

国际经济与贸易专业应用型人才“十二五”规划教材

国际商法

吴兴光 主编

黄丽萍 赖忠孝 副主编

清华大学出版社



014034051

D996.1
254

国际经济与贸易专业应用型人才“十二五”规划教材

国际商法

吴兴光 主编

黄丽萍 赖忠孝 副主编



D996.1

254

清华大学出版社



北航

C1722325

120380410

内 容 简 介

本书以国际贸易统一法为主线,以英美法、大陆法、中国法为辅线,结合典型判例,全面介绍了国际商事交易所涉及的法律规定,分析了理论和实践问题,包括合同法、货物买卖法、商事组织法、代理法、产品责任法、票据法、仲裁法等领域,旨在让学生全面了解和掌握国际商法,增强法律意识,提高分析问题和解决问题的能力。本书理论紧密联系实际,具有较强的系统性和实用性。

本书适合高等院校国际经济与贸易、国际工商管理等专业的本科生和研究生(MBA)作为教材使用,也可作为外贸公司经理、外销员的培训教材或参考用书。

本书配有课件,下载地址为: <http://www.tupwk.com.cn/downpage>。

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 / 吴兴光 主编. —北京:清华大学出版社, 2014

(国际经济与贸易专业应用型人才“十二五”规划教材)

ISBN 978-7-302-35485-7

I. ①国… II. ①吴… 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 031114 号

责任编辑:施 猛 马遥遥

封面设计:常雪影

版式设计:方加青

责任校对:曹 阳

责任印制:杨 艳

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>, 010-62794504

印 装 者:北京密云胶印厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm

印 张:21.75

字 数:380 千字

版 次:2014 年 4 月第 1 版

印 次:2014 年 4 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:34.00 元

产品编号:057680-01

作者简介

吴兴光，男，1948年出生，广东梅州人，法学教授，对外经济贸易大学法学硕士。先在湛江外贸部门工作13年，后调入广州外贸学院任教，曾任外贸经济系副主任等职，两校合并后先后任广东外语外贸大学教务处副处长、法学院院长等职，曾兼任广东省法学会副会长。在广外大任教32年后于2012年退休，现任广州商学院学科带头人，研究方向为国际经济法。曾在香港中文大学工商管理学院、英国曼彻斯特大学法学院做访问学者，研究英国商法、欧共同体法等。近年来主持并完成省部级、厅局级等科研项目多项，在内地和香港出版《美国统一商法典概要》《实用美国商法详解》《欧盟有关政府行为控制的法律研究》等专著5部；主编《国际商法》等教材3部，在国内期刊发表学术论文50余篇。

黄丽萍，女，1968年出生，福建泉州人。厦门大学法律系法学学士、西南政法大学经济法学系法学硕士、武汉大学法学院法学博士。现为广东外语外贸大学法学院副院长、教授，主要研究方向为国际商法、知识产权法。近年来主持或作为主要成员参加省部级课题和国际合作研究课题6项，在学术期刊、报纸上发表学术论文近20篇，出版学术专著《知识产权强制许可制度研究》，主编《国际商法》教材，还参与撰写其他学术专著、教材多部。

赖忠孝，男，1962年出生，湖南益阳人，现为辽宁对外经贸学院国际经贸学院院长、国际经济与贸易专业教授、国际经济与贸易本科专业带头人、辽宁对外经贸学院教学名师、澳门科技大学工商管理硕士(MBA)，大连理工大学访问学者。研究方向为国际贸易理论与实务、国际商法、国际金融。近年来主持或作为主要成员参加省部级(含副省级)课题8项，获省级教学成果二等奖1项、三等奖1项，在核心期刊发表论文5篇，主编《国际贸易单证》《商贸法律与案例》教材、副主编《国际货物贸易实务》教材获批省级优秀教材，参与撰写学术专著和教材多部。

刘晓蔚，女，1971年9月出生，宁夏银川人，现为广东外语外贸大学法学院副教授、西南政法大学法学硕士。研究方向为经济法、民事诉讼法。近年来发表论文《论涉外民事诉讼管辖权冲突》《论民事诉讼管辖规避的形式、成因及对策》等十余篇，参编《国际商法》《国际商务专业知识》等教材。

