



新编21世纪国际经济与贸易系列教材

新编国际商法

第四版

Newly Compiled International
Commercial Law

曹祖平 编著



新编21世纪国际经济与贸易系列教材

新编国际商法

第四版

Newly Compiled International
Commercial Law

曹祖平 编著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

新编国际商法/曹祖平编著. —4 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 1

新编 21 世纪国际经济与贸易系列教材

ISBN 978-7-300-20423-9

I. ①新… II. ①曹… 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 297723 号

新编 21 世纪国际经济与贸易系列教材

新编国际商法 (第四版)

曹祖平 编著

Xinbian Gouji Shangfa

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京密兴印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 27

字 数 666 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2002 年 10 月第 1 版

2015 年 1 月第 4 版

印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷

定 价 49.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

第 四 版 前 言

自从 2010 年 4 月《新编国际商法》(第三版)修订以来,随着经济全球化的深入发展与互联网技术的迅速普及,为与之相适应,有关国际商法的国内外立法又有了新的发展。本次修订旨在适时更新,以下为本次修订的概况。

一、增补有关新立法

本次修订是在基本内容不变的基础上进行的,修订内容主要是增补了若干有关新立法与贸易惯例,按时间顺序,择其大者列示如下:

- (1) 于 2010 年 7 月 1 日起施行的《中华人民共和国侵权责任法》;
- (2) 于 2011 年 1 月 1 日起施行的《2010 年国际贸易术语解释通则》;
- (3) 修订后于 2013 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国民事诉讼法》;
- (4) 2012 年 6 月 26 日在北京签署的《视听表演北京条约》;
- (5) 修订后于 2014 年 3 月 1 日起施行的《中华人民共和国公司法》;
- (6) 修订后于 2014 年 3 月 15 日起施行的《中华人民共和国消费者权益保护法》;
- (7) 第三次修订后于 2014 年 5 月 1 日起施行的《中华人民共和国商标法》。

本次修订还增补了已在中国生效的如下三个条约和一个议定书:

- (1) 于 1970 年签订的《专利合作条约》;
- (2) 于 1989 年签订的《商标国际注册马德里协定有关议定书》;
- (3) 于 2002 年签订的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》;
- (4) 于 2002 年签订的《世界知识产权组织版权条约》。

此外,本次修订还增补了中国已签署但尚未正式加入的两个条约,即 1996 年《商标法条约》与 2009 年《商标法新加坡条约》。

二、适当增删、调整有关内容

本次修订每章都有不同程度的内容增删,包括对有关段落作了重新调整、充实或改写。择其要者,各章具体修订如下:

第一章增补了按年代顺序排列的有关国际商法的国际公约一览表,英国上诉法院与上议院的司法职能,以及中国(上海)自由贸易试验区的建立及其暂停实施的有关法律;国际商法与相近法律的比较这部分内容单独成为一节,更正了国际商法与国际贸易法异同之一的内容;对最后三节的排列顺序重新作了调整;在“法律窗口”中增补了有关国际商法的形成与发展的内容。

第二章增补了修订后中国《公司法》的 12 个要点,以及“法律窗口”中有关公司治理的内容。

第三章增补了“准合同”的具体说明;更正了关于日本承诺方式的内容;删除了《电子商务示范法》介绍其中的一条;增补了情势变迁与商业风险的区别,以及情势变迁与不可抗力的异同;增补了《联合国国际货物买卖合同公约》规定的“非所能控制的障碍”的



内容介绍；对最后两节的排列顺序重新作了调整。

第四章删除了其中的两张表，增补了《2010年国际贸易术语解释通则》的介绍以及一张一览表；改写了“复习思考题”中的全部问题；修改了“法律窗口”中《国际商事合同通则》的有关内容。

第五章增补了产品质量违约责任与产品责任法律特征不同的比较，美国严格责任原则的新发展，以及关于法律适用问题的相关内容；删除了美国有关产品责任的具体法规与管理机构这部分内容；对《关于对有缺陷产品责任的指令》内容稍作调整；删除与改写了产品责任新发展的有关内容；删除了“法律窗口”的全部内容，改为中国《侵权责任法》与《消费者权益保护法》有关条文的摘录。

