

# 第一章

## 国际商法导论

### 学习目标

通过学习本章内容,学习者能够领会国际商法主要的法律渊源和历史发展趋势;并通过对大陆法系、英美法系的历史发展及法律结构特点的学习,能够在国际商事法律服务中充分认识到不同法律体系的法律差异,运用国际商法知识防范我国对外开放、“一带一路”建设中可能发生的法律风险。

### 引导案例

#### 法律风险成为中国企业“走出去”最为常见的风险,格力电器在美被罚 9100 万美元

2021 年 10 月 29 日,一份美国司法部发布的公告引起关注。公告称,中国企业珠海格力电器股份有限公司(以下简称格力电器)及其子公司已与美国司法部达成延迟起诉协议。根据协议条款,珠海格力和中国香港格力同意接受总额为 9100 万美元的罚款,并同意向因公司有缺陷的除湿机而引起火灾的任何未获赔偿的受害者提供赔偿。

2021 年 10 月 31 日,伴随在美涉诉赔偿事件的发酵,格力电器进行公开回应。格力电器相关负责人发给《中国经营报》记者的回应显示,“我司于 2012 年收到事故投诉,于 2013 年 6 月向美国消费品安全委员会(Consumer Product Safety Committee, CPSC)申报。由于申报不及时,2016 年我司和 CPSC 达成民事和解,支付 1545 万美元。”其中称,“2017 年,DOJ(为美国司法部消费者保护处、美国加利福尼亚中区联邦检察官办公室,统称 DOJ)就此同一事件要求我司承担责任。经过多轮谈判,近期我司和 DOJ 达成协议,支付 7575 万美元。如我司遵守协议约定,DOJ 将在 3 年期结束后终结案件。”

近年来,我国企业在积极“走出去”的同时,因对东道国产业环境、当地的文化和政策法规缺乏足够认识而引发的教训很多,诸如首钢集团有限公司、华为技术有限公司、格力电器等大型企业均有受挫经验。由于东道国有着与我国不同的法律传统,且在经济、政治、文化等方面与我国存在诸多差异,我国企业在外发展很可能会出现“水土不服”。中国企业、公民等各类行为主体及海外华人如何科学运用国际法体系和东道国法律正当维护自己的权益,在此过程中如何统筹国内法治和涉外法治?这是中国在经济全球化时代所面临的重要课题。

### 几点思考:

(1) 企业“走出去”必须熟悉东道国法律环境,懂得防范和规避法律风险。例如,在“一带一路”沿线国家及地区中,既有大陆法系国家,也有英美法系国家;既有宗教国家,也有世俗国家;既有法律体系高度完善的国家,也有法律制度极不健全的国家,法律环境千差万别。国内企业在进行海外投资时,必须充分了解这个国家的宏观法律环境和相关部门法,全面地认识法律的差异性,甄别法律风险,从而制定合理的发展战略和风险应对策略,最大限度地维护自己的合法权益。

(2) 强化各类行为主体的合规意识,主动遵守东道国的政策法规。但若行为主体合法权益受到侵害或不合理的处置,应主动且及时地寻求有效的救济渠道和可利用的法律空间。

(3) 我国涉外法律的域外效力为企业、公民等各类行为主体参与国际活动提供了基本的法律保障,但距实际需要仍有差距,在很多重点领域中仍有缺位。我国应加强涉外法治体系建设,使涉外权益的保护从被动转向主动,从事后应对转向事前防范,从分散化走向体系化。

(资料来源:格力电器回应在美涉诉赔偿 9120 万美元:涉申报不及时,问题已过 8 年[EB/OL]. 中国经营报, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1715187127073850166&wfr=spider&for=pc>,2021-11-01.)

亚布力中国企业家论坛.“一带一路”沿线国家存在的法律风险你真的完全了解吗? 一带一路·观察[EB/OL]. (2020-01-04)[https://www.sohu.com/a/364649531\\_99947734](https://www.sohu.com/a/364649531_99947734),2020-01-04.

环球杂志. 法律博弈成大国竞争常态,中国应该怎么做? [EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/n2UUtIN76-AZUzSziudDeA>. 环球杂志社,2021-09-27.)

## 导言

全球化的加速和深化推动着世界各国之间日益密切的联系和交往,跨国民商事关系以一种前所未有的规模和数量不断地扩展。调整跨国商事关系的国际商法的重要性愈益凸显。近几年,国际上频频发生针对我国的贸易战,我国的跨国民商事交易面临前所未有的压力与挑战。在当前复杂的国际局势下,我们必须深入掌握和利用好国际商事法律,在对外经济贸易活动中减少盲目性,维护我国企业的正当权益。本章通过对国际商法的产生、发展,以及大陆法系和英美法系的历史发展、法律结构的阐述,帮助人们理解国际商事法律的复杂性、分歧性,为将来开展国际商事法律服务工作做好准备。

## 第一节 国际商法的产生和发展

### 预习思考题

1. 什么是国际商法? 国际商法的调整对象是什么?
2. 国际商法的法律渊源有哪些?

### 3. 国际商法的历史发展阶段有哪些? 不同阶段有什么特点?

## 一、国际商法的概念

国际商法(international commercial law),是调整国际商事交易(commercial transaction)和商事组织(business organization)的各种关系的法律规范(legal norm)和惯例(usage)的总和。

这意味着国际商法调整的对象是国际商事关系。包含以下两层含义。

第一,此处的“国际”一词,主要是指“跨越国界”(transnational)的意思。从某当事人的角度来看,上述商事关系是一种涉外民事关系,即其主体、客体、法律事实三个要素中,至少有一个要素与外国有联系,包括下列三种情形:

(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) 产生、变更或消灭商事关系的事实发生在外国。例如,某国两方当事人订立旅游服务合同,该旅游点是在外国。

第二,国际商法调整的是国际商事关系,包括国际商事交易和国际商事组织关系。此处的“商事”如何界定?有国内学者认为,应将营利性作为衡量是否构成商事关系的标准。只要是主体双方或一方基于营利性目的而形成的社会关系,都属于商事关系。<sup>①</sup>联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)1985年起草的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《国际商事仲裁示范法》)对“商事”一词通过注释的形式作了广泛的解释,强调不能仅指民法法系国家国内商法典调整的关系或商人们之间的交易,商事性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换货物或服务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;建造工厂;咨询;工程;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许;合营企业或其他形式的工商业合作;客货的航空、海上、铁路或公路运输。我国没有完全采纳上述《国际商事仲裁示范法》对“商事”的界定,仅按照我国法律属于契约性和非契约性商事关系所引起的争议适用1958年的《承认和执行外国仲裁裁决的公约》(也称《纽约公约》),不包括外国投资者与东道国政府之间的争端,即未包括特许协议之类的争端。可见联合国《国际商事仲裁示范法》与我国相关法律所规定的“商事”仍没有超出“私人间营利性交易活动”的范围,并不包括国家间的、国家与私人间的和非营业性的活动。<sup>②</sup>这样的商事关系主体双方才能平

<sup>①</sup> 蒋大兴. 商事关系法律调整的研究: 类型化路径与社会分工[J]. 中国法学, 2005, (3).

<sup>②</sup> 姜世波. 国际商法理论问题研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.

等。概言之,此处的商事关系是指私人间的营利性交易活动。

根据国际商法的调整对象,国际商法所涉及的范围主要包括公司法、代理法、票据法、海商法、保险法等内容。然而,随着国际经济贸易的扩大发展和商事交易的多样化、复杂化,国际货物买卖在基础上开拓了许多新的领域,如国际技术转让、知识产权转让、国际投资、国际融资、国际工程承包、国际服务贸易等。这些交易已远远超出了传统商法调整的范围,现在国际商法的调整对象和范围比传统的商法广泛得多,内容也越来越丰富。

## 二、国际商法的法律渊源

法学所讲的法律渊源,主要是指法律规范借以表现的形式。

国际商法主要有两方面的渊源:一是国际条约和国际贸易惯例;二是各国商事立法。

### (一) 国际条约

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。条约对缔约国有约束力。各国通过缔结条约,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。由于许多商事方面的多边条约或公约中所作出的规定,往往反映了商品经济的一般规律,通常被认为属于商业活动应予遵守的规范,因此也会得到非缔约国的遵守。

