



# 国际商法 (第2版)

吴兴光 主 编

黄丽萍 赖忠孝 刘 睿 副主编

清华大学出版社  
北京

## 内 容 简 介

本书以国际货物买卖等国际商事交易为出发点,先阐述作为交易基础的商事组织法和代理法,然后重点阐述合同法、国际货物买卖法、产品责任法、国际货物运输法律制度、国际货物运输保险法律制度、国际贸易支付法等法律的详细内容,最后介绍对外贸易救济和争端解决。在阐述法学理论和法条时,结合许多精选案例,深入浅出,突出实用性。

本书可作为国际经济与贸易、电子商务及法律专业本科和专科的教材,也可作为相关专业和专题培训的教材。

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. —2版. —北京: 清华大学出版社, 2020.1

ISBN 978-7-302-54515-6

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(2019)第 266135 号

责任编辑: 施 猛

封面设计: 常雪影

版式设计: 方加青

责任校对: 成凤进

责任印制:

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](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈: 010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:

经 销: 全国新华书店

开 本: 185mm×260mm 印 张: 22.5 字 数: 534千字

版 次: 2014年4月第1版 2020年3月第2版 印 次: 2020年3月第1次印刷

定 价: 58.00元

---

产品编号:

# 作者简介

**吴兴光**，生于1948年，广东外语外贸大学法学院教授，对外经济贸易大学法学硕士；先在土产进出口公司和外贸局工作13年，后调入广州外贸学院任教，先后任外贸经济系副主任、法学院院长等职，曾兼任广东省法学会副会长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，受理过30余宗涉外经济案。研究领域为国际经济法；曾在香港中文大学工商管理学院(1982年)、英国曼彻斯特大学法学院(1992年)做访问学者。2012年退休后，在广州商学院法学院任学科带头人。在内地和香港出版《美国统一商法典研究》(与他人合著)、《欧盟有关政府行为控制的法律研究》等5部专著；主编《国际商法》等教材，在相关报刊发表论文50余篇。

**黄丽萍**，广东外语外贸大学法学院教授，法学博士，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多项省部级课题和国际合作研究课题。在相关报刊发表学术论文近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，还参与撰写多部其他学术专著、教材。

**赖忠孝**，东莞理工学院城市学院金融与贸易学院院长，教授，硕士。研究领域为国际经济与贸易，兼任广东省本科高等教育经济与贸易类专业教学指导委员会委员。著有《国际贸易单证》(主编，辽宁省规划教材)、《国际货物贸易实务》(副主编，辽宁省规划教材)。主持教育部产学合作协同育人项目3项，主持广东省高等教育特色专业——国际经济与贸易专业建设，在核心期刊发表论文5篇，获省级教学成果二等奖、三等奖各1项。

**刘晓蔚**，广东外语外贸大学法学院副教授，西南政法大学法学硕士，研究领域为国际商法、民事诉讼法，参编《国际商法》《国际商务专业知识》等教材。

**刘睿**，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，在读博士研究生，研究领域为国际商法。参著《美国统一商法典研究》，参编《国际商法》教材(副主编)等。

**盛琨**，广州商学院法学院讲师，广东外语外贸大学法学硕士，研究领域为国际商法，参著《美国统一商法典研究》，参编《国际商法》等教材。



# 前言(第2版)

首先,感谢广大师生对本教材的厚爱和支持!正是这种支持,激励我们精益求精,修订本教材。

自改革开放以来,我国出版的《国际商法》教材,最早版本是由我的导师沈达明、冯大同等三位教授合编的上、下两册,于1982年在对外贸易教育出版社出版。在20世纪八九十年代,这门由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。此课程影响了几代外经贸人(包括总经理等高管和外销员),成为他们从事外经贸工作的重要工具。星移斗转,30余年过去了,《国际商法》教材的出版依然是百花齐放的景象,各种版本不下几十种,长盛不衰。现在,“国际商法”课程仍然是国际经济与贸易等专业的一门重要课程,足见此课程的生命力和影响力。

我国于2001年加入了世界贸易组织。近20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,连续三年成为第一出口大国和第二进口大国,人民币已经成为国际第三大交易货币。习近平主席关于“一带一路”的倡议日益深入人心,不断推进。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。不容忽视的是,近几年来,逆经济全球化和保护主义的思潮甚嚣尘上,美国总统特朗普挑起了中美贸易战且不断升级,国际经济贸易领域电闪雷鸣,涌现了许多前所未有的难题,也对我们的教材提出了更高的要求。

自1995年获批广东省普通高校重点教材项目以来,我们先后在中山大学出版社、中国商务出版社、清华大学出版社出版了国际贸易、国际经济与贸易、法学等专业的《国际商法》教材,累计9个版本,共发行约20万册。在日新月异的形势下,此次我们又对原教材进行了全面的审视,与时俱进地做了局部的改动和完善,这些修订包括但不限于以下改动。

1. 2018年通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》,并于2019年8月7日在新加坡开放签署(故简称为《新加坡调解公约》)。本教材第十二章“国际商事争议解决的法律制度”中增添了第二节“国际商事调解制度”,重点评述了《新加坡调解公约》。2019年海牙国际私法会议通过了《承认与执行外国国民商事判决公约》,在第十二章增添了有关内容。

2. 本教材第1版第九章“票据法”现改为“国际贸易支付法”,除保留原来票据法的部分内容外,还增添了汇付、托收和信用证三种国际贸易支付方式的内容,特别是重点阐述了当前国际贸易使用最多的信用证,增添了第六节“国际保理”,增强了适用性。

3. 鉴于近年来新法律法规的颁布和修订,国际条约和法律重述的修订,例如我国《民法总则》的颁布,国际统一私法协会《国际商事合同通则》2016版的修订,本教材做出相应的内容调整和补充,更新了我国已加入的国际公约的缔约国数目。

4. 考虑到国际贸易专业的实用性特点,我们在各章适当简化理论方面的阐述。例如在第五章,删除了货物所有权转移的内容,突出贸易实践中货物风险转移的重要事宜,等等。

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;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,刘睿。

全书由吴兴光、刘睿统稿和定稿。

最后,翘望各位同行和读者针对本教材交流看法、批评指正。反馈邮箱: [wkservice@vip.163.com](mailto:wkservice@vip.163.com)。

吴兴光

2019年9月13日

# 前言(第1版)

1982年,由沈达明、冯大同、赵宏勋三位教授合编的《国际商法》在对外贸易教育出版社出版,这是我国内地最早的国际商法教材。20世纪80年代,我国从西方发达国家引进该课程,如今已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贸工作的重要武器。

自改革开放至今,30余年过去,《国际商法》教材的出版呈现百花齐放的景象,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)。10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3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10名。我国经济对外贸易依存度的提升,对国际商法的教学有重要的鼓舞作用。因此,我们全面审视了原来的教材,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)所述。

