



21世纪法学系列教材

国际法系列

国际贸易法原理

王 慧 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

国际法系列

国际贸易法原理



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

国际贸易法原理/王慧著. —北京:北京大学出版社, 2011. 2

ISBN 978 - 7 - 301 - 18420 - 2

I. ①国… II. ①王… III. ①国际贸易 - 贸易法 - 高等学校 - 教材
IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 005389 号

书 名: 国际贸易法原理

著作责任者: 王 慧 著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18420 - 2/D · 2787

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 34.25 印张 650 千字

2011 年 2 月第 1 版 2011 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 55.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 **电子信箱:** fd@pup.pku.edu.cn

前 言

随着我国融入世界经济一体化步伐的加快,我国已成为名副其实的贸易国,依照法律以及国际上通行的规则办事具有根本性的意义。作者多年从事国际贸易法的教学和理论研究,有较为丰富的经验,对国际贸易法的内容体系和发展变化有较深刻的认知。

本书用教材的体例和结构,较全面地介绍和论述了国际贸易各个环节所涉及的法律问题,并在一些理论问题上阐述了作者的学术观点。在形式上,作者努力做到条理清晰,层次分明;在内容上,按照国际贸易活动各个环节的运作程序,对相关法律问题分别进行了介绍和分析,具体包括了总论、平等主体之间的交易规则、政府对国际贸易活动的管制措施、WTO 调整国际贸易活动的法律以及国际贸易争议的解决方法等。在分析上述内容时,力争充分反映国际贸易法的最新发展,并展示国际贸易法的最新研究动态。希望本书出版后,能够给法律院校的学生提供学习参考,也能够给从事实务工作的人士提供一点帮助。

但是,作者也充分意识到,详细介绍和论述国际贸易法的所有领域和形式的法律规则并非易事。由于作者水平有限,书中不足、缺漏及讹误之处在所难免,恳请同仁批评指正。

北京大学法学院

王 慧

2010 年 12 月

目 录

第一章 国际贸易法绪论	(1)
第一节 国际贸易法的概念和特点	(1)
第二节 国际贸易法的渊源和历史发展	(4)
第三节 国际贸易活动的基本运作程序	(12)
第四节 国际贸易法的基本原则	(14)
第二章 《联合国国际货物买卖合同公约》	(18)
第一节 《联合国国际货物买卖合同公约》的制定过程	(18)
第二节 从适用《公约》的主体看《公约》的性质	(20)
第三节 《公约》调整的主体范围	(25)
第四节 《公约》调整的客体范围	(32)
第五节 《公约》总则中所确立的几项基本原则	(38)
第六节 我国与《公约》的关系	(42)
第三章 国际货物买卖合同的成立与生效	(49)
第一节 国际货物买卖合同的定义和特征	(49)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(52)
第三节 国际货物买卖合同生效的主要条件	(70)
第四章 国际商事惯例	(75)
第一节 国际商事惯例综述	(75)
第二节 关于国际贸易术语的国际贸易惯例	(78)
第三节 关于国际商事合同的国际惯例	(103)
第五章 国际货物买卖合同中买卖双方的义务	(120)
第一节 卖方的义务	(120)
第二节 买方的义务	(136)
第六章 国际货物买卖合同的违约类型及补救措施	(143)
第一节 违约的类型	(143)
第二节 买卖双方都可以采取的救济方法	(154)
第三节 卖方违约时,买方特有的补救措施	(166)
第四节 买方违约时,卖方特有的补救措施	(169)

