

应用型本科金融与贸易系列丛书



Guoji Shangfa

国际商法

李军◎主编

姜琳 马凤玲 刘杨东◎副主编



电子工业出版社

PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY

<http://www.phei.com.cn>

D996.1-43

79

013067920

应用型本科金融与贸易系列丛书



Guoji Shangfa

国际商法

李军◎主编

姜琳 马凤玲 刘杨东◎副主编



北航

C1675560

电子工业出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

D996.1-43

79

0308730810

应用型本科金融与贸易系列丛书

内 容 简 介

随着国际商事活动的增多,国际商法逐步作为一门新兴的法律学科发展起来,成为国际法学的一个重要分支。本书系统、科学地阐述了国际商法的基本理论及实务准则,介绍了国际商事组织法、国际商事代理法律制度、国际商事合同法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际技术贸易法、国际服务贸易法、国际贸易支付法律制度、产品责任法及国际商事争议解决制度。本书结合国际商务实践,并且包含了案例、练习题,以实现理论与实践紧密结合,提升本书的应用性。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 李军主编. —北京:电子工业出版社, 2013.9

(应用型本科金融与贸易系列丛书)

ISBN 978-7-121-20542-2

I. ①国… II. ①李… 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 113377 号

责任编辑:马晓云

印 刷:三河市双峰印刷装订有限公司

装 订:三河市双峰印刷装订有限公司

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本:787×980 1/16 印张:16.75 字数:397 千字

印 次:2013 年 9 月第 1 次印刷

定 价:33.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线:(010) 88258888。

前言

PREFACE

随着国际经济贸易的发展,国际商事活动越来越多,特别是随着经济全球化的发展,国际上调整商事活动的规则越来越多,同时各国国内的商法规则也在不断发展,在此基础上,国际商法作为一门新兴的法律学科发展起来,成为国际法学的一个重要分支。

与国际公法、国际私法和国际经济法不同,国际商法是国际上的商人法,是调整国际上商人组织及其商事行为法律规则的总称。国际商法着重于日常的、微观的商事行为的规制,是从事国际经贸实践的商人应该知悉的法律规则。因此,国际商法是高校国际经济、国际贸易、国际金融、电子商务、企业管理等专业需要学习的课程。

本书结合多位作者多年在国际商法方面的教学和实务经验编著而成,参考了当前国内外众多国际商法教材、著作及其他最新研究成果,科学、系统地阐述了国际商法的基本理论及实务规则。本书编写紧密结合国际商务实践,注重实用性,适合高等学校法学、非法学专业学生学习使用。

本书主要特色表现在:首先,注重当前国际商事规则的新变化,涉及了许多国际商事领域的新条约和国际贸易惯例规则的修订,如2010年《国际贸易术语解释通则》、2008年《鹿特丹规则》等;其次,本书以理论联系实践原则为指导,大量运用实践案例来阐述国际商法的术语及理论,以加深读者对国际商法具体规则的认知,锻炼其分析问题、解决问题的能力。再次,本书还运用比较的方法,以大陆法系和英美法系的规则比较分析,同时结合我国的商事规则,从而能够让读者更好地理解国际商法的理论和具体规则。最后,本书在体例编排中,做了一些创新尝试,加入了学习目标、导入案例、关键术语提示、相关链接等灵活性内容,不仅能增加读者的学习兴趣、拓展读者的知识,而且能够加深读者对国际商事规则的理解。

全书分为12章,介绍了国际商法导论、国际商事组织法、国际商事代理法律制度、国际商事合同法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际技术贸易法、国际服务贸易法、国际贸易支付法律制度、产品责任法、国际商事争议解决制度。

本书由李军老师主编,负责统稿工作,由姜琳、马凤玲和刘杨东任副主编。本书的分工具体如下:第1、4、5、8章由李军(山东建筑大学)撰写;第2、3、11章由马凤玲(山东建筑大学)撰写;第6、7、12章由姜琳(哈尔滨金融学院)撰写;第9章,第10章的10.1、10.2节由刘杨东(华东政法大学)撰写;第10章的10.3节由孔令秋(哈尔滨学院)撰写。

