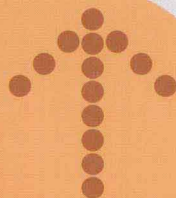




21世纪普通高等教育规划教材
21 SHI JI PU TONG GAO DENG JIAO YU GUI HUA JIAO CAI

国际经济与贸易系列
GUOJI JINGJI YU MAOYI XILIE

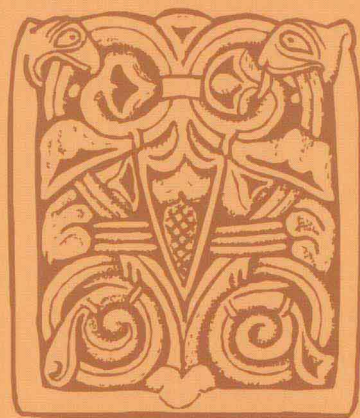



International Business Law (2nd Edition)

国际商法

(第二版)

吴建斌 朱娟 编著




 上海财经大学出版社

21 世纪普通高等教育规划教材·国际经济与贸易系列

国际商法

(第二版)

吴建斌 朱娟 编著

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/吴建斌,朱娟编著. —2版. —上海:上海财经大学出版社,
2013.9

(21世纪普通高等教育规划教材·国际经济与贸易系列)

ISBN 978-7-5642-1704-4/F·1704

I. ①国… II. ①吴…②朱… 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171115号

- 责任编辑 温涌
- 封面设计 上艺设计
- 责任校对 王从远

GUOJI SHANGFA

国际商法

(第二版)

吴建斌 朱娟 编著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路321号乙 邮编200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海译文印刷厂印刷

上海远大印务发展有限公司装订

2013年9月第2版 2013年9月第1次印刷

787mm×1092mm 1/16 15印张 384千字

(习题集 2.25印张 57千字)

印数:14 001—19 000 定价:36.00元

(本教材免费赠送配套习题集,请直接向售书单位索取)



21世纪普通高等教育规划教材
21 SHI JI PU TONG GAO DENG JIAO YU GUI HUA JIAO CAI



编委会

BIAN WEI HUI

总策划 宋 谨 曹均伟

编 委 (排名不分先后)

- | | | | |
|-----|----------|-----|----------|
| 石永恒 | 清华大学 | 韩冬芳 | 山西大学商务学院 |
| 郑甘澍 | 厦门大学 | 何传添 | 广东外语外贸大学 |
| 吴 迪 | 上海交通大学 | 吴建斌 | 南京大学 |
| 张一贞 | 山西财经大学 | 张中强 | 西南财经大学 |
| 江 林 | 中国人民大学 | 梁莱歆 | 中南大学 |
| 施 娟 | 吉林大学 | 余海宗 | 西南财经大学 |
| 吴国萍 | 东北师范大学 | 关玉荣 | 渤海大学 |
| 胡大立 | 江西财经大学 | 曹 刚 | 湖北工业大学 |
| 彭晓洁 | 江西财经大学 | 孟 昊 | 天津财经大学 |
| 袁崇坚 | 云南大学 | 齐 欣 | 天津财经大学 |
| 李少惠 | 兰州大学 | 张颖萍 | 渤海大学 |
| 黎江虹 | 中南财经政法大学 | 吴开松 | 中南民族大学 |
| 罗昌宏 | 武汉大学 | 杜江萍 | 江西财经大学 |
| 徐艳兰 | 中南财经政法大学 | 盛洪昌 | 长春大学 |
| 吴秋生 | 山西财经大学 | 刘丁酉 | 武汉大学 |
| 闫秀荣 | 哈尔滨师范大学 | 刘继森 | 广东外语外贸大学 |
| 姚晓民 | 山西财经大学 | 张慧德 | 中南财经政法大学 |
| 夏兆敢 | 湖北工业大学 | 屈 韬 | 广东商学院 |
| 安 焯 | 东北师范大学 | 尤正书 | 湖北大学 |
| 张昊民 | 上海大学 | 胡放之 | 湖北工业大学 |
| 黄金火 | 湖北经济学院 | 李文新 | 湖北工业大学 |
| 李会青 | 山西大学商务学院 | 张 洪 | 武汉理工大学 |
| 任月君 | 东北财经大学 | 夏 露 | 湖北工业大学 |
| 蒲清泉 | 贵州大学 | 牛彦秀 | 东北财经大学 |



第二版说明

本书自初版发行至今已逾3年,承蒙读者厚爱,其间曾经多次加印,并针对2010年《国际贸易术语解释通则》公布等国内外经济贸易法律法规的变化更新,作出部分技术性处理,以方便读者了解并掌握相关内容。

