

广东省“九五”哲学社会科学重点规划课题

◎蔡镇顺/等著

国际商法研究

GUOJI SHANGFA
YANJIU



法律出版社



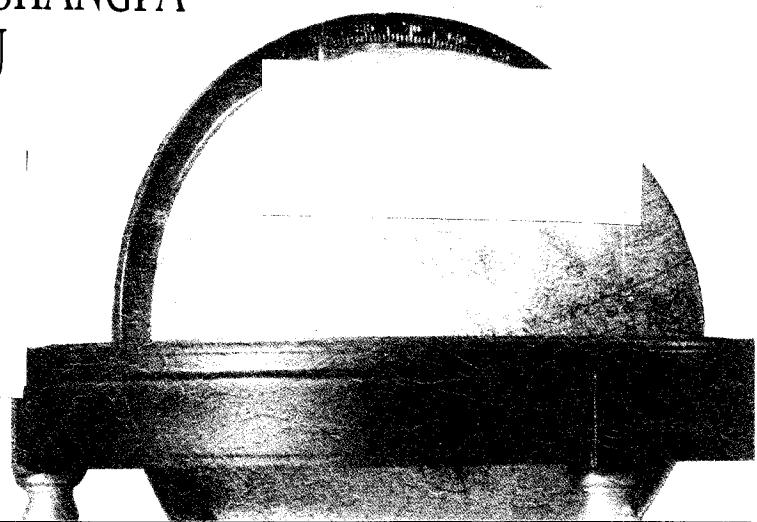
广东省“九五”哲学社会科学重点规划课题

国际商法研究

蔡镇顺 杨 斐 陈 歆
王永政 张振安 樊晓娟 王周欢 著

GUOJI SHANGFA
YANJIU

法律出版社



图书在版编目(CIP)数据

国际商法研究/蔡镇顺等著. —北京:法律出版社.
1999.8
ISBN 7-5036-2887-1

I.国… II.蔡… III.国际商法—研究 IV.D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 27060 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/何萍
印刷/北京宏伟胶印厂	
开本/850×1168毫米 1/32	印张/13.625 字数/336千

版本/1999年8月第1版 1999年8月第1次印刷
印数/0,001—3,000

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 7-5036-2887-1/D·2598
定价:28.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

自从我国实行对外开放政策以来,国际商事活动一直是一项重要的对外经济活动。国际商事活动受国际商法的调整,国际商法是国际商事活动的法律基础。从总体上看,目前我国关于国际商法的研究仍然比较薄弱,有些领域甚至尚未涉及,因此,关于国际商法的研究依然是亟待加强的。

《国际商法研究》一书,内容包括国际货物买卖合同法、货物运输法、海上保险法、信用证法律制度、美国反倾销法与国际反倾销法、银行监管国际法制、公司重整授权制度等等,这些都是国际商法领域中值得研究的问题。本书从理论和实践的结合上对国际商法中的这些问题进行深入的探讨,是有非常积极的意义的。

《国际商法研究》的主要作者蔡镇顺同志本科就读于西南政法学院,1987年又以优异成绩毕业于武汉大学法学院,获法学硕士学位,后分配到最高人民法院经济庭,从事涉外审判工作,同时兼任全国法院干部法律大学国际私法课程教师。蔡镇顺同志勤奋学习,不断钻研,在最高人民法院工作期间就出版了《国际私法教学案例选评》一书,为解决当时教学上的需要起了很好的作用。

随着《国际商法研究》一书的出版,希望有更多的著作问世,促进我国国际商法研究向更高层次发展,也希望有更多的中青年学者从事这方面的研究,为建立国际经济新秩序、加速世界各国的共同繁荣贡献自己的聪明才智。

韩德培

1999年5月15日

前 言

随着改革开放范围不断扩大,我国经济正在迅速融入世界经济一体化的大趋势,这是不争的事实。过去、现在的大量实践表明,在国际商事领域中,依照法律、依照国际上通行的规则办事具有根本性的意义。因此,我们应当深入地研究国际商事领域的法律及规则,以使自己的行为符合国际商事领域的法律及规则的要求,促进我国对外商事交往的蓬勃发展,同时,提高运用法律维护自己合法权益的能力。然而,既要促进国际商事交往的发展又要维护自己的合法权益,并非一道容易解答的命题。

