

赠送电子课件

普通高校“十二五”规划教材
国际经济与贸易系列

国际商法

周新军 刘晓蔚 主 编
庄少绒 刘 睿 梁 晨 副主编



清华大学出版社



普通高校“十二五”规划教材
国际经济与贸易系列

国际商法

周新军 刘晓蔚 主 编
庄少绒 刘 睿 梁 晨 副主编

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

本书共分七章,主要包括七部分内容,即国际商法导论、合同法、国际货物买卖法、产品责任法、代理法、商事组织法和国际商事争议解决。

本书在编写体例上采用了比较的方法,即从比较法的角度介绍了资本主义两大法律体系有关商事方面的法律规定,以及有关的国际贸易公约和惯例。大陆法、英美法、国际条约以及我国的相关法律是贯穿本课程的几条主线。

总之,本课程涵盖了国际商法的基本内容,通过本课程的学习,可使学生对国际商法有一个全面、细致的了解。本书既适合高等院校法学专业和国际贸易、国际经济、国际商务管理和国际会计专业的学生用做教材,又适合外经贸部门人员、律师等实务工作者使用。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 周新军, 刘晓蔚主编. —北京:清华大学出版社, 2014

(普通高校“十二五”规划教材. 国际经济与贸易系列)

ISBN 978-7-302-35788-9

I. ①国… II. ①周… ②刘… 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(2014)第 060843 号

责任编辑:彭欣

封面设计:汉风唐韵

责任校对:宋玉莲

责任印制:何芊

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印装者:北京密云胶印厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm

印 张:18

字 数:420千字

版 次:2014年5月第1版

印 次:2014年5月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:36.00元

产品编号:055241-01

前言

我国传统的法学教育实行的是演讲式教学方法,其优点是教师可以就法律的原理、原则、具体规则和基本概念向学生作直截了当的阐述,这正如一位向导把一幅地图直接交给了学生。然而,这种教学方法存在一大局限,即注重知识的系统化和传授,忽视学生独立思考、实际运用法学知识的能力培养。

本书的编写者是广东外语外贸大学国际商法教学改革团队的主要成员,主编周新军教授是广东省 2012 年高等教育教学改革项目“以问题为导向,探索高校法学教育研究性教学方法”项目(编号:2012157)负责人,广东省国际高法精品资源共享课负责人。该教学团队锐意改革传统的教学模式,实施“以问题为导向”的教学模式,重点培养学生的独立思考能力和实际运用法学知识的能力。这种教学方法体现的是这样一种理念:知识必须在应用中获得,我们听到的、阅读的、背诵的大多数信息不久往往就被遗忘,但倘若我们因陷入一个困难的案例或问题之中而不得不去阅读(资料),与他人讨论请教,或者求助于对文献资料的研究,我们所获得的信息必定能够保持得更久。因此,在教学方法的设计中,问题的提出是国际商法教学方法的起点,而问题的提出首先应有助于学生先前的知识被激活,同时鼓励学生将新知识与旧知识相结合;其次,应该为学生创造大量运用知识的机会。在这种教学方法中,教师不再是在讲台上表演或演说,而是通过不断的提问来让学生发现和解决问题。其基本指导思想大致可以概括为三条:第一,问题是国际商法教学的起点,也是学习的起点;第二,法学专业的学习必须与实践的真实情境和复杂问题相连接;第三,教师不再是“真理”的讲解者或传授者,工作重心不再是课堂上的“表演”,而是课前的设计和课后的反馈与反思。

在这种教学方法中,问题的提出是国际商法组织教学的起点,学生根据教师布置的预习思考题和案例分析题进行预习,上课时教师把案例和预习思考题结合起来提出一系列问题,让学生讨论,有时教师在上述讨论的基础上,对案例事实某一情节进行变更,要求学生做出相应的回答,使讨论进一步深入。在课堂教学中,通过一个接一个的问题的提出,提醒学生注意相关知识,注意不同概念、法律规定的差异,同时也学会了在以后的自主学习中更好地发现问题和解决问题。在这样的讨论中,学生的发言不仅限于回答教师提出的问题,也向教师提出各种问题。有时学生提出问题是得到了教师的解答;有时学生是对教师表达的观点进行质疑。与传统的演讲式教学法相比,在“以问题为导向的教学法”中,学生和教师都是主动的、积极的,教师与学生是相互对抗的因素,各方都是信息的输出者和输入者。

为了贯彻这一教学改革理念,我们编写了这本教材。我们把案例涉及的法律问题提

取出来,要求学生提前阅读案例,对有关问题进行思考,要求教师在课堂教学中采用提问的方式组织教学,在提问讨论中使疑惑的问题逐渐显露出本质和真相,从而使教师可以根据学生的情况更有针对性地组织教学,并且学生在讨论过程中表达的见解对教师常常有启发作用,做到教学相长。

本书主要具有如下几个特色:

(1) 内容上以国际的和外国的民商法为侧重,同时也从比较法的角度研究中国的民商法;强调理论联系实际,理论服务于我国对外开放的需要,服务于对外经济贸易实务的需要,强调对于能切实解决实际问题的具有可操作性的商事法实践的研究。

