



21st CENTURY
实用规划教材

21世纪全国应用型本科财经管理系列实用规划教材

国际商法

理论与实务

杨士富 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



中国农业大学出版社
CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY PRESS

21 世纪全国应用型本科财经管理系列实用规划教材

国际商法理论与实务

杨士富 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



中国农业大学出版社
CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY PRESS

内 容 简 介

本书主要讲述国际商法需要研究的重要理论知识和实务知识。本书共 10 章, 内容包括国际商法导论、国际商事组织法、国际商事代理法、国际商事合同法、国际产品责任法、国际货物买卖法、国际货物运输与保险法、国际技术贸易法、国际贸易支付法、国际商事仲裁法。每一章都以案例导入, 引发学生对国际商法问题进行思考, 进而提高其学习的兴趣。在阐述国际商法理论的过程中, 以大量典型案例说法, 并综合运用案例分析法、比较分析法、历史分析法, 使国际商法的理论与实务有机结合, 使读者能学以致用、举一反三。每一章的章后都列有丰富的思考题和练习题, 使学生对本章的知识能够及时进行检验和进一步强化。

本书可作为高等院校外贸、法律、金融、会计、管理、电子商务、外语、市场营销等专业本科生、专科生、研究生的教材使用, 还可作为经贸实务者、经济管理者及其他各界人士学法的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法理论与实务/杨士富编著. —北京: 中国农业大学出版社; 北京大学出版社, 2009.9
(21 世纪全国应用型本科财经管理系列实用规划教材)

ISBN 978-7-81117-852-4

I. 国… II. 杨… 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(2009)第 150875 号

书 名: 国际商法理论与实务

著作责任者: 杨士富 编著

总 策 划: 第六事业部

执行策划: 李 虎

责任编辑: 王显超 潘晓丽

标准书号: ISBN 978-7-81117-852-4

出 版 者: 北京大学出版社(地址: 北京市海淀区成府路 205 号 邮编: 100871)

网址: <http://www.pup.cn> <http://www.pup6.com> E-mail: pup_6@163.com

电话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62750667 出版部 62754962

中国农业大学出版社(地址: 北京市海淀区圆明园西路 2 号 邮编: 100193)

网址: <http://www.cau.edu.cn/caup> E-mail: cbsszs@cau.edu.cn

电话: 编辑部 62732617 营销中心 62731190 读者服务部 62732336

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

发 行 者: 北京大学出版社 中国农业大学出版社

经 销 者: 新华书店

规 格: 787 毫米×980 毫米 16 开本 26 印张 523 千字

版 次: 2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 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

21 世纪全国应用型本科财经管理系列实用规划教材

专家编审委员会

主任委员 刘诗白

副主任委员 (按拼音排序)

韩传模

李全喜

王宗萍

颜爱民

曾 旗

朱廷珺

顾问 (按拼音排序)

高俊山

郭复初

胡运权

万后芬

张 强

委员 (按拼音排序)

程春梅

邓德胜

范 徽

冯根尧

冯雷鸣

黄解宇

李定珍

李相合

李小红

刘志超

沈爱华

王富华

王仁祥

吴宝华

张淑敏

赵邦宏

赵 宏

赵秀玲

法律顾问 杨士富

丛 书 序

我国越来越多的高等院校设置了经济管理类学科专业,这是一个包括经济学、管理科学与工程、工商管理、公共管理、农业经济管理、图书档案学6个二级学科门类和22个专业的庞大学科体系。2006年教育部的数据表明在全国普通高校中经济类专业布点1518个,管理类专业布点4328个。其中除少量院校设置的经济管理专业偏重理论教学外,绝大部分属于应用型专业。经济管理类应用型专业主要着眼于培养社会主义国民经济发展所需要的德智体全面发展的高素质专门人才,要求既具有比较扎实的理论功底和良好的发展后劲,又具有较强的职业技能,并且还要求具有较好的创新精神和实践能力。

