

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY

上海交通大学出版社

地址：上海南京东路15号

电话：021-62470044

邮编：200030

网址：http://www.sjtu.edu.cn

国际商法案例教程

上海交通大学出版社

21 世纪全国高职高专国际贸易专业教材

国际商法案例教程

主 编 董宝琪
副主编 彭宗群



A1025923

中国劳动社会保障出版社

版权所有

翻印必究

图书在版编目(CIP)数据

国际商法案例教程/董宝琪主编. — 北京:中国劳动社会保障出版社,2002
ISBN 7-5045-3534-6

I. 国…

II. 董…

III. 国际商法-案例-教材

IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 043188 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码:100029)

出 版 人:张梦欣

北京市艺辉印刷有限公司印刷 新华书店经销

787 毫米×1092 毫米 16 开本 16.75 印张 417 千字

2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

印数:3000 册

定价:29.00 元

读者服务部电话:64929211

发行部电话:64911190

出版社网址:<http://www.class.com.cn>

内 容 简 介

本书是劳动和社会保障部教材办公室组织编写的 21 世纪全国高职高专国际贸易专业教材。

本书共八章，主要包括：国际商法概述，国际商事主体法律制度，国际商事合同法律制度，代理法律制度，国际货物运输与保险法律制度，国际贸易支付法律制度，国际商事争议的解决。

本书第一章、第八章由董宝琪编写，第二章第一节至第四节、第五章由沈少杰编写，第二章第五节、第三章、第四章、第六章、第七章由彭宗群编写，全书由董宝琪、彭宗群统一审校修改定稿。

本书还可供高职院校经济类、管理类本专科学生使用，也可供广大在职人员自学使用。

前 言

我国高等职业技术教育是改革开放的产物，是社会经济发展对职业教育提出的更高层次的要求，是中等职业教育的继续和发展。为了进一步适应经济发展对高等技术应用型人才的需求，国家正在理顺高等职业教育、高等专科教育和成人高等教育三者的关系（简称为高职高专教育），力求形成合力，将目标统一到培养高等技术应用型人才上来。

为了贯彻落实党中央、国务院关于大力发展高等职业教育、培养高等技术应用型人才的指示精神，解决高等职业教育缺乏适用教材的问题，劳动和社会保障部教材办公室从1999年下半年开始，组织部分高校编写了“21世纪全国高职高专专业教材”。这套教材具有三大特点：①为高等职业教育、高等专科教育和成人高等教育“三教”的整合与升级服务；②体现高职高专教育以培养高等技术应用型人才为宗旨，使学生获得相应职业领域的职业能力；③以专业教材为主，突出以应用技术、创造性技能和专业理论相结合为特色。目前我们已出版的高职高专专业教材有机械类、电工类和医学美容、汽车检测与维修、国际贸易、建筑装饰等专业的教材，今后还将陆续开发计算机技术、电子商务、机电一体化、数控技术等10余个专业的教材。力争逐步建立起涵盖高职高专各主要专业，符合市场要求，满足经济建设需要的高职高专院校专业教材体系。

在本套教材的编写工作中，我们注意了以下两点：一是目标明确。立足于高等技术应用类型的专业，以培养生产建设、三产服务、经营管理第一线的高等职业技术应用型人才为根本任务，以适应经济建设的需求。二是突出特色。教材以国家职业标准为依据，以培养技术应用能力为主线，全面设计学生的知识、职业能力和培养方案，以“适用、管用、够用”为原则，从职业分析入手，根据职业岗位群所需的知识结构来确定教材的具体内容，在基础理论适度的前提下，突出其职业教育的功能，力争达到理论与实践的完美结合，知识与应用的有机统一，以保证高职高专教育目标的顺利实现。

编写这套适用于全国高职高专教育有关专业的教材既是一项开创性工作，又是一项系统工程，参与编写这套系列专业教材的各有关院校的专家们，为此付出了艰辛的努力，谨向他们表示感谢。同时由于缺乏经验，这套教材难免存在某些缺点和不足，在此，我们恳切希望广大读者提出宝贵意见和建议，以便今后修订并逐步完善。

