

第一章

国际商法导论

知识要点

1. 了解国际商法的概念及世界两大法系；
2. 熟悉当代中国的法律制度；
3. 掌握国际商法的主要内容。

核心概念

国际商法 大陆法系 普通法系 国际商法内容

情境导入

小张、小李、小刘三人于2014年分别出资2 000英镑、4 000英镑、6 000英镑成立了普通合伙企业，经营奶酪、面包等食品加工业务，三人约定按出资比例分配利润和亏损。2015年，小李提出退伙并抽出了本人的4 000英镑出资，此时，小张与小刘核查了企业的账目，发现公司亏损6 000英镑。2016年合伙企业因资不抵债宣布解散，小张与小刘分了企业仅有的设备和一些产品。小崔为合伙企业的债权人，听说此事后，找到小张要求其偿还债务，小张表示自己无力偿还，至多偿还自己的那部分，即按约定的比例偿还1 000英镑。小崔于是又找到小李，要求其偿还剩余的债务，小李表示自己早已退伙，不再对合伙的债务承担责任。后小崔又找到小刘要求其承担相应债务，但小刘却说，当初在合伙解散时，自己分到的较少，因为已经与小张约定好其不再为合伙债务负责，而由小张承担自己的那部分债务。

案例思考：

小张、小李、小刘的说法是否正确？小崔的债权如何才能实现，为什么？

第一节 国际商法概述

一、国际商法的产生

国际商法就是作为调整国际商事这一特定的社会关系而独立存在的法律部门。具体来讲，凡涉及商事关系的国际公法规范，国际经济法规范，当事人自愿接受的国际商事惯例或冲突法规范，国际商事公约或条约，国内商法中的国际性规范，都应包含在内。“人类历史上不同地区商人之间商事交往的发展，逐渐形成一系列支配他们之间贸易关系的商业惯例和习惯性做法。建立国际商业方面的有效的行为规则需要有法律手段，以保证在一个地区实施的行为能够得到另一地区的承认”。正是在这种社会现实之下，国际商法应运而生。

二、国际商法的概念

(一) 含义

国际商法(International Commercial Law)是调整国际商事交易和商事组织关系的各种法律规范的总称。它强调的是各国商人(企业)之间从事商业活动，尤其是贸易和投资活动方面的商业活动。

国际商法的主要内容包括商行为法、商组织法、宏观调控法以及商事权利救济法。

(二) 意义

国际商法的意义有以下两点：

(1) 国际商法是法律规范的总和。法律规范即由国家制定或认可，依靠国家强制力保障实施的社会行为规范。



知识链接

法律与道德规范是不同的，具体表现在以下方面。

- (1) 起源不同：道德起源于原始社会。
- (2) 表现形式不同：道德存在于人的思维中。
- (3) 具体内容不同：法律体现权利与义务的一致性，道德强调义务。
- (4) 实现方式不同：道德依靠社会舆论。
- (5) 调整的范围不同：道德更为广泛、深刻。

(2) 国际商法是调整跨越国界的商事关系的法律规范的总和。国际商法的国际意义为

“跨越国界”，国际商事关系是指处于不同国家的商事主体之间发生的商事关系，而不是国家和国家之间的商事关系，后者由国际公法调整。

其中，商事关系主要包括商事组织关系和商事交易关系，传统商法仅仅能够调整有形商品的交易关系，现代商法除调整有形商品的交易关系外，还需要调整无形商品的交易关系，如国际技术转让、国际投资、国际融资等。

知识拓展

国际商法产生的依据及其表现形式，主要包括国际(商务)条约、国际商事惯例和各国国内商事立法。

(1) 国际(商务)条约：国家间所缔结的以国际法为基准的国际书面协定。国际条约只对缔约国有约束力，其他国家可选择适用。

(2) 国际商事惯例：又称为国际习惯，它是一种国际行为规范。国际惯例如《2010年国际贸易术语解释通则》《跟单信用证统一惯例》等。

(3) 各国国内商事立法：世界主要国家的商事立法有法国1673年《商事条例》—陆商、1681年《海事条例》—海商、1807年《法国商法典》等。

三、国际商法的特征

国际商法的特征主要从技术性、同源性、统一性三个方面表现，具体如下：

(一) 技术性

国际商法的技术性特征是商人基于其经济理性，在无数次的具体商事行为中形成的。从更好地服务商事交易，实现交易自由、便捷、安全的目的来说，国际商法的技术性特征是由商法主体的自利性或经济理性的本质所决定的。国际商法偏重技术性，在一定程度上也是指它不具有强烈的政治色彩。

