

现代国际商务丛书

洪银兴 张二震 | 主编

国际商事法律

吴建斌◎著

《国际商事法律》

您想在国际商务活动中既避免风险甚至法律陷阱，又能运用法律保护自己的合法权益吗？本书介绍的国际商事法律知识，使您在开办公司、签订合同、买卖货物、使用票据、从事海运、参与保险、处理国际商务纠纷时如彼知己、相机行事，纵横捭阖、游刃有余。

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

国际商事法律

D996.1

393335

W83

吴建斌 著

现代国际商务丛书
国际商事法律

中国海关出版社

(京) 新登字 083 号

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商事法律/吴建斌著.-北京:中国青年出版社,
1996.8

(现代国际商务丛书)

ISBN 7-5006-2203-1

I. 国… II. 吴… III. 国际商法 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 07256 号

社址:北京东四 12 条 21 号 邮政编码:100708

河北遵化胶印厂印刷 新华书店经销

*

850×1168 1/32 10.5 印张 2 插页 200 千字

1996 年 10 月北京第 1 版 1996 年 10 月北京第 1 次印刷

印数:1—8000 册 定价:14.60 元

总 序

80年代初开始，中国人民冲破了长期的自我封闭状态，勇敢地向世界敞开了大门。“走向世界市场”，已成为有战略远见的企业家们的实际行动。随着改革开放的不断深入，我国经济的开放度日益扩大。国际上一般用一国进出口总额占国民生产总值的比重来表示经济开放度，按照这一指标，1995年我国经济开放度已经超过了40%。这就是说，我们不仅消费着约占国民生产总值20%的外国商品，我们还有约占国民生产总值20%以上的产品的实现依赖于世界市场。中国经济已经日益与世界经济融为一体。与此同时，国际贸易、国际融资、引进外资、对外投资等国际商务活动也得到了迅猛发展。

进入90年代以来，国际经济呈现出与80年代初我国改革开放起步阶段时不同的特点。虽然“冷战”结束后的世界并不太平，但是和平和发展已成为当今世界的主题。随着国际分工、国际交换和生产要素国际流动的深入发展，各国的经济日益国际化了。所谓经济国际化实质是市场的自由化和国际化，从一国的角度看，其主要特征：一是市场高度开放，国内市场成为世界市场的一部分，即没有国内市场和国际市场之分，而只有

DY93/17

世界市场的国内部分和国外部分之别，国内市场和国际市场实际上合二为一；二是产业的全面开放，无论是第一产业、第二产业还是第三产业，都向世界开放，全面参与国际竞争，关税、配额等保护贸易措施降至最必要的水平，本国产业依靠竞争获得发展、提升的动力；三是投资领域的自由化和国际化，国外资本和国内资本可以在相同的条件下进行投资，外资享受国民待遇，同时本国对外投资增长迅速，引进外资和对外投资渐趋平衡。可见，经济国际化实际上就是本国经济与世界经济体系的高度融合。应该说，随着我国经济开放度的不断扩大，经济国际化发展已是大势所趋。如果说，在80年代我们实施外向型经济发展战略时，议论得最多的是怎样扩大出口、怎样吸引更多的外资，以及怎样保护和发展民族经济的话，那么，在经济国际化更加发展的今天，我们更应注重市场开放、对外投资和跨国经营，迎接经济国际化的挑战。因此，了解并掌握有关国际商务的新理论、新情况和新知识，就显得特别重要。

什么是国际商务？用最通俗的话说，就是跨国界做生意，在全球范围内开展生产经营活动。要走出国门从事国际商务活动，需要多方面的知识。比如，开展国际贸易，就必须熟悉贸易环境、贸易政策，了解商贸惯例；进行跨国投资，就要懂得融资手段，擅长经营管理，善于规避风险；遇到贸易或投资方面的纠纷，还要能够运用法律手段来维护自己的合法权益。国际商务活动是科学和艺术的结合，因此，商务语言的运用、商务谈判的技巧、营销方式的选择，都是成功的国际商务活动所必须具备的知识。

