

全国高等教育自学考试



国际商法

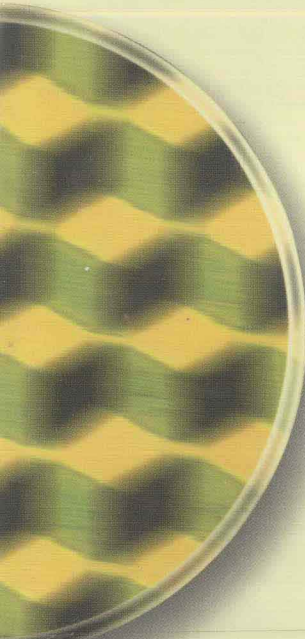
自学辅导与同步练习

(2002 年版)

上册

全国高等教育自学考试指导委员会组编

朱如钢 王为农 袁继红 编著



民出版社

全国高等教育自学考试

《国际商法》

自学辅导与同步练习

上册

(2002 年版)

全国高等教育自学考试指导委员会组编

朱如钢 王为农 袁继红 编著

浙江人民出版社

出版前言

为了完善高等教育自学考试教育形式,促进高等教育自学考试的发展,我们组织编写了全国高等教育自学考试自学辅导书。

自学辅导书以全国考委公布的课程自学考试大纲为依据,以全国统编自考教材为蓝本,旨在帮助自学者达到学习目标,顺利通过国家考试。

自学辅导书是高等教育自学考试教育媒体的重要组成部分,我们将根据专业的开考情况和考生的实际需要,陆续组织编写出版文字、音像等多种自学媒体,由此构成与大纲、教材相配套的、完整的自学媒体系统。

全国高等教育自学考试指导委员会

1999年10月

目 录

第一章 导 论	1
第一节 国际商法的概念和渊源	1
第二节 大陆法系和英美法系	3
第二章 合同法	8
第一节 合同法概述	8
第二节 合同的订立	9
第三节 合同的履行	29
第四节 合同的消灭	42
第三章 货物买卖法	50
第一节 有关货物买卖的国内立法、国际条约 与国际贸易惯例	50
第二节 国际贸易术语	53
第三节 国际货物买卖合同的成立	58
第四节 卖方和买方的义务	61
第五节 对违反买卖合同的补救办法	68
第六节 货物所有权与风险的转移	74
第四章 产品责任法	80
第一节 美国的产品责任法	81
第二节 欧洲各国的产品责任法	85
第三节 关于产品责任的法律适用公约	88
第五章 代理法	89
第一节 代理法概述	89

第二节	本人与代理人之间的关系	93
第三节	本人及代理人同第三人的关系	94
第四节	我国的代理法与外贸代理制	96
第六章	商事组织法	97
第一节	合伙	97
第二节	公司	102
第七章	票据法	117
第一节	票据的概念及法律特征	117
第二节	汇票	121
第三节	本票和支票	132
第四节	联合国国际汇票和国际本票公约	134
第八章	国际海上、铁路、航空货物运输法	139
第一节	海上货物运输法	139
第二节	铁路货物运输法	159
第三节	航空货物运输法	160
第九章	海上保险法	163
第一节	海上保险合同	163
第二节	海上保险的标的	166
第三节	保险利益	166
第四节	陈述、披露与担保	168
第五节	保险价值	169
第六节	承保的危险和损失	170
第七节	委付和代位权	171
第十章	国际经济贸易仲裁	173
第一节	国际经济贸易仲裁概述	173
第二节	我国国际经济贸易仲裁机构及其仲裁规则	174
第三节	外国及国际性的仲裁机构和仲裁规则	176
第四节	仲裁协议	177

第五节 仲裁裁决的执行.....	180
后记.....	184

第一章 导 论

第一节 国际商法的概念和渊源

一、国际商法的概念

欲了解国际商法的概念,有必要通过分解的方法来明了。所谓“国际”意即跨越国境;所谓“商法”,就是调整商人的商事行为的法律。商人的活动与普通人的活动有很大的区别。一个自然人偶尔从事一些营利活动,如有的人将他的手表通过转卖营利,尽管他的买卖活动的结果会有所赢利,但由于他的营利活动不是长期的和职业的,因此,不能称他为商人。商人的活动必须是长期的和职业的。同时,商人活动(在法律上称为商事行为)的营利性使它比普通的民事活动更注重效率、快捷和安全。由于商人活动的不同于民事活动的特点,资本主义各国对商人的商事活动,在普通的民事法律之外制定了专门的法律予以调整,并由此形成了商法。那么,商法是如何来调整商人的商事行为的呢?大致来说主要通过两个方面:第一方面首先规定,哪些人可以成为商人,为此,各国制定了各种规范商事主体成立、变更和消灭的法律规范,主要包括公司法、合伙企业法、独资企业法和破产法等;第二个方面是对商人的商事行为进行规范,如对商人的支付行为制定了票据法,对商人的运输行为制定了海商法,对商人的买卖行为制定了买卖法等。但一国商法按照法律的国内性,它只能在一国生效而不具有涉外的效力。因此