第六章增补了委任与授权行为的区别，行纪与居间的区别，以及复代理和特约代理的内容。

第七章删除并重新改写了课文的最后两段，简要陈述了中国票据电子化的有关内容。

第八章删除了两个欧洲专利公约；增补内容较多，主要是下列7个条约与议定书的介绍：《商标法条约》、《商标国际注册马德里协定有关议定书》、《商标法新加坡条约》、《专利合作条约》、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》、《世界知识产权组织版权条约》与《视听表演北京条约》；此外，还增补了中国参加有关保护知识产权的国际公约一览表，“法律窗口”中关于中国《商标法》第三次修改的主要内容，以及《视听表演北京条约》的有关条文摘录。

第九章增补了仲裁全球化发展趋势的具体表现，以及《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》的内容介绍；删除了中国海事仲裁委员会仲裁规则的全部内容。对2015年版《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》有关内容作了简要介绍；根据新的中国《民事诉讼法》，对“中国关于执行仲裁裁决的法律”一节中有关规定内容的条文作了相应调整。

三、全面改正错漏之处

本次修订既抓了大的，也不放小的。小者具体包括：

- (1) 改正错漏之处的文字；
- (2) 规范不适当的标点符号；
- (3) 统一若干术语的称谓，对几个术语作了注释；
- (4) 拆分过长的句子；以及
- (5) 理清重叠不清的层次。

总之，本书此次修订后的最终结果可谓面貌一新，与时俱进。

学以书为天，书为学之用。承蒙广大读者持续的关注与厚爱，使本书自2002年到2010年得以八年三版，现在又是第四版了。这足以说明已有一批接一批莘莘学子喜欢和愿意选用本书，并从中汲取了必需的专业知识。倍感欣慰之余，无以回报，仅以本次精心修订后的全新“产品”作为奉献，真诚期待充分发挥其应有的功效，以尽可能地满足广大新读者有权期望得到的专业知识需求。

好书如良师，授业终非浅。衷心期盼更多读者一如既往地关爱本书，继续选用本书，与君相伴，亦师亦友，真正能从中获益，并且获益良多。果真如此，则不负所望，幸甚！

“问渠哪得清如许，为有源头活水来。”本书之所以连续四版，除了编者持续的跟踪研

究，在一定程度上还应归功于那些“源头活水”：本书各章所附的“主要参考书目”与“法律窗口”后面的“资料来源”。由此可见，本书包含了这些难能可贵的研究成果，从中获益匪浅。对此，本人常怀感激之心。值此第四版出版之际，谨向过去和现在这些知名或不知名的作者对本书各版所作的宝贵贡献一并深表谢意！

此外，为本书前后四版的出版，也向辛劳敬业和默默奉献的中国人民大学出版社经济分社有关编辑人员致敬致谢！

最后，本人以前指导过的两个研究生参加了本次修订的部分工作：马岩，第二、四和五章，王高伟，第六、八和九章。他们根据本次修订的需要，帮助收集、整理和初步编写了有关材料，感谢他们利用工作之余的宝贵休息时间为本次修订所作的尽心尽力的贡献。

编著者

2014年12月

第一版前言

国际商法是随着国际经济贸易的发展而不断发展变化的,特别是 20 世纪 90 年代以来,国际经济一体化、区域经济集团化、经济发展知识化、国际商务电子化的特点,使得国际商法的许多内容发生了深刻的变化。

有鉴于此,为适应国际商法新的教学需要,我们重新编写了本教材。对此,有如下两点说明。

一、关于国际商法的体系

国际商法包括的范围比较广泛,涉及合同法、货物买卖法、产品责任法、代理法、商事组织法、票据法、运输法、保险法、知识产权保护法以及商事仲裁法等,其中每一部“法”都可以作为一门独立的学科进行学习与研究。事实上,在经济贸易专业的教学实践中,有些法已经分离出来作为专门的学科了,例如,运输法与保险法。同时,国际商法与一些学科的内容也有交叉。例如,国际货物买卖法、国际货物运输与保险法、国际技术转让法与国际商事仲裁法等,就与国际贸易法、国际经济法和国际私法等有关内容大同小异。此外,随着国际经济贸易的迅速发展,尤其是电子商务的出现,传统国际商法中的合同法已经无法完全适应实际情况的变化。基于这些考虑,本教科书包括下列九章。

