



普通高等学校“十二五”规划教材

国际商法

张守波 主编



中国铁道出版社
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE

普通高等学校“十二五”规划教材

国际商法

主 编 张守波

副主编 张赫楠 宋 亮 白化秋

中国铁道出版社
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE

内 容 提 要

本教材主要介绍国际商法的基本理论和知识,具体涵盖了国际商法概论、国际商事主体法、国际商事代理法律制度、国际商事合同法、国际货物买卖法、产品责任法、国际货物运输与保险法、国际技术贸易法与国际服务贸易法、国际贸易支付法律制度、电子商务法和国际商事争议解决制度等 11 章内容。

本书适合高等学校国际贸易专业、外贸英语专业、法学专业和其他经济管理专业学生学习使用。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 张守波主编. — 北京:中国铁道出版社, 2014.8

普通高等学校“十二五”规划教材

ISBN 978-7-113-18842-9

I. ①国… II. ①张… 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(2014)第 151268 号

书 名: 国际商法
作 者: 张守波 主编

策 划: 潘星泉
责任编辑: 潘星泉 贾淑媛
封面设计: 付 巍
封面制作: 白 雪
责任校对: 汤淑梅
责任印制: 李 佳

读者热线: 400-668-0820

出版发行: 中国铁道出版社(100054,北京市西城区右安门西街8号)

网 址: <http://www.51eds.com>

印 刷: 三河市宏盛印务有限公司

版 次: 2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

开 本: 787mm×1 092mm 1/16 印张: 14.75 字数: 370 千

书 号: ISBN 978-7-113-18842-9

定 价: 29.00 元

版权所有 侵权必究

凡购买铁道版图书,如有印制质量问题,请与本社教材图书营销部联系调换。电话:(010) 63550836

打击盗版举报电话:(010) 51873659

前 言

随着国际经济贸易交往的发展,国际商法在我国的对外经济贸易中发挥着巨大的作用。特别是随着经济全球化的发展,国际上调整商事活动的规则越来越多,同时各国的国内法和商法规则也不断发展。在此基础上,国际商法作为一门新兴的法律学科发展起来。

为了方便教学,在体例安排方面,本教材侧重于国际商法的基本理论、基本知识、基本技能的讲解,培养学生熟练运用国际商法理论、知识处理有关国际商事活动及国际商事活动中发生的问题和纠纷的能力。本教材在每章详细阐述理论内容的同时,均设有学习目标、导入案例、相关链接和本章知识反馈等栏目。本教材主要突出以能力为本位,以应用为主线,以讲清概念、强化应用为重点,紧密联系业务实际,突出针对性和实效性。

本书由黑河学院张守波担任主编,负责全书的统稿工作。由张赫楠(哈尔滨医科大学)、宋亮(黑龙江司法警官职业学院)、白化秋(哈尔滨金融学院)担任副主编,马晓旭(哈尔滨广厦学院)担任参编。具体分工如下:张守波编写第1~4章;张赫楠编写第5和第7章;宋亮编写第6和第8章;白化秋编写第10和第11章;马晓旭编写第9章。

本书编写紧密结合国际商务实践,注重实用性,旨在培养和提高学生从事国际商事活动法律实务的操作能力。

由于作者水平有限,书中的疏漏和不足之处在所难免,恳请专家、读者不吝赐教。

编 者
2014年4月

关于天勤

天勤教学网(www.51eds.com)是中国铁道出版社旗下全资公司——北京国铁天勤文化发展有限公司创办的教学资源服务平台,网站以满足广大师生需求为基本出发点,以服务用户为宗旨,为用户提供优质教学资源,本着创新、发展的经营理念,时刻把师生的满意度放在第一位,面向实际,面向用户,开拓进取,追求卓越,全力打造国内专业教学资源品牌,努力创建领先教学资源服务基地,力争为教育事业做出巨大贡献!