刘睿，女，1978年出生，云南昆明人。现为广东外语外贸大学法学院讲师，对外经济贸易大学法学硕士。主要科研成果有教材《经济法》《国际商法》等。

盛琨，女，1986年出生，甘肃金塔人。广东外语外贸大学法学硕士，现为广州商学院法律系讲师。主要科研成果有论文《美国〈统一商法典〉买卖编违约救济研究》等。

前 言

改革开放以来,我国内地出版的《国际商法》教材,最早的版本是由沈达明、冯大同、赵宏勋三位教授合编的,于1982年在对外贸易教育出版社出版。20世纪80年代,这门从西方发达国家引进的课程,成为国际贸易和相关专业的“老五门”课程之一。这门课程影响了整整一代外经贸人(包括经理、高管、业务员),课程中所涉及的知识也成为他们从事外经贸工作的一种重要武器。三十余年过去了,《国际商法》教材的出版呈现了百花齐放的景象,各种版本不下几十种。现在,国际商法课程仍然是国际经济贸易等专业的一门重要课程,足见此课程的蓬勃生命力和长远影响力。

我国于2001年加入了世界贸易组织(WTO)。十余年来,世界经济格局发生了重大变化。中国已经成为全球第二大经济体,连续三年成为第一大出口国和第二大进口国。人民币进入国际流通货币的前十名。我国经济对外贸易依存度的提升,对国际商法课程有重要的鼓舞作用。此次,我们对原来的教材进行了全面的审视,与时俱进地做了局部的改动、完善。

本书的撰写分工如下(以章节先后为序)。

第一章:吴兴光;第二章:黄丽萍、刘睿;第三章:刘晓蔚;第四章:吴兴光、盛琨;第五章:赖忠孝、吴兴光;第六章:刘晓蔚;第七章:刘睿;第八章:刘睿;第九章:刘晓蔚;第十章:盛琨;第十一章:盛琨;第十二章:黄丽萍。

全书由吴兴光、黄丽萍、赖忠孝统稿和定稿。

翘望各位同行和读者交流看法、批评指正。反馈邮箱: wkservice@vip.163.com。

吴兴光
2014年2月
于广州商学院

目 录

第一章 ● 导论	1
第一节 国际商法概述	1
一、国际商法的概念与特点	1
二、国际商法的产生与发展	4
第二节 国际商法的渊源	6
一、国际商法渊源概述	6
二、国际法渊源	7
三、各国商法制度	8
第三节 国际商法的适用	12
一、国际商法适用概述	12
二、法律适用规则	14
第四节 国际贸易统一法的产生、发展与前景	16
一、国际贸易统一法的产生	16
二、国际贸易统一法的发展与前景	16
第二章 ● 商事组织法	21
第一节 概述	21
一、个人企业	21
二、合伙企业	22
三、公司	22
第二节 合伙企业法	22
一、合伙企业与合伙企业法概述	22
二、合伙企业的设立	24
三、合伙企业的财产关系	26
四、合伙企业的内部关系与外部关系	27
五、入伙与退伙	29
六、合伙的解散与清算	30
第三节 公司法	31
一、公司法总论	31

	二、有限责任公司	43
	三、股份有限公司	49
第四节	中国外商投资企业法	56
	一、中外合资经营企业	57
	二、中外合作经营企业	63
	三、外资企业	66
第三章	代理法	68
第一节	代理法概述	68
	一、代理的起源	68
	二、代理的概念	70
	三、代理的类型	71
	四、代理权的消灭	74
	五、无权代理	74
第二节	代理的法律关系	77
	一、代理的内部关系	78
	二、代理的外部关系	79
第三节	中国代理法	81
	一、概述	81
	二、代理的概念	82
	三、代理的类型	82
	四、代理权	83
	五、无权代理	83
第四章	合同法	84
第一节	合同法概述	84
	一、合同的定义和特征	84
	二、合同法与各国编制体系	85
	三、国际统一合同法的蓝本——《国际商事合同通则》	86
第二节	合同的成立	89
	一、西方发达国家关于合同有效成立的要件	89
	二、要约	92
	三、承诺	94
	四、中国法关于合同订立的规定	97
第三节	合同的效力	98
	一、错误	99
	二、欺诈	100
	三、胁迫	100
	四、显失公平	101
第四节	合同的内容、合同的履行与合同条款	101

