

国际商法

论从

第1卷

■ 沈四宝 / 主编

王军

焦津洪 / 副主编

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW
REVIEW VOL. 1

法
津
出
版
社

国际商法论丛

(第1卷)

主 编:沈四宝

副 主 编:王 军 焦津洪

执行编辑:董 灵

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法论丛 第1卷/沈四宝主编. - 北京:法律出版社, 1999.7

ISBN 7-5036-2861-8

I. 国… II. 沈… III. 国际商法-研究 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 24799 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/李 跃	责任校对/杜 进
印刷/中国科学院印刷厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/21.75 字数/539 千

版本/1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷
印数/0,001—4,000

社址/北京市西三环北路 105 号科原大厦 4 层 (100037)
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2861-8/D·2572
定价:34.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前 言

《国际商法论丛》是法学研究领域中的一部论丛形式的出版物。随着本论丛的出版,法学研究和出版界问世不久的“论丛家族”中又增添了一个新成员。可以肯定地说,《国际商法论丛》将成为推动我国的法学理论向深度发展的生力军;将成为贯通中西法律文化的桥梁;将成为我国法学家以及法学领域的博士、硕士百家争鸣的园地;将为我国的立法和司法实践提供借鉴和参考。

本论丛由对外经济贸易大学法学院主办,因而必然带有该学院科研和教学特点。它的宗旨是:在民商法之间,以研究商法为侧重,但同样注重支撑着商法并作为商法的后盾的民法;在中外法律文化之间,以国际的和外国的民商法为侧重,同时,也从比较法的角度研究中国的民商法;在理论与实践之间,强调理论联系实际,理论服务于我国社会主义市场经济发展的需要和对外开放的需要,服务于对外经济贸易实务的需要;在商法理论和商法实务之间,既注重商法的理论和原则,又强调对于能切实解决实际问题的具有可操作性的商事法实践的研究。本论丛依托于对外经济贸易大学法学院,服务于我国的法律教育事业。因此,法律教学研究亦为论丛的研究内容之一。

本论丛为不定期出版物,以吸收高质量稿件和精益求精地进行编辑工作为原则,成熟一卷出版一卷。每卷篇幅为 50 万字左右。

本论丛第一卷刊有论文 18 篇。其中有沈达明教授和台湾东

吴大学法学院程家瑞院长论商事法在国际领域内的发展状况的论文等理论性文章、2篇有关法律教学的文章,其余的文章都是兼谈理论和实践的,其中很大部分是关于实务或靠近实务的。这充分体现了前述创办本论丛的宗旨。

让本论丛和其他兄弟论丛发挥各自的所长,为我们共同的法律文化事业的发展添砖加瓦。

编者

一九九九年元月

目 录

【国际商法基础理论】

- 英美法在现代商法上的地位和影响…………… 沈达明(1)
 国际条约和习惯法对商事法国际化的影响…………… 程家瑞(8)
 经济与法律关系的基础性研究…………… 范建得(46)

【法律教学研究】

- 关于在中国法律教育中进行案例教学的思考…………… 王 军(67)
 案例教学在法学教育之应用与远景…………… 潘维大(83)

【商法专题 公司投资法】

- 外商投资企业法的理论与实践…………… 沈四宝(94)
 美国公司法上揭开公司面纱的理论和实践…………… 陈 莉(120)
 美国职工股份制及其对我国实践之借鉴意义…………… 彭 晋(160)

【商法专题 证券法】

- 对知情交易的法律管制的比较研究…………… 焦津洪(187)
 台湾地区现行证券交易制度与相关问题分析…………… 戴立宁(273)

【商法专题 银行与担保法】

- 信用证下开证银行的审单义务…………… 王 佩(293)
 英国法上跟单信用证及见索即付保函制度下

欺诈问题之研究·····	黄文涛(311)
美国法上信用证欺诈与禁令·····	金赛波(371)
论英国法上的浮动担保·····	孙春华(426)

【商法专题 商事交易法】

论格式合同的法律控制·····	苏号朋(457)
论中国城市土地使用权法律权能·····	刘文琦(522)

【商法专题 反倾销法】

美国反倾销立法新发展及我国对策·····	皇甫夏黎(618)
论世界贸易组织反倾销协议·····	林 洪(666)

国际商法基础理论

英美法在现代商法上的 地位和影响

沈达明*

一、英美法的现状

据 P. Wood 在 1995 年出版的《比较金融法》一书中说,现在世界上 33% 的人生活在英美法系制度之下,20% 的人生活在法国法系制度之下,17% 的人生活在德国法系或其他中间法律制度之下。他又说世界上有 30% 的人正在试图制定自己的商法。

把法国法与德国法结合起来称谓“罗马法系”或“大陆法系”是有根据的。因为这两个法系都与罗马法有密切关系,这两个法系的法律工作人员理解另一个法系的立法、判例与学理比较容易,但试图理解英美法就非常困难。

