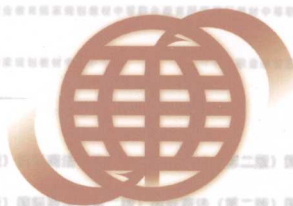


21 世纪高职高专精品教材·经贸类通用系列



# 国际商法 (第二版)

主编 金晓晨



国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版) 国际商法 (第二版)

S H A N G H A I

21 世纪高职高专精品教材·经贸类通用系列

# 国际商法(第二版)

主 编 金晓晨

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法(第二版)/金晓晨主编  
 北京:中国人民大学出版社,2008  
 21世纪高职高专精品教材·经贸类通用系列  
 ISBN 978-7-300-09114-3

I. 国…		
II. 金…		
III. 国际商法-高等学校:技术学校-教材		
IV. D996.1		
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 033961 号		

21世纪高职高专精品教材·经贸类通用系列

国际商法(第二版)

主 编 金晓晨

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街31号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242(总编室)

010-62511398(质管部)

010-82501766(邮购部)

010-62514148(门市部)

010-62515195(发行公司)

010-62515275(盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北秦皇岛市昌黎文苑印刷有限公司

版 次 2004年4月第1版

规 格 170mm×228mm 16开本

2008年4月第2版

印 张 15.25

印 次 2008年4月第1次印刷

字 数 274 000

定 价 25.00元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 修订说明

香 隆

凡 1 年 8008

国际商法既包括国内的商事交易法律规则，也包括国外的商事交易法律规则，其教学目标是为国际与国内两个市场培养人才，使学生既懂得国际商贸的基本理论，也了解有关的国际商事法律规则。

近年来，我国下列有关商事立法进行了修改，内容变化较大：

2006年修改了《中华人民共和国合伙企业法》。其修改不仅涉及法条多、改动幅度大，使合伙企业法更加完备，对原合伙企业法的很多制度与规则都进行了重新设计，而且引入了特殊的普通合伙企业和有限合伙企业两种新型合伙企业形式。

2005年修改了《中华人民共和国公司法》。其增、删、改条文总数达224条之多，其中新增条文41条，删除条文46条，修改条文137条，没有任何改动的条文仅占原公司法条文总数不到10%。同时，这种大修大改是在制度和规则上的突破和创新，而不仅仅是条文和文字的简单改动。

2004年修订了《中华人民共和国对外贸易法》，允许法人或其他组织取得外贸权，并且在外贸权的授予方面废除许可制，实行备案登记制，目的在于履行《中国加入议定书》规定的义务。这不仅实现了我国的外贸代理制度与《民法》、《合同法》的完全统一，同时也意味着外贸主管部门从权力部门转向服务部门，其职能从掌控和分配外贸资源转向为外贸经营者提供信息服务和营造良好市场环境。

为了使教学内容与时俱进，我们认为有必要根据法条的变化对本教材进行修订，对若干已经发展和变化之处进行增补更新。

## 2 国际商法 (第二版)

另外,在几年的使用过程中,我们也感到本教材的个别章节依照传统的教学内容编写不仅体例不够完整,且不能充分反映国际商法实践的新发展,有必要对其进行适当调整,对一些重点与难点内容补充阐释,如将原教材中“票据法”一章修改为“国际贸易支付”。

本次修订的分工如下:第一章由马智鑫、宋晓莹负责;第二章由杨倩负责;第三章由叶文娟负责;第四章由马智鑫、宋晓莹负责;第五章由叶文娟负责;第六章由金晓晨负责;第七章由杨倩负责;第八章由金晓晨负责。全书由金晓晨总纂。

由于编者水平有限,错误与不妥之处在所难免,敬请读者批评指正。

编者

2008年1月



## 第一版前言

国际商法的基本原则和基本规则反映了国际商事交易的基本规律，是大多数国家认可的基本准则，也是国际商事活动中当事人必须遵循的准则。因此，国际经济贸易专业的学生不仅要懂得国际经济贸易的基本理论，熟悉中国对外经济贸易的方针、政策及进出口业务，而且也需要了解有关国际商法的基本知识，以便适应中国在加入世界贸易组织后的法律“游戏规则”，自觉地运用法律武器维护自身的利益。

