表现,义务的内容由相应的权利限定,离开了义务就无所谓权利。因此,民事权利和民事义务是从不同角度表现民事法律关系的内容的。^[19] 基于此,各国民法都会对权利体系作系统规定,对义务则基本上不作特别规定。表现在民法理论上,也大体如此。民法教科书都会对权利作系统论述,但对义务则着墨不多,有的教科书甚至对义务不予正面论述^[20]。对此,德国学者卡尔·拉伦茨认为,法律关系最重要的要素是权利。^[21] 就此而言,民法是以权利为核心而构筑起来的制度体系。请求权理论确立后,请求

[10]参见孙宪忠:《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》,载《法学研究》2020年第3期,第25页;杨立新:《从民法通则到民法总则:中国当代民法的历史性跨越》,载《中国社会科学》2018年第2期,第74页;同前注〔1〕,李永军文,第62页;崔建远:《民法总则如何反映民事权利?》,载《求是学刊》2015年第4期,第76页。

[11]同前注〔1〕,李永军文,第61页。

[12]参见叶金强:《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,载《中外法学》2017年第3期,第645页;金可可:《对草案体系等若干重大问题的修改意见》,载《东方法学》2016年第5期,第116页。

[13]同前注〔10〕,杨立新文,第75页。

[14]同前注〔10〕,孙宪忠文,第31页。

[15]同前注〔1〕,李永军文,第64页。

[16]参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第263-271页。

[17]参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第55-56页。

[18]参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2014年版,第81页;龙卫球:《民法总论》(第2版),中国法制出版社2002年版,第111页。

[19]参见王利明等:《民法学》(第5版),法律出版社2017年版,第39页。

[20]参见朱庆育:《民法总论》(第2版)北京大学出版社2016年版,第497-531页。

[21]同前注〔16〕,〔德〕卡尔·拉伦茨书,第263页。

权成了贯穿私权体系的一个中心概念，并使所有民事权利的私法救济手段都得以通过一个统一的概念来认识，从而使得民事权利制度的构造更加体系化。^[22]

我国《民法典》以题为“民事权利”的第五章对民事权利的种类和内容作了专门规定。在人身权方面，《民法典》规定，自然人的人身自由、人格尊严受法律保护；并明确规定自然人享有生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权以及自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利等权利，法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。在财产权方面，《民法典》规定，民事主体的财产权利受法律平等保护，并明确规定民事主体依法享有物权、债权、知识产权、继承权、股权和其他投资性权利以及法律规定的其他民事权利和利益（如数据、网络虚拟财产权）。由此可见，我国《民法典》力求将商事人格权（如法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利）和商事财产权（如股权和其他投资性权利）都充分涵盖于民事权利体系之中。显然，《民法典》明确规定的商事权利类型仅是商事权利体系中很小的组成部分，大量商事权利都只能借助“法律规定的其他民事权利和利益”来体现。易言之，与其说《民法典》为商事权利提供了规范依据，不如说《民法典》仅仅为其他商事法律确立的商事权利提供了一个被纳入民事权利的接口，而该接口纯属为贯彻民商合一的立法指导思想而设，对商法及商事权利的法律适用并不具有实质意义。以《民法典》规定的股权和其他投资性权利为例，无论《民法典》是否规定，都不会影响其私权属性，至于其法律规范都需要通过《公司法》等相关商事部门法具体规定。就此而言，《民法典》关于股权和其他投资性权利的规定显然仅具有“宣示”意义，没有规范属性，从世界各国公司法制度与实践来看，这种宣示并无实质意义。就法律适用而言，股权和其他投资性权利纠纷自然应优先适用《公司法》等商事部门法，并从《公司法》等商事部门法中寻求法律漏洞的填补，只有穷尽了《公司法》等商事部门法与商事交易习惯以及商法漏洞的填补方法仍不敷适用，才能适用《民法典》这一私法之一般法，否则将导致特定事项缺失规范的目的性和正当性。^[23]至于统一适用于民商事关系的民事法律行为制度、时效制度、代理制度等规范，《民法典》对股权和其他投资性权利作出的规定，无疑均应予以适用。事实上，股权和其他投资性权利之外还存在大量商事权利，这些权利固然被涵盖于“法律规定的其他民事权利和利益”，但这种规定更加缺乏实质意义，其相关规范需要通过相关商事部门法具体规定。

