

十二五应用型本科系列规划教材

国际商法

GUOJI SHANGFA (第二版)

主编 ● 施新华



西南财经大学出版社
Southwestern University of Finance & Economics Press

GUOJI SHANGFA

国际商法 (第二版)

主编 ○ 施新华



西南财经大学出版社
Southwestern University of Finance & Economics Press

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/ 施新华主编. —2 版. —成都: 西南财经大学出版社,
2015. 2

ISBN 978 - 7 - 5504 - 1814 - 1

I. ①国… II. ①施… III. ①国际商法—高等职业教育—教材
IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 028501 号

国际商法

主 编: 施新华

责任编辑: 李特军

封面设计: 何东琳设计工作室

责任印制: 封俊川

出版发行	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址	http://www.bookcj.com
电子邮件	bookcj@foxmail.com
邮政编码	610074
电 话	028 - 87353785 87352368
照 排	四川胜翔数码印务设计有限公司
印 刷	郫县犀浦印刷厂
成品尺寸	185mm × 260mm
印 张	20.75
字 数	470 千字
版 次	2015 年 2 月第 1 版
印 次	2015 年 2 月第 1 次印刷
印 数	1—2000 册
书 号	ISBN 978 - 7 - 5504 - 1814 - 1
定 价	39.80 元

1. 版权所有, 翻印必究。
2. 如有印刷、装订等差错, 可向本社营销部调换。
3. 本书封底无本社数码防伪标志, 不得销售。

前言

国际商法作为现代法律的一个分支,正如施米托夫所言“是我们时代最重要的法律方面的发展之一”。国际商法作为一门正在兴起的法律学科,是国际法学的一个重要组成部分;国际商法作为高等院校的一门课程,是法学专业、国际经济与贸易专业、经济专业、管理专业、国际商务专业、商务英语专业等的必修课程,是法学教育中的一门实用性很强的重要学科,尤其是随着中国加入世界贸易组织,国际商法在实务中发挥的作用越来越大。为了满足我国高等院校相关专业国际商法课程教学以及对外贸易实际工作的需要,特别是考虑到世界贸易组织法律制度对国际商务的重要影响,我们编写了这本《国际商法》教材。

国际商法主要解决国际商事活动中复杂的相关法律关系问题,为从事国际商事活动的人们所普遍关注和肯定。随着经济全球化进程加快,国际分工和国际商事活动的深化,国际商事活动中的各种法律关系也越来越复杂,越来越需要国际商事规则的协调与规范。踏踏实实地研究国际商事规则,解决日益丰富的国际商事活动中大量复杂的法律问题是当前国际商事活动的迫切要求。

本教材具有以下几方面的特点:

1. 在内容的编排上

过去人们普遍注意国际商法的应用性特色,而忽视了国际商法所具有的理论性和素质培养功能。本教材在保持传统教材应用性和操作性的基础上,力求吸纳和反映当代国际经济与贸易领域的最新发展实践和理论成果,凸显教材的基础性、理论性和前沿性。

2. 在材料的取舍上

本教材在国内前人研究成果的基础上,反映了编著者们多年从事国际商法教学研究的心得,在借鉴国内外众多的国际商法教材与论著的基础上,力求做到全面、系统、准确地介绍和阐述国际商法的基本理论、基本知识和主要制度。

3. 在写作方法上

本教材采用比较的方法,介绍大陆法系、英美法系、国际公约以及中国有关的国际商事法律的基本制度,为便于读者掌握更多的知识,对一个问题进行全方位的思考,本教材加强了对大陆法系和英美法系相关内容的比较。

本教材共分十章。由施新华负责总体策划、提出大纲、组织编写、统稿、定稿。
具体分工如下：

施新华：第一、二、三、九章。

张锐：第四、五、六章。

郭耿阳：第七、八、十章。

由于编者水平有限、时间仓促，不足之处在所难免，真诚欢迎各位专家和读者不吝赐教。

施新华

2015年1月于广州

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 国际商法的渊源	(5)
第三节 两大法系的比较	(7)
第四节 中国现代法律制度概述	(13)
第二章 商事组织法	(16)
第一节 商事组织法概述	(16)
第二节 独资企业法	(17)
第三节 合伙企业法	(19)
第四节 公司与公司法概述	(27)
第五节 有限责任公司	(31)
第六节 股份有限公司	(37)
第三章 商事代理法	(53)
第一节 商事代理法概述	(53)
第二节 商事代理的法律关系	(62)
第三节 承担特别责任的代理人	(67)
第四节 中国的外贸代理制度	(70)
第四章 合同法	(74)
第一节 合同法概述	(74)
第二节 合同的订立	(76)
第三节 合同的效力	(88)
第四节 合同的内容和解释	(95)
第五节 合同的履行	(100)
第六节 合同的消灭	(116)

