



经济与管理精编教材·国际经济与贸易系列

国际商法

理论与实务

International Business Law
Theory and Practice

周黎明 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

 21世纪 经济与管理精编教材·国际经济与贸易系列

国际商法

理论与实务

International Business Law
Theory and Practice

周黎明 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际商法:理论与实务/周黎明编著. —北京:北京大学出版社,2014. 10
(21 世纪经济与管理精编教材·国际经济与贸易系列)

ISBN 978 - 7 - 301 - 24886 - 7

I. ①国… II. ①周… 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(2014)第 225064 号

书 名: 国际商法:理论与实务

著作责任者: 周黎明 编著

责任编辑: 马 霄

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24886 - 7 / I · 4057

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电子信箱: em@pup.cn QQ:552063295

新浪微博: @北京大学出版社 @北京大学出版社经管图书

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752926 出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 21.25 印张 504 千字

2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷

印 数: 0001—4000 册

定 价: 42.00 元



未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

经济全球化是当今世界经济发展的大趋势,它的一个重要体现是各国贸易市场的统一化,而全球贸易市场统一化的一个重要条件是商事和贸易规则的共通。了解和掌握这些商事规则,可以让我们更好地理解和掌握国际商事活动的原理,并能运用相关的原理来解释和解决商事活动中的一系列问题。

本书力求兼顾理论与实务,对国际商事法律作一个介绍及阐述。为便于理解,在语言的组织及原理解释上,本书力求通俗易懂,理论联系实际,通过大量案例对相关的国际商法原理予以分析。全书共十一章,每一章都精心编排了与商法原理紧密结合的案例。通过对这些实际案例的分析,一方面可以激发学生学习国际商法的兴趣,另一方面也可以使学生通过对这些生动案例的理解,将国际商法的理论知识与实务知识更好地结合起来,从而能够在一种轻松灵活的学习氛围中,掌握国际商法的基本理论知识。

在本书编写的过程中,作者在前人成果的基础之上,博采众家之长,并密切关注国内外公约、贸易惯例和国内法的最新资料及修订信息,一方面使本书吸收了最新的国际商法的规则和研究成果,另一方面也使本书的编排和阐述更全面、更系统也更准确。

本书的体例遵循一个商事交易完成的顺序和可能出现的问题,由浅入深,以商事为主体,以合同、代理、买卖、产品责任、运输、运输保险、国际结算与支付、国际知识产权、仲裁为阐述主线。

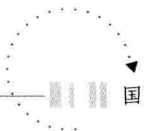
本书的阐述思路是:先有主体,有主体才会有商事交易;主体要达成一项交易,需涉及合同及买卖规则,而且国际贸易往往通过代理进行,故接着介绍代理法、合同法及买卖法;产品的买卖过程中必然会产生产品责任,故再介绍产品责任法;要完成国际贸易,非常重要的一环是运输,而运输过程中会有各种各样的风险,故再介绍运输法和保险法;贸易的目的是的一方取得货物、另一方取得货款,故接下来介绍国际结算和支付;国际贸易除了有形货物的贸易外,还涉及技术贸易等其他领域,故接着介绍国际知识产权法及技术贸易的相关规定;最后,在商事交易的整个过程中,难免会有争议,商事争议的解决,既是商事交易的最后一个环节,也是本书的最后一个章节。以上内容,层层展开,又环环相扣。本书力图简明、扼要、生

