

## 商业交易服务法的结构 及其基本设计(上)

[日]北川善太郎\*

班天可\*\* 译

### 【编者按】

遗稿犹在,斯人永诀。《交大法学》编辑委员会以万分感慨的心情把日本民法界泰斗、享有国际盛誉的比较法学家北川善太郎教授(1932. 4. 5—2013. 1. 25)在去世前半年里留下的最后一篇论文奉献给读者,以寄托哀思。

记得本刊筹办之际,我于2010年1月15日发函向北川教授约稿。基于我们之间长达二十五年的交情,他立即应承了。半年后他如约寄来为本刊特意撰写的力作“市场经济社会中民法典与商业交易服务法系统设计”,并谦逊地说要感谢凯原法学院给他提供了一个整理思路和集大成的契机。的确,正是在这篇文章的基础上,他又进一步拓展了自己原有的学说架构,并随之发表了若干篇日语和英语的论述。

两年后,北川教授又应邀把续篇投给本刊,这就是刊登在此的“商业交易服务法的结构及其基本设计”。我在2012年5月18日收到北川教授的电子邮件和添附原稿。他告诉我,在《交大法学》创刊号里发表的那篇只是基本构想,而新寄来的稿件则是一个创新结构的具体展开,相当于商业交易服务法律系统设计的总论。他还说自己1960年提交的博士论文的标题是《契约责任的研究》,属于结构论的范畴,在某种意义上也可以把这篇稿件理解为原有思路的进一步延伸,都是对法律系统的考察和分析。完全没有想到,只过了半年他就因病逝世,这篇稿件竟成为巨匠的临终绝响。

以商业交易服务法这个概念来打通私法与公法的疆域,爬梳相关的权利义务关系,这是非常富有创意的理论建构,属于民商法研究的前沿课题。我坚信,北川善太郎教授的思考和论述一定会启迪中国的很多读者,其中必然会有人去完成这项未尽的事业,并为二十一世纪的法律系统提供崭新的设计蓝图。

季卫东谨识于鹿鸣苑

---

\* 原京都大学教授、法学博士。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线】

\*\* 日本北海道大学博士研究生。

---

## 目次

- 一、序言
- 二、Business Law 和商业交易服务法
  - (一) 商业交易服务法的表述和商业交易服务法
  - (二) 美国法中的 Business Law
  - (三) 日本法中的商业交易服务法
  - (四) 商业交易服务法的原点
- 三、民法典的系统设计和商业交易服务法
  - (一) 作为商业交易服务法的一般法的民法典
  - (二) 关于商业交易主体的一般法
  - (三) 民法典的一般性
  - (四) 理想的商业交易服务法
- 四、商业交易服务法的系统设计
  - (一) 概要
  - (二) 商业交易服务法系统设计的分析方法
  - (三) 基于“法形式”、“系统单位”和“系统要素”的商业交易服务法的系统设计 (以上本期刊登载)
- 五、商业交易服务法的两个系统
- 六、商业交易服务法的结构和实定法的系统
- 七、商业交易服务法的结构和法解释论
- 八、以商业交易服务法的结构论为视角的展望

**关键词** 商业交易服务法 系统设计 领域商业交易服务法 要素商业交易服务法 法信息量

---

## 一、序言

可以说世界上任何国家都有商业在运行,都有关于商业的法律,可是说起商业交易服务法,通常想到的是近代以来市场经济社会中的关于商业和商业活动的法律。下文将要谈到的商业交易服务法的结构所指的就是这个意义上的商业交易服务法,尤其是现代市场经济社会中的日本的商业交易服务法。

对普通人而言,一谈起商业交易服务法,就能大致明白是关于什么的法律,比起民法典和商法典,商业交易服务法或许更给人一种关乎切身利益的印象。话虽如此,商业交易服务法这个名称并没有在世界各国普及。在相当多的国家,商业交易服务法这个名称甚至未曾确立。日本也是如此。可以想象的理由是,商业交易服务法本身虽然存在,但由于涉及各种各样的法领域——以民法典和商法典为首,从公司法、金融商品交易法、知识产权法到商业交易管制法、反垄断法等,都在处理商业交易服务法的问题——因此没有必要将其作为单独的领域。这也反映了日本法区分公法和私法的立场,所以将横跨公私两大法域的商业交易服务法整合归一不是件容易的事。就商业交易服务法的现况,从中还能感受到一种“顺其自然”(译者注:原文为莱布尼茨的“先定和谐论 prästabilierter Harmonie”)式的法律观,即用不着费尽心机地系统化,个别问题个别处理就足以达到和谐。

