

MODERN INTERNATIONAL TRADE SERIES

现代国际贸易丛书

国际商事 法律制度

孙建 著

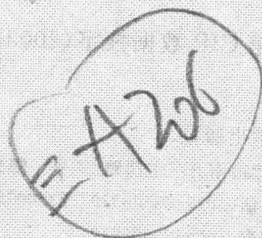
南开大学出版社

D996.1

5925

国际商事法律制度

孙 建 著



南开大学出版社

天津

图书在版编目(CIP)数据

国际商事法律制度 / 孙建著. —天津:南开大学出版社, 2004. 2

ISBN 7-310-01996-2

I. 国... II. 孙... III. 国际商法—研究
IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 088281 号

出版发行 南开大学出版社

地址:天津市南开区卫津路 94 号 邮编:300071

营销部电话:(022)23508339 23500755

营销部传真:(022)23508542

邮购部电话:(022)23502200

出版人 肖占鹏

承印 天津宝坻第二印刷厂印刷

经销 全国各地新华书店

版次 2004 年 2 月第 1 版

印次 2004 年 2 月第 1 次印刷

开本 880mm×1230mm 1/32

印张 11.125

字数 318 千字

印数 1—4000

定价 16.00 元

序

在经济全球化的发展中,国际商事活动始终是一项重要的对外经济贸易活动。国际商事活动受国际商事法律制度的调整,国际商事法律制度是国际商事活动的法律基础。在国际商事领域中依照法律和国际上通行的规则办事具有重要的现实意义。然而,我国关于国际商事法律制度的研究尚不能满足我国国际商事发展的需要。因此,我们应当深入地研究国际商事领域的法律规则,尽快适应国际商事领域的法律和规则的要求,促进我国对外贸易的发展。

孙建副教授从1986年起从事国际商事法律制度的教学与研究,在该领域发表了大量论文和专著。《国际商事法律制度》一书是他经过艰苦努力,花费了多年时间,克服了参考资料较少的困难,在广泛收集国内外国际商事法例资料的基础上,在他对国际商事法律制度多年研究成果的基础上写成的。该书主要有以下几个特点:第一,内容翔实。全书共分七章,内容涉及国际商事法律制度的基本内容,如国际货物买卖合同法、国际电子商务法、国际代理法、国际产品责任法、公司法和国际反倾销法等法律制度。这些内容都是国际商事领域中最值得研究的,作者对上述内容进行了介绍和分析。第二,应用性强。这是本书的一个突出特点。本书在介绍、分析各主要国家和国际公约有关国际商事法律时,密切联系我国的涉外商事法律制度,并试图探讨如何完善我国相应的涉外商事法律制度。第三,学术性强。本书结合国际商事法律制度研

究的最新动态,从理论和实践上深入地分析和研究了国际商事法律制度中的上述基本问题,作者还就中国入世后在国际商事领域中出现的一些法律问题以及如何解决这些问题进行了深入的探讨,在法学前辈和时贤研究成果的基础上,提出了自己的一些新见解和新观点,使本书具有一定的学术创新性。书中还采用了比较研究的方法,按同一内容或同一类问题,对各主要国家以及国际公约的有关规定进行比较分析,辨其异同,在比较中,剖析各种规定的理论依据、实用价值及其局限性,这样有助于读者认识并掌握国际商事法律制度中的重点问题。此外,书中资料新颖。作者在著作中引用了一些最新资料,如本书第七章国际反倾销法律问题,其资料引用到 2002 年。

