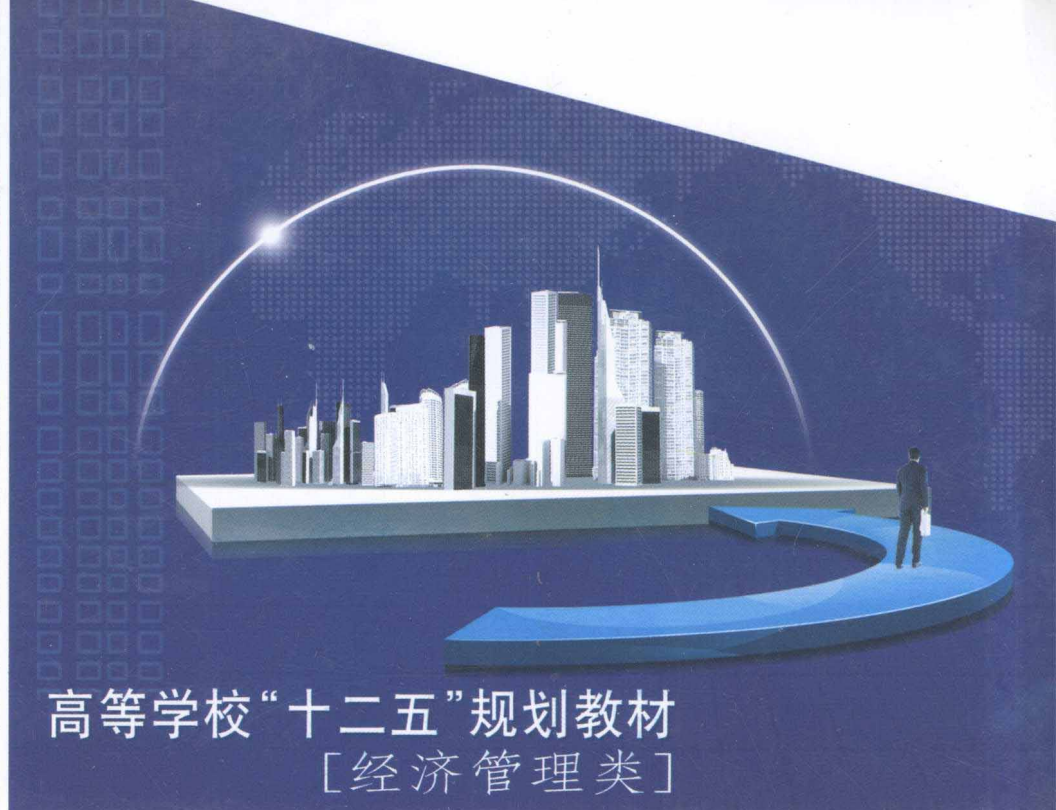




高等学校“十二五”规划教材
[经济管理类]

国际商法 (第二版)

●主编 陈 伟 王玉晶 何志勇

HEUP 哈尔滨工程大学出版社
Harbin Engineering University Press

高等学校“十二五”规划教材经济管理类

国 际 商 法

(第 二 版)

主 编 陈 伟 王玉晶 何志勇

哈尔滨工程大学出版社

内 容 简 介

本书全面、系统地阐述了国际商法的基本理论和规则。其中主要内容包括:国际商法概述、合同法、国际货物买卖法、产品责任法、代理法、商事组织法、票据法和知识产权保护法等,共八章。

本书可作为高等院校国际经济与贸易专业、法律专业、金融学专业、市场营销专业和经济管理类专业的本科生、研究生国际商法课程的教材。同时亦可供国有大中型企业,外商投资企业,外贸、金融、证券等公司的高层管理者和涉外管理人员作为学习和工作的参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/陈伟,王玉晶,何志勇主编.—2版.—哈尔滨:
哈尔滨工程大学出版社,2012.7
ISBN 978-7-5661-0400-7

I. ①国… II. ①陈… ②王… ③何… III. ①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(2012)第 157616 号

出版发行 哈尔滨工程大学出版社
社 址 哈尔滨市南岗区东大直街 124 号
邮政编码 150001
发行电话 0451-82519328
传 真 0451-82519699
经 销 新华书店
印 刷 黑龙江省委党校印刷厂
开 本 787mm×1 092mm 1/16
印 张 15.75
字 数 360 千字
版 次 2012 年 7 月第 2 版
印 次 2012 年 7 月第 2 次印刷
定 价 32.00 元
<http://press.hrbeu.edu.cn>
E-mail:heupress@hrbeu.edu.cn

前言

PREFACE

目前,随着科技的进步和经济的发展,世界经济已显现出生产国际化、贸易全球化、经济一体化的发展趋势。国际间的交往日益频繁,越来越多的企业进入国际市场,参与国际竞争,在世界范围内寻求资源的最佳配置。因此,要求现代企业的管理者必须懂得市场经济,能掌握和运用国际商法的基本理论和法律规则,熟悉国际公约和国际贸易惯例,具有驾驭企业在激烈的国际市场竞争中求发展的能力。本书就是为了满足企业对这种高级管理人才的培养需要而编写的。

本书在对国际商法的基本理论进行系统阐述的同时,突出实践性、可操作性,在理论和实践结合的基础上,对合同法、国际货物买卖法、产品责任法、代理法、商事组织法、票据法和知识产权保护法等内容进行了系统的阐述。本书每章后面都配有思考题并选编了相应的案例,供学生学习和教师教学时参考选用。

