

“十三五”普通高等教育应用型规划教材

国际贸易系列



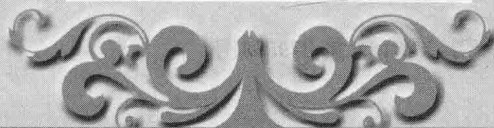
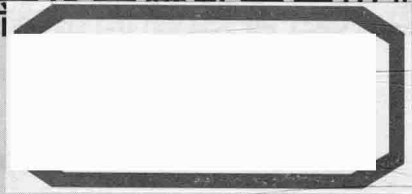
国际商法



李秀芳 主编

 中国人民大学出版社

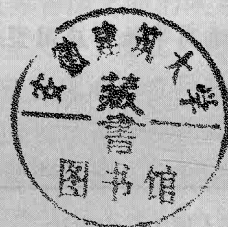
“十三五”普通高等教育规划教材



国际商法



李秀芳 主编



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/李秀芳主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 5

“十三五”普通高等教育应用型规划教材·国际贸易系列

ISBN 978-7-300-23645-2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 279553 号

“十三五”普通高等教育应用型规划教材·国际贸易系列

国际商法

李秀芳 主编

Guoji Shangfa

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京宏伟双华印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2017 年 5 月第 1 版

印 张 20.75

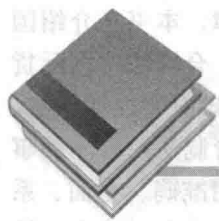
印 次 2017 年 5 月第 1 次印刷

字 数 486 000

定 价 46.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



前 言

2016年12月11日,中国加入世界贸易组织(WTO)已整整15年,15年来中国在不断受益于全球化发展的同时,也更加深入地融入世界经济,成为促进世界经济发展不可缺少的重要力量。目前中国已发展成为全球第二大经济体、世界第一大贸易国、世界第一大吸引外资国、世界第二大对外投资国。加入世界贸易组织对于促进我国对外贸易发展和拉动经济增长都起到了重要作用,推进改革开放进入新的阶段,极大地促进了社会生产力的发展。这些经济成就所带来的实力增长,为“一带一路”与“走出去”战略创造了良好的实施条件,进而为国际经济秩序带来了积极变化。

随着经济全球化程度的不断深化,国际贸易的交易标的和交易方式发生了巨大的变化,早已不仅仅是以货物买卖为主的传统贸易模式,资金、技术等国际流动日趋频繁,同时,传统贸易方式以外的技术贸易、服务贸易、跨国投资等已成为与货物买卖旗鼓相当的贸易方式。以互联网为代表的信息技术的迅速发展,使世界各国之间的联系更加紧密,国际分工继续深化,全球贸易内容、贸易方式和贸易规则相应发生了变化,跨境电子商务已成为一种新型贸易方式,并且在快速发展。当今形势的这些变化由此也拉动了社会对国际商务人才的巨大需求。在此背景和新形势下,构建一个适应当今国际经济贸易发展的安全、可靠、公平的国际商事法律环境,为国际商务活动提供法律保障,是影响一国对外商务活动顺利进行以及经济发展的重要因素。国际商法作为已经建立起来的一门法律学科,正随着国际商务各个领域的发展及变化而不断地加以完善,并已发展成为一个全方位、宽领域的法律规范体系。

作为世界第一大贸易国,我国与其他国家有着大量、频繁的经济交往,在此过程中,各类纠纷案件时有发生,在处理这些案件时,我国一些企业常常处于被动地位,甚至败诉。究其原因,其中之一便是我国从事国际商务活动的一些企业和人员缺乏对有关国家法律、国际公约及国际惯例的深入了解和研究,或是不能及时掌握法律的变化。因此,认真研究、掌握好国际商事交往中的相关法律和惯例,并将其熟练地运用到国际商务实践中,才能使自己在复杂的国际商事交往中立于不败之地。同时,只有深入了解、研究其他国家的相关立法和国际公约,我国才能以此为鉴,更好地完善本国立法。鉴于以上原因及国内外经贸领域的新形势、新变化,培养众多的熟悉国际商事法律的人才已经成为当前的重要任务。

