

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

国际商事法律

 **eBOOK**
网络资源 非卖品

总 序

80年代初开始,中国人民冲破了长期的自我封闭状态,勇敢地向世界敞开了大门。“走向世界市场”,已成为有战略远见的企业家们的实际行动。随着改革开放的不断深入,我国经济的开放度日益扩大。国际上一般用一国进出口总额占国民生产总值的比重来表示经济开放度,按照这一指标,1995年我国经济开放度已经超过了40%。这就是说,我们不仅消费着约占国民生产总值20%的外国商品,我们还有约占国民生产总值20%以上的产品的实现依赖于世界市场。中国经济已经日益与世界经济融为一体。与此同时,国际贸易、国际融资、引进外资、对外投资等国际商务活动也得到了迅猛发展。

进入90年代以来,国际经济呈现出与80年代初我国改革开放起步阶段时不同的特点。虽然“冷战”结束后的世界并不太平,但是和平和发展已成为当今世界的主题。随着国际分工、国际交换和生产要素国际流动的深入发展,各国的经济日益国际化了。所谓经济国际化实质是市场的自由化和国际化,从一国的角度看,其主要特征:一是市场高度开放,国内市场成为世界市场的一部分,即没有国内市场和国际市场之分,而只有世界市场的国内部分和国外部分之别,国内市场和国际市场实际上合二为一;二是产业的全面开放,无论是第一产业、第二产业还是第三产业,都向世界开放,全面参与国际竞争,关税、配额等保护贸易措施降至最必要的水平,本国产业依靠竞争获得发展、提升的动力;三是投资领域的自由化和国际化,国外资本和国内资本可以在相同的条件下进行投资,外资享受国民待遇,同时本国对外投资增长迅速,引进外资和对外投资渐趋平衡。可见,经济国际化实际上就是本国经济与世界经济体系的高度融合。应该说,随着我国经济开放度的不断扩大,经济国际化发展已是大势所趋。如果说,在80年代我们实施外向型经济发展战略时,议论得最多的是怎样扩大出口、怎样吸引更多的外资,以及怎样保护和发 展民族经济的话,那么,在经济国际化更加发展的今天,我们更应注重市场开放、对外投资和跨国经营,迎接经济国际化的挑战。因此,了解并掌握有关国际商务的新理论、新情况和新知识,就显得特别重要。

什么是国际商务?用最通俗的话说,就是跨国界做生意,在全球范围内开展生产经营活动。要走出国门从事国际商务活动,需要多方面的知识。比如,开展国际贸易,就必须熟悉贸易环境、贸易政策,了解商贸惯例;进行跨国投资,就要懂得融资手段,擅长经营管理,善于规避风险;遇到贸易或投资方面的纠纷,还要能够运用法律手段来维护自己的合法权益。国际商务活动是科学和艺术的结合,因此,商务语言的运用、商务谈判的技巧、营销方式的选择,都是成功的国际商务活动所必须具备的知识。

我们主编的这套《现代国际商务丛书》,就是为了使广大读者特别是企业家,系统掌握有关国际商务活动的知识,以适应我国扩大开放,更广泛、更全面地参与国际竞争的需要。这套由南京大学国际商学院中青年教授撰写的丛书,具有以下鲜明特色:(1)重视国际商务环境的分析,即把国际贸易、国际金融、国际投资以及跨国经营等放在整个世界经济的大背景下分析,使读者能从宏观的视角、从整体上把握国际商务活动的规律。因此,本丛书十分重视理论上的分析和论证,有一定的理论深度。(2)重视对国际商务活动中出现的新情况、新问题的分析和新知识的介绍,如对部门内贸易、公司内贸易现象的分析,对最新营销方式的介绍,等等。(3)重视对国际商务经营实务的介绍,向读者提供实际的操作知识,使本丛书具有较高的实用

价值。另外，在行文上力求简明、通俗，深入浅出。当然，本丛书在多大程度上体现了上述特色，只有让专家学者及广大读者来评判了。

洪银兴 张二震
1996年2月于南京

国际商事法律

前言

本文作为本书的前言，主要介绍和阐述国际商法的基本涵义、性质、内容、形式、本书的结构体系，以及对国际商法产生重大影响的市场经济发达国家，特别是大陆法和英美法两大法系以及中国法制的概况，作为全书的入门指南。

一、何谓国际商法

每一个从事国际商务活动的公司、企业、其他经济组织乃至个人，都会碰到同外国人打交道的法律问题。比如，同一个美国公司在中国境内共同投资举办一个有限责任公司甚至股份有限公司，应符合什么条件，履行哪些手续，机构如何建立，盈亏怎么处理，以及中国关于外国人投资法及公司法的其他诸多问题，中美两国投资者均应了解清楚。而中国公司、企业到其他国家举办独资或合资企业，也须熟悉该国相关的法律。又比如，中国一公司与英国一公司在法国巴黎订立一份国际货物买卖合同，约定在德国汉堡交货，就涉及到合同适用什么样的法律，以什么方式处理当事人之间争议的问题。由于对合同的形式、内容、成立标志等方面，大陆法国家和英美法国家规定差异很大，因而选择适用不同的法律，往往会得出截然相反的结果。掌握国际上主要国家的合同法律制度以及有关合同法的统一规则，以便采取最有利的对策，显得异常重要。而这些内容，均属于国际商法的范畴。

国际商法是调整国际商事组织和商事活动的各种关系的法律规范的总和。为了进一步理解国际商法的涵义，主要把握以下几点：

第一，国际商法的范围在传统商法的基础上已有很大扩展。传统商法无论是法国式的以商行为核心，还是德国式的以商人为核心，无论是大陆法中的成文法为主，还是英美法中的判例法为主，均主要包括公司法、票据法、海商法、保险法和破产法等分支，而且重点调整国内的商务关系。但是，随着科学技术的空前发展，世界空间日益变小，各国之间的商务交往不断增多，形式也多种多样。特别是第二次世界大战以来，国际技术转让、国际许可贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际融资租赁、国际直接投资等各种国际商务活动，令人眼花缭乱。这些活动已超出一国范围，其行为主体已多为跨国公司，仅靠一国传统的商法，已不能有效加以规范，通过一定方式形成统一的国际立法和国际惯例，势在必行。即使国内立法，也必须尽可能吸收和借鉴国际通例，以减少乃至消除该国参与国际间经济贸易活动的障碍，将本国经济融入世界经济循环体系中。国际商法脱胎于市场经济发达国家的传统商法，其内涵和外延又不同于传统商法，而且逐渐发展为国际商务活动中的行为准则，正是反映了当今世界经济发展变化的需要。

第二，国际商法的性质属跨国私法。与私法对应的是公法，而公法和私法的划分始于罗马法。罗马法学家乌尔比安认为“公法是与罗马国家状况有关的法律，私法是与个人利益有关的法律”。罗马法中公法与私法有别的观念对后世尤其是大陆法国家影响很大。国际法中也有国际公法与国际私法两大分支。前者主要调整不同国家之间的关系，如两国间的外交关系、领土毗邻关系等；后者主要调整不同国家的法人和自然人之间的财产与人身非财产关系，如跨国财产继承、跨国婚姻等。由于不同国家法律制度上的差异，导

致对同一问题的法律冲突，如何加以处理，就属于国际私法的范畴。国际商法不主要调整国与国之间的关系，而是处于不同国家的“商人”之间的关系，故属于国际私法范畴，不过其国际一词，实乃跨国之意。国际商法实际上是有关商事主体在跨越国界的商务活动中的法律制度。

第三，国际商法的发展轨迹为国际法——国内法——国际法。其他如国际刑法、国际民法、国际经济法等，在国内法形成之前，没有国际法，即先有国内法，因国际间交往而产生国际法。但是，国际商法则不然。据曾任联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席的英国著名国际商法专家施米托夫教授考察，国际商法经历了三个发展阶段：第一阶段在中世纪，它是以前商人习惯法的形式出现的，即事实上支配那些商业交易所在的文明世界的各港口、集市之间的国际商事界普遍适用的国际习惯法规则。第二阶段在 18 和 19 世纪，国际商人习惯法被纳入欧洲各国的国内法。其中欧洲大陆主要通过制定成文法，英国则主要通过曼斯菲尔德(Mansfield)等大法官的审判实践将商人习惯法融入普通法之中。第三阶段开始于对 19 世纪过分夸大的国家主权采取公正批判态度的时期。世界社会开始重新从国际的角度思考问题，联合国及其他许多国际组织的作用越来越大，跨国公司的活动遍及世界各地，国际主义的观念逐渐觉醒，法学领域中则恢复了国际商法的概念，出现了大量试图摆脱各国国内法的民族色彩带有世界普遍性意义的新的国际商事习惯法。上述三阶段高度概括了国际商法独特的发展轨迹。

第四，国际商法的渊源为国际立法、国际商事惯例以及各国相关立法，尤以前两者为主。

国际立法是国际商法的主要渊源即主要表现形式。国际立法为国际上两个或两个以上的国家就经济、贸易、法律等方面规定相互间权利和义务的规范性文件。通常表现为条约、公约、宪章、盟约、规约、专约、协定、议定书、换文、最后决议书、联合宣言等。分为实体法规则和冲突法规则两类。前者如 1980 年联合国国际货物买卖合同公约、1987 年国际汇票和国际本票公约。后者如 1973 年关于产品责任的法律通用公约等。国际立法通过缔结或参加国立法机关批准后，纳入该国国内法，而且该国所缔结或参加的国际条约与国内相关法律相冲突时，除声明保留者外，有义务优先适用条约的规定。

国际商事惯例是国际商务交往中经过反复使用逐渐形成的，已被各国商事主体普遍接受和采纳的习惯性做法。开始以不成文的“约定俗成”的形式出现，现多为一些国际组织编纂成文，既消除了历史上形成的不同国家和地区间对同一种惯例在解释和适用上的差别，又根据新技术革命带来的国际商事交往方式的变化，进一步修改和完善惯例。1990 年国际商会修订的 1990 年国际贸易术语解释通则、1992 年国际商会修订的 1992 年跟单信用证统一惯例，就是最好的例证。在中国对外经济贸易实践中，也已广泛采用上述两个国际商事惯例。

当然，国际商事惯例不同于国际立法。惯例不是法律，没有普遍性的约束力，但是，当国际商事交易当事人约定采用某种惯例调整和规范相互间的权利和义务时，该惯例对当事人具有法律约束力。

国内立法的效力一般只及于该国主权管辖范围，不能延伸至国外，否则

参见施米托夫：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 4—20 页。

其涵义及区别请参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1981 年版，第 326—327 页。

就有干涉他国内政和主权之嫌，许多国际商法专家如施米托夫也不承认国际商法的国内法渊源。但是，事实上前述国际立法和国际商事惯例不可能规范所有的国际商务关系，各国在对外经济贸易方面也制定了大量法律法规。根据国际私法中的冲突规则，处理国际商事纠纷的准据法往往是一个特定国家的国内法。在此意义上说，国内立法也应是国际商法的一个渊源，我们必须了解和掌握各国尤其是市场经济发达国家的民商法规定。

当代国际商法的范围相当广泛，本书不可能全部涉及。考虑到本书的篇幅和宗旨，拟安排 10 章。除前言外，包括公司法、合同法、买卖法、代理法、反倾销法、票据法、海商法、保险法、破产法和国际商事仲裁。

公司法关系到国际商事主体地位及活动规则，故列为第 1 章。第 2 至第 5 章主要介绍和阐述商事交易的有关法律制度。其中反倾销法本应属国际经济法范畴，因对中国对外贸易影响至深，且也属货物买卖中的新的特殊法律问题，故作专章介绍。而不少国际商法著作中的产品责任法，虽也非常重要，不忍割舍，但考虑到其容量以及和买卖法的内在联系，故作为第 3 章的一部分。第 6 章至第 9 章包括了除公司法外的传统商法的主要内容。海上运输法列入海商法之中，不拟单独列章。第 10 章为国际商事纠纷的通行解决方式，即国际商事仲裁。它虽属于程序法范畴，但考虑到本书体系上的完整性，也作专章介绍，相信对读者了解国际商法的全貌有所裨益。

二、英美法和大陆法揽胜

国际商法发源于欧洲。而欧洲各国的法律制度，由于历史的原因，分为以法国和德国为代表的大陆法系和以英国为代表的普通法系，因北美长期沦为英国的殖民地，强制施行普遍法，美国独立之后又渐渐发展为政治、军事、经济强国，在国际事务中的作用日趋增强，法律制度方面虽承袭普通法，但又自成一体，成为普遍法系又一代表性国家。两大法系虽同为资本主义国家的法律制度，但在许多方面遇然有别。

第一，法律渊源不同。大陆法国家主要采取成文法形式，如法国大革命时期制定的民法典、商法典、刑法典、民事诉讼法典和刑事诉讼法典，凡事以法典为据的观念根深蒂固。英美法国家主要采取判例法形式，传统上没有成文法典。本世纪以来固然也制定了不少成文法典，但远没有起到大陆法国家成文法类似的作用，甚至目前仍以成文法须通过判例加以解释后，才能适用为通例。

第二，法律结构不同。大陆法国家不但制定成文法，而且还将全部法律制度划分为公法和私法，两大法律领域泾渭分明。英美法国家中并无明确的公法和私法划分，而将全部法律制度划分为普通法和衡平法。另外，大陆法国家还依据所调整的社会关系的性质不同，将法律划分为不同的法律部门，如民法、商法、行政法、刑法、诉讼法等。每一个部门多以一部法典为核心，辅以对一些具体、专门问题的细则，构成一个有机的法律体系。而各个法律部门在宪法的统领下，井然有序地调整和规范着该国所有重要的社会关系。英美法国家也没有具体的法律部门，而是采取社会生活需要什么法律就制定什么法律或改变原先判例所确立的原则的实用主义办法，故法律制度的系统性远没有大陆法国家强。

第三，对实体法、程序法的重视程度不同。在英美法国家代表英国的法

律传统上。当事人要想通过诉讼获得救济，须依一定的令状向法院起诉，而不同令状的诉讼程序也不同，且不得相互通用。这样，当事人在实体法上的权利，如对合同违约方请求赔偿经济损失，或股东要求公司分配逾期未分配红利，只能通过一定的诉讼程序才能实现。而英国又是典型的判例法国家，在某种意义上由法官立法，不通过一定的诉讼程序，实体法也无法形成。英美法国家注重程序法也就势所必然，顺理成章了。大陆法则不然，因由成文法直接规定当事人的实体权利义务和诉讼权利义务，实体法并非一定要通过程序法才能实施，更不是由程序法形成。在当事人通过诉讼获得救济时，程序法也只是实体法实施的手段和工具而已。所有这些，都决定对实体法的注重甚于程序法。

第四，受罗马法影响的方式和程度不同。大陆法国家受罗

马法的影响很深，有的国家的法典如 1804 年法国民法典、1900 年德国民法典直接继承了罗马法的传统。英美法国家主要受罗马法的间接影响、其深度和广度也远不如大陆法国家。

1. 大陆法概览

大陆法系又称罗马法系、民法法系、罗马——德意志法系，是以罗马法为基础，以法国民法典和德国民法典为典型的法、德两国法律以及仿此而制定的其他国家法律的统称。大陆法系在 13 世纪形成于西欧，除法、德两国外，其他如意大利、奥地利、卢森堡、比利时、瑞士、荷兰、西班牙、葡萄牙等欧洲大陆国家均属于大陆法系。曾受大陆法国家殖民统治的拉丁美洲、非洲、近东的一些国家，也属于大陆法系，英美法系国家中的个别地区，如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省，也实行大陆法。另外，日本、土耳其等国、国民党统治时期的中国大陆以及目前的台湾省，也引入了大陆法。

大陆法的渊源主要为成文法，包括宪法、法律和行政法规。

此外，还有习惯、判例甚至学理等。只是有的国家如法国、意大利、奥地利认为习惯的作用很小，而德国、瑞士等国认为习惯等同于法律。对于判例，大陆法国家原则上不承认其与法律相同的普遍性约束力。一个判决仅对被判处的案件有效，对日后法院判决同类案件并无约束力。这是大陆法与英美法的一个显著区别。但在有些国家也有例外，如德国规定在联邦公报上发表的宪法法院判决具有法律约束力，瑞士联邦法院关于宣布州法律违宪的判决，阿根廷、哥伦比亚最高法院关于宪法的判决，都具有法律约束力。至于学理，一般不能成为法的渊源。但大陆法国家的学理对法律的制定和实施起着极其重要的作用，罗马法在欧洲的复兴和传播，就是明证。

大陆法各国的法院组织体系基本相同，设有普通法院和专门法院。普通法院一般分为一审法院、上诉法院和最高法院 3 级。

2. 英美法概览

英美法系又称英吉利法系、海洋法系、普通法系，是英国中世纪以来的法律以及仿此制定的美国及其他国家法律的总称。英美法系形成于英国，以后又扩展到美国及其他过去曾受英国殖民统治的国家和地区，如加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、香港等。如前所述，美国独立以后的法律制度逐渐形成了自己的特点，故下面以英美两国为例介绍英美法的主要内容。

英国法主要表现为判例法，没有大陆法国家中系统的、分门别类的成文法，也没有明确的公法与私法划分。但是，英国的普通法和衡平法却各有特色，构成英美法中特有的二元结构。普通法是指在 1066 年诺曼底公爵威廉征服英国后，国王为削弱封建领主势力，加强王权，除发布敕令作为适用于全国的法律外，还设立王室法院，实行巡回审判制度，通过法官有选择地采用各地的习惯法而形成判例，在全国推行所确立的法律制度。因为普通法是以判例形式出现的，所以又称为判例法。衡平法是普通法的对称，产生于 14 世纪，是英国对普通法程序之外的案件，由国王命令枢密大臣不受普通法的约束，按公平与正义原则加以审理和判决，以补充和匡正普通法的不足所形成的法律制度，也表现为判例法。但衡平法的救济方法、诉讼程序甚至法律术语均不同于普通法；审理衡平法案件的法院组织系统，从 14 世纪后半叶到 19 世纪后半叶期间，也与普通法院相互独立，直到 1875 年英国颁布法院组织法，两者才合而为一。

英国法的主要渊源是判例法，并严格遵行 19 世纪上半叶确立起来的“先例拘束力原则”。但并非意味着所有法院的判决均形成先例，也不是所有构成先例的判决的全部内容均具有法律约束力。在判例的构成上，应着重把握下列 3 点：（1）上议院的判决是具有约束力的先例，全国各级审判机关均须遵循，只有上议院本身可不受约束；（2）上诉法院的判决可构成对其自身以及下级法院有约束力的先例；（3）高级法院每一个庭的判决对一切低级法院有约束力。具有约束力的判决分为判决理由和判决词中为解释判决理由所阐述的法律规则两部分，只有前者对同类案件有约束力，后者只有说服力，并非必须遵守。

除判例法外，英国法的另一重要渊源为成文法，包括法律和行政法规。但判例法是基础，成文法只是对判例法的修正或补充，成文法还要通过判例加以解释和重新肯定后，才能起作用。至于习惯，虽在传统上确是英国法的第三个渊源，但作用不大。因为普通法就是在吸收习惯的基础上形成的，普通法之外仍通行的习惯已经不多，只有 1189 年已经存在的习惯才能作为英国法的渊源，具有法律约束力。

英国的法院组织系统比较复杂。有高等法院和低级法院两类。前者包括高级法院、王冠法院和上诉法院 3 种，后者包括郡法院和治安法院两种。另外，上议院在特殊情况下可受理对上诉法院不服以及海外领地和英联邦成员国最高法院判决的上诉案件。

美国法与英国法有许多相同之处，如以判例法为主，也有普通法与衡平法之分等等。但是美国实行联邦制而非英国式的君主立宪制，故在法律结构上与英国差别很大。

美国法律分为联邦法与州法两大部分，根据美国宪法所确定的准则，立法权原则上由各州行使，而联邦只在例外情况下行使立法权。但联邦的法律又高于州的法律，两者发生抵触时应适用联邦法。

美国的法律渊源类似于英国，判例法与成文法之间的关系也与英国相同，只是本世纪 20 年代以来兴起的成文法运动，促使美国成文法的数量急剧增加。另外，为了统一判例法，美国法律协会编纂整理民商法方面的判例法，汇编成册，合成《法律重述》、《法院的重述》以及《州与重述》，虽不是法典，没有法律效力，但对司法机关却有重要的参考价值。

美国也有类似于英国的先例约束力原则，只是自有特色。具体表现在以

下 4 个方面：(1) 在联邦法方面，须受联邦法院尤其是联邦最高法院判例的约束；(2) 在州法方面，上级法院特别是州最高法院的判例对下级法院有约束力；(3) 联邦法院在审理涉及联邦法的案件时，须受其上级联邦法院判例的约束；在审理涉及州法的案件时，则须受相应的州法院不违反联邦法判例的约束；(4) 联邦和州的最高法院不受其先例的约束，以便依据社会经济条件的变化，扬弃过时的判例，确立新的法律原则。

由于美国实行联邦制，因而也设有联邦法院和州法院两个体系。联邦法院又分为地区法院、上诉法院和最高法院 3 级；州法院也分为初审法院和上诉法院两级，上诉法院包括州上诉法院和最高法院。联邦法院仅在美国宪法或国会法律明定范围内才有管辖权，其他案件均由州法院管辖。

3. 两大法系在当代的发展趋势

(1) 大陆法系中判例的作用日益增强。大陆法国家在传统上不承认判例法的渊源，但进入本世纪以来有所变化，有的国家如德国甚至已明确宣布联邦宪法法院的判决对下级法院具有强制性约束力。尽管大陆法国家中判例法的地位和作用迄今仍不能与英美法国家同日而语，但那种只承认成文法而无视判例的历史确已一去不复返了。

(2) 英美法系成文法的数量迅速扩大。美国的情况最为典型。美国早在 1926 年就颁布了法律汇编性质的《美国法典》，并定期修订增补。同时，通过全国统一州法委员会和美国法律协会等团体拟定并向各州推荐示范法，使各州法律趋于统一。如 50 年代拟定的《美国统一商法典》、《美国示范公司法》等，已被实行大陆法的路易斯安那州之外的所有的州所采纳。此外，战后以来，美国还成立了各种各样的委员会，不但被授权制定规章、条例，而且还在法院诉讼程序之外，相对独立地处理案件，并不受先例约束。所有这些，对成文法的发展均产生重要影响。

(3) 两大法系取长补短，逐渐融合。除了前述在法的渊源上两大法系不断靠近外，在法律种类以及具体内容上，不同法系国家之间也尽可能互相吸收对方的科学合理部分。如美国的反垄断法、产品责任法，对大陆法系的法国、德国、日本等影响至深；日本的公司法早期仿效大陆法系的法国和德国，战后又吸收美国示范公司法的大量内容，从而形成混合型的法律制度；而欧洲共同体法，更是对法、德两个大陆法国家的代表和英国这一英美法系国家的代表同样适用。虽然两大法系在近期不可能完全统一，但是不断交互作用，逐渐融合的趋势是不可改变的。中国由于社会性质不同，很难归入两大法系中的哪一个，但在历史上属于大陆法系。在参与国际商事交往的过程中，应充分注意到并有效地利用这一点，做到在对外经贸活动中知己知彼，相机应对，更好地趋利避害。

三、中国法律制度综述

中国固然既非大陆法国家又非英美法国家，其法律制度对国际商法的产生和发展影响甚微。但是，一国参与国际商事活动，离不开本国的法律基础，中国当然也不例外。因此，了解中国法律制度的概貌，很有必要。

1. 中国法律制度的沿革

中国法律制度可以追溯到公元前 21 世纪的夏朝，而唐律为封建时代法律的集大成者，对日本、朝鲜等亚洲一些国家的法律产生过重大影响。清朝末

年，开始参照西方、日本等国的法律改造中国传统法律制度，后在国民党统治时期形塑“六法体系”，由宪法、民法、刑法、行政法、民事诉讼法和刑事诉讼法构成，目前仍在台湾省施行。

1949年之前，共产党领导之下的根据地、解放区曾制定过许多法律法规。1949年之后，中国的法制建设曾经历过1957年和“文化大革命”十年间的重大挫折。1978年以来，随着改革开放的进程，中国法律制度日趋完善。因在历史上更多地受到大陆法系的影响，中国现行法律也主要采取成文法形式，并划分为明确的法律部门，形成宪法、行政法、刑法、民法、经济法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政诉讼法等门类齐全的比较完整的法律体系。而成文法中又主要包括宪法、法律、行政法规、地方性法规和经济特区法规、特别行政区法律等形式。另外，立法、司法和行政等法律解释，也是中国法律的一个重要渊源。判例虽原则上不构成中国法律的渊源，但最高人民法院对地方人民法院关于疑难案件请示的批复，对同类案件具有法律约束力。还有，《最高人民法院公报》上公布的典型案例，对各级人民法院也有借鉴意义。

2. 中国的民法、经济法和商法

对于中国民法、经济法和商法的涵义和范围，法学界争议很大。1986年4月12日《中华人民共和国民法通则》获得通过，计9章156条，将民法界定为“调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”的法。其他一些如《经济合同法》、《担保法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等民法的特别法也相继公布。《民法通则》过于简单，与《法国民法典》这样包括2000余条内容的法典不能相提并论，为此，中国正酝酿起草民法典。

中国最早在1979年出现经济法的概念，主要是介绍外国经济法。而在国外，经济法一词早在1755年法国空想社会主义者摩莱里的《自然法典》中就提到过，现代意义上的经济法则形成于第一次世界大战期间的德国，意为国家规制经济活动的法律。当今世界各国均有经济法性质的法律，不过涵义有所变化，主要指国家干预和调控经济生活的法律，以反垄断法和反不正当竞争法为代表。中国自从引入经济法概念后，占主导性的观点一直认为经济法是管理经济和经济组织协作活动中的相关法律，但其范围不断受到民法和行政法的冲击，也没有建立起坚实的理论基础，作为一个法律部门日渐衰落。在中国提出建立市场经济体制目标模式以后，不少学者认为若撇开社会制度性质，中国同西方国家的市场经济无本质区别，故应抛弃那种包罗万象的经济法观念，使经济法回归到国家干预和调控经济生活的法律上来，实现同国际通例的接轨。

中国历史上商品经济不发达，也没有形成独立的商人阶层，1949年以后又实行计划经济，故并无商法充分发展的社会经济条件。中国的商法在传统上是依附于民法并作为其特别法的形式出现的，1978年之后，又被包括在所

参见吴建斌：《我国经济法的困扰和出路》，《南京大学学报（哲社版）》，1991年第4期；王保树：《市场经济与经济法学的发展机遇》，《法学研究》，1993年第2期；钟建华：《论按国际标准完善我国经济立法》，《中国法学》，1993年第2期；杨紫筍：《经济法调整对象新探》，《经济法制》，1994年第2期；刘士俊：《经济法理论中的辩证思维方式》，《法学杂志》，1994年第4期；刘惊海：《有关经济法学的几个问题》，《吉林大学社会科学学报》，1994年第6期。

谓的经济法之中，进入 90 年代以来才逐渐从经济法中分离出来。目前，属于商法范畴的《公司法》（1993 年）、《票据法》（1995 年）、《海商法》（1992 年）、《保险法》（1995 年）和《企业破产法（试行）》（1986 年）已相继制定公布，在《民法通则》总原则的指导之下，作为民法的特别法，分别规范商事领域的一系列重要的社会关系，为中国市场经济的运行奠定了良好基础。

3. 中国的法院组织

中国的法院组织系统包括普通人民法院和专门人民法院两类，前者分为最高人民法院和地方人民法院，地方人民法院又分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。专门人民法院有军事法院、森林法院、农垦法院、石油法院、铁路运输法院和海事法院等。其中和国际商事活动密切相关的海事法院，相当于中级人民法院，以其所在地的高级人民法院作为上诉审法院。其他国际商事纠纷也由中级人民法院作为第一审法院。一般由经济审判庭具体负责案件的审理。

除法院组织外，国际商事纠纷可依当事人间的协议，提交中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会仲裁，其仲裁裁决书或调解书，具有终局性法律效力，当事人可申请人民法院强制执行。

第一章公司法

本章介绍国际商事活动主体公司的法律制度并兼及其他商事组织形式，以资比较。核心内容为股份有限公司法律制度。

一、公司——商事组织的典型形式

1. 商事组织的经济分类和法律分类

世界各国的商事主体，历史上都曾包括个人（自然人），而且以个人之间的商事交易为主。但是，随着商事交易规模扩大、风险增加以及关系复杂化，个人逐渐为商事组织所取代，商事组织的形式也不断演变，精彩纷呈，争奇斗艳。

对商事组织的分类标准多种多样，而最具代表性的分类有两个，即经济分类和法律分类。经济分类标准主要是所有制类型和行业分布，盛行于前苏联东欧各国和中国；法律分类标准主要是财产责任形式，盛行于西方市场经济发达国家。

中国原来只将商事组织划分为国营企业（后又改称为全民所有制企业、国有企业）和集体所有制企业，改革开放以来，先后涌现出一系列新的经济类型，并由国家统计局等部门统一归纳为9类，即：（1）生产资料归国家所有的国有企业；（2）生产资料归公民集体所有的集体企业；（3）生产资料归公民私人所有，以雇佣劳动（雇工8人或8人以上）为基础的私营企业；（4）生产资料归劳动者个人所有，以个体劳动为基础，劳动成果归劳动者个人占有和支配的个人企业；（5）联营企业，是指不同所有制性质的企业之间或企业、事业单位之间共同投资组成的，具有法人资格的企业（常称法人型联营或紧密型联营）；（6）股份制企业，是指全部注册资本由全体股东共同出资，以股份形式投资举办的企业；（7）外商投资企业，是指外国投资者根据中国有关涉外经济法律、法规，以合资、合作或独资的形式在中国境内开办的企业；（8）港、澳、台投资企业，是指中国香港、澳门和台湾地区投资者参照中国有关涉外经济的法律、法规，以合资、合作或独资的形式举办的企业；（9）其他类型企业。

按照经济分类标准划分企业，虽然能在一定程度上反映商事主体的面貌，但无法区分不同类型企业间在规模大小、财产实力、组织结构、投资来源特别是责任形式的差异。而且，其划分标准并不统一。有的按所有制关系，有的按投资者国籍，有的则按资本构成，相互间交叉混淆不谈，在指导思想上仍反映出旧体制、旧观念的很深烙印。为此，不少学者先后呼吁中国淡化乃至取消企业的经济分类标准，代之以法律分类标准，在按财产责任形式划分企业类型的基础上，确定企业的法律制度和管理方式，以便同西方市场经济发达国家的企业分类和法律制度协调一致。

按法律分类标准，可将企业划分为独资企业、合伙企业、公司企业和合

参见赵旭东：《中国公司立法的几个问题》，《政法论坛》，1991年第1期；董开军：《论我国的企业概念及其法律定义问题》，《江苏社会科学》，1991年第4期；赵旭东：《我国企业立法的现状与未来》，《法学研究》，1992年第1期；董开军、李诚：《论企业法律形态问题》，《中国法学》，1992年第2期；吴建斌：《试论我国现代企业立法体系的目标模式》，《法学天地》，1995年第3期。

作社四类。其中独资企业亦称个人企业、个体商人，是指由一名出资者单独出资经营，并由其承担全部盈亏，实行无限责任制的企业。独资企业不是法人，并无法人资格，也没有独立的财产，独资企业的人格和财产与出资人混为一体，出资人也以其个人所有的财产对企业的债务负责。这类企业风险很大，兴衰存亡与出资者个人的信用、能力关系密切，是人类历史上产生最早的一类企业，在当今各国的企业总数中所占比例仍然最高，但大多为小型企业，在国民经济中仅起辅助作用。

应注意法律形态上的独资企业与中国的个体企业、私营企业以及外资企业不完全相同，个体企业中有的一人单独投资，有的为两人或两人以上合伙；私营企业中有限有限责任公司甚至股份有限公司；外资企业虽为外商独资，并无中方参与，但可能有两个或两个以上外商合伙，也可能采取公司形式。

合伙企业是指由两个或两个以上的合伙人通过订立协议约定投资经营共同事业，并相互承担无限连带责任的企业。合伙企业产生于独资企业之后。独资企业经营者去世，其继承人之间约定不分割财产，在共有的基础上继续维持和经营企业，独资企业随之演变成合伙企业。这是合伙企业产生的主要途径。也有关系密切、互相信赖的亲朋好友之间依协议建立合伙企业的。大陆法国家主要有普通合伙，即所有合伙人均对合伙债务负无限连带责任，英美法国家中除普通合伙外，法律上还规定与大陆法国家隐名合伙相类似的有限合伙，即允许有的合伙人按约定仅以其投入合伙企业的资产为限承担责任。合伙企业中的无限连带责任制度，使合伙人所承受的风险远远大于独资企业，故合伙人之间必须有高度信任关系。负无限连带责任的合伙人均有业务执行权，负有限责任的合伙人则仅有业务监督权。另外，合伙企业规模不可能很大，经营管理事务也不会太复杂，否则势必难以运作。

公司是依法定程序设立的营利性的社团法人。在大陆法国家有无限公司、两合公司、有限责任公司、股份有限公司和股份两合公司 5 种，在英美法国家则主要有封闭式公司和开放式公司两种，相当于大陆法国家中的有限责任公司和股份有限公司，均具有独立的法人资格，明确区分公司法人财产与投资者的其他财产，股东均以其认购股份的金额或投入公司的出资额为限对公司债务承担责任，而公司以其全部资产对债务负责。至于大陆法中无限责任类型的公司，在英美法中不作为公司对待，而由合伙法或有限合伙法调整。中国的公司法只规范有限责任公司和股份有限公司，显然受英美法的影响。

公司的出现又晚于合伙企业，而且几种公司类型不是同时间世的。最早出现的公司形式为无限公司，它是由两人以上共同投资，所有投资者对公司债务负无限连带责任的公司。无限公司的组织机构比合伙企业完备和健全，投资者间的权利义务也较为明确和具体，但与合伙企业并无本质区别。在无限公司之后出现了两合公司，它是由两人以上共同投资，其中至少有一人以上对公司债务承担有限责任，一人以上对公司债务承担无限连带责任的公司。两合公司为拥有资金，想投资获利却又不愿亲自经营，去冒商业风险的人，与具有经营能力，充满冒险精神而又缺乏资金的人之间携手合作，大开方便之门。但它除了部分投资者负有限责任外，其他方面无异于无限公司，无法适应高风险、高盈利的营利性事业，并未给市场经济下的企业制度创新带来突破。

为了适应大规模的海外贸易的需要，在 17 世纪初叶欧洲创造出了股份有

限公司形式。股份有限公司是对各国乃至世界经济最有影响的一种公司形式，现代公司的代表。它是指由法定人数以上的股东组成，全部资产划分为均等的股份。全体股东仅就其所认购的股份对公司承担责任，公司以其全部资产对债务承担责任的公司。不过，早期的股份有限公司虽采取股份形式，但却由国王特许设立，如 1600 年成立的英国东印度公司和 1602 年成立的荷兰东印度公司。英国东印度公司成立时的总股本 68372 英镑，股东 198 人，1617 年增加到股本 1620040 英镑，股东 954 人。从 1601 年至 1617 年间，曾进行 12 次贸易航行。

股本逐次募集，每次航行结束即退还股东，并按股分配红利。

可见它并非现代公司法意义上的股份有限公司，只是具备了某些股份有限公司的雏形而已。荷兰东印度公司成立时的总股本为 645 万盾，划分为 2153 股，由阿姆斯特丹商会持有 56.9%，其余向全国募集。公司设股东大会作为最高权力机构，由股东大会选举出 60 名董事组成董事会，另选 17 人组成经理会主持公司日常业务，实行按股分红。其组织结构显然比英国东印度公司规范。为了规避政府的特许和核准，18 世纪末在有的国家出现了股份两合公司。它是由至少一个负无限责任的股东和至少一个仅就所认购的股份对公司债务承担责任的股东所组成的公司，将两合公司的机制引入股份有限公司中，从而改变股份有限公司的法人地位，但终因其不适应市场经济高度发达的社会实际而渐遭淘汰，如在法国、德国、日本等典型的大陆法国家，现只有法国、德国仍保留着股份两合公司形式，且数量极少。另一方面，股东负有限责任的股份有限公司形式，曾一度被滥用，造成 18 世纪欧洲诸国股票风潮迭起，1720 年英国的“南海泡沫事件”最为著名。南海公司是组建于 1711 年的一家特许贸易公司，1720 年通过贿赂国会议员，由国会通过让其承担国债而换取某些特权，而国债持有人可换取该公司的股票。然后，公司大肆宣传其海外贸易可获高额利润，吸引了大批投资者，待股价急剧上涨后，参与策划的股东乘机沽出，最后股价猛跌，很多中小投资者损失惨重。最后南海公司在 1720 年英国议会通过的取缔投机行为和诈骗团体法的规范下宣布破产。

当时，人们视股份有限公司如洪水猛兽，许多国家不得不对有限责任制严加限制，甚至干脆取消，而重新规定股东对公司债务承担无限责任。直到 1856 年英国公司法正式确认有限责任制后，股份有限公司才得到突飞猛进的发展，并被多数大规模企业所采用。现在，股份有限公司作为各国最有代表性的公司形式，在国内国际商事交往中扮演着举足轻重、不可或缺的角色。世界上一些知名度很高的大公司，如通用汽车公司、波音飞机制造公司、国际商用机器公司、摩托罗拉公司、松下电器公司、丰田汽车公司、新日本制铁公司、三菱重工、英荷壳牌石油公司、西门子电气公司、奔驰汽车公司、欧洲空中客车公司等，无一不是股份有限公司。

有限责任公司出现的时间最迟。1892 年德国制定《有限责任公司法》，这种公司制度得以正式确立。有限责任公司是指由两个以上法定人数以下的

[苏]梁波斯基：《外国经济史（资本主义时代）》，三联书店 1962 年版，第 53 页；江平：《公司法教程》，法律出版社 1987 年版，第 40 页；黄速建：《公司论》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 30—31 页；陈传明：《比较企业制度》，人民出版社 1995 年版，第 33 页。

参见孙丁杰：《反金融欺诈与金融诈骗》，中国检察出版社 1995 年版，第 42—43 页。

股东共同投资，所有股东仅以其认缴的出资额为限对公司承担责任，而公司以其全部资产对债务承担责任的公司。股份有限公司具有筹资方便、风险分散、组织严密等诸多优点，对大公司特别适宜。随着股份公司法律制度的完善，企业法人制度得以最终确立，从而引起了企业制度史上的一场伟大革命，其意义甚至超过了蒸汽机和电的发明。但因股东人数众多，股票随意转让，公司很难控制，再加上实行公示主义，不易保守商业秘密，法律上的规范也比较严格，令不少人望而却步。相比之下，有限责任公司将股份有限公司注重资金组合，与无限公司注重人的信任和联系两者有机结合，灵活性大，适应性强，已成为市场经济社会中数量众多，实力不可小觑的另一重要公司类型。在德国，有限责任公司无论在数量还是销售额方面，均超过股份有限公司。

此外，还有在法律上采取合作社形式的企业类型。合作社是指由法定人数以上的社员出资组成的，在互助的基础上，以共同经营的方式谋求社员经济利益，或提供生产和生活服务的社团法人。合作社起源于 19 世纪初的德国，并先后传入法国、日本等国。中国台湾省也有专门的《合作社法》。至于中国大陆 50 年代城乡合作社运动中出现的各种形式合作社，如农业生产合作社、手工业合作社、供销合作社、信用合作社等，还不是严格的法律意义上的合作社，而 80 年代末出现的股份合作企业，只是参考部分合作社和公司营运机制的一种非规范化的企业形式，很难归入特定的经济类型或法律形态。

2. 公司和公司立法

英美法国家没有法定的公司定义，大陆法国家中的法国亦然。但法国民法典第 9 编公司中，对公司总则的内容作了规定。依其第 1832 条的文义，公司是由两人或数人通过契约约定共同投资，以分享由此产生的利润和经营所得的利益的企业的企业。日本商法典第 2 编公司第 52 条，以及有限责任公司法第 1 条，则将公司规定为依法设立的营利性的社团。中国公司法中只有股份有限公司和有限责任公司的定义而无统一的公司定义。但是，总结归纳世界各国公司法律和理论解释，公司是指依法定程序设立的，以营利为目的的社团法人。公司具有营利性、法人性、社团性和依法认可性 4 个特征。

第一，营利性。公司是以营利为目的的经济组织，当然的商人，营利性是其本质性的特征。它不同于以社会公益为目的的公益法人，更不同于以管理社会事务为目的的国家机关。尽管公司也担负着一定的社会责任，其活动也必须符合国家的经济利益和整个社会发展的需要，却也要以营利性为基础。否则，连自身的生存都成问题，焉能顾及其他？

第二，法人性。法人是依法设立的，经注册而产生的拟制主体，具有除自然人生理机能以外的所有人格。法人的人格独立性、财产独立性及责任独立性，乃国际通例。撇开在实际经济生活中不起主导性作用的无限责任制的公司，其法人性尚有争议不说，大陆法中的有限责任公司和股份有限公司，以及英美法中的开放式公司和封闭式公司，均具有法人性。法人性是区别于合伙的一个重要法律特征。

第三，社团性。公司不但是法人，而且是社团法人，即由两个以上的社

参见 L.S.sealy, *Company Law and Commercial Reality*, Sweet & Maxwell, 1984, P1.

