

21世纪国际经济与贸易系列教材

新编国际商法

● 曹祖平 编著



 中国人民大学出版社

914

D996.1-43
C23

21 世纪国际经济与贸易系列教材

新编国际商法

Newly Compiled
International Commercial Law

曹祖平 编著

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新编国际商法/曹祖平编著.

北京: 中国人民大学出版社, 2002

21 世纪国际经济与贸易系列教材

ISBN 7-300-04325-9/F·1317

I. 新…

II. 曹…

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 (2002) 第 066963 号

21 世纪国际经济与贸易系列教材

新编国际商法

曹祖平 编著

出版发行: 中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部: 62515351 门市部: 62514148

总编室: 62511242 出版部: 62511239

本社网址: www.crup.com

人大教研网: www.ttrnet.com

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市汇鑫印务有限公司

开本: 787×965 毫米 1/16 印张: 31.75

2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

字数: 582 000

定价: 35.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)



21 世纪国际经济与贸易系列教材

前 言

国际商法是随着国际经济贸易的发展而不断发展变化的，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，使得国际商法的许多内容发生了深刻的变化。

有鉴于此，为适应国际商法新的教学的需要，我们重新编写了本教材。对此，有如下两点说明。

一、关于国际商法的体系

国际商法包括的范围比较广泛，涉及合同法、货物买卖法、产品责任法、代理法、商事组织法、票据法、运输法、保险法、知识产权保护法以及商事仲裁法等。其中每一部“法”都可以作为一门独立的学科进行学习与研究。事实上，在经济贸易专业的教学实践中，有些

已经分离出来作为专门的学科了，例如，运输与保险。同时，国际商法与一些学科的内容也具有交叉性，例如，国际货物买卖法、国际货物运输与保险法、国际技术转让法与国际商事仲裁法等，就与国际贸易法、国际经济法和国际私法等有关内容大同小异。此外，随着国际经济贸易的迅速发展，尤其是电子商务的出现，传统国际商法的合同法已经无法完全适应实际情况的变化。基于这些考虑，本教科书包括下列九章：

第一章 国际商法导论 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 商事组织法 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法律规定。

第三章 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。

第四章 国际货物买卖合同法 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。

第五章 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 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。

第七章 票据法 介绍两大法系与票据流通有关的法律，重点介绍其与汇票有关的不同的法律规定。

第八章 知识产权保护法 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WTO的新规定。

第九章 国际商事仲裁法 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。

迄今为止，国际商法还没有一个公认的统一体系，各种版本教科书的侧重点有异，内容也不尽相同。因此，国际商法的体例有待于进一步研究与统一，所包含的内容需要进一步完善与确定。

二、关于国际商法的研究方法

学习国际商法必须具备民商法和国际贸易理论与实务的专业知识基础，同时也必须掌握必要的研究方法。这些方法包括：

(一) 历史联系

就上层建筑和经济基础而言，作为上层建筑的法律，其发展是以经济发展为基础的，而经济的不断发展则使原有的法律体系不相适应，必须补充和发展，从而开辟和出现新的法律部门。国际商法正是在人类社会的生产发展到一定的阶段，随着国际经济贸易交往日益频繁与深入而建立起来并不断发展的一门法律学科。

学习国际商法，首先，应当对国际商法的产生与发展作历史的考察，这样才能了解其发展规律。90年代以来，国际商法的诸多方面已经发生了重大的变化，大大丰富了国际商法的内容，其中合同法的变化尤其令人瞩目，这就涉及一系列有关的法律问题，必须有相应的法律加以调整与规范。其次，国际商法中有些概念虽然已经“过时”，例如，“对价”等，但是对价在历史上曾经起过非常重要的作用，在有关合同法的著作中是离不开对价这个概念的，因此，了解对价也就是了解合同法的基本历史联系。最后，中国的合同法也有很大的变化，新合同法已经代替了旧合同法，但是对于旧合同法的有关内容也应当有所了解，这是一定历史背景下的产物，在当时是发挥了很大作用的。

（二）比较分析

国际商法是一门专业法律课程，主要任务是运用比较法，介绍西方的两个法律体系——大陆法系与英美法系，介绍两个法律体系有关商事方面的法律规定，以及有关国际经济贸易的国际公约与贸易惯例，通过学习这门课程，了解并掌握从事国际经济贸易应当具备的基本法律知识。