三、商事权利体系理论构建的必要性

（一）商事权利的特殊性

商法作为特别私法，以商事关系为其独具特色的调整对象。商事关系作为法律关系之一种，既有其特殊性，也有法律关系的共性。因此，民法关于权利理论基本上适用于商法，但基于商事关系的特殊性，商事权利也必然有其特殊内涵与外延。

在民法中，民事权利体系已颇为完备和成熟。不断发展、完善的民事权利体系既是民法不断发展进步的标志，也是民法不断发展进步的推力。对此，有学者认为，民事权利理论始终居于民法基础理论体系中的核心地位，且民事立法内容框架与民事权利理论主线和逻辑保持了高度的一致性，使民事权利理论对民事立法发挥了前瞻性的指导作用。^[24]之所以形成这种局面，其实未必是因为民事权利体系的理论研究有多系统，而是因为民事主体与民事权利的主体之间存在内在

[22]参见杨明：《请求权、私权救济与民事权利体系》，载《比较法研究》2007年第4期，第65页。

[23]参见钱玉林：《商法漏洞的特别法属性及其填补规则》，载《中国社会科学》2018年第12期，第103页；钱玉林：《民法总则与公司法的适用关系论》，载《法学研究》2018年第3期，第62页。

[24]参见李建华、麻锐：《论商事权利研究范式》，载《社会科学战线》2014年第10期，第192页。

逻辑,即民事主体均依法享有民事权利,民事主体乃民事权利的主体,民事权利乃民事主体的权利。这种确定的逻辑关系建立在民事主体内涵确定的基础上。

商法则不同,不仅各国商法关于商主体内涵的界定有实质性差异,而且就特定国家而言,因法律规定不明确、理论研究不充分,在商主体的法律界定上大多存在认识分歧。因此,与民事权利有完备的民法规范和成熟的理论体系支撑不同,各国商法大多未对商事权利作系统规定,商法学界也很少对其作系统研究,尚未形成体系化的研究成果。形成这一局面的原因,固然跟商法理论不够发达、商事立法不够体系化密切相关,但也跟商法作为私法之特别法的内在属性相关。商法从其产生之日起,就作为商人的特别私法而存在,主要解决的是商人身份确认、商行为的法律适用等特殊问题,故并不特别追求权利主体、权利客体、权利内容及权利保护的内在逻辑。

我国商法学界应立足于我国市场经济实践,通过比较研究与实证研究,确定中国特色商法基本范畴,确立中国特色商事关系的识别方法与判断标准,并构建中国特色商法学知识体系和话语体系。在此方面,除了商主体与商行为的理论构建外,关于商事权利的体系化研究和构建也不可或缺。对此,有学者认为:“无论是商法规范还是商法制度体系,尽管其规定的内容丰富多样,而限于商事权利内容,但所有的商法规范和商法制度体系内容,如商主体制度、商行为制度、商事登记制度、商事账簿制度等都是为了确认、行使、实现和保护商事权利,或者与商事权利密切相关。”^[25]应当说,该学者从民法视角所作的观察和思考确实对商法学界具有借鉴意义,值得我们认真对待。但商法学界也要清醒地认识到,不能过分夸大商事权利体系的重要性,毕竟商事权利客观上不具备民事权利作为民法体系核心范畴的功能。商法作为特别私法,解决的是商事关系的法律适用问题,即如何确定商事关系,如何界定商主体与商行为,如何界定、理解与适用商法的价值、理念、原则,如何基于商法的特性构建商事组织法的内部关系及其法律适用规则,如何基于商法的特殊性构建商行为法中的特殊规则(如基于商法加重责任理念的商事合同违约金条款的适用),等等。至于权利能力、行为能力、法律行为的效力、权利类型及内容、侵权责任等问题,均可直接适用民法规范,商法仅需就特殊规范及法律适用的特殊规则予以规定或阐释即可。

(二) 商事权利体系理论构建的意义

在我国“民商不分的混合立法模式”下,由混合于民法规范的商法规范与单行商法构成的商法规范体系存在着明显缺陷。为克服我国现行商法体系缺陷,探求民商区分的模式与路径,我国商法学界多年来一直致力于构建我国商法理论体系,并推动我国总纲性商法规范的立法化。应当说,这一努力在近年来取得了较为突出的成绩,但商法理论体系的构建仍未完成。其中,最为突出的问题即为商事权利理论体系构建的缺失。对此,有学者认为:“商法基础理论并不厚实、并不严密、并不成熟、并不深刻。这与商事权利理论研究极其薄弱甚至缺失有着直接关系。”^[26]尽管商法学界未必完全认可这一论述,但不管怎样,商事权利体系的理论研究长期被忽视确实是事实。

