

21世纪通用法学系列教材

国际商法

陈晶莹 邓 旭 编著

LAW TEXTBOOKS FOR NON-LEGAL MAJORS

21世纪通用法学系列教材

国际商法

陈晶莹 邓 旭 编著

 **LAW** TEXTBOOKS FOR NON-LEGAL MAJORS 

中国人民大学出版社
• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/陈晶莹、邓旭编著.

北京: 中国人民大学出版社, 2010

(21 世纪通用法学系列教材)

ISBN 978-7-300-12597-8

I. ①国…

II. ①陈…②邓…

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 (2010) 第 162422 号

21 世纪通用法学系列教材

国际商法

陈晶莹 邓旭 编著

Guoji Shangfa

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 185mm×260mm 16 开本

版 次 2010 年 8 月第 1 版

印 张 21.75 插页 1

印 次 2010 年 8 月第 1 次印刷

字 数 530 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

编写说明

“国际商法”是现代高校商科专业的核心课程之一，也是国际化背景下法学课程体系的组成部分。在全球经济一体化的历史进程中，有关国际商事交易的国际与国内法律/法规、理论与实践均发生了极大的变化。怎样使“国际商法”这门课程在培养创新型、应用型的专业人才中起到应有的作用，是我们编写本书的主要目的。我们总结了20年的教学经验，对本书的体例内容进行多次研讨论证，希冀能满足以下特点和要求：

1. 创新体例与内容、体现时代特征。国际商法是国际经济贸易发展的产物。在经济全球化、信息化和多样化的发展过程中，国际商事交易活动所涉及的领域越来越广，国际商法的调整范围也相应扩展。因此，本书在体例与内容的设置上，既考虑国际商事交易及其方式的发展需求，在传统的国际商法书体例上增加了国际融资、加工贸易和国际商事交易中的担保交易等章节，又考虑到国际商法极强的实践性抑或国际商事交易问题的法律化因素，在开篇设置国际商法概述和主体两章的基础上，首次以国际商事交易流程为主线阐述国际商事交易中的行为规范，包括现代国际商事交易的国际条约、国际惯例和国内立法等，法律救济、纠纷解决机制的原理、立法与实践的章节与内容。同时，注重现代国际法学科的分类，即国际法学下分国际公法、国际私法和国际经济法，国际经济法下分国际经济管理法和国际经济交易法（即国际商法），将体例与内容设定在有关国际商事交易的横向关系的法律规范及其应用的范围，避免与其他公法类课程内容重叠、交叉的问题。

2. 注重比较法基础上的本土化内容传授。国际商法的表现形式既包括国际条约、国际商事惯例，也包括各国国内法，且国际商事立法的统一化运动推进迅速，故本书在注重国际条约、国际惯例及国际示范法的比较，以及传统的大陆法系与英美法系的比较的同时，更凸显国际立法与国内立法、他国法与我国法的比较，尤其是国际条约与国际惯例在我国的应用与转化。

3. 以商业流程、实务提示的方式诠释法律实务问题。国际商法来源于国际商业实践，并服务于国际商业实践。我们认为，透过国际商业流程认知国际商事立法与实践，更有利于读者掌握和应用国际商法。书中不仅以国际商业流程设置

体例，而且以国际商业流程释解相应的法律规范，并以“实务提示”对商事法律实务问题作指引。

4. 缩小与实践的距离，传递国际商法的司法应用。国际商法具有鲜明的实践性，“国际商法”课程不能仅限于对知识和理论的阐释，还应忠实体现全球经济一体化浪潮之下的国际商事法律实践。本书强调国际商法知识与司法实践的互动，强调理论体系的完整性与国际商事法律实践性的契合，以提高发现问题、分析问题和解决问题的能力。

