

国际贸易与结算 法律制度通论

LAW INTERPRETATION OF
INTERNATIONAL TRADE
& SETTLEMENTS

主 编 常公旺

副主编 罗 蔚 温忠和



● 济南出版社

编写说明

传统的国际贸易法论著，大多将世界不同法系、不同国家有关国际贸易的法律、判例以及惯例，通过比较的方式加以介绍、论述和讲解，取材比较全面，但是却较为古远，在吸收当代国际贸易法新成果以及我国有关法律规范方面显得不够，这对于为我国外贸第一线提供实用的国际贸易法律知识和法律手段来说，实际上还存在着一定距离。为了缩短这一距离，本书的发起单位——山东经济学院从1987年即着手进行国际贸易法的教材改革，得到本院领导的支持和山东省教委给予科研经费资助，并得到兄弟院校的大力协助与合作，使本书得以在开拓、创新的精神鼓舞下，在教材改革的道路上作出努力。本书除第一编“总论”仍保持了国际贸易法的几个基本理论部分之外，在第二编“各论”中从两个方面作了探索：在国际贸易法方面，改变了上述传统方式，以当代国际贸易法重要成果——《联合国国际货物销售合同公约》逐条讲解为主线，吸收大陆法系、英美法系和我国有关涉外立法加以综合比较和论述，从而既能较全面地掌握国际贸易法的整个体系，又能结合不同法系、不同国家的立法情况，具体掌握《公约》的各项规范，重点突出，切合实用，易于理解，便于掌握；在国际结算法方面，一般传统教材大多重点讲授有关票据和信用证业务方面的知识和技能，既与国际金融课程有所重复，又缺乏法律方面的必要内容。例如，在当代进出口贸易中，信用证结算占有重要地位，但是，对于信用证结算的法律依据——国际商会

《跟单信用证统一惯例》(400号)却很少作具体讲解和论述。类似状况,在现有论著中还有其他表现。为填补这一缺项,本书以《跟单信用证统一惯例》(400号)逐条讲解为主线,结合信用证业务阐述了在信用证各个环节上各方当事人的法律地位、权利义务与责任,以及解决各项争议的法律依据和准则,从而填补和充实了国际结算法方面所应有的内容。但是,探索之路是不平坦的,在国际贸易法教材改革方面要取得丰硕成果,毕竟不是任何一个或几个院校单独努力所能完成的。而且本书作为一种探索,必定会存在一些不成熟、不完善、不妥切的问题,希望同行和有关专家、学者以及广大读者不吝批评指正。

参加本书编写的有山东经济学院常公旺(第一、六、七章和第十章第三节〈与温忠和合作〉、第十二章)、罗蔚(第二、三、八、九章),兰州商学院江合宁(第四章)、赵克宏(第五章),中国银行青岛分行温忠和(第十章),天津财经学院纪荣泰(第十一、十三章),山东大学法律系李琦(第十四、十五章)。初稿完成后,由常公旺(本书主编)、罗蔚、温忠和(本书副主编)进行了修改、定稿。

编 者

1990年11月

目 录

第一编 总 论

第一章 国际贸易法概述	(1)
第一节 国际贸易法的范围与分类.....	(1)
第二节 国际贸易法与相邻部门法的关系.....	(4)
第二章 国际贸易法的渊源	(8)
第一节 法的渊源.....	(8)
第二节 国际贸易法的渊源.....	(12)
第三章 国际贸易术语	(17)
第一节 国际贸易术语的作用和种类.....	(17)
第二节 我国对外贸易中常用的贸易术语.....	(20)
第三节 新通用的几种国际贸易术语.....	(26)
第四章 我国涉外经济合同法	(28)
第一节 涉外经济合同法概述.....	(28)
第二节 涉外经济合同的订立.....	(30)
第三节 涉外经济合同的履行及违约的补救措施.....	(34)
第四节 涉外经济合同的转让、变更和终止.....	(37)
第五节 涉外经济合同争议的解决及法律适用.....	(39)
第五章 国际货物买卖合同的主要条款	(42)
第一节 合同首部或序言.....	(42)
第二节 合同的主文与尾部.....	(43)
第六章 法律冲突和冲突规范	(53)
第一节 法律冲突.....	(53)

