

论商号的转让

刘晓睿

(扬州大学 法学院,江苏 扬州 225009)

摘要:商号是商主体用来表示其营业的名称,商号具有人格属性和财产属性。商号的法律属性对商号的转让具有重要意义。随着经济生活的发展,商号的财产性日趋明显,这有利于商号的转让;同时,商号的人格属性与财产性相对独立,也为商号的转让奠定了基础。商号转让的基础、模式、程序、效力在我国现行法律中缺乏相关规定,值得研究探讨。

关键词:商号转让;基础;模式;程序;效力

中图分类号:D913.9 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-5322(2009)02-0031-04

商号是商主体用来表示其营业的名称^{[1]253}。由这个定义可知,商号具有以下特点:(1)商号仅仅是一个名称,这个名称不是法律上权利义务的承担者。(2)商号是商主体代表自己的名称,它依附于商主体,是商主体相互区别的重要外在标志。(3)商号是商主体的商事名称,也就是说,只有商主体在从事商行为是才可以使用这个名称^{[1]254}。首先,商号具有人格属性。任何法律主体都必然要有一定的名称,并凭借该名称参与社会活动。毫无疑问,这种用以标识权利主体的名称应该属于人格的范畴。商号是准确反映商主体的特殊属性的名称,并凭借该名称参加各项社会活动。只有商主体才可以使用该商号,反映出商号有较强的人身依附性。同时,商号具有财产属性。商号已经不仅仅局限于表征商主体的标记功能,更多地反映出其所蕴含的财产属性。商号的转让、许可使用、出资等等活动,能够使商主体获益,也使得商号的财产属性日趋明显。商号的法律属性为商号的转让奠定了基础。

一、商号转让的基础

随着经济活动的发展,一些人格权保护的客体的财产属性日益凸显。在现代民法中,人格利益的财产意义,不仅表现为侵犯人格权利产生的财产后果,更重要的是部分人格权在客观上有可能转化为物质利益^[2]。比如,明星许可他人将自

己的肖像用于广告宣传,从而获得代言费用,这时肖像权的财产意义就显露出来。商号作为一种人格也不例外。商号本身具有财产属性,其财产性体现在下述的两个方面。首先,商主体自己对商号的使用,即在商事交易过程中直接使用商号而发挥其内在的价值;其次,商主体转让其商号,能够满足其融资的要求。商主体不仅可以通过对商号的使用发挥其作用,在今天的经济生活中,商号的价值意义更多地体现为其可以进行转让和出资。如果商号仅限于自己使用,而不允许商主体将商号进行转让或者出资,不能达到物尽其用的效果。商号往往与商誉密切相关,是商人一项重要的无形资产,也是一种重要的经济资源。一方面,商号权人有着将无形财产转化为有形财产,从而取得较大经济收益的客观需要;另一方面,商人利用具有较高知名度的商号,可以进一步地扩大影响开拓业务。因此,在市场经济条件下,商号的流转也是商号转让人与受让人的客观需求。资源的配置应由价值规律决定,商号的转让是优化资源配置的重要途径。人为地限制资源的流转是不符合市场规律的^[3]。随着社会经济的不断发展,“人格魅力可为人类社会一项重要资源,其潜在的巨大的商业价值尤为现代商品社会所重视。在信息传递速度大大加快的今天,利用人格因素辅助商业竞争已成为商品经营者的一种策略,而且往往会达到其他竞争手段所无法实现的

收稿日期:2008-03-17

作者简介:刘晓睿(1985-),女,江苏盐城人,硕士生,研究方向:民商法。

目标。”^[4]商号中所包含财产性的特点日益加强,同时与其人格性的属性也相对独立,这些都为商号转让奠定了基础。纵观世界各国的规定,无论是理论上还是在立法中都肯定了商号可转让性。

