

商法的构造及基础概念

酒井太郎* 著 陈楠* 译

- 一、引言
- 二、日本近代商事法制的建立
- 三、商法的构造及基础概念
- 四、尝试重新构建商法体系
- 五、尝试整合以“事业者”作为适用对象的民法规定

一、引言

商法制定于 1899 年，与民法并列成为日本的基本法律之一。民法为规范“人”的各类关系（与亲属的关系和与他人的关系）提供广泛的原则，经过多次修改形成了充实的内容体系。与此相比，尽管商法被定义成“为商事提供相关规范的法律（日本商法第 1 条第 1 款）”，但纵观商法，其中无论是关于从事商事行为的主体（商人或者企业）的规定，抑或是关于企业活动的规定，都可以说缺乏系统性与归纳性。此外，1899 制定之初的商法，针对共同企业（公司）、几种有价证券（汇票与支票）、特定领域的交易（保险等）都设置了详尽的规定。然而多年后，上述规定却以特别法的形式相继从商法中分离出来。另外，2017 年（平成 29 年）的修改废止了商法中的几个特殊制度，并将这些制度移至民法，交由民法进行规制。此过程中商法并未大规模地增修新规定。由此我们可以说，作为成文法的现行商法，不过是一部规范商事法律体系中的某一侧面或某一领域的法律而已。

基于以上对商法现状的认识，本文将从如下角度进行论述。第一，概述商法制定前商事法律制度的状况及商法制定的过程，厘清商法中存在的问题，即，企业交易部分无法形成“自我解决式”的体系，并分析这一问题产生的原因。第二，详述商法这一成文法的构造，解释支撑这一构造的基础概念（商人与商行为），指出商法中商人定义所存在的问题，并围绕解决该问题的对策展开讨论。第三，略述日本商法学说中对研究对象的把握方式，及基于对商法学说的理解而形成的现代商法体系（即，实质意义上的商法体系），并从“商法是从旁辅助企业进行自主自由活动的法律”这一前提出发，得出“与企业交易相关的商法规定最后会不可避免地零碎化、无体系化”这一结论。最后，本文还会指出以下问题点，即：尽管商法为企业交易这一领域设置了合理的规定，然而由于商法基础概念（即商人与商行为）的定义并不恰当，导致这部分有关企业交易的规定其适用范围过于狭窄。此外还应注意，为解决

* 一桥大学法学研究科教授。

* 一桥大学法学研究科博士研究生。

上述问题点，2017年（平成29年）民法（债权关系）修改之际，探讨了是否应该在商法中导入一种代替原来商法基础概念的新概念（即事业者及经济事业）。本文章将概述这次探讨的经过，并从商法学的角度加以评释。

二、日本近代商事法制的建立⁽¹⁾

（一）明治新政府对商事立法的尝试⁽²⁾

随着封建锁国体制的崩溃，1868年（明治元年）明治新政府成立。成立后的新政府随即设立主管机构（商法司及之后的通商司），大力推进“殖产兴业”政策，开始创设从公众手中汇集资金以便开展大规模营业活动的共同企业。1869年（明治2年），通过对大商人的强制要求，通商司在全国范围内设立了8个被称为“通商公司”的商业公司、及被称为“汇兑公司”的银行。此外，为普及公司知识，大藏省于1871年（明治3年）出版了由涩泽荣一所著、概述公司制度的《立会略则》，以及由福地源一郎所著、介绍公司制度相关欧美文献的《公司辩（日语为“会社弁”）》。

为促进公司制度的启用，同一时期相继制定出台了作为商事立法先驱及启蒙的国立银行条例[1872年（明治4年）]，股份交易条例[1874年（明治6年）]，以及米商会所条例[1876年（明治8年）]。⁽³⁾虽然这些条例只适用于从事特定事业的企业，但不难看出这一时期已展开了对制定可适用于全部企业的一般公司法的立法探索。1874年（明治6年），大藏省及内务省着手实施《公司条例（“会社条例”）》的立项工作，并于1881年（明治14年）完成了该条例的草案。1886年（明治19年），由天皇皇宫方面设立的制度取调局起草了与一般公司法类似的《商社法》，完成后将草案提交至元老院。

然而，当时的日本政府认为，相比于培植商业及工业，改正日本开国之际签订的一系列不平等条约才是当务之急。经过这一政策判断的催化，制定国家基本法律之一的商法典的工

(1) 除以下各脚注中注明的文献之外，本章还参考了下列文献。志田钾太郎：《日本商法典的编纂与修改（日本商法典の編纂と其改正）》（复刻版），新青出版1965年版；菅原菊志：《我国企业制度的发展与商法、学说的变迁（わが国企業制度の発達と商法・学説の変遷）》，载菅原菊志著《企业法发展论（企業法発展論）》（商法研究2），信人社1993年版，第7页；福岛正夫：《明治二十六年旧商法中公司法的施行—其经由与意义（明治二六年の旧商法中会社法の施行—その経過と意義）》，载福岛正夫著作集（福島正夫著作集）（1），劲草书房1993年版，第304页；高仓史人：《商法典的成立（商法典の成立）》，刊载于《Jurist》第1155号第5页（1999年）；伊藤纪彦：《近代公司法的出发点—劳斯拉商法草案及明治23年商法（近代の会社法の出発—レースラー商法草案と明治23年商法—）》，载滨田道代编著《日本公司立法历史的展开（日本会社立法の歴史的展開）》，商事法务研究会1999年版，第46页；今井浩、浅木慎一：《法典的争论于国内立法的公司法的成立—明治32年商法制定（法典論争と国産会社法の成立—明治32年商法制定—）》，载滨田道代编著《日本公司立法历史的展开（日本会社立法の歴史的展開）》，商事法务研究会1999年版，第79页；谷口知平、石田喜久夫：《新版注释民法（新版注釈民法）》（修订版），有斐阁2002年版，第9页以下。

另外，关于明治时代（1868年至1912年）日本民法及商法的立法，可参见佐野智也（名古屋大学研究生院法学研究科）主页“法律情报基础”（网址：<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/index.html>）中收录的有关资料及链接。

(2) 关于江户时代以前的商事法律制度的概要，以及，明治时代以后的商事法律制度与此前制度间欠缺历史关联性这一观点的出处，参见西原宽一：《日本商法论第一卷（日本商法論第1卷）》（第2版），日本评论社1950年版，第144页至146页。

(3) 基于国立银行条例，设立了能够发行可兑换纸币的银行；基于股份交易条例，设立了股份交易所（后被称为证券交易所）；基于米商会所条例，设立了以期货的形式进行大米交易的米商会所（后被称为米谷交易所，于1939年被废止）。

作被优先提上日程。也就是说,当时的日本政府认为,若能够建立一种包含民法典及其他法律的、与西欧诸国类似的法制体系,有助于形成一种“日本已成为与西欧国家相同的近代化国家”的认知,从而能加快条约改正的交涉进程。因此,在叫停《公司条例》及《商社法》的制定工作之后,制定一部能够与商法典保持一体性的一般公司法成为了新的方针。

从以上立法经过可看出,明治时代初期,为应对当时的政策课题,政府完善了各类事业领域中的企业组织法。有关企业组织的一般法虽已起草完毕,但因政治上的理由,不得已中断了后续制定工作。另外,此时虽已认识到企业交易一般法的必要性,但并非显明制定体系化法律的具体动向。所以这一时期主要依靠不同地区的不同商业习惯对商业交易进行规范。

(二) 招聘外国人学者起草民法草案及商法草案、新旧民法典的制定

1879年(明治12年),日本政府委托法国法学家博瓦索纳德(Gustave Émile Boissonade de Fontarabie)进行民法起草,又于1881年(明治14年)将商法起草工作交由德国法学家、经济学家罗斯勒(Karl Friedrich Hermann Roesler)。1886年(明治19年)3月,由博瓦索纳德撰写的民法草案已完成财产法部分,其后的家庭法部分虽有博瓦索纳德参与但主要由日本本国学者起草,家庭法部分起草结束后民法草案提交至元老院并通过了决议,最终于1890年正式颁布(明治23年第28号法律。即,旧民法典)。另一方面,罗斯勒商法草案于1884年(明治17年)起草完毕,经过修改,与旧民法典一并于1890年正式颁布(明治23年32号法律。即,旧商法典)。当初,出于要参照国际最新立法经验的考虑,分别从法、德两国聘请了专家进行草案撰写⁽⁴⁾,却导致了以下结果,即:旧民法典以法国民法典为模本,而旧商法典虽沿用了法国商法各分编的体系,但其实质内容则遵从了德国商法。因此可以说两部法典中的内容并未经过相互整合。另外,从当时日本欠缺商人阶级的法律(也就是商法前身的法律)、和以商人阶级的自治权确立为背景逐渐发展起来的商事裁判制度等历史角度来看,分别制定民法与商法(或者说认为民法与商法是不同的法律)的做法,不过是单纯模仿欧洲的经验而已。⁽⁵⁾

罗斯勒商法草案共1133条,由总则、一般商事(与商业有关的一般事务)、海商、破产、争议诉讼(与商事有关的争议)5个分编构成。该草案并未考虑日本商业旧俗,而是旨在积极引入法、德、英等国的先进制度。⁽⁶⁾正式成立的商法典则由总则、商事通则、海商、破

(4) 除了民法,博瓦索纳德还起草了刑法及刑事诉讼法;除了商法,罗斯勒还起草了破产法及宪法。德国法学家泰科(Eduard Hemann Robert Techow)起草了民事诉讼法。

(5) 参见竹内昭夫:《企业法的地位和构成(企業法の地位と構成)》,载竹内昭夫、龙田节编著《现代企业法讲座1 企业法总论(現代企業法講座1 企業法総論)》,东京大学出版会1984年版,第7页至第9页;关俊彦:《商行为通则的意义(商行為通則の意義)》,载竹内昭夫、龙田节编著《现代企业法讲座4 企业交易(現代企業法講座4 企業取引)》,东京大学出版会1985年版,第47页至第48页;北居功、高田晴仁:《与民法关联的商法总则及商行为法(民法につながる商法総則・商行為法)》(第2版),商事法务2018年版,第3页。

(6) 当时,在各种国家的商事法律中成为参照模本的是1807年制定的法国商法典(Code du commerce)。关于法国商法典制定之初的构成及历史意义,参见大隅健一郎:《商法总则(商法総則)》(新版),有斐阁1978年版,第8页至第9页;西原宽一:《商行为法(商行為法)》(第3版),有斐阁1973年版,第5页(以上文献指出,商法典中商行为的概念使得普通人也能与商法相联系,而基于商行为的概念又设定了商人概念。由此可见,商法典的制定使自中世纪以来作为商人特权阶级法律的商法得到解放);北居、高田前注(5)第3页。现行日本商法依然受到法国商法典[或者说,是隶属法国商法典体系的1861年德国普通商法典(ADHGB)]的极大影响。其中最具有代表性的是,在规定适用商法的行为及权

产4个分编构成，共计1064条。

需要补充的是，由于民法典大论争⁽⁷⁾，旧民法典的正式施行被大幅延期。此间，以穗积陈重、梅谦次郎及富井政章3人作为起草委员成立了法典调查会，由该会制定的民法典修订案于1896年（明治29年）被提交至帝国议会并通过决议，最终于1898年（明治31年）起正式生效施行（明治29年法律89号）。这也成为延续至今的民法。

关于旧商法典的生效施行时间这一问题，帝国议会的审议中有意见指出，作为一部多达1064条的大部头法典，在颁布后仅隔8个月的1891年（明治24年）就正式生效施行未免过于草率。还有观点认为，与商事有关的法律应当基于现实中存在的商业活动为前提，然而该法案并未参照日本商业习惯，且仅有学者、官员、外国人参与起草，实务家则游离其外。考虑到以上的批判意见，全体旧商法典的正式施行时间，先是从1893年（明治26年）延期至1896年（明治29年），又再度延至1898年（明治31年）。不过旧商法典的主要部分（公司、票据、破产、商业登记、商业账簿）于1893年正式施行。

在旧商法施行延期期间，政府命令法典调查会着手商法修订案的起草工作。商法修订案的起草委员包括刚野敬二郎、田部芳及梅谦次郎三人，志田钾太郎等学者及官员作为其他委员，辅助上述起草委员的工作。为了避免重蹈此前旧商法施行审议时引发争论的覆辙，此次修法先征求了商工会议所等经济团体的意见，并将其意见反映在修订案中。

商法修订案于1899年（明治32年）3月在帝国议会上通过，并于同年6月正式生效施行（明治32年法律48号）。这就是沿用至今的现行商法（新商法典）。与旧商法典相比，新商法典的条文数大幅缩减至689条，由总则、公司、商行为、票据、海商5个分编构成。

由于原本的计划是在旧民法典前施行旧商法典，因此旧商法典中设置的条文是自给自足的。如果只评价旧商法典，可以说旧商法典具有系统性。但旧商法典关于合同成立与履行的规定中，出现了较多与民法规定重合且未经整合的情况。于是起草商法修订案时删除了出现上述问题的条文。⁽⁸⁾例如商行为总则这一部分，旧商法典中设置了131条规定，而新商法典中将其减少到了20条。⁽⁹⁾尤其是关于商业交易这一部分，采用了以民法为一般法、商法为特别法的形式进行规制，这种做法彻底分割了民法与商法的功能，使商法的系统性、归纳性

