

商法学

Shang Fa Xue

谭玲 主编



中国人民公安大学出版社

商 法 学

主 编 谭 玲

副主编 范湘凌

撰稿人(按撰写章节顺序排列):

谭 玲 胡丹缨 何国强 易 军

何晓平 谭 彬 范湘凌 罗 熙

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (C I P) 数据

商法学/谭玲主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 6
ISBN 978 - 7 - 81139 - 116 - 9

I. 商… II. 谭… III. 商法—法的理论—中国—高等学校—教材
IV. D923. 991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 069331 号

商 法 学

SHANG FA XUE

谭 玲 主 编

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2008 年 6 月第 1 版
印 次: 2008 年 6 月第 1 次
印 张: 17.75
开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
字 数: 389 千字

ISBN 978 - 7 - 81139 - 116 - 9/D · 105
定 价: 36.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcppsu.com.cn

www.porclub.com.cn

教材编审委员会

主任 陈玉川

副主任 胡关禄 夏蔚

委员 董如军 谭玲 程金生 许细燕

莫德升 景畅 周元健 周玲

荆长岭 殷梅霞 张明刚 王首敏

李景源

前 言

商法作为维系市场经济秩序的主要法律手段，肇始于商品经济发展的丰富实践，涉及市场经济体系的重要组织制度和交易制度，其完善不仅能够总结商事行为中的规律性原则，反映一个社会市场经济发达的程度，而且可以促进私法理论体系的创新和发展。

以商事制度作为研究对象的商法学，是一门范围广泛、内容丰富、综合性强、实务性高的法律学科。随着我国市场经济体制的建立和完善，随着商法法学专业核心课程地位的确立，商事立法、教学及研究呈现蓬勃发展、欣欣向荣之势，这种态势有力地推动了商法教材的建设。为适应商事立法、司法活动以及素质教育的需要，我们在商法教学中开展了一系列旨在培养学生运用法律的能力、提高法律职业素质、适应法学研究和应用型人才培养的教学改革，如模拟商事活动情景，开展案例教学和模拟法庭教学、组织商事热点问题讨论等，在此基础上形成了理论与实践相结合、针对性较强的本教材。本教材的特色在于：

1. 契合法学素质教育的要求和应用型人才的培养目标，具有鲜明的针对性。随着市场经济体制改革的深化，我国加入 WTO 后与国际贸易规则的接轨以及国家统一司法考试的实施，我国法制建设和高等法学教育面临着前所未有的新挑战，法学素质教育成为适应市场经济发展的新型教育模式。本教材着眼于传授法律知识、培养运用法律的能力和提提高法律职业素质于一体的法学素质教育和应用型人才培养的目标，以能力塑造为本位，强调商法知识介绍的全面性、系统性和实务性，旨在培养学生运用商法知识解决实际问题的能力。

2. 体系结构合理，商法基础理论与商法各论实务相得益彰。肇始于商品经济发展实践的商法，是一门实践性法学，理论研究的薄弱使其至今尚未形成完整、系统而深厚的理论基础，影响了商事立法和司法的健康发展以及学生对商法知识的学习和运用。本教材着眼于帮助和引导学生全面、完整、准确地理解商法的本质内涵、法律价值和功能，致力于解决商法教材编写过程中的几个难题：一是教材的内容构成。我们根据通说与实践的需要，以及多数学校单独开设海商法的具体情况，系统地介绍最能反映商法内涵的基本法律制度：商法总论、公司法律制度、票据法律制度、证券法律制度、破产法律制度与保险法律制度。二是商法总论与分论内容的衔接问题。教材法理部分采用历史考察、实证分析、归纳演绎、纵横比较等研究方法，清楚简明，重点突出，深度适中，旨在使学生能较充分地理解商法的内涵、价值与功能，为学习商法各论提供坚实的基础，实现理论性与实务性的高度统一。三是详略问题。商法教材如果过于简练，则如教学大纲一样会给人一种没有讲清楚的感觉；如果太详细，则各个部分加起来就显得过于厚重。我们采取了一种折中的方式，即各部分以阐述清楚为重，不应

