



高等院校法学精品课教材

国际商法



陈慧芳 陈笑影 著

格致出版社



上海人民出版社



高等院校法学精品课教材

国际商法

陈慧芳 陈笑影 著

格致出版社



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/陈慧芳,陈笑影著. —上海:格致出版社:上海人民出版社,2011
高等院校法学精品课教材
ISBN 978-7-5432-1971-7

I. ①国… II. ①陈… ②陈… 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(2011)第108879号

责任编辑 罗 康
美术编辑 路 静

高等院校法学精品课教材

国际商法

陈慧芳 陈笑影 著

出版 世纪出版集团 格致出版社
www.ewen.cc www.hibooks.cn
上海人民出版社
(200001 上海福建中路193号24层)



编辑部热线 021-63914988
市场部热线 021-63914081

发行 世纪出版集团发行中心
印刷 上海图宇印刷有限公司
开本 787×1092 毫米 1/16
印张 26.25
插页 1
字数 476,000
版次 2011年9月第1版
印次 2011年9月第1次印刷
ISBN 978-7-5432-1971-7/D·47
定价 46.00 元

前 言

随着经济全球化进程的不断推进,我国的经济的发展路径已经成为世界经济发展天平中举足轻重的一部分。为了能够在日益频繁的国际商事交易活动中,培养懂经济、懂管理、懂法律的复合型人才,以利于我国在国际商事交易中提升竞争力,在经济类、管理类等非法律专业的院校开设国际商法课程就显得非常必要。

本书是结合作者多年来教学科研以及法律事务实践的经验和成果,根据高校经济管理类学生的专业特点,以国际商事组织法、代理法、合同法、国际货物买卖法、产品责任法、票据法、国际货物运输与保险法、国际知识产权法、GATT 和 WTO 规则及国际商事仲裁法等为主要内容编撰而成。

在编写过程中,本书力求充分介绍国内外商法领域的最新的法律法规、相关的国际公约及国际惯例的内容与发展变化,包括国际商法领域中的新问题;同时在体例上,力求理论和实际相结合,其中每个章节都包括学习目标、教学内容、案例分析、每章小结及思考练习题,突出培养学生运用理论知识解决实际问题的能力。本书撰稿分工如下:陈慧芳担任第二、三、七、八、十章编写工作;陈笑影担任第一、四、五、六、九章编写工作。

本书可适合高等院校经济管理类、理工类等非法学专业的学生使用,同时也可供从事国际商务工作的人员及法律工作者学习参考。

本书在编撰过程中得到了格致出版社的鼎力相助,在此深表感谢!

由于我们的学识有限,谬误疏漏在所难免,谨祈读者赐教匡正。

编 者

CONTENTS 目 录

第一章 国际商法导论/1

- 第一节 国际商法的概念和渊源/1
- 第二节 世界上两大主要的法律体系/5
- 第三节 中国涉外商事法律制度/9

第二章 国际商事组织法/13

- 第一节 商事组织和商事组织法/13
- 第二节 合伙企业法/15
- 第三节 无限公司和两合公司/28
- 第四节 股份有限公司/35
- 第五节 有限责任公司/49
- 第六节 外国公司/61

第三章 国际商事代理法/67

- 第一节 代理的概念与形式/67
- 第二节 代理权的产生/70
- 第三节 无权代理/74
- 第四节 代理的终止/77
- 第五节 代理的法律关系/79
- 第六节 外贸代理制中的法律问题/85

第四章 国际商事合同法律制度/93

- 第一节 国际商事合同法概述/93
- 第二节 合同的成立/102
- 第三节 国际商事合同的履行/149
- 第四节 国际商事合同的违约处理法律制度/165
- 第五节 合同的消灭/188

第五章 国际贸易运输与保险法/195

- 第一节 国际货物运输概述/195
- 第二节 国际货物运输主要立法/196
- 第三节 国际海上货物运输法律制度/205
- 第四节 国际贸易其他运输方式法律制度/226

