

国际商法

International Commercial Law

宁 烨 杜晓君 ● 主编



机械工业出版社
China Machine Press



作者: 程进

书号: 978-7-111-27751-4

定价: 29.00元



作者: 赵永宁

书号: 978-7-111-25923-7

定价: 30.00元



作者: 胡俊文

书号: 978-7-111-22202-6

定价: 26.00元

客服热线:

(010) 88379210, 88361066

购书热线:

(010) 68326294, 88379649, 68995259

投稿热线:

(010) 88379007

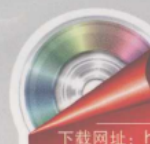
读者信箱:

hzjg@hzbook.com

华章网站 <http://www.hzbook.com>

网上购书: www.china-pub.com

封面设计: 王建敏



为采用的教师
提供教辅资源

下载网址: <http://www.hzbook.com>
教学支持: 010-68353079, 88378995

国际商法

International Commercial Law

本书立足于国际商事行为所需要的相关法律知识,全面、系统、科学地阐述国际商法的基本理论和基本制度,将国外民商法基本理论、判例法司法实践与我国商事法律和对外贸易实践相结合,在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性,在内容上反映了国际商法的最新发展成果,具有鲜明的时代特色。

本书可作为国际经济与贸易、工商管理、市场营销等专业以及英语、日语及俄语等语言专业的国际商法教材,还可供国际贸易等相关从业人员工作参考。

经济管理类专业规划教材·国际贸易系列

国际贸易实务操作	江汉大学	胡俊文
国际经济合作	云南财经大学	赵永宁
国际商法	东北大学	宁 烨
国际贸易英文函电	山东农业大学	田野青



上架指导: 经济/贸易

ISBN 978-7-111-28962-3



9 787111 289623

定价: 29.00元

经济管理类 专业规划教材
国际贸易系列

国际商法

International Commercial Law

宁 烨 杜晓君 ● 主编



机械工业出版社
China Machine Press

本书立足于国际商事行为所需要的相关法律知识,全面、系统、科学地阐述国际商法的基本理论和基本制度,将国外民商法基本理论、判例法司法实践与我国商事法律和对外贸易实践相结合,在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性,在内容上反映了国际商法的最新发展成果,具有鲜明的时代特色。

本书可作为国际经济与贸易、工商管理、市场营销等专业以及英语、日语及俄语等语言专业的国际商法教材,还可供国际贸易等相关从业人员工作参考。

版权所有,侵权必究

本书法律顾问 北京市展达律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/宁烨,杜晓君主编.——北京:机械工业出版社,2009.11
(经济管理类专业规划教材·国际贸易系列)

ISBN 978-7-111-28962-3

I. 国… II. ①宁… ②杜… 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(2009)第196271号

机械工业出版社(北京市西城区百万庄大街22号 邮政编码 100037)

责任编辑:张 杨 版式设计:刘永青

北京诚信伟业印刷有限公司印刷

2010年1月第1版第1次印刷

184mm×260mm·16.75印张

标准书号:ISBN 978-7-111-28962-3

定价:29.00元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换

客户热线:(010)88379210;88361066

购书热线:(010)68326295;88379649;68995259

投稿热线:(010)88379007

读者信箱:hzjg@hzbook.com

本书参考教育部“普通高等教育精编法学教材编写规划”的总体要求，并针对大学本科非法学专业的教学特点和人才培养目标，在借鉴、吸收国际商法学科最新科研成果和国际经贸实践经验的基础上，由国际商法和经济法学一线教学工作者和理论研究者编写而成。本书以国际商事合同法、国际货物买卖法、知识产权保护法和国际商事争议的解决方法四大内容为主线，通过对当代世界经济影响极大的大陆法系、英美法系等若干发达国家的商事法律，以及有关国际商事交易的国际公约和国际贸易惯例的比较研究，在广泛借鉴国内外专家、学者的研究成果和国内外立法文件的基础上，较为深入地讨论了国际商法的理论和实务。

本书的重要意义在于，它不仅符合教育部“普通高等教育精编法学教材编写规划”的总体要求，而且兼顾了非法学专业大学生的专业背景及特点。编者在多年的实际教学中认识到，非法学专业的大学生掌握法律知识的实际范围和程度，应当与专业法学学生区别对待，而且他们所学的法律知识一定要与其专业背景相联系，这样才能满足市场和社会的需要，培养出高级实用性人才。

为适应国际经济与贸易专业、工商管理专业、市场营销专业以及外语学院英语、日语及俄语专业等非法学专业学生的特点及时代发展的新要求，我们除了在内容的编写上，尽可能吸收渗透最新的立法与研究成果，还在内容安排、教法选择、编写体例等方面进行了幅度较大的调整和扩充，甚至是新尝试，使本书与同类教材相比具有以下特点。