本书由哈尔滨工程大学、黑龙江大学和哈尔滨理工大学的专家、学者,结合多年的教学经验和我国企业国际商务活动实践共同编写完成。其中陈伟撰写第一章、第三章;姜波撰写第二章;于丽艳撰写第四章;何志勇撰写第五章;吴显英撰写第六章;王玉晶撰写第七章、第八章。全书由陈伟、王玉晶、何志勇统稿。

《国际商法》一书,在出版的过程中,得到了哈尔滨工程大学出版社的热情帮助和支持,在此表示感谢。由于作者水平有限,书中错漏之处在所难免,敬请广大读者批评指正。

编者

2012年7月

第一章 国际商法概述	1
第一节 国际商法的调整对象、范围和渊源	1
第二节 国际商法的产生与发展.....	2
第三节 西方两大法系的形成及其特点.....	4
思考题	10
第二章 合同法	11
第一节 合同法概述	11
第二节 合同的成立	14
第三节 合同的履行	40
第四节 合同的让与以及为第三人利益订立的合同	57
第五节 合同的消灭	64
思考题	68
【案例一】合同条款变更必须书面确认	68
【案例二】关于合同是否成立的纠纷案	68
第三章 国际货物买卖法	71
第一节 国际货物买卖法概述	71
第二节 国际货物买卖合同的成立	74
第三节 国际货物买卖合同双方的权利义务	79
第四节 对违反买卖合同的补救办法	90
第五节 货物所有权与风险的转移	99
思考题.....	105
【案例一】分批进出口矿砂贸易	106
【案例二】卖方丢失货物引起的法律纠纷	106
第四章 产品责任法	107
第一节 产品责任法概述.....	107
第二节 美国与欧洲主要国家的产品责任法.....	111
第三节 有关产品责任的国际立法.....	116
第四节 中国产品责任法.....	119
思考题.....	121
【案例一】出口服装夹有断针引起的纠纷	121
【案例二】东芝便携式笔记本质量事件	122
第五章 代理法	123
第一节 代理法概述.....	123
第二节 本人与代理人之间的关系.....	128
第三节 本人及代理人同第三人的关系.....	131
第四节 承担特别责任的代理人.....	133

CONTENTS

★ ★ ★ ★ ★ 目录 ★ ★ ★ ★ ★

第五节 国际代理统一法	135
思考题	139
【案例】	139
第六章 商事组织法	140
第一节 商事组织的法律形式	140
第二节 合伙与合伙企业法	142
第三节 公司	150
第四节 股份有限公司	159
第五节 跨国公司	167
思考题	175
【案例一】C 与 B 之间是否存在合伙关系	176
【案例二】B 受让公司财产的行为能否对抗债权人	176
【案例三】有限责任公司股东关于公司盈利分配的纠纷案	176
【案例四】合伙企业解散时合伙人的债务清偿责任	177
【案例五】股份有限公司筹资的法律权限	177
【案例六】有限责任公司成立的法律规定	177
第七章 票据法	179
第一节 票据法概述	179
第二节 汇票	184
第三节 本票与支票	196
第四节 联合国国际汇票和国际本票公约	201
思考题	203
【案例】不可撤销信用证的法律责任	203
第八章 知识产权保护法	205
第一节 知识产权保护法概论	205
第二节 商标法	207
第三节 专利法	213
第四节 著作权法	220
第五节 知识产权的国际保护法	224
第六节 其他国家的知识产权保护法	233
第七节 中国的知识产权保护制度	239
思考题	242
【案例一】百度 MP3 搜索著作权纠纷案	243
【案例二】“开心网”不正当竞争纠纷案	243
参考文献	245

第一章 国际商法概述

第一节 国际商法的调整对象、范围和渊源

一、国际商法的调整对象与范围

国际商法(International Commercial Law)是调整国际商事交易和商事组织各种关系的法律规范的总和。

随着科技的进步和国际经济贸易的发展,国际商法的调整对象与范围已由传统商法研究的内容,扩展到国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁等内容。其调整的范围不仅包括有形商品的国际交易,也包括技术、资金和劳务在国际流动中所产生的各种关系。

在“国际商法”这一概念中,对于“国际”一词的确定标准不一,在各国内立法和有关国际立法中,有的以当事人的营业地或惯常住所地所在的不同国家为标准,有的则以有关合同“与一个以上的国家有主要关联”、“涉及到不同国家之间的法律选择”或者是影响国际贸易的利益为标准。国际统一私法协会于1994年制定的《国际商事合同通则》则并未明确规定这些标准,只是设想要对“国际”合同这一概念给予尽可能广义的解释,“以便最终排除根本不含国际因素的情形”。现在,在国际上从事国际交易的主体主要是公司、企业等商事组织,而不是国家。它们之间的交易属于不同国家的商事组织之间的交易,而不是不同国家之间的交易。所以在“国际商法”这一概念中,“国际”(International)一词的含义已不再只是一个“国家与国家之间”的概念,而更是一个“涉外”或“跨国”(Transnational)的概念。

国际商法既不同于国际经济法,也不同于国际私法。国际经济法一般被认为属于国际公法,而国际商法则主要是私法。但国际商法也不同于传统的国际私法,传统的国际私法是属于冲突法,其任务主要是为具有涉外因素的私法条件确定准据法,而国际商法则主要是实体法。由于国际商法的这种特殊性,国际上有些学者主张将国际商法作为一个独立的法学领域加以研究。

