

21
世纪法学规划教材

21世纪法学规划教材

国际商法学

(第二版)

INTERNATIONAL BUSINESS LAW

屈广清 主编



法律出版社

21 世纪法学规划教材

国际商法学

International Business Law

| 第二版 |

主 编 | 屈广清



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

国际商法学 / 屈广清主编. —2 版. —北京: 法律出版社, 2010. 3

21 世纪法学规划教材

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0207 - 1

I. ①国… II. ①屈… III. ①国际商法—法的理论—高等学校—教材 IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 226194 号

国际商法学(第二版)

屈广清 主编

责任编辑 孙东育
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 3 月第 2 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22 字数 421 千

印次 2010 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0207 - 1

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《国际商法学》编写分工

徐红菊、屈广清(编写第一至第四章、第九章)

林 一(编写第五章、第八章)

李 卉(编写第六章)

李冠群(编写第七章)

屈广清、陈小云(编写第七章、第九章、第十章、第十一章)

目 录

第一章 国际商法概述	(1)
第一节 国际商法的概念	(1)
第二节 国际商法的渊源	(7)
第三节 西方两大商法体系	(11)
第二章 商事组织法	(20)
第一节 合伙法	(20)
第二节 公司法	(25)
第三节 股份有限公司	(36)
第四节 欧洲公司法	(48)
第三章 代理法	(52)
第一节 代理法概述	(52)
第二节 代理行为中三方当事人之间的关系	(61)
第三节 承担特别责任的代理人	(66)
第四节 国际代理统一法	(69)
第四章 合同法	(74)
第一节 合同法概述	(74)
第二节 合同的成立	(79)
第三节 电子合同的订立	(94)
第四节 合同的履行与违约	(98)
第五节 合同的让与	(110)
第六节 合同的消灭	(118)
第五章 国际货物买卖法	(123)
第一节 概述	(123)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(133)
第三节 买卖双方的基本权利义务	(138)
第四节 违约的救济方法	(157)
第五节 货物所有权及风险的转移	(172)

第六章 国际服务贸易法	(179)
第一节 国际服务贸易的概念	(179)
第二节 国际服务贸易的特征	(180)
第三节 乌拉圭回合与《服务贸易总协定》	(181)
第四节 对 GATS 的评价	(194)
第七章 票据法	(199)
第一节 票据法概述	(199)
第二节 汇票	(213)
第三节 本票和支票	(222)
第四节 与票据有关的国际公约	(228)
第八章 产品责任法	(232)
第一节 美国产品责任法	(233)
第二节 欧洲国家的产品责任立法	(245)
第三节 产品责任的国际立法	(253)
第九章 国际技术转让与国际工程承包	(257)
第一节 概述	(257)
第二节 《联合国国际技术转让行动守则(草案)》	(262)
第三节 FIDIC《土木工程施工合同条件》	(269)
第十章 国际工业产权法	(275)
第一节 国际工业产权法概述	(275)
第二节 国际商标法	(290)
第三节 国际专利法	(296)
第四节 专有技术的国际保护	(302)
第十一章 国际商事争议的解决	(306)
第一节 国际商事争议概述	(306)
第二节 国际商事仲裁	(311)
第三节 国际商事诉讼	(327)

第一章 国际商法概述

随着国际交往的频繁,在国际法律关系中,人们希求的最高境界是国际统一实体法的出现,而国际商法则是最有可能达成国际商事统一实体法的法律部门,因为国际商法最有可能远离一国政治及道德传统上的影响,成为对国际交往最有推动力的法律规则。“在全球化时代,国际政治和国际经济关系的开展,其落脚点还是在于推动国际民商事关系。换句话说,国际政治新秩序和国际经济新秩序的建立,在很大程度上是为构筑新的国际民商秩序创造条件的。”^[1]而在国际民商事关系中,国际商事关系的发展显然更为领先,国际商法势必在国际经济交往中发挥不可替代的作用。

第一节 国际商法的概念

一、国际商法的概念

国际商法(英文是 International Business Law or The Law of International Business Transactions;或 International Commercial 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、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

