

法学与法治建设
研究文丛

孟庆瑜 主编

RESEARCH ON JURISPRUDENCE
AND RULE OF LAW

L

国际商法与 国内法关系 问题研究

On Relationship of International
Commercial Law and
National Legal Systems

宋 阳 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

法学与法治建设
研究文丛

孟庆瑜 主编

RESEARCH ON JURISPRUDENCE
AND RULE OF LAW

河北大学国家治理法治化研究中心资助

国际商法与 国内法关系 问题研究

On Relationship of International
Commercial Law and
National Legal Systems

宋 阳 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商法与国内法关系问题研究/宋阳著. —北京:
法律出版社, 2016. 1
(法学与法治建设研究文丛/孟庆瑜主编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8724 - 5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 273913 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/18.25 字数/250 千

版本/2016 年 2 月第 1 版

印次/2016 年 2 月第 1 次印刷

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 - 8724 - 5

定价:54.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法学与法治建设研究文丛》

编 委 会

编委会主任 孟庆瑜

编委会成员(按姓氏笔画排序)

王凤鸣	李 林	时建中	宋英辉
周叶中	孟庆瑜	郑尚元	岳彩申
姚建宗	姚 辉	蔡守秋	阚 珂

总 序

“完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”是党的十八届三中全会确立的全面深化改革的总目标。在达致这一总目标的过程中,法治发挥着至关重要的作用。中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步深刻指出,“依法治国,是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障,是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求”。因此,如何将国家治理的现代化目标与全面推进依法治国的战略布局相结合,实现国家治理的法治化,不仅是党和政府需要全面推进的重大改革任务,而且是广大社会公众,特别是广大法律、法学工作者必须积极参与的重大系统工程。正是在这样一个特定的时代背景下,河北大学国家治理法治化研究中心适时成立和运行,并成功获批为河北省高等学校人文社会科学重点研究基地。

河北大学国家治理法治化研究中心是依托河北大学人大制度与地方立法研究中心、河北省政府法治研究中心等学术机构,整合法学、政治学、经济学、社会学等多方面的科研力量创建的,与河北省人大常委会法制工作委员会、河北省人民政府法制办公室、河北省人民检察院和河北省高级人民法院等国家机关和法律实务部门之间已建立交流与合作长效机制。中心拥有一支政治素质高、业务能力强、富有团队协作和创新精神的专兼职相结合的学术队伍,主要围绕人大制度与地方立法、政府法治与政府执行力、社会治理与

法治创新、京津冀协同发展与地方法治等方向开展科学研究、人才培养和社会服务等工作。迄今,中心在课题研究方面,承担国家社会科学基金项目近10项,其中,中心负责人孟庆瑜教授主持承担的国家社会科学基金重点项目《京津冀区域生态环境协同治理政策法律问题研究》实现了河北省在该领域的突破;在决策咨询与服务方面,接受省人大法制工作委员会、省政府法制办公室、省人民检察院等部门委托,承担委托起草、专家论证、立法后评估、检察公信力测评等40余项;在学术交流方面,承办或协办第三届海峡两岸能源经济与能源法学术交流会、第六届中国农村法治论坛、第九届中国财税法前沿高端论坛、中国经济法学会研究会2015年年会等多次全国性学术会议。

《法学与法治建设研究文丛》是河北大学国家治理法治化研究中心创设的、由法律出版社负责的研究成果转化平台,着力对法学研究和法治建设方面的原创性或实用性成果予以资助出版,以期能为推进国家治理体系和治理能力现代化这一总目标的实现提供必要的理论支撑和决策参考。

河北大学国家治理法治化研究中心
《法学与法治建设研究文丛》编辑委员会
2015年12月

序 一

我是在2012年中国法学会世界贸易组织法年会上认识的宋阳博士。当时他刚博士入学,师从我十分熟悉的青年才俊左海聪教授。虽然,当时宋博士没有在大会上发言和进行公开性讨论。但散会后,他主动与我交流了不少学术问题,给我留下了很深印象。后来的几年,他只要一到北京就会到我的律师事务所,向我请教法学学术问题。我感觉,他既敢于挑战权威观点,又比较谦虚,可谓“敏而好学”。对学术具有极高热情,甚至有点痴迷。他在读博期间,发表了不少学术论文,这让我越发感觉到他对学术尤其是国际法的无比热忱。直到2015年,他顺利完成了在南开的学业,邀请我为他的学术生涯中第一部专著述序。本来不太爱对别人进行学术评价的我觉得应该多为年轻人的学术之路贡献一点绵薄之力,希望能有更多的学者关注这位醉心并有志于学术的年轻后辈。