我们主编的这套《现代国际商务丛书》，就是为了使广大读

者特别是企业家，系统掌握有关国际商务活动的知识，以适应我国扩大开放，更广泛、更全面地参与国际竞争的需要。这套由南京大学国际商学院中青年教授撰写的丛书，具有以下鲜明特色：（1）重视国际商务环境的分析，即把国际贸易、国际金融、国际投资以及跨国经营等放在整个世界经济的大背景下分析，使读者能从宏观的视角、从整体上把握国际商务活动的规律。因此，本丛书十分重视理论上的分析和论证，有一定的理论深度。（2）重视对国际商务活动中出现的新情况、新问题的分析和新知识的介绍，如对部门内贸易、公司内贸易现象的分析，对最新营销方式的介绍，等等。（3）重视对国际商务经营实务的介绍，向读者提供实际的操作知识，使本丛书具有较高的实用价值。另外，在行文上力求简明、通俗，深入浅出。当然，本丛书在多大程度上体现了上述特色，只有让专家学者及广大读者来评判了。

洪银兴 张二震

1996年2月于南京

目 录

前 言	1
一、何谓国际商法.....	1
二、英美法和大陆法揽胜.....	6
三、中国法律制度综述	13
第一章 公司法	17
一、公司——商事组织的典型形式	17
二、股份有限公司面面观	36
三、有限责任公司诸问题	58
四、跨国公司的法律规制	61
第二章 合同法	64
一、合同——国际商事关系的联结纽带	64
二、合同的成立要件	68
三、合同履行的义务和责任	86
四、合同消灭的法例	95
第三章 买卖法	101
一、货物买卖的法律准则.....	101
二、买卖双方的主要义务.....	106
三、违约补救的诸种方法.....	114

四、货物所有权和风险的移转依据·····	120
五、产品责任的特殊问题·····	125
第四章 代理法 ·····	134
一、代理制——商事交易复杂化的必然产物·····	134
二、代理关系的法律界定·····	140
三、特殊代理制度的主要规则·····	148
四、中国外贸代理制的现状和前瞻·····	153
第五章 反倾销法 ·····	160
一、倾销和反倾销——国际贸易中的热门话题·····	160
二、国际反倾销立法概观·····	163
三、国际反倾销法的主要内容·····	168
四、美、欧、日反倾销法举要·····	177
五、中国的反倾销对策·····	187
第六章 票据法 ·····	191
一、票据——商事交易的润滑剂·····	191
二、票据法的基本规则·····	202
三、汇票制度概览·····	212
四、本票和支票的特殊规则·····	219
第七章 海商法 ·····	222
一、国际通行规则的代表·····	222
二、船舶和船员·····	230
三、海上运输·····	235
四、海上事故及其处理·····	246
第八章 保险法 ·····	251

一、保险——商事活动的护身符·····	251
二、保险合同·····	258
三、保险业的管理规范·····	274
第九章 破产法·····	278
一、破产法制的历史功绩·····	278
二、破产实体规则·····	291
三、破产程序规则·····	296
第十章 国际商事仲裁·····	305
一、国际商事仲裁及其优越性·····	305
二、国际商事仲裁的法律依据·····	309
三、重要国际商事仲裁机构及其规则·····	313
四、中国仲裁法的主要内容·····	318
五、仲裁裁决的承认及执行·····	321

前 言

本文作为本书的前言，主要介绍和阐述国际商法的基本涵义、性质、内容、形式、本书的结构体系，以及对国际商法产生重大影响的市场经济发达国家，特别是大陆法和英美法两大法系以及中国法制的概况，作为全书的入门指南。

