



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

# 国际商法

*International Business Law*

◎ 孟国碧 主编



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

总顾问 吴家清 齐树洁

# 国际商法

*International Business Law*

主 编 孟国碧

副主编 朱 姝 钟立国 李广辉

撰稿人 (按撰写章节顺序)

钟立国 林春容 王 慧 朱 姝 蒋冬梅  
孟国碧 熊育辉 龚柳青 甘玉环 闫翠翠  
孙占利 刘 彬 李广辉



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商法/孟国碧主编. —厦门:厦门大学出版社,2014.8

高校法学“十二五”规划教材系列

ISBN 978-7-5615-5049-6

I. ①国… II. ①孟… 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(2014)第 093994 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

www.xmupress.com

② xmupress.com

大印刷厂印刷

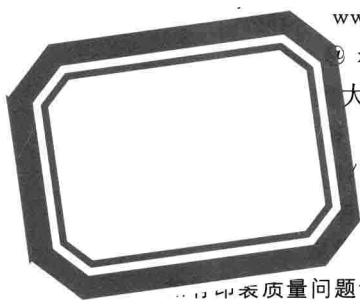
2014 年 8 月第 1 次印刷

16 印张:21.25 插页:2

印数:1~4 000 册

35.00 元

...印表质量问题请寄本社营销中心调换



## 主 编 简 介

---

孟国碧，法学博士，广东财经大学法学院教授，硕士生导师，美国波士顿大学高级访问学者。主要研究领域为国际经济法的基础理论问题、国际投资法、国际贸易法、世界贸易组织法等。在《法学家》《法学》《武汉大学学报》（哲社版）《国际经济法学刊》《北京理工大学学报》等刊物上发表学术论文近四十篇。主持省部级项目多项，参与国家级、省部级项目多项。出版学术专著一部，主编教材两部。

## “高校法学‘十二五’规划教材系列”编委会

总 主 编：杜承铭

总 顾 问：吴家清 齐树洁

编委会成员（按姓氏拼音顺序排列）：

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 蔡国芹 | 蔡镇顺 | 陈俊成 | 陈亚平 |
| 崔卓兰 | 邓成明 | 邓世豹 | 韩明德 |
| 蓝燕霞 | 栗克元 | 马占军 | 彭真军 |
| 祁建平 | 施高翔 | 王继远 | 王晓先 |
| 吴国平 | 夏 蔚 | 熊金才 | 徐 波 |
| 徐继超 | 于风政 | 张小平 | 曾月英 |

秘 书：甘世恒

## 总序

2011年3月,吴邦国委员长向世人宣布:中国社会主义法律体系已经形成。中国已步入了法治社会的健康发展轨道。作为改革开放排头兵的广东省,更是在法制建设的进程中敢于先行先试,为中国社会主义法律体系的完善贡献了自身的力量。与之相适应的是,广东省法学院校在法学教育和法学研究方面,也一直进行着积极的探索和改革。广东省开设法学专业的院校二十余所,以法学本科教育为主,多年来为广东、华南地区乃至全国的政法系统、党政部门、企事业单位培养和输送了数以万计的法律人才。随着我国市场经济的逐步发展完善,对法律人才的要求也进一步提升,既有的法学本科教学内容体系和教育模式在新的形势和新的要求面前难免僵化之虞。因此,以教学内容体系和教育模式为取向的法学本科教育改革,就成为广东各法学院系教育教学改革的重中之重。为了进一步推进广东法学院校法学教育教学改革特别是法学教材建设与改革,由厦门大学出版社策划,组织广东省二十余所院校法学专业教师联合编写的“高校法学‘十二五’规划教材系列”便应运而生。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”是根据教育部公布的法学教学大纲编写的,符合国家“十二五”规划要求的法学创新教材。本教材系列具有如下特点:

第一,以几个较早成立的法学院系为依托,由广东二十余所院校的法学专业教师联合编写。本教材系列集合了广东省大部分开设法学专业课程的院校的教师,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授担任各册主编,并吸收了许多具有丰富一线教学经验的中青年任课老师作为作者参与编写。教材系列作者队伍阵容强大,同时又具有一定的权威性。

