



商务纠纷的预防及解决

主编 唐广良 程 辉

*

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

新华书店经销 山东日照印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 13.5 印张 320 千字

1996 年 9 月第 1 版 1996 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—5000

ISBN7-209-01870-0
D·477 定价:15.00 元

《商战法律丛书》编委会

主 任 郭明瑞
副主任 李振瑞 程 辉 房绍坤
编 委 (以姓氏笔划为序)
丁海湖 于 新 王守和 李振瑞
房绍坤 郭明瑞 唐广良 葛玉莹
董炳和 程 辉
策 划 葛玉莹 房绍坤

《商务纠纷的预防及解决》

主 编 唐广良 程 辉
副主编 于 新 王守和 李富兰 赵敏燕
撰稿人 (以姓氏笔划为序)
于 新 王守和 刘剑骅 李富兰
庞惠芳 於向平 房绍坤 赵敏燕
唐广良 董炳和 程 辉 温树斌
樊 静

前 言

社会主义市场经济是法制经济。在大力发展社会主义市场经济的今天,人们的市场经济法制意识正在不断地增强,法律在市场经济中的作用日益为人们所重视。俗语云:“市场即商场,商场如战场”。市场主体进入市场就如同进入战场,必须依靠合法正当的竞争才能获得生存。因而,如何在商战中竞争搏杀,以博取丰厚的利润,就成为关系到市场主体生死存亡的重大问题。市场主体要想取得商战的胜利,必须具备市场经济所要求的政治、经济、社会、法律等各方面的知识和才能,而掌握商战中的有关法律是取得商战胜利的至关重要的工具。只有掌握了商事法律,市场主体才能在商战中利用法律获取合法利益,并充分保护自己的利益。然而,在我国目前的市场竞争中,一些市场主体对市场经济所需要的商事法律还很陌生,不会运用法律从事商务活动,保护自己的利益,解决商务纠纷,这种情况,既不利于建立市场经济法律秩序,也会为市场竞争带来障碍。因此,为使广大的商界人士掌握和了解商事法律,在商战中稳操胜券,维护市场经济法律秩序,我们组织有关方面的专家、学者编写了《商战法律丛书》。

《商战法律丛书》包括《实用商法》、《国际商务法律惯例》、《商务纠纷的预防及解决》、《实用商法辞典》等。本丛书本着实用、准确、通俗易懂的原则,主要论述介绍商务活动中经常遇到的法律问题,为商事问题提供法律解决办法。如果您能通过本丛

目 录

前 言	(1)
第一章 商务纠纷概述	(1)
第一节 什么是商务活动	(1)
第二节 商务纠纷的起因	(9)
第三节 商务纠纷的一般后果	(15)
第二章 国内贸易纠纷	(21)
第一节 国内贸易概述	(21)
第二节 货物买卖纠纷	(26)
第三节 货物运输纠纷	(40)
第四节 保险纠纷	(49)
第五节 代理纠纷	(58)
第三章 国际贸易纠纷	(64)
第一节 国际贸易概述	(64)
第二节 国际货物买卖纠纷	(71)
第三节 国际海上运输纠纷	(82)
第四节 国际海上保险纠纷	(94)
第五节 国际贸易支付纠纷	(108)
第四章 投资纠纷	(125)
第一节 投资概述	(125)
第二节 合营企业纠纷	(133)
第三节 证券投资纠纷	(139)
第四节 融资纠纷	(152)

第五章 技术转让纠纷.....	(165)
第一节 技术转让概述.....	(165)
第二节 专利技术转让纠纷.....	(175)
第三节 未公开信息许可纠纷.....	(201)
第六章 知识产权纠纷.....	(206)
第一节 知识产权概述.....	(206)
第二节 著作权贸易纠纷.....	(220)
第三节 专利侵权纠纷.....	(268)
第四节 商标侵权纠纷.....	(304)
第七章 商务纠纷的解决.....	(326)
第一节 商事仲裁.....	(326)
第二节 商事诉讼.....	(359)
第三节 国际仲裁裁决与外国法院判决的承认和执行	(412)
后 记.....	(422)

