

G 高职高专“十二五”应用型法律规划教材

国际商法原理 与案例教程

辛文琦 / 主编



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

高职高专“十二五”应用型法律规划教材

国际商法原理与 案例教程

主 编 辛文琦

副主编 王 莉 孙玉凤 冯 伟

撰稿人 辛文琦 王 莉 孙玉凤

冯 伟 李 婧 李 津

对外经济贸易大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法原理与案例教程 / 辛文琦主编. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2009

高职高专“十二五”应用型法律规划教材

ISBN 978-7-81134-338-0

I. 国… II. 辛… III. 国际商法 - 高等学校: 技术学校 - 教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 023740 号

© 2009 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

国际商法原理与案例教程

辛文琦 主编

责任编辑: 王 煜

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

北京市山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 185mm × 260mm 14.75 印张 346 千字

2009 年 3 月北京第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-338-0

印数: 0 001 - 5 000 册 定价: 23.00 元

前言

《国际商法》是一门既注重理论研究又具有很强的实践意义的课程。目前国内《国际商法》教材版本很多。本教材力求在《国际商法》的实用价值上做出突破。因为本教材的读者是高职高专学生，这必然要求这本教材要突出实用性，而非单纯的理论研究。鉴于此，作者希望教材具备以下特色：

第一，以国际贸易交易活动作为主线，构建本书知识体系。除第一章外，其他章节以国际买卖行为为主体，从合同主体、合同商定，到合同履行，以及合同履行当中涉及到的各个环节，以这些内容作为知识串联的主线。

第二，重在培养提高学生的实践能力。本书以案例作导入，以案例引出问题与思考，以案例作为理论的应用与印证，并在案例分析中帮助读者提高分析问题、解决问题的能力。

第三，本书注重举一反三，不拘泥于理论本身，利于读者活学活用。

本书共设十章。每章由学习目标、导入案例、主要内容、本章小结等内容组成。另外本书将专门编写配套训练教材，帮助读者增加学习兴趣，巩固所学知识。

本书由天津对外经济贸易职业学院辛文琦副教授任主编，王莉、孙玉凤、冯凤任副主编。各章编写分工如下：辛文琦编写第三章，王莉编写第九章，孙玉凤编写第五章、第六章，冯伟编写第二章、第七章，李津编写第一章、第十章，李婧编写第四章、第八章。全书最后由辛文琦副教授统稿定稿。

在本书编写过程中，参考和吸收了大量国内外学者的研究成果，在此表示诚挚谢意。由于作者学时水平的局限，书中必有不当之处，恳请专家、学者和广大读者批评指教。

编者

2009年2月

目 录

第一章 国际商法概述	(1)
第一节 国际商法的历史	(1)
第二节 国际商法的渊源	(3)
第三节 两大法系简介	(5)
关键术语	(11)
本章小结	(11)
自测题	(11)
第二章 公司法	(13)
第一节 公司法概述	(14)
第二节 有限责任公司	(18)
第三节 股份有限公司	(26)
第四节 公司的变更、解散和清算	(32)
关键术语	(34)
本章小结	(34)
自测题	(34)
第三章 国际商事合同法	(37)
第一节 国际商事合同法概述	(38)
第二节 国际商事合同的订立	(39)
第三节 国际商事合同的成立、变更与转让	(45)
第四节 国际商事合同的履行与消灭	(51)
第五节 国际商事合同违约及其救济措施	(54)
关键术语	(57)
本章小结	(58)
自测题	(58)
第四章 买卖法	(61)
第一节 有关货物买卖的国内立法、国际条约与国际贸易惯例	(62)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(66)
第三节 国际货物买卖合同中买卖双方的主要义务	(70)

2 国际商法原理与案例教程

第四节 对违反买卖合同的补救方法	(73)
第五节 货物所有权与风险的转移	(79)
关键术语	(82)
本章小结	(82)
自测题	(82)
第五章 产品责任法	(86)
第一节 产品责任法概论	(87)
第二节 美国产品责任法	(95)
第三节 欧洲国家的产品责任法	(110)
第四节 我国的产品责任法	(112)
关键术语	(115)
本章小结	(115)
自测题	(115)
第六章 代理法	(119)
第一节 代理法概述	(120)
第二节 代理权的产生与代理关系的终止	(122)
第三节 代理的法律关系	(127)
第四节 承担特别责任的代理人	(133)
第五节 中国的代理法与外贸代理制	(135)
关键术语	(139)
本章小结	(139)
自测题	(140)
第七章 工业产权法	(143)
第一节 工业产权法概述	(144)
第二节 专利法	(147)
第三节 商标法	(155)
关键术语	(162)
本章小结	(162)
自测题	(163)
第八章 国际投资法	(166)
第一节 国际投资法概述	(167)
第二节 国际直接投资的形式	(168)
第三节 海外投资保证制度	(172)
第四节 保护投资的国际法律制度	(176)

