



高等学校**应用型特色**规划教材

经管系列

# 国际商法教程

## (双语案例)

### International Business Law

曲天明 编著

清华大学出版社



赠送  
电子课件



高等学校应用型特色规划教材 经管系列

# 国际商法教程(双语案例)

International Business Law

曲天明 编 著

清华大学出版社

北 京

## 内 容 简 介

本书涵盖了国际商法领域的基本内容及相关知识,具体包括:国际商法概述、商事组织法、国际货物买卖法、产品责任法以及国际商事仲裁法。本书充分体现了应用型人才培养对国际商法知识与技能的要求,既阐述了国际商法基本理论,又特别侧重实务知识与操作技能的训练。为了读者学习方便,在每章正文中附有导读、学习目标以及英文原版案例,以帮助读者更完整、深入地理解各章内容,提高学生分析和解决问题的能力。

本书主要作为高等院校法学类、财经类专业的本科教材及 MBA 或 EMBA 教学用书,也可以作为各类国际商务与法律培训课程读物,还可供国际商法理论工作者和实际工作者阅读参考。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

国际商法教程(双语案例)/曲天明编著. —北京:清华大学出版社,2010.5

(高等学校应用型特色规划教材 经管系列)

ISBN 978-7-302-22385-6

I. 国… II. 曲… 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(2010)第 052605 号

责任编辑:温 洁

封面设计:杨玉兰

版式设计:北京东方人华科技有限公

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印 张:16.75 字 数:361 千字

版 次:2010 年 5 月第 1 版 印 次:2010 年 5 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:25.00 元

产品编号:033592-01

# 出版说明

应用型人才是指能够将专业知识和技能应用于所从事的专业岗位的一种专门人才。应用型人才的本质特征是具有专业基本知识和基本技能,即具有明确的职业性、实用性、实践性和高层次性。加强应用型人才的培养,是“十一五”时期我国教育发展与改革的重要目标,也是协调高等教育规模速度与市场人才需求关系的重要途径。

教育部要求今后需要有相当数量的高校致力于培养应用型人才,以满足市场对应用型人才需求量的不断增加。为了培养高素质应用型人才,必须建立完善的教学计划和高水平的课程体系。在教育部有关精神的指导下,我们组织全国高校的专家教授,努力探求更为合理有效的应用型人才培养方案,并结合我国当前的实际情况,编写了这套《高等学校应用型特色规划教材 经管系列》丛书。

为使教材的编写真正切合应用型人才的培养目标,我社编辑在全国范围内走访了大量高等学校,拜访了众多院校主管教学的领导,以及教学一线的系主任和教师,掌握了各地区各学校所设专业的培养目标和办学特色,并广泛、深入地与用人单位进行交流,明确了用人单位的真正需求。这些工作为本套丛书的准确定位、合理选材、突出特色奠定了坚实的基础。

## ◆ 教材定位

- 以就业为导向。在应用型人才培养过程中,充分考虑市场需求,因此本套丛书充分体现“就业导向”的基本思路。
- 符合本学科的课程设置要求。以高等教育的培养目标为依据,注重教材的科学性、实用性和通用性。
- 定位明确。准确定位教材在人才培养过程中的地位和作用,正确处理教材的读者层次关系,面向就业,突出应用。
- 合理选材、编排得当。妥善处理传统内容与现代内容的关系,大力补充新知识、新技术、新工艺和新成果。根据本学科的教学基本要求和教学大纲的要求,制订编写大纲(编写原则、编写特色、编写内容、编写体例等),突出重点、难点。
- 建设“立体化”的精品教材体系。提倡教材与电子教案、学习指导、习题解答、课程设计、毕业设计等辅助教学资料配套出版。

## ◆ 丛书特色

- 围绕应用讲理论，突出实践教学环节及特点，包含丰富的案例，并对案例作详细解析，强调实用性和可操作性。
- 涉及最新的理论成果和实务案例，充分反映岗位要求，真正体现以就业为导向的培养目标。
- 国际化与中国特色相结合，符合高等教育日趋国际化的发展趋势，部分教材采用双语形式。
- 在结构的布局、内容重点的选取、案例习题的设计等方面符合教改目标和教学大纲的要求，把教师的备课、授课、辅导答疑等教学环节有机地结合起来。

