



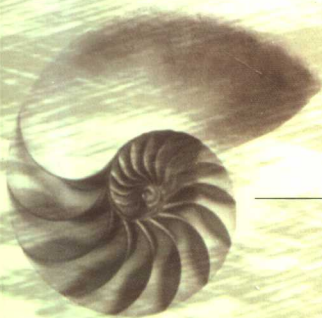
高等院校国际经济与贸易系列规划教材



International
Commercial Law

国际商法

张孟才 主编
陈双喜
宋永辉 副主编
赵 涛



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY
<http://www.phei.com.cn>



高等院校国际经济与贸易系列规划教材



International Commercial Law

国际商法

张孟才 主编
陈双喜 宋永辉 赵涛 副主编
张国良 主审

电子工业出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

内 容 简 介

本书针对目前一些国际商事活动的新特点,参考了大量国内外著名学术专著和教材,介绍了国际商事实务中经常要接触到的国际公约和国际惯例,实现了理论和实践的有机结合,知识和应用的有机统一;本书所介绍的法律包括合同法、买卖法、代理法、票据法、产品责任法、国际货物运输法、国际商事仲裁法,既注意理论的系统性,又注重内容的新颖性。本书内容阐述条理性强,并提供方便教与学的 PPT、练习题及答案要点。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书的部分或全部内容。
版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 张孟才主编. —北京: 电子工业出版社, 2007.10
(高等院校国际经济与贸易系列规划教材)
ISBN 978-7-121-05118-0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 150738 号

策划编辑: 王慧丽

责任编辑: 刘露明 刘淑敏

印 刷: 北京市顺义兴华印刷厂

装 订: 三河市双峰印刷装订有限公司

出版发行: 电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本: 787×980 1/16 印张: 19.75 字数: 431 千字

印 次: 2007 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题, 请向购买书店调换。若书店售缺, 请与本社发行部联系, 联系及邮购电话: (010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zltz@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线: (010) 88258888。

高等院校国际经济与贸易系列规划教材

编委会名单

编委会主任 储祥银

编委会委员 (按汉语拼音排序)

白小伟	蔡惠伟	陈春燕	丁黎
段元萍	杜奇华	高凌云	华坚
李嘉珊	李小牧	刘军	罗立彬
缪东玲	田明华	魏景赋	武晋军
谢康	杨坚争	张孟才	

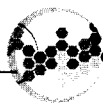
总 序

随着对外开放的扩大，中国经济参与世界经济的程度不断提高，与世界经济的联系日益紧密。作为与世界经济联系重要渠道之一的对外贸易，内容不断丰富，形式日趋多样化。科学技术的飞速进步，一方面大大拓展了国际贸易的领域，增添了新的国际贸易内容；另一方面，新科技成果运用到国际贸易业务中来，大大提高了国际贸易的效率，便利了国际贸易的运营。中国社会主义市场经济体制建设目标的确立，我国对外贸易经营管理体制发生了根本性转变，一大批各种性质的企业获得对外贸易经营权，涌入对外贸易领域。所有这些都促进了对外贸易人才的培养和国际贸易学科的建设，同时也对国际贸易人才培养，对从事国际贸易人才的基本素质和知识结构，进而对国际贸易学科的建设提出了新的要求。

对外贸易事业的发展，国际贸易人才需求的增加，促进了高等院校国际贸易学科的发展。改革开放以来，大专院校加强了国际贸易学科建设，众多高校设立了国际经济与贸易专业。据不完全统计，目前，设有国际经济与贸易专业的高等院校约 380 所，高等职业学校约 490 所。这些国际经济与贸易专业的设立，大批国际贸易专门人才的培养，满足了我国对外贸易事业发展对专业人才的基本需求，为我国对外贸易事业发展提供了人才保障。与此同时，各大专院校在培养对外贸易人才的过程中，十分重视国际贸易学科体系的建设，开辟了许多新的学科领域，引进和开创了许多新的课程和教材，为完善国际贸易学科体系、保障人才知识结构更新、适应我国对外贸易事业发展需要做出了贡献。各相关出版社也配合出版了不少好的教材和书籍。

