



国际商事合同

INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACT

刘丕峰 冯守尊 宫恩全 杨秀环 编著

[协助法律执业实践的指南]
[解决国际商事纷争的经典]

中国商业出版社

国际商事合同

刘丕峰 冯守尊 编著
宫恩全 杨秀环

中国商业出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商事合同/刘丕峰,冯守尊等编著. —北京:中国商业出版社,2002.7

ISBN 7-5044-4668-8

I. 国… II. ①刘… ②冯… III. 国际贸易—贸易合同 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 049966 号

责任编辑:孙锦萍

中国商业出版社出版发行
(100053 北京广安门内报国寺1号)

新华书店总店北京发行所经销

北京星月印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开 13.75 印张 375 千字

2002 年 8 月出版 2002 年 8 月第 1 次印刷

定价:25.00 元

* * * *

(如有印装质量问题可更换)

《国际商事合同》作者简介

刘丕峰,男,1963年3月生,山东茌平县人,吉林大学研究生毕业,法学硕士。曾执教于山东大学法学院并任山东文瀚律师事务所主任,现任山东舜天律师事务所主任、中华全国律协理事、山东省律协理事、山东省法学会民法、经济法研究会常务理事。曾发表《功利主义与中国近代化》和《论保证责任》等文章多篇,参与编著《宪法学原理》(法律出版社出版)。

冯守尊,男,1973年8月生,山东临沂人,对外经济贸易大学国际经贸学院研究生毕业,经济学硕士,山东舜天律师事务所律师,中国国际贸易学会研究员,山东省法学会民法、经济法研究会会员。自1997年起一直致力于国际贸易法和国际商法的理论研究和律师实务工作,现已发表专业论文20余篇,主要论著有《企业经营对外贸易》(中国经济出版社出版)、《WTO对山东经济的影响和对策》和《国际商法》(对外经济贸易教育出版社出版,该书已被列为我国外贸院校统一使用教材)。

宫恩全,男,1963年5月生,山东高密人,毕业于中国政法大学法律系,法学学士,现任山东省高级人民法院民事审判第四庭副庭长。自1985年7月起从事商事审判工作,注重商事审判实务和法律适用研究,积累了丰富的商事审判经验,曾发表《个人合伙的认定和成立》、《联合合同有关法律问题研究》和《专利权权利利用尽探讨》等论文十余篇。

杨秀环,女,1970年12月生,天津人,毕业于西北政法学院经

济法专业,法学学士。1993年至1997年于济南市涉外律师事务所任专职律师,办理多起国际贸易纠纷案件。自1998年起执教于山东省政法管理干部学院,并任山东舜天律师事务所兼职律师,曾发表《论行政法治原则》和《论行政复议》等10余篇学术论文,并参与编著《中国宪法学》(法律出版社出版)。

前 言

随着我国对外开放的逐步深入,对外贸易和国际投资活动日益频繁,国际商事交往已经成为我国企业融入国际经济大循环的一个不可取代的环节。我国正式加入 WTO,更为我国企业开辟了广阔的国外市场和发展空间。可以预言,我国企业参与国际商事交往必将迎来新的春天。

在各种具体的国际商事业务中,国际商事合同是我国企业或其他经济组织进行业务活动的纽带和桥梁,将在维护我国企业合法权益方面发挥不可替代的作用。由于国际商事合同主要是我国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或个人之间订立的合同,合同当事人的营业地处于不同的国家或地区,因此,当事人在签订国际商事合同时不仅要熟悉本国的法律,而且要了解对方国家的有关法律,还要遵守当事人所在国参加和签订的有关国际条约及国际惯例等。为使当事人在签订国际商事合同时了解有关的法律,掌握签订合同的要领和基本方法,我们编写了本书。

