



工业和信息化高职高专「十二五」
规划教材立项项目

国际商法

International Business Law

刘一展◎主编

刘杰 张海燕◎副主编

FE

经 济 贸 易 类

21世纪高等职业教育财经类规划教材

Economic
and Trade



人民邮电出版社
POSTS & TELECOM PRESS



工业和信息化部高职高专「十二五」
规划教材立项项目

国际商法

International Business Law

刘一展◎主编

◎副主编

FE

经 济 贸 易 类

21世纪高等职业教育财经类规划教材

Economic
and Trade

人民邮电出版社

北京

图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 刘一展主编. — 北京: 人民邮电出版社, 2011.11
21世纪高等职业教育财经类规划教材. 经济贸易类
ISBN 978-7-115-26396-4

I. ①国… II. ①刘… III. ①国际商法—高等职业教育—教材 IV. ①D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第198115号

内 容 提 要

本书紧扣高职高专国际经贸类专业人才培养目标,立足国际商法课程建设和教学改革的需要编写而成。本书吸收了国际商法的最新规则和学界关于国际商法研究的最新成果,以典型凝练的案例,系统地介绍了国际经贸类专业学生必须掌握的国际商务法律规则和原理。

本书主要内容包括导论、国际商事组织法、国际商事合同法、国际货物买卖合同法、知识产权法、国际货运代理法、海上货物运输与保险法、票据法、产品责任法和国际商事仲裁法等。书中每章都设置了知识和能力目标、案例导入、课堂讨论和思考、实训活动和综合练习等教学环节,并大量运用了图表、注释、操作提示等形式进行说明,以方便学生学习。

本书适合高职高专国际贸易、国际商务、国际物流和企业管理等专业的师生作为教材使用,也适合外经贸部门、法律部门和各类涉外经济企业管理人员作参考用书。

21 世纪高等职业教育财经类规划教材·经济贸易类

国 际 商 法

◆ 主 编 刘一展

副 主 编 刘 杰 张海燕

责任编辑 刘 琦

◆ 人民邮电出版社出版发行 北京市崇文区夕照寺街 14 号

邮编 100061 电子邮件 315@ptpress.com.cn

网址 <http://www.ptpress.com.cn>

大厂聚鑫印刷有限责任公司印刷

◆ 开本: 700×1000 1/16

印张: 15

2011 年 11 月第 1 次

字数: 376 千字

2011 年 11 月河北第 1 次印刷

ISBN 978-7-115-26396-4

定价: 28.00 元

读者服务热线: (010)67170985 印装质量热线: (010)67129223

反盗版热线: (010)67171154

广告经营许可证: 京崇工商广字第 0021 号

“国际商法”课程是国际经贸类专业的一门专业法律课程。本书立足于国际商法课程建设和教学改革的需要和实践,紧扣高等职业教育的人才培养目标,结合非法律专业学生的知识结构和学习特点,按照国际商务相关岗位职业能力的要求编写。

本书注重挖掘法律教材的专业特色,不囿于传统国际商法的理论框架,在介绍主要国际商事组织法律地位的基础上,以合同签订、履行和纠纷处理的基本过程为主线,紧密结合业务操作环节展开,尽量避免阐述复杂的法理,将重心放在国际商事活动的运作规律和基本法律规则上,尽可能避免与国际经贸类专业其他课程内容的重叠。同时考虑职业资格证书考试要求,突出实用性,将法律知识复合于专业学习,培养学生的基本法律素质,提升学生分析并处理专业岗位中基本法律问题的实务操作能力。

本书在体例安排和内容设置上力求理论与实践相结合,规则与案例相结合,尽量运用启发、引导、讨论和模拟等方法,做到通俗易懂,帮助学生对所学知识进行分析、比较和理解,从而将国际商法知识、技能与素质相融合。本书力求及时反映国际商事法律法规和惯例的最新变化与发展,以保证教学内容的时效性,从而充分体现国际商务法律环境发展的新特点。

本书在编写过程中参考和借鉴了大量的文献资料,在此对这些资料的作者表示感谢。

本书由刘一展任主编,由刘杰、张海燕任副主编。具体编写分工是:刘一展编写了第1章、第2章、第5章、第6章、第7章和第10章,刘杰编写了第3章和第9章,张海燕编写了第4章和第8章。本书最后由刘一展统稿。