3年来,新的经济贸易规则不断增加,司法实践也积累了很多资料、经验,很有必要予以反映。有鉴于此,我们利用改版之际,在尽可能保留原书风格体例的前提下,着重在商事组织法的公司部分,添加了近年最高人民法院指导性案例的材料,以及学界就公司法理论与实务方面存在较大争议的重大问题的研究成果;在商事交易法部分,主要替换了原书中的案例,以体现与时俱进的精神;另外,在争议解决部分,将中国国际经济贸易仲裁委员会2012年新修改的仲裁规则具体内容,替换了原书中过时作废的内容。

编著者

2013年6月30日于南京南大北园



第一版前言

近年,除了全国各个经贸类院系普遍开设国际商法必修课之外,不少法律院系也陆续设置了同名选修课程,不同版本的《国际商法》教材应运而生。我们受邀编写本教材时,主要考虑如何针对不同知识背景的学生,既避免与法律院系国际经济法、国际贸易法课程的交叉和重复,又做到让修习过《进出口业务》、《国际海上运输和保险》、《国际结算》的经贸类专业学生获得新的知识,并且加强其实践性和应用性,着力培养学生分析问题、解决问题的能力。基于此,本教材力图体现以下几个特色:

第一,在国际商法基本理论与规则的讲解与梳理上,既进行适当的拓展,又避免长篇大论,力求简明扼要、通俗易懂;

第二,每章以经典或者最新案例引出问题,在介绍各章一般知识的基础上,再围绕案例中的重要知识点展开分析探讨,做到理论和实践相融合、具体和一般相呼应;

第三,尽可能反映国内甚至国际上有关国际商法的立法、司法、理论研究等的最新动态与最新成果,如有关国际商事组织法的内容、UCP600 的新规则等;

第四,考虑到本教材容量的限制,还有大量专业知识无法进行全面详尽的介绍,我们通过多种渠道收集整理出参考文献附后,以便于读者扩展学习。

本教材由吴建斌与朱娟共同合作编写完成。其中,前言、绪论及组织法部分主要由吴建斌编写,交易法的内容则主要由朱娟编写,最后由吴建斌审阅定稿。

正如金无赤金、人无完人,一本教材即使当作艺术品那样编写制作,也难免存在讹误瑕疵,还望读者不吝指正,以便不断更新完善。

编著者

2010年2月



目 录

第二版说明

第一版前言

绪论

绪论要点	1
导入案例	1
本章小结	10
关键概念	11
思考与练习	11

第一章 商事组织法

本章要点	12
导入案例	12
第一节 概述	14
第二节 合伙	18
第三节 公司	24
本章小结	62
关键概念	62
思考与练习	62

第二章 商事代理法

本章要点	63
导入案例	63
第一节 概述	64
第二节 代理法律关系	70
第三节 承担特别责任的代理人	77
第四节 中国的外贸代理制	80
本章小结	87
关键概念	88
思考与练习	88

第三章 商事合同法

本章要点	89
导入案例	89
第一节 概述	96
第二节 合同的订立	100
第三节 合同的效力	112
第四节 合同的履行	120
第五节 合同的变更和转让	126
第六节 合同的消灭	128
第七节 违约责任	131
第八节 合同的担保	139
本章小结	143
关键概念	143
思考与练习	144

第四章 国际货物买卖法

本章要点	145
导入案例	145
第一节 概述	145
第二节 买卖双方的权利和义务	148
第三节 违约及其补救方法	154
第四节 货物所有权与风险的转移	157
第五节 产品责任	159
本章小结	165
关键概念	166
思考与练习	166

第五章 国际货物运输法

本章要点	167
导入案例	167
第一节 海上运输	169
第二节 铁路运输与航空运输	176
第三节 国际货物多式联运	180
本章小结	182
关键概念	182
思考与练习	182

第六章 国际货物运输保险法

本章要点	183
导入案例	183
第一节 概述	185
第二节 海上货物运输保险	188
第三节 其他运输方式下的保险	192
本章小结	195
关键概念	195
思考与练习	195

第七章 国际结算法

本章要点	196
导入案例	196
第一节 概述	198
第二节 结算工具	201
第三节 结算方式	207
本章小结	212
关键概念	212
思考与练习	212

第八章 国际商事仲裁

本章要点	214
导入案例	214
第一节 概述	214
第二节 国际商事仲裁机构及其仲裁规则	218
第三节 仲裁协议与仲裁庭	223
第四节 仲裁裁决的承认与执行	225
本章小结	227
关键概念	227
思考与练习	227

参考文献



绪论



绪论要点

1. 国际经济贸易交往离开法律规则寸步难行,国际商法应运而生
2. 国际商法通常由国际商事组织法和国际商事交易法两部分组成,前者多为国别法,后者多为双边多边条约甚至国际统一法
3. 国际商事管制法包括 WTO 那样的国际统一规则,以及欧盟对微软进行反垄断调查、中国反垄断主管机构否决可口可乐收购汇源果汁那样的反垄断审查,涉及交易及组织的双重问题
4. 大陆法系、英美法系的概念及特点
5. 了解普通法及衡平法
6. 正确把握先例拘束力原则



