

IBL

国际商法专论

Studies on International
Business Law

姜作利 著



山东大学出版社
Shandong University Press

国际商法专论

姜作利 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法专论/姜作利著. —济南:山东大学出版社, 2004. 5
ISBN 7-5607-2776-X

- I. 国…
- II. 姜…
- III. 国际商法-研究
- IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 039491 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

日照报业印刷有限公司印刷

850×1168 毫米 1/32 14.75 印张 378 千字

2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷

定价:32.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

前 言

国际商法是我国对外开放以来从国外移植进来的一门法律学科。多年来,我国法学界多数学者的研究工作主要集中在传统的法学领域,如法理学、民法学、刑法学等,对国际商法的研究远远不够,为数不多的研究成果散见在相关报刊杂志中,高水平的学术著作更是凤毛麟角。这显然远不能满足我国进入 WTO 后日益飞速发展的涉外经济贸易的要求,与我国在国际社会中所享有的国际地位不相适应。因此,加快对国际商法的研究,已经成为当务之急。

根据西方学者的理解,国际商法是一门体系十分庞大繁杂的学科,几乎囊括与国际经济贸易有关的所有内容。本书作为一本专著,对国际商法中的最重要的几个问题,进行了深入的研究,具有以下特点:

一、全面与国际接轨,填补国内空白

由于国际商法在我国尚属新的学科,是我国法学研究中存在空白最多的领域。因此,全面与国际接轨,填补国内空白是本书的最大特点。

1. 以国外学术著作作为主要材料,在介绍国外最新的研究成果的同时,对一些有争议的学术问题作了较深入的探讨,提出了自己的见解,力求接近或达到国际相关研究的前沿。

2. 在介绍国外相关法律理论时,力求将原汁原味的

法律概念奉献给读者。众所周知,国际商法是建立在西方商人习惯法基础上的一门法律学科,是由西方文化经过几个世纪孕育出来的,本土色彩较浓的科学,理论精深,语言往往晦涩难懂。如果使用中文讲授国外法律,有时会感到难度很大,学生不易理解其原意。考虑到现代青年读者大多学过英语,我在解释一些难点、国外著名法官或学者的经典性评论时,把原文附上。相信这既有利于读者准确地理解国外立法及法条原意,又能提高读者的法律英语水平,有助于读者将来在研究中直接阅读英语资料和处理法律与国际贸易实务。

二、在深入探讨法学理论的同时,也注意与我国对外经济贸易实践相结合

国际商法对我国广大读者来说还很陌生,本书在对理论问题进行深入研究的同时,也结合我国对外经济贸易实务,对相关基础知识作了适当的介绍,以增强本书对我国涉外工作者实际业务的指导作用,同时,也帮助那些对国际商法了解不多的读者打下坚实的基础,为将来的研究工作做好准备。因此,本书可供大学法学本科生、研究生、教师、法官、律师、外贸工作者及其他读者使用。

本书采用了国际国内学者的最新研究成果,我的研究生任金涛、韩浩、纪维维等同学也做了不少的校对工作,在此一并致以真诚的谢意。至于书中尚存的不足和问题,则祈望读者的批评和指正。

姜作利

2004年春于山东大学东校区

目 录

第一章 国际贸易惯例研究	(1)
第一节 国际贸易惯例的定义及特征	(2)
一、国际贸易惯例的定义	(2)
二、国际贸易惯例的特征	(5)
第二节 国际贸易惯例的基本原则	(7)
一、当事人意思自治原则	(7)
二、诚实信用原则	(9)
三、有约必守原则	(13)
四、不可抗力免责原则	(14)
第三节 国际贸易惯例的地位	(14)
一、国际贸易惯例与现代商人习惯法的关系	(14)
二、国际贸易惯例与合同的关系	(17)
三、国际贸易惯例与国内法的关系	(20)
四、国际贸易惯例与国际贸易条约的关系	(22)
第四节 国际贸易惯例的适用	(22)
一、国际贸易惯例的适用	(22)
二、对适用国际贸易惯例的限制	(26)
三、国际贸易惯例在我国的适用	(31)
第二章 《联合国国际货物买卖合同公约》	(34)
第一节 公约的适用范围	(34)
第二节 对公约的基本评价	(38)
一、较好地体现了现代合同法所倡导的基本原则	(38)