对此,如果一直沿用个别处理的处理方式,一旦出现难以应对或无法应对的商业交易服务法

问题却找不到答案,那就不得不转变观念了。从 20 世纪末开始,随着经济全球化的展开,无论是国际交易还是国内交易,国家直接或间接地介入商业交易的法律结构随处可见。私法自治也必须在其中寻求新的定位。此外,随着尖端科技日新月异的发展,近代法中想也想不到的染色体、干细胞等开始作为商业交易服务法——知识产权首当其冲——的问题登上历史舞台,冲击着市场经济社会所设想的商业交易服务法的基础。以商业交易服务法的新潮流为契机,“顺其自然”式的应对理念也发生转变。

在这样的潮流中,本文尝试先回原点,再从原点出发的思路。在市场经济社会中,商业和商业活动是理所当然的。商业交易服务法就是关于这方面的法律。这就是商业交易服务法的原点。商业和商业活动涉及很多法律问题。既有经营者进入市场前后遇到的问题,也有消费者在与经营者的商业交易中遇到的问题。这在今天也是一样。商业交易服务法的任务就是解决这类问题。从这个原点出发重组商业交易服务法的系统就是本文对商业交易服务法的基本设计。商业交易服务法的基本设计,就是以实定法中所使用的法律表达形态为切入点,对商业交易中新旧问题以及解决这些问题的规范做系统性的整合。这就是商业交易服务法结构的纲要。<sup>〔1〕</sup>

## 二、Business Law 和商业交易服务法

### (一) 商业交易服务法的表述和商业交易服务法

既然商业交易服务法的确立是潮流所向,那下面有必要解释一下什么是商业交易服务法。这里无关乎立法论,不是要创造出一个叫商业交易服务法的单独的法律,而是思考作为法学应如何将商业交易服务法整合起来。这和商业交易服务法的解释问题也不在一个层面。下面先考察美国的情况,看看美国的商业交易服务法包含哪些法律领域,因为美国在“商业交易服务法”这个名称的使用上历史悠久。

### (二) 美国法中的 Business Law

在外国,尤其是英美法系的各个国家,Business Law 的名称有着相当古老的、至少一个世纪以上的历史。1910 年左右,契约法、合伙·公司法、代理法、财产法、保证·担保·保险、遗产等领域

---

〔1〕 在商业交易服务法这一思路之下所描绘出的法的结构,不仅仅限于英美法、大陆法之类的欧美型法律模式,而是——世界各国所共有的——市场经济社会的法的结构。在这一问题意识的指导下所发表的关于商业交易服务法的系统设计构想的论文,参见北川善太郎「市場経済社会における民法典とビジネス法のシステム設計」民商法雑誌 143 卷 1 号(2010)1 頁以下(下文引用时简称「システム設計」)。该论文是对上海交通大学主办杂志《交大法学》创刊号中所载论文《市场经济社会中民法典与商业交易服务法系统设计》加以补充而形成的。

后来,我又把 2010 年提出的商业交易服务法的系统设计继续具体化,并在 2012 年 3 月发表了 3 篇相关论文。See Zentaro Kitagawa, “General Guide to Business Law System”, 1 Doing Business in Japan, § 1.06, “New System Design for Business Law”, 1 Doing Business in Japan, § 1.07 and “Business Law System Illustrated”, 1 Doing Business in Japan, § 1.08. (下文分别简称为 1DBJ, General Guide, § 1.06, New System Design, § 1.07 和 System Illustrated, § 1.08)这 3 篇都载于 DBJ 的 2012 年 3 月版(第 51 版)上。1980 年开始刊行的 DBJ 都是“基于领域的商业交易服务法”,为了将新的“基于要素的商业交易服务法”统和进来我执笔上述 3 篇论文。论文在阐述商业交易服务法结构的基本设计的同时,也相应地分析了具体案例。另外,在英文版的 2012 年 10 月版(第 52 版)中还计划发表一篇论文《商业交易服务法的概况》(“Overview”, 1 DBJ, § 1.01),文中对本文的基本设计也有所体现。

