

新 编

实用案例分析大全



序

党的十四大提出:我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制;社会主义市场经济体制的建立与完善,必须有完备的社会主义法制来规范和保障。这就要求全党全民高度重视法制建设,力争做到改革开放与法制建设的统一,学会运用法律武器来管理经济。这是关系到整个社会主义现代化建设全局的一个重大问题,具有伟大的历史意义。

要加强社会主义法制建设,除要加快经济立法、完善其他各种法律制度、提高司法和执法水平外,还要建立与健全执法监督机制和法律服务机构,深入开展法制教育,提高全社会的法律意识和法制观念。要实现这一宏伟目标和任务,有赖于现有的法律工作者、法学教育家、专家们加倍努力,一方面要尽快地充实和提高自己的业务能力和知识水平;另一方面要尽快地培养和造就千百万法律专门人才,其中包括培养和造就大量合格的律师。在市场经济条件下,造就一支精通法律、谙熟律师业务的宏大律师队伍尤为迫切。正因如此,一年一度的全国律师资格考试已得到全社会的关注,并且已成为司法界一大热点。而作为考查应试者综合知识和业务能力的案例分析试题由于务实更得到命题者的推崇。以1993年试卷为例,法学综合知识和律师基础知识案例分析题占60%,程序法占90%,实体法(一)占100%,实体法(二)占68.5%。以此为向导,应试者应把目光投向案例分析才有成功的希望。

为了适应这一新形势和发展趋势的要求,一批精通法律、谙熟律师业务和具有律师资格应试经验的学者、专家和律师,在省司法厅有关职能部门的倡议下,组织编著了《新编实用案例分析大全》一书。该书收集、整理、分析、解答了近250个案例,内容涉及各个法律部门的法律、法规和司法解释,其中包括国际法、国际私法、国际贸易法、律师业务基础知识、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、仲裁法律制度、刑法、民法通则、婚姻法、收养法、继承法、知识产权法、经济合同法、企业法律制度、财政法、金融法、税法等近20门法律学科知识,可谓全面、系统。该书对各种较为典型的案例作出了科学、精确的分析与阐述,并力图简明扼要,通俗易懂,以崭新的风格出现在读者面前。因此,本书不仅是参加全国律师资格应试者的难得复习指南,还是法律工作者、法律院校师生从事司法工作、教学的好参考书。

《新编实用案例分析大全》一书的问世,是值得欣喜和赞赏的,她将为我国法制建设作出贡献,并将成为广大读者的良师益友。当然,这并不是说该书已经完善,还存在不足、欠妥之处,尚待今后在改革和学术讨论中进行商榷和加以补充、修正。

杨之才

6月5日

目 录

序

一、国际私法案例分析	(1)
二、国际贸易法案例分析	(10)
三、国际公法案例分析	(23)
四、律师业务和基础知识案例分析	(29)
五、刑事诉讼法案例分析	(41)
六、民事诉讼法案例分析	(55)
七、行政诉讼法案例分析	(73)
八、仲裁法律制度案例分析	(82)
九、刑法案例分析	(89)
十、民事法律、法规(民法通则、继承法、收养法、婚姻法) 案例分析	(110)
十一、著作权法(版权法)案例分析	(127)
十二、专利法案例分析	(133)
十三、商标法案例分析	(137)
十四、合同法律制度案例分析	(143)
十五、企业法律制度案例分析	(167)
十六、金融、税收、土地管理法律制度案例分析	(179)
附录(一):1992年全国律师资格考试试题、 答案及评分标准	(182)
附录(二):1993年全国律师资格考试试题、 答案及评分标准	(208)
后记	(226)

国际私法案例分析

国际私法是调整涉外民事法律关系的规范的总称。所谓涉外民事法律关系,是由于它的主体可能是外国人(包括外国国家和法人),或它的客体可能是位于外国的物,或据以产生权利义务的法律事实可能发生在外国。总之,涉外民事法律关系中的主体、客体或内容这三要素中,至少有一项涉及外国因素。它具体包括:外国人在本国的民事法律地位;涉外所有权关系;对外贸易的买卖、运输、结算、保险关系;一般涉外债务关系;涉外婚姻、家庭和继承关系;发明权、专利权、商标权、著作权的国际保护;涉外民事案件的司法管辖和仲裁;司法文书的送达和传递;外国法院判决或外国仲裁机构的仲裁裁决的承认和执行等问题。

国际私法的渊源是国际条约、国际惯例和国内法。既有实体规定,又有程序规定。但国际私法与国内法不同,它不是直接具体地规定涉外民事法律关系,而是以构成此种法律关系的因素之一为媒介(称为连结点),寻求一个可适用于此种关系的、与之联系最为密切的某法律为准据法。所以,有的学者称国际私法为“冲突法”,也有的称之为国际民商法。

[案例一]

1935年3月,李明与谭蓉翁媳二人在广州买了一栋4层楼房,谭蓉之夫李汉为李明的独生子。李信又是李汉的独生子。李明、谭蓉和李汉三人先后于1970年前去世。李信于1938年与范素珍结婚,婚后无子女。1943年李信离广州去美国加州定居,于1967年与周蒂在美国加州结婚。1981年李信死于加州。范素珍自李信离家后不久也去香港定居。1986年5月当范素珍得知李信在美国去世后,曾到广州越秀区公证处办理了继承上述房产的证明书,同年7月11日又领取广州市房产局发的房屋产权证。此后周在美国得知这一情况后,立即委托代理人向广州市荔

湾区人民法院起诉,要求继承其亡夫李信的上述房产。

请经分析,回答下列问题:

(1)本案是一起涉及什么实体权利的纠纷案?

(2)本案涉及国际私法上的先决问题是什么?在有这先决问题时,怎样确定处理本案的准据法?

(3)荔湾区法院对本案作出如下判决:“李信的发妻为被告范素珍,李信未与范解除婚姻关系,其在美国的结婚为重婚,没有继承权。并根据《中华人民共和国婚姻法》规定,驳回原告周蒂请求继承上述房产之诉。”你认为法院的判决在认定事实和适用法律上是否正确?为什么?

[分析意见和参考答案]

本案的原告(周蒂)和被告(范素珍)均为定居在国外的当事人,是一起涉外婚姻和涉外遗产继承的案件。

按国际私法的有关理论和实践,本案涉及国际私法上的一个重要问题,即有“先决问题”或“附带问题”时,如何确定适用的准据法问题。本案的“先决问题”有两个:一是李信在美国与原告周蒂的结婚是否有效问题,也就是李信是否有能力在美国再婚问题;二是李信在广州1938年与被告范素珍所缔结婚姻关系是否有效成立,特别是从1943年(即结婚5年之后)李信就赴美国加州定居,此后长达38年之久均与范素珍分居,在此期间,他们之间的婚姻关系是仍然存在或是已经过合法解除?这些都是本案的先决问题。

对有先决问题时确定准据法的原则和倾向在国际私法上一般是依外国法或行为发生地法。为此,本案第一个“先决问题”即李信在美国与周蒂再婚是否有效问题,应依李信与周蒂结婚所在地的法律决定,即依美国加州法律决定。我国《民法通则》第147条也规定:“中国公民和外国人结婚,适用婚姻缔结地法律”。同法第143条还规定:“中国公民定居国外的,他们的民事行为能力可以适用定居国法律”。因此,解决第一个先决问题所适用的准据法应是美国加州的法律。本案第二个“先决问题”所适的准据法,应是李

信与范素珍结婚时当地的法律,即1938年时广州的法律,以后李信离广州去美国定居,范素珍去香港定居,他们的婚姻关系是否仍然存在或是已经过合法解除或是他们分居38年之久婚姻关系是否自然解除?这些关键性问题应在查清事实的基础上,确定有关准据法来认定。由于范素珍一直在香港定居,故应以香港法律为准据法。

广州市荔湾法院的判决是片面的和错误的。因为它根本忽视了本案涉及的二个“先决问题”,对有“先决问题”的情况下如何确定处理本案的准据法自然也就不予考虑,仅凭案例提供的有关事实,就肯定“李信的发妻为被告范素珍,李信未与范解除婚姻关系,其在美国的结婚为重婚,没有继承权”,这样认定事实过于简单粗糙;并根据我国婚姻法第2条关于一夫一妻制的原则,判决原告没有继承权,驳回起诉的决定,显然是不符合国际私法的规定,因而是错误的。

据以上分析,本案各试题的答案是:

(1)本案是一起涉外婚姻和涉外遗产继承案。

(2)本案涉及国际私法上的两个先决问题:一是李信在美国与原告周蒂的结婚是否有效问题;二是李信在广州于1938年与被告范素珍所缔结的婚姻关系是否有效?他们二人分居38年之久的婚姻关系是仍然存在问题。对前一个先决问题时所确定的准据法是美国加州的法律;对后一个“先决问题”所确定的准据法是1938年的广州法律和分居后的香港法律。

(3)广州市荔湾法院的判决是片面的和错误的。因为它在忽视“先决问题”的情况下,没有依国际私法的规定适用有关准据法来解决这些先决问题,就武断地适用中国现行法律作出李信在美国缔结婚姻为重婚,确认其无效,原告无继承权,这显然是片面的、错误的。

【案例二】

泰国人甲在西安旅游参观时,骑着一辆摩托车,撞伤法国人乙后,又撞伤泰国人丙。乙和丙分别向西安市中级人民法院起诉甲。西安市中级人民法院受理这两起诉讼案。

请经分析,回答下列问题:

(1)本案属于什么性质的诉讼案件?

