



21世纪高等院校国际经济与贸易专业
精品教材

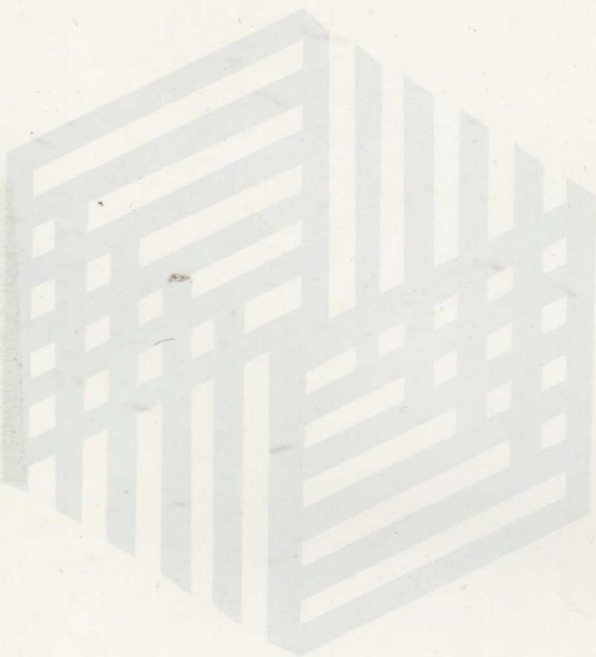
International Business Law

国际商法

(第二版)

屈广清 主编

FE 东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press



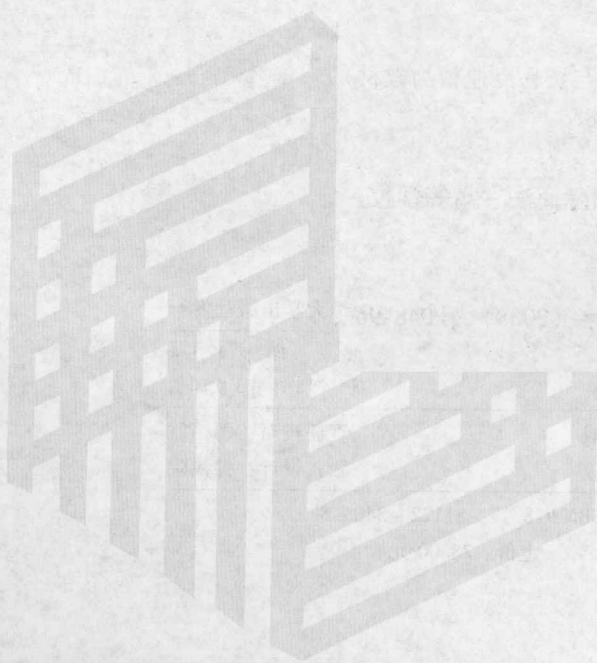
21世纪高等院校国际经济与贸易专业
精品教材

International Business Law

国际商法

(第二版)

屈广清 主编



FE 东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press
大连

屈广清 主编

大连理工大学
Dalian University of Technology
东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

(第二版)

© 屈广清 2008

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法 / 屈广清主编. —2 版. —大连: 东北财经大学出版社, 2008. 5

(21 世纪高等院校国际经济与贸易专业精品教材)

ISBN 978 - 7 - 81122 - 340 - 8

I. 国… II. 屈… 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 (2008) 第 048496 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

总编室: (0411) 84710523

营销部: (0411) 84710711

网 址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@dufe.edu.cn

大连图腾彩色印刷有限公司印刷 东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 170mm × 240mm 字数: 369 千字 印张: 17 1/4

2008 年 5 月第 2 版

2008 年 5 月第 3 次印刷

责任编辑: 刘东威

责任校对: 那欣

封面设计: 冀贵收

版式设计: 钟福建

ISBN 978 - 7 - 81122 - 340 - 8

定价: 28.00 元

第二版前言

国际商法是国际法学科中的一个重要分支，具有很强的实用性。国际商法缘起于各国内国商法，并因协调内国商法差异而发起的国际商事统一法运动而形成，因此除内国商法基础理论外并无自己独立的理论体系；另则由于商人习惯法发展而来的国际商法，本就更加注重商人在从事国际性商事行为中应遵循的各种行为准则之实而非应然，因此造就了该门课程，使之更适合于指导国际经济贸易实践，而非理论研究。

