

全国高等教育自学考试教材

国际商法

冯大同 主编

中国人民大学出版社

出版前言

高等教育自学考试教材是高等教育自学考试工作的一项基本建设。经国家教育委员会同意，我们拟有计划、有步骤地组织编写一些高等教育自学考试教材，以满足社会自学和适应考试的需要。《国际商法》是为高等教育自学考试国际贸易专业组编的一套教材中的一种。这本教材根据专业考试计划，从造就和选拔人才的需要出发，按照全国颁布的《国际商法自学考试大纲》的要求，结合自学考试的特点，组织高等院校一些专家学者集体编写而成的。

国际贸易专业《国际商法》自学考试教材，是供个人自学、社会助学和国家考试使用的。现经组织专家审定同意予以出版发行。我们相信，随着高教自学考试教材的陆续出版，必将对我国高等教育事业的发展，保证自学考试的质量起到积极的促进作用。

编写高等教育自学考试教材是一种新的尝试，希望得到社会各方面的关怀和支持，使它在使用中不断提高和日臻完善。

全国高等教育自学考试指导委员会

一九九三年九月

(京)新登字156号

全国高等教育自学考试教材

国际商法

冯大同 主编

出版者: 中国人民大学出版社

发行者: 中国人民大学出版社

(北京海淀路39号 邮码 100872)

印刷者: 北京市丰台区丰华印刷厂

经销者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 850×1168 毫米 32 开

字 数: 421 000

印 张: 17

版 次: 1994年3月第1版

印 次: 1994年3月第1次印刷

册 数: 1-5 000

书 号: ISBN 7-300-01851-3/F·521

定 价: 10.80元

目 录

第一章 导论	1
第一节 国际商法的概念和渊源.....	1
第二节 资本主义国家两个主要法律体系的形成及其特点.....	5
第三节 中国法律制度概述.....	23
第二章 合同法	34
第一节 合同法概述.....	34
第二节 合同的成立.....	40
第三节 合同的履行.....	94
第四节 合同的消灭.....	139
第三章 货物买卖法	159
第一节 有关货物买卖的国内立法、国际条约与国际贸易惯例.....	159
第二节 国际贸易术语.....	166
第三节 国际货物买卖合同的成立.....	179
第四节 卖方和买方的义务.....	195
第五节 对违反买卖合同的补救办法.....	212
第六节 货物所有权与风险的转移.....	230
第四章 产品责任法	243
第一节 美国的产品责任法.....	244
第二节 欧洲各国的产品责任法.....	253
第三节 关于产品责任的法律适用公约.....	257

第五章 代理法	260
第一节 代理法概述	260
第二节 本人与代理人之间的关系	269
第三节 本人及代理人同第三人的关系	273
第四节 我国的代理法与外贸代理制	278
第六章 商事组织法	284
第一节 商事组织的法律形式	284
第二节 合伙	286
第三节 公司	297
第七章 票据法	333
第一节 票据的概念及法律特点	333
第二节 汇票	344
第三节 本票与支票	374
第四节 联合国国际汇票和国际本票公约	378
第八章 国际海上、铁路、航空货物运输法	385
第一节 海上货物运输法	385
第二节 铁路货物运输法	475
第三节 航空货物运输法	478
第九章 海上保险法	481
第一节 海上保险合同	481
第二节 海上保险标的	488
第三节 保险利益	489
第四节 陈述、披露与担保	491
第五节 保险价值	494
第六节 承保的危险	495
第七节 保险期间	500
第八节 保障的损失	502
第九节 委付	503

第十节 代位权·····	504
第十章 国际经济贸易仲裁 ·····	512
第一节 国际经济贸易仲裁概述·····	512
第二节 我国的国际经济贸易仲裁机构和仲裁规则·····	514
第三节 外国及国际性的仲裁机构和仲裁规则·····	518
第四节 仲裁协议·····	523
第五节 仲裁裁决的执行·····	528
后记·····	533

9:00~

第一章 导 论

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 (International Commercial Law) 是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和。