英美法系一词当然不是指英国与美国两个国家的法律,英美法的国家和地区原来都是英国的殖民地,英国把它的语言和法律引入这些国家。惟一的例外是非洲的利比里亚,这个非洲最早独

* 作者系对外经济贸易大学法学院教授,本文为 1998 年海峡两岸国际经贸法律学术研讨会会议论文。

立的国家实施英国法,以美元为法定货币。

大陆法则不同。除非洲法语国家外,绝大部分大陆法系国家在历史上是德国或法国的殖民地。一小部分引进法国法,一大部分引进德国法。引进瑞士法的日本和土耳其不是德国或法国的殖民地。这两个国家过去和现在都说德语或法语。

英美法系内部可分成两部分。第一部分为英国与英联邦各国,主要是加拿大、澳大利亚、新西兰以及印度、马来西亚、新加坡;另一部分为美国适用英国法的州以及一些岛国。英国法并不适用于整个联合王国,苏格兰以及泽西岛都有自己的法律制度。加拿大的魁北克州居民说法语,保持法国法的传统。美国内部也有路易斯安那州不完全使用英美法。

P. Wood 说历史上发生过两次商法和金融法的改革。第一次为公元前第一至第三世纪古典时代罗马法。第二次为 1750 年至 1900 年之间的英国商法的形成,其成果体现在 1907 年首次出版的 Halsbury's laws of England 一书中。该书第 4 版共 56 册。他说美国学理把英国法系的成果写入了半官方的“法律重述”、供各州采用的各种“统一法”以及《统一商法典》中。

对 Wood 的论据,需要作一些补充。他没有提到在这些法律文献之外的英美法系商法的成果,即大量的判例与论著以及美国各法律院校的法律刊物上的论文和报导。由于欧洲大陆上只有德国 Max Planck 研究所那样较高水平的研究成果以及法国的各种法律杂志,但在数量上和讨论的问题的广度上都比不上英美法系。属于英美法系的印度有大量高水平的、用英文撰写的法律著作。

不久前一本英国的经济周刊在论述南美洲的经济发展时,指出根据两个美国人的研究,南美洲经济之所以不能快速发展乃是由于那里普遍采用法国法。其理由是法国法保护债权人不够,保护少数股东不够。我想这是指法国的破产法保护债务人,法国的

公司法没有英美法系的 derivative action。上述论点值得探讨,因为有些英美法系学者认为美国破产法也是保护债务人为出发点的。

二、英语的作用

英美法系国家和地区内部人们都使用英语,或者说至少从事贸易的人和从事法律专业的人都使用英语。因此对一个法律文件,新加坡和纽约不会作不同的理解。法律是用一般语言而不是用教学语言表达的,英国法官 DENNING 说,作为法官,他有两个本领,既懂得英国法又精通英语。这就是说英国法与英语是分不开的。德国法无从用英语作准确的表达,如果为便于说英语的英美法系读者理解,而尽量使用译者认为相同的英美法词汇和句法,就有可能抹掉德国法的真意。

在二战以前,世界上的通行语言为英语和法语。二战之后,说法语的人日益减少。德国法系在奥地利和瑞士没有语言问题,但在日本,德语就没有像英语那么流行。我想,阅读德国出版的德国法律书刊的人远远不如澳大利亚阅读英美法律书刊的人那样多。当然西班牙语与法语都是拉丁语言,学起来很容易,但不能说是同一语言。总之,在英美法系内部,交流是日常的事,在大陆法系内部交流很困难,甚至没有。

在历史上,法国法是通过受法国文化影响很深的埃及引进科威特、伊拉克等中东国家的。过去曾见到埃及用法文出版的法学杂志,探讨埃及法与法国法的共同问题。不知道现在还有没有这种刊物。

英国的判决经常援引澳大利亚、新西兰、加拿大甚至美国的联邦或州的判决。大陆法的判决的写法不反映法官们的讨论。我想法国法官在合议时,会讨论比利时法院对同一法律问题的判例与比利时的学理,因为该国的一部分判决与法学论著是用法文写的。

法国法官不太可能阅读西班牙法或阿拉伯文,因此无从吸收其他法国法系国家解释法国法的成果。

英国出版的法律期刊上经常出现其他英美法系国家和地区的判断评论、专题研究。近年来最突出的是以新加坡国立大学为中心的银行法、金融法在英美法系内部的地位不断提高。

英国的法律书可以同时在英国、加拿大、澳大利亚、新加坡等地出版。这个现象在大陆法国家内部是罕见的事。

三、英国法系的终审法院

英国法系内部有一个受理英国以外英国法系国家诉讼案件的终审法院,即 Privy Council 的 Judicial committee。这个法院严格说来不是作出判决的法院,也不是英国法系各国都接受的终审法院,但其影响仍然是很大的。德国法系或法国法系都没有这样的制度,也不可能想象有这样的制度。