在当前开拓新型工业化道路,推进全面小康社会建设的新时期,进一步加强经济管理人才的培养,注重经济理论的系统化学习,特别是现代财经管理理论的学习,提高学生的专业理论素质和应用实践能力,培养出一大批高水平、高素质的经济管理人才,越来越成为提升我国经济竞争力、保证国民经济持续健康发展的重要前提。这就要求高等财经教育要更加注重依据国内外社会经济条件的变化适时变革和调整教育目标和教学内容;要求经济管理学科专业更加注重应用、注重实践、注重规范、注重国际交流;要求经济管理学科专业与其他学科专业相互交融与协调发展;要求高等财经教育培养的人才具有更加丰富的社会知识和较强的人文素质及创新精神。要完成上述任务,各所高等院校需要进行深入的教学改革和创新,特别是要搞好有较高质量的教材的编写和创新。

出版社的领导和编辑通过对国内大学经济管理学科教材实际情况的调研,在与众多专家学者讨论的基础上,决定组织相关老师编写并出版一套面向经济管理学科专业的应用型系列教材,这是一项有利于促进高校教学改革发展的措施。

本系列教材是按照高等学校经济类和管理类学科本科专业规范、培养方案以及课程教学大纲的要求,合理定位,由长期在教学第一线从事教学工作的教师立足于21世纪经济管理类学科发展的需要,深入分析经济管理类专业本科学生现状及存在问题,探索经济管理类专业本科学生综合素质培养的途径,以科学性、先进性、系统性和实用性为目标,其编写的特色主要体现在以下几个方面:

(1) 关注经济管理学科发展的大背景,拓宽理论基础和专业知识,着眼于增强教学内容的联系实际和应用性,突出创造能力和创新意识。

(2) 体系完整、严密。系列涵盖经济类、管理类相关专业以及与经管相关的部分法律类课程,并把握相关课程之间的关系,整个系列丛书形成一套完整、严密的知识结构体系。

(3) 内容新颖。借鉴国外最新的教材,融会当前有关经济管理学科的最新理论和实践

经验,用最新知识充实教材内容。

(4) 合作交流的成果。本系列教材是由全国上百所高校教师共同编写而成,在相互进行学术交流、经验借鉴、取长补短、集思广益的基础上,形成编写大纲。最终融合了各地特点,具有较强的适应性。

(5) 案例教学。本系列教材具备大量案例研究分析,让学生在学习过程中理论联系实际,特别列举了我国经济管理工作中的大量实际案例,这可大大增强学生的实际操作能力。

(6) 注重能力的培养。力求做到不断强化自我学习能力、思维能力、创造性解决问题的能力以及不断自我更新知识的能力,促进学生向着富有鲜明个性的方向发展。

作为高要求,财经管理类教材应在基本理论上做到以马克思主义为指导,结合我国财经工作的新实践,充分汲取中华民族优秀文化和西方科学管理思想,形成具有中国特色的创新教材。这一目标不可能一蹴而就,需要作者通过长期艰苦的学术劳动和不断地进行教材内容的更新才能达成。我希望这一系列教材的编写,将是我国拥有较高质量的高校财经管理学科应用型教材建设工程的新尝试和新起点。

我要感谢参加本系列教材编写和审稿的各位老师所付出的大量卓有成效的辛勤劳动。由于编写时间紧、相互协调难度大等原因,本系列教材肯定还存在一些不足和错漏。我相信,在各位老师的关心和帮助下,本系列教材一定能不断地改进和完善,并在我国大学经济管理类学科专业的教学改革和课程体系建设中起到应有的促进作用。

刘诗白

2007年8月

刘诗白 刘诗白教授现任西南财经大学名誉校长、博士生导师,四川省社会科学联合会主席,《经济学家》杂志主编,全国高等财经院校资本论研究会会长,学术团体“新知研究院”院长。

前 言

21 世纪的中国创造了无数的辉煌,足以让中国人感到骄傲和自豪。2020 年中国将有可能成为世界第一大经济体,在世界的大舞台上扮演更加重要的角色,而中国的发展和强大也更加需要法治。