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](mailto: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	44
	三、股份有限公司	49
<b>第三章</b>	<b>代理法</b>	<b>58</b>
第一节	代理法概述	58
	一、代理的起源	58
	二、代理的概念	60
	三、代理的类型	61
	四、代理权的消灭	64
	五、无权代理	65
第二节	代理的法律关系	68
	一、代理的内部关系	68
	二、代理的外部关系	69
第三节	中国代理法	72
	一、概述	72
	二、代理的概念	72
	三、代理的类型	73
	四、代理权	73
	五、无权代理	74
<b>第四章</b>	<b>合同法</b>	<b>75</b>
第一节	合同法概述	75
	一、合同的定义和特征	75
	二、合同法与各国编制体系	76
	三、国际统一合同法的蓝本——《国际商事合同通则》	77
第二节	合同的成立	80
	一、西方发达国家关于合同有效成立的要件	80
	二、要约	83
	三、承诺	86
	四、中国法关于合同订立的规定	89
第三节	合同的效力	89
	一、错误	90
	二、欺诈	91
	三、胁迫	92
	四、显失公平	92
第四节	合同的内容、合同的履行与合同条款	93
	一、合同的内容	93
	二、一般履行	94
	三、公共许可	96

	四、艰难情形.....	96
	五、合同的条款.....	97
第五节	不履行与救济方法.....	107
	一、可免责的不履行.....	107
	二、违约的归责原则.....	110
	三、违约的分类.....	110
	四、违约的救济方法.....	113
	五、中国法关于违约责任的规定.....	118
第六节	合同的变更、转让与消灭.....	118
	一、合同的变更.....	118
	二、合同的转让.....	119
	三、合同的消灭.....	121
<b>第五章</b>	<b>国际货物买卖法.....</b>	<b>125</b>
第一节	国际货物买卖法概述.....	125
	一、国际货物买卖法的渊源.....	125
	二、中国有关国际货物买卖的法律.....	127
	三、1980年《联合国国际货物销售合同公约》的适用.....	127
第二节	国际货物买卖合同的成立.....	130
	一、国际货物买卖合同的含义.....	130
	二、国际货物买卖合同的形式与证据.....	130
	三、国际货物买卖中的要约.....	133
	四、国际货物买卖中的承诺.....	134
第三节	卖方和买方的义务.....	135
	一、卖方的义务.....	136
	二、买方的义务.....	142
第四节	违反货物买卖合同的救济方法.....	144
	一、买卖双方均可以采取的救济方法.....	144
	二、卖方违约时买方可以采取的救济方法.....	146
	三、买方违约时卖方可以采取的救济方法.....	149
第五节	货物风险的转移.....	150
第六节	国际货物买卖中的格式合同.....	153
	一、我国《合同法》关于格式合同的规定.....	154
	二、《国际商会国际销售示范合同》评介.....	154
<b>第六章</b>	<b>产品责任法.....</b>	<b>159</b>
第一节	产品责任和产品质量法.....	160
	一、概述.....	160
	二、产品责任法及其发展.....	162

第二节	产品责任法的主要内容	164
一、	产品责任法的权利主体	164
二、	产品责任法的责任主体	166
三、	产品的范围	167
四、	产品缺陷	168
第三节	产品责任的归责理论	171
一、	美国产品责任法的归责理论	171
二、	欧洲国家产品责任法的归责理论	176
三、	中国法关于产品责任的归责原则	180
第四节	被告的抗辩与损害赔偿	180
一、	被告的抗辩理由	180
二、	损害赔偿的形式与范围	182
第五节	缺陷产品的召回制度	184
一、	概述	184
二、	美国缺陷产品召回制度	184
三、	欧盟缺陷产品召回制度	186
四、	中国缺陷产品召回制度	188
第六节	产品责任的诉讼管辖和法律适用	189
一、	诉讼管辖	189
二、	法律适用	191
<b>第七章</b>	<b>国际货物运输法律制度</b>	<b>193</b>
第一节	国际海上货物运输	193
一、	海上货物运输概述	193
二、	国际海上货物运输合同	195
三、	提单运输	197
四、	租船合同	202
第二节	其他类型的国际货物运输	205
一、	国际航空货物运输	205
二、	国际铁路货物运输	210
三、	国际货物多式联运	213
<b>第八章</b>	<b>国际货物运输保险法律制度</b>	<b>218</b>
第一节	国际货物运输保险概述	218
一、	国际货物运输保险的概念	218
二、	国际货物运输保险的基本原则	218
三、	国际货物运输保险合同	219
第二节	国际海上货物运输保险法律制度	220
一、	海上货物运输保险范围	220

	二、保险人与被保险人的权利义务关系·····	220
	三、海上货物运输保险条款与险别·····	221
第三节	国际航空、陆运货物运输保险法律制度·····	225
	一、国际航空货物运输保险·····	225
	二、国际陆运货物运输保险·····	226
<b>第九章</b>	<b>国际贸易支付法</b> ·····	<b>228</b>
第一节	票据与票据法概述·····	228
	一、票据的性质·····	228
	二、票据的种类·····	231
	三、票据法·····	232
第二节	关于票据的国际统一法·····	234
	一、西方国家票据法的编制及体系·····	234
	二、具有代表性的统一票据法·····	234
	三、中国的票据法·····	236
第三节	汇票·····	237
	一、汇票的概念与特征·····	237
	二、汇票的出票·····	238
	三、汇票的背书·····	240
	四、汇票的承兑·····	243
	五、汇票的保证·····	244
	六、汇票的付款·····	245
	七、汇票的追索权·····	246
	八、伪造签名·····	247
第四节	汇付与托收·····	248
	一、汇付·····	248
	二、托收·····	250
第五节	信用证·····	253
	一、信用证概述·····	253
	二、信用证当事人·····	256
	三、信用证交易原则·····	257
	四、信用证欺诈例外·····	258
第六节	国际保理·····	259
	一、国际保理业务的概念和分类·····	259
	二、国际保理的作用·····	260
<b>第十章</b>	<b>国际知识产权与技术贸易</b> ·····	<b>262</b>
第一节	概述·····	262
	一、知识产权·····	262

	二、技术转让.....	265
	三、反不正当竞争.....	266
第二节	知识产权的种类及国际保护.....	266
	一、知识产权的种类.....	266
	二、知识产权的国际保护.....	277
第三节	国际许可贸易.....	281
	一、国际许可贸易概述.....	281
	二、国际许可合同.....	282
	三、国际许可合同与限制性商业行为管制.....	285
<b>第十一章</b>	<b>对外贸易救济.....</b>	<b>291</b>
第一节	对外贸易救济概述.....	291
	一、对外贸易救济的概念.....	291
	二、西方发达国家的有关法律制度.....	291
	三、世界贸易组织.....	295
第二节	反倾销.....	295
	一、倾销与反倾销法.....	295
	二、倾销成立的条件.....	296
	三、反倾销调查的机构与程序.....	298
	四、中国反倾销法.....	299
第三节	反补贴.....	303
	一、补贴与反补贴法.....	303
	二、国际反补贴法的实体规定.....	304
	三、反补贴调查.....	306
	四、中国反补贴法.....	307
第四节	保障措施.....	309
	一、保障措施概述.....	309
	二、有关保障措施的国际规则.....	310
	三、中国关于保障措施的法律规定.....	311
<b>第十二章</b>	<b>国际商事争议解决的法律制度.....</b>	<b>314</b>
第一节	国际商事争议解决的法律制度概述.....	314
	一、国际商事争议的解决方法.....	314
	二、国际商事争议解决的法律适用.....	315
第二节	国际商事调解制度.....	319
	一、《调解规则》.....	320
	二、《国际商事调解和解协议示范法》.....	320
	三、《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》.....	320
第三节	国际商事仲裁制度.....	322
	一、概述.....	322