当是专著性质的。

3. 内容创新, 时效性强。在各类法律当中, 变化最快的当数商事诸法, 因此, 如何保持教材的时效性和相对稳定性是商法教材建设的一个难题。为此, 本教材力图在现有同类教材的基础上, 注重知识性、理论性和实践性的统一。一方面, 特别注意吸收当前的最新立法、国内外商法学教育与研究的最新成果, 兼顾司法考试对教学、教材的导向影响。另一方面, 运用法学基本原理, 对商法的基础知识、基本理论和基本概念予以诠释, 寻求晦涩法律条文中的立法思想和法律精神, 分析现行立法利弊, 并对正在或即将进行的立法动向作出说明, 意在引导学生学会了解、关注商法领域的立法动向, 突出其应用性、实务性、时效性强的特点。

4. 教材配套体例完整, 实用性强。在体例上, 每一章中均配套有: 教学目的与要求, 用以介绍本章的主要内容及重点和难点; 参考文献, 用以介绍涉及本章内容的主要参考书目; 思考题和案例分析题, 便于课后练习和复习。这样安排的目的, 是为了使读者对每一章的重点难点、主要内容以及相关知识有一个比较全面的了解和把握, 并能根据教材所提供的线索进行深入的思考和研究, 实现由单一的能力训练到综合运用的商事法律能力的培养。

本书系广东警官学院首批“十一五”规划教材, 可作为普通高等院校法学本科学生及相关专业的通用教材, 也可供法律专业人员参考和社会读者使用。中国的商法学研究仍处于起步阶段, 基础理论研究尚显薄弱, 而现实商事关系的变化与发展又在理论上提出了许多新的问题。因此, 商法学的完善与丰富还有待于理论研究的不断深化。本教材的编写仅仅是我们在这条探索道路上迈出的一小步。

本书共分六章: 第一章 商法总论; 第二章 公司法律制度; 第三章 破产法律制度; 第四章 票据法律制度; 第五章 证券法律制度; 第六章 保险法律制度。谭玲担任主编, 负责全书修订、统稿和定稿。范湘凌担任副主编, 各章具体分工如下(按撰写章节顺序排列):

谭玲: 撰写第一章第一节; 第四章第一节、第二节、第三节; 第六章第一节。

胡丹纓: 撰写第一章第二节、第三节、第四节。

何国强: 撰写第二章第一节; 第四章第五节。

易军: 撰写第二章第二节、第三节、第四节、第五节。

何晓平: 撰写第三章。

谭彬: 撰写第四章第四节。

范湘凌: 撰写第五章; 第六章第五节。

罗熙: 撰写第六章第二节、第三节、第四节。

谭玲

2008年2月28日于广州

目 录

第一章 商法总论	1
【教学目的与要求】	1
第一节 商法概述	1
一、商法的概念	1
二、商法的基本原则	3
三、商法的历史发展与商事立法	4
第二节 商主体	8
一、商主体概述	9
二、商法人	13
三、商合伙	15
四、商个人	24
五、商中间人与商辅助人	28
第三节 商行为	31
一、商行为概述	31
二、一般商行为	34
三、特殊商行为	37
第四节 商事监管	40
一、商事登记	40
二、商业名称	45
三、商事账簿	49
【参考文献】	52
【思考题】	52
【案例分析题】	52
第二章 公司法律制度	54
【教学目的与要求】	54
第一节 公司法律制度概述	54
一、公司概况	54
二、公司法概述	58
三、公司的设立制度	60
四、公司的资本制度	62

