新世纪高职高专实用规划教材

● 经管系列

国际商法

GUOJI SHANGFA

徐春林　李玉香　主　编
马树杰　李红燕　张宪英　副主编

赠送电子课件

清华大学出版社

新世纪高职高专实用规划教材　经管系列

国　际　商　法

徐春林　李玉香　主　编
马树杰　李红燕　张宪英　副主编

清华大学出版社
北　京

内 容 简 介

本书吸收了国际商法的最新规则和国内国际商法研究的最新成果，吸取了近年来教材建设和教学实践中总结出来的新知识、新内容和新体系，系统地介绍了涉外类专业的学生必须具备的国际商法的最基本内容。主要内容包括商事组织法；商事代理法；商事合同法；国际货物买卖法；产品责任法；工业产权法；国际海上、铁路、航空货物运输法；海上保险法；国际贸易支付法律制度；国际商事争议的解决等。

本书具有系统性、实用性和可操作性的特点，在内容和结构上完全能够达到高职高专学校的教学要求。

本书作为高职高专涉外类专业的教材，也可作为成人高校涉外类专业的通用教材，亦可作为经济类及管理类的本科生及从事涉外商务工作的在职人员的培训教材以及供其他人士自学之用。

版权所有，翻印必究。举报电话：010-62782989　13501256678　13801310933
本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。
本书防伪标签采用特殊防伪技术，用户可通过在图案表面涂抹清水，图案消失，水干后图案复现；或将表面膜揭下，放在白纸上用彩笔涂抹，图案在白纸上再现的方法识别真伪。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/徐春林，李玉香主编；马树杰，李红燕，张宪英副主编. —北京：清华大学出版社，2006.8
(新世纪高职高专实用规划教材　经管系列)

ISBN 7-302-13657-2

Ⅰ. 国…　Ⅱ. ①徐…　②李…　③马…　④李…　⑤张…　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(2006)第 097419 号

出 版 者：清华大学出版社　　**地　　址**：北京清华大学学研大厦
http://www.tup.com.cn　　**邮　　编**：100084
社 总 机：010-62770175　　**客户服务**：010-62776969

组稿编辑：彭　欣
文稿编辑：王景先
排版人员：王　婷
印 装 者：清华大学印刷厂
发 行 者：新华书店总店北京发行所
开　　本：185×230　**印张**：20.25　**字数**：435 千字
版　　次：2006 年 8 月第 1 版　2006 年 8 月第1 次印刷
书　　号：ISBN 7-302-13657-2/D·225
印　　数：1～4000
定　　价：28.00 元

前　言

我国加入 WTO 后，随着社会主义市场经济的迅速发展，国民经济及对外贸易也进一步与世界经济接轨。由于我国对于国际经济贸易的运行规则——国际商法的研究起步较晚，所以有很多不熟悉国际经济贸易运行规则的涉外商务人员，在对外贸易时付出过高昂的代价。现在，我们的企业比以往任何时候都需要大量经过系统培训的、熟悉国际经济贸易运行规则的涉外商务人员，本书正是为了满足这种需要而编写的。

高等职业技术院校的教材应该体现“以应用为目的，以够用为度”的原则。

《国际商法》是高等职业技术院校涉外类专业的一门专业课程，实用性和可操作性非常强。为了体现上述原则，在本书的编写过程中，我们坚持以创新、实用为特色。为此，本书吸收了国际商法的最新规则和国内国际商法研究的最新成果；在系统介绍本学科最基本内容的基础上，充分发挥实例的作用，增加了大量的 “案例”。做到章前有“学习目标”，章中有“案例”，章后有“本章小结”、“复习思考题”、“实训题”和“案例”。形成了“讲、练结合”的模式，突出了应用性。

本书分为 11 章，各章内容如下：第 1 章绪论；第 2 章商事组织法；第 3 章商事代理法；第 4 章商事合同法；第 5 章国际货物买卖法；第 6 章产品责任法；第 7 章工业产权法；第 8 章国际海上、铁路、航空货物运输法；第 9 章海上保险法；第 10 章国际贸易支付法律制度；第 11 章国际商事争议的解决。

本书由徐春林(天津工业大学)、李玉香(天津冶金职业技术学院)任主编，马树杰(天津城市职业学院)、李红燕(天津滨海职业技术学院)、张宪英(天津机电职业技术学院)任副主编，张占奇(天津机电职业技术学院)、周忠英(天津工业大学)任参编。全书由徐春林、李玉香进行总体策划和设计并完成最终定稿的工作。本书第 1、4 章及第 7 章 1～3 节由徐春林编写，第 2 章由李玉香编写，第 8、9、10 章由马树杰编写，第 3、11 章由李红燕编写，第 6 章由张宪英编写，第 5 章由张占奇编写，第 7 章 4 节由周忠英编写。

本书在编写过程中，参阅了许多文献并得到了清华大学出版社的大力支持，在此深表谢意!

