

1
全国高等院校国际商法教学研讨会

国际商法论文集

(2003 ~ 2005)

沈四宝 王军 丁丁 主 编



对外经济贸易大学出版社

全国高等院校国际商法教学研讨会

国际商法论文集

(2003 ~ 2005)

沈四宝 王 军 丁 丁 主 编
李 莘 执行主编

对外经济贸易大学出版社

(京) 新登字 182 号

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商法论文集 / 沈四宝, 王军, 丁丁主编. — 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2005

ISBN 7-81078-568-0

I. 国... II. ①沈... ②王... ③丁... III. 国际商法 - 文集 IV. D996.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 123641 号

© 2005 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

国际商法论文集

沈四宝 王军 丁丁 主编

责任编辑: 汪友年

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码: 100029

网址: <http://www.uibep.com>

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 140mm × 203mm 13.875 印张 348 千字

2005 年 11 月北京第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-568-0

印数: 0 001 - 3 000 册 定价: 25.00 元

目 录

坚持国际化特色,努力为两个市场

- 培养法律专业人才(代前言) 沈四宝 / (1)
- 论中国立法吸纳外国法方式之演变 王 军 高建学 / (6)
- 论国际经济法与国际商法的关系
..... 韦经建 柴立丹 王小林 / (17)
- 国际经济法和国际商法的分野与关联 ... 左海聪 吴思颖 / (38)
- 国际商法的本质特征与部门法性质 周林彬 杨令冰 / (48)
- 国际商法的独立性若干问题研究 屈广清 纪 新 / (73)
- 论国际商法的地位问题 谢石松 / (82)
- 国际商法地位问题研究 田晓云 / (91)
- 国际商法学科建设中的几个问题 陈卫国 / (101)
- 试论国际商法与国际经济法的关系 王 瑞 / (110)
- 国际托收中各方当事人之间的法律关系探析
..... 丁 丁 刘雅哲 / (122)
- 论合同法上的实际履行制度 陈立虎 刘春宝 / (136)
- 信用证审单标准的法哲学思考:精确性、模糊性
还是原则性? 徐冬根 / (148)
- 论南非封闭公司的法律特征 洪永红 / (168)
- 国际惯例在我国中的地位与效力探讨 王远均 姜力琳 / (176)
- 哈尔滨国际商事纠纷现状和对策研究 张 冬 / (193)
- 北美自由贸易区的经验及对我国的启示
..... 沈四宝 王秉乾 / (201)
- CEPA 与中国商法的统一 翟云岭 林 岚 / (213)

借 CEPA 之势, 促进内地与港澳服务业共同发展

..... 慕亚平 郭 元 / (229)

与 WTO 解决贸易争端机制有关的几个问题 史树林 / (244)

NAFTA 投资规则及其影响 张圣翠 / (261)

美对华纺织品与服装的特保措施立法和实践 ... 陈卫东 / (277)

我国转基因产品管理法规在防范转基因

水稻商业化种植风险上的不足 边永民 / (287)

WTO 反倾销守则的缺陷及其改革之构想 刘亚军 / (300)

WTO 与竞争政策的冲突 唐晓云 / (314)

WTO 与我国抽象行政行为司法审查研究 肖 威 / (326)

中外双边投资保护协定中绝对待遇标准条款初步研究

..... 杨卫东 李 英 / (341)

对知识产权权利人拒绝交易行为的反垄断规制

..... 陈若鸿 / (353)

国际金融法——国际法领域的交叉学科 伏 军 / (367)

国际反规避立法及其对我国的借鉴意义 黄丽萍 / (377)

一门具有鲜明特色的品牌课程——对外经济

贸易大学法学院《国际商法》课程评介 马其家 / (397)

谈国际商法的教学之道 陈晶莹 邓 旭 / (407)

论国际货物买卖法教学内容、目的和方式 赵维加 / (414)

论国际商法课程中对模拟教学法的应用 肖 伟 / (423)

