

“十二五”高等院校应用型系列规划教材

国际商法概论

Guoji Shangfa Gailun

主 编 蔡四青
副主编 杨俊生 倪彩霞 姜昱霞



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

“十二五”高等院校应用系列规划教材

国际商法概论

Guoji Shangfa Gailun

主 编 蔡四青
副主编 杨俊生 倪彩霞 姜昱霞



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

图书在版编目(CIP)数据

国际商法概论/蔡四青主编. —成都:西南财经大学出版社,
2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5504 - 1169 - 2

I. ①国… II. ①蔡… III. ①国际商法—概论 IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 188391 号

国际商法概论

主 编:蔡四青

副主编:杨俊生 倪彩霞 姜昱霞

责任编辑:孙 婧

封面设计:杨红鹰

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	15. 25
字 数	345 千字
版 次	2013 年 8 月第 1 版
印 次	2013 年 8 月第 1 次印刷
印 数	1—2000 册
书 号	ISBN 978 - 7 - 5504 - 1169 - 2
定 价	28. 50 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

随着经济全球化的发展,各国在国际市场上的经济、贸易、投资方面的竞争日趋激烈。面对各国的激烈竞争,中国的公司、企业和经济组织以及个人对国际经济与贸易的法律规范和规则却知之甚少,以致难以适应国际经济贸易法律环境。为了尽快摆脱这种尴尬局面,认真地研究和掌握相关的国际经济贸易法律规范以及贸易争端解决机制和规则是非常必要的。

为了适应中国对外经济贸易、对外经济技术合作顺利开展的要求,本书的编写具有以下特点:

1. 专业性。为了适应国际经济与贸易专业、工商管理专业、市场营销专业对国际经济与贸易法律法规的了解和掌握情况,本书的编写不仅结合对外贸易活动的实际要求,而且还针对工商管理市场营销专业的要求,将相关需要掌握的内容编写到本书中,以便让学习者掌握更多的信息。

2. 新颖性。注重运用国际经济与贸易立法上和理论上的最新资料,传递国际贸易法领域的最新信息。

3. 系统性。既反映本学科的科学性、体系性和稳定性,又对此领域的最新研究成果予以介绍。

4. 简明性。在行文方面着意语言精炼,在内容方面力争有所取舍。

5. 适用对象广泛。本书既适用于国际经济与贸易专业及相关经贸专业的大中专学生和相关研究方向的研究生,又适用于已对国际商法有初步了解的公司、企业的商务人士。

本书的要求是,在教师授课前,学生须提前预习,基本掌握教材内容。教师授课时主要结合案例讲解最新研究成果。其目的是既培养学生扎实的基础知识,又帮助他们掌握和运用最新的知识理论指导实践。

编者

2013年7月

目 录

第一章 国际商法概述	(1)
第一节 国际商法的概念	(1)
第二节 国际商法的渊源	(4)
第三节 西方法律体系与国际贸易法的发展趋势	(6)
第二章 国际贸易中的商事组织法	(14)
第一节 国际商事组织的法律形式	(14)
第二节 合伙企业法	(19)
第三节 公司法	(22)
第四节 中国外商投资企业法	(37)
第三章 国际货物买卖法	(50)
第一节 国际货物买卖法概述	(50)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(53)
第三节 国际货物买卖合同的主要内容	(65)
第四节 国际货物买卖合同的履行	(68)
第四章 国际货物运输法与保险法	(83)
第一节 国际货物运输法	(83)
第二节 国际货物运输保险法	(93)
第五章 国际产品责任法	(97)
第一节 产品责任法概述	(97)
第二节 美国的产品责任法	(102)
第三节 其他各主要西方国家的产品责任法	(108)
第四节 产品责任的国际立法	(110)