由于编者水平有限,编写时间仓促,书中错误和疏漏之处在所难免,恳请广大读者批评指正,以求进一步提高和完善。

最后,欢迎同行和广大读者通过 liuyizhan1003@163.com 邮箱与主编交流。

编者

2011年8月

目 录

第1章 导论..... 1

学习目标..... 1

案例导入..... 1

学习内容..... 2

1.1 国际商法概述..... 2

1.2 大陆法系和英美法系..... 7

1.3 我国的法律制度..... 9

1.4 国际商事法律冲突..... 11

关键概念..... 15

综合练习..... 15

第2章 国际商事组织法..... 17

学习目标..... 17

案例导入..... 17

学习内容..... 18

2.1 国际商事组织概述..... 18

2.2 个人独资企业法..... 19

2.3 合伙企业法..... 24

2.4 公司法..... 31

2.5 有限责任公司与股份
有限公司..... 41

2.6 我国的外商投资企业法..... 42

关键概念..... 47

综合练习..... 47

第3章 国际商事合同法..... 49

学习目标..... 49

案例导入..... 49

学习内容..... 50

3.1 合同法概述..... 50

3.2 合同的订立..... 52

3.3 合同的效力..... 58

3.4 合同的履行..... 63

3.5 合同的变更与转让..... 66

3.6 合同的消灭..... 67

3.7 违约责任及救济..... 69

关键概念..... 75

综合练习..... 75

第4章 国际货物买卖法..... 77

学习目标..... 77

案例导入..... 77

学习内容..... 78

4.1 国际货物买卖法的渊源..... 78

4.2 国际货物买卖合同的
形式与内容..... 83

4.3 买卖双方的主要义务..... 85

4.4 货物所有权与风险的
转移..... 88

4.5 违约及其救济方法..... 92

关键概念..... 96

综合练习..... 96

第5章 知识产权法..... 97

学习目标..... 97

案例导入	97
------	----

学习内容	98
------	----

5.1 知识产权法概述	98
-------------	----

5.2 专利法	104
---------	-----

5.3 商标法	113
---------	-----

关键概念	123
------	-----

综合练习	124
------	-----

第6章 国际货运代理法 125

学习目标	125
------	-----

案例导入	125
------	-----

学习内容	126
------	-----

6.1 代理法概述	126
-----------	-----

6.2 国际货运代理法律、 法规	132
---------------------	-----

6.3 我国有关国际货运代理的 法规与管理制度	139
----------------------------	-----

关键概念	142
------	-----

综合练习	142
------	-----

第7章 海上货物运输与保险法 144

学习目标	144
------	-----

案例导入	144
------	-----

学习内容	145
------	-----

7.1 国际海上货物运输法	145
---------------	-----

7.2 海上保险合同法	161
-------------	-----

关键概念	169
------	-----

综合练习	169
------	-----

第8章 票据法 170

学习目标	170
------	-----

案例导入	170
------	-----

学习内容	171
------	-----

8.1 票据概述	171
----------	-----

8.2 汇票	178
--------	-----

8.3 本票	184
--------	-----

8.4 支票	185
--------	-----

8.5 《联合国国际汇票和国际 本票公约》	186
--------------------------	-----

关键概念	187
------	-----

综合练习	187
------	-----

第9章 产品责任法 189

学习目标	189
------	-----

案例导入	189
------	-----

学习内容	190
------	-----

9.1 产品责任法概述	190
-------------	-----

9.2 美国产品责任法	192
-------------	-----

9.3 关于产品责任的国际 立法	199
---------------------	-----

9.4 我国的产品责任法	203
--------------	-----

关键概念	206
------	-----

综合练习	206
------	-----

第10章 国际商事仲裁法 208

学习目标	208
------	-----

案例导入208

学习内容210

10.1 国际商事仲裁概述210

10.2 仲裁协议216

10.3 国际商事仲裁程序221

10.4 国际商事仲裁裁决的承认与
执行 230

关键概念 232

综合练习 232

参考文献 234

第1章

导 论



学习目标

知识目标

- 掌握国际商法的概念和渊源
- 了解国际商法的产生和发展过程
- 了解大陆法系和英美法系的概念和主要区别
- 熟悉我国民商法的渊源及司法制度
- 掌握国际商事交易的法律适用