然而，国际贸易学科建设任重而道远，需要不断根据变化了的形势和新的业务领域补充新的内容，开辟新的领域；需要数代学者的不懈努力；需要不断地继承与发展，推陈与出新。为此，电子工业出版社在广泛深入调查研究的基础上，从当前国际贸易事业发展对人才知识结构要求出发，根据学科发展和教学实际需要，从偏重国际贸易运作实务角度，策划了一套教材。首批推出 14 本。本套教材的主要特点是：尽可能全面反映国际贸易实务以及学科的发展，注重知识的创新性和前瞻性，吸取目前学科应用领域的最新知识；注重实务性，突出可操作性，兼顾学科理论体系的完整性。

本套教材的所有参编人员均来自教学第一线，有多年的实际教学经验。具体书目的确定和编写体例均经过全体参编人员的集体讨论，切合学科发展和教学的实际需要。因此，本套教材的体例设计基本一致，同时，为了便于教学，我们还增设了一些学习导航、引导案例和前沿话题之类的栏目，以帮助教师使用，便于学生记忆，拓展学生视野。此外，本



套教材还配有教学资料包,包括教学 PPT、复习题和答案、模拟训练题和答案,以及一些相关的资料,使用者可以随时从网上下载。

教材市场上国际贸易类教材很多,林林总总,各有千秋。编出既有特色,又符合广大教师和学生需要的教材,实属一件不太容易的事情。电子工业出版社和本套教材的编委会组织编写和出版这套教材,主要目的是想在国际贸易教材建设中探索一条自己的道路,为国际贸易学科建设贡献自己的力量。但鉴于国际贸易学科的开放性,以及国际贸易理论、实践和业务内容的不断发展,囿于编者和组织者的学识和水平,本套教材肯定会有一些不尽如人意的地方。希望各高等院校国际经济与贸易,以及相关专业的师生在实际使用中提出宝贵意见和建议,并及时向出版社反馈。我们将认真组织修订,不断提高教材质量,努力完善国际贸易教材体系。

储祥银

对外经济贸易大学教授
中国国际贸易促进委员会北京分会副会长

前 言

国际商法是一门实用性很强的学科，主要解决国际商事活动中复杂的相关法律关系问题，为从事国际商事活动的人们所普遍关注和肯定，同时，也正是由于这门课程有很强的实用性，它也受到了广大在校国际经济与贸易专业学生的欢迎。自我国改革开放之初的 20 世纪 80 年代，经贸部下属院校的外经贸类专业就开设了国际商法，并作为国际贸易专业学生的必修课。

国际商法也是一门仍在不断完善发展的学科。随着经济全球化进程加快，国际分工和国际商事活动的深化，国际商事活动中的各种法律关系也越来越复杂，越来越需要国际商事规则的协调与规范。踏踏实实地研究国际商事规则，解决国际商事活动中大量复杂的法律问题是当前国际商事活动的迫切要求。

鉴于以上原因，我们本着实用先进的原则，在国内前人成果的基础上，吸收了最新的国际商法规则和研究的最新成果，力图全面、系统、准确地介绍和阐述国际商法的基本理论、基本知识和主要制度。同时，力求选用新的典型案例说明上述理论和制度，也希望能为广大从事国际商事活动的相关业务人员及广大的在校学生学习、把握和运用国际商事规则做一些基础性工作。