导入案例

萨洛蒙诉萨洛蒙有限公司案

英国制靴匠萨洛蒙于 1892 年将其靴店改组注册为有限公司。依照章程规定,该公司的资产全部折为股本,萨洛蒙本人持股 20 001 股,1 股 1 镑,其妻子、女儿和 4 个儿子各持股 1 股,总计 20 007 股,另向萨洛蒙发行浮动担保公司债 10 000 镑。后该公司因经营失败而清理,公司总资产仅值 6 000 镑,而对其他债权人的负债就高达 7 000 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。1897 年上议院作出终审判决: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,他应优先于其他债权人而受到清偿。其他债权人分文未得。^①

请问:

1. 萨洛蒙制靴店属于什么类型的企业?它与萨洛蒙有限公司有何本质区别?
2. 萨洛蒙有限公司的主体资格独立于萨洛蒙个人还是两者混为一体?
3. 担保公司债与累积的优先股有何不同?
4. 本案中萨洛蒙有限公司的清偿顺序是否符合破产法的一般规则?
5. 上议院在英国审判组织中处于什么样的地位?
6. 本案形成的判例在全球公司法上有何意义?

本案当事人有关国际商事组织法上的重大法律问题,为依据公司人格独立原则还是适用公司人格否认例外规则来裁决本案。上议院这一并不称为法院的英国特殊案件最高审判机构,在世界上首次确立了公司人格独立原则,从而奠定了各国公司立法的重要基础,成为千古不朽的经典判例。本案所涉法律问题远不止于此,其他如判例法与成文法各自不同的法律地位;法院组织体系的国际差异;在组织法上涉及业主制企业与公司制企业各自的利弊得失;如

^① [英]丹尼斯·吉南著,朱羿锜等译:《公司法》(第 12 版),法律出版社 2005 年版,第 5 页。葛伟军:《英国公司法:原理与判例》,中国法制出版社 2007 年版,第 56 页。

何选择以及怎样把握不同的治理结构;怎样理解破产法上的别除权规则;在交易法上不同债权债务关系的确立、履行以及风险防范等。本案虽然并未披露争议是否具有国际背景,但结合英国当时“日不落帝国”的时代背景,恐怕不能排除争议的国际性因素。假如这样,本案可谓国内法与国际法交错、组织法与交易法纠缠。读者也许能够初步感受到国际商法具有交叉性、综合性的特点,我们既要学会条分缕析,又要做到融会贯通,才能顺利解决国际经济贸易中的法律纠纷。

当然,为了让读者在弄懂具体法律问题之前,能够对国际商法的基础知识有大概的了解,我们拟在绪论部分先简单介绍国际商法的概念、内容、结构、特点,作为国际商法历史渊源的大陆法系和英美法系法律以及中国法律制度的概况。

一、何谓国际商法

国际商法,通常是指调整国际商事组织和商事交易的各种法律规范的总称。^① 国际商事组织方面主要包括跨国投资法和国际商事组织法,特别是公司法;国际商事交易方面主要涉及合同法、国际货物买卖法、海上运输法、海上保险法、国际结算法和国际商事仲裁法等。

需要特别加以说明的是:第一,究竟怎样看待国际商法与国际贸易法的关系。早期学界通常认为国际商法包含国际贸易法甚至等同于国际贸易法,英国著名法学家施米托夫即是代表。当今学界主流观点认为,国际商法是调整平等主体之间国际商事关系的法律规范,而国际贸易法是指以 WTO 为主的国际商事管制关系的法律规范。第二,国际商法与国际经济法有何关系。国际经济法有广义和狭义之分:前者包括一切规范国际经济关系的法律规则,涵盖国际商法、国际贸易法的全部内容,其外延甚至扩展到国际投资法、国际经济技术合作法、国际税法等领域;后者一般认为是调整和规范国际经济秩序的法律规则,属于国际公法的范畴,而国际商法则属于国际私法的范畴。第三,由于篇幅有限以及课程体系的考虑,本书不可能将所有国际经济贸易交往的法律制度都包罗进来,而仅限于讲解调整平等主体之间国际商事关系的法律规范。非法律专业读者在学习国际商法知识的基础上,有必要通过其他途径,涉猎国际贸易管制法、国际投资法等其他国际经济法、国际贸易法知识,以便完善自己的知识结构。

