



21世纪 高等职业教育通用教材

国际商法

● 尚书清 闫洪柱 主编

上海交通大学出版社

21 世纪高等职业教育通用教材

国际商法

主 编 尚书清 闫洪柱

上海 交 通 大 学 出 版 社

内 容 提 要

本书比较详尽地介绍了国际商法的基本特征、两大法系的法律特点,就国际商事合同法、组织法、国际货物买卖法、海商法、国际商事仲裁做了重点叙述。本书适时反映了当今国际商法的发展趋势,并强调理论与实际相结合,力求“以案说法”,内容深入浅出,便于学生理解。

本书可作为高等职业教育通用教材,也可用于大中专院校教学及与之相关领域的专业人员参考。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法 / 尚书清, 闫洪柱主编. — 上海: 上海交通大学出版社, 2005
21 世纪高等职业教育通用教材
ISBN 7-313-03996-4

I. 国... II. ①尚... ②闫... 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(2005)第025091号

国际商法

尚书清 闫洪柱 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 张天蔚

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm × 1230mm 1/32 印张: 8 字数: 225 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1—5 050

ISBN 7-313-03996-4/F · 545 定价: 13.00 元

版权所有 侵权必究

序

发展高等职业教育,是实施科教兴国战略、贯彻《高等教育法》与《职业教育法》、实现《中国教育改革与发展纲要》及其《实施意见》所确定的目标和任务的重要环节;也是建立健全职业教育体系、调整高等教育结构的重要举措。

近年来,年轻的高等职业教育以自己鲜明的特色,独树一帜,打破了高等教育界传统大学一统天下的局面,在适应现代社会人才的多样化需求、实施高等教育大众化等方面,做出了重大贡献。从而在世界范围内日益受到重视,得到迅速发展。

我国改革开放不久,从1980年开始,在一些经济发展较快的中心城市就先后开办了一批职业大学。1985年,中共中央、国务院在关于教育体制改革的决定中提出,要建立从初级到高级的职业教育体系,并与普通教育相沟通。1996年《中华人民共和国职业教育法》的颁布,从法律上规定了高等职业教育的地位和作用。目前,我国高等职业教育的发展与改革正面临着很好的形势和机遇:职业大学、高等专科学校和成人高校正在积极发展专科层次的高等职业教育;部分民办高校也在试办高等职业教育;一些本科院校也建立了高等职业技术学院,为发展本科层次的高等职业教育进行探索。国家学位委员会1997年会议决定,设立工程硕士、医疗专业硕士、教育专业硕士等学位,并指出,上述学位与工程学硕士、医学科学硕士、教育学硕士等学位是不同类型的同一层次。这就为培养更高层次的一线岗位人才开了先河。

高等职业教育本身具有鲜明的职业特征,这就要求我们在改革课

程体系的基础上,认真研究和改革课程教学内容及教学方法,努力加强教材建设。但迄今为止,符合职业特点和需求的教材却还不多。由泰州职业技术学院、上海第二工业大学、金陵职业大学、扬州职业大学、彭城职业大学、沙洲职业工学院、上海交通高等职业技术学校、上海交通大学技术学院、上海汽车工业总公司职工大学、立信会计高等专科学校、江阴职工大学、江南学院、常州技术师范学院、苏州职业大学、锡山职业教育中心、上海商业职业技术学院、潍坊学院、上海工程技术大学等百余所院校长期从事高等职业教育、有丰富教学经验的资深教师共同编写的《21世纪高等职业教育通用教材》,将由上海交通大学出版社等陆续向读者朋友推出,这是一件值得庆贺的大好事,在此,我们表示衷心的祝贺。并向参加编写的全体教师表示敬意。

高职教育的教材面广量大,花色品种甚多,是一项浩繁而艰巨的工程,除了高职院校和出版社的继续努力外,还要靠国家教育部和省(市)教委加强领导,并设立高等职业教育教材基金,以资助教材编写工作,促进高职教育的发展和改革。高职教育以培养一线人才岗位与岗位群能力为中心,理论教学与实践训练并重,二者密切结合。我们在这方面的改革实践还不充分。在肯定现已编写的高职教材所取得的成绩的同时,有关学校和教师要结合各校的实际情况和实训计划,加以灵活运用,并随着教学改革的深入,进行必要的充实、修改,使之日臻完善。

阳春三月,莺歌燕舞,百花齐放,愿我国高等职业教育及其教材建设如春天里的花园,群芳争妍,为我国的经济建设和社会发展作出应有的贡献!