作者简介

张孟才，现任沈阳工业大学经济学院教学副院长，教授、硕士生导师，从 1994 年起从事国际商法教学活动。

目 录

第 1 章 国际商法概述	1	第 4 章 买卖法	155
1.1 国际商法的概念和渊源	2	4.1 国际货物买卖法概述	157
1.2 具有显著特征的西方国家 两大法系	4	4.2 国际货物买卖适用的法律	157
1.3 中国的法律制度概述	22	4.3 国际货物买卖中双方的 义务	161
本章小结	28	4.4 国际货物买卖中所有权 与风险的转移	173
复习思考题	28	4.5 违约与救济	177
第 2 章 国际商事组织法	30	本章小结	188
2.1 商事组织法概论	32	复习思考题	188
2.2 合伙的设立与管理	42	第 5 章 产品责任法	189
2.3 股份有限公司的设立 与管理	48	5.1 产品责任法概述	191
2.4 中国的商事组织与商事 组织法	72	5.2 国际主要法系的产品 责任法	195
本章小结	76	5.3 国际产品责任统一法	204
复习思考题	76	本章小结	209
第 3 章 合同法	78	复习思考题	209
3.1 合同法概述	80	第 6 章 代理法	210
3.2 合同的订立	83	6.1 代理法概述	212
3.3 合同的解释与履行	112	6.2 代理的法律关系	212
3.4 合同的违约与救济	119	6.3 代理权的产生与代理关系的 终止	218
3.5 合同的消灭与时效	141	6.4 国际代理统一法和我国的 代理法	224
本章小结	153		
复习思考题	154		



本章小结	228	8.3 国际铁路货物运输法	273
复习思考题	229	8.4 国际货物多式联合运 输法	276
第7章 票据法	230	本章小结	279
7.1 票据法概述	231	复习思考题	280
7.2 票据行为与权利	233	第9章 国际商事仲裁法	281
7.3 汇票	246	9.1 仲裁概述	283
7.4 本票与支票	253	9.2 国际商事仲裁	285
7.5 与票据有关的国际公约	256	9.3 国际商事仲裁程序	291
本章小结	259	9.4 中国的仲裁机构、仲裁 规则与仲裁法	298
复习思考题	260	本章小结	303
第8章 国际货物运输法	261	复习思考题	303
8.1 国际海上货物运输法	263		
8.2 国际航空货物运输法	270		

第1章

01

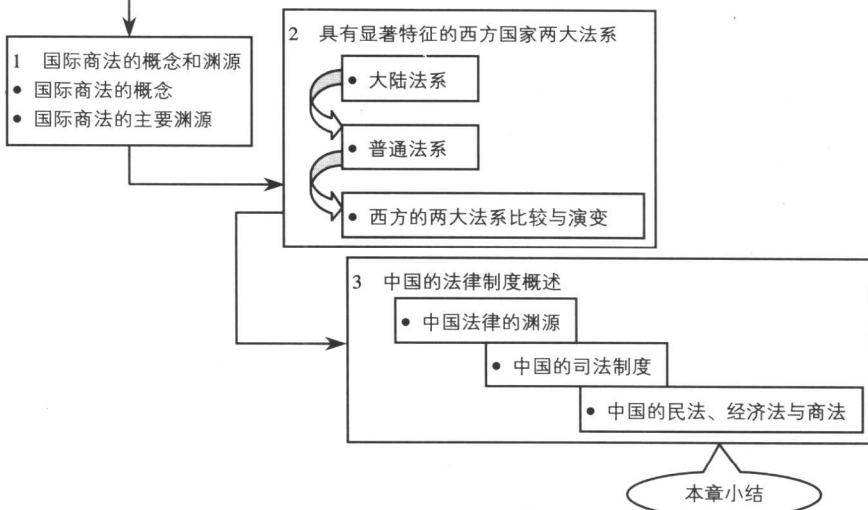
国际商法概述

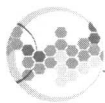
学习目标

- ◆ 素质目标：能够把握国际商事法律关系的特点和国际商法与其他部门法之间的联系与区别。
- ◆ 知识目标：了解国际商法的概念、作用、历史发展；了解大陆法系与英美法系商法的结构与特点；掌握适用国际商法的条件和策略。
- ◆ 技能目标：依据国际商法的基本内容与特点，掌握国际商法在国际商事实践中形成的规律，理解两大法系不同商事规定的成因。
- ◆ 能力目标：具备识别不同法系国家商法的优、缺点，并根据不同情况选择适用的具体法律规则的能力。

