

第一章

国际商法绪论



知识目标

掌握国际商法的概念、调整范围、渊源；了解大陆法系和英美法系的区别；理解法律冲突和法律适用。



技能目标

认识到法律适用的复杂性，在商事合同中尽量约定适用自己熟悉的法律，以达到利用法律维护自己正当利益的目的。

导入案例

第一申请人××家用电器(集团)公司、第二申请人××市××厂与被申请人××有限公司签订了 89MSSC001-PRC 号合同。合同中有仲裁条款，申请人据此于 1997 年 3 月 28 日提交中国国际经济贸易仲裁委员会，仲裁委员会受理了此案。被申请人于 1998 年 5 月 18 日提交了“仲裁管辖异议书”，理由如下：根据《仲裁规则》第二条规定，中国法人及或自然人之间的非产生于国际或涉外的经济贸易争议不在仲裁委员会的仲裁管辖范围之内。本案的三方当事人均是中国法人，合同只是一般的货物买卖合同，合同的签订地和履行地都在国内，并无涉外因素，因此，申请人和被申请人的买卖合同有关或由其引起的争议不在仲裁委员会仲裁管辖范围内，合同的仲裁条款无效。第一申请人对管辖权异议的答辩称：根据《仲裁规则》第七条，凡当事人同意将争议提交仲裁委员会仲裁的，均视为同意按照本仲裁规则仲裁。双方在合同中签订了仲裁条款，这足以认定双方当事人同意按照仲裁规则仲裁，故仲裁委员会有管辖权。仲裁委员会审查合同及有关材料，认为：本案合同三方当事人均为中国法人，但本案合同仍具有涉外因素，属于涉外仲裁案件。

思考讨论

- (1) 国际商事仲裁中，“国际性”和“商事”这两个概念如何认定？
 - (2) 本案中有无涉外因素？
- (资料来源：法律教育网)

自 20 世纪 80 年代以来，经济全球化的加快发展使得全球范围内的国际贸易活动空前活跃。商业活动本身固有的扩张性、同一性与世界性以及国际商事关系的快速发展要求贸易活动中尽量减少或消除各国法律的歧义，避免法律冲突，以便交易顺利进行。但是，各国



法律规则的不统一不仅增加了国际商事往来的不确定性,使商人在交易中缺乏预见性和安全感,而且还造成了交易成本的增加和效率的显著降低。因此,作为在世界范围内调整国际商事关系的国际商法顺应而生并得到了较大发展。

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

国际商法(International Business Law)是调整国际商事关系的法律规范的总称。

国际商法的调整对象是国际商事关系。国际商事关系是指人们在实施国际商事行为的过程中产生的各种社会关系。

国际商事可分为三类:(1)货物贸易(2)国际技术转让与知识产权许可贸易(3)外国直接投资。可以看出,国际商法的主体既包括参加国际商事活动的国际组织,也包括不同国家之间的公司、企业和个人。它所调整的商事关系,既包括不同国家间的商事关系,也包括营业地跨越国界的公司、企业、个人和其他经济组织之间的商事关系,还包括各国在管理对外商事活动过程中同公司、企业或个人间发生的各种商事关系。

案例

我国福建某公司委托新港某公司采购美国的一套机器设备,该行为是否属于国际商事交易?是否属于国际商法调整的范围?

分析:

福建某公司与新港某公司是委托代理关系,虽然主体未涉外,但委托代理的内容涉外;新港某公司接受委托帮福建某公司从美国购进机器设备,买卖合同当事人是福建某公司和美国某公司,主体涉外。因此该行为显然属于国际商事交易,显然是国际商法调整的范围。

二、国际商法的渊源

国际商法的渊源是指国际商法的表现形式。其主要包括国际商事条约、国际商事惯例以及各国的国内商法。

(一)国际商事条约

国际商事条约(International Commercial Treaties and Conventions)是指国家间缔结的、规定缔约国商事主体在国际商事交易关系中权利和义务的书面协议。国际商事条约是国际商法最重要的渊源。

