



教育部职业教育与成人教育司推荐教材
五年制高等职业教育国际贸易专业教学用书

国际商法

主编 党伟



中国财政经济出版社

教育部职业教育与成人教育司推荐教材
五年制高等职业教育国际贸易专业教学用书

国际商法

主编 党伟

审稿 於向平 翟云岭

中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/党伟主编. —北京: 中国财政经济出版社, 2005.2

教育部职业教育与成人教育司推荐教材. 五年制高等职业教育国际贸易专业教学用书

ISBN 7-5005-7889-X

I. 国… II. 党… III. 国际商法—高等学校: 技术学校—教材 IV. F590.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 002935 号

中国财政经济出版社 出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码: 100036

发行电话: 88190616 传真: 88190655

北京财经印刷厂印刷 各地新华书店经销

787×1092 毫米 16 开 12.25 印张 287 000 字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月北京第 1 次印刷

定价: 16.00 元

ISBN 7-5005-7889-X/D·0217

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

本教材的正版图书封底上贴有“中国财政经济出版社 教育分社”防伪标识。根据标识上提供的查询网站、查询电话和查询短信, 输入揭开防伪标识后显示的产品数字编号, 即可查询本书是否为正版图书。版权所有, 翻印必究, 欢迎读者举报。举报电话: 010-88190654。

出版说明

为了进一步贯彻落实《国务院关于大力推进职业教育改革与发展的决定》和全国职业教育工作会议的精神,适应五年制高等职业教育发展的趋势,满足各类职业技术学院专业教学的实际需要,我们组织编写了五年制高等职业教育教学用书。该系列教材涵盖了五年制高等职业教育教学中所需的公共课(包括文化基础课、思想政治课)、财务会计、市场营销、电子商务、金融与证券、国际贸易、旅游饭店与管理等专业主干课程,从2005年秋季开学起,这些教材将陆续提供给各类职业技术学院使用。

该系列教材是根据教育部提出的“以综合素质培养为基础,以能力培养为主线”为指导思想,结合五年制高等职业教育的教学培养目标而编写的,经教育部职业教育与成人教育司批准立项,并由专家审定,作为教育部职业教育与成人教育司推荐教材出版。新教材全面贯彻素质教育思想,从社会发展对高技术应用性人才的需求出发,在内容的构建上结合专业岗位(群)对职业能力的需要来确定教材的知识点、技能点和素质要求点,并注重新知识、新技术、新工艺、新方法的应用,注重对学生的创新精神和实践能力的培养。新教材在理论体系、组织结构和阐述方法等方面均作了一些新的尝试,以适应高等职业教育教学改革,满足各类高等职业技术学院教学需要。在此,我们真诚的希望各类职业技术学院在教材的使用过程中,能够总结经验,及时提出修改意见和建议,使之不断完善和提高。

2005年4月

前言

围绕教育部《关于全面推进素质教育，深化高等职业教育改革的意见》精神，本教材以提高学生整体素质和培养学生专业基本技能为基础，力求简明、易懂，使学生更好地掌握从事国际经济贸易活动所必须的法律基础知识和应用技能，培养合格的专业人才。

本教材力求体现五年制高等职业教育的培养目标，注重实务教育，坚持以应用能力为本，以就业为导向，做到“教、学、做”结合，形成理论教学与技能训练整体合一、突出应用的课程体系。本教材主要有以下特点：

(1) 注重科学性和先进性。教材力求准确阐述基本原理和方法，充分吸收国内外本学科最新的知识和研究成果，尤其注重适应国际经济贸易领域中法律、法规的迅速更新和变化，突出新内容和新方法。

(2) 突出应用性和可操作性。简化理论知识的阐述，强化知识的应用性和可操作性，注重国际商业规则的理解与应用，并大量选用实际案例和各国法律实践的对比，设置应用训练，体现高等职业教育的特色。

参加本教材编写的人员有东北财经大学党伟（第一章、第二章、第四章），海南东大运输公司李勤昌（第三章），广东商学院曾霞（第五章），东北财经大学何全民（第六章），山西财税专科学校张哲（第七章），吉林辽源职业技术学院王玉杰（第八章），由党伟担任主编。电子讲稿由张哲主编。

