

A PRACTICAL COURSE IN INTERNATIONAL BUSINESSLAW

国际商法实用教程

朱胜利 编著

電子工業出版社

1995 · 北京

(京)新登字 055 号

责任编辑:刘文杰

封面设计:朱胜利

国际商法实用教程

GUOJI SHANGFA SHIYONG JIAOCHENG

朱胜利 编著

出版人	电子工业出版社 北京市海淀区万寿路 173 信箱(100036)
发行人	电子工业出版社
经销人	新华书店北京发行所
印刷人	铁道部科学研究院印刷厂
开 本	850×1168mm 1/32
字 数	207 千
印 张	8
版 次	1995 年 1 月第 1 版
印 次	1995 年 1 月第 1 次
印 数	0 001—5 000 册
书 号	ISBN7-5053-2644-9/F·180

定 价 11.50 元

目 录

第一篇 绪论

第一章 法律的本质与特征	1
第一节 法的精神与渊源	2
第二节 法律与其它社会控制力量	7
第三节 中国的立法现状	11
第二章 国际商事法律	13
第一节 国际公法与国际私法	13
第二节 国际公约与协定	15
第三节 国际惯例	16
第三章 西方法律体系	19
第一节 法律体系的基本划分	20
第二节 大陆法系	23
第三节 普通法系	24

第二篇 合同

第四章 合同的本质、类别和形式	28
第一节 合同的概念	28
第二节 合同的分类	29
第三节 合同的效力	33
第五章 合同的订立	35
第一节 协商	35
第二节 要约	36
第三节 要约的终止	39
第四节 接受	43
第五节 接受的生效	45
第六节 对价	46
第六章 合同的效力(一)	47
第一节 错误	48
第二节 欺诈	49
第三节 非欺诈性误导	50

第四节	不正当影响	51
第五节	胁迫	52
第六节	不公正	53
第七章	合同的效力(二)	53
第一节	合同当事人的缔约能力	53
第二节	未成年人、精神异常人和醉酒人	55
第三节	主题事项的合法性	56
第八章	合同的终结	59
第一节	合同的履行	59
第二节	违反条件和先期违约	61
第三节	合同的协议终结	61
第四节	由法律实施造成的合同终结	63
第九章	合同的损害赔偿	64
第一节	补偿性损害赔偿	65
第二节	违约赔偿金和惩罚性损害赔偿	66
第三节	损害赔偿的其它形式	67
第三篇 国际货物买卖		
第十章	国际货物买卖概说	69
第一节	国际货物买卖的概念与特点	69
第二节	国际货物买卖法律的渊源与发展	71
第十一章	国际货物买卖的公约与惯例	75
第一节	联合国国际货物买卖合同公约	75
第二节	联合国国际货物买卖合同公约的主要内容	76
第三节	国际贸易术语解释通则	80
第四节	关税与贸易总协定	87
第十二章	国际货物买卖合同	95
第一节	合同的成立	96
第二节	合同的主要条款	102
第三节	卖方义务与买方义务	103
第四节	合同违约及补救办法	106

第十三章 国际货物运输	110
第一节 国际海上货物运输	111
第二节 国际铁路货物运输	113
第三节 国际货物多式联运	115
第十四章 国际货物运输保险	117
第一节 国际货物运输保险的概念、种类和特点	117
第二节 国际货物运输保险合同	118
第三节 国际货物运输保险的范围和险别	119
第四节 国际货物运输保险当事人的权利和义务	121
第五节 国际货物运输保险的索赔与诉讼	122
第十五章 国际货物买卖的结算与支付	123
第一节 支付工具	123
第二节 支付方式	126
第三节 信用证	127
第四节 信用证的种类	129
第四篇 知识产权	
第十六章 知识产权的概念及其法律范畴	132
第一节 知识产权综览	132
第二节 知识产权和知识产权法的一般特点	135
第三节 有关知识产权的国际公约	137
第十七章 商标	139
第一节 商标和商标的功用	139
第二节 商标权	142
第三节 商标权的取得、续展、转让、使用许可和丧失	143
第四节 商标权的法律保护	149
第十八章 专利和专有技术	151
第一节 专利及专有技术的概念和特征	151
第二节 专利权人的权利和义务	155
第三节 专利权和专有技术的保护	156
第十九章 著作权	161

