

INTERNATIONAL
BUSINESS LAW

国际商法学

何长松
等编著

★21世纪国际经济贸易系列教材★

国防科技大学出版社

21世纪国际经济贸易系列教材

国际商法学

何长松 李法兵 编著
万克夫 毕 风

国防科技大学出版社
·长沙·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法学/何长松等编著. —长沙: 国防科技大学出版社, 2005.8
(21 世纪国际经济贸易系列教材)

ISBN 7 - 81099 - 215 - 5

I. 国… II. 何… III. 国际商法学—法的理论—教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 084243 号

国防科技大学出版社出版发行
电话: (0731) 4572640 邮政编码: 410073
E-mail: gfkdcbs@public.cs.hn.cn
责任编辑: 徐飞 责任校对: 唐卫葳
新华书店总店北京发行所经销
国防科技大学印刷厂印装

*

开本: 787×1092 1/16 印张: 19.25 字数: 421 千
2005 年 8 月第 1 版第 1 次印刷 印数: 1 - 3000 册

*

ISBN 7 - 81099 - 215 - 5/D·1

定价: 27.00 元

总序

ZONG XU

科技的进步、经济的繁荣和社会的发展，人才是关键；发展教育，培养人才，必须具有高质量的教材。随着社会主义市场经济的建立和办学体制的改革，高等学校的专业必然要进行调整和改造，其课程结构、教学内容、教学体系、教学方法都要进一步改革。这一系列改革的成果大部分要通过教材来体现，这多个专业系列教材的问世，标志着我们在这项工作中迈出了可喜的一步。

学校是传播文化科学知识的摇篮，教材是知识的载体。要体现人类文化的渊源、历史、现状和发展，教材必须具有科学性和先进性；教材是教师和学生开展教学活动必不可少的工具，要既便于教，又便于学，教材就必须遵从教学规律，具有实用性；从职业技术教育的实际出发，还要注意理论与实践相结合，注重能力的培养。在编撰这套系列教材的过程中，将科学性、先进性、实用性、实践性融于一体是我们始终不懈追求的宗旨。

入选此套系列专业教材的作者，除一部分德高望重、成果丰硕的老教授外，大多是一些文思泉涌、才情迸发，且颇具潜力的中青年骨干教师，他们

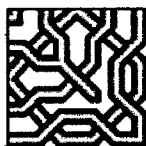
的知识水平和教学经验是系列教材的质量保证。我相信，系列教材的出版，不仅填补了当前高等职业技术教育中某些专业课教材的空白，在某种程度上对学校未来的教材建设也会具有典范和启动的意义；同时，还将进一步激发涉外人的创造性，使涉外的教材建设有一个突破性发展。

最后，我们感谢国防科技大学出版社对系列教材出版工作的支持，也希望读者在使用此系列教材的过程中，指出教材中的疏漏，使之得到不断完善和提高。

潘留仙

2003年2月于湖南涉外经济学院

XUYAN 序 言



新世纪以来，我国高等职业教育得到了迅速发展，已成为我国现代高等教育的一个重要组成部分。高职高专教育中的国际经济、贸易专业，在经济全球化、一体化和区域集团化以及我国加入 WTO 的大背景下，得到了更快的发展，在满足我国对国际经贸人才的多层次需求方面起到了重要作用。

根据教育部对高职高专培养目标与任务的定位，高职高专应以培养专业技术应用性专门人才为根本任务，以适应社会对高等应用性人才的需要为目标，为此我们需要不断完善专业培养方案和改革课程体系，在此基础上，认真研究和改革教学内容及教学方法，努力加强教材建设。然而，迄今为止，符合高职高专教育特点和需求的教材并不多见。从以往的国际经贸类教材来看，主要存在两种倾向：一是沿袭传统普通高等教育以学科体系为中心，过分注重知识体系的完整性和科学性，而忽略了对学生实际动手能力的培养，把高职高专教材编成了“本科压缩型”；二是过分注重现行岗位操作技能的实际需要，片面强调动手能力的培养和训练，而对经贸理论知识的教学重视不够，把高职高专教材编成了“岗位技能型”。这两种倾向的局限性是显而易见的，前者影响了学生实践能力的培养，后者则影响了学生可持续发展能力的培养。

