



新坐标国际贸易系列精品教材

国际商法

(第二版)

史学瀛 乔达等编著

International Business Law



清华大学出版社

新坐标国际贸易系列精品教材

国际商法

(第二版)

史学瀛 乔达 等 编著

International Business Law

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书从比较法的角度,分章节详细阐述了国际商法所涵括的基本理论和主要制度,介绍了合同法、国际货物买卖法、国际产品责任法、代理法、商事组织法、票据法、知识产权保护法、仲裁与涉外民事诉讼等内容。本书在注重基本知识、基础理论的同时,结合当前中国有关商事法律规则发展的具体情况,对现今国际商事活动中的法律理论与实践进行了全面系统的分析。在注重国际商法固有体系的前提下,力求与相关专业教学的实际需要相结合,本书除了可用于法学专业教学之外,对国际经济、国际贸易、市场营销等专业的学习也会有所裨益。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/史学瀛等编著.--2版.--北京:清华大学出版社,2011.5

(新坐标国际贸易系列精品教材)

ISBN 978-7-302-25251-1

I. ①国… II. ①史… III. ①国际商法—高等学校—教材 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 065526 号

责任编辑:刘志彬

责任校对:宋玉莲

责任印制:王秀菊

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印 张:22 字 数:453 千字

版 次:2011 年 5 月第 2 版 印 次:2011 年 5 月第 1 次印刷

印 数:1~5000

定 价:36.00 元

产品编号:040799-01

新坐标国际贸易系列精品教材

编 委 会

编 委 会 主 任

佟家栋

编委会副主任

刘重力 张伯伟

编 委 会 成 员

饶友玲	尚 明	史学瀛
汤秀莲	王琴华	王文先
徐 复	谢娟娟	苑 涛
于志达	张 兵	周 哲

再 版 说 明

本教材自 2006 年 8 月出版以来得到了广大读者的认可。但是,随着近年来国际商事法律的发展,特别是国内有关法律、法规的相继出台和修订,这本教材已经不能完全适应国际商法新的教学需要。这次再版,本书在原有体例不变的基础上,进行了如下修订:

一、对原有章节中文字和段落的明显纰漏之处进行了更正与补充。

二、根据近年来相关法律的发展,对教材中有关的中国商事立法和国际公约进行了增补。其中变动较大的章节有:第四章“国际产品责任法”,结合我国 2009 年出台的《侵权责任法》关于产品责任的规定,对原有相关部分进行了修正;第六章“商事组织法”,根据 2006 年修订的《合伙企业法》,修改了相关条文;第七章“票据法”中增加了《电子商业汇票业务管理办法》的有关内容,并在国际公约部分修正了《跟单信用证统一惯例》;第八章“知识产权保护法”的专利法部分,依照 2009 年出台的《专利法》进行了修改补充;第九章“仲裁与涉外民事诉讼”,新增《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则》、《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》和《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》的内容,并根据 2007 年修订的《民事诉讼法》对篇章结构进行了部分调整。

三、重新梳理了教材中部分章节的顺序,将原第八章“仲裁与涉外民事诉讼”与第九章“知识产权保护法”的位置进行了调整,使之更为条理化。

本书属于合作作品。参加编写和再版修订工作的有:史学瀛、乔达、齐炜、薛东超和戴楠。

由于作者水平有限,有关修改内容如有错误与不当之处,恳请专家和读者批评指正。

第 1 版 前 言

在我国改革开放之初,原对外贸易部下属的外贸院校开设了国际商法并作为国际贸易专业学生的必修课程。由于这门课程有很强的实用性,它不仅受到在校学生的欢迎,同时也得到从事国际商事活动人士的普遍关注和肯定。时至今日,经济全球化正在改变着并必将彻底改变人们对资源、市场、竞争的传统看法,并对国际商事立法产生了重大影响,国际商法从内容到形式已经发生了重大的变化:跨国公司的影响与日俱增;电子商务和网上交易正在改变传统的合同法、货物买卖法、代理法和票据法等;美国联邦法院已有大量判例涉及电子商务方面的商标法、专利法和著作权法,其中一些立法已经确定了重要的规则和方法;传统的产品责任法只包括产品的生产和销售,随着人们环保意识的增强,西方发达国家已经把产品的回收列入立法议程之中;与此同时,中国为了适应 WTO 的规则,其法律体系也发生了深刻的变革,知识产权法、公司法、证券法等一系列商事法律、法规发生了重大变化。所有这些都大大丰富了国际商法的内容。学习 WTO 的有关文件和规则是重要的,但要系统、全面地了解国际商务的知识及运作技巧,国际商法课程可能是一个更重要的基础。我们必须不断跟踪研究相关内容,以便赶上国际商法新的发展和变化。