二、国际商事仲裁机构和仲裁规则.....	323
三、仲裁协议.....	331
四、仲裁裁决的执行.....	333
第四节 国际商事纠纷的司法解决.....	336
一、概述.....	336
二、国际商事纠纷案件的管辖权.....	337
三、外国当事人的诉讼地位.....	339
四、司法协助.....	340
五、承认与执行外国法院判决.....	342
参考文献.....	346



# 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和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，是规范跨国商事交易的基本行为规范。开展国际商事交易，应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商业道德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。瑞士资源于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。中技公司于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、货款为2 290 250美元的发票、提单及其他全套单据。中国银行付款后，瑞士资源先是以中国港口拥挤为由，改变船舶航线，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支付的货款。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，并赔偿钢材货款的银行贷款

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。

案例1-1中, 瑞士资源不具有履行合同约定的交付钢材的能力, 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(瑞士通用公证行, 国际权威商检机构)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, 它是防患于未然的工具。

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并取得营业资格, 一般在其营业所开展经营活动。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, 民事主体一般无须登记, 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。作为经济法律关系主体的政府机关, 负有制定社会经济决策、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、佣金或佣金, 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, 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; 而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。因此, 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角度来理解“国际”的含义。

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用国籍标准，而英国、美国、德国以及其他英美法系国家一般采用住所地、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。本书按照后者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”<sup>①</sup>。

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物质基础,十字军东征打通了与亚洲茶叶、香料、丝绸贸易的高路,与亚洲国家间的贸易在

<sup>①</sup> [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.

很高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,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律制度。

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》,为大陆法系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，以普通法为特征的商法制度，被带到英国当时的殖民地，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，丧失了国际性。

第三阶段，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，经济全球化进程加快，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，逐步回归了其国际性和统一性的本质属性。

在20世纪、21世纪之交，在经济全球化的同时，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。一方面，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得到广泛应用。

## 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

渊源是指后者。国际商法的渊源是指国际商法存在的形式。国际商法是调整跨国间商主体和商行为的法律规范，它需要在国际层面上和一国层面上对商主体和商行为进行规范，因此，国际商法包括国际法渊源和国内法渊源(各国商法制度)。

## 二、国际法渊源

国际法渊源主要有两种形式：一是国际条约；二是国际贸易惯例。

19世纪后期，特别是20世纪，贸易和商事交易的国际化以前所未有的速度发展，国际商法和国际贸易法统一化也随之迅速发展。在这一过程中，国际组织、国际学术团体、行业民间团体对国际贸易、国际商事交易的统一法发展，起到主要的、积极的推进作用。同时，国际条约、国际贸易惯例进一步推进国际经济、商事交易国际化以前所未有的速度向前发展。

### (一) 国际条约

国际条约是指两个或两个以上的国家为确定相互之间的权利、义务而达成的协议。其中，两个国家签订的条约称为双边条约，两个以上的国家共同缔结或参加的国际条约称为多边条约。由于对国际商主体和商行为进行调整的国际商法规范需要具有普适性，而双边条约一般不具有这样的性质，因此本书所涉及的国际条约，主要是指有关商事方面的多边条约，亦称公约。

国际商事公约从性质上划分，有统一实体法规范的国际条约，还有统一冲突法规范的国际条约。前者主要有1967年的《成立世界知识产权组织公约》，1978年的《联合国海上货物运输公约》，1980年的《联合国国际货物销售合同公约》等；后者主要有1985年的《国际货物销售合同法律适用公约》，欧洲经济共同体于1980年主持制定的《关于合同之债的法律适用公约》等。

国际商事公约从内容上划分，有货物买卖国际公约、货物运输国际公约、贸易支付国际公约、知识产权和技术转让国际公约、争议解决国际公约。

在国际货物买卖方面，主要有1964年的海牙《国际货物买卖合同成立统一法公约》、海牙《国际货物买卖统一法公约》，1980年的《联合国国际货物销售合同公约》，1974年的《国际货物买卖时效公约》及1980年的《修订国际货物买卖时效公约的议定书》，1983年的《国际货物销售代理公约》，1985年的《国际货物买卖合同适用法律公约》。

在国际货物运输方面，主要有1924年的《统一提单的若干法律规则的国际公约》(海牙规则)，1968年的《关于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)，1978年的《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则)，2008年的《联合国全程或部分国际海上货物运输合同公约》(鹿特丹规则)，1929年的《统一国际航空运输某些规则的公约》(华沙公约)及1955年的《海牙议定书》，1966年的《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)，1938年的《国际铁路货物运输公约》，1951年的《国际铁路货物运输协定》，1973年的《联合运输单证统一规则》，1980年的《联合国国际货物多式联运公约》。

在国际金融支付方面,有1930年的《汇票与本票统一法公约》,1930年的《支票统一法公约》,1930年的《解决汇票、本票法律冲突公约》及其议定书,1931年的《解决支票法律冲突公约》及其议定书,1988年的《联合国国际汇票和国际本票公约》,1988年的《国际保理公约》,1988年的《国际金融租赁公约》。

在知识产权和技术转让方面,主要有1883年的《保护工业产权的巴黎公约》,1891年的《商标国际注册马德里协定》,1886年的《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》,1994年的《与贸易有关的知识产权协定》。

在解决国际商事争议方面,主要有1923年的《仲裁条款议定书》,1927年的《关于执行外国仲裁裁决的国际公约》,1958年的《承认和执行外国仲裁裁决的国际公约》(纽约公约),2018年修订的《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》,2018年的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(新加坡调解公约),2019年的《海牙承认与执行外国国民商事判决公约》。

## (二) 国际贸易惯例

国际贸易惯例是指国际贸易领域中常用的习惯做法。它是从长期的国际贸易和商事交易实践中逐步形成和发展起来的,它反映了从事商事活动的商主体间促进交易、保证交易效率和安全的内在要求,体现了国际贸易和商事交易的规律。国际贸易惯例产生于商人在国际货物买卖、运输、保险、支付的商业贸易上的约定和做法,以不成文的方式存在。在此基础上,一些民间组织、行业组织、学术团体将大量不成文的惯例整理编撰成文,形成国际公认的国际贸易惯例。它本身不是法律,不具有法律的普遍约束力,但是如果有关当事人在合同条款中选择了适用或者事后达成协议适用某种国际贸易惯例,该惯例对合同当事人就具有法律约束力。它不是国内法,但是它在调整国际商事关系中具有特殊的作用。国际贸易惯例在特定情况下还会超越合同当事人在意思自治基础上的选择。例如在国际商事仲裁或者在涉外诉讼中,在缺乏可适用的法律规则时,在仲裁庭或法庭有义务,必须作出裁决或判决时,它们会参照或适用国际惯例裁判案件,作出裁决或判决。

在国际商法的发展过程中,民间组织、行业组织、学术团体整理和编撰的成文国际贸易惯例在国际商事交易中具有很大的影响力和公信力。比较著名的国际贸易惯例有:国际商会的《国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS 2020),1932年国际法协会的《华沙—牛津规则》(CIF买卖合同的统一规则),美国全国对外贸易协会的《美国对外贸易定义1941年修订本》,1975年的《联合运输单证统一规则》,1982年的《伦敦保险协会货物条款》,1974年国际海事协会的《约克—安特卫普规则》,国际商会的《跟单信用证统一惯例》(UCP600),2002年国际商会的《托收统一规则》,等等。