参见张仲福：《联邦德国企业制度》，中国法制出版社 1990 年版，第 2 页。

员在投资基础上组合而成的法人团体。与社团法人相对应的是财团法人，它是以财产捐助为基础设立的，通过一定方式选任管理机关管理的法人组织。在各国公司法传统上，公司由两个以上股东共同出资组成，股东投入公司的资产所有权转移给公司，并从公司中取得股权。公司对外以财产所有权人的身份和名义开展活动，从事交易，独立享受权利、承担义务。而在公司内部同股东的关系上，公司的所有资产及其权益，又属于全体股东，公司在全体股东之外没有“自己独立的利益”。因此，股东虽然并不直接负责公司的经营管理，但是仍然组成股东大会，作为公司的最高权力机关，决定公司的重要问题。在这个意义上，即使适用于大企业的股份有限公司，也并非实行所有权与经营权分离，而是两项权能在公司内部不同机关间适当分配，与中国国有企业改革思路中的“两权分离”判然有别。

第四，依法认可性。公司须经依法认可，登记注册，才能取得主体资格，这在中国与其他商事主体并无实质性区别，但在西方国家则不同。西方多数国家承认所谓的事实商人，即只要以一定行为表明从事商事活动，即使不作商事登记，其活动也有法律效力，对独资企业尤为灵活。然而，凡设立公司者，则必须进行登记注册。如公开发行股份，还须事先经证券事务监管部门批准。只是登记机关非中国式的行政机关，而是法院。

认可公司所依据的法律为公司法。它是调整公司的设立、组织、活动、解散及其他内外部关系的法律规范的总称。公司法有下列 5 个特性：

其一，公司法是一种组织法。公司法规范公司这种企业组织形式。在各国公司法中，对公司的性质、宗旨、地位、种类、组织机构、公司与其构成成员的关系等，均有具体规定。

其二，公司法是一种活动法。公司在设立过程中以及成立以后，必须进行一系列活动。这些活动，有的由民法调整，但与公司相关的一些特殊活动，如设立程序，发起人制定章程及认购股份或出资额的义务，招股说明书的制作及公布、股票的印制及发行等，属公司法调整和规范的内容。

其三，公司法是一种制定法。公司中的有限责任形式，并非自古有之，也不是依传统的商事习惯法形成，而是随着市场经济的发达由人类创制而成。以德国颁布有限责任公司法为标志创造出有限责任公司就是典型例子。即使在英美法国家中，传统上以判例法为主要渊源，如英国在 1897 年萨洛蒙诉萨洛蒙有限公司确立公司人格独立原则，也形成成文制定法为主并辅之以判例原则的公司法制度。

其四，公司法的内容多为强制性规范。强制性规范是任意性规范的对称。任意性规范是指在法定范围内允许法律关系当事人自己确定相互之间权利和义务的法律规范。强制性规范则不同。它是指所规定的权利义务具有绝对肯定形式，不允许法律关系当事人相互协议或任意改变的法律规范。公司法尤其是其中关于股份有限公司的规定，大多属于强制性规范，与合伙法、合同法、代理法等明显不同。

最后，公司法是具有较强国际趋同性的国内法。公司法发端于欧洲，由于各国经济发展水平不同，政治、文化、民族习惯各异，公司制度细节差别很大，但有关公司的基本制度，却有着惊人的相似之处。特别是第二次世界大战以来，各国公司法的融合趋势不断加快，认可资本制的出现即是其突出

表现。另外，日本公司法吸收美国示范公司法的优点，欧洲共同体统一公司法制的进程，也能很好说明这一点。

最早的公司立法为 1673 年法国路易十四时代的商事条例中有关公司的规定。1807 年的法国商法典第 1 编商行为中的第 3 章为公司。法国现行的公司法为 1966 年商事公司法，计 3 编 12 章 509 条，30 余年来经多次修订。1989 年 12 月 31 日第 89—1008 号法律修订后的法国商事公司法，已经翻译成中文。另外，法国民法典第 9 编第 1832 条至 1844—17 条对公司作了一般规定。

德国最早的公司立法始见于 1861 年的旧商法，1897 年的新商法第 2 编商事公司及隐名合伙的 1—4 章，分别规定了无限公司、两合公司、股份有限公司和股份两合公司。另在 1892 年制定了世界上第一部有限责任公司法。1937 年将商法典中有关股份有限公司和股份两合公司的内容单独立法，1965 年经修订后形成新的股份法。据 1993 年 7 月 22 日修订的德国股份公司法 and 有限责任公司法中译本，也已出版。

日本是个后起的资本主义国家，现代意义上的公司立法包含在 1890 年的旧商法中，1899 年的新商法第 2 编规定了有限责任公司之外的其他公司形式。1938 年参照欧美公司立法，对商法作了重大修订，并制定颁布了有限公司法。第二次世界大战后除 1950 年主要围绕股份有限公司对商法进行彻底修订，大量吸收英美法尤其是美国公司法的规定外，还在 1981 年、1990 年、1994 年对公司法的内容进行重大修订。累计修订竟达 24 次。日本国会 1994 年 6 月 4 日通过并于同年 10 月 1 日生效的修正案，主要强化了股东对公司业务的监督作用、股份有限公司监事的监察职能，以及改善公司债制度，进而加强对债权人的保护。

英国虽是英美法的发源地，也是资本主义经济发展最早的国家，但在 19 世纪以前只有关于特许公司的法律规定，1844 年允许私人设立公司，1856 年的公司法确立了公司的有限责任制，在公司立法史上具有划时代意义。1948 年英国制定新公司法，经 1967 年、1976 年、1980 年、1989 年大的修订和补充后，一直沿用至今。

美国的公司法以判例法为主要渊源。公司立法权属于各州，最早为 1807 年纽约州公司法，而特拉华州公司法最为灵活。为统一各州公司法，美国法律协会于 1950 年拟定了美国示范公司法，作为公司立法范本向各州推荐，1991 年又经过重大修订。该范本已被美国多数州采用。

光绪二十九年即 1870 年清政府颁布的公司律，为中国最早的公司立法，而现代公司立法为 1929 年国民政府颁布的公司法，经多次修订后仍在台湾省施行。中华人民共和国成立后，废除了国民党政府包括公司法在内的一切伪法统。1950 年和 1951 年的《私营企业暂行条例》及其实施办法对大陆法国家中的 5 种公司类型均作了规定。1956 年对私改造完成后，公司立法被带有计划经济特征的企业立法所取代，直到 1979 年公布《中华人民共和国中外合资经营企业法》，才重新出现法律形态上的企业——有限责任公司。1988 年公布的《中华人民共和国私营企业暂行条例》，也将有限责任公司作为私营

参见卞耀武主编：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版，第 363—547 页。

参见卞耀武主编：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版，第 109—302 页。

参见金仑：《日本进一步完善公司法律制度》，《中外法学》，1995 年第 1 期，第 56—59 页。

企业的一种法定形式。1992年5月15日《股份制企业试点办法》、《股份有限公司规范意见》、《有限责任公司规范意见》出台，但仍非正式的公司立法。1993年12月19日，《中华人民共和国公司法》由第8届全国人民代表大会常务委员会第5次会议通过，并于1994年7月1日正式施行。该法共11章230条，对股份有限公司、有限责任公司以及外国公司的分支机构的有关问题作了全面规定。另外，依据1995年1月10日中国外经贸部发布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，外商投资企业可依法采取股份有限公司形式。《关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》、《到境外上市公司章程必备条款》、《关于股份有限公司境内上市外资股的规定》等公司法的配套法规也相继颁布。

3. 公司的种类

在公司立法及公司法理论上，可依据不同标准，将公司分成不同种类。为加深对公司法的理解，择要介绍如下：

(1) 大陆法国家按财产责任不同，将公司分为无限公司、两合公司、有限责任公司、股份有限公司和股份两合公司。

如前所述，无限公司是由两个或两个以上的股东投资组成，全体股东均对公司债务承担无限连带责任的公司。两合公司是指由一个以上负无限责任的股东和一个以上负有限责任的股东投资组成，前者对公司债务负无限连带责任，后者对公司债务以出资额为限承担责任的公司。有限责任公司是指由两个以上法定人数以下的股东投资组成，全体股东均以其出资额为限对公司负责，公司以其全部资产对债务承担责任的公司。股份有限公司是指由法定人数以上的股东组成，全部公司资本划分为均等的股份，所有股东以其认购的股份金额为限对公司负责，公司以其全部资产对债务承担责任的公司。股份两合公司是指由一个以上的无限责任股东和一个以上的股份有限公司股东所组成的公司。

(2) 大陆法国家公司法理论上按信用基础不同，将公司分为人合公司、资合公司以及人合兼资合公司。

人合公司是指公司的设立和营运完全建立于股东个人信用基础之上的公司。无限公司是其典型代表。资合公司是指其设立和营运完全以股东的出资为基础而与个人信用关系不大的公司。股份有限公司为典型的资合公司。人合兼资合亦称资合兼人合公司，是指其设立及营运既以股东的出资为基础，同时也注重股东个人信用的公司。两合公司即属于此。

(3) 英美法国家按股份发行、持有和转让的方式不同，将公司分为封闭式公司和开放式公司。

封闭式公司是指股份全部由发起人认购，股东人数有限，股份转让受到严格限制，股票也不能在证券交易所公开挂牌交易的公司。它类似于大陆法中的有限责任公司和股份有限公司中的非上市公司。开放式公司是指股份公开招募并可自由流通转让，股票在证券交易所公开挂牌交易，股东人数和身份不受限制的公司。它属于大陆法中的股份有限公司，有时也被称为上市公司，确切地说应是大陆法的股份有限公司中的上市公司。

(4) 在多数国家的公司立法和公司法理论上，按一公司对另一公司股份或出资额的占有和业务控制程度，将公司分为母公司和子公司。

母公司是指占有另一公司50%以上股份或出资额，并直接控制其经营活动的公司。子公司是指50%以上的股份或出资额为另一个公司所占有，在业

务上受母公司控制，但仍具有法人资格的公司。

(5) 在多数国家的公司立法和公司法理论上，按公司的管辖系统将公司分为总公司和分公司。

总公司亦称本公司，是指依法设立的，管辖所属全部分支机构的总机构。分公司是指由总公司设立的，在经济上和法律上均无独立地位的分支机构。在通常情况下，总公司具备法人资格，而分公司则不具备法人资格，仅在总公司规定的权限内从事特定的事务，并由总公司承担法律责任。有没有法人资格，是判断子公司和分公司的决定性因素。

(6) 某些国家公司法上按一公司对另一公司决策的影响程度，将公司分为控股公司和受控公司，或者支配公司和从属公司。

对控股公司和受控公司或支配公司和从属公司并无明确的划分标准。一般而言，一公司占有另一公司的股份或出资额达到足以影响其股东大会表决结果的，即成为控股公司，另一公司则成为对应的受控公司。至于究竟占有多少比例，视公司大小、股东分散程度不同而定，支配公司与从属公司则侧重于业务上的控制和依附关系，相互之间可能有控股关系，也可能由于其他原因，使一个公司对另外一个在法律上独立的公司直接或间接地施加决定性的影响，前者就成为支配公司，后者则成为从属公司。

(7) 某些国家公司法上按一公司与其他公司间资产占有和业务联系的情况，将公司分为关联公司和独立公司（企业）。

独立企业是指在资产占有和利益关系上与其他公司、企业完全独立的企业。而关联公司的确认标准各国间差异很大。德国股份公司法将母公司和子公司、支配企业和从属企业、康采恩企业、参股 25% 以上的企业均列为关联公司。中国税收征收管理法第 24 条规定了“关联企业”和“独立企业”的税款征收原则，该法实施细则第 36 条，则认定在资金、经营、购销等方面存在着直接或间接的拥有或控制关系；直接或间接地为第三者拥有或控制；其他在利益上具有相关关系的企业、公司间，构成关联企业，并据此处罚过发生于 1993 年 9 月的“宝延风波”中的深圳宝安上海公司。但是，中国的关联企业范围过于宽泛。相比之下，日本财务诸表规则第 4 条第 8 款的规定则较为合理。日本法上的关联公司是指一个公司实质拥有另一公司 20% 以上、50% 以下的表决权，并通过人事、资金、技术和交易等手段对该公司的财务和经营方针产生重大影响者为关联公司。

(8) 按公司的国籍划分，可将公司分为本国公司、外国公司和跨国公司。

对公司国籍的认定标准很多，如注册登记地、设立行为地、住所地、主营业地、股东所在地、董事会所在地国等。中国以注册登记地为准。对一国而言，具有本国法认可的法律人格的公司为本国公司，而非本国法认可成立的公司为外国公司。跨国公司则是指以本国为基地或中心，在不同国家或地区设立分支机构、子公司或其他企业形式，从事跨国性生产经营活动的经济组织。跨国公司并非严格的法律意义上的概念，也并不是一个公司，而是公司间形成的特殊关系。

4. 公司与合伙企业、合作社的关系

合伙企业是由独资企业发展而来的，公司又脱胎于合伙企业，故人合公

参见德国股份公司法，第 17 条。

参见张扣娣：《日本企业集团中的母子公司关系》，经济科学出版社 1993 年版，第 21 页。

司与合伙企业并无本质区别。合伙企业与公司在 4 个方面有相似之处：（1）均以营利为目的；（2）两人以上共同投资，具有社团性，中国的国有独资公司以及欧美、日本的一人公司只是特例；（3）原则上以出资比例分配盈利；（4）人合公司中的无限责任股东与合伙企业中合伙人的责任相同；

但是，合伙企业与公司尤其是典型意义上的公司毕竟存在巨大差别，主要表现为以下 4 个方面：

（1）法律地位不同。公司是法人，而合伙企业不是法人。公司在人格上完全独立于股东，合伙企业在人格上则与合伙人混为一体。在此点上，资合公司与合伙企业的区别更为明显。

（2）成立的基础不同。合伙是合伙人之间的合同行为，以出资人的合意为基础，多由任意性规范调整。合伙企业的设立，合伙人的加入和退出，均须由全体合伙人同意并修改合同。公司成立的基础是章程行为，只要符合法定的公司成立条件，订立章程，公司就可成立。公司的发起人和全体股东、必须遵守公司法中的强制性规范。在资合公司中，股东的加入和退出无需全体股东同意，也不必修改章程，但新加入的股东仍须受章程的约束。

（3）成员的财产责任不同。合伙企业中的合伙人对合伙债务负无限连带责任，而公司股东在英美法国家及中国负有限责任。无限责任使合伙人的个人财产与合伙企业的财产不能完全分离，合伙企业财产不足偿付其债务时，以合伙人的个人财产抵偿；连带责任使每一个合伙人均有义务就整个合伙企业的债务负责清偿，然后再向其他合伙人请求给付其应承担的部分。这样虽可有利于保障债权人的利益，合伙人的风险却因此而大大增加。相反，公司的有限责任制将股东个人财产和公司财产严格分开，使股东的责任限定在可预见的最小的范围内，公司却可以积聚巨额资金，从事大规模的生产经营活动，其整体效益远远大于股东分散资金的效益。

（4）企业财产权属不同。合伙企业不是法人，没有企业所有的财产，合伙人投入的财产仍归合伙人个人所有，合伙经营积累的财产则归合伙人共有。公司是法人，股东投入的财产归公司所有，股东从公司中取得股权，股权有所有权的因素，但其本身并非所有权，公司以其财产所有权人身份和名义从事活动，然后依法向股东分配股息红利，公司解散时，股东还可按持股比例分得剩余财产，公司作为财产所有权主体消灭，股东收回财产所有权，在公司中的股权也随之消灭。

合作社与公司的相似之处在于：（1）均是营利性经济组织；（2）均具有法人资格；（3）均有一定人数的成员，具有社团性；（4）均有出资份额并按资分配。但是，合作社与公司之间的差别也显而易见：

（1）经营性质不同。合作社经营主要为社员提供服务并在互助的基础上谋求社员的经济利益。公司经营面向社会公众，也不以互助为基础，无特定限制。

（2）财产基础要求不同。合作社成员虽须出资，但合作社本身没有资本额限制，也可随时增加或减少。公司资本额必须在法定限额以上，并且不能任意增减。

（3）分配形式不尽相同。合作社除采取一定比例投资分配外，可主要采取按劳分配形式。公司则主要按股东的出资比例分配盈余。可见，按劳分配为主还是按资分配为主，只不过是不同企业形式的投资、分配方式的差异，与社会经济制度并无必然联系。

(4)收回出资的方式不同。合作社成员的出资不得转让,但可退还股金。而公司正相反,股东可转让股份或出资额,但不得要求退股,法律明确规定收回股份的情形除外。

二、股份有限公司面面观

公司是商事组织中的典型形式,而股份有限公司(包括英美法中的开放式公司)又是公司中的代表。若了解和掌握股份有限公司的基本理论和法律制度,公司法的其他问题将迎刃而解。因此,下面着重介绍股份有限公司的有关内容。

1. 股份有限公司的法律特征

本书中已多次提及股份有限公司。它是由法定人数以上的股东投资组成的,全部资本划分为均等的股份,所有股东仅以其认购的股份金额为限对公司负责,公司则以其全部资产对债务承担责任的公司。它有以下10个法律特征:

第一,股份有限公司是最典型的法人。法人制度的萌芽在欧洲很早就出现了,但最终确立并得以完善,则有赖于股份有限公司的发展。股份有限公司坚实的财产基础、完善的组织机构、独立的法律人格、责任的明确限制,都充分体现了法人最主要特性。可以毫不夸张地说,世界上还找不到比股份公司更典型、更完备的法人组织。

第二,股份有限公司是最典型的资合公司。无论在英美法国家还是大陆法国家,股份有限公司的设立和营运,均完全建立在资金组合的基础之上,至于资金由谁投入,股东的身份尊贵还是卑贱,股东个人的信用状况如何则无关紧要。甚至通过证券交易所的挂牌交易,自由转让,特定的股东瞬间转化为非股东,非股东转化为股东,也不影响公司自身的生产经营活动,从而有效保证公司的稳定性。

第三,股东负有限责任。这是与资合公司中的另一种形式有限责任公司相同的法律特征,而与人合公司严格区别。股份有限公司的有限责任原则,使其在人格上完全独立于股东,股东的财产责任也限制到最小范围,对公司快速、方便地吸引投资者,增强财力、扩大规模、避免风险,均有重要意义。

第四,股东达到法定人数以上。世界各国大多对股份有限公司的法定人数作出明确规定。由于设立公司需由发起人发起,故对股东最低人数的规定通常表现为在法律上设立发起人的下限。如英国、法国规定发起人不得少于7人,德国、中国为5人以上。美国则未作限定,法律上允许设立一人公司,日本在1990年修订公司法时,受美国法的影响,将过去至少7人方可发起设立股份有限公司的规定,改为自始承认一人公司。但美、日两国规定只是对公司作为社团法人的特例。相比之下,各国对其他公司的股东人数要求宽松得多。

第五,资本划分为均等的股份。股份既是股份有限公司资本的最小单位,又是计算股东权益的最小单位。股份持有者为股东,股东权利大小依其所持有的股份多少计算衡量,而全体股东持有的股份总额,即为公司资本。当然,股份通常表现为股票,后者是前者的有价证券形式,股票和股份的关系也因此构成形式和内容的关系。股份均等化是股份有限公司与有限责任公司的重大区别之一。有限责任公司资本被划分为份额而非股份,在日本法中以“持

分”和“株式”区别之。份额可以均等，也可以不均等，而且不采取股票形式。有限责任公司股东的出资凭证，通常为股单或股权证，其流通性远不如股票、当然也不能在证券交易所公开挂牌交易。

第六，组织和行为高度规范化。股份有限公司规模庞大、涉及面广、关系复杂，从设立、运行、解散、清算一系列环节，经过几百年的实践，以及无数先人的努力，已经形成了一套高度科学化、规范化的制度，其基本模式，可以超越仍有巨大差异的不同法系、不同社会政治经济制度，具有世界趋同性。

第七，实行严格的公示主义原则。公示主义原则是指股份有限公司必须依法将与股东和公众投资者的利益密切相关的财务和营业状况，以及其他重大事项向社会公开。它是对尊重和保护企业商业秘密的一种限制，也是股份有限公司特别是上市公司的一项重要义务。各国规定股份有限公司应予公示的内容主要有年度报告、中期报告、董事会成员的重大变动、重大合同、涉讼情形等，以便于股东和公众投资者酌情作出合理的投资决策，也为了国家主管当局进行有效的监督和管理。

第八，主要适用强制性规范。前述公司法多为强制性规范，主要指的是公司法中有关股份有限公司的规定。股份有限公司是各国公司法规范的重点对象，有关条文占公司法的绝大部分篇幅。如法国商事公司法共计 509 条中，至少有 400 条涉及到股份有限公司或专门规定股份有限公司事务的，而且，多数条款属于强制性规范，公司必须遵照执行。日本商法典和中国公司法也有类似情况。相反，关于有限责任公司的规定，则以任意性规范居多。

第九，公司财产所有权与经营权实行分离。股份有限公司作为典型的法人，通过设立股东大会、董事会和监事会来组织营运。股东大会代表全体股东，行使公司财产所有权人的权力，而公司的经营管理事务、则由董事会或经理负责。虽然股东大会的决议或董事会、经理的行为均以公司的名义进行，但是在公司内部组织机构之间有着明确的所有权职能与经营权职能之分。而且，英、美、法、德、日诸国现行公司法中，均无董事必须由股东担任的限制，相反，有的国家如日本还规定公司章程中不得限制非股东担任董事，为企业管理专家执掌公司经营大权铺平道路，扫清障碍。至于《中华人民共和国中外合资经营企业法》规定董事会为公司的最高权力机关，应仅适用于有限责任公司。

第十，股份公开发行并可自由转让，具有开放性。与有限责任公司股东人数有限，股东转让出资也需股东会讨论决定不同，股份有限公司一般公开发行股份，认购人并不特定。即使以发起人全部认购股份的发起设立方式设立的公司，股份也可自由流通转让，如符合上市条件，还可在证券交易所公开挂牌交易。其开放程度决非有限责任公司可比。

2. 股份有限公司的设立

股份有限公司的设立是指促成公司成立并取得法人资格的一系列活动的总称。包括订立发起人协议、制定章程、认购股份、缴纳股款、召开创立会议、选任公司机关、进行设立登记等环节，比其他公司类型复杂得多。

西方国家对于股份有限公司的设立，早期采取特许主义，在经历了核准主义、准则主义阶段后，现大多采取严格准则主义，即在严格的法定成立要件和设立责任的规范下，国家一般在登记之前不进行专门审批，而只对关系到国计民生的特定公司，仍须事先核准，方可登记成立。中国公司制度实施

时间不长，公司法仍规定实行国家主管机关事先审批的核准主义，从而不同于有限责任公司的准则主义。

设立股份有限公司的工作由发起人负责，而不是有限责任公司设立事务那样由全体股东负责。发起人除人数须符合法律规定外，有的国家或地区还将自然人排除在外，如我国台湾。有的则规定只限于本国法人或自然人，或外国人不得超过一定比例。

由于设立中的公司还不是公司，发起人也不是公司成立之后的股东，因而，设立中的公司地位以及发起人之间的关系颇为重要。设立中的公司尚不具备法人资格，故不能从事生产经营活动，但却可进行与设立事务有关的活动，这些活动的实施人又是发起人，而发起人之间的关系为合伙关系，应订立合伙契约性质的发起人协议。当公司设立成功，发起人为设立公司实施的法律行为，其后果归属于成立后的公司；若设立失败，则由发起人承担相应的法律责任。

除发起人协议外，设立股份有限公司的发起人必须制定公司章程并签字盖章，有的国家如德国、日本还规定股份有限公司章程必须经公证书确定。凡实行核准主义的国家如中国股份有限公司章程经批准方能生效。章程是指由发起人订立的关于公司组织及行为基本规则的法律文件。它像一个国家的宪法那样，是公司的根本大法。在大陆法国家，公司章程为独立的一个文件，内容通常包括绝对必要事项，相对必要事项和任意记载事项。前者为法律规定必须记载，若不记载或记载有误，会导致整个章程无效的事项。如日本商法典第 166 条规定的 10 项即是。中者为法律条文所列举，但只有准确记载于章程方有效。若不记载或记载有误，则本身无效，但不影响章程效力的事项。如日本商法典第 168 条规定的 8 项即是。后者为法律既未列举也未禁止，发起人记载于章程即生效，若不记载或记载有误，则不影响章程效力的事项。英美法国家的公司章程由组织大纲和内部细则两部分构成。前者是规定公司的基本情况和对外关系的法律文件。后者是以前者为基础订立的，处理公司内部关系的法律文件。组织大纲具有对抗第三人的效力，而内部细则只能在公司内部有效。

对于股份有限公司章程的具体内容，各国规定不尽相同，但须包括公司名称，并注明股份有限公司或其缩写，如英国用 LTD，美国用 INC 或 LTD，法国用 S.A.，德国使用 A.G.，日本用株；公司的宗旨和经营范围；注册所在地；股本及每股金额；通知或公告的方法；发起人姓名、住所及认购股份数额，等等；中国公司法对章程内容未予分类。其第 79 条规定股份有限公司章程应当载明下列事项：（1）公司的名称及住所；（2）公司经营范围；（3）公司设立方式；（4）公司股份总数、每股金额及注册资本；（5）发起人的姓名或者名称、认购的股份数；（6）股东的权利和义务；（7）董事会的组成、职权、任期和议事规则；（8）公司法定代表人；（9）监事会的组成、职权、任期和议事规则；（10）公司利润分配方法；（11）公司的解散事由和清算办法；（12）公司的通知和公告办法；（13）股东大会认为需要规定的其他事项。股东大会在公司设立中应为发起人会议或创立大会。

股份有限公司的设立程序包括发起人订立发起协议，其内容除中国外商投资股份有限公司外，一般没有明文法律规定；订立公司章程；发起人认购

股份，具体根据发起设立还是募集设立的方式不同有所区别。发起设立是指由发起人认购公司拟发行的全部股份而设立公司。此时，股东认足并缴清股款后、经验资，召开发起人会议选任公司机关，作出公司成立决议，就可由董事会负责办理公司设立登记，领取商业登记证或企业法人营业执照，公司正式成立，取得法人资格。募集设立是指由发起人认购公司拟发行股份的一部分，其余向社会公众募集而设立公司。发起人认购的最低比例，各国一般规定为 25%，中国规定不得低于 35%。募集设立时，除订立发起人协议和章程，发起人率先认购部分股份外，还要制定招股说明书或章程，报经主管当局批准后予以公布，由社会公众在规定的时间内认购股份，经缴纳和催缴股款并验资后，由发起人召集创立大会。在创立大会上，由发起人代表报告公司设立经过，作出公司设立或不设立决议。如决议设立公司，则应选举产生董事会和监事会，英美法国家仅选任董事会成员，德国法中仅选任监事，董事会成员则由监事会选任，欧洲共同体公司法指令采德国法例。最后，由董事会负责办理公司的设立登记，公司宣告成立。

发起人主宰公司的设立事务，并享有某些特权，如有的国家规定只准许发起人可用实物出资，中国公司法第 80 条的规定亦然。同时，发起人也承担较重的设立责任，主要有：公司设立失败，由发起人负责退还认购人已缴纳的股款；因发起设立公司失败而致认股人的损失，由发起人负责赔偿；设立失败时的所有设立费用及债务，由发起人连带偿还；设立成功而因发起人的责任致公司损失。由发起人连带赔偿；公司成立后资金和实物价额明显不足，发起人负责连带补足。

3. 股份有限公司的资本

(1) 公司资本及其意义。

股份有限公司的资本又称公司股本、公司注册资本，是公司成立时章程确定的、股东出资构成的并在公司登记机关登记的财产总额。它作为资合公司的最低财产担保基础，也是股东承担公司责任的最高限度。在英美法国家，公司股本不必在设立时认足，故公司的注册资本并不一定是实缴资本，而仅是章程确定并登记的资本，在认购并缴纳其中的一部分后，其余在公司成立后授权董事会根据业务发展需要募集。这里有一个值得思考的问题，即公司以注册资本还是实缴资本承担责任？若以实缴资本承担责任，则注册资本在法律上失去意义；若以注册资本承担责任，则股东不负注册资本补足义务，因为他们根本没有认购未募足的那部分股份。是否由发起人和首任董事连带募足，法律上未予明确。从公司资本性质来看，应作肯定回答。大陆法国家要求设立时募足并缴清股款，或在规定的期限内募足并缴清，因此，发起人和首任董事的补足责任是不言而喻的。

中国的外商投资股份有限公司的注册资本，是中外双方投资者在设立时认缴的投资额总和，由于法律上规定在登记机关先进行名称登记再进行设立登记，登记前的“认缴”应为认购，可以不实际缴纳，而是据注册资本额的大小在规定的期限内缴足，届时不缴足者负各别填补责任。其他公司则按公司法第 78 条的规定，注册资本和实缴资本保持一致。

(2) 资本三原则。

在大陆法国家传统的公司法上，公司资本有 3 个基本的原则，即资本确定、资本维持和基本不变原则。

所谓资本确定原则，是指公司设立时，必须将公司资本总额明确记载于

公司章程，并须由股东全部认足，否则公司不能成立。这一原则又称为法定资本制。相对于英美法国家股东无需认足公司也可成立，授权董事会在公司成立之后酌情发行章程规定而未发行完毕的股份的授权资本制，法定资本制可保证公司成立时注册资本就可全部到位，与实缴资本保持一致，充实公司的财产基础，有效防止借设立公司进行诈骗活动。但由于严格的法定资本原则缺乏授权资本制的灵活性，也容易造成公司成立之初的资金积压和浪费，故逐渐被大陆法国家所摒弃，转而采用认可资本制。在此制度下，公司资本仍须在章程中载明，但不必一次性认足，公司成立时认足法定比例以上的部分，其余授权董事会在公司成立之后的法定期限内募足。其期限，法国商事公司法第 75 条、德国股份公司法第 202 条规定为 5 年。认可资本制是法定资本制与授权资本制折中调和的产物，故又称为有限制的资本确定原则。

所谓资本维持原则，是指公司存续期间必须经常保持与其资本额相当的财产，以保证公司的清偿能力，切实维护债权人的利益。为确保贯彻这一原则，各国公司法均规定了许多具体措施，如未认足第一次发行股份或未缴足股款的，发起人负连带补足责任；禁止公司以低于票面金额发行股份；不得对实物出资进行过高估价；原则上不允许公司收回或购买自己的股份等。因此，资本维持原则也称资本充实原则。

