

New Horizon On International
Business Law

国际商法新论

以国际商事行为法为中心

张万春 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国际商法新论

以国际商事行为法为中心

张万春 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商法新论:以国际商事行为法为中心 / 张万春著. —北京:
法律出版社, 2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7783 - 0

I. 国… II. 张… III. 国际商法—研究 IV. D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 158540 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 李天一

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 研发部

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 / 沙磊

开本 / A5

印张 / 16.125 字数 / 470 千

版本 / 2007 年 11 月第 1 版

印次 / 2007 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782 西安分公司 / 029 - 85388843 重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636 北京分公司 / 010 - 62534456

深圳公司 / 0755 - 83072995 苏州公司 / 0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7783 - 0

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



张万春 山东潍坊人。2004年毕业于北京大学法学院国际经济法专业，现为北京联合大学商务学院讲师，主要从事国际商法、国际经济法和国际私法的教学和研究。

前 言

国际商法是一门品阶非常高、难度非常大的法学门类,也是自 20 世纪 70 年代末 80 年代初以来兴起于我国的法学部门。本书之所以命名为新论,虽有夸大之嫌,也的确在努力尝试创新。本书以国际商事行为法为中心,创新点主要包括但是不限于以下两个方面:

第一,国际商法体系框架之新尝试。这是笔者最努力的尝试。在目前的著作或者教材中,基本上都是遵循沈先生和冯先生创立的体系。他们为国际商法的发展所作出的贡献,令后生受益匪浅。然时移世易,体系亦应变矣。不是为变而变,而是情势使然。本书力求从笔者自己的专业背景审慎反思,从教学的实践谨慎观察,从学生的反馈深入思考,从同行和专业人员的感喟一再反省,同时结合我国国际商法非常独特的现状和地位。本书总共分为四个部分:(一)绪论;(二)国际商事主体法;(三)国际商事行为法;(四)国际商事争议解决法。每个部分的内容都自成体系,四部分又密切关联。当然这四个部分的着力点各有不同。

在第一部分绪论中,笔者对于国际商法的“国际性”,国际商法的地位和体系,国际商法的研究方法都进行了专门的论述。笔者并不认为国际商法是独立的法律部门,而更愿意仅仅将其作为独立的法学部门来对待。笔者觉得这一部分是最有挑战性的尝试。

第二部分是国际商事主体法,这本书在处理这个问题上可谓大刀阔斧,删除了几乎绝大多数著作和教材中的“比较法”内容,比如讲到合伙企业法和公司法时,以往的著作和教材往往是从世界主要国家的规定来彰显其不同。不可能让每个搞贸易或者商业的人都成为比较法学家和熟悉世界各国的主要法律,实际上法官尚且做不到,这些内容对于一般的非法律工作者而言就更是一头雾水。所以,他们关注的往往不是比较的本身,他们更关注比较的结果或者解决办法。他们不是不关

注不同,而是需要花更多的精力放在出现不同时的解决办法上。所以,本书对于国际商事主体法的处理,结合 WTO 的法律框架,从国际贸易或者国际投资可能遇到的实际问题入手,分析了国际商事主体的资格、认许、准入和待遇制度。笔者觉得,这部分内容的安排还不够成熟,论述的深度还有所欠缺,并且因为篇幅的限制也有所保留。但是笔者以后将继续对本部分内容进行探索。

第三部分是国际商事行为法,这部分是内容最多的一章,也是本书的核心。以往国际商法著作或者教材往往关注国际货物买卖法及其有关的商事行为,然而国际货物买卖行为仅仅是国际商事行为中的一部分,甚至从今天来看可以说是很小的一部分。而在国际贸易下的国际技术贸易和国际服务贸易,与国际贸易相并列的国际投资等都是国际商事行为的重要组成部分,不可或缺。所以,本书安排了国际货物买卖法、国际技术贸易法、国际服务贸易法以及国际投资法等内容,这也是本书的中心。

