

国际商法简明教程

主 编 洪庭展

东北财经大学出版社

国际商法内容庞杂,撰稿人对这一学科的研究,仍在起步阶段,限于水平,书中的错误和缺点在所难免,诚挚地希望读者对本书提出批评意见。

东北财经大学对外经济贸易系

1995 年 4 月

(辽)新登字 10 号

图书在版编目(CIP)数据

国际商法简明教程/洪庭展主编. —大连:东北财经大学出版社,1996.1

ISBN 7-81044-131-0

I. 国… II. 洪… III. 国际商法-教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 01807 号

国际商法简明教程

主编 洪庭展

东北财经大学出版社出版发行(大连黑石礁)

辽宁省新华书店经销 沈阳新华印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:7 $\frac{3}{8}$ 字数:185 000

1996 年 1 月第 1 版 1996 年 9 月第 2 次印刷

责任编辑:邵雪梅

责任校对:春 红

印数:7 001—14 000

ISBN 7-81044-131-0/D·46 定价:12.00 元

前 言

1992年5月,在我国首届对外经济贸易法律会议上,李岚清同志曾经指出,在国际上从事贸易和经济合作,要按国际规则行事(见1992年5月30日《新民晚报》)。国际商法就是以这些国际规则为主要研究对象的新兴的法的部门及法的学科。自80年代以来,国际商法已列为我国对外经贸院校和相关专业的必修课程。

本教程共分十章:第一章导论;第二章国际商事关系的主体及其法律地位;第三章比较合同法;第四章国际货物买卖法;第五章国际产品责任法;第六章比较代理法;第七章商业组织法;第八章工业产权法;第九章法律适用法;第十章国际经济贸易仲裁与国际民事诉讼。至于国际商法的其他一些内容,如国际货物运输与保险、国际结算与支付、国际技术转让等,由于在外经贸院校,已由其他课程分别讲授,本书不再列入。

本书是辽宁省高等教育自学考试国际贸易专业(专科)系列教材之一。本书除供自学考试的学员学习外,也可作为对外经贸专业在校生的参考书。参加自学考试的同志在使用本教材时,可根据教学大纲要求,对内容作适当删选。

本书分工如下:刘玉平撰写第七、八章,尹春溪撰写第十章仲裁部分,其余各章节由洪庭展撰写,全书由洪庭展总纂审定。由于

目 录

前 言

第一章 导论	(1)
第一节 国际商法的概念	(1)
第二节 国际商法的渊源	(2)
第三节 国际商法的沿革	(6)
第四节 西方资本主义国家的两大法系	(8)
第五节 国际商法与相关法律部门的关系	(11)
第二章 国际商事关系的主体及其法律地位	(14)
第一节 自然人	(14)
第二节 法人	(16)
第三节 国家	(20)
第四节 外国人在国际商事关系中的民事 法律地位	(21)
第三章 比较合同法	(25)
第一节 合同概述	(27)
第二节 合同的成立	(33)
第三节 合同的担保	(40)
第四节 合同的解释	(43)
第五节 合同的履行	(44)
第六节 违约及其法律后果	(47)
第七节 违约的救济方法	(52)

第八节	免除合同责任的条件	(58)
第九节	合同的转让和终止	(62)
第十节	两大法系合同法之比较	(70)
第四章	国际货物买卖法	(73)
第一节	概述	(73)
第二节	国际货物买卖合同	(75)
第三节	联合国国际货物销售合同公约	(80)
第四节	卖方义务和买方义务	(82)
第五节	违反买卖合同的补救方法	(92)
第六节	货物所有权和风险的转移	(100)
第五章	国际产品责任法	(106)
第一节	美国产品责任法	(107)
第二节	西欧国家和日本的产品责任法	(110)
第三节	欧洲国家有关产品责任的三个 国际公约	(112)
第四节	我国的产品责任法	(114)
第六章	比较代理法	(117)
第一节	代理制度的沿革	(118)
第二节	代理的概念	(119)
第三节	代理权产生的依据和分类	(120)
第四节	代理的内部关系	(122)
第五节	代理的外部关系	(124)
第六节	无权代理	(125)
第七节	代理的终止	(127)
第八节	商事代理的种类	(128)
第九节	我国有关代理的法律和对外贸易中 的代理	(131)
第七章	商业组织法	(134)