知识拓展

公司设立登记的程序、募集股份和公司债的手续，董事及监事的选举、公司机关的召集程序及议事方法，这些都是组织形式上的技术性流程。

(二) 同源性

国际商法的许多内容源于中世纪的商人习惯法，它对各国商事立法均有影响。也就是说，各国商法在主要内容上有一定的同源性，尤其是欧洲国家。

(三) 统一性

国际商事关系中涉外因素的出现和增多，促使国际商法的规定趋于统一。



四、国际商法的主要内容

国际商法的内容伴随国际商事交易技术手段的迅速发展而随时更新,具有开放性、易变性的特点以及复杂化、广泛化的趋势。其主要内容如下:

(1)关于国际商事交易主体(Subject)的法律规范:国际商事主体的类型(个人独资企业、合伙企业、公司)、特征、主体资格的取得及其治理等。

(2)关于国际商事交易行为(Conduct)的法律规范:合同法、国际货物买卖法、国际货物运输及保险法、国际商事代理法、票据法、国际贸易支付与结算法等。

(3)关于国际商事交易主体权利(Right)保护的法律法规:物权、债权、知识产权法等。

(4)对于国际商事交易及竞争行为进行干预的法律规范:产品责任法、竞争法等。

(5)关于国际商事救济(Remedy)的法律规范:国际商事诉讼法、国际商事仲裁法等。

第二节 世界两大法系

一、大陆法系

大陆法系(Civil Law System, 又称罗马法系、民法法系、成文法系)形成于13世纪的西欧,以罗马法为基础,以法国和德国为代表。许多欧洲的大陆国家(瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等)均属于大陆法系。除西欧以外,历史上殖民主义的扩张使整个拉丁美洲、部分非洲、近东的某些国家均属于大陆法系。曾经是法国殖民地的普通法系国家的个别地区、英国的苏格兰也属于大陆法系。亚洲的中国、日本等国家属于大陆法系。

(一)大陆法系的形成与发展

大陆法系是世界上最古老、影响最广泛的法系,至今,它已经历了两千多年的发展演变。大陆法系首先产生在欧洲大陆,起源于古代罗马法。古代罗马帝国是当时世界上最强大的国家,法律制度也最为发达。距今1400年前,在罗马皇帝查士丁尼的亲自主持下,通过对当时罗马的所有法律进行系统的整理和编纂,制定了《民法大全》,这一伟大的创举形成了法律法典化的特色。

知识拓展

虽然后来罗马帝国灭亡了,但罗马法的法典化却对后世近现代国家产生了深远的影响,许多国家纷纷仿效。12—16世纪,伴随着罗马法在欧洲大陆的复兴,大陆法系开始形成。

18 世纪，法国爆发了资产阶级革命，这场革命比较彻底。法国大革命后，以罗马法为基础制定了《法国民法典》，这部法典的制定，使大陆法系获得了进一步的发展。《法国民法典》因拿破仑亲自主持制定而闻名于世，又可称为《拿破仑民法典》。随着欧洲大陆被拿破仑征服，这部民法典在欧洲大陆各国被广泛适用或仿效，它所确立的重要原则，有些甚至被沿用至今。

19 世纪，资产阶级革命席卷了欧洲大陆，新兴的资产阶级政权纷纷仿效《法国民法典》进行法典编纂，其中最具有代表性的是 1900 年德国制定的一部在所有资产阶级民法典中最系统、逻辑最严谨的《德国民法典》。

