



“十三五”普通高等教育本科规划教材
高等院校经济管理类专业“互联网+”创新规划教材

国际商法理论与实务 (第2版)

**Theory and Practice of International
Commercial Law**

杨士富 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

“十三五”普通高等教育本科规划教材
高等院校经济管理类专业“互联网+”创新规划教材

国际商法理论与实务

(第2版)

杨士富 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

内 容 简 介

本书主要讲述国际商法需要研究的重要理论知识和实务知识。本书共 10 章,包括国际商法导论、国际商事组织法、国际商事代理法、国际商事合同法、国际产品责任法、国际货物买卖法、国际货物运输与保险法、国际技术贸易法、国际贸易支付法、国际商事仲裁法。每一章都以引例导入,引发学生对国际商法问题进行思考,进而提高学生的学习兴趣。

本书既可作为高等院校外贸、法律、金融、会计、管理、电子商务、外语、市场营销等专业的教材,还可作为经贸实务者、经济管理者及其他各界人士学习法律知识的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法理论与实务/杨士富编著. —2 版. —北京: 北京大学出版社, 2017. 12
(高等院校经济管理类专业“互联网+”创新规划教材)

ISBN 978-7-301-28976-1

I. ①国… II. ①杨… III. ①国际商法—高等学校—教材 IV. ①D966.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 304973 号

- 书 名** 国际商法理论与实务 (第 2 版)
GUOJI SHANGFA LILUN YU SHIWU
- 著作责任者** 杨士富 编著
- 策划编辑** 王显超
- 责任编辑** 李娉婷
- 数字编辑** 陈颖颖
- 标准书号** ISBN 978-7-301-28976-1
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> 新浪微博: @北京大学出版社
- 电子信箱** pup_6@163.com
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62750667
- 印刷者** 滦县鑫华书刊印刷厂
- 经 销 者** 新华书店
- 787 毫米×1092 毫米 16 开本 21.75 印张 519 千字
- 2009 年 9 月第 1 版
- 2017 年 12 月第 2 版 2017 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价** 48.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

第 2 版前言

Preface

21 世纪的中国创造了无数的辉煌，足以让中国人感到骄傲和自豪。中国已是世界第二大经济体，在世界的经济舞台上扮演着重要的角色，引领着世界经济与贸易的发展方向，中国“一带一路”的倡导及取得的丰硕成果，足以证明中国在世界的影响力。而中国的发展和强大也更加需要法治。

经济全球化正在深刻地改变着这个世界，其核心是各国贸易市场的统一化和自由化，是生产要素在全球范围内的优化配置。而统一化的途径已经不是靠战争，而是靠市场背后的规则的统一来实现，即经济全球化在一定程度上促使各国的法律尤其是商法国际化。国际商事主体正努力地运用国际商法原理，不断解释和解决在商事活动中出现的大量的实务法律问题。这足以说明国际商法具有很强的实用性、旺盛的生命力、较高的学习和研究价值。

国际商法是指调整国际商事交易和国际商事组织的各种法律规范的总称。国际商法是法学体系中一门独立的学科，既不同于国际经济法，也不同于国际私法。自 2001 年 12 月 11 日我国正式加入世界贸易组织之后，为培养国际化的实用人才，各高校都在进行人才培养模式转变及教学方法改革。国际商法已成为各高等院校外贸、法律、金融、会计、管理、电子商务、外语等许多专业争相开设的主干课程。

学习和掌握国际商法，除了学生们奋发努力、教师们精心组织外，能有一本富有针对性和启发性的教科书尤为重要。一部好的教科书既是学生最贴近、最易交流的启蒙老师，也是学生学习事半功倍的基础。因此，编者编写了本书。

本书以案例教学法思想贯穿始终，每一章从开始到结尾都适当地设置了鲜活、生动的案例，起到以案例说法的效果，这也是编者多年法律教学与实践的结晶。本书涵盖了国际商法的重要理论知识和实务知识。

编者在国内外前人研究成果的基础上，力求博采众家之长、厚积薄发，使本书具有以下三大特色。

(1) 吸收了最新的国际商法规则和研究的最新成果，力图全面、系统、准确地介绍和阐述国际商法的基本原理和实务知识。

(2) 每一章都以引例导入，引发学生对国际商法问题进行思考，进而提高其学习的兴趣，在阐述国际商法原理的过程中，以大量典型案例说法，并综合运用案例分析法、比较分析法、历史分析法，使国际商法的原理与实务有机结合，使读者能学以致用。

