

普通高等教育精编法学教材

国际商法学 (第二版)

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

刘惠荣◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

普通高等教育精编法学教材

国际商法学

(第二版)

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

刘惠荣◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际商法学/刘惠荣主编. —2版. —北京:北京大学出版社, 2009. 5

(普通高等教育精编法学教材)

ISBN 978-7-301-15139-6

I. 国… II. 刘… III. 国际商法-法的理论-高等学校-教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 053312 号



书 名: 国际商法学(第二版)

著作责任者: 刘惠荣 主 编

责任编辑: 李志军 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-15139-6/D·2277

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 21.25 印张 425 千字

2004 年第 1 版

2009 年 5 月第 2 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

第二版修订说明

《国际商法学》(第二版)是在《国际商法学》(第一版)的基础上修订而成的。本书由主编刘惠荣、副主编樊静设计编写提纲,并组织修订完成。由于出国、工作调动等原因,参加修订的各撰稿人与第一版作者有个别出入,他们来自中国海洋大学政法学院、大连海事大学法学院、青岛大学师范学院和烟台大学法学院。他们是长期从事国际商法和国际经济法教学与研究的中青年教师和部分国际经济法专业的研究生。他们具有扎实的法学理论基础和较强的创新性的科研能力,同时拥有丰富的教学实践经验,也有崭露头角的学术新人。为了适应我国高等院校国际商法的教学与研究的需要,集体修订了本教材。

第一版、第二版的各章撰稿人、修订人及分工如下(按撰写章节顺序排列):

刘惠荣:第一章、第二章第一节至第四节、第五章;修订人刘惠荣;

张 岩:第二章第五节;修订人刘惠荣;

侯淑波:第三章;修订人刘晓雯;

刘晓雯:第四章第一节至第四节;修订人刘晓雯;

朱 莉:第四章第五节至第六节;修订人刘晓雯;

林 一:第六章;修订人林懿欣(原名林一);

柏 杨:第七章;修订人刘惠荣;

樊 静:第八章;修订人樊静;

张 辰:第九章;修订人刘玲;

宋 欣:第十章(再版新增章节)。

本书最后由主编刘惠荣统一定稿,宋欣博士参加全书的校对、整理。

北京大学出版社对本书的出版给予了大力的支持,在此致谢。

编 者

2009 年 2 月

内 容 简 介

《国际商法学》(第二版)是在《国际商法学》(第一版)的基础上,参考教育部《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》以及“普通高等教育精编法学教材编写规划”的总体要求,针对大学本科法学专业的教学特点和人才培养目标,在借鉴、吸收国际商法学科最新科研成果和国际经贸实践的基础上,由国际商法和国际经济法学一线教学工作者和理论研究工作者修编而成。全书共分十章。

本教材全面、系统、科学地阐述了国际商法的基本理论和基本制度,将外国民商法基本理论、判例法司法实践与我国商事法律和对外贸易实践相结合,反映了国际商法理论与实践的最新发展动向。本教材立足于国际商事行为所需要的相关法律知识,比较系统地论述国际商事行为中所涉及的主要法律问题,主要内容为:概括阐述国际商法的概念、特征、渊源、产生及历史发展等基本原理;阐述国际商事主体及商事行为的基本原则和制度,并概括介绍国际商事仲裁这一国际商事纠纷的主要救济制度;具体介绍合同法、国际货物买卖法及其相关的货物运输与保险法、票据法的基本理论、制度和实务,产品责任法,代理法,国际商事主体法,国际知识产权贸易法和国际商事仲裁的基本理论和制度。

本教材在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性,在内容上反映了国际商法的最新发展成果,具有鲜明的时代性特色。

Abstract

“International Commercial Law” (the second edition) is the development of the first edition. Based on “Basic Requirements for Teaching and Learning of Core Courses for Law Majors in Higher Learning Institutions” and “Compilation Plan of Legal Textbooks for Higher Learning” as required by the Ministry of Education, International Commercial Law, with ten chapters, is compiled by frontline professionals. With specific focus on the characteristics of BA law and cultivation objectives, this textbook has integrated the most recent research achievements and international business and trade practices. Furthermore, it was written by teachers and scholars from the professional area of international business law and international commercial law.

