



国际商法

Guoji Shangfa

施一飞 主编 陈慧芳 副主编

立信会计出版社

国际商法

GUOJI SHANGFA

施一飞 主编 陈慧芳 副主编

立信会计出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/施一飞主编. —2 版. —上海: 立信会计出版社, 2003. 11

ISBN 7-5429-1200-3

I. 国… II. 施… III. 国际商法 IV. D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 103871 号

出版发行	立信会计出版社
经 销	各地新华书店
电 话	(021)64695050×215 (021)64391885(传真) (021)64388409
地 址	上海市中山西路 2230 号
邮 编	200235
E-mail	<i>lxaph@sh163c.sta.net.cn</i>
E-mail	<i>lxzbs@sh163.net</i> (总编室)

印 刷	立信会计常熟市印刷联营厂
开 本	787×960 毫米 1/16
印 张	30.75
插 页	2
字 数	624 千字
版 次	2003 年 11 月第 2 版
印 次	2003 年 11 月第 6 次
印 数	15 001—18 000
书 号	ISBN 7-5429-1200-3/F·1101
定 价	45.00 元

如有印订差错 请与本社联系

前 言

随着我国经济体制改革的不断深化,及其经济全球化的不断推进,我国经济的发展和世界经济的联系越来越密切。为了能够更好地融入世界经济的潮流,学习商事领域中的国际条约、国际惯例和了解各国的商事法律成为学生的必修课。我们组织了一些长期从事国际商事法律教学的教师共同编写了这本可供高校经济和管理类专业的学生和专门从事国际商事活动的专业人士学习的教材。

本书力求充分介绍国内外商法领域的最新的法律、法规及相关的国际公约及国际惯例的内容与发展变化,包括国际商法领域中的新问题。对国际商法的基本概念、基本原理和基础知识作准确、完整、深入地介绍和阐述,并精心选择了一些相关的案例进行分析,便于对国际商事法律的理解和掌握。尽量做到知与行相统一,理论与实践相一致。为了教材的体系完整,在章节的安排上考虑了它们之间的相互联系和顺序,更方便对内容的了解。另外对每一章节的内容作概要的介绍便于突出重点,同时提供一些思考题和案例题供学生和读者研究与练习。

本书由上海大学国际工商管理学院、上海交通大学等单位的法律教学研究人员共同编写。撰稿人有束景明、陈慧芳、陈笑影、施一飞、王燕华、姚惠峰。

由于我们的水平有限,同时国际商法是一门随着国际经济和各国国内经济的发展而不断地需要修正和完善的学科,书中难免存在不当之处,衷心地欢迎读者批评指正。

作 者

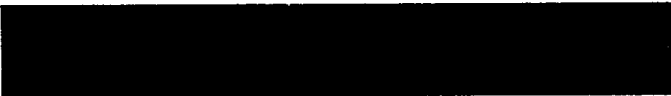
二〇〇三年十二月

第一章 国际商法概述	1
第一节 国际商法的概念和渊源.....	4
第二节 大陆法系和英美法系.....	7
第三节 中国涉外商事法律制度	11
思考题	14
第二章 国际商事组织法	15
第一节 商事组织和商事组织法	18
第二节 合伙企业法	19
第三节 独资企业法	21
第四节 无限公司和两合公司	23
第五节 股份有限公司	30
第六节 有限责任公司	43
第七节 外国公司	56
案例评析	58
思考题	60
案例题	60
第三章 国际商事合同法	63
第一节 国际商事合同法概述	66
第二节 国际商事合同的成立	75
第三节 国际商事合同的履行.....	126
第四节 国际商事合同违约处理法律制度.....	142
第五节 国际商事合同的消灭.....	167
案例评析.....	172
思考题.....	175
案例题.....	175
第四章 国际商事代理法	177
第一节 国际商事代理法概述.....	180
第二节 代理的法律关系.....	188
第三节 中国的代理法律制度.....	194

