

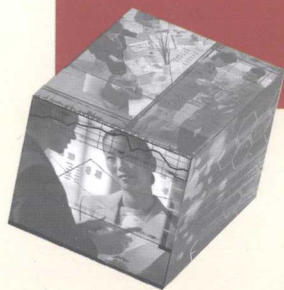
21世纪国际经济与贸易专业系列教材

主编 党伟

国际商法

第二版

*International
Business Law*



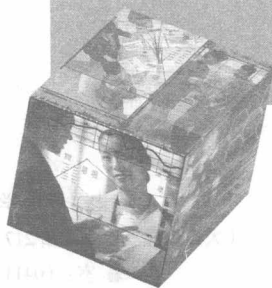
FE 东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

主编 党伟

国际商法

第二版

*International
Business Law*



© 党伟 2009

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法 / 主编党伟. —2 版. —大连: 东北财经大学出版社, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 81122 - 549 - 5

I. 国… II. 党… III. 国际商法—高等学校—教材 IV. D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 206944 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

总编室: (0411) 84710523

营销部: (0411) 84710711

网址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@dufe.edu.cn

大连天正华延彩色印刷有限公司印刷 东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm × 210mm

字数: 307 千字

印张: 11

2009 年 2 月第 2 版

2009 年 2 月第 3 次印刷

责任编辑: 李彬

责任校对: 那欣 刘咏宁

封面设计: 冀贵收

版式设计: 钟福建

ISBN 978 - 7 - 81122 - 549 - 5

定价: 22.00 元

21 世纪国际经济与贸易专业 系列教材编写委员会

主任

阙澄宇 王绍媛

副主任

姜文学 刘 诚

委员 (按姓氏笔画为序)

| | | | |
|-----|-----|-----|-----|
| 兰 天 | 邓立立 | 孙玉红 | 刘红波 |
| 李滋植 | 李 虹 | 李勤昌 | 杜晓郁 |
| 苏 杭 | 徐景霖 | 党 伟 | 黄海东 |
| 鄂立彬 | 薛宝龙 | | |

总 序

21 世纪是一个变幻莫测的世纪，是一个催人奋进的时代，科技革命迅猛发展，知识更替日新月异，国际竞争日趋激烈。

从国际经济环境看，跨国投资飞速发展，世界各国和地区间的经济依赖程度不断加深，区域经济集团化和世界经济全球化趋势不断加强，国际经济协调日显重要，经济集团内部以及经济集团之间的合作与竞争日益成为关注的焦点。

从国内经济环境看，社会主义市场经济体制的建立与不断完善改善了我国企业参与国际竞争的条件，加入世界贸易组织承诺的逐步履行加快了我国企业迎接机遇和挑战的速度。

为了培养熟悉国际经济运行规则、符合社会主义市场经济建设需要的人才，优化人才的知识结构，我们组织东北财经大学国际经济贸易学院的专业骨干教师编写了“21 世纪国际经济与贸易专业系列教材”。这套教材在保留原有教材体系优点的同时，结合教师多年教学的经验，尽可能地反映本学科领域最新的研究成果和最新的发展趋势。我们深知，教材从写出来的那一天起就已经“过时”了，这就需要教师在讲授过程中不断充实、调整有关授课内容，我们也根据国内外经济环境的变化适时修订本套系列教材。

本套系列教材是专门为国际经济与贸易专业本科生课程编写的，同时也适用于其他经济类专业和有兴趣学习、更新国际经济与贸易知识的人士使用。

由于作者学识和资料所限，本套系列教材难免有不足之处，敬请广大读者批评指正。

21 世纪国际经济与贸易专业系列教材编委会

前 言

在国际上从事国际经济与贸易活动要遵循的国际规则，包括商事方面的国际公约和国际惯例，以及由国际私法规则指引的有关国家的民商法。国际商法就是以这几方面规范为研究对象的法律学科。

近年来国际贸易的飞速发展，使国际贸易概念本身在迅速扩大，由传统的货物贸易扩展到技术贸易和服务贸易，调整国际贸易的法律规范也由原来的私法规范为主演变为公法与私法多角度调整，国家以及国家之间的关系对国际贸易关系产生了决定性的影响。这些变化对国际商法课程的影响是显而易见的，它使得该课程的内容急剧扩大并复杂化，与其他课程产生很多交叉、重叠。为避免这些问题，并考虑与其他课程的协调，本书仍以传统的国际商法为基础，即以国际货物买卖关系为主的国际商事关系和国际商事组织关系为主要内容，以私法规范为主。