第二,紧密结合实际,力图打造具有广东特色的法学创新教材。广东省处于改革开放的前沿,经济的繁荣带来了思想的活跃。作为广东法学本科教学改革的一次尝试,教材系列力图突破传统的理论性较强的编写模式,将法学基本知识和具有地方创新特色的司法实务以及国家司法考试相结合,培养既具有法学基本知识,又能够了解司法实务的合格法律人才。为此,教材系列除对法律知识体系的整体阐述外,还吸收了部分具有广东特色的案例,精简为各章之前的“引例”部分,帮助学生进一步理解法学知识在法律实务中的应用。同时在各章之后增加“司法考试真题链接”部分,有助于学生将本章知识与国家司法考试



要求相结合。

第三,吸收和采纳我国法学界的成熟观点和研究成果,精简教材内容,提高教学质量和效率。法学本科教育应为通识教育,即将学生培养成掌握法律基本知识,并能熟练运用法律的实用人才。目前国内大部分法学教材共同存在的问题是篇幅过大,理论争议过多,导致学生难以完全吸收掌握,从而在走上工作岗位后无法正确使用法学知识。因此,为了确保学生能掌握基本的法律知识并熟练运用,本教材系列要求各主编仅采用我国法学界公认的观点和理论,对于存有争议的部分暂时搁置,从而将教材的篇幅尽可能地压缩,减轻学生的学习压力,提高学习质量。

本教材系列是各院校教师共同努力的结晶,凝聚了许许多多一线教师的心血和智慧,是广东省各法学院校在法学本科教材上的一次共同探索和努力。当然,由于参编教师众多,加之水平有限,难免有所缺失和不足,敬请读者批评指正,以助日后不断完善。

杜承铭

2011年12月

## 前 言

国际商法作为一门理论性和实用性都很强的学科,在经济全球化、信息化时代,也在不断变化发展。为了及时反映国际商法的发展动态和最新研究成果,在厦门大学出版社的组织下,来自广东7所高校及中央党校的13位老师,通力合作,共同编写了本教材。

本教材无论是在理论知识还是实务内容上,都反映了近年来我国国际商法研究领域的最新理论动态和实践发展;在结构体系上,尽可能全面地吸收、反映近年来国内的最新成果;在撰写形式上,通过案例导入,将理论与实践紧密结合,既注重加深学生的理论功底,也注重培养学生解决问题的能力 and 技巧。

本教材由孟国碧任主编,朱姝、钟立国、李广辉任副主编。全书共分12章,负责各章撰写的依次为:

钟立国,广东财经大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第一章;

林春容,广东金融学院法律系讲师,法学学士,经济学硕士,撰写第二章第一节、第二节;

王 慧,华南农业大学人文与法学学院法律系讲师,法学博士,撰写第二章第三节;

朱 姝,广东财经大学法学院副教授,法学博士,撰写第三章;

蒋冬梅,广东第二师范学院政法系法学副教授,法学博士,撰写第四章;

孟国碧,广东财经大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第五章、第十一章第三节;

熊育辉,广东财经大学法学院讲师,法学博士,撰写第六章;

龚柳青,广东财经大学法学院讲师,西南政法大学法学硕士,英国杜伦大学法学硕士,撰写第七章;

甘玉环,广东工业大学政法学院讲师,法律硕士,撰写第八章;

闫翠翠,中央党校图书馆文献研究室,法学博士,撰写第九章;

孙占利,广东财经大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第十章;

刘 彬,西南政法大学副教授,法学博士,撰写第十一章第一、二、四节;

李广辉,汕头大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第十二章。

本教材的编写体例由厦门大学出版社确定,大纲结构由编写组集体讨论确定,初稿完成后由主编、副主编集体讨论统稿,由孟国碧最后协调修改定稿。

本书的编写,借鉴了国内外同仁的部分文献资料 and 观点,恕不一一列举,谨在此致以深深的谢意!厦门大学出版社的编辑为此书出版付出了辛勤的劳动,在此一并表示衷心的感谢!由于水平有限,本书的缺点 and 错误在所难免,恳请读者提出批评 and 建议。

