



21世纪高等学校国际经济与贸易系列规划教材

国际商法

International Business Law

符启林 梁嘉琪 编著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

21 世纪高等学校国际经济与贸易系列规划教材

国际商法

符启林 梁嘉琪 编著

内 容 提 要

随着经济全球化与国际化趋势的加强,正确处理国际间经济关系显得越来越重要,但由于国际商法知识的博大精深及不断更新,要想全面了解国际商法的内容并不容易。通过本书的阅读,旨在帮助人们对国际商法知识有全面的了解和整体的把握,对国际商事活动中出现的基本问题与纠纷及其解决办法有清晰的认识。本书以国际活动中涉及的法律体系为主线,按商事合同法、合伙企业法、公司法、代理法、知识产权法、产品责任法、国际贸易法、国际货物运输与保险法、票据法和国际商事仲裁法的顺序展开论述,既保证了体系的完整性,又突出了内容的具体性。

本书可作为高等院校国际贸易专业的教学用书和相关专业的选用教材,也可作为相关专业人士的学习用书。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/符启林,梁嘉琪编著. —上海:上海交通大学出版社,2013(2017 重印)

ISBN 978-7-313-10222-5

I. ①国… II. ①符…②梁… 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(2013)第 202203 号

国 际 商 法

符启林 梁嘉琪 编著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码:200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

北京振兴源印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787 mm×1 092 mm 1/16 印张:22 插页 1 字数:535 千字

2013 年 9 月第 1 版 2017 年 1 月第 2 次印刷

ISBN 978-7-313-10222-5/D

定价:42.00 元

版权所有 侵权必究

告读者:如您发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:010-88433760

前言 Preface

早在古罗马时代,商法就以其最原始的形式——商事规约出现,但是近现代大部分民商法学者认为,近代的商法起源于中世纪欧洲地中海沿岸自治城市的商人法,尤其是意大利的商业城市最早成立的商人习惯法,即商人法。虽然国际商法有着悠久的历史,但是商法正式确立是在1807年《法国商法典》颁布,之后其获得了迅速的发展。

随着经济全球化与国际化趋势的加强,正确处理国际间的经济关系显得越来越重要,但由于国际商法知识的博大精深及不断更新,要想全面了解国际商法的内容并不容易。基于这一事实,本书定位为国际商法类专业的入门课程和非国际商法类专业的基础性课程。通过阅读本书,使人们对国际商法知识有全面的了解和整体的把握,对国际商事活动中出现的基本问题与纠纷及其解决办法有清晰的认识。

本书以国际活动中涉及的法律体系为主线,按商事合同法、合伙企业法、公司法、代理法、知识产权法、国际产品责任法、国际贸易法、国际货物运输与保险法、票据法和国际商事仲裁法的顺序展开论述,既保证了体系的完整性,又突出了内容的具体性。在内容设置上,为了让读者更好地理解国际商法的应用,每章开篇提出学习目标,为读者的学习指明方向,并以“引例”模式给出一个实例并提出问题,让读者带着问题开始学习;然后阐述国际法规、公约及我国法律体系中的具体规定;最后,结合每章所学,在“引例解析”中对“引例”的问题加以分析。此外,全书根据需要穿插“法律提示”“小案例”“资料卡”等栏目,以此加深读者对相关知识的理解。每章最后设有“思考练习题”,帮助读者巩固所学知识。

本书由中国政法大学民商经济法学院符启林教授和梁嘉琪编著。鉴于国际商法内容的宽泛和博大,本书在编写过程中参考了国内外大量相关教材和资料,在此对各位作者表示诚挚的谢意。

由于编者水平有限,加上时间仓促,书中难免有错误和不足之处,恳请各位专家和读者批评指正。

编者

目 录 Contents

第一章 绪论	1
学习目标	1
引例	1
第一节 商法概述	2
第二节 公法和私法	5
引例解析	9
思考练习题	10
第二章 商事合同法	11
学习目标	11
引例	11
第一节 合同概述	12
第二节 合同的订立	18
第三节 合同的效力	28
第四节 合同的履行	34
第五节 合同终止和违约责任	41
引例解析	51
思考练习题	51
第三章 合伙企业法	52
学习目标	52
引例	52
第一节 合伙概述	53
第二节 合伙企业法概述	59
引例解析	70
思考练习题	71