二、商号转让的模式

商号的转让模式,往往和营业转让密切相关,所以根据其是否要和营业一起转让,现行各国立法中主要有两种模式:第一,绝对转让主义,即商号转让必须连同营业一起转让或者在营业结束后可以转让商号。现在采用这种立法模式的有德国、日本、韩国等国。如《德国商法典》第 23 条:“商号不得与使用此商号的营业分离而让与。”《日本商法典》第 24 条第 1 款:“商号只能和营业一起转让或在废止营业时转让。”《韩国商法典》第 25 条第 1 款:“商号,只有在废止营业时,或者和营业一起进行时,方可转让。”第二,相对转让主义,即商号可与营业相分离而转让。商主体不仅可以单独转让商号而不转让营业,而且多个营业可以同时使用一个商号。奉行这一立法原则的国家不多,主要是以法国为代表。不过,为了避免商号混同而产生的误解,奉行该原则的国家多立法规定,商号转让后不得再用作签名,仍用作签名的商号不得转让^{[1]265}。显然,在这两种模式中,绝对转让主义以保护公众利益和善意第三人的利益为出发点,强调的是交易的安全性,为了避免相对转让模式中多个主体共同拥有某一个商号而引起交易相对人的误解,要求商号的转让与营业转让一起进行。绝对转让主义是以保护公众利益和善意第三人的利益为出发点的。相对转让主义则认为,商号是企业所专有的,商事企业有权决定将其出卖以及是否单独出卖。这种观点比较充分地体现了民法中的合同自由之基本原则。所谓自由之原则,即契约自由,详言之,亦即订立商事契约,其内容得有当事人意思自行决定,国家法律不加以干涉。契约自由一直是私法的最高准则。故大部分的商事法规,都受着自由之原则所支配^[5]。所以,相对转让主义充分地体现了合同自由的精神。

笔者主张,我国现阶段的商号转让模式,应该采取相对转让主义。理由如下:

首先,绝对转让主义的支持者主张,商号的信用是由商主体在长期经营过程中逐渐发展积累起来的,包含了其在经营过程中所付出的若千的努力,但是如果允许商号单独转让,不免有欺诈公众

之嫌。但事实上,即使采取绝对转让主义,也不可能排除受让人践踏以前建立在原商号上的商业信用的可能^[6],因此,绝对转让主义并不能保证商号背后所凝结的商业信用不被破坏。

其次,随着经济活动的发展,在现实经济生活中也经常出现在营业相同的商主体之间,名气较小的商主体放弃自己的商号,支付一定的报酬受让另一商主体的商誉较高的商号,用于自己的营业,从而达到更大盈利的目的。在此种情况下,原商号权人继续使用自己商号并用其营业,为相对转让主义的存在提供了现实依据。

再次,商号是商主体的一项财产,商主体自然有权自由处分,当然是决定单独转让商号。正如前文所述,现在商主体可以尽最大限度的把商主体的无形价值转化为有形财产,通过转让商号,商主体可以获得转让费,也不失为一种有效的融资方式;同时商号受让人可以利用较强商誉的商号获得较大的盈利,这样也是一种双赢。

当然,商号实行相对转让主义的模式也存在一些弊端,容易造成商号使用和管理上的混乱、同时可能导致发生转让人转嫁债务或者与受让人恶意串通损害债权人利益、转让人在法外获利、损害善意第三人的利益等情况的出现,需要对具体的转让程序进行严密的设计和规划。如果允许当事人如恶意的当事人先转让其商号,并将转让前用该商号所负的债务转归商号受让人承担,如果允许当事人如恶意的当事人先转让其商号,并将转让前用该商号所负的债务转归商号受让人承担,然后,再单独转让营业,则转让人可以在法外获利^[6]。这样无疑会极大地损害善意第三人的利益。所以一方面要维护交易安全、保障善意第三人的合法权益,另一方面使商号转让的利益最大化,必须设立系列的具体的转让程序。

三、商号转让的程序

(一)一般情况

1. 商号与营业分离转让

转让人与受让人首先应当订立转让协议,明确商号使用的时间、地域范围。同时,在转让协议中应该写明转让人是否可以继续使用其商号经营相同的营业。如果没有转让人可以继续使用商号的规定,应该推定为不可继续使用该商号。原因主要是考虑到商事活动的外观性,防止引起善意第三人的误解。在订立转让协议之后,转让人和

