



21世纪高职高专财经类专业规划教材

# 国际商法原理与

## 案例教程

郑春贤 编著



免费提供电子教案  
<http://www.cmpedu.com>



机械工业出版社  
CHINA MACHINE PRESS



21 世纪高职高专财经类专业规划教材

# 国际商法原理与案例教程

郑春贤 编著



机械工业出版社

本书根据高职高专教育的特点与教学改革的需要而编写,突出实用性;同时保持了国际商法知识体系的完整性,吸收了最新的国际商法规则和研究的最新成果,突出新颖性。本书紧密联系当今国际商务和商法的最新发展,运用案例教学的方法介绍了西方两大法系(大陆法系与英美法系)以及国际商事公约与惯例在有关商事(如商事组织、商事合同、货物买卖、产品责任、商事代理、工业产权、商事仲裁等)方面的不同法律规定。另外鉴于当今电子商务的发展对商法的影响,本书增加了国际电子商务法一章内容。通过对本书的学习,读者能够掌握从事国际商事活动应当具备的基本法律知识,具有解决国际商务实践中法律问题的能力。

本书既可作为高职高专学生的学习用书,也可作为现代商务领域管理人员的案头参考书。

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商法原理与案例教程/郑春贤编著. —北京:机械工业出版社,2009.8

(21世纪高职高专财经类专业规划教材)

ISBN 978-7-111-27993-8

I. 国… II. 郑… III. 国际商法-高等学校:技术学校-教材  
IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第139542号

机械工业出版社(北京市百万庄大街22号 邮政编码100037)

责任编辑:董欣鹿征

责任印制:杨曦

北京富生印刷厂印刷

2009年8月第1版·第1次印刷

184mm×260mm·14.75印张·360千字

0001-3000册

标准书号:ISBN 978-7-111-27993-8

定价:26.00元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换

销售服务热线电话:(010)68326294 68993821

购书热线电话:(010)88379639 88379641 88379643

编辑热线电话:(010)88379753 88379739

封面无防伪标均为盗版

# 前 言

拉丁谚云：哪里有贸易，哪里就有法律。我国加入 WTO 后，国民经济及对外贸易进一步与世界经济接轨，我们的企业比以往任何时候都需要大量经过系统训练的、熟悉国际经济贸易运行规则的涉外商务人员。而专业人员的培训必须从学校教育开始。本书正是为了达到这个目的而编写的。

高职高专教材应该体现“以应用为目的，以够用为度”的原则。本书最大的特色就是基于高职高专教育的特点和法律学科的实践性，实施案例教学。具体来说，在介绍每一章的每一节内容之前，先给出先导案例并提出问题，然后围绕所提出的问题进行相关法律的阐述，并在阐述中精选了发生在国际商务活动中的大量的真实案例，帮助学生的学习过程中紧密联系实际，达到对国际商法主要规则的深度理解，最后在每一章内容后又附了若干个案例分析题以供学生课后思考练习。从各章的结构上来看，章前有“学习要点”和“先导案例”，章中有大量的“案例分析”，章后有若干“案例讨论”，真正做到案例贯穿教材的始终。通过案例教学，强化职业培训、实战演练，形成“讲练结合”的模式，突出针对性、实用性和可操作性。

同时，本书也保持了国际商法知识体系的完整性，并突出新颖性，紧密联系当今国际商务和商法的新发展，运用比较的方法介绍了西方两大法系（大陆法系和英美法系）以及国际商事公约与惯例在有关商事（如商事组织、商事合同、货物买卖、电子商务、产品责任、商事代理、工业产权、商事仲裁等）方面不同的法律规定。通过对本书的学习，学生能够掌握从事国际经济贸易应当具备的基本法律知识，具有解决国际商务实践中法律问题的能力。

