



高等学校经济与工商管理系列教材

GAODENG XUEXIAO JINGJI YU GONGSHANG GUANLI XILIE JIAOCAI

G
GUOJI
SHANGFA

万志前 廖震峡 席 静 编著

国际商法

赠送课件和相关资源



清华大学出版社
<http://www.tup.com.cn>



北京交通大学出版社
<http://www.bjtu.com.cn>



高等学校经济与工商管理系列教材

国际商法

万志前 廖震峡 席 静 编著

清华大学出版社
北京交通大学出版社

• 北京 •

内 容 简 介

本书内容包括国际商法导论、国际商事组织法、国际商事合同法、国际货物买卖合同法、国际商事代理法、国际货物运输法、国际产品责任法、票据法、国际技术贸易法、国际商事争议的解决,共计10章。每章首由案例导入,并列明本章要点,以引起学生的兴趣与思考;章末对导入案例做简要分析,精选适量作业与思考题,以巩固所学知识。全书结构布局合理,内容讲解精准,文字流畅、言简意赅、通俗易懂,有较强的可读性。

本书可以作为高等院校国际经济与贸易、商务英语等专业的本、专科教材,也可以作为各类国际商务与法律培训课程及对外经济与贸易专业实务工作的辅导教材和参考书。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/万志前,廖震峡,席静编著. —北京:北京交通大学出版社:清华大学出版社,2014.1

(高等学校经济与工商管理系列教材)

ISBN 978-7-5121-1727-3

I. ① 国… II. ① 万… ② 廖… ③ 席… III. ① 国际商法-教材 IV. ① D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第295520号

责任编辑:黎 丹 特邀编辑:衣紫燕

出版发行:清华大学出版社 邮编:100084 电话:010-62776969

北京交通大学出版社 邮编:100044 电话:010-51686414

印刷者:北京艺堂印刷有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×260 印张:14.75 字数:368千字

版 次:2014年2月第1版 2014年2月第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-5121-1727-3/D·152

印 数:1~3 000册 定价:29.00元

本书如有质量问题,请向北京交通大学出版社质监组反映。对您的意见和批评,我们表示欢迎和感谢。

投诉电话:010-51686043, 51686008; 传真:010-62225406; E-mail: press@bjtu.edu.cn。

前言

国际商法缘起于各国内国商法，因协调内国商法差异而发起的国际商事统一法运动而形成，并在国际商事交易的实践中不断发展与完善。编者根据最新的国际商事法律，在简明扼要地介绍国际商法基本理论的基础上，侧重从实用性的角度，使教材内容更适合于指导国际商事交易实践，以期对学生掌握国际商法基础知识、提高分析和解决国际商事法律纠纷的能力及以后从事国际贸易工作有所助益。

本书博采众长，特色突出。除了内容新，突出知识的科学性、实用性和完整性之外，在编写设计上具有以下特点。每章首由案例导入，列明要点，以引起学生的兴趣与思考。章节内容主要根据最新国际商事法律和相关资格考试的知识要求编写，运用法言法语对基本理论、基本制度、基本概念加以扼要阐述。章末对该章导入的案例作简要分析，以帮助学生理解和分析。精选适量的简答题和案例分析题作为课后作业与思考，简答题主要针对本章的核心内容，以巩固所学知识；案例分析题多为经典案例，有的选自国际商务中实际发生的纠纷，有的选自相关考试题，侧重培养学生运用国际商法知识分析和解决国际商事交易纠纷的能力。

本书由万志前、廖震峡和席静编写。各章编写分工如下：第1章（国际商法导论）、第3章（国际商事合同法）、第4章（国际货物买卖合同法）、第9章（国际技术贸易法）由万志前编写；第2章（国际商事组织法）、第7章（产品责任法）、第8章（票据法）由廖震峡编写。第5章（国际商事代理法）、第6章（国际货物运输法）、第10章（国际商事争议的解决）由席静编写。全书由万志前统稿。

本书语言准确、流畅、简洁、通俗易懂，有较强的可读性，适合国际经济与贸易、商务英语等专业的本、专科学生阅读，也可以作为各类国际商务与法律培训课程及对外经济与贸易专业实务工作的辅导教材和参考书。

本书配有教学课件和相关的教学资源，有需要的读者可以从网站 <http://www.bjtup.com.cn> 下载或与 cbsld@jg.bjtu.edu.cn 联系。