商主体和商行为是商法的基本范畴,商事权利则可谓连接商主体和商行为的纽带。目前,我国商法学界关于商事权利理论的体系化研究尚未开启,只有少数文献略有涉及^[27],而且局限于几个特殊的商事权利的论述。商事权利作为商事法律关系的内容,其特殊性与独立性的内涵、外延阐释,可谓理解商法特殊性与独立性的钥匙。申言之,商事权利既是商主体与商行为指向的对象,其内涵、外延阐释也有助于准确理解商主体与商行为这一对商法基本范畴以及商法的价值、

[25]同上注,第196页。

[26]李建华、麻锐:《论商事权利理论体系的构建》,载《吉林大学社会科学学报》2014年第5期,第18页。

[27]参见陈醇:《商法原理重述》,法律出版社2010年版,第29-124页。

理念、原则等商法基础理论。

“任何一门科学成熟的标志，总是表现为将已经取得的理性知识的成果——概念、范畴、定律和原理系统化，构成一个科学的理论体系。”^{〔28〕}我国商法学界在商事权利研究上的缺失，无疑会对我国商法理论体系的发展及商法学科的独立性造成负面影响。因此，我国商法学界应超越德国、法国、日本等国商法典的体系结构，立足于我国市场经济法治实践，构建包括商事权利体系的商法理论体系。

商事权利理论体系的构建，将大大充实我国商法基础理论研究的内容，推动商法基础理论体系的创新，促使我国商法学科体系、学术体系、话语体系走向成熟。因此，商事权利理论体系的构建将有利于发挥其对商事立法和商事司法的指导作用。在商事立法方面，即使“商法通则”或“商法典”等形式商法尚付阙如，在《公司法》《证券法》等商事部门法的修改中，商事权利的理论体系也将对立法的科学化发挥重要作用。在商事司法方面，商事权利理论体系也将为司法审判提供理论支撑，强化对商事权利的司法保护。

四、我国商事权利理论构建的基本思路

商主体作为民事主体的特殊类型，固然应依法享有民事主体的民事权利，但这些作为民事主体所当然享有的民事权利不属于商事权利。例如，任何自然人都享有的生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权以及自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利都不必也不宜确定为商事权利，即使是依附于自然人人格的商个人，其以自然人身份所享有的人身权利也不能纳入商事权利范畴。商事权利应为商主体基于其商主体身份或资格所独有的权利。例如，绝大多数商主体，即企业（典型商主体）和职业经营者（特殊商主体），都具有从事营业活动的权利（即营业权），而该项权利就是其基于商主体身份所特有的权利，与其作为民事主体的身份无关。^{〔29〕}另如，企业（典型商主体）都依法拥有商业名称权。营业权虽与商主体的法律人格有一定关联，是企业和职业经营者不可或缺的权利，但其本质属性为财产权；商业名称权虽具有一定的财产权属性，具有财产价值，但其本质属性为人身权。因此，与民事权利可分为财产权与人身权的分类方法和逻辑相同，商事权利亦可分为商事财产权和商事人身权。当然，商主体不可能拥有自然人所独有的身份权，故商事人身权乃商事人格权。就此而言，可将商事权利划分为商主体基于其商主体的身份或资格所依法享有的商事财产权和商事人格权。

商主体拥有的财产权非常广泛，但只有基于商主体身份或资格所特有的财产权才属于商事财产权。除营业权外，商业秘密权、商事留置权、商事承租权等都是基于商主体身份所特有的财产权，应将其纳入商事财产权范畴，从而受到商法规范的调整。在此方面，商事留置权颇具代表性。我国《民法典》第448条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但是企业之间留置的除外。”依此，企业之间的留置不以留置物与债权属于同一法律关系为前提，从