第四部分往往是在很多著作或者教材里最容易被忽视的,实际上第四部分从实用的角度来说最重要。无论是国际商事主体法还是国际商事行为法,只要是当事人之间产生了争议,便需要相关争议解决的办法。第四部分提供了这些内容,除了国际商事仲裁以外,还特别关注了国际民商事诉讼的内容。虽然国际贸易中国际商事仲裁的应用非常广泛,但是在很多场合,当事人之间往往达不成仲裁协议或者虽然有仲裁协议却放弃了仲裁,这些都使得国际民商事诉讼显得必要。

在这四部分中,除了增加的内容外,还去掉了一些国际商法的边缘内容,例如“票据法”、“产品责任法”、“保险法”、“运输法”等。并非这些内容不重要,是因为这些内容的存在可能会造成以下几个方面的缺陷:第一,体系失之均衡,还有很多更重要的内容比如国际服务贸易和国际技术贸易以及国际投资等需要安排;第二,体系失之清晰;第三,结构因之松散。

可以说,本书之逻辑体系,既照顾到我国和大陆法系国家的法学理论体系,同时又充分考虑了经济贸易工作者的实际需求。

第二,国际商法内容之更新。在国际商事主体法中,结合法国、德国和日本民法的最新修改,及时更新了有关禁治产制度的规定;结合外

国公司法尤其是英国公司法的最新修订,更新了关于公司认许的规定。在国际商事行为法中,及时跟踪与更新了与 WTO 相关的内容,例如 TRIMs、TRIPs、GATS,关于国际贸易支付的 UCP600 和国际保理等。在国际商事争议解决法中,及时更新了关于国际商事仲裁中的网上仲裁等内容。

除了以上两个方面的更新外,笔者还在每节内容前面提供新颖或者经典的“开篇案例”,就案例本身的选用来讲,突出时代性,贴近生活现实。这些案例属于引导性质,吸引读者阅读本节内容,也有利于深化对本节内容的把握。为了加强理解,并增强读者英文阅读能力,文中对许多关键词都给出英文对应术语。另外,本书将有关参考文献列于每节后面,方便读者参考。

本书的出版离不开许多人士的热心帮助和支持。潍坊日报社的孙晓芳同志对本书的篇章和文字提出中肯意见,并参与打印和校对。隋家瑞小姐和徐冰小姐为本书的材料和校对作出大量努力。房虎德同志也积极认真参与本书的校对。在本书写作的后期,张万香女士的精心校对和无私支持给予笔者极大的鼓励,在此一一深表感谢。感谢中国银行北京分行的高全同志对于本书有关材料的提供。特别感谢法律出版社编辑李天一女士,是她的热心和真诚促成了本书的出版。同时感谢法律出版社曾健主任的大力支持。

本书出版之际,笔者特别感谢我的老师们。从田畔小学到博雅塔下,老师们的辛勤汗水始终浇灌和滋润着我。感恩不言谢,谢恩乃真心。爱多礼,人须怪。小草念春晖,芳流千古情。向恩师们鞠躬。

水平所限,本书欠缺乃至错讹之处在所难免,敬请读者指正:wan-chun. zhang@bcbuu. edu. cn。

万 春
2007 年 6 月

目 录

第一编 绪论	(1)
第一章 国际商法概述	(3)
第一节 国际商法的概念	(3)
第二节 国际商法的渊源	(21)
第三节 国际商法的基本原则	(30)
第二章 国际商法的历史	(39)
第一节 国际商法的历史演变	(39)
第二节 罗马法及其历史影响	(54)
第三节 大陆法系的概念和特征	(60)
第四节 英美法系的概念和特征	(67)
第三章 国际商法的体系和研究方法	(79)
第一节 国际商法体系	(79)
第二节 国际商法的研究方法	(82)
第二编 国际商事主体法	(91)
第四章 国际商事主体的资格	(93)
第一节 国际商事主体的国籍和住所	(94)
第二节 国际商事主体的权利能力和行为能力	(100)
第三节 外国商事主体的认许	(110)
第五章 外国商事主体的准入与待遇制度	(117)
第一节 市场准入	(117)
第二节 国民待遇制度	(122)
第三节 最惠国待遇制度	(133)