本书在编写过程中，参考了法学界前辈和同仁的著作和研究成果，在此深表谢意！

囿于笔者水平，书中疏漏在所难免，敬请广大读者提出宝贵意见。

本书免费提供电子教案，读者可到机械工业出版社网站 [www.cmpedu.com](http://www.cmpedu.com) 下载。

编 者

# 目 录

## 前言

## 第1章 国际商法概述 ..... 1

### 1.1 国际商法的概念和渊源 ..... 1

#### 1.1.1 商法 ..... 1

#### 1.1.2 国际商法 ..... 2

#### 1.1.3 国际商法与其他相关法律的比较 ..... 2

#### 1.1.4 国际商法的渊源 ..... 3

### 1.2 国际商法的历史发展 ..... 5

#### 1.2.1 古代商法 ..... 5

#### 1.2.2 中世纪的“商人习惯法” (Law Merchant) ..... 5

#### 1.2.3 近代商法 ..... 5

#### 1.2.4 现代商法 ..... 6

### 1.3 当代世界两大法系 ..... 6

#### 1.3.1 法系的概念 ..... 6

#### 1.3.2 两大法系的形成 ..... 6

#### 1.3.3 两大法系的主要区别 ..... 8

#### 1.3.4 两大法系的发展趋势——渐融 ..... 8

### 1.4 中国的商事法律制度 ..... 9

#### 1.4.1 中国的商法和商事法律制度 ..... 9

#### 1.4.2 中国商事法律制度的特点 ..... 9

#### 1.4.3 中国现行商事法律制度的 基本内容 ..... 10

### 1.5 思考与习题 ..... 12

### 1.6 案例讨论 ..... 14

## 第2章 国际商事组织法 ..... 15

### 2.1 国际商事组织概述 ..... 15

#### 2.1.1 商事组织的定义 ..... 15

#### 2.1.2 商事组织的法律特征 ..... 15

#### 2.1.3 商事组织的基本法律形式 ..... 16

### 2.2 个人独资企业法 ..... 16

#### 2.2.1 个人独资企业的法律特征 ..... 17

#### 2.2.2 个人独资企业与一人公司的区别 ..... 17

#### 2.2.3 个人独资企业的设立 ..... 17

#### 2.2.4 个人独资企业的事务管理 ..... 18

## 2.3 合伙企业法 ..... 19

### 2.3.1 合伙企业的概念与特征 ..... 19

### 2.3.2 合伙企业的设立 ..... 21

### 2.3.3 合伙企业的内部关系 ..... 22

### 2.3.4 合伙企业的外部关系 ..... 23

### 2.3.5 入伙和退伙 ..... 24

### 2.3.6 合伙企业的解散 ..... 25

### 2.3.7 合伙企业的清算 ..... 25

## 2.4 公司法 ..... 26

### 2.4.1 公司法概述 ..... 26

### 2.4.2 公司的主要种类 ..... 28

### 2.4.3 公司的设立 ..... 30

### 2.4.4 公司的资本 ..... 33

### 2.4.5 公司的组织机构 ..... 35

### 2.4.6 红利与公积金 ..... 38

### 2.4.7 公司的合并与分立 ..... 38

### 2.4.8 公司的解散与清算 ..... 39

## 2.5 思考与习题 ..... 40

## 2.6 案例讨论 ..... 43

## 第3章 国际商事合同法 ..... 45

### 3.1 合同法概述 ..... 45

#### 3.1.1 合同的概念和特征 ..... 46

#### 3.1.2 合同的种类 ..... 47

#### 3.1.3 调整国际商事合同关系的法律 ..... 48

### 3.2 合同的成立与生效 ..... 49

#### 3.2.1 当事人意思表示一致 ..... 50

#### 3.2.2 当事人必须具备订立合同的 能力 ..... 55

#### 3.2.3 合同必须有对价或合法的约因 ..... 57

#### 3.2.4 合同的形式必须符合法定的 形式 ..... 59

#### 3.2.5 合同内容必须合法 ..... 60

#### 3.2.6 当事人的合意必须真实 ..... 61

|                                 |     |                                       |     |
|---------------------------------|-----|---------------------------------------|-----|
| 3.3 合同的履行 .....                 | 64  | 4.7 思考与习题 .....                       | 122 |
| 3.3.1 合同履行的概念 .....             | 64  | 4.8 案例讨论 .....                        | 125 |
| 3.3.2 合同履行的一般规定 .....           | 64  | <b>第5章 国际电子商务法</b> .....              | 128 |
| 3.3.3 合同履行的抗辩 .....             | 65  | 5.1 国际电子商务法要论 .....                   | 128 |
| 3.3.4 合同履行的担保 .....             | 66  | 5.1.1 国际电子商务法及其法律渊源 ...               | 128 |
| 3.3.5 合同履行的保全 .....             | 71  | 5.1.2 国际电子商务法的基本原则 ...                | 131 |
| 3.4 违约及其救济方法 .....              | 72  | 5.1.3 国际电子商务法的基本体系 ...                | 132 |
| 3.4.1 违约的构成 .....               | 72  | 5.2 国际电子合同法 .....                     | 134 |
| 3.4.2 违约的形式 .....               | 73  | 5.3 思考与习题 .....                       | 145 |
| 3.4.3 违约的救济方法 .....             | 76  | 5.4 案例讨论 .....                        | 146 |
| 3.4.4 违约责任的免除 .....             | 81  | <b>第6章 国际产品责任法</b> .....              | 148 |
| 3.5 合同的变更、转让和消灭 .....           | 83  | 6.1 国际产品责任法概述 .....                   | 148 |
| 3.5.1 合同的变更 .....               | 84  | 6.1.1 产品责任法所涉及的几个重要<br>概念 .....       | 148 |
| 3.5.2 合同的转让 .....               | 84  | 6.1.2 产品责任法的概念和特征 .....               | 151 |
| 3.5.3 合同的消灭 .....               | 87  | 6.1.3 产品责任法的产生和发展 .....               | 151 |
| 3.6 思考与习题 .....                 | 89  | 6.2 美国的产品责任法 .....                    | 152 |
| 3.7 案例讨论 .....                  | 91  | 6.2.1 产品责任的诉讼依据 .....                 | 152 |
| <b>第4章 国际货物买卖法</b> .....        | 94  | 6.2.2 被告可以提出的抗辩 .....                 | 154 |
| 4.1 国际货物买卖法概述 .....             | 94  | 6.2.3 在产品责任诉讼中原告可以请求<br>损害赔偿的范围 ..... | 156 |
| 4.1.1 国际货物买卖与国际货物买卖<br>合同 ..... | 94  | 6.2.4 产品责任法对美国对外贸易的<br>影响 .....       | 157 |
| 4.1.2 有关国际货物买卖的立法 .....         | 95  | 6.3 欧洲各国的产品责任法 .....                  | 157 |
| 4.1.3 国际货物买卖的法律适用 .....         | 98  | 6.3.1 欧共体《指令》的主要内容 ...                | 158 |
| 4.2 国际货物买卖合同的成立 .....           | 98  | 6.3.2 欧洲一些主要国家的产品<br>责任法 .....        | 159 |
| 4.2.1 国际货物买卖合同的订立方式 .....       | 99  | 6.4 关于产品责任的法律适用公约 ...                 | 159 |
| 4.2.2 关于合同的形式 .....             | 103 | 6.5 思考与习题 .....                       | 161 |
| 4.3 国际货物买卖双方的义务 .....           | 103 | 6.6 案例讨论 .....                        | 163 |
| 4.3.1 卖方的义务 .....               | 104 | <b>第7章 国际商事代理法</b> .....              | 165 |
| 4.3.2 买方的义务 .....               | 107 | 7.1 代理法概述 .....                       | 165 |
| 4.4 违约及其救济办法 .....              | 109 | 7.1.1 代理的定义与特点 .....                  | 165 |
| 4.4.1 违约的种类 .....               | 109 | 7.1.2 商事代理权的产生 .....                  | 166 |
| 4.4.2 买卖双方都可以采用的救济<br>方法 .....  | 110 | 7.1.3 无权代理 .....                      | 168 |
| 4.4.3 卖方违约时的救济 .....            | 112 | 7.1.4 代理关系的终止 .....                   | 170 |
| 4.4.4 买方违约时的救济 .....            | 115 | 7.2 商事代理关系中的权利义务 .....                | 171 |
| 4.5 货物所有权和风险的转移 .....           | 116 | 7.2.1 本人与代理人之间的关系 .....               | 172 |
| 4.5.1 货物所有权的转移 .....            | 116 | 7.2.2 本人及代理人同第三人的关系 ...               | 173 |
| 4.5.2 货物风险的转移 .....             | 118 |                                       |     |
| 4.6 国际货物买卖合同的主要条款 ...           | 121 |                                       |     |