第四章 公司法	72
学习目标	72
引例	72
第一节 公司概况	72
第二节 公司的设立和成立	77
第三节 股票和债券	88
第四节 公司变更	99
第五节 外商投资企业	103
引例解析	115
思考练习题	115
 第五章 代理法	116
学习目标	116
引例	116
第一节 代理法概述	117
第二节 代理权产生与代理关系终止	121
第三节 代理的法律关系	127
第四节 我国的外贸代理制度	132
引例解析	135
思考练习题	136
 第六章 知识产权法	137
学习目标	137
引例	137
第一节 知识产权法概述	138
第二节 商标法	146
第三节 专利法	153
第四节 著作权法	166
引例解析	185
思考练习题	186
 第七章 产品责任法	187
学习目标	187
引例	187
第一节 产品责任法概述	188



第二节 合同责任的归责原则	195
第三节 产品责任的法律要件	204
引例解析	208
思考练习题	208
第八章 国际贸易法	209
学习目标	209
引例	209
第一节 国际货物买卖合同	210
第二节 国际贸易术语	225
第三节 国际服务贸易法	232
第四节 国际贸易结算	243
引例解析	254
思考练习题	254
第九章 国际货物运输与保险法	255
学习目标	255
引例	255
第一节 国际海上货物运输法	256
第二节 其他货物运输法	270
第三节 国际货物运输保险法	277
引例解析	287
思考练习题	288
第十章 票据法	289
学习目标	289
引例	289
第一节 票据法概述	290
第二节 票据的法律关系	294
第三节 汇票、本票和支票	306
引例解析	315
思考练习题	316
第十一章 国际商事仲裁法	317
学习目标	317
引例	317



第一节 国际商事争议	318
第二节 国际商事仲裁	324
引例解析	343
思考练习题	344
参考文献	345

第一章 绪论

学习目标

了解商法的一般理论；

掌握公法与私法的相关概念及其区别；

了解公法与私法相区别的意义。

引 例

某年3月20日,我国某进口商B公司与巴西某出口商A公司签订了一份购销货物合同,约定以FOB方式成交,合同规定交货期为6月10日,付款方式原为信用证,之后A公司擅自变更为托收方式付款。B公司于6月8日收到装船电报通知,注明货物已于6月7日运往中国上海港,并注明合同号和信用证号。6月14日,B公司接到提货通知和随船提单一份,提单上的装船日期为6月11日。为此,B公司以A公司违约为由拒绝提货并拒绝付款,同时提出双方解除合同。A公司不服,经双方协调,未果。B公司便依据买卖合同中的仲裁条款提起仲裁。

问题

- (1) 试分析,B公司以A公司违约为由提出的要求符合法律规定吗?
- (2) 如何才能使B公司的合法权益得到保障?

商事交易活动主体如何在商事活动中保障自身权益,如何按照制度化的程序进行相互间的经济合作,这就涉及商法的相关事宜。商法内容庞杂,规定繁多,对于处理商事主体之间的经营活动中的各种问题起着至关重要的作用。



第一节 商法概述

商法(commercial law)是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系,即商事关系的法律规范的总称。

一、商法的起源及发展

虽然商法源于古罗马时代的商事规约,但现代大多数民商法学者普遍认为,近代商法是始于中世纪欧洲地中海沿岸自治城市的商人法,尤其是意大利的商业城市最早成立的商人习惯法,即商人法。1807年,世界上第一部商法典《法国商法典》正式颁布,标志着近代商法的形成,具有划时代的意义,此后商法得到不断发展。

1. 中世纪的商法

商人习惯法是商法的最初形式,这一制度的形成有特定的社会历史根源。中世纪(约476—1453年)的欧洲处于封建专制统治之下,商品经济极为落后,主要表现为自给自足的手工业经济,同时也以农业为主。11世纪后期,以农为本的欧洲进入了发展时期,大量的剩余商品涌向市场,商品经济开始迅速发展。这促使了地中海海上贸易的发展和地中海沿岸一些新兴城市商业贸易的繁荣。地中海沿岸城市贸易的不断扩展加速了行业分工的细化和商业贸易的日益频繁,由此产生了调整商人内部经济关系的自律组织——商会。然而,中世纪的欧洲大陆实际上还是处于封建法和寺院法的支配之下,很多商业城市的贸易状况与封建法制的实际状况极端不协调,有关保护商业活动的条件都缺少必要的法律支持,甚至许多国家的法律对商人还带有种种歧视。正是由于贸易发展与封建法制处于尖锐的矛盾之中,商会不得不另立规范以求发展和保护自身。商会在其自身的发展中,逐渐形成了自己的自治权和裁判权,且有条件地利用商事生活习惯订立自治规范,并在本商会内实施。于是,这种规范经11世纪至14世纪的发展,终于形成了中世纪的商法,即商人习惯法。

