



21世纪高等院校法学类系列规划教材

Faxuelei

国际商法

Guoji Shangfa

◎ 段 葳 王玉梅 余松林 主编

华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



21世纪高等院校法学类系列规划教材

国际商法

Guoji Shangfa



- ◎ 主 编 段 葳 王玉梅 余松林
- ◎ 副主编 黄凤龙 王 菁 殷菲菲
- ◎ 参 编 (排名不分先后)
曹胜亮 张 魏 黄 璐
徐冰泽 尹启磊 韩 凝

华中科技大学出版社

中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/段 葳 王玉梅 余松林 主编. —武汉:华中科技大学出版社,
2010年1月

ISBN 978-7-5609-5666-4

I. 国… II. ①段… ②王… ③余… 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(2009)第 152400 号

国际商法

段 葳 王玉梅 余松林 主编

责任编辑:王小娟
责任校对:汪世红

封面设计:刘 卉
责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

录排:龙文排版工作室

印刷:华中科技大学印刷厂

开本:787 mm×1092 mm 1/16

印张:24.5

字数:505 000

版次:2010年1月第1版

印次:2010年1月第1次印刷

定价:40.00元

ISBN 978-7-5609-5666-4/D·117

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

前 言

随着经济全球化的进一步深化,各国之间的经济、政治、文化联系日益紧密,各国在国际经济、文化中的优势,决定了其在国际合作中的不同地位。由于国际交往伴随着甚至主要是不同经济政治利益体的博弈过程,在资源、技术乃至话语权方面存在的重大差别,在国际竞争中各国往往面临由此造成的竞争力的压力,存在严重的利益分配不公的格局。为此,西方主要发达国家及众多发展中国家和国际组织,纷纷致力于建立公平合理的国际经济新秩序的工作。到目前为止已经成立联合国国际贸易法委员会等国际性或地区性经济组织,通过了《联合国国际货物买卖合同公约》、《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》等国际性公约或多边、双边条约,为维护国际事务,尤其是国际经济、技术等贸易秩序的稳定作出了重要贡献。

自改革开放到加入 WTO,我国与世界的交往进一步加深,经济全球化的参与度进一步加强,尤其是在国际商事领域与各国往来更加紧密,并在国际经济合作和自身经济发展方面取得举世瞩目的成就,但同时也面临其他竞争对手施加的压力,尤其是在西方主导的国际经济秩序框架下,以后来者的身份加入国际经济角逐的游戏体系中的中国,往往处于不利地位,比如面临各种技术壁垒、环保壁垒、倾销壁垒,甚至面临贸易保护主义的不公平待遇,使得我们在国际贸易中处于一种带着枷锁跳舞的尴尬境地。但是,我们也必须面对现实的挑战,综合自身实力量力而行,这就需要我们先熟知国际竞争的各种游戏规则,并充分运用各种有利的条件,争取自身合理利益的实现,这是现实而稳妥的选择。政府、各种经济组织以及将来要成为参与国际竞争战士的当代大学生,都应充分了解国际贸易法方面的各种制度,学会运用这些制度参与国际竞争,趋利避害,争取自身利益的实现。为此,我们组织编写了这本《国际商法》教材,以期通过传播国际商事法律知识,为有必要了解这些规则的各方面人士提供一些有益的参考和帮助。

本教材在占有大量翔实的材料的基础上,注重通过学理分析,阐明国际商法的基本理论,并结合国际条约的具体规定进行进一步的明晰,力求深入浅出地系统介绍国际商法的基本理论、基本制度。在内容方面,本教材安排了国际商事组织法、国际货物贸易法及其相关法、国际技术贸易法、国际贸易的知识产权保护和国际商事仲裁法等实体法和程序法篇目,比较全面系统地介绍了国际商法的基本内容。

本书由段葳、王玉梅、余松林任主编,黄凤龙、王菁、殷菲菲担任副主编,段葳、王玉梅、余松林负责统稿,段葳总纂定稿。编者分工如下:(按章节先后顺序排列)

黄璐	第一章	余松林	第八章
尹启磊	第二章	黄凤龙	第九、十一章
段葳	第三、六章	张魏	第十章
徐冰泽	第四章	韩凝	第十二章
王菁	第五章	殷菲菲	第十三章
王玉梅	第七章	曹胜亮	第十四章