劳动和社会保障部
教材办公室
2001. 11

序

2001年11月10日无论是对中国,还是对世界而言,是一个值得纪念的重大的历史性时刻,从这一天起,我国正式加入了有“经济联合国”之称的世界贸易组织(WTO)。这一历史事件不仅对于中华民族的伟大复兴,对于我国的社会主义现代化建设将产生积极的、无可估量的影响,而且对于改变世界的经济格局、繁荣全球的经济也将产生深远而持久的重大战略影响。

但是,应当看到的是,加入世界贸易组织不只是意味着将拥有巨大的发展机遇,也意味着将面临更严峻的挑战和冲击。因为在这一“经济联合国”框架之下形成了具有国际市场与国内市场统一、国际竞争与国内竞争统一、国际交易规则与国内交易规则统一、产品输出与输入的“门槛”统一的经济新格局。市场法则将无情地、不分国籍地检验着各国产品在同一市场上的较量及其输赢,纯而又纯的民族经济已不复存在,代之而起的将是经济成分更加多元化和复杂化的混合经济。这样一个简单而又明了的观念将被彻底地得到印证,都要到世界上成本最低的地方去生产,到世界上能赚取更多利润的地方去销售。在这一观念带动下,将形成国际范围内的资本流动,国际范围内的人才流动,以及国际范围内的生产基地及销售市场的流动。

对于中国这一世界上最大的发展中国家而言,如何化解国外大资本以及极富竞争力的国外工业品或农产品的输入对我国现有产业的冲击;如何迅速调整及修改我国现有的法规与条例,以适应国际市场通行的“游戏规则”;如何应对入世之后所产生的这种“国内竞争国际化,国际竞争国内化”的日益加剧的复杂的市场竞争格局,实在是至关重要的。可以预见的是,从现在起一个相当长的时期中,各行各业都将需要一大批既熟悉国际商贸规则及国际市场,又熟悉国内商贸规则及国内市场的高级外贸人才、高级管理人才、高级金融与保险人才等等。如果我们自己不抓紧培养这类人才,那么在入世之后我们将会遇到极大的困难,甚至遭受巨大的损失。

我院一批中青年教师编写了一套外贸高职系列教材,它们是:《进出口业务新教程》《国际贸易新教程》《国际电子商务教程》《进出口业务实训教程》《国际市场营销新教程》《国际商法案例教程》《国际金融与结算新教程》《网络营销与推广新教程》共8本。本套教材的最大特点是将理论与实务、知识与技术、流程与惯例、传统技法与最新手段较好地揉合在一起,采用尽量贴近实际业务流程的写法,深入浅出,通俗易懂,配合大量的案例或例证,使读者有耳目一新之感。

我们欣然为本套教材“呐喊”，因为这是高职教育园地中一簇鲜艳的花朵，它的问世很好地体现了多年前我们就极力主张的“高职教育的文科教材要以实务为中心，以案例为中心、以问题为中心”的思想。我们盼望通过该批系列教材的出版，将有更多更鲜艳的花朵问世，共同来为高职教育做贡献。