一、合同的内容	101
二、一般履行	103
三、关于公共许可	104
四、艰难情形	104
五、合同的条款	105
第五节 不履行与救济方法	115
一、可免责的不履行	116
二、违约的归责原则	118
三、违约的分类	118
四、违约的救济方法	121
五、中国法关于违约责任的规定	126
第六节 合同的变更、转让与消灭	126
一、合同的变更	126
二、合同的转让	127
三、合同的消灭	129
第五章 ● 国际货物买卖法	133
第一节 国际货物买卖法概述	133
一、国际货物买卖法的渊源	133
二、中国有关国际货物买卖的法律	135
三、1980年《联合国国际货物销售合同公约》的适用	135
第二节 国际货物买卖合同的成立	138
一、国际货物买卖合同的含义	138
二、国际货物买卖合同的形式与证据	138
三、国际货物买卖中的要约	141
四、国际货物买卖中的承诺	142
第三节 卖方和买方的义务	143
一、卖方的义务	143
二、买方的义务	149
第四节 违反货物买卖合同的救济方法	151
一、买卖双方均可以采取的救济方法	152
二、卖方违约时买方可以采取的救济方法	154
三、买方违约时卖方可以采取的救济方法	157
第五节 货物所有权与风险的转移	158
一、货物所有权的转移	158
二、货物风险的转移	160
第六节 国际货物买卖中的格式合同	164
一、我国合同法关于格式合同的规定	164
二、《国际商会国际销售示范合同》评介	165

第六章 ● 产品责任法	170
第一节 产品责任和产品责任法	171
一、概述	171
二、产品责任法及其发展	173
第二节 产品责任法的主要内容	174
一、产品责任法的权利主体	175
二、产品责任法的责任主体	176
三、产品的范围	177
四、产品缺陷	178
第三节 产品责任的归责理论	181
一、美国产品责任法的归责理论	181
二、欧洲国家产品责任法的归责理论	186
三、中国法关于产品责任的归责原则	190
第四节 被告的抗辩与损害赔偿	190
一、被告的抗辩理由	190
二、损害赔偿的形式与范围	192
第五节 缺陷产品的召回制度	194
一、概述	194
二、美国产品召回制度	195
三、欧盟产品召回制度	196
第六节 产品责任的诉讼管辖和法律适用	199
一、诉讼管辖	199
二、法律适用	201
第七章 ● 国际货物运输法律制度	203
第一节 国际海上货物运输	203
一、海上货物运输概述	203
二、国际海上货物运输合同	204
三、提单运输	207
四、租船合同	212
第二节 其他类型的国际货物运输	214
一、国际航空货物运输	214
二、国际铁路货物运输	219
三、国际货物多式联运	224
第八章 ● 国际货物运输保险法律制度	228
第一节 国际货物运输保险概述	228
一、国际货物运输保险概念	228
二、国际货物运输保险的基本原则	228
三、国际货物运输保险合同	229

第二节	国际海上货物运输保险	230
一、	海上货物运输保险范围	230
二、	保险人与被保险人的权利义务关系	230
三、	海上货物运输保险条款与险别	231
第三节	国际航空、陆运货物运输保险法律制度	235
一、	国际航空货物运输保险	235
二、	国际陆运货物运输保险	236
第九章	票据法	238
第一节	票据与票据法概述	238
一、	票据的性质	238
二、	票据的种类	240
三、	票据法	241
第二节	关于票据的国际统一法	243
一、	资本主义国家票据法的编制及体系	243
二、	关于票据的国际统一法	244
第三节	汇票和本票	245
一、	汇票与本票的概念	246
二、	汇票和本票的出票	246
三、	汇票和本票的背书	249
四、	汇票的承兑	252
五、	本票的见票	253
六、	汇票和本票的保证	253
七、	汇票和本票的付款	254
八、	汇票和本票的追索权	255
九、	伪造签名	256
第四节	支票	257
一、	支票的概念	257
二、	支票的种类	257
三、	支票的资金关系	258
四、	空白支票	258
第十章	国际知识产权与技术贸易	260
第一节	概述	260
一、	知识产权	260
二、	技术转让	263
三、	反不正当竞争	263
第二节	知识产权及其保护	264
一、	知识产权	264
二、	知识产权的国际保护	274

