

第一编 商法绪论

论法绪论部分我们将从日本商法的概念及其演变入手，探讨日本商法的涵义、性质、历史、地位、特征、渊源、适用范围，以及商法学的有关问题。

第一章 商法的概念

一、商法的含义

日本与欧洲的法国和德国一样，是实行民商法分立的国家，在民法典之外有专门的商法典，商法也是在民法之外的独立的法律部门和法律学科。因此，要想探讨日本商法的问题，首先应当弄清楚何谓商法，它有什么特点，其法律地位以及与其他法律部门之间的关系等。

日本法学界通常是从形式意义和实质意义两个层面来理解和表述商法的。形式意义上的商法是被称为商法的法典，亦即商法典。现行日本商法典是明治 32 年（1899 年）的新商法，经数十次修改后沿用至今。由总则、公司、商行为和海商等 4 编 851 条构成。

第 1 编总则，计 7 章。除第 1 章法例规定商法的适用范围外，其余基本上是有有关营业活动的主体商人的规定。例如关于商人的定义、关于商人从事营利活动公示制度的商业登记、商号以及营业转让的规定、关于记载商人财产和营业状况的商业账簿的规定、关于商人营业活动的商业使用人^①和代理商的规定。

在王书江先生等人翻译的《日本商法典》中，沿用日文汉字“商业使用人”的称谓，似受清末《商人通例》的影响。大陆废止“六法全书”后，商法理念逐渐淡薄，人们对此词较为陌生，但台湾仍在沿用。请参见王书江、殷建平译：《日本商法典》第 8 页，（北京）中国法制出版社 2000 年版；史尚宽：《债法各论》，第 416 页，中国政法大学出版社 2000 年版。

第 2 编公司，计 7 章。根据日本商法立法体例的思路，公司是典型的商人，因此作为法典的第 2 编。其中，第 1 章总则规定公司的概念、种类以及若干基本规则，第 2~4 章分别规定无限公司、两合公司和股份公司，第 6 章规定的是外国公司，第 7 章是罚则，相当于我国公司法中的法律责任。原来第 5 章股份两合公司的规定已经全部删除。商法典中本编尤其是关于股份公司的条文最多、最复杂，具体表现有三：一是删除股份两合公司的内容后章和条目的序号仍予保留；二是历次修改新增加的条文，用节或者条的 2、3、4 的序号表示；三是另有商法典之外的许多特别法和行政规章。因此，日本商法典实际上远不止最后一条所标示的 851 条。

第 3 编商行为，计 10 章。其中，第 1 章为商行为的概念和适用通则，其后是关于商人最典型的营业行为商事买卖，以及其他若干种商事交易的辅助营业行为如行纪营业、居间（中介）营业、运输代理营业、运输营业、仓储营业、保险等的规定。此外，还规定了隐名合伙和交互计算。两者历史悠久，迄今仍然在商界发挥重要作用。其法律基础虽然是民法，但应用于商人的营业行为时，包含着日本古代所没有的、对民法规则进行修改变更的内容。

第 4 编海商，计 7 章。海商也是一种商行为，在法典的体例上，与第 3 编商行为构成一般和特殊的关系。其中，第 1 章规定的是船舶以及经营海运企业的船舶所有人，第 3 章为典型的在海上利用船舶从事的商行为——海上运输，包括货物运输和旅客运输。其余是和海上运输相关的船员、海损、海难救助、海上保险以及船舶债权人的规定。日本海运业自古就比较发达，随着海运业规模扩大、技术提高，很早就形成相对完善的立法体系，因此，一百多年以来基本上没有进行根本性的修改。当然，在海商