1. 专业的针对性

“国际商法”是一门专业法律课程，按照教学计划的要求，往往在大三下学期或大四上学期开设，而作为这门课程先期准备课程的“法律基础”则是在大一开设，而且作为选修课，所学内容（特别是民法学部分）的深度与广度与法学专业不能同日而语，而 MBA 学生中则有相当一部分人还没有这样的知识准备。这样，在学习“国际商法”这门课程时，学生均感到比较吃力，而作为授课教师，则更是苦于没有合适的教材。因为，现有的国际商法教材通常是针对法学专业学生编写的，虽然体系完备、理论性强，但对于非法学专业学生而言，学习起来有一定的难度，同时，现有教材的内容也未能与学生的专业背景相联系，使学生感到不够实用。针对这种情况，我们非常迫切地需要编写适合于非法学专业大学生的国际商法教材以及与之配套的系列教学辅助资料。教材要在内容和体系上兼顾非法学专业大学生的专业背景及特点，帮助学生更加深入全面地了解所学知识，增加学习兴趣。

2. 内容的最新性与体系的创新性

本书力求内容的最新性，注重学科知识的系统性、先进性和权威性，吸收和反映国内

外法学领域的最新成果,并具有鲜明的时代特色与一定的前瞻性,力求做到与时俱进,满足现代国际商事活动的需求。在内容上,增加了我国最新修订的2006年《公司法》、《合伙企业法》、《独资企业法》以及2007年UCP600、WTO争端解决机制、电子商务、最新关税表等方面的新材料。在编写体例上也有明显的创新性,除了在每一章增加“学习目标”、“关键术语”、“延伸阅读”等栏目外,还在每章后针对所要达到的学习目标设置了“思考与练习”栏目,其中包括大量的判断题、选择题、简答题、论述题等,不仅有利于学生自主学习和教师组织多种形式教学,可以满足教学内容、方法、模式全面改革的需要,而且能够帮助学生考察对基本知识和概念的掌握情况,检验学习效果。

3. 注重实践性

本书在注重理论性的同时,也增强了实践性。法学是一门实践性很强的学科,因为“法律的生命在于经验而不是逻辑”。理论与实践相结合是国际商法教学工作的一项基本原则。针对非法学专业大学生、特别是MBA学生的需求以及国际商法技术性、应用性、国际性非常强的特点,在每章内容中增设实务性内容,如与法律实务密切相关的“知识窗”、“热点关注”、“案例分析”以及“阅读材料”等,加大了技能训练的比重,突出了“能力培养”和“创新教育”的教学理念,进一步体现了应用学科的特点,从而满足学生学以致用的需要。

4. 语言的简洁性与逻辑的清晰性

严格遵守国家教育部颁布的《高等学校国际经济与国际贸易专业课程教学大纲》以及《高等学校外语专业课程教学大纲》的要求,在保证知识点全面的同时,要求语言精练,概括性强。力求使本书的逻辑思路达到最清晰的程度,可以使理论知识程度较低的学生也能较容易地掌握。

本书第1~2章、第4~6章由宁烨负责,第3章由杜晓君负责,第7章、第9章由洪晓梅负责,第8章由郑红负责,第10章由赵进华负责。

本书的完成还得益于机械工业出版社华章分社的编辑吴亚军的支持与帮助,他对本书提出了很多有益的建议,对保证本书的质量起到了非常重要的作用,在此表示衷心的感谢。

教学目的

国际商法课程介绍国际商法的基本理论和实务，旨在培养和提高学生从事国际商事活动的法律素质。通过本课程的学习，使学生能够初步掌握国际商法的基本原理和主要内容，熟悉国际商事活动范围内涉法问题的解决程序和有关办法，初步具备运用所学知识分析问题和解决问题的能力，特别是能够运用所学知识参与国际商事活动，分析国际商事纠纷，以便开展涉外商务活动。