学习国际商法是为了服务于国际商务活动实践,因此,本书在撰写中力求突出如下特



点。第一，系统性，本书内容全面，涵盖了国际商事活动中各方面的法律。本书在介绍国际两大法系的基础上，比较详细地阐述了商事组织法、国际商事代理法、合同法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际服务贸易法、知识产权保护法、国际技术贸易法、国际支付结算法、产品责任法、国际税法、国际贸易管制法及国际商事仲裁等相关的国际公约、主要国家法律及我国的有关法律规定。本书力图准确、全面、系统地阐述各部分法律的相关内容，努力做到法律条文与我国国际商务实践有机结合。第二，实用性，本书在阐述各类商法的国内立法、相关国际公约及国际惯例时，力求联系实际，将相关法律对应典型案例进行分析。利用所学法律来分析案例有助于学生加深对法律知识的理解，以便在今后的工作实践中能够更好地学以致用。第三，新颖性，本书在保持国际商法知识体系完整性的同时，吸收了最新的国际商法规则和研究的最新成果，书中所阐述的内容均为最新版本的国际公约和国内法条，反映当前国际商法的最新条款，为国际商务实践提供有效的法律指导。此外，本书还具有叙述简洁、条理清晰、通俗易懂、案例丰富等特点。

本书既可作为普通高等院校国际经济与贸易、国际商务等相关专业本科生和研究生的课堂教材使用，也可供我国从事对外经济贸易工作的在职人员阅读和借鉴。

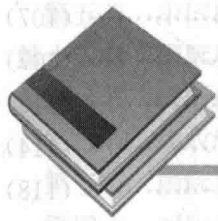
本书的作者均为天津财经大学教师及研究生，各章编写的具体分工情况如下：李秀芳负责第三章；孙禄负责第一章；唐子汉负责第二章；冯晶负责第四章；马静负责第五、第七、第八、第十四章；杨波负责第六章；王瑞芳负责第九、第十章；索红杰负责第十一章；李蓓蓓负责第十二章；胡子云负责第十三章；高华敏负责第十五章。全书由李秀芳负责审核、整理及定稿。

本书在编写过程中参阅、吸收和借鉴了不少国内外的相关优秀书籍和文献，编者对这些文献资料的来源深表感谢。鉴于编者的水平有限，加之时间仓促，书中可能还存在这样或那样的缺点和问题，恳请读者批评指正。

编者

2017年3月





目 录

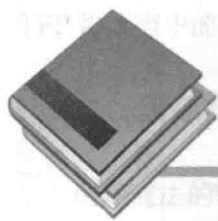
第一章 国际商法导论	(1)
第一节 国际商法概述	(2)
第二节 世界两大主要法系简述	(4)
第三节 中国涉外商法的概况	(8)
第二章 商事组织法	(11)
第一节 商事组织法概述	(12)
第二节 公司法	(13)
第三节 合伙法	(28)
第四节 个人独资企业	(31)
第三章 国际商事代理法	(36)
第一节 代理法概述	(37)
第二节 本人与代理人之间的关系	(41)
第三节 本人及代理人同第三人的关系	(43)
第四节 中国的代理法和外贸代理制	(45)
第四章 合同法	(51)
第一节 合同与合同法	(52)
第二节 合同的订立	(55)
第三节 合同的效力	(62)
第四节 合同的履行	(67)
第五节 合同的变更、转让和终止	(71)
第六节 违约责任	(78)
第五章 国际货物买卖法	(86)
第一节 国际货物买卖法概述	(86)
第二节 国际货物买卖合同的订立	(89)
第三节 卖方和买方的义务	(93)
第四节 违约的救济方法	(97)
第五节 货物所有权与风险的转移	(102)



第六章 国际货物运输法	(107)
第一节 国际海上货物运输法	(107)
第二节 《海牙规则》《汉堡规则》《维斯比规则》	(110)
第三节 《鹿特丹规则》	(114)
第四节 中国海商法	(118)
第五节 其他运输方式	(120)
第七章 国际货物运输保险法	(128)
第一节 国际货物运输保险概述	(129)
第二节 海上货物运输保险	(129)
第三节 海上货物运输保险合同	(140)
第五节 其他方式货物运输保险	(144)
第八章 国际服务贸易法	(150)
第一节 国际服务贸易法概述	(151)
第二节 《服务贸易总协定》规范提要	(154)
第三节 行业国际服务贸易法律制度	(155)
第九章 知识产权保护法	(160)
第一节 知识产权法概述	(161)
第二节 知识产权的国际保护	(162)
第三节 知识产权相关法律	(169)
第十章 国际技术贸易法	(179)
第一节 国际技术贸易概述	(180)
第二节 国际技术转让法	(181)
第三节 国际许可证协议	(187)
第十一章 国际支付结算法	(194)
第一节 国际贸易支付结算概述	(195)
第二节 汇票	(201)
第三节 本票与支票	(210)
第四节 票据相关法律及公约	(211)
第五节 电子支付	(216)
第六节 汇付	(219)
第七节 托收	(221)
第八节 信用证	(223)
第九节 其他结算方式	(231)
第十二章 产品责任法	(242)
第一节 产品责任法概述	(242)
第二节 美国的产品责任法	(245)
第三节 欧洲的产品责任法	(252)
第四节 关于产品责任法的国际立法	(255)