动、有趣地讲述一个国际商事交易的完整故事。

在成书的过程中,本人深刻感受到自己的才疏学浅,书中许多问题难免还存在诸多疏漏和错误,恳请专家、学者和读者朋友们不吝批评指正。

周黎明

2014 年 7 月



目 录

第一章 国际商法概述	/ 1
第一节 国际商法的定义及其法律渊源	/ 1
第二节 大陆法系与英美法系	/ 8
第二章 商事组织法	/ 17
第一节 商事组织法概述	/ 17
第二节 个人独资企业法	/ 22
第三节 合伙企业法	/ 24
第四节 公司法	/ 33
第三章 国际商事代理法	/ 58
第一节 国际商事代理法概述	/ 58
第二节 代理法律关系	/ 65
第三节 中国的代理法	/ 72
第四章 合同法	/ 75
第一节 合同法概述	/ 75
第二节 合同的成立	/ 77
第三节 合同的效力	/ 93
第四节 违约责任及救济	/ 103
第五节 诉讼时效	/ 114
第五章 国际货物买卖法	/ 117
第一节 国际货物买卖法概述	/ 117
第二节 国际货物买卖合同的成立	/ 130
第三节 买卖双方的义务	/ 137
第四节 违反国际货物买卖合同的救济措施	/ 151
第五节 货物所有权和风险的移转	/ 167

第六章 产品责任法	/ 174
第一节 产品责任法概述	/ 174
第二节 美国的产品责任法	/ 180
第三节 欧盟的产品责任法	/ 193
第四节 关于产品责任的国际公约	/ 196
第五节 中国的产品质量法	/ 198
第七章 国际货物运输法	/ 203
第一节 国际货物运输法概述	/ 203
第二节 国际海上货物运输法	/ 204
第三节 国际航空货物运输法	/ 226
第四节 铁路货物运输法	/ 229
第五节 国际货物多式联运	/ 232
第六节 海上事故及处理	/ 235
第八章 国际货物运输保险法	/ 242
第一节 国际货运保险合同	/ 243
第三节 海上货物运输保险条款	/ 258
第四节 保险损失的赔偿	/ 263
第九章 国际贸易结算与支付法律制度	/ 270
第一节 票据概述	/ 270
第二节 汇票	/ 283
第三节 本票和支票	/ 292
第四节 国际贸易的支付方式	/ 294
第十章 国际知识产权法	/ 299
第一节 国际知识产权概述	/ 299
第二节 国际技术转让及许可协议	/ 307
第三节 知识产权的国际保护	/ 308
第十一章 国际商事纠纷解决	/ 316
第一节 国际商事仲裁概述	/ 316
第二节 国际商事仲裁机构	/ 317
第三节 中国的国际商事仲裁	/ 322
第四节 仲裁协议	/ 324
第五节 仲裁裁决的执行	/ 327
参考文献	/ 331

Contents

Chapter 1 Introduction to International Business Law / 1

- 1.1 Concepts and Sources of International Business Law / 1
- 1.2 Civil Law and Common Law / 8

Chapter 2 Law of Business Organizations / 17

- 2.1 Introduction to Law of Business Organizations / 17
- 2.2 Law of Sole Proprietorship / 22
- 2.3 Law of Partnership / 24
- 2.4 Law of Corporation / 33

Chapter 3 Law of Agency / 58

- 3.1 Introduction to Law of Agency / 58
- 3.2 Legal Relations in Agency / 65
- 3.3 Law of Agency in China / 72

Chapter 4 Contract Law / 75

- 4.1 Introduction to Contract Law / 75
- 4.2 Formation of the Contract / 77
- 4.3 Effectiveness of Contract / 93
- 4.4 Breach and Damages / 103
- 4.5 Prescribed Period for Litigation / 114

Chapter 5 Law of International Sale of Goods / 117

- 5.1 Introduction to Law of International Sale of Goods / 117
- 5.2 Contract for International Sale of Goods / 130
- 5.3 Obligations of the Seller and Buyer / 137
- 5.4 Remedies for Breach of Contract / 151
- 5.5 Passing of Ownership and Contract / 167