第七章 国际贸易中的货物所有权转移与风险转移	(171)
第一节 货物所有权的转移	(171)
第二节 国际贸易中货物风险的转移问题	(184)
第八章 国际货物买卖合同的主要条款及法律意义	(197)
第一节 合同首部要解决的问题	(197)
第二节 合同正文要解决的问题	(198)
第九章 国际货物运输法	(211)
第一节 国际海上货物运输中的法律问题	(211)
第二节 国际航空货物运输中的法律问题	(229)
第三节 国际铁路货物运输中的法律问题	(236)
第四节 国际货物多式联运中的法律问题	(239)
第十章 国际货物运输保险法	(245)
第一节 国际海上货物运输保险	(245)
第二节 国际陆上与航空货物运输保险	(265)
第十一章 国际贸易支付的法律	(268)
第一节 国际贸易支付过程中所涉及的票据问题	(268)
第二节 国际贸易支付的方式	(285)
第三节 新型国际贸易支付方式——国际保理	(307)
第十二章 国际贸易争议的解决	(324)
第一节 概述	(324)
第二节 协商和调解	(328)
第三节 国际商事仲裁	(331)
第四节 国际民事诉讼	(338)
第十三章 对外贸易管理的国内法制度	(344)
第一节 各国有关对外贸易的法律管制概述	(344)
第二节 关税管理措施	(348)
第三节 非关税管理措施	(352)
第四节 美国对外贸易管理的法律制度	(358)
第十四章 我国管理对外贸易的法律制度	(366)
第一节 我国对外贸易管理的法律框架	(366)
第二节 我国货物进出口管理制度	(377)
第三节 我国进出口货物检验制度	(380)
第四节 我国外汇管理的法律制度	(384)

第五节 中国的对外贸易调查制度	(387)
第十五章 区域经济一体化与区域性贸易协定	(394)
第一节 区域经济一体化概述	(394)
第二节 主要区域经济一体化组织	(400)
第三节 WTO 对区域贸易协定的法律规制	(410)
第四节 区域经济一体化对国际贸易的影响	(413)
第十六章 国际贸易救济措施	(418)
第一节 反倾销	(418)
第二节 反补贴	(432)
第三节 保障措施	(440)
第十七章 世界贸易组织多边贸易体制	(453)
第一节 世界贸易组织的前身 ——关税与贸易总协定概论	(453)
第二节 世界贸易组织多边贸易法律体制	(460)
第三节 1994 年《关贸总协定》的主要内容	(467)
第四节 世界贸易组织约束非关税壁垒的主要协议	(476)
第五节 世界贸易组织调整国际贸易的新领域	(488)
第十八章 WTO 争端解决机制	(501)
第一节 WTO 争端解决机制的受案范围	(501)
第二节 WTO 争端解决机构解决争端的程序	(507)
第三节 WTO 争端解决裁决的执行	(511)
第四节 WTO 争端解决机制的意义	(514)
附录 《联合国国际货物销售合同公约》	(518)

第一章 国际贸易法绪论

第一节 国际贸易法的概念和特点

人类进入 21 世纪以后,国际贸易法的内容日趋丰富和完善,国际贸易法的学科体系也初步建立。尽管如此,给国际贸易法下一个确切定义并非易事。但无论如何应该从国际贸易法调整的对象、法律渊源的形式以及其所规范的行为的跨国性来考虑。

一、国际贸易法的概念

国际贸易法(International Trade Law)是调整跨国之间商品、技术、服务的贸易关系以及与这种贸易关系有关的其他各种关系的法律规范的总称。可以看出国际贸易法所调整的是国际贸易关系,包括商品、技术和服务的跨国交易关系和跨国贸易管理关系,而“与这种贸易关系有关的其他各种关系”则包括了诸如知识产权、竞争行为、环境保护、特定的投资措施等方面的关系。国际贸易法调整的范围虽然很广,但也不能广至无限。跨国之间商品、技术、服务的贸易关系是国际贸易法调整的主要对象,而“与这种贸易关系有关的其他各种关系”本应由相应的法律来调整(如国际环境法、反不正当竞争法等),国际贸易法只对其中与贸易发生联系的部分进行调整,并不能解决所有与此相关的本应由专门法律调整的问题。

二、国际贸易法的特点

国际贸易法调整的范围非常广泛,这是由国际贸易法的特点所决定的。国际贸易法具有以下特点:

(一) 国际贸易法的主体具有广泛性

自然人、法人、各种类型的企业、国家机关以及国家组织都可以成为国际贸易法的主体。我国 2004 年修订的《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。”这是与 1994 年《对外贸易法》相比发生的一个重大变化,将对外贸易经营者的范围扩大到个人。尽管如此,自然人在国际贸易领域的作用仍然有限。

在这些主体当中,国家是一个特殊的主体,其特殊性体现在它享有主权豁免

免。国家在以自己的名义从事各种经济活动时,未经其同意,国家主权行为和国家财产享有豁免权。国家在参加各种贸易活动时,也可以平等的民事主体资格参加,通过一定方式自愿放弃豁免权。国家作为国际贸易法的主体,行使着管理和监督贸易活动的职能。为行使这一职能而制定的行政法律规范是国际贸易法的重要组成部分。

