



21世纪高校规划教材(国际贸易系列)

GUOJI MAOYI XILIE



GUOJI SHANGFA

国际商法

主编 项益才 邹睿蓉



江西高校出版社

21世纪高校规划教材(国际贸易系列)



GUOJI SHANGFA

国际商法

主 编 项益才 邹睿蓉

副主编 谭翊泉 彭 晔 石 峰 张 燕



江西高校出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/项益才,邹睿蓉主编. —南昌:江西高校出版社, 2011.8

ISBN 978 - 7 - 5493 - 0350 - 2

I. ①国... II. ①项... ②邹... 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(2011) 第 158491 号

出版发行	江西高校出版社
社 址	江西省南昌市洪都北大道 96 号
邮 政 编 码	330046
总编室电话	(0791)8504319
销 售 电 话	(0791)8511423
网 址	www.juacp.com
印 刷	北京市德美印刷厂
照 排	江西太元科技有限公司照排部
经 销	各地新华书店
开 本	787mm × 1092mm 1/16
印 张	14.5
字 数	317 千字
版 次	2011 年 8 月第 1 版第 1 次印刷
印 数	1 ~ 3000 册
书 号	ISBN 978 - 7 - 5493 - 0350 - 2
定 价	27.00 元

赣版权登字 - 07 - 2011 - 179

版权所有 侵权必究

国际贸易专业系列教材编委会

主 任 饶贵生

副主任 项益才 邹建华

委 员 (以姓氏笔画排名)

刘春斌 江西城市学院

陈小珍 江西现代职业技术学院

邹秀荣 九江学院

邹建华 江西外语外贸职业学院

李国彬 抚州职业技术学院

罗明喜 江西工业贸易职业技术学院

郑晓波 江西青年职业学院

饶贵生 江西外语外贸职业学院

项益才 九江学院

钱 钊 景德镇高等专科学校

徐淑华 九江职业技术学院

殷锡武 九江职业技术学院

梅艺华 江西大宇职业技术学院

黄国庆 江西现代职业技术学院

阙细春 江西外语外贸职业学院

雷静华 江西经济管理干部学院

编委会主任的话

我是一名从边远山村走出来的幸运儿,沐浴着改革开放的春风,1978年考入江西财经大学攻读国际贸易专业。大学毕业后,下过基层,闯过商海,担任过地(市)级外经贸行政管理领导职务和省级大型进出口企业总经理。长期的外经贸实践工作,五大洲开拓国际市场的商海经历,让我积累了比较丰富的国际贸易实践经验。进入新世纪,我转而从事高等职业教育工作。作为一名高职教育的践行者,我目睹和经历了中国高等职业教育从规模扩张到质量提升的转型,深化了对职业教育真实内涵的认识,也一直在思考:如何将理论知识与外向型企业的工作岗位、用人标准有效地对接起来?在教育教学上如何体现这种对接?

适逢江西高校出版社开发国际贸易专业系列教材,约我担任本系列教材的编委会主任。我虽然在国际贸易的实践工作和教育教学方面有一定的经验和感悟,也陆续出版了多部国际贸易领域的专著,但是还从未具体做过专业系列教材的整体建设和编写工作,故恐有负出版社美意,不敢担此重任。难奈出版社执意相邀,也借此良机,在高等教育工作上再上一个台阶,我惭愧之余,也就欣然接受编委会主任一职。

国际贸易是应用经济学领域中的一个独特分支,它研究的是不同国家之间的贸易。国际贸易作为一门专业学科,和经济、金融、运输、保险、营销、统计、法律、管理等多门学科有着非常紧密的联系。而且随着经济全球化的发展以及市场经济体制在世界范围内的普遍确立,国家或地区之间的经济往来已超越了商品贸易的界限,新形势要求该学科必须容纳更多的专业科目,在课程的设置上吸收实践发展中所必需的知识与信息,更好地融入知识经济时代。

