



国际商法

简明教程 (第三版)

洪庭展 党伟 编著



东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

国际商法简明教程

(第三版)

洪庭展 党 伟 编著

 **东北财经大学出版社**
Dongbei University of Finance & Economics Press

大 连

© 洪庭展 党伟 2004

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法简明教程 (第三版) / 洪庭展, 党伟编著.
—3 版. —大连: 东北财经大学出版社, 2004.9
ISBN 7-81084-461-X

I. 国… II. ①洪… ②党… III. 国际商法—教材
IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 061712 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

总编室: (0411) 84710523

营销部: (0411) 84710711

网址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@vip.sina.com

大连业发印刷有限公司印刷 东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm × 210mm 字数: 177 千字 印张: 8 1/8

印数: 26 001—31 000 册

1996 年 1 月第 1 版

2004 年 9 月第 3 版

2004 年 9 月第 6 次印刷

责任编辑: 孙晓梅

责任校对: 众 校

封面设计: 冀贵收

版式设计: 丁文杰

定价: 15.00 元

第三版前言

在国际上从事经济和贸易活动要遵循国际规则，包括商事方面的国际公约和国际惯例，以及由国际私法规则所指引的有关国家的民商法。国际商法就是以这几方面法规为研究对象的一门独立的法律学科。

调整国际经贸关系的法律涉及公法与私法。国际经济法是国际公法的一部分，而国际商法则是私法的一个分支，这是两者的区别所在。国际商法中的法律规范大多属于任意性规范，允许当事人在法定范围内，自行确定相互间的权利义务关系。市场经济是法治经济，也是当事人意思自治的经济。在私法领域，对于市场主体而言，法律不禁止即为自由，这是现代法治的一项重要原则。

本次修订由洪庭展（第一、二、三、四、五、六、九、十章）、党伟（第七、八、十一章）撰写，洪庭展统纂定稿。限于水平，错误和缺点在所难免，恳请读者批评指正。

编著者

2004年6月

目 录

第一章 导 论	1
第一节 国际商法的概念.....	1
第二节 国际商法的渊源.....	2
第三节 国际商法的沿革.....	6
第四节 西方资本主义国家的两大法系.....	8
第五节 国际商法与相关法律部门的关系	10
第二章 国际商事关系的主体及其法律地位	13
第一节 自然人	13
第二节 法 人	15
第三节 国 家	19
第四节 外国人在国际商事关系中的民事法律地位	20
第三章 比较合同法	24
第一节 合同概述	25
第二节 合同的成立	31
第三节 合同的担保	38
第四节 合同的解释	41
第五节 合同的履行	43
第六节 违约及其法律后果	46
第七节 违约的救济方法	50
第八节 免除合同责任的条件	56
第九节 合同的转让和终止	60
第十节 两大法系合同法之比较	67

第四章 国际货物买卖法	71
第一节 概 述	71
第二节 国际货物买卖合同	72
第三节 联合国国际货物销售合同公约	77
第四节 卖方义务和买方义务	79
第五节 违反买卖合同的补救方法	89
第六节 货物所有权和风险的转移	97
第五章 国际产品责任法	102
第一节 美国产品责任法	102
第二节 西欧国家和日本的产品责任法	107
第三节 欧洲国家有关产品责任的三个国际公约	109
第四节 我国的产品责任法	111
第六章 比较代理法	114
第一节 代理制度的沿革	114
第二节 代理的概念	115
第三节 代理权产生的依据和分类	116
第四节 代理的内部关系	118
第五节 代理的外部关系	120
第六节 无权代理	121
第七节 代理的终止	123
第八节 商事代理的种类	124
第九节 我国有关代理的法律和对外贸易中的代理	127
第七章 商业组织法	130
第一节 商业组织法概述	130
第二节 公司的法律地位	132
第三节 我国的外商投资企业	141
第八章 工业产权法	150
第一节 工业产权概述	150
第二节 专利法	152

