



应用技术型高等教育
财经类专业“十三五”规划教材

International Commercial Law

国际商法

朱 畅 朱金生 主 编
赵 亮 吕 杜 毛在丽 副主编

应用技术型高等教育财经类专业“十二五”规划教材

国际商法

朱 畅 朱金生 主 编
赵 亮 吕 杜 毛在丽 副主编

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/朱畅,朱金生主编. —上海:上海财经大学出版社,2015. 12

(应用技术型高等教育财经类专业“十三五”规划教材)

ISBN 978-7-5642-2241-3/F · 2241

I. ①国… II. ①朱… ②朱… III. ①国际商法-高等学校-教材

IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 194585 号

☐ 责任编辑 徐 超

☐ 封面设计 张克瑶

GUOJI SHANGFA

国际商法

朱 畅 朱金生 主 编

赵 亮 吕 杜 毛在丽 副主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

江苏省句容市排印厂印刷装订

2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

787mm×1092mm 1/16 15.5 印张 396 千字

印数: 0 001—4 000 定价: 35.00 元

前 言

经济全球化的核心是各国贸易市场的统一化,这在一定程度上使得作为调整国家间经济交往的国际商法日益受到人们的重视。国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称,其范围以解决国际商事问题的实体法性质的国际惯例为主,不仅包括调整国际商法主体在国际商事活动中权利和义务关系的实体法以及解决国际商事纠纷的程序性规范,而且还包括国家对国际商事关系进行调整的强制性和任意性规范。因此,了解和掌握这些国际商事关系的法律规范,可以让我们在从事国际经济贸易中更好地掌握经济活动的法律原理,并运用相关的法律规范来解决现实交易中的一系列问题。

本书在参考国内外相关成果的基础上,以理论与实践相结合为宗旨,采用了比较分析法、历史分析法和案例分析法,力求通俗易懂,学以致用,激发学生对国际商事交易问题的思考。在每一章的开头设置学习目标,结尾设置本章小结,并配套相关的思考练习,从而提高学生的学习兴趣。

需要指出的是,本书的学习对象主要是本科学生,因此编入本书的内容经过一定筛选,主要包括下列十章:第一章,国际商法概述,主要介绍大陆法系与英美法系的概况。第二章,国际商事合同法,从法律角度介绍了大陆法、英美法以及我国对于合同的订立、履行及违约救济的规定。第三章,国际货物买卖法,以《联合国货物销售合同公约》为基础,介绍买卖双方的义务,以及货物风险和所有权转移的规定。第四章,代理法,从大陆法和英美法的不同角度介绍了代理的内外部关系。第五章,产品责任法,主要介绍美国产品责任法、欧盟产品责任法和我国的产品质量法。第六章,国际商事组织法,主要对公司、合伙两种商事组织形式进行了分析。第七章,票据法,以汇票为重点,介绍日内瓦统一票据法系与英美法系相关规定的区别。第八章,WTO 贸易规则,主要介绍 GATT、GATS、TRIPS 以及 WTO 争端解决机制。第九章,国际电子商务法,主要对电子签名与认证、电子商务合同以及电子支付进行阐述。第十章,国际商事仲裁法,着重介绍国际商事仲裁的概念、特征及其操作规范。本书第一章由朱金生、赵亮编写,第二、三、四、五、七章由朱畅编写,第六章由赵亮、吕杜编写,第八、九章由赵亮编写,第十章由赵亮、毛在丽编写。

编者

2015 年 8 月

目 录

前 言	1
第一章 国际商法概述	1
学习目标	1
第一节 国际商法的概念与原则	1
第二节 世界主要的两大法律体系	4
第三节 当代中国法律制度概要	9
本章小结	12
思考与练习	13
第二章 国际商事合同法	14
学习目标	14
第一节 国际商事合同法概述	14
第二节 合同的订立	16
第三节 合同的效力	26
第四节 合同的履行	32
第五节 合同的违约责任及救济	36
第六节 合同的消灭	44
本章小结	46
思考与练习	47
第三章 国际货物买卖法	49
学习目标	49
第一节 国际货物买卖法概述	49
第二节 国际贸易术语	52
第三节 国际货物买卖合同中买卖双方的权利与义务	55
第四节 违约及其补救方法	63
第五节 货物所有权与风险的转移	69
本章小结	74
思考与练习	74