本书在编写中借鉴吸收了理论界同行的观点和其他教材的精华,由于篇幅有限,我们无法一一注明出处,敬请谅解,在此对这些作者一并致谢。

本书的出版得到了华中科技大学出版社、黄冈师范学院、中南财经政法大学武汉学院、武汉警官职业学院、浙江大学城市学院、湖北工业大学商贸学院、陕西警官职业学院、中南财经政法大学法学院研究生部等单位领导和教师的大力支持,在此一并表示感谢。

由于时间仓促,加之编者水平有限,书中错误和疏漏之处在所难免,敬请各位专家、读者批评指正。

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 国际商法的历史沿革	(4)
第三节 国际商法的渊源	(8)
第四节 我国的涉外商事法律规范	(10)
第二章 国际商事组织法	(17)
第一节 国际商事组织概述	(17)
第二节 国家	(19)
第三节 个人独资企业	(20)
第四节 合伙企业	(21)
第五节 公司	(26)
第三章 国际投资法	(42)
第一节 国际投资与国际投资法	(42)
第二节 国际投资的法律方式	(57)
第三节 资本输入国的外国投资法	(65)
第四节 资本来源国的海外投资法	(77)
第五节 国际投资的国际法律制度	(92)
第四章 国际货物运输法	(116)
第一节 国际海上货物运输法	(116)
第二节 国际航空货物运输法	(134)
第三节 国际铁路货物运输法	(138)
第四节 国际货物多式联运法律制度	(142)
第五章 国际货物运输保险法	(148)
第一节 国际货物运输保险概述	(148)
第二节 国际海上货物运输保险	(151)
第三节 国际货物运输保险的其他形式	(164)
第六章 国际货物买卖法	(169)
第一节 国际货物买卖法概述	(169)
第二节 国际货物买卖公约	(171)
第三节 国际货物买卖的国际惯例	(173)

第四节	国际货物买卖的国内法	(175)
第五节	国际货物买卖合同	(176)
第六节	《联合国国际货物买卖合同公约》	(180)
第七章	国际产品责任法	(193)
第一节	国际产品责任法概述	(193)
第二节	产品责任的国内法及国际立法	(200)
第三节	产品责任的法律适用	(205)
第四节	我国产品责任的相关立法	(209)
第八章	国际商事代理法	(214)
第一节	国际商事代理概述	(214)
第二节	国际商事代理关系	(219)
第三节	国际商事代理关系的终止	(225)
第四节	我国的国际商事代理规则	(227)
第九章	国际技术贸易法	(235)
第一节	国际技术贸易法概述	(235)
第二节	国际技术转让的方式	(238)
第三节	国际技术转让许可合同	(243)
第四节	我国技术贸易管理法	(251)
第十章	国际服务贸易法	(257)
第一节	国际服务贸易的概念和特征	(257)
第二节	《服务贸易总协定》的体系和主要内容	(259)
第三节	对《服务贸易总协定》之评价	(267)
第四节	《服务贸易总协定》对世界经济贸易的影响	(270)
第五节	我国国际服务贸易法	(272)
第十一章	与贸易有关的知识产权法	(278)
第一节	与贸易有关的知识产权法概述	(278)
第二节	《保护工业产权巴黎公约》	(283)
第三节	《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs 协定)	(290)
第十二章	国际商事支付法	(301)
第一节	国际商事支付概述	(301)
第二节	票据与票据法	(302)
第三节	国际商事支付方式	(315)
第十三章	国际电子商务法	(332)
第一节	国际电子商务法概述	(332)
第二节	数据电文法律制度	(338)

第三节 国际电子合同法律制度	(348)
第十四章 国际商事仲裁法	(357)
第一节 国际商事仲裁概述	(357)
第二节 国际商事仲裁机构	(360)
第三节 国际商事仲裁协议	(364)
第四节 国际商事仲裁的程序	(368)
第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	(373)
参考文献	(378)

第一章 国际商法概述

第一节 国际商法的概念

一、国际商法概念

国际商法(international business law)是调整国际商事交易活动及规范国际商事组织的各种法律规范的总称。

国际商法的特点之一是国际性,也就是跨国性。国际商法主体之间交易的国际性体现在这种交易是跨越国界的交易,而不仅仅是国家不同。这种跨国性质涉及的是私法主体跨越国界进行的商事行为,而排除了公法意义上的国际关系。所以,国际商法也被称作跨越国界的商法。