所谓资本不变原则，是指经章程确定的资本总额，不得任意变动。因特殊情况需要改变，必须经过严格的法律程序，否则不得对抗第三人，也即公司仍须以更改以前的资本总额承担责任。这一原则既是资本确定和资本维持原则的要求，又是其进一步深化。假如资本在公司章程中确定下来，而又在公司存续期间加以维持，但法律上允许资本总额任意改变，则前两个原则变得毫无意义。故资本三原则互相联系，互相影响，构成一个有机整体，也成为股份有限公司法律制度最重要、最基本的内容之一。另外，为了保证公司资本三原则更好地发挥作用，各国尤其是大陆法国家大多规定公司资本的最低限额。如法国规定募集设立时不低于 150 万法郎，其他为 25 万法郎以上；德国为 10 万马克；日本为 1000 万日元以上。中国为 1000 万人民币，而外商投资股份有限公司提高到 3000 万人民币，上市公司则不少于 5000 万人民币。

（3）资本的增加和减少。

资本的增加简称增资，是指公司依法定的条件和程序，增加公司的资本总额。减少资本简称减资，是指公司依法定的条件和程序，减少公司的资本总额。

增加公司资本，虽不会对公司债权人产生不利后果，但可能会影响到股东的利益。因此，各国公司法大多规定股份有限公司增资，应经股东大会决议决定，修改公司章程，并办理变更登记手续。增资的方式主要有增加股份数额而每股金额不变；增加每股金额而股份数额不变；同时增加股份数额和每股金额 3 种。

减少资本会削弱公司的财力，加大公司经营风险，从而危及公司债权人利益，并最终影响到股东权益。因此，资本三原则中的资本不变原则，主要是限制公司任意减少资本。然而，因公司资本过剩或严重亏损，经过法定程序减少，反而能使公司资本与实际营运资金两相符合，只是在程序上要比增资严格。主要有：a. 股东大会作出公司减资决议，且多采取特别决议方式，

至少经代表有表决权的股东的 2/3 以上的多数同意方可通过。同时修改公司章程。b.通知或公告债权人，债权人会议也要对减资进行表决。对不同同意减资的债权人，公司要么清偿其债权，要么对其债权提供担保，否则不得减资。c.办理减资登记手续。至于减资方式，相对于增资而言，也有 3 种，即减少股份数额而每股金额不变；减少每股金额而股份数额不变；股份数额和每股金额同时减少。

（4）股份和股票。

股份既是公司资本的构成单位，又是股东权益的计算单位，因此，股份与公司资本具有密切联系。公司资本总额被划分为最小的单位，每一单位完全相等，股东以其所占有这些单位即股份的多少，决定在公司中的地位。为了管理、计算及转让的方便，股份又表现为股票。股票是指由股份有限公司发行的，表示股东所持股份并享受权利承担义务的书面凭证；因此，股份与股票是内容和形式的关系。股份具有平等性、自由转让性等特点。

股份在各国公司法或有价证券法上有许多不同的分类标准，因而形成不同种类。如普通股和特别股；记名股和无记名股；表决权股和无表决权股；额面股和无额面股；赎回股和非赎回股等。普通股与特别股的划分标准是其持有人所享有的权利不同。普通股是其持有人既享有表决权又享有分红权，地位与其他股东平等，并无差别待遇的股份。特别股是其持有人的某项权利不同于其他股东的股份，包括优先股和后配股。后配股在满足普通股红利分配要求之后分配公司盈余。优先股则按章程或股东大会确定的比率，在普通股股东分红之前分取股息的股份。具体又可分为累积优先股和非累积优先股，以及参加优先股和非参加优先股。累积的优先股在当年盈余不足按预先约定的股息率分配时，可将未分配部分移到下一年累积计算。参加的优先股还可在按约定的比例分得股息后，再行参加普通股的分红，股东的自益权自然比非积累或非参加的优先股大。记名股和无记名股的划分依据是股份的证券形式股票上是否记载持有人姓名。凡记载者为记名股份，否则为无记名股份。两者发行、转让及权利行使方式不同。记名股份发行时须将股东姓名或名称载于股票，并录入公司股东名册、转让时以股东名册记载为生效条件，股东行使权利时无须出示股票。无记名股份凭交付发行和转让，但行使股权时，持有人须将股票交存公司。日本在 1990 年修订公司法时，已取消无记名股份。表决权股与无表决权股的区别在于其持有人对股东大会议决事项有无表决权。表决权股通常为普通股，无表决权股通常为优先股。额面股顾名思义为股票上明确标明金额的股份，无额面股则不标明金额，仅标明在总股本中比例的股份。赎回股是公司按章程规定的期限收回股票，返还股款的股份。相当于公司债。非赎回股则不能赎回。另在中国的《股份有限公司规范意见》中还规定有国家股、法人股、个人股和外资股之分，公司法中已予取消。

（5）股份的发行与交易。

股份的发行与交易，应属证券交易法的内容。如中国在证券法颁布之前，专门制定有《股票发行与交易管理暂行条例》。然而，证券法与公司法之间的关系非常密切，故有证券法是动态的公司法之称。

如前所述，公司设立方式有募集设立和发起设立两种。在发起设立时，公司全部股份均由发起人认购，股东凭缴款凭证，在公司成立之后的一定期限内到公司领取股票。募集设立时，股份发行事宜非发起人或公司直接为之，

而是发起人代表设立中的公司与证券经营机构订立承销协议，由后者包销和代销。包销是指证券承销机构在发行结束后将未售完的股份全部买下的承销方式，发行责任完全由证券经营机构承担。代销是指由承销机构代理发售股份，在发行结束后，将未售出的股份全部退还给发行人与包销人的承销方式。若发行量很大，往往由一个实力雄厚的大证券商牵头，组成承销团。世界各国通常规定公开发行的公司，在连续3年盈利，股东人数达到一定规模如1000人以上，资本额和净资产达到一定要求，方可上市交易。如上市以后业绩不佳或其他原因，不符合上市资格，则会停牌。而对不符合上市条件，不能在证券交易所挂牌交易的公司股份，则通过固定证券交易场所的柜台交易或私下协议交易。但各国对公司购买自己的股份均有限制。对证券交易中的证券从业机构和机构的自律要求，以及内幕交易、联手操纵、虚假买卖、哄抬行情等证券欺诈行为，各国均有严格的法律规定，如中国的《禁止证券欺诈行为暂行办法》。另外，各国对新股发行还有公司法或证券法上的特别规定。

股票作为股份的书面凭证，属于有价证券、要式证券和证权证券。为了适应现代电脑自动配对交易的需要，股票除书面形式外，还可采取无纸化形式。无纸化形式的股票通过订立托管协议，由证券登记公司集中托管，股东以股票帐户卡作为股权证明。纸面形式的股票一般应载明公司名称、成立日期、股票种类、面额、代表的股数、编号、董事长签名、公司盖章，如为记名股票，则还应载明股东姓名或名称。记名股票被盗、遗失、灭失的，股东可依公示催告程序，请求法院作出除权判决，宣告该股票失效，并申请公司补发。

（6）公司债。

公司债是指股份有限公司（在中国包括国有独资有限责任公司）通过发行有价证券的方式，向社会公众筹集资金而形成的金钱债务关系。公司债与股份的主要区别如下：

第一，主体地位不同。公司债确立的是一种债权债务关系，公司作为债务人，对公司债债权人的关系与其他债权人无本质区别。公司债债权人享有取息和收回本金的权利，它非公司成员，对公司没有决策权和管理权。股份所表示的是一种所有权关系，股份持有人作为公司构成人员，有权通过股东大会参与公司重大事务的表决，也有权通过查阅公司帐簿等监督公司业务，公司解散时还可分配剩余财产。

第二，风险责任不同。购买公司债是一种出借行为，而认购股份是一种出资行为。公司债债权人到期请求公司还本付息，至于公司经营业绩如何，是否亏损，无关债权人的利益，即使公司解散或破产；公司债债权人先于股东得到清偿。股东与公司间并非固定的还本付息关系，它既不能请求公司退股，又得不到固定收益，公司亏损时，甚至股本都得不到保障，公司破产或解散，也只能在满足了债权人清偿要求后，方可参与剩余财产分配，因此所承担的投资风险大于公司债债权人。

第三，利益分配不同。首先，利益分配的依据不同，公司债按事先约定的比率，股份则按公司盈利状况；其次，利益分配的方式不同，公司债为固定式，股份为浮动式；最后，利益分配的顺序不同，债息在公司税前开支，列入公司的营运成本，公司债的还本在公司解散或破产时也先于股份。股份分红源于公司盈利，不列入公司成本，也只能参与剩余财产分配。

最后，投资期限不同。公司债和股份购买虽都属投资活动，但公司债一般规定有还本期限，届期由公司向公司债债权人归还本金，收回债券。股份除赎回股外，一般不规定期限，股份持有人若不转让，则永远与公司生死与共，绵绵无期。

公司债的种类很多，如记名公司债、无记名公司债，担保公司债、无担保公司债，普通公司债、参与公司债，转换公司债、非转换公司债，本国公司债、外国公司债，附新股认购权公司债，信托公司债，收益公司债，延期公司债，无息公司债，序列公司债，不定期公司债，部分缴款公司债等。

公司债的发行条件，各国公司法中多有规定，有的还设置了一些限制，如公司信用良好，没有欠息历史，发行总额不得超过公司净资产或资本加公积金之和。发行程序一般由董事会或股东会作出决议，经主管机关核准，发出发行公告，最后募集债款，购买人凭公司债应募书领取公司债券。公司债券应载明下列事项：a. 持有人姓名或名称及住所；b. 购买日期及编号；c. 发行总额、面额、利率、还本付息的期限和方式；d. 发行日期。为保护公司债债权人利益，各国公司法上还规定债权人的议事机构公司债债权人会议，对涉及公司债债权人共同利益的有关事项作出决定。

4. 股份有限公司的机关

公司机关是指表达公司这种社团法人组织意志，管理公司内外事务的机构。一般是由股东大会、董事会和监事会三机关组成。按西方国家公司法理论，股份有限公司三机关是三权分立的政治制度在经济组织中的体现，其权力分工和制约关系，反映了公司经济民主化的要求。其中，股东大会为公司最高权力机关，由股东大会选任的董事组成的董事会，是公司的执行机关，另选监事组成监事会作为公司的业务和财务监督机关。公司三机关分工配合，互相制约，保证公司营运合理化、科学化、规范化。第二次世界大战以来，由于生产的复杂化和管理的专门化，普通股东大多无暇也无力管理庞大的股份有限公司，再加上股份分散化，西方国家推行所谓的人民资本主义，更使许多股东无意过问公司事务，因此，股东大会日趋流于形式，公司大权逐渐转到董事会手中。然而，三机关之间的基本格局尚无根本性变化。只是英美法国家一般不设专门的监督机关，而是通过社会监督机构行使监督职能；德国公司法以及采德国法例的欧洲公司法指令，规定双重董事会制度，在股东大会下面设有监事会和董事会，董事由监事会选任，并对股东大会和监事会负责。中国和日本的公司三机关设置较为完善，相互间关系也清晰明了。

(1) 股东大会。

股东大会由股份有限公司全体股东构成。股东即为持有公司股份的人，可以是自然人，也可以是法人，但法人股东须指定代表人。有的国家对外国股东人数作出限制，且多为上限，中国则规定外国股东所占股份达 25% 以上时，为外商投资股份有限公司。股东与公司的关系，表现为股东凭所持股份所拥有的股东权与公司作为在全体股东投资财产基础上的公司财产所有权人的关系。公司作为独立的财产所有权人，参与商事交易，独立承受交易后果，又按法定的分配顺序让股东分享盈利，公司的其他财产利益，也最终归全体

铃木竹雄、竹内昭夫：《公司法》，有斐阁 1989 年新版初版，第 200 页；北泽正启、浜田道代：《商法入门》，有斐阁 1991 年初版，第 97—98 页。

股东所有，但要在公司解散或破产清算后，股东才能实现其最终所有权人的权利。在公司存续期间，股东通过行使表决权、帐簿查阅权等表达自己的意思，通过参与分红、配股、剩余财产分配乃至转让股份，实现自己的财产权利。前者为公益权，即为公司利益为目的，参与公司管理、监督事务而行使的权利。后者为自益权，即为股东自己的利益而行使的权利。另外，股东的权利义务，各国公司法上多有明文规定。

股东大会既是一种依法律或公司章程定期或特定事由召开的全体股东出席的会议，又是公司非常设性的全体股东组成的最高权力机关。股东大会分年会和临时会两种。年会每年至少召开一次，且须于每一会计年度终了后6个月内召开。两次年会之间的间隔有的国家作出限制，如英国规定不得超过15个月，美国多数州规定不得超过13个月。年会的议决事项各国规定不尽相同，多为公司最基本的问题及涉及股东切身利益的事项。中国公司法第103条规定为13项，相对宽泛。临时会又称特别股东会议，是根据公司特殊情况而召开的不定期股东会议。中国公司法第104条列举5种情形，如董事会不足法定或章程规定人数2/3时；公司未弥补的亏损达股本总额1/3时；持有公司股份10%以上的股东请求时；董事会认为必要时；监事会提议召开时的两个月之内应召开临时股东大会。

股东大会由董事会召集，董事长主持。会议之前一定时间，如对记名股东在30天之前，无记名股东在45天之前通知或公告。通告应列明议决事项，会议时间、地点等。公司也可依法或章程规定，以通信（书面）表决方式，即以公告方式公布股东大会议决事项，由股东以通信方式投票表决，作出的决议和股东大会决议具有同等效力。参加股东大会或通信表决的法定人数，各国规定不一。如美国规定代表有表决权的1/3以上的股东出席。通过的决议方为有效，法国规定25%以上，其他一般规定半数以上。根据议决事项的性质不同，股东大会可作出特别决议和普通决议。前者须由出席股东大会表决权数2/3或3/4同意方可通过，后者仅需1/2以上即可。为防止大股东操纵投票，有的国家规定占5%或10%以上股份的表决权打折计算。

股东会议及通过的决议应作成记录，董事签名，连同出席会议的股东签名册保存于公司。

（2）董事会。

董事会是由股东会选举产生的董事（欧洲一些国家经监事会选任）组成的负责公司经营管理事务的公司机关。而董事则是由股东大会或监事会选任的，代表公司对外进行经济活动，对内管理公司事务的专门人才。早期欧洲国家规定董事直接行使董事会职权，每一个董事均可径自对外代表公司开展业务，往往引起公司管理上的混乱。美国创设董事会制后，董事会与其成员的职能被严格分开。董事会作为公司常设性的执行机构，负责公司的经营管理，而董事只能通过董事会才能参与公司的管理，决不能越过董事会自行其事。董事会又可将具体的执行事务交由特定的董事，还可设置专务董事、常务董事等在董事会授权范围内负责公司的专门事务，也可设置经理机构处理公司的日常生产经营事务。由于董事的经验、水平、能力、素质等在相当大的程度上影响董事会的效率，进而决定公司的成败，因而各国对董事任职资格等有详细规定，包括担任董事的积极资格和消极资格、选任方式、任期、

解任、权利、义务和责任等。特别对董事的义务，归结起来主要有5个方面，即忠实义务，要求忠于职守，维护公司的利益；勤勉（又称善良管理人的注意）义务，要求董事细心谨慎，像对待自己的事务一样处理公司事务，不得疏忽大意，敷衍了事；竞业禁止义务，要求董事不得从事与公司业务相同或相类似的营业，有的国家还规定不得兼任从事相同或类似业务公司的董事或经理，否则赔偿公司由此而造成的损失，或将该董事的获益归公司所有，即公司行使介入权，不过，除中国仍采取绝对禁止的法例外，其他国家均规定原则上禁止，但经股东大会或董事会决议允许者除外；与公司交易限制义务，在美国则禁止董事从事与公司利益相反的交易；不得越权义务。违法的董事须对公司承担损害赔偿责任，对第三人一般不直接承担法律责任，但董事责任重大的，第三人可要求董事与公司承担连带赔偿责任。

董事会应由3名以上的董事组成，作为公司的常设性执行机关，在董事中选出的董事长主持下开展工作，其职权由法律明文规定。如中国公司法第112条采取列举方式，美国规定除依法由股东大会行使的权力外，公司其他权力概由董事会执掌。董事会对公司业务方面的重要问题，召开董事会议讨论决定。会议也分董事年会和临时董事会，前者每年至少召开两次，后者因公司业务需要而召开。会议由董事长召集并主持，应在会议之前一定时间通知董事，通知也要写明议程、时间、地点等内容。出席会议董事的最低法定人数为1/2或2/3，出席会议的董事每人有一票表决权，不同于股东会按股份计算表决权。一般事项采取半数以上同意通过的普通决议，特别事项采取2/3以上同意通过的特别决议。董事会会议应作成议事录，由出席董事签名保存。

（3）监事会。

监事会又称监察委员会，是股份有限公司中对公司业务活动和财务会计进行监督的机关。监事会多由3人以上监事组成，有的国家不采取会议制形式，而是设置监察人行使监督职能。

监事或监察人由股东大会选任，可以是股东，也可以是律师、会计师等专业人士，欧洲国家如德国、法国规定须由职工选任1/3以上1/2以下的监事。但监事或监察人不得由公司董事、经理等兼任，以保证监督的公正性。监事会成员的任期一般与董事相同，罢免权在选任机构。

监事会的权限有的国家限于财务会计事务，有的国家包括业务活动，有的国家如日本规定5亿日元股本以上的公司同时监督业务和财务、会计；5亿日元股本以下的公司则只监督财务、会计。中国公司法第126条规定监事会的职权为5项，即（1）检查公司的财务；（2）对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；（3）当董事和经理的行为损害公司的利益时要求董事或经理予以纠正；（4）提议召开临时股东大会；（5）公司章程规定的其他职权。

5. 股份有限公司的会计和盈余分配

公司的会计和盈余分配，本属公司的内部事务，涉及公司的商业秘密，外界不得而知，也不能干预。但是，股份有限公司股东面广量大，为了让股东充分了解公司的真实情况，各国法律均对股份有限公司的会计和盈余分配设置若干强制性规则，如会计报表的形式、种类、编制方法、公布时间、公积金制度、盈余分配顺序等。现扼要介绍如下：

股份有限公司的财务会计报告有会计报表及其附属明细表，主要包括资

产负债表、损益表、财务状况变动表、财务情况说明书和利润分配表。资产负债表又称平衡表，是反映公司在某一特定日期实有资产和现有负债状况的会计报表。损益表又称损益帐、盈亏帐、利润表，是反映公司在一定期间经营成果的会计报表。财务状况变动表是根据企业在一定时期内各种资产和权益项目的增减变化，来分析反映资金的取得来源和资金的流出用途，说明财务动态的会计报表。财务情况说明书是公司对财务会计报告编制过程、依据以及主要的财务和营业情况简要的分析和说明文件。利润分配表是反映公司利润分配情况和年末未分配利润结余情况的会计报表。

股份有限公司的财务会计报告应实行公示主义，上市公司尤其如此。在每年年度终了后，由董事会负责编制并审议后，在股东大会召开之前一定时间置备于公司本部，供股东查阅，经股东大会审议通过，报送主管机关、证券交易所，并在规定的报刊上公告。

在公司会计和盈余分配方面，各国公司法均规定有公积金制度。公积金又称储备基金，是指公司为了增强自身的财力，扩大经营规模，预防意外风险，依照法律或公司章程规定从资产或盈余中提取的积累资金。主要分为法定公积金和任意公积金。法定公积金依法强制提取，依其来源不同，又分为盈余公积金和资本公积金。盈余公积金是指公司在分配股利前按一定比例从盈余中提取的公积金。幅度从5%至25%不等。中国为不低于10%，法定公积金达到股本50%以上时可不再提取。资本公积金是指直接由资本或资产以及其他原因所形成的公积金。资本公积金的构成通常有：股票溢价额、资产增值额、因合并而取得其他企业的净资产额等。任意公积金又称特别盈余公积金，是指公司根据章程规定或股东大会决议在法定公积金之外自愿提取的公积金。

公司经营所得和其他所得，依法缴纳所得税后的利润即为公司盈余。公司盈余的分配顺序为：

- (1) 弥补历年亏损；
- (2) 提取法定公积金和法定公益金；
- (3) 提取任意公积金；
- (4) 发放优先股股息；
- (5) 分配普通股红利。

违法分配，股份有限公司的债权人有权要求股东返还，并追究董事的相应责任。

三、有限责任公司诸问题

1. 有限责任公司的法律特征

有限责任公司是股份有限公司之外的最重要的一种公司类型。它既保持了股份有限公司的资合性，有坚实的财产基础，又吸收了人合公司注重股东信用的优点，在现代经济生活中显示出强大的生命力和高度的适应性。中国推行现代企业制度，改造传统的国有企业，也将有限责任公司作为首选的形式，适用于绝大多数企业，而股份有限公司仅限于少数大型企业，具有一定道理。有限责任公司有以下几个法律特征：

一是法人性。有限责任公司与股份有限公司一样，是法人组织，对此，各国公司立法和公司法理论上并无不同。二是股东责任有限性。股东仅以其

所认缴的出资额为限，对公司的债务承担责任，除法定由股东负资本填补责任或法律人格被否定时负无限连带责任外，公司的债权人只能要求公司清偿，而不能对股东主张权利。三是股东人数有法定上限。有限责任公司通常无股东人数下限规定，甚至可设立一人公司，但却有上限规定。如英国、日本、中国不得超过 50 人。四是不能募集设立，也不能发行股票。有限责任公司由全体股东订立章程设立，股本由股东认足，并不向社会募集，公司也不发行股份。对股东所认缴的出资额，由公司发给出资证明或股权证或股单。股单也代表一定的财产价值，但非法律意义上的有价证券，不能像股票那样自由流通转让。五是股东出资转让有严格限制。基于有限责任公司的人合因素作用，公司中股东转让出资，须经股东会议讨论决定，在公司股东名册上登记，并修改公司章程，即使股东间相互转让出资，也要通过严格的法律程序。六是实行严格的资本确定原则。授权资本制和认可资本制仅适用于股份有限公司，有限责任公司股东须认足章程规定的出资额并全部缴足，方可登记成立。否则，将导致设立无效，设立当时股东和董事负连带认缴责任。但目前中国外商投资有限责任公司实际上仍实行认可资本制，只是例外。七是设立程序简单方便。股东只要订立章程，缴足股款，公司即可成立，并无股份有限公司那样的募股程序，也无需主管部门核准。八是组织结构机动灵活，可设立股东会、董事会和监事会，也可以不设，公司事务由全体股东讨论决定，由若干董事执行公司业务，若干监事负责监督事宜。九是多适用任意性规范。与股份有限公司多适用强制性规范明显不同。

2. 有限责任公司的设立

设立有限责任公司，首先要有法定人数的股东订立章程，一人公司包括中国国有独资公司也不例外。章程经全体股东签名盖章，各执一份，并置于本公司。日本、德国等国规定须经公证，中国的国有独资公司和外商投资公司须经批准，方可生效。章程内容也包括绝对必要事项、相对必要事项和任意记载事项。有的国家如中国公司法第 22 条所规定的 11 项，中外合资经营企业法实施条例第 16 条所规定的 9 项则不予区分。法律上多规定最低资本限额。如日本规定 300 万日元以上，法国规定 5 万‘法郎’以上，德国规定 5 万马克以上，中国则据营业范围的不同规定在 10 万至 50 万人民币，外商投资企业的外方出资额不得少于 25%，出资缴足后，凭法定验资机构的验资证明，在 1 个月之内由全体股东选出的董事或董事会代表，到登记机关办理登记手续，公司即依法成立。当然，公司必须标明有限公司或其缩写字样。

3. 有限责任公司的机关

有限责任公司在原则上也由权力机关、执行机关和监督机关构成三权分立的组织和营运机制，但比股份有限公司灵活得多。

股东大会在有限责任公司中多称为股东会，法律规定可以设立，也可以不设立。作为公司的权力机关，在不设立时其权力由全体股东行使。在公司股东人数很少时，凡事经过股东会讨论决定，不但没有必要，还造成拖延和浪费，影响公司效率。在中国的外商投资企业中，由股东推派董事乃至董事长人选，更不需要另设股东会，故规定董事会为公司的最高权力机关。如设股东会的，其权限范围与股份有限公司股东大会相似。股东会也有年会和临时会之分，召集的时间要求一般比股东大会短，如中国公司法规定在会议召开 15 日之前。会议记录要由出席会议的全体股东签名。对于增减资本、合并、分立、解散、变更组织形式、修改章程的决议，应经代表 2/3 以上表决权的

股东同意通过。

关于董事的人选，有的国家规定在股东中选任。设董事会时，董事人数应在3个以上。其消极资格、权利、义务和责任，类似于股份有限公司董事，董事会权限、召集办法、议事规则亦然。不设董事会的小公司，则由一二名执行董事负责公司业务。监督机关除小公司中设一二名监察人监督公司的业务或财务和业务外，设监事会的，也与股份有限公司相似。

另外，有限责任公司中的业务和财务会计，不实行公示主义。

四、跨国公司的法律规制

跨国公司又称多国公司、国际公司、国际企业、全球公司、宇宙公司、超国家公司等，是指以一国为基地，通过对外直接投资，到其他国家或地区设立分支机构、子公司或外国投资公司，形成生产、销售、研究与发展的网状组织，采取集中与分散相结合的全球战略，从事国际生产和其他业务经营的一种国际化产业组织。从严格的法律意义上讲，跨国公司不是一类具有独立地位的公司，而是一系列公司、企业的集合。以一国为基地的跨国公司本部与在他国的公司、企业之间法律上的关系，不外乎是母公司和子公司，或总公司和分公司，或控股公司和受控公司或其他关联公司关系，受东道国公司法 and 外国人投资法的规范。在公司法上并无特殊的问题。在外国人投资法上的问题较多，但属国际经济法中的国际投资法范畴，超出了本书国际商法的内容。然而，由于跨国公司这一第二次世界大战以来在世界经济舞台上扮演着越来越重要角色的组织，仍以公司法上的公司的面目出现，故对国际上关于跨国公司的法律规制略加介绍。

对跨国公司的法律、政策，大体上分为发达国家和发展中国家两大阵营，前者资本输出为主，故通常鼓励公司海外投资，且反对东道国设置限制，后者经济发展相对落后，一方面想利用海外资金发展本国经济，另一方面又担心被外国资本控制经济命脉，故通常对外国资本区别对待。如中国对外资企业和中外合资企业设立条件、允许进入的领域作不同规定，即是一例。法国规定外资企业在主要产业部门中不得拥有30%以上的股权，日本不得超过50%。70年代以来随着发展中国家在联合国地位的提高，发展民族经济的呼声日益高涨，两大阵营的矛盾和冲突尖锐化。1971年安第斯条约组织利马会议通过了《关于外国资本、商标、专利权、许可证和版税共同处理制度》，规定在15—20年内把外商拥有全部股权的跨国公司子公司变为东道国至少拥有50%股权的合营企业；跨国公司每年汇出利润不得超过其投资额的40%；不准外资新进入金融、保险、商业等部门及插手新闻广播领域；禁止技术转让中的限制性条款；禁止外资企业使用所在国银行的中长期信贷等，虽在1976年就予以放宽，但在发展中东道国首开限制跨国公司国际立法的记录。1976年经济合作与发展组织巴黎会议发表了《关于国际投资和多国企业的宣言》，强调对外直接投资对经济和社会发展的积极贡献，呼吁应给予跨国公司子公司国民待遇，改善对外投资环境等，充分反映了发达国家的意见和建议。

滕维藻、陈荫枋：《跨国公司概论》，人民出版社1991年版，第14页；江平：《新编公司法教程》，法律出版社1994年版，第225页。

1974 年联合国跨国公司委员会正式成立，由 48 国政府代表组成，作为政府间永久性组织，担负为促进了解跨国公司活动的性质及其对政治、法律、经济和社会的影响；促进跨国公司对各国发展目标 and 世界经济增长做出积极的贡献，并控制和消除其消极的影响；加强东道国特别是发展中国家与跨国公司交往时的谈判能力等项任务。委员会下设跨国公司中心，于 1982 年提出了《联合国跨国公司行为守则》，内容包括序言和目标；定义和适用范围；跨国公司组织和活动规则；跨国公司的待遇、国有化补偿及管辖权；各国政府就守则适用的合作义务；具体执行守则需要在国家和国际一级采取的行动等 6 章。但因国际间就跨国公司的定义和适用范围（是否包括非私营公司）、尊重国家主权和不干涉内政的界定、东道国的有关待遇（特别是要不要对国民待遇加以限制）、资本和收益的自由转移、国有化补偿、管辖权等问题仍存在严重分歧，故至今未能获得通过。

第二章 合同法

本章介绍合同法的有关内容。合同法是国际商事主体之间交往的最重要法律。除公司属章程行以外，几乎所有的国际商事关系均由合同联结。本章侧重于合同的成立条件，订立方式，无效合同的处理以及违约责任等，并对各国不同规定作适当比较。

一、合同——国际商事关系的联结纽带

1. 何谓合同

对于何谓合同这一似乎不言而喻的问题，回答并不简单，因为中国有中国的定义，别国有别国的概念。英美法国家与大陆法国家之间，同一法系的不同国家之间存在一定差异，故难作统一概括。

英美法认为合同是一种具有法律约束力的许诺。如美国《合同法重述》将合同定义为“一个许诺或一系列的许诺，对于违反这种许诺，法律给予救济，或者法律以某种方式承认履行该许诺乃是一项义务”。美国著名法学家。前哈佛大学法学院院长庞德甚至说过，“在商业时代里，财富多半是由许诺组成的”。大陆法中的法国视合同为合意。法国民法典第 1101 条即规定：“合同是一人或数人对另一人或数人承担给付某物、作或不作某事的义务的一种合意”。德国法中并无专门的合同定义，而是将合同作为法律行为的组成部分。法律行为则是指当事人之间为了发生私法上的效果而进行的一种合法行为。中国法认为合同是一种协议。如中国民法通则第 85 条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”。作为民法特别法的《中华人民共和国合同法》第 2 条规定经济合同是“平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包户相互之间，为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系”的协议。《中华人民共和国合同法》也有类似规定，而《中华人民共和国合同法》第 2 条规定的合同则是“中华人民共和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者个人之间订立的经济合同”。需要指出的是，尽管各国对合同的认识分歧很大，却均将当事人就合同中的权利义务达成一致意思，作为合同成立的基本标志，中国也不例外。

法国 18 世纪启蒙思想家卢梭的《社会契约论》，曾作为法国大革命的强大精神武器，至今仍风靡西方世界。在商事领域，特别是国际间的商事交往，更是离不开契约也即合同的联结作用。比如，一国商人到另一国推销商品，就可能与代理商签订代销或经销合同，如直接设立分公司、子公司或合资公司销售，还有可能订立土地和房屋买卖或租赁合同，合资经营企业合同，雇员聘用合同等等，涉及到更多、更为复杂的合同关系。可以毫不夸张地说，没有合同，国际商事关系将无从建立，国际商事活动也将寸步难行。如果说中国旧体制下行政指令在国内经济活动中曾起相当大作用的话，在国际商事关系中，则主要靠合同作为联结纽带。

2. 西方各国合同法例概观

董安生等编译：《英国商法》，第 1 页；冯大同：《国际商法》，第 39 页；《法学词典（增订版）》，上海辞书出版社 1994 年版，第 576—577 页。

西方国家合同法分为英美法与大陆法两大法律体系。英美法国家的合同原则主要体现在判例法中，没有统一的成文法典。英国的 1893 年货物买卖合同主要涉及货物买卖合同的有关规定，美国的 1952 年统一商法典，作为向各州推荐的法律范本，在合同法方面，也主要涉及货物买卖合同问题。大陆法国家则不同。大陆法国家的合同法采取成文法形式。只不过没有独立的合同法典，而是在民法典中包含有关合同的内容。如法国民法典第 3 卷中对合同的总则和分则作了详细规定，条款几乎占整个民法典的一半。德国民法典不但在总则中用法律行为概括规定合同的共性问题，而且在第 2 编“债务关系法”中对合同之债及其种类作了具体规定，比法国民法典更系统、更严谨、更详尽。

此外，法国、德国、日本等国还在商法典的商行为部分，对各种商事活动中的合同关系作了规定。罗马统一国际私法研究所自 1980 年开始起草《国际商事合同通则》，目前仍在讨论修改之中。

3. 中国合同法现状及发展趋势

中国的合同法，主要由 1986 年 4 月 12 日制定公布的中华人民共和国民法通则，1981 年 12 月 13 日制定并于 1993 年 9 月 2 日修订的中华人民共和国经济合同法，1985 年 3 月 25 日通过的中华人民共和国涉外经济合同法，1987 年 6 月 23 日通过的中华人民共和国技术合同法组成。另外，还有最高人民法院的若干司法解释，如 1988 年 1 月 26 日关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）、1994 年 7 月 20 日关于适用《中华人民共和国经济合同法》若干问题的规定、1987 年 10 月 19 日关于适用《涉外经济合同法》若干问题的解答；国务院及其有关部委关于各种经济合同及技术合同的条例、细则，如 1984 年 1 月 23 日工矿产品购销合同条例、1984 年 12 月 20 日加工承揽合同条例、1983 年 8 月 8 日建筑安装工程承包合同条例、1986 年 12 月 20 日铁路货物运输合同实施细则、1989 年 3 月 15 日中华人民共和国技术合同法实施条例等。还有一些特殊类型的合同，如中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、技术引进合同等，则分别由 1979 年 7 月 1 日通过并于 1990 年 4 月 4 日修订的中华人民共和国中外合资经营企业法及其实施条例、1988 年 4 月 13 日通过的中华人民共和国中外合作经营企业法及其实施细则、1985 年 5 月 24 日中华人民共和国技术引进合同管理条例及其施行细则规范。

中国的经济体制正在急剧变动之中，从计划经济经有计划的商品经济转变为社会主义市场经济，在不同时期的合同法中留下了明显的烙印。因此，现行的 3 个合同法之间存在不少差异。特别是经济合同法，制定时间最早，计划经济体制的色彩较浓，1993 年修订时只作局部调整，与同年底确立的市场经济目标模式有许多不协调之处，和国际上通行的合同法例也有相当距离，而且，一国有 3 个合同法并列的状况恐无先例，实践中很容易引起混乱。有鉴于此，中国法学界正酝酿制定民法典，以取代过于粗疏的民法通则，其中专设合同编，对各类合同作出统一的规定。另外，合同法典草案也已拟就，正在讨论审议之中。可以预见，目前那种经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法三足鼎立的局面终将结束，统一的，并与中国核准加入的联合国国际货物买卖合同公约完全协调衔接的合同法必将形成。

二、合同的成立要件

合同作为当事人之间意思表示一致的产物，应具备某些条件，才能产生

法律效力。按国际上通行惯例，一项有效合同，必须经过要约和承诺的过程在当事人之间达成协议；当事人应具备订约能力；合同须符合法定的形式要求，及对价或合法的约因；当事人的意思表示必须真实；标的和内容必须合法。其中有一项或数项欠缺，就会导致合同无效，从而给当事人带来严重后果。下面扼要介绍有关基本规则。

1. 要约与承诺

一项合同通常需要经过要约和承诺的过程，方可订立。

(1) 要约。

要约是指一方当事人以订立合同为目的，向对方所作的一种意思表示。其中，提出要约的一方称为要约人，其相对方称为受要约人。要约可采取书面形式，也可采取口头或行动等其他方式，但特定国家的特定合同除外。如中国的涉外经济合同、技术合同须采取书面形式。要约应具备下列条件：

第一，要约人必须明确表达愿意按要约的内容与对方订立合同的意思。要约不是简单的商品介绍，让对方了解情况而向自己发出要约，而要明确表示按所提条件同对方签约的意思。否则，就不是要约，而是要约引诱或要约邀请。要约引诱发出后，即使对方完全接受其内容，合同也不能成立，而要等到发出要约引诱方承诺后，合同才成立。另外，要约须向特定人发出，否则为广告，广告一般不能构成要约，但悬赏广告除外。悬赏广告是指发布者声明对于完成特定行为的人，将给予一定报酬的广告。悬赏广告的发布人为要约人，而完成特定行为的人为承诺人，其行为一旦完成，合同就成立，要约人有义务支付约定报酬，常见的有寻人启示、寻物启示。中国天津市发生过因寻物启示引起的诉讼案，经二审法院调解结案，要约人承担了部分给付责任。