国际商事条约根据缔结或参与主体的不同可分为双边条约、多边条约和区域性条约。



双边的如我国与美国签订的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于投资保险和投资保证的鼓励投资的协议及有关问题的换文》，区域性的如2001年欧盟颁布的《关于成员国法院间民商事取证合作第1206/2001号条例》等。多边国际商事条约非常多，重要的如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1883年的《保护工业产权巴黎公约》、1924年的《海牙规则》等。

一国以国家的名义签订并承认了某一国际商事条约，根据国际间“条约必须信守”的原则，该国就负有遵守条约的义务。但国际商事条约能否直接适用于国内的商事主体，各国做法不同。有的规定国际条约直接优先于国内法适用，如荷兰；有的要将国际条约转化为国内法才能适用，如英国。我国的做法是，在民商事领域一般国际条约优先适用。《民法通则》142条规定：“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

（二）国际商事惯例

国际商事惯例(International Commercial Practices)是指在国际商事交往中，由于长期、反复的国际实践而逐渐形成并得到普遍遵守的商事原则和规则。国际惯例的成立，开始是由一国或多国单方面设定的规则，然后该规则被其他国家以明示或默示的方式赞成或遵守而逐渐形成。国际惯例虽然不是法律，不具有普遍法律约束力，但当国际惯例被一个国际公约、国际条约、国内立法、法院判例或其他法律行为(如声明、宣言)所接受时，它就对有关国家具有约束力，并且对于公认的国际惯例的破坏往往会受到国际舆论的谴责乃至招致有关国家的报复。《中国民法通则》就明确规定：国际法和国内法没有规定的，适用国际惯例。同时，中国和其他许多国家均允许当事人在从事国际商事活动中有选择地采用国际商事惯例的自由。

阅读专栏

目前对国际商事活动影响较大的惯例主要有：

(1) 贸易术语方面。主要有国际商会制订的《国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS 2000)(现可用 INCOTERMS 2010)、国际法协会制订的《1932年华沙—牛津规则》和美国商会、美国进口协会及美国全国对外贸易协会所组成的联合委员会通过的《1941年美国对外贸易定义修正本》。

(2) 支付方面。主要有国际商会制订的《跟单信用证统一惯例》(UCP600)和《托收统一规则》(URC522)。

(3) 运输和保险方面。有国际商会制订的《联合运输单证统一规则》(1975年修订本)，1974年国际海事委员会制订的《约克—安特卫普规则》以及英国伦敦保险协会制订的《伦敦保险协会货物保险条款》。

(4) 担保方面。有国际商会制订的《合同担保统一规则》(1978年)和《支付请求担保统一规则》(1992年)。



(三)各国国内商法

从各国的基本情况来看,尽管有的国家已参加或承认大量的国际商事公约或惯例,但由于传统习惯与自身利益,各国仍在许多商事领域中保留独占的立法权,而且现有的有关商事的国际条约和惯例还远不能包括国际商事各个领域中的一切问题。并且现在已有的国际商事条约和惯例也尚未被所有国家和地区一致承认或采用。因此,在许多场合中还要凭借法律冲突规范的指引,适用某一国家的国内民法或商法来处理有关国际商事争议。可以看出,各国国内的商事法乃是国际商法的补充,是国际商法的重要渊源。其中特别以西方两大法律体系(英美法系和大陆法系)国家的法律对国际商法的影响最大。

第二节 大陆法系和英美法系

所谓法系(Law System)是指欧美法学界根据各国法律的特点及其渊源关系对各国法律进行的分类。

法学将当代世界各国的法律一般分为:中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系。前三种基本上属于法制史上的概念,而后两种则是目前影响最大的法系。学习国际商法一定要了解这重要的两大法系。