尽管作者对本书的写作精益求精,但是不足甚至错讹之处在所难免,谨请各位读者批评指正。

目录

CONTENTS

第1章 国际商法导论	1	自测题	66
1.1 国际商法的概念	1	第4章 国际商事合同法	70
1.2 国际商法的体系	4	4.1 国际商事合同法概述	70
1.3 国际商法的历史	4	4.2 国际商事合同的订立	73
1.4 国际商法的渊源	6	4.3 国际商事合同的履行	86
1.5 当代世界两大法律体系概述	7	4.4 国际商事合同的变更、转让 与消灭	94
1.6 中国法律制度概述	10	自测题	98
自测题	14	第5章 国际货物买卖法	101
第2章 国际商事组织法	16	5.1 国际货物买卖法概述	101
2.1 国际商事组织法概述	16	5.2 国际贸易术语解释通则	104
2.2 个人独资企业法律制度	18	5.3 国际货物买卖合同的成立	113
2.3 合伙企业法律制度	20	5.4 买卖双方的义务	117
2.4 公司法律制度	27	5.5 违约与救济	121
2.5 外商投资企业法律制度	41	5.6 货物所有权与风险的移转	126
自测题	47	5.7 货物的保全	128
第3章 国际商事代理法律制度	51	自测题	129
3.1 代理概述	51	第6章 国际货物运输法	133
3.2 代理权	54	6.1 国际货物运输法概述	133
3.3 代理中的法律关系	59	6.2 国际海上货物运输法	134
3.4 承担特别责任的代理人	62	6.3 国际航空货物运输法	142
3.5 国际代理统一法	64	6.4 国际铁路货物运输法	145
3.6 中国的代理法与外贸代理制	64		

6.5 国际货物多式联运法律制度.....	148	第 10 章 国际贸易支付法律制度.....	197
自测题	149	10.1 国际贸易支付概述	197
第 7 章 国际货物运输保险法	152	10.2 票据法律制度	198
7.1 国际货物运输保险法概述	152	10.3 国际贸易支付方式	207
7.2 国际海上货物运输保险条款	161	自测题	219
7.3 其他国际货物运输保险法律 制度	166	第 11 章 产品责任法	222
自测题	168	11.1 产品责任法概述	222
第 8 章 国际技术贸易法	171	11.2 美国产品责任法律制度	226
8.1 国际技术贸易法概述	171	11.3 关于产品责任的国际立法	231
8.2 国际知识产权制度概述	173	11.4 中国产品责任法律制度	233
8.3 国际技术贸易的方式	184	自测题	235
自测题	187	第 12 章 国际商事争议解决制度	237
第 9 章 国际服务贸易法	189	12.1 国际商事争议及解决方式 概述	237
9.1 国际服务贸易概述	190	12.2 国际商事诉讼	242
9.2 国际服务贸易法概述	192	12.3 国际商事仲裁	245
9.3 《服务贸易总协定》	192	自测题	254
自测题	196	参考文献	258

第 1 章 国际商法导论

学习目标

重点掌握国际商法的概念和国际商法的调整对象；一般掌握国际商法的渊源和国际商法与相关法律学科的关系；了解国际商法的历史和国际商法的体系、两大法系的特点、中国法律制度。



导入案例

甲公司是 A 国公司，在 B 国设立了乙公司生产手机，乙公司将生产的手机销往 C 国，与 C 国的丙公司签订了货物买卖合同，支付方式是汇票，并约定合同适用《联合国国际货物销售合同公约》。后丙公司声称有一批手机质量有问题，拒绝付款，乙公司遂在 B 国提起诉讼。

问题：

1. 该案中存在哪些类型的国际商事关系？
2. 该案是否受国际商法的调整？
3. 该案中提到了哪类国际商法的渊源？

1.1 国际商法的概念

1.1.1 商法与国际商法

商法是调整市场经济关系中商事主体和商事活动的法律规范总和。在市场经济中，人们之间发生各种各样的社会经济关系，不同的法律部门承担着不同的任务。其中，商法调整的是商事关系，也就是说，商法是调整平等商事主体之间的商事关系，规范商事主体及其商事行为。