在本书的编写过程中，参考和借鉴了许多国内外学者的研究成果，并在出版过程中得到了北京交通大学出版社黎丹编辑的大力支持与帮助，在此表示衷心的感谢。

由于编者学识水平有限，加之时间仓促，错漏之处在所难免，尚祈同行专家和读者不吝赐教。

编 者

2013年12月

目 录

第 1 章 国际商法导论	1
1.1 国际商法的概念与特征	1
1.2 国际商法的渊源	3
1.3 国际商法的历史沿革	4
1.4 世界两大法系	6
1.5 中国商事法律制度	15
第 2 章 国际商事组织法	20
2.1 国际商事组织法概述	21
2.2 合伙企业	26
2.3 公司	33
第 3 章 国际商事合同法	48
3.1 国际商事合同法概述	48
3.2 国际商事合同的订立	51
3.3 国际商事合同的成立与效力	54
3.4 国际商事合同的履行	61
3.5 国际商事合同的变更与转让	63
3.6 国际商事合同的消灭	65
3.7 国际商事合同违约及其救济措施	67
第 4 章 国际货物买卖合同法	72
4.1 国际货物买卖合同法的概述	72
4.2 国际货物买卖合同的成立	77
4.3 国际货物买卖合同条款	81
4.4 买卖双方主要义务	87
4.5 违约及其补救措施	91
4.6 货物所有权及风险的转移	97
第 5 章 国际商事代理法	103
5.1 国际商事代理法概述	103
5.2 国际代理关系的产生与消灭	106
5.3 国际商事代理的内外关系	109

第 6 章 国际货物运输法	115
6.1 国际货物运输概述	115
6.2 国际海上货物运输法	117
6.3 国际铁路货物运输规则	127
6.4 国际航空货物运输规则	128
6.5 国际货物多式联运规则	131
第 7 章 产品责任法	135
7.1 产品责任法概述	135
7.2 产品责任的归责原则与抗辩	141
7.3 产品责任的国际公约	147
第 8 章 票据法	151
8.1 票据法概述	152
8.2 汇票	161
8.3 本票和支票	172
第 9 章 国际技术贸易法	176
9.1 国际技术贸易法概述	177
9.2 国际许可协议	180
9.3 知识产权的国际保护	186
第 10 章 国际商事争议的解决	204
10.1 国际商事争议解决的概述	204
10.2 WTO 争端解决机制	206
10.3 国际商事仲裁	214
10.4 国际商事诉讼	223
参考文献	229

第 1 章

国际商法导论

本章要点

国际商法的概念和特点；国际商法的国际法渊源和国内法渊源；国际商法的历史沿革和发展趋势；两大法系的主要特征、区别及发展趋向；中国现行的民商法律制度。

引例

A 公司是美国商人在中国厦门设立的独资企业。2010 年 3 月，A 公司与营业地
位于福州的 B 公司签订了 1 000 台计算机买卖合同，同年 6 月前交货，交货地点在
B 公司营业地。除其他条款外，合同还约定：因本合同发生纠纷，双方应友好协商
解决。若协商不成，则提交厦门市中级人民法院根据《联合国国际货物买卖合同公
约》解决。后由于 A 公司无法按时交货，福州 B 公司向 A 公司提出索赔要求，双方
因赔偿金额问题发生争议，诉至厦门市中级人民法院。问题：

- (1) 国际商法的调整对象是什么？
- (2) 上述合同对适用法律的约定是否有效？

1.1 国际商法的概念与特征

1.1.1 国际商法的概念

国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称。国际商事关系是指具有国际因素的商事关系。“国际”（international）不是指“国家与国家之间”，而是指“跨越国界”（transnational）的意思。“跨越国界”具体的意思就是说，在国际商事交易关系的主体、客体和内容这三要素中，至少有一个要素与跨越国界有联系，即国际商事交易关系的主体一方或多方是外国人，或者当事人各方的营业地处于不同的国家。前者为“国籍

标准”，后者为“营业地标准”。国际商事交易关系的客体位于国外。作为国际商事交易的客体，既包括有形物体，也包括无形财产或劳务。产生、变更或消灭国际商事权利义务的法律事实发生在外国，如在国外订立货物买卖合同。随着世界经济全球化进程的加快和知识经济时代的到来，诸如投资、租赁、融资、电子商务、工程承包等新的领域不断涌现，国际商法大大超出了传统的商事法调整的范围。

国际商法与国际私法不同。两者都有涉外因素，在“国际商法”中“国际”一词的含义并不是指“国家与国家之间”的关系，而是指“跨越国界”的意思，同样“国际私法”冠以“国际”一词也不牵涉国与国之间的关系。但国际商法主要是属于实体法（Substantive Law），即规定法律主体的权利与义务。国际商法中的合同法、买卖法、代理法与商事组织法等有关内容均与法律主体的权利和义务有关。而国际私法属于冲突法，即在世界各国民法和商法互不相同的情况下，对含有涉外因素的民法和商法关系，解决应当适用哪国法律的法律。

