



普通高等教育“十二五”国际经济与贸易专业规划教材

国家优秀教材一等奖

国际商法

(第二版)

主 编 周晓唯 杨林岩

赠 送
电子课件



西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

013070487

D996.1-43
36-2



普通高等教育“十二五”国际经济与贸易专业规划教材
国家优秀教材一等奖

国际商法

(第二版)

主 编 周晓唯 杨林岩
副主编 王胜利



西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS



北航

C1678932

D996.1-43

36-2

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/周晓唯等主编. —2版. —西安:西安交通大学出版社, 2013. 8

ISBN 978-7-5605-5626-0

I. ①国… II. ①周… 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 196866 号

书 名 国际商法(第二版)
主 编 周晓唯 杨林岩
责任编辑 魏照民 郑 伟

出版发行 西安交通大学出版社
(西安市兴庆南路 10 号 邮政编码 710049)
网 址 <http://www.xjtpress.com>
电 话 (029)82668357 82667874(发行中心)
(029)82668315 82669096(总编办)
传 真 (029)82668280
印 刷 西安明瑞印务有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16 印张 15.625 字数 371 千字
版次印次 2008 年 9 月第 1 版 2013 年 8 月第 2 版 2013 年 8 月第 3 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5605-5626-0/D·151
定 价 29.80 元

读者购书、书店添货、如发现印装质量问题,请与本社发行中心联系、调换。

订购热线:(029)82665248 (029)82665249

投稿热线:(029)82668133

读者信箱:xj_rwjg@126.com

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书主要包括国际商法导论、商事组织法、代理法、合同法、国际货物买卖法、国际技术转让法律制度、国际结算法律制度、国际货物运输与保险法、国际产品责任法、国际商事活动的管制制度、国际商事仲裁法等十一章内容,着重介绍了国际商事关系中调整平等主体间的商事行为的法律制度,包括对国际商法渊源及其与其他部门法关系、国际商事组织、国际商事代理、国际商事合同履行、国际货物买卖法律制度、国际技术转让与知识产权保护相关制度、国际商事票据制度、国际货物运输与保险法律制度、各国产品责任法及适用公约以及国际商事监管与仲裁法律制度的介绍。本教材体现了理论性、完整性、适用性等特点。为了区别于国际经济法的写作特点,国际商法每章写作着重点放在调整平等主体间的商事行为的法律制度上,没有过多地涉及纵向性管理、控制的法律制度。国际商事法律制度的介绍尽可能与经济贸易学科背景知识相联系,使学生了解和体验到法律制度是建立在经济贸易理论与实践基础上的。

本书既可作为高等院校国际经济与贸易专业基础课教材,同时也可供财经院校各本科专业使用,还可作为法学专业的辅助教材。

普通高等教育“十二五”国际经济与贸易专业规划教材

编写委员会

学术指导：王洛林

总 主 编：冯宗宪

编委会委员(按姓氏笔画排序)：

丁巨涛	王凤丽	王 珏	王海刚
王桂林	毛凤霞	石冬莲	叶换民
刘 鹏	李锦城	何 林	周新德
周晓唯	张文科	张康森	武汉生
钟昌标	高锦田	郭根龙	郭继荣
谈 毅	樊秀峰	薛伟贤	

策 划：魏照民

总 序

随着经济全球化和信息技术的发展,国际经济与贸易活动的环境、内容和方式都发生了重大变化。国际经济与贸易活动的内容不仅包括商品的跨国流动,还包括服务、技术以及知识的跨国流动,这些跨国流动比过去任何时候都规模更大、程度更高,同时也伴随着大量的劳动和资本的国际流动。对于国际经济与贸易方式,电子商务、电子结算等新的技术手段的出现和发展大大地减少了国际贸易的交易成本,提高了国际经济与贸易活动的效率,也使许多非贸易产品和服务变得可贸易。国际贸易产品提供者不仅要考虑东道国经济、政治和法律的影响,也必须考虑社会的、环境的、甚至伦理因素的影响。今天的跨国企业比过去任何时候都需要承担更多的社会责任,也比过去任何时候都将受到国际组织和贸易伙伴国相关规则的约束。