本套国际贸易专业系列教材的总体目标是从高等职业院校教学特点出发,系统总结近几年来国际贸易专业相关课程的教学经验,结合当前国内外教程与教学改革的趋势和要求,吸收国内外国际商务学科领域各项成果与国际贸易的前沿动态和最新成果,拓展了教学领域,丰富了学科体系。本套教材目前包括了《经济学》、《国际贸易》、《国际贸易实务》、《国际商务英语函电》、《国际金融》、《经济法教程》、《国际商务谈判》和《现代市场

营销》等主要课程,在今后的使用过程中还将进一步完善和发展。

本系列教材在内容和结构上有以下特点:

①品种比较“全”。本套教材涵盖了与国际经济与贸易活动相关的多门学科的基础理论知识和基本技能,包括经济学原理,国际贸易理论、政策和措施,进出口贸易操作实务,国际商务活动涉及的法律与惯例,国际货币与金融,国际商务洽谈,国际市场开拓,市场营销以及国际商务英语应用能力等。

②理论比较“新”。本套教材在内容上吸取了本专业的最新理论和学术成果,兼收并蓄,体现了理论的前沿性。

③内容比较“精”。本套教材将需要掌握的知识点进行最大限度的精炼,体现了高职教育“必需、够用”的原则。同时,也给深入探讨研究的求学者一定的拓展空间,以适应不同层次的教学对象使用。

④情境比较“真”。本套教材根据职业教育重点培养实用型、技能型人才的要求,以实用为原则,突出实践教学环节,注重学生动手能力的培养。大部分教材编写了实训项目,设计了仿真情境,搭建了“学做一体”的平台。

本套系列教材可以作为高职高专国际贸易专业的教科书,也可供从事国际贸易工作的其他有关人员参考。

本套系列教材凝取了编委、作者和编辑的集体智慧,整个策划、编写过程充分体现了精诚合作的精神。大家克服跨地区、跨单位等方面的困难与不便,围绕共同目标,通力合作,相互支持,终于取得了最后的成果。

在此,我向所有编委、作者,向江西高校出版社相关工作人员致以诚挚的谢意:感谢大家的辛勤工作!感谢大家的信任与支持!



2010年5月

前 言

国际商法是国际经济与贸易、国际金融、法学等专业必修的专业课。作为国际法学的一个重要分支,它是处理国际商事活动的准则,具有很强的实用性。本书以经管类人才培养需要为目标,在体系上要求完整,突出实用;在内容上摒弃繁琐,力图简洁,以帮助学生掌握国际商法课程最核心的内容。

本书每章开篇都列出了教学提示和教学要求,以突出主要的知识点和学生对所知识应达到的掌握程度;每章后都做出了课程小结,帮助学生归纳讲授的知识,使学生对所学内容有系统的认识;针对章节重点,每章最后都列出了相应的思考题,帮助学生进一步理解和深入掌握章节的核心内容,引导学生去思考,培养学生的应用能力。

本书由项益才、邹睿蓉担任主编,谭翊泉、彭晔、石峰、张燕担任副主编。所有参编成员都是在高等院校长期从事国际商法教学与研究工作的专业教师。具体编写分工如下:孙静(九江学院)撰写第一章总论;王凯风(景德镇高等专科学校)撰写第二章;胡文欣(九江学院)撰写第三章;彭晔(江西工业贸易职业技术学院)撰写第四章;谭翊泉(九江学院)撰写第五章;张燕(九江学院)撰写第六章;邹睿蓉(九江学院)撰写第七章;蔡婕(九江学院)撰写第八章;石峰(景德镇高等专科学校)撰写第九章。全书由项益才、邹睿蓉负责审稿、定稿,谭翊泉、张燕负责排版完成。

本书的编写过程中,我们注重吸收国内专家、学者在国际商法研究中取得的成果,并以参考文献的形式在书后列出。囿于编者的学识水平,书中疏漏及不当在所难免,恳请广大同仁和读者批评指正。

