

21

21世纪法学规划教材

# 国际商法

INTERNATIONAL BUSINESS LAW

| 第二版 |

左海聪 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

014011975

D996.1  
167-2

21 世纪法学规划教材

# 国际商法

International Business Law

| 第二版 |

主 编 | 左海聪

撰稿人

以撰写章节先后为序

左海聪 郭载宇 孙占利  
张海燕 吴思颖 罗 洁  
向 前 张川华



法律出版社

始创于1954年

[www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)



北航

C1698391

D996.1

167-2

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 左海聪主编. —2 版. —北京:法律出版社, 2013. 10  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5449 - 0

I. ①国… II. ①左… III. ①国际商法—教材  
IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 231334 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/720×960 毫米 1/16

印张/26.25 字数/495 千

版本/2013 年 10 月第 2 版

印次/2013 年 10 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 - 5449 - 0

定价:36.00 元

有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1698391

## 出版说明

法律出版社作为中国历史最悠久、品牌积淀最深厚的法律专业出版社,素来重视法学教育图书之出版。

“21 世纪法学规划教材”系列作为本社法学教育出版的重心,延续至今已有十年。该系列一直以打造新世纪新经典教材为己任,遍揽名家新秀,因其卓越品质而颇受瞩目并广受肯定。

中国的法学教育正面临深刻变革,未来的法学教育势必以培养高素质法律人才为目标,以知识教育与应用教育相结合、职业教育与素质教育相结合、精英教育与大众教育相结合为导向,法学教育图书的编写与出版也进入了变革与创新时期。

为顺应未来法学教育的改革方向和发展趋势,本社应时而动,推出全新“21 世纪法学规划教材”,为不同学科、不同层次、不同阶段、不同需求的法学师生量身打造法学教材及教参。在教材方面,将推出课堂教学系列、实训课程系列、通识课程系列、简明本系列、双语教学系列等;在教参方面,将推出案例教程系列、法规教程系列、练习与测验系列、法学讲座系列、专业培训系列等。或革新,或全新,以厚基础、宽口径、多元化、开放性为基调,力求从品种、内容和形式上呈现崭新风采,为法学师生提供更好的教本与读本,同享规划教材之盛。

“好书,同好老师和好学生分享”。本社在法学教育图书出版上必将继往开来,以精益求精的专业态度,打造本套全新“21 世纪法学规划教材”。传播法学知识,传承法学理念,辅拂法律教育事业,积累法律教育财富,服务于万千法学师生和明日法治英才。

法律出版社

## 作者简介

(以撰写章节先后为序)

**左海聪** 湖南郴州人,1984~1995年于武汉大学法学院国际法系学习,获法学学士、硕士和博士学位。历任武汉大学国际法研究所讲师(1994年)、副教授(1996年)、教授(2002年)、博士生导师(2003年)。曾赴荷兰阿姆斯特丹大学国际法系(1998~1999年)、海牙国际法学院(1999年)和罗马国际统一私法协会(2002年)进行合作研究,曾为美国乔治敦大学国际经济法研究所富布赖特研究学者(2005~2006年)。现为南开大学法学院院长、教授、博士生导师;兼任中国法学会理事、中国法学会世界贸易组织法研究会副会长、中国国际经济法学会常务理事、中国法学会国际经济法研究会常务理事、中国审判理论研究会常务理事、教育部卓越法律人才教育培养计划专家委员会委员、天津市法学会副会长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员和天津仲裁委员会仲裁员。著有《国际经济法的理论与实践》、《国际经济法》、《国际商法》、《国际贸易法》,主编、参编著作14部,在《法学研究》、《人民日报(理论版)》、《统一法评论》(英文)等学术刊物上发表中英文学术论文五十余篇。研究成果获第二届中国法学优秀成果奖(2011年)、司法部第一届(2003年)及第三届(2009年)法学教材与科研成果奖、湖北省社会科学优秀成果奖(2001年)、天津市社会科学优秀成果奖(2008年)、钱端升法学研究成果奖(2010年、2012年)等省部级奖励8次。2005年入选教育部新世纪优秀人才支持计划;2008年获宝钢优秀教师奖;2011年获“全国十大杰出青年法学家”提名奖;2011年入选马工程教育部重点教材《国际经济法》编写课题组首席专家。

