

学校法学教材

国际商法

主 编 金晓晨 谢海霞

中国法制出版社

高等学校法学教材

国际商法

金晓晨 谢海霞 主编

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/金晓晨 谢海霞主编. —北京: 中国法制出版社, 2004.2

高等学校法学教材

ISBN 7-80182-257-9

I. 国… II. ①金…②谢… III. 国际-商法-中国 IV. D922.297.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 013014 号

高等学校法学教材

国际商法

GUOJI SHANGFA

主编/金晓晨 谢海霞

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850×1168 毫米 32

版次/2004 年 2 月第 1 版

印张/11.5 字数/251 千

2004 年 2 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-257-9/D·1223

定价: 21.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66062738

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

前 言

在经济全球化的背景下，世界贸易和经济的相互依赖性越来越强，世界各国都面临着日益激烈竞争的全球市场。对于中国这样刚刚加入世界贸易组织的国家而言，既有进一步扩大国际贸易的机遇，也有进一步开放国内市场的压力，在这样的国际国内环境下，学习并掌握国际商事交易规则就成为一个必然的要求，一些学科相应的增加了国际商法课程。面对这一市场需求，我们结合国际商事立法和实践的发展，借鉴其他学者的研究成果，编写了这本国际商法教材。

本书在编写中侧重法学理论和具体规则的结合，具有如下几个特点：（1）注重比较研究。这是国际商法的特点决定的，因为进行国际商事交易，需要对多数国家的法律有基本的了解和认识。（2）注重公法和私法的结合。国际商法的知识既涉及私法知识，也涉及公法知识，因此编写中将二者结合介绍。（3）注重实务性和可操作性。针对教学对象的特点，在讲述国际商法理论的基础上，侧重对国际商事规则的具体介绍。

本书第一章、第二章、第九章、第十章由金晓晨编写，第三章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章由谢海霞编写。

由于水平的限制，本书欠妥或错误之处在所难免，敬请专家和读者指正。

作 者

2004 年 1 月

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 国际商法概述	(1)
第二节 大陆法系与英美法系	(6)
第三节 法律冲突与法律适用	(14)
第二章 国际商法的主体	(23)
第一节 概述	(23)
第二节 合伙企业法	(37)
第三节 公司法	(44)
第三章 国际货物买卖法	(94)
第一节 概述	(94)
第二节 国际贸易术语解释通则 2000 的主要内容	(103)
第三节 国际货物买卖合同的订立	(111)
第四节 买卖双方的义务	(116)
第五节 违反合同时的补救方法	(125)
第六节 货物所有权与风险的转移	(136)
第四章 国际代理法	(146)
第一节 概述	(146)
第二节 代理的内部关系	(151)
第三节 代理的外部关系	(155)
第四节 有关代理关系的国际调整	(157)
第五章 国际货物运输法	(165)
第一节 国际海上货物运输法	(165)
第二节 国际航空货物运输法	(193)

第三节 国际铁路货物运输法·····	(197)
第四节 国际货物多式联运·····	(202)
第六章 国际货物运输保险法·····	(212)
第一节 国际海上货物运输保险法·····	(212)
第二节 国际航空货物运输保险法·····	(226)
第三节 国际陆上货物运输保险法·····	(228)
第七章 国际商事支付法·····	(232)
第一节 国际商事的支付工具·····	(232)
第二节 国际商事的支付方式·····	(238)
第八章 国际产品责任法·····	(266)
第一节 关于产品责任的国内立法·····	(266)
第二节 关于产品责任的国际公约·····	(272)
第九章 政府管理国际商事交易的法律与制度·····	(277)
第一节 关税措施·····	(277)
第二节 非关税措施·····	(283)
第十章 国际商事争议的解决·····	(326)
第一节 国际商事争议的解决方式·····	(326)
第二节 国际商事仲裁·····	(330)
第三节 国际商事诉讼·····	(353)
参考书目·····	(359)