国际商事组织是指国际商事关系中依法享有国际商事权利、承担国际商事义务的当事人。当今在国际上从事商事交易活动的组织基本上是具有法人资格的公司、企业、非法人商事组织及自然人等。

传统的国际商事交易主要是有形商品的买卖。但当今社会,经济飞速发展,科技日益发达,且全球化浪潮席卷而来,国际商事交易无论是在交易对象还是交易方式方面都有很大的发展。国际商事交易已经不再局限于传统的国际货物买卖,而是将范围扩大到技术、资金、劳务的国际流动上,而这些在国际经济交往中占据着重要的地位。可见,国际商事交易早已突破了传统的国际买卖范畴,并深入到服务贸易、技术贸易、金融行业、投资行业及保险行业等众多经济领域。所以现今的国际商事交易内容是极其丰富的,涉及面也非常广,已形成了独立的国际商事法律体系。

国际商法的调整对象及范围比较广泛,不同于传统商法调整的对象及范围。传统商法主要规范商事行为、公司、海商、票据等领域。国际商法主要规范的是国际商事交易活动,而国际商事交易活动包括国际货物贸易、国际直接投资、国际技术转让与知识产权许可贸易等。近年来,随着国际贸易的飞速发展,以有形商品买卖为核心的传统国际贸易扩展到了技术贸易和服务贸易。因此,国际商法的调整范围也在逐渐扩大。许多新型的国际商事交易活动,如国际技术转让、国际知识产权许可贸易、国际融资、国际租赁、国际电子商务、国际合作生产等,也纳入国际商法的调整范围。国际商法也规范各种国际商事组织,这些国际商事组织是国际商事交易活动的主体之一,主要包括各类非法人组织和法人组织。国际商法的主体主要是指在国际

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人,除了国际商事组织之外,自然人、国家也是国际商法的主体。

概括来说,国际商法的主要内容大致可以分为以下几个部分:①调整国际货物买卖方面的法律法规,主要有国际货物买卖法、合同法、国际货物运输法、国际货物保险法等方面的法律;②管理国际商事活动及规范国际商事组织方面的法律,主要有产品责任法、国际商事代理法、与贸易有关的知识产权法、国际技术贸易法、国际服务贸易法、国际投资法、国际商事组织法等;③处理国际商事争议、调整国际商事救济的国际商事仲裁法。

二、国际商法与相关部门法的关系

(一)国际商法与国际经济法

国际经济法作为一门新兴的法律部门,是调整国家、不同国家的法人与个人之间经济关系的国际法规范和国内法规范的总称。^①国际经济法调整的对象是国际经济关系,而法律关系主体则主要是国家、国际组织及非国家实体。从法律体系、包含的内容、法律渊源、基本原则来看,国际经济法与国际商法都有区别。

首先,国际商法以调整和规范跨国商事活动为主要内容,是属于私法范畴的,与国家对外贸易和经济的管理和规制无关,不具备公法的性质。而国际经济法则具有公法性质,其包括了国家对经济活动的管制内容,例如,反倾销法、反补贴法、反垄断法、外汇管理法律法规、有关进出口管理法规等,这些法律规定明显具有公法性质。所以,二者在这方面有着较大的区别。

其次,国际商法与国际经济法的内容不同。国际商法包括国际商事组织法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际产品责任法、国际商事代理法、国际技术贸易法、国际服务贸易法、与贸易有关的知识产权法、国际商事支付法、国际电子商务法、国际投资法、国际商事仲裁法。国际经济法包含的内容比国际商法更加宽泛,它不仅包含了国际商法的大多数内容,还包括了国际金融法、国际税法、国际经济争端解决程序法、国际经济组织法、国际知识产权法和国际区域经济法等法律制度。

再次,国际商法与国际经济法的法律渊源不同。国际商法的法律渊源主要是国际条约和国际惯例,其次还有国内法。国际经济法的法律渊源要比国际商法更广泛,除了国际条约、国际惯例和国内法外,一些判例、联合国大会的决议和联合国机构的法律文件也可以成为国际经济法的渊源。国内法作为国际经济法的渊源,主要是各个国家制定的有关调整涉外经济关系的法律、法规、条例、规定等规范性文件。

最后,国际商法与国际经济法的基本原则不同。国际商法的基本原则有诚实信用原则、私有财产不可侵犯原则,以及公平、公正、公开原则等,而国际经济法的基本原则包括经济主权原则、平等互利原则、国际合作与发展原则。

^① 余劲松,吴志攀. 国际经济法[M]. 北京:北京大学出版社,2005.

