

全国商贸类“十一五”规划应用型教材·国际贸易专业

丛书主编 杜学森

International  
Commercial Law



# 国际商法

■ 吴 薇 主 编  
彭彩虹 副主编



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

D996.1/113

2007

全国商贸类“十一五”规划应用型教材·国际贸易专业

丛书主编 杜学森

# 国际商法

主 编 吴 薇

副主编 彭彩虹

参 编 廖晓虹 曹 岚

对外经济贸易大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/吴薇主编. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2007

全国商贸类“十一五”规划应用型教材. 国际贸易专业

ISBN 978-7-81078-990-5

I. 国… II. 吴… 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 161988 号

© 2007 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

## 国际商法

吴 薇 主编

责任编辑: 赵 昕

---

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uiibep.com> E-mail: [uibep@126.com](mailto:uibep@126.com)

---

北京市山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 185mm × 230mm 18 印张 360 千字

2007 年 11 月北京第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

---

ISBN 978-7-81078-990-5

印数: 0 001 - 5 000 册 定价: 29.00 元

# 总 序

世界经济一体化、贸易全球化的趋势在日益加剧，世界各国的国际贸易、国际物流等活动日益繁荣。我国加入 WTO 以来，第三产业占国民经济的比重日益攀升，商贸服务经济作为国民经济的重要支柱也日益活跃。具有国际视野，掌握国际商贸理论和操作技能，熟悉国际贸易活动的运作规律及其游戏规则，面向贸易活动一线的外向型经营管理人才的培养是一项急迫而又长期的任务。

以服务为宗旨，以就业为导向，走产学结合的发展道路，是新时期职业教育的办学指导思想，贯彻这一思想的关键是建立校企合作、工学结合的人才培养模式，要变知识本位为能力本位，即由知识传授型向能力培养型转变。对于学生来说，重要的不是学了什么，而是会干什么；对于老师来说，重要的不是教了什么，而是教会了什么。为此，基础理论够用，强化实践环节，突出围绕职业岗位和工作项目的职业技能的培养是课程改革和教材建设工作的当务之急。

本套教材，就是为了适应应用型本科的教学规律和特征要求而组织编写的。

本套教材包括：国际贸易概论、国际贸易实务、国际货物运输与保险、国际商法、国际金融与结算、国际市场营销学、外贸谈判技巧、外贸制单、外贸英语函电、报关实务等。

该套教材的特点是：

第一，面向应用型本科的实际情况，其内容按需而设，讲究实效。

第二，理论问题既注重系统性，更讲究实用性和针对性。

第三，以实例问题引导出课程内容，最终回到解决问题上来，并强化了案例阅读、案例分析部分，增大了训练和演练的比重，以培养学生独立分析问题和解决问题的能力。

第四，深入浅出，简明扼要，既方便教学又方便学生自学。

第五，以应用为目标，引导案例、课程内容、案例阅读和课后训练等内容密切衔接。

第六，注重国际贸易活动的工作项目和工作流程，使知识运用更加注重实际效果。

本次教材的编写得到了多所应用型本科院校教师们的积极参与，在此，对支持本套教材编写的有关领导、各校教务部门和编写教师们表示诚挚的谢意。

本套教材适用于应用型本科院校国际贸易及相关专业的教学需要，可以作为教学用

书，也可以作为职业资格培训教材，还可以作为从事外贸工作人员自学的参考用书。

本套教材编写过程中参考了众多专家、学者的著述和研究成果，我们在此表示衷心的感谢！

由于本套教材涉及面广，加上作者水平有限，书中错误和不妥之处在所难免，恳请读者和专家们批评指正，我们将继续努力，跟踪教材的使用效果，不断发现问题，总结经验教训，不断提高教材的质量水平。

**丛书主编：杜学森**

## 前 言

我国加入世界贸易组织以来正在日益融入世界经济大循环,国际化趋势成为中国企业的必然选择,各种涉外商务活动也会越来越频繁,国际商法知识的应用越来越广泛,企业要求外贸职业技能人才具有相应的法律知识和应用能力。本书为满足应用型本科教育培养国际贸易专业人才的需求而编写。本教材力求通过理论与实践的教学,培养和提高学生理解和处理国际商事活动中法律事务的能力。

