

全国普通高等院校国际经济与贸易

专业系列教材

国际商法

International

commercial law

王 芸 王孔山 ● 主 编

栾世森 ● 副主编

中国物资出版社

全国普通高等院校国际经济与贸易专业系列教材

国 际 商 法

主 编 王 芸 王孔山

副主编 栾世森

中 国 物 资 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/王芸, 王孔山主编. —北京: 中国物资出版社, 2008. 8
(全国普通高等院校国际经济与贸易专业系列教材)

ISBN 978 - 7 - 5047 - 2906 - 4

I. 国… II. ①王…②王… 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 (2008) 第 107510 号

责任编辑 王宏琴

责任印制 方朋远

责任校对 孙会香

中国物资出版社出版发行

网址: <http://www.clph.cn>

社址: 北京市西城区月坛北街 25 号

电话: (010) 68589540 邮政编码: 100834

全国新华书店经销

中国农业出版社印刷厂印刷

开本: 787mm × 1092mm 1/16 印张: 19.5 字数: 416 千字

2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978 - 7 - 5047 - 2906 - 4/D · 0059

印数: 0001—4000 册

定价: 36.00 元

(图书出现印装质量问题, 本社负责调换)

前 言

当前世界经济全球化趋势深入发展,在加入 WTO 后,我国经济已日益深入地加入了这一进程,国际贸易以空前的速度和规模迅猛增长,在这一背景下,学习和掌握国际商法对于学习涉外经济的学生和从事国际贸易实务的人来讲,显得非常必要和迫切。基于上述原因,我们根据国际商贸、物流及相关涉外经济专业的课程设置的需要,总结国际商法的教学经验成果,编写了这本《国际商法》教材。本教材以国际商事交易为基本线索,将国际商贸涉及的法律部门如国际商事主体法、合同法、国际货物买卖法、国际货物运输保险法、国际贸易支付法、国际产品责任法及国际商事争议法都纳入其中,可以使学生对国际商事交易的法律法规有一个相对系统和完整的了解。

使用本教材时可根据课时等具体情况对教材内容进行取舍。与其他国际商法教材相比,本教材具有以下明显的特点:

第一,深入系统地阐述了国际商法的基础理论。对国际商法的研究对象,国际商事法律关系及其法律特征,对国际商法的性质、法律特征及法律渊源等基本理论问题进行了深入系统的探讨,比较清楚地阐述了国内商法与国际商法、国际私法与国际商法之间的辩证关系。

第二,在阐述国际商法有关法律制度时,注意介绍这些法律制度的新规定和新变化,反映了新知识、新方法,突出了专业课的实用性、前沿性。每章都设计了一些案例,有助于学生通过分析解决具体案例,系统掌握国际商法的精神,提高解决国际商贸实务问题的能力。

第三,注意了教材内容的相对完整性和相关法律制度之间的内在逻辑性。旨在使学生对国际商贸所涉的法律部门有一个比较全面系统的了解。

第四,介绍外国法时,在力求完整和准确地反映其内容的同时,尽可能按照中国的语法习惯进行表述。

本教材适用于高等院校国际商贸、物流管理及相关涉外经济专业的教学,也可作为从事国际商贸实务人员的参考资料。

由于编者自身知识和编写时间的限制,书中欠缺或错误在所难免,欢迎使用本书的老师及有关人士给予批评指正。

编 者

2008 年 5 月



第一章 绪 论	(1)
第一节 国际商法概述	(1)
第二节 世界两大法系及其发展演变	(7)
第三节 国际商法与相邻法律部门的关系	(12)
第二章 国际商事主体法	(16)
第一节 国际商事主体概述	(16)
第二节 个人独资企业与合伙企业	(21)
第三节 公司制度概述	(28)
第四节 公司法的概念、性质及其历史发展	(32)
第五节 股份有限公司	(38)
第六节 国际投资企业形式	(62)
第三章 代理法	(68)
第一节 代理制度概述	(68)
第二节 代理权和无权代理	(73)
第三节 代理的内外关系	(80)
第四章 合同法	(90)
第一节 合同与合同法概述	(90)
第二节 合同的订立	(98)
第三节 合同的效力	(110)
第四节 合同履行及相关法律制度	(125)
第五节 违约行为和违约责任	(131)
第六节 合同的变更、转让和终止	(154)
第七节 诉讼时效	(166)
第五章 国际货物买卖法	(175)
第一节 国际货物买卖合同法概述	(175)
第二节 《联合国国际货物买卖合同公约》	(179)
第三节 国际贸易惯例	(181)
第四节 国际货物买卖合同双方的义务	(186)



