



应用型本科经管类“十三五”规划教材（第二批）

XINBIAN GUOJI SHANGFAXUE: YINGYONGXING

新编 国际商法学： 应用型

主编 张鹏 唐平 陈文彬



华南理工大学出版社
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS



应用型本科经管类“十三五”规划教材（第二批）

新编 国际商法学： 应用型

XINBIAN GUOJI SHANGFAXUE: YINGYONGXING

主编 张鹏 唐平 陈文彬



华南理工大学出版社
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

· 广州 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

新编国际商法学: 应用型/张鹏, 唐平, 陈文彬主编. —广州: 华南理工大学出版社, 2016. 2

应用型本科经管类“十三五”规划教材·第二批

ISBN 978-7-5623-4796-5

I. ①新… II. ①张… ②唐… ③陈… III. ①国际商法-法的理论-高等学校-教材 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 024124 号

新编国际商法学: 应用型

张鹏 唐平 陈文彬 主编

出版人: 卢家明

出版发行: 华南理工大学出版社

(广州五山华南理工大学 17 号楼, 邮编 510640)

http: //www. scutpress. com. cn E-mail: scutc13@scut. edu. cn

营销部电话: 020-87113487 87111048 (传真)

总策划: 毛润政

执行策划: 王柳婵

责任编辑: 冯丽萍 龙辉

印刷者: 广州市穗彩印务有限公司

开本: 787mm × 1092mm 1/16 印张: 19.75 字数: 456 千

版次: 2016 年 2 月第 1 版 2016 年 2 月第 1 次印刷

印数: 1 ~ 2 000 册

定 价: 43.00 元

版权所有 盗版必究 印装差错 负责调换

应用型本科经管类“十三五”规划教材（第二批）

编写委员会

主 任：黄培伦（华南理工大学广州学院管理学院）

副主任：田 艳（北京理工大学珠海学院商学院）

翟晓燕（广东外语外贸大学南国商学院国际管理学院）

查俊峰（广州大学华软软件学院管理系）

任俊生（广东培正学院管理学院）

秘书长：毛润政（华南理工大学出版社）

编 委：刘飞燕（华南理工大学广州学院管理学院）

李庚寅（广东外语外贸大学南国商学院国际经济与金融学院）

吕秉梅（广州大学松田学院经济学系）

郭松克（广州大学松田学院管理学系）

李季霞（广东工业大学华立学院管理学部）

张丽宏（广东工业大学华立学院会计学部）

吕建军（广东培正学院经济学系）

王家兰（华南农业大学珠江学院财政会计系）

王 坤（北京理工大学珠海学院商学院）

董 平（北京理工大学珠海学院商学院）

单志红（广东工业大学华立学院会计学部）

方计国（广东培正学院管理学院）

管妙娴（广州大学松田学院管理学系）

李红娟（华南农业大学珠江学院财政会计系）

张 鹏（广州大学华软软件学院管理系）

总 序

2015年1月10日,由广东应用型本科院校经管教学协作会(华南理工大学广州学院为会长单位)与华南理工大学出版社联合举办的“应用型本科经管类‘十三五’规划教材出版研讨会暨广东应用型本科院校精品课教研室主任会议”在华南理工大学出版社隆重召开,研讨会围绕“建设精品课程、打造精品教材”的主题,就此搭建一个应用型本科院校经管类教师的交流平台;以“精品教材”为标杆,着眼于“十三五”规划,推出成系列的应用型本科经管类教学的优质教材。

(1) 搭建应用型本科院校经管类教师交流的平台。将每年举办专业建设、课程教学等专题性的研讨交流活动,可进行学科交流与专业发展的探索;评选年度标杆学校和特色专业,提升应用型学校办学水平,促进教学协作;开展“三个一”(一门课、一堂课、一片段)的精品课程教学汇报和观摩,切磋教学技艺,分享教学经验,设立教学奖项,让年轻的教师更好、更快地成长起来。

