

本书涵盖了国际商事法律各领域的主要内容，特加入了国际知识产权法的相关介绍。在具体内容的安排上，既有对一些主要国家相关制度的介绍，也有对相关国际条约基本内容的讲解。为便于教学对象理解和掌握教学内容，每个章节设置有“案例导入”、“温故知新”、“生活个案”、“知识链接”等多个栏目，具有助学性、生动性和实用性。

魏森 主编



国际商法

21世纪高等院校应用型法律系列规划教材



教育部直属师范大学
华中师范大学出版社

21 世纪高等院校应用型法律系列规划教材

国际商法

主 编：魏 森

副 主 编：李雅宁 王凌翔 文 杰 殷继国

编 者：（以姓氏笔画为序）

王凌翔	文 杰	匡国辉	吕靖烨
孙 勇	杨 静	杨春娇	李雅宁
何志红	张 炎	张中植	殷继国
潘德勇	戴 瑾	魏 森	

华中师范大学出版社

内 容 提 要

本书涵盖了国际商事法律各领域的主要内容,除了传统的国际商事组织法、代理法、合同法、货物买卖法、货物运输与保险法、贸易支付法、产品责任法以及国际商事争议解决制度外,还根据知识产权制度在国际商事交往中的地位日益重要这一事实,加入了国际知识产权法的相关内容。在具体内容的安排上,既有对一些主要国家相关制度的介绍,也有对相关国际条约基本内容的讲解。为便于教学对象理解和掌握教学内容,每个章节设置有“案例导入”、“温故知新”、“生活个案”、“知识链接”等多个栏目,并在每章后安排了适当数量的习题,具有助学性、生动性和实用性。

新出图证(鄂)字 10 号

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/魏森主编. —武汉:华中师范大学出版社,2010.7

(21 世纪高等院校应用型法律系列规划教材)

ISBN 978-7-5622-4286-4

I. 国… II. 魏… III. 国际商法—高等学校—教材 IV. D 996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 073090 号

国际商法

主编:魏森◎

责任编辑:谢 琴

编辑室:高校教材编辑室

出版发行:华中师范大学出版社

社址:湖北省武汉市珞喻路 152 号

电话:027—67863426(发行部) 027—67861321(邮购)

传真:027—67863291

网址:<http://www.ccnapress.com>

印刷:通山金地印务有限公司

字数:330 千字

开本:787mm×980mm 1/16

版次:2010 年 7 月第 1 版

印数:1—3000

责任校对:罗 艺

封面设计:罗明波

电话:027—67867364

邮编:430079

电子信箱:hscbs@public.wh.hb.cn

督印:章光琼

印张:16.25

印次:2010 年 7 月第 1 次印刷

定价:26.00 元

欢迎上网查询、购书

敬告读者:欢迎举报盗版,请打举报电话 027—67861321

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 国际商法概述	(1)
第二节 世界两大法系	(6)
第二章 商事组织法	(12)
第一节 商事组织的形式	(12)
第二节 合伙法律制度	(13)
第三节 公司法	(23)
第三章 代理法	(41)
第一节 代理法概述	(41)
第二节 代理法律关系	(48)
第三节 承担特别责任的代理人	(54)
第四节 国际代理法的统一	(55)
第四章 合同法	(58)
第一节 合同法概述	(58)
第二节 合同的成立与生效	(60)
第三节 合同的履行	(69)
第四节 合同的转让与终止	(74)
第五章 国际货物买卖法	(79)
第一节 国际货物买卖法概述	(79)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(87)
第三节 买卖双方的义务	(95)
第四节 货物所有权与风险的转移	(104)
第五节 国际货物买卖合同的法律适用	(113)

第六章 国际货物运输与保险法	(116)
第一节 国际货物运输法概述.....	(116)
第二节 国际海上货物运输概述.....	(117)
第三节 海运提单.....	(119)
第四节 租船运输合同.....	(136)
第五节 国际铁路与航空货物运输.....	(138)
第六节 国际货物运输保险法概述.....	(141)
第七节 海上货物运输保险.....	(145)
第八节 陆上与航空货物运输保险.....	(151)
第七章 国际贸易支付法	(155)
第一节 国际贸易支付法概述.....	(156)
第二节 国际贸易支付工具.....	(157)
第三节 国际贸易支付方式.....	(165)
第八章 产品责任法	(181)
第一节 产品责任法概述.....	(181)
第二节 世界主要国家的产品责任法.....	(182)
第三节 产品责任法的国际立法.....	(197)
第九章 国际知识产权法	(202)
第一节 知识产权概述.....	(203)
第二节 著作权法.....	(205)
第三节 专利法.....	(211)
第四节 商标法.....	(218)
第五节 国际许可协议.....	(225)
第十章 国际商事争议的解决	(236)
第一节 国际商事争议的解决概述.....	(237)
第二节 国际商事仲裁.....	(238)
第三节 国际商事诉讼.....	(245)
主要参考书目	(251)
后记	(254)