二、国际商法的渊源

法律的渊源是指法律的表现形式。国际商法的渊源有两个:一个是国际条约,另一个是国际贸易惯例。

(一) 国际条约

国际条约是国家间关于权利义务的协议文件的总称,是国家间为调整政治、经济、军事、文化等关系而采用的最常见的法律文体形式。各国缔结的有关国际商事和贸易的国际条约或公约是统一的国际商法的重要渊源。国际条约可以分为两种:一种是属于统一实体法规则的国际公约,如1924年的《统一提单的若干法律规则的国际公约》、1930年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》、1967年修订的《保护工业产权巴黎公约》、1980年的《联合国国际货物买卖合同公约》等。当这类公约被各国批准或接受时,就可以消除各缔约国在这些



领域内的法律冲突。另一种是属于冲突法规则的国际公约,如1985年的《国际货物买卖合同法律适用公约》、1973年的《产品责任法律适用公约》等。如果这些国际公约能被各国批准或接受,各缔约国在这些领域内的冲突规则将得到统一。

(二) 国际贸易惯例

国际贸易惯例是在国际贸易交往中,由于长期的、反复的商务实践而逐渐形成并受到各国普遍承认和遵守的贸易原则和规则。贸易惯例虽然不是法律,不具有法律的普遍约束力,但是,按照各国的法律,一旦当事人在合同中采用了某项惯例,对此合同双方当事人就具有约束力。有些国家的法律还规定,法院有权按照有关的贸易惯例来解释双方当事人的合同。

目前在国际贸易中影响较大的贸易惯例主要有:国际法协会1932年制定的《华沙—牛津规则》,国际商会1978年制定的《托收统一规则》、1990年《国际贸易术语解释通则》、1993年《跟单信用证统一惯例》,国际海事协会1974年制定的《约克·安特卫普规则》,国际统一私法协会1994年制定的《国际商事合同通则》等。这些惯例在世界上已经获得绝大多数国家和地区的承认、采用和尊重。

目前,国际商法仍然处在形成和发展阶段,它的体系和内容还有待于进一步完善。因此,对一些国际商事纠纷有时还要借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的民法和商法来处理,各国有关商事和国际贸易的国内法也是国际商法的重要补充和渊源之一。我们在研究和学习国际商法时,还必须了解和研究各国商法的有关规定。

第二节 国际商法的产生与发展

商法是随着商品经济的产生而产生、随着商品经济的发展而发展的,是适应国家间商事交往的需要不断发展和完善的。国际商法的产生和发展大致可以分为三个阶段。

一、萌芽与形成阶段

调整国际商事法律,可以追溯到中世纪时期欧洲的商人习惯法,即商人法。商人法存在于公元11世纪到15世纪,最初是地中海沿岸威尼斯、热那亚等城邦国家商人之间的自治规约,后来随着海上贸易的发展,其适用范围逐渐扩大到西班牙、法国、德国和英国等国,其内容主要包括商事合同、海上运输与保险、汇票、两合公司、破产程序等。其中尤以海商法最为发达。商人法是中世纪时普遍适用于西欧各国商人的习惯法,它的典型特征是:

(1) 具有国际性和统一性。商人法普遍适用于各国从事商业交易的商人,成为各国商人从事商业交易的准则。

(2) 具有自治性和简易性。商人法的解释和运用不是由一般法院的专职法官来掌执的,而是由商人自己组织的法院来掌执的,其性质类似于现代的国际仲裁或调解。其程序简单、迅速,不拘泥于形式。

(3) 强调公平合理原则。商人法强调按公平合理的原则来处理案件。

二、演变与发展阶段

17世纪后,随着欧洲中央集权国家的兴起,各国开始以立法的形式调整各种商事关系,商法被纳入各国的国内法,具备了国家的强制性因素,从而失去了它原有的国际性。最早的商事立法有法国路易十四时期颁布的《商事条例》(1673年)和《海事条例》(1681年)。



1807 年拿破仑一世又在这两个条例的基础上颁布了法国《商法典》,1897 年德国颁布了德国《商法典》。一些大陆法国家,如法国、德国、日本,在立法上采取民商分立的形式,把民法与商法分别编为两部独立的法典,把商法从民法中分离出来;而另一些大陆法国家则采取民商合一的形式,把商法包含在民法典中,作为民法典的一部分,如瑞士、荷兰、意大利等国家。由于大陆法国家有民、商之分,因此,它们习惯上将民法称为普通私法,把商法称为民法的特别法。凡是商法典有规定的事项,应适用于商法典的规定;凡是商法典没有规定的事项,则适用于普通民法的规定。

英、美、法国家商法发展的历史有其不同于大陆法国家的特色。在英美法的历史上只有普通法(Common Law)与衡平法(Equity Law)之分,而没有民法与商法的区别。在英国,早在 18 世纪中期,便将商人习惯法吸收到普通法里,成为普通法的重要组成部分。因此,在英、美、法国家不存在独立的商法。

在这一阶段,由于中世纪的商人习惯法被西方各国以不同形式的国内立法所取代,调整国际商事关系和处理国际商事纠纷主要依赖于各国的国内法,但是各国的国内商法主要是根据本国的商事交易的需要而制定,在从事国际商事交易活动时,存在着一定的差异,制约了国际商事交易活动的进行。

三、国际化与统一化阶段

第二次世界大战以后,特别是 20 世纪 60 年代以后,随着科技的进步和经济的发展,商法进入了一个新的发展阶段,其主要特点是恢复了商法的国际性和统一性。在许多国际组织如联合国国际贸易法委员会、国际商会、国际法协会等的积极努力下,国际商法的国际化与统一化取得了重大的进展。一系列国际商事公约和规则得以制定,大量的国际商事惯例得以编纂,它们已成为当今国际商法的重要渊源。