作为高职高专教材，本书在编写中针对高职高专学生的特点，突出了以下几点：首先是以必须和够用为原则，去繁就简，注重介绍国际商法的基本知识、基本理论与基本问题；其次是注意文字表达的通俗性，对一些法律术语尽可能作简洁明了的解释，以适应对法学知识了解不多的非法学专业学生；再次是力求使学生肯学、易记和能运用，突出针对性和实用性。不仅每章之前通过引例启发学生的学习兴趣，而且还在每章之后设置了思考题及案例分析题，以使学生在学习原理的基础上培养自身的思考和分析能力，从而加深对法律规则的理解。

全书共分八章，第一章由金晓晨、范蔚蔚撰写；第二章由陈思含撰写；第三章由刘志赟撰写；第四章由白静撰写；第五章由顾越撰写；第六章由许纯撰写；第七章由范蔚蔚撰写；第八章由金晓晨、刘志赟撰写。全书由金晓晨总纂。

由于编者水平有限，错误与不妥之处在所难免，敬请读者批评指正。

编者

2003年10月

# 目 录

(185)	<b>第一章 绪论</b> .....	(1)
(186)	第一节 国际商法的概念及渊源 .....	(1)
(187)	第二节 大陆法系与英美法系的概念及特点 .....	(5)
	第三节 法律冲突与法律适用 .....	(9)
(188)	<b>第二章 国际商事组织法</b> .....	(13)
(189)	第一节 国际商事组织的基本法律形式 .....	(14)
	第二节 合伙企业法 .....	(17)
(192)	第三节 公司法 .....	(21)
(193)	第四节 中国的合伙企业法 .....	(41)
(194)	第五节 中国的公司法 .....	(50)
(195)	<b>第三章 代理法</b> .....	(62)
(196)	第一节 概述 .....	(62)
	第二节 代理的法律关系 .....	(67)
	第三节 承担特别责任的代理人 .....	(72)
	第四节 中国的代理法与外贸代理制度 .....	(75)



第四章 国际货物买卖法 .....	(78)
第一节 合同法概述 .....	(79)
第二节 国际货物买卖合同 .....	(97)
第三节 国际货物买卖合同的成立 .....	(100)
第四节 卖方和买方的义务 .....	(104)
第五节 对违反买卖合同的救济方法 .....	(112)
第六节 货物所有权与风险的转移 .....	(119)
第七节 中国的合同法 .....	(124)
第五章 国际产品责任法 .....	(130)
第一节 产品责任法概述 .....	(131)
第二节 产品责任的归责原则 .....	(133)
第三节 产品责任的法律构成 .....	(139)
第四节 产品责任的诉讼 .....	(144)
第五节 中国的产品责任法 .....	(151)
(1) 第六章 国际海上货物运输与保险法 .....	(155)
(1) 第一节 国际海上货物运输法 .....	(156)
(2) 第二节 国际海上货物运输保险法 .....	(176)
(3) .....	
第七章 国际贸易支付 .....	(188)
(4) 第一节 国际贸易的支付工具 .....	(188)
(4) 第二节 国际贸易的支付方式 .....	(204)
(5) .....	
(18) 第八章 国际商事争端的解决 .....	(212)
(14) 第一节 国际商事争端的解决方式 .....	(212)
(20) 第二节 国际商事仲裁 .....	(215)
第三节 国际商事诉讼 .....	(225)
(20) .....	
(20) 主要参考书目 .....	(231)
(20) .....	
(20) .....	
(20) .....	