国际条约是国际商法的主要渊源。它的主要特征在于形式稳定、内容固定,以书面形式并经过国际法上条约制定、签署和批准等严格的程序将各国调整国际商事关系的国内法协调统一起来,使人们较容易了解条约的规范内容。它可划分为两个种类:一是统一实体法规范的国际公约。例如,调整国际货物买卖的1980年《联合国国际货物销售合同公约》,调整国际货物海上运输的1978年《联合国海上货物运输公约》,调整国际票据法律关系的《关于本票、汇票的日内瓦公约》,1967年《世界知识产权组织的公约》等,这些公约能够被各个国家和地区普遍批准与接受,就可以用来解决各缔约国之间在这些领域的法律冲突。二是统一冲突法规范的国际公约。例如,1985年《国际货物销售合同法律适用公约》《产品责任法律适用公约》,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,如果这些公约能够被各个国家和地区普遍批准和接受,各缔约国之间在这些领域的法律冲突规则就可以实现协调统一。

### (二) 国际贸易惯例

国际贸易惯例是指各国商事组织在商事贸易交往中,在重复类似行为而逐渐形成的习惯做法的基础上发展为惯例,再由制法机构如国际商会等组织精心制定颁发的、以当事人意思自治为基础、由当事人在具体交易中自愿适用的制度。它不是法律,不具有法律的普遍约束力,

但是如果有关当事人在合同中采用了某种国际贸易惯例,则该惯例对合同当事人就具有确定的约束力。目前,在国际贸易中影响最大的国际贸易惯例是由国际商会制定并经多次修订的《2020年国际贸易术语解释通则》(Incoterms Rules or International Commerical Terms 2020)和《跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, UCP 600)。这两套国际贸易惯例在世界上已经得到绝大多数国家和地区的承认,在实践中起着举足轻重的作用。

构成一项国际贸易惯例,应具备以下两个要件:一是在国际贸易业务中广泛运用,具有国际社会普遍承认的性质;二是要有确定的规则或内容,具有行为规范的性质。

### (三) 各国国内的民商法

各国国内的民商法是国际商法的重要补充。由于国际经济贸易关系的多样性、复杂性,现有的国际公约、惯例不可能满足实践中的所有需要;而且,国际商法尚处于形成和发展阶段,其体系和内容尚不完善,因而在处理某些国际商事纠纷时,还需要借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的民法或商法。同时,某国的国内民商法在国际商事活动中由于当事人的选择而被适用的情形也普遍存在,国内法在国际商法中仍占有重要地位。有鉴于此,我们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民商法的有关规定,特别是某些发达国家比较成熟的有关民商事关系的国内法规。

## 三、国际商法的历史发展阶段

商法是随着商品经济的产生、发展而逐步形成的。早在古代罗马法中就出现了调整商事关系的法律,但当时还没有制定专门的商事法,近代欧洲各国的商法主要源自中世纪形成的商人习惯法。

### (一) 中世纪商人习惯法

中世纪商法主要指11—16世纪在欧洲,特别是地中海沿岸、亚得里亚海沿岸、波罗的海和北海沿岸,由于商业复兴而在一些自治城邦中普遍发展起来的商人法。

11—12世纪前后,一些新城市由商人组成的组织公社取得城市特许状,成为在政治上存在于领主制度之外的独立的自治体。这些工商业发达的自治城市的市政当局授予常驻市场的商人以专营权和特权,普遍建立起了专为商人解决商业纠纷、提供服务的特别法院——商人法院,由市场或集市的商人们推选或由行会首脑选择几名行会的商人成员来担任法院的法官,根据已形成的商事习惯订立自治规约来解决商事纠纷。一些赶集串市的商

人,常常是“泥土满足”地来法庭进行诉讼,所以这种法院被叫作“泥足法院”,实际上是今日仲裁制度的雏形。

在12—16世纪出现了巨大的国际性集市,如意大利的威尼斯、英国的利物浦、比利时的根特、德国的科隆等,既是商业汇集中心地,也是金融清算场所。在罗马法商业习惯和法规影响下,适用于商人社会的“民间法”——商人习惯法便发展起来。这些国际性集市还允许外国商人从其本国公民中选择法官,订立特别法规定互惠办法及条件和范围,允许外国人来投资建厂和设行并依所在地法独立经营,由此形成了集市间大致统一的商事规则。商事法院日积月累的大量判例形成一种全欧洲普遍适用的国际性的商业法律规范和贸易惯例,即共同法,从而形成了一种区别于传统法律及程序的纠纷解决机制。

中世纪商法本质上属于习惯法,是商人按照自己商业交易习惯形成的行业行为规范,具有自律性的特征,仅在商人间适用,是名副其实的商人法;“公平、迅捷、安全”成为商事法律原则,反映出商事活动营利性、敏捷性和保护交易安全的要求。这样,在巨大的国际集市上就大体形成了统一的商法。

## (二) 国内化、法典化和体系化的近代商法

16世纪后,随着资本主义商品经济的迅速发展,以及产业革命的胜利、企业制度的创新、封建割据势力的衰落,统一的民族国家逐渐形成,早期的自治城邦不复存在,商人团体逐渐消亡,这就形成了民族国家制定统一法律和商人习惯法向成文法转变的条件。欧洲的法国和德国率先进行本国商事法律统一运动,其后各国纷纷效仿,制定了具有独立部门法性质的商法典,由此推动了商法国内化、法典化。

近代商法法典化运动中最具代表性的当数大陆法系的法国商法和德国商法,英美法系则以英国商法和美国商法为代表。

### 1. 统一及系统化调整商行为的《法国商法典》

法国在中世纪由诸多君主和主教分而治之,不同的区域根据地方特色制定各种不同的法律制度。为了改变这种状况,法国在国王路易十四时代开始从事在全国范围统一商法的工作。1673年的《陆上商事条例》被称为近代法国商事立法的起源,内容包括商人、票据、破产、商事裁判、管辖等,在适用上仍受商人习惯法的支配,由商人担任法官的商事法院司法。1681年,路易十四又颁布了《海事条例》,主要适用于海商,其内容包括海上裁判所、海员和船员、海事契约、港口警察和海上渔猎,加强了王室对海事贸易的控制。《海事条例》后来成为海商法的蓝本。

1808年施行的《法国商法典》,由拿破仑(Napoléon Bonaparte)主持制定,内容有通则、海商、破产、商事法院四部分。该法典开创了民商分立的先河,奠定了民商分立的基础;以商行为作为立法的理论基础,摒弃了中世纪以来商法只适用于商人阶层的传统观点,只要

从事的活动属于商行为,就适用商法;内容全面,涉及商活动且具系统性;该法典影响广泛,许多欧洲、亚洲和中南美洲国家都仿效《法国商法典》制定了本国商法。

## 2. 逻辑结构更为严谨的《德国商法典》

德国自 1871 年德意志帝国建立后,1897 年公布了《德意志帝国商法典》,即通常所指的《德国商法典》,共四编 905 条。

《德国商法典》具有两个方面的特点:一是新商法以商人为立法基础,同一行为,商人为之适用商法,非商人为之适用民法或其他法律;二是《德国商法典》逻辑结构极为严谨,并以抽象法律概念为基础,不注重实践,语言难懂,条文烦琐。《德国商法典》得到不少国家的效仿,例如,奥地利,泰国,北欧的瑞典、丹麦、挪威,都以《德国商法典》的有关规定为依据制定了国内商法。

## 3. 成文化倾向明显的英国商法

英国商法表现为普通法、衡平法、制定法及习惯法的综合。普通法遵守的是“遵循先例”原则,而衡平法的基本含义是公平、合理、正义,正是商法所信奉的价值理念。因此,英国近代商法的规范主要是衡平法,例如,英国著名的商事信托制度就是由衡平法的保护而逐渐确立起来的。英国商法也是由习惯法形成的“商人”法,商业事务是由商人自己称为“商法”或“*lex mercatoria*”的法律加以调整,商事习惯在商事活动中具有重要地位,只要经过证实的当事人提出的商事习惯,法官就予以采用。曼斯菲尔德伯爵(Lsth Earl of Mansfield)在 1756—1783 年担任王座法院首席法官时,将原来的商人法整个纳入普通法系,奠定了英国现代商法的基础。

英国在 19 世纪后开始制定了一些单行商事法,如 1862 年的《公司法》、1882 年的《票据法》、1905 年的《商标法》、1909 年的《保险法》、1914 年的《破产法》、1925 年的《财产法》等,特别是 1893 年的《货物买卖法》,表明英国商事立法成文化的明显倾向。

## 4. 承袭英国法律、统一州法的美国商法

美国的法律在传统上承袭了英国法律,采用习惯法和判例法,商事法以英国普通法为基础。19 世纪之后,商事立法开始在美国盛行。1892 年美国正式成立了“统一州法全国委员会(The National Conference of Commissioners of Uniform State Laus, NCCUSL)”,统一各州立法并着手制定统一的商事法规。