为便于当事人在签订国际商事合同时参考,本书在体例安排上共分两个部分:第一部分总论,从比较法的基础上论述合同的一般特点,让读者了解国际商事合同的特殊性,并介绍了如何进行国际商事谈判。第二部分系统地阐述了通用类型商事合同的主要特征和常见条款并做出了较详细地说明,针对国际商事合同在签订和履行过程中可能出现的某些具体问题,我们务求予以详细探究,以求尽量少出纰漏,减少纠纷,使合同条款趋于完善。在编写过程中,我们采取了理论与实践相结合的方法,翔实地介绍了涉外法律实务的基本知识、基本技能、基本方法,使当事人在签订涉外经济

合同时易于掌握,具有较强的可操作性。

本书由山东舜天律师事务所和山东省高级人民法院多年从事国际商务合同理论研究和实务操作的青年作者共同编著,其具体编写分工如下:冯守尊,第一章、第二章、第三章和第四章;刘丕峰,第六章、第七章、第八章和第十二章;宫恩全,第五章和第十一章;杨秀环,第九章和第十章;最后由刘丕峰统稿。

本书从国际商事合同主要内容出发,以介绍国际商事合同法律实务为主,兼顾国内外的有关立法情况,内容深入浅出、丰富求实,是广大法律工作者为发展外向型经济提供法律服务的指导性用书,也可供企业管理人员在涉外经济活动中做参考。

因编者水平有限,不足之处,敬请专家、学者及法律界同仁给予批评指正,不吝赐教。

编著者

2002年3月

作者简介

----- 刘丕峰 -----

刘丕峰，男，1963年3月生，山东茌平县人，吉林大学研究生毕业，法学硕士。曾执教于山东大学法学院并任山东文瀚律师事务所主任，现任山东舜天律师事务所主任、中华全国律协理事、山东省律协理事、山东省法学会民法、经济法研究会常务理事。曾发表《功利主义与中国近代化》和《论保证责任》等文章多篇，参与编著《宪法学原理》（法律出版社出版）。

----- 冯守尊 -----

冯守尊，男，1973年8月出生，山东临沂人，对外经济贸易大学国际经贸学院研究生毕业，经济学硕士，山东舜天律师事务所律师，中国国际贸易学会研究员，山东省法学会民法、经济法研究会会员。自1997起一直致力于国际贸易法和国际商法的理论研究和律师实务工作，现已发表专业论文20余篇，主要论著有《企业如何经营对外贸易》（中国经济出版社出版）、《WTO对山东经济的影响和对策》和《国际商法》（对外经济贸易教育出版社出版，该书已被列为我国外经贸院校统一使用教材）。

作者简介

—— 宫恩全 ——

宫恩全，男，1963年5月生，山东高密人，毕业于中国政法大学法律系，法学学士，现任山东省高级人民法院民事审判第四庭副庭长。自1985年7月起从事商事审判工作，注重商事审判实务和法律适用研究，积累了丰富的商事审判经验。曾发表《个人合伙的认定和成立》、《联营合同有关法律问题研究》和《专利权利用尽探讨》等论文十余篇。

—— 杨秀环 ——

杨秀环，女，1970年12月生，天津人，毕业于西北政法学院经济法专业，法学学士。1993年至1997年于济南市涉外律师事务所任专职律师，办理多起国际贸易纠纷案件。自1998年起执教于山东省政法管理干部学院，并任山东舜天律师事务所兼职律师。曾发表《论行政法治原则》和《论行政复议》等10余篇学术论文，并参与编著《中国宪法学》（法律出版社出版）。

责任编辑：孙锦萍

封面设计：亚美设计

目 录

前言

第一章 比较合同法	(1)
第一节 比较合同法概述	(1)
第二节 合同的成立	(6)
第三节 合同的履行	(19)
第四节 合同的转让	(28)
第五节 合同的终止	(32)
第二章 国际商事合同的法律适用	(36)
第一节 国际商事合同的准据法	(36)
第二节 准据法的适用范围	(44)
第三章 国际商事合同争议的解决	(47)
第一节 协商与调解	(47)
第二节 国际商事仲裁	(49)
第三节 国际民事诉讼	(57)
第四章 国际商事合同的谈判与起草	(68)
第一节 国际商事合同的谈判	(68)
第二节 国际商事合同的起草	(72)
第三节 谈判中使用的几种商业文件及其法律效力	(79)
第五章 国际货物销售合同	(82)
第一节 国际货物销售合同概述	(82)
第二节 国际货物销售合同的主要条款及其有关法律问题	(86)
第六章 国际商事代理协议	(103)
第一节 国际商事代理协议的主要条款和内容	(103)

