

第一编 国际商务及国际法律环境

第一章 法律全球视角

本章介绍了影响国际商法的环境因素,从各国社会、文化、政治、经济等多方面延伸到国际环境来阐述国际商法在国际上的重要地位以及国际商法出现的主要原因。本章要求学生掌握国际商法的起源,熟悉国际商法的主要概念及其内容。

第一节 文化、政治、经济等环境的相互依赖性

Economic globalization, in recent years, particularly, as the Cold War and its threat of major disaster seems to have receded, has been one of the hottest focuses in the world. Although it is extremely difficult to define economic globalization, many economists and business experts believe that no business can be purely domestic, and the realities of the modern world make all business international. The causes of these developments are numerous: incredible advances in efficiency of communication, extraordinary reductions in transport costs, growing prevalence of instant tele-and-cyber-transactions, treaty and other norms causing reduction of governmental barriers to trade, and economic climate more favorable to principles of market economics, cross-border influences of competition which have driven increases in production and service efficiencies, and, last but not least, the blessing of relative peace in the world. Economic policies which are based on market principles are the best approach for maximizing human satisfaction is, of course, controversial, but it is mostly believed that markets can be very beneficial to the peoples involved though not absolutely equal to all. However, what is the role of law in the economic globalization? The Nobel Prize-winning economist Ronald Coase has stated: "It is evident that, for their operation, markets...requires the establishment of legal rules governing the rights and duties of those carrying out transaction...To realize all the gains from trade...there has to be a legal system and political order...Economic policy consists of choosing those legal rules, procedures and administrative structures which will maximize the value of production. " Another Nobel Prize-winning economist said: "That institutions affect the performance of economics is hardly controversial...

Institutions reduce uncertainty by providing a structure to everyday life... Institutions affect the performance of the economy by their effect on the costs of exchange and production.”^①

经济的相互依赖性是由许多因素引起的：珍稀的自然资源和原料被配置到世界各地；运输和通信领域的技术进步缩短了人与人之间的距离；各个国家摒弃了贸易保护主义，正在大力发展自由贸易。整个世界正在朝着经济一体化、各国间自由贸易区和“共同市场”方向稳步发展。日益稳定的政治环境为发展中国家带来了源源不断的外国投资、促进了工业化的发展以及世界经济一体化程度的加深。同时，这种相互依存的经济关系还可归因为科学技术和专有技术在世界范围内的分享。例如，经许可的专利权、版权、商标权可以像出售货物和服务那样在全球范围内使用。各个联系紧密的金融市场、世界范围内的资本流动以及各国间经济政策的协调，都对全球经济产生了巨大的影响。

第二节 国际法律环境

As for the skilled labor classes of metalworkers, masons, artisans, millers, and weavers, certain standards of skill and mercantile behavior began to emerge with the establishment of guilds for advancement of skill, training, trade, and, less admittedly, collective influence.

The merchant-nobles and the trade guilds produced an economic power shift in European nations, but not one that was wholly undesirable or unmanageable under royal authority. The total wealth of European kingdoms increased, thereby increasing domestic royal power through taxation and international power through trade. In fact, for a king having ultimate control of the appointment of the nobility and the armies and weapons to defend wealth, trade, and power, the results were a royally attractive outcome.

International business, since all but its earliest tomes, has not existed without some form of regulation or international business law, and certainly has not since the development of the city-state. This is true partly by definition, as any concept of “international” must be founded upon the existence of nations, or some proxy such as a society. Coupled with the nation-state has been some form of governance and power structure, and with the exception of rare collectives of independent individuals, the power structures of the nation-states have always been jealously guarded. Every nation-state has since recognized international business and international business law as comprising both economic elements and political responsibilities. This mix has varied through history with the relative power and resources of the actors. Wars of conquest

^① John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, Higher Education Press 2002, p. 7.

such as the expansion of the Roman Empire simply expanded the realm and reach of the domestic law and made the need for international law irrelevant. Only at the frontiers of ancient empires did any need arise for regulation of international business.