第五节 国际货物运输保险法/231

第六章 国际知识产权法/252

第一节 知识产权概述/252

第二节 专利法律制度/254

第三节 商标法律制度/260

第四节 版权及其他知识产权法律制度/265

第五节 国际技术转让法律制度/270

第六节 保护知识产权的国际公约与有关的国际惯例/277

第七章 国际票据法/285

第一节 票据法概述/285

第二节 票据的法律实务/289

第三节 票据的国际统一立法与法律冲突/300

第八章 产品责任法/309

第一节 产品责任法概述/309

第二节 各国的产品责任法/311

第三节 关于产品责任法律适用的国际公约/329

第九章 关税与贸易总协定 (GATT) 与世界贸易组织 (WTO) 规则/334

第一节 GATT 简述/334

第二节 WTO 法律制度/342

第三节 GATT 与 WTO 的基本原则/356

第四节 WTO 的争端解决程序/380

第十章 国际商事仲裁/391

第一节 国际商事仲裁法概述/391

第二节 国际商事仲裁的机构和规则/394

第三节 仲裁协议/397

第四节 国际商事仲裁程序/401

第五节 国际商事仲裁裁决的承认和执行/405

参考文献/412

第一章 国际商法导论

【本章学习目的】

本章的学习可以使初次接触国际商法的学生能够对国际商法有一个框架性的了解。通过学习,初步了解国际商法的概念、国际商法的历史发展以及国际商法的渊源;知道世界两大主要法系大陆法系和英美法系的基本特征;也对中国涉外商事法律制度的产生和发展、基本原则、渊源等方面有所了解。

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

关于国际商法的概念,中外法学界众说纷纭。本书的观点是:国际商法是调整国际商事主体在国际商事交易中所形成的各种关系的法律规范、规则的总和。首先,在“国际商法”这一概念中,“国际”(international)一词的含义并不着重于“国家与国家之间”,而着重于“跨越国界”(transnational);其次,国际商事主体是指在国际商事关系中依法可以享有国际商事权利和承担国际商事义务的当事人。具体包括:1. 自然人。各国法和国际条约一般都承认具有权利能力和行为能力的自然人可以以自己的名义参与国际商事交易,从而成为国际商事主体。如我国宪法和外商投资企业法都明确规定,允许外国的个人在中国投资,同中国的企业或其他经济组织进行各种形式的经济合作。2. 具有法人资格的公司、企业(特别是跨国公司)以及其他非法人商事组织(如合伙企业)也是重要的国际商事主体。3. 国际组织特别是第二次世界大战后涌现的全国性或区域性国际经济组织也是国际商事关系中的重要主体。世界银行、国际货币基

金组织(IMF)、世界贸易组织(WTO)等全球性经济组织以及欧洲联盟(EU)、亚太经合组织(APEC)、北美自由贸易协定(NAFTA)等区域性经济组织不仅参与制定或促成制定有关调整国际商事关系的行为规范,有时还直接与其他国际商事主体签订国际商事合同,参与国际商事交易。(四)国家。国家是国际商事法律规范的参与制定者,又是本国涉外商事法律的制定者。此外,国家也会在一定情况下参与国际商事交易(如政府间贷款或在国际债券市场上发行政府债券等),因此国家是一种特殊的国际商事主体。由此可见,今天的国际商事主体已不再局限于传统的自然人、公司、企业,而是包括更多的主体。

再来看国际商事交易。传统的国际商事交易是以有形商品(货物)的买卖为核心内容的,但在当代社会,随着经济的飞速发展和全球化程度的不断提高,国际商事交易不论在其交易对象还是交易方式上都有了很大发展。从交易对象来看,除了国际货物买卖有了巨大发展外,技术、资金、劳务的国际流动也日趋频繁,在国际经济交往中的重要性也日趋提高。从交易方式来看,除了买卖这一传统方式外,还出现了很多新型的交易方式,如国际技术转让、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁等。

由此可见,当今的国际商事交易早已突破了传统的国际货物买卖的范畴,深入到技术贸易、服务贸易、投资和金融等众多经济领域,正因如此,当今的国际商法也早已突破传统范畴,而发展成一个涉及面极广、包含内容极为丰富的法律规范体系。国际贸易法(包括货物贸易、技术贸易、服务贸易)、国际商事合同法、国际商事组织法、国际代理法、国际产品责任法、国际票据法、海商法、国际投资法、国际金融法等都可纳入国际商法的范畴。显然,将内容如此丰富的国际商法全部纳入一本篇幅有限的书中加以介绍是十分困难,甚至是无法做到的。故本书只选择其中最基础的内容(包括商事组织、商事合同、商事代理、产品责任、货物买卖、工业产权法及国际商事争议解决等)加以阐述和介绍。