(2) 在教材编写设计上强调把教师的讲授和学生的自主学习结合起来,为了使学生在不太多的教学时数中既掌握大陆法系主要的理论,又要进行案例的讨论,使学生提高解决问题和分析问题的能力,本书为此精心设计了国际商法课程的预习思考题和案例分析题,思考题所涵盖的内容反映了该章节的理论难点和重点,同时也与要分析的案例密切相关,从而把大陆法系与英美法系的两种教学法结合在国际商法的教学之中;通过一个接一个问题的提出将学生的思考引向深入,这一编写方法可以帮助教师创造一种比传统教学方法更为紧张高效的学习环境。

(3) 内容新颖,具有时代气息,与我国改革开放、对外贸易的发展紧密结合。本书体现了国际商事法律的变化发展,反映了国际商事法律学科前沿的最新动态,例如国际商事合同通则的最新修订、2010年颁布的《涉外民事关系法律适用法》、2012年我国民事诉讼法的修订的内容都在教材中有所体现,使学生了解国际商事实践中的最新情况。

本书的撰写人员及分工如下(以撰写章节先后为序):庄少绒撰写第一章;周新军撰写第二、四章;刘睿撰写第三、六章;刘晓蔚撰写第五章;梁晨撰写第七章。全书由周新军统稿和定稿。

本课程专用网站的网址:<http://www3.gdufs.edu.cn/guojishangfa/>,网站包含以下几方面的资源。

(1) 教学资料类:教学大纲、授课资料(包括预习思考题、案例分析题、习题集)、参考文献。

(2) 互动类:在线问答。

由于编者水平有限,书中可能有各种错漏和不当之处,翘望各界人士和读者不吝赐教,以利今后再进行修订。

编 者

目 录

第一章 国际商法导论	1
第一节 国际商法的产生和发展	1
第二节 大陆法系的形成与发展	7
第三节 英美法系的形成和发展	13
第四节 两大法系的关系、演变与发展趋势	22
第二章 合同法	27
第一节 合同法概述	27
第二节 合同的成立	32
第三节 合同的效力	46
第四节 违约及其救济方法	71
第五节 合同的终止	98
第六节 时效制度	106
第三章 国际货物买卖法	113
第一节 国际货物买卖法概述	113
第二节 国际货物买卖合同的成立	119
第三节 国际货物买卖合同买卖双方的义务	121
第四节 违约及其补救办法	128
第五节 货物所有权与风险的转移	135
第四章 产品责任法	142
第一节 产品责任与产品责任法概述	142
第二节 产品责任的归责原则	148
第三节 产品责任法的适用范围	158
第四节 产品责任的承担与抗辩	164
第五节 产品责任的诉讼管辖与法律适用	175
第五章 代理法	181
第一节 代理法概述	181

第二节 代理的法律关系·····	191
第三节 中国代理法·····	195
第六章 商事组织法 ·····	199
第一节 商事组织法概述·····	199
第二节 合伙企业法·····	200
第三节 公司法·····	210
第七章 国际商事争议解决 ·····	255
第一节 国际商事争议的解决概述·····	255
第二节 国际商事仲裁·····	259
第三节 国际商事争议的诉讼机制·····	272
参考文献 ·····	281

第一章

国际商法导论

第一节 国际商法的产生和发展

预习思考题

1. 什么是国际商法? 国际商法的调整对象是什么?
2. 国际商法的法律渊源有哪些?
3. 国际商法的历史发展阶段有哪些?

一、国际商法的概念

国际商法(international commercial law),是调整国际商事交易(commercial transaction)和商事组织(business organization)的各种关系的法律规范(legal norm)和惯例(usage)的总和。

这意味着国际商法调整的对象是国际商事关系。它包含以下两层含义。

第一,此处的“国际”一词,主要是指“跨越国界”(transnational)的意思。从某当事人的角度来看,上述商事关系是一种涉外民事关系,即其主体、客体、法律事实三个要素中,至少有一个要素与外国有联系,包括下列三种情形:①国际商事关系的双方(或多方)当事人的国籍不同,或者双方当事人的营业地处于不同的国家。前者一般称为国籍标准,后者则称为营业地标准。②国际商事关系的客体是位于国外的物。此处的物,既包括货物等有形物体,也包括专利、商标、版权等无形财产权。③产生、变更或消灭商事关系的事实发生在国外。例如某国两方当事人订立旅游服务合同,该合同订立地点是在外国。

第二,国际商法调整的是国际商事关系,包括国际商事交易和国际商事组织关系。这里的“商事”如何界定?有国内学者认为,只要地位平等主体双方或一方基于营利性目的而形成的社会关系,都属于商事关系,将营利性作为衡量是否构成商事关系的标准。^{〔1〕}联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)于1985年起草《国际商事仲裁示范法》时对“商事”一词通过注释的形式做了广泛的解释,强调不能仅指民法法系国家国内商法典调整的关系或商人们之间的交易,商事性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换货物或服务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;建造工厂;咨询;工程;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许;合营企业或其他形式的工商业合作;客货