本书的编写参考并吸收了有关教材和专著的成果，谨此说明并向有关同志表示诚挚的谢意。由于时间仓促，水平有限，书中不足之处欢迎学校在使用过程中提出宝贵意见。

编 者

2004年12月

目 录

第一章 国际商法导论	(1)
第一节 国际商法的概念	(1)
第二节 国际商法的渊源	(3)
第三节 西方国家的两大法系	(6)
第二章 比较合同法	(11)
第一节 合同概述	(12)
第二节 合同的成立	(16)
第三节 合同的担保	(27)
第四节 违约及违约救济	(31)
第五节 合同的终止	(38)
第三章 国际货物买卖法	(49)
第一节 国际货物买卖概述	(49)
第二节 卖方义务和买方义务	(54)
第三节 货物所有权和风险的转移	(60)
第四章 比较代理法	(70)
第一节 代理概述	(70)
第二节 代理权的产生与无权代理	(73)
第三节 代理关系	(77)
第四节 代理的终止	(81)
第五节 商事代理的种类	(83)
第五章 商事组织法	(92)
第一节 商事组织概述	(92)
第二节 公司的法律地位	(99)
第三节 我国的公司	(104)

第六章 工业产权法	(116)
第一节 工业产权概述	(117)
第二节 专利法律制度	(119)
第三节 商标法律制度	(130)
第七章 比较票据法	(143)
第一节 票据概述	(143)
第二节 汇票	(149)
第三节 本票与支票	(159)
第四节 涉外票据的法律适用	(163)
第八章 国际经济贸易仲裁与诉讼	(169)
第一节 国际经济贸易仲裁	(169)
第二节 国际民事诉讼	(175)
参考书目	(186)

第一章

国际商法导论

学习目标

本章作为导论，介绍的是本课程最基本的一些问题，目的是为国际商法这门课程的学习打下一个基础。因此，本章分别介绍了国际商法的概念、渊源。此外，考虑到大陆法系和英美法系对国际商法的巨大影响，以及本课程要不断地在两者之间进行比较，本章对两者之间的差别与联系也予以介绍，以便学生在以后的学习中有一个清晰的线索。

第一节

国际商法的概念

当一个人从事跨国商业活动时，他都应当遵守哪些规范和准则？国际商法要解决的就是这样一个问题。我们所说的国际商法，是指调整国际商事行为以及由此而产生的各种国际商事关系的法律规范的总称。

商事行为和民事行为同属于法律行为，商事行为强调以营利为目的，这是与民事行为的区别所在。因而，私人^①是国际商事行为的主要从事者。国家以营利为目的参与具体的国

^① 这里的私人是指私法意义上的主体，包括自然人和法人等在内。

际商事活动的例子极为少见,我国的国有企业在国际商事活动中也是以企业自己的名义、而不是以国家的名义参加国际商事活动的。并且,即使出现了国家以营利为目的参与具体的国际商事活动的情形,国家在这一具体的商事行为中也经常被看作是一个地位同等的私法主体。因此,这里“国际”^①一词是指“跨越国家”而言,涉及的是私法主体跨越国家进行的商事行为,而不包括公法意义上的国际关系。所以,西方学者往往将当代国际商法称为“跨国法”(Transnational Law)。

对于国际商法的概念和范围存在很多观点,也有争论。但本书从实务角度出发,抛开学术争论,以“一个人从事跨过商业活动所应遵守的法律规范和国际性准则”为出发点,确定本书的内容。前联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席施米托夫认为,国际商法包括两个主要分支:

(1) 国际贸易法,其中国际货物买卖是该法的主要内容,尽管它还包括国际银行业务、保险及航空、海洋和陆上运输中的法律问题。

(2) 国际公司法,即根据一国法律设立但又在其他国家具有商业利益的公司,无论此项商业利益采取何种形式,如在其他国家设立子公司,或在联合公司中占有股份,或参加经营管理,或者采用其他形式。这一观点对本书有重要的参考价值。