第五节 货物所有权与风险的转移	(198)
第六节 违反买卖合同的补救办法	(204)
第六章 国际货物运输保险法	(211)
第一节 国际货物运输保险法概述	(211)
第二节 国际海洋货物运输保险	(217)
第三节 其他国际货物运输保险条款	(224)
第七章 国际贸易支付法	(229)
第一节 国际贸易支付工具	(229)
第二节 国际贸易支付方式	(248)
第八章 产品责任法	(269)
第一节 产品责任法概论	(269)
第二节 产品责任法的主要内容	(272)
第三节 产品责任的国际立法	(277)
第九章 国际商事争议的解决	(283)
第一节 国际商事争议解决的方式	(283)
第二节 国际商事仲裁	(285)
参考文献	(303)



第一章 绪论

教学目的和要求

- 掌握国际商事关系的概念及适用范围
- 掌握国际商事法律关系的概念和法律特征
- 掌握国际商法的定义及其法律渊源和法律特征
- 理解大陆法系和英美法系各自的法律特征和相互关系
- 了解国际商法和相邻法律部门的关系

第一节 国际商法概述

一、国际商法的调整对象

任何一个法律部门都有区别于其他法律部门的特定的调整对象，国际商法的调整对象是国际商事关系。

(一) 国际商事关系的概念及其范围

国际商事关系，又称涉外商事关系，是指平等商事主体在国际商事交易及有关活动中形成的各种社会关系，具体包括国际商事交易关系、国际商事主体关系和由上述两种关系导致的其他社会关系。

1. 国际商事交易关系

国际商事交易关系是不同国家或地区的商事主体在商事交易活动中形成的以商品和劳务交换为主要内容的社会经济关系。传统的国际商事交易以有形货物的交易为基本内容。在当前世界经济全球化趋势日趋深化的历史背景下，国际商事交易的内容已发生重大变化：不仅包括粮食、衣物、原材料、生产设备、汽车、飞机、船舶、电子产品等不断发展更新的有形货物的交易，而且包括商业投资、知识产权转让或许可、工程承包、旅游运输、保险金融服务等无形商品的交易。商事主体在国际商事交易过程中形成的国际商事交易关系，体现不同国家或地区的商事主体互相交换劳动的社会关系，是国际商法调整的主要对象。



2. 国际商事主体关系

从事国际商事交易必须有相应的商事主体，并以一定的组织形式为载体。国际商事主体是国际商事关系的当事人，是国际商事活动的组织运营者和相关权利、义务、责任的承担者。国际商事主体关系则是国际商事主体在其设立、变更、终止以及组织运营活动中，与投资人、代理人、有关国家机关、企业内部机构及它们相互之间发生的各种社会关系。现代国际商事主体应反映现代企业制度的要求，并与经济的高度社会化、国际化趋势相适应。建构合格的商事主体并适当的处理其内外各种关系，是国际商事交易的必要前提和重要内容，例如，一个公司要进行商事活动，必须先依法成立公司并适当调整公司在组织管理过程中发生的公司与股东、债权人、国家之间以及公司内部机关之间、股东之间的各种关系。所以国际商事主体关系也是国际商法的调整对象。

3. 由国际商事交易关系和国际商事主体关系导致的其他社会关系

由国际商事交易关系和国际商事主体关系导致的其他社会关系，包括由上述两种关系导致的产品责任关系、国际商事争议关系及国际商事诉讼或仲裁关系等，这些关系是国际商事交易关系和商事主体关系的进一步延伸，是国际商事交易不可或缺的条件，因而也属于国际商法的调整对象。

(二) 国际商事关系的性质特点

1. 国际商事关系是一种私法性质的财产关系

国际商事关系是国际商事主体在国际市场上按自由平等、等价有偿原则交换商品或劳务而产生的社会关系，是由民商法调整的一种以财产关系为内容的私法关系。

2. 国际商事关系是平等主体在国际商事交易活动中形成的社会关系

主体平等是由商品经济固有的性质决定的，以自由竞争为内在机制的商品经济，客观要求市场主体地位平等和人格独立，并以自然人、公司及其他经济组织为基本主体。国际商事交易关系与国内商事交易关系一样，是平等商事主体之间的一种社会关系。