第一章 国际商法导论 简要介绍国际商法的渊源与相近法律的关系,西方两大法系的概况及其区别以及国际商法的原则。

第二章 商事组织法 主要介绍与公司法有关的情况,即各国对于公司成立的程序、资金的筹集、公司的组织形式、管理机构以及并购与清算等的法律规定。

第三章 合同法 从法律的角度简要介绍大陆法与普通法对于合同成立的条件、合同的履行与违约的救济办法等的法律规定。

第四章 国际货物买卖合同法 从国际贸易的角度进一步介绍大陆法与普通法对于订立合同的条件、合同的履行、违约的救济办法以及货物所有权与风险转移的法律规定。

第五章 产品责任法 主要介绍美国与西欧国家关于产品责任的理论及其有关的法律规定。

第六章 代理法 主要介绍大陆法与普通法对于代理的产生、种类、内外部关系等的法律规定。

第七章 票据法 介绍两大法系与票据流通有关的法律,重点介绍其与汇票有关的不同的法律规定。

第八章 知识产权保护法 分别介绍各国对商标法、专利法与版权法的法律规定,以及 WTO 的新规定。

第九章 国际商事仲裁法 主要介绍与国际商事仲裁有关的仲裁协议与条款、仲裁机构与程序以及与仲裁裁决的执行有关的法律规定。

迄今为止,国际商法还没有一个公认的统一体系,各种版本教科书的侧重点有异,内容也不尽相同。因此,国际商法的体例有待于进一步研究与统一,所包含的内容需要进一

步完善与确定。

二、关于国际商法的研究方法

学习国际商法必须具备民商法和国际贸易理论与实务的专业知识基础，同时也必须掌握必要的研究方法。这些方法包括如下方面。

（一）历史联系

就上层建筑和经济基础而言，作为上层建筑的法律，其发展是以经济发展为基础的，而经济的不断发展则使原有的法律体系不再适用，必须补充和发展，从而开辟出新的法律部门。国际商法正是在人类社会的生产发展到一定阶段，随着国际经济贸易交往日益频繁与深入而建立起来并不断发展的一门法律学科。

学习国际商法，首先，应当对国际商法的产生与发展作历史的考察，这样才能了解其发展规律。20世纪90年代以来，国际商法的诸多方面已经发生了重大的变化，大大丰富了国际商法的内容，其中合同法的变化尤其令人瞩目，这就涉及一系列有关的法律问题，必须有相应的法律加以调整与规范。其次，国际商法中有些概念虽然已经“过时”，例如“对价”等，但是对价在历史上曾经起过非常重要的作用，有关合同法的著作是离不开对价这个概念的，因此，了解对价也就是了解合同法的基本历史联系。最后，中国的合同法也有很大的变化，新合同法已经代替了旧合同法，但是对于旧合同法的有关内容也应当有所了解，这是一定历史背景下的产物，在当时是发挥了很大作用的。

（二）比较分析

国际商法是一门专业法律课程，主要任务是运用比较法，介绍西方的两个法律体系——大陆法系与英美法系，介绍两个法律体系有关商事方面的法律规定，以及有关国际经济贸易的国际公约与贸易惯例。通过学习这门课程，学生能够了解并掌握从事国际经济贸易应当具备的基本法律知识。

国际商法运用的是比较法，即比较各国有关法律的异同。从总体上说，由于历史与文化发展的不同，大陆法与普通法是西方两个不同的法律体系，在对国际商法的许多法律规定方面是不相同的，即异多于同。但是，当涉及具体问题时，则并非那么绝对，必须具体问题具体分析，即异中往往有同，例如，在要约生效时间上，同属于大陆法的法国法与德国法并不一致，却与普通法相同；也往往同中有异，同属于普通法的美国法与英国法在有些方面也不尽一致，例如，在货物所有权与风险转移的问题上。如果能够在学习中注意总结与归纳这些异中有同与同中有异之处，就能够更加深入地了解国际商法的内涵。

简单地讲，在从事对外经济贸易活动的过程中，不可避免地会遇到各种各样的法律问题。例如，当合同当事人一方违反合同时，另一方有什么补救办法；货物的所有权与风险在什么时候转移；怎么处理伪造背书的汇票等。对此，一方面，各国都有相应的法律加以调整；另一方面，在国际上还有一些有关的国际公约与惯例加以规定。这些相关内容都是应当学习与掌握的。

（三）联系实际

本课程是一门基础课程，其教学目的是学习和掌握与国际商法有关的基本知识，即基本的法律规定或条文，并不注重案例分析，因为案例分析涉及民商法的基本专业知识。实践证明，在没有这些基本专业知识的情况下进行案例分析，显然超出本课程的教学范围，其结果不是喧宾夺主，就是欲速不达。

但是,不注重案例分析并不等于不进行案例分析,如果联系实际做一些适当的案例分析,那么是有助于理解课文内容的。同时,学生自己如果能够有意识地运用所学的知识,联系日常生活中发生或遇到的一些问题,例如,结合媒体大量报道的与合同法有关的各种问题,学以致用,进行独立的思考与分析,相信是能够有所收获的。