在国际商务中交易中失败的最直接的原因之一就是忽视文化的重要性。反之,走向成功最便捷的方式就是对不同文化的基础和内涵有很好的领悟。同时,对本国的社会文化和商业文化有细致的理解,并能将社会文化与商业文化有效地结合。因为社会文化塑造了商业行为方式,同时也规范了商业行为本身。每当为国际商务进行跨文化准备工作时,事实上也是对成功的一种风险投资。尤其是在海外市场上,对出口商品的命名不当这种失败是经常发生的。例如,通用汽车的一款汽车名字为 NOVA,在西班牙语中“NOVA”是“不会动”的意思;又如一款名称为 IRISH MIST 的威士忌酒,“MIST”在德语中是“马粪”的意思。我们可以预测,这两个产品在这个国家的销量将十分惨淡。

【背景与案情】

麦当劳打入南非市场的经历,说明了跨国公司可以仅仅凭借其强大的品牌取得成功,但同时当地品牌、口味也很重要。如果有哪家食品品牌企业的经理傲慢自大却可以得到原谅,那只能是麦当劳的经理们。这家汉堡包连锁企业的商标被国际著名品牌咨询公司评为世界最驰名商标,可口可乐被挤退至第二位。麦当劳在 104 个国家经营两万余家快餐店。从莫斯科到马尼拉,麦当劳的金色拱形标志都高高竖立在广场和购物中心旁。

近些年,面临着来自美国国内日益激烈的竞争,麦当劳公司更多地依靠海外市场来获取利润……麦当劳的经理们感到骄傲,因为他们懂得如何调整巨无霸以适应当地市场(例如,公司在东京推出一种 teriyaki 的汉堡包),并且总是在推行同样的理念:让拥有强大家族品牌的公司在洁净的环境中提供优质的快餐。

1995 年,作为其海外帝国的一部分,麦当劳在撒哈拉沙漠附近进行了一次“冒险”,这里是市场的最远边界。同许多美国跨国公司一样,麦当劳也将目标投向了南非市场,但是在进入之前,它们一直在等待,直到南非种族隔离政策结束。在 20 世纪 80 年代,由于美国强烈反感种族隔离的团体,再加上联邦、州以及地方贸易法规的约束,这些都使在南非投资成为一项存在很大公众关系风险的行为。在这种压力下,一些已经在南非展开贸易的美国公司离开了这个国家,而其他公司,包括麦当劳在内,都没有进入。

但是麦当劳只是在等待时机。早在 1968 年,麦当劳就已将其驰名世界的商标在南非注册。1993 年,在南非举行第一届无种族全民选举的前一年,麦当劳终于决定迈出这一步,在该国投资。然而很明显,自从第一家麦当劳餐馆于 1995 年在南非开业,麦当劳这个美国巨人就进入了一个不寻常的市场。麦当劳对全球其他新兴市场的开拓大体上是成功的,但是这种典型的模式对南非却不起作用:这个国家已经在几乎完全隔离的商

业环境中发展了消费品产业,并且还受到政府审批制度和保护性关税的保护。因为得到关照,南非自己的快餐企业已经建立起几个强有力的民族品牌,而且还特别迎合南非人的口味。麦当劳公司中没有人意识到进入这个市场将会是多么困难。

McDonald's 与 MacDonalds

在南非,第一次使麦当劳感到不快的事件发生在 1993 年中期,那时麦当劳公司发现当地一个商人也申请注册了“麦当劳”这个商标并在使用,此人还拥有美国麦当劳公司在南非已被撤销的“麦当劳”商标的权利(从技术角度上讲,美国麦当劳公司的商标注册因过期而被撤销了)。麦当劳立刻起诉该商人,同时又重新注册商标。那时,麦当劳的经理们没料到诉讼会如此麻烦。作为世界驰名商标之一,并且快餐店遍布世界上许多国家,麦当劳与其他世界知名商标一样,理所当然期望得到南非法院的保护。尽管其在南非的注册商标已经到期,但对此可以有很好的理由。麦当劳争辩说,根据南非一项法律条款,“特殊环境”阻止它进入该市场:即对南非的贸易制裁以及美国反种族隔离团体的压力。