与国际商法概念相关的一个重要问题,是它与相邻法律学科的关系,尤其是国际贸易法的关系。一般认为,国际贸易法是调整国际贸易关系的法律规范的总称。这里所说的国际贸易关系,包括与贸易有关的其他关系,如运输与保险、国际银行业务、进出口管制等。可以说,国际贸易法是随着20世纪以来国际贸易的飞速发展,国际贸易概念的不断扩大以及国家高度介入国际贸易关系而产生的,它的范围远远超出传统的国际商法范围。所以,国际贸易关系的调整,要涉及三方面的法律:一是各国调整对外贸易活动的民商法,即“私法”方面的内容,包括合同法、买卖法、票据法、海商法、专利法、商标法等;二是各国管制对外贸易活动的法律,即“公法”方面的内容,如外贸法、海关法、进出口许可法、商品检验法、外汇管制法等;三是关于国际贸易的国际法规范,如双边与多边的贸易协定、支付与结算协定以及国际货物买卖中的国际惯例。

以上三方面的法律组成的国际贸易法,既包含“私法”,又涉及“公法”,而同是调整国际贸易关系的国际商法,则以“私法”内容为主,不包括“公法”方面的内容。这是国际商法与国际贸易法的主要区别所在。

[小思考 1-1]

从本教材的定义出发,你认为以下哪些关系属于国际商法的调整范围?

- (1) 中国政府与澳大利亚政府就相互之间的钢材贸易关系达成了一个双边协议;
- (2) 一个美国人在中国购买一栋写字楼,与一家中国公司签订的房地产买卖合同;
- (3) 在WTO多边贸易体制的框架下,中国与欧盟达成的关于纺织品贸易安排;
- (4) 中国某公司向法国某公司订购32台某型号的飞机发动机,签订了买卖合同;
- (5) 一个中国人到加拿大继承了他的一个亲属的遗产,产生跨国继承关系。

^① 国际关系一词通常有两种含义,它既指以政府间关系为代表的国家之间的关系,也指具体的当事人跨越国境活动而产生的各种关系。

[分析]

如果从本教材的定义出发,只有第(4)项属于国际商法的调整范围。第(1)、(3)项是以政府关系为代表的国家之间的关系,也就是我们所说的“公法”意义上的国际关系,不属于我们所说的商人跨国商事活动。如前所述,国际商法中的“国际”一词是指“跨越国家”而言,涉及的是私法主体跨越国家进行的商事行为,而不包括公法意义上的国际关系;第(2)项是发生在我国境内的买卖关系,也不属于跨国商事活动。尽管交易的当事人一方是外国人,它仍属于在中国国内完成的买卖,所依据的法律也只能是中国国内法,不属于私法主体跨越国家进行的商事行为;至于第(5)项,它是财产继承关系,不属于商事关系,当然不是国际商法所应调整的内容。

再进一步思考一下:如果从“国际贸易法”的概念出发,以上5种关系中哪些应当是国际贸易法的调整对象?

第二节

国际商法的渊源

法的渊源是指法的表现形式。任何法,都必须以一定的形式表现出来,国际商法的渊源就是指国际商法的表现形式。“法的渊源”一词来自拉丁文 Fontes Juris。古代西方人将法比做水,把法所由产生的渊源称为 Fontes。由于这是一种比喻,法学家们对渊源一词的解释往往因人而异,各国做法也存在差别。如:大陆法国家以法律(成文法)为主要渊源,而英美法国家以判例法为主要渊源。国际商法作为调整国际商事活动的法律规范,其渊源大致包括以下几方面:

一、国际贸易方面的条约或协定

国际条约或协定是两国或多国为设定、变更或终止它们之间的权利义务关系而达成的协议。按照参与国的多少和效力范围不同,国际贸易条约和协定可以分双边和多边两种。前者如1979年《中美贸易关系协定》,后者如1980年《联合国国际货物销售合同公约》和1978年《联合国海上货物运输公约》等。

国际贸易方面的条约或协定是国际商法的一个重要渊源,国际商法的许多内容来自于此。一国为安排和协调与其他国家的贸易关系,会参加或签署许多涉及国际商事贸易关系的条约或协定。根据“条约必须遵守”(Pacta Sunt Servanda)的国际法准则,国际条约或协定对缔约国具有法的约束力。因此,《国际法院规约》规定,法院适用国际公约,不论其为一般的,还是特殊的,只要它确认了诉讼当事国所承认的规则。各国大多通过本国的立法程序将国际条约纳入本国法律体系,在效力上,它高于国内法。我国《民法通则》第142条规定,我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定的,除我国声明保留的条款外,应适用国际条约的规定。

