

# 概说“营业资产”

## ——法国商法的特色理论与实践

罗结珍

(北京第二外国语学院 100024 北京)

内容提要: 法国商法意义上的营业资产是一种无形动产, 包括有形要素和无形要素, 最重要的是顾客群体与租约权。营业资产的买卖、转让、质押适用特别制度。

关键词: 法国商法 营业资产 无形动产 顾客群体 租约权

法国商法所称的“营业资产”, 原文为“fonds de commerce”,<sup>①</sup>在1807年《法国商法典》中没有相关规定, 1872年4月4日的《税法》中首次出现这一概念。现在, 受法国法影响, 比利时、瑞士、加拿大魁北克省以及非洲法语国家大都规定了类似制度, 同属于大陆法系的德国、意大利、西班牙等国使用的术语<sup>②</sup>有所不同。

### 一、营业资产的法律性质

最初, “fonds de commerce”(营业资产)仅

仅是指“从事商业活动的店铺”, 但“店铺”是与传统零售商业联系在一起的概念, 含义比较狭窄。现代商法意义上的营业资产涵盖面要广泛得多: 小商店、大商场、餐馆、酒吧、咖啡馆、烟草店、报刊亭、理发店、美容店、药店、音乐厅、放映厅、游戏厅、加油站、汽车修理铺、旅行社、婚姻介绍所, 乃至大型工厂等等, 都可以是营业资产(网店也有可能)。不过, 受传统观念影响, 营业资产主要涉及的仍然是“直接向顾客销售商

作者简介: 罗结珍(1945-), 男, 汉族, 安徽望江人, 北京第二外国语学院教授。

① 法语“fonds de commerce”是受“fonds de terre”(地产)的启发而创造的术语, “fonds”的本义指“土地”, 转义指“资金”、“资源”、“非物质财富”。不同译者对“fonds de commerce”一词的译名不同, 例如“店铺”、“商业资产”、“铺底”等等。法国法律没有“民事资产”(fonds civils), 但有“民事顾客群体”(clientels civiles)的概念, 与“商业顾客群体”(les clientels commerciales)相比, 前者更强调和重视经营活动主体本人的人格(资质、信誉)。法国法律同时还承认“手工业营业资产”(fonds artisanal)与“农业资产”, 因此, 本文讨论的“营业资产”实际上为“商事营业资产”。笔者认为, “商业资产”与法国商法意义上的“营业资产”有很大差别。

② 德国法称为“handels-gesellschaft”, 西班牙法律称为“l'empresa”, “企业”的概念占主导地位; 意大利语的“azienda”是指“企业经营者主为企业的运作所投入的全部财产”; 英语“goodwill of the business”(商誉、商务潜力)一词相当于法国商法的“顾客群体”(la clientèle)。

品、提供服务的营业机构”。

《法国商法典》至今没有关于营业资产的定义。法院判例与学理认为,营业资产是“商人用于从事某项经营活动的全部动产”,由有形动产和无形动产两部分组成,前者包括待出售的商品、从事经营活动所需的设备、器材,诸如货架、货柜等;后者主要是指顾客群体(clientèle)、经营场地的租约权、商业名称、招牌,还可能包括商标品牌、专利权或专有技术,以及从事特定职业的资质证书、营业执照或许可证等。

显然,并非任何营业资产都必须具备以上全部要素。不同行业、不同机构,从事不同的活动,营业资产的构成也有很大差别:酒吧不同于加油站,剧场、音乐厅也有别于麦当劳和肯德基。即使是同一种财产要素,在不同的营业资产中地位也不尽相同,有些营业资产的价值主要体现为商标品牌,例如,路易威登品牌门店,而街边水果铺通常不包括商标权等无形权利。随着经营活动的持续,营业资产的组成要素也会发生变化:有的被卖出,有的新买进,有的已消失。营业资产是“一个内含可变的容器”。