(四) 发展变化

20 世纪 90 年代以来,国际商法从内容到形式已经并且继续在发生重大的变化,几乎涉及本书的每一章:国际大并购使得跨国公司的影响与日俱增,而对其进行必要的控制和监管也已提到 WTO 的议事日程上来;电子商务和网上交易正在改变传统的合同法、货物买卖法、代理法和票据法等;传统的产品责任法只包括产品的生产和销售,随着环保意识的增强,西方发达国家已经立法把产品的回收(主要是电器和电子产品)也纳入其中;美国联邦法院的判例涉及电子商务方面的商标法、专利法和著作权法,其中一些立法已经确定了重要的规则和方法。这些动向值得注意,必须不断地加以跟踪研究,以便赶上国际商法新的发展和变化。

本教科书的宗旨是对国际商法所涉及的主要内容作基本的论述,以便学生了解国际商法的基本概念与基本法律规定,为今后进一步研究国际商法打好基础。学习国际商法有两个基本目的:(1)学习国际经济贸易专业或有关的知识,不仅要懂得国际经济贸易的基本理论,熟悉中国对外经济贸易的方针、政策与进出口业务,而且需要了解有关国际商法的基本知识,以便适应中国在加入 WTO 后的法律“游戏规则”,更自觉地运用法律武器维护自身的利益;(2)既然国际商法是一门比较法的专业课程,那么,有比较才有鉴别,有鉴别才有取舍,即学习与借鉴外国法律,是为了补充与完善中国的法律体系,使其尽快与国际法律、法规接轨,以利于改革开放与经济发展。

必须强调的是,本书的编写是在国内已有研究成果基础之上所进行的一次“装修”:架构不变,房屋依旧,而门窗砖地,则拆除翻新,重新粉刷,希望给人以面目一新的感觉。也就是说,本书是国内有关教材与出版物各具特色的地方的综合互补之产物,这些材料来源见之于每章后面的“主要参考书目”之中。本书的主要“装修工作”是注意具体内容的与时俱进:对有些传统章节进行适当调整;对一些重点与难点作进一步的补充阐释;对若干已经发展和变化之处进行增补更新;同时每章都增加了有关中国立法的最新内容。

由于水平和时间的限制,本书欠妥或错误之处在所难免,敬请专家和读者随时指正。

编著者

2002 年 3 月

目 录

第一章 国际商法导论	1
第一节 国际商法概论	1
第二节 西方两大法系	4
第三节 两大法系的比较	15
第四节 国际商法与相近法律的比较	18
第五节 国际商法的基本原则与概念	23
第六节 中国的法律制度	28
第二章 商事组织法	41
第一节 商事组织法概论	41
第二节 公司	42
第三节 股份有限公司	49
第四节 其他商事组织	67
第五节 中国的商事组织与商事组织法	74
第三章 合同法	87
第一节 合同法概论	87
第二节 合同的成立	91
第三节 合同的履行	118
第四节 合同的消灭	142
第五节 电子商务示范法	153
第六节 中国的合同法	158
第四章 国际货物买卖合同法	167
第一节 国际货物买卖合同法概论	167
第二节 国际贸易术语	173
第三节 国际货物买卖合同的成立	181
第四节 卖方与买方的义务	191
第五节 对违反买卖合同的救济办法	205
第六节 货物所有权与风险的转移	222
第五章 产品责任法	234
第一节 产品责任法概论	234
第二节 英美法系的产品责任法	238
第三节 大陆法系的产品责任法	251
第四节 关于产品责任的国际公约	254
第五节 产品责任法的新发展	257

第六节 中国的产品责任法	261
第六章 代理法	268
第一节 代理法概论	268
第二节 代理的分类	277
第三节 代理的内部关系	283
第四节 代理的外部关系	286
第五节 中国的代理法与外贸代理制	288
第七章 票据法	297
第一节 票据法概论	297
第二节 汇票	305
第三节 本票与支票	324
第四节 《联合国国际汇票和国际本票公约》	328
第五节 中国的票据法	331
第八章 知识产权保护法	339
第一节 知识产权保护法概论	339
第二节 商标法	342
第三节 专利法	352
第四节 著作权法	360
第五节 《与贸易有关的知识产权协定》	371
第六节 中国的知识产权保护法	376
第九章 国际商事仲裁法	392
第一节 仲裁法概论	392
第二节 国际常设仲裁机构与仲裁规则	395
第三节 仲裁协议	400
第四节 国际商事仲裁程序	404
第五节 外国仲裁裁决的承认与执行	409
第六节 中国的仲裁机构、仲裁规则与仲裁法	411

