

国际商法

沈益平 裴 蓓 编著

 浙江工商大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 沈益平编著. --杭州: 浙江工商大学出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-81140-175-2

I. 国… II. ①沈… III. ①国际商法 IV.
①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 139092 号

国际商法

沈益平 裴 蓓 编著

责任编辑 何海峰

责任校对 张振华

封面设计 刘 韵

责任印制 汪 俊

出版发行 浙江工商大学出版社

(杭州市教工路 198 号 邮政编码 310012)

(Email: zjgsupress@163. com)

(网址: <http://www.zjgsupress.com>)

电话: 0571-88904980, 88831806(传真)

排 版 杭州朝曦图文设计有限公司

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 16. 75

字 数 408 千

版 印 次 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-81140-175-2

定 价 32. 00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江工商大学出版社营销部邮购电话 0571-88804227

前言

国际商法是指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,作为法学体系中一门独立的学科,既不同于国际经济法,也不同于国际私法。随着国际经济交往的日益增多,国家间的联系和依赖日益增强,尤其是在我国加入 WTO 后,学习与掌握有关国际商事法律规范就显得尤为必要。

随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和商事交易的多样化、复杂化,除了国际货物买卖有了巨大的发展以外,还出现了许多新型的国际商事交易和贸易做法,如国际技术转让、国际服务贸易等。因此,本书将全面、系统、科学地阐述国际商法的基本理论和基本制度,将外国国民商法基本理论、判例法司法实践与我国商事法律和对外贸易实践相结合,反映国际商法理论与实践的最新发展动向。本书立足于国际商事行为所需要的相关法律知识,比较系统地论述了国际商事行为中所涉及的主要法律问题,全书共 10 章,内容包括国际商法导论、国际商事组织法、商事代理法、合同法、国际货物买卖法、国际服务贸易法(国际货物运输与保险法、国际贸易支付法)、国际票据法、国际产品责任法、国际技术贸易法、国际商事争议解决法律制度。为使学生能及时进行检验和强化所学的相关知识,每一章都列有思考题和练习题,并有相应的案例及分析,有助于培养学生运用理论知识解决实际问题的能力。

本书可作为高等院校外贸、法律、金融、会计、管理、电子商务、外语、市场营销等专业本科生、专科生、研究生的教材使用,还可作为经贸实务者、经济管理者及其他各界人士学习国际商法的参考书。

本书由浙江工商大学法学院从事国际商法教学的沈益平、裴蓓编写。具体分工如下:沈益平编写第一、四、六、九、十章和附录;裴蓓编写第二、三、五、七、八章。本书在编写过程中参考了大量已有的成果,引用了一些专家学者的观点,但由于体例的关系,无法一一列出。为此,本书的编写人员谨向本书正文部分或在注解与文献部分所列明的或虽未列明但为本书完成提供了信息与资料的各位学界先贤、法律界精英表示衷心感谢!

同时,需要特别声明的是,本书纯粹为教学所需而编写,因此本书对所引用案件的评析如果与案件的实际裁决结果不一致,应充分尊重司法或仲裁机构的裁决。本书的评析纯系学理探讨的一家之说,对其完全可以讨论、批驳。如在引用案件时涉及案件当事人的真实名称或姓名,仅表明编写者为保持案件真实原貌的意图,此外再也没有其他企图。

最后,还要感谢浙江工商大学出版社的领导和编辑们,正是有了他们的鼎力支持和协助,本书才得以顺利出版。

编者

目 录

第一章 国际商法导论	(1)
第一节 国际商法的概念	(1)
第二节 国际商法的产生与发展	(6)
第三节 国际商法的渊源	(8)
第四节 国际商法的基本原则	(11)
本章小结	(14)
案例分析	(14)
练习与思考	(15)
第二章 商事组织法	(16)
第一节 商事组织法概述	(16)
第二节 独资企业法	(16)
第三节 合伙企业法	(18)
第四节 公司法	(22)
本章小结	(32)
案例分析	(32)
练习与思考	(33)
第三章 商事代理法	(34)
第一节 代理法概述	(34)
第二节 代理法律关系	(42)
第三节 我国代理法与外贸代理制	(46)
本章小结	(49)
案例分析	(49)
练习与思考	(51)
第四章 合同法	(52)
第一节 合同法概述	(52)
第二节 合同的订立	(55)
第三节 合同的效力	(61)
第四节 合同的履行	(70)
第五节 合同的违约救济	(74)
第六节 合同的消灭	(80)