This textbook elaborates systematically on basic concepts and the system of international commercial law, integrates the commercial law and experience of international trade in China and the basic theories of civil and commercial law and judicial practice of case law in foreign countries, and reflects the latest developments of international commercial theories and practices. Based on the related law knowledge needed by international commercial conduct, the textbook addresses key legal issues involving international commercial conduct. The main contents are listed as following: generally elaborate the concept, characteristic, source and emergence of international commercial law and its historical development; elaborate the basic principles and regulations of international commercial subjects and commercial conduct; particularly introduce the basic principles and regulations and practices of contract law, international sale law of goods and the related transportation and insurance law, negotiable instrument law, and make a summary of international commercial arbitration. In addition, product liability law, agency law, subject law of international commerce, international trade law of intellectual property and international commercial arbitration are also mentioned in the textbook.

This textbook, theoretically rather systematic and generalized and practically targeted, is characteristic of contemporary developments in international commercial law.

目 录

第一章 国际商法导论	(1)
第一节 国际商法概述	(3)
第二节 大陆法系和英美法系概述	(6)
第三节 中国法律制度概述	(13)
第二章 合同法	(19)
第一节 合同法概述	(21)
第二节 合同的成立	(25)
第三节 合同的履行	(52)
第四节 合同的让与	(73)
第五节 合同的终止	(76)
第三章 国际货物买卖法	(85)
第一节 国际货物买卖法概述	(87)
第二节 国际贸易术语	(88)
第三节 国际货物买卖合同	(93)
第四节 买卖双方的主要义务	(98)
第五节 违约及对违约的补救措施	(101)
第六节 货物运输风险的转移	(106)
第七节 国际贸易支付与结算	(108)
第四章 国际货物运输与保险法	(121)
第一节 国际货物运输法概论	(123)
第二节 国际海上货物运输法	(128)
第三节 国际铁路货物运输法和国际航空 货物运输法	(140)
第四节 国际货物多式联运	(143)
第五节 保险法	(145)

第六节 海上保险合同	(150)
第五章 产品责任法	(161)
第一节 产品责任法概述	(163)
第二节 美国的产品责任法	(164)
第三节 欧洲各国的产品责任法	(170)
第四节 关于产品责任的法律适用公约	(174)
第六章 国际票据法律制度	(177)
第一节 票据法基本理论	(179)
第二节 汇票	(191)
第三节 本票与支票	(206)
第四节 联合国国际汇票和国际本票公约	(209)
第七章 代理法	(213)
第一节 英美法系和大陆法系的代理制度	(215)
第二节 《国际货物销售代理公约》	(218)
第三节 中国的外贸代理制度	(222)
第八章 国际商事主体法律制度	(229)
第一节 国际商事主体概述	(231)
第二节 独资企业法	(232)
第三节 合伙企业法	(237)
第四节 公司法	(247)
第五节 破产法	(259)
第九章 国际知识产权贸易法律制度	(269)
第一节 国际知识产权贸易法概述	(271)
第二节 国际知识产权贸易的标的	(276)
第三节 国际知识产权贸易的方式	(281)
第四节 国际知识产权贸易管理	(289)
第五节 与贸易有关的知识产权协议	(294)
第十章 国际商事仲裁	(305)
第一节 国际商事仲裁概述	(307)
第二节 国际商事仲裁机构	(309)
第三节 国际商事仲裁协议	(315)
第四节 国际商事仲裁程序	(319)
第五节 国际商事仲裁裁决的承认和执行	(323)