目前有 **1800** 所高等院校

1400 所中职学校

12000 位老师选择中国铁道出版社作为合作伙伴

品 牌

- 60余年的中央级出版社
- 首批教育部教材出版基地
- 拥有“双一”出版市场占有率

质 量

- 百余种“十一五”国家级规划教材
- 专家阵容庞大,多家教指委悉心指导
- 立足一线教学需求
- 重金打造质量工程

服 务

- 提供针对性、多层次的产品
- 可使备课轻松,教学方便
- 多途径、多角度提升教师个人价值
- “一站式出版”,轻松享受出版成果
- “课程出版”使教师教学效率高,学生学习效果好



400-668-0820

中国铁道出版社·教材研究开发中心

地址:北京市西城区右安门西街8号-2号楼 邮编:100054

网址:www.51eds.com E-mail: tqbook@tqbooks.net

传真:010-63560058 教材服务QQ群:16425657

目 录

第 1 章 国际商法概述	1
1.1 国际商法的含义	1
1.2 国际商法的沿革发展	3
1.3 国际商法的体系与渊源	5
1.4 当代世界两大法律体系与中国法律制度	6
本章知识反馈	11
第 2 章 国际商事主体法	13
2.1 国际商事主体法概述	13
2.2 公司法律制度	15
2.3 合伙企业法律制度	26
2.4 个人独资企业法律制度	31
2.5 外商投资企业法律制度	33
本章知识反馈	39
第 3 章 国际商事代理法律制度	42
3.1 代理概述	42
3.2 代理权	45
3.3 代理中的法律关系	49
3.4 承担特别责任的代理人	51
3.5 国际代理统一法	52
3.6 中国的代理法与外贸代理制	53
本章知识反馈	55
第 4 章 国际商事合同法	57
4.1 国际商事合同法概述	57
4.2 国际商事合同的订立	60
4.3 国际商事合同的履行	70
4.4 国际商事合同的变更、转让与消灭	77
本章知识反馈	81
第 5 章 国际货物买卖法	83
5.1 国际货物买卖法概述	83
5.2 国际贸易术语解释通则	85
5.3 国际货物买卖合同的成立	95

2 | 国际商法

5.4 买卖双方的义务	98
5.5 违约与救济	101
5.6 货物所有权与风险的转移	105
5.7 货物的保全	107
本章知识反馈	107
第6章 产品责任法	110
6.1 产品责任法概述	110
6.2 美国产品责任法律制度	114
6.3 关于产品责任的国际立法	118
6.4 中国产品责任法律制度	119
本章知识反馈	121
第7章 国际货物运输与保险法	123
7.1 国际货物运输法	123
7.2 国际货物运输保险法	137
本章知识反馈	152
第8章 国际技术贸易法与国际服务贸易法	154
8.1 国际技术贸易法	154
8.2 国际服务贸易法	166
本章知识反馈	171
第9章 国际贸易支付法律制度	174
9.1 国际贸易支付概述	174
9.2 票据法律制度	175
9.3 国际贸易支付方式	184
本章知识反馈	194
第10章 电子商务法	195
10.1 电子商务法概述	195
10.2 电子合同法律问题	199
10.3 电子签名与认证法律问题	205
本章知识反馈	210
第11章 国际商事争议解决制度	212
11.1 国际商事争议及解决方式概述	212
11.2 国际商事诉讼	216
11.3 国际商事仲裁	219
本章知识反馈	227
参考文献	230

第1章 国际商法概述

【学习目标】

重点掌握国际商法的概念和国际商法的调整对象；一般掌握国际商法的渊源和国际商法与相关法律学科的关系；了解国际商法的历史和国际商法的体系、两大法系的特点、中国法律制度概述。

【导入案例】

甲公司是A国公司，在B国设立了乙公司生产手机，乙公司将生产的手机销往C国，与C国的丙公司签订了货物买卖合同，支付方式是汇票，并约定合同适用《联合国国际货物销售合同公约》。后丙公司声称有一批手机质量有问题，拒绝付款，乙公司遂在B国提起诉讼。

问题：

1. 该案中存在哪些类型的国际商事关系？
2. 该案是否受国际商法的调整？
3. 该案中提到了哪类国际商法的渊源？

1.1 国际商法的含义

1.1.1 商法与国际商法的概念

商法是调整市场经济关系中商事主体和商事活动的法律规范的总和。在市场经济中，人们之间发生各种各样的社会经济关系，不同的法律部门承担着不同的任务。其中，商法调整的是商事关系，也就是说，商法用于调整平等商事主体之间的商事关系，规范商事主体及其商事行为。