第五节 中国的产品责任法	(113)
第六章 国际贸易中的代理法	(116)
第一节 代理法概述	(116)
第二节 本人与代理人的关系	(123)
第三节 本人及代理人同第三人的关系	(125)
第四节 承担特别责任的代理人	(126)
第五节 中国的外贸代理制	(129)
第七章 与贸易有关的知识产权法	(134)
第一节 知识产权法概述	(134)
第二节 专利法	(136)
第三节 商标法	(142)
第四节 版权法	(147)
第五节 保护知识产权的国际公约	(152)
第八章 票据法与国际贸易支付	(157)
第一节 票据法概述	(157)
第二节 汇票	(160)
第三节 本票和支票	(169)
第四节 国际贸易支付方式	(171)
第九章 国际贸易中的电子商务法	(179)
第一节 电子商务概述	(179)
第二节 电子商务合同的成立	(183)
第三节 电子商务示范法主要内容	(187)
第四节 电子商务中的知识产权保护	(192)

第十章 国际投资法 (195)

 第一节 国际投资法概述 (195)

 第二节 国际投资的方式 (198)

 第三节 各国对外投资立法 (201)

 第四节 跨国公司与国际投资法 (208)

 第五节 投资的国际法律保护 (211)

第十一章 国际商事仲裁法律制度 (221)

 第一节 国际商事仲裁概述 (221)

 第二节 国际商事仲裁协议 (226)

 第三节 国际商事仲裁程序 (227)

 第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行 (229)

 第五节 世界贸易组织争端解决机制与程序规则 (230)

第一章 国际商法概述

教学要点和难点

1. 掌握国际商法的概念及国际商法的主体关系；
2. 了解国际商法的渊源及国际商法调整的对象和范围；
3. 了解和掌握西方两大法律体系的主要特征。

第一节 国际商法的概念

一、国际商法的主体

从国际贸易的角度来讲，国际商法是指调整国际商事贸易以及商事贸易组织各种关系的法律规范的总称。这个概念具有两层含义，一是参与国际商事贸易的主体，二是国际商法调整的对象和范围。可以说，国际商法是商法主体、调整的对象和范围的国际化。

国际商法的主体是指以法人、非法人以及自然人身份从事国际商事贸易的当事人（参加者）。自然人即个人是国际经济贸易关系的最早当事人之一。虽然目前以个人的名义从事国际贸易活动已不普遍，但个人仍然在国际经济贸易的若干领域从事着活动，他们依然是国际商事贸易的参加者，因而是国际商法的主体之一。法人即公司、企业作为国际经济贸易的主体，是最常见的情形。

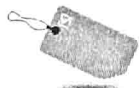
国际商法的主体从法律形式上讲，主要是法人、非法人和自然人；从组织形式上讲主要是公司、企业、合伙企业和个人独资企业。很明显，其主体没有国家的内容，也就是说国际贸易或国际商事活动主要是靠这些组织机构来完成的。在国际贸易或国际商事活动中，如果这些组织机构之间发生争议或纠纷，解决的方法主要有协商、调解、仲裁和诉讼四种，具体内容在本书的后面将用一章的篇幅阐述。

随着世界经济的发展，尤其是第二次世界大战后国际经济贸易的发展变化，法人组织在国际经济贸易领域内的地位越来越重要。法人组织通常包括有限责任公司、股份公司、国有公司以及跨国公司等。经济组织是指一些非法人的合伙企业，如非法人资格的中小型企业、家庭企业等。这些经济组织在各国的数量都是较多的，因此在国际经济贸易中同样起着重要作用。从传统的国际商法的主体来看，并不包括不同国家之间的贸易，国际商法中的“国际”一般是“跨越国界”的含义。但是，随着国际经

济一体化的迅速发展,世界贸易组织的建立,各个国家之间以国家、政府名义参加国际商事贸易活动的机会越来越多,以至于在现代国际商法中,国家和政府机构也逐渐成为国际商事贸易活动的主体或当事人。

二、国际商法调整的对象和范围

国际商法是随着国家间商事交往的产生而产生的。20 世纪以前,传统的国际商法基本上局限于国内法或习惯法,主要调整商行为法、公司法、票据法、海商法等。20 世纪初期,一些政府或民间的国际组织开始致力于制定国际商法公约或编纂统一的国际商事惯例,并取得了重大成就。随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和商事交往的多样化、复杂化,除了国际货物买卖有了巨大发展以外,还出现了许多新型的国际商事做法,如国际投资、国际合作生产、国际技术转让、国际劳务输出、国际服务贸易、国际产品责任、国际电子商务等。因此,国际商法调整的对象和范围就比传统的商法更为广泛。概括起来主要有以下几个方面:



知识拓展

在国际贸易或国际商事活动中,以国家的名义参与的活动主要有:签署国家与国家之间的双边或多边贸易协议,加入国际经济贸易组织,以国家的名义向相关的国际经济组织主张经济贸易权利、采取贸易救济措施等。例如,国家与国家之间若有经济贸易方面的合作,首先应该以国家的名义签署合作协议,当然这些协议的完成还得进行分解,分解后作为不同的项目进行招标,由国内的公司、企业、合伙企业和个人独资企业分别签订各类合同来完成。又如一旦国家与国家之间发生贸易摩擦或贸易争端,那么还是要以国家的名义向相关的国际组织进行申诉,如向世界贸易组织申诉。

国际贸易或国际商事组织机构之间发生的争议、纠纷和国家与国家之间发生的贸易争端或贸易摩擦有什么区别?这不仅仅是词汇的不同,而是有实质性的区别的。从国际贸易或国际商事组织机构之间发生的争议和纠纷来看,其主体是公司、企业、合伙企业和个人独资企业,他们涉及的争议和纠纷范围,主要是以合同为依据,双方通常通过协商和调解来解决争议与纠纷,如果解决不了,那么可以通过仲裁机构或各国的法院解决。但是如果是国家与国家之间发生的争端和摩擦,则是首先发生在产业或行业中间,而且涉及大量的该产业或行业中的大大小小的公司、企业,更重要的是,这些产业或行业有涉及国家的主权问题。对于国家与国家之间发生的争端和摩擦,各国的法院没有管辖权,只能通过国际经济组织,特别是世界贸易组织解决贸易争端机构的规则来解决。贸易争端或贸易摩擦的形式主要是倾销与反倾销、补贴与反补贴、保障措施和特别保护税等,而这些形式在世界贸易组织规则中,又被称为贸易救济措施。

至于各国之间关于纺织品、农产品还有机电产品等方面的反倾销和反补贴问题,某些发达国家对钢铁产业采取限制进口的保障措施、对轮胎产品采取特别保护税的措施而对知识产权保护等方面问题则属于国家与国家之间的贸易争端或摩擦,就需要世界贸易组织遵循解决贸易争端或摩擦的规则来解决问题。

1. 调整有关国际货物买卖方面各种关系的法律规范

如国际货物买卖合同、国际货物运输与保险和国际结算、国际贸易商事代理、国际产品责任以及各国管制对外贸易等方面的法律。

2. 调整有关国际贸易机构管理活动方面各种关系的法律规范

如公司法、企业法等。

3. 调整有关无形商品贸易的各种特殊关系的法律规范

如国际技术贸易法、工业产权法、版权法等法律规范。

4. 调整有关促进国际贸易交流的新型交易方式的各种关系的法律规范

如国际贸易中的电子商务、国际投资、国际合作生产等方面的法律规范。

5. 调整有关解决国际商事贸易主体之间交易纠纷的法律规范

如反不正当竞争法、反垄断法、国际贸易仲裁法等。

三、国际商法与其他相关法律的关系

(一) 国际商法与国际经济法的关系

国际经济法是调整国际社会关于经济关系和经济组织的法律规范的总称。一般认为,国际经济法属于国际公法,其范围不仅包括国际商法、国际贸易法、国际投资法、国际货币金融法、国际税法,而且包括为国际市场竞争创立的统一规范制度和通行规则的国际经济组织法等。从国际经济法所涵盖的内容看,国际商法是国际经济法的一个重要组成部分。