第二届全国高等院校“国际商法”教学研讨会综述

..... 姜婷婷 / (432)

编后记 / (437)

坚持国际化特色，努力为 两个市场培养法律专业人才^①

(代前言)

对外经济贸易大学法学院 沈四宝

对外经济贸易大学是全国最早创设国际法专业并具有法学硕士和博士学位授予权的四所高校之一^②。在二十多年的教学实践中，我们初步摸索了一套以国际商法教学和科研为特色、适合培养国际法专业人才的教学体系，具体体现在教学目标、课程设置及教材建设、教学方法、师资队伍建设以及围绕教学展开的科研与实践活动上。

在教学目标上，我们主张把国际法专业的学生培养成能为国际和国内两个市场提供服务的法律工作者。这样的专业化法律工作者首先应掌握法律的基本理论，具备逻辑清晰严谨的思辨能力和熟练运用法律语言的能力；其次，他们应该懂得国内与国际市场中基本的经贸和管理等知识及具备运用经贸知识和管理规则的能力；最后，他们还应很好地掌握法律专业外语（主要是英文）并能熟练地加以运用。我们将具备这些复合型特质的人才称为

① 本文是对两次全国高等院校“国际商法”教学研讨会的开幕式致辞加以整理、修订而成的。更详细的内容参见沈四宝、王淑霞：“坚持国际化特色，努力为两个市场培养法律专门人才”，《国际商法论丛》第7卷，法律出版社2005年版，第1-9页。

② 其他三所院校分别是北京大学、武汉大学和厦门大学。

“三会”人才。为了实现此一培养目标，在教学中我们始终遵循着一个原则：一定要想方设法为学生架起从复合型人才通向为社会主义市场经济服务的桥梁，即为他们架起学校与社会之间的桥梁、理论与实践之间的桥梁、知识与能力之间的桥梁以及能力与实现个人价值之间的桥梁。

在课程设置方面，我们在完成教育部规定的有关法律专业学生必须修满的基本法律课程外，突出了以国际商法为中心的专业法律教育特色，为此目的，建设吻合人才培养目标的教材是首要的任务。凝聚我院几代教师智慧的《国际商法》教材在我院（校）以及其他经贸院校和整个国内外经贸系统已经走过了近三十年的教学实践，经过几代人的努力，该教材至今已发行了百万册之多，其作用和影响已远远超出了我院（校）的教学领域，深深地影响了几代外经贸战线的实务工作者和法律专业人士，通过这一教材所传播的法律专业理论和知识已经成为在我国涉外经贸领域内法律工作者共同的行业语言；《国际商法》已经成为彰显我院教学特点和优势的一面旗帜。

随着教学实践的不断深入、师资队伍的不断壮大以及市场对更加专业化法律人才需求的不断提升，我院也在拓展适应国际商法教学体系要求的系列教材，在近期展开的重点学科 211 项目建设规划中，将有更多、更新的国际商法教学体系内的案例教材、双语教材和讨论教学教材出现，满足来自不同层次教学对象的需求。

在教学方法上，我们提倡在专业课程教学实践中进行案例教学和双语教学的探索，鼓励多样化教学法的尝试。在案例教学中，我们首先强调典型案例的选择；其次，强调培养学生从纷繁的事实中分清主次和识别真伪的能力；第三，通过组织学生相互提问并共同讨论以增强学生聆听及发现问题和思辨的能力；最后，在案例事实分析的基础上，培养学生运用法律提供解决实际

问题的办法的能力。比如，在国际商法体系内的比较商事组织法、比较合同法、国际货物买卖法、证券法、票据法等课程主要采取案例教学法（包括英文原文案例），突出国内外不同法系法学理论与规则的相互比较和参照，关注它们彼此之间的相互影响和作用、理论联系实际。