一、何谓国际商法

每一个从事国际商务活动的公司、企业、其他经济组织乃至个人，都会碰到同外国人打交道的法律问题。比如，同一个美国公司在中国境内共同投资举办一个有限责任公司甚至股份有限公司，应符合什么条件，履行哪些手续，机构如何建立，盈亏怎么处理，以及中国关于外国人投资法及公司法的其他诸多问题，中美两国投资者均应了解清楚。而中国公司、企业到其他国家举办独资或合资企业，也须熟悉该国相关的法律。又比如，中国一公司与英国一公司在法国巴黎订立一份国际货物买卖合同，约定在德国汉堡交货，就涉及到合同适用什么样的法律，以什么方式处理当事人之间争议的问题。由于对合同的形式、内容、成立标志等方面，大陆法国家和英美法国家规定差异很大，因而选择适用不同的法律，往往会得出截然相反的结果。

果。掌握国际上主要国家的合同法律制度以及有关合同法的统一规则，以便采取最有利的对策，显得异常重要。而这些内容，均属于国际商法的范畴。

国际商法是调整国际商事组织和商事活动的各种关系的法律规范的总和。为了进一步理解国际商法的涵义，主要把握以下几点：

第一，国际商法的范围在传统商法的基础上已有很大扩展。传统商法无论是法国式的以商行为核心，还是德国式的以商人为核心，无论是大陆法中的成文法为主，还是英美法中的判例法为主，均主要包括公司法、票据法、海商法、保险法和破产法等分支，而且重点调整国内的商务关系。但是，随着科学技术的空前发展，世界空间日益变小，各国之间的商务交往不断增多，形式也多种多样。特别是第二次世界大战以来，国际技术转让、国际许可贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际融资租赁、国际直接投资等各种国际商务活动，令人眼花缭乱。这些活动已超出一国范围，其行为主体已多为跨国公司，仅靠一国传统的商法，已不能有效加以规范，通过一定方式形成统一的国际立法和国际惯例，势在必行。即使国内立法，也必须尽可能吸收和借鉴国际通例，以减少乃至消除该国参与国际间经济贸易活动的障碍，将本国经济融入世界经济循环体系中。国际商法脱胎于市场经济发达国家的传统商法，其内涵和外延又不同于传统商法，而且逐渐发展为国际商务活动中的行为准则，正是反映了当今世界经济发展变化的需要。

第二，国际商法的性质属跨国私法。与私法对应的是公法，而公法和私法的划分始于罗马法。罗马法学家乌尔比安认

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”。罗马法中公法与私法有别的观念对后世尤其是大陆法国家影响很大。国际法中也有国际公法与国际私法两大分支。前者主要调整不同国家之间的关系，如两国间的外交关系、领土毗邻关系等；后者主要调整不同国家的法人和自然人之间的财产与人身非财产关系，如跨国财产继承、跨国婚姻等。由于不同国家法律制度上的差异，导致对同一问题的法律冲突，如何加以处理，就属于国际私法的范畴。国际商法不主要调整国与国之间的关系，而是处于不同国家的“商人”之间的关系，故属于国际私法范畴，不过其国际一词，实乃跨国之意。国际商法实际上是有关商事主体在跨越国界的商务活动中的法律制度。

第三，国际商法的发展轨迹为国际法——国内法——国际法。其他如国际刑法、国际民法、国际经济法等，在国内法形成之前，没有国际法，即先有国内法，因国际间交往而产生国际法。但是，国际商法则不然。据曾任联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席的英国著名国际商法专家施米托夫教授考察，国际商法经历了三个发展阶段：第一阶段在中世纪，它是商人习惯法的形式出现的，即事实上支配那些商业交易所在的文明世界的各港口、集市之间的国际商事界普遍适用的国际习惯法规则。第二阶段在18和19世纪，国际商人习惯法被纳入欧洲各国的国内法。其中欧洲大陆主要通过制定成文法，英国则主要通过曼斯菲尔德（Mansfield）等大法官的审判实践将商人习惯法融入普通法之中。第三阶段开始于对19世纪过分夸大的国家主权采取公正批判态度的时期。世界社会开始重新从