第二节	有关国际商事代理的若干法律问题·····	(107)
第七章	国际加工装配合同 ·····	(111)
第一节	国际加工装配合同的主要条款和内容·····	(111)
第二节	国际加工装配合同的管理·····	(114)
第八章	对销贸易合同 ·····	(115)
第一节	补偿贸易合同·····	(115)
第二节	互购贸易合同·····	(122)
第九章	国际租赁合同 ·····	(125)
第一节	国际租赁的性质、特点和分类·····	(125)
第二节	国际租赁的合同文件及其有关法律问题·····	(130)
第十章	国际工程承包合同 ·····	(136)
第一节	国际工程承包合同概述·····	(136)
第二节	国际工程承包合同的主要条款及其有关 法律问题·····	(141)
第三节	保函·····	(149)
第十一章	国际商业贷款协议 ·····	(152)
第一节	中国引入国际商业贷款的若干方式·····	(152)
第二节	国际商业贷款的缔约步骤·····	(154)
第三节	国际商业贷款协议的主要条款和内容·····	(156)
第四节	担保书·····	(163)
第十二章	国际运输合同 ·····	(168)
第一节	提单·····	(168)
第二节	租船合同·····	(179)
第三节	国际航空货物运输合同·····	(193)
第四节	国际铁路货物运输合同·····	(200)

第一章 比较合同法

研究各类合同，首先应从研究合同法着手。研究国际商事合同，由于其具有跨国性，就有必要研究各国的合同法。

比较合同法即是对各国合同法的比较研究。

本章将首先阐述比较合同法对于研究各类国际商事合同的重要意义，然后概要介绍西方国家两大法系（英美法系与大陆法系）以及中国法律在合同法编制方面的异同，最后将着重就合同法的主要内容（包括合同的成立、履行、转让、终止）在两大法系以及中国法之间加以比较研究。

第一节 比较合同法概述

一、比较合同法的意义

一切商事交易的展开，都离不开合同。国际商事交易更是如此。合同本来就是一个法律上的概念。合同必须依照某一特定的法律体系而订立。换言之，合同不能脱离其赖以成立的法律体系而存在。国内商事合同的订立，须受国内合同法的制约。国际商事合同，在理论上，当然也应受到国际合同法的制约。另一方面，频繁大量的国际商事交易本身也要求有一部普遍适用的国际商事合同法，以方便交易，减少法律障碍。

然而，由于国际社会尚无统一的立法机构，因此，到目前为止，还没有为国际社会普遍承认和接受的、统一地适用于各类合同的国际合同法。现在已有少数关于合同法领域个别问题的国际条约或公约，例如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》等等，但它们的适用范围仍然是非常有限的。在统一国际商事合同

法方面，有关国际组织和机构正在为此作出不懈的努力，但前面仍有漫长的路要走。

在这种背景下，国际商事交易以及为此而订立的国际商事合同的法律问题，就变得极为复杂。由于国际商事合同是在不同国家的主体之间订立的，那么，就合同本身而言，在无统一的国际合同法可循的情况下，究竟应受制于什么法律呢？

这是一个古老的问题。对此问题，各国的有关国际私法规则均认为：合同当事人可以选择合同的准据法；若当事人未作选择，则可由法院或仲裁机构根据有关法律冲突规则来确定合同的准据法（详见本书第二章），而法律选择的结果或运用关于合同的法律冲突规则的结果，往往导致了国际商事合同适用于某一特定国家的国内法。