〔28〕张文显、丁宁：《当代中国法哲学研究范式的转换》，载《中国法学》2001年第1期，第68页。

〔29〕尽管理论界关于商主体内涵与外延的认识有一定分歧，但仍然有一定共识，即基本上都认同以下判断：商主体包括商个人、商法人和商合伙；典型商主体为企业，其身份或资格经登记而取得。事实上，商法人和商合伙皆为企业，只有商个人的内涵和外延存在认识分歧。若从德国、法国、日本等国商法典出发来讨论该问题，会发现很难达成共识，因而我们应立足于我国市场经济实践及立法传统，来确定商个人的范围。尤其是在笔者将经营者确定为商主体并将职业经营者确定为特殊的商主体的背景下，该问题的解决并不复杂。具体来说，个体工商户、从事产业化承包经营的农村承包经营户、以投资为业的职业投资人以及以个人名义开展社会中介服务并以之为业的职业经纪人等人员的特殊经营者均可纳入职业经营者范畴，从而使传统商法中的商个人均可纳入职业经营者范畴。参见王建文：《论我国民间借贷合同法律适用的民商区分》，载《现代法学》2020年第1期，第132-142页；王建文：《我国商法体系缺陷的补救：民商区分》，载《环球法律评论》2016年第6期，第135-143页；王建文：《我国商法引入经营者概念的理论构造》，载《法学家》2014年第3期，第43-49页。

而在某种程度上确立了为德国、日本等国商法典所普遍规定的商事留置权。企业之间的留置之所以不以留置物与债权属于同一法律关系为前提，其主要原因在于企业是经营主体，而立法依据恰恰是商事留置权。但就商事留置权而言，实际上不能将权利主体限定于企业，以自然人身份开展持续性经营活动的职业经营者，同样应纳入商事留置权的权利主体范畴，这就导致在未能确立民商区分的《民法典》框架下，商事留置权的规范无法满足商事实践需求。另以商事承租权为例，对商事权利的特殊性予以说明。根据我国《民法典》及相关地方立法的规定，经营场所承租人虽可获得同等条件下的优先购买权及优先承租权的法律保障，但在计算同等条件时根本不考虑经营场所承租权中所蕴含的特殊营业资产价值。而在英国、爱尔兰、法国、比利时、荷兰、意大利等欧洲国家，法律则赋予了商事租赁的承租人在租期届满时请求续展租约的权利。我国《民法典》在租赁制度上的设计依据依然以对所有权人的优先保护和当事人双方的信赖关系为基础，而忽视了现实生活中大量经营场所租赁法律关系的特殊性，对于出租人法律保护上的绝对倾斜，使得利用经营场所进行商事经营的商事主体在租赁关系上处于明显的劣势地位。我国《民法典》在租赁制度的设计上仅仅考虑了民事居住目的租赁的需要，而缺乏对商事经营活动租赁的特别安排，因而没有做到实质上的民商区分，商事经营活动的特有利益也无法通过经营场所承租权得到有效的保护。因此，我国若不设定保护经营场所承租权的商法规范，仅仅适用关于房屋租赁的相关规定，则根本无法充分保护经营场所承租人的合法权益。

商事人格权对于完善商主体制度具有非常重要的价值。对此，必须解放思想，不能因为传统商法中商事人格权制度的缺失，就断定商法中不应存在原本为完善的商法所不可缺少的商事人格权制度。商事人格权既不能为传统人格权所解释，也不能为知识产权与财产权所解释，只能作为一种独立的商事权利而存在。事实上，也恰恰只有独立存在的商事人格权才能使商主体制度得以健全起来。我国《民法典》规定，法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。这些权利均可为企业法人及合伙企业、个人独资企业等商主体所享有，从而成为商事人格权。此外，商事信用权与商业形象权也是企业等典型商主体不可或缺的重要权利，应纳入商事人格权范畴。

不过，上述界定方法及结论仍停留在对民事权利进入商事领域后形成的特殊形态所进行的描述，不能完全满足构建商事权利理论体系的目标。例如，股权作为典型的商事权利，因其兼具财产权与人身权的属性，而不可简单地将其界定为商事财产权或商事人格权。那么，究竟应当如何界定商事权利呢？对此，笔者认为，应当立足于商法乃私法之特别法的定位，基于其独立性与特殊性，提炼出商法所特有的、由商事关系的特殊性所决定的商事权利的内涵，并基于其是否普遍存在于各种商事关系中而将其进一步划分为基本商事权利与具体商事权利。