能力目标

- 能识别不同法系国家商法的特点
- 能根据具体情况选择适用的法律



案例导入

这部手机能退吗

18岁的某国公民迈克到上海旅游。在此期间，他在一大商场花了5 000多元人民币购买了一部新款手机。3天后，迈克在一个手机大卖场发现该款手机的价格要便宜很多，便到前一商场要求退货，但被拒绝。于是，迈克向上海某法院起诉，要求法院判令其购买手机的行为无效，理由是根据其本国法，男子满20岁才为成年人，自己购买手机时还没有成年。

讨论：迈克的请求能得到法院的支持吗？为什么？



1.1 国际商法概述

1.1.1 国际商法的概念

国际商法 (International Business Law 或 International Commercial Law) 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。国际商法作为调整国际商事关系的法律, 在西方国家也被称为 “The Law of International Business Transactions”。

国际商法作为一门法律学科, 具有 “法” 的共性, 它是一个以权利和义务为内容的行为规范体系。国际商法的 “国际” 一词意为跨越国界。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。一般来说, 商事关系存在下列情形的, 视为具有国际因素。

- (1) 当事人的营业地分处不同的国家或地区。
- (2) 当事人具有不同的国籍。
- (3) 商事活动发生在当事人一方或几方所在国以外的国家或地区。
- (4) 商事关系的对象位于当事人一方或几方所在国以外的国家或地区。

案例 1.1

【案情回放】

约旦 J 公司是一家成衣制造公司。2008 年 5 月 17 日, 该公司与我国杭州的 H 纺织印染有限公司签订了原料采购合同。合同约定, H 公司向 J 公司出售男式套装面料 90 000 码 (1 码=0.914 4 米), 单价为 0.805 美元/码, CFR 亚喀巴港, 合同总价款为 72 450 美元, 货物数量允许溢短装 10%, 双方还约定了面料的尺寸规格为 30 码/卷, 每 10 卷为一个包装箱。合同签订后, J 公司即通过电汇方式向 H 公司支付了预付款 7 000 美元。2008 年 7 月 24 日, J 公司依据 H 公司提供的提单传真件又向 H 公司支付了货款 62 927 美元。同年 9 月 28 日, 货物集装箱到达亚喀巴港卸货, 经检查发现, 到港的面料少了 126 箱。且 H 公司未按照约定提供 30 码/卷规格的布匹, 其交付的布匹仅为 25 码/卷, 导致每卷布经裁剪后有 2.03 码的布无法使用的情况。为此, 双方产生纠纷。

【法律分析】

本案中合同双方当事人为约旦 J 公司与我国 H 公司, 双方的营业地分处不同的国家且当事人具有不同的国籍, 因此该商事关系具有 “国际性”。

随着全球经济一体化进程的不断深入和知识经济的发展, 国际商事活动早已突破传统的国际货物买卖范畴, 不仅包括商事合同、代理、国际货物运输、保险、票据、产品责任等领域, 还包括财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、信贷、劳务等诸多方面。

值得注意的是, 国际商法和国际经济法既有联系又有区别。国际经济法现已成为一个集国际贸易法、国际金融法、国际投资法、国际商法、国际银行法等法律为一体的庞大的法学体系。在当今世界, 国际贸易的含义也发生了根本性的变化, 特别是 WTO 的建立将

知识产权和服务贸易纳入传统的贸易领域。因此,中外学者对是否应该将公法性质、调整国际贸易中政府宏观贸易行为的法律,如WTO规则,与私法性质、调整国际贸易中私人具体商事行为的法律,如联合国国际货物销售合同公约,分为两个部分——国际贸易法和国际商法见解各异。最早将国际经济法作为一门独立学科进行研究的美国学者倾向于将两者分开^①。因此,从课程设置和教学需要出发,本书的主要内容包括国际商事组织法、国际商事合同法、国际货物买卖法、知识产权法、国际货运代理法、国际货物运输与保险法、票据法、产品责任法、国际商事仲裁法等。

1.1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源是指国际商法产生的依据及其表现形式,主要包括国际(商事)条约、国际(商事)惯例和各国商事立法。

1. 国际(商事)条约

(1) 国际条约的概念。各国缔结的有关国际经济活动的国际条约历来被普遍认为是国际商法的重要渊源。根据1969年《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)第二条第一款(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相互有关之文书内,亦不论其特定名称如何。

