

商法视野中商铺转让费问题探讨

周维德

(江西财经大学 法学院 江西南昌 330013)

摘要: 全国范围内关于商铺转让费纠纷的处理“同案不同判”现象较为明显,其主要原因是法律对商铺转让费的性质未有明确界定。商人通过租赁他人的商铺从事商事经营活动,在商铺的所有权人和使用人之间形成了不动产的商事租赁法律关系,由此而生之商事租赁权及商誉价值等属于商事营业资产之无形财产。商铺转让费属于对转让人的一种综合性补偿费,其中应当包含的因素有:转让人对于该商铺的商誉提升的补偿,转让人对于预期经营利益放弃的补偿,转让人对于商事营业场所租赁权让渡的补偿。承租人主张商铺转让费具有合法性基础,但需受主体、数额、租赁期限等限制。

关键词: 商铺; 转让费; 商事营业资产

中图分类号: D923.99

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2016)01-0102-08

在商铺的租赁经营活动中,商铺转让费是一个伴随商铺经营权转让而常见的衍生物。根据商铺所处的不同城市、商业位置、经营面积、累积经营期限等因素差别,商铺转让费少则数千元,多则数十万甚至数百万元。然而现行的法律中,对于商铺转让费的性质并无明确规定,导致出现纷争时,法院无法就商铺转让费是否应当返还、具体返还数额或比例等问题进行统一决断,在全国范围内关于商铺转让费纠纷的处理“同案不同判”现象较为明显。笔者认为,为了妥善解决经济生活中高发的商铺转让费纠纷,必须首先要对商铺转让费的法律性质进行明确界定,再进而探讨如何实现对该费用进行法律规范之路径。

一、问题的提出

商铺转让是商事经营活动中存在多年的一种经济行为,多见于商铺经营的前手(可以是商铺的所有权人,也可以是商铺的承租人及次承租人)将一定租赁期限之商铺经营权让渡与后手。^①转让的商铺,有的是光铺,出租人未对之进行任何有价值的添附;有的是出租人(或转租人)进行了一定期限的营业,有室内装修、设备添置、广告宣传等前期投入,还有的已经形成了较为稳定的商业客户群体。根据商铺所处的城市、商业位置、经营面积、累积经营期限等因素差别,该笔转让费的数额少则数千元,多则数十万甚至数百万元。

有观点认为,商铺承租人对于该转让费的支付,这是租赁双方意思表示一致的结果,“转让费可以看作是这一领域或行业的交易习惯,当事人应该予以遵守。”^②然而,从理性经济人的角度看,承租人对于依照市场标准所确定的租金数额高低并无异议,但对于前手单方提出的商铺转让费,实在难以推定该接受的表示乃承租人之真实意思表示。因此,当承租人订立商铺租赁合同时接受了高额的转让费,但在后期的商事经营中并未实现预期的盈利目的,其就会提出转让费无效或显失公平的主张,要求免除或退

收稿日期: 2015-12-06

作者简介: 周维德(1975-),男,江西兴国人,法学博士,江西财经大学法学院副教授,主要研究方向:民商法学。

①本文所讨论之商铺转让,仅为商铺经营权意义上的让渡,而不包括商铺所有权转移之转让。因为在商铺所有权转让的情形下,出让人与受让人之间就商铺转让的价格约定一般采取整体协商,而不会单纯就经营权之转让价格另行约定。

②韩正元《商铺门面转让费的法律探析》,载《人民法院报》2009年7月16日。

还该项费用;如果出租人不同意,那么承租人在前手的默许下,“就将成本转嫁至下一个店家,来降低自己的损失。正是这个原因,使转让费‘芝麻开花节节高’”。^①另外,在签订商铺转让合同后、合同履行完毕之前,由于商铺所有人提前收回商铺、政府拆迁、商铺所有人转让商铺等原因,导致承租人(商铺经营权受让人)无法继续经营,承租人向出租人一次性交纳的商铺转让费应否返还,返回数额或比例等,一直是审判实践中的难题。