## ◆ 读者定位

本系列教材主要面向普通高等院校和高等职业技术学院，适合应用型人才培养的高等院校的教学需要。

## ◆ 关于作者

丛书编委特聘请执教多年且有较高学术造诣和实践经验的教授参与各册教材的编写，其中有相当一部分的教材主要执笔者是精品课程的负责人，本丛书凝聚了他们多年的教学经验和心血。

## ◆ 互动交流

本丛书的编写及出版过程，贯穿了清华大学出版社一贯严谨、务实、科学的作风。伴随我国教育的不断深入，要编写出满足新形势下教学需求的教材，还需要我们不断地努力、探索和实践。我们真诚希望使用本丛书的教师、学生和其他读者提出宝贵的意见和建议，使之更臻成熟。

清华大学出版社

# 前言

随着经济全球化不断地向纵深发展,作为调整国际商事关系的国际商法也日益受到人们的关注和重视,全国各高校的相关专业纷纷开设了“国际商法”课程。青岛科技大学开设“国际商法”课程已经有十五年了,期间一直努力地积累着教学经验,同时也关注着国际商法的学科前沿与动向。2007年“国际商法”课程被评为精品课程,我们以此为契机,将多年的积淀成果编写成教材,以期呈现给读者一部不同于以往的国际商法教材。从构思到完成,历时近两年,终于脱稿。

本书涵盖了国际商法的相关知识,对于国际商法产生的历史沿革进行了详细的介绍。本书涵盖了国际商法领域的基本内容,具体包括:国际商法概述、商事组织法、国际货物买卖法、产品责任法以及国际商事仲裁法。本书的编写体例独具特色:在每章正文中附有导读、学习目标以及英文案例等,在理论知识的介绍之后,对该案例进行了相应的评析,以帮助读者更完整、深入地理解各章内容,各章还附有案例讨论,帮助读者在学习国际商法理论知识的同时,兼顾提高专业英语的阅读能力以及分析和解决问题的能力。

本书编写人员均来自国际商法精品课程组成员,全部是本科教学一线的任课教师,有着比较丰富的教学经验,了解学生的需求,对国际商法的基础理论和前沿动态有一定的研究。因此本书在保留传统理论内容的基础上,增加了一些经典的英美法系的原版判例,并对这些判例进行法理分析,体现了实践性的特色,具有一定的原创性。本书与同类书相比,具有三个特点。

## 1. 教材的面向和定位明确

本教材的定位是培养应用型专业人才。因此本教材主要内容是国际商法的应用研究,而不是单纯的理论研究。本书充分体现了应用型人才培养对国际商法知识与技能的要求,既阐述了国际商法基本理论,又特别侧重实务知识与操作技能的训练,在每个章节安排了案例分析、练习与思考。

## 2. 注重对各类国际商事纠纷案例的研究

本教材选取的案例均为原版的英文案例,通过个案的分析,引入相关理论问题,由此展开深入的分析和研究,使学生既学到了怎样对所学知识进行综合运用,同时也掌握了相关理论知识,以提高其分析问题解决问题的综合能力。

## 3. 教材建设立体化、网络化

本书不是单纯的纸质教材,还有与教材配套的CAI课件、电子教案、习题解答、实验指导、双语教学等。与本教材配套,建立了国际商法课程网站,网址是 <http://jpkc.qust.edu.cn/>,



由于与本教材配套的教学辅助资源丰富,而且便于在课程网站上不断地更新和扩充,更能获得良好的教学效益和社会效益。

本书由曲天明编著,于晋、陈建云、陈萌萌参与编写工作。其中第一、二章由曲天明撰写,第三章由曲天明、于晋共同撰写,第四章由陈建云撰写,第五章由陈萌萌撰写。在编写过程中,我们也参考了一些国内外的相关教材、论文以及文献资料,获得了一定的启发,在此谨对原作者表示谢意。另外,我们由衷地感谢我的爱徒周婷、隋佳和对外贸易大学的研究生刘秀同学,他们对教材的编写做了大量的工作,一并表示感谢。

当本书封笔之时,虽然兴奋不已,但更多的是惴惴不安,由于水平所限,难免有疏漏,恐愧对一直期盼本书面世的弟子们以及广大的读者!恳请读者斧正!

