

21

21世纪法学规划教材

国际商法

INTERNATIONAL BUSINESS LAW

左海聪 主编



法律出版社

21 世纪法学规划教材

国际商法

International Business Law

主 编 | 左海聪

撰稿人 | 左海聪 吴思颖
以撰写章节先后为序 | 张海燕 罗 洁
孙占利



法律出版社
始于1954年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/左海聪主编. —北京:法律出版社,2008.1

21世纪法学规划教材

ISBN 978-7-5036-8070-0

I. 国… II. 左… III. 国际商法-高等学校-教材
IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第198385号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉 卫蓓蓓

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/26.75 字数/500千

版本/2008年8月第1版

印次/2008年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8070-0

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同阶段的读者,本社陆续推出多种系列的法学教材,迄今已达数百种。高等学校教材、教学参考书为其中主要部分。而历年来逐步推出的“八五”、“九五”及正在推出的“十五”国家级规划教材,更为重点。长期以来,“法律版”的众多教材,颇受学林瞩目。在此,我们深深感谢读者和作者对我们的信任。

进入 21 世纪以来,中国法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,培养高素质的现代法律人才成为法律教育的重要目标。为此,本社应时而动,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新既有教材,或推出全新教材。革新既有教材,意在选取已出版教材尤其是“八五”、“九五”规划教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些长盛不衰的法律教育财富,以崭新面目,继续服务于新读者。推出全新教材,则或为推出“十五”规划教材,或约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材在 21 世纪呈现崭新风采,并同享规划教材之盛,因之统为一名:“21 世纪法学规划教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“21 世纪法学规划教材”,以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新和超越。本着竭诚为法律和法律教育发展服务,竭诚为读者服务之宗旨,我们愿更加敬业,与广大读者和作者一起,共同创造法治事业及法律教育事业的美好未来。

法律出版社
2004 年 1 月

作者简介

左海聪 湖南郴州人,1984~1995年于武汉大学法学院国际法系学习,获法学学士、硕士和博士学位。历任武汉大学国际法研究所讲师(1994年)、副教授(1996年)、教授(2002年)、博士生导师(2003年)。曾赴荷兰阿姆斯特丹大学国际法系(1998~1999年)、海牙国际法学院(1999年)和罗马国际统一私法协会(2002年)进行合作研究,曾为美国乔治顿大学国际经济法研究所富布赖特研究学者(2005~2006年)。现为南开大学法学院教授、博士生导师、院长,兼任中国国际经济法学会常务理事、中国法学会国际经济法研究会常务理事、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员和天津仲裁委员会仲裁员。

主要研究领域为国际商法、WTO法、比较外贸法和国际经济法基本理论。主持国家社会科学基金青年项目“WTO法成案研究”、国际合作项目“欧盟外贸法研究”、司法部项目“《国际商事合同通则》与国际商法的发展”和教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“外贸法比较研究”,参加国家级项目2项、省部级项目8项。著有《国际经济法的理论与实践》(独著,研究生教材)、《国际贸易法》(独著,21世纪法学规划教材),主编有《国际贸易法学》、《1994年关贸总协定逐条释义》、《中国商事法》、《国际经济法案例评析》4部著作,参编著作11部。在《法学研究》、Uniform Law Review、《人民日报》(理论版)、《国际经济法论丛》、《中国国际私法与比较法年刊》、《法学评论》、《法商研究》、《现代法学》、《法学家》、《法学》、《国际贸易问题》等学术刊物上发表中英文学术论文四十余篇。多次向中宣部和商务部等中央和地方政府部门提交研究或咨询报告。

研究成果中,“论国际法部门的划分”(论文)2001年获湖北省社会科学优秀成果三等奖,“关于WTO幼稚产业保护条款的若干分析”(研究报告)2003年获司法部法学教材和法学优秀研究成果优秀奖,《WTO争端解决机制概论》(著作,第二作者)2003年获司法部法学教材和法学优秀研究成果三等奖。另获市级奖励6次。2005年入选教育部新世纪优秀人才支持计划。