四、当事人的选择法律和选择法院

设在伦敦的英国高等法院内商事法院受理的一半以上的案件不是英国案件,而是以当事人选择英国法院为依据受理的案件。其中大部分案件亦有选择英国法的条款。在伦敦的常设仲裁机构不作公开审理,由商人担任仲裁员,但事实上裁决是在英国法的框架中作出的,不能说英国法对裁决没有影响。

伦敦与纽约许多年来集中了商法、金融法的高水平律师以及律师出身的法官,这对吸引国际商事诉讼到这两个地点起着重要作用。

五、欧洲的常设仲裁机构

这些仲裁机构虽有它们的程序规则,仲裁员的人选也不限于英美法系人员,但由于合同文本、各种书证大部分都是用英文写成

的,而且,有些合同规定选择英国法或纽约州法,审理亦都用英语进行,因而难免会按照英美法的模式进行,尤其是使用英美法系关于证言的 chief - examination, cross - examination 规则,有没有发展到使用英美证据法的 estoppel, presumption 等规则,无从知道。但这是值得注意的事。

六、国际商事统一法中的英美法

30 年代以前,国际商事统一法中大陆法占据主导地位,例如,关于保护知识产权的《巴黎公约》和关于国际本票和汇票的《日内瓦公约》都有明显的法国法色彩。但是,二战后,国际商事统一法中,英美法逐渐取得主导地位。例如联合国有关 FACTORING、LEASING 以及有关货物买卖的国际公约在很多方面都采纳了英美法特别是美国法的制度。这种趋势似乎还在发展之中。

七、引进有关商事和金融的英美法制度

法律制度的引进方式有两种。一种是无意识的引进,一种是有意识的引进。

所谓无意识的引进主要是指用英语作商事法律谈判时对英美法的援用,包括非英美法系的律师之间用英语谈判,或一方为非英美法系的律师与另一方为英美法系的律师用英语谈判,或以英文起草合同等法律文书。就有关法律人员而言,他们的英语或英文愈符合规范化英语和英文,就愈会体现和表达英美法。他们所写的法律文书,法官或仲裁员进行解释时也会有意识或无意识地援用英美法。

所谓有意识的引进是指一国以立法的程序引进英美法系的某一种法律制度、原则或规则,例如日本在第二次世界大战后曾引进美国的证券法、破产法、信托法。

引进英美法系的某一种制度,将引起怎样在大陆法系的法律

制度内进行消化的问题。例如,日本在引进信托制的过程中发生了什么问题?多少问题?学理与法院怎样解决这些问题?值得我们密切注意。可惜我不懂日语,无从着手这方面的工作。

又据说列支敦士登早已引进了 trust,但不引进 constructive trust 和 tracing,这是很值得研究的问题。因为 constructive trust 是信托的引申,它已进入大陆法所谓准合同法、美国法所谓 law of restitution 的领域。如果引进的是不加以限制的广义的信托,势必逐步引进与它有密切联系的 Fiduciary law,甚至英美衡平法的其他规则,这样一来问题更大,因为英美法的信托是依靠 tracing 来落实的。列支敦士登的引进可以说是有限制的引进。究竟能解决什么问题,值得研究。

法国法最近将引进信托制度,在《民法典》内增加条文,由于法国法是大陆法系的主要供应者之一,它在这方面的经验更值得密切注意。

除信托外,非英美法系国家所关注的另一部门英国法为浮动负担(FLOATING CHARGE)。这一制度实际效益很大。英国有很多企业之所以改为公司,就是因为按照英国法只有公司能使用这种担保。法国法和德国法虽有能起近乎相同作用的制度,但都不如英国法那样完善。但引进这部门法律必然引起是否必须同时引进其他配套的法律制度的问题。引进某一条普通法规则是否应该,单是引进部件,是否能达到目的。对此,外科大夫移植器官的经验可供参考。

八、结论

大陆法系的供应者为德国与法国。它们所供应的仅仅是《民法典》、《商法典》和《民事诉讼法典》或这些法典的增订本的译本。法系内部缺乏交流,因此,没有共同的发展。英美法系则相反,由于大量展开内部交流,因而不断充实、深化。

英美法系依靠伦敦、纽约等几个商业和金融中心的运转,法院和学理对有关法律探讨,其商法或金融法不断发展,并且借助英语的普遍使用,推广到英美法系国家(COMMON LAW JURISDICTION)之外,使英美法的影响愈来愈大。

(责任编辑:董 灵)