随着我国经济实力的不断增强,我国理应在国际社会发挥更加重要的作用。从某种程度上来说,我们在适应国际规则的能力方面确实有了显著提升,可是在制定规则、把握规则发展的话语权方面的表现却差强人意。究其原因,很大程度上和我国在对国际规则的基础理论的研究不足有关。宋阳博士的博士论文正是试图在这个层面上对国际商事规则的性质进行有益探讨与研究。本书紧扣国际商事规则的性质与发展进路这一命题,创新性地用国内法作为参照系来反衬国际商法的性质,思路颇为新颖,观点亦有独到之处。

而且,宋阳博士在写作过程中引用了大量中外文材料,其中很多在国内都是第一次被谈及。这也体现了他扎实的材料功底和认真的学术态度。

本书洋洋洒洒 20 余万字,总的来说,从整体的结构到叙事的体例都能做到“小题大做,旧题新做”;在关注国际商事实践的重要旧有问题的前提下不落窠臼,把各个国际商法的基础理论问题论述得非常清晰,并做到与国际商法的判例实践相结合,非常“接地气”。缘此,本书既可以成为国际商事法律理论学者重要的参考资料,也可以成为法律实务界进行涉外案件审判或代理工作中的各种判例材料来源。硕士研究生以上的学生也可考虑以本书作为对国际商法基本理论问题进行研习的重要参考材料。

虽然,本书从某种程度上来说只是一家之言,也并不足以让人们对现有的国际商法理论产生全新认识。但宋博士这种务实的研究态度以及大胆的创新精神值得肯定。也希望他能够在今后的研究中继续努力,为提高今后我国在国际规则制定中的话语权添砖加瓦。

是为序。

张玉卿*

2015 年 12 月 17 日

* 中华人民共和国商务部条法司原司长、中国国际经济法学会副会长、中国政法大学博士研究生导师。

序 二

从施米托夫、戈德曼到伯格,西方的国际商法学者一般认为国际商法是一个自治的法律体系,是一个独立于国际法和国内法的第三法律秩序。国内学者对国际商法的理论研究还不够深入和系统,从多数学者的观点来看,也倾向于认同国际商法(或统一实体法)是一个自治性的法律体系。宋阳博士的著作尝试对这一观点进行理论上的商榷,这本身就具有显著学术价值。

宋阳博士认为,在国际商法的三大渊源——国际商事条约、国际商事惯例和国际商事重述中只有国际商事惯例具有自治性,但是在构建统一的国际商法体系过程中,自治性国际商事惯例能发挥的作用极有限,甚至国际商事惯例的自治性特征与国际商法的统一性之间存在着根本性冲突。因此,强调国际商法的自治性和独立性,不但与事实不符,而且最终会使国际商法和国际商法学走入自相矛盾的死胡同。

为了阐发和证明其观点,宋阳博士从国际商法的历史、国际商法与国内法的分离、国际商法在国内的适用、国际商法对国内法的影响等内容进行逐一分析论证。进而对经典的国际商法自治性和独立性理论提出学理上的商榷,并提出国际商法统一的路径应是条约为主惯例为辅的实践主张。

应该说,宋阳博士率直地对经典理论质疑,建立起自己的分析框架,并运用较翔实的学理和实证资料进行论证。这本身就是一个很有新意的研究设想和论证过程,会促使人们进一步思考国际商法自治性和独立性的内涵和价

值,也启发人们去探索国际商法与国内法的关系。

当然创新是不容易的,对经典理论提出质疑更需要扎实的论证。在我个人看来,自治性与统一性并不一定矛盾,自治发展的规则体系可以获得统一性;国际商事条约和国际法律重述,作为法律渊源形式,可能具有自治性;国际商事惯例的作用并不一定极其有限;国际商法与国内法的共通性和相容性并不否定国际商法的自治性和独立性。

希望宋阳博士的专著能够进一步引发学界和实务界对国际商法基本问题的探讨,从而向建立具有中国特色的国际商法学体系迈进,并为我国宏大的国际商事法律实践提供支持。

宋阳博士在南开攻读博士学位期间,我很荣幸担任了他的指导教师,也为他的勤奋研究和活跃思维感到高兴。现在他的专著要付梓出版,我很乐意为之作序。希望他能够继续努力,不断推出学术成果。