本书作者基于对国际商法实用性的考虑而进行的编著工作，使得呈现在读者面前的这本《国际商法》教材能够更好地满足高等院校市场营销、商务（外贸、经贸、工商）英语（日语、韩语等）、国际经济法、国际商务等财经管理诸多相关专业对新教材的需求，也可兼做涉外法律工作者的参考书。

鉴于目前有关国际商法的图书不在少数，因此在本书的编写过程中，作者希望在特定读者群的前提下，体现出个性化服务的特色。

第一，以国际商事交易的基本行为“买卖”为核心，构建本书的逻辑结构体系。除国际商法的概论部分用以介绍国际商法的概念、渊源、历史沿革及两大法系的商事法律体例等基础知识外，其余各章节分别从买卖（商事）行为的主体，买卖行为的实现方式或性质，买卖行为各方的权利义务内容，买卖行为所涉及的卖方品质担保，权利担保义务的社会化，买卖行为所涉及的买方付款义务的履行，买卖行为所涉及的运输、保险以及买卖行为出现纠纷时所寻求的国际化解决方法等方面提携起国际商法的纲领所在。

第二，重视培养实践能力。本书大量采用案例的方式，帮助读者建立起国际经贸行为的感性认识，并体会不同国家对待相同法律问题的不同处理态度及因此而产生的不同的法律效果。除此之外，本书还设计了一些课后习题，并辅之以相关提示，帮助读者培养独立分析、解决问题的能力。

第三，重视知识面的扩充。本书充分考虑到该课程受课时所限，内容应相对简略，但为满足读者求知的需要，特增设“推荐阅读材料”栏目，以帮助读者理解相关内容，扩充相关知识。此外，由于国际商事交易规则的不断更新，需要读者不断调整原有知识以适应新的变化，因此增列一些网址，便于读者搜寻相关的网络资源。

第四，重视内容的可读性和趣味性，避免繁复的专业术语。法学课程具有很强的逻辑性和专业性，为避免读者对某些法律术语或法律条文产生理解上的歧义，作者在力求

使术语与条文本意符合的前提下尽可能使其通俗化,在语言风格上力求于严谨中流露生动,使学习成为一种乐趣而非负累。

本书作为“21世纪高等院校财经类通用教材”系列中的一本,在编写体例上,做了一些调整和创新,以适应内容的需要和目标的实现。本书除了在每章增设“主要概念”、“推荐阅读材料”、“网络资源”等栏目外,还在章后针对所要达到的学习目标设置了“综合训练”栏目,其中包括了大量的判断题、选择题、简答题、案例分析题,帮助读者考察对基本知识和概念的掌握,同时检验理论指导实践的学习效果。本书还较多地采用了图、表、例,帮助读者更加直观地了解所学的知识,增加学习兴趣。

本书由大连海事大学法学院前院长,现福建政法学院院长、博士生导师屈广清教授主编,各章的编写分工如下:徐红菊编写第1章,屈广清、徐红菊、陈小云编写第2章,朱莉编写第3章、第10章,马瑄编写第4章、第6章,林一编写第5章、第7章,王欣编写第8章,张雁飞编写第9章。全书最后由屈广清教授总纂定稿。

本书自2005年初版之后,获得了教材使用单位和读者朋友的好评,教材很快售罄并多次印刷。为了再版,2008年初,在屈广清教授的主持下,徐红菊、朱莉、林一、马瑄等老师对各自撰写的章节进行了修订,其余章节由屈广清修订。本次修订充实了最新的立法、理论及案例,并对一些错误进行了勘正。此次修订使本书内容更加丰富、资料更加翔实、结构更加合理、文字更加精炼。

在本书的编写及修订过程中,参考和吸收了许多国内外学者的研究成果,并在出版过程中,得到了东北财经大学出版社许景行教授、刘东威编辑的直接指导和帮助,谨在此表达诚挚的谢意。囿于作者学识水平,书中必有疏漏和不当之处,恳请专家、学者和广大读者批评指正。

屈广清
2008年3月

前 言

国际商法缘起于各国内国商法，并因协调内国商法差异而发起的国际商事统一法运动而形成，因此除内国商法基础理论外并无自己独立的理论体系；另则由于商人习惯法发展而来的国际商法，本就更加注重商人在从事国际性商事行为中应遵循的各种行为准则之实然而非应然，因此造就了该门课程，使之更适合于指导国际经济贸易实践，而非理论研究。

本书作者基于对国际商法实用性的考虑而进行的编著工作，使得呈现在读者面前的这本《国际商法》教材能够更好地满足高等院校市场营销、商务（外贸、经贸、工商）英语（日语、韩语等）、国际经济法、国际商务等财经管理诸多相关专业对新教材的需求，也可兼做涉外法律工作者的参考书。