〔1〕 蒋大兴. 商事关系法律调整的研究——类型化路径与社会分工[J]. 中国法学, 2005, 3

的航空、海上、铁路或公路运输。我国没有完全采纳上述《示范法》对“商事”的界定,仅按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用1958年的《纽约公约》(《承认和执行外国仲裁裁决的公约》),不包括外国投资者与东道国政府之间的争端,即未包括特许协议之类的争端。可见,联合国《国际商事仲裁示范法》所规定的“商事”仍没有超出“私人间营利性交易活动”的范围,并不包括国家间的、国家与私人间的和非营业性的活动。^{〔2〕}这样的商事关系主体双方才能平等。概言之,这里的商事关系是指私人间的营利性交易活动。

根据国际商法的调整对象,国际商法所涉及的范围主要包括合同法、公司法、代理法、票据法、海商法、保险法等内容。然而,随着国际经济贸易的扩大发展和商事交易的多样化、复杂化,在国际货物买卖的基础上开拓了许多新的领域,如国际技术转让、知识产权转让、国际投资、国际融资、国际工程承包、国际服务贸易等。这些交易已远远超出了传统商法调整的范围,现在国际商法的调整对象和范围比传统的商法广泛得多,内容越来越丰富。

二、国际商法的法律渊源

法学所讲的法律渊源,主要是指法律规范借以表现的形式。

国际商法主要有两方面的渊源:一是国际条约;二是国际贸易惯例和各国商事立法。

(一) 国际条约

国际条约是指两个或两个以上的国家为确定相互之间的权利、义务而达成的协议。条约对缔约国有约束力。各国通过缔结条约,就可以将某些强制性的法律规范加之于当事人,当事人必须予以遵守。由于许多商事方面的多边条约或公约中所做出的规定,往往反映了商品经济的一般规律,通常被认为属于商业活动应予遵守的规范,也会得到非缔约国的遵守。

国际条约作为商法的渊源,由于它形式稳定、内容固定,以书面形式并经过国际法上条约制定、签署和批准等严格的程序将各国调整国际商事关系的国内法协调统一起来,使人们较容易了解条约的规范内容。它可划分为两类:一是统一实体法规范的国际条约。如调整国际货物买卖的1980年《联合国国际货物销售合同公约》、调整国际货物海上运输的1978年《联合国海上货物运输公约》、调整国际票据关系的《关于本票、汇票的日内瓦公约》等,这些公约能够被各个国家和地区普遍批准与接受,就可以消除各缔约国之间在这些领域的法律冲突。二是统一冲突法规范的国际公约。例如1985年《国际货物销售合同适用法律公约》、《产品责任适用法律公约》、欧洲经济共同体主持制定的1980年《关于合同之债的法律适用公约》等,如这些公约能够被各个国家和地区普遍批准和接受,各缔约国之间在这些领域内的法律冲突规则就可以得到统一。

〔2〕 姜世波. 国际商法理论问题研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2005:12

（二）国际贸易惯例

国际贸易惯例是指各国商事组织在商事贸易交往中,在重复类似行为而逐渐形成的习惯做法的基础上发展为惯例,再由制法机构如国际商会等组织精心制定颁发的、以当事人意思自治为基础、由当事人在具体交易中自愿适用的制度。它不是法律,不具有法律的普遍约束力,但是如果有关当事人在合同中采用了某种国际贸易惯例,则该惯例对合同当事人就具有确定的约束力。目前,在国际贸易中影响最大的国际贸易惯例是由国际商会制定并经多次修订的至今最新版本《国际贸易术语解释通则》(Incoterms 2010)和《跟单信用证统一惯例》(UCP 600)。这两套国际贸易惯例在世界上已经得到绝大多数国家和地区的承认,在实践中起着举足轻重的作用。

构成一项国际贸易惯例,应具备以下两个要件:一是在国际贸易业务中广泛运用,具有国际社会普遍承认的性质;二是要有确定的规制或内容,具有行为规范的性质。^{〔3〕}

（三）各国有关商事、贸易的国内法是国际商法的重要补充

由于国际经贸关系的多样性、复杂性,现有的国际公约、惯例不可能满足实践中的需要;而且,国际商法尚处于形成和发展阶段,其体系和内容尚不完善;在处理某些国际商事纠纷时,还需要借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的民法或商法;某国的国内法在国际商事活动中由于当事人的选择而被适用的情形也普遍存在,因此,国内法在国际商法中仍占有重要地位。有鉴于此,我们在学习和研究国际商法的过程中,除必须了解有关的国际条约和国际贸易惯例以外,还应当了解有代表性的某些国家商法的有关规定,特别是某些发达国家比较成熟的有关国内法规。

三、国际商法的历史发展阶段

商法是随着商品经济的产生、发展而逐步形成的,国际商法则是国际贸易逐步发展和扩大的产物。人类历史上不同地区商人之间商事交往的发展,逐渐形成一系列支配他们之间贸易关系的商业惯例和习惯性做法。为了保证在一个地区实施的行为能够得到另一地区的承认,需要有法律手段确立国际商业方面的有效的行为规则,于是国际商法便得以形成和发展。国际商法的历史发展阶段主要有以下几个。