|                           |            |                          |            |
|---------------------------|------------|--------------------------|------------|
| 7.3 承担特别责任的代理人 .....      | 175        | 9.1 国际商事仲裁概述 .....       | 207        |
| 7.3.1 对本人承担特别责任的代理人 ..... | 175        | 9.1.1 国际商事争议的解决方式 .....  | 207        |
| 7.3.2 对第三人承担特别责任的代理人 ...  | 176        | 9.1.2 国际商事仲裁 .....       | 208        |
| 7.4 思考与习题 .....           | 177        | 9.1.3 国际商事仲裁协议 .....     | 208        |
| 7.5 案例讨论 .....            | 179        | 9.2 国际商事仲裁机构 .....       | 211        |
| <b>第8章 国际工业产权法 .....</b>  | <b>181</b> | 9.2.1 国际商事仲裁机构的分类 .....  | 211        |
| 8.1 工业产权概述 .....          | 181        | 9.2.2 我国国际商事仲裁机构 .....   | 212        |
| 8.1.1 工业产权的概念和特征 .....    | 181        | 9.2.3 外国(国际)主要常设仲裁机构 ... | 213        |
| 8.1.2 工业产权法概念 .....       | 182        | 9.3 国际商事仲裁程序 .....       | 214        |
| 8.2 专利法 .....             | 183        | 9.3.1 普通程序 .....         | 214        |
| 8.2.1 专利与专利法概念 .....      | 184        | 9.3.2 简易程序 .....         | 217        |
| 8.2.2 各国专利法基本制度 .....     | 184        | 9.4 国际商事仲裁裁决的承认          |            |
| 8.3 商标法 .....             | 191        | 与执行 .....                | 218        |
| 8.3.1 商标的概念和作用 .....      | 191        | 9.4.1 关于承认和执行外国仲裁        |            |
| 8.3.2 各国商标法基本制度 .....     | 193        | 裁决的公约 .....              | 218        |
| 8.4 关于保护工业产权的国际公约 ...     | 199        | 9.4.2 我国关于承认和执行仲裁        |            |
| 8.4.1 关于保护专利权的国际公约 .....  | 199        | 裁决的规定 .....              | 219        |
| 8.4.2 关于保护商标权的国际公约 .....  | 201        | 9.5 国际商事仲裁裁决的撤销 .....    | 220        |
| 8.5 思考与习题 .....           | 203        | 9.6 思考与习题 .....          | 221        |
| 8.6 案例讨论 .....            | 205        | 9.7 案例讨论 .....           | 224        |
| <b>第9章 国际商事仲裁法 .....</b>  | <b>207</b> | <b>参考文献 .....</b>        | <b>227</b> |

# 第1章 国际商法概述

商法，应该成为商人们的共同意识。

——施米托夫（英）

## 本章要点

- 国际商法的概念、渊源及其与相近法律的关系
- 国际商法的主要内容
- 当今世界两大法系的概念与区别
- 国际商法的历史发展和两大法系的发展趋势
- 中国商事法律的主要内容

## 1.1 国际商法的概念和渊源

### 先导案例

2005年7月27日，我国某公司应加拿大A公司的请求，发出某初级产品100吨，每吨温哥华CIF人民币3900元即期装运的要约。对方接收到我方报盘要约后，没作承诺表示，而是再三请求我方增加数量，降低价格，一再延长要约有效期。我方曾将数量增至300吨，价格减至每吨温哥华CIF人民币3800元，并两次延长了要约的有效期，最后延至8月30日。A公司于8月26日来电接受该要约。我方公司在接到对方承诺电报时，发现巴西因旱灾而影响到该产品的产量，国际市场价格暴涨，从而我方拒绝成交，并复电称：“由于世界市场价格变化，货物在接到承诺电报前已售出。”但A公司不同意这一说法，认为承诺是在要约有效期内作出，因而是有效的，坚持要求我方按要约的条件履行合同，并提出，要么执行合同，要么赔偿对方差价损失40余万元人民币，否则将提起诉讼。