本文集焦点于基本设计,以讲述商业交易服务法的系统设计方法、构成商业交易服务法结构的两大系统以及商业交易服务法的结构和商业交易服务法编码为目的。

私法占据着 Business Law 的中心位置。<sup>〔2〕</sup>此后, Business Law 的范围被扩大,到了 1960 年左右,在 20 余部 Business Law 的标准教材中,“商法及其发展”、“契约”、“买卖”、“代理”、“流通证券”、“合伙”、“公司”、“担保”、“破产”等也占有一席之地。关于知识产权法、反垄断法和涉外法律的项目当时还尚未出现。<sup>〔3〕</sup>尽管还有必要进一步查阅文献,但似乎可以说,从 1910 年起的半个世纪中,在美国,大陆法系的所谓私法的领域基本构成了 Business Law 的中心。<sup>〔4〕</sup>

此后,被纳入 Business Law 的领域急剧扩张。自 1980 年初版后屡次再版的代表性教科书的 2000 年版中, Business Law 由“法律入门”、“契约”、“买卖”、“代理和雇佣”、“商业组织体”、“财产”、“Commercial Papers[A1]”、“信用交易”以及最后的“行政管制(Government Regulation)”等 9 部分构成。<sup>〔5〕</sup>行政管制的部分中又包括行政的商业管制、反垄断法、消费者保护法、环境管制、国际法和网络法的章节。此外,法律入门的部分还包括企业的社会责任一章。最引人注意的是,自 1980 年的第一版开始,该教材就将包括消费者保护法、环境保护规制和国际法在内的“行政管制”纳入商业交易服务法的范畴。这反映了当时的倾向,因为不单单这一本书如此,在当时有关商业交易服务法的文献中都能观察到。<sup>〔6〕</sup>

### (三) 日本法中的商业交易服务法

在日本,战后也逐渐开始使用 business law 这个英文词,而 ビジネス法(商业交易服务法)这个平假名用法则相对比较新,最近多见于大学的课程名称或专业名称。<sup>〔7〕</sup>与英美法系相比,其使用的历史很短。话虽如此,但如果因为最近才开始使用平假名用语,就认为日本的商业交易服务法不发达、还有待发展,这也不正确。理由如下。

包括日本在内的大陆法系诸国,关于商业和商业活动有民法典和商法典这样的一般性法典,规制商业活动的私法体系很完善,即便没有商业交易服务法这样的表述,随着法的近代化,商业交易服务法的内容本身是存在的。的确,像英美法系中的 Business Law 这样的用语所代表的法律综合体是没有的,但是,在近代市场经济社会中,关于商业及其活动的法律无论是大陆法系还是英美法系都是存在的。契约法和公司法就是比较好的例子。关于近代以来市场经济社会中商业交易的法律,大陆法系和英美法系因法系的不同而区别明显,但同时关于商业和商业活动的法律却有相通之处。如果说这是理所当然的,那确是如此,不过对这一情况的确认十分重要。

如果这样看的话,无论称谓如何,和美国等国的 Business Law 内容一致的商业交易服务法在日本也是存在的。商业活动已成为我们社会不可分离的一部分。在这个意义上,在法律的世界中,有关于商业和商业活动的法律问题,即便不用商业交易服务法这个表述,在各个法律领域也都有相应的解决。确认这一点应该没有问题。这是商业交易服务法的原点。

〔2〕 见前注〔1〕,北川善太郎「システム設計」,第 7 页以下。Business Law 的用语早在 19 世纪末就在使用,到了 1910 年左右,美国出版了相当多题为 Business Law 的教科书,而且开始讨论 Business Law 的课程安排。

〔3〕 见前注〔1〕,北川善太郎「システム設計」,第 8 页。

〔4〕 见前注〔1〕,北川善太郎「システム設計」,第 7 页。

〔5〕 James Burnes, Terry Dworkin, Eric Richards, *Law for Business* (Boston: McGraw-Hill/Irwin, 2000). 见前注〔1〕,北川善太郎「システム設計」,第 9 页。

