

高等院校应用型规划教材

新编国际商法

原理、案例

戴丽萍 何善华 陈文彬 主编



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

高等院校应用型规划教材

新编国际商法

原理、案例

戴丽萍 何善华 陈文彬 主编



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

新编国际商法：原理、案例/戴丽萍，何善华，陈文彬主编. —广州：暨南大学出版社，2014. 12

(高等院校应用型规划教材)

ISBN 978 - 7 - 5668 - 1162 - 2

I. ①新… II. ①戴…②何…③陈… III. ①国际商法—教材 IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 219397 号

出版发行：暨南大学出版社

地 址：中国广州暨南大学

电 话：总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)

传 真：(8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编：510630

网 址：<http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版：广州良弓广告有限公司

印 刷：佛山市浩文彩色印刷有限公司

开 本：787mm × 960mm 1/16

印 张：16.75

字 数：397 千

版 次：2014 年 12 月第 1 版

印 次：2014 年 12 月第 1 次

印 数：1—3000 册

定 价：35.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题，请与出版社总编室联系调换)

前 言

经济一体化、贸易全球化的趋势无法逆转，国际贸易、国际物流、电子商务等活动日益繁荣。随着 2001 年我国加入 WTO，我国与世界各国的经济往来更加密切，这对我国外贸人才的培养提出了更高的要求。根据教育部 2006 年 16 号文件《关于全面提高高等职业教育教学质量的若干意见》的要求，高等职业教育以提升职业素养和职业能力为核心，推行“双证制度”，“教、学、做”一体化，强化学生的职业能力培养，加强理论与实践相结合的工学结合教材建设。本书的编写正是为了满足这一要求。编者结合自身多年的教学和实践经验，编写了本书。

本教材是国际经济与贸易专业、报关与国际货运专业以及其他相关专业的专业必修课程所用教材，职业性和实用性特别强。考虑到非法律专业学生的特点，本教材在编写过程中，理论知识以够用为原则，以实用为目的，文字表达力求通俗易懂，法律术语的解释尽量简单明了。本书既可以作为普通高等院校和高职院校非法律专业学生的教学用书，也可以作为法律爱好者的自学用书。

为了激发学生的学习兴趣，书中每章开头都设置了引导案例；为了培养学生的思考和分析解决问题的能力，每章最后都设计了专门的思考题和能力训练题；为了加深学生对书中每章的重点法律规则的理解和把握，文中还穿插了一些案例分析题和思考题，便于学生进一步学习和巩固所学知识。本书对《公司法》、《保险法》、《商标法》和《民事诉讼法》等相关内容的引用均采用了最新的法律法规规定。

本书由广东机电职业技术学院陈弓老师和王美燕老师担任主审，广东机电职业技术学院戴丽萍老师、何善华老师和广州大学华软软件学院陈文彬老师担任主编，广州金鹏律师事务所王朝阳律师和广东机电职业技术学院潘巍巍老师担任副主编。具体分工如下：戴丽萍编写第一章、第二章、第三章、第四章、第五章；何善华编写第六章、第七章和第十一章；陈文彬编写第八章和第九章；王朝阳编写第十章；潘巍巍编写第十二章。本书的编写思路、编写大纲以及统稿工作由戴丽萍负责完成，审稿工作由陈弓老师和王美燕老师负责完成。