目前,国际商事法律制度仍处于不断发展、完善的进程之中,国际商事法律制度中的许多理论和实践问题都有待于深入地探讨研究,希望本书的出版对这一学科的发展有所裨益。

韩德培

2003 年 8 月于武汉大学
国际法研究所

前言

随着经济全球化的不断发展和国际商事法律制度的逐步完善,我国的经济正在迅速融入全球经济一体化的大趋势之中,我国的相关法制也正在逐步与国际商事法律制度接轨。从国际商事实践来看,在国际商事活动中依照国际上通行的法律和规则办事是非常必要的。因此,我们应当深入地研究国际商事法律制度,以使我们的行为符合国际商事领域的法律和规则的要求,努力提高运用法律维护自己合法权益的能力,促进我国对外商事交往的蓬勃发展。从国际商事法律制度的理论来看,近年来国内外学者对国际商事法律制度的研究正在不断地向纵深发展,然而,由于国际商事法律制度是不断发展变化的法律制度,并且国际商事法律制度中的许多理论问题仍存在着较大分歧,这些分歧给国际商事交往的进一步发展带来了许多困难。因此,对这些问题的进一步研究、探讨和解决具有重要的现实意义。

基于上述认识,本书以国际商事方面的国际公约为主线,以两大法系的法律规定为基础,通过借鉴国内外有关立法成果和研究成果,力求完整地阐述、客观地评析各主要国家和国际公约在有关国际商事方面的规定,力求通过对各主要国家和国际公约的相关规定的评析,探讨如何完善我国在国际商事领域中的法律法规。

本书共分为七章。第一章论述了国际商事法律制度的基本理论,尤其分析了经济全球化趋势下国际商法的发展、统一和完善问题;第二章

以《联合国国际货物销售合同公约》为主线,论述并分析了国际货物买卖合同的基本法律制度;第三章通过对西方各主要国家电子商务法律制度和《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》的评析,对我国电子商务合同法律制度之完善进行了深入的探讨;第四章着重论述并评析了两大法系的代理法律制度和《国际货物销售代理公约》,尤其是对构建我国的商事代理法律体系和完善我国的外贸代理制等问题进行了深入的探讨;第五章论述了国际产品责任法律制度,重点论述了严格责任原则的新发展和国际产品责任的法律适用问题;第六章论述了公司法律制度,并对各类公司法律制度进行了比较分析;第七章论述了国际反倾销法律制度,重点对如何完善我国 2002 年的《反倾销条例》进行了评析。

本书作者希望通过自己的努力,能够促使国际商事法律制度在教学与研究上有所发展,在理论与实践上有所裨益。鉴于国际商事法律制度迄今为止尚无明确的范围,因此,本书仅限于对国际商事法律制度中若干问题进行论述和探讨。本书可供本科生、研究生和相关专业人员使用。

由于作者学识有限,书中不妥之处在所难免,恳请专家、读者指正。

本书能够顺利出版,得益于南开大学法政学院、南开大学出版社和本书策划编辑王乃合先生,我在此致以衷心感谢!

孙建

2003 年 6 月 26 日

于南开大学国际经济法研究所

目 录

序

前言

第一章 国际商法导论 (1)

第一节 对国际商法的概念及其法律地位的再认识(1)

第二节 对国际商法的起源和发展的分析(9)

第三节 国际商法与相邻法律部门之间的关系问题(12)

第四节 经济全球化趋势下国际商法的发展、统一和完善问题
(20)

第二章 国际货物买卖合同的法律问题 (35)

第一节 《联合国国际货物销售合同公约》的产生及适用问题
(35)

第二节 对国际货物买卖合同成立的法理分析(41)

第三节 对国际货物买卖合同买卖双方的义务的分析(49)

第四节 对违约及其救济方法的分析(60)

第五节 对风险转移的分析(70)

第三章 国际电子商务的法律问题 (75)

第一节 电子商务与电子商务的立法问题(75)

第二节 对西方各主要国家电子商务合同法律问题的评析(81)

第三节 对《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》的评析
(95)

第四节 对完善我国电子商务合同法律制度的探讨(104)

第四章 国际代理的法律问题 (114)

第一节 对代理法中几个基本问题的评析(114)

第二节 对代理关系的产生和终止的比较(125)

第三节 代理关系中代理人和委托人的义务问题(140)

第四节 《国际货物销售代理公约》介评(152)

第五节 我国商事代理法律体系构建问题(159)

第六节 我国商事代理中的外贸代理制问题(174)