〔6〕 参见前注〔1〕,北川善太郎「システム設計」,第 9 页以下。

〔7〕 关于课程或专业名称的例子,参见前注〔1〕,北川善太郎「システム設計」,第 1 页以下。说到杂志等出版物使用 business law 的英语表述,最近有 LexisNexis Japan 的 Business Law Journal,实际上早在战后不久就开始使用这个词了。例如,杂志 New Business Law (NBL)就创刊于 1970 年 10 月。关于商业交易服务法这个用语,可能是因为这个词是用平假名书写的舶来语,所以没有人争论过这个用语是否必须、是否得当。这里顺便提一句,近来一些用平假名书写的法律用语被写进了条文,对待诸如商业交易服务法之类的假名用语的态度应不同于以往。

#### (四) 商业交易服务法的原点

问题不止于是否使用商业交易服务法这个用语,而是当商业交易服务法作为法和法学的新潮流出现的时候,有必要回到商业交易服务法的原点,首先将各个领域中新旧商业交易服务法信息以某种方式整合起来。<sup>〔8〕</sup>为此,用商业交易服务法这个框架整合主要领域的做法还是没有问题的。能整合起来的商业交易服务法的内容和范围虽说不是一定的,但仍可以说,商业交易服务法是关于市场经济社会中的商业和商业活动的各个法律领域的集合体。因此,商业交易服务法不是一个自足的统一体系,而是一个由很多领域构成的开放体系。<sup>〔9〕</sup>

如果换一个视角,从利用商业交易服务法的群体的角度看,由于个人在开展商业活动时必然面临各种抉择,所以要求商业交易服务法提供清晰易懂的可供选择的各种“法形式”以及能够预测选择风险的系统。换言之,商业交易服务法的系统化应做到,无论出现什么问题,问题处在什么位置必须清楚,而且用于解决问题的法信息也应当设计得易于理解。从这一点看,基于领域的商业交易服务法必不可缺,因为每个主要领域的内部都有详细的说明,但只有领域的拼盘就足够吗?只要回到原点就必然遇到这个问题。下面我们就要看,在遇到这样的问题时,在与这种始于原点的系统设计的关系上,民法典作为商业交易服务私法的一般法又有着怎样的系统设计。

### 三、民法典的系统设计和商业交易服务法

#### (一) 作为商业交易服务法的一般法的民法典

说起民法典的系统设计,首先,民法典在民法总则的第2章“人”和第3章“法人”规定了权利的主体,在第4章“物”规定了权利的客体,关于商业交易,民法典在第5章“法律行为”做了规定。这些法律概念严整地规定了权利主体、权利客体和权利主体的行为。权利主体这个民法典的概念包含了“谁是商业交易的主体”(“商业主体”)的问题,而“商业主体”在本文的基本设计中是构成商业交易服务法的“系统要素”。同样的结论也适用于权利客体和法律行为。权利客体的概念包含了“什么是作为商业客体的标的物”(“商业客体”)的问题,法律行为的概念则包含了“怎样的商业主体做出了怎样的商业行为”(商业交易)的问题。(关于“系统要素”详见下文四(二)1)

诚然,关于商业主体,可以说只要在系统的开头规定了“人”,就可以囊括一切商业交易活动的主体。关于客体和交易行为也是一样。仅在此意义上,本文基本设计所采用的商业交易服务法的“系统要素”这种分析方法和民法典的设计一脉相承。<sup>〔10〕</sup>民法典的先驱性贡献自然要给予高度评价,但民法典的这种系统设计难道说就没有问题吗?

#### (二) 关于商业交易主体的一般法

民法典先以抽象的法概念“人”概括一切权利主体,而后从上位概念“人”出发向下位概念移

〔8〕 必须反复提到的是,整合作业不是为了创制一个单独的法律,而是先决定什么是商业交易服务法再为之构建系统,是广义的学说作业。在这个意义上,商业交易服务法是学说法。

〔9〕 “商业交易服务法是开放体系”这一说法的意思和内容,对于商业交易服务法的系统设计而言是重要的事实。关于商业交易服务法的骨架和具体案例,参见前注〔1〕中的引用文献。这些文献展示了商业交易服务法的结构,而本文的基本设计是利用上述文献中的分析,阐述商业交易服务法结构的骨骼,而各论式的具体展开则另辟新稿。