第一章 绪 论

【本章导入】

学习国际商法，首先需要了解“国际商法”与“商法”的关系。国际商法是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总称，其调整的是商法调整对象中具有国际因素的内容。国际商法的渊源虽然与商法的渊源有很多交叉，但前者的国际性特点更为明显。一项商事交易是否具有国际性，可能导致对其适用的法律规范不同。因此，在了解各种具体的国际商事法律规则之前，需要首先明确什么是国际商法。其次，由于国内法是国际商法的重要渊源之一，而英美法系和大陆法系不仅是当今世界两大主要法系，且两大法系的代表性国家的国内法对国际商法的产生和发展都具有很大影响，因此了解两大法系的主要特点及其在当代的发展趋势也是国际商法教学不可缺少的内容。

第一节 国际商法概述

一、国际商法的概念

所谓国际商法（International Business Law 或 International Commercial Law），是指调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总称。

国际商法，顾名思义，即内容具有国际性的商法。作为一门课程的国际商法与传统的商法课程在内容上难免有交叉。但总体而言，国际商法的研究对象具有更多的国际性，且其涉及的范围比传统的商法更为广泛。国际商法的“国际性”（International），是指其所调整的商事法律关系的诸要素中，至少有一项要素具有国际性。一项法律关系包括主体、客体和内容三项要素，一项商事关系要成为“国际”商事关系，上述三要素中至少有一个方面必须是跨越国界的。因此，如果存在下列情形之一，一项商事关系就具有“国际性”：①商事关系的主体，即个人、合伙企业、公司或者其他组织中的双方当事人国籍不同，或者双方当事人的营业地处于不同的国家。②商事关系的客体处于国外。此处的客体，包括有形物和无形物（如知识产权等）。③导致商事法律关系产生、

变更或消灭的法律事实具有跨国性。由此可见，国际商法的“国际性”，并非指某种商事关系发生在国家与国家之间，而是指这种商事关系具有跨国性（Transnational）。

传统上，国际商法所调整的是商法调整对象中具有国际因素的部分。联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）在起草《国际商事仲裁示范法》时，将“商事”交易解释为包括但不限于以下交易：任何提供或交换商品或劳务的贸易交易；销售协议；商事代表或代理；保付代理；租赁；咨询；设计；许可；投资；融资；银行业；保险；开采协议或特许权；合营或其他形式的商业合作；客货的航空、海洋、铁路或公路运输。可见国际商法的调整范围是十分广泛的。不仅如此，随着经济全球化趋势的日益深化和知识经济的发展，国际商法的调整范围有了进一步的扩张，最为典型的例证是，知识产权交易在国际商事交易中所占比重不断增加，而有关知识产权的国际立法也有了重大发展。

但作为一门课程的国际商法，不可能覆盖国际商事交往的各个方面和所有领域。本教材以国际商法的固有体系和国际商法课程教学的实践为依据，仅讲授以下国际商事交往的主要内容：① 绪论；② 商事组织法；③ 代理法；④ 合同法；⑤ 国际货物买卖法；⑥ 国际货物运输与保险法；⑦ 国际贸易支付法；⑧ 产品责任法；⑨ 国际知识产权法；⑩ 国际商事争议的解决。

二、国际商法的渊源

法的渊源（Sources of Law）一词可以在不同意义上使用，一是指法的起源，二是指法的各种具体表现形式。本书是在后一种意义上使用，即国际商法的渊源是指具有约束力的国际商事法律规范的各种表现形式。按照通说，国际商法的渊源主要包括国际商事条约、国际商事惯例、各国国内商事立法。此外，学说和示范法在一定范围内和一定条件下，也可能成为国际商法的渊源，尽管不是主要的渊源。

