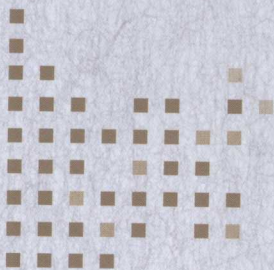
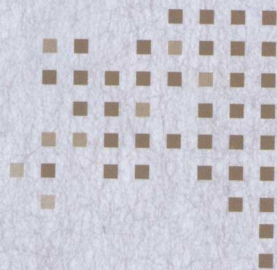



新编国际商法学

XINBIANGUOJISHANGFAXUE

肖 鹏 杨文升 主编



 辽宁师范大学出版社

新编国际商法学

主 编：肖 鹏 杨文升
副 主 编：徐红菊 高 飞 孙 强 裴兆斌
其他撰稿人：刘 群 田久红 张 虎 陶俊堂
李伟作 李雪媛 马 瑄 荣 敬

辽宁师范大学出版社

· 大 连 ·

©肖 鹏 杨文升 2008

图书在版编目(CIP)数据

新编国际商法学/肖鹏,杨文升主编. —大连:辽宁师范大学出版社,2008.10

ISBN 978-7-81103-790-6

I. 新… II. ①肖… ②杨… III. 国际商法-法的理论
IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 154262 号

出版人:程培杰
责任编辑:王 丽
责任校对:李 阳
装帧设计:方力颖

出版者:辽宁师范大学出版社
地 址:大连市黄河路 850 号
邮 编:116029
营销电话:(0411)84206854 84215261
印刷者:大连图腾彩色印刷有限公司
发 行 者:全国新华书店

幅面尺寸:170mm×228mm

印 张:21.5
字 数:418 千字

出版时间:2008 年 10 月第 1 版
印刷时间:2008 年 10 月第 1 次印刷
书 号:ISBN 978-7-81103-790-6

定 价:40.00 元

出版说明

自英国著名的国际贸易法学家施米托夫 20 世纪 50 年代提出国际商法的概念以来,国际商法便成为国际法学者研究和探讨的新焦点。20 世纪 80 年代开始,我国兴起了法学理论研究的高潮,对国际法的研究也不乏新的成果,但是在国际商法方向则少有学者涉猎,只是在 90 年代才引起了较多学者的关注。目前,我国理论界对国际商法的研究基本上突出了先前的对国际商法存在与否进行论述和国际商法包含内容论述的范畴,而在这些方面也达成了较为一致的观点,即国际商法一般包括国际商事组织法、国际商事合同法、国际技术贸易法、国际贸易法、国际商事仲裁法、海商法、票据法等几个大项的内容。但综观目前国内有关国际商法方面的著作,在各分支上的讨论则各有偏重。本书亦循其道,有些章节以专题研究的形式对当代国际商法的一些重要热点问题进行了系统的研究。其中有些研究在国内还是第一次涉及,比如本书对海商法中保险代位权、保险利益的研究。本书的特点是在保持内容的全面性的基础上,对各个专业领域的问题根据作者的研究偏向提出自己的研究思考。另外,为有利于教学工作中本书的使用,本书有些章节便是根据教师的思路进行编排,比如在合同法领域,作者着重解释了合同的订立、履行、无效和合同的补救,但对具体的合同类型则没有探讨。而在对知识产权的研究上,本书则重点介绍国际技术贸易法。

由于国际商法是个相对新兴的学科,各种观点尚难统一,在教学和研究中均存在许多争议之处。本书之所以称为“新编”,主要是吸收了最新的立法规定和研究成果,因此在对国际商法的教学和理论研究上可以起到参考的作用,在实务上也不乏指导借鉴之处。

值得一提的是,本书的主编和副主编已获得或正在攻读国际法学博士学位,其他撰稿人也多为博士或硕士研究生,具有一定的理论水平和实践经验。但行文仍难免有不足之处,此外对一些理论的见解尚需商榷,因此希望读者朋友不吝赐教、批评指正。

编者

2008 年 10 月

主编、副主编简介

肖鹏:男,国际法学博士研究生,1959年生,山东平度人。现为大连市甘井子区人民检察院检察长。主要从事刑法、国际法学理论与实务研究。曾发表论文十余篇,出版著作多部。