国际商法作为一门学科的存在,其学科体系尚不成熟。它能否成为一门独立的学科,以及与相关法律学科的关系等问题,在理论上并无系统的阐述和一致的看法,以至于在一些院校的法律专业中,国际商法的部分内容多被国际经济法或国际贸易法所取代。在国际商法的教学过程中,学生们也经常向老师提出上述问题。我们认为,学科的划分应遵循其内在的规律和科学的原则,但不可否认的是,在实际划分学科的时候,又存在很大的人为因素。无论是国际商法,还是国际经济法、国际贸易法以及国际私法,都可以从不同的角度去研究国际商事活动中存在的法律问题,这里不存在谁吃掉谁的问题。与其花费大量的时间和精力去争夺某一学科的领地,不如踏踏实实地去研究一些实际问题。国际商法是否能成为一门独立的学科并不重要,重要的是在日益丰富的国际商事活动中有大量复杂的法律问题亟待人们去研究和解决。正是基于这一点,本书在编写过程中,并不刻意追求学科体系的周延性和逻辑性,而更侧重于对国际商事活动中具体问题的研究。

作为专业法律课程,国际商法的教学目的是学习和掌握与国际商法有关的基本知识,即基本的法律规定或条文。因此,本书的主要任务是运用比较法,介绍西方的两个法律体系——大陆法系与英美法系,介绍两个法律体系有关商事方面的法律规定,以及有关国际经济贸易的国际公约与贸易惯例。学习与借鉴外国法律,是为了补充与完善中国的法律体系,尽快与国际法律、法规接轨,以利于改革开放与经济发展。

本书的宗旨是通过对国际商法所涉及的主要内容作基本的论述,使读者了解国际商

法的基本概念与基本法律规定,为今后作进一步研究打好基础。本书除了作为法学专业教学用途之外,亦能满足国际经济、国际贸易、市场营销等专业对新教材的需求。因为学习国际经济贸易专业或有关的知识,不仅要懂得国际经济贸易的基本理论,熟悉中国对外经济贸易的方针、政策与进出口业务,而且也需要了解有关国际商法的基本知识,以便适应中国在加入 WTO 后的法律“游戏规则”,更自觉地运用法律武器维护自身的利益。

关于本书内容的安排,在考虑国际商法本身固有体系的前提下,更注重国内高校教学的需求,注重基本知识、基本原理的传授,并且尽可能地避免与国际经济与贸易专业其他课程的内容相重叠。

由于作者水平有限,恳请专家、学者和读者指正。

目 录

第一章 导论	1
第一节 国际商法的历史沿革	1
第二节 国际商法的渊源及其与相关法律学科的关系	4
第三节 西方两大法系中的民商法	9
第四节 我国法律体系中的民商法	17
本章思考题	22
第二章 合同法	23
第一节 概述	23
第二节 合同的订立	27
第三节 合同的内容与形式	34
第四节 合同的效力	37
第五节 合同的履行与违约救济	44
第六节 合同的让与	52
第七节 合同的消灭	54
本章思考题	58
第三章 国际货物买卖法	59
第一节 概述	59
第二节 国际货物买卖合同的成立	66
第三节 买卖双方的义务	72
第四节 货物所有权与风险的转移	81
第五节 国际货物买卖合同的违约与救济	87
第六节 国际电子商务合同	98
本章思考题	105
第四章 国际产品责任法	106
第一节 产品责任法概述	106
第二节 主要国家的产品责任立法	112
第三节 关于产品责任的国际公约	123
本章思考题	129

国际商法 (第2版)

