

COMMERCIAL LAW REVIEW

Volume. 13

清华大学商法研究中心 编

王保树 主编

商事法论集

2007年第2卷 总第13卷

· 商法基础理论

商行为的法律构造

· 商法专题研究

晋商票号的公司治理研究

论直接诉讼和派生诉讼的融合

· 国外商法著述

澳大利亚董事义务制度研究

无功受禄：对几个有关薪酬问题的思考

· 硕士学位论文

股份有限公司股东账簿记录查阅权研究



法律出版社
LAW PRESS CHINA

COMMERCIAL LAW REVIEW

Volume. 13

清华大学商法研究中心 编
王保树 主编

商事法论集

2007年第2卷 总第13卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 第13卷/王保树主编. —北京:法律出版社,
2008.1

ISBN 978-7-5036-7994-0

I. 商… II. 王… III. 商法—世界—文集

IV. D912.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第188330号

© 法律出版社·中国

商事法论集. 第13卷

王保树 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.375 字数 346千

印次 2008年1月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7994-0

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷 首 语

本卷是《商事法论集》第13卷,即2007年第2卷。

本卷仍立足于中国商法的发展与完善,广泛借鉴和吸收国外商法的发展经验与判例学说,追踪国外商法的发展趋势,推动商法专题研究,促进商法学的学科建设,进而为商事立法和审判实践服务。同时,《商事法论集》作为商法学界繁荣商法的一个平台,贯彻“百花齐放,百家争鸣”之方针,对于所发表文章所持的观点并不表示赞成还是反对。

本卷设“商法基础理论”、“商法专题研究”、“国外商法著述”、“国外商法”、“硕士学位论文”等栏目。

商法基础理论的研究一直是一个薄弱的领域,本卷“商法基础理论”编入了刘文科的论文《商行为的法律构造》,他的结论是:“客观主义模式和带有客观主义的折衷主义模式,并不符合商人法的要求,折衷主义模式并非我们的最终选择。回归商人法,回归主观主义模式。”本论集不关心结论如何,而关心如何使更多的人关注商法基础理论的研究。

“商法专题研究”的视野是整个商法,即使是商业组织法领域,也不宜将注意力仅放在公司法。因为,市场经济条件下的商业组织不只是公司一种形式,而是多元的结构。在公司之外,还有合伙企业、个人独资企业,甚至,还有合作社企业。应该说,它们各有自己的适应性,公司尤其是股份公司更多地被大企业采用,合伙企业、个人独资企业则更多被小企业采用。公司可能为国民经济创造更多的GDP,而合伙企业、个人独资企业多为劳动密集型企业,可以创造更多就业机会,它们各有自己的优势。就此意义而言,它们在地位上不应有高低之别,都应该被重视。当我们研究企业法制现代化的时候,不只要讨论公司法制的现代化,也要花力量研究其他企业法制的现代化。虽然,合伙企业、个人独资企业是古老的企业形态,但它们同样希望在现代市场经济环境下焕发美好的

青春。

中国非公司企业法制的发展走了一条很有特色的路。在境外的大陆法系国家或地区,商事合伙均采用单行法的形式。而在我国,合伙企业却在民法之外单独立法,凡是合伙采用了企业形式即商事合伙,应首先适用合伙企业法。个人独资企业,由个人出资并对企业债务承担无限责任,也单独制定为个人独资企业法。由此,中国的商业组织法已成为一个体系。近几年,亚洲国家或地区都在关注非公司企业的立法,并各具特色。日本率先引入了有限责任合伙,但其法律上称为“有限责任合伙契约法”,并且,出资人都是承担有限责任的。中国2006年修订的合伙企业法,也规定了有限责任合伙企业,但基于它是普通合伙企业的类别,又严格区别于有限合伙企业,因而将其称为特殊的普通合伙企业。中国2006年修订的合伙企业法还引入了有限合伙企业,由一个以上的普通合伙人与一个以上的有限合伙人设立而成。今年7月,我国台湾地区公告的一个“有限合伙法”草案中也引入了有限合伙,但不同于内地的合伙企业法,而将有限合伙定位为社团法人。