关键术语	(181)
本章小结	(181)
自测题	(181)
第九章 国际货物运输与保险法	(184)
第一节 国际海上货物运输合同	(186)
第二节 国际多式联运合同	(191)
第三节 其他运输单据	(191)
第四节 海上保险法	(193)
关键术语	(206)
本章小结	(207)
自测题	(207)
第十章 国际商事仲裁法	(210)
第一节 国际商事仲裁概述	(211)
第二节 国际商事仲裁协议	(214)
第三节 国际商事仲裁的程序	(218)
第四节 国际主要商事仲裁机构及其规则	(223)
关键术语	(224)
本章小结	(224)
自测题	(225)
参考书目	(227)

第一章

国际商法概述

学习目标

● 知识要点：

1. 了解国际商法的历史和渊源
2. 掌握国际商法的概念和特征
3. 熟悉两大法系的结构和特点

● 技能目标：

掌握国际商法在国际商事实践中形成和发展的规律；理解两大法系的区别和特点，并根据不同情况选择适用具体法律规则。

第一节 国际商法的历史

一、国际商法的概念

国际商法（International Business Law）是调整跨越国界的商事关系的各种法律规范的总称。

国际商法中的“国际”一词意味跨越国界。这种国际性既包括商事主体的国际性，也包括商事行为的国际性，商事主体的国际性是指作为国际商事主体的不同国家的公司、企业或个人的营业地跨越国界，商事行为的国际性是指商事主体所从事的营业行为跨越国界。

什么叫商法？世界各国法学著作中有不同的表述。通常认为商法就是调整商事交易的法律规范，而国际商法就是调整国际商事关系的法律规范。随着国际经济贸易的快速发展，国际商法的调整范围比以往更为广泛，它不仅指国际货物买卖及有关的行为，还包括国际技术转让、国际工程承包、国际租赁、国际投资、国际信贷等等。由于篇幅有限本书只选择了最为基本的国际商法领域予以研究和阐述，主要介绍的内容包括：

1. 国际商法的基础和核心：国际商事合同法、国际商事代理法。国际商事交易是通过订立各种商事合同实现的，研究国际商法应首先从合同入手。随着国际商事交易规模的扩大和复杂化使代理成为商事交易中必不可缺的活动。在商事主体中也已经将代理商包括在内，代理商以商人的身份出现于市场，代理法自然成为国际商法的重要组成

部分。

2. 直接调整国际商事行为的法律规范：国际货物买卖法、票据法、电子商务法。
3. 有关管理国际商事行为的法律规范：国际商事组织法、海上运输法、海上运输与保险法、产品责任法。
4. 处理国际商事争议的法律规范：国际商事仲裁。

二、国际商法的历史

国际商法经历了“国际性—国内法—国际性”的发展过程，但前后的“国际性”却有着实质的区别。

早在古罗马法中就已出现了调整商事关系的法律，也有些学者认为公元前 15 世纪的《赫梯法典》中关于商品价格管理的规定，以及古希腊时期的罗得法即是古代商法的最初形式，但今天普遍认为近代欧洲各国的商法主要源于中世纪形成的商人习惯法。这种看法有着深厚的社会根源。11 世纪时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。随后，贸易逐步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，与这种繁荣的发展形成鲜明的对比：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（*Merchane Guid*）。这种商人自治组织制订和编撰习惯规则，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盈利、迅捷的特点，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。因而，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。

16 世纪后，欧洲一些国家封建割据势力衰弱，形成统一的民族国家，相应地，一些封建法和寺院法被废弃，国家统治阶级开始注意对商事的立法，行使立法权，把商人习惯法变成国内法，从而使商法失去了它原有的国际性。但严格地说，欧洲各国早期的商事成文法实质上仅仅是对中世纪商人习惯法的一种确认。法国于 1807 年制订了著名的商法典，德国和日本分别于 1897 年和 1899 年制订了独立的商法典。19 世纪，出于商业上的需要，英美等国还制订了一系列商事方面的单行法规，如 1893 年英国的《货物买卖法》，1906 年美国的《统一买卖法》。