(二) 国际商法与国际贸易法的关系

国际商法与国际贸易法有着极为密切的关系。原则上讲,国际商法是调整跨越国境的贸易关系以及与贸易有关的各种关系的法律规范的总称。但是,传统的国际商法基本上等同于国际货物买卖法。从这个意义上讲,国际商法是国际贸易法的一个重要组成部分。但随着第二次世界大战后国际贸易规模的扩大和形式的增加,特别是伴随着西方各国政府对经济生活干预的加强及各种管制贸易的政策和措施的实施,一系列有关管制商业和管制贸易的法律在传统的商法范围之外发展起来。在当代,协调国际经济关系的组织结构也建立和发展起来,如世界贸易组织(WTO),作为独立于联合国的永久国际性组织,它制定国际贸易规则,解决贸易争端的机制也成为国际贸易法的渊源。鉴于此,国内外许多法学家认为国际贸易法不但应该包括有形贸易(货物买卖)、无形贸易(技术转让、劳务输出和服务贸易)、国际投资和国际资金融通方面的法律,而且还应加上国家、国际经济组织干预对外经济活动的全部法律。这实际上是使国际贸易法等于传统商法加上国家、国际经济组织干预经济活动和管制贸易的法律。从这个意义上讲,国际商法又成了国际贸易法的一个组成部分。但不管怎样,国际贸易法是在国际商法的基础上产生与发展起来的。

(三) 国际商法与国际私法的关系

国际商法既不同于国际经济法,也不同于国际私法。一般认为国际经济法属于国际公法,而国际商法则主要属于国际私法。但国际商法又不同于传统的国际私法,传统的国际私法属于冲突法,其任务主要是为具有涉外因素的私法案件确定准据法或法律适用,而国际商法则主要是实体法,其任务主要是调整国际商事贸易当事人的权利义务关系。

正是由于国际商法自身所具有的特点,很难把它归入现存法律体系中的哪一个部门,因此从20世纪60年代以来,国际商法就被作为一个独立的法学领域加以研究。

第二节 国际商法的渊源

就国际商法而言,其渊源是指各种有关国际商事贸易的法律规范产生的根据、来源以及表现形式,即国际商法表现为何种法律文件才具有效力。一般来讲,国际商法的渊源主要有四个,即国际公约、国际惯例、国际税法以及各国有关贸易方面的国内立法。

一、国际公约

国际条约是指两个或两个以上的主权国家,为确定他们之间经济贸易关系中的权利和义务而达成的协议。这些协议只要是基于有关缔约国自由平等的意志,并且不违背国际公法的一般准则,都是有效的。各国缔结的有关国际商事和国际贸易的条约是国际商法的重要渊源。目前,属于国际商法渊源的国际条约主要有以下几类:

(一) 国际货物买卖领域

国际货物买卖领域,国际公约主要有 1974 年《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》、1980 年《修订国际货物买卖时效期限公约的议定书》、1983 年《国际货物销售代理公约》、1985 年《国际货物买卖合同适用法律公约》和《国际货物买卖适用法律公约》等。

(二) 国际货物运输领域

国际货物运输领域,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)、1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》(华沙公约)、1938 年《国际铁路货物运输公约》(后经多次修订)、1951 年《国际铁路货物运输协定》(后经多次修订)、1955 年《海牙议定书》、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)、1968 年《关于修改统一提单的若干法律规则的国际公约》(威斯比规则)、1973 年《联合国运输单证统一规则》、1978 年《联合国大会海上货物运输公约》(汉堡规则)和 1980 年《联合国货物多式联运公约》等。

(三) 国际贸易支付方面

国际贸易支付方面,国际公约主要有 1930 年《汇票与本票统一法公约》、《支票统一法公约》,1988 年《联合国国际汇票和国际本票公约》(尚未生效)等。

(四) 技术贸易领域

与贸易有关的知识产权条约主要有 1883 年《保护工业产权巴黎公约》(1979 年第七次修订)、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》(1979 年第七次修订)和 WTO 体制中的《与贸易有关的知识产权协定》等。

（五）解决国际商事纠纷方面

解决国际商事纠纷方面，相关国际公约主要有世界贸易组织（WTO）体制中的《争端解决规则和程序的谅解》、1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》、1976年《联合国国际贸易仲裁委员会仲裁规则》等。

二、国际惯例

国际惯例是指在国际贸易活动中，由于长期的反复的实践而逐渐形成的并受到遵守的一些贸易规则。一个国际惯例，开始是由一国或多国单方面设定一个规则，然后该规则被其他国家以明示或默示的方式赞成或遵守而逐渐形成。国际惯例虽然不是法律，不具有普遍的法律约束力，但当国际惯例被一个国际公约、国内立法、法院判例或其他法律行为（如声明、宣言等）所接受时，它就对有关国家具有约束力，并且对公认的国际惯例的破坏往往会受到国际舆论的谴责甚至招致有关国家的报复。国际惯例既是国际经济贸易活动发展的产物，也是国际经济贸易活动进一步扩大与健康发展的原则，其作用显得越来越重要，因此它已构成国际商法的一个重要渊源。