第五章 国际货物买卖法	(126)
第一节 国际货物买卖法概述	(126)
第二节 国际贸易术语解释通则	(133)
第三节 联合国国际货物销售合同公约	(139)
第六章 知识产权法	(155)
第一节 知识产权法概述	(155)
第二节 著作权法	(161)
第三节 专利法	(171)
第四节 商标权法	(184)
第五节 与贸易有关的知识产权协议	(194)
第七章 产品责任法	(202)
第一节 产品责任法概述	(202)
第二节 美国产品责任法	(206)
第三节 欧盟产品责任法	(220)
第四节 产品责任的国际立法	(226)
第八章 国际货物运输与保险法	(230)
第一节 国际海上货物运输法	(230)
第二节 国际航空运输法	(248)
第三节 国际铁路货物运输法	(251)
第四节 国际货物多式联运相关法律制度	(253)
第五节 国际货物运输保险法	(256)
第六节 国际航空运输保险法	(267)
第七节 国际陆上货物运输保险法	(268)
第九章 票据法	(271)
第一节 票据与票据法概述	(271)

第二节 票据的基本法律原理 (277)

第三节 汇票 (286)

第四节 本票和支票 (293)

第十章 国际商事仲裁法 (297)

第一节 国际商事仲裁法概述 (297)

第二节 国际商事仲裁协议 (307)

第三节 国际商事仲裁程序 (313)

第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行 (320)

第一章 国际商法导论

本章要点:

- 掌握国际商法的概念。
- 把握国际商法的调整对象。
- 掌握国际商法的渊源。
- 比较两大法系的结构、渊源和特点。
- 了解中国现代的法律制度。

第一节 国际商法概述

一、国际商法的概念与特征

国际商法是正在发展中的概念,要想准确界定国际商法,的确非常困难。但我们可以作一个尽可能完整和准确的勾勒。一般来说,这并不会影响我们对国际商法的认识,相反还可以给我们一种进一步探索的动力,这是符合事物本身的认识规律的。

国际商法(International Commercial Law)是指调整国际商事交易和商事组织关系的法律规范的总称。国际商法有三个特征:第一,国际商法调整的是国际商事交易,通常是指国际货物的买卖或交易活动;第二,商事组织是指个人、合伙和公司这三种企业的组织形式;第三,国际商法是法律规范,指法律明文规定的标准或范围。

国际商法具有国际性。这里的“国际”不再只是“国家与国家之间”(International)的概念,而是跨越国界(Transaction)的意思。这里的“国际”是一个非常广泛的概念,只要在有关商事关系的主体、客体或内容中涉及不同国家,即可能被认为具有国际性。具体在一个法律关系中,涉外因素一般有以下三种情形:

首先,国际商事法律关系的主体(以下简称商主体)具有涉外因素,即具有国际性。商主体是在商事法律关系中享有权利、承担义务的当事人或参加者。国际商事关系的当事人的国籍不同,或当事人的营业地位于不同国家。前者一般称为国籍标准,后者称为营业地标准;中国、法国、意大利、日本以及许多大陆法系国家一般采取国籍标准,而英国、美国、德国以及其他英美法系国家一般采取住所地、营业地标准。

其次,国际商事法律关系的客体具有涉外因素。国际商事法律关系的客体是指在

商事法律关系中, 商主体的权利和义务所指向的对象。此处的客体, 既包括物、行为, 也包括智力劳动成果等无形的财产权。

最后, 商事法律事实具有涉外因素。商事法律事实是指由商事法律规范所规定, 能够引起商事法律关系产生、变更和消灭的客观现象。若产生、变更或消灭商事法律关系的法律事实发生在国外, 我们也称此商事法律关系具有涉外性。如合同的签订地、合同的履行地发生在外国的, 此法律关系也属于涉外的商事法律关系。

