



国际统一实体法

屈广清 侯淑波 等著



大连海事大学出版社

7997.1
687

国际统一实体法

屈广清 侯淑波 等著



A1041000

大连海事大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际统一实体法/屈广清, 侯淑波等著. —大连: 大连海事大学出版社, 2002.6

ISBN 7-5632-1554-9

I. 国… II. ①屈… ②侯… III. ①民法: 国际法—研究
②国际商法—研究 IV. D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 018578 号

大连海事大学出版社出版

(大连市凌水桥 邮编 116026 电话 4728394 传真 4727996)

(<http://www.dmupress.com> E-mail: cbs@dmupress.com)

大连海事大学印刷厂印装 大连海事大学出版社发行

2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

开本: 850 mm×1168 mm 1/32 印张: 10.25

字数: 266 千 印数: 0001~1000 册

责任编辑: 李雪芳 封面设计: 王 艳

定价: 21.00 元

序一

国际统一实体法是一个新的法律领域，对该学科的研究在我国还处于起步阶段。我国目前还没有出版过属于该学科的书籍。

屈广清教授自攻读博士学位期间就开始研究统一实体法，在德国读博士期间又收集了大量的资料，回国后的几年一直埋头研究该学科的理论 and 实践问题，对该学科倾注了大量的心血。

该书的特点是：第一，采用了科学的研究方法，对国际统一实体法的主要内容进行了全面、深入、透彻的评析和论述，层面多，角度广。第二，符合我国加入 WTO 的实际需要，入世后，为了与国际接轨，我国的民商事法律需要重大改革，该书率先对有关问题做出了理论上的探讨，并提出了很多立法和司法的合理化建议。第三，反映了国内外的最新研究成果，该书结合国际统一实体法的最新发展趋势，集中了该学科的最新研究资料和研究成果，是目前我国国际统一实体法研究领域的新作。

因此，本人向广大读者推荐此书。

司玉琢

2001 年 10 月 18 日

序二

随着国际经济文化交往的日益频繁和我国加入 WTO 日程的日趋临近，国际统一实体法的地位愈加重要，但我国目前还没有一本这方面的法律教材，其研究也尚属空白。

该书从统一法的角度，对国际统一实体法所涉及的问题做了系统而全面的研究，特别是探讨了许多前沿问题，如电子商务法律、国际知识产权保护及国际侵权等。

该书的撰写阵容知识层次较高。第一作者屈广清教授在德曼海姆大学获法学博士后最高学位，为大连海事大学博士生导师；侯淑波为法学在读博士，副教授，硕士生导师；李冬梅为硕士生导师，副教授。他们都是这方面的专家。

该书有如下特点：其一，以国际统一实体法所涉猎的内容为主线，系统而完整地阐述了其理论；其二，做到了理论和实践的结合；其三，吸收了国内外最新研究成果，总结概括了其最新内容，在理论上有所突破。

张宇霖

2001 年 10 月 18 日

前 言

关于国际法学的学科设置与分类，近些年来产生了一些激烈的争论。尤其是整个国际法学合并为一个二级学科后，许多问题相应出现：国际法学与国内法学是相互对应的，凡国内法学中有的学科，国际法学也应与之对应。如刑法学对应国际刑法学，民法学对应国际民法学等。除此之外，国际法内部学科的划分也因此而有些模糊，如国际公法与国际经济法、国际经济法与国际私法、国际私法与国际商法、国际商法与国际经济法等。对于一些新近出现的学术理论，有时就很难归类，这其中就包括了国际统一实体法。

国内关于国际统一实体法体系的系统研究肇始于 1996 年，国际私法率先将之纳入该学科范围，以利用“先古”原则达到“扩军”的目的。事实上，国际统一实体法纳入到国际私法的范畴是有道理的。国际统一实体法是与冲突法相对应的一个概念，国际统一实体法，实为国际统一实体私法，或为统一实体的国际私法。国际经济法多属于公法范畴，与国际公法一样，多为“强行适用法”，不允许冲突规范“染指”，因此，涉及国际“经济的”或“公法的”公约、条约等，均是以实体法形式出现。国际经济法、国际公法实际上就是国际统一经济法、国际统一公法。而私法则不一样，国际统一实体法只是国际私法的一个组成部分，但是却是举足轻重的一个部分。近些年引起了学术界的广泛关注和大力研究，已发表了数量可观的研究论文，本书即属此系列研究的成果之一。

国际统一实体法的研究在中国尚处于起步阶段，国内尚无一本相应的论著出现。比较而言，我校国际法学博士点率先在全国开设了“国际统一实体法”的专题研究课程，对国际统一实体法进行了近两年的深入研究。近年来，学者们对 WTO 规则等内容