(2) 国际条约的种类。国际条约包括双边条约和多边条约(即国际公约)。国际公约有两种具体表现形式,一种是实体法规则的国际公约,另一种是冲突法规则的国际公约。实体法是指在国际条约中直接规定当事人的权利和义务关系,不需要借助其他法律规定来确定当事人的权利和义务关系的规范,如1980年《联合国国际货物销售合同公约》。冲突法是指在有关的国内法或国际条约中规定何种情况适用何种法律来确定涉外民事法律中当事人的权利和义务,而不直接指出当事人的权利和义务关系的规范,如1973年《关于产品责任适用法律的公约》。

(3) 主要的国际公约如表1.1所示。

表 1.1 目前商事领域主要的国际公约

调整对象	公 约 名 称	国 际 组 织	签订日期
国际货物买卖	《国际货物买卖统一法公约》	国际统一私法协会	1964-7-1
	《国际货物买卖合同成立统一法公约》		1964-4-25
	《国际货物销售时效期限公约》	联合国国际贸易法委员会	1974-6-12
	《联合国国际货物销售合同公约》		1980-4-11
代理	《国际货物销售代理公约》	国际统一私法协会	1983-2-17
国际海上货物运输	《统一提单的若干法律规则的国际公约》(海牙规则)	—	1924-8-25
	《统一提单若干法律规则的国际公约的议定书》(维斯比规则)	—	1968-2-23
	《1978年联合国海上货物运输公约》(汉堡规则)	联合国	1978-3-31
国际航空货物运输	《统一国际航空运输某些规则的公约》(蒙特利尔公约)	国际民用航空组织	1999-5-28

① 黄东黎. 2004. 国际贸易法学. 北京: 法律出版社, 前言第1~2页。

续表

调整对象	公 约 名 称		国 际 组 织	签订日期
国际多式联运	《联合国国际货物多式联运公约》		联合国	1980-5-24
国际票据关系	《统一汇票本票法公约》	统称为“日内瓦公约”	国际联盟（后被联合国取代）	1930-6-7
	《关于解决汇票及本票的若干法律冲突的公约》			1930-6-7
	《统一支票法公约》			1931-3-19
	《关于解决支票的若干法律冲突的公约》			1931-3-19
	《联合国国际汇票和国际本票公约》		联合国	1988-12-9
知识产权保护	《保护工业产权巴黎公约》		世界知识产权组织（修订）	1883-3-20
	《保护文学艺术作品伯尔尼公约》			1886-9-9
	《商标国际注册马德里协定》			1891-4-14
产品责任	《关于产品责任适用法律的公约》		海牙国际私法会议	1973-10-2
国际商事仲裁	《承认及执行外国仲裁裁决的公约》（纽约公约）		联合国	1958-6-10

（4）国际条约的效力。缔约自由是现代国际法的基本原则。一个国家有权自主决定是否缔结或加入某一条约，不受任何其他国家或国际组织的强制。但一旦通过合法程序接受了条约，该国必须严格遵守，即凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。这是由“约定必须遵守”的古老的国际法原则得出的结论。根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）第一百四十二条规定，我国缔结或者参加的国际条约同我国的民事法律有不同规定的，除我国声明保留的条款外，适用国际条约的规定。

2. 国际（商事）惯例

（1）国际商事惯例的概念。国际商事惯例也称国际贸易惯例，是指在国际贸易的长期实践中逐步形成的一些国际间通用的习惯做法和规则。对国际商事惯例，《联合国国际货物销售合同公约》第九条第（2）款指出，“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。”

理解国际商事惯例，应当区分“惯例”、“习惯”和“一般做法”几个概念。国际商事惯例来源于商人的交易习惯，但是习惯上升为惯例需要一个漫长的实践过程。而交易习惯又来源于一般做法。因此，国际商事惯例的发展是一个循序渐进的过程。

（2）国际商事惯例的形式。国际商事惯例在形成之初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惯例在解释和适用上可能不一致，对国际商事活动的开展带来诸多不便。为此，一些国际组织或团体相继将国际商事惯例编撰成文，使国际商事惯例实现成文化、统一化和系统化，在国际商事交往中发挥越来越重要的作用。国际商事惯例的主要表现形式有示范法、统一惯例、统一规则、标准合同等。

（3）国际商事惯例的构成条件。一般认为，国际商事惯例应具备以下 3 个条件：①具有确定的内容，即具体包含了确定国际商事主体的权利和义务的规则；②已成为国际商事活动中长期反复使用的习惯；③被普遍承认并具有拘束力的通例。