知识链接

《法国民法典》和《德国民法典》分别代表了自由资本主义时期和垄断资本主义时期两个阶段的法典，两部民法典在指导思想、结构和风格等方面都有显著的不同。《德国民法典》的影响虽然比不上《法国民法典》，但欧洲和亚洲的许多国家，如希腊、匈牙利、南斯拉夫、捷克斯洛伐克、日本、中国等，在 20 世纪初至 20 世纪中叶制定的民事法典，都受到了《德国民法典》的影响。

(二) 大陆法系的结构

大陆法系也称市民法系，它作为一个体系在 13 世纪出现于西欧，是在继承和发展“罗马法”的基础之上逐渐形成与完善的。《法国民法典》以及《德国民法典》的颁布，标志着大陆法系走向成熟与完善阶段，故此，大陆法系以法国和德国为代表。除法国和德国之外，许多欧洲国家，如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙、奥地利、丹麦、挪威、芬兰、瑞典、希腊等国均属大陆法系。并且，随着欧洲各老牌资本主义国家的殖民扩张，各宗主国把自己的法律体系带到各个殖民地，在殖民地建立了相应的法律制度。所以，除上述国家之外，整个拉丁美洲、非洲的一部分、日本、泰国和中国等均属于大陆法系，并且，在属于英美法系的国家中，某些国家的个别地区，如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省、英国的苏格兰等也属于大陆法系的范畴。

(三) 大陆法系的渊源

大陆法系的主要渊源是法律。大陆法系国家的法律包括宪法、法典和法典以外的法律以及条例等。所以，大陆法系国家特别强调成文法的作用。它在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。它所采取的方法是运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类地归纳在一起。当时，大陆法系各国均把全部法律分为公法和私法两大部分。其中公法包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等，私法包括民法和商法等。尽管大陆法系各国在各具体法律条文的规定上以及在法典编制体例上有所差异，但在法律制度和法律概念上却是相同的。因此，各国之间尽管语言不同，但它们的法律词汇却可以准确地相互对译，只要掌握了一个大陆法系国家的法律，就较容易了解其他大陆法系国家的法律。

二、英美法系

英美法系又可称为英国法系、普通法系、判例法系，它是以英国中世纪以来的法律，

特别是它的普通法为基础而建立和发展起来的法律的总称。英美法系的范围，除英国（苏格兰除外）和美国（路易斯安那州除外）以外，主要是曾经属于英国殖民地、附属国的国家和地区。如加拿大（魁北克省除外）、澳大利亚、新西兰、印度、新加坡、马来西亚、巴基斯坦、孟加拉国、缅甸、南非等。

英美法系是一种历史悠久和影响较大的资本主义法系。它起源于11世纪诺曼人入侵英国后逐步形成的普通法。1066年，诺曼公爵威廉征服英国，在英国建立了诺曼人的王国。为了缓和与当地居民的矛盾和冲突，从而加强中央集权统治，诺曼王朝一方面允许当时通行英国的盎格鲁—撒克逊习惯法继续适用，另一方面利用统一的王权削减封建领主的审判权，促进司法在全国的统一。国王派官员到全国各地进行巡回审理，在这一过程中，逐渐建立了一批王室法院，后来人们把这些法院通称为普通法院。而政权的统一和司法的统一，使过去通行各地的分散的习惯法也逐步得到了统一，在王室法院根据国王敕令、参照当地习惯法进行判决的基础上，逐步形成了一套适用全国的法律，即普通法。

自14世纪起，为了弥补普通法的不足，英国统治者授予那些对普通法院的判决不服者，可以向国王提出施予恩惠的请愿的权利。该请愿被国王委托给王室会议，由大法官负责处理。到15世纪后半期，在处理这些请愿的过程中，大法官庭逐渐分化为大法官法院和衡平法院。英国通过大法官的审判活动也逐步形成了一套新的衡平法制度。自此，普通法与衡平法并行发展，进一步完善了英国的法律制度。

17世纪，英国爆发了资产阶级革命。这场革命以新兴资产阶级和封建贵族的妥协而告终，这表现在英国的法制发展上。一方面，英国继续保持封建传统法制，将中世纪的普通法与衡平法形式全盘继承下来；另一方面，资产阶级为了适应社会实际生活的需要，维护自己的利益，巩固资产阶级的政权，通过制定新法和创制新判例的方法，删去了封建法制的基本内容。也就是说，在旧有的封建法制形式中注入了资产阶级法的内容，使其逐渐演变为资本主义的法律制度。

