

 21世纪国际经济与贸易专业系列教材

International Business Law

国际商法

(第三版)

党伟 主编



 东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

112B



21

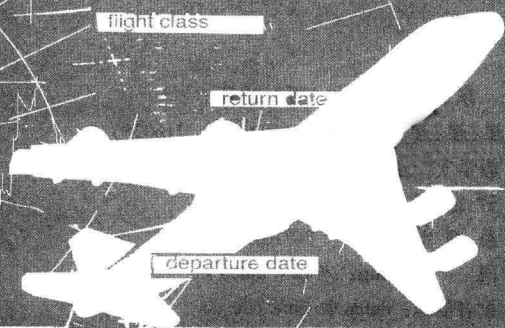
列教材

International Business Law

国际商法

(第三版)

党伟 主编



东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

112B

大连

© 党 伟 2012

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法 / 党伟主编. —3 版. —大连: 东北财经大学出版社,
2012. 8

(21 世纪国际经济与贸易专业系列教材)

ISBN 978-7-5654-0954-7

I. 国… II. 党… 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 (2012) 第 198512 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

教学支持: (0411) 84710309

营 销 部: (0411) 84710711

总 编 室: (0411) 84710523

网 址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@dufe.edu.cn

大连北方博信印刷包装有限公司印刷 东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 170mm×240mm 字数: 332 千字 印张: 16 1/2

2012 年 8 月第 3 版 2012 年 8 月第 6 次印刷

责任编辑: 李 彬

责任校对: 刘 洋

封面设计: 冀贵收

版式设计: 钟福建

ISBN 978-7-5654-0954-7

定价: 26.00 元

21 世纪国际经济与贸易专业系列教材编委会

主 任

李东阳 教授，博士生导师

阙澄宇 教授，博士生导师

郭连成 教授，博士生导师

副主任

王绍媛 姜文学

委员（以姓氏笔画为序）

邓立立 王国红 兰 天 孙玉红

田玉红 叶富国 李 虹 李艳丽

李勤昌 苏 杭 杜晓郁 范 超

施锦芳 党 伟 黄海东 鄂立彬

总 序

国际经贸活动是在原始社会末期和奴隶社会初期随着阶级和国家的出现而产生的，直至资本主义生产方式确立后才获得了广泛的发展，才真正具有了世界性。对国际经贸活动的系统研究始于 15 世纪的重商主义学派，至今已形成涉及领域广泛、结构完整的学科知识体系。

与一国国内经济不同，国际经贸活动涉及两个或两个以上国家（或地区）的当事人，而全球范围内又不存在一个超国家的权力机构对这些活动进行规范和管理，因此，国际经贸活动的习惯做法及各种规则往往是先发国家国内做法和规则的延伸，由此决定了先发国家和后发国家在国际经贸人才培养方面的差异：先发国家由于国内外经贸活动的做法和规则差异不大，因此很少专门设立国际经贸类专业，而是将其内容分散在相关专业的课程中进行介绍；后发国家由于国内外经贸活动的做法和规则差异很大，因此往往专门设立国际经贸类专业。

中华人民共和国成立后，在计划经济体制下，国际经贸本科层次人才的培养主要集中在少数几个财经类院校。改革开放以后，国内各类高校在本科层次纷纷设立了名称各异的外经贸相关专业或方向，包括对外贸易、国际贸易、国际经济、世界经济、国际经济合作、工业外贸等。1993 年，国家教委印发了《普通高等学校本科专业目录》，将国际经贸本科层次专业规范为 3 个，即经济学学科门类下的“国际经济”专业和“国际贸易”专业、工学学科门类下的“工业外贸”专业。在 1998 年教育部颁布的《普通高等学校本科专业目录》中，进一步将 1993 年目录中的 3 个专业及原目录外专业“国际商务”合并为“国际经济与贸易”专业。

