

商学院
文库

国际商法 学习指导

(第二版)

吴建斌 吴兰德 编著



南京大学出版社

商学院
文库

• 013051547

D996.1
237-2

国际商法 学习指导

(第二版)

吴建斌 吴兰德 编著



北航

C1659164



南京大学出版社

D996.1
237-2

图书在版编目(CIP)数据

国际商法学习指导 / 吴建斌, 吴兰德编著. — 2 版
— 南京: 南京大学出版社, 2013. 6
(商学院文库)
ISBN 978-7-305-11195-2

I. ①国… II. ①吴… ②吴… III. ①国际商法—高等学校—教学参考教材 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 046341 号

出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093
网 址 <http://www.NjupCo.com>
出 版 人 左 健
丛 书 名 商学院文库
书 名 国际商法学习指导(第二版)
编 著 者 吴建斌 吴兰德
责任编辑 府剑萍 编辑热线 025-83592193
照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 南京人文印务有限公司
开 本 850×1168 1/32 印张 9.25 字数 230 千
版 次 2013 年 6 月第 2 版 2013 年 6 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-305-11195-2
定 价 20.00 元
发行热线 025-83594756 83686452
电子邮箱 Press@NjupCo.com
Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有, 侵权必究

* 凡购买南大版图书, 如有印装质量问题, 请与所购
图书销售部门联系调换

《商学院文库》编委会

主任委员 洪银兴 赵曙明

副主任委员 刘厚俊 左 健

委 员 (按姓氏笔画排序)

左 健 刘志彪 刘厚俊

刘 洪 陈传明 杨雄胜

张二震 沈坤荣 范从来

洪银兴 赵曙明 裴 平

目 录

导 论	1
概要	1
内容提示	1
基本概念	8
填空题	8
选择题	8
简答题	9
论述题	9
案例分析	9
参考答案	12
第一章 商事组织法	16
概要	16
内容提示	16
第一节 商事组织的类型和立法取向	17
第二节 公司	19
第三节 公司的设立	21
第四节 公司的资本	24
第五节 公司的机关	29
第六节 公司的其他问题	34
第七节 其他企业组织形式	38

基本概念	41
填空题	44
选择题	44
简答题	46
论述题	46
案例分析	47
参考答案	55
第二章 合同法	72
概要	72
内容提示	72
第一节 概述	73
第二节 合同的订立	74
第三节 合同的效力	78
第四节 合同的履行	82
第五节 合同的变更和转让	84
第六节 合同的消灭	85
第七节 合同的违约责任	87
第八节 合同的担保	91
基本概念	93
填空题	95
选择题	95
简答题	96
论述题	97
案例分析	97
参考答案	108
第三章 买卖法	121
概要	121
内容提示	121

第一节	概述	123
第二节	买卖双方的权利和义务	125
第三节	违约补救方法	127
第四节	货物所有权和风险的移转	128
第五节	产品责任的特殊问题	129
	基本概念	131
	填空题	131
	选择题	131
	简答题	132
	论述题	132
	案例分析	132
	参考答案	135
第四章	代理法	139
	概要	139
	内容提示	139
第一节	概述	140
第二节	代理法律关系	142
第三节	特殊代理制度	144
第四节	中国的外贸代理制	146
	基本概念	147
	填空题	147
	选择题	148
	简答题	148
	论述题	148
	案例分析	149
	参考答案	152
第五章	票据法	156
	概要	156

内容提示	156
第一节 概述	157
第二节 票据关系	159
第三节 汇票	161
第四节 本票和支票	163
基本概念	163
填空题	164
选择题	165
简答题	166
论述题	166
案例分析	166
参考答案	171
第六章 海商法	179
概要	179
内容提示	179
第一节 概述	180
第二节 船舶和船员	183
第三节 海上运输	185
第四节 海上事故及其处理	187
基本概念	188
填空题	189
选择题	190
简答题	191
论述题	191
案例分析	191
参考答案	194
第七章 保险法	201
概要	201

内容提示	201
第一节 概述	203
第二节 保险合同	204
第三节 保险业的管理	208
基本概念	209
填空题	210
选择题	210
简答题	211
论述题	211
案例分析	212
参考答案	216
第八章 破产法	223
概要	223
内容提示	223
第一节 概述	224
第二节 破产实体规则	225
第三节 破产程序规则	227
基本概念	229
填空题	230
选择题	230
简答题	231
论述题	231
案例分析	231
参考答案	241
第九章 反倾销法	247
概要	247
第一节 概述	247
第二节 国际反倾销法	249