本教材适用于高等院校国际经济与贸易专业的本专科学生、从事相关工作的人员和对国际商法有兴趣的读者。

本书按如下体例编写：第1章国际商法导论；第2章国际商事关系的主体及其法律地位；第3章比较合同法；第4章国际货物买卖法；第5章比较代理法；第6章商事组织法；第7章工业产权法；第8章比较票据法；第9章国际商事仲裁。本书由党伟任主编，编写第1、2、3、4、6、7章，李勤昌任副主编第9章，田玉红编写第5、8章。

本书不足之处，敬请批评指正。

编 者

目 录

| | |
|------------------------|----|
| 第 1 章 国际商法导论 | 1 |
| ■ 学习目标 | 1 |
| 1.1 国际商法的概念 | 1 |
| 1.2 国际商法的渊源 | 3 |
| 1.3 国际商法的沿革 | 8 |
| 1.4 西方国家的两大法系 | 11 |
| ■ 复习思考题 | 15 |
| 第 2 章 国际商事关系的主体及其法律地位 | 16 |
| ■ 学习目标 | 16 |
| 2.1 国际商事关系的主体 | 16 |
| 2.2 外国人在国际商事关系中的民事法律地位 | 28 |
| ■ 复习思考题 | 31 |
| 第 3 章 比较合同法 | 33 |
| ■ 学习目标 | 33 |
| 3.1 合同概述 | 33 |
| 3.2 合同的成立 | 40 |
| 3.3 合同的担保 | 54 |
| 3.4 违约与违约救济 | 61 |
| 3.5 合同的转让与终止 | 72 |
| ■ 复习思考题 | 77 |

2 国际商法

| | |
|--------------------------|------------|
| ■ 补充阅读材料 | 80 |
| 第4章 国际货物买卖法 | 85 |
| ■ 学习目标 | 85 |
| 4.1 国际货物买卖概述 | 85 |
| 4.2 卖方义务与买方义务 | 92 |
| 4.3 货物所有权与风险的转移 | 106 |
| 4.4 国际货物买卖中的产品责任问题 | 116 |
| ■ 复习思考题 | 122 |
| 第5章 比较代理法 | 124 |
| ■ 学习目标 | 124 |
| 5.1 代理概述 | 124 |
| 5.2 代理权产生的依据和分类 | 129 |
| 5.3 代理关系 | 134 |
| 5.4 代理的终止 | 142 |
| 5.5 商事代理的种类 | 146 |
| ■ 复习思考题 | 151 |
| 第6章 商事组织法 | 153 |
| ■ 学习目标 | 153 |
| 6.1 个人企业 | 153 |
| 6.2 合伙企业 | 159 |
| 6.3 公司的法律地位 | 176 |
| 6.4 我国的公司 | 183 |
| ■ 复习思考题 | 207 |
| 第7章 工业产权法 | 208 |
| ■ 学习目标 | 208 |
| 7.1 工业产权概述 | 208 |
| 7.2 专利法律制度 | 212 |
| 7.3 商标法律制度 | 230 |
| ■ 复习思考题 | 247 |
| ■ 补充阅读材料 | 249 |

| | |
|-----------------|-----|
| 第 8 章 比较票据法 | 257 |
| ■ 学习目标 | 257 |
| 8.1 票据概述 | 257 |
| 8.2 汇票 | 271 |
| 8.3 本票和支票 | 287 |
| 8.4 我国涉外票据的法律适用 | 292 |
| ■ 复习思考题 | 294 |
| ■ 补充阅读材料 | 296 |
| 第 9 章 国际商事仲裁 | 299 |
| ■ 学习目标 | 299 |
| 9.1 国际商事仲裁概述 | 299 |
| 9.2 国际商事仲裁机构 | 306 |
| 9.3 仲裁协议 | 311 |
| 9.4 仲裁裁决的承认与执行 | 327 |
| ■ 复习思考题 | 333 |
| ■ 补充阅读材料 | 333 |
| 主要参考文献 | 340 |

第1章 国际商法导论

学习目标

本章介绍的是本课程最基本的问题，目的是为国际商法这门课程的学习打下一个基础。因此，本章分别介绍了国际商法的概念、渊源和它的发展历史及沿革，此外，考虑到大陆法系和英美法系对国际商法的巨大影响，本章对两者之间的差别与联系也予以介绍，以便读者对本课程有一个清晰的线索。