二、国际商法的构成和特点

(一)国际商法的范围超出传统商法

大陆法传统商法,一般均包括公司法、票据法、海商法、保险法等具体制度。英美法中虽无完整的商法体系,但实际上也承认上述商法分支的存在,并侧重于调整国内商事关系。随着科学技术的发展,各国之间商事交往不断增多,形式也繁复多样。特别是第二次世界大战以来,国际技术转让、国际许可贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际融资租赁、国际直接投资等各种国际商事活动异常活跃。这些活动已超出一国范围,其行为主体多为跨国公司,仅靠一国的传统商法已不能进行有效规范,通过一定方式形成国际统一规则势在必行。即使国内立法,也必须尽可能地吸收和借鉴国际通例,以减少乃至消除该国参与国际间经济贸易活动的障碍,将本国经济融入世界经济的循环体系之中。国际商法脱胎于市场经济发达国家的传统商法,其内涵和外延又不同于传统商法。

(二)国际商法属于跨国私法

国际商法是规范不同国家或者地区的商人进行“跨国”性商事活动的法律制度,具有国际

^① 沈四宝等:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社 2002 年版,第 1 页。

私法性质,有别于规范国家之间关系的国际公法。公法和私法的划分发端于罗马法。古罗马法学家乌尔比尔认为:“公法是关于罗马帝国的法律,私法是关于个人利益的法律。”^①这一公法、私法的划分方法迄今仍有影响,许多国家将关系到国家、社会整体的法律归入公法,如宪法、行政法、刑法、诉讼法等;将直接关系到个人、个体的法律归入私法,如公司法、合同法、买卖法、票据法等。调整国际关系的法律也有国际公法和国际私法两大分支,前者调整国家、国际组织相互之间的关系,后者调整不同国家的个人、个体之间的关系,国际商法属于后者范畴。

(三) 国际商法的发展轨迹不同于其他法律分支

国际法上的其他法律分支如国际刑法、国际民法、国际经济法等通常先有国内法,因国际交往而产生国际法。国际商法则不然。国际商法经历了三个发展阶段:第一阶段在中世纪,它是以商人习惯法的形式出现的,即事实上支配那些商业交易所在文明世界的各港口、集市之间的国际商事界普遍适用的国际习惯法规则。第二阶段在18~19世纪,国际商人习惯法被纳入欧洲各国的国内法,其中欧洲大陆主要通过制定成文法,英国则主要通过曼斯菲尔德(Mansfield)等大法官的审判实践将商人习惯法融入普通法之中。第三阶段开始于对19世纪过分夸大的国家主权采取公正批判态度的时期。世界社会开始重新从国际角度思考问题,联合国及其他许多国际组织的作用越来越大,跨国公司的活动遍及世界各地,国际主义的观念逐渐觉醒,法学领域中则恢复了国际商法的概念,出现了带有世界普遍性意义的新的国际商事习惯法。^② 国际商法的“国际法—国内法—国际法”的发展轨迹比较独特。

(四) 国际商法的渊源

国际商法的渊源为国际立法、国际商事惯例以及各国相关立法,尤以前两者为主。

国际立法是国际商法的主要渊源,即主要表现形式。国际立法是为国际上两个或两个以上的国家就经济、贸易、法律等方面所形成的权利和义务关系所制定的规范性文件,通常表现为条约、公约、宪章、盟约、规约、专约、协定、议定书、换文、最后决议书、联合宣言等。国际立法通过缔结或参加国立法机关核准后,纳入该国国内法,而且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原则。

国际商事惯例是国际商事交往中经过反复使用逐渐形成的,已被各国商事主体普遍接受和采纳的习惯性做法。其起初以不成文的“约定俗成”的形式出现,现多由一些国际组织编纂成文,既消除了历史上形成的不同国家和地区间对同一种惯例在解释和适用上的差别,又根据新技术革命带来的国际商事交往方式的变化,修改和完善了其内容和形式。国际商会制定的2010年《国际贸易术语解释通则》、2006年《跟单信用证统一惯例》(UCP600)就是最好的例证。也有某些国际组织“创制”的国际商事惯例采取“示范法”的形式,如《国际商事合同通则》、《联合国电子商务示范法》、《联合国国际商事仲裁示范法》等。国际商事惯例并无国际立法那样的普遍性约束力,但一旦被国际商事交易当事人选为据法,该惯例对当事人就具有优先适用的效力。

国内立法一般只对该国主权管辖范围内的人和事有效,不能随意延伸至国外,否则就会引起国际冲突。但是,前述国际立法和国际商事惯例事实上不可能规范所有的国际商事关系,各国在对外经济贸易方面也制定了大量的法律法规。根据国际私法中的冲突规则,处理国际商

① 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第118页。

② [英]施米托夫著,赵秀文译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第4页以下。

事纠纷的准据法往往是一个特定国家的国内法。因此,国内立法也可以成为国际商法的一个渊源。我们应当了解和掌握外国尤其是市场经济发达国家的民商法规定,并在处理国际商事纠纷时,首先找准准据法。