编 者

2011年6月



目录

第一章 国际商法总论 /1

第一节 国际商法的概念与渊源 /1

第二节 大陆法系与英美法系 /6

第三节 中国法律制度概述 /10

第二章 国际商事组织法 /25

第一节 国际商事组织与商事组织法概述 /25

第二节 个人独资企业 /27

第三节 合伙企业 /29

第四节 公司 /39

第三章 合同法 /56

第一节 合同的概述 /56

第二节 合同的订立 /60

第三节 合同的担保 /72

第四节 合同转让与终止 /76

第五节 违约责任与违约救济 /79

第四章 买卖法 /87

第一节 国际货物买卖法概述 /87

第二节 国际货物买卖适用的法律 /91

第三节 国际货物买卖中双方的义务 /94

第四节 国际货物买卖中所有权与风险的转移 /99

第五节 违约与救济 /104



第五章 产品责任法 /113

- 第一节 产品责任法概述 /113
- 第二节 国际主要法系的产品责任法 /116
- 第三节 国际产品责任统一法 /121

第六章 代理法 /125

- 第一节 代理法概述 /125
- 第二节 代理法律关系 /127
- 第三节 代理权的产生与代理关系的终止 /131
- 第四节 国际代理统一法和我国的代理法 /135

第七章 票据法 /147

- 第一节 票据法概述 /147
- 第二节 票据行为与权利 /153
- 第三节 汇票 /158
- 第四节 本票与支票 /168
- 第五节 与票据有关的国际公约 /171

第八章 国际货物运输法 /174

- 第一节 国际海上货物运输法 /174
- 第二节 国际航空货物运输法 /184
- 第三节 国际铁路货物运输法 /188
- 第四节 国际货物多式联合运输法 /192

第九章 国际商事仲裁法 /200

- 第一节 仲裁概述 /200
- 第二节 国际商事仲裁 /204
- 第三节 国际商事仲裁程序 /208
- 第四节 中国的仲裁制度 /211

参考文献 /222



【教学提示】

本章主要讲授国际商法的概念、产生与发展,国际商法的渊源和基本原则;阐述了大陆法系和英美法系的结构及特点,并分析了两大法系的联系、区别及发展趋势;介绍了中国法律制度的基本体系和内容。

【教学要求】

要求通过本章的学习,理解国际商法概念,掌握两大法系的联系、区别及发展趋势,识记中国民商法的体系及内容,了解中国的司法审判制度。

第一节 国际商法的概念与渊源

一、国际商法的概念

国际商法是国际商事法的简称,是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和。它包括两方面内容:一是调整国际商事交易的法律规范,即行为法部分,它强调的是各国商人(企业)之间从事国际商事活动的法律规范,尤其是贸易和投资方面的法律规范;二是调整商事组织的法律规范,调整范围是商事组织在国际商事交易活动中发生的各种法律关系。调整国际商事关系的法律规范既有国际商事条约、国际商事惯例,也包括各国调整商事关系的国内商法规范。关于它的概念,中外学者仍然是众说纷纭,准确理解国际商法的概念,应当重点把握以下四个方面:

(一)国际是指“跨越国界”

国际商法的突出特征表现在,它所调整的商事关系具有“国际性”。所谓“国际”(International)并不是指“国家与国家之间”的意思,其根本内涵是“跨越国界”(Transnational)。在这个意义上,国际商法可以称为跨越国界的商法。国际商法规范的商事关系就是处于不同国家的商事主体之间发生的商事关系,而不是国家和国家之间的商事关系,后者是国际公法调整的范畴。通常情况下,当商事关系的发生包含以下因素之一时,它就具备了国际商法所指的“国际性”:

1. 当事人分属不同的国籍;
2. 当事人的经营场所位于不同的国家;
3. 商事关系的发生地至少是位于一方当事人国籍所在国之外的国家或地区;
4. 商事活动的对象位于一方或多方当事人国籍所在国之外的国家或地区。