法国法律总体上将不动产排除在商法的调整范围之外,营业资产的全部构成要素仅包括动产。人们习惯上将用于从事经营活动的建筑物或场地称为“四壁”。商人一般只是“四壁”的承租人而不是所有权人,即使在自家房产内从事经营活动,“四壁”与营业资产也是分开的两项财产。“四壁”的租赁适用特别制度,商业承租人享有延展租约的权利,而租约权(droit

au bail)则是营业资产的重要组成部分。

一切营业资产都必须有一项根本要素——“顾客群体”(clientèle),指的是“营业资产借凭其地理位置、产品、服务、品种和质量,通过竞争逐步形成的潜在的消费者人群”。<sup>③</sup>顾客群体越大,营业资产的价值就越高。顾客群体虽然很难量化,但可以从营业额上反映出来,因此,它应当具有“现实性”和“肯定性”。商誉好的店铺往往拥有稳定的消费者群体。在自由竞争的商品经济环境里,顾客群体流动性很大,是商人追求的目标,甚至可以说,营业资产的其他要素都是为了吸引顾客群体,它是一条纽带,将原本独立的各要素结合起来,形成法律意义上的营业资产。顾客群体是营业资产存在的前提条件:没有顾客群体,便没有营业资产;丧失顾客群体,营业资产就会消亡。谁占有顾客群体,谁就是营业资产的实际占有人。

实践中也会遇到一些困难、问题:其一,使用他人商标从事经营活动的商人是否拥有自己的顾客群体?法国最高法院曾就一起涉及本田摩托专营店的诉讼做出判决,认为“顾客群体与商标品牌的知名度不可分离”,<sup>④</sup>这就是说,顾客群体属于知名商标的持有人而不属于其特许经营人。最高法院后来又做出了另一项判决,<sup>⑤</sup>自此之后,一般认为,顾客群体的归属不仅以知名商标为依据,同时也应当考虑商标使用人从事的组织与经营活动:知名商标固然是吸引顾客的重要因素,但销售点的经营者也承担着投资风险,可以通过综合运用包括商业租约在内

③ 理论上将顾客群体区分为“依附于特许经营权的顾客群体,经常性顾客群体以及随机路过的顾客群体”。《法国商法典》第141-5条则区分“顾客群体”(clientèle)与“招徕随机路过的顾客的潜在能力”(l'achalandage)。这种区分在实践中并无很大意义。

④ Cass. civ. 9-7-1979; D. 1980. 64, 另见: Cass. civ. 2-7-1986; Loyers 1986 n° 375; Cass. com. 3-6-1982; JCP G 1983. II 20104 obs. J. H.

⑤ Cass. civ. 13-2-1980; Bull. civ. III p. 26

的各种手段吸引、创立属于自己的顾客群体,形成自己的营业资产。其二,体育场、赛马场、候机楼或超级市场内从事餐饮、冷饮、报刊或其他服务活动的经营者是否可以形成属于自己的营业资产?1970年,最高法院做出一项原则性判决,认为赛马场酒吧的消费者群体属于赛马场而不属于酒吧经营者,吸引顾客前来赛场的唯一原因是赛马。<sup>⑥</sup>在大型商场内的摊位,如果大部分管理权力属于商场,遵守统一管理规则、营业时间、价格和销售政策,那么,这种摊位的经营者就缺乏完全自主地位,不能拥有自己的顾客群体;但是法院判例也承认,独立的经营者的可以证明其享有“完全自主管理权”,例如,摊位有独立的入口或橱窗,有区分隔离设施,销售的是不同的商品,营业时间不受统一限制等等,总之,只有当摊位拥有自己的顾客群体时,才能构成独立的营业资产。这方面的实际情形比较复杂,应当具体个案具体分析。