第三节 商标法	164
第九章 比较票据法	172
第一节 票据概述	172
第二节 票据法概述	176
第三节 汇 票	181
第四节 本票与支票	194
第五节 涉外票据的法律适用	198
第十章 法律适用法	201
第一节 概 述	201
第二节 冲突规范的概念、结构和种类	204
第三节 常见的系属公式和准据法	206
第四节 识别问题	213
第五节 限制冲突规范效力的几项制度	214
第十一章 国际经济贸易仲裁与国际民事诉讼	222
第一节 解决国际经济贸易争议的途径	222
第二节 国际经济贸易仲裁	224
第三节 国际民事诉讼	235

第一章 导 论

第一节 国际商法的概念

国际商法是调整国际商事行为和商事组织各种法规的总称。这里“国际”一词实际是指“跨越国家”而言，西方学者往往将当代国际商法称为“跨国法”（transnational law）。跨国法不是国际法（即国际公法）的一个分支或部分，“它的权威来自各国立法者的国家主权”。^①

商事行为和民事行为同属于法律行为；商事行为强调以营利为目的，这是它与民事行为的区别所在。商事组织又称商事企业，指企业的三种法律形式——个人企业、合伙企业和公司而言。

《国际商法》（冯大同主编）一书认为，国际商法的调整范围不仅包括有形商品（货物）的国际交易，而且包括技术、资金和劳务在国际流动中所产生的各种关系。前联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席施米托夫认为，国际商法包括两个主要分支：（1）国际贸易法，其中国际货物买卖是该法的主要内容，尽管它还包括国际银行业务、保险及航空、海洋和陆上运输中的法律问题。（2）国际公司法，即根据一国法律设立但又在其他国家具有商业利益的公司。无论此项商业利益采取何种形式，如在其他国家设立子公司，或在联合公司中占有股份，或参加经营管理，或者采用其他形式。日本国际法学

^① [英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，261页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

会编写的《国际法辞典》认为，国际商法是国际私法（即冲突法或法律适用法）的从属部分。前苏联的国际私法学者隆茨亦将国际商法中的大部分内容列入国际私法的范围。

参照国内外学者的有关论点，本教材按如下体例编写：（1）导论；（2）比较合同法；（3）国际货物买卖法；（4）国际产品责任法；（5）比较代理法；（6）商业组织法；（7）工业产权法；（8）比较票据法；（9）法律适用法；（10）国际经济贸易仲裁与国际民事诉讼。

第二节 国际商法的渊源

“法的渊源”一词来自拉丁文 *fontes juris*。古代西方人将法比做水，把法所产生的渊源称为 *fontes*。由于这是一种比喻，法学家们对渊源一词的解释往往因人而异。按照国内外学者比较广泛采用的说法，法的渊源是指法的创制及其表现形式。在国内法方面，指立法者的行为和人民中实行的习惯；在国际法方面，指国家间缔结的条约，国家间实行的习惯以及某些国际组织制定的法规。国际商法的渊源大致包括以下几方面：

一、国际商业（贸易）惯例

所谓国际惯例，依照《国际法院规约》第 38 条，是指“作为通例（一般实践）之证明而被接受为法律者”（*as evidence of a general practice accepted as law*）。国际惯例可分国际外交惯例和国际商业（贸易）惯例。国际商业（贸易）惯例是在国际贸易实践中逐渐形成的，它经历了由通例或一般实践（*general practice*）至习惯性做法（*usage*）再至惯例（*custom*）的演变。施米托夫将国际商业（贸易）惯例定义为：“应用非常广泛的，凡从事国际贸易的商人们期待着他们的合同当事人都能遵守的商业习惯性做法和标准构成。”国际商业（贸易）惯例有以下特点：