最先在国家（或地区）之间发生的经贸活动是货物贸易，它至今仍是国际经贸领域的重要内容。关于国际货物贸易的教学与研究起步早，成果多，课程体系完整，主要包括理论、实务与惯例、专业外语三类课程。随着国际经贸活动领域的不断拓展，国际经贸类专业的课程体系也随之完善，增加了诸如“国际技术贸易”、“国际经济合作”、“国际投资”、“国际服务贸易”、“国际物流”等课程，国内部分院校还基于这些领域设立了专业方向，细化了课程体系。

21 世纪是一个催人奋进的时代，科技革命迅猛发展，知识更替日新月异，国际竞争日趋激烈。

从国际经济环境看，跨国投资飞速发展，世界各国和地区间的经济依赖程度不断加深，经济全球化和区域经济一体化趋势不断加强，国际经济协调日显重要，经济集团内部以及经济集团之间的合作与竞争日益成为关注的焦点。

从国内经济环境看，社会主义市场经济体制的建立与不断完善改善了我国企业参与国际竞争的条件，加入世界贸易组织承诺的逐步履行、我国产业结构和贸易结构的调整也为我国企业参与国际竞争提供了机遇和挑战。

为了培养熟悉国际经济运行规则、符合社会主义市场经济建设需要的人才，优化人才的知识结构，我们组织东北财经大学国际经济贸易学院的专业骨干教师编写了“21 世纪国际经济与贸易专业系列教材”。这套教材在保留原有教材体系优点的同时，结合教师多年教学的经验，尽可能地反映本学科领域最新的研究成果和发展趋势。

我们深知，教材从编写出来的那一天起就已经“过时”了，这就需要教师在讲授过程中不断充实、调整有关授课内容，我们也将根据国内外经济环境的变化适时修订本系列教材。为了便于读者深入理解相关知识和在教材更新期间及时更新信息，我们在部分教材（尤其是理论类教材）中设计了“延伸阅读”栏目，提供相关章节的主要数据来源和建议阅读的书目。

本系列教材是专门为国际经济与贸易专业本科生课程编写的，同时也适合于其他经济类专业和有兴趣学习、更新国际经济与贸易知识的人士使用。

由于作者学识和资料所限，本系列教材难免有不足之处，敬请广大读者批评指正。

21 世纪国际经济与贸易专业系列教材编委会

第三版前言

在国际上从事国际经济与贸易活动要遵循的国际规则，包括商事方面的国际公约和国际惯例，以及由国际私法规则指引的有关国家的民商法。国际商法就是以这几方面规范为研究对象的法律学科。

国际经济交往的发展推动了国际贸易规则的完善。建立国际商业方面的有效的行为规则需要法律手段，以保证在一个地区的商业行为能够得到另一个地区的承认。而国际商业交易领域的法律规范是在处理国际商业问题过程中逐渐形成的，这种形成过程使它既包括了最初的商人习惯法和交易惯例，也包括后来逐渐发展起来的各国调整国际商业活动的民商法规范，以及最近一个世纪迅速形成的国际贸易条约与协定体系。国际商法的研究对象因而也包括了这几个方面。

本教材适用于高等院校国际经济与贸易专业的本专科学生、从事相关工作的人员和对国际商法有兴趣的读者。

本书按如下体例编写：第1章国际商法导论；第2章国际商事关系的主体及其法律地位；第3章比较合同法；第4章国际货物买卖法；第5章比较代理法；第6章商事组织法；第7章工业产权法；第8章比较票据法；第9章国际商事仲裁。考虑到《联合国国际货物销售合同公约》在我国的对外贸易司法实践中应用越来越广泛，本教材增加了《联合国国际货物销售合同公约》的相关内容，包括公约优先适用原则的发展近况、公约对于所有权的态度等，以及各国法院或者仲裁机构适用公约进行审判或者仲裁的有代表性的判例。这些最新发展不仅对《联合国国际货物销售合同公约》会产生影响，而且对国际商法的很多问题以及未来的发展方向也会产生重大影响。

