

高等院校




系列教材

国际商法

张学森 主编


GUOJI
SHANGFA

 上海财经大学出版社

• 高等院校精品课系列教材 •

国际商法

张学森 主编

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/张学森主编. —上海:上海财经大学出版社,2007.9

(高等院校精品课系列教材)

ISBN 978-7-5642-0038-1/F·0038

I. 国… II. 张… III. 国际商法-高等学校-教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 129072 号

责任编辑 刘光本

封面设计 周卫民

GUOJI SHANGFA

国际商法

张学森 主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址:<http://www.sufep.com>

电子邮箱:webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海财经大学印刷厂印刷

上海叶大装订厂装订

2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

787mm×960mm 1/16 24.75 印张 470 千字

印数:0.001—4 000 定价:29.00 元

前 言

国际商法作为现代法律的一个分支,“是我们时代最重要的法律方面的发展之一”;^①国际商法作为一门正在兴起的法律学科,是国际法学的一个重要组成部分;国际商法作为高等院校的一门课程,是法学专业、国际经济与贸易专业、经济学管理类专业、国际商务专业、商务英语专业等竞相开设的课程。随着经济全球化的不断发展,作为调整国际商事关系的法律规范的总和,国际商法也在不断地丰富和发展之中。为满足我国高等院校相关专业国际商法课程教学以及对外经济与贸易专业实际工作的需要,特别是考虑到 WTO 法律规则对国际商务活动的重要影响,我们编写了这本《国际商法》教材。

本书在编写过程中力求理论与实践相结合、规则与案例相结合,通俗易懂,学以致用,以适应培养“应用型、复合型、创新型和国际化”高级专门人才的迫切需要。因此,本书在内容体系上形成了自己的特色:以国际货物买卖为主线,选取与其相关的商事活动环节和领域,渐次展开对国际商事法律制度的研究和叙述,形成了国际商法的一个法律规范体系,其内容主要包括商事组织法、国际商事代理法、国际商事合同法、国际货物买卖法、国际服务贸易法(以与国际货物买卖有关的法律制度为主)、国际票据法、国际产品责任法、国际技术贸易法、国际知识产权法、国际商事仲裁法等。

^① [英]施米托夫:《国际商法——新的商人习惯法》,载施米托夫著,赵秀文选译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 2 页。



这样的内容和体系的安排,将更好地适应国际商法课程教学与实务工作的需要。

本书体现了以下几个特点:

(1)反映学科发展的新成果。本书反映了编著者们多年从事国际商法教学研究的心得,在借鉴国内众多国际商法教材与论著的基础上,力求充分吸收国内外国际商法理论与实务发展的最新成果。

(2)满足实际工作的新要求。本书以国际货物买卖为核心,选取与其相关的主要环节和领域,渐次展开对国际商事法律制度的研究和叙述,增加了2007年UCP600、WTO、电子商务等内容,以满足国际商务实际工作的需要。

(3)适应人才培养的新特点。本书十分重视理论与实践相结合,充分体现了应用型人才培养对国际商法知识与技能的要求,既阐述了国际商法基本理论,又特别侧重实务知识与操作技能的训练,安排了案例分析、练习与思考。因此,本书既可以作为高等院校法学类、财经类专业的本科教材,以及MBA或EMBA教学用书、各类国际商务与法律培训的理想读物,也可以作为对外经济与贸易专业实务工作者的参考资料。

本书由张学森担任主编,负责总体策划、提出大纲、组织编写、统稿、定稿。具体分工如下:

张学森:第一章,第七章(合作完成);

董臻静:第二章;

赵峰:第三章;

王玥:第四章;

姜立文:第五章;

何爱华:第六章;

聂峰:第七章(合作完成);

孔晓波:第八章;

张旋:第九章;

沈洁:第十章。

在本书编写过程中,我们得到了复旦大学、上海交通大学、同济大学、华东政法大学、上海财经大学、上海外国语大学、上海金融学院、上海师范大学、上海立信会计学



院、上海杉达学院等高等院校、研究机构专家学者的大力支持,在此表示衷心感谢。同时,在本书编写过程中,我们参考了大量的论文、著作、教材等,鉴于本书的教材性质,引注或者挂一漏万,在此向广大专家学者表示衷心感谢。最后,要感谢上海财经大学出版社责任编辑刘光本博士所付出的辛勤劳动。