以上表明,非公司制企业也是一片土地,也有许多值得关注的亮点。如果我们能够将对公司的注意力给一点非公司制企业,可能会得到另一番意想不到的收获。本卷曾考虑发表一篇非公司制企业的文章,但一时未选中最合适的,希望今后能弥补这一缺憾。

“国外商法著述”编入了黄辉撰写的《澳大利亚董事义务制度研究》和伏健译文《无功受禄:对几个有关薪酬问题的思考》、王瑞等的译文《公司应该对其给社会造成的不良影响负责——评詹姆斯·哈代公司结构调整》。对于这些论文的成果,读者可以在阅读后而自然分享。但是,有两点是值得注意的:一是公司治理确实与公司法上的组织机构有密切关系,而公司治理的内涵又远远超出公司组织机构制度本身,诸如薪酬制度、信息的透明、公司收购、员工持股、会计监察、社会责任,等等。因此,公司治理的天地是很广阔的。二是公司在什么意义上承担社会责任?显然,仅承担法律规定的责任,如环境法上规定的环境侵权责任、行政处罚,是不够的,还应承担虽未违反法律规定,但属于道德层面的义务。如企业的环境污染虽未导致环境侵权责任和被行政处罚的行为发

生,但仍应该予以治理等。此外,公司的董事会和高级管理人员理应对其经营决策所产生的社会后果做出适当安排。英国公司法 2006 年法案关于董事一般义务的规定中,就将以前规定的“为公司的最大利益行事”修改为第 172 条的“促使公司成功的义务”。显然,“促使公司成功”的含义要比“为公司的最大利益行事”广泛,董事不仅有义务实现公司和股东的最大利益,还有义务促进公司员工、供应商和客户的利益,注重社区福祉和环境保护,在某些情况下还要考虑债权人的利益。这里,已经涵盖了社会责任的内容。如何注意到公司是一个营利组织,又是一个社会成员,既要实现公司最大利益,又要承担必要的社会责任,实现公司与其他相关方面的和谐,这是一个值得继续探讨的问题。

“国外商法”编入的王金根译文《欧洲法通则:商事代理、特许经营与经销(第 8 次草案)》专就商事代理、特许经营与经销做出了规定,对于商法学界正在探讨制定商事通则很有参考价值。

