

21世纪高等院校国际经济与贸易系列规划教材

国际商法

INTERNATIONAL BUSINESS LAW

郑洁熹◎主编



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

21世纪高等院校国际经济与贸易系列规划教材

国际商法

INTERNATIONAL BUSINESS LAW

主 编：郑洁熹

副主编：焦雨生

参编人员：周 颀 李 凡 余 铮



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

内 容 简 介

《国际商法》一书全面、系统、科学地阐述了国际商法的基本理论和基本制度,将外国民商法基本理论、判例法司法实践与国际商法相关国际公约、惯例相结合,反映了国际商法理论与实践的最新发展动向。本书采用10个章节的设置模式,主要内容为:概括阐述国际商法的概念、特征、渊源、产生及历史发展等;从法律角度阐述两大法系的合同法律制度;从国际贸易的角度阐述国际货物买卖法律制度;阐述国际商事主体及商事行为的基本原则和制度;介绍产品责任法、代理法、货物运输法、票据法、国际知识产权贸易法和国际商事仲裁的基本理论与制度。

本书立足于国内外及国际公约中关于国际商事活动重要的法律法规的修改与制定情况,并结合案例分析,对相关内容及背景进行介绍,大大增强了教材的实用性。本书主要面向普通高等院校国际经济与贸易专业和法学类专业的学生,也可供贸易和法律实务类的专业人士参阅。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/郑洁熹主编. —武汉:华中科技大学出版社, 2017.7

ISBN 978-7-5680-3126-4

I. ①国… II. ①郑… III. ①国际商法 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 172256 号

国际商法

Guoji Shangfa

郑洁熹 主编

策划编辑:牧 心

责任编辑:张汇娟

装帧设计:孙雅丽

责任校对:祝 菲

责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

电话:(027)81321913

武汉市东湖新技术开发区华工科技园

邮编:430223

录 排:华中科技大学惠友文印中心

印 刷:武汉市金港彩印有限公司

开 本:787mm×108mm 1/16

印 张:19 插页:1

字 数:438 千字

版 次:2017 年 7 月第 1 版第 1 次印刷

定 价:78.00 元



本书若有印装质量问题,请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线:400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

前 言

传统的社会体制向近代文明过渡,建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系已成为现代社会的共识。从历史上看,法律的文明、进步,取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明,法律是一门实践的科学。推动法律文明进步的动力,是现实的社会生活,是政治、经济和社会文化的变迁。同时,法律文明的发展进步,对建设和谐社会具有至关重要的作用。正因为如此,法学教育和法学知识的普及在现代国家的国民教育体系中,占有越来越重要的位置。

国际商法是国际法学科中的一个重要分支,具有很强的实用性。国际商法缘起于各国国内商法,并因协调国内商法差异而发起的国际商事统一法运动而形成,因此除国内商法基础理论外并无自己独立的理论体系。另外,由商人习惯法发展而来的国际商法,本就更加注重商人在国际性商事行为中应遵循的各种行为准则,该门课程更适合于指导国际经济贸易实践,而非理论研究。由于国际商法学科兼具国际性、技术性、商事性,国际商法融合了调整国际商事活动的国际条约、国际商事惯例和各国国内法中规制涉外商事活动的各种行为规范,使国际商法呈现出繁芜复杂的特征,也为研究国际商法的学子们增加了不少学习障碍。

为了引导学生全面、系统地掌握国际商法的基本理论和知识,及时消化、吸纳所学的知识,提高学习效率,强化学习效果,本书在每章的结尾,适当加入了复习思考题和案例分析等内容。本书写作上注重了知识性、趣味性、可读性和逻辑性的统一,在侧重揭示国际商法的基本原理和知识的基础上,立足现实。本书共 10 章,内容包括国际商法导论、合同法、国际货物买卖合同、国际货物运输法、产品责任法、国际商事组织法律制度、国际商事代理法、国际票据法律制度、国际知识产权贸易法律制度、国际商事仲裁。本教材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,具有鲜明的时代性。

本书可供国际经济与贸易、法学(国际经济法方向)、涉外文秘、国际商务管理、电子商务、国际物流等专业学生作为专业课的教材,也可以供从事国际商事活动的工作者研读学习国际商法知识之用。