一、大陆法系简介

大陆法系(Continental Law System)又叫罗马法系、民法法系、罗马—德意志法系,出现于13世纪的西欧,是在继承和发展罗马法的基础上逐渐形成与完善的。大陆法系以1804年实施的《法国民法典》和1900年实施的《德国民法典》为标志,以法国和德国为代表,包括许多欧洲大陆的国家如荷兰、比利时、卢森堡、瑞士、意大利等,还有整个拉丁美洲、非洲的一部分以及亚洲的日本、泰国,我国的大陆、台湾、澳门地区都属大陆法系。值得注意的是,在英美法系的国家中,有个别地区也属大陆法系,如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省。

大陆法系的特点是强调成文法的作用,在结构上注重法律的系统化、条理化、逻辑化和法典化。

大陆法系的主要渊源为成文法,一般包括宪法、法律(指国家立法机关制订的狭义的法律)以及条例等。判例在大陆法系国家一般不作为法的正式渊源。这是大陆法系与英美法系最明显的一个区别。但是最近几十年,两大法系在很多方面都有相互借鉴和融合的趋势,判例在大陆法系越来越受到重视。一些法无明文规定的案件在最高法院作出判决后或在最高法院的指导下作出判决后,对下级法院处理类似案件有重要参考意义。

二、英美法系简介

英美法系(Common Law System)又称普通法法系,是英国在中世纪时期开始形成的。



英美法系虽然以普通法为基础,但并不仅指普通法,它是普通法、衡平法和制订法的总称。

英美法系形成于英国,后扩大到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、马来西亚、新加坡、我国的香港地区以及非洲的个别国家和地区。

英美法系的特点是法律的二元结构(即包括普通法和衡平法)、重程序、不作系统性、逻辑性很强的法律分类等。

英国法的渊源主要有以下几种:

(1)判例法。判例法为其主要渊源。判例法(Case Law)是指高等法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循,即对作出判例的法院本身和对下级法院日后处理同类案件均具有约束力。这就是所谓“先例约束力原则”(Rule of Precedent)。

(2)成文法。成文法也是英美法系的重要渊源,但它只是对判例法所作的补充或修正,它必须通过判例法才能发挥作用。

(3)习惯。其实习惯在英国法律中的作用已经很小,只有那些在 1189 年就已经存在的习惯,才有约束力。

阅读专栏

英美法系中英国法分为普通法和衡平法两种。

一、普通法

公元 1066 年,诺曼底的威廉公爵征服了英国,建立了中央集权的王朝。威廉国王为削弱封建领主势力,加强王权,除发布敕令作为适用于全国的法律外,还通过设立王室法院,允许法官有选择地采用各地的习惯法审理案件而形成判例,形成了一套推行全国的普遍适用的法律制度,这就是普通法。因为普通法是以判例形式出现的,所以又称判例法。

二、衡平法

衡平法出现于英国的 14 世纪,由于社会经济的发展,许多社会关系已无法得到普通法的调整,在这种情况下,当事人只好直接请求国王解决,国王命令枢密大臣审理此案,并可以不受普通法的约束,而按照“公平与正义”的原则作出判决,这些判决就形成了衡平法。

第三节 法律冲突和法律适用

一、法律冲突的概念

国际商事领域的法律冲突是指对同一涉外商事法律关系因各国商法规定不同且都有可能对它进行管辖而发生的法律适用上的冲突。简单来说,就是对同一件事情,一国是这样规定的,另一国是那样规定的,解决这个问题,可能用到这一国的法律,也有可能用到那一国的法律,而用不同的法律则可能会产生完全不同的结果。