**郭载宇** 法学博士,湖北省高级人民法院法官、民四庭副庭长;参著《涉外民事诉讼管辖权问题研究》。

**孙占利** 法学博士,广东商学院教授、硕士生导师,兼任广东省人民检察院专家咨询委员会委员和广州仲裁委员;著有《电子订约法研究》、《电子商务法》、《信息网络法学》。

**张海燕** 法学博士,中南大学法学院副教授、硕士生导师、国际法研究所所长,美国华盛顿大学访问学者;著有《遗传资源知识产权保护法律问题研究》。



## 第二版前言

本书面世以来,承蒙广大读者厚爱,印刷数次,销售逾两万册。本次修订的目的除了内容更新外,还希望进一步夯实本学科的理论基础并反映全球化时代国际商法判例法的发展。本次修订的主要内容如下:

第一,内容更新。增加“移动设备国际利益公约”一章,对《2010 年国际贸易术语解释通则》、《蒙特利尔公约》、《鹿特丹规则》进行阐述,对其余各章的内容也作了不同程度的更新。

第二,加强绪论的内容。增加了关于国际商法学说的简要论述,对国际商法渊源的阐释有了较大变化,希望借此进一步夯实本学科的理论基础。值得一提的是,本书主编自 2011 年以来发起出版了“国际商法学术丛书”,目前已经出版 4 部专著,这套丛书为读者进一步研讨国际商法理论和实务问题提供了有益资料。

第三,反映判例法的发展。增加了十余个典型判例,其中包括最高人民法院在国际货物买卖、提单、海上保险、信用证领域的 5 个判例。第一版教材在使用中读者对教材中的判例给予了充分肯定,新判例的增加既可以增强本门课程的生动性和研讨性,也可以更好地反映国际商法领域的判例法发展。

此外,本书在各章之后还增加了启发性和研讨性的思考题,在全书之后附了参考书目,希望能够为教师、同学和其他广大读者的教与学提供便利。

本次新版,作者阵容及分工有所调整:第一章、第二章第一至二节、第三章、第四章、第六章、第七章、第八章、第九章、第十章第一至五节、第十五章第一至四节,由左海聪撰写;第二章第三节,由郭载宇撰写;第五章、第十章第六节,由孙占利撰写;第十一章、第十五章第五节,由张海燕撰写;第十二章,由吴思颖撰写;第十三章,由罗洁撰写;第十四章,由向前撰写;第十五章第六节,由张川华撰写。

左海聪

2013 年 7 月于南开大学西南村

## 前 言

1998年,本书作者之一在其论文“论国际法部门的划分”中提出了“国际法四部门说”的观点,认为在国际公法、国际私法和国际经济法之外,国际法还应该有一个独立的法律部门:国际商法。2005年该作者又发表了“国际商法是一个独立的法律部门——兼谈国际商法学是一个独立的法律学科”一文,进一步界定了国际商法的内涵与外延,廓清了国际商法与相邻学科的分野与关联。目前呈现在读者面前的这本书即是上述学术观点的践行。

尽管我国法学界一直未能确定国际商法的独立部门地位,法科学生也只是在“国际经济法”学科中学习国际商法的相关知识,但是在商学院国际商法一直是一门独立的课程。书店也不乏国际商法教材。但本书的意趣和内容与目前的国际商法教材有较大的不同。

首先,本书强调国际商法与国际经济法的分野。本书仅讨论调整国际商事关系的私法,不涵盖调整国际经济管理关系的公法。第二次世界大战前后,调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律均获得了较大的发展,需要确立新的法学部门或在法学院开设新的课程。欧陆、英国和日本学者从传统的部门法划分标准出发,选用“国际法”、“经济法”、“商法”等关键词组合成“国际经济法”和“国际商法”,分别指称调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律,其表述相当清晰,与传统的法律部门也没有重叠。美国学者的用语相对多样化。目前主流的做法是使用了“国际商事交易”这一特定用语来同时指称调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律。美国有的学者也使用“国际经济法”一词,主要指称调整国家间经济管制关系的法律,这与欧陆、英国和日本使用“国际经济法”一词时所指称的内容基本是一致的。中国学者没有将调整国家间经济管制关系的法律和调整跨国私人商事交易关系的法律分别指称,这与美国相同而与欧陆、英国、日本不同,但中国的关键词是“国际经济法”,与美国使用的“国际商事交易”一词迥异。仅就“国际经济法”一词所指称的范围而言,美国与欧陆、英国、日本基本相同,均指称调整国家间经济管制关系的法律;中国与美国、欧陆、英国、日本均不同,中国的指称范围要广泛一些,既包括调整国家间经济管制关系的法律,也包括调整跨国私人商事交易关系的法律。本书将国际商法和国际经济法分立为独立的学科,比较符合国际学术界的通行做法和趋势。