英国资产阶级革命后，为了迅速发展资本主义经济，增强国家的统治力量，英国大规模地开展对外贸易，并用武力向外进行领土扩张，开拓殖民地。在此期间，英国先后打败了西班牙、荷兰、法国等国家，获得了广泛的制海权利和“日不落”的广大领土，建立起了空前的大帝国。而随着英国在18—19世纪的领土扩张以及殖民地的发展，英国法律制度也逐步影响和植根于欧洲以及欧洲以外各洲的许多国家和地区。

美国曾是英国殖民体系中的一员。18世纪，美国经过独立战争赶走了英国殖民者，建立起了自己的独立国家，美国的法律制度也开始脱离英国而独立发展。但是，由于英美两国同属于资本主义性质的国家，有着共同的文化传统，为了进一步发展资本主义，美国独立后，仍以英国法律为基础来创立新的法律。所以，英美两国的法律制度存在历史渊源关系，虽然各自独立发展已有二百年的历史，但是，二者仍有着许多相似之处，如法律的风格、用语、概念、分类等。正是由于两国法律制度有着共同的历史传统，在法律表现形式上又有着许多共同特征，因此，人们将英美两国法律制度归为同一法系，习惯上合称为英美法系。

三、两大法系的差异

两大法系在现代发展过程中逐渐靠拢，差异化逐步缩小，但是，其各自的历史传统、

社会文化、政治经济等因素决定的不同特征仍然非常显著。

(1)从法律构成来看,英美法系将以遵循先例为原则的判例法作为主要法律渊源,是其区别于大陆法系的最主要特点。当然,现代大陆法系国家也开始具有重视司法先例的倾向,法院判决确立的原则甚至可以调整某些特殊领域的法律关系,但其并不构成普通法意义上的判例法。除此之外,自19世纪末以来,英美法系国家制定法大量增加,地位日趋重要,但却显著区别于大陆法系国家的法典。

(2)在立法上,大陆法系国家通常将法律划分为公法和私法,采用法典化立法。英美法系体系庞杂,各具体法律门类在概念上缺乏逻辑联系,在结构上缺乏系统分类。

(3)从司法上看,大陆法系国家的法官仅有适用法律的义务,没有创设法律的权力,大范围的法律变革都是通过立法机构制定和颁布法律得以实现的。英美法系国家,尤其在英国,传统法律制度被保留的较多,法官保守地遵从先例使得法律变革变得相对缓慢,但同时却更加强调司法独立,法官在司法实践中可以创制和发展法律。

(4)从两大法系的形成过程来看,英美法系是以英国普通法为中心呈放射状向全球传播的,明显区别于大陆法系的欧洲大陆本土的连锁式、欧洲以外的多中心式传播方式。

(5)在程序上,英美法系注重程序法而轻视实体法的倾向比较明显,尽管伴随程序法的改革和制定法的增加,实体法越来越受到重视,但程序法至今仍决定着法律的产生和适用。大陆法系实体法居主导地位,程序法附属于实体法,仅仅是法院适用实体法的工具。

第三节 中国当代法律制度

一、中国司法制度

司法制度是指司法机关及其他的司法组织的性质、任务、组织体系、组织与活动的原则以及工作制度等方面规范的总称。

我国的司法制度包括侦查制度、检察制度、审判制度、监狱制度、司法行政管理度、人民调解制度、律师制度、公证制度、国家赔偿制度等。我国的司法制度是一套严谨的人民司法制度体系,在整个国家体制中具有非常重要的地位和作用。

随着我国政治经济体制改革的深入发展,社会主义市场经济体制的建立,现行的司法制度与市场经济的矛盾越来越突出,日益显露出诸多的弊端,在很多方面不能满足市场经济的需要。目前,司法改革受到越来越广泛的关注,越来越多的人对所谓的司法不公、司法腐败表现出的强烈不满,为司法改革提供了难得的契机与动力。司法改革已经成为时下整个社会的强烈期待。因此,尽快改革司法制度,使之最大限度地发挥司法职能为市场经济服务,成为当前迫切需要解决的现实问题。

