

• 高等学校“十一五”规划教材

系列丛书

国际商法

GUOJI SHANGFA

[主编 姜发根 黄青燕]

21世纪国际经济与贸易专业系列教材

合肥工业大学出版社

高等学校“十一五”规划教材

保存本

21世纪国际经济与贸易专业系列教材

国际商法

International Business Law

主 编 姜发根 黄青燕
副主编 郭 丽 杨志平



合肥工业大学出版社

2006.11.2012

特约编辑 许日春

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/姜发根,黄青燕主编. —合肥:合肥工业大学出版社,2009.5

ISBN 978-7-81093-956-0

I. 国… II. ①姜…②黄… III. 国际商法 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 074235 号

国 际 商 法

主编 姜发根 黄青燕

责任编辑 疏利民

出 版	合肥工业大学出版社	版 次	2009 年 5 月第 1 版
地 址	合肥市屯溪路 193 号	印 次	2009 年 5 月第 1 次印刷
邮 编	230009	开 本	710 毫米×1000 毫米 1/16
电 话	总编室:0551—2903038	印 张	22.75
	发行部:0551—2903198	字 数	396 千字
网 址	www.hfutpress.com.cn	印 刷	合肥学苑印务有限公司
E-mail	press@hfutpress.com.cn	发 行	全国新华书店

ISBN 978-7-81093-956-0

定价:34.00 元

如果有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换。

高等学校“十一五”规划教材
21 世纪国际经济与贸易专业系列教材

主 编 姜发根 黄青燕

副主编 郭 丽 杨志平

编 委 (按撰写章节先后为序)

姜发根 李玉莲 孙 爽

汪开明 黄青燕 杜 静

郭 丽

出版 说明

《国际商法》是国际经济与贸易、国际商务等涉外经贸专业的专业核心课程之一，是为培养符合社会主义市场经济发展要求的应用型国际贸易人才而设置的必修课。在国际经济交往日益增多、国家间联系和依赖程度日益增强的形势下，推动和加强国际商法的教学和研究，对于适应国际商事交易环境、熟悉国际商事交易规则、融入国际商事潮流、维护国家和当事人的合法权益具有十分重要的意义。为此，我们根据高等职业教育的特色和要求，以及国际经济与贸易、国际商务等专业教学的需要，组织编写了本教材。

国际商法涉及的范围广泛。在传统国际商法体系下，其内容涉及合同法、公司法、代理法、票据法、运输法、海商法、保险法等内容。但是，随着经济全球化和一体化趋势的兴起和发展，国际商事交往也得以快速发展，并日益繁荣，国际商事交往也呈现出多样化、复杂化和技术化趋势。与之相适应，调整国际商事交易关系的国际商法的内容也得以不断丰富和完善。现代国际商法已不再局限于国际商事主体法和国际商事行为法，而是进一步发展了国际商事组织法、国际商事管理法、国际商事秩序法、国际商事责任法以及国际商事程序法等内容，体系更趋完整，更趋成熟。具体来说，现代国际商法除了丰富和发展了传统国际商法的内容外，还包括国际服务贸易、国际技术贸易、国际融资、国际租赁、国际担保等内容。本教材根据国际商事交易实践的需要和国际商法发展的要求，构筑《国际商法》教材结构体系，具体包括国际商事组织法、国际商事代理法、国际货物买卖法、国际货物运输与保险法、国际贸易支付法、国际服务贸易法、国际技术贸易法、国际贸易管理法以及国际商事争议解决法等内容。

与同类教材相比，本教材具有如下特点：第一，以“交易法”为核心构建本教材的结构体系。国际商法是由商人习惯法发展而来的，其自身并无独

立的理论体系,国际商法教材的体系也往往不尽相同。本书以“交易法”为核心,以交易行为和交易标的为进路编排内容,体现了较强的逻辑性。第二,突出实践能力的培养与训练。本教材从应用型国际贸易人才的培养要求,突出职业教育和技能培养的目标,着重培养与训练学生观察、分析和处理国际商事交易中法律问题的能力。第三,体例上大胆创新,除正文外,在每章前设有“能力目标”、“知识目标”和“素质目标”,明确学习的目标和要点;在文末安排了“案例研习”和“思考与练习”,帮助学生检测掌握基本知识和基本原理的程度。

