

营业 :商法建构之脊梁 ——域外立法及学说对中国的启示

徐喜荣

(清华大学法学院 北京 100084)

摘要 商事关系、商主体或商行为都以营业为其核心构成。营业也是商行为与民事行为的分水岭。各国商法典几乎都明确地使用了“营业”这一词语,甚至将其作为界定商主体或商行为的基础概念。客观主义的商法以强调客观意义的营业为中心,主观主义的商法以强调主观意义的营业为中心,折中主义的商法则强调主观意义的营业与客观意义的营业的并重。中国应于商事通则的层面确立营业自由的基本原则,采用主观意义的营业及客观意义的营业分别规制的二元结构的进路,以“营业”一词指代主观意义的营业,同时,构建“营业资产”这一概念,以此指代客观意义的营业,克服“营业”在解释上的困惑与冲突。

关键词 营业;商主体;商行为;商事通则;营业财产;营业自由

中图分类号 DF414 **文献标识码** A **文章编号** :1005-9512(2012)11-0106-12

一、营业 :主观与客观之间

营业是一个具有多重含义和多重属性的词汇,可以分别从动词和名词、主观意义和客观意义等不同角度进行解释与界定。例如,营业执照、营业厅、营业税、非法经营同类营业罪等语境中的营业,一般是指特定形式的经营活动,属于“营业”的动词性运用和主观意义上的解释,而营业转让、营业抵押、营业租赁、营业信托等语境下的营业,则是指为特定的经营目的而组合在一起的财产组织体,属于“营业”的名词性用法与客观意义上的解释。在商法领域,营业是一个非常重要的基础性概念。说其重要,是因为在大陆法系国家,凡是制定有商法典的国家,几乎都明确地使用了“营业”这一概念,甚至具体规定了商事营业制度,说其基础,是因为在多数国家的商法中,虽然法律上反复使用了营业的概念,却少有对其进行十分明确的定义性规定,而只是将营业作为界定商人或商行为的基础性概念来使用。

法国商法主要是在商业营业资产的语境下使用营业一词。营业资产这一概念早在1909年3月17日的法律中就正式出现了,主要是对营业资产的转让和担保作了规定。

作者简介 徐喜荣,清华大学法学院博士研究生,广州医学院法学系讲师。

后来 1956 年 3 月 20 日的第 56-277 号法律又对营业财产经营作了规定。¹ 法国的商业营业资产(fonds de commerce)是与客观意义的营业相类似的概念。法国虽有商业营业资产法律制度,但法律中对商业营业资产未作界定。学者们认为,商业营业资产的概念是一个很难准确把握的概念。² “营业资产,从理论上讲是模糊的概念,但在实践中却是有用和富有生命力的概念,它弥补了法国法律的两个缺陷:对财产分配主张的抵制和对企业的了解。”³ 法国的商业营业资产指“用于从事商业活动的,由无形财产和有形财产结合在一起的整体物”⁴;其含义与客观意义的营业没有本质差别。在法国,关于商事营业资产(即客观意义上的营业)的组成,伊夫·居荣认为包括无形构件与有形构件。前者包括租约权、客户群体、商号、商业招牌、工业产权、行政批准书等,后者包括物资设备、工具与商品。法国商法学界对商业营业资产的法律性质的争论很多,占主导地位的意见是将商业营业资产看成是“资产与债务构成的单一整体”,是一种“无形动产”。⁵

《德国商法典》第 1 条第 2 项规定:“商事营利事业指任何营利事业经营,但企业依照性质或者规模不需要以商人方式所设置的营业经营的,不在此限。”⁶ 从表面上看,该条款似乎欲对营业进行界定,但从内容来看,营业的意义并不甚明确。因为根据该项规定,尚需“以商人方式所设置的营业经营”。那么,什么是商人呢?依该条第 1 项规定:“本法典所称的商人,是指经营商事营利事业的人。”⁷ 可以看出,其以“商人方式所设置的营业经营”来界定“营业”,再以“营业”来界定“商人”,这实际上属于同义反复和循环定义,在立法技术上不无缺陷。因此,《德国商法典》其实也没有对营业进行明确的界定。

对于《德国商法典》第 1 条中“商人是经营商事营利事业的人”中的“商事营利事业或者说营业”,德国学者卡纳里斯认为:“营业是指一种独立的、有偿的,包括不特定的多种行为的、向外公示的行为,但是艺术、科学的活动和那些成果需要高度人身性的自由职业不包括在内。”德国 1998 年对商法修订后对营业的解释是:“一个营业的经营必须是一个独立的、持续的、有计划的活动,并且应在市场上为人知悉、不能违背法律和善良风俗。”⁸ 这种对营业的定义是以“行为”为核心词的,是一个主观意义的营业。对于客观意义的营业,德国有时称为“营业”,有时称为“企业”。卡纳里斯认为,商人企业是和包括债务在内的一系列有关标的物(物、权利、机会、关系等)相关的活动集合,包括不动产、动产、债权及债务等。⁹ 可见,在德国,主要是在主观意义上使用营业一词的。

在日本商法学中“营业”一词是一个十分重要的概念,与商人概念及商行为概念几乎具有同等重要的地位,甚至可以认为正是营业概念的桥梁作用才使商人概念及商行为概念结合起来。日本商法学界通常认为,应从主观意义及客观意义两个层面对“营业”进行界定。主观意义的营业,是指商人所从事的营利性活动(《日本商法典》第 5 条、第 6 条、第 502 条等);客观意义上的营业,则指可以成为转让、出资、租赁及担保等法律行为的对象。¹⁰ 如日本学者松波仁一郎认为:“于营业,有取含财产集合之客观意义者,有取含业务之主观意义者。”¹¹ 龙田节也认为:“营业这个概念有时是指商人为营业的目的而进行的活动(主观意义的营业),也有时指商人为了一定的营利目的而运用全部有组织的财产(客观意义的营业)。这两者是互相紧密联系在一起,营业活动所以能够进行,是以有组织的营业财产为基础的,而营业财产也由于营业活动而不断使其组织达到更高的程度。”¹²