值得一提的是,在当今国际贸易的舞台上,最为活跃的主体当属跨国公司。跨国公司是全球化的动力,同时也是全球化时代各种矛盾的聚焦点。跨国公司已经潜移默化地改变了全球的投资、生产和经营,改变了当代世界政治和经济的基本结构和运行模式,也深刻影响了国际贸易法的发展。跨国公司凭借其雄厚的财力、物力和人力资源,在实施其全球经营战略的过程中,往往与所在东道国的经济发展战略不相符。跨国公司对东道国的投资具有双重属性。一方面,它可以推动东道国经济发展,如输入先进的技术和新设备,提高东道国技术发展水平;通过竞争的压力、示范和仿效的作用以及与当地供应商之间的关联关系,对东道国的内资企业起推动作用;促进资本的形成等等。另一方面,跨国公司的投资可能损害东道国利益,如跨国公司逃避所在国法律的管辖、影响所在国的政府决策、用各种限制性商业惯例限制竞争、垄断市场、牟取暴利等等。对此,有必要通过制定一定的法律规范对跨国公司的活动进行监督。

(二) 国际贸易法的内容具有多样性

目前,国际贸易不仅有传统的以货物买卖为主的贸易方式,也有包括国际知识产权贸易和国际服务贸易在内的现代方式。传统的国际贸易是指国际货物买卖,即有形动产买卖。国际货物买卖法在国际贸易法中是历史最为悠久、内容最为完备的一个部分。进入 20 世纪 60 年代以后,国际贸易法的内容扩大到技术贸易,超越了有形动产的范畴。20 世纪末,由于国际服务贸易有了令人瞩目的发展,关税与贸易总协定(GATT)乌拉圭回合谈判于 1994 年签署了《服务贸易总协定》,将服务贸易纳入了 WTO 调整范围之内。我国《对外贸易法》第 2 条第 2 款规定:“本法所称对外贸易,是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。”同时,根据 WTO 法律制度,《对外贸易法》第 2 条第 1 款新增加了“本法适用于对外贸易以及与对外贸易有关的知识产权保护”的条款,同时还在第五章专门规定了“与对外贸易有关的知识产权保护”,因此,将与贸易有关的知识产权保护纳入到了我国《对外贸易法》的调整范围。可见,我国《对外贸易法》的调整范围包括对货物进出口的管理、对技术进出口的管理、对国际服务贸易的管理和与对外贸易有关的知识产权保护等四种形式。

货物进出口是指营业地在不同国家的当事人进行的跨国界的货物买卖交易。根据我国《货物进出口管理条例》第 2 条规定:“从事将货物进口到中华人民共和国关境内或者将货物出口到中华人民共和国关境外的贸易活动,应当遵

守本条例。”

根据我国《技术进出口管理条例》第2条第1款的规定,技术进出口是指从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内,或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外,通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。

WTO《服务贸易总协定》第一部分“范围和定义”第1.2条将服务贸易定义为,指通过跨境交付(cross-border supply)、境外消费(consumption abroad)、商业存在(commercial presence)、自然人流动(movement of personnel)等形式跨越国境提供服务的贸易。

跨境交付是指服务的提供者在一成员的领土内向另一成员领土内的消费者提供服务。例如,在英国的律师为在美国的客户提供法律咨询服务;美国的教育考试培训机构向外国消费者提供 TOFEL 网考模拟测试服务等。它是通过电讯、邮电、计算机网络等为对方服务,充分体现了国际贸易的一般特征,是国际服务贸易的最基本形式。

境外消费是指在一成员领土内向任何其他成员的服务消费者提供服务。其特点是消费者到境外去享用境外服务提供者的服务。例如,一成员的消费者到另一成员领土内旅游、求学等。

商业存在是指一成员的服务提供者通过在任何其他成员领土内的商业存在提供服务。这种方式既可以是在一成员领土内组建、收购或维持一个法人实体,也可以是创建、维持一个分支机构或代表处。例如,一成员的银行到另一成员领土内开设分行,提供金融服务。这种服务提供方式有两个主要特点,一是服务的提供者和消费者在同一成员领土内;二是服务提供者到消费者所在国的领土内采取了设立商业机构或专业机构的方式。商业存在可以完全由在当地雇用的人员组成,也可以有外国人参与。在后一种情况下,这些外国人以自然人流动的方式提供服务。