杨文升:男,国际法学博士,1974年生,辽宁海城人。现为辽宁师范大学法学院副教授、硕士生导师,并兼任辽宁省法学会国际法学研究会秘书长、大连市国际法学会秘书长兼副会长、《国际法学年刊》编委会副主任等职务。主要从事国际经济法、国际商法、律师学教学和研究工作。在省级以上刊物发表法学论文三十余篇,出版专著三部,主编、参编著作八部,主持、参与司法部等省部级科研项目十余项。

徐红菊:女,国际法学博士,1973年生,吉林省吉林市人。现为大连海事大学法学院副教授、硕士生导师,知识产权研究院副院长。主要从事国际技术转让法、国际知识产权法、国际商法教学和研究工作。在《法学杂志》等刊物发表论文十余篇,出版著作十余部,主持、参与省部级科研项目九项。

高飞:女,国际法学博士研究生,1963年生,辽宁法库人。现为大连市甘井子区人民检察院党组副书记、副检察长。主要从事刑法、国际法学理论与实务研究,发表论文十余篇。

孙强:女,国际法学博士,1975年生,辽宁大连人。现为辽宁誉晟律师事务所主任,并兼任辽宁省法学会国际法学研究会常务理事、大连市国际法学会副会长、大连市沙河口区人大法工委委员等职务。主要从事国际商法、律师理论与实务研究。曾发表法学论文二十余篇,主编、参编法学著作六部。

裴兆斌:男,国际法学博士研究生,1968年生,辽宁沈阳人。现为辽宁省公安厅治安管理总队案件审核指导支队支队长,一级警督,并兼任辽宁省法学会治安管理法学研究会常务副会长、中国刑事警察学院客座教授、辽宁警官专科学校客座教授。在行政法、刑法、国际商事诉讼等方面颇有研究。在省级以上刊物发表论文三十余篇,主持、参与完成省部级课题多项,主编、参编著作十余部。

目 录

第一章 国际商法概述	1
第一节 国际商法的概念	1
第二节 国际商法的渊源	7
第三节 世界两大商法体系	12
第二章 国际商事组织法	21
第一节 合伙法	21
第二节 公司法	27
第三节 有限责任公司	34
第四节 股份有限公司	38
第三章 国际代理法	50
第一节 代理法概述	50
第二节 代理行为中三方当事人之间的关系	59
第三节 承担特别责任的代理人	64
第四节 国际代理统一法	67
第四章 合同法	73
第一节 合同法概述	73
第二节 合同的成立	74
第三节 合同的履行	94
第四节 合同的让与	106
第五节 合同的消灭	109

第五章 国际货物买卖法	112
第一节 国际货物买卖法概述	112
第二节 国际货物买卖合同的内容	116
第三节 国际货物买卖合同的成立	120
第四节 卖方和买方的义务	123
第五节 货物所有权与风险的转移	142
第六节 卖方或买方违约及其救济方法	145
第七节 国际货物买卖中的标准合同	153
第六章 国际服务贸易法	157
第一节 国际服务贸易概述	157
第二节 GATS 的基本原则	159
第三节 GATS 的主要内容	161
第四节 GATS 的历史地位与不足	166
第七章 票据法	171
第一节 票据概述	171
第二节 票据上的法律关系	179
第三节 关于票据的国际统一法	185
第四节 汇票	187
第五节 国际贸易支付方式	191
第八章 海商法	200
第一节 海商法概述	200
第二节 海上货物运输合同	211
第三节 海上保险合同	231
第四节 海上保险中的保证	237
第五节 海上保险中的代位求偿权	239
第六节 海上强制保险	243

第九章 国际技术贸易法	248
第一节 国际技术贸易法概述	248
第二节 国际技术贸易的法律形式	254
第三节 限制性商业惯例	268
第四节 国际技术贸易的相关国际立法	272
第十章 国际产品责任法	283
第一节 产品责任法概述	283
第二节 产品责任法的具体内容	287
第三节 产品责任的国际立法	299
第四节 国际产品责任的法律适用	301
第十一章 国际商事争议的解决	303
第一节 国际商事争议概述	303
第二节 国际商事仲裁	309
第三节 国际商事诉讼	327
第四节 ADR 解决方式	334