叶春生

前 言

本书结合高等职业教育的特点,以培养具有国际商法方面专业知识同时具有较强的实践技能的人才为目标,采用案例教学方法,由一些多年从事国际商事法律教学、研究,并有大量实践经验的教师编写而成。

自进入 21 世纪以来,国际性的经济贸易交往活动越来越频繁、广泛,全球的经济贸易呈现出一体化,与此相适应,各个国家的法律制度、国际上的惯例、公约等方面也会与之相应地发生变化,这就必须运用国际商法来适应这些变化。但至今,国际商法没有一个公认的统一体系,各种类型的国际商法教材在内容、结构上都有所差别,而高职高专的教材就更少。所以,为了适应高等职业教育的需要,我们对国际商法的内容与结构进行相应的整理和分析。在编写的同时力求在内容上全面,对理论知识的阐述简明扼要,案例的分析力求透彻,具有说服力,体现新意,符合高职教育能力培养的特点,突出实践性、应用性和科学性,着重提高学员分析问题、解决问题的能力,在系统地讲述国际商法基本理论知识的同时,突出相应的案例分析,做到理论与实际相结合,具有操作性。

全书内容分为 6 章。第 1 章导论,由尚书清负责编写;第 2 章商事组织法,由齐玉华负责编写;第 3 章合同法,由宋佳娟负责编写;第 4 章买卖法,由蔡铁军负责编写;第 5 章海商法,由闫洪柱负责编写;第 6 章国际商事仲裁,由郭

占军负责编写。

由于编者的学识有限，书中的错误与不当之处难免，恳请读者批评指正，以求进步。

编 者

目 录

1 导论.....	1
1.1 国际商法概述.....	1
1.2 英美法系和大陆法系.....	4
2 商事组织法.....	12
2.1 商事组织法概述.....	12
2.2 独资企业.....	14
2.3 合伙企业.....	17
2.4 公司企业.....	26
3 商事合同法.....	48
3.1 合同法概述.....	48
3.2 合同的订立.....	53
3.3 合同的履行.....	93
3.4 合同的终止.....	100
3.5 违反合同的责任.....	108
4 国际货物买卖法.....	135
4.1 国际货物买卖法概述.....	135
4.2 国际货物买卖合同的成立.....	142
4.3 国际货物买卖合同的内容.....	151
4.4 买方与卖方的义务.....	155

4.5 违反买卖合同的救济方法.....	160
4.6 货物所有权与风险的转移.....	163
5 海商法.....	168
5.1 海商法概述.....	168
5.2 国际海上货物运输合同.....	176
5.3 海上事故.....	199
5.4 海上保险.....	209
6 国际商事仲裁.....	215
6.1 国际商事仲裁概述.....	215
6.2 国际商事仲裁协议.....	217
6.3 国际商事仲裁机构及其规则.....	223
6.4 仲裁裁决的承认和执行.....	234
参考文献.....	243

1 导论

1.1 国际商法概述

1.1.1 商法的概念

对于这一概念的解释，要从“商”字开始，“商”一般解释为以营利为目的，并进行登记的主体所进行的行为。什么是商法呢？它是调整市场经济活动中，商事主体在商事交易中所形成的商事关系的法律规范的总和。对于这一概念，我们就需要明确一下有关商事交易、商事主体和商事关系的含义。

1.1.1.1 商事交易

商事交易有别于民事交易，是以营利为目的而进行的商品生产与商品交换的行为。传统的商事交易主要是以有形商品的买卖为其核心内容，但在现代社会中随着经济的快速发展，经济全球化程度的加剧，商事交易的对象已发生了巨大的变化，早已经突破了传统的交易范围，而成为了不仅包括有形商品，还包括大量的无形商品等。如：技术、商标、专利等方面。

1.1.1.2 商事主体

商事主体是依法从事商事交易，享有商事权利与商事义务的当事人。它包括自然人和商事企业。

1) 自然人。它是依法具有民事权利能力和民事行为能力，能够以自己的名义进行商事交易的享有权利与承担义务的主体。民事权利能力与民事行为能力是法律赋予的，来自法律的直接规定，比如我国法

律中就把公民的民事行为能力分为三类：完全民事行为能力、限制民事行为能力 and 无民事行为能力。如果进行某项民事活动不具有民事行为能力则没有主体资格，就不能进行相应的活动。

2) 商事企业。也称商事组织，它是以营利为目的能够以自己的名义从事商品经营的经济组织。它包括：独资企业、合伙企业 and 公司企业三种商事企业形式。具体内容在商事组织法中讲述。