第一章 商务纠纷概述

就本书所要解决的问题而言,所谓“商务纠纷”,指的是发生于各种商务活动过程中的法律纠纷。由于本套出版物的总体目标在于帮助读者了解“商战”领域的法律问题,所以本书的概念将不严格拘泥于法律学理论上对有关问题所属领域的界定,而着眼于动态的商务活动;一切以商务活动为核心展开讨论。

第一节 什么是商务活动

一、商与商行为

根据中文《辞海》的解释,“商”的第一个含义恰与本书要讨论的问题是一致的,作两种用法:一是用作动词,指的是“贩卖货物”的行为;二是用作名词,指的是从事货物贩卖的人。但不论用作动词还是名词,均与“贩卖货物”有关。

在英文中,与中文的“商”相对应的词汇不止一个,但现代商务活动中常用的一个词汇,尤其是美国常用的词汇是“Commerce”。与中文的“商”一样,该词汇也有两种基本的用法,即名词与动词。所不同的是,不论用作名词还是用作动词,其含义均指发生于不同国家或不同的人之间的大规模商品交换活动。

由以上解释可以看出,就其字面意义而言,“商”一词仅指与“商品”或者“货物”有关的交易、交换或者买卖,至多还可及于此种活动有关的人。很显然,从我们所处的具体时代来看,如此

看待或解释“商”已经不能适应现代社会的特点了。

随着各国法律与法学理论的不断发展与完善,及其与经济学理论的密切结合,一个新的概念应运而生,这就是“商行为”。所谓商行为,概括地说,就是指以营利为目的,以金钱、劳务或者其他财产作为资本,连续不断地从事的某种行为。在本书中,为了使法学理论上的概念与我们要解决的问题相一致,特将商行为称为“商务活动”。

二、商务活动的特征及方式

(一)商务活动的特征

首先,商务活动是以营利为目的而从事的活动。所谓以营利为目的,系指从事有关活动的人最初开始此种活动时要实现的目标是获取一定的“利润”,至于其活动的最终结果是否营利无关紧要。一般来说,“利润”的获得是以一定的“资本”为基础的。利润即是指有关活动的所得减除投入后的余额。由此可知,商务活动的大前提应当是一定量的“资本”的投入,没有资本的投入,也就无利润可言。

然而,资本与金钱之间并没有必然的联系。从现代商务活动的实践中看,可用作资本的手段种类很多,包括一切可用货币作为价值尺度加以衡量的物、行为甚至是人本身。其中“物”既包括一般的有形物,也包括其价值与形体无关的无形物;而“行为”和“人”则只有在具备了一定条件的前提下方可被视为资本。通常情况下,人本身以及人所从事的行为本身是否可被视为“资本”需从实施有关行为或从事有关活动的出发点及其实现的后果等方面加以综合判断。

在具备了一定量的资本投入这一前提的基础上,只要投入者的目的在于收回这些投入,并尽最大可能使所得大于投入,即可认定其行为是以营利为目的而实施的。反之,如果投入者在投

入相应的物、行为或人力之始并无再收回之意,更没有使所得大于投入的设想,即使其投入再多,亦不能视为具有营利目的。当然,判断任何法律主体的行为是否以营利为目的时,并不能仅依行为者自己提供的证据为准,而应全面考虑其投入之时的各种主观与客观情况。

其次,商务活动是一种长期从事的活动。所谓长期从事的活动,并没有具体的时间标准,意指有关活动的当事人或者其中至少有一人属于长期从事此种活动甚至以此为业者。至于各方当事人参与此活动的时间究竟多长,以及各方当事人还将在多长时间内继续从事此种活动等,均不是关键因素。关键的因素在于:从有关活动本身的性质上看,该活动是否属于可连续不断地进行的,如果是,即使有关的当事人仅从事一次,亦不排除其活动的“商业”性质。

再次,在中国,商务活动还必须是由特殊的法律主体从事的活动。在西方国家,不论是英美法系国家还是欧洲大陆法系国家,商务活动的主体与普通民事主体之间并没有资格上的分界。即使是采行民商分立的私法体系的大陆法系国家,法律亦没有对普通民事法律主体参与商务活动施加任何资格方面的限制。但根据中国现行法律的规定,作为普通民事法律主体之最主要组成部分的自然人并不能成为“商业”活动的有效主体。就自然人而言,只有取得了工商营业执照的“个体工商户”方可在其经营范围内参与有限的商务活动;而商务活动的基本主体则是以营利为目的而设立的企业法人、合伙、其他能够独立承担法律责任的经营实体等。然而近年来,随着经济体制与市场管理体制的改革及政策的放宽,未取得营业执照而从事营利性商品买卖活动及其他营利性活动的普通自然人正在日渐增多。这部分人所从事的活动对人们日常生活及部分生产活动所带来的影响越来越大,再加上证券投资业、服务业等新兴产业的不断发展,自