3. 国际商事关系是跨越国界进行商事交易形成的社会关系

国际商事关系是平等商事主体的自然人、公司及其他经济组织之间跨国进行交易形成的社会关系，这种关系的性质决定了国际商事关系这一概念中的“国际”(International)一词的含义，不是指“国家与国家之间”的关系，而是指平等商事主体“跨越国界”(Transnational)交易发生的关系。因此不能将国际商事关系理解为国家之间的商事关系。

(三) 国际商事法律关系的概念和特征

1. 国际商事法律关系的概念及构成要素

国际商事法律关系是国际商法调整国际商事关系的产物，即国际商法在调整国际



商事主体在国际商事交易、自身组织管理及相关活动中形成的以经济权利义务为内容的社会关系。

2. 国际商事法律关系的法律特征

(1) 是一种含有涉外因素的法律关系

含有涉外因素是指国际商事法律关系的主体、客体和内容三要素中至少有一个涉及外国。具体包括以下情形：

① 国际商事法律关系的主体含有涉外因素。包括两种情况：一是国际商事法律关系的主体的一方或双方是外国的自然人或外国法人，或无国籍人，有时也可以是外国国家或国际组织。如一个美国公司与一个中国的公司成立合资企业；某个国家的公民购买另一国政府发行的国库券；某国际组织购买某国某企业的货物，上述法律关系因主体中有外国的当事人而成为国际商事法律关系。二是国际商事法律关系的主体的营业地处于不同国家。如营业场所分别处在两个国家的当事人，即使具有相同的国籍，也可成为国际货物买卖合同的当事人。

② 国际商事法律关系的客体即标的是处于外国的物、权利或需要在外国完成的行为。如一家日本公司进口的机器位于英国某公司；一家中国公司承包某外国的工程须在该国完成；一家中国公司购买了某外国一块土地的使用权等情形。

③ 国际商事法律关系的内容即权利义务据以产生的法律事实发生在外国。如两个不同国家的公司在第三国签订国际货物买卖合同；某外国公司有瑕疵的产品在另一国造成了消费者人身伤害；某一汇票的出票行为发生在外国，等等。

(2) 是平等国际商事主体在私法上的实体权利义务关系

国际商事法律关系是平等商事主体在国际商事活动中形成的民商法上即私法上的实体权利义务关系。其私法关系的性质表现在：

① 国际商事法律关系的主体是平等商事主体。国际商事法律关系主体主要是公司、合伙企业、自然人等商事主体，它们在商事活动中的法律地位和权利能力是平等的。国家、国际组织有时也可成为国际商事法律关系的主体，但是是作为平等商事主体身份出现的。

② 国际商事法律关系的内容是平等涉外商事主体，基于平等自愿、互利合作、等价有偿、诚实信用等私法原则和规范确立的商事上的实体权利义务关系。

③ 国际商事法律关系一般是一种按“契约自由”原则形成的法律关系，其产生、变更和消灭往往反映双方当事人基于“意思自治”原则共同对私权的处分。

(3) 调整法律的多元化和法律适用的选择性

所谓调整法律的多元化，包括两层含义：一是由多部门的法律调整。国际商事法律关系是跨国发生的法律关系，与国内商事法律关系相比，无论从总体还是从局部看，其涉及的范围和问题更为广泛和复杂，如国际货物买卖合同的订立和履行，除当事人



之间的合同关系外,还可能涉及国际货物运输、国际保险、国际结算和支付、国际票据、贸易管制、海关监管、国际税收、外汇管制、国际诉讼或国际商事仲裁等诸多方面的法律关系,须由多部门的法律调整。二是指调整国际商事法律关系法律的渊源多元化,包括国际条约、国际贸易惯例和有关国家的国内法等多种形式。

所谓法律适用的选择性,是指由于各国法律之间可能存在法律冲突,相同国际商事关系适用不同国家的法律可能产生不同的法律后果,同时由于国际商法任意法的基本性质及其法律渊源的多元化,当事人在建立、变更、终止国际商事法律关系时,可以按照自己的意志对适用的法律进行一定的选择。如某国公民要到外国去开办公司,他可以考虑有关国家法律在公司、外汇管制、税收等方面的规定,选择在特定国家设立公司,由此产生的国际商事法律关系即当事人对适用法律进行选择的产品,其所导致的法律后果会与到其他国家设立公司有所不同。在国际商事活动中适当地选择适用法律,有利于当事人更好地实现自己的经济目的。