俞仲文

2002年1月16日

注：俞仲文，研究员，深圳职业技术学院党委书记、院长

目 录

第一章 国际商法概述	(1)
第一节 国际商法概念和渊源.....	(1)
第二节 西方两大法系的形成及其特点.....	(6)
第三节 国际商法的产生与发展.....	(11)
第四节 中国商事立法的产生与发展.....	(15)
第二章 国际商事主体法律制度	(21)
第一节 商事主体概述.....	(21)
第二节 独资企业.....	(28)
第三节 合伙企业.....	(31)
第四节 公司.....	(38)
第五节 中国外商投资企业法.....	(48)
第三章 国际商事合同法律制度 (上)	(60)
第一节 合同法概述.....	(60)
第二节 合同的订立与生效.....	(67)
第三节 合同的履行.....	(83)
第四章 国际商事合同法律制度 (下)	(100)
第一节 国际货物买卖合同法律制度.....	(100)
第二节 国际技术贸易合同.....	(122)
第五章 代理法律制度	(133)
第一节 代理制度的二元模式.....	(133)
第二节 大陆法和英美法的代理制度.....	(138)
第三节 代理法律关系中的权利和义务.....	(147)
第四节 几种主要的商事代理制度.....	(148)
第五节 国际货物销售代理公约.....	(156)
第六节 我国的外贸代理制.....	(158)
第六章 国际货物运输与保险法律制度	(162)
第一节 国际货物海上运输.....	(162)
第二节 国际货物其他方式运输.....	(174)
第三节 国际货物运输保险.....	(179)
第七章 国际贸易支付法律制度	(188)
第一节 国际贸易支付工具.....	(188)
第二节 国际支付方式法律制度.....	(216)

第八章 国际商事争议的解决	(227)
第一节 商事争议解决方式概述.....	(227)
第二节 国际商事调解.....	(229)
第三节 国际商事仲裁.....	(231)
第四节 国际商事诉讼.....	(242)
第五节 WTO 国际贸易争端解决办法	(251)

第一章 国际商法概述

内容提要:

本章分为四节,分别对国际商法的概念、基础法律、法律规范、调整对象、法律渊源、商事主体等将在以后出现的基本法律概念进行介绍;对比两大法系的形成,列举其特点,对两大法系的司法体制作介绍;描述国际统一商法的立法演进,分析国际商事发展与国际商事统一立法的关系;对中国商事发展及其立法作了概括的介绍。通过本章的学习,为以后章节的学习奠定基础。

第一节 国际商法概念和渊源

案例:

1986年7月27日我国某公司应荷兰A商号的请求,报出某初级产品100吨,每吨鹿特丹到岸价格(CIF)人民币3900元即期装运的实盘。对方接收到我方报盘后,没作承诺表示,而是再三请求我方增加数量,降低价格,一再延长要约有效期。我方曾将数量增至300吨,价格每吨鹿特丹CIF减至人民币3800元,并两次延长了要约的有效期,最后延至8月30日。荷兰于8月26日来电接受该盘。我方公司在接到对方承诺电报时,发现巴西因受旱灾而影响到该产品的产量,国际市场价格暴涨,从而我方拒绝成交,并复电称:“由于世界市场价格变化,货物在接到承诺电报前已售出。”但荷方不同意这一说法,认为承诺是在要约有效期内作出,因而是有效的,坚持要求我方按要约的条件履行合同,并提出,要么执行合同,要么赔偿对方差价损失40余万元人民币,否则将提起诉讼。

问题:

1. 国际商法的概念及国际商事主体的内涵是什么?
2. 国际商法与其他相关法律学科的关系怎样?
3. 国际商法的法律渊源有哪些?
4. A商号对我国的这家公司提起诉讼请求是否应当支持?为什么?
5. 双方间的买卖合同是否成立?

一、概念

国际商法(International Commercial Law),是调整国际市场经济中国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事关系的法律规范的总称。

(一) 国际商事主体

指在国际商事交易关系中依法可以享有国际商事权利和承担国际商事义务的法律人格者,即国际商事关系的当事人,主要是具有权利能力和行为能力的商自然人、商法人及商业

合伙组织。

具有权利能力和行为能力的自然人以自己的独立名义进行国际贸易、国际投资、国际融资、国际代理、国际技术转让等国际商事交易活动，并独立承担相应的国际商事义务，是国际商事关系的基本主体。

具有法人资格的公司、企业等商法人在国际商事交易中地位显著，作用突出，是国际商事关系的重要主体，特别是跨国公司和跨国企业，由于其拥有雄厚的经济实力和强劲的技术优势，对现代国际商事关系的产生和发展具有重大战略影响。

商业合伙组织，是指在中国境内设立的，由各个合伙人订立合伙协议，共同出资，合伙经营，共享收益，共担风险，并对合伙企业的债务承担无限连带责任的盈利性组织。它是独立于商自然人与商法人之外的又一重要国际商事主体。