国际商法与国际经济法，既有联系又有区别。两者都是调整跨国之间商事活动（包括商事组织本身）的各种关系的法律规范总和；其主要不同点在于国际商事法的主体仅限于各国的商人及各种商事组织，如合伙企业及公司，而不包括国家、国际组织。国际经济法的主体更加广泛，它除包括商人及商事组织之外，还包括国家及国际组织。

国际商法的主要内容包括：一，有关国际货物买卖的法律规范，包括公司法、合同法、买卖法、票据法、海商法、保险法、代理法、产品责任法等；二，有关无形商品交易的特殊法律规范，包括国际技术转让法、工业产权法、版权法、国际投资法、国际融资法、国际工程承包和国际租赁等法律规范；三，解决国际商事交易纠纷的法律规范，包括国际贸易仲裁法、国际投资仲裁法和各国涉外商事诉讼法。由于国际商事法涉及的范围很广，很难在有限的课时内讲授全部内容，因此本教材择主要讲解如下内容：导论、国际商事组织法、国际商事合同法、国际货物买卖合同法、国际代理法、国际货物运输法、国际产品责任法、票据法、国际技术贸易法、国际商事争议的解决。应该说上述内容是国际商事法的核心部分。此外，随着世界各国经济的发展和商事立法的加强，国际商法的内容会更加丰富。

1.1.2 国际商法的特点

国际商法主要属于私法范畴，但带有公法的性质，是私法与公法的混合物。国际商法不仅包括纯粹调整跨国私人商业交易关系的私法规则，也包括国家间缔结的含有商法内容的国际条约、公约，故国际商法又带有一定的“公法”性质。

国际商法主要是实体法规范，但包含有一定的程序法规范，是实体法与程序法的混合物。法律规范按其作用，可分为实体法和程序法。实体法是指规定具体权利义务内容或者法律保护的具体情况的法律。程序法是规定以保证权利和职权得以实现或行使，义务和责任得以履行的有关程序为主要内容的法律。

国际商法是调整跨国商事关系的法律规范，是国际法规范与国内法规范的混合物。

国际商法是一个由国际条约、国际商事惯例和各国国民商法、涉外经济法共同组成的国际法规范，与国内法规范相互渗透。

1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源，主要是指国际商事法产生的依据及其表现形式，它包括：国际商事条约、国际商事惯例和各国商事立法。

1.2.1 国际商事条约

各国缔结的有关国际经济活动的国际条约或公约是国际商事法的重要渊源。按照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之单独文书内，亦不论其特定名称为何。”根据“约定必须遵守”的古老的国际法原则，条约对缔约国有拘束力，国家必须遵守条约。各国通过缔结条约（或公约），将某些强制性的法律规范加之于当事人，当事人必须遵守。

按照缔约国（方）的数量，条约可分为双边条约和多边条约（又称公约）。前者主要有：通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税和防止偷税漏税协定等。后者主要有：调整国际货物买卖的《1980年联合国国际货物买卖合同公约》；调整国际海上货物运输的《海牙规则》、《海牙-维斯比规则》、《汉堡规则》；调整国际航空运输的《华沙公约》；调整国际铁路货物运输的《关于铁路货物运输的国际公约》（《国际货约》）、《国际铁路货物联合运输协定》（《国际货协》）；调整国际多式联运的《联合国国际货物多式联运公约》；调整国际票据法律关系的《关于本票、汇票的日内瓦公约》、《关于支票的日内瓦公约》；关于国际投资的《解决一国与他国国民投资争议的公约》（又称《华盛顿公约》）、《多边投资担保机构公约》；关于国际仲裁的《承认及执行外国仲裁裁决公约》（又称《纽约公约》）；关于知识产权的《保护工业产权巴黎公约》、《商标注册马德里公约》、《伯尔尼公约》、《世界版权公约》，等等。

一般而言，条约只对缔约国有拘束力，而对非缔约国并无拘束力。但由于商事规则具有国际性和规律性，因而也往往会得到非缔约国的遵守，尤其是那些参加国众多、历史悠久的公约。需要注意的是，由于国际商法具有私法特性，国际条约的效力并非都具有强制执行力。在某些情况下，国际条约只有在当事人选择时，才适用于当事人，体现了在私法领域中当事人“意思自治”的原则。

