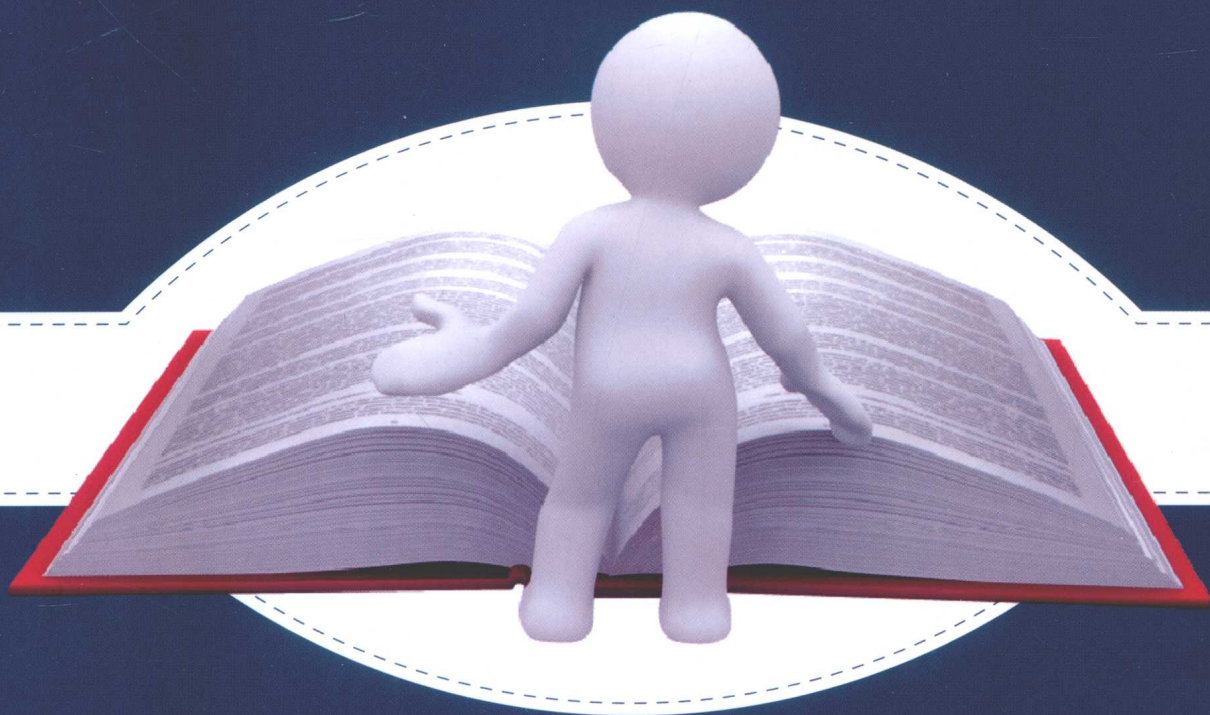


PUP6 高职高专财经类能力本位型规划教材

国际商法实用教程

GUOJI SHANGFA SHIYONG JIAOCHENG

聂红梅 史亚洲 主 编
靳素君 隋秀娟 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



中国农业大学出版社
CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY PRESS

中国政法大学国际商法研究中心 中国政法大学国际商法研究中心

国际商法实用教程

第三版



中国政法大学国际商法研究中心 中国政法大学国际商法研究中心

高职高专财经类能力本位型规划教材

国际商法实用教程

主 编 聂红梅 史亚洲
副主编 靳素君 隋秀娟



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



中国农业大学出版社
CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY PRESS

内 容 简 介

本书根据教育部高职高专人才培养目标的要求编写而成,主要介绍了调整国际商事交往的法律及相关领域的主要内容。本书内容包括国际商法导论、商事组织法、国际投资法、合同法、国际货物买卖法、国际代理法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、产品责任法、国际支付与结算法、知识产权法和国际商事争议的解决。本书文字表述简洁,内容通俗易懂,从适应教学新形势的角度出发,以案例教学为主,在知识体系和内容结构方面均有所创新,突出了实用性和针对性。

本书可作为高职高专经济管理、国际贸易等相关专业的教材,也可作为高职高专非法律专业的相关教材,同时可作为法学教学人员和从事司法审判实务工作人员的参考资料。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法实用教程/聂红梅,史亚洲主编. —北京:中国农业大学出版社;北京大学出版社, 2010.8
(高职高专财经类能力本位型规划教材)

ISBN 978-7-5655-0060-2

I. ①国… II. ①聂… ②史… III. ①国际商法—高等学校:技术学校—教材 IV. ①D996·1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 149191 号

书 名: 国际商法实用教程

著作责任者: 聂红梅 史亚洲 主编

总 策 划: 第六事业部

执 行 策 划: 蔡华兵

责 任 编 辑: 蔡华兵 潘晓丽

标 准 书 号: ISBN 978-7-5655-0060-2

出 版 者: 北京大学出版社(地址:北京市海淀区成府路 205 号 邮编: 100871)

网址: <http://www.pup.cn> <http://www.pup6.com> E-mail: pup_6@163.com

电话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62750667 出版部 62754962

中国农业大学出版社(地址:北京市海淀区圆明园西路 2 号 邮编: 100193)