所谓基本商事权利，是指基于商主体身份或资格所依法享有的、商法所特有的、由商事关系的特殊性所决定的商事权利。基本商事权利对于商主体来说固然重要，但并非所有基本商事权利都为商主体所固有，不同商主体实际拥有的基本商事权利并不完全相同。例如，从理论上讲，所有依法经商事登记而设立的企业和个体工商户都能拥有营业权、商业名称权、商事信用权、公平交易权、商业秘密权和商业形象权，部分企业和个体工商户并不实际拥有商业秘密权和商业形象权，但不妨碍其拥有该项权利；对于无须履行商事登记程序的自然人、农村承包经营户及依法可以开展经营活动的非营利法人来说，虽然一般不拥有商业名称权、商业秘密权和商业形象权，但都拥有营业权、商事信用权和公平交易权。概括而言，依法办理了商事登记的商主体（企业和个体工商户）拥有最广泛的基本商事权利，其他商主体则仅拥有部分基本商事权利，但因企业和个体工商户在商事活动中占据绝对主导地位，故不妨将其拥有的营业权、商业名称权、商事信用权、公平交易权、商业秘密权和商业形象权界定为基本商事权利。所谓具体商事权利，是指并非为商主体所普遍拥有，而仅存在于特定商事关系中的商事权利。例如，股权、商事留置权、商事承租权，虽然具有典型性，但因其仅存在于特定的商事关系中，不属于普遍存在于各种商事关

系中的商事权利，故只能作为具体商事权利。对此，可以股权为例加以说明。在市场经济中，股权持有人非常广泛，但作为典型商主体的企业，只有在其对外投资时才成为其投资公司的股东，从而在该特定投资关系中拥有股权。因此，股权并非依法办理了商事登记的商主体（企业和个体工商户）广泛拥有的基本商事权利，而应将其纳入具体商事权利范畴。将股权界定为具体商事权利，既可回避其究竟属于财产权抑或人身权的法律定性之争，又可基于其“特定商事关系中的商事权利”的定性，按照特别法优先适用原则，对股权纠纷予以妥当适用。表现在立法上，基本商事权利应由“商法典”或“商法通则”等形式商法予以规定，具体商事权利则可由《公司法》《证券法》等单行法或分则性规范予以规定。表现在司法上，即使未来相当长一段时间内“商法典”或“商法通则”等形式商法仍然缺失，亦应基于基本商事权利的定性，对涉及基本商事权利的法律关系正确定性，将其纳入商事关系范畴，在法律适用时充分考虑商法理念与商法思维；对于具体商事权利，因大多已有特别规范，故应贯彻特别法优先适用原则，并在存在法律漏洞时遵循该项原则。事实上，从我国司法来看，我国商事权利保护不足，主要原因并非总纲性商法规范缺失，而是商法理念与商法思维缺失。因此，尽管我国尚未制定“商法典”或“商法通则”等形式商法，亦未在《民法典》中贯彻民商区分的立法理念，但若能在司法实践中贯彻民商区分的法律适用原则并遵循商法理念与商法思维，总纲性商法规范缺失的问题将大为缓解。

五、基本商事权利的理论阐释

在上述基本商事权利中，商业名称权和商业秘密权分别是商法和知识产权法中的重要内容，相关文献非常丰富，故本文对此不予赘述。具体商事权利则因过于广泛，也无法在此一一阐述，故本文仅就营业权、商事信用权、商业形象权、公平交易权的商事权利意涵予以简要阐释。

（一）营业权的理论阐释

营业权的实质为营业自由权或经营自由权。尽管各国商法大多确立了营业自由的理念，但均未对其作明确规定，并且在许多国家营业自由都被作为一种基本的自由权看待，因而国外理论界大多不对营业自由作学理界定。对此，我国学者也大多将其作为一个基本概念使用而不对其含义予以直接揭示。不过，为数不多的对营业自由（采取不同称谓）作直接研究的学者则大多作了相应的概念界定。例如，张民安教授认为，从商自由是指，“除非法律对人的商事资格作出限制，否则，所有人均享有按照自己意愿自由从事商事经营活动的自由”。^[30]肖海军教授认为：“营业权是指民事主体基于平等的营业机会和作为独立的投资主体或营业主体资格，可自主地选择特定产业领域或特定商事事项作为其主营业事项进行经营、从事以营利为目的的营业活动，而不受国家法律不合理限制和其他主体干预的权利。”^[31]笔者认为，所谓营业权，是指商主体享有自主决定从事经营活动的自由权，国家不得设置不当障碍。在我国，政府不断放松对民间投资的管制也正是营业权的要求和体现。显然，营业权超越了民事权利的内涵，无法通过民法规范予以调整。通过“商法典”或“商法通则”等形式商法确立营业权，虽然在本质上也仅具有宣示意义，但通过营业权保护立法，可强化市场经济的平等参与意识，促进我国市场经济体制进一步完善。