学习导航

第1章 国际商法概述





1.1 国际商法的概念和渊源

1.1.1 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) 与商事组织 (Business Organization) 各种关系的法律规范 (Legal Norm) 的总和。

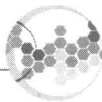
从其研究的内容来看, 国际商法是一个独立的法学领域。随着历史发展, 尤其是第二次世界大战以后国际经济关系的不断深化, 国际商事交易呈现出多样化的趋势。因此, 国际商法就有了传统国际商法与现代国际商法之分。从国际商法的历史形成和其不断完善的发展历程来看, 传统国际商法所研究的法律门类主要有商行为法、公司法、代理法、票据法、海商法与保险法等内容, 而现代国际商法的内涵则比传统国际商法的内涵大得多, 它所研究的内容不仅涉及有形的货物交易方面的法律, 也涉及无形的技术、资金和服务方面的新型国际商事交易与贸易实践的相关法律。例如, 国际投资、工程承包、技术转让、知识产权与专有技术的许可证贸易等。

从其法律构成的关系来看, 国际商法涉及国际和国内两个层面。国际层次的国际商法是指各项有关国际商事活动的国际公约、条约、协定、国际组织的决议与国际贸易惯例。国内层次是指各国在规范协调具有涉外因素的法律规范。在国际商法的这两个层次中, 各国的国内法具有当然的强制约束力, 一旦法律判决生效, 当事人就必须按照法律的判决执行, 如果当事人拒不执行判决, 法院要依法强制执行。而国际层次的国际商法规范往往要借助国内法的强制约束力才能得到较好的执行。

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。“涉外商事活动”主要是指在商事活动中具有涉外因素, 即商事关系中至少有一个因素与他国有联系, 主要包括以下几种情况:

- 主体一方或各方是外国的国家、企业或自然人;
- 客体是位于外国的物;
- 内容或事实与外国发生关系, 即产生、变更、消灭的事实发生于外国。

值得注意的是, 国际商事活动中可能是仅有一个因素涉外, 也可能是两个或多个因素涉外。



相关链接

国际公法是调整国家和国际组织间的一般的政治、经济、文化的“公法”关系的法律、规范和制度的总和。

国际私法是调整涉外民事关系的法律规范的总和。美、英私法学者认为,国际私法应包括三个方面的内容:① 涉外民事案件的管辖权;② 法律适用;③ 外国判决的承认与执行。

国际商法的产生和发展是一个不断发展、完善的过程,国际商事规则也经历着从无到有,从少到多,从低级到高级的不断完善的过程。直到目前,国际商法的体系和内容仍然有不完善的地方,还有需要借助法律冲突规则导致适用有关国家民法和商法来处理商事关系的情况,我们在学习和研究国际商法时,除了要了解有关的国际条约和国际贸易惯例以外,还必须了解各国关于涉外商事活动的法律规定。另外,随着国际经济全球化发展的深入,国际商事活动的内容和形式都在不断地深化与创新,在客观上也要求国际商法要不断地发展和完善。

1.1.2 国际商法的主要渊源

1. 国际公约

国际公约作为国际商法的重要渊源,调整和规范国际商事活动的公约、条约和协定,主要有两种具体表现形式,一种是实体法规则的国际公约,例如,1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1978年的《国际海上货物运输公约》及1930年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》等。这些公约能够有效消除各缔约国在这些领域的法律冲突。另一种是冲突法规则的国际公约,例如,《产品责任适用法律公约》等,这些公约可以使各缔约国在这些领域内的法律冲突规则得到统一,为国际商事案件确定准据法。