笔者在调研时发现,不同法院、同一法院的不同法官对商铺转让费返还案件的处理结果相差甚巨,且均反映该类案件的处理“缺乏依据”、“力不从心”。笔者通过“中国知网”在“全部报纸、期刊”范围搜索“商铺转让费”、“店铺转让费”、“门面转让费”、“商铺(店铺、门面)转让费性质”等关键词,仅仅获得寥寥数篇关于商铺转让费研究的学术文章。然而,通过百度引擎搜索“店铺转让费纠纷”,有约436万个页面。可见,关于商铺转让费的立法、理论与司法实践,存在着极大脱节。笔者通过“北大法宝”及“中国法院网”以关键词“商铺转让费”搜索并筛选了100份法院判决书,发现在签订商铺租赁合同时,出租人(前手)提出的商铺转让费最低的为2000元,最高的为35万元;商铺转让费一次性交纳的占91%,分两次交纳的仅占9%;明确商铺转让费包含店铺原有装修、存货、设备的有5例,其余95例未对商铺转让费的性质、范围进行约定,仅仅笼统地约定为“商铺转让费”、“顶手费”;对于出租人违约、承租人主张返还转让费的31例判决中,根据出租人违约情形不同,有5例法院支持全额返还,17例支持部分返还,有9例不支持返还。由此可见,商铺转让费纠纷中,存在着定性不准、约定不明、标准不一等问题。

二、商铺之商事营业资产属性分析

欲讨论商铺转让费的法律性质,必然需先对商铺在法律上的属性以及因商铺之租赁所生之法律关系进行解析。

商人在从事商事经营活动时必须占有一定的财产,这是商人获得商人身份的前提,是商人从事商事活动及承担商事责任的物质基础,也是商人对外提供信用的担保。“现代各国无不把资产作为衡量商事主体信用标准高低的主要尺度”。^②商人占有的财产种类多种多样,商事营业资产是商人用于商事营业活动的财产,包括有形财产和无形财产,这些财产的有机集合构成了商事营业资产。在现代社会,虽然“商事营业资产”一词被商法学者广泛使用,但是,各国的立法和司法并没有对这一词语做出界定,学说也无普遍认可的定义。^③虽然商事营业资产的构成要素是商事营业资产成立和存在的必要条件,但是法律上很少对商事营业资产的各个具体构成要素作出说明。学者们一般认为,商事营业资产的有形资产包括建筑物、商品、机械、器具、原材料等;无形资产一般包括商事名称、商事招牌、顾客名单以及其他工业产权。有学者提出,商事营业资产的无形资产部分,还应当包括债权和债务及营业上的秘密等事实关系。^④也有学者指出,除了上述无形资产,商事营业资产的无形资产部分,还应当包括商铺租赁权。^⑤由此,产生一个疑问:作为商事营业场所的商铺,在商事营业资产的构成要素中是属于有形资产中的不动产,抑或属于无形财产的商铺租赁权?

商人必须要有自己的经营场所,这是商事主体资格获得的必备要件之一。商人的商事经营场所是指商人从事商事生产经营活动的处所。在现代社会,商人获得商事经营场所的方式有两种,即自己建造或购买建筑物,或者承租他人的建筑物并将之作为自己从事商事经营活动的地方。在商事活动中,商事主体为了满足实现营利之目的,会将绝大多数流动资金投入到必须使用现金的场合,如人员的雇佣、营业场所的装修、经营设备的添置及原材料的采购等方面。为了减少资金占用的压力,商人们一般会采取租赁的方式取得商事经营场所的使用权,而不会采取建造或者购买的方式获得商事营业场所的所有权。