编 者

2014年6月



## 目 录

|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第一章 国际商法概论          | 1   |
| 第一节 国际商法的概念和调整对象    | 1   |
| 第二节 国际商法的形成与发展      | 3   |
| 第三节 国际商法的渊源         | 6   |
| 第四节 国际商法与相邻学科的关系    | 10  |
| 第五节 学习国际商法的意义和方法    | 11  |
| 第二章 国际商事组织法         | 14  |
| 第一节 国际商事组织法概述       | 14  |
| 第二节 个人独资企业法、合伙企业法   | 15  |
| 第三节 公司法             | 24  |
| 第三章 国际商事代理法律制度      | 51  |
| 第一节 代理法概述           | 52  |
| 第二节 代理权的取得与终止       | 55  |
| 第三节 代理法律关系          | 57  |
| 第四节 国际商事代理及其主要类型    | 59  |
| 第五节 我国的外贸代理法律制度     | 61  |
| 第四章 国际货物买卖法         | 66  |
| 第一节 国际货物买卖法概述       | 66  |
| 第二节 国际货物买卖合同公约      | 70  |
| 第三节 国际贸易术语解释通则      | 84  |
| 第四节 国际商事合同通则        | 91  |
| 第五章 产品责任法           | 98  |
| 第一节 产品、产品责任、产品责任法概述 | 99  |
| 第二节 美国的产品责任法        | 105 |
| 第三节 关于产品责任的国际公约     | 110 |
| 第四节 中国的产品责任法        | 113 |
| 第六章 国际货物运输与保险       | 119 |
| 第一节 国际货物运输          | 119 |
| 第二节 国际货物运输保险        | 137 |



|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| <b>第七章 国际贸易支付法</b> .....    | 149 |
| 第一节 国际贸易支付法概述.....          | 149 |
| 第二节 票据和票据法.....             | 149 |
| 第三节 汇付.....                 | 160 |
| 第四节 托收.....                 | 161 |
| 第五节 信用证.....                | 164 |
| 第六节 国际保理.....               | 173 |
| <b>第八章 国际技术贸易法</b> .....    | 180 |
| 第一节 国际技术贸易法概述.....          | 180 |
| 第二节 国际技术贸易的主要形式.....        | 183 |
| 第三节 国际技术许可协议.....           | 186 |
| 第四节 国际技术贸易管理.....           | 190 |
| 第五节 知识产权的国际保护.....          | 194 |
| <b>第九章 国际服务贸易法</b> .....    | 203 |
| 第一节 国际服务贸易法概述.....          | 203 |
| 第二节 服务贸易总协定.....            | 209 |
| 第三节 WTO 服务贸易议题的进展.....      | 219 |
| <b>第十章 国际电子商务法</b> .....    | 225 |
| 第一节 国际电子商务法概述.....          | 225 |
| 第二节 《电子商务示范法》.....          | 231 |
| 第三节 《电子签名示范法》.....          | 237 |
| 第四节 《联合国国际合同使用电子通信公约》.....  | 242 |
| 第五节 《国际贷记划拨示范法》.....        | 249 |
| 第六节 《跟单信用证电子交单统一惯例》.....    | 254 |
| <b>第十一章 世界贸易组织法</b> .....   | 259 |
| 第一节 世界贸易组织概述.....           | 259 |
| 第二节 世界贸易组织的主要多边贸易规则.....    | 267 |
| 第三节 世界贸易组织的争端解决机制.....      | 289 |
| 第四节 世界贸易组织法的后续发展.....       | 296 |
| <b>第十二章 国际商事争议解决法</b> ..... | 302 |
| 第一节 国际商事争议解决法概述.....        | 302 |
| 第二节 国际民事诉讼制度.....           | 304 |
| 第三节 国际商事仲裁制度.....           | 314 |



# 第一章 国际商法概论



【引例】2010年3月,我国荣塔公司(营业地在中国内地)向日本夏普株式会社(营业地在日本)订购彩电800台,合同规定,彩电价格为每台500美元CIF宁波,同年6月30日长崎港装货。货物依合同约定于6月30日装船,装船时外包装有严重破损,夏普株式会社向船舶公司出具了货物品质的保函。船长应夏普株式会社的请求,出具了清洁提单,夏普株式会社据此从银行取得了货款。货物到达宁波后,荣塔公司发现,电视机外包装箱有严重破损,船舶公司出示了夏普株式会社提供的保函,认为该事应向夏普株式会社索赔。请问:(1)本案中的争议是否属于国际货物销售合同争议,为什么?(2)可能适用什么法律解决本案中双方当事人存在的争议?



