

二十一世纪普通高等院校实用规划教材·经济管理系列

国际商法 理论与案例

GUOJI SHANGFA
LILUN YU ANLI

胡晓红 彭 岳 孙 雯 等编著



000222

- 先进性与基础性相统一 •
- 教材建设与教学改革相统一 • 综合性与针对性相统一 •

清华大学出版社

二十一世纪普通高等院校实用规划教材 经济管理系列

国际商法理论与案例

胡晓红 彭 岳 孙 雯 等编著

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书结合现今高校案例教学或实践性教学需要,借鉴国内外国际商法教材内容、体系的成功经验,设置了七章结构:第一章为国际商法概论,第二章为国际商事主体法,第三章为国际货物买卖法,第四章为国际货物运输法,第五章为国际货物运输保险法,第六章为国际商事支付法,第七章为国际商事仲裁。各章以案例引出问题,阐释最新国际商事法律制度。

本书便于学生自学,为提高学生走向社会、应用法律提供书面材料帮助;同时,有助于从事外贸管理、代理、审理工作的管理人员、律师、法官掌握相关知识、查找相关法规。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际商法理论与案例/胡晓红,彭岳,孙雯等编著. —北京:清华大学出版社,2012.6
(二十一世纪普通高等院校实用规划教材 经济管理系列)
ISBN 978-7-302-28926-5

I. ①国… II. ①胡… ②彭… ③孙… 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(2012)第 107677 号

责任编辑:桑任松

封面设计:刘孝琼

版式设计:杨玉兰

责任校对:周剑云

责任印制:何 芊

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

课 件 下 载: <http://www.tup.com.cn>, 010-62791865

印 刷 者:北京密云胶印厂

装 订 者:三河市溧源装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×230mm 印 张:22.5 字 数:491 千字

版 次:2012 年 6 月第 1 版 印 次:2012 年 6 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:41.00 元

前 言

马克思指出：“商品的物质区别是交换的物质动机。”而这种交换除了发生在一个国家或地区的商品所有者之间外，还常常会发生在不同国家或地区的商品所有者之间。如中国古代的丝绸之路打通了东西方商品交流通道，促进了东西方商业繁荣。与此同时，正如孟德斯鸠所言：“哪里有贸易，哪里就有法律。”商品经济发展以及国际商事交往也是如此。尽管中国古代长期奉行“重农抑商”政策，但商业繁荣也在一些朝代得以显现，规范商事活动的法规也层出不穷，商人阶层也长期存在。在“朝廷有例，乡党有规，市井中亦然”的理念下，商人习惯法在清朝发展迅速，其中工商业行会习惯法发展最为典型，这些习惯法制度主要有行业经营原则、入行规约、议事制度、交易规则、会馆管理办法、抽捐办法、业内纠纷处理办法、业内违规惩罚办法等。当然，世界其他国家和地区也同样很早就开始了商业交往，并形成了商业习惯，为商法的形成奠定了制度基础。

在回首往事时，我们也要反思或审视当代国际商事交往的发达和国际商法的繁荣。第二次世界大战结束后，随着国际商事交往内容和形式的不断丰富，国际商法规范从商业习惯法、国内商法规范发展成为具有真正“国际性”特点的国际商法，它包括国际商事条约、国际商事惯例，也包括各国调整商事关系的国内商法规范。中国在改革开放政策实施的三十多年来，与其他国家和地区的商事交往不断扩充与加深，现在已经成为世界第二大经济体，缔结或参加了多部国际商事条约，制定了多个调整商事关系的国内法规，实践中也频繁适用国际商事惯例，并运用国际商事仲裁程序解决当事人之间的商事纠纷。在此背景下，关注、研究、完善国际商事法律规范，仍然具有应然性——保护国际商事关系中中方当事人的合法权益。

目前国内外研究国际商法的著作、教材林林总总，本书实属“沧海一粟”。之所以编纂本书主要是为了适应高等学校本科教育改革要求——减少课堂教学时数，提高学生主动学习的积极性。由于国际商法作为一门学科，其学科体系在国内学者中没有统一认识，因此现有的国际商法教材内容、结构均不尽相同，为教与学带来了一定不便；同时，近年来，国际商法法律制度也有一定更新。鉴于此，我们付梓本书。