Chapter 6 Products Liability Law	/ 174
6.1 Introduction to Products Liability Law	/ 174
6.2 Products Liability Law of the U. S.	/ 180
6.3 Products Liability Law of the E. U.	/ 193
6.4 International Legislation of Products Liability	/ 196
6.5 Products Liability Law in China	/ 198
Chapter 7 International Cargo Transportation	/ 203
7.1 Introduction to International Cargo Transportation	/ 203
7.2 International Carriage of Goods by Sea	/ 204
7.3 International Carriage of Goods by Air	/ 226
7.4 International Carriage of Goods by Rail	/ 229
7.5 International Multimodal Transport of Goods	/ 232
7.6 Maritime Accidents and Processing	/ 235
Chapter 8 International Cargo Transportation Insurance	/ 242
8.1 International Cargo Transportation Insurance Contract	/ 243
8.3 The Clauses of Marine Cargo Insurance	/ 258
8.4 The Compensation of Insurance Losses	/ 263
Chapter 9 Law of International Settlement	/ 270
9.1 Introduction to Negotiable Instruments	/ 270
9.2 Bills of Exchange	/ 283
9.3 Promissory Notes and Checks	/ 292
9.4 International Payments and Settlements	/ 294
Chapter 10 Law of Intellectual Property Right	/ 299
10.1 Introduction to Law of Intellectual Property Rights	/ 299
10.2 International Transfer of Technology and Licensing Agreement	/ 307
10.3 International Protection of Intellectual Property Rights	/ 308
Chapter 11 Resolution of International Business Disputes	/ 316
11.1 Introduction to International Commercial Arbitration	/ 316
11.2 Institution of International Commercial Arbitration	/ 317
11.3 International Commercial Arbitration in China	/ 322
11.4 Arbitration Agreement	/ 324
11.5 The Implementation of Arbitration Agreement	/ 327
References	/ 331

第一章 国际商法概述

International Business Law is the body of rules and norms that regulates activities carried out outside the legal boundaries of states. It is also the part of law that regulates various affairs of the business transactions of private persons, and the international relationships of international commercial organizations.

第一节 国际商法的定义及其法律渊源

国际商法,又称为国际商事法,英文一般称之为 International Business Law, International Commercial Law 或者 The Law of International Business Transactions,三者没有实质性区别。要理解国际商法的定义,我们先来了解商法的概念。

一、商法概述

(一) 商法的概念

古代社会通常把“商”理解为货物的交换。《汉书·食货志》解释“商”为“通财鬻货曰商”。“通财”意为“流通财货”,“鬻货”意为“贩卖货物”。根据这个解释,“商”即为“流通财货,贩卖货物”之意。《汉书》的这个解释,放在今天也同样适用。《布莱克法律辞典》的界定为“商是指货物、生产品或任何种类的货物之交换”,《韦氏新国际辞典》则称“商是指商品交换或买卖行为”。

法学意义上的“商”,可以从广义和狭义两个角度去理解。广义上的商,是指有关“商”的一切行为或事宜,如商事契约、商业登记、商业组织、商业管理、商业会计、商业课税等。狭义上的商,仅指通常所称的商事,包括商业登记、公司、票据、保险、海商等。

“商事”一词是国际贸易交往中一个非常重要的惯常用词,根据联合国国际贸易法委员会在起草《国际商事仲裁示范法》时对“商事”一词所做的解释,具有商事性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议、商事代表或代理、保付代理、租赁、咨询、设计、许可、投资、融资、银行业、保险、开采协议或特许权、合营企业或其他

形式的工业或商业合作,客货的航空、海洋、铁路或公路运输。

· 美国加利福尼亚州的《国际商事仲裁和调解法典》罗列了 18 种属于商事关系的事项,具体包括:(1)提供或交换商品或劳务的交易;(2)销售协议;(3)商事代表或代理;(4)开采协议或特许权;(5)合资或其他形式的工业或商业合作;(6)客货的航空、海洋、铁路或公路运输;(7)建筑;(8)保险;(9)许可;(10)保付代理;(11)租赁;(12)咨询;(13)工程;(14)金融;(15)银行;(16)资料或技术的转让;(17)知识或工业产权,包括商标权、专利权、版权和软件程序权;(18)专业服务。

根据中国加入 1958 年《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》时作出的商事保留声明中提到的概念,“商事”包括货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故等。从该范围来看,我国关于“商事”的解释是一种广义的解释。

关于商法的概念,目前学术界还没有一个定论,但无论哪种解释,都有一个共同点,即商法是调整市场经济关系的法律规范。我国著名法学家江平教授对西方的商法下了一个定义:商法就是规定商事交易的法律。简单地说,商法是现代市场交易行为的基本准则,是规范现代市场主体(商人)和市场行为(商行为)的法律规范的总称。