五、外国公司的分支机构	64
第二节 有限责任公司	66
一、有限责任公司的概念和特征	66
二、有限责任公司设立的条件和程序	67
三、有限责任公司的组织机构	71
四、一人有限责任公司	75
五、国有独资公司	78
第三节 股份有限公司	80
一、股份有限公司的概念和特征	80
二、股份有限公司设立的条件和程序	82
三、股份有限公司的组织机构	85
四、上市公司	89
第四节 公司的财务会计	92
一、公司的财务会计制度	92
二、公积金制度	94
三、公司的盈余分配	96
第五节 公司的变更与解散	98
一、公司的合并、分立	98
二、公司资本的增加与减少	100
三、公司解散与清算	101
【参考文献】	106
【思考题】	106
【案例分析题】	107
第三章 破产法律制度	108
【教学目的与要求】	108
第一节 破产法律制度概述	108
一、破产的概念和特征	108
二、破产法的制定和作用	109
第二节 破产申请与受理	111
一、破产能力	111
二、破产原因	112
三、破产案件的管辖	113
四、破产的申请	113
五、破产案件的受理	114
六、破产开始的效力	115
第三节 管理人	116
一、管理人的概念	116

二、管理人的法律地位	116
三、管理人的选任制度	118
四、管理人的权责	120
五、管理人的监督机制	120
第四节 债权人会议	121
一、债权人会议的概念和性质	121
二、债权人会议的组成及职权	122
三、债权人会议的召集与决议	123
四、债权人委员会	124
第五节 破产制度	124
一、破产制度概述	124
二、重整	124
三、和解	130
第六节 破产宣告和破产清算	132
一、破产宣告	132
二、破产财产	133
三、破产债权	136
四、破产费用和共益债务	138
五、破产财产的变价和分配	138
六、破产程序的终结	139
七、法律责任	140
【参考文献】	141
【思考题】	141
【案例分析题】	141
第四章 票据法律制度	142
【教学目的与要求】	142
第一节 票据法律制度概述	142
一、票据的概念和特征	142
二、票据的种类及功能	143
三、票据法的概念和特点	144
第二节 票据法律关系	145
一、票据法律关系的概念和种类	145
二、票据关系当事人	147
三、票据权利与票据责任	148
四、票据行为	150
五、票据的记载事项	151
六、票据代理、伪造、变造、涂销、更改和丧失	152

第三节 汇票	157
一、汇票的种类	157
二、出票	158
三、背书	160
四、承兑	162
五、保证	164
六、付款	166
七、追索权	167
第四节 本票和支票	168
一、本票	168
二、支票	170
第五节 涉外票据的法律适用	173
一、涉外票据概述	173
二、涉外票据法律适用的基本原则	174
三、涉外票据法律适用的具体规则	175
【参考文献】	177
【思考题】	177
【案例分析题】	177
第五章 证券法律制度	179
【教学目的与要求】	179
第一节 证券法律制度概述	179
一、证券的概念和特征	179
二、证券的种类	180
三、证券市场	185
四、证券法	187
第二节 证券监督管理体制	191
一、证券监督管理体制概述	191
二、我国证券监督管理体制	192
三、证券监督管理机构	192
第三节 证券市场主体	193
一、证券交易所	193
二、证券公司	195
三、证券登记结算机构	199
四、证券服务机构	200
五、证券业协会	200
第四节 证券发行制度	201
一、证券发行概述	201

二、证券发行的方式	201
三、证券发行的种类	203
四、证券发行审核制度	204
五、证券发行保荐制度	206
六、证券发行信息强制公开制度	208
七、证券承销	208
第五节 证券上市和交易制度	209
一、证券上市	209
二、上市公司持续信息披露制度	211
三、证券交易	212
四、上市公司收购	214
第六节 禁止的证券交易行为	218
一、内幕交易	218
二、操纵市场	219
三、欺诈客户	220
四、虚假陈述	220
【参考文献】	220
【思考题】	221
【案例分析题】	221
第六章 保险法律制度	222
【教学目的与要求】	222
第一节 保险法律制度概述	222
一、保险的概念和特征	222
二、保险的种类	223
三、保险法的概念、体系和基本原则	224
第二节 保险合同	227
一、保险合同概述	227
二、保险合同的主体	228
三、保险合同的订立	230
四、保险合同的履行	233
五、保险合同的变更、解除和终止	235
第三节 财产保险	236
一、财产保险概述	236
二、财产保险的主要险种	241
第四节 人身保险	253
一、人身保险概述	253
二、人身保险的主要险种	256