(2)西安市中级人民法院受理本案时是怎样立案和审理的?

(3)按国际私法和我国《民法通则》的有关规定,如何确定适用于本案审理的准据法?

【分析意见和参考答案】

本案的双方当事人均为外国人,即原告乙为法

国人,原告丙为泰国人,而共同被告甲为泰国人。案由是由于甲撞伤乙、丙所引起的,因此,本案是一起涉外侵权行为引起的损害赔偿纠纷案件。

由于泰国人甲连续撞伤乙和丙,乙丙虽然分别向同一法院起诉,其诉讼标的是同一种类,故西安市中级人民法院可以分别立案,作为共同诉讼,合并审理,又由于原告丙与乙不是同一外国人,且丙和被告均为泰国人,按国际私法的规定,当事人为同一外国与当事人为不同一外国时,适用的准据法有所不同。因此,西安市中级人民法院也可以考虑分别立案、分别审理。

对涉外侵权损害赔偿案件的审理所适用的准据法,按国际私法原则和实践,一般是适用侵权行为地法。甲撞伤乙、丙的行为是在我国西安市,故适用我国的法律来审理这起损害赔偿案。我国《民法通则》第146条规定:“侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的,也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。”按此规定,西安市中级人民法院在审理本案时,如果作为共同诉讼案,可适用我国法律;如果分别立案审理,对乙诉甲案,可以适用我国法律审理,而对丙诉甲案,既可适用我国法律审理,也可适用泰国法律审理。

根据上述分析,本案各试题答案如下:

(1)本案属于涉外侵权损害赔偿纠纷案。

(2)西安市中级人民法院可以分别立案、作为共同诉讼案合并审理;也可以分别立案,分别审理。

(3)如果作为共同诉讼审理,适用的准据法为侵权行为地法律,即适用我国法律;如果分别审理,既可以适用我国法律,又可对丙诉甲案适用泰国法律。

【案例三】

1985年1月28日上午,我国甲建筑公司派往科威特参加甲公司承揽的工程建设的职工季某,在该工程工作时,被科威特乙公司司机辛格(印度籍人)驾驶的保养车撞倒压伤,经抢救无效死亡。国内有关部门根据我国交通部颁发的《关于外派船员及劳务出租人员在海外发生病、死、伤残善后处理的通知》(1986)的规定,对季某死亡事件进行了善后处理,给付季某遗孀李某丧葬费、抚恤金、生活补助费共12000元。时隔不久,科威特乙公司按照科威特保险条例的标准赔偿季某亲属七千元KD(折合人民币76149.17元)。此款由甲公司索取后未交给李某。朱得知此事后,多次要求甲公司将科威特乙公司的赔偿金交于她,均被甲公司拒绝。为此,朱某起诉到法

院,要求被告甲公司返还这笔赔偿金,并赔偿银行利息。

请经分析,回答下列问题:

(1)本案是一起什么性质的纠纷案?

(2)对本案的审理首先要明确科威特乙公司受害人季某的赔偿金的确定适用的准据法是中国法,还是科威特法?为什么?

(3)科威特乙公司偿付给季某亲属的这笔赔偿金究竟应该归谁所有?

[分析意见和参考答案]

本案是一起因涉外侵权损害赔偿而引起的国内财产所有权纠纷案。因此,要正确处理本案,必须首先了解国际私法关于涉外侵权损害赔偿的有关规定,才能判明科威特乙公司的这笔赔偿金的来源是否合法,继而才能弄清谁应得到这笔赔偿金。

根据国际私法的有关规定,季某是中国人,他在科威特工作时被科威特乙公司的印度人开车撞伤致死,这是一起典型的涉外侵权案。对季某的侵权赔偿到底应适用受害者所属国(即中国)法?还是应适用侵权行为地(科威特)法?对此,国际私法及惯例和我国《民法通则》都有明确规定。对涉外侵权损害赔偿适用的准据法,国际上目前通行的作法是适用侵权行为地法。这是因为依据侵权行为地法才能确定侵权行为是否发生,并且适用侵权行为地法能与有关当事人的合理预料及责任感相一致。侵权行为地法对特定的行为规定了特定的责任,每个人要在一定的地域内生活或工作,就要考虑参加保险,以对付自己可能对他人造成的损害。所以每个人都应该使其行为符合行为地法的规定。我国《民法通则》第146条规定:“侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律”。这一规定与国际私法的有关规定和通行作法是一致的。而科威特乙公司正是适用了侵权行为地法的国际私法原则来决定赔偿标准的,即根据科威特现行保险条例的规定向死者亲属支付了这笔赔偿金的。科威特乙公司的这一作法既符合国际私法,又符合我国民法通则及国务院(1981)147号《关于驻外、援外人员在国外牺牲、病故善后工作暂行规定》。这笔赔偿金毫无疑问应当归季某的亲属朱某所有。

对我国甲建筑公司而言,它作为法人并不具有合法继承人资格,不能取得这笔赔偿金,它对死者家属给予的丧葬费、抚恤金、生活困难补助费等一万余元人民币,是根据我国国内法的有关规定,应当给予死者家属的待遇,因为季某原本是该公司的职工,因意外死亡应当解决其善后问题。而科威特乙公司的这笔赔偿金是根据外国法,给死者亲属的赔偿。这两种性质的给付不能互相混淆,也不能相互代替。

经以上分析,本案例的试题答案如下:

(1)是一起因涉外侵权损害赔偿引起的国内财产所有权纠纷案。

(2)处理本案涉外侵权损害赔偿适用的准据法为科威特法,即适用科威特现行条例的规定来确定赔偿金的数额。

(3)这笔赔偿金应归季某亲属朱某所有。

[案例四]

1988年4月,香港同进公司与汕头经济特区龙湖乐园有限公司合作成立蒸汽浴按摩健身中心并由同进公司承包经营。同年7月同进公司在香港与香港美善公司订立安装工程合同。合同规定由美善公司供给并安装按摩中心所需的热水锅炉、冷却水塔、水泵、霓虹灯管招牌等机电设备。工程款共计港币78万元。合同订立后,同进公司预付港币40万元。后因安装的热水锅炉与合同规定的品名不符,同进公司便不予承付所欠工程款。同年11月,同进公司在工程未验收的情况下,强行开业使用。1989年6月,国家规定禁止异性按摩,使按摩中心停业,所得利润全部汇往香港。其拖欠美善公司的工程款拒不偿付。美善公司便起诉于汕头市法院。要求同进公司支付欠款及利息损失。同进公司则认为,按摩中心是合作企业,拖欠的工程款应由该中心负责,同时提出美善公司违约,应承担违约责任;或者以双方为香港当事人、合同订立地又在香港为理由,要求选择香港地区法律确认合同无效,重新对工程造价进行核算。

请经分析后回答下列问题:

(1)本案是一起什么性质的纠纷案件?

(2)从国际私法角度,本案应根据什么原则来确定适用的准据法?

(3)审理本案应适用哪些具体法律?

(4)本案应怎样处理才是正确、公正的?