1.1 国际商法的概念

国际商法，是指调整国际商事行为以及由此而产生的各种国际商事关系的法律规范的总称。

商事行为和民事行为同属于法律行为：商事行为强调以营利为目的，这是它与民事行为的区别所在。因而，私人^①是国际商事行为的主要从事者。国家以营利为目的直接参与具体的国际商事活动的例子很少见，我国的国有企业在国际商事活动中也是以自己的名义，而不是以国家的名义参加国际商事活动的。并且，即使出现了国家以营利为目的参与具体的国际商事活动的情形，国家在这一具体的商事行为中也经常被看作是一个地位同等的私法主体。因此，这里“国际”^②一词是指“跨越国家”而言，涉及的是私法主体跨越国家进行的商事行为，而不包括公法意义上的国际关系。所以，西方学者往往将当

^① 这里的私人是指私法意义上的主体，包括自然人和法人等在内。

^② 国际关系一词通常有两种含义，它既指以政府间关系为代表的国家之间的关系，也指具体的当事人跨越国境活动而产生的各种关系。

代国际商法称为“跨国法 (transnational law)”。

对于国际商法的概念和范围存在很多观点，也有争论。但本书从实务角度出发，抛开学术争论，以“一个人从事跨国商业活动所应遵守的法律规范和国际性准则”为出发点，确定本书的内容。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，国际公司即根据一国法律设立但又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。这一观点对本书有重要影响。

由于近年来国际贸易的飞速发展，国际贸易概念本身在扩大，由传统的货物贸易扩展到技术贸易和服务贸易，调整国际贸易的法律规范也由原来的私法规范为主演变为公法与私法多角度调整^①，国家以及国家之间的关系对国际贸易关系产生了决定性的影响。这些变化对国际商法课程的影响是显而易见的，它使得该课程的内容急剧扩大并复杂化，与其他课程产生很多交叉、重叠。为避免这些问题，并考虑与其他课程的协调，本书仍以传统的国际商法为基础，即以国际货物买卖关系为主的国际商事关系和国际商事组织关系为主要内容，以私法规范为主。

综上所述，从实务角度考虑，参考国内外学者的有关论点，本教材按如下体例编写：(1) 国际商法导论；(2) 国际商事关系的主体及其法律地位；(3) 比较合同法；(4) 国际货物买卖法；(5) 比较代理法；(6) 商事组织法；(7) 工业产权法；(8) 比较票据法；(9) 国际商事仲裁。

与国际商法概念相关的一个重要问题，是它与相邻法律学科的关系，尤其是国际贸易法的关系。一般认为，国际贸易法是调整国际贸易关系的法律规范的总称。这里所说的国际贸易关系，包括与贸易有

^① 这也是国际贸易法产生的一个重要原因。注意比较国际商法与国际贸易法的区别(见本节)。

关的其他关系,如运输与保险、国际银行业务、进出口管制等。可以说,国际贸易法是随着20世纪以来国际贸易的飞速发展、国际贸易概念的不断扩大以及国家高度介入国际贸易关系而产生的,它的范围远远超出传统的国际商法范围。所以,国际贸易关系的调整,要涉及三方面的法律:一是各国调整对外贸易活动的民商法,即“私法”方面的内容,包括合同法、买卖法、票据法、海商法、专利法、商标法等;二是各国管制对外贸易活动的法律,即“公法”方面的内容,如外贸法、海关法、进出口许可法、商品检验法和外汇管制法等;三是关于国际贸易的国际法规范,如双边与多边的贸易协定、支付与结算协定以及国际货物买卖中的国际惯例。

以上三方面的法律组成的国际贸易法,既包含“私法”,又涉及“公法”,而调整国际贸易关系的国际商法,则以“私法”内容为主,不包括“公法”方面的内容。这是国际商法与国际贸易法的主要区别所在。

例1—1 2000年,中国政府与澳大利亚政府就相互之间的钢材贸易关系达成了一个双边协议,以规范两国之间的钢材贸易活动。中、澳两国这种安排所建立的贸易关系,是否属于本教材所定义的国际商事关系?