本书由郑洁熹担任主编,负责总体策划、提出大纲、组织编写、统稿定稿,焦雨生、周颀、李凡、余铮参加了编写。各位作者及撰稿分工如下:郑洁熹(第一、二、五、六章,第三章 3~6 节);焦雨生(第七、九章);周颀(第八、十章);李凡(第四章);余铮(第三章 1~2 节)。

本教材在编写过程中,参考了法学界老前辈和同仁的著作和研究成果,主要参考文献附书后,在此对这些作者深表敬意。由于水平所限,书中可能存在疏漏之处,敬请读者批评指正。

华中科技大学出版社对本书的出版给予了大力的支持,在此致谢。

编 者

2017 年 3 月

目 录

第一章 国际商法导论	1
第一节 国际商法概述	1
第二节 大陆法系和英美法系概述	6
第三节 中国法律制度概述	23
第二章 合同法	28
第一节 合同法概述	28
第二节 合同的成立	31
第三节 合同的履行	60
第四节 合同的消灭	83
第三章 国际货物买卖合同法	90
第一节 国际货物买卖合同法概述	90
第二节 国际贸易术语	92
第三节 国际货物买卖合同	94
第四节 卖方与买方的主要义务	98
第五节 违约及其救济方法	103
第六节 货物风险的转移	107
第四章 国际货物运输法	111
第一节 国际货物运输概述	111
第二节 国际海上货物运输法	112
第五章 产品责任法	147
第一节 产品责任法概述	147
第二节 美国的产品责任法	149
第三节 关于产品责任的国际公约	159
第六章 国际商事组织法律制度	163

第一节 国际商事主体概述	163
第二节 独资企业法	165
第三节 合伙企业法	169
第四节 公司法	179
第五节 破产法	199
第七章 国际商事代理法	206
第一节 国际商事代理概述	206
第二节 被代理人、代理人及与第三人的关系	213
第三节 中国的外贸代理制度	217
第八章 国际票据法律制度	221
第一节 票据及票据法概述	221
第二节 汇票	232
第三节 本票与支票	243
第四节 联合国国际汇票和国际本票公约	246
第九章 国际知识产权贸易法律制度	248
第一节 知识产权国际保护概述	248
第二节 世界贸易组织有关知识产权保护的机制	252
第三节 TRIPS 协议的主要内容	259
第四节 TRIPS 协议对知识产权国际保护的影响	274
第十章 国际商事仲裁	282
第一节 国际商事仲裁概述	282
第二节 国际商事仲裁机构	284
第三节 国际商事仲裁协议	288
第四节 国际商事仲裁程序	291
第五节 国际商事仲裁裁决的承认及执行	292
第六节 国际商事仲裁的发展	293
参考文献	297

第一章 国际商法导论

本章内容提示

国际商法作为一门独立的法律学科,以国际商事组织和国际商事活动的各种关系为调整对象,具有鲜明的学科特点。本章重点介绍国际商法的基本法律问题和相关的法律制度,通过本章的学习,学生可以对本课程形成基本的认识。本章主要介绍了国际商法的概念和特征、历史沿革和法律渊源。国际商法在发展过程中受到大陆法系和英美法系的巨大影响,我们必须了解两大法系的形成和发展,并对两大法系的特点进行比较,分析两大法系在当代的发展趋势。最后,本章对我国法律制度的渊源,以及我国民商法律制度、经济法律制度和司法制度进行了概括性的介绍。

第一节 国际商法概述

一、国际商法的概念和特征

国际商法(international commercial law)是指调整国际商事交易和国际商事组织的各种关系的法律规范的总称。这一概念包含3层意思:①国际商事交易,是指国际货物的买卖或交易活动。②国际商事组织,是指个人、合伙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,特别是作为当代货物贸易、国际投资、技术转让与服务贸易的主要载体的跨国企业。③法律规范,是指法律明文规定的标准或范围。

为了进一步理解国际商法的含义,我们必须把握以下几个特征:

1. 国际商法源于传统商法,但其调整对象和范围比后者更广泛

传统的商法以货物买卖为中心,主要包括公司法、票据法、代理法、海商法、保险法和破产法等内容。随着科学技术的空前发展和国际经济贸易交流规模的扩大,商事交易不断增加,交易形式也日益翻新,特别是第二次世界大战以后,国际技术转让、国际许可贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际融资租赁、国际直接投资等新型交易涌现出来。关贸总协定乌拉圭回合谈判让我们认识到,要顺应潮流将国际贸易的内涵从国际货物贸易扩展为国际货物贸易、国际技术贸易和国际服务贸易三大贸易领域。