国际的角度思考问题，联合国及其他许多国际组织的作用越来越大，跨国公司的活动遍及世界各地，国际主义的观念逐渐觉醒，法学领域中则恢复了国际商法的概念，出现了大量试图摆脱各国国内法的民族色彩带有世界普遍性意义的新的国际商事习惯法。^①上述三阶段高度概括了国际商法独特的发展轨迹。

第四，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，尤以前两者为主。

国际立法是国际商法的主要渊源即主要表现形式。国际立法为国际上两个或两个以上的国家就经济、贸易、法律等方面规定相互间权利和义务的规范性文件。通常表现为条约、公约、宪章、盟约、规约、专约、协定、议定书、换文、最后决议书、联合宣言等。^②分为实体法规则和冲突法规则两类。前者如1980年联合国国际货物买卖合同公约、1987年国际汇票和国际本票公约。后者如1973年关于产品责任的法律适用公约等。国际立法通过缔结或参加国立法机关批准后，纳入该国国内法，而且该国所缔结或参加的国际条约与国内相关法律相冲突时，除声明保留者外，有义务优先适用条约的规定。

国际商事惯例是国际商务交往中经过反复使用逐渐形成的，已被各国商事主体普遍接受和采纳的习惯性做法。开始以不成文的“约定俗成”的形式出现，现多为一些国际组织编纂成文，既消除了历史上形成的不同国家和地区间对同一种惯例在解释和适用上的差别，又根据新技术革命带来的国际商事交

^①参见施米托夫：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第4—20页。

^②其涵义及区别请参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1981年版，第326—327页。

往方式的变化,进一步修改和完善惯例。1990年国际商会修订的1990年国际贸易术语解释通则、1992年国际商会修订的1992年跟单信用证统一惯例,就是最好的例证。在中国对外经济贸易实践中,也已广泛采用上述两个国际商事惯例。

当然,国际商事惯例不同于国际立法。惯例不是法律,没有普遍性的约束力。但是,当国际商事交易当事人约定采用某种惯例调整和规范相互间的权利和义务时,该惯例对当事人具有法律约束力。

国内立法的效力一般只及于该国主权管辖范围,不能延伸至国外,否则就有干涉他国内政和主权之嫌,许多国际商法专家如施米托夫也不承认国际商法的国内法渊源。但是,事实上前述国际立法和国际商事惯例不可能规范所有的国际商务关系,各国在对外经济贸易方面也制定了大量法律法规。根据国际私法中的冲突规则,处理国际商事纠纷的准据法往往是一个特定国家的国内法。在此意义上说,国内立法也应是国际商法的一个渊源,我们必须了解和掌握各国尤其是市场经济发达国家的民商法规定。

当代国际商法的范围相当广泛,本书不可能全部涉及。考虑到本书的篇幅和宗旨,拟安排10章。除前言外,包括公司法、合同法、买卖法、代理法、反倾销法、票据法、海商法、保险法、破产法和国际商事仲裁。

公司法关系到国际商事主体地位及活动规则,故列为第1章。第2至第5章主要介绍和阐述商事交易的有关法律制度。其中反倾销法本应属国际经济法范畴,因对中国对外贸易影响至深,且也属货物买卖中的新的特殊法律问题,故作专章介绍。而

不少国际商法著作中的产品责任法，虽也非常重要，不忍割舍，但考虑到其容量以及和买卖法的内在联系，故作为第3章的一部分。第6章至第9章包括了除公司法外的传统商法的主要内容。海上运输法列入海商法之中，不拟单独列章。第10章为国际商事纠纷的通行解决方式，即国际商事仲裁。它虽属于程序法范畴，但考虑到本书体系上的完整性，也作专章介绍，相信对读者了解国际商法的全貌有所裨益。