第三节	国际许可贸易	278
一、	国际许可贸易	278
二、	国际许可合同	279
三、	国际许可合同与限制性商业行为管制	282
第十一章	对外贸易救济	288
第一节	对外贸易救济概述	288
一、	对外贸易救济的概念	288
二、	西方发达国家的有关法制	288
三、	世界贸易组织	291
第二节	反倾销	292
一、	倾销与反倾销法	292
二、	倾销成立的条件	293
三、	反倾销调查的机构与程序	295
四、	中国反倾销法	296
第三节	反补贴	300
一、	补贴与反补贴法的含义	300
二、	国际反补贴法的实体规定	300
三、	反补贴调查程序	302
四、	中国反补贴法	303
第四节	保障措施	305
一、	保障措施概述	305
二、	有关保障措施的国际性规则	306
三、	中国关于保障措施的法律规定	308
第十二章	国际商事争议解决的法律制度	310
第一节	国际商事争议解决的法律制度概述	310
一、	国际商事争议的解决方法	310
二、	国际商事争议解决的法律适用	311
第二节	国际商事仲裁制度	315
一、	概述	315
二、	国际商事仲裁机构和仲裁规则	316
三、	仲裁协议	322
四、	仲裁裁决的执行	324
第三节	国际商事纠纷的司法解决	327
一、	概述	327
二、	国际商事纠纷案件的管辖权	328
三、	外国当事人的诉讼地位	330
四、	司法协助	331
五、	承认与执行外国法院判决	333
	参考文献	335

第一章

导论

本章概要 本章主要介绍了国际商法的基本概念、国际商法的产生与发展、国际商法的法律渊源、国际商法适用的国际环境及其法律适用规则，重点阐述了国际商法的国际法渊源和各主要法系国家国内法渊源，描述了国际商法在国际社会中的运行轨迹。最后阐述了国际贸易统一法的产生、发展和前景。

本章学习目标 通过本章学习，掌握国际商法的基本概念、国际商法的渊源，了解国际商法的历史沿革及其发展以及国际商事交易的法律适用。

第一节 国际商法概述

一、国际商法的概念与特点

国际商法是调整国际商事行为和商事组织的法律规范的总和，是规范跨国间商事交易的基本行为规范。国际开展商事交易，需要维护国际商业秩序和信誉，遵循商业道德。但是商业道德只能由商业行为主体自觉遵守，没有外部的强制力保证实施。而国际商法则是以强制力做后盾保证予以实施的法律规则，因此它是规范跨国商业交易的基本规范。

案例1-1

中国技术进出口总公司与瑞士工业资源公司贸易欺诈案(1986)

中国技术进出口总公司(以下简称中技公司)于1984年12月2日与美国旭日开发公司签订购买9000吨钢材的合同。1985年年初，后者将合同转让给瑞士工业资源公司(以下简称瑞士资源)。该合同是一个CIF价格条款的货物销售合同。瑞士资源3月14日通知中技公司，货物备妥待运，请中技公司开立信用证。中技公司4月19日向中国银行上海分行开出了信用证，5月4日瑞士资源提交了载明钢材数量为9161吨，货款2 290 250美元的发票、提单及其他全套单据。中国银行付款后，瑞士资源先是托辞中国港口拥挤，船舶改变航线，货物延期到港，而后又中断了与中技公司的联系。中技公司赴欧洲调查的结果表明，装运船“阿基罗拉”号，在1985年内并未在该提单所载明的装运港意大利拉斯佩扎停泊过，可见，提单是伪造的。为挽回损失，中技公司扣押了瑞士资源在其他交易中尚未付出的银行贷款。经上海市中级人民法院审理，判决瑞士资源偿还货款2 290 250美元，并赔偿钢材贷款的银行贷款利