二、国际商法的概念、法律渊源和特征

(一) 国际商法的概念

国际商法(International Commercial Law)是调整平等商事主体之间的涉外商事关系的法律规范的总和。

(二) 国际商法的法律渊源

现行国际商法的法律渊源,包括各国的国内商法、国际贸易惯例及与国际商事相关的国际条约。

1. 各国国内商法

各国国内商法和国际商法之间存在着对立统一关系:从一个特定的角度看,国内商法以国内商事关系为调整对象,国际商法以涉外商事关系为调整对象,两者间有着质的区别。但国际商法和国内商法在一定的条件下可以互相转化:当一国的国内商法被国际私法规范指引用来调整涉外商事关系时,它便转化为国际商法。由于各国的政治经济制度及历史文化传统不同,各国国内商法制度及立法传统存在较大差别。根据法律传统,大致可将国内商法分为大陆法国家的国内成文法和英美法国家的国内判例两类。

(1) 大陆法国家的国内成文法

大陆法国家习惯采用成文法典形式制定商法,但立法体例存在差别:法国、德国等国采取民商分立立法体例,即在制定民法典之外,单独制定商法典;瑞士、意大利、荷兰等国采取民商合一立法体例,即把商法内容并入民法典,作为民法典的一个组成部分,并在习惯上将狭义的民法内容称为普通民法,将商法内容称为民法的特别法。采取民商分立立法体例的国家,其商法和民法之间的界限相对清晰。而采取民商合一



立法体例的国家，其商法和民法（狭义）之间的界限不太清晰。

（2）英美法国家的国内判例

英美法国家商法的表现形式与大陆法国家商法存在很大差别，表现在：第一，英美法国家法律采用普通法、衡平法和制定法三种形式，其中由普通法和衡平法构成的判例法，是英美法国家商法的主要渊源或表现形式。18 世纪中叶在英国法律资本主义化改革过程中，担任王室法院首席法官、被誉为英国的“商法之父”的曼斯菲尔德（Lord Mansfield）将西欧商法吸收到普通法中，使之成为普通法的组成部分。所以英美法国家的商法具有不同于大陆法国家商法的独特的存在形式，表现在英美法国家没有独立的民商法部门，其商法是由许多相对具体的法的部门组成的。现代英国的商法，主要包括货物买卖、商业代理、商业合伙、公司法、票据法、破产法和运输法等具体法的部门。美国是一个联邦制国家，具有联邦法和州法两种法律体系，没有全国统一的商法。根据美国宪法的权限划分，银行、工业、国际贸易、州际贸易、海商、破产、专利权等民事立法属联邦立法范围，其他商法属于州法范围。各州商法相对独立，各成体系。19 世纪末 20 世纪初以来，美国州统一法律委员会和美国法学会一直致力于美国法的统一化和系统化工作，陆续起草一些单行商事法规供各州采用，其中 1952 年州统一法律委员会和美国法学会共同制定的《美国统一商法典》（最新为 1987 年文本），除路易斯安那州外，已被其他州区在进行了一定修改后予以采用。《美国统一商法典》比较适合当代商业和交易的最新要求和实际需要，法典所规定的某些商事行为的法律原则已成为国际上所公认的准则。第二，英美国家有民商合一和民法商法化传统，商法概念和范围不很明确，商法和民法之间没有清晰界限。

（3）中国的商法

目前中国的民商法在体例上仍采用民商合一体制，商法被纳入大民法体系。大民法体系以《民法通则》为基本法，以《合同法》、《婚姻法》、《继承法》为主要民事法律，以《公司法》、《证券法》、《海商法》、《保险法》、《票据法》、《专利法》、《商标法》等商事法为民事特别法，这些商事法律构成中国商法体系的基干。商法的渊源包括宪法、法律、地方性法规、行政规章、我国缔结或参加的国际条约、法律认可的国际惯例和商事习惯、最高司法机关的司法解释等多种形式。判例在法律和法理上不被认为是法的渊源，但最高人民法院的判例对下级法院审理同类案件具有一定的指导和约束作用。