其次,本书认为国际商法是统一法和实在法。第一,国际商法是实在法,是以国

## 2 前 言

际公约和国际惯例为渊源形式并为法院和仲裁机构在解决国际商事争议时所适用的法律;它不是存在于理论形态的比较法。第二,国际商法是统一私法,是独立于国内民商法、专门而且统一适用于国际商事关系的法律;国内民商法不属于国际商法的范围。第三,从范围上看,国际商法包括国际商事代理法、国际商事合同通则、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际支付法、国际借贷法、国际融资租赁法、国际投资合同法、国际担保法、国际知识产权保护法、国际知识产权交易法和国际民事诉讼和国际商事仲裁法。将上述领域的法律规范纳入国际商法的范围,是因为在这些领域存在统一的国际商事惯例或公约;而在公司法等领域,由于不存在统一的国际商事惯例或公约,因而不属于国际商法的范畴。将国际商法视为统一私法,是以国际商业社会的存在为前提,以国际商业社会要求统一的法律为逻辑起点的;从学术上看,与施米托夫教授的“新商人法理论”和戈德曼的“商人自治法”理论是相近的。强调国际商法的统一法性质,必然以国际商事惯例作为国际商法的核心渊源,必然将国际统一条约和国际商事法律重述视为与国际商事惯例密切关联的两类渊源。这样的学术理念在全书一以贯之,读者可以用心揣摩。

最后,本书强调案例的运用。本书在每一章都包括有案例,旨在对传统的大陆法“概念法学”的教学模式进行适度的调整,引入普通法系重视判例的教学方法。本书所选案例涵盖甚广,既有普通法系国家的重要国际商事判例,也有大陆法系和我国的典型案例,还有国际商事仲裁中有影响的裁决。在案例的讨论上,不但陈述案情,也言及当事人的主要争点,并将法官、仲裁员的法律解释与推理和盘托出。相信本书的案例对本课程的学习一定有不小的帮助。

本书是集体合作的结晶。全书的撰写分工如下:第一章、第二章、第三章、第四章第一至十节、第五章、第六章、第七章、第八章、第九章、第十三章第一至四节及第六节,由左海聪撰写;第四章第十一节、第十一章,由吴思颖撰写;第十章、第十三章第五节,由张海燕撰写;第十二章,由罗洁撰写;第十四章,由孙占利撰写。

本书作者感谢教育部新世纪优秀人才支持计划的资助(项目号:NCET-05-0629)。我们也热忱期待学术界同仁和实务界人士提出宝贵的修改意见,以不断完善本书。

左海聪

2008年8月于南开西南村

# 目 录

|                        |         |
|------------------------|---------|
| 第一章 绪论                 | ( 1 )   |
| 第一节 国际商法的概念和特质         | ( 1 )   |
| 第二节 国际商法的产生和发展         | ( 6 )   |
| 第三节 国际商法的渊源            | ( 15 )  |
| 第四节 国际商法的基本原则          | ( 23 )  |
| 第二章 国际商事争议的解决          | ( 25 )  |
| 第一节 协商和调解              | ( 25 )  |
| 第二节 国际商事仲裁             | ( 27 )  |
| 第三节 国际民事诉讼             | ( 43 )  |
| 第三章 国际商事代理法            | ( 64 )  |
| 第一节 概述                 | ( 64 )  |
| 第二节 代理权的设定和终止          | ( 66 )  |
| 第三节 代理行为的法律效力          | ( 67 )  |
| 第四章 国际统一私法协会《国际商事合同通则》 | ( 73 )  |
| 第一节 概述                 | ( 73 )  |
| 第二节 总则                 | ( 81 )  |
| 第三节 合同的订立和效力           | ( 83 )  |
| 第四节 合同的解释和内容           | ( 86 )  |
| 第五节 合同的履行              | ( 90 )  |
| 第六节 不履行                | ( 96 )  |
| 第五章 国际电子商务法            | ( 105 ) |
| 第一节 概述                 | ( 105 ) |
| 第二节 《电子商务示范法》          | ( 111 ) |
| 第三节 《电子签名示范法》          | ( 118 ) |
| 第四节 《联合国国际合同使用电子通信公约》  | ( 124 ) |