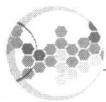
相关链接

实体法是指在国际条约和协定中直接规定当事人的权利和义务关系,不需要借助其他法律规定来确定当事人的权利和义务关系。

冲突法是指在有关的国内法或国际条约、协定中只规定何种情况适用何种法律来确定涉外民事法律中当事人的权利与义务,而不直接指出当事人的权利和义务关系。



提示 《联合国国际货物销售合同公约》是联合国国际贸易法委员会于1980年4月11日在维也纳召开的外交会议上通过的。该公约于1988年1月1日生效。截至2003



年批准加入和认可该公约的国家有 62 个国家。其宗旨在于减少国际贸易的法律障碍，促进国际贸易的发展。

2. 国际贸易惯例

国际商法的另一个重要渊源是国际贸易惯例。国际贸易惯例不是法律，不具备法律的普遍约束力，但是在国际商事活动中为人们普遍接受，以至于在有些国际公约和许多国家的国内法律中规定，当事人在商事活动中采用国际贸易惯例的，应当遵守所采用的国际贸易惯例。甚至有些国家的法律还规定，法院有权依据有关国际贸易惯例对双方当事人的合同做出解释与裁决。1980 年的《联合国国际货物销售合同公约》第 9 条规定，双方当事人应受他们业已同意的任何惯例的约束，除非另有协议外，双方当事人应视为已默示同意受他们已经知道或理应知道的惯例的约束。1976 年的《联合国贸易法委员会仲裁规则》第 33 条规定仲裁庭在进行仲裁时，应考虑适用于该具体交易的惯例。由此可见，国际贸易惯例借助国际公约和各国的国内法成为具有一定约束力的国际贸易规则。

许多重要的国际贸易惯例已被有关国际组织编纂成文，国际商会（the International Chamber of Commerce, ICC）在这方面发挥了重要作用，其制定的《国际贸易术语解释通则》与《跟单信用证统一惯例》，在国际贸易中影响巨大，已被广泛采用，对于便利和促进国际贸易起了重要作用。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，也都起到了促进国际贸易发展的重要作用。

此外，各国国内的规范涉外商事关系的立法也是国际商法的主要渊源，在涉及各国的商事法规时，应分别加以研究，此部分内容在以后章节里再做讨论。

1.2 具有显著特征的西方国家两大法系

西方国家的法律制度有两种具有明显差异的类型，从其法律制度的产生到法律体系的具体方面都表现出两种截然不同的表现形式，即成文法体系和判例法体系。通过对两大法系的学习，可以帮助理解和把握国际商法中的各种法律规定。

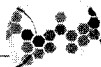
1.2.1 大陆法系

1. 大陆法的结构、特点

大陆法系，又称为罗马法系、民法法系、成文法系。大陆法的一个突出特点是强调成文法的作用。它在法律结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性，在立法方法是运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类地归纳、总结在一起。这种结构分类的特点在法学与立法中均有不同程度的反映。

（1）大陆法各国都把全部法律分为公法和私法两个部分。

大陆法各国把全部法律分为公法和私法两个部分，这种分类法源自罗马法。公法是指



与国家状况有关的法律,私法是指与个人利益有关的法律。根据现代法律发展的状况,大陆法国家进一步把公法细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法与国际公法;把私法分为民法与商法等。这样,因为大陆法各国在这些法律领域中都使用相同的法律制度与法律概念,所以,在大陆法国家之间,虽然语言有所不同,但是它们之间的法律词汇却可以准确地互相对译,只要掌握了一个大陆法国家的法律,就很容易举一反三,了解其他大陆法国家的法律。