第四节	国际代理法的统一及国际代理的法律适用	199
案例评析		204
思考题		207
案例题		207
第五章	产品责任法	209
第一节	产品责任法概述	212
第二节	各国的产品责任法	213
第三节	中国的产品责任法	231
第四节	关于产品责任法律适用的国际公约	232
案例评析		234
思考题		237
案例题		238
第六章	国际货物买卖法	239
第一节	国际货物买卖法概述	242
第二节	国际货物买卖合同的成立	248
第三节	国际货物买卖合同中卖方和买方的义务	257
第四节	国际货物买卖合同的违约补救措施	269
第五节	国际货物买卖中货物所有权和风险的转移	276
第六节	国际贸易术语惯例	280
案例评析		284
思考题		285
案例题		285
第七章	国际货物运输与保险法	287
第一节	国际货物运输概述	290
第二节	国际海上货物运输	290
第三节	国际货物运输的其他形式	307
第四节	国际货物运输保险概述	313
第五节	国际海上货物运输保险	314
第六节	国际货物运输保险的其他形式	330
案例评析		331
思考题		335

案例题·····	335
第八章 国际票据法 ·····	337
第一节 票据法概述·····	340
第二节 票据的法律实务·····	344
第三节 票据的国际统一立法与法律冲突·····	357
案例评析·····	360
思考题·····	362
案例题·····	362
第九章 国际结算法 ·····	363
第一节 国际结算法概述·····	366
第二节 汇款的法律实务·····	371
第三节 托收的法律实务·····	376
第四节 信用证的法律实务·····	390
第五节 国际保付代理的法律实务·····	412
案例评析·····	416
思考题·····	419
案例题·····	419
第十章 国际电子商务法 ·····	421
第一节 国际电子商务法概述·····	424
第二节 电子商务合同中的法律问题·····	430
第三节 国际电子商务立法概况·····	440
案例评析·····	454
思考题·····	455
案例题·····	455
第十一章 国际商事仲裁法 ·····	457
第一节 国际商事仲裁法概述·····	460
第二节 国际商事仲裁协议·····	465
第三节 国际商事仲裁程序·····	470
第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行·····	475
案例评析·····	477

思考题.....	480
案例题.....	480
参考文献.....	482



第一章



国际商法概述



原书空白页

本章概要

中国已加入世贸组织,中国经济正逐步实现与世界经济的一体化。随着国际商事交易活动的日趋频繁,国际商事法律事务的日渐增多,学习和掌握以介绍国际商事法律和贸易惯例为主要内容的国际商法,也就显得日益重要。本章作为教材第一章,目的在于使初次接触国际商法的学生在学习商事法律和贸易惯例的具体内容之前,能够对国际商法有一个宏观的了解。为此,本章概要地介绍了国际商法的概念、国际商法的历史发展以及国际商法的渊源;阐述了世界两大主要法系大陆法系和英美法系的基本特征;并且从产生和发展、基本原则、渊源等方面对中国涉外商事法律制度作了简要的介绍。

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

关于国际商法的概念,中外法学界众说纷纭。本书的观点是:国际商法是调整国际商事主体在国际商事交易中所形成的各种关系的法律规范的总和。

首先,在“国际商法”这一概念中,“国际”(international)一词的含义并不是指“国家与国家之间”的意思,而是指“跨越国界”(transnational)的意思。

其次,国际商事主体是指在国际商事关系中依法可以享有国际商事权利和承担国际商事义务的当事人。具体包括:

(1) 自然人。各国法和国际条约一般都承认具有权利能力和行为能力的自然人可以以自己的名义参与国际商事交易,从而成为国际商事主体。如我国宪法和外商投资企业法都明确规定,允许外国的个人在中国投资,同中国的企业或其他经济组织进行各种形式的经济合作。

(2) 具有法人资格的公司、企业(特别是跨国公司)以及其他非法人商事组织(如合伙企业)显然是重要的国际商事主体。

(3) 国际组织特别是第二次世界大战后涌现的全球性或区域性国际经济组织也是国际商事关系中的重要主体。世界银行、国际货币基金组织(IMF)、世界贸易组织(WTO)等全球性经济组织以及欧洲联盟(EU)、亚太经合组织(APEC)、北美自由贸易协定(NAFTA)等区域性经济组织不仅参与制定或促成制定有关调整国际商事关系的行为规范,有时还直接与其他国际商事主体签订国际商事合同,参与国际商事交易。