近代各国商法中所规定的具体制度总体上并无大的差异,各国商法的基本原则、基本制度是相同的,都遵循中世纪商人法形成的基本操作和原则,如公司的有限责任、票据的无因性、保险的补偿原则、破产的有限性等。当然,各国商法也呈现出地域性和差异性,大陆法系形成了法国法律体系和德国法律体系,英美法系也出现了英国法律体系和美国法律体系。这些差异在某种程度上削弱了商法的国际性。

### (三) 向国际化、统一化方向发展的现代国际商法

由于现代贸易日益呈现出全球化、一体化的趋势,单凭一国、一地的惯例和法律难以解决商事活动纷争,于是在各国民商法律体系之外,一些统一的国际商事惯例和商事习惯得到了发展。例如,1860年欧美商界人士共同制定了理算海损的统一规则,1974年更名为《约克-安特卫普规则》,其他的如1924年《统一提单的若干法律规则的国际公约》,1930年《统一汇票本票法公约》、1931年《统一支票法公约》、1933年《商业跟单信用证统一惯例和做法》、1933年《统一国际航空运输某些规则的公约》、1936年《国际贸易术语解释通则》。

第二次世界大战以后,特别是20世纪60年代以后,现代商法日趋朝着国际化和统一化方向发展。商人们通过国际商会等机构创设或统一了大量的商法规则;并且各国通过国内立法制定出与多数国家相一致的法律规范,使各国商事法律规范趋向统一;国际社会通过制定大量的调整有关国际商事关系的国际公约,推动了国际商法的统一化进程。如1980年《联合国国际货物销售合同公约》、由国际商会制定并经多次修订的《国际贸易术语解释通则》等。这样逐渐通过国家间缔结或参加的条约及国际惯例统一了部分国际贸易涉及的相关法律规则。

## 第二节 大陆法系的形成与发展

### 预习思考题

1. 什么是法系?法系划分的标准是什么?
2. 大陆法系经历了怎样的形成发展过程?
3. 罗马法的主要内容及起源、发展演变的历史过程是怎样的?罗马法在欧洲复兴的原因是什么?
4. 罗马法对大陆法系有哪些影响?为什么说大陆法系是在罗马法的基础上发展起来的?
5. 大陆法系有什么特点?

一般来说,法系的划分通常考虑以下几个方面因素作为划分法系的依据:

第一,特定法律形成和发展的历史渊源。对于欧洲大陆国家来说,自罗马法时代以来,它们就具有大致相同的以罗马法为发展源头的历史,如1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》都是深受罗马法影响而制定的,通过这两个重大的历史事件可以找到欧洲大陆国家法律发展的源头。

第二,占主导地位的法律思想方法。这在普通法和大陆法系国家中非常明显。在普通法国家中,人们信仰经验主义,故凡未经验检验者,皆在虚无缥缈、不可相信之列。而在大陆法系国家中,人们追求对法律的条理化理解,使法律必然成为抽象的规范整体。“在大

陆,就制度进行抽象思维;而在英美则进行具体的个案思维……前者有一种对于科学体系的偏爱,后者则对于一切简单的概括抱有深刻的怀疑。”<sup>①</sup>

第三,特别的法律制度由于有其突出的独自性,被认定具有构成某一种法律样式要素的力量。如普通法系中的代理、对价等制度。

第四,法律渊源的种类和解释,连同法院组织和司法程序的独特性,也是样式构成标志之一。

第五,在政治学说、经济学说方面或者宗教信仰方面的思想意识,也是法律秩序样式构成的要素。宗教法及社会主义法律体系都证明了这一点。

总的来说,法系是指根据法在结构、形式、历史传统等外部特征及法律实践的特点、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,是对若干国家和地区具有这些共性或共同传统的法律的总称。为了强调在各种法之间存在的相似之处和区别,将法归类成系,简化为少数类型,便于对当代世界各国法的介绍与理解。当代世界上的法,虽然为数众多,但可以分成数目有限的法系,只阐述这些法分属的几个法系的一般特征,就能了解当代世界大多数国家的法律。各种划分方法都不否认以罗马-日耳曼法律为传统或以英国普通法为传统的两个法系的区别。

这样看来,在当今世界范围,站在中国的立场上,从了解外国法的角度讲,有二个大的法系是主要的,它们把世界上大多数国家的法律制度都囊括进去了。这就是大陆法系(民法法系)和英美法系(普通法法系)。

## 一、大陆法系的形成发展过程

大陆法系(continental law system, continental family)也称为民法法系或“罗马-日耳曼法系”,它是指以欧洲大陆法国和德国为代表,在罗马法的基础上,融合各种有关的法律成分,逐渐形成的世界性的法律体系。

大陆法系是在西方近代化过程中,欧洲各国复兴罗马法,依照法国立法模式制定自己的成文法典,并将其强制推行到自己的殖民地,或其他国家敬仰近代法国的立法水平并自愿模仿,而逐步形成的。欧洲大陆国家多属于该法系,此外还有曾是法国、德国、葡萄牙、荷兰等国殖民地的国家及因其他原因受其影响的国家,如非洲的埃塞俄比亚、津巴布韦等,亚洲的日本、泰国、土耳其等,加拿大的魁北克省、美国的路易斯安那州、英国的苏格兰等。

大陆法系是在罗马法的基础上,融合了日耳曼法、教会法、地方习惯法、封建王室法、中世纪商法和城市法等形成而来,其中罗马法是大陆法系最为重要的历史渊源,故大陆法系



拓展阅读

<sup>①</sup> 茨威格特,克茨.比较法总论[M].潘汉典,米健,高鸿钧,等译.北京:法律出版社,2003:109.

又称为罗马法系。

### (一) 罗马法及其发展是大陆法系的立法基础



拓展阅读



即使是从世界范围讲,罗马法也仍然是最伟大的古代法律遗产。古罗马的辉煌在于它疆域辽阔的大帝国,更在于它立足于古典人本思想而建立的法律体系,可以说全世界每个法庭的现场,都或多或少地反射着古罗马法的经典幽光。德国著名法学家鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Jhering)在其著作《罗马法精神》一书中说:“罗马帝国曾三次征服世界,第一次以武力,第二次以宗教,第三次以法律。武力因罗马帝国的灭亡而消失,宗教随着人民思想觉悟的提高、科学的发展而缩小了影响,唯有法律征服世界,是最为持久的征服。”

罗马法是罗马共和国及罗马帝国时期所制定的法律规范的总称。随着罗马帝国在欧洲大陆的统治,罗马法的精神原则也在欧洲大陆传播开来。虽然罗马法反映的是罗马帝国的现实,但它却是大陆法系的立法基础及现代西方的法学渊源和法律先导。罗马法自身的发展经历了以下几个阶段:

#### 1. 以《十二铜表法》为标志,罗马法由习惯法向成文法发展

从公元前8世纪起至公元前450年止,即从罗马城邦开始形成起至罗马共和国初期止,古罗马完成了从原始社会向奴隶制国家的过渡。由于习惯法大多是习惯与惯例,没有以明确的条文固定下来,内容和含义模糊不清,解释权操纵在担任审判者的贵族手里,成为法官们欺压平民以保障贵族利益的工具,平民对此极不满意,要求制定成文法。终于在公元前449年颁布了古罗马第一部成文法典,因将法条铸于铜表,以示人民,所以被称为《十二铜表法》。《十二铜表法》的颁布标志着古罗马法进入成文法阶段。

#### 2. 随着市民法和万民法的统一,罗马法成为世界性的法律

从共和国后期到帝国初期(约公元前3世纪—公元前39年),在罗马的市民法占据统治地位的同时,万民法也开始兴起。市民法是民众大会和元老院所通过的带有规范性的决议及其他一些习惯法的规范,它适用于拥有公民权或市民权的罗马公民,在罗马居住的外国人及罗马的臣民是受不到这种法律保护的。随着罗马社会的发展,市民法无法统一调整更多较为复杂的社会关系。公元前367年,罗马设立最高裁判官,可以通过发布告示等方式创制新的法律,推动了罗马法的发展。公元前242年设立的专门审理罗马市民与异邦人及异邦人与异邦人之间纠纷的最高外事裁判官,他们不再囿于传统法,以公平正义的理念审理纠纷,形成了万民法。它是“各民族共有的法律”,是罗马处理公民与异邦人或异邦人之间纠纷的“国际法”。万民法以市民法为基础,同时还参照了各国的习惯法,是罗马法发展到较高阶段的产物。直至212年,卡拉卡拉皇帝授予罗马帝国全部自由民以罗马公民权,消除了帝国北部居民的公民和非公民区别,从此市民法、万民法的区别不复有实际意义,两者逐