第五章 代理法	130
第一节 代理法概述	130
第二节 代理权的产生与代理关系的终止	133
第三节 代理的法律关系	140
第四节 承担特别责任的代理人	146
第五节 《国际货物销售代理公约》	149
第六节 中国的外贸代理制度	153
本章思考题	155
第六章 商事组织法	156
第一节 商事组织概述	156
第二节 个人独资企业法与合伙企业法	157
第三节 公司法概述	166
第四节 公司的设立	173
第五节 公司的组织机构	182
第六节 公司的资金	190
第七节 公司的合并、分立、解散和清算	202
第八节 中国的外商投资企业法	208
本章思考题	215
第七章 票据法	216
第一节 票据法概述	216
第二节 汇票	222
第三节 本票与支票	241
第四节 与票据有关的国际公约	244
本章思考题	252
第八章 知识产权保护法	253
第一节 知识产权法概述	253
第二节 专利法	256
第三节 商标法	274
第四节 著作权法	287
第五节 知识产权的国际保护	295
第六节 中国的知识产权法律保护制度	304
本章思考题	312

第九章 仲裁与涉外民事诉讼	313
第一节 仲裁概述	313
第二节 仲裁协议	316
第三节 国际常设仲裁机构及其规则	320
第四节 对仲裁裁决的承认与执行	333
第五节 涉外民事诉讼	335
本章思考题	340
参考文献	341

第一章 导 论

本章学习重点

1. 国际商法的历史沿革
2. 国际商法的渊源及与相关法律学科的关系
3. 西方两大法系中的民商法
4. 我国法律体系中的民商法

本章重要概念

商法 国际商法 国际条约 国际惯例 英美法系 大陆法系

国际商法作为一门学科,我们是从两个角度进行研究的:一是当今世界主要国家的民商法;二是调整国际商事交易和商事组织的国际公约和国际惯例。但是,从严格意义上而言,国际商法作为一门正在形成和发展的法律学科,其真正的内涵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。

第一节 国际商法的历史沿革

商法,顾名思义,就是有关商人和商事活动的法律。现代大多数民商法学者通常认为,近代商法形成于欧洲中世纪。商法的最初形式是商人习惯法。它的形成有着特定的社会根源。公元 11 世纪后,东西方贸易的发展促进了地中海海上贸易的发达和地中海沿岸一些新兴城市的繁荣,其中被称为“通往东方门户”的威尼斯、热那亚、佛罗伦萨的商业地位尤为突出。其后的几百年间,这种高度集中的口岸贸易和海上贸易又相继扩展到欧洲大西洋沿岸、波罗的海沿岸和北海沿岸的一系列开放城市。

然而,当时欧洲大陆仍处于以农业为主的封建时期,封建法制与新兴经济地区的经济发展和法律要求之间存在着尖锐的冲突。在这种背景之下,自 11 世纪起在意大利的佛罗伦萨和佛兰德诸港率先出现了旨在保护商人自身利益的行会组织——商人基尔特。后来,这种商人组织迅速在意大利、西班牙、英格兰、荷兰的许多城市中出现。商人行会组织形成的最初意义在于通过行业自治和习惯规则协调商人之间的关系,反抗封建法制的束缚,处理商人之间的纠纷。这种行会组织随着其实力和权力的加强,逐渐担负起认可和接

国际商法（第2版）

纳商人,制定和编纂规约或习惯规则,组织商事法庭和行使商事裁判权等多种职能。从11世纪至14世纪的几百年间,正是在商人行会规约、商人惯例和商事判例的基础上才逐步因袭沿用、形成了较为系统的商人习惯法,其中许多习惯法规则被商人行会或商人编辑成书。这种商人习惯法与封建法律比较有如下特点:(1)它具有国际性,普遍适用于各国从事商事交易的商人。(2)由商人自己组织的法院,特别是行商法院(Piepowder)处理商事案件。这种行商法院的陪审团由本地商人和外地商人各半组成,行商法院的诉讼程序不拘泥于形式,按照公平合理的原则审理案件,结案速度很快。当时有一个形象的比喻,行商法院审案的速度就像“把商人脚上的灰尘去掉”一样。这些行商法院无疑是统一的,具有现代社会的调解和仲裁性质,而不是严格意义上的法院。(3)公证人参与商事活动。自1236年起,位于法国香槟地区的集市合同必须采取公证的形式。13世纪中叶,公证合同已在意大利普遍出现。据记载,马赛的一个公证员仅在1245年这一年就办理了上千件商事单证的公证,有一个公证员在一天内就起草了近60件公证文书,其中很多公证合同就是我们今天所说的标准合同,如租船合同等。由公证人的这些活动可以看出当时商人习惯法的普遍性。