1.2.2 国际惯例

国际惯例，是指国际商事交易中形成的对当事人不具有必然约束力，但一定领域

内为大家所普遍遵循的规范。《国际法院规约》第38条规定，法院适用法律时对国际惯例的解释是：经接受为法律的通例。《联合国国际货物买卖合同公约》第9条对国际贸易惯例的解释为：“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周知并为其所经常遵循。”惯例一旦被当事人加以采用，便对该当事人具有法律拘束力。从这个意义上说，虽然国际惯例无普遍约束力，无法与国际公约的效力相比，但在某些具体的当事人之间有像国际公约一样的强制力。有些国际惯例已被某些国家纳入其国内的成文法，从而具有了法律的普遍约束力。还有些国家的国内法规定，国际惯例的适用无须当事人明示表示同意。由此可见，目前国际惯例与国际公约在强制力上的区别已被逐渐淡化，采用国际惯例已经成为国际上的一种趋势。

一般而言，国际惯例的效力通常可以分为规范性惯例的效力和合同性惯例的效力。规范性惯例通常对当事人各方具有普遍拘束力，属于强制性规范的范畴。无论参与国际交往的当事人是否愿意采纳，这类惯例都具有国际法上的拘束力，如国家及其财产豁免原则等。合同性惯例是国际商事交易领域内的主要惯例。此类惯例属于选择性或任意性惯例，其效力取决于国际商事交易中当事人各方自愿采纳，以当事人各方的共同意思表示为前提。

目前在国际贸易中影响最大的商事惯例是国际商会制定的《2010年国际贸易术语解释通则》(Incoterms 2010)和《商业跟单信用证统一惯例》(UCP 500)。这两套国际贸易惯例在世界上已得到绝大多数国家和地区的承认，在实践中起着举足轻重的作用。

1.2.3 国内法

国际商事关系具有多样性和复杂性，仅凭国际公约和惯例不可能满足国际商事实践的需求；而且个人或企业在从事超越国境的商事活动时，也可能选择某国的国内法为准则，因此国内法在国际商法中仍占有重要地位。

国内法的范围涵盖实体法、程序法和冲突法。在实践中，由于西方国家对外贸易活动频繁，其立法起步较早，体系较为完备，这些国家的有关法律对其他国家的立法和实践有相当大的影响。我国自20世纪70年末始，国际贸易得到了长足发展，与此同时，我国商事立法亦逐步完善。

1.3 国际商法的历史沿革

国际商法何时产生，目前尚无定论。著名的国际贸易法专家施米托夫教授将国际商法的发展分为三个阶段：中世纪商人法时期（11—17世纪）；商人法被纳入国内法时期（18—19世纪）；新商人法时期（当代）。依据施米托夫教授的这一划分，国际商法的产生时间应该在11世纪。

1.3.1 中世纪的商人自治法

商人们在商业实践中形成的习惯性规则或做法,最早出现于威尼斯,后随航海贸易的发展逐步扩及到意大利、西班牙、法国、德国、英国等。商人自治法的内容主要包括:货物买卖合同的标准条款、两合公司、海上运输及保险、汇票、破产程序等方面的习惯性规则。

中世纪的商人自治法具有以下特征:第一,自生性,它是在商人间自发形成的,独立于当时封建王朝的地方性法律之外;第二,普遍性,适用于欧洲大陆内部及东、西方之间贸易,具有一种朴素意义上的“世界性”;第三,自治性,它是规范商事交易的自治性习惯规则,其适用和解释由商人自己组织的法院进行,非依国家的法院。中世纪的商人自治法具有的这些特征使得其成为几个世纪里西方世界商事交往的基础,并成为了调整跨国商事交易关系的支柱力量,直至18世纪被各国的商法所吸收。

1.3.2 商法本国化阶段

到中世纪末,由于民族主权国家的大量兴起和国家主权观念的增强,商人法逐渐被民族主权国家以不同方式纳入其法律体系之中。法国和德国主要采取法典编纂的方式:法国在路易十四时期,1673年颁布了《商事条例》,1681年颁布了《海商条例》,1807年拿破仑时期则颁布了《商法典》。德国于1861年公布了第一部《商法典》,在1897年又通过了新的《商法典》。在英国,大法官曼斯菲尔则通过案件的审理把中世纪的商人自治法吸收到普通法中,使其成为普通法的一部分。然而,各国将商人法纳入国内法的做法实际上使得商人法所具有的“世界性”、“统一性”及内容上的“公平”、“灵活”和“便捷”的特性受到了极大的限制,并不能适应商业活动本身固有的与生俱来的扩张性、同一性与世界性。