二、国际商法的历史发展

商法是随着商品经济的出现而产生和发展起来的。有学者考证,早在公元前1800年左右的《汉谟拉比法典》中就有商事交易方面的法律规定。但通说在古代罗马法中出现调整商事关系的法律应为国际商法的萌芽阶段,尽管当时还没有专门的商事法。在已经有《市民法》之后,公元前242年,罗马元老院颁布了《万民法》,相当于我们现在所说的“涉外民事法”,具有国际性;欧洲中世纪的“商人法”(law merchant)是商法发展

的第二阶段(商人习惯法阶段)。这种“商人法”最初出现在意大利,后来随世界贸易中心转移至大西洋沿岸而波及法国、西班牙、荷兰、德国及英国。其主要内容包括合同、两合公司、海上运输与保险、汇票、破产程序等,其典型特征是国际性(它不局限于在一国使用)和自治性(它是商人间的习惯约束规则,它的解释和运用不是由一般法院的专职法官来进行,而是由商人自己组成的法庭来执法)。17世纪以后,随着欧洲中央集权国家日益强大,欧洲各国便以立法的形式调整各种商事关系,从而使商法成为本国的国内法而失去其原有的国际性特征。法国在路易十四时期颁布了《商事条例》(1673年)和《海商条例》(1681年);德国当时的成文商事法有《普鲁士海商法》(1727年)、《普鲁士票据法》(1751年)、《普鲁士保险法》(1776年)等。此外,其他欧洲国家也制定了商事法,当然,这些国家最初的商事法也是通过认可商人习惯法的形式形成的,甚至有些国家法律中有关商业的规则沿袭了德、法两国的商事法。

19世纪以后,随着欧洲资产阶级革命的成功,社会关系发生了根本变革。为保护资本主义商品经济关系,推动商事活动,欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动。1807年,法国在其《陆上商事条例》和《海事条例》的基础上率先制定了统一的《法国商法典》,开创了大陆法系国家民商分立体例的先河。随后,《法国商法典》所创立的“民商分立”立法体例为欧洲许多国家所吸收。1861年,德国仿效法国,于《民法典》之外制定了《德国普通商法典》(也称德国旧商法)。1897年,又在修订旧商法典的基础上颁布了《德国商法典》,这部新商法典对后来许多大陆法系国家的商法也颇具影响。日本则在1899年制定了独立的商法典。应当指出的是,法、德、日等国虽采取民商分立原则,但是对商事活动而言,民法典和商法典是一般法与特别法的关系,商法典中没有规定的事项仍须适用民法典所确定的一般原则。此外,随着商事活动的发展,大陆法国家也制定了不少单行的商事法规,作为对商法典的补充。这些大多具有近代资本主义法律特征的有关商事国内立法为国际商法历史发展的第三阶段(民商法阶段)。

在英美法国家,商法的历史发展有其不同于大陆法的特色。英美法国家在传统上采取判例法制度,19世纪以后,才开始制定一些单行的商事法规,以补判例之缺。因此这些国家的商法体系是以商事判例加单行商事法规为特色的,在英美法国家,没有大陆法意义上的商法典。

总的来说,20世纪以前,商法基本上局限于国内法,由此产生的法律分歧和冲突阻碍了国际商事活动进一步的发展,因此,自19世纪末20世纪初开始,一些政府间或民间的国际组织便致力于商法的国际化和统一,而且取得了很大的成果。一些重要的国际商事公约和国际商事惯例相继问世,如《保护工业产权的巴黎公约》(1883年)、《关于解决国家与他国国民间投资争端公约》、《联合国国际货物销售合同公约》、《2000年国

际贸易术语解释通则》等,商法的国际化和统一趋势在加强。我们把19世纪末、20世纪初至今的阶段作为国际商法发展的第四个阶段(国际商法统一化阶段)。

应该看到,由于世界各国经济发展的不平衡以及历史、文化等方面的差异,国际商法的统一化进程也会碰到不少困难。

三、国际商法的渊源

所谓法律渊源,是指法的各种具体表现形式,也称法律形式。就国际商法而言,其渊源主要有三个,即国际商事条约、国际商事惯例及各国有关的国内商事法。

(一) 国际商事条约

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条约或公约是国际商法的重要渊源。目前,这方面的国际条约数量不少,总体上可分为三大类:一类是调整国际商事活动的实体规范,如1978年的《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则)、1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1980年的《联合国国际货物多式联运公约》等,此类实体法规范在国际商事条约中占了大多数;第二类国际商事条约属于程序法规范,如1905年的《国际民事诉讼程序公约》、1958年的《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》、1976年的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等;第三类是调整国际商事活动的冲突法公约,如1973年海牙的《代理法律适用公约》等。