第一节 商业组织法概述.....	(134)
第二节 公司的法律地位.....	(137)
第三节 我国的外商投资企业.....	(144)
第八章 工业产权法.....	(155)
第一节 专利法.....	(155)
第二节 商标法.....	(168)
第九章 法律适用法.....	(175)
第一节 概述.....	(176)
第二节 冲突规范的概念、结构和种类	(178)
第三节 常见的系属公式和准据法.....	(181)
第四节 识别问题.....	(188)
第五节 限制冲突规范效力的几项制度.....	(189)
第十章 国际经济贸易仲裁与国际民事诉讼.....	(198)
第一节 解决国际经济贸易争议的途径.....	(199)
第二节 国际经济贸易仲裁.....	(201)
第三节 国际民事诉讼.....	(212)

第一章 导 论

内 容 提 要

一、国际商法是调整国际商事行为和商事组织的各种法规的总称。本教材所称的国际商法包括以下内容：比较合同法、国际货物买卖法、国际产品责任法、比较代理法、商事组织法、工业产权法、法律适用法、国际经济贸易仲裁与国际民事诉讼。

二、国际商法的渊源：国际条约和国际惯例；有关国家的国内法，包括法律适用法和民商法。

三、国际商法的沿革：商人法——旧的商事习惯法；国内法；新的商事习惯法——商法的国际化趋势。

四、西方资本主义国家的两大法系。对西方国家法律分类的意义；两大法系的主要异同。

五、国际商法与相关法律部门的关系：商法与国际商法；国际商法与国际贸易法；国际商法与国际私法；国际商法与国际经济法。

第一节 国际商法的概念

什么是国际商法？国际商法包括哪些内容？国内外学者们的看法不尽相同。

多数学者认为国际商法是调整国际商事行为和商事组织的各

种法规的总称。这里“国际”一词是指“跨越国家”而言。因此,国际商法也可称为跨国商法。

《国际商法》(冯大同主编)一书认为,国际商法的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。前联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席施米托夫认为,国际商法包括两个主要分支:(1)国际贸易法,其中国际货物买卖是该法的主要内容,尽管它还包括国际银行业务、保险及航空、海洋和陆上运输中的法律问题;(2)国际公司法,即根据一国法律设立但又在其他国家具有商业利益的公司。无论此项商业利益采取何种形式,如在其他国家设立子公司,或在联合公司中占有股份,或参加经营管理,或者采用其他形式。日本国际法学会编写的《国际法辞典》认为,国际商法是国际私法(即冲突法或法律适用法)的从属部分。前苏联的国际私法学者隆茨亦将国际商法中的大部分内容列入国际私法的范围。

参照国内外学者的有关论点,本教材按如下体例编写:(1)导论;(2)比较合同法;(3)国际货物买卖法;(4)国际产品责任法;(5)比较代理法;(6)商业组织法;(7)工业产权法;(8)法律适用法;(9)国际经济贸易仲裁与国际民事诉讼。至于国际商法的其他一些内容,如国际货物运输与保险、国际贸易支付、国际技术转让等,因已由其他课程讲授,本教材不再列入。

第二节 国际商法的渊源

“法的渊源”一词源自拉丁文。古代罗马把法比作水,从而出现“fonte juris”(法的渊源)的概念。依照当前国际上比较流行的说法,法的渊源是指法的表现形式而言。在国内法方面,指立法者的行为以及在人民中实行的习惯;在国际法方面,指国家间缔结的条约,国家间实行的习惯,以及国际组织制定的法规。本书在谈到国

际商法的渊源时,亦仅就该法的表现形式,即调整国际商事关系的各种法规而言。国际商法的渊源大致可归结为:

一、国际条约

国际条约是国家之间为设立、变更或终止他们之间的权利义务关系而达成的协议。根据“条约必须信守”(pacta sunt servanda)的国际法准则,国际条约对缔约国具有法的约束力。我国《民法通则》第142条和《涉外经济合同法》第6条规定,我国缔结或者参加的国际条约与我国法律有不同规定的,除我国声明保留的条款外,应适用国际条约的规定。

国际商事关系方面的条约,按法律规范的性质不同,可分为统一实体法规范和统一冲突法规范。前者直接规定国际商事关系中当事人的实体权利和义务,如我国于1986年12月批准加入的联合国《国际货物销售合同公约》,1974年联合国《国际货物买卖时效公约》,1930年《关于本票、汇票的日内瓦公约》和1931年《关于支票的日内瓦公约》等;后者只解决国际商事关系的法律适用问题,即指出某种国际商事关系应适用哪一国的法律,如我国已加入的《国际货物销售合同准据法公约》(简称1985年《海牙公约》)以及拉丁美洲15国的《布斯塔曼特法典》和法国、挪威等欧洲国家1973年签订的《关于产品责任的法律适用公约》等。

