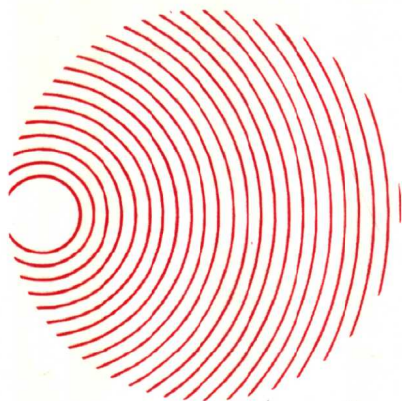


21

21 世纪高等院校法学教材

姜作利◇编著

*G*uojishangfaxue
国际商法学



上海人民出版社

21

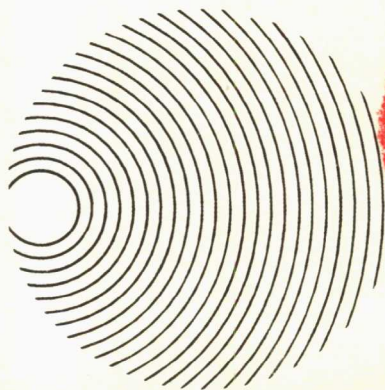
21 世纪高等院校法学教材

姜作利◇编著

*G*uojishangfaxue
国际商法学



B1288977



上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法学/姜作利编著.
—上海:上海人民出版社,2003
21 世纪高等院校法学教材
ISBN 7-208-04862-2

I. 国... II. 姜... III. 国际商法—法的理论—
高等学校—教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 092246 号

责任编辑 顾兆敏
封面装帧 陈楠

· 21 世纪高等院校法学教材 ·

国际商法学

姜作利 编著

世纪出版集团

上海人民出版社出版、发行

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

新华书店上海发行所经销

商务印书馆上海印刷股份有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 16.5 插页 1 字数 406,000

2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷

印数 1-5,100

ISBN 7-208-04862-2/D·847

定价 28.00 元

21 世纪高等院校法学教材

主 编 刘士国

编 委 刘士国 刘保玉 郭庆存
孙心强 王丽萍 魏淑芬
秦 伟 董翠香 李洪武

总 序

经济体制改革目标的确立及社会主义市场经济、民主法治的发展,为法学的繁荣奠定了坚实的社会基础,在这一历史条件下,出现了各种法学教材。我们认为,法学的真正繁荣,一个重要的标志是一门学科有数种各具特色的教材,而且教材的选用要真正市场化,即由读者、教学单位根据自己的判断与需求来选择。正是由于这样的考虑,我们山东大学法学院在推出 21 世纪民商法、经济法教材之后,又推出上列之外的第二辑高等院校法学教材。

我们这辑教材的特色是:注重内容更新,强调概念的准确性,力求语言通俗、逻辑性强,做到由浅入深或深入浅出,基本问题答案确切。我们的初衷是编写一套受当代大学本科生欢迎的教材。我们得知实现这一目标还需要继续不断地努力,这些教材是我们的一次尝试,我们期待着读者的批评指正。

刘士国

2003 年 3 月 15 日

前 言

我在近 20 年的国际商法的教研中深深感到,我国法学研究工作一直存在一个问题:大多研究工作集中在传统的法学领域,如法理学、民法学、刑法学等,但对国际商法的研究却远远不够,高水平的学术著作更是凤毛麟角。结果,目前高校法学教学中所使用的《国际商法》教材,不管是旧版还是新版,多是计划经济期间编写的,不能准确地反映国际国内学者的最新研究成果,难以适应当今世界经济全球化飞速发展的需要。因此,我在国外留学期间就有目的地收集了不少资料,决心编著一本尽量与国际接轨的国际商法方面的学术性比较强的教材,供法学专业的本科生、研究生及其他读者使用。同时,也可以加快我国对国际商法的研究工作,缩短与国外学术研究的距离。于是,我在 1998 年回国后,就着手这项工作。由于授课、科研等工作繁忙,写作时断时续,但略感快慰的是,本书今日终于得以完成。