第二次世界大战后，特别是 20 世纪 60 年代以后，各国之间的经济联系日益密切，客观上要求建立统一的国际商事法律，许多国际组织也都在积极从事研究和制订统一的国际商法的工作。这样，商法进入了一个新的发展阶段，最主要的特点是恢复了商法的国际性和统一性。自 20 世纪以来，一些国际组织发起了国际商事统一立法运动。其中最有影响的是国际贸易法委员会和国际商会。由联合国国际贸易法委员会负责起草的国际贸易统一法的文件有：1974 年《国际货物买卖时效公约》，1978 年《联合国海上货物运输公约》（汉堡规则），1980 年《联合国国际货物销售合同公约》等。国际商会在统一国际商业惯例方面起着重要的作用，由它负责制订的国际贸易惯例有：《国际贸易

术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》等。

第二节 国际商法的渊源

法的渊源有多种含义，中外比较一致的看法是指法的创制来源和效力来源，国际商法的渊源，除有条件的“条约优先适用”原则之外，其地位和效力等级并不明确，因此国际商法的渊源通常只是指其创制渊源。主要有国际法渊源和国内法渊源两个方面。

一、国际商法的国际法渊源

国际商法的国际法渊源又可以分为国际商事条约、公约和国际商事惯例两个方面。

（一）国际商事条约或公约

国际条约是两个或两个以上的国家或国际组织共同缔结的确定其相互关系中权利义务的各种协议。国际条约或公约是国际法的重要渊源和基本表现形式。

随着国际贸易和涉外商事活动的发展，各国商事主体之间的商事交往日趋频繁与多样化，而各国的国内商事立法又存在着诸多的不一致甚至相互冲突之处，不足以调整日益复杂的国际商事关系，给涉外商事活动的法律选择乃至商事活动的发展造成障碍。为进一步统一国际商事活动的规范，解决涉外商事纠纷，各国商事主体均要求本国政府代表他们签署有关的国际商事条约，使国际商事条约或公约发展成为最重要的国际商法渊源。国际商事条约或公约有两个以上的国家签署的多边条约，有两个国家参加的双边条约，也有只在区域范围内生效的区域性条约。其中，对国际商法的形成和统一作用最大的是参加国众多的多边国际商事公约。然而，即便是多边的国际商事公约，其法律拘束力也难以及于全球每一个国家和地区，而只能及于参加国及其商事活动的当事人。因为迄今为止还没有一个单项国际公约是全球所有国家都参加的，而且，任何一项单项国际公约都不像 WTO 多边协议那样是“一揽子”协议，各国可以参加，可以不参加，也可以参加但保留某些条款。但是，国际条约、公约一旦被参加国的立法机关接受并批准，将纳入该国的法律体系；而且当该国所缔结或参加的国际条约与国内相关法律相冲突时，除声明保留者外，有义务优先适用条约的规定。这就是国际公认的“条约优先适用”的原则。

（二）国际商事惯例

国际商事惯例是在长期反复的国际商事交往实践中逐步形成并得到各国普遍承认或遵守的商事活动的习惯做法，由此成为公认的国际商事原则或规则。

对国际商事活动有约束力的国际商事惯例，必须具备三个构成要件：

1. 该习惯做法或规则应当具有确定性的内容，也就是说有明确的商事主体的权利和义务规定。例如，在 FOB 这一贸易术语中，由卖方办理出口清关手续，承担货物越过装运港船舷以前的一切费用和 risk，在约定的装运期和装运港把货物装到买方指定的船上，向买方提交约定的各种单证等等，这些卖方的基本义务就是确定的；同时，买方承担货物越过船舷时起的各种费用和 risk，按合同约定付款赎单等买方的基本义务，也是明确的。相反，没有当事人的具体确定的权利和义务，是不能构成国际商事惯

例的。

2. 已经被各国当事人在长期的商事交往中反复使用。如果只是一两个国家和少数当事人约定的规则，或者是刚刚采用，尚未推广的新规则，当然谈不上所谓“惯例”。

3. 为各国普遍承认，接受并遵守，成为一种“通例”。国际商事惯例的形成并非由某个立法机关制定，也不是由两个或两个以上的国家缔结，而是在商事活动中由各国当事人自发地约定、采用而形成，所以从本质上讲，国际惯例包括商事惯例并不是法律。但是，当某一习惯做法被各国普遍接受，承认和遵守时，该惯例就具有了相当于法律的拘束力。国际商事惯例的法律化通常有两种情形：其一，当一个国际商事惯例被某个国际公约、条约或某国国内立法、判例接受时，它就对有关国家及其当事人产生了法律拘束力；其二，当国际商事活动的当事人自愿采用某项商事惯例时，它就对合同的双方当事人产生了法律拘束力。