编 者



# 目 录

|                                      |  |
|--------------------------------------|--|
| 第一章 国际商法概述.....1                     |  |
| 第一节 国际商法概述.....2                     |  |
| 一、国际商法的概念.....2                      |  |
| 二、国际商法是独立的法律学科.....3                 |  |
| 三、国际商法与国际私法、国际<br>经济法、国际贸易法的关系.....5 |  |
| 四、国际商法的渊源.....7                      |  |
| 五、学习国际商法的现实意义与<br>研究方法.....12        |  |
| 第二节 国际商法的历史沿革.....13                 |  |
| 一、家商一体的古代罗马法时期.....14                |  |
| 二、以商人交易习惯为行为规范的<br>中世纪商法.....15      |  |
| 三、民族化、国家化的<br>近代国际商法.....16          |  |
| 四、适应经济全球化的<br>现代国际商法.....17          |  |
| 第三节 大陆法系和英美法系<br>商法的特点.....18        |  |
| 一、大陆法系国家商法的特点.....18                 |  |
| 二、英美法系商法的特点.....20                   |  |
| 本章小结.....22                          |  |
| 第二章 商事组织法.....24                     |  |
| 第一节 商事组织法概述.....24                   |  |
| 一、从商人到商事组织的发展.....25                 |  |
| 二、商事组织的类型.....26                     |  |
| 第二节 合伙组织法.....27                     |  |
| 一、合伙组织概述.....31                      |  |
| 二、合伙组织的设立.....35                     |  |
| 三、合伙的内部与外部关系.....35                  |  |
| 四、合伙组织的解散.....37                     |  |
| 五、有限合伙.....38                        |  |
| 第三节 公司法.....48                       |  |
| 一、公司的概念及其基本特征.....56                 |  |
| 二、公司的类型.....58                       |  |
| 三、“揭开公司面纱”理论.....61                  |  |
| 四、公司治理结构.....64                      |  |
| 本章小结.....83                          |  |
| 案例讨论.....83                          |  |
| 第三章 国际货物买卖法.....85                   |  |
| 第一节 国际货物买卖法概述.....86                 |  |
| 一、国际货物买卖法的渊源.....86                  |  |
| 二、国际货物买卖合同的法律适用...93                 |  |
| 第二节 国际货物买卖合同的订立.....94               |  |
| 一、要约.....101                         |  |
| 二、承诺.....107                         |  |
| 第三节 卖方和买方的义务.....114                 |  |
| 一、卖方的义务.....116                      |  |
| 二、买方的义务.....125                      |  |
| 第四节 国际货物买卖合同的<br>风险转移.....128        |  |
| 一、货物所有权的转移.....128                   |  |
| 二、货物风险的转移.....130                    |  |
| 第五节 国际货物买卖合同的<br>违约补救.....134        |  |



