

第一章 国际商法导论

【学习目标】

1. 了解国际商法概念和渊源。
2. 了解大陆法系和英美法系的结构和渊源。
3. 掌握我国《民法典》中对商法内容的规定。

第一节 国际商法概述

一、国际商法的概念

学习国际商法首先要了解什么是商法。《中国大百科全书·法学卷》中对商法的解释是：“商法传统上指与民法并列，互为补充的部门法，即调整市场经济中商人、商业组织和商业活动的法律规范的总称。”^{〔1〕}这一定义明确了商法调整的是商业主体间的商事关系。商事关系是指平等的商事主体在实施商事行为过程中所产生的各种社会关系，因此商法是调整商事主体在参与市场经济活动中所形成的商事关系的法律规范的总称。

【知识链接】

法学中的“商”不同于经济学中的“商”

经济学中的商，是指介于生产者与消费者之间的媒介行为，称为“固有商”或“买卖商”（第一种商）。法学中的商，是指以营利为目的主体所从事的一切营利性活动，除第一种商之外，还包括：第二种商，也称“辅助商”，指间接沟通生产和消费渠道的行为，如行纪、居间、运送等；第三种商，指提供资金融通或与上述商有密切关系的行为，如信托、出版、印刷等；第四种商，指与第三种商有关系的行为，如保险、服务、娱乐等。

国际商法是在传统商法基础上形成的，但它又不同于传统的商法，它具有自己的特点。

国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称。它的调整对象是国际商事关系。国际商事关系中所谓“国际性”指的是跨越国界的意思。这种国际性的判断一方面是指

〔1〕《中国大百科全书·法学卷》，北京，中国大百科全书出版社，1984。

商事主体的国际性,也就是指作为国际商法主体的企业或个人的营业地位于不同的国家;另一方面,这种国际性也是指商事行为的国际性,即指商主体所从事的商事交易行为跨越了国界。

二、国际商法的产生与发展

商法是伴随着商品交换与商品经济而产生与发展起来的。古希腊时期,地中海沿岸地区由于其独特的地理位置及通航条件,不同国家之间的商业交易十分活跃,与此同时就出现了一些调整商业交易关系的法律规范。其中,影响比较大的就是罗马法。罗马法中的万民法是从罗马的外国人法中发展而来的,类似于“涉外民事法”,具有国际性。罗马法是诸法合体,没有专门的商事法律,但一般认为罗马法中有关调整商事关系的法律规范应该是国际商法的最初萌芽。

但是大多数学者认为国际商法主要起源于欧洲中世纪的商人习惯法,中世纪商人习惯法指的是公元11世纪至16世纪在欧洲,特别是在地中海沿岸的一些城邦中发展起来的商人法。11世纪时地中海沿岸地区已成为世界贸易的中心区域,意大利的一些城市商业非常繁荣,进而带动了大西洋沿岸地区的经济发展。而此时的欧洲正处于封建法和寺院法的控制之下,正常的商业活动不但得不到法律保护,相反却被认为是非法的。

商人阶层为了保护自身的合法利益,从封建主手中买得自治权,组建商人法庭,并依照他们在长期实践中形成的习惯来解决商事交易中的问题。例如,意大利的佛罗伦萨等地就出现了商人行会组织——商人基尔特(Merchant Guild),以保护商人自己的利益。这些商事习惯和惯例就逐渐发展形成了商人习惯法。这种商人习惯法适用于各国商人,从而使当时的商法具有鲜明的国际性。

17世纪以后,国际商法进入一个新的发展阶段。随着欧洲中央集权国家的日益强大,近代资产阶级主权学说也受到推崇,欧洲各国开始注重商事立法,纷纷把商法纳入本国的国内法,这一阶段的商法就失去了其原有的国际性的特点。

法国于1807年制定了统一的《法国商法典》,创立了大陆法系“民商分立”的立法体例,为欧洲各国所效仿。1897年,德国制定了独立的《德国商法典》,该法典对其后的大陆法系国家的商法也影响颇深。1899年,日本也制定了独立的商法典。英美法系国家多属判例法系,19世纪以后,也开始制定一系列的单行的商事法规。如美国1906年的《统一买卖法》和英国1893年的《货物买卖法》等。

第二次世界大战以后,随着社会生产力的迅猛发展与科技水平的不断提高,国际间的经济交往日益紧密,国际经济一体化趋势不断加强。这种新的发展趋势客观上就要求建立统一的国际商法,以摆脱各国国内法对国际商事关系发展所形成的阻碍。许多国际组织开始进行统一国际商事立法的工作。国际商法也自此进入一个新的发展阶段,该阶段的特点主要是恢复了商法的国际性和统一性。