国际商法（International Business Law）是调整国际市场经济下国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事关系的法律规范的总和。国际商法是随着国际间商事交易的高度发展而出现的，是为了保障国际商事交易的顺利、可靠、安全，保护商事主体实现赢利的合法权益，进而促进市场经济的发展。

1.1.2 国际商法的调整对象

国际商法的调整对象是国际商事关系。所谓国际商事关系，是以赢利为目的的国际商事主体参与的商品流转关系，其主体不论是个人、法人、国家政府或国际组织，只要这种商事关系的当事人分属于两个以上不同的国家或国际组织，或其所涉及的商事问题超越一国国界的范围，这种关系就可称为国际商事关系。

1. 国际

国际商法的“国际”是从地理意义上来讲的，是指“跨越国界”，不是指国家和国家之间。国家和国家之间的商事关系是从政治和公法的意义上来讲的，属于国际公法调整的范围。判断国际商事关系的跨越国界可以从法律关系的要素出发。法律关系的要素包括主体、客体、内容。商事法律关系的任一要素跨国都可以认定为具有国际因素。

相关链接

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条规定：“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。”

2. 商事

商事可以依据“商行为”来理解。“商行为”是以赢利为目的的经营性行为。传统的商事以有形的商品交流为核心，传统商法主要包括商行为法、公司法、票据法、海商法等。后来，随着经济的发展，特别是在国际经济贸易领域，国际商事活动逐渐拓宽至资金、技术、劳务等，任何商品、服务、技术的赢利性经营行为，均可归为商事活动。因此，国际商法的调整范围比传统的商法更为广泛。

前沿话题

1985年，联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》对“商事”一词做了广义的解释，商事包括契约或非契约性的一切商事性质的关系所引起的种种事情。商事性质的关系包括但不限于下列交易：供应或交换货物或服务的任何贸易交易，销售协议，商事代表或代理，代理，租赁，建造工厂，咨询，工程许可，投资，融资，银行，保险，开发协议或特许，合资经营和其他形式的工业或商业合作，客货的航空、海上、铁路或公路运输。

相关链接

对于“商事”，我国最高人民法院1987年《关于执行我国加入的〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第2条做了一个解释：根据我国加入该公约时所做的商事保留声明，我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用公约。所谓“契约性和非契约性商事法律关系”，具体指由于合同、侵权或者根据有关法律的规定而产生的经济上的权利义务关系，如货物买卖、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、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务，海上、民用航空、铁路、公路的客货运输，以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

3. 商事关系

所谓商事关系，就是在一定社会中通过市场经营活动而形成的社会关系。它主要包括两个部分：商事组织关系和商事交易关系。商事组织就是人们为从事商品、技术、服务交易形成的经济实体。商事交易就是商事组织及其主体在市场领域从事的各种经营活动。

1.1.3 国际商法与相关相邻法律学科的关系

1. 国际商法与国际公法

国际公法也称国际法，是指在国际交往中形成的、用以调整国际关系（国家之间、国际组织之间及国家与国际组织之间）的有法律约束力的原则、规则和制度的总称。国际公法的主体是国家和国际组织，个人一般不能成为国际公法的主体。国际公法调整国家、国际组织相互之间的包括经济关系在内的各种关系。而国际商法调整对象仅是商事关系。

2. 国际商法与国际私法

国际私法是一个国家或法域处理和调整涉及外国公民和法人的民商事法律关系的规则的总称。国际私法除了调整涉外商事关系外，还调整涉外民事领域的人身关系。狭义的国际私法指冲突法，是民商事法律关系适用法律的选择规范，广义的国际私法包括冲突法、涉外商事实体法规范、争端解决规范等。而国际商法仅调整国际商事关系。广义的国际私法涵盖了国际商法的内容。

3. 国际商法与国际经济法

国际经济法有狭义和广义之分，狭义的国际经济法是调整国际公法主体之间的经济关系法律规范的总称。广义的国际经济法是指调整跨越国界的经济关系的法律规范的总称。广义的国际经济法既调整国家之间、国际组织之间、国家与国际组织之间经济关系，又调整跨越国界的私人之间的经济关系。国际经济法不仅调整商事关系，还调整经济管理关系。而国际商法仅调整跨越国界的商事关系。所以，广义的国际经济法涵盖了国际商法的内容。