经济全球化正在深刻地改变着这个世界,其核心是各国贸易市场的统一化,是生产要素在全球范围内的优化配置。而统一化的途径已经不是靠战争,而是靠市场背后的规则的统一来实现,即经济全球化在一定程度上促使各国多姿多彩的法律国际化,尤其是商法。我们高兴地看到,国际商事主体正努力地运用国际商法原理,不断解释和解决在商事活动中出现的大量的实务法律问题。这足以说明国际商法具有很强的实用性、旺盛的生命力、较高的学习和研究价值。

国际商法是指调整国际商事交易和国际商事组织的各种法律规范的总称。国际商法是法学体系中一门独立的学科,既不同于国际经济法,也不同于国际私法。自 2001 年 12 月 11 日我国正式加入 WTO 之后,为培养国际化的实用人才,各高校都在进行人才培养模式转变及教学方法改革。国际商法已成为各高等院校外贸、法律、金融、会计、管理、电子商务、外语等许多专业争相开设的主干课程。

学习和掌握国际商法,除了学子们奋发努力、教师们精心组织外,能有一本富有针对性和启发性的教科书尤为重要,本书即为此目的而写。一部好的教科书既是学生最贴近、最易交流的启蒙老师,也是学生学习事半功倍的基础。

本书贯穿案例教学法思想,每一章从开始到结尾都适当地设置了鲜活、生动的案例,起到以案例说法的效果,这也是笔者多年法律教学与实践的结晶。本书涵盖了国际商法的重要理论知识和实务知识。

本书作者在国内外国前人成果的基础上,力求博采众家之长、厚积薄发,使本书具有以下 3 大特色:一是吸收了最新的国际商法规则和研究的最新成果,力图全面、系统、准确地介绍和阐述国际商法的基本原理和实务知识;二是每一章都以案例导入,引发学生对国际商法问题进行思考,进而提高其学习的兴趣,在阐述国际商法原理的过程中,以大量典型案例说法,并综合运用案例分析法、比较分析法、历史分析法,使国际商法的原理与实务有机结合,使读者能学以致用;三是每一章的章后都列有丰富的思考题和练习题,并配有练习题参考答案(可从 <http://www.pup6.com/ebook.htm> 下载),使学生对本章的知识能够及时地进行检验和进一步强化。

需要指出的是,本书主要是为本科学生而编,学时有限,不可能囊括更多的国际商法内容,编入本书的都是编者在教学中总结学生感兴趣且较有实用价值的章节。

本书建议授课的总学时为 72 学时，各章具体授课的学时见下表。

章 节	授课学时	章 节	授课学时
第 1 章 国际商法导论	6	第 6 章 国际货物买卖法	6
第 2 章 国际商事组织法	10	第 7 章 国际货物运输与保险法	8
第 3 章 国际商事代理法	8	第 8 章 国际技术贸易法	6
第 4 章 国际商事合同法	10	第 9 章 国际贸易支付法	6
第 5 章 国际产品责任法	6	第 10 章 国际商事仲裁法	6

本书能够和广大读者见面，首先要感谢北京大学出版社和中国农业大学出版社的精心组织；感谢编辑李虎和王显超的高效率、高质量的工作；感谢领导和同事对我的支持和厚爱；感谢家人对我写作的支持和帮助！由于作者能力和水平有限，尽管付出艰苦努力，但疏漏之处在所难免，衷心希望全国的广大师生和读者批评指正。