在本书编写过程中，我们借鉴和参考了很多专家与学者的研究成果以及同行教材编写的相关资料，在此向相关作者表示衷心的感谢！

由于编者水平有限，加之编写时间仓促，书中难免有不足之处，敬请各位同行和读者批评指正。

编 者

2014 年 9 月

目 录

前 言 / 1

第一章 国际商法概论 / 1

第一节 国际商法的概念和渊源 / 2

第二节 大陆法系和英美法系 / 4

第三节 法律冲突和法律适用 / 7

思考题 / 9

能力训练题 / 9

第二章 国际商事组织法 / 11

第一节 个人独资企业法律制度 / 12

第二节 合伙企业法律制度 / 15

第三节 公司法律制度 / 24

思考题 / 40

能力训练题 / 40

第三章 代理法 / 43

第一节 代理法概述 / 44

第二节 代理的法律关系 / 51

第三节 我国的代理法律制度 / 56

思考题 / 58

能力训练题 / 59

第四章 合同法 / 60

第一节 合同和合同法概述 / 61

第二节 合同的订立 / 65

第三节 合同的效力 / 74

第四节 合同的履行 / 78

第五节 合同的转让和消灭 / 82

思考题 / 84

能力训练题 / 84

第五章 国际货物买卖法 / 87

第一节 国际货物买卖法概述 / 88

第二节 买卖双方的主要义务 / 91

第三节 货物所有权和风险的转移 / 97

第四节 违约的补救办法 / 101

思考题 / 109

能力训练题 / 109

第六章 国际货物运输法 / 110

第一节 国际海上货物运输法 / 111

第二节 提单和海运单概述 / 118

第三节 关于提单的国际公约 / 132

第四节 国际多式联运法律制度 / 134

思考题 / 136

能力训练题 / 136

第七章 国际货物运输保险法 / 138

第一节 国际货物运输保险的基本原则 / 139

第二节 国际货物运输保险合同 / 142

第三节 国际海上货物运输保险 / 147

思考题 / 155

能力训练题 / 155

第八章 国际贸易支付法律制度（一）——票据法 / 157

第一节 票据和票据法 / 158

第二节 票据行为 / 161

第三节 票据权利 / 163

第四节 我国关于汇票、本票、支票的规定 / 169

思考题 / 177

能力训练题 / 177

第九章 国际贸易支付法律制度（二）——汇付、托收和信用证 / 180

第一节 汇付与托收 / 181

第二节 信用证 / 185

思考题 / 197

能力训练题 / 197

第十章 产品责任法 / 199

- 第一节 产品责任法概述 / 200
- 第二节 美国产品责任法 / 202
- 第三节 欧洲各国的产品责任法 / 209
- 第四节 关于产品责任的国际公约 / 212
- 第五节 我国的产品责任法 / 216
- 思考题 / 220
- 能力训练题 / 221

第十一章 工业产权法 / 223

- 第一节 工业产权法概述 / 224
- 第二节 专利法 / 225
- 第三节 商标法 / 235
- 思考题 / 242
- 能力训练题 / 242

第十二章 国际商事争议的解决 / 244

- 第一节 国际商事争议的解决方式 / 245
- 第二节 国际商事仲裁 / 246
- 第三节 国际商事诉讼 / 256
- 思考题 / 260
- 能力训练题 / 260

参考文献 / 262

第一章 国际商法概论

知识目标

掌握国际商法的概念和渊源；掌握大陆法系和英美法系的区别；理解法律冲突和法律适用。

能力目标

认识到法律适用的复杂性，在商事合同中尽量约定适用自己最熟悉的法律法规，以达到利用法律来维护自己合法权益的目的。

引导案例

日本某公司作为卖方将其在中国境内某分公司生产的货物直接卖给中国的某公司，买卖双方在合同中约定处理合同争议所适用的法律为第三国的法律。后因产品质量问题，中国的买方拒绝给付货款并要求日方支付违约金并赔偿损失，日方则坚持中方必须给付货款，双方遂发生争议。日本公司依据双方的协议向中国的法院提起诉讼。同时，因产品存在缺陷，致使中国消费者在中国境内使用时遭受人身伤害。请问：

- (1) 本案是否属国际商法调整的范围？
- (2) 法院能否依据买卖双方约定所选择的第三国的法律处理日本卖方与我国买方之间的争议？
- (3) 当中国消费者向中国法院提起产品责任诉讼时，法院是否也应适用买卖合同所选择的第三国的法律？

知识支撑

我们在从事国际商事活动时，不可避免地会碰到一系列的法律问题。比如我们和其他国家的主体一起组建一个公司，可能用到商事组织法；我们请他人帮忙处理某些事情或在海外销售产品，可能涉及代理法；我们在国际范围内买进或卖出货物，要用到国际货物买卖法；买卖的货物要运输，就会涉及国际货物运输法；运输的过程中可能会存在相关的风险，就可能涉及国际货物运输保险法；购进或销售的货物若存在产品缺陷致人受损害，则可能会用到产品责任法；若生产或者销售的产品侵犯了别人的知识产权，会涉及工业产