孙占利 法学博士,广东商学院副教授、硕士生导师。

张海燕 法学博士,中南大学法学院副教授。

吴思颖 法学博士,广东省高级人民法院法官。

罗洁 武汉大学国际经济法博士生。

前 言

1998年,本书作者之一在其论文“论国际法部门的划分”中提出了“国际法四部门说”的观点,认为在国际公法、国际私法和国际经济法之外,国际法还应该有一个独立的法律部门:国际商法。2005年该作者又发表了“国际商法学是一个独立的法律部门——兼谈国际商法学是一个独立的法律学科”一文,进一步界定了国际商法的内涵与外延,廓清了国际商法与相邻学科的分野与关联。目前呈现在读者面前的这本书即是上述学术观点的践行。

尽管我国法学界一直未能确定国际商法的独立部门地位,法科学生也只是在“国际经济法”学科中学习国际商法的相关知识,但是在商学院国际商法一直是一门独立的课程,书店也不乏国际商法教材。但本书的意趣和内容与目前的国际商法教材有较大的不同。

首先,本书强调国际商法与国际经济法的分野。本书仅讨论调整国际商事关系的私法,不涵盖调整国际经济管理关系的公法。第二次世界大战前后,调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律均获得了较大的发展,需要确立新的法学部门或在法学院开设新的课程。欧陆、英国和日本学者从传统的部门法划分标准出发,选用“国际法”、“经济法”、“商法”等关键词组合成“国际经济法”和“国际商法”,分别指称调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律,其表述相当清晰,与传统的法律部门也没有重叠。美国学者的用语相对多样化。目前主流的做法是使用了“国际商事交易”这一特定用语来同时指称调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律。美国有的学者也使用“国际经济法”一词,主要指称调整国家间经济管制关系的法律,这与欧陆、英国和日本使用“国际经济法”一词时所指称的内容基本是一致的。中国学者没有将调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律分别指称,这与美国相同而与欧陆、英国、日本不同,但中国的关键词是“国际经济法”,与美国使用的“国际商事交易”一词迥异。仅就“国际经济法”一词所指称的范围而言,美国与欧陆、英国、日本基本相同,均指称调整国家间经济管制关系的法律;中国与美国、欧陆、英国、日本均不同,中国的指称范围要广泛一些,既包括调整国家间经济管制关系的法律,也包括调整跨国私人商事交易关系的法律。本书将国际商法和国际经济法分立为独立的学科,比较符合国际学术界的通行做法和趋势。

其次,本书认为国际商法是统一法和实在法。第一,国际商法是实在法,是以国际公约和国际惯例为渊源形式并为法院和仲裁机构在解决国际商事争议时所适用的法律;它不是存在于理论形态的比较法。第二,国际商法是统一私法,是独立于国内民法法、专门而且统一适用于国际商事关系的法律;国内民法法不属于国际商法的范围。第三,从范围上看,国际商法包括国际商事代理法、国际商事合同通则、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际支付法、国际借贷法、国际融资租赁法、国际投资合同法、国际担保法、国际知识产权保护和交易法以及国际民事诉讼和国际商事仲裁法。将上述领域的法律规范纳入国际商法的范围,是因为在这些领域存在统一的国际商事惯例或公约;而在公司法等领域,由于不存在统一的国际商事惯例或公约,因而不属于国际商法的范畴。将国际商法视为统一私法,是以国际商业社会的存在为前提,以国际商业社会要求统一的法律为逻辑起点的;从学术上看,与施米托夫教授的“现代商人法理论”和戈德曼的“商人自治法理论”是相近的。强调国际商法的统一法性质,必然以国际商事惯例作为国际商法的核心渊源,必然将国际统一条约和国际商事法律重述视为与国际商事惯例密切关联的两类渊源。这样的学术理念在全书一以贯之,读者可以用心揣摩。

最后,本书强调案例的运用。本书在每一章都包括有案例,旨在对传统的大陆法“概念法学”的教学模式进行适度的调整,引入普通法系重视判例的教学方法。本书所选案例涵盖甚广,既有普通法系国家的重要国际商事判例,也有大陆法系和我国的典型案例,还有国际商事仲裁中有影响的裁决。在案例的讨论上,不但陈述案情,也言及当事人的主要争点,并将法官、仲裁员的法律解释与推理和盘托出。相信本书的案例对本课程的学习一定有不小的帮助。

本书是集体合作的结晶。全书的撰写分工如下:第一章、第二章、第三章、第四章第一至十节、第五章、第六章、第七章、第八章、第九章、第十三章第一至四节及第六节,由左海聪撰写;第四章第十一节、第十一章,由吴思颖撰写;第十章、第十三章第五节,由张海燕撰写;第十二章,由罗洁撰写;第十四章由孙占利撰写。

