

高等院校二十一世纪法律专业统编系列教材



国际商法

GUOJI SHANGFA

钟立国 于志宏 主编

吉林人民出版社

高等院校二十一世纪法律专业统编系列教材

国 际 商 法

主 编：钟立国 于志宏

副主编：李 奋 徐焕茹 袁 冶

撰稿人：（按姓氏笔划为序）

于志宏 孙占利 李 奋

钟立国 胡雪梅 袁 冶

徐焕茹

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

国际商法

主 编：	钟立国 于志宏		
责任编辑：	贺 萍 李 虹	封面设计	易定宏
责任校对：	晓 红	版式设计	易海波

出 版 者	吉林人民出版社
	(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
印 刷 者	佛冈县印刷厂

开 本	850×1168 1/32
印 张	15.3
字 数	330 千字
版 次	2000 年 8 月第 1 版
印 次	2002 年 1 月第 2 次印刷
印 数	2000—4000 册

标准书号	ISBN 7-206-02452-1/D·901
定 价	27.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系

前 言

为了适应我国依法治国,建设社会主义法治国家的需要,适应21世纪教学改革,全面提高法律人才素质的需要,根据高等院校法律专业新的课程体系和教学大纲的要求,结合我国不断加快的立法实践,我们组织了一批富有理论功底和实践能力,在学术界崭露头角的中青年法学学者,对包括高等院校法学专业主干课程在内的十九门课程的教材进行了系统全面的编写。

本系列教材坚持以邓小平理论和党的依法治国的战略方针为指导,紧密结合有中国特色的社会主义市场经济建设、建设法治国家和法学教育改革的实际,瞄准国家立法、国际国内法学学术研究的前沿,围绕培养厚基础、高素质、强能力的法学人才的目标,努力编写出版反映当代先进水平,有利法学人才培养和提高了的系列统编法学教材。本系列统编教材力求体现如下三个基本特点:

一、新。我们根据当代法学研究和教育理论实践的发展,对教材的内容和体系作了重大调整和改革。从内容上,我们在考虑法学学科自身的特点外,还注重了新的法律、法规和法学研究的最新成果的运用。及时将法学理论与实践的最新成果纳入到教材中来;从体系安排上,我们充分考虑了大学生学习法学知识的新规律,反映了21世纪围绕全面提高学生素质的教学改革的最新成果,做到结构新颖、不落俗套。可以说,有的教材还有原国家教委面向21世纪教学改革的最新成果。

二、全。表现在两个方面:就系列教材而言,涵盖了法学专业教学的主干课程;就各部教材内容而言,在突出其课程重点内容的同时,对该门课程都作了全面系统的阐述。

三、准。系列教材力求完整、准确地阐明各门课程的基本概

念、基本原理、基本方法和基础知识,努力把握 21 世纪法学教学实践的规律,做到理论性、科学性、实践性,教学针对性、理论探索性的统一。

本系列教材由漆多俊教授、吴家清教授担任主审,两位教授对每门教材都进行了全面的审定,花费了大量心血。在此,忱表示诚挚的感谢!本系列教材的编辑出版承蒙吉林人民出版社的大力支持,参考和借鉴了国内外一些专家、学者的研究成果,在此一并致谢!

尽管编著者做了很大努力,但不完善之处在所难免,祈望读者批评指正。

编者

2000 年 8 月于武汉珞珈山

国际商法目录

第一章 国际商法概论	1
第一节 国际商法的概念和调整对象	1
第二节 国际商法的形成与发展	6
第三节 国际商法的渊源	10
第四节 国际商法与相邻学科的关系	18
第五节 学习国际商法的意义和方法	20
本章小结	22
复习思考题	23
第二章 国际商事组织法	25
第一节 个人企业	25
第二节 合 伙	26
第三节 公 司	35
第四节 跨国公司	56
本章小结	60
复习思考题	61
第三章 《国际商事合同通则》	63
第一节 《通则》的适用范围和基本原则	65
第二节 合同的订立	69
第三节 合同的效力	76
第四节 合同的解释	80
第五节 合同的内容	84

第六节 合同的履行	89
第七节 不履行与救济方法	101
本章小结	121
复习思考题	121
第四章 国际货物买卖法	123
第一节 国际货物买卖法概述	123
第二节 国际货物买卖合同的成立	127
第三节 买卖双方当事人的义务	132
第四节 违约的补救办法	138
第五节 货物所有权与风险的转移	143
第六节 电子单证的法律问题	151
第七节 产品责任	161
本章小结	168
复习思考题	169
第五章 国际货物运输与保险	171
第一节 国际货物运输	171
第二节 国际货物运输保险	203
本章小结	213
复习思考题	214
第六章 国际贸易支付	215
第一节 国际贸易的支付工具	215
第二节 支付方式	226
本章小结	247
复习思考题	247