广义的国际私法和国际经济法涵盖了国际商法的全部内容,因此,有的学者认为没有必要将国际商法作为独立的法律学科。但是从法律发达国家的法律体系来看,商法的独立性非常突出。如德国、法国,有专门的商法典,美国有《统一商法典》。所以国际商法作为独立学科是有其存在意义的。

4. 国际商法与国内商法

国内商法是调整国内商事关系法律规范的总称,而国际商法是调整跨越国界的商事关系的总称。国际商法与国内商法从逻辑上是平行的。但是很多国家对于涉外商事关系和国内商事关系适用同样的法律规范。因此,很多情况下国内商法规范和国际商法规范是统一的。

1.2 国际商法的体系

前文讲到,国际商法调整国际商事关系分为两大类:国际商事组织关系、国际商事交易关系。根据这两大类商事关系的性质,可以将国际商法划分为两大分支:国际商事主体法和国际商事交易法。国际商事主体法包括商事组织法、商业登记法等,商事组织法主要包括公司法、合伙法、个人独资企业法等。根据国际商事交易的性质(或者根据商事行为的性质),国际商事交易法包括商事代理法、合同法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际技术贸易法、国际服务贸易法、国际支付与结算、电子商务法、产品责任法、国际金融通法等。另外,因为国际商事争议的解决,国际商事领域里形成了一些独特的商事争端解决规则,如国际商事仲裁规则。所以,国际商法也应该包括国际商事争议解决法律制度,国际商事争议解决法律制度包括国际民事诉讼法、国际商事仲裁法。

1.3 国际商法的历史

调整商事关系的法律规范在古代就出现了。例如,约公元前 1770 年的埃什嫩那王国《俾拉拉马法典》、约公元前 1750 年的古巴比伦王国《汉谟拉比法典》出现了关于商事行为的专门规定。我国《秦律》中也有调整商事关系的规则。但是古代国际经济交往不发达,调整国际商事关系的法律规范并没有真正出现。根据史料,国际商法比较早的痕迹可以追溯至古罗马法。

1.3.1 萌芽阶段

古罗马法有市民法和万民法之分,其中万民法调整涉外商事关系的法律规范显示了国际商法的特征,所以,可以作为国际商法较早的萌芽看待。另外,公元前 3 世纪,随着地中海地区航海贸易的发展,希腊的罗得岛成为该地区的航贸中心,在航海贸易中以该岛为中心形成了一些共同海损、海上保险习惯规则等海商法的法律规则,这些规则被称为《罗得海法》,是较早出现的商人团体的商事习惯和惯例的汇编。

1.3.2 形成阶段

到了 11~15 世纪,欧洲地中海一带的城市和国家国际贸易迅速发展,当时的封建制度已经不能适应商业发展的需要。行会组织中的商人便设置自己的特殊法庭,采用各种商事习惯解决商事纠纷,逐渐形成了中世纪的商人法。商人习惯法最早出现在意大利,后来随着航海贸易的发展逐步扩大到西班牙、法国、英国及德国。商人习惯法与当时封建王朝的法律相比,具有跨国性和统一性的特点,普遍适用于各国从事商业交易的商人,它的解释和运用不是由一般法院的专业法官负责,而是由商人自己组织的法庭负责,类似于现代的仲裁和调解,其程序简易、迅速,不拘泥于形式,在处理案件中强调按公平合理的原则进行。比较著名的商人习惯法汇集有《巴塞罗那海法》(《康梭拉德海法》)、《奥内隆海法》(《海事判例集》、法国奥内隆岛)、《维斯比海法》(瑞典哥得兰岛维斯比)、《阿玛斐法典》等。

1.3.3 发展阶段

随着欧洲国家经济的发展及中央集权的形成与加强,自 16 世纪后,商人习惯法被纳入各国的国内法制度,逐步成为国内法的一部分。法国比较早地颁布了国内商法,例如,1673 年《法国商事条例》、1681 年《法国海商条例》、1807 年《法国商法典》。德国 1897 年通过了《德国商法典》。英国在 19 世纪先后制定了一些有关商事活动的法律规范,如 1882 年《英国票据法》、1890 年《英国合伙法》、1893 年《货物买卖法》等。自 16 世纪至 19 世纪,世界许多国家制定了商法典或单行商事法规。