联合国国际贸易法委员会是根据1966年第21届联合国大会的决议成立的,它是负责起

草的国际贸易统一法的文件主要机构。作为国际商法重要渊源的国际贸易方面的条约或协定，有许多就是它所起草的，其中有代表性的有：1974年《国际货物买卖时效公约》，1978年《联合国海上货物运输公约》（《汉堡规则》），1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，1980年《联合国国际货物销售合同公约》等。

二、国际商业（贸易）惯例

国际商业（贸易）惯例是指在长期国际贸易实践中逐渐形成的、并被相关各方所普遍承认和遵守的一种行为规范，它经历了由通例或一般实践（General Practice）至习惯性做法（Usage）再至惯例（Custom）的演变。依照《国际法院规约》第38条，所谓国际惯例，是指“作为通例（一般实践）之证明而被接受为法律者”（as Evidence of a General Practice Accepted as Law）。施米托夫则将国际商业（贸易）惯例定义为：“应用非常广泛的，凡从事国际贸易的商人们期待着他们的合同当事人都能遵守的商业习惯性做法和标准构成”。

国际商业（贸易）惯例是国际商法的一个重要渊源，在于它的效力被各国在立法中予以认可或接受。如《日本商法典》第1条规定：本法无规定的，适用商业习惯法。我国《民法通则》第142条规定，我国法律和我国参加的国际公约没有规定的，“可以适用国际惯例”。国际商业（贸易）惯例不是由国家立法机关或政府间组织制定的，不属于制定法^①（Statute），但它是法律（Law）的组成部分，是法律的一个重要渊源。

作为国际商法渊源的国际商业（贸易）惯例，具有以下特点：

第一，它是在长期国际贸易实践中逐渐形成的，并为从事特定贸易的商人们所共知的行为规则，如国际贸易中的CIF和FOB价格条件。

第二，它具有明确内容，能确定合同当事人之间的权利义务关系，因而被有关国家和当事人接受为法律。国际商业（贸易）惯例既有成文的，也有非成文的。人们通常所说的国际商业（贸易）惯例，是指由一些国际性组织制定的成文的规则。如：国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》，国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《约克·安特卫普规则》，国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》等。

第三，在效力上，它属于任意性规范，即只有当事人根据“意思自治”原则在合同中明示或默示适用某项惯例时，该项惯例才对他们产生法律约束力。当事人如在合同中明示采用某项惯例，还可以协议变更惯例的内容。例如，1932年《华沙—牛津规则》（CIF买卖合同统一的规则）第一条规定：“在CIF合同中，本规则的任何一条都可以变更、修改或增添其他条款，但这样的变更，修改或增添，必须合同当事人明示地协议才能成立”。

目前，在国际商事活动中影响比较大的国际商业（贸易）惯例包括：国际法协会1932年《华沙—牛津规则》、国际商会制定的《国际贸易术语解释通则（2000年修订）》（INCOTERMS 2000）、《跟单信用证统一惯例》（UNIFORM CUSTOMS—PRACTICE FOR DOCUMENTARY CREDITS）、《托收统一规则》（UNIFORM RULES FOR COLLECTION），国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《1974约克·安特卫普规则》，国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》等。

^① 很多教材认为国际商业（贸易）惯例不是法律，也是从制定法意义上解释法律的，但更多的学者将习惯作为法律（Law）渊源的一个组成部分。

三、国内法

在国际贸易领域,由于现有的国际贸易方面的条约或协定和国际商业(贸易)惯例还不能包括国际商事领域的所有问题,一些合同争议往往需要通过国际私法规则(亦称为法律适用规范)的指引,适用有关国家的国内法才能最终解决。因而,各国国内法中有关商事方面的法律,就构成了国际商法的渊源的一部分。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”,就是指有关国家的国内法,主要是各国民商法。