## 2 目 录

|                                       |       |
|---------------------------------------|-------|
| 第六章 《国际贸易术语解释通则》 .....                | (134) |
| 第一节 贸易术语及相关惯例 .....                   | (134) |
| 第二节 几种主要的贸易术语 .....                   | (137) |
| 第三节 其他贸易术语 .....                      | (143) |
| 第七章 国际货物买卖合同统一法:《联合国国际货物买卖合同公约》 ..... | (145) |
| 第一节 国际货物买卖合同 .....                    | (145) |
| 第二节 国际货物买卖合同公约概述 .....                | (148) |
| 第三节 国际货物买卖合同的成立 .....                 | (155) |
| 第四节 国际货物买卖合同的履行 .....                 | (161) |
| 第五节 国际货物买卖中的违约责任和免责 .....             | (169) |
| 第六节 国际货物买卖合同的中止、变更和终止 .....           | (183) |
| 第八章 国际运输法 .....                       | (185) |
| 第一节 国际海上货物运输法 .....                   | (185) |
| 第二节 有关国际航空运输、铁路运输、多式联运的法律 .....       | (220) |
| 第九章 国际货物运输保险法 .....                   | (235) |
| 第一节 国际海上货物运输保险 .....                  | (235) |
| 第二节 航空运输货物保险条款 .....                  | (241) |
| 第三节 中国人民财产保险股份有限公司的陆上运输货物保险 .....     | (242) |
| 第十章 国际贸易支付法 .....                     | (244) |
| 第一节 国际贸易中的票据法及其相关法律 .....             | (244) |
| 第二节 汇付 .....                          | (250) |
| 第三节 托收 .....                          | (251) |
| 第四节 信用证 .....                         | (254) |
| 第五节 国际保理 .....                        | (271) |
| 第六节 国际电子支付法 .....                     | (279) |
| 第十一章 国际借贷法 .....                      | (286) |
| 第一节 概述 .....                          | (286) |
| 第二节 国际借贷协议 .....                      | (288) |
| 第三节 国际银团贷款制度 .....                    | (297) |
| 第四节 国际项目贷款制度 .....                    | (305) |

|      |                                          |       |
|------|------------------------------------------|-------|
| 第十二章 | 国际融资租赁法 .....                            | (313) |
| 第一节  | 概述 .....                                 | (313) |
| 第二节  | 《国际融资租赁公约》 .....                         | (319) |
| 第三节  | 我国国际融资租赁合同现状及问题 .....                    | (331) |
| 第十三章 | 国际商事担保制度 .....                           | (335) |
| 第一节  | 概述 .....                                 | (335) |
| 第二节  | 有关独立担保的国际立法 .....                        | (345) |
| 第十四章 | 移动设备国际担保统一法:《移动设备国际利益公约》 .....           | (363) |
| 第一节  | 概述 .....                                 | (363) |
| 第二节  | 公约的主要法律内容 .....                          | (369) |
| 第十五章 | 国际知识产权保护和贸易法 .....                       | (378) |
| 第一节  | 《保护工业产权巴黎公约》 .....                       | (378) |
| 第二节  | 《专利合作条约》 .....                           | (383) |
| 第三节  | 《商标国际注册马德里协定》 .....                      | (385) |
| 第四节  | 《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》 .....                   | (386) |
| 第五节  | 《世界知识产权组织版权条约》与《世界知识产权组织表演和录音制品条约》 ..... | (391) |
| 第六节  | 国际许可合同 .....                             | (395) |
| 第七节  | 国际特许经营 .....                             | (398) |
| 参考文献 | .....                                    | (403) |

## 第一章 绪 论

### 第一节 国际商法的概念和特质

#### 一、国际商法的定义

国际商法(international commercial law, international business law or international trade law),指调整国际商事关系的统一实体规范的总称。

国际商法作为一个法律部门具有以下特征:

1. 国际商法调整的社会关系是一种具有国际因素的关系。即商事关系的主体、客体或内容至少有一项具有国际因素。商事交易的主体,如果一方、双方或多方具有不同国籍,或其住所、营业所位于不同的国家,即为主体具有国际因素;主体不具有国际因素,但商事关系所指向的标的位于另一国家或产生、变更或消灭商事关系的法律事实发生在另一国家,也可认为具有国际因素。