受让人到相应的工商行政部门进行登记。转让人与受让人在同一行政区域,那么转让协议则在该区域的工商行政部门进行登记公告即可。转让人与受让人如果在不同的行政区域,则应该在两个行政区域都进行登记公告。这样可以及时将商号转让的事实告知他人,保障交易的安全。另外,如果在分离转移的情况下,当事人明确约定或未约定通过推定而知转让人不可继续使用原商号的情况下,转让人应该及时到工商行政部门进行商号的变更登记,避免与以前的商号产生混淆。

2. 商号与营业一起转让

现讨论的商号与营业一起转让专指商号与全部营业一起转让,因为商号与部分营业的转让可以被上述情况所囊括。首先,转让人与受让人应当订立转让协议。因为商号是与全部营业一起转移,所以会发生债权债务的概括转移,此时有必要通过一定方式通知对债权人和债务人。受让人向工商行政部门进行登记和公告,商号的转让于登记之日起生效。此时,因为转让人已经不可以使用原来的商号,所以必须向工商行政部门进行商号的变更登记。

(二) 营业废止时商号的转让

关于在营业废止时商号是否可以转让的问题,在有些国家的立法中,已经明确予以肯定。如《日本商法典》第24条第1款:“商号只能和营业一起转让或在废止营业时转让。”再如,《韩国商法典》第25条第1款:“商号,只有在废止营业时,或者和营业一并进行时,方可转让。”

商号是商主体的一项财产,在企业解散的时候应该归入清算财产;在企业破产时,应该归入破产财产的范畴。通过对商号进行估价然后进行转让或是拍卖,用所得的价金来清偿债务,清偿后如有剩余,则归商号的所有者。关键的问题是在企业清算和破产时,转让商号的具体程序应该是怎样。对此,有学者认为此时的商号转让虽在理论上可行,但实践中缺乏可操作性,指出,在具体操作上是先处理上法人的财产,还是先处理商法人的商号?如果先处理商号,那么该商事主体就没有了自己的人格的代表,无以作为主体进行经济活动的签名。但是如果先处理该商主体的财产,那么此时商法人的商号也就不存在了^[7]。

笔者认为,既然商号属于商主体的财产,那么在清算和破产时的转让问题,应该比照其他的财产处理方式进行处理。具体来说,在企业清算的

情况下,应该由清算组对商号进行拍卖,拍卖成功后,由转让人和受让人订立商号的转让协议,然后将所得价金作为清算财产进行清算。受让人应该及时地向工商行政部门申请登记公告。在转让人办理注销之前,转让人仍然可以使用该商号,此时转让人的活动范围限定与清算活动,相应的商号的使用也仅限于清算活动。在清算结束时,由商号的转让人办理注销手续,并且同时注销商号。破产的情形下,类似于清算的情况,通过拍卖商号所得的价金,作为破产财产。转让人与受让人应该签订转让协议,由受让人向工商行政部门申请登记公告。在破产程序终了之前,转让人可以继续使用该商号进行破产清算活动,在破产清算结束后,转让人向工商行政部门办理注销手续,并且一并注销商号。

四、商号转让的效力

(一) 对转让人的效力

1. 转让人可以要求受让人支付转让费。

2. 在商号与营业一起转让的情况下,受让人向工商行政部门办理完登记公告手续后,转让人就丧失了商号的专用权,转让人以后不得再使用该商号。但是在商号与营业分离转让的情况下,如果当事人约定转让人仍可以继续使用该商号,那么转让人可以根据当事人之间的约定行使商号权。在这里还有可能出现一种比较特殊的情况,如果商人是以自己的姓名作为商号的,那么其姓名在商事活动和民事活动中都可以使用。但是,如果商号的转让已经结束之后,对商人使用其姓名权的活动进行一定的限制,避免引起交易相对人的误解,比如应该禁止转让人恶意的以该姓名再设立一个相同的商号进行同类的营业。

