

SHANGFAXUE

GUOJI

SHANG

SHAN

GUOJI

GUOJI SHANGFAXUE

国际商法学

彭 景 主编



西南财经大学出版社

GUOJI SHANGFAXUE

国际商法学

彭 景 主编



西南财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法学/彭景主编. —成都:西南财经大学出版社,2013. 5
ISBN 978 - 7 - 5504 - 1005 - 3

I. ①国… II. ①彭… III. ①国际商法—法的理论
IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 047580 号

国际商法学

彭 景 主编

责任编辑:李特军

助理编辑:李晓嵩

封面设计:墨创文化

责任印制:封俊川

出版发行	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址	http://www.bookcj.com
电子邮件	bookcj@foxmail.com
邮政编码	610074
电 话	028 - 87353785 87352368
照 排	四川胜翔数码印务设计有限公司
印 刷	四川森林印务有限责任公司
成品尺寸	185mm × 260mm
印 张	15. 25
字 数	400 千字
版 次	2013 年 5 月第 1 版
印 次	2013 年 5 月第 1 次印刷
印 数	1— 3000 册
书 号	ISBN 978 - 7 - 5504 - 1005 - 3
定 价	32.00 元

1. 版权所有,翻印必究。
2. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。
3. 本书封底无本社数码防伪标志,不得销售。

目 录

第一编 国际商法导论

第一章 国际商法导论	(3)
第一节 国际商法概述	(3)
第二节 国际商法的渊源	(5)
第三节 大陆法系和英美法系概述	(7)
第四节 中国法律制度概述	(12)

第二编 国际商事主体法

第二章 合伙企业法与个人独资企业法	(17)
第一节 概述	(17)
第二节 合伙企业法	(19)
第三节 个人独资企业法	(28)
第三章 外商投资企业法	(34)
第一节 概述	(34)
第二节 中外合资经营企业法	(35)
第三节 中外合作经营企业法	(39)
第四节 外资企业法	(42)
第四章 公司法	(44)
第一节 概述	(44)
第二节 有限责任公司	(46)
第三节 股份有限公司	(52)

第四节	公司的其他基本法律制度	(57)
第五章	破产法	(62)
第一节	概述	(62)
第二节	破产申请与受理	(62)
第三节	管理人与债权人会议	(64)
第四节	重整与和解	(66)
第五节	破产清算程序	(69)

第三编 国际商事行为法

第六章	合同法	(75)
第一节	概述	(75)
第二节	合同的订立	(79)
第三节	合同的效力	(85)
第四节	合同的履行	(89)
第五节	合同的担保与保全	(92)
第六节	合同的变更与转让	(96)
第七节	合同权利义务的终止	(100)
第八节	合同的责任	(105)
第七章	国际货物买卖法	(112)
第一节	概述	(112)
第二节	买卖双方的义务	(118)
第三节	买卖双方违约的救济方法	(122)
第四节	货物所有权与风险的转移	(124)
第八章	国际货物运输与保险法	(127)
第一节	概述	(127)

第二节	国际海上货物运输法	(128)
第三节	其他国际货物运输法	(134)
第四节	海上货物保险	(138)
第九章	产品责任法	(145)
第一节	概述	(145)
第二节	美国的产品责任法	(146)
第三节	欧洲各国的产品责任法	(150)
第四节	中国的产品责任法	(151)
第十章	国际商事代理法	(158)
第一节	概述	(158)
第二节	国际货物销售代理公约	(161)
第三节	中国的代理法律制度	(163)
第十一章	国际票据法	(171)
第一节	票据与票据法概述	(171)
第二节	票据法律关系	(173)
第三节	票据行为	(175)
第四节	中国的票据法律制度	(176)

第四编 国际知识产权保护法

第十二章	国际知识产权法	(185)
第一节	概述	(185)
第二节	保护知识产权的国际公约	(187)
第三节	专利法	(192)
第四节	商标法	(202)
第五节	著作权法	(211)

第五编 国际商事救济法

第十三章 国际商事仲裁 (221)

 第一节 概述 (221)

 第二节 国际商事仲裁机构 (225)

 第三节 国际商事仲裁协议 (226)

 第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行 (227)

 第五节 中国的仲裁立法与仲裁机构 (230)

参考文献 (235)