息873 784.58美元, 经营损失1 943 588.25美元, 国外公证和认证费、国内律师费29 045.77美元, 共计5 136 668.60美元。瑞士资源不服, 提起上诉, 上海市高级人民法院驳回上诉, 维持原判。

上述案例中, 瑞士资源不具有履行合同约定交付钢材的能力, 也不准备交付合同项下的货物, 是一起典型的贸易欺诈案。面对瑞士资源的欺诈行为, 中技公司积极采取了补救措施, 扣押瑞士资源的在华财产, 通过司法诉讼追索其违约和侵权责任, 维护了自身的经济权益。从以上案件可以看出, 国际商法规则是国际商事交易的基本行为规范, 不遵守该规则, 必定要受到法律的制裁。

同时, 国际商法规则也是预防国际贸易欺诈的利器。根据CIF合同属于单据交易的性质和特点, 如果中技公司预先采取防范措施——要求对方提供的信用证议付单据中须包含一张SGS公司出具的装运港船上商检报告, 本案贸易欺诈损害的结果根本就不会发生。

所以, 国际商法不仅仅是交易当事人补救于事后的措施, 更重要的是, 它是防患于未然工具。

国际商法是商法的一个分支学科, 也是国际法的一个分支学科。

国际商法具有商事性, 是调整商主体和商行为的法律体系。在法律关系主体方面, 商事性体现为国际商法法律关系的主体是商主体。商主体是指商人或商事法律关系的主体, 是指依照所在国的法律规定具有商法上的权利和能力, 参与商事法律关系, 能够以自己的名义从事商行为, 以此作为职业或营业, 享受权利和承担义务的组织和个人, 具有独立的法律人格。商主体是从事商事活动和实施商行为的组织和个人, 包括商自然人、商法人和商合伙。

商主体是与民事主体相区别的法律关系主体, 它是以从事营利性的商事活动或商事行为为职业, 如贸易公司买卖货物, 海运企业提供海洋运输服务, 商业银行提供支付中介服务; 为了保证交易安全, 商主体一般需要进行商业登记取得营业资格, 一般在其营业所开展经营活动。而民事主体偶尔也从事营利活动, 但它不以营利性活动为职业; 同时, 民事主体一般无须进行登记, 一般也没有经营性的固定场所。因此营利性和营业性使商主体与民事主体区分开来。

商事性决定了商主体只能是商自然人、商合伙与商法人。而作为经济法律关系主体的政府机关, 负有社会经济决策、市场宏观调控、维护市场秩序、管理国有资产的职能, 但它不以营利性和营业性的经营活动为职业, 因此不是商主体, 它只能是经济法律关系的主体。因此商事性又把商主体与经济主体区分开来。

在法律关系的客体方面, 商事性体现为调整的对象是商行为, 是商主体所从事的以营利为目的经营行为。贸易公司从事货物买卖活动, 海运企业从事海上运输服务, 商业银行提供支付中介服务, 其目的是获得买卖价格差额、运费、酬金或佣金, 取得利润。民事主体也从事货物买卖, 为他人运送物件或代为支付事宜, 但是一般不以营利为目的。商主体为了实现其营利目标, 通常开展有计划的、日常的经营行为; 民事主体从事营利活动是间歇性的, 也不像商主体那样具有持续性、计划性。商事性将商行为与民事行为区分开来。

商事性也可以将商行为与经济管理行为区分开来。商行为是商主体的营利性的经营行为,以营利为目的;经济管理行为是政府机关对市场主体,包括商主体的经营行为进行鼓励、限制、禁止、宏观调控的管理行为或对国有资产的管理行为,不以营利为目的。