本书难免有不足之处，敬请读者批评指正。

编者
2012年7月

目 录

第1章 国际商法导论	1
□学习目标	1
1.1 国际商法的概念	1
1.2 国际商法的渊源	3
1.3 国际商法的沿革	6
1.4 西方国家的两大法系	8
□复习思考题	11
第2章 国际商事关系的主体及其法律地位	12
□学习目标	12
2.1 国际商事关系的主体	12
2.2 外国人在国际商事关系中的民事法律地位	21
□复习思考题	23
第3章 比较合同法	25
□学习目标	25
3.1 合同概述	25
3.2 合同的成立	30
3.3 合同的担保	41
3.4 违约与违约救济	45
3.5 合同的转让与终止	55
□复习思考题	59
□补充阅读材料	61
第4章 国际货物买卖法	65
□学习目标	65
4.1 国际货物买卖概述	65
4.2 卖方义务与买方义务	71
4.3 货物所有权与风险的转移	84
4.4 国际货物买卖中的产品责任问题	91
□复习思考题	96
第5章 比较代理法	97
□学习目标	97
5.1 代理概述	97

5.2 代理权产生的依据和分类	100
5.3 代理关系	104
5.4 代理的终止	110
5.5 商事代理的种类	113
□复习思考题.....	116
第6章 商事组织法	118
□学习目标.....	118
6.1 个人企业	118
6.2 合伙企业	122
6.3 公司的法律地位	134
6.4 我国的公司	139
□复习思考题.....	156
第7章 工业产权法	157
□学习目标.....	157
7.1 工业产权概述	157
7.2 专利法律制度	160
7.3 商标法律制度	173
□复习思考题.....	185
□补充阅读材料.....	186
第8章 比较票据法	192
□学习目标.....	192
8.1 票据概述	192
8.2 汇票	202
8.3 本票和支票	213
8.4 我国涉外票据的法律适用	217
□复习思考题.....	219
□补充阅读材料.....	220
第9章 国际商事仲裁	223
□学习目标.....	223
9.1 国际商事仲裁概述	223
9.2 国际商事仲裁机构	228
9.3 仲裁协议	231
9.4 仲裁裁决的承认与执行	243
□复习思考题.....	247
□补充阅读材料.....	247
主要参考文献	252

第 1 章 / 国际商法导论

学习目标

本章介绍的是本课程最基本的问题，目的是为国际商法这门课程的学习打下一个基础。因此，本章分别介绍了国际商法的概念、渊源和它的发展历史及沿革，此外，考虑到大陆法系和英美法系对国际商法的巨大影响，本章对两者之间的差别与联系也予以介绍，以便读者对本课程有一个清晰的线索。

1. 1

国际商法的概念

国际商法，是指调整国际商事行为以及由此而产生的各种国际商事关系的法律规范的总称。

商事行为和民事行为同属于法律行为：商事行为强调以营利为目的，这是它与民事行为的区别所在。因而，私人^①是国际商事行为的主要从事者。国家以营利为目的直接参与具体的国际商事活动的例子很少见，我国的国有企业在国际商事活动中也是以自己的名义，而不是以国家的名义参加国际商事活动的。并且，即使出现了国家以营利为目的参与具体的国际商事活动的情形，国家在这一具体的商事行为中也经常被看作是一个地位同等的私法主体。因此，这里“国际”^②一词是指“跨越国家”而言，涉及的是私法主体跨越国家进行的商事行为，而不包括公法意义上的国际关系。所以，西方学者往往将当代国际商法称为“跨国法（transnational law）”。

对于国际商法的概念和范围存在很多观点，也有争论。但本书从实务角度出发，抛开学术争论，以“一个人从事跨国商业活动所应遵守的法律规范和国际性准则”为出发点，确定本书的内容。前联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席施米托夫认为，国际商法包括两个主要分支：①国际贸易法，其中国际货物买卖是该法的主要内容，尽管它还包括国际银行业务、保险及航空、海洋和陆上运输中的法律问题。②国际公司法，国际公司即根据一国法律设立但又在其他国家具