2. 近代商法

近代商法是在中世纪商人习惯法的基础上发展起来的。16世纪后,孕育已久的资本主义商品经济关系萌芽,并显示了蓬勃的生机;与此相比,欧洲一些国家的封建势力日趋衰落,并且中世纪占统治地位的寺院法也相继被废弃,这些逐渐促使了国家的统一。与此相适应的是各国统一的法律的制定,这为商人习惯法向成文法的转变提供了条件。新生的资产阶级必然要制定自己的法典,以保障自身的商品经济关系的稳定,在这一形势下,德国、法国率先开始了本国商事法律的统一运动,同处于欧洲的英国和其他欧陆国家也制定了本国的商事法,由此推动了国家公力干涉社会经济、促使“商法国民化”的过程。

3. 现代商法

18世纪末期,资产阶级革命在欧洲逐渐取得成功,封建专制的社会被彻底粉碎,整个



社会发生了根本的变革。保护资本主义商品经济关系,并推动商事活动,促使统一、完整的商品市场的形成,成为了许多新兴国家的基本国策。19世纪初,欧洲大陆国家相继开始了大规模的民法典制定活动,自此以后,商法开始在大多数的大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现,商法体系逐渐建立和完善。一般认为,商法经历了以下四种立法体系:

(1) 商行为立法体系,代表国家是法国。《法国商法典》否定了中世纪以来商法只适用于商人阶层的传统,将商人从国家的监护中解放出来,并且以商行为为基础。凡实施商行为者,无论是否属于商人,都适用于商法。西方学者把以法国商法为立法模式,即以商行为为立法基础的国家称为商行为立法体系,也叫法国商行为体系。

(2) 商人法立法体系,代表国家是德国。德国商法有新、旧商法之分。德国旧商法仿效法国的立法体例,采取“客观主义”原则,即以商行为观念为立法基础;新商法则采取“主观主义”原则,即以商人观念为立法基础。据此,西方学者把以德国商法为立法模式,即以商人观念为立法基础的国家称为商人法立法体系。

(3) 折中立法体系,代表国家是日本。日本以商人行为和商人身份同时作为立法基础,西方学者把这种既采用法国商法典模式,又效仿德国商法典立法的国家称为折中立法体系。

(4) 英美商法体系,代表国家是英国和美国。由于英、美国是以习惯法为基础,其商法体系是指一般商事习惯与判例形成的法律,因此称为英美商法体系。

此外,由于中国古代“重农抑商”,商法极不发达。20世纪初以来我国的商事立法,主要是引进借鉴西方商法,建立的是大陆法系的商法。改革开放后,我国的商事立法也在一定程度上借鉴了英、美、法等国的商事立法。

综上所述可以看出,商法产生的根本原因是商品经济的进一步发展。商品经济的发展促使掌握一定经济基础且积累了相当物质资料的商人形成一种势力,他们要求脱离封建领主的司法管辖及宗教势力的支配,对商品生产交换采用统一的社会规范进行约束,以保护和发展自由贸易。进入资本主义社会以后,商品经济发展的内在要求使原来作为自治规范的商人法必然发展成为国家制定的统一的商事法律。

商法的产生是国家推行重商主义政策的必然结果。16至17世纪以来,随着新大陆的发现,世界市场的范围骤然扩大,地中海海上贸易遍及世界各个角落,各国政府为了发展本国经济,大力推行促使经济发展的重商主义政策,这一政策导致了商人地位的特殊性和商事活动的特殊化的形成,于是,商法作为独立的法律部门出现,各国纷纷制定商法。由此可见,商法之所以迅速出现在各国的法典中,其内涵是各国重商主义政策的法律化。

二、商法的相关概念

1. 商法的调整对象

商法的调整对象为商事关系。商事关系是指一定社会中通过市场经营活动而形成的社会关系,主要包括商事组织关系和商事交易关系(组织法和行为法的结合,就是商法)。

2. 商事关系的主要标志

商事关系的主要标志是商人和商行为。商人是以自己名义实施商行为并以此为常业的人。在我国,商人主要包括以下几种:



(1) 个体工商户和个人独资企业。

(2) 合伙企业。合伙企业是指与独资公司相对,由两个或两个以上的自然人通过订立合伙协议,共同出资经营、共负盈亏、共担风险的企业组织形式。

(3) 公司和其他形式的企业法人。

(4) 联营企业。联营企业(associated enterprises)是指两个及两个以上相同或不同所有制性质的企业法人或事业单位法人,按自愿、平等、互利的原则,共同投资组成的经济组织。

(5) 外商投资企业。外商投资企业是指依照中华人民共和国法律的规定,在中国境内设立的,由中国投资者和外国投资者共同投资或者仅由外国投资者投资组建的企业。

大陆法系学者一般认为,商行为是指以营利为目的而从事的各种表意行为。其规制原则主要有三种:

(1) 主观主义原则。主观主义原则的立法理念是以商人概念为出发点,在此基础上推导出商行为的具体形态,并以列举的方式揭示出商行为的范围。大陆法系国家采用主观主义立法原则的主要有意大利、德国、瑞士等国。

(2) 客观主义原则。客观主义原则的立法理念是以行为的客观性作为出发点来确定商事行为。《法国商法典》创造了这一原则,而《西班牙商法典》则继承和发展了这一原则。

(3) 折中主义原则。折中主义原则的立法理念是在主观主义原则和客观主义原则的基础上,依据行为的客观性和商人的经营方法两个标准来确定商行为。日本现行的商法典和法国修改后的商法典采取该立法原则。

3. 形式的商法和实质的商法

我国没有形式的商法,但存在实质的商法,主要表现为大量的商事单行法、公司法、证券法、票据法、保险法等。

4. 商法与民法、经济法的关系

商法与民法、经济法既有紧密联系,也有一定区别。简单而言,民法是一般法,商法是特别法,民法对商法具有领导与指导的意义,而商法对民法具有补充、变更、限制的作用。商法与经济法的区别主要在于商法以当事人意思自治为主导性原则,经济法则强调国家意志和政府职能的介入,并以国家政策为主导。

三、商法的一般原则

商法的一般原则是市场经济的客观要求在法律上的反映。现代商法主要有以下四大基本原则。

1. 强化企业组织

强化企业组织主要包括两大内容:

(1) 提高企业素质。提高企业素质主要依靠两套法律机制。一个是企业融资和确保企业财产基础的法律机制,如公司法中的“有限责任”和“资本三原则”等;另一个是实现企业优胜劣汰和资产优化组合的法律机制,如破产、重整、兼并制度等。

(2) 完善企业结构。完善企业结构包括完善企业内部的治理结构(主要是合理分配投



资者和经营者的权利)和协调企业内部关系(主要是保护职工利益、加强职工民主管理)。

2. 提高经济效益

提高经济效益即降低交易成本,提高经营收益。商法的这一原则主要体现在保护产权、维护信用、促使交易便捷三个方面。商法保护产权主要体现在界定产权(明晰产权)和维护其权威上,包括在产权受侵害时给予及时、充分的救济。信用的核心是信任,意味着可以低成本地进行交易,从而提高经济效益。破产法对维护信用有积极的作用。交易便捷可以节约时间成本,为此,商法提供了不少制度支持,如商事交易的技术化(定型化)、大量运用默示行为、证明形式自由、时效短促、商事仲裁等。

3. 维护交易公平

维护交易公平就是要维护市场的正常秩序,主要体现为平等原则和诚信原则。例如,信息披露制度、一股一权原则、禁止内幕交易等,都体现了平等原则;董事对公司的忠实义务、投保人的如实告知义务等,体现了诚信原则。

4. 保障交易安全

商法为保障交易安全提供的制度主要有强行主义、公示原则、外观法则(客观主义)、严格责任和保护善意买受人(第三人)等。

四、国际商法的适用

国际商法也称国际商事法,是指调整国际商事主体和国际商事行为的各种法律规范的总称。它主要是指不同国家的商人或者企业相互间从事的跨国境的商事活动,更多是指跨国间的贸易活动以及其他商事活动的法律规范。

随着全球经济一体化的发展,传统的商事法早已不能全面调整现在的商事活动领域,所以现在的商事法已经突破了原来的范围,增加了许多新的领域,如传统的货物买卖形式早已增加了除货物买卖行为外的技术贸易行为和服务贸易形式。另外,外国商人的直接投资、租赁、融资、工程承包以及合作生产等活动都已超出了传统商事法的调整范围,因此上述各种涉外商事交易的活动适用国际商事法。作为传统国际商法调整的内容,如代理、合伙、公司、合同买卖、票据、信托等依然是国际商法的核心内容和基础。