第一章 导 论

第一节 国际商法概述

一、国际商法 (international commercial law) 的概念

国际商法,是指调整国际商事主体在从事国际商事交易 (commercial transaction) 活动中所形成的各种关系的法律规范的总和。

国际商法是随着现代国际经济贸易的发展,于上一世纪 60 年代在传统商法基础上形成并确立的一个新的独立的法学领域。其调整对象和范围比传统商法更为广泛,特别是经济全球化和知识经济的发展,使得国际商事交易除了传统的货物贸易以外,还出现了技术贸易、服务贸易,以及一些新型的国际商事交易方式——国际技术转让、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际租赁等,这些交易方式远远超出了传统商法调整的范围,因此人们将调整这些交易的法律统称为国际商法。一般而言,调整国际商事交易关系的法律可分为以下几类:

(一) 规范国际商事主体的法律

由于一切国际商事交易关系主要是由各国商事组织建立和承受的,因此,规范国际商事活动主体的国际商事组织法在整个国际商法中占有重要地位,这主要包括个人独资企业法、合伙企业法以及公司法。

(二) 调整国际商事主体之间商事交易的法律

这类法律主要包括国际商事代理法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法等。如上所述,由于国际商事交易的多样化、复杂化,调整国际商事主体之间商事交易的法律涉及的范围很广,但限于篇幅,本书只对其核心部分加以介绍。

(三) 解决国际商事争议的法律

解决国际商事争议的主要方式有协商、调解、仲裁和诉讼,因此这类法律主要包括国际商事仲裁法和国际商事诉讼法。

二、国际商法与相邻法律部门的区别

国际商法虽与国际经济法、国际贸易法、国际私法同属于国际性法律规范,但它们之间也存在着差别。

(一) 国际商法与国际经济法(international economic law)的区别

国际经济法是调整国家、国际组织、不同国家的法人与个人间的经济关系的国际法规范和国内法规范的总称,调整范围包括国际贸易法、国际投资法、国际货币金融法、国际税法和国际经济组织法等。首先,国际经济法与国际商法的主体不同。前者的主体比后者广泛,除了一般的商事组织外,还包括国家和国际组织;后者的主体除主权国家外,主要是各国的商事组织。其次,国际经济法与国际商法的调整对象不同。前者的调整对象不仅有平等主体之间的商事关系,如国际货物买卖关系、国际货物运输关系,而且包括国家或国际组织对国际经济活动的管理与管制关系,如国家在汇率管制、防止国际逃税与避税中形成的关系;后者的调整对象通常为平等主体间的商事关系。最后,国际经济法与国际商法的基本原则不

同。前者的基本原则是尊重国家主权原则、平等互利原则与全球合作以谋发展原则；而后者基本原则为诚实信用原则以及公平与公正原则。

（二）国际商法与国际贸易法（international trade law）的区别

国际贸易法是调整各国间货物、技术、服务的交换关系以及与此种交换关系有关的各种法律制度与法律规范的总称。其调整范围包括国际货物买卖以及与之相联系的运输、保险与支付方面的法律与制度；有关技术贸易与服务贸易方面的法律与制度；国际商品制度；有关政府管理贸易方面的法律与制度。一般认为，国际贸易法突破了传统商法的界线，加进了国家调整和管制贸易的内容。因此，国际贸易法是指传统的商法与国家管理商事活动的法律规范的总称，传统的商法仅是贸易法的一个组成部分。此外，国际商法属于私法领域，而国际贸易法既包括国家管理商事活动的公法内容，也包括传统商法的私法内容。

（三）国际商法与国际私法（private international law）的区别

国际私法是以涉外民商事关系为调整对象，并以解决法律冲突（conflict of law）为中心任务，以冲突规范为最基本规范，同时包括规定外国人民事法律地位的规范、避免或消除法律冲突的统一实体规范以及国际民事诉讼与仲裁程序规范在内的一个独立的法律部门。其调整方法包括间接调整方法和直接调整方法，所谓间接调整方法，即在有关的国内法或国际法中规定某类涉外民商事关系受何种法律调整或支配，而不直接规定当事人之间实体权利与义务的一种方法；直接调整方法则是以直接规定当事人的权利与义务的实体规范来调整其关系的一种方法。而国际商法的调整内容以实体上的权利义务为主，调整手段以直接调整为主。