国际商法的调整对象和范围比传统的商法更为广泛。传统的商法主要包括商行为法、公司法、票据法、海商法、保险法等内容。但是,随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和商事交易的多样化、复杂化,除了国际货物买卖有了巨大的发展以外,还出现了许多新型的国际商事交易和贸易做法,如国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁,等等。这些交易已超出了传统商法调整的范围,有人把它们称为国际商事交易 (International Commercial Transaction),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。其调整范围不仅包括有形商品(货物)的国际交易,而且包括技术、资金和劳务在国际流动中所产生的各种关系。

现在,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商事组织之间的交易,而不是不同国家之间的交易。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)

1. 名词解释
2. 判断对错

的意思。因此，有人也把国际商法称为跨越国界的商法。

3. 定义 国际商法既不同于国际经济法，也不同于国际私法。因为，
4. 事例 一般认为，国际经济法是属于国际公法，而国际商法则主要是私法。
(10分) (但国际商法也不同于传统的国际私法。传统的国际私法主要是冲突法，其任务是为具有涉外因素的私法案件确定准据法，而国际商法主要是实体法。正是由于国际商法具有自身的特点，很难把它归入现存法律体系中的哪一个部门，因此，从二十世纪六十年代以后，国际上有些学者就主张把国际商法作为一个独立的法学领域加以研究，并在一些大学中开设了国际商法课程。

二、国际商法的历史发展

商法是随着商品经济的产生和发展而产生和发展起来的。从历史上看，早在古代罗马法中就出现了调整商事关系的法律，但当时还没有制订专门的商事法，而只是作为私法的内容之一。近代欧洲各国的商法主要源自中世纪形成的商人习惯法（Law Merchant）。它在十一世纪出现于威尼斯，后来随着航海贸易的发展逐步扩大到西班牙、法国、德国及英国。其内容主要包括货物买卖合同的标准条款、两合公司、海上运输与保险、汇票、破产程序等方面的法律。这种商人习惯法是商人在欧洲各地港口或市集用以调整他们之间的商事交易的法律和商业惯例，它与当时封建王朝的地方性法律相比较具有以下几个特点：（1）它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）它的解释和运用不是由一般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仲裁或调解；（3）其程序较简易、迅速，不拘泥于形式；（4）它强调按公平合理的原则来处理案件。

但是，自十七世纪以后，随着欧洲中央集权国家的强大，欧洲各国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和跨国性。法国在路易十四时期，颁布了《商事条例》（1673）和《海商条例》（1681），为大陆法国家的商法典奠定了基础。法国资产阶级革命胜利后制订的1807年商法典和后来德国1897年颁布的德国商法典就是现代资产阶级商法的典型。一些大陆法国家，如法国、德国、日本，在立法上采取民商分立的形式，把民法和商法分别编为两部独立的法典，把商法从民法中分出来；而另一些大陆法国家则采取民商合一的形式，把商法包含在民法典内，作为民法典的一部分，如1881年瑞士债务法典、1934年荷兰民法典和1942年意大利民法典便是如此。由于大陆法国家有民、商之别，它们习惯上把民法称为普通私法，而把商法称之为民法的特别法。凡商法典有规定的事项应适用商法典的有关规定，至于商法典没有规定的事项，则适用普通民法的规定。有些大陆法国家还设有专门的商事法院处理有关商事纠纷案件。

在英美法国家，商法的历史发展有其不同于大陆法的特色。在英美法的历史上只有普通法(Common Law)与衡平法(Equity)之分，而没有民法与商法的区别。在英国，早在十八世纪中叶，就由当时担任大法官的曼斯菲尔特(Lord Mansfield)把商人习惯法吸收到普通法里去，成为普通法的一部分。因此，在英美法国家不存在独立的商法。

第二次世界大战以后，特别是二十世纪六十年代以后，商法进入了一个新的发展阶段，其主要特点是恢复了商法的国际性和统一性。这种变化有深刻的经济根源和历史根源：一方面，第二次世界大战后，随着世界生产力的增长，各国之间的经济日益密切，经济生活越来越国际化，互相依赖的程度大大增强。国际经济的这种新发展，在客观上要求建立一套调整国际经济贸易关系的统一的国际商事法律，为国际经济交往提供一个良好的法律环境。另一方面，各国在长期的经济贸易交往中已逐渐形成了一些