第四章 代理法	76
学习目标	76
第一节 代理法概述	76
第二节 代理法律关系	79
第三节 承担特别责任的代理人	87
本章小结	89
思考与练习	90
第五章 产品责任法	92
学习目标	92
第一节 中国产品质量法	93
第二节 美国的产品责任法	97
第三节 欧盟产品责任法	107
本章小结	111
思考与练习	111
第六章 国际商事组织法	113
学习目标	113
第一节 商事组织法概述	113
第二节 公司法	114
第三节 合伙企业法	133
本章小结	142
思考与练习	142
第七章 票据法	145
学习目标	145
第一节 票据概述	145
第二节 汇票	154
第三节 本票与支票	163
本章小结	165
思考与练习	166
第八章 WTO 贸易规则	168
学习目标	168
第一节 WTO 货物贸易法	168
第二节 WTO 服务贸易法	182
第三节 与贸易有关的知识产权协议	185
第四节 WTO 争端解决机制	192
本章小结	195
思考与练习	195

第九章 国际电子商务法	197
学习目标	197
第一节 国际电子商务法概述	197
第二节 电子签名与电子认证法	202
第三节 电子合同法	205
第四节 电子支付法	214
本章小结	223
思考与练习	223
第十章 国际商事仲裁法	225
学习目标	225
第一节 国际商事仲裁概述	225
第二节 国际商事仲裁协议	228
第三节 中国国际经济贸易仲裁程序	231
第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	234
本章小结	235
思考与练习	235
参考文献	237

第一章 国际商法概述



【学习目标】

- 了解国际商法的历史和适用原则；
- 掌握大陆法系与英美法系的主要区别；
- 理解和记忆涉外民事法律关系适用法的重点条文，并能应用条文解决实际问题。

第一节 国际商法的概念与原则

一、国际商法的概念

(一)概念

国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称。它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各种社会关系。“国际”不是指国家之间，而是指跨越国界，包括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几方所在国以外的国家、商事关系的对象位于当事人一方或几方所在国以外的国家等。

(二)历史

商事活动和商事立法早在奴隶社会便已存在，《汉谟拉比法典》第7条和第10条即为调整商事关系的规则。但是，国际商法乃源于中世纪的商人法。17世纪以前，商人们由于从事货物流转、海上运输以及保险等业务，需要迅速而可靠的法律规范来服务于他们所开展的交易。这种法律规范就是人们通常所说的商人法或商人习惯法。

11世纪，商人习惯法出现在威尼斯，后来随着航海贸易的发展逐步扩及西班牙、法国、德国及英国。这种法律与当时皇朝法律（国家立法）有以下区别：（1）它不调整骑士、手工业者、农民等人身关系或身份关系，而只调整商人和商事关系。（2）它超越国界，普遍适用于各国商人，具有国际统一性，如海事惯例规则在《罗德法》、《奥列隆法》和《维斯比海事法》等中都是共同的。这是国际商法源于中世纪的商人法的最重要的例证。（3）它不是由专业法官来掌管执行，

而是由商人们自己选出的法官来掌管执行。在当时的条件下,各集市的商人们设有他们自己选择解决争议的法院。在这种法院里通常有一个“双语陪审团”,即陪审员中一半是当地商人,一半是外来商人。某个商人于今日是英国商人法院的陪审员,几天之后,他又可能成为外国商人法院的陪审员。如此,无论处理争议的法院设在何处,它们都明确地适用相同的商业惯例。基于此,人们称国际商法具有自治的特点。(4)这些商人法院的程序是非正规的,申诉可在无法院令状的情况下审理,诉讼程序可以不定期进行。因此,它的程序比较简单,不拘泥于形式。早期的商人法运作的灵活性在今天仍有传承(如仲裁)。(5)商人法虽为民间法,但不失公平的理念。它强调按公平合理的原则来处理案件,审理案件的“行商法院”(商人法院)一词本身来源于法文中的“正直的人”。