网址: <http://www.cau.edu.cn/caup> E-mail: cbsszs@cau.edu.cn

电话: 编辑部 62732617 营销中心 62731190 读者服务部 62732336

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

发 行 者: 北京大学出版社 中国农业大学出版社

经 销 者: 新华书店

787mm×1092mm 16 开本 19.5 印张 453 千字

2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024

电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

市场经济的健康有序运行，离不开法律的约束和规范。随着国际经济贸易往来的日趋频繁，人们更需要了解不同法律体系对商事活动的规范。对于高职高专教学来说，不但要教授学生系统地掌握国际商事法律规范的基本理论，而且要引导学生实现知识、技能和素质的融合。遵循着这一思路，编者组织编写了这本《国际商法实用教程》。

针对非法律专业学生法学基础知识薄弱的特点，本书打破了传统商法教学的体系，增加了合同法、商标法和专利法的相关内容。这些内容并非完全隶属于国际商法体系范畴，但却体现了一定的商法规范，更加适应当前高职学生的学习需求；同时，这些内容的设置有助于学生比较完整地了解我国部门法律知识和制度的基本规范和要求，使其知识结构更趋合理化。

本书通过设置知识和能力目标、导入案例、课堂讨论和思考、案例等教学环节，有助于学生及时消化、吸收所学知识，提高学习效率，强化学习效果，提升应用能力。本书主要内容包括：国际商法导论、商事组织法、国际投资法、合同法、国际货物买卖法、国际代理法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、产品责任法、国际支付与结算法、知识产权法和国际商事争议的解决。

本书具有以下特点：

(1) 内容全面，结构新颖。本书以现行法律、法规为依据，结合我国国情对商事组织法、国际货物买卖法、知识产权保护法和国际商事争议的解决等方面内容进行了系统阐述。通过对本书的学习，学生能比较全面地了解和掌握国际商事方面法律、惯例和判例。

(2) 突出能力本位。本书从学生的视角角度出发，紧密联系学生生活和工作实际，内容深入浅出，用实际案例来解析枯燥的法律问题，通过一系列的互动教学来培养学生综合分析问题的能力、明辨是非的能力和理论联系实际的能力。

本书由聂红梅、史亚洲担任主编，由靳素君、隋秀娟担任副主编。本书具体编写分工是：隋秀娟编写第1章、第2章和第6章；史亚洲编写第3章、第9章和第10章；聂红梅编写第4章、第11章和第12章；靳素君编写第5章、第7章和第8章。本书最后由聂红梅统稿。

参加本书编写的同志都是长期从事国际商法教学和研究的教师，教学经验丰富，专业知识水平深厚。本书从大纲构建到最终定稿，修改多次，忠实地记录了他们多年的教学和研究成果。另外，本书在编写过程中，参考、借鉴了大量的文献资料，吸收了最新的研究成果，在此对相关作者表示致敬和感谢！

由于作者水平有限，编写时间仓促，所以书中不足之处在所难免，恳请广大读者批评指正。

编者

2010年4月

目 录

第 1 章 国际商法导论.....1	2.3.3 有限责任公司的内部关系.....31
1.1 国际商法1	2.3.4 有限责任公司的解散与清算.....32
1.1.1 国际商法的概念.....1	2.4 股份有限公司32
1.1.2 国际商法的渊源.....2	2.4.1 股份有限公司概述.....32
1.1.3 国际商法与相邻法律部门的 关系4	2.4.2 股份有限公司的设立.....32
1.2 世界两大法系及其比较.....5	2.4.3 股份有限公司的组织机构.....36
1.2.1 大陆法系.....5	2.5 欧洲公司41
1.2.2 英美法系.....7	能力训练.....43
1.2.3 大陆法系与英美法系的区别8	课后习题43
1.3 世界贸易组织.....10	第 3 章 国际投资法47
1.3.1 世界贸易组织简介10	3.1 国际投资和国际投资法48
1.3.2 世界贸易组织的职能11	3.1.1 国际投资概述48
1.3.3 世界贸易组织的组织机构.....12	3.1.2 国际投资法概述48
1.3.4 入世后的权利与义务.....13	3.2 国际投资法的主体50
1.3.5 世界贸易组织纠纷解决方式13	3.2.1 自然人50
1.3.6 中国入世后面临的机遇与 挑战14	3.2.2 法人51
能力训练16	3.2.3 跨国公司51
课后习题17	3.2.4 国家与国际经济组织.....53
第 2 章 商事组织法.....19	3.3 国际直接投资的途径53
2.1 合伙19	3.3.1 股权型合营企业53
2.1.1 合伙的概念与特征.....19	3.3.2 契约型合营企业54
2.1.2 合伙的分类.....20	3.3.3 外资企业54
2.1.3 合伙的成立.....21	3.3.4 并购55
2.1.4 合伙的内部与外部关系.....22	3.3.5 BOT 投资方式55
2.1.5 合伙的解散.....23	3.3.6 特许协议57
2.2 公司23	3.4 我国的外资企业法律制度.....57
2.2.1 公司的基本法律问题.....23	3.4.1 中外合资经营企业.....57
2.2.2 各国公司法简介24	3.4.2 中外合作经营企业.....57
2.2.3 公司的种类.....25	3.4.3 中国关于外资管理的 法律制度58
2.3 有限责任公司.....28	3.5 海外投资保险制度62
2.3.1 有限责任公司的设立.....28	3.5.1 海外投资保险概述.....62
2.3.2 有限责任公司的组织机构.....29	3.5.2 海外投资保证制度的主要内容....64
	能力训练.....67
	课后习题69