本书在借鉴现有国际商法著作、教材基础上，结合作者的教学经验，根据法学专业本科教学的应用性特点，将内容限定为七章。事实上，国际商法作为法学学科内容远超此范围。

由于作者水平所限，书中定有诸多不足，敬请读者斧正！

编 者

目 录

第一章 国际商法概论	1
第一节 国际商法概念	1
一、国际商法的调整对象及范围	2
二、国际商法内涵	3
三、国际商法体系	6
四、国际商法与相关部门法的关系	8
第二节 国际商法发展概况	10
一、中世纪及其以前的国际商法的 启蒙阶段	10
二、第二次世界大战前国际商法的 发展阶段	12
三、第二次世界大战后国际商法的 繁荣阶段	14
第三节 国际商法法律渊源	17
一、国际商法法律渊源的概念	18
二、国际商事条约	18
三、国际商事惯例	23
四、国际商事示范法	26
本章小结	28
自测题	28
答案	29
第二章 国际商事主体法	31
第一节 国际商事主体概述	31
一、国际商事主体的概念	31
二、国际商事主体的类型	34
三、自然人	35
四、法人性质的商事组织	38
五、非法人性质的商事组织	44
第二节 跨国公司	48
一、跨国公司概述	49
二、跨国公司的法律地位	52
三、跨国公司对其子公司的 债务责任	52
四、跨国公司的法律管制	55
五、跨国公司的社会责任	58
第三节 国际商事代理	61
一、国际商事代理概述	62
二、大陆法系与英美法系的 代理制度	66
三、国际商事代理法	69
四、中国的商事代理规则	72
本章小结	75
自测题	75
答案	77
第三章 国际货物买卖法	80
第一节 国际货物买卖的法律调整模式	80
一、三种法律调整模式	81
二、CISG 法律调整模式的特征	83
第二节 国际货物买卖合同的订立	93
一、一般性规定	94
二、电子交易下的合同订立问题	98
第三节 国际货物买卖合同的履行	101
一、卖方的义务	102
二、买方的义务	112
第四节 所有权与风险的转移	116
一、所有权转移	117



二、风险转移.....	118	第三节 国际海上货物运输合同承运人	
第五节 国际货物买卖合同的违约与		责任.....	169
救济.....	124	一、《海牙规则》中承运人的	
一、救济的目标和类型.....	125	责任.....	170
二、买方的具体救济措施.....	126	二、《维斯比规则》中承运人的	
三、卖方的具体救济措施.....	132	责任.....	175
四、一般规定.....	134	三、《汉堡规定》中承运人的	
第六节 国际货物买卖合同的		责任.....	177
法律适用.....	142	第四节 《鹿特丹规则》概述.....	180
一、挑选法院.....	144	一、《鹿特丹规则》产生的背景.....	180
二、适用顺序.....	145	二、《鹿特丹规则》的主要内容.....	181
自测题.....	146	三、《鹿特丹规则》与	
答案.....	148	我国《海商法》.....	187
第四章 国际货物运输法.....	151	第五节 其他国际货物运输法律	
第一节 国际海上货物运输统一规则与		制度概述.....	189
惯例.....	151	一、国际航空货物运输法.....	189
一、国际公约.....	152	二、国际铁路货物运输法.....	192
二、国际惯例.....	155	三、国际多式联运法.....	193
三、国内法.....	155	本章小结.....	197
第二节 国际海上货物运输合同.....	156	自测题.....	197
一、国际海上货物运输合同的		答案.....	200
概念.....	157	第五章 国际货物运输保险法.....	203
二、国际海上货物运输合同的		第一节 国际海上货物运输保险规则与	
种类.....	157	惯例.....	203
三、国际海上货物运输合同的		一、国际海上货物运输保险规则与	
特征.....	159	惯例概述.....	205
四、海上货物运输合同的		二、中国海上货物运输保险条款.....	206
订立与变更.....	160	三、英国海上货物运输保险条款.....	208
五、海上货物运输合同当事人的		第二节 国际海上货物运输保险	
权利和义务.....	161	风险与保险利益.....	209
六、班轮运输中的提单.....	164	一、海上货运保险承保的风险.....	210
		二、海上货运保险承保的损失.....	213



三、海上货运保险承保的费用	216
第三节 国际海上货物运输保险合同	217
一、海上保险合同概述	218
二、订立国际海上货物运输保险 合同的基本原则	219
三、海上货物运输保险合同的 订立和转让	223
四、国际海上货物运输保险的 保险标的	229
五、海上货物保险合同当事人的 义务与责任	231
六、国际海上货物运输保险的 相关凭证	233
七、保险理赔	236
第四节 国际陆上和航空货物运输 保险法概述	240
一、国际陆上货物运输保险法	241
二、国际航空货物运输保险法	242
本章小结	245
自测题	245
答案	247
第六章 国际商事支付法	250
第一节 国际商事支付概述	250
一、国际商事支付的概念、 特点及类型	251
二、国际商事支付中的货币 及其制度	253
三、国际商事支付中的票据 及其制度	255
第二节 国际商事支付方式：汇付、 托收、保理	257
一、汇付	258

