



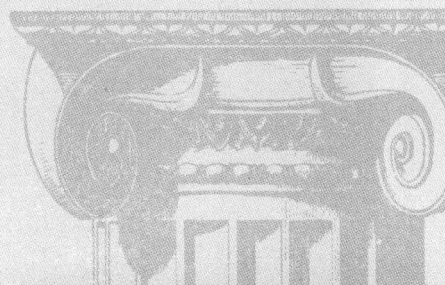
国际商事

习惯法发展趋势研究

GUOJISHANGSHI
XIGUANFAFAZHANQUUSHIYANJIU

郑远民◎著

湖南人民出版社



国际商事

习惯法发展趋势研究

GUOJISHANGSHI
XIGUANFAFAZHANQUSHIYANJIU

郑远民◎著

■ 湖南省重点学科建设项目资助
■ 湖南省教育厅青年项目（04B041）资助

湖南人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商事习惯法发展趋势研究 / 郑远民著. —长沙:

湖南人民出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5438 - 6580 - 8

I. 国… II. 郑… III. 国际商法: 国际习惯法
- 研究 IV. D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 098992 号

国际商事习惯法发展趋势研究

郑远民 著

出 版 人: 李建国

责 任 编 辑: 胡 飞

装 帧 设 计: 洪 杰

出版、发行: 湖南人民出版社

网 址: <http://www.hnppp.com>

地 址: 长沙市营盘东路 3 号

邮 编: 410005

经 销: 湖南省新华书店

印 刷: 湖南广播电视大学印刷厂

印 次: 2010 年 6 月第 1 版第 1 次印刷

开 本: 710 × 1000 1 / 16

印 张: 15. 5

字 数: 180000

书 号: ISBN 978 - 7 - 5438 - 6580 - 8

定 价: 30. 00 元

营销电话: 0731 - 82226732

(如发现印装质量问题请与承印厂调换)

内容摘要

随着国际经济一体化与市场经济全球化趋势的不断增强,国际商事关系得到了蓬勃发展,调整这种跨国性商事关系的国际商事习惯法也获得了长足的进步,并呈现出新的发展趋势。本书运用比较分析方法、案例分析方法以及文献研究方法,对国际商事习惯法的发展趋势问题进行了较为深入而细致的研究。

全书共分5部分。第1部分导论,简要地介绍了本研究课题的缘起,包括选题意义和价值、文献综述、研究方法、研究范围等。第2部分剖析了国际商事习惯法的现状,检讨了国际商事习惯法的法律涵义、国际商事习惯法相关概念的厘定、国际商事习惯法的适用及其存在的问题。第3部分详细探讨了国际商事习惯法在不同法律领域的新发展,如国际商事习惯法在国际商事合同法、国际劳工法以及电子商务法等领域的新发展,揭示了国际商事习惯法向不同法律部门渗透、融合与发展的新趋势。第4部分分析了国际商事习惯法在司法实践中的新发展,着重研究了国际商事习惯法作为国际私法准据法选择方式的新发展,以及国际商事仲裁中运用国际商事习惯法的新发展问题。第5部分探讨了国际商事习惯法的统一化、法典化趋势,分析了国际商事习惯法理论的体系化、系统化趋势,并着重探讨了国际商事习惯法的法典化进程,进而认为,国际商事习惯法正在逐渐成为调整国际商事关系的“自治性”、“综合性”的法律部门,并呈现出多样化的发展趋势。

关键词: 商人法 国际商事习惯法 国际商事合同法 国际商事仲裁法 法典化

Abstract

With the increasing growth of the integration of International economic and the globalization of market economy, international business relations have gained swift and vigorous development. Accordingly, Commercial customary law, which regulates the transnational business relations, has acquired substantial development, and presented a new development trend. Through comparative analysis method, document research method and case research method, this book makes a comprehensive and profound study on the development trend of Commercial customary law.

The book consists of 5 parts.

Part 1 introduces the origin of this research subject, including the meaning and value of the research subject, document overview, research methods and research range, etc.

Part 2 analyzes the status quo of Commercial customary law and discusses the law connotation, the related concept, and the application and existing issues of Commercial customary law.