2. 国际商法中的“国际”不是指“国家与国家之间”,而是指“跨越国界”

因为从事国际商事交易的主要是私法主体,如公司、企业或个人,而不是公法主体。国

际商法涉及的是私法主体跨越国界进行的商事行为。

3. 国际商法的性质属于跨国私法

与国际经济法不同,国际商法不是国家干预经济的产物,它的调整对象只是商人们的跨国商事交易和商事组织,调整对象决定了其法律性质必然是私法性的。

4. 国际商法主要是实体法

与国际私法不同,国际商法直接规范国际商事交易和商事组织;而国际私法属于冲突规范,它只为具有涉外因素的私法案件确定准据法。

二、国际商法与相似法律的关系

国际商法与不少法律既有联系,又有区别。了解这些法律之间的关系,有助于进一步了解国际商法的含义。

(一) 商法与民法

商法与民法均是规范社会经济生活的法律。商法是对商事关系的特别规定;民法则是对平等主体之间的财产关系与人身等非财产关系的规定。两者的关系是:民商分立,互相独立;或者民商合一,民法为基本法,商法则被纳入民法典,作为民法的特别法。

商法与民法的区别是:①从法律关系看,商事关系完全是财产关系,均属于有偿关系;而民事法律关系既有财产关系,也有人身关系,在财产关系中既有有偿的,也有无偿的。②从法律制约程度看,商法对商事行为的要求具有相当的灵活性,形式也比较多样化,这完全取决于市场运行的客观要求。而民法对民事法律行为的要求则比较严格,方式也比较单一,特别是在物权法(财产权)领域,这一点更明确。③从归责原则看,商法的归责原则在很多情况下均承认无过错也应承担责任,从发展趋势看,无过错原则将不断增加。在民事责任中,民法则以过错责任原则为主,对无过错责任与过错推定等均有许多限制。④从规范形式看,商事习惯规范在商法的形成与发展中具有重要的作用;而民法虽然也有习惯法与成文法的区别,在历史上习惯法也曾起过相当大的作用,但是从现实情况看,成文法的地位已远远超过习惯法。⑤从国际性看,商法的国别差异越来越小。相比之下,民法则具有比较强的传统性、民族性与区域性。

(二) 商法与经济法

经济法是国家在协调管理经济运行过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。

商法与经济法的主要区别是:①从法律关系看,商法调整商事主体的关系。而经济法则着眼于国民经济的全局,调整国家经济管理机关与各种经济组织之间以及它们内部之间在经济活动中产生的关系。②从法律主体看,商法的主体主要是商事领域的法人与自然人。而经济法的主体范围则十分广泛。③从法律规范形式看,商法的渊源有一定的灵活性。而经济法基本上属于权力机关制定的成文法,并且有比较严格的形式与程序要求。④从规范选择看,商法在很大程度上表现为商行为法,多表现为任意性规范。而经济法则多表现为国家的组织与管理规范,国家干预的成分较多。⑤从法律后果看,商法对商事违法行为予以追

究,主要责令违法者承担相应的财产责任,而经济法既表现为对经济合法行为的确认与保护,对守法行为人的奖励,也表现为对经济违法行为的否定,对违法行为人的制裁。

(三) 国际商法与国际私法

国际商法主要属于私法,但也不同于传统的国际私法。此外,两者都有涉外因素:两者都冠以“国际”一词,“国际”一词的含义都不是指“国家与国家之间”的关系,而是指“跨越国界”。

国际商法与国际私法的主要区别在于:①渊源同中有异。国际商法的渊源主要有国际条约与国际贸易惯例。而国际私法的渊源除了国际渊源,即国际条约与国际贸易惯例外,还有国内渊源,即国内立法。②调整的法律关系(对象)不同。国际商法是调整商事交易与商事组织的各种关系的法律规范(范围)的总和。现代国际商法的调整对象与范围比传统的国际商法更加广泛。国际私法则是调整含有涉外因素的民事法律关系的规则的总称。③法律体系的分类不同。国际商法主要属于实体法。国际私法则属于冲突法,即主要为具有涉外因素的私法案件确定准据法——指出应当用哪一国的实体法来明确当事人的权利义务,而本身并不直接明确当事人的权利义务。