二、托收	260
三、国际保理	263
第三节 国际商事支付方式：信用证	267
一、信用证概述	268
二、信用证法律关系	273
三、备用信用证与保函	275
四、信用证欺诈及例外原则	277
五、UCP600 的规则内容及其 适用	281
第四节 电子资金划拨法律制度	292
一、电子资金划拨概述	293
二、大额电子资金划拨关系	294
本章小结	298
自测题	298
答案	301

第七章 国际商事仲裁

第一节 国际商事争议概述	304
一、国际商事争议的概念、 特点及类型	305
二、国际商事争议的解决机制	306
三、解决国际商事争议的 法律途径	309
第二节 国际商事仲裁概述	311
一、国际商事仲裁的概念	311
二、仲裁协议	314
三、国际商事仲裁的法律适用	317
四、投资仲裁	323
第三节 国际商事仲裁程序	324
一、仲裁员与仲裁庭	325
二、国际商事仲裁程序的 法律适用	329
三、仲裁程序的进行	330





四、仲裁裁决的作出	333
第四节 外国仲裁裁决的承认与执行	334
一、承认与执行外国仲裁裁决的 国际立法	334
二、外国仲裁裁决的界定	337
三、承认与执行外国仲裁裁决的 程序性事项	340

四、拒绝承认与执行外国仲裁 裁决的理由	342
本章小结	346
自测题	346
答案	349
参考文献	351

第一章 国际商法概论

【学习目标】

通过本章的学习，读者应当知晓国际商法的历史发展概况，理解国际商法的内涵与外延，掌握国际商法的调整对象及其法律渊源，为学习以后各章打下良好的理论基础。

第一节 国际商法概念

【导读案例】

OrthaTec LLC Vs Eurosurgical.S.A.

Eurosurgical 是一家建于 1992 年的专门经销医药器材的法国公司，该公司建立之初，其老总 Viart 遇见居住于美国旧金山的法国籍医生 Bertranou，双方约定由 Bertranou 为 Eurosurgical 的医药器材开辟美国市场，Bertranou 为此专门在美国设立了 OrthaTec 公司。双方签订协议，Eurosurgical 授予 OrthaTec 其医药器材的北美独占经营权，并约定发生纠纷后提交美国旧金山仲裁机构仲裁，但未约定适用法律。OrthaTec 公司为此进行了十几年艰辛努力，最终与美国旧金山 RED. SpineLine 公司建立了业务关系，使 Eurosurgical 的产品销量大增，其新开拓的美国市场占其净利润的十分之一。但在 Eurosurgical 和 OrthaTec 的合同未到期的情况下，Eurosurgical 秘密地和 RED. SpineLine 合并，并借故停止了对 OrthaTec 供货，转为直接向 RED. SpineLine 供货。在协商无果的情况下，OrthaTec 提请仲裁。在仲裁过程中，仲裁庭确定美国旧金山法律为适用实体法，Eurosurgical 提出异议，认为当事人位于不同的缔约国，应该适用 CISG。但本案的具体情况是，Eurosurgical 和 OrthaTec 都先后在美国旧金山建立了自己专门负责经营此类医药器材的分公司 Eurosurgical S.A. 和 OrthaTec. LLC，实际上合同项下的绝大部分交易都是在旧金山完成的，所以应当适用旧金山法律而非 CISG，并据此裁定 OrthaTec. LLC 胜诉。

(资料来源：Westlaw Delivery Summary Report for 14, IP)

问题：

1. 本案当事人之间医药器材的推销关系属于何种性质的法律关系？
2. 本案法律适用为什么会涉及美国国内法的适用和《联合国国际货物销售合同公约》的适用？
3. 本案“国际性”的判断标准是什么？



