

国际商法

沈四宝 王军 焦津洪 编著



对外经济贸易大学出版社

国际商法

沈四宝 王军 焦津洪 编著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/沈四宝,王军,焦津洪编著. —北京:对外经济贸易大学出版社,2003

文凭考试及大专用书

ISBN 7-81078-207-X

I. 国… II. ①沈… ②王… ③焦… III. 国际商法—高等教育—自学考试—教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 014971 号

© 2003 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

国 际 商 法

沈四宝 王军 焦津洪 编著

责任编辑:王晶

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址:<http://www.uibep.com>

北京山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

开本:880×1230 1/32 11.375 印张 328 千字

2003 年 3 月北京第 1 版 2003 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-207-X/D·014

印数:0001—5000 册 定价:20.00 元

出 版 说 明

为了适应中国加入 WTO 后的新形势和满足培养国际化人才的急需,以迎接新的机遇与挑战,我们按照国家最新修订、公布的有关法规和通行的国际商务运作规则,在原有教材的基础上,重新组编了一套供高校培养国际化人才通用的系列教材,其中包括《国际贸易》、《国际金融》、《国际贸易实务》、《中国对外贸易》、《国际商法》、《基础英语》(即《国际贸易英语》)。这套教材,也可作为高职、民办高校文凭考试、自学考试和培训国际经贸从业人员的基础教材和参考读物。

对外经济贸易大学出版社

2002 年 2 月

前 言

加入 WTO 以后,中国经济正在逐步融入世界经济,中国市场正在和国际市场连成一片。我国的涉外经贸法律必须与 WTO 的法律原则和协议保持一致;因此需要培养大批熟悉国际经贸规则法律的人材。为此,我们根据我国加入 WTO 的承诺和国家最新颁布修订的法律法规,通过与有关的国际惯例和国际公约进行比较分析,在原有教材的基础上,编著了这本教材。

本书既可作为高校国际经贸专业法律的教材,也可作为国际贸易专业学历文凭考试、自学考试、高等职业教育的基础教材。本书共分十章,由对外经济贸易大学法学院沈四宝、王军、焦津洪三位教授编写。其中沈四宝教授撰写第一章、第三章、第四章、第五章和第十章,王军教授撰写第六章,焦津洪教授撰写第二章、第七章、第八章和第九章。书中如有不足之处,谨请读者提出修改意见。

编 者

2003 年 1 月

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 国际商法的概念和渊源	(1)
第二节 大陆法系的概念及其主要特征	(4)
第三节 普通法系的概念和特征	(8)
第四节 当代中国法律制度概述	(13)
复习思考题	(20)
第二章 代理法	(21)
第一节 代理法概述	(21)
第二节 本人与代理人之间的关系	(26)
第三节 本人及代理人同第三人的关系	(30)
第四节 我国的代理法与外贸代理制	(34)
复习思考题	(38)
第三章 合伙企业法	(39)
第一节 商事组织的法律形式	(39)
第二节 合伙法	(41)
复习思考题	(48)
第四章 公司法	(50)
第一节 公司及公司法的概念	(50)
第二节 公司的主要分类	(54)
第三节 公司的设立	(58)
第四节 公司财务及资金来源	(63)
第五节 公司的管理	(77)

第六节 公司治理的概念及其主要法律措施	(94)
第七节 公司的合并、解散和清算	(102)
第八节 外国公司	(104)
复习思考题	(111)
第五章 外商投资企业法	(113)
第一节 外商投资企业法的概念	(113)
第二节 中外合资经营企业的法律制度	(113)
第三节 中外合作经营企业的法律制度	(119)
第四节 外资企业的法律制度	(122)
第五节 外商投资企业适用《公司法》的若干问题	(126)
第六节 与贸易有关的投资措施对我国三资企业法的影响	(134)
复习思考题	(138)
第六章 合同法	(139)
第一节 引论	(139)
第二节 合同的订立	(141)
第三节 合同的效力	(147)
第四节 合同的内容和履行	(199)
第五节 违约及其救济措施	(216)
复习思考题	(223)
第七章 买卖法	(225)
第一节 关于国际货物买卖的国际公约	(225)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(227)
第三节 卖方和买方的义务	(236)
第四节 对违反买卖合同的补救方法	(258)
第五节 货物所有权与风险的移转	(276)
复习思考题	(290)