二、较好地调和了两大法系之间的矛盾·····	(38)
第三节 卖方与买方的义务·····	(40)
一、卖方的义务·····	(40)
二、买方的义务·····	(55)
第四节 违约的补救方法·····	(61)
一、根本违约·····	(61)
二、买卖双方都可以采取的补救方法·····	(67)
三、卖方违约时买方的补救方法·····	(70)
四、买方违约时卖方的补救方法·····	(83)
第五节 货物所有权的转移·····	(94)
一、《法国民法典》的规定·····	(95)
二、我国《合同法》的规定·····	(95)
三、国际货物买卖合同公约的规定·····	(96)
四、英国《货物买卖法》的规定·····	(96)
五、美国《统一商法典》的规定·····	(99)
六、国际贸易惯例的有关规定·····	(101)
第六节 货物买卖中风险的转移·····	(102)
一、风险转移的主要理论及评论·····	(103)
二、各国法律及国际贸易惯例的规定·····	(108)
第七节 预期违约制度·····	(122)
一、英美法中的预期违约制度·····	(122)
二、大陆法中的不安抗辩权理论·····	(131)
三、我国《合同法》中的预期违约制度·····	(134)
四、国际货物买卖合同公约中的预期违约制度·····	(134)
第八节 违约免责制度·····	(137)
一、英美法中的违约免责制度·····	(137)
二、大陆法中的违约免责制度·····	(146)
三、国际货物买卖合同公约中的违约免责制度·····	(149)

第三章 国际示范法与国际商事合同通则	(151)
第一节 国际示范法	(151)
一、国际示范法的概念	(151)
二、国际示范法的特点	(152)
第二节 国际商事合同通则	(154)
一、通则的制定	(154)
二、通则的性质和适用范围	(154)
三、通则与公约的比较	(155)
四、通则在国外的实践	(167)
第四章 国际贸易术语的法律问题	(177)
第一节 国际贸易术语的产生和作用	(177)
一、国际贸易术语的产生和作用	(177)
二、Incoterms 的产生和变化.....	(178)
三、Incoterms 2000 的适用范围	(178)
四、Incoterms 2000 的主要内容	(179)
五、Incoterms 2000 的主要成就及缺陷	(180)
第二节 Incoterms 2000 与国际货物买卖	(183)
一、Incoterms 2000 与《联合国国际货物 买卖合同公约》.....	(184)
二、Incoterms 2000 与《国际商事合同通则》	(188)
第三节 几个重要的国际贸易术语的法律问题	(189)
一、FOB(Free on Board)船上交货	(189)
二、CIF(Cost, Insurance and Freight,named port of destination)成本加保险费加运费(指定目的港) ...	(195)
三、CFR(Cost and Freight,named port of destination)成本加运费(指定目的港)	(200)

第四节	随意修改 CIF 等贸易术语的法律问题	(201)
一、	英美法院在类似先例中形成的原则	(203)
二、	随意修改 CIF 等惯例的弊端分析	(207)
第五章	国际货物买卖合同的成立	(209)
第一节	格式之战	(210)
一、	英国法	(210)
二、	美国法	(216)
三、	法国法	(222)
四、	德国法	(223)
五、	公约的有关规定	(224)
六、	中国《合同法》	(226)
第二节	英美法中的对价理论	(227)
一、	对价的定义	(227)
二、	对价的规则	(229)
三、	对对价理论的述评	(231)
四、	英美法对价制度的比较	(234)
第三节	美国合同法对第三方受益人合同的保护	(243)
一、	第三方受益人合同	(243)
二、	美国法院对第三方的分类	(245)
三、	特殊情况下的第三方受益人	(246)
四、	对第三方受益人的抗辩	(249)
第六章	提单与保险	(252)
第一节	提单的几个法律问题	(252)
一、	提单的法律性质	(252)
二、	提单项下货物所有权的转移	(259)
三、	提单的内容及主要条款	(260)