①戴明阳《京城店铺转让费“芝麻开花节节高”》,载《工人日报》2010年4月12日。

②冯果《由封闭走向公开——关于商事信用的若干理论思考》,载《吉林大学社会科学学报》2003年第1期。

③张民安《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第318页。

④樊涛、王延川《商法总论》,知识产权出版社2006年版,第288页。

⑤张民安《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第323页。

这对于占商人数量比例较高的店铺经营商而言尤为重要。因此,商铺作为商事营业场所,其所有权特征并不是商事营业资产所关注之核心对象。

现代商铺是经营者为顾客提供商品交易、服务及感受体验的场所,包括商品交易场所(如超市、百货商店、专卖店等)、服务场所(如餐饮设施、美容美发店等)、体验场所(如电影城、健身房、卡拉OK厅等)。^①商人通过租赁他人的商铺从事商事经营活动,在商铺的所有权人和使用人之间形成了不动产的商事租赁法律关系。不动产的民事承租人的租赁目的仅仅为了满足生存或者生活之需,出租人和承租人除了要满足合同生效的主体行为能力要件外,不需有其他的限制。但不动产的商事租赁关系中,承租人是将该不动产作为商事营业场所,经营人对外需按照商事规则承担严格责任,因此,出租人可以是非商人,但承租人必须是商人。为了鼓励与促进商事营业的开展,维护商铺承租人的利益,商人在承租商铺后,即对该商铺享有商事租赁权。此种权利在租赁期限内由承租人享有,并允许随着商事营业资产的转让而转让,因此,商铺的租赁权属于无形财产,也是商事营业资产的重要组成部分。

商事主体在商事营业开展后,会通过商品质量的保证、服务水平的提升、商品(或服务)价格的适中等措施,来不断积累商事经营经验,最终实现商誉的提升。在这个商誉的积累、提升和维持的过程中,固定不变的商事经营场所作为商事营业行为的载体,给人们带来的不仅是免去搜寻的便利,更多的还是商事信赖的积累。长此以往,知名商号的达成乃水到渠成之事。因此,商事经营场所、商号与商誉之间,形成了相互依存、共为一体的关系。就商铺而言,依托商铺这个有形载体,把无形的商号、商誉均纳入了商事营业资产的结构要素中。

综上所述,商铺作为商事营业场所,在商事营业资产的构成要素中,不仅具备其有形财产之价值属性,还所蕴含商事租赁权及商誉价值等无形财产属性。

三、商铺转让费的解析

(一) 商铺转让费的概念阐释

对于商铺转让费的认识,当初多见于经济学角度上的阐释。经济学者们一般从商铺转让费的产生缘由来定性该类费用,“商铺转让费产生的原因可能一是由于市场原因,出租人和后续承租人没有机会直接发生交易,而转租人享有一种资源(主要是信息)能够使出租人和第二承租人发生租赁关系,转让费是转租人从后续承租人那里收取的服务费;二是转租人通过装修、广告等有价值的活动使得原来的商铺价值上升,转租人通过收取转让费的方式一次性收回投资。”^②也有观点认为,“转让费来自合同租赁剩余期内商铺产生的利润。商铺转让费产生的前提条件是,商铺能够给承租人带来利润。转让行为将使得转让者失去该部分利润。”^③还有学者从级差地租的角度论述商铺转让费的经济性质,认为商铺的经营人经过长时期的连续经营而积累了较高商誉,与相同地段、相同位置的其他商铺经营人相比更能聚集较高客流,给经营人带来超额利润,形成级差租金。上述经济学意义对商铺转让费的论述,对于我们从法学视野解读商铺转让费的概念,提供了交易机会、商号权转让等进入视角。

据现有资料看,从法学概念的角度来定义商铺转让费的不多,对商铺转让费的概念进行相对完整阐释的更少。有学者指出,“商铺门面转让费是指承租人(或者门面所有人)将承租(或自己所有)的门面房转租(或出租)给他人,在租金之外收取一定数额的费用。”^④这只是把商铺转让金的支付形式做了简单描述,并没有准确说明该转让金的内涵。也有观点指出,“门面转让费是指租户在门面租期内征得房东同意后(也有不经房东同意的)将房屋转租,把和房东之间的租赁剩余期限,连同租户的装修、设备、经营项目(货物、加盟许可费、其他无形资产)等,一并转给下一个租户,其向下一个租户收取的超过应收取房租的费用即为转让费。换言之,门面转让费是一种转让门店使用权而在转让时收取的费用。”^⑤

①参见郑贤贵、贾岷江《商铺转让费的实质及其计量模型的实证研究》,载《软科学》2009年第2期。

②杨会《论动产的转租》,载《浙江工商大学学报》2005年第1期。

③同①。

④韩正元《商铺门面转让费的法律探析》,载《人民法院报》2009年7月16日。

⑤许学俊《刍议门面“转让费”中的法律问题》,载《法制生活报》2013年12月20日。

该观点分析了租赁合同中转租价金的结构,在一定程度上把转让费与约定租金中的其他构成进行了区分,并把超过可计算部分的价金当作转让费,且将该转让费视为一种转让门店使用权所收取的费用。这个观点具有一定合理性。