[分析意见和参考答案]

本案的双方当事人均为香港地区人,争议标的虽然是拖欠工程款项,但由于拖欠工程款是由原告供应的设备不符合规定引起的,故本案是一起涉外涉港成套设备供应合同纠纷案。

对于涉外经济合同纠纷案的审理所适用的法律,按国际私法和我国《民法通则》的规定,是允许当事人自由选择的。但是当事人的选择必须是经双方

协商一致或者在订立合同时已有约定条款作出明示。当事人在订立合同时或者在发生争议之后对于合同纠纷所适用的法律未作选择的,受案法院仍允许当事人在开庭审理前作出选择,如果当事人仍不能协商一致作出选择,法院应当按照国际私法关于最密切联系原则来确定适用的法律。在本案中,原告和被告在订立合同时并未订立选择法律条款,发生争议后直到开庭审理前,也未协商达成选择法律的协议。因此,受理本案的汕头特区法院只按照最密切联系原则确定适用的法律。由于本案始为涉外工程承包合同,因供应设备不符合合同规定而拖欠工程款,实际上是一起设备供应合同纠纷案。又因合同履行地在中国,双方当事人是因履行合同而发生的纠纷,故根据具体案情,结合国际私法和我国法律的有关规定,本案应适用设备安装地法律,即以中国有关法律为准据法,因为设备安装地在中国(汕头),中国法律与本合同有最密切联系。1987年10月19日最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第二条第六项也规定,如果当事人未选择合同所适用的法律时,对于下列涉外经济合同,人民法院按最密切联系原则确定所适用的法律,其中第(9)项“成套设备供应合同,适用设备安装运转地的法律”。其结果同样是适用中国法律。

据上述分析,汕头特区法院完全有理由驳回被告关于选择香港地区法律作为准据法的请求,理直气壮地适用我国《民法通则》、《涉外经济合同法》、以及《建筑安装工程承包合同条例》的有关规定,确认该经济合同有效,并在此基础上依法审理裁决,被告同进公司应归还美善公司拖欠的工程款项。

本案各试题的参考答案如下:

- (1)本案是一起涉外涉港经济合同纠纷案。
- (2)从国际私法角度,本案本应按照意思自治原则由当事人选择处理合同争议所适用的法律,但由于当事人未作选择适用法律的情况下,只能按最密切联系原则来确定适用的法律。
- (3)根据本案的性质和采用最密切联系原则来确定所适用的法律,审理本案适用的具体法律应当是我国《民法通则》、《涉外经济合同法》和《建筑安装工程承包合同条例》。
- (4)汕头特区法院应依据我国《民法通则》和《涉外经济合同法》的有关规定,首先确认原经济合同(原、被告订立的安装工程合同)有效,并在此基础上依法进行调解,调解不成,则判决同进公司交付拖欠美善公司的工程款项。

【案例五】

香港甲公司与汕头乙公司于1985年3月和4月间,先后订立了三份购销蘑菇的合

同。合同规定:(1)汕头乙公司售给香港甲公司蘑菇4000吨,价格条件为CIF香港,总货款为210万美元;(2)货物质量以甲公司验收书为准,由甲公司到广东揭阳县验收;(3)乙公司收到信用证后半个月内交货;(4)甲公司收货后负责将蘑菇桶退还给乙公司,所需费用由乙公司负责。合同订立后,开始时双方能履行合同的规定,从1985年8月至1986年2月乙公司运出各种规格的蘑菇共1600余吨,桶42000余个,总货款85余万美元,甲公司收货后按时交款81万美元,余4万美元未交。问题是甲公司在1985年12月验收的一批小蘑菇(50吨),虽然开具了“验收认购书”,但后来发现运至香港的部分货物质量与合同规定不符,甲公司随即通知乙公司停止装运,以致上述50吨小蘑菇损坏变质,损失达74000余美元,加上甲公司迟迟未将蘑菇桶退还,为此,乙公司向汕头市中级法院起诉,要求:(1)被告退回蘑菇桶42000个;(2)偿付货款4000美元;(3)偿付50吨小蘑菇损失74000美元。

请经分析后回答下列问题:

(1)根据原合同所订的CIF香港条件的国际惯例,50吨小蘑菇已由甲公司派员验收合格并开了“验收认购书”,如乙公司即刻装船交运,其后发现货物变质所造成的损失,应由()负责。

①甲公司; ②乙公司

(2)设50吨小蘑菇由甲公司派员验收并开具“验收认购书”后,又由甲公司通知乙公司停止装运交货,乙公司也听任不装运,导致50吨小蘑菇变质所造成的损失,应由()负主要责任。

①甲公司; ②乙公司

(3)根据CIF条件的国际惯例,租船发运货物和承担货物越过装运船船舷前一切风险责任应由()承担。

①甲公司; ②乙公司

(4)原告(乙公司)请求被告(甲公司)退回42000个蘑菇桶和偿付4万美元欠款是否合理合法:()。

①合理合法;②不合理不合法。

(5)被告(甲公司)在验收后发现货物质量有问题才通知原告(乙公司)停止装运,致

使 50 吨经验收的小蘑菇未装运并损坏变质，甲公司应负()。

①主要责任；②次要责任或者违约责任。

[分析意见和参考答案]

香港甲公司与汕头乙公司订立购销蘑菇的合同，属于涉外经济合同。合同规定，以 CIF 香港为价格条件，货物质量以验收书为准。合同条款齐全明确且合法，是有效合同。合同订立后，双方履行正常，从 1985 年 8 月至 1986 年 2 月，乙公司运出各种规格蘑菇 16000 余吨，菇桶 42000 个，总货款 85 万余美元，甲公司收货后也按时付款 80 余万美元，尚欠货款 4 万余美元。

问题发生在上述一批货物收迄付款后，甲公司曾与 1985 年 12 月验收了一批小蘑菇 50 吨，并开具验收购书给乙公司的情况下，以发现前批运抵香港的货物质量与合同规定不符为理由，通知乙公司停运 50 吨小蘑菇。而乙公司在收到验收认购书后也未及时装运，加上保管不善，致使 50 吨小蘑菇损坏变质，造成 7 万余美元的损失。同时甲公司迟迟未将 42000 个菇桶退回。为此，乙公司才向甲公司起诉。

从以上案情可以看出，甲公司拖欠乙公司货款 4 万余美元和不及及时退回 42000 个菇桶是明显的错误，原告要求被告偿付欠款和退回菇桶是合理合法的。但对 50 吨小蘑菇造成损失的责任应由谁承担呢？要弄清这个问题，首先必须弄清原合同所订的 CIF 香港价格条件国际惯例规定。按订有 CIF 价格条件的国际惯例，卖方具有以下义务：(1)在收到验收认购书后，应立即租船发运货物和承担货物越过装运船舷前的一切风险；(2)将货物装船后，向买方发出装船通知，装船日期以货物全部交付运送人之日为准，亦即以签发提单日期为准；(3)为运送的货物缔结保险合同，取得可转让的保险单；(4)向买方提供装船文件，包括提单、保险单及商业发票。据此，本案原告在接到 50 吨小蘑菇验收认购书后并未立即租船发运货物，也未向买方发出装船通知和提供装船文件(包括提单、保险单和商业发票)，因此，造成 50 吨小蘑菇损坏变质的责任，主要应由原告自己承担。但被告中途通知原告停止装运已验收的 50 吨小蘑菇，是没有道理的，对 50 吨小蘑菇不能启运造成的损失，也应承担一部分责任。

据以上分析，本案各试题参考答案如下：

(1)由乙公司负责。因按 CIF 价格条件的国际惯例，乙公司(卖方)有义务承担货物越过装运船舷前的一切风险责任。

(2)乙公司要承担主要责任，甲公司也有一定的责任(即承担中途停运的违约责任。)

(3)乙公司。

(4)合理合法。

(5)次要责任或违约责任。

[案例六]

台湾台南市甲公司所生产的“欧林爱伊”商标的电磁炉，是在台湾注册的产品。甲公司与香港乙公司订立了独家代理协议，委托乙公司经销 6.5 万套电磁炉。之后，香港乙公司又与广州丙公司订立销售该产品的合同。在丙公司销售该产品期间，对该产品进行了改良，并进口了部分元件、材料，在广州组织生产改良电磁炉，且于 1988 年 10 月向我国工商行政管理部门申请注册“欧林爱伊”商标，得到初步审定，并在 1989 年 4 月的《商标公告》第 248 期中给予公布。于是“欧林爱伊”商标遂广泛地被使用于广州丙公司所生产的电磁炉上。后来台湾甲公司得悉这一情况后，于 1989 年 7 月 19 日向我国国家工商局的商标局提出异议，要求撤销对丙公司的 354799 号商标的初步审定。

请经分析，回答以下问题：

(1)本案涉及商标权的_____及其在国际上的_____。

(2)关于商标权的取得，国际上有两种制度，它们是_____和_____。我国商标法采用其中的_____。

(3)为了使商标权在国际上得到保护，早在_____年就签订了保护工业产权的_____公约。该公约规定“凡已在缔约国申请注册的商标，可以享受自初次申请之日起为期_____的优先权”，这种优先权可以使第一个申请人在优先期限内向其他成员国申请注册时，免受他人_____的风险。我国于_____年宣布参加了该公约。

(4)为了简化国际注册手续，于_____在西班牙马德里缔结了_____协定。

(5)我国于_____年颁布了《商标法》。该商标法规定，外国人或者外国企业的商标要获得我国法律保护，必须委托我国_____代理，申请商标_____并经_____后才行。

(6)依照商标权的国际公约和我国商标法的规定，台南市甲公司生产的“欧林爱伊”电磁炉虽然在台湾注册，享有在台湾地区的专用权，但未在中国大陆注册。能否获得中国

大陆法律的保护(即在中国大陆是否同样享有商标专用权)?甲公司要求撤销乙公司申请注册的“欧林爱伊”商标的初步审定是否成立?