本书作者感谢教育部新世纪优秀人才支持计划的资助(项目号:NCET-05-0629)。我们也热忱期待学术界同仁和实务界人士提出宝贵的修改意见,以不断完善本书。

左海聪

2008年8月于南开西南村

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 国际商法的概念	(1)
第二节 国际商法的产生和发展	(3)
第三节 国际商法的基本原则	(9)
第四节 国际商法的渊源	(11)
第二章 国际商事争议的解决	(19)
第一节 国际商事争议及其解决方式概述	(19)
第二节 协商和调解	(19)
第三节 国际商事仲裁	(21)
第四节 国际民事诉讼	(40)
第三章 国际商事代理法	(53)
第一节 概述	(53)
第二节 代理权的设定和终止	(55)
第三节 代理行为的法律效力(本人、代理人与第三人的关系)	(56)
第四章 《国际统一私法协会国际商事合同通则》	(64)
第一节 概述	(64)
第二节 总则	(73)
第三节 合同的订立	(75)
第四节 合同的效力	(77)
第五节 合同的解释	(78)
第六节 合同的内容和第三方权利	(79)
第七节 合同的履行	(83)
第八节 不履行	(88)
第九节 抵销	(98)
第十节 权利转让、义务转移和合同转让	(99)
第十一节 时效期间	(102)
第五章 贸易术语惯例:《2000年国际贸易术语解释通则》	(109)
第一节 贸易术语及相关惯例	(109)

2 国际商法

第二节	几种主要的贸易术语	(112)
第三节	其他贸易术语	(119)
第六章	国际货物买卖合同统一法:《联合国国际货物买卖合同公约》	(121)
第一节	国际货物买卖合同	(121)
第二节	国际货物买卖合同公约概述	(124)
第三节	国际货物买卖合同的成立	(131)
第四节	国际货物买卖合同的履行	(137)
第五节	国际货物买卖中的违约责任和免责	(145)
第六节	国际货物买卖合同的中止、变更和终止	(157)
第七章	国际运输法	(160)
第一节	国际海上货物运输法	(160)
第二节	有关国际航空运输、铁路运输、多式联运的法律	(196)
第八章	国际货物运输保险法	(207)
第一节	国际海上货物运输保险	(207)
第二节	航空运输货物保险条款	(214)
第三节	中国人民保险公司的陆上运输货物保险	(214)
第九章	国际贸易支付法	(216)
第一节	国际贸易中的票据及相关法律	(216)
第二节	汇付	(223)
第三节	托收	(224)
第四节	信用证	(227)
第五节	国际保理	(243)
第十章	国际借贷法	(252)
第一节	国际借贷制度概述	(252)
第二节	国际借贷协议	(255)
第三节	国际银团贷款制度	(265)
第四节	国际项目贷款制度	(274)
第五节	国际借贷的证券化	(281)
第十一章	国际融资租赁	(288)
第一节	国际融资租赁概述	(288)
第二节	《国际融资租赁公约》述评	(300)
第十二章	国际商事担保制度	(313)
第一节	国际商事担保制度概述	(313)
第二节	有关独立担保的国际立法	(327)

第十三章	国际知识产权保护和贸易法	(346)
第一节	《保护工业产权巴黎公约》	(346)
第二节	专利合作条约	(352)
第三节	《商标国际注册马德里协定》	(354)
第四节	《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》	(355)
第五节	世界知识产权组织版权条约(WCT)与世界知识产权 组织表演与录音制品条约(WPPT)	(360)
第六节	国际许可合同	(364)
第十四章	国际电子商务法	(368)
第一节	国际电子商务法概述	(368)
第二节	电子商务基础法——《电子商务示范法》	(374)
第三节	国际电子签名与认证法	(384)
第四节	国际电子合同法	(392)
第五节	国际电子支付法	(404)

第一章 绪 论

第一节 国际商法的概念

一、国际商法的概念和特征

国际商法(International Commercial Law, International Business Law or International Trade Law),指调整国际商事关系的统一实体规范的总称。国际商法作为一个法律部门具有以下特征。

(一) 国际商法调整的社会关系是一种具有国际因素的关系

国际商法调整的社会关系是一种商事关系,这种商事关系具有国际因素,即商事关系的主体、客体或内容至少有一项具有国际因素。商事交易的主体,如果一方、双方或多方具有不同国籍,或其住所、营业所位于不同的国家,即为主体具有国际因素;主体不具有国际因素,但商事关系所指向的标的位于另一国家或产生、变更或消灭商事关系的法律事实发生在另一国家,也可认为具有国际因素。