第二，要约的内容必须明确、肯定。要约传送到受要约人处。一旦被无条件接受，合同即告成立。而合同应包含当事人双方的主要权利义务关系，合同经当事人要约和承诺而成立后，如要增加、减少或修改其内容，必须通过新的要约和承诺过程。因此，要约内容应是包括合同的主要条件，如标的、价款、数量、交货或付款的时间、地点和方式等。但是，美国统一商法典对要约要件的规定比较灵活：货物买卖合同的要约须明确货物的数量或计量方法，其他可以日后确定，发生争议后，由法院依所谓合理的依据确定。中国民法通则第 88 条也有类似的规定。

第三，要约必须送达受要约人才生效。要约的生效时间不同于承诺，两大法系间存在着严重的分歧，大陆法国家认为到达生效，英美法国家认为投邮生效。而对于要约，各国均认为到达受要约人才生效，要约也只有送达受要约人，才能让其知晓内容，并作出承诺与否的决定。据此，如发生一方发出单价为 1000 美元，数量 1000 台，总计 100 万美元电脑卖出要约，而另一方在收到之前以完全相同的条件发出买入的请求，两者之间不能成立合同。只有当卖出要约方同意买入方的请求，或买入方在收到要约后再告知要约方，合同才告成立。

要约对受要约人而言，通常没有约束力，受要约人没有义务答复，更没有义务承诺。但日本、德国商法中有例外规定，即惯常客户的要约，怠于拒绝者视为承诺。要约对要约人的约束力问题，实际上就是关于要约到达受要约人之后作出承诺之前，要约人是否可以撤销或更改要约的问题，两大法系及大陆法中的法、德两国均有不同规定。英美普通法认为，要约原则上对要

约人没有约束力，在受要约人作出承诺之前，要约人随时可以撤销要约，除非要约有对价支持或采取特定形式（如签字蜡封式）。因为英美法中视要约为许诺，无对价或无特定形式的许诺无效。但是，英美法中的这一传统对受要约人缺乏应有的保障，极不适应现代经济生活。为此，英国在 1937 年就曾提出修改对价原则的动议，承认明确约定有效期限的要约的约束力，只是迄今仍未形成正式法律。美国统一商法典则已形成了新的规则，即只要符合 3 个条件，要约即使没有对价支持，对要约人仍具有约束力。3 个条件依次为：a. 要约人为商人；b. 要约已规定期限，未规定时在不超过 3 个月的合理期限内不得撤销；c. 要约须以书面作成，并由要约人签字。法国法原则上认为受要约人作出承诺之前，要约人可撤销要约，但如果在要约有效期内或一段合理期限之内不适当地撤销要约，须对受要约人承担损害赔偿责任。德国法则不同。德国法认为要约原则上对要约人具有约束力，除非要约中注明不受拘束的词语。但注明要约人不受拘束的要约就不成其为要约，而变成了要约引诱。中国现行法律中并未严格规定合同订立程序，若订立国际商事合同，可适用联合国国际货物买卖合同公约的有关规定，其内容详见下一章“买卖法”。

至于要约失效的情形，主要有五：一是要约有效期间已过；未规定有效期的，则“依通常情形可期待承诺到达的期间”或“合理的时间”已过，具体由法院确定；二是被要约人撤回或撤销；三是被受要约人拒绝；四是被受要约人变更，形成反要约；五是因出现法定事由，如约定的标的物灭失、遭政府禁运，承诺前当事人丧失行为能力。

（2）承诺。

承诺是指受要约人同意要约内容的一种意思表示。要约一经承诺，合同即告成立，除非法律规定或当事人约定采取批准、公证、登记等特定形式。按各国惯例，一项有效的承诺应具备下列条件：

第一，承诺必须由受要约人或其代理人作出。无代理权的第三人向要约人所作出的同意要约内容的意思表示，对受要约人没有约束力。

第二，承诺必须在要约的有效期间内进行。未规定有效期的认定原则如前述。过期或迟到的“承诺”不是有效的承诺，而是一项新的要约，须经原要约人承诺后，合同方可成立。

第三，承诺应与要约的内容相一致。英美普通法认为，承诺对于要约，就像镜子反映物体那样毫无二致，否则就不是承诺而是反要约，大陆法国家也大体如此。但美国统一商法典已有所改变，采取比较灵活的做法。据美国统一商法典第 2 篇第 207 条的规定，在商人之间，如果受要约人在承诺中附加了某些条款，承诺仍可有效，这些条款构成合同的组成部分，除非要约明确规定承诺必须符合原要约条款；这些附加条款对合同作了实质性修改；在收到此种附加条款的合理时间内，要约人通知受要约人拒绝之。此规则对联合国合同公约和国际商事合同通则（草案）影响颇深。

第四，承诺的传递方式应符合要约的要求。如要约规定传递方式的，承诺应采取限定的或更为快捷的方式；如未予规定，则采取同样的或更为快捷的方式。否则，承诺将不能成立。对于承诺生效的时间，大陆法系和英美法系有完全不同的规定。英美法国家实行投邮主义或投邮生效原则，即在以信

函方式承诺时，承诺一经投邮立即生效，即使表示承诺的信函在传递过程中灭失，也不影响合同的成立。奉行投邮主义的主要目的，在于缩短要约人可以撤销要约的时间，增强对受要约人的保障。大陆法系中的德国明确奉行到达主义或到达生效原则，即受要约人作出承诺后，该承诺到达要约人才发生法律效力，合同也在此时成立，德国民法典第 130 条所规定的“对于相对人以非对话方式所作的意思表示，于意思表示到达于相对人时发生法律效力”，即有此意。联合国合同公约和国际商事合同通则（草案）亦采取到达主义。但法国和日本对承诺生效时间的认定，与英美法系相似。日本民法典第 526 条规定异地承诺实行投邮生效原则；法国法律虽无明文规定，但在司法实践中推定适用投邮主义。

至于承诺是否可以撤回，完全取决于承诺生效时间。英美法国家及部分大陆法国家实行投邮主义，承诺上经投邮即生效，合同也因此而成立，故承诺不可撤回；德国实行到达主义，在承诺送达要约人之前不生效力，故承诺人可以撤回，但撤回承诺的通知必须先于或与承诺同时到达要约人。此原则也为联合国合同公约和国际商事合同通则（草案）所采纳。

2. 缔约人的能力

缔约人的能力亦称合同能力或合同主体资格，是各国法律中关于合同当事人主体资格的有关规定。无论是大陆法还是英美法国家，均对意欲订立合同的当事人条件或资格作出明确而严格的规定，只有符合条件的人才能订立有效合同，并承担相应的合同权利和义务。具体包括自然人和法人两方面的规定。

对于自然人缔结合同的能力，各国主要对未成年人和精神病患者作限制性规定。例如，德国民法典规定未满 7 岁的儿童；处于精神错乱状态，不能自主决定意志者；因患精神病被宣告为禁治产者为无行为能力人，所订合同无法律效力。禁治产是指因心神丧失或精神耗弱，不能处理自己的事务，经本人或其亲属请求法院宣告其丧失行为能力，禁止其治理财产。大陆法国家民法中对禁治产制度有普遍规定。法国民法典第 1124 条规定未解除亲权的未成年人，以及受法律保护的成年人包括官能衰退者，因挥霍浪费、游手好闲以致陷于贫困者为无行为能力人，可依法主张其所订合同无效，但相对人无权提出无行为能力致合同无效的抗辩。解除亲权是法国法中专为未成年人设置的一种制度。据此，不到 21 岁的未成年人因结婚而解除亲权；年满 16 岁的未成年人虽未结婚，也可由父母请求监护法官宣告解除亲权，成为民事行为能力人，但不得从事商业活动。英美法中没有禁治产和解除亲权制度，而是直接规定未成年人、精神病人和酗酒者的缔约能力。英国原规定 21 岁为成年人，1969 年修改家庭法时降为 18 岁。未成年人订立的合同视不同情形，可能产生 4 种法律效果：属受让必需品的合同及为未成年人利益而订立的教育合同有效。未成年人订立的，对其具有延续性或永久性利益，并对其产生延续性责任的合同，在未成年期间和成年后的合理期间，未成年人有权撤销。未成年人订立的借贷或出借货币的债务合同，出让或受让非必需品的合同，帐单欠条或欠据属绝对无效合同。因无效合同履行或部分履行的，未成年人及其相对人，均无权请求法院强制返还或赔偿，该合同不能强制执行。美国法

冯大同：《国际商法》，中国人民大学出版社 1994 年版（下同），第 62—64 页。

董安生等编译：《英国商法》，法律出版社 1991 年 5 月版，第 70—78 页。

中关于成年人年龄规定与英国法相似，为 18 岁，但各州有差异。美国法认为未成年人所缔结的合同绝大部分无效。但需由未成年人在未成年期间或成年后一段合理时间内否认。在合同已履行或部分履行的情况下，未成年人及其相对人通常可请求返还财产，因而不同于英国的处理规则。在美国法中，未成年人就必需品包括教育所订的合同，亦有法律约束力。精神病人或神经不健全的人所订的合同一律无效。一时害了精神病的人，一旦神经恢复正常，可以追认或否认其以前订立的合同，但是，在订立合同时，缔约一方对另一方患精神病一无所知，很有诚意，也没有占神经不健全者的便宜，就不得否认合同。神经不健全者就必需品订立的合同，则有法律效力。一个因喝醉酒而无法理解交易性质的人，应与精神病人同等对待。在酒醒后，他可以追认一个未履行的合同，或否认一个已履行的合同，但须对必需品的购买合同负有义务。英国法中也对精神病人和醉酒者的合同能力进行严格限制。他们必须同时证明订约时确实不了解自己交易行为及合同的性质，对方明知其无能力缔约的，方能主张合同无效。

中国民法通则将自然人的民事行为能力分为 3 类，即完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力。前者为 18 岁以上或 16 岁以上不满 18 岁但以自己的劳动收入为主要生活来源的人；中者为 10 岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人，可从事与其心智发展状况相适应的民事活动；后者为不满 10 岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人，其从事的民事行为包括订立的合同无效。必须指出的是除智力成果的转让和许可等特殊活动外，中国法中的自然人不具备商事主体资格，未经许可不得从事营利性活动，更不得从事国际商事交易，否则无效。

法人是由法律所创造的拟制主体。法人的合同主体资格，在商事交易中主要表现为公司的合同能力。公司一旦成立，即取得不同于其成员的独立人格，有其独立财产并可承担独立责任。除非公司的股东或董事滥用公司法人形式以达到其非法目的，方可否定公司的法人人格，适用撩开公司面纱或法人人格否定的原则；追究相关人员的责任，让其承担公司所无力承担的债务。

与自然人不同的是，法人的行为能力与其权利能力完全一致，而权利能力源于法律规定或章程确定。以英国为例，现行主要有特许公司、专门法公司和注册公司 3 种公司形式。前者的合同能力取决于特许状的规定，中者依据有关专门法案，后者依公司法由公司组织章程确定。其他国家除没有或很少特许公司外，其他两种公司合同能力与英国法基本相同。中国法人尤其是企业法人的合同能力以登记机关核准的营业执照所确定的经营范围为限。只是特殊的经营如金融、期货、保险、旅游、餐饮、娱乐、交通等，须事先取得主管部门核准许可，方可作为章程的业务范围报登记机关登记。法人超越其经营范围的行为无效，但越权经营的法人仍应对相对人承担相应的法律责任。除非相对人明知并具有同样过错。

3. 对价和约因

对价和约因是特定形式如英美法国家签字蜡封（现代社会中为盖印）式

约翰·怀亚特和麦迪·怀亚特合著：《美国合同法》，北京大学出版社 1980 年 6 月版，第 35—41 页。
1845 年郭尔诉吉布森案，财政法院判例集第 14 集，第 151 页。

参见王利民：《公司的有限责任制度的若干问题》，《政治论坛》，1994 年第 2、3 期。

之外合同的必备要素。在英美法国家多用对价，但有时与约因互通。法国法中称为约因。

英美法中的对价是指根据协议已经履行或将要履行义务的当事人由此得到某种利益，或者接受义务履行的当事人为此而遭受某种损失，是对履行义务一方当事人的某种回报。通俗地说，是许诺人利用他的许诺进行议价从而得到的某种东西，是购买某种许诺的代价。对价可分为待履行的对价、已履行的对价和过去的对价 3 种。前者为当事人双方互相许诺在将来履行的对价；中者为当事人一方已依约履行了义务，作为另一方当事人应承担的相应履行义务的对价；后者为一方当事人在对方作出许诺之前已全部履行完毕的义务。前两种对价可有效成立，后一种无效，这就是英美法上“过去的对价不是对价”原则。一项有效的对价必须符合诸种条件：a.对价必须合法。如，英国曾在 1860 年皮尔斯诉布鲁克斯案中，判决马车制造商卖给妓女的马车因后者从事不道德职业而无效，原告无权收回被告的欠款。b.对价必须具有真实价值，但毋需完全等价。若对价很不充分，以至于形成极不公平的合同，美国统一商法典规定法院可拒绝执行。c.过去的对价不能构成有效的对价，因为两个对价之间不属同一个法律关系。d.已经存在的义务或法律上的义务不能作为对价。如公司开发研究人员的科技发明为公司创造重大效益，公司可予以奖励，发明人不能在聘用合同之外强行向公司索要额外报酬。刑警抓获罪犯，也不能作为其获取薪金之外报酬的理由。e.对价必须来自受许诺人包括其代理人。可见，英美法中的对价及其有效条件比较古板，既不合商业惯例，也不适应现代经济生活。为此，英国法中设置了一些例外原则加以变通。美国统一商法典则明确规定改变现存合同的协议，即使没有对价也不影响其约束力。另外，还有一项“诺言禁止反悔”的衡平法原则，大意为许诺人在作出许诺时，应当合理地预料到受许诺人会信赖其许诺而为或不为某种实质性的行为，并已在事实上引起了这种结果，那么，即使该项许诺缺乏对价也具有约束力，应予强制执行。

法国民法典对约因设有专门规定。所谓约因，是指缔约当事人所追求的最接近和最直接的目的。就买卖合同而言。买卖合同的标的就是买方所追求的直接目的，卖方的直接目的则是取得金钱。至于标的物自用还是馈赠他人，金钱用于生产还是消费抑或偿债，则属于当事人的动机，故不同于约因。显然，双务合同中有两个约因，或当事人之间有相互给付关系。按法国民法典 1131 条规定，凡是无约因、基于错误约因或不法约因的债无效。德国、日本民法典、瑞士债务法典等虽同属大陆法国家成文法，但并无约因的规定。德国民法典 812 条中对不当得利有所规定。所谓不当得利是指无法律上的原因，取得他人的财产或其他利益。取得方依法必须将其归还真正的所有人，不当得利制度实际上从反面确立了无对价或合法的约因的合同无效的原则，可收到与英美法和法国法异曲同工之效。

4. 合意必须真实

缔结合同的当事人的意思表示一致时，合同即可成立，但此时的合意必须真实。如当事人因错误或者在被欺诈、胁迫等情况下作出有悖于其本意的意思表示，则所订合同无效或可以撤销。各国法律对此规定原则上一致，但

见《美国合同法》第 22 页；董安生等编译：《英国商法》，第 21 页。

冯大同：《国际商法》第 58 页。

有不少细微差别，现扼要介绍如下：

(1) 错误。

合同法上的错误是指行为人因对其行为的性质、对方当事人、标的物的品质等事实存在误解而作出的与其真实意思不一致的意思表示。根据英国合同法的一般规则，只有在当事人对合同的误解威胁到协议的真实性，或虽有真实协议，但当事人双方在重要问题上均有同样误解时，才能影响合同的效力。具体表现为当事人对合同根本性质发生误解；对特定当事人身份的误解；认定合同标的物的误解，合同标的物是否存在的误解等。缔约一方明知对方误解仍与之缔约，误解方也可主张合同无效。美国法同样认为单方面的错误不影响合同效力。只有双方当事人均有错误，并涉及合同重大事项时，才能主张合同无效或要求撤销。法国法认为单方面的错误可导致合同无效，但其错误须涉及合同标的物的本质，且主要根据当事人的主观意思来确定，即采用主观标准。至于认定对方的错误，只有当对方当事人身份是其缔约所考虑的特别重要事项时，才能构成合同无效的原因。而动机上的错误一般不能作为合同无效的理由。德国法仅概括规定当事人意思表示内容和形式的错误，错误的结果并非导致合同无效，而是可以撤销。另外，对于当事人资格或标的物性质的错误。在交易上显得十分重要时，视为意思表示内容的错误，但不采取法国式的主观标准，而是采用客观标准，即根据合同的具体情况来确定。中国的规定并没有西方各国那样具体详尽，按中国民法通则第 59 条的规定，合同当事人对合同内容有重大误解的，有权单方面请求法院或仲裁机关予以变更或撤销。重大误解含义与错误相近，是指当事人因对合同的性质，对方当事人，标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使合同履行后果与自己的真实意思相悖，并造成较大损失。应注意的是，变更和撤销重大误解合同的权利不能由一方当事人向对方直接行使，而只能向法院或仲裁机关申请。否则，对方当事人有权拒绝。

(2) 欺诈。

欺诈亦称诈欺，是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的行为。英美法中将诈欺称为欺骗性的不正确说明。英国 1967 年不正确说明法中，称不正确说明是一方在订立合同之前，为吸引对方缔约而对重要事实所作的一种虚假说明。具体分为非故意的不正确说明和欺骗性的不正确说明两种，前者为诚实地相信确有其事而作；后者并非如此。因此在处理规则上有所区别。非故意的不正确说明又有有无疏忽之分。若是非故意也无疏忽的不正确说明，受骗方可撤销合同而无权主动要求索赔，但法官可裁定以损害赔偿替代撤销合同。若是非故意但有疏忽的不正确说明，受骗方既可撤销合同也可要求索赔，但法官也可裁定以损害赔偿替代撤销合同。而对于欺骗性的不正确说明则要严厉得多：受害方既有权诉请赔偿损失，也有权诉请撤销合同，还有权拒绝履行该合同。大陆法对欺诈及其后果的规定要简单得多。法国民法典第 1116 条规定欺诈将导致合同无效，而德国民法典第 123 条规定导致可撤销。中国民法通则第 58 条、经济合同法第 7 条以及最高人民法院关于适用《涉外经济合同法》若干问题的解答第 3 条。均规定以欺诈手段订立的合同无效，过错方应负赔偿责任。

沉默在各国一般不构成欺诈，但德国有的判例认为一方有说明义务而怠于说明时为欺诈。法国、英国也有类似规定。中国法虽不作为欺诈处理，但怠于说明方应承担过失责任。如上海某药厂未对一种西药的毒副作用详加说明，某病人服用后致残，药厂被判令赔偿损失即是一例。

（3）胁迫。

胁迫是指使他人发生恐怖为目的的行为。其行为人的主观恶意大于欺诈。因此，各国法律均认为，通过胁迫手段订立合同的，受胁迫方可主张合同无效或撤销合同。各国处理规则的差异与欺诈相近。胁迫在英美法中为普通法上的概念，指对人身施加威吓或暴力或监禁，受胁迫者有权撤销合同。此外，在衡平法上还有不正当影响的概念，主要是指滥用某种特殊关系，一方订立不公正的合同从对方谋取非法利益。特殊关系多指父母和子女、律师和当事人、受托人和受益人、监护人和未成年人、医生和病人等。德国法认为受胁迫订立的合同可撤销。法国法则认为导致无效，中国亦然。

5. 合同必须合法

西方各国标榜和崇尚契约自由，意谓任何有缔约能力的人，均可按他们的意愿自由地缔结合同，并规定依法缔结的合同，对当事人具有相当于法律的效力。但是，几乎所有国家均规定依法订立的合同才有效，凡是违反国家法律，以及善良风俗、公共秩序或社会公共利益合同，即使为当事人意思表示一致的产物，也没有法律效力。

英美法中违法合同分为成文法所禁止和有悖于普通法的合同两类，学理上又划分为违反公共政策的合同、不道德的合同和违法的合同3种。前者是指损害公共利益，违背某些成文法所规定的政策或目标，或旨在妨碍公众健康、安全、道德以及社会福利的合同。解释上相当灵活。不道德的合同是指违背社会公认的道德标准的合同。违法的合同则将违反法律规定的合同全部包括在内。大陆法国家对违法合同集中规定在民法典中，其中法国法认为合同标的违法和约因违法均构成合同非法；德国法则概括性规定“法律行为为违反法律上的禁止者无效”。中国有关合同方面的法律，包括司法解释在内，均明确规定违反国家法律、社会公共利益合同无效。社会公共利益与公共秩序或公共政策，应为同一涵义。规定合同不得违背社会公共利益或公共秩序，称为公共利益保留原则，在国际商务交往中具有重要意义。

合同符合法律规定即产生对当事人双方的约束力，不履行合同义务的一方须负违约责任，详见后述。合同非法时，按各国惯例，因合同无效，既不产生权利也不产生义务，故任何一

方均无权要求对方履行，也不能请求赔偿损失，除非证明受对方欺诈、胁迫。中国法的处理规则不同。对于一般性的违法合同被确认无效后，已经取得或约定取得的财物返还对方，一方过错致对方损失的赔偿损失。若双方当事人恶意串通，假借签订合同进行违反国家法律或者损害社会公共利益的活动以及损害国家或者第三方利益的，除确认合同无效外，还应当追缴双方非法取得的财产收归国家所有或者返还第三方，并可视情节轻重，依法给予训诫、罚款或拘留等处罚；发现有经济犯罪的，移交公安、检察机关查处。另外，国家工商行政管理局在1985年7月和1995年12月先后发布《关于确

陈朝华：《祸起“说明书”》，《南方周末》1995年12月15日第5版。

最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第5条第3款。

认和处理无效经济合同的暂行规定》以及《关于查处利用合同进行违法行为的暂行规定》，对违法无效合同的认定及处理，作了详细规定。

6. 合同须符合法定形式

依合同的形式要求，可将合同分为要式合同与不要式合同两种，前者须按法定的形式或手续订立，否则无效或不能强制执行；后者无特别要求。商事合同以不要式为通例。

英国法中有签字蜡封式合同（亦称盖印合同、契据合同或书面要式合同）、简式合同（包括书面合同、口头合同、默示合同）、记录合同和准合同。盖印合同必须采取书面形式并签名盖章。凡是无对价因素的合同、地产转让及土地权益在 3 年以上的租借合同、英国船舶或其中份额的转让合同以及注册公司的组织章程，必须为盖印合同。简式合同是以对价为成立要件。其中的书面合同须以书面形式作成，否则无效或不能强制执行。如票据、海上保险合同、抵押证券合同、债务承认不采取书面形式者无效；而担保合同、土地买卖或以其他方式处分土地权益的合同，以及金钱借贷合同，非以书面形式作为证据者，不能强制执行。口头合同是当事人依法以口头语言、电话等方式明示合同内容和条款的合同。只要基于明示，主要内容明确，无需任何特别形式即可有效成立。默示合同是指非依当事人明确表示，而是依法律推定或引伸当事人双方意图而形成的合同。包括法定默示合同，如货物买卖合同中的适用性、安全性默示担保；依事实推定的默示合同，如乘客与承运人间关于准时性和安全性的默示合同。记录合同是指通过法庭裁判、具结和其他强制措施确定当事人间具有债权债务关系而形成的合同，自记人案卷之时起生效。准合同是指依照法律所确定的不当得利、无因管理等原因在相对人间产生债权债务关系而形成的合同。准合同关系虽无特定形式，权利人仍可依法向义务人追偿。前述以书面形式作为证据，否则不能强制执行的合同规定，源于 1677 年的英国欺诈法。美国各州也有类似的法律，在内容上大同小异，多规定不动产买卖合同、履行期超过 1 年的合同、担保合同和价金超过 500 美元的货物买卖合同非采取书面形式者不能强制执行。

法国法规定赠与合同、夫妻财产制合同、抵押合同必须经公证方能有效成立；而价金超过 50 法郎的合同，应采取书面形式，否则，因缺乏证据而不能强制执行，商事合同例外。德国法中的要式合同只限于极少数合同类型，如赠与合同必须公证，土地转让合同必须登记，否则无效。其余均以不要式为原则。中国法中关于合同形式的规定，主要有以下几种情况：a. 不必采取书面形式的合同，主要适用于国内民事流转；b. 必须采取书面形式的合同，主要是涉外经济合同和技术合同，无书面形式者不生法律效力；c. 须经批准生效的合同，主要为中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同和中外合作开采自然资源合同发起设文股份有限公司的发起人协议、股票承销协议等；d. 以登记为成立要件，如以房屋、船舶、机器设备、进口物料设定抵押权的合同，不动产所有权、使用权转让合同等。

7. 合同的解释

当合同条款不清楚或重大缺漏，而当事人双方又各执一词时，就会出现法院如何解释的问题。西方国家中有意思说和表示说两种对立方法，前者强调探求表意人的真实意思，而不拘泥于合同中的文字；后者以当事人表示出来的意思作为解释合同的依据，而不问其内心意思究竟是什么。英美法采取表示说，法国法采取意思说，德国法原则上采取意思说，但有时也考虑表示

说。英美法在表示说的基础上，还形成了所谓的证言规则，即认为在缔结书面合同的情况下，当事人应将一切事项纳入合同，法院原则上不允许用证人证言改变书面合同的内容。此外，现代各国及国际间商事交易活动中，通常由大公司事先印制好标准合同，将交易双方的权利义务等事项拟定下来，如另一方同意签字，合同就成立，很少讨价还价的余地。这种标准合同，亦称共同条件或附合同或一般交易条件，因由一方当事人事先印制，故显然偏重于保护起草人的利益。为维护合同关系的公平性，各国多采用“含糊条款解释规则”，即对其中意思含糊的条款，作不利于拟定人的解释。共同条件一般可作为当事人双方合同的一部分，但有的国家如德国规定一些特殊行业的共同条件须经政府主管部门批准，其他行业的也要由法院监督和解释。共同条件违反法律或公共政策，显著地不适当限制拟定人责任或加重相对人负担的无效。

三、合同履行的义务和责任

世界各国法律均认为，合同一经依法订立，对双方当事人都具有约束力，任何一方都必须严格按合同规定全面、适当地履行义务。否则即构成违约，并承担相应的法律责任，以便使非违约方得到适当的救济。

1. 违约及其形式

违约是指合同当事人完全没有履行合同，或没有完全履行合同义务的行为。违约的原因多种多样，千差万别。有的为当事人过失，如货物运输承运人未切实做好防雨防潮措施，货物在运输途中淋雨受潮变质。有的是当事人故意，如货物买卖合同卖方见市价上涨，将合同约定的货物高价转卖而违约。有的是当事人意志之外的原因使然，如成品入库正要按约待运，被突如其来的山洪冲走，致使卖方无法如期交货。

对于违约的归责原因，英美法和大陆法国家分别实行无过失责任原则和过失责任原则。英美法认为，只要当事人没有履行在合同中约定的义务，即使其没有任何过失，也构成违约，应承担相应的法律责任。美国合同法重述第314条中的“凡没有正当理由的不履行合同中的全部或部分许诺者，构成违约”，即是此意。大陆法则不同，大陆法中违约的构成要件，不但包括合同义务人有不履行义务的事实，而且存在归责于他的过失，还要在两者之间有因果关系。如违约方的相对人要求其赔偿损失，则须证明违约造成了这些损失。中国亦然。

至于判定违约的时间界限，英美法中比较严格。凡合同规定履行期限，债务人届时不履行；合同未规定履行期限，债务人在合理的期限内不履行，即构成违约。中国亦采用此原则。德国法中则有不同于上述原则的催告制度。催告是指债权人向债务人请求履行合同的告知。在合同没有明确规定履行日期的情况下，债权人必须向债务人催告，才能使债务人承担延迟履行的责任。法国法的规定大体相同，只是对催告的方式规定须采取书面形式，德国则口头催告也可。值得一提的是，大陆法中的催告与各国民事诉讼法中的公示催告程序有本质区别。前者为实体法范畴，后者属程序法范畴，是对票据、有价证券被窃、遗失、灭失者的一种司法救济方式。他们可依法向法院提出公示催告请求，由法院受理后发出公告，让权利人申报权利。除有权利人申报权利而终结公示催告程序，转入普通民事诉讼程序外，申报权利期限届满，法院作出除权判决，宣布相应票券丧失权利。

对违约形式的规定，英美法和大陆法差异很大。英美法规定违反条件、

违反担保、违反中间性条款、先期违约和履行不可能 5 种形式。德国法规定给付不能和给付延迟两种，法国法规定不履行和延迟履行两种。中国法规定不履行和不完全履行两种。

英美法中的条件涵义有三：一是合同中的重要性的根本性的条款；二是合同中的约定事项包括明示条件和默示条件；三是当事人双方约定的决定合同生效与否的不确定事件，包括对流条件，先决条件和后决条件。对流条件是将一方的履行与对方的履行互为条件。先决条件是将某约定事项作为对方履行义务的前提，该事项不发生，合同不成立，相当于大陆法中的停止条件。后决条件是将某约定事项作为对方履行义务消灭的前提。与先决条件相反，后决条件成就时，合同义务消灭，相当于大陆法中的解除条件。作为违约形式的条件，取第一种涵义。合同当事人一方违反条件的，对方有权解除合同，并要求赔偿损失。违反担保是指违反合同的次要的、附属性的条款。与违反条件不同的是，违反担保时，对方当事人不能以此为由拒绝履行他的合同义务，即无权解除合同，他只能在履行了其应承担的合同义务后，再向违约方请求损害赔偿。违反中间性条款是英国近年发展起来的一种新的违约类型。它不是根据合同条款本身来确定对方是否有权解除合同，而是依违约的性质和后果来确定补救方法的合同条款，具体由法官灵活掌握，以克服违反条件和违反担保的传统分类所带来的不便。美国则已摒弃“条件”和“担保”分类，而将违约分为轻微违约和重大违约两种情形。前者是指债务人在履约中虽有缺点，但债权人已获得主要利益。后者是指由于债务人没有履行或履行合同有缺陷，致使债权人依约本应得到的主要利益落空。重大违约实际上相当于违反条件，轻微违约则类似于违反担保，处理规则也基本相同。只是英国法侧重于合同内容，美国法侧重于合同结果。先期违约是指一方当事人在合同约定的履行期限到来之前，即以书面、口头或行动表明其届时将不履行合同。一方先期违约的，另一方有权解除合同并索赔，而不必等到履行期届至。履行不可能是指债务人因种种原因不可能履行其合同义务，包括自始不能和嗣后不能。自始不可能履行的合同无效，在当事人间不产生权利和义务。事后不可能若因不可归责于当事人的事由所致，当事人间也没有权利和义务。

德国法中的给付不能包括自始不能与嗣后不能，类似于英美法中的履行不可能，但处理规则有所不同。自始不能的合同原则上无效，但一方当事人在缔约时明知或应知该标的不可能履行的，对不知情的另一方当事人负有损害赔偿赔偿责任。嗣后不能则以债务人过失为承担责任要件。给付延迟是指债务人在债务已届履行期且可能履行的情况下，并未按期履行其合同义务。给付延迟的法律后果，也实行过失责任原则。法国法的规定与德国法大同小异。

联合国国际货物买卖合同公约主要规定了根本性违反合同和非根本性违反合同，以及先期违约等形式。显然受英美法的影响大一些，其处理规则详见下章内容。

2. 违约的救济方法

救济是指一方合法权利被他方侵害时，法律上对受损害方所作的补偿。世界各国的违约救济方法不尽相同，但主要有实际履行、损害赔偿、解除合同、违约金和禁令 5 种。

参见《民法通则》第 111 条；《经济合同法》第 29 条。

（1）实际履行。

作为违约救济方法的实际履行，是指一方不履行合同义务时，由法院根据另一方当事人的诉讼请求，强制要求违约方仍按合同约定履行义务。英美普通法中无实际履行这一救济方法，但在衡平法中可作为一种例外的救济方法，仅在损害赔偿不能满足债权人要求时适用。德国法中将实际履行作为一种主要的救济方法，债权人原则上均可请求法院判令违约的债务人实际履行合同义务，只是在实践中很少有人提起实际履行之诉。法国法将实际履行作为一种可供选择的救济方法，但限于合同仍可履行时，并属于给付财产之债。否则，只能采取其他的救济方法。中国民法通则和经济合同法对实际履行有明确规定，涉外经济合同法中虽无明确规定，但可从该法第 18 条“其他合理的补救措施”中推断，也可采取实际履行的救济方法。联合国国际货物买卖合同公约的规定则比较原则，具体在下章中阐述。

（2）损害赔偿。

损害赔偿是指当事人一方违反合同规定的义务并给对方造成损失，依法由违约方给予补偿。它是对违约的一种主要救济方法，为各国法律所普遍采纳。而在赔偿的依据、方法、范围等方面尚有差别，扼要介绍如下：

大陆法国家中损害赔偿须依据 3 个条件，即有损害事实；有归责于债务人的原因；损害的发生与债务人违约间有因果关系。英美法则认为一旦一方当事人违约，对方即可要求损害赔偿，无需证明违约方有过错，也无需以实际损害为前提。中国从大陆法通例。损害赔偿的方法有回复原状和金钱赔偿两种。德国法以回复原状为原则，而以金钱赔偿为例外。法国正相反，以金钱赔偿为原则，而以回复原状为例外。英美法基本上采取金钱赔偿的方法，称为金钱上的回复原状，为了在金钱所及的范围内，使权利受到损害的一方处于合同得到履行时同样的地位。

对于损害赔偿的范围，大陆法认为应包括违约所造成的实际损失和可得利益损失。前者是由合同明确规定，因债务人的违约而直接受到损害的利益。后者是债权人在合同履行的情况下本应可以获取，而因债务人的违约所丧失的利益。以货物买卖合同为例，卖方交付不合格品，买方未取得合格品为直接损失，此合格品转售的利润为间接损失。英美法原则上要求因违约而受到损害的一方，在经济上能处于合同得到履行时同等的地位。债权人可索赔的损失包括按照违约的一般过程自然发生的损失；当事人在缔约时已预见或应预见到的因违约而产生的损失。中国民法通则第 112 条、涉外经济合同法第 19 条均对损害赔偿范围作了原则规定。根据最高人民法院的解释，损失范围应包括财产的毁损、减少、灭失和为减少或者消除损失所支出的费用，以及合同如能履行可以获得的利益（在国际货物买卖合同中指利润）。但是，赔偿的责任不得超过违约一方在订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。“可预见的损失”没有确定的衡量标准，故一方在订约时应将违约的严重后果告知对方，或双方事先在合同中约定。对中国的国内经济合同，司法实践中则以合同标的额为限。

（3）解除合同。

解除合同是指一方当事人违约时，另一方当事人径自或通过法院判决解除自己履行合同的义务的一种救济方法。它不同于当事人在正常情况下解除合同关系。英美法中规定在一方违反条件或重大违约时，另一方才有权利通知违约方解除合同。大陆法并不区分违反条件还是违反担保，一方违约另一方

就有合同解除权，只是法国须通过法院判决，德国法中规定毋需涉讼。中国涉外经济合同法规定了与违约补救直接有关的两种可以解除合同的情况：一是一方违反合同，以致严重影响订立合同所期望的经济利益；二是一方在合同约定的期限内没有履行合同，在被允许推迟的合理期限内仍未履行，另一方就可径自通知违约方解除合同，毋需订立协议或法院判决。

对于解除合同的法律后果，各国不同规定。法国、德国、美国认为其效力溯以既往，未履行的债务不予履行，已履行的也应恢复原状。英国认为溯及将来，合同已履行的部分不再更改，未履行的部分不再履行。中国也采取类似原则。另外，英、美、法、中诸国认为，解除合同不影响当事人行使损害赔偿请求权，而德国法认为债权人只能在解除合同与损害赔偿请求权两者中任选其一。