第一编 国际商法导论

第一章 国际商法导论

第一节 国际商法概述

一、国际商法的涵义

国际商法(International Commercial Law)通常是指调整国际商事交易主体在其交易过程中所形成的各类商事法律关系的法律规范的总称。值得一提的是,国际商法是一个还在发展中的概念,因此为了进一步理解该概念,尚需明确以下三点:

(1) 国际商法源于传统商法,但其调整范围更为丰富。传统的商法以货物买卖为中心,主要包括公司法、票据法、海商法、保险法等,但随着国际经济贸易的发展和商事交易的多样化、复杂化,在国际贸易方面出现了许多新的领域,比如国际技术转让、知识产权转让、国际投资、国际融资、国际服务贸易等。本书出于课程安排的考虑,并未涵盖当前所有的国际商事活动。

(2) 国际商法中的国际性。这里的“国际”不再只指“国家与国家之间”,而是“跨越国界”(Transnational)。因为目前从事国际商事交易的主体主要是私法主体,而不是公法主体,如公司、企业或个人。

(3) 国际商法的调整方法是直接调整方法。国际商法直接规定国际商事主体在国际商事关系中的权利与义务,这一点是国际商法与国际私法的重要区别。

二、国际商法的产生与发展

国际商法与商法虽然不同,但在历史发展上却有着紧密联系,可以说都是伴随着商品经济的产生和发展而逐渐发展起来的。国际商法大致经历了四个发展阶段:

1. 古罗马法阶段

早在古罗马时期,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。但当时的商法并未独立出来,商事性质的法律规范包含在罗马法私法的内容之中。

2. “商人习惯法”阶段

根据多数法学专家的观点,真正作为一项专门法律的国际商法源于欧洲中世纪的“商人习惯法”(Law Merchant)。11~15世纪,随着欧洲地中海沿岸城市的国家商事交往活动迅速增多,当时的封建法和寺院法越来越成为国际贸易发展的障碍。在这种情形下,意大利的佛罗伦萨等地首先出现了保护商人利益的商人行会组织——merchant guild,组织中的商人从封建领主那里买来了自治权,开始自己设置特殊法庭,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制,“商人习惯法”因而得名。后来随着航海贸易的发展逐步扩大到西班牙、法国、荷兰、德国及英国等地。经过几百年的沿用与发展,在中世纪地中海沿岸形成了较为系统的国际商事规则,现代商法的许多制度也源于这些规

制,如诚实信用原则、商事合伙制度、商事代理制度、保险制度、海商制度等。

与当时的封建王朝的地方性法律相比,商人习惯法具有以下典型特点:①跨国性与统一性,其普遍适用于各国从事商业交易的商人;②自治性,其解释和运用不是由一般法院的专职法官来执掌,而是由商人自己组织的法院来执掌,类似于现代的国际仲裁或调解;③简易性,其程序简易、不拘泥于固定形式,强调按公平合理的原则来处理案件。

3. 国际商法本土化阶段

17世纪以后,随着欧洲中央集权国家日益强大,国家主权也被极大地强化了。各国开始注重商事立法,纷纷采用各种形式将商法纳入本国的国内法,在这一阶段,商法具有国家的强制性特点,失去了原有的跨国性。例如,法国路易十四于1673年颁布的《商事条例》和1681年颁布的《海事条例》,成为欧洲最早的商事单行立法,为各大陆法国家的商法典制定奠定了基础。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》也对许多国家有较大的影响。

值得注意的是,由于各国在处理涉外商事案件时,仍在一定程度上参考并适用“商人习惯法”,因此使其仍具有一定的国际性特征并为这些国家商法典的制定以及现代国际商法的产生奠定了基础。

4. 现代国际商法的迅速发展阶段

二战以后,特别是20世纪60年代以后,国际商法的发展进入了新的历史阶段。在这一阶段,国际商法的国际性和统一性的价值和意义重新得到确认,其原因主要是在这一时期,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,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。另一方面,由于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,使得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,并不断取得突破性进展。例如,国际商会(ICC)制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)主持制定的《联合国国际货物销售合同公约》(1980年)、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(1976年),国际统一私法协会(UNIDROIT)主持制定的《国际商事合同通则》(1994年)等,都是这一时期国际贸易法统一的突出成就,重新回归了国际商法的本质属性,即跨国性与统一性。