国际条约和习惯法对 商事法国际化的影响

程家瑞*

一、前言

大陆法系的商事法传统以来均以罗马法为基础,以中世纪欧洲商事习惯法所确立的原则而形成法、德两国的成文法典。虽然英国判例法有较强的地方性习惯,但其原理原则也受到罗马法及中世纪商事习惯法的影响。随后主要欧陆国家的商法又被日本、中国及其他拉美国家所接受,因此,中、日两国的商法典实际上与欧洲大陆法系国家的商法典大同小异,而英国的普通法也被美国及其他英属地区所继承。这种法系发展的现象使各国的商法典虽形成两大法系,但其交互影响的结果使其本身就含有跨国性的因素。

20 世纪初叶以来,由于人类社会的发展进步,各国注入本国的商事习惯法不断增多,又因跨国经济贸易的迅速发展,各国借助商事习惯法的做法日益普遍,其商法内容的差异逐渐加大,各国在进行经贸活动时,造成法律冲突的严重现象与商业交易的不稳定性。随后,各国商事法统一化(Unification)与和谐化

* 作者系台湾东吴大学法学院教授兼院长。本文为 1998 年海峡两岸国际经贸法律学术研讨会会议论文。

(Harmonization) 的呼声频频出现。尤其在二战之后, 国际国内关系再度发生巨变, 世界形成相互依存的局面, 使统一化与和谐化各国国内商法成为迫切待决的问题。同时, 由于这种统一化工作的推动, 国际法与跨国习惯法对各国商事法的国际化产生了深远的影响。因此, 商事法的国际性源自两项重要的因素: 一方面是通过国际多边会议, 将主要经贸国家的国内法中的实体性部分, 融入统一的国家多边公约中形成国际习惯法的一部分, 进而对各国产生约束力; 另一方面, 跨国商事习惯法即时为主要贸易国家的工商企业所使用, 形成即时商事习惯与惯例, 再被多数国家所接受, 构成国内法国际化的主要原因。因此, 本论文拟对各国商事法趋向国际化的原因、发展的历史背景、范围及其主要内容, 以及国际法和国际商事习惯法对各国商事法与涉外经贸关系的影响等问题予以讨论并分析。

二、各国商事法趋向国际化的原因与统一的技巧

各国商事法基本上可分为大陆法系与英美法系两大体系。^① 这种分类法, 实际上是就该两大法系在立法过程中所使用的方法学不同而加以划分的, 并非完全依照其实质内容的差异而划分。事实上, 各国商事法本身均受罗马法的影响, 其基本原理和原则同出一源, 本身就含有不同程度的国际因素。

但是, 16 世纪以后, 许多国家纷纷独立, 它们在大幅度向外开拓疆域及发展商业时, 各国的商事法注入大量以民族国家文化为背景的新习惯法。这种新习惯法一方面因各国政体与文化的不同而有所不同, 另一方面又因该国工商发达与对外商业关系的疏密

^① 大陆法系国家又可细分为法国商法系与德国商法系两大法系。See Zweigert, K. & Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law*, 2nd ed., vol. 1, Clarendon Press, Oxford, p. 76, p. 138.

而有所差异,以致各国商事法发生了重大的分歧。虽然其适用的原则具有相似性,但涉及到具体权利义务的认定,则有程度上的差异。国际商贸关系未达到相当密切的程度之前,其冲突尚可通过调解或谈判等不同方式解决,但当前世界各国走向经贸相互依存的局面,来往冲突的案件增多,除采用国际私法确立的法律选择原则或仲裁方式等解决外,还必须寻求各国商事法的统一化与和谐化,使法律制度与权利义务产生确定性,将法律冲突降到最低的程度。

其次,各国商事法相互分歧的结果,将使私权造成违反正义的结果,特别是不同法系的国家间经常受到政治与宗教主观因素的影响,使当事人的权利与义务产生不对等的重大偏差,包括解释上、形式上与实质条款适用上的差异,以致实行资本主义制度的大陆法系与普通法系国家、社会主义国家、回教国家间的法系,彼此在相互的权利义务问题上的认知相差颇大。只有其实体法相互之间事先的统一与和谐化之后,始能接近法律正义的要求。

最后,各国商法走向统一化与和谐化的结果,将可减少国际贸易的障碍、增加经贸往来的频率及贸易量,进一步带动社会整体的经济增长与进步繁荣。所以,商法中有关权利与义务的平衡结果,将可促进商贸的成长,带动经贸的繁荣,增加就业机会与所得,带动社会工商业整体的发展。

目前国际组织在推动各国民商法的统一化与和谐化的过程中,均采用较具弹性与功能性的立法技巧。联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)自1966年成立以来,即分别采用立法性、契约性与解释性三种技巧,^②推动统一化与和谐化的进程,使各国商法在国际商法框架内成为一种新的法律体系。立法技巧首先采用制定公

^② See UNCITRAL, vol. 92—53134, 2 nd. ed., New York, pp.9—13.