各国调整民事和商事活动的法律,可分为民商分立与民商合一两种体例:所谓民商分立,是指分别就民事问题与商事问题制单独的法典和商法典,法国、德国、日本、西班牙等国属于这一类型;所谓民商合一,则是指民事与商事统一立法,没有单独的商法典,而是将商事方面的内容编入民法典中,或以单行法的方式公布,意大利、瑞士、荷兰等国属于该种类型。英美法国家不存在“民法”(Jus Civile)的概念,他们在判例和单行法规中确立的法律原则往往针对某个或某些民商法的具体问题,从这个角度看,英美法系国家也应归于民商合一的体例。

国际商事关系中的许多问题,最后要通过适用有关国家的国内法才能最终解决。因而,各国调整民事和商事活动的法律构成了国际商法的渊源的一个重要组成部分。施米托夫指出,认为国际商法具有国际法或超国家法的性质的看法是错误的。“因为它归根结底建立在国内法基础上,但又是由国际商业界在与各主权国家无利害关系的领域内发展起来的”。

[小思考 1-2]

你认为:1. 条约与惯例有什么不同?具体地说,国际贸易方面的条约或协定与国际商业(贸易)惯例有什么不同?2. 国际贸易方面的条约或协定、国际商业(贸易)惯例和各国国内法之间在效力上是什么关系?

[分析]

首先,国际贸易方面的条约或协定与国际商业(贸易)惯例的主要区别在于:国际贸易方面的条约或协定是国家之间签订或参加的,它对于签字国具有法律约束力。“条约必须遵守”(Pacta Sunt Servanda)是一项公认的国际法准则,一国参加或缔结了某个国际条约或协定后,该国际条约或协定对该缔约国具有法的约束力;而国际商业(贸易)惯例在长期国际贸易实践中逐渐形成的、并被相关各方所普遍承认和遵守的一种行为规范。它往往由有关国际组织整理、颁布,并不是直接产生法律约束力的文件。它的效力来自于各国法律对它的认可或当事人对它的选择。很多国家将国际商业(贸易)惯例纳入本国法律体系中,使之成为本国法律体系的一部分。依照《国际法院规约》第38条,所谓国际惯例,是指“作为通例(一般实践)之证明而被接受为法律者”(as Evidence of a General Practice Accepted as Law)。

其次,国际贸易方面的条约或协定、国际商业(贸易)惯例和各国国内法之间的关系,可以这样概括:在效力上,各国普遍认为国际贸易方面的条约或协定高于国内法。如:我国《民法通则》第142条规定,我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定的,除我国声明保留的条款外,应适用国际条约的规定。我国《票据法》第96条第1款也规定,中华

人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法不同规定的，适用国际条约规定，但是，中华人民共和国声明保留的除外；而国际商业（贸易）惯例在适用上不能与国内法和该国参加的国际贸易方面的条约或协定相抵触，不能违反当事国的公共政策或社会公共利益。因此，我国《票据法》第96条第2款规定，本法（指《票据法》）和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

第三节

西方国家的两大法系

当今世界各国的法律，就其内容和形式，大致可分为大陆法系和英美法系。大陆法系和英美法系是西方国家两大主要法系，但对世界各国法律产生了深远的影响。

大陆法系，又称罗马法系，是指在罗马法的原则和形式的基础上，以1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》为样本，而形成和发展起来的法律体系。属于这一法系的国家，除法国和德国外，还有瑞士、比利时、奥地利、荷兰、意大利、西班牙、葡萄牙等一些欧洲国家，以及明治维新后的日本和拉丁美洲一些国家。

英美法系，又称普通法系，是指以英国中世纪普通法为基础而发展起来的各国法律。属于这一法系的国家，除英国（不包括苏格兰）、美国（不包括路易斯安那州）外，还有加拿大（不包括魁北克省）、澳大利亚、新西兰等国家和地区。

西方国家的两大法系的出现是由于历史传统、文化以及发展背景的不同而产生的，他们之间的主要区别在于：

第一，大陆法以成文法为主要标志，而英美法以判例法为主要标志。大陆法国家将其法律按照逻辑关系，系统整理、排列，划分为相互联系、相互协调的不同的法律部门，通过对部门法作比较全面和系统的陈述形成一个有机的整体，法典是其主要表现形式。法院判决只对受审理的案件有效，对日后的同类案件不具有约束力；而英美法国家则遵循“维持先例”（Stare Decisis）的原则，通过法官在审判实践中的判决及其积累，确立法律的规则体系，作为处理法律问题的主要依据。法官在处理当前的争端时，要以过去的判例为准则，特别是下级法院要受上级法院以往判决（先例）的约束。尽管英美法国家也不同程度地存在一些成文法，但它们多以单行法规的形式出现，针对具体的法律问题，一般不趋向于法典化。