任何营业资产,不论由哪些要素组成,法律均将其视为一个“统一的整体”,视为一项“无形资产”。这是一种法律上的拟制。<sup>⑦</sup>商品、设备、工具等动产以及商号、招牌、商标等无形权利可以是独立的单项财产,当它们被用于共同的经济目的而紧密联系在一起成为营业资产的组成部分时,即丧失其个体性质,原本孤立的财产要素被看成是一种结合形态。不同的财产要素只有形成一个概括整体,才能具备营业资产的属性。营业资产并非单项财产的简单相加,而是一项区别于各组成部分的独立财产。营业资产所具有的概括性、整体性与独立性,体现的是一种远远高于各单项财产的整体价值。

对于这一财产整体的法律性质,法国法学界曾有不同观点。法院判例与多数学者认为,营业资产并不是民法意义上的“概括财产”(le patrimoine)。<sup>⑧</sup>在法国法律中,“概括财产”是一个特殊概念,指的是同一民事主体现有的和未来的包括资产与负债在内的全部财产,它是“法律上的整体”(une université de droit),是民事主体享有法律人格的依据和基础:没有概括财产就没有法律人格。任何一个民事主体必然有一份概括财产而且只能有一份概括财产,一贫如洗的流浪者与亿万富豪,概无例外。基于此,任何民事主体均享有相同的法律人格。与概括财产不同,营业资产仅仅是一种“事实上的整体”(une université de fait),并不具有独立的法律人格,它是一个人的概括财产的部分,或者,可能是其全部资产的主要部分;但同一个经营者可以有多处经营点,也就是说,无论是自然人还是商法人,均可以有多项营业资产。

需要强调的是,商法意义上的营业资产不同于会计法所规定的、可以记入资产负债表的企业资产。这两者之间既有重叠的部分,也有互不涵盖的部分。企业资产是其拥有或控制的全部资产,包括流动资产、固定资产、长期投资、无形及递延资产、其他长期资产、递延税项等等,固定资产中尤其包括厂房、库房等建筑物或场地不动产;而营业资产的全部构成要素仅包括动产,并且仅有部分要素,例如商品、设备等可以列入企业的资产负债表,另一些要素,如店铺所在的地理位置、商号招牌、顾客群体、租约权等等虽然具有重要价值,却无法列入资产栏目,营业资产本身也不能作为一个整体单项

⑥ Cass. ass. Plén. 24 - 4 - 1970: D. 1970. 381 note R. L.

⑦ 法律人格、法人、被收养人与收养人的父母子女关系、代位继承、相互有继承权的人在同一事件中死亡无法查清具体情节时按照年龄与性别确定死亡先后等等,都属于法律上的拟制。

⑧ 这一术语也有不同的中文译名,例如,整体财产、全部财产。

入账。

营业资产与企业也有所不同。所谓企业是指从事生产活动的组织或机构,更多属于经济概念而不是法律概念,涵盖面更广,并且包含不属于营业资产的资本要素与劳动要素;营业资产则是企业在某一场所从事经营活动所需的全部动产财产:当某一个商人仅开设一处店铺时,该商店既是企业,也是营业资产,但同一企业可以有多个营业资产,无论是商法人还是商自然人,均可以在不同地点持有营业资产,开设门店,形成连锁经营企业。

法国1926年6月30日的法律将经营场地的“租约权”称为“商业产权”(propriété commerciale),许多学者认为这一概念并不恰当。笔者认为,用“商业产权”取代“营业资产”的概念似乎更加合适。

## 二、营业资产的法律制度

基于上述特色理论,法国现行《商法典》对营业资产规定了比较完善的制度,由于篇幅有限,本文仅对营业资产的买卖或转让、质押、租赁经营以及租约权等几个问题简要介绍如下:

### (一) 营业资产的买卖或转让

首先,营业资产是动产,不适用《民法典》有关“取得时效”的规定;是无形动产,不适用“对于动产,占有即等于所有权证书”之规则。

转让营业资产是一种商事行为。非商人受让营业资产,应在15日内到商事法院注册登记,取得商人资格;无能力未成年人以及受监护的成年人不能买受营业资产;实行共同财产制的夫妻在婚姻关系期间取得的营业资产须经双方同意才能转让。

