

国际商法学术丛书

左海聪 主编

Research
on the Autonomy of New *Lex Mercatoria*

国际商法自治性研究

向前 · 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Research
on the Autonomy of New *Lex Mercatoria*

国际商法自治性研究

向前 · 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商法自治性研究 / 向前著. —北京: 法律出版社, 2011. 6

(国际商法学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2069 - 3

I. ①国… II. ①向… 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 068663 号

国际商法学术丛书

国际商法自治性研究

向前著

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 11.25 字数 261 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 - 2069 - 3

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之间的一种自治性、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

^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。

工具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,相关研究附丽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。^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

国际商法的发展史本身就是一个追求法律自治性的历史。从事国际商事活动的商人们对法律自治性的需求不仅激发了商人法在中世纪的产生,还激发了由传统商人法向现代商人法的历史转化过程,孕育了现代商人法的诞生,同时也注定了国际商法的品格及使命很大程度上就在于对法律自治性的追求。国际商法对法律自治性追求和实现的过程正是其产生、演变与发展过程的另一个角度的展示,对国际商法自治性这一本质特征的准确表述和深刻理解是我们把握国际商法的渊源流变和内在属性的一条必经之路。

——笔者按

目 录

引言 国际商法自治性研究解析:动因与价值 1

第一章 国际商法的基础理论 13

第一节 国际商业社会的现实与需要 13

一、国际商业社会的特质 14

二、国际商业社会的现实与需要 15

三、国际商法之精神 17

第二节 国际商法概念之界定 20

一、什么是法律? 20

二、国际商法的定义 27

三、国际商法的特征 35

第三节 国际商法的自治性 46

一、自治性的理论基础溯源 46

二、自治性含义之界定 52

第二章 自治性的历史考察 58

第一节 中世纪商人法时期(11~17世纪) 59

一、商业、城市文明的兴起与中世纪商人法的萌芽 60

二、14 世纪贸易形式的变革与商人法的初步形成	66
三、自治性在中世纪时期商人法发展中的重要作用	74
第二节 商人法被纳入国内法时期(18~19 世纪)	78
一、近代主权国家的产生与贸易的分化	79
二、“大革命”的爆发与商人法的“国内化”	81
三、商人法被纳入国内法后自治性的保留	87
第三节 现代商人法时期(19 世纪初~现代)	92
一、国际贸易的重新兴起与商法国际主义的复归	93
二、经济全球化的兴起与国际商法的勃兴	97
三、商人法在自治性指引下的国际性回归	101

第三章 自治性的学理分析 107

第一节 概论:国际商法诸家学说与双雄并峙	108
一、伦伯特的“国际共同法”理论	108
二、哥尔德斯坦的“独立的商业自治法”理论	109
三、卡恩的“社会性商人法”理论	109
四、基斯的“跨国商人法原则”理论	110
五、中国学者的有关观点	111
六、国际商法学说中的双雄并峙——施米托夫与戈德曼	112
第二节 施米托夫语境中的国际商法进路	
——“新商人法”理论	113
一、主要观点	114
二、在各国立法与实践中的反映	121
三、对“新商人法”理论的评述	122

第三节 戈德曼语境中的国际商法进路

——“自治商人法”理论 128

一、主要观点 128

二、在各国立法与实践中的反映 132

三、对“自治商人法”理论的评述 134

第四节 两种国际商法进路的比较与分析 139

一、施米托夫:现实主义精神与合理前瞻性的有力结合 139

二、戈德曼:国际主义精神与实践理性的集大成者 141

三、国际商法的“现实困境”与实现进路 143

第四章 自治性的实现进路 148

第一节 根本前提:意思自治原则 148

一、意思自治原则的内涵与历史发展 149

二、意思自治原则的经济学基础 156

三、意思自治原则与国际商事交易 158

四、小结:意思自治原则与国际商法的自治性 161

第二节 主要支柱:国际商事仲裁 162

一、国际商事仲裁的发展历程及特点 162

二、国际商事仲裁的“非内国化”趋势 168

三、国际商事仲裁与现代商人法 176

四、小结:国际商事仲裁与自治性的完美契合 182

第三节 组织保障:国际商事制法机构 185

一、政府间组织 185

二、非政府间组织 195

三、国际商事制法机构的特点 201

四、小结:国际商事制法机构与自治性的组织保障	204
第四节 技术保障:制法方式的突破与创新	204
一、国际标准合同(International Standard Contract)	205
二、法律重述(Restatement of Law)	217
三、示范法(Model Law)	226
四、“开普敦方法”(Cape Town Approach)	250
五、小结	259
第五节 进路层面:全球层面与区域层面并行	260
一、全球层面:协调、均衡、计划性明显	260
二、区域层面:深入、广泛、重点性突出	262
三、二者的关系	264
第六节 根本途径:缔造共同法律文化	266
一、法学教育	267
二、工程项目	268
三、判决资料汇编、著述	270
四、小结	271

第五章 自治性的障碍与前景 273

第一节 外在障碍	274
一、世界经济不平衡性	274
二、国家主权观念的长期存在	276
三、各国法律文化的差异性	277
第二节 内在障碍	279
一、当事人意思自治的限制	279
二、国际商事仲裁自治性的限制	283

三、国际商法对国内法的依赖 285

四、国际商法体系的不完善 288

第三节 前景展望 290

一、更强大的内在动力:国际商业社会的发展与壮大 290

二、更自由的发展空间:全球化下国家主权的合理让渡 292

三、更广阔的适用范围:立法自觉性、计划性的加强 293

四、更科学的技术保障:立法方式的创新、经验的增加 295

五、更有力的制度支持:对国际商事仲裁的普遍支持 296

六、更坚实的实现基础:两大法系的日益融合和趋同 299

结语:国际商法在自治性指引下的蓬勃发展 301

附录:本书论证逻辑图 304

参考文献 305

后 记 338

引言 国际商法自治性研究解析： 动因与价值

当今世界,随着经济全球化进程的不断加速和深化,各国之间的联系和交往日益频繁,跨国民商事关系正以一种前所未有的规模和数量不断地发生着。就商业活动的性质来看,“商业之活动非局部的活动,不受地方或区域之限制,而系不分畛域,超越国际界限之活动”。^①从根本上来说,商业活动本身固有的与生俱来的扩张性、同一性与世界性客观上要求有关调整商事关系的法律规范能够与之相适应,即“商业永远在努力于普遍规则之完全……其理想之目标,乃一种全世界普遍通行之法律”。^②

国际商事活动领域内,法律规则的不统一,不仅将增加国际商事往来的不确定性,使商人在交易中缺乏预见性和安全感,而且还会造成交易成本的大幅增高和效率的显著降低。因此,从事国际商事活动的商人们迫切地希望能像从事国内商业一样,在世界范围

^① [美]孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社2003年版,第334页。

^② 同上。