[1] 李双元主编:《国际私法学》,北京大学出版社2000年版,第1页。

学和法律学分析商事概念的基础,现代商法所称商事是指商主体所从事的一切营利性活动和事业之总称。^{〔2〕}

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,它不再仅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,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,研究国际商法应首先从合同法入手。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的必不可缺,在商事主体中甚至出现了代理商,代理商是以商人的身份出现于市场的,代理法也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。

3. 有关管理国际商事行为的法律规范:公司法、工业产权法、产品责任法。

4. 处理国际商事争议的法律规范:国际商事仲裁法、国际商事诉讼法。

二、国际商法的历史

国际商法经历了从国际性特征的法到国内法,从国内法再到国际性特征的法发展过程,但前者与后者的国际性特征有着实质的区别。

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海法(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,缺少必要的法律反映,商人团体迫切需要新的规范来保护他们的利益。

在这种冲突下,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,形成系统的商人习惯法,它明显地体现了商事活动的营利性、迅捷性,强调按公平、合理的原则来处理案件,并且只适用于商人团体内部。这一时期的商人习惯法有一个重要的特点就是具有跨国性,其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衰弱,形成统一的民族国家,相应地,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。严格地说,欧洲各国早期的商事成文法实质上仅仅是

〔2〕 董安生:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第2页。

对中世纪商人习惯法的确认。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,其最主要的特点是恢复了商法的国际性和统一性。

尽管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,但两者有着实质的区别:

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,它涉及各独立的国家的经济生活。

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,且倾向于将其制定为国内法;而现代商法产生于独立国家内部,是由于国家的对外发展所必需,国家对国际商法的建立持积极的态度,这就要求国家之间的合作。

三、国际商法与邻近法律部门的关系

1. 国际商法与国际公法的关系

一般来说,对于国际商法与国际公法的区别,学者的分歧并不大,商法属于私法,在国际上从事国际商事交易的基本上是公司、企业等商事组织,而不是国家。它们之间的交易属于不同国家的商事组织之间的交易,而不是不同国家之间的交易。国际公法则主要调整国家或国际组织在政治、军事、外交及经济等方面的关系。但同时国际商法与国际公法也有着密切的联系。商法的国际性渊源主要有两项:一方面是通过国际多边会议,将主要经贸国家的国内法中的实体法部分融入统一的国家多边公约中,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,形成即时商事习惯和惯例,再被多数国家所接受,构成国内法国际化的主要原因。^[3] 国际公法上有关调整商事之法规也应属于国际商法包含的范畴,且构成国际商法必不可少的一部分,从这个意义上说,国际商法具有公法的性质,这也是我国大多数学者所认同的。国际商法所调整的社会关系超出了一国的管辖范围,具有国际的因素,国际法的一般原则,如国家主权原则,国家及其财产豁免原则,条约必须信守原则等也仍然调整着国际商事法律关系。

2. 国际商法与国际私法

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

[3] 程家瑞:“国际条约和习惯法对商事国际化的影响”,载《国际商法论丛》(第1卷),法律出版社,第9页。

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?许多学者简单地把国际私法看做冲突法,“但历史发展到今天,已不允许得出‘国际私法就是冲突法’或‘国际私法只是冲突法’的结论。否则,就无异墨守几百年前巴托鲁斯法则区别说的陈规,且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。”〔4〕因此,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,包括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。调整国际商事关系的冲突规范、统一实体规范以及国际商事仲裁规范都属于国际商法的范围,国际私法以涉外民商事法律关系为调整对象,其主要作用及功能即定位在构筑国际民商事新秩序上,因此可以说,国际商法属于国际私法,但这种划分并不影响将国际商法作为一门独立的国际学科进行研究,法学分支学科逐步完善,并发展成为独立的法学学科在法学领域内并不罕见,但从范围上,仍应认为国际商法属于国际私法的一个组成部分。

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,国际商法的发展速度远不如国际经济法,但由于国际商法具有国际经济法所无法比拟的特点,如迅捷性、技术等,随着国际贸易的规模、速度变大、增快,对国际商法的研究已不容忽视。