^① 这里的私人是指私法意义上的主体，包括自然人和法人等在内。

^② “国际关系”一词通常有两种含义，它既指以政府间关系为代表的国家之间的关系，也指具体的当事人跨越国境活动而产生的各种关系。

有商业利益的公司。无论此项商业利益采取何种形式，如在其他国家设立子公司，或在联合公司中占有股份，或参加经营管理，或者采用其他形式。这一观点对本书有重要影响。

由于近年来国际贸易的飞速发展，国际贸易概念本身在扩大，由传统的货物贸易扩展到技术贸易和服务贸易，调整国际贸易的法律规范也由原来的私法规范为主演变为公法与私法多角度调整^①，国家以及国家之间的关系对国际贸易关系产生了决定性的影响。这些变化对国际商法课程的影响是显而易见的，它使得该课程的内容急剧扩大并复杂化，与其他课程产生很多交叉、重叠。为避免这些问题，并考虑与其他课程的协调，本书仍以传统的国际商法为基础，即以国际货物买卖关系为主的国际商事关系和国际商事组织关系为主要内容，以私法规范为主。

综上所述，从实务角度考虑，参考国内外学者的有关论点，本教材按如下体例编写：①国际商法导论；②国际商事关系的主体及其法律地位；③比较合同法；④国际货物买卖法；⑤比较代理法；⑥商事组织法；⑦工业产权法；⑧比较票据法；⑨国际商事仲裁。

与国际商法概念相关的一个重要问题，是它与相邻法律学科的关系，尤其是国际贸易法的关系。一般认为，国际贸易法是调整国际贸易关系的法律规范的总称。这里所说的国际贸易关系，包括与贸易有关的其他关系，如运输与保险、国际银行业务、进出口管制等。可以说，国际贸易法是随着 20 世纪以来国际贸易的飞速发展、国际贸易概念的不断扩大以及国家高度介入国际贸易关系而产生的，它的范围远远超出传统的国际商法范围。所以，国际贸易关系的调整，要涉及三方面的法律：一是各国调整对外贸易活动的民商法，即“私法”方面的内容，包括合同法、买卖法、票据法、海商法、专利法、商标法等；二是各国管制对外贸易活动的法律，即“公法”方面的内容，如外贸法、海关法、进出口许可法、商品检验法和外汇管制法等；三是关于国际贸易的国际法规范，如双边与多边的贸易协定、支付与结算协定以及国际货物买卖中的国际惯例。

以上三方面的法律组成的国际贸易法，既包含“私法”，又涉及“公法”，而同是调整国际贸易关系的国际商法，则以“私法”内容为主，不包括“公法”方面的内容。这是国际商法与国际贸易法的主要区别所在。

例 1—1 2000 年，中国政府与澳大利亚政府就相互之间的钢材贸易关系达成了一个双边协议，以规范两国之间的钢材贸易活动。

问：中、澳两国这种安排所建立的贸易关系，是否属于本教材所定义的国际商事关系？

分析：以政府关系为代表的国家之间的关系，也就是我们所说的“公法”意

^① 这也是国际贸易法产生的一个重要原因。注意比较国际商法与国际贸易法的区别（见本节）。

义上的国际关系，不属于我们所说的商人跨国商事活动。如前所述，国际商法中的“国际”一词是指“跨越国家”而言，涉及的是私法主体跨越国家进行的商事行为，而不包括公法意义上的国际关系，所以，中、澳两国这种安排所建立的贸易关系，不属于本教材所定义的国际商事关系。

但是，如果从“国际贸易法”的概念出发，这种关系应当是国际贸易法所调整的国际贸易关系。

1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源就是指国际商法的表现形式。作为调整国际商事活动的法律规范，国际商法的渊源大致包括以下几方面：

1.2.1 国际贸易方面的条约或协定

国际条约或协定是两国或多国为设定、变更或终止他们之间的权利义务关系而达成的协议。按照参与国的多少和效力范围不同，国际贸易条约或协定可以分双边和多边两种。前者如1979年《中美贸易关系协定》，后者如1980年《联合国国际货物销售合同公约》（简称《合同公约》）和1978年《联合国海上货物运输公约》等。