第四节 普遍优惠待遇制度	(143)
第三编 国际商事行为法	(149)
第六章 国际货物买卖法	(151)
第一节 国际货物买卖法概述	(151)
第二节 国际货物买卖合同概述	(157)
第三节 国际货物买卖合同的成立:要约和承诺	(166)
第四节 国际货物买卖合同的成立:对价与约因	(180)
第五节 国际货物买卖合同中当事人的义务	(189)
第六节 国际货物买卖合同违约及其救济	(208)
第七节 国际货物买卖合同中的风险移转	(215)
第八节 《联合国国际货物销售合同公约》	(223)
第九节 《国际贸易术语解释通则》	(234)
第十节 国际货物买卖中的支付	(245)
第七章 国际技术贸易法	(274)
第一节 国际技术贸易法概述	(274)
第二节 国际技术贸易方式	(283)
第三节 国际技术许可合同	(291)
第四节 《与贸易有关的知识产权协定》	(303)
第八章 国际服务贸易法	(313)
第一节 国际服务贸易法概述	(313)
第二节 《服务贸易总协定》	(320)
第三节 区域性服务贸易立法	(330)
第九章 国际投资法	(339)
第一节 国际投资法概述	(339)
第二节 国内涉外投资立法	(348)
第三节 国际双边投资条约	(360)
第四节 《与贸易有关的投资措施协定》	(364)
第五节 ICSID 体制和 MIGA 体制	(372)

第四编 国际商事争议解决法	(387)
第十章 国际民事诉讼法	(389)
第一节 国际民事诉讼法概述	(389)
第二节 国际民事诉讼管辖权	(397)
第三节 国际司法协助	(414)
第四节 外国法院判决的承认和执行	(427)
第十一章 国际商事仲裁法	(441)
第一节 国际商事仲裁概述	(441)
第二节 国际商事仲裁协议	(452)
第三节 国际商事仲裁程序	(464)
第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行	(478)
第五节 国际商事仲裁在电子商务下的新问题	(491)

第一编

绪 论

第一章 国际商法概述

第一节 国际商法的概念

【开篇案例】

美国韩国自由贸易协定

2007年4月1日,在历经10个月的艰难谈判后,美国与韩国在韩国首都首尔达成自由贸易协议。2007年6月30日,美国与韩国在华盛顿签署了自由贸易协定。这是美国自1994年建立北美自由贸易区以来签署的最大最重要的自由贸易协定,也是韩国有史以来最大的自由贸易协定。

根据最终达成的协定,美韩双方将取消85%工业产品的关税,其余的15%将在3到15年内逐步取消。在汽车方面,双方同意立即免除排气量小于3000毫升汽车的关税,其他汽车的关税也将逐步废除。韩国还同意改变针对美国大型车的税制。在农牧产品方面,双方决定在5到10年内逐步废除关税。在纺织品方面,双方达成协议,长期废除纺织品的关税。

当前,美国是韩国最大的外国直接投资者,而韩国则是美国第7大贸易伙伴。2005年前11个月双边贸易总额达到600多亿美元,而2006年美韩双边贸易额超过700亿美元。韩国是亚洲第三大经济体,仅次于中国及日本,但中日两国都未与美国签订自由贸易协定。

美韩自由贸易协定将为双方的贸易带来极大的发展空间。自由贸易协定可以进一步扩大市场准入,双方的出口额度都会大幅度增加。除了贸易以外,该协定还能够消除投资壁垒,进一步扩大美国在韩国的海外投资。从宏观上,美韩自由贸易协定能够加强美韩战略联盟,加强美国企业在亚太经济圈中的地位,增强美国和韩国的经贸往来。而且,美韩自由贸易协定还可能成为和亚洲国家签订自由贸易协定的范本。如果该项贸易协定能够获得双方国会批准,可能在亚洲各地掀起一波贸易自由化与经济改革浪潮。美国目前在亚洲仅仅与

新加坡签署过类似的自由贸易协定。

问题:美韩贸易协定是否属于国际商事关系?是否属于国际商法的范畴?