(2) 推出成系列的应用型本科经管类优质教材。以“精品教材”为标杆,着眼于未来,在“十二五”规划的基础上,推陈出新、继往开来。以“和的最优”为理念,着眼于“协同加集成”,协同创新、集成优势;教师也要改变单兵作战的方式,寻找合作伙伴,实现优势互补。合作让人更精彩,更能创造出值得世人期待的精品。

(3) 面向应用型本科院校。大学教育有研究型、应用型、技能型之分,应用型本科是大学本科教育的主流。面向先进制造业、现代服务业和信息化社会,须致力于培养高素质的应用型本科经管类专业人才:一是“有人品”(思想品德与心理素质),二是“有理论”(理论功底与学习能力),三是“有专长”(基于通经管、懂技术、会外语,进而形成专长)。

(4) 注重理论及其应用。这是应用型本科的显著特征,有别于研究型的学术导向,也有别于技能型的技能导向。管理是行为方式,说到底是思维方式。所谓“思路决定出路”,没有理论思维作为指导,不可能实现真正的管理现代化。面向应用型本科的在校生,教学的目标与方式将不再满足于长篇大论式的“说与记”,更期待在互动和开放的环境中“学与习”。

(5) 编写出适用于经管类专业的好教材。专业的基础在课程,课程的基础在



教材。一是“小课堂、大课本”，为课程提供教学的依据，更提供课外阅读材料，以支撑和弥补课堂讲授之不足；二是“教师易教，学生易学”，课程教学以教材为本，课外阅读以教材为要；三是“串讲专题，学以致用”，关注理论的思维路径，突出理论的应用导向；四是“喜闻乐见，别开生面”，以各章栏目设置为例（学习目标、引例、文字、图表、专栏（链接）、本章小结（要点回放）、关键词、习题、案例等），另可配合提供教学支持（教学博客、专供教师用的教案PPT以及教学网站等）；五是“兼容并包，一书多用”，既可用作应用型本科生的教学用书，也可作为各行业从业人员管理培训和自学提高之用。

韩愈《师说》：“师者，所以传道授业解惑也。”旧说新解，教学的主要目的，就在于人格开发（非智能因素：EQ）、专业开发（专业意识和技能）、智能开发（知识和能力：IQ）。“师傅引进门，修行在个人”，重要的是让学生学会学习，养成好习惯，掌握好方法，奠定立身处世之本。

创新在于借鉴和改进。没有借鉴的改进是乱来，没有改进的借鉴是抄袭。“纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行”，陆游的这一诗句，道破了知与行的真谛。管理理论源于实践而又应用于实践，是“致用”之学，管理之道在于“行”。世界上的事，想到的未必都能做到，想不到的一定做不到。想得好才能做得好，首先要有好的想法；想到更要做到，坐言起行，身体力行！

是为总序。

黄培伦

2015-06-28

（黄培伦简介：教授、博士生导师，华南理工大学广州学院管理学院院长，历任华南理工大学工商管理学院副院长、电子商务学院副院长、华南管理案例研究中心主任、广东省人力资源管理协会副会长、广东省政府发展研究中心特约研究员等，兼任广东省本科高校专业教学指导委员会委员、广东省企业管理现代化创新成果评审委员会委员暨专家组负责人等。）

前言

本书是国际经济与贸易专业、报关与国际货运专业以及其他相关专业的专业必修课程所用教材，职业性和实用性特别强。考虑到非法律专业学生的特点，本教材在编写过程中，理论知识以够用为原则、以实用为目的，文字表达力求通俗易懂，法律术语的解释尽量简单明了。本教材既可以作为普通高等院校和高职院校非法律专业学生用书，也可以作为法律爱好者的自学用书。

为了激发学生的学习兴趣，书中每章开头都设置了引导案例；为了培养学生思考和分析解决问题的能力，每章最后都设计了专门的思考题和能力训练题；为了加深学生对每章重点法律规则的理解和把握，文中还穿插了一些案例分析题和思考题，便于学生进一步学习和巩固所学知识。本书对《公司法》《保险法》《商标法》和《民事诉讼法》等相关内容的引用均采用最新的法律法规规定。