由于水平有限、时间仓促,不足甚至错讹之处在所难免,真诚欢迎批评指正。本书主编的电子邮箱是:cnzxs@xinhuanet.com 或 zhangxs@shfc.edu.cn。

张学森

2007年8月于上海

目 录

前言	(1)
第一章 国际商法概述	(1)
第一节 国际商法的概念	(2)
第二节 国际商法的渊源	(4)
第三节 中国民商法概述	(19)
本章小结	(25)
练习与思考	(26)
第二章 商事组织法	(27)
第一节 商事组织法概述	(27)
第二节 合伙法	(33)
第三节 公司法	(48)
本章小结	(65)
案例分析	(66)
练习与思考	(70)
第三章 国际商事代理法	(71)
第一节 代理法概述	(71)
第二节 代理法律关系	(82)



第三节	代理法律关系当事人的义务	(86)
第四节	承担特别责任的代理人	(97)
第五节	我国代理法与外贸代理制	(100)
本章小结	(103)
案例分析	(103)
练习与思考	(104)
第四章	国际商事合同法	(105)
第一节	合同法概述	(105)
第二节	合同的订立	(107)
第三节	合同的效力	(120)
第四节	合同的履行	(127)
第五节	合同的变更与转让	(129)
第六节	合同的消灭	(131)
第七节	违约责任与救济方法	(135)
本章小结	(150)
案例分析	(151)
练习与思考	(152)
第五章	国际货物买卖法	(153)
第一节	国际货物买卖法概述	(153)
第二节	国际货物买卖合同的成立	(164)
第三节	买卖双方当事人的义务	(172)
第四节	违约及其救济方法	(179)
第五节	货物所有权与风险的转移	(187)
本章小结	(196)
案例分析	(196)
练习与思考	(198)
第六章	国际服务贸易法	(199)
第一节	国际服务贸易法概述	(200)
第二节	国际货物运输法	(205)

第三节 国际货运保险法·····	(219)
第四节 国际贸易结算法·····	(227)
第五节 《服务贸易总协定》·····	(237)
本章小结·····	(245)
案例分析·····	(245)
练习与思考·····	(247)
第七章 国际票据法·····	(248)
第一节 票据法概述·····	(248)
第二节 汇票·····	(268)
第三节 本票·····	(284)
第四节 支票·····	(286)
本章小结·····	(289)
案例分析·····	(290)
练习与思考·····	(290)
第八章 国际产品责任法·····	(291)
第一节 产品责任法概述·····	(291)
第二节 美国产品责任法·····	(296)
第三节 欧盟产品责任法·····	(311)
第四节 产品责任的国际立法·····	(319)
本章小结·····	(322)
案例分析·····	(323)
练习与思考·····	(323)
第九章 国际知识产权法·····	(324)
第一节 知识产权法概述·····	(324)
第二节 国际技术转让·····	(333)
第三节 国际许可协议·····	(342)
第四节 知识产权的国际保护·····	(348)
本章小结·····	(356)
案例分析·····	(357)



练习与思考	(357)
第十章 国际商事仲裁法	(358)
第一节 国际商事仲裁概述	(358)
第二节 国际商事仲裁协议	(366)
第三节 国际商事仲裁程序	(372)
第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行	(377)
本章小结	(380)
练习与思考	(381)
参考文献	(382)

第一章 国际商法概述

[本章要点]

- 国际商法的概念
- 国际商法的渊源
- 两大法系及民商法的特点
- 中国民商法的主要特点

国际商法是国际商事法的简称,其英文是 International Business Law,或者是 International Commercial Law,两者没有实质区别,而以前者更为常用。而且,国际商法作为调整国际商事关系的法律,在西方国家也被称为 The Law of International Business Transactions。^①

^① Larry A. DiMatteo, The Law of International Business Transactions, West Studies in Business, a division of Thomson Learning, 2003.