目 录

· 卷首语 ·

· 商法基础理论 ·

商行为的法律构造 刘文科 / 3

· 商法专题研究 ·

晋商票号的公司治理研究 尚代贵 / 21

公司法中的雇员利益保护机制之反思 黄 洵 / 46

论直接诉讼和派生诉讼的融合 范世乾 / 85

论信托的本质及其对传统物权体系的解构 季奎明 / 124

· 国外商法著述 ·

澳大利亚董事义务制度研究 黄 辉 / 145

无功受禄:对几个有关薪酬问题的思考

..... 陆贤·贝布楚克、杰西·弗雷德 著 伏健 译 / 199

公司应该对其给社会造成的不良影响负责——评詹姆斯·哈代

公司结构调整 波尔·雷蒙德 著 王 瑞 李 玎 龙桂桂 译 / 226

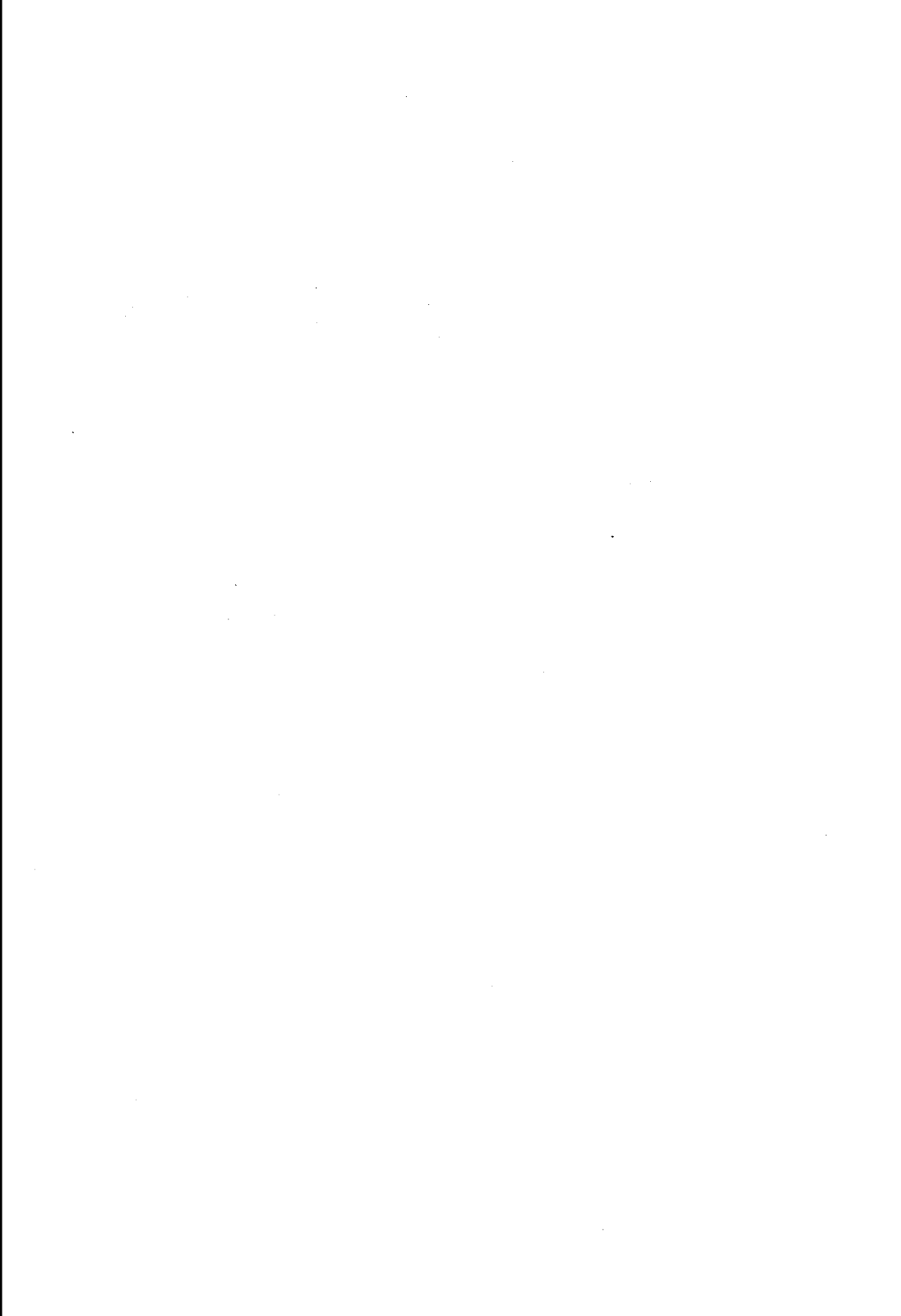
· 国外商法 ·

欧洲法通则:商事代理、特许经营与经销(第8次草案) 王金根 译 / 273

· 硕士学位论文 ·

股份有限公司股东账簿记录查阅权研究 宋立志 / 291

商法基础理论



商行为的法律构造

刘文科*

目 次

- 一、绪论：市民社会与商人社会
- 二、主观主义、客观主义和折衷主义对商行为的构造
- 三、折衷主义是否是我们必然的选择

商主体制度和商行为制度是民商分立立法模式国家商法中的两大支柱。而不同国家的商法,通过将商主体制度和商行为制度一起配合,塑造了不同的商法模式和商业文化。本文拟对商行为制度存在的意义、价值和法律构造做一个反思。