16 世纪,欧洲君主的中央集权得到强化,商人作为独立社会阶层的影响开始减弱,越来越受到中央集权国家的控制。欧洲各国都制订了自己的商法,把商人习惯法纳入本国国内法中,商人习惯法成为国家商事立法。不过,各国采取的立法形式不同。法、德等国在立法上采取民商分立,立有单独的商法典,而瑞士、荷兰、意大利等国则实行立法上的民商合一,用民法典或债法典涵盖商法规范。在英美法系国家,商法的历史发展具有不同于大陆法的特色。英美法的历史上有普通法(Common Law)与衡平法(Equity)之分,但无民法与商法之区别,甚至没有民法的概念。18 世纪中叶,英国曼斯菲尔德大法官(Lord Mansfield)发起了商人习惯法与普通法的协调活动,把商人习惯法吸收到普通法之中,商法成为普通法的一部分。英美从此不存在大陆法系国家那样的单独的商法。但在 19 世纪末以后,英美等国相继制定了大量的单行成文的商事立法。

17 世纪之后,尽管商人习惯法以不同的方式基于不同的政治和社会原因被纳入各国国内民商立法中,但此时的商法仍然保持着国际性。没有任何一个国家把商人法完全纳入国内法。即使在这一时期,商法的国际性的痕迹依然存在。这一点可从当时商法的渊源和性质中窥视。

从 19 世纪末 20 世纪初起,为了解决依国内法解决国际商事交易关系的不便,如法律冲突,国际社会开始制定统一的国际商事法律。第二次世界大战之前,就有不少涉及国际商事交易的条约相继问世。第二次世界大战以后,特别是从 20 世纪 70 年代起,基于经济全球化的发展和国际组织作用的加强,国际商事和经济条约法有了长足而全面的进步,出现了一大批直接涉及国际商事交易的、具有全球影响的国际条约,如《国际货物买卖合同公约》、《联合国海上货物运输公约》、《全部或部分海上国际货物运输合同公约》、《国际贸易应收账款转让公约》和《独立保函和备用信用证公约》等。这些统一的国际商事法律在形成和发展过程中也受到国内法的影响,只是第二次世界大战之前多受大陆法影响,第二次世界大战之后英美法的影响取得主导地位,统一的国际商事法律在很多方面采纳了英美法特别是美国法的制度。

21 世纪,国际商事惯例的解释日趋统一,解释文本也为数不少。特别值得一提的有 1995 年《托收统一规则》(URC522)、2004 年修订的《约克—安特卫普规则》、2006 年《跟单信用证统一惯例》(UCP600)、2009 年《见索即付保函统一规则》(DRDG758)、《2010 年国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS2010)等。随着新时期国际条约的大量出现,使统一商法的立法形式多样,国际惯例明显增多及其调整范围的扩大,统一商法适用的领域和主体更加广泛,规范的组成已经多元,国际商法完成了“国际法—国内法—国际法”的发展轨迹。与中世纪国际性的商人习惯法相比,新时代的国际商法更加统一,更具国际性,被称为“现代商人法”,而且是真正意义上的“国际商法”。

(三)调整对象

国际商法的调整对象是“商事关系”：人们在实施商事行为的过程中形成的各种社会关系，主要体现为平等的当事人之间因经营行为而产生的关系。具体而言，商务关系是指具有经营资格的国际商事交易的主体（比如公司、企业等商事组织而非国家）从事的营业性行为（或者商事行为）。商事行为包括国际货物买卖、国际技术转让、国际投资、国际融资、国际工程承包、国际合作生产、国际租赁等；从事的行业多种多样，比如代理业、运输业、仓储业、制造业、加工业、农林业、建筑业、金融业、保险业、出版业、广告业、旅馆业、娱乐业、饮食业、咨询业等。

国际商法通常包括：商事主体法（包括商事组织、商事代理、商业登记等）；商事行为法（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）；国际商事争议解决规则（包括国际民事诉讼、国际商事仲裁）。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。

(四)法律渊源

法律渊源是指法的各种具体表现形式，也称法律形式。国际商法的渊源主要有三个：

(1)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调整国际商事活动的条约或公约。总体上可以分为两类：一类是调整国际商事活动的实体法规范，如1980年《联合国国际货物销售合同公约》等；另一类属于程序法规范，如1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等。

(2)国际商事惯例。一般没有正式文件明文规定，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商事规则，它不是法律，不具有法律约束力。如双方当事人选用某项国际商事惯例，则该国际商事惯例即对其具有法律约束力。