## 第一节 国际商法的概念和调整对象

### 一、国际商法的概念和调整对象

国际商法(International Business Law,或 International Commercial Law),是指调整国际商事交易和商事组织的国际法律规范与国内法律规范的总和。

国际商法调整的对象是国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事交易关系以及与此有关的其他关系。要正确理解国际商法的调整对象,应注意对以下几个概念的认识和理解。

#### (一)何谓“国际”

从词源来看,“国际”(international)一词是指“国家与国家之间”,但随着国际政治经济的不断变化,“国际”一词的含义已被极大地丰富,而演变成一个非常广泛的概念。在一个商事法律关系中,只要构成这一法律关系的主体、内容、客体三要素中,有一个要素具有涉外因素,就构成了“国际”。罗马国际统一私法协会在1994年出版的《国际商事合同通则》中就持这种观点。该通则的官方解释指出,只是设想对“国际”这一概念给予尽可能广义的解释,以便最终排除根本不含国际因素的情形,如所有相关的因素只与一个国家有关。

在实践中,判断是否含有国际因素的标准,常见的有:(1)国籍标准,即商事法律关系中的主体具有不同国家的国籍。这是一种非常流行的标准,很多国家的法律都采用此种标准。(2)营业地标准,即以商事法律关系中主体的营业地是否分处在两个或两个以上不同的国家为标准,联合国《国际货物销售合同公约》即采用此种标准。(3)标的物标准,即以商事法律



关系中的标的物是否位于国外,或者是否跨越国界流动为标准。标的物既包括有形的货物,也包括如知识产权在内的无形财产。(4)以引起商事法律关系产生、变更或消灭的法律事实是否发生在国外为标准。

### (二)何谓“商事”

什么是“商事”,也即什么是“商”或曰“商行为”,<sup>①</sup>从目前已有的国际性文件来看,还没有任何一个权威性文件对其作明确的界定,但从有关法律文件的规定来看,趋向于对“商事”一词作宽泛的解释。1889年在蒙得维的亚签署的《关于国际商法的公约》,只涉及船舶租赁、碰撞、海损及人身保险和汇票等具体问题,而将对商行为的界定完全交由行为地国家的法律决定。该公约第1条规定:“法律行为应视为民事行为还是商事行为,应按行为地国家法律决定。”1985年6月联合国大会通过的《国际商事仲裁示范法》在其注释中指出,对“商事”一词应作广义解释,使其包括不论是契约性或非契约性的一切商事性质的关系所引起的种种事情。《国际商事合同通则》也只对“商事”作了抽象的解释。在其官方解释中指出,对“商事”这一概念的界定,并非照搬某些法律体系中对“民事”和“商事”的传统界定,只是假定对“商事”这一概念应在尽可能宽泛的意义上来理解。根据《国际商事合同通则》的这一解释,我们不难得出,其所谓“商事”,是指除消费者为个人消费需要所实施的行为外,其他以营利为目的而实施的行为,均为商行为。《国际商事仲裁示范法》与《国际商事合同通则》所作的解释可谓有异曲同工之妙。

### (三)何谓“商人”

商人,是实施商行为的当事人,是国际商事法律关系中最重要的主体。“商人”这一概念实际上有双重含义。从经济学角度看,商人是指从事商事活动的自然人;而从法学角度看,商人是指从事商事活动的人,它既包括自然人,也包括法人,还包括不具备法人资格的其他实体,如合伙。一般而言,这些人需要依法注册,获取执照,以取得从事商事活动的资格。

值得注意的是,“商人”是从事商行为的人,是商的主体,并不等同于商事法律关系的主体。商人是商事法律关系中最重要的主体,但不是唯一的主体。商事法律关系的主体除了商人之外,还包括国家、政府及相应的管理机构,这些机构负责实施有关法律,以对商人、商行为进行必要的监督、管制。

## 二、国际商法的特征

国际商法作为一个独立的法律部门,与其他部门法相比,如国际经济法、国际贸易法等,具有自身的特点。

### (一)从法律渊源看,国际商法既包括国际法,又包括国内法

在民商法分立的国家,如法国、德国、日本等,都分别颁布了商法典,以调整国内的商行为。但由于国际立法的特殊性,作为一个部门法,国际商法没有如国内商法那样,有一部成文的商法典,而是由单个的法律文件组成的综合体。而组成这一综合体的法律文件,既有国际法,如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1924年的《海牙规则》,也有国内法,这