权法；若产品低价销售到其他国家，对其他国家生产同类产品的企业造成了实质性损害等，会涉及国际商事交易管制法；进行商事活动离不开款项的支付，会涉及国际贸易支付法律制度，掌握支付工具（货币和票据）与支付方式（汇款、托收和信用证）是非常重要的；而合同法更是无处不在。接下来我们将在各章节逐一介绍这些内容。

学习这门课程，我们首先得了解以下问题：什么是国际商法？它有什么特点？国际商法的渊源有哪些？大陆法系与英美法系有什么区别？遇到法律冲突该如何解决？

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

国际商法是指调整跨越国界或地区的国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总称。

从概念可以看出，国际商法的调整对象是国际商事关系。国际商事关系是指人们在实施国际商事行为的过程中产生的各种社会关系，是商事主体基于双方营利动机而建立起来的。

要理解国际商法的概念，就要从以下三个方面来把握。

1. “国际”

何谓“国际”，并没有一个确定的标准，但大多数学者认为，“国际”是一个非常广泛的概念，含有“涉外”、“跨越国界”之意。一般认为只要主体涉外或行为涉外即可以认为具有国际因素。商事交易的主体，如果一方、双方或多方具有不同的国籍，或其住所、营业所位于不同国家或者地区，即为主体具有国际因素；主体不具有国际因素，但是商事关系所指向的标的位于另一国家或地区，或产生、变更、消灭商事关系的法律事实发生在另一国家或地区，也可以认为具有国际因素。

我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第三百零四条规定，当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，即为涉外民事案件。

2. “商”

国际商法只调整商事关系，“商事”一词应从广义上理解，它包括一切经济活动，如买卖、代理、租赁、咨询、支付、运输、保险、银行、娱乐、旅游等。

但是与人身有关的关系，如跨国婚姻、家庭、收养、继承等，则不在国际商法的调整之列。

3. “法”

国际商法是一个庞杂的系统，是各种商事法律规范的总和。它不是一部法典，而是包括各种国际商事条约、国际商事惯例以及各国的国内商事立法。

国际商法既不同于国际经济法，也不同于国际私法。国际商法主要是实体法，但也包含一定的程序规范，在国际商法领域中，学者往往将票据法、公司法、海上货物运输法、保险法等实体法规范和商事仲裁、诉讼等程序法结合在一起研究，使之成为一种实体法和程序法的混合物。

注意：只要当事人的营业地点位于不同国家或地区之间，其所进行的商品交换活动，都是国际贸易，而不是国内贸易，都属于国际商法的调整范围。是否属于国际贸易，与当事人的国籍无关，只与营业地点有关。

【案例】我国中山某公司委托深圳某公司采购日本的一套设备，该行为是否属于国际商事交易？是否属于国际商法调整的范围？

【解析】中山某公司与深圳某公司之间是委托代理关系，虽然主体未涉外，但委托代理的内容涉外；深圳某公司接受委托帮中山某公司从日本购进货物，买卖合同当事人是中山某公司和日本某公司，主体涉外。因此，该行为显然属于国际商事交易，属于国际商法调整的范围。

二、国际商法的渊源

国际商法的渊源是指国际商法的表现形式。主要包括国际商事条约、国际商事惯例、各国的国内立法和判例。

1. 国际商事条约

国际商事条约是指国家间缔结的、规定缔约国商事主体在国际商事交易关系中权利和义务的书面协议。国际商事条约是国际商法最重要的渊源。

国际商事条约根据缔结或参与主体的不同可分为双边条约、区域性条约和多边国际商事条约。双边条约如我国与美国签订的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于投资保险和投资保证的鼓励投资的协议及有关问题的换文》；区域性条约如2001年欧盟颁布的《关于成员国法院间民商事取证合作第1206/2001号条例》等；多边国际商事条约非常多，重要的如1883年的《保护工业产权巴黎公约》、1924年的《海牙规则》、1980年的《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《公约》）等。