（一）国际商事条约

国际商事活动的最基本特征之一是其国际性，这种国际性的商事交往需要有相应的行为规则予以规范和调整。但世界各国的法律因为各种原因存在不同程度的差别，这种差别的存在可能增加交易的风险，同时也可能使交易结果具有更多的不确定性。尽管这种差别在短期内不可能完全消除，但国际社会还是作出了各种努力，在国际商事法律的统一方面取得了较多成果，即缔结了一系列规范国际商事活动的国际条约。

根据1969年《维也纳条约法公约》第2条第1款（甲）项，“称‘条约’者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协议，不论其载于一项单独文书或两项以上之单独文书内，亦不论其特定名称为何”。根据“条约必须信守”的国际法原则，条约对缔约国具有法律拘束力。缔约国通常会通过国内法程序将条约中的规定转化成国内法，并将这些规定适用于国际商事活动的当事人。尽管国际条约对非缔约国没有拘束力，但由于许多国际商事条约往往是对国际商事交往中已经形成的习惯做法的总结，或者因反映

了商品经济的一般规律而被认为是属于商业活动应该遵守的规范，因此即使是那些没有参加这些公约的国家，也往往会在国内法中不同程度地纳入国际商事条约的相关内容，从而使得相关国际商事条约（就其内容而言）的实际适用范围超越缔约国的范围，国际商事条约因而成为国际商法最为重要的法律渊源。

从 19 世纪 90 年代末以来，国际社会缔结了一系列有关国际商事活动的条约。尽管这些条约的参加国数量各不相同，但作为一个整体，国际商事条约对各国商事活动规则的统一发挥了重要的作用，使得商事法律规范的国际趋同化趋势不断加深。因调整对象的不同，国际商事条约可归为不同的类型，详见表 1-1。

表 1-1 主要国际商事条约一览表

调整国际代理关系的条约	
1	1983 年《国际货物销售代理公约》
调整国际货物买卖关系的条约	
1	1964 年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》
2	1964 年《关于国际货物买卖统一法公约》
3	1974 年《国际货物买卖时效期限公约》
4	1980 年《联合国国际货物销售合同公约》
5	1985 年《国际货物买卖合同法律适用公约》
调整国际货物运输关系的条约	
1	1924 年《统一提单的若干法律规则的国际公约》（海牙规则）
2	1968 年《关于修改统一提单的若干规则的国际公约的议定书》（维斯比规则）
3	1978 年《联合国海上货物运输公约》（汉堡规则）
4	1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》（华沙公约）
5	1955 年《修改华沙公约的议定书》（海牙议定书）
6	1961 年《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》（瓜达拉哈拉公约）
7	1961 年《关于铁路货物运输的国际公约》（国际货约）
8	1951 年《国际铁路货物联运协定》（国际货协）
9	1980 年《联合国国际货物多式联运公约》
调整国际票据关系的条约	
1	1930 年《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》

续表

2	1930 年《关于解决汇票和本票的若干法律冲突的日内瓦公约》
3	1931 年《关于统一支票法的日内瓦公约》
4	1931 年《关于解决支票的若干法律冲突的日内瓦公约》
5	1988 年《联合国国际汇票和本票公约》
调整产品责任的条约	
	1973 年《产品责任适用法律公约》(海牙公约)
调整国际知识产权关系的条约	
1	1883 年《保护工业产权巴黎公约》(巴黎公约)(1979 年第七次修订)
2	1891 年《商标国际注册马德里协定》(1979 年第七次修订)
3	1886 年《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(伯尔尼公约)(1971 年第七次修订)
4	1995 年《与贸易有关的知识产权协定》
调整国际民事诉讼和国际商事仲裁的条约	
1	1954 年《民事诉讼程序公约》
2	1958 年《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》
3	1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是国际商法的另一个重要渊源。国际商事实践中存在各种各样的习惯做法,但并不是所有的习惯做法都可以成为惯例并进而成为一种法律渊源的。作为一种法律渊源的商事惯例,是指在国际商事实践中经长期、反复运用而逐渐形成,并被各国商事主体所普遍遵守的不成文的习惯做法和规则。