国际商法(International Business Law)是调整国际市场经济下，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和。国际商法是随着国际间商事交易的高度发展而出现的，是为了保障国际商事交易的顺利、可靠、安全，保护商事主体实现营利的合法权益，进而促进市场经济的发展。

1.1.2 国际商法的调整对象

国际商法的调整对象是国际商事关系。所谓国际商事关系，是以营利为目的的国际商事主体参与的商品流转关系，其主体不论是个人、法人、国家政府或国际组织，只要这种商事关系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范围，这种关系就可称之为国际商事关系。

1. 国际

国际商法的“国际”是从地理意义上来讲的，是指“跨越国界”，不是指国家和国家之间。

国家和国家之间的商事关系是从政治和公法的意义上来讲的,属于国际公法调整的范围。判断国际商事关系的跨越国界可以从法律关系的要素出发。法律关系的要素包括主体、客体、内容。商事法律关系的任一要素跨国都可以认定为具有国际因素。

相关链接

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第三百零四条规定:“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件。”

2. 商事

何为“商事”,可以依据“商行为”来理解。“商行为”是以营利为目的的经营性行为。传统的商事以有形的商品交流为核心,传统商法主要包括商行为法、公司法、票据法、海商法等。随着经济的发展,特别是在国际经济贸易领域,国际商事活动逐渐拓宽至包括资金、技术、劳务等,任何从事商品、服务、技术的营利性经营行为,均可归为商事活动。因此,国际商法的调整范围比传统的商法更为广泛,

前沿话题

1985年联合国国际贸易法委员会颁布的《国际商事仲裁示范法》对“商事”一词作广义的解释,商事包括不论是契约或非契约性的一切商事性质的关系所引起的种种事情。商事性质的关系包括但不限于下列交易:供应或交换货物或服务的任何贸易交易;销售协议;商事代表或代理;代理;租赁;建造工厂;咨询;工程许可;投资;融资;银行;保险;开发协议或特许;合资经营和其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海上、铁路或公路运输。

相关链接

对于“商事”,我国最高人民法院1987年颁布的《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第二条作了一个解释:根据我国加入该公约时所作的商事保留声明,我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用公约。所谓“契约性和非契约性商事法律关系”,具体的是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

3. 商事关系

所谓商事关系,就是一定社会中通过市场经营活动而形成的社会关系。它主要包括两个部分:商事组织关系和商事交易关系。商事组织就是人们为从事商品、技术、服务交易结成的经济实体。商事交易就是商事组织以及其主体在市场领域从事的各种经营活动。

1.1.3 国际商法与相关法律学科的关系

1. 国际商法与国际公法

国际公法也称国际法,是指在国际交往中形成的,用以调整国际关系(国家之间、国际组

织之间;国家与国际组织之间)形成的有法律约束力的原则、规则和制度的总称。国际公法的主体是国家和国际组织,个人一般不能成为国际公法的主体。国际公法调整国家、国际组织相互之间的包括经济关系在内的各种关系。而国际商法调整对象仅是商事关系。

2. 国际商法与国际私法

国际私法是指一个国家或法域处理和调整涉及外国公民和法人的民商事法律关系的规则的总称。国际私法除了调整涉外商事关系,还调整涉外民事领域的人身关系。狭义的国际私法是指冲突法,是民商事法律关系适用法律的选择规范;广义的国际私法包括冲突法、涉外商事实体法规范、争端解决规范等。而国际商法仅调整国际商事关系。广义的国际私法涵盖了国际商法的内容。

3. 国际商法与国际经济法

国际经济法有狭义和广义之分:狭义的国际经济法是指调整国际公法主体之间的经济关系法律规范的总称;广义的国际经济法是指调整跨越国界的经济关系的法律规范的总称。广义的国际经济法既调整国家之间、国际组织之间、国家与国际组织之间的经济关系,又调整跨越国界的私人之间的经济关系。国际经济法不仅调整商事关系,还调整经济管理关系。而国际商法仅调整跨越国界的商事关系。所以,广义的国际经济法涵盖了国际商法的内容。