1.3.3 恢复商法国际性与统一性的阶段

19世纪初,随着欧洲大陆工业革命的普遍完成,社会生产力与科学技术得到了迅猛发展,使得世界范围内的商品贸易活动迅速活跃,国际商事法律关系日益复杂。以各国国内法为主来调控跨国商事交易的做法,显得捉襟见肘。因引,客观上要求一种具有“便捷”、“灵活”和“普遍”特性的统一规则保障国际商事交易当事人的合法利益,维护国际商事关系的正常运转。在此社会历史背景下,国际商事团体和机构为了使其从事的国际商事活动摆脱国内法的桎梏,开始呼吁、提倡并积极通过商事实践推动国际商法的国际主义回归。这一阶段又分为两个重要时期:一是从1919年到1965年,国际商会(ICC)、联合国等组织及欧洲大陆法系国家为各国民商法的统一做了大量的工作,使各国商事法逐步走向国际化;二是从1966年联合国国际贸易法委员会(UNCTAD)的成立开始,开展了一系列关于统一全球民商法的工作,通过采取国际多边公约、示范

法等方式,使得大陆法系和英美法系在商法领域内对立的部分渐趋统一。

因此,国际商法的发展轨迹可以简单概括为“国际法—国内法—国际法”这样的过程。尽管如此,各国有关商事贸易方面的国内法,仍然是国际商法的重要补充,各国的国内立法仍是国际商法的一个渊源。

1.3.4 现代国际商法的发展趋势

国际商事关系不断地发展变化,作为调整这种社会关系的国际商法亦不断发展。现代国际商法的发展呈现出如下的发展趋势。

1. 国际商法将更加“全球化”

由于各国民商法的差异阻碍了国际商业的发展,必须确立一套能专门且统一适用于全球范围内的国际商事交易的规则,由此产生了国际商法。随着经济全球化的不断推进,需要构成国际商法渊源的国际公约和国际惯例在全世界范围内被普遍接受,国际商法将发挥更加重要的作用,各国在加入国际商事公约或接受国际惯例上的态度将更为积极,国际商法将更加“全球化”。

2. 国际商事规范将更加统一化

随着各国商事交易的不断加剧,国际经济全球化进程的不断加快,需要打破国与国在商事交易之间的制度隔阂。在国际商法的初创时期,其借鉴的成果更多地集中于传统民商法的理论和实践研究、比较民商法研究等内容。但国际商法的最终目的是形成统一的国际商事交易的规则。因此,国际商法必将打破作为各国比较商法存在的现状,在传统商法和比较商法的基础上走向统一化。

3. 国际商法的调整范围将更加广泛

从目前的国际商法的调整范围看,所涉及的商业领域还不是很全面,但伴随着世界各国之间商事交易的不断发展和扩大,特别是一些新的商业事物的出现和新的交易方式的应用,国际商法必然会将这些商业事物纳入其调整范围,如电子商务在全球的发展,需要有法律规则的调整,这就迫切需要制定涉及领域更加广泛全面的国际商法。

4. 追求营利的同时兼顾社会效益

国际商法的营利与社会效益兼顾的发展趋势,是就国际商法的价值取向而言的。传统理论认为商业的本质属性是营利。但随着社会经济的不断发展,现代商业越来越多地开始向社会公共福利和社会效益靠拢,以营利为目的的商业开始发生转变。由此国际商法的“盈利与社会效益兼顾”的发展趋势愈加明显,这符合现代社会重视公共福利的商业价值观。

以营利为目的,并非一定盈利,亦可以亏损。

1.4 世界两大法系

西方国家的法制在其长期的历史发展中,形成了大陆法系(又称民法法系)和普通法系(又称英美法系)两大法系。西方国家的这两大法系,都有着悠久的历史,都受到

罗马法的深刻影响，同时对各国商法和国际商法的形成和发展，产生过重大的影响。

1.4.1 大陆法系概述

1. 大陆法系的概念与分布范围

大陆法系一般是指以罗马法为基础而形成和发展起来的一个完整的法律体系的总称。它主要是在罗马帝国的消亡过程中，在欧洲大陆，尤其是在西欧国家中逐渐发展起来的法律制度。因此，罗马法的概念和原则对大陆法系的形成和发展产生了强烈和直接的影响。

大陆法系名称缘于该法系首先是在欧洲大陆出现和形成的。大陆法系具有法典的特征，因此又称为法典法系。大陆法系亦称民法法系。这是因为大陆法系中的民法受罗马法的影响最为强烈和广泛；其次，大陆法系是以法国法和德国法为主而发展起来的，而法国在19世纪初编纂的《法国民法典》和德国19世纪末编纂的《德国民法典》对大陆法系的发展都具有强大的推动作用，以至于把大陆法系直接称之为民法法系。