对于主观意义的营业,日本学者们的意见比较一致,认为是指商人为营业的目的而进行的活动,¹³ 或商人的营利性活动。¹⁴ 但是,具体应该如何理解在商事活动中客观意义上的营业,日本学术界的观点又不尽一致。“营业财产说”认为,营业是用于营业的各种财

产的总称;“营业组织说”认为,应从商人历史影响、商誉等具有财产价值的事实关系理解营业本质;“营业行为说”则认为,应从营业活动把握营业的本质。现在日本学术界的通说是修正后的“营业财产说”(又称“有机性营业财产说”):所谓客观意义的营业,是指物质性财产与营业中固定下来的各种事实关系的组织化、总体性的组织体。¹⁵如龙田节认为,营业是指商人为了了一定的营利目的而运用全部有组织的财产,由积极财产和消极财产(债务)构成。营业不单纯是这些财产的集合,而是根据一定的目的组织起来的有机统一体,是具有社会活力的东西。在这里,不仅是物和权利,而是根据营业活动积累起来的各种事实关系(包括老铺子的信誉、顾客及同批发商的关系、营业上的秘诀等)作为构成要素而形成的担负完成营业目的的组织,这些甚至比各种财产的总计具有更高的价值。¹⁶

我国学者多沿袭了主客观营业的定义方式。如有学者认为,“营业”有两种含义:一为主观意义,指营业活动,即以营利为目的而进行的连续的、有计划同种类的活动(行为);另一为客观意义,指营业财产,即供进行营业活动之用的有组织的一切动产以及在营业活动中所形成的各种有价值的事实关系的总体。¹⁷营业的意义是多重的,它有时是指商人的营利活动,也有时是指商人为了实现一定的营利目的而运用全部财产的组织体。前者称为主观意义的营业,又称为活动的营业;后者称为客观意义的营业,又称为组织的营业。¹⁸“营业”有时是指商人为了营业的目的而进行的活动(主观意义的营业),有时则是指商人为了了一定的目的而运用全部有组织的财产(客观意义的营业)。¹⁹主观主义的营业是商人的营利活动,客观主义的营业是主观主义营业的物质基础。商法对营业的规制,有时是特指某一意义的营业,有时是指两者的结合。²⁰营业,顾名思义,是经营之事业。从动态的角度理解,营业是指商人所经营和掌管的全部要素的总和,全部要素的总和就是商人组织体——营业组织。营业离不开营业的组织活动,营业组织活动的全部内容在于营业。从静态的角度理解,营业是指商人为了开展经营活动所组织起来的全部财产,这些财产就是商人主体所占有的财产的总和——营业财产。可以说,无营业财产就无营业可言。营业以营业财产为生存依据和发展的起点。²¹这种划分方法实质上也是主客观定义方法,因为所谓动态的营业即是指主观的营业,静态的营业即是指客观的营业。有学者指出,“营业”一词在各国商法中没有明确的定义,但却是商法的重要概念,营业与商人和商行为的概念密不可分。学理上的营业包含主观上的营业和客观上的营业两种含义。²²

综上所述,在法学意义上,一般认为营业是一种以追求营利为目的的经营性活动或其财产,但对营业的内容和性质的理解则存在分歧。作为一个法律术语,“营业”一词也是一个不断发展变化的概念,其内涵与外延都随着历史的发展而不断丰富。学者尽管在界定营业时使用的措辞不同,但总体而言,营业的学理界定,从根本上说是一种二元界定,包括主观意义的营业和客观意义的营业。对于主观意义的营业,中国许多学者的观点与日本学者的观点一致,认为是指“商人为营业的目的而进行的活动”或者指“商人的营利活动”,但是这种定义方式却可能出现《德国商法典》之“以商人定义营业,以营业定义商人”的循环定义问题。因为这一定义方式,必然需要进一步界定何为商人。《日本商法典》第4条第1款规定:“本法中‘商人’是指以自己名义从事商行为并以此为业者。”第5条规定:“未成年人进行前条之营业时,必须办理登记。”第6条第1款规定:“监护人为被监护人从事第四条规定之营业时,必须办理登记。”²³可见,根据这几个条款的反推,《日本商法典》所规定的商人实则可以定义为,“商人是指以自己名义从事营业者。”于此,则同样出现了循环定义的现象。而且,以“商人为营业的目的”来定义营业也存在同义反复的

问题。仅谢怀栻先生把主观意义的营业定义为“以营利为目的而进行的连续的、有计划同种类的活动(行为)”,一定程度上克服了“以商人定义营业,以营业定义商人”的问题。对于客观意义的营业,法国称为“营业资产”,德国称为“企业”,日本通说采用了“营业财产”这一称谓,中国学者则有“营业财产”、“组织的营业”、“组织的财产”等多种称谓。虽然称谓上不同,但对于客观意义的营业由物质性财产及各种事实关系所共同构成,是一种具有整体性(资产与债务构成的整体)、组织性(有机结合的组织一体的财产)、机能性(实现某种经营目的的机能)特征的财产,具有较一致的看法。