的研究迅速地开展起来，为国际统一实体法的研究打下了良好的基础。

本书系统地构筑了国际统一实体法的体系，从整体上完成了对统一实体法的研究，使我国相关部门能够全面地在商贸领域了解国际条约规则的复杂含义，以资利用，抢占先机。同国内外同类书籍相比，本书的特色为：一、针对中国的实际；二、体系全面系统（包含了统一实体法的方方面面）；三、较全面地收集了目前最新的国际公约和资料；四、不是仅仅对公约的内容进行介绍，而是对公约进行深层次的研究，提出新的观点和看法。

由于我校法学院以研究海商法、国际贸易法、国际商法等为主，有一批优秀的教师多年从事实体法方面的研究，而海商法、国际贸易法、国际商法等许多内容是完全属于私法性质的，这些给我们写作国际统一实体法带来了便利。

在本书的写作过程中，得到了大连海事大学博士生导师、著名海商法专家司玉琢教授，东北财经大学国际经济法专家张宇霖教授的热情鼓励和支持，并欣然作序，使本书增色不少。在此对他们表示衷心的感谢。

参加本书的写作人员和分工如下（以写作章节为序）：屈广清撰写第一章、第八章、第九章（第八章和第九章与舒细麟合写）；侯淑波撰写第二章、第三章、第七章；刘云龙撰写第四章；周清华撰写第五章、第六章；李冬梅撰写第十章。

本书是由多人合作完成的，并将内容与个人专长相结合，作者在自己熟悉的专门的研究领域中能更好地提高写作质量。但与此同时，由于个人写作风格的不同，观点认识及理解上的不同，也可能会导致一些前后矛盾或重复，遇此现象，敬请广大读者给予批评指正。

屈广清

2001年10月19日于大连海事大学

目 录

第一章 国际统一实体私法概论.....	1
第一节 导论.....	1
第二节 国际统一实体私法与新商人法、直接适用的法.....	4
第三节 国际统一实体私法的渊源与范围.....	6
第四节 国际统一实体法的立法规范.....	11
第二章 国际贸易术语.....	15
第一节 《国际贸易术语解释通则》.....	15
第二节 常见的国际贸易术语.....	19
第三节 其他国际贸易术语.....	33
第三章 国际货物买卖统一实体法.....	45
第一节 国际货物买卖统一实体法的产生及适用.....	45
第二节 国际货物买卖合同成立.....	51
第三节 买卖双方的权利义务.....	58
第四节 违约及对违约的补救措施.....	68
第五节 货物运输风险的转移.....	78
第四章 国际服务贸易统一实体法.....	83
第一节 国际服务贸易统一实体法的历史发展.....	83
第二节 《服务贸易总协定》的结构与内容.....	87
第三节 《服务贸易总协定》与中国服务贸易立法.....	98
第五章 国际货物运输统一实体法.....	103
第一节 国际海上货物运输统一实体法.....	103
第二节 国际海上货物运输法律的统一.....	116
第三节 国际航空货物运输统一实体法.....	137
第四节 国际铁路货物运输统一实体法.....	142
第五节 国际货物多式联运统一实体法.....	148

第六章 国际货物运输保险统一实体法	154
第一节 国际货物运输保险概述	154
第二节 国际货物运输保险的保障范围	161
第三节 伦敦保险协会海运货物保险条款	166
第四节 伦敦保险协会航空货物与邮递货物保险条款	180
第五节 国际货物运输保险统一实体法的发展趋势	184
第七章 国际贸易支付统一实体法	188
第一节 国际贸易支付工具	188
第二节 汇付与托收	199
第三节 信用证	208
第四节 国际保理	226
第八章 国际担保统一实体法	231
第一节 1978 年《合同担保统一规则》	231
第二节 1991 年《见索即付担保统一规则》	238
第三节 1993 年《合同保函统一规则》	245
第四节 1996 年《独立担保和备用信用证公约》	255
第五节 1998 年《国际备用信用证惯例》	262
第九章 国际电子商务统一实体法	271
第一节 概述	271
第二节 国际电子商务统一法	274
第十章 知识产权国际保护统一实体法	286
第一节 知识产权国际保护概述	286
第二节 《保护工业产权巴黎公约》	291
第三节 《保护文学艺术作品伯尔尼公约》	295
第四节 《世界版权公约》	301
第五节 世界贸易组织与贸易有关的知识产权协议	303