国际商法具有商事性。商事性体现在国际商法法律关系的主体是商主体。商主体是指依照所在国的法律具有商法上的权利能力和行为能力, 参与商事法律关系, 能够以自己的名义从事商事行为, 享有权利并承担义务的组织或个人。商主体主要包括商自然人、商法人和商合伙。商主体不同于民事主体。商主体与民事主体的主要区别有: 第一, 商主体是以从事盈利性的商事活动或商事行为为职业; 而民事主体偶尔也从事盈利性活动, 但不是以此为职业。第二, 为了保证交易安全, 商主体一般需要进行商业登记取得营业资格; 而民事主体一般不需要登记, 一般也无经营的固定场所。因此, 营利性和营业性将商主体与民事主体区分开来。

国际商法的调整对象是国际商事交易和商事组织关系, 其主要是各国商人、企业及其他组织从事商事活动的法律关系。其本质上属于国际商事交易法, 属于私法范畴, 具有任意法的性质。

传统的商法范围主要包括公司法、票据法、海商法、保险法等, 然而, 随着国际经济贸易的发展和商事交易的多样化、复杂化, 在国际贸易方面出现了许多新的领域, 如国际技术转让、知识产权转让、国际投资、国际融资、国际工程承包、国际服务贸易, 等等。这些交易已远远超过了传统的商法范畴。很显然, 现代国际商法的调整对象和范围比传统的商法广泛得多, 内容越来越丰富。

二、国际商法的发展历史

国际商法是随着国际商事法律关系的出现而产生并发展的, 是为了适应国家间商事交往的需要而产生的。国际商法从产生之日起, 就是一个独立的法律部门。近代以来, 国际商事法律规范的表现形式出现了多样化、复杂化的发展趋势。

从历史上看, 国际商法的发展经历了以下三个阶段:

(一) 第一阶段: 萌芽与形成阶段

商法起源于中世纪的地中海沿岸的自治城市。在中世纪以前, 古罗马的万民法中已经有了调整罗马公民与非罗马公民之间商事交易的习惯法规则。由于商事交易不够发达, 商事习惯法规则仅涉及商事活动的一些具体规范, 散见于罗马法的若干文献中。11 世纪晚期, 欧洲农业的发展为商品贸易和城市建立奠定了物质基础。十字军东征打通了亚洲茶叶、香料、丝绸贸易的商路, 与亚洲国家间的贸易在很大程度上推动了地中海海上贸易和商业的发展。在通往东方的地中海沿岸发达的商业城市(如威尼斯、热那亚、佛罗伦萨等)中, 经济上具有优势地位的商人为了摆脱封建领主的司法管辖权和宗教势力的束缚, 自发组成了商人基尔特(Merchant Guild), 即商人自治行业组

织。商人基尔特拥有广泛的自治权和司法裁判权，有权订立自治的商事规约，由商人担任法官的商事法院有权审理和裁判解决商事争议。在逐步积累的大量自治规约以及司法裁判的基础上，形成了商人习惯法。^①

国际商法是以商人习惯法的形式出现的，即商人在欧洲各地的港口或集市用以调整他们之间的商事交易的法律和商业惯例。这种商业惯例的典型特征有三：一是它具有国际性和统一性，即它普遍适用于各国从事商业交易的商人；二是它具有自治性和简易性，即它纯粹为商人间的习惯规则，由商人自己组成法庭以简易、迅速的程序来审理和执行；三是它强调以公平合理的原则来处理案件。

（二）第二阶段：演变与发展阶段

中世纪之后，随着民族国家的兴起，欧洲中央集权国家日益强大，国家主权极大程度上被强化了。从这个时候，商法开始被各国纳入到国内法体系中，失去了原有的国际性和跨国性。

各个国家的立法模式有三种：一是以法国、德国、日本等国为代表的民商分立形式，即把民法与商法分别编为两部独立的法典，将商法从民法中分立出来。如法国先后于1673年、1681年颁布《商事条例》《海事条例》，其后，在借鉴、修订、整理罗马法和《民法典》的基础上，于1807年颁布了《法国商法典》。德国也先后于1861年和1897年制定了两部《德国商法典》。1807年《法国商法典》和1897年《德国商法典》的颁布完善了大陆法系商法，使其成为现在资本主义商法的典型。大陆法系习惯将民法称为普通私法，而将商法称为民法的特别法，商法中有规定的适用商法的规定，商法中没有规定的，则适用民法的规定。二是以瑞士、荷兰、意大利为代表的民商合一形式，即把商法作为民法典的一部分。如1881年的《瑞士债务法典》，1934年的《荷兰民法典》和1942年的《意大利民法典》就属于民商合一的典型代表。三是以英国、美国为代表的国家，没有商法的概念。英国历史上只有普通法（Common Law）与衡平法（Equity Law）之分，无民法与商法的区别。中世纪以后，英国的首席法官曼斯菲尔特才通过判例的形式把商人习惯法吸收到普通法，使其成为普通法的一部分。随着英国殖民主义的扩张，以普通法为特征的商法制度，被带到英国昔日的殖民地，成为美国以及英联邦国家的商法表现形式。美国虽于1952年通过了一部由各州自由采纳的《统一商法典》（Uniform Commercial Code），但它并非大陆法意义上的法典，而只是一系列商事法规的汇编而已。