二、中国民商法

(一)民商法的概念

民商法是指民法与商法。关于民法和商法的关系,有两种体例:一是民商合一,二是

民商分立。所谓民商合一，是指民法包含商法，是商法的母法，并指导和统率商法，而商法是民法的子法或者特别法，如瑞士、意大利等国；所谓民商分立，是指民法与商法属两个并存的独立的部门法，通常在民法典以外还制定了商法典，如法国、德国等。我国尚未就属于何种体例做出明确说明，但根据我国现今要求和现代民法发展趋势，我国采取的应是民商合一体例。

（二）民商法的联系

民法与商法共同调整商品经济关系，同属私法，两者有着密切的联系。商法使用的一切原则也不断为民法所吸收。众所周知，民法伴随商品经济的发展而发展，它所调整的财产关系主要是指财产归属和流转关系，调整的人身关系是指个人非财产关系。民法所保护的利益是个人利益，而商法主要是由商事交易习惯形成的商品交易规则，它所保护的利益也是个人利益。

民法是商品经济的产物，在古罗马时期，商品交换十分频繁。从事交易的人们渐渐需要一个共同遵守的交易规则来维护交易秩序，保障商品流通。于是，商品交换的习惯产生。进而，习惯发展为法，这就是民法的起源。民法既然以保护交易利益为主要内容，因而必须适应商品交换的要求，即人格的独立，能以自身的意志从事交易，实现所有权的确定性和订立契约的自由。

（三）民商法的差别

民法与商法比较，其差异主要表现在以下几个方面：

1. 两者的社会经济基础有所不同

民法是商品经济的产物，是市民社会个体在生活交往过程中因为生活的需要产生的，民法伴随商品经济的产生而产生，伴随着商品经济的发展而发展。而商法是以市场经济为基础与依托的，是随着资本主义商品经济的发展、生产社会化程度的提高而产生的。现代商法不再是维护商人特殊利益的法律，已经变成了规范商事组织和商事活动的法律。随着经济的发展，商法将不断适应市场经济发展的需要，规范市场主体行为、维护交易安全。

2. 两者的价值追求目标有所不同

民法以追求其主体人格独立与被尊重为价值目标，具有鲜明的道德性即伦理色彩。民法在对主体调整的过程中注重的是公平，注重的是对人身关系和与人身关系有关的财产归属的调整，更加强调人格的独立，是立足于民事主体的个体权利，以权力为本位的私法。而商法的价值追求目标，在于使社会生产的效率能够得到更大幅度的提高，具有极强的功利性质，即经济学色彩。商法以从事商事经营的商人为其主体性，这种特定的主体阶层及其营利的目的决定了它的功利性，商法更强调安全、效率，这些都与其价值追求目标有着直接的关系。

3. 两者制度构建的主要立法技术有别

民法实行行为法，因为民事主体的主体地位是“自然”的，它是一种生理过程，客观地说，它只需要法律给予确认而没有必要赋予其主体资格。民事规范只是民事主体的行为给予必要的约束以及在长久的生活交往中的一般性规则。而商事主体的地位却不是自然就有的，它是需要根据法律的规定，符合条件并经过一定的程序才能获得的，商人是因职业而形成的一种身份。商法既然是市场经济的产物，同时也就是市场经济运作技术规则在立法

层面的集中反映,所以,它的制度设计采用“组织兼行为法”。这是因为商法既有对商事主体制度的规定,又有对商事主体行为的规范。



导入案例分析

小张、小李、小刘的说法都不正确,首先,合伙人对合伙企业的债务承担无限的连带责任,即每一合伙人都有义务偿还合伙企业的所有债务。合伙人内部的约定不能对抗债权人,因此,小张的说法是不正确的。至于小刘,尽管其与小张之间有某种约定的债务承担,但这种约定不能对抗合伙的债权,小刘仍要为合伙债务承担责任。由于小崔的6 000英镑债权发生在小张、小李、小刘合伙期间,三人应对此债权按合伙协议约定的债务分担比例,即小张承担1 000英镑、小李承担2 000英镑、小刘承担3 000英镑。