国际商法导论

国际商法 (international commercial law), 是指调整国际商事交易与商事组织的有关法律规范的总称。学习国际商法, 首先, 必须了解其渊源——有关国际公约与国际贸易惯例。其次, 必须了解西方两大法律体系——大陆法系与普通法系, 同时了解国际商法的基本原则以及民商法的一些基本概念。最后, 必须了解中国有关的涉外经济立法与规定。

本章重点内容是了解和掌握: (1) 国际商法的基本概念及其渊源; (2) 两大法系的特点; (3) 中国有关的民商立法。

重点问题

- 国际商法的概念
- 西方两大法系及其比较
- 国际商法的基本原则
- 中国的法律制度

第一节 国际商法概论

一、国际商法的概念

国际商法, 是指调整国际商事交易 (commercial transaction) 与商事组织 (business organization) 的有关法律规范 (legal norm) 的总称。

这一概念包含三层意思。一是国际商事交易, 是指国际货物的买卖或交易活动。由于第二次世界大战后国际经济贸易的不断发展, 国际商事交易呈现出多样化的趋势。因此, 国际商法就有了传统国际商法与现代国际商法之分。传统国际商法所涉及的范围比较狭窄, 只包括公司法、代理法、票据法、海商法与保险法等内容, 而现代国际商法所包含的内容则比传统国际商法的内容要广泛得多, 不仅涉及有形的货物交易, 而且涉及无形的技术、资金和服务方面的新型国际商事交易与贸易实践, 例如, 国际投资、工程承包、技术转让、知识产权与专有技术的许可证贸易等。二是国际商事组织, 是指个人企业、合伙企

业和公司这三种企业的组织形式。在国际商法中,从事国际交易的主体——商事组织,主要是指跨国经营的涉外企业,特别是跨国公司,因为跨国公司是当代货物贸易、国际投资、技术转让与服务贸易的主要载体。三是法律规范,是指法律明文规定的标准或范围。

从这三层意思来看,由于国际商事交易与商事组织的活动是跨越国界的,必然涉及各国的商法,因此,国际商法是指根据各种法律明文规定的标准或范围,对涉外企业的内部组织与外部交易活动进行调整,使之规范;或者国际商法是指对涉外企业的内部组织与外部交易进行调整并使之规范时,所涉及的各种法律明文规定的标准或范围。

综上所述,国际商法调整的主体是国际商事组织,调整的客体是国际商事活动。从这一意义上说,国际商法也可以说是调整国际商事主体和客体两方面关系的有关法律规范的总称。

二、国际商法的主要渊源

法律的渊源,是指具有约束力的法律规范的表现形式。国际商法有两个主要渊源:

(1) 国际公约;(2) 国际贸易惯例。

(一) 国际公约

自 19 世纪 90 年代以来,世界各国先后订立了一系列有关国际商事活动的公约、条约、协定或议定书,成为国际商法的主要渊源。国际公约(convention)是指国家间有关政治经济、文化教育、科学技术和社会环境等方面的多边条约。

必须注意的是,这些国际公约又分为两种:一种属于实体法规则的国际公约,例如,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》与《联合国国际汇票和国际本票公约》等。如果这些公约能够被各个国家和地区普遍批准与接受,就可以消除各缔约国之间在这些领域的法律冲突。另外一种属于冲突法规则的国际公约,例如,《产品责任适用法律公约》等。如果这些公约能够被各个国家和地区普遍批准和接受,各缔约国之间在这些领域内的法律冲突规则就可以得到统一。

有关国际公约见表 1—1。

表 1—1

按年代顺序排列的有关国际商法的国际公约一览表

1. 19 世纪 80—90 年代 (1) 1883 年《国际保护工业产权巴黎公约》 (2) 1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》 (3) 1891 年《商标国际注册马德里协定》 2. 20 世纪 20—30 年代 (1) 1923 年《日内瓦仲裁条款议定书》 (2) 1927 年《关于执行外国仲裁裁决的公约》 (3) 1930 年日内瓦《关于统一汇票和本票法公约》 (4) 1930 年日内瓦《关于解决汇票和本票若干法律冲突的公约》 (5) 1931 年日内瓦《关于统一支票法公约》 (6) 1931 年日内瓦《关于解决支票若干法律冲突的公约》 3. 20 世纪 50—60 年代 (1) 1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》) (2) 1961 年《保护表演者、录音制品制作者和广播组织公约》 (3) 1964 年《国际货物买卖统一法公约》 (4) 1964 年《国际货物买卖合同成立统一法公约》