(四) 国际商法与国际经济法

国际商法与国际经济法均为调整国际商事或经济关系的法律规范的总称。两者既有联系,也有各自的特点。

国际商法与国际经济法的区别主要在于:①调整范围不同。国际商法调整范围比国际经济法狭窄,国际经济法调整不同国家的自然人、法人,以及其他经济实体之间、国家与国际组织之间,和它们相互之间的经济关系,包括不同国家的平等当事人的经济交往关系,主权国家对这种交往进行管理与管理的关系,以及国家或国际经济组织之间就它们之间的经济关系进行相互协调的关系。②渊源不同。国际商法的渊源主要包括国际条约与国际贸易惯例;而国际经济法的渊源,广义上除包括国际条约与国际贸易惯例外,还包括重要国际组织的决议。③基本原则不同。国际商法的基本原则是诚实信用原则以及公平与公正原则;国际经济法的基本原则则是尊重国家主权原则、平等互利原则与全球合作与发展原则。④内容不同。国际经济法包括更加广泛的内容,有国际贸易法(几乎包括了国际商法的大部分内容)、国际投资法、国际货币金融法、国际税法与国际经济贸易争议解决法等。

(五) 国际商法与国际贸易法

国际贸易法是调整各国之间的贸易关系以及与贸易有关的其他各种关系的法律规范的总和。贸易在汉语中可以解释为商业活动,从上述定义来看,它的定义与前面国际商法的定义基本是一致的。国际商法与国际贸易法的渊源相同,都源于国际条约与国际贸易惯例、各国的国内法。两者你中有我,我中有你,具有互补性。

国际商法与国际贸易法的区别主要在于:①所属范畴不同;②包含内容不同。国际商法基本属于私法的范畴,而国际贸易法既包含私法的内容,也包含公法的内容。尽管两者在不少内容上大同小异,均包含国际货物买卖合同法、国际货物运输法、保险法及国际仲裁法等,

但是也有不同之处,国际贸易法中的“对外贸易管制措施”,包括对外贸易管制、贸易条约与协定,以及关税与贸易总协定等,这些都属于公法的内容,是国际商法所没有的。

三、国际商法的起源和发展

国际商法的发展轨迹为“国际法—国内法—国际法”。国际商法与商法虽然存在着区别,但两者在历史上有着紧密的联系。商法是随着商品经济的产生和发展而产生和发展的。从历史上看,早在公元10世纪以前,在人类历史上存在的商业惯例和商业习惯法中就包含着商法的内容。古代的商法主要围绕集市的需要形成了一些集市交易惯例和集市管理法律制度。如古巴比伦的《汉谟拉比法典》就有许多关于控制商业运输的规定,如商队需承担5倍于承运货损价值的责任。公元前15世纪左右出现的《赫梯法典》有关于商品价格管理的规定。公元前3世纪的《摩奴法典》有关于对不正当竞争限制的规定。古希腊时期的《罗马法》,被人们认为是古代商法的最初形式。国际商法是在古罗马私法的基础上建立起来的。古罗马法中就出现了调整商品经济关系的法律,这些法律构成了古罗马私法的主要组成部分,成为后来整个西方世界私法制度的基石。

国际商法的起源与发展大致可分为如下阶段:

第一阶段:中世纪的商人习惯法时期。欧洲进入中世纪以后,支配商事活动的并不是各国的成文立法,而主要是商人习惯法。11世纪,东西方的贸易发展促进了地中海沿岸一些新兴城市的商业繁荣,随即扩大到大西洋沿岸等地,而中世纪的欧洲大陆处于封建法和寺院法的支配之下,这与繁荣的商业发展形成了鲜明的对比:一些正常的商业行为被认为是违法的,许多商业活动得不到法律保护,缺少必要的法律规则。商人团体迫切需要新的规范来保护他们的利益。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自己利益的商人行会组织——商人基尔特。商人自治组织制定和编撰习惯规则,组织商事法庭,这些习惯规则被因袭沿用,形成了系统的商人习惯法。它鲜明地体现出了商事活动的营利性、迅捷性的特点,强调按公平、合理的原则来处理案件,且只适用于商人团体内部。因此,这一时期的商人习惯法具有国际性的特征,商事团体的内部规则普遍适用于来自各国从事商事活动的商人。