一、“国际商法”概念中有关术语的界定

国际商法是正在发展中的概念。要想准确界定国际商法,的确非常困难。但是我们可以作一个尽可能完全和准确的勾勒,一般来讲,这并不影响我们认识这个事物。相反,这可以给我们一种进一步努力探讨的动力。而且,这也符合事物本身的认识过程。

要界定国际商法这个概念,我们需要解析“国际”和“商法”两个概念。我们不能武断地认为“国际商法=国际+商法”,但是要认识国际商法,确实离不开对“国际”、“国际性”、“商法”及“商事行为”等有关概念的认识。

(一)“国际”的界定

国际商法,英文名称为 International Commercial Law 或者 International Business Law,尽管有学者认为这两个英文名称之间也有细微的区别,但是无论是 Commercial Law 还是 Business Law,其“国际性”要求是一致的。如何界定“国际性”,因国际商法的不同内容而有不同。^①

在国际货物买卖法中,1980年《联合国国际货物销售合同公约》对国际性作出了比较独特的规定。该公约对“国际性”界定有两处:第1条和第8条,但是具有重要意义的是第1条。公约明确规定:“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同。”^②在这里,国际货物买卖合同的国际性采“营业地”(place of business)标准,是以缔结合同的当事人的营业地为参考,并且特别声明排除了当事人的“国籍”因素。^③除了营业地以外,公约还采用了

① 如果质疑以下关于国际货物买卖法、国际技术贸易法、国际服务贸易法以及国际投资法领域是否属于国际商法领域,请参考本章后面的论述。

② 公约第1条第(1)款。

③ 参见公约第(3)款:在确定本公约的适用时,当事人的国籍和当事人或合同的民事或商业性质,应不予考虑。

“惯常居住地”(habitual residence)的辅助标准,其前提是当事人没有营业地。^① 公约之所以采取“营业地”标准而不是“国籍”标准,是因为营业地是一个较少争议、容易判明的标准。^② 另外,为了与1980年《联合国国际货物销售合同公约》相匹配,《国际货物销售合同法律适用公约》所适用的国际货物销售合同也是以当事人营业地在不同国家为条件。

在国际技术贸易法中,国际技术转让一般是指跨越国界的技术转让。国际技术转让是指技术转让方将自己所有的技术跨越国界地转移给技术受让方的法律行为。中国立法也是以技术转让是否跨越国界作为标准衡量是否属于国际技术转让。凡是位于一国境内的一切自然人、法人,只要从该国境外引进或者向该国境外输出技术的,都是属于国际技术转让,都必须遵守有关国家关于国际技术转让的法律规定。然而在联合国《国际技术转让行动守则(草案)》起草过程中,关于“国际性”的讨论却引起了巨大争议。“七十七国集团”提出国际技术转让应包括同一国内,转让方为外国的子公司、分公司或受外国公司控制的其他公司与该国受让方之间的技术转让。有学者也将国际技术贸易分为三类:(1)跨越一国国境的技术转让;(2)受方与供方不居于同一国之中的技术转让活动;(3)受方与供方虽居于同一国之中,但其中有一方系外国的子公司、分公司或受到外国公司以其他方式控制的公司。^③ 可见,跨国性不是衡量国际技术转让法“国际性”的唯一标准。

在国际服务贸易法中,根据1994年4月签订的《服务贸易总协定》,^④ 服务贸易有四种形式。这四种形式为跨境提供(cross-border supply)、境外消费(consumption abroad)、自然人流动(presence of natural persons)和商业存在(commercial presence)。在这里,国际性不仅仅包括服务内容本身,还有服务提供者和服务接受者的移动。联合国贸易与

① 参见公约第10条(b)项。

② 李巍:《联合国国际货物销售合同公约评释》,法律出版社2002年版,第5页。

③ 郑成思:《国际技术转让法通论》,中国展望出版社1987年版,第10页。或参见郑成思:《知识产权法》,法律出版社2003年版,第42页。

④ 参见该协定第1条第2款。

发展会议从“过境”这一视角来阐述国际服务贸易,将国际服务贸易定义为:货物的加工、装配、维修以及货币、人员、信息等生产要素为非本国居民提供服务并取得收入的活动,是一国与他国进行服务交换的行为。