二、营业:商法调整对象之核心

学者们在定义商法的调整对象时,使用了许多不同的表述方式,如商、商事、商业、商事关系等,以下将分析不同学者对商法调整对象的不同表述与营业的关系。

(一)借营业以界定商、商事

通过对“商”的理论分析和立法考察,我们可以对商法上的“商”作出如下阐释:经商业登记的商主体(商人),在法律规定的范围内,所从事的一切营利性营业活动(商行为)。²⁴现代商法上所称的商事是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业之总称。²⁵不论哪一种商,商法上的“商”都具有以下基本特征:第一,营利性;第二,营业性。²⁶商法中所说的“商”涵盖着以营利为目的的多种营业活动。²⁷

(二)借营业以界定商业

商业作为社会特殊的、专门的流通领域,它始终是以职业商人为基础,以营业的方式活动,以商品为媒介,有组织的、持续的商品流通活动。²⁸我国台湾地区“商业会计法”第2条规定:“本法所称商业,指以营利为目的之事业,其范围依商业登记法、公司法及其他法律之规定。”²⁹从法理上讲,商业基本包括营利性和营业性两大基本属性。也可以说,营利是商业的主观要素,营业是商业的客观要素。这两者的结合,才是商业的全貌。³⁰

(三)借营业以界定商事关系

商事关系,是指商事主体按照商事法律规范的规定从事各种以营利为目的的营业活动所发生的财产关系。³¹商事关系是营利主体在持续的营业活动中所形成的关系。³²商事主体因从事商事营业行为所发生的关系就界定为商事关系,并成为商法的调整对象,商事关系因此得以被有效地界定出来。³³商事关系是商法的调整对象,它是商主体因营业而形成的一种特殊的社会关系。³⁴商事关系作为商法之调整对象,是指商主体在营业过程中所形成的一种特定的社会关系,这种特定的社会关系,可以称之为营业关系。³⁵

(四)直接以营业界定商法之调整对象

概括地说,商法所调整的社会关系是指由营利性主体从事营业行为所引起的社会经济关系以及与此相联系的社会关系的总和。³⁶商法就一般意义而言是规范商事营业关系的各种法律制度。商法所反映的是社会一种复杂现象——主要是社会商事活动,因此商法的定义既要反映它的质的规定性,又要反映它的量的规定性。商法是规范商事营利事业中商人和商行为规范的总称。³⁷

(五)小结

营业与商、商事、商业、商事关系的联系非常密切,是商法的核心调整对象。虽然许多学者使用了不同的商法调整对象表述方式,但却可以提取出他们共同的公因式:“营业”。³⁸而且,营业也是界定商法调整对象的基本点,是构建商法体系的核心。比如,营业概念的引入奠定了以德国为代表的新商人主义标准的基础。因为营业概念中包含对行为的界

定,这使新商人主义标准与中世纪的原始商人主义标准划清了界限,具有了浓烈的商行为底色。同时,通过对商行为内涵进行一般概括,避免了像法国商法那样对具体商行为的罗列。但是,营业真正发挥其作用是在构建《日本商法典》的体系时,由于营业的高度抽象作用,使《日本商法典》的总则——分则体系得以形成,且商法体系显得非常清晰,同时,因为营业是一个双元因素,它在一定意义上扬弃了客观主义与主观主义标准,更具合理性。³⁹“总之,在法理上把商业概括为以营利为目的的营业事业,既充分反映了商业经济的实际,在法律上也利于规范商事主体和商事行为。基于法理的认定,各国商法理论一个共同点是,商法是调整营利性主体在营业性活动中所发生的商事法律关系的总称。”⁴⁰

三、营业:商主体之“量”的规定性

有学者认为,营业作为现代商法的一个核心概念,“虽然不像商人与商行为那样构成商法的基本概念,但从商法是企业关系法的角度来看,营业这一概念的重要性不在商人与商行为之下。而且,营业实际上也和商人与商行为的概念具有密不可分的关系”。⁴¹许多学者在称呼商主体时,亦使用了不同的表述方式,如商主体、商人、商事主体等。⁴²以下将分析不同的立法及学说对商主体的不同表述方式与营业的关系。

(一)营业与商主体(商人、商事主体)的立法界定

《德国民法典》承认了法人的民事主体资格,为各种形态的商人成为“民事主体”开辟了道路。《德国商法典》则对民事主体进一步细分,把“经营营业的人”或者说“经营营业的民事主体”规定为商人。《德国商法典》第1条第1款规定:“本法典所称的商人是指经营商事营利事业的人。”《德国商法典》旧版本第1条第2款的列举被新版本第1条第2款的概括性条款所替代,对立法这一变动,德国学者的评价是“这意味着实质正义的实现”。⁴³《西班牙商法典》第1条:“本法典所谓的商人是指:1.具有合法的经商能力,并惯常从事商业活动的个人。2.依本法典设立的工商业公司。”⁴⁴《美国统一商法典》第2-104条中,将商人界定为“经营某种货物的人,或者其职业表明他对交易所涉及的惯例或者货物具有专门知识或者技能的人,或者他因雇用其职业表明具有此种专门知识或技能的代理人、经纪人或者其他中间人而被视为具有此种专门知识或者技能的人”。⁴⁵《法国商法典》第1条规定:“从事商事活动并以其为经常性职业者,为商人。”⁴⁶《日本商法典》第4条规定:“本法中‘商人’指以自己名义从事商行为并以此为业者。”⁴⁷