以上是从广泛意义上来理解国际商事关系的国际性的。这种理解为国际商事仲裁、我国司法实践所认同。1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第1条第3款规定,国际仲裁包括:(1)营业地在不同国家的当事人之间的争议的仲裁;(2)仲裁地和当事人的营业地位于不同国家的仲裁;(3)主要义务履行地和当事人的营业地位于不同国家的仲裁;(4)与争议标的的关系最密切的地点和当事人的营业地位于不同国家的仲裁;(5)当事各方明确同意仲裁标的与一个以上国家有关的仲裁。我国民事诉讼法和仲裁法均未对“国际”或“涉外”作出规定,最高人民法院1992年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条规定,当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件。这一解释也可以适用于涉外仲裁。可见,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》和我国法律都是从广泛意义上来理解“国际”或“涉外”之含义的。

(二) 国际商法调整的社会关系是一种商事关系

“商事关系”,指平等商事主体之间的财产关系。平等主体指自然人、法人和

非法人企业,财产关系包括商事代理关系、物权关系、知识产权关系和债权关系。婚姻家庭、收养和继承等民事关系不属于国际商法所调整的商事关系的范围。

《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》对“商事”一词的注释说明是:“商事”一词应作广义的理解,以便包括产生于所有具有商事性质关系的事项,无论这种关系是否为合同关系。具有商事性质关系的事项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;买卖合同;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;保险;开发协议或特许;合资经营和其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海上、铁路或公路运输。我国《仲裁法》第2条规定,平等主题的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。另我国在加入1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》时对商事争议作了保留,在保留声明中提到,“契约性和非契约性商事法律关系”具体是指:由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

(三) 国际商法仅指调整国际商事关系的统一实体规范

国际商法不包括冲突规范,也不包括国内民法法。^[1]

依据冲突规范确定适用于国际商事关系的国内法,是调整国际商事关系的传统方法,这被称为间接调整方法。国际商法是直接适用于国际商事关系的实体法,它直接规定国际商事主体在国际商事关系中的权利义务,这是一种直接调整方法。国际商法有别于冲突规范,也不同于各国民商法。

二、国际商法与相邻部门的关系

(一) 国际商法与国际私法

两者的调整方法有质的不同。国际私法采取间接调整的方法,其作用在于指明涉外民商事活动中所适用的实体法,它本身是一种特殊的程序法;国际商法是实体法,其实体规则、救济方法和救济程序具有自身的特点。从历史角度看,国际商法是在传统的国际私法间接调整方法不能完全适应国际商事交易迅速发展需要的历史条件下产生的。国际商法直接规定各国商人间的权利义务,由各国商人在交易中自由适用,并主要通过自愿、迅速的国际商事仲裁解决法律纠纷,从而大大提高了国际商事交易的确定性和可预见性。

国际商法与国际私法也有密切的联系。对于一个具体的国际商事纠纷,如果

[1] 左海聪:“国际商法是独立的法律部门——兼谈国际商法学是独立的法学部门”,载《法商研究》2005年第2期。

在适用国际商法不能解决全部问题时,则仍需要适用国际私法确定所适用的国内民商法来解决。

国际商法、国际私法和国际民商事纠纷解决程序法(国际民事诉讼及国际商事仲裁法)构成了解决国际民商事法律纠纷的法律整体。

(二) 国际商法与国际经济法

国际经济法是调整国家间经济交往的公法,国际商法是调整私人间国际商事活动的私法,两者在实体规范、救济方法和救济程序上有很大的不同:前者以非歧视待遇、资本、货物和技术流动的自由化为目标取向,后者以意思自治、诚实信用等为基础;前者以要求承担国家责任为救济方法,以国家间的争端解决机制(如世界贸易组织争端解决机制)为救济程序,后者以要求承担民事责任为救济方法,以国际民事诉讼国际商事仲裁为救济程序。

两者具有一定的联系。国际经济法的主体虽然主要为国家,但国家间缔结的国际经济条约所产生的权利却间接由国际商法的主体(尤其是跨国公司)享有,跨国公司事实上是国际经济法的主要推动者。