大陆法系分布范围极广，以欧洲大陆为中心，遍布世界各地。大陆法系在欧洲大陆可分为法国分支和德国分支两个分支系：前者包括拉丁语系各国，即法国、比利时、西班牙、葡萄牙、意大利等国；后者包括日耳曼语系各国，即德国、奥地利、瑞士、荷兰等国。以法德两国为代表的大陆法系，特别是法国的民法典，对其他地区之所以有重大的影响，部分原因是法国对其他国家和地区的军事占领或法国、西班牙、葡萄牙、荷兰的早期殖民征服。北欧各国即挪威、瑞典、丹麦、芬兰和冰岛的法律，通称为斯堪的纳维亚法律，基本上也属大陆法系。在亚洲，日本自1868年“明治维新”以来的法律及泰国等国法律，亦属大陆法系。在北美，美国的路易斯安那州及加拿大的魁北克省法律，也因历史上的原因，属于大陆法系范围。在非洲，如刚果、卢旺达、布隆迪等国法律，由于以前的殖民地历史，属于大陆法系。

2. 大陆法系的形成

① 在罗马全盛时期，罗马统治者以武力扩大其版图，强行适用罗马法，被征服地区的居民也因罗马法的发达和完备而自愿采用罗马法，使罗马法成为“商品生产者社会的第一个世界性法律”。

② 日耳曼人入侵罗马后，日耳曼法采取属人主义原则，使罗马法得以保存。日耳曼人建立的国家编纂的法典受罗马法影响。公元9世纪，随着封建制度的发展，法律的属人主义不再适用，罗马法与日耳曼法融合。

③ 公元12世纪后，罗马法复兴运动兴起，罗马法研究同社会实际需要相结合，成为西欧大陆国家的补充法律。经过改造和发展的罗马法成了欧洲的普通法，具有共同的特征和法律传统，从而奠定了大陆法系的基础。

④ 资产阶级革命取得胜利，西欧许多国家的资本主义制度确立并巩固以后，适应资本主义经济、政治、文化的发展及国家之间的交往，这些国家的法律制度相互间的联系和共同特征获得进一步发展。首先在法国，以资产阶级革命为动力，在古典自然法学、理性主义思潮和罗马法的影响下，开创了具有完整体系的法典模式。法国法典成为

欧洲大陆各国建立自己的法律制度的楷模,标志着近代意义上大陆法系模式的确立。随后在德国,在继承罗马法、研究和吸收法国立法经验的基础上,制定了一系列法典。德国法典成为资本主义从自由经济到垄断经济发展的典型代表。

⑤ 以法国和德国为代表的大陆法系适应了整个资本主义社会的需要,加之大陆法系的严格的成文法形式易于传播,所以 19 世纪末 20 世纪初,大陆法系开始越过欧洲,传遍世界。

3. 大陆法系的特点

① 在法律的历史渊源上,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。例如《法国民法典》以《法学阶梯》为蓝本,《德国民法典》以《学说汇纂》为模式。

② 在法律形式上,大陆法系国家一般不存在判例法,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。资产阶级启蒙思想家鼓吹的自然法思想和理性主义是大陆法系国家实行法典化的原因之一。法典必须完整、清晰、逻辑严密。法典一经颁行,法官必须忠实执行。法典化的成文法体系包括:宪法、行政法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等。

③ 在法官的作用上,大陆法系国家要求法官遵从法律办理案件,无立法权。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。

④ 大陆法系一般采取法院系统的双轨制,重视实体法与程序法的区分。大陆法系一般采用普通法院与行政法院分离的双轨制,法官经考试后由政府任命,严格区分实体法与程序法,一般采用纠问式诉讼方式。

⑤ 在法律推理形式和方法上,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,推论出结果。

4. 大陆法系各国的法院组织

大陆法系各国的法院组织虽各有特点,但也有一些共同之处,主要表现在:法院的层次基本相同;各国除普通法院以外,都有一些专门法院与普通法院同时并存。

各国法院基本上都分为三级,即第一审法院、上诉法院和最高法院。有的国家根据诉讼的性质和金额的大小设立各种不同的第一审法院。有的国家除普通法院外,还设有商事法院、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。但商事法院限于第一审,所以并不成为与普通法院并行的体系。有些国家如意大利、荷兰、葡萄牙与巴西等国,已取消了商事法院,把这类案件移交普通法院受理。上诉法院主要是受理对第一审法院判决不服的上诉案件,但对可以提出上诉的条件,各国有不同的规定。在有的国家最高法院就是上诉审法院或再上诉审法院;有的国家则规定,最高法院只能维持或撤销原判决,不能进行实体审理。

此外,有些国家如德国、法国、奥地利、比利时、意大利、芬兰、卢森堡、瑞典等

国,还设有行政法院并构成独立的审级层次;有些国家如西班牙、瑞士及大多数法语非洲国家,虽然设有行政法院,但隶属于最高法院行政诉讼庭,没有形成独立的审级层次;另外一些国家如日本、丹麦、挪威、阿根廷、巴西、智利、秘鲁等国,则不设行政法院。