一、国际商法的调整对象及范围

(一)商法的调整对象

现代商法中的“商”(business; commerce; trade),也就是商业或商事,是指以货币为媒介进行交换从而实现商品流通的经济活动。《布莱克法律词典》对 business 的解释是:①为实现利润而组建的商业企业;为生活或生存而规律性从事的特殊职业或工作。②商业企业。③商业交易。④非商业性质的交易或事务。对 commerce 的解释是:“商品或服务的交换,特别是包括有关城市之间、州之间和国家之间交通运输的大宗活动。”对 trade 的解释是:①商品或服务买卖或交换的商业活动; commerce。②交易或交换。③商业或工业职业;手工艺或专业。

商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系,即商事关系的法律规范的总称。它通常可以从广义和狭义两个方面去理解。在狭义上,商法仅仅指商法典及其附属法规,如商法典及其施行法等。在广义上,商法包括全部商事法律部门,它不仅包括商法典,即商人身份法和商行为法等内容,而且包括与商事经济活动密切相关的各种法律,如公司、票据、银行、保险、运输、代理、信托、消费者保护、工商权利保护等法律。有的商法学家则认为,狭义的商法仅指国内商法中的商私法规范;广义的商法则包括国内商法规范、国际商法规范、商公法规范和商私法规范。

尽管我国学术界对于商法的外延存在不同的认知,但是对于商法的调整对象却有较为一致的观点,即商法的调整对象为商事法律关系。所谓商事法律关系,是指因商行为的实施而发生的权利义务关系。具体来说,它是指商主体及其民事主体在实施商行为过程中所形成的权利义务关系。

(二)国际商法的调整对象

国际商法(international business law; international commercial law)中的“商”,根据《布莱克法律词典》对 international commerce 词条的解释:它是国家之间的贸易与其他商业行为。而《联合国国际商事仲裁示范法》的脚注对“商事”的注释并不限于商业活动,而是包括买卖、代理、租赁、建造工厂、咨询、工程、许可证交易、投资、银行、保险、项目开发、合营和其他形式的工商业合作、货运或旅客运输等一切经济活动。我国加入《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》所作的“商事保留声明”中的“商事”概念包括货物买卖、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、海上事故等。

按照以上国际商法中的“商”的界定,我国学界对国际商法的调整对象有以下不同的观点。①国际商法调整跨国平等主体之间的商事关系。国际商法调整的商事关系是非常广

泛的，只要在这些领域中发生了跨国界平等主体当事人之间的横向关系，就应由国际商法来调整。②国际商法调整公司、企业等商事组织之间平等的交易关系。英国学者施米托夫认为，国际商法是调整国际商业组织间在私法范围内进行的国际商事交易的法律。国际商法的主体是自由市场经济国家的自然人和公司及社会主义计划经济国家的外贸公司。③国际商法是调整国际商事关系及相关关系的各种法律规范的总和。这里的国际商事关系是指某种商事关系，无论主体是个人、法人、国家政府或国际组织，只要这种商事关系的当事人分属于两个以上不同的国家或国际组织，或其所涉及的商事问题超越一国国界的范围，就属于国际商事范畴。④国际商法是调整国际商事交易和国际商事组织的各种法律规范的总称。本书以为，国际商法的调整对象为国际商事关系，包括国际货物买卖关系、国际货物运输关系和国际货物运输保险关系等。

(三)国际商法的范围

国际商法的范围是指国际商法的法律规范的构成。由于国内外学界对于国际商法的调整对象认识不同，因而对于国际商法的法律规范的构成认识也就有一定的差异。我国学者的大致观点如下。

(1) 国际商法的实体规范主要是大量的国际商事惯例和国际商事条约，在性质上是私法规范，涵盖国际贸易术语，国际货物买卖，国际海上、陆上、航空运输及多式联运，国际货物运输保险，国际票据，国际支付，国际商事仲裁诸领域，有效地规范着这些领域的商事交易，同时在国际私人直接投资领域、国际资金融通、国际知识产权交易、国际工程承包等领域也正在出现大量的国际商事惯例和国际商事条约。在救济上，以国际民事诉讼和国际仲裁规范为主。

(2) 国际商法范围包括调整国际商事关系的各种法律规范，其规范的内容包括规定外国人商事法律地位规范和其他实体规范。

(3) 国际商法范围包括调整与国际商事关系相关的各种法律规范，包括国内法规范和国际法规范，这些规范中既包括公法规范也包括私法规范，既包括程序性规范也包括实体性规范。

二、国际商法内涵

(一)国际商法内涵的争议

通过检索我们发现，同样是基于对国际商法调整对象的不同认识，国内外有关国际商法的教材、著作、文章在国际商法的内涵和外延上的界定也存在明显的差异，概括起来主要有以下七种。