国际商事惯例在最初形成时往往是以不成文的约定俗成的形式出现的，不同国家和地区对同一个惯例在解释和适用上往往不一致，对国际商事活动和国际贸易的开展带来诸多不便。为此，一些国际组织相继将一些重要的国际商事惯例编纂成文，使国际商事惯例得到不断的修改、完善和统一，在国际商事交往中发挥着越来越重要的作用。目前，较有代表性的国际商事惯例有：国际法协会制订的《1932年华沙—牛津规则》、国际商会制订的《1990年国际贸易术语解释通则》和《1978年托收统一规则》、国际统一私法协会1994年制订的《国际商事合同通则》、国际商会1993年制订的《跟单信用证统一惯例》、国际海事协会制订的《1974年约克·安特卫普规则》等等。这些商事惯例已得到世界上大多数国家和地区的承认和接受，我国在对外贸易和商事活动中也已广泛地采用了上述国际商事惯例，并在一般场合下承诺遵守包括国际商事惯例在内的国际惯例。

二、国际商法的国内法渊源

国际商法的国内法渊源，指的是各国规范，调整涉外商事活动及其关系的成文法和判例。

国际商法既然属于国际法范畴，为什么各国国内法也是其来源或组成部分呢？这是因为：

第一，尽管各国承认，接受了大量的国际商事惯例，尤其是参加了大量的国际商事条约，但是，由于各自不同的传统习惯和不同的利益所在，至今，仍有不少的国际商事惯例和国际商事条约尚未被一些国家所认可或参加，有的国家虽然加入了某一条约，却对其中某些条款提出保留。如我国于1986年12月向联合国秘书长递交了加入《联合国国际货物销售合同公约》的核准书，该公约于1988年1月对我国正式生效；但我国同时保留了该公约的第一条第一款的B项和其他有关条款；其中，在涉外商事合同的形式上，我国没有采纳该公约奉行的和国际上通行的合同形式自由的主张，仍坚持当时《中华人民共和国涉外经济合同法》规定的必须采用书面形式的规则。可见，同国际商事活动和国际商事关系相比较，国际商事惯例和国际商事条约适用的广泛性打了很大的折扣。在发生了有关的涉外商事关系却没有参加有关国际条约或有所保留的情况下，拿

什么去规范有关的国际商事活动,如何去解决有关的涉外商事纠纷,只有借助于有关国家的有关民商法和判例。第二,现有的国际商事条约和惯例,还远不能囊括国际商事活动中各领域的一切问题,各国仍在许多商事领域中保留了立法权。在没有国际法渊源可供遵循的情况下,处理国际商事问题和争议,就不能不适用有关国家的民商法或判例。当然,解决国际商事问题究竟适用哪一个国家的法律,有一个法律的选择和适用问题,或者依当事人的约定,或者适用与当事人关系密切的国家的法律;但是,根据国际私法中的冲突规则,处理国际商事纠纷的准据法往往是一个特定国家的国内法。既然各国的涉外民商法也构成国际商法渊源,那么,从理论上讲,各国的国内法或判例,凡是能够约束涉外商事活动的,都可以成为国际商法的组成部分。需要说明的是,某些国内法不一定要有“涉外”字样,也同样可以调整涉外商事关系。因为在世界经济一体化的进程中,越来越多的商事活动要涉外或跨国进行,而且在国内对于不同国籍的商事主体越来越通行非歧视原则;一国的法律,对于本国的公民、法人和对于同本国发生关系的外国的商事主体实施同等的规范和约束。例如,我国过去调整商事合同关系的法律,除了《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国技术合同法》之外,还立有专门的《中华人民共和国涉外经济合同法》。从1999年起,上述三个合同法被统一的《中华人民共和国合同法》所取代。这一统一的合同法虽然没有“涉外”字样,但其所约束的合同当事人,不仅包括中国的公民、法人和其他组织,而且包括外国的公民、法人和其他组织,该法所调整的合同关系自然也包括涉外合同关系,从而成为国际商法的组成部分。

