



国际商法

吴建斌 肖冰 彭岳 编著



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS



国际商法

吴建斌 肖冰 彭岳 编著



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/吴建斌,肖冰,彭岳编著. —北京:高等教育出版社,2007.7

ISBN 978-7-04-021380-5

I. 国… II. ①吴…②肖…③彭… III. 国际商法—高等学校—教材 IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第080782号

策划编辑 李捷 于明 责任编辑 刘柏才 封面设计 于涛
版式设计 王莹 责任校对 俞声佳 责任印制 毛斯璐

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街4号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-58581000		http://www.hep.com.cn
经 销	蓝色畅想图书发行有限公司	网上订购	http://www.landrace.com
印 刷	唐山市润丰印务有限公司	畅想教育	http://www.widedu.com
开 本	787×960 1/16	版 次	2007年7月第1版
印 张	26.5	印 次	2007年7月第1次印刷
字 数	490 000	定 价	32.90元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 21380-00

关于本书

内容简介

本书共九章,分别为:导论、国际商事组织法、合同法、国际货物买卖法、国际货物买卖合同、海上运输、海上保险、国际支付和国际商事仲裁。其基本思路是:依据国际商事活动的内在逻辑关系,按照参与国际商事交易的主体、国际商事组织法律、构成国际商事交易基础的合同法、规范国际货物买卖的法律(包括国际货物买卖合同法律)、为国际货物买卖服务的海上运输规则、海上保险规则、国际支付规则,以及国际商事仲裁规则的顺序,组织编排课程内容和体系。

本书配有教学辅助课件,出版社可向选用本书的教师免费提供(获得方式详见本书末页所附教学支持说明)。

作者简介

吴建斌法学博士,律师,南京大学法学院教授、博士生导师,南京大学人文社会科学高级研究院研究员。

于1982年南京大学经济系本科毕业后留校任教,自1983年首次讲授经济法课程起,从教20余年,主讲国际商法也有十余年,先后发表论文120余篇,出版各种著作20余部。主攻公司法及日本商法,先后出版《现代日本商法研究》《最新日本公司法》《日本公司法规范》《日本公司法典》译著。国际商法教科书则有独著《国际商事法律》(1996年中国青年出版社)及《国际商法新论》(2001年南京大学出版社初版、2006年第2版)。

肖冰法学博士,南京大学法学院教授,博士生导师。1983年至1990年就读于南京大学法律系,先后获得法学学士、法学硕士学位,2000年至2003年就读于厦门大学法学院,获法学博士学位。

1990年7月起任职于南京大学法学院,从事国际经济法、国际私法的教学与科研工作,在《中外法学》、《法学》、《国际经济法学刊》等法学核心期刊发表学术论文30余篇,著有《〈实施卫生与植物卫生协定〉研究》等法学著作。

彭岳法学博士,南京大学法学院讲师。于1995年获得法学学士学位、2002年

获得法学硕士学位、2006年获得法学博士学位。2002年至今在南京大学法学院讲授国际贸易法、国际商法和国际金融法，主要研究领域为国际经济法。在《武汉大学学报》、《法商研究》、《南京大学法学评论》、《涉外税务》等发表论文多篇，参与编著《中国涉外经济法与WTO国际规则》。

前 言

本书为“南京大学‘985工程’哲学社会科学创新基地特别项目”成果之一，并得到南京大学人文社会科学高级研究院资助。

本书由南京大学法学院从事国际商法教学和研究多年的三位教授、讲师编著。全书分为导论；第一章国际商事组织法；第二章合同法；第三章国际货物买卖法；第四章国际货物买卖合同；第五章海上运输；第六章海上保险；第七章国际支付；第八章国际商事仲裁。

在编写过程中，经过作者共同反复磋商、修改调整，在国际商法课程教材的创新上作了一些尝试。本书具有以下几个特点：

第一，内容丰富新颖。作者尽可能吸收国际商法的最新动态、最新规则、最新研究成果。有的部分如涉及公司、合伙法律在各国最新立法动态，都有所反映；《跟单信用证统一惯例》2006年最新修订稿(UCP600)，在撰写时尚未公布，尽管其正式实施的时间为2007年7月1日，我们还是决定重新改写相关内容，将UCP600的新内容吸收进来。