然人以个人身份参与“商行为”的机会越来越多,如果仍然坚持自然人不是商行为主体的观点,必然会使这部分人所从事的活动无法可依;由于他们的活动而给他人的生产与生活带来的损害亦将无法补救。由此可知,以主体资格为标准认定商务活动的做法已经不能适应现代市场经济发展的要求。

其实,即使中国将来制定单独的商法,采行民商法分立的法律体系,商法也只能是民法的特别法,其仍然必须以民法的一般原则作为立法的基础。因而,如果说商务活动确有主体资格限制之必要,其基本的要求也只能是一自然人成为完全行为能力民事主体的条件。此外,在商务活动的某些领域限制甚至禁止普通自然人参与亦非不可,但并不能依此否定普通自然人的商务活动主体资格。

(二)商务活动的主要形式

作为广义的民事活动的组成部分,商务活动确有其特定的内容及表现形式。基于本书的写作需要,从总体上讲,可将商务活动划分为两大类,即多方商务活动与单方商务活动。所谓多方商务活动,指的是由两个或两个以上商事法律主体共同参与,而且各参与方的行为相互关联的商务活动;单方商务活动指的是由一个单独的商事法律主体完成的商务活动。此种商务活动过程中亦可能涉及到其他法律主体的主动或被动的配合,但其他法律主体的活动与完成该商务活动的法律主体的行为之间无需固定的权利义务联系。在某些情况下,除实施有关商务活动的法律主体外,其他法律主体是在无意识甚至是不情愿的情况下被动地进入相关活动过程的。

在以上基本类别划分的基础上,依据不同的形式划分标准,还可将商务活动划分为其他一些类别。由于《实用商法》一书已作介绍,本书不再重述。涉及到商务活动的具体形式,结合本书各章节要解决的问题,可作如下区分:

1. 货物买卖

通常情况下,货物买卖是指以除金钱、有价证券及争议财产以外的其他动产以及本来属于不动产的一部分,或附着于不动产之上,但在买卖关系达成或至少履行时可与不动产分离并特定化出来的其他财产为标的,以金钱为对价而进行的交易。货物买卖是商务活动的最初形式,也是现代商务活动中最基本、最广泛、最复杂的活动形式。在本书中,货物买卖将被分别放置于国内贸易及国际贸易两章中加以介绍,是本书要解决的核心问题。

2. 投资

这里所说的投资又可称为“直接投资”,指的是金钱、技术、设备或其他财产的所有者将其财产以资本的形式直接投入某一经营活动的行为。广义的投资行为既包括资本投入环节的各种法律活动,也包括资本投入后的经营与管理活动。从法律部门划分的角度而言,投资活动实际涉及投资法与公司法两个法律部门,但因公司法部分已在《实用商法》一书中作比较详细的介绍,本书不再重复。因而,在本书中,对投资问题的讨论将集中于资本投入环节可能遇到的法律问题,尤其是合资问题。

3. 证券发行与交易

证券发行与交易也是一种以营利为目的的商务活动。就证券购买者的行为而言,证券活动本质上也属于投资的一种,即证券投资,属于“间接投资”,但此种活动所涉及的问题与直接投资活动之间有着相当大的差异,因而各国均单独立法予以规范。鉴于《实用商法》一书已对有关证券发行与交易的基本法律制度作过介绍,本书将在“投资纠纷”一章专设一节,对与证券有关的纠纷加以讨论和介绍。