利义务主体时，采用了商行为法主义这一点。也就是说，日本的商法，先定义能够适用商法的“商行为”（商法第501条，第502条），再将“商人”定义为以特定方式从事“商行为”的权利义务主体（商法第4条第1款，关于此点详细的解释，参见本文第三章第二节“商法的适用对象—商人与商行为”）。另外，1938年（昭和13年）的商法修改增设了拟制商人的规定（商法第4条第2款），由此，日本商法过渡到了商行为法主义与商人法主义的结合形态（即折中主义）。何为商人法主义，是指先定义具有特定抽象属性的权利义务主体为“商人”，再根据“商人”所作出的营业行为定义为“商行为”的方式。关于商人法主义和商行为法主义，及其历史的发展情况，参见末川博主编：《民事法学辞典》（上），有斐阁1960年版，第987页至第988页（铃木竹雄撰写部分）。

(7) 此次争论实质上是一次学界派系间斗争，也是一次保守主义与自由主义间的政治对立。参见谷口、石田前注(1)第14页至第17页。

(8) 参见法典调查会：《商法修正案参考书（商法修正案参考書）》，载法务大臣官房司法法制调查部监修《日本近代立法资料丛书21（日本近代立法資料叢書21）》，商事法务研究会1985年版，第112页至第113页。

(9) 参见田中耕太郎：《“民法的商事化”与商法自主性—现代商法发展的基调（＜民法の商化＞と商法の自主性—現代に於ける商法発達の基調）》，载田中耕太郎编著《商法学的一般理论（商法学一般理論）》（田中耕太郎著作集7），新青出版1998年版，第153页至第154页。

及自给自足的特征大幅减损。⁽¹⁰⁾

三、商法的构造及基础概念

(一) 商法的分编及各分编的内容

商法通过设定“商人”及“商行为”两个基础概念，框定了能够适用商法的权利义务主体及商事行为。现行商法由总则、商行为、海商3个分编构成。各分编的内容大致如下。

首先，第一编总则包括：商法适用的一般原则（商法第1条至第3条）、商人的定义（商法第4条）、商人中特有的事物及机构（商法第8条至第31条）。第二编商行为包括：商行为的定义（商法第501条至第503条）、商行为适用的一般规则（商法第504条至第521条）、与民法一般规定相对照商人间买卖的特别规定（商法第524条至第528条）、商法特有的合同类型[交互计算（译者注：交互计算是指，对于商人或商人与非商人之间一定期限内的持续交易，约定并不计算每次交易中产生的债权债务，而是将这一期限内所产生的债务的总和与所产生债权的总和互相抵消后，再计算其剩余债权债务的合同类型）与隐名合伙，商法第529条至第542条]及对于一些特定营业的私法规制（中介业、运输业、营业场所经营业及仓储业，商法第543条至第617条）。最后，第三编海商包括：海上货运设备的相关规定（对船舶及船长的规定，商法第684条至第715条）及海上货运的相关私法规制[当事人的权利义务、海上货运相关证券（海运提单与海上货运单）]、海上货运发生灭失损害时各责任与赔偿额的承担及海上保险合同（商法第684条至第850条）。^{(11) (12)}

(10) 德国普通商法典（即1861年公布的ADHGB）与德国现行商法典（即1897年制定的HGB）之间也呈现出与此相类似的关系。参见西原，前注（6），第5页至第6页；关，注（5），第47页。

(11) 1899年（明治32年），制定之初的商法虽由总则、公司、商行为、票据、海商五个分编构成，但第一编总则、第三编商行为（除第十章保险外的部分）及第五编海商的内容与现行法大致相同。第二编公司、第三编商行为中的第十章保险及第四编票据，其后分别作为公司法（2005年制定，平成17年法律86号）、票据法（1932年制定，昭和7年法律20号）和支票法（1933年制定，昭和8年法律57号）、保险法（2008年制定，平成20年法律56号）被单行法化。

(12) 为何要将公司法及保险法等从商法中分离出来，为其单独制定单行法呢。关于这一问题，可以从技术性的理由及实质性的理由两方面进行解释。技术性的理由包括：①基于国际条约需增设大量条文，但不易将这些条文直接编入商法（例如票据法及支票法）；②比起改正大部头商法典，直接制定作为商法特别法的单行法更加便于短时期内施行新的规制（例如已经被废止的有限责任公司法、股份责任公司监督制度等商法特例事项的相关法律）[参见北居、高田，前注（5）第9页（高田部分）]。另外，关于理由②还需补充说明的是，分别制定不同目的的单行法使公司相关法律制度之构造异常复杂，因此将这些单行法整合后，制定了具有一般法性质的公司法[参见相泽哲、郡谷大辅：《伴随公司法制现代化而进行的实质改正之概要及其基本观念（会社法制的现代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方）》，载相泽哲编著

《法案制定负责人对新公司法的解说（立案担当者による新・会社法の解説）》（别册商事法务295），商事法务2006年版，第1页至第3页]。

作为商法基础概念的“商人”及“商行为”，除可以明确商法调整的主体及行为外，并非一定要具有实际意义。单行法化的实质性理由正体现了上述结论，并与本文章的问题意识密切相关。也就是说，关于商法中规制对象，还存在比贯穿在商法中的整体原理或原则更应优先适用的原理或原则，基于以上考虑，制定体现这类特殊原理或原则的单行法更具有合理性。关于此点，参见藤田友敬：《总论：商法总则及商行为法的现状与未来（総論：商法総則・商行為法の現状と未来）》，刊载于《NBL》935号（2010年），第7页至第8页。在这篇文章中，保险法被定义为，与保险这一金融商品相关的具有合同法性质的规则，且无论这一金融商品是否具有营利目的都可适用保险法；公司法被定义为，当事者选择公司这一组织形态时需适用的规则（参见第7页至第8页）。关于商法第三编海商的部分，这篇文章还进一步指出，海商这一分编已经形成了与海事相关的规则体系，且海事无论有无营利目的都可适用其规则，因此，将海商这一分编单行法化也并无不合理之处（参见第10页脚注19）。此外，2017年（平成29年），因民法修改被整合

（二）商法的适用对象—商人与商行为

商法第 1 条规定：“除其他法律中有特别规定的，商人所从事的营业活动、商行为及其他商事活动适用本法。”由此可见，能够适用商法的行为被抽象地规定为与商事有关的行为。虽然商法在条文中明确规定“商人所从事的营业活动、商行为及其他商事活动”作为其适用对象，但由于商法并未定义此款条文中“商事”一词，只能形式化地对其予以解释。⁽¹³⁾若单从形式层面来看商法及其各个条文，可以说商法是，以商人及商行为这种具有特别属性的权利义务主体和行为作为其规制适用对象的一部法律。⁽¹⁴⁾

商法中的商人及商行为间，存在如下逻辑关系：(a) 以从事商行为作为营业的，是为商人；(b) 商人为营业而作出的行为，是为商行为。⁽¹⁵⁾但是 (a) 中的商人也存在例外，即，不以从事商行为作为营业的主体，也被赋予了商人的地位（商法第 4 条第 2 款）。^{(16) (17)}

上述 (a) 中所述作为商人成立要件的商行为，又被分为“商法中规定的行为”与“特别法中规定的行为”。

其中，“商法中规定的行为”包括：商法第 501 条规定的 4 种行为（又被称为“绝对商行为”）及第 502 条规定的 13 种行为（又被称为“营业商行为”）。^{(18) (19) (20)} 这 17 种行

至民法（民法第 520 条之 2 至第 520 条之 20）中的商法有价证券的相关规定（平成 27 年修改前商法第 517 款至 519 款），不过是基于有价证券特有性质上的特别规则，与其他商法条文之间欠缺功能上的统一性，因此，一直以来都有学者认为在商法中编入此类条文缺乏一定合理性[参见西原，前注（6），第 18 页]。

(13) 参见北居、高田，前注（5）第 1 页至第 2 页；大隅，前注（6）第 79 页。由此可充分想见，商法作为一部法律，只包含全体商事法律规制中的一部分内容。

(14) 另外，商法第 3 条规定，①若某一行为是一方当事人作出的商行为，则无论对于另一方当事人此行为是否构成商行为，当事人双方都适用商法（商法第 3 条第 1 款）；②某一行为的一方当事人是多人的情况下，此行为是这方当事人其中一人作出的商行为，则无论对于其他人此行为是否构成商行为，全体当事人都适用商法（同条第 2 款）。因此，某一行为中，即使商行为的属性不过是间接存在，此行为也是商法的适用对象。

(15) 另外，定义商法第三编海商中“船舶”时，也参照了商行为（商法第 684 条规定，本法上的船舶是指，以从事商行为为目的，供航海所用的设备）。

(16) 参见后注（22）及本节最后一段。

(17) 一些法律在规定其适用要件时，也参照了商法上的商行为（例如，有关资金支付的法律第 4 条第 7 款、农林中央金库法第 7 条、保险业法第 21 条第 2 款、有关特定商事交易的法律第 59 条第 2 款、商公会法第 2 条第 1 款、商公会议所法第 7 条第 1 款、船舶法第 35 条）。其中，商公会议所法第 7 条第 1 款中“商工业者”的定义（商工业者是指，以自己的名义并以从事商行为作为其业的主体、通过店铺或类似设施场所以贩售物品为事业的主体、经营矿业的主体、交易所、公司及相互公司）与本文章所探讨的问题密切相关，虽然笔者对其深感兴趣，但在本论文中并不对此点进行论述。

(18) “绝对商行为”与“营业商行为”之间的区别在于，绝对商行为主要以商业本质行为为主（即，基于利益获取目的而进行的财物交换行为），而营业商行为是指，不属于绝对商行为的，以利益获取为目的且具有一定计划性、持续性的典型行为。然而，判断是否具有“典型性”，依据的还是 19 世纪末商法制定之时的基准。遗憾的是，自商法制定以来虽历经时代变换，但营业商行为的实质性扩大至今仍未进行。也就是说，当今的营业商行为的范围，依然被限定在 1935 年（昭和 10 年）12 月法制审议会上达成决议的《商法商行为编、海商编的改正纲要》中列明的几项。关于改正纲要的介绍与解读，可参见八木弘：

《我国商法商行为编的改正纲要（我が商法商行為編中改正の要綱）》，刊载于《国民经济杂志》60 卷 2 号（1936 年），第 103 页；八木：《海商法及保险法的改正纲要（海商法及び保険法改正の要綱）》，刊载于《国民经济杂志》60 卷 3 号（1936 年），第 102 页。另外，商法第 502 条第 13 款中“信托的受托”原本是规定在信托法中的商行为（平成 18 年改正前信托法第 6 条），后被编入商法。

(19) 另外，2017 年（平成 29 年）商法修改时废除了商事一般债权的消灭时效制度，实际上，前注（1818）所提及的商法商行为编相关的 1935 年改正纲要，就已经包含了废除这一制度的提案（纲要 208）。

(20) 前注（18）中，虽将绝对商行为定义为“以商业本质行为为主的行为”，但“在交易所作出的交易

为在学理上被合称为“基本商行为”。⁽²¹⁾ ⁽²²⁾

“特别法中规定的行为“包括：①公司、特殊目的公司及投资法人的事业行为或为实现其事业所作出的行为（公司法第5条、资产流动化相关法律第14条第1款、投资信托及投资法人相关法律第63条之2第2款）、②有限合伙企业中，各合伙人所从事的，有关合伙事业的行为（有限合伙合同相关法律第10条）。这类特别法行为的共通点在于，归纳这类行为时只考虑做出这类行为的权利义务主体的属性或资格之类的形式层面的要素，而并未像归纳基本商行为那样，从其行为内容的具体要素出发进行考量。这一点虽与上述（b）所采用的归纳手法近乎一致，但区别在于，这类特别法中的商行为其权利义务主体的范围没有被限制在“将从事基本商行为作为其营业的商人”中。⁽²³⁾

上述（b）中的商行为，被称为“附属的商行为”。这类附属的商行为主要是围绕“将从事基本商行为作为其营业的商人”（以下表述为“狭义固有商人”）这一概念而制定的。⁽²⁴⁾关于这一结论的详细论述如下。

狭义固有商人所从事的行为，包含以下两类。一类是本身的营业行为（属于基本商行为的交易）；另一类是虽不属于前一类，但在维持或发展本身的营业时所必要的，或对此有助

行为（商法第501条第3款）”和“票据及其他商业证券的相关行为（同条第4款）”并非是以利益获取为目的而进行的财物交换行为（同条第1款第2款），因此，这两种行为是否能够被归入“商业本质行为”中呢？关于这一问题，首先，鉴于在交易所作出的交易，是一种买卖具有可替代性的大量物品（即有价证券）的行为，对此种行为应与商法第501条第1款第2款相同理解[参见田中诚二、喜多了祐、堀口亘、原茂太一：《译释商行为法（コンメンタル商行為法）》，劲草书房1973年版，第51页]。其次，关于票据及其他商业证券的相关行为是否应该被视为“商业本质行为”这一点，若只聚焦于票据或支票，则与其相关的行为可以说是“是利益获取为目的而进行的财物交换行为”[参见田中耕太郎：《作为组织法的商法（組織法としての商法）》，载田中编著《商法学一般理论（商法学一般理論）》（田中耕太郎著作集7），新青出版1998年版，第263页至264页]。但还有一类学说认为，无论行为主体是何人，只不过是出于立法技术上的原因，才使得商业证券有关行为同样适用商法规定[参见平出庆道：《商行为法（商行為法）》（第2版），青林书院1989年版，第50页]。