由于编写时间仓促，水平有限，书中偏颇、疏漏在所难免，敬请广大读者提出宝贵意见，以便进一步修订完善。

编　者

目　录

第 1 章　绪论 1

1.1　国际商法的概念和渊源 1
1.1.1　国际商法的概念 1
1.1.2　国际商法的渊源 2
1.2　国际商法的发展历史 3
1.3　西方国家两大主要法系的商法结构和特点 4
1.3.1　大陆法的结构、渊源和特点 5
1.3.2　英美法的结构、渊源和特点 6
1.3.3　两大法系的发展趋势 9
本章小结 10
复习思考题 10
实训题 10

第 2 章　商事组织法 13

2.1　概述 13
2.2　独资企业法 14
2.2.1　独资企业的法律特征 14
2.2.2　独资企业的设立 15
2.3　合伙企业法 16
2.3.1　合伙企业的概念和特征 16
2.3.2　合伙企业的设立 18
2.3.3　合伙企业的财产关系 19
2.3.4　合伙企业的内部关系 20
2.3.5　合伙企业的外部关系 22
2.3.6　入伙和退伙 23
2.3.7　合伙企业的解散和清算 25
2.4　公司法 25
2.4.1　公司及公司法的概念 25
2.4.2　公司的主要分类 26
2.4.3　公司的设立 30
2.4.4　公司的资本 34
2.4.5　公司的组织机构 39
2.4.6　公司的合并与分立 45
2.4.7　公司的解散和清算 46
2.4.8　外国公司分支机构 46
本章小结 48
复习思考题 48
实训题 48
案例 50

第 3 章　商事代理法 53

3.1　代理法概述 53
3.1.1　代理的概念和特征 53
3.1.2　代理的种类 54
3.2　代理权的产生与代理关系的终止 56
3.2.1　代理权的产生 56
3.2.2　代理权的终止 56
3.3　无权代理 57
3.3.1　狭义的无权代理 57
3.3.2　表见代理 58
3.4　代理法律关系 60
3.4.1　代理的内部关系 60
3.4.2　代理的外部关系 62
3.5　特殊代理 64
3.5.1　承担特别责任的代理人 64
3.5.2　独家代理与独家经销 66
3.6　我国的代理法和外贸代理制度 69
3.6.1　我国的代理法 69
3.6.2　我国的外贸代理制度 70

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

本章小结 71
复习思考题 71
实训题 71
案例 74

第 4 章 商事合同法 75

4.1 合同法概述 75
4.1.1 合同的概念和特征 75
4.1.2 各国合同法的编制体例以及国际统一商事合同法 76
4.2 合同的成立 77
4.2.1 意思表示一致 77
4.2.2 当事人的订约能力 84
4.2.3 对价与约因 86
4.2.4 当事人意思表示的真实性 89
4.2.5 合同的合法性 94
4.2.6 合同的形式 96
4.3 合同的履行 97
4.4 合同的变更与转让 113
4.5 合同的终止 115
本章小结 117
复习思考题 117
实训题 118
案例 121

第 5 章 国际货物买卖法 123

5.1 国际货物买卖法概述 123
5.2 国际货物买卖合同的订立 125
5.3 买卖双方的义务 130
5.4 货物所有权和风险的转移 135
5.5 违约及其救济方法 138
5.5.1 买卖双方均可采用的救济方法 139
5.5.2 卖方违约时买方的救济方法 140
5.5.3 买方违约时卖方的救济方法 142
本章小结 142
复习思考题 143
实训题 143
案例 146