结合以上分析,笔者认为,商铺转让费是指在商铺转租合同中,商铺经营人(转租人)将一定期限的商铺经营权转让给承租人,所一次性收取的营业补偿费。

(二) 商铺转让费的法律性质

关于商铺转让费的法律性质,理论界有观点认为,“门面转让费是对优先续租权的一种购买。门面转让从法律性质上来说,是承租方对自己的合同权利的概括转让,转让费实际上就是机遇加垄断产生的利润。”^①该学者同时认为商铺转让费属于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》中所称的“交易习惯”,并认为应以交易习惯进行规制。^②也有观点认为,“在房屋租赁方面,法律明文规定的优先权仅限于承租人在同等条件下的优先购买权,而并没有规定优先续租权这一权利”,“商铺门面转让费的法律性质只能是承租人在有权转租(在租赁合同中明确约定其可以转租或获得了出租人的同意)房屋的情况下,次承租人为获得剩余的租赁期限向转租人所支付的一种对价。如果所转让的房屋还包括装潢、设备等,门面转让费则有部分是对装潢、设备的购买。”^③还有观点认为,“商铺转让费是转让人基于商铺资源的稀缺性和对商铺的现实占有,经商铺所有权人同意,在转让营业时向受让人收取的包括四项费用的有形资产和顾客群体、商号、商铺招牌、商标等无形资产在内的各项费用的总和。”^④

除了法学理论上对商铺转让费的概念认识不一,在审判实践中各地法院对此的认识也存有不同观点。从法院对商铺转让费纠纷的判决书之梳理看,主要有三类观点。首先,有的法院认为,商铺转让费是获取优先承租权的一种对价,“商铺转让费,是承租人在征得出租人同意的情况下转租房屋,次承租人为获得优先承租权而向承租人所支付租金之外的一种对价。”^⑤类似观点还有,“商铺转让费是受让人获得对剩余租赁期限承租权的行使而付出的对价。”^⑥“转让费是购买商铺的承租权及到期后的优先承租权”。^⑦其次,有法院将商铺转让费(顶手费)视为一种商业惯例予以确认,“本案所争议的顶手费实际上是商铺转租费,所谓的商铺转租费就是承租人将承租的商铺转租给次承租人,在租金之外收取一定数额的费用。我国法律虽对商铺转租费没有作出具体的规定,但在私法领域,法无禁止则不违法,商铺转租费可认定为商业活动中交易双方意思自治的行为,双方当事人应当遵守。”^⑧有法院认为,“其向被告交付的转让费系商铺租赁行业交易惯例,原告作为承租人是在考察商铺地理位置、人气程度等综合因素后自愿决定支付,属商业风险范畴。原告在评估了各种风险的前提下与被告达成商铺转让协议,并据此向被告支付了转让费,商铺的经营风险应由原告自行承担。”^⑨第三,也有法院将转让费当作一种综合性支出,“本案双方在商铺经营权转让协议中约定了转让费,该店面转让费应认定为日常生活中的一种商业惯例,实际应包括转让人投入的固定资产、装修以及可期待利润等,其系受让人为取得转让房屋的预期收益而付出的相应代价。”^⑩由此可见,审判实践中对于商铺转让费的认识与法学理论中的观点有类似之处,也有不同之处。

上述观点分歧,笔者将之归纳为商铺转让权属性的“优先续租权说”、“交易习惯说”、“剩余租期

①韩正元、魏立华《门面转让费的性质认定》,载《人民法院报》2012年2月23日。

②可分别参见韩正元《商铺门面转让费的法律探析》,载《人民法院报》2009年7月16日;韩正元、魏立华《门面转让费的性质认定》,载《人民法院报》2012年2月23日第6版。

③刘志强、贾琪《也谈商铺门面转让费的法律性质——兼与韩正元先生商榷》,载《人民法院报》2009年8月20日。

④徐海勇《商铺转让费法律性质之辩》,载《人民司法》2014年第15期。

⑤《张某与许某买卖合同纠纷案》,甘肃省张掖市甘州区人民法院(2014)甘民初字第2468号。

⑥《汤秋生等诉陆家瑞等租赁合同纠纷案》,广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法房终字第1581号。