第4章 合同法71	5.2 卖方和买方的义务110
4.1 合同与合同法.....72	5.2.1 卖方的义务.....110
4.1.1 合同概述.....72	5.2.2 买方的义务.....113
4.1.2 合同法概述.....74	5.3 违约的救济方法.....116
4.2 合同的订立.....76	5.3.1 违约行为.....116
4.2.1 合同订立的程序.....76	5.3.2 违约的责任原则概述.....117
4.2.2 合同订立的形式.....79	5.3.3 违约的救济方法概述.....117
4.2.3 合同的内容与主要条款.....80	5.4 货物所有权与风险的转移.....123
4.2.4 合同的格式条款.....81	5.4.1 货物所有权的转移.....123
4.2.5 合同的成立.....82	5.4.2 货物风险的转移.....125
4.2.6 缔约过失责任.....82	5.5 国际贸易术语.....127
4.3 合同的效力.....83	5.5.1 国际贸易术语的概念、特点及作用.....127
4.3.1 合同效力的概念.....83	5.5.2 国际贸易术语的分类.....128
4.3.2 有效合同.....83	5.5.3 我国在对外贸易中常用的几种贸易术语.....129
4.3.3 无效合同.....84	5.5.4 其他几种贸易术语.....134
4.3.4 效力待定合同.....85	能力训练.....135
4.3.5 可变更、可撤销合同.....86	课后习题.....137
4.4 合同的履行.....87	第6章 国际代理法140
4.4.1 合同履行的原则.....87	6.1 国际代理法概述.....140
4.4.2 合同履行中的具体规则.....88	6.1.1 代理的概念.....141
4.4.3 合同履行中的抗辩权.....89	6.1.2 代理权的产生.....141
4.4.4 合同的保全.....91	6.1.3 无权代理.....143
4.4.5 合同的担保.....92	6.1.4 代理关系的终止.....145
4.5 合同的变更、转让和终止.....93	6.2 代理的法律关系.....147
4.5.1 合同的变更.....93	6.2.1 本人与代理人之间的关系.....147
4.5.2 合同的转让.....94	6.2.2 代理人、被代理人与第三人之间的关系.....149
4.5.3 合同的终止.....95	6.3 几种特殊形式的代理.....152
4.6 违约责任.....97	6.3.1 对本人承担特别责任的代理人.....152
4.6.1 违约责任的特征和形式.....98	6.3.2 对第三人承担特别责任的代理人.....152
4.6.2 违约责任的归责原则.....99	6.4 我国的代理法和外贸代理制度.....154
4.6.3 承担违约责任的方式.....99	6.4.1 我国的代理法律制度.....154
4.6.4 违约责任的免除.....100	6.4.2 我国的外贸代理制度.....157
能力训练.....101	能力训练.....158
课后习题.....102	课后习题.....159
第5章 国际货物买卖法107	
5.1 国际货物买卖法概述.....107	
5.1.1 国际货物买卖法的概念和特点.....107	
5.1.2 国际货物买卖法的渊源.....108	



第7章 国际货物运输法	161
7.1 国际海上货物运输法.....	161
7.1.1 国际海上货物运输方式.....	161
7.1.2 国际海上货物运输合同.....	162
7.1.3 提单.....	162
7.1.4 关于提单的国际公约.....	166
7.2 国际航空运输合同.....	174
7.2.1 有关国际航空运输的公约.....	174
7.2.2 航空货运单.....	174
7.2.3 承运人的责任、免责和 责任限制以及索赔和诉讼.....	175
7.3 国际铁路货物运输合同.....	175
7.3.1 国际铁路货物运输合同概述.....	175
7.3.2 铁路的责任.....	176
7.3.3 赔偿请求和诉讼.....	177
7.4 国际多式联运.....	177
7.4.1 国际多式联运的含义及特点.....	177
7.4.2 国际货物多式联运公约.....	177
7.4.3 《中华人民共和国海商法》有关 多式联运合同的特别规定.....	178
能力训练.....	178
课后习题.....	179
第8章 国际货物运输保险法	181
8.1 国际海上货物运输保险概述.....	181
8.1.1 国际海上货物运输保险的 概念和特征.....	181
8.1.2 国际海上货物运输保险的 基本原则.....	182
8.2 国际海上货物运输保险合同.....	187
8.2.1 国际海上货物运输保险 合同概述.....	187
8.2.2 国际海上货物运输保险合同的 订立、变更、转让和解除.....	190
8.2.3 国际海上货物运输保险单证.....	191
8.3 国际海洋运输货物保险险别与条款.....	192
8.3.1 我国海上货物运输保险的 险别与条款.....	192
8.3.2 伦敦保险协会海上货物运输 保险的险别与条款.....	194

8.4 国际陆上、航空货物运输保险法.....	195
8.4.1 国际陆上货物运输保险条款.....	195
8.4.2 国际航空货物运输保险条款.....	196
能力训练.....	197
课后习题.....	198
第9章 产品责任法	201
9.1 产品责任法概述.....	201
9.1.1 产品和产品责任.....	201
9.1.2 产品责任法主要内容.....	203
9.2 世界主要国家的产品责任法.....	205
9.2.1 美国的产品责任法.....	205
9.2.2 德国的产品责任法.....	210
9.2.3 中国的产品责任法.....	212
9.3 产品责任的国际立法.....	215
9.3.1 关于对有缺陷的产品责任的 指令.....	215
9.3.2 产品责任法律冲突规则 公约.....	217
能力训练.....	218
课后习题.....	219
第10章 国际支付与结算法	221
10.1 国际支付工具.....	221
10.1.1 国际支付工具的概念.....	221
10.1.2 票据概述.....	222
10.2 国际支付方式.....	232
10.2.1 国际汇付.....	232
10.2.2 国际托收.....	233
10.2.3 国际信用证.....	235
10.3 电子资金划拨.....	239
10.3.1 电子资金划拨概述.....	239
10.3.2 电子资金划拨的 主要法律问题.....	241
能力训练.....	242
课后习题.....	243
第11章 知识产权法	245
11.1 知识产权法概述.....	246
11.1.1 知识产权的概念和特征.....	246



