

高职高专经管系列教程

张成武 张宏伟 曹旭平 主 编
纪正广 丁辉关 孙淑芬 副主 编
尚慧萍 主 审

国际商法

上海财经大学出版社

高职高专经管系列教程

国际商法

张成武	张宏伟	曹旭平	主 编
纪正广	丁辉关	孙淑芬	副主编
		尚慧萍	主 审



上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/张成武,张宏伟,曹旭平主编;纪正广,丁辉关,孙淑芬副主编;尚慧萍主审. —上海:上海财经大学出版社,2007.8

(高职高专经管系列教程)

ISBN 978-7-81098-994-7/F·944

I. 国… II. ①张…②张…③曹…④纪…⑤丁…⑥孙…⑦尚…
III. 国际商法-高等学校:技术学校-教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 125420 号

□ 责任编辑 吴晓群

□ 封面设计 钱宇辰

GUOJI SHANGFA

国际商法

张成武 张宏伟 曹旭平 主 编
纪正广 丁辉关 孙淑芬 副主编
尚慧萍 主 审

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

启东市人民印刷有限公司印刷装订

2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

700mm×960mm 1/32 29.5 印张 529 千字

印数: 0 001—4 000 定价: 32.00 元

前 言

当今世界,国际经济贸易迅速发展。特别是 20 世纪 90 年代以来,国际经济一体化、区域经济集团化、经济发展知识化、国际商务电子化的特点,使得国际经济贸易更加复杂、专业。加入 WTO 后,中国经济正在快速融入国际经济贸易迅速发展的浪潮。国际商法,作为调整国际经济贸易领域内发生的各种法律关系的法律规范,在整个法律体系中占有重要的地位。

以编者多年的教学经验来看,高职高专教育不应是本科教育的微缩,其主要教学目的应该是以市场需求为导向设置专业,培养实际操作能力强并具备一定理论知识的专业技能人才,为社会培养高级应用型人才。这本《国际商法》正是配合高职高专教育的特点,适应当前国际经济贸易发展的新形势,让高职高专学生牢固掌握国际经济贸易领域内的相关法律法规以加强其实际运用能力。同时,本教材也对国际商法的相关理论问题进行了深入浅出的探讨,有利于加强大专学生的理论功底。

为达到“应用为主、理论为辅”的高职高专的教育目的,这本《国际商法》尤其重视案例教学法思想。本书的每一章都设置了大量鲜活、生动的案例,起到了“以案说法、以案授课、以案检测”的效果,避免枯燥无味的法律课堂教学模式。

迄今为止,《国际商法》一书还没有公认的统一体系,各种版本教科书的侧重点也有所不同。为适应高职高专院校国际商法课程新的教学需要,本教材主要包括以下十章内容:

第一章“国际商法概述”简要介绍国际商法的渊源与相近法律的关系,西方两大法系的概况及其区别以及国际商法的原则。

第二章“合同法”从法律的角度简要地介绍了大陆法与普通法对于合同成立的条件、合同的履行与违约的救济办法等有关法律规定。

第三章“国际货物买卖法”从国际贸易的角度进一步介绍大陆法与普通法

对于订立合同的条件、合同的履行、违约的救济办法,以及货物所有权与风险转移的有关法律规定。

第四章“国际商事代理法”主要介绍大陆法与普通法对于代理的产生、种类、内外部关系等有关的法律规定。

第五章“国际产品责任法”主要介绍美国与西欧国家关于产品责任的理论及其有关的法律规定。

第六章“知识产权与国际技术转让法”分别介绍各国对商标法、专利法与版权法有关的法律规定,以及国际技术转让的规定。

第七章“国际商事企业法”主要介绍与公司法有关的情况,即各国对于公司成立的程序、资金的筹集、公司的组织形式、管理机构,以及并购与清算等有关的法律规定。

第八章“国际结算的法律制度”主要介绍了国际结算中的相关原则和国际公约。

第九章“国际货物运输保险法规及对外法律制度”主要介绍了与国际货物运输保险相关的国际公约。

第十章“国际商事争议的解决”主要介绍与国际商事仲裁有关的仲裁协议与条款、仲裁机构与程序以及与仲裁裁决的执行有关的法律规定。

本书由张成武(上海行健职业学院)、张宏伟(湖北职业技术学院)、曹旭平(南京交通职业技术学院)三位老师担任主编,由张成武老师统纂全稿。全书的具体分工如下:第一、第十章由张成武老师执笔;第二、第七章由孙淑芬(上海建峰职业技术学院)老师执笔;第三、第六章由纪正广(南京交通职业技术学院)老师执笔;第四、第五章由丁辉关(南京工业职业技术学院)老师执笔;第八章由朱芬俊(常州信息职业技术学院)老师执笔;第九章由张宏伟、曹旭平老师共同执笔完成。

由于课时所限,以及高职高专学生理论功底较薄弱,所以教师在授课时,不必面面俱到,可结合教学大纲、课时以及学生的特点,适当选择教学重点,做到“重点突出、知识全面”(建议以“合同法”和“商事企业法”这两门基础性法律作为授课重点)。

由于水平和时间的限制,本书难免存在欠妥或错误之处,敬请专家和读者批评指正。

尚慧萍

上海建峰职业技术学院

2007年5月

目 录

前 言	1
第一章 国际商法概述	1
学习目标	1
引入案例	1
第一节 国际商法概念和渊源	3
第二节 国际商法的产生与发展	8
第三节 西方两大法系的形成及其特点	13
第四节 中国商事立法的产生与发展	19
小结	26
应用	27
第二章 合同法	28
学习目标	28
引入案例	28
第一节 合同概述	29
第二节 合同的成立	35
第三节 合同的履行	61
第四节 合同的变更和转让	67
第五节 违约责任	71
第六节 合同的消灭	89
小结	93
应用	95

第三章 国际货物买卖法	97
学习目标	97
引入案例	97
第一节 国际货物买卖法的渊源	98
第二节 国际货物买卖合同的成立	109
第三节 卖方和买方的义务	112
第四节 货物所有权和风险的转移	117
第五节 对违反买卖合同的补救方法	122
小结	132
应用	132
 第四章 国际商事代理法	138
学习目标	138
引入案例	138
第一节 代理法概述	139
第二节 代理权的产生与代理关系的终止	144
第三节 国际商事代理的法律关系	154
第四节 承担特别责任的代理人	163
小结	167
应用	169
 第五章 国际产品责任法	172
学习目标	172
引入案例	172
第一节 产品责任法概述	174
第二节 美国的产品责任法	184
第三节 欧洲国家的产品责任法	196
第四节 关于产品责任的法律适用公约	201
第五节 我国的产品责任法	203
小结	206
应用	208

第六章 知识产权与国际技术转让法	211
学习目标.....	211
引入案例	211
第一节 知识产权.....	212
第二节 国际技术转让法.....	261
小结.....	270
应用.....	270
 第七章 国际商事企业法	272
学习目标.....	272
引入案例	272
第一节 商事企业法概述.....	273
第二节 公司法.....	276
第三节 合伙企业法.....	308
小结.....	325
应用.....	327
 第八章 国际结算的法律制度	239
学习目标.....	329
引入案例	329
第一节 国际结算概述.....	330
第二节 国际结算工具.....	331
第三节 国际结算方式.....	345
小结.....	365
应用.....	366
 第九章 国际货物运输保险法规及对外法律制度	369
学习目标.....	369
引入案例	369
第一节 国际货物运输和保险法律制度.....	371
第二节 对外贸易法律制度.....	384
小结.....	399
应用.....	399

第十章 国际商事争议的解决	401
学习目标.....	401
引入案例	401
第一节 商事争议解决方式概述.....	402
第二节 国际商事调解.....	404
第三节 国际商事仲裁.....	407
第四节 国际商事诉讼.....	422
第五节 WTO 国际贸易争端解决办法	433
小结.....	438
应用.....	439
 附录	 441
 参考文献	 463

第一章 国际商法概述

学习目标

通过本章学习,你应能够:

掌握国际商法的概念、基础法律、法律规范、调整对象、法律渊源、商事主体等基本法律概念;

了解两大法系的形成,列举其特点;

了解两大法系的司法体制;

了解国际统一商法的立法演进;

了解国际商事发展与国际商事统一立法的关系;

了解中国商事发展及其立法。

引入案例

2006年7月27日我国某公司应荷兰A商号的请求,报出某初级产品100吨,每公吨鹿特丹到岸价格(CIF)人民币3900元即期装运的实盘。对方接收到我方报盘后,未作承诺表示,而是再三请求我方增加数量,降低价格,一再延长要约有效期。我方曾将数量增至300吨,价格每公吨鹿特丹CIF减至人民币3800元,并两次延长了要约的有效期,最后延至8月30日。荷兰于8月26日来电接受该盘。我方公司在接到对方承诺电报时,发现巴西因受旱灾而影响到该产品的产量,国际市场价格暴涨,因而我方拒绝成交,并复电称:“由于世界市场价格变化,货物在接到承诺电报前已售出。”但荷方不同意这一说法,认为承诺是在要约有效期内做出,因而是有有效的,

坚持要求我方按要约的条件履行合同,并提出,要么执行合同,要么赔偿对方差价损失 40 余万元人民币,否则将提起诉讼。

【问题】

1. 国际商法的概念及国际商事主体的内涵是什么?
2. 国际商法与其他相关法律学科的关系怎样?
3. 国际商法的法律渊源有哪些?
4. A 商号对我国的这家公司提起诉讼请求是否应当支持? 为什么?
5. 双方间的买卖合同是否成立?

——资料来源:冯大同编:《国际商法》,对外经济贸易出版社 2006 年版。

【案例分析】

国际商法(International Commercial Law),是调整国际市场经济中国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事关系的法律规范的总称。国际商法的主体是国际经贸法律关系的基本要素之一,是指在国际商事交易活动中享有权利和承担义务的法律人格者。国际商法有着自身的调整对象,其调整的范围比传统商法更为广泛。国际商法与相关法律学科间既存在联系又有区别。国际商法的渊源由国际商法各种具体的有效法律规范组成,如国际商事条约、国际商事惯例等。本节所涉及的案例,是国际商法实践活动中常见的纠纷,它既体现了国际商法主体形式、国际商事关系,又体现了国际商法规范的具体运用。

就本案而言,关键问题是如何认识合同订立的程序。一般说来,订立合同必须经过两个程序,即要约和承诺。要约是向一个或一个以上特定的人提出的订立合同的建议,其内容必须十分确定,并且表明对方一旦接受,要约人就愿意受其约束。因此,一项要约必须具备下列条件:(1)应清楚表明愿意按要约所列条件与对方订立合同的目的,并表明一旦对方接受,要约人就愿意受其约束。(2)原则上应向一个或一个以上特定的人提出,凡不是向一个或一个以上特定的人提出的建议,仅视为要约邀请。(3)内容必须十分确定。所谓十分确定,即标明货物的名称、明示或默示地规定货物数量或价格,或者规定如何确定数量和价格。承诺即受要约人作出声明或以其他行为对要约表示同意。因此,就本案涉及的两个问题的解答应该是:(1)A 商号可以向法院提起诉讼。因为我国公司违约在先,A 商号可以通过起诉方式进行补救。(2)双方间的买卖合同已经成立。

第一节 国际商法概念和渊源

一、概念

国际商法,是调整国际市场经济中国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事关系的法律规范的总称。

(一)国际商事主体

国际商事主体是指在国际商事交易关系中依法可以享有国际商事权利和承担国际商事义务的法律人格者,即国际商事关系的当事人,主要是具有权利能力和行为能力的自然人、法人及商业合伙组织。

具有权利能力和行为能力的自然人以自己的独立名义进行国际贸易、国际投资、国际融资、国际代理、国际技术转让等国际商事交易活动,并独立承担相应的国际商事义务,是国际商事关系的基本主体。