编 者
2009 年 7 月

目 录

第 1 章 国际商法导论.....1

1.1 概述.....1

1.1.1 商、商法和国际商法的 概念.....1

1.1.2 国际商法的渊源.....5

1.1.3 国际商法的体系、.....7

1.1.4 国际商法与其他部门法的 关系.....7

1.2 国际商法的发展历史.....9

1.3 西方国家两大主要法系的比较.....12

1.3.1 大陆法系.....12

1.3.2 英美法系.....15

1.3.3 罗马法对大陆法系和 英美法系的影响.....27

1.3.4 两大法系的区别和相互融合.....28

1.4 中国法律.....32

1.4.1 中国法律的历史发展.....32

1.4.2 当代中国的法律渊源.....34

1.4.3 当代中国的司法制度.....36

本章小结.....38

思考题.....39

练习题.....39

第 2 章 国际商事组织法.....42

2.1 概述.....42

2.2 合伙企业法.....43

2.2.1 合伙企业的概念与特征.....43

2.2.2 合伙企业的设立.....44

2.2.3 合伙企业的内部关系(合伙人 之间的权利和义务关系).....45

2.2.4 合伙企业的外部关系(合伙 企业对第三人的关系).....46

2.2.5 合伙企业的解散.....47

2.2.6 有限合伙.....48

2.2.7 合伙企业的利与弊.....49

2.3 公司法.....50

2.3.1 公司与公司法基本理论.....51

2.3.2 公司的设立.....55

2.3.3 公司的年度报告与财务 会计报表.....58

2.3.4 公司资本.....62

2.3.5 公司股票.....63

2.3.6 公司债.....65

2.3.7 公司的治理.....67

2.3.8 公司的合并、解散和清算.....77

2.3.9 外国公司.....79

2.3.10 公司组织的优缺点.....80

本章小结.....81

思考题.....82

练习题.....82

第 3 章 国际商事代理法.....85

3.1 概述.....85

3.1.1 代理的概念和特征.....86

3.1.2 代理的法律渊源.....87

3.1.3 代理权的产生.....87

3.1.4 无权代理.....90

3.1.5 代理关系的终止.....94

3.2 代理的法律关系.....96



3.2.1 代理的内部关系	96	4.3.5 履约义务的免除	156
3.2.2 代理的外部关系	99	4.4 违约及救济措施	164
3.3 承担特别责任的代理人	104	4.4.1 违约与违约责任的概念	164
3.3.1 对本人承担特别责任的 代理人	104	4.4.2 违约责任的归责原则	164
3.3.2 对第三人承担特别责任的 代理人	105	4.4.3 违约的救济措施(责任 形式)	165
3.4 我国的代理法与外贸代理制	107	4.5 合同的变更、转让和终止	172
3.4.1 我国的代理法律制度	107	4.5.1 合同的变更	172
3.4.2 我国的外贸代理制	108	4.5.2 合同的转让	173
本章小结	113	4.5.3 合同的终止	177
思考题	114	本章小结	180
练习题	114	思考题	181
第4章 国际商事合同法	117	练习题	181
4.1 概述	117	第5章 国际产品责任法	183
4.1.1 合同的概念、特征、本质 与分类	117	5.1 概述	183
4.1.2 合同法的概念和基本原则	120	5.1.1 产品责任法的概念和特征	184
4.2 合同的订立	121	5.1.2 产品责任构成	184
4.2.1 要约	121	5.1.3 产品责任法的性质与作用	186
4.2.2 承诺	126	5.2 美国的产品责任法	187
4.2.3 对价与约因	127	5.2.1 重要概念界定	187
4.2.4 当事人缔约能力	130	5.2.2 归责理论	188
4.2.5 合同的形式	136	5.2.3 原告举证与被告抗辩理由	192
4.2.6 合同的合法性	139	5.2.4 损害赔偿的范围	193
4.2.7 合意必须真实	141	5.2.5 美国产品责任法的新变化	195
4.2.8 缔约过失责任	149	5.3 德国、日本的产品责任法	196
4.3 合同的履行	151	5.3.1 德国的产品责任法	196
4.3.1 合同履行基本原则	152	5.3.2 日本的产品责任法	198
4.3.2 有关事项约定不明情况下的 合同履行规则	152	5.4 国际产品责任统一法	200
4.3.3 双务合同履行中的抗辩权	153	5.4.1 《斯特拉斯堡公约》	200
4.3.4 合同的保全	155	5.4.2 《关于对缺陷的产品的责任的 指令》	202
		5.4.3 《海牙公约》	204
		5.5 我国的产品责任法	205
		5.5.1 立法概况	205