(2) 大陆法各国都主张编纂法典

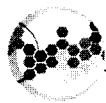
法国资产阶级革命胜利后,曾先后颁布了五部法典:民法典、民事诉讼法典、商法典、刑法典和刑事诉讼法典。其他大陆法国家也制定了类似的法典,但是各国在法典的编制体例上却不完全相同。有些大陆法国家把民法与商法分别编纂成两部独立的法典,采取民商分立的编纂方法;有些大陆法国家则采取民商合一的编纂方法,即把商法并入民法典中,作为民法典的一个组成部分。早期公布的大陆法法典中,法国与德国都采取了民商分立的编纂方法,即在民法典之外,还颁布了商法典;瑞士、意大利与荷兰等国家则采取民商合一的方法编纂法典。但是,不论是民商分立还是民商合一,都只是形式上与法律结构上的区别,实际上,民法与商法依然是两个不同的法律部门,即使是在所谓民商合一的国家,它们在大学法学院的教学,还是把民法和商法列为不同的学科课程进行教学。

2. 大陆法系的形成

大陆法作为一个法律体系,出现于13世纪的欧洲,它是欧洲政治、经济、文化发展史的一个组成部分,它的形成是一个漫长复杂的过程。

大陆法体系的形成受到罗马法的深刻影响,大陆法国家中有些国家的法典就直接继承了罗马法的精神与传统。罗马法是指罗马奴隶制国家的全部法律,即从公元前6世纪罗马国家形成时期起,到东罗马帝国从奴隶制转变成封建制时为止的整个历史时期的法律。其中主要是指从公元5世纪罗马最早的成文法——《十二铜表法》开始到公元6世纪东罗马帝国皇帝优士丁尼安编纂的《国法大全》(Corpus Juris Clivilis)为止的这一时期的法律。从公元3世纪开始罗马帝国分为东西两个部分,公元476年西罗马灭亡,西欧大陆开始进入封建时代,但东罗马帝国还维持了一个阶段,而且在罗马法发展史上占有重要地位。东罗马皇帝优士丁尼安(公元527—565年)继位的第二年就下令把罗马法予以系统化,并着手进行法典编纂工作。公元533—534年先后公布了三部法律汇编:

- 《学说汇编》(Digest),它收集了罗马历史上40名著名法学家著作的片断,汇编成50卷,于公元530—533年编纂完成。
- 《法学阶梯》(Institute),是一部法学教本,共有4卷,于公元533年完成。
- 《优士丁尼安法典》(Code),是当时具有历史意义的历代皇帝敕令的汇编,共12卷,第一版(失传)于公元529年完成,534年公布其修订版。



另外，还有一部由私人编纂的法律汇编《新律》(Novels)，是优士丁尼安及其后继者颁布的敕令汇编。以上四种法律汇编被称为罗马的《国法大全》，它集罗马法之大成，包括了罗马法的基本原则与制度，既包括公法也包括私法，是研究罗马法的重要文献。

到公元 10 世纪，欧洲在政治上和经济上开始发生深刻变化。意大利的一些城市，例如威尼斯，已开始成为地中海贸易的重要港口，地中海和西欧北部沿海地区商业和贸易迅速发展，这就要求建立一种统一的、普遍适用的法律，从而为罗马法的复兴提供了客观条件。意大利从 11 世纪开始就在大学里讲授罗马的《国法大全》并最早接受罗马法，从而为罗马法在西欧的传播起了很大的推动作用。1804 年颁布的《法国民法典》，即《拿破仑法典》，被恩格斯称为“资产阶级社会的典型的法律全书”。这部法典在结构上以《法学阶梯》为依据，在内容上深受罗马法的影响。1900 年颁布的《德国民法典》有“现代罗马法”、“现代学说汇编”之称。其他欧洲国家如西班牙、比利时、荷兰、波兰、瑞士，以及某些亚洲国家，如日本和旧中国的法律和法学，也都直接或间接地受到罗马法的影响。