Part 3 probes into the new development of Commercial customary law which occurs in various law realms, such as international business contract law, international labor law and the e-commerce law... etc. And it also reveals the new tendency that Commercial customary law permeates through and fuses different law section, and then makes advancement itself.

Part 4 expounds the new development of Commercial customary law

in judicial practice, and emphasizes the new development of Commercial customary law as a method of choosing law for private international law and the application of Commercial customary law in international commercial arbitration law.

Part 5 examines the tendency of unification of Commercial customary law, analyzes the trend of systematization of the theory of Commercial customary law, and makes a specific inquiry into the codification progress of Commercial customary law. As a result, the author holds the idea that Commercial customary law gradually becomes an autonomous and comprehensive law branch which regulates the international business relations and appears various development trends.

Keyword: Lex mercatoria; Commercial customary law; International business contract law; International commercial arbitration law; codification

目录

1	引言	(1)
---	----------	-------

1.1	研究动机	(1)
1.2	研究目的	(3)
1.3	文献综述	(4)
1.4	研究方法	(8)
1.5	研究范围	(9)

2	国际商事习惯法的现状剖析	(11)
---	--------------------	------

2.1	国际商事习惯法的法律含义	(11)
2.1.1	国际商事习惯法相关概念厘定	(13)
2.1.1.1	商、商人与商人法	(13)
2.1.1.2	商法、国际商法与商人法	(16)
2.1.1.3	国际惯例与商人法	(22)
2.1.1.4	商人法与国际商事习惯法	(23)
2.2	Schmitthoff 的“国际商事习惯法”理论	(26)
2.2.1	国际商事习惯法的法律含义	(27)
2.2.2	国际商事习惯法理论的基本观点	(29)
2.2.3	国际商事习惯法理论的价值和影响	(29)
2.3	国际商事习惯法的适用及其存在的问题	(31)

2.3.1	国际商事习惯法的适用	(31)
2.3.1.1	国际商事习惯法的适用条件	(32)
2.3.1.2	国际商事习惯法的适用途径	(35)
2.3.2	国际商事习惯法适用中存在的问题	(38)
2.3.2.1	国际商事习惯法适用中的冲突	(38)
2.3.2.2	国际商事习惯法适用冲突的解决	(39)
2.3.2.3	国际商事习惯法适用中的不确定性问题	(41)

3 国际商事习惯法在不同法律领域的新发展…………… (44)

3.1	国际商事习惯法在国际商事合同法中的新发展	(44)
3.1.1	当事人意思自治原则与国际商事习惯法、合同法的发展	(45)
3.1.2	《欧洲合同法原则》与国际商事习惯法	(52)
3.1.3	《国际商事合同通则》与国际商事习惯法	(56)
3.2	国际商事习惯法在国际劳工法中的新发展	(72)
3.2.1	国际商事关系中的劳工标准问题	(72)
3.2.2	ILO 与国际劳工标准立法的国际化	(74)
3.2.3	SA8000 的法律内涵及价值	(79)
3.2.3.1	SA8000 的法律内涵	(79)
3.2.3.2	SA8000 的原则与价值	(81)
3.2.4	SA8000: 正在形成的国际商事习惯法规则	(84)
3.2.4.1	SA8000 的商人法本质	(84)
3.2.4.2	SA8000 的法律效力	(88)
3.2.5	SA8000 的发展趋势	(89)
3.3	国际商事习惯法在电子商务法领域的新发展	(94)
3.3.1	电子商务与电子商务法	(94)

3.3.1.1 电子商务	(94)
3.3.1.2 电子商务的发展	(95)
3.3.1.3 电子商务法的法律界定	(97)
3.3.2 电子商务的法律冲突与法律选择	(98)
3.3.2.1 电子商务的法律冲突与传统的准据法选择方法	(98)
3.3.2.2 国际商事习惯法: 电子商务准据法选择的新趋势	(99)
3.3.3 《电子商务示范法》的国际商事习惯法性质	(103)
3.3.3.1 《电子商务示范法》	(103)
3.3.3.2 《电子商务示范法》的国际商事习惯法性质	(108)
3.3.4 国际商事习惯法与电子商务法立法的国际化、统一化趋势	(110)
3.3.4.1 世界各国有关电子商务法立法的现状分析	(110)
3.3.4.2 国际商事习惯法与电子商务法的交互发展	(111)
4 国际商事习惯法在司法实践中的新发展	(119)
4.1 国际商事习惯法作为国际私法准据法选择方式的新发展	(119)
4.1.1 国际私法与国际商事习惯法	(119)
4.1.2 传统冲突法的缺陷及其补救	(125)
4.1.3 国际商事习惯法与冲突法的完善和发展	(130)
4.2 国际商事仲裁中运用国际商事习惯法的新发展	(150)