营业权与营业制度密切相关，为正确理解营业权有必要对营业制度予以揭示。受大陆法系传

[30]张民安：《商法总则制度研究》，法律出版社2007年版，第43页。

[31]肖海军：《营业权论》，法律出版社2007年版，第41页。

统商法的影响,我国不少商法学者都主张我国商法应建立营业制度^[32],或虽未明示建立营业制度的态度,但将营业制度作为商法体系的重要组成部分^[33]。还有学者提出,应以“营业”为核心构建我国商法体系。^[34]笔者认为,营业概念固然在传统商法中占据重要地位,但这主要是就营业制度而言,即特指客观意义上的营业。至于主观意义上的营业,则因仅用于作为商人或商行为的界定因素,且其内涵模糊,并未成为民商分立的大陆法系国家商法典所确立的共同概念。就我国商法而言,究竟是否应以营业作为商法的核心范畴,涉及我国商法核心范畴的确定问题。笔者认为,我国不必以商人和商行为概念构建我国商法体系,而应以经营者和经营行为作为核心范畴,故不必将主观意义上的营业这一界定商人或商行为的辅助概念确定为我国商法的基本概念。至于客观意义上的营业所对应的营业资产制度,确实具有重要意义,且我国商事实践中也因营业转让等营业制度的缺失而存在诸多问题,因而我国应借鉴《法国商法典》及《日本公司法典》,确立完整的营业资产制度^[35],但这一问题已超出营业权范畴,本文不予赘述。

(二) 商事信用权的理论阐释

商事信用是指商主体对在其生产经营过程中所形成的,社会对其所提供的产品、服务品质以及资本能力等内容的综合评价,即对商主体的经济能力与履约水平的评价。这一定义也被用于商誉,因而商事信用权概念常与商誉权概念混用。

德国著名学者克雷斯蒂安·冯·巴尔教授认为,关于危害个人或企业信用的规定所保护的不是社会名誉而是经济上的名誉。因此,不涉及请求履行合同的问题(如偿还贷款),而是在商业或事业上的成功以及一个受到好评的企业名誉的价值(即信用值)。^[36]显然,克雷斯蒂安·冯·巴尔教授认为企业信用实际上就是企业的商业上的名誉。据此,商主体的信用实际上就是商主体的商业上的名誉。而商主体的商业上的名誉的确切含义应为商誉。因此,商主体的信用与商誉概念含义一致。^[37]这就涉及商誉与信用概念的选择问题。在学术界,关于这个问题并无定论。有人认为,关于信用和商誉,有些学者将其相提并论;其实,商誉并非一个法律术语,而是一个经济学术语,其含义与信用无甚区别,只须以信用代替即可。^[38]显然,该观点持的是等同论。另有人认为,商誉权与信用权是不同类型的权利。例如,有人认为,传播流言、宣称某工厂因遭受火灾而停产的行为并不构成对其名誉权的侵害,但构成对其信用权的侵害。^[39]甚至有人就信

[32]参见刘小勇:《营业转让与股东大会的决议——日本法对我国的启示》,载《清华法学》2010年第5期,第166页;王艳华:《以营业为视角解释商法体系》,载《河北法学》2010年第5期,第113页;刘文科:《营业:商法上的特殊客体》,载《政法论坛》2010年第5期,第146页;张如海:《试论我国营业转让法律制度之构建》,载《法学杂志》2010年第10期,第44页;樊涛、王延川:《商事责任与追诉机制研究——以商法的独立性为考察基础》,法律出版社2008年版,第177-188页;宁金成:《〈商事通则〉的立法体系与基本原则》,载《国家检察官学院学报》2008年第1期,第120页;杨继:《商法通则统一立法的必要性和可行性》,载《法学》2006年第2期,第79页。

[33]参见王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第185-188页;任先行:《商法总论》,北京大学出版社、中国林业大学出版社2007年版,第258-277页;同前注[30],张民安书,第344-367页。

[34]同前注[32],王艳华文,第117页。

[35]营业资产制度的核心是营业转让制度,此外还包括营业继承、营业资产的质押、营业资产的租赁经营、商业租约等制度等重要内容。在具体立法模式方面,应将其纳入我国总纲性商法规范。参见王建文:《中国商法的理论重构与立法构想》,中国人民大学出版社2018年版,第276-278页。