三、国际商法与其他相关法律部门的关系

1. 国际商法与国际公法

(1) 区别。国际公法调整国家、国际组织之间的政治、军事、外交、经济关系,其主体是国家、国际组织、类似国家的政治实体,法律渊源主要表现为国际条约、国际惯例等实体法规范,其传统内容包括和平法、争议法、战争法、中立法四大部分,第二次世界大战以后又增加了条约法、外交使节法、海洋法等分支内容。国际商法调整国际经济和商事交易关系,其主体是自然人、法人等商事组织,其法律渊源除了国际条约、国际惯例等实体规范,还包括各国国内法规范、程序法规范、冲突法规范等。

(2) 联系。国际商法是国际法的一个法律部门,因此国际公法的一些基本原则(国家主权、国家及其财产豁免、条约必守等)也调整国际商事法律关系。国际条约及习惯法规制中调整商事行为的规范应属国际商法范畴。

2. 国际商法与国际私法

(1) 区别。国际私法典型特征是其调整方法主要为间接调整,仅仅指出适用什么样的

法律，而不直接规定必须如何解决某一问题，因此国际私法又称为“冲突法”。在内容上，国际私法主要调整涉外民事关系，主要包括统一实体法规范、国际民事诉讼和仲裁等程序性规范。而国际商法则以直接调整方法为主，其内容以实体规范为主，既包括国际实体规范，也包括国内实体规范。

(2) 联系。二者的主体均为自然人、法人、合伙等商事组织，均调整涉外法律关系，具有较强的私法特征。

3. 国际商法与国际经济法

(1) 区别。国际经济法是国际公法的分支，其主体主要是国家、国际组织及其具有独立国际法律人格的其他实体；调整主体之间公法层面的国际经济关系；法律渊源由关于国际经济交往的国际条约、习惯法规则等国际法规范、各国涉外经济法规等国内法规范构成；强调国家、国际社会对国际经济活动的干预，属于强行性法律规范，具有公法特征。国际商法的主体则是从事商事交易的自然人、法人等商事组织；调整商事主体之间私法层面的商事交易行为；法律渊源以国际商事条约及习惯法规则、主要国家的国内商事法律为主；强调意思自治，属于任意性法律规范。

(2) 联系。二者均调整国际经济交往关系，联系密切，互为补充。

第二节 国际商法的渊源

一、国际商法渊源的概念

国际商法的渊源是指国际商法赖以产生和发展的依据及其表现形式。一般认为包括三种形式：国际（商事）条约、国际（商事）惯例及各国的相关立法。

二、国际商法的渊源

(一) 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与贸易的条约或公约。这类条约或公约的缔约主体是国家或类似于国家的政治实体，国家与自然人、法人及其他实体间就商事活动达成的协议不构成条约。

作为国际商法渊源的国际条约主要包括两类：一是国际商事公约，二是含有商事条款的一般国际条约。从数量上来看，以国际商事公约为主，其内容广泛且通常参加方较为普遍，包括国际商事实体法、国际商事程序法以及国际商事冲突法。

小资料 1.1 作为国际商法渊源的主要国际公约

1. 调整国际货物买卖关系的国际公约

1964 年《国际货物买卖合同成立统一法公约》

1964 年《国际货物买卖统一法公约》

1974 年《联合国国际货物买卖时效期限公约》

1980 年《联合国国际货物买卖销售合同公约》

1985 年《国际货物买卖合同适用法律公约》

2. 调整国际货物运输关系的国际公约

1924 年《统一提单的若干法律规则的国际公约》（海牙规则）

- 1968 年《关于修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》(维斯比规则)
- 1978 年《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则)
- 1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》(华沙公约)
- 1955 年《海牙议定书》
- 1980 年《联合国国际货物多式联运公约》
- 3. 调整国际贸易支付的国际公约
- 1930 年《日内瓦统一汇票本票法公约》
- 1931 年《日内瓦统一支票法公约》
- 1988 年《联合国国际汇票和国际本票公约》
- 4. 调整产品责任的国际公约
- 1977 年《关于产品责任的法律适用公约》
- 5. 调整代理关系的国际公约
- 1983 年《国际货物销售代理公约》
- 6. 调整知识产权的国际公约
- 1883 年《保护工业产权巴黎公约》
- 1886 年《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》
- 1891 年《商标国际注册马德里协定》
- 1952 年《世界版权公约》
- 1994 年《与贸易有关的知识产权协定》
- 7. 调整商事争议的国际公约
- 1923 年《日内瓦仲裁条款协定书》
- 1927 年《关于执行外国仲裁裁决的公约》
- 1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是在国际交往中经过反复使用逐渐形成的,并为各国普遍承认和遵守的交易行为规范。值得一提的是,国际商事惯例最初是以不成文的形式出现,但现在许多重要的国际商事惯例已经由一些国际组织编纂成文,为交往提供了极大的便利。