1.3.4 成熟阶段

20 世纪以来,随着资本主义发展,跨国经济贸易交往越来越频繁,经济的全球趋势越来越明显,制定世界普遍适用的国际商事规范已经成为经济交往的需要。在 20 世纪初,国际社会开始制定商事条约,例如,1924 年《统一提单的若干法律规则的国际公约》、1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》。1919 年,国际商会成立,开始着手编纂国际商事惯例。“第二次世界大战”以后,随着世界经济一体化进程的发展,大量的国际商事条约出现,国际商法进入成熟发展阶段。

相关链接

施米托夫(Clive M. Schmitthoff)(1903—1991 年)出生于德国,英国当代著名法学家,国际贸易法学的主要创始人之一,曾任联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席,其代表性研究主要收录在《国际贸易法文选》中。施米托夫认为,国际商法经历了三个发展阶段:第一个阶段在中世纪,它是以商人习惯法的形式出现的;第二个阶段始于国家主权这一概念比较普遍采纳的时期,商人习惯法被纳入各国的国内法制度;第

三个阶段（当代）开始于19世纪，法学领域中恢复了国际商法的概念，出现了旨在发展国际商业自治法的新的商人习惯法。施米托夫将其总结为国际法—国内法—国际法发展的趋势。

1.4 国际商法的渊源

国际商法的渊源，就是国际商法的表现形式。国际商法的渊源主要包括：国际法渊源和国内法渊源。国际法渊源主要包括国际商事条约和国际商事惯例。

1.4.1 国际法渊源

1. 国际商事条约

国际商事条约是指两个或两个以上的国家或国际组织为确定相互之间的权利、义务而达成的协议，包括多边商事公约、双边商事条约和区域性的商事条约。各国缔结的有关国际经济活动的国际条约或公约历来被普遍认为国际商事法的重要渊源。国际商事条约有双边条约和多边条约。双边条约是在两个国家之间缔结的条约；多边条约是由世界很多国家参加缔结的具有地区性或世界性影响的条约，具有世界性影响的多边条约也称为国际公约。作为国际法渊源的商事条约主要是多边条约。

当前国际商事领域的国际公约有很多，下面就主要的国际商事条约分类列举如下。

(1) 国际货物买卖领域

包括1964年《国际货物买卖合同成立统一法公约》、《国际货物买卖统一法公约》，1974年《国际货物买卖时效期限公约》，1980年《联合国国际货物销售合同公约》等。

(2) 国际货物运输领域

例如，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》）及其后续修订条约、1951年《国际铁路货物联运协定》（《国际货协》）、1961年《关于铁路货物运输的国际公约》（《国际货约》）、1968年《修改统一提单若干法律规定的国际公约议定书》（《维斯比规则》）、1978年《联合国海上货物运输公约》（《汉堡规则》）、1980年《联合国国际货物多式联运公约》、2008年《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》（《鹿特丹规则》）等。

(3) 票据领域

例如，1930年《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》、1931年《关于统一支票的日内瓦公约》、1988年《联合国国际汇票和国际本票公约》等。

(4) 国际投资领域

例如，1965年《解决一国与他国国民投资争议的公约》（《华盛顿公约》）、1985年《多边投资担保机构公约》等。

(5) 国际知识产权领域

例如, 1883 年《保护工业产权巴黎公约》、1886 年《伯尔尼公约》、1891 年《商标注册马德里公约》、1952 年《世界版权公约》、1961 年《罗马公约》、1972 年《日内瓦公约》、1996 年《网络版权公约》等。

(6) 国际商事争端领域

例如, 1958 年《承认和执行外国仲裁裁决的国际公约》(《纽约公约》) 等。

2. 国际商事惯例

国际商事惯例是在国际商事交往中, 经由长期的、反复的国际实践而逐渐形成的, 并受到各国普遍承认和遵守的商事原则和规则。这些行为规范未经立法程序确立, 不属法律规范, 并无普遍的法律约束力。一项习惯最终形成惯例, 要有一个漫长的逐渐形成的过程, 在这个过程中, 既需要各国商人重复的类似行为, 又需要各国对这种行为逐步认为具有法律拘束力。一般各国法律均规定, 只要相关的国际商事主体在国际商事交易中共同选择遵从某一国际商事惯例, 用以确定相互间权利义务关系, 该国际商事惯例便对其具有法律约束力。