第二，大陆法系国家，法官在审理案件时，首先要考虑法典和其他成文法中的规定，依据该规定来对具体案件作出判决，采用的是“一般到个别”的演绎推理。法官是法律的执行者，不能超出成文法的规定进行审判活动；而英美法国家，法官在审理案件时，首先要参照以往类似案件的判决，并从中归纳出适合于本案的一般原则，然后再作出判决，采用的是“个别到一般”的归纳推理。如果发现先例确立的原则已经不能适应当前的形势，或者随着社会的发展出现了前所未有的法律问题，法官可以根据公平合理原则创制先例。

第三，两大法系的法律观念也不同。大陆法以理性主义为哲学基础，重视法理研究，强调成文法规；而英美以经验主义为哲学基础，重视判例的作用，强调“法官制定法律”。

第四,在法律分类上,两大法系也存在差异。大陆法沿袭罗马法的传统,将全部法律分为“公法”与“私法”两大类:“公法”是指处理社会公共事务的法律,包括处理国家与个人关系的法律,如宪法、行政法、刑法、诉讼法以及处理国家之间关系的国际公法等。“私法”则是指处理私人之间关系的法律,民法和商法是其代表;而英美法在传统上并不将法律分为“公法”与“私法”。在英国法中,有普通与衡平法之分,“普通法”一词是指与制定法(成文法)相对的“法官创造的”一般法律,而“衡平法”则是指15世纪始于英国,根据“衡平”(公平、合理与正义)原则,为弥补普通法的不足而形成的一种判例法。实际上,无论“普通法”或“衡平法”都是判例法,因此在美国等其他英美法传统的国家,不再强调普通与衡平法之分,法院在司法审判中把他们作为共同的法律通则予以遵循。

[实例 1-1] HUTCHISON v. TOMPKINS 259 So.2D 129 (Fla.1972)

[土地买卖约定金案]

事实:原告同意以12.5万美元的价格出售一块土地给汤普金斯(Tompkins),汤普金斯交付1万美元予经纪人(Excrow Agent)作为定金。契约中规定,如果买受人届时不履行契约,出卖人有权选择以没收定金的方式作为损害赔偿。嗣后汤普金斯违约,但经纪人却误将定金返还汤普金斯。原告对汤普金斯及经纪人提起诉讼。

诉讼过程:一审以条款系惩罚性为由,驳回原告之诉。

本案判决理由:1. *Pemdroke v. Caudill* (160 Fla.948, 37 So.2d 538 (1948) 案之受诉法院认为:若违约当时,损害赔偿易于确定,则事前约定之违约金将被视为惩罚性而无效,不论缔约时损害是否易于确定,而 *Hyman v. Cohen* (73 So.2d 393 (Fla.1954)) 案之受诉法院认为,若缔约时损害结果易于确定,此种违约金条款将被视为惩罚性条款而无效。

本案法院认为就不动产交易之损害赔偿,于契约违约时几乎均可确定,因可用契约价金及市场价格作为损害赔偿之计算标准,故极易确定。故若采用 *Pemdroke* 案之标准,会产生寒蝉效果(Chilling Effect),因此种不动产买卖交易违约时极易确定损害结果,故会造成所有不动产易之违约金条款均属无效。故本案法院认为应采用 *Hayman* 案之标准,以缔约时是否易于确定作为判断标准,若预定之损害赔偿数额与实际损害数额相差过大时,尚可适用衡平之观点,降低损害赔偿数额,而不必宣告损害赔偿条款无效。

2. 佛罗里达州不动产交易之市价变化极巨,每年不同、每季不同,因此依据本案事实,双方当事人于缔约当时,对于违约之损害结果无法清楚确定,故其订定之违约金条款不构成惩罚性条款。

[解析]