一国以国家的名义签订并承认了某一国际商事条约，根据国际“条约必须信守”的原则，该国就负有遵守条约的义务。但国际商事条约能否直接适用于国内的商事主体，各国做法不同。有的国家规定国际条约直接优先于国内法适用，如荷兰；有的国家要将国际条约转化为国内法才能适用，如英国。

我国的做法是：在民商事领域一般国际条约优先适用。《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第一百四十二条规定：“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

2. 国际商事惯例

国际商事惯例是指在国际商事交往中，由于长期、反复的国际实践而逐渐形成并受到

各国普遍承认和遵守的商事原则和规则。一般由某些国际组织或某些商业团体整理编纂成文，广为接受并普遍遵守。

构成对国际商事活动有约束力的惯例必须同时具备三个条件：第一，该规则具有确定的内容，即具体包含了当事人的权利和义务；第二，它已成为各国长期商事活动中反复使用的习惯；第三，它是各国普遍承认具有拘束力的通例。

国际商事惯例不是一国的国内立法，也不是一国缔结或加入的国际条约，所以从性质上来说，它不是法律，不具有法律的普遍拘束力。但按照各国的法律，一旦当事人双方在合同中采用了某项惯例，则该惯例对合同当事人就具有了法律约束力。

目前，许多重要的国际商事惯例已由一些国际组织编纂成文，在国际贸易和商事交易中发挥着很重要的作用。其中最有代表性的有：国际法协会制定的《1932年华沙—牛津规则》；国际商会制定的1978年《托收统一规则》、1990年和2000年《国际贸易术语解释通则》（以下简称《通则》）、1993年《跟单信用证统一惯例》等，这些商事惯例已获得世界上绝大多数国家和地区的承认、采用和尊重。

3. 各国的国内立法

由于依据现有的国际商事条约和国际商事惯例并不能解决一切商事领域中出现的问题，只是在买卖、支付、海商、保险等领域比较完备，而且现有的国际商事条约和国际商事惯例目前也并没有被世界上所有的国家和地区承认及采用，还有当事人也可能选择某一国内法来解决双方的争议，所以在很多场合下还要依靠冲突规范的指引，适用某一国的国内商事立法或商事判例来处理有关国际商事争议。因此，各国的国内立法也是国际商法的重要渊源。

4. 判例

在英美普通法之中，判例是国家法律的重要渊源或主要渊源，在商事领域也不例外。例如，英国是世界上开展对外贸易较早的国家之一，有关国际商法方面法院判决中的“先例”，对英国，甚至对其他西方国家都产生了很大的影响。因此，在英美法系国家，判例是其商法的重要渊源。

第二节 大陆法系和英美法系

所谓法系，是指根据各国法律的特点及其渊源关系对各国法律进行的分类。一般法学家认为，对世界各国的法律产生重大影响的法系有中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系，其中大陆法系和英美法系是目前影响最大的法系。学习国际商法必须先对这两大法系有所了解。

一、大陆法系

1. 大陆法系的概念

大陆法系又称罗马法系、民法法系、罗马—德意志法系，出现于13世纪的西欧，是

在继承和发展罗马法的基础上逐渐形成与完善的。大陆法系以 1804 年实施的《法国民法典》和 1900 年实施的《德国民法典》为标志，以法国和德国的法律体系为代表，许多欧洲大陆的国家如荷兰、比利时、卢森堡、瑞士、意大利等，整个拉丁美洲，非洲的一部分，以及亚洲的日本、泰国等，我国的大陆、台湾、澳门地区的法律体系都属大陆法系。值得注意的是，在英美法系的国家中，有个别地区的法律体系也属于大陆法系，如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省。

2. 大陆法系的特点

大陆法系的特点是强调成文法的作用，在结构上注重法律的系统化、条理化、逻辑化和法典化。大陆法系在法学上，分为公法和私法两大部分。公法主要是指宪法、行政法、刑法和诉讼法等；私法主要是指民法和商法等。