(4) 主要的国际商事惯例。目前经济贸易活动中主要的国际商事惯例有: 1932 年《华沙-牛津规则》、1941 年《美国对外贸易定义修正本》、2010 年《国际贸易术语解释通则》(Inco terms2010)、2007 年《跟单信用证统一惯例》(UCP600) 和 1995 年《托收统一规则》等。

(5) 国际商事惯例的效力。国际商事惯例一旦明示或默示地适用于商事活动中某一行业的商人, 对他们就产生了相当于法律的效力。但是, 国际商事惯例不是法律, 不具有普遍的约束力, 它与法律、合同条款既有区别又有联系。

① 可以从两方面理解国际商事惯例与法律的关系。首先, 国际商事惯例不是法律, 它的产生和发展不是国家意志发生作用的结果, 而是人们在长期的贸易实践中逐步形成的。其次, 国际商事惯例的法律效力依赖于法律的规定。国际商事惯例虽然不能直接产生法律效力, 但在一定条件下通过法律的确认可以产生法律效力。例如, 《民法通则》第一百四十二条第 3 款规定, 在我国法律和我国缔结或者参加的国际条约没有规定时, 可以适用国际惯例。

② 国际商事惯例与合同条款之间具有十分密切的关系。一般认为, 除非在合同中明确排除适用某一商事惯例, 国际商事惯例可以明示或默示地约束合同当事人。例如, 《联合国国际货物销售合同公约》第九条规定, 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; 除非另有协议, 双方当事人应视为已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道或理应知道的惯例。

案例 1.2

【案情回放】

2007 年 2 月 19 日, 上海固原不锈钢有限公司与德国 Sun 公司签订了 530 000 磅的无缝不锈钢管出口合同。合同约定, 货物单价为 2.62 美元/磅, 价格条件为 FOB 上海, 目的港为汉堡, 装运期为 2007 年 4 月 29 日。上海公司负责联系船舶, 德国公司开立以上海公司为受益人的不可撤销信用证。合同签订后, 由于船期紧张, 上海公司联系不到船舶, 就致函要求德国公司派船, 其理由是根据 Incoterms2000, 作为买方的德国公司应当承担联系船舶、订立运输合同的义务。

【法律分析】

依照 Incoterms2000 的有关规定, 在 FOB 术语项下, 联系船舶、订立运输合同是买方的义务。但是作为国际商事惯例, Incoterms2000 的有关规定可以被当事人通过明确约定而加以修改, 即当事人另行明确约定的效力高于 Incoterms2000 的效力。可见, 国际商事惯例是任意性的, 当事人可以选择, 也可以不选择, 并且当事人可以通过约定的方式变更国际商事惯例的内容。

3. 各国商事立法

尽管已有大量的国际商事条约或惯例, 但由于传统习惯和自身利益所在, 各国仍在很多的商事领域中保留独占的立法权。因此, 各国的国内法也是国际商法的重要渊源。一方面, 国际商事条约和国际商事惯例的适用及其效力皆源于国内立法的规定, 至今仍有不少的国际商事条约未被一些国家参加或接受, 有的国家虽然加入某一条约, 却对其中某些条款作出保留; 另一方面, 国内法也直接调整国际商事关系, 如当事人

的行为能力、合同的效力基本由国内法规定。此外,当事人从事国际经济贸易活动时,也可能选择一国的国内法作为准据法,此时当事人之间的权利和义务就由该国内法进行调整。作为国际商法重要渊源的各国国内法,其范围涵盖了实体法、程序法和冲突法。

各国用以调整商事活动的法律主要是民商法。民法调整包括婚姻、继承、收养、财产等在内的民事关系,而商法则调整商事关系,主要包括公司法、票据法、海商法、保险法等。在立法体例上包括民商合一和民商分立两种。民商合一是指民事和商事统一立法,将商事方面的内容编入民法典中,或以单行法规的形式出现。瑞士、意大利、荷兰、泰国、俄罗斯等国家和地区都属于这种情况。民商分立是指民法和商法分别立法,除民法典外,还制定了商法典。法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等国家和地区都属于这种情况。

1.1.3 国际商法的历史沿革

通常认为,近代商法形成于中世纪的欧洲。商法的最初形式是商人习惯法,它的形成有着特定的社会渊源。¹¹ 世纪时东西方贸易的发展促进了地中海沿岸一些新兴城市的商业繁荣,使当时的地中海成为世界各国的贸易中心,意大利的威尼斯、热那亚和佛罗伦萨等城市更是被称为“通往东方的门户”。随后,此种高度集中的口岸贸易和海上贸易又相继扩展到欧洲大西洋沿岸、波罗的海沿岸和北海沿岸的一系列开放城市。