101	第五节 保险业及其监督管理	259
102	一、保险业监督管理的基本理论	259
104	二、保险公司的监管	261
106	三、保险中介的监管	266
108	【参考文献】	271
108	【思考题】	272
109	【案例分析题】	272
209
211
212
214
218
218
219
220
220
220
221
221
222
222
222
223
224
227
227
228
230
231
232
236
238
241
223
223
229
229
229

第一章 商法总论

【教学目的与要求】 本章概括讲授商法的基本原理。通过本章的学习，应当了解商法概念和特征；商法的基本原则；商法产生的历史背景、发展历程和立法模式。掌握商主体的含义和基本类型；商行为的概念以及商事监管的基本内涵。其中，商法的概念、立法模式、商主体、商行为，是本章的重点；商法产生的历史背景、商事立法模式的选择，是本章的难点。

第一节 商法概述

一、商法的概念

(一) “商”的概念

“商”，是一个具有多种含义的用语。一是贩卖货物，如经商；也指从事商业的人，如商贾。《周礼·天官·太宰》：“六曰商贾，阜通货贿。”郑玄注：“行曰商，处曰贾。”^① 二是商量。《后汉书·宦者传论》：“成败之来，先史商之久矣。”李贤注：“商为商略也。”^② 三是漏刻，指古代漏壶中箭上所刻的度数。《仪礼·士昏礼》贾公彦疏：“郑目录云：‘日入三商为昏。’……商，谓商量，是漏刻之名。”^③

(二) 商法的概念

由于人们所处位置的不同，对商法的界定也有所差异。处在权利主体的角度对商法进行界定，商法被定义为“对商人的身份和商人的地位进行调整的法律”，这即是所谓主观意义上的商法。处在法律行为的角度对商法进行界定，商法被定义为“对商行为进行调整的法律”，这即是客观意义上的商法。我们认为，主观意义上的商法强调商人的身份和地位，忽视了商行为的作用；客观意义上的商法强调商行为，忽视了商人的作用，这种完全将商人和商行为割裂开来的做法都是不全面的。

因此，我们将商法界定为：商法是指调整商主体在商行为中所形成的商事关系的法律规范的总称。这一界定体现出来的商法区别于其他法律部门的特征，主要体现在以下几个方面：

1. 商法调整行为具有营利性，需服务于商人的营利目的。商法是以调整商人和商行为为基本内容的法律规范，商人是以营利为目的的人，商行为是以营利为目的的法律行为，所以，营利性是商事活动的主要特性。所谓营利性，是指商事主体通过经营性活动而获取经济利益的特性，而营利性行为则是以出资经营某项事业为手段、以获

① 辞海编辑委员会编：《辞海》（1989年缩印本），上海辞书出版社1997年4月第4次印刷，第407页。

② 辞海编辑委员会编：《辞海》（1989年缩印本），上海辞书出版社1997年4月第4次印刷，第406页。

③ 辞海编辑委员会编：《辞海》（1989年缩印本），上海辞书出版社1997年4月第4次印刷，第406页。

取利润和资产增值为目的的行为。基于此,商法中关于商主体的设立、变更和终止,商事登记、商业名称、商事账簿的设置和监管,均以营利性特征作为出发点。同时,商行为中关于买卖、代理、仓储、票据、证券、保险、海商等规则的确立,亦带有明显的营利性特征。