本章小结	(84)
案例分析	(84)
练习与思考	(85)
第五章 国际货物买卖法	(86)
第一节 国际货物买卖法概述	(86)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(92)
第三节 买卖双方当事人的义务	(97)
第四节 违约及其救济方法	(106)
第五节 货物所有权与风险的转移	(116)
本章小结	(122)
案例分析	(122)
练习与思考	(124)
第六章 国际服务贸易法	(125)
第一节 国际服务贸易法概述	(125)
第二节 国际货物运输法	(126)
第三节 国际货物运输保险法	(138)
第四节 国际贸易结算法	(145)
第五节 《服务贸易总协定》主要内容	(153)
本章小结	(156)
案例分析	(156)
练习与思考	(159)
第七章 国际票据法	(161)
第一节 票据法概述	(161)
第二节 票据行为和票据关系	(163)
第三节 票据权利	(166)
第四节 汇 票	(168)
第五节 本票与支票	(175)
本章小结	(176)
案例分析	(176)
练习与思考	(178)
第八章 国际产品责任法	(179)
第一节 产品责任法概述	(179)
第二节 美国产品责任法	(182)
第三节 欧盟产品责任法	(189)
第四节 产品责任的国际立法	(191)
本章小结	(192)
案例分析	(193)
练习与思考	(193)

第九章 国际技术贸易法	(194)
第一节 国际技术贸易法概述	(194)
第二节 国际许可证协议	(200)
第三节 国际技术贸易管理制度	(209)
本章小结	(220)
案例分析	(220)
练习与思考	(221)
第十章 国际商事争议解决法律制度	(222)
第一节 国际商事争议解决法律制度概述	(222)
第二节 国际民事诉讼	(225)
第三节 国际商事仲裁	(235)
本章小结	(245)
案例分析	(245)
练习与思考	(247)
附录 两大法系——大陆法系和英美法系介绍	(248)
主要参考文献	(258)

第一章 国际商法导论

第一节 国际商法的概念

一、国际商法的概念

我们常听到这样的话:按国际通行规则办事。这里所谓的“国际通行规则”,其实就是指国际商法。而关于国际商法的概念,最具经典性的定义当属对外经济贸易大学教授、已故的冯大同先生所著的《国际商法》一书中所下的定义:“国际商法(International Commercial Law)是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和。”可见,冯大同教授认为,国际商法的调整对象包括国际商事交易关系和国际商事组织关系两大部分。其中的国际商事交易,他认为“随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和商事交易的多样化、复杂化,除了国际货物买卖有了巨大的发展以外,还出现了许多新型的国际商事交易和贸易做法,如国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁,等等”。即除了有形商品的国际交易外,还包括技术、资金和劳务在国际流动中所产生的各种关系。关于国际商事组织,即国际商事关系的主体,“基本上是公司、企业等商事组织而不是国家”。而“国际”一词的含义,“并不是指‘国家与国家之间’的意思,而是指‘跨越国界’的意思”。基于上述认识,国际商法的法律渊源包括有关国际商业和贸易的国际条约或公约、国际贸易惯例、各国有关商事和国际贸易的国内法等。其中,国际条约或公约既包括属于实体法规则的国际条约,也包括属于冲突法规则的国际条约。此后,国内诸多国际商法学者多持此观点。

作为一个独立的法律部门,国际商法是顺应国际商事交易迅速发展的客观形势而产生和发展起来的,具有独特的发展背景和现实需求。与其他法律部门相比,国际商法具有如下特征。

(一)技术性

国际商法的技术性,是指国际商法规范表现为“某一行为对应某种后果”的公式化特点,以便于理解和适用。作为调整国际商事交易的法律部门,国际商法是为了适应国际商事交易实践的需要而产生的,其目的在于为国际商事交易提供一套适用、可操作的行为准则,以保证国际商事交易活动的安全与快捷。而国际商事规范是对商事主体及其行为方式、行为过程、行为规则等加以规定的法律,要求规范本身具体、翔实,具有可操作性和技术性,以适应国际商事交易迅速发展的需要。因此,国际商法中包含有大量的技术性规范,且这些技术性规范并不能简单地依据常识或伦理意识判断其行为效果。

(二) 国际商法的趋同化

经济全球化要求国际商法更加走向趋同化,这是时代的要求。那么,什么叫经济全球化?简单地理解,经济全球化是指商品、技术、信息、服务、资本、人员等生产要素跨国、跨地区的流动,这种流动把全世界连接成为一个统一的大市场。发展着的全球市场意味着需要有共同的规则来管理市场,经济全球化促进了调整国际商事领域法律规范的趋同化。这种趋势表现为国内商法与国际商法的互动式发展,一方面国际商事立法得到加强,产生了大量的国际商事条约和国际商事惯例,另一方面各国不断修改本国的商法规则,在许多基本概念和大的原则方面,在实体和程序方面,在解决争议的手段方面逐渐趋向一致,并使之与国际商事法律之间更为协调一致。