(二)营业与商主体(商人、商事主体)的学说界定

1. 借营业以界定商主体

商主体是从事以营利为目的的营业活动的主体。商主体能力的存在与其所实施的营业活动密切相关。⁴⁸商主体是指以从事营利为目的,以从事营利性活动为职业,并承受商事权力和义务的个人和组织。商主体的基本特征包括商主体的营业性。⁴⁹商人,即商主体,是指依照商法规定,从事以营利为目的的活动并以其为经常职业,享有商事权力,承担商事义务和责任的个人和组织。商主体必须以从事营利性的营业活动为职业。⁵⁰按照现代多数国家的法律规定,从事营业是构成商主体的实质性法律要件。⁵¹

2. 借营业以界定商人

商人,是指依照商法规定,取得营业资格的人。换言之,商人,是指参加商事法律关系,并以商为业者。商人资格并非天赋,而是须强调营业资格的取得,营业资格是商人资格的核心,不具有营业资格者即不具有商人资格。只有民事主体具有营业能力时,才能成为商法上的商人。⁵²所谓商人,是指以自己的名义实施某种商行为并以此为习惯性职业

的人。⁵³ 商人应是以一定的组织形式,从事营业活动、拥有独立财产、经注册登记,并以自己的名义实施商业交易为职业的组织或个人。⁵⁴ 营业是商人概念的基础与核心,是把握商人概念的关键。⁵⁵ 简而言之,不从事营业的个人或组织不是商人,偶尔从事某项营利活动的个人或组织也不是商人。⁵⁶ 我们可以从商人概念中归纳出营业特征。商人的活动总是以营业的方式去进行。所谓营业的方式,是指商人以获取利益为目的反复不断地从事同一性质的经营活动。在时间上考察,这种活动可以有一定期限,也可以无期限,但不能是偶尔的。在内容上考察,这种活动有一定范围,而不是毫无限制的。也就是说,营业行为是在较长时期内反复实施相同类别的商业交易行为。⁵⁷ 在我国,营业的特殊性表现为诸多方面,但就其根本意义而言,主要是营业属于商人,而不是所有的“人”。⁵⁸

3. 借营业以界定商事主体

商事主体以从事营利性活动为常业。商事主体的商事行为通常以营业的方式进行,即以获取利益为目的连续、稳定地从事范围确定的经营活动。⁵⁹ 商事主体是以营利为目的的营业性主体。从事营业性商行为是商事主体的核心特征,通过营业行为,商事主体的营利目的方能得以实现。⁶⁰

(三)小结

从上述不同的立法与学说可以看出,在“商人”、“商主体”、“商事主体”等这些不同的定义中,营业这一核心要素对于商主体资格的取得具有重要意义,是大多数学者定义商主体的共同公因式,或者说即使没有强调其是必备要素,也是通常要素。特别是对于狭义上的“商人”,则为其必备的要素。于此,笔者认为营利性是商主体“质”的规定性,但营业性则是商主体“量”的规定性,只有“质”与“量”的统一,才是合格的商主体,甚至可以说无“营业”则无“商人”。民事主体的行为能力只是为民事主体能够成为商人提供了必要条件,而只有具备了营业能力,民事主体才具备了成为商人的充分条件。“商人”是商业的“人格化”,是商业的基础,而商业是商人的“经济化妆”,是商人“行为的综合”。⁶¹

四、营业:商行为与民事行为的分水岭

(一)营业与商行为(商事行为、商事法律行为⁶²)之立法界定

《德国商法典》第343条规定:“商行为指一个商人实施的、属于其商事营利事业经营的一切行为。”旧版《德国商法典》第1条第2款列举了九种类型的商事活动。任何人只要从事这些商事活动,即获得商人身份:(1)购买和出售货物和有价值证券的行为,无论此种货物是否涉及加工的过程;(2)保险行为,但不包括互保组织;(3)对第三人提供的货物进行加工处理,如果此种加工处理是建立在工业而非手工业基础上的话;(4)银行业和货币兑换业;(5)海洋、内海或陆地货物运输或旅客运输行为;(6)运输代理行为、仓储保管行为以及行纪代办行为;(7)商事代理行为;(8)书籍与艺术的出版和销售行为;(9)印刷行为。这一列举性规定现已被废止。而由第1项做一抽象的把握,笔者认为这也是“实质正义的实现”。《德国商法典》第344条规定了商行为的推定:(1)由一个商人所实施的法律行为,在有疑义时,视为属于其商事营利事业经营;(2)由一个商人所签署的票据,视为在其商事营利事业经营中所签署,但以文书中无相反的规定为限。⁶³

法国商法从行为人实施的行为本身是否属于营业行为或为营业而实施的行为,来界定商行为与民事行为的区别,而与行为人是否具有商人的身份无关。如原《法国商法典》第1条就规定,凡以营利为目的从事商业营业的行为,皆为商行为。⁶⁴ 现《法国商法典》第1条规定:“商人者,以商行为为业者。”《法国商法典》第109条规定:“对于商人,商行为

得以一切方式予以证明,但法律另有规定者除外。”⁶⁵日本学者认为法国商法中的商行为是建立在营业的基础上。⁶⁶

《日本商法典》第503条规定:“商人为其营业所实施的行为为商行为。商人的行为,推定为其营业实施的行为。”⁶⁷可见,日本将商行为的界定建立在营业的基础上。该法典中的商人和商行为通过“营业”这一桥梁连接,系折中主义的商法,营业是逻辑起点。⁶⁸