第二，形式喜闻乐见。在体例编排上，作者结合自己的教学实践，从方便教师、吸引学生出发，除了每章列出提要之外，在每节的开始安排了问题导引将该节的主要知识点突显出来，然后再展开相关问题的探讨阐述。另外，每章还加入大量案例内容，有的部分按照分析问题解决问题的逻辑思路进行分析提示。同时对有的内容增加了知识背景、人物小传等，以便开阔读者的视野。

第三，留有拓展余地。国际商法课程本身就是一个开放的体系，国内外教科书的体例和内容也不尽相同。作者选择最主要、最重要的部分予以介绍，选用该教材的教师及学生，可以根据自己的需要进行补充拓展；而每章的具体内容，总体上秉承简明扼要的原则，将篇幅控制在一定范围内，以便教学时进行再创造。

本书写作分工为：

吴建斌：导论、第一章、第二章；

肖冰：第三章、第四章、第七章；

彭岳：第五章、第六章、第八章。

对于前人的研究成果，我们虽尽量一一注明出处，但仍难免有所遗漏，在此容



前 言

我们一并致以深切的谢意。因能力、水平有限,信息的收集、资料的整理、文字的处理都难以做到十全十美,加上时间并不充裕,必然会留下许多不足之处,我们衷心希望读者给予批评指正。

作者

2007年5月31日于南京大学

目 录

导论	1
第 1 章 国际商事组织法	22
第一节 商事组织的类型和立法取向	22
第二节 公司	30
第三节 公司的设立	42
第四节 股份和股票	54
第五节 公司的机关	70
第六节 公司的其他问题	80
第七节 其他企业组织形式	87
第 2 章 合同法	106
第一节 概述	106
第二节 合同的订立	111
第三节 合同的效力	124
第四节 合同的履行	134
第五节 合同的变更和转让	140
第六节 合同的消灭	144
第七节 合同的违约责任	149
第 3 章 国际货物买卖法	159
第一节 国际货物买卖法的渊源形式	160
第二节 国际货物买卖的法律适用	177
第 4 章 国际货物买卖合同	184
第一节 合同的订立	184
第二节 合同双方的权利义务	216



第三节	违反合同及其补救	226
第四节	货物所有权及风险的转移	243
第 5 章	海上运输	251
第一节	概述	251
第二节	公共货物运输	258
第三节	私人租船运输	279
第 6 章	海上保险	291
第一节	概述	291
第二节	海损和保险条款	309
第三节	代位求偿、委付和直接请求	328
第 7 章	国际支付	334
第一节	支付工具	334
第二节	支付方式	340
第 8 章	国际商事仲裁	364
第一节	国际商事仲裁的概念、特征和类型	364
第二节	仲裁协议	373
第三节	仲裁庭的成立和职权	384
第四节	仲裁程序	392
第五节	仲裁裁决及执行	401

导 论

在学习国际商法的基本规则和具体内容之前,读者可能比较关心诸如什么是国际商法,它包含哪些内容,国际商法与国际经济法、国际贸易法之间有什么关系,在 WTO 体制下的国际贸易统一法新格局对国际商法有何影响等问题,引言部分将对此进行扼要说明,并进一步分析国际商法的结构和特点、作为国际商法历史渊源的大陆法系和英美法系的法律以及中国法律制度的概况。

一、什么是国际商法

假设:

中国某公司出口到欧盟的大屏幕彩电遭受欧盟委员会的反倾销调查,该公司准备应诉。

请问:

本案应当适用什么样的反倾销法律规则?它们属于国际经济法、国际贸易法,还是国际商法规范?