提示

广义的国际私法和国际经济法涵盖了国际商法的全部内容,因此,有的学者认为没有必要将国际商法作为独立的法律学科。但是通过法律发达国家的法律体系来看,商法的独立性非常突出。如德国、法国有专门的商法典,美国有《统一商法典》。所以国际商法作为独立学科是有其存在意义的。

4. 国际商法与国内商法

国内商法是调整国内商事关系法律规范的总称。而国际商法是调整跨越国界的商事关系的总称。国内商法与国际商法从逻辑上是平行的。但是很多国家对于涉外商事关系和国内商事关系适用同样的法律规范。因此,很多情况国内商法规范和国际商法规范是统一的。

1.2 国际商法的沿革发展

调整商事关系的法律规范在古代就出现了。例如,约公元前 1770 年埃什嫩那王国的《俾拉拉马法典》、约公元前 1750 年古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》出现了关于商事行为的专门规定。我国《秦律》中也有调整商事关系的规则。但是古代国际经济交往不发达,调整国际商事关系的法律规范并没有真正出现。根据史料,国际商法比较早的痕迹可以追溯至古罗马法。

1.2.1 萌芽阶段

古罗马法有市民法和万民法之分,其万民法中调整涉外商事关系的法律规范,显示了国际商法的特征,所以,可以作为国际商法较早的萌芽看待。另外,公元前 3 世纪,随着地中海地区航海贸易的发展,希腊的罗得岛成为该地区的航贸中心,在航海贸易中以该岛为中心形

成了一些共同海损、海上保险习惯规则等海商法的法律规则,这些规则被称为《罗得海法》,是较早出现的商人团体的商事习惯和惯例的汇编。

1.2.2 形成阶段

到了11至15世纪,欧洲地中海一带的城市和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。商人习惯法最早出现在意大利,后来随着航海贸易的发展逐步扩及西班牙、法国、英国及德国。商人习惯法与当时封建王朝的法律相比,它具有跨国性和统一性的特点,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业法官负责,而是由商人自己组织的法庭负责,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。比较著名的商人习惯法汇集有《巴塞罗那海法》《康梭拉德海法》《奥内隆海法》《海事判例集》《维斯比海法》《阿玛斐法典》等。

1.2.3 发展阶段

随着欧洲国家经济的发展及中央集权的形成与加强,自16世纪后,商人习惯法被纳入各国的国内法制度,逐步成为国内法的一部分。法国比较早地颁布了国内商法,例如1673年的《法国商事条例》、1681年的《法国海商条例》、1807年的《法国商法典》。德国1897年通过了《德国商法典》。英国在19世纪先后制定了一些有关商事活动法律规范,如1882年的《英国票据法》、1890年的《英国合伙法》、1893年的《货物买卖法》等。自16至19世纪,世界许多国家制定了商法典或单行商事法规。

1.2.4 成熟阶段

20世纪以来,随着资本主义的发展,跨国经济贸易交往越来越频繁,经济的全球化趋势越来越明显,制定世界普遍适用的国际商事规范已经成经济交往的需要。在20世纪初,国际社会开始制定商事条约,例如1924年的《统一提单若干法律规定的国际公约》、1929年的《统一国际航空运输某些规则的公约》。1919年国际商会成立,开始着手编纂国际商事惯例。第二次世界大战以后,随着世界经济一体化进程的发展,大量的国际商事条约出现,国际商法进入成熟阶段。

相关链接

施米托夫(Clive M. Schmitthoff) (1903—1991)出生于德国,是英国当代著名法学家,国际贸易法学的主要创始人之一,曾任联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席,其代表性研究主要收录在其《国际贸易法文选》中。施米托夫认为,国际商法经历了三个发展阶段:第一个阶段在中世纪,它是以商人习惯法的形式出现的;第二个阶段始于国家主权这一概念比较普遍采纳的时期,商人习惯法被纳入各国的国内法制度;第三个阶段(即当代)开始于19世纪,法学领域中则恢复了国际商法的概念,出现了旨在发展国际商业自治法的新的商人习惯法。施米托将其总结为国际法—国内法—国际法发展的趋势。