（4）法律适用的法域问题

各国国内商法不仅在立法制度和体例上存在差别，而且一国国内还可能存在不同的法域。法域是指不同国家或地区因存在相互独立法律而形成的特定法律适用区域，不同国家之间可因存在各自独立的法律而形成不同的法域，一国国内不同区域也可因存在相对独立法律而形成不同法域。如美国各个州的法律相对独立，因而美国存在若



干不同的法域；再如中国目前实行“一国两制”，大陆和香港、澳门、台湾的法律各自独立适用，因而中国也存在不同法域。在适用特定国家国内商法的情况下，可能遇到适用该国不同法域法律的问题。

2. 国际贸易惯例

国际贸易惯例是国际商法的重要渊源。当今的国际贸易惯例是指在长期的国际商贸实践的基础上逐渐形成，为世界广泛认可和反复采用，并经国际性的组织或商业团体统一编纂和解释的，一些内容较为明确和固定的有关国际贸易的成文的原则、规则或术语。国际贸易惯例属于统一实体规范，即无须冲突规范指引，可以直接调整涉外商事主体之间实体权利义务关系的规范。国际贸易惯例用极为精练的短语或简写字母作为术语，明确划分了涉外商事主体在商事交易中的权利、义务和责任，简化了缔约程序，具有促进商事交易的作用。但国际贸易惯例属于“软法”即任意法，不具有普遍约束力。是否适用及对当事人是否具有约束力，完全取决于对涉外商事关系各方当事人基于“意思自治”原则作出的选择。当事人可以采用，也可以不采用；可以全部采用，也可以部分采用；可以对其内容进行变更，也可以对其内容予以增减。当事人接受它于合同之中，它对双方当事人具有约束力，否则对双方当事人没有约束力。目前被世界各国广泛承认和采用的国际贸易惯例很多，涉及若干商贸领域。如调整国际贸易规则的有《国际贸易术语解释通则》（国际商会 1953 年制定，最新版本是 2000 年版本），1932 年《华沙—牛津规则》，1941 年《美国对外贸易修正本》；调整国际支付规则的有 1967 年《商业单据托收统一规则》、《跟单信用证统一惯例》（1953 年施行，现行的为 1993 年修订本，）；调整共同海损理算的 1974 年《约克—安特卫普规则》等。

3. 国际商事条约

国际商事条约也是国际商法的重要渊源。国际商事条约主要指国家或其政府间所缔结的关于国际商贸关系的条约，从广义上讲，它包括国家参加的国际公约，政府间缔结的贸易协议、支付协议、年度议定书、共同交货条件等。国际条约按不同的标准可进行不同的分类，如可分为双边条约和多边条约，全球性条约和区域性条约，实体规则条约和冲突规则条约等；国际公约属于统一实体规范，可以直接调整涉外商事关系主体之间的实体权利义务关系，因而更有利于促进国际商事交易的发展。但国际条约仅约束条约的缔结国或参加国，对非缔约国没有约束力。条约的缔结国或参加国，除对某些开放性条款声明保留的外，应遵循“有约必守”原则履行条约义务。第二次世界大战后，国际社会签订了一系列关于国际商事交易的国际公约，涉及的国际商贸领域非常广泛，并在国际商事关系的调整中发挥极其重要的作用。其中，1995 年 1 月 1 日生效的《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》即 WTO 协定，是全面规范和调整世界各国贸易政策和贸易关系的多边国际条约，是当前最具影响的多边国际条约。

（三）国际商法的性质特点

国际商法特殊的调整对象和法律渊源的多元化，使之具有独特的性质特点。



1. 以涉外商事关系为调整对象，具有一定的国际性

就静态而言，国际商法区别于国内商法。国内商法以商法所属国的国内商事关系为调整对象，不涉及外国；而国际商法以涉外商事关系为调整对象，涉及不同国家的主权和法律制度，具有一定的国际性，适用时应当遵循国家主权原则。

2. 属于私法，以任意规范为主，但也包含部分具有公法性质的强制性规范

按将法分为公法和私法的传统分类，民法和商法都属于私法，国际商法无疑应属于私法；国际商法以平等商事主体的自然人、公司及其他经济组织之间的涉外商事关系为调整对象，以平等商事主体之间的实体权利义务为规范的内容，以当事人“意思自治”为实施基础的法律特征，也表明其私法性质。国际商法的私法性质决定了其大部分法律规范是任意规范，不仅许多国内法和国际贸易惯例具有任意法性质，甚至一些国际公约，如1980年《联合国国际货物买卖合同公约》，也具有任意法性质。