11.1.2 我国的知识产权法.....	247	11.5.5 著作权的保护	276
11.1.3 知识产权的国际保护	248	能力训练	279
11.2 与贸易有关的知识产权协定	248	课后习题	280
11.2.1 《与贸易有关的知识产权协定》 概述	248	第 12 章 国际商事争议的解决	283
11.2.2 《与贸易有关的知识产权协定》 的基本原则	249	12.1 国际商事争议的解决方式	284
11.2.3 《与贸易有关的知识产权协定》 的主要内容	249	12.1.1 协商	284
11.3 专利法	252	12.1.1 调解	284
11.3.1 专利和专利法	252	12.1.3 仲裁	284
11.3.2 专利权的主体	253	12.1.4 诉讼	284
11.3.3 专利权的客体	255	12.2 国际商事仲裁	285
11.3.4 专利权人的权利和义务	256	12.2.1 国际商事仲裁的概念和 法律特征	285
11.3.5 专利权的取得	257	12.2.2 国际商事仲裁协议	286
11.3.6 专利权的保护	260	12.2.3 国际商事仲裁程序	289
11.4 商标法	262	12.2.4 国际商事仲裁裁决的 承认与执行	291
11.4.1 商标和商标法	262	12.2.5 国际商事仲裁机构	293
11.4.2 商标注册	264	12.3 国际商事诉讼	295
11.4.3 商标管理	267	12.3.1 国际商事诉讼的管辖权	296
11.4.4 商标权及其保护	268	12.3.2 外国当事人的诉讼地位	298
11.4.5 驰名商标的特别保护措施	270	12.3.3 国际司法协助	298
11.5 著作权法	271	12.3.4 承认和执行外国法院的 判决	298
11.5.1 著作权和著作权法	271	能力训练	299
11.5.2 著作权的主体	272	课后习题	300
11.5.3 著作权的客体	275	参考文献	302
11.5.4 著作权的内容	275		

第1章 国际商法导论



知识目标

- (1) 国际商法的概念、作用和历史发展。
- (2) 大陆法系与英美法系的结构与特点。
- (3) 世界贸易组织的主要职能、宗旨和目标。
- (4) 世界贸易组织的基本原则和基本职能。



能力目标

具有辨别不同法系国家商法优缺点的能力。



导入案例

加拿大人由于受中国文化的影响,所以十分喜欢中国的红木家具。加拿大 A 公司看到了这一商机,准备来中国购买能体现明清特色的红木家具。广州 B 公司要与加拿大 A 公司合作,完成这一商事贸易,它首先向加拿大 A 公司发出欲订立合同的要约。在加拿大 A 公司做出反应后,广州 B 公司欲正式订立这一合同。在合同签订后,B 公司按照国际商事法律的规定完成交货的义务,在遇到对方违反合同的情况下,欲采用最有利的法律救济方式,维护自己的权利。在这一国际商事交往过程中,广州 B 公司涉及合同法、代理法、买卖法、票据法和商事争议解决等一系列法律问题,而广州 B 公司发现加拿大 A 公司对于是否已经有效成立合同、是否构成违约等一系列问题,与其得出的结论不同。

思考:

为什么两大法系会有这些差别,各自的历史渊源与特点有什么不同?

1.1 国际商法

1.1.1 国际商法的概念

国际商法有广义和狭义两种理解。从广义上讲,国际商法是调整国际经济贸易活动的全部法律规范的总称,既包括交易规范,又包括管理规范。狭义的国际商法则指调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总称。本书采用狭义的概念,因此可以说,国际商法本质上就是交易法,是平等主体的商组织之间以营利为目的进行跨国的商事交易活动所适用和遵守的法律规范的总称。它不包括国家对国际经济贸易活动的管理规范,也把不以营利



为目的进行的国际经济活动比如跨国捐助排除在外。

国际经济贸易活动是国际商法得以产生和发展的经济基础。最基本最狭义的国际经济贸易活动是指国际货物买卖。国际经济贸易活动历史悠久，从其产生之时就必然要遵守一定的规则，但这些规则还不能称为国际商法。一般认为，国际商法起源于中世纪的欧洲。早期的国际经济贸易活动在广度和深度方面都比较有限，国际商法处在萌芽时期，主要是商人之间的习惯法。

国际商法服务于国际经济贸易活动，随着国际经济贸易活动的发展而发展。进入 20 世纪，商人的跨国交易活动日益普遍、复杂和多样化，在广度和深度上都发生了质的飞跃。国际经济贸易活动已经远远超出了一般的货物买卖，许多其他方式的国际经济贸易活动，例如，国际保险、国际信贷、国际投资、商事组织、票据、海商、技术转让、工程承包、国际租赁等，或应时而生，或渐趋成熟。特别是第二次世界大战之后，国家对国际商法的重视程度日益提高，出现了广泛的以国家为主体进行的国际性立法活动。真正意义上的国际商法形成了。

但是，迄今为止，无论在国内还是国际，对于国际商法的概念并未完全确定。美国的教科书有的叫“国际商法”，也有的叫“商法”，还有的叫“商业法律环境”，除名称不一致外，内容也庞杂不一。有的教科书甚至连雇佣、税收、白领犯罪都包括在内。但是多数教科书的共同点是合同法、买卖法、公司法等。可见，合同法、买卖法和公司法是国际商法的核心内容。