3. 转让人的竞业禁止义务。在商号和营业一起转让的情况下,如果转让人仍然经营同类业务,可能会造成交易相对人的误解。所以,有关国家的立法都规定,转让人负有相应的竞业禁止义务。但是,如果无限期的禁止转让人从事有关营业,也会侵犯转让人的营业自由,所以对转让人的竞业禁止也应该限定在一定的范围内。笔者认为,《日本商法典》的规定值得借鉴。《日本商法典》第25条:“(一)转让营业时,当事人如无另外意思表示,则转让人在20年内,不得于同一市镇或相邻市镇村内经营同一营业。(二)转让人有不经营同一营业的特约时,该特约只在同一府县内

即相邻府县内,在不超过 30 年的范围内有效。

(二)对受让人的效力

1. 受让人须及时向转让人支付转让费。

2. 如果商号是与营业一起转让的,那么在受让人向工商行政部门办理了登记公告的手续之后,就取得了商号专用权。如果商号与营业分离而转让,那么受让人则根据当事人之间订立的转让协议在约定地域及时间内享有商号专用权。

3. 转让人债权债务的概括转移。转让人债权债务的概括转移特指商号与营业一并转移的情况。此时,由于受让人取得营业,所以营业上所负的债权债务发生概括转移,即受让人取得转让人的债权同时还负有原转让人的债务。如《日本商法典》第 26 条第一款:“营业受让人继续使用转让人的商号时,对于转让人因营业而产生的债务,亦负清偿责任。”第 27 条:“于前条第一款,就转让人因营业而产生的债权向受让人实行清偿时,以清偿人系善意且五重大过失情形为限,其清偿

为有效。”

(三)对第三人的效力

为了维护交易相对人的合法权益,保持良好的交易秩序。所以在商号转让时要求受让人向工商行政部门申请登记公告,这样使转让人的债权人、债务人了解相关的情况。在公告后就推知转让人的债权人、债务人已经知晓商号转让的事实。

1. 对债权人的效力

在商号和营业一起转让的情况下,发生债权债务的概括转移,此时债权人应该向受让人主张债权。在商号与营业分离转让的情况下,债务人仍应向转让人请求清偿债务。

2. 对债务人的效力

在商号和营业一起转让的情况下,因为发生了债权债务的概括转移,现在受让人享有转让人对债务人的债权,债务人应该向受让人履行债务。但是在商号与营业分离转让的情况下,债务人仍然应该向转让人履行债务。

参考文献:

- [1] 范建. 商法基础理论专题研究[M]. 北京:高等教育出版社,2005.
- [2] 吴汉东,胡开忠. 无形财产权制度研究[M]. 北京:法律出版社,2001:98.
- [3] 通拉嘎. 商号转让法律问题研究[M]. 呼和浩特:内蒙古大学出版社,2006.
- [4] 郭明瑞,房绍坤,唐广良. 民商法论—人身权法[M]. 北京:中国人民大学出版社,1999:442.
- [5] 任尔昕,张完连. 论营业转让与商号转让[J]. 甘肃社会科学,2007(2):173-176.
- [6] 钟漫绯. 商号保护:转让程序与效力[J]. 中国国情国力,2008(8):56-60.
- [7] 阮赞林. 商号权的几个问题探讨[J]. 商业经济与管理,2001(5):61-64.

A Study on Transfer of the Trade Name

LIU Xiao-rui

(School of Law, Yangzhou University, Jiangsu Yangzhou 225009, China)

Abstract: The trade name is used by the commercial subject to name the business, which has both personal and property attributes. The legal attribute of the trade name is of great significance to the transfer of trade name. With the development of the economic life, the characteristic as a fortune becomes more obvious and it is good for the transfer of the trade name. Meanwhile the personal attribute and property attribute are relatively independent, which also forms the foundation for the transfer of the trade name. Consequently the transfer of the trade name becomes more active. It is worthwhile to study the basis, models, procedures and effectiveness of transferring the trade name because of lack of the relevant regulations.

Keywords: transfer of trade name; basis; models; procedures; effectiveness

(责任编辑:李开玲;校对:丁 一)