第一节 著作权的概念及同专利权、商标权的区别	161
第二节 著作权人的权利	164
第三节 著作权的国际保护	166
第四节 计算机软件及集成电路芯片设计的法律保护	168
第五篇 商事组织	
第二十章 商事组织的一般形式	171
第一节 独资经营	171
第二节 合伙	172
第三节 公司	173
第四节 商事组织的其它形式	178
第二十一章 合伙	179
第一节 合伙的创立	179
第二节 合伙人的权利和义务关系	181
第三节 合伙的终止	183
第四节 合资经营企业	183
第二十二章 公司	187
第一节 公司的创立	187
第二节 公司章程	191
第三节 公司的解散与清算	194
第六篇 国际商事仲裁	
第二十三章 国际商事仲裁	198
第一节 仲裁的概念与特点	200
第二节 仲裁协议与仲裁程序	204
第三节 外国仲裁裁决的承认与执行	208
附录	
一、中华人民共和国对外贸易法	212
二、计算机软件保护条例	220
三、计算机软件著作权登记办法	229
四、中国政府与美国政府关于保护知识产权的谅解备忘录	239
主要参考书目	246
作者后记	247

第一篇 绪 论

第一章 法律的本质与特征

尽管人们对于法律的起源还不十分清楚,但有一点已获得人们普遍的认同,即法律作为一种社会规范,或者说社会行为规范,对于社会的存在和发展是必不可少的。没有法律,现代社会甚至连一天也存在不下去。

一些法学家这样定义法律:法律是法院用来判定提交给他们的争议的一系列原则、标准和规则。更有人将法律简言为任何社会将给予支持的行为规则。

广义的法律指由国家制定或认可,并由国家机器担保实行的社会行为规范的总和,也就是整体和抽象意义的法律。狭义的法律,是指不同层次的立法机关制定、批准和发布的法规性文件,即特定的、具体意义上的法律。

法律作为一种社会行为规范,具有概括性的特点。法律的概括性是指法律的对象是抽象的,即一般的人(自然人和法人及其它实体),而不是具体的、特定的人。法律的原则在相同或近似的条件下可以反复适用,而非仅适用一次。

法律作为社会行为规范,即行为模式,分为二种类型,即可以如此行为的模式和不可以如此行为的模式。作为这二种行为模式的对应,有两类法律后果。一是肯定的法律后果,即依据法律,社会对人行行为的合理性作出肯定的判断,并对这种行为加以保护,赞扬或奖励的后果;另一种是否定的法律后果,即依据法律,社会对人行行为的合理性作出否定的判断,并对这种行为以不同方式表达批

评、制止或制裁、惩罚的后果。

第一节 法的精神与渊源

现代法律以规定人的权利和义务作为自己最主要的特征。法律上的权利是由法律说明或赋与的权力及利益之所在;法律上的义务则是指为取得这样的权力与利益而必须履行的职责。法律权利和义务在法律中是相对存在的,无所谓没有利权的义务,也无所谓没有义务的权利。义务是取得权利的代价,利权则是履行义务的必然成果。

从法律形式的角度考察,可将法律作如下的分类:

(一)国际法和国内法

按照法律的主体划分,法律可分为国际法和国内法两大类。

国际法的主体主要是国家,也就是国家之间的法律,主要由国际条约和国际社会公认的惯例构成,用以调整国家之间的关系。

国内法是由一国制定或认可,实施于该国主权所达范围之内法律。在国内法律关系中,主体主要是该国公民及法人,国家作为整体仅在特殊的法律关系中充当主体。

一般说来,根据法律所调整的不同社会关系和在调整社会关系时采用的不同方法,国内法又可以细分为宪法、经济法、民法、婚姻家庭法、劳动法、行政法、刑法、程序法等部门。

(二)根本法和普通法

按照法律的地位、内容和制定程序的不同,法律可分为根本法和普通法。但这种分类一般仅适用于成文宪法制国家。

根本法,即宪法,是一个国家的总章程。它规定国家的政治、经济和社会制度,公民的基本权利和义务以及国家机构的设置等根本问题,具有至高无上的法律地位和法律效力。其制定和修改须经特定的机关和特别的程序。