目前在商事交易中有以下几个主要的国际惯例：

- （1）国际法协会制订的（1932年华沙——牛津规则）。
- （2）国际商会2000年、2010年修订的《国际贸易术语解释通则》。
- （3）国际商会2007年修订的《跟单信用证统一惯例（UCP600）》。
- （4）1941年《美国对外贸易定义修订本》。
- （5）《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等。

三、国际示范法

国际示范法是国际组织制定并通过的由各国单方面采用的规则，它只是给各国提供一个示范，供各国自愿选择。示范法与国际条约的明显区别是，它没有经国际会议通过，也不对各国开放签字，并订有关于示范法不具有强制力的条款。例如联合国国际贸易法委员会制定的1985年《国际商事仲裁示范法》第一条第一款规定：“本法适用于国际商事仲裁。但须服从在本国与其他任何一国或多国之间有效力的任何协定。”又如罗马国际统一私法协会制定的1994年《国际商事合同通则》（Principles of International Commercial Contract）的前言也明确指出：“通则旨在为国际商事合同制定一般规则，在当事人一致同意其合同受通则管辖时，适用通则。”此外，联合国贸法会制定通过的1996年《电子商务示范法》和2001年《电子签名示范法》同样为人们提供了一套可以选择适用的规则，也为各国在制定电子商务法规时提供了参考的范本。

上述国际示范法虽不是国际条约，不具有当然的约束力，但它毕竟融合了各种法律体系的许多法律原理、规则，也吸收了国际商事活动中的某些惯例，不少国家利用它们来解释国际商事惯例，或作为国内立法的范本。例如，罗马国际统一私法协会制定的1994年《国际商事合同通则》在这方面就发挥了很好的作用。因此，它们是国际商法的重要渊源。

四、各国有关的国内立法

尽管已参加或承认大量的国际商事公约或惯例,但由于传统习惯与自身利益所在,各国仍在许多商事领域中保留独占的立法权,而且现有的有关商事的国际条约和惯例还远不能包括国际商事各个领域中的一切问题,并且即使已有的国际商事条约和惯例也尚未被所有国家和地区一致承认或采用,因此在许多场合中,还要凭借法律冲突规范的指引,运用某一国家的国内民法、商法或判例来处理有关国际商事争议。从这个意义上讲,各国国内的有关立法乃是国际商法的补充,是国际商事贸易法律规范的重要渊源。国际商法中的国内法主要体现为制定法和判例法两种形式,其中尤以西方两大法律体系,即普通法系和大陆法系国家的法律对国际商法的影响最大。

第三节 西方法律体系与国际贸易法的发展趋势

在国际贸易活动中,不但要求各国遵守相同的贸易游戏规则,同时也要求遵循各国的国内法。由于各国政治、经济、文化等历史传统的不同,各国的法律制度也不同,要了解每一个国家具体的法律制度是十分困难的。但是,有些国家的法律结构、法律术语、法律原则基本相同,构成了法律的同一体系,只要了解其中有代表性国家的法律制度,就有助于了解世界各国的法律制度。在当今西方法律制度中最具有代表性和广泛影响力的是以法国和德国为代表的大陆法系,以英国和美国为代表的普通法系。因此这两大法律体系在形成和法律适用中均存在着各自明显的特征,而且两大法系中有关商事立法的部分对国际商法影响较大,因此有必要了解西方两大主要法系的特征。尽管两大法系有一定的分歧,但从目前经济全球化的发展来看,统一国际贸易法成为不可阻挡的历史潮流。



知识拓展

大陆法 (Continental Law) 也称市民法 (Civil law), 作为一个体系在 13 世纪出现于欧洲, 是在继承和发展“罗马法”的基础上逐渐形成与完善的。1804 年的法国《民法典》以及 1900 年的德国《民法典》的颁布, 标志着大陆法走向成熟与完善阶段, 故大陆法系 (Continental Law System) 以法国和德国为代表。除法国和德国之外, 许多欧洲国家, 如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙、奥地利、丹麦、挪威、芬兰、瑞典、希腊等国均属于大陆法系。另外, 还有亚洲的一些国家, 如日本、泰国、印度尼西亚、土耳其、伊朗等国; 非洲的一些国家, 如埃塞俄比亚、摩洛哥、阿尔及利亚、索马里、安哥拉、莫桑比克等也属于大陆法系。此外, 英国的苏格兰、加拿大的魁北克省、美国的路易斯安那州也属大陆法系。