CONTENTS

Chapter 1	Introduction of International Commercial Law	(1)
Section 1	Outline of International Commercial Law	(3)
Section 2	Outline of Continental Law System and Anglo-American Law System	(6)
Section 3	Outline of Legal System in China	(13)
Chapter 2	Contract Law	(19)
Section 1	Outline of Contract Law	(21)
Section 2	Formation of Contract	(25)
Section 3	Performance of Contract	(52)
Section 4	Alienation of Contract	(73)
Section 5	Termination of Contract	(76)
Chapter 3	Law for the International Sale of Goods	(85)
Section 1	Outline of Law for the International Sale of Goods	(87)
Section 2	International Trade Terms	(88)
Section 3	Contracts for the International Sale of Goods	(93)
Section 4	Obligations of the Seller and the Buyer	(98)
Section 5	Contract-breaching and Remedy	(101)
Section 6	Passing of Risk in the Transportation of Goods	(106)
Section 7	Payment and Settlement of International Trade	(108)
Chapter 4	Law for the Transportation and Insurance Concerning International Sale of Goods	(121)
Section 1	Outline of Law for the Transportation Concerning International Sale of Goods	(123)
Section 2	Law of Transportation of Sale of Goods by Sea	(128)

Section 3	Law of Transportation Concerning Sale of Goods by Railway and by Air	(140)
Section 4	Multi-Transportation Concerning International Sale of Goods	(143)
Section 5	Insurance Law	(145)
Section 6	Marine Insurance Contracts	(150)
Chapter 5	Product Liability Law	(161)
Section 1	Outline of Product Liability Law	(163)
Section 2	Product Liability of America	(164)
Section 3	Product Liability of Europe	(170)
Section 4	Conventions on the Law Appliance to Product Liability	(174)
Chapter 6	Legal System of International Negotiable Instrument	(177)
Section 1	Basic Theory of Negotiable Instrument Law	(179)
Section 2	Bill of Exchange	(191)
Section 3	Promissory Note and Check	(206)
Section 4	UN Convention on International Draft and International Promissory Note	(209)
Chapter 7	Agency Law	(213)
Section 1	Agency System of Anglo-American Law System and Continental Law System	(215)
Section 2	Agency Convention on International Sale of Goods	(218)
Section 3	China's Agency System of Foreign Trade	(222)
Chapter 8	Legal System of International Commercial Subject	(229)
Section 1	Outline of International Commercial Subject	(231)
Section 2	Sole Proprietorship Law	(232)
Section 3	Partnership Law	(237)
Section 4	Corporation Law	(247)
Section 5	Bankruptcy Law	(259)
Chapter 9	Legal System of Intellectual Property on International Trade	(269)
Section 1	Outline of Law of International Trade of Intellectual Property ...	(271)
Section 2	Object of International Trade of Intellectual Property	(276)
Section 3	Style of International Trade of Intellectual Property	(281)
Section 4	Administration of International Trade of Intellectual Property ...	(289)
Section 5	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)	(294)

Chapter 10	International Commercial Arbitration	(305)
Section 1	Outline of International Commercial Arbitration	(307)
Section 2	Institution of International Commercial Arbitration	(309)
Section 3	Protocol of International Commercial Arbitration	(315)
Section 4	Process of International Commercial Arbitration	(319)
Section 5	The Admitting and Performing of Arbitration of International Commercial Arbitration	(323)

第一章 国际商法导论

国际商法作为一门独立的法律学科,以国际商事组织和国际商事活动的各种关系为调整对象,具有鲜明的学科特点。本章重点介绍国际商法的基本法律问题和相关的法律制度,通过本章的学习可以对本课程形成基本的认识。本章主要介绍了国际商法的概念和特征、历史沿革和法律渊源。由于国际商法在发展过程中受到大陆法系和英美法系的巨大影响,本章还介绍了两大法系的形成和发展,并对两大法系的特点进行了比较,分析了两大法系在当代的发展趋势。最后,本章对我国法律制度的沿革、渊源以及我国国民商事法律制度、经济法律制度和司法制度进行了概括性的介绍。