(4) 违约金。

违约金是指为了保证合同的履行，当事人双方事先在合同中约定当一方违约时，应向对方支付的金钱。大陆法中有惩罚性违约金和补偿性违约金之分，德国规定为惩罚性违约金，债权人除依约向违约方要求支付违约金外，还可请求损害赔偿。法国规定为补偿性违约金，由当事人在缔约时预先约定，一旦违约，债权人可要求违约方支付，但不允许同时请求损害赔偿。英美法认为合同双方当事人地位完全平等，一方违约，另一方只能要求赔偿，而不能加以惩罚，但允许当事人预先约定损害赔偿金额。中国经济合同法规定的违约金，既有惩罚性，又有补偿性，但涉外经济合同法只规定预定损害赔偿违约金。另外，依各国法例，违约金或预先约定损害赔偿金额过高或过低，当事人可请求法院酌量增减。

为了统一国际间预定赔偿金额的规定，联合国国际贸易法委员会制定了《关于在不履行合同时支付约定金额的合同条款的统一规则》，由联合国大会在1983年决议向各国推荐。该规则确认国际合同中预定赔偿金额有效，一方违约并有过错时，另一方有权取得之。当其数额不足以补偿损失时，另一方还有权要求损害赔偿，直至补足损失。

(5) 禁令。

禁令是指在英美法国家的某些特殊案件中，由法院发出禁止令，不允许当事人（通常为被告）从事某种特定的行为。它是英美衡平法上的一种特殊救济方法，仅适用于下列两种情况：

一是采取一般的损害赔偿的救济方法不足以补偿债权人的损失；二是禁令符合公平合理的原则。

3. 免责条件

对有效成立的合同，当事人在一般情况下均有义务履行，否则要承担违约责任。但是，在特殊情况下，如合同订立以后发生了当事人无法预料的情事，导致合同无法履行，或虽可履行但大大增加当事人的负担，产生极不公平的结果。对此，法律上作为例外原则来处理，形成所谓的情势变迁原则、合同落空和不可抗力制度。

(1) 情势变迁亦称情事变更原则，是指合同成立后，作为合同关系基础的情事，由于不可归责于当事人的原因，发生了非缔约当初所能预料得到的变化，如仍坚持原来的法律效力，将会产生显失公平的结果，有悖于诚实信

用原则，因此应将合同变更乃至解除的原则。情势变迁作为大陆法中的一项重要制度，虽多无明文规定，但为各国所认可，并应用于司法实践，中国亦然。不过，情势变迁原则的适用范围并无定则，极难把握，故在司法实践中不轻易援用。

(2) 合同落空是指在合同成立之后，非由于当事人自身的过失，而是因某种意外事件致使当事人在缔约时所谋求的商业目标受到挫折。在这种情况下，对于尚未履行的合同义务，当事人可免除履行的责任。它是英美法中类似于情势变迁的概念。英国法中导致合同落空的情事大体有标的物灭失；合同因法律修改而变为非法；情况发生根本性变化；政府实行封锁禁运或进出口许可证制度等。美国合同法重述第 288 条对合同落空作了解释，而美国统一商法典第 2—615 条则具体规定了不履行合同免责条件 a. 如果由于发生了缔结合同时作为基本前提条件而设想其不会发生的特殊情况；b. 由于卖方以善意遵守了外国或本国政府的法令，致使合同实在难以履行。

(3) 不可抗力是指当事人在缔结合同时无法预见、无法避免并无法克服的客观事件。由于情势变迁和合同落空在国际上没有统一的认定标准，解释起来弹性极大，因而在国际商事交往中，应在合同中约定不可抗力，以此作为违约的免责条件。不可抗力分为由自然原因和社会原因引起的两类，前者包括地震、暴风、火灾、洪水等，后者包括战争、罢工、政府禁运等，各国解释不同，应在合同中明确约定具体范围和种类。

不可抗力事件可引起全部免责、部分免责和延迟履行合同 3 种法律后果。但是，因不可抗力而不能履行或不能完全履行合同的一方当事人，应及时通知对方以减轻其损失，并在合理期间内提供相关证明。

四、合同消灭的法例

合同的消灭是指合同由于某种原因而不复存在。英美法中没有债的总的概念，故有专门关于合同消灭的法例，大陆法没有关于合同消灭的专门规定，而是将其包括在债的消灭之中。中国既有关于债的消灭的规定，类似于大陆法，也有关于合同终止的专项规定。

1. 大陆法法例

大陆法各国对债的消灭的规定大同小异，而法国民法典列举的原因最多，包括清偿、抵消、混同、取消、免除、更新、标的物灭失、解除条件成就和时效完成 9 种，德国、日本法例为 5 种，即清偿、提存、抵消、免除和混同。在中国法中亦均予认可。

(1) 清偿。是指债务人向债权人履行债的内容。当债权人接受债务人的清偿时，债的关系即告消灭。各国法律一般允许由债务人以外的第三人向债权人清偿债务，但如果债的性质决定着须由债务人亲自履行的，第三人就不能代为履行。第三人在为债务人清偿了债务之后，便在法律上取得债权人的债权，可以债权人的身份，向债务人要求偿付，这就是代位权或代位求偿权。清偿的标的物应依合同约定，如以替代物清偿，须征得债权人同意。

至于清偿地点，如为特定物，应在订约时该特定物所在地交付；如为其他债务，法国、德国规定为债务成立时债务人的住所地清偿，称为往取债务；日本规定为债权人现时的住所地清偿，称为赴偿债务。中国货物买卖合同依

佟柔：《中国民法》，法律出版社 1990 年 11 月版，第 357 页。

丁邦开、吴建斌等：《合同法学》，南京大学出版社 1991 年 8 月版，第 312—313 页。

据不同的履行方式，确定不同的履行地，自提为供方所在地、送货为需方所在地、托运为承运人所在地。当然，各国均规定合同约定清偿地时从合同约定。

(2) 提存。是指债务人履行债务时，如果债权人受领迟延，债务人有权将应给付的金钱或其他物品寄存于法定的提存所，从而使债的关系归于消灭。德国民法典对提存有明确规定。中国民法通则虽未予明确，但最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见（试行）第104条规定：“债权人无正当理由拒绝债务人履行义务，债务人将履行的标的物向有关部门提存的，应当认定债务已经履行。”提存的效力主要有三：a. 免除债务人的责任；b. 风险转移给债权人；c. 提存所发生的费用由债权人承担。

(3) 抵消。是指当事人互负债务，种类相同，并已届清偿期，双方的债务可在等额的范围内归于消灭。如甲乙之间互负债务，其中甲欠乙20万元，乙欠甲10万元，并约定1997年7月1日到期，届时不必由甲先还乙20万元，然后乙再还甲10万元，而是可将甲乙互欠10万元部分抵消，直接由甲还乙10万元以了结全部债权债务关系。在当事人互负债务的情况下，抵消可大大简化清偿手续，以收便利之效。若债务人破产，债权人行使抵消权，可保障其债权的有效实现。

(4) 免除。是指由债权人免除债务人的债务，使债权债务关系归于消灭。法国和德国法规定，免除是双方的法律行为，债权人不能单方面采取行动，而是要经债务人同意方能生效。日本、中国则认为由债权人单方面的行为即可生效，从而导致债的关系的消灭，但破产法规定的恶意放弃债权以逃避破产财产责任等情况除外。另外，在中国免除债务如涉及国家利益，应经有关政府部门同意。

(5) 混同。是指由于特定原因致使债权与债务同属于一人，原债权债务关系失去存在的基础。混同的原因主要有民法上的继承，导致债权债务同属于一个；商法上的继受如合并导致债权人与债务人同属于一人；债权转让或债务承担等特定继受使债权与债务同属于一人。但若将债权设定他项权以及票据关系中的权利与债务集于一身，并不产生债的消灭的后果。

中国除上述债和合同消灭的法例外，在经济合同法、涉外经济合同法，以及中外合资经营企业法中，还有合同终止的规定。如涉外经济合同法第31条所规定的合同终止原因为：已经履行；双方协商同意终止；被裁定或判决终止。

2. 英美法法例

在英美法中合同消灭的情形直观而具体，主要有当事人协议、履行、违约、依法规定4种。

(1) 合同因双方当事人的协议而消灭。当事人协商就消灭原合同中的权利义务关系达成一致，新协议取代原合同，是常见的方式。也可由新的当事人加入到原合同关系中，从而更新合同。另外，合同一方当事人可自愿放弃其合同权利，以解除对方的履约责任。还有，可依合同约定的条件成就与否，决定合同是否消灭。先决条件不成就，合同不生效；后决条件成就，合同归于消灭。

(2) 合同因当事人履行而消灭。合同规定的双方义务全部履行完毕，如

货物买卖合同中已钱货两讫，借款合同中已还本付息，工程承包合同中工程已交付使用，款项全部结清，则双方当事人间的合同关系即告消灭。履行是合同消灭的主要原因。

(3) 合同因违约而消灭。英美法中并非将任何违约行为都作为合同消灭的原因，一方当事人违反担保或轻微违约时，另一方当事人无权解除合同，合同并不消灭。只有当一方当事人违反条件或重大违约时，另一方解除合同，才能产生合同消灭的后果。

(4) 合同依法而消灭。如合并、破产程序终结，擅自修改书面合同等，均可导致合同消灭。

3. 时效制度

时效是指依照法律的规定，在一段期间内，由于一定事实状态持续存在而引起民事法律关系消灭或发生的一种法律制度。大陆法国家将时效分为取得时效和消灭时效两种。前者是关于取得物的所有权的制度，即某些特定物品的占有人在取得时效期届满后，即取得该物的所有权。后者是关于诉权的制度，即债权人在诉讼时效期间不行使权利，其诉权即归于消灭。英美法中只有后者的法例，但称作诉讼时效，中国亦然。

大陆法将消灭时效即诉讼时效分为普通期间和特别期间两种，前者法、德两国为 30 年，日本为 20 年，后者多为 2 年，最短的为 6 个月，如法国法中对工人工资、旅馆及饭店的食宿费的请求权。英国盖印合同为 12 年，筒式合同为 6 年，人身伤害赔偿请求权为 3 年。美国各州对书面合同的诉讼时效期间多为 10 年，口头合同为 5 年或 6 年，货物买卖合同在美国统一商法典中规定为 4 年。中国民法通则中规定的最长诉讼时效期间为 20 年，一般为 2 年，国际货物买卖合同为 4 年，与联合国国际货物买卖公约的规定相同。另外，对短期诉讼时效期间规定为 1 年，适用于人身受到伤害要求赔偿的；出售质量不合格的商品未声明的；延付或者拒付租金的；寄存财物被丢失或损毁的等几种情况。

诉讼时效的起算时间对合同是否消灭，债权人的权利能否实现关系很大。一般而言，债权人的权利何时可行使，诉讼时效就从何时计算。但是，诉讼时效可依法中止、中断。在诉讼时效期间内，由于发生某种不以权利人自己意志为转移的事故，阻碍其向法院起诉，则法律允许中止诉讼时效的进行，待该事故消除之后，时效期间再继续进行。诉讼时效的中止原因多为不可抗力或行为能力限制，且发生在时效期间届满前 6 个月内。在诉讼时效期间内，如发生法律规定的某种情事，则依照法律的规定，以前已经过的时效期间不再计算，待法定中断的情事终结之后，诉讼时效重新开始计算。导致时效中断的情事主要有起诉、承认债务、部分履行。

另外，1974 年 6 月 14 日在纽约召开的联合国外交会议上订立了联合国国际货物买卖时效期限公约，现已正式生效。除将国际货物买卖合同时效期间统一规定为 4 年外，还对各种不同的违约情形的时效起算时间作了详细规定。

第三章 买卖法

买卖法中的问题很多，也很复杂，各国法律差异较大。本章围绕买卖法中的核心，即货物买卖合同，以联合国国际货物买卖合同公约为基本依据，

结合相关国家的法例和主要国际惯例，着重介绍关于买卖法的实体规定。因买卖中的产品责任问题虽属合同责任之外的范畴，但在实际生活中异常重要，故也列入本章内容。

一、货物买卖的法律准则

1. 大陆法国家的买卖法法例

大陆法国家的买卖法均采用成文法形式，但法国、日本、德国实行民商分立原则，除在民法典中规定买卖法的内容外，在商法典的商行为中还就商事买卖作出特别规定；意大利民法典和瑞士债务法典，则包括了商法的全部内容，实行典型的民商合一原则。中国台湾则又不同，既不是纯粹的民商分立，也不是纯粹的民商合一，而是以民法典涵盖商法总则和商行为的主要内容，但关于商法方面的具体制度又以专门的商事法律的形式出现，如现行独立的公司法、票据法、海商法、保险法即是。

2. 英美法国家的买卖法法例

英美法国家既没有民法和商法之分，又没有专门的民法典和商法典。关于买卖法的内容，主要体现在普通法中，但也有一些成立法，如 1893 年英国货物买卖法，就是典型的专门调整买卖关系的单行法规，该法经 1979 年修订，沿用至今。美国从英国法例，制定过示范法性质的 1906 年统一买卖法，曾为 30 多个州所采纳。1952 年公布美国统一商法典，该法典在吸收 1906 年统一买卖法主要内容的基础上，对货物买卖及与货物买卖相关的问题作全面规定，虽仍属于示范法性质，但已为除适用大陆法的路易斯安那州之外的其他 49 州所采纳，并对其他国家的货物买卖立法、国际公约及国际贸易惯例均产生很大影响。

3. 中国的货物买卖法法例

中国在传统上虽属于大陆法，但因大陆和台湾尚未统一，香港和澳门分别于 1997 年和 1999 年实现回归，仍作为特别行政区保留资本主义制度和法律传统，即英美法和葡国法。仅就中国大陆而言，由于体制原因，民法制度尚不健全，商法更是极不发达。现行的民法通则、经济合同法包括属于其施行细则的工矿产品购销合同条例和农副产品购销合同条例，以及涉外经济合同法，涉及到了货物买卖合同的有关问题。

4. 关于国际货物买卖的国际公约

1930 年罗马统一国际私法研究所主持拟定，并在 1964 年海牙会议上正式通过了国际货物买卖统一法公约和国际货物买卖合同成立统一法公约，分别于 1972 年 8 月 18 日和 23 日生效。由于此两个公约深受大陆法传统的影响，与英美法的习惯相距甚远，内容也繁琐、艰涩、难懂，因而参加国有限，无法达到统一国际货物买卖法的预期目的。早在 1964 年，联合国国际贸易法委员会就酝酿合并上述两个公约，1969 年还成立了专门工作小组，1978 年完成修订草拟工作，定名为联合国国际货物买卖合同公约，1980 年在维也纳外交会议上讨论并予通过。包括中国在内的 62 个国家的代表参加了会议。该公约共有 101 条，包括适用范围、合同的成立、货物买卖和最后条款 4 个部分。中国在 1986 年 12 月向联合国秘书长递交了关于该公约的核准书，成为其缔约国，该公约于 1988 年 1 月 1 日正式生效。截止 1995 年底，核准和参加该公约的国家，已经达到 40 多个，其中主要有中国、美国、法国、德国、意大利、

奥地利、丹麦、芬兰、挪威、瑞士、瑞典、匈牙利、南斯拉夫、白俄罗斯、乌克兰、墨西哥、阿根廷、智利、埃及、叙利亚、新加坡、澳大利亚等。缔约国的当事人间如不在合同中排除对公约的适用，该公约将当然适用于他们之间的合同，但缔约国声明保留的条款除外。

值得注意的是，中国在核准该公约时，对公约第 1 条第 1 款 b 项和第 11 条，即公约的适用范围及合同的形式提出了保留。关于适用范围，中国只认可公约适用于营业地处于不同的缔约国的当事人之间买卖合同，而对非缔约国的当事人之间订立的买卖合同，如果依据国际私法的规则导致该合同适用任何一个缔约国的法律，即仍适用公约的规定予以保留，以便让中国订立国际货物买卖合同的当事人，在缔约时就能清楚地知道合同的准据法，即使不清楚，也能在事后仅依据当事人的国籍很容易判断是否适用公约。另外，中国对公约第 11 条中允许书面合同之外的其他形式提出保留，这同中华人民共和国涉外经济合同法的规定完全一致。由中国当事人缔约而不采取书面形式的国际货物买卖合同无效。

5. 国际贸易惯例

国际贸易惯例作为国际商法的渊源之一，已在前言中作过介绍，它是指国际货物买卖合同双方当事人经常引用的，确定他们之间权利义务关系的规则。其主要形式为国际贸易术语或价格术语，通常用一个简短的概念或英文缩写来表示，如 CIF、FOB、CFR 等。采用价格术语可简化交易手续、缩短谈判过程、节省业务费用，故在国际商事交易中被广泛采用。但由于历史和地理原因，同一个价格术语在不同国家，甚至同一国家的不同港口有不同的解释，常常引起当事人之间的争执，从而阻碍国际商事交易的正常进行。有鉴于此，国际上某些团体一直致力于对价格术语的统一解释工作，并产生了几个影响比较大的解释规则，即 1932 年华沙——牛津规则，1941 年美国对外贸易定义，1990 年国际贸易术语解释通则，以及 1993 年跟单信用证统一惯例。前两个有一定局限性，后一个涉及结算问题，第三个采用的国家最多，也能完全适应国际商事交易中广泛应用电子数据处理系统和集装箱或多式联运方式的实际需要。该通则对 1980 年国际贸易术语解释通则作了重大修订、调整和补充，总结归纳了 13 种价格术语，分为 4 组：第一组为 E 字组，只有一个术语：EXW，EXWORKS（卖方工厂或仓库交货）。第二组为 F 字组，包括 FCA，FREECARRIER（交至承运人）；FAS，FREEALONGSIDESHIP（指定装运港船边交货）；FOB，FREEONBOARD（指定装运港船上交货），要求卖方向买方指定的承运人交货。第三组为 C 字组，包括 CFR，COSTANDFREIGHT（指定目的港成本加运费）；CIF，COSTINSURANCEANDFREIGHT（指定目的港成本加保险费加运费）；CPT，CARRIAGEPAIDTO（指定目的地运费付至……）；CIP，CARRIAGEANDINSURANCEPAIDTO（指定目的地运费及保险费付至……），由卖方负责签订承运合同，但对发生于装船或发运后货物灭失或损坏的风险，或其他费用不负责任。第四组为 D 字组，包括 DAF，DELIVEREDATFRONTIER（指定目的地边境交货）；DES，DELIVEREDONSHIP（指定目的港船上交货）；DEQ，DELIVEREDQUAY（DUTYPAID）（指定目的港码头交货（关税已付））；DDU，DELIVEREDDUTYUNPAID（指定目的地未完税交货）；DDP，DELIVEREDDUTYPAID（指定目的地完税后交货），由卖方承担所有为把货物送至目的地所需的费

用和风险。中国对外贸易实践中最常用的价格术语为 CIF、FOR、CFR，并依据 1990 年通则进行解释。

二、买卖双方的主要义务

1. 买卖双方权利义务关系的确立

国际货物买卖合同双方权利义务关系的确立，实际上就是合同成立的问题。我国涉外经济合同法除合同成立的形式要件规定必须采取书面形式外，对实质要件未作系统规定，对缔约过程更是未置一词，但在外贸实践中，根据联合国国际货物买卖合同公约以及国际惯例的规定，一般通过发盘、还盘、接受的程序缔结合同。发盘即是发价或上章中的要约；还盘即是反要约，接受即是承诺。通过电报、电传、传真、信件签订协议时，当接受的函电到达发盘人时合同成立；如一方当事人要求签订确认书的，须在签订确认书时，合同方告成立。销售确认书一式两份，通常由一方邮寄对方，交换签字，作为合同正式成立的依据。另外，法律规定批准成立的合同，未经批准，合同双方当事人之间的权利义务关系不能确立。

联合国国际货物买卖合同公约将要约规定为向一个或一个以上的特定人提出的内容十分确定，并表明要约人有在其要约一旦得到承诺就将受其约束的意思的订立合同的建议。要约的 3 个构成要件与上章略有不同，公约要求要约应向一个或一个以上的特定人提出；要约的内容必须十分确定，即至少包括货物的名称、货物的数量或确定数量的方法、货物的价格或确定价格的方法；要约人须有当其要约被承诺时即受其约束的意思。中国外贸公司附有保留条件的虚盘不是要约，而是要约邀请，只有实盘才能产生对方一旦接受，合同即告成立的后果。公约第 15 条第 1 款规定，要约于到达受要约人时生效。但紧接着在第 2 款中又规定，一项要约，即使是不可撤销的要约，都可以撤回，只要撤回通知于该要约到达受要约人之前或与其同时送达受要约人。对于要约撤销的问题，英美法与大陆法有严重分歧，而公约将两大法系的不同原则加以折中调和，以第 16 条规定了如下处理方式：在合同成立以前，要约可以撤销，但撤销通知须于受要约人作出承诺之前送达受要约人。应注意此处的承诺生效时间标准也实行投邮主义原则，以限制要约人可以撤销其要约的时间，保护受要约人的正当权益。与此同时，公约规定如在要约中已载明了承诺的期限，或以其他方式表示它是不可撤销的；受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，并已本着对该项要约的信赖行事，则要约一旦到达受要约人，即不得撤销。

要约因被拒绝、被要约人撤销、承诺期限届满、合理期限已过而终止，公约的规定与各国法例和贸易习惯无异。

关于承诺的定义规定在公约第 18 条中，据此，凡受要约人作出声明或以其他行为对一项要约表示同意，即为承诺。承诺的方式主要有三：一是口头形式，二是书面形式，三是发货或付款的行为。对要约保持缄默通常不能视为承诺。承诺何时生效直接关系到何时成立合同，因而在国际货物买卖合同关系中显得异常重要，而两大法系间的巨大差异，更加强了公约相关规定的意义。有鉴于此，公约第 18 条第 2 款就在承诺定义之后明确规定，对要约所

作的承诺，应于表示承诺的通知到达要约人时生效。这表明承诺通知在传递中可能发生的风险，完全由受要约人承担，可见与大陆法尤其是德国法的规定相一致。但是，对口头要约必须立即予以承诺方能有效；若据要约或当事人间的习惯做法，受要约人以作出某种行为表示接受要约，而毋需向要约人发出承诺通知，则在作出该行为时即为承诺，合同也即成立。这是公约第 18 条第 3 款对承诺生效时间的特别规定。

另外，公约还就对要约的内容作了变更的承诺和逾期的承诺，分别作了规定。据公约第 19 条，对要约表示承诺时，如对要约的内容做了添加、限制或者更改，应视为对要约的拒绝，并构成反要约。但如果那些添加、限制或者更改，在实质上并不变更该要约的条件，则除要约人在不过分迟延的期间内提出异议外，仍可作为有效的承诺，合同仍可成立。公约所列举的实质性条件为 6 项，即：价格、付款、数量与质量、交货的时间与地点、当事人赔偿责任范围、争议的解决方法，相当于中国经济合同法中的合同主要条款。公约之所以这样规定，是为了避免在国际商事交易中因承诺的内容与要约稍有出入，就影响到合同的有效成立，故而采取较为灵活的办法。对于逾期即超过要约规定的有效期限或合理时间的承诺，公约第 21 条规定原则上无效。但若要约人认为其有效，并及时通知受要约人，则逾期承诺仍可视为有效，并以该逾期承诺实际到达要约人的时间为合同成立日期。另外，若载有逾期承诺的信件或其他书面文件表明，按照其寄发情况，只要传递正常，本应能及时送达要约人的，则此项逾期承诺仍应认为有效，除非要约人毫不迟延地通知受要约人，表明其要约因逾期承诺而失效。

承诺不得撤销，否则构成违约，但可撤回，只要撤回的通知在承诺生效之前或同时送达要约人即可。

2. 卖方的主要义务

根据国际货物买卖合同公约的规定，卖方的主要义务有 3 项，即交付合同约定的货物；提交与货物有关的单据；将货物的所有权移转给买方。

关于交货的时间与地点，各国法律规定不尽相同，但有一个原则，即若合同中已有约定，则须按合同执行。若合同未予明确，按公约规定，以下列方式处理：合同涉及货物运输，则卖方只需将货物交给第一承运人，以运交买方，即已履行了交货义务，风险也由卖方转移给买方。合同不涉及货物的运输，则若合同出售的货物为特定物，或者是从某批特定的存货中提取的货物，或者是尚待加工生产或制造的未经特定化的货物，而双方在缔约时已经知道货物存放在某个地点或在某地生产制造，则卖方应在该地点交货。在其他情况下，卖方应在缔约时的营业地点将货物交给买方处置。若双方在合同中约定适用价格术语，则按该价格术语确定交货地点。另外，若合同涉及货物运输，卖方还应承担在货物上标明买方名称和地址，并在提单上载明以买方为收货人或货物运到目的地时应通知某一买方，即将货物特定化的义务。若卖方未将货物确定在合同项下，就须向买方发出具体注明此项货物的发货通知。若卖方有义务安排货物的运输，则须负责订立必要的运输合同，用适当的运输工具，按通常的运输条件，将货物运到指定地点。若卖方无义务对货物的运输办理保险，则须在买方提出要求时，向买方提供一切投保用的必要资料，以便买方能够投保。在交货时间上首先从约定。若合同规定了

一段交货期间，卖方有权决定但限在这一期间内任何一天交货。在其他情况下，卖方应在缔结合同后的一段合理时间内交货。至于何谓合理时间，则依交易情况来确定，与英美法例相近。

关于提交与货物有关的单据，公约紧接着规定上述内容的第 31 至 33 条之后，在第 34 条中作出规定；单据主要包括提单、保险单、商业发票、领事发票、产地证书、重量证书、品质检验证书等。公约规定，若卖方有义务移交有关货物的单据，他必须按照合同约定的时间、地点和方式移交。若卖方在上述时间以前已经办理了移交手续，则可在在此时间届满以前对单据中任何不符合合同之处加以修改，但不得因此而使买方遭受不合理的不便或承担不合理的开支，而且买方保留公约规定的损害赔偿请求权。

关于卖方的品质担保义务，在大陆法中称为货物的瑕疵担保义务，买方有权要求卖方所售货物没有瑕疵。只有在买方缔约时已知瑕疵者除外。英美法中的规定更为详尽。中国也不但有民法通则、合同法、广告法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法中的相关规定，而且出现了不少关于产品质量或品质说明不实的案例，如 1995 年 12 月 7 日北京市朝阳区人民法院判决的日本索尼彩电品质说明不实案，同月 18 日北京宣武区人民法院判决的纪念毛泽东诞辰 100 周年金表质量纠纷案。

按照公约第 35 条的规定，卖方所交货物质量、规格、包装等须符合合同规定。除双方当事人另有约定外，卖方所交货物应适用于同一规格货物通常使用的用途；应适用于订立合同时买方曾明示或默示地通知卖方的特定用途，除非情况表明买方并不依赖卖方的技能和判断力，或者这种依赖对他来说是不合理的；应与卖方向买方提供的样品和模型相同；应按同类货物通用的方式装入容器或包装，如无此种通用方式，则应按足以保全和保护货物的方式装入容器或包装。另外，对那些货物风险和所有权从卖方移转于买方时没有显现出的缺陷，公约也规定卖方承担相应责任，如保修期内的产品质量问题，产品须试用、运行若干期间或经科学鉴定以后，才能确定是否符合合同约定的，在法定或约定情形出现时，卖方仍应对该质量问题承担责任。

检验对确定货物质量至关重要，故在公约第 38、39 条中作了专门规定。按公约第 38 条第 1 款，“买方必须在按情况实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物”。检验时间通常由合同约定，不在约定或合理期间检验，视为买方认可卖方所交货物的质量，从而丧失索赔权。而检验人应有权威性，如中国的商检机构。第 38 条第 2、3 款对检验地点规定为：在合同涉及货物运输的情况下，买方可以在货物到达目的地后进行检验。若货物在运输途中改运或买方必须再发运货物，没有合理机会进行检验，而卖方在缔约时已知或应知这种改运或再发运的可能性，则检验可推迟到货物到达新的目的地后进行。经检验货物不符合合同规定，买方在法定或约定的期限内通知卖方，如无法定或约定期限，须在发现或理应发现此种情况后的一段合理时间内通知买方。在任何情况下，若买方不在实际收到货物之日起两年内将货物不符合合同的情况通知卖方，则丧失声称货物不符合合同的权利，除非这一期限与合同约定的保证期限不符。

卖方的最后一项重要义务为对货物的权利担保义务。权利担保是指卖方应保证对其所售货物享有合法的权利，没有侵犯任何第三人的权利，并且任

参见冯大同，《国际商法》第 199—200 页。

何第三人都不会就该项货物向买方主张任何权利。它包括：卖方保证在其出售的货物上不存在任何未曾向买方透露的担保物权；卖方保证其所售货物没有侵犯他人的权利，包括知识产权。这是各国法通例，公约第 41、42 条也有明确规定。公约要求卖方所交付的货物必须是第三方不能提出任何权利或请求的货物，除非买方同意在受制于这种权利或请求的条件下，收取该项货物。同时，卖方所交付的货物，必须是第三方不能根据工业产权或其他知识产权提出任何权利或请求的货物。但由于国际货物买卖合同所涉及的知识产权问题比较复杂，因而公约对侵权责任作了许多限制。具体为：卖方只有当其在订立合同时已经知道或不可能不知道第三方对其货物会提出工业产权方面的权利或请求时，才对买方承担责任。卖方在缔约时已知买方打算将该项货物转售到某一国家，则对于第三方依据该国法律所提出的有关知识产权的权利请求，应对买方承担责任。在任何其他情况下，卖方对第三方根据买方营业地所在国法律所提出的有关侵犯知识产权的请求，应对买方承担责任。相反，若在缔约时买方已知或不可能不知第三方会对货物提出有关侵犯知识产权的权利或请求，则卖方对由此而引起的后果不承担责任。若第三方所提出的有关侵犯知识产权的权利或请求，是因卖方按买方提供的技术图纸、图案或其他规格为其制造产品而引起的，则卖方对此不承担责任。另外，买方在已知或应知第三方对货物的权利或请求后，应在合理时间内通知卖方。否则，买方就不能让卖方承担相应责任，除非买方能提出未及时通知的合理理由。

3. 买方的义务

买方的主要义务为支付货款和收取货物两项。对此、联合国国际货物买卖合同公约规定在第 3 部分第 3 章中。其中，支付货款又涉及到履行必要的付款手续、确定货物的价格、付款的时间和地点等问题。收取货物又包括配合卖方交货和接收货物两项义务。分述如下：

公约第 54 条规定买方应按照合同或法律、规章的要求采取为支付货款所必需的步骤及手续，如申请银行开出信用证或银行保函，在实行外汇管制的国家还须依法申请取得相应外汇或外汇额度。若合同中未确定价格，则应按订立合同时该货物在有关贸易中的类似情况下的通常价格确定货物的价格。若货物的价格按重量确定，则按净重计算，货物的包装不计入内，这是公约第 56 条中的原则规定。公约第 57 条则规定了合同约定不明确时的付款地点为卖方的营业地。如卖方有一个以上的营业地点，则应在与该合同及其履行关系最密切的那个营业地点付款。若凭移交货物或其单据付款，则应在移交货物或单据的地点付款。中国外贸实践中经常采用的 CIF、FOB、CFR 条件，交单与付款同时进行，也在同一地点进行。公约未对交单地点作出统一规定，按惯例，若采取银行信用证的付款方式，卖方通常向设在出口地（卖方营业地）的议付银行提交有关的装运单据，并凭单据付款；若采取跟单托收的支付方式，卖方应通过托收银行在买方的营业地点向买方提交有关的装运单据，并凭单付款。买方必须按合同和公约规定的日期付款，而毋需卖方提出任何要求或办理任何手续，与德国法中的催告制度大相径庭。若付款时间不明确，则买方应当在卖方按合同和公约的要求将货物或代表货物所有权的装运单据移交给买方处置时付款。若合同涉及到货物的运输，卖方可以在发货时订明条件，规定必须在买方付款时，方可将货物或代表货物所有权的装运

单据交给买方。买方在未有检验货物以前，没有义务付款，除非这种检验机会与双方当事人约定的交货或支付程序相抵触。如采取 CIF 条件成交时，就会出现凭单付款在前，货物检验在后的状况。检验后发现货物与合同不符，再采取相应补救措施。

三、违约补救的诸种方法

世界上两大法系中的违约补救方法，上一章中已作详细介绍，中国涉外经济合同法第 17~20 条、第 29 条，也对中止履行合同、要求损害赔偿、支付违约金、解除合同，以及包括强制实际履行在内的其他合理的补救措施作了规定。联合国国际货物买卖合同公约中将违约的救济方法置于异常重要的位置，涉及第 3 部分第 1~3 章和第 5 章的众多条款。除专门规定什么是根本违反合同外，还分别就卖方违约时买方的救济方法、买方违约时卖方的救济方法，以及买卖双方均可采用的救济方法作了专章规定。其中根本违反合同是指一方当事人违反合同的结果，使另一方当事人蒙受损害，以至于实际上剥夺了他根据合同有权期待得到的东西，除非违反合同的一方并不预知而且一个同样通情达理的人处于相同情况下也没有理由预知会发生这种结果。根据公约的规定，若一方根本违反合同，另一方有权撤销合同，并有权要求损害赔偿或采取其他的救济方法，否则无权撤销合同。这同美国法中对重大违约和轻微违约的救济方法极其相近。

1. 买卖双方均可采取的救济方法

公约主要对损害赔偿、预期违约以及对分批交货合同的违约救济方法作了规定。

(1) 损害赔偿。

损害赔偿是公约所规定的主要救济方法，而且不受采取其他救济方法的影响，也毋需证明违约方的过失，可见与大陆法国家如德国的规定差异较大，而在一定程度上反映了英美法的规则。至于损害赔偿的原则及责任范围，公约第 74 条规定为：“一方当事人违反合同应负责的损害赔偿额，应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润额在内的损失额相等。但这种损害赔偿不得超过违反合同一方在订立合同时，依照他当时已知道或理应知道的事实和情况，对违反合同预料到或理应预料到的可能损失。”与此同时，公约第 77 条又规定：“声称另一方违反合同的一方，必须按情况采取合理措施，减轻由于另一方违反合同而引起的损失，包括利润方面的损失。如果他不采取这种措施，违反合同一方可以要求从损害赔偿中扣除原应可以减轻的损失数额。”这同中国涉外经济合同法及其他一些国家的国内法规定基本一致。

(2) 预期违约时的中止合同履行。

预期违约相当于上章介绍过的英美法中的先期违约，是指在合同规定的履行期到来之前，已有根据预示合同的另一方当事人显然将不履行其大部分重要合同义务。公约第 71 条所列举的预期违约原因为一方履行义务的能力或他的信用有严重缺陷，或者他在准备履行合同或履行中的行为显示其将不履行其主要义务。此时，另一方当事人有权中止履行合同。若事先看出一方当事人将根本违反合同，则另一方当事人还有权撤销合同。但是，发现一方当事人预期违约的另一方当事人中止履行合同时，必须立即向对方发出通知，若被通知的预期违约方对履行合同义务提供了充分的保证，则必须继续履行

合同，否则，很可能冒违约的风险。

(3) 对分批交货合同发生违约的救济方法。

公约第 73 条规定，在分批交货合同中，若一方当事人不履行对其中任何一批货物的义务，便对该批货物构成根本违反合同，则另一方当事人可宣告合同对该批货物无效，但不能撤销整个合同。若一方当事人不履行任何一批货物的义务。使另一方当事人有充分理由断定对今后各批货物将会发生根本违反合同，则该另一方当事人可在一段合理时间内宣告合同今后无效，但不能否认此前已履行义务的各批货物的效力。若各批货物是互相依存的，不能单独用于双方当事人在缔约时所设想的目的，则买方宣告合同对任何一批货物的交付为无效时，可同时宣告合同对已交付的或今后交付的各批货物均为无效。因为对买方而言，卖方部分交货，而非全部交货，会导致买方失去对整个合同项下的货物的使用价值，所以。不撤销整个合同必定难以弥补其损失。

2. 卖方违反合同时买方的救济方法

按照联合国国际货物买卖合同公约第 3 部分第 2 章第 3 节的规定，如卖方不履行其在合同和公约中的任何义务，包括不交货、延迟交货以及所交货物不符合合同约定，则买方采取要求卖方实际履行，要求卖方交付替代货物、要求卖方修补货物、要求卖方在宽展期内履行、撤销合同、要求卖方减价、卖方自付费用对不履行义务作出补救、拒收卖方的提前或超量交货、卖方部分交货时要求退货或减价或索赔以至于撤销整个合同、请求损害赔偿等救济方法。