随着我国经济发展和对外开放规模的不断扩大,国际经济与贸易人才成为我国经济建设和社会需求量大的人才,其人才培养模式多样化已成为必然的趋势。为了及时反映经济全球化和我国经济发展、对外开放的变化,促进国际经济与贸易领域人才的培养,发挥院校之间相互合作的优势,使国际经济与贸易专业的学生能尽快适应快速变化的国际经贸环境,西安交通大学出版社邀请了部分国内学有所长的专家教授编撰了这套普通高等教育“十一五”国际经济与贸易专业规划教材。为使这套教材的编撰有序地进行,还专门成立了教材编写委员会,由总主编、分主编和有关委员组成。各分册主编分别由具有一定实力的本学科学术带头人担任,组织编写人员时注意老中青结合、教学人员与科研人员结合。同时还建立了规范的编、审制度,每一分册的编写组拟出大纲,其框架和内容经过编委会详细讨论,最后由总主编和分主编审订。

这套教材具有如下特点:第一,涵盖了新环境下国际经济与贸易学科的主要领域和前沿课题,力图准确、全面、系统地阐述国际经济与贸易专业学生所应掌握的主要领域的最新知识和技能。第二,遵循规范化、国际化和本土化的要求。各教材尽量用现代主流经济学和管理学的规范化理论和研究方法阐述问题,也尽量与国际接轨,同时也特别注重理论和政策的中国化。不照搬西方理论,语言风格和具体案例尽量适合中国学生的学习兴趣,避免了一些翻译教材的语言晦涩和外国教材的距离感等问题。此外,特别对中国遇到的国际经济和贸易问题给予重点关注。第三,结构安排上最大限度地方便读者。各教科书每章的内容阐述前都明

确列出了本章的重点问题,在章节内容讲述完毕后,都附有本章小结和思考练习题。

这套教材的作者们都来自教学和科研第一线,对国际经济与贸易的教材建设都有一些切身的感受和见解。教材经反复讨论、几易其稿,吸纳了各合作院校的独特风格,必将更加适合于学生的学习。

衷心感谢参加这套教材编写的教师们,正是由于他们的辛勤劳动,这套系列教材的编写工作才得以顺利完成。我还要真诚感谢西安交通大学出版社的领导和有关编辑,正是由于他们的支持和认真督促,这套教材才能够如期与读者见面。当然,也应看到,由于院校之间、编写者之间的差异性,教材中还是难免会出现一些问题和不足,欢迎选用本系列教材的教师、学生提出批评和建议,也希望参加这套教材编写的教师在今后的教学和科研实践中能够百尺竿头,更进一步,实事求是,不断改进,以使这套教材能够日臻完善。

王洛林

2008年8月于北京

第二版前言

根据《普通高等教育“十一五”国际经济与贸易专业规划教材》编写精神,我们组织了在国际商法教学和研究领域中工作多年的教师 and 实际工作者参加了国际商法教材编写,该教材立足于经济贸易类专业基础课程,同时,也可以作为法学专业的辅助教材。为了区别于国际经济法的写作特点,国际商法每章写作着重点放在调整平等主体间的商事行为的法律制度上,没有过多地涉及纵向性管理、控制的法律制度。国际商事法律制度的介绍尽可能与经济贸易学科背景知识相联系,使学生了解和体验到法律制度是建立在经济贸易理论与实践基础上的。该教材体现以下几个特点:①理论性。在写作过程中,我们参阅了大量的资料,在总结前人经验的基础上,对国际商事活动中的公约、惯例及大陆法系、英美法系在国际贸易中的规定作了理论上的探讨。②完整性。为了使读者对国际商事活动有一个全面的理解,我们在写作的过程中,按照商事活动所具有的各类活动的内容、顺序、尽量全面体现整个商事活动的法律要求。③适用性。教材编写侧重于介绍国际商事活动最基本的法律制度,有理论、有实务,适用于财经院校本科教学。

本书主要内容包括国际商法导论、商事组织法、代理法、合同法、国际货物买卖法、国际技术转让法律制度、国际结算法律制度、国际货物运输与保险法、国际产品责任法、国际商事活动的管制制度、国际商事仲裁法等十一章内容,着重介绍了国际商事关系中调整平等主体间的商事行为的法律制度,包括对国际商法渊源及与其他部门法关系、国际商事组织、国际商事代理、国际商事合同履行、国际货物买卖法律制度、国际技术转让与知识产权保护相关制度、国际商事票据制度、国际货物运输与保险法律制度、各国产品责任法及适用公约以及国际商事监管与仲裁法律制度的介绍。