随着越来越多的外国留学生走进校园，与中国学生一起攻读法学课程，加强师生在双语环境中流畅转化和表达的能力实属必要，推行双语教学势在必行。在双语教学中，我们主要侧重培养学生运用专业外语正确理解外国法和正确表达中国法的能力，鼓励教师编写适合双语教学的教材，摸索灵活多样的双语课堂教学方式，特别强调在导师和硕士研究生的小组讨论课中，教师有意识地引导和鼓励加强外语表达能力方面的训练。我们希望，在国内同类法学院中，通过双语教学法的开展，我院不仅在“引进”外国法方面能走在前列，而且也要在“输出”中国法的工作中开创先例，走在前面。

在师资梯队建设上，我们一直主张，教师队伍素质的提高是最大程度实现教学目标的关键。为此，我们有意识地通过引进海内外高层次人才和加强本院人才的在职培训等方式增强教师专业素质，不断提高教师队伍的博士率。目前法学院教师队伍的博士率达 56.7%，在职读博率达 22%，在未来的 3 年内，法学院教师的博士率将达 85% 以上，同时，随着博士后流动工作站的启动，我院也积极吸纳具有较强科研能力的年轻学者持续充实本院的师资力量。

在学术研究上，法学院鼓励和支持教师和学生从事服务国家法制建设、服务教学和服务社会的科研活动，力求营造宽松的学术研究环境。在实践中，我们一直在摸索教师和学生在学习、科研和社会实践三者之间实现良性循环的途径和方式，主张科研应为国家的法制建设服务、为教学服务和为社会服务。针对法学专

业的热点问题、前沿问题或亟待解决的典型社会问题，法学院鼓励师生参与合作研究，例如，本院教师组织博士生申请国家及省部级课题项目，为修改《公司法》、《证券法》、《仲裁法》和《外贸法》提供专家意见，共同发表和出版了不少有价值的论文和专著；法学院还组织博士生参与具体的法律服务工作，代表国内企业到国外参加仲裁实践、组织反倾销案件的国外应诉工作、帮助国内公司设计企业法律保障体系等。总之，我们鼓励师生关注国家的法制建设和社会现实，在教学和实践中发现法律热点及难点问题并积极提供解决办法，主张教学与实践相结合，鼓励建立师生间的学术团队。

自 1999 年以来，由对外经济贸易大学法学院国际商法研究所主办出版了《国际商法论丛》，集中探讨国际商法领域的前沿理论问题。该书由法律出版社出版并在全国发行，目前已出版了 7 卷，每卷约 50 多万字。它为我校法学院师生提供了一个发表专业研究成果、交流学术思想的平台，也是展示我院国际商法研究水平的标志性学术研究成果。

除了国际商法研究所以外，我院还有 WTO 法律研究所和公司法与证券法研究中心，各自集合了一些志同道合的中青年学者，出版了建院 20 周年教师论文集和《公司法与证券法论丛》等新的论文集刊，经常举办各种校内外的研讨会，推动国际商法及相关学科的研究不断向前发展。

法学院鼓励教师走出去，参加国际和国内的学术研讨会，加强与国内外同行之间的联系和拓展学术交流渠道，展示我校法学研究的成果；同时，法学院也曾多次组织召开了国际性的法学研讨会、海峡两岸法学研讨会和全国性的法律教学研讨会，特别是 2003 年和 2004 年在我校连续召开的两届全国高等院校“国际商法”教学研讨会得到国内其他兄弟院校同行的积极响应和支持，大家不仅分享了国际商法及相关学科教学及研究的体会、经验和

成果，而且还建立起沟通的平台和渠道，在国际商法的大旗下集合了越来越多的志同道合之士。

总之，这二十多年来，对外经济贸易大学法学院始终坚持把培养学生的创新能力、理论联系实际的能力和敬业精神放在首位，目的是使培养出来的学生能够迅速适应 21 世纪知识经济时代对专业法律人才的需要。在这一指导思想下，法学院在对各层次学生的培养上，始终注重高水平的教学研究工作的，并以高水平的师资队伍建设和严谨的课程设置和严格的考试制度为基础，不断紧跟我国法制建设的发展步伐，调整教学内容和实践多样化的教学法，保持我院国际商法教学和研究在国内的优势地位和领先水平，继续和其他兄弟院校的同行一起为培养涉外经济贸易领域所需的专业复合性法律人才而贡献力量。