〔10〕 商业交易服务法的“系统要素”指构成商业交易服务法的法律问题的要素,即把法律问题分解为谁是法律问题的主体(商业主体)、交易的对象是什么(商业客体)、缔结的是怎样的契约(商业交易)。除此之外,还有商业风险、商业权利以及商业规则。商业交易服务法的结构就通过分解成为这六大“系统要素”才得以系统化的(在下文四(二)1和五(三)的部分中将详细论述)。关于“系统要素”,参见前注〔1〕,北川善太郎「システム設計」,第26页以下;Zentaro Kitagawa, supra note〔1〕,“New System Design”, § 1.07, [1][b]。

转,仅以此论,民法典的结构可谓严密。然而,就商业交易服务法的系统设计中的一般法部分,只要拜托给民法典就可以高枕无忧了吗?换言之,是否可以把民法典的系统直接拿来作商业交易服务法系统设计的开头,这无论在理论还是在实践中都不无疑问。

如果将法律、行政法规中所使用的实定法上的法律表达形式称为“法形式”,<sup>[11]</sup>那么,民法典中规定的买主或卖主之类的“法形式”在商业交易服务法中仍属易懂。可是,商业交易服务法中常常能遇到一些民法弃用的“法形式”。例如,商业交易服务法的主角、商业交易服务法中常用的“个人”、“经营者”等“法形式”就是民法典中没有的具体法律概念。<sup>[12]</sup>

如上文所示,民法典始于“人”、“法人”之类高度抽象性的法律人格概念,而作为商业交易服务法的“法形式”,很多商业交易服务法规范中的常用概念,如“个人”、“经营者”之类的具体人格概念与民法典的“法形式”格格不入。难道能够说,“个人”、“经营者”可以通过对民法典中的“人”、“法人”的解释来处理,所以在商业交易服务法的系统设计上就不存在问题了吗?

### (三) 民法典的一般性

关于权利主体的上述内容,同样适用于——经营者选择作为商业交易对象的——商业客体的“法形式”。在市场经济社会中扮演重要角色的“商品”、“劳务”甚至于“金融交易卡”之类的“法形式”多见于商业交易服务法的相关规范,而民法典中却没有规定。此外,说起民法典是否规定了——经营者在经营活动中所选择的——商业客体的“法形式”,其实也未必。另外,说起商业交易,民法典以创造性的法律行为概念为中枢,在民法总则、债法总则以及债法各论三部分中对契约进行了系统设计,导致契约在民法典中的位置十分不明了。因此,如果再以民法典的法律行为作为商业交易服务法的起始部分,那商业交易服务法的系统又将面临费解、不透明的问题。<sup>[13]</sup>

从上述有关商业主体、商业客体以及商业交易的论述可以得出如下结论:不能因为民法典是商业交易服务法的一般法就把民法典的相关内容原封不动地用在商业交易服务法的开头。<sup>[14]</sup>

### (四) 理想的商业交易服务法

如上文所述,应尽量避免在“民法典是商业交易服务法的一般法”的名义下把“人”、“法人”、“物”、“意思表示”等抽象性的法律概念原样照搬到商业交易服务法的开头。这涉及民法典在商业交易服务法的系统设计中的界限。不过话说回来,只要民法典存在,那“人”、“法人”、“物”、“意思表示”等概念在商业交易服务法中就有合理适用的余地,民法典是商业交易服务法的一般法这一

[11] “法形式”指实定法上法律表达形式,和法律用语的意思很接近,但两者的重要区别即在于,“法形式”仅限于实定法上的表达形式。例如,经营者对于商业交易服务法而言是表达商业主体重要“法形式”,而在民法典没有规定。和“系统要素”一样,“法形式”是商业交易服务法的系统设计上不可或缺的分析方法(下文四(二)2中将详细论述)。关于“法形式”,see Zentaro Kitagawa, supra note [1], “New System Design”, § 1.07, [1][c]。“法形式”当初被称作“法律上的形态”。参见前注[1],北川善太郎「システム設計」,第26页以下。

[12] 消费者是当下民法修改审议的焦点,这个“法形式”在民法典中也没有规定。潘德克顿体系下的民法典钟情于法律概念的抽象性,没有采纳消费者、经营者、劳动者这样的具体法律概念。民法典的系统设计的核心就存在于“人”这个概括一切权利能力者的抽象性法律人格概念之中。此时,一旦消费者、经营者等具体法律概念在民法修改过程中被纳入民法典,那就要重新思考民法典的系统设计的问题了。