|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 一、违约责任的概述 .....                | 134 |
| 二、CISG 中关于违约形式的规定 .....        | 140 |
| 三、买卖双方均可采取的救济措施 .....          | 143 |
| 四、卖方违约时买方的救济方法 .....           | 149 |
| 五、买方违反合同时卖方的救济方法 .....         | 154 |
| 本章小结 .....                     | 155 |
| 案例讨论 .....                     | 155 |
| <b>第四章 产品责任法</b> .....         | 157 |
| 第一节 产品责任法概述 .....              | 158 |
| 一、产品责任法的概念和特征 .....            | 158 |
| 二、产品责任 .....                   | 159 |
| 三、产品责任法的性质与作用 .....            | 163 |
| 第二节 美国产品责任的归责原则 .....          | 164 |
| 一、产品责任的萌芽——“契约责任”原则 .....      | 177 |
| 二、突破契约关系的束缚——“疏忽责任”原则 .....    | 178 |
| 三、契约责任与侵权责任的结合——“担保责任”原则 ..... | 181 |
| 四、现代产品责任法的核心——“严格责任”原则 .....   | 182 |
| 第三节 美国产品责任诉讼 .....             | 192 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 一、产品责任赔偿的当事人 .....       | 205 |
| 二、产品赔偿责任的抗辩事由 .....      | 207 |
| 三、产品责任的赔偿范围 .....        | 208 |
| 本章小结 .....               | 211 |
| 案例讨论 .....               | 212 |
| <b>第五章 国际商事仲裁法</b> ..... | 213 |
| 第一节 国际商事仲裁法概述 .....      | 214 |
| 一、国际商事仲裁的概念和特点 .....     | 214 |
| 二、仲裁机构 .....             | 214 |
| 三、仲裁协议 .....             | 219 |
| 第二节 仲裁程序 .....           | 225 |
| 一、仲裁的申请与受理 .....         | 231 |
| 二、仲裁庭的组成 .....           | 232 |
| 三、仲裁审理 .....             | 234 |
| 第三节 外国仲裁裁决的承认与执行 .....   | 237 |
| 一、仲裁裁决 .....             | 246 |
| 二、仲裁裁决的承认与执行 .....       | 246 |
| 三、外国仲裁裁决的认定 .....        | 247 |
| 四、外国仲裁裁决的承认与执行的依据 .....  | 248 |
| 本章小结 .....               | 253 |
| 案例讨论 .....               | 253 |



## 第一章

# 国际商法概述

### 本章导读

国际商法作为一门独立的法律学科,是调整国际商事交易和国际商事组织的实体法律规范和程序法律规范。本章介绍了国际商法的概念,与国际私法、国际经济法、国际贸易法的关系,英美法系与大陆法系代表性国家的商法的特点等。重点阐释了国际商法的渊源,国际商法的历史沿革。

### 学习目标

在明确国际商法的概念、与相邻部门法关系的基础上,深入了解大陆法系与英美法系商法的特点,重点掌握国际商法的渊源、国际商法的历史沿革;初步掌握学习国际商法的比较分析研究方法,为以后内容的学习奠定基础。

### Key Words

Merchant Law, International Business Law, Public Law, Private International Law, Case Law, Common Law, Equity Law, Continental Family, Code Law

国际商法产生于商人法(Merchant Law),而商法的最大特点是源自于商人实践,即是在商人长期积累的交易经验基础上,总结和改造的一系列制度体系下构成的,因此从商法中经过嬗变的国际商法最有可能实现在世界范围内的统一。在当下,由于经济全球化的影响,客观上要求建立统一的国际商事交易规则,因此现代国际商法大有趋同之势。

## 第一节 国际商法概述

### 一、国际商法的概念

国际商法(International Business Law)<sup>①</sup>作为一门学科和课程,早已得到我国多数学者的认同,但是对于国际商法的概念,学者们是各抒己见,见仁见智,并没有形成一个统一的认识。梳理有代表性的学者观点,得出以下四种。第一种观点认为,国际商法是调整国际商事交易和国际商事组织的各种法律规范的总称<sup>②</sup>。第二种认为,国际商法是调整超越一国国界的商事交往的各种法律规范的总和,并不局限于某一特定的法律规范。它的内涵以传统的国际商事惯例为主,其外延早已打破了国际法体系和国内法体系,而扩及国际公法规范、国际经济法规范、国际私法规范、各国民商法的国际性规范<sup>③</sup>。第三种观点认为,国际商法是调整国际商事关系的统一实体法规范和争端解决程序的规范的总称<sup>④</sup>。第四种观点认为,国际商法是国际经济法中的一部分,而国际经济法是调整国际经济活动和国际经济关系的法律规范的总称<sup>⑤</sup>。第四种观点虽有一定代表性,但我们认为不可取。前两种观点比较接近,区别是后者比前者更宽泛一些。第三种观点与前两种观点有较大的差异,将其国内法排除在外。本书认为第三种观点值得商榷,在很多国际商事领域没有统一实体法规范的情形下,把各国国内法排除在外,将意味着一些国际商事纠纷没有解决的法律依据,相反,事实上各国国内法已经成为国际商法的渊源,被很多国际商事仲裁机构所援引,将其纳入国际商法中,也不会影响国际商法的独立性。有鉴于此,本书同意第一种观点,但应当进一步完善为:国际商法是指调整国际商事交易和国际商事组织的实体法规范和程序法律规范的总称。这一概念包括三层含义。

