

国际商法学术丛书

左海聪 主编

Restatement of Law in the Perspective
of International Commercial Law

国际商法视野中的 法律重述

朱雅妮·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商法视野中的法律重述 / 朱雅妮著. —北京:
法律出版社, 2011. 5

(国际商法学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2051 - 8

I. ①国… II. ①朱… 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 064391 号

国际商法视野中的法律重述

朱雅妮 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 9.5 字数 229 千

版本 2011 年 6 月第 1 版

印次 2011 年 6 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 - 2051 - 8

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。”^①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

^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 2 页。

和商事组织形式当时就已经存在。^① 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。^② 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)。^① 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。^② 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,德国法学家彼得·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”。^③ 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”,从甲午的樯橹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仲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“跨国经济法”教科书体系。^①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。^②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。^③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,^④近年来对这一观点作了一定的扩展和深化,^⑤也出版了基于统一法理念的国际商法教材。^⑥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曲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

前 言

一、问题的提出

几百年前,在商人们往来密切的地中海沿岸,由于贸易的兴盛,古代商人法出现,其载体主要是商人们自发形成的惯例。随着主权国家的诞生,商人法被国内法吸收,逐渐淡出了人们的视线。百余年后,当世界经历战争的洗礼后,古代商人法回归到了国际层面,成为了现代商人法,主要表现形式是公约和惯例。而今,距离现代商人法的形成又有了半个多世纪,滚滚向前的历史其实早已将现代商人法带入了更为进步的国际商法阶段。

当今的国际商法,在内容上更加丰富,在表现形式上日渐多样,从而体系性更强。20世纪90年代,国际统一私法协会编纂了一项法律文件,即《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)。随着《通则》日渐深入人心,它新颖的编纂形式引起了人们的好奇。为了形成国际商事合同领域的统一规范,《通则》放弃了公约的形式,转而采用法律重述。一系列问题便由此引发:国际商法本身已有诸多不同的形式渊源,它为什

么需要引入法律重述作为新的统一方式？这种引入与国际商法的发展状况有什么关系？法律重述自身能不能适应国际商法的演进？它在国际商法当中的载体是什么？法律重述在国际商法构建过程中的意义和价值又是什么？它能不能作为国际商法的一项新的形式渊源？

以上的一系列疑问，促使本书的形成。国际商法视野中的法律重述，就本质而言，是从国际商法的角度来看待法律重述，评价其是否能促进国际商法本身的发展，从而成为统一进程中的一种新渊源。

二、本书的思路

较之施米托夫教授及其同时代学者笔下的现代商人法，国际商法在经济全球化的进程中有了更为深入的发展，呈现出勃兴的态势。从实践角度来说，新经济形式下，各方利益博弈，国际商事领域涌现出许多新问题，需要新的解决方式，从而催生出新的法律规范与制度。全球电子商务法律的出台便是其中较为典型的例子。旧有的法律随着新的实践亦不断更新。例如，鹿特丹规则就试图用新的公约取代海商法律领域内过时的规则。从理论角度来说，不少学者从新的视角对国际商法进行解读，深化了人们对国际商法的认识。例如，关于现代商人法“自治性”问题，施米托夫教授会从合同自治性的角度理解，戈德曼教授则侧重于论述国际惯例的自我生成和国际商事团体的自我规制。全球化时代下，内部秩序和外部秩序、市民社会等理论成为解读国际商法的新视角。

实践和理论的发展证明了国际商法的兴盛，国际商法的逐步向前反过来又促使人们不断地尝试寻找新的方式令其在内容上更加科学，在结构上更有体系性。在国际商法的发展脉络中，谋求统一一直是其中的主线。因为，统一的法律能够减少国家间法律的冲突，减少或扫除国际间商人交往时的法律障碍，增强国际商事法律的可预测性，减少商

人们在跨国交易中的法律费用。曾经人们一度偏好于用国际商事惯例、国际商事公约等方式来达到统一的目的,但随着国际商事实践不断发展,既有的模式很快显示出自身的缺陷。例如,国际商事公约的拟制和生效都需要耗费相对长的时间,但某些国际商事领域亟须新的立法来指导商人们的行为,规范交易关系,解决法律纠纷。公约的形式显然不能适应类似情况。于是人们开始寻找能够促进国际商法统一的新的方式。