商法虽源于古罗马时代的商事规约,但我们今天所理解的近代商法,却是始于中世纪欧洲地中海沿岸自治城市的商人法。近代商法正式出现的标志是 1807 年的法国商法典,该法典包括通则(含公司、商行为和票据)、海商、破产、商事法院共四编,648 条,它是近代商事法的典范,对世界其他国家的商事立法有很大影响。中国古代“重农抑商”,商法极不发达,20 世纪初以来的百年商事立法,主要是引进借鉴西方商法(主要是大陆法系的商法)。但中国改革开放后的商事立法,也有不少是借鉴了英美法系国家的商事立法。中国至今没有制定商法典,调整商事关系的法律规范散见于《民法通则》《合同法》及其他众多的单行法律法规之中。

(二) 商事关系

商事关系包括商事主体和商事行为的关系。

商事主体在传统商法中又称为“商人”,是指依据商事法的有关规定,参加商事活动、享有商事权利并承担相应义务的自然人和法人组织。

商人作为商法上的行为主体,除了具备民法中有关民事主体的基本要求和基本特征外,还具有一些不同于一般民事主体的法律特征。这些法律特征主要表现在:(1)商事主体必须具有商事能力;(2)商事主体必须以营利性活动作为其营业内容;(3)商事主体的特殊权利能力和行为能力须经商业登记而取得。

商事行为,又称为商行为,是大陆法系民商法中特有的概念。按照大陆法系学者的一般认识,商行为是指以营利性营业为目的而从事的各种表意行为。商行为作为营利性营业活动,仅仅是民事活动中比较特殊的一类。

商行为的法律特征主要表现在以下几方面:(1)商行为是商主体以营利为目的而从事的特定行为;(2)商行为原则上应是某种营业性行为,它表明主体至少在一段时期内连续不断地从事某种同一性质的营利活动,因而具有营业性或职业性;(3)商行为本质上是具有商行

为能力的主体从事的营业性活动。

(三) 商法与相邻部门法的关系

1. 商法与民法

商法对于民法而言是特别法。商法和民法共同调整商品经济关系,同属于私法,两者有着密切的联系。商法大量使用民法的某些原则、制度、规范,同时,属于商法的一些原则、制度和规范也不断地被民法所吸收。众所周知,民法是调整平等主体之间财产关系和人身关系的法律规范,是伴随着商品经济的发展而发展的,而商法主要是由商事交易习惯形成的商品交换规则,完全可以视为民法的特别法。

商法中的规定,有些是民法规定的补充(如商事买卖),有些是民法中的一般制度特殊化(如经理和代办商),有些是创设民法中没有的制度(如商业登记、商业账簿、共同海损等)。此外,商事法律关系完全是财产关系,而且均属于双务有偿关系。民事法律关系既有财产关系,又有人身关系;财产关系中既有有偿的,又有无偿的,既有双务的,又有单务的。

2. 商法与经济法

西方有的国家(英美)没有所谓的经济法,有的国家(德日)有“经济法”这个名称,但对于经济法的概念和内容,并无确定一致的见解。一般说来,商法以各个经济主体(企业)的利益为基础,以调整企业相互间的利益为目的,是一种横向的调整;而经济法是以整个国民经济的利益为基础,以调整企业与整个国民经济间的关系为目的,既从横向也从纵向调整社会经济关系。它们虽然是各自独立的法律部门,但并非互不干涉,而是相互配合,相互辅助,从社会生活的各个方面来保障社会经济发展。

此外,商法与经济法的另一个重要区别在于商法以当事人意思自治为主导性原则,经济法则强调国家意志和政府职能的介入,并以国家政策为主导。

(四) 国际商法的发展历史

国际商法是随着商品经济的产生和发展而产生及发展起来的。调整商人跨国交易的法律在古罗马法中就有体现。国际商法的发展历史,大致经历了如下一个发展过程:家商一体的古代罗马法、以商人交易习惯为行为规范的中世纪商人法(Law Merchant)、民族化及国家化的近代商法以及适应经济全球化的现代商法。