第二节 公法和私法

随着国际商事活动领域的不断扩大,原有的法律体系已经不能适应国际活动的正常开展,因此国际商法体系出现了公法与私法的划分方式。公法与私法的划分具有动态性和历史性的特点,是经济、政治等诸因素综合作用的结果。此外,目前社会公权力有扩张的趋势,国家越来越需要向社会授权。

一、公法概述

公法是配置和调整公权力的法律规范的总和。公法以研究公权力、公权力配置、公法关



系和公法责任为主要内容。狭义的公法是指调配公权力内部或公权力之间的关系的法律规范。广义的公法是指调配公权力之间及公权力与私权利之间关系的法律规范,主要体现在以下几个方面:

(1) 公法是配置、调整公权力的法。

(2) 公法的范围包括调配公权力之间的关系的公法和调配公权力与私权利关系的公法。

(3) 公法是法律规范的总和。

(4) 公法调整一切公的范畴,如公主体、公利益、公权力、公权利等。

(5) 公法的调整范围是动态的,随着社会的发展变化而变化。

(6) 公法是法,其规范是法律规范,并有完整的逻辑结构。

二、私法概述

私法相对于公法,一般指的是规范私权关系、保护私人利益的法律,如民法、商法等。也可以将私法理解为私家所定的法规。它主要体现在以下几个方面:

1. 私法是以保护个人或私人利益即“私益”为依归

私法主体在私法调整的社会关系区域内寻求的是各自独立的私人利益,包括财产利益及人身利益两个方面。值得注意的是,应当严格区分国家作为行政管理者和财产所有者两种不同的身份。当国家以特殊的私法主体面目出现时,如以国家名义发行国债、接受无主财产或取得无人继承的财产等,国家所追求的不是一般意义上的国家利益,其仍然属于私法上的“私人”利益,这是由国家的多重法律身份所决定的。

2. 私法调整私人之间的民商事关系即平等主体之间的财产关系和人身关系

私法所谓的民商事关系,是指平等主体之间的财产关系和人身关系,是人们日常私人生活状况的法律体现。法律对民商事关系的调整遵循的是人格独立、地位平等、行为自愿以及公平、诚实信用等基本原则,民商事关系的主体在法律上的“存在”通常情况下是没有区别的,是抽象平等的。

3. 私法则以权利为核心,适用“权利推定”的逻辑

私法确认和保护的是私法主体享有的私权利即民商事权利。财产权、人身权以及由这两类私权派生的众多具体权利构成最低限度的基本人权。私法倡导“权利本位”,私法是权利法。权利主体(自然人和法人)制度、权利规则制度(物权、债权、人身权、继承权、知识产权)、权利行使制度(法律行为制度和代理)、权利保障或救济制度(民事责任制度)等构成私法的基本内容。私法奉行“法不禁止即自由”,将它作为金科玉律并以此去分析、评价、判断具体的个人行为。“权利推定”就是“不禁则许”,法律没有明文禁止的行为通常就是私法主体可以自由实施的。社会越发展,文明程度越高,人们获得自由的机会就越多,权利推定的范围就越大。

4. 私法遵循“意思自治”“私法自治”的原则

“意思自治”或“私法自治”原则是私法的灵魂,常被誉为“支配整个私法的最高原则”“私法之基础”“私法根本价值之所在”“法律行为效力之源”等。一般认为,所谓私法自治,是指



个人依其意思形成其法律上的权利义务关系。具体而言,私法自治原则认为,私法方面的一切法律关系可以且应该由每个人自由地、自行负责地按照自己的意志去决定。因此,每个人有法律行为自由(包括合同自由),每个人只对自己的行为负责(过失责任),每个人的权利(包括所有权)应该由每个人自由行使并受到尊重(所有权不可侵犯)。这些私法自治原则的主要内容构成了近代民法的四大基本原则:人格平等、合同自由、过失责任和绝对所有权原则(私的所有权神圣不可侵犯原则)。