16世纪以后,随着资本主义商品经济关系的萌芽和欧洲中央集权国家的强大,欧洲各国都采用各种方式把商法纳入本国的国内法,使之成为国内法的一部分,从而使商法失去了它原有的国际性。在这一过程中,德、法两国率先开始了本国的法律统一运动。1673年法国国王路易十四颁布了法国《商事条例》,该法典共12章,112条,其内容包括商人、票据、破产、商事裁判、管辖等,该法在适用性上实际上仍是商人习惯法的补充,并且其司法职能由商人担任法官的商事法院行使。1681年法国又颁布了《海事条例》,其内容包括海上裁判所、海员及船员、海事契约、港口警察、海上渔猎五篇,类似于后来的海商法。与法国相类似,德国从18世纪起即以商人习惯法为依据,开始制定商事成文法,例如,1727年的《普鲁士海商法》、1751年的《普鲁士票据法》、1776年的《普鲁士保险法》等。这些欧洲早期的商事立法虽然其实质不过是封建国家以王权名义对商人习惯法和商人利益的确认,但在当时的历史条件下是具有社会进步意义的,它们对于现代商法形成所起的作用是毋庸置疑的。

19世纪以后,随着欧洲资产阶级革命的成功,社会关系发生了根本变革。欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动。由此,商法开始在大多数大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现。

1807年,法国以路易十四1673年颁布的《商事条例》为蓝本,制定了新的商法典,共由四编(其中第三编于1838年颁布)组成。第一编关于商业事务,规定了商人的法律地位。指出商人是以经营商业为自己日常职业者;不问男女,凡年满18岁、不受亲权及禁治产等限制者,可以经营商业。该编还对合伙公司、股份公司等经营方式的原则、法律地位以及交易所、经纪人和汇兑、票据等作了规定。第二编关于海上贸易,法典规定船舶为

动产,所有人有权将其抵押、买卖,但必须依法纳税。船长指挥全船,向船主负责,但船舶本身或装载的货物因不可抗力造成损失时,船长不负责任。此外,对于船员等的雇用、海上保险等规则作了规定。第三编关于破产,商法详尽地规定了财产分散、通常的破产和欺诈破产等应负的责任,体现了严格维护债权人利益的原则。第四编对商事法院及其诉讼程序作了规定。商事法院审理的案件是:契约及交易案件,股东间发生的诉讼案件,公民商业行为的诉讼案件以及有关的破产案件。由于历史条件的局限,虽然《法国商法典》在内容和体系方面均有不完善之处,但其对现代商法的形成具有重要的开拓性意义,尤其是它所首创的民商分立体例对于大陆法各国后来的民商立法产生了重大影响。继法国之后,大多数欧洲大陆国家采用了商法独立的立法形式,例如,1817年的《卢森堡商法典》、1829年的《西班牙商法典》、1833年的《葡萄牙商法典》、1838年的《荷兰商法典》、1850年的《比利时商法典》、1835年的《希腊商法典》、1865年和1883年的《意大利商法典》,以及1900年的《德国商法典》等。在上述国家的商事立法当中,除《法国商法典》首创商法独立体系以外,《德国商法典》对世界各国商事立法均产生了巨大的影响。