与国际条约不同的是,国际商事惯例不当然具有法律约束力,国际商事交易当事人可以依据“意思自治”原则全部或部分地选择适用。但是,当事人一经选择适用,则构成对当事人具有约束力的法律规范,受诉法院或仲裁机构可据此解释当事人之间的合同,或作为解决其纠纷的准据法。

小资料 1.2 作为国际商法渊源的主要国际商事惯例

时间	国际商事惯例名称
2000 年、2010 年	《国际贸易术语解释通则》
2007 年	《跟单信用证统一惯例》修订本 (UCP600)
2004 年	《国际商事合同通则》
1975 年	《联合运输单证统一规则》
1932 年	《华沙—牛津规则》

(三) 关于国际商事交易的国内法规范

由于国际商事交往关系的多样性和复杂性，以及相关国际条约和惯例的滞后性，仅凭现有的国际条约和惯例仍不足以满足实践中的需求，在处理某些国际商事纠纷时，还需借助法律冲突规则的指引，适用有关国家的国内法加以解决，其中尤以发达国家的国内商法对国际商法的影响最大。可以说，各国有关商事交易的国内法是国际商法在国际法渊源方面的重要补充。

小资料 1.3 我国颁布的主要商事法律规范

	颁布时间	法律名称
总则性	1986 年	《中华人民共和国民法通则》
商事主体	1993 年	《中华人民共和国公司法》
	1997 年	《中华人民共和国合伙企业法》
	1999 年	《中华人民共和国个人独资企业法》
商事交易行为	1992 年	《中华人民共和国海商法》
	1993 年	《中华人民共和国反不正当竞争法》
	1993 年	《中华人民共和国产品质量法》
	1995 年	《中华人民共和国票据法》
	1999 年	《中华人民共和国合同法》
知识产权	1982 年	《中华人民共和国商标法》
	1984 年	《中华人民共和国专利法》
	1990 年	《中华人民共和国著作权法》
商事救济	1991 年	《中华人民共和国民事诉讼法》
	1994 年	《中华人民共和国仲裁法》

第三节 大陆法系和英美法系概述

国际商法发源于欧洲，其内容深受两大法系的影响。因此要研究国际商法，有必要先了解两大法系。学者们一般认为，当代世界主要法系有大陆法系、英美法系和社会主义法系（以苏联、东欧社会主义国家为代表）。前两个法系是在西方国家形成、发展起来的，具有浓厚的商品经济或市场经济的特征，对现代国际商法影响很大。

一、大陆法系

大陆法系（Civil Law System），又称罗马法系、民法法系、成文法系，是指以罗马法为基础，以法国民法典和德国民法典为典型代表，包括许多模仿它们而制定的其他国家的法

律的总称。

(一) 大陆法系的分布

大陆法系形成于13世纪的西欧，欧洲大陆国家多属于该法系，如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等，除欧洲外，还有曾是法国、德国、葡萄牙、荷兰等国殖民地的国家及其他原因受其影响的国家和地区，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；加拿大魁北克省、美国路易斯安那州、英国苏格兰等。

(二) 大陆法系的形成与发展

大陆法系直接源于罗马法。罗马法是指罗马奴隶制国家从公元前6世纪罗马国家形成到东罗马帝国灭亡时期的全部法律。今天人们考察到的罗马法主要是公元前5世纪罗马最早的成文法——《十二铜表法》和公元6世纪东罗马帝国皇帝查士丁尼编纂的《国法大全》，具体包括四部法律汇编：《学说汇编》、《法学阶梯》、《查士丁尼法典》、《新律》，该法集罗马法之大成，既包括公法也包括私法，但主要内容是私法，对欧洲后来乃至整个西方世界法律产生了无与伦比的影响。