国际商法具有国际性。国际商法调整的对象是国际商事关系。有关“国际”一词,“国”是指主权国家,“际”有两层含义,其一是之间,其二是边际。就其第一层含义来讲,国际可以解释为国家之间的意思;而其第二层含义则主要是指“跨越国界”(Transnational)的意思。国际商法调整的是各国商主体从事商事活动的法律规则体系,其主体是商自然人、商合伙、商法人,不包括代表主权国家的政府机关,因此国家不能成为国际商法的主体,国际商法的调整对象也不是以国家为主体的国家之间的交易行为,国际商法调整的只能是跨越国界的商主体之间的商行为。因此,国际商法是从跨越国界的意义上理解“国际”的含义的。

国际商法的国际性将国际商事法律关系与国内商事法律关系区分开来。商事法律关系是否跨越国界,是否具有涉外因素,是判断商事法律关系是否具有国际性的标准。按照国际私法学的通说,国际商事法律关系是一种涉外民事关系。只要在涉外民事法律关系的主体、客体、法律事实三个要素中,至少有一个要素与外国有联系,该法律关系即具有涉外因素,也就是具有国际性。国际商事法律关系一般有以下三种情形。

第一,商主体具有涉外因素。国际商事关系的双方(或多方)当事人的国籍不同,或者双方当事人的营业地处于不同的国家。前者一般称为国籍标准,后者则称为营业地标准。中国、法国、意大利、日本以及很多大陆法系国家一般采取国籍标准,而英国、美国、德国以及其他英美法系国家一般采取住所地、营业地标准。

第二,商事法律关系的客体具有涉外因素。国际商事关系的客体是位于国外的物。此处的物,既包括货物等有形物体,也包括专利、商标、版权等无形财产权。

第三,商事法律事实具有涉外因素。产生、变更或消灭商事关系的事实发生在国外。例如,两个法国人在英国签订货物买卖合同,签订合同的事实发生在国外,有关该合同效力的问题,与合同订立地英国的法律规定有关系,因此该货物买卖合同具有涉外因素。

涉外民事(商事)法律关系的主体、客体、法律事实中,一个以上要素具有涉外因素的,该商事关系即具有国际性。通常主体具有涉外因素,该商事法律关系即被认定为国际商事法律关系;而主体不具有涉外因素,作为客体的标的物位于国外或者法律事实发生在国外,有的国家在个别情况下,则会认为不一定具有国际性。

国际商法调整具有国际性的商主体和商行为,即国际商事关系的法律规范的总和。它既是国际法的组成部分,又是商法的组成部分,是法律部门相互融合、交叉的产物。

传统的商法主要包括公司法、票据法、海商法、保险法等内容。然而,随着国际经济贸易的扩大发展和商事交易的多样化、复杂化,在国际货物买卖的基础上国际贸易开拓了许多新的领域,例如国际技术转让、知识产权转让、国际投资、国际融资、国际工程承包、国际服务贸易等。这些交易已远远超出了传统商法调整的范围。有人将其称为国际商事交易,并把调整这些交易的法律统称为国际交易法(the Law of International Transactions),或国际商法。很明显,现在的国际商法的调整对象和范围比传统的商法广

泛得多,内容也越来越丰富。

国际商法是调整跨国间商主体和商行为的法律规范的体系,通常用“International Commercial Law”来表述,其本质上是国际商事交易法,属于私法范畴,具有任意法的性质。为了保障交易安全,维护贸易秩序和交易公平,国际商事交易越来越多地受到管理商事交易和贸易政策的公法的调整,如反倾销法、反补贴法、保障措施法。在传统商法之外,调整商事交易的公法体系逐步地发展起来,这个法律体系又被称为国际商事管制法,也称国际贸易(公)法。在国际商事交易中,商主体从事商事交易活动既涉及国际商事交易法,也涉及国际商事管制法。公法和私法分属于不同的法律体系,其法律关系与司法救济程序和方式具有很大的差异。在我国加入世界贸易组织以后,该组织法律制度将对我国政府贸易管理体制加以约束,而我国的商业交易法制则不属于其约束范围。因此,划分公法和私法,即国际商事交易法和国际商事管制法,在法理上和实际应用上是有必要的。