国际商法运用的是比较法，即比较各国有关法律的异同。从总体上说，由于历史与文化发展的不同，大陆法与普通法是西方两个不同的法律体系，在国际商法的许多法律规定方面是不相同的，即异多于同。但是，当涉及具体问题时，则并非那么绝对，必须具体问题具体分析，即异中往往有同，例如，在要约生效时间上，同属于大陆法的法国法与德国法并不一致，却与普通法相同；也往往同中有异，同属于普通法的美国法与英国法在有些方面也不尽一致，例如，在货物所有权与风险转移的问题上。如果能够在学习中注意总结与归纳这些异中有同与同中有异之处，则能够更加深入地了解国际商法的内涵。

简单地说，在从事对外经济贸易活动的过程中，不可避免地会遇到各种各样的有关法律问题，例如，当合同当事人一方违反合同时，另一方有什么补救办法；货物的所有权与风险在什么时候转移；怎么处理伪造背书的汇票等。对此，一方面，各国都有相应的法律加以调整；另一方面，在国际上还有一些有关的国际公约与惯例加以规定。这些有关的内容都是应当学习与掌握的。

（三）联系实际

本课程是一门基础课程，其教学目的是学习和掌握与国际商法有关的基本知识，即基本的法律规定或条文，并不注重案例分析。道理非常简单，容易理解：案例分析涉及民商法的基本专业知识，实践证明，在没有这些基本专业知识的情况下进行案例分析，显然超出本课程的教学范围，其结果不是喧宾夺主，就是欲速不达。

但是，不注重案例分析并不等于不进行案例分析，如果联系实际作一些适当的案例分析，那么是有助于理解课文内容的。同时，学生自己能够有意识地运用所学的知识，联系日常生活中发生或遇到的一些问题，例如，结合媒体大量报道的与合同法有关的各种问题，学以致用，进行独立的思考与分析，相信是能够有所收获的。

（四）发展变化

90年代以来，国际商法从内容到形式已经并且继续在发生重大的变化，几乎涉及本书的第一章：国际大并购使得跨国公司的影响与日俱增，而对其进行必要的控制和监管也已提到WTO的议事日程上来；电子商务和网上交易正在改变传统的合同法、货物买卖法、代理法和票据法等；传统的产品责任法只包括产品的生产和销售，随着环保意识的增强，西方发达国家已经立法把产品的回收（主要是电器和电子产品）也纳入其中；美国联邦法院的判例涉及电子商务方面的商标法、专利法和著作权法，其中一些立法已经确定了重要的规则和方法。这些动向值得注意，必须不断加以跟踪研究，以便赶上国际商法新的发展和变化。

本教科书的宗旨是对国际商法所涉及的主要内容作基本的论述，以便学生了解国际商法的基本概念与基本法律规定，为今后进一步研究国际商法打好基础。学习国际商法有两个基本目的：（1）学习国际经济贸易专业或有关的知识，不仅要懂得国际经济贸易的基本理论，熟悉中国对外经济贸易的方针、政策与进出口业务，而且也需要了解有关国际商法的基本知识，以便适应中国在加入WTO后的法律“游戏规则”，更自觉地运用法律武器维护自身的利益；（2）既然国际商法是一门比较法的专业课程，那么，有比较才有鉴别，有鉴别才有取舍，即学习与借鉴外国法律，是为了补充与完善中国的法律体系，尽快与国际法律、法规接轨，以利于改革开放与经济发展。

必须强调的是，本书的编写是在国内已有研究成果基础之上所进行的一次“装修”：架构不变，房屋依旧，而门窗砖地，则拆除翻新，重新粉刷，希望给人以面目一新的感觉。也就是说，本书是国内有关教材与出版物各具特色的综合互补之产物，这些材料来源见之于每章后面的“主要参考书目”之中。本书的主要“装修工作”是注意具体内容的与时俱进：对有些传统章节进行适当调整；对一