（3）每一章的章后都列有思考题和练习题，并配有练习题参考答案，使学生对本章的知识能够及时进行检验和进一步强化。

需要指出的是，本书主要为本科学生而编，学时有限，不可能囊括更多的国际商法内容，编入本书的都是编者在教学中总结的学生感兴趣且较有实用价值的内容。

本书建议授课的总学时为 72 学时，各章具体授课的学时见下表。

章 节	授 课 学 时	章 节	授 课 学 时
第 1 章	6	第 6 章	6
第 2 章	10	第 7 章	8
第 3 章	8	第 8 章	6
第 4 章	10	第 9 章	6
第 5 章	6	第 10 章	6

本书第 1 版自出版以来，受到广大读者的欢迎和喜爱。为回报读者的厚爱，并及时反映国际商法的最新发展，编者对书中内容进行了全面完善，删减了较为复杂的知识以及滞后的知识，更新并增加了国内法及国际贸易术语等知识，以大量更新更好的案例阐释国际商法理论。第 2 版能够和广大读者见面，要感谢北京大学出版社及其相关工作人员的付出，感谢领导和同事，感谢家人的支持和帮助。

由于编者水平有限，书中疏漏之处在所难免，敬请广大读者批评指正。

编 者
2017 年 9 月



【资源索引】

目 录

Contents

第 1 章 国际商法导论 /001

- 1.1 国际商法概述 /001
- 1.2 国际商法的发展历史 /006
- 1.3 西方国家两大主要法系的比较 /009
- 1.4 中国法律 /024

第 2 章 国际商事组织法 /032

- 2.1 商事组织概述 /032
- 2.2 合伙企业法 /033
- 2.3 公司法 /039

第 3 章 国际商事代理法 /067

- 3.1 代理概述 /067
- 3.2 代理的法律关系 /075
- 3.3 承担特别责任的代理人 /080
- 3.4 我国的代理法与外贸代理制 /083

第 4 章 国际商事合同法 /090

- 4.1 合同及合同法概述 /090
- 4.2 合同的订立 /093
- 4.3 合同的履行 /119
- 4.4 违约及救济措施 /130
- 4.5 合同的变更、转让和终止 /137

第 5 章 国际产品责任法 /147

- 5.1 产品责任法概述 /147



- 5.2 美国的产品责任法 /150
- 5.3 德国、日本的产品责任法 /158
- 5.4 欧盟与国际产品责任统一法 /161
- 5.5 我国的产品责任法 /167

第 6 章 国际货物买卖法 /177

- 6.1 国际货物买卖法概述 /177
- 6.2 国际货物买卖合同 /180
- 6.3 买卖双方的义务 /185
- 6.4 货物所有权及风险的转移 /190
- 6.5 国际贸易术语中买卖双方的义务 /194
- 6.6 违约及其救济方法 /203

第 7 章 国际货物运输与保险法 /213

- 7.1 国际货物运输法 /213
- 7.2 国际货物运输保险法 /242

第 8 章 国际技术贸易法 /266

- 8.1 国际技术贸易概述 /266
- 8.2 国际许可合同 /269
- 8.3 国际技术咨询服务合同 /279
- 8.4 国际技术贸易统一法 /280
- 8.5 中国国际技术贸易法 /288

第 9 章 国际贸易支付法 /295

- 9.1 国际贸易支付工具——票据 /296
- 9.2 国际贸易支付方式——信用证 /311

第 10 章 国际商事仲裁法 /322

- 10.1 国际商事仲裁概述 /322
- 10.2 仲裁协议 /327
- 10.3 仲裁程序 /335
- 10.4 仲裁裁决的承认与执行 /338

参考文献 /344

第 1 章

国际商法导论

教学目标与要求

通过对本章的学习和研究,学生应能够掌握国际商法的概念、渊源、体系及其与其他相关部门法的关系;了解国际商法的历史沿革、大陆法系和英美法系的结构和特点,并学会与我国的法律制度进行比较;初步掌握案例分析方法、比较分析方法、历史分析方法,为后面的学习奠定基础。



引 例

美国“起亚案”(2005年)^①

美国一位女士购买了一辆起亚小汽车,在里程还未到1.7万 km时,就不得不修理刹车零件。后来,她发现刹车零件总是在间隔相对短的时间内就需要修理。于是,她请了律师解决这件事情,律师发函给起亚公司,但起亚公司拒绝了车主撤销合同的请求,由此而引发了诉讼。该案实体问题并不复杂,程序问题即法院管辖却一波三折,由此引发了人们的高度关注,被人们称为“起亚案”。

思考:

美国“起亚案”说明了什么?