第五节	中国的产品责任法	(258)
第十三章	国际税法	(262)
第一节	国际税法概述	(262)
第二节	税收管辖权	(264)
第三节	国际重复征税与重叠征税	(268)
第四节	国际逃税与避税	(271)
第五节	我国企业税收法律制度	(273)
第十四章	国际贸易管制法	(288)
第一节	关税	(288)
第二节	特别关税措施	(293)
第三节	非关税措施	(299)
第十五章	国际商事仲裁	(308)
第一节	争议解决方法与仲裁的比较优势	(309)
第二节	国际商事仲裁的基本概念	(310)
第三节	《中华人民共和国仲裁法》与国际商事仲裁协议	(311)
第四节	国际商事仲裁的程序与机构	(312)
第五节	国际商事仲裁的法律适用与执行	(317)
第六节	中国仲裁面临的机遇与挑战	(319)
参考文献	(323)





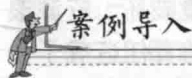
第一章

国际商法导论



本章重要知识点

- △国际商法的概念
- △国际商法的主要法律渊源
- △两大法系的形成及其主要区别
- △我国涉外商法的形成和发展



案例导入

1984年12月美国联合碳化公司的子公司即美国联合碳化印度有限公司（美国的母公司控股50.9%）在印度出现了震惊世界的化学品污染事故，这一事故造成印度博帕尔当地居民4000人左右死亡、难以估量的家畜死亡以及后续对于当地环境尤其是水资源的污染和破坏。事故发生之后，受害人和印度政府直接向美国纽约南部联邦地方法院的母公司提起总额约31.2亿美元赔偿的诉讼，之所以将母公司一并作为被告方，是因为首先其子公司在当时的净资产仅为9000多万美元，远不足以赔偿事故所带来的各项损失，另外尽管子公司位于印度当地，但是母公司对于子公司的生产、安全、经营管理、财务和技术等各方面都具有统一安排和管理，在这一条件下子公司并没有完全安装美国同类工厂的应急预案计算机系统，在造成如此巨大损失的情况下应当适用揭开公司面纱原则，一并追究母公司的责任。最终经过协商于1989年达成4.7亿美元的赔偿金额协议。事实上随着经济全球化的推进，跨国商务活动将越来越多，所以加强对于这一领域的约束和规范即加强国际商法的发展和完善是非常重要且必要的。

随着经济全球化的不断推进，各国之间的国际经济合作不断加强，而作为约束国际经济合作的国际商法也在不断进步完善。它起源于调整古代罗马交易的法律和中世纪的商人法，而后不断修正完善，尤其是在第二次世界大战之后，联合国等国际组织不断成立并不断编纂、完善国际商法的体系和内容，使得国际商法得到了巨大的推进。本章主要介绍国际商法的基本概念和法律渊源、两大法系的简要内容以及我国涉外商法体系的发展状况。



第一节 国际商法概述

一、国际商法概念和主要内容

(一) 国际商法概念

国际商法的基本含义是指调整国际商事交易与商事组织关系的法律规范的总称，其中商事的含义并不仅仅限于商业活动，而国际的含义主要是指跨越国界的意思，所以国际商法也可以称为跨国界的商法。

(二) 国际商法的主体

国际商法的主体主要包括公司、企业等商事组织。随着经济全球化以及国际分工的不断发展，跨国公司的作用和地位在国际交易等商事活动中不断增加，所以在国际商法的发展和完善过程中必须加以重视，增强对跨国公司的法律调整和约束。

从法律上而言，跨国公司不是一个法律实体，而是一个经济联合体，其基本结构由母公司和子公司或分支机构构成，其中母公司和子公司各自拥有独立的法律人格，所以可以独自承担相应的法律连带责任，而分支机构不具有独立的法律人格即非法人，是母公司的附属，其行为由母公司负责，所以在此条件下，子公司和分支机构就会产生不同的法律后果和责任，甚至母公司可能会利用子公司的独立法人资格为自己减少负担，在实现公司的整体利益最大化的同时，也可能损害东道国法人甚至国家的利益，比如环境破坏、资源浪费等等。因此为了能够很好地约束上述行为，也就是如果出现由于母公司的责任造成子公司丧失对外偿付能力或丧失履行义务的能力时，为了保护债权人或是东道国的利益，法律有时会允许“揭开公司面纱”（piercing the corporation veil）即按照公司法人人格否定的理论，由母公司为子公司的行为承担责任，当然大多数国家对于这种行为持谨慎的态度，并加以严格限制。