四、提单的改革	(268)
五、国际贸易中的提单迟延、欺诈及预防	(272)
第二节 海运货物保险的法理探讨	(281)
一、最大诚信原则	(281)
二、近因原则	(286)
三、可保利益原则	(289)
四、赔偿原则	(294)
第七章 国际贸易支付	(296)
第一节 信用证的几个法律问题	(296)
一、信用证的法律性质	(296)
二、信用证的种类	(305)
三、信用证交易的基本原则	(312)
四、信用证欺诈的防范	(315)
第二节 国际保理	(325)
一、国际保理的概念	(325)
二、国际保理当事人之间的法律关系	(328)
三、国际保理的若干法律问题	(332)
四、中国应加快国际保理业务的发展	(334)
第八章 跨国公司与国际投资	(337)
第一节 跨国公司的特征及对外投资的主要形式	(337)
一、跨国公司的概念与特征	(337)
二、跨国公司对外投资的主要形式	(341)
三、跨国公司行为守则	(343)
第二节 跨国公司的国际法地位	(347)
一、跨国公司作为国际法主体的国际法实践	(348)
二、目前国外跨国公司作为国际法主体的主要理论	(350)

第三节	国际法对跨国公司侵犯人权行为的制约·····	(361)
一、	跨国公司在保护人权方面存在的问题·····	(362)
二、	国际机制对跨国公司侵害人权应采取的对策·····	(366)
第九章	WTO 争端解决机制与发展中成员研究·····	(380)
第一节	WTO 争端解决机制对发展中成员的	
优惠规定·····		(380)
一、	WTO 争端解决机制简介·····	(381)
二、	WTO 争端解决机制对发展中国家的特殊规定·····	(383)
第二节	WTO 争端解决机制对发展中成员优惠规定	
的缺陷·····		(385)
一、“谅解”在实体法方面的主要缺陷·····		(385)
二、	在程序法方面的主要缺陷·····	(389)
第三节	发展中成员在“谅解”相关条款项下的	
法律实践·····		(390)
一、	实体法方面·····	(391)
二、	程序法方面·····	(401)
三、	结论及几点改革建议·····	(406)
第十章	国际商事仲裁研究·····	(410)
第一节	国际商事仲裁协议·····	(412)
一、	仲裁协议的概念和类型·····	(412)
二、	仲裁协议的法律效力·····	(413)
三、	仲裁条款的独立性理论·····	(417)
四、	仲裁协议的基本内容·····	(419)
第二节	国际商事仲裁的法律适用·····	(423)
一、	仲裁程序法的确定·····	(423)
二、	仲裁实体法的适用·····	(430)

第三节 国际商事仲裁裁决的承认与执行·····	(437)
一、承认与执行外国仲裁裁决的程序·····	(437)
二、申请执行外国仲裁裁决的条件·····	(440)
三、拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由·····	(441)
四、我国仲裁裁决在外国的承认与执行·····	(446)
五、外国仲裁裁决在我国的承认与执行·····	(447)
主要参考书目·····	(452)
中文部分·····	(452)
外文部分·····	(453)