法方面，日本还加入了许多国际公约，习惯法也起一定的作用。^①

由于立法技术上的原因，日本作为形式意义上商法的商法典，与作为实质意义上的商法体系或者商法部门之间并不一致。前者的体系不完整，内容也不全面。因为商法典的公司部分不包括有限公司的内容，而在现实生活中，自从 1990 年修改商法，将股份公司的最低资本金提高到 1000 万日元以来，大量股份公司变更为有限公司，有限公司的数量在几年之前就已经超过股份公司。根据日本国税厅计划处的调查，1998 年日本的普通法人为 250 万个，其中商法上的公司就有 247 万个，占 98.6%，公司中的股份公司为近 108 万个，有限公司为 136 万余个，而无限公司与两合公司则合计只有 3 万余个。^② 有限公司的法律规则应当属于商法的重要组成部分。但是，众所周知，有限公司制度是在 1892 年德国制定有限公司法之后才创设的。在此之前，日本从明治 14 年（1881 年）开始聘请德国法学家海尔曼·罗斯勒（Hermann Roesler）所起草的 1890 年的旧商法，根本不可能包含有限公司的内容，而 1899 年的新商法因袭了这一传统。为了不打乱商法典的结构和体系，其后的修改也不便将有限公司的内容插入商法典之中，因此，只得在 1938 年单独制定有限公司法。另外，日本根据 1930 年日内瓦汇票本票统一法公约以及 1931 年日内瓦支票统一法公约，分别于 1932 年和 1933 年制定汇票本票

[日]中岛史雄、末永敏和等：《商法讲义（总则·商行为法）》第 4~5 页，（东京）不磨书房 1999 年版 [日]浜田道代：《商法》第 2~4 页（东京）岩波书店 2001 年版。

日本国税厅计划处：《从平成 10 年税务统计所看到的企业法人实况—公司样本调查结果报告（平成 11 年 12 月）》 [日]末永敏和著、金洪玉译：《现代日本公司法》第 299 页，（北京）人民法院出版社 2000 年版。

法以及支票法，原来属于商法典第 4 编的票据法也予废除。^① 汇票本票法以及支票法就成了与商法典独立并存的单行法。

实质意义上的商法是在理论上作为一个统一法律体系来理解和把握的特殊的私法部门。^② 当然，在私法领域，民法是一般法，而商法是民法的特别法，日本商法理论上对此基本上没有什么争议。只是有的学者认为，随着政府对经济生活的干预和影响的扩大以及交易的日趋复杂，与传统法律对经济生活单一的调整方法不同的是，现代法律各个部门之间相互渗透，对经济生活发挥共同的、多重的规范和调节作用。在私法公法化的过程中，传统上属于私法领域的商法也不断融合进某些公法的成分，因此，除了前述有限公司法和票据法等属于私法范畴的商事特别法之外，实质意义上的商法还包含商事习惯法以及某些公法的内容。商事习惯法的内容比较容易理解。商公法主要有商法、公司法中的程序法、行政法乃至刑法的成分。研究商法时不能不同时考虑这些内容，否则，对商法的理解和把握就会不全面，研究也就缺乏系统性。但通常而言，日本商法学者研究的范围，仍主要是私

[日] 田中诚二：《全订商法总则详论》第 24 页（东京）劲草书房 1976 年版。

② [日] 大隅健一郎：《商法总则（新版）》，第 1 页，（东京）有斐阁 1978 年版；[日] 石井照久、鸿常夫：《商法总则》，第 3~4 页，（东京）劲草书房 1975 年版 [日] 石井照久、鸿常夫：《新版商法概说》，第 3~4 页（东京）劲草书房 1975 年版 [日] 今井薰等：《现代商法（I）总则·商行为法（改订版）》，第 1~7 页，（东京）三省堂 1996 年版；[日] 神崎克郎：《商法总则·商行为法通论（新订版）》，第 4~11 页（东京）同文馆 1998 年版；[日] 鸿常夫：《商法总则（新订第 5 版）》，第 1~2 页，（东京）弘文堂 1999 年版；[日] 森本滋：《商法总则讲义（第 2 版）》，第 1 页，（东京）成文堂 1999 年版 [日] 近藤光男：《商法总则·商行为法（第 3 版）》，第 3~4 页（东京）有斐阁 1999 年版；[日] 中岛史雄、末永敏和等：《商法讲义（总则·商行为法）》，第 3~6 页（东京）不磨书房 1999 年版；[日] 田中诚二、堀口亘、川村正幸：《新版商法》，第 1~2 页（东京）千仓书房 2000 年版 [日] 酒卷俊雄、石山卓磨：《商法入门》，第 2 页（东京）信山社 2000 年版。