第一章 国际统一实体私法概论

第一节 导论

关于中国国际法学科体系中各学科之间的相互关系问题，在中国国际法学界，特别是在从事各国际法学科研究的有关学者之间一直存在着非常激烈的争议，未能取得一种较为明确、统一、科学的认识。

大多数从事国际公法学研究的学者主张国际经济法是国际公法的一部分，而从事国际经济法学研究的学者则认为国际经济法是一个独立的法律部门。国际法学者和国际经济法学者虽然都承认彼此之间的学科独立性，但一部分国际私法学者主张调整民商事关系的实体法，特别是统一实体法，是国际私法的一个重要组成部分，而从事国际经济法研究的大部分学者则认为这一部分法律规范属于国际经济法的范畴。

笔者认为，如果笼统地谈国际统一实体法，则无法具体确定其是公法还是私法的特性，或许可以说它主要是国际经济法的范畴，在国际经济法和国际私法的范围问题上，如果严格按照有关法律规范本身的性质及其调整的社会关系来考察，应该有一个明确的划分。即应该将调整国家政府之间的国际经济关系和调整国家和国际社会为干预、控制和管理国际经济生活而形成的国际经济管理关系的法律规范纳入国际经济法体系；而将调整国际社会平等主体之间的民事流转关系及其他民事关系的法律规范纳入国际私法的范畴。与此相适应形成的统一法为国际统一私法。

所谓国际统一实体私法，指调整平等主体之间的国际民商事法律关系的统一实体法律规范的总和，或者说是调整国际私法关系的统一实体法律规范的总和。^①

由于国际私法中的“私法”涉及的主要是民法和商法，19世纪比利时学者洛伦也将之称为“国际民法”，瑞士学者梅里则更进一步地称之为“国际民商法”，如此一来国际经济法中属于民商法部分的内容，如国际货物买卖、国际服务贸易等，则要归属于国际私法的范畴。

历史上传统的国际法部分，只有国际公法和国际私法，国际经济法作为一门学科出现则是第二次世界大战以后的事了。但关于其是否具有独立的学科属性曾引起了不少的争议。

在调整国际商事活动的法律领域，从19世纪末20世纪初开始，统一实体法的发展出现了第一次高潮，这一时期，重要的国际商事公约有关于海运提单的“海牙规则”，关于航空运输的“华沙公约”以及国际商会编纂的《商业跟单信用证统一惯例》、《国际贸易术语解释通则》等等。第二次世界大战后，重要的国际商事公约或示范法律大量出现，如《联合国海上货物运输公约》、《托收统一规则》、《国际保理通则》、《电子处理资金划拨法律指南》等等。关于这部分国际统一法，一种观点是将之纳入国际私法的范围。另一种观点是认为它构成全新的法律体系或独立的法律部门——国际商法。

从名称上看，商法属于私法，国际商法当然应属于国际私法，但反对者认为将国际商法纳入国际私法基于下述理由是难以成立的：第一，虽然国际私法的对象(国际民商事活动)包容了国际商法的调整对象(国际商事活动)，但两者的调整方法有质的不同。国际私法是采取间接调整的方法，其作用在于指明涉外民商事活

① 黄进. 论国际统一实体法. 中国国际私法与比较法年刊, 1998: 50

动中所适用的实体法；国际商法是实体法，其实体规则、救济方法和救济程序具有自身的特点。第二，国际私法虽然从字面含义上可以说包括了国际商法，但长期以来人们在法律理论和实务中，已经约定俗成地将国际私法看做冲突法或者再加上管辖权规则和司法协助规则。第三，国际私法作为国际法的一个部门法，其渊源形式却体现为国内立法。第四，从历史的角度看，当国际商法表现的是零星、少量的统一公约和惯例时，将其纳入国际私法这一调整国际商事活动的传统法律部门固然是十分自然的事，但是，当国际商法有了较大的发展，本身已成为一个完备的体系时，就应该从学术上确认其独立的法律部门的地位，而不应该再将其放在国际私法学中讨论。

事实上，上述观点主要是误解了国际私法的真实含义，而将国际私法与冲突法等同(如第一、第二个理由)。单就冲突法而言，是无法体现公约或私法性质的，所以它无法被称为国际私法。国际私法除了冲突规范之外，还有大量的国际民法规范，如外国人的法律地位规范等，所以国际私法不仅包括冲突法规范，也包括实体法规范。其渊源形式不仅体现为国内立法，也大量体现于国际统一实体法及国际性的冲突法公约中，如海牙国际私法会议制定的大量公约等等。