3. 大陆法系的渊源

大陆法系的渊源主要是成文法，一般包括宪法、法律（指国家立法机关制定的狭义的法律）以及条例等。判例在大陆法系国家一般不作为法的正式渊源。这是大陆法系与英美法系最明显的一个区别。但是最近几十年，两大法系在很多方面都有相互借鉴和融合的趋势，判例在大陆法系越来越受到重视。一些法律无明文规定的案件在最高法院作出判决后或在最高法院的指导下作出判决后，对下级法院处理类似案件有重要参考意义。另外，习惯和学理也在大陆法系中起着非常重要的作用，但是它们不是大陆法系的渊源。

二、英美法系

1. 英美法系的概念

英美法系又称普通法法系或海洋法系，是在中世纪时期的英国开始形成的。英美法系虽然以普通法为基础，但并不仅指普通法，它是普通法、衡平法和制定法的总称。

英美法系形成于英国，后扩大到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区，包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、马来西亚、新加坡以及非洲的个别国家和地区。我国的香港地区的法律体系也属于英美法系。

2. 英美法系的特点

英美法系的结构具有两大特点：一是法律的二元性结构，二是重视程序法。

英美法系不像大陆法系那样将法律明确地分为公法与私法，而是分为普通法与衡平法。

普通法最初是在英国封建社会初期的盎格鲁—撒克逊习惯法的基础上形成的。1066 年诺曼底人占领英格兰后，建立了中央集权式的国家政权。国王威廉一世为了缓和同被征服者之间的矛盾，宣布尊重当地习惯法，并设立了王室法院，实行巡回审判制。巡回法官在审理案件时，除了依据国王的诏书、敕令和制定法外，主要根据当地的习惯与惯例作出判决。各地巡回法官经常在中央聚集，交换审理案件的意见，总结出他们认为正确的、与国王敕令及制定法不相抵触的习惯法作为以后判案的依据。这种通过判例形成的法律规则排除了地方习惯法的作用和影响，并得到了国家的确认，在全国普遍适用，称为普通法。到了 14 世纪，普通法的内容已经不能适应社会发展的需要，主要表现在普通法的救济方法比较单一，诉讼程序充满形式主义，普通法院的法官拘泥于以往的判例而缺乏灵活性，导

致司法失于公正。因此，由于普通法程序的呆板和机械而无法得到救济的案件当事人则向英王提出申诉，由英王的近臣枢密院的大法官在不受普通法约束的条件下，按照公平与公正原则加以审理和判决，以补充和匡正普通法的不足，由此形成了与普通法并行的一种法律制度，即衡平法。

美国法采用英国法的范畴、概念和分类方法，也存在普通法与衡平法。但因其是联邦制国家，所以其法律分为联邦法与州法两部分，这种分类是美国法律结构最显著的特点。凡宪法未授予联邦或不禁止各州行使的权力，其立法权均属于各州，所以各州保留了相当大一部分立法权。但是联邦法高于各州法，当州法与联邦法有冲突时，应适用联邦法。各州不得在联邦立法范围内制定与联邦法相抵触的法律，但可制定补充性或附加性的法律；反之，联邦只能在联邦法所规定的范围内行使立法权，否则各州可指责联邦违宪，并可拒绝执行违宪的联邦法。凡是联邦法院在处理属于各州立法权范围内的案件时，均应按照其所在地的法律冲突规则确定准据法，并按其所确定的准据法审理案件，准据法中不但包括成文法也包括判例法。也就是说，一旦联邦法院按有关规定确定某个州的法律作为审理案件的法律依据时，联邦法院就必须按该州的成文法和判例法审理案件。

3. 英美法系的渊源

英美法系的渊源主要有以下几种：

(1) 判例法。判例法为其主要渊源。判例法是指高等法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循，即对作出判例的法院本身和对下级法院日后处理同类案件均具有约束力。这就是所谓的“先例约束力原则”。