本书可供高等院校经济管理类专业和法学专业的教学使用，也可供从事经贸、司法工作者参考使用。

本书由陈晶莹、邓旭编著，洪志勤、胡健佳、李岩、吴秉衡、原旦、张薇、张阳、周媛、朱圣刚参加了本书的资料收集等前期工作。

由于作者水平有限，书中不足、不妥之处，敬请读者赐教。您的意见敬请 e-mail 至：liza-chen@shift.edu.cn，dengxu@tom.com。

编著者

2010 年 7 月

目 录

导 言 国际商法与国际商法的学习方法	1
第一章 国际商法概述	5
第一节 国际商法的概念和体系	5
第二节 中国对外贸易法律制度	9
第三节 世界主要国家的法律体系与司法制度	12
第四节 国际商事法律的适用	19
第五节 国际商事纠纷解决概述	21
第二章 国际商事主体	24
第一节 国际商事主体概述	24
第二节 公司	27
第三节 跨国公司	33
第四节 合伙企业	36
第五节 我国对外贸易经营者	38
第三章 国际商事合同法	40
第一节 国际商事合同法概述	40
第二节 合同的订立	43
第三节 合同的有效性	46
第四节 合同变更与转让	48
第五节 合同的内容与履行	50
第六节 违约行为与违约责任	54
第四章 国际商事代理法	57
第一节 国际商事代理概述	57
第二节 国际商事代理法律制度	60
第三节 我国外贸代理制度	63
第四节 与代理类似的制度	65
第五章 国际货物买卖	68
第一节 国际货物买卖概述	68

第二节	国际货物买卖合同的成立	80
第三节	买卖双方的义务	91
第四节	货物所有权与风险的转移	106
第五节	违反买卖合同的救济方式	116
第六章	国际货物运输法	133
第一节	国际货物运输法概述	133
第二节	国际海上货物运输法概述	136
第三节	提单及其法律问题	154
第四节	国际航空货物运输法	159
第五节	国际陆上货物运输法	163
第六节	国际货物多式联运法律问题	167
第七章	国际货物运输保险法	175
第一节	国际货物运输保险法概述	175
第二节	国际货物运输保险合同	182
第三节	国际货物运输保险的投保、索赔与理赔	187
第八章	国际支付与融资	195
第一节	国际支付法律概述	195
第二节	票据与票据法	196
第三节	信用证法律	204
第四节	托收法律	210
第五节	国际保理	214
第九章	加工贸易	217
第一节	加工贸易概述	217
第二节	加工贸易的行政监管	222
第三节	加工贸易交易	229
第四节	外发加工与深加工结转	231
第十章	技术贸易与知识产权许可	234
第一节	国际技术贸易与知识产权法概述	234
第二节	知识产权法概述	238
第三节	国际知识产权许可贸易	248
第四节	知识产权保护	256
第十一章	国际商事中的担保交易	265
第一节	担保交易概述	265
第二节	独立担保与备用信用证	266
第三节	抵押	269
第四节	质押	271
第五节	留置权	273

第十二章 产品责任法	275
第一节 产品责任概述	275
第二节 产品责任法	277
第三节 产品责任的诉讼管辖和法律适用	294
第十三章 国际商事仲裁	301
第一节 国际商事仲裁概述	301
第二节 国际商事仲裁机构	304
第三节 仲裁协议	306
第四节 仲裁程序	313
第五节 仲裁裁决的承认与执行	318
第十四章 涉外民商事诉讼	326
第一节 涉外民商事诉讼概述	326
第二节 涉外民商事诉讼程序	331
第三节 判决的承认和执行	334
主要参考文献	338

导 言

国际商法与国际商法的学习方法

一、关于国际商法

法律是调整社会关系的规范，也是确定行为规则的制度。针对不同类型的社会关系所产生的法律规范形成了不同类型的部门法。国际商法就是调整商人们从事国际商业活动而形成的法律规范。

通说认为，现代商法起源于中世纪的商人习惯法，即事实上对那些往返于商业交易所的在文明世界的各港口、集市之间的国际商人团体普遍适用的一整套国际习惯法规则。^①“在整个中世纪时代，贸易纠纷采用商人法这办法”，“商人法至少在理论上，是对所有不同国家商人之间的交易一律通用”^②。

但是，由于商法概念的模糊性，不同体系的商法采取了不同的标准来确定何谓商法。目前通说认为商法存在三个体系：以主体为标准的商法，如德国商法典模式；以客体为标准的商法，如西班牙商法；兼采主体和客体双重标准的商法，如法国商法典。