〔21〕 定义基本商行为时所采用的，是具体列举具有一定内容的各项行为之方式。也就是说，并未采用定义附属商行为时的，将具有一定属性的权利义务主体所作出的行为进行演绎推导的方式。由于明确显示这17类行为适用商法而非民法，因此，这17类基本的商行为采用的是限定列举的方式，主流学说也认为不可类推扩大基本商行为的范围[参见田中等，前注〔20〕，第48页及第56页]。然而，对某一行为产生的债权或债务，规定适用特定的法律（民法或商法）并非易事。例如，2017年（平成29年）的民法与商法修改整合了两法间的法定利率及债权消灭时效期间的制度，但在此之前，围绕“来源于商人行为的债权消灭时效期间及法定利率，究竟该适用民法规定还是商法规定”这一问题，无论是判例还是学说，都体现了对该问题无法进行明确论理说明的模糊不清的状态。有关旧时效制度的论述，参见广中俊雄、星野英一：《民法典的百年II（民法典の百年II）》，有斐阁1998年版，第418页至第423页（金山直树撰写部分）。

〔22〕 另外，即使“通过店铺及类似设施以贩售物品为营业的主体”及“经营矿业主体”并非是将从事基本商行为作为其营业的主体，商法也将这两类主体规定为商人[商法第4条第2款，此款是1938年（昭和13年）商法修改时的新增条文]。学理上，将“从事基本商行为作为其营业的商人”称为固有商人，相对地，将商法第4条第2款中的商人称为拟制商人。关于拟制商人，由于其营业行为（即，贩卖行为及经营矿业的行为）并不属于基本商行为范畴内，所以拟制商人的营业行为并不属于商法的调整对象；而另一边，拟制商人为了实现其营业而作出的行为（辅助行为）却被视为商行为。有批判意见指出了这一立法上的欠缺。另外，公司法制定前，学理上主张，通过对平成17年修改前商法第523条[参见后注〔22〕]的类推适用，可以使拟制商人的营业行为也成为商法的调整对象。最后需要说明的是，如本节第5段及第8段中所述，公司及其他营利法人并没有通过被视作拟制商人从而成为商法调整对象，而是作为“以从事特别法上的商行为作为其营业的主体”，被赋予商人的地位。

〔23〕 此处并不会产生如前注〔22〕所述的，与拟制商人制度类似的问题。

〔24〕 对附属的商行为进行详述的文献，参见永井和之：《附属的商行为（附属的商行為）》，刊载于《法学教室》233号（2000年），第30页。

益的各种行为。我们虽期待第二类行为也可以成为商法的适用对象，但如规制基本商行为一般，对这类行为进行具体列举显然不现实。因此，这种虽属于商人的营业范畴，但又不属于其基本商行为的，也被概括地归纳为商行为。^{〔25〕} ^{〔26〕}

另一方面，对于那些基于特别法而设立各类营利法人^{〔27〕}，规制各类法人的各类特别法都定义了其“事业行为及为进展事业而作出的行为是商行为”。^{〔28〕}可以说，这类法人是，以从事特别法上的商行为作为其事业的主体^{〔29〕}，形式层面上满足了商法第4条第1款中的定义。因此，这类法人也属于商法上的商人（即，广义固有商人）。^{〔30〕}

广义固有商人作出的全部行为（事业行为以及为其事业而作出的行为），都属于共通商行为的范畴（即，基于各特别法的商行为这一统一范畴）。如上所述，对于狭义固有商人的营业活动中那些不属于基本商行为的，日本商法采用了如下立法技术，即，将其纳入附属商行为这一次级范围，从而使其成为商法的适用对象。不同的是，广义固有商人的情形下，日本商法设置了对其商行为进行简明定义的法条，因此并不需要采用上述狭义固有商人情形下的立法技术（即区分主位的基本商行为及次位附属商行为的立法技术）。^{〔31〕} ^{〔32〕}

以上所述的商法中“商行为”的概念，是引入“商人”这一概念的基本前提。也就是说，“商事”这一商法适用对象其核心概念正是商行为。^{〔33〕}

〔25〕 参见田中等，前注〔20〕，第66页。

〔26〕 其结果就是，产生了如前注〔22〕中所述的，不以从事基本商行为作为其营业的“拟制商人”制度中的难题（译者注：即，拟制商人的营业行为并不是适用商法的商行为，但其为实现营业而作出的辅助行为，却通过“附属的商行为”的制定，被纳入商行为的范畴中）。

〔27〕 这里的营利法人包括，公司法上的公司（股份公司、合名公司、合资公司、合同公司）、《资产流动化相关法律》中的特定目的的公司以及《投资信托及投资法人相关法律》中的投资法人。

〔28〕 公司法第5条，资产流动化相关法律第14条第1款，投资信托及投资法人相关法律第63条之2第1款。

〔29〕 这种说法，是笔者依据最高裁判所的判例（如后注30所述），为补充商法第4条第1款的定义而得出的。但在逻辑上这种说法并非正确。前注〔28〕中列举的各项条文只是规定，基于这类法律而设立的法人其事业相关行为（而不问这类行为的具体内容究竟是什么），属于特别法上的商行为。以公司法中的公司这种法人为例，只能说“公司是遵从公司法的各项手续而设立的法人”，而不能说“公司是以从事公司法上的商行为作为其事业的法人”。不得不说，这是一种将公司能够成立的前提条件，与公司成立后所产生的法律效果进行混淆的说法。关于此点，参见江头宪治郎、山下友信编著：《商法（总则与商行为）判例百选（商法（総則・商行為）判例百選）》（第5版），别册《Jurist》194号（2008年），第36事件解说中第2部分的第二段落（第75页）。

〔30〕 最高裁判所平成20年2月22日判决，载《最高裁判所民事判例集》62卷2号，第576页。

〔31〕 最高裁判所在其判例中，没有认识到广义固有商人作出的商行为与狭义固有商人作出的商行为之间的差异，只是单纯地基于股份有限公司是商法上的商人这一理由，认定股份有限公司同样适用规定附属商行为的商法第503条第2款（最高裁判所平成20年2月22日判决，载《最高裁判所民事判例集》62卷2号，第576页）。大多数的学说都认为公司不能适用商法第503条第2款[参见法曹会编：《最高裁判所判例解说民事编平成20年度》，法曹会2011年版，第126页至127页（绢川泰毅撰写部分）]。

〔32〕 另外，公司法作为单行法制定以前，公司分为以下两类，即以从事基本商行为作为其营业目的的商业公司（平成17年公司法制定前的商法第52条第1款），和虽以营利为目的但以不从事基本商行为作为其事业的民事公司（同条第2款）。而且，公司法制定前的商法中也明确规定了民事公司的行为适用商法（平成17年公司法制定前的商法第523条）。可以说，当时的民事公司与本文所述的广义固有商人存在类似之处。公司法制定之后，废止了从前商事公司与民事公司之间的区分，因此从解释的角度来说，所有的公司都享有广义固有商人的地位。

〔33〕 参见岩本慧：《商法的对象及商行为的实体（商法の対象と商行為の实体）》，载关西大学法学会编著《岩崎教授在职三十五周年纪念论文集（岩崎教授在职三十五年記念論文集）》，关西大学人文科学研究所1958年版，第415页至第416页。

另一方面，狭义固有商人所作出的行为中，有一类行为并不属于基本商行为，但这类行为若是为实现其营业而作出的，则同样视其为商行为（附属的商行为）。从这一方面又可看出，“商人”的概念，又是引入“商行为”这一概念的前提。

此外，商法也例外地赋予了那些虽不属于狭义固有商人的，但利用一定设备进行交易的，或从事需要一定设备的事业的主体以商人的地位（拟制商人，也可被称为设备商人）。为何这里要说“例外地赋予”呢？这是因为，定义拟制商人时，并不像狭义固有商人那样以其行为内容为前提，而是以做出行为的权利义务主体是何形式或是何属性为前提的。不过，现如今商法学说上的通说见解“企业法说”认为，在定义何为商法适用对象时，不应以行为内容为核心概念，而应以权利义务主体的形式或属性作为核心概念。^{〔34〕}

（三）营业或营利目的

1、绪论

无论是狭义固有商人，抑或是广义固有商人，要取得商法中商人这一地位，还必须满足“以自己的名义从事商行为并以此为业”（商法第4条第1款）之条件。如前所述，这里的“商行为”又被区分为基本的商行为与特别法的商行为。其次，“以自己的名义”是指，所作出的商行为其产生的权利义务归属于自身（而不论在具体行为中，相对人显示的是何种名义）。^{〔35〕}此外，“以此为业”中的“业”是指，以生计、自我实现、社会贡献等为目的，持续性地从事某活动的行为（换言之，“业”可以理解为“工作”）。据此，通说认为，商法中“以此为营业”指的是，以营利为目的的反复地、持续地、有计划性地从事某业。^{〔36〕〔37〕}

无论是基本商行为中的营业商行为，还是附属商行为，都采用了“营业”（以营利为目的，反复地、继续地、有计划性地从事某业）这一概念。也就是说，商法第502条各款中被列举各项行为，若其是“作为营业所从事的”行为，则始成为商行为（同条第一段）。其次，虽然狭义固有商人的行为中，有一类行为虽不属于基本商行为，但若其是“为营业而作出的”，那么也属于商行为（商法第503条第1款），并且推定商人的行为是为营业作出的（同条第

〔34〕 立法论中，认为“不应将商行为视作引入商人概念时的媒介”的观点占绝大多数[参见藤田，前注〔12〕，第12页；及参见后注〔105〕]。体现对商事领域中权利义务主体属性重视的立法尝试与摸索的经过，请参见后文第五章。

〔35〕 参见大隅，前注〔6〕，第94页。

〔36〕 参见大隅，前注〔6〕，第91页至第92页；鸿常夫：《商法总则（商法総則）》（新修订第5版），弘文堂1999年版，第102页至第103页；田中诚二、喜多了祐：《评释商法总则（コンメンタール商法総則）》（完全修订版），劲草书房1975年版，第91页至第92页。

〔37〕 针对这一通说上的见解，杉田在其论文[参见杉田贵洋：《商人概念中的营利性：商法中的“以此为业”的解释》，刊载于《法学研究》85卷1号（2012）]中指出，从条文上的文理解释，以及要与旧商法典中“营业”一词的解释保持连贯性这一角度出发，商法第4条第1款中“以此为业”的含义不应与商法第502条中的“以此为营业”作相同理解，而应当以不要求营利性的旨趣对其加以解释（该论文第12页）。这篇论文还指出，因为基本商行为与特别法上的商行为中都包含着“营利目的”这一特性（该论文第4页至第8页），因此以这两类行为作为其业的，不必再要求其具有“营利性”（该论文第14页至第15页）。对此笔者认为，考虑到商法中还存在附属商行为这类其自身并不要求营利性的行为，商法中的商人应当是指，将包含基本商行为的诸项行为进行统合，使其成为其整体事业活动的，以营利为目的而实现其整体事业的权利义务主体。此外，从现代理论（企业法说）的角度来看，在定义商法中的商人时，不应以其行为内容为主，而应将重点置于权利义务主体的属性（也包含权利义务的主观形态）这一方面。这种现代理论的观点也是笔者上述观点所依照的根据之一。

2款)。⁽³⁸⁾

综上,商法中不仅有多处地方都参照了“营业”的概念,这一概念还是商法基础概念——商人及商行为的共通构成要素。⁽³⁹⁾由此可见,“营业”的概念具有重大意义。

需要补充的是,如上所述,多数情形下商法中的“营业”一词,是指同时具备主观形态(以营利为目的)及客观形态(从事相同行为时的反复性、继续性与计划性)时的一种状态(即动态意义上的“营业”)。然而营业转让相关规定中的“营业”与多数情形下的含义不同,指的是作为转让标的物的“营业”(即静态意义上的营业)。换言之,营业转让相关规制中的“营业”是指,为实现特定营业目的(这里的目的是,实现动态意义上的营业之目的),组织化地形成的一种能够有机运作的财产整体。⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾

2、商人成立要件之“营利目的”

在认定是否满足商法中商人的要件时,只依据设备或行为等客观要素来进行判断是不充分的,营利意思这种主观要素也不可或缺。

具体来说,某权利义务主体,即使以贩售物品或经营矿业为业,持有能够实现其营业的设备,或者该权利义务主体反复地、持续地、有计划性地进行着从外观来看类似于基本商行为的活动,但如果该权利义务主体并不是以营利为目的从事这些活动,那么该权利义务主体不能成为商法上的商人。⁽⁴²⁾另外,后文即将对“营利”一词进行详述,但作为对其的大致理解,可以将其简单地解释为“利润的获取”(即,实现大于成本的收益)。

如公司等营利法人一般⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾,营利目的既可以在其存立之时不间断地持续下去,也

(38) 此外,“作为其业”还出现在商法第543条(居间人)、第551条(行纪人)、第558条(准行纪人)、第559条第1款(货物运输业者)、第569条第1款(货物运输业者)、第596条(营业场所经营者)、第599条(仓储业者)、第797条第4款(海难救助业者)中。