本书作者希望通过自己的努力,为国际商法研究添砖加瓦,对理论和实践有所裨益。鉴于国际商法迄今为止未有明确的范围,本书仅限于探讨国际商法若干方面的问题,并非对国际商法的系统研究。

本书在写作过程中,得到汕头大学图书馆、汕头大学科研处、北京大学图书馆、中山大学图书馆、中国人民大学图书馆、上海海运学院图书馆、上海外经贸大学图书馆、华东政法学院图书馆的大力支持;还得到汕头大学法学院王光仪教授的指导。在统稿过程中,汕头大学法学院杨斐、陈歆、洪英、余岱、吴建平诸位同志做了大量协助工作,在此一并致谢。

本书第一部分蔡镇顺撰写,第二部分陈歆撰写,第三部分王永政撰写,第四部分杨斐撰写,第五部分蔡镇顺撰写,第六部分张振安撰写,第七部分樊晓娟撰写,第八部分王周欢撰写。本书选题、结构设计、体例安排以及全书统稿由蔡镇顺完成。

由于学识所限,书中不足之处难免,恳请学界同仁批评指正。

作 者

1999年4月25日

目 录

第一章 《联合国国际货物销售合同公约》	1
第一节 《公约》的适用与解释	1
第二节 要约与承诺	10
第三节 卖方与买方的义务	18
第四节 违约救济	31
第五节 风险转移	47
第二章 海牙规则	55
第一节 承运人的义务和豁免	56
第二节 承运人的责任限制	68
第三节 海牙规则的其他问题(一)	78
第四节 海牙规则的其他问题(二)	92
第五节 国际海上货运立法的统一	104
第三章 海上运输中船长的法律地位	115
第一节 船长与其他海商法主体的法律关系	115
第二节 船长的一般权力	127
第三节 租约下船长的身份与权力	145
第四章 海上保险合同的法律问题	159
第一节 保险利益	161
第二节 保险人的赔偿责任和免责	168
第三节 被保险人的义务	186

第四节	保证条款·····	200
第五章	信用证的法律问题 ·····	217
第一节	信用证的法律性质与特点·····	217
第二节	信用证的类型及其法律意义·····	221
第三节	信用证当事人的法律关系·····	231
第四节	单据及其法律问题·····	249
第六章	美国反倾销法与国际反倾销法 ·····	265
第一节	美国反倾销立法的起源和发展·····	265
第二节	美国反倾销实体法和程序法·····	271
第三节	美国反倾销法与国际反倾销法的比较·····	289
第四节	美国反倾销法中的不公平做法·····	304
第七章	银行业监管国际法制 ·····	336
第一节	银行业监管国际法制的建立·····	336
第二节	巴塞尔规范体系的产生与发展·····	350
第三节	巴塞尔规范体系的深化与飞跃·····	371
第八章	公司重整营业保护制度之比较 ·····	388
第一节	公司重整概述·····	388
第二节	公司重整中的营业授权制度·····	393
第三节	公司重整中的自动中止制度·····	410
第四节	对债权人的充分保护制度·····	419

第一章 《联合国国际货物销售合同公约》

《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 下称《公约》)是近半个世纪以来国际贸易立法统一化运动的产物,是关于国际货物买卖中的一项重要国际公约,也是有关国家在消除货物买卖法律冲突,促进国际贸易的发展方面获得的重大成果,得到各国政府、贸易界、法律界的重视和好评。截至 1998 年 6 月止,已核准或参加《公约》的国家已达到 51 个。⁽¹⁾

《公约》正文分为四个部分:适用范围、合同成立、货物买卖、最后条款,分别就合同的定义、合同的要约和承诺、货物买卖总则、买卖双方的义务、风险转移、一般规则以及公约的批准和生效程序作了比较全面的规定。尽管有些规定还不尽人意,但多数条款具有较强的学理性,也是切实可行的。