在采纳主体标准的商法中，“商法的核心问题是商人的定义，而这一定义又是以生产、投资、商业组织、雇佣方式等一系列经济活动为背景而确立的；商法的主要使命是规定商法的法律地位，其次是调整商人所从事的那些活动”^③。德国商法典是典型的商人专门法，商人的定义构成商法的基础，德国商法典首条便是对商人的定义。

在依客体标准建立的商法体系中，“商法主要是调整属于商行为的、一定范围的法定交易，而不管从事交易的人身份如何。在这里，商法的核心问题是商行为的定义，它取决于行为的对象、目的和方式”^④。但是在现代，西班牙法学界几乎一致主张抛弃现行商法典，因为该法典无法证明它能够形成一种严谨的客体标准体系。如西班牙学者尤里埃认为：应当围绕企业家和他的经营实体这两个现代商法的核心概念来重建商法体系，商法将成为反映商事制度和企业的

① 参见 [英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文选译，226 页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

② [美] 泰格、利维：《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，46 页，上海，学林出版社，1996。

③ [法] 丹尼斯·特伦：《民商分立的沿革》，方流芳译，载中国人民大学法律系编：《外国民法论文选》，第 2 辑，12 页，1985。

④ [法] 丹尼斯·特伦：《民商分立的沿革》，载中国人民大学法律系编：《外国民法论文选》，第 2 辑，12 页，1985。

法律机制的规范,并因此得到发展。^①

尽管商法在传统上是商人法,但这种传统也因为政治因素的影响而呈现出多种变化。法国商法典就是没有抛弃主体标准但又为客体标准留有余地的商法典型。

在民族国家现象出现并发达之后,主权国家为了各自现实的经济和政治利益,纷纷将国家的强制力及于商人之间的交易,由此产生了商法的第二个发展阶段,即将商人习惯法纳入国内法体系。这个过程并不只是将商人习惯法纳入国内法,而是包含了对商人习惯法的改造,以及将国内法的概念、理念乃至文化糅入商法。

随着国家之间联系的日益紧密,以及国际经济的发展,国内商法已越来越难以调整这种跨越国境的交易。同时,商人之间的交易本身也要求脱离在一定程度上已经成为束缚的国内法,而呼唤新的规则的产生来规范他们之间的交易。商法也就从它的第二阶段开始跨入当代商法阶段,从而进入第三阶段。^②在这个阶段,国际商法与国内商法并存,国际商法得到较大发展,各国商法出现趋同现象。

二、国际商法的内容

国际商法的当代发展,有赖诸多国际组织的努力,如联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会、海牙国际私法会议、国际法协会、国际商会、国际海事委员会等,其内容涉及国际商业活动的多数领域。

以联合国国际贸易法委员会(以下简称联合国贸法委)为例,其所涉足的商事活动的制法活动最具有典型性,也可以借此管窥当代国际商法所涉及的领域和内容。

自1966年成立以来,联合国贸法委在如下八个方面取得了卓有成效的私法统一化工作,这八个方面是:(1)国际商事仲裁与调解;(2)国际货物买卖与相关交易;(3)跨国破产;(4)国际支付;(5)国际货物运输;(6)电子商务;(7)政府采购;(8)国际建筑合同。

在这些方面,联合国贸法委主持制定了大量的公约、示范法与法律指南,到目前为止,已经完成的公约、示范法和法律指南的总数达到32个。

在国际商事仲裁与调解方面的公约、示范法与指南有:(1)1958年《承认和执行外国仲裁裁决的公约》;(2)1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》;(3)1980年《联合国国际贸易法委员会调解规则》;(4)1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》;(5)1996年《联合国国际贸易法委员会关于组织仲裁程序的指南》;(6)2002年《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》;(7)2006年《〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉(1958年,纽约)第二条(2)和第七条(1)的解释的建议》。

在国际货物买卖及其相关交易领域,制定的公约、指南有:(1)1974年《国际货物买卖时效期限公约》;(2)1980年《联合国国际货物销售合同公约》;(3)1983年《关于因未能履行义务而应付约定款项的合同条款的统一规则》;(4)1992年《联合国国际贸易法委员会关于对销贸易的法律指南》。