本教材由安徽三联学院姜发根、宿州职业技术学院黄青燕担任主编,安徽经济管理干部学院郭丽、黄石理工学院杨志平担任副主编。在编写过程中,由主编负责拟定编写大纲,主编、副主编共同完成统稿和定稿工作。具体编写分工如下:姜发根编写第一章和第八章,广州科技贸易职业学院李玉莲编写第二章,安徽国际商务职业学院孙爽编写第三章和第十章,巢湖学院汪开明编写第四章,黄青燕编写第五章,六安职业技术学院杜静编写第六章,郭丽编写第七章和第九章。

本书在编写过程中,参考了众多专家的研究成果和文献资料,在此表示感谢。合肥工业大学出版社疏利民编辑为本书的编写和出版给予了大力支持,一并表示感谢。

由于编者水平有限,加上时间仓促,错疏之处在所难免,敬请广大读者批评指正。

编者

2009年5月28日

目 录

第一章 国际商法绪论	(1)
能力目标	(1)
知识目标	(1)
素质目标	(1)
第一节 国际商法概述	(1)
第二节 国际商法的产生与发展	(10)
第三节 两大法系及其商法概述	(14)
第四节 中国商事法概述	(21)
思考与练习	(25)
第二章 国际商事组织法	(28)
能力目标	(28)
知识目标	(28)
素质目标	(28)
第一节 公司法	(28)
第二节 合伙企业法	(56)
第三节 独资企业法	(63)
思考与练习	(66)

第三章 国际商事代理法	(70)
能力目标	(70)
知识目标	(70)
素质目标	(70)
第一节 国际商事代理法概述	(70)
第二节 代理法律关系	(76)
第三节 代理权及其行使	(84)
第四节 中国的代理法律制度	(88)
思考与练习	(94)
第四章 国际货物买卖法	(97)
能力目标	(97)
知识目标	(97)
素质目标	(97)
第一节 国际货物买卖法概述	(98)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(106)
第三节 买卖双方的权利与义务	(115)
第四节 货物所有权及风险的转移	(125)
第五节 违约及其救济方法	(132)
思考与练习	(140)
第五章 国际货物运输与保险法	(141)
能力目标	(141)
知识目标	(141)
素质目标	(141)
第一节 国际货物运输法	(141)
第二节 国际货物运输保险法	(158)

思考与练习	(172)
第六章 国际贸易支付法	(174)
能力目标	(174)
知识目标	(174)
素质目标	(174)
第一节 国际贸易支付法概述	(174)
第二节 国际贸易支付工具	(176)
第三节 国际贸易支付方式	(183)
思考与练习	(199)
第七章 国际服务贸易法	(204)
能力目标	(204)
知识目标	(204)
素质目标	(204)
第一节 国际服务贸易法概述	(204)
第二节 服务贸易总协定	(214)
第三节 国际服务贸易法的新发展	(226)
思考与练习	(229)
第八章 国际技术贸易法	(232)
能力目标	(232)
知识目标	(232)
素质目标	(232)
第一节 国际技术贸易法概述	(232)
第二节 国际许可证协议	(242)
第三节 与国际技术贸易有关的知识产权保护	(252)
第四节 国际技术贸易的管理	(264)

思考与练习	(270)
第九章 国际贸易管理法	(273)
能力目标	(273)
知识目标	(273)
素质目标	(273)
第一节 国际贸易管理法概述	(273)
第二节 国际贸易的法律管理措施	(283)
第三节 WTO 多边贸易管理法律制度	(290)
第四节 中国对外贸易管理法律制度	(319)
思考与练习	(323)
第十章 国际商事争议解决法	(325)
能力目标	(325)
知识目标	(325)
素质目标	(325)
第一节 国际商事争议解决法概述	(325)
第二节 国际民事诉讼	(329)
第三节 国际商事仲裁	(335)
思考与练习	(351)
参考文献	(353)