三、国际商法的内容

国际商法是调整国际商事活动的,而国际商事活动是处于不断发展变化之中的。传统的国际商事交易是以有形商品的交易为主,但是,在当今世界,经济高速发展,技术飞速进步,全球经济一体化程度加剧,国际经济交往中出现了新的交易对象和交易方式。

除了原有的有形商品买卖之外,资金、技术、劳务等作为新型的交易对象加入进来。随之,国际技术转让、国际融资、国际投资、国际租赁、国际工程承包等新型的交易方式也出现了。这些新生事物的产生和发展,突破了传统国际商法的范畴,拓展了新的领域,构成了国际商法新的内容。

本教材在导论部分对国际商法的基础知识进行了简要阐述,其他章节主要介绍商事组织法、商事代理法、商事合同法、货物买卖法、产品责任法、货物运输与保险法、票据法、知识产权法及国际商事仲裁法等内容。

第二节 国际商法的渊源

法的渊源是指法的效力渊源,也就是根据法的效力来源而表现出来的法的不同形式。国际商法作为一种法律规范,其渊源主要有:国际条约、国际商事惯例和各国国内商事法。

一、国际条约

国际条约或公约,是指两个或两个以上的国际法主体间以国际法为准则缔结的,明确相互之间权利、义务关系的书面协议。国际条约或公约对于缔约国具有法律约束力,是国际商法的重要渊源。我国法律明确规定:我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定的,除我国声明保留的条款外,应适用国际条约的规定。

对于国际条约,可以按照不同的标准分为以下不同的种类:

1. 根据国际条约规定内容的不同来分类

(1)专门的国际商事条约,这是指国际法主体间所缔结的专门以商事为内容,明确相互间权利、义务关系的书面协议。

(2)包含有商事条款的一般国际条约,这是指国际法主体间缔结的非专门以商事为内容,但其中部分条款涉及商事关系的国际条约。

2. 根据国际条约的性质的不同来分类

(1)统一实体法条约。这是国际法主体间缔结的直接规定商事主体间具体权利、义务关系的国际条约。如1978年的《国际汇票和本票公约》及1980年的《联合国国际货物

销售合同公约》等。

(2)统一冲突法条约。这是指国际法主体间缔结的不直接规定商事主体间权利、义务关系,而是规定有关商事问题应该适用哪国法律作为准据法的国际条约。如《产品责任适用法律公约》和《国际货物销售合同适用法律公约》等,都属于该类条约。

3. 根据国际条约的缔约国数量的不同来分类

(1)国际商事领域内的多边条约。多边条约一般是由缔约国签字、批准后,自全体缔约国或国际条约所约定的一定数目的国家批准或明确表示受约束之日起生效。国际商事中的多边条约主要有:1978年的《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则);1980年的《联合国国际货物销售合同公约》;1980年的《国际货物多式联运公约》;1981年的《万国邮政公约》;1883年的《保护工业产权的巴黎公约》(1967年修订)和1967年的《商标国际注册马德里协定》等。

(2)国际商事条约中的双边条约。这些双边条约主要有:《避免双重征税和防止偷税漏税协定》《相互保护和促进投资协定》《通商航海条约》《贸易协定书》等。

二、国际商事惯例

国际商事惯例,是指在长期的国际商事活动中,经过反复实践而被商事主体所普遍接受的商事习惯规则。国际商事惯例是国际商法的另外一个重要渊源。

国际商事惯例,是被许多国家和地区认可的商业活动中的习惯性做法,具有普遍的适用性。它不同于国际条约,不是以国家间协议的方式出现的,而是由民间组织或商业团体把长期实践中所形成的习惯做法归纳成文,给予明确的定义和解释。目前,广泛适用的国际商事惯例基本上都是由某些国际组织或某些国家的商业团体根据长期形成的商业习惯制订的,这些惯例以成文的方式存在着,其内容中有明确的权利和义务规定,为解决当事人之间的争议,处理赔偿纠纷提供了重要依据。

尽管国际商事惯例具有普遍适用性,但它不同于国际条约,不具有当然的法律约束力,也就是说它不具有直接的普遍法律约束力。通常各个国家都允许其商事合同的当事人有选择适用国际商事惯例的自由,一旦当事人在合同中明确约定适用某些惯例时,当事人即受该惯例的约束,该惯例就对该当事人具有了法律拘束力。当然,当事人在选择适用国际商事惯例的同时,也可以针对现有的规则进行变更、修改或补充。因而,国际商事惯例适用起来就显得非常灵活。

目前,在国际贸易领域较具影响力的国际商事惯例主要有:国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》《跟单信用证统一惯例》及《1995年托收统一规则》等。