(39) 参见岩本,前注(33),第420页。

(40) 最高裁判所昭和40年9月22日判决,载《最高裁判所民事判例集》19卷6号,第1600页。

(41) 静态意义上的营业,还包含作为商法规制对象的物的设备(商业账簿等)及人的设备(享有使用人代理权限的劳动者等)。但是,存在上述典型的物的设备及人的设备,并不是商法中固有商人的成立要件。此外,关于拟制商人的成立要件,参见本章第二节最后一段。

(42) 参见上一小节(第三章第三节第1小节)。

(43) 营利法人包括,公司法中的公司[股份公司和持分公司(合同公司、合名公司、合资公司)]、《资产流动化相关法律》规定的特定目的的公司以及《投资信托及投资法人相关法律》规定的投资法人。公司、特定目的的公司及投资法人的各成员在法律上享有接受股利或利益分配的权利,以及接受剩余财产分配的权利[公司法第105条,第621条第1款,第665条第2款第3款,第666条(后两条是以接受剩余财产分配的权利为基础设立的规定)、资产流动化相关法律第97条第2款第3款、投资信托及投资法人相关法律第77条第2款第3款]。归根到底,这类法人是以向各成员分配利益为目的成立的,那么为了实现这一终极目的,这类法人必须要担负起利益获取的目的乃至任务,这也是营业法人的存在意义。上述的各项规定正是体现了营业法人的这一意义[参见上柳克郎、鸿常夫、竹内昭夫等编著:《新版注释公司法(新版注释会社法)》(1),有斐阁1985年版,第39页(谷川久撰写部分)]。法律禁止一般社团法人向其成员分红或分配剩余财产,从这一点来看,一般社团法人并非是营利法人。但是如下所述,该法人其自身能够以营利为目的,因此具有商法中商人的资格。

(44) 反过来说,对于一些特定的法人,也存在法律禁止其以营利为目的的情形。参见商工会法第6条第1款(商公会)、商公会议所法第4条第1款(商公会议所等)、资金支付相关法律第10条第2款第2项第2号(第三人类型发行业者)、放送法第20条第4款(日本放送协会)、消费生活协同组合法第9条(消费生活协同组合)等。不过这里所说的“以营利为目的”与商法中作为商人要件的“营利”不同,指的是作为营利法人终极目的的“营利”(即,向其成员进行利益分配)。

可以如自然人那样，只有在特定的情形下得以显现。营利法人之外的法人^{〔45〕}中，对于公法人（国家、地方公共团体）与特殊法人（基于特别法设立的，受国家监督的同时，通过独立进行收支核算实现其事业的一种法人）这两类，法律并未对其目的予以限制，也并未禁止其从事营利事业。因此，这两类法人与自然人类似，在一定情形范围内可以从事以营利为目的的活动（参照商法第2条“公法人的商行为”）。此外，为筹措用于发展事业的资金，公益法人同样会从事营利事业。因此，考虑到这一情形而设立的法律条文也并不鲜见。^{〔46〕}可以说，以上各类权利义务主体都同时满足了本节开头中所述的客观要素与主观要素，因此具有商法上商人的资格。

然而，像信用金库（译者注：信用金库是基于信用金库法设立的，以特定地区中小企业或个人作为其会员及出资者，以实现地区繁荣及会员间相互扶助为主要目的一种非营利金融组织，这种组织原则上只向其会员提供业务）及协同组合（译者注：协同组合类似于中文语境下的“合作社”，是单位或自然人群体为实现某一共通目的，共同成立、管理、所有的一种非营利性组织）这类为实现其成员非经济利益^{〔47〕}而设立的中性法人（及，即不是营利法人也不是公益法人的类型），即使从事一些看似属于基本商行为的活动（比如信用授予及接受信用授予、加工、贩卖、运输等），但是由于该法人并不以营利为目的运营其事业^{〔48〕}，所以并不满足固有商人及拟制商人的成立要件中的“以此为业”。最高裁判所的判例基于同样理由，一直以来都否认中性法人具有商人资格。^{〔49〕}^{〔50〕}公法人与公益法人的情形下，其自身本来的目的与营利目的以一种主从关系可以并存^{〔51〕}，但中性法人的情形下，按照最高裁判所的理解，成员间的互相扶助是其唯一目的，因此不存在营利目的与这唯一目的并存的余地。

〔45〕 法人首先分为公法人与私法人两大类，私法人又被分为以下三类：以不特定多数人的非经济利益实现为目的的公益法人，以其成员的经济利益实现为目的的营利法人，及以其成员的非经济利益实现为目的的中性法人。

〔46〕 关于公益社团法人及公益财团法人认定的法律第5条第7号、私立学校法第26条第1款、社会福祉事业法第25条第1款、宗教法人法第6条第2款、特定非营利活动促进法第5条第1款。

〔47〕 例如，信用金库的目的是，向普通市民及中小企业这类会员提供存贷款或其他金融服务（信用金库法第10条、第53条）；中小企业等协同组合的目的是，通过中小企业这类组合成员间的相互扶助，实现其成员经济地位的提高（中小企业等协同组合法第1条、第5条第1款第2项及同条第2款）。

〔48〕 中性法人也存在向其成员分红的情形（信用金库法第57条等），但这种利益分配形式不过是将偶然产生的利益向其成员给付，中性法人本身还是不存在获取利益这种目的或动机的。另外，与营利法人〔参见前注〔43〕〕不同的是，中性法人的成员并不享有接受利益分配的权利。

〔49〕 关于中小企业等协同组合中的“信用协同组合”（译者注：即中文语境下的信用合作社）的案例，参见最高裁判所昭和48年10月5日判决，刊载于《判例时报》726号，第92页；最高裁判所平成18年6月23日判决，刊载于《判例时报》1943号，第146页。关于信用金库，参见最高裁判所昭和63年10月18日判决，载《最高裁判所民事判例集》42卷8号，第575页（该判决指出：“基于信用金库法设立的信用金库是以促进国民融资，增强其储蓄能力为目的而设立的一种合作社形式的金融机构……信用金库从事的业务不是以营利为目的，因此，信用金库不属于商法上的商人。”）

〔50〕 另外，无论中性法人是否属于商人，当其从事绝对商行为中无需权利义务主体具有营利目的的行为时（商法第501条第3款第4款），按照条文的字面意思，该法人适用商法〔关于商法第501条第2款中的行为，虽然条文上的字面意思并不明确，但考虑到与第1款之间的均衡，主流学说认为第2款中的行为需要以营利为目的。参见平出，前注〔20〕，第46页〕。此外，若中性法人所作出的行为，对其交易相对方而言构成商行为时（比如交易相对方为商人），中性法人同样适用商法（商法第3条第1款）。前注

〔49〕中的最高裁判所昭和48年10月5日判决正是基于商法第3条第1款，认定了信用协同组合的行为适用商法。

〔51〕 认定商人身份或地位是否成立时，无需判断营利目的是否是其主要目的〔参见大隅，前注〔6〕，第93页脚注（二）〕。

但商人及商行为的相关规定，存在着普遍适用性（比如商法的相关规定具有成本节约等效用），这种普遍适用性不仅适用于以营利为目的（这里指的是以利润获取为目的）的主体，也适用于不以营利为目的的主体。从这个角度来看的话，这种否定中性法人的商人资格、判断其不适用以商人为构成要件的商法并不能说是令人满意的做法。

假设，政策认为赋予中性法人商人的地位是适当的，那么可行的手段有：（a）重新定义商人，不再要求权利义务主体具有营利目的这一要件；（b）维持商法中商人构成要件中的营利性不变，但较为宽松地将“营利”的含义解释至能够容纳中性法人的程度；（c）在规制中性法人的各特别法中，设置准用其适用商法与（作为营利法人组织与运营的一般法的）公司法的规定。⁽⁵³⁾ 按照理论的角度来看，（a）类方式最为明确简单；从实践的角度来看，（c）类方法最易操作。而（b）类方式则是一种折中策。关于中性法人应该如何被纳入商人范围这一问题，现在所采用的是（c）类方式。⁽⁵⁴⁾ 不过，在商法理论学说中，主流观点支持（b）类方式，认为应当广泛解释营利性含义。

若我们以“无法将营利目的从商法适用要件中排除”作为前提，则（a）类方式不可选。这种情况下，若想不利用（c）这种简便方式，同时还要从理论层面解决上述中性法人如何纳入商人概念的这一问题，那么只能在商法之外进行其他立法。具体来说就是新创设一个法体系，使那些计划性地、合理持续地提供商品及服务或充当媒介的权利义务主体所作出的行为，也能成为这个法体系的适用对象。实际上，这项野心勃勃的立法活动已于2009年作为民法大规模修改工作的一个环节着手实行。但意外的是最终却放弃了这项工作。后文将详述放弃的原因。⁽⁵⁵⁾

以下，笔者将针对支持（b）类方式的观点，即，认为应当扩充营利之概念的观点，进行论述。

3、“营利目的”之含义

关于商法中“营利”一词的含义，学说中存在两类长期缠斗的观点。第一类观点从一般语义出发，将其理解为利润获取（获得大于成本的收益，这种观点被称为利润获取说）。⁽⁵⁶⁾

(52) 针对中性法人中的协同组合，还有种观点认为，虽然协同组合具有一定共通理念（译者注：即实现非经济利益的理念），但每一类协同组合体现这种理念的程度不同，其中可能存在理念较为薄弱的一类。这类协同组合有兼备营利性的可能性[参见藤田友敬：《批判》，刊载于《法律协会杂志》107卷7号（1990年），第1165页至第1166页]。

(53) 正文中所提到的（a）类方式与（b）类方式，是以“商法这部法律现如今依然具有存在意义”这一观点为其前提的。关于商法存在意义的批判与探讨，参见后文第四章第二节。

(54) 不过，交易方面，准用商法规定的特别法条文并不多见，反而在事业组织方面，准用公司法规定的特殊法条文较为多数。准用商法的条文有：中小企业等协同组合法第9条之3第3款、第9条之6、农业协同组合法第11条之13第3款、第11条之16、保险业法第21条第2款[相互公司准用商法中的规定（译者注：相互公司是保险公司所采用的一种公司形态，与股份公司形态的保险公司相比，相互保险公司的出资者或成员即是其保险加入者，由此，可以有效避免股份保险公司中存在的出资者与保险加入者之间的利益冲突问题，更大程度还原保险加入者的利益。）]等。准用公司法的条文有：中小企业等协同组合法第36条之3第3款、第39条、第69条、消费生活协同组合法第30条之3第3款、第73条、信用金库法第28条、第35条之6、第39条之4、第63条、保险业法第41条、第53条之15、第53条之36等。

(55) 参见后文第五章。

(56) 参见大隅，前注（6），第91页；北居、高田编著，前注（5），第30页至第31页（森川隆撰写部

第二类观点则主张收支平衡即可，也就是说实现相当于成本的收益就可被认为是“营利”（这种观点被称为收支平衡说）。^{〔57〕}如今，收支平衡说相对主流。收支平衡说中具有代表性的观点指出：“所谓营利目的就是，在资本计算方式（即，计算所投入资金的利益回收率）下，至少谋求收支相抵。”^{〔58〕}

利润获取说与收支平衡说虽各自设定了不同程度的收益目标，但就收益获取（从所供给的商品或服务中收取对价）这一点来看，二者并无本质上的不同。笔者认为，只要具有收益获取这一意图即可，而不应当将获取特定程度的收益当作商法中“营利”的要件。换言之，笔者认为，为使权利义务主体更加效率地、可持续地从事其事业活动，最理想的方式是，不论其收益目标是否存在或实现了何种程度的收益，都应当承认该权利义务主体具有商法中商人的地位，并准其适用商法的规定。具体论述如下。

商法中当然包含了一些有助于权利义务主体实现其营利目的的规定。然而我们理应明白的是，这些商法中的规定，并不是用来保障所获取的收益能够等于或大于成本这一结果的，而是为使实现这一结果的过程更加合理化而设置的。^{〔59〕}

在进行充分计划的基础上，实现一定收益的过程主要分为以下三个阶段。第一阶段，基于需求，设定合适的对价及其他交易条件，与被选定的交易对象进行自由交涉（即，缔约前的阶段）；第二阶段，及时且准确地使合同成立并生效（即，缔约时的阶段）；第三阶段，为了不让日后产生纠纷，尽可能地履行合同所定的义务并使合同关系得以顺利终止（即，缔约后的阶段）。那么，合理化上述一系列阶段指的就是，使每个阶段所产生的成本最小化^{〔60〕}，由此便可以自动地得到收益最大化（甚至是利润获取）的结果。^{〔61〕}

分）；青竹正一：《商法总则及商行为法（商法総則・商行為法）》，信山社2019年版，第44页；田边光政：《商法总则及商行为法（商法総則・商行為法）》（第4版），新世社2016年版，第39页等。

〔57〕 参见弥永真生：《法的思想之商法总则及商行为法（リーガルマインド商法総則・商行為法）》（第3版），有斐阁2019年版，第17页注7；落合诚一、大冢龙儿、山下友信：《商法I——総則・商行為》（第6版），有斐阁2019年版，第32页（大冢撰写部分）；近藤光男：《商法总则及商行为法（商法総則・商行為法）》（第8版），有斐阁2019年版，第20页；森本滋编著：《商法总则讲义（商法総則講義）》（第3版），成文堂2019年版，第35页（洲崎博史撰写部分）；神崎克郎：《商法总则及商行为法通论（商法総則・商行為法通論）》（新修订版），同文馆1999年版，第36页；田中诚二：《新版商法总论4（新版商法総論4）》（全订版），千仓书房1975年版，第36页等。