(2) 成文法。成文法也是英美法系的重要渊源，但它只是对判例法所作的补充或修正，它必须通过判例法才能发挥作用。

(3) 习惯。其实习惯在英国法律中的作用已经很小，只有那些在 1189 年就已经存在的习惯，才有约束力。

三、两大法系的主要区别

大陆法系和英美法系是当今世界的两大法系，涵盖了世界上许多主要的国家的法律体系。大陆法系的代表有德国、法国和中国的法律体系等；而英美法系则以英国和美国的法律体系为主要代表。两大法系在许多方面存在较大的差异，主要包括：

(1) 法律渊源不同。大陆法系是成文法系，其法律以成文法即制定法的方式存在。英美法系的法律渊源既包括各种制定法，也包括判例。

(2) 法律适用不同。前者习惯用演绎的形式，后者习惯用归纳的形式。

(3) 判例地位不同。前者不是正式渊源，后者是法律。

(4) 法律分类不同。前者分为公法和私法，后者分为普通法和衡平法。

(5) 法律编纂不同。前者倾向法典形式，后者倾向单行法。

(6) 诉讼程序不同。前者的诉讼程序以法官为重心，具有纠问程序的特点。后者的诉讼程序以原告、被告及其辩护人和代理人为重心，具有抗辩式的特点，同时还存在陪审团制度。

第三节 法律冲突和法律适用

一、法律冲突的概念

国际商事领域的法律冲突是指对同一涉外商事法律关系因各国商法规定不同且都有可能对它进行管辖而发生的法律适用上的冲突。

简单来说，就是对同一件事情，一国是这样规定的，另一国是那样规定的，解决这个问题，可能用到这一国的法律，也有可能用到那一国的法律，而用不同的法律则可能会产生完全不同的结果。

二、法律冲突的解决

各国对同一问题有不同的立法，那究竟适用哪国的法律来解决问题呢？从各国的立法和实践来看，主要有以下方法。

1. 间接调整的方法

通过冲突规范调整法律冲突，即通过制定国内或国际的冲突规范，只指出适用哪个国家的法律来调整某种涉外民商事法律关系，而不直接规定当事人的权利义务。

冲突规范是由国内法或国际条约规定的，指明不同性质的涉外民商事法律关系应适用何种法律规范的总称。它并未明确地直接规定当事人的权利义务，只指明有关的涉外关系适用哪一国家的法律。

2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十六条“代理适用代理行为地法律……”就是一条冲突规范。如果美国的当事人A委托中国的当事人B在中国采购货物，双方就代理行为产生的损失发生纠纷，起诉到中国的法院，假定按中国的法律当事人B不应承担责任，而按美国的法律当事人B应承担责任，中国的法院用哪国的法律作出判决呢？按照上述冲突规范的指引，案件指向中国法，因此应适用中国的法律作出判决。

2. 直接调整的方法

通过统一实体法调整法律冲突，即有关国际通过双边或多边的国际条约和国际惯例来直接确定当事人权利义务，从而避免或消除法律冲突。但是因为各国有不同的利益，所以要在各个方面都达成统一的实体法规范难度相当大。

三、我国国际商事合同纠纷的法律适用顺序

由于各国国内的立法各异，所以用不同国家的法律解决同一问题的结果可能迥然不同。这就涉及国际私法中的法律适用问题，即受案的仲裁机构或法院应选择以哪个国家的

实体法作为处理争议所依据的法律。这是一个非常复杂的问题。考虑到普通高等院校和高职高专非法律专业学生的实际情况以及将来的实用性，本书只介绍我国国际商事合同纠纷的法律适用顺序。

1. 适用合同当事人选择的法律

“意思自治，契约自由”的原则得到各国的广泛承认和运用。合同当事人既可自行确定相互的权利和义务，也可自行选择处理合同争议所适用的法律；既可选择适用本国法或外国法，也可选择适用某项国际条约或国际惯例。凡当事人对解决合同纠纷所适用的法律已有选择的，仲裁机关或法院在审理该合同纠纷时，应以当事人选择的法律为依据。

我国《民法通则》第一百四十五条规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。《涉外民事关系法律适用法》第三条规定，当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。

允许当事人选择并不是绝对的。近年来，越来越多的国家规定某些涉外民商事法律关系必须适用某些特别法、强行法、禁止性规范，从而排除外国法的适用，以加强国家对社会经济生活的干预，保护本国的经济秩序和对某些利益进行特殊保护。