## 三、各国商法制度

在21世纪,国际贸易法和国际商法统一化虽然得到了长足的发展,但是由于各国法律传统、经济发展水平、政治制度、社会文化、宗教历史的差异和具体情况的不同,呈现出

复杂的局面：一方面，受限于有关商主体的权利能力和行为能力，难以制定国际统一的公司法或商事组织公约，按照国际冲突法规则，还需要适用商事组织的本国法；另一方面，商行为的法律效力以及权利义务关系在不同程度上受到一国国内法的制约。因此，国际商事关系还要受各国国内法的调整，在国际冲突法规则的指引下，各国商法也会成为国际商法的组成部分，成为国际商法的国内法渊源。

按照法学家的通说，当今世界各国法律制度可以划分为英美法系、大陆法系、伊斯兰法系和社会主义法系4类。

### （一）英美法系的商法制度

英美商法体系是英国和美国的商事法律制度或者在受英国和美国法律传统影响的基础上，所形成的法律原则、规则相近的各国商事法律制度。英美商法体系以英国和美国的商法制度为代表，以商事习惯法、判例法、衡平法、商事成文法并存为特征，在英美法系中发挥着重要的作用。

英美商法体系起源于英国，它以习惯法和判例法为渊源，其特点是商事习惯法、判例法与商事成文法并存，民事法律与商事法律没有区分。作为英美法系商法渊源的英国法在采纳商人习惯法的过程中，通过司法判例逐步形成普通法和衡平法的商法体系。英国法也通过颁布成文法发展商法的体系，如1882年的《票据法》、1885年的《证券法》、1889年的《商务代理法》、1890年的《合伙法》、1893年的《货物买卖法》、1894年的《商船法》、1894年的《破产法》、1906年的《海上保险法》、1907年的《有限责任公司法》以及后来制定的海运法、空运法、公司法等。以上成文法的真实含义需要由司法判例来确认。

美国法律在传统上承袭了英国法律，采用习惯法和判例法，其商事法也以英国普通法为基础。判例法在美国的司法审判中起决定性作用，成文法则需通过法院的解释才能发挥作用。尽管如此，成文法对美国商法的形成还是产生了重大影响。根据美国宪法规定，除了州际贸易和国际贸易以外，商事立法权归各州所有。各州大量内容各异的商事立法，给商事交往带来了极大的不便。到19世纪末，美国开始针对州际贸易制定统一的商事法规，如1896年的《统一流通票据法》、1906年的《统一买卖法》、1906年的《统一仓库收据法》、1909年的《统一股票转让法》、1909年的《统一提单法》、1918年的《统一附条件销售法》等。1921年，美国成立了统一州法全国委员会，先后向各州推荐了74部统一的法律范本、23部法典范本。其中，与美国法学会合作编纂的《统一商法典》于1952年公布，后来又经多次修订，对美国各州商法的统一起了重大作用。此外，美国法学会编撰的《法律重述》对美国的商事立法和法院适用、解释商事法律规则产生了重大影响。

受英美法系商法影响的主要有英联邦成员国澳大利亚、加拿大、印度、新加坡、马来西亚等国，与美国有密切关系的菲律宾等国，以及我国的香港地区。

### （二）大陆法系的商法制度

大陆法系是指以法国和德国为代表的欧洲大陆国家的法律体系。大陆法系以成文法、法典化著称，尤其强调成文法的作用，强调法律规范和法律体系的内在逻辑性和系统性，

注重成文法典的编纂,而司法判例不作为法律的渊源。大陆法系国家的商法制度在国际商法中占据重要地位。

大陆法系国家的商法,在立法形式上,有民商分立和民商合一两种立法形式。法国、德国、西班牙、葡萄牙、荷兰、斯堪的纳维亚半岛各国、日本、韩国、泰国等国采取民商分立的立法取向,先后颁布了商法典。采取民商分立的国家在制定商法典时在立法原则上存在主观主义、客观主义和混合主义三种不同的情况。

以法国为代表的商法体系,采取客观主义原则,以商行为作为商事立法的基础。1807年法国颁布的《法国商法典》,首先确立了“商行为”的概念,在商行为之上演绎出整个商法体系。在法国商法体系中,凡是从事商行为的人就是商人,其活动适用商法。商法典所列四编内容分别为通则、海商、破产、商事法院。《法国商法典》以后经多次修改和补充,其中的许多内容分别单独制定成专门法规。商法典和商事法规构成了法国商法体系。1807年《法国商法典》已经作了修改,从客观主义转向折中主义。

以德国为代表的商法体系,采取主观主义原则,以商人为商法的中心。商人的行为即为商行为,适用商法;非商人行为不是商行为,适用民法或其他法律。德国商法由《德国商法典》及相关商事法规组成。1861年颁布的《德国商法典》称为旧商法,1897年修订的《德国商法典》称为新商法。采取主观主义立法原则的是新商法典。新商法典由商业性质、公司及隐名合伙、商行为、海商四编组成。

以日本为代表的商法体系,对客观主义和主观主义采取了折中的立场。1899年的《日本商法典》以商行为和商人共同作为商法的基础,日本商事立法采取折中主义原则,反映厂商主体与商行为之间内在的联系。该法典有五编,分别为总则、公司、商行为、票据、海商。商法典和商事法规构成了日本商法体系。

在大陆法系国家中,瑞士等国则采取民商合一的立法形式,即在民法典之外不另立商法典。瑞士商事立法将商法规则包括在民法典债法篇中,形成了商法典内容与动产交易的结合。瑞士民商合一的模式为意大利等国所采纳。

### (三) 伊斯兰法系的商法制度

伊斯兰法系是世界主要法律体系中的一个重要组成部分。伊斯兰法系是拥有5亿人口的伊斯兰世界和伊斯兰文明国家的法律制度。伊斯兰法系有4个法律渊源,第一是《古兰经》,第二是真主使者的言行“逊奈”,第三是“伊制马仪”及法学家公认的学说,第四是类比推理。《古兰经》在以上4种法律渊源中具有基础地位。“逊奈”全部由关于穆罕默德言行的传说(“哈底斯”)构成,是叙述先知的生活和为人处世、引导信徒行为的行为准则。“伊制马仪”是法学家或称法律博士们对《古兰经》或“逊奈”的解释,是法学家们公认的法学学说。类比推理在伊斯兰社会中被一致接受,成为法律的渊源。

在古老的伊斯兰法体系中,商法是十分薄弱的环节。在伊斯兰世界文化传统与现代社会的矛盾和发展中,商法通过商业习惯、当事人协议、国家和政府颁布的法律及法规,在古老的法律体系中发展起来,与现代社会相适应。社会习惯逐步产生商业习惯,成为现代商法的一部分。伊斯兰法的强制性规定很少,它给人的主观能动性和自由行为留下了空间,通过协议,人们发展了商事合伙等商主体以及商行为的规则。在

伊斯兰法系发展进程中，国家和政府的立法成为商法的重要组成部分。在伊斯兰法系中，缺乏现代商法的法律规则和体系，伊斯兰国家通过引进英美法和大陆法商法的立法经验，通过制定法典、法律、法规的形式，逐步建立起与现代商法相适应的法律制度和体系。

伊斯兰法系国家主要分布在阿拉伯半岛、北非和西北非、中欧、中亚、南亚、东南亚地区。

#### (四) 我国商法制度

我国古代社会长期奉行诸法合体，各个部门法完全被纳入一个法典，不存在独立的商法部门或系统的商法制度。我国近代商法始于清朝末期。1904年，清政府颁布了《大清商律》，详细规定了《公司律》131条，并有商人通例9条。这是我国第一部单行商事法。1904年至1906年，清政府制定了《破产律》《公司注册试办章程》《商标注册暂行办法》等。1908年至1910年，清政府起草了商法典草案——《大清商律草案》，该草案包括公司法、海船法、票据法等内容。后来清政府还制定了一些商事法律、法规，但未及颁布实施清政府就覆灭了。