(3)各国国内商事法。各国国内商事法是国际商法的重要渊源，目前商事纠纷处理仍需适用有关国内商事法。国内商事法在大陆法国家和英美法国家有不同的表现形式。

二、国际商法的基本原则

国际商法的基本原则是指对于各类国际商事关系具有普遍适用意义的法律规则。

(一)平等交易原则

平等交易原则是指在商事交易中，当事人的法律地位平等，在平等的条件下进行交易，既不享有任何特权，也不履行任何不公平的义务，以达到公平的目的。平等交易是市场经济的基本要求，参与商事活动的当事人只有具备独立主体的资格，并处于平等的地位上自主经营，才有可能公平竞争。

(二)诚实信用原则

这又称为诚信原则，是指国际商事主体在从事国际商事活动时，应采取“善意的方式”，不得有欺诈或者滥用权利的行为。诚信原则本来是一种道德观念，后经法律确认为一种法律准则而为各国所采用。它是现代私法上的最高指导原则，被奉为“帝王条款”。诚信原则是国际商事主体从事商事活动所应遵循的一项重要原则，其使用面相对广泛，在法律没有明确规定或合同没有明确约定时，法院和当事人可以此原则来补充法律规定的不足。

(三)维护交易公平原则

这是指以利润均衡作为价值判断标准来协调商事交易活动，确定商事交易主体之间的权利和义务。它要求当事人在商事活动中应以社会正义、公平的观念指导自己的行为，平衡各方的利益，处理当事人的纠纷。



(四) 交易简便、迅速原则

商事交易的速度越快,社会经济的运行速度也越快。为了促进社会经济的发展,国际商法的许多制度都贯穿交易简便、迅速原则。如在商事合同中,商法对许多合同的内容均有统一的规定——格式合同的使用已相当广泛。例如,在货物买卖业务中使用的销售单与购货单,以及保险业务上使用的各种保险单、海运业务上使用的提单等,均是合同定型化的表现;又如,在签订国际货物买卖合同时,当事人广泛使用贸易术语,提高了交易效率。1936年国际商会颁布了《国际贸易术语解释通则》并数次修订,最新的是2010年版本。

(五) 保障交易安全原则

商事立法对交易安全的保护,主要体现在某些方面实行强制主义、公示主义、外观主义和严格责任原则。

(1) 强制主义原则是指国家为了交易安全的需要,对某些商事行为作强制性的规定。例如,公司章程须有必要事项的记载;公司决议重要事项必须符合法定程序;各种票据、提单、保险单、保函等商业证券,必须符合法律规定的形式。这些规定对于防止欺诈与不正当等商业行为,维护交易安全,起到重要作用。

(2) 公示主义原则是指交易当事人对于涉及利害关系人利益的营业上事实,负有公示告知的义务,其目的在于保护社会交易人和不特定第三人的利益。

(3) 外观主义原则是指交易行为的效果以交易当事人的外观为准。例如公司法规定,公司对公司董事或经理权力的限制,不得对抗善意第三人。票据法规定,在解释票据行为人的意思表示的内容时,只能以票据上的文字记载为准。如果票据行为具备法律要求的形式要件,就不问其记载事项是否与事实相符,即使不相符,也只能遵循票据上的文义,而不影响票据行为的效力。外观主义原则的立法精神在于保护社会交易的安全。

(4) 严格责任原则又称无过错责任原则,是指某些从事商事交易行为的人,无论是否有过错,对自己的行为所产生的损害后果都应承担责任。例如,很多国家的公司法都规定,无限公司及两合公司的无限责任股东,对公司的债务负连带责任;票据法规定,票据的发票人、承兑人、背书人及其他票据债务人,对持票人负连带担保责任。

第二节 世界主要的两大法律体系

一、大陆法系

(一) 大陆法系的概念

大陆法系又称罗马法系、民法法系,是指在罗马法的原则和形式的基础上,以1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》为蓝本,以成文化、法典化为主要特征的法律体系。大陆法系在13世纪形成于西欧,法国和德国以及许多欧洲大陆国家如意大利、西班牙等都属于大陆法系。除此之外,整个拉丁美洲、非洲的一部分国家也属于大陆法国家。另外,在属于英美法的某些国家中,有一些地区属于大陆法系,如英国的苏格兰、美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省等。在亚洲,日本、土耳其等国主动引入大陆法,对本国法律体系进行改造。我国的台湾地区也属于大陆法系。

(二)大陆法系的特点

首先,大陆法系强调成文法的作用,它在结构上强调法律的系统化、归类化、法典化和逻辑性。

其次,大陆法系各国把全部法律区分为公法和私法两大部分。从传统上来看,公法包括调整宗教祭祀活动和国家机关活动的法律,主要有宪法、刑法、行政法、诉讼法和国际法等。私法包括调整所有权、债权、家庭与继承等方面的法律,主要有民法、商法、婚姻法、继承法等。