第一节 《公约》的适用与解释

一、《公约》的适用原则

(一)《公约》在缔约国的适用

营业地是确定《公约》适用的标准。公约第 1 条(1)规定:本公约适用于营业地在不同缔约国的当事人之间订立的货物买卖合

同。根据这一规定,货物买卖合同适用《公约》唯一的标准是当事人营业地必须在不同的缔约国家,至于其他因素如当事人国籍或者货物跨越国境或履行地均不予考虑。因此,只要双方当事人的营业地处于不同的缔约国家,即使他们的国籍相同,他们所订立的合同仍属于《公约》的适用范围;反之,如果双方当事人的营业地处于同一国家,即使他们的国籍不同,他们所订立的合同也不在《公约》适用范围之列。“营业地”一词在法律上是有待识别的概念,因此,《公约》第10条规定:当事人如拥有一个以上的营业地,则采用与合同及合同的履行存在“最密切联系”的营业所所在地为其营业地。

“最密切联系”原则在调整合同关系的法律中占据重要的地位,但迄今为止,《公约》没有对“最密切联系”原则作进一步的解释。鉴于此,一般认为理论上可以参考美国《第二次冲突法重述》中的学理解释,⁽²⁾选择法律应考虑的因素包括:(1)州际与国际制度的需要;(2)法院地的有关政策;(3)在决定特定问题时,其他有关州的政策及其相应的利益;(4)公正期望的保护;(5)构成特定法律领域的基本政策;(6)结果的确定性、可预见性和统一性;(7)法律的易于认定和适用。

“最密切联系”的适用就是在上述因素指导下,在下列连结点上灵活选择:(1)当事人的意思表示地;(2)合同缔结地;(3)合同谈判地;(4)合同履行地;(5)合同标的所在地;(6)住所地;(7)居所地;(8)国籍。

(二)《公约》在非缔约国的适用

公约第1条(1)(a)项规定:适用《公约》的国家是缔约国,即买卖双方营业地分别所处的国家应是《公约》缔约国,否则《公约》不适用。但《公约》该条(1)(b)项又规定:当事人营业所所在地不是缔约国,如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律时,

《公约》仍将适用他们订立的货物买卖合同。也就是说,如果甲乙双方或一方营业地不在缔约国内,但根据国际私法规则的指引适用《公约》成员国的法律,《公约》仍然要适用于该货物买卖合同,作为非缔约国的甲乙双方或一方营业地所在国应予承认,不得提出异议。《公约》这一规定旨在借助国际私法规则的援用,将《公约》适用于营业地位于非缔约国当事人之间缔结的货物买卖合同,从而扩大《公约》的适用范围。可见,《公约》不仅直接适用于营业地分处不同缔约国的当事人之间订立的货物买卖合同,也可能依国际私法规则的指引适用营业地分处不同的非缔约国当事人之间订立的货物买卖合同。《公约》的这一规定,存在较多的问题。首先,限制了非缔约国国内法的适用。在缔约国之间适用《公约》,这是履行条约义务,对非缔约国来说,不存在条约义务,本应适用其国内法,如适用了《公约》,则实际上排除其国内法的适用。其次,要求非缔约国承担国际义务,违背了国际条约及于缔约国的条约要义。再次,这项规定使《公约》的适用产生不确定性,可能引起国际私法上的转致反致等问题,不利于当事人预见自己行为的法律后果。

二、《公约》排除适用的范围

(一)《公约》不适用于 6 种货物买卖

1. 专供私人、家庭使用的货物买卖;
2. 以拍卖方式进行的买卖;
3. 根据当局发布的执行令状或其他令状进行的买卖;
4. 债券、股票、投资证券、流通票据或货币的买卖;
5. 船舶或飞机的买卖;
6. 电力的买卖。