第二节 冲突规范·····	(55)
第三节 冲突规范的适用制度·····	(63)

第二编 各 论

第七章 国际货物贸易法律制度·····	(66)
第一节 《联合国国际货物销售合同公约》的产生 及其特点·····	(66)
第二节 《联合国国际货物销售合同公约》逐条讲 解·····	(70)
一、序言·····	(70)
二、第一部分 公约适用的范围和原则·····	(73)
三、第二部分 合同的订立·····	(89)
四、第三部分 货物销售·····	(102)
第八章 工业产权与专有技术·····	(194)
第一节 工业产权的概念和法律特征·····	(194)
第二节 专利权·····	(195)
第三节 商标权·····	(203)
第四节 专有技术·····	(212)
第九章 国际技术转让法律制度·····	(217)
第一节 国际技术转让的概念与形式·····	(217)
第二节 国际技术转让的法规·····	(219)
第三节 国际许可合同·····	(234)
第四节 国际工程承包合同·····	(245)
第十章 国际贸易支付法律制度·····	(255)
第一节 票据法·····	(255)
第二节 托收与托收统一规则·····	(383)

第三节 《跟单信用证统一惯例》(400号)逐条讲解	(289)
一、总则和定义	(292)
二、信用证的形式和通知	(298)
三、义务和责任	(309)
四、单据	(321)
第四节 保函	(355)
第十一章 国际货物运输法律制度	(366)
第一节 国际货物运输形式及有关国际公约	(366)
第二节 提单	(370)
第十二章 海上运输保险法律制度	(377)
第一节 海上保险合同	(377)
第二节 承保险别与损失	(380)
第三节 保险损失的赔偿	(384)
第十三章 进出口贸易管理法律制度	(387)
第一节 我国对外贸易管理制度	(387)
第二节 我国的关税制度	(391)
第三节 我国的外汇管理制度	(394)
第四节 我国的进出口许可证制度	(396)
第十四章 国际贸易仲裁	(400)
第一节 国际贸易仲裁概述	(400)
第二节 仲裁协议	(402)
第三节 仲裁机构与仲裁程序规则	(404)
第十五章 涉外民事诉讼	(419)
第一节 涉外民事诉讼的概念及一般原则	(419)
第二节 涉外民事案件的管辖	(422)
第三节 诉讼代理和期间	(425)
第四节 司法协助	(426)

第一编 总 论

第一章 国际贸易法概述

第一节 国际贸易法的范围与分类

一、国际贸易法的概念

国际贸易法(International Trade Law)是调整不同国家当事人之间的商品交易关系以及与此有关的其他关系的法律规范的总称。所谓商品交易关系,就其客体来说,包括有形商品(货物)和无形商品(如知识产权)的交易关系;所谓与商品交易关系有关的关系,主要指商品运输、保险、支付与结算,以及在仲裁与司法过程中发生的权利义务关系,都是国际贸易法的调整对象。国际贸易法调整的主体,主要是不同国家的法人(企业和其他经济组织)、自然人(公民),在特殊情况下,也可以包括国家。

二、国际贸易法的范围

如上所述,国际贸易法调整的社会关系既然包括两大类社会关系:国际商品交易关系和与国际商品交易关系有关的其他关系,因而概括来说,调整上述两类社会关系的法律规范都属于国际贸易法的范围,主要是:

(一)调整国际商品交易关系的规范:

1. 国际货物买卖法,主要调整买卖关系中买卖双方的权利义务关系;