私法自治的理论依据在于:在社会关系日趋复杂的市场经济条件下,私法主体都是主张不同的具体利益要求的人,每个人都是自身利益的最佳判断者和实践者,都明确自己在社会生活中的所在。因此,国家及他人应尊重个人的自由选择,不得干涉或限制。政府为更高的价值或公益而对私人事务施加强制或干预时,应有适当理由。总之,在私法自治之光的照耀下,私法既维护了私人自主选择的自由,又能合理利用人的自私心使个人在追求和实现自身合法利益的同时能够促进社会进步和经济发展。

5. 私法以市民社会为功能领域

市民社会和政治国家相分离的思想是对人类社会生活多样性属性及人的多层面社会存在状况的描述。用作为西方文明的市民社会理论来解释人们目前的生活现状仍然没有过时。现实生活中的每个人都具有双重身份或地位:一方面他是政治国家的成员即公民,参加政治国家领域内的一切必要活动,其行为受公法调整;另一方面他同时又是市民社会的一分子即私人,在市民社会领域内与法律地位平等的其他人实施各种民商事活动,其行为受私法调整。以立法现实为例,各国宪法中规定的是公民而不是自然人的基本权利和义务,这些权利义务是公民作为政治国家成员所应当具有的。而民法中确认的是自然人的财产权利、人身权利及相应的义务,这些权利义务是自然人作为市民社会成员即私法主体从事民事活动所必需的。

三、国际私法与国际公法、国际私法学的联系与区别

国际私法与国际公法的区别主要在于调整对象的差异:国际私法是调整自然人、法人之间的跨越一国地域范围的民事关系,而国际公法调整的是国家与国家之间的外交、政治、军事关系。

国际私法与国际私法学是两个既有联系又有区别的概念。

国际私法与国际私法学的联系在于:两者同属于上层建筑,且都建立于国际经济交往这一经济基础之上,都以涉外民事关系的存在为其存在和发展的前提。国际私法随着国际经济交往和人员往来成为一种社会现象而产生,国际私法的产生和发展为国际私法学的产生和发展提供了研究对象和发展空间。国际私法学以国际私法的存在为其存在的基础,国际私法学的研究成果不仅推动国际私法的立法发展,而且指导国际私法的实践。¹³ 13 世纪的“法则区别说”奠定了国际私法的基础;19 世纪的“法律关系本座说”对最密切联系原则这一冲突规则的确立具有举足轻重的作用。

国际私法与国际私法学的区别在于:国际私法是以涉外民事关系为调整对象的一个独立的法律部门,由外国人民事法律地位规范、冲突规范、统一实体规范、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范组成,这些法律规范具有法律强制力,是人们从事涉外经济、民事活动的



行为准则。国际私法学是以国际私法为研究对象,研究国际私法产生和发展规律的法学学科,国际私法学由著作、学说、理论、观点组成,这些著作、学说、理论、观点大多不具有法律约束力,只在制定和适用国际私法规范时起到相应的辅助作用。

四、划分公法与私法的意义

总体而言,公法与私法分类的基本意义在于便于法律的适用。区分两者的实益在于,易于确定法律关系的性质,应适用何种法律规定,应采用何种救济方法或制裁手段,以及案件应由何种性质的法院或审判庭受理,应适用何种诉讼程序。我国著名民法学家梁慧星先生在谈及公法与私法的分类时说,法律之分为公法与私法,乃是人类社会文明发展的重大成果。他同时引用德国学者基尔克的论断:公法与私法的区别是今日整个法秩序的基础。如果这一区别被混淆,甚至无视公法与私法的本质差异,作为社会调整器的法律将会失灵,社会关系和社会秩序将会处于混乱之中。具体言之,公法与私法的划分主要有以下不同意义:

1. 公法以维护公共利益即“公益”为主要目的

从利益保护的重心来看,公法以维护公共利益即“公益”为主要目的,“利益说”曾是公、私法划分标准的有力学说,这种学说是以利益多元化和多极化的客观存在为基础的。罗尔斯·庞德将利益分为个人利益、公共利益和社会利益三类。法律与利益发生联系的纽带是利益主体的行为。法律主体的行为与一定的利益追求相关联,人们努力奋斗所追求的一切都与其利益相关。法律对正当利益的保护是通过设置适当的行为标准来完成的。

公法着重保护的公共利益,首先是超越私主体的具体的和特殊的利益,其次是其他各种利益的平衡器,它在其他各种利益发生冲突时为政府实施调控和干预提供一个正当合理的理由。公共利益是为维护共同体之间的共存共处而存在的,是共同体之间的最高利益和根本利益。就实际情形而论,公法所维护的公共利益表现为各社会共同体之间的秩序、安全、公正、自由等人类基本的生存价值和制度环境。