(二) 国际商法与国际私法

有关国际私法的定义和范围,国际私法学者有着不同的观点,就主要观点来看,国际私法是调整涉外民事法律关系的冲突法规范,也有学者认为国际私法也包括统一实体法,以及国家直接适用于涉外民事关系的法律。毋庸置疑的是国际私法以调整涉外民事法律关系的冲突规范为其主要内容。国际商法与国际私法有许多相似之处,同时又存在着一定区别。相似点在于两者都是调整私权利争议的法律规范,都有相同的国际性因素,即涉外性因素。但毕竟两者属于不同的法律范畴,也就有许多不同之处。

私法的概念是大陆法系国家才有的,而大陆法系国家对公法与私法的划分受到罗马法的影响。在大陆法系国家,商法是私法的一个重要组成部分。同样,国际商法也属于私法范畴。但是国际商法与国际私法并不相同。首先,两者调整的法律关系不一样。国际商法调整商事关系和商事组织等各种关系,其法律规范属于国际经济领域。国际私法调整的是涉外民事法律关系,这种涉外民事法律关系是一种较为广义的民事法律关系,它包括一般意义上的民事法律关系,也包括婚姻家庭方面的民事法律关系和商事方面的民事法律关系,以及在国际经济交往中形成的各种民事法律关系。其次,在法律规范的类型方面两者也有所不同。法律规范就其作用可以划分为实体法和程序法两部分。实体法是用来确定当事人实体权利义务的法律;而程序法则是用来规定当事人主张权利的法律途径及步骤的法律,如诉讼法就是典型的程序法。国际商法主要是实体法规则,它解决的是双方当事人实体权利和义务,而国际私法是冲突法规则,着重解决各国之间的法律冲突问题。构成冲突法的法律规范被称为冲突规范(conflict rules),是由国内法或国际条约规定的,指明某一涉外民商事法律关系应适用何种实体法的规则。由于各国国内法的规定不同,在解决涉及两国或两国以上的民事法律关系问题时,适用不同国家的法律可能会得到截然不同的结果,而国际私法正是要解决这种法律适用上的冲突。这是国际私法的一大特性,也是与国际商法的最大区别。

(三) 国际商法与国际公法

有关国际商法与国际公法的区别,大多数学者都认为其主要是公法和私法的区别。国际商法的私法性质毋庸置疑,而国际公法主要调整国家间政治、外交、军事及经济等多方面的关系,并且向来以调整非经济性质的国际关系为主。但是国际商法和国际公法也有着密切的联系。从国际商法的渊源看,一方面,通过国际多边会议,将主要经贸国家国内法中的实体法部分融入统一国际多边公约中,形成国际习惯法的一部分;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,促成国内法国际化。^①从这个角度来看,国际商法也具有一定公法性质。并且国际商法也要符合国际公法的一般性原则,比如条约必须遵守原则等,这些原则也在调整着国际商事关系。

^① 程家瑞. 国际条约和习惯法对商事国际化的影响[M]//沈四宝. 国际商法论丛(第1卷). 北京:法律出版社,1999:9.

(四) 国际商法与国际贸易法

国际贸易法是调整各国之间商品、技术、服务的交换关系,以及与这种交换关系有关的各种法律制度与法律规范的总和。^① 传统国际商法是以商人为主体的并在意思自治及契约自由的基础上建立的,所以国际商法是属于私法性质的法律。而国际贸易法则将国际商法的一部分囊括其中,其既有私法性质的规范,也有公法性质的规范。在调整范围上,二者既有交叉重复的地方,也有不同的地方,二者的侧重点也不同。