第七章 国际技术转让和国际服务贸易法	249
第一节 国际技术转让	249
第二节 国际服务贸易法	262
本章小结	272
复习思考题	274
第八章 国际投资法	275
第一节 国际投资法的概念	275
第二节 国际投资法中的基本法律问题	287
第三节 资本输入外国投资法	304
第四节 国际投资与资本输出国法制	323
第五节 国际投资与国际法制	328
本章小结	337
复习思考题	338
第九章 国际商事代理法律制度	341
第一节 国际商事代理法概述	341
第二节 代理关系的产生与终止	347
第三节 代理法律关系	351
第四节 无权代理和表见代理	355
第五节 我国的外贸代理制	357
本章小结	368
复习思考题	370
第十章 国际商事交易管制法	371
第一节 关税制度和非关税措施	371
第二节 反倾销法	379

第三节 反补贴法	397
第四节 关于限制性商业做法的法律	403
本章小结	409
复习思考题	410
第十一章 世界贸易组织	413
第一节 关税与贸易总协定概述	414
第二节 世界贸易组织的基本法律制度	417
第三节 世界贸易组织的基本原则	425
第四节 世界贸易组织多边贸易协定的主要内容	429
第五节 中国与世界贸易组织	433
本章小结	439
复习思考题	440
第十二章 国际民事诉讼与国际商事仲裁	441
第一节 国际民事诉讼	441
第二节 国际商事仲裁	458
本章小结	473
复习思考题	473
主要参考书目	475
后 记	476

第一章 国际商法概论

学习目的与要求

掌握国际商法的概念、调整对象和法律渊源，以及国际商法与相邻各学科，如与国际经济法、国际贸易法、国际私法之间的关系，了解国际商法形成与发展的历史，把握对国际商法这一概念界定越来越宽泛的变化趋势，懂得学习国际商法的重要意义和学习方法。

第一节 国际商法的概念和调整对象

一、国际商法的概念与调整对象

国际商法 (International Business Law or International Commercial Law)，是指调整国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事法律关系的国际法律规范与国内法律规范的总称。

国际商法调整的对象是国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事法律关系。要正确理解什么是国际商事法律关系，应注意对以下几个概念的认识和理解：

(一) 何谓“国际”

从词源来看，“国际 (International)”一词是指“国家与国

家之间”，但随着国际政治经济的不断变化，“国际”一词的含义已被极大地丰富，而演变成一个非常广泛的概念。在一个商事法律关系中，只要构成这一法律关系的主体、内容、客体三要素中，有一个要素具有涉外因素，就构成了“国际”。罗马国际统一私法协会在1994年出版的《国际商事合同通则》中就持这种观点。该通则的官方解释指出，只是设想对“国际”这一概念给予尽可能广义的解释，以便最终排除根本不含国际因素的情形，如所有相关的因素只与一个国家有关。

在实践中，判断是否含有国际因素的标准，常见的有：

1. 国籍标准，即商事法律关系中的主体具有不同国家的国籍，这是一种非常流行的标准，很多国家的法律都采用此一标准。

2. 营业地标准，即以商事法律关系中主体的营业地是否分处在两个不同的国家为标准，联合国《国际货物买卖合同公约》即采用此种标准。

3. 标的物标准，即以商事法律关系中的标的物是否位于国外，或者是否跨越国界流动为标准；标的物既包括有形的货物，也包括如知识产权在内的无形财产。

4. 以引起商事法律关系产生、变更或消灭的法律事实是否发生在国外为标准。

（二）何谓“商事”

什么是“商事”，也即什么是“商”或曰“商行为”，从目前已有的国际性文件来看，还没有任何一个权威性文件对其作明确的界定，但从有关法律文件的规定来看，趋向于对“商事”一词作宽泛的解释。1889年在蒙得维的亚签署的《关于国际商法的公约》，只涉及船舶租赁、碰撞、海损及人身保险和汇票等具体问题，而将对商行为的界定完全交由行为地国家的法律决定。该公约第1条规定：“法律行为应视为民事行为还是商事行为，应

按行为地国家法律决定。”1985年6月联合国大会通过的《国际商事仲裁示范法》在其注释中指出，对“商事”一词应作广义解释，使其包括不论是契约性或非契约性的一切商事性质的关系所引起的种种事情。《国际商事合同通则》也只对“商事”作了一抽象的解释。在其官方解释中指出，对“商事”这一概念的界定，并非照搬某些法律体系中对“民事”和“商事”的传统界定，只是假定对“商事”这一概念应在尽可能宽泛的意义上来理解。根据《国际商事合同通则》的这一解释，我们不难得出，其所谓“商事”，是指除消费者为个人消费需要所实施的行为外，其他以营利为目的而实施的行为，均为商行为。《国际商事仲裁示范法》与《国际商事合同通则》所作的解释可谓有异曲同工之妙。