国际商法的统一化不仅体现在区域性和全球性条约或公约体系的逐步形成上,而且还体现在西方两大法系的互相靠近和互相渗透上。大陆法系和英美法的商事法历史有着不同的传统,但是随着国际贸易的开展和国际经济一体化的加速,国际间的交往日益频繁,两大法系之间的商事法律互相影响和借鉴,使之具有国际统一性的趋势。

发生上述巨大的变化,有其深刻的经济根源和历史根源。从经济上来分析,二战后,随着世界生产力的增长,各国之间的经济联系日益密切,经济活动越来越国际化,互相依赖的程度越来越强。国际经济的这种新发展,在客观上要求建立一套调整国际经济贸易关系的统一的国际商事法律,为国际贸易交往提供一个良好的法律环境。从实践情况来看,各国在长期的经济贸易交往中已逐渐形成了一些被普遍接受的贸易惯例和习惯做法,各国的贸易做法日趋接近。例如,各国在国际贸易中都普遍采用 FOB 或 CIF 条件订立合同,而各国贸易的双方一旦采用了这类贸易术语,则在交货中关于风险费用和责任划分的解释基本上都是相同的。这种情况又为形成统一的国际商法提供了可能。

目前,许多国际组织如联合国国际贸易法委员会,都在积极从事研究和制定统一的国际商法的工作,一个新的、独立的国际商法正在形成之中。



第三节 西方两大法系的形成及其特点

一、世界主要法系概述

西方国家的法律制度,主要可以分为两个体系,即以法国和德国为代表的大陆法体系和在英国形成并发展起来的普通法体系。两者相比较,主要有以下两个特点:第一,在大陆法国家,私法的大部分领域都是法典化、成文化的,而在普通法国家则主要是实行判例法;第二,大陆法国家受罗马法的影响很深,有的国家的法典直接继承了罗马法的传统,普通法国家虽然也在一定程度上受罗马法的影响,但其影响的深度和广度与大陆法国家有所不同。在古代奴隶制国家的法律中,罗马法占有主要地位,并对后来商法的发展起着十分重要的作用。对世界各国法律制度和国际商法影响深远的两大法系是大陆体系和普通法系,这两大法系在其形成和发展过程中,都受到罗马法不同程度的影响。

二、罗马法对大陆法和英美法的影响

(一) 罗马法的历史渊源与主要内容

罗马法是指罗马奴隶制国家的全部法律,即从公元前6世纪罗马国家形成时起,至东罗马帝国从奴隶制转变为封建制时止的整个历史时期的法律。其主要是指从公元前5世纪罗马最早的成文法《十二铜表法》开始,到公元6世纪东罗马帝国皇帝优士丁尼安编纂的《国法大全》为止的这一时期的法律。

《国法大全》集罗马法之大成,它包括了罗马奴隶制法律的基本原则和制度,以及罗马法学发展的许多主要成果,是研究罗马法的主要文献。《国法大全》主要包括了以下几部分的法律汇编。

(1)《学说汇编》,是优士丁尼安的法律大全的最重要的部分,它收集了40名罗马历史上著名法学家著作的片断,汇编为五十卷。

(2)《法学阶梯》,是一种法学教本,它的主要依据是著名法学家盖约的著作,共四卷。

(3)《优士丁尼安法典》,是历代皇帝敕令的汇编,但只收集那些尚未丧失现实意义的敕令,并加以审订删改,共编为十二卷。

后来,还有一种新的法令汇编名为“新律”。这是优士丁尼安在编纂上述法典以后颁布的敕令,由私人编纂而成,其中包括优士丁尼安的后继者的若干敕令。

(二) 罗马法对大陆法的影响

在西方各国的法律制度和法律体系中,罗马法对大陆法国家影响最深,是大陆法系最古老的渊源。

大陆法作为一个体系出现于13世纪,它是欧洲政治、经济、文化发展史的一个组成部分。它的形成经历了一个漫长的过程。从8世纪中叶起,西欧重新回到农耕状态,罗马法也失去了往日的影响。到公元10世纪,欧洲在政治上和经济上开始发生深刻的变化,由于重新开放地中海作为西欧贸易的重要航线,地中海和西欧北部沿海地区的商业和贸易得到了发展。11世纪到12世纪,西欧国家城市商业复兴,这就要求建立一种统一的、普遍适用的法律,以代替自罗马帝国灭亡以后,几个世纪以来由日耳曼部族建立起来的分散的、地方性的法律,从而为罗马法的复兴提供了客观条件。



公元11世纪末期,伊利修斯在意大利波仑亚大学讲授罗马法大全,推动了罗马法在西欧各国的传播。到12世纪末,仅在波仑亚大学里就有上万名大学生专门学习法律。许多罗马法的学者和大学教授被任命为皇家法律顾问或地方法院的法官,在社会上享有很高的荣誉。

欧洲大陆对罗马法的研究主要有注释派、后注释派和自然法学派三个学派。早期研究罗马法的学者被称为“注释派”,他们主张探求和讲授罗马法的原意,他们采取的方法是对优士丁尼安的《国法大全》的各种文本进行解释。“注释派”的全盛时期是13世纪。14世纪时,“后注释派”兴起,他们主张修改罗马法的原始文本并把它作为发展新的法律(主要是商法与国际私法)的依据。17世纪,“自然法学派”在欧洲占居主导地位。他们在许多方面超越了“后注释派”,他们仿效自然科学的方法,强调逻辑性和个人的“自然权利”,主张法是理性的产物,认为从罗马法中得出的法律原则都是符合理性的。它强调成文法的作用,提倡编纂法典,以使法学高度系统化、条理化。