(1) 要求卖方实际履行其合同义务。这是公约第 46 条所规定的救济方法。但如买方已采取了与此相抵触的其他救济方法，如宣告撤销合同，则不能再要求卖方依照合同规定履行其义务。此外，公约第 28 条规定，当一方当事人要求另一方当事人履行某项义务时，法院没有义务作出判决要求具体履行此项义务，除非法院依照其本身的法律即法院所在地国的法律对不属于该公约调整范围的类似买卖合同愿意作出实际履行的判决，以调和两大法系在实际履行问题上的重大分歧。

(2) 要求卖方交付替代货物。按公约第 46 条第 2 款规定，若卖方所交货物不符合合同约定，并构成根本违反合同，则买方有权要求卖方另交一批符合合同要求的货物，以替换那些与合同不符的货物。这实际上是一种变相的实际履行。买方行使此权利时，须在通知卖方所交货物不符合同时提出或在其后一段合理时间内提出请求。

(3) 要求卖方修补货物。若卖方所交货物不符合同情况并不严重，尚未构成根本违反合同，只需卖方加以修理，即可使之符合合同要求，则买方可要求卖方予以修理。

(4) 要求卖方在宽展期内履行。按公约第 47 条第 1 款的规定，如卖方未按合同约定时间履行，买方可规定一段合理的额外时间让卖方履行其义务。此时买方行使的是一种选择权，买方可给予卖方一宽展期，也可以不给，但一般仅在卖方未如期交货构成根本违反合同时，买方才能不给宽展期，而直接行使撤销合同的权利。另外，同条第 2 款规定买方在宽展期内不能采取任何补救方法，除非买方已收到卖方的通知，表明卖方仍将不履行其义务。但是，买方不因此丧失损害赔偿请求权。

(5) 撤销合同。公约规定在卖方不履行合同或公约规定的任何义务，已

构成根本违反合同；在买方规定的合理的额外时间内，卖方仍不交货，或声明其将不在该额外时间内交货的情况下，买方有权宣告撤销合同。此外，公约还规定，如卖方已交付货物，买方即丧失宣告撤销合同的权利，除非买方在卖方迟延交货后的一段合理时间内宣告撤销合同；在迟延交货之外的其他违约情况下，买方必须在已知或应知该违约情事后的一段合理时间内宣告撤销合同，否则将永远失去宣告撤销合同的权利。

(6) 要求卖方减价。根据公约第 50 条的规定，若卖方所交货物与合同不符，无论买方是否已经支付货款，买方均可要求减价。减价幅度按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在同一时间的价值间的比例计算。

(7) 卖方自付费用对不履行义务作出补救。公约第 48 条规定，除买方撤销合同之外，即使在合同约定的交货日期之后，卖方仍可自付费用，对任何不履行义务作出补救，但不得给买方造成不合理的不便或迟延。卖方在采取补救措施时应通知买方，买方则应在获悉后的合理时间内作出答复。否则，卖方即可按其通知的内容履行其义务，而买方不得采取与此相抵触的救济方法。

(8) 卖方部分交货时买方要求退货或减价或赔偿，以至于撤销整个合同。公约第 51 条规定，卖方漏交货物或已交货物部分不符合合同规定，买方只能就违约的部分采取相应的补救措施，而不能宣告撤销合同或拒收全部货物，除非卖方的行为已构成根本违反合同。

(9) 拒收卖方的提前或超量交货。这是公约第 52 条所规定的卖方提前或超量交货时，买方可以行使的一种选择权，但只能拒收超量的部分，也只能在合同约定的交货日期之前拒收。若超量部分与合同约定部分不易分割，且未构成根本违反合同或按商业惯例不得不全部收下，买方可要求损害赔偿。构成根本违反合同时，买方可拒收该整批货物。

(10) 请求损害赔偿。如前所述，损害赔偿是公约所规定的一种最主要的救济方法。若卖方违约，买方可要求损害赔偿，而且，买方的索赔权不因已采取其他救济方法而丧失。公约第 75、76 条还对撤销合同情况下的损害赔偿额计算方法作了详细而

具体的规定。

3. 买方违反合同时卖方的救济方法

买方违约的形式主要有不付款、延迟付款、不收取及延迟收取货物。联合国国际货物买卖合同公约在第 3 部分第 3 章第 3 节中，对买方违约时卖方的救济方法作了简明扼要的规定，具体可归纳为：要求买方实际履行；要求买方在宽展期内实际履行；撤销合同；要求买方支付利息；请求损害赔偿 5 种。除卖方有权要求买方就欠款部分支付利息外，其他几种救济方法及处理规则，与前述卖方违约时买方的救济方法中相应部分类似。

相比较而言，英美法中的规定要详尽得多，读者可参见前引《国际商法》、《英国商法》、《美国统一商法典》的有关章节。

四、货物所有权和风险的移转依据

货物所有权和风险移转的依据和界限，在国际商事交往中直接涉及到当事人的切身利益和基本义务，故有关国家的法律、国际公约和国际商事惯例多有具体规定。下面作扼要介绍。

1. 英国货物买卖法的规定

英国法认为，货物所有权的移转对风险负担及保险利益具有决定意义，并直接影响到对违约所能采取的救济方法。具体对特定物和非特定物买卖设置不同的处理规则，在特定物买卖中，所有权何时转移完全取决于双方当事人的约定，若合同未予明确约定，则由法院酌情确定缔约双方的意旨。非特定物的买卖，在将货物特定化之后，其所有权才移转于买方。所谓特定化是指将处于可交付状态的货物无条件地划拨于合同项下的行为。但是，如卖方在合同中特别声明在其所提条件如买方付款以前，保留对货物的处分权，则在该条件满足以后。货物的所有权才移转于买方，而不论该货物是特定物还是非特定物，也不论该货物是否已经特定化。

在风险移转问题上，英国实行物主承担风险的原则，即将风险移转同所有权移转结合在一起，所有权何时移转，货物的风险同时移转，而不论货物是否已经交付。

2. 美国统一商法典的规定

美国法虽和英国法同属于一个法系，但在货物所有权移转和风险移转及其两者的关系上，与英国法大异其趣。美国法在原则上也认为将货物确定在合同项下以前，货物的所有权不移转于买方。美国统一商法典第 2—401 条就规定，除双方当事人另有特别约定外，货物所有权在卖方完成实际交货时移转于买方，而不论卖方是否存在担保权益，或是否保留货物所有权凭证。

美国法中将货物风险移转问题与所有权移转分离开来，原则上以交货时间来确定风险移转的时间，而不管货物的所有权或所有权凭证是否已经移转于买方。

3. 法国民法典的规定

法国民法典第 1583 条规定，货物买卖合同一经缔结，即使尚未交货和付款，标的物的所有权即从卖方移转于买方。但在实践中，若合同未予约定，则在种类物特定化之后，或附条件的买卖待买方确认后，所有权移转于买方。至于货物风险移转，也同英国一样实行物主承担风险的原则。

4. 德国民法典的规定

德国法虽和法国法同属一个法系，但在货物所有权移转和风险移转及其两者的关系上，也存在重大分歧。德国法认为，动产所有权移转须以交付标的物为必要条件。若卖方有义务交付物权凭证，则在交付凭证时发生货物所有权的移转。而不动产的所有权移转标志为主管机关登记在册。至于确定货物风险移转的时间依据，则与美国法相同，即何时交货，风险即在此时由卖方移转于买方，而不论货物所有权在此时是否已经由卖方移转于买方。

5. 联合国国际货物买卖合同公约的规定

由于各国在货物所有权移转问题上的法律规则差异巨大，很难统一协调，故公约对货物所有权由卖方移转于买方的时间、地点和条件等未作任何规定，而将侧重点放在货物风险移转问题上，并借鉴美国法的原则，以交货时间确定风险移转的时间。具体内容见于公约第 66 ~ 70 条。

首先，公约允许当事人在合同中约定货物风险移转的时间和条件。其次，

在第 66 条中明确货物风险由卖方移转于买方后,非由于卖方的原因发生灭失或损坏,买方仍须付款,即对货物的风险承担全部责任。再次,当货物买卖合同涉及运输时,则依约将货物支付给第一承运人以运交给买方时起,风险即移转给买方。但若合同约定于特定地点将货物交付给承运人,则在交付时移转货物风险。卖方有权保留控制货物处分权的单据,但并不影响风险的移转。第四,按公约第 68 条的规定,当货物在运输途中出售时,从合同订立时起,风险就移转给买方。但若情况表明有需要时,则从货物交付给签发载有运输合同单据的承运人起,风险就移转给买方。但是,若卖方在订立买卖合同时已知或应知货物已发生灭失或损坏,而他又隐瞒这一事实不告知买方,则这种损失应由卖方承担。这是因为这种损失自始存在,而且是由于卖方的故意隐瞒而造成买方不知情,当然不应由买方负责。第五,货物买卖合同不涉及运输时,则从买方收受货物或迟延受领货物时起,风险即移转于买方。但是,在卖方所交货物特定化之前,不得视为货物已交给买方处置,风险也不由卖方移转于买方。最后,在卖方根本违反合同时,即使货物风险原则上已移转于买方,也不妨碍买方有权采取包括撤销合同在内的各种救济方法。

6. 国际贸易惯例的有关规定

专门规定 CIF 条件的华沙——牛津规则,对货物所有权和风险移转的时间和条件有明确规定。但国际贸易术语解释通则只涉及货物的风险移转,而对货物所有权的移转问题未置一词。一般认为,卖方有义务交付提单的货物买卖合同,如 CIF、CFR、FOB 合同,货物的所有权在卖方向买方交付代表货物所有权的单据如提单时移转于买方,而其他合同多为在卖方将货物交给买方支配时,所有权才由卖方移转于买方。至于风险移转的时间,E 字组术语 EXW 合同中,为卖方依约将货物置于买方的支配之下,风险发生移转。F 字组术语 FCA、FAS 和 FOB 合同中,为卖方依约将货物交至买方指定的承运人,风险发生移转,只是 FAS 为船边交货、FOB 为船上交货,风险移转也以船边或船上为界。C 字组术语 CFR、CIF、CPT、CIP 合同中,为卖方依法将货物交至承运人,风险发生移转。其中,CFR、CIF 合同的风险移转规则与 FOB 相同,CPT 和 CIP 合同在卖方将货物交给承运人照管时起,风险由卖方移转于买方承担。D 字组术语 DAF、DES、DEQ、DDU、DDP 合同中,为卖方在指定目的地将货物交给买方支配时起,风险由卖方移转于买方。只是 DAF 的目的地为进口国边境;DES 为进口国港口船上;DEQ 为进口国港口码头;DDU 和 DDP 为进口国国内指定地点。

中国关于货物买卖以及合同方面的法律,对货物所有权及风险移转问题未作明文规定。由于已核准加入联合国国际货物买卖合同公约,因而与其他该公约成员国的当事人订立国际货物买卖合同时,只要该合同未排斥对公约的适用,就当然按公约的规定办理。即使合同另一方当事人的所在国未加入公约,合同也可约定适用该公约。另外,中国正在着手制定统一的合同法甚至民法典,公约无疑具有重要的借鉴意义。还有,中国外贸实践中采用 CIF、CFR 和 FOB 等贸易术语,对货物所有权和风险移转的国际惯例,应予特别注意。最好在相关合同中明确约定具体的解释规则,甚至列明具体含义。如对贸易术语有特别约定的,还要在合同中载明约定内容,以免履行中发生歧义。

五、产品责任的特殊问题

产品责任是指因产品本身存在缺陷或瑕疵，并对消费者造成人身伤亡或财产损失时，由该产品的制造者、销售者对消费者所应承担的侵权损害赔偿责任。而调整产品的制造者、销售者和消费者之间基于侵权行为所引起的人身伤亡和财产损害的责任的法律规范，就是产品责任法。产品责任法是在本世纪 60 年代随着消费者权益保护运动的兴起，首先从美国发展起来的。经过几十年的时间，扩展到世界许多国家，中国也于 1993 年 2 月 22 日制定公布了中华人民共和国产品质量法，并以很大篇幅规定了产品责任问题。欧共体于 1985 年 7 月 25 日通过的关于对有缺陷的产品的责任指令，是世界上第一个影响深广的地区性统一产品责任法。另外，1973 年 10 月 2 日海牙国际私法会议还通过了关于产品责任的法律适用公约（简称海牙公约）。迄今，产品责任法已在各国形成一个与买卖法关系极为密切的，又与合同法并立的极其重要的法律分支。因此，本章将产品责任的有关法律制度，作为买卖法中的一个特殊问题予以扼要介绍。

1. 美国的产品责任法

美国的产品责任法早期主要为判例法，而且以州法为主。60 年代以来，联邦政府颁布了大量法律，如消费品安全法、消费者担保法等。1979 年 1 月制定公布了统一产品责任示范法，已被大多数州所采用。

美国的产品责任确认依据，大体经历了合同责任、疏忽责任、担保责任和严格责任 4 个阶段。

合同责任的依据源于 1842 年英国温特博特姆诉赖特案的判决。该案原告温特博特姆为一驿站马车夫，用被告按约提供给驿站的马车运送邮件，但在运送途中因马车轮子突然毁坏，致车夫身体受伤。于是，原告以被告提供有缺陷的马车直接导致自己受伤为由诉诸法院，而被告则以和原告之间并无合同关系为由进行抗辩。结果，法院判决因原被告之间无合同关系，故尽管被告产品缺陷致原告损害，也不负赔偿责任，被告抗辩成立而胜诉。该判例传入美国之初曾被广泛引用、但由于其存在显而易见的的不合理性，1851 年美国郎迈德诉霍利德案中就确立了对合同责任的例外原则，即若有缺陷的产品具有危险性，则受害人理应获得补偿。翌年的托马斯诉温切斯特案，不但重申了合同责任例外原则，而且据此判决因药品制造商温切斯特误将颠茄标成蒲公英制剂，致原告托马斯损害，虽两者间并无合同关系，被告也由于过失而对原告造成的损失承担赔偿责任。这一著名判例曾为各州法院所援用。

疏忽责任是指制造商或中间商因疏忽而造成其生产或销售的产品有缺陷，致使消费者遭受人身伤亡或财产损失应承担的赔偿责任。疏忽责任原则首创于 1916 年麦克弗森诉布伊克汽车制造公司案。该案原告从零售商处购买了一台被告生产的汽车，因轮胎的缺陷在行车途中爆裂，汽车倾覆，将原告抛出车外受伤。法院判决被告因疏忽而对原告承担赔偿责任。尽管原被告间并无合同关系，轮胎也非被告制造而是外购的。对此，纽约最高法院法官卡多萨认为：“任何物品制造上具有过失，依其本质将构成对生命及身体危险的，即属危险物品。除此项危险因素之外，制造人若知悉该项物品将由买方之外的第三人未经检验而使用者，则无论有无合同关系，对该项危险物品的制造，均负有注意义务。制造人未经注意者，就所生之损害，应负赔偿责任。”

参见谭玲、夏蔚：《产品责任法导论》，西南交通大学出版社 1990 年 11 月版，（下同）第 52—53 页。
谭玲、夏蔚：《产品责任法导论》，第 27—28 页。

疏忽责任原则一经提出，迅即取代合同责任原则，从而大大加强了对消费者的保护。因为它突破了合同关系的限制，原告只要证明制造商有疏忽，即使没有合同关系，也可诉请其对有缺陷的产品所致损害承担赔偿责任。但是。援引疏忽责任原则的诉讼，原告的举证责任异常沉重。为此，1944年美国埃斯科拉诉可口可乐瓶装公司案中，适用英国判例法中的“事实本身说明问题”原则，判决被告因可口可乐瓶装饮料爆炸致原告人身伤害而承担赔偿责任。

担保责任是指制造商或销售商违反了对货物的明示或默示担保，致使消费者由于产品缺陷遭受损害而应负的法律責任，英美法中的担保本属于合同法范畴，以担保责任原则为由的诉讼也应以合同为基础，但在产品责任诉讼中有所突破，将受害方扩大到买方的家属、亲友、客人等；将加害方扩大到生产商、制造商、批发商、供应商、零售商等。

严格责任是指只要产品有缺陷，对消费者具有不合理的危险，且造成其人身伤亡或财产损害时，该产品生产销售者均对此承担赔偿责任。产品责任法中的缺陷与瑕疵含义相近，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理危险。包括设计缺陷、生产缺陷、说明缺陷、包装缺陷等，与合同法中的质量不合格不完全相同。严格责任原则最早由1963年美国格林曼诉尤巴电力公司案的判决所确立。该案原告之妻购买了被告生产的电动工具，当原告按说明书用来刨削木料时，一块木头飞出机器砸中原告头部，造成重伤。加利福尼亚最高法院根据原告的诉讼请求判决被告败诉，并认为当一个生产者将一件产品投放市场时，明知它将不经检验缺陷即投入使用，若它含有可能致人伤害的缺陷时，该产品的生产销售者在侵权方面负有严格的责任。1965年出版的《侵权行为法重述》，也确认了严格责任原则。严格责任不同于合同责任，它基于侵权行为而发生，无需以合同关系为前提。严格责任也不同于疏忽责任，无需原告指出被告有无疏忽，是否已尽到合理的注意义务。严格责任还不同于担保责任，原告无需证明存在明示或默示担保以及违反担保，被告也不能事先排除或限制担保，或者以原告疏忽未发现、未警惕产品存在缺陷作为抗辩。因此，严格责任原则不但成为美国产品责任案件的主要诉讼依据，也成为全世界几乎所有国家的产品责任诉讼依据。但是，严格责任并非绝对责任，原告仍须证明被告的产品中存在缺陷或产品处于不合理危险状态；此缺陷在产品投放市场时就已存在；产品缺陷直接造成受害人的人身伤害或财产损失。另外，按照美国的产品责任法，被告可以提出某些抗辩，要求减轻或免除责任。如在以担保责任原则为依据的诉讼中，被告可以合同中排除了各种明示或默示担保为由提出抗辩。如在侵权之诉中，被告可以原告在使用中也有疏忽为由，要求原告承担全部或部分责任，从而形成承担疏忽及相对疏忽原则。现美国各州多采用后者。如在消费者已经发现产品有缺陷，并明知危险存在仍不合理地使用该产品，以至于受到损害时，被告可要求其自担风险。另外，凡非正常使用或误用、滥用产品，擅自改动产品，带有不可避免的不安全因素如药品的毒副作用的产品，被告均可免责。

美国的产品责任诉讼中原告求偿范围相当广泛，索赔及判决金额也往往十分巨大，有的可达到几千万甚至上亿美元，而且，无形的精神上的痛苦在赔偿额中占很大比重。如一老太太因儿子患肺癌去世，而儿子生前常抽固定牌子的香烟，该老太状告烟草公司，要求赔偿其1.2亿美元，其中一大部分

即因“白发人送黑发人”，使原告精神上备受痛苦，故再多数额的金钱赔偿也不为过。另有一个案例为夫妇两人自欧洲旅游回美，因航班飞机故障致使妻子受伤住院，丈夫状告航空公司，索赔金额达几百万美元，其中包括其得不到妻子的服务和照顾而损失的部分。如此等等，不一而足。概括而言，原告索赔的范围主要有对人身伤害的赔偿、财产损失的赔偿、商业上的损害赔偿、惩罚性的损害赔偿。第一项中又包括：a.痛苦与疼痛；b.精神上的痛苦与苦恼；c.收入的减少与挣钱能力的减弱；d.合理的医疗费用；e.身体残废。

此外，美国的产品责任法也可适用于对外贸易中的产品责任案件。中国生产的烟花曾因未注明“危险警示内容”而引发产品责任诉讼。根据美国对外国人的属人管辖权标准的“长臂法”，凡外国人包括外州人与该州有最低限度的接触，该州就对其拥有属人管辖权。“最低限度的接触的主要依据为被告经常直接或通过代理人在该州境内从事商业活动，或因其作为或不作为在该州境内造成损害”。在涉外产品责任诉讼中，多适用对原告最为有利的地方的法律，以充分保护美国原告的利益。

2. 欧洲的产品责任法

欧洲法同、德国、英国等国家的产品责任法各具特色。随着 1985 年 7 月 25 日关于对有缺陷的产品责任的指令的施行，欧洲各国产品责任法渐趋统一，故下面扼要介绍该指令的主要内容。

该指令共 22 条，一改过去采取过失责任的传统，转而采取无过失责任原则，规定为消费者只要证明产品有缺陷并造成损害的事实，以及两者之间存在因果关系，即可要求生产销售者承担责任，而毋需证明其有无过失。对于损害赔偿范围，主要是人身伤亡，而不考虑有缺陷产品自身的损失，500 欧洲货币单位以下的损害也不予考虑。另外，对于“痛苦”之类的非物质性损害赔偿，不作统一规定，而留待各国国内法处理。

对产品责任的抗辩，是该公约的一项重要内容。该公约的抗辩事由主要为无罪责、时效已过及赔偿限额 3 个方面。如果生产者——包括成品制造商，原材料生产商，零部件制造者，任何将其名称、商标或其他识别标志置于产品上的人，任何进口商品经营者，以及提供该产品的供应者并未将该产品投放市场；引起损害的缺陷在生产者将产品投放市场时不存在，或者证明这种缺陷是后来才出现的；生产者制造该产品并非用于经济目的销售或经销，亦非在其营业中制造或销售；该缺陷是由于遵守公共当局发布的有关产品的强制性规章而引起的；依产品投放市场时的科技知识水平，生产者不可能发现该缺陷的；零部件的制造者能证明该缺陷是由产品设计引起的，则因无罪责而不负赔偿责任。该指令规定产品责任的诉讼时效为 3 年，从原告已知或应知受到损害、产品有缺陷以及获悉生产者之日起算。但在任何情况下，消费者的求偿权自生产者将引起损害的产品投放市场之日起 10 年届满而告消灭。生产者的最高赔偿额原则上无限制，但指令允许成员国在各自的立法中规定最低赔偿数额。

3. 中国的产品质量法

中国继 1986 年国务院发布产品质量责任条例之后，于 1993 年 2 月 22 日制定公布了中华人民共和国产品质量法。该法共 6 章 51 条，虽然并非民法意义上的产品责任法，而是包含大量属于企业产品质量管理的行政法规的

内容，但毕竟也涉及到产品责任。特别是其中的第3章生产者、销售者的产品质量责任和义务，以及第4章的损害赔偿，与国际上产品责任法原则并无实质性差别。

该法第34条将缺陷定义为：“产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康、人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。”另外，产品不具备其应有的使用性能，或明知有暇碗而不加说明，或不符合在产品或其包装上注明采用的产品标准，或不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的，也视为存在缺陷。因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，生产者应当承担赔偿责任。由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者或供货者的，销售者应当承担赔偿责任。但受害人既可以向缺陷产品的生产者也可以向其销售者要求赔偿，不管产品缺陷的责任在谁。对于缺陷产品，生产者和销售者间负连带责任。至于赔偿范围，该法第32条规定包括受害人的人身伤害的医疗费，因误工减少的收入，残废者生活补助费等；造成受害人死亡的，并应当支付丧葬费、抚恤费、死者生前抚养的人必要的生活费等；受害人财产遭损害的，侵害人应恢复原状或折价赔偿，受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人也应予赔偿。但是，生产者如能证明未将产品投入流通；产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在；将产品投入流通时的科技水平尚不能发现缺陷存在之一的，将免除赔偿责任。相当于欧共体产品责任指令中无罪责的抗辩事由。赔偿范围也不包括美国法中“痛苦”等精神因素。

最后，该法第33条对产品责任的诉讼时效规定为2年，自当事人已知或应知其权益受到损害时起算。而损害赔偿请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初用户、消费者满10年丧失。

4. 关于产品责任的法律适用公约

关于产品责任的法律适用公约于1973年10月2日海牙国际私法会议通过，并于1978年10月1日生效，共22条，除对生产者、产品、损害等作了规定外，主要内容是确立了产品责任的3项法律适用规则。

(1) 适用侵害地国家的法律。该公约第4条规定，若侵害地国家同时又是直接受害人的惯常居所地；被请求承担责任人的主营业地，或者直接受害人取得产品的地点，则应适用侵害地国家的法律。

(2) 适用直接受害人惯常居所地国家的法律。若直接受害人的惯常居所地同时又是被请求承担责任人的主营业地，或者直接受害人取得产品的地方，则适用本规则。

(3) 适用被请求承担责任人的主营业地国的法律。若上述两规则中指定的法律都不适用，则除原告基于侵害地国家的国内法提出其请求外，应适用本规则。 —

第四章代理法

代理法律制度随着商品经济的发生和发展，在当今商事交易活动中发挥着重要作用。本章关于代理法的内容，不但是前3章内容的延续，因为公司、合同、买卖法均可涉及到代理制度，也与后面所有章节均有关系。本章着重介绍各国代理法的基本原理和原则，并结合我国外贸实践，对完善外贸代理制及民商法中的相关制度提出建议。

一、代理制——商事交易复杂化的必然产物在世界各国，早期的商事交易多由当事人亲自进行。随着商品经济关系的发展，商事交易越来越复杂化、多样化、专门化，致使有关当事人无力事必躬亲，代理关系应运而生，并顺应实践需要，出现了许多专业性的代理行业，尤其在国际商事交易中，甚至发展到离开代理人就寸步难行的地步。中国商品经济发展虽然尚未达到市场经济发达国家的程度，市场经济的目标模式也以1993年11月14日公布《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》为标志，才正式确立，但自1978年实行改革开放以来，商事交易异常活跃，各种新的代理业务不断出现，如商务代理、外贸代理、运输代理、保险代理、房地产代理和中介、股票发行和交易代理、期货代理和经纪等，已经遍及中国城乡各地。在期货经纪业中，还发生了震惊中外的南京金中富国际期货交易有限公司与客户间的期货经纪纠纷案及其期货诈骗事件，集中反映出中国现行代理法律制度的疏漏和缺陷。

1. 代理制的法律依据

代理法在大陆法国家表现为成立法，但无专门的代理法典，而是包含在民法典和商法典中。另外，还有一些民事或商事的专门立法，如保险法、海商法、公司法、证券法、期货法等，也涉及到代理问题。英美法中关于代理制度的一般原则，由判例法确定，另以某些专门法律规定特殊的代理制度。还有，在国内国际商事交易中形成的某些关于代理的惯例也在调整代理关系方面发挥着重要作用。

中国在民法通则第4章第2节中，对代理制度作了原则性规定。在经济合同法、涉外经济合同法及技术合同法中，涉及到代订合同及其效力的问题，特别是最高人民法院的一系列司法解释，对合同代理的有效和无效等形成了一些基本规则。中国过去长期推行计划经济体制，商事法律备受冷落，故没有完整的商法制度和商法观念，一些世界各国通行的商事代理及其法律规定，近年才陆续出现，但比较零散，尚未形成一些基本的统一规则。民法通则中的规定只局限于大陆法中的直接代理，而外贸活动中的相当于大陆法中的间接代理的代理形式，在1994年5月12日制定公布的《中华人民共和国对外贸易法》中，只设置第13条非常原则的规定：“没有对外贸易经营许可的组织或个人，可以在国内委托对外贸易经营者在其经营范围内代为办理其对外贸易业务。”而在此之前的1991年8月29日对外经济贸易部曾发布《关于对外贸易代理制的暂行规定》，尽管该规定急需修改、补充和完善，目前仍作为外贸代理制中当事人之间权利义务关系的基本依据。另外，在股票、债券、房地产、期货、保险、运输甚至税务方面的行政法规、部门规章及行业规程中，也有关于代理权利义务关系的规定。如《关于对外贸易代理制的暂行规定》第1条就开宗明义地规定：“如代理人以被代理人名义对外签订合同，双方权利义务适用《中华人民共和国民法通则》有关规定，如代理人

以自己名义对外签订合同，双方权利义务适用本暂行规定。”再如 1992 年 11 月 2 日中国人民银行发布的《保险代理机构管理暂行办法》，对保险代理机构的审批、设置、种类、营运规则等作了原则规定。又如 1993 年 4 月 22 日国务院发布的《股票发行与交易管理暂行条例》，对证券经营机构在股票发行中的承销和股票交易中的委托代理事宜设置了专门条款。而 1990 年 11 月 27 日中国人民银行发布的《证券交易营业部管理暂行办法》，可视为对证券代理机构的专门规定。至于涉及期货代理(经纪)业的专门法规，则是 1993 年 4 月 28 日国家工商局发布的《期货经纪公司登记管理暂行办法》等。

2. 代理的种类

代理的种类划分直接取决于对代理含义的理解，而对何谓代理各国法律及其理论上有着完全不同的表述，实际生活中的代理类型也繁杂多样。正如施米托夫所言：“在国际贸易法中，没有哪一个分支中的法学理论与商业现实之间的区别像代理这样大。大体而言，代理是指代理人根据委托人的授权，代表委托人同第三人订立合同或从事其他法律行为，由此产生的权利义务对委托人发生法律效力的一项法律制度。大陆法中将代理区分为直接代理和间接代理两种。英美法中将代理区分为指明本人（代表公开姓名的本人）的代理；申明代理身份但不指明本人。（代表不公开姓名的本人）的代理；不披露代理关系但事实上有代理权（代表不公开身份的本人）的代理 3 种。中国民法通则中的代理为民法学上公认的代理，另一种在外贸代理制中的代理，以及股票、期货经纪中的代理，在中国称为行纪或经纪。另外，还有与代理相近的信托和居间。

直接代理亦即中国民法中的代理，是指代理人根据委托人的授权，以委托人的名义订立合同或从事其他法律行为，并由委托人直接承担行为后果的法律制度。英美法中指明本人的代理和申明代理身份但不指明本人的代理，相当于直接代理。间接代理则是指代理人根据委托人的授权，以代理人自己的名义，但为了委托人的计算而与第三人订立合同或从事其他法律行为，行为后果最终由委托人承担的法律制度。中国外贸代理制中为无外贸经营权的当事人进行的代理，实际上为间接代理，或称行纪、经纪。英美法中不披露代理关系但事实上有代理权的代理，也近似于大陆法中的间接代理。至于中国民法上的信托制度，是指信托人基于对受托人的信任，为了达到某种社会经济目的而转移其财产所有权，由受托人为他人利益而加以管理和处分的法律制度。而居间是指居间人按照委托人的要求，为委托人提供订立合同的机会或充当其订立合同的中介人，但并不实际从事交易或缔约的法律制度。行纪与代理的主要区别，在于行为人以自己名义行事并承担行为后果，再转移给委托人。信托与代理的主要区别，不但在于行为人以自己的名义，而且是依自己的意志行事，行为后果由受托人承担后，再转移给其他人（受益人），另外，受托人受让信托人的财产，并以信托财产所有权人的身份与第三人发生商事交易，因此，中国有的学者将信托与行纪混为一谈，实际上是错误的。

居间与代理的主要区别，在于居间人完全站在中介立场上，并不代表交易或

参见前引施米托夫：《国际贸易法文选》，第 368 页。

参见江平：《西方国家民法概要》，法律出版社 1984 年 6 月版，第 75 页。

参见佟柔：《中国民法》，法律出版社 1990 年 11 月版，第 430 页；张淳：《信托法原论》，南京大学出版社 1994 年 6 月版，第 40—41 页。

合同关系的任何一方，也不具体参与这一关系，而只是起到牵线搭桥或“红娘”的作用。

3. 代理权的产生

对代理权产生的原因，大陆法与英美法有不同规定。大陆法分为意定代理和法定代理，中国民法通则中分为委托代理、法定代理和指定代理。英美法中则有因协议而产生的代理、客观必需的代理、不可否认的代理和追认的代理等。

法定代理的代理人依照法律的直接规定行使代理权，如父母对于未成年子女、公司董事对于公司法人的代理权，就由法律明确规定。意定代理亦即委托代理，代理人依照委托人的意思表示即委托行使代理权。这种委托可以书面形式，也可以口头形式，但中国涉外经济合同法中规定的国际代理合同，则必须采取书面形式。另外，大陆法将委任与授权行为相区别，被称为区别论的这种学说最早在 1760 年由波西尔在《债权法论》中提出，后来在 1866 年由德国法学家保罗·拉班德作了系统阐述。区别论认为，委托指本人即委托人与代理人之间的内部关系；授权是代理人代表委托人与第三人订立合同的权力，代理指的是交易的外部方面，即本人和代理人同第三人的关系。这样，本人与代理人之间的合同所规定的对代理人权限的限制，并不能削弱代理人的权力，原则上对第三人没有拘束力。本人不得指望通过对代理人授权的限制来减轻他的责任，也不能因为委托关系无效而否认代理人同第三人订立的合同的效力，以保护善意第三人的利益。中国民法学上也把委托(委任)与代理分别开来，前者视为债法内容，而后者作为民事主体的法律行为对待。

指定代理在大陆法上包含于法定代理中，在中国则是基于人民法院或者有关单位指定行为而发生的代理。

英美法中因协议而产生的代理，与意定代理和委托代理相似。不过，英美法中进一步规定代理可因当事人明示或默示的协议而产生。明示的授权包括以口头、书面和蜡封(盖印)等形式所进行的授权；默示的授权是指被代理人默示地授权代理人可从事为完成代理任务所必需的某些行为。默示授权的范围按通常的商业习惯和惯例加以解释。客观必需的代理是指代理人受托照管他人财产时，如发生紧急情况，可能导致该财产遭受损失，代理人可超出授权范围，以财产所有权人的名义合理处置该财产，以保护委托人的财产利益。此时，该委托人不得以未经授权或超出授权范围为由主张代理行为无效。不可否认的代理是指当一个人以其言词或行动、使第三人合理地相信某人是其代理人，则他须对该人以其名义所进行的行为承担责任。追认的代理是指代理人未经授权而以被代理人的名义签订合同或从事交易，经被代理人事后追认，则对被代理人产生法律效力。

代理关系中的代理人、被代理人和第三人，有时将代理人称为被委托人，或间接代理中的行纪人、经纪人；被代理人有时称为委托人、本人；第三人亦称为相对人。

二、代理关系的法律界定

保罗·拉班德：《依德国商法典完成法律行为时的代理》，1866 年综合商法杂志第 204 页。

前引施米托夫：《国际贸易法文选》，第 371—372 页；前引冯大同：《国际商法》第 261—262 页。

前引佟柔：《中国民法》第 3 编民事法律行为和代理、第 6 编第 6 章委托、信托、居间合同。

代理实际上是一种合同关系，合同中的本人、代理人与第三人之间形成三角关系，即本人与代理人之间的关系、代理人与第三人之间的关系，以及本人与第三人之间的关系。前者属于代理的内部关系，当事人之间的权利义务，在大陆法由民商法、英美法由判例法调整。按各国惯例，代理的内部关系中的双方权利义务主要有代理人的诚信义务、勤勉谨慎义务、保密义务、申报帐目义务、亲自履行义务和不得越权义务，以及本人的支付佣金和补偿义务。代理的外部关系比较复杂，不同类型的代理，由于名义和后果的承受方式不同，权利义务关系也迥然有别，因而须作具体分析。还有，无权代理以及代理关系终止后的法律效果，也拟扼要介绍。

1. 代理的内部关系中的主要权利义务

(1) 代理人应负诚信、忠实义务。这是各国对代理人所规定的法定义务。被代理人是基于对代理人高度信任才将本来亲自为之的事务委托代理人代理的，故代理人须不负委托人所望，为委托人的最大利益服务，不得“身在曹营心在汉”，不得从代理行为中谋取任何私利或收受贿赂，或与第三人恶意串通，损害被代理人的利益，不得以被代理人的名义同自己订立合同或同时兼任合同双方的代理人，也不得与被代理人进行竞争性商事活动（竞业禁止义务）。此外，代理人须将其掌握的有关客户的一切必要情况，及时通知和披露给委托人。

(2) 代理人应负勤勉谨慎义务。在某些国家如日本，也称善良管理人的注意义务，简称善管注意义务。要求代理人包括公司董事以代理人所应有的素养和技能，像处理自己的事务一样，以足够的勤勉、谨慎和小心，履行代理职责。否则，须对其疏忽、敷衍而造成的被代理人的损失承担赔偿责任。