第一章 国际商法绪论

能力目标

能够正确辨别不同法系国家商法的优缺点，并具备根据不同情况选择适用具体商事法律规则的能力。

知识目标

1. 了解国际商法的概念、特征与体系
2. 了解国际商法的历史发展
3. 掌握大陆法系和英美法系商法的结构与特点
4. 了解我国的商事立法及其体系

素质目标

根据国际商法的基本内容和特点，理解两大法系以及我国商事法律体系的成因，准确把握国际商法的形成和发展规律与趋势。

第一节 国际商法概述

一、国际商法的概念与特征

国际商法，又称为国际商事交易法，指的是调整国际商事交易主体及其在从事国际商事交易过程中所形成的各种法律关系的法律规范的总称。

现代意义上的国际商法，既不同于国内商法，也有别于传统意义上的国际商法。与国内商法相比，国际商法具有“国际性”要素，即调整不同国家的商事交易主体跨越国界的商事交易活动。因此，有人把国际商法称为跨越国界的商法。^①与传统国际商法相比，现代国际商法突破了传统的国际有形货

^① 冯大同主编：《国际商法》，对外贸易教育出版社1991年版，第1页。

物贸易的范围,广泛涉及国际服务贸易和国际技术贸易等新型贸易领域。因此,西方国家把这种广泛涉及各种商业交易的法律称之为国际商事交易法。本书立足于经济全球化和一体化的发展态势,简要阐释和解析现代国际商法的基本原理和基本制度。

作为一个独立的法律部门,国际商法是顺应国际商事交易迅速发展的客观形势而产生和发展起来的,具有独特的发展背景和现实需求。与其他法律部门相比,国际商法具有如下特征:

(一) 技术性

国际商法的技术性,是指国际商法规范表现为“某一行为对应某种后果”的公式化特点,以便于理解和适用。作为调整国际商事交易的法律部门,国际商法是为了适应国际商事交易实践的需要而产生的,其目的在于为国际商事交易提供一套适用操作的行为准则,以保证国际商事交易活动的安全与快捷。而国际商法规范是对商事主体及其行为方式、行为过程、行为规则等加以规定的法律,要求规范本身具体、翔实,具有可操作性和技术性,以适应国际商事交易迅速发展的需要。因此,国际商法中包含有大量的技术性规范,且这些技术性规范并不能简单地依据常识或伦理意识所能判断其行为效果的。

(二) 营利性

国际商法的营利性,指的是国际商法调整的是国际商事交易主体的营利性活动,并以促进营利目标的实现为宗旨。这是国际商法区别于其他部门法的又一个很重要的特征。国际商事交易主体参与国际商事交易活动,其直接动机和根本目的在于对利益的追求。作为调整国际商事交易主体及商事交易行为的国际商法,在维护国际商事交易秩序和公平的基础上,应当关注国际商事交易主体的利益诉求,侧重于保障和促进国际商事交易主体营利目标的实现。一般而言,国际商法的营利性主要体现在两个方面:一是为国际商事交易主体的成立与运作提供法律基础,赋予国际商事交易主体营利性主体资格,二是确立一定的法律规范,调整国际商事交易主体的商事交易行为,并确保其营利目标的实现。

(三) 统一性

国际商法最初起源于商事交易习惯。产生于中世纪的近代商法,是当时欧洲大陆各国商人所普遍适用的商事习惯法,具有国际性特征。西方国家进入资本主义阶段以后,贸易在各国经济生活中的地位日益提高,国家开始重视对贸易的管制,纷纷制定本国商法,商法取得了国内法的地位。19 世纪后期以来,随着国际贸易和国际海事活动的发展,出现了商法的国际统一运动,

商法再次呈现出国际一体化的发展趋势。这种趋势表现为国内商法与国际商法的互动式发展,一方面国际商事立法得到加强,产生了大量的国际商事条约和国际商事惯例,另一方面各国不断修改本国的商法规则,使其相互之间以及与国际商事法律之间更为协调一致。

