

国际贸易系列丛书

吴兴光 主编

肖文刚 副主编

中山大学出版社

国际商法

国

际



商

法

广东省高等院校“九五”规划重点教材
国际贸易系列丛书

国际商法

吴兴光 主 编
肖文刚 副主编

中山大学出版社

·广州·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法/吴兴光主编, 肖文刚副主编. —广州: 中山大学出版社, 1997.8

(国际贸易系列丛书)

ISBN 7-306-01318-1

I. 国… II. ① 吴… ② 肖… III. 国际商法 IV. D966.1

中山大学出版社出版发行

(广州市新港西路 135 号)

广东番禺市市桥印刷厂印刷 广东省新华书店经销

850 毫米×1168 毫米 32 开本 11.5 印张 288 千字

1997 年 8 月第 1 版 1998 年 1 月第 2 次印刷

印数: 5001-9000 册 定价: 15.60 元

内 容 提 要

本书分国际商法导论、合同法、买卖法、产品责任法、代理法、商事组织法、国际商事交易中的法律管制和国际商事仲裁与诉讼等八章，对国际商法作了系统的阐述。

本书的特点是：① 内容新颖，突出介绍了近年来国内外有关国际商法的新情况、新成果；② 理论联系实际，在介绍理论的同时注重了实例阐释；③ 各章后附有思考题，便于读者学习之用。

本书适合大专院校国际贸易、国际经济、国际企业管理、国际会计和法律等专业的师生作教材，也适合外经贸部门、法律部门和各类涉外经济企业管理人员作学习用书；对自学考试学生亦有重要参考价值。

前 言

20 世纪即将成为历史，新世纪就要来临。在这新旧世纪交替的重要年代，复杂纷纭的现实生活向法学研究和法律教学提出许许多多的新问题，要求我们从历史唯物主义和辩证唯物主义的观点出发，更新对当今世界的认识，更加客观地、全面地、深刻地分析事物，迎接新世纪的挑战。为此，我们编写了这本教材。

国际商法课程是高等院校国际贸易、国际经济、国际企业管理、国际会计学等外贸专业和法律专业的一门必修课。

根据理论联系实际的原则，以及近年来日新月异的国内外情况，本教材在编纂过程中注重解决以下几个问题：

(1) 突出介绍最近 10 多年来国际统一私法运动，特别是统一实体规范的新成果。例如：在合同法部分，以最新国际贸易惯例《国际商事合同通则》为主线；在代理法部分，以 1983 年《国际货物销售代理公约》为主线。从国际贸易实践来看，西方国家两大法系的差距在逐步缩小、相互靠近，国际贸易法统一化的成果日益发展和普及推广，这是当今世界商事法律沿革的主旋律。

(2) 鉴于程序法是国际商法的一个重要组成部分，而前述外贸专业一般不另开设此方面的课程，故本教材特设立最后一章《国际商事仲裁与诉讼》，重点阐述诉讼程序方面的内容，以及越来越多地为当事人所采用的商事仲裁方式，以使学生对国际商法有较全面的了解。

(3) 贸易管制方面的法律，在当前及今后相当长时期的国际贸易中，都是热点问题之一，诸如反倾销法、反补贴法、反不正当竞争法等。这些内容，理所当然地属于国际商法范畴。然而有

一种观点却强调其属于公法范畴，故拒之于门外。事实上，公法、私法之区分，主要是大陆法系的概念，英美法系国家对此并不特别注重，后者的国际商法专著或教材，往往都包含贸易管制法一类的所谓“公法”内容。而且应当看到，随着各国政府日益注重经济贸易领域的宏观调控，国家对私法领域的干预越来越多。我们认为，没有必要过分严格地以公法、私法的区分标准来决定国际商法内容的取舍，最重要的还是从实际和现实需要出发。有鉴于此，我们专门设立了第七章《国际商事交易的法律管制》，以“关税与贸易总协定”乌拉圭回合的最后文件为主线，阐述反倾销法等内容，顺便还介绍了美国综合贸易法中的“301”条款、“超级 301 条款”等法规内容，以帮助学生理解这些热点问题。

(4) 海商法、票据法、运输法、保险法等均属于商法的内容，然而限于本教材的篇幅，只得舍弃这些内容。有兴趣的学生可另找此类书阅读。

自我校前身之一——原广州外贸学院 1981 年开设国际商法课程，至今已有 15 个年头，其间人事变迁不断，但国际商法教研室和这门课一直坚持了下来。回顾此课程发展的历程，我们要特别向著名法学家、博士生导师沈达明、冯大同两位教授致以崇高的敬意和感谢。是他们首先在对外经济贸易大学开设此课程，然后又出版和修订此教材，使该课程在全国外经贸、法律类专业逐步推广，成为一门既有理论深度、又有实用价值的骨干课程。