2.国际货物买卖合同法，主要调整合同的订立、履行以及变更、解除及其责任；

3.国际技术转让法，包括各种知识产权法和有关知识产权的国际转让合同及其管理的各种规范。

(二)调整与国际商品交易关系有关的其他社会关系的规范：

1.国际货物买卖中的运输关系，主要内容是规定海上运输(以及其他运输)中提单及其当事人的权利义务和责任。例如《海牙规则》、《国际货物多式联运公约》等；

2.国际货物运输中的保险关系及其各方当事人的权利义务与责任。例如《伦敦保险协会货物保险条款》，

3.国际货物买卖中支付与结算关系及其各方当事人的权利、义务与责任。例如《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》等；

4.国际仲裁与司法程序规则。在解决国际贸易争议中确认和处理各方当事人的权利、义务和责任的规范，例如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》、《承认和执行外国仲裁裁决公约》等。

三、国际贸易法规范的分类

国际贸易法作为法的一个部门，与其他部门法既有共同特征，又有一定区别。主要区别在于国际贸易法的构成除了包括某些国内法之外，还包括国际条约、公约、惯例等。因此，国际贸易法与民法、商法和经济法等一般国内法相比，存在许多重要的区别，诸如制定的程序和适用范围都不同。但是，国际贸易法与其他部门法都具有法的基本特征：法是人们必须遵守的行为规范和准则。它规定人们的行为什么是合法，什么是违法；授权做什么、必须做什么和禁止做什么；在特定情况下享有什么权利、承担什么义务、负有什么责任等。国际贸易法具有同样的特征，它

作为调整国际贸易关系的行为规范和准则，是确认和处理国际贸易活动中当事人之间权利、义务、责任的最高依据。它表现为以下三种规范：

（一）直接规定当事人权利义务的实体法规范。这是国际贸易法规范的主要方面。例如我国的涉外经济合同法、各国民、商法以及《联合国国际货物销售合同公约》中大部分规范都属于这一类。

（二）冲突规范。由于国际贸易关系中含有涉外因素，从而导致出现同一贸易关系可能适用两个以上国家的法律，而各国法律对同一事物又可能有不同规定，因而造成法律冲突问题。解决这一法律冲突的规范，称为冲突规范，又称法律冲突法（Law of the conflict of Law）。由于冲突规范并非直接解决当事人之间的权利义务关系，而是先解决如何适用实体法，再进而依据该实体法解决当事人之间的权利义务问题。因而，冲突规范又称为法律适用法。例如我国民法通则第142条至150条都是解决法律冲突问题的规范。《联合国国际货物销售合同公约》第2条、第28条也是按照国际私法规则（即冲突规范）解决实体权利义务的规范。

（三）处理国际贸易争议的程序规范。所谓程序规范是指：为实现实体法规定的权利义务，通过司法或仲裁解决争议的程序规范。实体法与程序法的关系是统一的，但又处于不同地位。前者居于主导地位，又称主法；后者的使命是实现实体法，故又称助法。通过司法或仲裁解决国际贸易争议，是实现实体法的重要手段，因之，程序规范是国际贸易法规范中不可缺少的组成部分。诸如，我国民事诉讼法中的第185条至205条就是专门关于“涉外民事诉讼程序的特别规定”以及《中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》，各国也都有类似的程序规范。

四、国际贸易法的历史沿革

国际贸易法在历史上是由商法发展演变而成的。早期的国际贸易争议，主要是依据中世纪后形成的商业惯例，由行会组织解决。公元12世纪以后，随着航海贸易的发展，出现了专门调整国际贸易关系的商业习惯法，包括公司、票据、海商、保险以及破产等法律，由于它是商人们在国际贸易实践中自发形成并遵守的规范，因而这些商业习惯法自身具有明显的国际性特点，使不同国籍的当事人在适用它时不存在什么法律障碍问题。15世纪以后，由于近代国家的兴起，随着各国在民、商立法方面的迅速发展，国际性商业习惯法逐渐被各国以不同方式纳入本国的国内法范畴，随之出现了在国际贸易活动中，由于适用不同国家的国内法而带来的法律冲突，在这种条件下，要解决每一个争议，往往必须先按照国际私法规则解决如何适用法律问题，再进而适用某国法律解决该项争议的复杂过程，成了开展国际贸易活动的一大法律障碍。进入20世纪以后，为适应国际贸易法统一化的需要，在各国际组织的主持和努力之下，调整国际贸易关系的各种国际条约、公约和惯例不断出现，诸如1924年的《统一提单若干法律规则的国际公约》、1934年的《国际贸易术语解释通则》和1980年的《联合国国际货物销售合同公约》的相继问世，将国际贸易法统一化运动推进到一个崭新的历史阶段。