(三) 国际商法的公法化

总体上看,商法与民法均为私法,实行意思自治原则,商法也是最大限度地为人们从事社会经济活动的自由提供法律的空间。然而,随着市场经济的发展,商人基于意思自治、契约自由等原则而实施的行为极有可能侵害他人利益及社会公共利益,如不正当竞争、垄断、侵害消费者利益等行为。因此,需要国家对商事活动进行控制和调节,以维护经济秩序的正常运行,由此带来了“法律社会化”和“私法公法化”的倾向。商法领域的私法公法化表现在,商事立法中越来越多的体现政府的经济职权和国家意志的干预,越来越多地规定了调整个人与政府和社会间经济关系、维护社会公共利益的内容,这些内容具有明显的公法属性。

(四) 国际商法的实体规范与程序规范并重性

从法律体系的分类来看,国际商法主要是属于实体法,是规定商事主体的权利与义务的法律。国际商法中的合同法、买卖法、代理法和商事组织法等有关内容和中心任务,就是围绕及解决契约双方的权利和义务等有关问题的。但国际商法同时也具有非常强烈的程序性。国际商法中的程序性规范有诉讼程序规范和非诉讼程序规范之分。非诉讼程序规范更是随处可见。例如,公司法中的公司设立程序、股东会议程序、董事会议程序、分立与合并程序、解散与清算程序等;票据法中的票据承兑程序、见票程序、付款程序、行使追索权程序,以及票据遗失后的挂失止付程序等。可见,在国际商法中,实体规范与程序规范并重,几乎每一个实体权利都会有相应的程序规范,其目的无非在于确保当事人权利的实现。

二、国际商法与相关法律学科的关系

(一) 国际商法与国际公法的关系

国际公法,又称国际法,是在国际交往中形成的,主要用以调整国家间关系的,具有法律约束力的各种原则、规则、规章和制度的总称。从总体上来说,国际商法与国际公法是国际法体系中的不同法律部门,相互之间既有区别,又有联系。

1. 国际商法与国际公法的联系

国际商法与国际公法的联系主要体现在:第一,两者所调整的社会关系均超出一国的范围,具有“国际性”因素,国际公法的一般原则,如国家主权原则、国家及其财产豁免原则、条

约必须遵守原则等,同样适用于国际商事交易关系。第二,国家在国际商事交易关系和国事关系上的态度和立场取决于其对外政策和国家利益。在国际商事交往过程中,为了维护国家利益和推行对外政策的需要,国家往往对国际商事交易施以约束和管制,出现国际商法公法化现象。尤其是在贸易保护主义政策下,国际商法公法化的趋势更加明显,使得国际商事交易和国事关系交织在一起,相互作用,相互影响。而这些约束和管制国际商事交易关系的法律规范应属于国际商法的范畴,构成国际商法必不可少的一部分。

2. 国际商法与国际公法的区别

国际商法与国际公法的区别较为明显。首先,国际商法本质上属于私法,调整的是平等主体之间的跨国交易关系。而国际公法调整的是主权国家和政府间、国际组织之间的政治、经济、军事、外交等领域的国事关系。其次,国际商法的主体主要是不同国籍的自然人、法人和其他经济组织,国家和国际组织必须以平等主体的身份参与国际商事交易关系。而国际公法的主体则是国家和国际组织等政府间主体,自然人和法人不具有国际公法的主体资格。再次,从法律渊源上来看,国际商法的渊源包括国际商事条约、国际商事惯例和国内商事法律,而国际公法的渊源则主要是国际条约和国际惯例。最后,就争议的解决途径而言,国际商事交易当事人间的争议通常通过国际民事诉讼或国际商事仲裁的程序解决,而国际公法主体之间的争议除诉讼和仲裁等法律解决方法外,更多、更有效的往往是外交的、政治的解决方法。

(二) 国际商法与国际私法的关系

1. 国际商法与国际私法的联系

两者之间的联系在于,它们都属于私法范畴。具体体现为两个方面:首先,两者调整的都是平等主体之间的法律关系;其次,两者所具有的涉外因素均不牵涉国与国之间的关系。在“国际商法”中,“国际”一词的含义是“跨越国界”的意思,同样,“国际私法”冠以“国际”一词,也是因为它调整的民商事法律关系已经超越一国的范围。

2. 国际商法与国际私法的区别

国际私法学界历来对国际私法的定义和范围有不同的解释。有人认为,国际私法仅包括或主要包括调整涉外民事法律关系的冲突规范;也有人认为,国际私法不仅包括调整涉外民事法律关系的冲突规范,还包括国际统一实体规范;还有人认为,国际私法不仅包括冲突规范、统一实体规范,还包括国内法中专门调整涉外民事法律关系的实体规范。

在上述三种观点中,第一种观点在国际上是较普遍的观点。从这种观点出发,国际商法与国际私法的区别显而易见。国际私法是主要调整涉外民事法律关系的冲突规范,而国际商法主要是调整国际商事关系和商事组织关系的实体规范,两者无论在冲突规范、实体规范方面,还是在涉外民事法律关系与国际商事关系方面都是不同的。