（一）逐渐形成的商事习惯为主的古代商法

古代商法主要是指公元10世纪以前在人类历史上存在的商业惯例或商事习惯。古代商事法主要围绕集市的需要形成了一些集市交易惯例和集市管理法律制度。古希腊时期,古希腊的一些重要城邦雅典、科林斯等半岛上的居民与地中海沿岸地区的人员及商业往来十分频繁,与此相关的一些商事习惯如海商信贷、共同海损、风险融资等逐渐形成并被确立为规则,如公元前300年的《罗德岛海洋法》。罗马法,尤其是其中的适用于罗马市民与外来人以及外来人与外来人之间的、支配着罗马帝国的绝大多数类型的商业交易的

〔3〕 韩德培主编. 国际私法[M]. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2000:311

万民法,对这时期的商法影响最大。今天商法、海商法中的许多原则、概念、术语都与其有着直接或间接的联系。但罗马法调整商事方面的法律规范都分散在《法规大全》中,没有专门整理商人和商行为的完整的法规体系,不是独立的商法。

这个时期商法在形式上以逐渐形成的商事惯例为主;这些商事规范既崇尚自由又重视公平,且具有很强的国际性,可调整本国国内以及国际间的商事交易关系,形成了较普遍适用的国际商事习惯准则。

(二) 适用于商人的中世纪商人习惯法

中世纪商法主要指公元 11—16 世纪在欧洲,特别是地中海沿岸、亚得里亚海沿岸、波罗的海和北海沿岸,由于商业复兴而在一些自治城邦中普遍发展起来的商人法。

公元 11 世纪和 12 世纪左右,一些新城市由商人组成的组织公社取得城市特许状,成为在政治上存在于领主制度之外的独立的自治体。这些工商业发达的自治城市的市政当局授予常驻市场的商人以专营权和特权,普遍建立起了专为商人解决商业纠纷提供服务的特别法院——商人法院,由市场或集市的商人们推选或由行会首脑选择几名行会的商人成员来担任法院的法官,根据已形成的商事习惯订立自治规约来解决商事纠纷。一些赶集串市的商人,常常是“泥土满足”地来法庭进行诉讼,所以这种法院被称为“泥足法院”,实际上是今日仲裁制度的雏形。中世纪的城邦制定的以调整贸易关系为中心的城邦条例,如 1244 年《威尼斯条例》、1341 年《米兰条例》、1415 年《佛罗伦萨条例》、1353 年英格兰的《商业中心法》,不仅包括管理国内贸易的一般准则,而且还包括国际性贸易的系列准则。这些都构成了中世纪商事规则的一部分。

在 12—16 世纪期间出现了巨大的国际性集市,如威尼斯、利物浦、比利时的根特、德国的科隆等,它们既是商业汇集中心地,也是金融清算场所。基于罗马法商业习惯和法规的契约、财产的种类和发财致富的途径等适用于商人社会的“民间法”——商人习惯法便发展起来。这些国际性集市还允许外国商人从其本国公民中选择法官、订立特别法规定互惠办法及条件和范围、允许外国人来投资建厂和设行并依所在地法独立经营,由此形成了集市间大致统一的商事规则。商事法院日积月累的大量判例形成一种全欧洲普遍适用的国际性的商业法律规范和贸易惯例,即共同法,从而形成了一种区别于传统法律及程序的纠纷解决机制,并确认了公平、迅捷、安全为商事法律原则。这样,在巨大的国际集市上就大体形成了统一的商法。

中世纪商法的发展受意大利商事法影响很大。中世纪的意大利是商业和法律的中心,其最早恢复和发展古代商业习惯法并将之改造为地方商业习惯法;而且罗马法的复兴源于意大利,并由意大利的波伦亚大学将罗马法传播到欧洲各国。从 13 世纪起,欧洲各国普遍接受罗马法的原则,这使得意大利的影响遍及欧洲各国。欧洲一些城市仿照意大利城市的做法获得特许权和专营权并参照意大利商法修改商业行会组织和商业习惯法。故意大利商法也因此被称为中世纪各国商法的“母法”。

随着中世纪欧洲城市的兴起和商人阶级的形成,新的商事制度如公司、国际贸易、商业信用、银行信用、票据、证券、保险、破产、商事法院等制度已广泛存在,推动对原有的罗马成文法、日耳曼习惯法、教会法等吸收改造,出现了一系列新的遵守秩序、利益和正义新

要求的商事立法,促进了商法的发展。因此,中世纪的城市法、商人同业行会的规章条例、商事和海事法院的判决、各地的习惯法以及国王、领主颁布的单行法规等对商法的发展做出了贡献。