然而,当时欧洲大陆处于封建法的支配之下,许多商业活动得不到法律保护,缺少必要的法律规则。在这种背景下,佛罗伦萨等地率先出现了旨在联合保护商人自身利益的行会组织——商人基尔特(Merchane Guid)。其后,此种组织迅速在意大利、西班牙、英格兰、荷兰的许多城市相继出现。这种组织随着实力的加强,不仅可以通过行业自治和习惯规则协调商人之间的关系,反抗封建法制的束缚,处理商人之间的纠纷,还可以制定和编撰习惯规则,组织商事法庭和行使商事裁判权等。其中的行会规约、商事惯例和判例被因袭沿用,形成了较系统的商人习惯法。这种商人习惯法普遍适用于各国从事商事交易的人,具有国际性的特征。

16 世纪以后,随着欧洲中央集权国家的强大,欧洲各国都采用各种方法把商法纳入本国的国内法,使之成为国内法的一部分,从而使商法失去了它原有的国际性。但严格说,欧洲各国早期的商事成文法实质上都是对中世纪商人习惯法的一种确认。

19 世纪以后,欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动。商法开始在大多数大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现。法国于 1807 年制定了《法国商法典》,随后,西班牙、卢森堡、葡萄牙、荷兰、比利时、希腊和德国也制定了独立的商法典。同时,中世纪的商人习惯法也逐步渗透到普通法系国家。英美等国制订了一系列商事方面的单行法规,如英国 1893 年的《货物买卖法》、美国 1906 年的《统一买卖法》等。

第二次世界大战以后,国际贸易的发展要求在客观上为其提供一个良好的、共同的法律环境,商法国际化的回归就成为必然。为此,一些国际组织发起了国际商事统一立法工作。其中最有影响的是联合国国际贸易法委员会和国际商会。国际商会在统一国际商业惯例方面起着重要作用,由它负责制订的国际商事惯例有《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》和《托收统一规则》等。从国际商法的历史沿革中,我们发现国际商法经历了“国际法—国内法—国际法”的发展轨迹。

1.2 大陆法系和英美法系

法系 (Legal Genealogy 或 Legal Family) 是指按照各国法律的特点和历史传统对法律进行的分类, 通常是把具有一定特点的某一国的法律同承袭或效仿这一法律的其他国家的法律划为同一法系。历史上曾经存在过的较有影响力的法系有以中国为核心的中华法系、以阿拉伯国家为核心的伊斯兰法系、以印度为核心的印度法系等。当今世界最具影响力的是大陆法系 (Continental Family) 和英美法系。

1.2.1 大陆法系

1. 大陆法系的概念

大陆法系又称罗马法系、民法法系、法典法系, 是世界上历史最长、包罗国家最多的一个法系, 是指欧洲大陆大部分国家在 19 世纪初以罗马法为基础发展起来的, 以 1804 年《法国民法典》和 1900 年《德国民法典》为代表的法律制度, 以及效仿这种法律制度的其他国家或地区的法律制度的总称。

2. 大陆法系的特征

(1) 以成文法为基本的法律渊源, 强调成文法典的编纂。对于判例, 大陆法系国家原则上不把它视为法的渊源。法院的判决通常只对本案件有约束力, 不构成有普遍约束力的先例。

(2) 将法律分为公法和私法两大部分。公法和私法的划分始于罗马法, 认为凡涉及公众利益的是公法, 即调整私人与国家之间关系的法律, 包括宪法、刑法、行政法、诉讼法等; 凡涉及私人利益的是私法, 即调整私人之间权利义务关系的法律, 包括民法和商法。进入 20 世纪后, 资本主义各国大规模干预经济生活、干预传统的私法领域, 出现了私法公法化、私法社会化的趋势, 但以公法和私法的划分为原则编纂的法典体系至今未变。

(3) 明确立法和司法的分工, 强调制定法的权威。大陆法系认为法官是“法律的传声筒”, 其职责是适用现行法律, 只能司法, 不能立法。法官在审理案件时, 先考虑成文法中的规定, 然后就具体案件作出判决, 采用“一般到个别”的演绎推理。