再次,大陆法各国都进行大规模的法典编纂工作。1804年的《法国民法典》是19世纪大陆法系法典的一个典型。除民法典之外,还有商法典、刑法典、刑事诉讼法等。

此外,在大陆法系,司法判决不是主要的法律渊源,而仅仅是对法律的注释,大陆法系国家法律的效力渊源,主要是制定法,又称为成文法,而不是判例。在司法过程中,法官的判决只是起着加强对法律的解释作用。

(三)大陆法的渊源

大陆法系以成文法为主,主要有以下法律渊源。

1. 法律

法律是大陆法系最主要的渊源。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,各国都制定了一系列的法律。条例是由行政机关制定的成文法,仅次于法律。法律通过解释才能实施,我国称之为司法解释,也是重要案件审理依据。

2. 习惯

习惯是指社会共同生活长期形成的各种惯例,在大陆法系国家习惯仍然具有一定的作用,是对法律的重要补充。例如,关于“合理期间”的界定,就要依据交易习惯来确定。

3. 判例

大陆法系强调成文法的作用,因此原则上不承认判例具有同法律相同的效力。但是也有一些例外情况,例如,德国规定联邦宪法法院的判决在《联邦公报》上发表后即具有约束力,并且承认“经常性判例”所形成的规则属于习惯法规则,法院应予实施。近年来,判例在大陆法中的说服力日益增强。在中国司法实践中,上级法院的判例,尤其是最高人民法院的判例对下级法院处理同类案件具有很强的参考价值,在有些时候,还起着决定性的作用。

4. 学理解释

在大陆法中,学理起着重要的作用。一般而言,学理解释不作为法的渊源,但学理解释对立法与司法具有较大影响,为立法者、司法者提供了重要的法学理论、判例分析。

(四)大陆法系的法院组织

大陆法各国的法院组织虽然各有特点,但都有一些共同之处。主要表现在:大陆法系的法院组织系统基本相同,设有普通法院和专门法院。普通法院大体上分为三级三审和四级四审。如法国就是实行三级三审,由基础法院、上诉法院和最高法院组成,不服基础法院的判决可逐级上诉到最高法院。日本则是四级四审制,由简易法院(轻微民事案件)、家庭法院或地方法院(重大民事案件)、高等法院和最高法院组成。专门法院如法国的行政法院,德国的行政法院、劳动法院、社会法院和税收法院。

二、英美法系

英美法系又称普通法系或海洋法系,是指英国中世纪以来的法律,特别是它以普通法为基础的、与以罗马法为基础的民法法系相比较而存在的一种法律制度。普通法系以英国普通法

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。美国法律,作为一个整体来说,属于普通法系,但它有自己的、不同于英国法的很多特征。英美法系在调整社会关系、制定社会制度方面发挥着重要作用,英美法系的传统是强调根据具体的经验解决具体的问题,因而具有很强的针对性和灵活性,但是,其法律的庞杂、混乱和难以被非专业人士了解的特点也很突出。该法系与大陆法系并称为当今世界最主要的两大法系。

英美法系的范围,除英国(不包括苏格兰)、美国外,主要是曾是英国殖民地、附属国的国家和地区,如印度、巴基斯坦、新加坡、缅甸、加拿大、澳大利亚、新西兰、马来西亚等。我国香港地区也属于英美法系。

(一)英美法系的特点

1. 法律渊源

英美法系的法律渊源包括各种制定法也包括判例,其中判例所构成的判例法在整个法律体系中占主导地位。从19世纪到现在,其制定法也不断增加,但是制定法仍然受判例法解释的制约。判例法一般是指高级法院的判决中所确立的法律原则或规则。这种原则或规则对以后的判决具有约束力或影响力,由于这些规则是法官在审理案件时创立的,因此,又称为法官法。

除了判例法之外,英美法系国家还有一定数量的制定法,同时还有一些法典,如美国的《统一商法典》、美国宪法等。但和大陆法系比较起来,它的制定法和法典还是很少的,而且对法律制度的影响远没有判例法大。

