



华章教育

21世纪高等院校专业课系列教材 · 【经济学类】

国际商法

International Commercial Law

徐康平 主编



机械工业出版社
China Machine Press

0996.1
95

D996.1
95

21世纪高等院校专业课系列教材 · 【经济学类】

国际商法

International Commercial Law

徐康平 主编



机械工业出版社
China Machine Press

本书深入探讨了国际商法相关学术理论，既注意理论的系统性，又注重内容的新颖性，力求在基础理论适度的前提下，以提高能力为目的，以强化应用为重点；针对目前一些国际商法著作与实务脱节的情况，参考了大量国内外著名学术专著和教材，介绍了国际商事实务中经常要接触到的国际公约和国际惯例，实现了理论和实践的有机结合，知识和应用的有机统一。

本书适用于经济管理类及相关专业的学生和研究生，也适用于经济、管理工作。

版权所有，侵权必究

本书法律顾问 北京市展达律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/徐康平主编. —北京:机械工业出版社, 2007.1

(21世纪高等院校专业课系列教材·经济学类)

ISBN 978-7-111-20474-9

I. 国… II. 徐… III. 国际商法—高等学校—教材 IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第147962号

机械工业出版社(北京市西城区百万庄大街22号 邮政编码 100037)

责任编辑:程琨 版式设计:刘永青

北京牛山世兴印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行

2007年1月第1版第1次印刷

184mm×260mm·15印张

定价:30.00元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换

本社购书热线:(010) 68326294

投稿热线:(010) 88379007

前言

经济全球化给世界各国带来了千载难逢的发展机遇和前所未有的严峻挑战。西方发达国家自20世纪开始进入了商法时代,中国虽然对外开放比较晚,但不失时机地跳跃着进入了WTO,跟上了世界发展的潮流。但中国在与西方法制国家商人的激烈竞争中,我们常常陷于不利的境地,问题就在于当前国际经济贸易中适用的是西方国家的游戏规则,而我们对此却又知之甚少。要尽快摆脱这种尴尬局面,唯一的办法是认真地研究和掌握国际商事贸易的游戏规则,并将其熟练地应用于国际贸易实务中。

中国法学大多研究工作集中于对传统法学领域的研究,如民法学、刑法学、法理学等,但对国际商法的研究却远远不够,高水平的学术著作更是凤毛麟角。当前国内的《国际商法》教材中,有的教材版本很旧,难以适应当今经济全球化飞速发展的需要;有的介绍的内容浅显,不能满足当今国际商事实务人才处理实际问题的需要。

针对上述问题,在参考和吸收了有关专家学者的最新研究成果的基础上,我们编写了本书。作为一本国际商法方面的专著性的教材,本书注意深入探讨相关学术理论,既注意理论的系统性,又注重内容的新颖性,力求在基础理论适度的前提下,以提高能力为目的,以强化应用为重点;针对目前一些国际商法著作与实务脱节的情况,参考了大量国内外著名学术专著和教材,介绍了国际商事实务中经常要接触到的国际公约和国际惯例,实现了理论和实践的有机结合,知识和应用的有机统一。

因此本书不仅可以作为国际经济与贸易专业和法学专业的本科生、研究生以及已对国际商法有了初步了解的律师、司法人员、商务人员等读者的使用教材,而且可以列入经济和管理类专业学生的必修课或外语、计算机、通信等专业学生的选修课中。

全书由北京工商大学法学院教师编写,徐康平任主编。本书具体编写分工如下:第1章王秉乾;第2章岳树利、徐康平;第3章郝琳琳;第4章陈颖慧、徐康平;第5章张艳;第6章胡朝新;第7章冷荣芝;第8章金秋;第9章侯雪梅;第10章熊英;第11章郝文丽、徐康平。

由于国际商法涉及的领域相当广泛,加之时间仓促,编者的水平有限,本书的疏漏和错误在所难免,敬请读者批评、指正。

目 录

前言

第1章 国际商法概论

- 1.1 国际商法的概念和渊源1
- 1.2 国际商法的历史沿革3
- 1.3 国际商法的特点和原则5
- 1.4 西方两大法系概述7
- 1.5 国际商法与中国商事法律制度16

第2章 国际商事组织法

- 2.1 国际商事组织概述19
- 2.2 合伙企业法20
- 2.3 公司法25
- 2.4 中国商事组织法37

第3章 国际商事合同法

- 3.1 国际商事合同概述44
- 3.2 国际商事合同的成立46
- 3.3 国际商事合同的效力49
- 3.4 国际商事合同的内容与国际商事合同的履行52
- 3.5 国际商事合同的不履行与救济方法55
- 3.6 中国合同法律制度59

第4章 国际货物买卖法

4.1 国际货物买卖法概述	69
4.2 国际货物买卖合同的成立	73
4.3 国际货物买卖中当事人的权利义务	76
4.4 货物所有权和风险的转移	81
4.5 当事人违反合同的补救方法	83

