

国际商法学术丛书

左海聪 主编

The Unification of International Commercial Contract Law  
*Grounds, Aims and Approaches*

# 国际商事 合同法统一化： 原理、目标和路径

吴思颖 · 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

The Unification of International Commercial Contract Law  
*Grounds, Aims and Approaches*

# 国际商事 合同法统一化：

原理、目标和路径



法律出版社  
LAW PRESS • CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商事合同法统一化:原理、目标和路径 / 吴思颖著. —北京:法律出版社, 2011. 7  
(国际商法学术丛书)  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2223 - 9

I. ①国… II. ①吴… III. ①国际商法—研究 IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 114539 号

国际商事合同法统一化:原理、目标和路径

吴思颖 著

责任编辑 刘文科 钱小红  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.625 字数 195 千

版本 2011 年 8 月第 1 版

印次 2011 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

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 陶 松

---

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 - 5118 - 2223 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 总 序

英国著名国际商法学者施米托夫曾经断言：“国际商法的出现和发展是 20 世纪最重要的法律发展之一。”<sup>①</sup>诚哉斯言。国际商法经过 20 世纪的百年发展，已经蔚为大观，初成体系。在经历两次世界大战浩劫之后，在 20 世纪的后 55 年和 21 世纪的第一个 10 年，人类见证了国际商务的空前繁荣，并因此获得莫大福祉。其间，国际商法在提供统一的法律保障和可预见性方面居功至伟。

以 20 世纪观之，国际商法“其兴起也忽焉”，但事实上，当代国际商法的起源可以上溯到中世纪欧洲的商人法。从 11 世纪到 15 世纪，发端于意大利沿海的中世纪商人法，逐渐扩张到整个地中海和欧洲，成为从事国际商业的商人的一种自治性、统一性和普遍性的习惯法，对欧洲商业的繁荣和欧洲文化的丰富起到了重要的作用。今天国际商业中广为采用的提单、保险单、票据、信用证、商业合伙和公司等商业工具

---

<sup>①</sup> [英]施米托夫著：《国际贸易法文选》，程家瑞编辑，赵秀文选译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 2 页。

和商事组织形式当时就已经存在。<sup>①</sup> 凭借这一习惯法体系,欧洲各地的商人通过共同的商业语言进行交流,通过自己的行商法院维护权利。尽管商人法后来被吸收到大陆法系的商法典和英美法系的普通法中,但商人法作为一种商人的世界语,作为一种自治的法律,一直存在于国际商业之中,从未消失或湮没,只是其光芒有所消减而已。而自 19 世纪后期开始直跨 20 世纪,这种商人习惯法再度兴起,发出耀眼的光芒。从国际商会对贸易术语、信用证和托收惯例的编纂,到国际统一私法协会对货物买卖、国际代理、国际保理、国际融资租赁和国际商事合同通则的发展和编纂,再到联合国国际贸易法委员会对货物买卖、海上货物运输、国际银行担保、电子商务、商事仲裁法律文件的制定,大量的国际统一商事惯例、条约、重述和示范法连缀出一个完整的法律体系,这就是新商人法,即我们所称的国际商法。现代国际商法不仅以国际商事惯例为基本渊源,也包含大量的由国家间相互谈判而缔结的国际商事条约。它的实施也不再只靠行业协会、商事仲裁,还依靠国家法院的审判以及对仲裁裁决、法院判决的强制执行。条约的出现、法院的作用,扩大了国际商法的调整范围,加强了国际商法的效力,使得它作为一个独立的法律体系的地位更为牢固,使得它与国家法和国家行为有了密切的联系,但自治性作为其本原性特质则继续得以保持。

正如施米托夫所指出的,国际商法制度的特点之一是它趋向于自治,即尽可能地规定出独立于各国国内法制的规则。<sup>②</sup> 因此,国际商法的自治性内在地要求国际商法独立于国内民商法,尽管它与国内民商法有着密切的联系。

---

① [美]伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,法律出版社 2008 年版,第 327 ~ 349 页。

② [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,程家瑞编辑,赵秀文选译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 217 页。