分析:以政府关系为代表的国家之间的关系,也就是我们所说的“公法”意义上的国际关系,不属于我们所说的商人跨国商事活动。如前所述,国际商法中的“国际”一词是指“跨越国家”而言,涉及的是私法主体跨越国家进行的商事行为,而不包括公法意义上的国际关系,所以,中、澳两国这种安排所建立的贸易关系,不属于本教材所定义的国际商事关系。

但是,如果从“国际贸易法”的概念出发,这种关系应当是国际贸易法所调整的国际贸易关系。

1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源就是指国际商法的表现形式。作为调整国际商事

活动的法律规范，国际商法的渊源大致包括以下几方面：

1.2.1 国际贸易方面的条约或协定

国际条约或协定是两国或多国为设定、变更或终止他们之间的权利义务关系而达成的协议。按照参与国的多少和效力范围不同，国际贸易条约或协定可以分双边和多边两种。前者如1979年《中美贸易关系协定》，后者如联合国1980年《国际货物销售合同公约》和1978年《联合国海上货物运输公约》等。

国际贸易方面的条约或协定是国际商法的一个重要渊源，国际商法的许多内容来自于此。一国为安排和协调与其他国家的贸易关系，会参加或签署许多涉及国际商事贸易关系的条约或协定。根据“条约必须遵守（*pacta sunt servanda*）”的国际法准则，国际条约或协定对缔约国具有法的约束力。因此，《国际法院规约》规定，法院适用国际公约，不论其为一般的，还是特殊的，只要它确认了诉讼当事国所承认的规则。各国大多通过本国的立法程序将国际条约纳入本国法律体系，在效力上，它高于国内法。我国《民法通则》第142条规定，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。

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，它是负责起草国际贸易统一法文件的主要机构。作为国际商法重要渊源的国际贸易方面的条约或协定，有许多就是它所起草的，其中有代表性的是：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》，联合国1980年《国际货物销售合同公约》等。

1.2.2 国际商业（贸易）惯例

国际商业（贸易）惯例是指在长期国际贸易实践中逐渐形成的，并被相关各方所普遍承认和遵守的一种行为规范，它经历了由通例或一般实践（*general practice*）至习惯性做法（*usage*）再至惯例（*cus-*

tom) 的演变。依照《国际法院规约》第 38 条, 所谓国际惯例, 是指“作为通例 (一般实践) 之证明而被接受为法律者 (as evidence of a general practice accepted as law)”。施米托夫则将国际商业 (贸易) 惯例定义为: “应用非常广泛的, 由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。”

国际商业 (贸易) 惯例之所以是国际商法的一个重要渊源, 在于它的效力被各国在立法中予以认可或接受。如《日本商法典》第 1 条规定: 本法无规定的, 适用商业习惯法。我国《民法通则》第 142 条规定, 我国法律和我国参加的国际公约没有规定的, “可以适用国际惯例”。国际商业 (贸易) 惯例不是由国家立法机关或政府间组织制定的, 不属于制定法^① (statute), 但它是法律 (law) 的组成部分, 是法律的一个重要渊源。

作为国际商法渊源的国际商业 (贸易) 惯例, 具有以下特点:

第一, 它是在长期国际贸易实践中逐渐形成的, 并为从事特定贸易的商人们所共知的行为规则, 如国际贸易中的 CIF 和 FOB 价格条件。

第二, 它具有明确内容, 能确定合同当事人之间的权利义务关系, 因而被有关国家和当事人接受为法律。国际商业 (贸易) 惯例既有成文的, 也有非成文的。人们通常所说的国际商业 (贸易) 惯例, 是指由一些国际性组织制定的成文的规则。如: 国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》, 国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《约克·安特卫普规则》, 国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》等。

第三, 在效力上, 它属于任意性规范, 即只有当事人根据“意思自治”原则在合同中明示或默示适用某项惯例时, 该项惯例才对他们产生法律约束力。当事人如在合同中明示采用某项惯例, 还可以协议变更惯例的内容。例如, 1932 年《华沙—牛津规则》(CIF 买卖合同统一的规则) 第一条规定: “在 CIF 合同中, 本规则的任何一条

^① 很多教材认为国际商业 (贸易) 惯例不是法律, 也是从制定法意义上解释法律的, 但更多的学者将习惯作为法律 (law) 渊源的一个组成部分。

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，必须是在合同当事人明示的协议中才能成立。”

目前，在国际商事活动中影响比较大的国际商业（贸易）惯例包括：国际法协会 1932 年《华沙—牛津规则》、国际商会制定的《国际贸易术语解释通则（2000 年修订）》（INCOTERMS2000）、《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）、国际海事委员会制定的关于共同海损理算的《1974 约克·安特卫普规则》、国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》等。