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,甚至包括国家调整国际贸易的属于公法范围的内容。作为一本专著性的教材,一方面,要强调这门学科的系统性,另一方面,要对国际商法的相关内容进行深入探讨。这样一来,限于篇幅,就无法对国际商法的所有内容面面俱到。因此,我以国外相关著作及教材为基础,筛选出最重要的十章,重点予以阐述。

作为一本国际商法方面的专著性的教材,本书既注意深入探

讨相关学术理论,又注重本学科的系统性,因此,它可以作为法学专业的本科生、研究生以及已对国际商法有了初步了解的律师、司法人员、商务人员等读者使用的教材。本书具有以下特点:

一、全面与国际接轨

本书力求全面地与国际著名高校法学院的国际商法学教材及专著接轨,主要体现在以下几个方面:

1. 本书采用国际流行的书名:《国际商法学》。我在国外留学时,常遇到这样的尴尬事:国外教授每每听说我在中国教授国际经济法,纷纷表示困惑,误认为我是中国政府负责宏观调控的官员,我不得不耐心解释,才不至于影响学术交流。经过考察发现,我国高校法学课程中的《国际经济法》的设置与国外脱节,缺乏科学性。诚然,国外也有少数学者曾提出,国际经济法(international economic law)应作为一门独立的学科来研究。例如,德国的哈姆斯(B. Harms)主张国际经济法应是一种新的法律体制;美国纽约大学教授罗文费德(Lowenfeld)曾编写了题为《国际经济法》六卷本的一套丛书;日本的田中耕太郎认为,国际经济法是指国家之间相互经济关系的法律,等等。但是,只有德国和日本个别高校中开设国际经济法课程,而且课程内容主要是关于调整国家之间的经济关系及国家对国内经济进行宏观调控方面的规范,并未涉及国际货物买卖法、跨国公司等私法内容。英国、美国、法国、意大利等国内著名大学中尚未开设所谓的国际经济法课程(即使在德国和日本,开设这门课程的高校也很少见)。显然,国外关于国际经济法能否作为一门独立的法学学科,只是停留在极少数的学者的争论中,绝非国外学者的主流观点,高校中设置该课程只是极个别现象。

诚然,学术研究求异不求同,有争议,才有发展。我国有学者持上述观点,是很正常的。但是,高校课程设置与学术研究是有区

别的:课程设置既要考虑理论性、时间性和应用性的统一,还要考虑学生的接受能力、授课时间等因素。随着经济全球化的发展,国际性的法学学术交流日益频繁,在课程设置方面更应考虑与国际接轨的问题。

实际上,这门课的设置是计划经济影响的结果。对国外高校课程设置了解不多,随意把极少数学者的观点搬到我国的大学课堂中来,一定要搞出什么所谓“特色”出来。这种凡事要搞特色的观念是要不得的。近年来世界上发生的诸多事件(例如东西德合并、欧盟的顺利发展、北约的扩大、WTO的成功发展、联合国调控世界事务的力量的增强)无一不证明我们正处在一个求同存异的时代,“合则胜,分必败”(United we win, divided we fail),加强各国之间的合作已成为不可阻挡的历史潮流。因此,我们的观念该变一变了。

2. 本书内容安排主要参照国外著名学术专著和教材。我在多年的教研中,收集了多套国外著名的国际商法教材。国外不同教材之间的内容虽不尽相同,但差别不大。本书的十章内容,就是依这些教材为主,经过精心选择的。考虑到国家的对外贸易管理制度、反倾销法与反补贴法、WTO法律制度等内容具有明显的公法性质,课堂授课时间有限,应另设《国际贸易法》课程来讲授。

国外教材的一个显著特点是,语言通俗易懂,内容浅显明了。教师在授课前,学生必须通读完毕,基本掌握教材内容。教师授课时不讲教材,更不照本宣科,主要结合案例讲解最新研究成果。这样一来,培养的学生基础知识扎实,又掌握了不少最新的科学知识,在攻读硕士和博士学位时,可以直接开展研究工作。教授在此期间不上课,更谈不上使用什么教材。本书既借鉴了国外教材浅显易懂的优点,又注重吸收了国内外学者近年来的最新研究成果。由于课时所限,本书篇幅不能过长,所以只能遵循简繁适当、重点突出的原则。例如,有的问题点到为止,而有的问题进行深入分