到了资本主义、帝国主义时期，随着殖民主义的扩张，各殖民地宗主国把自己的法律体系带到各殖民地国家，使大陆法扩展到世界各地，从而在世界上形成了大陆法系。现在，西欧的绝大多数国家，整个拉丁美洲国家，非洲的一部分国家，近东的有些国家都属于大陆法系。此外，在属于普通法系的国家中，有些国家的个别地区，例如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省，因为曾经是法国的殖民地，因此也属于大陆法系，英国的苏格兰也属于大陆法系。在亚洲，日本与土耳其等国家引入了大陆法；中国的台湾地区也属于大陆法系。

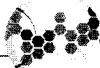
3. 大陆法的渊源

大陆法国家都强调成文法的作用，但是，这并不是说，在大陆法国家，法律就是法的唯一渊源。大陆法国家除了法律以外，还有其他重要的法的渊源。从总体上看，大陆法受到罗马法的深刻影响，有的国家的法典就直接继承了罗马法的精神与传统。除了罗马法的重要影响之外，大陆法的渊源主要有：

(1) 法律

法律是大陆法的主要渊源。这种观点在 19 世纪取得绝对优势，因为当时几乎所有大陆法国家都编纂了各种法典，并公布了成文宪法，成文法已经相当完备。这里所谓的法律或成文法是指制定法，包括宪法、法典与条例等。

① 宪法 (Constitution)。就法律地位而言，宪法具有最高的权威性。但是，在大陆法国家中，各国宪法的效力与地位也有差异。在有些大陆法国家，宪法可以根据一般立法程序制定与修改，宪法的效力与普通法律没有差别。另一些国家则认为，宪法是根本法，宪法不同于普通法律，宪法的效力优于普通法律，因此，宪法必须经过特殊程序才能制定或修改，并且建立了一套监督违宪的制度，对其他法律是否符合宪法进行监督。但是，负责



监督的机构以及监督的方式各国也有所不同。在日本和某些拉丁美洲国家，像美国一样，任何法官都有权宣布某项法律违宪，从而拒绝予以执行。而欧洲的一些国家，例如，意大利与奥地利等国家，则设有专门的宪法法院，其他法律是否违宪必须经由宪法法院审查宣布。一般法院如果对某项法律是否违宪有所怀疑，只能中止诉讼程序，申请宪法法院予以裁决，无权自行宣布某项法律违宪。

② 法典 (Code)。法典在大陆法国家具有非常重要的作用，是大陆法的主要渊源。所谓法典，是把有关同一类内容的各种法律规则与原则加以收集，使之系统化，汇编为一个单一的文件。大陆法系的各个国家都制定了一系列法典。例如，法国的《民法典》、《刑法典》、《商法典》、《民事诉讼法典》与《刑事诉讼法典》等。

③ 条例 (Regulation)。除了由立法机关制定的法律之外，大陆法国家还有许多由行政机关制定的成文法，这种成文法称为条例。这些条例有两种情况：一种情况是在某项法律的既定范围内并为实现该项法律而制定的，立法机关只确定原则与一般规则，而把细则留待行政机关做出具体决定；另一种情况是由宪法授予行政机关以制定条例的权力，例如，法国宪法承认行政机关有制定条例的权力，而德国只承认行政机关可以在法律的既定范围内制定有关的条例。

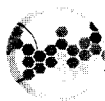
(2) 习惯

习惯 (Custom) 是指社会共同生活长期形成的各种惯例，是对法律的重要补充。有些法律必须借助于习惯才能被人们理解，立法者在其制定的法律中所使用的某些概念有时也必须参照习惯才能理解其含义。例如，一个人的行为在什么样的情况下才构成“错误”，什么样的标记才构成“签名”，以及什么是“合理期间”等，都必须借助于习惯才能加以确定。当然，不是所有的习惯均可以成为法律渊源的，习惯要成为法律渊源必须符合下列条件：① 悠久性；② 持续性；③ 自发性；④ 合理性；⑤ 确定性；⑥ 强制性；⑦ 一致性。与法律相抵触的习惯不能成为法的渊源。