[分析意见和参考答案]

本案涉及及商标权的取得及其在国际上的保护问题,属国际私法调整的范围。

关于商标权的取得,目前国际上有两种制度:一是注册在先制度;二是使用在先制度。“注册在先”制度规定,商标的注册是取得商标权的前提,即商标权授予首先注册的申请人。在这种情况下,如果商标的首先使用人未及时办理注册手续而被别人抢先注册,也无法取得对该商标的专用权。这是目前大多数国家所采用的制度。“使用在先”制度规定,商标的注册只有声明的性质,而不能决定商标权的归属,因为该商标的首先使用人可以随时对别人已经注册的商标提出异议,要求予以撤销。这种做法会使商标注册人的权利处于不稳定状态,弊端较多,故世界多数国家不采用“使用在先”制度。为了使商标权在国际上得到保护,早在1883年就订立了保护工业产权的巴黎公约。该公约规定“凡已在一个缔约国申请注册的商标,可以享受自初次申请之日起为期六个月的优先权,即在这六个月的优先期限内,如申请人再向其他缔约国提出同样的注册申请,其后来的申请日期可以视为首次申请的日期,这就使第一个申请注册人在优先期限内向其他缔约国申请注册时,免受他人抢先注册的风险。我国于1985年也参加了该巴黎公约,成为该公约的缔约国之一。

为了简化商标国际注册手续,1891年4月14日于西班牙马德里缔结了“商标国际注册的马德里协定”。该协定规定,凡成员国国民或企业要取得国际商标专用权,必须先在本国进行商标注册取得商标权,然后通过本国商标主管部门向日内瓦知识产权组织的国际商标局申请注册,一经批准后,由国际商标局公布并通知申请人选定的成员国。被选定的成员国如在一年内未提出批驳,这个商标被认为在该选定的国家注册生效。

我国参照国际商标注册的普遍做法,结合我国具体情况,于1982年8月颁布了《商标法》。本法规定,“外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的,应当委托国家指定的组织代理”。即通过我国的商标代理机构,向商标主管部门申请商标注册,经审查核准后,才可获得我国法律的保护,在我国境内使该注册商标享有专用权。

依照上述有关规定,本案台湾台南市甲公司生产的“欧林爱伊”电磁炉其商标虽在台湾注册,但未在中国大陆有关主管部门申请注册,所以不能获中

国大陆法律的保护,该商标在中国大陆不享有注册商标专用权。广州丙公司购进上述台湾生产的产品后,加以改良并另行组织生产,即属于一种新产品,在申请商标注册时,虽然仍然用“欧林爱伊”商标标识(其实完全可以不用此标识,而改用其他标识,就可以避免产生纠纷),也不属于假冒台湾产品商标,即不属于侵犯台湾“欧林爱伊”电磁炉商标专用权的行为。因而我国商标主管部门完全有理由依法驳回台南市甲公司对广州丙公司“欧林爱伊”改良电磁炉申请该商标注册提出的异议。

据以上分析,本案例各试题的答案如下:

- (1)取得;保护问题。
- (2)注册在先,使用在先,注册在先制度。
- (3)1883年,巴黎公约;六个月;抢先注册;1985年。
- (4)1891年;“商标国际注册的马德里协定”。
- (5)1983年8月;指定的组织;注册;审查核准。
- (6)台湾的“欧林爱伊”电磁炉商标未在我国注册,故不受我国法律保护;甲公司的要求不能成立。

[案例七]

1976年12月21日,中国广州远洋公司的南平轮锚泊于埃及亚历山大港外,等候进港卸货。12月23日前苏联的鲁别若涅轮也驶入该港,在南平轮后方很近处抛锚。12月28日10时左右,突然风雨交加,风力达7—8级,海面掀起大浪,南平轮船船长检查锚位未见变化。11时许,发现船开始走锚,船长即令备车。由于主机自22日起停止使用,暖缸及启动需要一定时间,不能立即动车,而船却在在大风浪推动下向苏船方向走锚。此时,苏船早已各车起锚。南平船长见状鸣笛5短3次,但苏船不仅没有采取避让措施,反而转动船首对着南平轮右舷。11时50分两船相撞,致使南平轮右舷第4、5、6舱舷樯及尾楼右侧全部损坏。

两船碰撞后,苏船代理人向埃及法院请求扣压南平轮,要中方提供3万英镑(约合12万美元)保证金,并要求以后在莫斯科解决此案。我方代理人在我驻亚历山大总领事协助下,也向埃及法院备案,要求扣押苏船并提供4.5万英镑保证金。因这时原苏船已离港,埃及法院扣留了与该船同一公司的另一艘名为苏沃洛夫号轮。

本案由埃及初级法院于1979年的10月1日正式开庭审理。审理前,苏方曾提出此案应

交由莫斯科解决,认为埃及法院无管辖权,并对程序法的适用问题以及上诉期限、诉讼费、律师费等都提出了异议。但埃及法院依国际私法和国际惯例,对苏方的要求一一予以驳回,并宣判我方胜诉,苏方应赔我方6.43万埃磅。苏方不服,上诉于埃及上诉法院。1980年5月,埃及上诉法院开庭审理并作判决,驳回上诉,维持初级法院判决。诉讼费、律师费均由苏方支付。

经分析,回答下列问题:

(1)本案是一起什么性质的纠纷案件?

(2)依国际私法有关规定,本案埃及法院有管辖权吗?为什么?

(3)埃及法院审理本案所适用的法律,依国际私法规定,应适用何国的法律为准据法?

(4)埃及法院审理本案所适用的程序法,依国际惯例或国际实践,应为何国的程序法?

[分析意见和参考答案]

本案是因我国船舶与苏船在埃及亚历山大港内相撞所引起的一起涉外侵权损害赔偿案。这是国际私法中的识别问题。所谓识别,也称作定性或分类,是指对案件有关的事实从法律上对其性质作出确定,从而确定应适用哪一个冲突规则的法律认识过程。它是审理每一个涉外案件都要首先面临和解决的问题。只有对案件性质作出定性,才能确定本国法院是否对本案有管辖权,也才能最终确定适用何国法律作为准据法来处理该案。从本案例可以看出,本案是一起因中国船和苏联船在埃及亚历山大港相撞而引起的侵权损害赔偿案。根据这一定性,按照国际私法的规定,侵权行为的损害赔偿一般由侵权行为发生地法院有专属管辖权。但海上侵权行为有一定的特殊性,即侵权行为如发生在一国领海内,而侵权行为影响及于船外,比如船舶碰撞,海上污染等,一般认为该侵权行为发生于沿海国,沿海国法院对此类案件具有专属管辖权;如果侵权行为发生在位于一国领海的外国船内,而与沿海国无关,沿海国则对此类内部民事纠纷不予干涉,而由船旗国法院管辖。因为此类发生在船舶内部的侵权行为只与船旗国有最密切的联系。

本案因发生在埃及的亚历山大港,属于埃及领海内,且又是船舶碰撞而引起的侵权行为,故埃及法院对该案当然拥有专属管辖权。苏方提出要交由莫斯科来解决,是没有法律依据的。

同时,根据国际私法和国际实践,一国法院审理涉外案件,在程序法上只能适用法院地法。本案既然

埃及法院有管辖权,那么埃及法院在审理本案时所适用的程序法自然是埃及的程序法。苏方在上诉时曾提出莫斯科距开罗太远,主张将埃及程序法规定的上诉期2个月改为6个月,这也是没有法律依据的。

埃及法院审理本案所适用的实体法,当然也应当是埃及法。因为按国际私法的规定,侵权损害赔偿,适用侵权行为地法。我国《民法通则》也有同样的规定(第146条)。本案的侵权行为发生在埃及亚历山大港,故适用埃及的实体法。

据以上分析,本案例各试题答案如下:

(1)是一起侵权损害赔偿案件;

(2)埃及法院对本案有管辖权,因为按国际私法的规定,侵权行为发生地法院具有对该案的专属管辖权;

(3)适用埃及的实体法为准据法;

(4)适用埃及的程序法来审理本案。

[案例八]

日本女子甲与中国公民乙(男)于1988年8月27日在广东省民政厅登记结婚。婚后不久甲返回日本东京都居住,夫妻各居一方。一年半后,甲到中国来,向广州市中级人民法院提出离婚诉讼,以她与乙长期分居、感情破裂为理由,要求与其夫乙解除夫妻关系。

请经分析回答下列问题:

(1)本案属于什么性质诉讼案?

(2)广州市中级人民法院对本案是否有管辖权?为什么?