第一，它是在长期国际贸易实践中形成的，为从事特定贸易的商

人们所共知的行为规则，如国际贸易中的 CIF 和 FOB 价格条件。

第二，它具有明确内容，能确定合同当事人之间的权利义务关系，因而被有关国家和当事人接受为法律。

第三，在效力上，它属于任意性规范，即只有当事人根据“意思自治”原则在合同中明示或默示适用某项惯例时，该项惯例才对他们产生法律约束力。当事人如在合同中明示采用某项惯例，还可以协议变更惯例的内容。例如，1932 年《华沙—牛津规则》（《CIF 买卖合同统一规则》）第 1 条规定：“在 CIF 合同中，本规则的任何一条都可以变更、修改或增添其他条款，但这样的变更、修改或增添，必须合同当事人明示地协议才能成立。”

国际商业（贸易）惯例既有成文的，也有非成文的。人们通常所说的国际商业（贸易）惯例，是指由国际商会等国际组织制定的成文的规则。如国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》（INCOTERMS）、《跟单信用证统一惯例》（UNIFORM CUSTOMS & PRACTICE FOR DOCUMENTARY CREDITS）、《托收统一规则》（UNIFORM RULES FOR COLLECTION），国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《约克·安特卫普规则》，国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》以及国际咨询工程师联合会制定的《土木工程（国际）合同条件》等。

国际商业（贸易）惯例与国际经贸惯例的关系，是属概念与种概念之间的关系。就法律效力而言，国际商业（贸易）惯例属于任意性规范，而国际经贸惯例既有任意性规范，又有强制性规范。例如，国际财产豁免，作为一项国际惯例，就是一项强制性规范。

有人认为，国际商业（贸易）惯例不是由国家立法机关或政府间组织制定的，因而不是法律。这种观点将法律（law）与制定法（statute）混为一谈。其实，不但国内法有制定法与习惯法之分，国际法也有协定法与习惯法之别。在国际商贸领域，各国现行法例对习惯法一般都持肯定态度。如《日本商法典》第 1 条规定，本法无规定的，适用商业习惯法。《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第 142 条规定，我国法律和我国参加的国际公约没有规定的，

“可以适用国际惯例”。著名的《跟单信用证统一惯例》被施米托夫称为“世界性的法律”。

国际商业（贸易）惯例是国际商法最原始也是最重要的渊源。施米托夫认为国际商法的发展经历了三个阶段：第一阶段为中世纪的商人习惯法，即旧的商人习惯法。第二阶段为17世纪至19世纪，在这段时间里，中世纪的商人习惯法被纳入各国国内法体系。第三阶段为当代，确切地说，它始于第二次世界大战以后。

二、国际贸易方面的条约或协定

国际条约或协定是两国或多国为设定、变更或终止他们之间的权利义务关系而达成的协议。根据“约定必须信守”（*pacta sunt servanda*）的国际法准则，国际条约或协定对缔约国具有法的约束力。我国《民法通则》第142条规定，我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定的，除我国声明保留的条款外，应适用国际条约的规定。

国际贸易条约和协定，按照参与国的多少和效力范围不同，可分双边和多边两种。前者如1979年《中美贸易关系协定》和1992年《中俄经贸关系协定》；后者如1980年联合国《国际货物销售合同公约》和1978年联合国《海上货物运输公约》（《汉堡规则》）等。

国际贸易条约和协定，按照法律规范的性质不同，又可分为统一实体法规范和统一冲突法规范。前者直接规定国际贸易关系中当事人的实体权利和义务，如上面提到的联合国《国际货物销售合同公约》；后者只解决国际贸易关系的法律适用问题，即指出某种国际贸易关系适用哪一国的法律，如联合国《国际货物销售合同法律适用公约》（简称《1985年新海牙公约》）和1973年法国、挪威等欧洲国家签订的《关于产品责任的法律适用公约》。

国际商业（贸易）惯例和国际贸易条约或协定，是国际商法两个最基本的渊源。1992年5月，李岚清同志在我国首届外经贸法律会议上指出，在国际上从事贸易和经济技术合作，要遵循国际规则。国际商业（贸易）惯例和国际贸易条约或协定，就是这样的国际