法律部门的产生必然要求对应的法律学科,国际商法也不例外。世界上最早对国际商法进行系统研究的当属英国的施米托夫教授,他在1948年就出版了《出口贸易:国际贸易的法律与实务》一书。从20世纪40年代到60年代,欧美一部分商法学者和国际法学者专注于国际商事条约和惯例的各种专题和综合研究,成为一个新的法学职业研究群体——国际商法学者,而他们所研究的国际商法也成了一门新的学科。在20世纪60年代,在法国、苏联和美国也出现了同样类型的教科书,如法国教授 Philippe Kahn 所著《国际商业买卖》(1961年),苏联学者 D. M. Genkin 的教材《苏联对外贸易和法律调整》(1961年),美国 W. S. Surrey 和 C. Shaw 合著的《国际商事交易法律指南》(1963年)。<sup>①</sup>可以认为,在20世纪60年代,西方国家就基本确立了国际商法学的独立法学部门地位。进入21世纪,在欧美国际商法教学和研究得到进一步发展。在英国,《施米托夫出口贸易:国际贸易的法律与实务》在2000年出了第10版。在欧洲大陆,Hans van Houtte 教授的《国际贸易法》于2002年出了第2版。在美国,圣地亚哥大学教授福尔索穆(R. H. Folsom)与其他三位教授一起合著的《国际商事交易》被美国120多所大学法学院采用为教材。<sup>②</sup>从20世纪50年代开始,在欧美出现了各种国际商法学说和流派,其中英国施米托夫的“现代商人法理论”和法国戈德曼的“商人自治法理论”产生于20世纪50年代,影响深远。在21世纪,德国法学家彼德·伯格(Peter Berger)和托伊布纳(G. Teubner)通过对商人习惯法的研究,“取得了一些新的符合二十一世纪情况的观点”。<sup>③</sup>总而言之,在西方,国际商法已经具有一千年的历史,既是其法

---

① [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,程家瑞编辑,赵秀文选译,中国大百科全书出版社1993年版,第30页。

② R. H. Folsom, M. W. Gordon, J. A. Spanogle, P. L. Fitzgerald, *International Business Transactions*, West Publishing Co., 2005, 8th edition, Preface.

③ 罗季奥诺夫·安德烈:“新商人习惯法初论”,载《中外法学》第19卷,第115页。

律体系中与国际法和国内法相独立的第三法律秩序,也是西方国际商业发达的根本保障。西方现代国际商法学于20世纪60年代成为独立的学科并得到了持续发展,保持着在世界范围的领先地位,也为西方人在国际商事立法和司法中的主导地位提供了智力和人才支持。

反观近现代中国,可兴叹者良多。从郑和下西洋到清初的“片帆不许下海”,从甲午的樯櫓灰飞烟灭到新中国建立之初的被迫闭关,中华民族或懵懂自得,或扼腕向洋,失去了成为海洋大国和贸易大国的诸多良机,国际商法的研究也无从附着。纵观当代中国,则欣慰有加。改革开放33年来,中国迅速崛起为世界海洋大国和贸易大国,涌现了一批世界级的工业企业、航运公司、保险公司和银行,中国企业迅速掌握了和自如运用着国际商法,中国政府全面参与了国际商法的制定和修改,中国法院和仲裁机构审裁了大量的国际商事纠纷,国际商法研究也全面开展。

改革开放以来中国的国际商法研究,至少有以下两个特点。第一,研究人员的研究理念差异颇大,没有形成一个共同的职业群体。一批学者在大国际私法的框架下研究国际统一实体法或现代商人法,其研究成为冲突法研究的附庸;另一批学者在广义国际经济法的范畴下研究国际商法,相关研究附庸于国际经济管制法的研究。第二,具体制度研究成果丰富,宏观和整体性研究成果相对缺乏。一方面,对货物买卖、海上运输、海上保险、信用证、国际保理、国际融资租赁、国际银行担保、国际借贷、国际证券、国际知识产权保护、国际投资、电子商务领域的具体制度的研究成果丰富;另一方面,基础理论研究一直匮乏,而整体性、宏观性、前瞻性研究也是寥若晨星。这种研究状况影响了中国国际商法学术的纵深积累,也制约着国际商法专门人才的培养。究其原因,国际商法学一直没有成为一个独立的法律学科是一个重要因素。不成立独立的学科,就无法构建出普遍接受的学科体系和理论元素,无