一般来说，大陆法国家都承认习惯是法律的渊源之一。但是，法国法学界与德国法学界对习惯则持不同的态度。法国学者认为，自从制定法典之后，法律就是法的主要渊源，习惯的作用甚微。法国、意大利与奥地利等国家都认为，习惯只有在法律明文规定法官必须援用习惯的情况下才能使用。与此相反，德国与瑞士则把法律与习惯相提并论。但是，这只是理论上的分歧，实际上差别是不大的。

(3) 判例

大陆法国家强调成文法的作用，原则上不承认判例 (Case) 具有与法律同等的效力。一项判决只对被判处的案件有效，对日后法院判决同类案件并无约束力。这是大陆法与英美法的主要区别。这是因为：① 法院只能在立法机关制定的法律框架范围内活动，判例只是对成文法的解释。《法国民法典》第5条明确规定，禁止法官发布一般性的条例并依此进



行判决。其他大陆法国家都有类似的规定。因此,判例的适用范围是有限的,法官不能超越成文法律的框架通过判例创立新的法律规则。^②判例所形成的规则不具有与立法机关制定的法律相同的效力。法院不受判例的约束。法官在做出判决时,一般也不能援引判例作为理由。而且法院随时可以把过去的判例颠倒过来,法官在这样做的时候无须申明其理由。

但是,也有一些例外的情况,有的国家规定法官应受某种判例的约束。例如,德国规定联邦宪法法院的判决在《联邦公报》上发表后即具有约束力,并且承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则,法院应予以实施。又如,阿根廷与哥伦比亚最高法院关于宪法的判决,以及瑞士联邦法院关于宣布某一州的法律违宪的判决都具有约束力。西班牙把最高法院多次判决形成的判例称为“法理”,日后如果遇违反该项“法理”的判决,则可以向最高法院提起上诉。这说明进入20世纪后,判例在大陆法中具有较强的说服力,其作用具有日益增强的趋势。

(4) 学理

学理对立法与司法具有较大的影响:①学理为立法者提供法学理论、法律词汇与法律概念,通过立法者的活动,制定为法律;②对法律进行解释,并对判例进行分析与评论;③通过法学家的著作,培训法律人员,影响法律实施的过程。一般而言,学理不是法的渊源,但是,在大陆法发展的过程中,学理起着重要的作用。

4. 大陆法国家的法院组织

大陆法各国的法院组织虽然各有特点,但是也有一些共同之处,主要表现在:法院的层次基本相同;各国除普通法院以外,都有一些专门法院与普通法院同时并存。

各国法院分为三级,即第一审法院、上诉法院与最高法院。有的国家根据诉讼的性质与金额的大小设立各种不同的第一审法院。在有的国家,除普通法院外,还设有商事法院、亲属法院与劳动法院,专门受理有关商务关系、家庭关系与劳资关系的案件。商事法院限于第一审法院,所以,并不成为与普通法院并行的体系。有些国家,例如,意大利、荷兰、葡萄牙与巴西等国家,已取消了商事法院,把这类案件移交普通法院受理。上诉法院主要受理对第一审法院判决不服的上诉案件,但是对可以提出上诉的条件,各国有不同的规定。关于最高法院,有的国家是上诉审法院或再上诉审法院;而有的国家则规定,最高法院只能维持或撤销原判决,不能进行实体审理。

此外,有些国家,例如,德国、法国、奥地利、比利时、意大利、芬兰、卢森堡与瑞典等国家,还设有行政法院并构成独立的审级层次;有些国家,例如,西班牙、瑞士以及大多数法语非洲国家,虽然设有行政法院,但是隶属于最高法院行政诉讼庭,没有形成独立的审级层次;另外一些国家,例如,日本、丹麦、挪威、阿根廷、巴西、智利与秘鲁等国家,则不设行政法院。有些国家除设有行政法院系统外,还有其他一些独立的司法机关,例如,德国设有劳动法、税法的最高联邦法院,瑞士设有关于海关法、军事法、社会保险