



## 学习目标 ○○○

### ● 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。

### ● 能力目标

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。

### 引导案例

HUBAS SKI SDN. BHD. (简称 H 公司, 马来西亚公司) 的负责人 DELAER KHUN (简称 D 先生) 来华采购竹地毯, 经西米贸易有限公司 (简称西米公司, 马来西亚公司) 义乌代表处的负责人 USNAR ALI (简称 U 先生) 介绍, 于 2010 年 8 月 3 日与安安公司在浙江安吉签订《协议》一份, 协议约定 H 公司向安安公司订购竹地毯两个集装箱, 分别于 2010 年 8 月 10 日和 2010 年 8 月 20 日各发货一个集装箱, 由 H 公司支付定金 2 万美金, 如不交货则退还 4 万美金。H 公司于 2010 年 8 月 4 日向安安公司账户支付 2 万美元, 后双方又就相关买卖事宜进行确定。2010 年 8 月 10 日安安公司称第一个集装箱已装箱, 要求再给付货款 29 174.63 美元, 2010 年 8 月 12 日 H 公司向安安公司账户支付 29 174.63 美元, H 公司向安安公司索取提单, 安安公司一直拖延, 后又多次联络, 才知道安安公司并未发货。2010 年 11 月 23 日,

H 公司以安安公司的行为在民事活动中已构成违约, 应承担相应的民事责任为由, 要求安安公司返还预付货款、双倍返还定金和支付赔偿金; 而安安公司认为, 公司之所以不交货是因为, 西米公司曾经多次向安安公司订货, 尚有 4.68 万美元和 21 240 元人民币没有支付, 承诺在下次订货时一并付清, 但至今未付。安安公司在 U 先生、西米公司没有付清欠款和货款的情况下, 有权不予发货。双方就此事发生纠纷。

### 思考与讨论

- (1) 本案是否属国际商法调整的范围?
- (2) 本案可通过何种方式解决? 是仲裁还是诉讼?
- (3) 如果 H 公司起诉安安公司, 本案中国法院是否有管辖权?
- (4) 如果在中国法院起诉, 本案应适用什么法律解决? 如何解决?

我们在从事国际商事活动时, 不可避免地会碰到一系列的法律问题。比如我们和其他国家的主体一起组建一个公司, 可能用到商事组织法; 我们请他人帮忙处理某些事情或在海外销售产品, 可能涉及代理法; 最常见的是我们在国际范围内买进或卖出货物, 要用到国际货物买卖法; 买卖的货物要运输, 就涉及国际货物运输法; 运输的过程中存在风险, 就可能涉及国际货物运输保险法; 购进或销售的货物若存在缺陷致人损害, 则可能用到产品责任法; 进行商事活动离不开款项的支付, 了解重要的支付工具——票据也是必要的, 而合同法更是



无处不在。所有这些都是国际商法这门课程试图要介绍的。

上面的案例更引起我们的思考:到底什么是国际商法?国际商法都管哪些方面的事?在国际商事活动中有了争议可以用什么方式解决?可以在哪里解决?用什么法律规范解决?用中国法还是用马来西亚法或其他法解决?处理的结果是一样的吗?

## 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)是指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。

要理解国际商法的概念,就要从以下三个方面来把握。

#### 1. “国际”

何谓“国际”,并没有一个确定的标准,但大多数学者认为,“国际”是一个非常广泛的概念,含有“涉外”、“跨越国界”之意。一般认为只要主体涉外或行为涉外即可以认为具有国际因素。例如本章引导案例中的当事人是中国公司和马来西亚公司,主体涉外了,即属于国际纠纷。

我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》304条规定,当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者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外国,或者诉讼标的物在外国的民事案件,即为涉外民事案件。

#### 2. “商”

国际商法只调整商事关系,诸如跨国婚姻、家庭、收养、继承等,不在调整之列。商事活动纷繁复杂,“商事”一词应从广义上去理解,它包括一切经济活动,如买卖、代理、租赁、咨询、支付、运输、保险、银行、娱乐、旅游等。

#### 3. “法”

国际商法是一个庞杂的系统,是各种商事法律规范的总和。它不是一部法典,而是包括各种国际商事条约、国际商事惯例以及各国的国内商事立法。

### 案例思考

**【案例】** 我国中山某公司委托深圳某公司采购日本的一套设备,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?

**【解析】** 中山某公司与深圳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;深圳某公司接受委托帮中山某公司从日本购进货物,买卖合同当事人是中山某公司和日本某公司,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