本书由吴兴光、肖文刚、黄丽萍、刘晓蔚撰写，限于我们的水平和所能见到的资料，本书可能有各种错漏和不当之处，敬请各界人士和读者不吝赐教，以利今后再进行修订。

广东外语外贸大学国际法学系国际商法教研室

1997 年 4 月 13 日

目 录

第一章 国际商法导论	(1)
第一节 国际商法的产生.....	(1)
一、国际商法的概念.....	(1)
二、国际商法的产生和发展.....	(2)
三、国际商法的渊源.....	(4)
第二节 西方国家两大法系.....	(6)
一、西方国家民商法概述.....	(7)
二、大陆法系.....	(9)
三、英美法系(普通法系).....	(12)
四、两大法系的差异及其发展趋势.....	(16)
第三节 国际统一私法运动的兴起、发展与前景.....	(18)
一、国际统一私法运动的兴起.....	(18)
二、致力于国际统一私法运动的国际组织及其成就.....	(19)
三、国际贸易法的统一化趋势与前景.....	(22)
第二章 合同法	(31)
第一节 合同法概述.....	(31)
一、合同的定义和特征.....	(31)
二、合同法与各国编制体系.....	(33)
三、国际统一合同法的蓝本——《国际商事合同通则》	(35)
第二节 合同的成立.....	(38)
一、西方国家关于合同有效成立的要件.....	(39)
二、要约.....	(44)

三、承诺	(50)
第三节 合同的效力	(57)
一、错误	(58)
二、欺诈	(60)
三、胁迫	(61)
四、显失公平	(61)
第四节 合同的解释	(62)
一、英美法的“表示说”	(62)
二、法国法的“意思说”及其他	(63)
三、《国际商事合同通则》的规定	(64)
第五节 合同的内容	(65)
一、明示义务与默示义务	(65)
二、获取特定结果的义务与尽最大努力的义务	(66)
三、当事人之间的合作义务	(66)
四、以合理的标准确定履行质量和价格	(67)
第六节 合同的履行	(67)
一、一般履行	(68)
二、关于公共许可	(70)
三、艰难情形	(71)
第七节 不履行及其救济方法	(73)
一、可免责的不履行	(73)
二、违约的归责原则	(77)
三、违约的分类	(78)
四、违约的救济方法	(82)
第八节 合同的消灭	(92)
一、大陆法关于债的消灭的规定	(92)
二、英美法有关合同的消灭的法例	(94)
三、中国法律的有关规定	(96)

四、联合国国际货物买卖时效期间公约的规定	(96)
第九节 合同法律冲突与合同法律适用	(97)
一、概述	(97)
二、“意思自治”原则	(99)
三、当事人未作法律选择时合同准据法的确定	(103)
四、关于在我国进出口合同中订立选择法律条款的 思路	(107)
第三章 买卖法	(110)
第一节 国际货物买卖法概述	(110)
一、国际货物买卖法的渊源	(110)
二、中国有关国际货物买卖的法律	(112)
三、1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的适用	(113)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(115)
一、国际货物买卖合同的含义	(115)
二、国际货物买卖合同的形式	(116)
三、国际货物买卖中的要约	(116)
四、国际货物买卖中的承诺	(118)
第三节 卖方和买方的义务	(120)
一、卖方的义务	(120)
二、买方的义务	(129)
第四节 违反买卖合同的救济方法	(131)
一、卖方违约时买方可以采取的救济方法	(132)
二、买方违约时卖方可以采取的救济方法	(139)
三、《销售合同公约》规定的卖方的救济方法	(143)
第五节 货物所有权与风险的转移	(145)
一、货物所有权的转移	(145)
二、货物风险的转移	(150)

第六节 国际货物买卖中的标准合同·····	(154)
第四章 产品责任法 ·····	(159)
第一节 产品责任和产品质量法·····	(160)
一、产品责任·····	(160)
二、产品质量法·····	(160)
第二节 美国和欧洲共同体的产品质量法·····	(161)
一、产品质量法的几个基本概念·····	(162)
二、产品质量规定比较·····	(165)
三、被告责任减免·····	(169)
四、损害赔偿的形式和范围·····	(172)
第三节 诉讼管辖与法律适用·····	(174)
一、诉讼管辖·····	(174)
二、法律适用·····	(175)
第四节 中国产品质量法·····	(177)
一、责任方的范围·····	(177)
二、承担产品质量的原则·····	(178)
三、产品的范围·····	(178)
四、生产者、销售者的产品质量责任和义务·····	(179)
五、损害赔偿的范围·····	(180)
六、生产者的免责·····	(180)
第五章 代理法 ·····	(183)
第一节 代理法概述·····	(183)
一、代理的概念及其特点·····	(183)
二、《国际货物销售合同代理公约》的适用范围·····	(184)
三、代理权的产生和终止·····	(185)
四、无权代理·····	(189)
第二节 代理的法律关系·····	(191)
一、代理的内部关系·····	(191)