小贴士

国际商事惯例取得法律效力的途径

国际商事惯例不是国家立法,也不是国际条约,不具有当然的法律效力,要取得法律

效力必须经过国家的认可。国家认可国际商事惯例的法律效力一般有间接和直接两种途径。

1. 间接途径

这种途径是指国际商事惯例通过当事人的协议选择而间接取得法律拘束力,它是国际商事惯例取得法律效力的最主要途径。在国际合同领域,“当事人意思自治”原则已为世界各国普遍承认。这样,特定国际商事惯例就因法院地国或仲裁地国承认当事人的选择而被间接地赋予法律效力。这一途径已为一些国际条约所规定。

2. 直接途径

直接途径不以当事人协议为条件,而是直接通过国内立法或国际条约赋予国际商事惯例以法律约束力。

(1) 国内立法的规定。

《日本商法典》第1条规定:“关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法,适用民法。”《瑞士民法典》第1条规定:“本法无相应规定时,法官应依据惯例。”我国《民法通则》第142条第3款以及《海商法》第268条都规定,我国法律和我国缔结或参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。此外,美国《统一商法典》明确规定采用国际贸易中普遍承认的原则和惯例。特别是,西班牙和伊拉克已将《国际贸易术语解释通则》全盘移植到其国内法中,赋予其国内法上的普遍约束力。

(2) 国际条约的规定。

1964年《国际货物买卖统一法》第9条第2款撇开当事人的协议,直接认可惯例的约束力:“当事人还须受一般人在同样情况下认为应适用于契约的惯例的约束。”1980年《联合国国际货物销售合同公约》第8条第3款规定:“在确定一方当事人的意旨或一个通情达理的人应有的理解时,应适当地考虑到……当事人之间确立的任何习惯做法、惯例和当事人其后的任何行为”,从而直接认可了国际商事惯例的效力。

(资料来源: <http://baike.baidu.com/view/785065.htm>)

三、各国国内商事法

国内商事法也是国际商法一个不可忽视的法律渊源。一般来讲,一国的国内商事立法只对本国国内的商事活动具有约束力,但是,依照国家主权原则,涉外商事法律关系也应由某一国的国内商事法进行管辖,从而导致某国的国内商事法成为国际商法的渊源之一。另外,尽管目前已有大量的国际商事条约和国际商事惯例,但是,在国际贸易领域中所涉及的商事活动是灵活多变、纷繁复杂的,现有的国际条约和惯例的内容不可能涵盖所有这些商事关系。因此,国际贸易发展的现实需要也决定了一定程度上必须依照各国国内商事法的规定来调整有关的国际商事关系。

总之,各国国内商事法作为国际商法的一个重要组成部分,是对国际条约、国际商务

惯例调整国际商事活动的重要补充。也正因为这一点,在学习和研究国际商法时,必然也要注重对各国国内商事立法的研究和探讨。

第三节 世界两大主要法律体系

所谓法系,是在对世界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,是对各国法律体系所作的一种分类。其中最具有影响力的分类是大陆法系和英美法系。这两大法系无论是从形成、发展方面,还是从法律结构方面都具有各自的特点,使得其法律体系中的商法也具有各自不同的结构与特点。就目前来讲,各国国内商法仍然是国际商法一个重要的组成部分。因而,在学习国际商法理论的时候,必然要学习和了解世界两大主要法律体系,以便更好地学习和掌握各国的国内商事法。

一、大陆法系

大陆法系(Continental Law System),又称为民法法系(Civil Law System)、成文法系,是指欧洲大陆大部分国家从19世纪初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仿效这种制度而建立的法律制度。它是渊源最为久远和影响较大的法系之一。

大陆法系形成于西欧,以德国和法国为代表,包括的国家有:德国、法国、瑞士、奥地利、意大利、比利时、荷兰、卢森堡、西班牙、葡萄牙,以及北欧的挪威、丹麦、瑞典、芬兰等国。亚洲的日本也属于大陆法系。除此之外,非洲和拉丁美洲的一些国家和地区也属于大陆法系。另外,加拿大的魁北克省和美国的路易斯安那州,由于殖民历史的影响,其法律也属于大陆法系。

【知识链接】

大陆法系形成的阶段

第一阶段,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”。

第二阶段,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深受罗马法影响。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。

第三阶段,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,成为西欧大陆国家具有权威的补充法律。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。

第四阶段,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、文化的发展以及国家之间的交往,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,在古典自然法学和理性主义思潮的指导下,在罗马法的直接影响下,开创了制定有完整体系的成文法的模式。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的模式的确立。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时代的典型代表。

第五阶段,由于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,并且由于它采用了严格的成文法形式易于传播,所以 19 世纪后,大陆法系越过欧洲,传遍世界。