第二节 国际商法的历史沿革

一、古代商法的发展

商法是调整各种商事活动关系的法律,是随着商品经济的产生、发展而逐渐发展起来的一个法律体系。早期的商法规范可以追溯到公元前 20 世纪,埃什嫩那国《俾拉拉马法典》中就有关于调整商事关系的法规。到了公元前 18 世纪,古巴比伦王国颁布的《汉穆拉比法典》里也有不少有关商事关系的法律规范。

在古希腊,地中海沿岸地区的商业活动已经较为发达,商事往来频繁,雅典习惯法中就有“海商借贷”的规则,这是一种以海运提单作为抵押的借贷制度。同时期在位于东地中海的罗得岛上,由于各国商人多聚集在此地从事国际贸易活动,因此便积累了一套商业习惯法,被称为“罗得法”。

古罗马时期,商事活动日益增多,各种商业活动更加频繁,加之古罗马拥有强大的民法体系,规范商事活动的法律也相对多样。古罗马法有“市民法”和“万民法”之分,“市民法”是调整罗马人之间关系的法律,而“万民法”是调整罗马人和外国人之间关系的法律。“万民法”的大多数内容是规范经济和财产的,它包括调整买卖、合伙、雇佣等商事契约关系的法律规范。虽然它仍是国内法,但是却影响了世界上许多国家的法律。

二、国际商法的发展

国际商法是随着国家间的商事交往的增多而产生的。在古代由于地理交通原因,国家之间的商事交往并不频繁,因此有关调整商事关系的法规也十分简单和稀少,并且没有独立的商事立法存在,更不用说真正成为一个专门的法律部门。直到中世纪,地中海地区成为欧、亚、非的交通要道,是许多国家进行跨国贸易的中心,此地的国际贸易得以迅猛发展。地中海沿岸的一些城市,如意大利的威尼斯、热那亚等则成为了贸易中心中的中心城市。这些城市中的商人从封建领主那里买得了自治权,自己组成了商人法庭,来解决商事交易中产生的纠纷。商人法庭适用的是商

^① 王传丽. 国际贸易法[M]. 北京:法律出版社,2004.

人在商事交易中形成的习惯规则。这些习惯规则是在商事交易活动过程中逐渐形成的,并跨越国界普遍适用于各国商人,成为商业惯例。这些习惯规则被称为商人习惯法(law merchant),其特点是:首先,具有跨国性和统一性,并且普遍适用于各国从事商业贸易的商人;其次,商人们自己解释和运用这套习惯法,而不是由法官或其他人来运用;再次,这套规则简单易操作,对于解决各国商事纠纷发挥着重要作用;最后,该规则强调公平合理地处理纠纷、解决问题,受到商人们的普遍欢迎,因此得到了迅速的传播并被普遍接受。后来随着航海贸易的不断发展,商人习惯法由威尼斯逐渐扩展到欧洲的其他国家,如西班牙、法国、德国和英国。这一规则的主要内容包括了货物买卖合同的标准条款、两合公司、海上运输与保险、汇票及破产程序等。

随着资本主义的萌芽及在欧洲的迅速发展,17世纪后,欧洲进入了资本主义时代。此时商品经济逐渐发展成熟,许多国家在吸收商业习惯法的基础上逐步制定了国内法并形成各国自己的商法体系。而自中世纪发展起来的商业习惯法就逐渐被大陆法系和英美法系这两大法系国家的国内法所代替。这两大法系在当今世界法律制度中具有广泛的影响力,并且其中的有关商事立法对国际商法影响极大。但是两大法系的法律体系有着巨大的差别。首先,大陆法系继承和发展了罗马法,以成文法作为法律的主要渊源;而英美法系则继承和发展了日耳曼的习惯法,主要以判例作为法律的渊源。尽管判例也是大陆法系国家法律的渊源之一,但其只属于次要的渊源。同样,成文法也是英美法系国家法律的渊源,但也只是作为补充的法律渊源。再者,大陆法系国家把法律明确分为公法和私法;而英美法系国家没有这种分法,但却有普通法和衡平法的划分。以下就两大法系主要国家的商事法律的发展作简要介绍。