本书具体编写分工如下：第一、二、七、九、十、十一章由张鹏编写，第三、四、八章由唐平编写，第五、六章由陈文彬编写。

在本书编写过程中，我们借鉴和参考了很多专家与学者的研究成果以及同行教材编写的相关资料，在此向相关作者表示衷心的感谢！

由于编者水平有限，书中难免有不足之处，敬请各位同行和读者批评指正。

编者

2015年6月



目 录

第一章 国际商法概论	1
第一节 国际商法的概念和渊源	2
第二节 大陆法系和英美法系	4
第三节 法律冲突和法律适用	7
思考题	9
能力训练题	9
第二章 国际商事主体法律制度	10
第一节 国际商事主体概述	11
第二节 独资企业法	13
第三节 合伙企业法律制度	17
第四节 公司法律制度	27
第五节 有限责任公司与股份有限公司	34
第六节 外商投资企业法	52
第七节 企业破产法	56
练习题	65
思考题	66
能力训练题	66
第三章 代理法	69
第一节 代理法概述	69
第二节 代理的法律关系	77
第三节 我国的代理法律制度	83
思考题	85
能力训练题	85
第四章 合同法	88
第一节 合同和合同法概述	89
第二节 合同的订立	95
第三节 合同的效力	105
第四节 合同的履行	109
第五节 合同的转让和消灭	113



思考题·····	115
能力训练题·····	115
第五章 国际货物买卖法 ·····	119
第一节 国际货物买卖法概述·····	119
第二节 买卖双方的主要义务·····	123
第三节 货物所有权和风险的转移·····	129
第四节 违约的补救办法·····	133
思考题·····	141
能力训练题·····	141
第六章 国际货物运输法 ·····	145
第一节 国际海上货物运输法·····	146
第二节 提单和海运单概述·····	153
第三节 关于提单的国际公约·····	167
第四节 国际多式联运法律制度·····	169
思考题·····	171
能力训练题·····	171
第七章 国际货物运输保险法 ·····	173
第一节 国际货物运输保险的基本原则·····	174
第二节 国际货物运输保险合同·····	177
第三节 国际海上货物运输保险·····	183
思考题·····	190
能力训练题·····	190
第八章 国际贸易支付法律制度 ·····	192
第一节 票据法的基本理论·····	193
第二节 汇票、本票、支票·····	198
第三节 本票与支票·····	204
第四节 信用证·····	207
思考题·····	217
能力训练题·····	217
第九章 产品责任法 ·····	220
第一节 产品责任法概述·····	221
第二节 美国产品责任法·····	224



第三节 欧洲各国的产品责任法·····	234
第四节 关于产品责任的国际公约·····	238
第五节 我国的产品责任法·····	243
思考题·····	249
能力训练题·····	249
 第十章 国际知识产权贸易法律制度·····	251
第一节 国际知识产权贸易法概述·····	252
第二节 著作权法·····	254
第三节 专利法·····	264
第四节 商标法·····	274
练习题·····	281
思考题·····	282
能力训练题·····	282
 第十一章 国际商事争议的解决·····	284
第一节 国际商事争议的解决方式·····	285
第二节 国际商事仲裁·····	287
第三节 国际商事诉讼·····	297
思考题·····	301
能力训练题·····	301
 参考文献·····	303



第一章 国际商法概论

【知识目标】

掌握国际商法的概念和渊源；掌握大陆法系和英美法系的区别；理解法律冲突和法律适用。

【能力目标】

认识到法律适用的复杂性，在商事合同中尽量约定适用自己最熟悉的法律法规，以达到利用法律来维护自己的合法权益的目的。

【引导案例】

日本某公司作为卖方将其在中国境内某分公司生产的货物直接卖给中国的某公司，买卖双方在合同中约定处理合同争议所适用的法律为第三国的法律。后因产品质量问题，中国的买方拒绝给付货款并要求日方支付违约金并赔偿损失，日方则坚持中方必须给付货款，双方遂发生争议。日本公司依据双方的协议向中国的法院提起诉讼。同时，因产品存在缺陷，致使中国消费者在中国境内使用时遭受人身伤害。请问：