法大规模地培养具有现代国际商法理念和素养的专门人才,也势必影响国际商法研究对法律实务的理论指导和支持力度。

近年来,我国国际法学者特别是国际经济法学者对国际经济法的概念和国际商法的独立性进行了新的反思。关于国际经济法的概念,国内学者一直存在较大分歧。多数国际经济法教材持广义国际经济法的概念。近年来,也有不少学者对广义国际经济法的概念提出商榷意见。有学者提出应借鉴美国国际经济法教科书体系,确立国际经济的“公法”定位,适当分离国际商事交易法和国际经济规制法,打破传统国际经济法教科书模式,构建权威的“跨国经济公法”教科书体系。<sup>①</sup>有学者认为,国际经济法是所有国家之间协调经济关系和配置经济利益以及对国际经济交往行为进行宏观调控和管理的国内法和国际法规范的总称,按照这种理念需要重构国际经济法。<sup>②</sup>也有的学者从国际商法的独立性出发,主张建立独立的国际商法学或开设独立的国际商法课程。<sup>③</sup>笔者自1996年即主张国际法应该划分为国际公法、国际私法、国际经济法和国际商法四个部门,<sup>④</sup>近年来对这一观点作了一定的扩展和深化,<sup>⑤</sup>也出版了基于统一法理念的国际商法教材。<sup>⑥</sup>总的来说,无论国际商法是否成为独立的法律学科,将调整跨国商事关系的统一实体法

---

① 王彦志:“国际经济法教科书体系的反思和重构:一种‘跨国经济公法’的思路”,载《当代法学》2007年第1期。

② 何志鹏:《国际经济法的基本理论》,社会科学文献出版社2010年版,第25页。

③ 姜世波:“国际商法学科的独立性刍议”,载《山东大学学报》2004年第4期;王军、高建学:“关于国际经济法与国际商法的学科设置的思考”,载《山西大学学报》2004年第4期;刘萍、屈广清:“国际商法与国际经济法关系的法理学思考”,载《政法论丛》2005年第2期;宋阳、刘霖:“刍议跨国商法——一种新的国际商事规则体系探索”,载《河北师范大学学报》2009年第6期;王敏:“国际商法独立性刍议”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第12期;胡宏雁、孙冬鹤:“法学专业本科国际经济法课程设置探析”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第12期。

④ 这一观点体现在中国国际法学会1996年会论文《论国际法部门的划分》之中,该文后来发表在《中国国际私法和比较法年刊》1998年卷上。

⑤ 左海聪:“国际商法是一个独立的法律部门”,载《法商研究》2005年第2期;“国际经济法基本问题论纲”,载《法学评论》2009年第1期;“国际经济管制法的范围、体系和内容”,载《时代法学》2010年第6期。

⑥ 左海聪主编:《国际商法》,法律出版社2008年版。

视为相对独立的研究对象探讨其基本理论问题,辨析其内在发展规律,形成自身的学科体系和知识元素,可以成为我国国际法学者的努力方向,也是我们与国际学术界接轨的要求,更是中国成为世界主要商业大国的需求。

增进我国国际商法学的专业积累,促进我国国际商法学的繁荣发展,为中国政府和企业的国际商法实践提供理论支持,为全球化时代新的国际共同商业语言的形成贡献中华力量,是中国国际商法学者的使命,也是本丛书的期许。

真诚欢迎海内外的有识之士向本丛书赐稿。凡是秉持国际商事统一法理念的学术著作,无论是研究国际商事统一法的体系、渊源、特质、沿革、范畴、理念、精神、价值、方法和原则等理论问题,还是探讨具体的统一法制度,无论是结合既存的国际公约、惯例、重述或示范法讨论买卖、运输、保险、融资、知识产权等领域的统一法制度,还是从一般法律原则的视角辨明公司法、破产法、证券法的统一规则,均在本丛书的征稿范围之内。

最后,我想叙明本丛书的缘起并表达由衷的谢意。从1994年在武汉大学国际法研究所讲授和研究国际贸易法开始,本人逐渐认识到对国际货物买卖、运输、保险、支付、借贷、担保、融资租赁、知识产权保护等领域的统一实体法需要进行整体性的独立研究。2003年本人开始招收博士生时就将国际商法和国际经济法作为两个独立的研究方向。数年下来,计有吴思颖、孙占利、张海燕、向前、罗洁、朱雅妮、刘丽、郭德香八位博士生的论文选择了国际商法领域的论题,并且都成功撰写出了有一定创新性的博士学位论文。八篇论文中,有四篇是关于国际商法基础理论的研究,涵盖国际商事合同法统一化理论、国际商法的自治性、国际商法视角下的法律重述和国际商法一般法律原则等问题,另四篇则分别研究电子商务、遗传资源保护、CISG的解释、国际银行担保等

具体制度。上述论文中有的已经出版,将余下的几篇论文作为丛书出版成为本人和作者的共识,这是本丛书出版的最初动因。而法律出版社学术分社朱宁社长和刘文科编辑的远见卓识和大力支持使本套丛书出版成为可能。我的大学同窗及多年挚友、合康亿盛变频科技股份有限公司董事长刘锦成先生的慷慨资助则使得首批三部书的出版有了资金保障。在此,我要对各位作者的创新研究、法律出版社的出版筹划和刘锦成先生的古道热肠表示衷心的感谢!