三、英美法和大陆法概要

国际商法发源于欧洲。而欧洲各国的法律制度中最具代表性的就是以法国和德国为代表的大陆法系和以英国为代表的普通法系或者英美法系。因北美长期沦为英国的殖民地,被强制施行普通法,美国独立之后又渐渐发展为政治、军事、经济强国,在国际事务中的作用日趋增强,法律制度方面虽承袭普通法,但又有自己的特色,成为普通法系的又一代表性国家。

(一)大陆法的主要规则

大陆法系是指以罗马法为基础,以法国民法典和德国民法典为典型的法、德两国法律以及效仿其法例的其他国家法律的统称。大陆法系 13 世纪形成于西欧,除法国、德国外,其他如比利时、西班牙、葡萄牙、意大利、奥地利、卢森堡、瑞士、荷兰、丹麦、瑞典、挪威、芬兰、冰岛等欧洲大陆国家均属于大陆法系。曾受大陆法国家殖民统治的拉丁美洲、非洲的一些国家,也属于大陆法系。英美法系国家中的个别地区,如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省,也实行大陆法。另外,日本、土耳其等国,中国台湾地区、澳门地区也先后引入了大陆法。中国内地实际上秉承了大陆法传统。

大陆法的渊源主要为成文法,包括宪法、法律和行政法规,此外,还有习惯、判例甚至学理等。有的国家如法国、意大利、奥地利认为习惯的作用很小,而德国、瑞士等国则认为习惯等同于法律。对于判例,大陆法国家原则上不承认其与法律相同的普遍性约束力。一个判决仅对被判处的案件有效,对日后法院判决同类案件并无约束力。这是大陆法与英美法的一个显著区别。但在一些国家也有例外,如德国规定的在《联邦公报》上发表的宪法法院判决具有法律约束力,瑞士联邦法院关于州法违宪的判决,阿根廷、哥伦比亚最高法院关于宪法的判决,都具有法律约束力。日本也在一定程度上承认判例的法律效力。至于学理,一般不能成为法的渊源,但大陆法国家的学理对法律的制定和实施起着极其重要的作用。罗马法在欧洲的复兴和传播,欧洲大陆尤其是意大利的法学家功不可没。

大陆法各国的法院组织体系基本相同,设有普通法院和专门法院,如法国设有行政法院,德国设有行政法院、劳动法院、社会法院和税收法院。普通法院又大体分为三级三审制和四级三审制。例如,法国实行前一种制度,德国和日本则实行后一种制度。法国法院系统由基层法院、上诉法院和最高法院组成,不服基层法院判决可逐级上诉至最高法院。德国法院系统由地方法院、州地区法院、州高等法院、联邦高等法院组成。地方法院审理轻微民事案件,州地区法院审理较大的民事案件,不服判决可依次上诉,对上诉审不服可依次要求上级法院复审。日本法院系统由简易法院、家庭法院或者地方法院、高等法院和最高法院组成。简易法院审理轻微民事案件,重大民事案件由地方法院作为一审法院,并分别有两级上诉审。第二审同样对讼争的事实进行审理,第三审则一般只对既判裁决的法律适用进行审理。

(二)英美法的主要规则

英美法系又称英国法系、海洋法系、普通法系,是指英国中世纪以来的法律以及受其影响或者仿此模式制定的美国及其他国家法律的总称。英美法系形成于英国,以后又扩展到美国及其他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、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、中国香港等。南非、菲律宾、斯里兰卡则先采用大陆法,后又引入英美

法,形成两大法系混合的局面。美国独立以后的法律制度逐渐形成了自己的特点。下面以英、美两国为例,介绍英美法的主要内容。

1. 英国法

英国法的渊源主要表现为判例法,没有大陆法国家中系统的成文法体系,也没有明确的公法与私法的划分。但是,英国的普通法和衡平法却各有特色,形成英美法中特有的二元结构体系。

普通法是指在1066年诺曼公爵征服英国后,国王为削弱封建领主势力、加强王权而设立王室法院,通过法官选择适用于全国各地的习惯法来审理案件而形成的判例所确立的法律制度。因普通法是以判例形式出现的,故又称为判例法。王室法院法官经常到各地进行巡回审理,并有权撤销受封建领主控制的地方法院的判决。因此,普通法的发展和英国中央集权与地方封建领主势力的斗争历程基本同步。

衡平法是普通法的对称,是指对于普通法程序无法救济的案件,经当事人向国王及其咨询机关枢密院甚至国会提出申请,由枢密院大法官不受普通法的约束,按公平与正义原则加以审理和裁判,以补充和匡正普通法不足所形成的法律制度。衡平法也表现为判例法形式,它发端于14世纪,兴起于16世纪。