当然,在国际商法的国内法渊源上,人们的主观视角会有所不同,不同的国家及其相关人员都不可避免地会站在自己国家的立场或角度,首先将自己国内调整涉外商事关系的法律和判例作为重要的国际商法渊源。作为中国的学生或商事主体,在学习国际商法时当然要着重掌握中国有关调整商事关系的法律原则和规范。但是,不可否认的是,一些市场经济发达国家的民商法,不仅本身在国际商事关系的处理中被经常地和大量地适用,而且对国际商事条约的形成和国际商法的统一影响巨大。尤其是西方两大法系,即大陆法系和英美法系的民商法和判例,被公认为国际商法的主要渊源。对此,我们应给予高度重视。

第三节 两大法系简介

法系是按各国法律的历史传统、源流关系和特征对各国法律进行的分类;凡是具有一定特点的某国法律同承袭或仿效这一法律而形成的具有类似特征的其他国家的法律,均可以归为同一个法系。目前,对于法系的划分虽然有不同的主张,但有一个基本共识:在现存的各国法律制度中,大陆法系和英美法系对各国法律制度的建立和对国际商法的形成、发展影响最大。

一、大陆法系

大陆法系是以古代罗马法,特别是19世纪初的《法国民法典》为传统而建立并发

展起来的各国法律制度的总称。由于该法系以《法国民法典》和《德国民法典》为主要标志，而德、法两国和该法系的其他国家主要为欧洲大陆国家，因此该法系被称之为民法法系和大陆法系；又由于大陆法系是对古罗马法承袭而来，同时受到中世纪日耳曼法的影响，故该法系又得名“罗马法系”、“罗马—日耳曼法系”和“罗马—德意志法系”等。

大陆法系至今分布甚广，除法国、德国、比利时、奥地利、荷兰、瑞士、意大利、西班牙、葡萄牙等大部分欧洲大陆国家外，中美洲、南美洲、亚洲、非洲的许多曾作为法国、德国、荷兰等国殖民地和附属国的国家和地区，也属于大陆法系国家；甚至一些普通法系国家的个别地区，如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省、英国的苏格兰地区等，都属于大陆法系；日本在明治维新以后的立法也在大陆法系之列；中华人民共和国建国之前几十年的旧中国，其立法在很大程度上参照了日本、德国的法律制度，通常也被认为是民法法系。

大陆法系的法律渊源主要是成文法，大陆法系格外重视法典的形式。法国从法国大革命之后就先后制定民法典、商法典、刑法典以及民事诉讼法典等，法典的观念在大陆法系根深蒂固。对于判例，大陆法系的国家原则上不把它作为法的渊源。一个判决，通常只对所判处的案件有效，对其后法院判决同类案件并无约束力。这是大陆法系同英美法系的一个显著区别。但是德国、瑞士、哥伦比亚等少数大陆法系国家稍有例外，这些国家在联邦公报上发表的宪法法院的判决或最高法院关于宪法的判决等，可以具有法律约束力。学理（法学理论）在大陆法系国家一般也不能作为法的渊源，但学理对法律的制定和实施起着重要的作用。同成文法作为主要的法律渊源相吻合，大陆法系国家通行演绎法的法律推理方式。案件的审理和判决通常是一个从一般到个别的过程，即应用法律原则和规则处理个别案件的过程，在这一过程中，法院和法官只能是现有法律的执行者，而没有总结、创制法律的余地。

大陆法系重视法律的系统化。在法的结构上，大陆法系承袭罗马法的分类方法，将全部法律分为公法和私法两大部分。其划分的依据主要是法律所保护的对象和法律关系的主体。其中，公法是保护国家利益或社会公众利益的法律，公法的主体主要是国家或公共团体；私法是保护私有财产和私人利益的法律，其法律关系的主体主要是具有私人或私人团体性质的自然人、法人等社会个体。除此之外，大陆法系国家往往依据法所调整的社会关系的不同，划分出不同的法律部门。属于公法的部门法主要有：刑法、行政法、经济法、环境法、诉讼法、国际法等；属于私法的法律部门主要有民法、商法、家庭法等。每一个法律部门通常以一个法典为核心，配合以较为具体化和专门化的特别法或细则等，构成一个完整有机的法律体系。这样，在宪法的统领下，各个法律部门各司其职、井然有序，共同规范并调整着所有重要的社会关系。

二、英美法系

英美法系指的是英国中世纪以来的法和以此为传统或受其影响而发展起来的其他国家的法的总称。由于它主要以英国中世纪开始出现的“普通法”为代表，故得名普通法法系和英国法系；由于美国法是该法系中具有独特特点的重要组成部分，因此又被称