4. 技术与其他知识产权权利的转让

人类社会进入 20 世纪以后,技术与其他知识产权权利的转让已经成为正常的生产与经营活动不可缺少的一部分,进而构

成了国际贸易活动的一个相当重要的组成部分。随着现代社会商品生产过程中智力要素所占比例的不断增加,技术及其他知识产权权利的转让在整体商务活动中所处的位置亦将变得越来越重要。尤其是《关税与贸易总协定》乌拉圭回合多边贸易谈判将知识产权问题纳入贸易体系以后,知识产权保护与技术转让问题已经成为一种必须受世界贸易组织的多边制约机制调整和规范的国际性问题。因而,技术与其他知识产权权利的转让活动也变成了一种非常独特的商务活动。考虑到技术转让及知识产权问题对一般读者而言比较难以掌握,本书将分列两章,对有关问题加以比较详细和深入的介绍。

5. 货物运输

在本书中,货物运输指的是专门从事运输业者利用自己掌握或控制的某种运输工具,将他人的货物从一地运往另一相对较远的地方,并收取一定运输费用的营利性活动。通常情况下,货物运输与货物买卖属于一种整体贸易活动的两个相互衔接的环节。绝大多数货物买卖最终必然都要涉及货物运输,而且只有顺利地完 成货物运输过程,货物买卖的实际意义方可真正得到实现。反过来讲,大多数货物运输又都是作为货物买卖的后续活动而进行的。因而从一定意义上说,货物运输的重要性并不亚于货物买卖。与货物买卖一样,本书亦将分别在国内贸易和国际贸易两章中各自探讨与相应领域的货物买卖相联系的货物运输问题。

6. 保险

从商务活动的角度而言,保险是一种以承担他人可能遇到的风险为代价而获取商业利润的商务活动。依据投保人与承保人之间达成的协议,投保人预先支付一定的金钱即“保险费”给承保人,双方据此约定,当投保人的 人身安全或财产因某种行为的实施或某种事件的发生而受损伤或损害,甚至死亡或灭失时,

承保人将以其自己的财产给投保人或投保利益享受者一定的补偿。由于人身保险的投保人通常与商务活动无直接关系,即投保人的投保行为不属于商行为,因而不论是保险实务中的习惯做法还是各国保险法,均将人身保险与财产保险严格分开处理。本书的写作是围绕作为“商品”的财产问题展开的,因而将不讨论人身保险问题,财产保险也将分列在国内贸易和国际贸易两章,只讨论与货物买卖及货物运输相关的保险。

7. 企业经营

企业经营也称“经商”,其广义泛指一切商务经营活动。在此,企业经营仅指专门以某种特定的活动为常业者所实施的,与其业务的设立、管理、变更、解散等事项有关的各种活动。概括地说,企业经营所涉及的法律问题主要包括三个领域,即投资法、公司法及破产法,此外根据不同的经营方式还可能涉及证券法、信贷法、票据法、保险法等法律部门,属于可能跨越多个法律部门的综合性问题。限于本书的篇幅,不可能对所有问题广加论述,因而不冉单独设立讨论企业经营活动的章节。

8. 代理

所谓代理,指的是某一法律主体以他人的名义,通过自身的行为替他人争取、维护或实现某种利益的活动。根据被代理的活动本身性质的不同,可将代理划分为若干种类。本书只讨论以营利为目的且与各种商务活动相关联的商务代理。在现代商品市场的商务活动中,商务代理早已成为某些领域或某些环节惯用或常用的活动方式。由于代理必须以某种具体的商务关系的存在为前提,其本身不能单独构成一个商务活动领域,因而本书将其作为附带问题加在有关章节中予以讨论。

9. 票据行为

票据是随着以货物买卖为核心的商务活动的发展而逐步发展起来的一种特殊支付手段和流通手段,是由某一法律主体签

发,约定于一定时期内由出票人自己或委托其他人向持票人支付一定数额金钱的付款凭证。由于这种凭证属于无条件付款命令,任何正当的持票人均可于约定时间获得票面所载金钱,因而一旦具备法律规定的形式要求,即可如金钱本身一样进入流通领域,所以又被称为可流通票据或可流通有价证券。票据行为指的是围绕票据的出票、受票、承兑、流通、付款及追索等事项而实施的法律行为。尽管中国已于1995年5月颁布了《中华人民共和国票据法》,但对普通中国人而言,票据至今还是一种非常陌生的东西。从中国市场经济发展的规模与速度上看,在近期内,票据活动还将是有限范围内的商务活动。为此,本书将不单列章节讨论票据问题,只在贸易支付部分附带讨论。另外,票据法方面的基本制度已在《实用商法》一书介绍。