论中国立法吸纳外国法方式之演变

王 军^① 高建学^②

一、各国对外国法的吸纳

几乎在所有的国家，造法的过程都是将吸纳外国法与创制本土法相结合的过程。例如，在美国，不同司法辖区所采纳的很多案例起初是英国的案例，但是，在后来的审判实践中，美国法院对这些案例的解释与英国法院的解释逐渐形成了越来越大的差异，原因是这些案例逐步被本土化了^③。在欧洲大陆，自19世纪起，一些国家仿效法国的法律制度来创制自己的民法，而另一些国家在仿效德国，但是到今天，这些国家的法律都与法国法或德国法形成了不同程度的差异^④。

二、新合同法之前吸纳外国法的方式

《中华人民共和国合同法》（以下称“新合同法”）于1999

① 王军：对外经济贸易大学法学院教授，博士生导师。

② 高建学：对外经济贸易大学法学院博士生。

③ 参见英国在侵权法领域的著名案例“赖兰茨诉弗莱彻案”在美国被解释和被本土化的过程，见王军：“美国侵权法上严格责任的原理和适用”，《国际商法论丛》第5卷，第36-125页；相关内容见第60页以下。

④ 参见巴尔著，张新宝、焦美华译：《欧洲比较侵权行为法》，法律出版社2001年版。该书中包括了欧洲国家在侵权法领域如何吸纳法国法和德国法但后来又形成了自己的风格的丰富资料。

年10月1日生效。在此之前,我国立法机构在立法的过程中吸纳外国(或地区)法律制度的主要途径是参考和借鉴我国台湾地区的法律和学者著述。其原因之一是语言障碍。对于当时我国的大多数法学家来说,相对于研读大陆法系或英美法系学者撰写的原版法律著作,研读我国台湾地区学者以中文撰写的法律著作要方便得多。这样做的另一个原因是,我国许多学者和立法工作者认为,台湾的法律是德国法的翻版,而德国法不仅发达,而且适合于中国的国情和文化传统。

我国大陆地区的法律仿效台湾地区法律的例证很多。例如,《民法通则》第85条规定:合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。即自协议达成之时合同关系即告成立。这一关于合同的定义与我国台湾地区^①、德国和其他大多数的大陆法系国家是一致的,而与英美法系国家所接受的合同的定义不同:英美法系国家仅承认双方达成交易关系时才产生合同,即每个诺言必须有相应的对价。

另一个例子是在我国的民法中目前已根深蒂固的“双倍定金返还”制度。我国《民法通则》^②规定:当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的,无权要求返还定金;接受定金的一方不履行债务的,应当双倍返还定金。今天,这一制度在我国的商事交易和一方是消费者的交易中经常得到采用。对这一制度的采纳也是我国大陆地区吸纳台湾地区法律的结果^③。

① 例如请参见,何孝元:《民法债权总论》,三民书局1956年初版、1991年重印三版,第7、8页。

② 《民法通则》第89条第3款。

③ 例如请参见,郑健才:《债法通则》,1991年自行出版,第203、204页。

三、“逐条参照”的办法

新合同法于1999年3月5日经第九届全国人大第二次会议通过,于1999年10月1日生效。但实际上,该法的起草工作自1993年就由全国人大法律工作委员会(以下称“法工委”)着手进行了^①。

对于我国的立法者来说,这是一项极其艰巨的任务,因为该法必须达到两项基本要求:第一,该法必须具备可操作性,即能够用来解决我国社会主义市场经济运行中产生的实际问题;第二,该法必须具备时代先进性,即该法的规则应当与现代国际商事交易中通行的规则相一致。显而易见,要制定这样一部法律,仅仅通过吸纳一个国家或地区的法律是无法实现的。因此,法工委决定采用“逐条参照”的办法,即每制定一条,都须参考不同国家的法律或国际公约的相关规定,而不是像以往那样主要参照一个国家或地区的制度。