国际商事惯例虽然被国际商事活动主体普遍遵守,但其本身并不是法律,并不当然具有法律约束力。国际商事惯例一般通过以下方式获得法律效力:一是有关国际条约明确赋予国际商事惯例以法律约束力。由此,国际商事惯例(通过国内立法程序的转化)对于参加该条约的国家的当事人就具有法律约束力。例如,《联合国国际货物销售合同公约》第9条规定:“(1) 双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有约束力。(2) 除非另有协议,双方当事人应视为默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知或理应知道的惯例,而这种惯例,在国际贸易上,已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。”二是国内立法者将某一具体商事惯例纳入法律,从而使商事惯例上升为法律。事实上,

国内商事立法中的很多具体规范最初就来自于商事惯例。三是国内立法一般性地规定, 凡与其强制性规范不相抵触的商事惯例可以作为法院处理相关商事案件的依据, 从而使国际商事惯例在实践中获得法律效力。例如, 我国《民法通则》在有关涉外民事关系法律适用的第 142 条第 3 款规定: “中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的, 可以适用国际惯例。”我国《合同法》也在第 125 条规定: “当事人对合同条款的理解有争议的, 应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则, 确定该条款的真实意思。”该条中的“交易习惯”虽然不完全等同于商事惯例, 但包括了商事惯例。由此可见, 除非国际商事活动主体在其商事活动中明确排除某一国际商事惯例的适用, 否则, 国际商事惯例即有可能对其产生法律拘束力。

如前所述, 国际商事惯例是商人们在其商事实践中经反复适用而逐步形成的, 因而大多数国际商事惯例本来是不成文的。但随着国际商事活动的日益丰富和复杂, 国际商事惯例成文化的现象也日益明显。一些重要的国际商事惯例已被编撰成文, 以便于对其做统一理解和适用。在国际商事惯例成文化的过程中, 国际商会 (International Chamber of Commerce, ICC) 所起的作用十分突出。其所编撰成文的国际商事惯例如《国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS, 经多次修订, 最新版为 INCOTERMS2000) 和《跟单信用证统一惯例》(UCP, 亦经多次修订, 最新版为 UCP600) 等, 已经获得世界上绝大多数国家和地区的承认和采用。此外, 国际法协会于 1932 年制定的《华沙—牛津规则》(Warsaw-Oxford Rules), 美国 1941 年的《修订对外贸易定义》等, 也对部分国家和地区的商事活动具有一定的影响。

(三) 各国国内法

国际条约和国际商事惯例是国际商法的两个主要渊源, 但仅有这两种渊源并不能满足对国际商事活动进行全面调整的需要。这是因为, 首先, 由于各国在政治、经济、文化、价值观方面的多元化和差异性, 相关的国际条约和国际商事惯例并不能得到所有国家和地区的一致认可和执行, 不少条约和惯例的适用范围较为狭小。其次, 国际商事活动具有丰富性和复杂性, 现有国际规范并未涉及国际商事活动的所有方面, 有些问题并不能在现有的国际条约和惯例的范围内得到有效解决。再次, 调整国际商事活动的条约和惯例的很多条款是任意性而非强制性的, 也就是说, 国际商事主体可以在其商事活动中明确排除这些条约和惯例的适用。上述因素的存在, 决定了国内商事立法中调整涉外商事活动的法律、法令、条例、规定、决议等规范性文件, 有可能通过当事人的自主选择或国际私法上冲突规范的指引等途径, 成为国际商法的一个重要渊源。但是, 由于国内商事立法的主体是主权国家, 国内商事立法是一国政府的单方行为, 因此其效力也仅及于该国主权管辖范围之内, 原则上不具有域外效力。

（四）学说

作为国际商法渊源之一的学说，是指研究国际商法的专家学者对有关国际商事法律制度的各种具体问题所做的理论探讨和提出的个人见解。由于学说本质上只是个人思想的表达，其并不具有法律约束力。但学说毕竟也是人类对法律的精神实质的一种理解，有些学说（尤其是权威学者的学说）可能在国际上具有广泛的影响力，得到了普遍的承认。因而，在司法实践中，如遇现有法律、惯例等无明文规定的情形，或遇有疑难时，研究国际商法的权威学者的学说也有可能例外地成为国际商法的渊源，为法官在审理具体案件时所援引并作为判决的依据。可见，学说成为国际商法的渊源必须借助于法官在具体案件中的采纳而得以实现，学说本身并不能自动成为国际商法的渊源。