在这个阶段，调整国际商事法律关系和处理国际商事纠纷的主要依据是各国的国内法。由于各国的国内商法主要根据本国经济的发展要求而制定，而不是根据国际商事活动的需要而制定，因此不但很难涉及国际商事方面的所有问题，有时还会和国际商事习惯相违背。再加上各国的政治、经济、文化、历史等的不同，各国的法律制度的冲突在所难免，虽然这种冲突可以通过冲突规范加以解决，但毕竟不利于国际商事活动的发展。

^① 吴兴光，朱兆敏．国际商法[M]．北京：中国商务出版社，2006：4-5．

（三）第三阶段：国际化与统一化阶段

第一次世界大战以后，许多世界组织、民间组织、学术团体，如国际法协会、国际商会，发起了国际贸易、国际商事交易统一立法的运动。第二次世界大战之后，特别是20世纪60年代之后，国际商法进入了一个新的发展阶段，出现了国际化、统一化趋势，国际贸易统一法逐步形成和发展，并不断取得突破性进展。联合国国际贸易法委员会（UNI-TRAL）主持制定的《联合国国际货物销售合同公约》（1980年）和《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（1976年），国际统一私法协会（UNIDROIT）主持制定的《国际商事合同通则》（1994年），国际法协会发起制定的《统一提单的若干法律规则的国际公约》（海牙规则），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》等，都是这一时期国际贸易法统一的突出成就，也充分体现了经济全球化时代，商法从各国主权的约束下走出，逐步回归了国际性与统一性的本质属性。

三、国际商法与其他相关法律部门的关系

（一）国际商法与国际公法

国际公法是调整国家之间的政治、经济、外交等法律关系的行为规范的总称，其主体是国家、国际组织和类似国家的政治实体等，其法律渊源主要包括国际条约、国际惯例等实体法规范，其传统内容包括和平法、争议法、战争法、中立法四大部分，第二次世界大战后又增加了条约法、外交使节法、海洋法等分支部门；国际商法调整国际经济和商事交易关系，其主体为自然人、法人和合伙等商事组织，法律渊源包括国际条约、国际贸易惯例等统一实体规范、各国国内法规范、程序法规范、冲突法规范等。

两者的密切联系主要有：国际商法是国际法的一个法律部门，所以它的一些基本原则和制度来源于国际公法，两者是相同的或近似的。比如国际公法中的国家主权、国家及其财产豁免、条约必须遵守等原则同样适用于国际商事法律关系。

（二）国际商法与国际私法

国际私法的内容以冲突规范为主，主要调整涉外民事关系，其内容主要包括统一实体法规范、国际民事诉讼和仲裁等程序性规范，其调整方法为间接调整，并不直接规定必须如何解决某一问题，而仅仅指出适用什么样的法律，因此国际私法又称“冲突法”；而国际商法的内容以实体法为主，既包括国际实体法规范，亦包括国内实体法规范，调整方法为直接调整，直接规定了解决某一问题应适用的法律。

两者也有密切的联系，比如两者的主体均为自然人、法人、合伙等商事组织；两者均调整涉外法律关系；两者都具有较强的私法性等。

（三）国际商法与国际经济法

国际经济法是国际公法的分支，是一门新兴的法律边缘学科，其主体主要是国家、国际组织及具有独立国际法律人格的其他实体，调整的层面为国际经济法律关系，法

律渊源主要是关于国际经济交往的国际条约、国际惯例等国际法规范、各国涉外经济法等国内法规范,强调国家、国际社会对国际经济活动的干预,属于强行性法律规范;国际商法的主体是从事国际商事交易的自然人、法人、合伙等商事组织,调整商事组织之间私法层面的商事交易行为,法律渊源以国际商事条约、国际贸易惯例及主要国家的商事法律为主,强调意思自治,属于任意性法律规范。