国内法学界正是基于对国际商法调整对象的看法不同，产生了广义和狭义两种理解。广义的理解是将国家调整和管理国际经济贸易活动的法律规范也包括在国际商法之内，如《国际税法》、《WTO 规则》等；狭义的理解则认为国际商法的调整对象限于跨国的私人交易关系，不包括国家的管理关系。本书所称的国际经济贸易活动，其主体是平等的商事主体即公司、企业、个人或其他组织，而不包括国家。其调整的对象是跨国的商事交易关系以及围绕这种交易关系而产生的其他一些关系，如商事主体的一些内部组织关系，以及服务于交易关系的纠纷处理和解决关系，如国际商事仲裁等。

1.1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源是指国际商法由谁制定，表现为哪些形式。国际商法的渊源有 3 个：国际商事条约或公约、国际商事惯例和国内商事立法。

1. 国际商事条约或公约

国际商事条约是指以国家为主体缔结的处理在国际经济贸易活动中产生的权利义务关系的书面协议。国际商事条约有双边条约和多边条约，双边条约是在两个国家之间缔结的条约，国际多边条约是由多个国家参加缔结的具有地区性或世界性影响的条约，也称国际公约。

作为国际商法渊源的商事条约或公约，主要是多边条约即公约。这方面的国际公约主要有：在货物买卖领域，有 1964 年《国际货物买卖合同成立统一法公约》、《国际货物买卖统一法公约》，1974 年《国际货物买卖时效期限公约》、1980 年《联合国国际货物销售合同公约》等；在国际货物运输方面，有 1924 年《统一提单的若干法律规则的国际公约》（即《海牙规则》）、1978 年《联合国海上货物运输公约》（即《汉堡规则》）、1980 年《联合国国际货物多式联运公约》等；在知识产权方面，有 1883 年《保护工业产权巴黎公约》、1891 年《商标国际注册马德里协定》、1952 年《世界版权公约》以及《伯尔尼公约》、《日内瓦



公约》等；在票据方面，有1930年《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》、1931年《关于统一支票的日内瓦公约》；在国际投资方面，有1965年《解决一国与他国国民投资争议的公约》（即《华盛顿公约》）；在国际仲裁方面，有1958年《承认和执行外国仲裁裁决的国际公约》（即《纽约公约》）等。

除国际公约外，还存在大量的双边条约，它们也是国际商法的重要渊源。条约或公约相当于国家之间的契约，其效力源于缔约国的接受或同意。缔约自由是现代国际法的基本原则，一个国家有权独立自主地决定是否参加或缔结某一条约或公约，不受任何其他国家或国际组织的强制。但是一旦一个国家通过合法程序参加或缔结了公约或条约，它就必须予以严格遵守，这就是“条约必须信守”的原则。除声明保留的条款外，条约或公约的效力应该高于该国国内法。也就是说，在条约或公约的规定与该国国内法的规定不一致时，条约或公约的效力优先于国内法。

2. 国际商事惯例

国际商事惯例也称国际贸易惯例，是指在长期的国际商事活动中形成的、为人们所普遍接受和遵守的规则、原则或做法。根据《联合国国际货物销售合同公约》第9条的解释，国际商事惯例是“在国际贸易上已为有关特定贸易所涉及的同类合同的当事人所广泛知道并为它们经常遵守的规则、原则或做法”。

国际商事惯例来源于商人的交易习惯，但是习惯要上升为惯例需要一个漫长的实践过程。前面说过，国际商法源于商人的习惯。所以商人的交易习惯对于国际商法的形成功不可没。但习惯是不成文的、不系统的，也带有相当的不确定性。在产生纠纷后，要证明某种习惯的存在是非常困难的。为了克服这些缺点，人们对习惯进行了总结和提升，使之成为文化，国际商会在这方面贡献最大。最成功的例子是1990年《国际贸易术语解释通则》（已于2000年进行修订，出版了2000年版本）、《跟单信用证统一惯例》（1993年修订，称为第500号出版物）和《托收统一规则》等。

国际商事惯例在性质上与条约或公约有很大的不同。条约或公约一般情况下具有强制的约束力，不需要当事人的选择就可以自动适用，而商事惯例不具有强制的约束力，需要当事人选择才可以适用。条约或公约本身属于法律，甚至还高于国内法，而惯例不是法律，其效力低于条约、公约及国内法。但由于商事交易以意思自治为原则，尊重交易双方当事人的意思，如果当事人在合同中选择适用某种惯例，只要不违反法律的强制规定，该惯例就具有如同法律的效力，而且其效力还高于条约、公约及国内法。

条约、公约与惯例还有一个区别，即条约、公约经修订后，原来的条约或公约一般就废止了，而惯例却不是这样的。例如，修订1990年的《国际贸易术语解释通则》后出现了2000年版本，但并不意味着1990年版本的失效，当事人仍然可以选择适用1990年版本。

3. 国内商事立法

国际商事活动是国内商事活动的延续和发展，两者本质上并无不同，所以国内商事活动所适用的法律原则上也能够适用于国际商事活动，用以解决国际商事纠纷。但是由于存在跨国因素，各国的法律、历史、风俗习惯、民族心理等存在差异，出于对外国法律不了解所带来的不安全感，交易当事人往往趋向于选择适用自己国家的法律。所以国内法也就成为国际商法的重要渊源之一。如果当事人双方都坚持适用自己国家的法律，那就难以达成一致。这