我国曾有一些学者对采用这一方法有不同看法。他们认为,将不同国家和地区的规则放在一起会导致系统上的混乱。有的学者甚至因此拒绝再参加专家座谈会。然而,“逐条参照”的办法最终得到了采纳。而后来的实践证明,我国在合同法起草过程中所采纳的这一做法是正确的,由此而产生的这部立法实现了对国外先进制度的兼收并蓄,其立法的技术水准无疑超过了我国以往的任何一部立法。

四、采用“逐条参照”办法的前提

对于一个国家来说,在创制自己的法律的过程中,如果不打

^① 法工委的民法组负责合同法初稿的草拟。笔者王军多次受邀参加起草工作的专家座谈会,并就英美法的相关问题提供咨询和提出建议。

算全面仿效某一外国的法律制度，而是要针对每一项具体制度、一般原则和具体规则，逐一地进行比较研究，然后确定其内容，再把它们集合起来，形成一个体系，是一种相当困难的事情。其前提是，该国的立法者已经占有了丰富的可供借鉴的相关的外国法律资料。

在我国，在法工委开始起草合同法的工作时，有关合同法的学术研究状况与过去相比有了很大的改观。在合同法领域，已有许多用中文撰写的比较研究专著得到了出版。除了介绍德国和中国台湾地区合同法的著作之外，许多有关英美合同法的著作已相继问世。首先是1993年由任教于对外经济贸易大学的沈达明教授出版了《英美合同法引论》^①。继而在1995年，当时执教于香港大学的何美欢教授出版了《香港合同法》^②。该书大量介绍了英国合同法的基本制度，书中还包括了大量的案例。1997年，任教于台湾东吴大学的杨桢教授出版了《英美契约法论》^③。

笔者王军也在介绍英美合同法方面略尽了绵薄之力：1995年出版了《美国合同法案例选评》^④，1996年出版了《美国合同法》^⑤。前书含有128个美国法院的判例，并在每个判例之后作了评析。后书对美国合同法的基本制度作了较为详尽的介绍。

当时的另一个重大发展是国际商事统一法对中国影响的日益加深。首先，中国于1986年加入了《联合国国际货物销售合同公约》（以下称《公约》）。到1993年，在中国开始起草新合同法时，中国的学者和法工委的工作人员对《公约》已经比较熟悉。他们中的很多人认为，《公约》的规则是英美法和大陆法之

① 沈达明：《英美合同法引论》，对外贸易大学出版社1993年版。

② 何美欢：《香港合同法》，北京大学出版社1995年版。

③ 杨桢著：《英美契约法论》，北京大学出版社1997年版。

④ 王军：《美国合同法判例选评》，中国政法大学出版社1995年版。

⑤ 王军：《美国合同法》，中国政法大学出版社1996年版。

间调和与妥协的结果^①，因此，吸纳《公约》所采纳的规则是安全可靠的。另一个对中国产生重大影响的文件是《国际商事合同通则》（以下称《通则》）。尽管《通则》不是一部公约，但各国的商人能通过约定适用《通则》，使之成为其合同的基本条款。

五、“逐条参照”办法的例证

（一）合同的概念——对大陆法的采纳

如前所述，依据新合同法，合同是当事人之间的协议^②，但这是一个在大陆法系国家被采用的概念。新合同法采用这一概念的理由主要如下：

首先，英美法系国家所采用的合同的概念认为，合同关系只有在当事人之间存在利益的互换时才能成立。这植根于其传统的习惯和信念。然而在今天，这一概念即便在英美法系国家也在很多情况下受到了限制。例如，《美国统一商法典》规定，“本篇范围内修改合同的协议无需对价即具有约束力”^③，从而确定了商人之间变更合同无需对价的原则。