鉴于目前有关国际商法的图书不在少数，因此在本书的编写过程中，作者希望在特定读者群的前提下，体现出个性化服务的特色。

第一，以国际商事交易的基本行为“买卖”为核心，构建本书的逻辑结构体系。除国际商法的概论部分用以介绍国际商法的概念、渊源、历史沿革及两大法系的商事法律体例等基础知识外，其余各章节分别从买卖（商事）行为的主体，买卖行为的实现方式或性质，买卖行为各方的权利义务内容，买卖行为所涉及的卖方品质担保，权利担保义务的社会化，买卖行为所涉及的买方付款义务的履行，买卖行为所涉及的运输、保险以及买卖行为出现纠纷时所寻求的国际化解决方法等方面提携起国际商法的纲领所在。

第二，重视培养实践能力。本书大量采用案例的方式，帮助读者建立起国际经贸行为的感性认识，并体会不同国家对待相同法律问题的不同处理态度及因此而产生的不同的法律效果。除此之外，本书还设计了一些课后习题，并辅之以相关提示，帮助读者培养独立分析、解决问题的能力。

第三，重视知识面的扩充。本书充分考虑到该课程受课时所限，内容应相对简略，但为满足读者求知的需要，特增设“推荐阅读材料”栏目，以帮助读者理解相关内容，扩充相关知识。此外，由于国际商事交易规则的不断更新，需要读者不断调整原有知识以适应新的变化，因此增列一些网址，便于读者搜寻相关的网络资源。

第四，重视内容的可读性和趣味性，避免繁复的专业术语。法学课程具有很强的逻辑性和专业性，为避免读者对某些法律术语或法律条文产生理解上的歧义，作者在力求

使术语与条文本意符合的前提下尽可能使其通俗化,在语言风格上力求于严谨中流露生动,使学习成为一种乐趣而非负累。

本书作为“21世纪高等院校财经类通用教材”系列中的一本,在编写体例上,做了一些调整和创新,以适应内容的需要和目标的实现。本书除了在每章增设“主要概念”、“推荐阅读材料”、“网上资源”等栏目外,还在章后针对所要达到的学习目标设置了“综合训练”栏目,其中包括了大量的判断题、选择题、简答题、案例分析题,帮助读者考察对基本知识和概念的掌握,同时检验理论指导实践的学习效果。本书还较多地采用了图、表、例,帮助读者更加直观地了解所学的知识,增加学习兴趣。

本书由大连海事大学法学院院长、博士生导师屈广清教授主编,各章的编写分工如下:徐红菊编写第1章,屈广清、徐红菊、陈小云编写第2章,朱莉编写第3章、第10章,马瑄编写第4章、第6章,林一编写第5章、第7章,王欣编写第8章,张雁飞编写第9章。全书最后由屈广清教授总纂定稿。

在本书的编写过程中,参考和吸收了许多国内外学者的研究成果,并在出版过程中,得到了东北财经大学出版社许景行教授的直接指导和帮助,谨在此表达诚挚的谢意。囿于作者学识水平,书中必有疏漏和不当之处,恳请专家、学者和广大读者批评指正。

编者

2005年5月

目 录

第 1 章 国际商法概述	1
1.1 国际商法的历史	1
1.2 国际商法的渊源	5
1.3 两大法系的商法结构与特点	8
本章小结	13
主要概念	13
综合训练	13
推荐阅读材料	14
网络资源	14
第 2 章 商事组织法	15
2.1 合伙法	15
2.2 公司法	19
2.3 有限责任公司	23
2.4 股份有限公司	27
2.5 欧洲公司法	36
本章小结	38
主要概念	38
综合训练	38
推荐阅读材料	39
网络资源	40
第 3 章 商事代理法	41
3.1 代理概述	41
3.2 代理的产生与终止	42
3.3 代理行为当事人之间的关系	46
3.4 国际代理统一法	52
本章小结	56
主要概念	56
综合训练	56

推荐阅读材料	58
网络资源	58
第4章 合同法	59
4.1 合同的概念与特点	59
4.2 合同的成立	60
4.3 合同的履行	82
4.4 合同的让与	93
4.5 合同的消灭	95
本章小结	98
主要概念	98
综合训练	99
推荐阅读材料	100
网络资源	100
第5章 买卖法	101
5.1 卖方的义务	101
5.2 买方的义务	113
5.3 违约的救济	116
5.4 货物风险的转移	129
本章小结	133
主要概念	134
综合训练	134
推荐阅读材料	135
网络资源	135
第6章 票据法	136
6.1 票据法概述	136
6.2 汇票	140
6.3 本票与支票	151
6.4 国际票据统一法	154
本章小结	156
主要概念	156
综合训练	156
推荐阅读材料	158
网络资源	158
第7章 产品责任法	159
7.1 产品责任法概述	159
7.2 主要国家产品责任立法	161
7.3 国际产品责任统一法	174
本章小结	179