第一章 国际商法概述

在当代国际社会,如果说有一套体系能够与互联网的巨大全球化影响相媲美,使人们必须去理解、去学习、去适应的话,那就应当是国际商事法律规则。随着国际交往的频繁,国际法律关系中的最高境界是国际统一实体法的出现,国际商法则是最有可能达成国际商事统一实体法法律的部门,因为国际商法最有可能远离一国政治及道德传统上的影响,成为对国际交往最有推动力的法律规则。“在全球化时代,国际政治和国际经济关系的开展,其落脚点还是在于推动国际民商事关系。换句话说,国际政治新秩序和国际经济新秩序的建立,在很大程度上是为构筑新的国际民商秩序创造条件的。”^①而在国际民商事关系中,国际商事关系的发展显然更为领先,国际商法势必在国际经济交往中发挥不可替代的作用。

第一节 国际商法的概念

一、国际商法的概念

国际商法(International Commercial Law)是指调整跨越国界的商事关系的各种法律规范的总称。

国际商法中的“国际”一词意为跨越国界。这种国际性既包括商主体的国际性,也包括商行为的国际性。商主体的国际性是指作为国际商法主体的不同国家的公司、企业、个人的营业地跨越国界;商行为的国际性是指商主体所从事的营业行为跨越国界。商法中的“商”在经济学、社会学和法律学上有着不同的意义,《布赖克法律词典》中注“商是货物、生产品或任何种类财物之交换”,《拉威尼当代商法》认为“商事一词是对各种物品的交易或交换之总括”,这些认识被认为是现代经济学和法律学分析商事概念的基础,“现代商法所称商事是指商主体所从事的一切营利性活动

^① 李双元,《国际私法学》,北京大学出版社,2000年版,第1页。

和事业之总称”^①。

关于国际商法的调整范围,我国并没有一致规定。随着国际经济的发展,商事活动也日益多样化、复杂化,国际商法的调整范围也在不断地进行着发展与变化,与传统国际商法相比更为广泛。它不仅仅指国际货物买卖及有关的行为,还包括国际服务贸易、国际技术转让、国际工程承包、国际租赁等。一般而言,国际商法主要包括如下法律规范:

(一) 国际商事合同法

国际商事交易由缔结合同开始,各种形式的国际商事交往几乎都要通过订立商事合同加以实现,研究国际商法必然应首先从合同法入手,以合同为研究基础。

(二) 国际商事组织法

国际商事主体的法律规范主要指进行国际商事交往最为频繁的国际商事组织,尽管个人也可以成为国际商事交往的主体,但在国际商事主体部分的重点研究对象为合伙和公司的法律形式。与国际商事主体相对应的法律规范即国际商事组织法,主要是指国际商事合伙法和公司法。

(三) 调整国际商事行为的国际商事法律规范

此类法律规范主要调整国际商事代理行为、国际货物买卖行为、国际服务贸易、国际技术贸易、国际商事交易的支付行为及海上货物运输等,相应的国际商事法律规范为国际商事代理法、国际货物买卖法、国际服务贸易法、国际技术贸易法、票据法和海商法等。

(四) 处理国际商事争议的法律规范

在国际商事交往中,由于各国法律体系、法律传统、法律文化的差异,出现争议是不可避免的,相关责任的归结及解决争议的法律规范也随之出现。这方面主要包括,国际产品责任法和相关国际商事争议解决的法律规范。

二、国际商法的历史

国际商法经历了从国际性特征到国内法,从国内法再到国际性特征的发展过程,但前者与后者的国际性特征有着实质的区别。

早在古罗马法中就已出现了调整商事关系的法律,也有些学者认为公元前15世纪的《赫梯法典》中关于商品价格管理的规定以及古希腊时期的《罗得海法》(Lex Rhodia)即是古代商法的最初形式。但大多数人认为近代欧洲各国的商法主要源于中世纪形成的商人习惯法(law merchant),这有着深厚的社会根源。11世纪时东西

^① 董安生,《中国商法总论》,吉林人民出版社,1994年版,第2页。

方的贸易发展促进了地中海沿岸一些新兴城市的商业繁荣,随即扩大到大西洋沿岸等地,而中世纪欧洲大陆处于封建法和寺院法的支配之下,与这种繁荣的商业发展形成了鲜明的对比。一些正常的商业行为被认为是违法的,许多商业活动得不到法律保护,缺少必要的法律反映,商人团体迫切需要新的规范来保护他们的利益。在这种冲突下,意大利的佛罗伦萨等地首先出现了保护商人自己利益的商人行会组织——商人基尔特(Merchane Guid)。这种商人自治组织制定和编撰习惯规则,组织商事法庭。这些习惯规则被因袭沿用,形成系统的商人习惯法,它明显地体现了商事活动的营利性、迅捷性,强调按公平、合理的原则来处理案件,并且只适用于商人团体内部。这一时期的商人习惯法有一个重要的特点就是具有跨国性,其普遍适用于来自各国从事商事活动的商人。