《德国商法典》于1900年1月1日与民法典同时实施。商法典是只包括调整有关商业关系和仅适用于商人的特殊法规,凡在商法典中未规定的,一律适用民法典。商法典共905条,分为四篇,第一篇“商从业者”,规定商人身份、商业注册、商号、商业账簿、业务代理人及商事代理人、店员及经纪人等。德国的旧商法系采用1807年法国商法典的精神,只承认实质上以从事商业行为为业者为商人,新商法则不限于此,而是按照商业的方法作为认定商人的依据。第二篇专门规定商业公司,尤其是股份公司。法典规定商业公司有:合名公司、合资公司、股份公司和股份合资公司四种。这些规定,说明19世纪晚期从事商业流通主要活动的已非单个商人,而是以资本的聚集为基础的各种公司了。第三篇是关于商业契约的法规,除对这些契约作了一般规定之外,还对商品买卖、批发营业、委托契约、仓库营业、商品发送和转运等作了详细规定。第四篇是海商及商业航海有关的专用法规。除商法典外,德国当时也适用商业惯例以补充商法典之不足,灵活而适时地满足了垄断资本集团的要求。

法、德两国的国内商事立法在资本主义初期对规范商人及其商事活动,促进资本主义发展以及对世界其他国家的商事立法产生了积极而重要的影响。

与此同时,中世纪的商人习惯法也逐步渗透到普通法系的英国。与大陆法国家不同的是,将普遍采纳的商业惯例纳入普通法的惯例当中去,在重视程序法的英国是非常困难的。尽管如此,早在15世纪初,英国法律中就已渗透了大量的商人法内容。此后的几百年间,英国不仅建立了仅适用于商人的商业登记制度、公司制度、商业账簿制度、商人信用制度、商业信贷和利息制度、商业买卖和代理制度等,而且还逐步发展起近代的商人习惯法、商人法庭、海事法庭、商事仲裁等独特的制度,它们多被纳入衡平法范畴。到了18世纪,以曼斯菲尔(Manfield)大法官为首的一批法学家,制定了一系列符合需要的、公正

和现代化的实体商法,同时还将商人习惯法与普通法的各项原则协调一致,既反映了商业界的要求,同时也体现了旧法的原则。

20 世纪以来,特别是第二次世界大战以后,由于各国国力的增强,各国之间的经济联系日益密切,经济生活越来越国际化。一方面,国际贸易的发展,要求在客观上为其提供一个良好的、共同的法律环境,商法国际化的回归也就成为必然。不论是市场经济国家之间,还是市场经济国家与计划经济国家之间,商法的国际性和普遍性成为它们的共同要求。另一方面,各国在长期的经济贸易交往中已逐渐形成了一些被普遍接受的贸易惯例和习惯做法,各国的贸易做法日趋接近。例如,各国企业在国际贸易中都普遍采用 FOB 或 CIF 条件订立合同,而一旦它们采用了这类贸易术语,则各国对买卖双方交货中关于风险费用和责任划分的解释基本上都是相同的。这种情况也为形成统一的国际商法提供了可能。

此外,联合国国际贸易法委员会和其他一些专门机构,以及国际统一私法协会、国际商会、国际法协会等,都在积极从事研究和制定统一的国际商法的工作,并已取得了很大成就,如《1990 年国际贸易术语解释通则》、1980 年通过的《联合国国际货物销售合同公约》以及 1994 年的《国际统一私法协会国际商事合同通则》等都是上述机构富有成效的工作成果,它们为国际商法的统一作出了积极的贡献。

总之,从国际商法的历史沿革中,我们发现了国际商法从国际法到国内法又到国际法的发展过程,它的产生和发展不是基于法学家的传播,而是一定社会物质条件的客观要求,不论人们对其存在与否、是否成为一个独立的法律学科存在多大分歧,它都是客观存在的。一个新的、独立的国际商法正在形成之中。

第二节 国际商法的渊源及其与相关法律学科的关系

一、国际商法的渊源

法律渊源是指法律的表现形式。国际商法的渊源有两个:一是国际条约;二是国际贸易惯例。

(一) 国际条约

国际条约是国家间关于权利义务的协议文件的总称,是国家间为调整政治、经济、军事、文化等关系而采用的最常见的法律文体形式。国际条约的种类很多,除了用条约命名的以外,还有公约、协定、宪章、议定书等。这些不同的名称,在应用习惯上各有不同,但在法律意义上并无严格的区别,都是国家或政府间签订的关于相互权利义务的书面协议。