个时候就需要国际条约、公约及国际惯例来解决僵局。条约、公约及惯例是各国都能够接受的规则、原则或做法，其作用就在于克服国际商事交易当事人相互之间的不信任和不安全感，促进国际经济贸易活动的发展。但由于条约、公约及惯例远远没有覆盖国际商事交易的所有领域，所以学习和研究国际商法，就不可能离开各国的国内法。

1.1.3 国际商法与相邻法律部门的关系

国际商法相邻的其他几个法律部门，有国际公法、国际私法、国际经济法，以及国内商法。它们的区别主要表现在法律主体、调整对象、内容、基本原则及法律渊源等方面。

1. 国际商法与国际公法的关系

国际公法调整的对象是国家与国家之间关于政治、经济、军事、文化、外交、战争、领土、主权等方面的关系，其主体是国家，有些国际组织，经国际公约授权也可以成为国际公法的主体。公司、企业、个人成为国际公法主体的情形是有限的。国际商法的主体是公司、企业、个人及其他经济组织等私人主体，主要以私人之间的交易关系为调整对象，其内容主要是各种交易规则。另外，在法律渊源方面，公约、条约及国际惯例是国际公法的基本渊源，也是国际商法的渊源，但国内法是国际商法的渊源，却不是国际公法的渊源。

国际公法与国际商法的区别是十分明显的，但两者也有一定的联系。国际商法的某些条约、公约，是以国家为主体缔结的，产生的权利义务归属于国家，条约或公约的参加、生效、退出等，必须遵守国际公法的规定。

2. 国际商法与国际私法的关系

传统的国际私法是指国际法的冲突法，国际私法主要解决国际纠纷的法律适用问题，既包括私人之间的纠纷，也包括国家之间的纠纷；既包括财产关系的纠纷，也包括身份关系的纠纷。国际私法不是直接解决当事人之间的纠纷，不是直接判定当事人之间的权利义务，而是间接调整。确定了纠纷适用的法律，即准据法，国际私法就完成了任务，至于当事人的权利义务到底如何，则要看该准据法的规定了。

与国际私法相比，国际商法主要是实体法，国际商法直接规定当事人的权利义务。两者的联系在于要解决一个跨国的商事纠纷，首先必须运用国际私法的规则来确定适用的法律。对于合同纠纷，国际私法的基本原则是尊重当事人选择的法律，当事人没有选择时，可以根据具体情况寻找连接点，如合同的缔结地、履行地、当事人的住所地等，以此来确定应适用的法律。

3. 国际商法与国际经济法的关系

国际经济法是国际公法中独立出来的一个法律部门，是国际公法中调整国家之间经济关系的那一部分内容。国际经济法从性质上看应当属于公法的范畴，其反映的是国家对国际经济活动的纵向管理关系，例如国民待遇、贸易歧视、国际税收、市场进入、贸易协调、反倾销、反补贴等；而国际商法则属于私法的范畴，体现的是平等交易主体之间的横向交易关系。国际经济法与国际商法在基本原则方面也有明显不同。国际商法的原则有平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则以及合法原则，这些都是平等私人主体进行横向交易时应当遵循的原则。而国际经济法的原则有国家经济主权原则、公平互利原则、国际合作以谋发展原则。这些都是针对国家而言，属于国际公法的原则，也说明了国际经济法的公法性质。



知识链接

美国总统奥巴马于2009年7月11日决定,对从中国进口的所有小轿车和轻型卡车轮胎实施为期3年的惩罚性关税。白宫发言人罗伯特·吉布斯说,对从中国进口轮胎实施的惩罚性关税税率第一年为35%,第二年为30%,第三年为25%。

2009年7月14日,美国国际贸易委员会发布对轮胎特保案的裁决报告。我国商务部公平贸易局负责人就此发表谈话指出,该报告事实认定错误、缺乏逻辑,不足以作为对中国轮胎采取限制措施的依据。

据来自商务部的消息,该部依照中国法律和世贸组织规则,对原产于美国的部分进口汽车产品和肉鸡产品启动反倾销和反补贴立案审查程序。

据介绍,近期,商务部收到国内产业申请,反映上述产品以倾销、补贴等不公平贸易方式进入中国市场,对中国国内产业造成冲击,要求商务部发起反倾销和反补贴调查。

4. 国际商法与国内商法的关系

国际商法调整的是不同国家的主体之间的商事交易关系,而国内商法调整的是一国内部不同的商事主体之间的交易关系。在法律渊源方面,国内商法是国际商法的渊源之一,此外国际商法的渊源还包括国际条约、公约和惯例等,而国内商法的渊源原则上仅仅是一国国内的法律,不包括国际条约、公约及惯例。

应该说,国际商法与国内商法的联系是主要的,区别是次要的。国际商法与国内商法调整的都是商事交易关系及商事组织关系,国内商法是国际商法的基础,国际商法离不开国内商法,两者调整的对象在本质上是相同的,适用的原则也是相同的,都必须遵循市场规则,按照平等、自愿、公平、诚实信用及合法的原则进行交易。

1.2 世界两大法系及其比较

法系是对法律制度类似的一些国家的整体称呼。一个国家的法律制度是由其自身的历史、文化、民族、地理、政治、经济、社会等各种因素综合影响而形成的,法律制度一旦形成,就具有一定的稳定性,表现出一定的特点。由于历史上长期的相互交流、借鉴、学习,甚至征服等原因,不同国家的法律制度相互影响,具有一定的相似性,这种相似性达到一定的程度,就形成了法系。一个法系应包括多个国家,而其中至少有一个为核心国家。同时,一个大的法系下面可能还包含多个小的法系,而一个国家的不同地区,也可能属于不同的法系。