第一章 国际贸易惯例研究

我国自改革开放以来,国际贸易惯例在我国经济贸易中的重要性越来越引起了人们的重视。在实践中,举国上下都反复强调,要“按国际惯例办事”,“与国际惯例接轨”。在立法方面,《民法通则》第 142 条第 3 款明确规定,我国法律和我国缔结或参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。1992 年通过的《海商法》第 286 条第 2 款,1995 年通过的《票据法》第 96 条第 2 款,《民用航空法》第 184 条第 2 款及 1999 年通过的《合同法》第 61 条与 125 条第 1 款等,也作了类似规定。实际上,上述所说的“国际惯例”主要是指国际贸易惯例。^① 可以预计,在我国加入 WTO 的推动下,我国的国际贸易实践及其立法司法工作,必定会更大范围地与国际贸易惯例接轨。然而,我国学者对国际贸易惯例的范围、性质、适用等关键问题缺乏深入的研究,在理论上、立法上及实践上存在许多混乱,在一定程度上影响了我国正确适用国际贸易惯例的进程,不利于正确贯彻我国的进一步对外开放的大政方针。

① 参见李双元主编《国际私法》,北京大学出版社 1991 年版,第 36 页。

第一节 国际贸易惯例的定义及特征

一、国际贸易惯例的定义

迄今为止,学者、立法、判案及国际公约对国际贸易惯例(International trade usage)的定义尚有争议。

(一)学者的争议

国外学者对国际贸易惯例含义的界定可以说是见仁见智,各有所重。英国著名的法官 Devlin 认为,商业惯例已不再作为法律的渊源,因为只有“合理的、确定的和众所周知的”惯例才能为法院所承认。这里的“众所周知”一词指“普遍接受”的意思,对于“众所周知”的要求很难提出证明,并且极易被驳回,只要举出某些负责的商人未按所声称的惯例行事即可。^① Lord Denning 大法官也持有相同的观点。^② Schmitthoff 在进行一系列考察后得出结论:贸易惯例是商业社会某一特定行业中普遍遵守,然后使从事该行业的人都认为其具有约束力的一种交易做法或行为方式。^③ 美国著名的法官 Friendly 在 *Frigalment Importing Co., Ltd. V. B.*

① 参见施米托夫(Schmittoff)《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 21 页。

② See Lord Denning's Criticism of the English Practice in *Port Soudam Cotton Co. v. Chettiar and Sons*, Lloyd's Law Reports, vol. 2, p. 5 at P. 11 (Ct. of Appeal, 1977).

③ C. M. Schmitthoff; *International Trade Usages*, as a special issue of NEWS-LETTER of the Institute of Business Law and Practice, 1987, p. 14.

N. S. International Sales Corp. 一案的判决中也持有类似观点。^① Richard Schaffer 则明确指出,美国和其他普通法国家法院常常采用贸易惯例作为指导来解释合同或填补缺漏(look to trade usages for guidance in interpreting contracts or filling the gaps)。贸易惯例形成于某行业的习惯、商人们的做法及贸易术语和语言中。^②

上述英美学者对国际贸易惯例的定义的论述基本代表了国外学者的观点,具有相当的合理性和典型性。

我国不少学者对国际贸易惯例的定义作了较深入的研究。韩德培教授认为,国际贸易惯例是“在国际贸易中通行的有确定内容的一些规则”^③;冯大同教授提出:“国际贸易惯例是在国际贸易的长期实践过程中形成的”^④;赵承璧教授认为,“国际贸易惯例是在国际贸易实践中逐渐形成的一些通用的习惯做法和通例”^⑤;周忠海教授指出:“国际贸易习惯……是指在国际贸易的长期实践中逐渐形成的一些通用的和普遍承认的做法和通例”^⑥;余劲松教授认为,“国际贸易惯例一般属于任意性的惯例。但任意性惯例仍是具有法律拘束力的,不同于尚未具有法律拘束力的通例、常例或通行

① 本案中的最大争议是对合同的标的物“鸡”(chicken)的理解。原告和被告双方都企图使用商业惯例来支持自己的观点。Friendly 法官判决被告胜诉,理由是原告没有提出明确的证据来证明原告被告双方在合同中明确规定愿意采用其所依据的商业惯例,也不能证明该商业惯例被普遍接受,因此法院并未认可该所谓的商业惯例。(See Ray August, *International Business Law*, Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 1997, p. 505).