对于国际商法与国际经济法的关系分歧较大,一些学者认为“参加国际经济交往、构成国际经济关系的主体,不仅仅限于国家、国际组织以及国际公法上具有独立人格的其他实体,而且包括在国际民商法上、国际私法上具有独立人格的个人或组织,即属于不同国家的国民个人以及各种法人。换言之,某种经济关系,其主体不论是国家政府、国际组织、个人或法人,只要这种经济关系的各方当事人分属于两个以上不同的国家,或只要其所涉及的问题超越一国国界的范围,就一概称为国际经济关系。用以调整国际经济关系的法律规范,都属于国际经济法的范畴”〔5〕认为国际商法包含在国际经济法中这种观点忽略了国际商法本身的特性,且不适当地扩大了国际经济法的范围。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、

〔4〕 李双元主编:《国际私法学》,北京大学出版社2000年版,第15页。

〔5〕 陈安:《国际经济法学》,北京大学出版社1998年版,第2页。

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。正如韩德培教授所指出的:“打一个粗浅的比方,国际公法学就相当于宪法学,国际私法学就相当于民法学,国际经济法学就相当于经济法学。”〔6〕

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关系具有其他任何法律部门之间关系不具备的特点,那就是两者同一化的可能性最大,速度最快。几乎大多数商法学者都承认,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。商法早在其古典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”。〔7〕德国私法学者李佩斯就指出:尽管20世纪以来世界各国所经历的私法统一化过程可能包含有更广泛的含义,但这一法律统一化过程首先是从商法开始的。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1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1922年的《商事公约条款及税务形式简化公约》、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》、1891年的《商标注册马德里协定》及1973年的《商标注册条约》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,及本世纪成立的联合国国际贸易委员会、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了巨大的推动作用,国内商法的国际性也将进一步增强,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。

四、国际商法是一个独立的法律部门

把国际商法作为一个独立的法律部门,是当代国际经济发展的客观反映。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,而国际商法却在这种情况下,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:

〔6〕 韩德培:“论国际公法、国际私法与国际经济法的合并问题”,载《国际经济法论丛》(第1卷),法律出版社,第6页。

〔7〕 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第4页。

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。^{〔8〕}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。尽管法律与道德的关系即实然法(law as it is)与应然法(law as it ought to be)的关系是困扰法学家们的热点问题,但无一例外都承认两者有着密切的联系,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步履维艰。而国际商法较强的技术性使它能够通过排除这种干扰,加速一体化的步伐,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作出的一种公式化的设置。它尽量地避免了受某一国内道德、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,而不去作出一个已婚男人去和另一个女人结婚是重婚罪,还是应为法律所认可,或一个私人的财产被东道国国有化后,母国是否有权进行代位求偿这样的规范。这种技术性的特点顺应了当今国际贸易迅速发展,迫切需要一体化的相关法律规范的趋势,形成独立的法律部门正是这种趋势的客观反映。

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,各国的商法也是相像的,原本商法不发达的国家也在有意无意地学习商法已形成的近乎完美的模式,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,使国际商法的统一性特点更为突出。

3. 国际商法的迅捷性

商人的主要目的就是营利,他们希望能够脱离一般的法律规范,制定出更为快速调整他们之间行为,知道行为预期后果的规范,于是商法应运而生,在国际上达成统一的商事法律体系,仍然是这种要求的反映。国际商法的规则清楚、明确,规则设定的期间一般较短,符合商事主体的需要,体现在商法上就是具有迅捷的特征。

综上,国际商法具有自身的特点,既包含国际公法上有关商事的规范,也包括国际私法上的商事统一实体法及解决国际商事纠纷的冲突法规规范,把国际商法划分到任何一个法律部门都是不合适的。这种主张并非近日才有,实际上从20世纪60年代,国际上就已有学者主张把国际商法作为一个独立的法学领域来研究,^{〔9〕}国际商法的性质也决定了它能够成为一个独立的法律部门。