是为序。

左海聪

2011年5月于南开大学西南村

## 序 言

本书是在我的博士学位论文《国际商事合同法统一化理论问题研究——以交易成本为视角》的基础上修改而成的。之所以选择这样一个题目,一是由于我在国际私法硕士研究生阶段已对合同法领域的统一实体法颇感兴趣,硕士学位论文题目也是从该领域中选取的;二是因攻读博士学位期间在导师左海聪教授的启迪下致力于国际商法基础理论研究,并发现法律统一化是该领域的一个关键核心问题。正是由于这些因素的促动,并在导师的鼓励下,我大胆选定了这么一个内容深广、富有挑战性的题目。在论文的写作、修改、答辩的过程中,导师一再强调不要刻意追求与老师的观点保持一致,要有忠于学术、独立思考的魄力,同时导师又帮助我对论文的观点体系加以反复思辨、推敲,使之在学理上尽可能周延、融通。导师的学术宽容和学术严谨精神都令我深深敬佩,也令我更加坚信,非以厚德无以治学!

论文的写作过程不能说轻松或顺利,主要是本论题国内可参考的既有论著不多,我必须大量收集和消

化外文资料。开始时非常艰涩缓滞,但随着阅读量增加,阅读的效率 and 乐趣也在提升。而且,通过下笔前的参详苦思,我理清了自己关于国际法、民商法乃至法经济学、法社会学许多基本问题的思路。因此,这次写作于我并不是一场消耗,而是一次修炼和补益。它让我明白,跋涉的过程与到达目的地同样重要。尽管如此,博士学位论文还是因匆忙草就而带有不少缺陷,从整体布局到细节语句,往往考虑未臻圆熟。在答辩后的时间里,我虽有心将其打磨完善,特别是希望紧承法律规范统一化问题之后,完成法律解释统一化问题的研究,使论文在逻辑上更为完整。然而参加工作后接踵而来的适应环境、娶妻成家、挂职锻炼等事务,使我奔波忙碌,难以集中时间精力达成这些心愿。最后虽杀青付印,仍深以为憾,未竟之题只好以待来日。

从事学术研究,除了必须勤奋专注,还必须具有天分。我尽管在论文写作中力求谨慎治学、细致省察,但终究囿于资质所限,文中武断片面、曲解僭妄、疏漏谬误之处在所难免。对此笔者负全部责任之余,还乞方家见谅,并望读者诸君不吝批评指教,以便笔者及时修正。

吴思颖

二〇一一年三月于珠海斗门

# 目 录

## 引 论 001

一、国际商事合同法统一化实践概览 001

二、本问题的国内外研究综述 004

三、本书写作思路与方法 008

## 第一章 国际商事合同法统一化的理论基础 010

第一节 国际商事合同法统一化的含义 010

一、法律统一化:从法哲学角度的反思与追问 011

二、商事合同法统一化的价值目标 016

三、国际商事合同法统一化的多层次含义 019

四、国际商事合同法统一化与相似概念的辨析 023

第二节 国际商事合同法统一化的规则形态:以

交易成本为视角 026

一、交易成本理论简述 026

二、交易成本视角下的合同法任意性规则 028

三、交易成本视角下的合同法律选择 031

四、交易成本视角下的合同法强制性规则 037

五、结论 042

第三节 国际商事合同法统一化的经济目标 043

- 一、国际商事合同法的规则竞争 043
- 二、国际商事合同法统一化的经济目标 050

## 第二章 国际商事合同法统一化的必要性和可行性 062

- 第一节 国际商事合同法统一化的必要性 062
  - 一、国际商事合同冲突法批判 062
  - 二、国际商事合同法统一化的利弊分析 075
- 第二节 国际商事合同法统一化的可行性 079
  - 一、社会经济基础:全球市民社会的形成 080
  - 二、冲突法工具准备:意思自治原则边界的扩张 091
  - 三、国际商事仲裁实践的基础性作用 094

