

国际商法

陶凯元 主编

暨南大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/陶凯元主编. —广州: 暨南大学出版社,
2002.8

ISBN 7-81029-843-7

I. 国… II. 陶… III. 国际商法 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 27956 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学
电 话: 编辑部 (8620) 85226521 85228986 85225277
营销部 (8620) 85226712 85228291 85220602 (邮购)
传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)
邮 编: 510630
网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 暨南大学出版社照排中心
印 刷: 湛江日报社印刷厂

开 本: 850×1168 1/32
印 张: 13.625
字 数: 342 千
印 次: 2002 年 8 月第 4 次
印 数: 12001—17000 册

定 价: 19.80 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社营销部联系调换)

前 言

国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总和。随着我国对外开放的进一步扩大和对国际经贸事务的广泛参与,越来越要求人们对国际商事法律有一定的认识与了解。本书正是为适应这一需要而编写的。

本书具有以下几方面的特点:

1. 在结构的设置和内容的编排上,由于国际商法是一个调整范围十分广泛的法律部门,故本书只重点介绍其中一些基本的、主要的部分。在内容的选择上,尽可能注意学科的科学性与合理性。

2. 在材料的取舍上,为使本书更具说服力和权威性,本书吸收和采用了最新的国际国内立法与法律文献,其中主要有:1983年的《国际货物销售代理公约》,1994年4月签署的《与贸易有关的知识产权协议》,1994年罗马统一私法协会制订的《国际商事合同通则》,1993年的《中华人民共和国公司法》,1998年5月最新修订的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》,1999年3月通过的《中华人民共和国合同法》等。

3. 在写作方式上,本书主要采用比较的方法,介绍和分析了英美法系、大陆法系、全球性法律文件以及中国有关国际商事法律的基本原则、规则和制度。

本书共分为11章。由陶凯元任主编,各部分的作者分别是:第1章、第2章:陶凯元;第3章、第10章、第11章:戴霞;

第4章、第5章：胡鹏翔；第6章：李韶峰；第7章：龙新华；
第8章：陈一勤；第9章：张增强。

在本书的写作过程中，承蒙中山大学法政学院教授谢石松博士和暨南大学法学系副教授朱义坤博士分别对票据法、海上货物运输法和海上保险法部分的初稿予以审阅，并提出许多宝贵的修改意见，在此谨致以真挚的谢意。

暨南大学教务处对本书的编写也给予了大力支持，特将此书列入暨南大学“九五”规划教材，在此一并致谢。

编者

1999年8月于暨南园

目 录

第一章 国际商法概述	1
第一节 国际商法的调整对象、范围与渊源	1
第二节 国际商法与相邻相近学科的关系	7
第三节 国际商法的产生与发展	9
第四节 两大法系与国际商法	13
第二章 合同法	28
第一节 合同法概述	28
第二节 合同的成立	38
第三节 合同的履行与不履行	59
第四节 合同的变更与转让	79
第五节 合同的消灭	84
第六节 中国合同法律制度	86
第三章 代理法	98
第一节 代理法概述	98
第二节 代理权的产生与代理关系的终止	106
第三节 无权代理	111
第四节 代理法律关系	116
第五节 几种特殊的代理	121

第六节 中国代理法律制度	126
第四章 买卖法	136
第一节 买卖法概述	136
第二节 国际货物买卖合同的成立	141
第三节 卖方和买方的义务	147
第四节 货物所有权与风险的转移	153
第五节 违约的救济方法	160
第六节 中国买卖法律制度	167
第五章 产品责任法	177
第一节 产品责任法概述	177
第二节 美国产品责任法	180
第三节 欧洲各主要国家的产品责任立法	187
第四节 有关产品责任的国际立法	191
第五节 中国产品责任法	195
第六章 海上货物运输法	203
第一节 海上货物运输法概述	203
第二节 提单	210
第三节 租船合同	224
第四节 中国国际海上货物运输法律制度	230
第七章 海上保险法	234
第一节 海上保险与海上保险法	234
第二节 承保与不承保之风险	238
第三节 全损与局部损失	242
第四节 代位权与委付	245