(1) 本案是否属国际商法调整的范围？

(2) 法院能否依据买卖双方约定所选择的第三国的法律来处理日本卖方与中国买方之间的争议？

(3) 当中国消费者向中国法院提起产品责任诉讼时，法院是否也应适用买卖合同所选择的第三国的法律？

【知识支撑】

我们在从事国际商事活动时，不可避免地会碰到一系列的法律问题。比如我们和其他国家的主体一起组建一家公司，可能用到商事组织法；我们请他人帮忙处理某些事情或在海外销售产品，可能涉及代理法；我们在国际范围内买进或卖出货物，要用到国际货物买卖法；买卖的货物要运输，就会涉及国际货物运输法；运输的过程中可能会存在相关的风险，就可能会涉及国际货物运输保险法；购进或销售的货物若存在产品缺陷致人受损害，则可能会用到产品责任法；若生产或者销售的产品侵犯了别人的知识产权，会涉及工业产权法；若产品低价销售到其他国家，对其他国家生产同类产品的企业造成了实质性损害等，就会涉及国际商事交易管制法；进行商事活动离不开款项的支付，会涉及国际贸易支付法律制度，掌握支付工具（货币和票据）与支付方式（汇款、托收和信用证）是非常重要的，而合同法更是无处不在。接下来我们将在各章节逐一介绍这些内容。

学习这门课程，我们首先得了解以下问题：什么是国际商法，它有什么特点，国



国际商法的渊源有哪些，大陆法系与英美法系有什么区别，遇到法律冲突该如何解决。

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

国际商法是对调整跨越国界或地区的国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总称。

从概念可以看出，国际商法的调整对象是国际商事关系。国际商事关系是指人们在实施国际商事行为的过程中产生的各种社会关系，是商事主体基于双方营利动机而建立起来的。

要理解国际商法的概念，就要从以下三个方面来把握。

1. “国际”

何谓“国际”，并没有一个确定的标准，但大多数学者认为，“国际”是一个非常广泛的概念，含有“涉外”“跨越国界”之意。一般认为只要主体涉外或行为涉外即可以认为具有国际因素。商事交易的主体，如果一方、双方或多方具有不同的国籍，或其住所、营业所位于不同国家或者地区，即为主体具有国际因素；主体不具有国际因素，但是商事关系所指向的标的位于另一国家或地区，或产生、变更、消灭商事关系的法律事实发生在另一国家或地区，也可以认为具有国际因素。

我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第三百零四条规定，当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，即为涉外民事案件。

2. “商”

国际商法只调整商事关系，“商事”一词应从广义上理解，它包括一切经济活动，如买卖、代理、租赁、咨询、支付、运输、保险、银行、娱乐、旅游等。

但是与人身有关的关系，如跨国婚姻、家庭、收养、继承等，则不在国际商法的调整之列。

3. “法”

国际商法是一个庞杂的系统，是各种商事法律规范的总和。它不是一部法典，而是包括各种国际商事条约、国际商事惯例以及各国的国内商事立法。

国际商法既不同于国际经济法，也不同于国际私法。国际商法主要是实体法，但也包含一定的程序规范，在国际商法领域中，学者往往将票据法、公司法、海上货物运输法、保险法等实体法规范和商事仲裁、诉讼等程序法结合在一起研究，使之成为一种实体法和程序法的混合物。

注意：只要当事人的营业地点位于不同国家或地区之间，其所进行的商品交换活



动,都是国际贸易,而不是国内贸易,都属于国际商法的调整范围。是否属于国际贸易,与当事人的国籍无关,只与营业地点有关。

【案例】我国中山某公司委托深圳某公司采购日本的一套设备,该行为是否属于国际商事交易?是否属于国际商法调整的范围?