（五）示范法

示范法通常是由国际组织（民间或官方）或者某一领域的专家起草、供各国立法机关在从事相关商事的国内立法时参考的行为规则。例如，联合国贸易法委员会 1985 年制定的《国际商事仲裁示范法》，就是示范法的一个成功的例子。此外，国际统一私法协会于 1994 年制定的《国际商事合同通则》，尽管没有使用示范法的名称，但仍具有示范法的性质。

国际组织或专家起草示范法的目的在于尽量协调和统一各国有关法律，减少各国法律间的冲突。但由于示范法不是由主权国家共同参与起草的，所以它对主权国家和国际商事主体都不具有当然的法律约束力。各主权国家是否采纳，可以自行决定。即使主权国家决定采纳，也可以结合本国实际情况对其进行修改。国际商事主体也可自行决定是否将某一示范法作为调整其商事活动的准据法。因此，示范法只有通过国内立法者或国际商事活动主体的采纳，才能成为国际商法的渊源。



温故知新

下列选项中，哪一（些）选项是正确的？（ ）

- A. 国际商法所调整的国际商事法律关系的主体，其国籍有可能相同
- B. 国际商事条约缔约国的当事人不得通过约定排除条约任何条款的适用
- C. 国际商事惯例对国际商事主体具有当然的法律约束力
- D. 示范法只有通过主权国家采纳，才可能对国际商事主体产生约束力

答案：A

第二节 世界两大法系

世界两大法系即大陆法系和英美法系。两大法系是西方国家法制长期发展的结果。

学习国际商法之所以要了解世界两大法系，是因为这两大法系对世界各国法律制度，尤其是对国际商事法律制度具有深远的影响。例如，在《联合国国际货物销售合同公约》中，我们可以在多处条文中看到美国《统一商法典》的影子，同时也可看到大陆法系国家的立场对公约的最终文本产生的影响。

一、大陆法系

（一）概述

大陆法系又称罗马法系、民法法系，是指以罗马法为基础，以法国民法典和德国民法典为主要代表的法律体系的总称。

大陆法系形成于 13 世纪的西欧。大约从公元 8 世纪末起，随着西罗马帝国的瓦解，西欧重新回到以自给自足为主要特征的自然经济社会，商品经济的发展受到遏制。“商品生产者社会的第一个世界性法律”——罗马法也随着西罗马帝国的灭亡而逐步走向衰落，取而代之的是由分散的日耳曼部落所创制的地方性法律。数百年后，随着城市和商业活动的逐步复兴，资本主义生产关系在西欧得到稳步发展，建立一个统一的普遍适用的法律以替代分散的日耳曼地方法，成为社会发展的必然需要。18、19 世纪以后，随着资产阶级革命在西欧各国先后完成，大陆法系得以最终形成，其中以 1804 年《法国民法典》和 1896 年《德国民法典》最为典型。这两个法典虽然都产生于 19 世纪，但相隔近百年，分别代表了两个不同的历史时期——自由资本主义时期和垄断资本主义时期，而且语言风格和结构各异。《法国民法典》强调个人主义，反映了自由资本主义时期社会经济的特点；《德国民法典》则标榜社会利益，是垄断资本主义时期民法的典型。但两部法典的共同特点都是以成文法典的形式对资本主义民事法律关系作出明确的规定。其他的欧洲国家，如瑞士、意大利、荷兰、西班牙、葡萄牙、丹麦、比利时、芬兰、瑞典等国家均属于大陆法系。此外，包括拉丁美洲、非洲的一些国家，以及日本、越南、泰国，还有一些英美法系国家的个别地区，如路易斯安那州（美国）、魁北克省（加拿大）、苏格兰（英国）等分别以《法国民法典》和《德国民法典》为蓝本建立法律体系，大陆法系也因此分为法国法系和德国法系两个分支。

（二）大陆法系的主要特点

大陆法系的主要特点大致可归纳为如下几点：

第一，法律的成文化。大陆法系各国普遍注重法典编撰，法律的成文化或者说法典化在大陆法系各国是一种普遍现象。相应的，大陆法系各国的法律渊源也以成文法为主，习惯、判例和学说虽然在一定程度上也被承认为法律的渊源，但各国对此在态度上存在差异。对于习惯，多数大陆法系国家承认其在法律渊源中具有一定的地位，而判例则不被认为是一类法律渊源（但至少在理论上如此）。一项判决只对其所针对的案件有效，对此后的同类案件并没有拘束力。但对于最高法院或宪法法院作出的关于宪法的判