主要概念	179
综合训练	179
推荐阅读材料	180
网络资源	180
第 8 章 国际海上货物运输与保险法	181
8.1 国际海上货物运输与保险法概述	181
8.2 国际海上货物运输法	183
8.3 国际海上保险法	192
本章小结	207
主要概念	207
综合训练	207
推荐阅读材料	208
网络资源	209
第 9 章 电子商务法	210
9.1 电子商务法概述	210
9.2 全球电子商务立法概况	216
9.3 电子商务合同的法律问题	218
9.4 电子商务与国际知识产权	224
本章小结	239
主要概念	240
综合训练	240
推荐阅读材料	241
网络资源	241
第 10 章 商事争议与解决	242
10.1 国际商事争议概述	242
10.2 国际商事仲裁	244
10.3 国际商事诉讼	256
本章小结	262
主要概念	263
综合训练	263
推荐阅读材料	264
网络资源	264
主要参考书目	265

第 1 章

国际商法概述

国际商法是最有可能实现世界范围统一的法律部门，因为国际商法最有可能远离一国政治上的影响，是纯粹为国际商事交易制定规范的法律规则，是一门最为实用的法律学科之一。学习国际商法应首先了解国际商法的历史，以及在不同的法律体系下商法的结构与特点。本章将重点阐述国际商事法律关系的特点，国际商法与其他部门法之间的联系与区别；国际商法的概念、作用和历史发展；大陆法系与英美法系商法的结构与特点；适用国际商法的条件和策略；国际商法在国际商事实践中形成的规律；两大法系不同商事规定之成因；不同法系国家商法的优缺点。

1.1 国际商法的历史

1.1.1 国际商法的概念

国际商法 (international business law)，是调整跨越国界的商事关系的各种法律规范的总称。

国际商法中的“国际”一词意为跨越国界。这种国际性既包括商主体的国际性，也包括商行为的国际性。商主体的国际性是指作为国际商法主体的不同国家的公司、企业或个人的营业地跨越国界，商行为的国际性是指商主体所从事的营业行为跨越国界。商法中的“商”在经济学、社会学和法律学上有着不同的意义，《布赖克法律词典》中注：商是货物、生产品或任何种类财物之交换；《拉威尼当代商法》认为“商事一词是对各种物品的交易或交换之总括”，这些认识被认为是现代经济学和法律学分析商事概念的基础，现代商法所称的商事是指商主体所从事的一切营利性活动和事业的总称。

随着国际经济的发展，商事活动也日益多样化、复杂化，国际商法的调整范围比以往更为广泛，它不仅指国际货物买卖及有关的行为，还包括国际技术转让、国际工程承包、国际租赁等。一般认为，国际商法的调整范围应包括：

(1) 国际商法的基础和核心：合同法、代理法。国际商事交易是通过订立各种商事合同实现的，研究国际商法首先应从合同法入手，国际商事交易规模的扩大和复杂化使代理成为商事交易中必不可缺的活动。在商事主体中甚至出现了代理商，代理商以商人的身份出现于市场，代理法自然成为国际商法的重要组成部分。

(2) 直接调整国际商事行为的法律规范：国际货物买卖法、票据法、电子商务法。

(3) 有关管理国际商事行为的法律规范：国际商事组织法、海上货物运输与保险

法、产品责任法。

(4) 处理国际商事争议的法律规范：国际商事仲裁、国际商事诉讼。

1.1.2 国际商法的历史

国际商法经历了“国际性——国内法——国际性”的发展过程，但前后的“国际性”却有着实质的区别。

早在古罗马法中就已出现了调整商事关系的法律，也有些学者认为公元前15世纪的《赫梯法典》中关于商品价格管理的规定，以及古希腊时期的罗得法（lex rhodia）即是古代商法的最初形式。但大多数人认为近代欧洲各国的商法主要源于中世纪形成的商人习惯法（law merchant），这有着深厚的社会根源。11世纪时东西方的贸易发展促进了地中海沿岸一些新兴城市的商业繁荣，随即扩大到大西洋沿岸等地，而中世纪的欧洲大陆处于封建法和寺院法的支配之下，与这种繁荣的商业发展形成了鲜明的对比：一些正常的商业行为被认为是违法，许多商业活动得不到法律保护，缺少必要的法律规则。商人团体迫切需要新的规范来保护他们的利益。