之为英美法系。属于英美法系的国家和地区，除英国和美国之外，主要是过去曾受英国殖民统治或采用英语的国家和地区，包括加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、缅甸等国家。

英美法系缺乏像大陆法那样系统的门类齐全的成文法体系，也没有明确的公法与私法以及具体的法律部门的划分，往往采取社会生活需要什么法律就创制什么法律，或即时地改变判例规则的做法；在成文法中，单行法律亦较多，灵活性较大。

英美法系的法律渊源主要是判例法。其中普通法和衡平法各具特色，形成特有的二元结构体系。这里的普通法，不是同根本法相对的普通法，而是同衡平法相对应的，从11世纪诺曼底人入侵英国后逐步形成的英国传统的判例法。在诺曼底人征服英格兰，建立了中央集权的国家政权后，威廉国王为缓解统治者与被统治者的矛盾，宣布尊重当地原有的习惯法，并实施司法改革，设立王室法院，实行巡回审判制。巡回法官在审案时，除依据国王的诏书、敕令和制定法以外，主要是根据当地习惯法和惯例作出判决，并从中总结出合理的，并且同敕令、制定法不相抵触的规则，作为以后审判的依据。久而久之，这种通过判例形成的规则得到国家的确认，便成为对全国普遍适用的普通法。

14世纪以后，仅限于损害赔偿的单一救济方式和拘泥于判例而缺乏灵活性等缺陷，使普通法难以适应社会情况的变化。对普通法判决感到不公或不满意的当事人纷纷向国王及其咨询机构枢密院甚至国会提出申诉，国王便委托枢密院大法官处理，并授权其不受普通法的约束，按所谓公平、正义（衡平的意思）的原则，进行审理和判决。于是，补充匡正普通法的不足，由大法官的审判所形成的法律规则，便成为同普通法并行的一种新的法律形式——衡平法。衡平法也表现为判例法的形式。

在判例法形式下，包含在某一判决书中的法的原则，不仅适用于该案，而且可以作为一种先例，成为以后法院办理同类案件必须遵循的准则。这就是所谓的“遵循先例”原则或“先例约束力”原则。它的基本要求是，上级法院尤其是最高法院的判决和判决理由，对作出判例的法院本身以及下级法院日后处理同类案件，均具有约束力。由于判例法作为主要的法律渊源，英美法系通行归纳法的逻辑方法，案件的审判过程是一个从特殊到一般的过程，即从具体案件到判例进而总结出法律一般原则和规则的过程。在这一过程中，上诉法院以上的法院和法官不仅是法律的执行者，而且在事实上扮演着法律创制者的重要角色。由于美国同英国的历史文化甚至语言一脉相承，早在美国独立战争之前，英属北美十三个殖民地均实行英国法，因此，美国独立后仍然留在了普通法系之内。总体上，美国法同英国法是同宗同源，而且基本相似，都是以判例法为主，也都有普通法与衡平法之分，故属于同一个法系。但是，美国实行的是联邦制而非英国的君主立宪制，因此，美国法又与英国法存在着较大区别，成为普通法系中独具特色的代表之一。

美国的法律分为联邦法和州法两大部分。各州在立法上权力很大。根据美国宪法确立的准则，凡是宪法未授权联邦立法或宪法未禁止各州立法的，其立法权均属于各州，而联邦只有在例外情况下才行使立法权，但联邦法高于州法，两者发生抵触时应适用联邦法。美国在20世纪20年代开始兴起了成文法运动。成文法数量由此而急剧增加，在社会生活中的作用也日趋重要。虽然成文法的作用还需通过法院判例的解释才能实现，

但立法机关也可以用成文法去改变判例法中过时的法律规则。因此,美国的法律制度事实上是在成文法与判例法的相互作用中发展的。此外,为了统一各州的判例法,美国法律协会将民商法的判例法进行整理,编纂成各种判例法汇编,称为《法律重述》、《法院的重述》等等,虽然算不上是法典,却对司法机关有重要的参考价值。

