

# 絕對商行為引論

## ——以日本的立法與學說為例

李 飛 張志坡\*

**摘要：**商行為是商法概念體系的基石之一，而絕對商行為又是最典型的商行為，其具有絕對性、客觀性、法定性和列舉性的特點。絕對商行為營利性突出，構成商人概念的基礎，屬於基本商行為。日本《商法典》第 501 條列舉了四種絕對商行為，這有利於商法在司法實踐中得到明確適用，但交易所內的交易與絕對商行為的理論並非完全一致，有關票據或商業證券的行為亦不具備營利性特徵，其被納入商行為是基於沿革和傳統，以及其金融性之本質的考慮。絕對商行為規定的妥當性受到企業法說的挑戰，但企業法說亦無法解釋現實生活中的大量商事交易，即便採納企業法說，仍有界定、區分商行為的必要。此外，折衷主義的商行為規制模式存在諸多優點，因此，在立法論上，可考慮在將來中國內地《商事通則》的立法中予以借鑒。

**關鍵詞：**絕對商行為 客觀性 營利性 投機 商業證券

商行為是商法概念體系中的基石之一。在社會主義市場經濟條件下，各類商品交易、流轉關係漸趨活躍而複雜，如何通過商法為經濟生活提供有效的保駕護航，就需要將有關行為納入到商行為的範疇之內予以規制。其前提就要求有一套完備、合理的商行為體系可供適用。如果缺少清晰明確的必要規則，則不利於交易主體合法權益的快速安全的實現，也不利於其營利目的的實現。但是，由於長期以來中國並無商的傳統，亦無適應商行為產生、發展的土壤，對商行為的研究便只能處於邊緣地位。而市場經濟的快速發展又對商行為的規則表現出了迫切的渴求，那麼，這方面的學理探討必須相機而動，盡快做好理論準備。

有鑒於此，本文首先聚焦於商行為的一種類型——絕對商行為<sup>1</sup>，並以日本《商法典》規定的絕對商行為作為論述對象，意圖通過對絕對商行為有關的立法及學說的介紹、分析和評價，發現其中蘊涵的商行為的本質、絕對商行為規則的合理性，以及對其存在的問題點進行剖析，以期能夠全面、客觀地認識絕對商行為，並為中國內地的商事立法（如熱議中的《商事通則》）提供借鑒。

\* 李飛，法學博士，南京師範大學法學院講師。

張志坡，法學博士，南開大學法學院講師。

本文為“江蘇高校優勢學科建設工程資助項目（PAPD）”的研究成果之一。

## 一、絕對商行為的採行：以商事立法模式為契機

在大陸法系的商事立法中，存在着三種模式——客觀主義模式、主觀主義模式、折衷主義模式。但無論是何種立法模式，都是在承認商行為獨立性基礎上的一種立法操作。其中，無論何人——該行為主體是否為商人，則在所不問——來從事該行為，都將直接導致商法的當然適用，蓋因這類商行為的本質商屬性所決定。這就是我們關於絕對商行為的基本認識。<sup>2</sup>從宏觀上來看，絕對商行為與商事立法模式有什麼內在關聯嗎？

在法國制定《商法典》之時，由於受到法蘭西革命的影響，其強調自由平等之精神，市民權利之解放，人人均可從事商行為，在立法上以一切商業交易（business transaction）為適用對象，即把商行為法作為其立法基礎（Robbers, 2006），即表現為絕對商行為的產生，該模式被學者稱為客觀主義模式。如此，絕對商行為的採行實際上是客觀主義立法模式的體現。<sup>3</sup>第二種模式以德國商法典為代表，其以商人概念為核心，大體上規定了只適用於商人的特殊規則，以商人法作為其立法基礎（Robbers, 2006），進而由商人推導出商行為的概念，進而構建商法典的體系，其被學者們稱為主觀主義模式。值得注意的是，法國、德國之立法在後來的發展過程中均有所變化，以適應社會變遷和商事實踐的要求，如德國 1998 年《商事改革法》一改僅以商人作為確定商行為核心的傳統，吸納了客觀主義模式的規制商行為的經驗（王保樹，2007）。日本即以法國 1807 年的法國《商法典》為藍本，將商行為的概念導入日本《商法典》中（關俊彥，2006），與此同時，也借鑒了德國的商人營業行為模式，而成為採行折衷主義模式的代表，即其不僅規定了絕對商行為，而且也規定營業商行為，同時從行為本身和行為主體着手構造商行為。無論如何，絕對商行為仍然是折衷主義模式下的典型商行為之一。這同時說明，絕對商行為在性質上有其獨特之處，因而能夠在不同的商事立法模式下都佔有不可或缺的一席之地。