第八章 产品责任法	(291)
复习思考题.....	(297)
第九章 票据法	(298)
第一节 概述.....	(298)
第二节 汇票.....	(305)
第三节 本票与支票.....	(325)
复习思考题.....	(328)
第十章 国际商事仲裁	(329)
第一节 国际商事仲裁的概念及其特点.....	(329)
第二节 国际商事仲裁协议.....	(335)
第三节 国际商事仲裁程序.....	(342)
第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行.....	(348)
复习思考题.....	(353)

第一章 绪 论

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

国际商事法(International Business Law),简称国际商法,它是指调整国际商事交易和商事组织的各种法律规范的总称。它强调的是各国商人(企业)之间从事商业活动,尤其是贸易和投资活动方面的法律规范。这种法律规范调整的对象随着世界经济全球化进程的加快和知识经济时代的到来,早已突破了传统的商事法范围,而增加了许多新的领域,比如,传统意义上的(货物)买卖法,已经演变成除货物买卖法以外的技术贸易法及服务贸易法;此外,如投资、租赁、融资、工程承包及合作生产也都超出了传统的商事法调整的范围,因此,西方国家往往把调整上述各种商业交易的法律用国际商事交易法(The Law of International Business Transactions)来概括。在我国,不少学者又把国际商事法称为国际商贸法。要说明的是,国际商事法与国际经济法,既有联系又有区别。其共同点都是调整跨国之间商事活动(包括商事组织本身)的各种关系的法律规范总和。其主要不同点就在于国际商事法的主体仅限于各国的商人及各种商事组织,如合伙企业及公司,而不包括国家、国际组织。也就是说,国际经济法的主体更加广泛,它除包括商人及商事组织之外,还应包括国家及国际组织在内。

二、国际商法的渊源

国际商法的渊源,主要是指国际商事法产生的依据及其表现形式,它包括:国际(商务)条约、国际(商事)惯例和各国商事立法。

(一) 国际(商务)条约

各国缔结的有关国际经济活动的国际条约或公约历来被普遍认为是国际商事法的重要渊源。按照 1969 年《维也纳条约法公约》第 2 条第 1 款(甲)规定:“称‘条约’者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上之单独文书内,亦不论其特定名称为何。”

条约对缔约国有拘束力,国家必须遵守条约,这是根据“约定必须遵守”的古老的国际法原则得出的结论。各国通过缔结条约(或公约),就可以将某些强制性的法律规范加之于当事人,当事人必须予以遵守。

条约又分双边条约和多边条约(又称公约)。但一般说来,条约只对缔约国有拘束力,而对非缔约国并无拘束力。这是因为条约只规定缔约国之间的权利和义务关系。但许多商事方面的多边条约或公约中所作出的规定,往往反映了商品经济的一般圭律,通常被认为属于商业活动应予遵守的规范,因而往往会得到非缔约国的遵守,尤其是那些参加国较多、历史较长久的公约。

由于国际商事法所具有的私法特性,因而在某些情况下,国际条约(或公约)的效力并非是具有绝对强制执行力的。在某些情况下,有的国际条约(或公约)只有在当事人之间的法律行为中予以采用时,才适用于当事人之间的法律关系,比如,《1980 年联合国国际货物买卖合同公约》第 6 条规定,双方当事人可以减少该公约的任何规定或改变其效力。这也充分体现了在私法领域当事人“意思自治”的原则。

作为商事性的双边条约的主要有:通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税和防止偷税漏税协定等。

作为多边条约(公约)的主要有:调整国际货物买卖的《1980 年联合国国际货物买卖合同公约》;调整国际海上货物运输的《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》;调整国际航空运输的《华沙公约》;调整国际铁路货物运输的《国际货约》、《国际货协》;调整国际多式联运的《联合国国际货物多式联运公约》;调整国际票据法律关系的《关于本票、汇票的日内瓦公约》、《关于支票的日内瓦公约》;关于国际投资的《解决一国与他国国民投资争议的公约》(又称《华盛顿公约》)、《多边投资担保机构公约》;关于国际仲裁的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(又称《纽约公约》);关

于知识产权的《保护工业产权巴黎公约》、《商标注册马德里公约》、《伯尔尼公约》、《日内瓦公约》、《世界版权公约》，等等。

上述条约和公约都反映了缔约国对外经济贸易政策的要求，并为缔约国的商业组织实现其商事活动所需要的。建国以来，我国已同世界各国签订了为数众多的国际贸易条约与协定，它为加强和发展我国同世界各国的经济贸易关系，发挥了相当重要的作用，我国对自己缔结和参加的国际条约，历来诚信地予以遵守。