国际贸易方面的条约或协定是国际商法的一个重要渊源，国际商法的许多内容来自于此。一国为安排和协调与其他国家的贸易关系，会参加或签署许多涉及国际商事贸易关系的条约或协定。根据“条约必须遵守（*pacta sunt servanda*）”的国际法准则，国际条约或协定对缔约国具有法的约束力。因此，《国际法院规约》规定，法院适用国际公约，不论其为一般的，还是特殊的，只要它确认了诉讼当事国所承认的规则。各国大多通过本国的立法程序将国际条约纳入本国法律体系，在效力上，它高于国内法。我国《民法通则》第142条规定，我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定的，除我国声明保留的条款外，应适用国际条约的规定。

联合国国际贸易法委员会是根据1966年第21届联合国大会的决议成立的，它是负责起草国际贸易统一法文件的主要机构。作为国际商法重要渊源的国际贸易方面的条约或协定，有许多就是它所起草的，其中有代表性的是：1974年《国际货物买卖时效公约》，1978年《联合国海上货物运输公约》（《汉堡规则》），1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，联合国1980年《国际货物销售合同公约》等。

1.2.2 国际商业（贸易）惯例

国际商业（贸易）惯例是指在长期国际贸易实践中逐渐形成的，并被相关各

方所普遍承认和遵守的一种行为规范，它经历了由通例或一般实践（general practice）至习惯性做法（usage）再至惯例（custom）的演变。依照《国际法院规约》第38条，所谓国际惯例，是指“作为通例（一般实践）之证明而被接受为法律者（as evidence of a general practice accepted as law）”。施米托夫则将国际商业（贸易）惯例定义为：“应用非常广泛的，由凡从事国际贸易的商人们期待着他们的合同当事人都能遵守的商业习惯性做法和标准构成。”

国际商业（贸易）惯例之所以是国际商法的一个重要渊源，在于它的效力被各国在立法中予以认可或接受。如《日本商法典》第1条规定：本法无规定的，适用商业习惯法。我国《民法通则》第142条规定，我国法律和我国参加的国际公约没有规定的，“可以适用国际惯例”。国际商业（贸易）惯例不是由国家立法机关或政府间组织制定的，不属于制定法^①（statute），但它是法律（law）的组成部分，是法律的一个重要渊源。

作为国际商法渊源的国际商业（贸易）惯例，具有以下特点：

第一，它是在长期国际贸易实践中逐渐形成的，并为从事特定贸易的商人们所共知的行为规则，如国际贸易中的 CIF 和 FOB 价格条件。

第二，它具有明确内容，能确定合同当事人之间的权利义务关系，因而被有关国家和当事人接受为法律。国际商业（贸易）惯例既有成文的，也有非成文的。人们通常所说的国际商业（贸易）惯例，是指由一些国际性组织制定的成文的规则。如：国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》，国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《约克·安特卫普规则》，国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》等。

第三，在效力上，它属于任意性规范，即只有当事人根据“意思自治”原则在合同中明示或默示适用某项惯例时，该项惯例才对他们产生法律约束力。当事人如在合同中明示采用某项惯例，还可以协议变更惯例的内容。例如，1932年《华沙—牛津规则》（CIF 买卖合同统一的规则）第一条规定：“在 CIF 合同中，本规则的任何一条都可以变更、修改或增添其他条款，但这样的变更、修改或增添，必须是在合同当事人明示的协议中才能成立。”

目前，在国际商事活动中影响比较大的国际商业（贸易）惯例包括：国际法协会 1932 年《华沙—牛津规则》、国际商会制定的《国际贸易术语解释通则（2000 年修订）》（INCOTERMS2000）、《跟单信用证统一惯例》（UNIFORM CUSTOMS-PRACTICE FOR DOCUMENTARY CREDITS）、《托收统一规则》（UNIFORM RULES FOR COLLECTION）、国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《1974 约克·安特卫普规则》、国际统一私法协会制定的《国际商事合同通