本案的判决是一个比较典型的英美法判决方式:法官所引用的不是法律条文,而是以前先例中对类似问题的判决所确立的原则。

在英美法中,惩罚性的违约金条款是无效的。本案中所要确定的就是:该土地买卖契约中的定金是惩罚性的、还是补偿性的?法官有两个先例可以援引,一个是1948年 *Pemdroke v. Caudill* 案,考虑违约当时,损害赔偿是否易于确定,另一个是1954年 *Hyman v. Cohen* 案,考虑缔约时损害结果是否易于确定,以决定违约金条款是否应被视为惩罚性条款而无效。

经过比较,法官认为后者更适合本案,因而采用了后者的原则来对本案作出判决。法官

认为“佛罗里达州不动产交易之市价变化极巨，每年不同、每季不同”，因此双方当事人于缔约当时，对于违约可能损害结果无法清楚确定，因此他们可以在合同中预先规定交付定金的方式作为违约金的一种形式，以便在一方违约时，另一方可以得到及时救济，故“其订定之违约金条款不构成惩罚性条款”，该定金条款有效。

我们可以设想一下，在大陆法国家，法官要对这样一个案件进行判决，首先要考虑什么？判决依据会是什么？

资料来源：潘维大、黄阳寿编著：《英美契约法案例解析》，北京大学出版社。

大陆法系与英美法系尽管有诸多差别，但它们同渊源于罗马法，都属于西方资本主义国家的法律。并且随着社会经济的发展和经济全球化的进程，随着法学交流的增加，两大法系相互影响，相互渗透现象显著，如：自19世纪末以来，英美法系国家相继制定了许多成文法，如英国1893年的《货物买卖法》，1906年的《海上保险法》、美国1906年的《统一买卖法》和1952年在此基础上拟订的《统一商法典》等。而属于大陆法系的国家，如法国和德国，也日益重视判例的作用。前联邦德国就利用民法典中的某些“弹性”规定，强调最高法院判决的效力。

有些国家和地区，如菲律宾、斯里兰卡、南非、英国的苏格兰、美国的路易斯安那、加拿大的魁北克省等的法律，原来都属于大陆法系，但后来都采用了一些英美普通法的原则，因而现在都属于混合型的法律制度。美国现代在社会和经济方面的法律，已经出现成文法取代判例法的趋势，美国《统一商法典》等立法蓝本和单行法规在社会经济生活中发挥着越来越大的作用，因此，按照有些美国法学家的看法，美国也已经属于判例法和成文法的混合型国家。

另外，两大法系的许多共同基础也为这种融合提供了条件，如：两者的体例基本相同。大陆法系国家的民法典一般包括物权、债权、亲属法、继承法等部分，与英美法中的财产法、合同法、侵权行为法和家庭法等，在内容上是一致的；大陆法中虽没有“衡平法”的概念，但大陆法系各国的债权法都以“诚实信用”（Bona Fides）为最高原则。“诚实信用”的内涵就是“衡平”（Equity），即所谓“公正与善良”（Ex aequo et Bono）。

但是，两大法系的这种相互影响，相互渗透现象并不意味着这两大法系的统一。由于历史传统和发展背景上的差别，两大法系的基本法律原则和风格没有改变，两大法系的差别仍会继续存在。

〔小思考 1-3〕

通过比较大陆法系和英美法系的不同，你认为中国法律风格应属于什么法系？

〔分析〕

可以说，比较大陆法系和英美法系的不同，中国法律在风格上更接近于大陆法系，以成文法为主要标志，法院在司法审判中以立法机构的立法为主要依据。但应注意的是：我国大陆、台湾和澳门的法律风格接近于大陆法系，但香港地区则更多的受英美法系的影响。

这反映出一个问题：两大法系的划分更多的是一种法学研究中的学理划分，并不意味着是一种立法中的强制性的约束。因此，在一个国家中可能存在两大法系风格并存的现象，如：英国、美国和加拿大被认为是典型的英美法系国家，但英国北部的苏格兰地区、美国的

路易斯安那州和加拿大的魁北克省却被认为是属于大陆法系传统的地区。

至于中国是否属于社会主义法系的问题,我们这样看待:社会主义法系是相对于资本主义法系而言,它更多的考虑政治制度问题,与大陆法系和英美法系的划分不是一个分类标准。中国尽管是社会主义制度,但在法律风格上仍然属于以成文法为主要标志的大陆法系。