(3)对于这类离婚案件,在适用法律的国际作法方面有哪些不同的主张?

(4)审理本案应适用何国法律为准据法?为什么?

[分析意见和参考答案]

本案的原告和被告是不同国籍的配偶,属于涉外离婚案件。

日本女子甲主动来到中国向广州市中级人民法院提起离婚诉讼,被告人乙又是中国人,广州市中级人民法院对本案有管辖权。其理由是:其一,根据国际私法特别是海牙《关于离婚与别居的法律冲突和管辖权冲突公约》的规定,离婚或别居之请求,依夫妇之本国法认为有管辖权之法院或夫妇住所地之管辖法院。若依夫妇之本国法夫妇无同一之住所时,则以被告住所地之法院为管辖法院。其二,我国《民事诉讼法》第22条规定,“对公民提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖”,第245条又规定,“涉外民事诉讼

的被告对人民法院的管辖不提出异议,并应诉答辩的,视为承认该人民法院为有管辖权的法院”。可见,广州市中级法院对本案有管辖权。

关于不同国籍配偶之间的离婚,在法律适用问题上,国际上历来有几种不同的主张:

(1)适用法院地法。认为离婚是否允许及其法定原因,应依法院地的法律决定。英美国家及国际私法学者多持这一主张。其理由是:只有当事人的住所地或居所地法院才有涉外离婚案件的管辖权,因而适用法院地法律实际上就是适用当事人的住所地或居住地法律。

(2)适用当事人本国法。认为离婚是否允许及其法定原因,应依当事人(原告和被告)本国法律决定。欧洲大陆各国多采用此主张。如1928年法国法院处理“弗莱”离婚案,就是这一主张的典型。法国人弗莱因嫁给意大利籍丈夫丧失了法国国籍,而取得了意大利国籍。其后她与其丈夫分居,并于1922年7月6日向法国法院提出离婚。法国法院受理本案后,因双方均为意大利人,依意大利法律规定,夫妻只能分居,不能离婚,于是法国法院依意大利法否决了弗莱的离婚请求。两年之后,弗莱恢复了法国国籍后,又向法国法院提出离婚请求,于是法国法院依法国法判决了离婚。

(3)适用当事人本国法兼法院地法。认为离婚既影响当事人身份,又涉及法院地的公共秩序与善良风俗,因此,离婚非依当事人本国法及法院地法都认为有离婚理由时,才能准其离婚。1902年《海牙离婚别居公约》就是采用这一主张的。该公约第1条规定“夫妇非依其本国法及法院地法均许离婚时,不得为离婚之请求”。

我国《民法通则》第147条规定,涉外离婚适用受理案件的法院所在地法律。此规定基本与英美的规定相同,即适用法院地法律,本案是由广州市中级法院受理,所以,该法院在审理本案时,对日本甲女与中国乙男的离婚是否允许,应当依照《中华人民共和国婚姻法》的有关规定判处。

据上述分析,本案例的各试题答案如下:

(1)本案是一起涉外离婚诉讼案件。

(2)广州市中级人民法院对本案有管辖权。因为:①原告到中国来向广州市中级法院提起离婚诉讼,而被告是居住于中国广州的公民,他对广州市中级法院的管辖权又没有提出异议;②依国际私法和我国民事诉讼法的有关规定,被告住所地法院有管辖权。

(3)对属于不同国籍配偶之间的离婚所适用法律问题,目前国际上有三种不同的主张:①适用法院地法;②适用当事人本国法;③适用当事人本国法兼法院地法律。我国《民法通则》第147条的规定是采用法院地法为准据法的主张。

(4)广州市中级法院审理本案所适用的法律应当是依《中华人民共和国婚姻法》来判处。

[案例九]

程玉兰与张生于1957年在广州市登记结婚,婚后生有张琼和张冰两个女儿。1963年张赴香港定居。1983年5月张生在香港九龙开设“新记毛织公司”,从事制衣业。1984年10月张生和梁兰代表“新记毛织公司”与广东顺德县针织厂签订为期三年的来料加工合同。合同规定由香港方提供不作价借用的制衣专用机械设备一套共134台(件),原总价值为42万港元。双方履行合同后,于1984年10月至1985年12月香港方按合同应得纯利润人民币25100元(由梁兰收到19440元)。1985年12月28日张生在香港立下遗嘱,将所有财产全部遗赠于梁兰。梁也在香港依香港法律规定作出了接受遗赠的声明书。1986年1月6日,张生因病去世。1986年3月13日,程玉兰及两女儿向广东顺德县人民法院起诉,要求继承张生所有的财产。顺德县人民法院不仅受理了本案,而且完全依中国法律对张生遗嘱效力和财产作出认定:张生的遗嘱虽有效,但张生在香港和在顺德的所有财产,均属张生与程玉兰在婚姻关系存续期间所得的财产,属夫妻共同财产。所有遗产的1/2属程玉兰,梁兰只能接受其所有财产的另一1/2。

请问:顺德法院对本案的审理和作出的判决正确吗?为什么?

[分析意见和参考答案]

张生在香港立下遗嘱,将其在香港和顺德县的全部财产遗赠给香港人梁兰,张生在广州的妻子程玉兰和两个女儿对梁兰提起诉讼,要求继承张生在香港和顺德的全部财产,这是一起涉外遗嘱效力的遗产继承案件。首先应认定张生的遗嘱效力问题。

关于涉外遗嘱效力的适用法律问题,我国法律没有规定。但在国际上有三种不同的作法:(1)适用立遗嘱人立遗嘱时的本国法。(2)适用立遗嘱时或死亡时立遗嘱人住所地法。(3)区别动产和不动产而适用不同的法律,即对于遗嘱处理不动产,适用该不动产所在地法;对于遗嘱处理动产,适用立遗嘱人立遗嘱时的住所地法。英美国家是采用这种主张的。香港目前仍是英国的殖民地,故香港的法律规定也是采

用区别动产与不动产而分别适用不同法律的主张。

根据国际上对遗嘱效力适用法律的原则,对照本案的具体情况,张生生前在其住所地香港立下遗嘱,将其所有的财产全部赠与梁兰。按照香港法律的规定,张生的遗嘱是完全有效的。因为他的住所地在香港,他所有的财产包括在香港的动产和不动产、广东顺德县的动产,按照港英法律规定,动产适用立遗嘱人立遗嘱时的住所地法;不动产适用该不动产所在地法。由于立遗嘱人张生的住所地及不动产均在香港,所以都应适用港英法律来处理。同时,张生的全部财产,不论在香港的还是在顺德县的,都是他定居香港后20多年来个人辛劳的积蓄,依港英法律规定,是属于张生个人的财产,不应属于与其妻程玉兰的共同财产。

从以上分析可以看出,顺德县法院在处理本案时没有考虑到上述国际上对涉外遗嘱效力适用法律的原则和主张,也没有考虑到适用香港法律的情况,完全适用我国法律来处理本案,不仅在理论上是欠妥的,而且在实际执行上也是行不通的。因为张生的大部分财产在香港,特别是不动产,在顺德只有小部分动产。按照国际通用的惯例,不动产的转移和处理,必须适用该不动产所在地法律,这是涉及国家主权问题,否则一概不予承认,更谈不上执行了。因此顺德县法院对本案完全适用我国法律来处理的作法,是不正确的。

【案例十】

中国公民王兵(男)与羽珍(女)于1987年10月在广州市登记结婚。同年11月王兵离广州去美国。1989年3月20日,王兵在美国向加州法院起诉,要求该法院判决其与羽珍离婚。该法院受理了此案,并于1989年4月3日以航空邮递方式将传票寄给被告羽珍。羽珍的代理律师于1989年5月12日致函美加州法院:鉴于王兵是中国公民,根据我国法律规定,他的离婚诉讼应向其配偶住所地广州市法院提出,美加州法院对此案无管辖权。但王兵不接受上述意见,仍向加州法院提出缺席判决申请。于是美加州接受王兵的申请,于1989年10月30日在被告羽珍缺席的情况下作出准予离婚判决。王兵的美国律师随后将法院判决书以航空邮递方式送达被告羽珍。

经分析后回答下列问题:

(1)本案是属于什么性质的诉讼案件?

(2)美国加州法院对本案是否有管辖权?

(3)美法院和律师都认为“航空邮递判决通知被告是唯一有效途径”的说法和作法是否符合国际私法和惯例?

(4)美加州法院判决由王兵的律师用“航空邮递”方式送达被告人,该判决在我国是否被承认为有效的?