一、大陆法系的基本特征

(一) 受罗马法的影响较大

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起,

至东罗马帝国从奴隶制转变为封建制时止的整个历史阶段的法律。其中主要是从公元前5世纪罗马最早的成文法——《十二铜表法》开始，到公元6世纪止东罗马帝国皇帝优士丁尼安编纂的《国法大全》（Corpus Juris Civilis）为止这一时期的法律。罗马法对历代封建制国家和资产阶级国家的法律，特别是其中的民法和商法都有很大的影响。

大陆法系主要在两个方面受到罗马法的较大影响。

1. 大陆法系继承了罗马法

大陆法系在法律思想、法律内容、法律结构等方面继承了罗马法，如1804年颁布的法国《民法典》，即《拿破仑法典》在结构上、内容上都以罗马法的《法学阶梯》为依据，特别是关于物权和债权部分受罗马法影响更大。

2. 大陆法系把法律分为公法与私法

大陆法系沿袭了罗马法把法律分为公法与私法两大类的做法。罗马法的公法是指调整国家与国家之间、国家与公民之间权力与服从的法律规范的总称。如对宗教祭司活动和国家机关活动的法律法规。大陆法进一步把公法再细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法。私法是指调整自然人与自然人之间、法人与法人之间、自然人与法人之间关系的民事和经济关系的法律规范的总称。私法是大陆法系最重要的内容，它对西方国家的法律和法学的发展有着深远的影响。罗马法的私法包括调整所有权、债权、家庭与继承等方面的法规。大陆法系又把它分为民法、商法等。

（二）法律的表现形式是成文法而且是大陆法系的主要渊源之一

1. 法律即成文法是大陆法系的主要渊源

大陆法系各国十分重视法律的系统化、条理化、法典化和逻辑性，都主张编纂各种法典。大陆法国家的法律包括宪法、法典、法律和条例等。

2. 习惯作用次于成文法

习惯虽然也是大陆法的渊源之一，但作用次于成文法。只有当某些法律必须借助于习惯才能为人们所理解时，立法者才在法律中使用某些习惯解释其含义。

3. 判例也是大陆法系的渊源之一

大陆法系国家强调成文法的作用，原则上不承认判例是具有与法律同等的效力。一个判决只对被判处的案件有效，对日后法院判决同类案件无约束力。

4. 学理在大陆法系的发展过程中起着重要作用

学理在大陆法系的发展过程中起着重要作用，同样成为大陆法系的渊源之一。学理为立法者提供法学理论、法律词汇和法律概念，通过立法者的活动，制定成法律；对法律进行解释，并对判例进行分析和评论；通过法学家的著作、培训法律人员影响法律实施的过程。

（三）法律的实施以法律条文的抽象概念为依据，由法官加以解释

在大陆法国家，对法律的解释极为重要，法律必须经过解释才能付诸实施，在这方面，法官享有很大的权力。在一般情况下，法官主要依据法律的文词规定进行解释，同时照顾到立法者的意图。但是为了适应社会政治经济发展的需要，各国的法官都可以采取各种办法摆脱法律文词的束缚。如立法者往往在法律中使用一些含糊的、抽象

的、不精确的文词，法官可根据具体案件做出适应当时情况的解释。例如第二次世界大战后，在马克急剧贬值的情况下，如果允许债务人以同样数目的马克来偿还马克贬值前的金钱债务，这对债权人显然是十分不利的。于是德国法院就援引《民法典》第二百四十二条关于善意履行的规定，摒弃了“货币名目主义”（即金钱债务应以同等数目的金额偿还的原则），责令债务人不得以同等数目贬值后的马克偿还贬值前的债务，从而使法律适应情况变化的要求。