中世纪商法本质上属于习惯法,是商人按照自己的商业交易习惯形成行业行为规范,具有自律性的特征,仅在商人之间适用,是名副其实的商人法;内容上涉及最重要的商事活动,如商事合伙、商业代理、票据制度、保险制度、海商制度、借贷结算规则、善意取得与交付取得制度等,明显反映商事活动营利性、敏捷性和保护交易安全的要求。

(三) 国内化、法典化和体系化的近代商法

近代商法随着各民族国家进行的商法的国内化运动而形成了商法体系。

16世纪后,随着资本主义商品经济的迅速发展产业革命的胜利、企业制度的创新、封建割据势力的衰落、统一的民族国家逐渐形成,早期的自治城邦不复存在,商人团体逐渐消亡,形成了民族国家制定统一法律和商人习惯法向成文法转变的条件。欧洲的法国和德国率先进行本国商事法律统一运动,其后各国纷纷效仿制定了具有独立部门法性质的商法典,由此推动了商法国内化、法典化。

近代商法法典化运动中最具代表性的当属大陆法系的法国商法和德国商法,英美法系则以英国商法和美国商法为代表。

1. 法国商法的统一及其系统化的调整商行为的商法典

法国在中世纪分为许多由君主和主教统治的领域,分别适用具有地方特点的各种不同的法律制度。为了改变这种状况,路易十四时代开始从事在一国范围内商法的统一工作。1673年的《商事条例》被称为近代法国商事立法的起源,内容包括商人、票据、破产、商事裁判、管辖等,在适用上仍受商人习惯法的支配,由商人担任法官的商事法院司法,适用于陆商。1681年又颁布了《海事条例》,主要适用于海商,包括海上裁判所、海员和船员、海事契约、港口警察和海上渔猎,加强了王室对商事活动的控制。后来成为海商法的蓝本。

1808年施行的《法国商法典》,由拿破仑主持制定,包括通则、海商、破产、商事法院四部分。该法典开创了民商分立的先河,奠定了民商分立的基础;法典以商行为作为立法的理论基础,打破中世纪以来商法只适用于商人阶层的传统观点,只要从事的活动属于商行为,就适用商法;内容全面系统,涉及商活动且具系统性;该法典影响广泛,许多欧洲、亚洲和中南美洲国家都仿效法国商法制定了本国商法。但法典既有私法的规定又有公法的规定,既有实体法又有程序法,还存在内容单薄简陋(尤其是公司和票据这两项重要的基本制度)、海商法的规定也缺乏超前性等问题。

2. 逻辑结构更为严谨的德国商法典

德国自公元10世纪萨克森公爵一世时具备了德意志国家的雏形,但是直到1871年才真正统一。此前,政治上要求统一的意识也体现在法律上,如1834年德意志关税同盟制定了统一票据法,1861年颁布了《普通德意志商法典》,被称为德国旧商法。正是有了前述统一立法的基础,1871年德意志帝国建立后,1897年公布了《德意志帝国商法典》,即通常所指的德国商法典,共四编905条。德国商法具有两个方面的特点:一是新商法以商

人为立法基础,同一行为,商人为之适用商法,非商人为之适用民法或其他法律。二是德国商法典逻辑结构极为严谨,并以抽象法律概念为基础,不注重实践,语言难懂,条文烦琐。德国《商法典》得到不少国家的效仿,如奥地利在1938年直接采用了《德国商法典》,泰国1925年制定的《民事和商事法案》,北欧的瑞典、丹麦、挪威在1905年、1906年、1907年制定的票据法和商品买卖法,这些法都以德国商法典的有关规定为依据。

3. 成文化倾向明显的英国商法

英国的商事法从渊源上说有普通法、衡平法和制定法之分。普通法遵守的是“遵循先例”原则,而衡平法的基本含义是公平、合理、正义,正是商法所信奉的价值理念。因此,英国近代商法的规范主要是衡平法,如英国著名的商事信托制度就是由衡平法的保护而逐渐确立起来的。英国商法也是由习惯法形成的“商人”法,曼斯菲尔德爵士(1756—1788)在担任王座法庭首席法官时,将原来的商人法整个纳入普通法系,奠定了英国现代商法的基础。英国在19世纪后开始制定了一些单行商事法,如1862年的《公司法》、1882年的《票据法》、1905年的《商标法》、1909年的《保险法》、1914年的《破产法》、1925年的《财产法》,特别是1893年的《货物买卖法》,表明英国商事立法的成文化的明显倾向。

英国商法表现为普通法、衡平法和制定法及习惯法的综合。近150多年以来,商事法日益向成文法方向发展。另外,商事习惯在商事活动中具有重要地位,只要经过证实的当事人提出的商事习惯,法官就予以采用。英国1970年在高等法院的王座庭内正式设立商事法庭和海事法庭,审理的案件都是商业性质的,有些还具有国际性。英国还有发达的国际商事仲裁制度,可快捷解决国际商人商事纠纷。