第 6 章 产品责任法 148

6.1 产品责任法概述 148
6.1.1 产品和产品责任 148
6.1.2 产品责任法 149
6.1.3 产品责任法的产生和发展 149
6.2 美国的产品责任法 150
6.2.1 产品责任的诉讼依据 150
6.2.2 被告可以提出的抗辩 153
6.2.3 美国产品责任诉讼中的损害赔偿 154
6.2.4 诉讼管辖与法律适用 155
6.3 欧洲的产品责任法 156
6.3.1 《斯特拉斯堡公约》 156
6.3.2 《产品责任指令》 157
6.4 《产品责任的法律适用公约》 158
6.4.1 《海牙公约》的适用范围 158
6.4.2 《海牙公约》规定的法律适用原则 159
6.4.3 准据法的适用范围 159
6.5 中国的产品质量法 160
6.5.1 立法概况 160
6.5.2 中国产品质量法的主要内容 160
本章小结 162
复习思考题 162
实训题 162
案例 163

第 7 章 工业产权法.....165

7.1 工业产权概述.....165
7.1.1 工业产权的概念和特征.....165
7.1.2 工业产权的发展历史.....166
7.2 专利法.....167
7.2.1 专利与专利法的概念.....167
7.2.2 各国专利法简介.....168
7.3 商标法.....176
7.3.1 商标的概念和作用.....176
7.3.2 各国商标法简介.....178
7.4 关于保护工业产权的国际公约.....183
7.4.1 关于保护专利权的国际公约.....184
7.4.2 关于保护商标权的国际公约.....186
本章小结.....187
复习思考题.....187
实训题.....188
案例.....189

第 8 章 国际海上、铁路、航空货物运输法.....191

8.1 国际海上货物运输法.....191
8.1.1 国际海上货物运输合同的概念和特性.....191
8.1.2 国际海上货物运输合同的分类.....191
8.1.3 国际海上货物运输合同当事人的法律责任.....192
8.1.4 海运提单及相关国际法律规定.....192
8.1.5 租船合同条款.....195
8.1.6 国际海上货物运输公约与中国海商法.....197
8.2 国际铁路货物运输法.....201
8.2.1 有关国际铁路货物运输的公约.....201
8.2.2 《国际货协》的主要内容.....202
8.2.3 托运人的权利和义务.....204
8.2.4 索赔与诉讼时效.....205
8.3 航空货物运输法.....206
8.3.1 航空法的概念.....206
8.3.2 航空货物运输合同的概念和特征.....207
8.3.3 规范国际航空运输的国际公约.....208
8.3.4 华沙体制在航空货运中的应用.....209
8.4 国际多式联运合同.....213
8.4.1 国际多式联运概述.....213
8.4.2 联合国《国际货物多式联运公约》.....214
8.4.3 贸发会议及国际商会的《多式联运单证规则》.....219
8.4.4 多式联运合同.....220
本章小结.....223
复习思考题.....223
实训题.....223
案例.....226

第 9 章 海上保险法.....228

9.1 海上保险法和海上保险合同.....228
9.1.1 国际海上运输保险法的发展概况.....228
9.1.2 海上保险合同.....228
9.2 承保的风险与损失.....230
9.2.1 承保的风险.....230
9.2.2 承保的损失.....231
9.2.3 承保的费用.....232
9.3 国际海上货物运输保险条款.....233

9.3.1 中国人民保险公司《海洋货物运输保险条款》.....233
9.3.2 英国伦敦保险协会制定的“协会货物条款”.....235
9.4 代位权与委付.....235
9.4.1 海上保险的代位权.....235
9.4.2 代位求偿权成立的条件.....236
9.4.3 海上保险的委付.....237
本章小结.....240
复习思考题.....240
实训题.....241
案例.....244
第 10 章 国际贸易支付法律制度.....245
10.1 国际贸易支付工具.....245
10.1.1 票据概述.....245
10.1.2 票据关系.....248
10.1.3 汇票.....251
10.1.4 本票与支票.....255
10.1.5 《联合国国际汇票和国际本票公约》.....257
10.2 国际支付方式法律制度.....258
10.2.1 托收统一规则.....258
10.2.2 跟单信用证统一惯例.....261
本章小结.....264
复习思考题.....265
实训题.....265
案例.....267
第 11 章 国际商事争议的解决.....269
11.1 国际商事争议的解决方式.....269
11.1.1 国际商事争议的概念与特点.....269
11.1.2 国际商事争议的解决方式.....270
11.2 国际商事仲裁.....272
11.2.1 国际商事仲裁的概念和特点.....272
11.2.2 国际商事仲裁协议.....274
11.2.3 国际商事仲裁机构与仲裁程序.....278
11.2.4 国际商事仲裁裁决的承认和执行.....282
11.3 国际商事诉讼.....285
11.3.1 国际商事诉讼的概念和一般原理.....285
11.3.2 国际商事诉讼的管辖.....287
11.3.3 国际商事诉讼程序.....289
11.3.4 国际商事诉讼的司法协助.....291
本章小结.....292
复习思考题.....292
实训题.....293
案例.....296
实训题及案例答案.....298
参考文献.....310