第5章 国际商事代理法

5.1 国际代理与国际代理法	87
5.2 《国际货物销售代理公约》	88
5.3 国际代理的法律适用	90
5.4 中国涉外代理的实践与立法	94
5.5 外贸代理	95

第6章 国际货物运输法

6.1 国际货物运输概述	99
6.2 海上货物运输	103
6.3 其他国际货物运输方式	108
6.4 中国货物运输法律制度	114

第7章 国际商事支付法

7.1 国际商事支付法概述	117
7.2 国际商事支付工具	122
7.3 国际商事支付方式	127
7.4 中国的支付制度	138

第8章 国际货物运输保险法

8.1 国际货物运输保险法概述	143
8.2 国际货物运输保险合同	149
8.3 海上货物运输保险法	152
8.4 其他方式国际货物运输保险	158
8.5 中国货物运输保险法律制度	160

第9章 国际产品责任法

9.1 产品责任与产品责任法	170
9.2 美国的产品责任法	173
9.3 欧洲国家的产品责任法	177
9.4 产品责任的统一国际立法	179
9.5 中国的产品责任法	182

第10章 国际知识产权保护与国际商事

10.1 国际知识产权保护制度概述	186
10.2 国际知识产权保护对国际商事的影响	198
10.3 中国知识产权保护及其对国际商事的影响	200

第11章 国际商事仲裁制度

11.1 国际商事仲裁概述	210
11.2 国际商事仲裁机构	218
11.3 国际商事仲裁裁决的承认与执行	221
11.4 中国国际商事仲裁制度	224

参考文献	231
------------	-----

第 1 章

国际商法概论

1.1 国际商法的概念和渊源

1.1.1 国际商法的概念

在法律体系中,商法是调整市场经济中商人、商事组织和商事活动的法律规范的总和。商法通过调整平等商事主体之间的商事关系,来规范商事主体及其商事行为,使得商事交易能够在法律的框架下得以安全、高效地实现,从而保护商事主体的合法权益,促进市场经济的发展。

国际商法(international business law)是调整国际商事交易和商事组织的各种法律规范的总和,强调的重点是各国商人(企业)之间从事国际商事活动,尤其是贸易和投资活动方面的法律规范,其调整范围比传统的商法更为广泛^①。这是随着世界范围内经济全球化进程加速而发生的,诸如投资、租赁、融资、服务贸易、电子商务、工程承包等新的领域不断涌现,都需要相应的法律规范。由于这些交易已超出了传统商法的调整范围,因此就需要新的法律规范,调整这些活动的法律也就统称为国际商法。

1.1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源,是指国际商法赖以产生和发展的依据和来源,主要有三种形式:国际(商事)条约、国际(商事)惯例和各国的相关立法。

1. 国际(商事)条约

国际商法的主要渊源之一就是各国缔结的有关国际商业和贸易的条约或公约。根据1969年《维也纳条约法公约》的相关规定,条约对缔约国有约束力,各缔约国必须遵守条约。这是根据“约定

① 沈四宝,王军,焦津洪.国际商法[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2002.

必须遵守”的古老国际法原则而得出的原则。

按照条约缔约国的数量,可以将条约分为双边条约和多边条约。前者的主要类型有:通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税的协定等;后者的主要类型有:《联合国国际货物销售合同公约》、《世界贸易组织协定》等。一般来说,条约只对缔约国有效,对非缔约国没有约束力。但由于商事规则具有的国际性和规律性,因此条约中规定的商事规则往往也得到非缔约国的遵守,特别是一些历史悠久、参加国众多的公约。需要指出的是,上述条约的效力并非都具有强制执行力,在某些情况下,有些国际条约只有得到当事人的选择适用才可以适用于当事人,体现了当事人“意思自治”的私法原则。

按照条约的内容,条约可以分为两种,一种是属于实体法内容的条约,即对国际商事交易双方的实体权利义务做出具体规定的条约,如《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国海上运输公约》、《国际汇票和本票公约》等,一旦这些条约为世界各国所批准和接受,则这方面的实体法就可以在很大程度上得到统一,各国之间在这些领域内的法律冲突也就不复存在;另一种则是冲突法性质的国际条约,即规定如何解决各国法律冲突的规范,例如《国际货物买卖合同适用法律公约》等,一旦这些条约为世界各国批准或接受,则这些领域内的冲突规则就可以得到统一。上述条约和公约都反映了各缔约国对外贸易经济政策的要求,也反映了缔约国的商事主体实现其商事目的的需求,因此是国际商法的主要渊源之一。

2. 国际(商事)惯例

国际惯例是指国际商事交易中形成的对当事人不具有必然约束力但在一定领域内为大家所普遍遵循的规范。国际惯例是国际商法的另一个重要渊源,在性质上并非是国际条约或国内立法,但一旦为当事人选择适用即对该当事人具有类似于法律的约束力,法院或仲裁机构可以据此做出裁决或强制执行。《联合国国际货物买卖合同公约》第9条对国际惯例的解释是:“在国际贸易上已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛周知并为其所经常遵循。”有些国家的法律也规定法院有权按照有关的贸易惯例解释双方当事人的合同。从这个意义上说,虽然国际惯例没有普遍的约束力,在正式性上无法和国际公约的效力相比,但在具体的当事人之间却有像国际公约一样的约束力。过去,国际惯例曾分为成文的惯例和不成文的惯例,现在不成文的惯例已经不多见了,许多重要的国际贸易惯例都已经由一些国际组织编纂成文并得到广泛遵循。