一、绪论：市民社会与商人社会

(一)市民社会与商人社会

市民社会的主体是市民,是被假定成“有理性”的私法主体。市民,也可以被称作民法上的人,或是民事主体,是抽象的,因而在形式上,在法律逻辑中,是平等的。人们在这些民法上的资格中,被作为平等的主体对待,两者之间的经济实力、社会势利、情报收集能力的差异却完全没有当成问题。民法上的人就是作为被抽象掉了各种能力和财力等的抽象的个人而存在。^① 民事主体所为的受法律调整的意志行为,就是民法

* 法律出版社法学学术出版分社编辑。

^① [日]星野英一著:《私法中的人》,王闯译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第168页。

意义上的法律行为,也就是民事法律行为——包括但不限于合同、婚姻、遗嘱等。民事法律行为的发生,是民事主体按照自己的意志,对自身作出的安排。逻辑上,民事主体之间是隔绝的,民事法律行为的发生是偶然的。

如果说我们从一扇门走进另一个世界,就会进入到商人的社会。商人也是有理性的,商人之间也是平等的。但是,商人的理性和平等与市民的理性和平等是不同的:一方面,商人的理性是纯粹的商业理性,去除了任何道德的、历史的、家族的考虑,只为了营利而存在;另一方面,商人的平等是以商人都具有商人的理性为前提,商人的信用只考虑商人的资本实力,而不在乎其具体的人格。这个区别,是商事法律行为独立存在的根据,或者说,商人本身的特点使得商行为制度得以存在。赋予商人具体的人格,针对不同类型的商人的具体情况,设置不同的组织与行为规范,从而实现商人实质意义上的平等。这种制度安排体现了立法者对现代商人在其经营活动中安全、效率、秩序的价值追求。^②

商人与市民的不同,导致了民事交易与商事交易本质的不同:交易客体从特定物到种类物,交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利,交易过程从为买而卖到为卖而买,交易对价从等价到不等价,交易链从短到长,交易条件从任意到定性,等等。^③在充分注意民事主体权利能力平等的同时,必须十分注意民事主体成为商人上的差别。这种差别,是行为能力的差别所致。核心的问题,是有无营业上的行为能力。^④

顺便说明的是,我国多数著作中对商主体的概念和商人的概念没有进行区分,然而,商主体的概念不同于商人的概念。商人是依法登记从事经营行为的人;而商主体是受商法调整、参加商事法律关系的任何人。现代社会中,民事主体普遍参与商人世界,虽然不是商人,但却是商主体。例如,在保险法律关系中,保险人无疑是商人,而被保险人或者是受益人则未必是商人,但他们都参加了商事法律关系,都是商事法律关系中的主体。市民进入商业社会的现实,是“民商合一”与“民商分立”两

② 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第301页。

③ 任尔昕、时旭雯:《商法理论探索与制度创新》,法律出版社2005年版,第138页。

④ 王保树:《商法的改革与变动的经济法》,法律出版社2003年版,第54、55页。

大派别产生分歧的根本原因,也是现代商法所必须面临的复杂问题。但是,无论问题多么复杂,仍然应当将市民和商人区分对待,分别立法,人的不同必然要导致所适用的法律不同,所谓“民法的商法化,商法的民法化”的民商法现代发展趋势,并不能改变商人的独立性。^⑤

我们是否可以做一个粗糙的,但是却有意义的理论预设:市民、商人都是私法上的主体。私法主体之间通过法律行为制度来实现意思自治。无论是近代私法还是现代私法,意思自治都是其最根本的追求。在私法的体系中,有三种不同的情况:第一,在市民社会,市民与市民之间的法律关系,是民事法律关系,适用民法,即纯粹的私法;第二,在商人社会,商人与商人之间的法律关系,是商事法律关系,适用商法和商事习惯,也是纯粹的私法;第三,只有在商人和市民同时出现的场合,法律适用上就会变得复杂,或者商人屈就市民,适用民法,或者市民屈就商人,适用商法,或者在更多的情况下,由于两类主体存在强势和弱势之分,为了对民事主体,即弱势主体进行特别保护,需要适用劳动法、消费者权益保护法等体现公私合一性质的法律,或者说是广义的社会法。