1. 家商一体的古代罗马法

实际上,在古罗马时期是没有真正的商法的,这一时期是诸法合一,只有简单的商品交易,而一些真正意义上的商事交易行为被认为是违法的行为,如不准货物未经加工就转手出卖、不准借本经商、不准放贷收息、否认商业中介活动,其商品交换的全部目的是保障家人的生存和繁衍。

罗马法是指公元前6世纪罗马国家形成时期至公元6世纪东罗马帝国从奴隶制转变为封建制这一个历史时期的一系列法律,也即从《十二铜表法》开始,至东罗马帝国皇帝优士丁尼安编纂的《国法大全》为止这一个时期的法律。

罗马法的核心是《国法大全》,具体包括:

(1)《学说汇编》。这是《国法大全》最主要的组成部分,共50卷,主要是40名罗马法学家的著作汇编。

(2)《法学阶梯》。共4卷,是一种法学教本,以盖约的著作为依据。

(3)《优士丁尼安法典》。共12卷,是历代皇帝敕令的汇编。

(4)《新律》。优士丁尼安及其后继者在编纂上述法典后颁布的敕令。

从罗马法对大陆法的影响来看,受罗马法影响最大的是法国、德国、意大利等欧洲大陆国家的法律,此外,西班牙、比利时、荷兰、瑞士以及某些亚洲国家如日本、1949年以前的中国的法律法学,也都直接或者间接地受到罗马法的影响。

罗马法对英美法的影响相对小一些,但英国法律虽然不像某些大陆法国家那样直接继承了罗马法的传统,但在教会法、商法和衡平法方面也有较大的影响。

2. 商人习惯法——中世纪商法

11—15世纪,欧洲地中海一带的城邦贸易迅速发展,行会组织中的商人设置自己的特殊法庭,采用各种商事习惯来解决商事纠纷,逐渐形成了中世纪的商人法(Law Merchant)。在商事习惯传播的过程中,作为商业中心的特定城市的习惯法,不可避免地会成为这种跨地区商事习惯法的集大成者,并毫无疑问地承担起调整这种地区间商事交易关系的主要任务,如巴塞罗那的商事习惯,被汇集成著名的《康索拉度海法》(1340),通过广泛传播成为获得地中海沿岸普遍承认的具有支配地位的商事习惯法;再如,《奥莱隆海法》和《维斯比法》(1350)通过同样的方式,在周围的波罗的海国家中赢得了广泛的权威。此时的商人法仍具有地域性的特点。中世纪商法是由有限责任、商业信用、自治机制三大理论构成的。

第一,有限责任。这一时期,在商业经营中产生了一种新型的模式,就是康孟达(Commend)。康孟达开始是一种借贷契约,后来发展成为一种合伙经营,即由普通商人提供资金,由海运商人负责经营、从事航行和贩卖货物,普通商人的风险及责任以其出资为限。在当时资金非常短缺的情况下,冒资金风险的合伙人通常可获得3/4的利润,而从事航行的合伙人只获得1/4的利润。这种契约后来便演变为有限合伙,之后进一步发展至公司——有限责任制度。有限责任制度的产生,对商业乃至整个世界的经济,都产生了巨大的推动作用。

第二,商业信用。商业信用的发展体现在信用票据上。商人之所以如此重视信用,在于信用是商业交易的基础,没有信用就失去了秩序。而信用票据则是整个经济发展的润滑剂。

第三,自治机制。意思自治在商人习惯法时代得到了充分的体现,它可以概括为“三自”原则:自立、自律、自裁。商人们按照自己的立法,按照交易的行为规则自我约束,对违法者由商人自己组成的法庭进行裁判,维护的是建立在诚信基础上的市场交易秩序。卢卡斯案就是发生在1292年的一个著名案例。

典型案例 1-1

卢卡斯案^①

1292年,一个叫卢卡斯的伦敦商人,从一个德国商人处购买了价值31英镑的货物,没有付钱,就离开了里恩集市,德国商人向卢卡斯的行为诉诸里恩集市法院,卢卡斯没有按照商