第1章 绪 论

学习目标：掌握国际商法的概念、渊源；掌握大陆法的结构、渊源及其特点；掌握英美法的结构、渊源及其特点；熟悉国际商法的主要内容；了解国际商法的历史发展和两大法系的发展趋势。

1.1 国际商法的概念和渊源

1.1.1 国际商法的概念

国际商法(International Commercial Law)是指调整国际商事关系的法律规范的总称。

国际商法的调整对象是国际商事关系，这种关系是各国商事组织在跨国经营中所形成的商事关系。

商事关系是指人们在实施商事行为的过程中产生的各种社会关系。

“商事”并不仅仅限于商业活动，而是包括买卖、代理、租赁、建造工厂、咨询、工程、许可证交易、投资、银行、保险、项目开发、广告、娱乐、饮食、合营和其他形式的工商业合作、货运或旅客运输等一切经济活动。

“国际”的含义是指“跨越国境”的意思。具体而言，是指商事关系具有下列情形之一：当事人的营业地分处不同国家；当事人具有不同国籍，商事行为发生在当事人一方或多方所在国以外的国家或地区；商事关系的对象位于当事人一方或多方所在国以外的国家或地区。

【案例1-1】法国A公司与中国甲公司签订合同，合同规定：“A公司供应甲公司50台拖拉机。每台100马力，价格4 000美元。合同订立后3个月装船，不可撤销即期信用证付款。”

此合同因为是法国A公司与中国甲公司所签订，当事人的营业地分处不同的国家且当事人具有不同的国籍，故为国际商事合同。

现代国际商法的调整范围是非常广泛的，已经从传统国际商法所涵盖的商事组织、合同、代理、买卖、海商、保险、票据等领域，拓展到技术贸易、服务贸易、投资、金融、产品责任等众多的国际经济领域。根据适用为度的原则，本书只选择对涉外专业的学生而言最基本的国际商法内容进行介绍，包括商事组织法、代理法、合同法、买卖法、运输和保险法、工业产权法、产品责任法、国际贸易支付法和国际商事争议的解决等内容。

1.1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源是指国际商法产生的依据及其具体的表现形式。国际商法有四个主要渊源：国际条约、国际商事惯例、各国国内立法、判例。

1. 国际条约

国际条约或公约是指国家间共同制定的商事规范，双边性质的称为条约，多边性质的则称为公约。

各国缔结的有关国际商业和贸易的国际条约或公约是统一国际商法的重要渊源。其中一种是属于统一实体法规则的国际条约，如《1980年联合国国际货物买卖合同公约》、《1978年国际海上货物运输公约》、《国际汇票和国际本票公约》等。另一种是属于冲突法规则的国际公约，如《国际货物买卖合同适用法律公约》、《产品责任适用法律公约》等。

国际条约或国际公约对缔约国具有法律约束力，实践中，各国为了奉行条约必须信守的古老法律原则，一般将其相关的内容在国内法中予以体现。但是，国际商法在本质上属于私法范畴，当事人的意思自治原则在一定程度上可以减损国际公约或条约的效力，由此致使其不具有绝对的强制执行力。

虽然国际条约或公约对非缔约国一般不具有约束力，但是由于它的具体规定往往反映了市场经济的客观规律，因此，在实践中也会得到非缔约国商人或商事组织的遵守。

2. 国际商事惯例

国际商事惯例是指在长期的国际贸易活动中形成的，由某些国际组织或某些商业团体整理编纂成文的，为广大国际商事当事人所普遍接受的贸易规则。

国际商事惯例是国际商法的另一个重要渊源，在国际贸易中起着十分重要的作用。国际商事惯例本身虽然不是法律，不具有普遍的约束力，但是，按照各国的法律，一旦当事人双方在合同中采用了某项惯例，则该项惯例对合同双方当事人就具有了法律约束力。有些国家的法律还规定，法院有权按照有关的贸易惯例来解释双方当事人的合同。目前，受到全球普遍承认或在一定的重要区域内普遍接受的国际商事惯例主要有：国际商会制定的《2000年贸易术语解释通则》、《1995年托收统一规则》、《跟单信用证统一惯例》(1993年修订本)，美国对外贸易协会编纂的《(修订本)美国对外贸易定义》，国际海事协会制定的《1974年约克·安特卫普规则》。