自然人流动是指一成员的服务提供者通过其在任何其他成员领土内的自然人存在提供服务。例如,某人是 A 国的律师,他来到 B 国,没有设立自己的律师事务所,而直接提供法律咨询服务;来自英、美等英语国家的自然人,到非英语国家的学校或其他教育培训机构提供英文教育服务等。这类贸易规模较小,时间有限。它与商业存在的区别是,服务提供者没有在消费者所在国的领土内设立商业机构或专业机构。自然人流动中的自然人在他国境内的存在是暂时的,而且不能取得其他成员国永久公民的资格,不能永久居留和就业。

(三) 国际贸易法具有复杂性

国际贸易法不仅调整国家之间的贸易关系,也调整营业地在不同国家的法人、自然人之间的贸易关系,同时还调整国家与法人、自然人之间的贸易关系。国际贸易活动具有多环节的特点,每笔交易,除了买卖双方签订合同外,还需要

与运输、保险和银行等部门建立交易关系,还可能需要接受海关、商品检验机构和外贸主管机构的监督与管理。缺少任何一个环节,国际贸易活动都不可能正常开展。而且每一种关系都有其特定的内涵和本质属性。当事人之间的每一笔生意,既要受私法规范的约束,也要服从于公法规范的限制。因此,国际贸易法所包含的法律规范极其丰富,不局限于某一特定范畴的法律规范。多数情况下,某一种国际贸易关系,往往涉及四个方面的法律:(1) 调整国际贸易的国内法,如合同法、海商法、票据法及保险法等;(2) 国家对国际贸易管理的法规,如海关法、关税法、外汇管理法、商品检验法等;(3) 有关国际贸易的国际性法律规范和国际贸易惯例,如双边或多边贸易协议等;(4) 处理贸易争议的规范,如国际商事仲裁法及国际民事诉讼程序方面的法律。这些规范的制定者不尽一致,其适用的对象有所不同,其调整的领域也各有侧重。然而,这些规范交互作用,共同服务于国际贸易的诸环节,故而构成颇为复杂的但又是完整的现代国际贸易法的体系。值得注意的是,国际社会对国际贸易公法规范的重视远远超过对国际贸易私法规范的重视。WTO 的成立,更加促进各国政府加强制定对国际贸易活动进行管理的措施。

由于国际贸易法调整的对象如此广泛,把与这些贸易有关的所有法律规范统统纳入本书的内容是有困难的。此外,国际技术贸易和服务贸易在交易的法律性质和有关法律规范的内容上与国际货物贸易有着重大区别,基于这种情况,本书的内容主要以讨论国际货物贸易的法律为限,包括国际货物买卖、国际货物运输与保险、国际贸易支付、各国及国际上,特别是世界贸易组织在管理国际贸易方面的法律以及国际贸易争议的解决方法等。

第二节 国际贸易法的渊源和历史发展

一、国际贸易法的渊源

任何一个部门法都有其渊源。法的渊源包括广义和狭义两种。广义的法的渊源是指法产生的基础、法产生的根据和法的表现形式。一般包括法的实质渊源和形式渊源。就狭义而言,法的渊源仅指法的形式上的渊源,即法的表现形式,而不包括法的实质渊源。法的实质渊源是法理学的研究对象。这里所说的国际贸易法的渊源仅限于国际贸易法的形式渊源,它是指国际贸易法律规范的表现形式,或者说是指赋予这些法律规范法律效力的法律文件的形式。归纳起来,主要包括国际法渊源和国内法渊源。国际法渊源包括国际贸易条约和国际贸易惯例,国内法渊源包括国内立法和判例。对于国际组织的决议和法学家的学说能否作为国际贸易法的渊源,从立法角度和法律适用的可行性方面来看,还