起初,衡平法的救济方法、诉讼程序甚至法律术语均不同于普通法;审理衡平法案件的法院组织系统,从14世纪后半叶到19世纪后半叶期间,也与普通法院相互独立、自成体系,直到1875年英国颁布法院组织法,两者才合二为一。目前,两种法律在诉讼程序上的差别已基本消除,同一个法院、同一个法官可以同时适用普通法和衡平法,但在高等法院内设置适用普通法的王座法庭和适用衡平法的枢密大臣法庭,普通法和衡平法之间的差别仍然存在。例如,普通法案件有陪审团参加,衡平法案件则没有;普通法案件采取口头辩论方式,衡平法案件则实行书面审理;有普通法律师和衡平法律师之分,甚至连法律术语都有很大的不同。普通法一般包括合同法、民事侵权行为法等,衡平法一般包括不动产法、信托法、合伙法、公司法、破产法以及遗嘱和继承法等。衡平法优先于普通法是英国法律制度的一个重要原则。

英国法的主要渊源是判例法,并严格遵循19世纪上半叶确立起来的“先例拘束力原则”,但并不意味着所有法院的判决均形成先例,也不是所有构成先例的判决的全部内容均具有法律约束力。在判例的构成上,应着重把握以下三点:(1)上议院的判决是具有约束力的先例,全国各级审判机关均须遵循,只有上议院本身可不受约束;(2)上诉法院的判决可构成对其自身以及下级法院有约束力的先例;(3)高级法院每一个庭的判决对所有低级法院均有约束力。具有约束力的判决分为判决理由和判决词中为解释判决理由所阐述的法律规则两部分,只有前者对同类案件有约束力,后者只有说服力。

除判例法外,英国法的另一重要渊源为成文法,包括法律和行政法规。但判例法是基础,成文法只是对判例法的修正或补充,其要通过判例加以解释和重新肯定后才能起作用。至于习惯,虽在传统上确是英国法的第三个渊源,但作用不大。因为普通法就是在吸收习惯的基础上形成的,普通法之外仍通行的习惯已经不多。

英国的法院体系比较复杂。除了有刑事法院和民事法院之分外,在民事法院系统中又分为高等法院和低级法院两种。前者包括上议院(上诉委员会)、上诉法院和高级法院三种,后者包括王冠法院、郡法院和治安法院三种。高级法院在1972年改革后设有王座法庭、枢密大臣法庭(大法官法庭)和亲属法庭(家事法庭)。王座法庭又设海事与商事两个法庭,枢密大臣法庭内设公司及破产两个法庭。高级法院既审理标的额大的或者重要的一审案件,又审理不服低级法院判决的上诉案件,一般实行独任制,有陪审团参与的民事案件只是例外。上诉法院审

理不服高级法院判决的上诉案件,通常采取合议制,由3名法官组成合议庭。如果涉及具有普遍意义的重要案件,不服上诉法院判决的当事人还可以向上议院上诉,此时,上议院才是有终审权的实际上的最高法院。有时上议院上诉委员会也受理不服海外领地和英联邦成员国最高法院判决的上诉案件,并享有终审权。郡法院和治安法院作为英国最低一级法院,分别审理辖区内争议标的在5000英镑以下的小额民事案件和轻微刑事案件,重罪案由治安法庭预审后送交王冠法院审理。郡法院的上诉案件由上诉法院管辖,治安法院的上述案件由王冠法院和王座法庭管辖,王冠法院也实行陪审制度。^①

2. 美国法

美国独立之前,曾先后沦为荷兰、法国、英国的殖民地,而受英国法的影响最深。因此,虽然1776年美国不少州公开宣布禁止援用英国判例法,但还是不能改变美国法的判例法特性。美国法与英国法有许多相同之处,如以判例法为主,也有普通法与衡平法之分,实行陪审制度等。但是,美国实行联邦制而非英国式的君主立宪制,故在法律结构上与英国有很大差别。美国法律分为联邦法与州法两大部分。根据美国宪法所确定的准则,立法权原则上由各州行使,而联邦只在例外情况下行使立法权。但联邦的法律又高于州的法律,两者发生抵触时应适用联邦法。

美国的法律渊源类似于英国,判例法与成文法之间的关系也与英国相同,只是20世纪初兴起的成文法运动,导致美国成文法的数量急剧增加。不过,因商事立法权原则上归属于各州,联邦政府无法染指,而美国国内经济流转又急需统一各州商法,于是,美国诸多民间法律研究机构,如美国法学会、美国律师协会、美国统一州法委员会等就组织一流专家,拟定示范性的法律文本,向各州立法机关推荐。最著名的有1952年颁布的《统一商法典》及其修正文本(2001年)^②,其已被实行大陆法的路易斯安那州之外的所有州所采纳。另外,为了统一判例法,美国法学会(ALI)编纂整理民商法方面的判例法,汇编成册,合成《法律重述》、《法院的重述》以及《州与重述》,虽不是法典,没有法律效力,但对司法机关也有重要的参考价值。