5.5.2 我国产品质量法的 主要内容	205	本章小结	247
5.5.3 完善我国产品责任法	209	思考题	248
本章小结	212	练习题	248
思考题	213		
练习题	213	第 7 章 国际货物运输与保险法	251
第 6 章 国际货物买卖法	217	7.1 国际货物运输法	251
6.1 概述	217	7.1.1 国际海上货物运输法	252
6.1.1 国际货物买卖法的概念和 特点	217	7.1.2 国际铁路货物运输法 和航空货物运输法	274
6.1.2 国际货物买卖法的 法律渊源	218	7.1.3 国际货物多式联运法	279
6.2 国际货物买卖合同	220	7.2 国际货物运输保险法	284
6.2.1 国际货物买卖合同的含义和 特征	220	7.2.1 概述	284
6.2.2 国际货物买卖合同的成立	221	7.2.2 国际海上货物运输保险	291
6.3 买卖双方的义务	226	7.2.3 国际铁路货物运输保险法与 国际航空货物运输保险法	304
6.3.1 卖方的义务	226	本章小结	306
6.3.2 买方的义务	230	思考题	306
6.4 货物所有权及风险的转移	232	练习题	307
6.4.1 货物所有权的转移	232		
6.4.2 风险的转移	234	第 8 章 国际技术贸易法	310
6.5 国际贸易术语中买卖双方的义务	237	8.1 概述	310
6.5.1 《2000 年国际贸易术语 解释通则》	237	8.1.1 国际技术贸易概念、特点与 方式	310
6.5.2 FOB 价格术语	238	8.1.2 国际技术贸易法概念、特征与 渊源	313
6.5.3 CIF 价格术语	238	8.2 国际许可合同	316
6.5.4 CFR 价格术语	239	8.2.1 国际许可合同的概念、 特点和种类	316
6.5.5 向承运人交货的三种术语 ——FCA、CIP、CPT	240	8.2.2 国际许可合同的主要条款	319
6.6 违约及其救济方法	240	8.3 国际技术咨询服务合同	326
6.6.1 违约	240	8.3.1 国际技术服务咨询合同的 概念、特点和种类	326
6.6.2 违约的救济方法	242	8.3.2 国际技术咨询服务合同的 主要条款	327
		8.4 国际技术贸易统一法	328
		8.4.1 《联合国国际技术转让行动 守则(草案)》	328

8.4.2 《保护工业产权巴黎公约》 ...332	思考题373
8.4.3 《与贸易有关的知识产权协议》 (简称为 TRIPs 协议)333	练习题374
8.5 中国国际技术贸易法336	第 10 章 国际商事仲裁法376
8.5.1 发展历程336	10.1 概述376
8.5.2 《中华人民共和国技术 进出口管理条例》339	10.1.1 国际商事仲裁的概念、 特点及与其他争议解决 方式的比较377
本章小结340	10.1.2 仲裁机构378
思考题341	10.2 仲裁协议381
练习题342	10.2.1 仲裁协议的概念和种类381
第 9 章 国际贸易支付法343	10.2.2 仲裁协议的效力383
9.1 国际贸易支付工具——票据344	10.2.3 仲裁协议的独立性理论 和司法实践385
9.1.1 概述344	10.2.4 仲裁协议的主要内容387
9.1.2 票据关系345	10.3 仲裁程序391
9.1.3 票据权利350	10.3.1 普通程序391
9.1.4 汇票351	10.3.2 简易程序393
9.1.5 支票与本票357	10.4 仲裁裁决的承认与执行394
9.1.6 有关票据的国际立法358	10.4.1 纽约公约394
9.2 国际贸易支付方式——信用证360	10.4.2 我国关于承认和执行 仲裁裁决的规定395
9.2.1 概述360	10.4.3 仲裁裁决的撤销396
9.2.2 信用证的分类361	本章小结398
9.2.3 信用证业务一般程序362	思考题399
9.2.4 信用证当事人363	练习题399
9.2.5 银行的责任和免责365	参考文献401
9.2.6 信用证欺诈366	
本章小结372	

第 1 章 国际商法导论

教学目标与要求

通过对本章的学习和研究,使学生能够掌握国际商法的概念、渊源、体系及其与其他相关部门法的关系;了解国际商法的历史沿革、大陆法系和英美法系的结构和特点,并学会与我国的法律制度进行比较。使学生初步掌握案例分析方法、比较分析方法、历史分析方法,为后几章内容的学习奠定基础。