1.1 国际商法概述

1.1.1 国际商法

1. 商的概念

古代社会,人们把商理解为货物的交换。我国《汉书》中称“通财鬻(yù)货曰商”;根据美国《布莱克法律词典》中的解释:商是指“货物、生产品或任何种类的财物之交换”。

在当代,一般意义上的商,往往还是指货物的交换。但是,经济学和法学对商的界定有所区别。

^① <http://www.china.com.cn/chinese/zhuanti/xxsb/1203204.htm>.



经济学意义上的商，是指以营利为目的，进行直接媒介财货交易的行为。这实际上只是现代社会生产过程中的一部分经济活动，即商品流通活动。

而法学意义上商的含义却广泛得多，它是指一切以营利为目的的营业行为。它不仅包括经济学意义上的商，即固有商，或称第一种商，而且还包括如下几种。

(1) 第二种商，又称辅助商，是指间接沟通生产和消费渠道的行为，如运送、仓储、居间、行纪、代办等。

(2) 第三种商，指为便利资金融通或与上述两种商行为有密切关系或者为其提供商业条件的营业活动，如银行营业、信托、承揽运送、制造、加工、出版、印刷、摄影等。

(3) 第四种商，指仅与第二种商或第三种商有牵连关系的营业活动，如广告、保险、服务、娱乐等。

准确理解法学意义上的商，关键要把握两个基本点。



【推荐视频】



【拓展视频】

(1) 营利性。只有主体以营利为目的的行为才属于商。营利性是商的本质属性，正是对利润的无限追求，才推动了商事活动的不断发展与繁荣；正是对营利性行为的保障和规制，才有了商法的产生和发展。不过，营利性指的是主体的获利目的，而不是指获利的结果。出于营利动机而为，结果却亏损了，仍然不失营利性。

(2) 营业性。所谓营业性是指营利行为是连续不断的经营活动，具有连续性。一次性的营利行为，虽然其目的是营利，但不是营业，不能称之为商。

不过，随着社会交易活动的频繁，产生于商活动中的某些行为进入非商领域，不再具有营利性或营业性，甚至两者均不具有，但在法律上仍然视为商，适用商法，如某些票据行为。这是我们应当加以注意的。

2. 商法的概念

商法是调整商事关系的法律规范的总称。商法有广义和狭义之分。狭义的商法也称形式意义的商法，是指以商法为名称制定的法典，如《法国商法典》《日本商法典》等；广义的商法也称实质意义的商法，是指一切调整商事关系的法律规范的总和，如《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）、《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国海商法》等。

3. 国际商法的概念

国际商法（International Commercial Law）是调整国际商事交易和商事组织等商事关系的各种法律规范的总称。国际商法有广义和狭义之分。

(1) 从广义上看，国际商法是调整平等主体的个人、法人、国家政府、国际组织之间的当事人分属于两个以上不同的国家或国际组织，或其所涉及的商事问题超越一国国界的国际商事关系的各种法律规范的总和，是一个独立的法律部门。凡涉及商事关系的国际公法规范、国际经济法规范、当事人自愿接受的国际商事惯例或冲突法规范、国际商事公约或条约、国内商法中的国际性规范，都应包含在内。

(2) 从狭义上看，国际商法是调整国家之外的、平等主体的商事组织及其商事交易的各种关系的法律规范的总和，是一个新的尚在形成中的法律部门。正如冯大同等学者认

为,在国际上从事国际商事交易的主体基本上是公司、企业等商事组织而不是国家,它们之间的交易属于不同国家的平等主体的商事组织之间和个人之间以及它们相互之间的交易,而不是国家与国家之间的交易。所以,在“国际商法”这一概念中,“国际(International)”一词并不是指“国家与国家之间”,而是指“跨越国界(Transnational)”^①。

除上述国际商法的广义和狭义概念之外,国际商法还可作为一种比较研究各国商法的研究方法的概念而存在。

1.1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源即国际商法产生的依据及其表现形式,主要有国际商事公约(条约、协定)、国际贸易惯例和国内法。

1. 国际商事公约

国际商事公约(条约、协定)是指国家间缔结的国际商事协定,一般情况下仅对缔约国有约束力,对非缔约国无约束力,但是当事人可以通过约定使条约对其具有约束力。国家间缔结的国际商事公约主要有以下6种。

(1) 调整国际货物买卖关系的公约:1964年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》、1964年《关于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》等。

(2) 调整产品责任的国际公约:1979年《关于产品责任适用法律的公约》等。

(3) 调整代理的国际公约:1983年《国际货物销售代理公约》。

(4) 调整国际票据关系的公约:1930年《关于本票和汇票统一法的日内瓦公约》、1930年《关于统一票据和本票的日内瓦公约》、1931年《关于支票的日内瓦公约》、1931年《关于解决支票的若干法律冲突的日内瓦公约》、1987年联合国《关于汇票和本票公约》等。