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是统一的国际商法的另一个重要渊源,但是,与国际商事条约不同的是,它不是由国家或政府间国际组织缔结的,而是在国际商事活动长期实践的基础上逐渐形成和发展起来的。在其形成和发展的初期,它一般尚未正式成文,后来,随着实践的积累和为了更利于实践,一些国际性民间组织便把其中比较定型的行为规范和行为准则,分门别类,编纂成文,供当事人选择使用。如国际商会编纂的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》;国际海事委员会编纂的《约克—安特卫普规则》(共同海损理算规则)等。尽管这些商事惯例严格来说并不是法律,不具有法律的普遍约束力,但各国一般都允许双方当事人在国际商事活动中有选择使用国际商事惯例的自由。一旦当事人在合同中采用了某项惯例,该惯例就对双方当事人具有约束力。

（三）各国国内商事法

尽管目前国际上有大量的国际商事条约和国际商事惯例,但这些条约和惯例并不能包括国际商事交易所有领域中的一切问题,而且对某一问题,即使现有条约或惯例中已有规定,该条约或惯例也未必会被所有国家和地区一致参加或承认。因此,在不少场合下,国际商事纠纷还得借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的商法来处理。因此,各国国内商事法仍然是国际商法的重要补充。这种国内商事法在大陆法和英美法国家有不同的表现形式,关于这一点,将在第二节作详细介绍。

第二节 世界上两大主要的法律体系

所谓法系,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。法国学者在其《当代世界主要法律体系》一书中将世界各国法律归纳为七个法律体系。其中最具代表性和影响力的法律体系无疑为大陆法系和英美法系。这两大法系各具特点,在不少方面存在分歧。这种分歧不可避免地会影响到其国内商事法,因为一国国内商事法是一国法律体系的有机组成部分,它不可能脱离一国的法律体系而孤立地存在。就目前来说,各国国内商事法仍是国际商法的重要补充,不少国际商事纠纷还得援引有关国家的国内商事法来处理,既然这种国内商事法不可避免地反映了该国法律体系的特征,因此我们在学习和研究国际商法时,有必要了解西方两大主要法系,即大陆法系和英美法系的基本特征,这将有助于我们更好地理解有关国家的国内商事法。

一、大陆法系

大陆法形成于西欧,以法国和德国为代表。除了这两个国家之外,许多欧洲大陆的国家,如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等国,均属大陆法系。此外,整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的一些国家也属于大陆法系,日本也引入了大陆法。值得一提的是,在属于英美法系的国家中,某些国家的个别地区,如美国的路易斯安纳州和加拿大的魁北克省,也属于大陆法的范围。

（一）大陆法的结构

大陆法的一个特点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。它所采取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。这种结构上的特点,在法学和立法上都有所反映。

首先,大陆法各国都把全部法律分为公法和私法两大部分。公法一般是指与国家状况有关的法律,包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法。私法一般是指与个人利益有关的法律,包括民法和商法等。大陆法各国在这些法律领域中都使用相同的法律制度和法律概念,所以尽管各国的语言不同,但它们的法律词汇可以准确地互相对译,掌握了一个大陆法国家的法律,再了解其他大陆法国家的法律,就比较容易。

其次,大陆法各国都主张编纂法典。法国资产阶级革命胜利后,曾先后颁发了五部法典:《民法典》、《民事诉讼法典》、《商法典》、《刑法典》和《刑事诉讼法典》。其他大陆法国家也制定了类似的法典,但各国在法典的编制体例上却不完全相同。就民商法而言,有些大陆法国家将民法与商法分别编成两部独立的法典,即采用民商分立的编制体例。法国、德国、日本等国采用这种体例。但也有大陆法国家把商法并入民法典中,作为民法典的一个组成部分,即采取民商合一的编制体例。如意大利只有民法典,瑞士只有债务法典,这两个国家都没有制定商法典,而是把有关商法的内容编入各自的民法典或债务法典之中。这里需要注意的是,“民商分立”也好,“民商合一”也好,只是大陆法国家在法典编制体例上的区别,民法和商法在大陆法国家仍是两个不同的法律部门。

