

国际商法

Guoji Shangfa

吴兴光 朱兆敏 主编



中国商务出版社

CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

2010年版

[21 世纪全国高等院校国际经济与贸易专业精品教材]

国 际 商 法

(2010 年版)

吴兴光 朱兆敏 主编

中国商务出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法: 2010 年版/吴兴光, 朱兆敏主编. —2
版. —北京: 中国商务出版社, 2010. 8
21 世纪全国高等院校国际经济与贸易专业精品教材
ISBN 978-7-5103-0298-5

I. ①国… II. ①吴… ②朱… 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 (2010) 第 163618 号

21 世纪全国高等院校国际经济与贸易专业精品教材
国际商法 (2010 年版)
GUOJI SHANGFA
吴兴光 朱兆敏 主编

出 版: 中国商务出版社
发 行: 北京中商图出版物发行有限责任公司
社 址: 北京市东城区安定门外大街东后巷 28 号
邮 编: 100710
电 话: 010—64269744 (编辑室)
010—64266119 (发行部)
010—64263201 (零售、邮购)

网 址: www.cctpress.com
邮 箱: cctp@cctpress.com
照 排: 嘉年华文排版公司
印 刷: 三河和达印务有限公司
开 本: 787 毫米×980 毫米 1/16
印 张: 29.25 字 数: 525 千字
版 次: 2010 年 9 月第 2 版 2010 年 9 月第 3 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5103-0298-5

定 价: 45.00 元

版权专有 侵权必究

举报电话: (010) 64242964

出版说明

“选材”是师者完成“传道、授业、解惑”的前提条件。好的教材一方面能方便教师的教学，另一方面有助于激发学生的学习兴趣。然而，综观如今教材市场，各类教材汗牛充栋，层出不穷，令人眼花缭乱。要想在这茫茫“书海”中找出精品，真可谓“大海捞针”。

中国商务出版社（原中国对外经济贸易出版社）自1980年创社以来，一直承担着为商务部（原对外贸易经济合作部）人教司和各类经贸院校编写、出版教材的任务。二十多年来，中国商务出版社历经风雨，励精图治，已经成为经贸领域教材比较专业的出版社，积累了丰富的经验，并拥有大批资深的作者资源。几十年中，中国商务出版社在商务部主管部门的领导下，与各大高校、行业协会、学会等同仁同舟共济，开发了多套优秀教材，为商务部商务人才的培训和各经贸类高校人才的培养做出了巨大的贡献。

“教材配合教学、出版社服务大学”一直是我们中国商务出版社开发教材的深植理念。现在，我们把我社几十年所有出版、再版过的图书教材重新分类、挑选，编成《21世纪全国高等院校国际经济与贸易专业精品教材》系列向大家推荐，以期架起出版社与大学之间的桥梁，为教师的教学和学生的学习提供积极而富有成效的帮助。

我们挑选此精品教材系列的标准是：

1. 列选精品教材的图书必须是我社经过时间检验、实践证明，能够满足现代教学需要的再版教材。
2. 文章结构严谨，语言流畅，逻辑清晰，层次分明。
3. 作者阅历丰富，不但具有多年的教学经验，还具有相当的实践经验。

该精品教材的特色有：

1. 对老师来说, 每本教材都有相应的教学大纲, 在书的最后附有本学科的考试试卷范本, 有助于教师的教学以及对学生的学习检查。我们出版社为教师提供全方位的教材后续服务, 定期组织教师培训, 实时由专家解答各种疑问。

2. 对学生来说, 我们的教材通俗易懂, 实例丰富, 详略得当。既有基础理论, 又有一定的深入拔高, 可以满足各种层次的学生学习要求。学练结合, 每学完一个单元, 都有相应的联系思考题。

我们衷心地希望该“大浪”淘出的精品教材能在各学校“安家成长、开花结果”。同时如果您有意见或建议, 请直接和我们联系或寄送书后的《读者反馈表》。

中国商务出版社

《21 世纪全国高等院校国际经济与贸易专业精品教材》编辑部

2005 年 1 月

前 言

我国内地出版的《国际商法》教材，最早的版本是沈达明、冯大同、赵宏勋三位教授合编的，于1982年由对外贸易教育出版社出版。早在我国改革开放初期——20世纪80年代，这门从西方发达国家引进的《国际商法》课程，就成为国际贸易专业“老五门”课程之一。20多年过去了，现在《国际商法》仍是国际经济贸易等专业的重要课程之一，此课程的生命力和重要性由此可见一斑。在我国，《国际商法》课程的开设和教材的出版近年来呈现了百花齐放、百家争鸣的景象。