前期需要掌握的知识

民法，经济法，国际贸易实务等课程相关知识

课时分布建议

教学内容	学习要点	课时安排				案例使用建议
		MBA		本科		
		授课学时	案例讨论	授课学时	案例讨论	
* 第 1 章 导论	● 国际商法的概念 ● 国际商法的渊源 ● 世界两大主要法律体系的含义与特征	1	1	1	1	案例：关于合同是否具有国际性的判断
* 第 2 章 合同法	● 合同的概念及特征 ● 我国《合同法》的基本原则 ● 合同成立与合同生效的要件 ● 合同保全的概念及方法 ● 违约责任及缔约过失责任的规定 ● 抗辩权的含义及种类	4	8	10	6	案例：关于要约、承诺、重大误解及违约责任的判断
* 第 3 章 商事组织法	● 商事组织类型及法律特征 ● 各种商事组织内部组织架构的设置，经营管理人员承担的义务 ● 各国《公司法》确定的公司资本制度 ● 我国《公司法》关于公司合并和分立的规定 ● 各国《公司法》关于董事责任的规定	2	4	3	3	案例：关于公司成立、股东权利与义务的分析
* 第 4 章 国际货物 买卖法	● 国际货物买卖法的概念和本质 ● 关于国际货物买卖的国际公约与国际贸易惯例 ● 国际货物买卖合同中买卖双方的权利与义务 ● 违反国际货物买卖合同的救济方法 ● 国际货物买卖中货物所有权与风险的转移	2	2	2	2	案例：关于国际货物买卖合同双方当事人权利与义务、责任以及所有权及风险转移的分析
* 第 5 章 代理法	● 代理的概念及种类 ● 代理法律关系的内容	2	2	3	1	案例：关于无权代理及表见代理的分析

(续)

教学内容	学习要点	课时安排				案例使用建议
		MBA		本科		
		授课学时	案例讨论	授课学时	案例讨论	
* 第6章 产品责任法	● 产品责任的概念与性质 ● 产品责任法概念与性质 ● 美国《产品责任法》中原告的诉讼依据与被告的抗辩理由 ● 我国的《产品质量法》与产品质量责任的有关规定	1	1	1	1	案例：关于产品责任诉讼依据及赔偿范围的分析
第7章 票据法	● 票据关系与非票据关系 ● 票据行为 ● 票据权利 ● 票据抗辩 ● 票据丧失与补救 ● 涉外票据的法律适用 ● 汇票、本票与支票的主要区别	1	1	2	2	案例：关于合法持票人权利保护的分析
第8章 国际商事仲裁与涉外民事诉讼	● 国际商事仲裁的概念，种类与特点 ● 国际商事仲裁协议 ● 国际商事仲裁程序及仲裁裁决的执行 ● 中国的仲裁机构，仲裁规则与仲裁协议的作用 ● 涉外民事诉讼	1	1	3	1	案例：关于仲裁协议效力的分析
* 第9章 国际知识产权保护法	● 知识产权的概念及特征 ● 专利权的概念及主要法律制度 ● 商标权的概念及主要法律制度 ● 著作权的概念及主要法律制度 ● 保护知识产权的主要国际公约	2	2	3	1	案例：关于著作权保护及商标权认定的分析
* 第10章 电子商务法	● 电子商务和电子商务法的概念 ● 电子商务法的基本原则 ● 电子商务合同的订立和生效 ● 电子签名的法律效力 ● 域名权的法律属性及与其他类型知识产权的关系 ● 网络环境中商标权、著作权和专利权的侵权及解决	1	1	1	1	案例：关于电子商务合同的成立、生效及网络环境下商标权保护的分析
课时总计		40		48		

说明：(1)在课时安排上，MBA 学生是 40 个学时；国际经济与贸易专业本科生是 48 个学时；其他专业的本科生可以是 32~40 个学时，标注 * 的内容建议要讲，其他内容可以作为选择性补充。

(2)案例讨论可以采用“模拟法庭”的形式，即让学生分别模拟原告、原告律师、被告、被告律师、审判长、审判员等角色，按照审判程序，展开辩论。体验法庭审判案件的形式和程序，旨在提高学生应变能力和策划能力，以及法律知识应用能力。另外，为了使学能够更加深刻地理解审判程序及实体法律依据，可以指导学生根据每次案例讨论结果做出规范的民商事判决书，引导学生运用法言法语将各种纷争转化为明确的权利义务关系，使之成为法律问题进行分析判断，并注重书写的逻辑性、准确性和规范性，从而培养学生的综合能力。