（三）何谓“商人”

商人，是实施商行为的当事人，是国际商事法律关系中的最重要的主体。“商人”这一概念实际上有双重含义。从经济学角度看，商人是指从事商事活动的自然人；而从法学角度看，商人是指从事商事活动的人，它既包括自然人，也包括法人，还包括不具备法人资格的其他实体，如合伙。一般而言，这些人需要依法注册，获取执照，以取得从事商事活动的资格。值得注意的是，“商人”是从事商行为的人，是商的主体，并不等同于商事法律关系的主体。商人是商事法律关系中最重要主体，但不是唯一的主体。商事法律关系的主体除了商人之外，还包括国家、政府及相应的管理机构，这些机构负责实施有关法律，以对商人、商行为进行必要的监督、管制。

（四）“商事关系”与“商事法律关系”

“商事关系”与“商事法律关系”是两个相互联系又有区别的概念。商事关系是当商人在从事商事交易时，在当事人之间形成的一种物质利益关系；而商事法律关系则是商法主体在商事交

易过程中或对商事交易进行管制时形成的社会关系。商事关系只是在商人之间形成的一种关系，而商事法律关系除了商人之间在商事交易中形成的关系外，还包括国家作为管制商事交易的主体，与被管制者，即商人之间形成的关系。从性质上看，商事关系中当事人的法律地位是平等的，而在商事法律关系中，部分主体，即商人与国家之间的法律地位是不平等的，国家是管理者，商人是被管理者。而且一国管制商事交易的法律一般都属强行法，商人不得逃避国家的管制。

二、国际商法的特征

国际商法作为一个独立的法律部门，与其他部门法，如国际经济法、国际贸易法等相比，具有自身的特点。

1. 从法律渊源看，国际商法既包括国际法，又包括国内法。在民商法分立的国家，如法国、德国、日本等，都分别颁布了商法典，以调整国内的商行为。但由于国际立法的特殊性，作为一个部门法，国际商法没有如国内商法那样，有一部成文的商法典，而是由单个的法律文件组成的综合体。而组成这一综合体的法律文件，既有国际法，如1980年的联合国《国际货物买卖合同公约》、1985年的《多边投资担保机构公约》；也有国内法，这主要是一国的涉外法部分，如我国的合同法、外商投资企业法、外贸法等。

在组成国际商法的这两部分中，国内法占有重要地位。就目前的状况而言，国际商法中的许多方面是由国内法调整的。如关于商事主体，现在还没有国际法调整，因此，哪些人可以从事国际商事行为，其权利能力、行为能力如何，都是由一国的国内法予以规范的。再如对国际商事行为的管制，也几乎完全由国内法进行规范。

2. 从法律的属性看，国际商法既包括公法，又包括私法。

在大陆法系国家，理论上往往将法律分为公法与私法两大部分。前者调整非平等主体之间的社会关系即国家与私人之间的关系，以确认公权并使其服从于法律规制为根本任务；后者调整平等主体之间的社会关系即私人之间的关系，以确认私权并保证其得以实现。国际商法主要是规范商事主体及其行为，因而主要属于私法领域。

但是，商事主体依照意思自治、契约自由等原则实施商事行为时，由于不当动机，其行为往往损害正常的竞争秩序；况且，商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的，需要国家以社会的名义进行整体调节。因此，自 19 世纪末 20 世纪初起，政府开始采取积极干预的方式，对商事主体的商事行为进行规制，从而使国际商法中包含有越来越多的公法因素。而且由于联合国、世界贸易组织等国际机构制定的各项决议、公约，以及各国之间日益增多的多边、双边条约，对各国当事人交易的影响日益增加，因而在公法与私法之间的一些界线现在已经变得模糊了。

3. 组织法与行为法的结合。从总体上看，国际商法由实体法与程序法两大部分组成，其中，实体法由组织法与行为法两大部分组成。商事组织是商事交易的基础；而商事交易是商事组织设立的目的。因此，商事组织和商事交易两方面不可避免地成为国际商法规范的对象，使国际商法既有组织法的一面，又具有行为法的一面。前者如一国的公司法、外商投资企业法等，后者如合同法、反倾销法、反补贴法等，都是规范商事主体行为的标准。组织法与行为法的结合，是国际商法的又一特点。

当然，组织法与行为法是具有不同性质的法律规范。一般而言，组织法主要实行严格主义，其规定原则上属于强行法规范。如一国公司法关于股份有限公司、有限责任公司设立条件、程序的规范，任何人不得予以变更。而行为法则主要实行自由主义，

其规定大多属于任意性规范。如交易的对象、交易的形式、交易的时间、交易的价格等，一般都由当事人自由决定。但这种区别并不是绝对的，在现代立法中，组织法中有任意性规范，行为法中也强制性规范。