决,一些国家规定其有法律拘束力,如德国、瑞士、阿根廷、哥伦比亚等。学理在大陆法系国家一般不能成为法的渊源。但学理对立法和执法都可能产生重要影响,这在各国是一种共同现象。

第二,公私法分野明确。大陆法系各国不仅在法律的具体内容上对罗马法有很多继承,而且罗马法学家乌尔比安关于公私法划分的理论也对大陆法系各国产生了深远影响,以致我们至今仍可看到这样一种普遍现象,即大陆法系各国的法律几乎无例外地被分为公法和私法两大部类。尽管在法律发展的进程中,公私法交融的现象已经出现,但公私法分离的总体局面并未改变。在公私分立的基础上,公法被分为宪法、刑法、行政法、诉讼法等法律部门;私法被分为民法、商法等。

第三,诉讼上以职权制为主。在诉讼中,大陆法系的各国法院相对更重视法官的作用,整个诉讼过程在法官的主导下进行。尽管诉讼也需按程序进行,但大陆法系国家更重视实体法,程序法只是实体法得以实施的工具。法官对具体案件的审理,原则上也只是对既有成文法的运用,而不是通过判例创制法律。

第四,法院组织层次基本相同。除部分国家有宪法法院,部分国家没有宪法法院(但可能由最高法院行使相当于宪法法院的职能)外,大陆法系各国法院系统一般由普通法院和专门法院组成,但在法院的审级上可能存在差异。如普通法院有三级三审制和四级三审制,专门法院的种类和数量也可能各不相同。

第五,法律推理上以演绎法为主。与大陆法系以成文法为主的特点相对应,大陆法系法院审理案件也是从成文法的既有规定出发,将法律的普遍规则运用于各种具体案件,而不是通过对具体案件的判决归纳出具有普遍适用性的规则。这种在法律推理上以演绎法为主的特点,在法学研究和法学教学上也有所反映。

二、英美法系

(一) 概述

英美法系又称普通法系、判例法系,是指在英国普通法的基础上形成和发展起来的各法律体系的总称。由于美国法虽然在早期也主要来源于英国法,但因其自身的发展也具有相对的独立性,并和英国法一起对世界上很多国家的法律产生影响,因而所谓普通法系、判例法系通常更多地被称为英美法系。属于英美法系的大多是英国的前殖民地、附属国或受其占领时间较长的国家或者地区,除英国(苏格兰除外)和美国(路易斯安那州除外)自身外,其成员主要包括:加拿大(魁北克省除外)、爱尔兰、澳大利亚、新西兰、印度、马来西亚、新加坡、斯里兰卡、巴基斯坦、冈比亚、尼日利亚、加纳、肯尼亚、乌干达、赞比亚以及中国香港地区等。还有一些本属大陆法系的国家或地区,因受英美法系影响较深,从而形成一种兼具大陆法系和英美法系特色的法律体系,如南非、菲律宾等。

（二）英美法系的主要特点

与大陆法系相比，英美法系主要表现出以下特点：

第一，法律渊源以判例为主。英美法系与大陆法系的一个传统区别是，前者的法律渊源以判例法为主，而后者则以成文法为主。尽管在英美法系国家成文立法在当代已越来越多，但判例仍是最主要的法律渊源，尤其是在民商事领域，这些判例数量众多。而对于美国而言，由于美国有联邦法和州法，法院系统也有联邦法院和州法院，不同法院作出的判例的效力也不同，其判例系统更为复杂。要了解英美法系，就必须了解英美法系国家的判例。

第二，没有严格区分公私法。大陆法系国家一般将公法和私法加以区分，并有界限分明的法律部门的划分，如民法、行政法、刑法、诉讼法等。英美法系既没有公私法的区分，法律部门的划分也不如大陆法系国家严格。法律的系统性也不强，通常是社会生活产生了什么样的需要就制定什么样的法律，或变更既有的法律以适应新的社会现实。但英国有大陆法系所没有的普通法和衡平法的划分，普通法和衡平法都以判例为主要渊源。

第三，诉讼上以对抗制为主。与大陆法系以职权制为主的诉讼制度不同，英美法系在诉讼制度上以对抗制为主。在英美法系，程序法受到更多的重视，法官作为中立的裁判者的角色更加突出，当事人在诉讼过程中的主导作用更大。