第一节 国际商法的概念

一、国际商法的定义

国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称。由于国际商法调整的国际商事关系既包括国际商事交易关系,又包括国际商事组织关系,所以它通常又被认为是调整国际商事交易和国际商事组织的法律规范的总和。

国际商法作为一门法律学科,具有“法”的共性,它是一个以权利和义务为内容的行为规范体系;而国际商法的“国际性”,是指它所调整的对象是具有国际因素的商事关系,也就是说,在国际商事法律关系的主体、客体和内容三个要素中,至少有一个方面是跨越国界的。一般来说,当商事关系存在下列情形时,即被认为具有国际因素:

- (1) 当事人的营业地分别处于不同的国家;
- (2) 当事人具有不同国家的国籍;
- (3) 商事活动发生在当事人一方或几方所在国以外的国家或地区;
- (4) 商事关系的对象位于当事人一方或几方所在国以外的国家或地区。

关于国际商事法律中的“商事”一词,有关国际组织或国家大多采取广义的解释。例如,《联合国国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)对“商事”一词给出的注解是:“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。商事性质的关系包括但不限于下列交易:供应或交换货物或服务的任何贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;建造工厂;咨询;工程;许可证;投资;融资;银行;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;货物或旅客的航空、海上、铁路或公路运输。”^①

在我国,关于“商事”一词同样也作比较广义的解释。1958年在纽约通过的《承

^① The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial and business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.



认及执行外国仲裁裁决公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, the “New York” Convention)时所作的商事保留声明,所谓“商事”,包括:货物买卖,财产租赁,工程承包,加工承揽,技术转让,合资经营,合作经营,勘探开发自然资源,保险,信贷,劳务,代理,咨询服务,海上、民用航空、铁路、公路的客货运输,以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等。^①

二、国际商法的内容

根据国际贸易法专家施米托夫(Clive M. Schmitthoff)的观点,国际商法主要包括两个分支:一是国际贸易法,其中国际货物买卖是该法的主要内容,另外还包括国际结算、运输和保险中的法律问题;二是国际公司法,即根据一国法律设立但在其他国家具有商业利益的公司,这种商业利益表现在:在其他国家设立子公司,或在联合公司中占有股份,或参加联合管理,或采取其他的形式。^② 可以认为,传统国际商法调整的对象包括两个部分:一是国际商事交易关系,二是跨国公司行为关系。因此,我国法学界一般认为,国际商法是调整国际商事交易和国际商事组织的各种关系的法律规范的总和。

必须指出的是,随着经济全球化、国际化的不断发展,跨越国界的商事关系都在发生着深刻变化,推动了国际商法的不断发展。传统上的国际贸易一般仅指货物贸易,因此传统商法调整的主要是商事主体之间围绕货物买卖所发生的商事关系,如合同、运输、保险、票据、仲裁等。而在当今世界,国际贸易的含义已经发生了根本性的变化,世界贸易组织(WTO)的宗旨之一是“扩展商品与服务的生产和销售”,与1947年关税与贸易总协定(GATT1947)的“扩展商品生产与销售”相比,增加了服务贸易的内容。WTO《服务贸易总协定》(GATS)第1条规定,其所适用的“服务”包括任何部门的服务,只有为了实施政府职能所提供的服务除外。^③ 同时,GATS将服务分为12个部门:商业,通信,分销,教育,环境,金融,健康与社会服务,旅游及相关服务,娱

^① 中华人民共和国最高人民法院:《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第二条,1987年4月10日。

^② [英]施米托夫著,赵秀文选译,郭寿康校:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第3页。

^③ “Services” includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority.



乐、文化与体育服务,交通运输,以及其他服务。^①

国际商法必然要适应这种变化了的客观现实需要,将服务贸易等新的商事关系作为自己的调整对象,扩大自己的调整范围,丰富自己的学科体系,更好地适应国际商事活动的实际需要。与此密切相关的是,我国1994年《对外贸易法》在第2条规定:“本法所称对外贸易,是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。”

需要说明的是,为了更好地适应“国际商法”课程教学的实际需要,本书仍然以国际货物买卖为核心,选取与其相关的主要环节和领域,渐次展开对国际商事法律制度的研究和叙述,内容主要包括商事组织、国际商事代理、国际商事合同、国际货物买卖、国际服务贸易(以与国际货物买卖有关的法律制度为主)、国际票据、国际产品责任、国际技术贸易、国际知识产权、国际商事仲裁十个方面。