按照上述第二、第三种观点,国际私法的调整范围在人为的扩大,于理论与实践、科学地划分学科之间的界限都是不利的。如果这些观点能够成立,国际商法似乎已无存在的必要,国际商法很可能被包容在国际私法的所谓“统一实体规范”当中,因此我们认为这两种观点是不可取的。

(三) 国际商法与国际经济法的关系

与国际商法一样,国际经济法也是一门正在形成和发展的学科。关于国际商法与国际经济法的关系,目前还很难得出确切的结论。因为就国际经济法本身在法律体系中的地位和作用,在国际法学界一直存在不同的看法,概括起来可归纳为如下三种观点。

第一种观点认为国际经济法是国际公法的一个分支,把国际经济法看成是调整政府间、政府与国际经济组织间以及国际经济组织间的经济关系的法律规范。这种意义上的国际经济法与国际商法的区分是显而易见的,单就主体来看,即可将两者区别开来,国际商法的主体是商个人、商法人、商合伙,而不包括政府和国际经济组织。而国际经济法的主体是国家和国际组织。

关于国际经济法的第二种观点,不涉及国际经济法的地位,它主张国际经济关系应通过国际私法的实体规范进行直接调整或通过冲突规范进行间接调整。这种观点实际上否认了国际经济法的存在,国际经济法与国际商法的关系也就无从谈起。而国际私法中的实体规范应该说指的就是国际贸易惯例与国际公约或条约,作为国际私法分支的国际商法,其法律渊源也是国际贸易惯例与国际公约或条约。

第三种观点认为,国际经济法是一个独立的新出现的法律部门,主要论点为:国际经济法并非国际公法的分支,是与国际公法并立的独立法律部门;国际经济法不仅调整政府间、政府与国际经济组织间、国际经济组织相互间的经济关系,而且还调整私人之间的国际经济关系。这种意义上的国际经济法似乎包括了国际商法的内容,国际商法已无存在的必要。

我们认为,法学学科的划分无论在国内还是在国外从来就没有比较一致的观点,而且一些法学学科受人为主观因素的影响有任意扩大学科范围的趋势,某些学科划分的争论从来就未停止过。实际上,学科的划分除考虑科学性和逻辑性以外,更应考虑是否有利于整个法学体系的研究和完善以及实践的需要,同时,每一学科存在的合理性和必要性不是取决于法学家们的争论,而是要经过时间和实践的检验才能最终得出结论。就国际商法来说,它是否能成为一门独立的法学学科,以及其与相关学科的关系,也取决于时间和实践的检验。我们相信,具有古老传统的商法学科随着商事活动的日益国际化,不但不会消失,而且将会备受商人和法学家们的重视并得到发展,并将成为我国法学体系中一门崭新的学科。

(四) 国际商法与国内商法

1. 国际商法与国内商法的联系

在调整自然人、法人以及其他经济组织之间交易关系方面,国际商法和国内商法之间的联系十分密切:第一,两者的主体均为平等的民事法律关系参加者,包括自然人、法人以及以民事法律关系主体的名义从事民事活动的国家和国际组织。这些主体在参加民事法律关系时,法律地位一律平等。第二,两者调整的法律关系都属于建立在自愿、平等、等价有偿、诚实信用基础上的交易关系,都具有民事性质的私人关系。在这种私人关系中,当事人意思自治发挥着主导作用。第三,两者都是采用民事诉讼和商事仲裁的方式来解决相互的争议和纠纷。第四,从法律适用角度来说,如果当事人未就交易关系的准据法进行约定或达成一致意见,通过冲突规范的指引,国内商法可以适用于国际商事交易关系,成为国际商法的法律

渊源。更为重要的是,随着商法国际统一运动的兴起和发展,国内商法与国际商法呈现出互动式发展趋势,使其相互之间更为协调一致。

2. 国际商法与国内商法的区别

虽然国际商法与国内商法存在着密切的联系,但两者毕竟是相互独立的法律部门,存在着明显的区别。首先,两者的调整对象不同。国际商法调整的是跨国的商事交易关系,而国内商法只调整一国领域内的商事交易关系。其次,两者的法律性质也有不同。国际商法规范中包含有公法性质的规范,存在着国际商法公法化现象;而国内商法则仅限于任意性的私法规范。再次,两者的法律渊源不同。国际商法的渊源既包括国际商事条约和国际商事惯例等国际法渊源,也包括相关国内商事法律渊源;而国内商法中则没有国际法渊源。