本书第一版出版后,受到读者的一致好评,重印多次。根据理论研究的不断发展,我们对本书的相关章节进行了修订,以使本教材更适合教学和国际贸易实务发展的需要。

作者

2013年8月

目 录

	总序	181
	前言	182
1	第一章 国际商法导论	181
1	第一节 国际商法的概念和渊源	181
4	第二节 大陆法系和英美法系的形成及其特点	181
12	第三节 我国现代法律制度概述	181
15	第二章 商事组织法	181
15	第一节 商事组织法概述	181
16	第二节 合伙企业法	181
19	第三节 公司法	181
40	第三章 代理法	181
40	第一节 代理法概述	181
46	第二节 代理的法律关系	181
52	第三节 承担特别责任的代理人	181
54	第四节 中国的外贸代理制	181
59	第四章 合同法	181
59	第一节 合同法概述	181
61	第二节 合同的订立	181
64	第三节 合同的生效	181
75	第四节 合同的履行	181
79	第五节 合同的违约、救济与消灭	181
88	第五章 国际货物买卖法	181
88	第一节 国际货物买卖合同的成立	181
93	第二节 卖方的义务	181
95	第三节 买方的义务	181
97	第四节 违反货物买卖合同的补救方法	181
104	第五节 货物所有权及风险的转移	181
109	第六章 国际技术转让法律制度	181
109	第一节 国际技术转让概述	181
112	第二节 国际技术转让与知识产权保护	181
119	第三节 国际技术许可合同	181
130	第四节 国际技术转让管制制度	181

134	第七章 国际结算法律制度	
134	第一节 票据概述	
137	第二节 汇票	
142	第三节 本票与支票	
145	第四节 关于票据的国际公约	
148	第五节 国际贸易的支付方式	
162	第八章 国际货物运输与保险法	
162	第一节 海上货物运输	
171	第二节 铁路货物运输与航空货物运输	
176	第三节 海上保险合同	
180	第四节 承保的风险与损失	
184	第九章 国际产品责任法	
184	第一节 国际产品责任法的现状与发展	
186	第二节 美国的产品责任法	
189	第三节 欧洲各国的产品责任法	
190	第四节 关于产品责任的法律适用公约	
194	第十章 国际商事活动的管制制度	
194	第一节 国际商事活动的管制制度概述	
197	第二节 世界贸易组织的基本规则	
206	第三节 国际经济活动中的其他管制制度	
210	第四节 我国对外经济活动的管理制度	
219	第十一章 国际商事仲裁法	
219	第一节 国际商事仲裁法概述	
223	第二节 国际商事仲裁协议	
226	第三节 国际商事仲裁程序	
233	第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	
236	参考文献	
238	后记	

第一章 国际商法导论

本章要点

1. 国际商法的概念
2. 国际商法的调整对象和国际商法的渊源
3. 国际商法与相近法律的关系
4. 两大法系的特点及比较
5. 中国现代法律制度

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

(一) 国际商法的概念

商法(business law 或 commercial law)是指调整商事关系的法律规范的总称。商法一般包括买卖、运输、海商、保险、票据、公司等方面的法律规范。此处的商事关系,是指人们在商业活动中形成的关系。

国际商法(international business law 或 international commercial law),也称国际商事法,它是指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。这里的“国际”是跨越国界(transactional)的意思。具体在一个法律关系中,至少有一个要素与外国有联系:①国际商事关系的双方(或多方)当事人的国籍不同,或者双方当事人的营业地处于不同的国家。前者一般称为国籍标准,后者则称为营业地标准。②国际商事关系的客体是位于国外的物。此处的物,既包括货物等有形物体,也包括专利、商标、版权等无形财产权。③设立、变更或终止商事关系的事实发生在国外。如甲乙双方当事人订立货物买卖合同,该货物的交易地点在国外。