在面临跨越国境的商事交易的情况下,有必要在国家之间通过制定一些共同的规则来进行调整,这些规则就是国际公约和国际惯例。国际商法就是由这些国际条约和国际惯例组成的用以调整商事组织和商事行为的规范的总称。

二、国际商法的历史发展

国际商法的发展在欧洲大陆国家(即大陆法系国家)主要包括三个阶段:第一个阶段是中世纪的商人习惯法阶段。这一阶段商法的特点是:(1)跨国性和统一性,而不是任何一个国家的国内法;(2)法律的适用由商人自己来执掌;(3)程序较为简易、迅速;(4)强调按公平合理的原则来处理案件。第二个阶段是商法国内化阶段。在该阶段,由于主权国家的出现,各国均通过立法将商法纳入各自的国内法。因此,各国相继颁布了自己的商法典,其中以《法国商法典》和《德国商法典》最为有名。英国的商法也由法官曼斯菲尔特将其纳入到普通法中并成为普通法的一部分。但商法国内化的结果使原来统一的商法分裂为各国的商法,妨碍了国际商事活动的发展。第三个阶段是商法重新趋向统一的阶段。该阶段发生于20世纪初,目前仍然在进行中。在该阶段,由于一些政府间国际组织和民间组织的努力,通过了许多国际条约和惯例,如联合国国际货物买卖合同公约、跟单信用证统一规则等。相信在不远的将来,各国的商法将会逐渐得到统一。

三、国际商法的渊源

所谓法律渊源是指法律的表现形式。它解决的是法官以何作为其判决的依据的问题。对于国际商事案件,一般来说,由于各国法律规定不一致,因此,解决各国法律的不统一问题势所必然。这些法律冲突应通过国际和国内两个途径来解决。国内途径主要是通过制定各国的国际私法来解决。国际途径主要有二:(一)国际条

约。包括两个方面的国际公约,第一,是对某个法律问题制定统一的公约,第二,是对各国的法律冲突制定一个统一的适用法律的条约。(二)国际贸易惯例。是指在长期的商事活动中形成的商业习惯。在过去,商事习惯是不成文的,这不利于把握其内容,现在许多的国际商事习惯已通过一些民间的国际机构而予以成文化。但即使如此,也不能说国际贸易惯例具有与法律或国际条约相同的约束力,因为商事习惯毕竟不是国家的法律,它没有国家的强制力,它只有在当事人采用时才对当事人有约束力。如果当事人的约定与国际惯例不一致时,应以当事人的约定为准。

第二节 大陆法系和英美法系

西方资本主义国家的法律制度,如果按其法律传统来分,可以分为大陆法系和英美法系,大陆法系以德国法和法国法为代表,英美法系则以英国法和美国法为代表。两者相比较,主要有以下几个区别:(1)大陆法是法典法,而英美法则主要是判例法;(2)大陆法受罗马法影响较深,而英美法则受自己的历史传统的影响较深。下面分别对两大法系的主要内容予以介绍。

一、大陆法的结构、渊源及其特点

(一) 大陆法的结构

大陆法主要由以德国、法国为首的欧洲大陆国家及其殖民地国家组成。大陆法的结构主要有以下几点:

1. 大陆法国家往往将法律分为公法和私法。公法是指调整国家与个人之间统治与管理关系的法律,如宪法、行政法、刑法、诉讼法、国际法。私法是调整平等主体之间关系的法律,包括民法和商法。

2. 大陆法各国都主张法典编纂,形成了如民法典、商法典、刑

法典、民事诉讼法典等。不过,对于私法的立法体例,大陆法各国略有区别。有的国家采取民商分立的立法体例,即分别制定民法和商法,如德国、法国;有的国家采取民商合一的体例,如意大利、瑞士。