不能作为具有法律约束力的渊源。

(一) 国内立法

国内立法是国际贸易法的重要表现形式,它是指由国家制定的法律、法规、条例等规范性文件。由于国际贸易的发展及重要作用的增长,一国为便于进行对外贸易,往往参照国际上通行的实践或规定,再结合本国情况,制定本国专门调整对外贸易关系的法律。由于目前在国际贸易领域有许多法律问题尚未达到统一,国际贸易在很大程度上仍须受各国国内法的约束。虽然我们也看到,目前已经有了大量的国际立法,但这种国际法律规则并没有涵盖所有的国际贸易关系,更未能约束所有的国家。另外,国际条约和国际贸易惯例的适用和效力皆来自国内法的规定。因此,在许多情况下,国内法仍处于十分重要的地位。各国国内有关调整国际贸易关系的法律,只要不与国际贸易交往的一般原则相抵触,则是国际贸易法的重要渊源之一。这些法律既包括各国的民商法,也包括各国管理对外贸易的法律。其内容涉及外贸管理和合同交易两个方面。就外贸管理而言,自第二次世界大战以来,各国都制定了专门的法律,如对外贸易法、进出口许可证法、海关法、出入境检验检疫法、反倾销与反补贴法等,国际贸易公法规范的内容日益丰富了。规范平等主体之间的法律规范包括已经法典化的国家的民法典、商法典;尚未法典化的国家的物权法、合同法、侵权行为法、海商法、保险法、票据法等单行法律,以及一国的国际私法规则等等。

我国先后颁布了很多与国际贸易有关的法律,1999年10月1日正式生效的《合同法》对健全我国的合同法律制度,完善社会主义市场经济行为规范,促进国际贸易的正常发展都起着非常重要的作用。2004年4月6日修订的《对外贸易法》在积极应对我国入世以来对外经济关系和经济地位的变化、扩大外贸经营权、加强对外贸易中知识产权的保护等方面都作出了明智和切实的规定。同样为了积极应对入世后新的贸易形势,我国还在2004年修订、并于同年6月1日正式施行了《反倾销条例》、《反补贴条例》和《保障措施条例》。它们分别系统地规定了WTO授权各成员方的各项贸易救济措施。海运是国际货物贸易最常用的运输方式,1992年11月7日通过、现正面临修改的《海商法》是我国海上货物运输领域的基本法。作为我国立法史上较早的一部法典,该法在十余年的施行中出现了一些问题。但不容忽视的是,这部法律的存在,指导我国法院解决了大量的海事纠纷,维护了海运秩序。相信在修改后,《海商法》将能更加贴近现实需求,合理地平衡和维护船货双方的利益。此外,最高人民法院还在2007年7月23日发布了《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》,明确了许多重要的法律适用规则,对于增强从事对外贸易主体对自身行为法律效果的预见性、规范和统一我国法院审理对外贸易纠纷的程序和法律适用方面起到了不可忽视的作用。值得注意的是,2010年10月28日,在第十

一届全国人大常委会第十七次会议上表决通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》,该法将于2011年4月1日起施行。这部法律的颁布与施行将完成我国涉外民事法律关系规则的系统化和现代化,具有极其深远的意义。

在英美法系国家,除了以法院判例形成的普通法以外,还有单行的货物买卖法或商法典,如英国的《货物买卖法》和美国的《统一商法典》。英国1893年《货物买卖法》是在总结英国法院数百年来关于货物买卖的判决基础上制定的法律。英国分别于1979年和1994年对该法进行了修订。其中1994年的修订只是在四五个地方对1979年版本进行了修改或澄清,并不是一个完整的法例,因此,当前适用的《货物买卖法》一般被称为1979年《货物买卖法》。货物买卖法是由商人习惯法发展起来的,与其他部门法相比,它带有鲜明的习惯法的烙印。这部法律对其后英美法系各国的相关立法产生了深远的影响,这种影响并扩展到诸如《联合国国际货物买卖合同公约》、《国际贸易术语解释通则》等国际贸易法的重要文件。美国《统一商法典》自1952年首次公布以来,就成为美国商业领域最为重要的一部法典。它是由美国全国统一州法委员会和美国法学会组织制定和修改,再由各州议会批准、通过的。截止到1968年,除路易斯安那州以外,所有的49个州均采纳了《统一商法典》。该法典并非完全意义上的商法典,其主要涉及的是与货物买卖联系密切的各类商务交易,对于其未规定的内容还要求助于普通法。美国国内法中涉及国际贸易的另一项重要制度是其贸易救济制度。无论是2000年《持续倾销和补贴抵消法》,还是1988年《综合贸易及竞争力法》中的201防卫条款、301报复条款、保护知识产权的337条款,都为美国相关机构所经常使用,对美国的国际贸易伙伴产生了深刻的影响。在大陆法系国家,实行民商分立的德国、法国、日本、韩国等国家都制定有民法典和商法典来调整民商事关系;实行民商完全合一的瑞士、意大利等国家则将商法的大部分内容都纳入民法典统一规定;实行民商不完全合一的我国台湾地区则是将商法的一部分内容纳入民法典,而公司、票据、保险、海商等商法的主要内容则采用单行立法。这些制定法是大陆法系国家和地区调整对外贸易民商事关系的最主要法律依据。