---

<sup>①</sup> 在我国,“商”一词的含义有个变化过程:第一阶段,指买卖,包括任何人的买卖;第二阶段,指买卖,指商人低价买、高价卖的行为;第三阶段,指以营利为目的的行为;第四阶段,判断是否为“商”,其标准是:是否具有正式的“商人”身份,和/或交易是否具有商业性质。

主要是一国的涉外法部分,如我国的合同法、外商投资企业法、外贸法等。

在组成国际商法的这两部分中,国内法占有重要地位。就目前的状况而言,国际商法中的许多方面是由国内法调整的。如关于商事主体,现在还没有国际法调整,因此,哪些人可以从事国际商事行为,其权利能力、行为能力如何,都是由一国的国内法予以规定的。再如对国际商事行为的管制,也几乎完全由国内法进行规范。

### (二)从法律的属性看,国际商法既包括公法,又包括私法

在大陆法系国家,理论上往往将法律分为公法与私法两大部分。前者调整非平等主体之间的社会关系即国家与私人之间的关系,以确认公权并使其服从于法律规制为根本任务;后者调整平等主体之间的社会关系即私人之间的关系,以确认私权并保证其得以实现。国际商法主要是规范商事主体及其行为,因而主要属于私法领域。

但是,商事主体依照意思自治、契约自由等原则实施商事行为时,由于不当动机,其行为往往损害正常的竞争秩序;而且,商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的,需要国家以社会的名义进行整体调节。因此,自19世纪末20世纪初起,政府开始采取积极干预的方式,对商事主体的商事行为进行规制,从而使国际商法中包含有越来越多的公法因素。而且由于联合国、世界贸易组织等国际机构制定的各项决议、公约,以及各国之间日益增多的多边、双边条约,对各国当事人交易的影响日益增长,因而公法与私法之间的一些界限现在已经变得模糊了。

### (三)组织法与行为法的结合

从总体上看,国际商法由实体法与程序法两大部分组成,其中,实体法由组织法与行为法两大部分组成。商事组织是商事交易的基础,而商事交易是商事组织设立的目的。因此,商事组织和商事交易两方面不可避免地成为国际商法规范的对象,使国际商法既具有组织法的一面,又具有行为法的一面。前者如一国的公司法、外商投资企业法等,后者如合同法、反倾销法、反补贴法等,都是规范商事主体行为的标准。组织法与行为法的结合,是国际商法的又一特点。

当然,组织法与行为法是具有不同性质的法律规范。一般而言,组织法主要实行严格主义,其规定原则上属于强行法规范。如一国公司法关于股份有限公司、有限责任公司设立条件、程序的规范,任何人不得予以变更。而行为法则主要实行自由主义,其规定大多属于任意性规范。如交易的对象、交易的形式、交易的时间、交易的价格等,一般都由当事人自由决定。但这种区别并不是绝对的,在现代立法中,组织法中有任意性规范,行为法中也强制性规范。

## 第二节 国际商法的形成与发展

### 一、国际商法演化的阶段

国际商法是国际贸易逐步发展和扩大的产物,其产生与发展主要经历了三个阶段。

#### (一)萌芽与形成阶段

在中世纪,随着不同地区商人之间商事交往的发展,逐渐形成了一系列支配他们之间贸



易关系的商业惯例和习惯性做法。建立国际商业方面有效的行为规则需要有法律手段,以保证在一个地区实施的行为能够得到另一地区的承认,在这种社会现实之下,国际商法应运而生。

在这一阶段,国际商法是以商人习惯法的形式出现的,即事实上支配那些往返于商业交易所在的各港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯法规则。这种商人习惯法最早于 11 世纪出现于意大利,因当时的地中海是世界各国贸易的中心。商人们有自己的解决争议的法院。这些法院的程序是非正规的,申诉可在无法院令状的情况下审理,诉讼程序可不定期,具有现代调解或仲裁的性质,而不是严格意义上的法院,运用在商事交往中形成的习惯规则来调整商事交易和解决商事争议。随着航海贸易的发展和世界贸易中心向大西洋沿岸的转移,商人习惯法逐步扩及西班牙、法国、德国、荷兰及英国。其内容包括商事合同、海上运输与保险、汇票等。