引例

美国“起亚案”(2005年)^①

美国一位女士购买了一辆起亚小汽车,在里程还未到一万七千千米时,就不得不修理刹车零件。后来,她发现刹车总是在间隔相对短的时间内就需要修理。于是,她请了律师解决这件事情,律师发函给起亚公司,但起亚拒绝了车主撤销合同的请求,由此而引发了诉讼。该案实体问题并不复杂,程序问题即法院管辖却一波三折,由此引发人们的高度关注,被人们称为“起亚案”。

都说美国的法律制度健全,那么,该案又能说明什么呢?

1.1 概 述

1.1.1 法、商法和国际商法的概念

1. 商的概念

古代社会,人们把商理解为货物的交换。我国古代的《汉书》中称:“通财鬻(yù)货曰商”;根据美国《布莱克法律辞典》的解释:商是指“货物、生产品或任何种类的财物之交换”。

^① 参见杜颖:《美国司法管辖的复杂性》载于学习时报社网, <http://www.china.com.cn/chinese/zhuanti/xxsb/1203204.htm>.



在当代,一般意义上的商,往往还是指货物的交换。但是,经济学和法学对商的界定有所区别。

经济学意义上的商,是指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。这实际上只是现代社会生产过程中的一部分经济活动,即商品流通活动。

而法学意义上商的含义却广泛得多,它是指一切以营利为目的的营业行为。它不仅包括了经济学意义上的商,这种商被称为固有商,或第一种商,而且还包括如下。

(1) 辅助商,又称第二种商,是指间接沟通生产和消费渠道的行为,如运送、仓储、居间、行纪、代办等。

(2) 第三种商,指为便利资金融通或与上述两种商行为密切关系或者为其提供商业条件的营业活动,如银行营业、信托、承揽运送、制造、加工、出版、印刷、摄影等。

(3) 第四种商,指仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业活动,如广告、保险、服务、娱乐等。

准确理解法学意义上的商,关键要把握两个基本点。

(1) 营利性。只有主体以营利为目的行为才属于商。营利性是商的本质属性,正是对利润的无限追求,才推动了商事活动的不断发达与繁荣,正是对营利性行为的保障和规制,才有了商法的产生和发展。不过,营利性指的是主体的获利目的,而不是指获利的结果。出于营利动机而为,结果却亏损了,仍然不失营利性。

(2) 营业性。所谓营业性是指营利行为是连续不断的经营活动,具有连续性。一次性的营利行为,虽然其目的是为了营利,但不是营业,不能称之为商。

不过,随着社会交易活动的频繁,产生于商活动中的某些行为进入到非商领域,不再具有营利性或营业性,甚至两者均不具有,但在法律上仍然视为商,适用商法,如某些票据行为。这是我们应当加以注意的。

2. 商法的概念

商法是调整商事关系的法律规范的总称。商法有广义和狭义之分。狭义的商法也称形式意义的商法,是指以商法为名称制定的法典,如《法国商法典》、《日本商法典》等;广义的商法也称实质意义的商法,是指一切调整商事关系的法律规范的总和。

1) 形式意义的商法

奉行民商分立立法原则的国家在民法典之外制定有以“商法”命名的法典,此即形式意义的商法。大陆法系的德国、法国、日本、奥地利、比利时、卢森堡、希腊等国均制定有商法典。由于各国的国情和法律编纂的原则不同,各国的商法典也各具特色。

(1) 商人法主义的商法典。商人法主义又称主观主义,是指以商人概念为核心,并以此为基础表述商行为概念编纂的商法典。《德国商法典》是这种立法例的典型代表。

(2) 商事法主义的商法典。商事法主义又称商行为法主义、客观主义,是指以商行为概念为核心,并以此为基础表述商人概念而编纂的商法典。1808年施行的《法国商法典》是这种立法例的先驱。

(3) 折中主义的商法典。这是同时以商人概念和商行为概念为基础编纂的商法典。是对前两种立法例的折中,也可以说是兼具它们的优点,这是现代商法典编纂的总趋势。《日本商法典》是这方面的典型代表,20 世纪《法国商法典》的修订也采用了这一原则。