二、法律冲突的解决

各国对同一问题有不同的立法,那究竟适用哪国的法律来解决问题呢?从各国的立法和实践来看,主要有以下方法。

(一)间接调整的方法

通过冲突规范调整法律冲突。即通过制订国内或国际的冲突规范,只指出适用哪个国家的法律来调整某种涉外民商事法律关系,而不直接规定当事人的权利义务。

冲突规范是指由国内法或国际条约规定的、指明不同性质的涉外民商事法律关系应适用何种法律规范的总称。它并未明确地直接规定当事人的权利义务,只指明有关的涉外关系适用哪一国家的法律。2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第16条“代理适用代理行为地法律……”就是一条冲突规范。如果美国的A委托中国的B在中国采购货物,双方就代理行为产生的损失发生纠纷,起诉到中国的法院,假定按中国的法律B不应承担责任,而按美国的法律B应承担责任,中国的法院用哪国的法律作出判决呢?按照上述冲突规范的指引,它指向中国法,因此应适用中国的法律作出判决。

(二)直接调整的方法

通过统一实体法调整的方法,即有关国际间通过双边或多边的国际条约来直接确定当事人权利义务,从而避免或消除法律冲突。但是因为各国有不同的利益,要在各个方面都达成统一的实体法规范难度相当大。

三、我国国际商事合同纠纷的法律适用次序

各国国内的立法各异,所以同一问题用不同国家的法律解决结果可能迥然不同。这就涉及国际司法中的法律适用问题,即受案的仲裁机构或法院应选择以哪国的实体法作为处理争议所依据的法律。这是一个非常复杂的问题,本书只介绍我国国际商事合同纠纷的法律适用次序。

(一)适用合同当事人选择的法律

“意思自治,契约自由”的原则得到各国的广泛承认和运用。合同当事人既可自行确定相互的权利和义务,也可自行选择处理合同争议所适用的法律;既可选择适用本国法或外国法,也可选择适用某项国际条约或国际惯例。凡当事人对解决合同纠纷所适用的法律已有选择的,仲裁机关或法院在审理该合同纠纷时,应以当事人选择的法律为依据。我国《民法通则》第145条规定,涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。《涉外民事关系法律适用法》第3条规定,当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。

允许当事人选择并不是绝对的。近年来,越来越多的国家规定某些涉外民商事法律关系必须适用某些特别法、强行法、禁止性规范,从而排除外国法的适用,以加强国家对社会经济生活的干预,保护本国的经济秩序和对某些利益进行特殊保护。一般来说,反垄断法、外汇管制法、外贸管制法、价格法、社会保障法、消费者权益保护法等领域当事人不可以选择适



用。另外,《最高人民法院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》第8条规定的中外合资经营企业经营合同等9种合同只可适用中国的法律。

(二)适用与合同有关的国际条约

如果存在与合同有关的国际条约,而且我国和对方当事人所在国都参加了该条约,则优先适用国际条约的规定,但我国和(或)该国参加国际条约时声明保留的条款除外。这一点在我国的司法实践中可以很清楚地看到。在美国联合企业有限公司与中国山东省对外贸易总公司烟台公司购销合同纠纷案中,美国联合企业主张按与合同最密切联系原则,本案应适用美国法。但最高院认为,本案双方当事人未约定解决本案合同争议所适用的法律,由于联合公司是在美国注册的公司,我国和美国均是《联合国国际货物销售公约》的缔约国,应适用该公约的有关规定审理本案。

(三)适用与合同有最密切联系的国家的法律

最密切联系原则是国际上非常重要的一条确定准据法(即具体用哪国的实体法)的原则。如果当事人未约定解决合同争议应适用的法律,则应由受理合同争议的仲裁机构或法院来确定,即选择适用与合同有最密切联系的国家的法律。《最高人民法院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》第5条对各种合同的最密切联系地作了明确规定。例如买卖合同,适用合同订立时卖方住所地法;如果合同是在买方住所地谈判并订立的,或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的,适用买方住所地法。

(四)适用国际惯例

如果双方对合同纠纷适用的法律未作规定,国际上又无相应的国际公约或虽有但我国或对方国家并没有缔结或参加该公约,可适用国际惯例作为解决合同争议的法律依据。我国《民法通则》142条第2款规定中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。

(五)公共秩序保留

当合同所适用的法律为外国法时,如果适用该外国法将损害我国的公共秩序,则我国法院可以根据公共秩序条款,拒绝适用该外国法,以保护我国利益。我国《民法通则》第150条:依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