法意义上的商法。^①对公法与私法的划分基本上还是遵循古罗马法学家的标准，此处不予赘述。

二、商法的调整对象

由于上述商法的涵义尚未揭示商法的本质，因此，要准确地理解究竟什么是实质意义上的商法，有必要探讨商法的调整对象，以便进一步把握日本商法的本质特点。众所周知，大陆法系一般是依据法所调整的社会关系的性质来划分法律部门的，如民法的调整对象是平等主体之间的财产关系和人身关系；刑法的调整对象是刑事关系；行政法的调整对象是行政关系；诉讼法的调整对象是诉讼关系；等等。日本也有这样的划分方法。比如日本著名法学家我妻荣在论及民法与商法的关系时，就认为“民法是有关人们的身份关系和财产关系的法律”；“商法是规范商人之间的交易行为和商业制度例如公司、票据等的法律”。^②日本的商法学者，一般也从调整对象的角度区分商法与其他法律部门的关系。然而，应予指出的是，这里所说的“商法的调整对象”，不仅是指法律关系层面上的调整对象，而且还包括法律规范的主体。

围绕着商法的调整对象，日本曾先后出现过许多学说。而最主要的有两种：一是传统意义或者经济意义上的、固有的商即带有商的色彩的关系；二是企业、企业关系。前者称为商业说或者商业色彩说，由日本著名的商法专家田中耕太郎博士首倡，自大正末年到昭和 15 年之间的二十余年中，风靡日本的商法学界，^③

^① [日]田中诚二：《全订商法总则详论》第 22～23 页（东京）劲草书房 1976 年版；[日]服部荣三：《商法总则（第 2 版）》第 1 页（东京）有斐阁 1983 年版。

^② [日]我妻荣：《民法（第 6 版）》第 1～2 页（东京）劲草书房 1976 年版。

^③ [日]鸿常夫：《商法总则（新订第 5 版）》第 4 页，（东京）弘文堂 1999 年版。

后者称为企业说或者企业法说，是目前日本商法学界的主流观点。

商业色彩说认为，商法是调整和规范私法领域中带有商的色彩的法律。而所谓的“商”是不带个性色彩的、以营利为目的的、专业化的投机买卖活动，也就是狭义的商业即作为生产者和消费者之间的媒介，从事货物交换的营利行为。简言之，是通过低价买进高价卖出以获取差价的行业或者活动。商业色彩说后来得到不断的修正、补充，其主张的商法调整对象实际上并不仅仅局限于固有的商或者狭义的商业，而且也包括狭义商业的辅助活动即辅助商，比如代理业、行纪业、居间（中介）业、仓储业、运输业、保险业、银行业等，当然也包括制造业和加工业，甚至更扩展到同样以营利为目的的所谓的第三种商业，比如租赁业、表演业、出版业、电气供应业等。^①商业色彩说与德国拉斯提格（Lastig）所主张的观点相类似，并非由日本独创。拉氏就认为实质意义上的商法就是有关全部商业活动的法律。商业色彩说对日本商法学理论的发展是有所贡献的，但其本身也存在固有的缺陷。正如前面所提及的那样，法律部门通常是依据法所调整的社会关系性质来划分的，有时辅之以法律关系的主体，而不是依据所谓的色彩进行划分，否则就会因缺乏统一标准而引起混乱。此其一。其二，在商法历史发展的早期，尚且可以用“商业”或者具有“商的色彩”等词汇来概括商法的调整对象，而现代经济生

^① [日]田中耕太郎：《商法总则概论修订版》第7~43页，（东京）有斐阁1938年版；[日]大隅健一郎：《商法总则（新版）》第29~31页，（东京）有斐阁1978年版；[日]神崎克郎：《商法总则·商行为法通论（新订版）》第7~9页（东京）同文馆1998年版；[日]鸿常夫：《商法总则（新订第5版）》第4~5页（东京）弘文堂1999年版；[日]酒卷俊雄、石山卓磨：《商法入门》第2页，（东京）信山社2000年版。

活仍然用“商的色彩”来描述，已经辞不达意。其三，没有从理论上全面把握现实生活关系，由此归纳的商法调整对象缺乏整体性和统一性。另外，企业在现代经济生活中占据异常重要的地位，日本之所以在民法典之外另订商法典，实际上就是因为以个人为主的普通市民生活之外，企业及其活动所引起的社会经济关系存在特殊之处，需要由特殊的法律加以规范。正因为如此，日本早期的商业色彩说逐渐被企业法说所取代。^①