3. 国内立法

国内立法作为国际商法的渊源，是指各国制定的关于调整涉外商事交易关系的法律、法令、条例、规定等规范性文件。例如大陆法系国家的《法国商法典》、《德国商法典》。英美法国家的美国《统一买卖法》、《统一商法典》，英国的《货物买卖法》等。

总的来说，发达的资本主义国家一般很少区分国内商事活动与涉外或国际商事活动，

因此，这些国家的国内商法也对涉外或国际商事活动适用。当然涉外或国际商事活动中的特殊问题如外国人的待遇、市场准入等，发达国家中也有另作规定的。大多数发展中国家和某些实行计划经济的国家对内外商事活动分别适用不同的法律，但就这些国家的国际商事法规而言，它们亦或多或少地参照或吸收其他国家的普遍做法。

4. 判例

在英美普通法之中，判例是国家法律的重要渊源，上级法院的判决对下级法院的审判具有拘束力已成为这些国家的通例。例如，英国作为世界上对外贸易较早的国家之一，有关国际商法方面法院判决中的“先例”，对英国，甚至对其他西方国家都产生了很大的影响。

判例虽不是大陆法系国家的正式渊源，但是，大陆法系国家在司法实践中也往往参考上级法院的有关判例，使得判例在很多场合下实际上成了“准法律”。

【案例1-2】英国温特伯顿诉赖特案(1842)

原告温特伯顿是一名受雇的马车夫，雇主与被告赖特订有一份由赖特提供一辆安全的马车供雇主用于运送邮件的约定。被告按照约定将马车交给雇主，然后雇主让原告驾驶马车运送邮件。但是，原告在驾驶时，马车的一个轮子突然塌架，造成原告受伤。

为此，原告向赖特提起损害赔偿之诉，而被告则以原告不是合同的当事人为由拒绝赔偿。法院认为，动产的债务不发生侵权行为的损害赔偿请求权。而合同责任则仅仅存在于合同的当事人之间，对于非合同的当事人，商品的制造者无注意义务。据此法院判原告败诉。

以上就是关于产品责任问题的一个最早的判例。

1.2 国际商法的发展历史

国际商法是随着国际商事交往的产生和发展而产生、发展起来的。从历史上看，早在古代罗马法中就出现了关于代理、冒险借贷、海运赔偿等调整涉外商事关系的法律，但当时还没有制订专门的商事法，商事法只是作为私法的内容之一。

国际商法的发展主要经历了三个阶段：

1. 商人习惯法阶段

公元10～15世纪，欧洲地中海沿岸是世界各国贸易的中心，意大利的威尼斯、热那亚等一些城市则是这一贸易中心的“中心”。当时的法律不能为商业交易提供必要的保护，这显然不能适应商业发展的需要。为了方便并促进商业交往，商人行会组织——商人基尔特便制定和编纂了习惯规则，组织了商事法庭，通过行使商事裁判权等职能，来解决商事纠纷。这些习惯规则逐渐形成了中世纪的所谓“商人习惯法”。它包括货物买卖合同的标

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

准条款、两合公司、商事合伙制度、商事代理制度、票据制度、海商制度、保险制度、破产制度等，尤以海商法最为发达。这种商人习惯法后来随着航海贸易的发展逐步扩及到西班牙、法国、荷兰、德国及英国。

商人习惯法的特征是：①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；②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执掌，其性质类似于现代的国际仲裁或调解；③其程序简易、审理迅速，不拘泥于形式；④它强调按公平合理的原则来处理案件。

2. 国内法阶段

17 世纪以后，随着欧洲中央集权国家的强大，欧洲各国都采用各种方式把商法纳入本国的国内法，使之成为国内法的一部分，从而使商法失去了它原有的国际性。例如，大陆法系的法国颁布了《商事条例》(1673 年)、《海商条例》(1681 年)和《法国商法典》(1807 年)，德国颁布了《德国商法典》(1897 年)，日本制定了《日本商法典》(1899 年)，瑞士制定了《瑞士债务法典》(1881 年)。英美法系的英国于 18 世纪中叶，由当时担任大法官的曼斯菲尔特把商人习惯法吸收到普通法中，使之成为普通法的一部分。还陆续在商品买卖、公司、票据、保险、海商、破产等方面制定了单行商事法律，如《货物买卖法》(1893 年)、《汇票法》(1882 年)，但判例仍然为法源。美国于 1952 年通过了一部由各州自由采纳的《统一商法典》，现在已经被大多数州所采纳。