（二）大陆法的渊源

大陆法国家是成文法国家,法律是大陆法的主要渊源。大陆法国家的法律包括宪法、法典、法典以外的法律和条例等。判例在大陆法国家原则上不作为法的正式渊源。一个判决只对被判处的案件有效,对日后法院判决同类案件并无约束力,这是大陆法和英美法在法的渊源上的一个主要区别。但是我们也应看到,近几十年来,判例实际上在大陆法国家日益受到重视,尤其是最高法院对法律未作出规定的问题所作的判决,对下级法院具有非常重要的意义,而且下级法院的法官为避免所作判决被上级法院否定的风险,也往往愿意效仿上级法院对同类案件的判决,因此,尽管大陆法国家是成文法国家,判例的作用也是不能忽视的。

二、英美法系

英美法系也称普通法系(Common Law),它形成于英国,之后扩展到美国及其他过

去曾受到英国殖民统治的国家和地区,主要包括加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、马来西亚、新加坡、巴基斯坦,我国香港地区也属于英美法的范围。这一法系以英国和美国为代表(故称英美法系),在法的结构和渊源上都具有不同于大陆法的特征,现分别介绍如下:

(一) 英美法的结构

从法的结构上看,英美法不像大陆法那样把法律明确分为公法和私法,而是分为普通法与衡平法(Equity Law)两部分。所谓普通法,其原意是指英国在中世纪时期形成的一种法律制度。它是在继承、发展日耳曼习惯法的基础上,随着英国中央集权王朝的建立和巩固,通过国王法院的判例而逐步形成的一种全国普遍适用的法律。所谓衡平法,其原意是指14世纪时为了补充和匡正当时不完善的普通法,由英国的枢密大臣法院发展起来的判例法。枢密大臣在受国王指派审理案件时,可以不受普通法的约束,而按照所谓“公平与正义”的原则作出判决,这些判决就形成了“衡平法”。因此,尽管普通法与衡平法都属于判例法,但两者各有其特点,其区别主要体现在以下几个方面:

1. 救济方法不同。普通法只有两种救济方法,即金钱赔偿和返还财产,并以金钱赔偿为主。衡平法则发展了一些新的救济方法,主要有实际履行和禁令。实际履行又称依约履行,是指当一方的违约使另一方所遭受的损害无法以金钱赔偿得到弥补,或损害的金额无法确定时,法院可根据衡平法判令负有义务的当事人按照合同的规定履行其应负的义务。禁令则是指法院可根据衡平法,判令当事人不为某种行为,以预先防止不法行为或违约行为的发生。

2. 诉讼程序不同。根据普通法,法院在审理案件时须设陪审团,且采取口头询问和口头答辩的方式,而根据衡平法,法院在审理案件时则不设陪审团,但是采用书目诉讼程序。此外,普通法和衡平法在法律术语上也有许多不同之处。如前所述,普通法系以英国和美国为主要代表。美国法在法的结构上也存在普通法和衡平法之分,这是它和英国法相同的地方,但由于美国是联邦制国家,美国法在法律结构上又存在联邦法和州法之分,这是它和英国法不同的地方。联邦法和州法并存是美国法律结构的一个重要特征。从原则上讲,联邦法高于州法,若州法与联邦法相抵触,应适用联邦法,但联邦仅在联邦宪法明确授权的范围内行使立法权,换言之,各州都保留了相当大一部分立法权。由于各州的历史传统、经济发展等方面的差异,各州的州法也存在一定差异,但这种差异目前来说有逐步缩小的趋势。