(资料来源:钱晓英等著:《国际商法》,69 页,北京,清华大学出版社,2011。)

(一) 大陆法系的结构与渊源

1. 大陆法系的结构

大陆法系全面继承了罗马法的传统,吸收了许多罗马私法的原则、制度,还接受了罗马法学家的整套技术方法以及思维方式和推理方式。大陆法系国家把法律分为公法和私法。它们习惯于用法典的形式对某一法律部门所涉及的规范做统一的系统规定,法典构成了法律体系结构的主干,注重成文法的作用是大陆法系的一个重要特点。在法律结构上,大陆法系还非常注重条理化、系统化、法典化和逻辑性。各类法典的编纂在大陆法系国家是很普遍的现象。

2. 大陆法系的渊源

大陆法系是成文法系,制定法是其主要的法律渊源。制定法是指由特定的国家机关(其中主要是指立法机关)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。

按照大陆法系的传统,判例不是法的渊源。但是,在大陆法系国家的司法实践中,判例的作用实际上是越来越受到重视的,法院审理案件时开始注重遵从判例,特别是上级法院针对法律未有规定的问题所作的判例,对于下级法院审理同类案件具有重要的指导作用。另外,大陆法系各国也都有判例汇编,法学家们研究判例,律师们在诉讼活动中也常常引用判例。因而,判例在大陆法系国家的作用也是不能忽视的。

(二) 大陆法系的商法体系

大陆法系国家在民法和商法的关系上有不同的主张,既有主张民法典、商法典各自独立的(民商分立),也有主张商法并入民法,成为民法典一个组成部分的(民商合一)。

从大陆国家民商法的现状来看,多数国家采取了民商分立的立法体系,在民法典之

外另行制定独立的商法典,此类国家和地区主要包括德国、法国、西班牙,日本,荷兰、丹麦、比利时、葡萄牙、奥地利等。只有少数国家和地区采取了民商合一的立法体例,将商法基本制度并入民法中,采取这种立法例的国家和地区主要有瑞士和我国的台湾地区。

大陆法系国家的商法中,影响最大、最具有代表性的是法国商法、德国商法及日本商法。

1. 法国商法

《法国商法典》是近代第一部资产阶级商法典,对欧洲大陆法系有着重要的影响,是许多大陆法系国家纷纷效仿的版本,至今仍是大陆法系商法体系的典型代表。

《法国商法典》是1801年在拿破仑的推动下开始起草的,于1807年正式颁布,1808年1月1日起施行。《法国商法典》共4编648条。第一编为通则,全编分九章,包括商人、商业账簿、公司、商业交易所、票据经纪人、行纪、买卖、汇票、本票及时效等内容。第二编为海商,全编共十四章,包括船舶、船舶抵押、船舶所有人、船长、海员、佣船契约、载货证券、租船契约、以船舶为抵押而设定的借贷、海上保险、海损、货物投弃、时效、拒诉等内容。第三编为破产,全编共三章,包括财产转移、破产程序、复权等内容。第四编为商事裁判,包括商事法院、商事诉讼和仲裁程序等内容。

《法国商法典》开创了民商分立的立法先例,打破了中世纪以来商法只适用于商人的传统而采用商行为主义,即只要行为主体实施了商行为,不论其是否为商人,均适用商法。但是,该法典并没有明确给出商行为的定义,更偏重于通过简单列举方式明确基本商行为的范围。按照后世学者的认识,《法国商法典》的内容较为贫乏,其陆商内容较之海商内容更少,法典中规定的商行为内容主要限于对商人买卖、租赁、承揽、仓储、运送、票据、破产、海商等类型的列举,因此《法国商法典》的影响远不及其民法典的影响大。

《法国商法典》自制定至今仍然有效,但其内容已多次修订和补充,以适应社会发展的需要,其中不少是以单行法的方式来修正法典中已过时的内容。比如1919年的《企业登记法》、1925年的《有限责任公司法》、1942年的《证券交易法》、1930年的《保险契约法》及1955年的《破产法修正法》,等等。

2. 德国商法

19世纪以后,德国的商事立法受到了《法国商法典》的巨大影响,其此后的一系列商事立法草案在大量吸收法国商行为法观念的基础上,逐步形成了新商人法主义的立法体系。1900年的《德国商法典》是1871年德国统一后开始编纂的,是在1839年的《怀特门伯格商法草案》、1849年的《法兰克福商法草案》(被称为旧商法)的基础上制订的,于1897年5月10日颁布,并于1900年1月1日起与民法典同时施行。《德国商法典》所开创的现代商法意义上的新商人法立法体系被奥地利、瑞典、丹麦等近三十个国家所采用。