3. 现代国际商法阶段

第二次世界大战后，特别是 20 世纪 60 年代以后，随着世界生产力的增长，各国之间的经济联系日益密切，经济生活越来越国际化，互相依赖的程度也大大增强。为了减少法律冲突，为国际经济交往提供一个良好的法律环境，西方国家掀起了国际商法国际化、统一化的浪潮。国际商法进入了一个新的发展阶段，其主要特点是恢复了国际商法的国际性和统一性。目前，许多政府间或民间的国际组织，如联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会、国际商会、国际法协会等都在积极地研究和制定统一的国际商法或编纂统一的国际商事惯例，一个新的统一的国际商法正在形成之中。

综上所述，国际商法在经历了“国际—国内—再国际”的历程之后，其统一化已成为必然的趋势。当然，由于受各国的经济发展水平以及历史、文化差异等因素的影响，国际商法的全面统一之路将是十分漫长的。

1.3 西方国家两大主要法系的商法结构和特点

西方资本主义国家的法律制度，主要可以分为两个体系。即以法国、德国为代表的大陆法体系和以英国、美国为代表的英美法体系(普通法体系)。

1.3.1　大陆法的结构、渊源和特点

大陆法系又称罗马法系、民法法系、罗马-德意志法系。是指包括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 1896 年《德国民法典》为代表的法律制度，以及模仿法国、德国法例制定的其他国家法律的统称。大陆法系在 13 世纪形成于西欧，除法国、德国外，许多欧洲大陆国家如瑞士、意大利、奥地利、荷兰、卢森堡、比利时、西班牙、葡萄牙等都属于大陆法系。另外，曾受大陆法系国家殖民统治过的拉丁美洲、非洲，以及近东的一些国家也属于大陆法系，英美法系国家中的个别地区，如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省，也实行大陆法系。另外，日本、土耳其等国，以及我国的台湾省，也引入了大陆法系。

1. 大陆法的结构和特点

大陆法把全部法律分为公法和私法两大部分。公法包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等，是调整国家和国家以及国家和个人之间关系的法律。私法包括民法和商法等调整平等，是民事主体之间关系的法律。

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。另外，大陆法各国都主张编纂法典。例如法国的民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典和刑事诉讼法典。民商分立的国家，如法国、德国和日本等，都将民法和商法分别编成两部独立的法典；而民商合一的国家，如瑞士、荷兰和意大利则把商法并入民法典中，作为民法典的一个组成部分。法典是大陆法的主要渊源。

2. 大陆法的渊源

大陆法强调成文法的作用，所以法律是大陆法的主要渊源。但是，习惯、判例和学理也在大陆法中起着重要的作用。

(1) 法律。法律是大陆法的主要渊源。一般来讲，法律分为三个层次：

① 宪法处于法律的最高地位，具有最高的权威性。

② 法律是指立法机关——国会制定的法律。例如大陆法国家的民法典、刑法典、商法典等。

③ 条例是指行政机关制定的成文法。它在大陆法系的渊源中也起着很重要的作用。

(2) 习惯。一般来说，大陆法国家都承认习惯是法的渊源。但法国、意大利和奥地利的学者和法官认为，习惯只有在法律明文要求法官必须适用的情况下才起作用。而德国和瑞士的学者和法官则把法律和习惯相提并论。

(3) 判例。大陆法国家原则上不承认判例与法律具有同等的效力，一个判决只对被判处的案件有效，对日后法院判决同类案件并无约束力，所以判例是不能被法官援引而成为判决的依据的。但是，有些国家也有例外，例如德国规定联邦宪法法院的判决在“联邦公

报”上发表后就具有了约束力，并承认由“经常的判例”所形成的规则属于习惯法规则，具有约束力，法院应当予以实施。瑞士联邦法院关于宣布州法违宪的判决，以及阿根廷、哥伦比亚最高法院关于宪法的判决，都具有法律约束力。

(4) 学理。在大陆法系国家，一般认为学理不是法的渊源。但是，在大陆法的发展过程中，学理起着重要的作用。通过立法者的活动，法学理论、法律词汇和法律概念等可以成为法律；学理可以解释法律，对判例进行分析和评论；学理还可以影响法律的实施。