16世纪后,欧洲一些国家封建割据势力衰弱,形成统一的多民族国家。相应地,一些封建法和寺院法被废弃,国家统治阶级开始注意对商事的立法,行使立法权,把商人习惯法变为国内法。严格地说,欧洲各国早期的商事成文法实质上仅仅是对中世纪商人习惯法的确认。第二次世界大战后,特别是20世纪60年代以后,各国之间的经济联系日益密切,客观上要求建立统一的国际商事法律,许多国际组织也都在积极从事研究和制定统一的国际商法的工作。这样,商法进入了一个新的发展阶段,其最主要的特点是恢复了商法的国际性和统一性。

尽管早期的商人习惯法与现代的国际商法都具有国际性的特征,但两者有着实质的区别:

(一) 两者产生的社会背景不同

早期的商人习惯法产生于欧洲的封建割据时期,与当时的封建政治相脱离,是顺应商业自身发展产生的,属于行业自治法;现代国际商法是在各国商法较为完善的基础上产生的,它涉及各独立国家的经济生活。

(二) 国家对待两者国际性的态度不同

早期的商人习惯法也具有国际性,但由于它游离于国家之外,国家对这种商人习惯法持限制的态度,且倾向于将其制定为国内法;而现代商法产生于独立国家内部,由于是对外发展所必需的,国家对国际商法的建立持积极的态度,这就要求国家之间的合作。

三、国际商法与邻近法律部门的关系

(一) 国际商法与国际公法

商法属于私法,在国际上从事国际商事交易的基本上是公司、企业等商事组织,而不是国家,他们之间的交易属于不同国家的商事组织之间的交易,而不是不同国家之间的交易,国际公法则主要调整国家或国际组织在政治、军事、外交及经济等方

面的关系。但同时国际商法与国际公法也有着密切的联系。商法的国际性渊源主要有两项：“一方面是通过国际多边会议，将主要经贸国家的国内法中的实体法部分融入统一的国家多边公约中，形成国际习惯法的一部分，进而对各国产生拘束力；另一方面，跨国商事习惯法为主要贸易国家的工商企业所使用，形成即时商事习惯和惯例，再被多数国家所接受，构成国内法国际化的主要原因。”^①国际公法上有关调整商事之法规也应属于国际商法包含的范畴，且构成国际商法必不可缺的一部分，从这个意义上说，国际商法具有公法的性质，这也是我国大多数学者所认同的。国际商法所调整的社会关系超出了一国的管辖范围，具有国际的因素，国际法的一般原则，如国家主权原则、国家及其财产豁免原则、条约必须信守原则等也仍然调整着国际商事法律关系。

（二）国际商法与国际私法

比较而言，国际商法与国际私法的关系更为密切，在研究二者关系之前，应首先明确国际私法的范围。第二次世界大战后，国际私法呈现趋同化走势，对国际私法范围的研究也有了很大的突破。国际私法应包括哪些法律规范？许多学者简单地把国际私法看作冲突法，“但历史发展到今天，已不允许得出‘国际私法就是冲突法’或‘国际私法只是冲突法’的结论。否则，就无异墨守几百年前巴托鲁斯法则区别说的成规，且不利于国际私法发展成为一个能有效调整涉外民事关系的法律部门”^②。因此，国际私法除了包括冲突规范外，还包括外国人民事法律地位的规范、统一实体规范、国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范。但国际私法的主要研究对象仍然为冲突法，“大多数国际私法论著都是从冲突法的历史分析着手或至少包含有冲突法理论历史分析的内容”^③，由此可见冲突法在国际私法中的地位。

统一实体规范，也称统一私法规范，包括国际条约和国际惯例中直接调整涉外民事关系的实体规范。调整国际商事关系的冲突规范、统一实体规范以及国际商事仲裁规范都属于国际商法的范围，国际私法以涉外民商事法律关系为调整对象，其主要作用及功能即定位在构筑国际民商事新秩序上。因此可以说，国际商法属于国际私法，但这种划分并不影响将国际商法作为一门独立的国际学科进行研究。法学分支学科逐步完善并发展成为独立的法学学科，在法学领域内并不罕见。