4.2.1 国际商事仲裁实体问题准据法选择的新发展	(150)
4.2.1.1 国际商事习惯法：国际商事仲裁准据法选择方法的突破	(151)
4.2.1.2 国际商事仲裁中适用国际商事习惯法的价值与缺陷分析	(153)
4.2.1.2.1 国际商事仲裁中适用国际商事习惯法的价值	(153)
4.2.1.2.2 国际商事仲裁中适用国际商事习惯法的缺陷分析	(157)
4.2.2 国际商事习惯法内容不确定性的改善	(161)
4.2.3 国际商事习惯法适用规则的调整	(164)
4.2.4 完善仲裁裁决的承认与执行制度	(166)
4.2.5 国际商事仲裁中适用国际商事习惯法的发展趋势	(167)

5 国际商事习惯法的统一化、法典化趋势 (173)

5.1 全球化对国际商事习惯法的影响	(173)
5.1.1 经济全球化与法律的趋同化	(173)
5.1.2 全球化与国际商事习惯法的发展	(176)
5.2 国际商事习惯法的统一化运动	(179)
5.2.1 国际商事习惯法理论的体系化	(179)
5.2.1.1 国际商事习惯法的法律性	(181)
5.2.1.2 国际商事习惯法：一个相对独立的法律部门	(188)
5.2.1.3 国际商事习惯法的范围和体系	(192)
5.2.2 国际商事习惯法的统一化趋势	(197)
5.3 国际商事习惯法的法典化运动	(200)

5.3.1 概述	(200)
5.3.2 国际商事习惯法的立法机构	(202)
5.3.3 国际商事习惯法的法典化趋势	(207)

结论	(212)
参考文献	(215)
缩略语	(232)
致谢	(233)



引言

1.1 研究动机

翻阅浩瀚的历史卷帙，我们注意到在西方法律发达史上，随着生产力水平的提高和商品经济的发展，商人们逐渐创造出了不同于国家制定法的规则。这些规则后来大多被各民族国家纳入到国家法之中，对近代法律理念和法律体系的构建产生了深远的影响。这种产生于民间的“草根”规则是不是法律规则？是一种什么性质的法律规则？无疑是值得研究的。更值得注意的是，这种由商人们在长期的贸易实践中创造的规则，经过几百年的沉寂以后，随着社会生产力与科学技术的迅猛发展，又重新“复活”，并成为调整国际商事关系的一支重要的法律力量。这固然是由于国际商事法律关系越来越复杂，以至国内法律体制在调控这种社会关系时，愈来愈感到捉襟见肘，于是不免使人回想起过去曾经存在过的商人法规则在调整国际商事关系时的那种“灵活”、“便捷”与“公正”，同时也由于商人法规则本身所具有的法律性适合用来调整国际商事关系，而且能最大限度地满足商人们追求“效率”的客观需要。正是在这种社会历史背景下，商人们为使其所

从事的国际商事活动摆脱国内法的桎梏,就呼吁、提倡并通过自己的商事实践来推动一种带有“自治”性质的新法律的产生。^①这种新产生于国际商事领域的法律不论在渊源、性质和特征上,还是在形式上都根源于中世纪的商人法。^②从某种角度来看,它是中世纪商人法的复苏或再现。^③也正是在这一意义上,著名的国际贸易法学家 Schmitthoff 教授把这种新产生的国际商事习惯法称为“新商人法”或“国际商事习惯法”。^④ Schmitthoff 教授的国际商事习惯法理论一经提出,在国际贸易领域就产生了深远的影响。^⑤

然而,究竟何谓国际商事习惯法,它与商法、国际商法、商人法、国际惯例、国际民商法、国际私法等法律部门或法律体系有什么区别,其内容、体系和渊源如何,其性质、效力与地位怎样,其解释与适用规则何在,其发展又呈现出什么样的趋势等等,都是国外众说纷纭、国内尚乏深究的重大理论问题。即便对有关国际商事习惯法中的某些具体规则,在我国也鲜见系统的探讨和研究,更缺乏完全一致的认识。在我国加快改革开放步伐和建立社会主义市场经济体制的时代背景下,这方面研究的缺漏或乏力

① Schmitthoff, *The Unification of the Law of International Trade*. J. Bus. L., 1968, 105: 106p.