4. 承袭英国法律、统一州法的美国商法

美国的法律在传统上承袭了英国法律,采用习惯法和判例法,商事法以英国普通法为基础。19世纪之后,商事立法开始在美国盛行。根据美国宪法规定,各州拥有商事立法权,因而起初各州的商事立法内容很不统一。1889年美国成立了“统一州立法全国委员会”,统一各州立法并着手制定统一的商事法规,先后制定了1896年的《统一流通票据法》、1906年的《统一买卖法》、1906年《统一仓库收据法》、1909年《统一股票让与法》和《统一提单法》、1918年《统一附条件销售法》等。

近代各国商法中所规定的具体制度总体上并无大的差异,各国商法的基本原则、基本制度是相同的,都是中世纪商人法已经形成的原则制度,如公司的有限责任、票据的无因性、保险的补偿原则、破产的有限性等。当然,各国商法也呈现出地域性和差异性,大陆法系形成了法国体系和德国体系,英美法系也出现了英国体系和美国体系。这些差异从某种程度上削弱了商法的国际性。于是一些统一的国际商事惯例和商事习惯得到了新的发展,如1860年欧美商界人士共同制定了理算海损的统一规则,1974年更名为《约克—安特卫普规则》,其他的如1924年《统一提单的若干法律规定的国际公约》、1932年《统一汇票、本票法公约》、1931年《统一支票法公约》、1933年《商业跟单信用证统一惯例和做法》、1936年《国际贸易术语解释通则》、1933年《统一国际航空运输某些规则公约》。

该时期的国际商法调整范围比以前更广泛,从海事惯例扩展到贸易条件、支付方式、知识产权、航空运输等领域;制定国际商法的主体除商人团体外,还有法学界、经济界以及政府,使商事统一法日益系统、规范。

(四) 国际化、统一化发展的现代国际商法

随着社会经济、科学技术和国际贸易的迅速发展,各国纷纷对商事法进行变革,完善或制定新的法律以适应新的商业关系,如 20 世纪五六十年代后,大陆法系国家和英美法系国家分别制定和完善了公司法、商业登记法、票据法、破产法、合同法、担保法等商事特别法等。各国商法日益重视社会利益,在不损害社会利益前提下保护个体利益,如各国建立商业登记制度等。

在这一发展过程中,英美法和大陆法两大法系商事法律制度互相渗透。首先,英美法国家从 20 世纪以来逐渐采用成文法形式,如一些主要的商事特别法合同法、保险法、票据法、破产法在英美法国家都基本成文化,最突出的是英国的《货物买卖法》和美国的《统一商法典》;而大陆法系国家自 19 世纪末也开始使用“判例法”以满足快速发展的社会需要:一是最高法院判决确定一些法律原则对下级法院具有约束力;二是法官在判案中对法典的某些条文所作的扩散性的解释而形成的法律原则。当然,这种法官对成文法的解释而形成的“判例法”,仅是法官判案的重要参考依据,与英美国家的先例具有约束力是不同的。其次,两大法系在内容上相互渗透,如在合同成立的时间上,大陆法系国家与英美法系国家是不同的,但参加或缔结《联合国国际货物买卖公约》的两大法系国家在这个问题上则是一致的;在公司法领域,长期实行“法定资本制”的大陆法国家,也借鉴吸收英美公司法的“授权资本制”;英美法国家也采纳大陆法国家的公司法无越权限制的规定,放弃英美法公司法规定的越权原则(即公司行为不能超越公司章程所规定的经营目的)。

现代商法日趋朝着国际化和统一化方向发展。由于现代贸易日益呈现出全球化、一体化的趋势,单凭一国、一地的惯例、法律难以解决商事活动纷争,于是商人们通过国际商会等机构创设或统一了大量的商法规则;并且各国通过国内立法制定出与多数国家相一致的法律规范,使各国商事法律规范趋向统一;国际社会通过制定大量的调整有关国际商事关系的国际公约,推动国际商法统一化进程,如 1928 年《关于国际私法的公约》、1940 年《关于陆上国际商法的条约》、1956 年海牙《承认外国公司、社团和财团法律人格公约》、1968 年布鲁塞尔的《关于相互承认公司和法人社团的公约》、约束和协调欧盟国家公司法的各种指令;在票据法方面,1930 年《日内瓦统一汇票和本票法公约》、《日内瓦解决汇票和本票若干法律冲突公约》、《汇票和本票印花税公约》适用于批准这些公约的欧洲大陆国家和一些拉美国家;英美法系流通票据法仍以英国 1882 年票据法为依据;国际商会制定了《跟单信用证统一惯例》和《商业汇票托收统一规则》,使票据法在相应范围内得到统一。这样逐渐通过国家间缔结或参加的条约、协定统一了国际贸易涉及的相关法律规则,通过国际上普遍承认的国际贸易惯例统一了商事领域中的国际贸易领域的商事法律。

第二节 大陆法系的形成与发展

预习思考题

1. 大陆法系经历了怎样的形成发展过程?
2. 罗马法的起源、发展演变的历史过程是怎样的? 罗马法在欧洲复兴的原因是

什么?

3. 罗马法的主要内容是什么? 罗马法对大陆法系有哪些影响? 为什么说大陆法系是在罗马法的基础上发展起来的?

4. 大陆法系有什么特点?