二、国际商法的渊源

法的渊源,指的是法的源泉、来源或源头,一般有实质意义上的法的渊源和形式意义上的法的渊源之分。实质意义上的法的渊源指法的内容的来源,如法渊源于一定的经济或经济关系;形式意义上的法的渊源,也称着法的效力渊源,指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同法的效力和地位的法的不同表现形式。通常所说的法的渊源主要指法的效力渊源,即法律规范借以表现和存在的外在形式。依据不同的标准可以对法的渊源作出分类,如根据其适用范围来分,有国内法渊源和国际法渊源,根据其表现形式来分,有制定法、习惯法、判例法、政策、学理等。

国际商法的渊源是指国际商法规范借以表现和存在的形式。它是对国际商事交易行为具有约束力的法律规范的重要来源,是国际商事交易活动的重要法律依据。国际商法的渊源主要有两类:一类是与国际商事交易活动相关的国际商事条约和国际商事惯例;另一类是可适用于国际商事交易关系的各国国内商事法律。

(一) 国际商事条约

国际商事条约是指国家、国际组织等国际法主体之间就国际商事交易事项所达成的、确立相互间权利和义务关系的书面协定。由于国际商事条约是在各国协商的基础上达成的,体现了各国的协调意志,对所有参加国都具有法律上的约束力,各国应予承认和遵守。各国缔结或参加的国际商事条约历来被普遍认为是国际商法的重要渊源。作为国际商法渊源的国际商事条约,包括专门的国际商事条约和包含有商事条款的一般国际条约,并以前者为主,具体内容包括买卖、运输、保险、支付、结算等各个方面。

从功能角度来说,国际商事条约又被分为两类:一类是统一实体法规则的国际商事条约,如1980年《联合国国际货物销售合同公约》,1930年《日内瓦统一汇票和本票法公约》、1931年《日内瓦统一支票法公约》。这类国际商事条约的特点在于,各国只要批准或接受了该类条约,即可直接消除缔约国之间在相关问题上的法律冲突。另一类是法律冲突规则的国际商事条约,如1977年《产品责任法律适用公约》。这类国际商事条约的特点在于,它并

不能直接消除各国的法律冲突,但如被各国批准或接受,各缔约国之间就某项法律冲突应适用哪一国的国内法将得到统一。

(二) 国际商事惯例

国际商事惯例是指在国际商事交往过程中,通过长期、反复的国际商事交易实践而逐步形成并为各国所普遍承认和遵守的商事习惯规则。这类习惯规则的形成往往需要具备两个因素:物质因素和心理因素。物质因素是指各国国际商事交易主体长期反复且前后一致的实践,即按该惯例行事;心理因素是指各国际商事交易主体在实践这一惯例时,内心确信该惯例对各方具有约束力,即承认其是各方都必须遵守的规则。从产生的过程来看,国际商事惯例最初是以不成文的形式表现出来的,随着国际商事交易活动的日益繁荣和发展,一些国际性的商人组织开始整理、编纂国际商事交易实践中的各种商事惯例,使之成文化,并随着国际商事交易活动的发展加以补充、更新和完善,以供国际商事交易当事人选择适用。如1936年《国际贸易术语解释通则》(后经多次修订,最新文本是2000年修订本)、1933年《跟单信用证统一惯例》(后经多次修订,最新文本是2007年修订本),已成为世界上绝大多数国家和地区承认和接受的国际商务惯例。这些国际商事惯例的形成和存在,对于减少国际商事纠纷,促进国际商事交易活动的顺利进行起到了十分重要的作用。

与国际商事条约不同,国际商事惯例是国际商事交易主体在国际商事交易实践中逐渐形成起来的约定俗成的习惯性做法,其本身并不是法律,并不当然具有法律约束力。根据“意思自治”原则,在国际商事交易实践中,当事人可以自由选择是否适用国际商事惯例。当事人可以不选择适用国际商事惯例,但一经选择适用,该惯例即成为当事人之间具有约束力的法律规范,各方当事人均应受该惯例的约束,并按该惯例的规则履行义务,否则,就要承担相应的法律后果。当事人在选择适用国际商事惯例时,可以选择全部适用或部分适用,也可以对现成的惯例规则进行修改和补充。选择部分适用时,未选择的部分不对当事人产生约束力;对惯例进行修改和补充的,按修改和补充后的规则执行,其原有的规则对当事人不产生约束力。由于国际商事惯例这种灵活的适用特点,国际商事交易中的各方当事人更倾向于选择适用商事惯例,使得国际商事惯例在国际商事交易实践中有地位和作用日益显著,成为国际商法的最主要的法律渊源。