[13] See Zentaro Kitagawa, supra note [1], “New System Design”, § 1.07, [3]-[8]。该文中,除了“商业主体”、“商业客体”之外,还就“商业交易”、“商业风险”、“商业权利”、“商业规则”等总共六个“系统要素”,逐一分析了各个要素的关键“法形式”,并与民法典的系统设计进行了对比。此外,在与商业交易服务法的相关范围内,本文也会探讨民法典的系统设计问题(参见下文五(三)4[B]部分)。

[14] 关于民法典的系统设计,参见前注[1],北川善太郎「システム設計」,第12页以下;See Zentaro Kitagawa, supra note [1], “General Guide”, § 1.06, [3]; “New System Design”, § 1.07, [3][b]。作为个别研究,在民法典和商业交易服务法的关系上,计划将民法债权法修改和商业交易服务法的关系也纳入研究范围。

点无可否认。在这个意义上,商业交易服务法的系统设计不能无视民法典所持的价值。只不过,商业交易服务法的系统设计在发挥民法典特色的同时,不应完全照搬民法典,而是应当在开头部分展示出足以取代民法典的、关于商业主体、商业客体和商业交易的完备的“法形式”。

商业交易服务法的结构设计应做到:只要是关于商业交易服务法,无论是怎样的问题都能立刻明白问题所处的位置,而且能便利快捷地找到解决问题的法律信息。<sup>[15]</sup> 下面就是对商业交易服务法系统设计的尝试。

## 四、商业交易服务法的系统设计

### (一) 概要

商业交易服务法的对象和范围尚没有唯一确定的答案,越是如此,商业交易服务法的系统设计越必须使其立体结构一目了然。这是因为,商业活动对于我们来说是理所当然的事情,而相比之下商业交易服务法连作为法领域的名称都未必理所当然,需要以此为切入点。因此,有必要论及商业交易服务法系统设计的分析方法以及使用该方法的系统设计。

### (二) 商业交易服务法系统设计的分析方法

关于商业交易服务法的系统设计上文也提到过,这里就其基本的三个分析方法做进一步说明。<sup>[16]</sup> 作为分析方法,商业交易服务法从“法形式”——商业交易服务法存在于实定法中的法律表达形态——着手分析。此时,“系统单位”——相互关联的“法形式”的结合体——的挖掘和收集对于商业交易服务法的分析尤为重要。为“法形式”和“系统单位”在商业交易服务法中的定位提供场所的,就是商业主体或商业交易之类的“系统要素”。

下文从“系统要素”开始,讲述系统设计的分析方法的概要。

1. “系统要素”。如果将商业交易服务法中出现的主体统称为商业主体,那么在商业交易服务法的实定法世界中,作为具体的法律人格,将会有个人、经营者、劳动者、消费者、外国人、外国公司等无数商业主体。同样的情况也会发生在商业交易、商业客体、商业风险、商业交易服务法的权利义务以及商业交易服务法的规则上。

所谓“系统要素”就是指构成商业交易服务法的上述六要素:商业主体、商业客体、商业交易、商业风险、商业交易服务法的权利义务以及商业交易服务法的规则。<sup>[17]</sup>

2. “法形式”。商业交易服务法的问题看似复杂,但都可以分析整理为上述六要素的其中之一。分析整理的基本单位就是“法形式”。上文中已经提到过,“法形式”指的是商业交易服务法在实定法上的法律表达形态,存在于商业交易服务法的每个角落,因此担负着对商业交易服务法的问题进行分析整理的职能。<sup>[18]</sup>

例如,以分期付款销售是怎样的交易为例,作为实定法上的法律表达形态,可以抽出契约和分期付款销售两个“法形式”。首先要说的是,到了具体的案件中,分期付款销售这个“法形式”还可

[15] 给商业交易服务法“赋予形式”的系统设计研究,和上文一直在阐述的商业交易服务法的新潮流有着联动关系。下文中所要展开的商业交易服务法的结构论在阐明传统商业交易服务法的同时也将显示这一潮流。

[16] 关于商业交易服务法的系统设计的分析方法,See Zentaro Kitagawa, supra note [1], “General Guide”, § 1.06; “New System Design”, § 1.07; “System Illustrated”, § 1.08。

[17] 此外,关于“系统要素”,See Zentaro Kitagawa, supra note [1], “New System Design”, § 1.07, [b]。