◇ 小知识

衡 平 法

衡平法是英国自14世纪末开始与普通法平行发展的、适用于民事案件的一种法律。它是英美法系中法的渊源之一。14世纪以前,按照英国的普通法制度,当事人在普通法法院提起诉讼,须先向大法官申请以国王的名义发出的令状。令状载明诉讼的条件和类别,法官只能在令状的范围内进行审判。但是令状的种类和范围都有限,因此,许多争议往往由于无适当令状可资依据,而无法在普通法法院提起诉讼。同时,有的讼案即使在普通法法院审理,也由于普通法规定的刻板和救济方式的有限而难以获得“公允”的解决。还有,普通法对于违反契约或侵权行为的诉讼,只能判处损害赔偿或准予回复动产与不动产,不能颁发执行令,强制履行契约,也不能颁布禁止令,防止重大不法行为的发生等。遇到上述情况,当事人为了保护自己的权益,根据古老的习惯,便向国王提出请愿。国王被看成是“正义的源泉”、“公正的化身”,而国王本人也借机表示自己的“恩典和仁爱”,于是便通过王权进行直接干预。开始通常是委托大法官根据国王的“公平正义”原则来审理;1349年起,允许原告人直接向大法官提出申请,由大法官审理。15世纪末又进一步设立衡平法院,专门负责审理衡平案件。大法官和衡平法院在处理这类案件时,采用“遵循先例”的原则,其判例逐渐形成一整套独特的衡平法的基本原则或准则,如“衡平法决不许可过失者得以逍遥法外”、“求助于衡平者须自身清白”等。

同普通法相比较,衡平法的诉讼程序比较简单,不设陪审团,一般采用书面形式审理,判决由衡平法院直接负责执行,违抗者以蔑视法庭论处,重者可下狱。这样,在民事案件中便形成了两种法律、两种法院、两种诉讼程序。尽管“衡平法遵从法律”,不得有意推翻普通法,只是补充普通法,但衡平法院毕竟拥有干预普通法院审判的手段,特别是执行令和禁止令。如原告在普通法院控诉被告,被告可以以这种控诉违背衡平原则为由向衡平法院请愿。衡平法院可以借此向原告发出禁止令,使原告放弃起诉,结果往往引起两种法院之间的对立。到19世纪,随着工商业经济的发展,社会矛盾的加剧,这种繁琐复杂而又不时有发生对立的双轨法制已明显地不能适应统治的需要。为简化司法制度,议会于1873年通过《最高法院审判法》,1875年生效,对英国的司法机构作了重大改革,废除了普通法法院和衡平法院之分,建立起单一的法院体系,统一适用普通法和衡平法,并明确在普通法规则和衡平法规则发生抵触或不一致时,以衡平法规则为准。

衡平法以“正义、良心和公正”为基本原则,以实现和体现自然正义为主要任务。

同时,衡平法也是为了弥补普通法的一些不足之处而产生的。因此,衡平法也只能像普通法一样,主要是判例法,是由大法官的判例形成的调整商品经济下财产关系的规范。但是,衡平法的形式更加灵活,在审判中更加注重实际,而不固守僵化的形式。

三、两大法系的发展变化及其对国际商法的影响

从以上关于两大法系的讲述中可见,由于两大法系在形成的历史背景、传统和源流方面的不同,它们在法律渊源、结构、特征上均存在着重大差别。但是,19世纪末以后,随着社会经济政治条件的变化,两大法系均发生了一些重大变化,主要表现在三个方面:

(一) 大陆法系中出现了判例法,并且作用逐步增强

大陆法系国家在传统上只承认成文法而不认可判例法渊源的情况在20世纪以后有所改变。如前所述,有的国家(德国、瑞士等)已明确宣布联邦宪法法院等的有关判决对下级法院有约束力;有的大陆法国家虽然没有“遵守先例”原则,但是在旧法条文难以适用或法典没有明确规定的情况下,判例往往也作为法官断案的参考和依据。但大陆法国家出现的判例法作用与英美法系的判例法作用仍不可相提并论,在大陆法国家,具有约束力的判例还仅限于最高法院或有关宪法的判决,此外,某些判例还主要是基于法官判案中对法典的某些条文作了扩展的解释而形成,其作用也主要是用于弥补成文法典所不能预见的情况。

(二) 英美法系中成文法的数量迅速增加,且地位和作用不断上升

这种情况在美国最为突出,1926年美国颁布了具有法律汇编性质的《美国法典》并定期增补修订。为了推动全美法律走向统一,美国法律协会、全国统一州法委员会等团体拟定示范法,向各州推荐,其中,《美国统一商法典》、《美国示范公司法》等已被绝大多数的州所采纳。尽管英美法系以判例法为主的特点没有根本改变,但随着成文法数量的大增,成文法也构成英美法系的一个重要渊源。