本章小结

通过对本章的学习,可以帮助读者了解国际商法的基本概念,掌握两大法系的形成、特点及其发展趋势,了解我国的基本法律制度,初步建立国际商法的法律观念。



拓展阅读

国际商法的形式分析

从形式上讲,国际商法体系的确定既要考虑国际商法所调整、涉及的商事关系领域,又要考虑国际商法本身的结构和特点,还要确定体系各组成部分内容之间的关系。在内容上,国际商法体系的确定取决于跨国界的商事关系的发展。国际商事关系发展到今天,所涉及的已经不再是简单的产品交换等内容。

根据联合国国际贸易法委员会在起草《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》时,就“商事”一词所做的注释,具有商事性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换商品或劳务的交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;咨询;设计;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输。

国际商事关系以生产要素的跨国界流动为主流,再结合商事行为法性质的结构划分,我们可以系统地划分国际商事活动涉及的领域,这也是国际商法按调整对象进行划分的基础。按照这一思路,国际商事关系涉及四个领域,即直接媒介钱货交易的动产和不动产买卖、有价证券的买卖,在交易所进行的买卖以及商人间的买卖;间接媒介货物交易的行为,如货物运输、仓储保管、居间、行纪、代办商等;为工商提供资金融通的银行、信托,为商业提供产品的制造业、加工业等;直接或间接为商事活动提供服务的财产保险等。

从形式和内容两方面的结合和国际商法目前的发展阶段看,我们可以大致确定国际商法体系的主要组成部分。国际商法应包括:商事主体法(包括商事组织、商事代理、商业登记等);商事行为法(包括国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、海商法、国际技术贸易法、产品责任法、票据与国际结算法、国际资金融通法);国际商事

争议解决规则(包括国际民事诉讼、国际商事仲裁)。每一组成部分在表现形式上都是由国际法渊源和国内法渊源有机结合组成的。

 本章习题

一、选择题

1. 国际商法的主要内容不包括()。
 - A. 商事行为法
 - B. 商事权利救济法
 - C. 微观调控法
 - D. 商事组织法
2. 国际商事关系是指()。
 - A. 国家和国家之间发生的商事关系
 - B. 国家和商事主体之间发生的商事关系
 - C. 不同国家的商事主体之间发生的商事关系
 - D. 同一国家不同商事主体之间发生的商事关系
3. 以下不属于中国民法与商法差异的是()。
 - A. 两者的社会经济基础有所不同
 - B. 两者所调整的经济关系不同
 - C. 两者的价值追求目标有所不同
 - D. 两者制度构建的主要立法技术有别

二、填空题

1. 国际商法是调整国际商事交易和商事组织关系的各种_____的总称。
2. 国际商法的主要内容包括：商行为法、商组织法、_____以及商事权利救济法。
3. 国际商法的渊源是指_____产生的依据及其表现形式。

三、简答题

1. 国际商法的概念是什么？
2. 世界两大法系分别是什么？
3. 国际商法的基本特征是什么？

四、案例题

2014年7月27日我国红润公司应荷兰商号的请求，报出某初级产品100吨，每吨鹿特丹到岸价格(CIF)人民币3900元即期装运的实盘。对方接收到我方报盘后，没做承诺表示，而是再三请求我方增加数量，降低价格并延长要约有效期。我方曾将数量增至300吨，价格减至每吨鹿特丹到岸价格(CIF)人民币3800元，并两次延长了要约的有效期，最后延至8月30日。荷兰商号于8月26日来电接受该盘。我方公司在接到对方承诺电报时，发现巴西因受旱灾而影响到该产品的产量，国际市场价格暴涨，从而我方拒绝成交，并复电称：“由于世界市场价格变化，货物在接到承诺电报前已售出。”但荷方不同意这一说法，认为承诺是在要约有效期内做出，因而是有效的，坚持要求我方按要约的条件履行合同，并提出，要么执行合同，要么赔偿对方差价损失40余万元人民币，否则将提起诉讼。

如果荷兰的这一商号对我国的红润公司提起诉讼，有无正当理由？



选择题



判断题