1.3 国际商法的体系与渊源

1.3.1 国际商法的体系

前文中讲到,国际商法调整国际商事关系分为两大类:国际商事组织关系、国际商事交易关系。根据这两大类商事关系的性质,可以将国际商法划分为两大分支:国际商事主体法和国际商事交易法。国际商事主体法包括商事组织法、商业登记法等,商事组织法又主要包括公司法、合伙法、个人独资企业法等。根据国际商事交易(或商事行为)的性质,国际商事交易法包括商事代理法、合同法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际技术贸易法、国际服务贸易法、国际支付与结算法、电子商务法、产品责任法、国际资金融通法等。另外,为了国际商事争议的解决,国际商事领域里形成了一些独特的商事争端解决规则,例如国际商事仲裁规则。所以,国际商法也应该包括国际商事争议解决法律制度,国际商事争议解决法律制度包括国际民事诉讼法、国际商事仲裁法。

1.3.2 国际商法的表现形式

国际商法的表现形式主要包括:国际商事条约和国内法渊源。

1. 国际商事条约

国际商事条约是指两个或两个以上的国家或国际组织为确定相互之间的权利、义务而达成的协议,包括多边商事公约、双边商事条约和区域性的商事条约。各国缔结的有关国际经济活动的国际条约或公约历来被普遍认为是国际商事法的重要渊源。国际商事条约有双边条约和多边条约,双边条约是在两个国家之间缔结的条约,国际多边条约是由世界很多国家参加缔结的具有地区性或世界性影响的条约,具有世界性影响的多边条约也称为国际公约。作为国际商法表现形式的国际商事条约主要是多边条约。

当前国际商事领域领的国际公约有很多,下面就主要的国际商事条约分类列举如下:

① 国际货物买卖领域。1964年的《国际货物买卖合同成立统一法公约》《国际货物买卖统一法公约》、1974年的《国际货物买卖时效期限公约》、1980年的《联合国国际货物销售合同公约》等。

② 国际货物运输领域。如1924年的《统一提单若干法律规定的国际公约》《海牙规则》、1968年的《修改统一提单若干法律规定的国际公约议定书》《维斯比规则》、1978年的《联合国海上货物运输公约》《汉堡规则》、1980年的《联合国国际货物多式联运公约》、2008年的《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》《鹿特丹规则》、1929年的《统一国际航空运输某些规则的公约》《华沙公约》及其后续修订条约、1951年的《国际铁路货物联运协定》《国际货协》、1961年的《关于铁路货物运输的国际公约》《国际货约》等。

③ 票据领域。如1930年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》、1931年的《关于统一支票的日内瓦公约》、1988年的《联合国国际汇票和国际本票公约》等。

④ 国际投资领域。如1965年的《解决一国与他国国民投资争议的公约》(又称《华盛顿公约》)、1985年的《多边投资担保机构公约》等。

⑤ 国际知识产权领域。如1883年的《保护工业产权巴黎公约》、1891年的《商标注册马

德里公约》、1886 年的《伯尔尼公约》、1961 年的《罗马公约》、1972 年的《日内瓦公约》、1952 年的《世界版权公约》、1996 年的两个《网络版权公约》等。

⑥ 国际商事争端领域。如 1958 年的《承认和执行外国仲裁裁决的国际公约》(《纽约公约》)等。

2. 国际商事惯例

国际商事惯例是在国际商事交往中,经由长期的、反复的国际实践而逐渐形成的,并受到各国普遍承认和遵守的商事原则和规则。这些行为规范未经立法程序确立,不属法律规范,并无普遍的法律约束力。一项习惯最终形成惯例,要有一个漫长的逐渐形成的过程,在这个过程中,既需要各国商人重复类似行为,又需要各国逐步认为这种行为具有法律拘束力。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。

许多重要的国际贸易惯例已经由一些国际组织编纂成文,目前国际上一些编纂成文的、通用的国际商事规则有:国际商会于 1930 年拟订、2006 年第七次修订的《跟单信用证统一惯例》,国际法协会 1932 年制定的《华沙—牛津规则》,国际商会于 1936 年制定、2010 年第七次修订的《国际贸易术语解释通则》;国际商会于 1958 年拟订、1995 年再次修订的《托收统一规则》等。