(4) 国家。国家是国际商事法律规范的参与制定者,又是本国涉外商事法律的制定者。此外,国家也会在一定情况下参与国际商事交易(如政府间贷款或在国际债券市场上发行政府债券等),因而国家是一种特殊的国际商事主体。由此可见,今天的国际商事主体已不再局限于传统的自然人、公司、企业,而是包括了更多的主体。

再来看国际商事交易。传统的国际商事交易是以有形商品(货物)的买卖为核心内容的,但在当代社会,随着经济的飞速发展和全球化程度的不断提高,国际商事交易不论在其交易对象还是交易方式上都有了很大发展。从交易对象来看,除了国际货物买卖有了巨大发展外,技术、资金、劳务的国际流动也日趋频繁,在国际经济交往中的重要性也日趋提高。从交易方式

来看,除了买卖这一传统方式外,还出现了很多新型的交易方式,如国际技术转让、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁等。由此可见,当今的国际商事交易早已突破了传统的国际货物买卖的范畴,而是深入到技术贸易、服务贸易、投资和金融等众多经济领域,正因如此,当今的国际商法也早已突破传统范畴,而发展成一个涉及面极广、包含内容极为丰富的法律规范体系。国际贸易法(包括货物贸易、技术贸易、服务贸易)、国际商事合同法、国际商事组织法、国际代理法、国际产品责任法、国际票据法、海商法、国际投资法、国际金融法等都可纳入国际商法的范畴。

显然,将内容如此丰富的国际商法全部纳入一本篇幅有限的书中加以介绍是十分困难的,甚至是无法做到的。故本书只选择其中最基础的内容(包括商事组织、商事合同、商事代理、产品责任、货物买卖、货物运输及保险、国际票据、国际结算、国际电子商务及国际商事争议解决等)加以阐述和介绍,因而本书可以作为读者学习国际商法的一本入门书。

二、国际商法的历史发展

商法是随着商品经济的产生和发展而产生和发展起来的。从历史上看,早在古代罗马法中就出现了调整商事关系的法律,但当时还没有专门的商事法。一般认为,欧洲中世纪的“商人法”(law merchant)是近代商法的起源。这种“商人法”最初出现在意大利,后来随世界贸易中心转移至大西洋沿岸而波及法国、西班牙、荷兰、德国及英国。其主要内容包括合同、两合公司、海上运输与保险、汇票、破产程序等,其典型特征是国际性(它不局限于在一国使用)和自治性(它是商人间的习惯约束规则,它的解释和运用不是由一般法院的专职法官来进行,而是由商人自己组成的法庭来执法)。

17世纪以后,随着欧洲中央集权国家的强大,欧洲各国便以立法的形式调整各种商事关系,从而使商法成为本国的国内法而失去其原有的国际性特征。法国在路易十四时期颁布了《陆上商事条例》(1673年)和《海商条例》(1681年);德国当时的成文商事法有:《普鲁士海商法》(1727年)、《普鲁士票据法》(1751年)、《普鲁士保险法》(1776年)等。此外,其他欧洲国家也制定了商事法,当然,这些国家最初的商事法也是通过认可商人习惯法的形式形成的,甚至有些国家法律中有关商业的规则沿袭了德、法两国的商事法。

19世纪以后,随着欧洲资产阶级革命的成功,社会关系发生了根本的变革。为保护资本主义商品经济关系,推动商事活动,欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动。1807年,法国在其《陆上商事条例》和《海事条例》的基础上率先制定了统一的《法国商法典》,开创了大陆法系国家民商

分立体例的先河。随后,《法国商法典》所创立的“民商分立”立法体例为欧洲许多国家所吸收。1861年,德国仿效法国,于《民法典》之外制定了《德国普通商法典》(也称德国旧商法),1897年,又在修订旧商法典的基础上颁布了《德国商法典》,这部新商法典对后来许多大陆法系国家的商法也颇具影响。日本则在1899年制定了独立的商法典。应当指出的是,法、德、日等国虽采取民商分立原则,但是,对商事活动而言,民法典和商法典是一般法与特别法的关系,商法典中没有规定的事项仍须适用民法典所确定的一般原则。此外,随着商事活动的发展,大陆法国家也制定了不少单行的商事法规,作为对商法典的补充。