^① 伯尔曼,《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社,1998年版。

法回应他的指控,而是选择逃走。

卢卡斯从里恩逃到圣博托尔夫、林肯、赫尔,最后逃回了伦敦。那个德国商人则一路追来。卢卡斯的行为造成了一个严重的后果——任何其他国家的商人都不愿意在伦敦市民未付足货款的情况下,就把货物卖给他们,这些商人称他们是弄虚作假的债务人。这使得伦敦商人蒙受了耻辱。为维护伦敦商人的商业信誉,在众多伦敦商人的要求之下,卢卡斯最终被关进了伦敦塔,受到了应有的制裁。他的案件最终根据人身保护状由国王的政务会加以复审。

该案反映了中世纪商法的两个理论:①自治机制;②诚实信用。

卢卡斯案告诉我们,尽管商事交易是双方的私事,但一个商人的行为如果侵害了商人整体利益甚至国家利益,其他商人乃至国家的法律也不会坐视不管。

3. 近代商法

大陆法系的近代商法,最值得一提的是法国的。1801年,拿破仑任命了由法学家和实业家组成的七人委员会,起草了商法典,并于1807年颁布《法国商法典》,世界上第一部商法典由此诞生。《法国商法典》的主要特点是以商行为为基础。此后,德国、日本等大陆法国家也都相继制定了自己的商法。此时大陆法商法的一个很大缺陷是过于理论化。后来大陆法系也向英美法系学习,如采用案例教学法等。

英美法系,也称为海洋法系。英美法的历史上,只有普通法(Common Law)和衡平法(Equity Law)之分,并无民商法之别。1756年,时任大法官曼斯菲尔德(Lord Mansfield)将商人习惯法混入普通法之后,就不存在单独的商法了。但在商品买卖、公司、票据、保险、海商破产等方面都制定了单行法规,商法成文化的趋向明显。在美国,从1896年开始,由全国州法律统一委员会陆续公布了许多统一法规,包括《统一流通票据法》《统一买卖法》《统一仓库收据法》《统一股票转让法》《统一提单法》《统一附条件销售法》《统一信托收据法》等。在这些统一法的基础上,1952年,委员会又公布了著名的美国《统一商法典》。开放的海洋与商法有不解之缘,封闭的大陆与民法息息相关。例如,前述在11世纪晚期出现的康孟达就是利用长距离的海上贸易的经营方式,发生在英格兰等地;还有船长为了筹集到必要的资金而有权卖掉货主的货物等原则,“都是自己发展起来的,它不是王侯们的法律”。英美法系国家不存在独立的商法,在18世纪中叶,大法官曼斯菲尔德把商人习惯法吸收到普通法中,使其成为普通法的一部分。

4. 适应经济全球化的现代商法

现代商法是由欧洲中世纪的商人法演进发展而来的。中世纪的商人们的最伟大之处在于他们根据自己的意愿创造了自己的法律。由于欧洲中世纪政治、宗教等因素的影响,商业行为不被主流社会的意识形态所认可,商业活动无法获得当时的既有法律保护。但商业在地中海沿岸或者整个欧洲大陆的复兴,需要有调整商人活动的规范。12—13世纪,商人法逐渐从地方性的法律发展成为世界性的法律,开始成为调整国际性商事交易关系的主要法律,但到中世纪末,由于主权国家将商法纳入国家的立法当中,商法就变成了国家的立法,商人法演进为国家制定的商法,从最初国际性的商人法变成一个纯国内的商法。到了现代,随着国际市场的形成和国际经济的一体化,商法的国际化特征又显现出来。从中世纪商人习惯

法到近代民族国家的商法,再到现代的新商法,商法历经了国际法——国内法——国际法的发展过程,从而在一个更高的起点上开始了再生。

现代商法的一些规则,对国际商事贸易的发展产生了很大的影响。例如1994年3月由国际私法协会理事批准的《国际商事合同通则》,还有贡献突出的《国际贸易术语解释通则》,等等。这些规则都是两大法系国家的当事人在合同中普遍采用的,对当事人双方均具有法律约束力,既避免了许多诉讼,又提高了交易效率、节约了交易成本,影响可谓巨大。