三、国际商法的内容

作为一个独立法律部门,国际商法有自己特有的体系结构。从形式和内容两方面的结合和国际商法目前的发展阶段来看,我们可以大致确定国际商法体系的主要组成部分。国际商法应包括:商事主体法(包括商事组织、商事代理、商业登记等)、商事行为法(包括国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、海商法、国际技术贸易法、产品责任法、票据与国际结算法、国际资金融通法等)、国际商事争议解决规则(包括国际民事诉讼、国际商事仲裁等)。每一组成部分在表现形式上都是由国际法渊源和国内法渊源有机结合组成的。

具体而言,国际商法的主要内容如下。

(一) 商事组织法

为规范国际商事主体,各国无一例外地要求商事主体必须具备商法上的资格或能力,而商事主体的这种资格或能力又是由其住所地所属国的相关法律给予确认或规范,这类法律主要包括各国的企业法和公司法等。因此,规范国际商事主体的商事组织法在国际商法中占有重要地位。

(二) 商事交易法

国际商事主体进行交易活动,由此而产生的各种关系需要法律来调整。由于国际商事交易发生在“位于不同国家的商人之间”,因此,具有广泛性和普遍性特征的国际商事条约和国际商事惯例就成为国际商法的主要内容。同时,由于国际商事主体交易的习惯性或其他原因而一致采用某一国家国内法来调整其相互之间的交易,各国国内商事法也就成为了国际商法的内容之一。

(三) 国际商事仲裁法和国际商事诉讼法

调整在解决国际商事争议过程中发生的国际商事仲裁关系和涉外民商事诉讼关系的法律主要有国际商事仲裁法和国际商事诉讼法。一般来说,国际商事主体在国际商事活动中产生争议时,更愿意选择国际商事仲裁。因此,在国际商法中,国际商事仲裁法较国际商事诉讼法具有更为重要的地位。

第二节 国际商法的产生与发展

国际商法源远流长,其形成和发展伴随着国际商事交易的兴衰,经历了商人习惯法、商法国内化、商法一体化等阶段。

一、古代商法阶段

早期的国际商法渊源于古老的商事习惯。早在公元前 18 世纪,古巴伦王国的第六代国王汉穆拉比在位期间制定的《汉谟拉比法典》中就有关于买卖、租赁、借贷、寄存、雇工、建筑工程、运输的规定以及关于商人的规定。在古希腊,公元前 9 世纪腓尼基人编纂了《罗得海法》,汇集了地中海一带频繁的海上贸易所形成的海事习惯,被公认为世界上最早的海商法典。影响最大的还是罗马法,罗马法中的万民法是从罗马的外国人法中发展而来的,内容十分广泛,它大致相当于现在的国际公法、国际贸易法、海商法与国际商事仲裁法,虽然罗马法诸法合体,民商不分,但是这些法律规定,对近代欧洲商法,乃至整个世界的商法都产生了深远影响,为国际商法的形成奠定了基础。古代商法的主要特点为:在法律形式上以逐渐形成的商事惯例为主,在内容上主要是调整对集市的管理,并在一开始就表现出了较强的国际性。商法在产生之初既崇尚自由,又注重公平,从而为后世的发展确立了基本理念。

二、中世纪的商人法阶段

中世纪商法主要是指 11—16 世纪的欧洲,特别是地中海沿岸、亚德利亚海沿岸、波罗的海和北海沿岸,由于商业的复兴而在一些自治城邦中普遍发展起来的商人法。

10 世纪以后,在西欧,尤其是地中海沿岸、北海沿岸和波罗的海沿岸出现了定期集市,并逐渐成为职业商人从事商业贸易的固定市场;与此同时,海上贸易也以这三大海岸为中心发展起来。商人法在这样如火如荼的商业实践活动中逐渐产生并得以完善,近代西方商法的基本概念和制度才得以形成,商法在西方才第一次被人们看作是一种完整的、不断发展的体系,新出现的商法体系与教会法、王室法、采邑法、城市法相并列,彼此相互独立、相互作用、相互影响。总结这段时期商人法发展的特征,可归纳如下:(1)中世纪商人法建立在商人共同的实践和习惯基础之上,具有习惯法的本质特征。但是,商人法并非完全是不成文的习惯和惯例,体现在商事法规汇编、公证商业文件以及商事法院的裁决中。(2)它是一个商人们自我规范的不受国家立法和司法干预的习惯法体系,具有自治法的特性。(3)商人法上各种权利和义务规范在各个贸易集市上的适用更加普遍化和趋同化。(4)它是独立的法律体系,是商人自我发展起来的并自己执行的法律体系。(5)中世纪欧洲的商事活动常常超越国家界限,从而使当时的商法与海商法呈现出比较鲜明的国际性,并逐渐发展成各国商人通用的习惯法。这些商业习惯、商人行会自治规则和商人法庭判例相互影响、相互交融,逐渐成为“支配那些往返于商业交易所在文明世界的各港口、集市之间的国际商人团体普遍适用的一整套国际习惯法规则”,这就是中世纪商人习惯法。商人习惯法的出现,在人类历史上第一次确立了关于国际商事交易的一个独立的、自治的法律体系,标志着国际商法的初步确立。