(二) 大陆法的渊源

大陆法的渊源有以下几种:

1. 法律。即有权制定法律的机关颁布的各种法律文件,包括宪法、法律(指立法机关颁布的法律文件)和条例(由行政机关制定的成文法)。

2. 习惯。即人们在长期的生活中形成的并在内心认可其强制力的惯行。但习惯只有补充法律的作用,它只有在法律没有规定的情况下才予以适用。

3. 判例。严格来说,判例并不是法律的渊源,因为判例只是适用法律的结果,而不是法律本身。但如果判例经常被使用,则会成为习惯而具有补充法律渊源的作用。有的国家如德国法认为,德国联邦宪法法院的判决在联邦公报上发表后即具有约束力。

4. 学理。学理是指法学家的学说。一般来说,学理仅是学者个人的见解,它在学习法律、解释法律的过程中起到一定的作用,但它不是法律的渊源。不过,在法律和习惯都没有规定的情况下,权威学者的学说在法律的适用中起到很大的作用。

(三) 大陆法各国的法院组织

大陆法各国的法院组织大致可分为普通法院和专门法院。普通法院往往分三级,即第一审法院、上诉法院和最高法院,主要受理民事、刑事案件。专门法院在各国的设置则略有不同,大致有商事法院、亲属法院、劳动法院、海事法院、行政法院等。

二、普通法的结构、渊源及其特点

普通法形成于英国,后扩展到美国及英国的殖民地国家和地区,但以英国和美国的法律为主。英美两国尽管都属于英美法系,

都以判例法为主要的渊源,且均把法律分为普通法和衡平法,但由于英美两国的政体和国家的结构形式不同,因此形成了各自的一些特点。

(一) 英国法

1. 英国法的结构及其特点。

英国法的特点是将法律分为普通法和衡平法,而不是公法和私法。普通法并不是普普通通的法律之意,而是来自于英语的 Common Law,字面意义为一般法。但其真实的意思与此却大不相同。该法的产生与英国的令状制度有关。在早期的英国,如果当事人要获得民事的救济,必须向法官按令状申请保护。在令状中往往对诉讼的程序、证据及当事人的请求等进行了详细的规定。当然,不同案件的令状是不同的。如果一个案件没有按照令状的要求来提起诉讼,则即使它在道义上是应当获得支持的,但在法律上也难以得到保护。由此也可以看到,英国法律是非常注重程序的。英国法中有一项原则即“程序先于救济”,意思是说,如果一个案件,即使在实体上你是站得住脚的,但如果你申请的令状是错的,或者你没有按令状要求的程序进行起诉,你这个案子也不会胜诉。这些根据令状制度而形成的判例称为普通法。但这种做法只是在开始时是可以接受的。因为开始时案件的种类较少,现有的令状数量足以应付各种案件。随着新的案件的不增多,现有的令状不足以应付越来越多的新的案件。于是,后来国王下令说,以后如果有新的案件,不必按令状来提起诉讼,而只须由枢密大臣按公平和正义原则(即衡平原则)进行裁判。枢密大臣按公平和正义原则而形成的判例就构成衡平法。由此形成衡平法和普通法两分的格局。但自1875年英国法院制度改革以后,取消了衡平法院和普通法院的划分,此后,衡平法和普通法在同一个法院得到适用。

2. 英国的法院组织。

英国的法院组织分为高级法院与低级法院。高级法院称为高

等法院。1972 年改组后,高等法院分为三部分,即高级法院、王冠法院和上诉法院。其中高级法院又分为三个庭,即王庭法庭、枢密大臣法庭和亲属法庭。在王庭法庭内设有海事法庭和商事法庭;在枢密大臣法庭内设有公司法庭与破产法庭。王冠法院成立于1971年,负责审理有关刑事方面的案件。上诉法院是高等法院内部的第二级审判机关。对于上诉法院的判决不服的,在例外情况下,可以向上议院的上诉委员会上诉。低级法院包括郡法院和治安法院,前者负责审理民事案件,后者负责审理轻微的刑事案件。

3. 英国法的渊源。

英国法的渊源有:

(1) 判例法。判例法是由高等法院的法官以判决形式发展起来的法律规则。判例法的一个主要特点是,法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循,即对作出判例的法院本身和下级法院日后处理同类案件均具有约束力。这就是19 世纪在英国确立起来的“先例拘束力原则”。这一原则包括以下三个内容:①上议院的判决具有约束力的先例,对全国各级审判机关都有约束力,一切审判机关都必须遵循。但上议院可不受它作出的判决的约束。②上诉法院的判决可构成对下级法院有约束力的先例,而对上诉法院本身也有约束力。③高级法院的每一个庭的判决对一切低级法院有约束力,对高等法院的其他各庭以及对王冠法院也有很大的说明力。