在湖南涉外经济学院校委会的高度重视和大力支持下，该院经济系组建了一个阵容较强、结构优化、和谐向上、具有一定学术水平和高度责任心的团队，编写了这套《21世纪国际经济贸易系列教材》。教育家张楚廷校长提出的“让学生真正学到东西”的教育思想，被贯彻于本系列教材编写的全过程之中；常务副校长潘留仙博士提出的编出特

色、编出精品的要求，也为各位参编者所领会。本套教材由长期从事国际经济贸易类课程的教授、副教授担纲主编，40多名既有一定的国际贸易实践经验、又有丰富的高等职业教学经验的骨干教师悉心参与。经过他们多年的不懈努力，这套教材现在终于付梓了。

本套教材以教育部关于加强高职高专教育人才培养的有关文件为指导，以国际经贸专业高等应用性人才的培养目标与规格为依据，以适应社会对国际经贸人才的需要为目标，以培养国际经贸专业人才的应用能力为主线，以实现学生的知识、能力、素质结构优化和协调发展为宗旨，吸取了以往高职高专教材建设方面的成功经验，并反映了该专业最新学术研究成果与教研教改成果，在突出高职教育教材特色方面进行了有益探索。本套教材具有以下主要特点：

一是理论知识与应用知识有机结合，理论知识以“必需”、“够用”为度，以“应用”为宗旨，紧密联系实际；应用知识作为主线，贯穿于整个系列教材的内容之中，并尽可能贴近国际经贸实践，并探索性地把理论知识与应用知识有机结合起来，在一定程度上克服以往同类教材彼此相互脱节的缺陷。

二是教学内容上有所创新，在内容上扬弃了以往教材陈旧的理论观点和表达方式，吸收了当代国际经贸领域的最新研究成果，反映了国际贸易惯例和我国加入WTO后在经贸法规、政策上的最新变化与发展，更新了相关统计资料，并在实务教程的相关章节之后增添了技能实训模块。

三是突出案例编写，精心挑选了具有真实背景、内容丰富、针对性强的案例材料，并有机地融合于教材的相关内容之中。

四是兼顾了学生参加外销员、报关员、单证员等职业资格证书考试及专升本考试的需要。

五是在编写体例和结构上有所突破。

本系列教材既适合于高职高专院校国际经济、国际贸易等专业在校学生和成教生的教学需要，也适合于有志于从事国际经贸工作的读者自学。教材的内容需要随着国际经贸实践的发展而充实，随着高职高专教学改革的深化而修订，使之日臻完善。由于编写的时间紧、任务重、水平有限，教材中难免有不尽人意之处，恳请各位同仁和广大读者批评指正。

王涛生

2005年6月于湖南涉外经济学院

前言

QIANYAN QIANYAN

我国的法学研究工作，多是集中在传统的法学领域，如法理学、刑法学、民法学等，而对国际商法等新兴部门法学的重视和研究均远远不够，亟待补强。我们编写的这本专著性教材，力争尽量准确反映国内外的最新研究成果，希望对大学生们学习和研究国际商法有所助益。

国际商法学的理论体系，既具有开放性，也应具有完整性，同时伴随着国际商事交易的发展而不断变化，其动态性也是可想而知。考虑到国际商法的私法特性，我们把国际商法的理论架构锁定为国际商事主体、国际商事行为和商事救济的“三套车”，而没有列入商事监管的内容。

本书把国际商法定位为商事领域内的国际法，而不是把它理解为理论形态上的比较法。所以，本书以介绍和评价已有的国际商事条约和国际商事惯例为主，对合同法、海商法等内容则不作专门介绍。