析,提出自己的观点,在深度上力求达到国内甚至国外相关研究的前沿,以启发学生思考问题,为将来进行深入的研究打下坚实的基础。

3. 本书以外文材料为主,力求将原汁原味的法律知识奉献给读者。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,是地地道道的舶来品,而法律本身又是一门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法律原意,又能提高法律英语水平,还有助于读者将来熟练地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,对基础知识也作了系统的介绍

近年来,国外学者对国际商法中的一些重大理论问题进行了系统而深入的研究,取得了丰硕成果,但我国对此了解不多。国内学者对一些理论问题也有一定研究,但相关成果大多散见在学术报刊中,尚未系统化。因此,本书在吸收国际国内学者的最新研究成果的基础上,对国际商法中一些重大理论问题作了较深入的探讨,并针对一些重大理论问题,提出了自己的见解。

考虑到国际商法对我国广大读者来说仍是一门新的学科,本书在对理论问题探讨的同时,对相关基础知识也作了较系统的介绍,以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。

西方发达国家自 20 世纪开始进入了商法时代。我国虽然对对外开放比较晚,但不失时机地跳跃着进入了 WTO,跟上了世界发展的潮流。我一向认为,这是我国这一代年轻人的幸运和福分。

因为,这毕竟是中国几千年来的首次真正意义上的对外开放。然而,我们现在不得不承认一个事实:我国自对外开放以来,在与西方法制国家的商人的激烈竞争中,我们常常陷于不利的境地,败诉乃至受骗的涉外案件频频发生,有时甚至连败诉及受骗的原因都搞不清。那么,出现这样令人心痛的问题的症结在哪里?其实答案很简单:当前国际经济贸易中适用的是西方国家的游戏规则,而我们对此却知之甚少。要尽快摆脱这种尴尬局面,唯一的办法是认真地研究和掌握西方国家的游戏规则,并将其熟练地应用于国际经济贸易实务中。

由于国际商法学是一门内容十分庞杂的学科,要学好它,还要掌握其他一些与此相关的知识,例如法理学、民法学、国际法等。因此,仅凭一腔热血是远远不够的,必须埋头苦读数年,才能有所成就。愿大家抓住这一机遇,发愤图强,学好国际商法,真正掌握与西方发达国家竞争的本领,在当前国家之间主要靠经济实力说话的经济全球化中一展中国青年之风采,为把我们曾经多灾多难的祖国尽早建成一个繁荣昌盛的国家贡献力量。

本书采用了国际国内学者的最新研究成果,在此,我一并致以真诚的谢意。至于书中尚存的不足,祈望读者给予批评和指正。

姜作利

2003年6月2日于泉城

21 世纪高等院校法学教材

(第一辑)

刘士国 主编

民法总论	刘士国
债法总论	王丽萍
票据法	董翠香
继承法	秦 伟
环境法概论	魏淑芬
知识产权法	郭庆存
公司法	吴建中
物权法	刘保玉

21世纪高等院校法学教材
(第二辑)

刘士国 ◇ 主编

中国法制史

林明

国际商法学

姜作利



目 录

前 言	1
第一章 国际商法总论	1
第一节 国际商法的概念	1
第二节 国际商法与国际贸易法	2
第三节 国际商法的历史发展	2
第四节 国际商法的渊源	6
第五节 20 世纪的经济全球化及国际贸易法统一化	10
第二章 国际商事法律制度	13
第一节 联合国国际货物买卖合同公约	13
第二节 国际商事合同通则	20
第三节 国际贸易术语解释通则	36
第四节 普遍优惠制度	55
第三章 国际货物买卖合同法	59
第一节 国际货物买卖合同的形式	59
第二节 国际货物买卖合同的成立	63
第三节 国际货物买卖合同双方的权利义务	87
第四节 违约的补救方法	108
第五节 货物买卖中所有权的转移	135