〔58〕 参见鸿，前注〔36〕，第103页。这里并不是说要在每一笔交易中都实现收益，而是旨在确保大于或等于总投入资金的资产的形成。

〔59〕 参见田中耕太郎：《法律学中作为“经济人”的商人（法律学に於ける『経済人』としての商人）》，载田中耕太郎著《商法学的一般理论（商法学 一般理論）》（田中耕太郎著作集7），新青出版1998年版，第347页至第348页。

〔60〕 关俊彦的文章[参见关俊彦：《商法总论总则》（第2版），有斐阁2006年版，第30页]中所阐述的企业属性，其第一点（获取利益，并为此削减成本、扩大投资资本的性质）、第二点（对效率性的要求）及第四点（通过扩大规模，追求企业内部费用节约），笔者认为与正文中的观点类似。

〔61〕 若是能够寻找到支付更高对价的交易对象，乍看确实不再需要成本节约意识。但问题是，寻找到这种交易对象其过程本身就会产生成本。即使有些情形下不需为节约成本倾注努力就能获得利润，但这些情形也只能属于幸运或偶然。若期待这样的偶发性而采取行动，从交易持续性这种观点来看，这并不能说是合理的举动。此外，在诸如市场不存在竞争，或是交易当事者之间的地位存在显著差距这类情形下，交易的一方当事人也确实能够利用其优势地位获得利润，但这类情形一般都交由保障健全市场竞争的法律法规（反垄断法等）、消费者合同法或者民法中的一般原则（禁止权力滥用、公序良俗）进行约束与规制，在此不论。以知识产权作为标的的交易也不属于本论文探讨范围（参见反垄断法第21条）。

进一步来说，若将商法里商人要件中的“营利”的含义广义地扩张至“同样包含那些被认为是对收益最大化的实现具有重要意义的间接手段”，那么，在维持商法现有体系的同时，也能将中性法人或自由业者⁽⁶²⁾这类在此前未被解释为包含营利目的的权利义务主体，一并纳入商法中商人的范围内。换言之，广义地理解“营利”就是指，只要一个权利主体（无论其是否有利润获取或收支平衡的动机）具有获取与其给付相当的对价之意思、成本节约之动机，那么就可以认为该主体满足了营利这个要件。还需注意的是，正如利润获取说及收支平衡说所主张的，该主体还需满足计划地、反复持续地从事同类活动这一要件。

具体来说，成本节约意味着在认识到所支出成本的同时⁽⁶³⁾，还需为实现支出成本最小化，对其进行计划性的管理。⁽⁶⁴⁾为能认识成本并计划性地管理成本，利用特定的工具（商业账簿或会计账簿、利润表）及方法（复式簿记及企业的会计准则）是必要的。因此，具有广义营利目的的权利义务主体，还须满足备至特定工具且采用特定方式这一要件。^{(65) (66)}

成本最小化这种动机，只需存在于权利义务主体的主观即可⁽⁶⁷⁾。但是为了客观地识别这种动机的存在⁽⁶⁸⁾，还需考量该主体是否已备置用于其事业的、通过有偿方式取得的常设设备（物的设备及人的设备）。⁽⁶⁹⁾物的设备不限于有形物，为记录发生成本而备置的账簿也

(62) 参见后注(69)。

(63) 为确保对价获取这一动机能被实现，同时还应记录所发生的收益。

(64) 这里虽然主要说的是常时性的成本，但并没有排除风险情形下产生的额外成本（及用于风险管理的成本）。

(65) 当下笔者认为，如此就可以产生该权利义务主体成为商法中商人这一结果。但这里笔者并没有主张排除如下文所述的权利义务主体动机及目的这类主观要素，也没有主张只凭借成本节约工具的备置即可获得商法中法人的地位这一结论。

(66) 需要补充的是，商法强制要求商人应当制作会计账簿及资产负债表（商法第19条），（尽管存在先参照会计账簿这一总分类账制作试算表，再从试算表中制作利润表，且参照利润表的余额部分制作资产负债表这种关系，）但商法并不强制要求商人制作利润表。关于这一点的历史经由，参见弥永真生：《评释公司计算规则及商法施行规则（コンメンタール会社計算規則・商法施行規則）》（第3版），商事法务2017年版，第5页。关于作为营利法人的合名公司及合资公司，其利润表的制作也并未被公司法强制要求（公司法第617条第2款，公司计算规则第71条第1款第1项）。除合资公司与合名公司之外的营利法人及中性法人，其各自所依据的特别法强制要求其制作利润表[公司法第435条（股份公司）、公司会计规则第71条第1款第2项（合同公司）、中小企业等协同组合法第40条第2款（中小企业等协同组合）、信用金库法第38条第1款（信用金库）等]。

(67) 但与这种观点相对，森川隆指出，学上说一般从事自由事业的人并无营利目的[参见后注

(69)]，由此可以得出，权利义务主体是否具有营利目的的不应当从其本身的主观意图进行判断，而应当从社会的通用观念出发客观地进行判断[参见北居、高田：前注(5)，第31页至第32页（森川隆撰写部分）]。

(68) 对动机的客观认识可能性，并非是商法中商人的成立要件，但却与对抗要件相关。关于商人的开业准备行为的判例，参见最高裁判所昭和47年2月24日判决，载《最高裁判所民事判例集》26卷1号，第172页。

(69) 那些独立地使用专业能力或知识、发挥其特别才能的职业，一般被称为自由业。从事自由业的人（即自由业者）包括，自行开展事业的医生、律师、注册会计师、艺术家、作家等。传统观点以“自由业者不以其从事的职业作为营业”或“其不具有营利目的”为由，主张自由业者不属于商法中的商人[参见大隅，前注(6)，第92页]。产生这种传统观点的深层背景是，伦理观及社会价值观认为，这类属于自由业的职业理应远离营利目的[参见鸿，前注(36)，第9页脚注2]。但是笔者认为，若这类自由业者备置了常设的专用事务所或工作坊，并雇佣人员以进行辅助性的、机械性重复的工作时，说明其具有认识成本并节约成本的意图。那么依照笔者的观点，若其在进行创作活动或提供劳务时还具有获取对价之动机，则这一自由业者满足了本文章所述的广义营利之要件，因此可以取得商法中商人的资格。另外，在反复地、继续地进行固定式劳务的提供或固定式作品的制作的情形下，这里所说的“获取对价之动机”能被客观地予以认识。

当属物的设备。

可以说，有组织性地从事经济交易活动（即，商品或服务的生产、提供与流通等活动）的一般权利义务主体都普遍具有成本最小化的动机。⁽⁷⁰⁾与此相反，如公司一般的营利企业（也就是以对其成员进行利益再分配为目的的企业）其目标却是利润或收益最大化。根据判例的观点，即使是按照收支平衡说所主张的收益程度，中性法人一类的权利义务主体也不具有获取这种程度收益的目的。但笔者认为，作为从事经济交易活动的一般权利义务主体，中性法人一类的主体为能长久地从事其事业，也具备把控成本并在可能的范围内节约成本的意识。基于前述旨趣，这样的权利义务主体作为商法中的商人适用商法也是有意义的。

在解释广义上的营利性时，除却具有成本最小化动机这一要件，还要求权利义务主体具有获取与其给付相当的对价之意思，也就是说还要求该权利义务主体的给付是有偿的。⁽⁷¹⁾这是因为对于商人在其营业范围内所给付的商品或所提供的服务，商法中设置了保障商人能获取对价的诸项规定[商法第 512 条（报酬请求权）、第 513 条（利息请求权）⁽⁷²⁾]。若将有偿给付设定为要件之一，那么，那些仅有需求的主体（消费者等），及那些从事以有偿方式取得的物品却无偿给付给他人这一事业的主体（慈善团体等）⁽⁷³⁾，不能获得商人资格。

此外，商法学说中还存在一种观点认为，要想使中性商人取得商法中的商人资格，其构成要件不应包含营利性，而应当借用商法第 4 条第 2 款这一有关拟制商人的条文作为其要件。⁽⁷⁴⁾这其实是一种不问权利义务主体的动机或目的之类的主观要素，只局限于特定设备及持续的交易活动之类的客观要素，或者只局限于权利义务主体所具有的外部特征的片面说法。然而，商法这部法律的目的在于，对那些日常从事经济活动的权利义务主体所做出的交

(70) 商法第 502 条但书规定，即使是以从事本条各款所规定行为作为其营业的人，“专门以获取劳务费为目的制造物品或从事服务的人的行为，不适用本项规定”。关于这一条，有学说主要从行为主体的组织类型及该组织类型的行动特征这一点出发进行评述[参见岩本，前注〔33〕，第 425 页至第 426 页（岩本指出，除欠缺投机性之外，这一行为不是企业主体所作出的行为，而是家庭经济主体所作出的行为）]。对此，笔者认为，被排除适用的行为本身就不是“作为营业而从事的”的行为。具体来说，本条但书所规定的人，一般并不自己承担为制造或提供服务所支出的固定成本（营业费用），因此也就并不具有节约这类成本的意思。由此可得，这类行为并不满足本条前段中“作为营业所从事的”这一要件（即本论文所述的，广义的营利目的这一要件），因此应当从营业的商行为中被排除。若按笔者上述的解释，商法第 502 条但书就只是为明确前段条文之定义的注意规定，其本身不具有单独层面的意义。这一点与岩本的观点相反[参见岩本，前注〔33〕，第 423 页至第 424 页]。

(71) 采用类似方式的外国法有，于 2005 年颁布的、2007 年正式施行的奥地利企业法（Unternehmensgesetzbuch - UGB。这部法律是对隶属于德国商法体系的旧商法的根本性修改）。该法明文规定，在判断一主体是否满足商法适用对象之“企业”的要件，不问其是否有利润获取的目的（改法第 1 条第 2 款），如此，那些以在市场上有偿地提供具有经济价值给付为目的的权利义务主体，都可被广泛地纳入商法的适用对象中[参见远藤喜佳：《从商法到企业法—概观奥地利企业法典（UGB）》（商法から企業法へ——オーストリア企業法典（UGB）概観），刊载于《法学新报》114 卷 11·12 号（2008 年），第 27 页至第 28 页]。

(72) 权利义务主体进行的信用授予，也是其营业中服务提供行为的一环。那么认为这里的利息就是指，为换取信用授予所需支付的对价。

(73) 基于施舍或奉献精神从事活动的情形下，对成本并不产生认识，自然也不具有成本节约的动机。

(74) 参见山下友信：《商法的现代化及商人概念（商法の現代化と商人概念）》，刊载于《同志社法学》71 卷 7 号（2019），第 109 页至第 110 页。此外，该论文的第 99 页至第 101 页中还指出，德国的商法学说中，虽以非营利为目的，但以有偿方式对外地从事事业活动的主体，也被解释为具有德国商法中的商人地位。

易中出现的利害冲突进行调整。⁽⁷⁵⁾另外,我们可以明确地发现,这些利害冲突往往是,作为需求者一方拥有成本节约的动机,而作为供给者的另一方拥有对价获取的动机之时所产生的冲突。⁽⁷⁶⁾基于这一结论,笔者认为,权利义务主体所具有的动机和目的,是受商法保护的核心客体之一,因此在判断是否是商法适用对象时不应抛却动机及目的这一要件。⁽⁷⁷⁾ ⁽⁷⁸⁾

通过以上对广义营利性的论证,笔者认为,以中性法人为首的非营利法人及自由业者可以取得商法中的商人地位。但是,考虑到在规制中性法人的各特别法中已经设置了相当多的准用商法的规定⁽⁷⁹⁾,那么,在承认上述各权利义务主体具有商人地位的基础上,当下较为稳妥的对策是⁽⁸⁰⁾:不一次性地追求上述权利义务主体全面适用商法,而是在其各自的特别法中限定列举不被适用的商法条文,或,规整且完善各自特别法中的个别法条后,排除这类法人适用那些与规整后的特别法条文相类似的商法条文。⁽⁸¹⁾

四、尝试重新构建商法体系

(一) 日本商法学的研究对象及其把握方式

现如今日本商法学⁽⁸²⁾的研究对象,或者说所研究的法律规范的范畴,不只局限于作为

(75) 参见铃木竹雄:《以企业法角度考察商法之意义(商法の企業法の考察の意義)》,载铃木竹雄著《商法研究1:总论及票据法(商法研究I 総論・手形法)》,有斐阁1981年版,第38页;西原宽一:《商法1:商法总则(商法I 商法総則)》,日本评论社1938年版,第78页至第80页;西原,前注(2),第78页。

(76) 需要补充的是,当事者间的地位互换也时常发生。

(77) 但是,若将商法当作从事营利事业的权利义务主体(企业)的组织有关的法律,从企业组织的确立及企业维持的角度设计的商法(主要是公司法)诸项规定,无论权利义务主体有无营利目,作为有助于事业活动持续性的制度基石,具有优越的普适性。关于此点,还可参见藤田,前注(12),第13页至第14页(藤田指出,商法总则为助力企业活动提供了制度原型)。

(78) 消费者合同法是为调整事业者与消费者间的交易地位差异而制定的。该法对于身为其适用对象的“事业者”,并未考虑其是否具有营利目的或其他主观层面的要件(参见消费者合同法第2条第2款)。这是因为,消费者合同法并非是以调整消费者及事业者间的利害关系为目的,而是以调整消费者自律性或(在与事业者关系中的)对等性这种通过民法或商法规制的利害关系为目的。基于这个前提,我们认为消费者合同法是为保障基础秩序而制定的法律。以私法的效用为前提制定的、主要目的在于保障及维持基础秩序的法律,除消费者合同法,还有反垄断法及证券法。