二、国际商法的概念

国际商事法(International Business Law/International Commercial Law),简称国际商法,是调整国际商事交易和商事组织的各种法律规范的总称。由于第二次世界大战后国际经济贸易发展迅速,国际商事交易呈现多样性的发展趋势,国际商法的内容也有了很大的变化。这种法律规范的调整对象随着世界经济全球化进程的加快和知识经济时代的到来,早已突破了传统的商事法范围(传统的商事法主要包括公司法、代理法、票据法、海商法、保险法等),增加了许多新的领域,既涉及有形的货物交易,也涉及无形的技术、资金和服务交易,例如投资、租赁、融资、工程承包及合作生产、技术转让、知识产权,等等。因此,西方国家往往把调整上述各种商业交易的法律用国际商事交易法(The Law of International Business Transactions)来概括。此外,国际商法中的商事主体,不仅包括一般的商事主体比如个人、合伙企业、公司、个人独资企业等,更重要的是,还包括大量跨国经营的涉外企业,如跨国公司等。

三、国际商法与相邻法律部门的关系

(一) 国际商法与国际私法

国际私法(Private International Law)是指解决国家之间法律适用的冲突规范,是调整不同国家之间的法律适用关系的法律规范的总和,其主体是冲突法(Conflict Law),属于程序法范畴。而国际商法则属于实体法范畴。

但也有学者从大私法的角度出发,认为国际商法是国际私法的一部分。因为国际私法主要调整不同国家的法人和自然人之间的财产关系与人身等非财产关系,不同国家法律制度上的差异,导致对同一问题产生法律冲突以及如何处理等问题。而国际商法调整的是处于不同国家的商人之间的关系,从这个意义上来看,国际商法应该属于国际私法的范畴。

(二) 国际商法与国际贸易法

国际贸易法(International Trade Law)是指调整各国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范的总和。贸易在中文中可以解释为商业活动,从上述定义来看,它的定义与前面国际商法的定义基本是一致的。现今我国学者的研究习惯,主要倾向于将国际商法从国际商事比较法的角度加以论述,而国际贸易法则是从各国国内法、国际条约和国际惯例的角度论述贸易以及与贸易有关的各种关系的法律规范。从这个角度来说,部分学者提出国际商法亦为国际贸易法的一部分。但也有不少学者认为国际商法其实就是国际贸易法。

(三) 国际商法与国际公法

国际公法(International Law)是指在国际交往中通过协议或认可形成的,主要是调整国

家间关系的、有法律拘束力的、由国家单独或集体的强制力保证实施的原则、规则和制度的总体。国际法的主体主要是国家,调整的主要是国家间的关系。国际法是国家之间通过协议(条约)或认可(习惯)共同制定的。在国际社会并没有一个凌驾于国家之上的国际立法机关来制定国际法,因为国家主权都是独立的和平等的,所以国际法的渊源主要是国际条约和国际习惯。国际法的效力及于整个国际社会。国际商法则仅仅涉及国际商事法律关系。

(四) 国际商法与国际经济法

国际经济法(International Economic Law)作为一门独立的法律学科,是在第二次世界大战后发展起来的,并已经建立起一套较为完备的体系,但其具体的调整范围仍有争议,一般的观点认为国际经济法大体包括国际货物贸易、国际技术贸易、国际服务贸易、国际投资、国际金融、国际税收、国际经济争端的解决等。总的来说,国际经济法应属于公法,主要是调整国与国之间的经济关系的法律规范。

国际商法与国际经济法的共同点是,都是调整跨国商事活动的法律规范的总称,不同之处在于国际商法的主体仅限于各国商人及各种商事组织,如合伙企业、公司,而不包括国家或国际组织。因此,国际经济法的主体比国际商法更广泛。

四、国际商法的渊源

国际商法的渊源(Sources of International Business Law),主要是指国际商事法产生的依据及其表现形式,包括国际商事条约(International Commercial Treaties and Conventions)、国际商事惯例(International Custom)和各国的国内商事立法(Domestic Business Law/National Law)。