步统一。

### 3. 《国法大全》标志着罗马法体系的最终完成

395年,罗马帝国分裂为东西两个国家。467年,日耳曼人一举征服西罗马帝国,罗马法失去了国家正统地位。西欧开始步入封建社会。东罗马帝国皇帝查士丁尼(Justinian the Great)为了振兴罗马帝国的声威、维护自身的统治,一方面发动对西方的战争,另一方面对罗马法进行系统的整理和编纂。528年,查士丁尼任命十人委员会进行法典编纂,先后制定出《查士丁尼法典》《法学阶梯》和《学说汇纂》三部法律汇编;在查士丁尼死后,法学家将他新颁发的敕令附于《查士丁尼法典》之后,称之为《新律》。这四部法典被后世统称为《民法大全》或《国法大全》。

《国法大全》中《查士丁尼法典》的内容是过去的法律或敕令,亦称为《旧法典》。《学说汇纂》主要是罗马历代法学大家著述之编纂,所有法律解说与评论及其来源,其中都有详细说明。《新律》主要是指自查士丁尼修正法制以至退位的30余年中新颁布的敕令,基本属于公法、行政法范围;私法方面只是变更了继承制度的一些规定。最能代表罗马法体系的,当属查士丁尼的《法学阶梯》(*The Institutes of Justinian*),共分4卷98篇。第一卷主要是关于人的规定;第二卷是关于物和遗嘱继承的规定;第三卷是对无遗嘱继承和契约债务的规定;第四卷是对侵权行为所生债务及诉法的规定。

《国法大全》的编纂不仅反映了罗马国家全盛时期罗马法的全貌,更标志了罗马法体系的最终完成。这部法典是古代最完备、最发达、影响最大的法典。它为大陆法系的发展奠定了基础,成为罗马法学研究者的主要研究对象。后来的《法国民法典》采用了《国法大全》中的四种法律文献之一《法学阶梯》的人法、物法和诉讼法的三编制结构体系,确定了所有权绝对化、契约自由、过失责任三项基本原则,并与继承查士丁尼所编《学说汇纂》的总则、物权、债权、亲属和继承的五编制的《德国民法典》一起,共同构成大陆法系的两大支柱和源流。且大陆法系中的编纂成文法典的传统、公法与私法的分类、法的概念术语(如法、法律、法学、民法等)、法律原则和原理及法人、法律行为、契约、侵权行为、代理、时效、他物权、占有、不当得利、无因管理等法律制度,都可从罗马法中寻迹出历史原型。所以说罗马法是大陆法系的立法基础。

罗马法对后世欧洲地区的许多国家产生了深刻的影响。除了1804年《法国民法典》以《法学阶梯》为蓝本、充分地吸收和继承了罗马法,以及1900年的《德国民法典》对《学说汇纂》及其罗马法理论的广泛而深刻的继受外,英国普通法中契约原则、遗嘱制度均来源于罗马法,衡平法尤其受罗马法的影响。根据良心和正义审判案件的衡平法,注重现实方面的公平原则,正与罗马法的万民法正义观念如出一辙。可见,衡平法亦吸收了罗马法的精神,采纳了部分罗马法的原则。罗马法在欧洲的继受是一个多方面的现象,其他国家如比利时、西班牙、芬兰、荷兰、波兰、瑞士、日本、旧中国等,都不同程度地受到了罗马法的影响。各个国家或地区依据自身发展的实际情况,对罗马法进行按需所取,并与本国或地区的原有法律相融合。因此,需求的不同导致继受内容和程度的差异。

## (二) 罗马法的复兴和发展(12世纪到16世纪)

罗马法的复兴是从大学对罗马法的学术研究开始的。1110年,意大利波伦亚创建欧洲最有名最古老的大学波伦亚大学,设立法学院,教授法学。因为当时意大利和法国等欧洲国家处于封建割据的混乱、分裂状态,没有统一的国家法典,这使得学者们将罗马法作为研究对象。这是因为:尽管罗马帝国覆没了,但帝国的影响还在,《国法大全》中本身就有《法学阶梯》这本系统的法学教科书,对法律哲学、法律原则、法律规则都做了系统阐述;罗马法的发达程度是其他任何法所不能比拟的。人们对罗马法推崇备至,法学与罗马法学成了同义语,形成了罗马法热。因此,罗马法学在意大利很快繁荣起来。此后,德国、法国、荷兰、英国等国派人前往波伦亚大学留学,盛况空前。据记载人数最多时达1万人,并形成了注释法学派和评论法学派。注释法学派运用经院主义的方法,如修辞、语法、逻辑等对罗马法进行注释,使得罗马法更加合理化、体系化,推动了罗马法向意大利之外的传播;而评论法学派则把罗马法的研究推向一个新的阶段,它使罗马法切入了欧洲社会的生活,使罗马法的继受有了坚实的理论和现实的基础。

此后,掌握了罗马法的概念、术语、方法及立法、司法等诸方面原则的法学家们,又进一步发展了罗马法,使罗马法成为一种内容适中、原则统一、结构完备、体系健全的欧洲大陆的普通法,深刻地影响了欧洲各国的法制。这些都促进了大陆法系的形成。

中世纪中后期罗马法的复兴标志着大陆法系开始形成。17世纪以后,欧洲爆发了一系列资产阶级革命,其政权要求建立一整套适应资产阶级需要的法律制度,罗马法的有关私法体系,被西欧大陆资产阶级民事立法成功地借鉴与发展。法国1804年颁布《法国民法典》,深受《法学阶梯》影响,将结构分成人、财、物三部分,且在内容上物权、债权受到的影响更大。1900年施行的《德国民法典》更多受《学说汇纂》影响。法国、德国两国的民法体系,又被瑞士、意大利、丹麦、日本等众多国家直接或间接地加以仿效。正是在全面继承罗马法的基础上,形成了当今世界两大法系之一的大陆法系,亦称为罗马法系或者民法法系。

随着大陆法系各主要国家对外影响的扩大,大陆法系的范围不断扩展,成为一个延续至今、影响国家众多的重要法系。

罗马法是大陆法系最重要的历史渊源,它构成了大陆法系的基础。但是,罗马法并不是大陆法系唯一渊源,中世纪西欧大陆的其他一些法律,如地方习惯法、教会法和商法等,也对大陆法系的形成具有不同程度的影响。当然,这些法律本身也与罗马法有着密不可分的相互影响、相互渗透和相互融合。

## 二、大陆法系的结构与法律渊源

从《十二铜表法》开始,罗马国家就有了制定成文的、规范化法律的习惯,并把它作为国家法律生活的必备条件。同时,很早时期,罗马就有了“公法”与“私法”这种有关法的基本

分类的概念。在《学说汇纂》中,法学家乌尔比安(Domitius Ulpianus)总结道:“公法是关于罗马国家的法律,私法是关于个人利益的法律。”

继承罗马法传统的大陆法系同样强调成文法的作用,它在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。它沿用了罗马法公法和私法的划分理论,把各种法律规则分门别类地归纳在一起,并根据现代法律发展的状况,进一步把公法再细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法;把私法再细分为民法、商法等。在此基础上,大陆法系各国把分门别类的法律编纂成法典,例如,法国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,其他大陆法系国家也制定了类似的法典。由制定成文的法律、公私法的划分和法典编纂所勾画出的法律结构,形成了大陆法系共同的特征与风格。

大陆法系各国都强调成文法(制定法)的作用,但成文法并不是大陆法系国家唯一的法律渊源。大陆法系国家除了成文法之外,还有其他重要的法律渊源。

(1) 制定法。制定法是大陆法系国家的主要法律渊源。几乎所有的大陆法系国家都编纂了法典,并公布了成文宪法。大陆法系国家的法律包括宪法、法典、法律和条例等。

(2) 习惯。一般来说,大陆法系国家都承认习惯是法的渊源之一。某些法律往往必须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必须参照习惯才能搞清楚它的含义。至于那些与法律相抵触的习惯,法院是不予承认的,因而也就不能成为法的渊源。