本教材的内容设置是按照国际贸易专业国际商法课程的教学大纲要求编写,在专业教学计划整体上考虑内容的取舍,力求与其他国际贸易专业课程如国际贸易实务、国际结算等有机衔接,做到既相互联系,互为补充,又不过多重复。选择适当的深度和角度,以实用、管用、够用为度,完善国际贸易学生法律知识架构。

本教材设定了“了解、理解和掌握”三个层次的学习任务和目标,教材内容全面覆盖知识点,言简意赅,够用为止,不过于深究理论。

本教材内容包括国际商法概论、国际商事组织法、国际商事代理法、国际商事合同法、国际货物买卖法、国际货物运输与保险法、产品责任法、知识产权法、票据法以及国际商事争议解决方法等,最后还有与国际贸易相关的经典的商法案例点评,提高学生的综合问题的处理能力。每章的小结部分,抓住主线,提纲挈领,全面总结每章内容。练习与实践部分,对每章应掌握的知识点进行练习,紧密配合实践设计习题,并结合每章节的特点,充分引入案例分析,使学生掌握重要的基础知识和基本技能。

本教材可以作为应用型本科国际贸易专业的教科书,也可供从事国际贸易工作的有关人员参考。

本书由广东轻工职业技术学院副教授、高级国际商务师、执业律师吴薇担任主编,由广东工贸职业技术学院法学讲师、执业律师、经济师彭彩虹担任副主编。参加编写的有:广东工贸职业技术学院讲师、法律硕士廖晓虹,中国环境管理干部学院讲师曹岚。各章分工如下:第一、第五、第九章和经

典案例点评部分由吴薇编写；第三、第四、第七章由彭彩虹编写；第二、第八、第十章由廖晓虹编写；第六章由曹岚编写。吴薇负责本书总体框架设计、编写大纲、初稿的增删修改、统稿和定稿。

在编写过程中我们也参考、吸收、采用了国内外众多学者的研究成果，在此表示衷心的感谢。由于编者水平有限，书中难免有不当之处，恳请广大读者批评指正。

编者

2007.11

# 目 录

|                      |       |
|----------------------|-------|
| <b>第一章 绪论</b>        | (1)   |
| 第一节 国际商法的发展历史与法律渊源   | (2)   |
| 第二节 西方国家两大法系对国际商法的影响 | (5)   |
| 第三节 中国现行的法律制度        | (9)   |
| 练习与实操                | (11)  |
| <b>第二章 国际商事组织法</b>   | (14)  |
| 第一节 商事组织概述           | (15)  |
| 第二节 个人独资企业法          | (16)  |
| 第三节 合伙企业法            | (18)  |
| 第四节 公司法              | (28)  |
| 练习与实操                | (46)  |
| <b>第三章 商事代理法</b>     | (50)  |
| 第一节 代理法概述            | (51)  |
| 第二节 代理权的产生与代理关系的终止   | (53)  |
| 第三节 无权代理与特殊代理        | (58)  |
| 第四节 代理的内部与外部法律关系     | (64)  |
| 第五节 中国的外贸代理制度        | (68)  |
| 练习与实操                | (70)  |
| <b>第四章 国际商事合同法</b>   | (75)  |
| 第一节 合同法概述            | (76)  |
| 第二节 合同的成立与生效         | (79)  |
| 第三节 合同的履行            | (87)  |
| 第四节 合同的变更、转让和终止      | (93)  |
| 第五节 合同的违约责任与救济       | (99)  |
| 练习与实操                | (105) |
| <b>第五章 产品责任法</b>     | (109) |
| 第一节 产品责任法的概述         | (110) |
| 第二节 美国的产品责任法         | (116) |