但某些商事交易关系社会公共利益，为了维护社会公共利益和社会经济秩序，国家对这些活动进行强制性规范，因此国际商法中也包含一些具有公法性质的强制性规范，如公司法关于公司的组织及证券发行、流通的规定，票据法关于票据形式要件的规定，产品质量法关于产品质量责任的规定，均是具有公法性质的强制性规范。

3. 属于实体法，但也涉及部分在其中起辅助作用的冲突法和程序法的内容

国际商法可直接确认商事主体之间在涉外商事活动中的实体权利义务，属于实体法。但国际商法适用存在直接适用和由冲突法指引间接适用两种情形。其中国际条约和国际惯例属统一实体规范，当事人可直接适用；而国内商法，则须经冲突规范指引才能作为准据法适用。如果涉外商事关系发生争议需要通过诉讼或仲裁方式解决，则国际商法的适用需要先行解决国际民事诉讼程序和国际商事仲裁程序问题，因此国际商法中往往包含部分国际私法规范、国际民事诉讼程序法和国际商事仲裁程序法规范，并在其中发挥指引适用准据法或程序保证作用。

第二节 世界两大法系及其发展演变

各国的国内商法是国际商法的重要渊源，了解世界各国法律的不同传统和特点对于适用国际商法具有重要意义。由于世界各国法律的传统基本上分属于西方两大法系，因此有必要了解两大法系的法律传统和特点。

一、西方两大法系

所谓西方两大法系，是指伴随着资本主义的产生和发展而逐步形成的具有相同法律传统的大陆法系和英美法系。



(一) 大陆法系 (Continental Law System)

1. 大陆法系的概念和范围

大陆法系又称罗马日耳曼法系,或法典法系,或民法法系,是指伴随着资本主义的产生和发展,以1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》为模板建立起来的相关国家法律制度的总和。

大陆法系是一个世界性的法系,其范围除法国、德国、瑞士、意大利、奥地利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等欧洲大陆国家外,还包括亚洲、拉丁美洲一些国家和地区(主要是法国、西班牙、荷兰、葡萄牙的前殖民地),如日本、泰国、土耳其、埃塞俄比亚等国;另外,在属于英美法系的国家中,某些国家的个别地区,如美国的路易斯安那州,加拿大的魁北克省,英国的苏格兰也属于大陆法系。北欧国家法律具有独立的历史传统,其传统与大陆法系接近。

2. 大陆法系的分支及其特点

大陆法系内部包括两个分支,即以法国民法典为代表的拉丁分支和以德国民法典为代表的日耳曼分支。两个分支各有特色,如法国民法典制定于自由资本主义阶段,在主导思想上强调“个人权利”,在结构形式上仿效罗马的《法学阶梯》,极力维护小生产者的利益,没有规定法人制度;而德国民法典则制定于资本主义垄断阶段,在主导思想上侧重强调“社会利益”,在结构形式上仿效罗马的《学说汇纂》,保留了较多的封建因素,规定了法人制度。

3. 大陆法系的司法制度非常复杂,并不完全一致。一般说来,各国都建立了完善的检察、法官和律师制度,并根据自己的国情采取审检合一或分立体制;在法院组织设置上,有的国家如法国采取既设普通法院又设行政法院双轨制,也有国家只设普通法院;法院实行四级三审或三级两审制;有的国家在普通法院之外,还设立专门的商事法院。审判过程实行纠问式诉讼。

(二) 英美法系 (Common Law System)

1. 英美法系的概念和范围

英美法系又称普通法系,或英国法系,是指伴随着资本主义的产生和发展,以英国的普通法为传统而产生和发展起来的法律制度的总称。

英美法系作为与大陆法系并列的一个世界性的法系,其范围除了英国(不包括苏格兰)外,主要是曾经是英国的殖民地、附属国的一些国家和地区,包括美国(不包括路易斯安那州)、加拿大(不包括魁北克省)、爱尔兰、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、孟加拉国、马来西亚、新加坡等国,还包括原先属大陆法系,后因被英国或美国占领,吸收英美法的原则制度而具有混合法系特点的南非、菲律宾、斯里兰卡等国。