《德国商法典》共有4编905条。第一编商事,共八章,包括商人、商业登记、商号、商业账簿、经理权、代理权、商业使用人、代理商和商业居间人等。第二编商事公司及隐名

合伙,共五章,包括无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司和隐名合伙等。第三编商行为,共七章,包括总则、商业买卖、行纪营业、承揽运输、仓储营业、运送营业及铁路运送等。第四编海商,共十一章,包括总则、船舶所有人、船舶共有人、船长、货物运送、旅客运送、风险借贷、共同海损、海难救助、船舶债权人、海上保险及时效等。

《德国商法典》的新商人主义立法体系强调商主体的资格确定,并将其作为商法适用的一般前提。该立法体系强调对商行为内涵的一般概括,并以之作为确定商主体商法上身份的基本标准。同时,该体系强调商事法中对一切商事关系具有普遍适用意义的基本规则之抽象,由此形成了商事基本法或商法总则的内容。

《德国商法典》在施行中也几经修改,还通过单行法的方式进行补充,如1908年的《保险契约法》、1933年的《票据法》,等等。

3. 日本商法

日本是从明治维新之后才开始近代的法典编纂工作的,其中就包括商法典。1890年公布并于1891年实施的商法典,被称为“旧商法典”。由于该商法典主要模仿德国商法,内容与日本的现实国情和商业习惯相脱节,再加上当时“民法论争”的影响,旧商法中的大部分内容被无限期推后施行。随后,日本又成立了新商法起草委员会,于1899年公布并实施了新商法典。

日本新商法典分为5编689条。第一编总则,分为七章,包括法例、商人、商业登记、商号、商业账簿、商业使用人、代理商。第二编公司,共分七章,内容包括总则、无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、外国公司、罚则。第三编商行为,共十章,包括总则、买卖、交互计算、隐名合伙、居间营业、行纪营业、承揽运送业、运送营业、寄托、保险。第四编票据,分为四章,包括总则、汇票、本票、支票。第五编海商,分为六章,包括船舶及船舶所有人、船员、运输、海损、海难救助、保险及船舶债权人等内容。日本商法经过多次修改,2005年修订之后的日本商法分为三编:第一编总则,第二编商行为,第三编海商。

日本商法典采用商人与商行为两种标准作为立法基础,被称为折中主义商法体系。新商法施行至今,也经过数十次的修订。除此之外,日本还制定了许多的单行的商事法规,比如1932年的《票据法》、1933年的《支票法》、1938年的《有限公司法》、1963年的《商业登记法》,等等。

二、英美法系

英美法系(Anglo-American Law System),是以英国中世纪至资本主义时期的法,特别是普通法为基础和传统而发展起来的各国和地区法的总称,故也称为普通法系(Common Law System)、英国法系,由于它以判例法为法的主要表现形式,也称为判例法系。英美法系首先产生于英国,后扩大到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区,

包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、缅甸、孟加拉、马来西亚、新加坡、澳大利亚、新西兰,以及非洲的个别国家和地区。英美法系是当今世界主要法系之一。

(一) 英美法系的结构与渊源

1. 英美法系的结构

英美法系与民法法系固守罗马法传统和强调成文法典编纂不同,在形成过程中注重办案遵循先例的形式,广泛吸取了日耳曼法和习惯法以及罗马法和教会法的原则和思想。英美法系在结构上是以单行法和判例法为主干而发展起来的。它很少制定成文法典,更多是采用单行法的形式对某一类问题做专门的规定。

2. 英美法系的渊源

英美法系的主要渊源是判例法。英美法系不同于大陆法系把法律分为公法和私法的作法,而是以普通法(Common Law)和衡平法(Equity Law)对法律进行区分。普通法,是指从11世纪诺曼底人入侵英国后所逐步形成的适用于英格兰全境的一种判例法。它的形成是中央集权和司法统一的直接后果。普通法产生于法官的判决,是法官创造的法。

衡平法,是英国法律传统中与普通法相对应的一种法,意指公平的法。它出现于英国的14世纪,是为了弥补普通法刻板、救济方式有限,不能满足当事人维护自己权利的需求而产生的。衡平法是通过衡平法院的审判活动,以法官的“正义良心”和“公正”为基础发展起来的另一种形式的判例法,它程序简便、灵活,不固守僵化的形式,法官在审理案件的过程中有很大的自由裁量权。

【知识链接】

普通法与衡平法的区别

普通法与衡平法都属于判例法,但两者各有其特点,其区别主要体现在以下几方面:

1. 救济方法不同

普通法只有两种救济方法,即金钱赔偿和返还财产,并以金钱赔偿为主。衡平法则发展了一些新的救济方法,主要有实际履行和禁令。实际履行又称依约履行,是指当一方的违约使另一方所遭受的损害无法以金钱赔偿得到弥补或损害的金额无法确定时,法院可根据衡平法判令负有义务的当事人按照合同的规定履行其应负的义务。禁令则是指法院可根据衡平法,判令当事人不为某种行为,以预先防止不法行为或违约行为的发生。