① 关于国际商法的英文,还有 International Commercial Law、International Trade Law,但笔者认为不合适。根据 Oxford Advanced Learner's English-Chinese Dictionary 的解释,三个词的意思比较接近,但还是有一些区别,“Trade”一词仅指 a particular type of business;“Commercial”一词虽然有 especially between countries 之意,但 business 不仅具有 the activity of making, buying, selling or supplying goods or services for money 的含义,还含有各种 commercial organization 的意思。

② 沈四宝,王军,焦津洪. 国际商法[M]. 北京:对外经济贸易大学出版社,2002:1

③ 赵威. 国际商法概念初探[J]. 政法论坛,1999(3)

④ 左海聪. 国际商法是独立的法律部门[J]. 法商研究,2005(2)

⑤ 王传丽. 国际经济法[M]. 北京:法律出版社,2005

一是调整国际商事交易。国际商事交易是指国际货物买卖或交易活动。由于第二次世界大战后国际经济贸易的不断发展,国际商事交易呈现了多样性的发展趋势,因此,国际商法的内容也有了很大的变化。这种法律规范的调整对象随着世界经济全球化进程的加快和知识经济时代的到来,早已突破了传统的商事法范围(传统的商事法主要包括公司法、代理法、票据法、海商法、保险法等),增加了许多新的领域,既涉及有形的货物交易,也涉及无形的技术、资金和服务交易,例如,投资、租赁、融资、工程承包及合作生产、技术转让、知识产权等,因此,西方国家往往把调整上述各种商业交易的法律用国际商事交易法(The Law of International Business Transactions)来概括。

二是调整国际商事组织。一般的商事组织是指个人、合伙企业、公司、个人独资企业、外资企业等。这些商事组织是依据各自的国内法的规定而设立的。在国际商法中,只有这些商事组织参与跨越国界的商事交易或进行国际投资时,才可能成为国际商事组织。

三是实体法和程序法的统一。一方面,在国际商事交易的发展过程中,无论是集市贸易还是今天的全球化时代,商人们都需要统一的交易规则和权利,以维护交易的良性运转,而实现这一目的的唯一途径就是调整国际商事交易的规则。另一方面,当交易规则被破坏,权利遭到侵害时,需要程序法来救治业已被侵害的法律权利,恢复被扭曲的社会秩序。

## 二、国际商法是独立的法律学科

随着经济全球化的不断纵深发展,作为调整国际商事关系的国际商法也日益受到人们的重视和关注,全国各高校的相关专业纷纷开设了国际商法课程。然而,时至今日,尽管国际商法独立的呼声日益高涨,但学术界仍然对其是否应当独立存在争议。主要有两种观点:一种观点认为,国际商法包含在国际经济法中,即国际经济法<sup>①</sup>既是调整国家间的经济管制关系的法律,也是调整跨国私人商事交易关系的法律<sup>②</sup>;另一种观点认为,国际商法是与国际法、国际私法、国际经济法并列的第四个独立的法律学科。国际商法具有自身的调整对象,而且经过百余年的发展,已经形成了颇具规模的体系,无疑应属于一个独立的法律部门<sup>③</sup>,给宏观经济法进行必要的瘦身。借助大陆法系的国家在国际法层面上的法律部门划分的思维路径,将国际经济法中的调整平等私人间的纵横交易关系的法律规范纳

① 我国目前的法学学科分类依据的是教育部高校法学学科教学指导委员会制定的学科分类,1982年将国际经济法与国际公法、国际私法并列为国际法的二级学科,俗称“三国法”。

② 韩立余. 国际经济法学原理与案例教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,2006:6

③ 左海聪. 国际商法是独立的法律部门[J]. 法商研究,2005(2)

入国际商法,增设国际商法作为法学专业必修的核心课程之一,是我国当下明智的选择<sup>①</sup>。本书也坚持认为国际商法是独立的法律学科,理由来自对以下几个方面进行的分析。