(4) 在诉讼程序方面, 大陆法系一般采用纠问式审理, 奉行职权主义模式 (Inquisitorial System)。法官居于诉讼的主导地位。判决书采用三段论的写法, 首先陈述案件事实, 然后寻找适用的法律, 最后得出判决结论。

知识拓展

大陆法系的分布范围

大陆法系以法国和德国为代表, 包括西班牙、葡萄牙、比利时、意大利、奥地利、瑞士、荷兰等欧洲大陆国家, 以及拉丁美洲、非洲和亚洲的许多曾作为法国、西班牙、葡萄牙、荷兰的早期殖民地和附属国的国家和地区。北欧的芬兰、瑞典、挪威、丹麦、冰岛的法律, 通称为斯堪的纳维亚法律, 基本上也属于大陆法系。在亚洲, 日本自 1868 年明治维新以后的立法及泰国等国的法律亦属大陆法系。此外, 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、英国的苏格兰地区都属于大陆法系。我国的澳门特别行政区也属于大陆法系。

1.2.2 英美法系

1. 英美法系的概念

英美法系又称普通法系,是指以英国普通法为基础形成的一种独特的法律制度,以及效仿英国的其他一些国家或地区的法律制度的总称。英美法系以英国普通法为基础,但不仅指普通法,还应当包括英国的衡平法和制定法这两种法律渊源。英美法系的形成与英国的殖民扩张有直接的关系。美国属于英美法系,但具有不同于英国的特色。

2. 英美法系的特征

(1) 以判例法为主要的法律渊源,遵循先例约束力的原则(Rule of Precedent),即法院在判决中包括的判决理由(Ratio Decidendi)必须得到遵循,对作出判例的法院本身和对下级法院日后处理同类案件具有约束力。

(2) 没有明确的公法和私法的划分,其判例法中的普通法和衡平法各具特色。目前英美法系中的成文法数量也在迅速扩大。相对来说,美国比英国更重视成文法,不仅有联邦成文法,还有各州的成文法。但在英美法系国家,成文法往往被看成是对判例法的补充和修正,需要通过法院判决予以解释后才能起作用。

(3) 遵循先例原则使法官具有“造法”功能,著名判例往往与著名的法官联系在一起。法官在判案时,通常是对照有关判例,从中抽出适合于本案的一般规则,结合案件的事实和各种因素进行详细的分析、比较和审查后才作出判决,采用“个别到一般”的归纳推理。

(4) 在诉讼程序上,英美法系国家非常重视程序法,一般采用对抗制,实行当事人主义(Adversarial System)。在审理案件的过程中,法官处于消极、中立地位,基本上不提问,而由双方当事人(由其律师)进行对抗辩论,法官倾听辩论并维持秩序。英美法系诉讼程序的另一个重要特征在于陪审制。

知识拓展

英美法系的分布范围

除英国和美国之外,英美法系还包括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、缅甸、巴基斯坦、马来西亚、新加坡和我国的香港特别行政区等国家和地区。有些国家和地区受两种法系的影响,具有混合的特点,如斯里兰卡、菲律宾和南非等。

1.2.3 两大法系的发展趋势

20世纪以来,大陆法系和英美法系不仅在法律渊源上不断靠近,在法的种类和具体内容上也尽可能地吸收借鉴对方合理和科学的部分。两大法系在世界范围相互渗透和融合的趋势日益明显。

大陆法系各国开始注重判例的作用,如德国联邦宪法法院的判决,就对联邦及各州的宪法机关及所有法院具有拘束力。有的大陆法系国家虽然没有遵循先例的原则,但在法律难以适用或没有明确规定的情况下,判例往往也成为法官断案的参考和依据。当然,大陆法系国家的判例法作用不可与英美法系的判例法相提并论。

同时,英美法系国家的成文法也在不断增多,典型的如《美国统一商法典》,对现实

中的商事规则和惯例进行了归纳和制度架构,为商事交易行为作出总体性的规定,实现了美国商法在州际交易范围内归于统一。

1.3 我国的法律制度

1.3.1 我国民商法概述

1. 我国民商法的历史沿革

我国古代社会在封建专制统治下,自给自足的自然经济始终占据主导地位,商品经济不发达,加上封建统治者历来重刑轻民,整个社会法律制度民刑不分,诸法合体,不存在独立的民商法律制度。