^① 参见[法]丹尼斯·特伦:《民商分立的沿革》,载中国人民大学法律系编:《外国民法论文选》,第2辑,26页,1985。

^② 也有学者称当代国际商法为现代商人习惯法,或统一国际贸易法。参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文选译,227页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

在跨国破产方面制定的示范法和指南有：(1) 1997 年《联合国国际贸易法跨国破产示范法》；(2) 2004 年《破产法立法指南》；(3) 2009 年《贸易法委员会跨国界破产合作实务指南》（《实务指南》）。

在国际支付方面制定的公约、示范法与指南有：(1) 1987 年《联合国国际贸易法委员会关于电子资金划拨的法律指南》；(2) 1988 年《联合国国际汇票和国际本票公约》；(3) 1992 年《联合国国际贸易法委员会电子资金划拨示范法》；(4) 1995 年《联合国独立担保与备用信用证公约》；(5) 2002 年《联合国国际贸易应收款转让公约》。

在国际货物运输方面制定的公约有：(1) 1978 年《联合国海上货物运输公约》（汉堡规则）；(2) 1992 年《联合国国际贸易运输港站经营人赔偿责任公约》；(3) 2008 年《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》（鹿特丹规则）。

在电子商务方面制定的示范法和指南有：(1) 1996 年《联合国电子商务示范法》及其应用指南，该示范法并于 1998 年增加了供选择的另一第 5 条文本；(2) 1985 年《关于计算机记录法律价值的建议》；(3) 2001 年《贸易法委员会电子签名示范法及立法指南》；(4) 2005 年《联合国国际合同使用电子通信公约》；(5) 2007 年《增进对电子商务的信心：国际使用电子认证和签名方法的法律问题》。

在政府采购方面制定的示范法和指南有：(1) 1993 年《联合国国际贸易法委员会货物与建筑采购示范法》；(2) 1994 年《联合国国际贸易法委员会货物、建筑与服务采购示范法》及其应用指南。

在国际建筑合同方面制定的指南有：(1) 1988 年《联合国国际贸易法委员会关于起草建造工厂的法律指南》；(2) 2000 年《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》；(3) 2003 年《贸易法委员会私人融资基础设施项目示范立法条文》。

国际商会作为民间组织，其所制定的国际商业惯例也是当代国际商法的重要渊源，并对国际商业实践产生了巨大影响，如《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》、《国际货物销售示范合同》、《国际代理示范合同》、《国际经销示范合同》等。

国际商法的内容庞大，涉及了从商事组织到商事行为的各个方面，并随着国际商业实践不断丰富而不断发展。

三、国际商法的学习方法

国际商法本质上属于私法，即调整平等主体之间以营利为目的的商事行为的法律规范。以大陆法系为例，无论采纳民商合一抑或民商分立的立法例，商法都属于民法的特别法，是民法的组成部分。因此，民法的学习方法总体上适用于国际商法，正如谢怀栻教授所精辟指出的^①：“学习民法要首先了解民法的全貌，然后对于民法的基础知识要有一个大概的认识：民法讲权利，什么是权利；民法讲义务，什么是义务；民法讲法律关系，什么是法律关系。当然这些东西你要彻底地搞清楚，不是一开始就行的。但是大体上是可以知道的。”“必须在开始阶段把基础概念弄清楚。”

^① 谢怀栻：《民法学习当中的方法问题》（“民商法前沿”系列讲座现场实录第 38 期），载中国民商法网站：<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=8120>，访问时间：2010-06-20。

在民法的学习方法上,针对国际商法运用于国际商业实践,其内容包括内国法与国际法、国际商业惯例的基本特点,我们提出学习国际商法的方法如下:

1. 掌握国际商法的整体体系和结构。掌握体系和结构是了解国际商法全貌的必由之路,掌握了体系和结构,才能明白国际商法的概念、规则和制度在体系中的地位、相互间的关系,进而形成整体性的思维方式并处理国际商业实践产生的法律问题。

2. 理解国际商法各部分概念、规则和制度的民法基础。国际商法的基础仍然在于民法,只有明白各概念、规则和制度在民法中的含义、法律特征、构成要件、性质、规范功能等,才能理解它们在国际商法中的意义,否则只能人云亦云,只知其然,而不知其所以然。

3. 了解国际商法所涉内容的国际商业实践。国际商法来源于国际商业实践,服务于国际商业实践。了解相关的国际商业实践,是学好国际商法的前提。比如,对国际结算的知识一无所知,又怎么能够掌握和运用国际支付的相关法律、解决国际结算中的法律问题?不关注或跟踪我国电子商务、离岸交易及期货交易商业实践的动态发展与我国在这些国际商业中的地位,又如何理解我国的涉外商事立法和涉外商事法律实践的问题?