英美法系国家原先没有商法典。1952 年,美国统一州法委员会制定了《统一商法典》,该法与大陆法系国家的商法典不同,它不是完整意义上的法,因为统一州法委员会并不是立法机构,《统一商法典》只有经各州议会批准后才能在各州适用。该法现在已经被大多数州批准。

该法自 1952 年以来多次修订,最新的是 1978 年版本,共 10 篇 49 章。各篇的名称分别是:①总则;②买卖;③商业票据;④银行存款和收款;⑤信用证;⑥大宗转让;⑦仓单、提单和其他所有权凭证;⑧投资证券;⑨担保交易、账债和动产契据的买卖;⑩生产日期和废除效力。这部法典既不是以商人为基础,也不是以商行为为基础,而是以货物买卖为中心构造的规范体系。

2) 实质意义的商法

有商事活动,必有调整商事活动的法律。国家可以不制定商法典,但却一定有实质意义的商法。从表现形式上看,实质意义的商法不仅包括专门的、单行的商事法律、法规,还包括散见于宪法、民法、行政法等其他法律法规中的商事法规范,国家加入的有关商事的国际条约,国家认可的国际商事惯例,还有判例法国家有关商事的司法判例。

中国目前尚不存在形式意义的商法。大多数学者认为中国宜采用民商合一的立法体例,因此以后也不必制定形式意义的商法。实质意义的商法却是大量存在的。不仅民法、经济法和行政法中有大量的调整商事关系的规范,国家还颁布了《公司法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》等单行商法,基本上构成了一个完整的商法体系。

3. 国际商法的概念

国际商法(International Commercial Law)是调整国际商事交易和商事组织等商事关系的各种法律规范的总称。

国际商法有广义和狭义之分。

从广义上看,国际商法是调整平等主体的个人、法人、国家政府、国际组织之间的当事人分属于两个以上不同的国家或国际组织,或其所涉及的商事问题超越一国国界的国际商事关系的各种法律规范的总和,是一个独立的法律部门。凡涉及商事关系的国际公法规范,国际经济法规范,当事人自愿接受的国际商事惯例或冲突法规范,国际商事公约或条约,国内商法中的国际性规范,都应包含在内。

从狭义上看,国际商法是调整国家之外的,平等主体的商事组织及其商事交易的各种关系的法律规范的总和,是一个新的尚在形成中的法律部门。正如冯大同学者认为,在国际上从事国际商事交易的主体基本上是公司、企业等商事组织而不是国家,它们之间的交易属于不同国家的平等主体的商事组织之间和个人之间以及它们相互之间的交易,而不是国家与



国家之间的交易。所以,在“国际商法”这一概念中,“国际”(International)一词的含义并不是指“国家与国家之间”的意思,而是指“跨越国界”(Transnational)的意思。^②



典型案例 1-1

北京公司与上荷公司买卖合同约定不符案

在中国有这样一个案例:北京某公司与荷兰某公司设在中国上海的独资公司——某有限责任公司(以下简称上荷公司)签订了一份货物买卖合同。合同约定:北京某公司购买上荷公司通讯设备一套;交货地点为北京某公司在延庆的仓库;如果因为合同的执行发生争议,首先通过双方协商解决,协商不成,请双方都信任的某公司调解;如果调解也不成的话,就提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁;适用的法律为《联合国国际货物销售公约》。

我们用国际商法视角来分析,上述买卖合同的约定正确吗?