普遍接受的贸易惯例和习惯做法，各国的贸易做法日趋接近。例如，各国企业在国际贸易中都普遍采用 FOB 或 CIF 条件 订立合同，而一旦他们采取了这类贸易术语，则各国对买卖双方在交货中关于风险费用和责任划分的解释基本上都是相同的。这种情况也为形成统一的国际商法提供了可能。

目前，许多国际组织如联合国国际贸易委员会和其它一些专门机构，以及罗马法—私法协会、国际商会、国际法协会等，都在积极从事研究和制订统一的国际商法的工作，并已取得了很大的成果。一个新的、独立的国际商法正在形成之中。

三、国际商法的渊源

（一）国际条约

各国缔结的有关国际商业和贸易的国际条约或公约是统一的国际商法的重要渊源。这方面的国际条约可以分为两种：一种是属于统一实体法规则的国际条约，如1980年联合国国际货物买卖合同公约、1978年国际海上货物运输公约、国际汇票和国际本票公约等。如果这些公约能被世界各国批准或接受，就可以消除各缔约国之间在这些领域的法律冲突。另一种是属于冲突法规则的国际条约，如国际货物买卖合同适用法律公约、产品责任适用法律公约等。如果这些国际公约能被各国批准或接受，各缔约国在这些领域内的冲突规则将得到统一。

（二）国际贸易惯例

国际贸易惯例是统一的国际商法的另一个重要渊源。现在，许多重要的国际贸易惯例已经由一些国际组织编纂成文，在国际贸易中起十分重要的作用。贸易惯例虽然不是法律，不具有法律的普遍约束力，但是，按照各国的法律，一旦当事人在合同中采用了某项惯例，它对合同双方当事人就具有约束力。有些国家的法律还规定，法院有权按照有关的贸易惯例来解释双方当事人的

合同。我国《涉外经济合同法》第5条规定，对于中国法律未作规定的事项，可以适用国际惯例。1980年《国际货物买卖合同公约》第9条亦规定，双方当事人应受他们业已同意的任何惯例的约束；并规定，除另有协议外，双方当事人应视为已默示同意受他们已经知道或理应知道的惯例的约束。1976年《联合国国际贸易委员会仲裁规则》第33条还规定，仲裁庭在进行仲裁时，应考虑适用于该具体交易的贸易惯例。由此可见，如果国际贸易惯例能被广泛采用，它对统一的国际商法的形成和发展，将会起到很大的作用。目前在国际经济贸易中影响最大的贸易惯例是国际商会制订的《国际贸易术语解释通则1990年修订本》（简称《INCOTERMS, 1990》）和《跟单信用证统一惯例（500号）》。这些惯例在世界上已经获得绝大多数国家和地区的承认和采用。

目前，国际商法尚处在形成和发展阶段，它的体系和内容还不完善。在这种情况下，对一些国际商事纠纷有时还要借助法律冲突规则的指引，适用有关国家的民法和商法来处理，因此，各国有关商事和国际贸易的国内法仍然是国际商法的重要补充。我们在研究和学习国际商法时，除了必须了解有关的国际条约和国际贸易惯例外，还必须了解各国商法的有关规定。

第二节 资本主义国家两个主要法律体系的形成及其特点

国家与法律是阶级社会的产物，是人类社会发展到一定阶段，由于劳动分工，私有财产的出现，阶级的产生，阶级矛盾不可调和的结果而产生的。

法律是统治阶级意志的表现，属于上层建筑的范畴；它是由经济基础决定的，并为经济基础服务的。在人类历史上，在原始公社解体以后，曾经出现过四种生产方式，即奴隶制、封建制、

资本主义和社会主义的生产方式。与此相适应，在人类社会发展的过程中也存在过四种不同历史类型的法律，即奴隶制的法律、封建制的法律、资本主义的法律和社会主义的法律。

奴隶制的法律是人类社会最早出现的一种剥削阶级类型的法律，它是奴隶主阶级意志的表现，是实现奴隶主阶级专政的工具。在古代奴隶制各国的法律中，罗马法占有重要的地位，它对于后世剥削阶级的法律具有深远的影响。历代封建制国家和资产阶级国家的法律，特别是其中的民法和商法，都从罗马法中接受了不少的东西，有的是直接渊源于罗马法，有的是受罗马法的间接影响。