1.2.3 国内法

在国际贸易领域，由于现有的国际贸易方面的条约或协定和国际商业（贸易）惯例还不能包括国际商事领域的所有问题，一些合同争议往往需要通过国际私法规则（亦称为法律适用规范）的指引，适用有关国家的国内法才能最终解决。因而，各国国内法中有关商事方面的法律，就构成了国际商法的渊源的一部分。例如，《联合国国际货物销售合同公约》第 7 条第 2 款指出，凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题，应按照本公约所依据的一般原则来解决，在没有一般原则的情况下，则应按照国际私法规定适用的法律来解决。这里所说的“国际私法规定适用的法律”，通常是指有关国家的国内法，主要是各国民商法。

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，是指分别就民事问题与商事问题制定单独的民法典和商法典，法国、德国、日本、西班牙等国属于这一类型；所谓民商合一，则是指民事与商事统一立法，没有单独的商法典，而是将商事方面的内容编入民法典中，或以单行法的方式公布，意大利、瑞士、荷兰等国属于该种类型。英美法系国家不存在“民法（*jus civile*）”的概念，他们在判例和单行法规中确立的法律原则往往针对某个或某些民商法的具体问题，从这个角度看，英美法系国家也应归

于民商合一的体例。

国际商事关系中的许多问题，最后要通过适用有关国家的国内法才能最终解决。因而，各国调整民事和商事活动的法律构成了国际商法的渊源的一个重要组成部分。施米托夫指出，认为国际商法具有国际法或超国家法的性质的看法是错误的。因为它归根结底建立在国内法基础上，但又是由国际商业界在与各主权国家无利害关系的领域内发展起来的。

例1—2 在代理一件国际货物买卖合同纠纷的诉讼中，邓律师为支持自己的观点，在法庭上提出了以下几个依据：（1）去年，本省高级人民法院在处理一件类似的国际货物买卖合同纠纷案件时所作出的判决，其结果与自己的观点一致；（2）最高人民法院在一个关于国际货物买卖合同纠纷案件处理的司法解释中作出的规定，可以支持自己的看法；（3）某著名学者在其著作中的论点，与自己观点一致，该论点已经被我国法律界广泛接受。

问：什么是法的渊源？邓律师提出的3个依据是否可能被法庭在审判中所采纳？

分析：首先，任何法，都必须以一定的形式表现出来，法的渊源是指法的这种表现形式。“法的渊源”一词来自拉丁文“fontes juris”。古代西方人将法比做水，把法所产生的渊源称为 fontes。由于这是一种比喻，所以法学家们对“渊源”一词的解释往往因人而异，各国的做法也存在差别。例如：大陆法国家以法律（成文法）为主要渊源，而英美法国家以判例法为主要渊源。而在我国，法的渊源通常被认为包括宪法、法律、行政法规和地方性法规、司法解释、国际条约或协定。

其次，邓律师提出的3个依据中，只有第2个可能被法庭在审判中所采纳。因为第1个属于判例，判例在我国不属于法的渊源，不是法的组成部分；第3个属于学理解释或者称为专家的看法，可以起到参考作用，但不能作为司法审判的依据，也不属于法的渊源；第2个属于最高人民法院的司法解释，属于我国法的渊源的组成部分，可以被用来作为司法审判的依据。

1.3 国际商法的沿革

国际商事活动很早就出现了，但调整国际商事活动的法律规范的形成却经历了一个较长的过程。前联合国国际贸易法委员会主席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世纪至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；第三阶段开始于第二次世界大战以后，施米托夫称之为新的商人习惯法阶段。这一划分被广泛接受。

一般认为，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*）时期，这是国际商法的第一个发展阶段。商人法出现于公元11世纪—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，其适用范围逐渐扩展至西班牙和英法等国，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。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*）。与当时封建王朝的法律相比，这种商人习惯法具有以下特点：（1）由于这种法是中世纪时普遍适用于西欧各国商人的习惯法，因此，它自产生时就具有跨国性和统一性，超越了当时封建城邦国家的法律差别的影响；（2）它普遍适用于从事特定行业的跨国贸易活动的商人，强调商事主体的自主性，其解释和适用不是由专业法官来执掌，而是由商人们自己组成商人法庭来执掌；（3）它注重解决纠纷中公平合理原则的适用，在程序上也比较简单，不拘泥于形式。

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