(二) 国际贸易司法判例

国际贸易司法判例包括国际司法判例和国内司法判例。国际司法判例方面包括国际法院的判例,它可以构成国际贸易法判例法方面的渊源。此外,还有世界贸易组织争端解决机构通过的裁决和具有权威性的国际仲裁机构的裁决。应该说这些裁决只对本案和本案当事人有效,裁决中对法律的解释以及对其他同类性质案件的处理并无当然拘束力,因此,这部分的裁决并不是真正意义上的国际贸易法的渊源。国内司法判例方面,所谓判例,是指由法院对典型案件审理终结时所作出的、可作为典范的判决。根据其在对法院审理同类案件时所起的作

用不同,可以分为参考判例和具有规范效力的判例。前者只具有参考借鉴作用;后者不仅具有参考借鉴作用,而且具有法律效力,法院今后处理相同或相似的案件都要以该判例为依据。以具有法律效力的判例作为其表现形式的法律便是判例法。传统上,判例法被认为是普通法系国家重要的法律渊源。随着司法制度的改革,制定法的作用越来越受到重视,成为一个重要的法律渊源,但是,这并不影响判例法在普通法律体系中所占的主导地位。而在今天的大陆法系国家,判例的法源性亦已得到相当程度的肯定,在法律实践中所起的作用亦越来越重要。例如,法国最高法院的判例因其地位的因素,而使其他法院的判决不得与之轻易抵触,并被其他法院所仿效。

我国是成文法国家,判例不具有法律渊源的作用。但随着司法实践的发展,判例所具有的补充成文法不足的特有功能和优势日渐显示。近年来,为完善我国的法制建设,我国也积极向国外吸收、借鉴其有益经验和法律制度。其中,普通法系和大陆法系的判例制度也引起了法学界的关注。自1985年起,最高人民法院开始以公报的形式发布案例,尽管这些被公布的案例只具有参考价值,而无明确的约束力,但已为我国建立中国式判例制度建立了实践基础。

(三) 国际贸易条约或公约

目前,国际社会主要通过两种途径达到国际贸易法的统一,即国家间缔结国际条约和国际组织编纂国际贸易惯例。

国际贸易条约是缔约国为了确定相互贸易关系而缔结的关于相互之间权利义务关系的协议。根据参加国的多少,条约可以分为双边条约和多边条约,根据条约内容的性质划分,条约又可以分为具有公法性质的条约和具有私法性质的条约。具有公法性质的贸易条约是协调国家之间对外贸易管理的政策措施的条约,如《关于实施关贸总协定1994年第6条的协定》(简称“反倾销协定”)等。具有私法性质的贸易条约是关于贸易交易的规则,如1980年《联合国国际货物买卖合同公约》。对于多边条约,如果参加国是属于一定区域内的国家,我们称其为区域性贸易条约,如《北美自由贸易协定》等;对于经过一定法律手续任何国家都可以加入的多边贸易条约,我们称其为全球性贸易条约,其代表文件有1980年《联合国国际货物买卖合同公约》和1994年《建立世界贸易组织的协定》等等。对国际贸易法渊源影响力最大的当属多边的、具有普遍性的统一私法或统一公法条约。这类贸易条约因多数国家参加而带有普遍性,是国际贸易法的最重要的渊源。

由于各国政治、经济与法律形成的历史过程不同,在立法形式和内容方面都存在差异和分歧,客观上迫切需要统一国际贸易法律。时至今日,通过国家间缔结国际条约而形成的国际贸易统一法规范已经很多,所涉及的领域包括国际货物买卖、运输、支付、代理及反倾销等方面,还有与贸易有关的知识产权方面以及