第五章 国际产品责任法律问题 (180)

第一节 关于产品责任的国际立法(180)

第二节 对产品缺陷的分析(192)

第三节 承担产品责任的原则(198)

第四节 严格责任原则的新发展(202)

第五节 产品责任的构成(206)

第六节 产品责任的承担(210)

第七节 国际产品责任法律适用评析(220)

第六章 公司法律问题 (230)

第一节 各国公司的立法问题(230)

第二节 有限责任公司的基本问题(237)

第三节 股份有限公司的基本问题(265)

第四节 无限责任公司的基本问题(280)

第五节 两合公司的基本问题(289)

第七章 国际反倾销法律问题 (295)

第一节 反倾销法的价值取向(295)

第二节 世贸组织的反倾销规则(303)

第三节 对欧盟、美国对非市场经济国家反倾销立法与实践的评析(315)

第四节 对完善我国反倾销法律制度的探讨(326)

主要参考书目 (345)

第一章

国际 商 法 论 述

第一节 对国际商法的概念及其法律地位的再认识

一、对国际商法概念的再认识

英国著名的国际贸易法专家、前联合国国际贸易法委员会主席施米托夫教授,在他 1961 年发表的《国际商法——新的商人习惯法》一文中提出了国际商法(International Commercial Law)这一概念,并认为国际商法包括两个主要分支:(1)国际贸易法。国际货物买卖是该法的主要内容,其中还包括国际结算、运输和保险中的法律问题。(2)国际公司法。该法调整的对象是根据一国法律设立但又其他国家具有商业

利益的公司。其商业利益表现在：在其他国家设立子公司，在联合公司中占有股份，参加联合管理或采取其他形式。从施米托夫教授对国际商法内容的描述中我们看到，他理解的国际商法是调整传统的国际商事交易关系和跨国公司行为关系的法律规范。

1982年，我国对外经济贸易大学的沈达明教授、冯大同教授共同编著了《国际商法》一书，在该书的新编本中，他们认为国际商法是调整国家之外的国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和，是一个新的尚在形成中的法律部门。他们认为在国际上从事国际商事交易的主体基本上是公司、企业等商事组织而不是国家，它们之间的交易属于不同国家的平等主体的商事组织之间和个人之间以及它们相互之间的交易，而不是国家与国家之间的交易。所以，在“国际商法”这一概念中，“国际”(International)一词的含义并不是指“国家与国家之间”的意思，而是指“跨越国界”(Transnational)的意思。^①

就国际商法的调整对象来看，它既包括传统的国际商事关系又包括现代的新的国际商事关系。传统的国际商事关系包括涉及买卖、合同、担保、公司、代理、居间、票据、保险、破产、海商、仲裁、竞争、信托、证券和期货等方面的国际商事关系，对于这些内容，目前国际商法还有很多未涉及到。此外，随着经济全球化的发展，尤其是随着当代国际经济贸易往来的扩大和日益频繁，国际商事关系呈现出更加错综复杂的状况，产生了许多现代的新的国际商事关系，例如，国际投资关系、国际融资关系、国际租赁关系、国际技术转让关系、国际合作生产关系、国际工程承包关系、工业产权与专有技术许可贸易关系等。这些商事关系已经超出了传统的国际商法调整的范围，当前的国际商法调整的对象和范围已经变得越来越广泛。因此，国际商法的体系和内容需要进一步地发展和完善，国际商法的调整对象和概念也应随之不断发展和完善，以适应现代国际经济贸易发展的客观要求，更好地为国际商事活动服务。

^① 沈达明、冯大同主编：《国际商法》，中国人民大学出版社，1994年3月版，第2页。

二、对国际商法法律地位的再认识

国际商法的法律地位问题主要是国际商法是否是一个独立的法律部门的问题。

对于国际商法是否是一个独立的法律部门,学术界有这样几种观点:

1. 国际商法是国际私法的一个分支。我国国际私法学家韩德培教授认为:“国际私法的调整对象就是含有涉外因素的民商事法律关系,或称涉外民商事法律关系,或称国际民商事法律关系,”并且采取广义说法,认为“国际私法所指的涉外民商事法律关系,既包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻家庭关系和涉外继承关系,也包括涉外公司法关系、涉外票据法关系、涉外海商法关系、涉外保险法关系和涉外破产法关系等。”^①由于韩先生将国际私法的调整对象界定为国际民商事法律关系,因此凡是调整国际民商事关系的法律规范,无论是对其进行间接调整的冲突规范、还是对其进行直接调整的实体规范就都应该纳入国际私法的范畴。这里所说的调整国际商事关系的实体法规范就是国际商法规范,这样,国际商法就成了国际私法的一个分支。黄进教授主编的《国际私法》也坚持将国际商事实体法规范归入国际私法规范的观点。^②

2. 国际商法是国际经济法的一个分支。余劲松教授、吴志攀教授主编的《国际经济法》认为:“国际经济法是调整国家、国际组织、不同国家的法人与个人间经济关系的国际法规范和国内法规范的总称。”并且认为,调整国际经济关系的法律包括:(1)调整私人国际经济交往的民商法规范;(2)国家政府管理对外经济交往的法律规范;(3)调整国家间经

① 参见徐崇利:《国际经济法与国际经济学—国际经济法概念新探》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)1996年第2期。

② 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社,1999年版,第一章第三节《国际私法的范围和体系》。

济关系的国际法规范。^①也就是说,调整私人间国际商事关系的法律规范应当属于国际经济法的范畴,国际商法自然也就应当是国际经济法的一个分支。曹建明教授、陈治东教授主编的《国际经济法专论》也认为国际经济法调整的经济关系包括“私人”间的关系。把调整私人间经济关系的法律规范归入国际经济法,是我国大多数国际经济法学者做法。这样实质上就是把国际商法当成了国际经济法的一个分支,而且“我国的法律学科分类并没有列出国际商法,按照我国的法学分科体系,所谓国际商法实属于国际经济法的范围。”^②

3. 国际商法是一个独立的法律部门。我国国际商法学者冯大同教授、沈四宝教授都持此观点。

那么,国际商法是否是一个独立的法律部门呢?笔者认为,法律部门的划分一方面是国家立法、学科研究的需要,另一方面也是法律实践活动的需要。“法律部门,又称部门法,是根据一定原则和标准所划定的同类法律规范的总称。”^③那么,这“一定的原则和标准”是什么呢?一般认为,首要的标准是调整对象,其次是调整方法。

首先,从国际商法的调整对象来看,国际商法有自己独立的调整对象,它调整从事国际商事交往的商事主体以及这些主体之间的商事交易的各种关系。这些主体仅限于“私人”,包括自然人、法人和其他商事组织,在特殊情况下,一方主体可以是国家或国际组织。“在‘国际商法’这一概念中,‘国际’一词的含义并不是指‘国家与国家之间’的意思,而是指‘跨越国界’的意思。”在公法和私法的划分中,国际商法应当属于私法的体系,因为它主要调整私人主体之间的法律关系。但是这里所说的“私人主体”似应作限定理解,即仅指从事商业活动的主体,而不是指一般的民事主体。

国际商法所调整的“商事”交往关系应作广义的理解,现代商法的

① 参见余劲松、吴志攀主编:《国际经济法》,北京大学出版社、高等教育出版社,2000年版,第3页、第6页。

② 高尔森、程宝库:《论涉外经济法律的部门归属与学科划分》,载《南开国际经济法论文集(再续集)》,天津人民出版社,2001年版,第8页。

③ 葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社,1999年版,第309页。

理念早已超越了“商品交换”的范畴。联合国国际贸易法委员会起草的《国际商事仲裁示范法》对“商事”的注释是：具有商事性质的关系包括但不限于下列交易：任何提供或交换商品或劳务的贸易交易，销售协议，商事代表或代理，保付代理，租赁，咨询，设计，许可，投资，融资，银行业，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，客货的航空、海洋、铁路或公路运输。我国《民法通则》第2条对民事关系作了定义：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”但是对于商事关系却没有哪一部法律加以规定。我国在加入1958年的《纽约公约》（即《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》）时提出了商事保留声明，并对“商事”一词作了定义，这可以看做是我国对“商事”概念较为权威的解释。“商事”所指包括货物买卖、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、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故等。其他国家，像美国、法国、德国等国家的商法典，均未对商法加以定义，但是其商法典中规定的内容都是相当广泛的。