2. 诉讼程序不同

根据普通法,法院在审理案件时须设陪审团,且采取口头询问和口头答辩的方式,而根据衡平法,法院在审理案件时不设陪审团,而是采用书面诉讼程序。

此外,普通法和衡平法在法律术语上也有许多不同之处。

(资料来源:陈慧芳、陈笑影:《国际商法》,7页,上海,格致出版社、上海人民出版社,2011。)

尽管如此,成文法也是英美法系中不可忽视的重要渊源之一。19 世纪末 20 世纪初以来,在英国,制定法特别是国会立法大量增加,成文法的作用不断加强。这一现象在整个普通法法系中的其他国家也很普遍。因而,不能简单地认为普通法法系只有判例法而一概不重视、不存在成文法。

(二) 英美法系的商法体系

英美法系属于判例法系、不成文法系,为了满足社会经济发展的需要,近代以来也开始制定成文的商事法。英美法系中以英国和美国为典型代表,尽管美国法律制度源于英国,但是,美国在其法律形成和发展过程中创造了不同于英国法律的特质,当然在商法体系上也是如此。因此,我们需要分别学习英国和美国的商法体系。

1. 英国商法

英国作为判例法系国家,没有大陆法系国家形式意义上的商法,只存在实质意义上的商法。英国的商法起源于中世纪的商人习惯法,是由商事习惯和判例所形成的法律,从 19 世纪中叶以来,因商业发展的需要,开始制定商事单行法。主要包括:1882 年的《票据法》、1885 年的《载货证券法》、1889 年的《行纪法》、1890 年的《合伙法》、1893 年的《商品买卖法》、1894 年的《商船法及破产法》、1906 年的《海上保险法》、1907 年的《有限责任合伙法》、1924 年的《海上货物运送法》、1862 年的《公司法》(1967 年修正)、1957 年的《支票法》、1970 年的《金融法》、1971 年的《银行和金融交易法》等。

英国的制订法仅仅是判例法的补充,判例法仍然居于制订法无可比拟的地位。但在公司制度和票据制度上则存在例外,以成文法为主,而判例仅在解释成文法时才发生作用。^{〔1〕}可以说,虽然英国没有形式意义上的商法,但是现代商法中的各项制度在其各种单行法中或在其基本规定和定义中都有相应的概括和体现。

2. 美国商法

作为英美法系的代表国家之一,美国法律也多由习惯法和判例法构成,其商法也以英国的普通法为基础,但是美国商法有着不同于英国商法的特点,它对于制订法采取更加务实与灵活的态度,在商事领域出现了大量的成文法。

美国实行联邦制,依照美国宪法规定,各州内通商的法律规范的立法权属于各个州,联邦只就州际间或国际间商事活动有立法权。因而,美国 50 多个州各自都有自己的商法。这种做法给各州间的商事活动带来诸多不便。于是,在美国法学会和美国统一州法全国委员会的合作之下,以已经制定的七个统一成文法为基础(包括:1896 年的《统一流通证券法》、1906 年的《统一买卖法》及《统一仓库收据法》、1909 年的《统一载货证券法》及《统一股份让与法》、1922 年的《统一信托收据法》和 1928 年的《统一商事公司法》),于 1952 年公布了《统一商法典》。

〔1〕 屈广清:《国际商法》,15 页,大连,东北财经大学出版社,2009。

美国《统一商法典》共十编,第一编总则,第二编买卖,第三编商业票据,第四编银行存款与收款,第五编信用证,第六编大宗转让,第七编货栈收据、提单及所有权凭证,第八编投资证券,第九编担保交易、账户,动产票据的出售,第十编附则。该法典自公布后已为大多数州所采用,推动了美国商事立法的统一。

除此之外,商事领域的联邦法还有:1887年的《州际通商法》、1898年的《破产法》、1890年的《谢尔曼反托拉斯法》、1936年的《海上货物运送法》等。

【知识链接】

两大法系的主要差异

第一,法律渊源不同。大陆法系是成文法系,其法律以成文法即制定法的方式存在,它的法律渊源包括立法机关制定的各种规范性文件、行政机关颁布的各种行政法规以及该国参加的国际条约,但不包括司法判例。英美法系的法律渊源既包括各种制定法,也包括判例,而且,判例所构成的判例法在整个法律体系中占有非常重要的地位。