二、英美法和大陆法揽胜

国际商法发源于欧洲。而欧洲各国的法律制度，由于历史的原因，分为以法国和德国为代表的大陆法系和以英国为代表的普通法系，因北美长期沦为英国的殖民地，强制施行普通法，美国独立之后又渐渐发展为政治、军事、经济强国，在国际事务中的作用日趋增强，法律制度方面虽承袭普通法，但又自成一体，成为普通法系又一代表性国家。两大法系虽同为资本主义国家的法律制度，但在许多方面迥然有别。

第一，法律渊源不同。大陆法国家主要采取成文法形式，如法国大革命时期制定的民法典、商法典、刑法典、民事诉讼法典和刑事诉讼法典，凡事以法典为据的观念根深蒂固。英美法国家主要采取判例法形式，传统上没有成文法典。本世纪以来固然也制定了不少成文法典，但远没有起到大陆法国家成文法类似的作用，甚至目前仍以成文法须通过判例加以解释后，才能适用为通例。

第二，法律结构不同。大陆法国家不但制定成文法，而且

还将全部法律制度划分为公法和私法，两大法律领域泾渭分明。英美法国家中并无明确的公法和私法划分，而将全部法律制度划分为普通法和衡平法。另外，大陆法国家还依据所调整的社会关系的性质不同，将法律划分为不同的法律部门，如民法、商法、行政法、刑法、诉讼法等。每一个部门多以一部法典为核心，辅以对一些具体、专门问题的细则，构成一个有机的法律体系。而各个法律部门在宪法的统领下，井然有序地调整和规范着该国所有重要的社会关系。英美法国家也没有具体的法律部门，而是采取社会生活需要什么法律就制定什么法律或改变原先判例所确立的原则的实用主义办法，故法律制度的系统性远没有大陆法国家强。

第三，对实体法、程序法的重视程度不同。在英美法国家代表英国的法律传统上，当事人要想通过诉讼获得救济，须依一定的令状向法院起诉，而不同令状的诉讼程序也不同，且不得相互通用。这样，当事人在实体法上的权利，如对合同违约方请求赔偿经济损失，或股东要求公司分配逾期未分配红利，只能通过一定的诉讼程序才能实现。而英国又是典型的判例法国家，在某种意义上由法官立法，不通过一定的诉讼程序，实体法也无法形成。英美法国家注重程序法也就势所必然，顺理成章了。大陆法则不然，因由成文法直接规定当事人的实体权利义务和诉讼权利义务，实体法并非一定要通过程序法才能实施，更不是由程序法形成。在当事人通过诉讼获得救济时，程序法也只是实体法实施的手段和工具而已。所有这些，都决定对实体法的注重甚于程序法。

第四，受罗马法影响的方式和程度不同。大陆法国家受罗

马法的影响很深,有的国家的法典如1804年法国民法典、1900年德国民法典直接继承了罗马法的传统。英美法国家主要受罗马法的间接影响,其深度和广度也远不如大陆法国家。^①

1. 大陆法概览

大陆法系又称罗马法系、民法法系、罗马——德意志法系,是以罗马法为基础,以法国民法典和德国民法典为典型的法、德两国法律以及仿此而制定的其他国家法律的统称。大陆法系在13世纪形成于西欧,除法、德两国外,其他如意大利、奥地利、卢森堡、比利时、瑞士、荷兰、西班牙、葡萄牙等欧洲大陆国家均属于大陆法系。曾受大陆法国家殖民统治的拉丁美洲、非洲、近东的一些国家,也属于大陆法系,英美法系国家中的个别地区,如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省,也实行大陆法。另外,日本、土耳其等国、国民党统治时期的中国大陆以及目前的台湾省,也引入了大陆法。

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。只是有的国家如法国、意大利、奥地利认为习惯的作用很小,而德国、瑞士等国认为习惯等同于法律。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,如德国规定在联邦公报上发表的宪法法院判决具有法律约束力,瑞士联邦法院关于宣布

^①参见冯大同主编:《国际商法》,中国对外经济贸易出版社1991年版,第8—12页。