3. 大陆法系国家的法院组织体系

大陆法系各国的法院组织体系基本相同，设有普通法院和专门法院，如法国设有行政法院，德国设有行政法院、劳动法院、社会法院和税收法院。普通法院又大体分为三级三审制和四级三审制。例如，法国实行前一种制度，德国和日本则实行后一种制度。法国法院系统由基层法院、上诉法院和最高法院组成。不服基层法院判决可逐级上诉至最高法院。德国法院系统由地方法院、州地区法院、州高等法院、联邦高等法院组成。地方法院审理轻微民事案件，州地区法院审理较大的民事案件，不服判决可依次上诉，对上诉审判不服可依次要求上级法院复审。日本法院系统由简易法院、家庭法院或者地方法院、高等法院和最高法院组成。简易法院审理轻微民事案件，重大民事案件由地方法院作为一审法院，并分别有两级上诉审。不过，第二审同样对讼争的事实进行审理，而第三审则一般只对既判裁决的法律适用进行审理。

1.3.2 英美法的结构、渊源和特点

英美法系又称英国法系、海洋法系、普通法系，是英国中世纪以来的法律以及受其影响或者仿此模式制定的美国及其他国家法律的总称。英美法系形成于英国，以后又扩展到美国及其他曾受英国殖民统治的国家和地区，如加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、香港、菲律宾和斯里兰卡等。

(一)英国法的结构、特点及其渊源

1. 英国法的结构和特点

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：

(1) 救济方法不同。普通法有两种救济方法，一种是金钱赔偿，另一种是返还财产，以金钱赔偿为主；衡平法的救济方法则包括实际履行和禁令。

(2) 诉讼程序不同。衡平法法院有自己的诉讼程序与证据规则。它与普通法法院不同之处主要在于：第一，普通法法院有陪审团制度，衡平法法院则不设陪审团；第二，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。比较而言，衡平法的诉讼程序比较灵活。

(3) 法院的组织系统不同。从14世纪后半叶起，衡平法法院成为独立的法院，此后，在一个相当长的时期内，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，才取消了普通法法院与衡平法法院的划分，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，而且把衡平法优先于普通法的原则在法律上规定下来。经过这次改革以后，在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，但在这些法律部门中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。

(4) 法律术语不同。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。

英国法的另一个特点是重程序。

2. 普通法的渊源

(1) 判例法。普通法的主要渊源是判例法。它是由高等法院的法官以判决的形式发展起来的法律规则，严格遵循着19世纪上半叶确立起来的“先例约束力原则”。“先例约束力原则”是与判例法紧密相关的一个原则，该原则认为：①上议院的判决对全国各级审判机关都有约束力，但对其本身没有约束力；②上诉法院的判决可以构成对下级法院的有约束力的先例，而对其本身也有约束力；③高级法院的每一庭的判决对一切低级法院有约束力，对高级法院的其他各庭和王冠法院(主要负责审理刑事方面的案件)也有很大的说服力。

(2) 成文法。成文法是英国法院的重要渊源。在普通法系，成文法包括两种，一种是由立法机关——国会制定的法律，一种是由行政机关按照法律制定的条例。但是，受普通法系传统的影响，判例法仍旧是基础，成文法只是对判例法的修正或补充，成文法还要通

过判例法加以解释和重新肯定后，才能起作用。也就是说，法官在判案时，不能向大陆法官一样直接援引成文法的条文，而只能通过对法律的解释，做出了判决，形成了先例，才使得成文法得以实施。

(3) 习惯。在盎格鲁撒克逊时代，习惯是当时法的主要渊源。但是，在现代的英国普通法中，习惯的作用极小。根据现在仍有效的1265年法律，只有在1189年时已经存在的地方习惯才具有约束力，因此，只要证明1189年时不可能存在某种习惯，该习惯就不能被认为是具有约束力的。

3. 英国的法院组织体系

英国的法院体系比较复杂，有高级法院和低级法院两类。前者包括上议院(枢密院司法委员会)、上诉法院和高等法院三种，后者包括王冠法院、郡法院和治安官法庭三种。

郡法院和治安官法庭作为英国最低一级的法院，分别审理辖区内争议标的在5000英镑以下的小额民事案件和轻微刑事案件。重罪案则由治安官法庭预审后送交王冠法院审理，王冠法院实行陪审制度。高等法院设有王座庭、大法官庭和家事庭，既审理标的额大的或者重要的一审案件，又审理不服低级法院判决的上诉案件。上诉法院审理不服高等法院判决的上诉案件。高等法院和上诉法院合称最高法院，但有点名不副实，因为如果案件涉及到具有普遍意义的一般性法律问题的重要案件，当事人不服上诉法院判决的，经上诉法院和上议院同意，可以向上议院上诉，此时，上议院才是有终审权的实际上的最高法院。枢密院司法委员会对海外领地和英联邦成员国最高法院判决的上诉案件享有终审权。