许多重要的国际贸易惯例已经由一些国际组织编纂成文, 目前国际上一些编纂成文的、通用的国际商事规则有: 国际商会于 1930 年拟定 2006 年第七次修订的《跟单信用证统一惯例》, 国际法协会 1932 年制定的《华沙-牛津规则》, 国际商会于 1936 年制定 2010 年第七次修订的《国际贸易术语解释通则》; 国际商会于 1958 年拟定 1995 年再次修订的《托收统一规则》等。

1.4.2 国内法渊源

国内法是国际商法的另一重要渊源, 主要指各国调整涉外商事法律关系的制定法、习惯法、判例法等。由于国际商事条约和惯例不能包括各个领域的一切问题, 并且现有的国际条约和惯例也不能被所有国家和地区一致承认和采用, 所以要借助国内法来处理。有的国家专门制定调整涉外商事活动法律规范。有的国家并不区分国内、涉外, 制定统一的法律规范统一调整涉外和国内商事关系, 如《德国商法典》。这些国内法规范都是国际商法的渊源。我国自从 20 世纪 70 年代末开始, 国际商贸活动得到了长足的发展, 制定了许多调整涉外商事关系的法律规范, 如对外贸易法、三资企业法等。下文将详细介绍国内法渊源的两大法系和我国的法律体系。

1.5 当代世界两大法律体系概述

1.5.1 法系的概念

法系是西方法学理论中经常使用的一个概念, 是指根据各国的法律特点和历史传统外部特征, 是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。当代世界

主要法系有两个：大陆法系、英美法系。其他的法系还有以苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义法系、伊斯兰法系、印度法系、中华法系、犹太法系、非洲法系等。

提示 我国古代的法律体系属于中华法系，我国现在的法律体系属于社会主义法系。

1.5.2 两大法系的特点

1. 大陆法系

大陆法系又称民法法系，它是指 19 世纪初以来，欧洲大陆大部分国家以罗马法为基础建立起来的、以 1804 年《法国民法典》和 1896 年《德国民法典》为代表的法律制度，以及其他国家或地区效仿这种制度而建立起来的法律制度。

大陆法系以古代罗马法为历史渊源，经 12—16 世纪罗马法在欧洲大陆的复兴。18 世纪资产阶级革命，最后于 19 世纪发展为一个影响世界广大地区的法系。大陆法系包括两个支系，即法国法系和德国法系。在欧洲，以德法两国为主，包括比利时、西班牙、葡萄牙、意大利等拉丁语系各国，奥地利、瑞士、荷兰等日耳曼语系各国，另外还包括北欧各国，如挪威、瑞典、丹麦、芬兰和冰岛，英国的苏格兰也属大陆法系。南美诸国和美国的路易斯安那州及加拿大的魁北克省属于大陆法系。在亚洲的日本、泰国，在非洲许多国家也属大陆法系或受大陆法系的强烈影响。我国的台湾省、澳门特别行政区受日本和葡萄牙影响，也属大陆法系。

(1) 大陆法系的特点

1) 明确立法和司法的分工，强调成文法典的权威性。虽然允许法官有自由裁量的余地，并承认判例和习惯在解释法律方面的作用，但一般不承认法官的造法职能，强调立法是立法机关的权限，法官只能适用法律，判案必须依据制定法，不能以判例为依据；

2) 比较强调国家的干预和法制的统一，在程序法上尤其如此，如检察机关垄断公诉权，庭审采用纠问制，法院系统比较统一；

3) 重视法律理论的概括，强调法典总则部分的作用；

4) 注重法典的体系排列，讲究规定的逻辑性、概念的明确性和语言的精练。

(2) 大陆法系的法院组织

1) 专门法院与普通法院并存；

2) 法院的层次基本相同，一般分为第一审法院、上诉法院和最高法院等几个层次。

2. 英美法系

(1) 英美法系的含义

英美法系又称普通法系，是指以英国中世纪以来的法律，特别是以它的普通法为基础发展起来的法律制度的体系。普通法是与衡平法、教会法、习惯法和制定法相对应的概念，由于其中的普通法对整个法律制度的影响最大，所以，英美法系又称为普通法系。美国的法律源于英国传统，但从 19 世纪后期开始独立发展，已经对世界的法律产生了很大的影响。英美法系的分布范围主要包括英国（苏格兰除外）、美国（路易斯安那州除外）、加拿大（魁北