(二)营业与商行为(商事行为、商事法律行为)之学说界定

1. 借营业以界定商行为

按照大陆法系国家学者的一般认识,商行为是指以营利性营业为目的而从事的各种表意行为。商行为原则上应是某种营业性行为。所谓营业性,指行为人以营利性经济活动为业。商行为就其一般法律特征而言,是主体基于法定商行为能力而从事的,以营利为目的的营业性行为。⁶⁹商行为是指商主体从事的以营利为目的的营业性行为。这种观点更能反映商行为的法律本质。⁷⁰商行为一般被认为是商主体以营利性营业作为行为目的而从事的行为。商行为是经营性(营业性)行为,作为经营性是指行为人的营利性行为具有反复性、不间断性和计划性的特点,它表明主体至少在一段时间内连续不断地从事某种性质相同的营利活动,因而具有职业性。⁷¹有学者从德国商法对商行为的界定中,认为经营属性或营业属性是商行为最为本质的属性,⁷²商行为是营业性行为。营业性表明行为主体至少在一段时间内连续不间断地从事某种同一性质的营利活动,因而是一种职业性营利行为。⁷³各国学者研究商行为概念时,不约而同地强调商行为的营业性、持续性、公开性和职业性,已不再拘泥于意思表示之主观性,基本回避了商行为与意思表示之间的联系。可以说,意思表示是营业行为的通常要素,但却不是必备要素,即在学说上,商行为不是法律行为或意思表示行为的简单延伸,无须包括意思表示因素,但却必须符合营业性的特征。⁷⁴所谓商行为,是指以营利的目的而进行的经营行为。任何人,无论他们是否是商人,只要是为了营利而进行的经营行为,则其行为构成商行为;否则,即不构成商行为。⁷⁵商行为,即商事行为或商法上的行为,是商主体基于营业所实施的行为及其他具有商事性质的行为。⁷⁶

2. 借营业以界定商事行为

商事行为是商事主体为实现其商业目的而进行的以营利为目的的商事营业行为。商事行为的表现形式是营业。⁷⁷商事行为是商主体以营利为目的,旨在设立、变更或消灭商事法律关系的经营性活动。经营性指行为人的营利行为具有反复性、不间断性和计划性的特点,表明主体至少在一段时期内连续不断地从事某种性质相同的营利性活动,具有职业性。⁷⁸商行为,又称商事行为,是指商主体从事的以营利为目的,能够引起商事权利义务关系产生、变更、消灭的营业行为。⁷⁹

3. 借营业以界定商事法律行为

大陆法系学者一般认为,商事法律行为是指以营利性营业作为行为目的而从事的行为,又称商业行为。商事法律行为是以营利性营业为目的和内容的行为。商行为的营业性,要求主体在以一特定的期间内连续从事一种性质相同的营利活动,才能认为其具有营业性或职业性,这也就是偶然的营利行为不被视为商事法律行为的原因。⁸⁰

(三)小结

由上可知,无论是在“商行为”、“商事行为”抑或“商事法律行为”的定义中,都使用了“营业”或者“经营性活动”等词,可见,营业在商行为的界定中亦具有重要意义。在“泛商

化”的时代中,任何人都可能从事营利活动,即是说一般的民事行为也可能具有营利性,这就必然带来一个问题:商行为与一般的营利性民事行为有什么区别?笔者认为通过上述的分析,可以看出“营业”方是商行为与一般的营利性民事行为的分水岭。虽然说商行为是民事行为的一种,但并不是任何的营利行为都可以称之为商行为。因为营利行为只有和特定的营业结合在一起,才能构成商法上所称的商行为。仅有营利性不足以使商行为区别于一般的营利性民事行为。而营业性却是商行为所独有,因为商法意义上的营利必须以营业形式获得。可以说,营利是商行为的主观要件,营业则是商行为的客观要件,只有两者的有机结合,才是商行为的全貌。

五、中国营业制度的商法规制

从上文的分析可以看出:无论是商事关系、商主体抑或商行为都是以营业为其核心构成,没有营业这一“脊梁”的贯通,商主体法律制度、商行为法律制度的健全将遇到极大的困难。各国商法典几乎都明确地使用了“营业”一词,甚至将其直接作为界定商主体或者商行为的基础概念。许多国家的商事立法对“商主体”和“商行为”作出规定时,均强调其“营利性”和“营业性”的本质特征。可以说,客观主义的商法是以强调客观意义的营业为中心的,如《法国商法典》对商事营业资产的规定,即以营业财产为基点,并同时反映在该国商法学家的观点之中,如伊夫·居荣对商事营业资产的解释。主观主义的商法是以强调主观意义的营业为中心的,如《德国商法典》对营业概念的立法规定,即是以行为为基点,并同时反映在德国商法学家的观点之中,如卡纳里斯对营业的界定。折中主义的商法则强调主观主义的营业与客观主义的营业的并重,如《日本商法典》关于商人、商行为等内容中有关营业的规定,而日本学者对营业概念的理解基本也就是从主观主义与客观主义并重的角度来界定的。商法的一切重要制度均离不开营业这一脊梁的支撑,只有借助营业这一基本点,方能使商法这只“寄居蟹”相对得以独立。如果说商主体、商行为是商法的“任督二脉”,那么,打通商法之“任督二脉”的基本范畴则非营业莫属。因此,中国应于商事基本法的层面对营业法律制度进行规制。