辛亥革命以后，民国政府在大清商事法律的基础上，重新制定并颁布了《中华民国商律》《公司条例》《商人通例》等法律和条例。北洋政府于1923年起草了一部《商法》，但没有颁布实施。国民政府制定商事法律、法规时，采用民商合一的立法体例。1929年，民国政府颁布了《民法典》，将商法中有关总则、商人、经理人、代办商、商行为、交互计算、行纪、仓库、运输等规则并入民法债篇。此外，在民法体系以外，民国政府还制定了有关商事单行法规，主要有《公司法》《票据法》《保险法》《海商法》《船舶法》《商业登记法》《船舶登记法》《商业会计法》《银行法》《证券交易法》《动产担保交易法》等。

中华人民共和国成立后直至20世纪80年代，我国实行以公有制为主的计划经济体制，国家调整经济主要依靠经济法和行政手段。因此，商法在我国不是一个独立的法律部门。20世纪80年代以后，我国社会主义市场经济体制逐步建立，并迎来了商事立法的高潮。按照占主导地位的法理学理论和实践，我国商事法律的立法，倾向于采取民商合一的商法立法模式。我国有关的商事法律，如《合同法》《电子签名法》《海商法》《公司法》《票据法》《合伙企业法》《私营公司法》《保险法》《商业银行法》《证券法》《担保法》《信托法》等陆续颁布。不论采取民商合一的立法原则，还是商法独立的立法原则，都需要将商法总则的内容体现在其中，在基本法层面上确立商法的基本规范。目前，我国民法典和商法典尚未出台，制定民法典和商法典的工作还处于研究阶段。尽管如此，商法在我国作为一个相对独立的法律部门，已经形成了初步的法律体系。

在我国，香港和澳门按照《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》的规定，实行高度自治，现有的资本主义制度，包括商法制度，在50年内不变。我国香港和澳门现有的商法制度，是从英国商法制度和葡萄牙商法制度那里继承下来的，具有英国法和大陆法法律传统。现在我国在一个主权国家的框架内，存在内地与港、澳、台这4个不同的法域，实施4种不同的商法制度。它们在我国其他法域中，其法律地位不相抵触。我

国一国4个不同法域的商法制度，不具有国际性，是我国国内的商法制度。但是，由于4个不同法域的存在，在法律适用方面，准用国际私法规则。

### (五) 西方国家两大法系的演变

进入20世纪以来，随着各国社会、政治、经济的发展变化，特别是国家之间的各种交流日益密切，西方国家大陆法系和英美法系这两大法系也在逐步演变之中。一方面，在大陆法系国家，无视判例法作用的态度逐步有所改变，判例法渐渐有了一定的地位。例如，德国政府曾明确宣布，联邦宪法法院的判决对下级法院有强制性约束力。大陆法系近年来也不再固守制定法的框框，体现在两个方面：一是通过最高法院的判决确立新的法律原则；二是法官在判案中对法典的条文作扩展解释而创造法律原则。另一方面，在英美法系国家，成文法的数量日益增多，成文法发挥越来越大的作用。这些成文法包括两种情况：一是国会(或议会)制定的法律，二是行政机关根据法律制定的条例。前文介绍美国法时，曾述及美国编纂《法律汇编》和行政机关制定各种条例，英国也有类似情况。19世纪末以来，英国从判例法中提炼、制定了《汇票法》《货物买卖法》《海上保险法》等单行法规，编纂了《法律修订汇编》，第二次世界大战以后还开展了大规模的立法活动，逐步形成了劳动法、经济法等新法律门类。总而言之，西方国家两大法系的发展趋势是逐步相互靠近，法律领域的差异正在逐渐缩小。典型事例是英美法系的正宗代表英国，在其加入欧洲共同体后，欧洲共同体法就成为英国法的一个组成部分，而且在某些范畴内，欧共体法优于英国法，这意味着英国法在某些方面与大陆法相融合，标志着英国法接受了大陆法的部分法律原则。

## 第三节 国际商法的适用

### 一、国际商法适用概述

国际商法是调整跨国间商主体和商行为的法律规范，是实体法规范。国际商法有国际法方面的渊源，也有国内法方面的渊源；它有国际法方面的规范，也有国内法方面的规范。了解国际商法体系中，各种法律渊源、法律规范的相互关系，法律规范适用的程序和先后顺序，对于正确地运用国际商法理论与法律规则具有重要的作用。

#### (一) 国际商法的性质

国际商法是跨国间平等主体之间的法律规范。作为国际商主体参与跨国间商业交易行为时，商自然人、商法人、商合伙之间是完全平等的，任何商主体都没有特权凌驾于其他商主体之上。

国际商法调整的对象是商事交易行为。国际商法与国际经济法不同，国际经济法的经济管理行为或有关规范存在于不同法律地位的主体之间，国际商事交易行为是商主体的营

利性行为，一旦法律主体间存在商事交易行为，它们之间的地位就应当是平等的。

国际商法属于私法、任意法的范畴。国际商事交易行为是商主体可以自由处分的行为，因此当事人意思自治是调整国际商法的首要原则，当事人可以决定是否参与交易、决定交易的条件和内容、决定争议的解决方式、决定可适用的法律及规则。只要不违反法律的强行规定，当事人的意思表示、当事人达成的合同、当事人选择适用的法律，优越于法律的规定或得到优先适用。

## (二) 国际法规范与国内法规范的关系

国际商法在其发展进程中，从具有国际性的中世纪商人习惯法，到被纳入各国国内法体制框架，再到20世纪以来又逐步回归国际统一法的轨道，经历了一个否定之否定的循环发展路径。商事交易规则国际化的发展方向顺应了经济全球化的发展趋势，这是人类社会为了追求效率、促进交易的明智选择。因此，我国立法顺应这个发展趋势，在民法通则、中外合资经营企业法、专利法、商标法中均明确规定：我国缔结或参加的国际条约与国内法律发生冲突时，国际条约将优先适用。

国际条约的优先适用并没有使国际法优越于国内法。按照各国对待国际条约适用的实践，凡是政治性、行政管理以及刑事方面的国际条约，各国需要首先纳入国内法体系，才能予以适用；而关于民事、商事条约，则可以自动适用和优先适用。各国实施民事、商事国际条约自动适用和优先适用的规则，并不是承认国际条约优越于国内法律，而是由于国际商法的私法和任意法的性质，各国根据当事人意思自治原则，将适用国际条约和国内法规则的决定权交给从事商事交易的当事人。即便我国法律规定了国际条约优先适用，当事人仍然可以通过约定，排除国际条约的适用，改变国际条约的规则，改变它的法律效力。基于当事人意思自治原则，商事交易的国际规则和国内规则处于平等的地位，最终由当事人选择商事交易的法律适用。