第二节 国际商法的产生和发展

一、现代国际商法产生前调整国际商事交易的法律

(一) 中世纪商人法

规范国际商事交易的各国现行商法主要历史渊源并不是罗马法,而是中世纪的商人自治法,即商人们在商业实践中形成的习惯性规则或做法。它在11世纪出现于威尼斯,后来随着航海贸易的发展逐步扩及意大利、西班牙、法国、德国和英国。商人自治法的内容较广泛,包括货物买卖合同的标准条款、两合公司、海上运输及保险、汇票、破产程序等方面的习惯性规则。^{〔2〕}商人自治法具有以下特征:(1)它独立于当时封建王朝的地方性法律之外,是在商人间自发形成的,是规范商事交易的自治性习惯规则。(2)具有普遍性,适用于欧洲各国以及东、西方贸易,是一种真正的统一规则。(3)它的适用和解释并不是由一般法院的法官来进行,而是由商人自己组织的法院进行。这种商人自治法院实质上类似于现代的国际商事仲裁或调解。(4)商人自治法强调合同自由和财产转让自由,取消法律上烦琐的形式,按照公平合理的原则审理案件,而不是抽象地死抠罗马法的条文。

商人习惯法所具有的普遍性和优于一般法律的潜在特征,使它在在中世纪成为

〔2〕 冯大同主编:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社1991年版,第2页。

扩大整个西方世界的商事交往的基础。商人自治法的影响一直持续到资本主义革命时期,并于那时被各国的商法所吸收。

(二)国内民商法

在18世纪和19世纪,各国采取不同的方式将商人自治法纳入国内法,从此,国际商事交易便由国内商法与国际私法结合调整。在英国,大法官曼斯菲尔特通过案件的审理把中世纪的商人自治法吸收到普通法中,使其成为普通法的一部分。与英国通过司法判例的形式将商人自治法纳入国内法的方式不同,法国和德国主要采取法典编纂的方式。法国在路易十四时期,颁布了《商事条例》(1673年)和《海商条例》(1681年),在拿破仑时期则于1807年颁布了《商法典》。德国于1861年公布了第一部《商法典》,在1897年又通过了新的《商法典》。日本也于1890年通过了第一部《商法典》,在1899年又公布和实施了新的《商法典》。^[3]与法国、德国、日本等采取民法典、商法典分立的国家不同,1881年瑞士债务法典、1934年荷兰民法典和1942年意大利民法典则是将商法订入债务法典或民法典中。

商人自治法成为国内商法后,要适用于国际商事交易纠纷,就必须依赖冲突法规则的指引。为此,大陆法系国家都相继制定了有关冲突规则的法律,如《法国民法典》第3、11、47、48、170、999、1000、2123、2128条等,德国1896年《民法施行法》和日本1898年的《法例》;英国则以法院判决作为先例确立冲突法规则,1896年戴赛出版的《法律冲突法》归纳并逐条解释了英国判例中的冲突法规则。^[4]

二、现代国际商法的产生

从19世纪末开始,直接规定国际商事交易关系中当事人权利义务的条约和习惯便应运而生并逐渐发展。1896年国际海事委员会(CMI)成立,总部设于比利时的安特卫普,由各会员国的国内海事委员会和一些个人会员组成,致力于海事私法的统一。此外,国际法协会(ILA)也把制定统一私法作为其宗旨之一。1919年,第一次世界大战结束后一年,国际商会(ICC)成立。该组织总部设在巴黎,由国际商业组织和企业组成,并在众多国家成立分会,主要从事贸易与银行惯例的编纂和研究工作。1926年由国际联盟支持,在罗马设立的国际统一私法协会,作为一个政府间的国际组织,其主要任务即是制定统一的国际商法。可以认为,国际商法作为一个独立的法律体系,产生于19世纪末20世纪初。

谁需要国际商法?为什么需要国际商法?