3. 各国国内商事法

各国国内商事法主要是指各国调整涉外商事法律关系的制定法、习惯法、判例法等。由于国际商事条约和惯例不能包括各个领域的一切问题,并且现有的国际条约和惯例也不能被所有国家和地区一致承认和采用,所以要借助国内法来处理。有的国家专门制定调整涉外商事活动法律规范。有的国家并不区分国内、涉外,制定统一的法律规范统一调整涉外和国内商事关系,例如《德国商法典》。这些国内法律规范都是国际商法的渊源。我国自从 20 世纪 70 年代末开始,国际商贸活动得到了长足的发展,制定了许多调整涉外商事关系的法律规范,如《中华人民共和国对外贸易法》《三资企业法》等。下文将详细介绍国内法渊源的两大法系和我国的法律体系。

1.4 当代世界两大法律体系与中国法律制度

1.4.1 当代世界两大法律体系

1. 法系的概念

法系是西方法学理论中经常使用的一个概念,是指根据各国的法律特点和历史传统外部特征,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。当代世界主要法系有两个:大陆法系、英美法系。其他的法系还有前苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义法系,以及伊斯兰法系、印度法系、中华法系、犹太法系、非洲法系等。

提示

我国古代的法律体系属于中华法系,我国现在的法律体系属于社会主义法系。

2. 两大法系的特点

(1) 大陆法系及其特点

大陆法系又称民法法系(civil law system)、罗马-日耳曼法系或成文法系。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。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(甲子年)《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仿效这种制度而建立的法律制度。大陆法系覆盖了当今世界的广大区域,德国、法国、意大利、日本、中国大陆、台湾等均为大陆法系。大陆法系具有如下特点:

①在法律的历史渊源上,大陆法系是在罗马法的直接影响下发展起来的,大陆法系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。如《法国民法典》以《法学阶梯》为蓝本,《德国民法典》以《学说汇纂》为模式。

②在法律形式上,大陆法系国家一般不存在判例法,对重要的部门法制定了法典,并辅之以单行法规,构成较为完整的成文法体系。资产阶级启蒙思想家鼓吹的自然法思想和理性主义是大陆法系国家实行法典化的原因之一,1791年法国宪法中的“人权宣言”就明确宣布,每个人的自然权利只有成文法才能加以确定。以法国革命为代表的欧洲大陆国家的资产阶级革命的彻底性,在法律上的表现就是开展大规模的法典化运动。立法与司法的严格区分,要求法典必须完整、清晰、逻辑严密。法典一经颁行,法官必须忠实执行,同类问题的旧法即丧失效力。法典化的成文法体系包括:宪法、行政法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法。

③在法官的作用上,大陆法系要求法官遵从法律明文办理案件,没有立法权。大陆法系国家的立法和司法分工明确,强调制定法的权威,制定法的效力优先于其他法律渊源,而且将全部法律划分为公法和私法两类,法律体系完整,概念明确。法官只能严格执行法律规定,不得擅自创造法律、违背立法精神。

④大陆法系一般采取法院系统的双轨制,重视实体法与程序法的区分。大陆法系一般采用普通法院与行政法院分离的双轨制,法官经考试后由政府任命,严格区分实体法与程序法,一般采用纠问式诉讼方式。

⑤在法律推理形式和方法上,采取演绎法。由于司法权受到重大限制,法律只能由代议制的立法机关制定,法官只能运用既定的法律判案,因此,在大陆法系国家,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。

(2) 英美法系及其特点

英美法系又称普通法法系或者海洋法系。是指以英国普通法为基础发展起来的法律的总称。它首先产生于英国,后扩大到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、马来西亚、新加坡以及非洲的个别国家和地区。到18世纪至19世纪时,随着英国殖民的扩张,英美法系被传入这些国家和地区。英美法系具有如下特点:

①以判例法为主要法律渊源。各国受英国法的影响,法律渊源一般都分为普通法、衡平法和制定法。英美法系具有判例传统,判例法为其正式法律渊源,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。