## 二、絕對商行為的含義：從四個特性展開說明

絕對商行為，是指依據行為的客觀性質，尤其是其顯而易見的營利性，而在立法上將其明文規定的商行為。日本學者將該概念表述為：“由於從營利性這一客觀性質來看具有強烈的特點，無論何人從事該種行為都當然是商行為的行為。”（岸田雅雄，2003）日本《商法典》第 501 條即是對絕對商行為的規定，該規定的四款內容分別代表四類典型的商行為。根據該規定及其規範意旨，絕對商行為的特性可以歸納為四點：絕對性、客觀性、法定性、列舉性。<sup>4</sup>

### （一）絕對性

所謂絕對性，是指只要從事了該種行為，便當然地構成商行為，而不必考慮該行為的主體是否為商人，該行為是否具有營業的性質，也不考慮該行為的次數或頻率，其是否具有反復性和繼續性。也就是說，即使是非商人僅為一次該類行為，其同樣符合絕對商行為的要求，而成為商行為。更甚者，有學者認為，絕對商行為的絕對性表現在：“不論何人為之，不論於何種事情為之，不論於何場所為之，概為商行為。”

（松波仁一郎，2005）這確實表現了絕對性，但考慮到日本《商法典》第 501 條第三款規定了交易所內的交易，該款本身便提出了場所要求，故而，這種認識無法與立法規定保持一致性，其說之妥當性值得商榷。

### （二）客觀性

所謂客觀性，是指其行為本身具有顯而易見的營利性。事實上，將某類行為歸入絕對商行為的標準便是行為本身所體現的營利性的強弱（酒卷俊雄、莊子良男，1995），絕對商行為具有比營業商行為、附屬的商行為更強、更明顯的營利性。北村雅史認為，絕對商行為正是因為具有較強的營利性並以此為基礎，才當然地被規定為商行為（藤田勝利、北村雅史，2006）。例如：零售商從批發商那裡低價買進高價賣出的行為，其營利性至為顯然。

### （三）法定性

所謂法定性，是指一個行為是否構成絕對商行為全賴立法是否對之有明確的規定，通常絕對商行為都是通過明文規定其具體類型和內容。在日本《商法典》中，絕對商行為共有四種類型，第 501 條便成為判斷一個行為是否構成絕對商行為的標準。符合該四類行為中的任何一種，便構成絕對商行為而適用商法的規定；否則，便不屬於絕對商行為，但可能構成其他類型的商行為。

### （四）列舉性

所謂列舉性，是指日本《商法典》第 501 條採取了列舉性的規定，只規定了四種行為，這些行為是“商法作為商行為而單純列舉之行為”（松波仁一郎，2005）。這樣的話，對於法律的明確列舉而無一般兜底條款的情況下，按照明示其一即排除其他的法理，理應採用嚴格的解釋標準，而不宜做擴大解釋或類推適用，否則絕對商行為列舉的優勢——明確性便可能喪失，而導致適用法律不安定，有害於交易安全。誠如劉永光教授所言：“絕對商行為由於是由法律列舉限定的，所以不能作類推擴大解釋，這給司法實踐帶來了極大的便利。”（轉引自柳經緯，2002）這在某種程度上表現了立法者審慎限定絕對商行為的種類和範圍的態度，況且，隨着未來商事實踐的發展而誕生新的絕對商行為，則未嘗不可再行歸入新的法定類型。

### 三、絕對商行為在商行為體系中的位置：以商行為的分類方式為例

在日本《商法典》中，除了絕對商行為之外，還有營業商行為和附屬商行為，這分別由日本《商法典》的第 502 條和 503 條規定。絕對商行為、營業商行為、附屬商行為三者共同構成了日本商行為法的體系。其中，營業商行為是以商人的營業性為典型特徵，而所謂營業是指“以營利為目的，有計劃地反復、繼續地從事同種經濟活動”