总而言之，企业和公司构成了国际商法的主要主体，而其中由于经济全球化的原因，跨国公司已然成为了国际商法主体中的核心组成部分。而跨国公司近些年在带动全球经济的过程中也同时带来了众多的问题，所以加强在这一领域的国际立法约束已是刻不容缓。

(三) 国际商法的调整范围和对象

随着社会和经济的进步和发展，国际商法的调整范围和对象不断扩大，传统的国际商法的调整范围和对象主要包括商事组织、合同、买卖、代理、运输、保险和票据等领域，现如今已经拓展至技术贸易、服务贸易、投资、金融和产品责任等更多的领域，因此形成了不同的国内和国际法律与条例。

众多的法律条文形成了现今较为完善的商法体系，其主要组成部分包括对于国际商事主体约束的主体法，比如商事组织、商事代理和商事登记等法律条文；其次是关于商事主体行为进行法律约束的商事行为法，包括国际货物买卖法、海商法、保险法、国际结算法等；最后是关于国际商事争端争议解决的法律与规则，例如国际商事仲裁或者其他条约协议，国际组织约定或区域内约定的争端解决机制条例，比如在 2015 年 10 月 5 日达成的

TPP 协议当中的关于对外投资的争端解决机制,即 ISDS^① 解决机制等。

二、国际商法的主要法律渊源

国际商法的法律渊源主要分为两大类,即国际立法与惯例和国内立法与判例。

(一) 国际立法与惯例

(1) 国际公约或条约,比如《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)是我国进行国际货物交易时关系最大且最重要的国际条约之一,该条约于 1980 年颁布,我国于 1986 年 12 月 11 日核准加入并有两项保留条款。除此之外还包括 1978 年的《联合国海上货物运输公约》(《汉堡规则》)、《北美自由贸易协定》、《国际民事诉讼程序公约》和《产品责任法律适用公约》等众多的国际条约。

(2) 国际贸易惯例通常是指在国际贸易的长期实践过程中形成的约定俗成的行为准则,例如《2010 年国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS2010)、《跟单信用证统一惯例》(UCP600)、《托收统一规则》(URC522)和《国际保理惯例规则》等等。

国际贸易惯例相比于国际条约而言有以下特点:国际贸易惯例是实践中长期形成的,而国际条约是国与国经过谈判协商或者由一些国际组织订立形成的条约。由此可以看出国际贸易惯例不是一个法律性的文件,不具有强制性,也不能自动适用,它是由双方在自愿的基础上遵行的,相反,国际条约对于缔约国而言具有强制性和约束力,其效力高于国内法,当然只对缔约国有效。

(二) 国内立法与判例

由于国际商法仍然不是很完善,所以由国内立法或判例作为一定的补充。国内立法主要是指国内调整国际商事交易的一些法律规范,比如对外贸易法、外汇管理法与合同法等等。判例主要是英美法系国家的主要法律渊源,所以在英美法系国家中,判例也作为国际商法不完善的重要补充。

三、国际商法的历史发展情况

随着经济与全球化的不断发展,国际商法也在逐步完善,著名的国际贸易法专家施米拖夫教授认为国际商法的发展经历了三个阶段。

第一阶段为中世纪(11—17 世纪)商人习惯法阶段,这一阶段主要形成于中世纪的意大利、法国和德国的一些自治城市当中,主要是一些从事欧洲和东方之间贸易往来的商人阶层在交易过程中形成的商人习惯。这些主要是由商人自己的特别法庭在审理过程中所形成的习惯被称为商人法,其内容包括调节商人之间的买卖、合伙、汇票和海商法等,例如 13 世纪产生的《巴塞罗那海法》、《奥内隆法典》(《海事判例集》)和《维斯比规则》,这三部海法对后世产生了巨大的影响。这一时期的国际商法特点如下:一是跨国性和统一性,即适用于各国从事商业交易的商人;二是程序简单、明了、迅速;三是由商人自己组