### 问题

- 1) 本案所涉及的内容属于哪一个部门法的范畴？
- 2) 该部门法的主体主要是什么？
- 3) 该部门法与其他相关法律学科的关系怎样？
- 4) 该部门法的法律渊源有哪些？
- 5) 加拿大A公司对我国某公司提起诉讼请求是否应当支持？为什么？

### 1.1.1 商法

商法（Business Law）是调整市场经济关系中商人、商事组织和商事活动的法律规范总和。在市场经济中，人们之间发生各种各样的社会经济关系，不同的法律部门承担着不同的

任务。其中，商法调整的是商事关系。也就是说，商法通过调整平等商事主体之间的商事关系，规范商事主体及其商事行为，确认交易顺利、可靠、安全，保护商事主体实现营利的合法权益，进而促进市场经济的发展。

### 1.1.2 国际商法

国际商法（International Business Law）即国际商事法，是指调整商事组织内部的各种关系及商事组织之间从事国际商事交易时所产生的各种关系的法律规范的总称。

现代国际商法的调整对象与范围比传统的国际商法更加广泛。传统的商法主要包括商行为法、公司法、合同法、票据法、海商法、代理法和保险法等内容。而随着当代国际经济贸易交流规模的扩大和深入，商事交易活动也随之多样化和复杂化，除了国际货物买卖有了巨大的发展之外，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、服务贸易、电子商务等，其调整范围已经超出传统商法的调整范围，不仅包括传统的有形交易，而且包括新的无形交易。

现在，国际上从事国际商事交易的主体基本是公司、企业等商事组织，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，在国际商法中，“国际”一词的含义与国际法中的“国际”不同，不是国家与国家之间的意思，而是指跨越国界的意思。

#### 案例思考

英国甲公司与中国乙公司签订合同。合同规定：“甲公司供应乙公司 500 台拖拉机，每台 100 马力，价格 4500 美元。合同订立后 2 个月装船，不可撤销即期信用证付款。”  
请问：该合同是否属于国际商事合同？

国际商法的内容范围庞大，根据国际商务专业的课程设置及要求，只能选择最基本的领域，包括国际商事组织、国际商事合同、国际货物买卖、国际产品责任、国际商事代理、国际工业产权及国际商事仲裁制度等方面的法律规范加以研究和阐述。另外，鉴于当今电子商务的发展对商法的影响，本书增加了一章“国际电子商务法”内容。

### 1.1.3 国际商法与其他相关法律的比较

#### 1. 国际商法与国际贸易法（International Trade Law）

两者既有联系，又有区别。其联系表现在：①渊源相同，都主要源于国际贸易条约与国际贸易惯例；②你中有我，我中有你，具有互补性。其区别有以下 3 个方面：①概念不同，国际商法是调整国际商事交易与商事组织的各种关系的法律规范的总和，而国际贸易法则是调整各国之间的贸易关系以及与贸易有关的其他各种关系的法律规范的总和；②所属范畴不同，国际商法基本属于私法的范畴，而贸易法既包含私法的内容，也包含公法的内容；③包含内容不同，尽管两者在不少内容方面大同小异，如均有国际货物买卖合同法、国际货物运输法、保险法及国际仲裁法等，但是也有不同之处，例如，国际贸易法中的“对外贸易管制措施”，其中包括对外贸易管制、贸易条约与协定以及关税与贸易总协定等，这些都属于公法的内容，是国际商法所没有的。

## 2. 国际商法与国际经济法 (International Economic Law)

两者既有密切的联系,也有各自的特点。它们的共同点是两者均为调整国际商事或经济关系的法律规范的总称。但是,两者的区别也是明显的:①在概念方面,国际商法包括的内容比国际经济法狭窄,国际商法仅仅是调整国际商事组织与交易的法律规范的总称,而国际经济法调整的范围则要广泛得多,国际经济法调整不同国家的自然人、法人以及其他经济实体之间、国家与国际组织之间,以及它们相互之间的经济关系,包括不同国家的平等当事人的经济交往关系、主权国家对这种交往进行管理与管制的关系,以及国家或国际经济组织就它们之间的经济关系进行相互协调的关系;②基本原则不同,国际商法的基本原则是诚实信用原则以及公平与公正原则,而国际经济法的基本原则则是尊重国家主权原则、平等互利原则与全球合作与发展原则;③包含的内容不同,传统的国际商法包括公司法、合同法、国际货物买卖法、产品责任法、代理法、票据法与国际商事仲裁法等,而国际经济法则包括更加广泛的内容,有国际贸易法(几乎包括了国际商法的大部分内容)、国际投资法、国际货币金融法、国际税法与国际经济贸易争议解决法律制度等。

## 3. 国际商法与国际私法 (Private International Law)

虽然国际商法主要属于私法,但是也不同于传统的国际私法。

它们之间的区别在于:①调整的法律关系(即对象)不同,国际商法是调整商事交易与商事组织的各种关系的法律规范的总和,国际私法则是调整含有涉外因素的民事法律关系的规则的总称,它调整的涉外民事法律关系是一种广义的民事法律关系,既包括一般的民事法律关系,也包括婚姻家庭方面的民事法律关系与商法方面的各种民事法律关系,以及在国际经济贸易交往中所形成的各种民事法律关系;②从法律体系的分类看,国际商法主要属于实体法(Substantive Law),即规定法律的实体——个人或公司的权利与义务的法律,其中的合同法、买卖法、代理法与商事组织法等有关内容和中心任务,就是围绕与解决契约双方的权利和义务有关的问题,而传统国际私法则属于冲突法。英国和美国的学者普遍认为,国际私法的中心任务是解决法律适用的冲突问题,即是为具有涉外因素的私法案件的冲突规范确定准据法。所谓“冲突规范”(Legal Norm),也叫做“法律适用规范”或者“法律选择规范”,是指明某种涉外民事法律关系应当适用哪个国家法律的规范。所谓“准据法”(Applicable Law)或“适用法”,是指经冲突规范的指定,用来调整涉外当事人双方权利与义务关系的特定国家的法律。

### 1.1.4 国际商法的渊源



#### 课堂思考

中国一公司与美国一公司在德国柏林订立一份国际货物买卖合同,约定在荷兰的鹿特丹交货,这个合同可能涉及到哪些法律的适用呢?