## (三) 各国商法之间的关系

根据现代国际法原则，每个国家享有完全的主权权利，它们有立法主权、行政主权和司法主权。国家主权对内是最高的权利，对领域内所有的人、事物具有充分的管辖权；国家主权对外是平等的、独立的。按照主权权利，各国都可以制定和颁布自己的商法体系和制度，它们之间都是独立的、具有同等效力的。在一个民事、商事法律关系中，要保持法律关系的稳定性和可预见性，不论法律事实和法律行为发生在什么地方，或是一国境内，或是他国境内，或是第三国境内，甚至是公海或者任何国家主权不能涉及的地方，适用统一的法律规则是尤为重要的。因此，经济全球化要求各国互惠、礼让、宽容和允许适用他国法律。在国际商事交易法律适用规则中，任何国家的商法制度都不能具有优越于其他国家商法的权利和地位，而只能按照当事人意思自治的原则，由当事人选择一国商法或某一国际条约作为其合同或商事行为的可适用法律，由当事人通过意思表示排除一国商法的适用，也只能按照促进交易、提高效率、维护交易公平的原则，适用冲突法规则。

## 二、法律适用规则

### (一) 当事人选择法律

国际商法的宗旨和目标是从交易当事人利益最大化的角度追求效率、促进交易、维护交易安全、维护交易公平。在商事交易中，当事人是其利益的最佳判断者，因此，意思自治是国际商事交易规则和法律选择规则的首要原则。

当事人选择法律是指国际商事交易相对人在合同中选择一国法律、国际条约、国际惯例作为商事合同的准据法，或者在法律行为发生争议后当事人选择一国法律、国际条约、国际惯例作为可适用法律的行为。

当事人选择法律已经为国际条约所确认。1980年通过的《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)将当事人意思自治作为当事人选择适用法律的首要原则。该公约第一条规定，对于营业地处在不同公约缔约国的当事人之间订立的货物销售合同，如果当事人在合同中没有约定适用法律的，则自动适用该公约。但是，该公约将自动适用公约的顺序放到了当事人意思自治之后。该公约第六条和第十二条规定，通过意思表示，“双方当事人可以不适用本公约”；该公约第九条规定，当事人可以通过约定任何惯例或习惯做法约束当事人。

#### 案例1.2

### 我国某贸易公司与美国某贸易公司货物销售合同争议仲裁案

1991年3月，我国某贸易公司与美国某贸易公司通过传真件达成了销售儿童玩具的合同，合同条件为卖方向买方提供玩具10万套，每套5美元，总价50万美元，FOB宁波港，不可撤销即期保兑信用证4月5日开到。其后，卖方向买方寄出了经其签名的销售确认书，该确认书记载的合同条件与传真合同条件一致。但买方寄回经其签名的确认书，将开证日期延至4月20日，信用证改为远期信用证。卖方立即发出传真，对买方在确认书中修改原传真达成的合同条件表示反对，但买方一直不予理会。4月5日，卖方备货待运，但是没有收到买方开出的信用证。4月11日，卖方仍未收到信用证，为了避免损失，将货物转售其他客户，并通知买方解除合同。买方不同意解除合同，以卖方重大违约为由，提起仲裁程序，请求赔偿损失50万美元。鉴于卖方和买方的营业所分别处在中国和美国，该仲裁案应当适用《联合国国际货物销售合同公约》。根据该公约，仲裁庭确认卖方与买方已经通过传真达成了货物销售合同；而后买方修改销售确认书的行为未经卖方同意，货物销售应当依据原合同条件履行，买方未及时开立信用证构成违约，卖方有权撤销合同，驳回申请人买方的仲裁请求。

1983年通过的《国际货物买卖合同法律适用公约草案》，也将意思自治原则作为国际货物买卖合同法律选择首要规则。该公约草案第7条规定：“货物买卖合同依双方当事人选择的法律。当事人选择法律协议必须是明示的，或为合同条款和具体案情总的情况所显

示。此项选择可限于适用合同的某一部分。当事人可在任何时候将合同的全部或一部分从属于原先所支配的法律以外的法律，而不管这样做是否是早先选择的结果。”1978年通过的海牙《代理法律适用公约》也作了类似的规定，该公约第5条规定：“本人和代理人选择的国内法应支配他们之间的代理关系。”我国《民法通则》第145条明确规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”其他国家的冲突法规则也充分尊重当事人对适用法律的选择。

在我国司法实践中，越来越多地尊重当事人意思自治，尊重当事人选择法律。对于提单背面条款未经托运人签字的情况，我国司法实践已经确认了提单中的法律选择条款的效力。

## (二) 法律适用次序

在国际商事交易法律适用规则中，在当事人没有对法律适用做出选择的情况下，如果在该领域我国缔结或参加了国际条约，则该国际条约应当优先适用。

例如，我国在1987年参加了《联合国国际货物销售合同公约》，我国当事人和对方当事人的营业所均处在该公约的缔约国，双方之间的货物销售合同就应当适用以上公约；如果对方当事人所在国不是公约的缔约国，则应当按照审理案件所在地的冲突法规范选择适用法律。关于跨国商事主体、商自然人的权利能力，按照通常规则应当适用其属人法，即适用其国籍国法或住所地法；而商自然人的行为能力，在适用其属人法方面则受到行为地法一定的限制，以保护本国当事人的利益；关于商法人的权利能力和行为能力，一般来说适用其属人法，但是也要受到互惠对等条约等方面的限制。

关于商事交易中财产或物的所有权的法律适用，通常适用财产或物之所在地法的规则，但是运输途中的货物以及运输工具的法律适用规则例外。运输途中货物一般适用货物运输目的地的法律，运输工具通常适用其属人法。

关于商事交易合同的法律适用规则，通常适用最密切联系的国家法律规则。在货物买卖合同中，卖方营业所所在地与合同签订和履行有最密切的联系，交货地点与货物买卖合同的履行有最密切的联系，贷款银行所在地与贷款合同有最密切的联系，承运人交货的地点与提单项下的索赔有最密切的联系，许可方营业所所在地与技术转让合同有最密切的联系，消费者所在地与产品责任索赔有最密切的联系。根据以上最密切联系原则的连接点，解决争议将适用具有最密切联系国家的法律。

在国际商事交易中，由于存在不同的国际条约、国际惯例以及不同国家的法律制度，当事人面对使用不同的法律规则的不同后果，应当对法律选择有系统的策略。在自己市场地位较高的情况下，应当争取适用本国法律或者《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》。在市场地位较低的情况下，可以采取让法律选择空缺的策略，如果交易相对人来自CISG的缔约国，则CISG自动适用；如果交易相对人不是来自CISG的缔约国，则在法律选择空缺的情况下，应尽可能选择在本国仲裁，以便CISG或《国际商事合同通则》能够作为国际惯例被尊重或参照使用。在货物买卖合同履行方面，应尽量争取交货的地点在本国，以便使本国法律有机会得到更深程度的适用。

## 第四节 国际贸易统一法的产生、发展与前景

### 一、国际贸易统一法的产生

前文已述及,西方资本主义国家存在两大法系以及独特的伊斯兰法系等,某一法系中的各国法律又不完全一致。此外,20世纪相继涌现了一批以生产资料公有制为基础的社会主义国家,其法律制度有更大的差异。上述错综复杂的情形、各个国家法律的差异与冲突,给包括国际贸易在内的国际商事活动带来许多法律障碍,严重影响了国际经济贸易的发展。

在上述社会背景下,伴随各国经济、科学、技术的逐步发展以及在这些领域的国际交流、合作日益密切,国际分工的深化,逐渐产生了国际贸易统一法。

所谓国际贸易统一法,是指国家之间通过条约、协定,制定的国际贸易统一法律规则和被国际上普遍承认的国际贸易统一惯例。国际贸易统一法的渊源是国际条约(公约)和国际贸易惯例。在一般情况下,它不涉及各国国内的立法。