些重点与难点作进一步的补充阐释；对若干已经发展和变化之处进行增补更新；同时每章都增加了有关中国立法的最新内容。

由于水平和时间的限制，本书欠妥或错误之处在所难免，敬请专家和读者随时指正。

编著者

2002年3月



21 世纪国际经济与贸易系列教材

目 录

| | | |
|------------|---------------------|-------|
| 第一章 | 国际商法导论 | (1) |
| | 第一节 国际商法概论 | (2) |
| | 第二节 西方两大法系 | (10) |
| | 第三节 两大法系比较 | (24) |
| | 第四节 中国的法律制度 | (30) |
| | 第五节 国际商法的基本原则 | (37) |
| 第二章 | 商事组织法 | (46) |
| | 第一节 商事组织法概论 | (47) |
| | 第二节 公司 | (48) |
| | 第三节 股份有限公司 | (59) |
| | 第四节 跨国公司 | (85) |

| | | |
|------------|--------------------------|-------|
| | 第五节 其他商事组织 | (92) |
| | 第六节 中国的商事组织与商事组织法 | (102) |
| 第三章 | 合同法 | (108) |
| | 第一节 合同法概论 | (109) |
| | 第二节 合同的成立 | (113) |
| | 第三节 合同的履行 | (150) |
| | 第四节 合同的消灭 | (180) |
| | 第五节 中国的合同法 | (193) |
| | 第六节 电子商务示范法 | (200) |
| 第四章 | 国际货物买卖合同法 | (211) |
| | 第一节 国际货物买卖合同法概论 | (212) |
| | 第二节 国际贸易术语 | (220) |
| | 第三节 国际货物买卖合同的成立 | (236) |
| | 第四节 卖方与买方的义务 | (250) |
| | 第五节 对违反买卖合同的补救办法 | (270) |
| | 第六节 货物所有权与风险的转移 | (295) |
| | 第七节 国际货物买卖合同的条款与形式 | (305) |
| 第五章 | 产品责任法 | (309) |
| | 第一节 产品责任法概论 | (310) |
| | 第二节 英美法系的产品责任法 | (314) |
| | 第三节 大陆法系的产品责任法 | (322) |
| | 第四节 关于产品责任的国际公约 | (325) |
| | 第五节 产品责任法的新发展 | (329) |
| | 第六节 中国的产品责任法 | (331) |
| 第六章 | 代理法 | (335) |
| | 第一节 代理法概论 | (336) |
| | 第二节 代理的分类 | (343) |
| | 第三节 代理的内部关系 | (347) |
| | 第四节 代理的外部关系 | (351) |
| | 第五节 中国的代理法与外贸代理制 | (354) |
| | 第六节 《国际货物销售代理公约》 | (359) |
| 第七章 | 票据法 | (362) |
| | 第一节 票据法概论 | (363) |

| | | |
|-----|---------------------------|-------|
| | 第二节 汇票..... | (373) |
| | 第三节 本票与支票..... | (399) |
| | 第四节 联合国国际汇票和国际本票公约..... | (403) |
| | 第五节 中国的票据法..... | (408) |
| 第八章 | 知识产权保护法 | (411) |
| | 第一节 知识产权保护法概论..... | (412) |
| | 第二节 商标法..... | (414) |
| | 第三节 专利法..... | (427) |
| | 第四节 著作权法..... | (438) |
| | 第五节 与贸易有关的知识产权协定..... | (447) |
| | 第六节 中国的知识产权保护法..... | (456) |
| 第九章 | 国际商事仲裁法 | (462) |
| | 第一节 仲裁法概论..... | (463) |
| | 第二节 外国及国际性仲裁机构与仲裁规则..... | (466) |
| | 第三节 仲裁协议..... | (470) |
| | 第四节 仲裁程序..... | (477) |
| | 第五节 仲裁裁决的执行..... | (483) |
| | 第六节 中国的仲裁机构、仲裁规则与仲裁法..... | (485) |
| 后 记 | | (492) |



21世纪国际经济与贸易系列教材

第一章

国际商法导论

国际商法是调整国际商事交易和商事组织关系的法律专业学科。它与不少商贸法律既有相同之点，也有不同之处。学习国际商法，首先必须了解其渊源——有关国际公约与国际贸易惯例。其次，必须了解西方两大法律体系——大陆法系与普通法系，同时了解中国有关的涉外经济立法与规定。最后，必须了解国际商法的基本原则以及民商法的一些基本概念。