(3) 代理人应负保密义务。代理人在代理合同有效期间或终止后一段合理时间内，不得将代理过程中所得到的保密情报和资料为自己谋利或向第三人泄露，以损害被代理人的利益。这也是代理人忠实义务的具体体现。

(4) 申报帐目的义务。代理人无论以何人名义从事代理活动，其后果均由被代理人承担，不管最终结果是否有利于被代理人，他都有权要求代理人申报帐目，以了解和判断代理行为的实情，保护自己的权益。尤其是在行纪关系中，由于行纪人以自己的名义对外，行为后果也先由行纪人承担，委托人的姓名或名称并不出现于实际交易中，如何证明行纪人所订合同或进行的交易即为委托人的合同或交易，显得更为重要。此时，代理人的申报帐目包括对交易合同负举证责任，在各国法律及商事交易实务中已成惯例。前面提到的南京金中富期货案件的被告在抗辩中，称期货公司作为客户经纪人，没有义务向客户提供交易的任何资料，有悖代理法的常识。

(5) 亲自履行义务。委托代理合同订立时，代理人的身份是委托人所考虑的极为重要的因素，像这样的劳务型合同，委托人必须亲自履行，而不能将代理事务转托他人，除非委托人同意代理人这样做。否则，由代理人之外的其他人所完成的代理事务，委托人有权拒绝。在南京金中富期货案件中，被告未经向客户申明，将其实际无力实施的期货交易代理事务，转托多重环节，也是客户主张对他们不生效力要求返还保证金的理由之一。

(6) 不得越权义务。如前所述，代理人须在委托人授权的范围内从事代理活动，不得超越代理权。否则，除委托人追认外，对委托人不发生效力，而由代理人自行向第三人承担法律责任。但是，公司董事的越权行为适用公

司法中的特殊规则。

本人对代理人支付佣金的义务主要由委托代理合同具体约定。如为独家代理。在特定的地区内，本人不经代理人的介绍直接收到第三人的订单，本人仍应对代理人支付佣金。代理人在代理期间建立的商业信誉，为本人用于代理关系终止以后的交易，本人也应支付相应的代理费或佣金。另外，本人有义务偿还代理人因履行代理义务而产生的费用，并让代理人检查核对代理帐目。

2. 代理的外部关系中的主要权利义务

代理的外部关系包括代理人与第三人以及本人与第三人之间的关系。在总体上，在代理的外部关系中，本人及代理人结成“统一战线”，作为法律关系的一方，而第三人为另一方。根据代理法的一般原则，代理人代表本人与第三人订立合同或从事其他法律行为，合同一经签定，其权利义务均归属于本人，由本人直接对第三人负责，代理人可从中解脱出来，对此不承担法律责任。但实际情况并非如此，直接代理和间接代理以及英美法中相应的不同代理形式，处理规则完全不同，并且主要取决于第三人到底是和谁订立合同，合同义务由代理人承担还是本人承担。

大陆法采用的标准是看代理人究竟是以本人代表的身份还是以他个人的身份同第三人订立合同的。当代理人以本人代表的身份同第三人订立合同，即在直接代理时，该合同就是第三人同本人之间的合同，合同双方的当事人是第三人和本人，合同的权利义务直接归属于本人，由本人直接对第三人负责，第三人也可直接向本人主张权利。当然，当代理人以本人代表的身份订立合同时，他不必向第三人披露本人的姓名，大陆法承

认代理人为未披露姓名的本人而从事的行为。但该代理人至少应表露出他作为代表而订立合同的意图，或在客观上已表明了此意图，否则就将认为是代理人自己同第三人订立合同，并由代理人对此合同负责。如代理人以其个人身份和第三人订立合同，则无论代理人是否事先得到本人的授权，均被认为是代理人自己和第三人之间确立了合同关系，该合同原则上与本人没有直接法律关系。但是，在这种间接代理中，代理人虽以自己的名义和第三人订立合同，毕竟代理人非为自己的利益而是第三人的利益而为。根据大陆法原则，对间接代理中的本人与第三人之间的关系。在代理人将该合同的权利义务用其与本人之间的另外一个合同移转于本人之后，本人和第三人之间将实际确立合同关系，并可相互主张权利义务。

与大陆法不同，英美普通法上没有直接代理和间接代理之分，也不按大陆法中依谁的名义同第三人订立合同的名义标准来划分代理类型，而是依谁对合同承担责任的责任标准，将代理分为如前所述的代表公开姓名的本人、代表不公开姓名的本人和代表不公开身份的本人 3 种情况。前两种情况与大陆法中的直接代理类似，由代理人所订立的与第三人之间的合同，由本人作为当事人承担责任，而代理人不承担合同的权利和义务。

后一种情况比较复杂，处理规则也与大陆法截然不同。英美法中未被披露的本人有介入权，他毋需通过代理人以另一合同将权利移转给他，才能向第三人主张权利，而是可以直接行使权利。而第三人在发现了未被披露的本人之后，有权直接向本人主张权利。第三人当然也可以向代理人主张权利，

要求代理人承担合同责任，因为代理人在名义上是合同当事人。但是，在第三人可主张权利的对象中，只能选择其中之一，即要么向代理人主张权利，要么向真正的本人主张权利。一旦择定，不得改变。

3. 无权代理的法律后果

无权代理就是没有代理权的代理行为。无权代理虽具备代理行为的表面特征，但欠缺代理权。主要包括未经授权、授权行为无效、超越代理权限、代理权已终止的代理。中国涉外经济合同法除对授权行为无效的代理未作规定外，其余规定与上述内容相同，也与民法通则第 66 条中规定的无权代理完全一致。而中国经济合同法第 7 条第 1 款第 3 项则规定：“代理人超越代理权限签订的合同或者以被代理人的名义同自己或自己所代理的其他人签订的合同”无效。这里涉及到双方代理和自己代理的问题，虽未吸收到民法通则中去，1993 年经济合同法修订后仍保留这一与民法通则不一致的规定，但中国及大陆法国家的民法上，均认为双方代理和自己代理不生效力，而并不像未经授权、超越代理权限、代理权终止以后的代理，经被代理人追认即对被代理人产生法律效力，并由其承担法律后果。因此，无权代理并非一定为无效代理，除不能追认的无权代理当然无效外，其他经被代理人追认后，即产生法律效力。此外，中国民法通则中还有视为本人同意的代理，条件为本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的。还有，在对第三人表示已将代理权授与他人，或交付证明文件与他人，或代理授权不明，或代理关系终止后未采取必要措施等情况下，会形成表见代理，即对于无权代理人的代理行为，善意第三人有理由相信其有代理权，则可主张代理行为对被代理人产生法律效力。

无权代理未被追认，则代理行为无效，也即对被代理人无约束力，代理人及第三人均无权要求被代理人承担无效代理的法律后果。但是，代理人仍应对其无效代理行为向善意第三人承担法律责任。责任形式在法国为损害赔偿，在德国为根据善意第三人的选择，由无权代理人自行承担履行合同的义务或赔偿损失。中国法规定无权代理未被追认或不能追认的，代理行为自始无效，本人和善意第三人可请求无权代理人返还财产、赔偿损失。如无权代理人与第三人恶意串通，损害被代理人的利益，应追缴恶意串通的双方由此取得的财产，用于填补被代理人的损失或收归国家、集体所有。

英美法中将无权代理称为违反有代理权的默示担保，其代理行为对被代理人不生效力，因此而对第三人造成的损害，由无权代理人赔偿。但须遵循下列规则：

第一，提起这种求偿权的诉讼只能是第三人，而本人无权起诉。

第二，不论无权代理人的故意还是过失，有无主观恶意，均须对第三人承担责任。

第三，代理人在第三人知道其欠缺代理权，或知道代理人未提供有代理权的担保，或合同已排除代理人的责任，则代理人可不承担责任。

第四，代理权限不明确，而代理人出于善意并以合理方式从事代理行为，则代理人可不承担责任，即由被代理人承担哪怕超出其本意的代理行为后果。

第五，代理人对违反有代理权的默示担保所承担的责任，原则上依第三

人所受实际损失计算。

4. 代理关系的终止

代理关系可依约定或法律规定而终止。约定终止又有代理期限届满而终止和提前终止两种情况。在提前终止时，一方应提前通知另一方。如本人不适当地解除代理关系，须赔偿代理人相应的损失。法律规定导致代理关系终止的情形主要有本人死亡、破产或丧失行为能力；代理人死亡、破产或丧失行为能力等。但有些国家在前者情况下不适用于商务代理。中国民法通则第69条规定委托代理终止的情形为：代理期间届满或者代理事务完成；被代理人取消委托或代理人辞去委托；代理人死亡；代理人丧失民事行为能力；作为被代理人或者代理人的法人终止。第70条中又规定了法定或指定代理终止的5种情形，它们是：a. 被代理人取得或者恢复民事行为能力；b. 被代理人或者代理人死亡；c. 代理人丧失民事行为能力；d. 指定代理的人民法院或者指定单位取消指定；e. 由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

代理关系终止后，大陆法系的德国、法国、瑞士、意大利等国法律规定，代理人就其在代理期间为本人建立的商业信誉，有权要求本人予以补偿。如德国商法典第89条所规定的补偿情形为：在代理关系终止后，本人在与代理人曾经介绍给他的客户的交易中，获得重大利益的；代理人由于代理合同的终止将失去佣金，而这种佣金按代理人介绍的客户所订立的或将来签订的合同，代理人本应得到的；综合考虑各种情况，补偿代理人是公平合理的。终止代理关系时，本人须通知第三人，才能对有关第三人发生法律效力。否则，有关第三人因不知代理权终止而继续与代理人订立合同，该合同仍对本人有拘束力，本人仍须对此负责。

三、特殊代理制度的主要规则

根据前面的介绍，各国代理制度的一般原则是，代理人受托与第三人订立合同后，即退出合同关系之外。由本人对第三人承担合同责任，代理人对第三人不负个人责任。若第三人违约，本人也不能要求代理人承担合同责任。但在各国及国际商事交易中，有些法律或习惯也承认，在特定情况下，代理人必须对本人或第三人承担个人责任，以保障本人或第三人交易及其权益的安全。这种承担特别责任的代理人主要有信用担保代理人、保付代理人、保兑银行、保险代理人、运输代理人、广告代理人、证券经纪人、期货经纪人。其中，除信用担保代理人对本人承担特别责任外，其余的均对第三人承担特别责任。

1. 信用担保代理人

信用担保代理人是指对本人承担由他所介绍的第三人适当履行合同的责任的代理人。德国等大陆法国家的民法典或商法典中有专门规定，适用于直接代理与间接代理两种情况，且须采取书面形式。这种产生于中世纪意大利的代理形式，实际上隐含着两个合同关系：一是本人与代理人之间的代理合同，二是代理人对第三人的履行合同义务承担对本人的担保责任的担保合同。信用担保代理人的出现，完全是商事交易发展的需要，特别是在国际商

事交易中，卖方既想推销产品，又很难全面了解买方资信，一旦买方违约，可能无法挽回损失，如有与第三人即买方直接接触并比本人即卖方更了解其资信的代理人，愿意向本人担保第三人的清偿能力，可从根本上消除本人的顾虑，促使交易迅速达成。而且，由于代理人负有担保责任，因而不致因为贪求佣金而随便介绍第三人与本人订立合同。英美法中虽无关于信用担保代理人的成文法，但判例法规则已相当完备。英国法院在早期的判例中认为信用担保代理人的责任是第一位的，但后来在 1816 年的莫里斯诉克里斯比案中修改了这一规则，认定信用担保人的责任是第二位的，本人只有在不能从第三人那里得到偿付时，代理人才对本人承担清偿债务的责任，且只承担连带清偿责任，而非合同适当履行的全部责任。值得一提的是，信用担保代理制度正逐渐被各国政府设立的出口信贷保险机构的信贷保险所取代。

2. 保付代理人

保付代理人是指由代理人代表本人向第三人订货，并在本人的订单上加上保付代理人自己的保证。由他担保本人（通常为外国的买方）将履行合同，如本人不履行合同或拒付货款，保付代理人负责向第三人（通常是本国的卖方）支付货款。保付代理制度的主要目的在于减少国际货物买卖活动中卖方出口货物的潜在风险。具体的保付形式主要有两种：一种是保付代理人自己作为本人向第三人发出订单，签定买卖合同，也可以在本人的订单上加附自己的保付后转交给第三人。前者的保付代理人在同一个交易中身兼两职：对内作为本人的代理人，对外作为被代理的本人。后者才是承担特别责任的代理。上述两种情况下的保付代理人均应向第三人承担支付货款和不接收货物时的赔偿损失责任，但也有两点区别：第一，在本人打算就货物瑕疵向第三人提出权利请求时，如保付代理人作为本人与第三人签定合同的，此项权利请求须转给事实上的被代理人（即本人）；如保付代理人只对事实上的被代理人的债务添加了保付字样，被代理人则可直接向第三人提出请求权，而不必经过转让的程序。第二，如保付代理人破产，第三人可就其已向代表本人的代理人提供的货物，直接向本人提出权利请求。

3. 保兑银行

国际商务代理中的保付代理人，在跟单信用证的支付方式中，由对开证银行所开出的不可撤销的信用证加以保兑的另一家银行充任。在国际商事交易中，跟单信用证支付方式被广泛采用。卖方为了保证收款安全，通常要求买方通过买方所在国的银行（开证行），向卖方所在国的往来银行（保兑行）开出一份不可撤销的信用证，委托其保兑。保兑行在该信用证上加上保兑字样后通知卖方（保兑法律关系中的第三人、受益人）。此时，保兑银行就须向卖方承担保兑责任。如果卖方向卖方所在国的已经保兑的往来银行提交了符合规定的提单等单据，就可以取得货款，即使买方指示银行拒付，保兑行仍应承担向卖方付款的责任。假如卖方所在国的往来银行没有在买方所在国开证行开出的不可撤销的信用证上加上保兑字样，该银行就仅仅是受开证行委托通知卖方，而不承担保证付款的责任，也没有义务非向该卖方按信用证规定的条件付款不可的义务。

保兑银行虽是银行所扮演的保付代理人的角色，但与保付代理人不尽相

参见施米托夫：《国际贸易法文选》，第 419—420 页。

参见施米托夫：《国际贸易法文选》，第 412—413 页。

同。它仅仅涉及国际货物买卖中的付款事宜，而保付代理人的保付事宜涉及整个合同。因此，保兑信用证是以保兑行的金融地位保证信用证的安全可靠；而保付代理人则通过发出采购订单的方式向卖方承担个人责任，而不仅仅是在资金方面向卖方提供保护。

4. 保险代理人

保险代理人包括接受保险人的委托办理保险手续和接受投保人的委托与保险人订立保险合同的两种代理人。前者既适用于国内贸易，也适用于国际贸易。如 1992 年 11 月 2 日中国人民银行发布的《保险代理机构管理暂行办法》第 2 条规定：“保险代理机构是指受保险企业委托，按照委托双方签订的保险代理合同（或协议）代为从事保险经济活动的机构”。这种保险代理人适用直接代理的规定，既不对第三人也不对本人承担特别责任。后者实际上是保险经纪人。它是投保人的代理人，从维护被保险人的利益出发，代表被保险人（投保人）签订保险合同，而向保险人收取佣金。在国际保险市场上，英国的保险经纪制度影响最大，拥有大批业务熟悉、经验丰富的保险经纪人。按英国劳合社的商业习惯，保险合同的订立必须有保险经纪人安排并提出申请，发生保险事故后，也须经由经纪人负责处理索赔事宜。1906 年英国海上保险法也规定：“除非另有约定，由经纪人代表被保险人办理的海上保险单生效后，该经纪人应直接向保险人承担对该保险费的责任。而对于可能向被保险人赔偿的损失或返还保险费而支出的金额，保险人应向被保险人承担直接的责任。”

5. 运输代理人

运输代理人是指接受货主或承运人的委托，在授权范围内办理货物运输业务的人。在国际货物买卖过程中，国际货物运输代理人居于极为重要的地位。他们精通不同运输方式的各种知识，可为委托人提供满意的服务。根据有些国家的行业惯例，如运输代理人受客户（本人）的委托，向轮船公司预订舱位，代理人自己须向轮船公司（第三人）负责。如客户届时未装运货物，代理人须支付空舱费。1995 年 6 月 29 日中国外经贸部发布的《国际货物运输代理业管理规定》对此未予明确规定。

至于广告代理人对广告媒介所有人承担的个人责任，通常以合同为依据。而证券经纪人和期货经纪人对第三人承担的责任，除了证券交易法和期货交易法外，主要依相关交易所的章程、规则、规程办理。如发生证券、期货投资者违约透支而拖欠资金包括期货保证金或不予交割，经纪人须代表投资者向第三人履行相应义务。当然，并非直接向第三人，而是通过交易所的中介作用向第三人履行相应义务。此时，交易所的结算机构充当卖方经纪人的买方，以及买方经纪人的卖方。

四、中国外贸代理制的现状和前瞻

1. 外贸代理制的基本含义和依据

外贸代理制是指具有进出口经营权的受托人应委托人的委托，代理委托

施米托夫：《出口贸易》，史蒂文森出版社 1975 年版，第 150 页。

参见江平：《商法全书》，第 453 页。

参见施米托夫：《国际贸易法文选》，第 407 页。

人办理涉及经济贸易合同的订立及履行事宜，并收取一定的手续费，而因交易所产生的盈亏由委托人承担的制度。如前所述，国际商事交易中的代理制度相当发达和完善，通过代理人达成国际商事交易，也是国际上的通行做法。与中国传统的外贸体制下的垄断性的收购制相比，外贸代理制可以克服收购制下外贸出口产品生产制造企业与国际市场隔绝的弊病，让其及时了解国际市场的实际需求，生产出适销对路的产品。外贸代理制中的实际履行方应是代理人背后的真正的供货或购货企业，代理人只是代理而已，故可以促进实际供、需求企业加强对外贸合同的管理，增强履约的责任感。外贸代理制也不像收购制或供货制那样，完全由外贸公司筹措资金在国内或国外采购委托人供应或需要的产品，减轻其财务负担，使代理人的业务得以全面发展。

中国目前推行外贸代理制，首先依据中共十三大和十四大文件。如中共十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》第7部分“深化对外经济体制改革，进一步扩大对外开放”中，就要求“坚持统一政策、放开经营、平等竞争、自负盈亏、工贸结合、推行代理制的改革方向”。法律依据主要有：1994年5月12日公布的《中华人民共和国对外贸易法》，其中的第13条规定：“没有对外贸易经营许可的组织或者个人，可以在国内委托对外贸易经营者在其经营范围内代为办理其对外贸易业务”。而在此前的《关于对外贸易代理制的暂行规定》，除对上述业务作强制性规定而非任意性规定外，还对有对外贸易经营权的公司或企业委托另一有对外贸易经营权的企业或公司办理外贸业务作了原则性规定。因此时适用《民法通则》中有关代理的规定，双方的权利义务关系相当明确，故不予赘述。而相当于间接代理或行纪性质的外贸代理，中国相关规定并不明确，实践做法也不尽合理，急需加以改进和规范。

2. 外贸代理制的主要规则

1991年8月29日中国外经贸部《关于对外贸易代理制的暂行规定》，是中国外贸代理制中受托人根据委托协议以自己的名义与外商签订进出口合同的主要依据。该规定计5章26条，除一般规定外，主要内容是对委托人、受托人的权利义务和争议解决的原则性规定。

根据现行规定，有对外贸易经营权的公司和企业可以委托、无对外贸易经营权的组织和个人必须委托有外贸经营权的公司、企业对外签订合同。委托人和受托人间应根据平等互利、协商一致的原则订立委托协议。协议采取书面形式，并包括委托进出口商品的名称、范围、内容、价格幅度、支付方式、货币种类以及其他需要明确的条件；委托方对受托方的授权范围；双方的权利义务以及应承担的费用；不超过合同金额3%的委托手续费以及其他经济利益的分享规定；争议的解决；委托协议的期限等内容。

委托协议双方的权利义务是外贸代理制的核心内容。因此，该规定中设置了一半以上的条款。其中，受托人主要承担下列义务：

(1) 须在服从国家法律、法规和其他外贸管理制度规定的前提下办理受托事宜。在执行委托协议时，受托人有义务保证进出口合同合法，并符合国际惯例，能维护委托人的利益。

(2) 受托人根据委托协议以自己的名义和外商签订进出口合同，并应及时将合同副本送交委托人。受托人与外商修改或变更进出口合同时，不得违背委托协议。

(3) 受托人对外商承担合同义务，享受合同权利。

(4) 受托人有义务办理履行进出口合同所需的各种手续。

(5) 受托人应向委托人提供受托商品的国际市场行情，及时报告对外开展业务的进度及履行受托义务的情况。

(6) 因受托人违反委托协议导致进出口合同不能履行或不能完全履行的，受托人应赔偿委托人因此受到的损失，并自行承担对外的一切责任。

(7) 外商违约的，受托人应按进出口合同及委托协议的有关规定及时对外索赔，或采取其他补救措施。

(8) 因不可抗力致受托人及外商不能履行委托协议或进出口合同的，免除受托人的相应责任，但应取得有关机构证明并及时通知委托人。

委托人主要承担下列义务：

(1) 委托人应依据国家有关法律、法规的规定，办理委托进口或出口商品的有关报批手续。

(2) 委托人应及时向受托人详细说明委托进口或出口商品的有关情况。

(3) 委托人经受托人同意可参加对外谈判，但不得自行对外询价或进行商务谈判，不得自行就合同条款对外作任何形式的承诺，也不得自行与外商修改或变更进出口合同。

(4) 受托人有义务履行委托协议和进出口合同，包括及时向受托人提供进口所需要的资金或委托出口的商品。

(5) 因委托人违反委托协议导致进出口合同不能履行或不能完全履行的，委托人应偿付受托人为其垫付的费用、税金和利息，支付约定的手续费和违约金，并承担受托人因此承担的对外一切责任。

(6) 因不可抗力致委托人不能履行或不能完全履行委托协议的，免除其对受托人的相应责任。但委托人应及时通知受托人并在合理期限内提供有关机关出具的证明，以便受托人与外商交涉，免除受托人对外商的责任。如果受托人不能因此免除对外商的责任，受托人对外承担的责任由委托人承担。

(7) 委托人有义务按约向受托人支付手续费，并偿付受托人为其垫支的费用、税金及利息。

3. 外贸代理制的缺陷及改进对策

撇开直接代理式的外贸代理规定与实践做法不说，对间接代理式的外贸代理，无论从前面所述的现行规则，还是从实践做法上看，均存在着相当明显的缺陷。比如，中国尚无关于行纪方面的一级大法，民法通则中只规定直接代理，而对间接代理只字未提，故没有一个有关间接代理的一般规则，上述“暂行规定”显然无法承担也没有承担此项重任，以至于导致间接代理式的外贸代理规定只能就事论事，而没有形成高度抽象的、规范科学的普遍准则。又如，按现行规定和做法，外贸代理中的委托人、受托人和第三人三角关系中，委托人与受托人的关系建立在委托协议基础上，应该是清楚明确的，受托人与第三人的关系建立在进出口合同的基础上，相互间直接承担义务并享受权利，也没什么含糊之处。但是，委托人与第三人的关系究竟如何处理，就很成问题。“暂行规定”一方面规定“受托人根据委托协议以自己的名义与外商签订进出口合同”，“对外商承担合同义务，享有合同权利”，这就意味着，在进出口合同中，受托人是以自己的名义，作为合同当事人的身份与外商缔约的。“暂行规定”未要求受托人对外签约时，一定要表明其代理人或经纪人的身份，它就与外商所订立的进出口合同中所约定的权利义务，由其自己对外商负责，而与委托人无涉。相对而言，外商也只根据进出口合

同的约定，向受托人主张权利并承担义务，而不能越过受托人，直接向委托人主张权利并承担义务，因为委托人并非进出口合同的当事人。而合同权利是债权的一种，仅仅是对人权而非对世权，更何况外商往往根本不知道有无委托人以及谁是委托人。

然而，受托人即使以自己的名义同第三人订立合同，也毕竟是在“为他人作嫁衣”，合同的最终结果应由委托人承担，这是受托人订立合同与当事人自己订立合同的根本区别。那么，委托人如何对第三人承担责任呢？“暂行规定”第10条规定：“委托人须按委托协议和进出口合同的规定履行义务，包括及时向受托人提供进口所需的资金或委托出口的商品。”第11条又规定委托人违反委托协议而导致受托人违反进出口合同的，委托人“承担受托人因此对外承担的一切责任”。由此可见，委托人对受托人对外订立的进出口合同，没有任何直接的权利和义务，委托人与第三人之间的关系，完全被受托人阻隔开了。外贸代理制中应有的代理关系，实际上变成了依存度比较大的连环购销关系；受托人按照与委托人之间的委托代理合同，又和外商订立一个进出口合同，再结合委托代理合同中除可规定手续费外，还可约定分享其他经济利益的情况，这种代理关系就更难用代理法上的规则来衡量评判了，或者与其说是一种委托代理关系，倒还不如说仍是一种更接近于收购制或采购制的连环购销关系。而且，这种变了形的购销关系，由于受托人夹在中间，反而使委托人和作为第三人的外商难于行使自己的权利。尤其对委托人而言，不但要承担全部合同义务和责任，而且要依法支付约定手续费，却又不能顺畅地行使进出口合同中的权利，实在有悖于公平原则，也不利于外贸代理制的广泛推行和普及。对此，中国不少学者已提出了一些很好的改进对策和建议，如完善代理立法、慎订代理协议等。但并不能从根本上解决问题。

依笔音思路，一是取消外贸许可制，实行完全的自由贸易，国内所有商事主体均可直接对外，或由代理人（受托人）以委托人的名义对外签约，以消除中国间接代理式的外贸代理制度产生根本原因的根源。这种思路干净利落，但在可以预见的将来未必可行，世界上没有一个国家对外贸完全放任自流，包括经济比较发达的英美法德日。更何况法定必须由委托人以自己的名义对外签约的根源消除后，仍会存在约定的间接代理或行纪关系。因此，采取另一种思路比较合适，即完善民法中的代理制度。当然不能停留于“暂行规定”的水平上，而是参照大陆法中关于间接代理的处理规则，在法律上规定先由代理人（行纪人）受托将与第三人所订合同的权利义务承担下来，再通过另外一个合同即类似于中国外贸代理制中的代理协议，将行纪人以自己的名义所承担的对第三人的合同权利和义务移转给委托人，一经移转，即在委托人与第三人之间产生直接的权利和义务，任何一方不履行合同义务，另一方均可追究其违约责任，从而理清现行外贸代理制中的混乱关系。

第五章反倾销法

自从 1901 年澳大利亚首次制定反倾销法律规定，以及 1947 年关税和贸易总协定确定国际反倾销规则以来，围绕着倾销和反倾销的斗争从未间断，近年又在国际贸易领域燃起阵阵烽火。反倾销措施已作为某些国家的合法贸易保护主义工具频频使用，而中国则深受其害。因此，了解和熟悉国际上反倾销法的基本规则和最新动态，并确立相应对策，很有必要。

一、倾销和反倾销——国际贸易中的热门话题

根据《辞海》的解释，倾销是指“垄断资本以低于国内外市场（有时甚至低于成本）的价格向国外大量抛售商品。目的在于击败竞争对手，夺取国外市场，而在独占国外市场后，则按垄断价格出售，获取高额利润”。不过，当今国际贸易中的倾销概念，政治色彩已大大淡化，而经济上的特征得以加强。按《关税和贸易总协定》第 6 条的规定，倾销是指一国产品以低于正常价值的办法进入另一国市场，并因此对其领土内已建立的某项产业造成实质性损害或产生实质性损害威胁，或对某一国内产业的新建产生实质性阻碍。实行倾销和损害双重衡量标准。1994 年 4 月才达成一揽子协议的关税和贸易总协定乌拉圭回合谈判所修订的反倾销守则（全称为《关于执行 1994 年关税和贸易总协定第 6 条的协议》）第 7 条则规定：“如果一项产品从一国出口到另一国，该产品的出口价格在正常的贸易过程中，低于出口国旨在用于本国消费的相同产品的可比价格，也即以低于其正常价值进入另一国的商业，则该产品将被认为是倾销”。可见，对倾销的认定又采取了单一标准。

国际贸易中的倾销是价格歧视的一种表现，即一种产品在国内市场卖高价，而在国外市场却卖低价。价格歧视扭曲了竞争机制下的价格水平，有悖于公平原则，在西方国家列入不正当竞争、限制竞争或垄断范围，而被法律所禁止。在国际商事领域，反不正当竞争法或反垄断法的域外效力有限，放在公平竞争法的基础上产生出反倾销法这样一个新的法律分支。反倾销或反倾销措施，则是一国主管当局针对外国倾销产品所采取的制裁措施，借以消除倾销对本国工业带来的损害，恢复正常的进出口贸易秩序。倾销虽对倾销产品其他制造商，对该产品消费者均有损害，并造成资源的错误配置，也可能危及进口国市场上第三国出口的同类产品的地位和市场占有率，但受害最大的是进口国相同或类似产品的生产企业。倾销产品涌入后，消费者纷纷择低购买，本国产品马上滞销，相关生产企业不得不停产或减产，利润下降，工人失业，严重者可能引发社会问题。

至于倾销对进口国工业的潜在损害，则可能更多。正因为如此，世界各国制定反倾销法，并逐渐形成一系列国际反倾销规则，并采取相应的反倾销措施，确是师出有名。但凡事总有个度，“真理跨过一步，就往往变为谬误”。自 80 年代中期以来，西方国家经济一直不景气，贸易保护主义重新抬头。而亚洲等地区的发展中国家经济持续高速发展，国际竞争实力大大加强，进出口总额不断增加，客观上对西方国家的传统工业形成了强大的竞争压力。在

《辞海（缩印本）》1989 年版，第 284 页。

参见张玉卿：《国际反倾销法律与实务》，中国对外经济贸易出版社 1993 年 6 月版，第 8 页。

上述双重因素的作用下，那些国家纷纷利用反倾销的“合法”保护手段，排斥抵制外国产品进入国内市场，中国可谓深受其害。1994年中国进出口总额首次超过2000亿美元，1995年更是逼近3000亿美元大关。但中国产品被提起反倾销诉讼和调查的事例也越来越多，迄今已达700余起，涉及产品4000多种。其中70年代只有1979年欧共体对中国出口的糖精钠和机械闹钟进行反倾销调查两起，且均以价格承诺结案，并未实际征税。80年代平均每年6起，90年代平均70多起，而且多以征税结案，所确定的倾销幅度，也即所征反倾销税率有的高到令人不可思议的程度，如中国出口美国大蒜在1994年7月被判决课征356%的反倾销税。据说，若对倾销产品征收20~30%的反倾销税，该产品将会失去50~70%的市场；征税50%以上，则将全部失去市场。中国大蒜作为传统出口产品，就是这样被完全逐出美国市场的。另外，西方国家对中国产品的反倾销措施，以认定中国是非市场经济国家为前提，故带有明显的不公平和歧视因素，再加上中国尚未恢复关贸总协定缔约国的地位，难以援用总协定有关机制对外国滥用反倾销法的行为提出申诉，在国际贸易的反倾销较量中比较被动。近年，除了美国、欧共体等发达国家动辄向中国挥舞反倾销大棒外，墨西哥等发展中国家也纷纷效仿，对中国频频发起反倾销攻势。其中1993年墨西哥一次就对中国10大类4000多种出口商品征收最高达1105%的临时反倾销税。日本这一曾备受美国、欧共体反倾销措施之苦的出口导向型国家，在1993年也首次对中国输日硅锰征收反倾销税，一下子撕掉了处理中日贸易纠纷中的友好协商、温情脉脉的面纱，中国所面临的出口形势更为严峻。

二、国际反倾销立法概观

国际贸易领域中倾销与反倾销的斗争，已有200多年的历史，而反倾销立法则是本世纪的产物。继1901年澳大利亚制定反倾销法律规定后，1904年加拿大颁布了世界上第一部反倾销法，新西兰于1905年，南非于1914年，美国于1916年也颁布了反倾销法。其中美国法中规定如以低于其他地方的价格销售，目的在于破坏或损害一项美国工业，阻止这样的工业建立，或者抑制或者垄断在美国从事这样的商品交易和贸易的任何一部分，那么，以这样的价格在美国进口商品构成犯罪。而1921年美国反倾销法中，放弃了限制贸易的掠夺性意图的倾销认定标准，确定以对工业损害的倾销裁定标准，从而奠定了现代反倾销法的基础。美国的反倾销法经过1954年、1974年、1979年、1988年和1994年修订，成为相当完善的法律制度，而关于倾销的实质定义几乎未变，其影响扩及了几乎所有制定反倾销法的国家，同时也成为源于1947年关贸总协定第6条的国际反倾销法的范例。

1947年在美国创导之下订立的关税和贸易总协定，是第一个确立国际反倾销法律原则的国际公约。其第6条“反倾销税和反补贴税”的第1款，就开宗明义地规定：“用倾销的手段将一国产品以低于正常价值的办法进入另一国市场内，如因此对某一缔约国领土内已建立的某项产业造成实质性损害

高永富：《国际反倾销法理论与实务》，中国纺织大学出版社1994年9月版（下同），第3页。

高永富：《国际反倾销法理论与实务》，第128页；张月姣：《如何应对“反倾销”》，1994年11月3日《经济参考报》。

或产生实质性威胁，或者对某一国内产业的新建产生实质性阻碍，这种倾销应该得到谴责。”第2款又规定：“缔约国为了抵制和防止倾销，可以对倾销的产品征收数额不超过这一产品的倾销差额的反倾销税。”该条还对倾销产品正常价值的确定方式、倾销差额的计算和调整等，均作了原则规定。但是，各国在执行关贸总协定第6条时，存在着很大的差异。使原定为了防治国际不正当竞争，建立公平的国际贸易秩序的关贸总协定第6条反倾销规则，经过有关国家国内立法的具体化，反而成为阻碍国际贸易自由化，强化贸易壁垒的工具，这是关贸总协定缔结之时所始料未及的。有鉴于此，关贸总协定第6轮至第8轮的多边贸易谈判中，各缔约国就反倾销问题进行了长时间的、艰苦耐心的磋商，形成了一系列国际反倾销守则。其中，关贸总协定第6轮谈判始于1964年、终于1967年，世称“肯尼迪回合”，该次谈判的重要成果之一，就是于1967年6月30日各成员国在日内瓦通过了《关于执行关贸总协定第6条的协定》，即《1967年关贸总协定反倾销守则》或《国际反倾销法典》，并定于1968年7月1日起生效。（1967年国际反倾销法典）较之关贸总协定第6条，结构更为严谨，内容也更为详尽。但在21个签字国中，美国并未实际接受，而其他签字国将该法典引入国内法。为了改变这一反常的尴尬局面，始于1973年、终于1979年的关贸总协定第7轮谈判，即“东京回合”或“尼克松回合”，对《1967年关贸总协定反倾销守则》作了全面修订，通过《关于实施关贸总协定第6条的协议》，以取代肯尼迪回合达成的反倾销守则，并于1980年1月1日起生效。该法典计3大部分16条外加一个附录，一直沿用到1995年1月1日乌拉圭回合达成的反倾销法典生效时止。1979年国际反倾销法典首次在反倾销国际公约中加进了“发达国家应特别考虑发展中国家在反倾销方面的特殊情况”的条款。1986年9月15日至20日在乌拉圭埃斯特角城举行的关贸总协定缔约国部长级会议发表了《乌拉圭回合部长宣言》，决定进行关贸总协定第8轮多边贸易谈判，中国作为乌拉圭回合谈判的参加国，为恢复关贸总协定缔约国的地位进行了不懈的努力，由于美国等国家的阻挠，中国的目标未能实现。但是，经过8年的艰苦谈判，乌拉圭回合终于在1993年12月15日圆满结束。1994年4月15日，125个参加国的政府代表在摩洛哥的马拉喀什举行乌拉圭回合包括21个领域的45个最终文本的签字仪式，1995年全部文件正式生效，世界贸易组织正式成立并取代关贸总协定的地位。在体现乌拉圭回合谈判丰硕成果的一揽子协议中，包括《关于执行1994年关税和贸易总协定第6条的协议》即《1994年国际反倾销守则》。它反映了80年代以来世界各国特别是美国和欧共体的反倾销法的最新动态，是迄今最完善的国际反倾销法，对各国反倾销法律制度 and 国际贸易将会产生重大影响。尽管中国尚未加入世界贸易组织，却也须在所参加的国际贸易活动中受该规则的制约，尤其在该规则引入缔约国国内法，而中国与缔约国发生贸易往来时更是如此。因此，《1994年国际反倾销守则》将是本章介绍的重点内容。