总之,从欧洲大陆各国来看,罗马法对意大利、法国、德国和西班牙等国的影响是较大的。意大利是最早接受罗马法的国家。优士丁尼安的《国法大全》不仅在意大利各个大学的讲坛上是代表理想的法律制度,并且在法院的实践中也得到贯彻执行。法国和德国虽然接受罗马法较晚,但罗马法对其立法的影响却是深刻和全面的。受罗马法影响最显著的是1804年的法国民法典和1900年的德国民法典。1804年颁布的法国民法典,即拿破仑法典,在结构上除序言外,分为人、物、取得财产的各种方法等三篇,这显然是以《国法大全》中的《法学阶梯》为依据的;在内容上,许多地方都可以看到罗马法的痕迹,特别是关于物权和债权部分受罗马法的影响更显著。1900年的德国民法典同样渊源于罗马法,不同之处在于它更多地受到《学说汇编》的影响,而且它将罗马法的系统化推进到前所未有的水平,被誉为“现代罗马法”“现代学说汇编”。其他欧洲国家如西班牙、比利时、荷兰、波兰、瑞士以及某些亚洲国家(如日本和旧中国)的法律和法学也直接或间接地受到罗马法的影响。

(三) 罗马法对普通法的影响

普通法是英国在中世纪时期形成的一种法律制度。普通法来源于习惯法,实际上表现在法官的判决中,以判例的形式出现,所以又称为“判例法”。相对于大陆法而言,普通法受罗马法的影响虽然不像某些大陆法国家那样直接继承了罗马法的传统,但罗马法对英国法律还是有一定影响的。其主要表现在以下几个方面。

(1) 教会法的影响。教会法原来是由罗马天主教会实施的法律,其渊源主要是罗马法。在英国与罗马教会分离以前,英国的教会法与欧洲大陆各国的教会法是相同的。教会法院主要管辖有关家庭关系、遗嘱继承和海事方面的案件,在这些领域中,罗马法对英国普通法的形成是有很大影响的。

(2) 商法的影响。到18世纪以后,商法已被普通法吸收,成为普通法的一个组成部分。英国的商业习惯法同欧洲各国的商法基本上是一致的,受罗马法的影响很大。

(3) 衡平法。14世纪时,英国出现了独有的衡平法的法律形式,衡平法院成为独立的法院,与普通法院同时存在。由于衡平法院法官多由精通罗马法的僧侣担任,而他们又可以参酌罗马法的规定来处理案件,因此,罗马法就渗入了衡平法中。

三、大陆法的结构、渊源及其特点

大陆法形成于西欧,主要代表是法国和德国,还包括瑞士、意大利、奥地利、比利时、卢森



堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等国。现在,除西欧外,整个拉丁美洲、非洲的一部分、远东的一些国家都属于大陆法系,甚至在普通法系中的个别地区(如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克)也属于大陆法的范围。中国属于大陆法体系。

(一)大陆法的结构

大陆法的特点是强调成文法的作用。它在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。它所采取的方法是运用几个大的法律范畴将各种法律规则分门别类归纳在一起。

大陆法各国都把全部法律分为公法与私法两大部分,这种分类法最早是由罗马法学家提出。公法是与罗马国家状况有关的法律,包括调整宗教祭司活动和国家机关活动的法规;私法是与个人利益有关的法律,包括调整所有权、债权、家庭与继承等方面的法规。大陆法继承了罗马法的这种分类方法,并根据现代法律发展的状况,进一步把公法再细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法;把私法再分为民法和商法等。

(二)大陆法的渊源

大陆法国家是成文法国家,大陆法系各国都强调成文法的作用。大陆法国家除法律以外,还有其他主要的法的渊源。大陆法的渊源主要有以下几类。

1. 法律

法律是大陆法的主要渊源,它包括宪法、法典、法律和条例等。这些法律制定的机关不同,其效力等级也有差异。一般来说,宪法是具有最高权威性和效力最高的法律,其他法律均不得与之相抵触。

2. 习惯

习惯作为法律渊源,已得到大陆法各国的普遍承认,但各国对习惯在法律渊源中的地位和在现实中的作用却存在不同理解。但总体来说,这种习惯必须是具有法律意义的,并不得与法律相抵触的习惯。与法律相抵触的习惯,法院是不予承认的,因而也就不能成为法的渊源。

3. 判例

由于大陆法国家强调成文法的作用,所以原则上不承认判例具有与法律同等的效力和可作为一个独立的法律渊源。一个判决只对当事人和本案有效,而不能约束日后法院对同类案件的审理和判决。但是,进入20世纪后,大陆法国家开始重视判例的作用,一些国家开始作出一些例外规定,以使法官受某种判例的约束。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,并承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则,法院应予实施。在阿根廷、哥伦比亚、瑞士、西班牙等国也有相关的规定。

4. 学理

一般来说,学理不是法的渊源,但在大陆法发展的过程中,学理曾起过重要的作用。如12世纪到17世纪罗马法复兴时期先后产生的“注释学派”“后注释学派”及“自然法学派”,其理论对大陆法的形成有不可忽视的影响。学理对法律的影响主要表现在:它可为立法者提供法学理论、词汇和概念,通过立法者的活动,制定成法律;它可对法律进行解释,对判例进行分析和评论;通过法学家的著作,培训法律人员,可影响法律实施的过程。

四、普通法的结构、渊源及其特点

普通法形成于英国,以后扩展到美国及其他过去曾受英国殖民统治的国家和地区。主要包括加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚和新加坡等。南非、斯