① 程家瑞，《国际条约和习惯法对商事国际化的影响》，《国际商法论丛》第1卷，法律出版社，第9页。

② 李双元，《国际私法学》，北京大学出版社，2000年版，第15页。

③ William Tetley，刘兴莉译，《国际冲突法：普通法、大陆法及海事法》，法律出版社，2003年版，第4页。

（三）国际商法与国际经济法

国际经济法学作为独立的法学学科,在第二次世界大战后逐渐形成和发展起来,并已建立了较完善的体系。国际商法则一方面由于商法在一些大陆法系国家与民法合并在一起,只存在实质上的商法,而不存在形式上的商法;另一方面各国对于商法的范围等问题分歧较大,其发展速度远不如国际经济法。但由于国际商法具有国际经济法所无法比拟的特点,如迅捷性、技术等,随着国际贸易的规模变大、速度增快,对国际商法的研究已不容忽视。

在国内,对于划定国际商法与国际经济法之间界限的分歧较大,一些学者认为“参加国际经济交往、构成国际经济关系的主体,不仅仅限于国家、国际组织以及国际公法上具有独立人格的其他实体,而且包括在国际民商法上、国际私法上具有独立人格的个人或组织,即属于不同国家的国民个人以及各种法人。换言之,某种经济关系,其主体不论是国家政府、国际组织、个人或法人,只要这种经济关系的各方当事人分属于两个以上不同的国家,或只要其所涉及的问题超越一国国界的范围,就一概称之为国际经济关系。用以调整国际经济关系的法律规范,都属于国际经济法的范畴”^①,认为将国际商法包含在国际经济法中的观点忽略了国际商法本身的特性,且不适当地扩大了国际经济法的范围。英国的施米托夫(C. M. Schmitthoff)教授认为国际商法不同于国际经济法,国际商法调整私人在私法层次上的交往,包括国际贸易法、国际公司法等。国际商法所涵盖的一些法律规范,如票据法、公司法、产品责任法等都不包括在国际经济法中,从内容上看,它更贴近国际私法。正如韩德培教授所指出的:“打一个粗浅的比方,国际公法学就相当于宪法学,国际私法学就相当于民商法学,国际经济法学就相当于经济法学。”^②

（四）国际商法与国内商法

国内商法适用于一国内部的商事关系,而不适合调整涉外的商事关系,国际商法则调整跨越国界的商事关系。

国际商法与国内商法关系具有其他任何法律部门之间关系不具备的特点,那就是两者同一化的可能性最大、速度最快。大多数商法学者都承认,商法具有国际性的特征,商法的技术性和同源性,也决定了商法能够达成国际统一性的要求。商法早在其古典时期即已表现出国际化特征,形成于中世纪的商人习惯法,特别是海事习惯法实际上已普遍被欧洲各国的商人所接受并适用于其商事活动,当时的商人团

^① 陈安,《国际经济法学》,北京大学出版社,1998年版,第2页。

^② 韩德培,《论国际公法、国际私法与国际经济法的合并问题》,选自《国际经济法论丛》第1卷,法律出版社,第6页。

体甚至视商法为“国际法或自然法之一部分”^①。德国私法学者李佩斯就指出,尽管20世纪以来世界各国所经历的私法统一化过程可能包含有更广泛的含义,但这一法律统一化过程首先是从商法开始的。事实证明,商法是在法律统一化进程中取得成果最大的法律体系。自19世纪以来,在商法方面缔结了一系列有影响的国际商事条约,如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1922年的《商事公约条款及税务形式简化公约》、1910年的《船舶碰撞及海难救助统一法公约》、1912年的《电讯协议》、1924年的《统一提单的若干法律规定的国际公约》、1930年的《汇票、本票统一法公约》、1966年的《国际船舶载重线公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》、1891年的《商标注册马德里协定》及1973年的《商标注册条约》等。与此相适应,国际间也成立了一些旨在推动商法一体化的国际组织,如国际海事委员会、国际法协会、国际海事组织以及20世纪成立的联合国国际贸易委员会、世界贸易组织、国际商会、国际商事仲裁委员会及国际货币基金组织等,他们对国际商法一体化的进程起了巨大的推动作用,国内商法的国际性也将进一步增强,最终的目标是在全世界范围内达成统一的国际商事法律体系。