第三节 欧美反倾销法	250
第四节 中国反倾销法和反倾销对策	254
基本概念	255
填空题	256
选择题	256
简答题	257
论述题	257
案例分析	257
参考答案	262
第十章 国际商事仲裁	268
概要	268
内容提示	268
第一节 概述	270
第二节 国际商事仲裁法	271
第三节 国际商事仲裁机构及其仲裁规则	272
第四节 仲裁裁决的承认及执行	274
基本概念	275
填空题	275
选择题	275
简答题	276
论述题	276
案例分析	277
参考答案	282

导论

概要

本部分首先将国际商法放在 WTO 体制下的国际贸易统一法新格局的框架中进行讨论,然后依次探讨国际商法的结构和特点、作为国际商法历史渊源的大陆法系和英美法系的概况,最后对中国法律制度作简要介绍。重点为国际商法历史渊源部分的几个基本概念及制度。

内容提示

我们先通过案例提出问题,然后在本课程国际商法的相关部分予以回答,以解决国际商事交易中常见的法律障碍。

【案例 1】在本书所附第 16 个案例中,荷兰进口商 A 与中国出口商 B 通过传真的方式洽商签订国际货物买卖合同事宜,荷兰进口商 A 在同意中国出口商 B 要约基本内容的同时,提出了一些新的不太重要的要求,中方并未对荷方“承诺”中改变要约的部分表明态度,而另找理由拒绝将已经大幅度涨价的货物买给荷方,遂引发纠纷。此时,双方还未正式签订书面合同,但是否已经形成有效的合同关系至关重要。中方主张两者之间并无合同关系因而不承担任何责任;荷方认为双方之间的合同关系已经成立,并受到法

律保护,要么按照约定价格履行合同,要么偿付国际市场价格和合同约定价格的差额。本案涉及到国际货物买卖法上的一个重要制度,即受要约人对要约的内容作出轻微改变,其对要约的回复属于有效承诺还是新的要约,合同是否能够成立?由于中方缺乏国际商法常识而陷于被动,最后只好向荷方支付差价以了结纠纷,付出了惨重的代价。

【案例2】 确立公司法人格独立规则的不是成文立法,而是19世纪末英国上议院所作的“萨洛蒙诉萨洛蒙有限公司案的判例”。在该案中,英国制靴匠萨洛蒙于1892年将其靴店改组注册为有限公司。依照章程规定,该公司的资产全部折为股本,萨洛蒙本人持股20 001镑,其妻子、女儿和4个儿子各持股1镑,总计20 007镑,另向萨洛蒙发行抵押担保公司债10 000镑。后该公司因经营失败而清理,公司总资产仅值6 000镑,而对其他债权人的负债就高达7 000镑。该案历经数审,均判决公司资产全部清偿给其他债权人,萨洛蒙不服,上诉至英国上议院,最后由上议院作出终审判决:从法律上讲,该公司注册成立后,即具有独立于萨洛蒙的主体资格,而萨洛蒙既是公司股东,又是附担保公司债的债权人,他应优先于其他债权人而获得清偿。其他债权人因此而分文未得。该案至今仍是有效的经典判例,可见英美法上判例的优势所在。

【案例3】 2003年5月初,美国五河电子公司就中国出口美国的21英寸以上显像管彩电向美国政府主管部门提出反倾销诉讼。2003年7月末即立案约两个月后,厦华公司与五河电子公司达成了合资协议,这份协议为五河电子公司提供了“损害存在”的证据,令中国彩电企业在应诉的最后关头陷入被动,而为该公司留下了进入美国市场的通道。随后,美国国际贸易委员会裁定中国涉案彩电对美国的彩电产业存在损害,中国彩电厂家各自获得的早先由美国商务部判定的反倾销税率即告生效。四家单独应诉企