西方资本主义国家的法律制度，主要可以分为两个体系，即以法国和德国为代表的大陆法体系 (Continental law system) 和在英国形成和发展起来的普通法体系 (Common law system)。两者相比较，主要有以下两个特点：第一，在大陆法国家，它的私法的大部分领域都是法典化、成文化的，而在普通法国家则主要是实行判例法；第二，大陆法国家受罗马法的影响很深，有的国家的法典直接继承了罗马法的传统；普通法国家虽然也在一定程度上受罗马法的影响，但其影响的深度和广度与大陆法国家有所不同。

一、大陆法的结构、渊源及其特点

大陆法系在十三世纪形成于西欧，除法国和德国以外，许多欧洲国家如瑞士、意大利、奥地利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等国都属于大陆法体系。到了资本主义、帝国主义时期，随着殖民主义的扩张，各宗主国把自己的法律体系带到了各个殖民地，在殖民地建立了相应的法律秩序。因此，大陆法也随之向世界各地扩展。现在，除西欧外，整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的某些国家都属于大陆法体系；此外，日本和土耳其等国也

引入了大陆法。在属于普通法体系的国家中，某些国家的个别地区，如美国的路易斯安纳和加拿大的魁北克，也属于大陆法的范围。

（一）大陆法的结构

大陆法的一个特点是强调成文法的作用。它在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。它所采取的方法是运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类归纳在一起。这种结构上的特点，在法学和立法中都有所反映。

首先，大陆法各国都把全部法律分为公法和私法两大部分。这种分类法最早是由罗马法学家提出来的。按照乌尔比安的说法，“公法是与罗马国家状况有关的法律，私法是与个人利益有关的法律”。当时，公法包括调整宗教祭司活动和国家机关活动的法规，私法包括调整所有权、债权、家庭与继承等方面的法规。大陆法承受了罗马法的这种分类方法，并根据现代法律发展的状况，进一步把公法再细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法；把私法再分为民法、商法等。大陆法各国在这些法律领域中都使用相等的法律制度和法律概念。在大陆法国家之间，尽管语言不同，但他们的法律词汇可以准确地互相对译，只要掌握了一个大陆法国家的法律，就很容易了解其它大陆法国家的法律。

其次，大陆法各国都主张编纂法典。法国资产阶级革命胜利后，曾先后颁布了五部法典：民法典、民事诉讼法典、商法典、刑法典和刑事诉讼法典。其它大陆法国家也制定了类似的法典，但各国在法典的编制体例上却不完全相同。有些大陆法国家把民法与商法分别编成两部独立的法典。早期公布的大陆法典，如法国和德国都采取了所谓民商分立的编制方法，即在民法典之外，另订有商法典。但有些大陆法国家则采取所谓民商合一的编制方法，即把商法并入民法典中，作为民法典的一个组成部分，如

1881年瑞士债务法典，把民法债篇与商法收集在内。1934年公布的荷兰民法典和1942年公布的意大利民法典都把民法与商法包括在内。但这只是形式上和法律结构上的区别，实际上民法和商法还是两个不同的法律部门，即使是在所谓民商合一的国家，如瑞士、意大利和荷兰等国，他们在大学法学院还是把民法和商法列为不同的课程，作为两个学科进行教学。

（二）大陆法的渊源

大陆法国家是成文法国家，大陆法系各国都强调成文法的作用，这是毫无疑问的。但是这并不是说，在大陆法国家法律就是法的唯一渊源。如同英美普通法国家虽然强调判例的作用，但判例并不是英美法的唯一渊源一样，大陆法国家除了法律以外，还有其它重要的法的渊源。大陆法与英美法不同之处在于，大陆法在探索法时，以法律为出发点；而英美法则首先考虑法院的有关判例。大陆法的渊源主要有：

1. 法律

法律是大陆法的主要渊源。这种观点在十九世纪取得绝对优势，因为当时几乎所有大陆法国家都编纂了各种法典，并公布了成文宪法，成文法已经相当完备。大陆法国家的法律包括宪法、法律和条例等。