具有法人资格的公司、企业等法人在国际商事交易中地位显著,作用突出,是国际商事关系的重要主体,特别是跨国公司和跨国企业,由于其拥有雄厚的经济实力和强劲的技术优势,对现代国际商事关系的产生和发展具有重大的战略影响。

商业合伙组织,是指在中国境内设立的,由各个合伙人订立合伙协议,共同出资,合伙经营,共享收益,共担风险,并对合伙企业的债务承担无限连带责任的盈利性组织。它是独立于自然人与法人之外的又一重要国际商事主体。

(二)国际商事交易

国际商事交易是指国际上任何提供或交换商品或服务的交易及销售协议、商业代理、代理、租赁、建筑工程、咨询、工程、许可证、银行、保险、开发协议或特许、合营或其他形式的工商业合作。空中、海上、铁路或公路的货运和客运等也属于国际商事交易。这种交易几乎包括所有第一、第二和第三产业的契约性或非契约性的国际经济贸易合作与交流。

(三)国际商事关系

国际商事关系是指国际商事主体在国际商事交易中实施商事法律行为后形成相互之间的一种以财产为基础的法律关系。传统的国际商法以有形商品交流为核心,调整对象是货物贸易法律关系、商事合同法律关系、票据法律关系、保险法律关系等。随着当代世界工业与技术革命突飞猛进,国际经济各个领域不断演化,紧密交错,相济互补,互为依存。无形商品国际交流的产生,拓

宽了国际商法的领域,国际商品交换的多元化导致了国际商事交易的多式化,形成了新型的国际商事关系,如国际投资法律关系、国际金融法律关系、国际租赁法律关系、国际知识产权法律关系、国际技术转让法律关系、国际工程承包法律关系等。

综上所述,当代国际商法,涵盖面广,内容丰富,是顺应市场经济发展、国际商事交易的需要而产生并逐渐完善的跨学科、跨门类的法律体系,其范围处于动态,目前包括国际货物贸易法、国际商事合同法、国际商事企业法、国际代理法、国际海商法、国际票据法、国际保险法、国际投资法、国际金融法、国际租赁法、国际知识产权法、国际技术转让法、国际工程承包法等。随着国际经济的发展而相应调整,它的范围还在逐步扩大。

二、调整对象

法律调整的对象是划分法律部门的首要标准。1961年英国著名的国际贸易法专家施米托夫教授发表了《国际商法——新的商人习惯法》一文,提出了国际商法这一概念,并认为国际商法包括两个主要分支。

(一)国际贸易法

国际贸易法,其中国际货物买卖是该法的主要内容,还包括国际结算、运输和保险中的法律问题。

(二)国际公司法

国际公司法,即规定根据一国法律设立但又在其他国家具有商业利益的法律问题。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,或者采取其他形式。

从施米托夫教授对国际商法内容的描述中我们可以看到,国际商法调整的对象是传统的国际商事交易关系和跨国公司行为关系。

我们认为,随着世界经济日益国际化,尤其是国际贸易的迅猛发展,无论是商事关系还是商事主体,较之传统商法,都会发生深刻的变化,国际商法的调整对象和范围比传统的商法更为广泛。传统的商法主要包括商事行为法、公司法、票据法、海商法、保险法等内容。但是,随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和商事交易的多样化、复杂化,除了国际货物买卖有了巨大的发展以外,还出现了许多新型的国际商事交易和贸易做法,如国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁等。这些交易已超出了传统商法调整的范围,有人把它们称为国际商事交易(International Commercial Transactions),并把调整这些交易的法

律统称为国际交易法(The Law of International Transactions)或国际商法。其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。

三、国际商法与相关法律学科的关系

(一)国际商法与国际私法的关系

关于国际私法的定义和范围,国际私法学界历来有不同的解释:(1)国际私法仅包括或主要包括调整涉外民事法律关系的冲突规范;(2)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;(3)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。

在上述三种观点中,第一种观点在国际上是较普遍的观点。从这种观点出发,国际商法与国际私法的区别显而易见。从公法和私法的角度划分,国际商法应属于私法范畴,但是,国际私法是主要调整涉外民事法律关系的冲突规范,而国际商法主要是调整国际商事关系和商事组织关系的实体规范,二者无论在冲突规范、实体规范方面,还是在涉外民事法律关系与国际商事关系方面都是不同的。