普通法即除宪法以外的其它法律。它们依据宪法所确立的基

本原则制定,其法律地位和法律效力均在宪法之下,不得与宪法相抵触。其制定和修改一般只需立法机关多数通过。普通法通常只规定社会关系中某一方面的基本问题。

(三)一般法和特别法

按照法律效力的范围不同进行划分,法律可分为一般法与特别法。

对一般人有效或对一般事项有效,在全国范围内有效或在其修改和废除以前的任何时间内均有效的法律,是一般法;仅对特定的人有效,或仅对特定的事项、特定的地域、特定的时间内有效的法律,是特别法。

(四)实体法和程序法

依照法律的功能来划分,法律可分为实体法和程序法。

凡具体规定人们的权利和义务关系的法律为实体法(如刑法、民法等);凡是规定使人们的权利和义务得以实施所需的程序或手续的法律,为程序法(如刑事诉讼法、民事诉讼法等)。

(五)成文法和不成文法

依照法律的创制方式、表达形式进行分类,法律可以分为成文法和不成文法两大类。

成文法指具有法律制定权的国家机关,依照一定的程序以条文形式制定和公布实施的法律。因其由国家所制定,故又称为制定法。在现代国家里,成文法的主导地位愈显突出。

不成文法指由国家认可但却不具条文形式的法律。因其不经过通常的法律制定程序制定,故又称为非制定法或习惯法,即渊源于习惯并由国家认可的法律。未经国家认可、不具法律效力的习惯不是法律。

在实行判例法制度的国家,判例也是由国家司法机关公布认可的法律。但法学家通常将判例法列为与制定法相对称的法律,或将其称为不成文法或习惯法,但这只是特定意义的不成文法或习

惯法。

法律的使命,一要寻求实现公正,二要致力于创造秩序,即法律旨在创立一种公正的社会秩序。如果没有规则、标准或一般原则来指导、规范私人 and 官方行为,没有一种正式的程序来解决争端,而且法院完全漠视其前一天所作的判决,那么,这个国家甚至连最低限度的有序规则性也谈不上。一种真正有效的法律制度还应当同时具备合理的稳定性和合理的可变动性。也就是说,“法律必须是稳定的,但又不可一成不变。”

一种完全不具稳定性的法律制度,只能是一组仅为了对付一时事变而制定的特殊措施,缺乏一致性与连续性。这样,人们在为将来安排交易或制定计划的时候,就会无从确定,昨天的法律在明天是否仍会是法律。法律作为一种行为指南,如果不为人知或无法为人所知,就会成为一句空话。

然而,单单稳定性与确定性并不足以为我们提供一个行之有效的、富有生命力的法律制度。法律也必须服从发展所提出的正当要求。一种法律制度,如果跟不上时代的需要或要求,而死死抱住上个时代的只具有短暂意义的观念不放,那就没有什么可取之处。在一个变幻不定的世界中,如果把法律仅仅视为是一种永恒的工具,就不能有效地发挥其作用。我们必须在运动与静止、保守与变革、经久不变与变化无常这些互相矛盾的力量之间谋求某种和谐。作为一种使松散的社会结构紧紧结合在一起的粘合物,法律必须巧妙地将过去与现在联系起来,同时又不忽视未来的迫切要求。

法律渊源(Sources of Law),指得是那些法律制度之海得以汇集的源流。一些法学家认为,“那些业经制定的法律规则通常得以衍生其约束力的官方的、权威性的文件:宪法、法规、条约、行政命令和条例、司法解释以及法庭规则”构成了法律渊源的主流。

法律渊源又被划分成两大类别,正式渊源和非正式渊源。正式渊源指那些体现在官方法律文件中,以明确的条文形式形成的渊

源;非正式渊源指那些具有法律意义的资料和考虑,而这些资料和考虑尚未在正式法律文件中得到权威性的,或至少是明文的阐述与体现。

当一种正式的法律渊源就某个法律问题提供了一个明确的答案时,在绝大多数情形下,就不需亦不应当再去考虑非正式渊源了。在某些罕见和极端的情况下,亦即适用某种法律正式渊源同正义与公平中的基本要求、强制性要求以及占优势的要求发生冲突的情况下,例外也会成为必要。当一项正式法律文件表现出可能会产生两种注释作法的模棱两可性和不确定性——事实往往如此——的时候,就应当求助非正式渊源,以求获得一种最利于实现理性与正义的解决方法。另外,当正式渊源完全不能为案件的解决提供审判规则时,依赖非正式渊源便理所当然变为强制性的了。