营业资产的转让是无形动产整体转让,但是,当事人可以自由确定哪些财产要素包括在转让范围之内。一般认为,只要转让“能够保持顾客群体的要素”,即构成转让营业资产。

这是一项主要标准。商号、招牌、商标是吸引顾客群体的根本条件,通常应予转让;转让知名商标品牌,可能需要另商价格。营业资产不是由债权债务构成的概括财产,除诸如劳动合同、保险合同之外,与转让人的经营活动相关的债权债务一般不转移给受让人。

转让文书应采用私署或公证形式,载明以下法定事项:1.前出卖人的姓名、其取得资产的文书日期与性质;无形要素、商品与设备的价格应当分列;2.营业资产负担优先权与质权的状况(清单);3.前3个会计年度的营业额;4.前3年的(净)利润额(以及当年的营业额与利润额);5.商业租约,其日期与期限、出租人或租约转让人的姓名与地址。除法定事项外,文书可订立竞业禁止条款、顾客群体转移条款、违约金条款等。

营业额往往体现资产的真实价值,只是口头说明数额而没有文字记载,不符合法律要求。双方应对转让人前3年的会计账册进行盘点并签字确认,不得借口当年账目尚未确定而拒绝提交,也不得以保密为由对抗之。如果经营时间不足3年,以实际时间为准。自买卖实现之日起3年内受让人还可查阅这些账册,任何相反条款均不产生效力。出卖人应担保其声明事项的准确性;不准确的声明事项,例如,将含税营业额说成是净营业额,构成“隐蔽瑕疵”,买受人可在1年内要求降低价金或者取消买卖。如果遗漏上述法定事项,买受人在1年期间可以主张买卖无效。出卖人负有交付义务与竞业禁止义务,担保受让人取得的营业资产不受追夺。

转让营业资产,应在法定期间到商事法院及税务部门进行登记,按照税法规定,交纳登记税、财产转移税(具备条件的可减免“升值税”),还应在有资质的报纸和《法定公告简报》

上分别刊载通知、进行公示。

当事人可以自由确定买卖的价金,但价金应当真实、严肃,符合资产的实际价值。故意低价转让资产,可能构成“伪装的赠与”或“间接赠与”。税务部门有权对超低价金提出异议,可以按照当事人之间公开的低价位行使“先购权”(droit de préemption)。自买卖公示起10日期间,买受人不得向出卖人支付价金,出卖人的任何债权人,不论债权是否到期,均可对价金的支付行使“异议权”(droit d'opposition);如果买受人在这10日内将价金支付给出卖人,则不能对抗债权人。如果无人提出异议或者提存足够款项,满足债权人利益,则不妨碍支付价金。此外,法律还规定了一种“加价拍卖”(surenchère)程序:相关债权人可以向法院提出请求,“以当事人确定的无形财产要素的转让价位为基础加价1/6”,<sup>⑨</sup>进行第二次拍卖。任何人,包括原买受人,均可参与竞价;如无人应价,则宣告提出加价拍卖申请的人为新的买受人。这3项限制性措施很有创意,可以有效抑制“阴阳合同”、偷逃税款以及低价转移资产的违法行为。

营业资产的转让只有符合规定进行了登记与公示,出卖人才能对转让文书中所列举的财产要素享有优先权:当买受人转卖其中的商品、设备和无形要素时,(原)出卖人就每一种要素的价金优先于其他任何债权人受偿;如果文书没有列举财产要素,出卖人仅能就招牌、商业名称、租约权及顾客群体行使优先权。