本章重点内容是了解和掌握：(1) 国际商法的基本概念及其渊源；(2) 两大法系的特点；(3) 中国有关的民商立法。

重点问题

- 国际商法的概念
- 西方两大法系及其比较
- 中国的法律制度
- 国际商法的基本原则

第一节 国际商法概论

一、国际商法（international commercial law）的概念

国际商法是调整国际商事交易（commercial transaction）与商事组织（business organization）各种关系的法律规范（legal norm）的总和。

这一概念包含三层意思：一是国际商事交易，是指国际货物的买卖或交易活动。由于战后国际经济贸易的不断发展，国际商事交易呈现多样化的趋势。因此，国际商法就有了传统国际商法与现代国际商法之分。传统国际商法所涉及的范围比较狭窄，只包括公司法、代理法、票据法、海商法与保险法等内容，而现代国际商法所包含的内容则比传统国际商法的内容要广泛得多，不仅涉及有形的货物交易，而且涉及无形的技术、资金和服务方面的新型国际商事交易与贸易实践，例如，国际投资、工程承包、技术转让、知识产权与专有技术的许可证贸易等。二是国际商事组织，商事组织是指个人、合伙和公司这三种企业的组织形式。在国际商法中，从事国际交易的主体——商事组织，主要是指跨国经营的涉外企业，特别是跨国公司。因为跨国公司是当代货物贸易、国际投资、技术转让与服务贸易的主要载体。三是法律规范，是指法律明文规定的标准或范围。

从这三层意思来看，由于国际商事交易与商事组织的活动是跨越国界的，必然涉及各国的商法，因此，国际商法是指根据各种法律明文规定的标准或范围，对涉外企业的内部组织与外部交易活动进行调整，使之规范；或者国际商法是指对涉外企业的内部组织与外部交易进行调整并使之规范时，所涉及的有关各种法律明文规定的标准或范围。

二、国际商法与相近法律的关系

国际商法与不少法律既有联系，又有区别。首先以商法为基础进行比较，然后再把国际商法与其他国家法律进行比较。它们包括商法与商业法、商法与民法、商法与经济法，国际商法与国际贸易法、国际商法与国际经济法，以及国际商法与国际私法等。了解这些法律之间的关系，有助于进一步了解国际商法的含义。参见图 1—1。

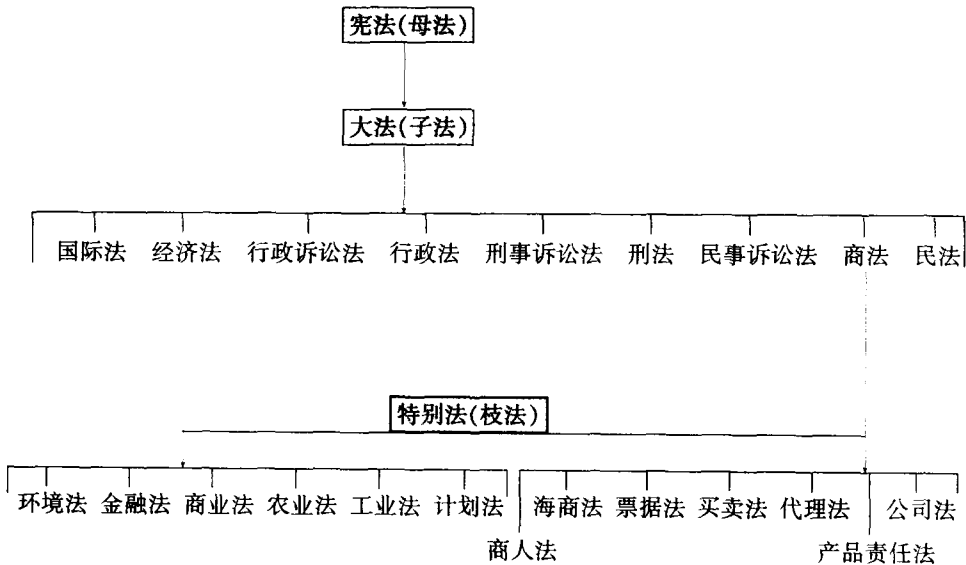


图 1—1 商法在西方法律中的地位

资料来源：关安平主编：《国际商法实务操作》，3 页，北京，海洋出版社，1993。

由此可见，宪法是母法，是根本大法；民法与商法等是基本大法，属于子法；公司法与买卖法等属于枝法，即第三级的法律。

商法是基本大法的一种，在民商合一的国家，两者合起来为基本大法之一。

（一）商法与商业法 (business law)