(三) 两大法系相互影响,取长补短

两大法系不仅在法律渊源上逐步靠近,而且在法的种类和具体内容上相互学习,相互吸收对方的合理和科学的东西。如《美国统一商法典》就曾吸收了不少《法国商法典》的有益内容;日本战后的公司法也曾参照、引进大量的美国示范公司法的内容;此外、美国的反垄断法、产品责任法等,对大陆法系的德、法、日等国发生了深刻影响等等。不过,两大法系虽然在不断靠拢甚至有所融合,但它们之间作为不同法系的区别还是存在的。

两大法系对国际商法的影响是巨大的。一方面,两大法系对国际商法的国际化发挥了不可替代的作用,许多重要的国际商事公约、条约就是通过借鉴甚至吸收两大法系的一些法律原则和规范才得以形成的,例如《联合国国际货物买卖合同公约》、《国际商事合同通则》等,在合同法和买卖法的许多问题上都采纳了两大法系的法律原则和制度。另一方面,两大法系对各国国内商法的影响至深。由于各国法律制度均在不同程度上受到两大法系的影响,甚至大多可以归纳在两大法系之列,因此,作为国际商法重要渊源之一的各国国内商事立法,事实上也是在两大法系的影响下确立的;在用有关国家

的国内商法处理国际商事问题时,两大法系的法律原则就在实际上发挥着作用。可见,对两大法系及其法律原则的了解和掌握,是学好国际商法所必需的。

◇ 小知识

中国法律制度简介

中国的法几乎同中国作为文明古国一样历史悠久,最早可以追溯到公元前 21 世纪的夏朝。在封建社会鼎盛时期的唐朝,《大唐律》已经可以堪称当时世界上相当成熟和完备的封建社会法,对当时周边日本、朝鲜等国家法律制度的形成产生过重大影响。但是,近代以来中国经济、政治的发展远远落后于西方;同时,中国既不是大陆法国家,也不属于英美法系,因此,近代中国的法律制度对于国际法,包括国际商法可以说是影响甚微。从 1949 年新中国成立到 1966 年的文化大革命,这期间中国开始了社会主义法制建设。但是,由于实行高度集中和国家统治型的计划经济体制,排斥商品经济和市场的的作用,调整平等民事主体和商事主体之间财产关系的民商法的发展在这一时期仍显得较为薄弱。1966 年至 1976 年的十年动乱时期,社会主义法制更是遭到严重破坏,民商法立法几乎裹足不前。1978 年改革开放以后,中国迎来了社会主义法制建设的春天,特别是随着社会主义市场经济的发展,中国的经济法和民商法的法律制度建设出现了崭新的局面。近代以来的中国法律制度主要受大陆法系的影响。清朝末期开始的法制改革就是在欧洲大陆和日本等国法律制度的影响下进行的;在中华民国时期,中国形成了仿效大陆法的“六法体系”,即由宪法、民法、刑法、行政法、民事诉讼法和刑事诉讼法构成的法律体系;这一法律体系至今仍在中国台湾地区实行。目前的中国大陆,即中华人民共和国的现行法律主要采取成文法形式,并划分为较明确的法律部门,包括宪法、行政法、刑法、民法、经济法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等在内的各法律部门,形成门类齐全的完整的法律体系;同时由宪法、法律、法规、行政规章、地方性法规、特别行政区法律等不同的法律渊源构成完备的成文法法律体系。此外,立法、司法、行政等法律解释,也构成现行中国法律的一个重要渊源。判例在现行的中国法律制度中并非法律渊源,但最高人民法院对地方人民法院关于疑难案件请示的批复,以及《最高人民法院公报》公布的典型案件判决,对同类案件仍具有法律约束力或指导意义。

在中国现行的法律制度中,经济法同民商法之间尚无很严格的区分,许多调整平等民事主体之间财产关系(经济关系)的民法的特别法,如《合同法》、《担保法》、《专利法》、《商标法》等同时也被归入到经济法中,作为调整经济主体之间横向经营协作关系的经济法往往同民商法交叉重叠。至于民法同商法之间更没有明显的区别和分离。商品经济和市场经济不发达的历史,没有使独立的商人阶层形成气候,当然也就长期不具有使商法充分发展的社会经济条件;因而,中国的商法,在传统上或者是依附于民法,或者是作为民法的特别法形式出现的。20 世纪 90 年代以后,属于商法范畴的《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》等相继制定公布,虽然具有民法特别法的性