第五节 中国海上保险法律制度	250
第八章 票据法	255
第一节 票据与票据法概述	255
第二节 票据法律关系与票据行为	261
第三节 票据权利	267
第四节 汇票	271
第五节 本票	286
第六节 支票	289
第七节 中国票据法律制度	292
第九章 商事组织法	297
第一节 商事组织的基本形式	297
第二节 合伙企业	302
第三节 有限责任公司	306
第四节 股份有限公司	312
第五节 中国商事组织法律制度	322
第十章 工业产权法	340
第一节 工业产权法概述	340
第二节 专利法	343
第三节 商标法	353
第四节 工业产权的国际法保护	358
第五节 中国工业产权法律制度	368
第十一章 国际商事仲裁与国际商事诉讼	385
第一节 国际商事争议及其解决	385
第二节 国际商事仲裁	389

第三节	国际商事诉讼	401
第四节	中国国际商事仲裁与国际商事诉讼法律制度	407

第一章 国际商法概述

本章要求：

- 把握国际商法的调整对象、范围和法律渊源。
- 了解国际商法产生与发展的历史。
- 比较两大法系的结构、渊源和特点。
- 掌握两大法系的演变、发展趋势及其对国际商法的影响。

第一节 国际商法的调整对象、范围与渊源

一、国际商法的调整对象与范围

国际商法（International Commercial Law）是调整国际商事关系的法律规范的总和。由此概念出发，可以看出，国际商法的调整对象就是国际商事关系。

所谓“国际商事关系”是指含有涉外或国际因素的商事关系。但是，对于国际商事关系的内涵和外延，无论是在理论上还是在实践中均存在各种不同的看法，且迄今尚无定论。导致这一现象的根本原因，是人们对国际商事关系中的“国际”和“商事关系”有不同的理解。

对“国际”一词的确定标准，在各国国内立法和有关国际立法中，有的以当事人的营业地或惯常住所地在不同的国家为标准，有的则以有关合同“与一个以上的国家有重要联系”、“涉及到不同国家之间的法律选择”，或者是“影响国际贸易的利益”为标准。国际统一私法协会于1994年完成制定的《国际商事合同通则》（Principles of International Commercial Contracts）则并未明确规定这些标准，只是设想要对“国际”合同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”。由此可见，“国际”一词是一个非常广泛的概念，只要在有关商事关系的主体、客体或内容中涉及到不同的国家，即可能被认为具有国际性。因此，在这里，“国际”一词已不再只是一个“国家与国家之间”（international）的概念，而更是一个“涉外”或“跨国”（transnational）的概念。

如果说对国际商事关系中的“国际”一词的歧义主要是基于对“国际”一词的不同定性所致，那么对于“商事关系”一词的歧义则主要是对商事关系范围的不同认识的结果。商事关系是纷繁复杂的，但归纳起来主要具有以下两方面的特性。

（1）商事关系是平等的商事主体之间的社会经济关系。在现代生活中，社会经济关系包括公法上的经济关系和私法上的经济关系。公法上的经济关系存在于非平等的主体之间（如国家与其所管辖的经济组织之间），私法上的经济关系存在于平等的主体之间（如经济组织与经济组织之间）。商事关系即属于其中的私法上的社会经济关系，其主体自然也就是私法上的主体，即相互平等的商事主体。

（2）商事关系通常是商事主体基于营利动机而建立的。商事关系的营利性事实上也就是商事关系的商业性。需要说明的是，商事关系的营利性只是从其主体的动机加以考察的，至于商事关系是否能最后产生营利的结果并不影响商事关系的商业性。