13世纪由于罗马法的复兴，大陆法系得以形成。这一时期，罗马法的研究者主要把研究的重点放在探求和讲授罗马法的原意上，对《国法大全》的各种文本进行解释，他们被称为“注释派”。14世纪后，学者们将研究的重点转向罗马法的系统化工程上，他们用罗马法的原始文本作为发展新兴的商法和国际私法的依据，摒弃罗马法原始文献中的杂乱无章和实用主义，这时的罗马法研究者被称为“后注释派”。17世纪后，古典自然法学派从人的理性出发，主张法是理性的体现和产物。他们认为，罗马法中蕴涵的法律原则都是符合合理性的，强调成文法的作用，提倡编纂法典。这些主张对于欧洲大陆各国接受罗马法产生了巨大影响。

资本主义生产方式确立后，各国迫切需要能适应其经济发展要求的法律规则，而适合商品经济需要的罗马法可以满足这一要求。1804年法国颁布了《民法典》，即《拿破仑法典》，这部法典大量吸收了罗马法成分，尤其是物权和债权部分。1896年，德国也以罗马法为蓝本编纂了《民法典》。这两部法典的颁布实施，为其他一些欧洲国家树立了榜样。其他国家相继以这两部法典为模本进行本国的立法体系确立工作。在欧洲以外，一些与欧洲大陆国家有千丝万缕联系的国家也建立了类似的法律体系。综上所述，可以说大陆法系是在罗马法的直接影响下而形成的。

(三) 大陆法系的特点

(1) 强调法律的成文化，在法律结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。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。

(2) 大陆法系各国将法律区分为公法与私法。根据罗马法乌尔比安的观点，“公法是与罗马国家有关的法律，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，并进行了法律细分。如将公法分为宪法、行政法、刑法、诉讼法与国际公法；私法则分为民法与商法等。各国在这些法律领域中使用的法律制度和法律概念基本相同。

(3) 在法律形式上，大陆法系国家一般不存在判例法。大陆法系各国都相继进行了大规模的立法活动，对重要的部门制定法典，这些法典一般比较完整、清晰、逻辑严密，同时辅之以单行法规，构成了较为完整的成文法体系。

(4) 在法官的作用上，否定“法官造法”。一般而言，大陆法系国家的立法与司法分

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,因而要求法官遵从法律明文规定办理案件,不得擅自创造法律违反立法者的本意。

(5) 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制定,法官的功能局限于根据既定的法律规则判案,因此法官审案表现出三段论式的逻辑过程:认定案件事实,寻找适用的法律条款,联系二者推论出必然的结果。

二、英美法系

英美法系(Anglo-American Law System),是指英国中世纪以来的法律,特别是以英国普通法为基础发展起来的法律制度体系。在英国历史上,普通法是与衡平法、教会法和制度法相对应的概念,由于其中的普通法对整个法律制度的影响最大,因此英美法系又被称为普通法系(Common Law System)。

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,并已经对世界的法律产生了很大影响,因此形成了普通法系的另一个分支。

(一) 英美法系的分布

英美法系形成于英国,并随着英国殖民地的扩大而逐步扩展到其他历史上曾受英国统治的区域,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、新加坡、中国香港等地。南非原属大陆法系国家,后来被英国吞并,其法律体系是大陆法系和英美法系的结合物;菲律宾原属西班牙殖民地,后来又受美国控制,因而其法律系统也走向了两大法系的结合。

(二) 英美法系的形成与发展

1. 英国法的历史沿革

英美法系形成于英国,一般以1066年诺曼底公爵威廉征服英格兰为开端。诺曼底公爵为了推行中央集权制度,设置了御前会议这个重要机构,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。渐渐地,处理司法事务的机构独立出来,到亨利三世时期,御前会议已经建立了三个王室高等法院,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影响。这种判例法就形成了适用于英国的普通法。

14世纪时,英国在普通法之外又产生了另一种独特的法律形式——衡平法。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化的趋势,无法适应工商业发展的需要。因此,很多人转而请求枢密院和国会主持正义,许多纠纷转而对枢密院中负责司法事务的大臣来处理。随着案件数量不断增加,该机构最终独立出来,成为和王室法院并列的衡平法院,其在审理案件时适用完全不同的法律规则,由此发展起来的法律称为“衡平法”。衡平法也表现为判例法的形式,但在救济方法、诉讼程序、法律术语等方面均与普通法有所不同。从14世纪后半叶到19世纪后半叶,二者相互独立,直到1875年英国颁布法院组织法,普通法院与衡平法院合并,普通法与衡平法从冲突走向妥协并最终统一适用。同时,制定法也大量出现,代表了立法机构的地位得到提高。