(1) 国际商法是调整国际商事交易和国际商事组织的各种法律规范的总称，其渊源包括国际条约、国际惯例和国内法，其范围主要包括代理法、合伙企业法、公司法、外商投



资企业法、合同法、买卖法、产品责任法、票据法和国际商事仲裁法。

(2) 国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称，其渊源包括国际商事条约、国际商事惯例和国内法，其范围主要包括合同法、代理法、买卖法、产品责任法、海上货物运输法、海上保险法、票据法、商事组织法、工业产权法和国际商事争端解决程序法。

(3) 国际商法通常被认为是调整平等的国际商事主体在从事国际商事交易活动中所形成的各种关系的法律规范的总和，是在与国家无原则性利害关系的选择性法律范围内由不同国家制度发展起来的调整平等当事人之间的关系的统一法。

(4) 国际商法是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和。

(5) 国际商法是调整国际商事交易与商事组织的各种关系的法律规范的总和，其法律渊源为有关国际公约与国际贸易惯例而不包括国内法，从范围上讲包括公司法、合同法、国际货物买卖法、产品责任法、代理法、票据法、国际海陆空运输法、海上保险法与国际商事仲裁法。

(6) 国际商法是调整国际商事关系及相关关系的各种法律规范的总和。这里的国际商事关系是指某种商事关系，无论主体是个人、法人、国家政府或国际组织，只要这种商事关系的当事人分属于两个以上不同的国家或国际组织，或其所涉及的商事问题突破了一国国界的范围，就属于国际商事的范畴。因此，国际商法并不局限于某一特定的法律规范或法律部门，它的内涵以传统的国际贸易法为主，其外延早已打破了国际法体系和国内法体系、公法和私法的划分，而涵盖调整国际经济交往的多个环节、多个领域的法律规范。

(7) 国际商法是调整国际商事交易和国际商事组织的各种法律规范的总称。其内容包括商事组织法、代理法、合同法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物保险法、票据法、国际商事行为管制法、国际商事与海事诉讼和仲裁。

(二)国际性认定标准

《新英汉词典》对于 international 的解释是：国际(上)的，世界(性)的，两国(以上)的，超越国界的。按照《布莱克法律词典》对 international commerce 的解释，international 是国家之间的。冯大同教授认为：“‘国际’ (international)一词的含义并不是‘国家与国家之间’的意思，而是‘跨越国界’ (transnational)的意思。”冯教授的解释与《新英汉词典》的解释相同。但是，国际条约、国内立法以及不同学科对于国际商法的“国际性”认定采用了不同标准：

(1) 营业地标准。《联合国国际货物销售合同公约》(简称 CISG)第 1 条规定：“(1)本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同；……(2)当事人营业地在不同国家的事实，如果从合同或从订立合同任何时候及订立合同时，当事人之间的任何交易或当事人透露的信息均看不出，应不予考虑。(3)在确定本公约的适用范围时，当事人的国籍和当事人或合同的民事或商业性质，应不予考虑。”十分明显，公约第 1 条对于国际货物销售合同的“国际性”的判断标准是基于“营业地位于不同国家”，“明确排除了以当事

人的国籍这个相当复杂的因素作为认定销售合同‘国际性’的标准”，而“‘营业地’是永久性的经营场所，是用于商业交易的永久的惯常居住地，而不是临时住所”。不过该公约并没有明确规定“何为营业地”。

(2) 国籍标准。具有不同国籍的当事人之间的商行为即构成国际商事行为。已经被废止的《涉外经济合同法》的司法解释规定：“在中国境内成立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业之间以及它们同我国其他企业、经济组织或者个人之间订立的经济合同，不应适用《涉外经济合同法》，而应适用《中华人民共和国合同法》。”从该款规定可以看出，《涉外经济合同法》的适用范围主要限于不同国籍之间当事人所签订的经济合同，而在我国境内注册的外商投资企业由于具有我国国籍，因而它们与我国国内企业或个人之间订立的经济合同只能适用《经济合同法》。《解决国家与他国国民之间投资争端公约》(简称《华盛顿公约》)对于解决投资争议国际中心(ICSID)行使管辖权的主体要件也主要以“国籍”为准。该公约第 25 条规定：“一、中心的管辖适用于缔约国(或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后，任何一方不得单方面撤销其同意。二、‘另一缔约国国民’系指：(一)在双方同意将争端交付调解或仲裁之日以及根据第 28 条第 3 款或第 36 条第 3 款登记请求之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人，但不包括在上述任一日期也具有作为争端一方的缔约国国籍的任何人；(二)在争端双方同意将争端交付调解或仲裁之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人，以及在上述日期具有作为争端一方缔约国国籍的任何法人，而该法人因受外国控制，双方同意为了本公约的目的，应看做是另一缔约国国民。”简单来讲，公约中的“他国国民”原则上是具有缔约国国籍的自然人和法人。当然，根据本条第 2 款规定，“法人”为具有争端另一缔约国国籍的法人，以及虽具有争端一方国家国籍但该法人受外国控制，也属于“他国国民”范畴。