对商法与商业法有两种不同的看法。一种观点认为，商法与商业法是两个不同的概念，商法包括商业法的内容，商业法是商法的一个分支，是对商法内容的补充；另外一种观点则认为，商业法是国家组织、领导和管理商业，确认商业企

业与法人的法律地位，调整商业关系，维护社会经济秩序的法律规范，因此，商业法可以包括商法。

从历史和现实情况来看，现代国际上通常所指的商法具有特定的含义。商法也叫做商事法，是调整商事关系的法律规范的总称，即商法是具有调整商事关系的法律规范的集合体。根据商法的表现与存在形式，可以分为形式意义上的商法与实质意义上的商法。所谓形式意义上的商法，是指民商分立国家所制定的商法典，这是商事活动的基本法。所谓实质意义上的商法，是指调整商事关系的法律，是以民法规范或者其他单行法律、法规为表现形式，有关商事活动的规定，或者分别编入民法，或者分别制定单行的法规。而商业法的制定与实施，主要来自于苏联与东欧国家，与计划经济体制有密切的联系，是指调整国家对商业的管理关系的法律规范。

过去，中国的立法机关与有的学者在论及中国的经济民事立法时，基本否定商法的地位，因而没有根据通行的标准进行商事立法。已经制定的有关单行法规，有些属于商法范畴，有些则属于经济法或者行政法范畴。

中国至今没有制定商法典，但是这并不意味着在中国不存在商法。因为在中国现阶段实际上已经存在若干调整商事活动的法律、法规，其特点是还没有制定系统的商法，而是把调整商事关系的法规分散于《民法通则》与其他一些单行法规之中。

（二）商法与民法（civil law）

两者均是规范社会经济生活的法律。商法是对商事关系的特别规定；民法则是对平等主体之间的财产关系与人身非财产关系的规定。两者的关系是：民商分立，互相独立；或者是民商合一，民法为基本法，商法则纳入民法典之中，作为民法的特别法。

两者的区别是：（1）从法律关系看，商事关系完全是财产关系，均属于有偿关系；而民事法律关系既有财产关系，也有人身关系，在财产关系中既有有偿的，也有无偿的。（2）从法律制约程度看，商法对商行为的要求具有相当的灵活性，形式也比较多样化，完全取决于市场运行的客观要求，例如，商事代理授权就有这个特点：既可以事先，也可以事后；既可以明示，也可以默示；既可以法定，也可以意定。而民法对民事法律行为的要求则比较严格，方式也比较单一，特别是在物权法（财产权）领域，这一点更为明确。这主要是因为，商法所调整的基本属于动态中的财产关系，而民法则既有动态，也有静态，就维护整个社会的财产秩序而言，民法不能不特别关注财产关系中的静态，并把它作为一切财产

关系的基础。(3)从归责原则看,商法的归责原则在很多情况下均承认无过错也应承担责任,从发展趋势看,无过错原则将不断增加。这主要是由商事关系的营利性及其相应的风险性所决定的。在民事责任中,则仍以过错责任原则为主,对无过错责任与过错推定等均有许多限制。(4)从规范形式看,商事习惯规范在形成和发展中具有重要的作用,例如,海商、单据与保险等的一些法律制度,都是从商事习惯演变而来的,这种情况仍然在继续;而民法虽然也有习惯法与成文法的区别,在历史上习惯法也曾起过相当的作用,但是从现实情况看,成文法的地位已经远远超过习惯法,并且正在形成比较稳定的格局。(5)从国际性看,商法的国别差异越来越小,因为商法规范往往超出国家、民族与区域的界限,而且为适应国际经济贸易的发展,国与国之间还订立了许多双边或多边国际商事条约、公约或者协定。从这种意义而言,国际法已经成为商法的重要组成部分。相比之下,民法则具有比较强的传统性、民族性与区域性。

(三) 商法与经济法 (economic law)

有人认为,经济法是规范各种职业阶层的经济生活的特别关系的法规的总称,其中包括商人法;而有人则认为,经济法的兴起,是公法的商化结果,商法仍然应该存在。说法不一,并无定论。