② Jones, *An Inquiry into the History of the Adjudication of Mercantile Disputes in Great Britain and the United States*. U. Chi. L. Rew., 1958, 25: 440~445.

③ Schmitthoff, *The Unification of the law of international Trade*. J. bus. L., 1968, 105: 106p; Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*. Current L. & Soc. Probs, 1961: 120—129.

④ 对于商人法和国际商事习惯法的名称问题,学术界是有争议的。这突出表现在对“*Lex Mercatoria*”的翻译上,对此,有译成“商法”的,有译成“商业习惯法”或“商人习惯法”的,也有译成“商人法”的。但现在已有愈来愈多的学者倾向于使用“国际商事习惯法”这一名称。

⑤ 著名国际贸易法学者 Goldstajn 也早在 20 世纪六七十年代就指出:“尽管世界各国的政治、经济和法律制度不同,国际商事习惯法却在国际贸易领域迅速发展着,现在是承认独立于国内法制度的商人自治法的时候了。” Goldstajn, *The New law Merchant*. J. Bus, L., 1961: 2—12.

无疑会导致理论与立法、司法的混乱。^①特别是最近几十年来,随着市场经济的飞速发展,全球经济一体化趋势不断增强,国际商事习惯法在发展中更是呈现出多元发展的趋势。表现在:(1)国际商事习惯法在国际合同法、电子商务法、国际劳工法、国际私法等领域的渗透、融合和交互发展;(2)国际商事习惯法的系统化和法典化,许多国际组织、商业行会纷纷加入国际商事习惯法的立法阵营,制定了大量的国际商事习惯法性质的法律规则;(3)国际商事习惯法在适用上得到了更多判例的支持,不仅如此,在程序规则上,乃至形成了一些商人自治性质的法律规则。所有这些,不免令人产生探究的兴趣。

1.2 研究目的

有关国际商事习惯法的发展趋势问题,在资料收集的过程中,发现有关的中外文资料少之又少。而随着市场经济全球化趋势的不断增强和我国对外开放的深入发展,国际商事习惯法在调整国际商事关系中的作用却越来越重要,有必要对此进行深入细致的研究。由于国际商事习惯法本身体系的庞杂繁难,涉及的法律问题很多,本书拟从发展的视角出发,以“国际商事习惯法发展趋势”为题,针对国际商事习惯法理论的晚近发展,国际商事习惯法在不同法律领域的渗透、融合和交互发展问题,以及国际商事习

^① 如对于国际商事习惯法中的“国际惯例”问题,理论研究方面的漏洞事实上已经造成了立法与司法实践上的诸多混乱,这已引起了国家有关部门的高度重视。针对这一状况,国家现已把过去的那种“与国际惯例接轨”的提法改为“按照国际通行规则”。见:中华人民共和国国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要。中华人民共和国国务院公报,1996(7):216—238。

惯法在司法实践中的运用情况及发展趋势问题展开论述,以期达到如下目的:

(1) 检讨国际商事习惯法的现状,评价相关理论,为探讨国际商事习惯法发展趋势问题奠定基础。

(2) 探讨国际商事习惯法在国际合同法、国际劳工法、电子商务法、国际私法、国际仲裁法等领域的渗透、融合和交互发展问题,以揭示国际商事习惯法在各个领域的发展趋势。

(3) 分析国际商事习惯法的系统化、体系化问题,并探究其法典化进程,展望国际商事习惯法理论及其立法的未来发展走势。

1.3 文献综述

国际商事习惯法理论 (theory of Commercial customary law) 是 Schmitthoff 教授最早提出来的。他在 *International Business Law: A New Law Merchant; The Unification of the Law of International Trade; International Business Law: A New Law Merchant, Modern Trends in English Commerce Law; The law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation* 等系列论著中提出和论证了国际商事习惯法的基本理论问题,着重分析了国际商事习惯法的特殊性质,既注意到了它是在商人们的跨国性商事交易中逐渐形成和发展起来的,又注意到了它只有经诸如国际商会、国际贸易法委员会之类的国际性组织的编纂和解释,才能更系统化而又更具明确性。同时还注意到若非这些国际组织在一定程度上从立法者的角度赋予其法律效力,这些规则的法律约束力仍要依赖于当事人之间的合意,表现为一种“自治性”的法律规则。国际商事习惯法理论一经提出,即受到广泛的关注并引起激烈的论争。其中赞成国际商事习惯法理论的有: Honnold, 他的代表作: *The Influence of the*