国际商法调整的国际商事法律关系强调的是各国商人、企业及其相互间从事商业活动、贸易和投资活动方面的法律关系。这种法律规范调整的对象随着全球经济一体化进程的加快和知识经济时代的到来,早已突破了传统的商事法范围,增加了许多新的领域,如传统意义上的(货物)买卖法,已经演变成除货物买卖法以外的技术贸易法及服务贸易法;此外,如投资、租赁、融资、工程承包及合作生产也都超出了传统的商事法调整的范围,因此,西方发达国家往往把调整上述各种商业交易的法律用国际商事交易法(the law of international business transactions)来概括。

(二) 国际商法的历史发展

国际商法是随着商品经济的产生逐步发展起来,并随着国际贸易的扩大逐渐形成的一种法律规范。

从历史上看,国际商法的发展主要经历了以下三个阶段:

第一阶段,中世纪阶段。随着商品经济的逐步发展,贸易范围逐渐扩大到世界各地,自公元 11 世纪起,在地中海沿岸逐渐形成了一种由商人共同遵守的交易习惯,到 15 世纪完善为商人习惯法(law merchant)。这个阶段的国际商法以商人习惯法的形式出现。商人习惯法作为一种交易规则,成为支配那些往返于商事交易所在地的世界各港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯性规则。中世纪的商人习惯法有以下明显的特点:①跨国性和统一性,普遍适用于各国从事商业交易的商人;②运用和解释不是由法院的专职法官来掌执,而是由商人自己组织的法院的“法官”来掌执,其性质类似于现代的国际商事仲裁;③强调依据公平、合理的原则处理案件。

第二阶段,始于国家主权这一概念被普遍采纳时期。在这一阶段中,商人习惯法被各国纳入本国的国内法律制度。自 17 世纪之后,欧洲中央集权国家日益强大,商人习惯法逐步被各国吸纳成为国内法的一部分,失去了其原有的国际性或跨国性。有些大陆法国家取民商分立的形式,把民法与商法分编为两部独立的法典,如法国和德国;有些国家则采取民商合一的形式,把商法某些内容包含在民法典之中,如瑞士、荷兰和意大利。法国先后于 1673 年、1681 年颁布了《商事条例》、《海商条例》,为大陆法国家的商法奠定了基础。其后,1807 年《法国商法典》和 1897 年《德国商法典》的颁布完善了大陆法系商法,使其成为现代资本主义商法的典型。大陆法系国家习惯上把民法称为普通私法,而把商法称为民法的特别法,凡商法典有规定的事项应适用商法典的有关规定,商法典没有规定的事项,则适用普通民法的规定。英美法系国家历史上只有普通法(common law)与衡平法(equity law)之分,没有商法这一概念,因为在 18 世纪中叶,英国首席法官曼斯菲尔特通过判例把商人习惯法吸收进普通法,使其成为普通法的一部分。自 19 世纪以来,英国先后制定了一些有关商事活动的单行法规,如 1882 年《票据法》、1890 年《合伙法》、1893 年《货物买卖法》等。

第三阶段,这一阶段主要是指第二次世界大战后,特别是 20 世纪 60 年代以来,国际商法进入了新的发展阶段。这一阶段的主要特点是恢复了国际商法的国际性和统一性,国际贸易统一法逐渐形成和发展,不断取得突破性的成果。各政府间国际组织和非政府国际组织以其坚持不懈的艰苦努力,在国际贸易领域逐步扫除了法律上的障碍。国际商会(ICC)制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》,联合国国际贸易法委员会(UNITRAL)主持制定的《国际货物销售合同公约》(1980 年)、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(1976 年),国际统一私法协会(UNIDROIT)主持制定的《国际商事合同通则》(1994 年)等,都是国际贸易统一法的突出成果。这些国际贸易惯例和国际公约的问世、运用和推广,为国际贸易法逐步趋同和一致提供了发展前景。一个独立的国际商法学科也随着国际贸易法的发展在逐步形成和发展。

二、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,它包括国际条约、国际惯例和各国国内立法。

(一) 国际条约

1. 国际条约的概念

各国缔结的有关国际贸易活动的国际条约(或公约)历来被普遍认为是国际商事法律的重

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。”国际条约是指两个或两个以上的国家,为确定相互之间的权利、义务而达成的协议。其中,两个国家签订的条约称为双边条约,两个以上的国家共同缔结或参加的国际条约称为多边条约(即公约)。