(5) 关于承认与执行外国仲裁裁决的公约:1923年《日内瓦仲裁条款议定书》、1927年《关于执行外国仲裁裁决的公约》、1958年《承认和执行外国仲裁裁决的公约》等。

(6) 关于保护知识产权的公约:1883年《保护工业产权巴黎公约》、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》等。

2. 国际贸易惯例

国际贸易惯例是指国际经济法主体重复类似的行为而上升为对其具有约束力的规范。国际惯例与国际公约相比,没有普遍的约束力,无法与国际公约的效力相比,但是在某些具体的当事人之间却像国际公约一样具有普遍的约束力,甚至有些国际惯例被纳入其国内法。可以看出,国际惯例与国际公约在强制力上的区别已经淡化,而采用国际惯例已经成为国际上的主要趋势。一项国际惯例的形成,要有一个漫长的过程,先是形成习惯,再由习惯上升为惯例,成为国际商事的一个组成部分。国际惯例也被称为“世界语言”,如果

^① 冯大同. 国际商法 [M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 1991.



没有国际惯例，或商人不承认国际惯例，则国际贸易这座大厦将会倒塌，因此它是国际商事交易的支柱。国际法协会（International Law Association, ILA）在这方面发挥了重要作用，由其制定的1932年《华沙-牛津规则》、1941年《美国对外贸易定义修正本》、1996年《托收统一规则》，尤其是2010年《国际贸易术语解释通则》与2007年《跟单信用证统一惯例》，在国际贸易中影响最大，已被广泛采用，它们对于便利和促进国际贸易起了重要作用。

3. 国内法

现代国际商事交易关系具有多样性和复杂性，现有的国际公约和惯例不可能满足实践的需求，有些时候跨越国境的商事交易中，也可能选择国内法作为准据法，所以国内法也是国际商法的重要表现形式之一。

国际商法渊源的丰富和发展，也开始了各种渊源间的互动机制。上述国际商法渊源体系中，国际商事惯例规范、国际法规范、国内法规范并不是互不发生关系的3种并行的法律规范，而是彼此之间存在互相依赖、互相补充、互相转化、互相作用的互动机制。

首先，国际条约、公约调整和制约纯粹以国家或国际组织作为主体双方的商事法律关系，诸如国家政府之间或国家政府与国际组织之间有关投资、贸易、信贷、结算、保险等方面的商事法律关系，这是不言而喻的。据国际法的基本原则，无论何种条约，一经批准，就必须遵守“有约必守”的原则，其效力优于国内法。据此，国际法规范也可能被自然人、法人所直接适用而转化为国内规范。在《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第一百四十二条第二款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国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。”《票据法》第九十五条也规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”这就为国际商事领域的国际法规范转化为国内法规范对我国公民、法人有直接约束力提供了法律依据。

其次，国内法规范在一定情况下也可以被国际化，如有关国家和私人之间的合同就可以通过依从国际法而被国际化。一些本属于国内法范畴的规则通过依从国际法而被转化为国际法规范的例子很多，如1958年沙特阿拉伯美国石油公司一案的最终裁决，就是选择国际法作为裁决的准据法的。

1.1.3 国际商法的体系

国际商法的体系包括商事主体法、商事行为法、商事争议解决法3部分。

商事主体法主要包括商事组织、商事代理、商业登记等；商事行为法主要包括国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、海商法、国际技术贸易法、产品责任法、票据与国际结算法、国际资金融通法等；商事争议解决法包括国际民事诉讼、国际商事仲裁等。每一组成部分在表现形式上都是由国际法渊源和国内法渊源有机结合组成的。

应当指出，国际商法的体系不是固定不变的，而是处在不断发展变化过程中，这是由

国际商事关系的性质和特点所决定的。当前,国际商事关系发展的国际性、协调性、安全性和便利性趋势,为国际商法的未来发展指明了方向,也使国际商法体系的发展呈现出如下两个特点:一是国际商法所涉及的领域越来越广泛,尤其在商事行为法方面的规范内容会越来越多,体系会越来越完备;二是在国际条约公约、国际贸易惯例、国内法之间互动机制的基础上,各国涉外商事交易的法律会日渐统一。