第二节 国际贸易法与相邻的部门 法的关系

从上述国际贸易法的概念、范围和历史沿革可以看出，国际贸易法与邻近的许多部门法，诸如国际公法、国际私法、国际经济法，以及各国民、商法，既有着多方面的联系，又具有原则的

区别。现分述如下：

一、国际贸易法与国际公法

国际贸易法与国际公法都冠以“国际”二字，从一定意义上讲，比如在国家缔结或加入某个以国际贸易为内容的国际条约或公约时，这一活动本身也具有了某些国际法的属性。但是国际贸易法与国际法在性质上是不同的。国际贸易法调整的国际贸易关系，主要是以法人或公民为主体，即不同国家的当事人之间在国际贸易活动中发生的权利义务关系；而国际法是以国家之间在国际交往中发生的相互关系为调整对象，具体内容包括国家之间的战争与和平、边界与领土争议等等，都是以国家为主体发生的权利义务关系，因此国际法又称国际公法、万国公法。只有在前面谈到的，当国家缔结或加入某个以国际贸易为内容的条约或公约时，有关该条约或公约的实施及其效力等问题各缔约国将承担相应的义务，这些权利义务关系则属于国际法调整的范围。但是，这些条约或公约的实施仍然是以不同国家的当事人在国际贸易中发生的权利义务关系为其调整对象。由此可见，国际贸易法虽然也冠以“国际”二字，它与国际公法无论从调整的主体、内容和解决争议的手段各方面都有实质性不同。不过，国际条约、公约是国际贸易法的重要渊源，是处理国际贸易争议的重要依据，要全面理解和掌握国际贸易法以便适应对外贸易实际需要，适当学习和了解国际法的有关知识是必要的。

二、国际贸易法与国际私法

国际私法作为调整涉外民事关系的法律规范来说，与国际贸易法有着共同的调整对象。这是指国际贸易法调整的不同国家当事人之间商品交易关系，属于涉外民事关系的一部分，它既是国际私法的调整对象，也是国际贸易法的调整对象，从这一角度来看，它们有相同的使命。但是，作为国际私法规范的主要部分并不是实体法规范，而是冲突规范，也即在法律冲突的情况下，解

决如何适用法律问题，从这一角度来讲，它与国际贸易法又是各自独立的法律部门。不过，在国际贸易活动中，由于主体、客体、权利义务的履行以及法律事实的发生必然涉及一些外国因素，因而导致法律冲突，这在各国对外贸易活动中都是不可避免的。实践表明，要想研究并掌握国际贸易法而不研究法律冲突和冲突规范问题，就很难全面理解和掌握国际贸易法的体系，也就很难预防和处理在对外贸易实践中可能发生的各种争议问题。为了适应教学 and 实际业务需要，本教材吸收了国际私法学中的法律冲突和冲突规范中的有关部分，并设专章加以论述，以便为解决和预防对外贸易实践中某些法律冲突提供手段。

三、国际贸易法与国际经济法

国际贸易法与国际经济法之间有某些相同点，比如它们调整的经济关系的主体都包括不同国家的法人或公民以及其他经济组织。但是，这两种经济关系的性质、内容显然不同：国际贸易法调整的不同国家的当事人之间经济关系，是在平等主体之间发生的商品交易关系；国际经济法调整的内容主要是国际投资、国际经济合作、国际税收、以及国际资源开发、国际环境保护等，上述经济关系具有两大特点：第一，在这些经济关系中往往主体的一方是国家（例如国家对投资的管理、国家对外资企业征税），或者双方主体都是国家（例如国家之间的经济援助）；第二，一般具有国家管理经济的性质，特别是在以一方是法人或公民的主体发生的涉外经济关系中，这种管理与被管理的性质更加明显。基于这两种经济关系在内容、性质上的原则区别，形成了国际贸易法与国际经济法是两个各自独立的法律部门，分别调整着不同的经济关系，承担着不同的使命。