国际商法的渊源指的是国际商法的表现形式。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。

### 1. 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 年欧盟颁布了《关于成员国法院间民事取证合作第 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。”

### 2. 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。一般由某些国际组织或某些商业团体整理编纂成文，广为接受并普遍遵守。

国际商事惯例不是一国的国内立法，也不是一国缔结或加入的国际条约，不具有当然的法律效力。但按照各国的法律，一旦当事人双方在合同中采用了某项惯例，则该惯例对合同当事人就具有了法律约束力。

## 相关链接 国际商事惯例

国际商事惯例在国际商事交往中扮演着非常重要的角色。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

一方面是依据现有的国际商事条约和国际商事惯例并非能解决一切商事领域中出现的问题,只是在买卖、支付、海商、保险等领域比较完备,另一方面是现有的国际商事条约和国际商事惯例也并没有被世界上所有的国家和地区承认和采用,还有当事人也可能选择某一国内法来解决双方的争议,所以在很多的场合下还要凭借冲突规范的指引,适用某一国的国内商事立法或商事判例来处理有关国际商事争议。因此各国的国内商法也是国际商法的重要渊源。

## 第二节 大陆法系和英美法系

所谓法系(Law System)是指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。

一般法学家认为,对世界各国的法律产生重大影响的法律系有:中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系,其中大陆法系和英美法系是目前影响最大的法系。学习国际商法必须先对这两大法系有所了解。

### 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。

### 知识拓展 普通法和衡平法

#### 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。



### 1. 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。

#### 知识链接 冲突规范

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应承担责任的,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。

### 2. 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

由于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。就这涉及国际私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。考虑到高职高专非法律专业学生的实际情况以及将来的实用性,本书只介绍我国国际商事合同纠纷的法律适用次序。

#### 1. 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合同等9种合同只可适用中国的法律。



### 2. 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。但最高法院认为,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。

### 3. 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。

### 4. 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。

### 5. 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就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,一旦连公约也没有,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

本章学习的目的在于使初次接触国际商法的国际商务、国际贸易、商务英语等高职高专学生在学习具体的国际商事法律和商事惯例之前,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。另外与大多数高职高专教材不同的是,本章介绍了国际商法的一个难点问题,即法律适用问题。法律适用问题并不要求高职高专学生掌握,但要求他们认识到合同中约定适用的法律以及一些与他们将来工作密切相关的国际公约的重要性。

### 【引导案例解析】

(1) 马来西亚的 H 公司和浙江的安安公司签订了买卖合同,主体方面涉及不同的国家,属于国际商事关系,显然是国际商法调整的范围。

(2) 如果发生了国际商事争议,解决的途径主要有协商、调解、仲裁和诉讼,这在教材的第 11 章《国际商事争议的解决》中有详细的介绍。本案双方没有仲裁协议存在,如果又不能协商和调解,那就只能通过诉讼途径了。

(3) H 公司起诉安安公司,根据管辖权“属地原则”和“属人原则”,中国法院有管辖权(详细解析见教材第 11 章)。

(4) 我国《民法通则》第 145 条: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。另据《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 条对买卖合同的最密切联系地的规定可知买卖合同以合同订立时卖方住所地法为最密切联系地。本案双方当事人没有选择处理合同争议所适用的法律,马来西亚又不是《国际货物销售合同公约》的缔约国,而订立合同时卖方住所地为浙江安吉,因此本案应适用中国法解决。法院最后判决安安公司返还预款项 29 174.63 美元,双倍返还定金 4 万美元(有关实体内容详细解析见本教材第 3 章《合同法》)。



## 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

### 三、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?

### 四、案例分析

日本某公司作为卖方将其在中国境内某分公司生产的货物直接卖给中国的某一公司,买卖双方在合同中约定处理合同争议所适用的法律为第三国的法律。后因产品质量有问题,中国的买方拒绝给付货款并要求日方支付违约金并赔偿损失,日方则坚持中方必须给付货款,双方遂发生争议。日本公司依据双方的协议向中国的法院提起诉讼。同时,因产品有缺陷,致使中国消费者在中国境内使用时造成人身伤害。

请问:

- (1)法院能否依据买卖双方约定所选择的第三国的法律处理日本卖方与我国买方之间的争议?
- (2)当中国消费者向中国法院提起产品责任诉讼时,法院是否也应适用买卖合同所选择的第三国的法律?