还需说明的是,为解释反垄断法适用对象的“事业者”(反垄断法第2条第1款),最高裁判所定义“事业”为,“针对所提供的某种经济利益,反复地持续的获取对方给付的一种经济活动”(参见最高裁判所平成元年12月14日判决,载《最高裁判所民事判例集》43卷12号,第2078页)。可以看出并未考虑到营利目的或其他从事该项经济活动的动机或目的。因此,自由业者的行为属于“事业”,自由业者则作为“事业者”适用反垄断法[东京高级裁判所平成13年2月16日判决,刊载于《判例时报》1740号,第13页(医疗的提供);公正交易委员会审判庭昭和54年9月19日裁决,载《公正交易委员会裁决集》26卷,第25页(建筑师的设计业务)等]。

此外,反垄断法还规定,事业者的结合体以营利目的进行事业时,该结合体准用事业者的相关规定(反垄断法第2条第2款但书)。但是,这里对营利目的的提及,实际上基于是立法技术上的原因[参见金井贵嗣、川滨升、泉水文雄编著:《反垄断法(独占禁止法)》(第4版),弘文堂2013年版,第24页至第25页(泉水撰写部分)]。

(79) 关于为将中性法人纳入商人范围所采用的立法手段,参见前注(54)。关于自由业者,若其是法人形态则准用公司法(律师法第30条之15第7款、第30条之30第2款第3项、注册会计师法第34条之10之6第11款、第34条之22第2款至第6款等)。

(80) 不过,达成与商法中的任意性规定不同内容的合意或设立格式条款,也是妥当的。

(81) 笔者所述规制手段与《一般社团法人及一般财团法人相关法律》第9条相同。

(82) 对1960年代以前的商法学说谱系进行概论的文献,参见岩崎稜:《战后日本商法学史有感(戦後日本商法学史所感)》,载岩崎著《战后日本商法学史有关(戦後日本商法学史所感)》(商法学研究第1卷),新青出版1996年版,第3页。

制定法的商法、与商事相关的特别法（例如公司法、保险法、票据法、国际海上物品运送法、证券法、《公司债、股份电子转让相关法律》等），甚至还涵盖格式条款（及普通交易条款）及其他定型化交易里企业所使用的规约等。

上述各类规范大体可划分为以下两类：在商法制定之初设置的商法诸项规定⁽⁸³⁾，以及在商法这一制定法之下的、从不断进化的合同实务中衍生出的各类规范⁽⁸⁴⁾。也就是说，商法学的研究对象是以商法制定这一历史事实作为契机被动决定的（而非是在经历形成、执行与理论层面上探讨日本商事各类规范之后自发得出的⁽⁸⁵⁾）。而且，就与民法间的关系这一层面来讲，自制定之初商法就未形成独立体系⁽⁸⁶⁾，且历经时代变迁，一部分商法中的重要内容以单行法的形式相继分离出来。对于以商法这一制定法为前提的商法学，一直以来都很难确定其研究对象的把握方式。

因此，自上世纪 20 年代起，日本学界以德国的商法学说为参照，开始尝试重新构建商法学研究对象（也就是实质意义上的商法）体系。⁽⁸⁷⁾

围绕如何把握实质意义上的商法这一问题，存在两种代表学说，即，商的色彩说及企业法说。商的色彩说首先提炼出商法不同于民法的特质，将这些特质命名为“商的色彩”，并主张实质意义上的商法应当是由这些具有“商的色彩”的法律规范构成的。这里所说的“商的色彩”是指，商法中的法律关系里表现出的营利性、反复性、集团性、个性的丧失与及时性等特征。⁽⁸⁸⁾

现代主流观点是企业法说。商的色彩说存在不可忽视的弱点，即，这种学说只局限于归纳具有商的色彩的生活关系其外部特征，但却不能明确指出能够产生这类生活关系的原因。⁽⁸⁹⁾针对这一点，企业法说进行了批判。根据企业法说的观点，实质意义上的商法中所包含的规范，应当是那些调整企业生活关系的规范。而且这类规范的目的在于实现下述三个基本理念，即：（1）增强企业延续性、（2）促进交易顺利进行及兴盛交易、（3）调和经济主体间的利益关系。⁽⁹⁰⁾

(83) 参见前注〔11〕。

(84) 除了某一交易种类中被普遍使用的规约，这里所说的各类规范还包括，保障以这类交易为营业的主体其业务的正确运行而设立的、在行政部门参与下制定的法律（比如银行法、保险法、仓储业法等行业法律法规）。这类行业法律法规，可以对作为一般规定的商法规定（具体来说就是商行为通则的规定）进行补强与调整，使其能更加适合特定具体的营业类型〔参见关，前注〔5〕，第 46 页〕。

(85) 参见前注〔5〕及与其对应的正文。

(86) 参见第二章第二节第 7 段。

(87) 关于简述学说上的变迁的文献，参见服部荣三：《商法的对象（商法の対象）》，载北泽正启、滨田道代编著《商法中的争议点 1（商法の争点 1）》（Jurist 特别刊），有斐阁 1993 年版，第 4 页。

(88) 以上关于商的色彩说，参见田中耕太郎：《改正商法总则详述（改正商法総則詳論）》，有斐阁 1938 年版，第 7 页、第 42 页至第 73 页。

(89) 参见西原，前注〔2〕，第 14 页。根据企业法说的观点，能够产生这类生活关系的原因就是“企业”（该书第 16 页）。所谓企业就是“遵从一定计划的、对践行营利事业持有持续意图的独立经济单位”〔参见大隅，前注〔6〕，第 36 页〕，或是“为了获得不定量的利润（不仅指获得收入和支出间的差值这种剩余利益，即使只实现收支相抵也包含在内）需计划性地且持续性地投入资本及劳动力并作出提供经济上给付行为的、为此备置特别设施或组织的独立经济单位”〔参见田中诚二：《全订商法总论详述（全訂商法総則詳論）》，劲草书房 1976 年版，第 19 页〕。

(90) 参见西原，前注〔2〕，第 76 页至第 78 页；西原，前注〔75〕，第 75 页至第 80 页。关于正文所述的（1）这一理念的实现，可以设定以下两类政策目标，即：（a）促进企业形成、（b）延续企业存立。其中能够实现（a）中所述的促进企业形成的制度或原则有，公司制度及公司设立中的准则主义等。能够实

依照企业法说的理解,作为商法学研究对象的法律规范就成为了那些与企业相关的规范。而且只要某一规范的目的旨在实现上述理念,则不论这一规范是否现在或过去已被设置在商法这一制定法中,即使这一规范是因必要而设置并使用的规范,也要积极地纳入商法学研究对象的范畴中。然而,企业法说主张的每个理念都异常抽象,很难说这种学说不是在对现有法律规范的性质进行“马后炮式”的分析与归纳。^[91]换言之,即便依照企业法说,也并不在有需要的时候能有意创造具象化上述理念的新规范,所以企业法说并不具备实质性原动力的作用。^[92]不过即使如此,从企业法说得出的、被归纳为实质意义上的商法的各类规范,通过企业法说采用的体系化手法再次进行编集归类,(姑且不论其实现可能性)可以对标准商法典^[93]的形成提供一定的思路。这一点是企业法说的不能否认的效用之一。

因此,下一小节将详述对重新构建商事规范的诸项尝试。

(二) 尝试重新构建商法体系

1、实质意义上的商法之体系

对于属于实质意义上的商法的各类规范,不是以它们属于“商法或其他法律”、属于“某个制定法中的某个具体编章”这种基准作为划分方式,而是应该根据其真正具有的机能对其进行分类。迄今为止,日本已进行了多次这种体系化的尝试。

按照企业法说的观点,实质意义上的商法分为与企业组织有关的规范(企业组织法),以及与企业交易有关的规范(企业交易法抑或是实质意义上的商行为法)。首先,企业组织法由那些与企业组织的形成与管理、企业的转移与解体有关的规范构成。具体来说,包含商

现(b)中所述的使企业延续的制度有,盈余金分配规制及组织形态变更法律制度等[参见田边,前注(56),第8页至第10页]。关于(2)这一理念的实现,可以设定以下政策目标,即:(c)追求营利主义、(d)贯彻自由主义、(e)追求简易迅速性、(f)促进交易定型化、(g)促进情报披露(例如推行对披露者的优待措施)、(h)保护那些信赖非真实外观的主体、(i)确立合理的责任承担(例如,为保障履行责任而加重责任,或允许限定责任)等[参见关,前注(60),第44页至第53页;大隅,前注(6),第57页至第61页;西原,前注(6),第28页至第35页;西原,前注(2),第81页至第106页(正文所述第(3)类理念中的利益调和,参见该书第103页至第106页)]。

[91] 此外,属于实质意义上的商法的规范存在于商法之外的法律中时,通常认为,为实现该法的固有目的,这类规范基于独特思想被赋予了独特内容,因此也应当遵循独特的解释原则。例如,除整合营利社团法人相关法律基础制度这一传统目的(价值中立的目的),公司法还具有实现促进创业、增强日本企业国际竞争力这类经济政策的目的[参见川村正幸:《公司法现代化的意义(会社法现代化の意義)》,载川村正幸、布井千博编著《新公司法制的理论与实务(新しい会社法制的理論と実務)》,经济法令研究会2006年版,第6页]。当然,这类政策目标同时影响着法律规定的内容及法律规定的解释。所以,哪怕是企业法说所述的相同理念,其理念的“具体表达形式”(译者注:即条文这一表达形式)也会因为各法律的不同目的而产生极大差异。从一方面来说,“法的目的影响理念的表达形式”这一结论,为今后针对各特定种类营业制定最适合于其细节的法律规则制度提供了一定的启示(其结果就是,商法解体化不仅会发生在个别营业中,还会发生在商法总则及商行为总则部分)。关于这一点,参见前注[12]中的第2段及弥永真生:《商人概念(商人概念)》,刊载于《法学教室》216号(1998年),第10页(这篇文章中,弥永提出,若是从让商法发挥所期待的法律效果这一目的出发,那么应当依据个别法律关系去构筑“商人”这一概念)。尽管如此,商法作为一部在多种营业中为其提供商事(或者企业组织及交易)原则规定的法律,依然具有其意义。不过随着民法的发展及壮大,特别是2017年(平成29年)民法修改对有关证券相关规定的完备(民法第三编第一章第七节,与平成29年修改前商法第517条至第519条相对应)、对格式条款相关原则的完备(民法第三编第二章第一节第五款)及对利息和时效这两类商法特有制度的废止(平成29年修改前商法第514条、第522条)后,关于商法是否还能继续保持其独立体系,情势并不明朗。

[92] 参见藤田,前注[12],第9页中的脚注16、第13页中的脚注33。

[93] 对标准商法典之结构与概略进行论述的文献,可参见西原,前注(2),第221页至第227页;西原,前注(75),第222页至第229页;西原,前注(6),第22页至第25页。

法总则、公司法的诸项规定、营利法人所遵循的各特别法中有关组织的规定及公司章程或其他类似自治规则等。

关于企业交易法的构成，概说商法的大部分文献都遵循了商法第二编的结构，即，以第一章总则为总论部分，以包括第二章买卖在内的、第二章之后的各个章节为分论部分。⁽⁹⁴⁾在此基础上，还有部分文献认为，应将那些虽然未被规定在商法中的、但在较为广泛的企业交易领域中所使用的法律制度（比如有价证券、国际买卖、消费者买卖、电子交易、资产流动化、加盟连锁及融资租赁等领域的相关法令，以及格式条款等），及那些出现于现代的、与已达到高度发达的业种（比如银行业、信托业、保险业、证券业、电子通信业等）相关的法律制度增补至分论部分中。⁽⁹⁵⁾

若从宏观角度来观察实质意义上的商法中所包含的各类规范，则可达到如上所述的概括性的体系化之效果。但是若从微观角度来审视其中每一个具体规范，则找出规范间有意义的联系、找到根据现存具体规范所应当形成体系或系统，不可谓不艰难。⁽⁹⁶⁾即使只观察商法这一制定法，我们也能发现，商法特有的制度（比如商业登记、匿名合伙、交互计算等）以及民法（民法总则、物权、债券）中的特殊原则，杂乱无章地散落在那些可以说本身就是碎片式的各章各编中（总则、商行为总则、各类营业、海商），尚未形成（超越了与企业组织及行为有关的规范这种抽象把握方式的）一目了然的体系。⁽⁹⁷⁾此外，像票据或支票、公司、保险之类的，被认为是基于独特政策理念形成独特体系的这些大分类，早已从商法中分离出去。且有关运输营业的部分（商法第二编第七章、第八章）及海商法部分（商法第三编）也被认为是要被分离独立进行单行法化的潜在候补对象。⁽⁹⁸⁾综上，过去虽通过如最大公约数一般的要素（即商事，也可以说是商人及商行为）尚可艰难维系着属于实质意义上的商法的规范其间的连结，但其后立法者逐渐发现一些规范存在着共通理念，并开始通过形成几个小集团将这类规范集合起来。⁽⁹⁹⁾规范的订立与对其的解释，都是以该小集团中显现的特有理念为主导进行的。不过即使如此，实质意义上的商法也并未失去其价值。只不过它仅仅是提供一种学术上的方法论，即，将碎片化的规范进行统合性的把握从而使对其的学术论说能够合理化。