但是,涉及公法和私法的具体的国际商事交易,在实际运行中,是按照交易顺序进行的,是一个连贯的交易步骤。在教学上将国际商事交易的法律一分为二,即分为国际商事交易法和国际商事管理法,不利于学生在有限的时间内全面、系统地按照交易顺序了解国际商事法律体系,使本来连续的国际商事交易因公法和私法的分类而割裂开来。我们认为,法律关系上的科学分类,与法学教学体系上的便利和优化是不矛盾的。一方面,我国主张根据公法和私法的分类原则,认为国际商法本质上应当是商事组织和商事交易法;另一方面,按照交易顺序和教学需要,国际商法可以加入与商事交易有密切关联的商事管制法的内容。前者我们把它称为国际商事法,英文名称为International Commercial Law,后者我们把它称为国际商法,英文名称为International Business Law,本书按照后一理解建立国际商法的体系。

二、国际商法的产生与发展

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贸易逐步发展和扩大的产物,“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。建立国际商业方面的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。正是在这种社会现实之下,国际商法应运而生。”^①

从历史上看,国际商法的发展经历了三个不同的阶段。

第一阶段,国际商法产生于中世纪的商事习惯法,是属于商人自治的法律。

商法天生具有国际性。商法起源于中世纪欧洲地中海沿岸自治城市。在中世纪以前,古罗马万民法中已经包括了调整罗马公民与非罗马公民商事交易的习惯法规则。由于商事交易不够发达,商事习惯法规则仅涉及商事活动的一些具体规范,散见在罗马法的若干文献上,如《罗德岛海洋法》《查士丁尼法典》,当时还没有形成与民法相区别的、调整商人或商行为的商法的完整体系。11世纪晚期,欧洲农业发展为商品贸易和城市建立奠定了

^① [英]施米托夫.国际贸易法文选[M].赵秀文,译.北京:中国大百科全书出版社,1993:2.

物质基础,十字军东征打通了与亚洲茶叶、香料、丝绸贸易的商路,与亚洲国家间的贸易在很大程度上推动了地中海海上贸易和商业的发展。在通往东方的地中海沿岸发达的商业城市(如威尼斯、热那亚、佛罗伦萨等)中,经济上具有优势地位的商人为了摆脱封建领主的司法管辖权和宗教势力的束缚,自发组成了“商人基尔特”(Merchant Guild),即商人自治的行业组织。“商人基尔特”拥有广泛的自治权和司法裁判权,能够订立自治的商事规约,能够由商人担任法官的商事法院审理和裁判解决商事争议。在逐步积累的大量自治规约以及司法裁判的基础上,形成了商人习惯法。

国际商法最初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事交易所在的文明世界的各港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯性规则。这些商人习惯法有着明显的特点。

第一,它具有跨国性和统一性,普遍适用于各国从事商业交易的商人。当时在欧洲地中海沿岸各城邦内适用市民法,而对城邦之间的商人则适用万民法。这样就使得商事习惯法独立于民法制度之外。商人通过行业自治实行属人主义原则,适用于行会内部的商人之间以及行会内部商人与非行会内部商人之间的商事活动。商人法与民法制度的属地性质相对立,形成独立的、跨国性的法律制度。

第二,商事习惯法构成了现代商法的基础。从商主体制度来看,有限责任的组织制度为大工业社会新的商事组织开辟了道路。它的出现对于近代和现代商法的发展具有重要的意义。海上贸易需要资金和航海贸易技能相结合,由此产生了一种新的商业经营形式——康美达。康美达最初是一种借款契约,后来发展成为一种企业组织形式——有限合伙。出资的合伙人承担有限责任,从事航运和海商的合伙人则承担无限责任。在这种有限合伙的基础上,产生了现代社会商业组织形式——有限责任公司和股份有限公司。除此之外,商主体的其他规范也发展起来,如商人资格获得的法定程序、商人人格和权利能力确立的公示规则等。从商行为制度来看,为了促进商事交易的更加迅捷和安全,通过商人习惯法产生了口头合同、票据的无因性、财产的善意取得和交付取得、动产抵押登记、商人对交易物谨慎保管、商品瑕疵及时通知等商法规则和商事借贷、商事结算、商事保险、海商等商法制度。