〔8〕 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第405页。

〔9〕 冯大同:《国际商法》,对外贸易教育出版社,第4页。

第二节 国际商法的渊源

法的渊源,又称“法源”或“法律渊源”,是一个有不同含义的概念,可以从不同角度来理解。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。^[10] 国际商法也是一种行为规范,必然以一定的形式表现出来,国际商法的渊源主要有:

一、国际条约

(一) 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而为确立其相互权利、义务而缔结的书面协议。^[11] 作为国际商法渊源的国际条约可以从两个角度分为:

专门的国际商事公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应该是多边的国际商事条约,其特点有:(1)参加的国家较多。条约经过谈判、签字、批准和交换批准书等缔约程序后,自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之日起生效。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,而国际商事条约由于其自身的特点,却往往参加的国家较多。如《联合国国际货物销售合同公约》在1988年生效时,已有62个国家在公约上签了字,提交了批准书;《国际船舶载重线公约》至1990年底,已有96个国家参加了该公约;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个国家和地区参加;《商标国际注册马德里协定》到1997年1月,已经有51个成员国。(2)商事领域可依据的生效的条约较多: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,如国际经济法中的国际技术转让这一领域,从20世纪60年代末,素有“南北对话的讲台”之称的联合国贸易和发展会议就已决定将技术转让这一议题作为优先项目进行专门审议,并且自1976年11月至1978年7月由贸易发展会议

[10] 马新福:《法理学》,吉林大学出版社1997年版,第322页。

[11] 端木正:《国际法》,北京大学出版社1997年版,第292页。

组织的政府间国际技术转让行动守则专家组在日内瓦举行了六次会议,但终因在一些问题上的严重对立而导致谈判破裂,《国际技术转让行动守则》至今没有定稿通过;1963年欧洲经济合作组织(OEEC)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,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;国际公法中对于国际承认和国际继承大多是依据国际实际,由于分歧的存在,至今没有统一法公约的出现,在领土这一领域,对北极地区迄今尚无国际协议确定其法律地位和制度。

根据条约的性质,作为国际商法渊源的国际条约可以分为商事统一实体法的国际条约和商事冲突法的国际条约。商事统一实体法的国际条约是指国家间缔结的直接规定商事主体具体权利、义务的书面协议。这类条约如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1978年的《国际汇票和本票公约》等。商事冲突法国际公约是国家间缔结的不直接规定国家间权利、义务,而是规定指定有关商事问题应该适用哪一国法律作为准据法的国际条约,这类条约如《国际货物销售合同适用法律公约》、《产品责任适用法律公约》。随着国际民商事新秩序的建立,作为冲突规则的国际条约会越来越来少,直到逐渐消失,但由于通过国家间的国际条约来实现国际统一实体法形成的速度还是十分缓慢,这种国家间的统一冲突法规则在调整国际商事关系中的作用则是统一实体法所不能取代的。

(二) 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。^[12] 国际条约如果要直接适用于国内的自然人和法人,根据各国的做法不同,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。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。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。假设甲、乙之间存在着国际货物买卖关系,现甲向乙开出汇票,乙在第11个月时,

[12] 端木正:《国际法》,北京大学出版社1997年版,第292页。

还没有进行付款提示,如甲国国内法规定付款提示期限为出票后 10 个月,乙国国内法规定付款提示期限也为 10 个月,而根据《统一汇票本票法公约》规定:见票即付的汇票应于提示时付款,该项汇票应于出票后一年内为付款提示。由于国家对待国际条约的态度不同,公约得到适用的范围、票据的效力也会发生变化:如甲、乙分别为《统一汇票本票法公约》的成员国国民,乙所在国执行国际条约效力优先的原则,甲所在国则奉行必须经过立法手续,转化为国内法,才能在本国得到适用的原则,而该公约当时在甲国并未转化为国内法。如甲国法院得到管辖权,则公约得不到适用,只能适用甲国国内法,依其国内法,票据已过提示期限,无效。如乙国法院取得管辖权,则公约能够得到适用,票据有效,如果甲国为非缔约国,公约的适用范围还可能扩大到非缔约国。