(94) 参见田中诚二等，前注(20)，第19页。还有部分文献采用的是，以第一章总则、第二章买卖、第三章交互计算、第四章匿名组合为商行为法总论部分的划分方式[参见小町谷操三：《商行为法论（商行为法论）》，有斐阁1943年版，第11页之后部分；田中诚二等，前注(20)，第5页、第19页至第20页；西原，前注(6)，第23页；平出，前注(20)，第6页、第8页至第9页]。

(95) 代表的文献可参见江头宪治郎：《商交易法（商取引法）》（第8版），弘文堂2018年版。该书并未采用传统叙述方式，即并未单独开辟一个章节解说商行为总则。而是在论述各营业类别的交易时，若出现商行为总则的适用问题时，则介绍与其相关的商行为总则规定。关于此点，参见该书“第8版序言”部分。

(96) 关于商行为总则，参见西原，前注(6)，第20页；山下，前注(74)，第94页。

(97) 自然，商法中的全部条文都是以商人或商行为这类基础概念为前提设置的。从这一点来看，商法的条文间确实存在着最小程度的相互联系或体系性。然而能够发挥商法条文中所预想效果的对象，究竟是否必须要限定在商人及商行为中，关于此点需要进行批判性的探讨[参见藤田，前注(12)，第15页至第16页]。另外，商法中商人的定义或对其的解释若不合理，由此在现实中产生的问题（某一权利义务主体尽管应该享受作为商人所带来的法的效果，但其并不是商法适用对象的问题。关于这一问题，参见本文章第三章第三节第2小节中的第4段至第5段），也必须得到解决。

(98) 参见藤田，前注(12)，第10页中的脚注19。

(99) 很早就有学者指出，世界范围中都存在着“商法中的一些领域正在以特别法的形式分离出来，从而使商法逐渐解体化”的倾向[参见田中耕太郎，前注(9)，第174页]。

并非是为构建实质意义上的商法体系，提供一种在立法操作上具有可行性的方法论。⁽¹⁰⁰⁾

2、对商法存在意义的怀疑

身为制定法的商法，若其不具备如被称为“商事法大全”一般的归纳性（无论是现在还是将来），且无法显现“能够让人一眼看出某项规定究竟关于企业组织还是企业行为”一般的体系性及逻辑连贯性，则不得不让我们对它存在的意义产生怀疑。⁽¹⁰¹⁾ 归纳性的欠缺或许可以通过制定更多特别法的方式得以矫正，而逻辑连贯性的欠缺则可以通过将商法中的一些规定纳入民法得到彻底解决。⁽¹⁰²⁾ 虽然十多年前的法制审议会上，为实现商法中的诸项规定应移入民法这种构想，对逻辑连贯性欠缺及其解决方式这一问题进行了讨论，但因为当时的目的在于将事业者（相当于企业）定义为与消费者相对立的存在，并围绕是否有必要对“人”进行二分化产生了争论⁽¹⁰³⁾，最后放弃了上述构想。⁽¹⁰⁴⁾ 直到最近，作为制定法的商法才伴随民法修改进行了调整，将商法中关于运输及海商的个别规定，修改为更适应现代生活的条文。不过除此之外，原有的规制对象及规制手法一直延续至今。⁽¹⁰⁵⁾

此外，有观点指出，商法这一成文法中的规定是碎片化且欠缺体系性的，这一点在商行为部分中尤为明显。关于此点笔者认为，商法本来就是一部从旁辅助支持企业进行自主自由的交易活动的法律⁽¹⁰⁶⁾，因此碎片化无可避免。商法并非是立法者通过强制性规定有意将企业的各种行动诱导至特定方向的工具，而是一种以有节制的任意性规定为主，对交易当事人在进行交易时未预想到的情形提供原则性做法的工具。⁽¹⁰⁷⁾ 因此，在当事者间产生利害冲突时，商法应作为一种合理的裁决者发挥其功效。当然，商法能引导当事者在缔结合同时设置更加合理的条款内容，或能提供一种“监护性质”的规定，在这一点上无法否认商法的意义。但在交涉中所花费成本逐渐低廉化的现代社会，应该说这种意义也随之减弱了。

(100) 参见藤田，前注〔12〕，第16页。

(101) 参见山下，前注〔74〕，第92页至第93页。该文章基于比较法研究，推导出“现代资本主义经济体制的发展并不是必然需要大陆法系式的商法的”这一结论。另外，围绕商法解体的具体方法总结各种学说的文献可参见藤田，前注〔12〕，第11页。

(102) 藤田指出[参见前注〔12〕，第15页]，不仅那些属于民法特别原则的商法规定可以交由民法规制，将交互计算及匿名组合这类商法特有制度移入民法也是可行的。

(103) 对“人”的二分论从理论上提出问题并进行批判性考察的文献，可参见吉田克己：《民法（债权法）改正与“人”概念的重新定义（民法（債権法）改正と『人』概念の再定義）》，刊载于《民商法杂志》153卷1号（2017），第33页。

(104) 具体参见正文第五章内容。但是法制审议会的争论焦点主要是关于是否应当将消费者保护法制度引入民法中这一问题，并没有对民法是不是该以事业者为对象增设一些规定进行过多探讨。因此需要注意的是，并没有否定民法设置有关事业者规定的可能性。

(105) 多数学说都认为，应当废止商行为的个别列举主义，将商人营业上的一般行为定义为商行为，并应当设置不依存具体个别商行为内容的商人之定义[参见铃木竹雄：《商人概念的再探讨（商人概念の再検討）》，载铃木著《商法研究1（商法研究I）》，有斐阁1981年版，第124页；鸿，前注〔36〕，第80页中脚注1；大隅，前注〔6〕，第89页至第90页；关，前注〔60〕，第16页；青竹，前注〔56〕，第33页等]。

(106) 参见西原，前注〔6〕，第7页至第9页（但是该书21页又指出，商法也可能成为企业行动准则这一事实上的强行规定）；田中耕太郎，前注〔20〕，第234页至第236页。

(107) 但是在当事者间存在交涉地位上的差距的情形下，必须要补充制定强行法性质的法律法规或进行法的解释[参见田中诚二等，前注〔20〕，第8页至第9页；竹内，前注〔5〕，第36页、第39页至第40页]。

五、尝试整合以“事业者”作为适用对象的民法规定⁽¹⁰⁸⁾

(一) 绪论

在民法（债权关系）修改有关的法制审议会上，讨论阶段曾有提案主张在民法中增设包含商法规定之旨趣的一般规定。⁽¹⁰⁹⁾ 基于该提案，设定了作为新基础概念的“事业者”及“经济事业”（这两个概念可以使商法中商人的包含更加广泛的权利义务主体），并针对是否设置能够适用于事业者经济事业相关行为的规定（即，与商法中的规定具有同样功能或效果的规定，下文也被称为“特则”）展开了讨论。但这类规定最终却未在《关于民法（债权关系）修改的“中间试案”》⁽¹¹⁰⁾ 中被采纳为修改事项，对这类规定的讨论也就此终结。⁽¹¹¹⁾ 然而笔者认为，上述法制审议会民法（债权关系）部门相关会议上的讨论，是基于“即使是对于那些脱离营利目的的但经常从事的交易活动，商法中商行为编的规定也是妥当的”之认识为前提进行的，这次讨论重新思考了现行商行为法中的规定及整个商法的存在意义，也为我们提供了重要的启示与意义。笔者将概述此次讨论的内容，并适当地加以分析。

(二) 特则及权利义务主体的分类

尽管商法的商行为编中，与民法债权规定具有紧密联系的条文并不鲜见，但我们依然应该认识到，商法适用对象被商人及商行为这两个基础概念大幅限制，所以商法条文的适用范围是比较狭窄的。不过也有意见指出，若用“事业者”代替原来的“商人或商行为”，则商法适用范围过窄这一问题是有可能解决的。⁽¹¹²⁾ 之所以提出这一意见，是因为考虑到以下问题，即，商人概念的本质在于营利性，可那些从事与商人相同活动的、但不具有营利性的权利义务主体，却因不满足商人的资格要件无法适用商法规定。不过商法中也存在一些即使适用于不具有营利目的的主体也属合理的规定（例如有关商人报酬请求权的商法 512 条）。⁽¹¹³⁾

需要补充说明的是，民法修改之时，还有提案建议消费者合同法中的规定应编入民法。⁽¹¹⁴⁾ 该提案的具体构想是，将作为民法适用对象的“人”这一概括性质的权利义务主体⁽¹¹⁵⁾ 划分为消费者及事业者这两类互相对立的种类，并针对以下四种类型的合同制定特则。⁽¹¹⁶⁾ 这四类合同是：①消费者和事业者间的合同、②无论合同相对人是哪种主体，一方当事人为事业者的合同、③事业者间的合同、④有关事业者经济事业的合同。此外，还提议将“事业

(108) 参见法制审议会：民法（债权关系）讨论部门会议资料、会议记录及民法修改试行案及纲要。以上文件均可在法务省主页（http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html）浏览。

(109) 参见法制审议会：民法（债权关系）部门会议资料 4《关于民法（债权）部会对今后审议的进展方向[民法（債権関係）部会における今後の審議の進め方について]》，3（2）（第 4 页）。

(110) 参见法制审议会：民法（债权关系）部门会议。于 2013 年（平成 25 年）2 月 26 日决定。

(111) 法制审议会的民法（债权关系）部门审议分为以下三个阶段：整理论点、为达成“中间试案”进行的审议、以及为归纳总结修改纲要案进行的审议。围绕经济事业及事业者的讨论处于第一阶段（第 2 次会议及第 20 次会议）及第二阶段（第 20 次会议、第 24 次会议、第 26 次会议、第 61 次会议）。关于第三阶段的审议程序，参照《关于民法（债权关系）部会上审议的进展情况[民法（債権関係）部会の審議の進め方について]》。

(112) 参见民法（债权关系）部门资料 4：3（2）（第 4 页）。

(113) 以上部分，参见民法（债权关系）部门资料 20-2：第 1:3（3）（第 20 页）及补充说明 1（第 22 页）。

(114) 参见民法（债权关系）部门资料 4：3（3）（第 5 页）。

(115) 然而民法中已存在权利义务主体被限制在法人中的规定[民法第 465 条之 2（平成 16 年民法修改新增条文）等]。

(116) 参见民法（债权关系）部门资料 20-2：第 1：2~3（第 11 页至第 24 页）。①被命名为消费者合同特则，②至④被命名为事业者相关特则。

者”定义为“法人及其他团体、以及为开展事业活动而缔结合同的个人”。⁽¹¹⁷⁾ 不过并未提议对“事业活动”及“事业”进行定义。

从提议消费者合同法以事业者为适用对象、却未对“事业”这一重要概念进行定义这一点来看，该提案与上述提案（译者注：“上述提案”是指，提议在民法中设置体现商法旨趣的规则，并设置“事业者”这一概念代替“商人及商行为”）存在一定共通性。关于消费者合同法中“事业”的解释，有文献认为这一词是指“以一定目的，反复持续地从事同类行为的活动”（称其为第一类解释）⁽¹¹⁸⁾；还有文献补充道，这里从事“事业”的主体并非个人生活里的活动主体，这种观点主要是为了强调要赋予消费者以合同优位性（称其为第二类解释）⁽¹¹⁹⁾；另外还有一部分文献认为，考虑到行为人对损失承担具有一定认识，对这类行为入是否应当适用该法，还留有进行实质判断的余地（称其为第三类解释）。⁽¹²⁰⁾

第二类解释中的定义，可以说是出于以下的立法旨趣而得出的，即，因事业者与消费者之间存在构造上的差距（例如情报质量、交涉能力间的差距）⁽¹²¹⁾，使得消费者极易蒙受利益损失，而消费者合同法正是一部为消解对消费者的利益损失而制定的法律。在能动地实现上述旨趣这一点上，第二类解释中的定义确实具有积极层面的意义。然而，在定义“事业者”这一商法中“商人”的替换概念时，必须考虑到消费者合同法的目的与商法的目的间存在极大差异⁽¹²²⁾，在这种差异下，要想定义能够适用特则（这种特则实际上与商法具有相同效果及功能）的权利义务主体，就不得不说第二类解释是不恰当的。不过假使我们按照第二类解释的逻辑进行理解，那么将作为适用对象的权利义务主体划分为消费者与事业者，按照具体应当被规制的情形，调整各权利义务主体的定义，也似乎并无不可。⁽¹²³⁾

〔117〕 参见民法（债权关系）部门资料 20-1:第 1:1（第 1 页）。这里对事业者的定义，与消费者合同法第 2 条第 2 款中对事业者的定义（“法人及其他团体、以及作为事业或为事业而缔结的合同其当事人中的个人）并无太大区别。

〔118〕 参见消费者厅：《消费者合同法逐条解说（消费者契约法逐条解说）》

（https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotations/），第 2 条注释 i2(1) ①（第 7 页）。

〔119〕 参见日本律师联合会消费者问题对策委员会：《评释消费者合同法（コンメンタール消費者契約法）》（第 2 版增补版），商事法务 2015 年版，第 33 页。该文献指出，所谓事业就是“基于社会生活中的地位，以一定目的反复持续从事的行为或行为的集合”。