经仔细分析,我们不难发现:当事人选择适用的法律规定,是不正确的。因为,国际商法调整的是跨越国境的商事关系。这些商事关系必须具有国际性,如,主体具有国际性,不在同一个国家;商事行为具有国际性,订立合同或履行合同的行为发生在不同的国家。而本合同都不具备这些条件。尤其是合同双方的当事人,都是中国的法人。

这里容易混淆的是外商独资公司的性质,初学者往往认为外商投资的公司就是外国公司。其实,外商独资公司在中国工商局登记,就是中国法人。另外,《联合国国际货物销售公约》的适用范围仅采用营业地标准作为衡量买卖合同是否具有国际性,即营业地处于不同国家的当事人之间订立的销售合同,才适用该公约。该公约不考虑当事人国籍因素,也不考虑货物是否发生了跨国运输,也不考虑合同的当事人发生的要约和承诺是否在不同的国家。如果当事人有数个营业地,与合同及合同履行联系最密切的营业地为营业地。因此,该货物买卖合同约定:适用的法律为《联合国国际货物销售公约》,是错误的。

除上述国际商法的广义和狭义概念之外,国际商法还可作为一种比较研究各国商法的研究方法的概念而存在。

“商事”一词是国际贸易交往中的一个重要的惯常用语。一般来说,国际组织或国家都对“商事”一词尽可能做广义的解释。如,根据联合国国际贸易法委员会在起草《国际商事仲裁示范法》时,就“商事”一词所作的注释,具有商事性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议、商事代表或代理、保付代理、租赁、咨询、设计、许可、投资、融资、银行业、保险、开采协议或特许权、合营企业或其他形式的工业或商业合作,客货的航空、海洋、铁路或公路运输。

美国加利福尼亚的《国际商事仲裁和调解法典》则仿照《国际商事仲裁示范法》罗列了18种属商事关系的事项:①提供或交换商品或劳务的交易;②销售协议;③商事代表或代理;④开采协议或特许权;⑤合资或其他形式的工业或商业合作;⑥客货的航空、海洋、

^② 冯大同. 国际商法[M]. 北京:对外经济贸易大学出版社, 1991.

铁路或公路运输；⑦建筑；⑧保险；⑨许可；⑩保付代理；⑪租赁；⑫咨询；⑬工程；⑭金融；⑮银行；⑯资料或技术的转让；⑰知识或工业产权、包括商标权、专利权、版权和软件程序权；⑱专业服务。

根据我国加入1958年订于纽约的《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》时作出的商事保留声明中提到的“商事”的概念，包括货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故等。因此，我国关于“商事”一词的解释也是一种比较广义的解释。国际商法就是规范各种商事主体在上述国际“商事”领域活动的法律。

国际商法属私法范畴。但是，在国际商事交易中，有时国家的意志起决定作用，这一点我们应有一个清醒地认识。例如，2004年我国政府和伊朗政府订立了一个友好合作条约——我国要进口伊朗的天然气。伊朗的天然气储量居世界第五位，石油储量居世界第六位。我国的中石化和深圳的正隆公司分别与他们订立了购买石油和天然气的合同。25年的长期合同，1000亿美元的合同对价，原定于2008年开始执行。后来我们出于外交方面的考虑，在联合国讨论伊朗核问题时投票赞成美国的意见，要将伊朗核试验交给联合国处理。伊朗方面一下子就改变了立场，两个合同就不履行了。如果完全运用传统商法的违约观点，就无法解决这一问题。还有大量的类似案例，例如向以色列购买飞机等，很多都是以商事合同的形式出现的，但是它的政治利益非常强。商事的政治化要求我们的国际商法教学和內容要考虑到政治外交的作用。^③

1.1.2 国际商法的渊源

国际商法的渊源即国际商法产生的依据及其表现形式，主要有国际商事公约(条约)、国际商事惯例和各国商事立法。

1. 国际商事公约

国际商事公约(条约、协定)是指国家间缔结的国际商事协定，一般情况下仅对缔约国有约束力，对非缔约国无约束力，但是当事人可以通过约定使条约对其具有约束力。国家间缔结的国际商事公约主要有以下6种。

1) 调整国际货物买卖关系的公约

1964年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》、1964年《关于国际货物买卖统一法公约》、1974年《国际货物买卖时效期限公约》、1980年《联合国国际货物买卖合同公约》等。

2) 调整产品责任的国际公约

1979年《产品责任适用法律公约》等。

^③ 参见沈四宝于2007年1月21日在“第三届全国高等学校国际商法教学研讨会”的主题发言——全球化下国际商法的新特点。