2. 国际条约的效力

国际条约对缔约国具有约束力,各缔约国家必须遵守条约,这是根据“约定必须遵守”的古老的国际法原则得出的结论。各国通过缔结条约(或公约),就可以将某些强制性的法律规范加之于当事人,当事人必须予以遵守。

3. 国际条约的种类

(1) 统一实体法规范的国际条约。如 1967 年的《世界知识产权组织的公约》、1978 年的《联合国海上货物运输公约》、1980 年的《联合国国际货物销售合同公约》等。

(2) 统一冲突法规范的国际公约。如 1985 年的《国际货物销售合同法律适用公约》、欧洲经济共同体主持制定的 1980 年《关于合同之债的法律适用公约》等。

(二) 国际贸易惯例

国际贸易惯例作为国际商法的另一个重要渊源,是指国际贸易领域中常用的被交易当事人共同遵守的习惯做法。它不是法律,不具有法律的普遍约束力,无法与国际条约的效力相比,但是如果有关当事人在合同中采用了某种国际贸易惯例,该惯例对合同当事人就具有确定的约束力。有些国际惯例甚至已经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,国际贸易惯例的适用,除双方当事人另有协议外,当事人应视为已默示同意或接受他们已经知道或理应知道的惯例的约束。由此可见,目前国际贸易惯例与国际公约在强制力上的这种区别已经被渐渐淡化了,采用国际贸易惯例已经成为国际贸易的一种趋势。

国际贸易惯例的效力和作用,已经得到日益增多的国家的认可。我国对国际商事活动中的国际贸易惯例,历来给予高度的重视,并严格予以遵守。《民法通则》第 142 条明确规定,中国法律和中国缔结或参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。

从历史角度来看,国际商法最初萌芽于国际贸易惯例,这些惯例与国内法无关,并独立于国内法,但它实际上代表了商业实践中逐步形成的造法过程。20 世纪以来,一些国际组织坚持不懈地致力于国际贸易惯例的编纂以及修订工作,使这些国际贸易惯例在越来越大的范围得到运用和推广,受到许多国家当事人的普遍欢迎。例如,由国际商会制定并经多次修订的《国际贸易术语解释通则》(Incoterms, 2000)和《跟单信用证统一惯例》(UCP, 500),现已获得绝大多数国家和地区的承认,在全球范围内统一了关于贸易术语解释和跟单信用证运作的法律原则。

(三) 国内法

国际贸易关系具有多样性和复杂性,现有的国际公约和惯例不可能满足实践中的需求;而且个人或企业在从事超越国境的贸易和商事活动时,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。同时,由于国际商法尚处于形成和发展阶段,其体系和内容尚不完善。在处理某些国际商事纠纷时,还需借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的民法或商法的情形相当普遍。因此,在学习和研究国际商法的过程中,除必须了解有关的国际

条约和国际贸易惯例以外,还应当了解有代表性的某些国家商法的有关规定,特别是某些发达国家比较成熟的国内法规。

三、国际商法的主要内容

国际商法主要包括以下内容:①绪论;②代理法;③合伙法;④公司法;⑤外商投资企业法;⑥合同法;⑦买卖法;⑧产品责任法;⑨票据法;⑩国际商事仲裁。应该说上述内容是国际商法的核心部分,但不等于全部内容。

四、国际商法与国际经济法的联系与区别

国际商法与国际经济法的共同点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。其主要不同点就在于国际商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。也就是说,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,还应包括国家及国际组织在内。

第二节 大陆法系和英美法系的形成及其特点

法系是指根据法在结构上、形式上、历史传统等外部特征以及法律实践的特点、法律意识和法在社会生活中的地位等因素对法进行的基本划分。

一、大陆法系

(一)大陆法系的概念

大陆法系(continental law system),一般是指以罗马法(Roman law)为基础、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仿效这种制度而建立和发展起来的一个完整的法律体系的总称。它是西方国家中与英美法系并列的渊源久远和影响较大的法系。在大陆法系内部,各个国家和地区的法律制度的情况不尽相同,大体上有两个分支——以法国民法典为代表的拉丁分支和以德国民法典为代表的日耳曼分支。

大陆法系名称的由来就是由于该法系首先是在欧洲大陆出现和形成,且具有法典的特征,因此,大陆法系又称为法典法系(code system)。

大陆法系还有一个重要的名称,即民法法系(civil law system),这是由于法国在1804年编纂的《法国民法典》和德国1896年编纂的《德国民法典》对大陆法系的发展具有强大的推动作用,以至于把大陆法系直接称为民法法系。