^① 很多教材认为国际商业（贸易）惯例不是法律，也是从制定法意义上解释法律的，但更多的学者将习惯作为法律（law）渊源的一个组成部分。

则》等。

1.2.3 国内法

在国际贸易领域,由于现有的国际贸易方面的条约或协定和国际商业(贸易)惯例还不能包括国际商事领域的所有问题,一些合同争议往往需要通过国际私法规则(亦称为法律适用规范)的指引,适用有关国家的国内法才能最终解决。因而,各国国内法中有关商事方面的法律,就构成了国际商法的渊源的一部分。例如,《联合国国际货物销售合同公约》第7条第2款指出,凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题,应按照本公约所依据的一般原则来解决,在没有一般原则的情况下,则应按照国际私法规定适用的法律来解决。这里所说的“国际私法规定适用的法律”,通常是指有关国家的国内法,主要是各国民商法。

各国调整民事和商事活动的法律,可分为民商分立与民商合一两种体例:所谓民商分立,是指分别就民事问题与商事问题制定单独的民法典和商法典,法国、德国、日本、西班牙等国属于这一类型;所谓民商合一,则是指民事与商事统一立法,没有单独的商法典,而是将商事方面的内容编入民法典中,或以单行法的方式公布,意大利、瑞士、荷兰等国属于该种类型。英美法系国家不存在“民法(jus civile)”的概念,他们在判例和单行法规中确立的法律原则往往针对某个或某些民商法的具体问题,从这个角度看,英美法系国家也应归于民商合一的体例。

国际商事关系中的许多问题,最后要通过适用有关国家的国内法才能最终解决。因而,各国调整民事和商事活动的法律构成了国际商法的渊源的一个重要组成部分。施米托夫指出,认为国际商法具有国际法或超国家法的性质的看法是错误的。因为它归根结底建立在国内法基础上,但又是由国际商业界在与各主权国家无利害关系的领域内发展起来的。

例1—2 在代理一件国际货物买卖合同纠纷的诉讼中,邓律师为支持自己的观点,在法庭上提出了以下几个依据:(1)去年,本省高级人民法院在处理一件类似的国际货物买卖合同纠纷案件时所作出的判决,其结果与自己的观点一致;(2)最高人民法院在一个关于国际货物买卖合同纠纷案件处理的司法解释中作出的规定,可以支持自己的看法;(3)某著名学者在其著作中的论点,与自己观点一致,该论点已经被我国法律界广泛接受。

问:(1)什么是法的渊源?

(2)邓律师提出的3个依据是否可能被法庭在审判中所采纳?

分析:首先,任何法,都必须以一定的形式表现出来,法的渊源是指法的这种表现形式。“法的渊源”一词来自拉丁文“fontes juris”。古代西方人将法比做水,把法所由产生的渊源称为 fontes。由于这是一种比喻,所以法学家们对“渊源”一词的解释往往因人而异,各国的做法也存在差别。例如:大陆法国家以法律(成文法)为主要渊源,而英美法国家以判例法为主要渊源。而在我国,法的渊源通

常被认为包括宪法、法律、行政法规和地方性法规、司法解释、国际条约或协定。

其次,邓律师提出的3个依据中,只有第2个可能被法庭在审判中所采纳。因为第1个属于判例,判例在我国不属于法的渊源,不是法的组成部分;第3个属于学理解释或者称为专家的看法,可以起到参考作用,但不能作为司法审判的依据,也不属于法的渊源;第2个属于最高人民法院的司法解释,属于我国法的渊源的组成部分,可以被用来作为司法审判的依据。

1.3

国际商法的沿革

国际商事活动很早就出现了,但调整国际商事活动的法律规范的形成却经历了一个较长的过程。前联合国国际贸易法委员会主席施米托夫认为国际商法的发展经历了三个阶段:第一阶段为中世纪的商人习惯法,即旧的商人习惯法;第二阶段为17世纪至19世纪,在这段时间里,中世纪的商人习惯法被纳入各国国内法体系;第三阶段开始于第二次世界大战以后,施米托夫称之为新的商人习惯法阶段。这一划分被广泛接受。