上述国际私法的一般原则，将各国国内的合同法推向了国际领域，并成为我们在研究各类跨国合同时首先应予研究的对象。然而，世界各国的合同法浩如烟海，对此，最为简捷有效的研究方法，乃是采用比较法的方式，对各国合同法加以比较研究。

二、各国合同法的编制

1. 西方国家两大法系及其主要特点

在讨论各国合同法的编制之前，应当首先概要介绍一下西方国家的两大法系及其各自的主要特点。

(1) 英美法系

英美法系形成于英国，后扩展到曾经受其殖民统治的国家和地区，包括美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、香港等等。其中以英国法和美国法为代表，故称英美法系。

英美法系以判例法作为法的主要渊源（或称法的主要表现形式）。在英美法系国家，大部分法律原则存在于判例之中。判例法是基础，成文法只是对判例法的补充与修正。然而，近几十年来，英美法系国家的成文法的比重和作用正在不断上升。

英美法国家的法律有普通法(Common Law)与衡平法(Equity Law)之分。普通法是中世纪时期形成的法律制度,它以判例的形式出现,故又称判例法(Case Law)。普通法的最大特点表现为“先例拘束力原则”,即法院在判决中所作出的判决理由对该法院以及下级法院日后处理同类案件均具有法律约束力。衡平法是为弥补普通法之不足而发展起来的法律制度,其特点是按照“公平与正义”的原则作出判决。衡平法优先于普通法。

(2) 大陆法系

大陆法系以法国法和德国法为代表。属于大陆法系的国家和地区还包括其他欧洲大陆国家、拉丁美洲国家、非洲的部分国家以及亚洲的日本和中国台湾。此外,美国的路易斯安纳州和加拿大的魁北克省,亦属大陆法体系。由于这一法系起源于欧洲大陆,故称大陆法系。

大陆法系以成文法作为法的主要渊源,其法律均采用成文化和法典化的形式。大陆法系强调成文法的作用,原则上不承认判例具有与法律同等的效力。大陆法系国家的法律呈现二元结构,即大陆法国家将法律分为公法(Public Law)和私法(Private Law)。公法即是与国家有关的法律,如宪法、刑法、行政法、税法等等,公法的最大特点在于它的强制性。私法则是调整私人之间关系的法律,如民法、商法等等,私法在适用上具有任意性。

2. 西方国家合同法的编制

(1) 英美法系

在英美法国家,合同法是一个独立的法律部门或体系,所有关于合同的法律,都规定在合同法之中。不过,英美法国家的合同法主要由判例构成,它是来自于判例的各种原则、规定和制度的总和,也包括一些成文法。

(2) 大陆法系

在大陆法国家,没有一个独立体系的合同法,有关合同的规定,都包括在民法典、商法典和各种单行法之中。大陆法国家的合同法即是指这些规定的总和。当前,大陆法国家的合同法均以

成文法的形式出现。

3. 中国的合同法

西方市场经济国家没有单独的涉外经济合同立法，其合同法既可适用于纯粹的国内商事合同，也可适用于国际商事合同。

中国曾有两部合同法，即 1981 年颁布的《经济合同法》和 1985 年颁布的《涉外经济合同法》。《经济合同法》适用于国内经济合同，《涉外经济合同法》则适用于涉外经济合同。当时，相当数量的经济合同是贯彻和完成国民经济计划的手段和工具。与之相适应，《经济合同法》在规范国内经济合同关系上，也表现出了较大的强制性，尤其是那些直接依据国家下达的经济指标而订立的合同，对于这些合同双方没有太多的选择余地，否则，政府主管部门可以直接干预合同，甚至可以宣告合同无效。此外，如果订立合同所依据的国家计划被修改或取消，则合同亦可随之予以变更或解除。

随着市场经济的发展，中国于 1999 年 3 月 15 日第 9 届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国合同法》，并于该年 10 月 1 日正式生效实施，同时废止了上述两个合同法。尽管中国《合同法》在诉讼时效等方面仍然存在着国内外商事交易区别对待的问题，但《合同法》毕竟在总体上实现了中国合同法内外统一的结果，为中国市场经济的深入发展提供了务实性的法律保障。