1.1.4 国际商法与其他部门法的关系

1. 国际商法与国际私法

1) 两者的联系

国际商法和国际私法 (Private International Law) 两者都有涉外因素,两者都冠以“国际”一词。

国际商法和国际私法两者的渊源都有 3 种:一是国际条约;二是国际贸易惯例;三是国内立法。

2) 两者的区别

(1) 调整的法律关系(即对象)不同。国际商法是调整商事交易与商事组织的各种关系的法律规范(即范围)的总和。现代国际商法的调整对象与范围比传统的国际商法更加广泛。传统的商法主要包括商行为法、公司法、合同法、票据法、海商法、代理法和保险法等内容。国际私法则是调整含有涉外因素的民事法律关系的规则的总称。国际私法所调整的涉外民事法律关系是一种广义的民事法律关系,既包括一般的民事法律关系,也包括家庭婚姻方面的民事法律关系与商法方面的各种民事法律关系,以及在国际经济贸易交往中所形成的各种民事法律关系。

(2) 法律体系的分类不同。国际商法主要属于实体法 (Substantive Law),即规定法律主体的实体权利与义务的法律。国际商法中的合同法、买卖法、代理法与商事组织法等有关内容和中心任务,就是围绕与解决契约双方的权利和义务有关的问题。

国际私法则属于冲突法 (Conflict Law),即主要为具有涉外因素的私法案件确定准据法——指出应当适用哪一国的实体法来解决当事人的权利义务,而本身并不直接解决当事人的权利义务。

2. 国际商法与国际经济法

1) 两者的联系

国际商法与国际经济法均为调整国际商事或经济关系的法律规范的总称。

2) 两者的区别

(1) 调整范围不同。国际商法调整范围比国际经济法狭窄,国际商法仅仅是调整不包括国家的平等的国际商事交易与商事组织等商事关系;而国际经济法调整的范围则要广泛得多,国际经济法调整不同国家的自然人、法人及其他经济实体之间、国家与国际组织之间,以及它们相互之间的经济关系,包括不同国家的平等当事人的经济交往关系,主权国家对这种交往进行管理与管理的关系,以及国家或国际经济组织之间就它们之间的经济关系进行相互协调的关系。

(2) 渊源不同。国际商法渊源的国内立法部分主要包括国际条约与国际贸易惯例;而



国际经济法渊源的国际立法，广义上除包括国际公约与国际贸易惯例外，还包括重要国际组织的决议。

（3）基本原则不同。国际商法的基本原则是诚实信用原则及公平与公正原则；国际经济法的基本原则则是尊重国家主权原则、平等互利原则与全球合作与发展原则。

（4）内容不同。传统的国际商法包括公司法、合同法、买卖法、产品责任法、代理法、票据法、运输与保险法、商事仲裁法等；国际经济法则包括更加广泛的内容，有国际贸易法（几乎包括国际商法的大部分内容）、国际投资法、国际货币金融法、国际税法与国际经济贸易争议解决法等。

3. 国际商法与国际贸易法

1) 两者的联系

国际贸易法是调整各国之间的贸易关系及与贸易有关的其他各种关系的法律规范的总和。贸易在汉语中可以解释为商业活动，从上述定义来看，它的定义与前面国际商法的定义基本是一致的。国际商法与国际贸易法的渊源相同，都源于国际公约与国际贸易惯例、各国的国内法。两者具有互补性。

2) 两者的区别

（1）所属范畴不同。国际商法基本属于私法的范畴，而贸易法既包含私法的内容，也包含公法的内容。

（2）包含内容不同。尽管两者在不少内容方面大同小异，例如，均有国际货物买卖合同法、国际货物运输法、保险法及国际仲裁法等，但是也有不同之处，例如，国际贸易法中的“对外贸易管制措施”，其中包括对外贸易管制、贸易条约与协定，以及关税与贸易总协定等，这些都属于公法的内容，是国际商法所没有的。

1.2 国际商法的发展历史

国际商法是随着商品经济的产生和发展而产生和发展起来的。国际商法的形成来源于实践，它的系统化过程不是由于国家的立法或学者的传播，而是由于其适用者兼推行者的努力。调整商人跨国交易的法律在古罗马法即有体现。在罗马法中，具有商法性质的规定就更多了，在市民法外，又发展了调整罗马公民与非罗马公民之间及非罗马公民相互之间的贸易和其他关系的万民法。