三、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，主要有国际商事条约、国际商事惯例和各国商事立法。

(一) 国际商事条约

各国缔结的有关国际商事的国际条约或公约是国际商法的重要渊源。这方面的国际条约可以分为两种：一种是属于实体法规则的国际条约，诸如1980年《联合国国际货物销售合同公约》、1978年《国际海上货物运输公约》、《国际汇票和本票公约》等，如果这些公约能被各国接受，则可以消除各缔约国之间在这些领域的法律冲突。另一种是属于冲突法规则的国际公约，诸如《国际货物销售合同适用法律公约》、《产品责任适用法律公约》等，如果这些公约能被各国批准和接受，各缔约国在这些领域的冲突规则将得到统一。

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是指在国际商事的交往中，由于长期、反复的国际实践而逐渐形成的并受到较普遍遵守的一些商事原则和规则。虽然国际商事惯例不具有法律的强制性，但按照各国法律，一旦当事人在合同中约定了采用某项国际商事惯例，则该国际商事惯例对双方都有约束力。现在许多重要的国际商事惯例已经由一些国际组织编纂成文，并受到全球普遍承认，例如，对国际商事活动影响较大的惯例主要有：国际商会制定的《2000年国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、国际法协会制定的《1932年华沙——牛津规则》、国际海事协会制定的《约克·安特卫普规则》、《美国对外贸易定义——1941年修正本》等。

(三) 国内立法

由于现有的国际商事条约和惯例还远不能包含国际商事各个领域中的一切问题,而且即使是现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。另外,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。作为国际商法渊源的国内法主要是指各国制定的有关调整本国对外经贸关系方面的法律、法规、条例、决议、命令等,还包括英美法中具有拘束力的判例。

目前,对国际商法制定最有影响的是英美法系及大陆法系国家的法律。在大陆法系国家,商法主要采用法典化的形式。其编排体例又分为两种:一是民商分立的形式,即将民法与商法分别编纂为两部法律。在这类国家,一般将买卖法编入民法典,在民法典中列专章或在债篇中予以规定;此外,还在商法典中对买卖的特别事项做出规定。采取这种方式的国家有法国、德国、日本等国家。另一是民商合一的国家,即没有单独的商法典,而将买卖法在内的商法内容并入民法典,如意大利等国。在英美法系国家,商法则主要采取单行法规的形式。

判例一直是英美法系国家的重要法律渊源,上级法院的判决对下级法院的审判具有拘束力。因此,在英美法系国家,判例是其商法的重要渊源。

四、中国的商法

1949年新中国成立后到1993年间,由于国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的行政手段,因此商法不发达。但1993年后中国陆续颁布了一系列商事法律,商法作为一个独立的法律部门逐渐形成并完善。所以中国虽然至今没有制定商法典,但是这并不意味着在中国不存在商法。实际上在中

国现阶段已经存在若干调整商事活动的法律、法规，其特点是将调整商事关系的法规分散于《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）与其他一些单行法规之中。这些法律包括非常广泛的领域，其中涉及国际商法的主要有：1992年通过的《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）、1993年通过的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）、1995年通过的《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）与《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）、1997年通过的《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）、1999年通过的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）和《中华人民共和国个人独资企业法》（以下简称《独资企业法》）等。

当然，商事立法在整个立法中所占的比例较小，仍然有待于加强；另外，有些法律或法规内容比较简单，缺乏可操作性。

第二节 大陆法系与英美法系

法系，是根据法的历史传统及特点对各国法律所进行的分类，凡属同一历史传统且具有相同特点的法律即构成一个法系。目前，对世界各国法律制度和国际商法影响最大的即大陆法系和普通法系。

一、大陆法系 (continental law system)

(一) 大陆法系的概念

大陆法系又称民法法系、罗马法系，是指以古代罗马法为基础而形成和发展起来的法律体系的总称。它是在罗马帝国消亡过程中，在欧洲大陆，特别是13世纪的西欧逐渐发展起来的法律制度，所以又称大陆法系。又因大陆法系中的民法受罗马法影响最为强烈

和广泛，1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》的颁布推动了大陆法系的发展，并标志着其走向成熟与完善，故此大陆法系又被称为民法法系。