克除外)、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、新加坡、南非等国和中国的香港等。英国法传统的传播主要是通过殖民扩张实现的。

(2) 英美法系特点

- 1) 以英国为中心, 英国普通法为基础;
- 2) 以判例法为主要表现形式, 遵循先例;
- 3) 变革相对缓慢, 具有保守性和“向后看”的思维习惯;
- 4) 在法律发展中, 法官具有突出作用;
- 5) 体系庞杂, 缺乏系统性;
- 6) 注重程序的“诉讼中心主义”。

(3) 英国法的历史沿革

1) 普通法的形成。盎格鲁-撒克逊法(日耳曼法的分支): 英国从公元5世纪到1066年处于盎格鲁-撒克逊人时代, 当时实行的法律多为习惯法, 对英国法律的发展有一定影响。普通法的起源: 1066年诺曼公爵征服英国后, 为了巩固自己的统治, 实行了土地分封制度和中央集权制度。御前会议作为中央集权统治的重要机构, 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。亨利三世时期, 御前会议已经设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, 分别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, 因此, 统治英国后, 他们的法律就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, 其判例成为重要的法律来源。王室法院的判例法就是适用于英国的普通法。在王室法院出现后, 形成了王室法院和地方法院、教会法院并存的局面。地方法院, 包括郡法院和白户法院, 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、通奸等案件。三者的冲突是不可避免的。王室法院为扩大其影响, 设立了诉讼开始令制度。诉讼开始令是指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。

2) 衡平法的兴起。导致衡平法兴起的原因是, 随着资本主义生产关系发展的需要, 对法律提出了更高的要求, 而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。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。1474年, 枢密院大臣首次以自己的名义做出判决。随着案件的不断增加。该机构独立了出来, 成为与王室法院并列的衡平法院。衡平法院在审理案件时适用的法律规则与普通法院不同, 由此发展起来的法律称为衡平法。所以, 衡平法的兴起主要适应了资本主义生产关系的要求。另外, 这也是英王加强统治的措施, 利用衡平法院来制约普通法院。

3) 制定法的必要补充。另外, 需要专门指出的是, 在英国, 除了普通法和衡平法之外, 制定法也开始发展。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》。

4) 普通法与衡平法的区别。救济方法不同,普通法是金钱赔偿,返还财产。衡平法是实际履行,禁令。诉讼程序不同,普通法是陪审团制度,口头审理。衡平法是书面审理。法院的组织系统不同,王座法庭适用普通法,枢密大臣法庭适用衡平法。衡平法的效力优于普通法。法律术语不同,衡平法:suit(起诉),interests(权利),decree(判决),compensation(损害赔偿)。普通法:action(起诉),rights(权利),judgment(判决),damages(损害赔偿)。

(4) 英国法律制度

1) 英国的法院组织。英国的法院组织体系相对比较复杂,按案件类型可以分为两大类,即民事法院和刑事法院。在民事法院体系中,按层级又分为高等法院和低等法院,高等法院又包括高级法院和上诉法院。高等法院作为第一审法院时,一般由独任法官审理,上诉法院是高等法院内的第二级审判机构,如果对于上诉法院的判决不服,只有在例外的情况下,可以向上议院的上诉委员会上诉。英国的低等法院主要由郡法院、治安法院和王冠法院组成。郡法院一般审理涉讼金额较小的民事案件,法官大多从当地享有声誉的人士或律师中选任,又被称为业余法官。治安法院主要负责审理轻微刑事案件,一般是可能被处以6个月以下刑期的简单刑事案件,一般不需要陪审团,可以由一名法官独自审理,同时也审理一些夫妻分居、赡养、子女监护的简单民事案件。王冠法院只负责审理刑事案件,一般是可能被判处6个月以上刑期的刑事案件,而且大都由陪审团组成。王冠法院在英国复杂的刑事法院的体系中占有独特的地位。对郡法院的判决如有不服,可直接向上诉法院上诉。对治安法院的判决不服,可向王冠法院或高等法院上诉。