# 第一章

## 绪论

通过本章的学习应该掌握：

- 国际商法的概念及渊源；
- 大陆法系与英美法系的区别；
- 国际商事交易的法律适用。

### 引例及启示

一家美国公司在某地的子公司与一家中国公司签订了一份纺织品购销合同。该合同是在新加坡洽谈并签订的，要求中国公司将纺织品从中国运往美国母公司。因卖方中国公司延期交货，买方依合同规定在美国法院提起诉讼，但双方没有约定解决合同纠纷应适用哪个国家的法律。

问：对此，美国法院应如何处理？

### 第一节 国际商法的概念及渊源

#### 一、国际商法概述

##### (一) 国际商法的概念

国际商法，是指调整跨越国界或区域的商事组织之间在从事国际商事交易活

动中所形成的各种关系的法律规范的总和。

国际商法是随着现代国际经济贸易的发展,于20世纪60年代在传统商法基础上形成并发展起来的一个新的独立的法学领域。其调整对象和范围比传统商法更为广泛,特别是随着经济全球化和知识经济的发展,使得国际商事交易除了传统的货物贸易以外,还出现了技术贸易、服务贸易以及其他一些新型的国际商事交易方式,比如国际技术转让、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际租赁等。这些交易方式远远超出了传统商法调整的范围,因此人们将调整这些交易的法律统称为国际商法。一般而言,调整国际商事交易关系的法律可分为以下几类。

### 1. 规范国际商事组织的法律

由于一切国际商事交易关系是由国际商事组织建立和承受的,因此,规范从事国际商事活动的国际商事组织法在整个国际商法中占有重要地位,它主要包括个人独资企业法、合伙企业法以及公司法。

### 2. 调整国际商事组织之间商事交易的法律

这类法律主要包括国际商事代理法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法等。除此以外,由于国际商事交易的多样化、复杂化,调整国际商事组织之间商事交易的法律涉及的范围越来越广。限于篇幅,本书仅对其核心部分加以介绍。

### 3. 解决国际商事争议的法律

解决国际商事争议的方式主要有协商、调解、仲裁和诉讼,因此这类法律主要包括国际商事仲裁法和国际商事诉讼法。

## (二) 国际商法与其他相邻法律部门的区别

国际商法虽与国际经济法、国际贸易法、国际私法同属于国际性法律规范,但它们之间又存在着差别。

### 1. 国际商法与国际经济法的区别

国际经济法是调整国家、国际组织、不同国家的法人与个人间的经济关系的国际法规范和国内法规范的总称,其范围包括国际贸易法、国际投资法、国际货币金融法、国际税法和国际经济组织法等。两者的区别在于:首先,国际经济法与国际商法的主体不同,前者的主体比后者广泛,除了一般的商事组织外,还包括国家和国际组织;后者的主体仅限于各国的商事组织。其次,国际经济法与国际商法的调整对象不同,前者的调整对象不仅包括平等主体之间的商事关系,如国际货物买卖关系、国际货物运输关系,而且还包括国家或国际组织对国际经济活动的管理关系,如国家在外汇管制以及防止国际逃税与避税中形成的关系。

2. 国际商法与国际贸易法的区别

国际贸易法是调整各国间货物、技术、服务的交换关系以及与这种交换关系有关的各种法律制度与法律规范的总和。其范围包括进出口许可证制度、外汇管制法、反垄断法等。一般认为,国际贸易法突破了传统商法的界线,增加了国家调整和管制贸易的内容。因此,国际贸易法是指传统的商法与国家管理商事活动的法律规范的总称,而传统的商法仅是贸易法的一个组成部分。此外,国际商法属于私法领域,而国际贸易法既包括国家管理商事活动的公法内容,也包括传统商法的私法内容。

3. 国际商法与国际私法的区别

国际私法是调整涉外民商事关系的法律规范的总称。其调整方法包括间接调整和直接调整,由于它以解决各国法律冲突为中心任务,故又以间接调整方法为主。所谓间接调整,即在有关的国内法或国际法中规定某类涉外民商事关系受何种法律调整或支配,而不直接规定当事人之间实体的权利与义务的一种调整方法;直接调整方法则是以直接规定当事人之间权利与义务的实体规范来调整其关系的一种方法。而国际商法调整的内容以实体上的权利与义务为主,调整手段以直接调整为主。