（片木晴彥，2003）；附屬商行為則是指商人為了營業實施的行為，具有突出的手段性、輔助性。無獨有偶，這種分類在法國也有其對應物——因行為的表現形式或者所涉及的組織而習慣性地被認為是商行為，即絕對商行為；在營業過程中，依其本質而被視為商行為，即營業商行為；本身具有民事性卻因作為商行為的輔助部分而從屬於商行為，即輔助商行為（Bell、Boyron、Whittaker，1998）。與日本對比，法國商法典並沒有提供一個統一的有關商行為的界定，只是簡單地列出了一系列被認為具商事性的具體行為，這些行為都存在着相當自由的解釋空間（李飛，2009）。

三者比較來看，營業商行為和附屬商行為相對於絕對商行為而言，其營利性相對較弱，且均與商人的營業行為相關聯，故而稱為相對商行為，這是日本學界的多數說。<sup>5</sup> 如何看待營利性的強弱呢？有學者指出，營業商行為中的“營利目的”較絕對商行為所要求的營利程度為低，其不僅指狹義意義上的實現貨幣價值的剩餘，甚至連達到收支平衡的目標也包括在內（田中誠二，1995）。這種觀點在一定程度上也顯示了營業商行為的營利性相對較弱，有時甚至難以通過行為本身直接加以判斷其營利性，正因為如此，通過借用商人的概念而將這類行為一網打盡，再進行判斷便較為容易。但是，不可否認的是，商人從事的交易活動中大部分都屬於絕對商行為。在此意義上，絕對商行為也與營業商行為一樣，共同構成了商人概念的基礎，因此，絕對商行為和營業商行為被合稱為基本商行為，而附屬商行為則被稱為輔助商行為。

值得一提的是，也有學者採用三分法，將前述相對商行為的範圍限定為營業商行為，而與絕對商行為、附屬商行為並列論述（田中誠二，1995）。這裡強調的是營業商行為與附屬商行為的區別，概因兩者之間同樣存在着“營利目的”的強弱之別罷了。

此外，絕對商行為、營業商行為和附屬商行為是按照法條的規定和其各自內涵得到的三個概念，而學者在研究中對商行為進行了分類，如上文所顯示的，同時使用的還有如下幾個概念：相對商行為、基本商行為、輔助商行為，其相互關係可以概括為：一是按照行為的客觀性，分為絕對商行為和相對商行為（包括營業商行為、附屬商行為）；二是按照與固有商人的關係，分為基本商行為（包括絕對商行為、營業商行為）和輔助商行為（附屬商行為）。

總的來說，絕對商行為、營業商行為和附屬商行為，各自承擔着不同的功能，構成了商行為的概念體系。在規範意義的層次上，這三類商行為代表了不同的三類規則，起到了全面規制商行為的作用，同時又有利於法律的適用。“這三類規則都是必要的，規則之一的商行為具有明確性，規則之二的商行為具有典型性、反復性，規則之三則減少了法律適用的困難。”（張志坡，2008）當然，司法實務中所面對的各類商行為



到底宜歸結到上述何種商行為的概念之內，則尚需要結合該行為的法律特徵來具體認定。唯絕對商行為、營業商行為與附屬商行為的概念體系，通過對商行為的本質屬性的深入把握與抽象提升，在學理、立法與司法上，無疑都展現了積極的方法論價值和指導性意義。由此可見，折中主義模式下的商行為規則在法律的實現上具有一定的優越性，其適用、操作起來相對更為容易。

#### 四、絕對商行為的類型：對四類商行為的解釋

按照日本《商法典》第 501 條的規定，絕對商行為包括四種類型：投機買入及實施的行為、投機賣出及實施的行為、交易所內的交易行為、有關商業證券的行為。從理論上看，無論何人從事這四種行為，均構成商行為，但是需要指出的是，由於只有具商人資格的交易所會員才能從事交易所內的交易，故該類行為並非任何人均可為之。具體而言，絕對商行為的內容有如下述：