鉴于现今的国际商事交易已大大突破传统的国际货物买卖的范畴，而深入到服务贸易、技术贸易等诸多领域，这就要求国际商法的调整范围相应地做出变动，涵盖国际货物贸易、国际服务贸易、国际技术贸易领域，以与目前国际贸易主要由上述三种贸易形态形成的鼎足三分的格局相适应。正因为如此，本书系统介绍了国际服务贸易法、国际技术贸易法乃至电子商务法、

国际资金融通法、国际设备租赁法。值得一提的是，设备租赁既融“资”、又融“物”，一身兼具贸易与投资的双重特征，所以本书把设备租赁与资金融通作了区隔。

为了弘扬国际商法的商人法传统精神，在国际商事救济方式的介绍上，本书凸显了国际商事仲裁，对国际民事诉讼未作提及。

国际商法学是“朝阳”学科，值得我们勤勉精进。学习和研究国际商法，贵在持之以恒，淬砺奋发，而夯实法学根基，也是须臾不可轻忽。没有扎实的法理学、国际法、民商法学的功力，国际商法学的研究就很难进入佳境。

本书由何长松等4位青年学者联合编著。多年来，他们沉潜法条，浸淫法理，以教育为职志，为研发而打拼，在国际法学和民商法学的研究上有一定的斩获。本书的背后，投射的是他们对国际商法学一往情深的眼眸。

本书的写作在于尽可能客观而又简明地简述国际商法的基本理论和发展趋势。由于笔力所限，敬请读者对谬误和缺陷之处提出批评和指正。

本书的具体分工情形（按章节顺序排列）如下：万克夫（第一章、第七章、第八章、第十二章），李法兵（第二章、第三章），毕凤（第四章、第五章、第六章），何长松（第九章、第十章、第十一章、第十三章）；全书由何长松主编统稿。

作者

2005年6月 长沙·麓谷

目录

CONTENTS

总 序
序 言
前 言

第一章 国际商法导论

第一节 国际商法的历史沿革.....	(1)
第二节 国际商法的概念和渊源.....	(4)
第三节 两大法系中的民商法.....	(7)
第四节 国际商法与国际商法学.....	(11)
思考题.....	(14)

第二章 国际商事主体

第一节 概述.....	(15)
第二节 独资企业.....	(16)
第三节 合伙企业.....	(21)
第四节 公司.....	(30)
第五节 破产法.....	(42)
思考题.....	(50)

第三章 国际商事代理

第一节	概述	(51)
第二节	代理关系的产生	(57)
第三节	本人与代理人之间的关系	(63)
第四节	本人及代理人同第三人的关系	(68)
第五节	国际代理法的统一	(71)
第六节	我国代理法与外贸代理制度	(72)
思考题		(78)

第四章 国际货物买卖法

第一节	概述	(79)
第二节	国际货物买卖合同的订立程序	(83)
第三节	买卖双方当事人的义务	(92)
第四节	货物的所有权与风险的转移	(106)
第五节	违约及其救济	(112)
思考题		(120)

第五章 国际商事保险法

第一节	保险法概述	(121)
第二节	国际海上保险	(127)
第三节	海上保险合同	(129)
第四节	代位权与委付	(130)
思考题		(132)

第六章 国际票据法

第一节	票据概述	(133)
第二节	汇票、本票、支票	(139)
思考题		(144)

第七章 国际服务贸易法

第一节 国际服务贸易概述	(145)
第二节 有关国际服务贸易的主要法律规范	(149)
第三节 服务贸易总协定	(154)
第四节 国际服务贸易合同	(160)
思考题	(166)

第八章 国际技术贸易法

第一节 国际技术贸易法概述	(167)
第二节 国际技术贸易的主要法律形式	(173)
第三节 限制性商业惯例	(180)
第四节 国际技术贸易的相关国际立法	(185)
思考题	(194)

第九章 电子商务法

第一节 电子商务法概述	(195)
第二节 国际贸易中 EDI 的法律问题	(203)
第三节 电子商务合同的成立问题	(207)
第四节 中国电子商务立法现状与问题	(212)
思考题	(214)