续前表

4. 20 世纪 70—80 年代

- (1) 1973 年《产品责任法律适用公约》
- (2) 1974 年《联合国国际货物买卖时效期限公约》
- (3) 1977 年《关于人身伤害和死亡的产品责任公约》
- (4) 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》
- (5) 1985 年联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》
- (6) 1985 年《关于对有缺陷产品责任的指令》
- (7) 1987 年《联合国国际汇票和国际本票公约》

5. 20 世纪 90 年代以来

- (1) 1993 年《保护录音制品制作者防止未经授权复制其制品公约》
- (2) 1994 年《专利合作条约》
- (3) 1996 年《商标法条约》
- (4) 1996 年联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》
- (5) 2001 年《与贸易有关的知识产权协定》(《TRIPS 协定》)
- (6) 2002 年《世界知识产权组织表演和录音制品条约》
- (7) 2002 年《世界知识产权组织版权条约》
- (8) 2009 年《商标法新加坡条约》
- (9) 2013 年《视听表演北京条约》

(二) 国际贸易惯例

国际商法的另一个主要渊源是国际贸易惯例。国际贸易惯例(international trade practices)是指在长期的贸易实践中,逐渐形成并被许多国家认可和采用的贸易做法或习惯。国际商会在这方面发挥了重要作用,由其制定的 1990 年《国际贸易术语解释通则》与 1993 年《跟单信用证统一惯例》(修订本),在国际贸易中影响最大,已被广泛采用,对于便利和促进国际贸易起了重要作用。虽然国际贸易惯例不是正式的法律,不具有普遍的约束力,但是在国际贸易中则是不可或缺的。因为根据许多国家的法律规定,如果当事人在合同中采用某一贸易惯例,那么,该贸易惯例就对双方当事人具有约束力。有的国家的法律还规定,法院对有关国际贸易惯例具有管辖权,即有权根据有关国际贸易惯例对双方当事人的合同作出解释与判决。

以下是有关的国际贸易惯例:1932 年《华沙—牛津规则》、1941 年《美国对外贸易定义修正本》、国际商会 1990 年《国际贸易术语解释通则》、国际商会 1993 年《跟单信用证统一惯例》(修订本)。

(三) 国内法与各国判例

虽然国内法与各国判例不是国际商法的渊源,但在某些国际领域的重要性也不容忽视:它们对国际商法的渊源起着补遗的作用。

因为在诸如产品责任法、代理法和票据法等方面,迄今为止,仍然没有统一的国际公约对其进行规范,所以有关国家的国内法仍然发挥着重要作用。例如,美国在产品责任法方面的有关理论与规定,两大法系在代理法方面的有关理论与规定,英国和德国在票据法方面的有关法律规定等,均对其他国家颇具影响,起着示范和引领的作用。

此外,由有关国家以及国际商事仲裁机构所作的一些重要国际商事判例,对国际商事仲裁法的重要贡献也是显而易见的。这方面最典型的事例是关于仲裁条款独立性的有关条款和判例。许多常设国际组织、商事仲裁机构的有关规定与各国判例已确立了无可辩驳的



先例，有力地说明仲裁条款的独立性已成为一项国际社会普遍接受的法律原则。

第二节 西方两大法系

西方国家的法律制度可以分为两个主要的法系：（1）以德国与法国为代表的大陆法系；（2）以英国与美国为代表的普通法系。

一、大陆法系

（一）大陆法系的地区构成

大陆法系（continental law system）在13世纪形成于西欧，除法国和德国以外，许多西欧国家也都属于大陆法系。随着殖民主义的扩张，西欧宗主国把自己的法律体系带到了各自的殖民地，在那里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。现在，除西欧外，整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的某些国家都属于大陆法系。此外，在属于普通法系的国家中，某些国家的个别地区，例如，美国的路易斯安那州与加拿大的魁北克省，因为曾经是法国的殖民地，因此也属于大陆法系，英国的苏格兰也属于大陆法系。在亚洲，日本与土耳其等国家引入了大陆法；中国的澳门和台湾地区也属于大陆法系。