(二) 国际商法基本主体是国际商事组织

国际商法的主体是指在国际商事交易中依法可以享受国际商事权利和承担国际商事义务的法律人格组织。具体来说,可以分为特殊主体和一般主体。

1. 特殊的主体(国家)

由于国家是国际商事法律规范的参与制定者,又是本国涉外经济法律的制定者,还是涉外商事关系的协调者,并在一定情况下参与国际商事交易活动,同时国家享有国家主权豁免权,因此国家是国际商法的特殊主体。

2. 一般的主体(国际商事组织)

由于国际商法属于国际私法的范畴,从其规范的主体来看,国际商法协调与规范的主要是具有商事行为能力的商事组织。国际商法的调整对象是国际商事关系,主要指由营利性主体从事涉外商事活动所发生的涉外经济关系以及与此相关联的社会关系的总和,这就决定了国际商法协调、规范的主体是私法主体。其他主体,如公法主体,从事涉外商事活动的,其权利、义务关系也只能参照私法主体来处理。私法主体主要是指个人、合伙和公司这三种商事组织形式。

(三) 国际商法主要规范商事关系

商事关系,指平等商事主体在从事商事活动过程中所产生的涉外经济关系,包括商事组织关系和商事交易关系。传统商法仅调整有形商品的交易,现代商法除调整有形商品的交易外,还调整无形商品的交易,如国际技术转让、国际投资、国际融资、国际工程承包、国际租赁等。

(四) 国际商法是独立的法律部门

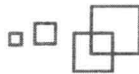
国际商法有自己特殊的调整对象,因而是一个独立的部门法。国际商法调整对象的特殊性体现在,它规范的是商事关系,但这种商事关系又不是一般意义上的商事关系,而是具有“国际性”的、跨越国界的商事关系。正是因为调整对象的特殊性,使得国际商法与传统商法、国际公法、国际私法、国际经济法区别开来,成为一个独立的法律部门。

二、国际商法的产生与发展

国际商法是一个发展的、历史的范畴,它是随着商品经济的产生和发展而产生发展起来的,因此,研究国际商法,必须从历史的、辩证的观点来分析它的产生与发展。据施米托夫的考察,国际商法经历了“国际性—国内法—国际性”独特的发展轨迹。

(一) 中世纪的国际商法产生萌芽期

这一阶段调整国际商事交易的法律是以商人习惯法的形式出现的,即事实上支配那



些商业交易所在的文明世界的各港口、集市之间的国际商事普遍适用的国际习惯法规则。它在 11 世纪出现于威尼斯,后来随着欧洲地中海一带的城市国家国际贸易迅速发展,当时的封建制度已经不能适应商业发展的需要,行会组织中的商人便设置自己的特殊法庭,采用各种商事习惯解决商事纠纷,逐渐形成了中世纪的商人法。一方面由于商人自治法的内容较广泛,包括货物买卖合同的标准条款、两合公司、海上运输及保险、汇票、破产程序等方面的习惯性规则;另一方面,商人法与当时封建王朝的法律相比,它具有跨国性和统一性的特点,普遍适用于各国从事商业交易的商人,它的解释和运用不是由一般法院的专业法官负责,而是由商人自己组织的法庭负责,类似于现代的仲裁和调解,其程序简易、迅速,不拘泥于形式,在处理案件中强调按公平合理的原则进行。因此,商人习惯法所具有的普遍性和优于一般法律的潜在特征,极大地促进了欧洲各国间的经济贸易往来,为各国商业的发展创造了良好的法律环境,使它在中世纪成为扩大整个西方世界的商事交往的基础,而国际商事交易的发展反过来又为国际商法的进一步完善提供了物质基础。它的影响一直持续到资本主义革命时期,并于那时被各国的商法所吸收。