②以日尔曼法为历史渊源。普通法系的核心——英国法,是在较为纯粹的日尔曼法——盎格鲁·撒克逊法的基础上发展起来的。

③法官对法律的发展所起的作用举足轻重。判例法是在法官的长期审判实践中逐渐创造出来的,法官的判决本身具有立法的意义,普通法系素有“法官造法”之称。

④以归纳为主要推理方法。法官和律师在适用法律时,通过对存在于大量判例中的法律原则进行抽象概括归纳比较,然后才能将其最适当地运用到具体案件中去。

⑤不严格划分公法和私法。较之大陆法系的基本结构在公法和私法的分类基础上建立而言,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(议会)的法律,衡平法主要代表审判机关(法官)的法律(判例法),衡平法是对普通法的补充规则。

1.4.2 中国法律制度概述

1. 中国法律制度的形成与沿革

(1) 旧中国的法律

有文字记载的古代中国的法律制度,最早可追溯到公元前 21 世纪的夏代。春秋时期,魏国大夫李悝制定了中国历史上第一部成文法典——《法经》。秦统一中国后,经过汉、魏晋南北朝、隋等几个朝代,封建法制得到了很大发展,到唐代达到鼎盛时期。637 年,唐太宗颁布《贞观律》;651 年,唐高宗颁布《永徽律》,两者合称唐律。652 年,唐大臣长孙无忌等人编写了《唐律疏议》,对唐律进行了解释。1740 年,清朝颁布了封建社会最后一部法律《大清律例》。

1840 年鸦片战争后,中国逐步沦为了半封建半殖民地社会。清末统治者迫于形势压力,不得不向西方国家学习,开始修法变律。20 世纪初,由沈家本、伍廷芳主持,参照西方和日本等国法律,修订了《大清律例》,起草了《大清新刑律草案》《大清民律草案》《大清商律草案》等一系列法律草案,打破了中国传统的民刑不分、诸法合体的体制。由于清王朝的迅速崩溃,这些法律草案并未得到实施。

辛亥革命后,以孙中山为首的南京临时政府制定了《中华民国临时约法》,这是中国第一部资产阶级的宪法。此后,国民政府先后制定了宪法、民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政法,合称六法,该六法与有关单行法规汇编在一起,统称为“六法全书”。

(2) 新中国的法律

1949 年新中国成立后,原中华民国的“六法全书”及其整个法律制度被彻底废除。1949 至 1957 年,新中国的社会主义法制逐步建立起来,1954 年,一届全国人大一次会议通过了新中国第一部宪法。

十一届三中全会以后,中国共产党第十五次全国代表大会提出依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略,并将其载入宪法,我国法制建设进入了一个新阶段。目前,我国已初步建立起适应社会主义市场经济的法律体系框架。

2. 中国法律的渊源

由立法机关制定的成文法是我国法律的重要渊源。作为法律渊源的制定法主要有以下形式:

(1) 宪法

1982 年,五届全国人大通过了新的《中华人民共和国宪法》。宪法是国家的根本大法,是母法,规定了国家的根本制度、国家生活的基本原则,具有最高的法律效力。一切法律、法规、规章、决议、决定、命令等都不得与宪法相抵触,否则无效。

(2) 法律

规定和调整社会生活某一方面问题的规范性文件。法律从属于宪法,效力仅次于宪法。法律又可以分为基本法律和基本法律以外的法律。全国人民代表大会制定基本法律,全国人民代表大会常务委员会制定基本法以外的法律。

(3) 行政法规

国务院根据宪法和法律,按照法定程序制定的规范性文件称为行政法规。行政法规的内容主要是为执行法律的规定或宪法规定的国务院行政管理职权的事项。行政法规在公布之日后的30日内报全国人民代表大会常务委员会备案。

(4) 地方性法规

有立法权的地方人民代表大会及其常务委员会,根据宪法、法律和行政法规,按照法定程序制定的,在本行政区域内实施的规范性文件称为地方性法规。省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会,省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区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务委员会有权制定地方性法规。地方性法规的内容主要是为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项和属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。地方性法规应在公布后30日内报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。