2. 法律结构和内容

英美法系在法律结构上是以单行法和判例法为主干而发展起来的。其习惯用单行法的形式对某一类问题做专门的规定,因此很少制定法典。在内容上英美法系的基本结构是在普通法和衡平法的分类基础上建立的。从历史上看,普通法代表立法机关的法律,衡平法主要代表审判机关的法律,衡平法是对普通法的补充规则。

3. 法官权限

英美法系中法官的地位很高,法官既可以援用成文法也可以援用已拥有的判例来审判案件,而且也可以在一定的条件下运用法律解释和法律推理的技术创造新的判例,从而法官不仅可以适用法律,也可以在一定的范围内创造法律。

4. 诉讼程序

英美法系的诉讼程序以原告、被告及其辩护人和代理人为重心,法官只是双方争论的仲裁人而不能参与争论;与这种对抗式程序同时存在的是陪审团制度,陪审团代表人民参加案件审理,但主要做出事实上的结论和法律上的基本结论(如有罪或无罪),法官负责做出法律上的具体结论,即判决。

此外,从职业教育传统来看:英美法系的职业教育注重处理案件的实际能力,比如律师的职业教育主要通过协会进行,被称为“师徒关系”式的教育。

(二)英国法

1. 英国法的结构

英国法将法律分为普通法和衡平法。普通法是一种判例法,其规范和原则都包含于大量的判例中。许多法学家对判例中的习惯法原则和规范加以整理、编纂、归纳和注释。普通法是封建的中央司法权同原有的盎格鲁·撒克逊习惯法结合的产物,是英国王室法院的法官在司法实践中,以日耳曼法为基础创制的法律规范的总称。普通法的基本原则在14世纪中期已经

基本形成。

衡平法是英国特有的法律形式,是一种判例法,形成于中世纪中期,是为了弥补普通法的不足,由大法官根据“公平”“正义”进行审判的案件的产物。效力优于普通法。衡平法是在司法实践中博采多种法律渊源而创造的规范体系。

普通法和衡平法两者在救济方法、诉讼程序、法院组织系统和法律术语方面都有明显区别。

除此之外,英国也产生和发展了由国家立法机关制定成条文的成文法,称为制定法,包括国王和国会的立法。在英国法的整个体系中,制定法居于次要地位,它只起补充、解释或重申判例的作用。从效力上看,中世纪就确立了制定法效力优于判例法的原则,即判例法的发展不能否定制定法的效力,制定法却可修改普通法和衡平法。制定法只有通过法官在审判实践中适用,“重新肯定”后才能进入英国法的体系,成为英国法的组成部分。

2. 英国的法院组织

英国法院非常复杂,分为高等法院和低级法院。

高等法院包括上议院、上诉法院和高级法院三种。高级法院设王座法庭、大法官法庭(枢密大臣法庭)和亲属法庭(家事法庭)。王座法庭设海事和商事两个法庭;大法官法庭内设公司及破产两个法庭。高级法院既审理标的额大的或重要的一审案件,也审理不服低级法院判决的上诉案件,一般实行独任制。上诉法院审理不服高级法院判决的上诉案件,通常采用合议制,由3名法官组成合议庭。如果案件涉及具有普遍意义的重要案件,不服上诉法院判决的当事人,还可以向上议院上诉。此时,上议院才是有终审权的实际上的最高法院。

低级法院包括王冠法院、郡法院和治安法院三种,其中:郡法院和治安法院作为英国最低一级的法院,分别审理辖区内争议标的5000英镑以下的小额民事和轻微刑事案件,重罪案由治安法庭预审后送交王冠法院审理。郡法院的上诉案件由上诉法院管辖;治安法院的上诉案件由王冠法院和王座法庭管辖。

在判例构成上,应着重把握以下三点:上议院的判决是具有约束力的先例,全国各级审判机关均须遵循,只有上议院本身可不受约束;上诉法院对判决可构成对其自身以及下级法院有约束力的先例;高级法院每一个庭的判决对一切低级法院有约束力。具有约束力的判决分为判决理由和判决词中为解释判决理由所产生的法律规则两部分,只有前者对同类案件有约束力,后者只有说服力,并非必须遵守。