4. 结合国际商业实践的流程去看法律规范的内容、特点和作用。只有在商业流程中才能更清晰地看到动态的法律规范,看到鲜活的法律实践如何契合商业实践。例如,对重大商业交易如一揽子技术转让等,当事人缔约前需要进行大量谈判和技术文件的确认事宜,并可能安排隆重的签字仪式而签署合同,并在其后双方携手解决因技术运用产生的各种问题或重重矛盾。这种情况可以清晰地展示长期合同关系中的法律问题。

5. 通过判例、案例去认识司法实践和仲裁实践中的国际商法的概念、规则和制度。理论的学习可以形成系统的知识,但判例、案例能够全面展示法律实践中职业人士对法律的理解和运用,判例、案例也最能够展示概念、规则和制度的重点、缺陷以及运用技巧。

6. 运用比较法的方法去掌握国际商法的概念、规则和制度。国际商法的内容包括国内法、外国法、国际条约和国际商事惯例,以本国法的视角去看待问题容易出现偏颇。对于我国这样采用复合继受方式建立私法制度者,比较法的方法也是理解本国商事法律的重要方式。运用比较法的方法应当在规范比较的基础上重视功能比较的方法,也就是不仅仅关注各立法例的表面条文的异同,更要关注导致其差异的社会、政治、经济、文化、规范效果的异同。

第一章

国际商法概述

本章要点

- ★ 国际商法的概念、调整范围
- ★ 国际商法的渊源
- ★ 中国对外贸易法律制度及其体系
- ★ 英美法系、大陆法系及其特征
- ★ 国际商事法律适用问题以及国际商事纠纷解决的概要性介绍

第一节 国际商法的概念和体系

一、国际商法的概念

马克思说“先有交易，后来才由交易发展成法律”。商品的本质就在于交易。而国际商法（International Business Law 或 International Commercial Law）正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称^①，它调整的是一种“跨越国界”^②（Transnational）的国际商事关系，这种关系是各国商事组织在跨国交易中所形成的商事关系，具有很强的国际性，即商事交易关系的主体、客体、内容三要素中至少有一项具有国际因素。如果商事交易的主体一方、双方或多方具有不同国籍，或其住所、营业所位于不同国家，或者商事交易的标的位于另外一个国家，或者产生、变更、消灭该商事交易关系的法律事实发生在另外一个国家，该商事交易即为国际商事交易。其不仅有别于国内商事交易，而且在实践中形成了一系列不同于国内法的商事法律制度和体系。

二、国际商法的范围

商法是随着商品经济的产生、发展而逐步形成的，而国际商法则是国际经济贸易进步发展

① 参见沈四宝、王军、焦津洪编著：《国际商法》，1页，北京，对外经济贸易大学出版社，2002。

② 刘大纶主编：《国际商法》，1页，南京，东南大学出版社，2004。

的产物。传统的国际商法主要包括商事组织法和商事行为法，具体包括公司法、代理法、买卖法、票据法、海商法、保险法等内容。而现代的国际商法不仅包括国际商事主体法和国际商事行为法，还包括国际商事救济法律规范^①，而且随着国际商事交易的发展动态^②尤其是跨世纪的经济全球化、信息化和多样化的发展，国际商事交易活动所涉及的领域越来越广，国际商法的范围也相应扩展。