（二）国际商事交易

指国际上任何提供或交换商品或服务的交易；销售协议；商业代理；代理；租赁；建筑工程；咨询；工程；许可证；银行；保险；开发协议或特许；合营或其他形式的工商业合作；空中、海上、铁路或公路的货运或客运，等等，几乎包括所有第一、第二和第三产业的契约性或非契约性的国际经济贸易合作与交流。

（三）国际商事关系

指国际商事主体在国际商事交易中实施商事法律行为后而形成相互之间的一种以财产为基础的法律关系。传统的国际商法以有形商品交流为核心，调整对象是货物贸易法律关系、商事合同法律关系、票据法律关系、保险法律关系等。随着当代世界工业与技术革命突飞猛进，国际经济各个领域不断演化，紧密交错，相济互补，互为依存。无形商品国际交流的产生，拓宽了国际商法的领域，国际商品交换的多元化导致了国际商事交易的多式化，形成了新型的国际商事关系，如国际投资法律关系、国际金融法律关系、国际租赁法律关系、国际知识产权法律关系、国际技术转让法律关系、国际工程承包法律关系，等等。

综上所述，当代国际商法涵盖面广，内容丰富，是顺应市场经济发展、国际商事交易的需要而产生并逐渐完善的跨学科、跨门类的法律体系，其范围处于动态，目前包括国际货物贸易法、国际商事合同法、国际商事企业法、国际代理法、国际海商法、国际票据法、国际保险法、国际投资法、国际金融法、国际租赁法、国际知识产权法、国际技术转让法、国际工程承包法等，随着国际经济的发展而相应调整，逐步扩大。

二、调整对象

法律调整的对象是划分法律部门的首要标准。

1961年，英国著名的国际贸易法专家施米托夫教授发表了《国际商法——新的商人习惯法》一文，提出了国际商法这一概念，并认为国际商法包括两个主要分支：

1. 国际贸易法

国际贸易法，其中国际货物买卖是该法的主要内容，还包括国际结算、运输和保险中的法律问题。

2. 国际公司法

国际公司法，即是规定根据一国法律设立但又在其他国家具有商业利益的公司的法律问题。这种商业利益表现在，在其他国家设立子公司，或在联合公司中占有股份，或参加联合管理，或者采取其他形式。

从施米托夫教授对国际商法内容的描述中我们看到,国际商法调整的对象是传统的国际商事交易关系和跨国公司行为关系。

我们认为,随着世界经济日益国际化,尤其是国际贸易的迅猛发展,无论是商事关系还是商事主体较之传统商法都会发生深刻的变化,国际商法的调整对象和范围比传统的商法更为广泛。传统的商法主要包括商行为法、公司法、票据法、海商法、保险法等内容。但是,随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和商事交易的多样化、复杂化,除了国际货物买卖有了巨大的发展以外,还出现了许多新型的国际商事交易和贸易做法,如国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁,等等。这些交易已超出了传统商法调整的范围,有人把它们称为国际商事交易(International Commercial Transaction),并把调整这些交易的法律统称为国际交易法(The Law of International Transactions),或国际商法。其调整范围不仅包括有形商品(货物)的国际交易,而且包括技术、资金和劳务在国际流动中所产生的各种关系。

三、国际商法与相关法律学科的关系

(一) 国际商法与国际私法的关系

关于国际私法的定义和范围,国际私法学界历来有不同的解释。(1)国际私法仅包括或主要包括调整涉外民事法律关系的冲突规范;(2)国际私法不仅包括调整涉外民事法律关系的冲突规范,还包括国际统一实体规范;(3)国际私法不仅包括冲突规范、统一实体规范,还包括国内法中专门调整涉外民事法律关系的实体规范。