在这种情况下，意大利的佛罗伦萨等地首先出现了保护商人自己利益的商人行会组织——商人基尔特（Merchane Guid）。这种商人自治组织制定和编撰习惯规则，组织商事法庭，这些习惯规则被因袭沿用，形成了系统的商人习惯法，它鲜明地体现出了商事活动营利性、迅捷性的特点，强调按公平、合理的原则来处理案件，且只适用于商人团体内部。因而，这一时期的商人习惯法具有国际性的特征，商事团体的内部规则普遍适用于来自各国从事商事活动的商人。

16世纪后，欧洲一些国家封建割据势力日益衰弱，逐渐形成统一的民族国家，与此相适应，一些封建法和寺院法被废弃，国家统治阶级开始注意对商事的立法，行使立法权，把商人习惯法变为国内法。但严格地说，欧洲各国早期的商事成文法实质上仅仅是对中世纪商人习惯法的一种确认。第二次世界大战后，特别是20世纪60年代以后，各国之间的经济联系日益密切，客观上要求建立统一的国际商事法律，许多国际组织也都在积极从事研究和制定统一的国际商法的工作。这样，商法进入了一个新的发展阶段，最主要的特点是恢复了商法的国际性和统一性。

事实上，早期的商人习惯法与现代的国际商法都具有国际性的特征，但这两种国际性是有明显区别的：

(1) 两者产生的社会背景不同。早期的商人习惯法产生于欧洲的封建割据时期，与当时的封建政治相脱离，是顺应商业自身发展产生的，属于行业自治法；而现代国际商法是在各国商法较为完善的基础上产生的，它与各独立国家的商事法律规范相关联。

(2) 国家对待两者国际性的态度不同。早期的商人习惯法也具有国际性，但由于它游离于国家之外，国家对这种商人习惯法持限制的态度，且倾向于将其限制为国内法；而现代商法产生于独立国家内部，是国家对外发展所必需的，国家对国际商法的制定持积极的态度，这就要求国家之间的合作。

1.1.3 国际商法与邻近法律部门的关系

1) 国际商法与国际公法

一般来说，国际商法与国际公法的区别较为明显。商法属于私法，是平等主体之间

进行的交易,在国际上从事国际商事交易的基本上都是公司、企业等商事组织,而不是国家,是不同国家的商事组织之间的交易,而不是国家之间的交易。尽管有时在某种特殊的情况下国家也会成为国际商事交往的主体,但在纯粹的商事交易中,国家一般不能再主张由于国家的特殊地位而享有特权。国际公法调整的是国家之间、国际组织之间或国家与国际组织之间在政治、军事、外交及经济等方面的关系,其主体只能是国家或国际组织,自然人、法人或其他经济组织之间形成的法律关系不能成为国际公法所调整的对象。但国际商法与国际公法也有着密切的联系,国际商法的国际性渊源主要有两项:一方面,是通过国际多边协议,将主要经贸国家的国内法中的实体法部分融入统一的国际多边公约中,形成国际习惯法的一部分,进而对各国产生拘束力;另一方面,跨国商事习惯法为主要贸易国家的工商企业所使用,形成商事习惯和惯例,继而被更多国家所接受,形成国际商事统一实体法。此外,国际公法有关调整国际商事问题的法规也应属于国际商法的范畴,且构成国际商法必不可缺的一部分。

2) 国际商法与国际私法

相比较而言,国际商法与国际私法的关系更为密切。在研究二者关系之前,应首先明确国际私法的范围。第二次世界大战后,国际私法呈现趋同化走势,对国际私法范围的研究也有了很大的突破。国际私法应包括哪些法律规范?历史发展到今天,已不能简单地把国际私法看做冲突法,即认为国际私法就是冲突法或国际私法只是冲突法,否则,就无异于墨守几百年前对国际私法的简单认识,不利于国际私法发展成为一个能有效调整涉外民事关系的法律部门。应该说,国际私法除了包括冲突规范外,还包括外国人民事法律地位的规范、统一实体规范、国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范。

其中,统一实体规范,也称统一私法规范,是指国际条约和国际惯例中直接调整涉外民商事关系的实体规范,其中直接调整涉外商事关系的实体规范以及国际商事仲裁规范都属于国际商法的范围,因此可以说,国际商法包含在国际私法的范围当中。但由于国际商法还包括国际公法中有关国际商事的法规,因此国际商法的范围又在一定意义上超出了国际私法的研究范围。所以,它又不完全等同于国际私法,而具有其本身的特点。