一项习惯从出现到最终成为惯例需要一个漫长的过程,不仅需要各国商事主体有重复的类似行为,也需要各国逐步承认其约束力。这一过程漫长而复杂,代表着商业运作的基本规律和当事人的意愿,因此一般应当予以尊重和遵守。中国《民法通则》因此规定,对于中国法律和中国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。可以说,没有国际惯例作为法律渊源之一,则国际贸易就无法顺利进行,因而国际惯例成为国际商法的主要渊源之一。目前,在国际经济贸易中影响最大的是《2000年国际贸易术语解释通则》(Incoterms 2000)和《跟单信用证统一惯例》(UCP500)。这两套国际贸易惯例已经得到绝大多数国家的承认和遵守,在实践中起着非常重要的作用。

国际条约、国际惯例的关系在不同法律制度中有不同的规定。一般来说,在许多国家,国际条约分为自动生效和非自动生效两种。自动生效的国际条约,一经该国批准即自动产生效力,当事人可直接援引作为法律依据。对于非自动生效的国际条约,即使该国批准也不对其国民产生直接约束力,只有经该国立法机关制定和实施有关法律后,才对其国民具有法律约束力。相比之下,国际惯例具有民间性和非官方性,因此不需要国家立法机关的批准,而为国际商事交易的当事人约定适用,

当事人也可以对其进行修改。

3. 国内立法

由于国际经贸具有多样性和复杂性,仅凭国际公约和惯例仍不足以调整各种关系,因此国内立法也成为国际商法的另一主要渊源。同时,由于国际条约、国际惯例的适用和效力都立足于国内法的规定,众多国内立法也直接调整国际贸易,因此国际商法的研究和学习还必须涉及到国内法。例如,当事人的能力、合同的效力等问题一般都由各国国内法规定,个人和企业从事跨国经贸和商事活动时也经常选择适用某国的国内法。国内法的范围包括实体法、程序法和冲突法,一些发达国家的法律在这方面占有传统优势,因而对其他国家的法律和实践有重大影响。^①

1.2 国际商法的历史沿革

国际商法与商法虽然存在着区别,但二者在历史上却有着紧密的联系,都是随着商品经济的产生和发展而逐渐产生和发展起来的,大致经历了四个发展阶段。

1.2.1 古罗马法阶段

早在罗马法时代,就出现了具有商法性质的法律规范,罗马法在市民法之外发展出了调整罗马公民与非罗马公民之间以及非罗马公民相互之间的贸易和其他关系的万民法。但当时并没有出现专门的商事法,商事性质的法律规范包含在罗马法私法的内容之中。

1.2.2 商人习惯法阶段

11~15世纪,欧洲地中海一带的城市国家之间的国际贸易得到了迅猛发展,当时的封建法律制度已经不能适应商业发展的需要。为了方便并促进商业发展,行会组织中的商人就开始自己组织设置特殊法庭,采用各种商事习惯来解决商事纠纷,逐渐形成了能够适应商事活动的规则,从而逐渐形成了中世纪的商人习惯法(jus mercatorum)。商人习惯法在11世纪出现于威尼斯,后来随着航海贸易的发展逐步扩大到西班牙、法国、德国及英国等地。其内容主要包括货物买卖合同的标准条款、两合公司、海上运输与保险、汇票、破产程序等方面的法律。这种商人习惯法是商人在欧洲各地港口或集市用以调整他们之间的商事交易的法律和商业惯例,它与当时封建王朝的地方性法律相比较具有以下几个特点:(1)具有跨国性和统一性,普遍适用于各国从事商业交易的商人;(2)其解释和运用不是由一般法院的专职法官来掌执,而是由商人自己组织的法院来执掌,其性质类似于现代的国际仲裁或调解;(3)其程序较简易、迅速,不拘泥于固定形式;(4)强调按公平合理的原则来处理案件。总体而言,商人习惯法的程序更为简易、迅速,不拘泥于形式,在处理案件中一般按照公平合理的原则进行。

1.2.3 商法本国化阶段

17世纪以后,随着欧洲各中央集权国家的强大,欧洲各国纷纷采用各种形式把商法纳入本国的国内法,使之成为国内法的一部分,商法丧失了原有的国际性或跨国性。例如,法国在路易十四统治时期,颁布了《商事敕令》和《海商敕令》,成为最早的商事单行立法,为各大陆法国家的商法

① 覃有土. 商法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.