(二) 商人是商行为存在的根据

首先考察商业活动的历史发展:

在早期,商的客体的范围仅限于有形动产,此时,商人的商行为仅限于买卖动产的行为,即商人为了谋求某一动产的差价而将该种动产购买下来,以便在将来以更高的价格出卖出去。在商法中,人们将此种商行为称之为固有商行为,或者称做第一种商。为了使买卖行为更加高效、快捷进行,从事固有商行为的商人往往将有关货物的运输行为和保管行为以及包装行为委托给其他人来进行,自己仅仅进行买卖的谈判行为、签约行为和接受货物或付款的行为,这样,从买卖行为中分离出第二种商行为,即辅助买卖行为的商行为。在商法上,人们将这类商行为称之为辅助商行为或第二类商行为。在商法中,辅助商行为是指间接以媒介货物交易为目的之行为,包括货物运输行为、仓储保管行为、居间经纪行为、代办行为以及包装行为等。为了确保固有商行为和辅助商行为的顺

^⑤ 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第77页。

利进行,确保商人在从事这些商行为时可以筹措足够的资本或可以高效地进行,人们又开始从事融通资金或提供信用的行为,在商法上,人们将这些商行为称之为第三类商行为。此类商行为包括银行、信托、承揽运送、制造、加工、出版、印刷、摄影等商行为。随着这三类商的出现和发展,商事社会又出现了为这三种商服务的组织,他们从事各种行为,诸如广告传媒,人身或财产保险,娱乐,宾馆,饭店,咨询以及电影院,戏院等,在商法中,人们将此类商行为称之为第四类商行为。^⑥

我们可以参考1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》对商的范围作了具体列举,来认识现代社会中商的范围:(1)任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;(2)销售协议;(3)商事代表或代理;(4)保付代理;(5)租赁;(6)工程建造;(7)咨询;(8)设计;(9)许可;(10)投资;(11)融资;(12)银行;(13)保险;(14)开采协议或特许权;(15)合营企业或其他形式的工业或商业合作;(16)客货的航宽、海洋、铁路或公路运输等。

商业的发展,是按照社会分工的逻辑发展进行的,这也就造就了商行为的历史发展。可以看出,商行为发展在历史与逻辑上的统一。商业活动的客观存在,成为法律上商行为的客观基础。但是,必须看到,商人为商行为范围的扩大,作出了根本性的贡献。商人逐利的本性,是商行为存在和发展的根据。商行为的特征,或者通过商行为所反映出来的商法的特征,在德国学者看来,共有三点:第一,扩大了私法自治的范围;第二,对交易保护和信赖保护的要求较高;第三,对商人的特别注意义务和职责的规定与民事法律行为有所不同。但是,商法在实质性内容上和民法没有深刻的不同。但是,它是商人的特别法。^⑦

(三)商行为的本质

关于商行为的本质,学者提出了不少见解:

1. 营利动机理论,所谓商行为实际上是人们为了营利的目的而进行的行为。因此,如果人们行为的目的是为了营利,则其行为是商行为,如

^⑥ 张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第5页。

^⑦ [德]C. W. 卡纳里斯著:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第11页。

果其行为的目的是为了营利,则其行为不是商行为。此种理论为法国学者 Lyon-Caen 和 Renault 所主张。他们认为,商“实际上就是所有的经营活动,这些经营活动都是为了通过原材料或所生产的产品运输或交换来实现营利的目的,这些行为的特点在于它们都是营利的行为即为了金钱上的利润的实现而进行的行为。”^⑧营利动机理论提出了商行为最为本质的内涵。没有商人的行为不是以营利为目的的。但是只以主观动机解释,似乎不能包含客观上存在,且被商法所规范的行为。