3) 国际商法与国际经济法

国际经济法学作为独立的法学学科,在第二次世界大战后逐渐形成和发展起来,并已建立了较完善的体系,但对其范围的界定在国内也出现了一些异议,有人认为目前国际经济法所囊括的范围过宽,其中直接调整平等商事主体之间法律关系的规范,应属于国际商法之范畴。国际商法则一方面由于商法在一些大陆法系国家与民法合并在一起,只存在实质上的商法,而不存在形式上的商法,另一方面各国对于商法的范围等问题分歧较大,因此其发展速度远不如国际经济法。但由于国际商法自身的特点,如迅捷性、技术性,随着国际贸易的规模、速度变大、增快,因此国际商法也出现了异军突起的走势。

关于国际商法与国际经济法的关系,英国的施米托夫(C. M. Schmitthoff)教授认为,国际商法不同于国际经济法,国际商法调整私人在私法层次上的交往,包括国际贸易法、国际公司法等。国际商法所涵盖的一些法律规范,如票据法、公司法、产品责任

法等,都不包括在国际经济法中。从内容上看,它更贴近国际私法。

4) 国际商法与国内商法

国内商法适用于一国内部的商事关系,而不适合调整涉外的商事关系,国际商法则调整跨越国界的商事关系。

国际商法与国内商法之间关系,以及与其他任何法律部门之间关系的特点,那就是两者同一化的可能性最大,速度最快。商法具有国际性的特征,商法的技术性和同源性,也决定了商法能够达成国际统一性的要求。商法早在古代时期即已表现出国际化特征,形成于中世纪的商人习惯法,特别是海事习惯法,实际上已普遍被欧洲各国的商人所接受并适用于其商事活动,当时的商人团体甚至视商法为“国际法或自然法之一部分”。

事实证明,商法是在法律统一化进程中取得成果最大的法律体系。自19世纪以来,在商法方面缔结了一系列有影响的国际商事条约,如1910年的《船舶碰撞及海难救助统一法公约》、1912年的《电讯协约》、1924年的《统一提单的若干法律规定的国际公约》、1930年的《汇票、本票统一法公约》、1966年的《国际船舶载重线公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》、1980年的《联合国国际货物销售合同公约》等。与此相适应,国际间也成立了一些旨在推动商法一体化的国际组织,如国际海事委员会、国际法协会、国际海事组织、国际贸易法委员会、世界贸易组织、国际商会、国际商事仲裁委员会及国际货币基金组织等,它们对国际商法一体化的进程起到了巨大的推动作用,国内商法的国际性也进一步增强,最终的目标是在全世界范围内达成统一的国际商事法律体系。

1.1.4 国际商法的特点

把国际商法作为一个独立的法律部门,是当代国际商事交易迅速发展的客观反映。从全球的范围看,世界经济呈现一体化的趋势,但这并不意味着全球经济的发展已无任何障碍,各国的政治立场、外交政策、民族背景等客观因素都影响着世界经济的发展,也阻碍着法律一体化的进程,在这种情况下,国际商法却以其他法律部门无法比拟的速度发展着,其原因就在于国际商法具有自己独特的优势,国际商法的主要特点有:

1) 国际商法的技术性

富勒说,法律与义务的道德最接近,它们像堂兄弟。不同国家民族背景、道德标准的不同决定了不同法律体系的存在,道德性几乎是大多数法律部门共有的特点,也恰恰是这种道德性的联系使许多法律部门在全球一体化的进程中举步维艰。而国际商法较强的技术性使它能够排除这种干扰,加速全球一体化的步伐,并形成一个独立的法律部门。

所谓“技术性”是指对某一行为导致某种行为后果,以最基本的行为标准做出的一种公式化的设置。它尽量地避免受某一国内道德、传统和政策的影响,如它只设置 $1+1=2$ 或支票为见票即付这样的公式化模式,而不去做出一个已婚男人去和另一个女人结婚是应受到重婚罪的处罚,还是可以作为法律能够认可的行为。国际商法的立法规范更明显地体现了这种技术性的特点,顺应了当今国际贸易迅速发展的需要。