两者的联系为:均调整经济交往关系,联系密切,且互为补充。

第二节 国际商法的渊源

一、国际商法渊源的概念

国际商法的渊源是指国际商法产生的依据及其表现形式。一般认为国际商法的渊源主要包括国际条约、国际贸易惯例和各国国内法。

二、国际商法的渊源

(一) 国际条约

1969年《维也纳条约法公约》第2条第1款(甲)规定:“称‘条约’者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称如何。”^①因此,国际条约的概念可以定义为:两个或两个以上的国家,为确定相互之间的权利、义务而达成的协议。其中,两个国家签订的国际条约称双边条约,两个以上的国家共同缔结或参加的国际条约称多边条约,亦称公约。本书所涉及的国际条约一般是指国际商事多边条约(国际商事公约),因为双边条约没有普遍适用性。

国际商事公约按照性质可以分为实体法规则的国际公约和冲突法规则的国际公约。前者主要有1967年的《成立世界知识产权组织公约》,1978年的《联合国海上货物运输公约》,1980年的《联合国国际货物销售合同公约》等;后者主要有1985年的《国际货物销售合同法律适用公约》,欧洲经济共同体1980年制定的《关于合同之债的法律适用公约》,等等。

国际商事公约按照内容分为货物买卖国际公约、货物运输国际公约、贸易支付国际公约、知识产权和技术转让国际公约、商事争议解决国际公约等。调整国际货物买卖关系的公约主要有:1964年海牙《国际货物买卖合同成立统一法公约》,1964年海牙《国际货物买卖统一法公约》,1974年《联合国国际货物买卖时效期限公约》,1980年《联合国国际货物买卖合同公约》,1985年《国际货物买卖合同适用法律公约》。调整国际货物运输的国际公约主要有:1924年《统一提单的若干法律规则的国际公约》(海牙规则),1968年《关于修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》(维

^① http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/07/content_3752.htm

斯比规则), 1978 年《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则), 1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》(华沙公约) 以及 1955 年《海牙议定书》, 1938 年《国际铁路货物运输公约》, 1951 年《国际铁路货物运输协定》, 1980 年《联合国国际货物多式联运公约》。调整国际贸易支付的国际公约主要有: 1930 年《本票和汇票统一法的日内瓦公约》, 1930 年《关于统一票据和本票的日内瓦公约》, 1931 年《关于支票的日内瓦公约》, 1931 年《关于解决支票的若干法律冲突的日内瓦公约》, 1988 年《联合国国际汇票和国际本票公约》。调整知识产权和技术转让的国际公约主要有: 1883 年《保护工业产权巴黎公约》, 1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》, 1891 年《商标国际注册马德里协定》, 1952 年《世界版权公约》, 1994 年《与贸易有关的知识产权协定》。调整商事争议的国际公约主要有: 1923 年《日内瓦仲裁条款议定书》, 1927 年《关于执行外国仲裁裁决的公约》, 1958 年《承认和执行外国仲裁裁决的公约》等。

(二) 国际贸易惯例

国际贸易惯例是指国际贸易领域中常用的被交易当事人共同遵守的习惯做法。从历史角度看, 国际商法最初萌芽于国际贸易惯例, 这些惯例与国内法无关, 并独立于国内法, 它反映了从事商事活动的商主体间促进交易、保证交易安全与效率的内在要求, 体现了国际贸易和商事交易的规律。国际贸易惯例不是法律, 不具有法律的普遍约束力, 但是如果交易当事人在合同条款中选择适用或者事后达成协议适用某种国际贸易惯例, 该惯例对合同当事人具有法律约束力。

在国际商法的发展过程中, 民间组织、行业组织、学术团体整理和编撰的成文国际贸易惯例在国际商事交易中具有很大的影响力和公信力。特别是 20 世纪以来, 一些国际组织坚持不懈地致力于国际贸易惯例的编撰和修订工作, 使得国际贸易惯例的影响力大大增强。目前, 比较有影响力的国际贸易惯例有国际商会 (ICC) 制定的 2000 年的《国际贸易术语解释通则》与 2007 年的《跟单信用证统一惯例》(UCP600), 国际法协会 1932 年《华沙—牛津规则》(C. I. F. 买卖合同的统一规则) 等。这些国际贸易惯例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。