法系是指根据法在结构上、形式上、历史传统等外部特征以及法律实践的特点、法律意识和法在社会生活中的地位等因素对法进行的基本划分,是对若干国家和地区具有这些共性或共同传统的法律的总称。为了强调在各种法之间存在的相似之处和区别,将法归类成系,简化为少数类型,便于对当代世界各国法的介绍与理解。当代世界上的法虽然为数很多,但却可以分成数目有限的法系,只阐述这些法分属的几个法系的一般特征,就能达到对当代世界大多数国家法律的了解的目的。美国学者梅利曼认为:“法律制度是文化的部分表现形式,法系把法律制度同它所反映的文化联系起来,把法律制度放到文化中去考察。”^{〔4〕}因此他用法律传统来代替法系。他说,“现代世界有三个主要法律传统:民法传统、普通法传统和社会主义法传统……”

一般来说,法系的划分通常考虑以下几个方面作为划分法系的因素:

第一,特定法律的形成和发展。对于具有独特历史的国家来说,特定法律的形成有明确的线索可循,但是,对于那些曾经具有共同历史的国家来说,问题就比较复杂。例如,对于欧洲大陆国家就是如此。从罗马法时代以来,它们就具有大致相同的历史,如果只是一般地寻找线索明显的历史发展,那是比较困难的。对于欧洲大陆来说,1804年的拿破仑法典和1900年的德国民法典是两个重大的历史事件,欧洲大陆国家可以从中分别找到自己法律发展的源头。

第二,占主导地位的法律思想方法。这在普通法和大陆法国家中非常明显。在普通法国家中,人们信仰经验主义,故凡未经经验检验者,皆在虚无缥缈、不可相信之列。而在大陆法国家中,人们追求对于法律的条理化理解,务必使法律成为抽象的规范整体。“在大陆,就制度进行抽象思维;而在英美则进行具体的个案思维。前者有一种对于科学体系的偏爱,后者则对于一切简单的概括抱有深刻的怀疑。”^{〔5〕}

第三,特别的法律制度由于有其突出的独自性,被认定具有构成某一种法律样式要素的力量。如普通法系中的代理、对价等制度。

第四,法律渊源的种类和解释,连同法院组织和司法程序的独自性,也是样式构成标志之一。

第五,在政治或经济学说方面或者宗教信仰方面的思想意识,也是法律秩序样式构成的要素。宗教法以及社会主义法律体系都证明了这一点。

从以上观点来看,如何划分法系的一个关键问题是怎样确定划分标准。显然,这些比较法学家使用了不同标准,包括民族、语言、历史、传统、文化、地理、宗教、社会制度、意识形态(包括哲学、经济学)、实体法以及法律技术和法律风格等。由于使用标准不同,就有不同划分方案。

〔4〕 [美]约翰·亨利·梅利曼著,顾培东,禄正平译. 大陆法系[M]. 北京:知识出版社,1984:2-3

〔5〕 [德]K. 茨威格特, H. 克茨著, 米健等译. 比较法总论[M]. 北京:法律出版社,2003:109

各种划分法及其结果都不否认起源于欧洲的西方法律的传统在当今世界范围内占有绝对的多数位置和重大的影响,而在其中,以罗马—日耳曼法律为传统的和以英国普通法为传统的两个法系的区别和确定性是无疑的。

这样看来,在当今世界范围内,站在中国的立场上,从了解外国法的角度讲,有两个大的法系是主要的,它们把世界上大多数国家的法律制度都囊括进去了。这就是大陆法系(民法法系)和英美法系(普通法法系)。

一、大陆法系的形成发展过程

大陆法系(continental law system, continental family)也称民法法系或“罗马—日耳曼法系”,它是指以欧洲大陆法国和德国为代表,在罗马法的基础上,融和各种有关的法律成分,逐渐形成的世界性的法律体系。

大陆法系是在西方近代化过程中,欧洲各国复兴罗马法,依照法国立法模式制定自己的成文法典,并将其强制推行到自己的殖民地,或其他国家敬仰近代法国的立法水平并自愿模仿,而逐步形成的。欧洲大陆国家多属于该法系,此外还有曾是法国、德国、葡萄牙、荷兰等国殖民地的国家及因其他原因受其影响的国家,如非洲的埃塞俄比亚、南非、津巴布韦等,亚洲的日本、泰国、土耳其等,加拿大的魁北克省、美国的路易斯安那州、英国的苏格兰等。国民党统治时期的中国及目前的台湾也引入大陆法系。

大陆法系是在罗马法的基础上融合了日耳曼法、教会法、地方习惯法、封建王室法、中世纪商法和城市法等形成而来,因此罗马法是大陆法系最为重要的历史渊源,故大陆法系又称为罗马法系。

大陆法系发展至今已有二千多年的历史,其形成发展过程可分为以下几个阶段:

(一) 罗马法及其发展是大陆法系的立法基础

即使从世界范围讲,罗马法也仍然是最伟大的古代法律遗产。古罗马的辉煌在于它疆域辽阔的大帝国,更在于它的立足古典人本思想而建立的法律体系,可以说全世界每个法庭的现场,都或多或少地反射着古罗马法的经典幽光。德国著名法学家耶林在其著作《罗马法精神》一书中说道:“罗马帝国曾三次征服世界,第一次以武力,第二次以宗教,第三次以法律。武力因罗马帝国的灭亡而消失,宗教随着人民思想觉悟的提高、科学的发展而缩小了影响,唯有法律征服世界是最为持久的征服。”

罗马法是罗马共和国及罗马帝国时期所制定的法律规范的总称。随着罗马帝国在欧洲大陆的统治,罗马法的精神原则也在欧洲大陆传播开来。虽然罗马法反映的是罗马帝国的现实,但它却是大陆法系的立法基础及其现代西方的法学渊源和法律先导。罗马法自身的发展经历了以下几个阶段。

1. 以《十二铜表法》为标志,罗马法由习惯法向成文法发展

从公元前8世纪至公元前450年止,即从罗马城邦开始形成起,到古罗马共和国初期止,古罗马完成了从原始社会向奴隶制国家的过渡。由于习惯法大多是习惯与惯例,没有以明确的条文固定下来,内容和含义模糊不清,解释权操纵在担任审判者的贵族手里,成为法官们欺压平民以保障贵族利益的工具。这遭致平民极不满意,要求制定成文法。终

于在公元前 449 年颁布了古罗马第一部成文法典,因将法条铸于铜表,以示人民,所以被称为《十二铜表法》。《十二铜表法》的颁布标志着古罗马法已进入成文法阶段。

2. 随着市民法和万民法的统一,罗马法成为世界性的法律

从共和国后期到帝国初期(大约为公元前 3 世纪—公元前 39 年),罗马的市民法占据统治地位的同时,万民法也开始兴起。市民法是民众大会和元老院所通过的带有规范性的决议以及其他一些习惯法的规范,它适用于拥有公民权或市民权的罗马公民,在罗马居住的外国人以及罗马的臣民是受不到这种法律的保护的。随着罗马社会的发展,市民法无法统一调整更多较为复杂的社会关系。公元前 367 年,罗马设立最高裁判官,可以通过发布告示等方式创制新的法律,推动了罗马法的发展。公元前 242 年设立的专门审理罗马市民与异邦人及异邦人与异邦人之间纠纷的外事裁判官,他们不再囿于传统法的束缚,以公平正义的理念审理纠纷,形成了万民法。它是“各民族共有的法律”,是罗马处理公民与异邦人或异邦人之间纠纷的“国际法”。万民法以市民法为基础,同时还参照了各国的习惯法,是罗马法发展到较高阶段的产物。直至公元 212 年,卡拉卡拉皇帝授予罗马帝国全部自由民以罗马公民权,消除了帝国北部居民的公民和非公民区别,从此市民法、万民法的区别不复有实际意义,两者逐步统一。

3. 《国法大全》标志着罗马法体系的最终完成

公元 395 年,帝国分裂为东西两个国家。公元 467 年,日耳曼人一举征服西罗马帝国,罗马法失去了国家正统地位。西欧开始步入封建社会。东罗马帝国皇帝查士丁尼为了振兴罗马帝国的声威、维护自身的统治,一方面发动对西方的战争,另一方面对罗马法进行系统整理和编纂。公元 528 年,查士丁尼任命十人委员会进行法典编纂,先后制定出《查士丁尼法典》、《法学阶梯》和《学说汇纂》三部法律汇编;在查士丁尼死后,法学家将他新颁发的敕令附于《查士丁尼法典》之后,称之为《新律》。这四部法典被后世统称为《民法大全》或《国法大全》。

《国法大全》的编纂不仅反映了罗马国家全盛时期罗马法的全貌,更标志着罗马法体系的最终完成。这部法典是古代最完备、最发达、影响最大的法典。它成为罗马法学的主要研究对象,也成为大陆法的基础。

罗马法对后世欧洲地区的许多国家产生了深刻的影响。除了 1804 年法国民法典以《法学阶梯》为蓝本、充分地吸收和继承了罗马法,以及 1900 年的德国民法典对《学说汇纂》及其罗马法学理论的广泛而深刻的继受外,英国普通法中契约原则、遗嘱制度来源于罗马法,衡平法尤其受罗马法的影响,根据良心和正义审判案件的衡平法,注重现实方面的公平原则,与罗马法的万民法的正义观念如出一辙。可见,衡平法吸收了罗马法的精神,采纳了部分罗马法的原则。罗马法在欧洲的继受是一个多方面的现象,其他国家如比利时、西班牙、芬兰、荷兰、波兰、瑞士、日本、旧中国等,都不同程度地受到了罗马法的影响。各个国家或地区依据自身发展的实际情况,对罗马法进行按需所取,并与本国或地区的原有法律相融合。因此,需求的不同导致继受的内容和程度的不同。

(二) 罗马法的复兴和发展(12—16 世纪)

罗马法的复兴是从大学对罗马法的学术研究开始的。1110 年,意大利在波伦亚创建