这种商人习惯法与当时封建王朝的地方性法律有很大不同,具有以下几个特点:①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其解释和运用不是由一般法院的专职法官来掌握和执行,而是由商人自己组织的“法院”来掌握和执行,其性质类似于现代的国际仲裁或调解;③其程序较简易、迅速,不拘泥于形式;④强调按公平合理的原则来处理案件。

第二阶段:国内法时期。16世纪后,欧洲一些国家封建割据势力日益衰弱,逐渐形成统一的民族国家,与此相适应,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对商事的立法,行使立法权,反映商品经济关系的“商人习惯法”逐渐得到确认,欧洲各国纷纷采用各种方式将“商人习惯法”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或跨国性。例如,法

国在路易十四时期颁布了《商事条例》(1673年)和《海商条例》(1681年),为大陆法系国家的商法典颁布奠定了基础。

资本主义制度建立以后,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,德国也在1897年颁布了《德国商法典》,这两部法典成为近现代资本主义国家商法的典范。大陆法系国家在商法体例上采取两种模式:法国、德国、日本等国家采取民商分立模式,把商法和民法分开,独立编制法典;另外一些国家如瑞士、荷兰、意大利等则采取民商合一模式,把商法的内容包含在民法典中,使之成为民法的一部分,如1881年瑞士债务法典、1934年荷兰民法典、1942年意大利民法典等。英美法系的创始国——英国,历史上没有民法与商法之分,只有普通法与衡平法之分。

18世纪中叶,大法官曼斯菲尔德着手进行吸纳商人习惯法为普通法的改造工作。英美法系国家不存在独立的商法,主要通过曼斯菲尔德等法官的审判实践将商人习惯法融入普通法中。随着法、德等欧洲中央集权国家的逐步强大,各国为了保护本国的经济、政治利益,纷纷制定成文法,将中世纪的商人习惯法内容纳入本国的国内法,由此,中世纪商法的国际性或跨国性便消失了,代之以各国的国内商法。

第三阶段:现代国际商法时期。第二次世界大战之后,特别是20世纪60年代以后,国际商法进入了迅速发展阶段。随着各国之间经贸关系日益密切,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商法,为各国的经贸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。许多政府间国际组织或者国际民间组织致力于研究和制定统一的国际商事法律规则,产生了许多成果。新型的独立的国际商法得以重新出现。

事实上,早期的商人习惯法与现代的国际商法都具有国际性的特征,但这两种国际性是有明显区别的:

(1) 两者产生的社会背景不同。

早期的商人习惯法产生于欧洲的封建割据时期,与当时的封建政治相脱离,是顺应商业自身发展的,属于行业自治法;而现代国际商法是在各国商法较为完善的基础上产生的,它涉及各独立国家的商事法律规范。

(2) 国家对待两种国际性的态度不同。

虽然早期的商人习惯法具有国际性,但由于它游离于国家之外,国家对这种商人习惯法持限制的态度,且倾向于将其限制为国内法;而现代商法产生于独立国家内部,是国家对外发展所必需的,国家对国际商法的制定持肯定的态度,这就要求国家之间加强合作。

四、国际商法的主要渊源

“法的渊源”一词源自拉丁文。古代罗马把法比作水,从而出现“法的渊源”概念。现代国际商法有两个方面的渊源:一是国际法方面的渊源;二是国内法方面的渊源。

(一) 国际法方面的渊源

国际法方面渊源包括国际条约和国际贸易惯例。为了使各国关于国际商事活动的做法

尽量协调一致,减少分歧,统一调整国际商事活动的法律规范一直是世界各国、组织、团体追求的目标。各国缔结的有关国际经济贸易的国际条约或者公约是国际商法的重要渊源。这些国际条约或公约又分为实体法规范和冲突法规范。前者如 1967 年《建立世界知识产权组织公约》、1978 年《联合国海上货物运输公约》、1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》、1988 年《联合国国际汇票和国际本票公约》等,后者如 1985 年《国际货物销售合同法律适用公约》、1980 年《(欧共体)关于合同债务的适用法律公约》等,它们通过确定冲突规则,间接规范国际商事行为。这些国际立法一旦被缔约国接受或批准,就被纳入该国国内法。如果与国内相关法律发生冲突,除声明保留的条款外,国际立法将优先适用。