上述买卖之所以被列为《公约》的排除范围,因为这些买卖分别有其各自不宜纳入《公约》适用范围的特点。前三种情况都是因为国内法的强制性而排除适用。专供私人、家庭使用的货物买卖,属于消费性的交易,对于这类交易许多国家规定不许排除适用保护消费者权益的专门法律,为避免同此类国内法效力相抵触,《公约》特别规定不适用于这类交易。拍卖和根据当局执行令状所进行的买卖,都必须按照国内法规定的特殊程序进行。前者应依照拍卖的法律和拍卖交易所的规则进行;后者则应遵守有关国家发布的强制执行法,故《公约》对这两种交易也排除在适用范围之外。后三种情况则因标的特殊性排除适用。债券、股票、投资证券、流通票据、货币及电力显然不属于货物,不受货物买卖法的调整;多数国家对船舶、飞机的买卖视为不动产交易,必须遵循不动产交易的特殊规则。因此,《公约》将这些标的物的买卖亦予以排除适用。

(二)《公约》不适用非以货物交易为内容的合同

合同的内容如果不是或者主要不是以货物交易行为来实现的,亦非《公约》的适用范围。这类情况主要是:(1)加工合同。《公约》规定的加工合同是指“订购货物的当事人保证供应制造或生产所需要的大部分重要材料”以制造成品的合同。(2)劳务合同。《公约》所规定的劳务合同指“供应货物一方的绝大部分义务在于供应劳力或其他服务的合同”。由于这两类合同都不是或主要不是货物买卖行为,故《公约》不予适用。但在目前国际经济贸易实践中,存在较多混合合同,如加工贸易、国际工程承包等合同,都同时兼有供应材料、提供劳务的内容,这类合同是否可适用《公约》,在识别上有一定难度。

(三)《公约》不适用合同的若干实体事项

货物买卖合同所涉及的实体事项是多方面的,如缔约能力、合

同效力、合同成立、合同形式、货物所有权转移、产品责任等等。《公约》仅限适用于合同订立和买卖双方基于此而产生的一般义务,不涉及以下三类问题:(1)合同效力或其任何条款效力,如当事人缔约能力、合同有效性(如是否存在欺诈或违反公共秩序);(2)货物所有权转移的时间和条件、第三方对所售货物的请求权;(3)货物对任何人造成的伤害而引起的责任,如消费者因使用产品遭受损害而向卖方提出赔偿请求。这些问题各国法律存在较大的差异,无法很快得到协调一致,因此,均留待当事人各方营业地所在国的国内法解决。

(四)《公约》允许排除适用或改变《公约》的规定

为照顾不同法律制度国家的特殊要求,减少国际贸易的法律障碍,《公约》就其拘束力采取了合同优于《公约》的原则,具体表现在《公约》第6条的规定,当事人可以排除《公约》的适用或者改变《公约》任何规定的效力。根据这一规定及《公约》的相关条款,存在以下几种情况:(1)双方当事人在合同中明示不适用《公约》,另行选择《公约》以外的其他法律。(2)双方当事人在合同中规定部分不适用《公约》或改变《公约》某项规定,但行使此项权利有一定的限制,即任何一方当事人营业地所在国在参加或批准《公约》时,已声明对《公约》某些内容作出保留,例如对合同订立、变更、终止意思表示的形式作出保留,则当事人应当遵守该国所作的保留声明,不得作出与此声明效力相抵触的约定。(3)营业地处于不同国家的缔约国双方当事人,也可以排除《公约》的适用,但这类当事人如在合同中没有约定“不适用”或“改变”《公约》的规定,则《公约》当然适用他们订立的货物买卖合同。

三、〈公约〉与国际经济贸易条约的关系

〈公约〉与各缔约国业已存在和可能存在的对外经济贸易条约的关系也是〈公约〉适用中的重要问题。国际上存在多项处理经济贸易关系的条约,这些国际条约有多边的、双边的,多边条约如联合国欧洲经济委员会的〈一般买卖条件〉,双边条约如〈交货共同条件〉等。以我国为例,我国与不少国家缔结了有关经济贸易的条约,彼此对外贸易机构还分别签订了双边交货共同条件,成为支配国家之间有关货物买卖的统一实体规则。由于有些国家如南斯拉夫、匈牙利已是〈公约〉缔约国,从而涉及适用〈公约〉和经济贸易协定的先后问题。