里兰卡和菲律宾原属大陆法系,后来随着英、美势力的渗入,引入了普通法,成了大陆法与普通法的混合体。而英国的苏格兰则属于大陆法系。

普通法系以英国和美国为代表,两国的法律制度有许多共同之处,但两国的法律在自身发展的过程中,也各自形成了一些不同的特点,因此,我们必须把两国的法律分别予以介绍。

(一) 英国法

1. 英国法的特点、结构

英国法与大陆法的区别,不仅表现在英国法是以判例法作为法的主要渊源,大陆法以成文法作为法的主要渊源上,而且在其他方面也有许多不同之处。

英国法把法律分为普通法和衡平法两部分,这种二元性的结构是英国法的一个主要特点。英国的普通法与衡平法虽然都是判例法,但各有其特点,其主要区别有以下几方面。

(1) 救济方法不同。普通法只有两种救济方法,一种是金钱赔偿,另一种是返还财产。且以金钱损害赔偿作为主要的救济方法。普通法对于有发生不法行为或违约行为之外的情况,不能预先采取防止措施,普通法法院不能发出禁令,判令当事人为一定的行为或不为一一定的行为。当事人只能等待不法行为或违约行为发生后,才能向法院诉请损害赔偿。而衡平法则有了一些新的救济方法,主要包括以下内容。

① 实行履行。当一方违约时,衡平法院可判令负有义务的一方当事人按照合同的规定履行其应负的义务。但以违约所遭受的损害不能以金钱赔偿得到满足或损害的金额无法确定者为限。

② 禁令。衡平法院可以发出禁令,命令当事人做某种行为或不做某种行为,以事先防止不法行为和违约行为的发生。

(2) 诉讼程序不同。衡平法院有自己的诉讼程序与证据规则。它与普通法法院不同之处主要是:第一,普通法法院有陪审团制度,衡平法法院不设陪审团;第二,普通法法院听取口头答辩,采取口头询问方式审理案件,而衡平法则采取书面诉讼程序。

(3) 法院的组织系统不同。从14世纪后半叶起,衡平法院成为独立的法院,此后,在一个相当长的时期内,英国出现了普通法法院与衡平法法院两种法院并存的局面。直到1875年颁布的法院组织法,才取消了普通法法院与衡平法法院的划分,建立了统一的法院体系。普通法和衡平法都由同一法院适用,并且把衡平法优先于普通法的原则,在法律上规定下来。

(4) 法律术语不同。为了避免与普通法法院发生冲突,衡平法法院在司法活动中使用它自己特有的法律术语。

英国法的另一个特点是重视程序法。与此相反,大陆法国家则重视实体法。衡平法有自己特有的诉讼程序,是由法院以判例的形式形成和发展起来的。英国的实体法是通过各种诉讼程序形成的。在英国,如果某种权力缺乏适当的救济方法,这种权力就不能存在,就不能得到法律上的保障。所以英国法有一句格言:“救济先于权力”。这里所谓救济是指通过一定的诉讼程序给予当事人以法律上的保护,这是属于程序法的范畴;而权力则是属于实体法的范畴。这表明诉讼程序在英国法中占有十分重要的地位。

2. 英国法的渊源

从历史上看,英国是判例法国家,判例法是英国法的主要渊源,成文法居于次要地位。但是,自19世纪末20世纪初以来,成文法在英国社会生活中的作用日渐重要。英国法的渊源主要有以下几方面。



(1)判例法。判例法是英国法的主要渊源,它是由高等法院的法官以判决的形式发展起来的法律规则。它的基本要求是:高等法院在判决中所包括的判决理由(Ratio Decidendi)必须得到遵循,即对作出判决的法院本身和对下级法院日后处理同类案件均具有约束力。这也就是所谓的“先例约束力原则”(Rule of Precedent)。它包括三个内容:第一,上议院的判决是具有约束力的先例,对全国各级审判机关(不包括上议院本身)都有约束力;第二,上诉法院的判决对上诉法院本身和下级法院有约束力;第三,高级法院每一个庭的判决对一切低级法院有约束力。

(2)成文法。成文法也是构成英国法的一个重要渊源,它包括由立法机关(国会)制定的法律和由行政机关按照法律制定的条例。但按照英国法的传统理论,成文法只是对判例法所作的补充或修正,它必须通过判例法才能发挥作用。

(3)习惯。主要是指盎格鲁·撒克逊时代通行的习惯法,它是普通法起源的基础。但在普通法的形成过程中,法的渊源是判例法而不是习惯法。因此,其在英国法律中的作用很小。根据英国有关法律的规定,只有那些在1189年时已经存在的地方习惯才有约束力。

(二)美国法

美国是18世纪后期才成为一个独立的国家。在这以前,它曾是英、法、荷等欧洲国家的殖民地。独立战争以前,英属北美13个殖民地都施行英国法律。美国独立初期,由于普遍存在着对英国统治的敌视,因而英国的普通法也受到反对。许多州都宣布禁止援引1776年以后的英国判例。当时有两种主张:一种主张采用英国普通法,一种主张采用大陆法模式。然后以法典编纂的方式来建立美国的法律。最后,由于美国毕竟同英国渊源较深,英国普通法在殖民统治时期已经有相当大的影响,而且两国都以英语作为共同语言。因此,美国最后还是留在普通法体系内,并与英国一同成为普通法中最主要的两个国家。

美国法在法律语言、法律概念和推理方法等方面,都与英国法有相同之处。但是,在美国独立以后,两国的法律基本上是独立发展的。美国法律在其发展过程中,形成了自己的特点,这些特点不仅与大陆法国家不同,而且与英国法也有所区别。