10. 信贷

信贷是“信用贷款”的简称。与票据的发展史相似,信用贷款也是随着一般商品贸易发展的需要而自然地发展起来的一种商务活动,其最初是为辅助及促进商品贸易活动的正常开展而由某些职能商人向其他商人提供的特别服务。当然,此种服务的提供是有偿的,以接受服务者在偿还贷款时按照一定比例增加还款数额为其取得服务的前提条件。提供服务者则以甘冒借款者到期不能还款的风险为代价,赚取还款与贷款之间的差额作为利润。随着社会对这种服务需求量的不断扩大,传统的商业信用已不能适应社会经济发展的要求,于是出现了银行。现代意义的信贷指的就是由商业银行向客户提供的信用贷款服务。

在中国,银行本身的商业化刚刚起步。商业银行的信贷服务还远没有成为普通社会公众及一般职能商人所能经常享受到的社会化服务,而且近期内这一目标也难以变成现实。为此,本书亦不设专章探讨信贷问题,仅在投资纠纷部分作附带介绍。

第二节 商务纠纷的起因

与商务活动的两种基本类型相对应,所谓“商务纠纷”,亦包括两种不同类型的法律争议:一种是指在多方商务活动过程中,发生于有关活动参与者之间的争议。这种争议多以合同为基础,以一方或多方违反合同为基本表现形式,因而可以称为合同纠纷;另一种是指因单方商务活动的进行侵害他人利益而引发的纠纷。在此种纠纷中,争议各方之间在无争议情况下并无任何直接的法律联系,只是因为纠纷的发生才使其在法律上成为同一法律关系的参与者。由于这种纠纷是以一方侵害另一方利益为基本表现形式的争议,因而又称为“侵权纠纷”。与合同纠纷不同的是,侵权纠纷的各方当事人不一定是商务活动的参与者,或者其中受侵害的一方根本不属于商事法律关系的合格主体。而合同纠纷则必须以各方当事人共同参与某一合同关系为前提,而且各参与方还必须具备缔结合同的法律资格,否则法律有可能根本不承认合同本身的法律效力。

尽管具体商务纠纷的起因可能十分复杂,根本无法用列举的方式予以穷尽,但从理论上对其加以归纳,提炼出规律性与实质性的东西并非不可能。

一、合同纠纷产生的主要原因

在本书中,商务合同均指当事人以营利为目的而签订的各种有偿双务合同。在这种合同关系中,各当事方要追求的目标都是以对方认真履行合同为前提而获得预期的经济利益。每一当事方之所以接受合同约定的义务,又都是以享有一定的权利为基础的。由此可以断定,经济利益的追求是商务合同达成与履行的根本动因。正因为如此,各方当事人在履行合同过程中也必然

会随时以已经实现及可能实现的经济利益的多少来安排和调整自己的行为。凡依约履行合同义务有可能导致某一当事人减损其已经取得的利益,或者有可能使其自身的财产受损害时,该当事人极有可能选择停止履行合同,或者按照其自己的意愿自行变更合同。此时,违约就不可避免地发生了。

而对合同的另一方当事人来说,对方的利益或财产损失往往就是其本身利益与财产的增加。即使双方的得失不会完全相对应,其中一方受损或将要受损时,另一方一般不会同时受损,有时还可能会因此而受益。因而,当一方因已受损或将要受损而试图终止或变更合同时,另一方极有可能有着相反的意愿。此时,合同双方当事人即由意思表示一致走向了分歧。合同纠纷也就相应地产生了。

以上分析说明,合同当事人对各自得失平衡的考虑以及由此种考虑引发的经济利益的冲突是导致商务合同各方当事人之间纠纷发生的根本原因,但除此之外,另外一些原因也可能使合同各方当事人在履行合同过程中发生争议,其中主要包括:

(1)各当事方对合同中使用的名词与术语解释的分歧;

(2)合同当事人中的一方或双方对合同内容或相关因素产生误解;

(3)合同当事人本身以外的因素致使其遇到严重障碍,从而使履约成为不可能,而此种外来因素又不属于双方当事人签约时约定的免责事项,也不属于不可抗力事件或其他法定免责事件;