国际贸易惯例是国际商法的另一个重要渊源。国际贸易惯例是指在国际贸易的长期实践中形成的约定俗成的行为准则。在国际交往中,在某一地区或某一行业逐渐形成的,为该地区或行业所普遍认知适用的商业做法或贸易习惯。最初,国际商事惯例以不成文的形式出现。现在,许多重要的国际商事惯例已经由一些国际组织编纂成文,为人们提供了极大的便利。如在 2007 年国际商会修订的《跟单信用证统一惯例》,被人们广泛采用,在国际贸易往来中发挥着巨大的作用。国际商事惯例不同于国际条约或公约,它们本身不是法律,不具有法律的普遍约束力。但是,当国际商事交易的当事人约定采用某种惯例调整和规范他们之间的权利和义务时,该惯例对当事人就具有法律约束力。

(二) 国内法方面的渊源

虽然各国大都规定国际法优于国内法,但它毕竟不能凌驾于国内法之上,所以,在某些情况下,国际商事纠纷还必须借助有关国家的国内法来处理。因此各国有关商事交易的国内法是国际商法的国际法方面渊源的重要补充。

例如,美国有关产品责任法方面的理论与规定,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,起着示范和引领作用。此外,有关国家以及国际商事仲裁机构所作出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。

第二节 大陆法系和英美法系概述

国际商法发端于欧洲,其内容深受两大法系的影响。研究国际商法,有必要先了解两大法系。法系这一术语是西方法学较早使用的一个概念,英文有两种表达方法:genealogy of law 和 family of law。它是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,是指以具有一定特点的某一国家的法律制度为核心,并与受其深刻影响的其他国家法律制度共同构成的法律系统。法系是比较法学的核心概念,是根据法的历史传统和外部特征的不同对法所做的分类。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。

一、大陆法系

(一) 大陆法系的概念及地区构成

大陆法系(continental law system)又称为罗马法系、民法法系、成文法系、罗马-德意志法系,是指以罗马法为基础,以法国民法典和德国民法典为典型代表,包括许多模仿它们而制定的其他国家的法律的总称。大陆法系形成于13世纪,是欧洲国家中历史悠久、分布广泛、影响深远的法系,欧洲大陆许多国家的法律属于该法系,如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、西班牙等。此外,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,大陆法系也随之向世界各地扩展。整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的某些国家的法律都属于大陆法系,如非洲的埃塞俄比亚、南非、津巴布韦等,亚洲的日本、泰国、土耳其等。此外,在法律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,曾经是法国的殖民地,因此它们的法律也属于大陆法系,英国苏格兰的法律也属于大陆法系。

(二) 大陆法系的形成与发展

大陆法系直接源于罗马法。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至东罗马帝国灭亡的整个历史时期的法律。在罗马的全盛时期,罗马统治者以武力扩大其版图,强行推广罗马法,被征服地区的居民也因罗马法的发达和完备而自愿采用罗马法,罗马法成为“商品生产者社会的第一个世界性法律”。今天人们考察的罗马法主要是公元前5世纪罗马最早的成文法——《十二铜表法》和公元6世纪东罗马帝国皇帝查士丁尼编纂的《国法大全》。

东罗马帝国皇帝查士丁尼(527—565年)在即位的第二年下令进行法典的编纂工作,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。他先后颁布了三部法律汇编:第一部是《学说汇编》(*Digest*),收集了40名罗马历史上著名法学家的著作片段,汇编为50卷,是这部法律大全最重要的组成部分;第二部是《法学阶梯》(*Institute*),主要根据著名法学家盖优斯的著作编成法学教本,共4卷;第三部是《查士丁尼法典》(*Code*),是罗马历代皇帝敕令的汇编,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。在他死后,后人又编写了一部新法令汇编——《新律》(*Novels*),将他及其后继者的若干敕令汇编成册。以上四部著作被称为《查士丁尼国法大全》,或《罗马法大全》,该书集罗马法之大成,既包括公法也包括私法,但主要内容是私法,对欧洲乃至整个西方世界法律产生了无与伦比的影响。

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。自然法被罗马法学家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。