CONTENTS | 目 录

前 言

教学建议

第1章 导论 1

学习目标 1

1.1 国际商法的概念 1

1.2 国际商法的产生与发展 2

1.3 国际商法的渊源 3

1.4 世界两大主要的法律体系 5

本章小结 13

关键术语 13

思考与练习 13

案例讨论 15

延伸阅读 15

第2章 合同法 16

学习目标 16

2.1 合同法概述 16

2.2 合同的成立 23

2.3 合同的生效 31

2.4 合同的变更、合同的转让及

第三人利益合同 53

2.5 合同的保全 57

2.6 合同的终止 61

2.7 违约责任 62

2.8 双务合同履行中的抗辩权 75

2.9 缔约过失责任 78

本章小结 79

关键术语 80

思考与练习 80

案例讨论 81

延伸阅读 83

第3章 商事组织法 84

学习目标 84

3.1 商事组织法概述 84

3.2 合伙企业法 85

3.3 公司法 88

本章小结 114

关键术语 114

思考与练习 114

案例讨论 115

延伸阅读 117

第4章 国际货物买卖法 118

学习目标 118

4.1 国际货物买卖法概述 118

4.2 国际货物买卖合同中卖方的

义务 120

4.3 国际货物买卖合同中买方的

义务 124

4.4 违反国际货物买卖合同的

救济方法 125

4.5 货物所有权与风险的转移 129

本章小结 132

关键术语 132

思考与练习 132

延伸阅读 134

第5章 代理法 135

学习目标 135

5.1 代理法概述 135

5.2 代理的法律关系 140

本章小结 144

关键术语 145

思考与练习 145

案例讨论 146

延伸阅读 147

第6章 产品责任法 148

学习目标 148

6.1 产品责任法概述 148

6.2 美国的《产品责任法》	151	关键术语	203
6.3 欧洲各国的产品责任法	158	思考与练习	203
6.4 关于产品责任的法律适用公约	160	延伸阅读	204
本章小结	161	第9章 国际知识产权保护法	205
关键术语	161	学习目标	205
思考与练习	161	9.1 知识产权法概述	205
案例讨论	163	9.2 专利法	206
延伸阅读	163	9.3 商标法	211
第7章 票据法	164	9.4 著作权法	217
学习目标	164	9.5 知识产权的主要国际公约	222
7.1 票据法概述	164	本章小结	223
7.2 汇票	173	关键术语	223
7.3 本票	179	思考与练习	224
7.4 支票	180	案例讨论	224
本章小结	181	延伸阅读	225
关键术语	181	第10章 电子商务法	226
思考与练习	181	学习目标	226
案例讨论	182	10.1 电子商务法概述	226
延伸阅读	183	10.2 各国及国际电子商务立法	
第8章 国际商事仲裁与涉外民事诉讼	184	概况	230
学习目标	184	10.3 电子商务合同的法律问题	238
8.1 国际商事仲裁的概念及其特点	184	10.4 电子商务与国际知识产权	
8.2 国际商事仲裁协议	186	保护	244
8.3 国际商事仲裁程序	188	本章小结	251
8.4 国际商事仲裁裁决的承认		关键术语	251
和执行	191	思考与练习	252
8.5 国际常设仲裁机构及其规则	194	案例讨论	252
8.6 涉外民事诉讼	197	延伸阅读	254
本章小结	202	参考文献	255

导 论

□ 学习目标

- 国际商法的概念
- 国际商法的渊源
- 世界两大主要法律体系的含义与特征

1.1 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的各种关系的法律规范的总和。为进一步理解国际商法的概念, 尚需明确以下几方面内容。

1. 确定国际性的标准

何为国际性, 各国所采用的标准不尽一致。通常采用的标准有: ①国籍标准, 当事人有一方是外国企业、经济组织或个人, 该种商事交易即具有国际性; ②营业地标准, 《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》) 采用了此标准。《公约》确定买卖合同是否具有国际性是以合同当事人的营业地是否在不同国家作为标准, 如果合同当事人的营业地设在同一国家, 即使他们具有不同的国籍, 那他们之间达成的合同也不属于国际性的货物买卖合同。这里应特别注意的是, 当事人的国籍不是衡量国际性的标准, 如果双方当事人具有同一国籍, 但他们在不同国家设有营业地, 那他们之间订立的合同仍然具有国际性。所谓营业地, 是指永久性的, 经常从事一般商业交易的场所, 不包括那些临时性的或者为某一特定交易而进行谈判或联络的地方。

我国是《公约》的缔约国, 采用营业地标准。因此, 国际即为“跨越国界”(transnational)之义。强调商事交易的主体是跨越国界的。目前, 在国际上从事商事交易的主体是不同国家的商事组织, 如公司等。

2. 商事交易的含义

根据对全球有重大影响的联合国《国际商事仲裁示范法》的脚注解释, “商事”并不只限于商业活动, 而是包括买卖、代理、租赁、咨询、许可证交易、投资、银行、保险、项目开发、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。可见, 所谓的“商事”关系就是人们的经济活动关系。

3. 商事组织的含义

在商法中被称为商事组织须符合法定条件。在具体条件上, 各国的规定不尽相同, 但以下

要求基本是各国的共同规定：①须有自己的名称（或商号）；②有固定的场所（或住所）；③拥有一定的自主支配的资本，以营利为目的；④具有一定的组织形式，其设立的手续须符合法律的规定等。根据多数国家的商法规定，商事组织的形式主要有公司、合伙、独资。

4. 法律适用的复杂性

在认定当事人的合同能力和确认当事人之间的合同关系的法律适用上有明显特征。对于认定当事人的合同能力要适用当事人国籍的国内法；对于确认合同关系要适用当事人约定的法律或与合同有最密切联系的法律，还要受当事人所在国参加的国际条约的支配，力求符合国际惯例。因此，法律适用上可能是双方国家法律、第三国法律，也可能适用国际条约、惯例。