二、代理的外部关系·····	(193)
第三节 中国代理法与外贸代理制·····	(197)
一、中国代理法·····	(197)
二、外贸代理制·····	(199)
第六章 商事组织法·····	(203)
第一节 商事组织法概述·····	(203)
一、个人企业·····	(203)
二、合伙·····	(204)
三、公司·····	(205)
第二节 合伙·····	(210)
一、合伙的概念与特征·····	(210)
二、合伙的法律地位·····	(211)
三、合伙的设立·····	(212)
四、合伙的内部关系·····	(213)
五、合伙的外部关系·····	(215)
六、合伙的财产关系·····	(216)
七、合伙的解散·····	(217)
八、有限合伙·····	(218)
第三节 有限责任公司·····	(219)
一、有限责任公司的概念与特征·····	(219)
二、有限责任公司的设立·····	(220)
三、有限责任公司的资本和股份·····	(223)
四、有限责任公司的组织机构·····	(224)
五、有限责任公司的合并、解散、清算·····	(228)
第四节 股份有限公司·····	(230)
一、股份有限公司对商品经济的重要意义·····	(230)
二、股份有限公司的概念与特征·····	(231)
三、股份有限公司的设立·····	(232)

四、股份有限公司的资本	(236)
五、股份有限公司的股份	(241)
六、公司债	(245)
七、股份有限公司的组织机构	(247)
八、公积金与股利分配	(252)
九、股份有限公司的合并、解散与清算	(253)
第五节 我国外商投资企业	(254)
一、中外合资经营企业	(255)
二、中外合作经营企业	(266)
三、外资企业	(273)
第七章 国际商事交易的法律管制	(276)
第一节 对外贸易的管制制度	(276)
一、关税方面的措施	(276)
二、非关税壁垒	(279)
三、鼓励出口的措施	(282)
四、出口管制措施	(284)
第二节 关于限制性商业做法的法律	(285)
一、限制性商业做法的含义	(285)
二、管制限制性商业做法的法律	(286)
三、美国的反托拉斯法	(288)
四、欧洲经济共同体的竞争法	(290)
五、中国的反不正当竞争法及管制限制性商业做法 的法律	(291)
六、关于限制性商业做法的国际立法	(293)
第三节 对本国贸易利益的保护	(294)
一、反倾销法	(294)
二、反补贴法	(303)
三、免受进口损害的保障措施	(307)

四、美国综合贸易法的“301 条款”	(312)
第八章 国际商事仲裁与诉讼	(318)
第一节 国际商事仲裁	(318)
一、概述	(318)
二、国际商事仲裁机构和仲裁规则	(319)
三、仲裁协议	(330)
四、仲裁裁决的执行	(333)
第二节 国际商事纠纷的司法解决	(337)
一、概述	(337)
二、国际商事纠纷案件的管辖权	(339)
三、外国当事人的诉讼地位	(342)
四、司法协助	(344)
五、承认与执行外国法院判决	(347)
后 记	(351)

第一章 国际商法导论

第一节 国际商法的产生

一、国际商法的概念

所谓国际商法 (International Business Law, 或 International Commercial Law), 是指调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范和惯例的总和。

国际商法调整的对象是国际商事法律关系。此处的“国际”一词, 主要是指“跨越国界” (Transnational) 的意思。从某一当事人的角度来看, 上述商事法律关系是一种涉外民事关系, 即其主体、客体、法律事实三个要素中, 至少有一个要素与外国有联系, 包括下列三种情形: ① 国际商事关系的双方 (或多方) 当事人的国籍不同, 或者双方当事人的营业地处于不同的国家。前者一般称为国籍标准, 后者则称为营业地标准。② 国际商事关系的客体是位于国外的物。此处的物, 既包括货物等有形物体, 也包括专利、商标、版权等无形财产权。③ 产生、变更或消灭商事关系的事实发生在外国。例如某国两方当事人订立旅游服务合同, 该旅游点是在外国。

一般说来, 传统的商法主要包括公司法、票据法、海商法、保险法等内容。然而, 随着国际经济贸易的扩大发展和商事交易的多样化、复杂化, 在国际货物买卖的基础上开拓了许多新的领域, 例如国际技术转让、知识产权转让、国际投资、国际融资、国际工程承包、国际服务贸易等等。这些交易已远远超出了传统

商法调整的范围，有人将其称为国际商事交易，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。很明显，现在国际商法的调整对象和范围比传统的商法广泛得多，内容越来越丰富。