如上所述,第二次世界大战以后,特别是 20 世纪 60 年代以后,商法又恢复它的国际

性和统一性,其中,有关商事方面的国际条约和公约对各国商事活动规则的统一发挥了极其重要的作用,是国际商法的重要渊源。例如,联合国于1966年成立的以逐步协调和统一国际贸易法律为宗旨的专门机构——国际贸易法委员会,至今已制定了若干重要公约和规则,主要有:1974年签署的《国际货物买卖时效公约》、1978年签署的《联合国海上运输公约》(汉堡规则)、1980年签署的《联合国国际货物销售合同公约》、1976年签署的《国际贸易法律委员会仲裁规则》等,这些公约和规则在国际商事活动中已产生重大影响。此外,联合国贸易和发展会议在商法的国际化方面也做了大量的工作,它受联合国委托,于1978年草拟了《关于国际技术转让行动守则》,1980年,联合国贸易和发展会议的84个成员国一致通过了《联合国国际货物多式联运公约》。在代理法方面,1983年2月15日,由49个国家代表参加的外交会议通过了由国际统一私法协会组织起草的《国际货物销售代理公约》。

上述公约和规则是属于实体法方面的规范,除此之外,还有一种属于冲突法规则的国际条约,如《国际货物买卖合同适用法律公约》、《产品责任适用法律公约》等。无论是实体法还是冲突法方面的国际条约,对于商法的国际化都将起到越来越重要的作用。

(二) 国际贸易惯例

国际贸易惯例也是国际商法的重要渊源。国际贸易惯例是在国际贸易的长期实践中逐步形成的一些国际间通用的习惯做法和规则。在国际上,关于贸易惯例并没有一个统一的定义,在大多数情况下只是提及。例如,《联合国国际货物销售合同公约》和我国的《合同法》在涉及贸易惯例时,只是规定惯例适用的情况和约束力,并没有定义其含义。但是也有少数国家给予贸易惯例以概括性的定义。例如,《美国统一商法典》中规定:“一项贸易惯例是在某一地方,某一行业或贸易中所惯常奉行的某种做法或方法,并以之判定发生争议的交易中应予奉行的所期望的行为模式。”在英国法中,贸易惯例被简单而准确地定义为:“从事商业活动在某一行业经营的人们所接受的做生意的方法或行为模式。”英国著名的国际贸易法专家施米托夫教授为贸易惯例下的定义是:“贸易惯例是某种商业方法或行为方式,为某个特定的商业行业所惯常奉行,以至于被那些从事该商业行业的人们认为是有拘束力的。”

国际贸易惯例一旦明示或默示地适用于商事活动中某一行业的商人,对他们就产生相当于法律的效力。但是,国际贸易惯例不是法律,它与法律、当事人订立的合同既有区别又有联系。在研究国际贸易惯例时,弄清它们之间的关系是非常必要的。

关于国际贸易惯例与法律的关系可以从两方面来理解。首先,国际贸易惯例不是法律。国际贸易惯例的产生与发展不是国家意志发生作用的结果,而是人们在长期的贸易实践中逐步形成的。当法律将某项贸易惯例吸收为制定法或国际条约时,就制定法律或参加该国际条约的国家而言,该项贸易惯例已因其转化为法律或国际条约而不复存在。但是,对于不是该法律或国际条约的制定者的其他国家而言,此项贸易惯例仍旧是客观存

在的事实,但却不是法律,因此,国际贸易惯例并不具有当然的法律约束力。其次,国际贸易惯例的法律效力依赖于法律的规定。国际贸易惯例虽然不能直接产生法律效力,但在一定条件下通过法律的确认可以产生法律效力。例如,在与一国的法律不相抵触和不违背社会公共秩序的前提下,国家法律以明示或默示的方式承认惯例具有法律效力。

在国际商事活动中,贸易惯例与合同条款之间具有十分密切的关系。一般来说,除非在合同中明确排除适用某一贸易惯例,国际贸易惯例可以明示或默示地约束合同当事人。例如,《联合国国际货物销售合同公约》规定:

(1) 双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有约束力。

(2) 除非另有协议,双方当事人应视为默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知道或理应知道的惯例,而这种惯例,在国际贸易上,已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。