两者的主要区别是:(1)从法律关系看,商法着眼于商主体(法人)的权益,调整商事主体(公司)的关系。而经济法则着眼于国民经济的全局,调整国家经济管理机关与各种经济组织相互之间以及它们内部之间在经济活动中发生的关系,即调整经济管理关系与经济协作关系。(2)从法律主体看,商法的主体主要是商事领域的法人与自然人,通常称为商法人与商自然人。而经济法的主体范围则十分广泛,包括国家机关、社会组织、组织内部的职能机构或者下属单位、城乡个体工商户、农村专业户与承包户,以及其他经济主体。(3)从法律规范形式看,商法的渊源有一定的灵活性,既有成文法,也有不成文法。而经济法基本上属于权力机关制定的成文法,并且有比较严格的形式与程序要求。(4)从规范选择看,商法在很大程度上表现为商行为法,商行为法多表现为任意性规范,国家干预的成分不大,而经济法则多体现为国家的组织与管理规范,国家干预的成分较多。(5)从法律后果看,商法对商事违法行为予以追究,主要责令违法者承担相应的财产责任,而经济法既表现为对经济合法行为的确认与保护,对守法行为人的奖励,也表现为对经济违法行为的否定,对违法行为人的制裁。

(四) 国际商法与国际私法 (private international law)

虽然国际商法主要属于私法，但是也不同于传统的国际私法。此外，两者都有涉外因素：在“国际商法”中，“国际”一词的含义并不是指“国家与国家之间”的关系，而是“跨越国界” (transnational) 的意思，同样，“国际私法”冠以“国际”一词，也并不是因为它像“国际公法”那样，牵涉国与国之间的关系，而是因为它调整的法律关系已经超越一国的范围。

它们之间的区别在于：(1) 渊源同中有异。国际商法的渊源主要有两种：一是国际条约；二是国际贸易惯例，而国际私法规范的表现形式也有两种：除了国际渊源，即包括国际条约与国际贸易惯例外，还有国内渊源，即国内立法。(2) 调整的法律关系 (即对象) 不同，国际商法是调整商事交易与商事组织的各种关系的法律规范 (即范围) 的总和。现代国际商法的调整对象与范围比传统的国际商法更加广泛。传统的商法主要包括商行为法、公司法、合同法、票据法、海商法、代理法和保险法等内容，而随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和深入，商事交易活动也随之多样化和复杂化，除了国际货物买卖有了巨大的发展之外，还出现了许多新型的国际商事交易和贸易做法，其调整范围已经超出传统商法的调整范围，不仅包括传统的有形交易，而且包括新的无形交易。国际私法则是调整含有涉外因素的民事法律关系的规则的总称。国际私法所调整的涉外民事法律关系是一种广义的民事法律关系，既包括一般的民事法律关系，也包括婚姻家庭方面的民事法律关系与商法方面的各种民事法律关系，以及在国际经济贸易交往中所形成的各种民事法律关系。因为这些法律关系都要利用民法中的一些规则与范畴如自然人、法人的权利能力与行为能力，所有权，债权，民事责任，时效等加以调整。这些关系都可能因为具有涉外因素而存在一些共同的问题，因此，需要运用国际私法加以规定和解决。(3) 从法律体系的分类看，国际商法主要是属于实体法 (substantive law)，即规定法律的实体——个人或公司的权利与义务的法律。国际商法中的合同法、买卖法、代理法与商事组织法等有关内容和中心任务，就是围绕与解决契约双方的权利和义务有关的问题。而传统国际私法则属于冲突法。有的国际私法学者认为：“国际私法是确定发生于两个主权者之间涉及其私法或公民私人利益之间的冲突的规则之总称。”英国和美国的学者普遍认为，国际私法的中心任务是解决法律冲突问题。在他们看来，国际私法就是“法律冲突法” (law of conflict of law)、“法律冲突” (conflict of law) 或者“冲突法” (conflicts law)。由于各国的民法千差万别，对同一涉外民事法律关系，往往因为适用不同国家的法律而产生不同的结果。所以，国际私法上法律冲突这个概念，是指法律适用上的冲突。冲突法的任务主要是为具有涉外因素的私法案件的