第二节 国际商法的渊源

法的渊源是指法律产生的依据及其表现形式。国际商法的渊源是指国际商法产生的依据及其表现形式,主要有三个方面:国际商事条约、国际商事惯例和各国商事立法。

一、国际商事条约

(一) 国际商事条约的概念

国际条约简称条约,是指两个或两个以上的国际法主体之间依照国际法缔结的据以确立其相互权利和义务的书面协议。广义的条约包括不论以何种名称出现的国际法主体间达成的国际协议。^②1969年《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)第2条第1款(甲)规定:“称‘条约’者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上之单独文书内,亦不

^① GATS根据服务提供的方式,将服务贸易界定为通过四种方式提供服务的活动,包括跨境交付(Cross Border Supply)、境外消费(Consumption Abroad)、商业存在(Commercial Presence)和自然人流动(Movement of Natural Persons)。同时,GATS将服务分为12个部门:(1)商业性服务(Business Services);(2)通信服务(Communication Services);(3)建筑和相关工程服务(Construction and Related Services);(4)分销服务(Distribution Services);(5)教育服务(Educational Services);(6)环境服务(Environmental Services);(7)金融服务(Financial Services);(8)健康与社会服务(Health Related and Social Services);(9)旅游及相关服务(Tourism and Travel Related Services);(10)娱乐、文化与体育服务(Recreational, Cultural and Sporting Services);(11)交通运输服务(Transport Services);(12)其他服务(Other Services Not Included Elsewhere)。

^② 周洪钧:《国际法》,中国政法大学出版社1999年版,第301页。

论其特定名称如何。”^①

国际商事条约是指作为国际商事主体的国家和国际组织缔结的有关国际商业和贸易的条约或公约,它是国际商法的主要渊源。条约对缔约方有约束力,根据“约定必须遵守”这一古老的国际法原则,国家必须遵守条约。而且,一般而言,条约只对缔约国有拘束力,而对非缔约国没有拘束力,这是因为条约只规定缔约国之间的权利义务关系。但是,由于许多商事方面的多边条约或者公约的规定往往反映了商品经济的一般规律,通常被认为属于商业活动应予遵守的规范,因而也会得到非缔约国的遵守。尤其是那些参加国家较多、时间比较长的公约,更是如此。

同时,由于国际商法具有私法性质,因而也明显体现了当事人“意思自治”原则。在某些情况下,有的国际条约只有在当事人之间的法律行为中予以采用时,才适用于当事人之间的法律关系。比如,1980年《联合国国际货物买卖合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG)第6条规定:“双方当事人可以不适用本公约,或在第12条的条件下,减损本公约的任何规定或改变其效力。”^②

(二) 国际商事条约的分类

对于国际条约,可以进行若干分类。

1. 按照缔约方的数目,条约可分为双边条约和多边条约。双边条约是指两个缔约方之间缔结的条约,这类条约的数量最大、最为常见。商事性的双边条约主要有:通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税的协定等。

多边条约是指三个以上缔约方缔结的条约,通常在国际会议上制定通过,往往被称为国际公约,其内容涉及国际社会的共同利益,故一般允许未参加会议的国家加入。商事性的多边条约主要有:《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国海上运输公约》、《保护工业产权的巴黎公约》等。

2. 按照其规定的内容,条约可以分为两种:一种是属于实体法内容的条约,也就是对交易双方权利义务做出具体规定的条约,如《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国海上运输公约》、《国际汇票和本票公约》等,如果这些条约被各国批准和接

^① Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 2: “Treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.

^② United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 6: “The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.”



受,则各国之间在这些领域内的法律冲突将不复存在;另一种是属于程序法内容的条约,也称为关于冲突法规则的国际条约,是指规定如何解决法律冲突的规范,如《国际货物买卖合同适用法律公约》等,如果这些条约被各国批准或接受,各国将得以统一这些领域内的冲突规则。

(三) 国际商法上的主要国际条约(公约)

1. 调整代理的国际公约

1983年《国际货物销售代理公约》(Convention on Agency in the International Sale of Goods),简称《代理公约》,由国际统一私法协会于1981年起草,1983年2月17日在日内瓦外交会议上正式通过。《代理公约》是在大陆法和普通法兼容并蓄的基础上进行的整合,系统而详尽地概括了各种代理模式,逾越了代理法在两大法系的鸿沟,达成了代理法律关系有限度的统一,它是迄今为止在统一代理法方面最成功、最完备的国际公约。