⑦《原告刘安睿诉被告冯洁一审房屋租赁合同纠纷案》,云南省昆明市五华区人民法院(2014)五法民二初字第6号。

⑧《黄顺生诉何景照房屋租赁合同纠纷案》,广东省佛山市城区人民法院(2014)佛顺法杏民初字第91号。

⑨《袁应龙、张雄燕与王金生、林祥玉、葛峻房屋租赁合同纠纷案》,四川省成都市成华区人民法院(2013)成华民初字第2331号。

⑩《舒江与张金涛、程晓斌租赁合同纠纷案》,江苏省镇江市中级人民法院(2013)镇民终字第1616号。

说”以及“资产转让说”并分而论之。

首先,关于“优先续租权说”。在房屋租赁法律关系中,目前仅有对承租人的优先购买权的认同,而无优先续租权之规定。^①如果侵害了承租人的优先购买权,司法实践中曾常支持承租人要求确认出租人与第三人的买卖合同无效的主张,但该优先购买权的应然效力在2009年9月1日起施行的《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》中受到削弱,该司法解释第21条规定,“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形,承租人请求出租人承担赔偿责任的,人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的,人民法院不予支持。”在现行法律中,与优先续租权较为接近的是《合同法》第236条之规定,“租赁期间届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议的,原租赁合同继续有效,但租赁期限为不定期。”但这种续租,仅仅是对合同履行期限届满后按照原约定条件继续履行的规定,这种状态随时可能被出租人的异议出现而打断,因此,这种续租并不是一种权利,仅仅是一种事实。所以,笔者不赞同商铺转让费的“优先续租权说”。

其次,关于“剩余租期说”。在允许转租的情形下,承租人将剩余租期内的商铺经营权转让给次承租人,这是承租人放弃对该商铺进行商事营业的一种理性选择,但这并不构成承租人获取商铺转让费和(或)差额租金的合法理由。剩余租赁期限,仅仅表征次承租人可以实施商事营业的最长期限,这是一种客观存在,但这种存在并不能给营业人带来确定的收益。对于商铺由于周边修建地铁、商贸体、学区的引进等导致商业地理位置提升而带来的地租提高,收益权应当属于商铺的所有权人,其可以通过提高租金的方式实现该收益。故而,“时间换(利润)空间”的理念无法准确揭示商铺转让费的本质特征。

再次,关于“资产转让说”。按照“资产转让说”的观点,商铺转让费不仅包括有形资产的转让价值,也包含无形资产的转让价值,是一种综合性的费用。笔者认为,关于商事营业资产的有形财产部分,转让双方都能在价值估算的基础上设定一个转让价格,单独计算和确认;但对于无形资产部分却无法进行估值,这也是商铺转让费缺乏标准、漫天要价的一个重要诱因。因此,“资产转让说”并没有把商铺转让费的核心特质进行明确,也无法将该转让费在总体转让报价中的比例确定。

最后,关于“交易习惯说”。商业习惯,是在商事经营过程中,经过多年的反复摸索、提炼而被一定范围内人们所普遍遵守的行为准则,“商人阶层在商品交易实践活动中逐渐形成了适用于团体内部‘个别’成员间的较为固定的行为模式,后来这种行为模式在持续不断的实践活动中由于得到商人们的普遍认同被推而广之,先前的行为调整方式也由个别调整发展到一般调整,而习俗也渐渐衍变为习惯,并对商人们的社会行为具有普遍性的约束力。”^②作为商事实践中践行多年的商铺转让费,在中外法中均未受到否认。可见,该商事交易习惯作为一种存在,其具备一定合理性。对此交易习惯,我们要做的不仅仅是遵循和鼓励,也应当规范和调整,这样才真正有利于良性市场经济秩序的建构,有利于交易的公平开展。所以,商铺转让费的“交易习惯说”具备法理支撑。

笔者认为,商铺转让费属于商事实践中的一项交易习惯,是商铺受让人向转让人支付的一项补偿费。从性质上看,这种补偿是融合了对转让人基于商誉提升、预期经营利益放弃及商事营业场所租赁权让渡等因素的综合性补偿。