一般来说，宪法处于最高的地位，具有最高的权威性。但在大陆法国家中，各国宪法的效力和地位也有差异。在有些大陆法国家，宪法可按一般立法程序制定和修改，宪法的效力同普通法律没有差别。另一些国家则认为，宪法是根本法，宪法不同于普通法律，宪法的效力优于普通法律，因此，宪法必须经过特殊程序才能制订或修改，并且建立了一套监督违宪的制度，对其它法律是否符合宪法进行监督。但负责监督的机构以及监督的方式各国有所不同。在日本和某些拉丁美洲国家，像美国一样，任何法官都有权宣布某项法律违宪，从而拒绝予以执行。而欧洲的一些国

家，如德国、意大利、奥地利等国，则设有专门的宪法法院，其它法律是否违宪必须经由宪法法院审查宣布。一般法院如对某项法律是否违宪有所怀疑，只能中止诉讼程序，申请宪法法院予以裁决，而无权自行宣布某项法律违宪。

大陆法国家都制定了一系列法典。所谓法典是把有关同一类内容的各种法规和原则收集起来，加以系统化，汇编为一个单一的法律文件。如法国的民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典和刑事诉讼法典。法典在大陆法国家起着十分重要的作用，是大陆法的主要渊源。

除了由立法机关——国会制订的法律之外，在大陆法国家还有许多由行政机关制订的成文法，这种成文法称为条例。这些条例有两种情形：一种是在某项法律的既定范围内并为实现该项法律而制定的；立法机关只确定原则和一般规则，而把细则留待行政机关作出具体决定。另一种情况是由宪法授予行政机关以制定条例的权力。如法国宪法承认行政机关有制定条例的权力，而德国只承认行政机关可在法律的既定范围内制定有关的条例。

2. 习惯

一般来说，大陆法国家都承认习惯是法的渊源之一。但法国法学界与德国法学界对习惯持不同的态度。法国学者认为，自从制定法典之后，法律就是法的主要渊源，习惯的作用甚微。法国、意大利、奥地利等国都认为，习惯只有在法律明文规定法官必须援用习惯的情况下才能使用。与此相反，德国和瑞士则把法律与习惯相提并论。但这只是理论上的分歧，实际上差别是不大的。

3. 判例

大陆法国家强调成文法的作用，原则上不承认判例具有与法律同等的效力。一个判决只对被判处的案件有效，对日后法院判决同类案件并无约束力。这是大陆法与英美法的主要不同之处。这是因为：第一，法院只能在立法机关制定的法律框框的范围内

活动，判例只是对成文法的解释。法国民法典第5条明文规定，禁止法官发布一般性的条例来进行判决。其它大陆法国家都有类似的规定。因此，判例的活动范围是有限的，法官不能越出成文法律的框框通过判例创立新的法律规则。第二，判例所形成的规则不具有与立法机关制订的法律的相同的效力。法院不受判例的约束。法官在作出判决时，一般也不能援引判例作为理由。而且法院随时可以把过去的判例颠倒过来，法官在这样做的时候也毋需申明理由。

但也有一些例外的情况，有的国家规定法官应受某种判例的约束。如德国规定联邦宪法法院的判决在“联邦公报”上发表后即具有约束力，并承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则，法院应予以实施。又如阿根廷、哥伦比亚最高法院关于宪法的判决，以及瑞士联邦法院关于宣布某一州的法律违宪的判决都有约束力。西班牙把最高法院多次判决形成的判例称为“法理”（Doctrina），日后如遇违反该项“法理”的判决，可向最高法院提起上诉。这是进入二十世纪以后，判例在大陆法国家所起的作用日益重要的一种反映。

4. 学理

一般来说，学理不是法的渊源。但是，在大陆法发展的过程中，学理起着重要的作用。这主要表现在以下几个方面：第一，学理为立法者提供法学理论、法律词汇和法律概念，通过立法者的活动，制定为法律；第二，对法律进行解释，并对判例进行分析和评论；第三，通过法学家的著作，培训法律人员，影响法律实施的过程。

（三）大陆法各国的法院组织

大陆法各国的法院组织虽然各有特点，但都有一些共同之处。主要表现在：法院的层次基本相同；各国除普通法院以外，都有一些专门法院与普通法院同时并存。