二、国际商业(贸易)惯例

所谓“国际惯例”,依照联合国《国际法院规约》第38条的解释,是指“作为通例之证明而经接受为法律者”(as evidence of a general practice accepted as law)。国际惯例有国际外交惯例和国际商业(贸易)惯例之分。国际商业活动中的具有稳定性的通例和习惯,即为国际商业(贸易)惯例。根据施米托夫所下的定义,国际商业(贸易)惯例是指:“应用非常广泛的、凡从事国际贸易的商人们期待着他们的合同当事人都能遵守的商业习惯性做法和标准构成。”

我国法律和国际公约都承认或尊重国际惯例的效力。我国《民法通则》第142条和《涉外经济合同法》第5条规定,涉外经济合同和其他涉外民事关系的法律适用,我国法律和我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。联合国《国际货物销售合同公约》第9条规定,“双方当事人业已同意的任何惯例或他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有约束力。除非另有协议,双方当事人应视为默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知道或理应知道的惯例。”

把“惯例”和“法律”截然分开,是不妥当的。因为,不但国内法有制定法和习惯法之分,国际法也有协定法和习惯法之别。作为习惯法的国际商业惯例应具备以下条件:

(1)它是在长期的国际商业活动中形成的习惯做法;

(2)它有明确的内容,能够确定合同当事人的权利义务关系,具有行为规则的性质,因而被当事国和当事人接受为法律。

(3)在效力上,它属于任意性规范,即只有当事人根据“意思自治”原则将某项惯例列入特定的合同时,这项惯例才对合同当事人产生约束力。当事人在采用惯例时,可以变更其内容。例如,1932年《华沙——牛津规则》(C. I. F. 买卖合同统一规则)第1条规定,“在C. I. F. 合同中,本规则的任何一条都可以变更、修改或增添其他条款,但这样的变更、修改,或增添必须经合同当事人明示地协议才能成立。”

国际商业(贸易)惯例有成文的,也有非成文的。人们通常所说的国际商业(贸易)惯例是指国际商会等国际组织所制定的成文化的惯例,如国际商会《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》,国际法协会《华沙——牛津规则》等。

国际商业(贸易)惯例是国际经济惯例的一种,前者与后者的关系是属概念与种概念的关系。在法律效力上,国际商业(贸易)惯例属于任意性规范,而国际经济惯例既有任意性规范,又有强制性

规范。例如,国家财产豁免,作为一项惯例,就是一种强制性规范。

国际条约与国际惯例是国际商法两个最基本的渊源。

三、国内法

(1) 法律适用法

国际商事关系是一种涉外民事关系,对这种关系的调整,除直接援引国际条约和国际惯例外,则要首先解决法律适用即适用哪一国法律的问题。指出某种涉外民事关系适用哪一国法律,是法律适用法(即冲突法)的任务。

法律适用法(冲突法),除少数规定在国际条约中外,主要表现为国内法。我国《民法通则》第8章《涉外民事关系的法律适用》和我国《涉外经济合同法》第5条,就是我国的法律适用法或冲突法。其他国家也都有各自调整涉外民事关系的法律适用法。如法国、意大利、西班牙、葡萄牙等国规定在民法典中的冲突法规范,日本、德国、波兰、泰国、瑞士、奥地利等国以单行法形式制定的冲突法规范。英美等国的法律适用法则采用判例形式。

(2) 民商法

民法和商法是分别调整商品经济关系的一般法和特别法。民法主要由物权法、债权法、知识产权法等组成,商法通常包括公司、票据、保险、海商等方面的法规。在国际贸易中,营业地分别在不同国家或地区的当事人往往选择某一国家或地区的民商法作为处理他们合同争议的准据法(applicable law),因此各国的民商法也应被看作是国际商法的渊源之一。

各国调整民事和商事活动的法律,可分为民商分立与民商合一两种体例。所谓民商分立,是指民事与商事分别立法,除民法典外还制定商法典,法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等国属于这一类型;所谓民商合一,是指民事与商事统一立法,将商事方面的法规编入民法典中,或以单行法的方式公布,瑞士、荷兰、泰国、意大利、土耳其等国的立法,属于这种类型。我国和一些东欧国家也没

有民商法之分。英美法中原没有“民法”(civil law)的概念,因此,英美法系国家也属于民商合一的体例。一些西方国家的学者认为,民商合一已成为世界立法的新趋势。