|                                |              |
|--------------------------------|--------------|
| 第三节 关于产品责任的国际公约 .....          | (125)        |
| 第四节 中国的产品责任法 .....             | (131)        |
| 练习与实操 .....                    | (137)        |
| <b>第六章 与贸易有关的知识产权法 .....</b>   | <b>(140)</b> |
| 第一节 知识产权法概述 .....              | (141)        |
| 第二节 专利法 .....                  | (145)        |
| 第三节 商标法 .....                  | (153)        |
| 第四节 著作权法 .....                 | (160)        |
| 第五节 知识产权的国际保护 .....            | (169)        |
| 练习与实操 .....                    | (180)        |
| <b>第七章 票据法 .....</b>           | <b>(184)</b> |
| 第一节 票据概述 .....                 | (185)        |
| 第二节 票据关系、票据行为与票据权利 .....       | (190)        |
| 第三节 汇票、本票和支票 .....             | (196)        |
| 第四节 国际支付方式 .....               | (206)        |
| 练习与实操 .....                    | (213)        |
| <b>第八章 国际商事争议的解决 .....</b>     | <b>(220)</b> |
| 第一节 国际商事争议 .....               | (221)        |
| 第二节 国际商事仲裁 .....               | (224)        |
| 第三节 国际商事诉讼 .....               | (251)        |
| 练习与实操 .....                    | (263)        |
| <b>附录 经典案例点评 .....</b>         | <b>(266)</b> |
| 案例 A 利用货运代理提单进行诈骗案 .....       | (266)        |
| 案例 B 发盘撤销是否成立争议案 .....         | (267)        |
| 案例 C 承兑汇票到期不付而引起的票据追索纠纷案 ..... | (268)        |
| 案例 D 买方不履行合同开证义务的案例 .....      | (269)        |
| 案例 E 买方拒不履行付款义务的案例 .....       | (272)        |
| 案例 F 信用证欺诈的案例 .....            | (275)        |
| <b>主要参考文献 .....</b>            | <b>(279)</b> |

# 第一章

## 绪 论

### 学习目的与要求

通过本章学习,使学生了解国际商法的基本概念;了解国际商法与相关的法律部门的关系,理解国际商法的调整对象,理解掌握国际商法的渊源;掌握两大法系的形成、特点及其发展趋势;了解我国的基本法律制度,初步建立法律观念。

---

### 先行案例

1985年5月2日和22日,印度国贸公司(以下简称印度公司)分别与马来西亚的巴拉普尔公司、库帕克公司、纳林公司(以下简称马来西亚公司)签订了买棕榈脂肪酸馏出物的合同,价格条件CIF孟买。同年6月26日,印度公司与马来西亚橡胶开发有限公司签订了购买烟花胶片 and 20号标准橡胶的合同,价格条件为CFR马达拉斯。1985年7月2日至15日,上述货物装上巴拿马东方快运公司的“热带皇后”号货轮。同年7月23日,货轮驶往印度,同年8月5日,货轮失去联系。印度公司与马来西亚公司分别从保险公司获偿。

1985年8月25日,香港利高洋行与中国的兴利公司、广澳公司签订了出售成交确认书,广澳公司又同利高洋行签订了购买工业用棕榈油的成交确认。两份成交确认书约定:货物的装船船名为“塔瓦洛希望”号。

1985年8月29日,利高洋行通知广澳公司船已抵达中国汕头港,办理货物进关手续。广澳公司凭利高洋行提交的提单接收货物,但橡胶因无进口许可证,海关监管保存。1985年10月至1986年4月,广澳公司将棕榈油卖掉,只留一点棕榈油作样品。

1985年9月,取得印度公司和马来西亚公司“代位求偿证书”的保险公司得知“塔瓦洛希望”号货轮在中国汕头港卸下一批棕榈脂肪酸馏出物和橡胶,认为该轮即为

“热带皇后”号轮，该货即为印度公司和马来西亚公司丢失的货物。由于追索未果，印度公司和马来西亚公司遂以广澳公司为被告向中国广东省高级人民法院起诉，要求广澳公司归还货物或返还货物的价款。

问题：

1. 广东省高级人民法院能否受案？适用哪国法律？
2. 广澳公司能否胜诉？是否要归还货物或返还货物的价款？

## 第一节 国际商法的发展历史与法律渊源

### 一、国际商法的概念

#### 1. 国际商法（International Commercial Law）的概念

国际商法是调整跨越国界或区域的商事组织之间从事国际商事交易活动所形成的各种关系的法律规范的总和。也就是说，国际商事关系的法律规范的总和构成国际商法。所谓法律规范，是指由国家制定或认可，依靠国家强制力保障实施的社会行为规范。法律规范的内容体现为法律主体的权利与义务。