(二) 18~19 世纪国际商法产生中期

这一阶段,国际商人习惯法被纳入欧洲各国的国内法。从此,国际商事交易便由国内商法与国际私法结合调整,使商法失去了原有的国际性或跨国性。其中欧洲大陆主要通过制订成文法,例如,法国在路易十四统治时期,在 J.B. 科尔贝尔的主持下,颁布了《商事敕令》和《海商敕令》,成为最早的商事单行立法,为大陆法国家的商法典奠定了基础。近代资本主义第一部商法法典,是拿破仑于 1807 年颁发的《法国商法典》,受其影响,荷兰、比利时、希腊、土耳其、西班牙、葡萄牙等国相继颁布了商法典。1897 年制定,1900 年 1 月 1 日起生效的《德国商法典》对许多国家也有很大影响,如奥地利商法、日本商法。在英美两国,商法的发展与欧洲大陆不同,英美法的历史上,只有普通法(Common Law)和衡平法(Equity)之分,并无民商法之分。英国则主要通过曼斯菲尔德等大法官的审判实践将商人习惯法融入普通法之中,就不存在单独的商法了。但是在英国,商品买卖、公司、票据、保险、海商、破产等方面都制定了单行法规,商法的成文化倾向明显。在美国,由全国州法律统一委员会从 1896 年起公布了许多统一法规,包括《统一流通票据法》、《统一买卖法》、《统一仓库收据法》、《统一股票转让法》、《统一提单法》、《统一附条件销售法》、《统一信托收据法》。在这些统一法规的基础上,1952 年又公布了《统一商法典》。

具有国际性的商人法被纳入主权国家国内法体系后,使得各国国内商法成为调整本国对外商事关系的重要规则。

(三) 国际商法的产生与发展期

这一阶段,开始于对 19 世纪过分夸大的国家主权采取公正批判态度的时期。世界社会开始重新从国际的角度思考问题,联合国及其他许多国际组织的作用越来越大,跨国公司的活动遍及世界各地,国际主义的观念逐渐觉醒,法学领域中则恢复了国际商法

的概念,出现了大量企图摆脱各国国内法的民族色彩,带有世界普遍性意义的新的国际商事习惯法。

从 19 世纪末开始,直接规定国际商事交易关系中当事人权利义务的条约和习惯便应运而生并逐渐发展。1896 年国际海事委员会(CMI)成立,总部设于比利时的安特卫普,由各会员国的国内海事委员会和一些个人会员组成,致力于海事私法的统一。此外,国际法协会(ILA)也把制定统一私法作为其宗旨之一。1919 年,第一次世界大战结束后一年,国际商会(ICC)成立。该组织总部设在巴黎,由国际商业组织和企业组成,并在众多国家成立分会,主要从事贸易与银行惯例的编纂和研究工作。1926 年由国际联盟支持,在罗马设立的国际统一私法协会,作为一个政府间的国际组织,其主要任务即是制定统一的国际商法。可以认为,国际商法作为一个独立的法律体系,产生于 19 世纪末 20 世纪初。

国际商法在 20 世纪获得了巨大的发展,国际商法立法机构相继设立,拟定了众多的国际公约、示范法和国际商事惯例;国际商事仲裁备受欢迎,成为解决国际商事纠纷的主要途径;各国法院在审理国际商事案件时也越来越多地适用国际商法,并日益尊重国际商事仲裁。

三、国际商法的渊源

国际商法的渊源主要是指国际商事法产生的依据及其表现形式,包括国际渊源和国内渊源两方面。国际渊源包括国际条约、国际贸易惯例;国内渊源主要是国内立法,有些国家还包括判例法。

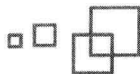
(一) 国际条约

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。各国缔结的有关商事和贸易的国际条约历来被普遍认为是国际商法的重要渊源,它按照其规定的内容可划分为两个种类:一是统一实体法规范的国际条约。例如 1967 年《世界知识产权组织的公约》、1978 年《联合国海上货物运输公约》、1980 年《联合国国际货物销售合同公约》。二是统一冲突法规范的国际公约。例如 1985 年《国际货物销售合同法律适用公约》,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》等等。