法律正式渊源的第三种也是最主要的形式,就是立法(Legislation)。从立法这一术语在当今所具有的最重要的意义上来看,它应适用于政府机关为创立法律律令而进行的创法活动,这种机关是为此目的而设立的,并且能够在正式法律文件中对这种法律律令作出明确表述。立法机关创立的法律所具有的上述特征,使之区别于习惯法,后者是通过群体或社会成员对它的实际遵守显示其存在的,毋需政府机关的权威性认可(至少在它得到司法判决或立法机关创立的法规正式承认以前是如此)。

法律正式渊源的第二种,是条约与其它经双方或多方同意的协议。条约是国家、民族或其他为国际法所承认的主体所签订的一种协议。如果只有两个国家或其他国际法主体为缔约方,这种条约被称为双边条约;如果涉及到两个以上的缔约方,那么这种条约通常被称为多边条约或公约。为多数国家采纳并用以调整它们相互关系中重要方面的多边条约,在当今的法学著述中有时也被称为国际立法行为。只要我们记住条约缔结程序与普通立法程序之间的基本区别,那么就毋需反对使用这一术语。一个现代国家的典型

立法机关可能会通过少数立法者所不愿通过的法律,而这些法律则对隶属于该立法机关管辖范围的每一个人都具有约束力。而多边条约所设定的规范,通常只对那些在条约上签字或以其他遵守条约的方式来表示同意的国家具有约束力。

法律正式渊源的第三种形式是先例(Precedent)。然而,把先例作为法律正式渊源的,大多数是英美法系国家。在其它一些国家,要么根本不把先例作为法律渊源,要么只把它作为法律非正式渊源的一种形式。大陆法国家占支配地位的理论认为,司法先例不应被视为法律的正式渊源。在这些家中,法规被视为法官必须遵循的主要法律依据。“案件应当根据法律而不应当根据先例来审判”是大陆法国家的法律原则。在大陆法系国家中,如果一位低级法院的法官认为高级法院在一个早期案例中曲解了成文法的规定,他也可以不遵循高级法院的判决,除非某一特定的法律赋予高级法院就某些种类的判决的权威性效力作了特别规定。然而,应当注意的是,法官对待早期判例的这种自由更多地只能从理论上,而不是从实践中得到。法院的判决,尤其是终审法院的判决,所具有的事实上的权威性,具有很高的效力,而且这些判例的重要性会随着重申和重新肯定这些判例中所阐述的原则的判例数量的增多而增加。一系列含有对法律见解作出相同陈述的判例,其效力几乎等同于英美法院的判例的权威性。例如,德国最高法院认为,一位律师如果无视法院官方报告中所发表的判决,那么他本人便应当就所产生的后果对其当事人负责。

除法律的正式渊源之外,尚存有多种形式的法律非正式渊源,亦可成为法院审理案件时的依据,其中包括公共政策(Public policy,亦有称基本政策 Fundamental Policy 的)。公共政策主要指尚未纳入正式法律的政府方针、政策和惯例等内容。其它社会行为标准,如社会或民族的习俗、普遍认同的道德信念、伦理标准和社会倾向,有时也可成为法律的非正式渊源,在一定程度上和一定范围

里起作用。

第二节 法律与其它社会控制力量

虽然在有组织的社会的历史上,法律作为人际关系的调节器曾产生过巨大的决定性的作用,即使在这样的社会,将法律作为唯一的社会控制力量仍是不可能的。除法律之外,还存着在一些能够指导人们行为的其他力量,这些力量是用来补充或部分取代法律手段以实现社会目标的。这些力量有:权力、行政、道德与习惯。在上述四种附加的控制力量之间,人们并不总是能够精确地作出区分的。权力在一定程度上与行政重迭,而道德有时又与习惯溶为一体。同样,要将法律同那些与其竞争的力量从概念上分割开来,并非总是易事。当我们考虑权力与法律之间的关系时,这种困难就变得显而易见了。