第四，法律推理上以归纳法为主。这一特点与英美法系以判例为主要法律渊源的特点是一致的。英美法系的法律规则最初大多是通过判例而逐步确立、不断完善的，在民商事领域尤其如此。法院审理案件往往不是从抽象的法律原则和规则出发，而是对案件的特定事实加以分析，然后寻找可以适用于该特定案件的先例，案件的特定事实对诉讼结果往往具有决定性的影响。在法学教育中，这种以归纳法为主的法律思维方式表现为绝大部分法学教材以判例为基本素材。

第五，法官在法律发展中处于重要地位。在大陆法系，由于存在大量的制定法，判例并非法律渊源，法官在案件审理过程中通常只是将现成的法律适用于具体的案件，法官创造性地解释法律的余地并不大。但在英美法系，判例法是主要的法律渊源，法官在无先例可循时可以创制判例，在有先例时也可以通过案件事实的区别，对既有判例所确立的规则进行扩大或者限制解释，从而发展或改变先例。可见，英美法系的法官在很大程度上实际上扮演着立法者的角色。法官创设新的判例或者改变既有判例的过程实际上也是立法过程，因而法官对法律的发展起着举足轻重的作用。英美法系法官的这一特殊地位使其对法官的素质要求非常高。

此外，与英美法系上普通法和衡平法的分类相适应，英国的法院系统在早期也有普通法院和衡平法院两套组织，尽管随着 19 世纪以来的一系列法院改革，法院系统已经统一，但仍较为复杂。而美国也有联邦法院和州法院两套系统，也较大陆法系复杂。

以上只是英美法系的一般特点。英美法系各国法律虽然深受英美两国法律的影响,但在其法律发展的过程中,也形成了各自的特点。即使是英美两国,其法律的特点也并不完全相同。

三、两大法系的逐步趋同

任何法律制度及其表现形式都是一定历史时期社会生活的反映。尽管可能具有一定的滞后性,法律制度及其表现形式仍必须随着社会生活的发展变化而发生相应的变动。作为世界上两个主要法系,大陆法系和英美法系可谓个性鲜明。但是,随着时代和社会的发展,这种鲜明的个性在当代有越来越淡化的趋势,两大法系正在逐步趋同。导致这一现象出现的根本原因是,两大法系各自的传统尽管各有其优点,但也都存在不足,严格坚守传统、一成不变已不能适应当代的社会生活。因此可以说,两大法系的逐步趋同乃是社会生活的发展变化使然。

两大法系的逐步趋同主要表现在以下几方面:

(一) 判例在大陆法系的地位不断提高

传统上,判例是英美法系的主要法律渊源;大陆法系的法律渊源则一直以成文法为主,判例被排除在法律渊源之外。大陆法系法官在案件的审理中多数情况下只需将案件事实与法律的成文规定对号入座即可。成文法明确、稳定的特点给法官审理案件带来很大方便,使案件结果具有更强的可预见性。但与其优点相对应,成文法的缺点也不容否认。这些缺点主要表现在,面对复杂多变的社会生活,成文法不仅难免挂一漏万,而且因其相对稳定性而常常落后于现实生活。为克服成文法的这些缺陷,判例在大陆法系的地位正逐步提高。其主要表现是高级别的法院(主要是最高法院)作出的判决,下级法院在遇到类似案件时常常会自动效仿,从而使得判例的效力在客观上越来越接近英美法系的判例。

但判例在大陆法系地位的提高并不意味着大陆法系出现了“判例法”,或者判例已经成为一种正式的法律渊源(部分国家有关宪法的判例除外)。从法律角度看,判例在大陆法系国家迄今仍然不是一种法律渊源,不具有法律拘束力,这与英美法系判例的地位不可同日而语。

判例法律地位的提高在我国也有体现。在我国,《最高人民法院公报》所公布的案例,尽管并非都是由最高人民法院判决的,但这些判决都得到最高人民法院的认可,其对各级法院的实际约束力是显而易见的。

(二) 成文法在英美法系日益发达

与判例在大陆法系国家地位的提高相呼应,成文法在英美法系国家也日益发达。实际上,英美法系的法律渊源虽以判例为主,但并非没有成文法,只是在早期其成文法相对大陆法系而言数量较少,且体系性不强。例如,就商法领域而言,英国早在1882年就制定了成文的《汇票法》,1893年制定了《货物买卖法》,1906年制定了《海上保险