#### 2. 国际商法的调整对象

国际商法的调整对象是国际商事关系。所谓国际商事关系是指具有涉外或国际因素的商事关系。应该从以下三方面来理解：

其一，具有国际因素，是指商事关系的主体、客体或内容涉及到不同的国家或区域。例如：当事人的营业地分处不同的国家；当事人不同国籍；商事关系的对象为与当事人所在国之外的国际或地区等，这种商事关系被视为具有国际因素。

其二，所谓商事交易活动，不仅包括货物买卖，还包括技术贸易、服务贸易以及其他新型的国际商事交易方式。例如：国际投资、融资租赁、国际合作、项目开发和技术转让、国际咨询、金融保险、客货运服务等。

其三，所谓商事关系，是指平等主体之间的，以营利为目的的经营活动所建立起来的社会经济关系。也就是说商事关系必须具有商业性，商业性主要从主体的动机来考察，商事主体的行为动机是追求盈利，至于是否达到盈利结果，并不是考察商业性的标准。

#### 3. 国际商法的研究范围

国际商法的研究范围也就是调整国际商事交易关系的法律，可分为以下几类：

- (1) 规范国际商事主体的国际商事组织法，主要包括：独资企业法、合伙企业法、

公司法。

(2) 调整国际商事组织之间的商事交易的法律：包括国际商事合同法、代理法、国际货物买卖法、国际运输与保险法、票据法等。由于国际商事交易的多样化和广泛性，使得商事交易法律越来越庞杂，本书仅就国贸专业常用法律加以介绍。

(3) 解决国际商事争议的法律：解决国际商事争议的方式有协商、调解、仲裁和诉讼。涉及的法律主要是国际商事仲裁法和诉讼法等程序法。

## 二、国际商法的渊源

国际商法的渊源，是指国际商法创立的方式和表现形式，即国际法的形式渊源。国际商法的渊源主要有两个方面：国际法渊源（国际商事条约、国际商事惯例）和国内法渊源（各国商事立法或商事判例）。概括归纳为以下四种：

### （一）国际商事条约

各国缔结的有关国际商事的国际条约或公约是国际商法的重要渊源。这方面的国际条约可以分为两种：一种是属于实体法规则的国际条约，如1980年《联合国国际货物销售合同公约》、1978年《联合国海上货物运输公约》、《国际汇票和本票公约》等；另一种是属于冲突法规则的国际公约，如《国际货物销售合同适用法律公约》、《关于产品责任适用法律的公约》等。

### （二）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普遍遵守的商事原则和规则。对国际商事活动有约束力的惯例须具备3个条件：（1）具有确定的内容，即具体包含了确定国际商事主体的权利和义务的规则；（2）它已成为国际商事活动中长期反复使用的习惯；（3）它是被普遍承认并具有拘束力的通例。目前，对国际商事活动影响较大的惯例主要有：国际商会制定的《2000年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《约克—安特卫普规则》以及《美国对外贸易定义1941年修正本》等。

### （三）国内立法

由于现有的有关国际商事的国际条约和惯例还远不能包含国际商事诸领域中的一切问题，而且现有的国际商事条约和惯例也尚未被所有国家和地区一致承认或采用。不仅如此，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。作为国际商法渊源的国内法，主要是指各国制定的有关调整本国对外经贸关系方面的法律、法规、条例、决议、命令等，也包括英美法中具有拘束力的判例。

#### (四) 判例

一直是英美法系国家的重要法律渊源,上级法院的判决对下级法院的审判具有拘束力。因此,在英美法系国家,判例是其商法的重要渊源。

### 三、国际商法基本原则

国际商法直接反映国际商事交易关系的客观规律,具有很强的社会性和国际性,各国商法存在一些具有普遍适用意义的、共同的基本原则。主要包括平等和公平交易原则、自愿和诚实信用原则、保障交易安全原则和交易简便迅速原则等。