1. 美国法的结构

美国属于普通法体系国家。美国与英国一样以判例法作为法的主要渊源,而把成文法看作是对判例法的补充或修正。

美国法律分为联邦法与州法两大部分,这是美国法律结构的一个主要特点。凡宪法未授予联邦或未禁止各州行使的权力,均属于各州。各州保留了相当大一部分立法权,但联邦的法律高于各州的法律,如州法与联邦法有抵触时,应适用联邦法。在民事立法方面,联邦的立法权范围主要包括银行、工业、国际贸易、州际贸易、专利权和税收等事宜,但即使在上述范围内也并不排除各州的立法权。各州不得在联邦立法权范围外制定与联邦法律相抵触的法律。

由于美国特殊的历史条件,使各州在立法方面享有很大的权力。尽管进入20世纪以来,联邦立法活动大大加强,联邦法的作用不断上升,但在日常生活中,州法仍然起着十分重要的作用。美国各州的法律大体是相似的,但也存在着一些差异。

2. 美国法的渊源

美国同英国一样,都属于判例法国家,判例是美国法的主要渊源。但自19世纪末以来,成文法的数量大大增加,成文法在社会经济生活中的作用越来越重要。

(1)判例法。判例法是美国法的主要渊源,也是法的主要来源和组成部分。19世纪以来在英国形成的“先例约束力”的原则,在美国也同样适用。由于美国是联邦制国家,存在



着联邦法与州法的区别,因此,在适用先例约束力的原则时,美国也有它的特点。主要体现为:第一,在州法方面,州的下级法院须受上级法院判例的约束,特别是受州最高法院判例的约束;第二,在联邦法方面须受其上级联邦法院判例的约束,特别是受美国最高法院判例的约束;第三,联邦法院在审理涉及联邦法的案件时,须受其上级联邦法院判例的约束,而在审理涉及州法的案件时,则须受相应的州法院判例的约束,但以该判例不违反联邦法为原则;第四,联邦和州的最高法院不受它们以前确立的先例的约束,它们可以推翻过去的先例,并确立新的法律原则。

美国的判例数量是很大的,仅是各州和联邦最高法院每年大约要判处三万件左右的案件,全国每年大约要出版判例汇编 350 卷,熟悉这样浩繁的判例是很困难的。

为了把各州的判例法统一起来,1923 年成立的美国法学会将涉及商法和部分民法的判例法进行综合整理,编纂成各种判例法汇编,称为《法律重述》。

(2) 成文法。美国有两种成文法,即联邦的成文法与各州的成文法。在联邦法律中,美国宪法占有十分重要的地位。美国最高法院认为,宪法不同于一般的法律,而是一切法律之源,美国的一切其他法律,包括判例法,其力量都来源于宪法。因此,凡是违反宪法的法律或判例,美国各法院都有权不予以执行。美国最高法院在解释宪法时,采取所谓的“弹性”解释方法,这样就便于最高法院的法官根据社会政治经济条件的变化进行匡正,以适应社会经济发展的要求。

美国法律制度的发展,是成文法与判例法相互作用的结果。一方面立法机关可以通过成文法,改变判例法中某些已经过时的法律规则,使法律适应社会经济、政治发展的要求。另一方面,成文法又必须经过法院判例的解释才能起作用。因此,在美国真正起作用的不是法律条文的本身,而是经过法院判例给予解释的法律规则。

五、当代西方国家两大法系的演变

法律是上层建筑的主要组成部分,法律不但要依赖于自己的经济基础,而且还要适应经济基础的发展。当社会和经济条件发生变化时,法律也应随之发生变化,以适应这种客观发展规律的要求。

(一) 大陆法系“判例法”的出现及其地位的不断提高

大陆法系国家都强调成文法的作用,因此成文法是其主要的法律渊源。这些国家原则上是不承认判例法与成文法具有同等效力的。自 19 世纪末到 20 世纪初,随着社会政治、经济的发展变化,属于大陆法系的各国出现了许多法典和法规所不可能预见的情况,社会经济的发展要求对法典和法规所确立的法律原则有所改变。德国民法典面对不断变化的形势,也在法典中规定了许多伸缩性很大的一般性条款,如“善良风俗”“诚实信用”“合理期间”等,为法官自由解释和运用法律提供了广阔的空间。

进入 20 世纪以后,大陆法系各国开始重视判例的作用。例如,法国下级法院的法官在新的形势下,不愿冒自己所作出的判决被上级法院否定的风险,就本能地效仿上级法院对同类案件的判决。同时,由于中央集权的日益加强,最高法院的地位也在大大加强,最高法院对法律未作出规定的问题所作出的判决,对下级法院就具有更重要的意义。

大陆法系的“判例法”的形成有两种情形:一种是通过最高法院的判决确立的新的法律原则;另一种是法官在判案中对法典的某些条款作了扩展解释而创造的法律原则。所以,这种“判例法”与英美法系的判例法是不同的。



(二)英美法系“成文法”的数量在日益增多

自19世纪末到20世纪初后,英美法系国家法律结构发生了深刻的变化,主要是成文法的比重和作用不断上升,成文法也成了英美法的主要渊源。英美法系的成文法包括两种情况:一种是议会制定的法律;另一种是行政机关按照法律制定的条例。