其实，反对者的第四个观点早已露了谜底：当国际商法为零星、少量时，将其纳入国际私法是十分自然的；当国际商法进一步发展时，则应成为一个独立的法律体系。由此可以看出，国际商法属于国际私法是毫无疑问的，这是我们所要讨论的归属问题。即使其以后再发展，我们也可以明白它是从哪里发展出来的。况且这不仅仅涉及国际商法问题，国际民法、冲突法、国际民事诉讼等，一俟发展了，也有成为独立学科的可能。但万变不离其宗。

综上所述，国际私法包括直接适用的法、冲突法、国际民商法等；而国际商法又包括国际合同法、国际经济贸易法等等。

第二节 国际统一实体私法与新商人法、直接适用的法

一、新商人法

所谓商人法，通常是指从事国际贸易活动的各国商人在实践中所共同认可并遵守的、统一规范国际贸易活动的某些习惯和规则。

新商人法或现代商人法则是指第二次世界大战结束以后，国际上因不满于国际贸易合同受制于内容彼此相异的各主权国家国内法的状况，而寻求的一种独立适用于日益发展的国际贸易活动，并且能够反映这些活动特征的法律制度。它试图彻底变革传统合同冲突法，创制出一种独立于国内法制之外的、支配当事人双方的国际合同法律制度，以国际贸易惯例、一般法律原则和一般交易条件等形式体现出来。其特征为：

首先，现代商人法是法律；

其次，现代商人法是具有跨国性质的法律；

再次，现代商人法是支配国际贸易关系，特别是国际经济合同关系的具有自律性质的实体法。

现代商人法的渊源有：

国际公法；

国际统一法；

一般法律原则；

国际标准合同及合同标准条款；

贸易惯例等等。

我国在对待现代商人法的态度上，国际私法学界普遍认为，国际惯例是我国国际私法的渊源之一。它包括强制性规范如“国家财产豁免”原则；另一种是只有经过当事人选择才对他们有约

束力的任意性惯例，如“离岸价格”。

1985年3月21日颁布的《中华人民共和国合同法》第5条第3款规定，中华人民共和国法律未做规定的，可以适用国际惯例。1986年4月12日颁布的《中华人民共和国民法通则》第142条第3款规定，中华人民共和国缔结或参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

现代商人法与统一实体法的内涵和外延并不一致，但却很为接近。它们的调整方法和内容存在着共性。具体地说，现代商人法属于国际商法的一个重要组成部分，而且主要涉及的是统一实体法中的那部分，由此又构成统一实体法的重要内容。

二、直接适用的法

如前所述，国际私法是调整国际民商事关系的法律，然而这并不代表国际私法的全部。因为除了统一实体私法，冲突法及国际民事诉讼法关系可以更为广泛，甚至包括国际经济关系，如涉及消费者权益保护法等领域。国际经济实体法也涉及到相应的法律适用问题，涉及到相应的保护程序问题。所以总的来看，科学地界定国际私法的调整对象，将是国际私法面临的一个新的任务。

“直接适用的法”，它的适用是不用冲突规范做中介的。也有一些学者不完全否认它与冲突规范的关系，只是它们的适用界限或空间是由其自身决定的，因而又被称为“自我限定的法”，或“空间上有条件的法”。依据“积极的公共秩序”原则，内国法律的某些规定在涉外民事关系中一定要得到适用而可以不问自己的冲突规范是怎么规定的。由于现代国家加强了对本属私法范畴的社会生活的干预，这种“直接适用的法”也被视为与统一实体私法相“并列”的另一类避开冲突规则，直接调整涉外关系的国际私法规范。

保证外国法中的强制性规定得以适用，也是国际合同法律适用的一项重要原则。如《1973年海牙产品责任法律适用公约》第

9 条, 1980 年《关于合同义务法律适用的罗马公约》第 3 条等^①。

有观点认为,“直接适用的法”已发展成了解决法律冲突的一种新的法律选择方法,它表示国际私法已把自己的领域拓展到了公约领域的冲突范围,并试图也通过冲突规范来承认某些公法的域外效力(直接适用的法主要属于公法的范畴)。

其实,“直接适用的法”与国际统一实体私法的主要区别,并不在于其是公法抑或私法的特性,而主要表现在“直接适用的法”是内国法中的强行规范,而国际统一实体私法则是非内国性质的法律,它往往并不是强行规范。但两者亦有许多相同点,即减省冲突规范的效用。在一定的時候,统一实体私法可以把各国一部分直接适用的法吸纳进去。