典奠定了基础。拿破仑于1807年颁布的《法国商法典》是近代资本主义国家的第一部商法典,并为荷兰、比利时、希腊、土耳其、西班牙、葡萄牙等国相继效仿。1897年颁布的《德国商法典》对许多国家也有很大影响。

在英美法系国家中,商法的发展与欧洲大陆不同。英美法系的历史上,只有普通法(common law)和衡平法(equity law)之分,并无民商法之分。1756年,著名大法官曼斯菲尔德男爵(Lord Mansfield)将商人习惯法逐步吸收入普通法。但是在英国,商品买卖、公司、票据、保险、海商、破产等方面都制定了单行法规,商法的成文化倾向非常明显。在美国,由全国州法律统一委员会从1896年起陆续公布了大量示范性的法规,包括《统一流通票据法》、《统一买卖法》等。在这些法规的基础上,1952年又公布了《统一商法典》。

1.2.4 现代国际商法及其发展和趋势

在20世纪,特别是60年代以后,商法进入了一个新的发展阶段。随着国际经济贸易的迅速发展,商法的国际性和统一性的价值和意义重新得到确认。商法之所以恢复其国际性和统一性,主要是因为第二次世界大战后世界经济的发展使得各国之间的经贸关系日益密切,经济全球化的趋势日益明显,各国之间的相互依赖程度大大增强。国际经济经贸的发展趋势,在客观上要求建立一套调整国际经济贸易关系的统一的商法,以为国际经济交往提供良好的法律环境。在另一方面,各国在经贸往来中也逐渐形成了一些普遍遵循的贸易惯例和习惯做法,导致各国的贸易做法日趋接近,从而为商法的统一创造了有利条件,同时也为国际商法的发展和独立奠定了基础。

从19世纪末到20世纪初,直接规定国际商事交易关系中当事人权利义务的条约和习惯便应运而生并逐渐发展,国际商法也随之产生。国际商事统一公约首先在知识产权领域产生,具体表现为1883年的《保护工业产权巴黎公约》和1886年的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》。1919年,国际商会成立,其总部位于巴黎,由国际商业组织和企业组成,并在众多国家成立分会,主要从事贸易与银行惯例的编纂和研究工作,这一组织的成立极大地促进了国际商法的发展。各种国际商事交易的大量出现使得运用国际私法的冲突法规则解决纠纷的弊端充分显现,世界市场内对于统一的商事规范的需求变得迫切起来。一方面,各国商人有意识地通过自己的机构来编纂自发形成的惯例使其更加规范化;另一方面,各国政府和国际组织也进行了积极努力来制定统一公约,国际商法的实体法规则终于获得了巨大的发展。以国际商事公约、国际商事惯例、格式合同为渊源的国际商事实体法已形成体系,涵盖了国际商事交易的诸多重要领域。在国际公约方面,国际统一私法协会、国际贸易法委员会和国际海事委员会制定了关于国际代理、国际货物买卖、国际货物运输、国际支付、国际融资租赁的一系列公约。在国际惯例方面,国际商会、国际统一私法协会和其他机构制定了多种国际惯例,涵盖贸易术语、托收、信用证、国际商事合同的一般规则、海上保险条款、国际保理、国际特许经营等领域。而由联合国大会1966年设立的联合国国际贸易法委员会则表明了第二次世界大战后国际社会对国际商法的重视,国际商法的规则得到了进一步的协调和统一。在该委员会的主持下,先后制定并通过了《国际销售货物时效期限公约》、《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国海上运输公约》、《联合国国际贸易法委员会电子商业示范法》等具有重要意义的实体法规则。

进入21世纪以后,可以预见国际商法将迎来更大的发展。第一,国际商法的法律规则将更加“全球化”。国际商法产生的目的就是为了确立一套专门适用于国际商事交易的规则,使其能针对全球范围内的国际商事交易统一适用,以消除因各国民商法之间的巨大差异而给国际商事活动造成的不必要的法律障碍。尽管这项工作的难度很大,使国际公约或惯例在世界范围内得到普遍接受和遵

循也很不容易,但由于经济全球化进程的加快和各国商事主体的迫切要求,各国将会更加认识到国际商法的作用,从而使国际商法的适用范围更加广泛。第二,国际商法的法律规范将更加统一化。尽管国际商法中是以传统民商法的理论和实践研究作为基础,但国际商法的最终目的是在此基础上逐步形成统一化的国际商事法律规范,以利于国际商事活动的进行。因此,国际商法作为独立的法学学科,必将在传统商法和比较商法的基础上进一步发展,国际商事法律规范的统一化最终决定并服务于国际商事活动的发展和经济全球化的进程。第三,国际商法的领域将更加多元化。由于现有的国际商事立法成果并没有覆盖所有的商事法律领域,而且各种新的商事交易问题不断涌现,因此国际商法的领域在未来将更加广泛。例如,电子商务在全球的迅猛发展就迫切需要制定更为全面的全球性法律规范。因此,一个新的、独立的国际商法已经形成,这将是法学中一个非常富有生命力的学科。