国家处理社会经济事务往往离不开法律规则,国际交往中更是处处需要“依法办事”。不过,国际交往涉及的法律规则种类繁多,国际商法只是其中之一。以中国某公司到美国证券市场上融资为例,要决定是直接到纽约证券交易所或者纳斯达克交易系统首次公开发行股票(Initial Public Offerings,简称 IPO),还是发行 ADR^①,甚至先并购某美国上市公司再发行新股的方式,不仅需要进行认真仔细的成本效益分析,而且还应当全面了解、掌握美国证券交易、公司设立运行、并购以及

^① 美国摩根大通在 1927 年创立的金融工具美国存托凭证(American Depository Receipts,简称 ADR),又称存券收据或存股证。是指在一国证券市场流通的代表外国公司有价值证券如股票的可转让凭证。它的基本做法是:某国×公司将一定数额的股票委托某一银行等中介机构保管,由后者通知美国的存托银行在当地发行代表该股份的存托凭证,再将存托凭证上市合乎于上柜交易。由于存托凭证并非由外国公司直接发行,可以绕开外国公司不熟悉美国公司、证券制度所带来的困难和障碍,是外国公司在美国市场上筹资的重要金融工具。中国联通、中国移动、中国人寿、中石化等中国公司,均是通过发行 ADR 间接上市的。

对于外国公司融资的法律规则。这种情况下国内商法与国际商法交织,私法与公法互现。假如某中国公司与欧洲某国商人订立货物买卖合同,将中国的服装出口到欧盟,也可能涉及中国、欧盟、欧盟某成员国,甚至像《联合国国际货物买卖合同公约》那样的国际性法律规则。

究竟何谓国际商法?国内外对此尚有争议。主流观点认为它是指调整国际商事组织和商事交易的各种法律规范的总称^①。国际商事组织方面主要包括跨国投资、国际商事组织形式特别是公司组织规则,国际商事交易方面主要涉及合同的一般规则、国际货物买卖规则、海上运输、海上保险、国际支付等规则。

国际商法在传统上几乎等同于国际贸易法。人们通常将调整国际之间的贸易关系以及与贸易有关的其他各种关系的法律规则称为国际贸易法。但是国际商法中的国际商事组织法在国际贸易法中是被作为前提条件对待的。国际商事组织是参与国际贸易的基本主体,但传统的国际贸易法并不涉及国际商事组织问题。英国当代著名法学家施米托夫(Schmitthoff's Clive M)就曾认为国际商法就是国际贸易法,至多在传统的国际贸易法律规则之外再加上国际公司法(国际商事组织法)。而国际经济法有广义和狭义之分,前者包括一切规范国际经济关系的法律规则,甚至涵盖国际商法、国际贸易法的全部内容;后者一般认为是调整规范国际经济秩序的法律规则,属于国际公法的范畴,而国际商法、国际贸易法则属于国际私法的范畴。

随着WTO所确立的国际贸易法新格局的形成,以及投资贸易一体化的发展,现代国际商法和国际贸易法之间的界线已经很难划分。而国际商法与国际经济法之间的关系也可以从不同的角度论证并得出不同的结论,如WTO规则究竟属于调整国际经济关系的典型的国际公法规范还是国际行政法规范,可谓是众说纷纭。但谁都不否定它也属于国际商法、国际贸易法的内容。因此,我们应当将法律部门的归类或者法律学科的划分,作为便于传授和学习法律知识的技术手段,而不是区别法律规则不同性质的圭臬,更不能变成束缚人们思维的藩篱。

中国法学界引入国际经济法概念的时间不长。对于国际商法与国际贸易法关系的认识,也有一个不断深化的过程。早年或者尚未确立国际商法的概念,或者将其与国际贸易法等同起来,而对于国际贸易法的理解也局限于有关传统国际贸易的法律规范。这是由国际贸易统一法进程的局限性造成的。在提倡国际贸易法统一的年代,《关税和贸易总协定》框架下的国际贸易管理法律体系尚未完善,甚至连正式的国际贸易法律体系都没有建立起来。与此相反,合同法、买卖法等自治性的私法制度建设趋于统一,国际贸易法的统一也就不能不主要体现在私法领域中。