(2) 成文法。主要是指由国会和行政机关制定的法律。但由于英国是一个判例法国家,因此,即使是成文法,也必须通过判例才能纳入到英国的法律制度中去。

(3) 习惯。习惯在英国法中的地位很小。根据一项1265 年的法律,只有那些在1189 年已经存在的习惯,才有约束力。

(二) 美国法

1. 美国法的结构。

美国是一个联邦制的国家,在美国的法律结构中既有联邦法,

也有州法。按美国宪法的规定,美国法律的基础在各州,而不在联邦。联邦的立法权范围包括银行、工业、国际贸易、州际贸易、专利权、税收等事宜。其他的立法权如合同法、财产法和侵权法等都属于各州。

2. 美国的法院组织。

美国的法院分联邦法院和州法院两套系统。联邦法院有地区法院(全国有94所)、上诉法院(全国有13所)、联邦最高法院。美国联邦最高法院的一项重要权力是对法律是否符合宪法行使监督权。此外在联邦一级尚有一些专门的法院如税收法院、国家赔偿法院。州法院一般都由两级法院构成,即第一审法院和上诉审法院。第一审法院主要包括有限管辖法院(相当于英国的低级法院)和普通管辖法院,而上诉审法院则包括州的上诉法院和最高法院。

3. 美国法的渊源。

美国法的渊源主要有以下几部分组成:

(1) 判例法。在判例法方面。英国的“先例拘束力”原则在美国也适用。它主要体现在:①在州法方面,州的下级法院须受其上级法院判例的约束,特别是受州最高法院判例的约束;②在联邦法方面,须受联邦法院判例的约束,特别是受联邦最高法院的判例的约束;③联邦法院在审理涉及联邦法的案件时,须受其上级法院判例的约束;而在审理涉及州法的案件时,则须受州法院的判例的约束,但以不违反联邦法为原则;④联邦和州的最高法院不受它们以前确立的先例的约束,它们可以推翻过去的先例,并确立新的原则。由于美国的各州判例数量非常大,为了克服各州判例的不正确性和有矛盾的地方,在一些民间的法学团体的倡议和努力下,美国目前已形成了许多有关判例的汇编,称为《法律重述》,现已出版的包括合同法、代理法、侵权行为法在内的19卷的法律重述,对美国判例法的体系化作出了很大的贡献。

(2) 成文法。即联邦和州的成文法。

第二章 合同法

第一节 合同法概述

一、合同的概念

按照我国《民法通则》的规定,合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。根据该定义,合同有以下几个方面的特征:

第一,合同是双方的法律行为。合同的当事人一般为两方。在特殊情况下,合同的当事人可以有三方当事人,如利益第三人的合同。但以两方当事人的合同为多数。

第二,合同的目的是为了引起某种民事法律后果。这种法律后果或是在当事人间产生某种权利义务关系,或是变更某种权利义务关系,或是消灭某种权利义务关系。反之,如果是一个社交协议,则不属于合同。

第三,合同是合法的行为,不是违法行为。违法的合同在法律上是无效的,在当事人间没有约束力。

其他国家的合同的定义尽管与我国民法的规定在表面上略有区别,但其实质是一致的。如德国法把合同定义为一种法律行为,法国法把合同定义为一种合意,英美法把合同定义为一种允诺。它们的基本意思是一致的,即合同是双方当事人意思表示一致的产物。如果没有合意,就不存在合同。

二、合同法的立法体例

在西方资本主义各国,对合同的立法,在不同的国家,其立法体例是大不相同的。大陆法各国往往在民法典中对合同进行规定。如法国民法典是在第三卷中对合同进行规定的。德国法则首先在民法典的总则中对法律行为进行规定,然后在债法的债法总则和债法分则中对合同的法律进行规定。但在英美法国家,合同法是判例法,虽然英国和美国也制定了一些成文法,但在具体适用时仍应按照判例法来解释。

我国的合同法在过去是规定于《民法通则》、《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》及其他的单行法规中的,但随着我国新的合同法的颁布,原来三法分立的局面已得到了统一。《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》目前均已失去效力。本书在涉及原有的《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》的有关内容时,一律予以删除。