1.3 国际商法的特点和原则

1.3.1 国际商法的特点

相比较其他法律部门,国际商法具有自己的特点,从而形成了自己的体系和内容,这一点可以从两个方面来理解。

第一,国际商法有自己的调整对象。国际商法的调整对象是国际商事关系,即国际间平等商事主体之间的财产关系。这一点可以从以下三个方面说明。首先,平等主体包括自然人、法人和非法人企业,财产关系包括商事代理关系、物权关系、知识产权关系和债权关系等,因此婚姻家庭、收养和继承等民事关系不在国际商法所调整的范围之内。国际商法以商事关系作为调整对象,从而决定了国际商法的私法性质,使之区别于国际公法和国内公法。其次,国际商法调整的对象关系具有国际因素,即商事关系的主体、客体或内容至少有一项具有国际因素。从主体来说,如果一方、双方或多方具有不同国籍,或其住所、营业所位于不同国家或地区,则主体具有国际因素。如果主体不具有国际因素,但商事关系所指向的标的位于另一国家或地区或产生、变更或消灭商事关系的法律事实发生在另一国家或地区,也可视为具有国际因素。以具备国际因素的商事关系作为调整对象,决定了国际商法与国内民商法存在的基本区别。最后,尽管国际商法所调整的国际商事关系是一种经济关系,但却不是国际经济管理关系,也就意味着国际经济法与国际商法具有不同的调整对象,因而二者属于不同性质的法律部门。

第二,国际商法的调整方法是直接调整方法。国际私法以国际民商事关系作为调整对象,尽管其与国际商法的调整对象相同,但两类法律规范的调整方法存在不同。国际私法的核心规范是冲突规范,其最基本的作用在于确定国际民商事关系所适用的国内法,冲突规范本身并不直接调整国际民商事关系主体的实体权利和义务。很显然,国际私法是一种特殊规范,它的调整方法是一种间接调整方法。国际商法直接适用于国际商事关系的法律调整,直接规定国际商事主体在国际商事关系中的权利义务,所运用的是一种直接调整方法,这使得国际商法与国际私法区别开来。

1.3.2 国际商法的原则

国际商法的基本原则是指其主旨和基本准则,是对于各类国际商事关系具有普遍适用意义或指导意义,对国际商法规则体系具有统领作用的某些法律规则。具体来说,国际商法的原则包括以下几点。

第一，诚实信用原则。诚实信用是一项道德准则，也是市场经济和国际商事活动中最基本的道德准则。诚信原则是民商法中的一个“帝王条款”，它对于民事活动和商事活动的公平进行具有普遍性的控制作用。诚实信用原则为一切市场和国际商事活动的参加者树立一个“诚实商人”的道德标准。诚实信用原则要求市场经济活动的主体在从事交易时，要恪守信用、以信为本，在不损害他人利益与社会公共利益的前提下追求自身利益。这一原则主要包括如下几个方面：其一，诚信原则是一个强制性的基本原则，国际商事活动的当事人不能通过协议加以排除。其二，诚信原则指导国际商事交易主体的商事活动，指引各交易主体诚实地行使权利、履行义务。其三，诚信原则为法院和仲裁机构的自由裁量提供了空间，法官和仲裁员在自由裁量过程中可以用其来解释和补充法律的不足。其四，诚信原则具有降低交易费用、保证交易安全、平衡交易利益、提高交易效率的多重功能。

第二，当事人意思自治原则。当事人意思自治原则在传统民商法中是基本原则之一，是合同自由的集中体现，因而也是国际商事活动赖以生存和发展的基本原则。在国际商事活动中，意思自治原则主要有如下几个方面的意义：一是意思自治的内容自由，即国际商事交易必须由当事人自由意志彼此达成一致才能生效，交易的方式以及交易相对人的选择等由当事人决定，交易的内容也由当事人自己决定。二是交易主体的自由，即国际商法承认商事主体充分、广泛的自由，商事主体可以通过协议改变法律（管理性法律除外）。三是意思自治的限制，即国际商事主体的经济活动自由不得与各国的国内公共利益相冲突，不得与公序良俗相冲突。

第三，公平原则。公平原则是以利益均衡作为价值判断标准来规范国际商事主体之间利益关系的法律原则。在国际商事活动中，公平原则与其他原则相辅相成。公平原则不仅源于诚实信用原则，而且也是诚实信用原则的宗旨之一。该原则的内容包括四个方面：其一，实现公平交易的前提是国际商事交易主体之间地位平等，平等交易是市场经济和国际商事活动必不可少的规则，离开了这一点，国际商事活动的公正和有序就将化为乌有。其二，交易公平原则是诚实信用原则的衍生内容之一，如《美国统一商法典》对诚实信用原则作具体解释时就将公平交易作为其衡量标准。其三，国际商法的公平性还体现在情势变更原则方面。情势变更原则要求在商事法律关系存续期间，如发生特殊情况使对方当事人的利益严重失衡时，处于优越地位的一方不得利用对自己有利的客观情况强迫对方，而应当通过对商事法律关系的内容进行调整，以求得双方利益的重新均衡。其四，法院和仲裁机构在审理国际商事纠纷中行使自由裁量权时，公平原则是案件审理的根本准则之一，对于审理案件具有非常重要的指导和补充作用。