由于对国际商事关系的上述两个特性及其他方面的认识及认识程度的不同,因此就产生了人们对商事关系范围的不同看法。其中,忽略了国际商事关系主体的平等性的人,就倾向于将国际商事关系扩大到各种法律主体之间的各种商事关系,其商事关系的主体不仅包括商事组织、自然人,甚至还包括国家、国际组织等,其商事关系的种类不仅包括平等主体之间(例如商事组织之间、商事组织与个人之间)的横向商事关系,而且还包括非平等主体之间(例如国家与专门的商事组织、个人之间)的纵向商事关系;而忽视了国际商事关系商业性的人,则倾向于将一切商事主体之间的一切关系都视为国际商法调整的商事关系,这些关系包括各种商事主体之间平等存在的商业交往关系,也包括国家或国际组织对这些商业交往主体及这些主体之间的关系的管理关系。此外,一部分特别强调国际商事关系商业性的人,则倾向于将国际商事活动中涉及到的一切纵向关系都绝对地排除在国际商法调整的范围之外。

人们对国际商法调整对象与范围的认识不仅受到其对国际商事关系特性认识的影响,而且在很大程度上还受到国际和国内经济发展状况的影响。例如,当国际上尚不存在国际航空运输的时候,人们自然不会将航空运输关系纳入到国际商法调整的范围。当国际上或其他国家的电子通讯服务已很普遍或发达,而某国却根本不存在电子通讯或完全缺乏对电子通讯的认识时,也很难让该国接受将国际电子通讯交易视为国际商法调整的对象。

因此,从发展的角度来看,我们不可能在现阶段就将国际商法的调整对象与范围作一个封闭式的定论。这一点已为国际商法的形成和发展史所证明。从现实的角度来看,为对国际商法有一个系统的研究和认识,又有必要对其调整的国际商事关系的范围有一个阶段性的界定。这种界定的依据或标准除包括前述的国际商事关系的两个特性外,还包括现有经济发展的可行性,即某种

商事关系所针对的产品、服务或行为是否已在国际商事活动中普遍存在并为人们所认识。

从目前存在的国际性文件来看,尚未有任何一个权威性文件对国际商法所调整的商事关系作一明确界定。1889年在蒙得维的亚签署的《关于国际商法的公约》只是涉及船舶租赁、碰撞、海损及人身保险和汇票等问题,而且完全将对商事行为的界定留给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。”其第2条进一步规定:“商人的性质由其业务活动所在地国家法律决定。”而1961年的《关于国际商事仲裁的欧洲公约》第1条仅规定:“本公约应适用于旨在解决自然人或法人之间国际贸易争议的仲裁协议。”换言之,该公约将其所述的“国际商事”仅限于“自然人或法人之间的国际贸易”。国际私法统一协会1994年制订的《国际商事合同通则》也只是对“商事”的确定规定了抽象的标准。该《通则》前言的注释中称:“《通则》的适用仅依赖于当事人是否具有正式的商人身份和/或交易是否具有商业性质。”至于何为“商人”、何为“商业性质”,该《通则》并未加以说明。《美国统一商法典》本身也未对其所调整的商事关系作出界定,只是对商事关系所涉及的买卖、商业票据、银行存款和收款、信用证、大宗转让、仓单、提单和其他所有权凭证、投资证券、担保交易及账债和动产契据的买卖等八种商事活动进行了规定,其重点是放在买卖交易上。对于它没有涉及到的大量问题,仍需要依靠美国的普通法加以规定。

从国际商事关系是平等的商事主体之间所进行的旨在营利的社会经济关系出发,结合国际商事关系发展的现状,我们可以将调整国际商事关系的法律作如下分类:

(1) 调整平等商事主体之间商事交易的法律,主要包括国际货物买卖法、合同法、运输法、保险法、代理法等。所有这类法

律关系的共同特点是，其所涉及的主体之间的关系是平等的，这些主体既可以是商事组织，又可以是以商事主体身份出现的个人；其所涉及的商事行为或活动既可以是持续的，也可以是偶发的。