规则。

三、国内法

1. 法律适用法

国际贸易关系是一种涉外民事关系，对这种关系的法律调整，除直接援引国际条约和国际惯例外，则要首先解决适用哪一国法律（实体法）的问题。指出某种涉外民事关系适用哪一国的法律，是法律适用法的任务。

法律适用法，又称为冲突法或国际私法，除少数规定在国际条约中外，主要是国内法。我国《民法通则》第8章《涉外民事关系的法律适用》、《中华人民共和国合同法》第126条、《中华人民共和国海商法》第14章、《中华人民共和国票据法》第5章，就是我国的法律适用法或国际私法。其他国家也都有各自调整涉外民事关系的法律适用法，如法国、意大利、西班牙、葡萄牙等国在民法典中规定的冲突法规范；日本、德国、波兰、泰国、瑞士、奥地利等国以单行法形式制定的冲突法规范；英美等国的法律适用法则采用判例形式。

2. 民商法

联合国《国际货物销售合同公约》第7条第2款指出，凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题，应按照本公约所依据的一般原则来解决，在没有一般原则的情况下，则应按照国际私法规定适用的法律来解决。这里所说的“国际私法规定适用的法律”，就是指有关国家的民商法。

民法和商法分别是调整商品经济关系的一般法和特别法。民法主要由物权和债权法（合同法、侵权行为法等）组成；商法通常包括公司、票据、保险、海商等方面的法律。

各国调整民事和商事活动的法律，可分为民商分立与民商合一两种体例。所谓民商分立，是指民事与商事分别立法，除民法典外还制定商法典，法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等国属于这一类型；所谓民商合一，是指民事与商事统一立法，将商事方面的法规编入民

法典中，或以单行法的方式公布，瑞士、荷兰、泰国、意大利、土耳其等国的立法，属于该种类型。我国和一些东欧国家也没有民商法之分。英美法中原没有“民法”（*jus civile*）的概念，因此，英美法系国家也属于民商合一的体例。许多西方法学家认为，民商合一是世界立法的新趋势。

在国际贸易领域，一些合同争议往往要通过国际私法规则（亦称为法律适用规范）的指引，适用有关国家的实体法才能最终解决。因此，各国国内法中有关商事方面的法律，是国际商事统一法（包括国际条约和国际惯例、实体法和冲突法）必不可少的补充。

第三节 国际商法的沿革

前面提到，当代的国际商法是始于第二次世界大战后的新的法律部门和法律学科，但调整国际商事关系的法律则可追溯到中世纪时期欧洲的商人习惯法，即商人法（*Lex mercatoria* or *Law of merchant*）。商人法出现于公元 11～15 世纪，最初是地中海沿岸威尼斯、热那亚等城邦国家商人之间的自治规约（*statuta mercatorum*），后来随着海上贸易的发展，其适用范围逐渐扩及西班牙和英法等国。商人法涉及买卖合同标准条款、海上运输与保险、商业合伙以及破产程序等方面的内容。由于商人法是中世纪时普遍适用于西欧各国商人的习惯法，它具有明显的国际性。当时欧洲的海上商事习惯法十分发达，施行于地中海沿岸的有康苏拉度法（*Consulado del Mar*），沿用于大西洋一带的有奥列隆法（*the Judgements of Oleron*），适用于北海和波罗的海地区的有维斯比海事法（*the Sea Laws of Wisby*）。

到了中世纪后期，随着欧洲中央集权国家的兴起，城邦国家不复存在，商人法逐渐被各国的国内法所吸收和取代。最早的商事立法有法国路易十四时期颁布的《商事条例》（1673 年）和《海事条例》（1681 年）。1807 年拿破仑一世又在这两个条例的基础上颁布了《法国商法典》。该法典分总论、海商、破产、商事裁判四编，共 648 条。