第四，交易便捷原则。国际商事交易以营利为目的，为实现营利目的，必须重视效率。因为只有交易便捷，国际商事活动的主体才能通过提高效率、降低成本而达到营利目的。由此，国际商法也将交易便捷作为其基本原则之一。例如，国际商事交易中的时效规定比一般国内法的时效要短，以缩短交易行为产生的债权时效期间，从而使交易便捷。例如，对票据的请求权多适用6个月、4个月甚至2个月的短期消灭时效；海商法对于船舶债权人的先取特权多适用1年以内的短期消灭时效；保险法对于保险金的请求权也适用短于民事时效的短期时效。

第五，承认国际商事习惯和惯例原则。在国际商法领域，商人习惯已经成为其重要的法律渊源之一，国际商事习惯和惯例受到各国普遍的尊重。因此，在总结国际商事交易和实践经验的基础上，给予惯例和习惯做法一定的法律效力，有利于国际商事交易的达成与履行。在很大程度上，国际商事惯例在世界范围内已经普及，具有很高的权威性，对国际商法的统一具有很重要的意义。

1.4 西方两大法系概述

国家与法律是阶级社会的产物,是人类社会发展到一定阶段,由于劳动分工、私有财产的出现、阶级的产生、阶级矛盾不可调和的结果而产生的。^①法律是统治阶级意志的表现,属于上层建筑的范畴,它由经济基础决定,并服务于经济基础。在人类历史上,在原始公社解体以后,曾经出现过四种生产方式,即奴隶制、封建制、资本主义和社会主义的生产方式。与此相适应,在人类社会发展的过程中也存在过四种不同历史类型的法律,即奴隶制的法律、封建制的法律、资本主义的法律和社会主义的法律。奴隶制的法律是人类社会最早出现的一种剥削阶级类型的法律,它是奴隶主阶级意志的表现,是实现奴隶主阶级专政的工具。在古代奴隶制各国的法律中,罗马法占有重要的地位,它对于后世剥削阶级的法律具有深远的影响。历代封建制国家和资产阶级国家的法律,特别是其中的民法和商法,都从罗马法中接受了不少的东西,有的直接渊源于罗马法,有的受罗马法的间接影响。但是,不同的国家也在自己历史的法律演变过程中发展出了自己的特点,因而出现了不同的法系。这里的法系是法学中经常使用的一个概念,主要是指具有某种历史共性或共同历史传统的法律的总称,即根据这种共性或历史传统来划分法的类别,凡属于具有某种共性或传统的法律就构成一个法系。目前,世界范围内对现代法律影响最大的法系是大陆法系和英美法系。

1.4.1 大陆法系概述^②

1. 大陆法系的概念

大陆法系又称罗马法系、成文法系、民法法系或罗马-日尔曼法系,一般是指以罗马法为基础形成和发展起来的一个完整的法律体系的总称,其历史渊源包括罗马法、日尔曼法和教会法等。大陆法系是欧洲国家中历史悠久、分布广泛、影响深远的法系,以欧洲大陆的法国和德国为代表,并在许多其他国家得到移植和采用,从而逐渐发展为世界性的法律体系。在大陆法系内部,各个国家和地区的法律制度的情况不尽相同,大体上有两个分支——以法国民法典为代表的法国法(又称拉丁法系)和以德国民法典为代表的德国法(又称日尔曼法系)。

2. 大陆法系的形成

在罗马的全盛时期,罗马统治者以武力扩大其版图,强行适用罗马法,被征服地区的居民也因罗马法的发达和完备而自愿采用罗马法,使罗马法成为“商品生产者社会的第一个世界性法律”。在日耳曼人入侵罗马后,日尔曼法保留了罗马法的很多规则,二者之间逐渐融合。在12世纪后,罗马法复兴运动率先在意大利兴起,罗马法由于其原有的优势和社会实际需要相结合,逐渐成为西欧大陆国家具有权威的法律规范。经过改造和发展的罗马法逐渐为欧洲大陆各国家所采纳、吸收,从而具有了共同的特征和法律传统,奠定了大陆法系的基础。

随着资产阶级革命取得胜利,西欧许多国家的资本主义制度得以全面确立和巩固,大陆法比较好地适应了资本主义经济、政治、文化的发展以及国家之间的交往,因而这些国家的法律制度之间的联系和共同特征进一步增强。首先在法国,在古典自然法学和理性主义思潮的指导下以及罗马法的直接影响下,开创了具有完整法律体系的成文法模式,其制定的法典因此成为欧洲大陆各国建立

① 沈宗灵.法理学[M].2版.北京:北京大学出版社,2000.

② 冯大同.国际商法[M].2版.北京:对外经济贸易大学出版社,1997.