^① ISDS 是双边投资协议中常见的投资保护措施,允许外国投资者(公司)根据投资协议的规定,在投资利益受到所谓“侵害”时,对投资所在国提起仲裁。

成的特殊法庭进行审判而不是由一般法院的专职法官进行审理，当时在英国这种法庭又被叫作“灰脚法庭”；四是这一时期的商法以公平合理为处理原则，但是整体上缺乏体系性。

第二阶段为 17—19 世纪，这一时期由于资产阶级的的发展以及资产阶级革命的爆发，为了更好地维护资产阶级的利益，各国开始着手建立国内的商法编纂。首先进行国内商事立法的国家为法国，它于 1673 年和 1681 年分别颁布了《商事条例》和《海事条例》，并于 1807 年根据这两个条例颁布了《法国商法典》，这与 1804 年的《拿破仑法典》形成了欧洲大陆民商分立的法律制度。之后随着欧洲大陆其他国家资产阶级革命的爆发和推进，其他各国也相继推出了相关商事法律，德国于 1861 年制定了《德国商法典》，意大利采取民商合一的法律制度。相对于欧洲大陆，英美法系国家主要采取了判例法制度，19 世纪以后才开始制定一些单行的商事法规，以补充判例的不足，例如英国于 1893 年颁布的《货物买卖法》(Sale of Goods Act)，美国于 1906 年制定的《1906 年统一买卖法》、1916 年制定的《1916 年关税法》等相关的商事法律。这一阶段国际商法最主要的特点就是逐渐失去国际性，更多的是立足于本国实际而制定相关商法。

第三阶段主要是从第二次世界大战之后逐渐形成的新商法阶段。由于第二次世界大战结束后，一方面，各国亟须恢复经济创伤，所以采取开放的对外贸易态度，各种为了促进国际贸易的国际组织逐渐出现，比如 WTO、世界银行、国际货币基金组织、国际商会 (ICC) 和国际法研究院等众多国际组织和国际立法机构；另一方面，国际商事活动更加复杂，导致国际商事法律关系也不断复杂化，这就不断要求国际商法应当逐步摆脱之前的禁锢，走向国际化和多样化。所以这一时期的国际商法主要体现为统一性、国际性和多样性，即由国际组织或区域性组织形成相关的条约或惯例，以更好地促进国际经济的发展和进步，例如 1947 年的《关税及贸易总协定》、1980 年的《联合国国际货物销售合同公约》(CISG) 以及欧盟和亚太经合组织所形成的相关文件条约。除此之外，随着贸易形式和产业的多样化，各国也逐步在这些领域完善商法，所以其调整的范围也体现出多样化和跨领域性，比如国际投资合同法、1995 年美国颁布的《金融服务公平交易法》，欧盟也在电信和金融业等领域出台了新的法规和国际担保法、国际知识产权交易法等。

总而言之，随着经济全球化的影响不断扩大，以及国际分工领域的不断细化，国际商法也在平等、协商、互利的原则下朝着国际化和多样化的道路前进。

第二节 世界两大主要法系简述

国际商法不断完善和发展，就西方国家而言，按照其内容、形式以及文化历史的差异形成了两大法系，即大陆法系和英美法系。所谓法系是指比较法学家按照法的历史传统和形式上的特点所做的分类。

一、大陆法系概述

(一) 大陆法系的主要法律渊源

大陆法系 (civil law system) 又称罗马法系、民法法系或德意志法系，形成于西欧，

主要以法国和德国为代表，其他许多欧洲大陆国家和非洲部分国家也为大陆法系，除此之外，日本也引入了大陆法系。大陆法系最主要的特点为法律条文成文化，注重法典的编纂，例如《法国民法典》、《法国商法典》和《刑法典》。大陆法系的法律条文较为系统条理并且具有较高的逻辑性。此外，大陆法系的法律结构基本分为公法和私法两大部分，其中公法是用于调整国家与国家之间关系的法律，包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法，而私法主要是调整民事财产关系和人身关系的法律，其涉及的主体主要是自然人和法人的权利能力和行为能力，包括民法和商法。

大陆法系的法律渊源主要来源于成文法律和条例，当然习惯和判例随着社会的发展也逐步成为渊源的重要补充，但是习惯并不能与成文法相悖，而判例原则上在大陆法系国家并不被承认，与成文法律具有相同的法律效力。

其中成文法律效力原则由上至下依次分为宪法、法律和条例三个层次。宪法具有最高的权威性并处于最高的法律地位；法律是指由立法机关（一般为国会）制定的成文法律且不得与宪法相违背；而条例主要是行政机关所制定的相关的条文规则。大陆法系国家相对应的法院组织体系一般分为普通法院和专门法院。