(一)中国营业制度商法规制之模式:商事通则

规制营业采用何种立法模式,这是商法规制营业的基础性问题。法国、德国、日本于商法典层面对营业进行规制。而我国现行商法采用单行法的模式,并未制定商法典,在这一立法模式下,已经颁布实施的单行法,如作为商主体法的《个人独资企业法》、《合伙企业法》、《公司法》、《企业破产法》,作为商行为法的《证券法》、《保险法》、《票据法》、《信托法》等商事单行法或者单独使用“营业”一词,或者以营业的主观内涵作为定语与其他词构成复合概念,如“营业执照”、“营业期限”、“营业场所”、“营业时间”、“营业事务”等。从统计获得的使用情况(见表一、表二)而言,我国商事单行法主要从主观方面使用营业一词,仅《企业破产法》与《信托法》分别有一个条文从客观方面单独使用了营业一词。这从实证法层面进一步说明了营业一词所包含的主观与客观两个方面,验证了商主体法、商行为法对营业制度的实践需求。但是,营业不是独立的权利主体,不具有商人的主体性,因此,它不能归入商主体制度;并且,营业不仅具有主观意义上行为的营业,还具有客观意义上财产的营业,因此,营业也不能简单地归入商行为制度。营业规制在商法中有其独立存在的意义,单行的商主体法、商行为法并不能满足规制营业的需求。而商法典所注重的严密逻辑结构,很难甚至不可能适应商法这一私法的开路先锋的变革性特点。如德国、法国将商法典中的公司编部分剥离出来单独立法,日本于2005年也将商法典中的第2

编剥离 ,与其他公司法规范资源整合起来 ,制定为公司法典 ,而其新制定的公司法典的条文数量甚至超过原商法典的条文。这表明 ,理性上的民商分立的严格区分 ,只要不再适应社会经济 ,随时都会被打破。而将商事法律规范的主要内容“放在民法典中会显得过分累赘”。⁸¹ 可以得出这样的结论 :“只有在制定民法典的同时制定一部《商事通则》 ,用以规范基本的商事法律关系 ,才是立足实现和着眼未来的最佳选择。”⁸² “商事通则的需求不是人为的 ,而是在商法与实践的互动中显现出来的 ,它产生于生动活泼的商事实践。”⁸³ 因此 ,作为其他单行商事法律未曾提供而又非常必要的一般性规则的营业制度 ,只能通过制定以一般商事规制、共同商事规则为内容的商事通则来实现。

表一 :中国部分商主体法对“营业”一词的使用情况 :

法律名称	具体条文用语	主观营业	客观营业
《个人独资企业法》	11处“营业执照” ⁸⁴ 、1处“营业” ⁸⁵	12处	0处
《合伙企业法》	8处“营业执照” ⁸⁶	8处	0处
《公司法》	16处“营业执照” ⁸⁷ 、2处“营业期限” ⁸⁸	18处	0处
《企业破产法》	6处“营业” ⁸⁹ 、10处“营业事务” ⁹⁰	15处	1处 ⁹¹

表二 :中国部分商行为法对“营业”一词的使用情况 :

法律名称	具体条文用语	主观营业	客观营业
《证券法》	7处“营业执照” ⁹² 、1处“营业场所” ⁹³ 、1处“营业性分支机构” ⁹⁴ 、2处“营业” ⁹⁵	11处	0处
《保险法》	2处“营业场所” ⁹⁶ 、3处“营业执照” ⁹⁷	5处	0处
《票据法》	8处“营业场所” ⁹⁸ 、1处“营业时间” ⁹⁹	9处	0处
《信托法》	1处“营业” ¹⁰⁰	0处	1处

(二)中国营业制度商法规制之理念 :营业自由

自由是法的基本价值 ,它在商法领域的体现便是营业自由。所谓营业自由 ,是指商人自由地从事营业活动 ,非经法律、行政法规规定不得限制。营业自由是一切采取市场经济体制的国家实行的原则 ,并且由宪法和法律所确认。¹⁰¹ “商法应确认营业自由的原则 ,这是一切实行市场经济体制的国家实行的原则。”¹⁰² 始于 1979 年的中国经济体制改革 ,在由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变中 ,不断地放松管制(或曰“规制缓和”、“政府适度干预”) ,扩大营业自由。¹⁰³ 西塞罗有言 :“法律是自由的科学 ,为了保障自由 ,我们才是法律的奴仆。”德国商法学家卡纳里斯教授指出 :“历史地观察 ,商法是合同自由的积极领路人。”¹⁰⁴ 法国的伊夫·居荣教授认为 ,“经商自由”具有宪法价值。因此 ,除非是因公共秩序的理由或者因战时经济的继续——这更加令人遗憾——所引起的例外情形 ,或者是因不恰当地给予“新行会”的优惠之外 ,“进入商界”并不需要经过任何行政批准 ,既不存在“挑选” ,也不存在数额的限制。因不慎而进入从业人数过多的部门或者没有足够的能力吸引并留住顾客的人 ,将被自由竞争机制所淘汰。正因为如此 ,对取得商人资格不应加以任何限制。¹⁰⁵ 在中世纪 ,由于受行业制度的限制 ,营业是不自由的 ,法国大革命后于 1791 年即以法律宣布营业自由原则。¹⁰⁶ 英国 1215 年的《大宪章》第 41 条明确规定 ,一切商人 ,除在战时并为敌国之人外 ,均得遵陆道或水道安全出入 ,逗留或经

过英国以经营商业,并得免征一切苛捐杂税,就是在开战时,如敌国商人在英国被扣留时,也不得伤其身体与货物,并实行对等原则。¹⁰⁷

如果说制定商事通则是比较可行的立法模式,那么,商事通则作为单行商主体法和商行为法之外的规制营业的基础性法律,必须以私法自治的理念贯穿其中,规定营业自由的原则应当是商事通则所“责无旁贷”的,也是“不可替代”的。营业自由是商法的灵魂与生命的体现,营业自由,在商主体法中,体现为创业自由;在商行为法,体现为经营自由。营业自由的内涵包括:第一,商事结社自由;第二,投资自由;第三,商事组织内部经营管理自由;第四,开业自由和歇业自由。¹⁰⁸因此,在商事通则中明确规定个人和企业的营业自由,不仅有助于在体制转型时期捍卫公民的基本权力,有助于推动市场经济体制的完善,而且有助于推动中国的宪政和民主法治事业的发展,通过这种法律确认,将促使营业自由这一基本理念得到全面深入的培育与应用,并形成适合商事活动特性的营业规则。商法作为体现营业自由的最主要私法,应当以营业自由作为基本理念,贯通于整个商法,以此构建商法大厦之根基,进而丰富整个私法秩序,不断扩大私法自治的范围。国家对商人而言,其职责在于保护商人的人身和财富并有利于其营利活动,保证营业自由应当是商法之根本。