谁需要国际商法?商人,从事国际商业的商人。这与国际经济法的产生动力是一样的。为什么需要国际商法?希望能像从事国内商业一样有一套统一的规

[3] 德、法、日商法典的内容,可参见李玉泉、何绍军、左海聪等:《中国商事法》,武汉大学出版社1995年版,第14~17页。

[4] 韩德培主编:《国际私法》(修订本),武汉大学出版社1989年版,第14~18页。

则,摆脱适用不同国家的民商法所带来的困境。

传统的通过冲突规范确定适用于国际商事关系的国内法的方法,使国际商业面对从事国内商业所没有的法律障碍,因为商人需要面对外国民商法。商人不熟悉外国的民商法,他不可能熟悉多个外国的民商法;他不愿选择他不熟悉的外国民商法;他不知道他的商业行为将受何种法律调整;他担心外国法院处理争议时对外国当事人会有偏袒。总之,由于要面对不同国家的民商法,法律本应有的可预见性和一致性不复存在,法律成了国际商业的障碍。

理想的解决方法当然是创设一套独立于各国民商法的统一适用于国际商业的法律。正如《联合国国际货物买卖合同公约》序言所述及的:采用照顾到不同的社会、经济和法律制度的国际货物买卖合同统一规则,将有助于减少国际贸易的法律障碍,促进国际贸易的发展。

如何创设一套独立于各国民商法的统一适用于国际商业的法律呢?由各国制定条约,最后形成全球合同法乃至全球商法,这是一种方法。由商人们借助于法律专业人士的帮助编纂自发形成的规则,也是一种方法。事实上,在商人们的推动下,两种方法都得到了运用。遗憾的是,一个多世纪过去了,今天人类还远没有实现这一目标。

三、国际商法的发展

国际商法在 20 世纪获得了巨大的发展,国际商法立法机构相继设立,拟定了众多的国际公约、示范法和国际商事惯例;国际商事仲裁备受欢迎,成为解决国际商事纠纷的主要途径;各国法院在审理国际商事案件时也越来越多地适用国际商法,并日益尊重国际商事仲裁。

(一) 国际商事立法机构相继成立,民族国家和国际商业组织积极参与国际商事立法活动

在 20 世纪之前,从事国际商法制定的机构主要就只有国际海事委员会(CMI)。该组织成立于 1896 年,总部设于比利时的安特卫普,由各会员国的国内海事委员会和一些个人会员组成,致力于海事私法的统一。此外,国际法协会(ILA)也把制定统一私法作为其宗旨之一。进入 20 世纪,历史见证了多个重要国际商事立法机构的陆续成立。1919 年,第一次世界大战结束后一年,国际商会(ICC)成立。该组织总部设在巴黎,由国际商业组织和企业组成,并在众多国家成立分会,主要从事贸易与银行惯例的编纂和研究工作。1926 年,作为国际联盟的附属机构,国际统一私法协会(国际统一私法协会)成立。国联解散后,国际统一私法协会又于 1940 年再度成立。该组织总部设在意大利罗马,其成员由国家组成,其宗旨是对协调国家间私法(尤其是商法)的现实需要和各种方法进行研究,起草各种法律文件。^[5] 1945 年,联合国成立后,其欧洲经济委员会曾编纂过一些

[5] UNIDROIT, An Introduction to the UNIDROIT, 16 September 2002.

关于特定交易的格式合同。1966年,联合国第21届大会决定成立联合国国际贸易法委员会(国际贸易法委员会),该组织于1968年正式开始工作,是联合国专门从事统一国际商事立法的机构。此外,一些由商人组成的行业协会,如谷物与饲料贸易协会、国际羊毛织品机构、波罗的海国际航运公会等,也对特定交易制定格式合同。

上述政府间组织和民间组织及其立法工作有以下特点:(1)组织本身都获得了巨大发展,具备了广泛的代表性。这种发展,主要是缘于第二次世界大战后一大批发展中国家获得独立,其政府加入上述政府间国际机构,其私人企业加盟民间机构和行业协会。(2)发达国家,尤其是欧洲国家及其商人主导了上述机构的立法活动。如同国际公法曾是欧洲公法一样,国际商法首先也是在欧洲发展起来,逐渐扩展到世界其他地区,兼之发达国家具有法治传统,立法经验丰富、研究积累深厚、法律专家充足,其占据主导实为不可避免。发达国家中,德、法、意等大陆法国家以比较法和法律编纂方面的技能见长,而英、美由于其商业实践对世界影响最大也优势明显。(3)立法的方法主要有:起草公约供外交会议通过,制定示范法供各国立法采用,编纂国际商事惯例供商人选择使用,对一般法律原则进行法律重述。其中,国际商会主要从事惯例的编纂,基本上不从事公约和示范法的起草。国际统一私法协会和国际贸易法委员会都是具有普遍性的国际商法制定机构,并且都运用各种统一法的方法,两者的职能和宗旨是重合的,因而在一定程度上存在相互竞争。但由于两者沟通较好,在立法项目上相互重复的情况并不多见。