(三) 商铺转让费之特征

第一,商铺转让费由转让人与受让人自由协商确定。有观点认为,“在门面转让费的法律性质清晰明确的情况下,立法不宜对此进行规制;至于其数额是否虚高,自有市场与交易主体自行判断,法律也不宜进行干涉。”^③“无论是通过立法抑制或司法设定最高限额或比例,均可能构成对市场机制的过度干预。”^④对此,笔者不敢苟同。在法律不禁止的前提下,“原告向被告交付的转让费系商铺租赁行业交易

①“出租人出卖租赁房屋的,应当在出卖之前的合理期限内通知承租人,承租人享有以同等条件优先购买的权利。”(见《合同法》第230条)

②朱慈蕴、毛健铭《商法探源——论中世纪的商人法》,载《法制与社会发展》2003年第4期。

③刘志强、贾琪《也谈商铺门面转让费的法律性质——兼与韩正元先生商榷》,载《人民法院报》2009年8月20日。

④徐海勇《商铺转让费法律性质之辩》,载《人民司法》2014年第15期。

惯例,原告作为承租人在是考察商铺地理位置、人气程度等综合因素后自愿决定支付,属商业风险范畴。原告在评估了各种风险的前提下与被告达成商铺转让协议,并据此向被告支付了转让费,商铺的经营风险应由原告自行承担。”^①也就是说,商铺转让费是否需要缴纳,具体缴纳的数额,均由转让人(原租赁合同之承租人)与受让人(次承租人)结合商铺年租金、商业位置、营业面积以及商誉评价等因素进行协商确定。

第二,商铺转让费属商事营业补偿性费用。商铺转让费是作为对商铺实际经营人放弃商铺经营权而丧失未来收益的一种补偿,也是对让渡经营权所放弃的特定商事营业的一种补偿。同时,该费用也是对转让人在该特定场所一定期限商事经营的经验及商誉的认可。如果该商铺未能在前期经营中积累有益评价,意味着受让人无法在受让该商铺后立即享受该有益评价所带来的直接收益,而是需要受让人自行在日后经营中创造、积累、维持商誉,则受让人可不接受该转让费之邀约。因此,商铺转让费是受让人对转让人所作的一种补偿。

一般而言,商铺转让费不包含商铺原有装修及可拆除营业设备的估值。当然,如果双方在转让协议中就商铺转让费包含的具体项目与数额进行了约定,有法院认为,“上诉人与被上诉人签订的租房协议及商铺经营权转让协议均不违反法律、行政法规的强制性规定,均合法有效,予以确认。被上诉人作为次承租人从上诉人处转租涉案房屋,并同意支付上诉人商铺经营权转让费,该费用根据双方当事人的陈述及该行业惯例,包含上诉人在租赁期间所投入的装修装饰费用以及经营的预期利益,这种约定不违反法律、行政法规的强制性规定,均合法有效,予以确认。”^②由此可见,对于约定包含装饰装修、库存物品的商铺转让费,在处理请求返还转让费的案件时,应当将这些有形财产从中析出。

第三,商铺转让费仅仅在转租人与次承租人之间适用。前文已述及,商铺转让费主要是对商铺经营人之商事营业的补偿费,故,对商誉的积累未作出实质性贡献的商铺所有权人无权就商铺转让费进行主张。商铺的所有权人(出租人)依靠收取市场标准租金(甚至逐年增加租金)的方式,可以满足对不动产的收益需求,因此,商铺的所有权人不能在租金外向次承租人再另行收取转让费。当然,承租人收取转让费的前提是出租人允许转租。

同理,在租赁关系由于租赁期限届满而原承租人未能与出租人达成续租之合意时,商铺的所有权人作为出租人与新的承租人签订租赁合同,也不得在租金外另行收取转让费。另外,即使商铺的所有权人作为实际经营人,将本人亲自营业一定期限之商铺进行租赁,也不得在租金外另行收取转让费。也就是说,商铺转让费仅仅在转租人与次承租人之间适用。

第四,商铺转让费属一次性缴纳之费用。商铺转让费作为对转让人商誉积累的认可,可以为转让人在新商事营业开始前提供部分经济资助,故应当由受让人一次性向转让人缴纳。转让人也可以把转让费的缴纳作为转租合同的生效条件之一。