自己的法律制度的楷模,标志着近代意义上大陆法系模式的全面确立。德国又随之在继承罗马法的基础上,研究和吸收法国的立法经验,制定了一系列法典,也形成了具有很大示范效应的另一个分支。由于以法国和德国为代表的大陆法系适应了整个资本主义社会的需要,并且由于其严格的成文法形式使其易于传播,所以19世纪和20世纪后,大陆法系逐步走向世界。

3. 大陆法系的分布

大陆法系作为世界的主要法系之一,其分布范围非常广泛,以欧洲大陆为中心向世界扩散。法国法的影响范围波及比利时、西班牙、葡萄牙、意大利等国,德国法的影响范围波及奥地利、瑞士、荷兰等国。北欧各国,诸如挪威、瑞典、丹麦、芬兰、冰岛等国的法律也属于大陆法系。另外,日本自“明治维新”以来的法律以及泰国等国的法律基本上也属于大陆法系。在北美,美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省因其历史渊源也属于大陆法系范围。在非洲,刚果、卢旺达、布隆迪、阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯等国的法律也受到大陆法系的强烈影响。

4. 大陆法系的特点

第一,大陆法系最重要的特点就是强调法典的作用,强调法律的系统化、逻辑化、分类化。由于大陆法系是在罗马法的直接影响下发展起来的,因此大陆法系不仅继承了罗马法成文法典的传统,而且采纳了罗马法的体系、概念和术语。如《法国民法典》以《法学阶梯》为蓝本,《德国民法典》以《学说汇纂》为模式。

第二,大陆法系各国把全部法律区分为公法和私法,根据罗马法学家乌尔比安的观点,“公法是与罗马国家状况有关的法律,私法是与个人利益有关的法律。”大陆法系各国继承了罗马法的这种分类方法,并根据现代法律发展的情况,进一步将这两种法律细分。大陆法系各国在这些法律领域中基本上都使用相同的法律制度和法律概念。

第三,在法律形式上,大陆法系国家一般不存在判例法,而是对重要的部门法制定法典,并辅之以单行法规,构成了较为完整的成文法体系。因此,大陆法系各国都相继进行了大规模的立法活动,形成了包括宪法、行政法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等在内的庞大法典。这些法典一般比较完整、清晰、逻辑严密,一经颁行即具效力。

第四,在法官的作用上,大陆法系要求法官遵从法律明文规定办理案件,法官因而没有立法权。一般而言,大陆法系国家的立法和司法分工明确,强调制定法的权威,制定法的效力优先于其他法律渊源,体现出体系完整、概念明确的特点。法官只能严格按照法律规定来断案,不得擅自创造法律违反立法者的本意。

第五,在法律推理形式和方法上,采取演绎法。由于大陆法系国家中的司法权受到重大限制,法律只能由立法机关来制定,法官的功能局限于根据既定的法律规则判案,因此,在大陆法系国家,法官的作用在于从现存的法律规定中找到适用的法律条款,将其与事实相联系,以推论出必然的结果。

5. 大陆法系的渊源

大陆法系国家都是成文法国家,大陆法系各国都强调成文法典的作用,这是毫无疑问的。但是这并不等于说,在大陆法系国家法律就是法的唯一渊源。大陆法系国家除了法律以外,还有其他重要的法律渊源。大陆法系的渊源主要包括:

(1) 法律

法律是大陆法系的主要渊源。这种情况在19世纪的大陆法系国家获得了绝对优势,因为当时几乎所有大陆法系国家都进行了大规模的立法活动,编纂了各种法典,成文法在系统性和逻辑性上已经相当完备。大陆法系国家的法律包括宪法、法律、法规等。一般来说,宪法处于最高的地位,具有最高的权威性。但在大陆法系国家中,各国宪法的效力和地位也有所不同。有些大陆法系国家,宪法可按一般立法程序制定和修改,宪法的效力同普通法律并无太大差别。而在另一些国家,宪法是根本大法,其效力优于普通法律,因此,宪法的制定或修改必须经过特殊程序才能进行,并且建立了一套违宪审查的制度,对其他法律是否符合宪法进行监督,但负责监督的机构以及监督的方式各国各有特色。在日本和某些拉丁美洲国家,像美国一样,任何法官都有权宣布某项法律违宪,从而拒绝执行。而在欧洲的一些国家,如德国、意大利、奥地利等国,则设有专门的宪法法院,其他法律是否符合宪法必须由宪法法院予以裁决,普通法院无权宣布某项法律违宪。

大陆法系国家都制定了一系列法典。所谓法典是把有关同一类内容的各种法律原则和规则收集起来并加以系统化和逻辑化,编撰成为一个单一的法律文件。法典在大陆法系国家起着十分重要的作用,是大陆法系的主要渊源。除了由立法机关——国会制定的法律之外,在大陆法系国家还有许多由行政机关制定的成文法,这种成文法称为条例。这些条例有两种情形:一种是在某项法律的既定范围内并为实现该项法律而制定出具体规定;另一种情况是由宪法授予行政机关以制定条例的权力。

(2) 习惯

一般来说,大陆法系国家都承认习惯是法的渊源之一。但法国法学界与德国法学界对习惯持不同的态度。法国学者认为,在法典生效之后,法律就是法的主要渊源,习惯的作用甚微。法国、意大利、奥地利等国都认为,习惯只有在法律明文规定而且法官必须援用习惯的情况下才能使用。与此相反,德国和瑞士则把法律与习惯相提并论。但这只是理论上的分歧,实际上差别不是很大。