企业法说认为，商法是调整企业关系的法律规范的总和；是针对企业的、调节与企业相关的法律主体之间经济利益关系的法律。对企业的定性，不同学科有所差异，相同学科内也有不同的理解。在日本商法上，一般认为企业是通过进行有计划的、连续性的、长期的交易活动，以实现营利目的的独立的经济、法律单位。既包括个人企业也包括公司企业。这样，构成商法的“商人”和“商行为”两大要素，就可以分别用“企业主体”和“企业活动”替代，问题是怎么看待票据法。因为与我国不同的是，日本同其他西方发达国家一样，不要说是支票，就是汇票与本票，也早已被企业之外的普通居民所广泛利用，因此，企业法说中分成商法不包括票据法的票据法非商法说，以及票据法属于商法一部分的票据法商法说。不过，在历史上票据就是作为方便企业交易的手段发展起来的，现在也主要适用于企业交易，而且，票据法的内容与商法的其他内容具有相同的性质，所以，票据法应当属于商法的范畴。^② 不过，企业法说也起源于欧洲。 1921

[日]田中诚二：《全订商法总则详论》，第10~12页，（东京）劲草书房1976年版 [日]鸿常夫：《商法总则(新订第5版)》，第4~5页，（东京）弘文堂1999年版。

[日]酒卷俊雄、石山卓磨：《商法入门》，第3页，（东京）信山社2000年版 [日]浜田道代：《商法》第4~5页（东京）岩波书店2001年版。

年，瑞士的维兰德（Wieland）、司卡弗（Schaffle）、雷夫曼（Liefmann）等学者最早将经济学上的企业概念移植到商法之中，形成以企业为中心的商法学说，后来被德国、意大利学者加以改造，并逐渐影响日本。当然，日本的商法学界也是博采众长、经过多年的反复讨论、研究、比较、修正后，才形成日本式的企业法说的。^①

按照上述企业法说，实质意义上的商法是调整有关企业的组织和活动关系的法律法规的总和，是一个特殊的法律部门或者法律领域。它所包括的范围，除了商法典之外，还有成文法形式的商事特别法、行政法规、行政规章以及国际条约，非成文法形式的商事习惯法、商事判例法、商事自治法等。这样，它与形式意义上商法的表现形式，所调整、规范的对象均有背离之处。

比如前述有限公司法和票据法就不包括在日本商法典中，但属于实质意义上的商法范畴。当然，也有学者认为有限公司法、汇票本票法和支票法本身就属于形式意义上的商法。另外，日本商法第 501 条所规定的绝对的商行为，不管是否由企业所为，均当然适用商法；与此相反，采取企业形式经营的农、林、水产业等第一产业，以及医生、律师、注册会计师、建筑师、画家、音乐家、税务代理人等自由职业者却不适用商法。而且，企业的概念并不十分明确，商法是企业关系法的理论基础和构架也并不十分坚实。

应当如何解释这些矛盾现象，以廓清理论和立法上的混乱

[日]田中诚二：《全订商法总则详论》，第 3~23 页，（东京）劲草书房 1976 年版；[日]田中诚二、堀口亘、川村正幸：《新版商法》，第 2~5 页，（东京）千仓书房 2000 年版。

呢？有的学者认为，绝对商行为的概念是根据法国大革命后废除等级制度的思想偶然混入商法之中，并一直延续了下来的，就立法理论而言应予摒弃。^① 日本第一产业中的采矿业本来不适用商法，1938年修改商法时将采矿业也视为商人。然而，农、林、水产业则无论实行多大规模的经营，也不属于商法的规范对象，这主要是受农业不同于商业的传统经济学观点的影响，已经不符合农业产业化化的社会现实。因此，日本不少著名的商法学者如西原宽一博士、铃木竹雄博士等，纷纷研究和探讨农业适用商法的必要性。他们主张，农业适用作为一般法的民法还是适用作为有关企业的特别法的商法，应当尽早确定下来。依笔者之见，自给自足的小农不能适用商法，而经营性农业应当归入商法调整的范围。至于自由职业者，当然不属于日本商法第4条中规定的固有的商人。不承认自由职业为营业的原因，是因为不管自由职业者的主观意图如何，其行为都具有客观的、社会的性质，所以国家从社会政策方面考虑，将其确定为非营利性的行业而不适用商法，有一定的道理。不过，医生、律师等自由职业虽然不应以营利为目的，但不能由此简单地推论出所有的自由职业均不营利。在现实社会中，有不少私立的大医院、人数众多的大律师事务所和大会计师事务所等自由职业，就或多或少采取企业的经营方式营运。特别在大城市，“自由职业商业化”的现象日趋显著。对具有企业特点和性质的自由职业，还是适用商法规定为好。而且，所谓自由职业的称谓，原本就不是法学而是社会学上的概念，故不应当作为判别是否可以适用商法的依据。此外，还有很多人批评企业的概念在表达上不够清楚，这种批评确实切中时