四、国际商法是独立的法学学科

把国际商法作为一个独立的法律部门加以研究与发展,是当代国际经济发展的客观反映。从全球的范围看,世界经济呈现一体化的趋势,但这并不意味着全球经济的发展已无任何障碍,各国的政治立场、外交政策、民族背景等客观因素都影响着世界经济的发展,也阻碍着法律一体化的进程,而国际商法却在这种情况下,以其他法律部门无法比拟的速度发展着,其原因就在于国际商法具有自己独特的优势。

(一) 国际商法的技术性

富勒说:“法律与义务的道德最接近,它们像堂兄弟。”^②不同国家民族背景、道德标准的不同决定了不同法律体系的存在,道德性几乎是大多数法律部门共有的特点。尽管法律与道德的关系即实然法(law as it is)与应然法(law as it ought to be)的关系是困扰法学家们的热点问题,但无一例外都承认两者有着密切的联系,恰恰是这种道德性的联系使许多法律部门在全球一体化的进程中步履维艰。而国际商法较强的技术性使它能够有效排除这种干扰,加速一体化的步伐,并形成一個独立的法律部门。

所谓“技术性”是指对某一行为导致某种行为后果,以最基本的行为标准作出的一种公式化的设置。它尽量地避免了受某一国内道德、传统和政策的影响,如它只

① 张国键,《商事法论》,台湾三民书局,1980年版,第4页。

② 张文显,《二十世纪西方法学思潮研究》,法律出版社,1996年版,第405页。

设置“1+1=2”或“支票为见票即付”这样的公式化模式,而不去作出“一个已婚男人和另一个女人结婚,是重婚罪还是应为法律所认可,或一个私人的财产被东道国有化后,母国是否有权进行代位求偿”这样的规范。这种技术性的特点顺应了当今国际贸易迅速发展,迫切需要一体化的相关法律规范的趋势,形成独立的法律部门正是这种趋势的客观反映。

(二) 国际商法的统一性

由于商法特殊的历史渊源,决定了国际商法具有先天的统一性,即使在演变为国内法阶段,各国的商法也是相像的,原本商法不发达的国家也在有意无意地学习商法已形成的近乎完美的模式,并共同寻找着更为合适的变化。一些国际组织的努力,一系列国际商事公约的出现,加上适用了百余年并仍在不断改进为商人广泛适用的国际商事惯例,使国际商法的统一性特点更为突出。

(三) 国际商法的迅捷性

商人的主要目的就是为了营利,他们希望能够脱离一般的法律规范,制定出更为快速调整他们之间行为、知道行为预期后果的规范,于是商法应运而生,在国际上达成统一的商事法律体系,仍然是这种要求的反映。国际商法的规则清楚、明确,规则设定的期间一般较短,符合商事主体的需要,体现在商法上就是照比其他法律规范具有更迅捷的特征。

综上,国际商法具有自身的特点,既包含国际公法上有关商事的规范,也包括国际私法上的商事统一实体法及解决国际商事纠纷的冲突法规范,把国际商法划分到任何一个法律部门都是不合适的。这种主张并非近日才有,实际上从20世纪60年代,国际上就已有学者主张把国际商法作为一个独立的法学领域来研究,^①国际商法的性质也决定了它能够成为一个独立的法律部门。

第二节 国际商法的渊源

法的渊源,又称“法源”或“法律渊源”,这个概念可以从不同角度来理解。作为专门的法学概念,一般认为,“法的渊源是指法的效力渊源,即根据法的效力来源而表现的法的不同形式”^②。国际商法也是一种行为规范,必然以一定的形式表现出来,国际商法的渊源主要有:

^① 冯大同,《国际商法》,对外贸易教育出版社,第4页。

^② 马新福,《法理学》,吉林大学出版社,1997年版,第322页。

一、国际条约

(一) 国际条约的分类

“国际条约或公约是国际商法的最主要渊源,是国际法主体之间以国际法为准则,为确立其相互权利、义务而缔结的书面协议。”^①

作为国际商法渊源的国际条约可以从两个角度分为专门的国际商事公约和包含商事条款的一般国际条约。专门的国际商事条约是指国家之间缔结的专门以商事为主要内容确立其权利、义务的书面协议,包括双边的国际商事条约和多边的国际商事条约。更能体现专门的国际商事条约特点的应该是多边的国际商事条约,其特点有:(1)参加的国家较多。条约经过谈判、签字、批准和交换批准书等缔约程序后,自全体缔约国或条约约定的一定数目的国家批准或明确表示承受拘束之日起生效。国家批准一项条约,即意味着将受该条约的约束,与其他缔约国共同享受条约所赋予的权利,承担条约所施与的义务,因此大多数条约参加的国家都是有限的,而国际商事条约由于其自身的特点,却往往参加的国家较多。《联合国国际货物销售合同公约》在1988年生效时,已有62个国家在公约上签了字,提交了批准书;《国际船舶载重线公约》至1990年底,已有96个国家参加了该公约;根据1981年生效的《万国邮政公约》成立的万国邮政联盟已有160个国家和地区参加;《商标国际注册马德里协定》到1997年1月,已经有51个成员国。(2)商事领域可依据的生效的条约较多。与其他法律部门不同,在商事领域,几乎都有可依据的已生效的国际商事公约来调整,其他法律部门则总会有一些领域因为各国分歧较大,无法达成一致而处于空白,没有相应的国际统一法来调整。如国际经济法中的国际技术转让这一领域,从20世纪60年代末,素有“南北对话的讲台”之称的联合国贸易和发展会议就已决定将技术转让这一议题作为优先项目进行专门审议,并且自1976年11月至1978年7月由贸易发展会议组织的政府间国际技术转让行动守则专家组在日内瓦举行了六次会议,但终因在一些问题上的严重对立而导致谈判破裂,《国际技术转让行动守则》至今没有定稿通过;1963年欧洲经济合作组织公布了《关于对所得和财产避免双重征税的协定范本》,联合国根据此范本中存在的不足,于1968年组织专家小组起草的《关于发达国家与发展中国家间避免双重征税的协定范本》也仍然只停留为一个示范文件;国际公法中对于国际承认和国际继承大多是依据国际实际,由于分歧的存在,至今没有统一法公约的出现;在领土这一领域,对北极地区迄今尚无国际协议确定其法律地位和制度。

^① 端木正,《国际法》,北京大学出版社,1997年版,第292页。

根据条约的性质,作为国际商法渊源的国际条约可以分为商事统一实体法的国际条约和国际商事冲突法的国际条约。商事统一实体法的国际条约指国家间缔结的直接规定商事主体具体权利、义务的书面协议,如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1978年的《国际汇票和本票公约》等。商事冲突法国际公约是国家间缔结的不直接规定国家间权利、义务,而是规定指定有关商事问题应该适用哪一国法律作为准据法的国际条约,如《国际货物销售合同适用法律公约》、《产品责任适用法律公约》。随着国际民商事新秩序的建立,作为冲突规则的国际条约会越来越少,直到逐渐消失。但由于通过国家间的国际条约来实现国际统一实体法形成的速度还是十分缓慢,这种国家间的统一冲突法规则在调整国际商事关系中的作用则是统一实体法所不能取代的。

(二) 国际条约的效力

“国际条约是调整国家之间关系的法律,它只能约束国家,不能直接拘束国内的机关和人民。”^①国际条约如果要直接适用于国内的自然人和法人,根据各国的做法不同,有不同的方式。

1. 直接承认国际条约优先适用,即使与本国的国内法相抵触。如法国《宪法》第55条规定:凡正式批准或公布的条约,即使与国内法相抵触,亦适用条约。

2. 只有经议会立法手续,转为国内法后才能在国内适用。如英国在1880年的比利时国会号案中,就以《英比条约》未经议会同意,不能适用英国法院为由,拒绝了比利时的赔偿请求。

3. 主张自动执行的条约优于国内法。所谓自动执行的条约是指条约中或条约中的某个条款明白表示或按其性质不需经过国内立法可以自动生效的条约。不是自动执行的条约就必须经过必要的立法补充才可以在国内适用。

正是由于各国对待国际条约的态度不同,在解决国际商事关系上,可以直接适用的国际条约和必须转化为国内法才能适用的国际条约的效力有着很大的差别。假设甲、乙之间存在着国际货物买卖关系,现甲向乙开出汇票,乙在第11个月时还没有进行付款提示,如甲国国内法规定付款提示期限为出票后10个月,乙国国内法规定付款提示期限也为10个月,而根据《统一汇票本票法公约》规定:见票即付的汇票应于提示时付款,该项汇票应于出票后一年内为付款提示。由于国家对待国际条约的态度不同,公约得到适用的范围、票据的效力也会发生变化:如甲、乙分别为《统一汇票本票法公约》的成员国国民,乙所在国执行国际条约效力优先的原则,甲所在国

^① 端木正,《国际法》,北京大学出版社,1997年版,第292页。