第十章 国际融资法

第一节 国际融资概述	(215)
第二节 融资法律文件——国际借贷协议	(218)
第三节 国际商业银团贷款	(227)
第四节 项目融资	(230)
第五节 其他融资方式	(234)
思考题	(237)

第十一章 国际设备租赁法

第一节	国际设备租赁概述	(238)
第二节	国际设备租赁的主要方式和基本程序	(241)
第三节	国际设备租赁合同	(245)
第四节	国际设备租赁规则	(248)
思考题		(251)

第十二章 国际产品责任法

第一节	产品责任法的概念与性质	(252)
第二节	美国的产品责任法	(254)
第三节	欧、日、澳及中国的产品责任法	(260)
第四节	产品责任的统一国际立法	(266)
思考题		(269)

第十三章 国际商事仲裁

第一节	国际商事仲裁概述	(270)
第二节	国际的和外国的主要常设仲裁机构及其仲裁规则	(272)
第三节	我国的国际商事仲裁机构及其仲裁原则	(277)
第四节	仲裁协议	(282)
第五节	仲裁裁决的承认与执行	(288)
思考题		(292)
参考文献		(293)

第一章 国际商法导论

第一节 国际商法的历史沿革

商法，顾名思义是有关商人和商事活动的法律。近代商法形成于欧洲中世纪，表现形式是商人习惯法。它的形成有着特定的社会根源。

公元 11 世纪后，东西方贸易的发展促进了地中海海上贸易的发达和地中海沿岸一些新兴城市的繁荣，其中威尼斯、热那亚、佛罗伦萨的商业地位尤为瞩目。其后几百年间，此种高度集中的口岸贸易和海上贸易又相继扩展到大西洋沿岸、波罗的海沿岸和北海沿岸的一系列开放城市。

然而，当时欧洲大陆仍处于以农业为主的封建时期，封建法制与新兴经济地区的经济发展和法律要求之间存在尖锐矛盾。在这种背景之下，自 11 世纪起在意大利的佛罗伦萨、佛兰德等地率先出现了旨在联合保护商人自身权益的行会组织——商人基尔特。尔后，此种商人组织迅速在意大利、西班牙、英格兰、荷兰的许多城市中相继涌现。商人行会组织形成的最初意义在于通过行业自治和习惯规则协调商人之间的关系，处理商人之间的纠纷，反抗封建法制的束缚。但此种行会组织随着经济实力和社会公权力的加强，逐渐担负起认可和接纳商人、制定和编纂规约或习惯规则、组织商事法庭和行使商事裁判权等多种职能。从 11 世纪到 14 世纪的几百年间，正是在商人行会规约、商人惯例、商事判例的基础上逐渐形成了较为系统的商人习惯法，其中许多习惯法规则被商人行会或商人编辑成书。这种商人习惯法与封建法律相比，具有以下特点：

(1) 它具有国际性，普遍适用于各国从事商事交易的商人。

(2) 由商人自己组织的法院，特别是行商法院 (pie powder) 处理商事案件。这种行商法院的陪审团由本地商人和外地商人各半组成，行商法院的诉讼程序不拘泥于形式，按照公平合理的原则审理案件，结案速度很快。

(3) 公证人参与商事活动。自 1236 年起，位于法国香槟地区的集市合同必须采取公证形式。13 世纪中叶，公证合同已在意大利普遍出现。其中很多公证合同就是我们今天所说的标准合同，如租船合同等。