11—15 世纪，欧洲地中海一带的城市国家国际贸易迅速发展，当时的封建制度已经不能适应商业发展的需要。行会组织中的商人便设置自己的特殊法庭，采用各种商事习惯解决商事纠纷，逐渐形成了中世纪的商人习惯法（Law Merchant），它是一种处于萌芽期的“国际商法”。商人习惯法是商人在欧洲各地港口或集市用以调整他们之间的商事交易的法律和商业惯例，它与当时封建王朝的地方性法律相比较有很大不同。商人习惯法具有如下特点：它具有跨国性和统一性，普遍适用于各国从事商业交易的商人；它的解释和运用不是由一般法院的专职法官来掌握，而是由商人自己组织的法院来掌握，其性质类似于现代的国际仲裁或调解；其程序较简单迅速，不拘泥于形式；它强调按公平合理的原则来处理案件。



典型案例 1-1

卢卡斯案^①

在欧洲发生了一个著名的案例：1292年，一位名叫卢卡斯的伦敦商人从一位德国商人那里买了31英镑的货物，但是没有付钱就偷偷离开了集市，也没有按照商法到集市法庭去回应对他的指控。从那以后，任何异国的商人都不同意在伦敦市民未付足货款的情况下就把东西卖给他们，这些商人称他们为弄虚作假的债务人。卢卡斯从里恩逃到圣博托尔夫，然后又逃到林肯、赫尔，最后逃回伦敦，那个德国商人则一路追来。在担心名誉受损的伦敦商人们的提议下，卢卡斯被关进了伦敦塔，他的案件最终根据人身保护状由国王的政务会加以复审。

卢卡斯案告诉我们，尽管商事交易是双方的私事，但一个商人的行为如果侵害商人整体利益甚至国家利益，其他商人乃至国家的法律也不会坐视不管。

商人习惯法产生的基本动因就在于将对商人信用的预期确定化。在11世纪晚期和12世纪，地中海沿岸各国商业复兴。那时许多商业活动都具有国际性，相应地也就产生了货币流通和兑换，同时票据、信贷广泛发展，康孟达及陆上合伙等商人联合体、银行业、保险业也开始出现。此时，由于商人的流动性增强、交易范围的扩大和商业形式的变化，保证商人的信用、并追究违约商人的责任的重要性日益凸显。“卢卡斯案”就是在当时的大背景下产生的。

在外国商人中，如果他们同国籍的人当中有人在商业交往中失信，他们就常常会被没收财物或蒙受其他各种干扰。在这种背景下，为满足商人们商谈契约、合伙、商标及从事买卖的需要，商人们开始依商事习惯订立自治规约，其中一些最普遍的习惯和规约逐渐由商事法院所确认、被提高到强制执行的程度，从而发展成为商人习惯法。而商人习惯法的建立和发展，使信用得到保障，并进一步促进了商业的发展。

总之，中世纪在商人的商事交往活动中，出于对商人信用保护的需要，商法开始产生并日益完善，并且随着商人从一地到另一地而逐渐传播开来。11世纪，随着自治城市的发展壮大和商业行会习惯、惯例的积累，各城市将当地的商人们约定俗成的习惯做法确认为当地法律的一部分。这时的商人习惯法还仅仅是地方性的习惯法；后来，随着科学技术的发展和运输方式的改进，各地商人们都开始从事跨地区的商事交易，商人们的这种流动性的交易活动使商事习惯从一个地方传播到多个地方。

在商事习惯传播的过程中，作为商业中心的特定城市的习惯法，不可避免地会成为这种跨地区商事习惯法的集大成者，并毫无疑问地承担起调整这种地区间商事交易关系的主要任务。例如，巴塞罗那的商事习惯，被汇集成著名的《康索拉度海法》（1340年），通过广泛传播成为获得地中海沿岸普遍承认的具有支配地位的商事习惯法。再如，《奥列莱隆海法》《维斯比法》（1350年）通过同样的方式在周围的波罗的海国家中赢得了广泛的权威。此时的商人法仍具有“地域性”的特征。

然而贸易无国界，由于海事运输的发展，国际性的商事交易活动日益发达，从而出现

① [美] 伯尔曼·法律与革命：西方法律传统的形成 [M]. 北京：中国大百科全书出版社，1998.



“世界性”的商人法。正如拉德布鲁赫所说：“没有任何领域比商法更能使人清楚地观察到经济事实是如何转化为法律关系的。”13世纪以后，这种“世界性”的商人习惯法开始成为调整跨国性商事交易关系的支柱力量。此时的“国际商法”具有跨国性和统一性的特征，它不是由国家或国际组织制定的，却普遍适用于各国从事商业交易的商人，这些“法律”也不是由一般法院的专职法官解释和运用，而是由商人自己组织的法院来解释和运用，类似于现代的仲裁和调解，其程序简易、迅速，不拘泥于形式，在处理案件中强调按公平合理的原则进行。