历史上曾经存在过的具有影响力的法系有以中国为核心的中华法系、以阿拉伯国家为核心的伊斯兰法系,以印度为核心的印度法系,还有犹太法系等。当今世界最具有影响力的则是英美法系和大陆法系。

1.2.1 大陆法系

大陆法系是以罗马法为基础发展起来的,以欧洲大陆国家为核心,以成文法为基本特征,由众多国家组成的一个法系,又称为民法法系、成文法系,与英美法系并列,为当今世界两大法系之一。



大陆法系源于罗马法。罗马帝国的法律曾经盛极一时，后来罗马帝国虽然衰亡了，但其法律的影响却没有消失。欧洲大陆尤其是西欧的德国、法国等，继承了罗马法的许多制度和概念，并将其发扬光大。德国和法国因此也成为大陆法系的典型代表。1804年《法国民法典》与1900年《德国民法典》是大陆法系法典的典型代表，分别代表了资本主义发展时期和资本主义垄断时期的民法。

大陆法系从国家数量和人口数量上讲要多于英美法系，以德国和法国为代表，欧洲大陆各国都属于大陆法系。大陆法系并不限于欧洲大陆。由于德国法与法国法各有特点，各有其影响范围，大陆法系又可以分为德国法系和法国法系。属于法国法系的有法国、西班牙、葡萄牙、意大利、比利时等；属于德国法系的有德国、瑞士、奥地利、荷兰等。此外，北欧的芬兰、挪威、瑞典、丹麦、冰岛的法律有自己的特点，被称为斯堪的那维亚法系，也属于大陆法系。南美的巴西、智利、秘鲁、阿根廷等均属于大陆法系。还有前面讲的英国的苏格兰、美国的路易斯安那和加拿大的魁北克，不属于英美法系，而是属于大陆法系。日本1868年明治维新后，提出“脱亚入欧”的口号，迅速接受大陆法，主要以德国法为参照改革了自己的法律制度，由落后的受欺辱的国家一跃而成为列强之一。第二次世界大战之后，由于美国的占领，日本的法律又受到美国法的重大影响。中国的澳门特别行政区也属于大陆法系。

大陆法系的特点主要表现在以下几个方面：

(1) 大陆法系以成文法为基本法律渊源，判例原则上不是法律渊源。大陆法系国家普遍由国家立法机关制定成文法典，法院的判决只对本案件有约束力，不构成有普遍约束力的先例。

(2) 大陆法系讲究法律的系统性和逻辑性。这不仅体现在法律理论上，而且体现在法典的制定上。而英美法系虽然也制定成文法律，但是大多是单行法律、法规。

(3) 大陆法系将法律分为公法和私法两大领域。公法就是调整私人与国家之间关系的法律，或者说是保护国家与社会利益即保护公益的法律，包括宪法、刑法、选举法、行政法等。私法则是调整私人之间权利义务关系的法律，或者说是保护私人权利即保护私益的法律，包括民法和商法。民法调整包括婚姻、继承、收养、财产等在内的民事关系，商法则调整商事关系，主要包括公司法、票据法、破产法、海商法、保险法、金融法等。合同法是民商法的基本法，通常将其放在民法典中。大陆法系国家在民事方面，普遍制定有民法典。根据民法与商法的关系，大陆法系又分为民商合一与民商分立两种模式。民商合一就是把商法的内容规定在民法典中，不单独制定商法典，如《意大利民法典》；瑞士没有民法典也没有商法典，只有一部《瑞士债务法典》，包含民法和商法的内容。民商分立则是除民法典之外，单独制定一部商法典，调整商事关系，如法国、德国、日本等。

(4) 在诉讼程序方面，大陆法系一般采用纠问制进行审理，奉行干涉主义，法官居于诉讼的主导地位。判决书采用三段论的写法，首先陈述案件事实，然后寻找适用的法律，最后得出判决结论。大陆法系的判决书简短而缺乏文采，远不如英美法系法官的判决书那样富有个人色彩。

(5) 法官的地位和作用不同。大陆法系认为法官是“法律的传声筒”，其职责是忠于法律和执行法律，而不是创造或改变法律。立法权属于立法机关，法律如果过时，应当由立法机关修改或废除。在修改或废除之前，法官仍然必须予以遵守。因此，大陆法系法官在法律发展中所起的作用比不上英美法系的法官。



1.2.2 英美法系

英美法系又叫普通法系,是以英国普通法为基础发展起来的一个法系,与大陆法系同为当今世界两大法系之一。因其中最有影响力的国家是英国和美国,所以又叫英美法系。

英美法系的形成与英国的殖民扩张有直接的关系。现在属于英美法系的国家基本都曾经是英国殖民地。除了英国和美国,加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、中国香港特别行政区等也属于英美法系。但是应当注意,英美法系国家的某些地区,如英国的苏格兰、美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省,却不属于英美法系,而属于大陆法系。有些国家受两种法系的影响,具有混合的特点,如南非、斯里兰卡和菲律宾。

英美法系的特点主要表现在以下几个方面:

(1) 实行判例制度。尽管存在内部差异,英美法系的共同特点是它们都实行先例拘束力原则,以判例作为法的渊源,因其实行判例制度,所以也称为判例法系。

所谓先例拘束力原则,就是要求法官在审理案件时必须遵守先例。先例或称判例,本身就是法律,其所确定的法律原则必须得到以后法院的遵守,但并不是所有的判决都能够称为判例。在英国,判例主要来自上议院、上诉法院和高等法院;在美国,判例主要来自州最高法院、联邦巡回法院及联邦最高法院。