^① [日]森本滋：《商法总则讲义（第2版）》第3页，（东京）成文堂1999年版

弊。因为正如前述，企业的概念是从经济学、管理学中借用过来的，没有针对商法的特点加以彻底改造，在商法学上企业的概念究竟如何界定尚无定论，故仍有必要进一步深入研究。^① 不过，撇开上述那些立法中尚未明了，理论上仍在争论的特殊情形，无论从形式意义上还是从实质意义上理解，日本商法都是有独自的理论体系和立法体系的一个法律部门或者法律领域。而且，作为形式意义上商法的商法典，在实质意义上的商法中总是处于中心地位，两者之间具有非常密切的关系。^②

三、商法的历史

日本不是商法的最早发源地。现行的日本商法制度是在明治维新后从欧洲全盘引进的，与明治维新前日本古代的商事制度没有渊源关系，因此，要探究日本商法的历史，需扼要了解欧洲商法的起源和发展轨迹。从现有的考古资料可以得知，早在公元前17、18世纪古巴比伦王国的汉穆拉比法典中，就有关于买卖、运输、寄存以及内河航运的规定；古罗马和我国周朝的法律也包含诸多商事规则。然而，商法作为独立的法律形态出现于历史舞

① [日]石井照久、鸿常夫：《商法总则》第15~18页，（东京）劲草书房1975年版；[日]田中诚二：《全订商法总则详论》第26~27页（东京）劲草书房1976年版；[日]竹内昭夫：《企业法的地位和构成》[日]竹内昭夫、龙田节：《现代企业法讲座（Ⅰ）》第3页，（东京）东京大学出版会1985年版；[日]落合诚一、大塚龙儿、山下友信：《商法（Ⅰ）总则·商行为（第2版）》第8页（东京）有斐阁1993年版；[日]森本滋：《商法总则讲义（第2版）》第3~4页（东京）成文堂1999年版；[日]鸿常夫：《商法总则（新订第5版）》第7~10页（东京）弘文堂1999年版；[日]田中诚二、堀口亘、川村正幸：《新版商法》，第2~5页（东京）千仓书房2000年版。

② [日]中岛史雄、末永敏和等：《商法讲义（总则·商行为法）》第6~7页（东京）不磨书房1999年版。

台，还是公元 9 世纪左右的事。^①

1. 大陆法系的商法

随着欧洲中世纪商业的复兴，地处地中海沿岸尤其是意大利各个商业城市的商业日趋发达，商人们为了摆脱封建势力的束缚，更好地保护自己的利益，就组成“基尔特”等的商人团体，制定适用于商人的自治性规则。与此同时，为了解决商人之间的纠纷，就成立自己的商事法院，它实际上相当于现在的商事仲裁院或者商事仲裁委员会。这样，商人团体拥有自己的立法权、审判权和自治权，从而催生出专门适用于商人的特别法。当然，这种以商人阶级为规范对象的带有浓厚的身份色彩的法律，主要采取自治法和商事习惯法的形式。当今商法上的很多制度，都是从欧洲中世纪的商人法演变而来的，它与起源于古罗马法的民法制度有不少差异。

随着欧洲封建领主势力的衰微，各中央集权国家的纷纷成立，上述那些属于商人团体或者商业城市的经济活动，逐渐演变为各个国家的经济活动，这种变化很快影响到立法。历来属于商人自治法的商法，被不断地施加国家的强制力量，并为国家立法所吸收，最终形成国家法意义上的商法，原来作为商人的法的商法也转化成作为国家的法的商法，属于商人团体的商事法院也转化为国家的法院。最早作为国家立法的成文商法的典型代表，是法国路易十四时代（1638~1715）的商事条例和海事条例，前者制定于 1673 年，后者制定于 1681 年。^②