左海聪*

2015年12月24日 于南开西南村

* 南开大学法学院院长,教授、博士研究生导师,中国法学会世界贸易组织法研究会副会长、中国国际经济贸易法学研究会副会长。

目 录

绪 论 001

一、研究动机：国际商法体系的发展进路问题 001

二、国内外研究现状综述 004

三、研究意义 011

四、研究方法 012

五、几个需要特别澄清的概念 014

第一章 国际商法与国内法关系发展的历史回顾 015

第一节 国际商法与商人社会 015

一、国际商法的“商人社会”特性分析 015

二、国际商法的根本价值取向 019

第二节 国际商法发展的历史维度探究 020

一、启蒙时期：古希腊和古罗马时期的商人社会与国际商法 020

二、发展与辉煌时期：中世纪时期的商人社会与国际商法 024

三、全面的衰退:被纳入民族国家法律的阶段 040

第三节 对国际商法与国内法相互作用的历史总结 052

一、商人社会组织性与对规则的需求 052

二、商人群体和国家力量的此消彼长影响了国际商法的
存在形貌 054

三、国家制定法才是推动国际商法向前发展的核心动力 058

第四节 自治性和国家性——探寻商法发展的双螺旋遗传密码 058

第二章 国际商法和国内法的分离 063

第一节 国际商法与主权国家国内立法分离必然性分析 065

一、国家主权的概念与国家主权立法 065

二、单纯依赖国内法对国际商事交往的阻碍作用 066

三、通过冲突法规则指引国内法解决商事法律争议的弊端 068

四、小结 072

第二节 国际商法与国内法分离的路径与基本原理 074

一、国际商法与国内法分离问题概述 074

二、国际商事条约与国内法分离的情况与机理 076

三、国际商业惯例与国内法分离形貌与原理 083

四、法律重述与国内法律分离的原理 098

五、一般法律原则与国内法律分离的原理 102

六、小结 104

第三节 国际商法与国内法分离的有限性 105

一、国际商法本身的功能不足 105

二、国家对国际商法脱离国内法的保留 109

三、小结 112

第四节 本章结论 112

第三章 国际商法对国内法的超越 115

第一节 国际商事条约在国内的优先适用问题研究 116

一、国际商事条约在国内优先适用的基本逻辑前提 116

二、国际商事条约超越国内法而被优先适用的法理依据 118

三、国际商事公约超越国内法适用的具体表现 124

四、小结 138

第二节 国际商事惯例在国内优先适用问题研究 139

一、国际商事惯例的分类及效力层次 140

二、国际商事惯例优先于国内法适用的法理依据 145

三、国际商事惯例优先于国内法适用之具体问题探究 153

四、小结 160

第三节 国际商事法律重述优先于国内法适用问题研究 160

一、《通则》作为合同准据法直接优先于国内法来进行适用 161

二、《通则》在司法过程中对国内法发挥之续造功能 164

三、小结 166

第四节 本章结论 167

第四章 国际商法对国内法的渗透 169

第一节 国际商事公约对国内法的渗透现象 170

一、国际商事条约对主权国家国内民商事立法的影响 171

二、国际商事公约超“适用范围”适用 183

三、小结 188

第二节 国际商事惯例对国内法的渗透 189

一、对国际商事惯例的特质分析 190

二、国内法对国际商事惯例准用 193

三、国内法对国际商事仲裁的支持 198

四、国内法对技术性国际商事惯例的直接吸收 203

五、小结 206

第三节 国际商事法律重述对国内法的渗透 207

一、法律重述对国内法渗透的效力特性 207

二、法律重述对国内法渗透的路径 208

第四节 本章结论 209

第五章 对国际商法理论的反思与未来展望 210

第一节 对国际商法自治统一理论思想源头的探析与批判 212

一、对施米托夫商事混合统一规则理论的分析反思 212

二、对戈德曼“原教旨”商人法理论的批评 219

三、商人法“浪漫情怀”的真实本质 224

第二节 国际商法的自治路径能自发地实现商法的统一吗 225

一、国际商法的自治性法律渊源的缺陷 226

二、国际商法立法性渊源对自治性的排斥 241

三、自治性国际商法发挥作用的有限空间 249

四、小结 251

第三节 对构建多元的国际商事统一法的路径构想 253