2. 商法具有较强的技术性和易变性,属于非伦理性规范。法律规定的方式大致有道义性规范和技术性规范两类。道义性规范作为伦理性条款,是人们无需专业训练而仅依据道德伦理观即可得出结论的条款;技术性规范作为非伦理性条款,是人们在反复的实践中积累起来的、需要专业训练才可操作的条款。商法是一个实践性极强的法律部门,它是在商事实践与商事惯例发展演变的基础上逐步形成的一种专门法律。为了保证商事行为的便捷、公平与安全,技术性条款的确立是十分必要的。例如,票据法中为了票据使用的安全,确保票据的流通与票据的付款,设计出汇票的承兑必须记载在汇票的正面,背书必须记载在汇票的反面等技术性规范,这与民法中偏重于道义性规范和伦理性立法的特点有很大的区别。同时,由于商法规范本身必须及时反映现实商事交易活动的需求,而商事交易活动的内容和形式又都是在不断的发展变化的,因而,商法与一般法律部门相比,其修改更为频繁。

3. 商法属于私法,但具有一定的公法色彩。公法与私法的划分,源自古罗马法学家乌尔比安,并一直为大陆法系国家所沿用。一般来说,规定公权利义务关系的法律为公法,规定私权利义务关系的法律为私法。在传统的法律分类理论中,商法是私法体系中的重要组成部分。换句话说,商法作为调整商事关系的法律,从根本上讲属于私法范畴,它强调“个人本位”、“权利本位”和“私法自治”。但是,随着商事关系的复杂化,商事关系中隐含的投机性越来越大,传统商人自治的私法机制受到了极大的挑战,现实要求将国家公权引入商事关系以弥补私法自治的不足。例如,公司法中加强公司登记制度,保险法中加强对保险业的监管,票据法中强化对票据欺诈行为的惩罚制度等。^① 这样一来,商法的公法色彩逐渐增强。可以说,在商法的规范体系中,私法规范是核心,但同时又包含大量的公法性条款,即国家通过立法形式干预商事交易活动的规范。

4. 商法属于国内法,但具有较强的国际性。商法最初起源于商事交易习惯,虽然它是一国立法机构基于本国主权、立足于本国实际情况制定,并在本国领土内生效的法律,但商事交易本身是一种跨国界的活动。因此,在人类社会的早期,商法主要是一种跨国商事交易习惯和惯例,这种状况一直延续到中世纪。西方社会进入资本主义阶段之后,贸易在各国经济生活中的地位日益提高,国家开始重视对贸易的管制,纷纷制定本国商法。自此,商法开始成为一种典型的国内法,但这一结果在很大程度上妨碍了世界贸易的发展。由于资本流通的广泛性和国际间交往的频繁性,20世纪以来,贸易全球化趋势愈益加强,商法的国际化呼声日益高涨并最终导致两种倾向:一

^① 王小能、郭瑜:《商法独立性初探——从票据法和海商法的角度》,载于《中外法学》2002年第5期,第571~583页。

是国际商事立法得到加强,制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例;二是各国不断修改本国商法规则,使其彼此之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。正因为如此,商法比其他法律部门更具有国际性。^①

二、商法的基本原则

商法的基本原则,是商法的基本精神和指导思想,是商法本质和特征的集中体现,也是调整商事法律关系必须遵守的基本准则。

(一) 商主体法定原则

现代各国一般都制定有大量的强行性法规对商主体的资格予以严格控制,形成了商主体严格法定原则。商主体法定原则,又称为市场准入严格法定原则,是传统商事交易行为之自由主义向现代商事活动之国家干预转变的结果,是现代商事管理制度的核心,是商事登记制度的基础。商主体法定,包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定。

商主体类型法定,是指可以进行经营活动的商主体在组织形式上由法律明确设定,当事人不得创设法定类型之外的商主体形式。商主体内容法定,是指可以进行经营活动的商主体的财产关系和组织关系由法律明确规定,当事人不得创设非规范性的财产关系和组织关系。商主体公示法定,是指商主体之成立必须按照法定程序予以公示,以使交易第三人知晓,否则不得对抗善意第三人。