(3) 判例。大陆法系国家原则上不承认判例具有与法律同等的效力。一个判决只对被判决的案件有效,对日后法院判决同类案件并无约束力。但也有一些例外的情况,有的国家规定法官应受某种判例的约束。例如,联邦德国规定联邦宪法法院的判决在“联邦公报”上发表后即具有约束力,并承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则,法官应予以实施。瑞士联邦法院宣布某一州的法律违宪的判决都有约束力。这是在进入 20 世纪以后,判例在大陆法系国家所起的作用日益重要的一种反映。

(4) 学理。一般来说,学理不是法的渊源。但是,在大陆法系发展的过程中,学理起着重要的作用,“注释学派”“自然法学派”的理论,都曾对大陆法系的形成有重大的影响。由于大陆法系的法学家基本上是大学法学院的教授,这就形成了大陆法系法和法学发展的一个重要特点,即法学家的学说、观点在法律体系的形成和法学进步中贡献巨大。例如,法国近代民法学家图利埃、迪兰顿、奥普利和劳等人的作品,奠定了法国近代民法学的体系,并对其他大陆法系国家的民法学理论产生了巨大的影响。萨维尼、普赫塔、温德海得、耶林和祈克等法学家关于民法总论、民事权利、法人、法律行为、占有、所有、债、合同、亲属、家庭、继承、代理和时效等的学说,构建了一个比法国民法学体系更加学理化、科学化和系统更为完善的近代民法学理论,不仅指导诞生了《德国民法典》,而且影响了大陆法系各主要国家,一直持续至今。

学理的作用主要表现在以下几个方面:第一,学理为立法者提供法律理论、法律词汇和法律概念,通过立法者的活动,制定成为法律;第二,学理对法律进行解释,并对判例进行分析和评论;第三,通过法学家的著作,培训法律人员,影响法律实施的过程。



### 第三节 英美法系的形成和发展

#### 预习思考题

1. 什么是普通法和衡平法?二者有何区别?
2. 如何看罗马法与英美法系的关系?
3. 英美法系的法律渊源是什么?在英国法和美国法中的“先例约束力原则”的内容是什么?
4. 在美国,联邦法和州法的关系是怎样的?

#### 案例 1-1

1615年,民事诉讼高等法院的首席法官爱德华·科克,因处理“考特利诉格兰威尔”一案与衡平法院大法官爱尔斯密(1540—1617年)发生了分歧。案情是:被告在清偿债务时,领取了收据,因收据丢失,普通法院作出被告败诉的判决。后来被告找到了收据,改向衡平法院请求救济,衡平法院又判决原先的被告胜诉,实际上等于宣布普通法院判决无效。

#### 问题:

1. 普通法与衡平法有什么不同?
2. 普通法和衡平法的来源相同吗?说普通法是判例法,衡平法不是判例法,这种说法对吗?为什么?
3. 当普通法与衡平法发生冲突时,如何解决?
4. 如果当事人想援引衡平法获得救济,是否应该向衡平法院起诉?
5. 了解普通法与衡平法的关系对处理我国企业与英美法系国家企业之间民商事纠纷有怎样的意义?

## 一、英美法系的形成与发展

英美法系又称普通法系(common law system)或判例法系,是指以英国中世纪的法律,特别是以普通法为基础和传统产生、发展起来的,包括英国、美国及模仿它们的其他国家的法律的总称。美国早期承袭英国普通法,但后来在法制建设方面有许多突破,形成了自己的特点,故人们将其与英国并列为普通法系的代表,称英美法系(Anglo-American law system)。这一法系的范围,除英国(苏格兰不属于该法系)和美国外,还包括曾受英国殖民统治的许多国家和地区,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

法律则兼具大陆法系和英美法系的特点。

作为英国法的主要法律渊源,普通法(common law)是12世纪前后以令状制为基础、由普通法院创立并发展起来的通行于全国的一套法律制度。在“普通法法系”中不仅有普通法,还有衡平法和制定法。

### 1. 普通法的形成及其主要特征

普通法的形成与英国判例法传统的形成同步,是英国判例法传统形成的直接结果或产物。

#### (1) 普通法的形成

普通法是通用于整个英格兰的、普遍有效的法律,是英国在中世纪时期形成并扩展到美国及其他曾受英国殖民统治的国家和地区的一种法律制度,它来源于习惯法,实际上表现在法官的判决中,以判例的形式出现。

1066年前,英国实行的是分散的、地方性的习惯法,没有全国统一的法律。1066年威廉公爵征服英国,建立了中央集权的王朝,其特点是王权比较强大。因此,英国能够比较早地建立起一套全国性的、集中管理的适用习惯法的法院体系,这对英国普通法的形成有重大意义。由威廉建立的国王法院的权力在12世纪以后继续得到加强,从亨利一世(1100—1135年在位)起,国王开始派遣官员到各地区的地方法院巡回审理案件,通过长期的巡回审判形式,不仅逐步将司法权从封建主手中收归中央,形成了国家统一的司法权,而且它使英国各地分散的习惯法逐渐得以统一,国王法院所适用的法律很快就成为普遍适用于整个国土的法律,在此基础上以判例法形式形成了全国普遍适用的普通法。可见,普通法的形成是中央集权和司法统一的直接后果。

这种巡回审判实践中所适用的法律是逐步通过自己的判例形成的,因而形成英国判例法传统。由于这种法律适用于全英格兰,因而称为普通法。这种法院和法官也通称为普通法院和法官。因此普通法不同于地方习惯,是与衡平法、制定法相对应的一种法律。

#### (2) 普通法的主要特征

普通法的发展同令状(writ)制和民事诉讼形式(forms of action)密切联系,由此形成的“遵循先例”“程序优先于权利”等原则最能体现普通法的特征。

① “遵循先例”(stare decisis)。英国法官在审理案件时对司法先例不仅仅是参照和可以遵循,而是必须遵循,且先例不只是示范的模式,也是对后来案件具有法律约束力的判例。

遵循先例实质是以相似的方法处理相似的案件,并遵循既定的法律规则。判例的约束力是与法院的等级结构相联系的。其一,上级法院的判例对下级法院有约束力。在英国,各个法院均要受较高等级法院判例的绝对约束,较高等级法院的判例只有在被更高等级的法院变更或被制定法变更时,才会丧失其约束力,这是总的原则。具体说:英国上议院的判决对任何等级的英国法院有约束力;上诉法院的判决对高等法院和它以下的法



拓展阅读

院具有约束力；高等法院的判决对郡法院具有约束力。其二，同一法院或同一级法院的判例具有约束力。上议院可以在特定条件下不必遵循自己先前的判决。英国最高法院的上诉法院和高等法院也受本院及同一级的固有法院判例的约束，除非先前判例明显违背现实法律精神或继续适用会导致明显不公正，才有权拒绝遵循这种先例。其三，下级法院的判例对上级法院没有约束力。即在英国，较高等级的法院不受比其等级低的法院判例约束。相反，如果下级法院的判例违反法律或不公正，上级法院有权予以变更，作出与它不同的判决。

②“程序优先于权利”(remedies precede rights)，是指一项权利能否得到保护和实现，首先要看当事人所选择的程序是否正确，如果程序错误，必然导致权利的丧失。权利的行使和救济必须依照法律程序来进行，权利因程序的存在而存在，程序甚至比权利本身更重要。

这与英国普通法以令状制度为基础有关。“令状”是指国王发布的成文命令或批准令。诺曼征服后，国王要求臣民必须申请并获得国王签发的令状方能起诉。至亨利二世时，已基本形成“无令状则无权利”(Where there is no writ there is no right)的原则。

令状有许多种类，其中原始令状即开审令状最为重要，它是诉讼成功的前提。如果当事人申请不到相应的令状或错误选择了令状，其诉讼请求就得不到法院的受理，其权利也就得不到保护或实现。不同的令状载有不同的实体法规则。每一种令状都和一定的诉讼形式或诉讼程序密切联系。也就是说，适用于这类开审令状的诉讼形式可能并不适用于另一类开审令状。因此，原告在申请发出令状时，必须认真选择最适合自己的那一类开审令状。

除正确选择令状外，诉讼形式也十分严格。不同程序中原告、被告的称呼都有不同规定，如果在一种程序中应用不正确的称呼，就可能导致败诉。在诉讼中，原告还必须提出构成要件的足够重要的事实，缺少其中一项，诉讼也不得成立。如果被告全部或部分地否定原告提出的主要事实，在否定的限度内形成事实上的争论，则应由陪审团作出评断。如果原告提出的事实有一个不能得到证明或被告对其中一项反证成功，原告就要败诉。

可见，英国普通法必须通过各种程序方可作出判决，而如何作出判决则要看程序进行得是否符合法律要求。所以，英国的法官与律师都将注意力集中在诉讼程序上，因为程序正确才能实现实体权利。