第二,法律结构不同。大陆法系承袭古代罗马法的传统,习惯于用法典的形式对某一法律部门所涉及的规范做统一的系统规定,法典构成了法律体系结构的主干。英美法系很少制定法典,习惯用单行法的形式对某一类问题做专门的规定,因而,其法律体系在结构上是以单行法和判例法为主干而发展起来的。

第三,法官的权限不同。大陆法系强调法官只能援用成文法中的规定来审判案件,法官对成文法的解释也需受成文法本身的严格限制,故法官只能适用法律而不能创造法律。英美法系的法官既可以援用成文法也可以援用已有的判例来审判案件,而且,也可以在一定的条件下运用法律解释和法律推理的技术创造新的判例。也即法官不仅适用法律,也在一定的范围内创造法律。

第四,诉讼程序不同。大陆法系的诉讼程序以法官为重心,突出法官职能,具有纠问程序的特点,而且,多由法官和陪审员共同组成法庭来审判案件。英美法系的诉讼程序以原告、被告及其辩护人和代理人为重心,法官只是双方争论的“仲裁人”而不能参与争论,与这种对抗式(也称抗辩式)程序同时存在的是陪审团制度,陪审团主要负责作出事实上的结论和法律上的基本结论(如有罪或无罪),法官负责作出法律上的具体结论,即判决。

第五,法律分类不同。大陆法系一般把法律区分为公法与私法,而英美法系就不会这样的区分,英美法系主要把法律分为实体法与程序法。分类方法的不同对法律的制定有指导思想上的根本差异。

第六,法律术语的不同。两大法系的法律术语中有很多不能相互对应的概念,即使有相同名词的法律术语,但是在意思上也会有很大的区别。

此外,两大法系在法学教育、司法人员录用和司法体制等方面,也有许多不同之处。

(资料来源:<http://baike.baidu.com/view/35638.htm>)

第四节 中国的法律制度

一、我国法的基本渊源

我国法的基本渊源是指有权创制法律规范的国家机关及其授权的单位和组织制定或认可的、具有普遍约束力的、有不同效力等级的法律规范形式。规范性文件具有普遍约束力;非规范性文件,主要指国家机关在适用法的过程中发布的个别性文件,如判决、裁定、行政措施等。在我国,由于这类文件的效力仅限于特定案件或相关的主体、客体及行为,没有普遍的约束力,因而不是法的渊源。

根据我国《宪法》和《立法法》的规定,我国法的渊源主要分为以下几类:

(一) 宪法

宪法由全国人民代表大会制定,是国家的根本法,在我国法律渊源体系中位于首位,具有最高法律效力。它规定了我国的政治、经济和社会的基本制度、公民的基本权利和基本义务、国家机关的组织与活动原则等国家和社会生活中最基本、最重要的问题。

宪法是我国全部立法的基础和根据,一切法律、法规和其他规范性文件,都不得与宪法的规定相抵触。

宪法的制定和修改必须经过严格的程序。在我国,宪法是由最高国家权力机关全国人民代表大会制定、通过和修改,宪法的修改,要由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,由专门成立的宪法起草委员会起草宪法修改草案,并由全国人民代表大会全体代表的三分之二以上多数通过。这比制定和修改其他法律的程序要严格得多。

(二) 法律

法律是全国人民代表大会及其常委会制定颁布的规范性法律文件的统称,其法律效力仅次于宪法。根据宪法的规定,法律又可以分为基本法律和基本法律以外的法律。

基本法律比较全面地规定国家的基本问题,如民法、刑法、诉讼法以及有关国家机构的组织法等法律。按照宪法规定,基本法律由全国人民代表大会制定和补充。在全国人民代表大会闭会期间,全国人大常委会有权对全国人民代表大会制定的基本法律作部分的修改和补充,但不得同该法律的基本原则相抵触。

基本法律以外的法律,其规定通常涉及具体问题,如《海商法》《消防法》等。基本法律以外的法律由全国人民代表大会常务委员会制定和修改。

(三) 行政法规

行政法规是国家最高行政机关制定的、有关国家行政管理的规范性文件的总称,其

效力次于宪法和法律。

(四) 地方性法规

根据我国《宪法》和《立法法》的规定,省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常委会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规;此外,较大的市(指省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在的市和经国务院批准的较大的市)的人民代表大会及其常委会,在不与宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。

(五) 规章

按照我国《宪法》和《立法法》的规定,国务院所属各部、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,可以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,制定规章。根据《规章制定程序条例》第6条,规章的名称一般称“规定”“办法”,但不得称“条例”。规章的法律效力低于宪法、法律和行政法规。

(六) 民族自治地方的自治条例和单行条例

根据《宪法》《立法法》和区域自治法的规定,在符合宪法和法律,同时不与国务院制定的关于民族区域自治的行政法规相抵触的情况下,民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、县的自治条例和单行条例,报省或自治区的人大常委会批准后生效。