法律渊源并非法律制度的源流。作为法学术语,法律渊源是指法律规则的文件来源,即法的各种具体表现形式。国际商法的渊源就是国际商事法律规则的文件来源,也即国际商事法律规则存在的形式。目前,国际商法的渊源主要有四种形式,它们是国际商事条约、国际商事惯例、国内商事立法和国际商事判例。

## 1. 国际商事条约 (Treaty)

国际商事条约是指两个或两个以上的国家之间缔结的有关国际商业和贸易的协议。国际商事条约历来被普遍认为是国际商法的主要渊源。

根据“条约必须信守”的国际法准则，国际条约对缔约国具有法的约束力，即缔约国应当按该国所签署或缔结的国际条约的规定进行有关活动。根据“国际条约效力优先原则”，当国内法与该国所缔结的国际条约有不同规定时，大多数国家主张应优先适用国际条约。我国《民法通则》规定，我国缔结或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。

### ② 案例思考

A、B 两国平等协商后签订边界条约划定两国边界。根据条约 X 地应在 A 国境内，但后来 B 国又以 X 地居民与 B 国为同一民族为由，修改本国地图及法律，主张取消原条约，行使对 X 地的管辖权。两国发生争端，协议仲裁。

请问：B 国主张是否合法有效？X 地应属 A 国还是 B 国管辖？

按照缔约国多少，国际条约可分为双边条约和多边条约或公约。双边条约主要有通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税的协定等。多边条约主要有《联合国国际货物买卖合同公约》、《联合国海上运输公约》、《保护工业产权的巴黎公约》等。

按照国际条约的内容和作用不同，可将其分为统一实体法条约和统一冲突法条约。统一实体法条约是指直接规定国际商事关系中当事人的实体权利和义务的国际条约，如 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国海上运输公约》、《国际汇票和本票公约》等。统一冲突法条约是指只解决国际商事关系的法律适用问题的国际条约，即此类条约只指出某种国际商事关系应适用哪一国法律，而不直接规定该关系中当事人的具体权利与义务，如《海牙国际货物买卖合同法律适用公约》。

## 2. 国际商事惯例 (Usage)

国际商事惯例是指那些在国际商事活动的长期实践中形成并被普遍接受和遵循的，规范国际商事活动当事人之间权利义务关系的习惯做法。国际商事惯例是统一的国际商法的另一个重要渊源。

构成对国际商事活动有约束力的惯例须具备三个条件：①具有确定的内容，包含确定参加国际商事活动的当事人的权利和义务规则；②已成为国际商事活动中长期反复使用的习惯；③得到各国商人的普遍承认。以上三个条件对一个国际商事惯例来说是缺一不可的。

国际商事惯例从性质上来说不是法律，不具有普遍的约束力。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。例如，《国际货物买卖合同公约》第 9 条规定，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，双方当事人应视为默示同意受他们已经知道或理应知道的惯例的约束。我国《民法通则》规定，对于中国法律和中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。

过去，国际惯例曾分为成文的惯例和不成文的惯例，现在几乎不存在不成文的惯例，许多重要的国际商事惯例已经由一些国际组织编纂成文。目前在国际经济贸易中影响最大的是

国际商会制定的《2000 年国际贸易术语解释通则》(Incoterms 2000) 和《跟单信用证统一惯例》(UCP 600)。

### 3. 国内商事立法

近年来, 虽然国际商法得到了较大的发展, 订立或承认了大量的国际商事公约或惯例。但由于传统习惯和自身利益所在, 各国仍在很多的商事领域中保留独立的立法权。国际商事条约、国际商事惯例的适用、效力皆来自于国内立法的规定。当事人的行为能力、合同的效力基本上都由国内法规定, 国际商事争端的解决多适用国内法, 国内法也对交易的内容、当事人之间的权利义务进行调整。国内商事立法就成为国际商法的另一重要渊源, 如大陆法系国家的《法国商法典》、《德国商法典》, 英美法系国家的美国《统一商法典》、英国《货物买卖法》。

### 4. 国际商事判例 (Case law)

国际商事判例是指国际法院、一些权威性国际商事仲裁机构及各国法院所作的有关国际商事纠纷案件的具有可参照性和可援引性的典型判决或裁决。

在英美普通法之中, 判例是国家法律的重要渊源, 上级法院对下级法院的审判具有拘束力已成为这些国家的通例。例如, 英国作为世界上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, 甚至对其他国家都产生了很大的影响。

判例虽不是大陆法系国家的正式渊源, 但是, 大陆法系国家在司法实践中也往往参考上级法院的有关判例, 使得判例在很多场合中实际上成了“准法律”。

## 1.2 国际商法的历史发展

国际商法是随国家间商事交往的产生和发展而产生、发展起来的。

### 1.2.1 古代商法

在古罗马时期, 商品经济比较发达, 商事法律规范也比较丰富。在罗马法后期的万民法中, 已有关于代理、借贷、海运赔偿的规定, 这些规定构成了古代商法的基本内容。但是古代各国的商事规范比较简单, 且与其他法规混杂, 因此当时并没有独立的国际商法。