国际条约对缔约国有拘束力,国家必须遵守条约,这是根据“约定必须遵守”的古老的国际法原则得出的结论。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。

(二) 国际贸易惯例

国际贸易惯例是国际商法的另一个重要渊源,指各国商事组织在商事贸易交往中,重复类似行为而逐渐形成的习惯做法。从性质上来说,它不是国际条约或公约,也不是国家立法,所以不具有法律的普遍约束力,但在某些具体的当事人之间却有像国际公约一样的强制力。有些国际惯例已经被某些国家纳入其国内的成文法,从而具有了法律的



普遍约束力,还有些国家的国内法规定,国际惯例的适用无须当事人明示表示同意。目前在国际贸易中影响最大的贸易惯例是国际商会制定并经多次修订的《国际贸易术语解释通则》(Incoterms2000)和《跟单信用证统一惯例》(UCP 600)。另外,有关的国际贸易惯例还有1932年《华沙—牛津规则》、1941年《美国对外贸易定义修正本》等。

(三)各国有关商事、贸易的国内法

由于国际经贸关系具有的多样性和复杂性,现有的国际公约和惯例不可能满足实践中的所有需求,而且个人或企业在从事超越国境的经贸和商事活动时,也可能选择某国的国内法为准则,因此,国内法在国际商法中仍占有重要地位,各国国内法中有关调整商事方面的法律也就构成了国际商法的渊源的一个重要组成部分。如《联合国国际货物销售合同公约》第7条第2款指出,凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题,应按照本公约所依据的一般原则来解决,在没有一般原则的情况下,则应按照国际私法规定适用的法律来解决。这里所说的“国际私法规定适用的法律”,通常是指有关国家的国内法。

四、国际商法的基本原则

国际商法的基本原则,是制定、实施和研究国际商法的出发点,是国际商法中具有一般意义或核心作用的规则,表明了国际商法的基本取向。概括起来,应包括以下几个基本原则:国家经济主权原则、平等双赢原则、诚实信用原则、安全原则。

(一)国家经济主权原则

这是国际商法首要的基本原则,体现在公司章程的制定、国际贸易合同的签订、国际商事纠纷的解决等。首先,在外国的商事投资活动要直接适用外私法中有关涉外商事法律规范的调整和规范,如要适用《外国人投资企业法》等;其次,要适用外国有关管理涉外商事活动的法律,如适用《海关法》、《外汇法》等;第三,要适用该外国认可或参加的国际商事惯例或国际商事条约、公约,如《托收统一规则》、《联合国国际货物销售合同公约》等;第四,要适用与该外国签订的有关双方商事协定或条约,如《中美贸易关系协定》等。

(二)平等双赢原则

这是国际商事法的基本准则,是指所有国家在法律上一律平等,并作为国际社会的平等成员,有权充分和有效地参加解决世界经济、金融和货币问题作出国际决定的过程,并公平地分享由此产生的利益。平等双赢原则还要求追求实质性的平等,而非仅仅形式上的平等。按照平等双赢原则的要求,各商事主体签订的商事合同,必须公平合理,而不允许附带不平等的条件和过分的要求,显属不公、损害他方利益的商事合同都不具有法律约束力。

(三)诚实信用原则

诚实信用原则是指商事交易主体应依诚实和信用理念,互为交易,以维护交易公平。国际商法奉行诚实信用原则,在许多场合规定了当事人披露有关事实的义务和忠实履行

商事合同的义务,禁止尔虞我诈、巧取豪夺、坑蒙拐骗等背信行为。

(四)安全原则

现代商事活动,随着交易标的的增大、交易手段的复杂、交易周期的加快、交易范围的扩大,交易的风险日益突出。为了增强商事主体的安全感,调动人们从事商事交易活动的积极性,保障交易安全便构成了商法的又一基本原则。保障交易安全就是要减少和消除商事交易活动中的不安全因素,确保交易行为的法律效用和法律后果的可预见性。