## 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,主要有国际商事条约、国际商事惯例和各国商事立法。

### (一) 国际商事条约

作为国际商事主体的国家和国际组织缔结的调整国际商事活动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》(即《汉堡规则》)、《国际汇票和本票公约》、1980年《联合国国际货物多式联运公约》等;另一种是属于冲突法规则的国际公约,如《联合国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得到普遍遵守的商事原则和规则。与国际商事条约不同的是,国际商事惯例不是由国家或政府间国际组织缔结的,而是在国际商事活动长期实践的基础上逐渐形成和发展起来的。在其形成和发展的初期,它一般尚未正式成文,随着实践的积累,一些国际性民间组织把其中已定型的行为规范和行为准则,分门别

类,编纂成文,供当事人使用,以更利于实践。对国际商事活动有约束力的惯例须具备以下三个条件:(1)内容确定,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) 各国国内立法

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,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;而且,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。

目前,对国际商法的制定最有影响的,是大陆法系及英美法系国家的法律。在大陆法系国家,商法主要采用法典的形式。其编纂体例又分为两种,其中主要的一种是民商分立的形式,即将民法与商法分别编纂为两部法律。在这类国家,一般将买卖法编入民法典,在民法典中列专章或在债编中予以规定;此外,还在商法典中对买卖的特别事项作出规定。采取民商分立的国家有法国、德国、日本等国家。另一种是民商合一的国家,没有单独的商法典,而将买卖法在内的商法内容并入民法典,如意大利等国。在英美法系国家,商法则主要采取单行法规的形式。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、中国商法的渊源

1949年新中国成立后到1993年,国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的行政手段,因此商法不发达。1993年后,我国陆续颁布了一系列商事法律,商法作为一个独立的法律部门逐渐形成并完善。

在我国,商法的渊源主要为制定法、立法和司法解释等。具体而言,可分为以下几种:

(1) 法律。即全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的规范性文件,如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国保险

法》、《中华人民共和国海商法》等。

(2) 行政法规。即国务院及其所属机构制定的规范性文件，如《中华人民共和国公司登记管理条例》、《银行结算办法》、《国务院关于股份有限公司境外上市外资股的规定》等。

(3) 地方性法规。即地方权力机关和行政机关制定的规范性文件，如《深圳经济特区商事条例》等。

(4) 国际条约与国际惯例。这包括我国参加的国际条约，如《联合国国际货物销售合同条约》，以及国际商事交易实践中当事人采用的《国际商事合同通则》、《国际贸易术语解释通则》等。

(5) 立法解释和司法解释，如全国人大常委会关于商事法律的立法解释和最高人民法院对商事立法的司法解释。

## 第二节 大陆法系与英美法系的概念及特点

所谓法系，是指比较法学家按照法的历史传统和形式上的某些特征，对世界各国法律体系所作的分类。目前，对世界各国法律制度和国际商法影响最大的是英美法系和大陆法系。这两大法系各具特点，有很大不同。这种不同很大程度上会影响其国内商事法，因为一国国内商事法是一国法律体系的有机组成部分，它不可能脱离一国的法律体系而孤立存在。目前各国国内商事法仍是国际商法的重要补充，因此，我们在学习和研究国际商法时，有必要了解西方两大主要法系的基本特征，这将有助于我们更好地理解有关国家的国内商事法。

### 一、大陆法系

#### (一) 大陆法系的概念

大陆法系又称民法法系、罗马法系，是指以古代罗马法为基础而形成和发展起来的法律体系的总称。它是在罗马帝国消亡过程中，在欧洲大陆，特别是在13世纪的西欧逐渐发展起来的法律制度，所以称之为大陆法系。因大陆法系中的民法受罗马法影响最为强烈和广泛，且1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》的颁布对大陆法系的发展有强大的推动作用，标志着其走向成熟与完善，故大陆法系又被称为民法法系。

法国和德国同属大陆法系，但又代表着两个支系。以《法国民法典》为代表的法国法系以强调个人权利为主导思想，反映了自由资本主义时期社会经济的特



点;以《德国民法典》为基础建立起来的德国法系强调社会利益,是垄断资本主义时期法律的典型。许多欧洲大陆国家,如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙、奥地利、丹麦、挪威、芬兰、瑞典、希腊等,以及整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的一些国家,还有日本、泰国等的法律均属于大陆法系。某些英美法系国家的个别地区,如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省、英国的苏格兰等的法律也属于大陆法系的范畴。