17世纪以来，随着欧洲中央集权国家的强大，欧洲各国采用各种形式把商法纳入本国的国内法，使之成为国内法的一部分，从而使商法失去了原有的国际性或跨国性。法国在路易十四统治时期，在J. B. 科尔贝尔的主持下，颁布了《商事敕令》和《海商敕令》，成为最早的商事单行立法，为大陆法国家的商法典奠定了基础。近代资本主义第一部商法典，是拿破仑于1807年颁布的《法国商法典》，受其影响，荷兰、比利时、希腊、土耳其、西班牙、葡萄牙等国相继颁布了商法典。1897年制定，1900年1月1日起生效的《德国商法典》对许多国家也有很大的影响，如奥地利、日本。

在英美两国，商法的发展与欧洲大陆不同，英美法的历史上，只有普通法（Common Law）和衡平法（Equity Law）之分，并无民商法之分。1756年，时任大法官曼斯菲尔德男爵（Lord Mansfield）将商人法混入普通法以后，就不存在单独的商法了。但是在英国，商品买卖、公司、票据、保险、海商、破产等方面都制定了单行法规，商法的成文化倾向明显。在美国，由全国州法律统一委员会议从1896年起公布了许多统一法规，包括《统一流通票据法》《统一买卖法》《统一仓库收据法》《统一股票转让法》《统一提单法》《统一附条件销售法》《统一信托收据法》。在这些统一法规的基础上，1952年又公布了《统一商法典》。

第二次世界大战以后，特别是20世纪60年代以后，商法进入了一个新的发展阶段，其主要特点是恢复了商法的国际性和统一性。其实早在1926年，在意大利政府的倡导下，就成立了国际统一私法协会这一政府间的国际组织，致力于国际间的商法统一工作，后因战争而中断。商法之所以恢复国际性和统一性，主要是因为战后，随着世界经济的发展，各国之间的经济联系日益密切，经济生活越来越国际化，相互依赖的程度大大增强。国际经济的这种发展趋势，在客观上要求建立一套调整国际经济贸易关系的统一的国际商法，为国际经济交往提供良好的法律环境。另外，各国在长期贸易交往中已逐渐形成了一些普遍接受的贸易惯例和习惯做法，各国的贸易做法日趋接近，这种情况也为统一国际商法创造了条件。

1966年12月17日，联合国大会通过决议，设立了联合国国际贸易法委员会，旨在促进国际贸易法的逐步协调和统一。在联合国的主持下，先后制定并通过了《国际销售货物时效期限公约》《联合国国际货物销售合同公约》《联合国海上运输公约》等，针对新出现的电子商务，1996年，联合国大会通过了《联合国国际贸易法委员会电子商业示范法》，为电子商务的有关法律问题的统一提供指南。

19世纪末20世纪初，规范国际商事交易的统一实体法逐渐增多，如关于海运提单的1924年的《关于统一提单若干法律规则的公约》（以下简称《海牙规则》）、关于航空运输的《统一国际航空运输某些规则的公约》（以下简称《华沙公约》，1929年通过，1933年生效）、关于票据的1930年的《统一汇票本票法的日内瓦公约》和1931年的《统一支票

法的日内瓦公约》等。此外,这一时期还出现了由非政府组织编撰的国际贸易惯例。例如,国际商会在1936年制定了《国际贸易术语解释通则》(2010年又作了修订)等。

第二次世界大战后,许多国际组织,包括政府间国际组织,如联合国国际贸易法委员会,也包括非政府间国际组织,如国际私法统一协会和国际商会等,都积极进行国际商法和国际商事惯例的制定和编撰工作,国际商法进入了一个新的快速发展阶段,许多新的国际商事公约和国际贸易惯例不断出现。例如,《联合国海上货物运输公约》(以下简称《汉堡规则》,1978年通过,1992年生效)、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(1976年通过)、《联合国国际货物买卖合同公约》(1980年通过,1988年生效)、《联合国国际货物多式联运公约》(1980年通过)、《国际货物销售代理公约》(1983年通过)、《国际汇票和国际本票公约》(1987年通过)、《融资租赁公约》(1988年通过)、《国际保付代理公约》(1988年通过)、《国际商事合同通则》(1994年通过)等。

1.3 西方国家两大主要法系的比较

法系(Legal Genealogy/Legal Family)是指以具有一定特点的某一个国家的法律制度为核心,并与受其深刻影响的其他国家法律制度共同构成的法律系统。法系是西方法学理论中经常使用的一个概念,它是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。一般认为,世界有两大主要法系,即大陆法系和英美法系。