(3) 涉外因素标准。国际私法中的涉外民商事关系也称国际民商事关系，是指含有涉外因素的民商事关系。涉外民商事关系就是指其主体、客体和内容这三个要素中至少有一个或一个以上的因素与国外有联系的民商事关系。最高人民法院关于《民法通则》的司法解释第 178 条规定：“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。”据此可知，我国法院审理民事案件时对于不具有我国国籍的当事人、争议的标的物位于外国领域内，或产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在国外的案件一律归为“涉外案件”。

我们认为，国际商法的“国际性”认定标准应当采用“涉外因素”(或涉外性)标准，即若国际商事主体双方或一方不具有争议解决所在国的国籍、商事关系客体位于别国境内，或者产生、变更、消灭商事关系的法律事实发生在其他国家，则当事人之间的商事关系即为国际商事关系。按照该标准，“涉外性”的外延更加广泛。这是由于“‘国际性’这个术



语是从整体的角度来考虑,而‘涉外性’则是从某个国家国内角度出发。这两个术语视角不同,但是可以同样描述对象。实际上,要认定国际性,也就是要认定涉外性或涉外因素”。

(三)国际商法的概念及其法律特征

综合上述内容与国内外学者对于国际商法所下的定义,我们认为,国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称。根据此定义,可知国际商法的基本法律特征如下。

(1) 商主体的私人性。在传统商法中尤其是商事立法中一般将商主体称为商人。例如,《德国商法典》第1条第1款规定:“在本法典意义上,商人是指商事经营者。”《日本商法典》第4条规定:“本法所称商人,指以自己的名义,以实施商行为为业者。”而商主体的私人性是指具有营利目的的自然人、法人以及其他经济组织。尽管我国商法学界认为现代商法中的商主体仅为企业,但是国际商法中的商主体不仅是指实施商行为的企业,也包括个人。《中华人民共和国对外贸易法》第8条规定:“本法所称对外贸易经营者,是指依法办理工商登记或者其他执业手续,依照本法和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。”十分明显,我国法律对于从事国际商事交易的主体既允许法人、其他组织,也允许自然人。《联合国国际货物销售合同公约》也未禁止自然人之间的国际货物买卖关系,仅要求公约的适用范围限于营业地分处不同国家的当事人之间。

(2) 商事关系的国际性。国际商法的最本质特点在于其调整对象是国际商事关系。所谓国际商事关系,是指商主体的跨国商事交易关系,表现为国际商事关系的主体、客体以及产生、变更或消灭商事关系的法律事实含有涉外因素。在国际商事关系中,当事人的法律地位是平等的,均以获取商业利益为其交易的目标价值。

(3) 法律规范的私法性。国际商法法律规范主要是国际商事规范,包括国际商事实体规范和国际商事程序规范,其中国际商事实体规范包括国际商事条约和国际商事惯例;国际商事程序规范主要包括国际商事仲裁程序规范。虽然国际商事关系纠纷的解决既要依赖国际法规范也要遵从国内法规范,但是鉴于国内商法的考量我们认为,国际商法的法律渊源主要限于国际商事条约和国际商事惯例。这些规范国际商事关系的法律规范应当具有私法性质。正如意大利法学家米拉格利亚所言:“商法为私法的一种形式。商法之需要,因为日常生活之原理和商业之特殊规则,可以予商业生活以便利性、迅捷性和巩固性,它是特殊的,但不是例外或者特权的,适用于所有商业行为和全体的商人。”可见商法的私法性是显而易见的。在此意义上,国际商法(即调整跨越国界的商事关系的商法)当然与国内商法具有相同的私法性质。因此,国际商法具有私法性质。