从以上对国际商事合同法律适用次序的讨论可知,究竟最后用何种法律来解决纠纷是相当复杂的事情。如果双方订立合同时选择了适用的法律无疑是对法律后果最有预见性、最好把握的情况,如果双方没有选择,但有双方国家均参与的相关国际公约也可以,要是连公约也没有,则事情就变得复杂得多,一般的商事工作者要知道最后的实体法会被指向哪国可能比较困难。因此建议在签订合同时争取尽量约定适用自己熟悉的、对己方有利的法律。



本章小结

希望学生通过本章的学习能够在具体的国际商事法律和国际商事惯例之前对国际商法有一个比较整体的了解,认识到个案中适用具体规则的复杂性,主动在合同中尽量约定自己熟悉的法律或惯例,以减少国际商事活动中的法律风险。

本章简要介绍了国际商法的概念、国际商法的渊源、大陆法系和英美法系的概念、特点和渊源、法律冲突以及如何解决法律冲突。

引导案例解析

(1)在本案中出现了用什么标准来判断商事仲裁的“国际性”问题。许多国家将国际仲裁和国内仲裁严格地加以区分,各国的仲裁立法和相关的国际公约对“国际性”的判断标准大致有以下几种:①以单一的住所或惯常居所作为联结因素,当事人中至少一方的住所或惯常居所不在国内的,则为国际仲裁。②以单一的国籍作为联结因素,当事人中至少一方的国籍是非国内国籍的,则为国际仲裁。③以国籍、住所、合同履行地、标的物所在地等多种联结因素作为界定标准,只要上述联结因素之一不在国内,即为国际仲裁。④以仲裁地唯一双方营业地所在国之外、争议双方当事人营业地位于不同的国家为标准。⑤以争议性质为标准。尽管存在标准上的差异,但总的发展是趋于广泛的,一般来说,满足上面标准之一,就认定具有国际性。

我国在《中华人民共和国仲裁法》引入了涉外仲裁的概念,第七章“涉外仲裁的特别规定”中的第六十五条规定:涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁,适用本章规定,本章没有规定的,适用本法其他有关规定。而《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条使用了“涉外仲裁机构作出的裁决”的概念,但从实践上来看,人民法院在处理撤销和不予执行仲裁裁决案件时,不是按照是否由涉外仲裁机构作出的裁决这一标准的,而是按照最高人民法院《关于贯彻执行若干问题的意见(试行)》第一百七十八条的规定来判断涉外仲裁的:凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的,民事关系的标的物在外国领域内的,产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。涉港、澳、台的仲裁也应参照涉外仲裁处理。

在我国区分涉外仲裁和国内仲裁的意义是在仲裁裁决的撤销和不予执行上规定的不同。相比较而言,在撤销和不予执行国内仲裁裁决的条件上,其要求更为严格,不但要审查程序问题,还要审查实体问题。

(2)本案中,对是否是涉外仲裁案件,被申请人认为合同中没有涉外因素。申请人则认为应适用《仲裁规则》第七条。仲裁委员会则认定有涉外因素,理由是,合同中采用的贸易术语为 CIF。合同说明了 CIF 的价格构成是 FOB 美国价格+运费+保险费,从表面看来,货物的装运港在美国,即本案合同的履行地点是美国。仲裁委员会采用《关于贯彻执行若干问题的意见(试行)》第三百零四条的规定为判断标准:当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外或者诉讼标的物在外国的民事案件为涉外民事案件。结合第一



百七十八条的规定,认定本案属于中国法人及(或)自然人之间发生的具有涉外因素的经济贸易争议,符合《仲裁规则》(1995年10月1日)第二条关于仲裁委员会受案范围的规定,驳回了被申请人的管辖权异议。而申请人的理由也是值得商榷的,《仲裁规则》第七条只是对仲裁规则适用的规定,本身不能证明仲裁委员会的管辖范围。仲裁委员会在管辖权决定中也没有采纳申请人理由。