一、 法律与权力

权力乃是“这样一种可能性,即处于某种社会关系内的一员能够不顾抵制而实现其个人意志的可能性,而不管这一可能性所依赖的基础是什么。”这种绝对意义的权力,与法律观念形成了对照。法律的基本作用之一乃是约束与限制权力,无论是私人权力还是政府权力。在法律统治的地方,权力的自由行使受到了规则的阻碍,这些规则使掌权者的行为方式受到一定的约束。通过运用颁布旨在指导未来行为标准的方法,法律缩小了特别判决的范围,因为这些判决不遵循任何模式,因而无法预见。

在社会生活的现实中,权力与法律都极少以纯粹的形式出现。如果出现一种完全不受规范限制的社会权力,那么这往往是一种暂时的现象,它表明政府正处于一种极度危机或严重瘫痪的状况。而另一方面,法律通常也不会渗透并调整人类活动的一切方面。在权力与处置权中永远有一些是法律所不能或只能部分渗入的空旷领域。一个政治国家的典型状态,是既非以无限权力的统治、亦非

以严格的规范控制为特点的。

另一方面,由于法律对权力的无限制的行使设定了障碍,并试图维持一定的社会平衡,所以在许多方面都必须将它视为社会生活中的限制力量。

法律为在社会秩序中创造一定程度的稳定而作的努力,在某种程度上给该制度输入了抗动态的隋性,即法律往往落后于时代。法律制度中真正有深远意义的变化通常来自于外界,这些变化是通过采取立法行动来行使政治权力而实现的。这些变化愈深刻,权力在实现这些变化方面的作用则可能愈大。例如,与封建时代彻底决裂的拿破仑法典,如果没有一个强有力的行政官施加压力,是否会被制定成法律,是很值得怀疑的。

二、法律与行政

行政乃是为实现某个政府目的对权力的具体行使。一般来说,国家的纯行政活动并不适于归入法律范畴之中。国家创设行政机关,管理政府财产以及对国家官员发布指示和命令,都不属于法律领域。以法规形式表达的一切,并非都应被视为法令。例如,由国家颁布的一项有关命令建造运河或公路、规定创立大学、救济水灾地区居民或组织一次政府性的科学考察等法规,应被视为一项行政措施,而不应被视为是一项法律措施。仅在行政领域内部起作用,并未对行政管辖领域以外的任何人创设义务或权利的规则,不可能成为法律。这种规则与法律相干甚微,就象一个私人对管理其家务或财产所作的一项指示与法律无关一样。只有对人们在相互关系中进行自由活动的领域划定界线的规则才是法律规范。

在一个复杂的社会中,有许多相互冲突的利益需要调整,公共福利也必须得到保护,以使其免受反社会的破坏性趋向的侵害,因此由政府直接采取行动进行管理,就成为势在必行之事了。

三、法律与道德

一种颇具影响的理论认为,法律与道德的区别存在于这样一

个事实之中,即法律调整人们的外部关系,而道德则支配人们的内心生活和动机。根据这一观点,法律不考虑潜在的动机如何而要求对现行规则与法规进行外部服从,而道德则求助于人的良心。道德规范要求人们根据高尚的意图——首先是根据伦理责任感——而行为,它还要求人们为了善而去追求完美。法律要求人们对它的规则与命令绝对服从,而不论特定的个人是否赞成它们。法律的特征乃是这样一个事实,即它总是以有形的强制手段进行威胁。根据这一观点,道德是自治的(产生于人的内心),而法律是他治的(从外界强加于人的)。

法律通常所关注的是对一个其行动应受法律规范与标准裁判的人的意图如何。例如,在刑法中,证明有犯罪意图(Mens Rea)是惩罚大部分罪行的一个必要条件。刑罚的种类和宽严程度也的确经常取决于促使被告犯罪的动机和意图。故意杀人通常要比大怒之下而犯下的杀人罪受到更为严厉的惩罚。侵权法也很关注人类行为的主观心理动机。陪审团有权对蓄意殴打罪科以惩罚性的损害赔偿费,而在因过失造成伤害的情形下,陪审团则不具有这种权力。在法律的其他领域中,善意的表示可能是承认权利的前提,而不利的后果则与出于纯粹恶意而行使权利有关。在反不公平竞争法中,如果一个人开办一项生意不是为了营利,而是出于私怨,完全而且仅仅是为了使另一个人的生意倒闭,那么该恶毒的动机本身就可能导致侵权之诉。