(三)中国营业制度商法规制之进路:二元结构

“当考虑由商法规定营业的时候,是否可以规定一个营业的统一概念?虽然,理论研究上可以作出特征的描述,但规定一个统一概念似乎还是有困难的。”¹⁰⁹如上所述,营业的意义是多重的,一是指活动的营业,即主观意义的营业,将营业作为商人的营利活动;二是指组织的营业,即客观意义的营业,将营业作为为实现一定的营利目的而运用的有机能的财产。对于这两种意义的营业,我国单行商事法都有采用。但这些规定因其规制目的、规制内容的不同,不可能起到规制营业的根与本的作用。考虑到营业的上述不同意义,商事通则应采用二元结构对营业进行规制,即对营业行为和营业财产分别进行规定。但如何在立法中明确何处的营业为主观的营业,何处的营业又为客观的营业,是立法上应予界定的问题。笔者建议,为避免对营业解释上的困惑与冲突,建议商事通则不妨借鉴我国商事立法实践中经常采用的“以营业的主观内涵作为定语并与其他词构成复合概念”的方式,并且考虑到客观意义的营业除了具有财产性的构成之外,尚包括营业事实关系等非财产性内容,建议借鉴法国对客观意义的营业的规制,构建“营业资产”这一范畴,以此指代客观意义的营业。这可让营业这一概念得以纯化,也就是说,营业一词单独使用时仅仅指主观意义的营业,在需要规制客观意义的营业时,则以“营业资产”称之。

因此,为避免出现以“商人定义营业,以营业定义商人”的问题,对主观意义的营业应在谢怀栻先生将其定义为“以营利为目的而进行的连续的、有计划同种类的活动(行为)”的基础上,进而明确该行为的主体,同时考虑营业行为的经营性特征,将其定义为:“营业是指自然人、法人、其他组织以营利为目的而进行的连续的、有计划职业性经营活动。”并以此作为商行为的核心内容,建构中国的营业商行为制度,作为证券营业行为、保险营业行为、信托营业行为、居间营业行为、行纪营业行为等营业商行为的基本范畴。

对于客观意义的营业的定义,笔者认为可以在前文所述的日本学术界的通说基础之上,采用“有机性营业财产说”:“客观意义的营业,是指物质性财产与营业中固定下来的各种事实关系的组织化、总体性的组织体。”结合前文对主观意义的营业的定义,并考虑营业过程中,除了会形成物质性财产之外,尚有知识产权等无形财产及营业的信誉、顾

客、同批发商的关系、营业上的秘诀等事实关系,建议把“营业资产”定义为:“自然人、法人、其他组织在营业中所形成的组织化、总体性的各类有形财产、无形财产及固定下来的各种事实关系的总和。”以此作为商人资格之营业能力的核心要素,并以此作为营业资产转让、营业资产信托、公司并购等商事法律制度的基本范畴。

注:

^{1,28,37,50,71,107} 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,第 78-79 页,第 4 页,第 7 页,第 110-111 页,第 279-280 页,第 88 页。

^{2,5,105} [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第 1 卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社 2004 年版,第 704 页,第 703、745-752 页,第 35 页。

³ [法]克洛德·商波:《商法》,商务印书馆 1998 年版,第 75 页。

⁴ Paul Didier, Droit commercial, Presses Universitaires De France, P.361. 转引自张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 327-328 页。

^{6,7,63} 杜景林、卢湛译:《德国商法典》,法律出版社 2010 年版,第 3 页,第 3 页,第 211 页。

^{8,9,43,104} [德]C.W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 36 页,第 226-227 页,第 41 页,第 8 页。

^{10,23,47,67} 刘成杰译注,柳经纬审校:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 6 页,第 289-290 页,第 13 页,第 90-91 页。

¹¹ [日]松波仁一郎:《日本商法论》,郑钊等译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 42 页。

^{12,13,16} [日]龙田节:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社 1985 年版,第 22-23 页,第 22 页,第 22-23、25 页。

^{14,41} 吴建斌:《现代日本商法研究》,人民出版社 2003 年版,第 82 页。

¹⁵ [日]莲井良宪、森淳二郎:《商法总则·商行为法》(第 4 版),法律文化社 2006 年版,第 125 页。转引自刘成杰译注,柳经纬审校:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 6 页。

^{17,106} 谢怀栻:《外国民商法精要》(增补版),法律出版社 2006 年版,第 257 页。

¹⁸ 王保树主编:《商法总论》,清华大学出版社 2007 年版,第 183 页。

^{19,82} 赵忠孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 116 页,第 144-145、147 页。

^{20,58} 朱慈蕴:《营业规制在商法中的地位》,《清华法学》2008 年第 4 期。

^{21,24,57} 顾功耘主编:《商法教程(第二版)》,上海人民出版社、北京大学出版社 2006 年版,第 55 页,第 5 页,第 35 页。

^{22,59} 赵旭东主编:《商法学》,高等教育出版社 2007 年版,第 78 页,第 30 页。

^{25,51,69} 赵万一:《商法基本问题研究》,法律出版社 2002 年版,第 47 页,第 289 页,第 316-318 页。

^{26,70} 柳经纬、刘永光编著:《商法总论》,厦门大学出版社 2004 年版,第 3 页,第 153 页。

^{27,34} 韩长印主编:《商法教程》,高等教育出版社 2007 年版,第 4 页。

²⁹ 王泽鉴主编:《2009-2010 综合大六法精华版》,台北新学林出版股份有限公司 2009 年版,第 M-051 页。

^{30,40,54} 周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社 2000 年版,第 11-12 页,第 12 页,第 217 页。