##### （一）投機買入

投機買入是指以獲利轉讓的意思，低價買入高價賣出時的取得標的物及其轉讓行為，這種行為構成商行為至為顯然，故而，其也是最古老、最無爭議的商行為。“商業和貿易業是該類行為的典型，這種行為相當於經濟意義上的‘商’和固有意義上的‘商’。”（關俊彥，2006）在日常生活中，批發商和零售商之間的買賣關係便是最好的例證，超市、商店的行為也可歸入此類。投機買入的行為有如下關注點：

##### 1. 指債權行為而非物權行為，要求有償性

債權行為既可以是買賣行為，也可以是互易行為、消費借貸行為、消費寄託等有償行為；為了合同的履行而交付標的物或者不動產登記的行為，並非投機買入的商行為。如果是無償取得的標的物，如通過贈與取得，其後欲通過出售獲利變現，不屬於投機買入行為。通過農業、漁業等第一產業，從自然界原始取得之物的轉讓行為，同樣不屬於投機買入行為。日本判例認為，有償購置的原材料，經過加工、製造成新的產品而予以出售的行為，適用對投機買入行為的規定（藤田勝利、北村雅史，2006）；也就是說，製造業、加工業所從事的行為，大都屬於投機買入並賣出的絕對商行為。這裡強調的仍然是其買入和賣出行為，而非製造、加工。例如：釀酒業者買入原料米麥的行為，紡織業者購置布匹絲絹的行為（石井照久，1966）。

##### 2. 標的物是動產、不動產和有價證券

其中，不動產是否包括礦業權存有爭議，日本大審院的判例曾對此予以肯定，但是由於絕對商行為是列舉性規定，能否擴張解釋則存有疑問。故而，從解釋論的立場上看，有學者主張將不動產限定於法律文義，即土地和建築物，不宜包括礦業權在內（近藤光男，2008）。但筆者以為，持謹慎解釋的態度並不能減少實際上的礦業權交易，

而且其交易中的營利性也無法改變，在此情形下，未嘗不可拋棄灰色的理論解釋，棄絕“駝鳥策略”，轉而面對正在發生的交易事實，並將之納入商行為規範。故此，現在日本通說認為，投機買入的不動產不僅包括民法上規定的不動產，特別法規定的不動產，例如：工廠財團、礦業財團亦包括在內（田邊光政，1999）。另外，隨着知識產權在財產權結構中佔有越來越重要的地位，各種形式的知識產權交易日漸活躍，從而知識產權也有類推適用對投機買入行為規定的必要。

### 3. 必須含有營利的意思

商法對投機買入行為，要求行為人具備以獲得利益而讓渡的意思，這也是其成為絕對商行為的根本要素。當事人獲取利益、低買高賣的這種營利意圖不僅存在於行為人的內心當中，而且還要求這種營利的意思能夠通過外在的行為表現出來，從而給對方當事人進行相應的判斷提供客觀條件。因為內心的意思難以捉摸，只有通過外觀亦可判斷時，即西原寬一所言，可以“通過外部認識其營利意思的繼續存在”（田邊光政，1999），對方當事人方不至於受猜測和不利益之苦，以促成商事交易的安全。這就要求判斷營利性的時點是有償取得標的物的行為之時，而非行為之後，否則對方當事人無法判斷。故而，只要行為人當時意圖低買高賣獲得差額利益，其後，即便其將標的物自行消費或者贈與他人，該行為依然構成投機買入行為；同理，即使其後由於市場不景氣，或者其他原因使未能轉讓獲利，也不能改變其商行為的本質。也就是說，行為人的營利意圖以行為時為準，其後意思的變化對該行為的定性沒有影響，事實上是否營利同樣不會影響投機買入行為的性質。

此外，這裡強調的是所謂“營利的意思”，至於行為人在做出具有“營利的意思”的行為時所懷有的任何其他目的（如慈善等），均在所不問。

### （二）投機賣出

投機賣出行為是行為人先期締結供給合同，但在將來的某一時間履行，為了履行該合同而通過向他人購買相關標的物的行為，從而消滅其負擔的債務，與第一款的行為正好相反：投機買入行為是低價買入高價賣出，而投機賣出行為則是高價賣出後再低價買入，“兩者只是順序相反，但並無實質性的變化”（岸田雅雄，2003）。行為人從事投機賣出行為既可能是出於對將來該種物品的價格將下降的預期，也可能是基於對市場行情的瞭解，得知或者確信其能夠在市場上發現更低廉的價格以供自己購得該種物品，並以此來履行先期簽下的合同。