一般来说，反垄断法、外汇管制法、外贸管制法、价格法、社会保障法、消费者权益保护法等法律所调整的领域当事人不可以选择适用的法律。另外，《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第八条规定的中外合资经营企业合同等9种合同只可适用中国的法律。

2. 适用与合同有关的国际条约

如果存在与合同有关的国际条约，而且我国和对方当事人所在国都参加了该条约，则优先适用国际条约的规定，但我国和/或该国参加国际条约时声明保留的条款除外。这一点，在我国的司法实践中可以很清楚地看到。

在美国联合企业有限公司与中国山东省对外贸易总公司烟台公司购销合同纠纷案中，美国联合公司主张按与合同最密切联系原则，本案应适用美国法。但中国最高人民法院认为，本案双方当事人未约定解决本案合同争议所适用的法律，由于联合公司是在美国注册的，而我国和美国均是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国，因此应适用该公约的有关规定审理本案。

3. 适用与合同有最密切联系的国家的法律

最密切联系原则是国际上非常重要的一条确定准据法（即具体用哪国的实体法）的原则。如果当事人未约定解决合同争议应适用的法律，则应由受理合同争议的仲裁机构或法院来确定，即选择适用与合同有最密切联系的国家的法律。

《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第五条对各种合同的最密切联系地作了明确规定。例如，买卖合同适用合同订立时卖方住所地法；如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

4. 适用国际惯例

如果双方对合同纠纷适用的法律未作规定，国际上又无相应的国际公约或虽有但我国或对方国家并没有缔结或参加该公约，可适用国际惯例作为解决合同争议的法律依据。

我国《民法通则》第一百四十二条第二款规定，中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

5. 公共秩序保留

当合同所适用的法律为外国法时，如果适用该外国法将损害我国的公共秩序，则我国法院可以根据公共秩序条款，拒绝适用该外国法，以保护我国利益。

我国《民法通则》第一百五十条规定，依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

从以上对国际商事合同法律适用次序的讨论可知，究竟最后用何种法律来解决纠纷是相当复杂的事情。如果双方订立合同时就选择了适用的法律无疑是对法律后果最有预见性、最容易把握的情况，如果双方没有选择，但有双方国家均参与的相关国际公约也可以，一旦连公约也没有，事情就变得复杂得多，一般的商事工作者要知道最后的实体法会被指向哪国可能比较困难。因此建议在签订合同时尽量争取约定适用自己熟悉的、对己方有利的法律。

【思考题】

1. 什么是国际商法？它有什么特征？
2. 国际商法的渊源有哪些？
3. 什么是大陆法系？什么是英美法系？两者有什么区别？
4. 什么是法律冲突？如何解决法律冲突？
5. 简述我国国际商事合同纠纷的法律适用次序。

【能力训练题】

1. 一家美国公司在某地的子公司与一家中国公司签订了一份纺织品购销合同。该合同是在新加坡洽谈并签订的，合同要求中国公司将纺织品从中国运往美国母公司。因卖方中国公司延期交货，买方依据合同规定在美国法院提起诉讼，但是双方没有约定解决合同纠纷应适用哪个国家的法律。

请问：美国法院应如何处理？

2. 根据我国相关法律规定，回答下列问题：

(1) 一个中国人在中国广州和一个中国人在美国纽约签订的国际贸易合同是否属于国际商法的调整范围？是否属于国际贸易？

(2) 一个中国人在中国广州和一个美国人在中国北京签订的国际贸易合同是否属于国际商法的调整范围？是否属于国际贸易？

(3) 一个中国人在中国广州和一个美国人在中国香港签订的国际贸易合同是否属于国际商法的调整范围？是否属于国际贸易？

(4) 一个中国人在中国广州和一个美国人在中国台湾签订的国际贸易合同是否属于国际商法的调整范围？是否属于国际贸易？

(5) 一个中国人在中国香港和一个美国人在中国台湾签订的国际贸易合同是否属于国际商法的调整范围？是否属于国际贸易？