### 1.2.2 中世纪的“商人习惯法”(Law Merchant)

中世纪的地中海是世界各国贸易的中心, 意大利的一些城市如威尼斯、热那亚等则是这一贸易中心的“中心”。城市商人从封建领主那里买得自治权, 便组成商人法庭, 适用他们在商事交往中形成的习惯规则, 因而这种法律被称为“商人习惯法”。其内容包括两合公司、商事合同、汇票、海上保险、破产等, 尤以海商法最为发达。

商人习惯法后随世界贸易中心转移至大西洋沿岸而波及法国、西班牙、荷兰、德国和英国。商人习惯法的特征包括: ①跨国性和统一性, 普遍适用于各国从事商业交易的商人; ②自治性, 纯粹为商人间的习惯约束规则, 强调契约自由、私人财产神圣不可侵犯等, 由商人组成的法庭执行; ③程序简易、迅速, 不拘泥于形式; ④强调按公平合理的原则来处理案件。

### 1.2.3 近代商法

17 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，从而使商法失去其原有的国际性（跨国性）。例如，大陆法系的法国颁布了《商事条例》（1673 年）、《海商条例》（1681 年）和《法国商法典》（1807 年），德国颁布了《德国商法典》（1897 年），日本制定了《日本商法典》（1899 年），瑞士制定了《瑞士债务法典》（1881 年）。英美法系的英国于 18 世纪中叶，由当时担任大法官的曼斯菲尔特把商人习惯法吸收到普通法中，使之成为普通法的一部分，还陆续在商品买卖、公司、票据、保险、海商、破产等方面制定了单行商事法律，如《货物买卖法》（1893 年）、《汇票法》（1882 年），但判例仍然为法源。美国于 1952 年通过了一部由各州自由采纳的《统一商法典》，现在已经被大多数州所采纳。

#### 1.2.4 现代商法

二战后，特别是 20 世纪 60 年代以后，为了减少法律冲突，西方国家掀起了商法国际化、统一化的浪潮，并取得了可喜的成果，商法进入一个新的发展阶段。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，随着世界生产力的增长，各国间的经济联系日益密切，互相依赖的程度大大增强；另一方面，在长期的经济贸易交往中形成普遍接受的惯例和习惯做法，各国的贸易做法日趋接近。

目前，许多国际组织，如联合国国际贸易法委员会和其他一些专门机构，以及罗马统一私法协会、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。

综上所述，国际商法经历了“国内—国际—再国内—再国际”的历程，统一化是必然趋势。当然，由于各国的经济发展水平以及历史、文化差异等因素的影响，国际商法的全面统一之路将是十分漫长的。

### 1.3 当代世界两大法系

#### 1.3.1 法系的概念

法系是西方法学理论中经常使用的一个概念，它是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。法系的英文是 Legal Genealogy 或 Legal Family，直译过来是“法族”，是依据各国法律的历史渊源和传统以及由此形成的不同存在样式和运行方式，而对现存的和历史上存在过的各种法律制度所做的分类，通常把具有一定特点的某一国的法律同仿效这一法律的其他国家的法律划为同一法系。

当今世界国家众多，法律更是繁杂，但是我们还是可以看出少数几种类型的法律。目前一般认为，世界主要法系有两个：大陆法系和普通法系。虽然我国的法律同西方国家法律有本质区别，但从其外在形式来看，符合大陆法系的主要特点。

#### 1.3.2 两大法系的形成

##### 1. 大陆法系

大陆法系又称罗马法系、民法法系、罗马—德意志法系，是指 19 世纪初以来，欧洲大陆大部分国家以罗马法为基础建立起来的，以 1804 年《法国民法典》和 1896 年《德国民

法典》为代表的法律制度，以及其他国家或地区效仿这种制度，最后于19世纪发展成为一个影响世界广大地区的法系而建立起来的法律制度。

当前，属于这一法系的国家除了法、德两国以外，还有比利时、荷兰、意大利、西班牙、日本、奥地利和南美诸国。另外，美国的路易斯安纳州、英国的苏格兰和加拿大的魁北克省，因历史原因，属于大陆法系。我国的台湾省、澳门特别行政区受日本和葡萄牙影响，也属大陆法系。

## 2. 普通法系

因普通法系的代表国家是英美两国，因此又称英美法系。它是指英国从11世纪起主要以起源于日耳曼习惯法的普通法为基础，逐渐形成的一种独特的法律制度以及效仿英国的其他一些国家和地区的法律制度，是当今与大陆法系并列的一种历史悠久和影响较大的法系。

普通法系源于11世纪诺曼底公爵威廉征服英国以后，经12~15世纪普通法形成，16世纪衡平法兴起，17世纪英国资产阶级革命，到18和19世纪时，制定法急剧增多，普通法和衡平法经历了重大变革，封建制法逐步向资本主义法转变。与此同时，随着英国殖民扩张的发展，英国法的影响扩展到欧洲以外各洲广大地区，普通法系作为世界主要法系的地位最终确立。