(二) 大陆法系的结构特点

大陆法系的结构特点是强调成文法的作用,注重法律的系统化、条理化、逻辑化和法典化,这在其法学上和立法中都有反映。首先,在法学上,大陆法系将法律分为公法和私法两大部分。公法一般指与国家状况有关的法律,包括宪法、行政法、刑法和诉讼法等;私法一般是指与个人利益有关的法律,包括民法和商法等。其次,大陆法系各国都主张编纂法典,十分重视成文法的作用。如法国在资产阶级革命胜利后,曾先后颁布了民法典、商法典、刑法典等五部法典,其他大陆法国家也制定了类似的法典。但各国在法典的编制体例上却不完全相同,就民商法而言,有些大陆法国家将民法与商法分别编成两部独立的法典,如法国、德国、日本等国家;也有一些大陆法国家把商法并入民法典中,作为民法典的一个组成部分,如意大利只有民法典,瑞士只有债法典。

(三) 大陆法的渊源

大陆法国家是成文法国家,法律是大陆法的主要渊源,包括宪法、法典、法典以外的法律和条例等。判例在大陆法国家原则上不作为法的正式渊源。

## 二、英美法系

### (一) 英美法系的概念

英美法系又称普通法系,是指以英国普通法为基础而形成和发展起来的法律体系的总称。需说明的是,普通法系以英国普通法为基础,但并不仅指普通法,而是指在英国的三种法律,即普通法、衡平法和制定法的总称。尽管衡平法和制定法对普通法系的形成有一定的影响,但不及普通法的影响大。

美国法律作为一个整体来说,属于普通法系,但具有不同于英国法的很多特征,就像大陆法系以法国和德国的法律为代表并分为两个支系一样,普通法系虽以英、美两国法律为代表,但又分为英国法和美国法两个支系。

普通法形成于英国,以后扩展到美国及其他过去曾受英国殖民统治的国家和地区,主要包括加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚和新加坡等,中国的香港地区也采用英美法系。

## （二）英美法系的结构特点

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两部分。

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。威廉一世为了缓和同被征服者之间的矛盾，宣布尊重原来的当地习惯法，并设立王室法院，实行巡回审判制。巡回法官在审案时，除依据国王的诏书、敕令和制定法外，主要根据当地的习惯法与惯例作出判决。然后各地巡回法官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，并得到国家的确认，成为全国普遍适用的普通法。到了14世纪，普通法的内容已不能适应社会发展的需要，主要表现在普通法的救济方法单一，诉讼程序充满形式主义，普通法院的法官因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向英王提出申诉，由英王的近臣枢密院大法官在不受普通法约束的条件下，按公平与正义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大部分，这种分类是美国法律结构中最显著的特点。凡宪法未授予联邦或不禁止各州行使的权利，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权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，联邦只能在联邦宪法所规定的范围内行使立法权，否则各州可以指责联邦违宪，并可对违宪的联邦法拒绝执行。凡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去审理案件。

## （三）英美法的渊源

判例法是英美法的主要渊源，这是区别于大陆法的一个主要特征。但随着19世纪末20世纪初以来成文法在英美法国家的比重和作用不断上升，成文法也成为英美法的重要渊源，如英国的《票据法》（1882年）、《合伙法》（1890年）、



《货物买卖法》(1893年),美国的《美国统一商法典》(1952年)等。(二)

### 三、大陆法系和英美法系的区别

简要阐述两大法系的区别,可以从中看出两大法系各自的特点。概括起来,两大法系的区别主要有以下几点。

(一) 法律的主要渊源不同  
大陆法系继承并发展了罗马法,以成文法作为法律的主要渊源。英美法系则是继承并发展了日耳曼的习惯法,以判例法作为法律的主要渊源。对英美法系来讲,即使将所有相同渊源的成文法全部集中起来,也不能构成任何完整的法律体系,而且在英美法系国家,即使是成文法也必须经过法院判例的解释才能起作用。