第六节 货物买卖中风险的转移·····	142
第七节 预期违约制度·····	157
第八节 违约免责制度·····	161
 第四章 国际海上货物运输合同法·····	175
第一节 国际海上货物运输概述·····	175
第二节 海上货物运输方式·····	178
第三节 提单·····	188
 第五章 国际海运货物保险法·····	228
第一节 海运货物保险的历史和作用·····	228
第二节 海上风险与海上损失·····	233
第三节 海运货物保险的基本原则·····	248
第四节 我国海运货物保险的险别·····	261
 第六章 国际贸易支付·····	269
第一节 汇票·····	269
第二节 汇付·····	279
第三节 托收·····	281
第四节 信用证·····	291
第五节 国际保理·····	319
 第七章 国际贸易中的电子商务·····	332
第一节 电子商务概述·····	332
第二节 国际贸易中 EDI 的法律问题 ·····	336
第三节 电子商务合同的成立问题·····	341
第四节 中国电子商务立法现状与问题·····	348

第八章 国际投资法	352
第一节 国际投资法概述.....	352
第二节 各国涉外投资立法.....	357
第三节 跨国公司与国际投资法.....	384
第四节 中国外国投资法.....	397
第九章 代理法	420
第一节 代理法概述.....	421
第二节 代理关系的产生.....	430
第三节 本人与代理人之间的关系.....	438
第四节 本人及代理人同第三人的关系.....	445
第五节 我国代理法与外贸代理制度.....	449
第十章 国际商事仲裁制度	459
第一节 国际商事仲裁概述.....	459
第二节 国际商事仲裁机构.....	464
第三节 国际商事仲裁协议.....	473
第四节 国际商事仲裁的法律适用.....	484
第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行.....	495
主要参考书目	510

第一章 国际商法总论

第一节 国际商法的概念

国际商法(international business law)是一门既古老而又发展迅速的法律学科。它是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和。

现代国际商法所调整的对象和范围比传统的国际商法要广泛得多。传统的国际商法主要包括国际货物买卖法、公司法、票据法、海商法、保险法等内容。随着现代国际经济贸易的迅速发展和交易方式的多样化、复杂化,还出现了许多新型的国际商事交易和贸易作法,如国际技术转让、工业产权(industrial property)与专有技术(know-how)许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁,等等。这些交易虽然超出了传统的国际商法调整的范围,但是目前国外高校多数国际商法教材都包括上述内容。^①

现代国际商法主要是调整营业地位于不同国家的企业或个人

① 美国高校所用的国际商法教材也基本包括这些内容,但教材的名字略有不同。法学院的相关教材一般称为国际商法(International Business Law 或 International Commercial Law),国际商法及环境(International Business Law and its Environment),或国际商事交易(International Business Transactions)等等。美国高校的商学院所用的教材一般称为国际商法(International Commercial Law 或 International Business Law)。

之间的国际商事交易关系,这种关系具有明显的私法性质,因此它的主体基本上是公司、企业等商事组织而不是国家。这里的“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“跨国交易”(transnational)的意思。所以,国外也有少数学者称之为“跨国交易法”(transnational business law)。

鉴于现代国际商法的体系是如此的庞大这一特点,考虑到课堂教学及我国国际经济贸易发展的实际需要,本书只能重点论述国际货物买卖法、国际海上货物运输和保险法、国际贸易支付、国际贸易中电子商务、国际投资法、代理法、国际商事纠纷解决等内容。

第二节 国际商法与国际贸易法

国际商法与国际贸易法是两个既有联系又有区别的学科。它们的共同点表现在:两者都源于中世纪的商人习惯法;两者都建立在“意思自治”的基础上并以“契约自由”、“契约必须遵守”为原则。两者的区别主要体现在各自所涵盖的范围上,例如,有关各国政府对外贸易管理法制、世界贸易组织管理国际贸易的多边法律体制均属国际贸易的专有内容,而约束跨国公司的设立、经营、破产,票据的流通和证券的买卖等涉外法则归入国际商法的范畴。

第三节 国际商法的历史发展

人们之间的产品交换和商业交往,早在原始社会的氏族和部落间就已存在,自国家产生以后,不同国家及人民间的经济交往随着经济的发展而不断发展,并相应地产生了一些国际商业惯例以及调整商务关系的国内法规范和国际法规范。

国外有学者认为,公元前 18 世纪的《汉穆拉比法典》是古代世