2. 美国法的历史沿革

1607—1776年是美国的殖民地时期。17世纪时,英国法对北美殖民地的影响比较小,

当时适用的法律主要是殖民地当地的习惯。到了18世纪,随着英国加强对北美殖民地的控制,开始通过强制手段推行英国的法律,英国法在北美得到广泛传播。

1776年美国独立,美国开始发展自己的法律。到了19世纪,美国的普通法传统最终确立,究其原因,美国人是英国的移民,语言和传统的力量使然。但是,美国法律也表现出不同于英国法的一些特点,其制定法占有更大的比例,地位也更为重要。同时,美国法也简化了诉讼程序,取消了普通法院和衡平法院的区分。美国法律自此脱离英国法,逐渐成为英美法系中一个具有代表性的分支。

(三) 英美法系的特点

1. 在法律渊源上以判例为主

判例法一般是指各国高级法院的判决中所确立的法律原则或规则。值得一提的是,判例法也是成文法,由于这些规则是法官在审理案件时创立的,因此,又称为“法官法”(judge-made law)。通常在处理先例的问题上可以有三种做法:①遵循先例。下级法院应当遵循上级法院的判例,上诉法院也要遵循自己以前的判例;②推翻先例。美国的联邦最高法院和各州最高法院有权推翻自己以前做出的判决。但为了维护法律的稳定,法院很难对过去同一法院做出的决议宣布无效。在美国历史上,联邦最高法院推翻先例的情况也只有8次,其难度可见一斑。③回避先例。主要适用于下级法院不愿适用某一先例但又不愿公开推翻时,可以前后两个案例在重要事实上存在区别为由而回避这一先例。这与大陆法系国家法官要严格以法典为依据来判案存在重大区别。

案例 1.1 普莱西诉弗格森案

案情:1892年6月7日,具有黑人血统的荷马·普莱西(Homer A. Plessy)故意登上东路易斯安那铁路的一辆专为白人服务的列车,根据路易斯安那州1890年通过的相关法律,白人和有色种族必须乘坐平等但隔离的车厢。根据该条法律,普莱西被认定为“有色种族”,遭到逮捕和关押。于是他将路易斯安那州政府告上法庭,指责其侵犯了自己根据美国宪法第13、14两条修正案而享有的权利。但是法官约翰·霍华德·弗格森(John Howard Ferguson)裁决州政府有权在州境内执行该法,普莱西最终败诉,以违反隔离法为名被判处罚金300美元。普莱西接着向路易斯安那州最高法院控告弗格森法官的裁决,但该法院维持了弗格森的原判。

1896年,普莱西上诉至美国最高法院。5月18日,最高法院以7:1的多数裁决:路易斯安那州的法律并不违反宪法第13和第14修正案,因为“隔离但平等”并不意味着对黑人的歧视,而只是确认白人和黑人之间由于肤色不同而形成差别。

评析:普莱西诉弗格森案是美国联邦最高法院违宪审查史上比较著名的“平等权”案件。毫无疑问,美国联邦最高法院在该案中所持的观点存在着历史局限性。“平等权”作为一项宪法权利,应当表现在社会生活的各个领域。平等权不仅意味着每个公民的人格平等、身份平等、机会平等以及政府依据法律对每一个公民加以平等保护,还应当包括立法要求对每一个公民的平等对待,对不同的人群不应当根据其性别、年龄、种族等的不同加以不适当的分类。平等权不仅要体现在制度上平等地对待每一个人,而且也应当为每一个公民个人提供一个崇尚平等的社会环境。政府有责任采取措施来消除各种影响平等权实现的社会因素,彻底消除造成不平等的社会根源。所以,社会平等是制度平等的根本保证,没有社会平等就没有制度平等。事实上,到20世纪中叶,随着社会平等意识的不断增长,美国联邦最高法院在布朗诉托皮卡地方教育委员会(Brown v. Board of Education of Topeka)一案的判决中,完全否定了美