此外,大陆法系又称罗马—日耳曼法系或成文法系。在西方法学著作中多称民法法系,中国法学著作中惯称大陆法系。

(二)大陆法系的分布范围

大陆法系形成于欧洲大陆,以法国和德国为代表,包括比利时、西班牙、葡萄牙、意大利、奥地利、瑞士、荷兰以及法国、西班牙、葡萄牙、荷兰的早期殖民地国家。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系,基本上也属于大陆法系。在亚洲,日本自1868年“明治维新”以来的法律以及泰国等国法律,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;北非各国的法律,如阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯等国的法律,也受大陆法系的强烈影响。

(三)大陆法系的渊源

法律是大陆法的主要渊源,它包括宪法、法典、法律和条例等。

(1)宪法。宪法处于最高地位,具有最高的权威性,这是毫无疑问的。然而在大陆法国家,各国宪法的效力和地位有些差异:在有些国家,宪法可按一般立法程序制定和修改;而另一些国家则规定,宪法须经特殊程序才能制定和修改,并且制定了一套监督违宪的制度。

(2)法典。法典是指把同一类内容的各种法规和原则收集起来,加以系统化,汇编为一个单一的法律文件。大陆法国家都制定了一系列法典,法典是大陆法的主要渊源,在整个法律制度中起十分重要的作用。除了由立法机关国会或议会制定的法律以外,在大陆法国家还有许多由行政机关制定的成文法,一般称之为条例。

2. 习惯。尽管法学界有些争议,但一般而言,大陆法国家都承认习惯是法的渊源之一。至今习惯仍发挥一定的作用,某些法律往往需借助于习惯才能为人们所理解,立法者在法律中所使用的某些概念也需参照习惯才能搞清楚其含义。

3. 判例

大陆法国家原则上不承认判例具有与法律同等的效力,一般只对被审理的那个案件有效,对日后法院审理同类案件并无约束力。然而,20世纪以来,大陆法国家无视判例作用的态度已有所改变,在一定范围内判例有其约束力和参考价值。

4. 学理。在大陆法发展的过程中,学理起了重要的作用,对法律体系的形成有重大的影响,主要表现在以下三方面:

(1)学理为立法者提供法学理论、词汇和概念,通过立法者的活动制定为法律;

(2)解释法律,分析和评论判例;

(3)通过法学家的论著和培训法律人才,影响法律实施进程。

(四)大陆法系的特点^①

1. 在历史渊源上,大陆法系源于罗马法(Roman law),受罗马法的直接影响。

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,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。

罗马法是指罗马奴隶制国家的全部法律。其中最有代表性的,是由东罗马帝国编纂的《国法大全》。它汇编了罗马帝国一些皇帝的勒令、诏令和法学著作,包括奴隶制时期商品生产和交换关系下公民资格、家庭与婚姻、财产与财产取得、债、诉讼等一系列法律原则和法律制度。《国法大全》集罗马法之大成,主要是私法内容,也有一些公法内容,其法律体系比较完备,对后

^① <http://hi.baidu.com/bingzone/blog/item/5c906306c361257a030881ea.html>

世资本主义法律的发展有着深远的影响。

进入资本主义时期以后,欧洲各国制定的民商法受罗马法影响很深。1804年《法国民法典》,即《拿破仑法典》,是资产阶级革命后第一部完备的民法典,恩格斯称之为“资产阶级社会典型的法律全书”,并指出:“在《民法典》中把古代罗马法——它差不多完满地表现了马克思称为商品生产的那个经济发展阶段的法律关系——巧妙地运用于现代的资本主义条件下。”至于1900年《德国民法典》,同样在内容、结构方面深受罗马法的影响,甚至被人称为“现代罗马法”。

2. 在法律结构上,大陆法的重要特点是强调成文法的作用

成文法(written law)又称为制定法(statute),它是指国家立法机构依照立法程序制定,并经一定形式公布施行的条文形式的法。大陆法在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性,其方法是运用几个大的法律范畴,把各种法律规则分门别类归纳在一起。