(2) 以判例法为法的第一渊源。英美法系国家实行先例拘束力原则的结果,必然使判例成为法的渊源,而且还是最重要的渊源。英美法系传统上不重视成文法的制定,即使有也往往是就事论事,零碎而缺乏系统性。20世纪以来尤其是第二次世界大战之后,英国、美国都进行了大量的立法工作,其成文法的数量已相当可观。但法院在审理案件中,直接引用成文法(成文法即制定法的法条)作出判决的还是很少,往往要经过法院通过判例加以解释,才真正产生生命力。

(3) 法律传统上分为普通法与衡平法两大部门。英美法系传统上的法律划分是普通法与衡平法,现在又增加了制定法。

普通法的历史可以追溯到公元1066年。这一年,来自法国大陆诺曼底地区的威廉公爵率兵征服了英格兰,结束了长期的分裂状态,建立了中央集权的国家。为加强中央集权,必须实现法律的统一。在制定成文法的条件不具备的情况下,英王派出法官到各地领主庄园巡回审理案件,并规定国王的法官审理案件确立的先例,以后的类似案件应当遵循。所以先例就是法律,是全国共同的法律,普通法本来的意思就是“共同的法”。经过几代人的努力,到12~13世纪,“共同的法”即普通法形成了。由于普通法是以判例形式出现和存在的,所以又称判例法。

衡平法的产生晚于普通法,大约在14世纪形成,它是为弥补普通法的不足而出现的。普通法非常讲究形式主义,它以令状的形式事先规定诉讼的各种类型,相当于今天所说的诉因。当现实中常常遇到新的纠纷,而针对这种纠纷却没有相应的令状可以援用时,当事人就不能到法院起诉。但纠纷得不到解决,必然会引发社会问题。为此,国王指定枢密大臣负责受理这类投诉,不受普通法的限制,只根据公平正义原则来作出判决。枢密大臣的判决也具有先例的作用,这样就在普通法之外,慢慢形成的另外一套法律,成了法律的又一个渊源,称为Equity,就是“公平”、“正义”的意思,中国法学界习惯上翻译为“衡平法”。在历史上,普通法与衡平法是英国法的两大渊源,所以英国法的基本划分就是普通法和衡平法,而且长期存在并立的两套法院系统。直到1875年司法改革才将衡平法院与普通法院合并,但衡



平法与普通法的区分并没有消失，而且还规定在衡平法与普通法冲突时，衡平法优先。普通法与衡平法的这种划分已经成为英国法律文化的一部分，对英国的社会、语言都产生了深刻影响。



课堂思考

英国法与美国法有什么区别？

(4) 诉讼模式为对抗制。英美法的诉讼对抗制，就是在审理案件的过程中，法官居于消极角色，基本上不提问，而由当事人双方进行对抗辩论，以说服法官，法官维持秩序，倾听辩论，等当事人辩论结束，法官根据自己的感觉作出判决，这种诉讼模式理论上称为对抗制。在英国，曾经发生过法官因提问过多而遭到双方当事人投诉被调职的事情。

(5) 法官可以创造法律。对抗制下的英美法官好像是消极的，实际不然。其权力比大陆法系的法官要大得多，这表现在英美法系法官的造法权力。其做出的判决很可能会成为以后的判例。在英美法系中，著名判例往往与著名的法官联系在一起。所以有人把英美法系称为“法官创造的法”。

1.2.3 大陆法系与英美法系的区别

大陆法系和英美法系都是资本主义类型的法律，在经济基础、阶级本质、法律基本原则方面是一致的，但由于不同的历史传统的影响，在法律形式和法律运行方式上存在着很大的差别。

1. 法律渊源的不同

在大陆法系国家，法律以制定法首先是法典的方式存在，正式的法律渊源是指立法机关制定的规范性法律文件，行政机关制定的各种行政法规，只有它们才具有法律上的约束力，法院的判例不是法律渊源。在英美法系国家和地区，制定法和判例法都是法律渊源，而且，判例法在整个法律体系中占有非常重要的地位。判例法与制定法的主要区别在于：判例法是具体诉讼案件的结果，而制定法是立法机关或其他有权制定法律、法规的机关对一般情况所做的规定；制定法是以比较精确的条文的形式出现的，而判例法是一个判决中所含有的法律原则和规则，这些原则和规则有的可能表达得相当清楚，但一般来说并非如此。判例法的基础是“遵从先例”原则，这个原则的要求是，上级法院的判决，甚至本法院以前审理类似案件的判决中所包含的法律原则和规则具有约束力。例如，在英国，上议院的判决对其他一切法院均有约束力；上诉法院的判决对除上议院以外的所有法院，包括上诉法院本身，均有约束力；高等法院一个法官的判决，下级法院必须遵从。在实践中，美国没有英国严格。就制定法而言，大陆法系沿袭罗马法的传统，习惯于用法典的形式对某一法律部门所包含的规范做统一的系统的规定，法典成为法律的主要形式。英美法系很少制定法典，制定法往往是以单行法的形式对某一类问题做专门的规定。

2. 法律结构的不同

在大陆法系国家，法律结构的一个共同特征是：公法和私法是法律的基本分类。公法和私法划分的理论依据是私人自治，其主要含义是：个人享有财产和缔结合同的绝对权利，国家的活动仅限于保障这些权利并充任私人之间纠纷的裁决人，而不应干预个人的自由。法律