第二节 大陆法系与英美法系

一、大陆法系的结构、特点

大陆体系又称罗马法系、成文法系、民法法系或罗马—日耳曼法系(因为它的历史渊源是罗马法和日耳曼法,此外还有教会法、商法和城市法)。它是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。它首先产生在欧洲大陆,后扩大到拉丁族和日耳曼族各国。大陆法系渊源于古罗马法,其间经过 11 世纪至 16 世纪的罗马法复兴、18 世纪资产阶级革命,最后于 19 世纪发展成为一个世界性的法系。大陆法系以 1804 年的《法国民法典》和 1900 年的《德国民法典》为代表形成了两个支系。

(一)大陆法系的结构

大陆法系把法律分为公法和私法。公法是指与国家状况有关的法律,一般包括宪法、行政法、刑法、诉讼法、国际公法等法律部门;私法是指与个人利益有关的法律,一般包括民法、商法等。

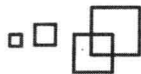
(二)大陆法系的特点

大陆体系的一个突出特点是强调成文法的作用,同时它在法律结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性,具体表现在:

1. 大陆法来源于罗马法。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。如《法国民法典》以《法学阶梯》为蓝本,《德国民法典》以《学说汇纂》为模式。

2. 大陆法强调成文法。司法判决不是主要的法律渊源,而仅仅是对法律的注释,大陆法系国家法律的效力渊源,主要是制定法,又称为成文法。大陆法系的国家对重要的部门法制定了法典,并辅之以单行法规,构成较为完整的成文法体系。并且,立法与司法的严格区分,要求法典必须完整、清晰、逻辑严密,法典一经颁行,法官必须忠实执行,同类问题的旧法即丧失效力。

3. 大陆法系国家的立法和司法分工明确,强调制定法的权威,一般不承认法官的造法功能。大陆法系要求法官遵从法律明文办理案件,没有立法权。制定法的效力优先于



其他法律渊源,而且将全部法律划分为公法和私法两类,法律体系完整,概念明确。法官只能严格执行法律规定,不得擅自创造法律、违背立法精神。

4. 大陆法系一般采取法院系统的双轨制,重视实体法与程序法的区分。大陆法系一般采用普通法院与行政法院分离的双轨制,法官经考试后由政府任命,严格区分实体法与程序法,一般采用纠问式诉讼方式。

5. 大陆法系各国都主张编纂法典。1804 年的《法国民法典》是 19 世纪大陆法系法典的一个典型。除民法典之外,还有商法典、刑法典、刑事诉讼法等。

二、英美法系的结构、特点

英美法系,又称普通法法系,是指英国中世纪以来的法律,特别是它以普通法为基础的、与以罗马法为基础的民法法系相比较而存在的一种法律制度,是英国普通法为基础发展起来的法律的总称。它首先产生于英国,后扩大到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、马来西亚、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家和地区。到 18 世纪至 19 世纪时,随着英国殖民地的扩张,英国法被传入这些国家和地区,英美法系终于发展成为世界主要法系之一。英美法系中也存在两大支流,这就是英国法和美国法。

(一) 英美法系的结构

1. 英国法的结构

英国法在法律结构上的一个主要特点是二元性,把法律分为普通法与衡平法。

普通法系是一个以英格兰普通法为基础而形成的世界性法律体系,是当代世界主要法系之一。就广义而言,它是指 12 世纪以后通行英格兰的法律,是在中央集权下形成的,是国王统治下的国家法院统一适用的,有别于英格兰领主法院等适用的习惯法,也有别于只适用特殊阶层和行业的商人法;就狭义而言,是指 21 世纪后由英格兰皇家法院所创立、适用和加以发展的判例法,其一个重要特点是,法官判决中的判决理由必须得到遵循,即对做出判例的法院本身和对下级法院日后处理同类案例均具有约束力,由此形成了“先例约束力原则”。