其次，从调整方法来看，国际商法的调整方法也是独具特色的。国际商法在其产生之初，是以商人习惯法的形式存在的。在商人习惯法时期，早期的商人们就自己组织法院来解决他们之间发生的争议。现代商法同样以其调整方法的灵活性、多样性而著称。国际商事争议的解决方法，既包括协商和调解，又包括仲裁与诉讼；在仲裁和诉讼之间，当事人可以协议选择；即便已经选定了以诉讼方式来解决纠纷，双方还可以协议选择受理案件的法院。

国际商法能作为一个独立的法律部门出现，还因为它具有一系列独有的特征，这些特征包括国际商法的习惯法特性、国际性以及自治性特征等。

（1）国际商法的习惯法特性。国际商法最初起源于中世纪欧洲的商人习惯法，这时候民族国家尚未形成，来自不同地域的商人们开始在一些较大的港口、集市上从事交易。早期的商人习惯法就这样在商人们经常性反复的交往中自发地产生了，这时国家强制力尚未介入商事活动。

商人们通过反复的交往实践不仅确立了约束彼此行为的实体性规则,而且形成了解决争议的程序性规则,甚至建立了与国家政权相脱离的商人法院。到 18、19 世纪,随着国家主权观念的加强,各国纷纷将这些商人习惯法纳入自己的国内法之中。但是,“把商法统一到各国国内法制度中的一个显著特点是:没有任何一个国家把商法完全纳入到国内法”^①。纳入到国内法中的商人习惯法并没有完全失去其原有的特性,我们仍然可以从中发现各种习惯法做法所体现出来的普遍合理的规则,并且一些旧的国际商业惯例依然在商人的交往中继续发挥着作用。

19 世纪,一方面各国商法相继走上了法典化的道路,另一方面由于跨国商事交往的迅速发展,新的商人习惯法不断涌现。新的商人习惯法具有鲜明的国际性和统一性,被称之为国际商事惯例。进入 20 世纪后,一些国际组织着手对以往那种杂乱无章的商人习惯法进行整理编纂,国际商事惯例得以成文形式出现,给从事跨国商事交往的商人提供了极大的方便。这些国际商事惯例中,比较重要的有:国际海事委员会编纂的《约克—安特卫普规则》(共同海损理算规则);国际商会编纂的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》。这些惯例通俗易懂、含义明确、技术性可操作性强,易于为各国商人接受。商人们一旦予以采用,这些惯例就对他们产生约束力。引用国际商事惯例来处理商事关系中的权利义务,往往比运用国内法更能节省商业成本,也避免了因各国法律规定存在歧义所带来的不便。

(2) 国际商法的国际性特征。资本主义进入垄断阶段后,虽然各国均加强了对跨国商事活动的管制和调节,但是由于商事行为的特殊性,决定了各国商法规范必然具有很多通用的规则,比如,有关支票、船舶碰撞、共同海损等规定,各国商事法中几乎没有任何实质性的差别。到了近现代,商事法的国际化倾向日益明显。随着现代化交易手段在国际商事交易中的运用,各国间经济往来日益紧密地连成一体,国家之间不断订立条约来规范跨国商事活动。同时各国为使本国商事立法与国际

^① [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文选译,中国大百科全书出版社,1993 年版,第 10~11 页。