目前,在国际商事活动中影响最大的贸易惯例是国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》(简称《INCOTERMS》),国际商法 1936 年制定,现行版本为 2000 年文本。《跟单信用证统一惯例》,国际商会 1930 年制定,现行文本为 2007 年修订。这些惯例在世界上已经得到绝大多数国家和地区的承认与采用。此外,还有国际法协会于 1932 年制定的《华沙—牛津规则》(*Warsaw-Oxford Rules*),美国 1941 年修订的《国际贸易定义》,在某些国家和地区也有一定的影响。

由于国际商法正处于形成和发展阶段,各国的民商法无疑是国际商法的重要补充,因为在某些没有国际统一商事法的领域,国际商事纠纷尚需借助国际私法的冲突规范来处理,必然会涉及某些国家的国内法。因此,虽然各国民商法不是国际商法的渊源,但是,在学习和研究国际商法这门学科时,除了掌握国际商法的渊源以外,还应了解有关国家民商法的一些规定。

二、国际商法与相关法律学科的关系

(一) 国际商法的调整对象

法律调整的对象是划分法律部门的首要标准。为了说明国际商法与相关法律学科的关系,应首先研究国际商法的调整对象。

1961 年,英国著名的国际贸易法专家施米托夫教授发表了《国际商法——新的商人习惯法》一文,提出了国际商法这一概念,并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,其中还包括国际结算、运输和保险中的法律问题。(2) 国际公司法,国际公司是指根据一国法律设立但又在其他国家具有商业利益的公司。这种商业利益表现在,在其他国家设立子公司,或在联合公司中占有股份,或参加联合管理,或者采取其他形式。

从施米托夫教授对国际商法内容的描述中我们看到,国际商法调整的对象是传统的国际商事交易关系和跨国公司行为关系。

在我国,1982年,对外经济贸易大学沈达明、冯大同教授出版了《国际商法》一书,在该书的新编本中,他们认为国际商法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。

本书认为,随着世界经济日益国际化尤其是国际贸易的迅猛发展,无论是商事关系还是商主体较之传统商法都已发生了深刻的变化。商事关系和商主体关系无疑应是国际商法的调整对象。就商事关系而言,传统商法主要包括商行为法、公司法、票据法、海商法、保险法等。而国际商法的调整对象除包括这些传统的内容以外,还应包括与现代经济和国际贸易发展相适应的新的商事关系。国际贸易这一概念本身的变化很能说明这个问题。

传统国际贸易一般仅指货物贸易,因此,传统商法调整的主要是商主体之间围绕货物买卖所发生的商事关系,如运输、保险、票据、仲裁等。目前,国际贸易的含义已经发生了根本性的变化。对世界经济发展产生巨大影响的世界贸易组织(WTO)在《关于建立世界贸易组织的协议》序言中指出,其宗旨之一是扩展商品与服务的生产和销售,同《关税与贸易总协定》的“扩展商品生产与销售”相比,增加了服务贸易的内容。根据WTO《服务贸易总协定》第1条的规定,它所适用的服务包括任何部门的服务,只有为实施政府职能所提供的服务除外。通常包括下列项目:运输业,金融服务(包括保险业),旅游服务,电信,建筑和工程承包,咨询服务,广告、设计,律师和会计师服务,视听服务,维修和保养服务,文化、教育和卫生服务,零售业。可见,WTO对服务贸易范围的规定是非常广泛的。从我国的情况来看,国际贸易所涉及的行业和领域也在逐步扩大,国际贸易的含义也随之发生了重大变化。2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》第2条规定:“本法所称对外贸易,是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。”

以上事实说明,新的商事关系的出现必然对调整这些关系的法律提出新的要求。而国际商法的任务之一就是适应这种客观要求的需要,将其作为调整对象,不断地完善本学科的体系,更好地为国际商事活动服务。

关于商主体问题,按照商主体的组织机构特征进行分类,可将商主体划分为商个人、商法人与商合伙。在现代商事活动中,商法人是国际商法最基本的主体,它以公司或企业的形式出现,又称做营利性法人。在本书公司法一章中对此将做详细介绍,在此不再赘述。

(二) 国际商法与相关法律学科的关系

1. 国际商法与国际私法的关系

关于国际私法的定义和范围,国际私法学界历来有不同的解释。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