(二) 司法机关的地位不同  
在大陆法系国家,司法机关必须根据成文法的条文从事司法活动,故较之立法机关处于从属地位。由于判例是英美法系的主要法律渊源,且判例又是由高等法院的法官发现和创造的,即使国会(立法机关)制定的成文法也须由法院通过对相应案件的判决,形成判例予以解释和肯定后,才能起作用并具有约束力。故此,英美法系国家的司法机关处于优越地位。

(三) 法律推理方式不同  
大陆法系实行从一般规则到个别案件判决的演绎法,法官的审理活动是应用通行的法律去处理个别案件中的具体问题。大陆法的法意识是一般性的、抽象的,逻辑方法是演绎的,即以法规为大前提,以事实为小前提,再引出结论。英美法系实行从判例到判例进而总结出法律一般规则的归纳法,上诉法院以上的法官事实上可以创制法律规则。英美法的法意识是具体的、实际的。法官在判案时,均是对照有关判例,对案件的事实和各种因素进行详细的分析、比较与审查后才作出判决。

(四) 法律结构不同  
大陆法系国家不但制定成文法,而且还将全部法律制度划分为公法和私法两大部分,两者之间的关系在当代虽然相互渗透,但界限还是基本清楚的。英美法系国家中并不明确划分公法和私法,但普通法和衡平法的划分却非常明显。

#### (五) 法律的重心不同

大陆法系以实体法为中心,法院在审理案件时重视实体法多于注重程序法。英美法系则以诉讼法为中心,法院在审理案件时,比较重视诉讼程序,尽管自19世纪末叶以来,已简化了诉讼程序,但因判例是法律的主要渊源,故诉讼程序仍然占有十分重要的地位。

#### （六）法律分类不同

大陆法系国家依据法律所调整的社会关系的性质不同，划分出不同的法律部门，如民法、商法、行政法、刑法、诉讼法等。每一个部门多以一部法典为核心，辅以针对一些具体、专门问题的细则，构成一个有机的法律体系，而各个法律部门在宪法的统领下，井然有序地调整和规范该国所有重要的社会关系，如日本和中国台湾地区将法律汇编称为“六法全书”。英美法系国家未明确划分具体法律部门，他们往往采取社会生活需要什么法律就制定什么法律或改变原先的判例规则的实用主义办法，单行法规较多，灵活性较大，但法律制度的系统性比大陆法系国家稍逊一筹。

### 第三节 法律冲突与法律适用

#### 一、法律冲突的概念及产生原因

##### （一）法律冲突的概念

法律冲突是一种普遍存在的现象。从广义上讲，它是指调整同一社会关系或解决同一问题的不同法律制度由于各自内容的差异和位阶的高低而导致相互在效力上的抵触。具体来说，由于任何一种涉外商事关系都涉及两个或两个以上国家的法律，而不同国家因政治、经济制度及法律传统各不相同，其商法规定千差万别，所以，常常在处理同一问题时，依一国的法律，可能认为已经成立一个有效的民事法律关系，而依另一国的法律，却会认为它还不能有效成立，这就是通常所讲的法律冲突。确切而言，所谓国际商法领域的法律冲突，就是对同一商事关系因所涉各国立法不同且都可能对它进行管辖而产生的法律适用上的冲突。

##### （二）法律冲突产生的原因

一般认为，在处理涉外商事关系时之所以会产生法律适用上的冲突，有以下三方面原因：

（1）内国赋予外国人、外国企业民事权利。这是法律冲突产生的前提条件。由于许多国家国内法允许外国人、外国企业享有民事权利，在本国参与商事活动，因而会产生商事领域中外国人与外国企业作为主体的涉外商事法律关系，这种在现实生活中大量出现的含有涉外因素的商事法律关系会导致法律冲突的发生。

（2）所涉各国商法上的规定不同。这是法律冲突产生的可能条件。由于各国政治、经济制度不同，道德观念、宗教信仰以及传统的生活方式也存在差异，其