(三) 各国国内法

在 21 世纪, 国际商法虽然得到了长足发展, 但是由于各国的法律传统、经济发展水平、政治制度、社会文化、宗教历史等的差异和各个国家的具体情况不同, 现有的有关国际公约和国际贸易惯例还不能涉及国际商事交易各领域中的一切问题, 同时也尚未被参加国际商事交易活动的所有国家普遍承认和采用, 因此在有些时候还要借助冲突规范的指引适用某一国家的国内民商法或判例来解决问题; 再加上有些国家并不直接适用世界贸易组织规则, 而是将国际条约和国际贸易惯例转化成国内法来适用, 同时商事主体在商事交易时也有可能选择某一国的国内商法, 所以各国的国内法也是国际商法的主要渊源之一, 特别是商法制度较为完善的国家的商法。

第三节 两大法系的比较

法系 (Legal Family, Legal System, Legal Group) 是根据法在结构上、形式上、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的基本划分。^① 通常把具有一定特点的某一国的法律和仿效这一法律的其他国家的法律, 划为同一法系。

关于法系的划分, 有各种不同的标准和主张, 有的学者主张将世界法律制度划分为英美法系、大陆法系和社会主义法系; 有的学者则主张将世界上的法律制度分为: 英美法系、大陆法系、伊斯兰法系和社会主义法系。^② 我国学者则较多地倾向于将世界各国的法律制度分为五大法系, 即中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系。^③ 由于影响世界上各个国家法律制度最深的是大陆法系和英美法系, 因此本节只讲述大陆法系和英美法系。

一、大陆法系

大陆法系 (Civil Law System), 又称罗马法系、民法法系、成文法系, 形成于 13 世纪的西欧, 主要以罗马法为基础, 以法国法和德国法为代表。许多欧洲大陆国家, 如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等的法律均属于大陆法系, 中美、南美、亚洲、非洲的许多国家和地区的法律也属于大陆法系, 甚至在英美法系中的个别地区, 如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省以及波多黎各的法律都属于大陆法系。我国的法律也属于大陆法系。

(一) 大陆法系的形成与发展

大陆法系的起源可以远溯至公元前 450 年, 即罗马的《十二铜表法》(Lex Duodecim Tabularum) 颁布的时代, 但作为一个体系, 则出现于 13 世纪罗马法的复兴时期。这一时期, 欧洲各国法学家均承认注释法学派的权威, 开始形成欧洲普通法 (Jus Commune)。欧洲普通法中源于罗马法的法律思想、法律体系, 共同的法律术语、概念、范畴及其共同的法律教学和著述方式, 通过司法实践对各国法律产生了深远的影响, 并逐步成为各国国内法的组成部分。

欧洲中世纪, 教会法曾经盛行一时, 罗马法与教会法既相互竞争又相互渗透。17 世纪和 18 世纪, 随着资产阶级革命在欧洲各国先后完成, 科学与人文主义思想的发展, 教会法的管辖范围逐渐缩小到精神与信仰的领域。此时的大陆法系发生了重大变化, 其性质从封建法律制度转变成资本主义法律制度, 各国通过法典的编撰, 实现了法律的统一, 为大陆法系的最终形成奠定了基础。1804 年, 法国颁布《法国民法典》,

① 周晓唯, 杨林岩. 国际商法 [M]. 西安: 西安交通大学出版社, 2008: 5.

② 吴兴光, 朱兆敏. 国际商法 [M]. 北京: 中国商务出版社, 2006: 12.

③ 陶凯元. 国际商法 [M]. 广州: 暨南大学出版社, 2002: 14.

即《拿破仑法典》，该法典是资本主义社会第一部完备的民法典，在欧洲产生了巨大影响。随后，德国于1900年，制定了《德国民法典》，成为继《法国民法典》之后最重要的一部民法典。《法国民法典》和《德国民法典》的颁布，可以说促成了大陆法系的最终形成。

20世纪之后伴随各国政治经济的发展，大陆法系产生了新的变化：国家干预经济活动造成公法、私法相互渗透，并且出现了经济法、劳动法、土地法等公私混合的法律部门；分权开始动摇，判例的作用大大提高，立法、司法机关的权力和地位开始发生某种程度的交叉；随着欧洲一体化的发展，各国法制趋于统一，特别是英美法系国家（英国、爱尔兰等）的加入使欧盟法的普通法倾向更加明显，并使西欧各大陆法国家的法律更加接近普通法。^①