国际贸易争端解决机制与国际贸易仲裁等等方面的公约。在国际货物买卖领域,主要有 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》、1974 年《国际货物买卖时效期限公约》及其 1980 年《修订国际货物买卖时效期限公约的议定书》、1985 年《国际货物买卖合同法律适用公约》等。在国际货物运输方面,主要有 1924 年《统一提单若干法律规则的国际公约》(《海牙规则》)、1968 年《关于修订统一提单若干法律规则的国际公约的议定书》(《维斯比规则》)、1978 年《联合国海上货物运输公约》(《汉堡规则》)、1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》(《华沙公约》)、1955 年《修改统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》(海牙议定书)、1961 年《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》(《瓜达拉哈拉公约》)、1951 年《国际铁路货物运输协定》(国际货协)、1961 年《关于铁路货物运输的国际公约》(国际货约)、1980 年《联合国国际货物多式联运公约》等。值得一提的是,联合国国际贸易法委员会于 2008 年 12 月 11 日通过了《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》(简称《鹿特丹规则》),这部新的海运公约志在取代先前的三大海运公约,统一国际海运规则。公约的签署国在 2009 年已经达到 21 个,按照公约的规定,《鹿特丹规则》将于 2010 年正式生效。目前中国尚未签署公约,但公约相关情况的进展受到了政府和学界的关注。在国际贸易支付方面,主要有 1930 年《汇票和本票统一法公约》、《支票统一法公约》、1988 年《联合国国际汇票与国际本票公约》。在技术贸易领域,主要是一些与贸易有关的知识产权公约,包括 1883 年《保护工业产权巴黎公约》(1979 年第 7 次修订)、1891 年《商标国际注册马德里协定》(1979 年第 7 次修订)、1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(1971 年第 7 次修订)、1994 年 WTO 体制下《与贸易有关的知识产权协定》等。在解决国际贸易争议方面,有 WTO 体制下《关于争端解决规则和程序的谅解》、1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》等。

在国内法和条约的相互地位关系上,有的国家认为国内法的地位优于条约;有的国家规定国内法与条约地位相等,如根据美国法院解释和适用《美国宪法》第 6 条第 2 项的判例法,条约和国会制定法都是美国法律,但和宪法相抵触的条约,和与宪法相抵触的制定法一样,在美国法上都无效。有的国家认为条约的地位优于国内法,如法国 1958 年《法国宪法》第 55 条规定,经过合法批准或核准的条约或协定,在公布后,具有高于法律的权威,但以缔约他方实施该条约或协定为条件。有的国家甚至认为条约不但优于一般的国内法,而且也优于国家宪法,如荷兰 1953 年的《宪法》规定,条约的地位不仅优越于一般国内法,而且也优越于宪法。

应该说通过签订国际条约,确定国际贸易的实体规范和冲突规范,以达到国际贸易法的统一的目的,已取得了很大进展。但由于以下因素的影响使国际条

约作为国际贸易法渊源的作用受到了限制:

(1) 各国自行制订的有关国际贸易的管制立法仍然有效,国际条约对此不能加以统一,仍须服从各国的国内立法。

(2) 根据国际法上有关条约生效的原则,国际条约有赖于各国接受才能对该国当事人产生作用,有些国家出于各种原因不批准该条约或在批准时作保留,使国际条约的内容失去了其完整性。

(3) 国际条约的内容有其局限性,对许多问题没有规定,使公约在统一调整国际贸易关系时留下许多空白。

(4) 有些具有私法性质的国际条约要服从当事人签订的合同条款的限制,即当事人之间的合同条款可以排除公约的适用。

尽管国际公约作为国际贸易法的渊源有其局限性,但国际组织和各国的有识之士仍在为制定和达成有关的国际公约进行着不懈努力。我们也深信,随着世界经济一体化的发展和贸易自由化的进程,国际贸易法将在国际贸易的各个领域内更趋统一,接受国际贸易统一法的国家也将越来越多。

(四) 国际贸易惯例

国际贸易惯例是指在国际交往中反复使用、逐步形成的、为交易当事人所承认并具有规则效果的规则或程序,主要是某些通用的习惯做法或先例,这些习惯做法或先例可以用来确定当事人之间的权利和义务。