（四）大陆法系各国的法院层次基本相同

大陆法系各国的法院组织虽然各有特点，但都有一些共同之处。主要表现为：法院的层次基本相同，各国除普通法院外，都有一定的专门法院与普通法院同时并存。各国法院都分为三级，即第一审法院、上诉法院和最高法院。专门法院有商事法院、亲属法院和劳动法院，专门受理有关商务关系、家庭关系和劳资关系的案件。



知识拓展

普通法（Common Law），是英国在中世纪时期形成的一种法律制度，从广义的普通法系（Common Law system）来讲，它不仅包括英国的全部固有的法（即普通法、衡平法的总称），而且也包括接受英国法的各国的国内法。由于判例是普通法的主要渊源，所以它又称为判例法（Case Law）。在当今世界上，普通法的主要代表是英国和美国，故在多数情况下称为普通法。

除英国和美国之外，过去曾受英国殖民统治的国家和地区，如加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、马来西亚、新加坡、巴基斯坦、锡兰以及中国香港地区等也都属于普通法系。

二、普通法系的基本特征

（一）普通法受罗马法的间接影响

普通法虽然不像大陆法一样直接继承了罗马法的传统，但罗马法对普通法还是有一定的影响。

1. 受教会法的影响

教会法的渊源主要是罗马法。教会法院主要管辖有关家庭关系、遗嘱继承和海事方面的案件，在这些领域中，罗马法对普通法的形成有很大的影响。

2. 受商法的影响

《商行为法》（Law Merchant）是从事贸易的商人之间的一种习惯法。在13世纪时，英国商人就有自己的商业习惯法，并有专门的商事法院，设在市集附近，处理有关商事纠纷案件。18世纪中期商业习惯被吸收到普通法中。到18世纪以后，商法已被普通法吸收，成为普通法的一个组成部分。英国的商业习惯法同欧洲各国的商法基本一致，受罗马法的影响很大。

3. 罗马法渗入衡平法（Equity）

普通法院是通过一定的诉讼形式发展起来的。当事人向法院起诉时，必须请求国王的枢密大臣（Chancellor）发给一种书面的令状（Writ），每一种令状都有固定的程

序,如诉讼事项、能否委托代理人出庭、搜集证据的条件、执行判决的办法等。每一种诉讼程序都有一套专门的术语,不得在另一种诉讼程序中使用。如果不符合要求,法院概不受理。枢密大臣在审理案件时,可以不受普通法的约束,而是按照“公平与正义”的原则做出判决,这样判决就形成了所谓的“衡平法”。衡平法法院在14世纪下半叶成立独立的法院,与普通法法院同时存在,由于衡平法法院多由精通罗马法的僧侣担任法官,而他们又可以参酌罗马法的规定来处理案件,因此罗马法就渗入了衡平法。

(二) 普通法的表现形式主要是判例法,判例法是普通法的主要渊源之一

判例法是普通法的主要渊源,它是由英国高等法院的法官以判决的形式发展起来的法律规则。判例法的一个主要特点是,法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循,即对做出判例的法院本身和对下级法院日后处理同类案件均具有约束力。这就是“先例约束力原则”(Rule of Precedent),根据这一原则,上议院的判决是具有约束力的先例,对全国各级审判机关都有约束力,一切审判机关都必须遵循。上诉法院的判决可构成对下级法院都有约束力的先例,而且对上诉法院本身也有约束力。高级法院的每一个庭的判决对一切低级法院有约束力,对高等法院的其他各庭也有很大的说服力。这些原则在美国有些变化,即联邦和州的最高法院可以不受他们以前确定的先例的约束,他们可以推翻过去的先例并确立新的法律原则。

总之,普通法国家的法院在审理案件时,依据主要是判例,而不是法律条文。法院在审理案件时,先对诉讼的具体情节进行确定、评价和分析,然后再同先例中的具体事实进行比较识别,再根据先例约束力的原则判决,而不是以法律条文审理案件。