二、国际商事惯例

国际商事惯例是指在国际商事交往中,在长期、反复的国际实践形成并广为接受的商事习惯规则。

(一) 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,其一是物质因素,指在长时期内“反复”和“前后一致”的实践;其二是心理因素,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,而没有哪一个国际性组织能够整理将一项习惯规则制定成为国家间的国际惯例,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。这些归纳和整理出来发各种商务规则,经不断的修改和补充,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,国际商务惯例也不断更新,并日趋完备。如 1936 年时制定的《国际贸易术语解释通则》历经数次修改直至 2000 年的解释通则,其制定的规则更加符合现代国际商事活动的需要;又如国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》等对有关各方当事人的权利、义务作了十分明确的规定,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,起了重要作用。

(二) 国际商务惯例的效力

国际商务惯例如前所述,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,而是供各国商事活动中的当事人在谈判和草拟合同中作为可

以参照的蓝本自由采用。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务惯例,就要受惯例的约束履行规则所规定义务。

正是由于国际商务惯例不当然具有法律约束力,当事人在选择适用国际商务惯例时,可以对现成的规则进行修改和补充,而不必恪守规则本来的规定,这就使国际商务惯例在适用时,对于各方当事人显得更加灵活,也使商事活动的各方当事人更经常地去选择适用商务惯例,但同时也必须严格遵守修改或补充后的规则。

三、国内商事法

国际商法调整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,才成为国际商法的主体,这个特点就决定了各国的国内商事立法也会成为国际商事行为的法律依据,这是由于:

1. 国家的管辖权决定的

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对外国籍人与本国之间、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,从而本国调整商事活动的法规也成为国际商法的重要渊源之一。

2. 国际商法中的契约自由原则决定的

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规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作用。

3. 冲突规范指引确定的

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,因为,一般认为,选择适用了一国的法律规范,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,而被适用为调整国际商事行为。

各国国内的相关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,国内立

法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。

第三节 西方两大商法体系

与其他社会文化一样,法学也因为各种原因受别国法文化的影响,并与之适当协调,世界上融现两大法系,即大陆法系(Continental Law System)和英美法系(Civil Law System)。这两大法系的形成和结构均有着各自的特点,这种不同影响了作为法系中部门法的商法的结构和特点,我们试从两大法系的总体结构与特点入手,研究各国的商法特点。

一、大陆法系与英美法系的结构与特点

(一)大陆法系

大陆法系形成于13世纪的西欧,其最重要的特点就是强调成文法的作用,它在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性,它采用的方法是运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类归纳在一起。

大陆法系国家受罗马法影响较深,有的国家的法典直接继承了罗马法的传统。公元11世纪末,伊利修斯(Irnerius)在意大利的波仑亚大学教授罗马法大全,对罗马法在西欧各国的传播起了很大的推动作用。查士丁尼的《国法大全》不仅在意大利各个大学的讲坛上代表理想的法律制度,在法院的实践中也得到了贯彻执行,1804年的法国民法典和1900年的德国民法典更是受罗马法影响的典型代表。这两部民法典不仅对法国、德国影响极深,对其他国家法也有着深刻的影响,如瑞士、意大利、比利时、荷兰、奥地利等国家,故此,恩格斯把它称为“资产阶级社会的典型法律全书”,法国和德国成为大陆法系的代表。

1. 大陆法系的结构

大陆法系国家是成文法国家,各国都强调成文法典的编撰。以法国为例,其资产阶级革命胜利后颁布的法典有:民法典、民事诉讼法典、商法典、刑法典、刑事诉讼法典。尽管各国在具体的编制体例上不同,大的法律范畴还是非常类似。大陆法系国家把所有法律分为公法和私法两部分,公法与私法之分始于罗马法。关于公法与私法的分类标准主要有两种理论:其一是利益论,这种主张根据法律涉及不同人的利益,将法律区分为公法和私法,认为凡涉及公共利益的是公法,凡涉及私人利益的是私法,即如乌尔比安所说:“公法是与罗马国家状况有关的法律,私法是与个人利益有关的法律”。另一种理论是从属论或权利论。根据法律关系有关各方地位是否平等、是否涉及权利来区分,凡法律关系中当事人地位平等,不涉及