(三)美国法

1. 美国法的结构

美国法律分为联邦法和州法两个部分,这是美国法律结构的一个重要特点。根据美国宪法的规定,美国各州享有立法权是原则,联邦的立法权属于例外。各州保留了很大一部分的立法权。但是联邦的法律高于各州的法律,如果两者相抵触,则适用联邦法。从商事立法来讲,立法权原则上属于各州,但美国国内经济贸易亟须统一的各种商法,因此美国居多的民间法律研究机构如美国法学会、美国律师协会、美国统一州法委员会等组织一流专家,拟定示范性的法律文件,向各州立法机关推荐,如《统一商法典》、《商业公司法》、《法律重述》等。

2. 美国的法院组织

美国设有联邦法院与州法院两套系统。联邦法院分为三级。第一级为联邦地区法院,共设94个司法区,分布在各州,实行独任制,管辖的案件包括刑事和民事案件。第二级为联邦巡回法院,也称上诉法院,有13个,实行合议制,由3名法官组成合议庭审理上诉案件。第三级

为联邦最高法院,设在华盛顿,由8名法官和一名首席大法官共9人组成,审理案件时,全部法官必须参与。法官由议会选举、总统任命,实行终身制。

根据联邦宪法,各州有权设立自己的法院,由此造成各州的法院体系与名称多种多样。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确规定范围内才有管辖权,其他案件均由州法院管辖。此外,还有专门受理联邦法上特殊争议的特别联邦法院,以及有权审理国际贸易纠纷的准司法机构如商务部、国际贸易委员会等。

在判例构成上,应着重把握以下四点:在联邦法方面,须受联邦法院尤其是联邦最高法院判例的约束;在州法方面,上级法院特别是州最高法院的判例对下级法院有约束力;联邦法院在审理涉及州法的案件时,须受相应的州法院不违反联邦法判例的约束;联邦和州的最高法院不受其先例的约束,以便依据社会经济条件的变化,扬弃过时的判例,确立新的法律规则。

三、两大法系主要差异

(一)法律渊源不同

制定法是大陆法的主要渊源,判例一般不被作为正式法律渊源,对法院审判无约束力;判例法是英美法系的正式法律渊源,即上级法院的判例对下级法院在审理类似案件时有约束力。

(二)法典编纂不同

大陆法系的基本法律一般采用系统的法典形式;而英美法系一般不倾向于法典形式,其制定法一般是单行的法律和法规。当代英美法系虽然学习借鉴了大陆法系制定法的传统,但仍以判例的汇集和修订为主。

(三)法律结构和法律分类不同

大陆法系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,私法主要是民法和商法。英美法系的基本结构是在普通和衡平法的分类基础上建立的。普通法主要代表立法机关(议会)的法律,衡平法主要代表审判机关(法官)的法律。衡平法是对普通法的补充。英美法系缺乏严格的部门法分类。

(四)法官地位和作用不同

大陆法系法官是适用和解释法律;英美法系国家的法官则遵循先例。但英美法国家的遵循先例并不是绝对的,在对待先例的问题上有三种做法:一是遵循先例。一般来讲,下级法院应当遵循上级法院的判例,上诉法院还要遵循自己以前的判例。二是推翻先例。美国的联邦最高法院和各州最高法院有权推翻自己以前的判决。三是避开先例。主要适用于下级法院不愿适用某一先例但又不愿公开推翻它时,可以前后两个案例在实质性事实方面存在区别为由而避开适用先例。

(五)诉讼程序不同

英美法系的诉讼程序以原告、被告及其辩护人和代理人为重心,法官只是双方争论的“仲裁人”而不能参与争论;与这种对抗式(也称抗辩式)程序同时存在的是陪审团制度,陪审团主要负责做出事实上的结论和法律上的基本结论(如有罪或无罪),法官负责做出法律上的具体结论,即判决。大陆法系的诉讼程序以法官为重心,突出法官职能,具有纠问程序的特点,而且多由法官和陪审员共同组成法庭来审理案件。

第三节 当代中国法律制度概要

一、中国法律的渊源

(一) 制定法

1. 宪法

我国宪法规定了当代中国的根本的社会、经济和政治制度,各种基本原则、方针、政策,公民的基本权利和义务,各主要国家机关的组成和职权、职责,等等,涉及社会生活各个领域的最根本、最重要的方面。宪法是由我国最高权力机关——全国人民代表大会制定和修改。宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。

2. 法律

法律由于制定机关的不同可分为两大类:一类为基本法律,即由全国人大制定和修改的刑事、民事、国家机构和其他方面的规范性文件,民商方面如《民法通则》《民事诉讼法》等;另一类为基本法律以外的其他法律,即由全国人大常委会制定和修改的规范性文件,如文物保护法、商标法等。