^① 沈四宝等,《国际商法》,对外经济贸易大学出版社2002年版,第1页。

施米托夫先生在描述关于国际贸易法典的设想时,曾非常形象地指出:“如果把国际私法统一协会的国际贸易法典的项目与国际商会的贸易惯例结合在一起,加上《联合国国际货物买卖合同公约》、国际商会的《跟单信用证统一惯例》和《托收统一规则》,再加上《联合国海上货物运输规则》和《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,就已经奠定了世界性的国际贸易法典的基础。”^①可见,他根本没有考虑像《建立世界贸易组织协定》那样带有公法性质的国际贸易管理法的内容。

世界贸易组织一经成立,协调世界各国对外贸易管理法的世界贸易组织法律制度无疑成为国际贸易统一法的一个不可分割的重要组成部分。实际上,WTO本身就是一个国际间多边贸易的法律体系,只不过具有公法性质,不像其他私法性质的国际贸易统一法那样调整不同国家的商人(包括法人和自然人)之间在国际贸易活动中的权利义务关系,而是调整不同国家、国际组织之间的贸易关系。

世界贸易组织法律体系由《乌拉圭回合多边贸易谈判结果最后文件》统括,包含了乌拉圭回合谈判结果的一系列协定、协议、宣言、决定和谅解,如《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(WTO协定)、《关于发起乌拉圭回合多边贸易谈判部长宣言》《马拉喀什部长宣言》《金融服务承诺的谅解》等。《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》是该法律体系的核心,包括协定文本本身和4个附件。附件分两大类:一类为多边贸易协议,由附件一至附件三中的各种协定、协议、谅解等组成。附件一又分为附件一(1)至附件一(3)。其中,附件一(1)为多边货物贸易协议,包括由1994年《关税与贸易总协定》统领的13个协定、协议及其附件。除1994年《关税与贸易总协定》外,其他12个协议分别为农产品协议;实施动植物卫生检疫措施协议;纺织品与服装协议;技术性贸易壁垒协议;与贸易有关的投资措施协议;关于实施1994年《关税和贸易总协定》第6条的协议(反倾销协议);关于实施1994年《关税和贸易总协定》第7条的协议(海关估价协议);装运前检验协议;原产地规则协议;进口许可程序协议;补贴与反补贴措施协议;保障措施协议。附件一(2)为服务贸易总协定及其附件。包括在世界贸易组织成立以后相继达成的金融服务协议、基础电信协议和信息技术产品协议在内的3项分协议。附件一(3)为与贸易有关的知识产权协议。附件二只有一个协议,即关于争端解决规则与程序的谅解。附件三为贸易政策审议机制。另一类为诸边贸易协议,或称复边贸易协议、简单多边贸易协议,包括民用航空器协议、政府采购协议、国际奶制品协议和国际牛肉协议,作为WTO协定的附件四。

上述两类协议是有区别的。附件一至附件三多边贸易协议作为WTO协定的有机组成部分,对全体成员均有法律约束力,凡加入WTO的成员,必须全部接受

^① 倪建林:《世贸组织法律和国际贸易法的发展》,载《国际贸易问题》1999年第8期。



上述协议,不允许对某一协议或其中的某一条款进行选择或者提出保留。附件四诸边贸易协议则不同,WTO的成员可选择适用。附件四的生效时间也与WTO协定不同。不过,目前附件四中的后两个协议,即国际奶制品协议和国际牛肉协议已不是诸边贸易协议。

世界贸易组织法律体系的建立和施行,是国际贸易统一法进程中的一个彪炳青史的里程碑,它在人类历史上第一次统一了国际贸易管理法,彻底改变了国际贸易统一法偏重于自治性的私法领域的状况,实现了国际贸易统一法在私法领域和公法领域两相兼顾、并驾齐驱的目标,开创了国际贸易统一法的新格局。自此,配合经济全球化、一体化的趋势,国际贸易统一法体系几乎包容了所有国际贸易以及与国际贸易相关的活动,为其提供规范的、科学的、透明的准则。