在我国加入WTO、逐步融入全球经济一体化格局的今天，专门编写供国际经济贸易专业的学生学习的《国际商法》教材，无疑是一件有意义的工作。我们广东外语外贸大学和上海外国语大学的一批教师，长期以来都一直在向国际经济贸易等专业的学生讲授《国际商法》课程，此次经过三年酝酿和努力，终于编写出此教材。我们相当多的教师讲授此门课程已超过10年，说“十年磨一剑”，对这本书一点也不过分。尽管如此，本教材中难免缺点、错误，翘望读者不吝赐教。

本教材的一个重要特点，是结合典型案例阐述一些重要的法律原则或法律规定，这将有助于学生的理解，有助于提高学生分析问题和解决问题的能力。

本教材内容比较多，教师在讲授时可根据实际需要，作适当的选择和增删。

本教材的撰写人员及分工如下（以撰写章节先后为序）：

第一章：朱兆敏

第二章：黄丽萍

第三章：刘晓蔚

第四章：吴兴光 陈咏梅

第五章：吴兴光 陈咏梅

第六章：刘晓蔚

第七章：朱兆敏

第八章：殷 敏

第九章：马妍妍

第十章：邓 旭

第十一章：洪治钢

第十二章：殷 敏

第十三章：陈咏梅

第十四章：黄丽萍

全书由吴兴光和朱兆敏统稿、修改和定稿。

吴兴光 朱兆敏

2005年7月23日

再 版 前 言

本教材自2006年出版以来,得到许多学校师生和其他读者的好评,其热烈程度远远超出了我们一班编写人的期望,在此首先感谢读者的认同。

星移斗转,经济全球化、商务电子化、支付便利化的新发展,催生国际惯例、中国法律的发展和修订。为此,在基本保持本教材第一版结构和内容的基础上,我们对部分内容和细节作了必要的修改,增添了一些典型案例。这些修改主要包括:合同法一章增添了有关《国际商事合同通则》对时效期间的规定,商事组织法一章由于我国《合伙企业法》的修订做出相应的修改,在某些章节增加了电子商务的内容,国际支付突出保理的作用等。

此外,为适应师生们教学方面的需要,在教材编写体例方面我们作了改动,每章开头是本章概要、本章学习目标,每章结尾增添了本章总结和本章复习思考题(含案例分析题)。本书最后附录简要的教学大纲和学时安排。

希望《国际商法》第二版得到更多读者的认同和喜欢,翘望各位同行和读者不吝赐教!

吴兴光 朱兆敏

2010年6月9日

· 目 录 ·

第一章 绪论	(1)
本章概要	(1)
本章学习目标	(1)
第一节 国际商法概述	(1)
第二节 国际商法的渊源	(10)
第三节 国际商法的适用	(17)
本章总结	(21)
本章复习思考题	(21)
第二章 商事组织法	(22)
本章概要	(22)
本章学习目标	(22)
第一节 概述	(22)
第二节 合伙企业法	(24)
第三节 公司法	(35)
第四节 中国外商投资企业法	(67)
本章总结	(81)
本章复习思考题	(81)
第三章 代理法	(82)
本章概要	(82)
本章学习目标	(82)
第一节 代理法概述	(82)
第二节 代理的法律关系	(94)
第三节 中国代理法	(99)
本章总结	(102)
本章复习思考题	(102)
第四章 合同法	(103)
本章概要	(103)

本章学习目标	(103)
第一节 合同法概述	(103)
第二节 合同的成立	(109)
第三节 合同的效力	(120)
第四节 合同的内容与合同的履行	(125)
第五节 不履行与救济方法	(130)
第六节 合同的变更、转让与消灭	(143)
本章总结	(151)
本章复习思考题	(151)
第五章 国际货物买卖法	(153)
本章概要	(153)
本章学习目标	(153)
第一节 国际货物买卖法概述	(153)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(157)
第三节 卖方和买方的义务	(164)
第四节 违反货物买卖合同的救济方法	(175)
第五节 货物所有权与风险的转移	(184)
第六节 国际货物买卖中的格式合同	(191)
本章总结	(197)
本章复习思考题	(197)
第六章 产品责任法	(198)
本章概要	(198)
本章学习目标	(198)
第一节 产品责任概述	(198)
第二节 产品责任法	(208)
第三节 产品责任的诉讼管辖和法律适用	(218)
本章总结	(222)
本章复习思考题	(222)
第七章 海上货物运输法律制度	(223)
本章概要	(223)
本章学习目标	(223)
第一节 海上货物运输概述	(223)
第二节 提单	(231)
第三节 租船合同	(241)