1875年以后，英国虽然进行了诉讼制度的改革，废除了令状制度，简化了诉讼程序，程序法的地位有所下降，实体法的地位有所提高，但古老的传统观念依然根深蒂固，“正当程序”(due process)原则仍得到充分强调，法院判决也往往会由于程序上的疏漏而被推翻。

## 2. 衡平法(equity law)的形成及其与普通法的关系

衡平法是英国法的又一重要渊源。由于早期普通法传统拘泥于令状主义，无法给予普

通法程序规范中所未涉及的信托、借贷、保险等新形式的纠纷中当事人以及及时有效的法律救济。因此从 14 世纪前后起,由枢密院法官通过自由心证,依据“良心”与“公正”原则发出禁令或特别履行令,来给予当事人普通法以外的救济手段,从而逐渐形成的判例规则被称为衡平法。



拓展阅读

到 16 世纪,英国都铎王朝加强了君主专制,国王亲自受理新产生的无法通过普通法法院实现的许多权利的争讼,后交由王室咨询机关即枢密院负责司法事务的大法官受理。大法官在审理案件时,享有很大的自由裁量权,既不受普通法诉讼程序的约束,不实行开审令状制,不实行陪审,也可以不遵循普通法的先例,而主要是以“正义”或“自然法公平”作为判案的根据,实际就是以大法官个人所认为的“公平”“正义”原则独自处理。这种不经普通法法院所作的特殊审理就称为衡平。

1474 年,大法官开始以自己名义直接接受申诉。到 16 世纪,大法官法庭(chancery)发展成为独立于国王和御前会议的常设机构,即与普通法法院并列的、同样是王室法院的衡平法院(court of equity),所作出的判决也就形成一批与普通法并列的另一种法律——衡平法。这样,在普通法之外,又产生了衡平法;在普通法院之外并存着衡平法院。

衡平法的兴起,首先是由于当时普通法极为机械的令状制和诉讼形式不适应社会发展。例如:合同关系迅速增多,但有关合同本身执行的法律却严重缺乏;普通法在民事诉讼中提供的补救(remedy)仅限于损害赔偿,不能满足当事人的需求。衡平法的很多内容都是关于合同、财产包括信托财产制(trust system)方面的,体现了资本主义生产和交换关系的需要。此外,衡平法的兴起也适应了当时都铎王朝加强专制统治的需要,利用衡平法院,受理民事案件,以制约普通法院,因为后者站在反对专制君主的国会一方、与王室相抗衡。

在最初几个世纪,大法官主要根据“公平”“正义”原则作出判决,享有较大的自由裁量权。17 世纪初,英国普通法和衡平法,或者说普通法法院和衡平法院之间的冲突加剧,其实质是普通法法院和英王之间的冲突。衡平法因其判决主要依靠大法官的“良心”和个人素质,很不稳定,标准也不统一,所以到 17 世纪便受到批评。最终国会、国王和法院相互妥协,逐步形成两种法律、两种法院相互并存和协调发展的局面,衡平法院应根据确定的原则以判例的形式来判断,即大法官要受确定的原则和前例的约束。于是,衡平法也渐渐像普通法一样采取了遵循先例原则,衡平法逐渐实现了规范化和条理化。

1873 年英国颁布《最高法院组织法》,设立了一个由上诉法院和高等法院组成的最高法院,将普通法院与衡平法院合并到新设立的最高法院,最高法院的各个部门都可提供普通法补救和衡平法补救;如果对同一诉讼发生普通法和衡平法原则上的冲突,仍是以衡平法效力优先。这种合并只是司法行政上的合并,并非实体规则上的融合。

### 3. 制定法(statute law)

与判例形式的普通法与衡平法相对应,英国自中世纪起,也产生和发展了另一种法律

渊源,即由国家立法机关制定的成文法,即制定法,包括国王、国会和其他拥有立法权的机关颁布的法律。

最早的制定法,来自中世纪国王的立法权,其内容主要包括涉及国家基本制度的《大宪章》、指导官吏政务的诏令、晓谕全国共同遵守的规则及通过国会制定的条例等。其中1215年的《大宪章》被奉为英国“宪法的基石”,是英国早期最重要的制定法文献。

英国制定法随着国会的崛起和地位的加强而逐渐具有最高权威地位。1265年在伦敦召开的包括贵族、僧侣和首次邀请的骑士和市民代表参加的会议,被视为英国国会的开端。1343年,国会正式划分为上下两院。1414年开始,法案必须由下院向国王提出,征得上院同意后方可成为法律,国王对法案拥有否决权。直到资产阶级革命后,国会才真正成为拥有唯一立法权的国家最高立法机关。

自工业革命以来,英国的社会问题越来越复杂,由判例法从个案到个案缓慢演进来解决问题显然无法适应这种情况。而议会以制定法的形式不仅能快速应对社会问题,还能以普遍性的方式来推进和实现社会变革。因此,英国的制定法在19世纪呈爆炸式增长。

就英国法的整体而言,如果没有判例法就不能成为体系,因为英国的民法、刑法、诉讼法等基本法律均是在判例法的基础上形成的,即使是宪法中的许多原则也都是以判例和惯例的形式加以规定的。直到国会成为唯一立法机关之后,发展至今天才有所改变,但制定法的地位与效力高于判例法。当两者在适用上发生冲突时,以制定法为依据;判例法的发展不能否定制定法的效力,相反,制定法却可以修改包括普通法和衡平法在内的判例法。而判例法传统对制定法的适用具有一定影响。由于判例法传统使法官已习惯于先例作为审理案件和作出判决的依据,英国制定法在适用上往往先由某些法官据此判案制成判例,经过法官解释的制定法才会为法官所接受并普遍遵循,成为司法实践中“真正的法”。

#### 4. 英国法和罗马法的关系



拓展阅读



在12—15世纪英国普通法的形成过程中,罗马法对它的影响是较小的。这一时期的英国普通法主要在借用罗马法有关术语、概念和原则的基础上,将各地极其混乱、不统一的习惯法变成了整个英格兰王国可以适用的普通法,且在吸收了商人法中所含的罗马法内容后趋于完善。

16世纪兴起的衡平法和商法则在不同程度上吸收了罗马法。衡平法的理念、原则及方法都深受罗马法影响。衡平法院法官审理案件的依据是良心和正义观念,注重公平,与罗马法裁判官借助万民法的正义观念如出一辙。在制定法方面,19—20世纪前半期英国颁布的大量单行法中,都留有罗马法的痕迹。例如:在财产分类上采用了罗马法的动产和不动产的分类;在1893年颁布的《商品买卖法》、1894年颁布的《海商法》中也都有罗马法的

印记。

英国法虽然受到罗马法及和罗马法密切联系的教会法的影响,但这种影响是在普通法的基础上发生的,并没有大到足以改变英国法独立于罗马法的发展方向。中世纪末期,英国之所以没有进入“接受罗马法”运动的行列,首先是因为英国在诺曼征服后就已建立中央集权和全国性的王室法院,即普通法法院。这些在普通法影响下成长起来的法官构成了一种顽固地坚持普通法传统以维护既得利益的社会力量。到17世纪初,在与英王进行的斗争中,站到国会一边的普通法法官及普通法传统势力的排他性就更加强大了。其次,英国的普通法法院在相当长时期内是处理地方法院案件之外特殊案件的法院,同时每一类案件又都各有自己特殊的诉讼形式,这些因素也都阻碍了英国对罗马法的接受。

### 5. 美国法的历史发展

美国法同与英国法并列为普通法系的核心,其法律制度与英国法之间存在历史渊源关系。但美国法在继承和改造英国法的基础上,逐渐形成了与英国法有很大区别的独具特色的法律体系。

独立战争以前,英属北美13个殖民地都施行英国法律。因此,英国、美国两国法律有许多共同之处。例如:两国都以判例作为法的主要渊源;都有普通法与衡平法之分;美国法在法律语言、法律概念和推理方法等方面,都与英国法有相同之处。但美国的路易斯安那州由于曾在西班牙和法国的统治下,其法制属于大陆法系,加入联邦后,路易斯安那州原有的法制被保留了下来。独立战争大大削弱了英国法传统的影响,到19世纪中叶以前,美国在固有的英国法传统的基础上,产生了一种靠近大陆法系的倾向——各州宪法和联邦宪法都采用成文宪法制。《美利坚合众国宪法》成为美国从联邦到各个州所有的立法的总渊源,它在一定程度上影响着其法律渊源的结构。总之,在美国独立以后,美国的法律基本上是独立发展的。在与英国法的关系上,美国的立法部门越来越多地修改和发展英国的普通法,制定全新的法律;美国的法院已很少引证英国的判决;即使在采用英国普通法时,也将它改造成美国的普通法。美国法作为英美法系中一个重要支系的地位确立了下來,以至于人们今天必须把这个法系称为“英美法系”。