(5) 规章

根据制定机关不同,规章分为部门规章和地方政府规章。国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有管理职能的直属机构,根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内制定的规章是部门规章。部门规章规定的事项是属于执行法律或者国务院行政法规、决定、命令的事项。

省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规制定的规章是地方政府规章。地方政府规章的内容属于执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项或是属于本行政区域的具体行政管理和事项。规章应当报国务院备案,地方政府规章同时报本级人民代表大会常务委员会备案;较大的市的人民政府制定的规章还应当同时报省、自治区人民代表大会常务委员会和人民政府备案。

(6) 自治条例和单行条例

民族自治地方的人民代表大会依照当地民族的政治、经济和文化的特点,按照法定程序制定的规范性文件,是自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

(7) 国际条约

国际条约是指国与国之间签订的双边或多边协议。关于国际条约在我国国内的效力问题,根据《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)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除外。

(8) 法律解释

法律解释是由特定的机关、组织或个人,根据法理、政策、文字对法律和法律条文的含义所作的解答和说明。法律解释可分为法定解释和学理解释。法定解释是指特定的国家机关按照宪法和法律所赋予的权限,对有关法律或法律条文所进行的解释。法定解释目前运用

较多的是立法解释和司法解释。立法解释,就是由全国人民代表大会常务委员会所作的法律解释,全国人民代表大会常务委员会有权解释宪法和法律,立法解释与法律具有同等效力。司法解释是国家最高司法机关在适用法律过程中对具体应用法律问题所作的解释。最高人民法院和最高人民检察院有权进行司法解释。

提示

上述所讲的法律渊源是主要指中国内地法域的法律渊源。另外我国还有香港法域、台湾法域、澳门法域,其法律渊源有单独的体系。

3. 中国的司法制度

中国的司法机关主要由人民法院和人民检察院组成。人民法院是国家审判机关,行使审判权;人民检察院是国家法律监督机关,行使检察权。

(1) 人民法院的组织

我国人民法院分为最高人民法院、地方各级人民法院和专门人民法院。地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。专门人民法院有军事法院、铁路法院、海事法院等。

(2) 人民检察院的组织

我国人民检察院分为最高人民检察院、地方各级人民检察院和专门人民检察院。地方各级人民检察院分为县、市、自治县和市辖区人民检察院;省、自治区、直辖市人民检察院分院,自治州和省辖市人民检察院;省、自治区、直辖市人民检察院。专门人民检察院有军事检察院、铁路检察院等。

4. 中国的审判制度

根据民事诉讼法、刑事诉讼法和行政诉讼法的规定,我国实行两审终审制。基层人民法院审理第一审民事、刑事、行政案件,海事法院审理第一审海事、海商案件,中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院依照法律规定审理第一审案件和第二审案件。第一审判决在上诉期满之前,是不生效的判决;上诉期满后,当事人未提出上诉才发生法律效力。第二审判决和最高人民法院的第一审判决为生效的判决,当事人不能上诉。

在审判程序方面,分普通程序和简易程序等。普通程序由多名法官组成合议庭审理,开庭审理一般经过当事人陈述、举证、质证、法庭辩论、最后陈述等程序;简易程序由一名法官独任审理,开庭审理不受普通程序规定的限制,但是行政案件不能采取简易程序。

5. 中国的商事法律制度

(1) 中国商事法律制度的发展

商法是一类古老的法律,商事法律制度是一项古老的法律制度,但是在中国,它们还都很年轻。在我国,商事法律制度的建立得益于改革开放,特别是得益于实行社会主义市场经济体制,这是因为商事法律制度存在的土壤是市场经济。

20世纪90年代,我国提出发展社会主义市场经济,社会主义市场经济的发展提供了商法在我国扎根、发展的土壤,因而,商事部门法快速发展起来。自1992年以来,我国相继制定了《海商法》《公司法》《票据法》《保险法》《商业银行法》《合伙企业法》《证券法》和《个人独资企业法》,国务院颁布了相应的商事行政法规。我国还积极参加国际商法统一运动,从1980年起,我国正式参加联合国国际贸易法委员会的工作,加入了许多国际贸易方面的国际公约。这些法律、法规、国际条约以及国际惯例构成了我国的商事法律制度。