第四节 国际货物多式联运合同	(248)
本章总结	(251)
本章复习思考题	(252)
第八章 国际货物运输保险法	(253)
本章概要	(253)
本章学习目标	(253)
第一节 国际货物运输保险法概述	(253)
第二节 海上货物运输风险及其承保范围	(258)
第三节 国际货物运输保险合同	(263)
第四节 海上保险的索赔与理赔	(271)
第五节 中国人民保险公司保险条款	(273)
本章总结	(278)
本章复习思考题	(278)
第九章 国际知识产权与技术贸易	(279)
本章概要	(279)
本章学习目标	(279)
第一节 概述	(279)
第二节 知识产权及其保护	(283)
第三节 国际许可贸易	(301)
本章总结	(313)
本章复习思考题	(313)
第十章 加工贸易	(314)
本章概要	(314)
本章学习目标	(314)
第一节 加工贸易概述	(314)
第二节 加工贸易的行政监管	(322)
第三节 加工贸易交易	(332)
第四节 外发加工与深加工结转	(337)
本章总结	(339)
本章复习思考题	(339)
第十一章 国际支付法	(340)
本章概要	(340)
本章学习目标	(340)
第一节 国际支付法概述	(340)

第二节 票据与票据法	(342)
第三节 国际贸易支付方式	(355)
本章总结	(373)
本章复习思考题	(373)
第十二章 国际贸易中的担保交易	(374)
本章概要	(374)
本章学习目标	(374)
第一节 独立担保与备用信用证	(374)
第二节 抵押	(378)
第三节 质押	(388)
第四节 留置	(391)
本章总结	(394)
本章复习思考题	(394)
第十三章 对外贸易救济	(395)
本章概要	(395)
本章学习目标	(395)
第一节 对外贸易救济概述	(395)
第二节 反倾销	(397)
第三节 反补贴	(406)
第四节 保障措施	(414)
本章总结	(418)
本章复习思考题	(419)
第十四章 国际商事争议解决的法律制度	(420)
本章概要	(420)
本章学习目标	(420)
第一节 国际商事争议解决的法律制度概述	(420)
第二节 国际商事仲裁制度	(425)
第三节 国际商事纠纷的司法解决	(440)
本章总结	(449)
本章复习思考题	(449)
参考文献	(450)
《国际商法》课程教学大纲	(452)
课程学时分配建议	(454)

第一章 绪 论

本章概要 本章主要介绍国际商法的基本概念、国际商法的产生与发展、国际商法与其他法律部门的关系、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。

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间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基本的行为规范。国际间开展商事交易，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。而国际商法则是具有强制力做后盾保证予以实施的法律规则，因此它是规范跨国间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 28 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 2290250 美元的发票、提单及其他全套单据。中国银行付款后，瑞士资源先是托词中国港口拥挤，船舶改

变航线，货物延期到港，以后又中断了与中技公司的联系。中技公司赴欧洲调查结果表明，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，提单是伪造的。为了挽回损失，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2290250美元；并赔偿钢材货款的银行贷款利息873784.58美元，经营损失1943588.25美元，国外公证和认证费、国内律师费29045.77美元，共计5136668.60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。

在以上案例中，瑞士资源没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，中技公司采取了补救措施，扣押瑞士资源其他在华财产，通过司法诉讼追索其违约和侵权责任。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，如果中技公司要求信用证议付单据中包括一张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手段，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，但他（她）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，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，商事性又能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，其目的是为了获得买卖价格差额、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、日常的经营活动；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、有计划性。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。“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，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。

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三种情形：

第一，商主体具有涉外因素，即具有国际性。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，因此该货物合同具有涉外因素。又如两个公司订立的旅游服务合同，该旅游点是在外国。

涉外民事（商事）法律关系的主体、客体、法律事实中至少有一个以上要素具有涉外因素的，该商事关系具有国际性。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。

国际商法是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，现在国际商法的调整对象和范围比传统的商法广泛得多，内容越来越丰富。

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，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，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系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，本书按照后一理解形成国际商法的体系。

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。

商法从它产生开始天生具有国际性。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展，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

^① 程家瑞，编辑者序．国际贸易法文选 [M]．赵秀文译．中国大百科全书出版社，1993