以上是从广泛意义上来理解国际商事关系的国际性的。这种理解为国际商事仲裁、我国司法实践所认同。1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第1条第3款规定,国际仲裁包括:(1)营业地在不同国家的当事人之间的争议的仲裁;(2)仲裁地和当事人的营业地位于不同国家的仲裁;(3)主要义务履行地和当事人的营业地位于不同国家的仲裁;(4)与争议标的的关系最密切的地点和当事人的营业地位于不同国家的仲裁;(5)当事各方明确同意仲裁标的与一个以上国家有关的仲裁。我国民事诉讼法和仲裁法均未对“国际”或“涉外”作出规定,最高人民法院1992年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条规定,当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件。这一解释也可以适用于涉外仲裁。可见,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》和我国法律都是从广泛意义上来理解“国际”或“涉外”之含义的。

2. 国际商法调整的社会关系是一种商事关系。商事关系,指平等商事主体之间的财产关系。平等主体指自然人、法人和非法人企业,财产关系包括商事代理关系、物权关系、知识产权关系和债权关系。婚姻家庭、收养和继承等民事关系不属于国际

商法所调整的商事关系的范围。

《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》对“商事”一词的注释说明是:“商事”一词应作广义的理解,以便包括产生于所有具有商事性质关系的事项,无论这种关系是否为合同关系。具有商事性质关系的事项包括但不限于下列交易:任何提供或交换货物或服务的贸易交易;买卖合同;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;保险;开发协议或特许;合资经营和其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海上、铁路或公路运输。我国《仲裁法》第2条规定,平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。另外,我国在加入1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》时对商事争议作了保留,在保留声明中提到,“契约性和非契约性商事法律关系”具体是指:由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系,如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、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、海上事故和所有权等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

3. 国际商法仅指调整国际商事关系的统一实体规范,既不包括冲突规范,也不包括国内民法。依据冲突规范确定适用于国际商事关系的国内法是调整国际商事关系的传统方法,这被称为间接调整方法。国际商法是直接适用于国际商事关系的实体法,直接规定国际商事主体在国际商事关系中的权利义务,这是一种直接调整方法。国际商法有别于冲突规范,也不同于各国民商法。

## 二、国际商法与相邻部门的关系

### (一) 国际商法与国际私法

两者的调整方法有质的不同。国际私法采取间接调整的方法,其作用在于指明涉外民商事活动中所适用的实体法,它本身是一种特殊的程序法;国际商法是实体法,其实体规则、救济方法和救济程序具有自身的特点。从历史角度看,国际商法是在传统的国际私法间接调整方法不能完全适应国际商事交易迅速发展需要的历史条件下产生的。国际商法直接规定各国商人间的权利义务,由各国商人在交易中自由适用,并主要通过自愿、迅速的国际商事仲裁解决法律纠纷,从而大大提高了国际商事交易的确定性和可预见性。

国际商法与国际私法也有密切的联系。对于一个具体的国际商事纠纷,如果在适用国际商法不能解决全部问题时,则仍需要适用国际私法确定所适用的国内民法来解决。

国际商法、国际私法和国际民商事纠纷解决程序法(国际民事诉讼及国际商事仲裁法)构成了解决国际民商事法律纠纷的法律整体。

### (二) 国际商法与国际经济法

国际经济法是调整国家间经济交往的公法,国际商法是调整私人国际商事活动的私法,两者在实体规范、救济方法和救济程序上有很大不同:前者以非歧视待遇,

资本、货物和技术流动的自由化为目标取向,后者以意思自治、诚实信用等为基础;前者以要求承担国家责任为救济方法,以国家间的争端解决机制(如世界贸易组织争端解决机制)为救济程序,后者以要求承担民事责任为救济方法,以国际民事诉讼国际商事仲裁为救济程序。

两者具有一定的联系。国际经济法的主体虽然主要为国家,但国家间缔结的国际经济条约所产生的权利却间接由国际商法的主体(尤其是跨国公司)享有,跨国公司事实上是国际经济法的主要推动者。