这一阶段的商人习惯法有着明显的特点:(1)它具有国际性和统一性,它普遍适用于各国从事商业交易的商人;(2)它具有自治性和简易性,商人习惯法的运用和解释都不是由法院的专职法官来执掌,而是由商人自己组织的法院来执掌,且诉讼程序简单,有人形象地比喻说,商人法院公平审理案件的速度,就像把商人脚上的灰尘去掉;(3)强调契约自由、财产的自由转让和公平合理。

### (二)发展阶段

随着欧洲国家中央集权的形成与加强,自 17 世纪后,商人习惯法被纳入各国的国内法制度,逐步成为国内法的一部分,从而使国际商法失去了原有的国际性和统一性。

商人习惯法的国内化首先发生在法国。1673 年、1681 年法国先后颁布了《商事条例》《海商条例》,并于 1807 年颁布了《商法典》;1897 年德国通过了《商法典》;从 19 世纪起,英国先后制定了一些有关商事活动的单行法规,如 1882 年的《票据法》、1890 年的《合伙法》、1893 年的《货物买卖法》等。从此以后,商事行为主要受国内法的调整。

在这一阶段,由于中世纪的商人习惯法被西方各国国内的商法所吸收,调整国际商事关系和处理国际商事纠纷主要依赖于各国的国内法。但因各国的国内商法主要是根据本国经济发展的要求而不是从国际商事活动的需要出发制定的,因此它们不但很难充分涉及国际商事方面的问题,而且其中某些法律规定甚至与国际商事惯例相违背;再加上各国政治、经济、文化乃至历史发展特点互有差异,因而在许多法律制度和规定上存在重大分歧,从而将不可避免地引起复杂的法律冲突,有碍于国际商事活动的顺利进行和发展。

### (三)国际化、统一化阶段

进入 20 世纪,特别是在第二次世界大战结束后,世界经济得到了充分的发展,各国相互间的经济联系日益密切,互相依赖的程度越来越高,经济生活的国际化、一体化程度也越来越高;此外,各国在长期的经济贸易交往中,也逐步形成了一些普遍接受、遵守的贸易惯例和习惯做法,而且许多国家都认为,为了促进国际商事交易的发展,就必须克服由于各国国内商法的分歧所造成的法律障碍,主张制定一套统一的、普遍适用的国际商事法律规范和统一编纂有关国际商事惯例。在此条件下,国际商法进入了国际化、统一化的崭新阶段。

国际商法的国际化、统一化是从两个方面实现的,一方面,在联合国和有关国际组织的努力下,制定全球适用的公约、条约,如 1947 年的《关税与贸易总协定》,1964 年的《国际货物销售统一法公约》《国际货物销售合同成立统一法公约》,1980 年的《联合国国际货物销售



合同公约》等；另一方面，是对国际商事交易中现有的商事交易惯例进行整理、编纂，以便统一适用，这方面最成功的是国际商会在 1935 年编纂的《国际贸易术语解释通则》，其他还有 1930 年国际商会制定的《商业跟单信用证统一惯例》，1932 年由国际法协会制定的《华沙—牛津规则》，等等。