一般认为,法律与道德应当主要从以下几方面加以区分:

1. 法律规范由国家制定或认可,一般有各种正式的文字记载和表现形式。道德规范出于人们社会生活的日积月累,约定俗成,一般没有特定的表现形式,而是存在于人们的社会意识和人们的信念中。法律不仅通过一定程序制定和颁布,也通过一定的程序修改或废止;道德由人们提倡或反对而决定其兴衰,不通过法律程序或行政命令的办法决定其废立。当然,这并非说国家权力和法律对

际保护。

23. 对科学产权的最初的考虑指什么？

鲁芬尼指出，对科学产权的最初的考虑是在战后给年青人以教育的机会，使其能成为高标准社会需要的人材，并能取得充分的报酬，所以，他们的发现应象发明和艺术一样给予保护。科学产权和发明、艺术权没有什么本质区别。在立法和保护上应该给予完全和充分的注意，在理论上应有所发展。应该说鲁芬尼计划给科学产权以清晰的说明，并对此作出一份有价值的文件。

24. 科学工作者奖金或报酬的性质是什么？

保护科学产权，给科学工作者以相应的奖金或报酬是非常重要的。在最初，有人建议这种奖金从由于使用这种发现而受益的工厂企业提供的和建立的基金或基金会中提供。这是一种一次性奖励制度。鲁芬尼反对这种报酬制度。他认为这种制度只是在该科学发现与工厂企业无直接关系，或受益是非直接的情况才是合理的。科学发现应比照发明和艺术权给以报酬。在国际保护方面应比照工业产权公约和版权公约给科学产权以保护。按照鲁芬尼的想法，科学产权是介于工业产权和艺术版权之间的一种知识产权，应单独立法予以保护。

25. 什么是鲁芬尼计划的一般原则？

关于鲁芬尼计划，法学界和国联的一些委员会提出许多疑问。为澄清这些问题，鲁芬尼向国联提交了科学产权计划的主要的指导性原则：

(1) 科学发现者应得到物质利益。不应把科学发现视为自然财富。如无线电、放射性物质都是能够改变我们生活进程的重要发现。他们的权利应象工业产权一样得到保护；

(2) 不应要求科学发现者去应用和实践其本人的科学发现，也不应剥夺其研究成果。他的科学发现在一定的期间内有工厂或企业申请应用其成果，发现者应获得相应的使用费；

(3) 应取消科学发现与科学发明的区别界限；

(4) 知识产品性质的所有区别，不论其是物理的、化学的、生物的或其他科学的，都应取消。这一点是最有争论的；

(5) 不管从手续上或声明上有什么要求，一般来说，都应该象对艺术家和作家一样，承认科学工作者的发现权；

(6) 在四种取得科学发现优先权中，即公开发表、穿孔信封、原则专利和普通专利，科学发现者应有权从中选择最适宜其科学发现的一种；

(7) 科学发现权的持续期限应与文学艺术版权相同，即科学发现者的终身和其死后 50 年。科学工作者在取得其科学发现专利的情况下，在专利过期后，他应继续有权享有科学工作者从工厂企业使用其发现获得使用费的权利；

(8) 有关科学发现优先权、或支付科学工作者使用费的争论，应依各国国内法由法院裁决。不同国家的公民在这方面发生争论，应提交国际仲裁强制裁决。

26. 什么是卡瑞尔方案？

这是与鲁芬尼计划观点不同的另一个有关科学产权的方案，与鲁芬尼计划同时提出。卡瑞尔方案有其理论和实践基础。卡瑞尔教授指出：他的出发点是，科学工作者的发现权利不能视为与文学艺术作品的作者相同，也不可发明者的权利相匹敌。个人创造性与文学艺术作品中内含的统一，