投機賣出行為需要強調以下三點：第一，日本《商法典》並沒有如投機買入的絕對商行為那樣明文規定以獲利而轉讓的意思，但是，由於投機賣出行為的絕對商行為性質，同樣要求具備營利之意思，即獲得高賣低買之差額利益的意思。其判斷標準同樣秉持外觀上可判斷之營利意思的原則，其判斷時點則是其締結供給合同之時，其意圖將來以有利的價格購入並履行進而獲利。第二，投機賣出行為的標的物不包括不動產，日本學界通說認為，這是因為不動產具有較強的個性特徵，先賣後買取得某特定

不動產存在較大的困難，不適合訂立供給合同（酒卷俊雄、莊子良男，1995：28；田邊光政，1999：56；關俊彥，2006：116；近藤光男，2008：30）。個別學者認為，這樣規定是爲了抑制不動產交易的過剩（轉引自田邊光政，1999：56）。如此的話，則投機買入絕對商行爲同樣有必要將不動產排除在標的物之外，否則同樣會引起不動產交易過剩的問題，故該理由難以成立。筆者以爲，通說的觀點更爲可取，但其深層次的原因則在於：因爲不動產屬於特定物，行爲人很難保證在其不擁有不動產所有權及該不動產期待權的情況下，順利地取得該不動產，故難免造成大量的違約現象，而確定爲商行爲則要求當事人承擔較高的義務和責任，爲了減輕這種潛在的大量違約損害事件的發生，將其排除在外。第三，行爲人取得該標的物需是有償取得。如果行爲人賣出的標的物是由於先前存在取得該標的物的期待權，其通過贈與取得或者繼承取得，則不構成投機賣出行爲。

### （三）交易所內的交易

在日本，交易所包括商品交易所和金融商品交易所，在交易所內交易人數眾多，且均在一定時間內以一定方式大量地進行，極端的技術化和定型化而喪失交易的個性，具有明顯的營利性特徵，故乃絕對的商行爲（酒卷俊雄、莊子良男，1995）。其中，動產要求具有可替代性，需爲種類物；證券則主要包括股票和債券，例如：地方政府發行的債券、銀行發行的債券。

需要注意的是，根據日本的相關法律規定，在交易所內從事交易必須具備交易所的會員資格，而實際上，在交易所內從事交易的人員均爲商人，例如：證券公司、期貨公司。當會員爲了自己的利益計算而從事買賣交易時，其均可歸入第 501 條第一款或第二款的行爲當中，屬於絕對商行爲；而當其接受委託，以自己之名義爲他人利益之計算而從事交易時，則可以歸入第 502 條第十一款經紀行爲中，即“經紀只是買和賣的收縮形式”（沈達明，2001），屬於典型的營業商行爲。不具備會員資格的商人，無從進入交易所從事交易，故將交易所內的交易單獨規定爲一種絕對商行爲，其意義何在值得懷疑。可能的解釋就在於，作爲一種新型的交易形式，立法者意在通過法律規定，予以統一處理。

### （四）有關票據或其他商業證券的行爲

匯票、本票、支票是本款中商業證券的核心內容，且已經明文規定，並無爭議。其他商業證券範圍爲何，則直接關涉到該款的適用範圍；商法上並無關於商業證券的定義，故有必要對之進行解釋和探討。

日本學者通說認爲，商業證券是指爲了進行商事交易目的之廣義的有價證券，包括：投資證券如股票、公司債、國債，以及物品證券如提單、倉單等（石井照久，1966：41；酒卷俊雄、莊子良男，1995：28；田邊光政，1999：57；岸田雅雄，2003：34；藤田勝利、北村雅史，2006：111；近藤光男，2008：31）。但是，有學者通過對商業證券用語，從“信用證券—票據或指示債權—票據或其他商業證券”的立法史考察，