在上述三种观点中,第一种观点在国际上是较普遍的观点。从这种观点出发,国际商法与国际私法的区别显而易见。从公法和私法的角度划分,国际商法应属于私法范畴,但是,国际私法是主要调整涉外民事法律关系的冲突规范,而国际商法主要是调整国际商事关系和商事组织关系的实体规范,二者无论在冲突规范、实体规范方面,还是在涉外民事法律关系与国际商事关系方面都是不同的。

按照上述第二、第三种观点,国际私法的调整范围在人为地扩大,于理论与实践、科学地划分学科之间的界限都是不利的。如果这些观点能够成立,国际商法似乎已无存在的必要,国际商法很可能被包容在国际私法的所谓“统一实体规范”当中,所以我们认为这两种观点是不可取的。

(二) 国际商法与国际经济法的关系

与国际商法一样,国际经济法也是一门正在形成和发展的学科。关于国际商法与国际经济法的关系,目前还很难得出确切的结论。因为,就国际经济法本身在法律体系中的地位和作用,在国际法学界一直就存在不同的看法,概括起来可归纳为如下三种观点:

1. 国际经济法属公法,国际商法属私法

国际经济法是国际公法的一个分支,这种观点把国际经济法看成是调整政府间、政府与国际经济组织间以及国际经济组织相互间的经济关系的法律规范。这种意义上的国际经济法与国际商法的区分是显而易见的,单就主体来看,即可将二者区别开来,即国际商法的主体是商个人、商法人、商合伙,而不包括政府和国际经济组织。

2. 否定国际经济法的存在

这种观点,不涉及国际经济法的地位,它主张国际经济关系应通过国际私法的实体规范进行直接调整或通过冲突规范进行间接调整。这种观点实际上否认了国际经济法的存在,国

际经济法与国际商法的关系也就无从谈起。而国际私法中的实体规范应该说指的就是国际经济贸易惯例与国际公约或条约，作为国际私法分支的国际商法，其法律渊源亦指国际贸易惯例与国际公约或条约。

3. 否定国际商法的存在

这种观点认为，国际经济法是一个独立的新出现的法律部门，主要论点为：国际经济法并非国际公法的分支，是与国际公法并立的独立法律部门；国际经济法不仅调整政府间、政府与国际经济组织间、国际经济组织相互间的经济关系，而且还调整私人之间的国际经济关系。这种意义上的国际经济法似乎包括了国际商法的内容，国际商法已无存在的必要。

我们认为，以上三种观点均有失偏颇。法学学科的划分无论在国内还是在国外从来就没有过比较一致的观点，而且一些法学学科受人为因素的影响有任意扩大学科范围的趋势，某些学科划分的争论从来就未停止。实际上，学科的划分除考虑科学性和逻辑性以外，更应考虑是否有利于整个法学体系的研究和完善以及实践的需要，同时，每一学科存在的合理性和必要性不是取决于法学家们的争论，而是要经过时间和实践的检验才能最终得出结论。就国际商法来说，它是否能成为一门独立的法学学科，以及其与相关学科的关系，也取决于时间和实践的检验。我们相信，具有古老传统的商法学科随着商事活动的日益国际化，不但不会消失，而且将会备受商人和法学家们的重视并得到发展，并将成为我国法学体系中一门崭新的学科。

四、国际商法的渊源

国际商法的渊源指国际商法的有效法律规范的各种具体表现形式，包括国际渊源和国内渊源。在此，着重介绍前者。

国际商法的国际渊源主要指国际商事条约和国际商事惯例。

（一）国际商事条约

国际商事条约是作为国际商事主体的国家和国际组织缔结的关于确立、变更或终止其相互间国际商事关系的国际书面协议。就国际条约对缔约方的法律约束力而言，可分为国际双边条约和国际多边条约。双边国际商事条约和数个国际商事主体缔结的多边国际商事条约仅对缔约方有法律约束力；多数国际商事主体，特别是世界上绝大多数国际商事主体缔结的多边国际商事条约，即国际商事公约，则具有普遍的法律约束力。