西方国家合同法的基本原则就是契约自由 (Freedom of Contract)。契约自由原则的主要内容包括：(a) 缔结契约的自由：愿不愿意缔结契约，全凭个人意志，谁也不能强迫；(b) 选择相对人的自由：和谁缔结契约，别人都不能勉强，只能由当事人自己选择；(c) 确定契约内容的自由：契约内容如何，完全由双方协商；(d) 采用契约形式的自由：以什么方式订立契约，听凭当事人作主。

尽管在近代西方国家，契约自由已受到一定的限制，但作为一项西方国家合同法的基本原则，它仍然与中国《合同法》存在

着差异。如果把中国《合同法》完全适用于国际商事交易，就如同把西方国家的合同法适用于纯粹的国内经济合同那样，其结果都是不可想像的。

尽管中国《合同法》在推进市场经济发展方面有积极的意义，但我们要看到它仍然带有浓厚的行政干预成分。国际商事交易，显然是不能带有强迫性的。我们不能强迫外商订约，也不能把合同条款强加于外商，而只能在完全自愿和协商的基础上达成协议。合同一经成立，就必须按合同办事，而不得再以国家计划和行政措施的变更为理由，随意修改或取消合同。此外，关于损害赔偿的方式、合同争议的处理办法以及合同的效力确定等等，中国《合同法》的有关规定与国际商事交易的习惯做法也是不相适应的。

涉外经济合同的“涉外”是指合同的主体涉外，即合同一方当事人来自国外。由于香港、澳门和台湾地区目前所处的特殊地位，中国大陆的公司与这些地区的公司、厂商之间订立的合同，亦视为涉外经济合同。根据中国《合同法》第127条的规定，在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同适用中国法律，它实际仅仅排除了当事人对上述三种合同准据法的选择。因此，中国《合同法》将在国际商事交易中得到越来越多的应用。

基于上述原因，笔者认为：有必要参照国际经济贸易中普遍承认的原则和国际惯例，在未来中国《合同法实施细则》中单独制定适用涉外经济合同的部分，用以调整涉外经济合同关系。

三、比较合同法的范围

比较合同法将在以下范围内展开：

1. 合同的成立；
2. 合同的履行；
3. 合同的转让；
4. 合同的终止。

第二节 合同的成立

一、要约与承诺

双方当事人意思表示的一致，是合同有效成立的基础。而意思表示的一致，主要体现为一方的要约无条件地为对方所承诺。

(一) 要约 (offer)

1. 要约的概念

要约即是一方向对方提出的订立合同的提议 (A proposal to enter into contract)。在此，发出要约的一方为要约人 (offeror)，接受要约的一方为受要约人 (offeree)。

2. 要约的表达方式

要约既可用口头方式表达，也可以书面（包括信函、电报、电传等）方式表达。要约的表达既可以是明示的，即直接使用“要约”一词，也可以是默示的，即尽管未直接使用“要约”一词，但主要交易条件具体明确。

3. 要约的内容要求

要约是要约人以直接订立合同为目的的意思表示。因此，要约的内容必须相对明确，并包含合同的主要条款。一旦对方承诺之后，即可构成一项可供执行的合同。

4. 要约与要约邀请

要约的直接目的是建立合同关系，而要约邀请 (invitation for offer) 则是为了诱使他人向自己发出要约，因而，它只是缔结合同的预备步骤。例如，为推销产品而向潜在的客户寄送产品目录和价目表，在工程招标中向潜在的投标人发出投标通知等等，均属要约邀请。至于普通的商业广告，由于通常不含有明确的交易条件，仅带有商业宣传的色彩，因而，在法律性质上一般也被视为要约邀请。不过，如果广告所使用的措词明确，内容具体，则也有可能被认定为是一项要约。