因此,我们还是这样概括中国法律的法系问题:在法律风格上,中国属于两大法系并存的₁国家,我国大陆、台湾和澳门的法律风格更接近于大陆法系,但香港地区则更多的受英美法系的影响,具有英美法系的特点。而在内容上我国(大陆)立法中也大量地吸收了英美法国家行之有效的、成熟的制度和规定。

另外,大家应当注意,历史上曾经存在一个中华法系,但现在已经消亡。如果大家有兴趣,可以查阅有关书籍了解其内容。

本章小结

本章介绍的是国际商法最基本的问题。国际商法是指调整国际商事行为、以及由此而产生的各种国际商事关系的法律规范的总称。这里“国际”一词是指“跨越国家”而言,涉及的是私法主体跨越国家进行的商事行为,而不包括公法意义上的国际关系。这与近年来随着国际贸易的飞速发展而形成的国际贸易法不同。

国际商法的渊源主要包括国际商业贸易惯例、国际贸易方面的条约以及各国有关的国内法。

西方国家两大主要法系,即:大陆法系和英美法系,对世界各国法律产生了深远的影响,也对国际商法产生了十分重要的影响。了解大陆法系和英美法系的主要差别,是学习国际商法的重要基础。

重点与难点

1. 国际商法的概念与范围,以及国际商法与国际贸易法的关系;
2. 国际商法的渊源,尤其是国际商法的渊源中,国际商业贸易惯例和国际贸易方面的条约中最有代表性的几项法律文件;
3. 西方国家两大法系及其相互之间的差别。

思考与练习

1. 国际贸易方面的条约或协定是国际商法的一个重要渊源。根据我国法律的有关规定,我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定的,应当:()。

- A. 优先适用国际条约的规定
- B. 优先适用我国法律的规定
- C. 除我国声明保留的条款外,应适用国际条约的规定

D. 除我国声明保留的条款外, 应适用我国法律的规定

2. 目前, 在国际商事活动中影响比较大的国际商业(贸易)惯例包括:

A. 国际法协会 1932 年《华沙—牛津规则》

B. 国际商会制定的《国际贸易术语解释通则(2000 年修订)》

C. 国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》等

D. 1978 年《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则)

3. 国际商会制定了许多在国际经济贸易活动具有较大影响的国际商业(贸易)惯例, 其中 UNIFORM CUSTOMS—PRACTICE FOR DOCUMENTARY CREDITS 是指: ()。

A. 《国际贸易术语解释通则(2000 年修订)》

B. 《跟单信用证统一惯例》

C. 《托收统一规则》

D. 国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《1974 约克·安特卫普规则》

4. 作为国际商法渊源的国际商业(贸易)惯例, 具有以下特点: ()。

A. 它是在长期国际贸易实践中逐渐形成的, 并为从事特定贸易的商人们所共知的行为规则

B. 它具有明确内容, 能确定合同当事人之间的权利义务关系, 因而被有关国家和当事人接受为法律

C. 它自产生时就具有跨过性和统一性, 超越了当时封建城邦国家的法律差别的影响, 普遍适用于从事特定行业的跨国贸易活动的商人

D. 在效力上, 它属于任意性规范, 即只有当事人根据“意思自治”原则在合同中明示或默示适用某项惯例时, 该项惯例才对他们产生法律约束力

5. 西方国家两大法系的主要区别表现为以下几个方面: ()。

A. 大陆法以成文法为主要标志, 而英美法以判例法为主要标志

B. 大陆法系国家的法官在审判中多采用“个别到一般”的演绎推理

C. 英美法系国家的成文法, 多以单行法规形式出现

D. 大陆法沿袭罗马法的传统, 将全部法律分为“公法”与“私法”两大类

6. 从法律观念上来说, 重视判例的作用, 强调法官制定法律的英美法, 其哲学基础是: ()。

A. 理性主义

B. 实用主义

C. 经验主义

D. 公平、合理与正义原则

7. 请简要说明什么是法的渊源。在了解国际商法的主要渊源的基础上, 查阅有关资料, 列出我国法律的渊源有哪些?

8. 大陆法系与英美法系的主要差别是什么? 在了解大陆法系与英美法系的主要区别的基础上, 请根据自己的理解总结或评价一下两大法系各自的优点。