目前，世界上有许多有效的国际商事条约，为国际商事主体从事国际商事交易活动提供了一般的国际商事准则，主要有如下几类：

1. 调整最广泛的国际商事关系的最主要的国际商事公约

1994年4月15日由104个政府代表签署的《关于建立世界贸易组织协定》，宣告以世界贸易组织替代关税与贸易总协定，扩大了世界各国的商事领域，使世界经济贸易进一步走向国际化。

2. 调整国际货物贸易关系的国际商事条约

1964年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》、1964年《国际货物买卖统一法公约》、1974年《国际货物买卖时效期限公约》、1980年《联合国国际货物买卖合同公约》、1980年《建立商品共同基金协定》、1983年《商品名称及编码协调制度的国际公约》、1984年《设立国际纺织品和服装局的安排》等。

3. 调整国际票据关系的国际商事条约

1930年《关于本票、汇票的日内瓦公约》、1931年《关于支票的日内瓦公约》、1988年《联合国国际汇票和国际本票公约》等。

4. 调整国际投资关系的国际商事条约

1965年《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》、1985年《多边投资担保机构公约》等。

5. 调整国际海商关系的国际商事条约

1924年《统一提单的若干法律规定的国际公约》（海牙规则）、1948年《国际海事组织公约》、1968年《关于修改海牙规则的议定书》（维斯比规则）、1978年《联合国海上货物运输公约》（汉堡规则）等。

6. 调整国际运输关系的国际商事条约

1929年《统一国际航空运输某些规则的公约》（华沙公约）、1890年《关于国际铁路货物运输规则的伯尔尼公约》（国际货约）、1951年《国际铁路货物联运协定》（国际货协）、1980年《联合国国际货物多式联运公约》等。

7. 调整国际知识产权关系的国际商事条约

1883年《保护工业产权的巴黎公约》、1886年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、1891年《商标国际注册马德里协定》、1952年《世界版权公约》、1967年《成立世界知识产权组织的公约》、1970年《国际专利合作条约》、1973年《商标注册条约》、1989年《集成电路知识产权条约》等。

8. 关于国际商事争端解决方法的国际条约

1905年《国际民事诉讼程序公约》、1958年《关于承认与执行外国仲裁裁决公约》、1965年《民事及商事司法文件和非司法文件在国外送达与通知的公约》、1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等。

（二）国际商事惯例

国际商事惯例是在国际商事交易活动中，经过国际商事主体长期不断的实践，频繁运用而逐渐形成的不成文的习惯性行为规范。这些行为规范虽然未经立法程序确立，不属法律规范，并无普遍的法律约束力，但一般各国法律均规定，只要相关的国际商事主体在国际商事交易中共同选择遵从某一国际商事惯例，用以确定相互间权利义务关系，该国际商事惯例便对其具有法律约束力。

成文的国际商事惯例一般由非政府间国际组织制订。目前，国际上通行的成文的国际商事惯例有：国际商会1930年拟订，1993年第六次修订的《跟单信用证统一惯例》；国际法协会1930年制订的《华沙—牛津规则》；国际商会1936年制订，2000年第六次修订的《国际贸易术语解释通则》；国际商会1958年拟订，1978年修订的《托收统一规则》等。

目前，国际商法尚处在形成和发展阶段，它的体系和内容还不完善。在这种情况下，对一些国际商事纠纷有时还要借助法律冲突规则的指引，适用有关国家的民法和商法来处理。因此，各国有关商事和国际贸易的国内法仍然是国际商法的重要补充。我们在研究和学习国际商法时，除了必须了解有关的国际条约和国际贸易惯例以外，还必须了解各国商法的有关规定，以及商事判例和学者学说。

小结：

国际商法（International Commercial Law），是调整国际市场经济中，国际商事主体在

国际商事交易中形成的国际商事关系的法律规范的总称。国际商法的主体是国际经贸法律关系的基本要素之一，是指在国际商事交易活动中享有权利和承担义务的法律人格者。国际商法有着自身的调整对象，其调整的范围比传统商法更为广泛。国际商法与相关法律学科间既存在着联系又有着区别。国际商法的渊源是由国际商法各种具体的有效法律规范组成，如国际商事条约、国际商事惯例等。本节所涉及的案例，是国际商法实践活动中常见的纠纷，它既表现了国际商法主体形式、国际商事关系，又体现了国际商法规范的具体运用。