可见，国际商法是一个极为庞杂、不断发展的法律体系，我们不可能穷尽介绍。本书在国际商法的理论基础上，从实务角度出发，结合国际商事交易及其立法、司法动态来设置国际商法的教学体例与内容，以国际商事交易流程和不同的国际商事交易方式为主线，传授有关现代国际商事交易主体在国际商事交易中的行为规范，包括有关国际商事交易的国际条约、国际惯例和国内立法等，法律救济、纠纷解决机制的原理、立法与实践等，具体包括如下14章内容：（1）国际商法概述；（2）国际商事主体；（3）国际商事合同法；（4）国际商事代理法；（5）国际货物买卖；（6）国际货物运输法；（7）国际货物运输保险法；（8）国际支付与融资；（9）加工贸易；（10）技术贸易与知识产权许可；（11）国际商事中的担保交易；（12）产品责任法；（13）国际商事仲裁；（14）涉外民商事诉讼。参见图1—1。

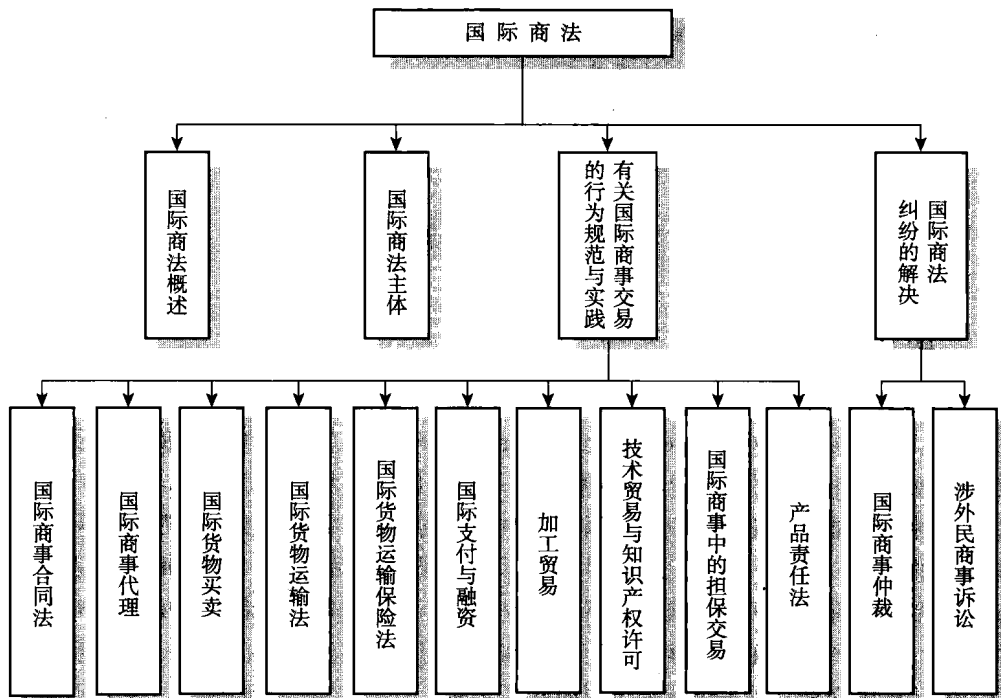


图 1—1

① 参见曹建明、丁成耀主编：《国际商法引论》，8页，上海，华东理工大学出版社，2005。

② 参见陈晶莹、邓旭：《谈国际商法的教学之道》，载《国际商法论文集》，北京，对外经济贸易大学出版社，2005。

三、国际商法的渊源

法的渊源既包括法的历史渊源,即法的产生与发展,也包括法的形式渊源,即法的表现形式。

(一) 国际商法的历史渊源

人类历史上不同地区商人之间商事交往的发展,逐渐形成一系列有关商事交易的商业惯例和习惯做法。建立国际商事方面的有效的行为规则需要法律手段,以保证在一个地区实施的行为能够得到另一个地区的承认。^① 国际商法的沿革过程历经了以下三个阶段:

1. 商人习惯法阶段

调整国际商事交易关系的法律,最早可追溯至中世纪时期的商人习惯法,即商人法(Law of Merchant)。商人法出现于公元11世纪至15世纪,最初是地中海沿岸威尼斯、热那亚等城邦国家商人之间的自治规约,后来随着航海贸易的发展,其适用范围扩至西班牙和英法等国,涉及买卖合同标准条款、海上运输与保险、商业合伙以及破产程序等方面的内容。商人习惯法具有如下特点:

(1) 具有跨国性和统一性,普遍适用于各国从事商事交易活动的商人;(2) 它的解释和运用不是由一般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,其性质类似于现代的国际仲裁或调解,它强调按公平、合理的原则来处理案件,程序较为简易、迅速,不拘泥于形式。

2. 国家立法阶段

自17世纪之后,随着国家主权这一概念被普遍采纳,欧洲中央集权国家日益强大,商人习惯法被纳入各国的国内法制度,失去了其原有的国际性。最早的商事立法为法国路易十四时期颁布的1673年《商事条例》和1681年《海事条例》。在这两个条例的基础上,拿破仑颁布了1807年《法国商法典》,该法典是近代资本主义国家商事立法的蓝本,荷兰、希腊、比利时、西班牙、葡萄牙以及拉丁美洲一些国家的商法典都受其影响而同属于法国商法法系。德国早在1871年统一前就已有统一的商事立法,先后制定了1848年《票据条例》和1861年《普通商法典》,1897年在完成《德国民法典》的起草工作后,颁布了新的《德国商法典》,集中反映了垄断资本主义时期的商事关系,奥地利、斯堪德纳维亚各国、日本的商法典都深受其影响。18世纪中叶,英国首席法官曼斯菲尔德把商人习惯法吸收进普通法,使其成为普通法的一部分。19世纪下半叶以来,英美等国还制定了一系列商事单行法规,如英国1882年《票据法》、1890年《合伙法》、1893年《货物买卖法》,美国1906年《统一买卖法》,等等。

3. 国际商事立法统一化阶段

中世纪统一的商事习惯法逐渐为各国的国内法取代后,由于各国民商法之间千差万别,导致法律适用上的冲突,这极大地影响了国际商事交易的顺利进行和发展。为此,自20世纪初以来,一些国际组织发起了国际商事统一法运动,为在国际贸易领域逐步扫除法律上的冲突和障碍而不懈努力。国际商会(ICC)制定了每10年一版的《国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS)、《跟单信用证统一惯例》(UCP);联合国贸法委主持制定了《国际货物买卖时效期

^① 参见程家瑞:《编者序》,载《国际贸易法文选》,北京,中国大百科全书出版社,1993。

限公约》(1974年)、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(1976年)、《联合国海上货物运输公约》(1978年)、《联合国国际货物销售合同公约》(1980年)、《联合国国际汇票和国际本票公约》(1988年)和《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(2008年);国际统一私法协会主持制定了《国际商事合同通则》1994年版和2004年版,等等,这些国际惯例和国际条约的问世、运用和推广,向全世界人民展示了国际商法逐步趋同和统一的前景以及其在全球化经济中的地位与作用。

(二) 国际商法的形式渊源

国际商法的形式渊源主要包括:各国商事法律规范、有关国际商事交易的国际惯例和国际条约。从国际商法的实践看,其既有交易法规范,又有管理法规范,既包含私法内容,也包含公法内容。

1. 各国商事法律规范

各国商事法律规范是指各国制定的调整涉外商事关系的法律、法规、法令、条例、规定等规范性文件。^①

在国际商事活动中,各国国内法起着十分重要的作用。在一国从事商事活动,无论本国人是外国人,都应遵守该国相应的立法规定。同时,各国国内法在某些条件下^②也是解决国际商事纠纷的法律依据。

国内法作为国际商法的渊源还包括各国有关商贸管理的法律规范,这类规范涉及一国国家和社会整体利益,属于公法范畴。在今后相当长的时期里,这类规范仍将在调整国际商事关系中起作用。

实务提示:1999年国家教委有关高等院校学科专业分类将国际公法、国际私法和国际经济法并列为国际法学的三大法域。其中,国际经济法既含调整纵向的经济关系的法律规范,又含调整横向的国际商事关系的法律规范,即包括国际经济管理法(regulatory international economic law)和国际经济交易法(transactional international economic law)^③,亦即本书所指的国际商法。故本书不就各国有关商贸管理的法律规范作详细介绍。