第三,商事习惯法的自治性促进了商法的普及。商事习惯法是在商人同业行会在自治规则的基础上产生和发展起来的,它体现为行业和商人高度的自治。商人通过同业行会自己立法,自我约束,并且由商人自己组成法庭裁判,为以后国际商事仲裁的产生奠定了基础。通过商事交易立法、司法的高度自治和统一,商法实现了其普遍适用性和统一性。

第二阶段,中世纪统一的商人习惯法体系被纳入各国的国内法制度。

自从中世纪之后,民族国家兴起,欧洲中央集权国家日益强大,国家主权在极大程度上被强化了。各国国内立法逐步将国际商事交易的调整纳入了国内法的体系,商人习惯法逐步成为国内法的一部分,失去了其原有的国际性或跨国性。法国先后于1673年、1681年颁布了《商事条例》《海商条例》,为大陆法国家的商法奠定了基础。其后,在借鉴、修订、整理罗马法的基础上编撰了《民法典》,为适应作为第三等级的法国资产阶级革命的需要,于1807年颁布了《法国商法典》。德国也通过1861年和1897年两部《德国商法

典》，建立了与法国相同类型的民商分立的国内商法体系。其他欧洲大陆国家中有些建立了民商合一的法律制度，在立法的内容上与法国和德国的商法体系则是大同小异的，它们通过成文立法的形式将商人习惯法纳入了国内法的体系。英国在商法的发展中采取了与大陆法不同的途径。在诺曼底公爵征服英国以后，国王任命的法官在尊重以前习惯的基础上，形成了以判例构成的普通法体系。中世纪以后，英国首席法官曼斯菲尔德通过司法判例的形式，把商人习惯法吸收进普通法，纳入了本国普通法体系。随着英国殖民主义的进程，其以普通法为特征的商法制度，被带到了英国当时的殖民地，成为美国以及英联邦国家的商法的表现形式。中世纪以后，一直到20世纪初，商法已经被各国纳入国内法体系，丧失了其国际性。

第三阶段，从第一次世界大战以后，普遍性的国际组织国际联盟、很多民间组织、学术团体，如国际法协会、国际商会发起了国际贸易、商事交易统一立法的运动。

第二次世界大战以后，随着关税与贸易总协定、国际复兴开发银行协定、国际货币基金组织协定所代表的国际经济体系的确立，经济的全球化迅速地发展起来，由此推动国际贸易和商事交易统一法的发展速度不断加快，取得了突破性的进展。国际联盟发起的关于货物买卖及其合同成立的两个海牙公约，联合国国际贸易法委员会主持制定的《国际货物销售合同公约》，国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》《跟单信用证统一惯例》，国际法协会发起并制定的《统一提单的若干法律规则的国际公约》（海牙规则）、《修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》（维斯比规则），联合国制定的《1978年海上货物运输公约》（汉堡规则），国际统一私法协会主持制定的《国际商事合同通则》，联合国主持制定的《承认与执行外国仲裁裁决的国际公约》，联合国国际贸易法委员会主持制定的《仲裁规则》，集中地代表了国际贸易统一法发展的成果，体现了经济全球化时代商法从各国主权的约束下走出来，逐步地回归了其国际性和统一性的本质属性。

在20、21世纪之交，即经济全球化的同时，科学技术带动电子通信与集装箱运输和滚装运输技术的发展。电子商务的模式和规则悄然融入了国际商法的规则体系，国际商法正在充实和增添许多新的内容，成为国际贸易统一法发展的强劲动力。另一方面，由于中国参与国际经济贸易合作的广度和深度与日俱增，中国制造正在改变国际贸易和对外投资的结构。随着外贸方式的转变，我国选择的贸易支付工具和方式也在悄然发生着变化，外贸保理在信用证支付方式之后异军突起，国际保理规则在中国对外贸易中更多地得到了应用。

第二节 国际商法的渊源

一、国际商法渊源概述

法律渊源有广义的概念和狭义的概念。广义的法律渊源是指法律规范第一次出现的地方和法律规范存在的形式。狭义的法律渊源是指法律规范存在的形式，本书所指的法律