第二，新合同法所采用的合同概念已成为在世界范围内通行的概念。例如，依照《公约》的规定，一个合同只需当事人的协议即可更改或终止^④。而《通则》则更明确地宣布：合同的订立、变更或终止只需当事人的协议，无需其他任何要求^⑤。

第三，在1999年新合同法生效之前，上述合同概念已经在中国立法者的观念中根深蒂固。这一方面是因为德国以及中国台湾地区的法律早就在我国深具影响，二是因为上述概念在其之前

① 冯大同：《国际货物买卖法》，对外贸易教育出版社1993年版，第16页。

② 参见《合同法》第2条。

③ UCC2-209。

④ 《公约》第29条。

⑤ 《通则》第3.2条。

已经在一些法律中得到了采用,例如,《民法通则》的第85条,《经济合同法》的第9条都采用了这种概念。

综上,虽然新合同法所采用的合同概念是大陆法系国家普遍采用的,但我们不能简单地认为,这只是采纳德国-中国台湾地区法律的结果。相反,这是我国立法工作者在法律制定的过程中考虑了多种因素的结果。

(二) 补偿性违约金——对英美法的采纳

对于因违约而产生的违约金,英美法所采用的一般原则是不得给予惩罚性违约金。“合同违约金的基本目的是补偿受害方,而不是惩罚违约方。”^①《美国统一商法典》即采用了这样的规则^②。但是,在德国,违约方可以受到惩罚^③。

在1999年新合同法生效之前,我国对这个问题有两种制度:《涉外经济合同法》允许的违约金是补偿性的^④。依据该法,当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失^⑤。另一方面,《经济合同法》则规定:当事人一方违反经济合同时,应向对方支付违约金;如果由于违约已经给对方造成的损失超过违约金的,还应进行赔偿,补偿违约金不足的部分^⑥。依据最高人民法院《关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》的规定:“违约金是指一方当事人由于过错不履行或不完全履行经济合同,应当依照合同的约定或者法律的规定支付

① Tang Thanh Trai le & Edward J. Murphy, *Sale and Credit Transactions Handbook*, § 5.39, at 298 (1985).

② UCC § 1-106 (1) (1990).

③ 参见《德国民法典》第339条。

④ 参见《涉外经济合同法》第20条第2款。该款规定:合同中约定的违约金,视为违反合同的损失赔偿。

⑤ 参见《涉外经济合同法》第19条。

⑥ 《经济合同法》第31条。

给对方当事人的一定数量的货币，而不论这种违约行为是否使对方当事人遭受损失。”^①在起草新合同的过程中，由于新合同法将取代过去所有有关合同的法律法规，其中包括《涉外经济合同法》、《经济合同法》和最高人民法院所作的相关司法解释，我国的立法者必须作出决定，在惩罚性违约金和补偿性违约金两种制度中，应当保留哪种制度。

新合同法最终采纳了补偿性违约金制度。合同法规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失……”。^②

保留补偿性违约金的主要理由是，补偿性违约金代表了当今在这一领域的国际潮流。例如，《公约》规定：“一方当事人违反合同应负的赔偿金应等于另一方当事人因他违约而遭受的包括利润损失在内的损失金额。”^③《通则》也采用了同样的规则。依据《通则》的规定：“赔偿仅适用于根据合理的肯定程度而确立的损害，包括未来损害。”^④

（三）合同的订立——对国际通行规则的采纳

对于合同的订立，新合同法的第二章采纳了如此之多的《公约》和《通则》的规则，以至于我们有理由将该章视为“国际规则章”。现举例如下：

（1）依据新合同法，“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式”^⑤，因此，书面形式在原则上并不是必须采用的。^⑥

① 《关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》二（二）。

② 《合同法》第113条。

③ 《公约》第74条。

④ 《通则》第7.4.3条第（1）款。

⑤ 《合同法》第10条。

⑥ 新合同法之前，《经济合同法》和《涉外经济合同法》都规定合同原则上应以书面形式订立。分别参见《经济合同法》第3条和《涉外经济合同法》第7条。