自19世纪末、20世纪初以来,国家间通过外交会议缔结了许多有关国际贸易方面的条约。与此同时,某些非政府国际组织<sup>①</sup>(International Non-Governmental Organization, INGO)把国际贸易中长期实践形成的一些习惯做法编纂成册,或加以解释,成为国际上普遍认可的国际贸易统一惯例。第二次世界大战以后,随着科学技术的进步和世界经济一体化的发展,国际贸易统一法有了巨大的发展。

在制定国际贸易统一法的进程中,政府间国际组织和非政府国际组织<sup>②</sup>各自作出了努力和贡献。从某种意义上说,这些国际组织起到了制法组织的作用,它们制定的国际性公约(条约)或国际贸易惯例,主要是国际贸易领域的统一规范,问世以后在不同范围内发挥作用,对统一国际贸易法作出了重要贡献。致力于国际贸易统一法工作的政府间国际组织有联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission of International Trade Law, UNCITRAL)、国际统一私法协会(UNIDROIT)、海牙国际私法会议(The Hague Conference On Private International Law)、联合国欧洲经济委员会(UN Economic Commission for Europe, ECE)等;非政府国际组织有国际商会(International Chamber of Commerce, ICC)、国际法协会(International Law Association, ILA)、国际海事委员会(International Maritime Committee, IMC)等。

### 二、国际贸易统一法的发展与前景

第二次世界大战结束后,各国经济、科学、技术空前发展,国际贸易总额持续增长,国际合作与国际分工不断深化,全球经济一体化的进程势不可当。反映这一社会现实的国

<sup>①</sup> 政府间国际组织是由若干国家组成并由这些国家提供资金进行活动的国际组织。

<sup>②</sup> 根据联合国经济及社会理事会下的定义,非政府国际组织是指“不是根据政府间协定设立的国际组织”。《联合国宪章》第71条规定,经济及社会理事会可就其职权范围内的事项,同非政府国际组织协商,此原则后为联合国所属各机构所承袭。

际贸易法的发展趋势，是在国际水平上的全球统一运动。在这政治风云变幻莫测、东西方政治斗争此起彼伏的复杂世界里，六十余年来国际贸易一直保持增长的态势。国际贸易已经变得如此重要，不仅西方资本主义国家需要它，东方社会主义国家也少不了它，处于各种经济状况的国家无一例外地积极参与其中。本章第二节已述及，当今世界存在两类不同社会制度国家的法律，而西方资本主义国家又分为大陆法系、英美法系和伊斯兰法系，各法系内部国家之间又存在法律冲突，为什么多年来国际贸易还能顺利发展呢？我们认为除国际经济贸易基本规律和客观需求等原因之外，支持此种大趋势的其中一个重要因素是国际贸易统一法在逐步形成和发展，为国际贸易的快速顺利发展铺平了道路。在国际贸易这个特殊的领域中，不管各有关国家的政治制度、意识形态和经济倾向如何，不管是高度现代化的发达国家还是仍处于贫穷状态的发展中国家，经长期积累和进化，实际上已经产生和存在一种共同的“语言”，这就是国际贸易统一法。正如国际贸易法权威施米托夫<sup>①</sup>所言：“支配贸易的法律既不是资本主义的，也不是社会主义的，它是达到某种目的的手段。因此，尽管此类交易的受益人因国家不同而异，但这并不妨碍国际贸易的发展。国际贸易统一法是建立在整个世界都能接受的基本原则的基础上的。”<sup>②</sup>

从本质方面看，涵盖贸易方面的国际公约和国际惯例的国际贸易统一法，是无数法学界、贸易界的专家、学者以及实际工作者(如法官、律师)持续不懈努力的成果，它们属于技术性规范，是人类智慧的结晶，是人类的共同财富。它们超越了漫长而又森严的国界，超越了针锋相对的意识形态，相对独立地形成了一个内容广泛、形式不拘一格的体系。

无数事实证明，有关国际贸易统一法某些领域的国际公约的制定，往往要经历漫长而艰苦的过程，而且在正式通过后，仍需一段相当长的时间才能为更多的国家所接受，才能在世界范围内推广和普及。国际货物买卖领域(包括买卖法和合同法)的统一法发展进程，便是一个鲜明的例证。从1929年起，国际统一私法协会(UNIDROIT)即决定拟订一项有关国际货物买卖的统一法，并做了一些准备工作，后因爆发了第二次世界大战而一度中断。20世纪50年代，该协会继续拟订这方面的统一法草案，经多次修改，终于在1964年海牙会议上正式通过了《国际货物买卖统一法公约》和《国际货物买卖合同成立统一法公约》。然而，由于受大陆法传统的影响较深、内容比较烦琐等，这两项公约在国际上并没有被广泛接受和采用。1969年，成立不久的联合国国际贸易法委员会决定，由其完成统一国际货物买卖法的历史使命，成立了包括社会主义国家代表在内的专门工作小组拟订公约条文，以使公约能得到不同社会经济制度和不同法律制度的国家的广泛接受。经过约10年的准备，于1978年完成起草工作，后又反复征求各国意见，终于在1980年召开的维也纳联合国大会上通过了《国际货物销售合同公约》(CISG)。由于该公约吸纳了不同法律体系买卖法和合同法的合理成分，较好地平衡了国际货物买卖中卖方与买方的利益，具有科学性、合理性和实用性的特点，因此得到各国贸易界、法律界的

<sup>①</sup> 施米托夫(1903—1991)是国际贸易法的主要创始人，曾任联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席。他出生于德国，就读于柏林大学等，获法学博士学位。纳粹掌权后移居英国，研究英国法，取得律师资格、法学博士学位，先后在英国、美国、德国等多所大学任教授，一生致力于国际贸易法的教学和研究，著述颇丰。

<sup>②</sup> 施米托夫诞辰纪念论文集. 国际贸易法[M]. 北京：中国大百科全书出版社，1993：171.

普遍认同。30多年来,已陆续有91个国家成为该公约的缔约国,实践中适用该公约的合同越来越多。

随着国际贸易内涵的拓宽和各国合同法的革新发展,国际法律界、商业界要求进一步发展和完善国际合同法的一般原则和惯例。在这一历史背景下,国际统一私法协会于1971年,决定成立一个委员会来探求阐述国际商事合同一般原则的可行性。该委员会由大陆法系的大卫、英美法系的施米托夫、社会主义法系的波普斯库三位著名法学家组成。1980年,特别工作小组成立,其成员包括世界各主要法系在合同法、国际贸易法领域的专家(中国专家亦在其内),起草有关实质性条文。经过14年反复讨论和修改,终于在1994年5月,国际统一私法协会通过了《国际商事合同通则》(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,简称《合同通则》)。《合同通则》充分继承和吸纳了CISG以及各国立法的最新成果和经验,同时极大地发展了许多新的法律原则,具有科学性、现代性、合理性等特征,是迄今最为完善的合同法规范。