### 三、国际商法的特质

国际商法作为一类法律规范具有独立性、自治性和统一性的特质。

#### (一) 独立性

关于国际商法是否构成一个独立的法律体系,国内外学术界一直有不同的认识。施米托夫、戈德曼等学者是持肯定态度的,他们认为,国际商法是一个自治的法律体系。但也有一些国外学者持否定态度。<sup>[1]</sup>我国学者虽然也有不同意见,<sup>[2]</sup>一般都肯定国际商法是一个自治性的法律体系,在国际商事案件中适用国际商法是一个趋势。例如,徐国建认为,现代商人法是“二战”后国际法学界某些学者因不满于国际贸易合同受制于内容彼此相异的各主权国家国内法的状况而积极寻求的一种独立运用于国际贸易关系、并且能够反映国际贸易活动特征的法律制度;现代商人法是针对冲突法的缺陷并为取代它而产生的,因此冲突规范与现代商人法无法结合在一起。<sup>[3]</sup>黄进、胡永庆认为,现代商人法是调整国际商事交易的不依赖于国内法律制度的具有跨国性质的规范体系,它是一个自治性的法律体系,但这一体系仍不完善;现代商人法作为一种实体法的方法在调整涉外民事关系上与冲突法相互依存,相互补充。<sup>[4]</sup>可以说,我国学者对国际商法的现实存在给予了积极肯定,对其未来的持续发展也持乐观的态度。

从实践的角度看,对国际商事诉讼和仲裁中国际商事条约和惯例是否得到实质性的适用进行实证考察将有助于明晰国际商法的独立性问题。关于国际条约和惯例在涉外商事案件中适用的数目,<sup>[5]</sup>已有的一些案件数据库能够提供若干实证信息。

[1] V. L. D. Wilkinson, *The New Lex Mercatoria: Reality or Academic Fantasy?* *Journal of International Arbitration*, 1995; F. A. Mann, *Private Arbitration and Public Policy*, 4 *Civil Justice Quarterly*, 1985.

[2] 徐国建:“现代商人法论”,载《中国社会科学》1993年第2期;黄进、胡永庆:“现代商人法论——历史和趋势”,载《比较法研究》1997年第2期;左海聪:“论国际法部门的划分”,载《中国国际私法与比较法年刊》1998年卷;左海聪:“国际商法是独立的法律部门”,载《法商研究》2005年第2期;郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版;姜世波:《国际商法理论问题研究》,中国人民公安大学出版社2006年版。

[3] 徐国建:“现代商人法论”,载《中国社会科学》1993年第2期。

[4] 黄进、胡永庆:“现代商人法论——历史和趋势”,载《比较法研究》1997年第2期。

[5] 此处所指适用,包括纯粹适用国际商法、既适用国际商法也适用国内法的情形,个别例子还包括实际上并未适用国际商法但对是否适用国际商法作为先决问题进行过讨论的情形。

例如,国际统一私法协会的 Unilex 数据库就收集了适用《联合国国际货物买卖合同公约》(以下简称 CISG)和《通则》的部分案件数目(包括诉讼和仲裁案件),美国佩斯大学国际商法研究所的 CISG 数据库也试图汇总适用 CISG 的案件数。从 Unilex 的数据来看,从 1988 年至 2010 年,已有 861 个案件适用 CISG,其中 2000~2009 年的适用数分别为:48、32、48、27、36、39、38、38、30、28,10 年间共 364 件,平均每年 36 件。<sup>[6]</sup>从 1994 年到 2010 年,共有 235 个案件适用了《通则》,其中 2000~2009 年的适用数分别为:13、18、23、21、22、13、13、17、13、13,10 年间共 156 件,平均每年约 16 件。<sup>[7]</sup>佩斯大学的数据库显示,2000~2010 年适用 CISG 的 2000 多件案件中,中国有 196 件,而 Unilex 数据库的 861 个 CISG 案件中,中国仅有 9 个案件,相差很大。由此可见,由于收集的渠道有限,上述数据远远不是世界各国适用 CISG 和《通则》的所有数目,但是从上述数据中可以得出的一个结论是:CISG 和《通则》自生效和出台以来在世界范围内得到了持续的关注和适用。

可以认为,尽管我们现在无法确知在国际商事案件中,适用国际商法和国内民商法的精确数字,也无法获得国际商事案件中适用国际商法和国内民商法的具体比例,但是,国际商法作为一个与国内法并列和独立的渊源为各国法院和仲裁庭所适用已是一个不争的事实,而且随着经济全球化的推进以及更多国际商法的编纂和制定,越来越多地适用国际商法将是一个不可逆转的趋势。国际商法应该被视为一个独立或相对独立的法律领域。