从古至今,存在着许多跨越国境进行的商事交易,也存在着许多跨国设立的商事组织。随着社会经济的发展,跨国交易的内容越来越丰富多样和复杂化,单纯靠国家与国家政府之间或者国际组织之间通过谈判签订条约或协议来规范这些活动和组织远远不能满足其需要。国际商事交易的私人性质决定了调整其关系的法律不能完全属于公法范畴。专门研究跨国商事组织及其交易的法律就是国际商法。

第一节 国际商法概述

► 一、国际商法的概念和特征

国际商法是指调整国际商事组织和国际商事交易活动的各种关系的法律规范的总和。传统国际商法主要调整货物贸易和投资行为,但随着经济全球一体化的不断发展,国际商法的调整对象已经扩展到货物贸易、技术贸易和服务贸易三大贸易领域,并且增加了融资租赁、工程承包等新型国际商事行为。

在我国法学界,国际商法的英文译名一般为 International Commercial Law,意指有关商业或商事的法律,但美国学者一般使用 International Business Law 一词,意指商人活动(所需)的法律。美国学者使用这一用语,更多地体现出美国人务实的风格,即凡是商人经商所涉及的法律问题,都可被纳入 Business Law 的范畴。基于本书给国际商法下的定义以及兼顾内容的完整性,我们仍倾向于使用 International Commercial Law 的英译名。

为了进一步理解国际商法的含义,我们须把握以下几个特征:

1. 国际商法源于传统商法,但其调整对象和范围比后者更为广泛。传统的商法以货物买卖为中心,主要包括商行为法、公司法、票据法、海商法、保险法和破产法等内容。随着科学技术的空前发展和国际经济贸易交流规模的扩大,商事交易不断增多,交易形式也日益翻新,特别是第二次世界大战以后,国际技术转让、国际许可贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际融资租赁、国际直接投资等新型交易涌现出来。关贸总协定乌拉圭回合谈判认识到这一点,应运将国际贸易的内涵从国际货物贸易扩展为国际货物贸易、国际技术贸易和国际服务贸易三大贸易领域。本书出于课程安排的考虑,并未涵盖当前的所有国际商事活动。

2. 国际商法中的“国际”不是指“国家与国家之间”,而是指“跨越国界”(transnational)。因为从事国际商事交易的主要是私法主体,如公司、企业或个人,而不是公法主体。

3. 国际商法的性质属于跨国私法。与国际经济法^①不同,国际商法不是国家干

^① 对于国际经济法的定位,学术界一直存在争论。有人主张它属于国际公法范畴,有人主张它是一个独立的法律部门。但无论如何,在国际经济法的研究对象中绝不能缺少国家之间或者与国际组织之间关于宏观经济管理的调整对象;而国际商法却不包括这部分内容。

预经济的产物,它的调整对象只是商人们的跨国商事交易和商事组织,调整对象决定了其法律性质必然是私法性的。

4. 国际商法主要是实体法。与国际私法不同,国际商法直接规范国际商事交易和商事组织;而国际私法属于冲突规范,它只是为具有涉外因素的私法案件确定准据法。

► 二、国际商法的起源和发展

国际商法的发展轨迹为国际法—国内法—国际法。国际商法是在古罗马私法的基础上建立起来的。众所周知,商法的产生和发展离不开商品经济。古罗马法中就出现了调整商品经济关系的法律,这些法律构成了古罗马私法的主要组成部分,成为后来整个西方世界私法制度的基石。

国际商法的起源与发展大致可以分为如下阶段:

第一阶段:中世纪的商人习惯法时期。欧洲进入中世纪以后,支配商事活动的并不是各国的成文立法,而主要是商人习惯法。自11世纪起,它首先出现于威尼斯,后来随着航海贸易的发展逐步扩展到西班牙、英国、法国、德国。各港口、集市之间的商人们约定俗成地采用从罗马法流传下来的商事交易习惯规则。为了维持交易秩序和维护共同利益,他们自愿接受这些习惯的约束,自发地推举“法官”运用这些习惯法,采用简易、迅速、灵活的程序,按照公平合理的原则裁决商事纠纷,建立起类似于现代的国际商事仲裁或调解的制度。

第二阶段:国内法时期。自17世纪以后,随着法、德等欧洲中央集权国家的逐步强大,各国为了保护本国的经济、政治利益,纷纷制定成文法,将中世纪的商人习惯法内容纳入本国的国内法中,英国则主要通过曼斯菲尔德(Mansfield)等法官的审判实践将商人习惯法融入普通法中,由此,中世纪商法的国际性或跨国性便消失了,代之以各国的国内商法。法国在路易十四时期颁布了《商事条例》(1673年)和《海商条例》(1681年),为大陆法国家的商法典颁布奠定了基础。资本主义制度建立后,法国又制定了1807年商法典,德国制定了1897年商法典,这两部法典成为近现代资本主义国家商法的典型。大陆法系国家在商法体例上采取两种模式:法国、德国、日本等国家采取民商分立模式,把商法和民法分开,独立编制法典;另外一些国家如瑞士、荷兰、意大利等则采取民商合一模式,把商法的内容包含在民法典中,使之成为民法的一部分,如1881年瑞士债务法典、1934年荷兰民法典、1942年意大利民法典等。英美法系的创始国——英国,在历史上没有民法与商法之分,只有普通法与衡平法的概念。18世纪中叶,大法官曼斯菲尔德着手进行吸纳商人习惯法为普通法内容的改造工作。英美法系国家不存在独立的商法。

第三阶段:20世纪、尤其是60年代以后的现代国际商法时期。第二次世界大战之后,随着各国经济的迅速发展,各国间的经济联系日益密切,经济一体化程度不断提高,联合国以及其他国际组织的作用越来越大,跨国公司等超越国家界限的经济

组织发展势头猛烈,这些都在客观上产生了建立一套统一的调整国际经济贸易关系的商事法律规则的需要,一些新的国际经贸惯例和习惯做法在长期的经济贸易往来中被人们总结出来,许多政府间国际组织或者国际民间组织致力于研究和制订统一的国际商事法律规则的工作,形成了许多成果。新型的独立的国际商法得以重新出现。

三、国际商法的渊源

现代国际商法有两个方面的渊源:一是国际法方面的渊源;二是国内法方面的渊源。

(一) 国际法方面的渊源

国际法方面渊源包括国际条约和国际惯例。各国缔结的有关国际经济贸易的国际条约或者公约是国际商法的重要渊源。这些国际条约或公约又分为实体法规范和冲突法规范。前者如1980年《联合国国际货物买卖合同公约》、1987年《国际汇票和国际本票公约》等,直接规范国际商事行为。后者如1973年《关于产品责任的法律适用公约》,它们通过确定冲突规则,间接规范国际商事行为。这些国际立法一旦被缔约国接受或批准,就被纳入该国国内法。如果与国内相关法律发生冲突,除声明保留者外,国际立法将优先适用。

国际条约中按照条约的缔约方数目划分,可以分为双边、区域性和全球性国际条约。对国际商事交易影响最大的是全球性的统一私法公约。因为它们是由多数国家缔结或者参加的,旨在统一国际商事交易规则。近几十年来,区域性的国际条约或者法律在统一本区域内各国法律方面的工作也越来越受到瞩目。最为突出的当属欧盟以及其前身欧洲经济共同体。^①1993年生效的建立欧盟的《马斯特里赫特条约》奠定了欧盟法的基础。在欧盟(欧共体)发展的历史上,欧盟(共同体)法与成员国法之间的协调大致包括这样一些形式:(1)在成员国法没有规定或相互冲突的领域,在欧盟层次上制定新法律;(2)相互承认国家标准;(3)在跨国领域适用欧盟法,在国内领域适用国内法;(4)最低限度的协调,即在欧盟层次上制定最低限度的规则,而允许成员国制定更高标准的规则的形式。