2. 公法调整的是国家与公民之间、政府与社会之间的各种关系

从调整的社会关系即对象来看,公法调整的是国家与公民之间、政府与社会之间的各种关系,主要体现为政治关系、行政关系及诉讼关系等。

一般来说,在国家与公民、政府与社会之间的关系中,国家和政府是公共权力的代表,对各种社会公共事务实施管理并向人民提供服务,但这些管理和服务并非管理者随心所欲,而是应当纳入法治的范围。公法的基本内容就是为规范国家权力和政府行为而存在的,其根本目的是通过控制公权力来维护私权利,与公法中所面对的国家与公民、政府与社会之间非平等的社会关系不同。

3. 公法是以权力为轴心,严守“权力法定”的定律

公法是以权力为轴心,严守“权力法定”的定律。法律对权力具有两方面的作用,一是授予作用,二是限制或制约作用。权力只有授予才能行使,一切权力的运作必须基于并源于民意和公意,并以法律的形式明确地固定下来,即“权力法定”“越权无效”“法无授权不可为”。



在法治社会里,“权力法定”的含义是:一切公权力的取得和行使都必须从法律中获得其来源,国家机关不得行使法律没有授予和禁止行使的权力。权力法定也提示人们应该慎重对待权力。由于权力最易诱发人性中最丑陋、最贪婪的东西,权力客观上具有腐蚀性、异化性、扩张性及对私人权利的侵害性等倾向,一切拥有权力的人都可能会滥用权力。因此,对权力加以分解、限制、制约并对权力使用活动进行严格监督是法治的应有之义,这主要是通过公法来实现的。在一国法律体系中,公法同权力的设置、分配、行使、制约及监督等运作有最直接的联系。

4. 公法奉行“国家或政府干预”的理念

公法奉行“国家或政府干预”的理念表现为:行政法主张政府对各项行政事务的领导和管管理;刑法对绝大多数犯罪行为适用国家追诉主义;经济法强调国家对市场经济活动的调节、控制和干预;诉讼程序中当事人申请撤诉须经法院同意等。这些现象都鲜明体现了公法中国家或政府干预的思想。由于公法具有浓厚的国家干预色彩,公法规范成为强行性规范。为了更好地贯彻国家或政府干预理念,法治实践中应解决好如下几个问题:干预的理由和根据;干预的范围和程度;干预的形式及目的等。

5. 公法以政治国家为作用空间

公法以政治国家为作用空间。公法是政治国家的法,私法是市民社会的法。国家之创设,就是为市民社会服务的,无市民社会,国家便无实质意义。将市民社会的法界定为私法,是为了防止按政治国家成员的标准来要求市民社会的人,就是要把民事活动与政治活动区别开来。政治国家与市民社会的分离是近代欧洲社会变迁的产物。市民社会的存在是西方法治社会存在的前提。黑格尔和马克思是现代市民社会思想的集大成者。

黑格尔认为,市民社会是由私人生活领域及其外部保障构成的整体。个人是市民社会活动的基础,从生产和交往中发展起来的社会组织在市民社会中占有重要地位。黑格尔理解的市民社会,实际上是在私有制(个人所有权)和分工的条件下生产和交换的体系;是在人人为我、我为人人的前提下,社会成员(市民)自利和互利的活动过程。

在马克思的市民社会思想中,市民社会是“私人利益的体系”或特殊的私人利益关系的总和,包括了处在政治国家之外的一切领域,市民社会实质上是一种“非政治性的社会”。马克思的市民社会理论强调市民社会是对私人活动领域的抽象,是与作为对公共领域的抽象的政治国家相对应的。随着社会利益分化为私人利益和公共利益两大相对独立的体系,整个社会就分裂为市民社会和政治国家两大领域。前者是特殊的私人利益关系的总和,后者则是普遍的公共利益关系的总和。

引例解析

在本案中,根据《联合国国际货物销售合同公约》规定,A公司交货时间仅迟延一天,不能构成“根本性违约”,所以,B公司如果以A公司迟延交货一天为由,则无权要求解除合同、拒收货物,只能要求A公司赔偿损失。但在该案中,合同规定交货期为6月10日,而提单上的装船日期为6月11日,是倒签提单。根据国际惯例,B公司一旦有证据证明提单上说明