## 二、国际商法的发展趋势

从上述国际商法的历史，我们可以清楚地看到其已有的变化发展过程；但毫无疑问，这一过程不会是其发展的终点，它现在已表现出一些新的发展趋势。

### （一）大陆法系和普通法系的相互渗透

进入 20 世纪后，随着各国社会、经济、文化交流的日益加强，特别是随着世界经济一体化趋势的加强，原本界限分明的世界两大法系，在涉及调整经济方面的法律（可以说是经济法，也可以说是商事法方面）已表现出强烈的融合、渗透的趋势，或者说相互影响的现象。这集中表现在两大方面：第一，形式方面。依传统，大陆法系尊崇成文法，判例的效力是得不到承认的。但现在，典型的大陆法系国家法国、德国都已在一定条件下承认判例的效力，通过最高法院的判决确立新的法律原则，法官在判案中通过对条文的解释而创造法律原则。德国明确地宣布，联邦宪法法院的判决对下级法院有强制性约束力。而以英美为代表的普通法系国家，即判例法国家，也开始注重制定法，大量颁布成文法，成文法的作用越来越大。有影响的如英国 1893 年制定的《货物买卖法》（*Sales of Goods Act*）、1906 年的《海上保险法》，美国 1953 年的《统一商法典》（*Uniform Code of Commerce*）等。特别是在英国加入欧共体后，欧共体制定的法律直接适用于英国，使英国的制定法数量大大增加。第二，内容方面。除了在立法形式方面相互影响之外，在立法内容上，两大法系也表现出相互渗透的现象。大陆法系商事法与英美法系商事法相互渗透的典型是公司法领域。德国 1937 年的德国股份法率先突破了大陆法系公司法固守的“法定资本制”，而吸收英美法系公司法“授权资本制”的做法；同时还引进英美法系的董事会制度，扩大董事会权限。英美法系国家公司法也吸收大陆法系的做法，突出事例是英美法系国家公司仿效德国、法国公司的做法，废除“越权原则”。

### （二）国际化、统一化的趋势

当今，世界经济一体化的趋势日益加强，各国经济相互间的影响也日益明显，这从 1997 年的东南亚经济危机和 2008 年的世界经济危机对各国经济所带来的冲击就可以清楚地看出。而各国法律制度的差异，却严重阻碍了各国相互间的经济交往。这就是国际商事立法国际化、统一化的原动力。不过，就目前的实际情况而言，国际化、统一化突出体现在国际贸易法这一领域，这是因为国际贸易既是历史最悠久的行为，又是当今影响力最大的行为。这一领域的统一化趋势，具有以下几方面的特点：（1）国际贸易法在不断地趋向于自治、独立，尽可能运用综合性的而非民族性的法律概念。（2）国际贸易法尽可能兼收并蓄，采用合成的方法，即把不同来源中的各种合理因素联结成为一个有机的整体。（3）国际贸易法从有关国家法律制度中吸收合理成分，反过来又影响一些国家的国内立法，对各国立法能动地发挥导向趋同化、统一化的积极作用。

### （三）公法对国际商法这一传统的私法领域的渗透

在 19 世纪以前，各国对商事交易实行放任主义，对商事主体间的商事交易行为不加任





何干涉,因此国际商法主要是作为私法出现的;但在19世纪末20世纪初,进入垄断资本主义时期后,各资本主义国家纷纷加强对商事交易的干涉与管制,一些具有强制效力的公法纷纷出台,如美国、英国、法国、德国、日本等有关法律中均有关于商业组织形式与登记的强制性规定,许多国家均颁布了旨在确保商事交易行为所涉产品质量的产品责任法。这些法律作为一国对商事交易进行管制的法律,都具有强行性,不允许当事人通过合同规避、修改,《国际商事合同通则》在第1.4条也明确规定:“通则的任何规定都不得限制根据国际私法原则而应适用的强制性规则的适用,无论这些规则是国家的、国际的还是超国家的。”

### 第三节 国际商法的渊源

国际商法的渊源,是指国际商法的法律规范借以表现的形式,主要包括三个方面:国际商事条约;国际商事惯例;各国商法的涉外法规。

#### 一、国际商事条约

国际商事条约是指两个或两个以上的国家或国际组织为确定相互之间的权利、义务而达成的协议,包括多边商事公约、区域性的商事条约和双边商事条约。

各国缔结的有关国际商事条约,是国际商法的重要渊源,它可划分为两类:一类是属于统一实体法规范的国际商事公约,如1924年的《统一提单的若干法律规则的国际公约》、1930年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》、1980年《联合国国际货物销售合同公约》。当这类公约被各国批准接受时,就可以消除各缔约国之间在这些领域内的法律冲突,统一商事交易规则。另一类是属于冲突法规则的国际公约,如1973年的《产品责任法律适用公约》、1980年欧共体制定的《关于合同之债的法律适用公约》、1985年的《国际货物销售合同法律适用公约》等。当这类公约被各国批准接受时,各缔约国在这些领域内的冲突规范就将得到统一,使商事交易主体能准确预测解决其商事纠纷所适用的法律,增强了商事交易的确定性。