在国际商事方面,许多争议往往要通过法律适用规则的指引,适用有关国家的实体法才能最终解决。因此,各国国内法中有关商事方面的法律,是国际商事统一法必不可少的补充。

第三节 国际商法的沿革

前面提到,当代的国际商法是始于第二次世界大战后的新的法律部门和法律学科,但调整国际商事关系的法律则可追溯到中世纪时期欧洲的商人习惯法,即商人法(Lex mercatoria or Law of merchant)。商人法出现于公元11世纪至15世纪,最初是地中海沿岸威尼斯、热那亚等城邦国家商人之间的自治规约(statuta mercatorum),后来随着海上贸易的发展,其适用范围逐渐扩及西班牙和英法等国。商人法涉及买卖合同标准条款、海上运输与保险、商业合伙以及破产程序等方面的内容。由于商人法是中世纪时普遍适用于西欧各国商人的习惯法,它具有明显的国际性。当时欧洲的海上商事习惯法十分发达,施行于地中海沿岸的有康苏拉度法(Consulado del Mar),沿用于大西洋一带的有奥列隆法(the judgements of Oleron),适用于北海和波罗的海地区的有维斯比海事法(the Sea Laws of Wisby)。

到了中世纪后期,随着欧洲中央集权国家的兴起,城邦国家不复存在,商人法逐渐被各国的国内法所吸收和取代。最早的商事立法有法国路易十四时期颁布的《商事条例》(1673年)和《海事条例》(1681年)。1807年拿破仑一世又在这两个条例的基础上颁布了《法国商法典》。该法典分总论、海商、破产、商事裁判四编,共648条。《法国商法典》是近代资本主义商事立法的蓝本,荷兰、希

腊、比利时、西班牙、葡萄牙以及拉丁美洲一些国家的商法典都受其影响,而同属于法国商法法系。德国早在 1871 年统一前就已有统一的商事立法。仿效法国商法的先例,1848 年和 1861 年,先后制定了票据条例和普通商法法典。1897 年又在完成《德国民法典》的起草工作后,颁布了新的《德国商法典》。该法典分商人、商事公司及隐名合伙、商行为、海商等四编,计 905 条。《德国商法典》反映垄断资本主义时期的商事关系,奥地利、日本、斯堪的纳维亚国家的商法典都受到它的影响。商人法的规则也被英美法系国家纳入它们的判例法。19 世纪下半叶以来,出于商业上的需要,英美等国还制定了一系列商事方面的单行法规,如 1893 年英国的《货物买卖法》,1906 年美国的《统一买卖法》等。

中世纪统一的商事习惯法逐渐为各国的国内法取代后,由于各国民商法之间的千差万别,而各国商人又多要求用他们各自的国内法来处理对外贸易中的问题,这就引起法律适用上的冲突。这一情况影响了国际贸易的正常开展。为此,自本世纪初以来,一些国际组织发起了国际商事统一法运动。其中最具有影响的国际组织是:罗马统一私法国际协会(UNIDROIT)、联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)和国际商会(ICC)。罗马统一私法国际协会是 1924 年在国际联盟主持下建立的政府间的学术机构,1930 年该协会下设了“国际货物买卖统一法起草委员会”。1964 年在海牙外交会议上通过的《国际货物买卖统一法》和《国际货物买卖合同成立统一法》就是由这个委员会负责起草的。罗马统一私法国际协会现有 48 个成员国,包括中国、罗马尼亚、南斯拉夫在内。联合国国际贸易法委员会是根据 1966 年第 21 届联合国大会的决议成立的,由它负责起草的国际贸易统一法的文件有:1974 年《国际货物买卖时效公约》,1978 年《联合国海上货物运输公约》(《汉堡规则》),1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,1980 年《联合国国际货物销售合同公约》等。国际商会成立于 1919 年,是由欧美等国

工商业者组成的国际团体。总部设在巴黎。现有 57 个会员国,由各国的全国商会代表组成。国际商会在统一国际商业惯例方面起着重要的作用,由它负责制订的国际贸易惯例有:《国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS),《跟单信用证统一惯例》(UNIFORM CUSTOMS & PRACTICE FOR DOCUMENTARY CREDITS),《托收统一规则》(UNIFORM RULES FOR COLLECTION)等。这些国际贸易惯例已为各国政府和商人广泛接受和采用。

施米托夫认为,国际商法的发展经历了三个阶段:“第一阶段为中世纪的商人习惯法,即旧的商人习惯法。第二阶段为 17 至 19 世纪,在这段时间里,中世纪的商人习惯法被纳入各国国内法体系。第三阶段为当代,确切地说,它始于第二次世界大战以后。”施米托夫还将当代的国际商法称为“新的商业习惯法”(new lex mercatoria)。

1957 年,施米托夫在赫尔辛基大学发表演讲时指出,我们正在开始重新发现商法的国际性,国际法——国内法——国际法这个发展圈子已经自行完成:各地商法发展的总趋势是摆脱国内法的限制,朝着国际贸易法这个普遍的和国际性的概念的形成的方向发展着。”