5. 国际商法的调整范围

不仅包括有形商品的国际交易，还包括技术、资金和劳务在国际流动中所产生的各种关系。具体说，包括《公司法》、《海商法》、《保险法》、《票据法》，还包括国际技术转让、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、国际租赁等国际商事交易方面的法律。因此，有人又将国际商法称为国际交易法。

1.2 国际商法的产生与发展

根据史料记载，公元前15世纪古巴比伦王国的《赫梯法典》中就有关于商品价格管理的规定。在古希腊时期制定的罗得法中也有关于海商法的一些规定。在古罗马时期，随着商品经济的发展，关于调整涉外商事关系的法律规范日益丰富。但是，由于古代各国的商事交往并不十分频繁，上述法规也比较简单，而且与其他法规相混杂，因此，那时并不存在独立的商法。随着国家间商事交往的不断增多，国际商法逐渐产生和发展起来，大致经历了以下三个阶段。

1. “商人习惯法”阶段

大多数法学家认为，真正作为一项专门法律的国际商法产生于欧洲中世纪的“商人习惯法”（law merchant）。在11~15世纪，欧洲地中海沿岸的城市国家之间国际贸易迅速发展。而当时存在的封建法和寺院法不但不能为商业交易提供必要的保护，反而限制了贸易的迅速发展。在这种情况下，意大利的佛罗伦萨等地首先出现了保护商人利益的商人行会组织——merchant guild。这种商人自治组织从封建领主那里买得了自治权，组织商人法庭，使用他们在商事交往中形成的习惯规则，处理商人之间的纠纷，“商人习惯法”因而得名。“商人习惯法”后来随着世界贸易中心转移至大西洋沿岸而波及法国、西班牙、荷兰、德国及英国等地。经过几百年的沿用与发展，在中世纪地中海一带形成较为系统的国际商事规则，现代商法的许多制度也源于这些规则，如诚实信用原则、商事合伙制度、商事代理制度、保险制度、海商制度、票据制度等。

“商人习惯法”包括商事合同、汇票、海上保险、破产等方面的规则，尤以“海商法”最为发达。其典型特征是：①国际性，即它不局限于在一国适用，而是普遍适用于各国从事商业交易的商人；②自治性，即它的解释和运用不是由一般法院的专职法官来执掌，而是由商人自己组织的法院来执掌；③简易性，即不拘泥于形式，纯粹为商人之间的习惯约束规则，强调按公平合理的原则来处理案件。这是国际商法发展的第一个阶段。

2. 国际商法本国化阶段

16世纪以后，随着欧洲一些国家封建割据势力日益衰弱和统一的民族国家的形成，一些封建法和寺院法被废除。同时，随着资本主义生产关系的产生和商人地位的上升，国家统治阶级

开始注重商事立法,反映商品经济关系的商人习惯法逐渐得到确认,表现为欧洲各国纷纷采用各种方式把“商人习惯法”纳入本国的国内法,使之成为国内法的一部分。例如,1673年法国国王路易十四颁布了《商事条例》,其内容包括商人、票据、破产、商事裁判、管辖等规定。1681年又颁布了《海事条例》,其内容包括海上裁判所、海员及船只、海事契约、港口警察以及海上渔猎等规定。这是欧洲最早的商事单行立法,为各大陆法国家的商法典制定奠定了基础。拿破仑于1807年颁布了法国《商法典》,这是近代资本主义国家的第一部商法典,为荷兰、比利时、希腊、土耳其、西班牙、葡萄牙等国相继效仿。德国从18世纪开始也制定了一系列有关商事的法律。如1727年《普鲁士海商法》、1751年《普鲁士票据法》、1776年《普鲁士保险法》和1794年《普鲁士普通法》等。1897年颁布的德国《商法典》,对很多大陆法系国家有很大影响。

18世纪中叶,“商人习惯法”也被吸收到英美法的普通法中去,成为普通法的一部分。自19世纪以来,英国先后制定了一些有关商事活动的单行法规,如1882年《票据法》、1890年《合伙法》、1893年《货物买卖法》等。美国从1896年起也陆续颁布了大量示范性法规,包括《统一流通票据法》、《统一买卖法》等。

这是国际商法发展的第二个阶段。在这个阶段,由于中世纪的“商人习惯法”被各国的国内法所吸收或取代,使其具有国家的强制性特点,而失去了原有的国际性或跨国性。但是,由于各国在处理涉外商事案件时,仍在一定程度上参考并适用上述的“商人习惯法”,使其仍具有一定的国际性特征并为这些国家商法典的制定以及现代国际商法的产生奠定了基础。