#### (一) 平等和公平交易原则

鉴于商事主体法律地位平等,市场经济的基本要求是平等交易和公平交易,商事主体必须在公平竞争、自主经营环境下从事交易行为,这也是国际商法体现的民法的基本特征。

#### (二) 自愿和诚实信用原则

商事主体必须根据交易习惯,按照诚实信用和善意的方法进行交易。禁止欺诈、胁迫和不正当交易行为,以维护公平交易原则。自愿和诚实信用原则也是民法的基本原则。

#### (三) 保障交易安全原则

商事立法对于交易安全的保护主要体现在强制主义、公示主义、外观主义和严格责任主义。

强制主义原则,是指国家出于交易安全的需要对某些商事行为作强制性的规定的原则。例如,公司章程必须有必要事项的记载,公司决议重要事项必须符合法定程序,各种票据、提单、保险单、保函等商业证券必须符合法律规定的形式。这些规定对于防止欺诈与不正当的商业行为,维护社会交易的安全,起到很大的作用。

公示主义原则,是指交易当事人对于涉及利害关系人利益的营业上的事实,负有公示告知的义务。这一法律原则保护了社会交易人 and 不特定第三人的利益。公示主义原则在商法许多领域都有具体的规定。例如,根据公司法的规定,公司设立、增资、减资、解散等均应登记,非经登记不能发生法律效力。公司决议合并或减少资本时,应向各债权人发出公告。票据法规定,票据代理必须明确记载被代理人名称与代理文句,凡实施票据行为者,必须在票据上签名,并须依照票据所载之文义负责。这些都是公示主义原则的具体体现。

外观主义原则,是指交易行为的效果以交易当事人的外观为准。商法中有很多这类规定。例如,公司法规定,公司对公司董事或经理权力的限制,不得对抗善意第三人。票据法规定,在解释票据行为入意思表示的内容时,只能以票据上的文字记载为准。如果票据行为具备法律要求的形式要件,就不问其记载事项是否与事实相符,即使不相符,也只能遵循票据上的文义,而不影响票据行为的效力。这些法律规定也是外观主义

原则的体现,其立法精神在于保护社会交易的安全。

严格责任主义原则,是指某些从事商事交易行为的人,对自己的行为所产生的后果,应承担特别严格的责任。例如,公司法规定,无限公司及两合公司的无限责任股东,对公司的债务负连带责任。票据法规定,票据的发票人、承兑人、背书人及其他票据债务人,对持票人负连带担保责任。现代产品责任法在处理产品责任案件时,普遍实行严格责任原则。凡此种规定,都加重了商事交易当事人的责任,其立法精神也在于保护社会交易的安全。

## 第二节 西方国家两大法系对国际商法的影响

法系,是根据各国法律的历史传统和特点不同,对其所作的分类。凡是属于同一历史传统、并具有相同特点的国家法律划为统一法系。当代世界主要分为五大法系:即大陆法系、英美法系、印度法系、阿拉伯法系和中华法系。其中资本主义两大法系即大陆法系和英美法系对国际商法影响最大。

### 一、两大法系的结构特点

#### (一) 大陆法系 (Continental Law System)

##### 1. 大陆法系

大陆法系又称罗马法系、罗马-日耳曼法系、民法法系、成文法系、法典法等,是世界上历史最长、影响最大、分布最广的一个法系。大陆法系是以罗马法为基础建立起来的,作为一个法系形成于13世纪的西欧,1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》标志着大陆法系的最后形成。

##### 2. 大陆法系的主要特点

大陆法系有完整的成文法体系,逻辑化的系统分类。大陆法系把法律划分为公法和私法两个部分。所谓公法是以保护国家或公共利益为目的的法律,其主体为国家或公共团体,公法包括:宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等;所谓私法是以保护私人利益为目的的法律,其主体为私人或私人团体,私法分为民法、商法和家庭法等。进入20世纪后,资本主义各国大规模干预经济生活,干预传统的私法领域,出现了私法公法化、私法社会化的趋势,从而降低了公法和私法划分的意义。尽管如此,公法和私法之间依然存在着界限,以公法和私法的划分为原则编纂的法典体系至今未变,绝大多数大陆法系的法学家们仍把此种划分看作是法律分类的基础。因此,把法律划分为公法和私法两大类是大陆法系的一个显著特征。