(一) 国际商事条约

国际条约是指国家间遵照国际法缔结的规定彼此权利和义务的书面协议,条约对缔约国有约束力,这是根据“约定必须遵守”的国际法原则得出的结论。一般情况下条约对非缔约国无约束力,但是当事人可以通过约定使条约对其具有约束力。国际商事条约是作为国际商事主体的国家和国际组织缔结的调整国际商事活动的国际条约或公约,总体上可以分为两类:一类是调整国际商事活动的实体规范,如1980年《联合国国际货物买卖合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG);另一类属于程序法规范,如1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(The UNCITRAL Arbitration Rules)。

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是指国际经济主体长期重复类似的行为而形成的、一旦采用即对采用者具有约束力的商事习惯。国际惯例与国际公约相比,一个很大的不同是没有普遍的约束力,但是在某些具体的当事人之间,国际惯例也可以像国际公约一样具有普遍的约束力。

一项国际商事惯例的形成,要有一个漫长的过程:首先要形成一个习惯,再由习惯上升为惯例,成为国际商事法的一个组成部分。国际惯例也被称为“世界语言”,如果没有国际惯例,或商事主体不承认国际惯例,则国际贸易这座大厦将会倒塌。正因为如此,我们可以将国际商事惯例作为国际商事交易的重要支柱之一。其中一些惯例,比如2010年修订的《国际贸易术语解释通则》(简称《INCOTERMS 2010》)、2007年修订的《跟单信用证统一惯例》

(简称《UCP600》)、1996年的《托收统一规则》(简称《URC522》)等,都构成国际贸易规则的重要组成部分。

(三) 国内商事法

现代国际商事交易关系具有多样性和复杂性,现有的国际公约和惯例不可能满足实践的需求,有些时候跨越国境的商事交易,也可能选择国内法作为准据法。部分学者对国内法能否成为国际商法的渊源存在争议。其实,不论从国际商法的内涵,还是从国际商法的调整对象来看,国内法毫无疑问都应该成为国际商法的重要渊源。

第二节 大陆法系与英美法系

法系是西方法学理论中经常使用的一个概念,它是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。所谓法系(Law System),是指比较法学家按照法的历史传统和形式上的某些特征,对世界各国法律体系所作的分类。

关于法系的分类,一直有不同的观点。我国较为可行的观点是按照历史传统和法律表现形式,将其分为大陆法系、英美法系、伊斯兰法系、印度法系和中华法系。其中影响最大的两大法系是大陆法系和英美法系。以下对这两大法系进行简单介绍。

以法国和德国为代表的大陆法体系(Continental Law System/Romano-Germanic Legal System, commonly called the Civil Law, the legal system derived from Roman and Germanic practice and set out in national law codes)和在英国形成和发展起来的英美法系(Anglo-American Law System),也称普通法体系(Common Law System, commonly called the Common Law, it is the legal system of England and countries that were once English colonies. It is based primarily on court-made rules or precedent)。两大法系主要有以下几个差别:

第一,在大陆法系国家,私法的大部分领域都是法典化、成文化的,而在英美法系国家则主要是实行判例法。

第二,大陆法系国家受罗马法的影响很深,有些国家的法典直接继承了罗马法的传统;而英美法系国家虽然也在一定程度上受罗马法的影响,但其深度和广度不如大陆法系国家。

第三,法律结构不同。大陆法系将法律分为公法和私法两大部分,而英美法系并不明确划分为公法和私法,但普通法和衡平法的划分却非常明显。另外,大陆法系的法律部门分类非常清楚,如民法、刑法、行政法、诉讼法等,每一个部门都以一个法典作为核心,构成一个有机的法律体系。

第四,诉讼制度不同。大陆法系在传统上采取职权制,英美法系在传统上采取对抗制。大陆法系重视实体法,英美法系重视程序法。

一、大陆法系的概念及分布

(一) 大陆法系的概念

大陆法系(Continental Family)一般是指以罗马法为基础而形成和发展起来的一个完整法律体系的总称。大陆法系又称为罗马法系、法国法系或者罗马—德意志法系,是以罗马法为基础,以《法国民法典》和《德国民法典》为典型的法律以及模仿前述法律的其他国家法系