第二节 国际商法的形成与发展

一、国际商法演化的阶段

国际商法是国际贸易逐步发展和扩大的产物，到目前为止，其产生与发展主要经历了三个阶段。

（一）萌芽与形成阶段

在中世纪，随着不同地区商人之间商事交往的发展，逐渐形成了一系列支配他们之间贸易关系的商业惯例和习惯性做法。建立国际商业方面有效的行为规则需要有法律手段，以保证在一个地区实施的行为能够得到另一地区的承认，在这种社会现实之下，国际商法应运而生。

在这一阶段，国际商法是以商人习惯法的形式出现的，即事实上支配那些往返于商业交易所在的各港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯法规则。这种商人习惯法最早于11世纪出现于意大利，因当时的地中海是世界各国贸易的中心。商人们有自己的解决争议的法院，这些法院的程序是非正规的，申诉可在无法院令状的情况下审理，诉讼程序可不定期，具有现代调解或仲裁的性质，运用在商事交往中形成的习惯规则来调整商事交易和解决商事争议。随着航海贸易的发展和世界贸易中心向大西洋沿岸的转移，商人习惯法逐步扩大到西班牙、法国、德国、

荷兰及英国。其内容包括商事合同、海上运输与保险、汇票等。

这一阶段的商人习惯法有着明显的特点：

1. 它具有国际性和统一性，普遍适用于各国从事商业交易的商人。

2. 它具有自治性和简易性，商人习惯法的运用和解释都不是由法院的专职法官来执掌，而是由商人自己组织的法院来完成，且诉讼程序简单。有人形象的比喻说，商人法院公平审理案件的速度，就像把商人脚上的灰尘去掉。

3. 强调契约自由、财产的自由转让和公平合理。

（二）发展阶段

随着欧洲国家中央集权的形成与加强，自17世纪后，商人习惯法被纳入各国的国内法律制度，逐步成为国内法的一部分，而使国际商法失去了原有的国际性和统一性。

商人习惯法的国内化首先发生在法国。1673年、1681年法国先后颁布了《商事条例》、《海商条例》，并于1807年颁布了《商法典》；1897年德国通过了《商法典》；从19世纪起，英国先后制定了一些有关商事活动的单行法规，如1882年的《票据法》、1890年的《合伙法》、1893年的《货物买卖法》等。从此以后，商事行为主要受国内法的调整。

在这一阶段，由于中世纪的商人习惯法被西方各国国内的商法所吸收，调整国际商事关系和处理国际商事纠纷主要依赖于各国的国内法。但因各国的国内商法主要是根据本国经济发展的要求而不是从国际商事活动的需要出发制定的，因此它们不但很难充分涉及国际商事方面的问题，而且其中某些法律规定甚至与国际商事惯例相违背；再加上各国政治、经济、文化乃至历史发展的特点互有差异，因而在许多法律制度和规定上存在重大分歧，从而不可避免地引起复杂的法律冲突，有碍于国际商事活动的顺利进行和发展。

（三）国际化、统一化阶段

进入 20 世纪，特别是在第二次世界大战结束后，世界经济得到了充分的发展，各国相互间的经济联系日益密切，互相依赖的程度越来越高，经济生活的国际化、一体化程度也越来越高；另一方面，各国在长期的经济贸易交往中，也逐步形成了一些普遍接受、遵守的贸易惯例和习惯做法，而且许多国家都认为，为了促进国际商事交易的发展，就必须克服由于各国国内商法的分歧所造成的法律障碍，主张制定一套统一的、普遍适用的国际商事法律规范和统一编纂有关国际商事惯例。在此条件下，国际商法进入了国际化、统一化的崭新阶段。

国际商法的国际化、统一化是从两个方面实现的。一方面，在联合国和有关国际组织的努力下，制定全球适用的公约条约，如 1947 年的《关税与贸易总协定》，1964 年的《国际货物买卖统一法公约》、《国际货物买卖合同成立统一法公约》，1980 年的联合国《国际货物买卖合同公约》等；另一方面，是对国际商事交易中现有的商事交易惯例进行整理、编纂，以便统一适用，这方面最成功的例子是国际商会在 1935 年编纂的《国际贸易术语解释通则》，其它还有 1930 年国际商会制定的《商业跟单信用证统一惯例》，1932 年由国际法协会制定的《华沙—牛津规则》，等等。

二、国际商法的发展趋势

从上述国际商法的演化历史，我们可以清楚地看到其已有的变化发展过程；但毫无疑问，这一过程不会是其发展的终点，它现在已表现出一些新的发展趋势。

1. 大陆法系和普通法系的相互渗透。进入 20 世纪后，随着各国社会、经济、文化交流的日益加强，特别是随着世界经济一体化趋势的加强，原本界限分明的世界两大法系，在涉及调整经