(一)大陆法系国家

大陆法系是在继承和发展罗马法的基础上形成并完善起来的。1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》是大陆法系成熟的标志,并使得法国和德国成为大陆法系国家的代表。除此之外,许多欧洲国家也属于大陆法系国家,如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙、奥地利、瑞典、希腊、丹麦、挪威、芬兰等。因为殖民主义的扩张,整个拉丁美洲及部分非洲国家,还有亚洲一些国家如日本、泰国等均属于大陆法系国家。大陆法系国家的法律渊源主要是成文法,其法律结构强调系统化、逻辑化,以及条理化和法典化,并有公法和私法之分(公法以维护公共利益为主要目的,比如宪法、行政法、刑法、诉讼法等就属于公法;私法则是以保护个人或私人利益为主要目的的法律,比如民法和商法就是典型的私法)。大陆法系国家虽然在法律制度及法律体系上有区别,但是这些属于同一法系国家的商事法律规范都有相似之处。

一般认为,商法是从大陆法系起源的。大陆法系国家都注重加强国内立法活动,并确定了各自的民商法体系。法国路易十四时期,在科尔贝尔的主持下,颁布了

最早的商事单行法规,即1673年制定的《商事条例》和1681年制定的《海事条例》。《商事条例》一共12章,包括商人、票据、破产和商事裁判管辖等内容。《海事条例》在体例的安排上更加严谨,主要是规定海商的条例,一共5编,其内容包括海上裁判所、海上合同、海员及船舶、港湾警察和海上渔猎等。早在16世纪,法国政府就设立了商事法院,商人被任命为法官处理商事案件。

1807年,法国颁布了《法国商法典》,这是近代资产阶级的首部商法典。这部商法典范围广泛,包括了公司、商行为、票据、海商、破产和商业裁判权等规则,其特点是体现了“私法自治”原则,突破了中世纪的商法只适用于商人阶层的局限,将商行为确立为立法基础,并且规定只要是实施商行为者不论是否是商人,都适用该商法,从而将以往的商人法转变成了商行为法。这部法典对后来大陆法系国家所制定的商法典产生了巨大的影响。

1861年,德国在参照《法国商法典》的基础上制定了《德国商法典》,并且一直在修订该商法典,直到1900年实施了新修订的商法典。德国这一新商法典对后来很多大陆法系国家的商法有重要的影响。

日本在1868年明治维新之前没有专门的商法,直到1881年明治政府任用外国人起草了其自己的商事法律,并于1890年最终完成。这部商法是日本的旧商法,它主要是以德国商法为模式,并不完全符合日本本国的实际情况。所以,这部商法一直被修改,最后终于成为《日本商法典》。《日本商法典》有其自身的特点,它以商事行为和商人两种标准同时作为立法的基础。可以说这也是对法国商法和德国商法的一种折中。

除此之外,另外一些大陆法系国家采取民商合一的做法,将商法纳入到民法典之中,使其成为民法的一部分,如1881年的《瑞士债务法典》、1934年《荷兰民法典》及1942年《意大利民法典》。由于商事关系比一般的民事关系要特殊,一些民商合一的国家会将商事法律制定成单行法规,比如海商法、公司法、票据法、保险法等。因此,大陆法系国家一般将民法视为一般法,将商事法规视为特别法。这样在处理商事纠纷时会优先适用商法,如果商事法规中没有规定的,才适用民法的规定。

(二)英美法系国家

英美法系又称为普通法系,是以英美两国为代表的,与大陆法系并列的世界两大法系之一。英美法系的产生源自英国,它是在继承了日耳曼习惯法的基础上,结合诺曼王朝国王法院的判例逐步形成的一种在英国普遍适用的法律体系。所以英美法系国家是以判例作为法的主要渊源,其次还包括习惯和成文法。英美法系的代表国家主要是英国和美国,除此之外,受到英国殖民统治的国家和地区也多属于英美法系,如澳大利亚、新西兰、加拿大、爱尔兰、新加坡、马来西亚、巴基斯坦及中国的香港等。英美法系不同于大陆法系国家将法律分为公法和私法,而是分为普通法和衡平法。其中普通法的渊源以习惯法为主,调整的对象是全方位的,几乎涉及法律的各个领域,但是其程序较为复杂和僵化,其救济方法只有损害赔偿及返还财产;衡