3. 现代国际商法的迅速发展阶段

第二次世界大战以后,特别是20世纪60年代以后,国际商法的发展进入了新的历史阶段。在这一阶段,由于世界经济的发展使得各国之间的经贸关系日益密切,经济全球化的趋势日益明显,各国之间的相互依赖程度大大增强。国际经济贸易的发展趋势,在客观上要求建立一套调整国际经济贸易关系的统一的商法,以便为各国的经济交往提供良好的法律环境。同时,各国在经贸往来中也逐渐形成了一些普遍遵循的贸易惯例和习惯做法,为国际商法的统一创造了有利条件。经过各政府间国际组织和非政府国际组织坚持不懈的努力,在国际贸易领域逐步扫除了法律上的障碍。国际商会(ICC)制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)主持制定的《国际货物销售合同公约》、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,国际统一私法协会(UNIDROIT)支持制定的《国际商事合同通则》等,都是国际贸易统一法的突出成果。这些国际贸易惯例和国际公约的问世及应用,为国际商法的统一和独立奠定了良好的基础。

这是国际商法发展的第三个阶段。在这个阶段,随着国际经济贸易的迅速发展,国际商法的国际性和统一性的价值和意义重新得到确认。进入21世纪的今天,随着国际政治关系的进一步缓和,世界经济一体化的迅速发展,国际商法的法律规则将更加“全球化”、统一化,国际商法的领域也将更加多元化。

1.3 国际商法的渊源

“法的渊源”一词源自拉丁文。古罗马把法比做水,从而出现“法的渊源”概念。渊源,有“历史”之义。所谓法的渊源,是指法的创制形式和法的表现形式。

国际商法有两大渊源,即国际法规范和国内法规范。

1.3.1 国际法规范

国际商法中的《国际法规范》是指两个或两个以上的国家共同制定或普遍认可的跨国商事规范，称国际条约或公约；而国家间普遍承认的商事惯例则称国际商事惯例。

1. 国际商事条约或公约

国际商事条约或公约是国际商法的重要渊源。两个国家共同制定的商事规范称为条约，如通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税的协定等。多个国家共同制定的商事规范称为公约，如《联合国国际货物销售合同公约》、《世界贸易组织协定》等。

根据“条约必须信守”的国际法准则，国际条约对缔约国有法的约束力，如我国《民法通则》第142条规定：“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的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。”但由于国际商事规则具有的国际性和规律性，国际条约中规定的商事规则往往也得到非缔约国地遵守，特别是一些历史悠久、参加国众多的国际公约。

按照国际条约的内容，国际条约可以分为两类：一类是属于实体法内容的国际条约，即对国际商事交易双方的实体权利和义务做出具体规定的条约，如1967年《世界知识产权组织的公约》、1978年《联合国海上货物运输公约》、1980年《联合国国际货物销售合同公约》等；另一类是属于冲突法性质的国际条约，即规定如何解决各国法律冲突的规范，如1985年《国际货物销售合同法律适用公约》、1980年《合同之债法律适用公约》等。

2. 国际贸易惯例

国际贸易（商业）惯例是指：国际商业活动中的具有稳定性的通例和习惯。

贸易惯例不是法律，不具备法律的普遍约束力，但是，按照各国的法律，一旦当事人在合同中采用了某项惯例，它对合同双方当事人就具有约束力。因此，国际贸易惯例是国际商法的重要渊源和补充。

构成对国际商事交易有约束力的惯例必须具备三个条件：①具有确定的内容，具体包含了确定参加国际商事活动的当事人权利和义务规则；②它已成为国际长期商事活动中反复使用的习惯；③它是各国普遍承认具有约束力的通例。

目前，受到全球普遍承认的或在一定重要区域内被普遍接受的国际商事惯例主要有：国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》2000年修订本（international rules for the interpretation of trade terms, Incoterms 2000），《跟单信用证统一惯例》2007年修订本（UCP600）等。

关于国际条约与国际惯例的生效，一般来说，国际条约分为自动生效和非自动生效两种。前者是指一经缔约国批准即自动产生效力，当事人可直接作为法律依据；后者是指即使缔约国批准也不对其国民产生直接约束力，只有经该国立法机关制定和实施有关法律后，才对其国民具有法律约束力。国际贸易惯例则具有民间性和非官方性，因此不需要国家立法机关的批准，由国际商事交易的当事人约定适用，当事人也可以对其进行修改。

1.3.2 国内法规范

由于国际经贸关系具有多样性和复杂性，以及现有的国际公约和国际商事惯例在体系及内容上尚有许多不完善之处，仅凭现有的国际商事条约和国际商事惯例仍不足以满足实践中

的需求,在处理某些国际商事纠纷时,还需借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的国内法加以解决。同时,尽管各国已参加或承认大量的国际商事公约或惯例,但由于文化背景和自身利益不同,各国仍在很多的商事领域内保留了独占的立法权,即使在国际商事公约或惯例管制的领域,很多国家也以国内法的形式加以确认。因此,国内法成为国际商法的另一主要法律渊源。