得出的結論是：立法者關注的旨趣應當是限定在以一定金額為支付目的的信用證券上（田邊光政，1999）。探究法律規定之內容，既應從法律條文的文義出發，在存在不明確之處時，更應該探尋立法者之目的和法律意圖之所在，以及在今日的情況下，立法者所指宜為何，故筆者贊成田邊光政之觀點。實際上，學者在解說有關商業證券的行為時，其對商業證券的理解已經背離了通說見解，與此以金錢支付為目的之信用證券並無不同。

有關商業證券的行為，是指證券自身的出票、背書、承兌、保證等證券行為，這既是學界的通說，也得到了立法資料的佐證（田邊光政，1999）。以證券為標的之買賣、互易、保管等行為，則不在本項的適用範圍之內。因為後者可以構成第 501 條第一款或第 502 條的行為，適用其規定即可，將其納入本項則會導致法律規則的重複和衝突，而且將證券行為和以證券為目的這兩種性質完全不同的行為置於同一規則之下，也會發生理論上的混亂。這類證券行為，依據各商事單行法的規定，無論商人所為或者非商人所為，均適用相關的票據法、支票法和有關商法的規定，故而，有關票據或其他商業證券的行為的規定似乎沒有存在的必要。

## 五、絕對商行為尚存的問題點：新的學理解釋路徑

日本《商法典》第 501 條第三款和第四款規定，商行為與絕對商行為的理念均存在着不和諧之處。絕對商行為對商主體本應沒有要求，而第三款中行為主體事實上要求具備商人的資格，並且使其能夠為其他條款的商行為所涵蓋而使得該條款失去意義。第四款有關票據及其商業證券的行為，則缺少明顯的營利性，這類行為在傳統上一直受到商事特別法的規制，從而毫無疑問地被認為是商行為。而且，放眼全球，無論是大陸法系還是英美法，都將該類行為列入商法（commercial law）的範圍（Siems，2004），堪為具有跨法系的特質。劉宗榮認為，這類行為之所以被歸入商行為原因有二：一是這類行為“採取無因性理論，性質上與民法原則上採有因性理論不相容”；二是這些法律本身的體系就已頗具規模，“若融入民法，將造成民法肥大症”，對“保持民法的體態健碩”不利（劉宗榮，2010）。顯而易見，劉宗榮在論證方式上採取了反其道而行之的策略，即指出了該類行為在機理上不屬於民法固有內容的緣由，從而在邏輯上便可以將其歸結到商法之內。這個思路機敏有餘，卻在理由上似乎還不夠充分。

日本學者森本滋提出，營利性的強度和沿革因素共同構成確定絕對商行為的基礎（森本滋，2006）。尤其值得注意的是，研究法國法的學者在更早些時候，也提出類似觀點：認為絕對商行為是“因行為的表現形式或涉及的組織而習慣性地被認為是商行為”（Bell、Boyron、Whittaker，1998）。由此可見，東、西方學者都將所謂的沿革因素，即傳統作為一條確定絕對商行為的理由。與劉宗榮相比，這個觀點完全可以看作是一條法律之外的解釋路徑。如果將絕對商行為的標準放寬，認為根據商法的傳統和沿革也可以成為商行為的，則該款規定便可坦然出現在商行為體系之中。施天濤（2006）



則依據這類行為在本質上不過是“提供的是一種金融服務”的認識，直接將這類行為界定為“金融性商行為”。此番見解出發點在於對該類行為的經濟屬性之釐定，進而將之定性為所謂的“金融性商行為”，並由此容納到了商行為系統之內。與前述諸說比較，乃是一種正面解析的策略，直接指出其本質屬性之所在，自是獨具一格，卓有新意。剛好回應了 Bottomley 的觀點——商法古往今來在實質上都是與貿易和商務關係相關的一套規則，這足以解釋票據法為何長期存在於商法體系之內的疑惑。<sup>6</sup>綜合觀之，三位學者的說法各有千秋，分別從正、反兩面，以及法律之外三個角度就這類行為屬於絕對商行為的論題進行了論證，而且“不謀而合”。就此言之，這便在理論層面從根本上解開了為什麼這類行為屬於絕對商行為的難題。那麼，基於上述理由，這類行為將不會改變其適用商法規定的命運。