3. 行政法规

行政法规是指国家最高行政机关即国务院所制定的规范性文件,其法律地位和效力仅次于宪法和法律,不得与宪法和法律相抵触,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。国务院所发布的决定和命令,凡属于规范性的,也属于法的渊源之列。

4. 地方性法规、民族自治法规以及经济特区的规范性文件

这三类都是由地方国家机关制定的规范性文件。地方性法规是指由省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会,根据本行政区域的具体情况和实际需要,依法制定的在本行政区域内具有法律效力的规范性文件。

民族区域自治是我国的一项基本政治制度。民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例,但应报上一级人民代表大会常委会批准之后才生效。

经济特区是指我国在改革开放中为发展对外经济贸易,特别是利用外资、引进先进技术而实行某些特殊政策的地区。1981年全国人大常委会授权广东省、福建省人大及其常委会制定所属经济特区的各项单行经济法规。1988年全国人大授权海南省人大及其常委会制定在海南经济特区实施的法规。

5. 特别行政区法律

特别行政区在立法权限和法律形式上具有特殊性,因此特别行政区的法律、法规在当代中国法的渊源中成为单独的一类。全国人民代表大会已于1990年4月和1993年3月先后通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》。

(二) 法律解释

中国法律的另一重要渊源是有权解释机关对现行法律或法规条文进行解释与说明。解释分为立法解释、司法解释与行政解释。



立法解释是全国人民代表大会常务委员会对宪法与法律拥有的解释权;省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会有权对地方性法规进行解释。

司法解释是对法院审判工作与检察院检察工作中具体应用法律的问题,分别由最高人民法院和最高人民检察院进行解释,它们所做的解释对其下级人民法院和检察院的审判、检察工作均由约束力。有关民事和经济类法律的司法解释主要由最高人民法院做出。

行政解释是国务院及其主管部门对有关法律与法规所做出的解释。主要涉及:对不属于审判和检察工作中的其他法律问题如何具体应用的问题做出解释;国务院及其主管部门在行使职权时对国务院及其主管部门本身所制定的行政法规所做的解释。

(三) 国际条约、国际惯例

我国加入的合同国际公约有《联合国国际货物销售合同公约》;加入知识产权公约有《成立世界知识产权组织公约》(1967年7月14日斯德哥尔摩,我国于1980年6月3日加入)、《保护工业产权巴黎公约》(1967年7月14日斯德哥尔摩,我国于1985年3月19日加入)、《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》(1971年7月24日于巴黎修订,我国于1992年10月15日加入)、《世界版权公约》(1971年7月24日于巴黎修订,我国于1992年10月15日或30日加入)、《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》(1971年10月29日,我国于1993年4月加入)、《专利合作条约》(1970年6月19日华盛顿,我国于1994年1月加入)、世界贸易组织协定中《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS协议)(1994年,我国于2001年12月11日加入)、《世界知识产权组织版权条约》(WCT)(1996年,我国于2006年12月29日加入)、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)(1996年,我国于2006年12月29日加入)、《保护和促进文化表现形式多样性公约》(我国于2006年12月29日批准)。

二、我国的法院组织

我国法院组织系统包括地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院。地方各级人民法院分别为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。专门人民法院包括军事法院、森林法院、铁路运输法院、海事法院等。上级人民法院监督下级人民法院的审判工作;最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作。

其中与国际商事活动密切相关的海事法院,地位相当于中级人民法院,执行海事诉讼特别程序法,其所在地的高级人民法院为上诉法院。其他的国际商事纠纷案件原则上也由中级人民法院作为第一审法院,经济特区和其他经济发达地区的基层法院也可以受理国际商事纠纷。我国案件实行两审终审制度,另有法院提审、当事人申诉以及上级检察院抗诉等审判监督程序,裁判的执行由各级法院的执行机构负责。除法院组织外,国际商事纠纷可依当事人间的协议,提交中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会,以及省辖市的仲裁委员会仲裁,其仲裁裁决书或调解书,具有终局性的法律效力,当事人可以申请人民法院执行机构强制执行。

三、涉外民事关系法律的适用

为了明确涉外民事关系的法律适用,合理解决涉外民事争议,维护当事人的合法权益,制定《涉外民事关系法律适用法》,由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于2010年10月28日通过,自2011年4月1日起施行。