首先,大陆法各国都把全部法律分为公法(public law)和私法(private law)两大部分,法律体系完整,概念明确。这种分类法来源于罗马法,公法是与罗马国家状况有关的法律,私法是与个人利益有关的法律。随着现代法律的发展,大陆法国家把公法细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等,把私法细分为民法、商法、婚姻法、家庭法等。

其次,大陆法各国都主张编纂法典。法国在资产阶级革命胜利后,曾先后颁布了五部法典:民法典、民事诉讼法典、商法典、刑法典和刑事诉讼法典。其他大陆法国家也制定了类似的法典,但在编制体例上却不完全相同。意大利、荷兰、瑞士等国采取民商合一的方法,把商法并入民法典中,作为民法典的一个组成部分。尽管如此,这些不过是形式上的差异,实际上民法和商法仍被视为不同的法律门类。

3. 在法官的作用上,大陆法系要求法官遵从法律明文办理案件,没有立法权

大陆法系国家的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。明确立法与司法的分工,强调成文法典的权威性。虽然也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,强调立法是议会的权限,法官只能适用法律,决案必须援引制定法,不能以判例作为依据。

4. 在审判方式上,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。在司法过程中,法官的判决只是起着加强对法律的解释作用。

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,推论出必然的结果。

法国近代法的体系是在拿破仑时期确立的,它不仅为后来法国资本主义的发展奠定了基础,而且对近代西方的法律制度产生了重大影响。法国是近代颁布宪法最多的国家,《人权宣言》确立了一系列资产阶级法制原则。法国是西方国家中行政法产生最早,也是最发达的国家。1804年《法国民法典》贯彻了资产阶级民法的基本原则,它的出现标志着大陆法系的形成,是继罗马法之后民法发展的里程碑。1810年《法国刑法典》是近代第一部刑法典,体现了

资产阶级的刑法原则。法国的诉讼法奠定了大陆法系诉讼制度的基础。法国法是大陆法系的代表,在世界法制史上占有重要地位。

(五)大陆法系各国的法院组织

大陆法各国的法院组织虽然各有特点,但都有一些共同之处。主要表现在:法院的层次基本相同,都分为三级,即第一审法院、上诉法院和最高法院;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。

二、英美法系

(一)英美法系的概念

英美法系(Anglo-American law system),又称普通法系(common law system),是指英国中世纪以来的法律,特别地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法律,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。

普通法系以英国普通法为基础,但并不仅指普通法,它是指在英国的三种法律,即普通法、衡平法和制定法的总称。

美国法律,作为一个整体来说,属于普通法法系,但它有自己的、不同于英国法的很多特征。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。最根本的原因即为美国人是英国的移民,语言相通,传统相通。而且英国法在殖民地时期已经对美国法产生了一定的影响。再加上法律学说的传播,美国最终接受了普通法的传统。

(二)英美法系的分布范围

英美法系的发源地是英国,在漫长的历史进程中逐渐形成,以后扩展到美国以及过去曾遭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、新加坡、缅甸、利比亚、利比里亚、尼日利亚和中国香港地区。南非、斯里兰卡、菲律宾的法律则兼具大陆法和普通法的特点。自19世纪后期起,美国法律就逐步离开英国法律独立发展,此倾向在第二次世界大战以后日益强烈。美国虽然建国历史仅有200多年,但由于其在法制建设方面富于革新精神,有许多重大建树,故人们将其与英国并列为普通法系的代表,有的干脆称英美法系。“二战”后美国成为西方发达国家中最强大的国家,其法律制度、法学思想和法律教育对其他西方国家有相当大的影响。

但是,联合王国的苏格兰、美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克属于大陆法体系

(三)英国法

1. 英国法的结构

英国法律分为普通法和衡平法两部分,这种二元性结构是其重要特征。

普通法来源于习惯法,其形成经历了漫长的年代,积累了13世纪以前各地法院的判决和13世纪以后皇家法院的判决。普通法是判例法,以法官判决为基础,体现在判例汇编之中。

衡平法是在14世纪为补充和匡正当时尚不完善的普通法,由枢密大臣法院发展起来的。国王授权枢密院大法官,根据“正义、良心和公正”的原则处理案件,逐步形成了完全不同于普通法的衡平法。

普通法与衡平法虽然同是判例法,但两者在救济方法、诉讼程序、法院的组织系统、法律术