2. 调整国际货物买卖关系的条约

(1)1964年《国际货物买卖统一法公约》(Convention on Uniform Law for the International Sale of Goods)

该公约简称《海牙第一公约》,由国际统一私法协会于1930年组织的“国际货物买卖统一法公约起草委员会”着手草拟。经过30多年的努力,1964年4月25日在海牙召开的有28个国家参加的外交会议上通过了《国际货物买卖统一法公约》及其附件《国际货物买卖统一法》,同年7月1日开始签字,1972年8月18日起生效。

(2)1964年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》(Convention on Uniform Law for the Formation of Contracts for the International Sale of Goods)

该公约简称《海牙第二公约》,由国际统一私法协会于1930年组织草拟工作,在1964年海牙会议上通过,1972年8月23日起生效。该公约是统一解决国际货物买卖合同成立的若干法律问题的国际公约,旨在解决英美普通法系国家和欧洲大陆法系国家在合同成立问题特别是在要约与承诺问题上存在的分歧。该公约主要反映了以欧洲为主的立法和习惯,在地区与内容上有很大的局限性,基本上属于区域性的多边条约,因此需要有一个国际普遍适用的新的公约来代替。1968年联合国国际贸易法委员会开始将《海牙第一公约》和《海牙第二公约》的内容予以合并,并进行修改补充,目的是使更多的国家接受,经过努力终于诞生了1980年的《联合国国际货物销售合同公约》。

(3)1974年《联合国国际货物买卖时效期限公约》(United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)

该公约简称《时效公约》，是规定与国际货物买卖合同有关的权利消灭期限的实体法公约，1974年6月14日在纽约联合国总部召开的外交会议上通过，确立了关于国际销售合同所引起法律诉讼必须开始的时限的统一规则。为使1974年《时效公约》与1980年《联合国国际货物销售合同公约》相配套，在1980年4月的联合国维也纳外交会议上缔结《联合国国际货物销售合同公约》的同时，还通过了《关于修正〈联合国国际货物买卖时效期限公约〉的议定书》。《时效公约》与1980年《修正〈时效公约〉议定书》于1988年8月1日生效。

(4)1980年《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts of International Sales of Goods, CISG)

CISG是由联合国国际贸易法委员会主持制定的，1980年在维也纳举行的外交会议上获得通过，于1988年1月1日正式生效。1986年12月11日我国交存核准书，在提交核准书时，提出了两项保留意见：其一，不同意扩大《公约》的适用范围，只同意《公约》适用于缔约国的当事人之间签订的合同。其二，不同意用书面以外的其他形式订立、修改和终止合同。截至目前，核准和参加该公约的共有60多个国家。CISG共分为四个部分：适用范围，合同的成立，货物买卖，最后条款。全文共101条。

3. 调整国际货物运输的国际条约

(1)《海牙规则》(Hague Rules)

《海牙规则》是《统一提单的若干法律规定的国际公约》(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading)的简称，它是1924年8月25日在比利时布鲁塞尔由26个国家代表出席的外交会议签署的，于1931年6月2日起生效。截至目前，加入该规则国家和地区共有88个。《海牙规则》生效后，得到了国际航运界普遍接受，它的历史作用在于使国际海上货物运输有法可依，统一了海上货物运输中的提单条款，对提单的规范化起到了积极作用，基本上缓和了当时承运方和托运方之间的矛盾，促进了国际贸易和海上运输事业的发展。

欧美许多国家都加入了《海牙规则》，有的国家仿效英国的做法，通过国内立法使之国内法化；有的国家根据这一公约的基本精神，另行制定相应的国内法；有的国家虽然没有加入这一公约，但它们的一些船公司的提单条款也采用了这一公约的精神。所以，这一公约是海上货物运输中有关提单的最重要的和目前仍普遍被采用的国际公约。我国虽然没有加入该公约，但却把它作为制定我国《海商法》的重要参考依据；我国不少船公司的提单条款也采纳了这一公约的精神。所以，《海牙规则》堪称现今海上货物运输方面最重要的国际公约。

(2)《维斯比规则》(Visby Rules)