四、国际贸易法与各国国民、商法

它们既有密切联系；又有明显区别。在联系方面，不仅从历史上看国际贸易法与传统商法有着密切的渊源关系，而且现代各

国的民法、商法仍是国际贸易法的渊源之一，在处理国际贸易争议时，在特定情况下仍应适用有关国家的国内法（即现行民法或商法）。特别从我国对外贸易情况来看，以我国为一方发生的对外贸易关系，除了适用我国缔结的国际条约、国际公约之外，首先应适用我国国内法（包括民法、涉外经济合同法等）和对方所在国的国内法（包括民法、商法、以及各种经济贸易管理法），因此，对于从事对外经济贸易管理工作和业务工作的干部来说必须投入相当精力研究和熟悉我国的和有关国家的国内法，这是不可忽视的重要任务。在我国对外交往不断扩大，经济贸易关系日益广泛的情况下，研究各国民、商立法的任务，是十分艰巨而繁重的，我们应当有足够的认识。

第二章 国际贸易法的渊源

第一节 法的渊源

一、什么是法的渊源

法的渊源，简称法源，是指法的创立方式，即法是由何种国家机关，通过何种方式创立的，表现为何种法律文件的形式，抑或是被国家认可的习惯。在这种意义上的法的渊源又称“形式渊源”。

法的渊源是多种多样的，它随着社会经济和文化的发展而不断丰富和发展。不同历史类型的法，以及同一类型的法在不同的国家，法的渊源有所不同。奴隶制时期法的渊源，最初主要表现为习惯法，其中部分习惯法后来逐渐制定为成文法。封建社会法的渊源有习惯法、法律、帝王诏令、官府公告、判例等多种形式。随着资本主义制度的建立，法的渊源得到进一步发展，主要有宪法、法律、自治法规、条约、法理、习惯、判例等多种形式，不同国家又有所不同，如大陆法系（亦称欧洲大陆法系。简称大陆法系或大陆法。下同）国家以成文法为主，英美法系（简称英美法，下同。）国家在传统上以判例法为主。

社会主义法的渊源是成文法。其中宪法和法律属于主导地位。我国法的渊源有：全国人民代表大会通过和发布的宪法和基本法律；全国人民代表大会常务委员会制定和发布的除基本法律以外的其他法律；最高国家行政机关——国务院制定和发布的行政法规、决定、命令；国务院各部委在本部门的权限内发布的规范性的命令、指示和规章；省、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定和发布的地方性法规等。

不同的法源，体现不同的效力范围。宪法具有最高的法律效力，法律和其他法律规范都不得与宪法相抵触。次于法律的其他法律规范同样不得与法律相抵触。

法的形式渊源，基本可以分为成文法和不成文法。

二、成文法

成文法，又称直接渊源，即由一定的国家机关按一定程序制定的、以规范性文件的形式表现出来的法。例如宪法、法律、行政法规、地方性法规、国际条约等，均属于成文法。

（一）宪法

宪法是国家的根本法，在一国法律中，具有最高法律效力。宪法有成文宪法和不成文宪法之分。世界上绝大多数国家，包括我国在内，均采取成文宪法形式。

（二）法律

法律是由拥有立法权的国家机关依照一定的立法程序制定和颁布的规范性文件。法律通常规定社会政治、经济以及其他社会生活中最基本的社会关系和行为准则。它是法的渊源之一，在社会主义法的渊源中，除宪法外，属于主导地位。我国1982年宪法规定，法律有基本法律和基本法律以外的法律之分。全国人民代表大会及其常设机关有权作出决议。这种决议如果具有规范性文件性质，也是成文法的渊源之一。