德国由于是联邦制国家，所以其由联邦和州两大法院系统构成，主要分为普通法院和专门法院。普通法院有地方法院、州法院、州高级法院和联邦最高法院四级体系。地方法院一般审理一些基层案件，州法院审理不服地方法院的判决的案件和其他一些初审案件，州高级法院只对相关的法律问题作出裁决，不审理事实问题，而联邦最高法院审理一些不服州高级法院判决而上诉的案件，所以由此构成了普通法院的四级三审制的法律审判和上诉程序。在德国还专门设有行政法院，分为高级和低级法院，审理州之间的纠纷案件。除此之外还有宪法法院和其他专门法院（比如劳工法院、军事法院等等）。相对应的在法国实行三级三审制，其民事案件主要由大审法院、上诉法院和最高法院构成，小审法院主要审理一些基层案件，除此之外还有特殊法院和刑事法院。

（二）大陆法系分类

按照欧洲大陆的地域和语言体系的不同，又可以将大陆法系分为三个部分。一是德国分支（日耳曼语系为主）：德国、瑞士和荷兰等；二是法国分支（拉丁语系）：法国、葡萄牙、西班牙和意大利等；三是斯堪的纳维亚法律分支：瑞典、丹麦、挪威和芬兰等。

二、英美法系概述

（一）英美法系简述

英美法系又称为普通法系或海洋法系，其代表国家主要是英国和美国，还包括加拿大、新西兰和澳大利亚等国。英美法系最主要的特点是以判例为主要的法律渊源，直到20世纪初成文法才逐步成为其法律渊源重要的组成部分。其次，英美法系的法律结构主要分为普通法和衡平法（equity law），其中普通法是指不成文法，以法官判决为基础，主要是以判例汇编的形式为主，即所谓的判例法。其特点是注重先例和重视程序，这也导致了普通法的保守和复杂，进而使得一些案件的判决有失公平，因为法官最初在使用普通法时为了不违背先例使得很多案件的诉求难以达成，造成有些案件的判决刻板，失去公平和公

正。除此之外，其程序复杂，当时在诉讼之前必须先向大法官申请以国王的名义发出的令状，并在令状的范围之内进行审判，所以这就导致很多诉讼由于无法找到对应的令状而无法向法院提起诉讼。最后，在判决之后的执行上只能判决损害赔偿或是恢复动产或不动产，不能颁布执行令使其强制履行原来的契约，或是颁布禁令禁止相关的违法行为。这使得很多违法犯罪行为得不到应当的处罚，所以很多受害者直接请求国王保护其权利，国王委托其最高行政官即大法官进行判决，大法官往往是在公平、正义的基础上进行判决。随着这种形势的不断发展，直到 15 世纪末才设立了衡平法院与普通法院并行，以处理相关的事情，由于其公平、正义、处理效率较高，衡平法逐步得到认可和发展。衡平法是指以判例法为主要的法律渊源，主要的作用是补充和匡正不完善的普通法，是普通法的注释和补充，成为英美法系法律结构的重要组成部分，相对于普通法，其特点主要是程序简单灵活，一般采用书面形式审理，判决的执行由衡平法院予以强制执行。随着经济的不断发展，普通法院和衡平法院的双轨法制造成了较多的不便，为了简化司法制度，议会于 1873 年颁布《最高法院审判法》，1875 年生效，统一适用于两种法院。

判例法所遵循的效力原则一般如下：第一，先例约束力原则（rule of precedent）；第二，上级法院对下级法院的判例具有约束力；第三，上级法院的判决结果对自己也有约束力，当然在英美法系的不同国家当中，效力原则有所不同。

在英国先例约束原则是指：首先，上议院的判决是具有约束力的先例，对除上议院本身以外的所有审判机关具有约束力；其次，上诉法院的判决对下级和自身具有约束力；最后，高级法院的判决对所有低级法院具有约束力。

在美国，先例约束原则是指：第一，在州法院的判决上，上级法院的判决对下级法院具有约束力，同样在联邦法律上，上级法院的判决对下级法院具有相应的约束力，但是涉及州法方面，在不违背联邦法的条件下需要受州法的先例的约束；第二，联邦法和州法的最高法院可以不受以前先例的约束即可以推翻先例，重新确立新的先例和法律原则。

（二）英国法

英国法主要起源于日耳曼的习惯法，到 18 世纪中叶习惯法逐步成为普通法的一部分，英国法的法律渊源主要是以判例为主即不成文法，以成文法或制定法为重要补充，例如 1893 年制定的《货物买卖法》等成文法，判例的约束力原则效力高低根据其法院体系中的不同法院等级差别确立。按照等级的不同可以将其分为高级法院和低级法院，其中高级法院包括上议院（枢密院、司法委员会）、上诉法院和高等法院，低级法院包括郡法院和治安官法庭等。按照调整范围的不同可以分为民事和刑事两大系统，都分为四级体系，也因此形成了四级三审制。民事系统由郡法院、高等法院、上诉法院和上议院构成，相对应的刑事系统分为地方法院、刑事法院、上诉法院和上议院。其中郡法院审理大多数民事案件，高等法院审理一些专门的案件，上诉法院审理不服郡法院的特别案件和不服高等法院的案件，最后上议院审理不服上诉法院和在特别情况下不服高等法院判决的上诉案件。