三、商法国内化阶段

17 世纪以后,随着主权国家的出现,工商业文明的复兴与发展,商法逐渐被纳入各国国内立法范畴,由国家制定,由国家法院统一实施。与此同时,商法从商人习惯法走向近代成文法。在这种趋势下,无论是大陆法系国家,还是英美法系国家,都纷纷制定了自己的商事成文法。如 1807 年《法国商法典》、1900 年《德国商法典》、1890 年和 1899 年《日本商法典》、1893 年《英国货物买卖法》、1952 年《美国统一商法典》,等等。此外,各国还颁布了大量的单行商事法规。这一时期商法的主要特点是受国内不同的政治和社会环境的影响,商法的差异性明显增强,国际统一程度下降。在此基础上,特征相近的商法开始逐渐形成不同的法系,世界上出现了三大商法法系:法国商法法系、德国商法法系和英美商法法系。

法国商法法系是以法国商法为基础和蓝本而建立起来的各国商法的总称。它以法国商法为直接或间接的历史渊源,以商业行为主义为基本特征和立法基础,即凡商事行为,不论是否为商人所为,均受商法约束和调整,从而突破了中世纪以来商法只适用于商人的传统观念,将商人法扩展到商事行为法。法国商法由《法国商法典》和一系列的单行商事法规构成。法国建立统一国家后,分别于 1673 年和 1681 年颁布了《商事条例》和《海事条例》,拉开了商法国内化的序幕,对欧洲商法的发展产生了重要影响。1807 年,拿破仑在前述两个条例的基础上制定了《法国商法典》,开创了大陆法系国家民商分立体例的先河。此外,随着经济发展和实践需要,法国还颁布了大量的单行商事法规。由于《法国商法典》是世界上第一部商法典,贯彻了自由平等的先进观念,在整个 19 世纪,法国商法在大陆商法中处于领先地位,成为许多国家商事立法仿效的对象,比如荷兰、希腊、西班牙、土耳其、比利时、意大利、葡萄牙、埃及、巴西、智利、阿根廷等国的商法典,都是直接或间接仿效《法国商法典》制定的。

德国商法法系是以德国商法为基础和蓝本而建立起来的世界各国商法的总称。它以德国商法为核心,以商主体主义为基本特征和立法基础,即以商人中心,凡是商人所从事的行为,均受商法约束和调整。同一行为,如是商人所为,适用商法;如非商人所为,则适用民法或其他法律。德国商法由《德国商法典》和相关的商事单行法组成。《德国商法典》最初颁布于 1861 年,1897 年重新修订后颁布。1861 年商法典被称为“旧商法典”,基本上是以《法国商法典》为蓝本,采取商行为主义,而 1897 年颁布的“新商法典”摒弃了商行为主义的立场,而改采商主体主义。与此同时,为了弥补商法典的不足,德国还颁布了许多单行法规,如公司法、破产法和票据法等。《德国商法典》被认为是迄今为止世界上最先进、最完备的商法典,成为众多国家商事立法的范本,奥地利、瑞典、日本、挪威、丹麦以及清朝末年的中国等均直接或间接以德国商法为范本制定本国的商法典或商事单行法。

英美商法法系是以英美法系国家的商法为核心而形成的商法规则体系,其主要特点是商事习惯法、判例法和商事成文法并存,以普通法和衡平法判例为基础,成文法为补充。在内容上以商事买卖为核心,以各种具体商事行为作为调整对象,一般不对商事主体、商事行为等基本概念进行界定。英国是实行判例法的国家,没有法国和德国那样成文的商法典,传统上也没有明确的民法和商法的划分,法律渊源上以习惯法和判例法为主要形式。英国商法则是以一般的商事习惯和判例为基础,同时制定一系列的商事单行法规。美国法律承袭了英国法律的传统,采用习惯法和判例法,其商法也是以商事习惯和判例为基础,包括一些商事单行法。但与英国不同的是,美国是联邦制国家,各州均有立法权,导致各州的法律规



定差异较大,给商事交易带来诸多不便。为了解决这一问题,美国从 19 世纪末开始掀起了一场统一州立法运动,取得了很好的成效,其中最为突出的成果是制定了《美国统一商法典》,其对实践中的商事规则和惯例进行了归纳和体系梳理,较多地体现了英美法系的商事法律原则。但需注意的是,《美国统一商法典》只具有示范法的意义,且并未对商事交易作出全面的规定,仍有大量问题需依靠普通法解决。受英美商法影响的国家,如澳大利亚、新西兰、加拿大、新加坡、马来西亚等都属于英美商法法系。