就本案而言，关键问题是如何认识合同订立的程序。一般说来，订立合同必须经过两个程序，即要约和承诺。要约是向一个或一个以上的特定的人提出的订立合同的建议，其内容必须十分确定，并且表明对方一旦接受，要约人就愿受其约束。因此，一项要约必须具备下列条件：1. 应清楚表明愿意按要约所列条件与对方订立合同的目的，并表明一旦对方接受，要约人就愿受其约束。2. 原则上应向一个或一个以上特定的人提出，凡不是向一个或一个以上特定人提出的建议，仅视为要约邀请。3. 内容必须十分确定。所谓十分确定，即标明货物的名称、明示或默示地规定货物数量或价格，或者规定如何确定数量和价格。承诺即受要约人作出声明或以其他行为对要约表示同意。因此，就本案涉及的两个问题的解答应该是：1. A 商号可以向法院提起诉讼。因为我国的公司违约在先，A 商号可以通过起诉方式进行补救。2. 双方间的买卖合同已经成立。

第二节 西方两大法系的形成及其特点

问题：

1. 什么是法系、英美法系、大陆法系？
2. 西方两大法系的形成与特点是什么？

一、西方两大法系

法系这一术语是西方法学较早使用的一个概念，英文有两种表达方法：genealogy of law 或 family of law。西方法学家至今没有对法系这一概念作出权威的精确的解释，美国权威的法学词典《布莱克法学词典》和《大不列颠百科全书》都没有“法系”的词条。我国法学家对法系的解释也存在着差异，有的认为“某国固有的法律同某些外国接受过的法律，或者同本国历史上长期积累起来的法律结合起来，形成一种独特的体系，这就是所谓法系”。有的认为“法系是以亲缘关系为标准对各种法律制度所作的一种分类”。还有的认为法系“一般地说，它可以理解为由若干国家和地区内的具有某种共性或共同的法律的总称。”《中国大百科全书》（法学卷）中指出：“法系是指根据各国法律的特点和历史传统的外部特征，对法律进行的分类，通常是把具有一定特点的某一国的法律同仿效这一法律的其他国家的法律，划为同一法系。”对法系解释的差异主要是由于法学家对法系划分的依据或标准的理解不同。我们认为，法系划分的标准应该是法律的亲缘关系、主要特点及外部特征。

根据上述标准，可将西方各国法律划分为两大法系，即大陆法系和英美法系。

（一）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、法典法系，是世界上历史最长、影响最大、包罗国家最多的一个法系，是指欧洲大陆大部分国家从 19 世纪

初以罗马法为基础建立起来的、以 1804 年《法国民法典》和 1900 年《德国民法典》为代表的法律制度，以及仿效这种法律制度的其他国家或地区的法律制度的总称。

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、匈牙利等国，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、阿尔及利亚、摩洛哥、扎伊尔、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，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属于大陆法系。

（二）英美法系

英美法系又称普通法系、英国法系、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。

英美法系分布范围极为广泛，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、亚洲的印度、巴基斯坦、孟加拉、缅甸、马来西亚、新加坡以及非洲的苏丹和拉丁美洲一些英语国家。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。

二、西方两大法系的渊源

（一）大陆法系的法律渊源

大陆法系的法律渊源主要有成文法（包括宪法、法律、行政法规等）、国际条约以及经认可的习惯。

1. 宪法

大陆法系国家都采用成文宪法，在宪法中都规定了宪法具有最高的法律效力和地位。宪法的制定和修改也要经过不同于一般立法的程序，但具体做法各国又有差异。有的国家的宪法需由议会经特别程序制定或修改；有的国家由专门成立的宪法委员会制定或修改宪法；有的国家在议会经特别程序制定或修改宪法后，还需由公民复决才能生效；有的联邦国家宪法需由国家议会经特别程序制定或修改，然后还需交各省或各州议会批准才能生效。