【解析】中山某公司与深圳某公司之间是委托代理关系,虽然主体未涉外,但委托代理的内容涉外;深圳某公司接受委托帮中山某公司从日本购进货物,买卖合同当事人是中山某公司和日本某公司,主体涉外。因此,该行为显然属于国际商事交易,属于国际商法调整的范围。

二、国际商法的渊源

国际商法的渊源是指国际商法的表现形式,主要包括国际商事条约、国际商事惯例、各国的国内立法和判例。

1. 国际商事条约

国际商事条约是指国家间缔结的、规定缔约国商事主体在国际商事交易关系中的权利和义务的书面协议。国际商事条约是国际商法最重要的渊源。

国际商事条约根据缔结或参与主体的不同可分为双边条约、区域性条约和多边国际商事条约。双边条约,如我国与美国签订的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于投资保险和投资保证的鼓励投资的协议及有关问题的换文》;区域性条约,如2001年欧盟颁布的《关于成员国法院间民商事取证合作第1206/2001号条例》;多边国际商事条约非常多,重要的如1883年的《保护工业产权巴黎公约》、1924年的《海牙规则》、1980年的《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)等。

一国以国家的名义签订并承认了某一国际商事条约,根据国际“条约必须信守”的原则,该国就负有遵守条约的义务。但国际商事条约能否直接适用于国内的商事主体,各国的做法不同。有的国家规定国际条约直接优先于国内法适用,如荷兰;有的国家要将国际条约转化为国内法才能适用,如英国。

我国的做法:在民商事领域,一般国际条约优先适用。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第一百四十二条规定:“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

2. 国际商事惯例

国际商事惯例是指在国际商事交往中,由于长期、反复的国际实践而逐渐形成并受到各国普遍承认和遵守的商事原则和规则。一般由某些国际组织或某些商业团体整理编纂成文,广为接受并普遍遵守。

构成对国际商事活动有约束力的惯例必须同时具备三个条件:第一,该规则具有确定的内容,即具体包含了当事人的权利和义务;第二,它已成为各国长期商事活动中反复使用的习惯;第三,它是各国普遍承认具有拘束力的通例。



国际商事惯例不是一国的国内立法，也不是一国缔结或加入的国际条约，所以从性质上来说，它不是法律，不具有法律的普遍拘束力。但按照各国的法律，一旦当事人双方在合同中采用了某项惯例，则该惯例对合同当事人就具有了法律约束力。

目前，许多重要的国际商事惯例已由一些国际组织编纂成文，在国际贸易和商事交易中发挥着很重要的作用。其中最具有代表性的有：国际法协会制定的《1932 年华沙-牛津规则》；国际商会制定的 1978 年《托收统一规则》、1990 年和 2000 年《国际贸易术语解释通则》（以下简称《通则》）、1993 年《跟单信用证统一惯例》等，这些商事惯例已获得世界上绝大多数国家和地区的承认、采用和尊重。

3. 各国的国内立法

由于依据现有的国际商事条约和国际商事惯例并不能解决商事领域中出现的一切问题，只是在买卖、支付、海商、保险等领域比较完备，而且现有的国际商事条约和国际商事惯例目前也并没有被世界上所有的国家和地区承认及采用，当事人也可能选择某一国内法来解决双方的争议，所以在很多场合下还要依靠冲突规范的指引，适用某一国的国内商事立法或商事判例来处理有关国际商事争议。因此，各国的国内立法也是国际商法的重要渊源。

4. 判例

在英美普通法之中，判例是国家法律的重要渊源或主要渊源，在商事领域也不例外。例如，英国是世界上开展对外贸易较早的国家之一，有关国际商法方面法院判决中的“先例”，对英国甚至对其他西方国家都产生了很大的影响。因此，在英美法系国家，判例是其商法的重要渊源。

第二节 大陆法系和英美法系

所谓法系，是指根据各国法律的特点及其渊源关系对各国法律进行的分类。一般法学家认为，对世界各国的法律产生重大影响的法系有中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系，其中大陆法系和英美法系是目前影响最大的法系。学习国际商法必须先对这两大法系有所了解。