双方当事人可以约定解除条款。自愿协议或经判决解除合同时,出卖人应对营业资产的全部要素回复占有,但应通知就该营业资产登记了担保权利的债权人:担保债权人可在1个

月期间(替代买受人)向出卖人支付款项、进行清偿,以避免解除合同。解除诉权应在优先权登记中做出特别记载,并与优先权同时消灭。

价金未获得清偿的出卖人享有追及权(droit de suite):不论营业资产转移至何人之手,经法院批准,均可以强制拍卖已经被买受人转卖的资产,但转购人可以向(原)出卖人进行清偿,清除优先权,保住转购的财产。

营业资产可用于公司出资,但应遵守实物出资的有关规定:订立出资文书、对资产评估作价,办理公示手续。实物出资相当于向公司转让营业资产。

## (二) 营业资产的设质

用营业资产可以设定无形动产质权(nantissement)。这种“物的担保”不需要转移占有,因此不影响企业的正常经营活动,但它本身并不十分有效,因为,在设质人经营困难之日,正是债权人最需保障之时,然而此时的营业资产价值可能很低。

营业资产质押与不动产抵押有某些共同点。质押合同应采用私署文书或公证文书形式,并在15日内到商事法院登记公示,否则无效。设质人应是质押的营业资产的所有权人,用他人的营业资产设质无效;租赁经营人无权用其承租的资产设质;共有人可以用属于自己的份额设质,甚至用整个营业资产设质,但质权人的权利需待资产分割结果而定。

如同出卖人的优先权规则,质押合同可以列举质权标的涉及的是哪些财产要素;如果没有明确列举,质权标的物仅包括招牌、商业名称、租约权、顾客群体,但是,任何情况下均应包括顾客群体。如果同时用多处分店设质,应当

<sup>⑨</sup> 例如,一项营业资产原售价320000欧元,其中无形要素的价格为120000欧元,设备与商品分别为150000欧元和50000欧元,那么,1/6加价拍卖时起拍价为:320000 + 120000 × 1/6 = 340000欧元。

写明各分店的地址。仅仅用某一单项动产设质,不能成立营业资产质押。商品是待出卖的财产,不能作为质权标的。

质权人对营业资产的转让价金享有优先受偿权,受偿顺位按照质权登记顺序确定。与“转移占有的有体动产质权”不同,营业资产质押不能赋予质权人将质押物归属自己的权利;与不动产抵押权相同,不论负担质权的营业资产转至何人之手,质权人均享有追及权。同样,法律准许转购人进行清偿,清除质权,保住其转购的资产。经营者可以更换营业地点,但应在法定报纸上刊登迁址启事,变更工商登记,并且提前15日通知已进行担保登记的债权人,这些债权人可要求债务人立即清偿债务,否则,应重新进行质权登记。

### (三) 租赁经营(location - gérance)

营业资产的租赁经营为商事性质,承租人应具有商人资格,相应情况下,还应具备从事特定行业的资质。出租人并非必须是商人:仅仅是将所持有的营业资产租赁经营,并不要求出租人取得商人资格,但应在“工商登记簿”上登记为出租人。租赁经营应刊登公告,自公示之日起6个月内,出租人对承租人的经营债务负连带责任。出租人将营业资产用于租赁经营,应保证该资产“确实存在”,尤其是有顾客群体,为此,法律要求营业资产至少已有过2年的经营时间,特殊情况除外。承租人自担经营风险,不得用营业资产设质,但可转租。

营业资产的租赁经营与经营场所的商业租约是两项不同的制度。一般而言,前者租赁经营不构成后者的转租。承租人不享有商业租约利益。营业资产出租人对其承租人不遵守商业租约的行为应承担赔偿责任;经营场地的出租人一般不反对承租人出租其营业资产;但是,如果商业租约中订有条款规定禁止任何人取代承租人

使用经营场所,出租人有权终止商业租约,并且可以不支付赔偿金。按照最高法院的判决,订立“带有租约权的自由管理合同”,强制租赁经营人遵守商业租约各项条款,直接向(场地)出租人交纳租金,此种情形构成经营场所的转租。