### 1. 国际商法具有特定的调整对象和调整方法

从法理学角度看,法律部门的标准是法律所调整的社会关系和调整方法。社会关系是复杂多样的,可以分为政治关系、经济关系、文化关系、宗教关系等,当这些不同领域的社会关系成为法律的调整领域之后,它们就成为法律部门的基础,而不同领域的社会关系的法律又形成不同的法律部门。但仅仅以此来划分法律部门还是不够的,因为它既无法解释一个法律部门可以调整不同种类的社会关系,也不能解释同一社会关系需由不同的法律部门来调整这一法律现象,因此,划分法律部门还需将调整方法作为补充标准,二者缺一不可。从这一前提出发,考察国际商法是否是一个独立的法律部门,关键在于其是否具有自己特定的调整对象和调整方法,答案是肯定的。就调整对象而言,如前所述,国际商事交易和国际商事组织是其特有的调整对象,核心是以营利为目的。基于此,其调整方法也有别于其他法律部门,主要以自治手段进行调整,显而易见与国际经济法以强制性干预手段的调整方法有所不同,所以我们不难得出结论,国际商法是一个独立的法律部门。

### 2. 国际商法规范的性质属于私法

我国历来是继承了大陆法系的传统,而大陆法系的法学家们的法律思维模式特点是从抽象到具体,反映在法律部门的划分上,他们强调法律部门内在的逻辑性和统一性,他们将法律部门划分为公法和私法的“楚汉河界”,按最早提出这一划分的古罗马法学家乌尔比安的解释:“公法是关于罗马国家的法律,私法是关于个人利益的法律。”依照此标准,私法遵循当事人意思自治原则,确立财产所有权,保障自身利益的追求;公法是利用国家权力,宏观调整社会财富分配,调整国家与公民的关系的法律。据此,一般认为国际商法规范属于私法,而以调整不同国家政府与政府之间的国际经济关系和各国干预、管制国际经济活动而形成的,国际经济法显然属于公法。著名的国际贸易法专家施米托夫在《国际商法——新的商人习惯法》(1961)一文中,对于国际商法与国际经济法的有这样一段阐述:“国际商法不同于国际经济法。后者是国际公法的一部分,而前者是私法的一个分支,但它又不从属于国际私法。”

虽然随着社会经济发展进程中经济关系的新变化,公法和私法的划分在当今受到了一定程度的挑战,即出现了所谓“私法公法化,公法私法化”的现象,但并未导致国际商法性质由私向公的彻底转变,强制性或公法性规范的增多只能是国际商法在其私法本质之外

① 刘萍,屈广清.国际商法与国际经济法关系的法理学思考[J].政法论丛,2005(2)

兼具了公法属性,但其本质是私法这一根本属性并没有发生变化。鉴于私法与公法在调整社会关系的角度、价值取向等诸多方面的不同,将国际商法放在国际经济法中,是不合时宜的。

### 3. 国际商法事实上已经是独立的法律部门

早在 20 世纪 60 年代,英国著名国际贸易法专家施米托夫就指出:国际商法的出现,是我们时代最重要的法律方面的发展之一,尽管这一发展几乎未引起法学院教师们的注意<sup>①</sup>。可见国际上关于国际商法是独立的法律部门的观点早已存在,只是没有引起“法学院教师的注意”罢了。施米托夫还有一段经典论述:“我们正在开始重新发现商法的国际性,国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经完成。”各国商法发展的总趋势是摆脱国内法的限制,朝着国际贸易法这个普遍性和国际性的概念发展。在我国最早出版的相关教材是由沈达明、冯大同编写的《国际商法》,它一直作为对外经贸专业的法律教材,书中明确指出国际商法既不同于国际经济法,也不同于国际私法,这一观点也得到了业界的相当一部分学者的认可。此后,国际商法方面的教材如雨后春笋般地陆续出版。

此外,另一个不能忽视的现实是,从 19 世纪至 20 世纪上半叶,国际商事活动得到了长足的发展,延续到今天国际经济法一体化,客观上需要大量的调整国际商事的统一规范,在一些国际经济组织的推动下,制定了一系列调整国际商事关系的国际公约,已经形成了颇具规模的国际商法规范体系,涉及了国际商事的各个领域并发挥着十分重要的作用。