（三）美国法

美国法也属于英美法系，所以其法律渊源主要为判例法，即由法院以判例的形式所确

定的法律原则，成文法作为其重要的补充和完善部分，例如 1974 年美国国会通过的《贸易法》，1988 年修订通过的《综合贸易与竞争法》，著名的“301 条款”、“特别 301 条款”和“超级 301 条款”均出自这两部成文法律。美国是一个联邦制的国家，这决定了其法律体系结构和法院组织体系的独特性，无论是判例还是成文法都由联邦和州两大系统构成，法院组织体系亦是如此。

联邦法院系统可以分为普通法院、专门法院和弹劾法院，其中普通法院包括联邦地方法院、联邦上诉法院和联邦最高法院；州法院系统可以分为初审法院和上诉审法院，上诉审法院又可以分为州上诉审法院和最高法院。因此相对于英国，美国形成的主要为三级三审制。

在漫长的发展过程中，两大法系形成了各自较为独特的特点和区别：第一，其法律渊源不同，这也是最主要的区别，大陆法系的法律渊源主要为成文法，所以在应用时其效力原则的大小是由成文法法律层次的高低决定，在各个部门法领域都建立了比较系统的成文法典体系，而英美法系主要以判例法为主要法律渊源和原则，所以相对应的效力大小主要由判例的层次高低决定。第二，法律结构有所不同，大陆法系的结构由公法和私法构成，英美法系是由普通法和衡平法构成。第三，法律体系和法官的作用不同，在英美法系当中法律体系较为庞大复杂，缺乏系统性分类，相对应的大陆法系的法律体系较为完整，且法官的作用有限。第四，英美法系强调程序法的重要性，也就是当事人主导法律程序的进行，而法官主要作为倾听者，所以这也就形成了英美法系的对抗制诉讼，相对应的大陆法系更加重视实体法，所以也就形成了提问式诉讼或叫质问式诉讼。

三、两大法系的主要发展趋势

尽管两者具有明显的差别，但是进入 20 世纪以后，随着全球化的不断完善和发展，两大法系呈现出相互融合、取长补短的趋势。就英美法系而言，英国自 19 世纪以来其法律体系的缺点逐步暴露，很多专家学者要求进行改革，实行法典化。尽管当时并没有被完全采纳，但是在后期各种成文法不断颁布以弥补判例法的不足，成文法也逐步趋于系统化，但是其效力仍然不足于判例法。美国的改革和接受程度则高于英国，其立法也逐步完善，在很多州已经制定了相应的刑法典和民法典，甚至很多领域其成文法的效力逐步高于判例法。

在大陆法系中判例所起的作用正在不断加强，比如现代法国行政法和侵权法的形成在很大程度上是判例法的成文法，在某种程度上，在大陆法系国家判例法的司法实践逐步开始拥有较为宽松的发展环境。

从总体上来看，随着经济全球化的不断发展，各国的交流也逐步扩大，法律方面的制定和完善也逐步国际化，很多国际条约、国际法大量涌现。一方面，在这个过程中很多国家都参与编纂并遵守这些法律条约，这使得国内法与国际法逐步接轨；另一方面，一些区域性组织的出现，例如欧盟、东盟等，也不断要求法律的国际化和统一化，以促进区域内经济和贸易的交流发展，这些在一定程度上都推动了两大法系的逐步融合，其差距逐步缩小。



第三节 中国涉外商法的概况

一、中国涉外商法的形成和发展

随着新中国的成立以及改革开放的高速发展，我国法律体系也在逐步完善和发展，并形成了以宪法为统帅，以法律为主干，由宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等多个法律部门组成的有机统一整体。在宪法统领下的宪法和宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等七个部门形成了宪法、法律、行政法规和地方性法规和规章的法律层次。其中行政法规是国务院为领导和管理国家各项行政工作，根据宪法和法律，按照《行政法规制定程序条例》规定而制定的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类法规的总称；地方法规是指地方立法机关制定或认可的，其效力不能及于全国且只能在地方区域内发生法律效力的规范性文件法律文件。