作为现代商法的代表，法学界公认的是法国 1804 年制定民

^① [日] 大隅健一郎：《商法总则(新版)》第 3 页，（东京）有斐阁 1978 年版；[日] 上柳克郎、北泽正启、鸿常夫：《新版商法总则·商行为法》，第 16 页，（东京）有斐阁 1998 年版

王萍：《日本商法教程》第 3~4 页，上海外语教育出版社 1997 年版。

法典后在 1807 年制定的商法典。该法典由 4 编 648 条构成。第 1 编为通则；第 2 编为海商；第 3 编为破产；第 4 编为商事管辖权。它不仅是世界上第一部正式的商法典，而且还创立了商行为主义的商法体系（亦称商事法主义、客观主义，与商人法主义或者商业法主义、主观主义并称为世界上最重要的两种商法体系）。由于该法典产生于推翻封建制度的法国大革命之后，正如前述，受当时阶级平等思想的影响，其立法的基本出发点，是否定“商法历来属于具有商人身份的人的特有的法律”的传统观念，并进而将商法定性为有关一定的商行为的特别法。法典详细列举了一系列商行为，只要从事这些商行为，不管是不是商人，均适用商法。该法典所反映的先进的平等理念以及完整的商事制度，具有划时代的意义，并对世界各国的商事立法产生重大影响。^①众所周知，现代商法的另一典型代表为德国商法典。1861 年，在法国商法典面世之后大约半个世纪，德国普通商法出台，世称德国旧商法。它是以前法国商法典为蓝本制定的，基本上也采取商行为主义，但与法国商法典包含诉讼法、破产法等诸多公法内容的体系不同，德国旧商法几乎只限于有关私法的规定，开创了制定纯粹私法性质的商法典的先河。同时，该法典还认可以商人概念为基础的附属的商行为，将商法定位为有关商人及其活动的特别法，因此，该法典实际上采取的是折衷主义的立法体系，具有法国商法典所缺乏的许多优点。日本制定商法典时就是将其作为主要参照系的。1897 年德国新商法公布，并于 1900 年与德国民法典同时施行。该法典也分为 4 编，计 905 条。第 1 编为商人的

[日]大隅健一郎：《商法总则（新版）》，第 9 页，（东京）有斐阁 1978 年版；王萍：《日本商法教程》第 3 页，（上海）上海外语教育出版社 1997 年版；[日]上柳克郎、北泽正启、鸿常夫：《新版商法总则·商行为法》第 16~17 页，（东京）有斐阁 1998 年版。

地位；第 2 编为公司与隐名合伙；第 3 编为商行为；第 4 编为海商。和德国旧商法不同的是，德国新商法摒弃商行为主义的立场，而改采有别于中世纪的新的商人法主义，主要是否认所谓的绝对的商行为，将商法定位为仅仅是有关商人营业的特别法。我们现在所称的德国商法典，如未特别注明，一般就指德国新商法。由于德国商法典与法国商法典相距近一百年，又是几乎和德国民法典同时制定、同时施行的，因而更多地反映了发达资本主义经济大规模经营的现实要求，把属于民法的内容尽可能都归入民法典之中，使得商法典的内容更加鲜明地体现不同于民法典的特色，与民法典的关系也得到了较好的协调，称其为迄今为止世界上最先进、最完备的商法典，一点也不为过。除日本外，奥地利、瑞士、瑞典、挪威、丹麦等国的商法典或者商事立法，均受到德国商法典的很大影响。^① 当今世界上三大商法体系，除法国法系和英美法系外，就是德国法系。

另外，法国和德国都有独立于商法典的单行票据法，而且统一于日内瓦票据法公约体系。德国还于 1892 年制定有限公司法、1937 年制定股份公司法；法国也于 1925 年制定有限公司法、1966 年制定商事公司法。还有保险法、海上运输法等，都采取单行法的形式。这样，商法典中相关的规定也渐被废止。^②

2. 英美法系的商法

英美法系的商法也可溯源到欧洲中世纪的商人法，但经历了与大陆法系国家不同的独立的发展过程。

英国是实行判例法的国家，没有法国、德国那样系统的商法

^① [日]大隅健一郎：《商法总则(新版)》，第 9~11 页，(东京)有斐阁 1978 年版；[日]上柳克郎、北泽正启、鸿常夫：《新版商法总则·商行为法》第 16~17 页，(东京)有斐阁 1998 年版。