^{31,77} 施天涛:《商法学》,法律出版社 2010 年版,第 3 页,第 87 页。

³² 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社 1996 年版,第 4-6 页。

^{33,60} 王璟:《商法特性论》,知识产权出版社 2007 年版,第 100 页,第 107 页。

^{35,79} 肖海军主编:《商法学》,法律出版社 2009 年版,第 5 页,第 95 页。

³⁶ 王瑞:《商法总论》,法律出版社 2010 年版,第 4 页。

³⁸ 亦有学者把商事关系表述为“平等主体之间基于营利性活动所形成的社会关系”。参见赵旭东主编:《商法学》,高等教育出版社 2007 年版,第 4 页。但笔者认为民事关系亦包括部分营利性活动所形成的社会关系,仅以“营利性”作为标准已不足以完全区分民事关系与商事关系。如此定义,不免把偶发的一般营利性民事行为归于商法调整,这会造成“民事行为过度商化”的问题,对一般民事行为提出过高的要求。

³⁹ 樊涛、王延川:《商法总论》,知识产权出版社 2006 年版,第 33 页。

⁴² 学者对于商主体有不同的称谓,有称“商主体”、“商人”、“商事主体”等,笔者于此并不考虑何者更为适当,而

主要分析各种不同的概念界定与营业之间的关系。

⁴⁴ 《西班牙商法典》,潘灯、高远译,中国政法大学出版社2008年版,第3页。

⁴⁵ 徐学鹿、梁鹏:《商法总论(修订版)》,中国人民大学出版社2009年版,第303页。

⁴⁶ 金邦贵译:《法国商法典》,中国法制出版社2000年版,第1页。

^{48,73} 范建、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2007年版,第195页,第396页。

^{49,103} 叶林、黎建飞主编:《商法学原理与案例教程》,中国人民大学出版社2006年版,第55-57页,第15页。

^{52,69,101,103} 王保树主编:《中国商法》,人民法院出版社2010年版,第41-42页,第87页,第64页,第31页。

^{53,75} 张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第103页,第264页。

⁵⁵ 范建:《德国商法》,中国大百科全书出版社1993年版,第50页。

^{56,65} 陈本寒主编:《商法新论》,武汉大学出版社2009年版,第63页,第117页。

⁶¹ 黄国雄:《现代商学通论》,人民日报出版社1994年版,第13页。

⁶² 学者对于商行为亦有不同的称谓,有称“商行为”、“商事行为”、“商事法律行为”等,笔者于此并不考虑何者更为适当,而主要分析各种不同的概念界定与营业之间的关系。

⁶⁴ [德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱赛:《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第233页。

⁶⁶ 樊涛、王延川:《商法总论》,知识产权出版社2006年版,第30页。

⁶⁸ 刘文科:《论商法一般法的构成》,载王保树主编:《商事法论集》2009年第2卷,法律出版社2010年版,第70页。

⁷² 范建:《德国商法——传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第304-307页。

⁷⁴ 叶林:《商行为的性质》,《清华法学》2008年第4期。

⁷⁶ 高在敏主编:《商法》,法律出版社2010年版,第83页。

⁷⁸ 笔者认为该书对经营性的表述实质就是“主观意义上的营业”。参见赵旭东主编:《商法学》,高等教育出版社2007年版,第43页。

⁸¹ 江平:《关于制定民法典的几点意见》,《法律科学》1998年第3期。

⁸² 任尔昕:《我国商事立法模式之选择》,《现代法学》2004年第1期。

⁸³ 王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

⁸⁴ 参见《个人独资企业法》第12条、第13条、第14条、第26条、第33条、第35条、第37条。

⁸⁵ 参见《个人独资企业法》第11条。

⁸⁶ 参见《合伙企业法》第10条、第11条、第12条、第48条、第85条、第95条。

⁸⁷ 参见《公司法》第7条、第14条、第60条、第147条、第181条、第193条、第195条、第208条、第212条、第214条。

⁸⁸ 参见《公司法》第75条、第181条。

⁸⁹ 参见《企业破产法》第25条第(5)项、第26条、第42条第(4)项、第61条第(5)项、第69条第(3)项、第75条。

⁹⁰ 参见《企业破产法》第73条、第74条、第80条、第89条、第98条。

⁹¹ 参见《企业破产法》第69条第3项。

⁹² 参见《证券法》第14条、第17条、第52条、第58条、第128条、第217条。

⁹³ 参见《证券法》第145条。

⁹⁴ 参见《证券法》第150条。

⁹⁵ 参见《证券法》第75条、第217条。

⁹⁶ 参见《保险法》第68条第(6)项、第84条第(3)项。

⁹⁷ 参见《保险法》第70条第(4)项、第77条、第119条。

⁹⁸ 参见《票据法》第16条、第23条、第76条、第85条。

⁹⁹ 参见《票据法》第16条。

¹⁰⁰ 参见《信托法》第3条。

^{102,109} 王保树:《寻求规制营业的根与本》,载王保树主编,周林彬、张民安执行主编:《2007中国商法年刊:和谐社会构建中的商法建设》,北京大学出版社2008年版,第213页,第209页。

(责任编辑 陈历幸)