美国法后来的发展在第二次世界大战后达到了令人瞩目的程度,既代表和引导了英美法系的发展,又对大陆法系及其他法系和法律产生了重要的影响。美国法虽以判例为基础,但其制定法的比重和作用比普通法大得多,而英国法最基本的部分仍是普通法。

由于美国是联邦制国家,各个州在立法方面有很大的权力,导致美国各州的法律存在差异,不利于州际之间的交往。为使各州法律趋向统一,美国政府于1892年成立了统一州法全国委员会(NCCUSL),它与另一个私人组织美国法学会(American Law Institute, ALI)相配合,起草、制定带有范例性质的统一法和样板法(model law)。NCCUSL 1952年拟定的《统一商法典》(Uniform Commercial Code, UCC)是其中成效最为显著的,该法典已被除路易斯安那州以外的所有各州采用。美国法学会则通过重述(restatements),如《合同

法重述》《侵权法重述》等,将传统判例法的领域(契约、代理、不法行为等)以法典的形式予以重申,让各州法院尊重它的意见,以实现司法上的统一。

美国编纂的法典与大陆法系的法典是不同的。首先,大陆法系法典的内在具有结构和逻辑上的联系。美国 UCC 的总则部分规定了商法的基本原则,是各章的总纲,各章以货物买卖为中心展开,体现了法典的内在结构逻辑上的联系,这与大陆法系的法典法有类似之处。但《统一商法典》在条文、术语和渊源方面与大陆法系是不同的,前者受普通法影响,是判例法与制定法的结合,有些庞杂和含糊,不像大陆法系那样精练明晰、逻辑严密。其次, UCC 一旦为州所采用,所有相同领域的旧法即停止生效,所以法典的采用,意味着法律的一个新的起点,这与大陆法系法典的颁布的效力是相同的。但 UCC 的采用并不意味着各州商法的完全统一,这是因为:①不少州在采用时根据自己的情况作了不同程度的修改;②该法典本身在一些章中,规定了供法院适用时可以选择的条款;③各州的解释不尽相同,由此而产生的判例不同,判例法仍然是各州商法的重要渊源,联邦宪法不要求一州遵守他州的判例;④商人在商业活动中可以适用各州不同的商事习惯和惯例,并以当事人的协议补充法典的缺漏。这与大陆法系颁布法典意味着在全国发生统一的效力不同。

## 二、英美法系的结构和特点

英国、美国两国均以判例法作为法的主要渊源,但在发展过程中各自形成了不同的特点。

### (一) 英国法

#### 1. 英国法律的分类

英国法律基本分类是普通法、衡平法,没有公民法之分的历史传统。这主要是因为:从普通法开始,王室法院就垄断了中央的司法权,王室法院所审理的案件及通过判例法所创造的普通法都被认为是有关王室利益的,也就谈不上有公民法之分;对国会来说,这种划分法会导致国王高于法律之上,因而都否认公民法之分、不愿承认公法不同于私法,再加上英国又没有像法国那样有普通法院和行政法院之分,也不利于公民法的划分。

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、法律术语等方面均有较大的差异。总的来说,衡平法比较灵活、通融。普通法与衡平法各自保持独立平行的地位,但是当二者之间发生冲突时,以衡平法优先。虽然 1873 年、1875 年的《司法法》将普通法院和衡平法院合并,却不意味普通法和衡平法的合并,两种法律尽管相互渗透,但仍具有较大差异。

#### 2. 英国法的渊源

(1) 判例法(case law)。它是英国法的主要渊源,是由高等法院的法官以判决的形式发

展起来的法律规则。判例法的重要特点是,法官在判决中所涵盖的判决理由必须得到遵循,即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) 成文法(statute law),也称制定法,是英国法的另一重要渊源,是指包括由立法机关即议会制定的法律和由行政机关依据法律制定的条例。按照英国的传统理论,判例法是基础,成文法只是对判例法所作的补充或修正。成文法必须经过法院判决加以解释和适用,才能发挥作用。人们援引的法律往往是那些适用成文法规定后的判例,而不是成文法规定本身。

(3) 习惯。在当今英国法律中,习惯所起的作用已极小。只有那些在 1189 年时已经存在的地方习惯才有约束力。

## (二) 美国法

### 1. 美国法的结构

美国法与英国法一样,同样存在普通法与衡平法的区别。

一方面,美国建国后选择性地接受了英国普通法,只采用了适合它们情况的那一部分。美国各州在采用普通法时都根据各自需要作了补充和修改。在美国,普通法是所有法源中法律位阶最低的,立法机关有权视其所需,废止或修改普通法;普通法也可被宪法条文或在行政机构之权限内制定的行政法则取代。

美国独立后,起先联邦和各州都继续采用衡平法,后为统一法律制度,1789 年的《司法条例》规定衡平法的案件统一由联邦法院兼管,不另设衡平法院。现在,美国仅有亚拉巴马、阿肯色、特拉华、密西西比和田纳西 5 个州设有单独的衡平法院。因此,讲美国法渊源时一般忽略衡平法这一法源。

另一方面,与单一制国家类型的英国不同,美国是联邦制国家,其法律还分为联邦法与州法两大部分。除联邦宪法和法律外,各州有各州自己的宪法和法律。联邦法律高于州法律,但联邦法律只能在联邦宪法授权的范围规范各州的法律事务,不能超出此范围随意改变或推翻州的法律。州法律是美国法律体系的基础部分,在规范和管理社会生活中发挥着重要作用。在美国的法律体系中,不同种类的法律效力如下:制定法高于普通法,联邦法律高于各州法律,宪法高于其他法律,立法机关制定的法律高于行政机关颁布的规章。

### 2. 美国法的渊源

#### (1) 判例法

在英国形成的“遵循先例”原则,在美国虽同样适用却另具特色。美国联邦法院、州法院中的下级法院,分别受其上级法院,特别是受其最高法院判例的约束。但是,美国联邦和州的最高法院不受其先前确立的先例的约束,它们有权推翻过去的先例,并确立新的法律

原则。联邦法院在审理涉及州法院办理的案件时,必须受该州法院判例的约束,但以该判例不违反联邦法为原则。

美国的判例数量很大,为熟悉、统一各州判例法,ALI把商法与部分民法的判例法编纂成各种判例法汇编,称为《法律重述》。《法律重述》本身不是法典,没有法律效力,但由于其包含的都是公认的判例法原则,因此经常被司法机关参考引用。

### (2) 制定法

美国的制定法分为联邦法和州法。在联邦法中,美国宪法占有非常重要的地位,是一切法律之源。凡是违反宪法的法律或判例,美国各法院均有权不予执行。自19世纪末以来,美国联邦和各州都加强了立法活动,特别是在社会立法、经济立法方面,出现了制定法取代普通法的趋势。

美国联邦和各州都有制定法。美国各种法源从最高到最低完整的法律位阶为:①美国联邦宪法;②联邦法规、条约和法院规则;③联邦行政机构法则;④州宪法;⑤州法院规则;⑥州法规;⑦州行政机构法则;⑧州普通法。如果处于同一法律位阶的两种法源发生抵触,则依循后来制定的法源。

美国法律制度的发展是制定法与判例法相互作用的结果。一方面,立法机关可以通过制定法,改变判例中某些已经过时的法律规则,使法律适应社会经济与政治发展的要求;另一方面,制定法又必须经过法院判例的解释才能起作用。因此,在美国真正起作用的不是法律条文本身,而是经过法院判例予以解释的法律规则。若法院判例不适应社会发展,则通过制定新的成文立法来调整。

### (三) 英国法与美国法的比较

由于英美法系的一脉相承,英国法与美国法在以下几个方面具有相似性。

(1) 在法律渊源上都以判例法为主。英美两国的法律渊源主要为判例法,都确立了“遵循先例”原则。成文法是对判例法的修正或补充,被法官在判决中加以解释和运用后,才被吸收到法律体系中。

(2) 在法律结构上,英国法与美国法都将法律分为普通法和衡平法。

(3) 重视程序法。“救济先于权利”,如果权利缺乏适当的救济方法,就不能得到法律的保护,权利也就根本不能存在。只有启动诉讼程序,权利才能得到保护,如果不通过诉讼程序,实体权利存在与否难以确定。

尽管英美两国的法律渊源、结构分类、基本制度、原则与概念等方面具有基本的相似性,但两国的法律也存在许多区别。美国法较少受到封建因素影响,在灵活性、制定法的数量和作用等方面远超英国法。同时由于国家结构的不同,英美两国的立法统一性等方面也存在不同。

## 第四节 两大法系的关系、演变与发展趋势

### 预习思考题

1. 英美法系与大陆法系有何区别?
2. 两大法系的演变与发展趋势如何?