1995 年 10 月,案件被提交至高等法院,事情发展并非完全同麦当劳所预想的一致。实际上,当时同时有两起诉讼:这两起诉讼是由南非 Joburgers Drive-Inn 餐馆与 DaxProp 引起的。两者都在以“MacDonalds”为名经营一家快餐店,并且都希望能够夺取该品牌的权利以从事经营活动。第三起诉讼由麦当劳提出,它起诉其他公司模仿并使用其品牌。

这种诉讼以两个问题为基础:一个是麦当劳是否是一个“知名商标”。如果是,麦当劳公司将立即得到保护以防止当地商人的模仿,并且冒牌者必须关掉餐馆。另一个是麦当劳声称的“特殊环境”是否成立。对于麦当劳的经理们来说,第一个问题的答案不言而喻。尽管他们意识到南非拥有自己相对较复杂的快餐业,拥有许多牛肉和鸡肉汉堡包的品种,但如果说麦当劳这样一个全球著名的商标在非洲最南端无人知晓,那听上去是十分荒谬的。作为辩论理由的一部分,麦当劳给出了两份在南非的调查报告的结果,这两份报告显示此商标的确知名。两项报告都指出,被采访者中的大多数都至少听说过这个名字一次,超过半数的被采访者表示知道此商标并且认识麦当劳的标志。上诉法院首席法官认为此结果非常理想化,但是这两次调查都是在白人生活的高级住宅区进行的,且“任何想象都不能代表全体南非人民”,76% 的南非人都是黑人。法官同样认为麦当劳提出的其他证据也不够明确,因此对此主张不予支持。

关于麦当劳提出的第二个问题,即“特殊环境”把麦当劳赶出南非市场。麦当劳于 1968 年首次在南非注册,然后在直到 1985 年的这段时间内有规律地间隔着重新注册。根据南非当时的法律,如果一个公司 5 年内不景气并且不使用其注册商标,它将会失去有关商标的权利,除非有合理的理由。法官不相信,“特殊环境”——来自反种族隔离的压力和对南非的贸易制裁——是麦当劳将其商标保留了这样长一段时间不使用的真正原因。

麦当劳得到准许,在准备向上诉法院上诉的同时可以开办餐馆。1996 年,这家美国

汉堡包连锁企业在上诉中取得胜利：因为考虑到是白人构成了麦当劳的目标市场，上诉法院采用了一种较为宽松的测试以验明在南非“著名”所代表的意思，最后接受了前两项报告的结果。尽管法院第一次判决没有给麦当劳公司带来什么直接损失，但这个案件成为麦当劳在南非将要遇到的种种麻烦的先兆。同时南非也对美国产生了一种想法，即巨无霸并非同美国人的所作所为一样令人敬畏……^①

经济全球化对世界各国所产生的影响已经是不争的事实，同时，区域经济一体化也正显现出迅猛的势头，各国的经济制度和法律制度都无法逃避它们的“冲击”。也因为全球经济的变化和发展，世界各国对国际商法的需求也越来越迫切。其中，不论是针对法律本身的不断完善还是针对越来越多的企业加入国际经济的浪潮中，法律对国家、对企业、对个人的规范和要求也越来越明确。

第三节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

International business law is the body of rules and norms that regulates activities carried out outside the legal boundaries of states. In particular, it regulates the business transactions of private persons internationally, and the international relationships of international commercial organizations.

国际商法是指调整国际商事关系的法律规范的总称。由于国际商法调整的国际商事关系既包括国际交易关系，又包括国际商事组织关系，所以它通常又被认为是调整国际商事交易和国际商事组织的法律规范的总和。

国际商法的调整对象是国际商事关系，这种关系是各国商事组织在跨国经营中所形成的商事关系。

商事关系是指人们在实际商事行为过程中产生的各种社会关系。

“商事”并不仅仅限于商业活动，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、广告、娱乐、饮食和其他形式的商业合作以及货运或旅客运输等一切经济活动。

“国际”的含义是指“跨越国境”。具体而言，是指商事关系具有下列情形之一：当事人的营业地处于不同国家；当事人具有不同国籍；商事行为发生在当事人一方或多方所在国以外的国家或地区；商事关系的对象位于当事人一方或多方所在国以外的国家或地区。例如，法国 A 公司与中国 B 公司所签订合同，合同规定：“A 公司供应 B 公司 100 台

^① Reprinted from The Economist, © 1997, The Economist Newspaper Group, Inc. Reprinted with permission.