## 第三章 国际商事合同法统一化的路径:总体考察 100

- 第一节 国际商事合同法统一化的可选路径 100
- 第二节 国际商事合同法统一化主要路径的比较 103
  - 一、国际公约 103
  - 二、示范法 116
  - 三、法律指南 117
  - 四、国际商事惯例的编纂 117
  - 五、法律重述 119

## 第四章 国际商事合同法统一化的实证路径:国际公约 123

- 第一节 国际公约作为国际商事合同法统一化路径的弊端 123
  - 一、国内政府缺乏参与谈判起草的动力 124
  - 二、国际公约草案生效困难 125
  - 三、国际公约缔约国数量有限 125

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 四、国际公约内容受制于制定程序                | 126 |
| 五、国际公约修改困难                     | 126 |
| 六、国际公约作为默认任意性规则的风险             | 128 |
| 七、国际公约在国内法院中的解释歧异              | 128 |
| 第二节 国际公约起草程序批判:以《国际货物买卖合同公约》为例 | 129 |
| 一、《国际货物买卖合同公约》的创制简史            | 130 |
| 二、《国际货物买卖合同公约》的起草程序            | 136 |
| 三、《国际货物买卖合同公约》的实体缺陷            | 157 |
| 四、结论                           | 167 |

## 第五章 国际商事合同法统一化的自治路径:现代商人法 169

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 第一节 现代商人法的理论探讨           | 170 |
| 一、存在论:商人法存在吗?            | 170 |
| 二、本体论:商人法是法吗?            | 174 |
| 三、系统论:商人法是一个完整、明确的法律体系吗? | 180 |
| 四、外延论:商人法有哪些组成部分?        | 182 |
| 第二节 国际商事惯例               | 190 |
| 一、实证法体系对国际商事惯例的纳入及其局限    | 190 |
| 二、不成文国际商事惯例和国际商事惯常做法的适用  | 196 |
| 第三节 现代商人法的渐进性编纂          | 208 |
| 一、渐进性编纂路径的特点             | 209 |
| 二、渐进性编纂路径对商人法学说的贡献       | 210 |

## 第六章 国际商事合同法统一化的重述路径:以《国际商事合同通则》为例 212

|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第一节 国际商事合同法通则统一化的需要 | 212 |
|---------------------|-----|

|                                |         |
|--------------------------------|---------|
| 第二节 《国际商事合同通则》的制定程序和内容特点       | 214     |
| 一、《国际商事合同通则》的制定机构和人员           | 214     |
| 二、《国际商事合同通则》的制定目标和方法           | 215     |
| 三、《国际商事合同通则》的实体内容特点            | 216     |
| 四、《国际商事合同通则》与国际商事合同法统一化的经济目标   | 218     |
| 第三节 《国际商事合同通则》作为合同准据法的实证适用     | 222     |
| 一、《国际商事合同通则》在国际商事仲裁中的适用        | 223     |
| 二、《国际商事合同通则》与《国际货物买卖合同公约》的适用关系 | 228     |
| 第四节 法律重述路径与渐进性编纂路径的比较          | 235     |
| 一、渐进性编纂路径的开放性和灵活性              | 235     |
| 二、法律重述路径的系统性和权威性               | 238     |
| 三、渐进性编纂路径与法律重述路径的关系            | 239     |
| <br>结语                         | <br>241 |
| <br>参考文献                       | <br>244 |
| <br>后记                         | <br>259 |

## 引 论

经济全球化推动下的国际贸易体制自由化进程,正为私人跨国商事交易提供一个日益宽松、开放的法律环境;交通运输和电子信息技术的革新,也在为私人跨国商事交易创造更为简便、快捷的物质方式。在这样的社会经济背景下,国际商事交易得到前所未有的迅速增长,<sup>①</sup>而发轫于20世纪30年代的国际商事合同法统一化运动,在多个国际组织的积极推动下,也从20世纪80年代开始呈现迅猛发展的态势。迄今的国际商事合同法统一化广泛涉及国际商事合同法的各个领域,形式丰富多样;主导统一化进程的各种国际机构继续发挥极大的热情和创造性,不断革新统一化的理论和实践。

### 一、国际商事合同法统一化实践概览

在国际货物买卖法方面,国际统一私法协会

---

<sup>①</sup> 自1947年开始,国际商业每一年的产值增长率均高于国际生产总值的同期增长率,在这个意义上说,国际贸易体系实际上已经全球化;同时,在地域范围的意义,国际商业也是国际经济中全球化程度最高的领域。Cited from Jarrod Wiener, *Globalisation and the Harmonisation of Law*, Cassell, London, 1999, p. 160.