值得注意的是,现行的《仲裁规则》是从2005年5月1日起施行的,规定受理国内仲裁案件,因此,如果案件发生在现在,仲裁委员会当然对案件具有管辖权,被申请人也不会以案件没有涉外因素而提出管辖异议。

另外,对于国际商事仲裁的商事的界定也是存在争议的,但各国大都采用广义解释。1958年订立的《承认和执行外国仲裁裁决公约》第一条第三款规定,任何缔约国可以声明,“本国只对根据本国法律属于商事的法律关系,不论是否是合同关系,所引起的争执适用公约。”根据我国于1986年加入《承认和执行外国仲裁裁决公约》时的所作的商事保留声明,中国只对根据中国法律认定为属于契约性或非契约性商事法律关系所引起的争议适用公约。

本章习题

一、判断题

1. 国际商事惯例是法律,对当事人具有当然约束力。 ()
2. 大陆法系原则上承认判例具有与法律同等的效力。 ()
3. 英美法系是判例法国家,不存在成文的商事立法。 ()
4. 英国法分为普通法和衡平法,这种二元结构是英国法的一个主要特点。 ()

二、单项选择题

1. 英国法的主要渊源是()。
 - A. 判例法
 - B. 习惯
 - C. 成文法
 - D. 学理
2. 下列国家或地区中属于大陆法系的是()。
 - A. 中国香港
 - B. 法国
 - C. 印度
 - D. 加拿大
3. 下列哪一项不是对英美法系的描述?()
 - A. 喜欢编法典
 - B. 法律的二元结构
 - C. 以判例法为主要渊源
 - D. 重程序

三、多项选择题

1. 下列国家或地区中,属于英美法系的是()。
 - A. 新加坡
 - B. 德国
 - C. 印度
 - D. 中国香港
2. 下列哪些关系属于国际商法调整的范围?()
 - A. 法国A公司与中国B公司的买卖合同关系
 - B. 英国的史密斯先生签发了一张汇票,付款人是中国银行,付款地是中国北京
 - C. 日本的德川先生在非洲收养了一个小男孩形成的收养关系



- D. 深圳新辉公司将一笔货物交给荷兰某船运公司运到美国
3. 国际商法的渊源是()
- A. 国际条约
B. 国际惯例
C. 各国国内商法
D. 习惯

四、简答题

1. 什么是国际商法? 国际商法的调整范围有哪些?
2. 国际商法的渊源有哪些?
3. 什么是大陆法系? 什么是英美法系?
4. 英美法系的“先例约束力原则”的含义?
5. 什么是法律冲突?

五、案例分析

“安鹏有限公司诉广州远洋运输公司, 中国外轮代理大连分公司无全套正本提单提货纠纷案”中, 原告向广州海事法院起诉称, 被告违反了在目的港以外的地方提货必须凭全套正本提单放货的国际惯例, 没有尽到承运人应尽的义务, 被告之一——广州远洋运输公司辩称, 根据国际惯例和提单条款, 其中一份正本提单交货后, 其余各份即告失效, 另一被告——中国外轮大连分公司辩称, 原告提出“在目的港以外的地方提货须凭全套正本提单放货的航运惯例”, 原告对此“航运惯例”应负举证责任; 凭其中一份提货后, 其余各份均失效; 本案所涉及提单条款对此也有明确规定, 因此, 原告的损失是由买方索赔。

法院认为, 提单是物权凭证, 承运人将承运的货物运至目的港后, 向提单合法持有人交货是其基本义务。在目的港以外向提单的合法持有人交货, 收回全套正本提单是否是一种国际航运惯例, 在目前很难认定。因此, 法院裁定, 驳回原告的诉讼请求。

(资料来源: 胡晓红, 《国际商法理论与案例》, 北京: 清华大学出版社)

问题:

- (1) 什么是国际惯例?
- (2) 国际惯例是否有法律约束力?