（二）大陆法系的结构、渊源及特征

1. 大陆法系的结构

大陆法系在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性，强调成文法的作用，重视法典的编撰，承袭了罗马法对法的分类方法，将全部法律分为公法和私法两大部分。其中，公法是指以保护国家或公共利益为目的的法律，主要包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等；私法是指以保护私法利益为目的的法律，主要包括民法、商法、家庭法等。

2. 大陆法系的渊源

大陆法系国家是成文法国家，各国都强调成文法的作用，其主要渊源有法律、习惯法、判例法等

（1）法律。大陆法系国家的法律包括宪法、法典、法律和条例等。这些法律制定的机关不同，其效力也有差异。一般来说，宪法具有最高权威和最高效力，其他法律均不得与宪法相抵触。

（2）习惯。大多数大陆法系国家承认习惯是法的渊源之一，但各国对习惯在法律渊源中的地位和在生活实际中的作用有不同理解。一般来说，都认为习惯必须是具有法律意义的习惯，并且不得与法律相抵触。如法国、意大利、奥地利等国认为，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适用。^②

（3）判例。大陆法系各国重视成文法，原则上不承认判例具有法律同等的效力。但是，进入20世纪后，大陆法系各国开始重视判例的作用，一些国家开始作出一些例外规定，以使法官受某种判例的约束。如联邦德国规定，联邦宪法法院的判例在“联邦公报”上发表后即具有约束力，并承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则，法官应予实施。在阿根廷、哥伦比亚、瑞士、西班牙等国也有相关的规定。^③

（4）学理。一般来说，学理不是法的渊源，但在大陆法系的发展过程中，学理也

① 由嵘. 外国法制史 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1992.

田东文. 国际商法 [M]. 北京: 机械工业出版社, 2008: 10.

② 熊琰. 国际商法 [M]. 上海: 立信会计出版社, 2003: 11.

③ 陶凯元. 国际商法 [M]. 广州: 暨南大学出版社, 2002: 19.

曾起了重要作用。如罗马法复兴时期先后产生的“注释学派”“后注释学派”及“自然法学派”，其理论对大陆法系的形成具有不可忽视的作用。^① 学理对大陆法系的影响主要表现在三个方面，一是学理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为法律；二是学理能够解释法律，分析和评论判例；三是学理能够培训法律人才，影响法律实施进程。

3. 大陆法系的特征

大陆法系的特征具体体现在以下几个方面：

(1) 大陆法有公法与私法之分。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。由于罗马法有公法与私法之分，所以大陆法也把法律分为公法与私法。

(2) 大陆法有实体法与程序法之分。实体法是以规定和确认权利和义务以及职权和责任为主要内容的法律，如宪法、行政法、民法、商法、刑法等；程序法是以保证权利和职权得以实现或义务和责任得以履行的有关程序为主要内容的法律，如行政诉讼法、行政程序法、民事诉讼法、刑事诉讼法、立法程序法等。大陆法系国家一般严格区分实体法与程序法，并且实体法与程序法也分别编撰。

(3) 大陆法系各国非常重视法典编撰。在法律形式上，大陆法系国家一般不存在判例法，主要采用成文法的立法模式，对重要的部门法制定法典，并辅之以单行法规，构成较为完整的成文法体系。法国自1804年的《法国民法典》之后，又编撰了商法典、刑法典、民事诉讼法典和刑事诉讼法典。欧洲大陆其他国家也相继开展了广泛的立法活动，特别是编撰综合性的法典。但各国在法典的编撰的体制上不完全相同。就民商法而言，有些国家把民法和商法分别编撰成两部法典，即民商分立，如法国、德国等；而另外一些国家则把商法并入民法中，即采用民商合一的立法体制，如意大利、荷兰、瑞士等。

(4) 大陆法系国家的法官没有立法权。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，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。虽然大陆法也允许法官在审理案件时有一定的自由裁量权，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，强调立法是议会的权限，法官只能适用法律，判案只能援引制定法。

(5) 法律推理形式采取演绎法。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。

二、英美法系

英美法系 (Anglo - American Law System)，又称普通法系或英吉利法系，是指英国

^① 陶凯元. 国际商法 [M]. 广州: 暨南大学出版社, 2002: 19.