另外，有學者認為，伴隨着生產和流通的大眾化、組織化，成立企業較為容易，企業在商事交易中重要性日益凸現，現代商法中絕對商行為的意義已經趨於衰微。人們可以通過投資企業、透過營業而獲得收益，市民個人從事的商行為將變少。從企業法說的立場看，在立法論上絕對商行為的規定應該予以廢止（關俊彥，2006）。這種分析有其道理，企業作為商法的重要規制對象確實居於核心地位，拋開企業，則現代商法的存在必要性將大打折扣；而且，每個人都可以通過投資資本市場成為股東，通過企業而間接地獲得紅利收益。但是，除了企業之外，營利性明顯的個人之間、個人與企業之間的商行為依然大量存在，很難完全消失，而且這種明文規定的方式具有明確性，不會給從事商行為的個人帶來不安定因素。故而，絕對商行為的存在仍有必要。

此外，該企業法說的觀點與通過企業來界定商法的做法頗有淵源，“商法可以被界定為適用於商事公司的法律規範的總稱。”（Bocken、De Bondt，2001）給出這個定義的 Wymeersch 隨後指出，“在商事公司同時受到其他法律——包括民法——調整的情況下，我們又如何去識別那些被認為是屬於商法的規則呢？”，因此他認為該定義不過是“基於描述的目的”（Bocken、De Bondt，2001）而得出的權宜之計。這即是說，採納企業說，仍然有對商行為予以界定、區分的必要，企業說不敷於完整解決廢棄商行為後面臨的釐定商法規則範圍的難題。

## 六、對內地商事立法的啟示

中國（不僅是內地）有法典化的傳統，即便是當前的主旋律是不制定《商法典》，而是制定大綱性質的所謂《商事通則》，作為一般法意義上的商事法律，其目的在於將商法中的特殊制度，以及不便置於其他法律內的制度網羅其中，對商事關係進行一般法意義上的調整。與商人制度同為大陸法系國家商法的兩根支柱的商行為制度，必然要在《商事通則》中佔據不可或缺的地位。絕對商行為作為一種特殊的商行為，自然也不例外。

本文經過對日本商事立法中的絕對商行為之規定及其學說的詳細梳理，並結合法、德等國的學理闡釋，認為絕對商行為是必然存在的現實，而不僅僅是一種理論上的呈現，尤有必要將其納入商法所規範的範疇。雖然絕對商行為在法律上的表現方式有諸多可供選擇的機會，唯將其列入《商事通則》當屬最佳的方案。換言之，絕對商行為確實存在類型化、明確化的可能性，在立法論的層次上，將一系列典型的商行為給予明文規定（絕對商行為），並輔以營業商行為和附屬商行為，能夠全面地規制商行為，具有妥當性，在法律適用上不但不存在困難，還增強了法律適用的明確性，故而，該種模式是一種比較好的商行為立法模式，內地將來在《商事通則》的立法上可以作為參考。根據前文對日本《商法典》相關條文的考察與辨析，本文建議將投機買、賣與有關票據或其他商業證券的行為，作為基本的絕對商行為列入未來的《商事通則》之中，以強化絕對商行為條款的適用性、明確性。

註釋：

1. 除了一些專著與教科書上有極為簡單的關於絕對商行為的介紹之外，截至2011年6月30日，在“CNKI中國期刊全文資料庫”中，無論是以“主題”，還是“篇名”、“摘要”、“關鍵詞”來檢索，都找不到一篇專門論述絕對商行為的論文。這也構成了作者寫作本文的動機之一。
2. 在此僅舉一例為證，比如：王保樹《商法總論》（2007：238）。
3. 法國則細分為營業商行為（“憑藉其本質而被視為商行為”）、絕對商行為（“因行為的表現形式或涉及的組織而習慣性地被認為是商行為”）、附屬商行為（“本身具有民事性而因作為商行為的輔助部分而從屬於商行為”）。參見Bell、Boyron、Whittaker（1998：432）。
4. 日本有學者總結為客觀絕對性、法律確定性與事實推定性。參見戶田修三、中村真澄《商法總則·商行為法》，第28頁；轉引自范健（2003：308-309）。
5. 本文暫時列出如下文獻，實際上可能還有其他學者持此說：石井照久《新版商法總則》（1966：39）；酒卷俊雄、莊子良男編《商行為法》（1995：21）；森本滋編著《商行為法講義》（2006：8）；藤田勝利、北村雅史編《商法總則·商行為法》（2006：110）；近藤光男《商法總則·商行為法》（2008：28）。
6. 該文雖然講述的是英國法族上的所謂“商法”（英、澳兩國為主），但在體系、範疇方面，與大陸法系的商法還是在相當程度上具有對應關係。參見Bottomley（2001：14）。