一、大陆法系

1. 大陆法系的概念

大陆法系又称罗马法系、民法法系、罗马-德意志法系，出现于 13 世纪的西欧，以 1804 年实施的《法国民法典》和 1900 年实施的《德国民法典》为标志，以法国和德国的法律体系为代表，许多欧洲大陆的国家如荷兰、比利时、卢森堡、瑞士、意大利等，整个拉丁美洲，非洲的一部分，以及亚洲的日本、泰国等，我国内地、台湾、澳门地区的法律体系都属大陆法系。值得注意的是，在英美法系的国家中，有个别地区的法律体系也属于大陆法系，如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省。



2. 大陆法系的特点

大陆法系的特点是强调成文法的作用，在结构上注重法律的系统化、条理化、逻辑化和法典化。大陆法系在法学上分为公法和私法两大部分，公法主要是指宪法、行政法、刑法和诉讼法等，私法主要是指民法和商法等。

3. 大陆法系的渊源

大陆法系的渊源主要是成文法，一般包括宪法、法律（指国家立法机关制定的狭义的法律）以及条例等。判例在大陆法系国家一般不作为法的正式渊源。这是大陆法系与英美法系最明显的一个区别。但是最近几十年，两大法系在很多方面都有相互借鉴和融合的趋势，判例在大陆法系越来越受到重视。一些法律无明文规定的案件在最高法院作出判决后或在最高法院的指导下作出判决后，对下级法院处理类似案件有重要参考意义。另外，习惯和学理也在大陆法系中起着非常重要的作用，但是它们不是大陆法系的渊源。

二、英美法系

1. 英美法系的概念

英美法系又称普通法法系或海洋法系，开始形成于中世纪时期的英国。英美法系虽然以普通法为基础，但并不仅指普通法，它是普通法、衡平法和制定法的总称。

英美法系形成于英国，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、新加坡以及非洲的个别国家和地区。我国香港地区的法律体系也属于英美法系。

2. 英美法系的特点

英美法系的结构具有两大特点：一是法律的二元性结构，二是重视程序法。

英美法系不像大陆法系那样将法律明确地分为公法与私法，而是分为普通法与衡平法。

普通法最初是在英国封建社会初期的盎格鲁-撒克逊习惯法的基础上形成的。1066年诺曼底人占领英格兰后，建立了中央集权式的国家政权。国王威廉一世为了缓和同被征服者之间的矛盾，宣布尊重当地习惯法，并设立了王室法院，实行巡回审判制。巡回法官在审理案件时，除了依据国王的诏书、敕令和制定法外，主要根据当地的习惯与惯例作出判决。各地巡回法官经常在中央聚集，交换审理案件的意见，总结出他们认为正确的、与国王敕令及制定法不相抵触的习惯法作为以后判案的依据。这种通过判例形成的法律规则排除了地方习惯法的作用和影响，并得到了国家的确认，在全国普遍适用，称为普通法。到了14世纪，普通法的内容已经不能适应社会发展的需要，主要表现在普通法的救济方法比较单一，诉讼程序充满形式主义，普通法院的法官拘泥于以往的判例而缺乏灵活性，导致司法失于公正。因此，由于普通法程序的呆板和机械而无法得到救济的案件当事人则向英王提出申诉，由英王的近臣枢密院的大法官在不受普通法约束的条件下，按照公平与公正原则加以审理和判决，以补充和匡正普通法的不足，由此形成了与普通法并行的一种法律制度，即衡平法。



美国法采用英国法的范畴、概念和分类方法，也存在普通法与衡平法。但因其是联邦制国家，所以其法律分为联邦法与州法两部分，这种分类是美国法律结构最显著的特点。凡宪法未授予联邦或不禁止各州行使的权力，其立法权均属于各州，所以各州保留了相当大一部分立法权。但是联邦法高于各州法，当州法与联邦法有冲突时，应适用联邦法。各州不得在联邦立法范围内制定与联邦法相抵触的法律，但可制定补充性或附加性的法律；反之，联邦只能在联邦法所规定的范围内行使立法权，否则各州可指责联邦违宪，并可拒绝执行违宪的联邦法。凡是联邦法院在处理属于各州立法权范围内的案件时，均应按照其所在地的法律冲突规则确定准据法，并按其所确定的准据法审理案件。准据法中不但包括成文法也包括判例法。也就是说，一旦联邦法院按有关规定确定某个州的法律作为审理案件的法律依据时，联邦法院就必须按该州的成文法和判例法审理案件。