〈公约〉第 90 条规定:本〈公约〉不优先于业已缔结或可能缔结的涉及〈公约〉范围内事项的任何国际条约,但以双方当事人的营业地均在这种条约的缔约国内为限。这一规定,明确了〈公约〉与有关国际经济贸易条约的关系。根据〈公约〉的规定,营业地于不同国家的当事人订立的货物买卖合同,如缔约国政府已经或将要签订经济贸易条约或其他任何与〈公约〉规定事项有关的国际条约,则应优先适用经济贸易条约而不适用〈公约〉。如我国与匈牙利均为〈公约〉缔约国,两国之间的经济贸易条约虽属〈公约〉范围事项,但目前仍应优先适用中匈两国的“交货共同条件”。再如,我国与法国都是〈公约〉缔约国,法国是联合国欧洲经济委员会〈一般买卖条件〉的缔约国,我国不是该〈一般买卖条件〉缔约国,中法两国当事人签订的合同,则应适用〈公约〉而不适用〈一般买卖条件〉。

四、关于惯例的规定及其适用

在国际货物买卖关系中,惯例无疑具有十分重要的作用,它所

规定的国际贸易当事人的权利义务及其适用比目前国际间任何实体规范都更广泛一些。《公约》关于惯例的规定，将惯例的效力及惯例的构成要件往前推进了一大步，使得惯例的认定在国际上逐渐趋于统一。在这个问题上，原海牙订立的统一法曾经作了比较宽泛的规定，只要双方当事人及其合同中明示或暗示同意适用某一惯例，则该惯例对双方当事人均有拘束力。《公约》关于惯例的规定明确包括了范围、约束力和条件三部分。公约第9条第1款规定“双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯作法，对双方当事人均有拘束力”。在本条中，前后两处都使用“任何的”字样，显然是强调经双方同意的惯例的范围是广泛的，无论是国际性、区际性的、一国的、甚至是某一地区的；也无论是一般性的还是专门性的，都允许适用，甚至于当事人双方的习惯做法，都可认定为惯例而加以适用。一旦认定为惯例，则对当事人有约束力。这是关于当事人明示的惯例的规定。明示惯例在认定惯例问题上是比较容易处理的，由于“明示”，惯例实际上已在合同中条款化。最难以适用的是默示惯例，分歧最大的也是默示惯例。关于默示惯例的构成条件，《公约》第9条第2款规定：(1)为当事人所知道的或理应知道的；(2)是在国际贸易中广泛知晓的；(3)在特定贸易中为该类合同当事人所经常遵循的。根据默示惯例的构成要件，随之而来的是如何界定这些要件，这是适用默示惯例的规定必然会产生问题，例如如何确定某一惯例是被广泛知晓的，是否当事人知道或理应知道的，如何认定某一惯例是特定贸易中当事人经常遵守的等等。对这些问题，国际上没有进一步的条约规定，这仍然是一个比较大的缺陷。

关于对惯例的适用，一般认为应在遵守《公约》关于惯例的规定的前提下，掌握以下几项原则：

1. 不悖一国国情。各国国情不同，甚至各地区、各港口的情况也不相同，而惯例实际上是与各国、各地区甚至各港口的具体情

况紧密联系的。实践证明,在适用惯例时,应充分考虑该国国情,不宜生搬硬套。

2. 不得与国内法和/或一国缔结或参加的国际条约相冲突或实质上相冲突。对惯例的适用应持谨慎态度,特别是对某些表面上看与该国法律及该国缔结或参加的国际条约没有冲突而实质上存在冲突的惯例,更应谨慎适用,适用惯例不当即可能破坏该国法律的内在统一性。

3. 国内法效力优先。惯例与国际条约不同,国际条约具有优先效力,凡一国缔结或参加的国际公约、条约与该国法律不一致时,除声明保留的以外,优先适用公约、条约的规定,即国际义务优先。而惯例相对于国内法来说不具有优先适用的效力,适用惯例并不是该国必须承担的国际义务,如果惯例与该国规定不一致时,则优先适用该国法律,只有在该国法律没有规定时才可以参照适用惯例。