公元16世纪以后,随着资本主义商品经济的发展和欧洲中央集权国家的强大,欧洲各国都采用各种方式把商法纳入本国的国内法,使之成为国内法的一部分,从而使商法失去了它原有的国际性。在这一过程中,法、德两国率先开始本国的法律统一运动。1673年法国国王路易十四颁布了法国《商事条例》,该法典分12章,共112条,内容包括商人、票据、破产、商事裁判、管辖等,该法在适用性上实际上仍是商人习惯法的补充,并且其司法职能由商人担任法官的商事法院行使。1681年法国又颁布了《海事条例》,其内容包括海上裁判所、海员及船员、海事契约、港口警察、海上渔猎5篇,类似于后来的海商法。与法国相类似,德国(当时未统一)从18世纪起即以商人习惯法为依据,开始制定商事成文法,如1727年的《普鲁士海商法》、1751年的《普鲁士票据法》、1776年的《普鲁士保险法》等。这些欧洲早期的商事立法,究其实质不过是封建国家以王权名义对商人权益和商人习惯法的确认,但在此时的历史条件下具有社会进步意义,也催生了现代商法。

19世纪以后,随着欧洲资产阶级革命的成功,社会关系发生根本变革。欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动。由此,商法开始在大多数大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现。

1807年,法国以路易十四于1673年颁布的《商事条例》为蓝本,制定了新的商法典,共由4编(其中第3编于1838年颁布)组成。

第1编关于商业事务,规定了商人的法律地位。指出商人是以经营商业为自己日常职业者;不问男女,凡年满18岁,不受亲权及禁治产等限制者,可以经营商业。该编还对合伙公司、股份公司等的原则、法律地位以及交易所、经纪人和汇兑、票据等做了规定。

第2编关于海上贸易,法典规定船舶为动产,所有人有权将其抵押、买卖,但必须依法纳税。船长指挥全船,向船主负责,但船舶本身或装载的货物因不可抗力造成损失时,船长不负责任。此外,对于船员等的雇佣、海上保险等规则做了规定。

第3编关于破产,商法详尽地规定了财产分散、通常的破产和欺诈破产等应负的责任,体现了严格维护债权人利益的原则。

第4编对商事法院及其诉讼程序做了规定。商事法院审理的案件是:契约及交易案件、股东间发生的诉讼案件、公民商业行为的诉讼案件以及有关的破产案件。

由于历史条件的局限,虽然《法国商法典》在内容和体系方面均有不完善之处,但其对现代商法的形成具有开拓性意义,尤其是它所首创的民商分立体例对于欧陆各国后来的民商立法产生重大影响。继法国之后,大多数欧洲大陆国家采用了商法独立的立法形式,如1811年的《卢森堡商法典》、1829年的《西班牙商法典》、1833年的《葡萄牙商法典》、1835年的《希腊商法典》、1838年的《荷兰商法典》、1850年的《比利时商法典》、1865年和1883年的《意大利商法典》,以及1900年的《德国商法典》等。其中,《德国商法典》对世界各国商事立法的影响堪称至深且巨。

《德国商法典》于1900年1月1日与民法典同时实施。商法典中只包括调整有关商业关系和专门适用于商人的特殊规范，凡在商法典中未规定的，一律适用民法典。商法典共905条，分为4篇。第1篇“商从业者”，规定商人身份、商业注册、商号、商业账簿、业务代理人及商事代理人、店员及经纪人等。德国旧商法采用1807年法国商法典的精神，只承认实质上以从事商业行为为业者为商人，新商法则不限于此，而是按照商业的方法作为认定商人的依据。第2篇专门规定商业公司，尤其是股份公司。法典规定的商业公司有合名公司、合资公司、股份公司和股份合资公司4种。这些规定，说明19世纪末叶从事商业流通主要活动的已非单个商人，而是以资本的聚集为基础的各种公司。第3篇是关于商业契约的规范，除对这些契约作了一般规定之外，还对商品买卖、批发营业、委托契约、仓库营业、商品发送和转运等作了详细规定。第4篇是海商及商业航海有关的专门规定。除商法典外，德国当时也适用商业惯例以补充商法典的不足，更好地满足垄断资本集团的要求。