(二) 维护公平交易原则

公平交易原则,是指商主体应本着公平的观念从事商行为,正当行使权利和履行义务,在商事交易中兼顾他人利益和社会公共利益。具体体现在两个方面:一是平等互利。各商事交易主体法律地位平等,该平等是实现交易公平的必要前提,是现代商品经济客观规律的反映;各商事主体在商事交易活动中应有利可图,互为利益,互利是平等的必然要求。二是诚实信用。诚实信用即商事交易主体在从事商行为时应讲诚实、守信用,以善意的方式交易和全面履行义务,只有这样,才能维护交易公平。

(三) 促使交易简便迅捷原则

商事交易之目标,在于充分利用现有资源以追求最大的经济效益。而资金与商品的流转频率与其所获得的效益成正比。因此,在同一时间内,交易次数越频繁,所获利益越高,利润就越丰厚。商品流转的规律,客观上要求法律应当允许采用定型化交易规则、短期时效规则等,以充分保证商品交易之简便迅捷。

定型化交易规则包括交易方式的定型化和交易客体的定型化。交易方式的定型化,是指商法将交易方式预先规定为若干类型,使任何商事主体无论何时交易,都可以获得同样的效果。交易客体的定型化,是指商法对交易客体的商品化与证券化。所谓短期时效,即规定交易行为所生请求权的时效期间较短,从速确定其行为效力的立法规定。商法为谋求交易的迅捷,促使当事人迅速行使权利,对于各类商事请求权,如票据请求权、货物买卖中的瑕疵责任等,普遍采取不同于民法上时效期间的短期时效。

^① [英] 施米托夫著:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

例如,《票据法》第17条规定:“票据权利在下列期限内不行使而消灭:(1)持票人对票据的出票人和承兑人的权利,自票据到期日起2年。见票即付的汇票、本票,自出票日起2年;(2)持票人对支票出票人的权利,自出票日起6个月;(3)持票人对前手的追索权,自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月;(4)持票人对前手的再追索权,自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月。票据的出票日、到期日由票据当事人依法确定。”

(四) 鼓励交易、维护交易安全原则

商法是自由经济的产物,虽然现代商法具有很强的公法色彩,加强了国家对商事活动的干预,但这种干预的根本目的不是限制交易、妨碍交易,而是通过建立良好的交易秩序保障交易、促成交易。商法在鼓励交易的基础上,应当维护交易安全,即必须充分保障商事交易活动中交易各方对其行为内容的充分确定和安全。具体表现在:一是在商事交易活动中,交易各方负有充分提示交易内容、将交易活动的进展和变更情况及时通知的义务,以使相对人或第三人完全、及时地知晓交易实情。二是通过法律的积极干预以确保交易的安全,例如在票据法和票据国际规则中,确定了票据出票人应无条件委托他人或约定自己付款;票据的背书人在背书转让票据时,不得附条件等。

三、商法的历史发展和商事立法

(一) 商法的发展历程

世界范围内的商事立法运动,肇始于18世纪初,但这并非说古代社会没有贸易和调整贸易活动的法律,而是因为古代社会中诸法合体,仅有涉及商事活动的一些具体规范,还没有形成一个与一般私法相区别的、调整商人或者商行为这类特定对象的、相对独立和完整的规范体系。“在西方历史上,商法并不是由一个民族一朝一夕创造出来的,而是在古埃及、巴比伦、亚述、希伯来等众多民族相互吸收、相互继承和彼此促进的基础上,经过数千年的漫长历程,从无到有,从零星星到多种形态的雏形,从单一的规则到普遍认同的技术规范,最终形成了一定的法律规定。”^①因此,在古代社会,即使在罗马法高度发达的时代,也未能形成现代意义上的商法。

近代商法起源于欧洲中世纪地中海沿岸的商业城市和海上贸易。在11世纪之后,伴随着农业的发展,商品贸易在欧洲逐渐繁荣起来,它一方面推动了商业城市的建立,另一方面也推动了海上贸易的发达。与此同时,调整商业活动的成文法和习惯法亦相继出现。在此过程中发展起来的商法,其法律渊源主要有城市法、商人同业行会自治规则、商事和海事判例、地区和跨地区的商人习惯法以及国王、领主、教会颁布的单行法规。^②15世纪之后,伴随着中世纪后期资本主义经济的兴起和商品贸易的繁荣,以及以宗教为核心的封建割据势力的衰落和统一的民族国家的逐步形成,原先分散于自治城邦和商业团体的立法权逐渐归集于中央集权的统一国家,与此同时,原先割据