在国际投资法中,国际投资是指资本的跨国流动,它是国际资金流动的一种基本形式,也是国际经济合作的重要组成部分。^①《多边投资担保机构公约》规定:作为合格的投资者,必须是具备东道国以外的会员国国籍的自然人,或在东道国以外某一会员国注册并设有主要营业点的法人,或其多数股本为东道国以外一个或几个会员国所有或其国民所有的法人。另外根据投资者和东道国的联合申请,董事会经特别多数票通过,可将合格的投资者扩大到东道国的自然人,或在东道国注册的法人,或其多数资本为东道国国民所有的法人。但是,所投资产应来自东道国境外。^②可见,从担保的角度来审视,该公约对国际性的标准放得非常宽,除了自然人国籍外,还有法人注册地、主要营业地以及资本控制下的股东国籍。并且,即使不具备外国自然人国籍、注册地和股东国籍,只要投资是跨越了国境,也应当认为是具有了国际性。

以上关于“国际性”的界定仅涉及国际商法中的一部分内容,即国际商事行为方面,但是足够来说明问题。^③综合以上,认定国际性的标准比较广泛,有的以当事人的营业地和惯常居所地为标准,有的以国籍为标准,有的以行为地为标准,有的以货物是否跨越国境为标准,不一而足。^④

在以上简单认识的基础上,我们可以就“国际性”作进一步探讨。一般而言,有两种可以借鉴的观点:其一是跨国性,是 transnational,强调跨越国界,在国家与国家之间跨越国界的流动,这种流动,可能是商事行为的跨国流动,比如跨国金融服务和跨国信息服务;也可能是商事主体的跨国流动,比如跨国投资。其二是国家间,是国家与国家之间,更

① 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1985年版,第29页。

② 参见该公约第13条。

③ 关于“国际性”的认识还可以参考本书具体章节的论述。

④ 余劲松、吴志攀主编:《国际经济法》,北京大学出版社2005年版,第69页。

强调国家作为法律关系的主体。目前,在国际商法中,一般学者多认为“国际性”为“跨国性”。

将“国际性”解释为“跨国性”,国内比较经典的观点来自冯大同先生。“‘国际’(international)一词的含义并不是‘国家与国家之间’的意思,而是‘跨越国界’(transnational)的意思。”^①很明显,这种观点中的“国际”概念与国际法或者国际公法中的“国际”概念是刻意区分的。但是英美国家关于国际商法的“国际”概念认识却与此不同,许多著作中的目录和内容都与国际公法概念中的“国际”相同。^②除了这两种明显相反的观点外,还有学者包容这两种观点,一方面认为“国际”是跨越国界,另一方面则认为包含国家之间。国际商法的主体既包括参加国际商事活动的国际组织,也包括不同国家之间的商事关系,也包括营业地跨越国界的公司、企业、个人和其他经济组织之间的商事关系,还包括各国在管理对外商事活动过程中同公司、企业和个人之间发生的各种商事关系。^③其实,第一种观点取自大陆法系。本来关于公法和私法划分的问题,是大陆法系国家关心的问题,而英美法系国家则是关注普通法和衡平法的划分。所以,从大陆法系观点来看,无论是民法还是商法,都一定是调整平等主体之间的法律关系的,都属于私法的范畴。因而冯先生的观点排除了关于“国际”的公法概念。而从英美法系来看,由于英美法系并不注重公法和私法的划分,只是从实用主义的角度出发,凡是涉及商业交易的重要问题都加以阐述,而不管是否已经加入了国家责任、贸易管制等方面的内容,所以其观点便有些不同。第三种观点包含了这两种观点,并加以融合,有兼包容容之美。可是相应的问题也会出现,若是包含两者,国际商法的体系该如何安排,会不会出现一个非常庞杂的系统?

难道认定“国际性”就一定要跨越国界吗?根据1980年《联合国国际货物销售合同公约》,判断是否为国际货物买卖合同是以营业地是否

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。

② 参考美国的Richard Schaffer等著的*International Business Law&Its Environment*, 4th ed.的目录和美国Ray August的*International Business Law:Text, Cases, and Readings*, 3rd ed.目录。

③ 邹建华等编著:《国际商法》,中国金融出版社2000年版,第1页。