哲学领域当中,内容决定形式。国际商法领域的新实践、新规范同样需要与此相贴切的表现方式或者载体。在人们寻觅新形式的过程当中,法律重述逐渐走进了国际的视野。可以说,法律重述引入国际商法,是特定时空的产物,是一种情境化的选择。假如没有经济全球化下国际商法的蓬勃发展,没有私法统一运动的启示,它也许就只能停留在美国国内。恰恰是因为有此需要,它才得以为国际统一私法协会所借鉴。

当然,事物的发展和演变,除了外因的影响,更需要内因起作用。法律重述为国际商法所借鉴,除了国际商法统一化的外在需要,真正起决定作用的,还在于法律重述自身的品格,也就是它为什么能够与国际商法相契合的真正理由。法律重述是由民间团体拟制的没有法律效力,但具有相当权威性的法律文件。它是美国国内普通法改革的产物。美国普通法改革的目的是简化普通法,平衡法的确定性和灵活性。为了能让杂乱无章发展起来的美国判例法更具有体系,为了让法律在不确定的时候能够被人们识别,为了保持美国普通法自身的灵活性,法律重述者们从案例开始,抽取出其中的法律原则,指导法官们的判案和律师们的法律实践。为此,美国法学会由此成立,并且特意发明出以黑体条文为特征的法律重述的形式。法律重述与国际商法是比较契合的。一方面,法律重述具有统一的天然属性。因为美国是联邦制的国家,各

州和联邦层面都有各自的判例法、制定法,而由美国法学会这一机构去重述整个法律,在本质上有了统一的含义,这与国际商法统一化的发展脉络不谋而合。另一方面,国际商法是源自商事实践的法律,本身又随着国际商事实践的变化而不断更新,同时,国际商法要想实现体系化和可预测性的效果,又不能脱离法的确定性。在解决国际商法灵活性与确定性的问题上,法律重述也能提供处理方法。从各案例中抽取出原则,让普通法能够被认识,就是获得法的确定性;将案例配以评论、示例,以加强抽象的原则与灵活的实践相结合。法律重述还能不断地以新版本配合实践的发展,避免变居不动。此外,法律重述能为法官们自由选择而适用,本身也就是在维护判例法的灵活性。当然,法律重述在其他方面与国际商法的契合性也展现在后文当中。

从外因到内因的分析来看,法律重述成为国际商法某些规范的表现形式在理论上具有可行性。在实践当中,国际统一私法协会已经将两者的结合转化成为了现实的法律文件,那就是《国际商事合同通则》。从其出台的历史来看,采用法律重述的形式编纂《通则》是为了克服国际商法既有形式渊源的不足,尤其旨在克服公约的固有缺陷。《通则》是国际商事领域的一项重要法律文件,曾被人誉为“继《国际贸易术语解释通则》之后,国际贸易法领域内最重要的业绩”。^①随着《通则》影响力日渐扩大,人们对法律重述本身也产生了浓厚的兴趣。其实,波乃尔教授和古德教授等欧洲商法界的知名学者在编纂《通则》时,对它的法律重述性质都没有质疑。但是,在《通则》进入中国之初,国内学者对《通则》的性质尚存争议。观点未能达成一致的原因,可能是由于国内法的体系中没有法律重述的概念,人们对此感到陌生,而认识陌生事物

^① [意]米切尔·波乃尔:“国际商事合同通则与国际货物销售合同公约——是两者择一抑或二者互补”,梁慧星译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第13卷),法律出版社1999年版,第654页。

需要一个过程。因为国内学界对《通则》的性质存在争论,那么本文亦应该客观地反映这一现象,并且阐述自己对此问题的看法。文章将《通则》和美国法律重述进行多方面比较,目的在于正确地认识《通则》,以更好地适用《通则》,并加强对法律重述本身的理解。

《通则》作为法律重述在国际商法当中的载体,是一部真正的国际合同法重述。《通则》本身亦在谋求国际商事合同法律统一方面发挥着重要作用。它的成功从实践角度证明了法律重述的形式对于国际商法的意义和在促进其统一过程当中的价值。《通则》是如何通过重述法律的方式实现对国际商事合同法律的统一的呢?这很大程度上取决于法律重述中对法律原则的倚重。通过《通则》对各国诚信原则概念的整合和统一,人们可以洞见《通则》统一法律的方式与效果。