^② [日]森本滋：《商法总则讲义(第 2 版)》第 21~22 页，(东京)成文堂 1999 年版。

典，也没有大陆法系国家将民法和商法划分为不同法律部门的观念。但是，英国实质意义上的商法非常丰富。由于英国很早就是一个航海大国，海商制度和法律十分发达，因而处理商人之间纠纷的依据，主要是以海事法院为中心发展起来的商事习惯法。而这些习惯法的基本规则，早在 18 世纪就被吸收普通法之中了。另一方面，英国的商法虽然没有采取商法典的形式，但是有很多重要的商事制定法。例如，1882 年汇票本票法、1889 年行纪法、1890 年合伙（实际上相当于日本的无限公司）法、1893 年动产买卖法、1894 年商船法、1906 年海商保险法、1907 年有限责任合伙（实际上相当于日本的两合公司）法、1914 年破产法、1924 年海上货物运输法、1932 年航空运输法、1948 年公司法、1949 年民间航空法等。

英美法系国家的另一代表——美国，在传统上实行英国法，也主要采取判例法的形式，但自脱离英国的殖民统治后，由于美国实行联邦制而非英国式的君主立宪制，故在法律结构上与英国有很大差别。美国法律分为联邦法与州法两大部分，根据美国宪法所确立的准则，立法权原则上由各州行使，而联邦只在例外情况下行使立法权。但联邦的法律又高于州的法律，两者发生抵触时应适用联邦法。在通常情况下，商事立法和司法审判的权力掌握在各个州手中，而各州的商事立法又多少有所差异，并非用简短的语言就能交代清楚。然而，美国自 20 世纪 20 年代以来兴起的成文法运动，已经取得相当大的成就，导致美国联邦层面以及各州成文法的数量急剧增加。另外，为了统一判例法，美国法学会编纂整理民商法方面的判例法，汇编成册，合成《法律重述》、《法院的重述》以及《州与重述》，虽不是法典，没有法律效力，但因为反映了美国一批德高望重的第一流的法学专家的观点，又与判例法侧重理性思维的特点相吻合，所以不仅成为法律院校师

生的必读书籍，而且对法院的审判实践也有重要的参考价值。^①

美国有关商事方面的联邦成文立法，主要有 1887 年州际通商法、1898 年破产法、1890 年谢尔曼反托拉斯法、1914 年克莱顿法和联邦贸易委员会法、1916 年提单法、1936 年海上货物运输法、1933 年证券法以及 1934 年证券交易所法。在统一美国各州的法律制度尤其是商事法律制度方面，美国统一州法委员会、美国法学会和美国法律协会等民间组织起了很大的作用。它们曾先后起草、公布 1896 年流通票据法、1909 年统一提单法和统一股份转让法、1914 年统一合伙法、1916 年统一有限责任合伙法、1926 年统一买卖法等。50 年代更是成功拟定商事公司示范法和美国统一商法典。前者开始由美国法律协会拟定，公布于 1946 年，该协会后来放弃了拟定公司示范法的努力，现在的商事公司示范法是美国法学会重新起草，首次公布于 1953 年的文本；统一商法典则是统一州法委员会和美国法学会共同草拟，在 1952 年公布的。两个示范法很快就被除属于大陆法系的路易斯安那州之外的其他所有州所采纳。而且，每隔若干年经修订后重新公布，都会引起各州法律的相应修改，使得美国的商事法律时时踏准现实生活的脉搏、显现出鲜活的生命力。^② 1994 年，美国法学会又公布了《公司治理原则：分析与建议》，对公司法人治理结构提出了一整套新的方案，其影响力不仅限于美国国内，而且也扩展到其他国家。日本在 2001 年 4 月公布的修改商法等法律的

① 吴建斌：《国际商法新论》第 16～17 页，南京大学出版社 2001 年版。

② [日]大隅健一郎：《商法总则（新版）》，第 16～17 页，（东京）有斐阁 1978 年版；[日]田中诚二：《全订商法总则详论》，第 36 页，（东京）劲草书房 1976 年版；[日]服部荣三：《商法总则（第 2 版）》，第 96～98 页，（东京）有斐阁 1983 年版；[日]鸿常夫：《商法总则（新订第 5 版）》，第 50～51 页，（东京）弘文堂 1999 年版；[日]森本滋：《商法总则讲义（第 2 版）》，第 22 页，（东京）成文堂 1999 年版。