(2) 对商事主体及商事行为或活动进行管理的法律，包括商事组织法、产品责任法以及确定或确认商事主体某项权能的法律（例如工业产权法）等。

(3) 解决商事争议的法律制度，主要是国际商事仲裁、国际商事诉讼法等。

二、国际商法的渊源

国际商法的渊源，是指国际商法创立的方式及表现形式。国际商法的渊源主要有两方面：

1. 国际法渊源

国际商法的国际法渊源，主要包括两个或两个以上的国家间共同制定的国际商事条约或公约与普遍承认的国际商事惯例。

(1) 国际商事条约或公约。国际商事条约或公约已发展成为国际商法最重要的渊源，包括多边商事公约、双边商事条约和某些区域性的商事条约。其中，多边商事公约对国际商法的统一起着尤为重要的作用。按其性质，又可分为两类：一类是属于统一实体法规则的国际公约，如 1924 年的《统一提单的若干法律规则的国际公约》、1930 年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》、1967 年修订的《保护工业产权巴黎公约》、1980 年的《联合国国际货物买卖合同公约》等。当这类公约被各国批准或接受时，就可以消除各缔约国之间在这些领域内的法律冲突。另一类是属于冲突法规则的国际公约，如 1985 年的《国际货物买卖合同法律适用公约》，1973 年的《产品责任法律适用公约》等。当这类公约被各国批准或接受时，各缔约国在这些领域内的冲突规

则就将得到统一。

(2) 国际商事惯例。国际商事惯例是在国际商事交往中,由于长期的反复的国际实践而逐渐形成并受到各国普遍承认和遵守的商事原则和规则。构成对国际商事活动有约束力的惯例必须同时具备三个条件:第一,该规则具有确定的内容,即具体包含了确定参加国际商事活动的当事人权利和义务规则;第二,它已成为各国长期商事活动中反复使用的习惯;第三,它是各国普遍承认具有拘束力的通例。

从性质上来说,国际商事惯例不是法律,不具有法律的普遍拘束力。但当一项国际商事惯例被一个国际公约、国际条约或一国内立法、法院判例等所接受时,它就转化为法律,从而对有关国家产生拘束力。当当事人在合同中采用了某项商事惯例,它也就对合同双方当事人具有了拘束力。

目前,许多重要的国际商事惯例已由一些国际组织编纂成文,在国际贸易和商事交易中发挥着十分重要的作用。其中,最有代表性的有:国际法协会制订的《1932年华沙—牛津规则》;国际商会制订的《1978年托收统一规则》,1990年《国际贸易术语解释通则》,1993年《跟单信用证统一惯例》;国际海事协会制订的《1974年约克·安特卫普规则》;国际统一私法协会1994年制订的《国际商事合同通则》等。这些商事惯例已获得世界上绝大多数国家和地区的承认、采用或尊重。

2. 国内法渊源

国际商法的国内法渊源,主要是指各国调整涉外商事法律关系的制定法和判例。

尽管各国已参加或承认了大量的国际商事公约或惯例,但由于传统习惯和自身利益所在,同时也由于现有的国际商事条约和惯例还远远不能包括国际商事各个领域中的一切问题,各国仍在很多的商事领域中保留了立法权。同时,在无国际法渊源可依的

情况下和对于未承认或采用国际商事条约和惯例的国家而言，也需要凭借法律冲突规范的指引，适用某一国的国内民商法或判例来处理有关商事争议。因此，各国国内商事法及有关判例也是国际商法的补充和渊源之一。其中，西方两大法系，即英美法系和大陆法系国家的法律对国际商法的影响最大。

第二节 国际商法与相邻相近学科的关系

国际商法属于国际法的范畴，它与相邻相近学科的关系，主要是指它与国际经济法、国际私法和国际贸易法的关系。

一、国际商法与国际经济法的关系

国际经济法是调整国际经济关系的法律规范的总和。其法律主体，包括所有参加国际经济关系的国家、单独关境领土、国际组织、法人和自然人；其调整范围，包括各种国际经济关系，如国际贸易、国际投资、国际金融、国际税收、国际经济组织等方面的关系；其法律渊源，则包括所有调整国际经济关系的国际性法律规范和国内法律规范。因此，国际商事关系与国际经济关系虽有交叉之处，但国际商法更强调对平等商事主体之间关系的调整，国际经济法则侧重于对纵向经济（包括商事）关系的调整，即国家或国际组织对国际经济活动的管理。