属于普通法系的国家除了英美两国外，还有大部分英联邦国家和一些原属英国的殖民地或附属国的亚洲、非洲、大洋洲和加勒比海地区的国家，我国香港特别行政区也属普通法系。



### 知识链接

#### 世界其他三大法系

法学家们根据世界各国法律的基本特征，一般将其划分为五大法系：欧洲大陆法系、英美法系、伊斯兰法系、印度法系、中华法系。其中中华法系和印度法系已经解体。

中华法系开始形成于秦朝（公元前221年~公元前206年），到隋唐时期（公元581~618年）成熟。代表性的法典就是保存至今的《唐律疏议》，这是中华法系完备的标志。唐朝以后，宋元明清各朝都以此为蓝本创制自己朝代的法律制度。它对国外影响也很大。如“明治维新”的日本、朝鲜、越南等国的法律，也以《唐律》为蓝本，形成了中华法系。中华法系的特点是法自君出，狱由君断；“德主刑辅”已经成为中华法律思想体系最主要的支柱；另外还有刑民不分，诸法合体；司法和行政不分，行政长官兼管司法等特征。到清朝末年，在修律的过程中中华法系宣告解体，同时形成了中国近代法制的雏形。

印度法系是公元5~7世纪以前古代印度奴隶制法及以其为基础的古代缅甸、锡兰（今斯里兰卡）、暹罗（今泰国）、菲律宾等国法律的统称。现在上述各国，包括印度在内，均已不再采用印度古代法。印度法系已成为历史名词，但在习惯中还保留有一些遗迹。

伊斯兰法系，又称阿拉伯法系，是以伊斯兰的《古兰经》为主要法律渊源，创建于阿拉伯地区。随着阿拉伯国家的对外扩张，形成横跨欧、亚、非三洲的阿拉伯封建帝国的过程中，伊斯兰法得到广泛传播。这一法系具有宗教特色。随着穆斯林国家中资本主义的发展和社会的变革，昔日伊斯兰教法的特殊地位已不复存在。在大多数穆斯林国家中，世俗法律基本取代伊斯兰法。但由于伊斯兰教仍是占统治地位的意识形态之一，因而在各穆斯林国家里，伊斯兰法对穆斯林的行为依然具有不同程度的约束力。

### 1.3.3 两大法系的主要区别

由于受不同历史文化传统的影响，两大法系也各有特点。两者的主要区别包括以下几个方面。

#### (1) 法律的主要渊源不同

大陆法系的法律主要以立法机关制定的成文法为主，司法机关的判例不作为法律渊源；而普通法系的法律渊源主要以法院的判例为主，兼有立法机关制定的法律。

#### (2) 法律结构不同

大陆法系的法律主要以法典的形式出现，一部法典对该法律部门所包含的规范做统一、系统的规定；普通法系的法律主要是单行法，很少制定法典。美国的《统一商法典》是由民间团体起草被各州采纳的，不是大陆法意义上的法典。

#### (3) 法律分类不同

大陆法系将法律分为公法和私法两大类。公法是指与国家和社会的整体利益密切相关的法律，如刑法、行政法、经济法等；私法是指与公民或某一组织的个体利益密切相关的法律，如民法、商法。英美法系的基本分类是普通法和衡平法。普通法是指与成文法相对的巡回法官创造的一般法律，是由亨利一世至亨利三世在位期间在英国普遍实行的判例法发展起来的法律。普通法实行遵循先例原则，判例产生两种效果，即对当事人判决的既判力和对以后类似案件的约束力。衡平法又称为“大法官法”，是指14世纪以来，为补充和匡正普通法的不足而由大法官在审判实践中发展起来的法律体系。衡平法遵循“公平”和“正义”的原则。二者的关系是：普通法是基础，衡平法是补充，只有当普通法不能给予充分救济时才适用衡平法。

#### (4) 诉讼程序不同

大陆法系的诉讼程序以法官为重心，庭审中采用纠问制。普通法系采用当事人主义，法官只是居中裁判。普通法系还有陪审团制度，陪审团负责判断事实，而法官负责法律适用。

#### (5) 法律思维方式不同

大陆法系属于演绎型思维，人们首先确立法律的一般规定，然后根据一般规定，寻找适用于个别案件的处理方法。因此，比较强调“理性”在法律制定中的地位和作用，强调法律本身的合理性。英美法系则属于归纳型思维，从个别案件中抽象、总结出一般规定。对于法官、律师来说，重要的是以往的判例中是否包含了能够适用于本案的原则。因此，更重视“经验”的作用。

### 1.3.4 两大法系的发展趋势——渐融

进入20世纪以后，两大法系发生了一定的变化，主要表现在以下三个方面。

#### (1) 大陆法系中判例的作用日益增强

大陆法系国家在传统上不承认判例与成文法具有同等的法律效力，但进入20世纪以后已经有所变化，如法国采取了赋予法官对法律作“扩展解释”的权力的改革措施，德国则已明确宣布联邦宪法法院的判决对下级法院具有强制性约束力。虽然大陆法系国家中判例法的地位和作用迄今还不能与英美法系国家相提并论，但已打破了原先的成文法一统天下的格局。

## (2) 英美法系成文法的数量迅速增多

其中以美国的情况最为典型。美国从 19 世纪下半叶起,就着手进行立法的整理编纂工作。1926 年颁布了法律汇编性质的《美国法典》,并定期修订增补。同时,通过全国统一州法委员会和美国法律协会等团体拟定示范法并向各州推荐,以使各州法律趋于统一。例如,50 年代拟定的《美国统一商法典》、《美国示范公司法》等,已被实行大陆法的路易斯安那州之外的所有州所采纳。英国自 19 世纪末就开始大规模制定成文法,如 1893 年的《货物买卖法》、1906 年的《海上保险法》等。