## （二）自治性

所谓自治性,指的是这类规范是由商人们在从事国际商事交易过程中自发形成、自主发展和自我实施的。自发形成,指这些规则不是来源于国家机关的制定,而是来源于商人们的商事实践,主要是通过不断创设各种类型和各个行业的商业惯例而形成的,因此其最初和最基本的形态是习惯法而不是制定法,是民间法而不是国家法。自主发展,指的是商人们可以通过自己的行会和借助于法律专家不断地自我编纂、改进和完善其法律,以不断适应国际商业形势的变化。自我实施,主要指商人们可以通过行业协会的制裁、国际商事仲裁的解释和适用,确保法律规则的实施,惩罚违规者。国际商法的自治性,已经被中世纪的商人法的实践所证实。在中世纪商人法被吸纳到国内法之后,在国际商业中商人习惯法并没有消失,仍然在发挥作用,只是其光芒有所消减而已。而自 19 世纪开始,这种商人习惯法再度兴起,发出耀眼的光芒,出现了大量的国际商事惯例、条约和重述,这就是新商人法,即我们所称的国际商法。现代国际商法不仅以国际商事惯例为基本渊源,也包含大量的由国家间相互谈判而缔结的国际商事条约。它的实施也不再只靠行业协会、商事仲裁,还依靠国家法院的审判以及对仲裁裁决、法院判决的强制执行。条约的出现、法院的作用,扩大了国际商

[6] www.unidroit.org, visited on 2010/8/25.

[7] Ibid.

法的调整范围,加强了国际商法的效力,使它作为一个独立的法律体系的地位更为牢固,使它与国家法和国家行为有了密切联系,但自治性作为其本原性特质则继续得以保持。正如施米托夫所指出的,国际商法制度的特点之一是它趋向于自治,即尽可能地规定出独立于各国国内法制的规则。<sup>[8]</sup> 因此,国际商法的自治性内在地要求国际商法独立于国内民商法,尽管它与国内民商法有着密切的联系。<sup>[9]</sup>

### (三) 统一性

这意味着它是统一适用于全球范围或至少是区域范围国际商事关系的法律。如UCP就被世界各国的银行、商人在信用证业务中所普遍遵行,也为各国的法院和仲裁机构在解决信用证争议中所普遍适用。又如,《华沙公约》就在缔约国之间创设了一套脱离于国内航空运输法的国际运输规则。因此,国际商法是一种真正的世界法、非国内法和跨国法。国内民商事法律关系由本国统一的民商法调整,这为国内民商事关系提供了可预见性。但民商事活动一旦跨越国界,由于关涉不同国家的民商法,法律适用的统一性就不再是一个预设的条件,而成为一个需要争取的目标了。因此,国际商法从产生那一刻起,就肩负着为国际商事交易提供一套统一法律的使命。普遍性的国际商事惯例,由于为世界各国的商人所接受,实现了该领域法律的统一性。国际商事条约的产生,也无不以统一该领域的某些法律规则为宗旨,CISG、《海牙规则》、《华沙公约》、《国际保理公约》、《国际融资租赁公约》、《巴黎公约》和《伯尔尼公约》等,概莫能外。而一项国际商事条约在缔约国间就创造了一个摆脱国内民商法的独立的统一法秩序,如果绝大多数国家都是该公约的缔约国,该公约就成为具有普遍意义的统一法。<sup>[10]</sup> 国际商法的统一性,也使国际商法独立于国内民商法。

[8] [英]施米托夫著:《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217页。

[9] 关于自治性更详尽的讨论,参见向前:《国际商法自治性研究》,法律出版社2011年版。

[10] 关于国际统一实体公约的统一法宗旨,英国上议院法官于1996年在Abnett v. British Airways Pls案中对统一性的解释具有典型意义。上议院法官认为,华沙公约的名称为“统一国际航空运输某些规则的公约”。其中“统一某些规则”这一用语诉说明:第一,公约的目的是要统一其所适用领域的规则。为达到这一目的,对公约所包含的统一规则主张例外是不允许的,当然公约本身所规定的例外除外。第二,公约只涉及某些规则,公约并非旨在提供一项综合的法典,它是对部分事项的协调,只指向其所规定的事项。See All England Law Reports, Vol. 1996, pt. 1, p. 193 (1996); Ray August, International business Law, Text, Cases and Readings, Fourth edition, Pearson Education, Inc., 2004, pp. 643-646.