2. 国际惯例

作为国际商法的渊源的国际惯例是指在国际商事交易长期的实践中形成,并被同行普遍接受和遵守的习惯性行为规范,即国际商事惯例。

《国际法院规约》第38条规定,法院适用法律时对国际惯例的解释是:经接受为法律的通例。法律上的惯例与习惯有本质的不同:前者一旦被当事人采用,便对当事人具有法律拘束力;后者只是一种习惯的行为。一项习惯最终形成惯例,要经历一个漫长的形成过程,既需要各国商人重复的类似行为,又需要各国同行对此种行为效力的逐步确认。因此,每一项惯例都经历了由习惯逐步上升为惯例的漫长的转化过程,并在当事人双方合意采用后产生法律效力。目前,在国际商事交易中最具典型代表性的国际惯例是国际商会制定的《国际贸易术语解释通

① 参见刘大纶主编:《国际商法》,3页,南京,东南大学出版社,2004。

② 如,交易双方根据“意思自治原则”约定适用某一国内法,或根据国际私法的最密切联系原则指定适用某一国内法,或有些国家的法律明确规定在某种特定情况下,必须适用本国的国内法。

③ See John H. Jackson, "Global Economics and International Economic Law", 1 *Journal of International Economic Law* (1998), pp. 8-9.

则》(2000年)和《跟单信用证统一惯例》(2006年)。

3. 国际条约

此处的国际条约是指两个或两个以上的主权国家所缔结的有关国际商事交易的协议。这些协议只要不违反缔约国的公序良俗且不违背国际公法的一般准则,都是有效的。条约又分为双边条约和多边条约。一般说来,条约通常只对缔约国的当事人有约束力,但许多商事方面的多边条约或公约所作出的规定,往往反映了商品经济的一般规律,通常被认为属于商业活动应予遵守的规范,因而往往会得到非缔约国的适用,尤其是那些参加国较多、历史较长的公约。但是,国际公约并非总是具有绝对的强制力。有的开放性的国际公约,如1980年《联合国国际货物销售合同公约》第6条就规定,双方当事人可以减少该公约的任何规定或改变其效力,当事人有权排除适用公约,就充分体现了当事人“意思自治”的原则。

第二节 中国对外贸易法律制度

一、中国对外贸易法律制度的形成和发展

新中国成立后,我国的对外经济贸易法律制度的建立经历了一个漫长而复杂的历史过程。

在新中国成立后的近三十年间,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靠政策而非法律,从而导致中国在很长的一段时期内没有也不可能有系统的对外经济贸易法规。据可查资料,从1949年到1979年,我国颁布的涉外经济法规主要有《对外贸易管理暂行条例》和《暂行海关法》等少数几项。

20世纪70年代以后,国际局势发生了较大的变化。中美、中日关系正常化,中国恢复了在联合国的合法席位,中国对外经济交往的外部条件得到了改善。在国内,党的十一届三中全会确立了改革开放基本国策,加快了我国法制建设的步伐。随着对外开放政策的实施和对外经营权的下放,我国的对外经济、技术、贸易的交往活动空前活跃,制定调整对外经济贸易的各种法律、法规势在必行。1979年,我国颁布了新中国成立后第一部利用外资的法律,即《中外合资经营企业法》^①;1985年颁布了《涉外经济合同法》^②;1994年又颁布了《对外贸易法》。^③《对外贸易法》的颁布,标志着我国对外经济贸易法律体系开始逐步完善。另外,我国还参加了一百五十多个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》、《保护工业产权巴黎公约》、《承认和执行外国仲裁裁决公约》等一批重要的国际条约。这些公约的加入使我国的对外经济贸易法律制度与国际法律制度紧密衔接起来,为推动我国对外经济贸易的发展起了重要的作用。

二、中国对外贸易法律制度

对外经济贸易法律制度是一国用来对涉外经济贸易活动中所发生的各种关系进行调整的

^① 该法至今已经过两次修改,分别为1990年4月4日和2001年3月15日。如今采用的乃是2001年3月15日修订后的修订本。

^② 1999年《合同法》颁布后,该法已废止。

^③ 该法已于2004年4月6日修订,并于2004年7月1日起正式施行。