（二）英美法的渊源

从法的渊源上看,判例法曾是英美法的主要渊源,这是英美法在法的渊源上区别于大陆法的一个主要特征。判例法的基础是“先例约束力”原则,即法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循,换言之,它对作出判例的法院本身和下级法院日后处理同类案件均具有约束力。这里需要注意的是,在英美法国家,并非所有法院的判决都可以作为先例。如前所述,判例法曾是英美法的主要渊源,但 19 世纪末 20 世纪初以来,成文法在英美法国家的比重和作用不断上升,成文法也成为英美法的重要渊源。例如,英国关于商事方面的成文法有 1882 年的《票据法》、1890 年的《合伙法》、1893 年的《货物买卖法》、1906 年的《海上保险法》、1907 年的《有限合伙法》、1914 年的《破产法》、1948 年的《公司法》、1973 年的《公平贸易法》、1979 年的《货物买卖法》等。美国的情况与英国有所不同。一方面,早在独立战争期间,由于殖民地人民对英国的敌对情绪,美国曾一度出现了禁止适用英国判例法而引入大陆成文法典的活动(1787 年美国联邦宪法的制定颁布是这一活动的总结性成果),这使得美国历来比英国更重视成文法;另一方面,由于美国是联邦制国家,国会和州议会均有立法权,这使得美国既有联邦成文法又有州成文法。其中,美国联邦宪法在整个美国法中占有十分重要的地位。在商法领域,特别值得一提的成文法是《美国统一商法典》,该法典于 1952 年公布,其后曾多次修改。目前在美国的 50 个州中,除了保持大陆法传统的路易斯安纳州之外,其他各州均已通过本州的立法程序采用了《美国统一商法典》,使它成为本州的法律。另一个值得一提的成文法是美国的反托拉斯法。它实际上不是单一的法律,而是包括《谢尔曼法》(1890 年)、《克莱顿法》(1914 年)、《联邦贸易委员会法》(1914 年)等好几个法律,对于规范公司,尤其是大公司的行为有重要影响。

三、两大法系的发展趋势

如前所述,大陆法和英美法在法的结构和法的渊源上均具有不同的特征,但从发展的趋势来看,两者的差别正逐渐缩小。正如前文所指出的,在大陆法国家,判例的作用日益受到重视,而在英美法国家,成文法更是已成为法的重要渊源,这无疑表明两大法系有彼此靠近的趋势。这种趋势不仅体现在形式上,也体现在法的具体内容上。就商法而言,大陆法系商法和英美法系商法相互借鉴和吸收的例子就不少。例如,德国 1937 年的股份公司法就率先突破了大陆法系公司法固守的法定资本制,而吸收了英美法系公司法授权资本制的经验。此后,日本、法国等一些大陆法国家的公司法也采用了这一经验。另一方面,英美法系国家公司法也注重吸收大陆法系公司法的经验。例

如,按照传统的英美公司法,公司行为不能超越公司章程所规定的经营目的,但法、德等一批大陆法国家公司法并无严格的越权原则规定。随着社会经济活动的日益发达,严格的越权原则已不适应商事活动的需要,也不利于对善意第三人的保护。于是,美国吸收大陆法的经验,率先修改了其越权原则。随后,加拿大、英国等一些英美法国家的公司法都对传统的“越权原则”作了修正。由此可见,尽管大陆法和英美法代表了两个不同的法系,但它们并不是毫不相干、互不影响的。随着国际贸易和国际投资的发展,以及现代市场经济日益呈现出全球化、一体化的特征,两大法系在很多方面的分歧正逐步缩小。

当然,我们也应该看到,两大法系由于历史和传统的不同所形成的巨大分歧,尽管目前前在缩小,但短期内并不会完全消除。两大法系并未统一,并未汇合成单一的西方法系。在法的渊源上,英美法系成文法的作用虽然在提高,但目前判例法仍是法的重要渊源;大陆法系国家判例虽日益受到重视,但其作用显然无法与成文法相提并论。在法的具体内容上,两大法系亦有诸多分歧(本书以后的章节会对两大法系在商法上的分歧作具体介绍)。因此,至少在未来较长时间内,西方法系仍可分为大陆法系和英美法系。

第三节 中国涉外商事法律制度

一、中国涉外商事法律制度的形成和发展

涉外商事法律制度,是一国用以调整涉外商事交易中所发生的各种涉外商事关系的法律规范的总称。中华人民共和国建立以后,涉外商事法律制度的建立经历了一个曲折而复杂的历史过程。

在新中国建立后的近30年间,由于历史的原因,我国实行的是较为封闭的经济模式。在计划经济体制下,对外贸易由国家垄断,个人、企业以及其他实体无独立的对外经营权,协调国际经济活动主要是依靠政策而非法律。在国际上,以美国为首的西方国家对我国实行经济封锁;在国内,又长期盛行“左”倾思潮和法律虚无主义,国际、国内诸种历史条件的限制使我国在相当长一段时间内没有也不可能系统的涉外商事法律制度。