（二）大陆法的结构

大陆法系，又称为罗马法系或民法法系。大陆法的一个突出特点是强调成文法的作用。它在结构上强调系统化、条理化、法典化与逻辑性。大陆法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地归纳、总结在一起。这种结构分类的特点在法学与立法中均有不同程度的反映。

1. 大陆法各国都把全部法律分为公法与私法两个部分

这种分类法最早是由一位罗马法学家提出来的，即“公法是与罗马国家状况有关的法律，私法是与个人利益有关的法律”。当时，公法包括调整宗教祭司活动与国家机关活动的法规，私法则包括调整所有权、债权、家庭与继承等方面的法规。

大陆法继承了罗马法的这种结构分类方法，并且根据现代法律发展的状况，进一步把公法细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法与国际公法，私法则分为民法与商法等。这样，因为大陆法各国在这些法律领域中都使用相同的法律制度与法律概念，所以，在大陆法系国家之间，虽然语言有所不同，但是它们之间的法律词汇却可以准确地互相对译，只要掌握了一个大陆法系国家的法律，就很容易举一反三，了解其他大陆法系国家的法律。

2. 大陆法各国都主张编纂法典

法国资产阶级革命胜利后，曾先后颁布了五部法典：《民法典》、《民事诉讼法典》、《商法典》、《刑法典》和《刑事诉讼法典》。其他大陆法系国家也制定了类似的法典，但是各国在法典的编制体例上却不完全相同。有些大陆法系国家把民法与商法分别编成两部独立的法典。早期公布的大陆法典，例如，法国与德国的法典都采取了所谓民商分立的编制方法，即在民法典（civil code）之外，还订立了商法典（commercial code）。但是有些大陆法系国家的法典则采取所谓民商合一的编制方法，即把商法并入民法典中，作为民法典的一个组成部分。但是，这只是形式上与法律结构上的区别，实际上，民法与商法还是两

个不同的法律部门,即使是在所谓民商合一的国家,例如,瑞士、意大利与荷兰等国家,它们在大学法学院的教学,还是把民法和商法列为不同的学科课程进行教学。

(三) 大陆法的渊源

大陆法系国家是成文法(written law)国家,都强调成文法的作用,但是这并不是说,在大陆法系国家法律就是法的唯一渊源。如同英美普通法系国家虽然强调判例的作用,但是判例并不是英美法的唯一渊源一样,大陆法系国家除了法律以外,还有其他重要的法的渊源。大陆法与英美法的不同之处在于:大陆法在探索法时,以法律为出发点;英美法则首先考虑法院的有关判例。

从总体上看,大陆法受到罗马法的深刻影响,有的国家的法典就直接继承了罗马法的精神与传统。罗马法是古罗马奴隶制国家全部法律的总称。《国法大全》包括了罗马法的基本原则与制度,是研究罗马法的重要文献。此法律大全是东罗马帝国皇帝优士丁尼安(527—565年)即位的第二年开始进行编纂的,旨在以法律的形式把各种法律制度固定化与系统化,维护罗马帝国晚期摇摇欲坠的统治制度。533—534年,这位东罗马帝国的皇帝先后颁布了3部法律汇编:(1)《学说汇编》(*Digest*),是这部法律大全最重要的组成部分。它收集了罗马历史上40位著名法学家著作的片断,汇编为50卷。(2)《法学阶梯》(*Institute*),是一部法学教科书,共4卷。(3)《优士丁尼安法典》(*Code*),是罗马历代皇帝敕令的汇编,由于内容繁多,因此,只收集与编写那些在当时仍然具有现实意义的敕令,并且加以审订与删改,总共12卷。此外,还有一部《新律》(*Novels*),是一部新的法令汇编,是优士丁尼安皇帝在编写上述法典以后所颁布的敕令,是由私人编写而成的,其中包括优士丁尼安皇帝继承者的若干敕令。这四部法律汇编到公元12世纪时被总称为《国法大全》,被认为集罗马法之大成。罗马法基本上是完整的私法体系。罗马法学家一般把私法分为三类:自然法、市民法与万民法。罗马法学家把自然法称为自然与上帝的理性,普遍适用于永恒不变的正义,是各国成文法的准则和依据;市民法是国家颁布的有关公民个人权利的法令或习惯法;万民法是调整帝国范围内自由人的财产关系,特别是有关所有制与契约的各种规范。

罗马法源于罗马城邦,最后形成具有世界性质的法律。欧洲资产阶级革命后建立起来的新政权,从罗马法中汲取营养,制定了一系列民法典。例如,著名的1804年正式实施的《法国民法典》就是以《法学阶梯》为依据的,而1900年正式实施的《德国民法典》则更多地受到了《学说汇编》的影响。就是英美普通法系,也可以从中找到罗马法的影子,例如,英国的教会法、商法与衡平法均受到了罗马法的一定影响。