(三) 国内商事法律

由于国际商事条约的制定和国际商事惯例的形成总是滞后于国际商事交

易实践的发展,加上国际商法自身的体系与内容也处于不断发展和完善之中,国际商事交易过程中仍有众多问题需要借助各国国内商事法律加以约束和处理。此时,各国国内商事法律就作为国际商事条约和国际商事惯例的重要补充而成为国际商法的组成部分。国内商事法律在国际商事交易中发挥作用的途径主要有两种:一种是由当事人通过“意思自治”原则选择适用某一国内商事法律作为处理和解决相互间交易活动的依据和准则;另一种是通过国际私法规则的指引而导致某一国内商事法律的适用,如果当事人未选择交易关系的准据法时,可以根据冲突规范的指引来确定应予适用的某一国内法律,此时该国内商事法律就成为处理和解决相互间交易活动的依据和准则。与此同时,随着国际商事法律规则统一化趋势的加强,各国的国内商事法律的趋同化趋势愈加明显,使得国内商事法律易于被国际商事交易活动的当事人选择适用。

从国内法层面来说,法的渊源有制定法、习惯法、判例法之分,具体到各国又各不相同。在大陆法系国家中,主导地位的商事法律的渊源是成文的商法典,对于商事习惯的效力则由商法规范针对不同情况加以规定。在英美法系国家中,商事判例法和商事习惯法占据着第一重要的位置。与其他部门法不同的是,在商事法律领域,成文法典也扮演着重要角色。在20世纪以前,英美国家就已经出现了大量的商事单行法,如英国的《票据法》、《商品买卖法》、《合伙法》,美国的《统一流通票据法》、《统一买卖法》、《统一提单法》。在我国,商事法律的渊源主要是制定法,包括商事法律、商事行政法规和地方性法规,商事判例和商事习惯在司法实践中也起着一定的指导作用。

三、国际商法的体系

国际商法的体系是指国际商法作为一个独立的法律部门,其内部具有逻辑联系的各项国际商事法律制度所组成的系统结构。依据一般的法学原理,一个部门法体系的构成主要取决于该部门法的调整对象,即该法所调整的社会关系。国际商法的体系结构,取决于作为国际商法所调整的特定社会关系的范围与结构。因此,作为调整国际商事交易过程中所发生的社会关系的法律部门,国际商法的内容和体系始终与国际商事交易的发展密切关联,并随着国际商事交往的发展、国际商事交易方式的丰富而不断发展和完善,而并非一成不变。而且,由于国际商事交往尚处于不断发展和变化之中,国际商法的体系还处在演变和完善中,对国际商法体系的认识也将是一个不断深入和丰富的过程。

传统国际商法主要包括国际商事主体法和国际商事行为法两大内容,具体包括商行为法、公司法、票据法、海商法、保险法等内容。这种体系结构是与当时国际商事交往的现实和国际商法的发展阶段相适应的。但是,随着经济全球化和一体化趋势的兴起和发展,国际商事交往也快速调整发展,并日益繁荣,国际商事交往也呈现出多样化、复杂化和技术化趋势。与之相适应,调整国际商事交易关系的国际商法的内容也得以不断丰富和完善。现代国际商法已不再局限于国际商事主体法和国际商事行为法,而是进一步发展了国际商事组织法、国际商事管理法、国际商事秩序法、国际商事责任法以及国际商事程序法等内容,现代国际商法体系更趋完整,更趋成熟。具体来说,现代国际商法除了丰富和发展了传统国际商法的内容外,还包括国际服务贸易、国际技术贸易、国际融资、国际租赁、国际担保、产品责任等内容。