四、商法一体化阶段

20 世纪以来,随着国际经济交往的增多,各国经济的联系和依赖程度也日益增强,这对商法的国际统一提出了客观要求。如果说商法的国际性是商法一体化的内在要求,那么商法的技术性,则使商法一体化成为可能。这种新的发展趋势使调整国际性商事关系的法律逐渐摆脱国内法的桎梏,而朝着国际法律协调、一致和统一的方向发展。正如施米托夫教授于 1957 年在赫尔辛基大学演讲时所指出的:“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自行完成;各地商法的总趋势是摆脱国内法的限制,朝着普遍性和国际性概念的国际贸易法的方向发展。”

从发轫至今,商法的一体化取得了令人瞩目的成就,不仅涌现出众多致力于商法的国际统一的机构和组织,如罗马国际统一私法协会、海牙国际私法会议、联合国国际贸易法委员会、国际法协会、国际商会、国际海事委员会等,还起草和通过了一批重要的国际公约和国际惯例,如《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国国际货物销售时效期限公约》、《国际商事合同通则》、《海牙规则》、《维斯比规则》、《汉堡规则》、《联合国国际货物多式联运公约》、《约克—安特卫普规则》、《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》、《日内瓦统一支票法公约》、《日内瓦统一汇票本票法公约》,等等。虽然取得如此巨大的成就,但商法的一体化进程远未结束。随着世界经济一体化和全球化程度的加深,商法的国际统一也将不断深入,一体化的国际商法正在形成。

第三节 国际商法的渊源

法的渊源是指法律产生的依据及其表现形式。国际商法的渊源是指国际商法产生的依据及其表现形式,主要有三个方面:国际商事条约、国际商事惯例和各国商事立法。

一、国际商事条约

国际条约简称条约,是指两个或两个以上的国际法主体之间依照国际法缔结的据以确立其相互权利和义务的书面协议。广义的条约包括不论以何种名称出现在国际法主体间达成的国际协议。1969 年《维也纳条约法公约》第 2 条第 1 款(甲)规定:“称‘条约’者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上之单独文书内,亦不论其特定名称如何。”作为国际商法渊源的国际商事条约,是国际法主体之间所缔结的有关国际商业和贸易的条约或公约,它是国际商法的主要渊源。已经生效的国际商事条约对缔约方具有普遍的约束力,此即“条约必须遵守”这一古老的国际法原则赋予国际商事条约的效力。我国《民法通则》第 142 条明确规定,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,应优先适用国际条约的规定。

依据不同的划分标准,国际商事条约可以分为不同的种类。根据国际商事条约的性质和作用的不同,可将其划分为两大类:一类是调整国际商事活动的实体法条约,这类条约直接规定当事人之间的权利义务关系,如《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国海上货物运输公约》、《国际汇票和本票公约》等;另一类为冲突法条约,这类条约不直接规定当事人之间的权利义务关系,而是仅指出确定当事人之间权利义务关系所应援引和适用的法律,如《国际货物销售合同适用法律公约》等,如果这些条约被各国批准或接受,各国将得以统一这些领域内的冲突规则。根据缔约方的数目,条约可分为双边条约和多边条约。双边条约是指两个缔约方之间缔结的条约,这类条约的数量最大、最为常见。商事性的双边条约主要有:通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税的协定等。多边条约是指三个以上缔约方缔结的条约,通常在国际会议上制定通过,往往被称为国际公约,其内容涉及国际社会的共同利益,故一般允许未参加会议的国家加入。

在国际商事领域,重要的国际公约如:(1)调整代理的国际公约,有1983年的《国际货物销售代理公约》;(2)调整国际货物买卖关系的条约,有1964年的《国际货物买卖统一法公约》和《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》、1974年的《联合国国际货物买卖时效期限公约》、1980年的《联合国国际货物销售合同公约》;(3)调整国际货物运输的国际条约,有1924年的《统一提单的若干法律规定的国际公约》(简称《海牙规则》)、1968年的《修改统一提单若干法律规定的国际公约议定书》(简称《维斯比规则》)、1978年的《联合国海上货物运输公约》(简称《汉堡规则》)、1961年的《国际铁路货物运输公约》、1951年的《国际铁路货物联运协定》、1999年的《统一国际航空运输某些规则的公约》(又称为《1999年蒙特利尔公约》)和1980年的《联合国国际货物多式联运公约》等;(4)调整国际票据关系的国际公约,有1930年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》和《关于解决汇票和本票的若干法律冲突的公约》、1931年的《关于统一支票法的日内瓦公约》和《关于解决支票的若干法律冲突的公约》以及1988年的《联合国国际汇票和国际本票公约》等;(5)调整产品责任的国际公约,有1977年的《产品责任法律适用公约》等;(6)关于保护知识产权的公约,有1883年的《保护工业产权巴黎公约》、1886年的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、1891年的《商标国际注册马德里协定》、1952年的《世界版权公约》和1995年的《与贸易有关的知识产权协定》等;(7)关于国际商事仲裁的公约,有1958年的《承认和执行外国仲裁裁决的公约》等。