[36]参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001版,第62页。

[37]事实上,我国一些主张商誉权乃与信用权并列的权利的学者往往又将信用权等同于商誉权,将大陆法系国家反不正当竞争法中关于侵害信用权的规定作为关于商誉权的法律规定。有的学者则认为大陆法系立法中的信用,“实为我国(包括台湾地区)所指商业信誉”。(参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,第537页。)这种认识实际上也将大陆法系立法上的信用权等同于商誉权。依此,这些学者所理解的信用就是关于经济能力的评价。对于商事主体来说,这种经济能力的评价正是商誉的内涵之一。

[38]参见苏号朋、蒋笃恒:《论信用权》,载《法律科学》1995年第2期,第66页。

[39]参见魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第659页。

用权与商誉权分别撰文作长篇论述，或者在同一部著作中分别作为不同的权利类型加以介绍。^{〔40〕}

在2002年12月23日提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法（草案）》中，曾将名誉权与信用权作为两项并列的人格权。但《民法典》放弃了这一做法，未对信用权作单独规定，而是将其作为名誉权的一部分。《德国民法典》第824条则以“信用损害”为题对信用作了专门规定。此外，《奥地利民法典》第1330条第2款、《希腊民法典》第920条以及《葡萄牙民法典》第484条也将信用作为其保护对象。不过，绝大多数大陆法系国家都是通过名誉权来保护信用权的。这种承认信用权却又将其归入名誉权的理解只适用于一般民事主体，因为绝大多数国家都未将信用权视为一般民事主体独立的人格权。

现代市场经济可谓信用经济，商事信用乃商事交易的保障。因此，各国普遍重视对商事信用的法律规制。对于商事信用权，大陆法系多数国家都采用竞争法来保护。例如，德国《反不正当竞争法》题为“毁谤”的第14条对“商业企业和商业企业主信用”作了规定。^{〔41〕}日本《不正当竞争防止法》第1条第6项对“营业上的信用”作了明确规定。^{〔42〕}在我国社会信用体系尚不完备的背景下，商事信用权的确立非常必要，商事信用权的法律保护也亟待加强。因此，虽然我国《民法典》关于法人名誉权的规定可适用于商事信用权，但该法第1029条所规定的信用显然指的是信用评价人所作的信用评价，并不能完全包含商誉权的内涵。因此，在通过“商法典”或“商法通则”等形式商法明确规定商事信用权之前，我国司法实践中应通过扩张解释，借助法人名誉权达到保护商事信用权的目的。

（三）商业形象权的理论阐释

商主体作为法律的拟制物，并无自然人的肖像，自然无肖像权可言。^{〔43〕}但商主体在经营过程中，往往会为其设计商业形象（CI），这种商业形象也往往会成为商主体的标志。由此形成的虚拟的商业形象利益也需要得到法律保护，因而在欧洲、美国、日本即出现了日益发达的“商业形象权”保护方式。^{〔44〕}与此相近的概念还有公开权、商品化权、形象权等。这些概念实际上含义相同，其英语表达都为“Right of Publicity”。形象权作为将形象（包括真人的形象、虚构人的形象、创作出的人及动物的形象、人体形象等）付诸商业性使用（或称营利性使用）的权利，与商主体对其商业形象所拥有的商业形象权明显不同。本文所指商业形象，并非包含了商誉及其他企业文化等内容的一般社会公众对企业的整体认识的抽象的所谓“形象”，而是仅仅指经设计而成的以一定的文字、图形或文字与图形的结合的形式表现出来的外在的直观的商业形象（CI）。

商业形象权的客体——商业形象，由于要以作品的形式表现出来，因而从这个角度来看，可将其纳入版权范畴。不过，商业形象的本质，不在于商主体得以拥有对于其所设计的商业形象的版权利益（包括精神性与物质性利益），而在于借助该商业形象扩大商主体的影响，从而为其创造经济利益。因此，作为商主体法律人格标识而存在的商业形象，不能被等同于仅仅作为受版权法保护的作品。不过，与肖像权相比，商业形象权又具有明显的为肖像权所不具有的财产权属性，良好的商业形象对于企业的生产经营往往具有巨大的促进作用，能为其带来非常可观的利润。另外，肖像权除去新型的形象权因素外，只能为权利人所专有，并不能转让、抛弃和继承。