二、国际商法与国际私法的关系

关于国际私法的调整对象与范围，学术界有三种不同的主张：第一种主张认为国际私法主要是调整涉外民事法律关系的冲突规范的总和，该种观点广泛流行于欧美资本主义各国、日本及世界上其他地区；第二种主张认为国际私法不仅包括调整涉外民事法律关系的冲突规范，还包括国际统一实体规范，该派观点出

自前苏联和东欧国家的一些学者；第三种主张认为国际私法不仅包括冲突规范、统一实体规范，还包括国内法中专门调整涉外民事法律关系的实体规范，其观点主要出自前民主德国、捷克和保加利亚的某些学者。

据此，如果是采纳第一种主张，则国际商法和国际私法无论是在调整对象还是调整范围方面均不同，两者是两个完全不同的法律部门。但若是依据第二种和第三种主张，则国际商法就将在国际统一商事规范和国内法中调整涉外民商事法律关系的实体规范方面与国际私法有重合交叉之处。

三、国际商法与国际贸易法的关系

国际贸易法是调整跨越国界的贸易关系以及与贸易有关的各种关系的法律规范的总和。其法律主体，包括所有参加国际贸易关系的国家政府、国际组织、法人和自然人；其调整范围，以贸易关系为主，包括与贸易有关的各种横向或纵向关系，如国际货物买卖、国际货物运输与保险、国际结算与支付、国际技术贸易、各国关于贸易管制的法律法规、贸易争议解决等；其法律渊源也包括了调整贸易关系及与贸易有关的各种关系的国际法规范和国内法规范。

在国际商法与相邻相近学科的关系中，它与国际贸易法的关系是最为密切的。它们有相近的法律主体、调整对象和基本原则；但在历史渊源、调整范围等方面又有差异。具体来说：

1. 历史渊源不同

国际商法源于传统的商法，是在中世纪欧洲商业习惯法的基础上发展而成的；而国际贸易法则是 20 世纪 30 年代在商法基础上萌生，并在二战后得到发展的。

2. 调整范围不同

国际商法调整的范围较宽，它不仅限于贸易法的范围，而且

包括其他商业关系，如合同、代理、商事组织、票据等；而国际贸易法调整的范围较窄，仅限于调整贸易关系及与贸易有关的关系。

3. 法律范畴不同

国际商法主要属于私法的范畴；而国际贸易法则不仅受私法的调整，同时也要受公法的调整。例如，同在贸易法领域，国际商法主要强调贸易自由和契约自由，而国际贸易法则在此基础上附加了国家对贸易的干预和管制。当然，随着国际商法领域公法化趋势的加强，两者在这方面的区别将日益减弱。

也有学者认为，传统的国际贸易法基本上等同于国际货物买卖法。从这个意义上讲，国际贸易法是国际商法的一个重要组成部分。但随着第二次世界大战后国际贸易规模的扩大和形式的增加，特别是伴随着西方各国政府加强了对经济生活的干预，实行了各种管制贸易的政策和措施，使一系列有关管制商业和贸易的法律在传统的商法范围之外发展了起来。因此，国际贸易法便等于传统的商法加上国家干预经济活动的法律。在这个意义上，国际商法又成了国际贸易法的一个组成部分。

不论如何，国际贸易法是在国际商法的基础上产生与发展起来的，它们既有调整范围上的交叉之处，又有不同之处。

第三节 国际商法的产生与发展

商法是随着商品经济的产生和发展而产生和发展起来的，是适应国家间商事交往的需要应运而生的。

从历史上看，国际商法的产生和发展主要经历了三个阶段：

一、萌芽与形成阶段

早在古代罗马，就曾制定过调整涉外商事关系的法律规范。