（二）国际惯例

国际惯例，是指国际经济法主体重复类似的行为而上升为对其具有拘束力的规范。《国际法院规约》第38条规定，法院适用法律时对国际惯例的解释是：经接受为法律的通例。《联合国国际货物买卖合同公约》第9条对国际贸易惯例的解释为：“在国际贸易上已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。”法律上的惯例与习惯是有本质的不同的，前者一旦被当事人加以采用，便对该当事人具有法律拘束力，后者只是一种习惯的行为。从这个意义上说，虽然国际惯例没有普遍的约束力，无法与国际公约的效力相比，但在某些具体的当事人之间却有像国际公约一样的强制力。有些国际惯例已经被某些国家纳入其国内的成文法，从而具有了法律的普遍约束力。还有些国家的国内法规定，国际惯例的适用无须当事人明示表示同意。由此可见，目前国际惯例与国际公约在强制力上的这种区别已经被渐渐淡化了，采用国际惯例已经成为国际上的一种趋势。

一项习惯最终形成惯例，要有一个漫长的逐渐形成的过程，在这个过程中，既需要各国商人重复的类似行为，又需要各国对这种行为逐步认为具有法律拘束力。因此，在国际上，一项习惯的形成，由习惯上升为惯例，成为国际商事法的一个组成部分，来之不易，应该重视并予以遵守。因此，一些法学家称国际惯例为“世界通用的语言”。

国际惯例在国际商事中较为常见，或者说，在当今世界上如果没有这种国际惯例，或者说各国商人不承认这些惯例具有法律拘束力，那么可以说，国际贸易这座大厦顷刻之间就会倒塌。因为这些惯例已成为使国际贸易得以正常进行的支柱。例如，目前在国际贸易中影响最大的贸易惯

例是国际商会制定的《1990 年国际贸易术语解释通则》和《商业跟单信用证统一惯例》。这两套国际贸易惯例在世界上已经得到绝大多数国家和地区的承认,而且在实践中起着举足轻重的作用。我国对国际商事活动中的国际惯例,历来给予高度的重视,并严格予以遵守。

(三)国内法

国际经贸关系具有多样性和复杂性,现有的国际公约和惯例不可能满足实践中的需求;而且个人或企业在从事超越国境的经贸和商事活动时,也可能选择某国的国内法为准则,因此,国内法在国际商法中仍占有重要地位。

国内法的范围涵盖实体法、程序法和冲突法。在实践中,由于西方国家对外经贸交往活动频繁,其立法相对起步较早,体系较为完备,这些国家的有关法律对其他国家的立法和实践有相当大的影响。我国自从 20 世纪 70 年末开始,国际商贸活动得到了长足的发展,在全球范围内成为经济持续高速发展的国家之一,是国际商界关注的焦点。因此,越来越多的外国投资者、法律工作者关注并研究我国的商事立法。

三、国际商法的主要内容

由于国际商事法涉及的范围很广,在有限的课时内讲授全部内容是困难的,也是不现实的,根据对外经贸院校的课程设置及教学的需要,本教材主要包括如下内容:(1)绪论;(2)商事组织法,包括合伙法、公司法和我国三资企业法;(3)商事合同法;(4)贸易法;(5)直接投资法;(6)融资法;(7)国际商事仲裁。应该说上述内容是国际商事法的核心部分,但不等于全部内容。此外,随着世界各国经济的发展和商事立法的加强,国际商法的内容也势必随之变得更加丰富。

第二节 大陆法系的概念及其主要特征

西方国家的法制在其长期的历史发展中,形成了大陆法系(又称民法法系)和普通法系(又称英美法系)两大法系。西方国家的这两大法系,都有着悠久的历史,都受到罗马法的深刻影响,同时都在世界各国的立法历

史上,尤其对各国商法的形成和发展,并对国际商法的产生和发展产生过重大的影响。

一、大陆法系的概念及其分布范围

(一)大陆法系的概念

大陆法系(continental family)一般是指以罗马法为基础而形成和发展起来的一个完整的法律体系的总称。它主要是在罗马帝国的消亡过程中,在欧洲大陆,尤其是在西欧国家中逐渐发展起来的法律制度。因此,罗马法的概念和原则对大陆法的形成和发展产生了强烈和直接的影响。

大陆法系名称的由来就是由于该法系首先是在欧洲大陆出现和形成的,它具有法典的特征,因此,大陆法系又称为法典法系(code family)。

大陆法系还有一个重要的名称,即民法法系(civil law family)。这是因为大陆法系中的民法受罗马法的影响最为强烈和广泛;其次,大陆法系是以法国法和德国法为主而发展起来的,而法、德两国的法律都是法典式的,尤其是法国在19世纪初编纂的《法国民法典》和德国19世纪末编纂的《德国民法典》,它们对大陆法系的发展都具有强大的推动作用,以至于把大陆法系又直接称之为民法法系;而且,由于属于大陆法系的国家远远不限于欧洲大陆的范围,因此,民法法系具有更为通用的趋向。