有些国家除设有行政法院系统外,还有其他一些独立的司法机关,如德国设有劳动法、税法的最高联邦法院,瑞士设有关于海关法、军事法、社会保险法等联邦法院。有些大陆法国家实行联邦制,其法院组织体系更为复杂,往往在州法院之上还设有联邦法院。

5. 大陆法系的渊源

在大陆法系,法律的渊源可分为主要渊源和次要渊源。主要渊源是指法律规则的直接根据,包括制定法、习惯和一般原则。次要渊源包括判例和学说。

(1) 制定法

制定法是指由特定的国家机关(主要是指立法机关)制定和颁布的法律。制定法按照其制定和颁布的国家机关的不同等级和法律效力的不同,分为宪法、法律(由议会或总统颁布)、由议会委托行政机关颁布的委任立法、由行政机关颁布的行政法规和地方国家机关制定的地方法规。

(2) 习惯

习惯是人们在长时期内逐渐养成的一种不易改变的思维倾向、行为模式和社会风尚。一般来说,大陆法系国家都承认把习惯作为法律渊源之一,如合同法中规定的“合理期间”就需要借助于习惯加以确定。习惯法不是成文法,但是有的习惯可经过立法程序转化为成文法。

(3) 判例

判例是指具有先例作用的法院判决。如果认可这种先例具有普遍的法律效力,则该先例就被称为判例法(case law),即为法律渊源之一,与制定法相对。从法律上或理论上,大陆法系不承认“遵循先例”原则,因此判例不是法律渊源之一。但是,从法院的司法实践来看,判例在大陆法系各国法律发展中却起着重要作用。大陆法系的一些国家,如德国和意大利的宪法法院关于制定法是否符合宪法的合宪性裁判,均具有法律效力。法国有案例汇编;德语语系国家中,学者们不断研究判例;律师在诉讼中也经常引用判例。

(4) 法理

法理(legal doctrine),或称法律学说,是指有关法律的学说、原理或精神,或指法学家的学说。在法律比较完备的情况下,学者们侧重于对已有的法律体系的阐述和提出建设性的观点;在法律不完备的情况下,法理则要与立法者共同承担立法方面的具体任务。在法国,法官经常采纳学者们建议的理论;在德国,法学家们与法官的联系紧密。

(5) 条约

国际条约虽然不是国家立法机关制定的法律,但是一国一旦参加某一国际条约,根据“约定必须遵守”原则,该国就必须受此条约的约束,此条约就成为该国法律的组成部分。一国是否同意参加某一国际条约通常由该国议会决定。

1.4.2 英美法系概述

1. 英美法系的概念与分布范围

英美法系, 又称普通法系, 是与大陆法系并列的一种法律传统。普通法系是指英国中世纪以来的法律, 它以普通法为基础。应当注意的是, 普通法系以英国普通法为基础, 但并不仅指普通法, 还包括衡平法和制定法。衡平法和制定法对普通法系的形成不及普通法。

普通法法系可以英、美两国法律为代表, 分为英国法和美国法两个支系。应当注意, 美国法律, 作为一个整体来说, 属于普通法法系, 但有不同于英国法的很多特征, 自 19 世纪后期起, 就离开英国法律独立发展。在第二次世界大战后, 美国法律独立发展的倾向日益加强。

普通法形成于英国, 以后扩展到美国及其他过去曾受英国殖民统治的国家和地区, 主要包括加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚和新加坡, 中国香港地区也采用英美法。南非原属大陆法系, 后被英国侵占, 受英国法的影响, 是大陆法与普通法的混合物, 斯里兰卡也有类似情况。菲律宾原是西班牙殖民地, 属大陆法系, 后来随着美国势力的渗入, 引进了英美普通法的因素, 所以菲律宾法也是一种混合体。但是, 英国的苏格兰、美国的路易斯安那和加拿大的魁北克却不是普通法系, 而属于大陆法系。