(二)美国法的结构、特点和渊源

1. 美国法的结构和特点

美国法与英国法有许多相同之处，如：以判例法为主；以成文法为判例法的补充和修正；同样有普通法与衡平法之分；实行陪审制度，等等。但是美国实行联邦制而非英国式的君主立宪制，故在法律结构上与英国有很大的差别。美国将法律分为联邦法与州法两个部分，这是美国法律结构的一个主要特点。根据美国宪法所确定的准则，立法权原则上由各州行使，而联邦只在例外情况下行使立法权。但联邦的法律高于各州的法律，如果州法和联邦法相抵触，应适用联邦法。

2. 美国法的渊源

(1) 判例法。判例法是美国法的主要渊源。美国也有类似于英国的先例约束力原则，由于在美国有联邦法和州法之分，其先例约束力原则主要体现在：①在州法方面，州的下级法院须受其上级法院判例的约束，特别是受州最高法院判例的约束；②在联邦法方面，须受联邦法院判例的约束，特别是受美国最高法院判例的约束；③联邦法院在审理涉及联邦法的案件时，须受其上级联邦法院判例的约束；④联邦法院在审理涉及州法的案件时，

须受相应的州法院的不违反联邦法判例的约束；⑤联邦和州的最高法院都不受其先例的约束。

为了统一判例法，美国法律协会编纂整理民商法方面的判例法，将其汇编成册，合成《法律重述》、《法院的重述》以及《州与重述》，虽不是法典，没有法律效力，但对司法机关也有重要的参考价值。

(2) 成文法。成文法是美国法的重要渊源，包括联邦成文法和州成文法。

3. 美国的法院组织体系

由于美国实行联邦制，因而设有联邦法院和州法院两个体系。联邦法院又分为地区法院、上诉法院和最高法院三级；州法院分为初审法院和上诉审法院两级，上诉审法院包括州上诉法院和最高法院。联邦法院仅在美国宪法或国会法律明定范围内才有管辖权，其他案件均由州法院管辖。

1.3.3 两大法系的发展趋势

进入20世纪以后，两大法系发生了一定的变化，主要表现为以下三个方面：

(1) 大陆法系中判例的作用日益增强。大陆法系国家在传统上不承认判例与成文法具有同等的法律效力，但进入20世纪以后已经有所变化，如法国采取了赋予法官对法律作"扩展解释"的权力的改革措施。德国则已明确宣布联邦宪法法院的判决对下级法院具有强制性约束力。虽然大陆法系国家中判例法的地位和作用迄今还不能与英美法系国家相提并论，但已打破了原先的成文法一统天下的格局。

(2) 英美法系成文法的数量迅速增多。其中以美国的情况最为典型，美国从19世纪下半叶起，就着手进行立法的整理编纂工作。1926年颁布了法律汇编性质的《美国法典》，并定期修订增补。同时，通过全国统一州法委员会和美国法律协会等团体拟定示范法并向各州推荐，以使各州法律趋于统一。如50年代拟定的《美国统一商法典》、《美国示范公司法》等，已被实行大陆法的路易斯安那州之外的所有的州所采纳。第二次世界大战之后，美国还成立了各种各样的委员会，它们不但被授权制定规章、条例，而且还可以在法院诉讼程序之外，相对独立地处理案件，并不受先例约束。所有这些，对成文法的发展均产生了重要的影响。英国自19世纪末就开始大规模制定成文法，如1893年的《货物买卖法》、1906年的《海上保险法》等。

(3) 两大法系取长补短，逐渐融合。两大法系除在法律渊源领域不断靠近外，在法律种类及其具体内容上也相互吸收对方的科学合理成分。伴随着全球经济一体化的发展，在WTO法律规则的指导下，两大法系的融合程度会越来越高。但无论如何，两大法系由于历史传统、思维定式等造成的差异是不可能完全弥合的，所以它们不可能汇合为一个统一的法系。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com