2. 媒介流通理论,所谓商行为实际上就是联结产品的生产行为和产品的消费行为的财产流通行为。此种理论为法国学者 Thaller 所倡导。Thaller 认为,人们完全可以将法国商法典第 632 条所规定的各种商行为加以整合,形成系统化的商行为理论,这就是流通性的商行为理论。Thaller 认为,商事活动使人们生产产品,使人们将产品投入市场并最终进入消费者的消费。因此,人们所生产的产品总是处于流通中,即便在同一个地区,商品亦涉及流通,因为在同一个地区,商品也涉及从批发商流通到零售商到消费者的最终消费的过程。市场实际上就是产品的流通和商品的移转。对于生产者而言,他们生产产品的行为不属于商的行为;对于消费者而言,他们消费商品的行为亦不属于商行为。只有媒介生产者和消费者间的流通者所实施的一系列行为才构成商行为。^⑨ 媒介流通理论将商行为看作一个链条进行把握,并且把链条的两端予以排除,这自有合理的地方。但是媒介流通理论似乎又将许多不在这个流通链条中的行为排除,因此也不够全面。

3. 企业理论,是否是商行为,其判断标准是该种行为的实施者是否是企业,如果某种行为的实施者是企业,则该种行为是商行为,如果某种行为的实施者不是企业,则该种行为不是商行为。企业理论为法国学者 Escarra 所采取。Escarra 认为,所谓商行为是指企业所实施的一切法律行为。任何行为,只要为企业所实施,即为商行为,Escarra 在解释商行为

^⑧ Lyon-Caen et Renault, T. I. no103 et no 104, 转引自张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 269 页。

^⑨ Thaller et percerou t. I, nos 6 et 14; Thaller, *Courte étude sur les Codes de commerce*, Ann. dr. com., 1895, p. 177. 转引自张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 269 页。

时认为,企业实际上是商行为的职业性重复活动,是建立在预先建立好的企业组织基础上。Escarra 还认为,他的此种理论是建立在法国商法典第 632 条的基础上,可以对商法典所规定的商行为作出完全令人满意的解释。^⑩ 德国法中规定商人所为的经营行为为商行为,而近来德国法通说又将商人等同于企业。在这个意义上,企业行为似乎在德国也得到认可。然而德国也有学者认为,如果商法作为企业对外私法,由此将造成未登记的任意商人大量适用商法,还将导致完全不具备登记能力的企业主,如自由职业者,也在很大程度上可以适用商法,这一点不符合《商法典》的原则。^⑪

4. 投资理论,如果某个人将自己的资本投入某种生产性的活动中,并且是为增加自己资本的目的,则该种行为是商行为。Didier 认为,所谓投资,就是为了追求后来的收益而支出费用的行为,投资人通过现实的费用支出而获得了超过支出费用的收益。Didier 认为,他所提出的此种理论既可解释前述 Lyon - Caen 和 Renault 所提出的营利动机理论,也可以解释前述 Thaller 的媒介流通理论,因为,一方面,投资理论表明,投入资本的人是为了追求营利的目的而作出商行为,另一方面,此种理论也表明,投入资本的人将其资本转换成所生产的产品,通过该产品的流通,产品又转换成金钱上的收益。^⑫ 投资理论将营利动机理论与媒介流通理论联系在一起,综合上述两个理论各自的特点。

无疑,商行为在最本质上和最初始的状态中,应当是商人所为的行为。无论他们从事何种经营行为,都应当是一种投资行为,这不仅体现了商人的信用基础,也体现了商人逐利的本质,并且投资这个词本身也包含了从生产到销售的一系列过程。无论是一个组织体(企业)还是一个自然人,只要经过登记,就成为商法上的所谓的商人,成为特殊的法律主体,并且适用不同的规则。凡属商事行为,均应首先适用商法,接受商

^⑩ M. Jean Escarra, Cours 2e éd., no91 et no93, M. Jean Escarra et Rault, t. 1, nos 102 et s. 转引自张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 269 页。