【分析意见和参考答案】

本案是中国公民王兵在美国居住时向居住在中国广州的妻子羽珍提起的一起涉外离婚案。

关于涉外离婚案的管辖权和适用法律问题,虽然目前国际上还没有统一的原则规定,但是各国一般都通过国内法对本国法院关于对涉外离婚案件的管辖权和法律适用作出规定。我国《民事诉讼法》规定,对离婚案的管辖权一般适用“原告就被告”的原则。因此,本案应由广州市法院管辖,被告律师的意见是正确的。美加州法院对羽珍和其律师的意见及要求置若罔闻,强行实行所谓“长臂管辖”,任意扩大美国法院的管辖权是与国际私法和国际惯例相违背的。

同时,美加州法院尽管认为“航空邮递是通知被告的唯一有效途径”,从传票到判决书的送达都采用邮递方式,但我们注意到本案被告一直居住在中国境内,那么美国法院对其境外的被告采用邮递送达传票和判决书的做法即使符合美国法律,也是对我国司法权的明显侵犯。因为我国并没有与美国签订司法协助的协议。按国际通行的作法和我国有关规定,只有相关国家签订了司法协助协议,或在没有订立司法协助协议的情况下必须通过两国外交机关进行司法文书的送达,才能有效。而美国法院却在两国没有签订司法协助协议的情况下采取直接邮递方式进行传票和判决书的送达,显然是对我国主权的侵犯,是完全无效的,我国绝对不予承认。

据以上分析,本案各试题答案是:

(1)这是一起涉外离婚诉讼案。

(2)美国加州法院对本案无管辖权,本案应当由广州市法院进行管辖审理。

(3)美加州法院用邮递方式送达传票和判决书的做法是违背国际私法和惯例的。

(4)美加州法院用邮递方式送达的传票和判决书是无法律效力的。因为我国与美国并没有签订司法协助协议,也不是通过外交机关送达的。

国际贸易法案例分析

国际贸易法,是关于各国对外贸易的各种国际法规的总称。它是二战以后形成的一个新的法律部门,体系尚未完全定型。目前多数学者认为国际贸易法应包括国际贸易过程中发生的各种经济关系,如自然人和法人的能力;给予他国人(外国公民、法人)的各种待遇;买卖、运输、保险、结算与支付;仲裁与诉讼等。1966年联合国成立了“国际贸易法律委员会”,负责拟订有关国际货物买卖、运输、保险、支付、仲裁等公约草案,现已通过的公约有:《国际货物买卖时效公约》(1974年)、《联合国海上货物运输公约》(1978年,亦称《汉堡规则》)、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(1976年)、《国际货物买卖统一法》《国际货物买卖合同成立统一法》、《国际贸易术语解释通则》等等。这些都是非常重要的国际贸易法规。此外还有许多国际贸易惯例,也是不可忽视的。国际贸易法与国际私法有许多相联系的地方,它们从不同角度来调整国际贸易关系,即前者是直接调整,后者多是间接调整。当前我国实行社会主义市场经济体制,要求我国市场经济要与国际市场经济接轨,因此,国际贸易法的有关知识对一个合格的律师来说是万万不可或缺的。

[案例一]

1980年6月27日,中国甲公司应荷兰乙商号的请求,报出C₅₁₄某产品200吨,每吨CIF鹿特丹人民币1950元,即期装运的实盘,但对方接到中方报盘,未作还盘,而是一再请求中方增加数量,降低价格,并延长还盘有效期。中方曾将数量增至300吨,价格每吨CIF鹿特丹减至人民币1900元,有效期经两次延长,最后期限为7月25日。荷兰乙商号于7月22日来电,接受该盘,并提出“不可撤销,即期信用证付款,即期装船,按装船量计算。除提供通常装船单据外,需供卫生检疫证书、产地证、磅码单及良好合适海洋运输的袋装”。但中方接到该电报时,已发现该产品的国际市场价格猛涨,于是中方甲公司拒绝成交,并复电称:“由于世界的变化,货物在

收到电报前已售出”。可是荷兰乙商号不同意中方的说法,认为他是在发盘有效期内接受发盘,坚持要按发盘的条件执行合同,否则要中方赔偿差价损失人民币23万元,接受仲裁解决。

经分析回答下列问题:

(1)中方甲公司应荷兰乙商号的请求6月27日作的报盘是实盘还是虚盘?

(2)中方在荷方未作还盘但一再请求增加数量和降低价格、延长有效期的情况下,于7月17日复电称:将C₅₁₄增加至300吨,每吨CIF鹿特丹价格人民币1900元,有效期延至7月22日的报盘是实盘还是虚盘?

(3)荷方于7月22日来电内容,是否可以作为承诺的意思表示认可?为什么?

(4)中方在接到荷方7月22日来电后,于7月24日发出拒绝成交的复电,是否符合国际贸易原则和惯例?为什么?

(5)本案应如何解决?

[分析意见和参考答案]

本案主要涉及国际贸易合同订立的程序问题,即要约与承诺方面的有关问题。

首先,要弄清国际贸易中的发盘与接受所产生的权利和义务问题。发盘又叫报价,就是民法上所称的要约。接受,即民法上所称的“承诺”,即受盘人愿意根据报价人所列的条件订立合同的意思表示。因此,如果一方当事人向对方当事人提出一项产品的报价之后,对方对该项报价无条件地予以接受(承诺),双方当事人之间就达成了协议,成立了一项对双方当事人都具有约束力的合同。

发盘又分实盘和虚盘。虚盘是不含确定意思的报价,也就是发盘人有保留地愿意按一定条件达成交易的一种意思表示。虚盘对发盘人没有约束力,发盘人可以随时撤回或修改虚盘的内容,即使受盘人对虚盘表示接受,仍须经过发盘人的最后确认,才能成立一项对双方都有约束力的合同。虚盘有两个特点:在发盘中附有保留条件和在发盘中不规定有效期。实盘是指含有确定意思的发盘,即发盘人仅向一个可能的贸易对手发出关于订立合同的建议。实盘也有两个特点:一是必须提出完整、明确、肯定的交易条件,一般应包括拟议中的合同的主要条款;二是必须规定有效期限。受盘人如接受此项实盘,必须按

期答复,如超过了有效期,受盘人可以不受发盘的约束。

本案中中方所发的是实盘,有效期两次延长,最后延至7月25日,中方给荷方留盘28天,而荷方的承诺时间是7月22日。可见该承诺是在发盘的有效期内作出的。中方甲公司作为实盘的发盘人,在其有效期内应受约束。可是,中方甲公司7月24日的复电,完全是推卸作为发盘人应承担的责任。这是与国际贸易原则和惯例相违的。

关于受盘人的承诺,也有必要进行具体分析。首先,关于承诺的有效条件:①必须是受盘人亲自主作;②必须对发盘内容“完全同意”,若对发盘内容进行修改或限制,则构成还盘,不发生承诺效力,承诺必须在有效期内作出。其次关于承诺的生效时间,这是本案的关键。对此,国际通行两种原则:一是发信原则,二是受信原则,英美法各国持发信原则,也称投邮主义,只要接受的函电一经投邮或送交电报局,承诺即告生效,即便接受的函电在途中丢失,合同仍可成立;大陆法各国则持受信原则,亦称到达主义,只有在要约人接到承诺时,承诺才算生效。如果接受的函电在途中丢失,合同就不能成立。结合本案实际情况,荷方乙商号接受中方甲公司实盘的通知是在有效期内作出,而中方甲公司又在有效期限内收到接受通知,因此,荷方的承诺是有效的。在国际实践中,采用受信原则不仅是多数国家,而且比较可行和合理。《联合国国际货物销售合同公约》也是采用受信原则的。

从以上关于承诺的论述,可以明显地引证国际上关于“合同信守原则”或“约定信守原则”。合同的签订虽然是双方自由意志的表达,但一旦达成协议,即一旦订立了合同,就应信守合同,履行合同的权利和义务。本案中中方和荷方关于购销C₅₁₄产品的合同自荷方7月22日复电接受时就已经成立,中方甲公司应依合同规定履行交货义务。可是中方没有这样做,反而复函拒绝成交失信于荷方,自然是错误的,应承担由此产生的法律责任。

本案的最终解决:要么由中方执行合同,要么接受赔偿荷方损失的仲裁裁决。

据以上分析,本案例试题的答案如下:

(1)中方甲公司6月27日的发盘是实盘,因发盘的内容是明确、主要条款齐备、并有期限。

(2)中方甲公司7月17日复电:同意将C₅₁₄增至300吨、价格条件为CIF鹿特丹1900元人民币,有效期延至7月25日的重新报盘也是实盘。理由与(1)同。

(3)荷方于7月22日来电内容,是对中方7月17日报盘的完全接受,故属于承诺。

(4)中方在收到荷兰7月22日作出的承诺复电后,于7月24日给荷方发出拒绝成交的复电,是违背国际贸易中的“约定信守原则”的。因为按照国际贸易无论采用“发信原则”或是采用“受信原则”,荷