与一般国内立法相比,国际商事条约具有很强的法律效力,这主要表现在以下两个方面:(1)国际商事条约的效力高于国内法。国际商事条约是国家间的协议,遵守国际商事条约是条约缔约国的国际义务,各缔约国不能借口其国内法有不同规定而拒绝履行条约义务,当国内法与该国参加的国际条约相抵触时,应以条约为准,但一国声明保留的除外。这一国际法的基本原则被概括为“条约必须遵守”或“条约优先适用”。(2)国际商事条约是国家间的协议,所以其约束的对象是国家。但有些国际商事条约,也直接约束有关商事交易主体,即有关自然人、法人及其他经济实体,如《联合国国际货物销售合同公约》,几乎所有条款都是以自然人或商事组织为规范对象的。

#### 二、国际商事惯例

国际商事惯例是在国际商事交往中,经由长期的、反复的国际实践而逐渐形成的,并受到各国普遍承认和遵守的商事原则和规则。构成对国际商事交易有约束力的惯例必须同时



具备三个条件:(1)该规则具有确定的内容,即具体包含了确定参加国际商事交易的当事人权利义务的规则;(2)它已成为各国长期商事交易中反复使用的习惯;(3)它是各国普遍承认具有约束力的通例。

从本质上讲,国际商事惯例并不是法律,因此它并不具备法律的普遍约束力,但是,如果有关当事人在合同中约定采用某种国际商事惯例,则该惯例对合同当事人的商事交易具有确定的约束力。因此,如果商事交易的当事人欲使某一国际商事惯例适用于其商事交易,就必须在合同中作出明确约定;否则,有关惯例并不自动适用于当事人之间的商事交易行为。

从历史上看,国际商法最初萌芽于国际商事惯例,这些惯例与国内法无关,并独立于任何国内法,实际上代表了商业实践中逐步形成的造法过程。21世纪以来,一些国际组织坚持不懈地致力于国际商事惯例的编纂以及修订工作,使这些惯例在越来越大的范围得到运用和推广。其中,较有影响的有:1932年的《华沙—牛津规则》;1978年的《托收统一规则》;1990年的《国际贸易术语解释通则》;1993年的《跟单信用证统一惯例》;1994年的《国际商事合同通则》。这些国际商事惯例已获得世界上绝大多数国家和地区的承认、采纳或尊重。

### 三、各国商法的涉外部分

国际商法的渊源,除前述两大部分外,还包括国内法渊源,即一国商法中调整涉外商事行为的法律法规。目前,国际商事条约和国际商事惯例的内容和体系尚不完善,许多领域的立法仍属空白,还远远不能包括国际商事各个领域中的一切问题,现有的规则尚不足以处理所有的国际商事交易行为,这就需要适用国内法予以补充,因此,一国商法中的涉外部分,仍是国际商法的重要渊源。有鉴于此,我们在学习和研究国际商法的过程中,除必须了解有关的国际商事条约和国际商事惯例外,还应当了解有代表性的一些国家的商法的有关规定,特别是一些发达国家比较成熟的国内法规。

人们通常将西方国家的法律制度分为两大体系,即以法国法、德国法为代表的大陆法系(Continental Law System),以英国法、美国法为代表的普通法系(Common Law System)。由于历史、文化和宗教等方面的差异,两大法系有着各自显著的特点。

#### (一)大陆法系的特征及法律渊源

大陆法系最大的特点是法律的成文化,强调成文法的作用。成文法是指国家立法机构依照立法程序制定,并经一定形式公布施行的条文形式的法。在大陆法系,法律,主要是指成文法,即由立法机构制定、公布实施的法律。成文法的效力高于其他法律渊源的效力,有成文法规定的,首先应适用成文法的有关规定,只有在成文法对有关问题没有作出规定时,才能适用其他法律渊源。大陆法系立法的第二大特点是,把全部法律分为公法和私法两大部分。这种分类法来源于罗马法,“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”。随着现代法律的发展,大陆法系国家再把公法细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等,把私法细分为民法、商法、婚姻法、家庭法等。第三大特点是,大陆法系各国都注重法典的编纂,虽然在体例上不尽相同。在这些国家,都有诸如刑法典、民法典、商法典或民商法典。法国在资产阶级革命胜利后,即先后颁布了《民法典》《民事诉讼法典》《商法典》《刑法典》和《刑事诉讼法典》五部法典。

在大陆法系国家,其法律渊源主要包括:(1)法律。法律是大陆法的主要渊源,它具体包