大陆法系的形成经历了漫长的发展历史。西欧社会进入中世纪后重新回到农耕状态,自给自足的自然经济占据统治地位,商品经济遭到压制。罗马法失去了存在的社会基础。

公元 10 世纪以后,随着地中海沿岸商业和贸易的迅速发展,意大利的威尼斯等港口城市逐渐形成。公元 1096 年第一次十字军东征标志着重新开放地中海作为西欧贸易的重要航线,这一事件促成了地中海和西欧北部沿海地区商业和贸易的发展。11、12 世纪西欧经济的发展变迁迫切需要有统一的法律取代占据统治地位的日耳曼人的分散的法律,由此可见,此时的经济发展为罗马法的复兴提供了客观条件。在客观环境下产生的罗马法复兴的需求又使此时的欧洲大学兴起了研究罗马法的热潮,为罗马法复兴提供理论基础。

11 世纪末,伊利修斯在意大利波伦亚大学讲授罗马法大全,推动了罗马法在西欧的广泛传播。意大利和法国等国有不少大学先后开设罗马法课程,学者们在查士丁尼皇帝的编纂工作的基础上,开展了适合当时社会条件的法学研究。罗马法由于其原有的优势和与社会实际需要相结合,逐渐成为西欧国家具有权威的法律规范。经过改造和发展的罗马法逐渐为欧洲大陆各国所采纳、吸收,从而具有了共同的特征和法律传统,奠定了大陆法系的基础。

随着资产阶级革命的胜利,资本主义生产方式确立后,西欧许多国家的资本主义制度得以全面确立和巩固,它们迫切需要有适应其经济发展要求的法律制度,适合商品经济需要的罗马法可以满足这一要求。在古典自然法学和理性主义思潮的指导下,以及在罗马法的直接影响下,法国开创了具有完整法律体系的成文法模式。1804 年,拿破仑按照资产阶级的“自由、平等、博爱”精神以及私有财产不可侵犯和自由竞争的原则,亲自主持制定并颁布《法国民法典》。拿破仑曾得意地说:“我的光荣不在于我打了 40 个胜仗,不能被遗忘的,将万古长存的是我的《民法典》。”这部法典以《法学阶梯》为依据,除序言外,采用罗马法的结构形式,分为“人、物、取得财产的各种方法”三编。法典的内容也大量吸收罗马法成分,尤其是物权和债权部分。欧洲大陆各国以此法典作为建立自己法律制度的楷模,这标志着近代意义上大陆法系模式的全面确立。

将近一百年后,即 1896 年,德国又以罗马法为蓝本编纂了民法典。这部 1900 年施行的民法典借鉴《学说汇编》的内容,也有较好的示范作用。法国民法典和德国民法典的颁布实施,为其他一些欧洲国家树立了榜样。其他国家相继以这两部民法典为范本进行本国的立法体系确立工作。在欧洲以外,一些与欧洲大陆国家有千丝万缕联系的国家也建立了类似的法律体系。

综上所述,大陆法系是在罗马法的直接影响下形成的一个法系。以法国法和德国法为代表的大陆法系适应了整个资本主义社会的发展需要,并且其严格的成文法形式使其易于传播,所以在 20 世纪以后,大陆法系逐步走向世界。

(三) 大陆法系的结构

大陆法系的一个突出特点是强调成文法的作用。它在结构上强调成文化、法典化与逻辑性。成文化是指大陆法系的立法的大部分领域都是以成文的形式出现的,并注重法律系统化、条理化且高度概括、抽象的三段论式的模式。法典化是指大陆法系的各国都主张编纂法典,编纂法典是指国家立法机关将各个相关的法律部门的法律规则,经过整理、归纳并按照一定的逻辑关系和模式使之条理化并形成文字再编纂成典,它属于一种创制法律的活动。

重视法律的逻辑性是指大陆法系在立法和法律的实施活动中,都注重采用逻辑演绎的方法来进行。大陆法系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. 大陆法系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罗马法学家乌尔比安提出来的,按照他的说法,“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”。查士丁尼在《国法大全》中也指出:“法律学习分为两部分,即公法与私法,公法涉及罗马帝国的政体,私法涉及个人利益。”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。

大陆法系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状况,进一步细分,将公法细分为宪法、行政法、教会法、军事法、社会保障法、刑法等,将私法分为民法、商法等。正因为大陆法系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可以准确地互相翻译,只要掌握了一个大陆法系国家的法律,就很容易了解其他大陆法系国家的法律。

2. 大陆法系各国都主张编纂法典

法国在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,都采取了民商分立的编制方法,即在民法典之外,还订立了商法典。但是有些大陆法系国家的法典则采取民商合一的编制方法,即把商法并入民法典中,使之成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,民法与商法还是属于两种不同的法律,即使在民商合一的国家,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。