一、国际商事公约是构建统一商事法律体系的核心路径 254

二、强化自治性国际商事规则的辅助性地位 257

三、小结 259

第四节 本章结论 260

结语 双生子“以扫”与“雅各”——长子名分之争 261

主要参考文献 264

致 谢 276

绪 论

一、研究动机：国际商法体系的发展进路问题

国际商法作为一个独立的法律部门,国际商法学作为一个独立的法律学科似乎已经越来越被学界和实务界所认可。^{〔1〕}这是因为,国际商法与国际法的其他部门不同,其调整的范围是跨越国界的商事交易所产生的各种法律关系。之所以说国际商法是一个独立的法律部门,在于国际商法采用的是直接调整的方法,而且意图建立一种统一的且自治的国际商事法律规则体系。

应当说国际商法作为一个法律部门,确实有别于国际私法那种以冲突法为基本调整方式来调整国际民商事法律关系的方法。而且,国际商法的直接调整方法相对于国际私法的那种间接调整法来说也更加具有优势。例如,国际私法从本质上来说是适用间接的法律调整模式,其方法论的核心在于透过对法律关系的空间特性分析,寻找相应的连接点,以寻找某个国家或者地区的法律作为对该法律关系的分配管辖权。这虽然强调了法律选择中的“形式正义”和“程序正义”,却有逐渐偏离国际商事交往的客观需要的倾向。德国的彼得·克劳斯·伯格教授曾经对冲突法的方法论提出了尖锐的批评,并指出:“美国的法院所使用的冲突法规则正遭到激烈的批评,通过冲突法寻找准

〔1〕 左海聪:“国际商法是独立的法律部门——兼谈国际商法学是独立的法学部门”,载《法商研究》2005年第2期。左海聪著:《国际经济法的理论与实践》,武汉大学出版社2003年版,第13页。目前有关国际商法的论著如汗牛充栋。通过笔者的检索,光国际商法的教材就有不下100本之多。

据法本质上与炼金术无异,冲突法的整个方法论就像一个充满地震和泥浆的沼泽,只有博学而古怪的法学教授才能真正理解根据其结论而得到的判决结果。例如,在 BOT 建设合同和跨国股票掉期交易这样的国际商事交易中,这些交易可能会包含很多性质完全不同的合同,在没有法律选择条款的情况下,冲突法和某一个国家的国内法将难以圆满地解决其中复杂又相互矛盾的法律问题,最流行的最密切联系原则和法律关系分割法所选择的所谓最合适的准据法会破坏合同的经济一体性,最终导致合同争议的解决进入一种死循环。”〔1〕美国的卡弗斯教授也认为,冲突法已经偏离了建立该法律体系的初衷,变成一种文字上的游戏……应当更多地关注法律选择所应当体现的“实体正义”,以实现更佳的判决结果。〔2〕从另一方面来说,国际商事交易需要合同的确定性和稳定性,那么从这个意义上来说,建立稳定、统一、普遍的国际商事法律体系既是促进商业发展的根本需要,同时又是建立最理想的国际商事法律规则制度体系的终极目标。〔3〕

在此指导思想指引下,左海聪教授于 1998 年提出了国际法四部门划分的思想,其核心观点为:国际经济法和国际商法的起源不同,调整的法律关系也不同且发展的路径也不尽一致。在左海聪教授看来,国际商法具有自身的调整对象和调整方法,而且经过百余年的发展,已经形成颇具规模的体系,无疑应属一个独立的国际法部门。〔4〕国际商法的自治性与统一性是并行发展、相互促进的。由于自治性的调整方法,国际商事规则便会自发地走向统一。这种思路的思想渊源似乎与施米托夫教授有关,他明确指出:“我们正在开始重新发现商法的国际性,国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经完

〔1〕 Peter Berger, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*, Kluwer International, 1999, pp. 11 - 13.

〔2〕 David F. Cavers, “A critique of choice law problem”, *Harvard Law Review*, Vol. 47, 1933 (2), pp. 178 - 188.

〔3〕 Gessner. Volkmar ed., *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, Hart publishing, 2009, pp. 13 - 15.

〔4〕 左海聪:“国际商法是一个独立的法律部门——兼谈国际商法学是独立的法学部门”,载《法商研究》2005 年第 2 期。