Law of International Trade on the Development and Character of English and American Commercial Law, in: *The Sources of the Law of International Trade*; Cremades, 他的代表作: *Multinatioanl Companies and International commercial Arbitration*, in: *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*; Cremades. B. And Plehn. S., *The New Law Merchant and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*; Lando, 他的代表作: *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*; Hayes. L., 他的代表作: *A Modern Lex Mercatoria: Political Rhetoric or Substantive Progress*; Goldštajn, 他的代表作: *The New Law Merchant*; Madl. F., 他的代表作: *Lex Mercatoria, Unification of Law*, *The Hague Conventions and Hungary*, in *Conflicts and Harmonization*. 反对商人法理论的有: Draetta. U., 他的代表作: *La Considetta Lex Mercatoria*; Delaume. G., 他的代表作: *Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts*; *The Myth of the Lex Mercatoria*; Highet. K., 他的代表作: *The Enigma of the Lex Mercatoria*; Popescu. T., 他的代表作: *Le droit du Commerce International: une nouvelle tache pour les legislateurs Nationaux ou une Nouvelle "Lex Mercatoria"*; Lew. J., 他的代表作: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*; 等等。而其中有影响的除了 Schmitthoff 的学说和论著以外, Charles Donahue. Jr. 在 *The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Medieval and Early Modern Lex mercatoria: An Attempt at the probatio diabolica* 中, 从源头上探究了国际商事习惯法产生的历史根源, 并在此基础上分析了国际商事习惯法内含的历史、文化以及社会政治、经济元素。Thomas E. Carbonneau 在 *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant* 中对国际商事习惯法在国际商事仲裁中的适用问题, 进行了较为详尽的探讨, 论证了国际商事习惯法作为仲裁准据法的理论基础, 并从司法实践的角度分析了其发展趋势问题。Abul F. M. Maniruzzaman

在 *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?* 中对国际商事习惯法在国际合同法领域的渗透、融合和交互发展问题进行了认真的研究,揭示了其发展趋势; JH Dalhuisen 在 *Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria* 中对国际商事习惯法在构筑国际经贸法律秩序中的作用进行了比较研究,并提出自己的有创造性的观点。Francis A. Gabor 在 *Reflections on the International Unification of Sales Law: Stepchild of the New Lex Mercatoria: Private International Law from the United States Perspective* 中,对国际商事习惯法与国际私法的关系问题进行了全面的探讨,分析了国际商事习惯法对国际私法的影响,并展望了其未来的发展走势。Keith Highet 在 *Eason - weinmann Center for Comparative Law Colloquium: The Internationalization of Law and Legal Practice: The Enigma of The Lex Mercatoria* 中,对国际商事习惯法在国际化进程中的发展进行了回顾和展望。Luke Nottage 在 *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration* 中,对程序性的国际商事习惯法规则进行了尝试性的研究,揭示了国际商事习惯法的新的发展趋势。Klaus Peter Berger 在 *The Lex Mercatoria Doctrine and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 中,对国际商事习惯法与罗马统一私法国际协会制定的《国际商事合同通则》进行了比较分析,揭示出国际商事习惯法的宗旨同《国际商事合同通则》的宗旨和原则接近于一致。

在国内,法学界对国际商事习惯法问题也非常关注,如台湾学者柯泽东早在 1976 年就在《法治学刊》上发表了《国际贸易习惯法与国际贸易》一文,^① 对国际商事习惯法的理论与实践作了深

^① 他把现代商人法称为“国际贸易习惯法”。见:柯泽东:《国际贸易习惯法与国际贸易》,《法治学刊》,1976(1—3),第31—33页。