3. 英美法系的渊源

英美法系的渊源主要有以下几种：

（1）判例法。判例法为其主要渊源。判例法是指高等法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循，即对作出判例的法院本身和对下级法院日后处理同类案件均具有约束力。这就是所谓的“先例约束力原则”。

（2）成文法。成文法也是英美法系的重要渊源，但它只是对判例法所作的补充或修正，它必须通过判例法才能发挥作用。

（3）习惯。习惯在英国法律中的作用已经很小，只有那些在 1189 年就已经存在的习惯，才有约束力。

三、两大法系的主要区别

大陆法系和英美法系是当今世界的两大法系，涵盖了世界上许多主要国家的法律体系。大陆法系的代表有德国、法国和中国的法律体系等；而英美法系则以英国和美国的法律体系为主要代表。两大法系在许多方面存在较大的差异，主要包括：

（1）法律渊源不同。大陆法系是成文法系，其法律以成文法即制定法的方式存在。英美法系的法律渊源既包括各种制定法，也包括判例。

（2）法律适用不同。前者习惯用演绎的形式，后者习惯用归纳的形式。

（3）判例地位不同。前者不是正式渊源，后者是法律。

（4）法律分类不同。前者分为公法和私法，后者分为普通法和衡平法。

（5）法律编纂不同。前者倾向法典形式，后者倾向单行法。

（6）诉讼程序不同。前者的诉讼程序以法官为重心，具有纠问程序的特点。后者的诉讼程序以原告、被告及其辩护人和代理人为重心，具有抗辩式的特点，同时还存在陪审团制度。



第三节 法律冲突和法律适用

一、法律冲突的概念

国际商事领域的法律冲突是指对同一涉外商事法律关系因各国商法规定不同且都有可能对它进行管辖而发生的法律适用上的冲突。

简单来说,就是对同一件事情,一国是这样规定的,另一国是那样规定的,解决这个问题,可能用到这一国的法律,也有可能用到那一国的法律,而用不同的法律则可能会产生完全不同的结果。

二、法律冲突的解决

各国对同一问题有不同的立法,那究竟适用哪国的法律来解决问题呢?从各国的立法和实践来看,主要有以下方法。

1. 间接调整的方法

通过冲突规范调整法律冲突,即通过制定国内或国际的冲突规范,只指出适用哪个国家的法律来调整某种涉外民商事法律关系,而不直接规定当事人的权利义务。

冲突规范是由国内法或国际条约规定的,指明不同性质的涉外民商事法律关系应适用何种法律规范的总称。它并未明确地直接规定当事人的权利义务,只指明有关的涉外关系适用哪一国家的法律。

2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十六条“代理适用代理行为地法律……”就是一条冲突规范。如果美国的当事人A委托中国的当事人B在中国采购货物,双方就代理行为产生的损失发生纠纷,起诉到中国的法院,假定按中国的法律当事人B不应承担责任,而按美国的法律当事人B应承担责任,中国的法院用哪国的法律作出判决呢?按照上述冲突规范的指引,案件指向中国法,因此应适用中国的法律作出判决。

2. 直接调整的方法

通过统一实体法调整法律冲突,即有关国际间通过双边或多边的国际条约和国际惯例来直接确定当事人的权利义务,从而避免或消除法律冲突。但是因为各国有不同的利益,所以要在各个方面都达成统一的实体法规范难度相当大。

三、我国国际商事合同纠纷的法律适用顺序

由于各国国内的立法各异,因此用不同国家的法律解决同一问题的结果可能迥然不同。这就涉及国际私法中的法律适用问题,即受案的仲裁机构或法院应选择以哪个国家的实体法作为处理争议所依据的法律。这是一个非常复杂的问题。考虑到应用型本科院校非法律专业学生的实际情况以及将来的实用性,本书只介绍我国国际商事合