2) 英国法的渊源。① 判例法。19世纪中叶确立的“遵循先例原则”(rule of precedent)是英国法律的一大特色,一直发挥着重要作用。这里需要说明的是,并不是所有法院的判决都可成为判例,只有上诉法院、高级法院和上议院的判决才能构成判例,才具有约束力。其他法院或准司法机关(如各种委员会)的判决则只有说服力,其适用与否则由法官本人根据案情自主判断。判例的效力层次根据做出的主体有所不同。上议院的判决对各级法院都有约束力,但上议院本身可不受其先例的约束,这样规定的目的是使上议院可以根据形势的发展变化改变它以前所做出的判决。上诉法院判决的效力范围则略有不同,不仅对下级法院,而且对其本身也有约束力。高级法院的判决则对低级法院都有约束力。② 成文法。成文法只有通过判例法才能发生作用。③ 习惯法。它是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威确立的、具有强制性和习惯性的行为规范的总和。

1.6 中国法律制度概述

1.6.1 中国法律制度的形成与沿革

1. 旧中国的法律

有文字记载的古代中国的法律制度,最早可追溯到公元前21世纪的夏代。春秋时期,

魏国大夫李悝制定了中国历史上第一部成文法典——《法经》。秦统一中国后，经过汉、魏晋南北朝、隋等几个朝代，封建制法得到了很大发展，到唐代达到鼎盛时期。637年，唐太宗颁布《贞观律》，651年，唐高宗颁布《永徽律》，两者合称唐律。652年，唐大臣长孙无忌等人编写了《唐律疏议》，对唐律进行了解释。1740年，清朝颁布了封建社会最后一部法律《大清律例》。

1840年鸦片战争后，中国逐步沦为半封建半殖民地社会。清末统治者迫于形势压力，不得不向西方国家学习，开始修法变律。20世纪初，由沈家本、伍廷芳主持，参照西方和日本等国法律，修订了《大清律例》，起草了《大清新刑律草案》、《大清民律草案》、《大清商律草案》等一系列法律草案，打破了中国传统的民刑不分、诸法合体的体制。由于清王朝的迅速崩溃，这些法律草案并未得到实施。

辛亥革命后，以孙中山为首的南京临时政府制定了《中华民国临时约法》，这是中国第一部资产阶级的宪法。此后，国民党政府先后制定了宪法、民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政法，合称六法。该六法与有关单行法规汇编在一起，统称为“六法全书”。

2. 新中国的法律

1949年新中国成立后，原中华民国的六法全书及其整个法律制度被彻底废除。1949—1957年，新中国的社会主义法制逐步建立起来。1954年，一届全国人大一次会议通过了新中国第一部宪法。1957年以后，由于“左”的影响，法制建设遭受很大挫折，在“文化大革命”中，社会主义法制被完全破坏。

党的十一届三中全会以后，重新开始了社会主义法制发展。党的十五大提出依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略，并将其载入宪法，我国法制建设进入了一个新阶段。到目前，我国已初步建立起适应社会主义市场经济的法律体系框架。

1.6.2 中国法律的渊源

由立法机关制定的成文法是我国法律的重要渊源。作为法律渊源的制定法主要有以下形式。

1. 宪法

1982年，五届全国人大通过了《中华人民共和国宪法》。宪法是国家的根本大法，是母法，规定了国家的根本制度、国家生活的基本原则，具有最高的法律效力。一切法律、法规、规章、决议、决定、命令等都不得与宪法相抵触，否则无效。

2. 法律

规定和调整社会生活某一方面问题的规范性文件。法律从属于宪法，效力仅次于宪法。法律又可以分为基本法律和基本法律以外的法律。全国人民代表大会制定基本法律，全国人民代表大会常务委员会制定基本法律以外的法律。

3. 行政法规

国务院根据宪法和法律，按照法定程序制定的规范性文件。行政法规的内容主要是为执