第四节 西方资本主义国家的两大法系

当今世界各国的法律,就其内容和形式,大致可分为社会主义法系、大陆法系和英美法系。大陆法系和英美法系是西方资本主义国家两大主要法系。

大陆法系,又称罗马法系、民法法系或罗马—德意志法系,是指在罗马法的原则和形式的基础上,以 1804 年《法国民法典》和 1900 年《德国民法典》为样本,而形成和发展起来的法律体系。属于这一法系的国家,除法国和德国外,还有瑞士、比利时、奥地利、

荷兰、意大利、西班牙、葡萄牙、明治维新后的日本以及拉丁美洲一些国家。

英美法系,又称普通法系或海洋法系,是指以英国中世纪普通法为基础而发展起来的各国法律。属于这一法系的国家,除英国(不包括苏格兰),美国(不包括路易斯安娜州)外,还有加拿大(不包括魁北克省)、澳大利亚、新西兰、香港等原曾是英国殖民地的国家和地区。这两大法系的区别在于:

1. 大陆法以成文法为主要标志,而英美法以判例法为主要标志。大陆法国家,法院判决只对受审理的案件有效,对日后的同类案件不具有约束力;而英美法国家则遵循“维持先例”(stare decisis)的原则,即法院在处理当前的争端时,要以过去的判例为准则,特别是下级法院要受上级法院以往判决(先例)的约束。

2. 大陆法系国家的成文法,多采用法典形式,即通过法典对部门法作比较全面和系统的陈述,如法、德、日等国的民法典和商法典;而英美法系国家的成文法,多以单行法规的形式出现,一般不趋向于法典化。美国的《统一商法典》是一个例外。但该法典是一个非正式的立法文件,由美国统一州法全国委员会和美国法学会共同起草,作为商法典的“样本”向各州议会推荐的,至1963年已被美国各州(路易斯安娜州除外)分别修订后采用。

3. 大陆法系国家,法官在审理案件时,首先要考虑法典和其他成文法中的规定,然后再就具体案件作出判决,采用“一般到个别”的演绎推理;而英美法国家,法官在审理案件时,首先要参照以往类似案件的判决,并从中抽出适合于本案的一般原则,然后再作出判决,采用“个别到一般”的归纳推理。

4. 法律分类不同。大陆法沿袭罗马法的传统,将全部法律分为“公法”与“私法”两大类;而英美法只有普通法与衡平法之分,在传统上并不将法律分为“公法”与“私法”。在英美法系中,“普通法”一词是指与制定法(成文法)相对的“法官创造的”一般法律,而“衡平

法”则是指 15 世纪始于英国,根据“衡平”(“公平、合理与正义”)原则,为弥补普通法的不足而形成的一种判例法。实际上,无论“普通法”或“衡平法”都是判例法。

5. 法律观念不同。大陆法以理性主义为哲学基础,重视法理研究,强调成文法规;而英美法以经验主义为哲学基础,重视判例的作用,强调“法官制定法律”。

大陆法系与英美法系尽管有诸多差别,但它们同渊源于罗马法,都属于西方资本主义国家的法律。归根结底,它们是大同小异的。

首先,两者的体例基本相同。大陆法系国家的民法典一般包括物权法、债法、亲属法、继承法等部分,与英美法中的财产法、合同法、侵权行为法和家庭法等,在内容上是一致的。

其次,大陆法中虽没有“衡平法”的概念,但大陆法系各国的债权法都以“诚实信用”(bona fides)为最高原则,“诚实信用”的内涵就是“衡平”(equity),即所谓“公正与善良”(ex aequo et bono)。可见英美法中的“衡平法”与大陆法中的“诚实信用”原则是一脉相承的。

再次,由于互相影响和互相渗透,两大法系的差别正在逐渐缩小。自上世纪末以来,英美法系国家相继制定了许多成文法,如英国 1893 年的《货物买卖法》、1906 年的《海上保险法》、美国 1906 年的《统一买卖法》和 1952 年在此基础上拟订的《统一商法典》等。而属于大陆法系的国家,如法国和德国,也日益重视判例的作用。联邦德国就利用民法典中的某些“弹性”规定,强调最高法院判决的效力。

有些国家和地区,如菲律宾、斯里兰卡、津巴布韦、毛里求斯、南非、苏格兰、路易斯安娜、魁北克等的法律,原来都属于大陆法系,但后来都采用了一些英美普通法的原则,因而现在都属于混合型的法律制度。美国现代在社会和经济方面的法律,由于已出现成