(二)大陆法系的分布范围

大陆法系可以说源远流长,其分布范围非常广泛,其特点是以欧洲大陆为中心,遍布世界各地。

如前所述,大陆法系是以法国和德国为主的,它们的立法形式、法律原则及法律思想对大陆法系的形成都具有重大作用,因而不少学者主张大陆法系在欧洲大陆可分为法国分支和德国分支两个分支系:前者包括拉丁语系各国,即法国、比利时、西班牙、葡萄牙、意大利等国;后者包括日耳曼语系各国,即德国、奥地利、瑞士、荷兰等国。以法德两国为代表的大陆系,特别是法国的民法典,对其他地区之所以有重大的影响,部分原因是由于法国对其他国家和地区的军事占领或法国、西班牙、葡萄牙、荷兰的早期殖民征服。北欧各国即挪威、瑞典、丹麦、芬兰和冰岛的法律,通称

为斯堪的纳维亚法律,基本上也属于大陆法系。

在亚洲,日本自 1868 年“明治维新”以来的法律以及泰国等国法律,亦属大陆法系。

在北美,美国的路易斯安那州及加拿大的魁北克省法律,也因历史上的原因,属于大陆法系范围。

在非洲,如刚果、卢旺达、布隆迪等国法律,由于以前的殖民地历史,属于大陆法系;北非各国的法律,如阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯等国的法律,也受大陆法系的强烈影响。

二、大陆法系的特点

大陆法系的首要特点就是强调成文法的作用,它在结构上强调法律的系统化、归类化、法典化和逻辑性。

其次,大陆法系各国把全部法律区分为公法和私法两大部分。早期把法律分为公法和私法的是罗马法学家乌尔比安,他认为“公法是与罗马国家状况有关的法律,私法是与个人利益有关的法律”。大陆法系各国继承了罗马法的这种分类方法,并根据现代法律发展的状况,进一步把公法再细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法;把私法分为民法、商法等。大陆各国在这些法律领域中基本上都使用相同的法律制度和法律概念。

再次,大陆法各国都进行大规模的法典编纂工作。近代意义上的法典,是指对某一部门法进行系统的、全面的编纂,从而使之成为一个正式的法律文献。

1804 年的《法国民法典》是 19 世纪大陆法系法典的一个典型。从这一法典开始,法国和其他很多欧洲大陆国家相继进行了广泛的立法活动,尤其是编纂法典的活动。除民法典之外,还有商法典、刑法典、刑事诉讼法等。

此外,在大陆法系,司法判决不是主要的法律渊源,而仅仅是对法律的注释,大陆法系国家法律的效力渊源,主要是制定法,又称为成文法,而不是判例。在司法过程中,法官的判决只是起着加强对法律的解释作用。在大陆法系,法官解释法律的方法可以归纳为:文法解释、逻辑解释、历史解释和目的解释四种。但这些方法还只是起着对法律的注释作用,其本

身并不构成法律的一部分。

最后,大陆法系上述特征,都是全面地直接地受到罗马法影响的结果,或者说,大陆法全面地继承了罗马法的主要内容才形成了其上述特征。

三、大陆法系各国的法院组织

大陆法各国的法院组织虽然各有特点,但都有一些共同之处。主要表现在:法院的层次基本相同;各国除普通法院以外,都有一些专门法院与普通法院同时并存。

各国法院基本上都分为三级,即第一审法院、上诉法院和最高法院。有的国家根据诉讼的性质和金额的大小设立各种不同的第一审法院。有的国家除普通法院外,还设有商事法院、亲属法院和劳动法院,专门受理有关商务关系、家庭关系和劳资关系的案件。但商事法院限于第一审,所以并不成为与普通法院并行的体系。有些国家如意大利、荷兰、葡萄牙与巴西等国,已取消了商事法院,把这类案件移交普通法院受理。上诉法院主要是受理对第一审法院判决不服的上诉案件,但对可以提出上诉的条件,各国有不同的规定。在有的国家最高法院就是上诉审法院或再上诉审法院。有的国家则规定,最高法院只能维持或撤销原判决,不能进行实体审理。

此外,有些国家如德国、法国、奥地利、比利时、意大利、芬兰、卢森堡、瑞典等国,还设有行政法院并构成独立的审级层次;有些国家如西班牙、瑞士以及大多数法语非洲国家,虽然设有行政法院,但隶属于最高法院行政诉讼庭,没有形成独立的审级层次;另外一些国家如日本、丹麦、挪威、阿根廷、巴西、智利、秘鲁等国,则不设行政法院。