美国也有类似于英国的先例约束力原则,只是自有特色,具体表现在以下四个方面:(1)在联邦法方面,须受联邦法院尤其是联邦最高法院判例的约束;(2)在州法方面,上级法院特别是州最高法院的判例对下级法院有约束力;(3)联邦法院在审理涉及州法的案件时,须受相应的州法院不违反联邦法判例的约束;(4)联邦和州的最高法院不受其先例的约束,以便依据社会经济条件的变化,扬弃过时的判例,确立新的法律原则。

由于美国实行联邦制,因而也设有联邦法院和州法院两个体系。联邦法院又分为地区法院、上诉法院和最高法院三级。前者有94个,分布在各州,实行独任制;中者有13个,实行合议制,由3位法官组成合议庭审理上诉案件;后者设在华盛顿,由8位法官和1位首席大法官共9人组成,审理案件时全体法官均参与。法官由参议院选举,总统任命,实行终身制。州法院也分为初审法院和上诉审法院两级,上诉审法院包括州上诉法院和最高法院。联邦法院仅在美国宪法或国会法律明定范围内才有管辖权,其他案件均由州法院管辖。此外,还有专门受理联邦法上特殊争议的特别联邦法院,以及准司法机构如有权审理国际贸易纠纷的商务部、国际贸易委员会等。

(三)两大法系的主要差别

两大法系虽同为资本主义国家的法律制度,但在许多方面迥然有别。两者的主要区别在

^① 何玉宝:《英国合同法》,中国政法大学出版社1999年版,第3页以下。沈四宝等:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社2002年版,第10页以下。

^② NCCUSL(美国统一州法委员会)著,孙新强译:《美国〈统一商法典〉及其正式评述》,中国人民大学出版社2004年版,第7页以下。

于以下六个方面。

第一,法律渊源不同。大陆法国家主要采取成文法形式,如法国在19世纪初叶,经过法国大革命洗礼后陆续制定了民法典、商法典、刑法典、民事诉讼法典和刑事诉讼法典,凡事以法典为据的观念根深蒂固。英美法国家主要采取判例法形式,传统上没有成文法典。20世纪以来固然也制定了不少成文法典,但远没有起到大陆法国家成文法那样的作用,时至今日,在民商法的许多领域,判例法仍起主要作用。

第二,法律推理方式不同。大陆法系实行从一般规则到个别案件判决的演绎法,法官的审理活动是应用通行的法律去处理个别案件的具体问题。英美法系实行从判例到判例进而总结出法律一般规则的归纳法,上诉法院以上的法官事实上可以创制新的法律规则。

第三,法律结构不同。大陆法国家不但制定成文法,而且还将全部法律制度划分为公法和私法两大部分,两者之间的关系在当代虽然相互渗透,但界限还是基本清楚的。英美法国家中并不明确划分公法和私法,但普通法和衡平法的划分却非常明显。

第四,法律分类不同。大陆法国家依据法律所调整的社会关系的性质不同,划分出不同的法律部门,如民法、商法、行政法、刑法、诉讼法等。每一个部门多以一部法典为核心,辅以对一些具体、专门问题的细则,构成一个有机的法律体系。而各个法律部门在宪法的统领下,井然有序地调整和规范该国所有重要的社会关系。如日本和中国台湾地区通常将法律汇编称为“六法全书”。英美法国家没有明确的部门法划分,往往根据社会实际需要制定具体法律或改变原先的判例规则,单行法居多,灵活性较大,不太注重法律制度的系统性。

第五,诉讼制度不同。大陆法系在传统上采取职权制,英美法系在传统上采取对抗制。前者重视实体法,后者更重视程序法。在英国的法律传统上,当事人要想通过诉讼获得救济,须依一定的令状向法院起诉,而不同令状的诉讼程序也不同,且不得相互通用。这样,当事人在实体法上的权利,如对合同违约方请求赔偿经济损失,或股东要求公司分配逾期未分配红利,只能通过一定的诉讼程序才能实现,程序正义的重要性随之凸显。大陆法系因由成文法直接规定当事人的实体权利义务和诉讼权利义务,实体法无需假借程序法形成。当事人采取诉讼方式进行权利救济时,程序法只是实体法实施的手段和工具,此关系决定了整个社会对实体法的重视程度远甚于程序法。

第六,受罗马法影响的方式和程度不同。由于罗马帝国占领欧洲大陆时期强制推行罗马法的经历,以及罗马法本身所具有的精确和细密的特点,大陆法国家的法律受到罗马法的影响很深,有的国家的法典如1804年法国民法典、1900年德国民法典则直接继承了罗马法的传统。英美法没有大陆法那样的经历和背景,受罗马法的影响主要是间接性的。^①