《法国商法典》是近代资本主义商事立法的蓝本，荷兰、希腊、比利时、西班牙、葡萄牙以及拉丁美洲一些国家的商法典都受其影响，而同属于法国商法法系。德国早在 1871 年统一前就已有统一的商事立法。仿效法国商法的先例，1848 年和 1861 年，先后制定了票据条例和普通商法法典。1897 年又在完成《德国民法典》的起草工作后，颁布了新的《德国商法典》。该法典分商人、商事公司及隐名合伙、商行为、海商等四编，计 905 条。《德国商法典》反映垄断资本主义时期的商事关系，奥地利、日本、斯堪的纳维亚国家的商法典都受到它的影响。商人法的规则也被英美法系国家纳入它们的判例法。19 世纪下半叶以来，出于商业上的需要，英美等国还制定了一系列商事方面的单行法规，如 1893 年英国的《货物买卖法》，1906 年美国的《统一买卖法》等。

中世纪统一的商事习惯法逐渐为各国的国内法取代后，由于各国民商法之间的千差万别，而各国商人又多要求用他们各自的国内法来处理对外贸易中的问题，这就引起法律适用上的冲突。这一情况影响了国际贸易的正常开展。为此，自 20 世纪初以来，一些国际组织发起了国际商事统一法运动。其中最具有影响的国际组织是：罗马国际统一私法协会（UNIDROIT）、联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）和国际商会（ICC）。罗马国际统一私法协会是 1924 年在国际联盟主持下建立的政府间的学术机构，1930 年该协会下设了“国际货物买卖统一法起草委员会”。1964 年在海牙外交会议上通过的《国际货物买卖统一法》和《国际货物买卖合同成立统一法》就是由这个委员会负责起草的。罗马国际统一私法协会现有 58 个成员国，包括中国、法国、德国、日本、俄罗斯以及英、美等国在内。联合国国际贸易法委员会是根据 1966 年第 21 届联合国大会的决议成立的，由它负责起草的国际贸易统一法的文件有：1974 年《国际货物买卖时效公约》、1978 年联合国《海上货物运输公约》、1976 年联合国《国际贸易法委员会仲裁规则》、1980 年联合国《国际货物销售合同公约》等。国际商会成立于 1919 年，是由欧美等国工商业者组成的国际团体，其总

部设在巴黎，现有 57 个会员国，由各国的全国商会代表组成。国际商会在统一国际商业惯例方面起着重要的作用。由它负责制定的国际贸易惯例有：《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》等，这些国际贸易惯例已为各国政府和商人广泛接受和采用。

施米托夫将当代的国际商法称为“新的商业习惯法”（new lex mercatoria）。1957 年，施米托夫在赫尔辛基大学发表演讲时指出，我们正在开始重新发现商法的国际性，国际法——国内法——国际法这个发展圈子已经自行完成，各地商法发展的总趋势是摆脱国内法的限制，朝着国际贸易法这个普遍的和国际性的概念的方向发展着。

第四节 西方资本主义国家的两大法系

当今世界各国的法律，就其内容和形式，大致可分为社会主义法系、大陆法系和英美法系。大陆法系和英美法系是西方资本主义国家两大主要法系。

大陆法系，又称罗马法系、民法法系或罗马—德意志法系，是指在罗马法的原则和形式的基础上，以 1804 年《法国民法典》和 1900 年《德国民法典》为样本，而形成和发展起来的法律体系。属于这一法系的国家，除法国和德国外，还有瑞士、比利时、奥地利、荷兰、意大利、西班牙、葡萄牙、明治维新后的日本以及拉丁美洲一些国家。

英美法系，又称普通法系或海洋法系，是指以英国中世纪普通法为基础而发展起来的各国法律。属于这一法系的国家，除英国（不包括苏格兰）、美国（不包括路易斯安那州）外，还有加拿大（不包括魁北克省）、澳大利亚、新西兰等国家和地区。这两大法系的区别在于：