有些国家除设有行政法院系统外,还有其他一些独立的司法机关,如德国设有劳动法、税法的最高联邦法院,瑞士设有关于海关法、军事法、社会保险法等联邦法院。有些大陆法国家实行联邦制,其法院组织体系更为复杂,往往在州法院之上还设有联邦法院。

第三节 普通法系的概念和特征

一、普通法系的概念

普通法系(common law),又称英美法系,是西方资本主义国家中与大陆法系并列的一种法律传统,它的历史和影响也相当悠久和广泛。普通法系是指英国中世纪以来的法律,特别是它以普通法为基础的、与以罗马法为基础的民法法系相比较而存在的一种法律制度;应当提到的是,普通法系以英国普通法为基础,但并不仅指普通法,它是指在英国的三种法律,即普通法、衡平法和制定法的总称。尽管衡平法和制定法对普通法系的形成也有影响,但不及普通法。

美国法律,作为一个整体来说,属于普通法法系,但它有自己的、不同于英国法的很多特征。就像民法法系以法、德两国法律为代表,分为两个支系一样,普通法法系可以英、美两国法律为代表,分为英国法和美国法两个支系。普通法法系又可称为英美法系。

应当注意,美国法律,自19世纪后期起,就离开英国法律独立发展。在第二次世界大战后,美国法律独立发展的倾向日益加强。有的西方比较法学家甚至对“英美法”这一名称提出质疑。美国法律的这种变化是由许多因素造成的。首先,二战后美国成为西方发达国家中最强大的国家。其次,西方国家法律领导地位的改变。据有的比较法学家分析,自19世纪前半期起,法国法律占领导地位;19世纪后期起至20世纪初,德国取得领导地位。二战后,又转至美国。西方法学家的注意力普遍转向美国。再次,二战后,美国的法律制度与法学思想、法律教育对其他西方国家有相当大的影响。最后,美国是一个建国仅200多年的联邦制国家,它的法律颇为复杂又有许多特点,这也是使人注意的一个原因。

二、普通法系的分布范围

如前所述,普通法形成于英国,以后扩展到美国及其他过去曾受英国殖民统治的国家和地区,主要包括加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚和新加坡,香港地区也采用英美法。南非原属大陆法体系,后被英国吞并,受英国法的影响,是大陆法与普通法的混合物,

斯里兰卡也有类似情况。菲律宾原是西班牙殖民地,属大陆法系,后来随着美国势力的渗入,引进了英美普通法的因素,所以,菲律宾法也是一种混合体。但是,联合王国的苏格兰、美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克却不是普通法系,而属于大陆法体系。

三、英国法的渊源

从历史上看,英国是判例法国家,判例法是英国法的主要渊源,成文法(statute,亦译制定法)居于次要地位。但是,自19世纪末20世纪初以来,英国资产阶级为了适应社会关系和国家活动日益复杂化的要求,国家机关的立法活动大大加强,颁布了大量的法律,成文法在社会生活中的作用日渐重要。现将英国法的基本渊源分别介绍如下:

1. 判例法(case law)

判例法是英国法的主要渊源,它是由高等法院的法官以判决的形式发展起来的法律规则。判例法的一个主要特点是,法院在判决中所包括的判决理由(ratio decidendi)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,否则,就谈不上判例法。

这就是19世纪上半叶确立起来的所谓“先例约束力的原则”(rule of precedent)。这一原则包括以下三个内容:

(1)上议院的判决是具有约束力的先例,对全国各级审判机关都有约束力,一切审判机关都必须遵循。过去,上议院本身也要受它所作出的先例的约束,但1966年枢密大臣宣布,以后上议院可不受其先例的约束,使上议院可以根据形势的发展变化改变它以前所作出的先例。

(2)上诉法院的判决可构成对下级法院有约束力的先例,而且对上诉法院本身也有约束力。

(3)高级法院的每一个庭的判决对一切低级法院有约束力,对高等法院的其他各庭以及对王冠法院也有很大的说服力。

(4)有些法院,还要遵守其以前判决中的原则。

由此可见,只有上诉法院、高级法院和上议院的判决才能构成先例,才具有约束力,至于其他法院或准司法机关(即各种委员会)的判决则只有说服力,而没有约束力。说服力和约束力是两个不同的概念,具有约束力的先例是必须遵守的,而具有说服力的判决,则可由法官根据具体情