(四) 大陆法系的渊源

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。

从总体上看,罗马法对大陆法系的影响是直接而深远的。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《法国民法典》就是以《法学阶梯》为依据的,而《德国民法典》则更多地受到了《学说汇编》的影响。英美普通法系也有罗马法的影子,例如,英国的教会法、商法与衡平法均受到了罗马法的影响。除了罗马法之外,大陆法系的渊源主要有如下4个。

1. 法律

法律是大陆法系的主要渊源。这种观点在19世纪占有绝对优势,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)。

一般来说,在一国的法律体系中,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,各国负责监督的机构以及监督的方式也有所不同。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。一般法院如果对某项法律是否违宪有所怀疑,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。法典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。

(3) 条例(regulation)。

除了由立法机关制定的法律之外,大陆法系国家还有许多由行政机关制定的成文法,这种成文法被称为条例。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的,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以制定条例的权力,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(custom)

习惯是指在社会共同生活中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。

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,习惯只有在法律明文规定法官必须援用习惯的情况下才能使用。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,实际上差别是不大的。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被理解。

3. 判例(case)

大陆法系国家强调成文法的作用,原则上不承认判例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。这是大陆法系与英美法系的主要区别。大陆法系国家法律都明文规定禁止法官发布一般性解释,法官不能越过成

文法框架创立新的法律规则。

但也有例外,有的国家规定法官应受某种判例的约束。例如,德国规定联邦宪法法院的判决在《联邦法律公报》上发表后即具有约束力,并且承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则,法院应予以实施。又如,阿根廷与哥伦比亚最高法院关于宪法的判决,以及瑞士联邦法院关于宣布某一州的法律违宪的判决都具有约束力。西班牙把最高法院多次判决形成的判例称为“法理”,日后如果遇到违反该项“法理”的判决,则可以向最高法院提起上诉。一位法国行政法学家用生动的语言说:“如果我们设想立法者大笔一挥,取消全部民法条文,法国将无民法存在;如果他们取消全部刑法条文,法国将无刑法存在;但如果他们取消全部行政法条文,法国的行政法仍然存在,因为行政法的重要原则不在成文法中,而存在于判例之中。”这说明进入 20 世纪后,判例在大陆法系中具有较强的说服力,其作用日益增强。

4. 学理

一般而言,学理不是法的渊源,但是,在大陆法系发展的过程中,学理起着重要的作用。这主要表现为对立法与司法具有较大的影响:①学理为立法者提供法学理论、法律词汇与法律概念,通过立法者的活动,被制定为法律;②对法律进行解释,并对判例进行分析与评论;③通过法学家的著作,培训法律人员,影响法律实施的过程。

(五) 大陆法系各国的法院组织

大陆法系各国的法院组织各有特点,但是也有一些共同之处。主要表现在:法院的层次基本相同;各国除普通法院以外,还有一些专门法院。

各国法院分为三级,即第一审法院、上诉法院与最高法院。有的国家根据诉讼的性质与金额的大小设立各种不同的第一审法院。有的国家,除普通法院外,还设有商事法院、亲属法院与劳动法院,专门受理有关商务关系、家庭关系与劳资关系的案件。商事法院限于第一审法院,所以,并不成为与普通法院并行的体系。有些国家,例如,意大利、荷兰、葡萄牙与巴西等,已取消了商事法院,把这类案件移交普通法院受理。上诉法院主要受理对第一审法院判决不服的上诉案件,但是对可以提出上诉的条件,各国有不同的规定。最高法院在有的国家是上诉审法院或再上诉审法院;而有的国家则规定,最高法院只能维持或撤销原判决,不能进行实体审理。

此外,有些国家,例如,德国、法国、奥地利、比利时、意大利、芬兰、卢森堡与瑞典等,还设有行政法院并构成独立的审级层次;有些国家,例如,西班牙、瑞士以及大多数非洲国家设有行政法院,但是其隶属于最高法院行政诉讼庭,没有形成独立的审级层次;另外一些国家,例如,日本、丹麦、挪威、阿根廷、巴西、智利与秘鲁等,则不设行政法院。有些国家除设有行政法院系统外,还有其他一些独立的司法机关,例如,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,其法院组织体系更复杂,往往在州法院之上还设有联邦法院。