拖拉机。每台 100 马力,价格 4500 美元。合同订立后 5 个月装船,不可撤销即期信用证付款。”此合同因为是法国 A 公司与中国 B 公司所签订,当事人的营业地处于不同国家且当事人具有不同的国籍,故为国际商事合同。

二、国际商法的渊源

Sources in legal sense refer to something such as a constitution, treaty, statute, or custom that provide authority for legislation and for judicial decisions.^① The sources of international business law are what international tribunals rely upon in determining the content of international business law, and they include national law, international model law, international commercial customs and usages, etc.

国际商法的渊源是指国际商法产生的依据及具体的表现形式。国际商法有四个主要渊源:国际条约、国际商事惯例、各国商事立法、判例。

(一) 国际条约

条约是指两个或两个以上的国际法主体之间依照国际法缔约的据以确立其相互权利与义务的书面协议。

国际条约或公约是指国家间共同制定的商事规范,双边性质的称为条约,多边性质的称为公约。各国缔结的有关国际商业和贸易的国际条约或公约是统一国际商法的重要渊源。其中一种是属于统一实体法规则的国际条约,如《1980 年联合国国际货物买卖合同公约》《1978 年国际海上货物运输公约》《国际汇票和国际本票公约》等;另一种是属于冲突法规则的国际公约,如《国际货物买卖合同适用法律公约》《产品责任适用法律公约》等。

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是国际商法的另一个重要渊源。一般而言,某一特定领域内的惯例由习惯形成,而习惯又来源于一般的做法。它常常始于一些有影响的企业的商业活动过程,而后成为建立在平等交易行为基础上的特定贸易中的一般做法,再发展为贸易习惯做法,最终取得具有稳定性的惯例的地位。其本身不是法律,不具有普遍的约束力,但是,按照各国的法律,一旦当事人双方在合同中采用了某项国际惯例,则该项惯例对合同双方当事人就具有法律约束力。有些国家的法律还规定,法院有权按照有关的贸易惯例来解释双方当事人的合同。目前,受到全球普遍承认或在一定的重要区域内普遍接受的国际商事惯例主要有:国际商会制定的《2010 年贸易术语解释通则》《1995 年托收统一规则》《跟单信用证统一惯例》,美国对外贸易协会编纂的《美国对外贸易定义(修订本)》,国际海事协会制定的《1974 年约克—安特卫普规则》。

国际商事惯例应具备的三个条件:

① 具有确定的商事内容,即具体包括确定参加国际商事活动的当事人的权利和义务

^① Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, ST Paul, Minn, 1999, p. 1401.

的规则；

② 已成为国际商事活动中反复使用的习惯；

③ 是各国普遍承认具有约束力的通例。

(三) 各国商事立法

各国商事立法又称为国内法,是指各国制定的关于调整涉外商事交易关系的法律、法令、条约、规定等规范性法律文件。一方面,国际条约、国际惯例的适用、效力皆来自各国国内立法的规定;另一方面,国内法也直接调整国际贸易或商事关系,如当事人的能力、合同的效力基本上都是由国内法规定,而商事争端的解决也多适用国内法。而且,当事人从事跨国经贸和商事活动,也可能选择某国的国内法作为准则,此时该商事关系的内容、当事人之间的权利、义务等就由该国内法进行调整。作为国际商法重要渊源,其涵盖了实体法、程序法和冲突法。

需要注意的是,各国的商事立法根据大陆法系和英美法系,具有不同的表现形式。

1. 大陆法系

大陆法系强调成文法的作用,结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性,并将全部法律分为公法和私法。前者指与国家状况有关的法律,包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法;后者指与个人利益有关的法律,包括民法和商法。从法律渊源来看,大陆法系作为成文法国家,宪法、法典以及其他的法律条例是大陆法系国家的主要法律渊源,判例在原则上不作为法的正式渊源。大陆法系形成于西欧,主要代表是法国和德国,其他国家和地区还有瑞士、意大利、比利时、卢森堡、西班牙、葡萄牙、荷兰、日本等。