五、〈公约〉的“解释”

(一)〈公约〉本身的解释

关于国际条约的解释,由于各国法律制度的不同,历来存在不同的主张,概括起来,主要有两种观点:其一是“文义解释”方法,即单纯按条文表示的意思来确定条约的意思。其二是“历史解释”方法,即除条文表面上所表示的一般意思之外,还要参考缔约时的讨论记录、当时的特定背景情况以及其他历史资料,综合确定条约的意思。由于解释方法的不同,对同一条款往往会得出完全不同的结论。即使采用同一解释方法也可能因法官受到其国内法的影响而作出不同的解释,从而使统一的规则达不到统一的效果。鉴于此,〈公约〉规定了两条解释原则:

1. 考虑《公约》的国际性和适用的统一性。国际社会努力采用统一规则是为了减少国际贸易的法律障碍,促进国际贸易的发展。因此解释《公约》时,应考虑订立《公约》的根本目的和宗旨,不能囿于法官本国法律的原则和概念,否则同一性质的问题就可能产生不同的结论,其结果是名义上适用《公约》,而实际上是国内法在起支配作用,使统一法有名无实。

2. 遵守诚信原则。诚信原则被称为债法的最高原则。《公约》规定的遵守诚信原则就是法官在适用《公约》时,应以公平、正义的心态,结合当事人的行为,准确解释《公约》的规定,特别是对《公约》的规定较为模糊之处,法官的解释必须弥补《公约》的不足。

(二)对当事人行为的解释

同解释《公约》应遵守的原则一样,各国法律对如何解释当事人行为历来存在很大分歧。这种分歧主要是体现在大陆法系和英美法系之间。大陆法系的国家主张,对合同的解释应采用主观标准,英美法系国家则主张客观标准。

《公约》将主观标准与客观标准相对合,规定对当事人行为的解释应遵守三项要求:(1)符合当事人的本意,并且这种本意应是对方当事人所知道的。只有在一方当事人对某一行为的理解与做出这一行为的当事人的意思相吻合的情况下,才能考虑意思表示的一致。如果一方当事人做出的行为未使对方知晓,双方之间无意思表示一致可言。(2)当事人对相互意思理解不一致时,采用客观标准,即“按照一个与另一方当事人同等资格、通情达理的人处于类似的情况下应有的理解来解释。”这一客观标准包括三个条件:具有同等资格的人;属于通情达理的人;处于类似情况下。(3)考虑相关情况,在确定一方当事人的意思或一个通情达理的人应有的理解时,应适当地考虑到与事实有关的一切情况,包括谈判情形、当事人之间确立的任何习惯做法、惯例和当事人其后的任何行

为。

第二节 要约与承诺

一、要约

(一) 要约的概念和成立要件

要约(offer)是指一方当事人向另一方当事人提出的订立合同的建议。提出要约的一方是要约人(offeror),相对方是受要约人(offeree)。在国际货物买卖活动中,要约通常被称为“发盘”或“发价”。根据《公约》第14条的规定,一项要约的成立必须符合下列几方面的条件:

1. 以订立合同为目的。提出订立合同一方必须以成立合同关系为目的,如果不是以成立合同关系为目的则不能构成要约。这一条件旨在排除民事欺诈。民事欺诈不是以订立合同为目的,而是利用合同作为手段实施侵权行为,所以,民事欺诈不存在要约的成立与否而只有侵权行为引起的法律后果。

2. 要约人明确表示受要约内容的约束。一旦受要约人承诺,合同即告成立,不必再经要约人的同意。这一条件排除了要约邀请(invitation for offer),要约邀请虽然以订立合同为目的,但要约邀请本身不是要约,而是邀请对方向自己提出要约,对方收到要约邀请后所提出的订约条件才是要约,对方提出的订约条件必须经过发出要约邀请一方表示承诺以后合同才能成立。国际贸易中,常见一些公司或企业向交易对象寄送报价单、商品目录单等,这些行为都是为了吸引对方向自己提出订单,所以,这些行为在法律上都不能构成要约,而只是要约邀请,对方据此提出的订单才是要