按照上述第二、第三种观点,国际私法的调整范围在人为地扩大,对于理论与实践、科学地划分学科之间的界限都是不利的。如果这些观点能够成立,国际商法似乎已无存在的必要,国际商法很可能被包容在国际私法的所谓“统一实体规范”当中,所以我们认为这两种观点是不可取的。

(二)国际商法与国际经济法的关系

与国际商法一样,国际经济法也是一门正在形成和发展的学科。关于国际商法与国际经济法的关系,目前还很难得出确切的结论。因为对于国际经济法本身在法律体系中的地位和作用,国际法学界一直就存在不同的看法,概括起来可归纳为如下三种观点:

1. 国际经济法属公法,国际商法属私法

国际经济法是国际公法的一个分支,这种观点把国际经济法看成调整政府间、政府与国际经济组织间以及国际经济组织相互间的经济关系的法律规范。这种意义上的国际经济法与国际商法的区分是显而易见的。单就主体来看,可将二者区别开来,即国际商法的主体是个人、法人、合伙组织,而不包括政府和国际经济组织。

2. 否定国际经济法的存在

这种观点,不涉及国际经济法的地位,它主张国际经济关系应通过国际私法的实体规范进行直接调整或通过冲突规范进行间接调整。这种观点实际上否认了国际经济法的存在,国际经济法与国际商法的关系也就无从谈起。而国际私法中的实体规范应该说指的就是国际经济贸易惯例与国际公约或条约,作为国际私法分支的国际商法,其法律渊源指的也是国际贸易惯例与国际公约或条约。

3. 否定国际商法的存在

这种观点认为,国际经济法是一个独立的新出现的法律部门,主要论点为:国际经济法并非国际公法的分支,是与国际公法并立的独立法律部门;国际经济法不仅调整政府间、政府与国际经济组织间、国际经济组织相互间的经济关系,而且还调整私人之间的国际经济关系。这种意义上的国际经济法似乎包括了国际商法的内容,国际商法已无存在的必要。

我们认为,以上三种观点均有失偏颇。法学学科的划分无论在国内还是在外国从来就没有过比较一致的观点,而且一些法学学科因受人为因素的影响有任意扩大学科范围的趋势,某些学科划分的争论从来就未停止。实际上,学科的划分除考虑科学性和逻辑性以外,更应考虑是否有利于整个法学体系的研究和完善以及实践的需要,同时,每一学科存在的合理性和必要性不是取决于法学家们的争论,而是要经过时间和实践的检验才能最终得出结论。就国际商法来说,它是否能成为一门独立的法学学科,以及它与相关学科的关系,也取决于时间和实践的检验。我们相信,具有古老传统的商法学科随着商事活动的日益国际化,不但不会消失,而且会备受商人和法学家们的重视并得到发展,并将成为我国法学体系中一门崭新的学科。

四、国际商法的渊源

国际商法的渊源指国际商法的有效法律规范的各种具体表现形式,包括国际渊源和国内渊源。本书着重介绍前者。

国际商法的国际渊源主要指国际商事条约和国际商事惯例。

(一) 国际商事条约

国际商事条约是作为国际商事主体的国家和国际组织缔结的关于确立、变更或终止其相互间国际商事关系的国际书面协议。就国际条约对缔约方的法律约束力而言,可分为国际双边条约和国际多边条约。双边国际商事条约和数个国际商事主体缔结的多边国际商事条约仅对缔约方有法律约束力;多数国际商事主体,特别是世界上绝大多数国际商事主体缔结的多边国际商事

条约,即国际商事公约,则具有普遍的法律约束力。

目前,世界上有许多有效的国际商事条约,为国际商事主体从事国际商事交易活动提供了一般的国际商事准则,主要有如下几类:

1. 调整最广泛的国际商事关系的最主要的国际商事公约

1994年4月15日由104个政府代表签署的《关于建立世界贸易组织协定》,宣告以世界贸易组织替代关税与贸易总协定,扩大了世界各国的商事领域,使世界经济贸易进一步走向国际化。

2. 调整国际货物贸易关系的国际商事条约

主要有:1964年的《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》、1964年的《国际货物买卖统一法公约》、1974年的《国际货物买卖时效期限公约》、1980年的《联合国国际货物买卖合同公约》、1980年的《建立商品共同基金协定》、1983年的《商品名称及编码协调制度的国际公约》、1984年的《设立国际纺织品和服装局的安排》等。

3. 调整国际票据关系的国际商事条约

主要有:1930年的《关于本票、汇票的日内瓦公约》、1931年的《关于支票的日内瓦公约》、1988年的《联合国国际汇票和国际本票公约》等。

4. 调整国际投资关系的国际商事条约

主要有:1965年的《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》、1985年的《多边投资担保机构公约》等。

5. 调整国际海商关系的国际商事条约

主要有:1924年的《统一提单的若干法律规定的国际公约》(《海牙规则》)、1948年的《国际海事组织公约》、1968年的《关于修改〈海牙规则〉的议定书》(《维斯比规则》)、1978年的《联合国海上货物运输公约》(《汉堡规则》)等。

6. 调整国际运输关系的国际商事条约

主要有:1929年的《统一国际航空运输某些规则的公约》(《华沙公约》)、1890年的《关于国际铁路货物运送规则的伯尔尼公约》(《国际货约》)、1951年的《国际铁路货物联运协定》(《国际货协》)、1980年的《联合国国际货物多式联运公约》等。

7. 调整国际知识产权关系的国际商事条约

主要有:1883年的《保护工业产权的巴黎公约》、1886年的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、1891年的《商标国际注册马德里协定》、1952年的《世界版权公约》、1967年的《成立世界知识产权组织的公约》、1970年的《国际专利合

作条约》、1973年的《商标注册条约》、1989年的《集成电路知识产权条约》等。

8. 关于国际商事争端解决方法的国际条约

主要有:1905年的《国际民事诉讼程序公约》、1958年的《关于承认与执行外国仲裁裁决公约》、1965年的《民事及商事司法文件和非司法文件在国外送达与通知的公约》、1976年的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等。

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是在国际商事交易活动中,经过国际商事主体长期不断的实践和频繁运用而逐渐形成的不成文的习惯性行为规范。这些行为规范虽然未经立法程序确立,不属法律规范,并无普遍的法律约束力,但一般各国法律均规定,只要相关的国际商事主体在国际商事交易中共同选择遵从某一国际商事惯例,用以确定相互间权利义务关系,该国际商事惯例便对其具有法律约束力。

成文的国际商事惯例一般由非政府间国际组织制定。目前,国际上通行的成文的国际商事惯例有:国际商会于1930年拟订,1993年第六次修订的《跟单信用证统一惯例》;国际法协会1932制定的《华沙—牛津规则》;国际商会于1936年制订,2000年第六次修订的《国际贸易术语解释通则》;国际商会于1958年拟订,1978年修订的《托收统一规则》等。

目前,国际商法尚处在形成和发展阶段,它的体系和内容还不完善。在这种情况下,对一些国际商事纠纷有时还要借助法律冲突规则的指引,适用有关国家的民法和商法来处理。因此,各国有关商事和国际贸易的国内法仍然是国际商法的重要补充。我们在研究和学习国际商法时,除了必须了解有关的国际条约和国际贸易惯例以外,还必须了解各国商法的有关规定以及商事判例和学者学说。

第二节 国际商法的产生与发展

一、国际商法的历史发展

商法是随着商品经济的产生和发展而产生和发展起来的。从历史上看,早在古代罗马法中就出现了调整商事关系的法律,但当时还没有制定专门的商事法,而只是作为私法的内容之一。近代欧洲各国的商法主要源自中世纪形成的商人习惯法(Law Merchant)。它在11世纪出现于威尼斯,后来随着航海贸易的发展逐步扩及西班牙、法国、德国及英国。其内容主要包括货物买