^⑪ [德]C. W. 卡纳里斯著:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 2 页。

^⑫ Paul Didier, *Droit commercial*, presses Universitaires De France, pp. 123 - 124. 转引自张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 270 页。

事法的管辖。商事法未予规定的,才适用民法的规定。^③

二、主观主义、客观主义和折衷主义对商行为的构造

(一)主观主义的构造

德国《商法典》是商人主义立法模式,这也就是所谓的主观主义。德国商法之所以采取主观意义上的商法理论,是因为德国商法典的起草人坚持了这样的观点,即社会中的不同职业阶层具有不同的地位,每种职业活动均有自己的特殊法律。

德国《商法典》的第一编的标题即是“商人的地位。”德国《商法典》第1条第1款规定:所谓商人是指从事商事经营活动的人。根据德国《商法典》,商人可以是一个自然人,可以是合伙组织,也可以是公司。原德国《商法典》第1条第2款规定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)购买和再出资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、内河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)书籍与艺术的出版与销售行为;(9)印刷行为。可见,在德国,如果从事了上述行为,就将被认定为商人。换句话说,德国商法是通过行为确认商人。

德国学者认为,“从法解释学角度看,商法也是商人法,因为德国《商法典》建立在商人概念之上:不论是以‘商人身份’为名并被看做‘身份法’的第一编的条文,还是第四编以‘商行为’命名,并通过第343条将此概念与商人概念联系起来的条文,都和商人的特点紧密相连。”^④德国《商法典》第343条第1款规定:“商行为是商人从事其商事经营的全部行为。”这一规定明显说明商行为是商人所为的行为,与商人这一特定身份唇齿相依,非商人为之,则无商行为可言。但是,按照德国法,如果

^③ 王保树:《商法的改革与变动的经济法》,法律出版社2003年版,第29页。

^④ [德]C. W. 卡纳里斯著:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第2页。

不是发生在商事经营中的行为,即使由商人所为,也非属商行为。^⑤因此,以德国《商法典》为代表的主观主义模式,就是确认商人从事的经营行为为商行为。

(二)客观主义的构造

法国旧《商法典》是商行为主义的立法模式,也就是所谓的客观主义。法国1807年《商法典》第1条规定:任何人均有在法国从事商事活动的权利。这也就意味着,在法国,不论主体是什么身份,都有权利进行商行为,而且产生商法上的效果。这一点与德国《商法典》的身份主义不同。

原法国《商法典》第632条规定的商行为包括:为出卖而购买动产和不动产的行为,购买、认购或出售不动产、营业资产、房地产公司股份或份额的中介行为,动产租赁企业、制造企业、经纪代理企业、陆地或水上运输企业、供货企业、代理行、商务代办处、拍卖机构以及公开演出机构的行为;汇兑以及居间行为;批发商、零售商与银行间的借贷行为;汇票。原法国《商法典》第633条规定的商行为包括:内外航运船舶的建造企业,船舶的买卖及现出卖行为;海上航运行为;租船批量借用或出借行为;海上保险及有关海上贸易的契约;船员的薪金及租金的协议,服务于商船海员的契约。法国著名学者Pardessus在其1814年出版的《商法教程》中即坚持严格的客观主义理论,他认为“法律所应当考虑的商事活动实际上是各种各样的交易(négociations),此类交易的目标是为了开展经营活动,或者是为了便利自然产品或工业产品的交换活动,以便获得利益。商法包括有关此类交易和有关法官审判商事纠纷的所有规则。”^⑥因此,在法国商法中,首先认定何为商行为——交易行为,然后由商法对这些行为进行规范。

(三)折衷主义的构造

日本《商法典》则采取的是折衷主义模式。首先日本《商法典》第501条规定了四类客观意义上的商行为:以转让而获得利益为目的,有

^⑤ 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第301页。

^⑥ *Pardessus cours de droit commercial*. 转引自张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第7页。