二、国际商事惯例

国际商事惯例,是指在国际贸易长期实践中逐渐形成并被普遍接受和遵循的习惯性做法。这些习惯性做法大都由国际组织或某些国家的商业、学术团体加以规范成文,成为国际商事活动中当事人的行为准则。

国际商事惯例是在国际商事活动的长期实践中逐渐形成和发展起来的商事规则,在性质上,它不是国际条约或公约,也不是国家立法,所以一般不具有法律约束力。但是,某项具体的国际商事惯例规则,一旦被当事人选择适用,即对该当事人具有相当于法律的约束力,法院或仲裁机构可以据此裁决或强制执行。

目前在国际贸易中影响最大的贸易惯例是国际商会制定的2000年1月1日生效的《国际贸易术语解释通则》(Incoterms 2000)和2007年7月1日生效的《跟单信用证统一惯例》



(UCP600), 它们在上世界上已经得到绝大多数国家和地区的承认, 在国际商事实践中发挥着举足轻重的作用。我国对国际商事活动中的国际惯例历来给予高度重视, 并严格予以遵守。

三、各国的商事法

各国的国内法也是国际商事法律规范的重要渊源, 在国际商法中仍然占有重要地位。一方面, 国际条约、国际惯例的适用、效力皆来自于国内立法的规定; 另一方面, 国内法也直接调整国际贸易或商事关系, 如当事人的能力、合同的效力等, 基本上都由国内法规定, 而商事争端的解决也多适用国内法。而且, 当事人从事跨国经贸和商事活动, 也可能选择某国的国内法作为准则, 此时该商事关系的内容、当事人之间的权利义务等就由该国内法进行调整。作为国际商法重要渊源的各国的国内法, 其范围涵盖了实体法、程序法和冲突法。

需要指出的是, 各国的国内商事法具有不同的表现形式。西方国家的法律体系主要分为大陆法系和英美法系。

大陆法系国家的商事立法体系, 主要分为民商分立体系和民商合一体系两类。大多数大陆法系国家采取了民商分立的立法体系, 如德国、法国、日本、意大利、荷兰、丹麦、西班牙、葡萄牙、希腊、比利时、印度及埃及等。在这些国家, 商法是一个独立的法律部门, 与民法同属基本法, 在民法典之外, 制定了独立的商法典。商法在这些国家一般指以法典为中心, 辅以一些单行商事法的法律规范, 包括有关商人和商行为的一般规范以及有关公司、票据、保险、海商等具体规范; 只有少数国家和地区采取了民商合一的立法体系, 主要包括瑞士和我国的台湾地区。在这些国家和地区中, 商法的基本原则和制度被并入民法中, 商法被包含在民法典中, 成为民法典的一部分。

英美法系没有作为一个独立法律部门的民法或商法, 即没有大陆法系意义上的民法典或商法典, 也没有严格的民商界限, 也不像大陆法系民法中规定有债法的范畴, 属于这一范畴的内容, 一般都包括在作为英美法系法律制度基础的合同法和侵权法中, 而这两个法律部门几乎完全存在于由判例法发展起来的普通法中。随着资本主义的发展, 商事方面的判例不能满足实际需要, 于是就逐步制定并颁布了一些单行的成文的商事法律、法规。在英国主要有 1882 年的《票据法》、1890 年的《合伙法》、1893 年的《货物买卖法》、1905 年的《商标法》、1906 年的《海上保险法》、1907 年的《有限合伙法》、1909 年的《保险法》、1911 年的《版权法》、1914 年的《破产法》、1948 年的《公司法》等。而在美国, 各州的民商法主要依靠各州自己的判例法, 联邦则成立了统一各州法律的全国委员会, 起草了一些统一法, 推荐给各州选择使用, 各州可根据本州情况决定是否采用。该委员会与美国法学会先后制定了一些统一法, 如 1896 年的《统一流通证券法》、1906 年的《统一买卖法》、1909 年的《统一提单法》、1922 年的《统一信托人法》以及 1952 年的《统一商法典》。

中国自改革开放以来, 在商品经济获得了充分发展的同时, 商事立法也日趋活跃, 陆续制定了一系列的商事单行法, 如 1979 年的《中外合资经营企业法》, 1981 年的《经济合同法》, 1985 年的《涉外经济合同法》, 1986 年的《外资企业法》, 1987 年的《技术合同法》, 1988 年的《中外合作经营企业法》、《私营企业暂行条例》、《全民所有制工业企业法》、《企业法人登记管理条例》, 1990 年的《乡镇集体所有制企业条例》, 1991 年的《城镇集体所有制企业条例》等。

1992 年, 中共十四大确立了建立社会主义市场经济体制的改革目标, 我国商事立法进