平法调整的对象是有限的,只涉及普通法不能调整的私法领域,并且衡平法的程序比普通法简单、灵活,其救济方法有很多。

在18世纪中期,英国通过国王法院的判例将商人习惯法吸收到普通法之中,商法从而失去了独立性,成为普通法的一个组成部分。随着商事活动的不断扩展,且日益复杂,通过以往的判例已经不能解决所有的商事问题,从19世纪开始,英国又制定了不少有关商事的单行法,如1882年的《票据法》、1885年的《载货证券法》、1889年的《行纪法》、1890年的《合伙法》、1893年的《货物买卖法案》、1894年的《破产法》、1906年的《海上保险法》及1932年的《公司法》等。

美国属于英美法系国家,与英国一样以判例为主要的法律渊源,视成文法为判例法的补充和修正。美国商法的情形同英国相似,同样是以普通法为基础,由商人习惯和判例组成。虽然美国采用英国法的范畴、概念及分类方式,也存在普通法和成文法的区别,但又与英国不同,美国是联邦制国家,其法律分为联邦法和州法两大部分。美国宪法规定,凡宪法未授予联邦或未禁止各州行使的权力,均属于各州。因此,各个州有相当一部分立法权,在很长一段时间内,各州的商事立法内容有很多不同,这使得一国之内的商事活动变得不便利。由于联邦的法律高于各州的法律,因此在州法与联邦的法律有冲突的时候,应当适用联邦的法律。所以之后出现了《美国统一商法典》,在其颁布之后,美国几乎所有的州都通过了这部法典。另外,美国还先后制定了《破产法》、《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》等商事法律,并且通行各州。

三、现代国际商法的发展状况

20世纪以来,国际商事活动发展迅速,跨国交易也变得异常频繁。随着国际贸易的不断发展,国家间的经贸往来不断加强,客观上需要一个统一的国际商事法律来规范国际商事活动。一些政府间组织或民间的国际组织便致力于制定统一的国际商法或编纂统一的国际商事惯例。1926年在国际联盟的主持下,一些国家在罗马设立了政府间的国际统一私法学会,其主要任务之一就是制定统一的国际商事法律。这些组织如国际统一私法协会、国际商会、国际法协会等都在积极从事研究和制定统一国际商法的工作。

第二次世界大战以后,随着生产力不断提高,商品的生产、流通和消费都日趋国际化,各国在经济上的相互依赖与合作日趋加强,调整国际商事交易的法律数量急剧增加且内容日益丰富和完善,并出现了大量直接调整国际商事关系的国际条约。同时,各国商业界也加强了对国际贸易惯例的运用,这些都为国际商法的逐渐统一和形成独立的法律部门提供了条件。1966年联合国大会通过决议设立了联合国国际贸易法委员会(GATT)。该委员会通过制定有关国际贸易公约、国际惯例及商业条款来协调和统一国际贸易法,减少国际贸易的法律阻碍,以利于国际贸易的发展。在这之后又出现了大量有关调整国际货物买卖关系的公约,如1964年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》、1974年《国际货物买卖失效期限公约》及1980年《联

联合国国际货物买卖合同公约》等。GATT 的出现到后来 WTO 的成立,都对国际货物贸易、国际服务贸易和国际技术贸易的规范和统一起着极大的促进作用,国际商事法律规范正向着并将继续向统一化方向发展。

第三节 国际商法的渊源

法的渊源有多种含义,其实质性渊源指的是法的效力产生的根据,其形式渊源是指法的规范的表现形式,其历史渊源指的是法的规范第一次出现的处所。这里主要是指形式渊源。

国际商法的渊源主要是指国际商法的表现形式。国际商法是从商事习惯法发展起来的,而后来习惯法又逐渐被各国接受并制定为公约,所以国际商法的主要渊源是国际商事条约和国际商事惯例,此外还包括各国国内商事立法。

一、国际商事条约

所谓国际条约,简单地说就是国家、国际组织间缔结的以国际法为准则的书面协定。具体而言,国际条约是一个或多个国家和一个或多个国际组织之间,或者多个国际组织之间以书面形式缔结并受国际法调整的国际协议。而国际商事条约是国家、国际组织之间所缔结的以国际法为准则,确定其相互商事关系中权利义务的国际书面协议,并对缔约国有约束力。国际商事条约是国际商法的一个重要渊源。