## (3) 两大法系取长补短,逐渐融合

两大法系除在法律渊源领域不断靠近外,在法律种类及其具体内容上也相互吸收对方的科学合理成分。例如,美国的反垄断法、产品责任法,对大陆法系的德、法、日等影响至深。南非、斯里兰卡、菲律宾等原属于大陆法系的国家,后来都采用了一些英美普通法的原则,形成了混合型的法律制度。伴随着全球经济一体化的发展,在 WTO 法律规则的指导下,两大法系的融合程度会越来越高。但由于两大法系的形成源于各自悠久的历史传统和不同的法律文化背景及思维定式,这些差别在短时间内不会发生根本性的变化。

# 1.4 中国的商事法律制度

## 1.4.1 中国的商法和商事法律制度

商法是一项古老的法律,商事法律制度是一项古老的法律制度,但是在中国,它们还都很年轻。中国古代自给自足的自然经济和封建统治是不可能孕育出商法的,在高度计划经济体制下,没有也不可能有商事法律制度。在我国,商事法律制度的建立得益于改革开放,特别是得益于实行社会主义市场经济体制,这是因为商事法律制度存在的土壤是市场经济。

1992 年,邓小平同志在南巡谈话中,提出社会主义市场经济问题。党的十四大作出在我国建立社会主义市场经济的决策,并载入了宪法。社会主义市场经济的发展提供了商法在我国扎根、发展的土壤,商事部门法也因此快速发展起来了。自 1992 年以来,我国相继制定了海商法、公司法、票据法、保险法、商业银行法、合伙企业法、证券法和个人独资企业法,国务院也颁布了相应的商事行政法规。我国还积极参加国际商法统一运动。从 1980 年起,我国正式参加联合国国际贸易法委员会的工作,于 1983 年 5 月、1988 年 10 月和 1994 年 11 月三次当选为委员会成员。我国还加入了许多国际贸易方面的国际公约。这些法律、法规、国际条约以及国际惯例构成了我国的商事法律制度。

## 1.4.2 中国商事法律制度的特点

我国实行社会主义市场经济以来,商法迅速发展。在结合我国具体情况,并与国际通行做法接轨的基础上,我国的商事法律形成了自己的特点。

### (1) 我国商法调整的关系是人们基于营利目的而发生的经济关系

商法之所以能作为独立的法律部门存在于我国的社会主义法律体系中,从根本上说,就是因为商事关系的存在。商事关系和民事关系具有共同特点,都是平等主体之间的社会关系。但是商事关系在民事关系的基础上发展出自己的特点,即营利性。商事法律制度不调整

全部平等主体之间的经济关系，而只调整商事主体在商事活动中发生的具有营利性特征的商事关系。

## (2) 商法具有私法的性质，但渗透着公法的因素

商法和民法一样，都是私法的重要领域。这是因为：①作为商法对象的企业、公司、个人独资企业、合伙企业等都是私法的主体，因而是私法的一部分；②商法调整的商事关系是个人之间的关系，缔结这种关系的不仅有自然人，还包括法人等，它们都是平等的主体，并且这种关系是围绕自然人或法人的经营发生的，这种平等主体之间的商事关系无疑是私法调整对象的必然组成部分；③商法保护的权利是企业从事商事活动的权利，核心是保护企业的经营自由，本质是保证企业实现营利。为了使企业实现营利，必须确保它的经营决策自由，这些都是商法作为私法的任务。

虽然商法具有私法的性质，但是我国商法同其他国家的商法发展趋势相同，越来越多地渗透着公法的因素。例如，公司法中关于公司登记的规定，以及对公司违法行为的行政处罚和刑事处罚等，都表现了公法的性质。这也表明，商事权利需要多种法律规范的保护。

## (3) 采用“民商合一”的编纂体制

在世界上，商法的编纂体制有两种：一种采用“民商分立”的体制，即民事、商事分别立法，在民法典之外，另立商法典，使民法典和商法典分别独立存在，如法国、德国、日本、西班牙等国均采用此体制；另一种采用“民商合一”的体制，即民事、商事统一立法，有关商事的法律规定，或编入民法典，或以单行法颁布，荷兰、瑞士等国采用此体制。立法实践表明，我国在商法典的编纂上采用“民商合一”的体制。我国已有民法通则（应视为民法典的总则），并已制定了合同法和物权法。在此基础上，将制定具有中国特色的民法典。商法的制定，不采用制定商法典的作法，而是采用公司法、证券法、票据法、保险法、海商法等分别颁布的作法。国内法的经验表明，商事法技术性强，为适应市场经济瞬息万变的需要，适时修改是十分必要的。相对于其他法律部门，其修改是频繁的，所以采用以单行法颁行较以法典颁行适应性强。因此，采用“民商合一”的编纂体制较采用“民商分立”的编纂体制更适应市场经济的要求。

### 1.4.3 中国现行商事法律制度的基本内容

我国现行的商事法律制度包括两个方面，即规范商事主体的商事组织法律制度和规范商事行为的商事行为法律制度。

#### 1. 商事组织法律制度

规范的商事主体是市场经济健康发展的必要条件。因此，有关商事主体的法律规范是现行商事法律制度的基本内容。商事主体法律规范，除了规定个人从事商事活动外，都表现为商事组织法，即各种企业法律制度。

##### (1) 公司法律制度

公司法律制度集中体现于公司法。《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）于1993年12月29日通过，它是规范现代企业形式——公司的重要法律。该法规定了公司种类、公司的设立、公司的组织机构、股份有限公司的股份发行与转让、公司债券、公司的财务会计、公司的合并、分立、解散和清算、外国公司的分支机构等内容。《公司法》的颁布，使我国企业立法进入了一个新的阶段，标志着我国企业立法从主要按照企业所有制的不同