2) 国际商法的统一性

由于商法特殊的历史渊源,决定了国际商法具有先天的统一性,即使在演变为国内

法阶段,各国的商法也是相似的。原本商法不发达的国家也在有意无意地学习他国已形成的近乎完美的商法模式,并共同寻找着更为合适的变化。一些国际组织的努力,一系列国际商事公约的出现,加上适用了百余年并仍在不断改进为商人广泛适用的国际商事惯例,使国际商法统一性的特点更为突出。

3) 国际商法的迅捷性

商人的主要目的就是为了赢利,他们希望能够脱离一般的法律规范,制定出更为快速地调整他们之间的行为,并能预知其行为后果的规范,在国际上达成统一的商事法律体系,于是商法应运而生。国际商法的规则清楚、明确,商事规范中所设定的期间一般较短,符合商事主体的需要,体现在商法上就是比其他法律规范具有更迅捷的特征。

1.2 国际商法的渊源

法的渊源又称为“法源”或“法律渊源”,是一个有不同含义的概念,可以从不同角度来解释。作为专门的法学概念,一般认为,法的渊源是指法的效力渊源,即根据法的效力来源而表现的法的不同形式。国际商法也是一种行为规范,必然以一定的形式表现出来,这就是国际商法的渊源。国际商法的渊源有:国际条约、国际商事惯例、国内商事法。

1.2.1 国际条约

1) 国际条约的分类

国际条约或公约是国际商法的最主要渊源,是国际法主体之间以国际法为准则,为确立其相互权利、义务而缔结的书面协议。国际条约一般要经过谈判、签字、批准和交换批准书等缔约程序,且经全体缔约国或条约约定的一定数目的国家批准或明确表示承受拘束后生效。国家批准一项条约,即意味着将受该条约的约束,与其他缔约国共同享受条约所赋予的权利,承担条约所施与的义务,因此大多数条约参加的国家都是有限的。作为国际商法渊源的国际条约可以从两个角度分为:专门的国际商事条约和包含商事条款的一般国际条约。

专门的国际商事条约是指国家之间缔结的专门以商事为主要内容确立其权利、义务的书面协议,包括双边的国际商事条约和多边的国际商事条约。更能体现专门的国际商事条约的特点的,应该是多边的国际商事条约,这种国际商事条约的特点有:①参加的国家较多。就目前的实践而言,大多数国际条约参加的国家都是有限的;而国际商事条约由于其自身的特点,参加的国家往往较多。例如,《联合国国际货物销售合同公约》在1988年生效时,就已有62个国家在公约上签了字,提交了批准书;根据1981年生效的《万国邮政公约》成立的万国邮政联盟已有160个国家和地区加入。《商标国际注册马德里协定》到2000年,已经有66个成员国。②商事领域已生效的条约较多。与其他法律部门不同,在商事领域,几乎都有可依据的已生效的国际商事公约来调整,其他法律部门则总会有一些领域因为各国分歧较大,无法达成一致而处于空白,没有相应的国际统一法来调整。例如,1963年欧洲经济合作组织公布了《关于对所得和财产避免双重征税的协定范本》,联合国根据此范本中存在的不足,又于1968年组织专家小组起草的《关于发达国家与发展中国家间避免双重征税的协定范本》也仍然只停留为一个

示范性文件；又如，国际公法中对北极地区迄今尚无国际协议确定其法律地位。

2) 国际条约与转化为国内法的国际条约的效力

国际条约是调整国家之间关系的法律，它只能约束国家，不能直接拘束国内的机关和人民。国际条约能否直接适用于国内的自然人和法人，各国的做法不同，有不同的方式。

(1) 直接承认国际条约优先适用，即使与本国的国内法相抵触。例如，法国《宪法》第 55 条规定：凡正式批准或公布的条约，即使与国内法相抵触，亦适用条约。

(2) 只有经议会立法手续，转为国内法后才能在国内适用。例如，英国在 1880 年的比利时国会号案中，就以《英比条约》未经议会同意，不能适用英国法院为由，拒绝了比利时的赔偿请求。

(3) 主张自动执行的条约优于国内法。所谓“自动执行的条约”是指条约中或条约中的某个条款明白表示或按其性质不需经过国内立法可以自动生效的条约。不是自动执行的条约就必须经过必要的立法补充才可以在国内适用。