〔120〕 参见落合诚一：《消费者合同法（消费者契约法）》，有斐阁 2001 年版，第 56 页至第 57 页。该文献指出，事业是“不限于以营利为目的，依据自身风险及自身计算，以一定目的反复持续从事的行为”，且“是社会通常观念上被认为是事业的那些行为”。

〔121〕 参见消费者合同法第 1 条。

〔122〕 消费者合同法否定了一定情形下的消费者合同的效力（消费者合同法第 4 条至第 10 条），而且通过承认适格消费者团体行使行为停止请求权（日语为“差止请求权”），消费者合同法可以对事业者的部分活动加以制约（即，制约那些有损消费者权益的事业者行为）。之所以消费者合同法有上述做法，是因为企业交易被区分为企业间交易及与消费者的交易两类，与消费者的交易应基于与企业间交易不同的考量进行规制[参见竹内，前注（5），第 36 页至第 37 页]。另一方面，商行为法主要聚焦于企业间交易，谋求的是交易的简易化与快速化，且以提高交易确定性及安全性为规制理念[参见前注（90）及正文对应部分]。商行为法中，交易当事人双方基本处于对等关系，当事人双方的地位还存在互换性（某一交易中的债权人同时是其他交易中的债务人，此种情形并不罕见）。因此，以交易当事人间存在构造上的差距为前提进行利害关系调整，并非商行为法的基本目的。不过，商法中存在一些考虑到相互间地位存在差距这种当事人关系而设置的条文[例如商法第 591 条第 1 款（禁止旅客运输人的免责特约）、第 596 条第 1 款（寄存物品相关营业场所经营者的不可抗力免责）、同条第 3 款（免责表示无效）、第 739 条第 2 款（禁止海上货运人的免责特约）]。

〔123〕 参见弥永，前注（91），第 10 页。此外，虽然并非论述权利义务主体相关论点，但有文献指出，

综上,因为“事业”这一前提概念其定义并不明确,所以导致事业者的含义也极度抽象。且在不同情形下,事业者的含义也可能发生变化。

民法(债权关系)修改相关讨论中还有意见指出,若要使所构想的与商法规定具有相同功效的特则适用于一般事业者,则会出现特则适用范围过宽的可能性。受此影响,有提案提出特则的适用应限制在“经济事业”这一特定范围中。所谓“经济事业”是指反复持续的事业,且这种事业虽不要求以积极实现经济利益的提高为目的,但至少包含收支相抵的目的。

(124) (125)

对于这些主张依照权利义务主体性质对从前“人”的概念进行区分的提案,主要存在如下三种批判⁽¹²⁶⁾:第一类批判指出,传统的民法理念是围绕平等主体间的经济交易制定原则式的规定,而上述的提案与这种传统观念并不相符,所以应当将这种规定设置在消费者合同法等特别法中;第二类批判指出,对那些有本质差距的当事人,调整其间存在的利害冲突(即保护弱者)是一种基于社会政策的立法活动,这与作为基本法的民法并不相符;第三类批判指出,在进行对“人”的细分化时,从各类属性(例如年龄、性别、国家等)中只择出“消费者”这一属性,这一做法缺乏依据(也就是说,对“舍弃其他属性而只采用消费者这一属性”抱有怀疑态度)。这三类批判中,与本文讨论问题(商法的构造及基础概念)相关的是第一类批判与第二类批判。针对前两类批判,民法(债权关系)部门会议先是指出,这两类批判实际上是基于“民法是对于那些预计将通过特别法予以补充的规定,提供抽象原则的法律“这一前提而得出的结论。之后,民法(债权关系)部门会议进行了如下反驳。

民法的功能并非只局限在如上所述的提供抽象原则这一方面,其适用对象是有包括性的,能够提供一种长久保持妥当性的规则也是其功能之一。但随着社会成员的多样化,只设置这类不考虑成员各自所具有属性的规则是无法万全地应对实际生活中发生的交易的。基于此种考虑,应该依照权利义务主体所各自具有的属性将其进行区分,在被区分的各范围中维持适用对象的概括性,并在民法中设置合适的规则。⁽¹²⁷⁾也就是说,设定具有一定统一性的适用对象,为这类适用对象提供最合适的规则,这并非是一种有悖于民法这一基本法或一般法其功能或性格的做法。但是我们必须承认,若遵循这种理解方式,那么以商人及商行为作为适用对象、并为其提供最合适的规则的商法(第一编总则的各项规定,及除个别营业相关规定的第二编商行为的各项规定),会随着(比商人概念更加广泛的)事业者概念的导入,大

谋求实现的法益在不同的具体情形下会发生变化时,即使是相同法律中的相同表述,也必须要以最适合该情形的方式对其进行变通的解释[参见龙田节:《营业转让和股东大会决议(营业譲渡と株主総会決議)》(1),刊载于《法学论丛》104卷6号(1979年),第5页至第6页;龙田节:《营业转让和股东大会决议(营业譲渡と株主総会決議)》(2),刊载于《法学论丛》105卷3号(1979年),第13页至第14页]。

(124) 上述部分参见民法(债权关系)部门资料20-2:第1:3(3):补充说明1(第22页)。

(125) 经济事业这一全新概念及其定义,以及关于这一概念的必要性,是依据民法(债权法)改正讨论委员会公布的《债权法改正的基本方针》[刊载于《别册NBL》126号(2009年)]中的3.1.1.06而得出的。作为一般协会的该委员会成立于2006年,由40名委员(民法学者、商法学者、民事诉讼法学者、法务省民事局参议官等)组成,且大部分委员为民法学者。并于2009年3月31日公布了上述方针。对3.1.1.06(经济事业)的解说,还可参见民法(债权法)改正讨论委员会:《详解债权法改正的基本方针II——合同及一般债权(详解·債権法改正の基本方針II——契約および債権一般)》(1),商事法务2009年版,第24页至第27页。

(126) 参见民法(债权关系)部门资料49:第4:1:补充说明2、3(第18页至第21页)。

(127) 以上内容参见民法(债权关系)部门资料49:第4:1:补充说明2(3)(第19页至第20页)。

幅失去其存在意义。^[128]

（三）以事业者为当事人的合同之特则

能够被适用在事业者作为当事人进行交易情形下的特则，根据交易相对人的属性，又可以被分为：①有关事业者与消费者间交易的特则（消费者合同的特则）、②有关事业者间交易的特则、③一方为消费者或事业者，另一方为事业者这类交易的特则、④有关事业者所从事的一定事业（经济事业）的特则（也被称为事业者相关特则）。本论文虽无法对其进行详述^[129]，不过值得一提的是，上述②至④的特则，采用了与现行商法商行为规定相同的规则，或是采用了修正商行为规定后的规则。^[130]另外我们需注意，讨论会议中所提议设置的规则，不仅适用于那些从事经济事业（即，以实现收支相抵为目的而反复持续从事的事业）的事业者其行为，还适用于那些并不从事经济事业的事业者其行为。可以说这一点正体现了商法规则的普适性。但是，若我们考虑到上述这种做法（既适用于经济事业相关行为，也适用于非经济事业行为）其实是为了“将一种包含商法基本适用对象（商人及商行为）的新概念（事业者）引入民法”，那么维持商法学的传统理念（一种“哪怕民法的商化多么如火如荼，商法作为适合于营利企业的规范源泉，仍然能在和民法的关系中保持独立性”的理念）^[131]，今后无疑会变得极为困难。^[132]

（四）部门会议针对提案所作出的意见

针对是否采用事业者这一概念、是否引入与以事业者为当事人的交易有关的规则，民法（债权关系）部门召开了5次会议对其进行审议。^[133]不过，大部分讨论都只集中在消费者合同的相关规定究竟是否编入民法这一问题上。其中，事业者基本上是作为与消费者对立的存在而被认识的，那些主张应当探求事业者（而事业者是作为代替商法规定的新规则的适用

[128] 不过民法（债权关系）部门中还提出一种选择，认为应当制定全新一般法并将与一般事业者相关的交易规则纳入进去，而不是将这类规则编入民法。这种选择实际上是对本论文观点的一种批判立场。参见民法（债权关系）部门资料49：第4:2：补充说明2（第27页）；前注（93）及与之对应的正文部分。

[129] 参见民法（债权关系）部门资料49：第4:1：补充说明1（3）（第17页至第18页）；该资料：第4:2：补充说明1（第24页至第26页）。部门还提议，针对①设置11个规则，针对②设置3个规则，针对③设置8个规则，针对④设置5个规则。

[130] 关于②这一类，与其相关的商法中的规则包括，商法第524条（商事买卖中的卖方提存权与拍卖权）、第525条（因确定期买卖迟延履行而解除）；关于③这一类，有商法第510条（收到要约后的物品保管义务）、第516条（债务履行的场所）、第596条第1款（营业场所经营者对寄存物品的责任）；关于④这一类，有商法第511条第2款（债务人及保证人的连带）、第513条（金钱消费借贷关系中出借方的利息请求权）、第595条（无偿寄存时受寄存人的注意义务）等。

[131] 论述此类观点的文献，可参见田中耕太郎，前注（9），第170页；竹内，前注（5），第32页至第33页。

[132] 假设讨论会议中所提出的修改提案最终实现，我们可以预测，商法中将只剩以下几类规定：第一编总则部分的规定；第二编商行为中的，（a）以利润获取为目的，反复持续且计划性地进行交易的主体其所做出行为的一般规定（且不包含在修改提案里的规定），及（b）与个别营业相关的规定；第三编海商相关规定。只包含上述规定的商法其存在意义将会主要体现在，体系化地设置了（a）类规定这一点上。不过若商行为的大多数规定都移入民法，我们可以预见到商行为一编将只会残留极少数的条文。

[133] 民法（债权关系）部门讨论会议中的第2次会议（2009年12月22日）、第20次会议（2010年12月14日）、第24次会议（2011年2月22日）、第26回会议（2011年4月12日）及第61次会议（2012年11月6日）。

对象)含义的见解⁽¹³⁴⁾并未被予以重视。⁽¹³⁵⁾另外,除了批判事业者与经济事业的定义并不明确,对于还未充分进行民法与商法间的整合便直接在民法中设置与事业者相关规则的这一做法,也有委员表达了顾虑。⁽¹³⁶⁾对于不把那些与交易相关的规则分开设置在民法及商法中,而是将其统一设置在民法中这种做法,一些身为商法学者的委员含蓄表达了其优点。⁽¹³⁷⁾对此,一些委员从较为实际的角度进行了批判并指出,这种规则(如商法第526条规定的商事买卖合同中的买方检查通知义务等)适用于不以营利实现为目的的事业者(例如,中小事业者或者如NPO那样的特定非营利活动法人)时,会为这类事业者带来利益上的损害。⁽¹³⁸⁾

综上,针对是否在民法中设置与商法相同的规定,在对其进行审议的总论阶段之时,反对意见就已占绝大多数,因此未进入到分论阶段(这一阶段,主要围绕是否采用所提案的个别规定、是否对其进行修正而进行讨论)。针对事业者这一概念的讨论主要是在消费者保护(或者说是交易当事人地位差距的补正)这一大背景下进行的,笔者推测,可能是在讨论参与人中形成了一种“交易关系中的强者受利益获取动机的驱使从而会榨取弱者利益”的偏见。这难道不是因为,社会普遍认为商法是考虑到营利企业(商人)的利润获取动机而制定的一部法律,这种消极认识使得讨论参与人产生了这种负面反应吗?与是否以营利为目的(也可以说以利润获取为目的)无关,商法能够保障持续反复的交易简便、迅速、安全、确实地进行,甚至可以保障各权利义务主体能够实现多样的活动目的,从这一侧面来看,商法诸规定起到了无可比拟的作用。然而遗憾的是,上述理念⁽¹³⁹⁾虽然在有关个别规定的提案中被援引为依据,却在讨论现场未得到充分主张,且最终未能在部门全体成员间达成共识。

(134) 参见第2次会议中神作裕之干事(东京大学教授)的发言:“若从将商事规则的进行普遍化或统合化这一角度进行讨论,我认为事业者这一概念并不一定必须要与定义消费者合同时的事业者概念相一致,而且理论上来说,也不是必须要配套地引入消费者这一概念。”(另外,发言人员的头衔均为当时的头衔。下文亦同。)

(135) 当时的多数意见都集中在,“因为事业者的定义与消费者这一概念息息相关,所以即使是与消费者关联不大的情形下,事业者的定义也无法摆脱消费者概念的影响”这一点[第61次会议佐成实委员(东京瓦斯股份公司总务部法务室长)发言],以及“将所有的法律适用主体都区分为消费者与事业者,这种划分方式本身就有问题”[第61次会议松本恒雄委员(国民生活中心理事长)发言]这一点。

(136) 参见第61次会议三上彻委员(三井住友银行法务部长)及冈正晶委员(第一东京律师协会所属律师)发言。

(137) 参见第61次会议山下友信委员(东京大学教授)发言。

(138) 参见第61次会议冈正晶委员发言。蒙受利益损失这种结果的发生,只限于事业者为买方之情形。

(139) 参见民法(债权关系)部门会议资料49:第4:2:补充说明3(第27页)。有意见指出,“与事业者经济事业相关的规定,商法第512条、第513条、第593条的规定,不是基于商人概念的本质在于营利性这一观点而提案的,而是基于这些规定在更加广泛的范围内也是合理的这一观点而提案的。”