方的承诺是在发盘有效期内作出的,中方已经收到,荷方的承诺是有效的,表明双方的合同已成立。中方应按合同的约定履行自己还报价中规定的义务。然而,中方在荷方已作出承诺的情况下,复电拒绝成交,这是违约行为,应负违约行为所产生的法律责任。

(5)本案荷方在接到中方拒绝成交的电报后,不同意中方的说法和作法,并提出“要么执行合同,要么赔偿差价损失人民币23万元,否则仲裁解决”的要求是正当的。为了合理有效的解决此纠纷,最好是由中方撤销拒绝成交的表示,双方执行已经成立的合同。

[案例二]

1980年春,英国中间商甲来华,向中方乙出口公司按CIF鹿特丹条件订购冷冻食品50吨,总值16万西德马克,凭规格买卖,其规格为:“去毛、头及内脏”。不久,实际买户丙公司开来信用证,中方乙公司当即凭此办理装运,并提交全套单据向银行议付货款。中方商检局出具的品质检验证书注明“本产品加工及冷冻良好,完全适合人类食用”。货到目的地后,甲商即来电称:“到货有鱼腥味,丙公司提出异议”。同时又来信说明:“货物到达目的地时,品质和色装均完好,经过海关放行,已开始向客户发售,但所有客户都提出带有鱼腥味,当地卫生局认为不适合人类食用,禁止出售。因此要求退货,赔偿全部货值50%的损失。”

请经分析,回答下列问题:

(1)中方乙公司向英商甲(丙公司)出售的冷冻食品负有什么样的担保义务?本案中乙公司是否尽了这种担保义务?

(2)国际贸易法规对“商销”货物的担保义务有何规定?本案中乙公司出售的冷冻食品是否“商销性”货物?

(3)英商甲认为中方提供的冷冻食品“具有鱼腥味,当地卫生局认为不适合人类食用”的异议是否有法律依据?其提出的索赔要求是否合理?

[分析意见和参考答案]

本案涉及国际贸易卖方对其出售的商品的担保义务问题。

按《联合国国际货物销售合同公约》规定,卖方对货物的担保义务分为两种:一是关于权利的担保义务;二是关于品质的担保义务。权利担保义务,是

指卖方应保证对其所出售的货物享有合法的权利,没有侵犯任何第三者权利,任何第三者都不会就该项货物向买方主张任何权利。在实践中,发生这方面的争议不多,而且容易判断。在进出口贸易中,主要是卖方对货物品质的担保义务,按照国际贸易惯例,所谓货物品质担保义务,就是不仅要求所交付的货物在品质、数量方面符合合同规定,而且要符合合同的默许条件,即符合有关国家的法律和公认的国际惯例。合同规定的品质、规格、数量要求是属于明示担保义务,即必须按合同规定的品质、规格和数量交货。要符合有关国家的法律规定或国际惯例,属于默示担保义务。英美国家对凭样品买卖的担保义务的规定条款中含有三个默许条件:(1)所交货物在质量上应与样品相符;(2)买方应有合理机会去对货物和样品进行比较;(3)所交货物不应存在有导致不合商销的瑕疵,而这种瑕疵是在合理检查样品时不易发现的。就是说,卖方要遵守有关国家的法律或公约的规定交付无瑕疵或适合于“商销”的货物。任何违反这方面的默许条件的要求,买方有权拒收货物,同时有权索赔相应的损失。

这种适合“商销”的货物,包括两个方面的含义:一是适合通常的用途;二是适合特定用途。前者是对货物品质的一般要求;后者是对货物的特殊要求。也是对卖方的一次默示的合同责任,但卖方承担此项责任是有条件的:(1)在合同订立前,买方必须明示或默示地使卖方知道所需货物的特定用途;(2)买方依赖于卖方的技能和判断力来挑选提供适合特定用途的货物。

结合本案的具体情况,中方乙公司是卖方,因此,按国际贸易惯例和英国法律规定,中方乙公司应承担货物的品质担保义务。而且从英商甲的来电和信件(说明“货物到达目的港时,品质和包装均完好,经过海关放行,已开始向客户发售”)可以看出,中方乙公司已履行了货物品质担保义务。

但英商甲和丙公司提出货物“带有鱼腥味,当地卫生局认为不适合人类食用”为理由,要求退货索赔。这就是说,中方乙公司提供的货物(冷冻食品)不符合英国法律对凭样品买卖的担保义务中的三个默许条件,特别是不符合其中第三个条件,即“所交货物不应存在有导致不合商销的瑕疵”。“带有鱼腥味”,“不适全人类食用”,就是这批货物的瑕疵。因此,英商甲有权拒收货物并索赔。这是英商甲和英方当局单方的判定和认识,是否符合实际呢?

本案合同所订的货物是中方经常出口的产品,具备符合“商销”的品质,也就是适合通常用途的,不是适合特定用途的。因为中方乙公司出售的同类冷冻食品不仅英商甲这一家,而且行销世界多数国家。所以中方乙公司辩称:提交英商甲的这批货物的品质是完全符合本公司正常的出口标准,并且是经过商品检验局出具的检验书证明完全符合人类食用的。至于其中有一部分带有鱼腥味,这是国际市场上

中方供货的通常品质。而且中方供给英商甲的货物与供给其它地区的货物在品质上是相同的。其他地区都反映其品质良好,销量逐年增加,更没有由于带有鱼腥味而称之为“不符合人类食用”的情况。这说明中方按合同规定供给英商的货物是无可指责的。经过中方乙公司据理争辩,英商甲和丙公司也感到无理,最后撤回了这起索赔案。

据以上分析,本案例各题答案如下:

(1)按国际贸易惯例,中方乙公司对出售的冷冻食品应负货物品质担保义务。本案中乙公司已尽了货物品质担保义务。

(2)国际贸易中的“商销”货物的品质义务担保,按国际贸易惯例和有关国家法律的规定,卖方所交付的货物必须“适合通常用途”,即必须交付无瑕疵的货物,只有这种货物才是适合于“商销”的货物。本案乙公司提供给英商甲的冷冻食品,其品质完全符合该公司正常的出口标准,并有商检证书,符合人类食用的“商销性”货物。

(3)英商认为中方公司提供的货物“带有鱼腥味,当局卫生部门认为是不适合人类食用”,即认为不是商销货物,这是英商单方面的片面判断和认定,与国际上其他国家和商业部门的通常观念不一致。该批货物“带有鱼腥味”并不是品质有瑕疵,更不是不适合人类食用的食品,所以英商向中方提出退货和索赔的要求是没有法律根据的。

[案例三]

中国某进出口公司甲(卖方)与法国某公司乙(买方),经电传磋商,按 FOB 上海条件达成 6 万吨大米交易,并订立了销售合同。合同规定买方最晚派船接货的期限为 1989 年 10 月 1 日。在履行合同过程中,买方以租不到船为理由要求延迟装运期,卖方同意延期装运,但要买方负违约及赔偿损失的责任。

请经分析后回答下列问题:

1. 按 FOB 条件成立的销售合同,租船承运的责任归()

(1)甲公司; (2)乙公司

2. 按 FOB 条件,货物出口所需的费用及其他因办理装船手续所需的费用,由()负担。

(1)甲公司; (2)乙公司

3. 按 FOB 条件,货物装船后在运输过程中货物的风险责任和办理保险手续的责任归()。

(1)甲公司 (2)乙公司

4. 按 FOB 条件,买方指定的船只不能在规定时间内到达,或不能装载货物,由此发生的

一切额外费用,归()支付。

(1)甲公司;(2)乙公司

5. 按 FOB 条件,指定的船只未能在规定的期限到达,货物的一切风险责任归()。

(1)甲公司;(2)乙公司

6. 按 FOB 条件,指定的船只未能在规定的期限内到达,货物的一切风险责任从()起算。

(1)规定的期限;(2)规定期限终了时

7. 按 FOB 条件,由卖方办理供应产品的产地证明书、装船提单、经由第三国过境运输所需的单证、及领事签证费用,应由()负担。

(1)甲公司;(2)乙公司

8. 乙公司以租不到船只为由,要求延迟装船,甲公司同意延期装运,但要乙公司承担违约赔偿损失的责任。按 FOB 条件,乙公司应赔偿甲公司的损失费包括()

(1)仓租费、保管费、保险费、其他额外费用;

(2)仓租费、保管费、保险费,延期交付货款的利息。

[分析意见和参考答案]

本案是一起延迟装运而未依约履行合同义务的债务纠纷案。

在进出口合同履行中,违约事例经常发生。为了使受损一方得到保障,各国法律规定,受害方可以采取适当的措施取得一定的补偿。这种补偿措施,就是常说的补救措施,在法律上称“违约救济”。但如何确定违约的性质和程度,各国的法律规定不尽相同,国际间也难确立一个统一的标准。《国际货物销售合同公约》对此作了相应规定。本案是国际贸易销售合同履行中一方不能依约履行其义务而导致违约救济问题。