(七) 特别行政区法

特别行政区法是指特别行政区的国家机关依据宪法和基本法赋予的职权制定或认可,由国家强制力保障实施的,在特别行政区内具有普遍约束力的行为规则的总和(其中包括与基本法不相抵触的原有法律,如香港的普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件)。

(八) 国际条约

我国政府签订和加入的国际条约对于我国国家机关、公职人员和公民也具有约束力,也是我国重要的法律渊源。

二、我国商法体系

从20世纪90年代开始,我国加快了商事立法。目前我国没有统一的商法典,但已初步构成商法体系,大体分为商事主体法、商事行为法、商事监管法及争议解决法。

（一）商事主体法

1. 商事主体的组织法

商事主体的组织法包括：商事企业法、商事登记法、商事账簿法、商事破产法等与商事主体的成立、存续以及终止有关的法律。

2. 商事主体的财产法

商事主体的财产法包括：商事主体出资（如股权）法、商事企业资产法、商标法、商誉权法、专利法等具有商事财产属性的法律。

（二）商事行为法

1. 商事行为的一般法

商事行为的一般法包括：合同法、商事代理、商事担保、特许经营、连锁经营等具有商事活动一般特征的法律。

2. 商事活动的特别法

商事活动的特别法包括：信托法、保险法、商业银行等金融法、证券法、期货法、投资基金法、商事运输法、票据法、信托法、电子商务法、电子支付法、海商法等具有行业性、专业性的商事行为特别法。

（三）商事监管法及商事争议解决法

1. 商事监管的一般法

商事监管的一般法包括：反不正当竞争法、反垄断法等具有商事监管性质的法律。

2. 商事争议的解决法

商事争议的解决法包括：商事仲裁法、商事法院法等具有商事争议解决机制的法律。

我国立法体系中与国际商法有关的重要立法有：《民法典》《公司法》《对外贸易法》《产品质量法》《票据法》《商标法》《专利法》《著作权法》《保险法》《海商法》《仲裁法》和《民事诉讼法》等。

三、我国商法与《民法典》的关系

2021年1月1日起，我国开始实施《民法典》。《民法典》采用提取公因式的方式规定了同时涵盖民法与商法的规则，形成了以《民法典》为一般法，若干单行法为特别法的民商事法律体系。《民法典》中对商法内容的规定主要有以下几方面：

一是商事主体。《民法典》以营利性为标准对法人进行分类，将法人分为营利法人、非营利法人与特别法人。关于营利法人的规定直接自公司法抽象而来，体现了商法与民法制度的高度融合。《民法典》规定“非法人组织”包括个人独资企业、合伙企业与不具有法人资格的专业服务机构，是指那些虽然以营利性活动为主要经营目的，但不具有法人资格的组织。

二是商事行为。《民法典》在民事法律行为规范方面融入商法因素。在“一般规定”部分,第134条第2款规定:“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立”,将决议行为纳入民事法律行为中。

《民法典》在合同法方面,增加了情势变更条款、保证合同、合伙合同与保理合同,体现了商事实践对法律制度的影响。

复习思考题

1. 简述国际商法的概念及其渊源。
2. 简述国际商法的发展历史。
3. 简述国际商事惯例的效力。
4. 简述大陆法系的法律结构与渊源。
5. 简述英美法系的法律结构与渊源。
6. 简述我国的商法体系。

案例分析

2003年8月,中国杭泽经贸公司与日本某公司签署了一份货物买卖合同,双方约定了货物的价格及运输的条件。后双方发生纠纷,在适用何种法律来解决纠纷方面也产生了分歧:日本公司认为双方价格条件的约定基本是依据《国际贸易术语解释通则》的 FOB 贸易术语,而最新的《国际贸易术语解释通则》在 2000 年进行了修订,因此,应适用 2000 年通则;而中方杭泽公司则主张不能适用《国际贸易术语解释通则》,而应适用合同的签订地及履行地法律,即中国的《合同法》。

你认为双方应如何解决这一纠纷?

【评析】

由于当时日本不是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国,所以,中日双方当事人不直接适用该公约。国际商事惯例不同于国际条约,不具有当然的法律约束力,也就是说它不具有直接的普遍法律约束力。通常各个国家都允许其商事合同的当事人有选择适用国际商事惯例的自由,一旦当事人在合同中明确约定适用某些惯例时,当事人即受该惯例的约束,该惯例也就对该当事人具有了法律拘束力。当事人在选择适用国际商事惯例的同时,也可以针对现有的规则进行变更、修改或补充。

(资料来源:屈广清:《国际商法》,大连,东北财经大学出版社,2010。)