參考文獻：

- (1) 片木晴彥，《商法總則·商行為法》，東京：新世社，2003。
- (2) 王保樹，《商法總論》，北京：清華大學出版社，2007。
- (3) 田中誠二，《商法概說》，東京：千倉書房，1995。
- (4) 田邊光政，《商法總則·商行為法》，東京：新世社，1999。
- (5) 石井照久，《新版商法總則》，東京：弘文堂，1966。
- (6) 李飛，〈邁入漸進之路的中國商法學——王保樹教授的《商法總論》評介〉。李明發主編，《安徽大學法律評論》：第二輯，合肥：安徽人民出版社，2009。
- (7) 近藤光男，《商法總則·商行為法》，東京：有斐閣，2008。
- (8) 沈達明，《法國商法引論》，北京：對外經濟貿易大學出版社，2001。

- (9) 岸田雅雄，《商法總則・商行為法入門》，東京：日本經濟新聞社，2003。
- (10) 松波仁一郎著，秦瑞玠、鄭釗譯述，王鐵雄點校，《日本商法論》，北京：中國政法大學出版社，2005。
- (11) 范健，《德國商法：傳統框架與新規則》，北京：法律出版社，2003。
- (12) 柳經緯，《商法》：上冊，廈門：廈門大學出版社，2002。
- (13) 施天濤，《商法學》，北京：法律出版社，2006。
- (14) 酒卷俊雄、莊子良男編，《商行為法》，東京：青林書院，1995。
- (15) 張志坡，《商行為概念研究》。王保樹主編，《商事法論集》：第14卷，北京：法律出版社，2008。
- (16) 森本滋編著，《商行為法講義》，東京：成文堂，2006。
- (17) 劉宗榮，〈採用民商合一制度或民商分立制度〉，《月旦法學雜誌》，2010(9)。
- (18) 藤田勝利、北村雅史編，《商法總則・商行為法》，東京：法律文化社，2006。
- (19) 關俊彥，《商法總論總則》，東京：有斐閣，2006。
- (20) Bell, J., Boyron, S., & Whittaker, S. (1998). *Principles of French law*. Oxford: Oxford University Press.
- (21) Bocken, H., & De Bondt, W. (Eds.) (2001). *Introduction to Belgian law*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- (22) Bottomley, S. (2001, September). *What is Commercial Law?*. Paper presented at “Challenges to Commercial Law” Conference, Canberra. Retrieved 2010-12-25, from <http://law.anu.edu.au/scripts/StaffDetails.asp?StaffID=7&Row=6&Col=2>.
- (23) Robbers, G. (2006). *An introduction to German law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- (24) Siems, Mathias M. (2004). The divergence of Austrian and German commercial law - What kind of commercial law do we need in a globalised economy?. *International Company and Commercial Law Review*, 273-278.

## On the Absolute Commercial Act: A Japanese Legal Perspective

Li Fei Zhang Zhipo

### **Abstract:**

The concept of a Commercial Act is the cornerstone of Commercial Law in the Civil Law tradition. Absolute Commercial Acts, with characteristics of absoluteness, objectivity, legality, and enumerativeness, are the most basic commercial acts. It is also the foundation of the concept of a merchant, because it is primarily profit-oriented. Four kinds of absolute commercial acts are enumerated in Article 501 of the Japanese Commercial Code, for the sake of clarity in juridical practice. However, the commercial acts in transactions of commercial securities are exceptions. The appropriateness of the definition of absolute commercial acts in commercial law is challenged by doctrines in corporate law. However, even under such circumstances, there is still a need to distinguish commercial acts from civil acts. Moreover, the so-called eclecticism in the regulation of commercial acts has many advantages over other methods, therefore it may be taken into consideration in the future General Rules of Commercial Law.

### **Key Words:**

Absolute commercial act, objectivity, profit-oriented, speculation, commercial securities