四、商铺转让费的规制思考

(一) 商铺转让费构成要素分析

消除商铺转让费实践之乱象,除了需要对其属性进行明晰外,还需要对该类费用的构成要素进行分析。前已述及商铺转让费属于对转让人的一种综合性补偿费,其中应当包含的因素有:转让人对于该商铺的商誉提升的补偿,转让人对于预期经营利益放弃的补偿,转让人对于商事营业场所租赁权让渡的补偿。

首先,商铺转让费应当包含对商铺商誉提升的补偿。转让人在商铺转让时提出转让费的请求,是基于其对商铺商誉有着明显提升的判断基础上所作出的。通过转让人多年的精心经营,该商铺在周边同类营业中积累了相对较高的商誉评价,吸引了相对固定的顾客群体。这些固定顾客群体的存在既是商铺经营盈利的主要来源,也是对商铺经营的行为认可,给商铺经营人带来的不仅有经济利益的收获,更

①《袁应龙、张雄燕与王金生、林祥玉、葛峻房屋租赁合同纠纷案》,四川省成都市成华区人民法院(2013)成华民初字第2331号。

②《舒江与张金涛、程晓斌租赁合同纠纷案》,江苏省镇江市中级人民法院(2013)镇民终字第1616号。

有精神利益的满足。因此,商铺转让费应包含对商铺商誉提升的努力所作的一种补偿,这符合鼓励商事经营中诚信原则的主旨。

其次,商铺转让费应当包含对转让人放弃预期经营利益的补偿。商铺转让人经过多年的商事经营活动实施,已经将商铺租赁期间绝大部分商事营业资产——包括有形资产投入和无形资产投入——投入完成,转让人在剩余经营期限内只需要继续维持该营业,就可逐年收回该经营投资并获利。但由于商铺转让之事实,转让人无法享有后续经营年度应可获取的经营利益,故,商铺转让费应包含对转让人放弃预期经营利益的部分补偿。

第三,商铺转让费应当包含对转让人商事营业场所租赁权让渡的补偿。前文已述及,商事营业场所租赁权属于商事经营人的一项重要债权,它从性质上有别于民事租赁债权。这项商事营业场所租赁权只能由实际的营业商人才能享有。按照法国商事法之规定,营业商人既可以自己行使该项权利,也可以将该项权利转让。所以,商铺转让费还应包含对转让人商事营业场所租赁权让渡的补偿。

(二) 商铺转让费规制路径思考

通过前文分析可知,商铺的经营人在进行商铺转让时,对转让费之主张具有商法意义上的合理性。在明晰了商铺转让费确定时应当包涵的因素后,对于如何进行商铺转让费调整,笔者认为,可以从如下几个方面入手:

第一,对商铺的租赁期限进行干预。实践中,商铺的所有权人基于逐年上涨租金和赚取商铺转让费的考虑,不希望和承租人签订长期的合同。但作为承租人一方,短期商铺租赁合同的签订,对其固定客户的挖掘和培育、商誉的培养和积累、前期投入费用回收等因素均甚为不利,这必将导致承租人基于短期租赁合同而带来的短期经营行为,短期经营行为实乃“价高、质次、不回头”的代名词。这与商法中所鼓励的诚实信用原则背道而驰。因此,在遵循契约自由原则的基础上,租赁期限是否长短的确定,应充分尊重承租人意愿为主。

第二,对商铺转让费的主张主体进行限制。如前文所述,商铺转让费的实质乃在于对商事经营人的一种补偿,其仅仅在承租人与次承租人之间方可适用。因此,得以主张该转让费的只有商铺的承租人,而不包括商铺的所有权人。有担忧认为此举会助长商铺承租人为了追逐转让费而出现短期经营,侵害消费者利益。笔者认为这个担忧不是完全不存在,但只能是作为个例而出现。因为转让费的主张仅仅是个邀约,能否接受完全取决于次承租人的意愿;再者,后文指出要对转让费实行上限规制,承租人不致于为了获取有限的转让费而放弃大量的前期投入(金钱及精力)。