1.4 世界两大主要的法律体系

法系是法学中经常使用的一个概念,主要是指具有某种历史共性或共同历史传统的法律的总称。即根据法在结构、形式、历史传统等外部特征以及法律实践的特点、法律意识和法在社会生活中的地位等因素对法进行划分,具有某种共性或传统的法律构成一个法系。目前,在世界范围内对各国法律影响最大的法系是大陆法系和英美法系。

1.4.1 大陆法系

1. 大陆法系的概念

大陆法系(continental law system),主要因最初在欧洲大陆各国实行而得命,又称罗马法系、民法法系、罗马—德意志法系。大陆法系于13世纪形成于西欧,在罗马法(roman law)的原则和形式的基础上形成和发展起来的法律体系。在大陆法系内部,各个国家和地区的法律制度有所不同,大体上有两个分支——以法国《民法典》为代表的法国法(又称拉丁法系)和以德国《民法典》为代表的德国法(又称日耳曼法系)。

2. 大陆法系的分布范围

大陆法系是欧洲国家中历史悠久、分布广泛、影响深远的法系,以法国和德国为代表,并被其他许多国家移植和采用,从而逐渐发展为世界性的法律体系。目前,属于这一法系的国家,除法国和德国以外,还有许多欧洲国家,如:瑞士、意大利、奥地利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等。北欧各国即挪威、瑞典、丹麦、芬兰和冰岛的法律,统称为斯堪的纳维亚法系,基本上也属于大陆法系。

在资本主义、帝国主义时期,随着殖民主义的扩张,各宗主国把自己的法律体系带到了各个殖民地,在殖民地建立了相应的法律秩序。因此,大陆法也随之向世界各地扩展。目前,除欧洲外,整个拉丁美洲,非洲的一部分国家,如刚果、卢旺达、布隆迪等国,近东的某些国家,以及日本、土耳其等一些亚洲国家均属于大陆法系。北非各国的法律,如阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯等国的法律,也受大陆法系的强烈影响。

此外,在属于英美法系的国家中,某些国家和地区,如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省、苏格兰,也为大陆法系。

3. 大陆法系的渊源

(1) 法律。法律是大陆法的主要渊源。大陆法的法律主要包括宪法、法典、法律和条例等。一般来说,宪法处于最高地位,具有最高的权威性。但是,在大陆法系国家,各国宪法的效力和地位也有差异。在有些国家,宪法可以按一般立法程序制定和修改,而另一些国家则规定,宪法必须经特殊程序才能制定和修改,并且制定了一套监督违宪的制度。法典是指把同一类内容的各种法规和原则收集起来,加以系统化,汇编为一个单一的法律文件。大陆法系国家

都制定了一系列法典,这些法典是大陆法的主要渊源。除了由立法机关国会或议会制定的法律以外,在大陆法系国家还有许多由行政机关指定的成文法,一般称之为条例。

(2) 习惯。尽管法学界仍有争议,但一般来说,大陆法系国家都承认习惯是法的渊源之一。至今习惯仍发挥一定的作用,某些法律往往需借助于习惯才能为人们所理解,立法者在法律中所使用的某些概念也需要参照习惯才能搞清楚其含义。

(3) 判例。大陆法系国家原则上不承认判例具有与法律同等的效力,判例一般只对被审理的个案有效,对日后法院审理同类案件并无约束力。但是,20世纪以来,大陆法系国家无视判例作用的态度已有所改变,判例在一定范围内有其约束力和参考价值。

(4) 学理。一般来说,学理不是法的渊源。但是,在大陆法发展的过程中,学理起着重要作用,表现在三个方面:第一,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法律;第二,解释法律,分析和评论判例;第三,通过法学家的论著和培训法律人才,影响法律实施进程。

4. 大陆法系的特点

(1) 在法律渊源上,很大程度上受罗马法影响。罗马法是指罗马奴隶制国家的全部法律,即从公元前6世纪罗马国家形成时期起,至东罗马帝国从奴隶制转变为封建制时止的整个历史时期的法律。其中,主要是指从公元前5世纪罗马最早的成文法《十二铜表法》开始,到公元6世纪东罗马帝国皇帝查士丁尼编撰的《国法大全》为止这一时期的法律。《国法大全》集罗马法之大成,对后世资本主义法律的发展有着深远的影响。进入资本主义时期以后,欧洲各国制定的民商法受罗马法的影响很深,不仅继承了罗马法成文法典的传统,而且采纳了罗马法的体系、概念和术语。恩格斯曾指出,在1804年法国《民法典》中,“把古代罗马法巧妙地运用于现代的资本主义条件下”。而1900年德国《民法典》,同样在内容、结构方面深受罗马法的影响,甚至被人称为“现代罗马法”。其他欧洲国家如西班牙、比利时、荷兰、波兰、瑞士以及某些亚洲国家如日本的法律也都直接或间接地受到罗马法的影响。