一般认为,当代的国际商法是始于第二次世界大战后的新的法律部门和法律学科,但调整国际商事关系的法律则可追溯到中世纪时期欧洲的商人习惯法,即商人法(*lex mercatoria* or *law of merchant*)时期,这是国际商法的第一个发展阶段。商人法出现于公元11—15世纪,最初是地中海沿岸威尼斯、热那亚等城邦国家商人之间的自治规约(*statuta mercatorum*),后来随着海上贸易的发展,其适用范围逐渐扩展至西班牙和英法等国,商人法涉及买卖合同标准条款、海上运输与保险、商业合伙以及破产程序等方面的内容。当时欧洲的海上商事习惯法十分发达,施行于地中海沿岸的有康苏拉度法(*Consulado del Mar*),沿用于大西洋一带的有奥列隆法(*the judgements of Oleron*),适用于北海和波罗的海地区的有维斯比海事法(*the sea laws of Wisby*)。与当时封建王朝的法律相比,这种商人习惯法具有以下特点:①由于这种法是中世纪时普遍适用于西欧各国商人的习惯法,因此,它自产生时就具有跨国性和统一性,超越了当时封建城邦国家的法律差别的影响;②它普遍适用于从事特定行业的跨国贸易活动的商人,强调商事主体的自主性,其解释和适用不是由专业法官来执掌,而是由商人们自己组成商人法庭来执掌;③它注重解决纠纷中公平合理原则的适用,在程序上也比较简单,不拘泥于形式。

到了中世纪后期,随着欧洲中央集权国家的兴起,城邦国家不复存在,商人法逐渐被各国的国内法所吸收和取代,国际商法进入了它的第二个发展阶段——国际商事活动的国内法调整时期。1618—1648年,欧洲爆发了30年战争,在结束战争的威斯特伐利亚和会之后,主权观念开始取代神权观念,以主权为基础的近代意义的民族国家形成。各主权国家为谋求自身利益,不断扩大自己的影响,包括扩大本国法律的影响范围,基础脆弱的商人习惯法在这种背景下逐渐被各国的法律所吸收

和取代而不复存在。各国最早的商事立法有法国路易十四时期颁布的《商事条例》(1673年)和《海事条例》(1681年)。1807年拿破仑一世又在这两个条例的基础上颁布了《法国商法典》。该法典是近代资本主义商事立法的重要蓝本,对许多国家的商法典都产生了深远的影响。德国早在1871年统一前就已有统一的商事立法,统一后又开始制定全德统一的法律,并于1896年和1897年先后颁布了《德国民法典》和《德国商法典》,两部法典均于1900年1月1日开始施行,并对奥地利、日本、斯堪的纳维亚国家的商法典产生影响。尽管英美法系国家的法律体系中沒有商法的概念,商人法的规则也被英美法系国家纳入它们的判例法中。19世纪以来,出于商业上的需要,英美等国还制定了一系列商事方面的单行法规,如1882年英国《票据法》、1893年英国的《货物买卖法》和1906年美国的《统一买卖法》等。

中世纪统一的商事习惯法逐渐为各国的国内法取代后,调整国际商事关系就主要依赖于各国国内法,这种状态持续了近3个世纪。但由于各国民商法基本是顺应本国的经济发展的要求制定的,加上各国文化、历史、政治等诸多方面的差异,导致各国之间在法律上的千差万别,特别是大陆法系和英美法系之间的重大分歧,不可避免地会引起国际商事活动中的法律冲突,而各国商人又多要求用他们各自的国内法来处理对外贸易中的问题,因此,加剧了法律适用冲突,严重影响了国际贸易的正常开展。为此,自20世纪初以来,一些国际组织发起了国际商事统一法运动并得到各国政府和国际社会的响应,在国际上形成了国际商事统一法运动的潮流,国际商法进入了它的第三个发展阶段。