衡平法在英国出现于 14 世纪。当时英国的商品货币关系进一步发展,社会关系更为复杂,出现了许多前所未有的法律关系,普通法因其严格的审理程序而不能满足调整这些法律关系的要求,当时是由国王指示枢密大臣审理这类案件,枢密大臣在处理案件时可不受普通法约束,而按照所谓“公平与正义”原则作出判决,这些判决形成了所谓“衡平法”,以填补普通法的不足之处。换言之,衡平法的法律体制在普通法之上,而当案件违反普通法但同时符合衡平法,就以衡平法为主。

2. 美国法的结构

美国也属于普通法系,它与英国一样,以判例法作为法的主要渊源,把成文法看做对判例法的补充或修正。但是,由于美国是联邦制国家,因此美国的法律分为联邦法与州法两大部分,这也是美国法律结构的一个主要特点。美国联邦宪法对联邦与各州的立法

权都做了明确的规定。根据 1791 年美国《宪法修正案》第 11 条的规定,凡是宪法未授予联邦或未禁止各州行使的权力,均属于各州。而州法应当包括州的成文法和判例法,但是在纯粹属于联邦立法权范围内的事项,联邦法院可以发展联邦的普通法;在这些问题上,联邦法院的判决,特别是联邦最高法院的判决具有约束力。

(二)英美法系的特点

英美法与大陆法的主要特点不同。它注重法典的延续性,以判例法为主要形式,它具有与大陆法明显不同的特征。

1. 以日耳曼法为历史渊源。英美法系的核心——英国法,是在较为纯粹的日耳曼法——盎格鲁·撒克逊法的基础上发展起来的。

2. 以判例法为主要表现形式,遵循先例。英美法系国家的法官在审理案件时首先研究过去类似案件的判例,从中归纳出手边案件的一般法律准则,然后按照这个准则审理案件,强调审判要遵循“先例”即判例。

3. 在法律发展中,法官具有突出作用。判例法是法官的长期审判中逐渐创立出来的,法官的判决本身具有立法的意义,法官在判决以后很可能形成新的判例而进入法律体系,从而可以迅速地将新的社会法律纳入到法律体系中。

4. 重视程序法。这是英国法在历史上的一个重要特点,在英国普通法中,每一种诉讼都有固定的程序和专门的术语,不得在另一种诉讼程序中使用。

三、两大法系的区别

以法国和德国为代表的大陆法系与以英国为代表的英美法系(也称普通法系)同为资本主义经济关系的产物,同时它们也是西方国家中渊源久远和影响较大的法系,但是在许多方面它们还是迥然有别的。两大法系的主要差异有:

1. 法律渊源不同

大陆法系具有制定法的传统,制定法为其主要法律渊源,判例一般不被作为正式法律渊源(除行政案件外),对法院审判无约束力;而英美法系具有判例传统,判例法为其正式法律渊源,即上级法院的判例对下级法院在审理类似案件时有约束力。

2. 法律结构不同

大陆法系的基本结构在公法和私法的分类基础上建立的,传统意义上的公法指宪法、行政法、刑法以及诉讼法;私法主要是指民法和商法,英美法系的基本结构是在普通法和衡平法的分类基础上建立的。从历史上看,普通法代表立法机关(协会)的法律,衡平法主要代表审判机关(法官)的法律(判例法),衡平法是对普通法的补充规则。

3. 法典编纂不同

大陆法系的一些基本法律一般采用系统的法典形式。而英美法系一般不倾向法典形式,其制定法一般是单行的法律和法规。当代英美法系虽然学习借鉴了大陆法系制定法传统,但也大都是对其判例的汇集和修订。

4. 法官的权限不同