本教材在体系上,与其他国际商法教材的体系稍有不同。在体系结构安排上,立足于国际商事交易实践和发展态势,并充分考虑专业知识结构以及与其他课程的衔接,构建一个相对完善和合理的国际商法体系。基于这种考虑,本书所设计的国际商法体系共包括十章,除第一章介绍国际商法绪论外,其他九章分别是国际商事组织法、国际商事代理法、国际货物买卖法、国际货物运输与保险法、国际贸易支付法、国际服务贸易法、国际技术贸易法、国际贸易管理法、国际商事争议解决法。这种体系安排,既把国际服务贸易和国际技术贸易与国际货物贸易并列进行介绍,又能按照一定的逻辑体系对国际商事组织法、国际商事秩序法、国际商事管理法、国际商事责任法以及国际商事程序法等现代国际商法的基本原理和基本制度加以系统阐释,较好地顺应了国际商事交易多样化、复杂化的发展趋势,不失为一种相对合理的国际商法体系。

四、国际商法与相邻法的关系

国际商法与相邻法的关系问题是与国际商法的调整对象、范围、性质等问题密切相关的基本理论问题,关乎国际商法能否作为一个独立的法律部门而存在。一般来说,国际商法与相邻法的关系主要涉及国际商法与国际公法、国际私法、国际经济法、国内商法等法律部门的关系。

(一) 国际商法与国际公法

国际公法,又称国际法,是指国家、国际组织等政府间主体在国际交往中所形成的,用以调整相互间政治、经济、军事、外交等关系,具有法律约束力的原则、规则和制度的总称。从总体上来说,国际商法与国际公法是国

际法体系中的不同法律部门，相互之间既有区别，又有联系。

国际商法与国际公法的区别较为明显。首先，国际商法本质上属于私法，调整的是平等主体之间跨国交易关系。而国际公法是公法，调整的是主权国家和政府间国际组织之间的政治、经济、军事、外交等领域的国事关系。其次，国际商法的主体主要是不同国籍的自然人、法人和其他经济组织，国家和国际组织参与国际商事交易关系必须以平等主体的身份参与。而国际公法的主体则是国际和国际组织等政府间主体，自然人和法人不具有国际公法的主体资格。再次，从法律渊源上来看，国际商法的渊源包括国际商事条约、国际商事惯例和国内商事法律，而国际公法的渊源则主要是国际条约和国际惯例。最后，就争议的解决途径而言，国际商事交易当事人间的争议通常通过国际民事诉讼或国际商事仲裁的程序解决，而国际公法主体之间的争议除诉讼和仲裁等法律解决方法外，更多、更有效的往往是外交的、政治的解决方法。

国际商法与国际公法的联系主要体现在：第一，二者所调整的社会关系均超出一国的范围，具有“国际性”因素，国际公法的一般原则，如国家主权原则、国家及其财产豁免原则、条约必须遵守原则等，同样适用于国际商事交易关系。第二，国家在国际商事交易关系和国事关系上的态度和立场取决于其对外政策和国家利益。在国际商事交往过程中，为了维护国家利益和推行对外政策的需要，国家往往对国际商事交易施以约束和管制，出现国际商法公法化现象。尤其是在贸易保护主义政策下，国际商法公法化的趋势更加明显，使得国际商事交易和国事关系交织在一起，相互作用，相互影响。而这些约束和管制国际商事交易关系的法律规范应属于国际商法的范畴，构成国际商法必不可少的一部分。

（二）国际商法与国际私法

国际私法，是以平等主体间的国际民商事法律关系为调整对象，以解决国际民商事法律冲突为中心任务，以冲突规范为基本规范，同时包含规定外国人民商事法律地位的规范、统一实体规范以及国际民商事诉讼程序规范、国际商事仲裁程序规范在内的独立的法律部门。^① 相比较而言，国际商法与国际私法的关系更为密切。尤其在国际私法学界占主流观点的“广义概括主义”学者看来，国际商事交易关系属于国际私法所调整的国际民商事法律关系的范围，国际商法也应属于国际私法的规范之中，国际商法是国际私法的一个

^① 丁伟主编：《国际私法学》，上海人民出版社2004年版，第18页。