第三,对商铺转让费设定上限,以遏制转让费虚高现象。^①前已述及,商铺转让费主要是对承租人商事经营的一种补偿,该费用不包含装修折旧、设备折价、库存商品或原材料价值等有形财产的估值。但由于这种补偿主要是对于无形财产及权利放弃而言,该类补偿存在难以实际估值的缺陷。为解决这个难题,“确定商铺转让费的数额,一般考虑以下两个因素:(1)无形资产的费用,即次承租人为获得该商铺良好的经营环境、商业信誉、人脉资源、供货渠道等无形资产而支付的对价。(2)租赁期限,次承租人为获得租赁期限而向承租人所支付的对价。转让费收取的多少往往都与该商铺的租赁期限有关,租赁期限越长,转让费越高。”^②

为避免承租人向次承租人的漫天要价,除有形财产价值外,转让费(亦即真正的转让费)最高不得超出该商铺当年租金总和的一倍。如超出,次承租人可以显失公平为由主张予以变更或撤销。

第四,在租赁关系由于租赁期限届满而原承租人未与所有权人达成续租之合意时,原租赁关系结束,承租人不得向所有权人主张任何该商铺的商誉增值补偿。但作为丧失该商誉增值之补偿的对价,承租人可以与商铺所有权人订立竞业禁止约款,在一定期限内(一般以6-12个月为宜)商铺所有权人自

^①有观点认为,在门面转让费的法律性质清晰明确的情况下,立法不宜对此进行规制;至于其数额是否虚高,自有市场与交易主体自行判断,法律也不宜进行干涉。法院所应当做的是通过判例给市场一个正确的引导,让交易主体清楚地认识转让费的性质及其可能的法律后果,就已经足够了。(参见:刘志强、贾琪《也谈商铺门面转让费的法律性质——兼与韩正元先生商榷》,载《人民法院报》2009年8月20日)笔者对此观点不敢苟同。

^②《张某与许某买卖合同纠纷案》,甘肃省张掖市甘州区人民法院(2014)甘民初字第2468号。

身不得从事与原承租人相同或相近似之商事营业,也不得将该商铺重新租赁与第三人进行与原承租人相同或相近似之商事营业。^①如果商铺所有权人违背该约款,将该商铺自行经营相同行业之商事营业,或者将该商铺重新租赁与从事相同行业之商事营业第三人,则原承租人可以向商铺之所有权人另行主张适当数额或比例的商铺商誉增值补偿。

第五,参照商品房交易中的政府指导价方式,在商铺转让费领域推行政府指导价。县(区)政府可以对本行政区划内的商业区域进行分类,结合相同地段的二手商铺买卖价格、租金标准,针对不同类别(或等级)的商铺提出转让费指导价,供市场参考。

Subject: On the Transferring Fee of Business Store in the View of Commercial Law

Author & unit: ZHOU Weide(Law School ,Jiangxi University of Finance and Economics ,Nanchang Jiangxi 330013 ,China)

Abstract: The courts across the country have made different decisions over the disputes of transferring fee of business store. The main reason is that the nature of the transfer fee of the business store is not clearly defined by the law. The businessman's conducting the commercial activities through renting business store creates the legal relationship of the real estate rental between the owner and the user of the business store, subsequently followed by the intangible property of commercial business property such as the right of business rental, the value of business reputation. The transfer fee of the business store is a type of comprehensive compensation for the transferor, which compensates for the transferor's promotion of business prestige, for the transferor's giving up of the anticipatory business interests and for the transferor's transferring of the right of the business store rental. The lessee's claim for the transferring fee of the business store has its own legal basis, and is subjected to the restrictions of subject, limitation of the fee and the term of lease.

Key words: business store; transfer fee; commercial business property

[责任编辑: 满洪杰]

^①实践中有出租人为了回避该竞业禁止约定而采取先收回自用,短期内再行另行出租的问题。出租人的这种行为看似并不违反合同的明文约定,此类问题在实践认定上存在很大难度。有观点认为,可以引入诚实信用原则的判断:首先,租期届满后收回房屋自用是出租人的正当权利,只要合同中没有排除自用的约定,就不应禁止出租人合理的自用需求;其次,按照一般社会观念,所谓“自用”应当有一个合理的期间,即在真正经过一定期间的自用后,承租人再主张续租已经没有实际意义。基于一般的市场惯例,这种期间至少不能短于1年。(参见周峰、李兴《商业优先租赁权的行使条件与救济途径探析》,载《法律适用》2014年第12期。)