1.1.1.3 商事关系

商事关系是商事主体之间基于商事交易所形成的商品生产与交换关系，它是社会关系的一种，是人们从事商事交易过程中所形成的社会关系（社会关系就是人与人之间的关系）。人们从事商事活动的多样性使得商事关系也复杂多样，比如包括货物买卖关系、商事组织关系等等。

1.1.2 国际商法的概念

国际商法的定义为：它是调整市场经济中，国际商事主体在国际商事交易中所形成的国际商事关系的法律规范的总和。“国际”一词的含义，它不是指国家与国家之间的意思，而是指跨越国界的意思，它包括两方面的内容：一是调整国际商事交易的法律规范即行为法部分；二是调整商事组织的法律规范。

1.1.3 国际商法的渊源

法的渊源是法学的理论问题之一，它是指法定的国家机关制定的具有不同法律地位或效力法的各种具体表现形式。如在大陆法系国家中，判例不是法的正式渊源，而在英美法系国家中，判例则是法的一个非常重要的正式渊源。在我国，法的渊源主要为宪法、法律、行政法规、地方性法规等。明确了法的渊源，那么，国际商法渊源这一概念就应当表述为国际商法的各种具体表现形式。其内容主要包括有关商事方面的国际条约和国际惯例。

1.1.3.1 国际条约

一般意义上的国际条约是两个或两个以上的国家之间关于经济、贸易等方面达成的，规定其权利与义务的协议。它属于国际法，但各个国家在经过了法定程序批准生效而成为参加国的国际条约则具有同国内法同等的法律约束力。国际条约的称谓很多，可以称为公约、协定、和约、盟约、议定书、公报等等。我国自改革开放以后，同其他国家签订了大量的经济贸易方面的国际条约，涉及面很广，内容丰富，对于发展我国的对外经济贸易，加强国家之间的交往与经济贸易合作，建立维护世界经济贸易新秩序，起到了极为重要的作用。如：《承认及执行外国仲裁裁决公约》、《保护工业产权巴黎公约》、《解决国家与他国国民投资争端公约》、《联合国国际货物销售合同公约》等等，这些条约都是我国法的渊源中非常重要的内容。

1.1.3.2 国际惯例

作为国际商法的重要渊源的惯例，应是国际经济贸易交往中，经过反复使用。长期实践，逐渐形成的已被各国商事主体普遍接受和采纳的习惯做法。它不是由国家或政府之间缔结的，不同于国际条约，惯例不是法律，没有普遍的约束力。它开始是以约定俗成的不成文形式出现。现在，许多这方面重要的国际惯例已被编纂成文，对国际经济贸易发挥着巨大的作用。目前，在国际经贸活动中，影响最大的贸易惯例是国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》和《跟单信用证统一惯例》。值得注意的是，国际惯例不同于国际条约，但是只要进行商事交易的当事人，约定了采用某项惯例调整相互之间的权利与义务关系时，该项惯例就对当事人具有了法律约束力。例如：作为订立国际货物买卖合同当事人，一旦在合同中采纳了某项惯例，则它对合同双方当事人就具有了约束力，当事人必须遵守。在我国法律中规定，对于法律未作规定的事项，可以适用国际惯例。可见，对于公认的国际习惯或惯例，也是我国的一个法的渊源。

1.1.4 国际商法的历史发展

国际商法发展至今，经历了三个发展阶段：第一阶段在中世纪，以商人习惯法的形式出现的，主要出现在 11 世纪意大利的威尼斯。第二阶段在 17 世纪，商人习惯法被吸收到欧洲各国的国内法之中，使商法成为国内法的一部分，失去了它原有的国际性、统一性。在欧洲大陆，主要通过制定法；在英美法系国家，商人习惯法被吸收到普通法里去了。第三阶段，是恢复商法的国际性与统一性阶段。联合国及其他一些国际性组织在法学领域开始恢复国际商法的概念，来努力摆脱商法在各国的国内法的民法色彩，使其成为带有世界普遍性意义的国际商事法则。因此，国际商法的发展轨迹可以简单概括为“国际法—国内法—国际法”这样的过程。尽管如此，各国有关商事、国际贸易方面的法律，仍然是国际商法的重要补充，各国的国内立法仍是国际商法的一个渊源，学习国际商法，就必须了解掌握主要国家尤其是发达国家在经济贸易方面的规定，只有这样，才能比较全面、系统地学习国际商法。