1.3.1 大陆法系

1. 大陆法系的概念

大陆法系(Continental Family),又称民法法系(Civil Law System)、法典法系(Code Family)、罗马法系、罗马-日耳曼法系、法国法系、成文法等。在西方法学著作中多称民法法系,中国法学著作中惯称大陆法系。它是指19世纪初以来,欧洲大陆大部分国家以罗马法为基础建立起来的、以1804年《法国民法典》和1896年《德国民法典》为代表的法律制度,以及其他国家或地区效仿这种制度而建立起来的法律制度。大陆法系以古代罗马法为历史渊源,经12—16世纪罗马法在欧洲大陆的复兴、18世纪资产阶级革命,最后于19世纪发展成为一个影响世界广大地区的法系。

2. 大陆法系特点

大陆法系的特点,概括起来有以下几点。

(1) 从法律渊源传统来看,大陆法系具有制定法的传统,制定法为其主要法律渊源,虽然允许法官有自由裁量权,但一般不承认法官的造法职能,判例一般不被作为正式法律渊源(除行政案件外),对法院审判无拘束力。

(2) 从法典编纂传统看,大陆法系的一些基本法律一般采用系统的法典形式,如法国资产阶级革命胜利后,曾先后颁布了5部法典:《民法典》《民事诉讼法典》《商法典》《刑法典》《刑事诉讼法典》。法律富含逻辑性和推理性,注重法律概念。

(3) 从法律结构传统来看,大陆法系法律的基本结构是在公法和私法的分类基础上建立的,传统意义上的公法指宪法、行政法、刑法及诉讼法;私法主要指民法和商法。



(4) 从运用法律的推理方法来看，大陆法系的法官通常采用的是演绎法，即将蕴含于法典中的高度概括的法律原理进行演绎和具体化，然后适用于具体个案。

(5) 从诉讼程序传统来看，大陆法系倾向于职权主义，法官在诉讼中起积极主动的作用。

3. 大陆法系的分布

大陆法系可以说源远流长，其分布范围非常广泛，以欧洲大陆为中心，遍布世界各地。大陆法系是以法国和德国为主，因而一些学者主张欧洲大陆可分法国分支和德国分支，前者包括拉丁语系各国，即比利时、西班牙、葡萄牙、意大利等国；后者包括日耳曼语系，即奥地利、瑞士、荷兰等国。其他地区则主要因为法国对其的军事占领或法国、西班牙、葡萄牙、荷兰的早期殖民地原因而是大陆法系。北欧各国如挪威、瑞典、丹麦、芬兰、冰岛的法律均是大陆法系。在亚洲，日本自明治维新以来的法律属于大陆法系，泰国属于大陆法系。在北美，美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省的法律，因历史原因属于大陆法系。在非洲，刚果、卢旺达、布隆迪、阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯等国也受大陆法系的强烈影响。我国的台湾地区、澳门特别行政区受日本和葡萄牙影响，也属大陆法系。

在同一法系各国中，随着政治经济形势的变化和发展，有的国家具有较大的特点。例如，日本法在第二次世界大战后便受到美国法的很大影响；北欧斯堪的纳维亚各国又有其某些固有的特征；荷兰则形成了所谓罗马-荷兰式法律制度。

4. 大陆法的结构

大陆法的特点是强调成文法的作用，它在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。它所采取的方法是：运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类归纳在一起。

(1) 大陆法各国都把全部法律分为公法、私法两部分。公法——与国家状况有关的法律；私法——与个人利益有关的法律。大陆法系各国在这些法律领域中都使用相等的法律制度和法律概念，只要掌握了一个大陆法国家的法律就很容易了解其他大陆法国家的法律。

(2) 大陆法各国都主张编纂法典。编制体例上有所不同，例如，法国、德国民商分立；有的国家民商合一。

5. 大陆法系的渊源

大陆法系虽然是以成文法为主，但这并不意味着大陆法系的渊源只有成文法，或是它的唯一的渊源。大陆法系的渊源主要有以下几种。

(1) 法律。法律是大陆法系的主要渊源。一般来说，宪法处于最高的地位，具有最高的权威性。在宪法之下，各国都制定一系列法典。条例是由行政机关制定的成文法，仅次于法典。法律解释在大陆法系国家也极为重要，法律必须通过解释才能付诸实施，在我国习惯把它称为司法解释，它已经成为人民法院审理各类案件的主要依据。

(2) 习惯。在大陆法系国家中，习惯仍起一定的作用，某些法律往往必须借助于习惯才能为人们所理解，如一个人的行为在什么情况下才构成过错，需要承担民事法律责任，什么样的标记才能构成签名，以及何谓“合理期限”等，都要用习惯加以确定。