根据中国法学界近年逐渐形成的共识,国际经济法通常包含国际贸易、国际投资、国际金融、国际税收等几大分支。国际贸易统一法分割为两大部分,其一为世界贸易组织法律体系以及各国对外贸易规则,并称为国际贸易法,属于国际贸易管理法,是公法性质的法律规则;其二为国际贸易统一法中属于私法性质的规则。

国际上,施米托夫(Schmitthoff's Clive M.)先生曾为创建及发展国际商法学科作出过巨大贡献;中国对外经济贸易大学教授冯大同先生则是中国研究国际商法的第一人。国内外国际商法的内涵和外延变化,中国国际商法与国际贸易法之间分化组合的结果,在一定程度上反映出两位先知的睿智。据此,问题导引中所涉及的规则,在中国应当属于国际贸易法的范畴。

施米托夫(1903—1991)

当代著名法学家。1903年3月24日出生在德国柏林的一个著名律师家庭,1921年进入柏林大学和弗莱堡大学学习,1927年获得民法和教会法博士学位,1933年纳粹掌权后,他离开德国前往英国定居并开始格雷律师学院和伦敦大学伦敦经济学院学习英国法,1936年取得英国律师资格和伦敦大学法学硕士学位,1953年取得伦敦大学法学博士学位,1940至1945年间曾在英国军队服役。战后,施米托夫任教于伦敦城市理工学院,先后担任欧美诸多著名大学的访问教授,并被授予名誉教授、名誉博士。1966年受聘为联合国法律顾问,曾起草建议设立联合国国际贸易法委员会的报告并任该委员会主席,是国际商法学、国际贸易法学的主要创始人之一。其在1948年首次出版的《施米托夫论出口贸易——国际贸易法律与实务》,在国际上久负盛名。

冯大同(1934—1995)

中国当代著名法学家。1934年出生于广东南海,1961年毕业于北京大学法律系,同年到对外经济贸易大学的前身北京对外贸易学院工作,历任助教、讲师、副教授、教授、博士研究生导师,曾任对外经济贸易大学国际经济系主任,兼中国法学会理事、中国国际法学会理事、中国经济法研究会理事、对外经济贸易部条法局特邀顾问、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员等职,曾任对外经济贸易大学博士研究生导师、校学术委员会委员、国务院学位委员会法学学科评议组成员、香港国际仲裁中心仲裁员。先后出版《国际商法》、《国际贸易法》、《国际货物买卖法》、《中国对外贸易法》、《技术贸易的法律与实务》、《涉外经济法教程》、《涉外经济合同法》、《中国对外贸易仲裁》等十余部著作、教材。其中,《国际商法》和《国际贸易法》曾获对外经济贸易部和司法部优秀教材奖。

二、国际商法的构成和特点

假设:

假如某中国进出口公司与某美国商人订立货物买卖合同,将中国的家具标上该美国商人指定的商标出口到美国,并由其分销到美国各地,合同并未约定适用什么样的法律。后中国进出口公司因第三人提起商标侵权之诉而受到损失。

请问:

该案适用什么法律?中国进出口公司是否违反了权利担保义务?

这是一个国际商法上十分常见的问题。国际商法和一国的国内立法不同。国内法要么由国家立法机关制定,要么由一定级别的法院通过裁决诉讼案件所形成的判例确定。国际法规则涉及不同国家的关系,不能仅仅体现一个国家的意志,再强迫另一国接受和遵循。因此,它要么在长期的国际贸易实践中自发形成,如CIF、FOB、CFR等;要么通过国家间谈判协商签订条约、协议等方式形成,如《联合国国际货物买卖合同公约》。由前一种方式形成的国际商法规则,称为国际商事惯例或者国际贸易惯例;由后一种方式形成的国际贸易法规则,称为国际公约。当然,由于历史的原因,不同时期、不同地区甚至不同港口所产生和适用的国际贸易惯例,很可能有所差异,给国际贸易活动的扩展带来极大的不便。为解决这一问题,许多国际组织在国际贸易惯例的统一方面做了大量的工作,并取得了丰硕的成