② Richard Schaffer, Beverley Earle, Filiberto Agusti: *International Business Law And Its Environment*, West Publishing Company, New York, 1996, p. 159.

③ 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社 1989 年版,第 196 页。

④ 冯大同主编:《国际货物买卖法》,对外贸易教育出版社 1993 年版,第 18 页。

⑤ 赵承璧编著:《国际贸易法律》,对外经济贸易出版社 1986 年版,第 48 页。

⑥ 周忠海著:《国际经济关系中的法律问题》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 128 页。

做法等”^①。

(二)立法方面的争议

总的来说,大多数国家的有关立法只是提到惯例,而未给予明确定义。例如,《德国商法典》第 346 节规定,“在解释商人之间的作为或不作为的意义与效果时,应充分考虑到商业交往中适用的惯例与习惯”^②。法国、西班牙、原民主德国也都如此。许多国际贸易立法也都采用了这种只提及适用而回避给出定义的处理方式。如《联合国国际货物买卖合同公约》、《国际商事合同通则》、《国际商事仲裁示范法》、《关于民商事判决的管辖与执行公约》都提到了贸易惯例的作用,但也都未对它作出任何定义。

美国《统一商法典》(Uniform Commercial Code, 简称 UCC)是少有的例外之一。该法典第 1-205 节第(2)款对“贸易惯例”下了一个定义,规定“贸易惯例是指任何习惯做法或交易方式,只要该做法或方式在某一地区、某一行业或某类贸易中得到了经常遵守,从而使人们有理由相信它在当前交易中也会得到遵守”。(A usage of trade in any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question.)该款的“正式评注”(Official Comment)指出,在这里,英国法关于习惯必须是“古老的”(ancient or immemorial)和“普遍的”(universal)等要求都被废弃了。这意味着该法典认可了所有的新惯例、目前为大多数交易商所遵守的惯例以及那些商人们协商一致采纳的惯例。同时,惯例的合理性也不再需要证明,接受惯例的事实本身就可构成其合理性的初步证据(prima fa-

^① 余劲松、吴志攀主编:《国际经济法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版,第 18 页。

^② 转引自陈安主编《国际贸易法学》(上),北京大学出版社 2000 年版,第 51 页。

cie)。可见,美国《统一商法典》对贸易惯例的规定是十分宽泛的,其基本要件,一是“经常遵守”,二是由此产生的“合理期望”(legitimate expectation),所谓时间因素、地域因素与合理性因素,均不重要。^①

(三)国际贸易实务

在国际贸易实务中,商人们一般把贸易习惯(trade custom)、习惯做法(customary practice)及贸易惯例(trade usage)一样视为没有当然法律拘束力的惯常做法,不加以严格区分。例如,《牛津现代法律用语词典》(A Dictionary of Modern Legal Usage)就将“贸易习惯”等同于“习惯做法”(customary practice)^②;国际商会编纂的《跟单信用证统一惯例(UCP500)》第1条使用了“习惯”(custom)和“惯常做法”(practice)两个概念,但未赋予当然的法律效力;罗马国际私法统一协会编纂的《国际商事合同通则(PICC)》第1.8条也使用了“惯例”与“惯常做法”的概念,但规定当事人双方应受这些“惯例”和“惯常做法”的约束。^③

著名的 *Black's Law Dictionary* 对此也有类似定义。

二、国际贸易惯例的特征

从上述分析中可以看出,虽然学者、立法及国际贸易实务中商人对国际贸易惯例的定义仍存在分歧,但一般都认为国际贸易惯例具有以下特征:

(一)没有强制性

国际贸易惯例是在国际商业社会长期实践中所逐步自发形成

^① Ibid.

^② Bryan A. Garner:《牛津现代法律用语词典》,法律出版社2003年版,第905页。

^③ Bryan A. Garner: *Black's Law Dictionary*, West Group St. Paul, Minn., 1999, p. 1538.