英国从19世纪初到20世纪中期的150年间所颁布的法律,至今仍然有效的共有4 000余项。20世纪30年代以来美国为了适应社会经济、政治发展的需要,开展了大规模的立法活动,形成了一些新的法律门类:如《劳动法》《经济法》等。这些新的法律不是由普通法院来实施,而是由各行政委员会施行的。这些准审判机关在其活动中不适用“先例约束力”的原则。它们虽然接受高等法院的监督,但高等法院对其作出的裁决只作程序上的审查,而不作实体法上的审查。

在美国,由于历史形成的原因,早期就受法国的一些影响,成文法的地位和作用比英国突出。美国是联邦制国家,除联邦有立法权外,各州根据联邦宪法的授权,州议会也享有一定的立法权。因此,美国有两种成文法,即联邦成文法和州成文法。联邦成文法主要是联邦宪法,州的成文法除州宪法和刑法典外,大多数州已有刑事诉讼法典,半数的州也有了民事诉讼法典,个别州还有民法典。从19世纪下半期起,美国开始进行联邦立法的整理编纂工作。1926年颁布了美国法律汇编,开始颁布时包括到1925年12月为止的全部有效法律,以后每年颁布一卷增补篇,收入当年国会通过的法律。二次大战后,随着行政权力的进一步加强,委托立法的范围也越发扩大。美国成立了各种各样的委员会,如“州际贸易委员会”“联邦贸易委员会”“联邦股票与交易所委员会”“全国劳动关系局”等。这些联邦的行政机构都有权制定规章、条例,并有权处理有关的争端。它们虽然受法院的监督,但它们在处理案件时,可以不受先例的约束,并可以摆脱一般法院所采用的解释法律的方法。这些行政机构所制定的规章、条例在当代美国社会生活中,尤其是在社会经济领域内起着十分重要的作用。

(三)两大法系法律渊源的发展趋势

目前西方两大法系法律渊源发展的情况是:英美法系国家,成文法日益增多,判例法有所减少,有些判例所反映的法律原则,通过立法变成了成文法;大陆法系虽没有“遵守先例”的原则,但是在旧法系条文已经不适用的情况下,特别是法典没有明文规定的情况下,判例往往也成为法官判案的参考和依据。西方两大法系法律渊源的发展趋势正在逐步靠近。但两大法系的这种靠近,并不意味着两大法系已走向统一,并将逐步汇合而成单一的西方法系。相反,由于两大法系的形成和发展是基于不同的历史传统、社会政治经济状况和思想文化特征,其发展趋势也必将受这些客观条件的制约。因此,两大法系的差别还将长期存在,两大法系也仍将是世界各国法律制度的主要代表。

思 考 题

1. 简述国际商法的含义。
2. 简述国际商法的渊源。
3. 简述大陆法的结构、渊源及其特点。
4. 简述英国法的结构、渊源及其特点。
5. 简述美国法的结构、渊源及其特点。
6. 为什么说“美国法律制度的发展是成文法与判例法相互作用的结果”?
7. 简述西方两大法系渊源的发展趋势。

第二章 合 同 法

第一节 合同法概述

一、合同法与经济秩序

合同,又称契约,是当代社会进行各种经济活动的基本工具。在市场经济的条件下,如果没有各种经济合同,社会经济活动就无法进行,社会的经济秩序也难以维持。在劳动分工日益细化的条件下,生产、分配、消费及流通的各个环节都离不开合同。因此,各个国家都将合同法置于十分重要的地位。在西方国家中,合同法作为其上层建筑的重要组成部分,对维护其经济秩序和社会秩序起着十分重要的作用。在西方国家的民法体系中,合同法往往占有很大的篇幅。

我国自改革开放以来,将经济立法放在法制建设的重要地位。从1981年至1986年先后制定并颁布:1981年的《经济合同法》、1985年的《涉外经济合同法》《引进技术合同管理条例》等法律法规,并于1999年10月1日颁布了新的《合同法》。这些法律法规对我国国内外的经济贸易往来起着十分重要的作用。

二、合同的概念与特征

当今各国对合同所下的定义并不相同,长期以来,大陆法与英美法对合同一直存在不同的理解。

在大陆法系的国家中,法律学者基本上认为合同是一种协议。如在德国《民法典》中将合同纳入法律行为范畴,作为法律行为的一种,其第305条规定:“依法律行为设定债务关系或变更债务关系的内容者,除法律另有规定外,必须有当事人之间的合同。”所谓法律行为是当事人为了发生私法上的效果而进行的一种合法行为。法律行为包括意思表示和其他合法行为,其中意思表示是法律行为的基本要素。如无当事人的意思表示,就不可能成立合同。在法国《民法典》中没有法律行为这一概念,而是使用“合意”这一比较具体的概念,将合同视作一种合意,如其第1011条规定:“合同是一人或数人对另一人或数人承担给付某物、做或不做某事的义务的一种合意。”这就从债务的角度提示了合同作为一种发生债务关系的合意的本质。所谓合意就是指当事人之间意思表示一致,合同才能成立。

英美法系国家强调合同的本质在于当事人所作的允诺,而不只是达成协议的事实,英国《不列颠百科全书》将合同定义成“可以依法执行的许诺,这个许诺可以是作为或不作为。”美国《合同法重述》中规定:“合同是一个或一系列的许诺,违反该许诺的,法律给予救济,履行该许诺则是法律所确认的义务。”因此,按照英美法的理论,合同的实质是当事人所表示的许诺,法律强制执行的是法律上认为有约束力的许诺。

尽管英美法和大陆法在对合同的概念上存在不少分歧,但实际上它们基本上都把当事人的意思表示一致作为合同成立的要素,我国法律也是如此。我国《民法通则》第85条规定:“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同,受法律保护。”