回顾国际贸易统一法发展的漫长艰辛的历程,我们认为,国际贸易统一法有以下几个特点。

(1) 国际贸易统一法在不断地趋向自治、独立,尽可能运用综合性而非民族性的法律概念。任何一个国家的法律制度都有其复杂的历史渊源,有其传统性和特殊范围内的合理性,所以改变往往是困难的,需假以时日。许多国家传统的国内法制度之间存在差异,甚至是很大的差异,导致它们根本无法适应现代国际贸易世界市场环境。于是,在各国法律之外逐渐产生的国际贸易统一法,其发展趋势是在各主权国家的容许之下,冲破国内法的框框,朝着具有普遍性、国际性的方向迈进。<sup>①</sup>正是从这一意义出发,有的外国学者称国际贸易法为“国际贸易自治法”。<sup>②</sup>例如,国际贸易中经常使用的贸易术语,最早在19世纪开始使用。国际商会于1936年总结了当时的普遍做法,定名为《国际贸易术语解释通则》(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, INCOTERMS),对FOB等9种贸易术语作出了规定。此后,国际商会多次对上述通则作了补充修订,2010年版本又对前一版本作了全面修订,对FOB等11种贸易术语作出规定,最近又颁布了INCOTERMS2020。在这半个多世纪中,除美国出版过《1941年美国对外贸易定义修正本》和《统一商法典》,对6种贸易术语作出解释外,其他国家的国内法基本上都未专门制定贸易术语的规定。在贸易术语这个领域里,国际商会制定的《INCOTERMS》,多年来已经独立发展成为一种绝大多数国家当事人普遍接受的惯例,自成一体,它已经在全球范围内为贸易界、法律界所公认,并被普遍适用。

(2) 国际贸易统一法尽可能兼收并蓄,采用合成的方法,把不同来源的各种合理因素联结为一个有机的整体。无论是采用国际公约(条约)的形式,还是采用国际贸易惯例的形式,或是法律重述的形式,国际贸易统一法中每一项规则的制定,都是为了协调有关当事人之间相互冲突的经济利益,从而实现利益的平衡、关系的和谐,使其为各国当事人所接受。例如,在合同法关于要约的撤销问题上,CISG第16条以及《合同通则》第2.4条(两者基本相同)均部分地吸纳了两大法系的法律原则,将这两种本来互不相容的法律规定巧妙

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,1993:216-217.

② [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,1993:216.

地融为一体。在(1)款中,基本上采取了英美法的法律原则——作为一项规则,要约可以撤销。然后在(2)款中,作为上述规则的例外,则采取了大陆法国家的原则,规定要约包含不可撤销的表示或基于受要约人对要约的信赖,则要约不得撤销。国际贸易统一法中的兼容性,强调“求大同,存小异”,先在大原则问题上求统一,同时允许各国在某些做法上保留小的差异,只有经过允许“存小异”的过渡阶段,最后才有可能实现真正的“求大同”。

(3) 国际贸易统一法从有关国家法律制度中吸收合理成分,反过来又影响另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。例如,CISG第74条以及《合同通则》第7.4.4条关于损害赔偿范围的规定,均吸收了英国判例法中的合理成分,即“可预见性要求”,不履行方当事人仅对在合同订立时他能预见到或理应预见到的因其不履行而造成的损失承担责任。在中国1999年制定的《中华人民共和国合同法》中,充分吸收和参考国际公约和国际惯例中的合理成分,其第113条规定就含有“可预见性要求”：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的,依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”

前已述及,国际上各种制法组织(包括政府间国际组织和非政府国际组织)在各自选择的范畴内已经制定了一系列国际公约(条约)和国际惯例,国际贸易统一法已经构筑了一个基本框架,特别是在国际货物买卖领域,无论是在实体法规范方面,还是在程序法(冲突法)方面,都已经形成了统一法的雏形。图1-1展示了目前已经具有较大影响国际公约和国际惯例(区域性的成果则未列入其内)。

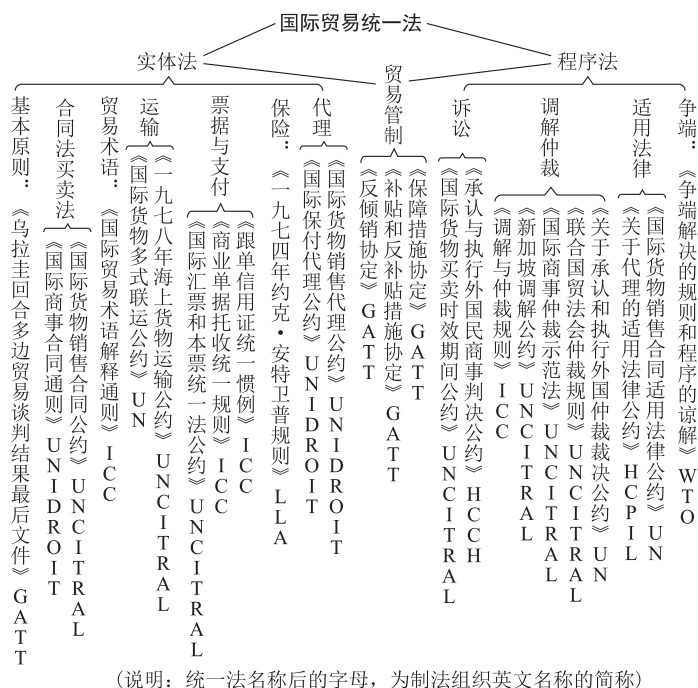


图1-1 国际贸易统一法的基本内容

以上各制法组织制定的众多国际公约和惯例，实际上基本涵盖国际货物买卖以及其他相关领域的主要法律规范。尽管在这些制法组织之上并无任何机构行使调控分工的职能，各制法组织均是自选课题，然而它们配合默契地分别攻克了一个个分散的“堡垒”。将这些历经艰难而产生的成果聚集在一起时，我们可以看到，它们基本上构成了一部“整体作品”。

早在1984年，施米托夫发表了题为“国际贸易法的编纂”的演讲，预言各制法组织将通力合作，编纂出世界性的国际贸易法典，并提议由联合国国际贸易法委员会完成此历史使命。可以想象，制定国际贸易法典这项艰巨复杂的重大工程，其难度远远超过制定某单项国际公约，因此，法典的制定还需假以时日，持之以恒。此项工程也许会经历许多艰难曲折，经历相当长的历史时期。然而，过去半个多世纪的国际贸易统一法成就是那样辉煌，那样令人鼓舞，我们没有理由对发展前景持悲观态度。展望未来，国际贸易统一法的成果将会不断增加(例如在国际电子商务领域等)，参加国际贸易统一法公约的国家将不断增加，贸易法的趋同化、统一化趋势将继续向纵深发展。

20世纪末，以世界贸易组织(WTO)的成立为新起点，全球经济一体化的趋势不断深入发展，WTO成员方现已达到164个。2013年12月7日，在印度尼西亚巴厘岛召开的世界贸易组织第九届部长级会议发表了《巴厘部长宣言》，达成“巴厘一揽子协定”。这是世界贸易组织成立以来达成的首个全球性贸易协定，持续12年的“多哈回合”谈判僵局终于取得历史性突破。据估计，协定的潜在效益可达一万亿美元。国际贸易将在发展的深度、广度等各方面产生新的突破。不管今后是否将有一部国际贸易法典诞生，不管还会经历多少艰难险阻，我们都坚定不移地相信，国际贸易统一法将不断向前发展，必将结出丰硕的果实，这是历史的必然，是任何力量也无法阻挡的。

### | 复习思考题 |

1. 什么是国际商法？它具有什么特征？
2. 国际商法有哪些渊源？它们如何相互作用推动国际商法的发展？
3. 国际商事规则在国际商事交往中如何得以适用？
4. 试述国际贸易统一法的含义和渊源。