大陆法系崇尚成文法典化,各国都大量编纂法典,各种法律要求系统完整、逻辑严

密、清晰明了。民商分立的国家，如法国、德国和日本有民法和商法分别独立的法典；而民商合一的国家，如瑞士、荷兰和意大利，把商法并入民法中，成为民法典的一个组成部分。

大陆法系各国强调成文法，当事人的权利义务已由成文法加以规定，因此，当事人在通过诉讼获得救济时，程序法只是一种获得救济的手段和工具而已。大陆法系各国在诉讼程序上大多采用传统的职权制，法官在诉讼中居于主要地位，证据可于当事人不在场时提出。

### 3. 大陆法系分布的国家和地区的数量是世界最多的

以法国、德国为代表的欧洲大陆国家，包括比利时、意大利、荷兰、瑞士、西班牙、葡萄牙、奥地利等国，东欧的大多数国家，以及曾是法国、西班牙、荷兰、葡萄牙四国殖民地的国家和地区，包括拉丁美洲大部分国家，非洲的埃及、刚果（布）、阿尔及利亚、摩洛哥、刚果（金）、索马里等国，还有亚洲的日本、泰国、土耳其、韩国及我国台湾地区、澳门地区，都属于大陆法系。另外，加拿大魁北克省、美国的路易斯安那州也都属于大陆法系。

## （二）英美法系（Common law System）

### 1. 英美法系

英美法系又称普通法系、英吉利法系、海洋法系或判例法系，是世界第二大法系。英美法系是指英国从11世纪起主要以源于日耳曼习惯的普通法为基础逐渐形成的一种独特的法律制度，以及仿效英国的其他一些国家和地区的法律制度的总称。

英国法分为普通法与衡平法，这种二元性结构是英国法的一个主要特点。公元1066年，诺曼底的威廉公爵征服了英国，建立了中央集权的王朝。威廉国王为削弱封建领主势力，加强王权，除发布敕令作为适用于全国的法律外，还通过设立王室法院，允许法官有选择地采用各地的习惯法审理案件而形成判例，形成了一套推行全国的普遍适用的法律制度，这就是普通法。因为普通法是以判例形式出现的，所以又称为判例法。衡平法出现于14世纪，兴起于16世纪，是对因普通法程序的呆板和机械而无法得到救济的案件，当事人向英王及其咨询机关枢密院甚至国会提出申请，由英王的近臣枢密院大法官不受普通法的约束，而凭“良心”，即“公平和正义”的原则判案，以补充和匡正普通法的不足所形成的法律制度。

普通法与衡平法的区别在于：普通法有两种救济方法，以金钱赔偿为主，辅以返还财产；衡平法的救济方法包括实际履行和禁令。诉讼程序和证据规则方面：普通法法院有陪审团制度，衡平法法院则不设陪审团；普通法法院听取口头答辩，采取口头询问方式审理案件，而衡平法法院则采取书面诉讼程序，衡平法的诉讼程序比较灵活。从法院的组织系统来看：在过去相当长的时期内，英国出现了普通法法院与衡平法法院两种法

院并存的局面。直到1875年颁布了法院组织法,才取消了普通法院与衡平法院的划分,建立了统一的法院体系。同时规定普通法和衡平法都为同一法院适用,而且衡平法优先于普通法的原则在法律上被规定下来。高等法院内设有王座法庭,适用普通法的诉讼程序法,另外设有枢密大臣法庭,适用衡平法的书面诉讼程序。现在,在确定某种案件应属于高等法院内的王座法庭还是枢密大臣法庭管辖时,不是根据该案件适用的法律是属于普通法还是衡平法来确定,而是考虑哪一种诉讼程序对该案件的审理更为合适来确定。原则上凡适宜用书面诉讼程序审理的案件均由枢密大臣法庭管辖;凡适宜用口头诉讼程序审理的案件则由王座法庭管辖。现在普通法包括刑法、合同法和侵权行为(民事责任)法,也适用由衡平法发展起来的“不正确说明”、“不正当的影响”以及“禁止自食其言”等原则。衡平法则包括不动产法、公司法、信托法、破产法、遗嘱与继承法等。在法律术语方面,为了避免与普通法法院发生冲突,衡平法法院在司法活动中使用它自己所特有的法律术语。