法律重述之于国际商法的价值,不会单单体现在《通则》之上,它应该有着更为深刻的意义。国际商法的体系是建立在各种性质不同的形式渊源相互作用、彼此补充的基础之上。每种形式渊源都有自己的特点,亦对统一发挥了不同的作用。其中,有传统的国际商事惯例、国际商事条约,亦有悄然勃兴的“软法”性质的示范法,等等。然而,这些表现方式都有其自身的不足。就国际商事惯例而言,它最能反映国际商事流转本身,亦是国际商法最古老和实质的渊源。但它的适用主要还是由当事人选择,或使其成为并入合同的条款,或成为国际商事仲裁的准据法,对国内立法和国内法院的影响相对较小。就国际商事条约而言,它可以说是国际商法领域内法律属性最强的法律文件,但基于条约本身的限制和国际商事灵动的特质,它所能带来的统一性值得人们反思。就示范法而言,其主要功能就是成为各国商事立法的范例,由各国政府自行决定采纳与否。与公约相比,它更具有弹性,更加顾及国家的主权意识,也更能跟上国际商事实践本身,甚至能预先设计相关法律的发展趋向。然而,示范法的法律效力最终源于国家的接受与重视,否

则,它的效果将大打折扣。就一般法律原则而言,它是否是国际商法的正式渊源争议颇多,但不可否认的是,一般法律原则之于国内法和国际公法都有着重要的平衡价值与补缺作用。国际商法要谋求更大的发展,就需要拓展它的统一途径,拓展它的形式渊源,使其自身更能符合国际商事实践的特征,符合国际商人们的需要,符合主权国家的选择。法律重述引入国际商法领域与国际商法统一方式悄然变化这一大的背景相吻合。法律重述内容的科学性,适用的多样性,影响的广泛性等决定了它成为学者们探索中的发现,成为了统一的新路径。

三、研究现状

国内鲜有直接将法律重述与国际商法二者进行结合并系统论述的著作和硕博士论文,相关的期刊文章亦十分少见,但分别论述该两者的作品相对丰富。本文当中涉及的基本知识点,在相关的著作和论文可以获悉,具体而言:

(一)关于对国际商法宏观体系的把握

左海聪教授曾指出,在国内,对国际商法宏观和整体研究成果十分匮乏,国际商法一直没有被作为一个独立或相对独立的研究领域对待。^①随着国际商法自身体系的完善和人们认识的加深,这种现象将会改变。在专著方面,有关国际商法基础理论的论著不算太多,它们或梳理了现代商人法的概念、内涵、渊源、历史变迁,对理解国际商法大有启发;^②或从与其他国际法部门的关联问题入手,讨论国际商法的独立性;^③或从商法史的角度涉及了国际商法和各国商法的演变。^④在教材

① 左海聪:“国际商法是独立的法律部门——兼谈国际商法学时独立的法学部门”,载《法商研究》2005年第2期。

② 郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版。

③ 沈四宝、王军、丁丁主编:《国际商法论文集》(2003~2005),对外经济贸易大学出版社2005年版。

④ 何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版。

方面,以《国际商法》或相关概念为题目的书籍数量日增,接近百余本,多由各知名高校和商事法领域有影响的学者编著。其中会涉及诸如国际商法基本原则、渊源的理论问题,但多以商事实例研究或各国际商法分支领域为主。在期刊论文方面,探讨国际商法理论问题的论文数量不少,它们有的集中讨论现代商人法的基本理论,有的讨论国际商法地位及体系的演变,有的讨论国际商法的独立性,有的讨论国际商法的渊源形态,有的讨论国际商法的精神,等等。^①