2. 英美法系的内部分支及特点



英美法系有英国法和美国法两个分支。美国曾是英国的殖民地，独立后仍保持英国法的传统，但美国在接受英国法时基于美国的国情，形成了许多不同于英国法的重要特点：首先，如美国法具有联邦法和州法两套法律体系，成文法比较发达，联邦最高法院具有“违宪审查权”，实行“遵循前例”原则具有很大灵活性等；其次，因为美国独立较早，并成为世界强国，其法律在世界上有很大的影响，因而使美国法成为英美法系的一个重要分支，普通法系也被称为英美法系。

3. 英美法系的司法制度

英国的法院组织十分复杂。1875年英国颁布司法条例，进行司法制度改革，创设最高法院，取消了普通法院和衡平法院的双重体制。最高法院包括高等法院和上诉法院两部分，高等法院下设若干庭。1972年改组后，高等法院分为三个部分，即高级法院（High Court of Justice）、王冠法院和上诉法院。其中高级法院又分为三个庭，即王座法庭、枢密大臣庭和亲属法庭。在王冠法院内设有海事法庭（Admiralty Court）与商事法庭（Commercial Court）；在枢密大臣庭内设有公司法庭与破产法庭。高级法院的判决可形成先例，对它们及下级法院以后处理同类案件具有约束力。英国的低级法院主要有郡法院和治安法院，郡法院负责审理标的额较小的民事案件。不设与普通法院并行的行政法院，不设检察官制度，也是英国司法制度与大陆法系司法制度相区别的重要特点。

美国法院包括联邦法院和州法院两套系统。联邦法院主要有三种：（1）地区法院，分设在全国各州内；（2）上诉法院，是第二审法院，由三名法官负责审理；（3）最高法院，设在首都华盛顿，由首席法官一人、法官八人组成。联邦最高法院具有“违宪审查权”。美国各州都有自己的法院系统，但各州的法院设置有所不同。一般设有两个审级，即第一审法院和上诉法院。

（三）两大法系在法律特征上的差异

大陆法系和英美法系都是伴随资本主义的发展形成的，两者在法的阶级本质、指导思想 and 基本原则等方面具有一致性，但在法律体系、法律概念、审判方式及法律适用技术等方面都存在差异，两者之间的差异主要表现如下。

1. 接受罗马法的方式和程度不同

大陆法系直接系统地接受罗马法的内容，全盘接受了罗马法的体系、结构、内容、原则及术语。如法国民法典和德国民法典就是直接以复兴后的罗马法为基础制定的，在结构形式上法国民法典仿效罗马的《法学阶梯》；德国民法典则直接仿效罗马的《学说汇纂》。

英国法只是间接、部分地接受罗马法的影响。英国法接受罗马法影响主要是通过教会法的适用（英国初建时期在各地建立了许多教会法院，审理各种案件。教会法院依教会法审案，而罗马法是教会法的重要渊源）和熟悉罗马法的僧侣担任王室法官或



大法官适用罗马法断案等间接方式实现的；另外，英国法只吸收了罗马法的某些精神和思想观点，而没有接受罗马法的体系、形式和概念，特别是在不动产物权和普通法的诉讼制度等方面受罗马法影响较小，从而使英国法形成不同于大陆法的独特的法律传统和法律形式。

2. 对法律的分类不同

大陆法国家的基本分类是将法划分为公法与私法。公法主要指宪法、行政法、刑法，诉讼法一般也属于公法；私法主要指民法和商法。进入 20 世纪后又出现兼有公私法两种成分的法律，如社会法、经济法和劳动法等。普通法的基本分类是将法划分为普通法和衡平法，在传统上没有公法和私法的分类，但在英美等国法学著作中，往往使用公法和私法的分类法。

3. 法律渊源和法律体系结构不同

大陆法系法的渊源包括制定法和法律认可的习惯等，以制定法（包括宪法、法律、条例等形式）为法的主要渊源。大陆法强调法在结构上的系统性、条理性，基本法律一般采用系统的法典形式。法律体系一般由宪法、民法、商法、刑法、法院组织法与民事刑事诉讼法构成；行政法较为发达，并形成独立的法律部门；法院判例虽在不同程度上受到重视，除行政案件外，在法律上或理论上不被认为是法的渊源。