(3) 判例

从学理上说,大陆法系国家强调成文法、尤其是法典的权威作用,原则上不承认判例具有与法律同等的效力。一个判决只对个案有效,对日后法院判决同类案件并无约束力,这也是大陆法与英美法的主要不同之处。这是因为在大陆法系国家,法院没有造法的功能,而只能在立法机关制定的法律框架内进行审判活动,判例只是对法典的解释。这样,判例的影响范围非常有限,法官不能超出法律的框架通过判例创立新的法律规则。另外,大陆法系国家的立法机关制定的法律才享有绝对的法律效力,法院不受判例的约束。法官在做出判决时,一般也不能援引判例作为理由,而且法院随时可以把过去的判例加以改变。但在实践中,判例的影响和作用也开始增大,有的国家规定法官应受某种判例的约束。如德国规定联邦宪法法院的判决在“联邦公报”上发表后即具有约束力,并承认从“经常的判例”中形成的规则即属于习惯法规则,法院应予以实施。西班牙则把最高法院多次判决形成的判例称为“法理”,日后如发生违反其的判决,可向最高法院提起上诉。这是在20世纪判例在大陆法国家所引起的作用日益重要的一种反映。

(4) 学理

一般来说,学理不是法的渊源。但是,学理在大陆法系发展的过程中起着重要的作用。这主要表现在以下几个方面:第一,学理为立法者提供法学理论、法律词汇和法律概念方面的支持,并通过立法者的活动而上升为法律;第二,学理对法律进行解释,并对判例进行分析和评论,从中归纳

出的原则或规则也可以成为法律；第三，法学家所撰写的学理著作通过法学教育影响法律职业人士，从而潜移默化地影响法律的制定和实施。

6. 大陆法系国家的法院组织

大陆法系国家的法院组织虽然各有特色，但也表现出一些共同之处。一般而言，大陆法系国家的法院基本上分为三级，即一审法院、上诉法院和最高法院。一些国家根据诉讼的性质和标的数量来设立不同的一审法院。有的国家除普通法院外，还设有一些专门法院来处理某些类型的案件，例如商事法院、亲属法院、劳动法院等；有的国家则已经将商事法院与普通法院合并。上诉法院一般负责受理对一审法院判决不服的案件，但一般均存在各种限制。另外，有些国家还设有行政法院，例如德国、法国、奥地利、比利时、芬兰、瑞典等，这些行政法院构成独立的审级层次，但西班牙、瑞士等国的行政法院则未形成独立的审级层次，日本、挪威、丹麦等国则没有设立行政法院。有些国家除设有行政法院系统外，还有其他一些独立的司法机关，如德国设有劳动法和税法的最高联邦法院，瑞士设有关于海关法、军事法、社会保险法等联邦法院。有些大陆法系国家实行联邦制，其法院组织体系就更为复杂，往往在州法院之上还设有联邦法院。

1.4.2 英美法系概述^①

1. 英美法系的概念

英美法系又称普通法系，是指英国中世纪以来的法律，特别是以其普通法为基础发展起来的法律制度体系。英美法系在西方资本主义国家中与大陆法系并列存在，其历史和影响也相当悠久和广泛。在英国历史上，普通法是与衡平法、教会法和制定法相对应的概念，由于其中的普通法对整个法律制度的影响最大，所以英美法系又称为普通法系。

美国法律作为一个整体来说，属于普通法系，但从19世纪后期开始独立发展，已经对世界的法律产生了很大的影响。就像大陆法系以法国和德国为代表而分为两个支系一样，英美法系也分为英国法和美国法两个支系。

2. 英美法系的形成

(1) 英国法的历史沿革

英国从公元5世纪到1066年由盎格鲁-撒克逊人控制，当时实行的法律多为习惯法，称为盎格鲁-撒克逊法，对现代英国法律的影响很小。在1066年诺曼公爵征服英国后，为了巩固封建王朝的统治，开始推行土地分封制度和中央集权制度。其中，御前会议是中央集权统治的重要机构，该机构是由国王亲信、主教和贵族参加的议事机构，主要协助国王处理立法、行政和司法等方面的事务。后来，处理司法事务的机构逐渐独立出来，到亨利三世时期，御前会议已经建立了三个王室高等法院，分别为财政法院、普通诉讼法院和王座法院，处理直接涉及王室利益的重大案件。由于诺曼人以前没有自己的法律，因此，他们的法律就是通过这些法院的判决而逐步形成，遂成为判例法的基础。这些判决对地方法院的判决具有约束力，并随着王室法院管辖范围和影响的扩大对全国的法律形成了重大的影响。这样，这种判例法就形成了适用于英国的普通法。

但在另一方面，随着时间的推移和社会生活的变化，普通法院的令状制度和诉讼程序出现了僵

^① 潘维大. 英美法导读[M]. 北京: 法律出版社.