第二节 合同的订立

合同的订立又称为合同的成立。它主要讨论的是是否存在一个合同的问题,该问题是整个合同法的前提。因为,如果没有合同,就不存在合同的生效与否的问题,也不存在合同的履行问题,更谈不上承担违约责任的问题。那么,在何种情况下,我们才可以说合同成立了呢?简单来讲,只要存在一个合意,我们就说合同成立了。如果我们把合意的形成过程分解开来,我们可以说只有在一项要约经过承诺后,合同才能成立。现分述如下:

一、要约

(一) 要约的定义

简单来讲,要约是一方当事人以订立合同为目的向另一方当事人所作出的意思表示。提出要约的一方为要约人,接受要约的一方为受要约人。要约的构成要件有:

1. 要约必须含有订立合同的意旨。要约的特点在于,它一经承诺,合同即成立。在此,我们应将要约与要约邀请相区别。所谓要约邀请是邀请对方向自己作出要约的意思表示。在日常生活中,有些公司经常向对方公司寄送报价表、价目表、商品目录等,其目的并不是为了在对方收到这些材料后立即向自己作出承诺,而在于希望对方向自己发出要约,然后由自己决定是否予以承诺。这些意思表示就不属于要约,而属于要约邀请。对要约邀请进行承诺,不能使合同成立。而对要约予以承诺,则可使合同成立。

2. 要约的内容必须明确、具体。在法律上讲,一项合同如果其内容不明确,则即使当事人间已达成协议,则合同仍然不能成立。如当事人约定买卖水果 50 公斤,由于水果的范围相当广泛,因此,当事人间实际上并没有形成一个合同。由于要约的内容经过承诺以后将使合同得以成立,因此,合同的明确和具体有赖于要约的明确和具体。那么,怎样才能说合同明确而具体呢?在订立合同时,订立合同的当事人有的具有很高的法律素养,有的并不懂合同法,我们不能要求合同当事人将合同订得面面俱到,对合同的所有内容都进行详细的约定。一般来说,只要合同的内容具备合同的基本条款,我们就说该合同已经明确和具体了,即使此时合同中有许多内容尚未约定。因为没有约定的条款可以通过法律的规定来弥补。如一个买卖合同,我们只要就合同的标的、数量达成协议,即使合同的价格、交货地点及其他内容尚未约定,合同仍然成立。不过,如果当事人明确约定,以某个条款的达成协议作为合同成立的要件

的,则该条款未达成协议前,合同不成立。

3. 要约必须送达受要约人。如果要约的文件在半途丢失,要约不生效。

(二) 要约的拘束力

要约的拘束力包括两方面的含义:一个是指对要约人的拘束力;另一个是指对受要约人的约束力。要约对于受要约人来讲是没有约束力的,而仅使受要约人取得承诺的资格,在理论上称为承诺适格,受要约人并没有必须予以答复的义务。但在有的国家,如日本商法规定,商人对于平日常往来的客户,在其营业范围内,在接到要约时,应即发出承诺与否的通知,如怠于通知则视为承诺。而要约对于要约人的拘束力,则涉及要约人在发出要约以后能否撤销或变更要约内容的问题。对此,各国法律的规定并不相同,大致可分为以下几种:

1. 按英美法的规定,要约原则上对要约人无约束力,要约人在受要约人对要约作出承诺之前,任何时候都可以撤销或更改要约的内容,除非受要约人对该要约的不撤销提供了某种对价或要约采用签字蜡封的形式。所谓对价是指金钱或其他有价值的东西。如要约人在要约中申明,该项要约在10天之内不予撤销,但以受要约人支付10英镑为条件。如果受要约人同意支付10英镑,这10英镑就是受要约人向要约人支付的对价。一旦受要约人支付了这10英镑,要约人就不能撤销或变更该要约。显然,英美法的规定不利于交易的安全,因为受要约人在要约人撤销要约前可能为准备承诺作了一些必要的工作,如向下家询价、订立合同等。要约人的撤销或变更的行为将对受要约人造成很大的不安全性。为此,《美国统一商法典》对此进行了修改,承认在一定条件下的要约不得撤销,即使该要约的相对人没有对要约人提供对价。其条件是:①要约人必须是商人;②要约已规定期限,或者如果没有规定期限,则在合理期限内不予撤销,但无论如何不得超过3个月;③要约须以