## 2. 英美法系的主要特点

英美法系都遵守“先例约束力”的原则处理案件。“先例约束力”原则是英美法系一项重要的司法原则,英美法系国家的法院在处理具体案件时,法官不是引证某项法律,而是参照以前类似案件的判例,按照“公平与正义”的原则作出判决。上级法院,尤其是最高法院的判决对下级法院日后处理同类案件具有约束力,维持前例是英美法院的一个重要原则。因此普通法又成为判例法。

英美法系诉讼强调程序法,庭审采用对抗制。当事人要想通过诉讼获得救济,必须依据一定的诉讼根据向法院起诉,而依据不同的诉讼根据提起诉讼的案件,其诉讼程序也不同,又不得相互通用。这样,当事人在实体法上的权利,只能通过一定的诉讼程序才能实现。故英美法系国家注重诉讼法,在诉讼程序上一般采用对抗制。即在民事诉讼中由双方律师、在刑事诉讼中由公诉人和辩护人充当主要角色,证据必须在当事人在场时提出,当事人可以同对方证人质证,法官居中进行裁决,同时实行陪审团制度。

英美法系分布范围也极为广泛,绝大多数以英语为官方语言的国家都属于英美法系。它包括英国(苏格兰除外)、美国(路易斯安那州除外)、爱尔兰以及曾作为英国殖民地、附属国的许多国家和地区,其中包括加拿大(魁北克省除外)、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、孟加拉国、缅甸、马来西亚、新加坡、中国的香港,以及非洲的苏丹和拉丁美洲的一些英语国家。据有关资料统计,目前世界上有近33%的人口生活在属于英美法系或深受英美法系影响的国家和地区内。南非、斯里兰卡和菲律宾等国原属大陆法系,后来随着英美势力的渗入,引进了普通法的因素,成为两大法系的混合物。



## 二、两大法系的法律渊源

### (一) 大陆法系的法律渊源

大陆法系的法律渊源主要有法律、习惯以及国际条约等，判例和学理只能构成其辅助性渊源。

#### 1. 法律

法律是大陆法的主要渊源，它包括宪法、法典、法律和行政法规等。这些法律制定的机关不同，其效力等级也有差异。一般来说，宪法是具有最高权威性和效力最高的法律，其他法律均不得与之相抵触。

#### 2. 习惯

习惯作为法律渊源，已得到大陆法各国的普遍承认，但各国对习惯在法律渊源中的地位和在实际中的作用却存在不同的理解。但总体来说，这种习惯必须是具有法律意义的、并不得与法律相抵触的习惯。

#### 3. 国际条约

虽然不是国家立法机关制定的法律，但是一国一旦参加某一国际条约，根据“约定必须遵守”的原则，该国就必须受该条约的约束，因此，该条约就成为该国法律的组成部分。一国是否同意参加某一国际条约通常由该国议会决定。

#### 4. 司法判例

由于大陆法国家强调成文法的作用，所以原则上不承认判例具有与法律同等的效力、不承认判例可作为一个独立的法律渊源。一个判决只对当事人和本案有效，而不能约束日后法院对同类案件的审理和判决。但是，进入20世纪后，大陆法国家开始重视判例的作用，在司法过程中，法官的判决起到了加强对法律的解释作用。

#### 5. 学理

一般来说，学理不是法的渊源。但在大陆法发展的过程中，学理曾起过重要的作用。如12~17世纪，罗马法复兴时期先后产生的“注释学派”、“后注释学派”及“自然法学派”，其理论对大陆法的形成有不可忽视的影响。学理对法律的影响主要表现在：它可为立法者提供法学理论、词汇和概念，通过立法者的活动，制定成为法律；它可对法律进行解释，对判例进行分析和评论；通过法学家的著作，培训法律人员，可影响法律实施的过程。

### (二) 英美法系的法律渊源

英美法系的法律渊源主要包括判例法、成文法等。

#### 1. 判例法

判例法是不成文法，由普通法和衡平法两大系统组成。判例产生于法官对具体案件