国际贸易惯例既不是国内法上的习惯法,也不是国际公法上的国际习惯法。国际贸易惯例是不同国家的商人间的自治性的共同遵守的规则,它不同于仅适用于一国境内或某法域内的习惯法。与国际公法中的国际习惯法相比,国际贸易惯例具有其自身的特点:首先,国际贸易惯例并不自动对当事人产生约束力,只有经过当事人接受,才能成为确定他们之间的权利义务关系的准则。作为国际公法渊源之一的国际习惯法,其效力的产生并不依据于各个国家的明确同意,一般认为,只要一个国家不是一贯地、明确地反对某一项国际习惯的成立,那么该项国际习惯对该国就是适用的。其次,国际公法中的国际习惯法基本上是不成文法,而国际贸易惯例中作用较大的部分,则是以成文规则的形式出现的。

国际贸易惯例的规范作用可以体现在两个方面:一方面表现为当事人明示或默示接受,如在合同中引用国际贸易惯例,这样就起到了约束当事人的作用,此时国际贸易惯例就具有了优于国内立法的效力。当然这种选择应在一个国家法律准许的范围内,这一点已被国际公约所认可。如《联合国国际货物买卖合同公约》第9条规定,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,对双方均有拘束力。另一方面,尽管当事人没有明示或默示接受国际贸易惯例,但法院或仲裁庭认可某项惯例的效力并适用于该案。我国《民法通则》和《海商法》都规定,对中国法律及参加的国际条约未作规定的事项,可以适

用国际惯例。此时,国际贸易惯例具有替补的效力,也就是说,在国内立法和国际条约都没有规定的情况下,可以参照适用。这表明,国际贸易惯例作为国际贸易法律渊源的作用正在加强,接受国际贸易惯例已成为国际上的一种趋势。之所以如此,是因为国际贸易惯例是各国商人普遍理解、认同的行为规则,其内容也已达到高度统一,具有公平合理性,能反映国际贸易的一般规律,商人乐于接受以此作出的判决。如国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》,各国银行在国际货物买卖的结算中都遵守该规则,其效力已接近于国际立法。

应该说明的是,适用国际惯例(其中主要包括国际贸易惯例)已得到国内法及国际条约的广泛许诺,但对在所涉及的领域是否存在国际惯例,以及即使存在国际惯例,其适用的条件如何等问题,至今学术界仍未加以深入研究。目前,在国际商事关系中,应避免滥用国际惯例的现象,尤其是在当事人未在合同中采用的情况下,对国际惯例的适用应严格把握。一般认为适用国际惯例应满足的条件是:(1) 法律(即合同准据法)未有明确规定的事项;(2) 已被商人知晓或理应知晓而且已被普遍接受的规则;(3) 不得违背法院地或仲裁庭所在地国家的公共秩序。

作为国际贸易惯例,还存在另一种表现形式,即由国际经济组织、国际贸易协会或规模较大的公司制定的区域性或行业性的标准合同,如伦敦保险业协会以及中国人民保险公司制定的货物运输保险条款;波罗的海国际航运协会制定的“金康”航程格式合同等等。这些标准合同的共同特点是:只有当事人自愿采用它们时,才能适用,而且合同双方可以用协议的方式加以修改和补充。可以说,这些标准合同经过某一地区或某一行业的商人们的长期采用,可成为国际贸易惯例的一种新形式。由于具有节约交易时间、事先分配风险、减低交易成本等优点,格式合同在现代国际交易中有扩大使用的趋势。这一现象使法律对贸易双方的影响越来越小,双方按照合同自由原则依格式合同履行义务,合同中没有规定的,双方才援引法律来明确双方的权利和义务。

上述几种形式的国际贸易法渊源在法律效力上很难说有高低之分,这个问题涉及国际条约、国际贸易惯例和国内法的关系,对此问题不同的国家有不同的规定。我们认为对其效力的认定应遵循的一般原则是:(1) 如果一个国家参加了某一国际公约,那么该国就承担了不使其国内法与该公约相抵触的义务;(2) 当事人在不规避有关国家的强制性规范适用的前提下,可以选择某一国内立法或国际惯例对其贸易合同关系予以适用;(3) 在某一个具体合同中,如果当事人同意适用的某一条款与某一国际条约的有关条款或标准合同条款相冲突,当事人双方订立的合同条款优先适用,这一点可以体现在 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》的第 6 条和第 9 条以及《华沙—牛津规则》的第 1 条。