法》。而在美国,由于其早期受到法国法的影响,成文法的作用比在英国更为突出。不仅如此,由于美国联邦和各州都有立法权,随着不同部门制定的成文法越来越多,法律混乱的局面也日益加重。为改变这一状况,美国 1926 年颁布了具有法律汇编性质的《美国法典》(United States Code),并定期修订,定期公布。在商法领域,由美国统一州法委员会和美国法律协会于 20 世纪 50 年代共同拟订并向各州推荐使用的美国《统一商法典》(Uniform Commercial Code),不仅已被除路易斯安那州以外的 49 个州采用,而且在国际上也具有重要影响。由此可见,成文法数量的多少在当代已不再是区分英美法系和大陆法系的一个重要标志。不过,尽管成文法在英美法系国家占有越来越重要的地位,判例仍然是其主要的法律渊源。

(三) 两大法系相互影响的现象日益明显

进入 20 世纪以后,两大法系不仅在法律渊源方面日益接近,而且在内容上相互影响的现象也日益明显。例如,一方面,美国的反托拉斯法、产品责任法等,对法、德等国相关立法影响深远。美国《统一商法典》也因其对《联合国国际货物销售合同公约》的影响而间接影响了大陆法系各国的相关立法。另一方面,大陆法系的一些法律规则也通过欧盟法而对作为英美法系典型代表的英国法产生重大影响。随着商事领域国际条约数量的增加,尤其是随着世界贸易组织的诞生,两大法系向共同规则靠拢的趋势还会进一步加强,在商法领域尤其如此。但由于两者在法律传统、思维定式等方面存在根深蒂固的差异,两大法系离完全融合还很遥远。

温故知新

下列选项中,哪一(些)选项是正确的?()

- A. 英美法系国家都存在普通法和衡平法
- B. 区分公法和私法是大陆法系的一个重要特征
- C. 区分英美法系和大陆法系的一个重要标志是判例在法律渊源体系中所处的地位
- D. 世界贸易组织建立后,两大法系已很难区分,在商法领域尤其如此

答案:BC

本章习题

一、名词解释

国际商法 大陆法系 英美法系

二、思考题

1. 国际商法的渊源有哪些?
2. 大陆法系和英美法系有哪些区别?

第二章 商事组织法

【案例导入】

英国制靴匠萨洛蒙于1892年将其靴店改组注册为有限公司。依照公司章程规定,该公司的资产全部折为股本,萨洛蒙本人持股20001镑,其妻子、女儿和4个儿子各持股1镑,总计20007镑,另向萨洛蒙发行抵押担保公司债10000镑。后该公司因经营失败而清算,公司总资产仅值6000镑,而对其他债权人的负债就高达7000镑。该案历经数审,均判决公司资产全部清偿给其他债权人,萨洛蒙不服,上诉至英国上议院^①。问:(1)萨洛蒙有限公司是与萨洛蒙相同的主体还是独立的另一个主体?(2)萨洛蒙对萨洛蒙有限公司的债权是否成立,能否得到优先清偿?

思考提示:本案涉及事实一人公司与其股东的人格是否相互独立的问题。英国当时规定有限公司须有7人以上股东组成,萨洛蒙有限公司在形式上符合这一条件,但萨洛蒙一人持股比例超过99%,公司其余股东均为萨洛蒙的家庭成员,且有的尚未成年,有的并无经济来源,每人仅持有一股,显然是作为名义股东以凑足公司法定最低人数而加入的,但本案没有发现虚假注册或者抽逃出资等情节。根据英国成文公司法的规定,公司已经设立,即取得法人资格。从法律上讲,该公司注册成立后,即具有独立于萨洛蒙的主体资格,而萨洛蒙既是公司股东,又是附担保公司债的债权人。萨洛蒙应优先于其他债权人受到清偿。

第一节 商事组织的形式

商事组织亦称“商事企业”,是指能够以自己的名义从事营利性活动,并具有一定规模的经济组织。商事组织有各种各样的组织形式,不同种类的商事组织的法律地位、设立的程序、投资者的利润与责任、资金的筹措、管理权分配、税收等方面均有很大的不同。所以,选择适当的商事组织形式,对于企业的发展以及投资者期望的实现有着重

^① 吴建斌、肖冰、彭岳:《国际商法》,高等教育出版社2007年版,第32页。