2. 英美法系的形成

(1) 英国法的历史沿革

① 盎格鲁-撒克逊法。英国从公元 5 世纪到 1066 年由盎格鲁-撒克逊人控制, 当时实行的法律多为习惯法, 对英国法律的影响很小。

② 普通法的起源。1066 年诺曼公爵征服英国后, 为了巩固其统治, 实行土地分封制度和中央集权制度, 其中御前会议就是中央集权统治的重要机构。该机构是由国王亲信、主教和贵族参加的议事机构。主要协助国王处理立法、行政和司法等方面的事务。后来, 处理司法事务的机构逐渐独立出来, 到亨利三世时期, 御前会议已经建立了三个王室高等法院, 分别为财务法院、普通诉讼法院和王座法院, 处理直接涉及王室利益的重大案件。由于诺曼人以前没有自己的法律, 他们的法律是通过这些法院的判决形成的, 即判例法。这些判决对地方法院的判决具有约束力。随着王室法院管辖范围和影响的扩大, 其判例对全国的法律就形成了重大影响。王室法院的判例法就是适用于英国的普通法, 这主要是针对各地的习惯法而言的。王室法院出现之后, 存在着王室法院和地方法院、教会法院并存的局面。地方法院主要适用习惯法, 教会法院主要适用教会法, 主要管辖婚姻、家庭、继承、通奸。而王室法院通过发布诉讼开始令的方式来扩大自己的影响。所谓诉讼开始令, 即原告可以请求国王主持正义, 然后通过英王的大臣发布令状, 令状的内容是要求各郡的郡长负责命令被告满足原告的要求或在王室法院接受审判。

③ 衡平法的兴起。导致衡平法兴起的根源是普通法院的令状制和机械的诉讼程

序越来越不适应现实的需要。因而，很多人转而请求枢密院和国会主持正义，这些纠纷由枢密院中负责司法事务的大臣来处理。在1474年，枢密院大臣首次以自己的名誉作出判决。随着案件的不断增加，该机构终于独立出来，成为和王室法院并列的衡平法院。衡平法院在审理案件时适用与普通法院完全不同的法律规则，由此发展起来的法律成为衡平法。

④ 制定法的必要补充。在英国，除了普通法和衡平法之外，制定法也得到一定的发展，最典型的是爱德华一世时期的《大宪章》和三个《威斯敏斯特条例》，以及亨利八世时期的《地产收益权法》。制定法多以单行法形式存在。

⑤ 资产阶级革命和普通法传统的正式形成。随着资产阶级革命的胜利，为了适应资本主义的发展需要，英国的法律进行了改革，主要表现为：第一，普通法和衡平法的冲突、妥协、统一。大革命前夕普通法和衡平法的斗争是国会和君主斗争的表现。随着革命的胜利，普通法和衡平法又相互妥协，协调发展。随着1873年和1875年两个《司法法》的颁布，普通法院和衡平法院合并，但普通法和衡平法并存的局面一直持续。第二，对教会法院管辖权的限制。1857年，取消了教会法院对世俗案件的管辖权，成立离婚法院和遗嘱检验法院。第三，制定法大量出现。包括公法方面的法律，如《权利法案》《王位继承法》《人身保护法》《统一诉讼程序法》《普通法诉讼程序法》《公司法》《合伙法》《票据法》《货物销售法》《侵犯人身法》《盗窃罪》等。制定法的增加标志着议会地位的上升。这种趋势一直延续到现在。

(2) 美国法的历史沿革

① 殖民地时期的法律（从1607年到1776年）。在17世纪的殖民地早期，英国法对北美殖民地的影响较小，当时适用的法律主要是殖民地当地的法律。但到了18世纪，英国加强了对北美殖民地的控制，通过强制手段推行英国的法律。同时，熟悉英国法的人也越来越多，这对英国法在北美的传播起到了很大的作用。

② 美国法传统的形成。1776年，美国独立后，开始有了自己的法律。到19世纪，美国的普通法传统终于确立。最根本的原因是美国人是英国的移民，语言相通，传统相通。加之英国法在殖民地时期对美国法已产生的影响和法律学说的传播，美国最终接受了普通法的传统。但美国的法律也表现出不同于英国法的一些特点，如采用了成文宪法，路易斯安那州保留了民法传统，简化了诉讼程序，取消了普通法法院和衡平法院的区分。美国独立战争后，其法律日益脱离英国法，成为普通法系中一个独立的分支。

3. 英美法系的主要特点

① 在法律的思维方式和运作方式上，英美法系运用的是区别技术（distinguishing technique）。这一方法的模式可以归纳为：运用归纳方法对前例中的法律事实进行归纳；运用归纳方法对待判案例的法律事实进行归纳；将两个案例中的法律事实划分为实质性事实和非实质性事实；运用比较的方法分析两个案例中的实质性事实是否相同或相似；找出前例中所包含的规则或原则；如果两个案例中的实质性要件相同或相似，则根据遵循先例的原则，前例中包含的规则或原则可以适用于待判案例。

在对待先例的问题上有三种做法：一是遵循先例，一般来讲，下级法院应当遵循上级法院的判例，上诉法院还要遵循自己以前的判例；二是推翻先例，在美国，联邦最高