20世纪国际商事立法机构的成立为国际商法的发展奠定了制度基础,估计这些制度架构在21世纪不会有大的变化。

(二) 国际商事实体法已蔚为大观,初步形成体系

20世纪,国际商事实体法获得了巨大的发展,以国际商事公约、国际商事惯例、普遍性格式合同和示范法为渊源形式的国际商事实体法已形成体系,涵盖了国际商事交易的许多重要领域。(1)国际公约。国际统一私法协会、国际贸易法委员会和国际海事委员会制定了关于国际代理、国际货物买卖、国际货物运输、国际支付、国际融资租赁的一系列公约(详见本章第三节)。(2)国际惯例。国际商会、国际统一私法协会和其他机构制定了多种国际惯例,涵盖贸易术语、托收、信用证、国际商事合同的一般规则、海上保险条款、国际保理、国际特许经营等领域(详见本章第三节)。(3)法律重述。主要有国际统一私法协会的《国际商事合同通则》。(4)示范法。在电子商务方面,有国际贸易法委员会1996年制定的《电子商务示范法》。

上述立法活动有以下特色:

1. 国际商事立法机构总是首先在国际商法中选择那些发展成熟的特定领域作为其立法议题,例如,早期在传统议题(如货物买卖、海上运输、贸易术语、票据、信

用证等)方面的立法就是如此;同时对于新出现的国际商业交易形式,国际商事立法机构往往也总能作出及时反应,如在多式联运、电子商务、国际保理等方面的立法则属此列。

2. 从国际商会、国际统一私法协会和国际贸易法委员会所运用的立法方法来看,如前所述国际商会方法单一,只从事惯例的编纂。国际统一私法协会和国际贸易法委员会在20世纪80年代中期之前,只进行国际公约的制定,但此后都开始重视惯例或示范法等软法的制定。国际统一私法协会制定了《国际统一私法协会国际商事合同通则》,使其声名大振。国际贸易法委员会也制定了很有影响的《电子商务示范法》。这表明了国际商事立法机构在立法方式上的一种重大转变。

3. 上述公约和惯例中,以 INCOTERMS、UCP、CISG、《海牙规则》和《国际统一私法协会国际商事合同通则》影响最为深远。UCP 规定了银行处理跟单信用证业务的详尽规则,现已为世界各国银行采用,可以说已由国际惯例变成了国际商事习惯。INCOTERMS 对买卖双方在交货、风险转移等方面的义务分13种情形作了明确的规定,除北美外,世界其他各国的商人已普遍将其用于国际货物买卖合同的谈判和履行。CISG 统一了关于国际货物买卖合同的订立和双方权利义务的规定,已为世界上五十多个国家所接受,其中包括除英国和日本之外的所有贸易大国。《海牙规则》为海上承运人规定了强制性义务,为绝大多数海运国家所接受。《国际统一私法协会国际商事合同通则》试图创设一套专门规范国际商事合同的规则体系。

4. 国际商事立法强调国际惯例和国际法律重述的优先适用。例如,《联合国国际货物买卖合同公约》第9条规定,合同当事人应被视为已默示同意:普遍接受的国际惯例适用于他们之间的合同。这意味着,国际惯例应优先于公约本身和国内法的适用。依据《国际统一私法协会国际商事合同通则》的规定,通则则在两种情形下可作为国际商事合同所适用的法律:一是当事人明示选择时;另一种情形是当事人选择“一般法律原则”、“国际商事惯例和习惯”或“商人法”作为合同所适用的法律时。这开辟了一条使国际商事合同真正摆脱国内法的道路。如果它能像 UCP 那样获得全球认同,就能成为调整各类国际商事合同的全球统一法。

(三) 国际商事争端解决富有成效

国际商法的自治性要求争端解决的自治性,因此商人们更愿意选择自治性争端解决途径——国际商事仲裁,当他们不得不运用国际诉讼时,他们又希望各国法院能够尊重和适用国际商事规则,而不是适用国内法。

1. 国际商事仲裁成为解决国际商事纠纷的主要途径。20世纪,苏黎世商会仲裁院、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院、国际商会仲裁院、美国仲裁协会、中国国际经济贸易仲裁委员会相继于1911年、1917年、1923年、1926年和1956年成立。这些仲裁机构,加上1892年成立的伦敦仲裁院等机构,构成了当今世界主要仲裁机构。