党的十一届三中全会以后,我国确立了改革开放的基本国策,随着对外开放政策

的实施和外向型经济的发展,我国涉外商事交易活动空前活跃,调整涉外商事交易的各种法律、法规应运而生。1979年,我国颁布了新中国建立后第一部利用外资的法律——《中华人民共和国中外合资经营企业法》,之后,又相继颁布了一系列有关进出口贸易、技术引进、金融保险、经济仲裁等方面的法律、法规。此外,我国还积极参加双边和多边国际条约,其中包括《联合国国际货物销售合同公约》、《解决国家和他国国民间投资争端公约》、《保护工业产权巴黎公约》、《承认及执行外国仲裁裁决公约》等一批重要的国际条约,使我国涉外商事法律制度与国际商事法律制度的衔接日益紧密,对推动我国涉外商事交易的发展有重要作用。

1995年世界贸易组织(WTO)的诞生,是当今世界经济贸易领域里的一件大事。世贸组织在国际商事方面的规则,不仅涉及货物贸易领域,还扩大到服务贸易领域、知识产权领域以及与贸易有关的投资措施领域。我国已于2001年12月11日正式加入WTO, WTO的各项规则已对我国发生效力。作为WTO的成员国,我国要承担各种相关的国际义务,这对我国的涉外商事法律制度已经而且必将继续产生重大影响。它要求我们进一步完善我国的涉外商事法律制度,为涉外商事交易的发展提供更好的法律环境。

二、中国涉外商事法律制度的基本原则

涉外商事法律制度的基本原则,是我国涉外商事立法、司法应当遵守的基本准则,也是我国自然人、法人及其他实体参与涉外商事交易所应当遵守的基本准则。它具体包括:

(一) 尊重国家主权、维护国家利益原则

尊重国家主权,维护国家利益,是我国一切对外交往活动必须遵循的基本原则,这一原则当然也适用于涉外商事活动。尊重国家主权要求国与国在经济交往中,要相互尊重对方的经济自主,不得以任何手段控制、操纵他国的经济命脉,尊重国家主权也要求从事国际经济活动的当事人遵守所在国及其本国法律的管辖。维护国家利益,要求当事人在从事涉外商事交易时,应当维护本国的经济利益,而不能以损害国家利益、民族利益为代价来满足自己的私利。

(二) 平等互利原则

坚持平等互利要求国与国之间应在法律地位平等的基础上,进行互惠互利的经济往来与合作;坚持平等互利也要求自然人、法人及其他实体在从事涉外商事交易时,要

体现彼此权利与义务的对等,要在充分尊重彼此意愿和切实保障各方合法利益的基础上开展业务活动。

(三) 信守国际条约原则

国际社会缔结的各种双边、多边商事条约和公约是调整缔约国之间商事关系的基本法律规范,是缔约国的有关法人和自然人从事涉外商事活动必须遵循的基本原则。我国涉外商事法律坚持信守国际条约的原则,凡我国缔结或参加的国际条约同我国法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但我国已声明保留的条款除外。

(四) 尊重国际惯例原则

国际惯例是国际商事交往实践中衍生出来的、被普遍接受的规范,其在国际商事关系中的作用已被各国普遍承认。但我国的某些涉外商事立法与国际惯例尚有差距,从而成为引起中外当事人商事纠纷的一个重要原因。尊重国际惯例要求我们进一步完善我国的涉外商事立法,使之尽可能地与国际惯例接轨;尊重国际惯例也要求我们在处理我国涉外商事立法没有明确规定的问题时,应按国际惯例来处理,以减少执法中的摩擦和冲突。

三、中国涉外商法的渊源

完整地看,中国涉外商法的渊源,既包括国际渊源,又包括国内渊源。

(一) 国际渊源

我国缔结或参加的国际商事条约是我国涉外商法的重要渊源。如前所述,我国已经参加了《联合国国际货物销售合同公约》、《解决国家和他国国民间投资争端公约》、《保护工业产权巴黎公约》、《承认及执行外国仲裁裁决公约》等一批重要的多边国际商事条约。此外,我国还与世界许多国家与地区签订了贸易协定、保护投资协定、避免双重征税协定等双边国际商事协定。这些多边或双边的国际商事条约、协定是我国当事人在参与涉外商事活动时必须遵循的行为规范(我国已声明保留的条款除外),是我国涉外商法的一个不可忽视的渊源。

(二) 国内渊源

因受经济发展水平等多种因素的制约,我国目前还无法做到对涉外商事活动和国