[18] “法形式”指源于实定法的用语,但范围灵活,其中包括法律定义、指代法律制度的用语、判例通说用语、行政标准、惯习、契约用语等。关于“法形式”,另见前注[1],New System Design, § 1.07, [c]。

以细分;依问题不同,契约这个“法形式”也会出现细分的情况。无论怎样,能够确定的是,在商业交易这样一个“系统要素”中存在着契约和分期付款销售这两个“法形式”(有关分期付款销售,参见下文六(二)部分)。

3. “系统单位”。“系统单位”指相互关联的数个“法形式”的结合。再次以分期付款销售为例,这里的“法形式”一般呈“契约”—“分期付款销售”的结合状态。通过这个结合,分期付款销售在商业交易行为系统中的定位就明确了,即分期付款销售在商业交易中是契约的一种。也就是说,只有分期付款销售这一个“法形式”,它在商业交易服务法中就难以定位,但如果有了“契约”—“分期付款销售”这一组“系统单位”,那分期付款销售就可以被定位到契约的一种上。

任何一个“法形式”都会与相关“法形式”结合从而积累叠加起来,“系统单位”的连锁也随之变得繁复而周密。不难想象,相互间纵横传动的无数“系统单位”将会在商业交易这个“系统要素”内不断增殖繁衍。相同的情况在商业交易之外的其他“系统要素”中也能观察到。在六个“系统要素”的任何一个之中都发生着“系统单位”的聚集和整合,商业交易服务法的系统就这样形成了。<sup>[19]</sup>

### (三) 基于“法形式”、“系统单位”和“系统要素”的商业交易服务法的系统设计

这样,借助于“系统要素”、“法形式”和“系统单位”这三个分析方法,任何商业交易服务法的问题,都能够以“系统单位”——即“法形式”的链条——的形式在商业交易服务法的各个“系统要素”内获得适当的定位。商业交易服务法的系统设计应以“系统要素”、“法形式”和“系统单位”为分析方法,构建起以要素为基的商业交易服务法。任何一个商业交易服务法的问题,都可以经由“法形式”和“系统单位”的分流,很自然地归结至某一个“系统要素”中。<sup>[20]</sup>而且,在基于要素的商业交易服务法中,任何商业交易服务法的问题都可以用六个“系统要素”来解释。不过这只是理论构想,作为问题及其解决的系统,未必称得上通俗易懂、清晰高效。在这一点上,基于领域的商业交易服务法有优越性。国内外所说的商业交易服务法,很多就是把契约法、公司法、知识产权法等商业交易服务法的领域概括汇总。这样,在商业交易服务法的系统设计时,就出现了吸收上述三个分析方法的基于领域的商业交易服务法。

综上所述,商业交易服务法的系统设计的共同点是都采用“法形式”、“系统单位”和“系统要素”等三个分析方法,但是商业交易服务法中有两个系统,即“领域商业交易服务法”和“要素商业交易服务法”。商业交易服务法的结构就是上述两个系统的结合体。<sup>[21]</sup>(未完待续)

(责任编辑:顾祝轩)

[19] 关于系统单位, see Zentaro Kitagawa, *supra* note [1], “New System Design”, § 1.07, [1][d]。

[20] 作为“法形式”的组合,“系统单位”担负着为商业交易服务法创设系统的任务。为说明这一关系, see Zentaro Kitagawa, *supra* note [1], “System Illustrated”, § 1.08 整理了相关案例。就具体内容,请参见后注[70]。

[21] 需要补充一下的是,商业交易服务法并不是从一开始的时候就有这两个系统。无论从历史还是从现在的理解看,领域商业交易服务法是主流,要素商业交易服务法的系统并不为人所知。本文基本设计所提及的 Kitagawa, *Doing Business in Japan* 一书直至最近还只有领域商业交易服务法。由于商业交易服务法涉及各种各样的法领域,所以领域商业交易服务法发挥着中心功能。不过,正如下文指出的那样,如果只有领域商业交易服务法,商业交易服务法在系统上不完备,受到很多缝隙问题的困扰,因此需要补全和改造。本文的基本设计中,借助“法形式”、“系统单位”、“系统要素”这三个分析方法,商业交易服务法的系统构成不仅包括传统的领域商业交易服务法,还包括在内容上能够通盘俯视图整个商业及商业活动的要素商业交易服务法。因此说,按照本文的系统设计,商业交易服务法有两个系统。