果,如《国际商事合同通则》,就是国际统一私法协会在1994年制定、2004年修订的;而国际商会制定的《2000年国际贸易术语解释通则》和《2006年跟单信用证统一惯例》,则是当今国际贸易活动中最重要的国际贸易惯例。此外,有的国际组织还制定了带有国际贸易惯例和示范法双重性质的规则,如《联合国国际商事仲裁示范法》、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,既可由国际贸易合同当事人在合同中约定选择适用,又可供各仲裁机构制定仲裁规则时参照;前述《国际商事合同通则》也是一种示范法规则。

综上所述,我们可以将国际商法的构成和特点归纳如下:

(一) 国际商法的范围超出传统商法

在大陆法中,无论是法国以商行为为出发点,还是德国以商人为出发点的传统商法,一般均包括公司法、票据法、海商法、保险法等具体制度。英美法中虽然没有完整的商法体系,而且至今仍然以判例法为主,但是实际上也承认上述商法分支,并侧重于调整国内的商事关系。然而,随着科学技术的空前发展,世界空间日益缩小,各国之间的商事交往不断增多,形式也多种多样。特别是第二次世界大战以来,国际技术转让、国际许可贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际融资租赁、国际直接投资等各种国际商事活动异常活跃,令人应接不暇。这些活动已超出一国范围,其行为主体多为跨国公司,仅靠一国传统的商法,已不能有效加以规范。通过一定方式形成国际统一规则,势在必行。即使国内立法,也必须尽可能吸收和借鉴国际通例,以减少乃至消除该国参与国际间经济贸易活动的障碍,将本国经济融入世界经济循环的体系之中。国际商法脱胎于市场经济发达国家的传统商法,其内涵和外延又不同于传统商法。

(二) 国际商法属于跨国私法

对于国际商法中的“国际”一词,施米托夫先生认为此时应当作“跨国”理解,是规范不同国家或者地区的商人进行“跨国”性的商事活动的法律制度,以区别规范国家之间关系的国际公法。当然,公法和私法的划分发端于罗马法。古罗马法学家乌尔比尔认为:“公法是关于罗马帝国的法律,私法是关于个人利益的法律。”^①尽管有的国家(如德国)的学者对于区分公法与私法的依据还存在不同的意见,^②但古罗马法学家的观点还是影响至今。许多国家将关系到国家、社会整体的法律归入公法,如宪法、行政法、刑法、诉讼法等;将直接关系到个人、个体的法律归入私

① 沈宗灵著:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第118页。

② [德]迪特尔·梅迪科斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第8页以下。



法,如公司法、合同法、买卖法、票据法等。实际上,调整国际关系的法律也有国际公法和国际私法两大分支。前者调整国家、国际组织相互之间的关系;后者调整不同国家的个人、个体之间的关系。前述一系列国际商法的成果,确实仅属于国际私法或者说跨国私法的性质。由于不同国家法律制度上的差异,导致对同一问题的法律冲突,如何加以处理,就属于国际私法的范畴。因此,国际商法属于有关商事主体在跨越国界的商事活动中的法律制度。

(三) 国际商法的发展轨迹为国际法—国内法—国际法

国际商法不同于其他法律分支,如国际刑法、国际民法、国际经济法等。在国内法形成之前,没有国际法,因国际间交往而产生国际法。但是,国际商法则不然。据施米托夫教授考察,国际商法经历了三个发展阶段:第一阶段在中世纪,它是以商人习惯法的形式出现的,即事实上支配那些商业交易所在的文明世界的各港口、集市之间的国际商事界普遍适用的国际习惯法规则。第二阶段在18—19世纪,国际商人习惯法被纳入欧洲各国的国内法。其中欧洲大陆主要通过制定成文法,英国则主要通过曼斯菲尔(Manfield)等大法官的审判实践将商人习惯法融入普通法之中。第三阶段开始于对19世纪过分夸大的国家主权采取公正批判态度的时期。世界社会开始重新从国际的角度思考问题,联合国及其他许多国际组织的作用越来越大,跨国公司的活动遍及世界各地,国际主义的观念逐渐觉醒,法学领域中则恢复了国际商法的概念,出现了大量企图摆脱各国国内法的民族色彩,带有世界普遍性意义的新的国际商事习惯法。^① 上述三阶段高度概括了国际商法独特的发展轨迹,即国际法—国内法—国际法。