在国外,对国际商法基础理论进行研究的著作相对丰富,多见于法国、英国等欧盟成员国,美国亦不乏其例。影响最为广泛的还属施米托夫(Clive M Schmitthoff)教授的著作或论文集,包括《经济变化中的商法》,程家瑞主编的《国际贸易法文选》。另外还有:菲利普·德里(Filip De Ly)的《国际商法和现代商人法》;塔克曼·利昂(Trakman Leon E)的《现代商人法:商法的演进》;克劳斯·彼得·伯格(Klaus Peter Berger)的《现代商人法渐进性的编纂》;罗伊·古德(Roy Goode)的《新千年的商法》,等等。通过这些作品,人们可以了解关于新商人法和国际商法的历史演变、渊源、适用情况、法律性质,等等,这些作品是当今关于现代商人法和国际商法论著中不可多得的作品。

另外,对国际商法各形式渊源进行研究的博士、硕士论文和期刊论文数量近年来呈上升趋势。这些论文会在以某种渊源为主线的同时论及国际商法的理论问题,有的是以示范法这种渊源形态为主,有的是以

^① 徐国建:“现代商人法论”,载《中国社会科学》1993年第3期;黄进、胡永庆:“现代商人法论——历史、趋势”,载《比较法研究》1997年第2期;赵秀文:“论商人习惯法及其适用”,载《法学家》1999年6月;戚洪昌:“国际商法地位及体系的演变”,载《山东师范大学学报》(人文社会科学版)2003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;姜世波、吴庭刚:“商法的国际化”,载《大连海事大学学报》(社会科学版)2006年第2期;左海聪:“21世纪国际商法的发展趋势及我国的对策”,载陈安主编:《国际经济法论刊》(第12卷第1期),北京大学出版社2005年版;张薇薇:“中世纪商人法初探:其范畴、渊源与法律特征”,载《浙江社会科学》2007年第3期;向前、曾炎、张玉慧:“国际商法:起源、发展及其精神”,载《社会科学家》2009年第3期;宋阳、唐俊虎:“国际商法渊源新探”,载《商场现代化》2008年第1期。

国际商事惯例为主,有的研究公约,有的研究一般法律原则,等等,^①但是从国际商法角度研究法律重述的博士论文几乎没有。

上述中外著作和论文结合起来,对作者理解国际商法,把握国际商法的整体状态和发展趋势,认识国际商法的各种形式渊源提供了丰富素材。

(二)关于法律重述的分析与解构

国内学界几乎没有著作对法律重述这一类法律文件或称为法律表现形式作出系统的论述。但有相关的论文涉及某个部门法律重述的具体问题,例如,不少作者会讨论美国合同法重述的具体问题,^②一些学者正在着手翻译美国各法律重述。许传玺教授就在负责“美国法律重述汉译丛书”,^③另外还有作者也在从事重述的相关翻译和研究。^④从重述的中文译作当中,人们可以了解美国法学会 13 类法律重述的具体内容。涉及法律重述的概念、特质等中文作品更多地体现为译作类。在这些作品当中,法律重述只是作为一个知识点加以分析,并不是主要内容。^⑤

在作者看来,形成这种局面多半是因为法律重述是美国法律体系中的概念和制度,在中国法律系统内部不存在法律重述的形式,大多数人对此比较陌生。然而,作为了解美国法的一扇窗户,法律重述是相当

① 曾涛:“示范法比较研究——以公约为视角”,载《武大国际法评论》2004年第2卷。田夏莉、王馨:“国际惯例若干争议问题思考”,载《中国国际私法与比较法年刊》(第9卷),法律出版社2006年版。申建明:“关于国际法渊源的若干问题”,载《中国国际法年刊》1991年版;单文华的博士论文:“国际贸易惯例基本理论问题研究”;田晓云的博士论文:“论国际商事惯例及其适用”。

② 刘承彪:“美国合同法重述:徘徊于法典法与判例法之间”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第36卷),法律出版社2006年版。

③ 许传玺主编:《侵权法重述第三版:产品责任》,肖永平等译,法律出版社2006年版,丛书主编序。

④ 刘成伟译:“美国合同法第二次重述”(一),载梁慧星主编:《民商法论丛》(第31卷),法律出版社2004年版。

⑤ [美]本杰明·内森·卡多佐:《法律的生长》,刘培峰、刘骥军译,贵州人民出版社2003年版;[德]K.茨威格特、H.克茨著:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版;[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军译,中国政法大学出版社2007年版;[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版;罗斯科·庞德著:《法理学》(第3卷),廖德宇译,法律出版社2007年版。