法国和德国同属大陆法系，但代表着两个支系。以《法国民法典》为代表的法国法系强调个人权利为主导思想，反映了自由资本主义时期社会经济的特点；以《德国民法典》为基础建立起来的德国法系则强调社会利益，是垄断时期民法的典型。许多欧洲大陆国家，如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙、奥地利、丹麦、挪威、芬兰、瑞典、希腊等国，整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的一些国家以及日本、泰国和南京国民政府等均属于大陆法系。在某些英美法系国家的个别地区，如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省、英国的苏格兰等也属于大陆法系的范畴。

（二）大陆法系的结构特点

大陆法的结构特点是强调成文法（written law）的作用，注重法律的系统化、条理化、逻辑化和法典化，这在其法学上和立法中都有反映。

首先，在法学上，大陆法系将法律分为公法和私法两大部分。早期的罗马法学家乌尔比安将法律分为公法和私法，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、刑法和诉讼法等；把私法再分为民法和商法等。大陆法系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。

其次，大陆法系各国都主张编纂法典，十分重视成文法的作用。如法国在资产阶级革命胜利后，曾先后颁布了民法典、民事诉讼法典、商法典、刑法典和刑事诉讼法典，其他大陆法国家也制定了类似的法典。但是如前所述，各国在法典的编制体例上并不完全

相同，有些国家采取所谓民商分立的编制方法，有些国家则采取所谓民商合一的编制方法。

二、普通法系 (common law system)

(一) 普通法系的概念

普通法系又称英美法系，是指以英国普通法为基础而形成和发展起来的法律体系的总称。需说明的是，普通法系以英国普通法为基础，但并非仅指普通法，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，虽属于普通法系，但其有不同于英国法的很多特征。就像大陆法系以法国和德国法律为代表，分为两个支系一样，普通法系可以英、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，中国香港地区也采用英美法。

(二) 普通法系的结构特点

普通法系的结构具有两大特点，一是法律的二元性结构，另一是重视程序法。

普通法系不同于大陆法系将法律明确地分为公法与私法，而是分为普通法与衡平法 (equity) 两部分。

普通法最初是在英国封建社会初期盎格鲁·撒克逊习惯法的基础上形成的。1066年诺曼底人占领英格兰后，建立了中央集权性的国家政权。威廉一世为了缓和同被征服者之间的矛盾，宣布尊重

原来当地的习惯法，并设立王室法院，实行巡回审判。巡回法官在审案时，除依据国王的诏书、敕令和制定法外，主要根据当地的习惯法与惯例做出判决。然后各地巡回法官交换审理案件的意见，总结出他们认为正确的、与国王敕令及制定法不相抵触的习惯法作为以后判案的依据。这种通过判例形成的法律规则排除了地方习惯法的作用和影响，并得到国家的确认，成为了全国普遍适用的普通法。由于其实际上表现在法官的判决中，以判例的形式出现，所以又称为“判例法”（case law）。

到了14世纪，普通法的内容已不能适应社会发展的需要，主要表现在普通法的救济方法单一，诉讼程序充满形式主义，普通法院的法官因拘泥于以往的判例而缺乏灵活性，导致司法有失公正。因普通法程序的呆板和机械而无法得到救济的案件当事人向英王提出申诉，由英王的近臣枢密院大法官按公平与正义原则加以审理和判决，以补充和匡正普通法的不足，由此形成了与普通法并行的一种法律制度，即衡平法。

- 尽管普通法与衡平法有相同之处，即都是判例法，但是两者也各有特点，其主要区别有：

1. 救济方法不同

普通法只有两种救济方法，一是金钱赔偿（relief in the form of money），二是返还财产（restoration of property），且以金钱赔偿作为主要救济方法。这与英国合同法的发展有着密切的关系。因在13世纪时，英国没有合同法的概念，不存在关于合同的诉讼程序，法院不受理有关合同的争议案件。有关合同的诉讼只能借用现存的其他令状进行，主要是利用侵害行为令状（writ of trespass）处理合同的争议，这属于侵权行为（tort）诉讼，即一方由于过失而侵犯了他方的权利，使他方的人身或财产遭到损害。因此，法院给予债权人的救济方法也只能是判令债务人支付一定的赔偿金额。这种救济方法虽在多数情况下可满足债权人的要求，但是在某些情况下则不能，例如，关于土地与房屋等不动产交易，以及古董、字画等特定