第三节 国际统一实体私法的 渊源与范围

一、渊源

国际统一实体私法的渊源,即国际统一实体私法规范所存在和表现的形式。研究国际统一实体法的渊源具有非常重要的意义。一是有利于对之进行系统的归纳,从而为确立其体系做准备;二是可深入比较各种渊源的优劣,有利于选择最好的途径去实现实体法的国际统一;三是从法律渊源可以看出各自的法律效力,以指导具体的适用。

国际统一实体法的渊源非常广泛,包括国际条约、国际惯例、国际组织的文件、国际立法、国际标准合同、合同标准条款、法院判决、公开发表的国际商事仲裁裁决、一般法律原则以及权威

^① 李双元. 市场经济与当代国际私法趋同化问题研究. 武汉: 武汉大学出版社, 1994

法学家的学说等。

从国际私法普遍主义的观点来看，国际公法、私法是同源的，存在着统一的或普遍的规则。但从国际私法冲突法的角度来看，由于连接点的不同，很难达到法律冲突的普遍一致解决。为了解决这一难题，统一实体法体现了自己的作用。

传统的冲突规范存在着问题，它实乃德国萨维尼“本座说”的连接点选择方法，“本座”构成了整个要素。“本座说”追求的是“现实结果的一致”——同一个案件，不论在哪国法院诉讼，都应当只受同一个实体法支配，由此形成了固定不变的、呆板的、僵硬的系属公式，如侵权由侵权行为地法支配等等。

目前，国际上形成了一种“软化处理”的方式，即用灵活开放的系属公式代替僵硬的系属公式，如根据最密切联系原则选择；增加连接点的数量，如侵权方面，侵权发生地、损害地、属人法等均可成为连接点；分割法，将合同的制定、解释、履行、解除等交由不同法律支配。

软化方法虽然克服了僵硬、呆板系属公式的弊端，但同时也使准据法的法律适用更麻烦，矛盾更多，判决还不尽一致，使得冲突法的缺憾渐露水面。

传统国际私法在立法模式上也是存在缺陷的：多在民法典中集中或分散规定一些冲突法条文，整个立法并非是从国际的角度，而是从涉外的角度考虑问题，不尽合理公正。

因此，统一实体私法的出现及其渊源的各种表现便在这种情况下产生了。一些不能通过单个国家国际私法解决的问题，包括证据、程序中的一些实体问题，都需要统一实体私法来解决。

近年来，实体法方面的统一化运动也开展得非常普及，适用国际条约已成为国际私法的一个通用原则。自第二次世界大战以来，统一国际私法的重点已从亲属、继承等领域，逐渐扩大到经贸、侵权行为责任等领域。许多公约中还规定有公共秩序保留条款，以吸引更多国家参加进来。统一的形式也表现得更多种多样。

1. 国际条约(公约、协定、议定书等)

它包括双边的和多边条约,广泛的和地区性的国际条约,开放性、半开放性和非开放性公约等等。其优点是形式稳定,内容固定。缺点是各缔约国可以声明保留。为克服这一状况,国际上也出现了一种“最低标准条约”,只规定有关问题的国际最低标准,以便大家采纳。

2. 国际统一立法

一些国际组织试图在世界或地区范围内以类似国内立法的形式制定出有关国家一致适用的,但却不具有国际条约约束力的“法律”来进行统一化工作。第九届海牙国际私法会议决定采用这一方法,并取名为“示范法”,向特定或非特定国家提出建议,每个国家皆可接受或放弃之。

3. 判例法

判例本身并不能直接实现国际实体法的统一。德国学者 Kropholler 也认为:“就目前判例在法律统一方面的作用而言,它只起着一种补充的作用。”事实上,判例法在统一法的历史上也是有过贡献的。如国际法院成立以来所涉及的国际统一法方面最著名的案例,即 1958 年 11 月 28 日判决的波尔案(BOLL CASE),也就是荷兰诉瑞典案。案情:玛莉·波尔 1945 年 5 月 7 日生,其父大波尔为荷兰人,其母瓦尔为瑞典人,小波尔居住在瑞典。1953 年其母死后,其父大波尔依荷兰民法典的规定成为小波尔的监护人。稍后,荷兰地方法院依波斯特玛太太的请求判由波斯特玛太太取代大波尔成为小波尔的监护人。但瑞典根据其 1924 年的未成年人保护法早将小波尔送到育儿院进行托管教育,波斯特玛太太不服,向瑞典最高行政法院申请撤销这一决定。行政法院驳回之。为支持波斯特玛太太,荷兰政府请求国际法院的支持。

据瑞典与荷兰皆参加的 1902 年海牙未成年人监护公约,对托管和监护做了区分,认为此托管非监护,不受 1902 年监护公约的限制。此外,它们之间又无托管方面的多边、双边条约,故瑞典