国际商事惯例是国际商法的另一个重要渊源。国际商事惯例是在国际交往中经过反复使用逐渐形成的,它已被国际交往的主体普遍接受和采纳。最初,国际商事惯例以不成文的形式出现。现在,许多重要的国际商事惯例已经由一些国际组织编纂成文,为人们提供了极大的便利。如1990年国际商会修订的《国际贸易术语解释通则》、1992年国际商会修订的《跟单信用证统一惯例》等,被人们广泛采用,在国际贸易往来中发挥着巨大的作用。国际商事惯例不同于国际条约或公约,它们本身

^① 一般认为,欧盟法既具有区域性条约的特点,同时又有国内法的部分属性。为叙述方便,将欧盟法放在国际法渊源中介绍。

不是法律,不具有法律的普遍约束力。但是,当国际商事交易的当事人约定采用某种惯例调整和规范他们之间的权利和义务时,该惯例对当事人就具有法律约束力。

(二) 国内法方面的渊源

一般说来,国内法的效力只及于该国主权管辖范围,而不能延伸到国外,干涉他国内政。因此,有的国际商法学者如施米托夫不承认国内法也是国际商法的渊源。但客观地说,目前国际商法尚处于发展阶段,规范国际商事行为的国际条约、公约或者惯例不足以满足各种交易的需要,还须借助于大量的各国国内法:一方面是通过国际私法的冲突规范指引而适用的有关国家的民商法,另一方面是有些国家,特别是发展中国家专门制定的涉外立法。可以说,各国有关商事交易的国内法是国际商法的国际法方面渊源的重要补充。

第二节 大陆法系和英美法系概述

国际商法发端于欧洲,其内容深受两大法系的影响。研究国际商法,有必要先了解两大法系。法系是比较法学的核心概念,是指根据法的历史传统和外部特征的不同对法所做的分类。法系划分的理论依据主要是法的传统。许多国家的法律,在法律技术、法律术语、法律结构、法律观念、法律方法及相应的文化背景方面是相同或相似的。学者们一般认为,当代世界主要法系有大陆法系、英美法系和社会主义法系(以前苏联、东欧社会主义国家为代表)。前两个法系是在西方国家形成、发展起来的,具有浓厚的商品经济或市场经济的特征,对现代国际商法影响很大。

► 一、大陆法系的形成与发展

大陆法系又称为罗马法系、民法法系(Civil Law System)、成文法系,是指以罗马法为基础,以法国民法典和德国民法典为典型代表,包括许多模仿它们而制定的其他国家的法律的总称。大陆法系形成于13世纪的西欧,欧洲大陆国家多属于该法系,此外还有曾是法国、德国、葡萄牙、荷兰等国殖民地的国家及因其他原因受其影响的国家和地区。如非洲的埃塞俄比亚、南非、津巴布韦等;亚洲的日本、泰国、土耳其等;加拿大的魁北克省、美国的路易斯安那州、英国的苏格兰等。

大陆法系直接源于罗马法。罗马法是指罗马奴隶制国家从公元前6世纪罗马国家形成到东罗马帝国灭亡时期的全部法律。今天人们考察到的罗马法主要是公元前5世纪罗马最早的成文法——《十二铜表法》和公元6世纪东罗马帝国皇帝查士丁尼编纂的《国法大全》。东罗马帝国皇帝查士丁尼(公元527—565年)在即位的第二年为了使罗马法系统化,下令进行法典编纂工作,先后公布了三部法律汇编:第一部是《学说汇编》(Digest),收集了40名罗马历史上著名法学家的著作片段,于公元530—533年完成;第二部是《法学阶梯》(Institute),主要根据著名法学家盖优斯