业厦华、康佳、TCL 和长虹分别为 5.22%、9.69%、21.25% 和 26.37%，其他应诉企业为 22.94%，未应诉企业为 78.45%。此案内外矛盾相互交织，错综复杂，但厦华公司临阵反戈，为中国企业败诉的一个重要原因。近年中国对外贸易发展异常迅速，2005 年度的进出口总额突破 14 000 亿美元，2006 年上半年接近 8 000 亿美元，并出现巨额顺差。与此同时，各种贸易摩擦也纷至沓来。其中，中国出口产品遭受国外反倾销诉讼的比例，有时竟占到当年出口额的 10% 左右。中国企业如何协调内部利益，保持一致对外，“攘外兼顾安内”，值得研究。

一、国际商法的含义及内容

国际商法的概念。国际商法是指调整国际贸易关系和商事主体的法律规范的总称。

国际商法的内容。在传统上主要包括国际商事主体法和国际商事活动法两部分。WTO 成立后，协调世界各国对外贸易管理法的世界贸易组织法律制度，也可以作为国际商法或者国际贸易统一法的组成部分。

二、国际商法的构成和特点

WTO 成立后的国际贸易统一法新格局：新在 WTO 成立后，改变了传统国际商法私法为主单线发展的格局，以公法为主的 WTO 规则构成国际贸易法的重要组成部分，并启发理论界对国际商法与国际贸易法的涵义以及相互关系进行重新认识。按照国内主流观点，原来国际商法与国际贸易法之间的种属关系发生很大的变化，形成并列关系，有关传统国际贸易法的内容归并入国际商法，有关 WTO 规则成为国际贸易法的主要内容。

国际商法的主要特点：

(1) 国际商法虽然脱胎于市场经济发达国家的传统商法，但它的范围广于传统商法。

(2) 国际商法属于国际私法。公法和私法的划分始于罗马

法,国际商法主要调整处于不同国家的“商人”之间的关系。

(3) 国际商法的发展轨迹为国际法——国内法——国际法,不同于其他法律分支。

(4) 国际商法的渊源为国际立法、国际商事惯例以及各国相关立法,尤其以前两者为主。

三、英美法和大陆法概要

1. 英美法和大陆法的主要差别

大陆法,是指以罗马法为基础,以法国民法典和德国民法典为典型的法国、德国法律以及模仿前述法例制定的其他国家法律的统称。英美法,是指英国中世纪以来的法律以及受其影响或者仿此模式制定的美国及其他国家法律的总称。其主要区别有:

(1) 法律渊源不同。英美法国家主要采用判例法形式;大陆法国家主要采用成文法形式。

(2) 法律推理方式不同。归纳法:从判例规则到判例(英美法);演绎法:从一般规则到个别案件(大陆法)。

(3) 法律结构不同。英美法中明显划分了普通法和衡平法;大陆法将法律分为公法和私法。

(4) 法律分类不同。英美法国家根据社会生活,需要什么法律就制定什么法律,实用主义办法;大陆法国家有部门法的划分。

(5) 诉讼制度不同。英美法传统上采取对抗制,重视程序法;大陆法传统上采取职权制,重视实体法。

(6) 受罗马法影响的方式和程度不同。英美法间接受罗马法影响;大陆法深受罗马法影响。

2. 大陆法的主要规则

大陆法的渊源主要为成文法,包括宪法、法律和行政法规。此外,还有习惯、判例甚至学理等。对于判例,大陆法国家原则上不承认其与法律相同的普遍性约束力。一个判决仅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。这是大陆法与英美

法的一个显著区别。但在有些国家也有例外。至于学理,一般不能成为法的渊源。但大陆法国家的学理对法律的制定和实施起着极其重要的作用,罗马法在欧洲的复兴和传播,欧洲大陆尤其是意大利的法学家功不可没。

大陆法各国的法院组织体系基本相同,设有普通法院和专门法院,如法国设有行政法院,德国设有行政法院、劳动法院、社会法院和税收法院。普通法院又大体分为三级三审制和四级三审制。

3. 英美法的主要规则

(1) 英国法。英国法的渊源主要表现为判例法,没有大陆法国家中系统的、门类齐全的成文法体系,也没有明确的公法与私法划分。但是,英国的普通法和衡平法却各有特色,形成英美法中特有的二元结构体系。

普通法是指在 1066 年诺曼公爵征服英国后,威廉国王为削弱封建领主势力、加强王权而在发布敕令作为适用于全国的法律之外,设立王室法院,通过法官选择适用各地习惯法审理案件形成判例,再推及全国所确立的法律制度。因普通法是以判例形式出现的,故又称为判例法。