(4)合同当事人中的一方或双方存有恶意,故意实施欺诈或欺骗行为,使合同的履行失去了合法基础;

(5)因双方当事人缔约时谈判地位不平等,致使合同自始即违反公平原则或意思自治原则。合同达成后,原处于劣势的一方地位发生变化,因而对合同提出异议,进而发生纠纷的;

(6)合同的一方当事人已经在前期执行合同过程中获得相当的利益,但根据预测,继续执行合同可能导致已经取得的利益减损甚至丧失,为自身利益考虑而故意违约的。

二、发生侵权纠纷的主要原因

与合同纠纷相比较,侵权纠纷是以纠纷双方之间不存在特定的权利义务关系为特征的。一般说来,在侵权纠纷发生之前,双方当事人之间可能没有任何法律联系,至少就纠纷事项本身而言没有确定的法律联系。就是因为某一法律主体实施的某种行为侵犯了另一方依法受保护的权益,二者之间方产生了以“纠纷”为核心内容的法律关系。

受法律保护的权益的存在很显然是侵权纠纷发生的基本前提条件。而受法律保护的权益又可能包括以下几类:

一是因某种法律事实依法自动赋予某一法律主体的权益,如依人的出生而自动产生的人身权益,通过合法的途径以合法的方式获得某种物之后依法产生的所有权以及以所有权为基础而自动产生的占有权、使用权、收益权和处分权等。

二是因实施了某些特殊行为而依法享有的获得报酬的权益以及获得相应的荣誉与待遇的权益,如向他人提供合法劳务或服务后获得相应报酬的权益,参加某种灾难救助活动甚至因而受损害或伤害后获得相应荣誉与待遇的权益,对社会作出特别贡献后获得相应荣誉与待遇的权益等。

三是就某种法律事实通过一定法律程序后依法取得的权益,如包括专利权、商标权、著作权等在内的知识产权权益,对原属国家或其他法律主体的某些财产如土地、矿藏、建筑设施等在一定时间内享有的占有权、使用权甚至处分权等。

所谓侵权,就是在没有受法律保护的合法理由的前提下,实施本来属于他人权限范围内的某种行为或者阻碍他人实施某种

合法行为,并致使他人因而受损失或损害的各种情况。由于受法律保护的合法权利可谓不胜枚举,侵权的形式与具体事实也无法一一列出,但显而易见的是,并非所有侵权均与以营利为目的的商务活动有关。这就意味着,本书不可能,也没必要讨论一切领域内发生的一切形式的侵权纠纷。基于“商务性”这一写作基础的限定,本书所要讨论的侵权纠纷应具备如下特征:

(1)由于侵权纠纷的发生是以侵权人实施的某种行为作为法律关系成立的直接原因,且以侵权人最终承担某种法律责任为此种法律关系清结的唯一手段的特殊纠纷,所以本书要讨论的侵权纠纷需以侵权人行为的“营利性”为前提,即只有某一法律主体为营利目的而实施的行为侵犯他人权利从而发生的法律纠纷才是本书要讨论的对象。其他侵权纠纷在此不予涉及。

(2)既然是侵权纠纷,也必须以具备普通侵权的所有构成要件为此种纠纷成立的前提条件。具体地说就是:第一,行为人首先要有主观过错,即其实施有关行为时存在主观上的故意或过失;第二,行为人确实已经实施了受权利人指控的行为。虽已做好准备但尚未实施的行为不可能构成侵权;第三,权利人已经或者必然将会受到损失或损害。损失或损害无需已经成为现实。如果根据权利人所处的具体环境及有关的各种情况分析,权利人的权利于将来的某一时刻必然会受到损失或损害,亦可在实际的损害发生之前对行为人提出指控;第四,行为人的行为与权利人的实际损害或者预期损害之间具有因果关系。此四项条件是构成民事侵权的基本要件,缺一不可。

(3)商务侵权纠纷既然以侵权人的营利性行为为前提,其争议焦点也必然突出地体现在财产或者其他可以金钱表示的价值上。实质上,以侵权为起因的商务纠纷就是某一份受法律保护的财产或金钱利益究竟应归谁所有和支配的纠纷,也是商务活动的优势属于谁的纠纷。