2. 法律

法律在大陆法系国家成文法中的地位仅次于宪法，属于议会立法。法律包括法典和非法典形式的一般法律。所谓法典是指把有关同一类内容的各种法规和原则收集起来，加以系统化，形成为单一的法律文件。近代大陆法系的法典编纂始于法国。拿破仑法典（即法国民法典）颁布后，各国纷纷仿效，现在大陆法系国家一般都有宪法法典和系统的民法典、商法典（也有的国家把民商法合编为一部法典）、民诉法典、刑法典。法典和一般法律在制定机关、制定和公布的程序、法律效力等方面均相同。但是，由于法典内容完备、体系严谨、逻辑严密，具有系统性、稳定性和完整性，在实践上，法典往往起更大的作用。

3. 行政法规

现代社会日趋复杂，议会立法已不足以应付这种复杂的局面。仅议会有立法权的原则开始动摇，于是就产生了委托立法或授权立法，即由立法机关用法的形式规定总的法律原则和

目标，然后由行政机关用行政法规的形式规定法律细则。现在，从数量上说，大陆法系各国的行政法规都远远超过了议会的立法，因此，行政法规在大陆法系国家发挥着重要的作用。

4. 国际条约

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，该国就必须受此条约的约束，因此，此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。大陆法系各国对国际条约具有的法律地位有不同的态度。有的国家认为国际条约具有超过国内立法的效力，理由是国际法优于国内法；有的国家认为国际条约与国内立法具有相同的效力，无高低之分。

5. 习惯

大陆法系国家普遍承认经国内立法机关认可其效力的习惯为法律渊源之一。

（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、成文法以及法律权威著作等。

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（precedent）产生于法官对具体案件的判决。法官在判决中必须详细写明判决理由，在判决理由中阐明判决该案所依据的法律原则和法律规范。判决生效后，此种判决就被称为判例。但是，判例仅指判决中所体现的法律原则，而不是判决的全部。判例成立之后，法官在以后的审判中必须像遵守立法机关制定的法律一样遵守此种法律规则。由无数判例构成的总体就是英美法系所称的判例法。

英美法系把这种依据既定判例审判案件的原则称之为“依循先例”。也就是说，法官审判案件时，不能任意作出判决，而要依据已有的判例行事。他必须从过去的判例中找出一个适合本案的判例，并以此为标准对本案作出判决。

判例的效力因法院等级的不同而不同。上级法院的判例对下级法院有拘束力，下级法院必须遵从。美国联邦最高法院作出的判例对所有下级法院都有拘束力，上诉法院、地区法院等都必须遵从。美国联邦上诉法院作出的判例对地区法院也有拘束力。下级法院所作的判决对上级法院没有拘束力。

判例法的产生与发展完善取决于判例的汇集出版。每年英美两国的法院都要出判例汇编，把该年的判例汇集出版，供法官和律师援引，供学者研究。

2. 成文法

成文法目前已成为英美法系的最重要的法律渊源。在英国，目前成文法的数量已经超过了判例法，成文法的效力也高于判例法。成文法可以修改普通法和衡平法，法院必须首先适用成文法。美国的成文法比英国更多，作用更重要。英美法系的成文法主要有：

（1）法律。即议会或国会等立法机关通过的规范性文件。

（2）行政法规。即采用立法机关委托立法的形式，由行政机关制定的规范性文件。但是英美法系对委托立法的控制，比大陆法系严格。行政机关不能主动立法，只能在立法机关的明确授权下才能立法。立法机关只能委托行政机关制定有关特定事项的法规，即一事一授权，而不能笼统地授予行政机关立法权。美国对委托立法控制更严，司法机关有权审查委托立法，有权宣布国会的委托和行政机关所制定的法规无效。尽管如此，英美国家的委托立法数量仍然很大，在整个法律体系中的地位越来越重要。