1. 大陆法以成文法为主要标志，而英美法以判例法为主要标志。

大陆法国家，法院判决只对受审理的案件有效，对日后的同类案件不具有约束力；而英美法国家则遵循“维持先例”（stare decisis）的原则，即法院在处理当前的争端时，要以过去的判例为准则，特别是下级法院要受上级法院以往判决（先例）的约束。

2. 大陆法系国家的成文法，多采用法典形式，即通过法典对部门法作比较全面和系统的陈述，如法、德、日等国的民法典和商法典；而英美法系国家的成文法，多以单行法规的形式出现，一般不趋向于法典化。美国的《统一商法典》是一个例外，但该法典是一个非正式的立法文件，由美国统一州法全国委员会和美国法学会共同起草，作为商法典的“样本”向各州议会推荐的，至1968年已被美国各州（路易斯安娜州除外）分别修订后采用。

3. 大陆法国家，法官在审理案件时，首先要考虑法典和其他成文法中的规定，然后再就具体案件作出判决，采用“一般到个别”的演绎推理；而英美法国家，法官在审理案件时，首先要参照以往类似案件的判决，并从中抽出适合于本案的一般原则，然后再作出判决，采用“个别到一般”的归纳推理。

4. 法律分类不同。大陆法沿袭罗马法的传统，将全部法律分为“公法”与“私法”两大类；而英美法只有普通法与衡平法之分，在传统上并不将法律分为“公法”与“私法”。在英美法系中，“普通法”一词是指与制定法（成文法）相对的“法官创造的”一般法律，而“衡平法”则是指15世纪始于英国，根据“衡平”（“公平、合理与正义”）原则，为弥补普通法的不足而形成的一种判例法。实际上，无论“普通法”或“衡平法”都是判例法。

5. 法律观念不同。大陆法以理性主义为哲学基础，重视法理研究，强调成文法规；而英美法以经验主义为哲学基础，重视判例的作用，强调“法官制定法律”。

大陆法系与英美法系尽管有诸多差别，但它们同渊源于罗马法，都属于西方资本主义国家的法律。归根结底，它们是大同小异的。

首先，两者的体例基本相同。大陆法系国家的民法典一般包括物

法、债法、亲属法、继承法等部分，与英美法中的财产法、合同法、侵权行为法和家庭法等，在内容上是一致的。

其次，大陆法中虽没有“衡平法”的概念，但大陆法系各国的债权法都以“诚实信用”（bona fides）为最高原则。“诚实信用”的内涵就是“衡平”（equity），即所谓“公正与善良”（ex aequo et bono）。可见英美法中的“衡平法”与大陆法中的“诚实信用”原则是一脉相承的。

再次，由于互相影响和互相渗透，两大法系的差别正在逐渐缩小。自19世纪末以来，英美法系国家相继制定了许多成文法，如英国1893年的《货物买卖法》、1906年的《海上保险法》，美国1906年的《统一买卖法》和1952年在此基础上拟订的《统一商法典》等。而属于大陆法系的国家，如法国和德国，也日益重视判例的作用。联邦德国就利用民法典中的某些“弹性”规定，强调最高法院判决的效力。

有些国家和地区，如菲律宾、斯里兰卡、津巴布韦、毛里求斯、南非、苏格兰、路易斯安娜、魁北克等的法律，原来都属于大陆法系，但后来都采用了一些英美普通法的原则，因而现在都属于混合型的法律制度。美国现代在社会和经济方面的法律，由于已出现成文法取代判例法的趋势，按照有些美国法学家的看法，也属于判例法和成文法混合型的。

第五节 国际商法与相关法律部门的关系

一、商法与国际商法

商法与国际商法都是在传统商法（orthodox commercial law）的基础上形成和发展起来的。国际商法作为一个独立的法律部门，则是20世纪法学发展的结果。施米托夫认为，传统商法分为两个分支：“适用于国内交易的法律和适用于国际商事交易的法律”。前者为国内