在英美法国家,商法的历史发展有其不同于大陆法的特色。英美法国家在传统上采取判例法制度,19世纪以后,才开始制定一些单行的商事法规,以补判例之缺。因此这些国家的商法体系是以商事判例加单行商事法规为其特色的,在英美法国家,没有大陆法意义上的商法典。

总的来说,20世纪以前,商法基本上局限于国内法,由此产生的法律分歧和冲突阻碍了国际商事活动的进一步发展,因此,自19世纪末、20世纪初开始,一些政府间或民间的国际组织便致力于商法的国际化和统一,而且取得了很大的成果。一些重要的国际商事公约和国际商事惯例相继问世,如《关系解决国家与他国国民间投资争端公约》、《联合国国际货物销售合同公约》、《2000年国际贸易术语解释通则》等,商法的国际化和统一趋势在加强,国际商法在发展。但是,也应该看到,由于世界各国经济发展的不平衡以及历史、文化等方面的差异,国际商法的统一化进程也会碰到不少困难。

三、国际商法的渊源

所谓法律渊源是指法的各种具体表现形式,也称法律形式。就国际商法而言,其渊源主要有三个,即国际商事条约、国际商事惯例及各国有关的国内商事法。

(一) 国际商事条约

作为国际商事主体的国家和国际组织缔结的调整国际商事活动的条约或公约是国际商法的重要渊源。目前,这方面的国际条约数量不少,总体上可分为两大类:一类是调整国际商事活动的实体规范,如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则)、1980年的《联合国国际货物多式联运公约》等,此类实体法规范在国际商事条约中占了大多数。还有一类国际商事条约是属于程序法规范,如1905年的《国际民事诉讼程序公约》、1958年的《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》、1976年的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等。

（二）国际商事惯例

国际商事惯例是统一的国际商法的另一个重要渊源,但是,与国际商事条约不同的是,它不是由国家或政府间国际组织缔结的,而是在国际商事活动长期实践的基础上逐渐形成和发展起来的。在其形成和发展的初期,它一般尚未正式成文,后来,随着实践的积累和为了更利于实践,一些国际性民间组织便把其中比较定型的行为规范和行为准则,分门别类,编纂成文,供当事人选择使用。如国际商会编纂的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》;国际海事委员会编纂的《约克—安特卫普规则》(共同海损理算规则)等。尽管这些商事惯例严格说来并不是法律,不具有法律的普遍约束力,但各国一般都允许双方当事人在国际商事活动中有选择使用国际商事惯例的自由。一旦当事人在合同中采用了某项惯例,该惯例对双方当事人就具有约束力。

（三）各国国内商事法

尽管目前国际上有大量的国际商事条约和国际商事惯例,但这些条约和惯例并不能包括国际商事交易所有领域中的一切问题,而且对某一问题,即使现有条约或惯例中已有规定,该条约或惯例也未必会被所有国家和地区一致参加或承认。因此,在不少场合下,国际商事纠纷还得借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的商法来处理。因此,各国国内商事法仍然是国际商法的重要补充。这种国内商事法,在大陆法和英美法国家有不同的表现形式,关于这一点,将在第二节作详细介绍。

第二节 大陆法系和英美法系

所谓法系,是指比较法学家按照法的历史传统和形式上的某些特征,对世界各国法律体系所作的分类。就西方国家而言,其法律体系主要可分为大陆法系和英美法系。这两大法系各具其特点,在不少方面存在分歧。这种分歧不可避免地会影响到其国内商事法,因为一国国内商事法是一国法律体系的有机组成部分,它不可能脱离一国的法律体系而孤立地存在。我们知道,目前来说,各国国内商事法仍是国际商法的重要补充,不少国际商事纠纷还得援引有关国家的国内商事法来处理,既然这种国内商事法不可避免地反映该国法律体系上的特征,因此,我们在学习和研究国际商法时,有必要了解西方两大主要法系即大陆法系和英美法系的基本特征,这将有助于我们更好地理解有关国家的国内商事法。

一、大陆法系(continental law)

大陆法形成于西欧,以法国和德国为代表。除了这两个国家之外,许多欧洲大陆的国家,如瑞士、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等国,均属大陆法系。此外,整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的一些国家也属于大陆法系,日本也引入了大陆法。值得一提的是,在属于英美法系的国家中,某些国家的个别地区,如美国的路易斯安纳州和加拿大的魁北克省,也属于大陆法的范围。