依《国际贸易术语解释通则》对 FOB 条件成立的贸易合同,买方负有如下义务:①自费租赁船只,并将有关船只的名称、装船泊位及装货日期通知卖方。②自货物在装运港装船越过船舷时起,负担货物的一切费用及风险,并按照合同规定,支付价款。③如买方指定的船只不能在规定的期限内到达,或未能装载上述货物,买方应负担一切由此而发生的额外费用,并自规定期限终了时起,负担货物的一切风险。④买方如不及时指定船只,或如对受领货物或选择装运港,曾保留一切期间而未能在该期间内给与卖方详尽的指示者,应自原订交货期限终了时起,负担一切由此发生的额外费用,及货物的风险。⑤…支付因领取提单而负担的一切费用。⑥支付因领取请求

卖方提供的产品产地证书、有关货物进出口或必要时经由第三国过境运输的任何单据,包括领事签证费用在内。按此规定,本案法国乙公司(买方)按 FOB 条件应及时自费租船装运货物,但买方不能依合同规定的期限内租船,并要求中方甲公司(卖方)延期装运货物,这是违约行为。虽然中方甲公司同意延期装货,但按《国际货物销售合同公约》对违约责任的有关规定,违约方除了必须继续履行义务外,还必须赔偿因其违约给对方造成的损失。即法国乙公司必须继续履行租船装货、收货、交付货款的义务外,还应赔偿给甲公司延期租仓、保管、保险及货款利息等损失的费用。因此,甲公司答复乙公司同意延期装运,但要乙公司赔偿租仓、保管、保险及利息的要求是合理的,符合国际贸易惯例的规定。

据以上分析,本案各试题的答案如下:

1. 乙公司;
2. 甲公司;
3. 乙公司;
4. 乙公司;
5. 乙公司;
6. 规定期限终了时;
7. 乙公司;
8. 延期仓租费、保管费、保险费、利息等。

[案例四]

我国上海进出口公司甲与意大利某商号乙以 CIF 那不勒斯条件订立了一份出口 1000 吨茶叶的合同。货物由保险公司内办理了海洋运输货物保险后按时由承运人某远洋公司丁装船运输。当船航行于印度洋时,遇上暴风雨连日袭击,不仅航行受阻,而且使外层茶叶受潮变质,当该船到达那不勒斯港时,经查验,迟延 20 天到港,茶叶变质损坏 1/4。于是意大利乙商号依合同规定,向有关方面提出索赔。

请经分析,回答下列问题:

1. 应与承运人某远洋公司丁订立运输合同的是:()

①甲公司; ②乙商号

2. 应向保险公司办理保险手续并支付保险费的是:()

①甲公司; ②乙商号; ③丁公司

3. 甲公司交货的地点在:()

目的港; 装运港的船上

4. 设甲公司已取得合同规定的单据并及时提交给了乙商号。在货物海上运输到达目的港,乙商号按合同规定验收货物之前,甲公司向乙商号凭装运单据要求付款,这时乙商号应否付款:()

①应付款; ②不应付款

5. 对货物迟延 20 天到达目的港而造成的损失,乙商号应向谁提出索赔:()

①向甲公司； ②向丙公司； ③向丁公司

6. 对 1/4 茶叶因遭海上暴风雨连续袭击受潮而变质，其损坏的责任由谁承担：()

①甲公司； ②丙公司； ③丁公司；

④乙商号

7. 对 1/4 茶叶变质损坏，根据《海牙规则》，承运人丁公司是否承担责任：()

①承担责任； ②不承担责任

8. 设 1/4 茶叶变质损坏，是由承运人提供“不适航”的船只运输造成的，根据《海牙规则》的规定，承运人丁公司是否承担责任：()

①承担责任； ②不承担责任

9. 设乙商号按时收到了货物，货物质量、数量等完全符合合同规定，但甲公司所提供的装运单据与合同有所不符，乙商号是否可以据此拒付货款：()

①可以； ②不可以

10. 设乙商号向保险公司丙提出诉讼，按《汉堡规则》的规定，其诉讼时效为：()

①半年(180天)； ②一年； ③二年。

[分析意见和参考答案]

本案是国际贸易买卖双方按 CIF 条件订立的销售合同在履行中发生的纠纷。要正确处理本案和正确回答本案各试题，必须先要弄清国际贸易规则对按 CIF 条件订立合同双方当事人及有关当事人的责任。按《国际贸易术语解释通则》关于 CIF 条件(即到岸价格)的规定，卖方的责任是：①供应买卖合同所规定的货物。②按照通常条件及惯驶的航线，自费订立运输合同，将货物用通常类型可供运输合同货物之用的海船(非帆船)装运至约定目的港，并支付运费及定期班轮公司在装运港卸货时所可能收取的卸货港的一切卸船费用。③自负风险及费用，领出口许可证或政府签发的有关货物出口的其他证件。④自费在规定日期或规定期限内，将货物在装运港装船；如日期及期限未经规定，则在合理期限内为之。货物装船后，卖方应无延迟地通知买方。⑤自费向卓著信誉的保险人或保险公司，投保有关货物运送中的海洋运输险，并取得可以转移的保险单。该项保险，应投保平安险，保险额包括“成本加保险费、运费另加百分之十，如属可能，并应采用合同内的币制”。⑥负担货物的风险，至货物在装运港装船超过船舷时止。⑦自负费用，及时提供买方载明至约定目的港的可流通的清洁提单，货物发票，及保险单；如保险单在提供单证时不能及时取得，应另提供保险人所出具的保险凭证，载明保险单内的主要条款，并将有关权

利转移于权利持有人，与持有保险单者无异。⑧自费供给货物的惯常包装，但行业习惯如对该项货物的运送，无须包装者，不在此限。⑨负担一切因装货而支出的检查费用(如核对品质、丈量、过磅、点数等)。⑩负担货物的一切捐税，至货物装船时为止。上述捐税包括因出口而须支付的任何税款或费用，及因办理装船手续而支付的费用。⑪根据买方要求，并由买方负担费用，提供产地证书及领事发票。⑫根据买方要求，并由买方负担风险及费用，给予一切协助，使获得装运地国家和/或原产地国家所签发的(买方所需，前条所指单据以外的)货物在目的地国家进口、及必要时经由第三国过境运输的任何证件。由此可见，按 CIF 条件成交的合同，卖方所承担的义务是很多的，而且较为复杂。了解了上述有关规定以后，对本案所涉的有关问题就能较好的作出回答。如向远洋公司订立运输合同的应是甲公司(卖方)；向保险公司丙订立保险合同及支付保险费的，应是甲公司(卖方)；甲公司交货的地点是目的港意大利的那不勒斯；货物因途中遇风暴雨而迟延 20 天到达目的港而造成的损失，应由保险公司丙负责赔偿，因为甲公司在装船后向丙保险公司投了安全保，等等。

但是对本案中的其他问题，还需了解国际贸易的其他有关规定才能回答。按《国际贸易术语解释通则》关于 CIF 条件的规定，买方的义务是：①受领卖方所提供符合合同规定的各项单证，并按合同规定支付价款。②在约定目的港受领货物，负担除运费及海洋运输保险费以外的、到达目的港为止的、货物在海运途中所发生的一切费用，以及包括驳运费和码头捐在内的一切卸船费用，如已包括在运费内，或在支付运费时，已向船公司收运者不在此限。③自货物在装运港装船超过船舷时起，负担货物的一切风险。④买方对货物装运期或目的港的选择，如曾保留一定期限，而未能及时给与有关指示，应自原订装运期限终了时起，负担一切由此而发生的额外费用和货物的风险。⑤支付因领取产地证明书及领事签证而发生的费用。⑥支付货物在目的地国家进口及必要时经由第三国过境运输等任何证件的费用。⑦支付在进口时或由于进口需要支付的各种关税或其他的捐税。⑧自负风险及费用，领取在目的地进口所需的任何许可证或类似性质的证件。据以上关于买方的义务或责任的规定，可知如果甲公司已及时取得合同规定的单据并及时提交给乙商号，此时，无论货物是否到达目的港或者是对货物进行验收，乙商号就应向甲公司按合同规定支付价款；如果乙商号及时收到了货物，其质量、数量均与合同规定相符，而与甲公司在装船后提供的单据部分不符，是单据记载有误，非甲公司故意所为，因此，乙商号不可以据此拒付货款；由于自货物在装运港装船超过船舷时起，买方就应承担货物的一切风险，因此，因遭海上暴风雨连日袭击而使 1/4 茶叶受潮变质的风险责任不在甲公司，也不在丁公司，而由乙商号自负。