三、国际商法体系

(一)国际商法体系的不同认识

正如国际商法调整对象影响国际商法的概念、范围一样,国际商法的调整对象的认识

差异也直接导致国内外学者对于国际商法体系的认知存在严重分歧，大致可以分为三类：第一类是广义说；第二类是狭义说；第三类是折中说。

1. 广义说

持广义说观点的学者将与国际商事关系相关的一切内容均包含在国际商法体系中，法律规范的范围包括公法规范、私法规范。例如，美国学者弗尔瑟姆(Folsom)等所著的《国际商事交易》(International Business Transactions)一书具有典型代表性。该书共 35 章：第 1 章国际买卖法，第 2 章商业术语，第 3 章提单，第 4 章销售代理与分销协议，第 5 章反向贸易(countertrade)协议，第 6 章信用证，第 7 章备用信用证，第 8 章国际电子商务，第 9 章国际贸易法介绍——WTO，第 10 章美国进口关税及其豁免，第 11 章海关分类估价及原产地规则，第 12 章反倾销法，第 13 章补贴与反补贴税，第 14 章美国进口管制及非关税贸易壁垒，第 15 章免责条款与市场扰乱措施、贸易调整援助，第 16 章美国出口管制，第 17 章海外反贿赂行为法和违法支付，第 18 章美国抵制与反抵制法，第 19 章美国 301 措施——超级 301 和特别 301 措施，第 20 章反托拉斯法(美国和欧盟)，第 21 章美国自由贸易协定：以色列、加拿大、墨西哥(NAF)，第 22 章特许与商标许可，第 23 章专利与专有技术许可，第 24 章假冒、侵权及灰色市场进口——美国 337 措施，第 25 章外国直接投资介绍，第 26 章组织结构选择：分支机构与子公司，第 27 章所有权选择：合资，第 28 章欧洲投资，第 29 章 NAFTA 投资，第 30 章发展中和非市场经济国家投资，第 31 章特殊问题：货币管制，第 32 章投资损失保护，第 33 章投资征收，第 34 章国际商事诉讼，第 35 章国际商事仲裁。

2. 狭义说

国际商法体系狭义说的代表作为沈四宝教授所著的《国际商法》，该书共 10 章：第 1 章国际商法概述，第 2 章代理法，第 3 章合伙企业法，第 4 章公司法，第 5 章外商投资企业法，第 6 章合同法，第 7 章买卖法，第 8 章产品责任法，第 9 章票据法，第 10 章国际商事仲裁。按照该书体系可以知道，狭义说所认可的国际商法体系概括讲主要是五部分：商主体法、合同法、产品责任法、票据法，以及国际商事仲裁法。

3. 折中说

国际商法体系折中说的代表作为屈广清教授等编著的《国际商法学》。该书共分 11 章：第 1 章国际商法概述，第 2 章商事组织法，第 3 章代理法，第 4 章合同法，第 5 章国际货物买卖法，第 6 章国际服务贸易法，第 7 章票据法，第 8 章产品责任法，第 9 章国际技术转让与国际工程承包，第 10 章国际工业产权法，第 11 章国际商事争议的解决。折中说所认可的国际商法体系可概括为：①商主体法；②国际贸易法，主要包括国际货物贸易法、国际知识产权贸易法、国际服务贸易法，但这些法律规范既有调整平等主体之间流转关系的私法规范，也有规范和保护服务贸易及知识产权的公法规范；③票据法；④产品责任法；⑤国际工程承包法；⑥国际商事仲裁法和国际民事诉讼法。



(二)国际商法体系

本书从法律部门划分标准出发,坚持法律部门独立性原则和国际商法私法规范性质,根据国际商法调整对象的国际商事关系,将国际商法体系分为国际商事主体法、国际货物买卖法、国际支付法、国际货物运输法、国际货物运输保险法和国际商事仲裁法。这种划分的结果是便于解决国际商法、国际经济法、国际私法之间的交叉、重叠问题。

四、国际商法与相关部门法的关系

(一)国际商法与国际经济法

在国际商法与相关部门法的关系问题上最为引人瞩目的,也是争议最多的是国际商法与国际经济法的关系。对于国际经济法的调整对象,国内外学者主要分为两个学派:一是广义说,二是狭义说。广义说学派认为,国际经济法是调整个人、法人、国家与国际经济组织之间从事一切跨越国境经济活动所产生的经济关系的法律规范的总称。换言之,尽管广义的国际经济法学派也主张国际经济法的调整对象是国际经济关系,但是该国际经济关系的外延表现为横向的国际经济流转关系和纵向的国际经济管制关系。国际经济管制关系,也称国际经济统治关系,是国家、国际经济组织依据国际条约或国内立法对国际经济活动进行干预或调解而形成的经济关系;而国际经济流转关系是自然人、法人、国家和国际经济组织之间发生的超越一国国境的经济交往关系,它是建立在当事人平等自愿基础上的国际经济交流与合作关系。而狭义说学派认为,国际经济法是调整国家、国际组织之间经济关系的国际法规范的总称,是国际公法的分支。正如日本学者金泽良雄所言:“国际经济法是根据构成国际社会第一层次的国家和/或国际组织的合意所订立的各种经济条约的总和。”