2. 英美法系

英美法系又称为普通法系,传统上是由基于以往判决的判例而逐步形成的一种在全国普遍通用的法律,分为普通法和衡平法两个部分。前者是通过国王法院的判例逐步形成的一种全国普遍适用的法律;后者是在 14 世纪,为补充和匡正普通法的不足,由英国枢密法院发展起来,不受普通法约束,按公平与正义原则作出判决的判例法。

(四) 判例

在英美法系中,判例是国家法律的重要渊源,上级法院的判决对下级法院的审判具有约束力已成为这些国家的通例。例如,英国作为世界上对外贸易较早的国家之一,有关国际商法方面法院判决中的“先例”,对西方国家甚至全世界都产生了很大的影响。

三、国际商法的发展阶段

Rome began to be more and more prosperous economically in 450 B. C., and as a result the law there was in quick development. The Roman law then was known as Jus Civil (civil law) (市民法) which regulated the relationships of Romans and Jus Gentium (public international law) (万民法) which regulated mostly the business affairs of Romans and foreigners. Romans conquered Greece in 146 B. C., and received the Rhode law which was

popular in a Greek colony. During the mid and late Middle Ages, along with the rapid development of economy, there in Europe developed a system of customary law known as law merchant, which regulated the dealings of mariners and merchants in all the commercial countries of the world until 17th century. Many of the law merchant's principles came to be incorporated into the common law, and modern international business law.

国际商法是随着国际商事交往产生和发展的,从历史来看,早在古罗马法中就出现了关于代理、冒险借贷、海运赔偿等调整涉外商事关系的法律,但当时还没有制定专门的商事法,商事法只是作为私法的内容之一。

国际商法的发展主要经历了三个阶段。

(一) 商人习惯法阶段

10—15 世纪,欧洲地中海沿岸是世界各国贸易的中心,意大利的威尼斯、热那亚等一些城市则是这一贸易中心的“中心”。当时的法律不能为商业交易提供必要的保护,这显然不能适应商业发展的需要。为了方便并促进商业交往,商人行会组织——商人基尔特便制定和编纂了习惯规则,组织了商事法庭,通过行使商事裁判权等职能,来解决商事纠纷。这些习惯规则逐渐形成了中世纪所谓的“商人习惯法”。它包括货物买卖合同的标准条款、两合公司、商事合伙制度、商事代理制度、票据制度、海商制度、保险制度、破产制度等,尤其以海商法最为发达。这种商人习惯法后来随着航海贸易的发展逐渐扩展到西班牙、法国、荷兰、德国及英国。

商人习惯法的特点:

- ① 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;
- ② 它的解释和运用不是由一般法院的专职法官来掌握,而是由商人自己组织的法院来完成,其性质类似于现代的国际仲裁或调解;
- ③ 其程序简易、审理迅速,不拘于形式;
- ④ 它强调按公平合理的原则来处理案件。

(二) 国内法阶段

17 世纪以后,随着欧洲中央集权国家的强大,欧洲各国都采取各种方式把商法纳入本国的国内法,使之成为国内法的一部分。例如,大陆法系的法国颁布了《商事条例》(1673 年)、《海商条例》(1681 年)和《法国商法典》(1807 年);德国颁布了《德国商法典》(1897 年);日本制定了《日本商法典》(1899 年);瑞士制定了《瑞士债务法典》(1882 年)。英美法系的英国于 18 世纪中叶,由当时担任大法官的曼斯菲尔特把商人习惯法纳入普通法中,使之成为普通法的一部分。还陆续在商品买卖、公司、票据、保险、海商、破产等方面制定了单行商事法律,如《货物买卖法》(1893 年)、《汇票法》(1882 年),但判例依然为法源。美国于 1952 年通过了一部由各州自由采纳的《统一商法典》,现在已经被大多数州所采纳。