① 何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年8月版,第1~2页。

② 范健主编:《商法》(第二版),高等教育出版社、北京大学出版社2002年8月第2版,第21~22页。

的经济和分散的立法,严重妨碍了商品贸易的发展和全国统一市场的建立,贸易的发达迫切需要在一国之内实现商法的统一。正是这种政治和经济的双重历史条件,有力地推动了商事成文法的制定。这一时期,在地中海沿岸各国和欧洲一些内陆国家,如意大利、法国、德国、西班牙、荷兰及斯堪的纳维亚各国都先后制定了成文商法。其中,在立法上对后来产生较大影响的主要是法国和德国。16世纪和17世纪,在欧洲爆发了商业革命,各封建国家实行重商主义政策,导致了资本主义生产方式的形成。资本主义生产方式的形成,扩大了资本活动的范围,降低了商人资本的重要性。适应资本活动范围扩大的要求,商法调整范围也随之扩大。^①从19世纪初到第一次世界大战期间,是近现代商事法的形成与发展时期,也是商法在体系上建立和完成的时期。这一时期,创造了世界三大商法法系,即法国商法法系、德国商法法系、英美商法法系。这种商法体系上的分流至今影响犹在。

(二) 商事立法

从世界范围看,商事立法模式主要包括民商分立模式、民商合一模式、示范性质的统一商法典模式和单行商事法模式。

1. 民商分立模式。采用民商分立模式的国家,将民事与商事相互区分并分别立法,民事由民法典规范,商事由商法典规范,且认为商法是其法律体系中的一个独立的法律部门。民商分立模式又称为形式意义上的商法,即在民法典之外均制定有以“商法”命名的商法典,其内容主要涉及商主体、商行为之界定、创设等商法的一般规则以及商事公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。采用这种模式的国家主要有法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、埃及、巴西、智利、阿根廷等40多个国家。^②由于各国法典编纂的原则不同,采用民商分立的国家又存在三种具体的立法模式:

(1) 商行为法模式,又称为客观主义模式或者法国商法体系,是指以商行为为中心的客观主义原则作为立法基础而构造的商法模式。商行为法模式以法国商法为核心,以行为主义和客观主义为法系的重要特征和商事法规的立法基础。

按照客观主义原则,只要其行为属于商行为,那么他就是商人,其活动应适用商法。这一原则的确立受到法国大革命的影响,力图在观念上废除封建特权的同时,废除商人在立法上的特权。1807年颁布的《法国商法典》是在拿破仑主持下制定的,开创了大陆法系国家民商法分立之先河。商法典的第一、二、四编于1807年9月在议会通过,同月公布,第三编于1838年5月28日通过,同年6月公布。该法典在法国大革命关于革除阶级、主张人权平等思想的影响下,摒弃了中世纪以来商法只适用于

^① 资本主义时期,商法所认定的商行为的范围,除了一定意义上理解为沟通生产和消费渠道的“买卖商”或称“固有商”(第一种商)外,又发展了“第二种商”,即间接沟通生产和消费渠道的行为,如运送、仓库、居间、行纪、代办商等营业,又称为“辅助商”;“第三种商”即为便利资金融通,或与上述两种商行为有密切关系的行为,如银行、交易所、信托、承揽运送、制造、加工、出版、印刷、摄影等;“第四种商”,即与“第三种商”有关系者,如广告、保险、服务、娱乐等。殷志刚:《商的本质论》,载于《法律科学》2001年第6期,第63~71页。

^② 雷兴虎主编:《商法学教程》,中国政法大学出版社1999年版,第11页。