营业资产租赁经营,可能给债权人带来一定风险。法律准许债权人请求法院宣告其债权为到期债权。租赁经营合同终止,与经营活动相关的债务成为到期债务。不定期租赁经营合同到期可以解除;定期合同的解除必须经双方当事人一致同意。租赁经营人提前解除合同,应赔偿出租人受到的损失,赔偿金从承租人寄托的保证金中提取,租金仍按合同原定终止日期计算。在租赁经营人不进行充分经营的情况下,也可以解除合同。

### (四) 租约权

所谓“租约权”(droit au bail)是指营业资产所有权人对其从事经营活动的场所享有延展租约的权利。租约权是营业资产的重要组成部分,对保护和稳定商业基础设施起着很大作用,但是,与“住房租约”不同,承租人不享有优先购买权。

商业租约期限不得少于9年,但准许承租人每3年期提前6个月通知,要求退租或者续约。这就是所谓“369规则”。因实施工程等原因,出租人也有权运用这项规则。退租或续约请求,经诉讼外文书通知出租人。如果没有提出请求,视为默示延展租约,延展期限仍为9年,也可以约定更长期限。

租约或经延展的租约,只要期限加起来不超过24个月,均属短期租约,如果期限超过24个月,即使是默示延展的租约,均自动成为商业租约。短期租约不适用商业租约规则。

出租人可以拒绝延展租约,但应向承租人支付(经营场所被追夺的)赔偿金;除证明损失

较小的情形外,赔偿金数额尤其应包括按照本行业习惯确定的营业资产的商业价值,还有可能加上搬迁与重新安置而引起的正常费用以及同等价值的营业资产在发生变动时应当交纳的费用与税款。这种高额赔偿制度,往往迫使出租人不敢轻易中断商业租约。

租约到期,如果出租人证明有重大的正当理由,可以不延展租约且无需支付补偿金;如果承租人不履行债务或者没有任何正当理由随意停止经营活动,出租人经司法外文书发出催告通知1个月后仍无效果,也可以拒绝延展租约。

法律规定,不论采取何种形式,禁止承租人(即营业资产的所有权人)向取得其营业资产的买受人转让商业租约的协议均无效:商业租约可以随营业资产转让,也可以只转让营业资产而保留租约权。法院判决认为,如果受让人在其接受的场所内从事与前任经营者完全不同的活动,前任经营者可以在其他场所继续从事原活动并保持其顾客群体时,即可单独转让(原经营场所的)租约。

商业租约的“转让”不同于“转租”。除租

约有约定或者经出租人同意之外,禁止承租人转租经营场所的全部或一部;如其获准转租,也应当通知出租人参与转租合同的制定;如转租的租金高于主约原定租金,出租人有权要求相应提高主约租金。转承租人可以按照其权利限度,请求延展租约。

改变房屋的用途应遵守有关物业管理的规定,一般而言,经营场地出租人无权反对营业资产受让人增加与原业务“相关的”或“补充性”业务;改变经营范围,应提前2个月向出租人进行相关通知,出租人在2个月内未做答复,视为同意,但有可能要求变更租金。

订立租约时,当事人可以自由协商租金数额。只有承租人开始使用场地或者自延展租约开始执行之后至少经过3年,才能提出调整租金的请求;自开始实行新的租金之日起,每3年均可提出变更请求。

租约中订有解除条款,在其产生效力时,租约当然解除;经双方当事人同意,可以协议解除租约,但应在通知登记担保权利的债权人1个月后,解除租约的协议才能生效。

## General Understanding of the Goodwill of the Business: the Theory and Practice of French Commercial Law

Luo Jiezhen

**Abstract:** In French Commercial Law, the goodwill of the business (le fonds de commerce) is incorporeal chattel, including the tangible, and intangible elements. And the core essence is clientel and Lease rights. A special applicable system is set for the trading, cession and pledge of the goodwill of the business (le fonds de commerce)

**Keywords:** French Commercial Law the goodwill of the business incorporeal chattel lease rights

(责任编辑:李 辉)