(四) 国际商法的渊源

国际商法的渊源也就是国际商法的表现形式。国际商法的渊源为国际立法、国际商事惯例以及各国相关立法,尤以前两者为主。

国际立法是国际商法的主要渊源。如前所述,国际立法为国际上两个或两个以上的国家就经济、贸易、法律等方面相互间权利和义务所制定的规范性文件。国际立法通常表现为条约、公约、宪章、盟约、规约、专约、协定、议定书、换文、最后决议书、联合宣言等。国际立法通过缔结或参加国立法机关核准后,纳入该国国内法,而且该国所缔结或参加的国际条约与国内相关法律相冲突时,除声明保留者外,有义务优先适用条约的规定。这就是国际公认的条约优先适用原则。

国际商事惯例是国际商事交往中经过反复使用逐渐形成的、已被各国商事

^① [英]施米托夫,《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第4页以下。

主体普遍接受和采纳的习惯性做法。国际商事惯例开始以不成文的“约定俗成”的形式出现,现多由一些国际组织编纂成文,既消除了历史上形成的不同国家和地区间对同一种惯例在解释和适用上的差别,又根据新技术革命带来的国际商事交往方式的变化,进一步修改和完善。国际商会制定的1994年《跟单信用证统一惯例》、2000年《国际贸易术语解释通则》,就是最好的例证。在中国对外经济贸易实践中,也已广泛采用了上述两个国际商事惯例。当然,也有一些国际组织“创制”的国际商事惯例,采取“示范法”的形式,如《联合国国际商事仲裁示范法》、《联合国电子商务示范法》、《国际商事合同通则》等。国际商事惯例不同于国际立法。惯例不是法律,没有普遍性的约束力。但是,当国际商事交易当事人约定采用某种惯例调整和规范相互间的权利和义务时,该惯例对当事人便具有法律约束力。

国内立法的效力一般只及于该国主权管辖范围,不能延伸至国外,否则就有干涉他国内政和侵犯他国主权之嫌,许多国际商法专家如施米托夫都不承认国际商法的国内法渊源。但是,前述国际立法和国际商事惯例事实上不可能规范所有的国际商事关系,各国在对外经济贸易方面也制定了大量的法律、法规。根据国际私法中的冲突规则,处理国际商事纠纷的准据法往往是某个特定国家的国内法。从这个意义上说,国内立法也应是国际商法的一个渊源。因此,我们必须了解和掌握外国尤其是市场经济发达国家的民商法规定。

问题导引中涉及的法律问题,我们将在第三章进行详细介绍、阐述。此处略加提示的是,因美中两国先后加入《联合国国际货物买卖合同公约》,该案(如果是真实案件的话)将既不适用美国法律,也不适用中国法律,而应适用上述公约。并且,因商标由美国进口商指定,有关商标侵权责任与中国出口商无涉,中国出口商因被诉等造成的损失,应当由美国进口商予以赔偿。

当代国际商法的范围相当广泛,本书不可能全部涉及。本书除导论外,拟安排八章。包括国际商事组织法、合同法、国际货物买卖法、国际货物买卖合同、海上运输、海上保险、国际支付、国际商事仲裁等规则。

三、英美法和大陆法概要

案例导-1 Henthorn v. Fraser (1892) 2 Ch. Div. 27

案情:

1891年6月7日上午,原告亨索恩打电话给英国某县弗拉曼克街建筑物协会表达了购房意愿,该协会秘书先发出每所750英镑的口头要约,后又面