(2) 强调成文法的作用。成文法(written law)又称为制定法(statute law),它是指国家立法机构依照立法程序制定,并经一定形式公布施行的条文形式的法律。大陆法强调成文法的作用。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。具体来说,大陆法系各国都把全部法律分为公法(public law)和私法(private law)两大部分。公法是与国家状况有关的法律,包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等;私法是与个人利益有关的法律,包括民法、商法、婚姻法以及家庭法等。

(3) 法官没有立法权,要遵从法律明文规定办案。在大陆法系国家,立法和司法分工明确,强调成文法典的权威性,制定法的效力优先于其他法律渊源,法官只能严格执行法律规定,不能擅自创造法律或违背立法精神。虽然也允许法官有自由裁量的余地,并承认判例和习惯在解释法律方面的作用,但一般不承认法官的造法职能,强调立法只是议会的权限,法官只能使用法律,决案必须援引制定法,不能以判例作为依据。

(4) 在审判方式上,一般采用纠问式诉讼方式。在司法过程中,法官只是起着加强对法律的解释作用。

(5) 在法律的推理形式和方法上,采取演绎法。法官的作用在于从现存的法律规定中找到适用的法律条款,将其与事实相联系,推论出必然的结果。

5. 大陆法系国家的法院组织

大陆法系各国的法院组织虽然各有特点,但法院的层次基本相同。一般来说,各国的法院分为三级,即一审法院、上诉法院和最高法院。一些国家根据诉讼的性质和标的数量来设立不同的一审法院。上诉法院主要受理对一审法院判决不服的上诉案件,但对可以提出上诉的条件,各国有不同的规定。最高法院有的国家是上诉审法院或再上诉审法院,有的国家则规定其只能维持或撤销原判决,不能进行实体审理。有些国家除普通法院以外,还设有一些专门法院,如商事法院、亲属法院和劳动法院,专门受理有关商务关系、家庭关系和劳资关系的案件。但商事法院只限于一审,所以并不成为与普通法院并行的体系。有些国家则设有行政法院并构成独立的审级层次。有些国家除设有行政法院系统外,还设有其他一些独立的司法机关,如德国设有劳动法、税法的最高联邦法院,瑞士设有关于海关法、军事法、社会保险法等联邦法院。有些大陆法系国家实行联邦制,其法院组织体系更为复杂,往往在州法院之上还设有联邦法院。

1.4.2 英美法系

1. 英美法系的概念

英美法系(common law system),又称普通法系,形成于英国,是以英国中世纪的普通法为基础而发展起来的法律制度体系,是西方国家中与大陆法系并列的一种历史悠久和影响较大的法系。普通法系虽然以英国的普通法为基础,但并不仅指普通法,它是指在英国的三种法律,即普通法、衡平法和制定法的总称。由于其中的普通法对整个法律制度的影响最大,所以英美法系又称为普通法系。

美国法律作为一个整体也属于普通法系,但从1776年独立以来,开始有了自己的法律,到了19世纪后期开始独立发展,并已经对世界的法律产生了很大的影响。因此,英美法分为英国法和美国法2个支系。

2. 英美法系的分布范围

英美法系形成于英国,随着英国殖民扩张而逐步扩展到美国以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、新加坡。

我国的香港地区也采用英美法。香港原有的法律包括普通法、衡平法、条例、附属立法、习惯法。这些法律目前基本不变。现在香港实行《基本法》、上述原有法律以及香港特别行政区立法机关制定的法律三类。其中《基本法》是宪法性质的法律文件,所以香港仍属英美法系。

由于历史的原因,有一些国家属大陆法与英美法的混合物,例如南非,原属大陆法系,后受英美法影响,是大陆法与英美法的混合物;菲律宾原是西班牙殖民地,属大陆法系,后来随美国势力渗入,又引进英美法的因素;斯里兰卡的情况也是如此。

但是,苏格兰、加拿大的魁北克省、美国的路易斯安那州不属英美法系,而属大陆法系。

3. 英美法系的渊源

(1) 判例法(case law)。判例法是英美法的主要渊源之一,也是英美法赖以生存和发展的基础,它是法官在审判实践中逐渐发展起来的以判例表现出来的法律规则,即从判例中挖掘和创制法的规则。判例法的一个主要特点是,法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循,即