(四)两大法系的发展趋势

1. 大陆法系中判例的作用日益增强。大陆法国家在传统上不承认判例法的渊源,但进入20世纪以后有所变化,有的国家如德国甚至已明确宣布联邦宪法法院的判决对下级法院具有强制性约束力,日本最高法院的判例亦然。尽管大陆法国家中判例法的地位和作用迄今仍不能与英美法国家同日而语,但那种只承认成文法而无视判例的历史确已改变。

2. 英美法系中成文法的数量迅速扩大。美国的情况最为典型。美国早在1926年就颁布了法律汇编性质的《美国法典》,并定期修订增补。同时,通过前述统一州法委员会和美国法学

^① 冯大同:《国际商法》,中国对外经济贸易出版社1991年版,第8页以下。沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第73页、第343页以下。吴建斌、肖冰、彭岳:《国际商法》,高等教育出版社2010年版,第9~10页。

会等团体拟定并向各州推荐示范法,使各州法律趋于统一。此外,第二次世界大战后,美国还成立了各种各样的委员会,不但被授权制定规章、条例,而且还在法院诉讼程序之外,相对独立地处理案件,并不受先例约束。英国的公司法、货物买卖与供应法、汇票法等构成英联邦各国重要的法律渊源。所有这些都对成文法的发展均产生了重要影响。

3. 两大法系取长补短,逐渐融合。除了前述在法的渊源上两大法系不断靠近外,在法律种类以及具体内容上,不同法系国家之间也尽可能互相吸收对方的科学合理部分。例如,美国的反垄断法、产品责任法,对大陆法系的法国、德国、日本等影响至深;日本的公司法早期仿效大陆法系的法国和德国,战后吸收美国示范公司法的大量内容,2001年引进美国式的独立董事,2005年制定统一的公司法典时,不但取消了有限公司形式,将该公司形式融合到限制股份转让的股份公司中,而且引进了美国非公司类型的有限责任公司(LLC),从而形成混合型的法律制度;而欧洲共同体法和现在的欧盟法,更是对作为大陆法系国家代表的法、德两国和作为英美法系国家代表的英国同样适用。虽然两大法系在近期不可能完全统一,但是不断交互作用、逐渐融合的趋势是不可逆转的。

四、中国法律制度概要

中国固然既非大陆法国家,又非英美法国家,其法律制度对国际商法的产生和发展影响甚微,但是,一国参与国际商事活动,离不开本国的法律基础,因此,了解中国法律制度的概要,也是很有必要的。

(一) 中国法律制度的历史沿革

中国清末之前的封建法律制度称为中华法系,对现行法制几乎没有影响。清末欧风东渐,开始参照欧美、日本等国的法律改造中国传统法律制度,后在民国时期形成“六法体系”,由宪法、民法、刑法、行政法、民事诉讼法和刑事诉讼法构成,目前仍在中国台湾施行。

新中国成立后,法制建设几经曲折,自1978年改革开放,尤其是1993年开始实行社会主义市场经济体制以来,民商法的社会政治经济基础得以确立。因在历史上更多地受到大陆法系的影响,中国现行法律也主要采取成文法形式,并划分为明确的法律部门,形成宪法、行政法、刑法、民法、商法、经济法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政诉讼法等门类齐全的比较完整的法律体系。而成文法又主要采取宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法规和经济特区法规、特别行政区法律等形式。随着民法通则、合同法、物权法的相继颁布,中国的民法体系基本确立,商法体系已经建立,国际经济贸易方面的法律法规条约不断增加。另外,立法、司法和行政等法律解释也是中国法律的一个重要渊源。判例虽原则上不构成中国法律的渊源,但中国最高人民法院对地方人民法院关于疑难案件请示的批复,对同类案件具有法律约束力。不仅如此,《中国最高人民法院公报》上公布的典型案例,通过案例指导的形式亦影响着各级人民法院的裁判实践。随着香港、澳门先后回归,海峡两岸关系根本改善,国内特殊区域之间的不同法律制度也相互影响、日趋融合。

(二) 中国民法、经济法和商法的关系

对于中国民法、商法和经济法的含义和范围,法学界争议很大。上述《民法通则》将民法界定为“调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”的法。其他如《物权法》、《合同法》、《担保法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等民法的特别法也相继颁布。

中国历史上商品经济不发达,也没有形成独立的商人阶层,清末虽曾颁行商人通则,但民国时期改采用民商合一体例,1949年以后又实行计划经济,故并无商法充分发展的社会经济条件。中国的商法在传统上是依附于民法并作为其特别法的形式出现的。1978年之后,又一