相对应的中国法院组织体系由最高人民法院、地方各级人民法院和专门法院构成，其中最高人民法院是国家的最高审判机关，监督地方各级人民法院与专门法院的审判并且审理全国重大刑事案件与在全国有重大影响的民事案件和经济纠纷案件，以及在具体适用法律过程中的司法解释；地方各级人民法院包括基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。基层人民法院主要是设立在县级的人民法院，中级人民法院设立在区级，相对应的高级人民法院是设立在省、自治区和直辖市的人民法院；专门人民法院主要包括军事法院、海事法院、森林法院、铁路运输法院、石油法院和农垦法院等。

在众多的法律法规当中，涉外商事法律制度是指一国用以调整涉外商事交易中所发生的各种涉外商事关系的法律规范总称。我国商事法律由于历史等原因起步较晚，发展过程较为曲折和复杂。由于我国古代重农抑商的思想导致商事交易在我国古代并没有得到很高的重视，更不必说完善合理的商事法律，较早的商事立法出现于我国的清朝末期。新中国成立初期，计划经济体制的实施使得商事交易受到打压，所以商法的完善仍然没有被重视，直到改革开放以来，随着市场经济体制的引入，商法的立法重要性才逐步受到重视，商法才迎来了新的发展机遇，借此出现了一大批商事法律，比如《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）、《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）、《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）、《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）、《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）、《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）、《中华人民共和国商业银行法》等相关的商事法律。之后随着我国的经济不断融入全球以及加入 WTO，为了更好地适应全球化的发展，各种新的商法得以出现并且还对已有的商法作出了修订和完善，加入 WTO 之后新颁布的商事法律包括 2001 年颁布的《中华人民共和国信托法》、2003 年颁布的《中华人民共和国证券投资基金法》和 2006 年颁布的《中华人民共和国企业破产法》等。很多商事法律也作出了多次修订，比如经过四次修订的《保险法》，目前实施的最新版本为 2015 年修订版；经过三次修订的《证券法》，最新版本为 2015 年修订版，以及 2013 年 12 月新修订的《公司法》。在这期间

随着国际贸易的不断发展,我国还签订或加入了诸多双边或多边的国际条约或协议。尽管我国的商事法律仍然存在许多的不完善之处,但是经过改革开放 30 多年的发展和完善,已经初步形成了以尊重国家主权、维护国家利益、坚持平等互利、信守国际条约和尊重国际惯例为原则的较为完善的商法体系。

二、中国涉外商法的主要法律渊源

我国涉外商法的法律渊源同国际商法一样也主要来源于两方面:国际渊源和国内渊源。

国际渊源主要是指我国签订和加入的相关的国际条约和国际协议,比如《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)、《保护工业产权巴黎公约》,以及和亚太周边各国所签订的双边或多边贸易、保护投资以及各种避免双重征税的协议。除了相关的保留条款以外,我国必须严格遵守这些协议和条约,所以这些国际条约也是我国涉外商法重要的法律渊源。

国内渊源主要是指我国所制定的相关的涉外商事法律制度,随着我国经济的发展和法律制度的不断完善,我国也制定了一大批不同领域的涉外商事法律,作为我国主要的涉外商法的法律渊源。一是对于商事主体进行约束的商事主体法:《公司法》《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国合伙企业法》《商业银行法》等;二是对于商事主体行为进行法律约束的商事行为法:《中华人民共和国对外贸易法》《合同法》《海商法》《中华人民共和国海上交通安全法》《中华人民共和国进出口关税条例》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国外汇管理条例》等;三是关于国际商事争端争议解决的法律和规则:《仲裁法》《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》《中国海事仲裁委员会仲裁规则》等。



本章小结

本章首先介绍了国际商法的基本概念、调整范围及其法律渊源和发展历史状况;其次重点介绍两大法系的相关发展状况,包含其概念、结构、法律渊源和法院组织体系,并且对两大法系作出了简单比较;最后对我国涉外商法体系和内容及发展状况做了简单的介绍。



案例分析

1. 案情介绍

1808 年纽约州授予 Robert Livingston 和 Robert Fulton 在该州水域的轮船运输专营权,然后将该专营权转租给了 Aaron Ogden, Ogden 在新泽西和纽约之间经营渡船。Thomas Gibbons 依据 1793 年的《联邦海岸运输法》登记获得了许可证,也开始了在新泽西和纽约之间的渡船经营。双方为此诉讼到法院,新泽西州法院认为 Thomas Gibbons 的这一行为侵犯了 Aaron Ogden 的专营权,判决 Thomas Gibbons 败诉,而 Robert Living-