我们认为，国际商法是一种法律与惯例的综合体，既包含私法内容，也有公法内容。特别是涉及到商事交易时，国际商法不可能不涉及到公法^①。由于联合国、关贸总协定、世界贸易组织等国际机构制定的各项决议、公约，以及各国之间日益增多的多边、双边条约，对各国当事人交易的影响日益增长，在公法与私法之间的一些界线现在已经变得模糊了^②。因此，把国际商法规定在私法范畴内是不合适的，也是不合逻辑的。实际上，在一些外国权威法学家的著作中，“国际商法”包括“国际贸易法”，前者的范畴大于后者^③。

本书以国际货物买卖为中心，分别阐述合同法、买卖法、代理法、产品责任法、商事组织法等实体法方面的法规以及惯例，最后一章则介绍诉讼、仲裁等程序法方面的内容。编写本书的宗旨，是让学生了解当今世界商事领域的主要国际条约、惯例以及部分国家国内法的有关规定，增强法律意识，提高分析问题和解决问题的能力，学会在涉外经济活动中运用法律与惯例作武器，在对外经济贸易活动中维护国家和企业的正当权益。

二、国际商法的产生与发展

商法是随着商品经济的产生、发展而逐步形成的。而国际商

① 参阅 Richard Schaffer and the others, *International Business Law and Its Environment*, P. 35, West Publishing Company, 1993.

② 同①P. 36.

③ 参阅（英）施米托夫《国际贸易法文选》第3页，中国大百科全书出版社，1993年。

法则是国际贸易逐步发展和扩大的产物。

“人类历史上不同地区商人之间商事交往的发展，逐渐形成一系列支配他们之间贸易关系的商业惯例和习惯性做法。建立国际商业方面的有效的行为规则需要有法律手段，以保证在一个地区实施的行为能够得到另一地区的承认。”^①正是在这种社会现实之下，国际商法应运而生。

从历史上看，国际商法的发展经历了三个不同的阶段：

第一阶段，在中世纪，国际商法是以商人习惯法的形式出现的，即事实上支配那些往返于商事交易所在的文明世界的各港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯性规则。这些商人习惯法有着明显的特点：① 具有跨国性和统一性，普遍适用于各国从事商业交易的商人；② 其运用和解释不是由法院的专职法官来掌执，而是由商人自己组织的法院来掌执，其性质类似于现代的国际商事仲裁；③ 强调依据公平、合理的原则处理案件。

第二阶段，始于国家主权这一概念被普遍采纳的时期，在这一阶段中，商人习惯法被纳入各国的国内法制度。自 17 世纪之后，欧洲中央集权国家日益强大，商人习惯法逐步成为国内法的一部分，失去了其原有的国际性或跨国性。法国先后于 1673 年、1681 年颁布了《商事条例》、《海商条例》，对大陆法国家的商法奠定了基础。其后，法国 1807 年《商法典》和德国 1897 年《商法典》就是现代资本主义商法的典型。18 世纪中叶，英国首席法官曼斯菲尔特把商人习惯法吸收进普通法，使其成为普通法的一部分。从 19 世纪以来，英国先后制定了一些有关商事活动的单行法规，如 1882 年《票据法》、1890 年《合伙法》、《1893 年

^① 程家瑞《编辑者序》，见（英）施米托夫著《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社，1993 年。

货物买卖法》等等。

第三阶段，主要是指第二次世界大战以后，特别是 20 世纪 60 年代以后，国际商法进入了全新的发展阶段，其主要特点是恢复了国际性和统一性，国际贸易法统一化运动蓬勃兴起，不断取得突破性的成果。各国政府间国际组织和非政府间国际组织以其坚持不懈的艰苦努力，在国际贸易领域逐步扫除法律上的障碍。国际商会（ICC）制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》，联合国国际贸易法委员会主持制定的《国际货物销售合同公约》（1980 年）、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（1976 年），国际统一私法协会（UNIDROIT）主持制定的《国际商事合同通则》（1994 年）等等，均是国际贸易法统一化运动的突出成果。这些国际贸易惯例和国际公约的问世、运用和推广，向全世界人民展示了国际贸易法律逐步趋同和统一的前景。一个新的、独立的国际商法学科也在逐步形成、发展之中。

三、国际商法的渊源

法学所讲的法律渊源，主要是指法律规范借以表现的形式。

国际商法主要有两方面的渊源：一是国际条约；二是国际贸易惯例。

（一）国际条约

国际条约是指两个或两个以上的国家，为确定相互之间的权利、义务而达成的协议。其中，两个国家签订的条约称为双边条约，两个以上的国家共同缔结或参加的国际条约称为多边条约。本书所言国际条约，主要是指有关商事和贸易方面的多边条约，包括国际公约。

各国缔结的有关商事和贸易的国际条约，是国际商法的重要渊源，它可划分为两个种类：

一是统一实体法规范的国际条约。例如 1967 年的《世界知