综上所述,国际商法无论从其本身的性质,还是其特有的调整对象和调整方法而言,都是其他法律部门所无法替代的,经过实践的发展,国际商法已经形成了较为成熟的学科体系,我们认为国际商法事实上已经成为独立的法律部门。

## 三、国际商法与国际私法、国际经济法、国际贸易法的关系

### 1. 国际商法与国际私法的关系

国际商法和国际私法同属于私法,但是二者有所不同。国际私法主要是具有涉外因素的私法案件确定准据法,在私法领域各国的法律规范差异较大,经常会发生冲突,所以就是法律冲突(conflict of law),然后,到底是依据哪个国家的私法,这是国际私法要解决的问题,甚至一些国家里,冲突法与国际私法是同一概念或学科。国际商法主要是实体法,是

① [英] 施米托夫著,赵秀文译. 国际贸易法文选[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1993

商事组织和商事交易的法律,所谓“商”,就是通过交易获得利益。结论是国际商法与国际私法在逻辑上是交叉关系,如图 1-1 所示。

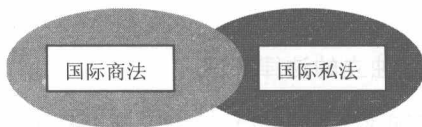


图 1-1 国际商法与国际私法的关系

## 2. 国际商法与国际经济法

国际经济法作为一门独立的法律学科是在第二次世界大战后发展起来的,并已经建立了一套较为完善的体系,它是调整国家、国际组织、不同国家的法人与个人之间经济关系的国际法规范和国内法规范的总称<sup>①</sup>。国际经济法应当属于公法,是主要调整国与国之间的经济关系的法律规范。国际商法与国际经济法的共同点是它们都调整跨国之间的商事活动的各种关系的法律规范的总称,不同之处在于国际商法的主体仅限于各国商人及各种商事组织,如合伙企业、公司,而不包括国家或国际组织,属于私法范畴。因此从逻辑上讲,两者的关系应当是并列关系。

## 3. 国际商法与国际贸易法的关系

首先,我们不妨运用语义研究方法进行诠释。在汉语中,“商”可以解释为生意、买卖,而贸易,也可以解释为商业活动,由此可以看出两者的意思是相近的。关于国际贸易法,西方国家,如美国<sup>②</sup>、加拿大<sup>③</sup>、澳大利亚<sup>④</sup>将其分别设立两门课程。20 世纪 80 年代起,在中国作为与国际法和国际私法并列的学科,国际贸易法是调整跨越国界的贸易关系以及与贸易有密切关系的各种法律规范的总和<sup>⑤</sup>。具体是指各国之间的商品、技术、服务的交换以及与这种交换有关的各种法律制度与法律规范<sup>⑥</sup>。但进入 21 世纪以来,在中国发生明显变化的是国际贸易法渐渐地淡出法学专业的视野,而国际商法以势不可当之势在发展。我们认为两者的含义基本是一致的,其逻辑关系应当是同一关系,没有必要分别设立

① 余劲松,吴志攀. 国际经济法[M]. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2005

② John Jackson, William Davey, Alan Sykes. Legal Problem of International Economic Relation, St. Paul, Minn: West Publishing company, 2001:3

③ Robert Poweres. International Trade Law. New York: Nest Educational Publishing Company Preface, 1999

④ Michaelj Trebilcock, Robert Howse. The Regulation of International Trade. London: Routledge 2002

⑤ 沈达明,冯大同. 国际贸易法新论[M]. 北京:法律出版社,1997

⑥ 王传丽. 国际贸易法[M]. 北京:法律出版社,1998



独立的学科。

## 四、国际商法的渊源

法的渊源(Sources of Law),其基本含义是指法的来源或法的栖身之所,也有著述称,法的渊源主要指法之产生的原因或途径,故法的渊源也可简称法源。“法的渊源”一词来源于罗马法的 *fontes juris*,意指法的源泉、本源、源头。如同沿着奔腾的河流溯源而上终将到达发源地一样,如果要正确理解和认识法的内容,弄清构成审判基础的法是什么,就要找到、追踪到法的来源和源头。法的渊源可以有下列含义:①指法的实质渊源,即法是根源于国家权力还是自然理性、神的意志、君主意志、人民意志抑或社会物质生活条件;②指法的效力渊源,即法产生于立法机关还是其他主体,产生于什么样的立法机关或其他主体;③指法的材料渊源,即构成法的内容的材料是来源于先前法、外国法,或是来源于政策、习惯、宗教、礼仪、道德、典章、理论、学说;④指法的形式渊源,即法是来源于制定法、判例法、习惯法抑或其他法;⑤指法的历史渊源,即能够引起法或法律原则、法律规则产生或改变的历史现象或事件。