在这一阶段中,许多国际组织发挥了重要的作用,其中最有影响的是罗马国际统一私法协会、国际贸易法委员会(UNCITRAL)和国际商会(ICC),他们制定的许多规范在适应国际商事活动发展方向、统一国际商事活动法律规范中起了关键作用。其中,罗马国际统一私法协会是1924年在国际联盟主持下建立的政府间的学术机构,1930年该协会下设了“国际货物买卖统一法起草委员会”。1964年在海牙外交会议上通过的《国际货物买卖统一法》和《国际货物买卖合同成立统一法》就是由这个委员会负责起草的。罗马国际统一私法协会现有58个成员国,包括中国、法国、德国、日本、俄罗斯以及英美等国在内;联合国国际贸易法委员会是根据1966年第21届联合国大会的决议成立的,由它负责起草的国际贸易统一法的文件有:1974年《国际货物买卖时效公约》,1978年《联合国海上货物运输公约》(《汉堡规则》),1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,1980年《联合国国际货物销售合同公约》等;国际商会成立于1919年,是由欧美等国工商业者组成的国际团体,其总部设在巴黎。它在统一国际商业惯例方面起着重要的作用。由它负责制定的国际贸易惯例有:《国际贸易术语解释通则》,《跟单信用证统一惯例》,《托收统一规则》等。这些国际贸易惯例已为各国政府和商人广泛接受和采用。

施米托夫将当代的国际商法称为“新的商业习惯法 (new lex mercatoria)”。当然,这是一种形象的比喻,因为现代国际商法在性质上已经完全不同于最初的商人习惯法,它的效力是建立在各国对其接受或认可的基础上,是建立在国际组织协调各国利益关系、建立国际经济秩序的努力所取得的成果上。1957年,施米托夫在赫尔辛基大学发表演讲时指出,我们正在开始重新发展商法的国际性,国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经自行完成:各地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的和国际性的概念的形成方向发展。

1.4 西方国家的两大法系

当今世界各国的法律,就其内容和形式,大致可分为大陆法系和英美法系。大陆法系和英美法系是西方国家两大主要法系,并对现今世界各国法律产生了深远的影响。

大陆法系,又称罗马法系,是指在罗马法的原则和形式的基础上,以1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》为样本,而形成和发展起来的法律体系。属于这一法系的国家,除法国和德国外,还有瑞士、比利时、奥地利、荷兰、意大利、西班牙、葡萄牙等一些欧洲国家,以及明治维新后的日本和拉丁美洲的一些国家。

英美法系,又称普通法系,是指以英国中世纪普通法为基础而发展起来的各国法律。属于这一法系的国家,除英国(不包括苏格兰)、美国(不包括路易斯安那州)外,还有加拿大(不包括魁北克省)、澳大利亚、新西兰等国家和地区。

西方国家的两大法系的出现是由于历史传统、文化以及发展背景的不同而产生的,他们之间的主要区别在于:

(1) 大陆法系以成文法为主要标志,而英美法系以判例法为主要标志。大陆法系国家将其法律按照逻辑关系,系统整理、排列,划分为相互联系、相互协调的不同的法律部门,通过对部门法作比较全面和系统的陈述形成一个有机的整体,法典是其主要表现形式。法院判决只对受审理的案件有效,对日后的同类案件不具有约束力。而英美法系国家则遵循“维持先例 (stare decisis)”的原则,通过法官在审判实践中的判决及其积累,确立法律的规则体系,作为处理法律问题的主要依据。法官在处理当前的争端时,要以过去的判例为准则,特别是下级法院要受上级法院以往判决(先例)的约束。尽管英美法系国家也不同程度地存在一些成文法,但它们多以单行法规的形式出现,针对具体的法律问题,一般不趋向于法典化。

(2) 大陆法系国家,法官在审理案件时,首先要考虑法典和其他成文法中的规定,依据该规定来对具体案件作出判决,采用的是“一般到个别”的演绎推理。法官是法律的执行者,不能超出成文法的规定进行审判活动。而英美法系国家,法官在审理案件时,首先要参照以往类似案件的判决,并从中归纳出适合于本案的一