广义说对于国际经济关系的解释包括了国际商事关系。即该学说排除了国际商法作为一个独立法律部门的观念,将国际商法作为国际经济法的一个分支。而狭义说则往往把国际商法作为一个独立的法律部门,认为国际商事关系与国际经济管制关系是两种性质完全不同的法律关系。“因此,调整这两类跨国经济关系的国内法规范和国际法规范不能拼凑成为一个独立的综合性的国际经济法部门,而广义国际经济法的如此立论显然不符合以同一性质的社会关系为调整对象的划分标准。”尽管施米托夫教授也持狭义说观点,但他认为,国际商法和国际经济法具有交叉关系。他说,国际商法不同于国际经济法,后者是国际公法的一部分。国际经济法涉及的是多边公约,如《关税及贸易总协定》(GATT)和国家之间的双边条约——通商航海条约;国际经济法还包括怎样对待由主权国家组成的国际组织,如国际货币基金组织、世界银行和国际金融公司。国际商法与国际经济法在以下两个方面又是交叉的:首先,设立地区性贸易集团和签订双重税收协定。严格来说,它们属于国际经济法的范畴,但它们又在很大程度上影响着单个进出口商,因此也构成国际商法的一部分。其次,在国际商业的某些领域,一方面是国家之间缔结的合同,另一方面国家又是私

法的主体,这种情况并非罕见。如授予石油或矿产开采特许权协议即属于这种“混合型”合同。这些合同具有许多非同一般的特征:它们常常订有外国私人投资者把他们的收入或资本汇出的条款及防止未来国有化的保护条款,或在国有化情况下获得公正补偿的条款等。这些混合型合同既属于国际商法也属于国际经济法的范围。

本书认为,伴随着国家、国际组织对国际经济关系的干预、管制的产生与发展,国际商事交易关系与国际经济管制关系同步形成,脱离国际经济管制关系的国际商事交易关系在当今世界各国几乎不存在。因此,国际商法与国内商法不同:国内商法在一国国内法律体系中具有独立法律地位,而国际商法只能作为国际经济法的分支存在。

(二)国际商法与国际私法

施米托夫教授指出:“……(国际商法)是私法的一个分支,但它又不从属于国际私法。”在我国,持大国际私法学说的学者通常将国际商法纳入国际私法,使国际商法成为国际私法的一个分支。具体讲,大国际私法学派将国际私法分为外国人的民事法律地位、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼(含国际商事仲裁)四大部分,并在此基础上建立国际私法理论体系。韩德培教授主编的《国际私法》一书第三编为“统一实体法”,共五章:①国际货物买卖的统一实体法;②国际货物运输的统一实体法;③国际货物运输保险的统一实体法;④国际贸易支付的统一实体法;⑤保护知识产权的统一实体法。更有学者认为,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,国际私法以涉外民事法律关系为调整对象,其主要作用及功能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法学科进行研究。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。

本书认为,传统国际私法主要解决管辖权、法律适用和外国裁决的承认与执行三大问题,这是国际私法的核心内容和本质特点,如果偏离这些问题的研究与规范,国际私法则会失去自身特征。因此,尽管国际私法既调整国际民事关系也调整国际商事关系,但其所使用的调整国际商事关系的调整方法以间接调整方法为主,其法律规范的构成主要是外国人民事法律地位规范、冲突规范、管辖权规范、外国裁决承认与执行规范。国际商法的调整方法以直接调整方法为主,其法律规范主要是国际统一实体规范,包括国际商事条约和国际商事惯例。

(三)国际商法与国际贸易法

国内外学术界对国际商法与国际贸易法的关系存在不同的认识。施米托夫认为,国际商法调整的是在私法范围内进行交易的国际商业组织法律。国际商法的主体是市场经济国家的自然人和公司及社会主义计划经济国家的外贸公司。国际商法包括两个主要分支:①国际贸易法,其中国际货物买卖是该法的主要内容,尽管还包括国际银行业务、保险及