1.2 英美法系和大陆法系

法系是指根据法的历史传统及其所具有的某些特点对世界各国的法所作的分类，凡属于同一历史传统的法就构成一个法系。它不同于法律体系，不是法律体系的简称。

1.2.1 英美法系

英美法系又称为普通法系、英吉利法系和海洋法系，它形成于英国，它是英国自中世纪以来以普通法为基础而发展起来的，以后扩展到了美国以及其他曾为其殖民地的国家或地区，以英国和美国为典型代表国家，此外澳大利亚、新西兰、巴基斯坦、印度、新加坡、马来西亚、爱尔兰、加拿大等国家以及香港等地区也属于英美法系，值得注意的是英国的苏格兰、加拿大的魁北克省和美国的路易斯安那州都

属于大陆法系而不是普通法系，美国 and 英国这两个国家的法律有许多相通之处，两国都把法分为普通法与衡平法，两国都以判例法作为法的主要渊源等，下面以英国法为例加以重点介绍。

1.2.1.1 英国法的特点

英国法就其特点来讲主要有两个：

1) 法的二元性结构。把它的全部法律划分为普通法与衡平法，这种法的二元性结构是英国法的主要特点。其中普通法是自 11 世纪诺曼底人入侵英国以后，国王为削弱封建领主的势力加强王权，由国王建立起来的国王法院权力不断扩大，通过法院法官的判例形成的、普遍适用于全国性的一种法律(苏格兰除外)。而衡平法是普通法的对称，产生于 14 世纪，是为补充和匡正普通法的不足由国王指示枢密大臣不受普通法的约束，而是根据公平与争议的原则、规则对普通法进行修正、补充而出现和发展起来的一种法律。普通法与衡平法两者有着明显的区别，主要表现为：

(1) 两者的救济方法不同。救济的特定含义是指：通过一定的诉讼程序给予当事人以法律上的保护。不是指经济意义上的或其他意义上的，而是特指法律意义上的救济。在普通法中，救济方法有两种，就是金钱赔偿和返还财产。而金钱赔偿这种损害赔偿的方法是作为主要的救济方法，因为在一般的情况下，采用这种救济方法就可以实现维护当事人的合法权益，但有些情况如土地、房屋等不动产的交易及古董等特定物的买卖就必须采用衡平法的救济方法，衡平法的救济方法主要有禁令、实际履行，其中禁令是由法院发出的命令当事人进行某种行为或不得进行某种行为，来预先防止不法行为、违约行为的发生，这样弥补了普通法的不足，因为按普通法当事人就只能坐等不法行为、违约行为发生以后，才能向法院提出请求进行损害赔偿。在英国遇到防止不法侵害财产、违约行为、违反信托行为，以及制止不法征收租税等政府或其官员的不法行为的情况下，可以依衡平法发出禁令。至于实际履行或依约履行，它是衡平法院判令负有义务的一方当事人按照合同的约定履行其应承担的合同义务。采用这种救济方法是

在违约所遭受到的损害不能用金钱赔偿的方法或者受到的损害金额无法确定时才采用，它要求负有义务的当事人按照合同规定标的数量、质量、价款、履行期限及地点方式等如实的完成自己的义务，强调履行客体与合同标的要完全一致。

(2) 两者的诉讼程序不同。总体上讲衡平法有自己的诉讼程序，它较之普通法的诉讼程序更加灵活。主要表现为根据衡平法审理的案件不设陪审团，采用的方式是书面形式，而按照普通法则正好相反，不仅要实行陪审团制度，法院审理案件采用的是口头询问形式，听取的是当事人的口头答辩。在相当长的时间内即从 14 世纪至 19 世纪期间，存在着两大法院并存的局面。直至 1875 年颁布了法院组织法，才建立了英国的统一法院组织体系，由同一法院来适用普通法和衡平法，结束了两大法院体系并存的局面。这样当确定一个案件究竟是适用普通法还是衡平法时，原则上凡是采用书面诉讼程序的就适用衡平法。

(3) 两者的法律术语不同。衡平法有不同于普通法自己特有的法律术语，如：在衡平法中，起诉被称为 *suit*，而在普通法中，则被称为 *action*；在普通法中，权利被称为 *rights*，而在衡平法中，则被称为 *interests*；在衡平法中，判决被称为 *decree*，而在普通法中，则被称为 *judgment*，等等。据此，英国律师、法官也分成了两类，即普通法律师法官和衡平法律师法官，他们受到的训练、处理案件采用的方法都是不同的。

2) 非常重视程序法。所谓程序法，它是与实体法相对应的一个概念，是根据法所规定内容的不同而对法所做的分类，它是指法所规定的内容主要是保证法律关系主体的权利和义务得以实施的程序或方法的法律，从英国法的发展史上很容易就可以看出英国重视程序法这一特点，这是因为它的普通法是由当事人按照一定的令状向法院起诉，而每一种令状开始的诉讼都有自己的固定程序，只有通过这样固定的诉讼程序才能实现当事人的权利。否则权利就不存在，就不会受到法律的保护。因此，在英国有一句很著名的格言“救济先于权利”，这里的救济就是属于程序法的范畴，而权利是实体法的范畴，从这点上可以看出诉讼程序在英国法中是何等的重要。