而英美法系的渊源包括制定法和判例法，以判例法为法的主要渊源。所谓判例法，是指高等法院通过判例发展起来的法律。19 世纪上半叶英国法确立“遵循前例”原则，即上级法院对某一案件作出判决后，存在该判决中的法律原则和规范对以后该法院及其下级法院处理同类案件具有约束力，即对同类案件必须按存在于该判例中的法律原则和规范进行判决。当然并不是所有法院的判决都可构成判例，按英国法的传统，只有上诉法院、高级法院和上议院的判例才能构成具有法律约束力的判例。其制定法一般采用单行的法律、法规形式，而不采用法典形式；普通法系不像大陆法那样对法的部门系统地进行分类，如英国和美国都没有独立的民商法部门。其法律体系主要由宪法、财产法、契约法、侵权行为法、婚姻家庭法与继承法、刑法、法院和诉讼法等部门组成。与大陆法相比，这种分类在逻辑上缺乏内在的统一性，体系显得庞杂。

4. 在适用法律技术方面存在不同

大陆法系对案件的判决以法律的明文规定为依据，运用演绎推理的形式进行，即将蕴藏在法典中高度概括的法律原理进行演绎和具体化，然后运用于具体案件，一般不受判例的拘束；判决以整个法院的名义作出。而英美法系对案件进行判决则以归纳为主要推理方法，即必须遵循前例，就是先从上级法院或本院以前处理同类案件的案例中，概括出法律原则和规范，然后依该法律原则和规范对案件作出判决。判决以法官个人名义作出。

5. 司法制度和诉讼程序不同



英美法系在法院设置方面，实行普通司法权和行政司法权合一制，即行政诉讼也由普通法院受理，不单独设立行政法院，而有些大陆法国家如法国，则采用既设普通法院又设立行政法院的双轨制；大陆法系法院审理案件实行纠问式诉讼，推行法官职权主义，法官在诉讼中发挥主导作用，不仅要对案情主动调查审问，而且最后要对案件作出认定和判决。英美法系在诉讼中则实行辩论式诉讼，法官在庭审过程中主持庭审，但不主动调查审问，只扮演消极的“仲裁人”的角色，最后在双方辩论终结、弄清事实的基础上做出裁决，如果有陪审团参加，则由陪审团就事实问题做出裁决，而由法官做出法律裁决。另外，大陆法的实体法比程序法更受重视，普通法则更强调程序法的重要性，即强调“救济先于权利”。

6. 法官和法学家在法律发展中起的作用不同

在大陆法国家，以法典为法的主要形式，法官只有适用立法机构所颁布法律的义务，而没有创造法律的权力，法学家也没有立法的权力，因此大陆法被称为“法典法”。而英美法国家以判例法为法的基本构成部分，判例法是由法官在长期的审判实践中所作的判决积累而成的，法官的判决起着立法的作用，因此英美法被称为“法官法”；因判例法的法律原则和法律规范，不像大陆法那样集中规定于一些成文法典之中，而是散乱地包含于大量的判例之中，需法学家整理归纳和注释，所以法学家在法律的发展中也起着重要作用，如英国的格兰威尔、布拉克顿、利特尔顿、科克和布拉克斯顿五大法学家对英国法的发展起了关键作用。

7. 两者的法律概念、术语有所不同

两大法系的法律概念、术语有所不同，存在几种情况：一是一个法系使用的概念另一法系没有，如大陆法民法中“债的概念”，英美法中没有；英美法中“对价”、“财产信托”的概念，大陆法中没有。二是同一概念在两大法系中具有不同的含义。如“Civil Law”这个词组，在大陆法系中主要指作为独立法律部门的民法，而在英美法系中主要指大陆法系的法律，因为英美法系不存在民法部门。三是同一事项两大法系使用不同的术语，如大陆法系的“无权代理”的概念，英美法称之为违反代理授权的默示担保。

二、两大法系的发展演变和融合

当前两大法系仍各自保持着自己的基本特征，而在全世界范围内并行发展。但由于两次世界大战和世界经济科技突飞猛进的发展，世界的政治经济格局发生了巨大变化，从而导致两大法系相互渗透、融合，逐步接近。这种趋势反映在：

第一，第一次和第二次世界大战后，国际社会缔结了一系列的国际条约，条约涉及公法内容，也涉及私法内容。共同承认联合国宪章和其他国际条约，并通过国内法予以接受，使两大法系国家的法律在国际条约所涉范围内实现了一致。