正是由于各国对待国际条约的态度不同，在解决国际商事关系上，可以直接适用的国际条约和必须转化为国内法才能适用的国际条约的效力有着很大的差别。

1.2.2 国际商事惯例

国际商事惯例是指在长期、反复的国际实践中形成并被广为接受的商事习惯规则。

1) 国际商事惯例的形成

国际商事惯例是国际惯例的一种，它的形成与国际惯例有着共同之处，即要具备两个要素：一是物质因素，指在长时期内“反复”和“前后一致”的实践；二是心理因素，指为从事商行为的营业主体所接受，认为这种规则是方便、适用且符合自己利益需要的。但与国际惯例相比，国际商事惯例在形成方面又有着自己的特点。国际商事惯例的形成不像国际惯例那样严格，尽管它的形成也需要这两个因素，它更多的是由国际性的商人组织归纳和整理国际商务活动中的某些习惯做法制定出来的；而国际惯例则要从各国政府的文件、政府官员讲话、国际法院和国内法院的判决、新闻报道以及各种外交文书、国际会议和国际组织的决议等材料中找到，没有哪一个国际性组织能够仅通过整理，就可以将一项习惯规则制定成为国家间的国际惯例。这些归纳和整理出来的各种商务规则，经过不断的修改和补充，许多基本内容仍在当今的国际商事活动中发挥着重要的作用。

第二次世界大战后，在不断总结实践经验的基础上，国际商事惯例也不断更新，并日趋完备。例如，1936 年制定的《国际贸易术语解释通则》历经数次修改，2000 年的解释通则，更加符合现代国际商事活动的需要；国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》(2007 年修订版)、《托收统一规则》等对有关各方当事人的权利、义务做了十分明确的规定，尽管这些文本都是由有关国际性民间团体或非政府组织制定，而非官方文件，但对于减少国际商务纷争、促进国际商事关系的顺利进行，起到了重要作用。

2) 国际商事惯例的效力

如前所述，国际商事惯例是由非政府间组织制定的非官方文件，因此，不具有当然

的法律约束力，而是作为供各国商事活动中的当事人在谈判和草拟合同中可以参照的蓝本，可以自由采用。但这些规则一经采用，就成为对当事人各方有约束力的法律规范，即使是国家政府机关或国有企业，只要其以一般法人身份参加国际商务活动，并在合同中约定适用某种国际商事惯例，也要受惯例的约束，履行其所约定的义务。

正是由于国际商事惯例不当然具有法律约束力，当事人在选择适用国际商事惯例时，可以对现成的规则进行修改和补充，而不必恪守国际商事惯例本来的规定，这就使国际商事惯例在适用时显得更加灵活，也使商事活动中的各方当事人更倾向于选择适用商事惯例，使国际商事惯例成为国际商事交易的重要渊源。

1.2.3 国内商法

国际商法的主体主要是各国的自然人和法人，国家只有在特殊的情况下，才会成为国际商法的主体，这个特点决定了各国的国内商事立法也是国际商事行为的法律依据，这可以由：

1) 国家的管辖权决定

一般来说，各国的国内商事立法只能约束国内的商务活动及商务行为，但由于国家依据主权原则享有属地管辖权（territorial jurisdiction）及属人管辖权（personal jurisdiction），则国家依属地管辖权可以对在本国领域内外国籍人与本国人之间、外国籍人之间的商事活动进行管辖；依属人管辖权，国家对本国人在国外进行的涉外商事活动也能够行使管辖权，从而使本国调整商事活动的法规成为国际商法的渊源之一。

2) 国际商法中的契约自由原则决定

契约自由原则在国际商事法律规范中占有重要地位，当事人可以在国际商事合同中选择适用双方一致认可的法律规范来调整双方的商事行为，可以选用国际条约，也可以选用国际通用惯例，当然，也可以选用一国的国内立法。这种契约自由原则使国内的商事立法在调整国际商事活动中发挥了作用。

3) 冲突规范指引确定

如果当事人未选择可适用的法，根据国际私法确立的一些原则，如最密切联系原则等，一国的国内商事立法还有可能因为冲突规范的指引而适用于国际商事活动。即使在商事合同中选择了可适用的法，另一国的国内商事立法也可能由于冲突规范的指引而适用。一般认为，选择适用一国的法律规范，不但包括该国的实体规范，还包括其冲突规范。这样，另一国的商事立法就可能因其冲突规范的规定而被反致适用，调整国际商事行为。

各国国内的商事立法是国际商法的重要组成部分，也是对国际条约、国际商事惯例调整国际商事活动的重要补充。由于各国的国内商事立法在近代的立法中大量地参照了国际公约和国际商事惯例，与国际上通行的商事惯例和他国的商事立法具有很大的共同性，也就易于为商事活动中的当事人所采用。同时，在国内立法中大量地采用国际惯例，把国际商事惯例从某种程度上上升为具有法律约束力的规范，也是国际商法发展的重大进步。