对于英国的法院组织系统，其组织比较复杂，它的法院层级分为高级法院和低级法院两种。在高级法院中又分为高等法院、王冠法院和上诉法院。其中，高等法院设有三个法庭，即亲属法庭、王座法庭和枢密大臣法庭，在王座法庭内又分别设立了海事法庭和商事法庭；枢密大臣法庭内又分设了公司法庭和破产法庭。每个法庭的法官都是从律师中选任的，适用着不同的诉讼程序。王冠法院负责审理有关刑事方面的案件。上诉法院是高级法院内的第二审级法院，一般是由三名法官组成合议庭来进行审案，如果对于上诉法院的判决不服，在极个别的情况下可以向上议院内的上诉委员会进行上诉，而上诉委员会仅仅受理全国性的案件或其海外领地最高法院判决不服的上诉案，以及没有排除这种管辖权的英联邦成员国最高法院的上诉案件。值得注意的是，在英国，当事人可以直接向高等法院和王冠法院这两个法院提起诉讼，但为避免案件的积压拖延，一般可指定低级法院来受理其中一些案件。英国的低级法院主要分为郡法院和治安法院。其中郡法院审理的案件一般都是一些争议金额较小的简单民事案件，但法官从律师中选任。而治安法院负责审理的主要是一些轻微违法犯罪案件。如果当事人对郡法院、治安法院的判决不服就可直接到上诉法院提出上诉。英国没有独立的行政法院系统也不设检察官制度。

1.2.1.2 英国法的渊源

英国法的渊源是指英国法的各种表现形式。主要是判例法、成文法及习惯。

1) 判例法。它是英国法的主要渊源，它是由高级法官以判决形式发展起来的法律规则。学习判例法必须掌握 19 世纪上半叶确立起来的“先例约束力”原则。这一原则主要包括三方面的内容：

(1) 上议院的判决是具有约束力的先例，全国各级审判机关都必须遵守，并且上议院不受自己先例的约束，以适应形势的发展变化。

(2) 上诉法院的判决可以构成对下级法院具有约束力的先例，并且上诉法院本身也必须遵守。

(3) 高等法院每一个庭的判决对一切低级法院都是具有约束力

的，对高等法院的其他各庭以及王冠法院也具有很大的说服力。

因此，在英国只有上诉法院、高等法院和上议院的判决才能构成先例，才会产生法的约束力，是必须遵守的。但需说明的是，具有先例约束力的高级法院的判决不是整个判决的全文都构成先例，这是因为英国高级法院判决由两大部分组成，一部分为法官做出判决的理由，另一部分是法官对判决理由的解释，但这并不是做出判决所必须的。对判决内容做这样的区分非常重要，在英国只有判决的理由才可能构成先例，具有判例法的约束力，而对判决理由的解释不能构成先例，仅仅具有一定程度的说服力。说服力与约束力是两个有着本质区别的概念，具有约束力的先例必须得到遵循，而具有说服力的内容仅具有参考作用。英美法中的先例约束力原则无论是在普通法中还是衡平法中都是适用的，必须掌握这一原则。另外还需了解：英国法院对其判决只公布其中的一部分，对于不涉及新问题不宜作为先例的判决就不予公布，如上议院只公布其判决的 75%，上诉法院只公布 25%，高等法院只公布 10%。

2) 成文法。这也是英国法的重要渊源，它包括由国会制定的法律和由行政机关据法律制定的条例，但必须强调的是由于英国是判例法国家，判例法是基础，成文法仅是对判例法进行补充而且即使是国会制定的成文法也必须经过法院判决，加以解释进行重新肯定，才能成为英国法的组成部分，这是英国法的又一个特点。

3) 习惯。它作为英国法的渊源所占比重相当小，在英国只有那些在 1189 年时就已存在的地方习惯才具有约束力。因此，它在英国法中所起的作用是非常小的。

1.2.2 大陆法系

大陆法系又称民法法系、罗马法系、法典法系或罗马-德意志法系，是以罗马法为基础而发展起来的法律总称。大陆法系形成于西欧，以法国和德国为代表，除了这两个国家以外，还有意大利、瑞士、荷兰、日本，以及阿尔及利亚、埃塞俄比亚等国家，甚至在属于英美法系的国家中个别地区也属于大陆法系，如美国的路易斯安那州、加拿大的