除判例法是普通法的主要渊源外,成文法、习惯法也是其渊源。

(三) 普通法的结构具有二元性

无论是英国法还是美国法,其法律结构都具有二元性。

从英国法来看,英国法分为普通法和衡平法两种。两者虽然都是判例法,但各有不同的特点。

1. 救济法不同

普通法只有两种救济方法,一种是金钱赔偿(Relief in the Form of Money),另一种是返还财产(Restoration of Property),且以金钱损害赔偿作为主要的救济方法。一般情况下,法院在受理债权债务案件时,给予债权人的救济方法只能是判令债务人支付一定的损害赔偿金额,这种救济方法在大多数情况下可以满足债权人的要求。但在某种情况下则不能,如有关土地和房屋等不动产交易,以及古董、字画等特定物的买卖等。又如普通法对于发生不法行为或违约行为的情况,不能预先采取防止措施。当事人只能等待其行为发生后,才能向法院诉请损害赔偿。

衡平法院为了弥补普通法的不足,发展了一些新的救济方法。衡平法的救济方法也是有两种,一是实际履行(Specific Performance),有时又称为依约履行,是指衡平法院可判令负有一定义务的一方当事人按照合同的规定履行其应负的义务。但以违约所遭受的损害不能以金钱赔偿得到满足,或损害的金额无法确定为限。二是禁令(In-

junction), 衡平法院可以发出禁令, 命令当事人作某种行为或不作某种行为, 以事先防止不法行为和违约行为的发生。

在下列情况下, 衡平法院可以发出禁令: ①不法损害动产或不动产; ②发生违约行为; ③违反信托行为; ④官吏政府机构的不法行为; ⑤不法征收租税。

可见, 当普通法的救济方法不能弥补当事人的损失时, 可用衡平法来弥补。

2. 诉讼程序不同

普通法法院有陪审团制度, 衡平法院均不设陪审团; 普通法法院听取口头答辩, 采取口头询问方式审理案件, 而衡平法院则采取书面诉讼程序。

3. 法院的组织系统不同

在英国的高等法院内设有王座法庭 (Queen's Bench), 适用普通法的诉讼程序法; 设有枢密大臣法庭, 适用衡平法的书面诉讼程序。在确定某种案件应属于王座法庭还是枢密大臣法庭管辖时, 不是根据该案件适用的法律是属于普通法还是衡平法, 而是考虑哪一种诉讼程序对该案件的审理最为合适来确定。现在普通法包括刑法、合同法和侵权行为 (民事责任) 法, 但在这些法律部门中也适用衡平法发展起来的不正确说明 (Mis - representation)、不正当的影响 (Undue Influence) 以及禁止自食其言 (Estoppel) 等原则。衡平法包括公司法、信托法 (Trust)、破产法、遗嘱与继承法等。

4. 法律术语不同

为了避免与普通法院发生冲突, 衡平法院在司法活动中使用自己所特有的法律术语。例如: 衡平法中称起诉为 Suit, 普通法称为 Action; 衡平法中权利称为 Interests, 普通法称为 Rights; 普通法称判决为 Decree, 衡平法则称为 Judgment; 普通法称将判令支付金钱损害赔偿称为 Compensation, 衡平法则称为 Damages; 普通法律师被称为 Common Lawyers, 衡平法律师被称为 Equity Lawyers。两种法院的律师受不同的法律训练, 用不同的方法, 分别处理不同的案件。

再来看美国法, 美国法律的结构也具有二元性。

1. 美国法律分成联邦法与州法两大部分

这是美国法律结构的主要特点。根据 1791 年美国宪法修正案第十条的规定: 凡宪法未授予联邦或未禁止各州行使的权力, 均属各州。在不违反联邦宪法规定的前提下, 各州均有权自由制定或取消州宪法, 不同的州宪法在具体规定上差别很大, 州宪法的修订也比联邦宪法便利。若州法与联邦法有抵触时, 应适用联邦法。在民事立法方面, 联邦的立法权范围主要包括银行、工业、国际贸易、州际贸易、专利权和税收等事宜。但即使在上述范围内也并不排除各州的立法权, 美国各州建有较为完整的行政、立法和司法结构, 在一定的范围内管辖本地的财政、税收、文化和教育等方面的事务。

2. 美国的法院组织设有联邦法院与州法院两套系统

具体分为: 联邦法院包括地区法院、上诉法院和最高法院; 州法院包括第一审法院、上诉法院和联邦法院、州法院。

美国法律制度的发展, 主要是判例法和成文法相互作用的结果, 习惯法对其影响不大。