我国近代意义上的民商法始于清朝末年,在维新变法时从日本引入民法一词并开始制定近代民法。1911年,清政府制定出《大清民律草案》,但未及公布生效,清政府即被辛亥革命推翻。国民党政府时期形成了旧中国民商合并并由单行商事法规补充的民商法律制度。从1949年新中国成立后,中国开始了社会主义法制建设。但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作用,民商法的发展较为薄弱。

1978年改革开放以后,随着社会主义市场经济的发展,中国的民商法律制度建设迎来崭新的局面。1986年4月12日,第六届全国人民代表大会第四次会议通过《民法通则》。虽然《民法通则》还不是一部完整的民法典,但它填补了我国民事基本法的空白,为市场经济运行提供了基本的法律原则与制度。

2. 我国民法与商法的关系

民法有广义和狭义之分,广义上的民法指包括商法在内的所有私法之全体,狭义的民法指除去商法及其他特别私法之部分私法^①。按照《民法通则》第二条的规定,民法是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律规范的总称。商法所调整的则是商事主体以营利为目的从事活动时所发生的财产关系。我国的商法,在历史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。当然,民法所关注的是民事主体之间地位的平等和利益的平衡,公平是其首要特征。商法所关注的是商事主体的价值增值追求,保护营利是其价值取向。在商事领域,商法是特别法,依照特别法优先于一般法的原则,商事关系应首先适用商法的相关规定。

3. 我国商事立法概况

我国是成文法国家,虽然民法体系尚处于较松散的状态,但目前我国的民事立法已经基本形成了适应社会主义市场经济发展需要的民商事法律体系。20世纪90年代以后,属于商法范畴的《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)、《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)、《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》)、《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)等相继公布,共同规范着商事活动领域中的一系列重要的商事关系。

在知识产权保护领域,《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)、《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)和《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作

^① 史尚宽. 2000. 民法总论. 北京:中国政法大学出版社,第6页。

权法》)相继颁布实施。1999年3月15日,《合同法》由第九届全国人民代表大会第二次会议通过,加上相关的一系列行政法规、地方法规和规章,标志着我国初步建立比较完备的商事合同法律制度。

2007年3月16日,《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)由第十届全国人民代表大会第五次会议通过,自2007年10月1日起施行。《物权法》明确了财产归属,发挥定纷止争的作用,提高物的利用效率,达到物尽其用的效果,加强了对私有财产的保护,维护国家基本经济制度和社会主义市场经济秩序,成为我国民法的重要组成部分。

1.3.2 我国的法律体系

1. 纵向划分

制定法是有关机关根据法定的程序制定的行为规范。根据我国2000年《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)的规定,我国的制定法具体包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等形式。

(1) 宪法。现行《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)于1982年12月4日通过,并经过了1988年、1993年、1999年和2004年4次修正,是国家的根本法,具有最高的法律效力。

(2) 法律。全国人民代表大会及其常务委员会行使国家立法权,即只有全国人民代表大会及其常务委员会才有权制定法律,规定和调整国家和社会生活某一方面问题。法律从属于宪法,其效力仅次于宪法,如《民法通则》、《中华人民共和国海关法》(以下简称《海关法》)和《物权法》等。

(3) 行政法规。作为国家最高行政机关,中华人民共和国国务院(以下简称国务院)有权根据宪法和法律制定行政法规、发布决定和命令。行政法规在全国范围内有效,其效力低于宪法和法律,高于地方性法规、规章,如《进出口货物原产地条例》、《海关行政处罚实施条例》等。

(4) 地方性法规。省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会在不同宪法、法律和行政法规相抵触的情况下,可以根据本地区的实际情况和需要制定地方法规,如《浙江省专利保护条例》。各地制定的地方法规应报全国人民代表大会常务委员会备案。

(5) 规章。根据《立法法》,规章分为部门规章和地方政府规章。部门规章是指国务院各部门、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内制定的规范性文件。地方政府规章是省、自治区、直辖市人民政府和较大的市的人民政府根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定的规章,如《浙江省企业信用信息征集和发布管理办法》。

2. 横向划分

法律部门也叫部门法,是根据一定的标准和原则所划定的调整同类社会关系的法律规范的总称。划分法律部门的主要标准首先是法律所调整的不同社会关系,即调整对象;其次是法律调整的方法。

(1) 刑法,是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总称。

(2) 民法,是最古老的法律部门之一,从最初诸法合一发展到后来的民刑分离。民法的特征在于民事主体之间的平等性,民法的原则包括平等、自愿、公平和诚实信用。