(一) 大陆法的结构

大陆法的一个特点是强调成文法的作用。它在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。它所采取的方法是运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类归纳在一起。这种结构上的特点,在法学和立法上都有所反映。

首先,大陆法各国都把全部法律分为公法和私法两大部分。公法一般是指与国家状况有关的法律,包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法。私法一般是指与个人利益有关的法律,包括民法和商法等。大陆法各国在这些法律领域中都使用相同的法律制度和法律概念,所以尽管各国的语言不同,但它们的法律词汇可以准确地互相对译,掌握了一个大陆法国家的法律,再了解其他大陆法国家的法律,就比较容易。

其次,大陆法各国都主张编纂法典。法国资产阶级革命胜利后,曾先后颁发了五部法典:《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,但各国在法典的编制体例上却不完全相同。就民商法而言,有些大陆法国家将民法与商法分别编成两部独立的法典,即采用民商分立的编制体例。法国、德国、日本等国采用这种体例。但也有大陆法国家把商法并入民法典中,作为民法典的一个组成部分,即采取民商合一的编制体例。如意大利就只有民法典,瑞士只有债务法典,这两个国家都没有制定商法典,而是把有关商法的内容编入各自的民法典或债务法典之中。这里需要注意的是,“民商分立”也好,“民商合一”也好,这只是大陆法国家在法典编制体例上的区别,民法和商法在大陆法国家仍是两个不同的法律部门。

(二) 大陆法的渊源

大陆法国家是成文法国家,法律是大陆法的主要渊源。大陆法国家的法律包括宪法、法典、法典以外的法律和条例等。判例在大陆法国家原则上不作为法的正式渊源。一个判决只对被判处的案件有效,对日后法院判决同类案件并无约束力,这是大陆法和英美法在法的渊源上的一个主要区别。

但是,我们也应看到,近几十年来,判例实际上在大陆法国家日益受到重视,尤其是最高法院对法律未作出规定的问题所作的判决,对下级法院具有重要的意义,而且下级法院的法官为避免所作判决被上级法院否定的风险,也往往愿意效仿上级法院的同类案件的判决,因此,尽管大陆法国家是成文法国家,判例的作用也是不能忽视的。

二、英美法系(anglo-american law)

英美法系也称普通法系(common law),它形成于英国,以后扩展到美国及其他过去曾受到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、马来西亚、新加坡、巴基斯坦,我国香港地区也属于英美法的范围。这一法系以英国和美国为代表(故称英美法系),在法的结构和法的渊源上都具有不同于大陆法的特征,现分别介绍如下:

(一) 英美法的结构

从法的结构上看,英美法不像大陆法那样把法律明确分为公法和私法,而是分为普通法与衡平法(equity law)两部分。所谓普通法,其原意是指英国在中世纪时期形成的一种法律制度。它是在继承、发展日耳曼习惯法的基础上,随着英国中央集权王朝的建立和巩固,通过国王法院的判例而逐步形成的一种全国普遍适用的法律。所谓衡平法,其原意是指14世纪时为了补充和匡正当时不完善的普通法,由英国的枢密大臣法院发展起来的判例法。枢密大臣在受国王指派审理案件时,可以不受普通法的约束,而按照所谓“公平与正义”的原则作出判决,这些判决就形成了“衡平法”。因此,尽管普通法与衡平法都属于判例法,但两者各有其特点,其区别主要体现在以下几方面:

(1) 救济方法不同。普通法只有两种救济方法,即金钱赔偿和返还财产,并以金钱赔偿为主。衡平法则发展了一些新的救济方法,主要有实际履行和禁令。实际履行又称依约履行,是指当一方的违约使另一方所遭受的损害无法以金钱赔偿得到弥补,或损害的金额无法确定时,法院可根据衡平法判令负有义务的当事人按照合同的规定履行其应负的义务。禁令则是指法院可根据衡平法,判令当事人不为某种行为,以预先防止不法行为或违约行为的发生。

(2) 诉讼程序不同。根据普通法,法院在审理案件时须设陪审团,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,但是采用书目诉讼程序。

此外,普通法和衡平法在法律术语上也有许多不同之处。

如前所述,普通法系以英国和美国为主要代表。美国法在法的结构上