在这里主要是指法的形式渊源。国际商法的渊源,主要是指国际商事产生的依据及其表现形式,它包括以下几种类型。

### (一)国际商事条约

一般认为所谓国际条约是指,国家间缔结的、规定国家间的商事交易关系中的当事人的权利和义务的书面协议。由于国际商法统一化运动迅猛和持续的发展,国际商事交易在很多领域中都有了一项或数项国际统一公约<sup>①</sup>,为扫清国际商事交易的法律障碍起到了极其重要的作用。主要的国际商事公约有以下几种。

#### 1. 关于国际货物买卖的国际公约

(1) 《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods)。该公约是由联合国国际贸易法委员会主持制定的,联合国国际货物销售合同会议于1980年3月10日至4月11日在奥地利维也纳举行(维也纳会议),共62个国家的代表出席。在这次会议上通过了该公约。1988年公约在达到法定批准国家

<sup>①</sup> 韩立余. 国际经济法学原理与案例教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,2006

数额后正式生效。我国于 1986 年 12 月向联合国秘书长递交了该公约的批准书,成为该公约的缔约国。

(2) 《联合国国际货物销售时效期限公约》(United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sales of Goods)。简称《时效公约》,是规定与国际货物买卖合同有关的权利消灭期限的实体法公约。1974 年 6 月 14 日在纽约联合国总部召开的外交会议上通过,公约确立了关于国际销售合同所引起的法律诉讼必须开始的时限的统一规则。为使 1974 年《时效公约》与 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》相配套,在 1980 年 4 月的联合国维也纳外交会议上缔结《联合国国际货物销售合同公约》的同时,还通过了《关于修正〈联合国国际货物销售时效期限公约〉的议定书》。《时效公约》与 1980 年《修正〈时效公约〉议定书》于 1988 年 8 月 1 日生效,截至 2005 年上半年,前者有 25 个参加国,后者有 18 个参加国。

## 2. 关于国际货物运输的国际公约

(1) 《统一提单的若干法律规定的国际公约》(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading)。简称《海牙规则》(Hague Rules)。它是于 1924 年 8 月 25 日在比利时布鲁塞尔举行的由 26 个国家代表出席的外交会议上签署的,于 1931 年 6 月 2 日生效,截至 1997 年 2 月,加入该规则的国家 and 地区共有 88 个。

(2) 《修改统一提单若干法律规定的国际公约议定书》(Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading),简称《维斯比规则》(Visby Rules)。随着国际政治、经济形势的变化,以及航海、造船技术日新月异的进步,海上运输方式发生了重大变革,特别是集装箱运输方式的出现和迅猛发展,《海牙规则》的内容已不适应新形势发展的需要。尤其关于承运人的大量免责条款明显偏袒船方利益,通货膨胀的现实使 100 英镑的赔偿限额明显过低等原因,到了 20 世纪 50 年代末,要求修改《海牙规则》的呼声日渐强烈。基于上述原因,国际海事委员会成立小组委员会草拟了修改《海牙规则》的议定书草案,于 1968 年 2 月 23 日在比利时布鲁塞尔召开的、由 53 个国家或地区代表参加的第十二届海洋法外交会议上通过,定名为《修改统一提单若干法律规定的国际公约议定书》,并简称为《1968 年布鲁塞尔议定书》。

(3) 《联合国海上货物运输公约》(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea),于 1978 年 3 月 6 日至 31 日在德国汉堡举行的由联合国主持的、由 78 国代表参加的海上货物运输大会讨论通过,于 1992 年 11 月 1 日生效。