### 一、两大法系的区别

由于历史和文化传统等方面的差异,英美法系和大陆法系主要存在以下几个方面的差别。

#### (一) 法律渊源(法律表现形式)不同

大陆法系以法典式的成文法为主,判例一般不被认为是法的渊源,不承认判例有拘束力。而在英美法系中,判例是法的一个重要渊源,即判例法,承认判例具有拘束力。英美法系国家和地区也有制定法,甚至制定法愈来愈多,但判例法仍然是其法律渊源的主体,制定法一般表现为单行法并且受到判例法解释的制约。



拓展阅读

#### (二) 两大法系在法律的法典化及其影响方面不同

大陆法系沿袭了罗马法以来的传统,注重成文法典的编撰。大陆法系的结构单纯,有比较系统、完整的民法、商法、刑法、诉讼法等法律法典,包括基本原则和细则,形式完整、自成一体、内容严谨,具有高度的体系性。而英美法系的法律结构是由许多形式不同、来源不一的法律集合而成,其中主要是判例法和制定法两种,缺乏综合性、系统性的规定,没有形成严谨的体系。

在大陆法系国家,法典的含义意味着否定法官判决作为法律渊源的可能性,并且法典的颁布生效便是法律制度上的一个新起点,在法典适用的范围一切旧法皆无效。在英美法系国家的法典往往只是将一个法律部门的判例法所体现的原则加以汇编以便于使用,成文法和法典的颁布,并不意味着在其涉及范围的一切旧法皆失效,因判例是法律的渊源,先例具有约束力。

#### (三) 立法权归属不同

在大陆法系国家,立法权主要由立法机关(制定基本法律)和行政机关(制定行政法规、规章)行使,法院不参与立法,有关判决对于之后的审判仅具有参考价值,不具有法律约束力。在英美法系国家,由于“遵循先例”原则的存在,司法机关与立法机关、行政机关一样,

享有制定法律规则的权力。法院判例与制定法一样具有法的效力。在程序法制定上,英美法系各国大多由立法机关授权法院单独或会同其他机关制定,而大陆法系国家制定程序法是立法机关的权力。

#### (四) 法律分类上的差别

大陆法系在传统上将公法与私法的划分作为法律分类的基础,在此基础上进一步划分法律部门,这样分类能够体现基本法律原则和概念的一致性、严谨性。英美法系则以普通法和衡平法为基本分类。普通法的法律规范,不像大陆法系的法律规范那么抽象,它以解决诉讼为目的,而不是为了给未来提出一般的行为准则。

#### (五) 诉讼程序方面不同

大陆法系国家的法官主导整个庭审活动,通过讯问当事人、询问证人等方式查清案情,具有较强的主动性。而英美法系国家采用对抗制,法官只负责引导案件审理的进行,即民事诉讼中由双方律师、刑事案件中则由公诉人与被告律师担当主要角色,律师比较活跃、重要,而法官则充任一个消极的、中立的裁定者的角色。案件事实主要靠双方当事人及其代理律师和辩护律师通过言辞辩论逐步澄清。

在大陆法系各国经合议庭裁判的案件,其各法官意见如何,对外不发表,其判决书是法官们的集体作品。判决书一般是以法院名义出具,不写法官的名字和意见。而英美法系国家的判决书,是记载于裁判报告即法官的意见书,由法官署名,可对社会公开,社会可知法官们对案件所持的态度。

#### (六) 法律思维及推理方式不同

大陆法系直接采用演绎推理方式,从成文法中寻找依据,然后从抽象到具体,适用于个案,整个审判过程被严格地限定在形式逻辑的三段论中。而英美法系则首先采用归纳推理方式,从众多判例中找寻、提炼适用于案件的法律规则,然后再进一步推理。英美法系的法官引证判例审理案件,运用归纳式思维,注重类比推理。

## 二、两大法系的演变与发展趋势

进入20世纪后半叶,大陆法系对英美法系成果的吸收加快,更加注重程序法的内容和判例在司法审判中的指导地位,更加注意发挥法官的作用,立法方式更加灵活。地区性法律体系(如欧盟法)和世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)国际性法律等,带动了大陆法系与英美法系的趋同化发展及完善。

两大法系之间相互融合的趋势具体表现在以下三方面。

### （一）大陆法系开始吸收英美法系的某些做法

1. 大陆法系各国接受美国法的情况更加普遍。例如,法国学习美国的经验,确立了违宪审查制度,对法律实行审查。大陆法系各国在民法、刑法、商法、知识产权法等各个领域,在立法形式和内容等方面也都受到了美国法的巨大影响。

2. 开始注重判例的作用。实践证明,法院的判决对于弥补立法空白、克服立法缺陷具有重要作用。“二战”以后,大陆法系各国开始关注司法判例的作用。例如:在法国,行政法院的判决已经具有了法律约束力。对《法国民法典》所规定的“私生活”的具体内容由法院的判例来完成界定;在意大利,近几年最高法院在发布判例时,在判决主文之前增加“判决要旨”,不仅是对法律的阐明和解释,还弥补法律规范中存在的缺漏,甚至体现了法律的创造;日本近几年不断涌现的指导适应各种各样法律关系的“判例百选”,以及韩国各级法院在制作判决书时参照大法院(最高法院)判例的情况普遍存在,这些情况表明大陆法系开始注重判例的作用。

但相对于普通法的“遵循先例”是一个普遍原则而言,大陆法系中的判例法仅于某些国家、个别法律部门的特定案件中适用,尚未作为一种普遍的法律制度而确立。因此,大陆法系的“判例法”远远不是严格的普通法意义上的判例法。

3. 在完善法律规定方面,更加注意发挥法官的作用。例如,《法国民法典》“为他人行为责任”仅规定父母责任、雇主责任、教师和手工艺师傅责任几种情形,对于精神病人、未成年人的犯罪及一些新型的社会关系(由某些教育救助组织或其他第三人照管某些无家可归的未成年人生活而形成的抚养关系)这些特殊人群引起的损害不能适用。对此,1991年,法国最高法院以《法国民法典》的“另一部分有关为他人行为负责的表述”为依据,判决精神病人职业救助中心对其监管下的精神病人引起的损害承担无过错责任。由于法官的作为,无过错责任适用的领域得到扩展。

### （二）英美法系加强了成文法的制定

以议会立法为主的制定法不仅体现了民主的要求,同时也以其逻辑的严密性、体系的完整性和理解的便利性而成为现代法律的主要载体。当前,英美法系国家的制定法正呈现出大膨胀的趋势,一些领域的立法,如美国对于行政程序的立法,即《联邦行政程序法》(Administrative Procedure Act, APA),甚至走在了大陆法系国家的前面。

### （三）法律的国际化趋势加快了两大法系的融合

欧盟法和 WTO 法对两大法系各成员国法律产生重要影响。欧洲联盟(European Union, EU, 原欧洲共同体)自建立以来,一直致力于欧洲私法的统一。2007年年底部分完成的欧盟民法典草案(Draft Common Frame of Reference, DCFR),旨在转化欧盟的指令、实现 EU 成员国民法的欧洲化和整合因转化 EU 指令而出台的为数众多的有关民法债法等

特别法。WTO法,是作为成员国必然遵守的世界经济贸易的游戏规则,与大陆法系、英美法系各国的民事立法、商事立法、知识产权立法等共同规范各成员国的行为,在二者发生冲突和矛盾时,各个成员国的法律必须服从WTO的法律,这些因素在客观上都影响了两大法系。

近几十年来,随着经济全球化的加速发展,各种类型的国际组织,如WTO和EU的造法功能不断加强,出现了法律的国际化趋势。在这种大背景下,不同法系国家之间的制度移植活动不断深入,客观上加快了法律融合。

总之,两大法系正朝着逐步融合、接近的方向发展,但两者法律渊源的基本特征没有改变,将大陆法系称为法典法,将英美法系称为判例法,基本上还是正确的。



案例分析



即练即测