由于条约可以分为双边和多边条约,即两国之间签订的,具有双边性质的协议被称为双边条约;多个国家或国际组织签订的具有多边性质的条约就是多边条约或称为公约。依据条约的性质,条约还可以分为实体法规则的条约和冲突法规则的条约。就国际商事公约来看,《国际海上货物运输公约》(又称《汉堡规则》)、《联合国国际货物买卖合同公约》、《联合国国际货物多式联运公约》、《国际汇票和国际本票公约》等就属于实体法规则的公约。冲突法规则公约有《关于产品责任适用法律公约》、《国际货物销售时效期间公约》、《国际货物销售合同适用法律公约》等。这些都属于多边条约的范畴。除此之外,还有大量关于商事关系的国际双边条约(如我国与美国签订的《中华人民共和国和美利坚合众国关于投资保险和投资保证的鼓励投资协议和换文》)和区域性条约(如《欧洲共同体 1976 年产品责任指令草案》)。

国家一旦签订并承认国际条约,就负有遵守条约的义务,如果国际条约与国内法有冲突,就要处理好国际条约与国内法的关系。我国在处理此冲突时,依照国际法优先的原则来适用法律。按照我国《民法通则》的规定,在国际法与国内法都有规定时,应优先适用国际法的规定,即我国缔结或参加的国际条约同我国国内法有冲突时,除我国保留的条款之外,适用国际条约。

二、国际商事惯例

国际商事惯例是指在国际商事交往中,经过长期反复的国际实践逐渐形成的不

成文的商事原则和规则。要形成国际商事惯例,则先要有重复的类似行为出现,其规则要被多国以明示或默示的方式赞成或遵守。一般国际惯例的形成要经过相当长的时间。据此,要成为国际商事惯例必须具备以下几个条件:①国际商事惯例具有明确的商事内容,即具有确定的国际商事活动中当事人的权利义务规范;②该规则是在国际商事活动中反复使用的,并已成为惯例;③该规则还要得到各国的普遍承认,即承认其是具有普遍约束力的通则。

国际商事惯例的特征显著,它虽然不是法律,不同于国际公约或条约,更不是国家立法,而且不具有普遍的法律约束力,但是国际商事惯例一经当事人选用则会对该当事人具有约束力,法院或仲裁院可以据此裁定或强制执行。如果对得到承认并遵守的国际惯例有破坏行为,往往会受到国际舆论的谴责甚至招致有关国家的报复。

国际商事惯例的表现形式多种多样,一般是国际组织或团体对有关规则的综述或拟定,也可以是国际组织制定的有关规则。从适用范围来看,国际商事惯例一般是用来作为补充商事规范的规则。同时当事人可以直接约定适用国际商事惯例,许多国家根据“意思自治”原则都允许当事人自行约定采用国际惯例来约束自己的行为。我国《合同法》第一百二十六条就规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。”因此,如果当事人在合同中约定采用某项国际惯例,这项惯例对双方当事人就产生了约束力。又如《联合国国际货物买卖合同公约》第九条规定了“(1) 双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有约束力。(2) 除非另有协议,双方当事人应视为已默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知道或理应知道的惯例,在国际经贸上,已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守”。另外,如果当事人没有约定,并且国际法和国内法都没有规定的,还可以直接适用国际惯例。我国《民法通则》有此规定,即国际法和国内法没有规定的,适用国际惯例。国际商事惯例随着国际商事交易的发展也在不断地被修改、增加,如1936年制定的《国际贸易术语通则》就经过了6次修改,最新的规则是在2000年修改的。

国际商事惯例可以分为成文惯例和不成文惯例。国际商事惯例最初属于不成文规定。但是,随着国际商事交易的发展,国际商事惯例也在不断地丰富和完善。一些民间组织和商业团体将一些常用的重要的国际商事惯例编撰成文,以便于使用。如今,适用广泛的国际商事惯例多以成文的形式被制定出来,影响较大的几个国际商事惯例有:《华沙-牛津规则》、《国际贸易术语解释通则》、《统一托收规则》、《跟单信用证统一规则》、《约克-安特卫普规则》。这些国际惯例对于调整国际商事活动起着巨大的作用,其灵活性和广泛性使国际商事惯例越来越多地在国际商事活动中被适用。比较不成文惯例而言,成文惯例更具有约束力。可见成文国际商事惯例是国际商法的一个重要渊源。