物的买卖等。对此当事人依据普通法得不到适当救济时，即向衡平法院要求特别的救济方法。另外，普通法对于不法行为或违约行为不能采取预先防止措施，普通法法院不能发出禁令，判令当事人为一定行为或不为一定行为。当事人只有待不法行为或违约行为发生后，才能向法院诉请损害赔偿。因此，衡平法院为了弥补普通法的不足，发展了一些新的救济方法：实际履行（specific performance）和发出禁令（injunction）。前者即衡平法院可以判令负有义务的一方当事人根据合同的规定履行其应尽的义务；后者则是衡平法院命令当事人为某种行为或不为某种行为，以事先防止不法行为与违约行为的发生。

2. 诉讼程序不同

根据普通法，法院在审理案件时需设陪审团，且采取口头询问和口头答辩的方式；而根据衡平法，法院在审理案件时则不设陪审团，但必须采取书面诉讼程序。

3. 法院的组织系统不同

原则上讲，普通法包括刑法、合同法和民事责任法等；而衡平法则包括不动产法、公司法、信托法、破产法、继承法等。目前，普通法归法院的王座法庭管辖，衡平法归法院的枢密大臣法庭管辖。但现在法院在审理案件时，不是根据该案件适用的法律是属于普通法还是衡平法来确定，而是考虑哪一诉讼程序对该案件的审理最为合适来确定。一般而言，凡适宜于用口头诉讼程序审理的案件则由王座法庭按普通法审理，而适合于用书面诉讼程序审理的案件均由枢密大臣法庭按衡平法审理。

4. 法律术语不同

普通法和衡平法在法律术语上有许多不同之处，王座法庭和枢密大臣法庭在审理案件时，均使用各自特有的法律术语。故此，英国的律师和法官也分为两类，一类是普通法律师，另一类是衡平法律师。他们受过不同的训练，用不同的方法，分别处理不同的案件。

在普通法系的美国也采用英国法的范畴、概念和分类方法，亦存在普通法与衡平法之分。但因其是联邦制国家，其法律分为联邦法与州法这两大部分，这是美国法律结构中最为显著的特点。凡宪法未授予联邦或不禁止各州行使的权利，其立法权均属于各州，所以各州保留了相当大一部分立法权。但联邦法高于各州法，当州法与联邦法有冲突时，应适用联邦法。在民商立法方面，联邦的立法权范围主要包括银行、工业、国际贸易、州际贸易、专利权和税收等事宜。但是即使在上述范围内也不排除各州的立法权。各州不得在联邦立法权范围内制定与联邦法相抵触的法律，但可制定补充性或附加性的法律，例如，联邦有联邦的税法，各州也有各州的税法。反之，联邦只能在联邦宪法所规定的范围内行使立法权，否则各州可以指责联邦法违宪，并可对违宪的联邦法拒绝执行。凡联邦法院在处理属于各州立法权范围内的事项时，均应按照其所在地的法律冲突规则确定准据法，并按其所确定的准据法审理案件，在准据法中不但包括成文法也包括判例法。也就是说，一旦联邦法院按有关规定确定某个州的法律作为审理案件的法律依据时，联邦法院就必须按该州的成文法和判例法去审理案件。

普通法系的另一个特点是重视程序法 (adjective law)。因为英国的普通法是由当事人根据一定的令状向法院起诉，由法院以判决的形式逐步发展起来的。而由每一令状开始的诉讼均有其固定的程序，每一种诉讼程序都有一套专门的术语，不得在另一种诉讼程序中使用。衡平法也有类似的情况，它也有自己特有的诉讼程序，也是由法院以判例的形式形成与发展起来的。因此，英国的实体法是通过各种诉讼程序形成的。在英国，如果某种权利缺乏适当的救济方法，这种权利就不存在，就不能得到法律上的保障。英国法有一句格言：“救济先于权利” (remedies precede rights)。这里所谓救济是指通过一定的诉讼程序给予当事人以法律上的保护，这是属于程序法的范畴，而权利则是属于实体法的范畴。这表明诉讼程序在英国法中占有十分重要的地位。这种形式主义的诉讼程序至今还有很