（三）行政法规

泛指国家行政机关制定和发布的规范性文件。其具体名称有条例、章程、办法、规定等。是法的渊源之一。行政法规以宪法和法律为依据，不能与之相抵触。我国宪法规定，国务院除制定行政法规外，还有权发布决定和命令；国务院各部、委在本部门权限内，发布的具有规范性的命令、指示、规章，也是我国成文法的渊源之一。

西方国家的行政机关制定和发布行政法规的职权通称为命令

权。命令权一般又分为执行命令、委托命令和紧急命令。随着行政权不断扩大，西方国家立法机关委托行政机关以命令方式进行立法的现象日益普遍。

（四）地方性法规

泛指地方国家机关依照法定职权制订和发布的、实行于本地区具有法律效力的规范性文件。它是法的渊源之一。在我国，地方性法规指由省、直辖市级国家权力机关及其常设机关制定和发布的规范性文件，地方性法规只在颁布该项法规的地区有效。

（五）自治法规

指自治机关或自治团体依照法定自治权制定的规范性法律文件。一般属于地区性和局部性的法规，其法律效力仅限于自治权管辖的范围，并不得与宪法和全国性法律相抵触。

（六）国际条约

国际条约是国际法主体间依据国际法所缔结的据以确定其相互权利与义务的协议。广义指不论以何种名称或形式出现的国际法主体间达成的国际协议。狭义指这些协议中相对于公约、盟约、宣言等而称为“条约”的协议。

根据国际实践，条约的名称或形式有多种多样，主要有：条约、公约、专约、宪章、盟约、规约、协定、议定书、换文和宣言等等。不论以何种名称或形式缔结的条约，其法律性质与效力都是一样的。

三、不成文法

不成文法，又称间接渊源，即虽未经国家制定，但经国家认可和保障的调整人与人之间关系的行为规则。这些法源，本身不具有法律效力，经国家认可后才具有法律效力。所以，成文法和不成文法的区别不在于有无文字表达，而在于是否经过国家机关按法定程序予以制定。

不成文法包括习惯法、判例和法理等。

（一）习惯法

指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯，是法的渊源之一。习惯是在社会生活中经过长期实践而形成的人们共同信守的行为规则。在国家产生以前的原始习惯并不具有法的性质。习惯成为法的渊源，必须具备以下条件：（1）相当长时期以来确有人人们惯于遵行的事实；（2）其内容有较明确的规范性；（3）现行法没有关于该项行为的规定，且与现行法基本原则没有抵触；（4）需经国家认可并由国家强制力保证其实施。

（二）判例

指法院可以援引，并作为审理同类案件的法律依据的判决和裁定。它具有拘束本法院和下级法院的法律效力，是法的渊源之一。判例虽然只是就具体案件所作的判决，但经法院多次援引而被赋予一般规范的性质。我国历史上的断例、例都是判例。例如《大清律例》收集有1400多条判例，作为审理案件的依据。判例是英国法的一个主要渊源。英国12世纪形成、通行于全国的普通法，其内容大都由法院所作的判例编集而成。美国和其他英美法系国家，也都把判例作为法的渊源。在理论上，西方国家法学家，包括美英法系学者对判例能否作为法的渊源，有不同看法。多数学者认为判例不能取代立法，它是适用法律的结果，但可以以“法理”地位补充法律和习惯之不足，所以不失为法的渊源之一。在我国，判例不作为法的渊源，属于适用法律所产生的法律文件，只对法院审理同类案件具有参考价值。

（三）法理

指形成某一国家全部法律或某一部门法律的基本精神和学理，在一定意义上是法的渊源。法理作为法的渊源，目的在于弥补法律规范的不足。在现代资本主义国家中，一般都确认法理为民事方面法的渊源之一。因为法律无论如何详尽，也不可能把错综复杂、千变万化的社会现象都毫无遗漏地加以规定，而法理可以补充法律的不足，故有些国家把法理作为最后适用的法源。