条约相一致,有的对原有法律进行修改,有的在制定新法时尽可能与之相协调。因此我们说,在国际商法领域,国内立法和国际立法(我们在此不妨借用这个词语来指称国际条约)是双向互动的,即一方面国内法不断地从国际法中吸收营养来充实自己,另一方面国际立法也尽量兼顾各个法律体系的有关规定,并努力予以协调。《联合国国际货物销售合同公约》就是这种思想的产物,该公约试图兼取大陆法和英美法两大法系的优点并加以折衷,以便使公约具有更为广泛的可接受性。

国际商法的国际性既是各国商事交往空前繁荣的需要,同时也是经济技术飞速发展的必然要求。“资本的特性就是牟利”,营利性是商业的本质特征,因此科学技术的发展,往往很快就能被商业利用。这些手段的应用反过来极大地促进了商事交往的国际化,当然也就促进了国际商法的国际性的加强。现在,电子商务迅速推广开来,有人曾预言电子商务将会以令人难以置信的速度促成商事法的国际化和统一化。网络世界使人与人之间的距离感消失了,国界有可能在一体化的世界中变得不再那么重要。解决网络给我们带来的全新的法律问题,已经是刻不容缓的事情了。

“由于商法具有国际性的特点,所以有‘国际商法’的概念,但无‘国际民法’的概念,而对商法的国际性的研究,则有利于国际商法的建立。”^①当然,我们也不能作过于乐观的估计,在一个主权林立的国际社会里,让商人们按照完全一致的规则去从事交易,这在目前来说,还是遥不可及的事。正因如此,我们更要加深对国际商法的研究与学习,努力促进我国的商法与国际惯例的接轨,以便能更为顺利进行国际商事交往,将我国建设成为对内对外全面开放的市场经济国家。

(3)国际商法的自治性。国际商法的自治性有两方面的含义:商法规则形成的自治性和商人的意思自治性。在中世纪商人习惯法时期,就有各种商业行会组织,他们经协商一致确立自治性的行业规范,以实现自我约束、自我发展、自己管理自己。这些行会规约有的甚至得到了国家的认可,商人们依靠它来与教会的势力相抗衡。在文艺复兴以及资产

^① 周先彬、任先行:《比较商法研究》,北京大学出版社,2000年版,第22页。

阶级革命时期所说的中产阶段,实际上就是这些在经商过程中崛起的商人,即资本家的前身。他们力倡人的个性解放,竭力争取个体权利,反对教会的“只有吃苦受穷才能升入天堂”的思想,将经商致富看做是自己的“天职”并美其名曰是充当“上帝的选民”。在现代商法发展阶段,国际性的商会组织进一步加强了对商事惯例以及商人自治法的制定。“新的商人习惯法作为自治法,只有在主权国家同意许可的情况下才能在其管辖范围内适用;然而,这几乎不会引起什么麻烦,因为经验表明,多数主权国家对此没有异议。”^①在实行市场经济的各个国家的商事法一般都确认,在有商事自治法存在的条件下,首先适用商事自治法,再就是商事特别法,然后是适用商人习惯法以及其他法。

商人的意思自治性是指,在不违反强行法的前提下,当事人在制订合同方面有着相当大的自由。商人们可以选择其权利义务适用法律,甚至于对选择的法律规则本身作出更改,双方当事人作出修改的协议具有相当的法律效力;当事人还可以选择解决争议的方式。在市场经济的建设过程中,我们要充分发挥商法自治自律的作用,尽量减少政府对微观经济活动的干预,从而降低商事活动的法律成本,增进社会效益。结合我国的国情,由于过去长期受计划经济的影响,因此在制定我国的商法时,要十分重视商事自治性的建设。规约可以由各个行会自行制定,纠纷以商会自行调节、仲裁为主。

综上所述,国际商法不仅有着独特的调整对象和独特的调整方法,而且有着独特的个性特征,国际商法作为一个独立的法律部门将有利于我国的法律建设朝着科学化、国际化的道路迈进,也更有利于我国的商事法律与国际惯例的接轨,从而有效地促进社会主义市场经济建设。

^① [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文选译,中国大百科全书出版社,1993年版,第17页。