衡平法是普通法的对称。它发端于 14 世纪、兴起于 16 世纪,是对因普通法程序的呆板和机械而无法得到救济的案件,当事人向英王及其咨询机关枢密院甚至国会提出申请,由英王的枢密院大法官不受普通法的约束,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所形成的法律制度。衡平法也表现为判例法形式。

衡平法优先于普通法,是英国法律制度上的一个重要原则。

在判例的构成上,应着重把握下列 3 点:① 上议院的判决是具有约束力的先例,全国各级审判机关均须遵循,只有上议院本身可不受约束;② 上诉法院的判决可构成对其自身以及下级法院有约束力的先例;③ 高级法院每一个庭的判决对一切低级法院有约

束力。具有约束力的判决分为判决理由和判决词中为解释判决理由所阐述的法律规则两部分,只有前者对同类案件有约束力,后者只有说服力,并非必须遵守。

英国的法院体系比较复杂。除了有刑事法院和民事法院之分外,在民事法院系统中又分为高等法院和低级法院两种。前者包括上议院(上诉委员会)、上诉法院和高级法院 3 种,后者包括王冠法院、郡法院和治安法院 3 种。

(2) 美国法。美国法与英国法有许多相同之处,如以判例法为主,也有普通法与衡平法之分,实行陪审制度等等。但是美国实行联邦制而非英国式的君主立宪制,故在法律结构上与英国有很大差别。美国法律分为联邦法与州法两大部分,根据美国宪法所确定的准则,立法权原则上由各州行使,而联邦只在例外情况下行使立法权。但联邦的法律又高于州的法律,两者发生抵触时应适用联邦法。20 世纪初叶兴起的成文法运动,导致美国成文法的数量急剧增加。不过,商事立法权原则上归属于各州。

美国也有类似于英国的先例约束力原则,具体表现在以下四个方面:① 在联邦法方面,须受联邦法院尤其是联邦最高法院判例的约束;② 在州法方面,上级法院特别是州最高法院的判例对下级法院有约束力;③ 联邦法院在审理涉及州法的案件时,则须受相应的州法院不违反联邦法判例的约束;④ 联邦和州的最高法院不受其先例的约束,以便依据社会经济条件的变化,扬弃过时的判例,确立新的法律原则。

由于美国实行联邦制,因而也设有联邦法院和州法院两个体系。联邦法院又分为地区法院、上诉法院和最高法院 3 级。法官由参议院选举、总统任命,实行终身制。

州法院也分为初审法院和上诉审法院两级,上诉审法院包括州上诉法院和最高法院。联邦法院仅在美国宪法或国会法律明定范围内才有管辖权,其他案件均由州法院管辖。此外,还有专门受

理联邦法上特殊争议的特别联邦法院,以及准司法机构如有权审理国际贸易纠纷的商务部、国际贸易委员会等。

4. 两大法系的发展趋势

(1) 大陆法系中判例的作用日益增强。

(2) 英美法系成文法的数量迅速扩大。

(3) 两大法系取长补短,逐渐融合。

四、中国法律制度概要

1. 中国法律制度的沿革

夏朝就有法律制度的雏形;唐律为封建社会法律的集大成者;满清以前诸法合一;清朝末年开始参照欧美、日本等国的法律改造中国传统法律制度;民国形成“六法全书”,由宪法、民法、刑法、行政法、民事诉讼法和刑事诉讼法构成,目前仍在台湾省施行。

1949年以来,中国法律制度几经曲折,1993年开始依据市场经济理念建立健全商事立法。按层次来划分,中国法律可分为:宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法律、特殊区域法律等;按部门来划分,中国法律可分为:民法、商法、民诉法、经济法、行政法、刑法、刑诉法等。

2. 中国的民法、商法和经济法

中国的民法是调整平等主体间财产关系及人身非财产关系的法;商法是调整商事关系或者企业关系的法;经济法是国家干预社会经济生活关系的法。

3. 中国的法院组织

(1) 法院类型。中国的法院组织系统包括最高人民法院统辖下的普通法院与专门法院两类;普通法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。专门人民法院有军事法院、森林法院、农垦法院、石油法院、铁路运输法院和海事法院等。

(2) 级别及管辖。最高人民法院及地方三级法院;级别与地域管辖;移送管辖;指定管辖。