〔40〕参见吴汉东：《论商誉权》，载《中国法学》2001年第3期，第91-98页；吴汉东：《论信用权》，载《法学》2001年第1期，第41-48页；同前注〔37〕，吴汉东、胡开忠书，第523-566页；程合红：《商事人格权论——人格权的经济利益内涵及其实现与保护》，中国人民大学出版社2002年版，第75-101页。

〔41〕参见《各国反垄断法汇编》，人民法院出版社2001年版，第244页。

〔42〕同上注，第559页。

〔43〕即使对于独资企业来说，尽管其法律人格的独立性远不及于法人企业与合伙企业，从某种意义上讲确实不能完全脱离企业主个人人格，但独资企业毕竟已经成为一个独立于企业主而存在的实体，或者说独资企业与其企业主毕竟属于不同的法律主体，应当将企业主与企业本身严格区别开来，企业主个人的肖像并不能成为企业的肖像。

〔44〕参见郑成思：《知识产权论》，法律出版社1998年版，第65页。

而商业形象权则不然，商主体可以自由地将其处分，如可以通过废弃商业形象而抛弃对其享有的权利，可以通过转让商业形象而获取高额回报，此外，商主体终止之后，其继受者可以继续拥有其商业形象权。基于此，应将商业形象权划入基本商事权利的范畴。我国《民法典》未对商业形象权作出规定，导致其法律保护存在法律漏洞。事实上，即便《民法典》对商业形象权作了规定，因其难以按照商事基本权利定位予以规定，仍不可避免存在规范无法满足商事实践需求的问题。因此，我国未来应基于商业形象权的法律定位，在“商法典”或“商法通则”等形式商法中对其作明确规定。在此之前，司法实践中法官应确立商业形象权的理论认知，对商主体的商业形象权予以法律保护。为解决规范缺失所导致的法律适用不统一问题，最高人民法院可制定相关司法解释或发布指导性案例，为该问题的法律适用提供明确而统一的裁判规则。

（四）公平交易权的理论阐释

公平交易权是指商主体在营业活动中公平参与市场竞争的权利。显然，商法视角下的公平交易权与《消费者权益保护法》《反垄断法》《反不正当竞争法》等法律中的概念完全不同。例如，在《消费者权益保护法》中，所谓公平交易权，是指消费者在购买商品或接受服务时，享有公正、合理地进行市场交换行为的权利。对此，我国《消费者权益保护法》第10条第1款规定：“消费者享有公平交易的权利。”同条第2款规定：“消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。”尽管公平交易权已被作为《消费者权益保护法》中消费者权利的概念，但就其内涵而言，公平交易权更适宜作为商主体开展营业活动所必需的基本商事权利的概念，故笔者将其引入商法，将其界定为基本商事权利。在此意义上，《反垄断法》和《反不正当竞争法》中采用的市场公平竞争、正当竞争概念实际上也具有公平交易的含义，只不过不是从商事权利角度来使用，而是从市场公平竞争和正当竞争的市场秩序角度来使用。商主体作为最典型的市场主体，有着对公平交易的天然追求。从国家市场监管的角度来说，只有切实维护竞争中立、公平竞争，才能有效维护市场秩序，从而营造良好的营商环境，维护商主体的公平交易权。因此，我国2019年颁布的《优化营商环境条例》第21条规定：“政府有关部门应当加大反垄断和反不正当竞争执法力度，有效预防和制止市场经济活动中的垄断行为、不正当竞争行为以及滥用行政权力排除、限制竞争的行为，营造公平竞争的市场环境。”除了上述经济法层面的法律规制外，商法中不少规范都是公平交易理念的体现。例如，《公司法》中关于股权转让中对其他股东平等对待的规定，维护的是其他股东参与该股权转让的公平交易权；《证券法》中禁止内幕交易的规定，维护的是证券投资者参与该证券投资的公平交易权。在我国举国上下都高度重视优化市场化、法治化、国际化、便利化营商环境的当下，大力推进市场主体公平交易，充分保障商主体的公平交易权，才能营造良好的营商环境。

公平交易权是营业权派生的一项权利。商主体开展营业活动，即随之取得公平交易权。因此，营业权是公平交易权存在的前提，没有营业权，就无法开展市场交易活动，遑论公平交易权。商主体的公平交易权受法律保护，任何单位或个人都负有不得侵犯的义务。该项权利对商主体来说至关重要，但无法在《民法典》框架下获得法律保护，因而需要通过“商法典”或“商法通则”等形式商法予以确认。

责任编辑：龚浩川