除了罗马法的重要影响之外,大陆法的渊源主要有如下四个。

1. 法律

法律是大陆法的主要渊源。这种观点在19世纪取得绝对优势,因为当时几乎所有大陆法系国家都编纂了各种法典,并公布了成文宪法,成文法已经相当完备。这里所谓的法律或成文法是指制定法,包括宪法、法典与条例等。

(1) 宪法(constitution)。就法律地位而言,宪法具有最高的权威性,但是,在大陆法系国家中,各国宪法的效力与地位也有差异。在有些大陆法系国家,宪法可以根据一般立法程序制定与修改,宪法的效力与普通法律没有差别。另一些国家则认为,宪法是根本法,宪法不同于普通法律,宪法的效力优于普通法律,因此,宪法必须经过特殊程序才能制定或修改,并且建立了一套监督违宪的制度,对其他法律是否符合宪法进行监督。但

是，负责监督的机构以及监督的方式各国也有所不同。在日本和某些拉丁美洲国家，像美国一样，任何法官都有权宣布某项法律违宪，从而拒绝予以执行。而欧洲的一些国家，例如，意大利与奥地利等国家，则设有专门的宪法法院，其他法律是否违宪必须经由宪法法院审查宣布。一般法院如果怀疑某项法律违宪，只能中止诉讼程序，申请宪法法院予以裁决，无权自行宣布某项法律违宪。

（2）法典（code）。法典在大陆法系国家具有非常重要的作用，是主要的渊源。大陆法系国家都制定了一系列法典。所谓法典，是把有关同一类内容的各种法规与原则加以收集，使之系统化，汇编为一个单一的文件。例如，法国的民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典与刑事诉讼法典。

（3）条例（regulation）。除了由立法机关制定的法律之外，在大陆法系国家还有许多由行政机关制定的成文法。这种成文法称为条例。这些条例有两种情况：一种情况是在某项法律的既定范围内为实现该项法律而制定，立法机关只确定原则与一般规则，而把细则留待行政机关作出具体决定；另一种情况是由宪法授予行政机关制定条例的权力，例如，法国宪法承认行政机关有制定条例的权力，而德国只承认行政机关可以在法律的既定范围内制定有关的条例。

2. 习惯

习惯（custom）是指社会共同生活长期形成的各种惯例，是对法律的重要补充。当然，不是所有的习惯均可以成为法律渊源。习惯要成为法律渊源必须符合下列条件：（1）悠久性；（2）持续性；（3）自发性；（4）合理性；（5）确定性；（6）强制性；（7）一致性。

一般而言，大陆法系国家都承认习惯是法律的渊源之一，但是，法国法学界与德国法学界对习惯则持不同的态度。法国学者认为，自从制定法典之后，法律就是法的主要渊源，习惯的作用甚微。法国、意大利与奥地利等国家都认为，只有在法律明文规定法官必须援用习惯的情况下习惯才能适用。与此相反，德国与瑞士则把法律与习惯相提并论。但是，这只是理论上的分歧，实际上差别并不大。

在大陆法系国家，习惯仍然具有一定的作用。某些法律必须借助于习惯才能被人们理解，立法者在其制定的法律中所使用的某些概念有时也必须参照习惯才能理解其含义。例如，一个人的行为在什么样的情况下才构成“错误”，什么样的标记才构成“签名”，以及什么是“合理期间”等，都必须借助于习惯才能加以确定。

3. 判例

大陆法系国家强调成文法的作用，原则上不承认判例（case）具有与法律同等的效力。一项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。这是大陆法与英美法的主要区别。这是因为：（1）法院只能在立法机关制定的法律框架范围内活动，判例只是对成文法的解释。《法国民法典》第5条明确规定，禁止法官发布一般性的条例并依此进行判决。其他大陆法系国家都有类似的规定。因此，在大陆法系国家，判例的适用范围是有限的，法官不能超越成文法的框架通过判例创立新的法律规则。（2）判例所形成的规则不具有与立法机关制定的法律相同的效力。法院不受判例的约束，法官在作出判决时，一般也不能援引判例作为理由，而且法院随时可以把过去的判例颠倒过来，法官在这样做的时候无须申明其理由。

但是也有一些例外的情况，有的国家规定法官应受某种判例的约束。例如，德国规定