与此同时，中世纪的商人习惯法也逐步渗透地普通法系的英国。与大陆法系国家不同的是，将普遍采纳的商业惯例纳入到普通法的惯例当中，在重视程序法的英国相当困难。尽管如此，早在15世纪初，英国法律中就已渗透了大量商人法内容。此后几百年间，英国不仅建立了仅适用于商人的商业登记制度、公司制度、商业账簿制度、商人信用制度、商业信贷和利息制度、商业买卖和代理制度等，而且还逐步发展起近代的商人习惯法、商人法庭、海事法庭、商事仲裁等独特的制度，它们多被纳入衡平法范畴。到了18世纪，以曼斯菲尔德（Mansfield）大法官为首的一批法学家，制定了一系列符合需要的现代化的实体商法，同时还将商人习惯法与普通法的各项原则协调一致，既反映了商业界的要求，亦体现了旧法的原则。

20世纪以来，特别是第二次世界大战以后，由于各国国力的增强，各国之间的经济联系日益密切，经济生活越来越国际化。国际贸易的发展，客观上要求为其提供一个良好的、共同的法律环境，商法国际化的回归也就成为必然。另一方面，各国在长期的经贸交往中已逐渐形成了一些被普遍接受的贸易惯例和习惯做法，各国的商业运作方法日趋接近。例如，各国企业在国际贸易中普遍采用的FOB或CIF条件订立合同，而一旦采用了这些贸易术语，则各国对买卖双方交货中关于费用、风险、责任的解释基本上相同。

此外，联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会、国际商会、国际法协会等组织和机构都在积极从事研究和制订统一的国际商法的工作，并已取得很大成就，如《1990年国际贸易术语解释通则》、1980年通过的《联合国国际货物买卖合同公约》以及1994年的《国际统一私法协会国际商事合同通则》等都是上述机构近年来富有成效的工作成果，为国际商法的统一做出了积极贡献。

综观国际商法的历史沿革，我们发现了国际商法走过了从国际法到国内法又到国际法的发展过程。国际商法的产生和发展，并非基于法学家的传播，而是一定社会物质条

件的客观要求。

第二节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

关于国际商法 (International Commercial Law, International Business Law or International Trade Law) 的概念, 中外法学界众说纷纭。国内有学者认为, 国际商法是调整国际商事交易和国际商事组织的各种法律规范的总称, 其渊源包括国际条约、国际惯例和国内法, 其范围主要包括代理法、合伙企业法、公司法、外商投资公司法、合同法、买卖法、产品责任法、票据法和国际商事仲裁法。^①也有学者认为, 国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称, 其渊源包括国际商事条约、国际商事惯例和国内法, 其范围主要包括合同法、代理法、买卖法、产品责任法、海上货物运输法、海上保险法、票据法、商事组织法、工业产权法和国际商事争端解决程序法。^②

本书的观点是: 国际商法是调整国际商事主体在国际商事交易中所形成的各种关系的法律规范的总和, 含国际商事主体法、国际商事行为法、国际商事救济法三大板块。国际商法中的“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。对这种跨国商事关系的调整, 必须综合运用国际法规范和国内法规范才能奏效。所以, 学者们在研究国际商法时, 常常综合探讨国际商事条约、国际商事惯例、各国民商法及涉外经济法规的规则, 使之成为一个国际法与国内法相互渗透的领域。

国际商法调整的对象随着世界经济全球化进程的加快和知识经济时代的来临, 早已突破了传统的商事法范围, 增加了许多新的领域。比如, 传统意义上的(货物)买卖法, 已经扩展至货物买卖法之外的技术贸易法及服务贸易法; 此外, 如投资、租赁、融资、工程承包及合作生产也都超出了传统的商事法调整的范围。有鉴于此, 西方国家青睐使用“国际商事交易法”(The Law of International Business Transactions) 一词来概括调整上述各种商业交易的法律。

二、国际商法的渊源

法律渊源是法律的表现形式。国际商法的主要渊源是国际商事条约和国际商事惯

^① 沈四宝、王军、焦津洪:《国际法商法》, 对外经济贸易大学出版社 2002 年版, 第 1-4 页。

^② 陶凯元主编:《国际商法》, 暨南大学出版社 1999 年版, 第 1-7 页。