倾销产品的另一克星是欧共体反倾销法。欧共体对中国产品所提起的反倾销诉讼和调查，不但早于美国，而且在案件数量上也比美国的多。1968年之前，欧共体的反倾销法分散于各成员国的海关法或进出口货物法中。1968

参见张玉卿：《国际反倾销法律与实务》，第338—381页；高永富：《国际反倾销法理论与实务》，第246—249页。

年4月17日欧共体理事会通过了《关于防止来自非欧共体成员国的倾销或补贴进口产品的条例》，即EECNo.459/68或1968年欧共体反倾销法。该法经1973年、1977年、1979年、1984年、1987年和1988年的多次修改，形成EECNo.2423/88或1988年欧共体反倾销法，作为欧共体实施反倾销行动的主要法律依据。《1994年国际反倾销守则》签署以后，欧共体反倾销法又作了新的修订。

此外，其他许多国家也先后加强了反倾销立法。如世界上确立反倾销法律制度最早的澳大利亚，于1988年9月通过了新的《关税(反倾销)修改法》，增加了反倾销程序规则，并专门成立了反倾销主管局。加拿大在1904年海关关税法中首次设置了反倾销规定，1969年制定并公布反倾销法，将1967年关贸总协定反倾销守则纳入国内法，经1979年、1984年、1989年等几次修改后，形成以《特殊进口措施法》为名的1989年反倾销法。日本的反倾销法除了《海关关税法》中的反倾销条款外，主要有1980年根据东京回合达成的1979年反倾销守则修订的《反倾销和反补贴内阁令》，以及1986年末日本政府发布的《反倾销税和反补贴税征收守则》的程序规则。有些发展中国家也制定了反倾销法，如墨西哥、韩国。墨西哥的反倾销法原包含于1986年9月制定的外贸法中，1988年5月墨西哥加入了东京回合通过的1979年反倾销守则，1993年8月，墨西哥又在修订外贸法时修改了其中的反倾销法条款，形成与美国类似的反倾销法律制度。墨西哥对中国产品裁定的倾销幅度，曾创下所有涉讼产品的最高纪录。韩国的反倾销法制定于70年代，第一个立案的反倾销案件在1986年，而直至1991年9月30日才第一次决定对外国倾销产品征收反倾销税。1992年11月对中国出口的精制磷酸征收反倾销税，值得引起高度重视。

中国在70年代以前，与世界市场基本隔绝，对外贸易也由国家高度垄断，故不存在进出口产品的倾销与反倾销问题。1972年恢复在联合国的合法地位，特别是1978年实行改革开放政策后，情况完全不同。在国际贸易领域，整个80年代和90年代以来，中国的进出口总额的年平均增长率达到20%以上，外贸大一统的局面早已打破，但也出现了各地之间为了广揽客户而展开恶性竞争、竞相降价，甚至不惜以大大低于成本的价格出口的问题，而世界上许多国家在此期间正值强化反倾销措施。两者交互作用，使得中国产品出口不断受到进口国反倾销举措的威胁，有的传统出口产品甚至被逐出市场。但由于种种原因，中国不少企业又不敢、不知或不积极应诉，致使控告方得寸进尺。如中国输美大蒜反倾销案，因中方不应诉而遭到高达356%的倾销幅度裁定以后，起诉方的代理律师又鼓动美方发起对中国输美蜂蜜、自行车等产品的反倾销诉讼。蜂蜜的出口额2000万美元，而自行车高达1.8亿美元。中国蜂蜜的倾销幅度被裁定为150%，最后在1995年8月2日中国外经贸部与美国商务部签署“中国蜂蜜对美出口限制协议”，才避免了被课税，从而被逐出美国市场的结局。有鉴于此，对外经济贸易合作部在1994年公布了《反倾销应诉规则》，不久又拟定了《关于处罚低价销售的规定》，以应对国外愈演愈烈的对华反倾销举措。另外，1994年5月12日公布的《中华人民共和国对外贸易法》第30条规定：“产品以低于正常价值的方式进口，并由此对国内已建立的相关产业造成实质损害或者产生实质损害的威胁，或者对国内建立相关产业造成实质阻碍时，国家可以采取必要措施，消除或减轻这种损害或者损害的威胁或者阻碍。”该法为中国对外国进口产品亮起反倾销红

灯，首次提供了法律依据。中国的反倾销条例也在抓紧制定过程中，相信其出台的时间也不会太远。反倾销法就是指进口国为了保护民族经济和本国生产者的利益，维护正常的国际经济贸易秩序，对倾销行为进行限制和调整的法律规范的总称。

下面主要介绍 1994 年关贸总协定反倾销守则，美国、欧共体和日本的反倾销法及中国的反倾销对策。

三、国际反倾销法的主要内容

1994 年国际反倾销守则由 3 大部分 18 条外加两个附件组成。对倾销及损害的确定、国内产业的定义、反倾销诉讼和调查程序、临时反倾销措施、价格承诺和征收反倾销税及其期限和复审、司法审查、追溯效力、公告和裁决的解释、代表第三国的反倾销诉讼、发展中国家成员方的特殊规则、反倾销实施委员会，以及争议的解决，作出了全面而详尽的规定，不但在结构上较过去的文本严谨得多，在内容上也作了许多调整和补充。1995 年 1 月 1 日起生效后，各缔约国有义务修订其本国的反倾销法，以便与该守则协调一致。

1. 倾销的确定

关于倾销的确定，规定在《1994 年国际反倾销守则》第 2 条中。根据该条第 1 款的倾销定义，一项产品是否存在倾销，是与其出口价格与正常价值相比较后判定的。如前者低于后者，则存在倾销，两者差额即为倾销幅度，也即征收反倾销税的比例。而“正常价值”的确定方式在该守则中主要规定 3 种：国内销售价格、第三国价格和结构价格。而没有规定欧美国反倾销法中所规定的替代国价格、替代国结构价格和相似产品在第三国的销售价格等确定所谓非市场经济国家出口产品的正常价值的极不合理的另 3 种方式。其中，国内销售价格是指一国向另一国出口的同产品在出口国国内市场的正常贸易过程中的可比价格，也即被实际支付或约定支付的价格。这是正常价值确定的最基本、最常用的方式。第三国价格是指一国相同产品在正常贸易条件下向有代表性的、合适的第三国出口的可比价格。这是在出口国国内不销售或销售量很少，因而无法按第 1 种方式确定正常价值时所采用的方式。值得注意的是，1994 年规定中将 1979 年规定中的“任何”改为“合适”，并删除了“可以是向第三国的最高出口价”的授权性文字，以限制进口国当局滥用反倾销措施的权力。结构价格是指被指控倾销的产品既没有在出口国销售或销量很少，也未向其他国家出口时，用该产品的生产成本的估算加上一定幅度的利润所构成的价格。如果在出口国国内市场上相同产品的销售，或者向一个第三国销售，其价格低于每一单位生产成本加上销售费、管理费和一般费用，因价格原因，其销售可作为不是在正常贸易过程中形成。如果不序在出口价格，或者对有关当局来说，由于出口商与进口商或第三者之间有联合或补偿安排，使出口价格不可靠时，则出口价格可以下述价格为基础构成，即进口产品首次转售给独立买主的推定价格，或者是在该产品不是转售给独立买主的情况下，也不是以进口的条件转售，则当局可以在合理的基础上决定。另外，如果产品不是直接从原产地国进口，而是从一个中间国向进口成员方出口的，则该产品从出口国向进口成员方销售的价格，通常应与出口国的可比价格进行比较，但也可与原产地国的价格进行比较。

有关当局应对出口价格和公平价值在同一贸易水平上进行公平比较，并

对影响价格比较的不同因素，如销售条件的不同、税收的差异、贸易水平的高低、汇率的变化、数量和物理性能的不同等等，作出适当的补偿调整。

2. 损害的确定

损害确定的基本依据，仍是关贸总协定第 6 条第 1 款，即不但有倾销的事实，还要对进口国国内产业造成实质损害，并且在倾销和损害之间存在因果关系。

1994 年反倾销守则所指的国内产业，是指进口国国内相同产品的全部生产商，或者是其中合计总产量构成全部国内产品产量的大部分的那些生产商。但该守则第 4 条第 1 款第 2 项和第 3 款对国内产业作了扩大性解释，即在一成员国的地域范围内存在一个以上竞争市场，各该市场内的生产者在该市场出售他们生产的全部或几乎全部产品；而该市场的需求在实质程度上不是由座落在其他地域范围该产品的生产者提供的，则各该市场内的生产者可被视为一个独立的产业。与此相反，如两个或两个以上的国家已达到具有一个单一的统一市场性质特点的一体化程度，如 1993 年 1 月 1 日正式形成的欧洲统一市场，则该整个地区的产业视同国内产业。

如前所述，反倾销法中的损害，是指倾销产品对某一国内产业的重大损害，或产生重大损害威胁，或对某一产业的新建造成严重阻碍。具体而言，主要根据确凿的证据从两个方面进行客观审查判断，即（1）倾销的进口产品的数量和倾销进口产品的结果对国内市场相同产品价格造成的影响；以及（2）这些进口产品对国内该相同产品生产商造成的后续冲击程度。如被指控倾销产品数量大量增长，而进口国相同产品又大幅度降价销售，或者进口产品严重抑制价格，或在很大程度上阻碍产品价格的提高，均可能构成倾销。另外，1994 年反倾销守则第 3 条第 3 款还对所谓的累积进口作了规定。累积进口是指当倾销的产品同时来自几个国家时，进口国主管当局可考虑所有进口产品数量和价格对国内产业的累积影响。它首创于 1988 年美国综合贸易与竞争法，后被欧共体等采纳。1994 年反倾销守则的规定为：对从一个以上的国家进口某项产品同时受到反倾销调查，调查当局可累积估价该产品的影响，只要来自不同国家的产品相互竞争并与进口国相同产品竞争；对来自每一国家的进口产品所确定的倾销幅度超过 2%，以及从每一国的进口量是不能忽略不计的。该守则接着在第 3 条第 4 款规定，审查倾销的进口产品对有关国内产业的冲击程度，应包括估计影响产业状况的所有有关的经济因素和指数，销量实际或潜在的下降、利润、产量、市场份额、生产率、投资收益、生产设备的利用、影响国内价格的因素、倾销幅度的大小，对资金流动、库存、就业、工资的增长率、筹措现金或投资能力等方面实际或潜在的负作用。除此之外，对重大损害威胁的裁定，应根据事实而不是仅仅依据宣称、猜测或极小的可能性。某种倾销将会导致出现损害情况的变化，必须是明确地被预见到，并且是迫近的。该条第 7 款要求进口国当局应特别考虑下述因素：

（1）倾销的进口产品以极大增长的比例进入进口国的国内市场，表明由此引起进口巨大增长的可能性。

（2）出口商能充分自由处置迫近的大量增长的情况，表明存在着倾销产品向进口成员方市场出口大量增长的可能性。

（3）进口产品是否会对进口国国内价格带来重大的抑制性影响，以及可

能会增加进一步进口的需求。

(4) 受调查产品的库存情况。

还有，进口国当局必须依其所拥有的相关证据，充分证明倾销的进口产品造成该守则所称的损害，即证明倾销的进口产品和对国内产业造成损害之间的因果关系，否则不得征收反倾销税。该守则第3条第5款特别指出，其他因素如以非倾销价格出售的进口产品数量和价格，需求的减少或消费模式的变化，外国与国内生产商之间的竞争，限制性贸易做法，技术的发展。出口实绩以及国内产业的生产能力等所造成的国内产业的损害，不得归咎于倾销的进口产品。规定相当详尽，举证责任要求也非常严格。

3. 反倾销的程序规则

1994年反倾销守则第5条以后，对反倾销的程序规则作了详细规定。

(1) 当事人申请。

反倾销调查和诉讼，由倾销产品的进口国国内产业当事人代表提出书面申请而开始。但表示支持申请的国内生产商的产量必须达到国内产业相同产品全部生产量的25%。申请中应包括关于倾销、损害及其因果关系的确定的证据而非简单的断言。

(2) 立案。

进口国当局应按1994年反倾销守则的要求审查申请书中所提供的证据的准确性和充分性，在确定有足够的证据证明发起调查为正当时，即可决定立案调查，而在发起调查之前，应通知有关成员方的政府。该守则并未规定从申请到立案之间的期限。

(3) 调查。

进口国当局在对当事人的反倾销申请决定立案后，或在特殊情况下，当局虽未收到申请但断定有关于倾销、损害及其因果关系存在的充分证据证明发起调查是正当的情况下开始调查。在调查中，进口国当局应将要求提供的信息资料通知所有的有利害关系的人，包括受调查的出口商或外国生产商或产品的进口商，或其大多数成员是该产品的生产商、出口商或进口商的商会或同业公会；出口成员方政府；进口成员方相同产品的生产商，或者其成员的大多数是进口成员方领域内生产相同产品的商会或同业公会，并给予充分的机会让其用书面提出他们认为与该项调查有关的全部证据。调查的主要方式为填写调查表、现场调查和召开听证会以及访问、查询核实等。调查表由进口国当局设计，寄送出口商或外国生产商，最短答复时间为30天。为了证实有利害关系的当事人所提供的资料或者为了获取进一步的详细情况，进口国当局在接到请求，也与有关企业达成协议，并通知该成员方政府的代表经其同意后，可在其他成员方领域内进行现场调查。1994年反倾销守则附录一，对现场调查程序作了专门规定。如果任何一个有利害关系的当事人在合理的时间内拒绝接受调查，或不提供必要的资料，或极大地妨碍调查，则该守则第6条第10款及其附录二规定，进口国当局有权以“现有最佳资料”，包括对国内产业申请开始调查的那些材料，作出最初和最终的裁决。而此时的裁决往往是对出口商最不利的。调查应在1年之内结束，在特殊情况下可延长，但无论如何不得超过从调查开始后的18个月。

(4) 初裁并采取临时措施。

进口国当局在反倾销调查结束时，如认定倾销成立并因此对国内产业造成损害，即作出倾销成立的初裁，假如又断定不采取临时措施不足以防止在

调查期间发生损害，则应从开始调查之日起的 60 天后采取征收临时反倾销税，或者更可取的是采取担保方式，即支付现金或保证金。而保证金的数额应等于临时预计的反倾销税，但不得高于临时预计的倾销幅度。临时措施一般以 4 个月为限。根据占有有关贸易很大比例的出口商代表的要求，经进口国当局决定，可延长到 6 个月。在调查过程中，如当局审查是否税额低于倾销幅度，就能足够消除损害的，则上述期限分别为 6 个月和 9 个月。

(5) 价格承诺。

价格承诺是在反倾销调查结束并作出倾销初裁之后，采取反倾销措施之前，出口商主动承诺提高其倾销产品的价格以消除对进口国国内产业有害影响，而进口国当局中止调查程序的反倾销替代措施。价格承诺由欧共体反倾销法创设，为 1994 年反倾销守则第 8 条采纳。在以价格承诺中止反倾销调查程序后，进口国当局仍可要求承诺已被接受的出口商定期提供执行该承诺的有关信息资料。如果出现违反承诺的情况，进口国当局可根据该守则相应的规定，迅速采取行动，利用现有的最佳资料，立即采取临时措施。此时，当局可对采取临时措施之前 90 天以内进入消费领域的产品征收最终反倾销税，但是具有追溯力的税额估定不适用于在违反承诺之前就已进口的产品。

(6) 征收反倾销税。

反倾销税是指在正常的海关税费之外征收的专门适用于倾销产品的一种特殊税。除前述在初裁后决定征收的预计的、不确定的临时反倾销税外，还有进口国在反倾销终裁所确定的倾销幅度基础上所征收的固定反倾销税。根据 1994 年反倾销守则第 9 条的规定，进口国当局在对达成了价格承诺协议之外的所有有关产品均要征收反倾销税时，应按每一案件的情况，对构成倾销和造成损害的进口产品在不歧视的基础上依适当的数额征税，其数额不得超过倾销幅度。

反倾销税应一直有效，直至能抵消倾销造成的损害。但最终反倾销税应自征税或复审之时起 5 年内结束。此规定源于欧共体反倾销法中的“日落规定”，即反倾销税经过 5 年，就如太阳西沉那样不可回复。

(7) 复审。

1994 年反倾销守则第 11 条规定，在任何有利害关系的人提出审查要求，并且提交认为十分有必要进行审查的确实资料时，进口国当局认为合理，或者假如自征收最终反倾销税已过了一段合理的期限，当局应对继续征收反倾销税的必要性进行审查；在有担保时，应主动审查。有利害关系的当事人应有权要求当局审查继续征税是必要的；如果取消或变更反倾销税或两者兼而实施，损害是否将重新发生。如果审查结果表明当局决定征收反倾销税不再是合理的，则应立即终止。

(8) 公告和裁决的解释。

该项规定为 1994 年反倾销守则的新增内容。守则第 12 条要求进口国当局对反倾销案件在立案调查、初裁、价格承诺及其终止、终裁、终止最终反倾销税、复审的开始和结束、适用溯及征税均应公告，并连同有关报告送交出口国当局和其他有利害关系的当事人，并载明事实和法律理由。这一规定可有效防止进口国滥用反倾销措施，维护出口方的合法利益。

(9) 司法审查。

由 1994 年反倾销守则第 13 条规定，为参照美国法例新增条款。要求成员国在国内立法包括了有关反倾销措施的规定时，则对倾销成立的最终裁决

和复审决定的行政行为，可特别要求司法、仲裁或行政裁判所或通过诉讼程序迅速进行审查，而裁判所或诉讼程序应完全独立于负责作出该裁决或复审决定的当局，以体现司法公正以及司法对行政的监督作用。

该守则还涉及到其他众多内容，本书不予赘述。

四、美、欧、日反倾销法举要

在世界上已制定反倾销法的国家或地区中，美国、欧共体和日本的法例具有一定的代表性，故择要介绍如下。

1. 关于倾销的确定方法

关于倾销的确定方法，美国和欧共体除使用国际反倾销守则中所规定的出口国国内销售价格、对第三国的出口价和结构价格外，对所谓的非市场经济国家，则使用带有明显歧视性的替代国价格、第三国结构价格和相似产品在进口国的销售价格。而日本反倾销法中的确定方法与美国相似。

后3种方式中的替代国价格，是指在确定来自非市场经济国家产品的正常价值时，进口国当局不使用出口国生产商的实际成本，而是选择一个属于市场经济体制的第三国生产相似产品的成本或出售的价格作为基础，计算出正常价值。美国的选择标准为一个在经济发展水平上同出口国在经济上可比较的市场经济国家，并主要考虑人均国民生产水平、基础设施发展情况、生产同类产品产业的发展水平等因素。欧共体选择“适当”和“合理”的欧共体之外的市场经济国家，只有当这种选择不合理、不适当时，才使用欧共体的价格。第三国结构价格，是指用出口国生产产品的各项投入的数量，包括原材料、动力、劳动工时等的构成，按一个市场经济国家的价格计算出该产品的成本，然后再加上企业管理费和利润所确定的正常价值。管理费和利润的计算方法美国与欧共体有所不同。美国法规定管理费为10%，利润不得少于8%，欧共体法只规定计算依据，如管理费以出口产品的生产商对类似产品的开支为基础，利润以获利销售时实现的利润为基础。相似产品在进口国的销售价格，是指进口国当局无法使用上述两种办法时，将使用相似产品在进口国的销售价格，通常是第三国向进口国出口相似产品的售价确定来自非市场经济国家产品的正常价值。

欧美国家的上述歧视性做法，源于1955年关贸总协定缔约国对总协定第6条第1款的解释说明，其内容为：“应当承认，对全部或大体上全部由国家垄断贸易并由国家规定价格的进口货物，在为第1款目的决定可比价格时，可能存在特殊的困难。在这种情况下，进口缔约国可能发现有必要考虑这种可能，即与这种国家的国内价格作严格比较不一定经常适当。”后来在接纳波兰、罗马尼亚和匈牙利加入总协定时，关贸总协定报告曾指出，可以那些国家国内售价，也可以另一第三国相似产品的价格确定其出口产品的正常价值。但实际上选择类比国被欧美反倾销法发展到极端化的地步，即凡来自“非市场经济国家”或“中央计划经济国家”的进口产品，一律不适用生产商国内售价。欧共体在1982年通过的EEC No. 1765/82和No. 1766/82条例，还详细列举了属于非市场经济国家的名单。这些国家为：中国、前苏联、前民主德国、波兰、匈牙利、罗马尼亚、保加利亚、捷克斯洛伐克、蒙古、阿

尔巴尼亚、朝鲜、越南等。美国虽未一一列举，但掌握的标准与欧共体如出一辙。1989年前苏联、东欧国家发生政治上变故后，被视为市场经济国家，而中国虽也确立了市场经济体制，欧美诸国却仍顽固地认为是非市场经济国家，并使用不同的正常价值认定方法。

欧美诸国认为，在市场经济条件下，存在着资本、商品与劳务市场、产品价格由竞争状态下的供求关系决定，价格可真实地反映产品的实际成本。但在计划经济条件下，资源、生产资料属国家所有，原材料、劳动力的价格及工资由国家决定，货币不能自由兑换，市场及供求关系起很小作用，国内销售价格被严格扭曲，不能反映出产品的正常价值。因此，用被扭曲的价格与出口价格相比较来确定倾销是否存在，并不恰当。就中国而言，如果对传统的高度集中的计划经济体制下生产的产品，认为并不能反映真实成本还有一定道理的话，经过近20年的改革，特别是确立了市场经济体制，国家计划的因素在国民生产中只占到不足10%的情况下，欧美国家仍不改变对中国经济体制的固有观念，并采用对非市场经济国家的歧视性的反倾销措施，就没有什么道理可言。另外，确定替代国的依据并不明确，起诉控告方当然要找一能尽量加大“倾销幅度”的国家，而被调查方很难找出一个合适的别的替代国，进口国当局又有自由裁量权。因国与国之间生产相同或类似的产品种种条件不同，价格差异必然存在，有时还会非常巨大，故往往会人为高估倾销幅度，致使反倾销这一对付不正当竞争、不公平贸易做法的工具，产生更不公平的后果。如1994年中国输美糖精反倾销案，美国商务部以印度作为替代国，并从印度进口统计中找到其原料之一盐酸的价格为每公斤28美元，而盐酸在美国的实际售价只有每公斤3美元，差价将近10倍。结果，最终算出的糖精倾销幅度竟高达451%。中国输美蜂蜜反倾销案的替代国也是印度。美国商务部初裁的倾销幅度为150%，其重要原因是把印度原蜜的价格套用在中国的生产过程中，所计算出的中国产品“正常价值”比世界上任何国家、任何品种的蜂蜜价格都要高。

值得注意的是，1988年美国综合贸易和竞争法，主要用替代国价格而非过去的第三国结构价格来确定非市场经济国家的出口产品的正常价值。但美国法中有一个原则可为中方及其他被认为是非市场经济的国家所运用，即有可能将一个中央计划经济的某一产业视为市场产业，条件是其是在市场机制下营运。此时，出口国生产企业的实际成本作为公平价值。这一原则第一次适用于中国出口产品，是在1991年6月裁决的输美电风扇反倾销案。美国商务部认为，如果能够证实那些投入是从一个市场经济国家购买的，则按实际的购买价格来确定生产要素的价值是美国商务部的做法。如果能证实来自中华人民共和国的投入，包括原材料、劳动力、水、电、租金是以市场原则为基础定值的，我们可以在具体公司的计算中采用这些市场价值以代替替代国的价值。而美国商务部在1991年9月中国输美镀铬螺母反倾销案中进一步指出：如果一个企业的生产要素投入是从计划外购买；管理人员由工人选举；生产实体决定生产、销售及其价格，则可认为该企业已不受政府直接控制。这些案例具有典型意义，据美国判例法原则，可被直接援用。

2. 主管机构

美国在实施反倾销法中实行双轨制，即由商务部和国际贸易委员会两个

平行的相互独立的行政机构，分别负责对构成倾销的两个法定要件——倾销及损害进行调查和裁决。另外还有美国联邦国际贸易法院，负责对当事人就反倾销终裁申诉的司法审查程序。

根据美国商务部规章和 1989 年反倾销条例，商务部国际贸易署下设的进口管理局，具体负责倾销调查并确定进口产品在国内市场上的售价是否低于正常价值，应征多少反倾销税等事项。国际贸易署由一位部长助理主管，而该署进口管理局的进口处、调查处、核查处、政策处等的工作各由一位部长助理分管。各处的主要业务工作人员由律师、会计师、经济学家组成，主要职责是按调查资料计算出正常价值，为裁定倾销及具体幅度提供决策依据。最终裁决及其复查结果由负责国际贸易的副部长签字批准，并公布在官方的《联邦纪事》上。

作为美国联邦准司法机构的国际贸易委员会，担负着实施反垄断法和公平竞争法的职能。在反倾销方面，负责调查倾销产品是否对美国国内产业造成实质损害或实质损害威胁，或实质上阻碍了美国新的产业的建立。美国联邦国际贸易委员会由总统提名、参议院批准的 6 名委员组成，任期 9 年。对实质损害的裁决通过投票方式进行，由半数以上简单多数同意即可形成决定。但如果 3 : 3 的局面，损害裁决也可通过。

美国联邦国际贸易法院成立于 1979 年，由此前的美国海关法院改名而成。它由 9 名法官组成，首席法官由总统委任，其余由最高法院首席大法官委任或临时调遣。在反倾销方面，负责反倾销案件的司法审理和判决。

欧共体反倾销法的实施机构是欧共体委员会对外关系总局即 C 局一处即反倾销处。它负责反倾销案件的立案调查、核证、初裁以及向欧共体理事会提交反倾销的终裁报告，经批准后正式公布。理事会作为欧共体的最高立法机构，由每个成员国的一名部长组成，有权决定最终是否征收反倾销税，而欧共体委员会只有征税的建议权。但绝大多数反倾销案件，部长理事会均接受欧共体委员会的建议，理事会的批准仅仅是一个例行手续而已。此外，欧共体还专门设有反倾销协商委员会，由代表欧共体委员会的 C 局一处负责人和每个成员国的一名代表组成，委员会的代表充任主席。欧共体委员会每起反倾销案件的立案、初裁、接受价格承诺、终裁和征税以前，均要与协商委员会磋商，听取各成员国政府对反倾销的意见，以协调各国利益。

日本主管反倾销法实施工作的机构以大藏省为主，具体由其国税局的计划法律部负责，同时与有关工业主管省、通产省会商决定立案与否，并由 3 省官员组成的联合调查小组进行调查、作出初裁和终裁，并通知海关关税委员会。

3. 反倾销程序规财

美、欧、日各国反倾销程序规定，在大的方面与关贸总协定反倾销守则基本一致，但在具体环节和做法上又不尽相同。如美国包括申诉与立案、调查、初裁、达成中止协议（相当于 1994 年反倾销守则和欧共体反倾销法中的价格承诺）、倾销和损害终裁、征收反倾销税、复审、撤销反倾销税令、司法审议等环节。欧共体包括申诉与立案、调查、听证、提出价格承诺、初裁、终裁、行政复审和日落规定，而并无司法审查程序。日本包括申请和受理、

盛建明：《反倾销国际惯例》，贵州人民出版社 1994 年 5 月版，第 23—24 页；参见张玉卿：《国际反倾销法律与实务》第 68—69 页。

调查、价格承诺、临时措施、最后措施、复审等阶段，也没有美国法及 1994 年反倾销守则中的司法审查程序。不过，美、欧、日作为 1994 年乌拉圭回合一揽子协议的签字国，均有义务按 1994 年反倾销守则修订各自的反倾销法，包括协调其反倾销程序规则。下面仅以美国反倾销程序为例作简要说明。

美国商务部在接到反倾销申诉后的 20 天内要作出是否受理立案的裁决，裁决公布于联邦纪事。如决定立案调查，即通知国际贸易委员会。如国际贸易委员会收到申诉，即予立案调查，但商务部决定不立案并通知国际贸易委员会，则后者也自动终止调查。调查分书面和实地调查两种，书面调查是向各诉讼当事人送交反倾销调查表，美国规定须在收到表格之后 45 天内答复，否则可依“现有最佳资料”作出裁决。商务部作出关于倾销存在与否的裁决，期限一般应在起诉之后的 160 天内，而国际贸易委员会关于损害的裁定应在起诉后的 45 天内作出。但如果案件复杂或申诉人要求，可以推迟 50 天作出裁决。根据美国商务部 1989 年反倾销条例第 2 章第 5 条第 2 款的规定，案件复杂的标准为：交易数额巨大，性质复杂；出现了新问题；生产者或分销商人数众多。而对所谓的短期寿命产品，即自首次上市起 4 年内，因技术进步而明显过时的产品，美国商务部将采取快速程序调查审议。如在 8 年内出口商两次倾销这类产品，关于倾销的初裁在申诉后的 120 天内作出；多次倾销时缩短到 100 天。初裁公布后的 30 天，应当事人要求，商务部要举行公开听证会。如满足国际反倾销守则中的条件，美国商务部还可到被调查产品生产国进行现场调查。关于倾销的终裁在初裁之后 75 天内作出，应当事人合理要求，可推迟到第 135 天。关于损害的终裁在商务部肯定性初裁基础上的终裁之后 45 天内作出；而若商务部的初裁为否定，终裁是肯定时，应在倾销终裁之后的 75 天内作出损害终裁。国际贸易委员会在作出终裁之前，先由负责调查的官员提出一份初步调查结果，各方当事人可对其提出“听证前辩护书”，应当事人要求，还要举行听证会，随后，当事人仍可在该委员会规定的期限内递交书面抗辩材料。在收到材料或期限届满，该委员会调查官员写出最后报告供该委员会作为裁决依据。裁决结果送交商务部，并公布于联邦纪事。紧接着商务部在收到联邦国际贸易委员会的肯定性终裁后的 7 天内发布征收反倾销税令。当事人在倾销产品被课税之后，可申请复审并撤销征税令，也可以上诉到设在纽约的国际贸易法院。若对法院判决不服，还可上诉到联邦巡回上诉法院，甚至可通过调卷令，由美国联邦最高法院审理。

4. 强化反倾销举措

关贸总协定“乌拉圭回合”多边贸易谈判中，围绕着反规避措施这一中心，欧美与日本、韩国、新加坡等国之间发生了异常激烈的争论，最终由欧美诸国作出让步，1994 年反倾销守则中未予规定，但美国和欧共体的反倾销法中，包含了一系列反规避措施等强化反倾销的举措。

(1) 反规避措施。

反规避措施最初由 1987 年 6 月 EECNo. 1761/87 号条例即 1987 年欧共体反倾销法所创设，是指进口国当局可对在进口国国内组装或制造并就地销售的已被征收反倾销税的制成品征税。当时主要为了对付日本、韩国被征税的厂商在欧共体内投资设厂，然后将被征反倾销税的产品的零部件出口到欧共体，由这些工厂组装或加工成制成品，在欧共体内销售，从而逃避反倾销税的行为。美国 1988 年综合贸易和竞争法迅速加以效仿，并被扩展到第三国加工组装被征反倾销税的产品、只经轻微加工改造的产品和后期产品。

（2）监视下游产品。

下游产品是指依生产程序属于后期加工成的产品。美国反倾销法规定如一项产品被进口国当局采取了反倾销措施，则可对其下游产品进行监视，然后决定是否进行反倾销调查，以防止所谓潜在的规避行为。

（3）第三国倾销。

1979年和1994年反倾销守则均对“代表第三国的反倾销诉讼”设有原则规定。美国的反倾销法中则有具体实施办法：一个生产与某一外国产品相似或直接竞争的美国产业，如有理由相信该外国产品在一个总协定的缔约国内倾销，而使美国产业受到了损害，则美国产业可向美国贸易代表递交申诉，后者可以美国政府的身分要求该产品的进口国进行反倾销调查。如要求被拒绝，美国政府可对该产品的进口国的输美产品采取限制措施。

（4）投入倾销。

当设在不同国家的关联企业间为了规避反倾销税而转移价格并出口美国，美国当局不再使用过去的市场价格，而是用现有的最佳资料来确定该产品主要投入的生产成本，以计算比较是否存在倾销。

（5）否定“虚构的正常价值”。

美国反倾销法规定，在正常价值或外国市场价值超出出口价格的情况下，商务部可以其为虚构的不真实的价格为由，拒绝用作比较依据。

（6）扩大反倾销申诉人的资格范围。

反倾销申诉人本应是被调查产品的相同或相似生产产业，但美国近年法律将农产品的种植业也并入加工业中，人为地扩大了申诉人的范围。

（7）降低工业损害的标准。

1988年美国反倾销法中规定，被控倾销的产品只要低于进口国相似产品的价格，即可认定为低价倾销。而在判定实质损害时要考虑倾销的产品对美国新建产业的影响，还包括对某项产业正在进行着的发展与生产的实际和潜在的不利影响。

（8）禁止退回反倾销税。

根据美国法律规定，倾销的产品若在美国属于加工复出口的，在成品出口时不再退回已征收的反倾销税。

（9）对政府采购货物征收反倾销税。

过去美国法律规定政府采购的货物不适用反倾销法。但1988年综合贸易和竞争法则规定，即使是美国政府采购的货物，如存在倾销，也要征收反倾销税，尽管支付者为美国政府。看上去似乎荒唐，但作为美国国会的正式立法，美国政府同样有义务执行。

五、中国的反倾销对策

如前所述，由于进入80年代以来国际上贸易保护主义重新抬头，各国纷纷利用包括反倾销措施在内的种种手段限制外国产品进入本国。中国一方面不断开放国内市场，另一方面出口能力大大加强，1995年的进出口总额达到2800多亿美元，同时也面临着来自许多国家的强化反倾销措施的威胁。特别是西方国家，迄今仍顽固地坚持中国尚属于中央计划经济国家而非市场经济

国家，使用专门针对非市场经济国家产品倾销的确定标准，从而强行征收脱离实际的、极不合理的反倾销税，将中国众多产品逐出一个个传统市场。中国目前不是关贸总协定即现在的世界贸易组织的缔约国，无法借助该组织的机制进行申诉和救济，而是完全暴露在国外反倾销法所组成的火力网下。中国迄今尚无反倾销法，1994年公布的对外贸易法中的原则规定还很难实施，故不能通过对外国进口产品采取同样的反倾销措施，来制约有关国家的反倾销行动。还有，中国大一统的国家高度垄断的外贸体制被打破后，虽然地方和企业的外贸积极性得到发挥，但恶性竞争也频频出现，更加剧了招致反倾销措施的危险。而从现实情况来看，中国的出口业因不断遭到反倾销的指控，不但备受创伤，而且前景不容乐观。正因为如此，探讨中国的反倾销对策并尽快加以落实，显得异常重要。

(1) 加紧复关谈判，早日成为世界贸易组织的缔约国。这样，中国既可利用世界贸易组织的机制对别国滥用反倾销措施提出申诉，又可以发展中国家的身份寻求建设性补救办法。

(2) 进一步改革和完善中国的经济体制，特别是外贸、外汇体制。在尽早实现人民币兑换自由化的同时，外贸体制尽可能与世界贸易组织的要求靠拢，减少乃至取消行政管理方式，代之以经济手段。如配额招标就是很好的例子。另外，在出口产品的产销方面全面实行市场化，以消除被视为非市场经济国家的现实条件。

(3) 加强国内反倾销立法的进程。将1994年对外贸易法第30条中关于反倾销措施具体化、实践化。可先颁布反倾销条例，以1994年国际反倾销守则为主要参考，结合国外反规避措施、第三国倾销、投入倾销、转移倾销、监视下游产品等反倾销的最新动态，一步到位。而在反倾销应诉方面，着重制定反倾销应诉规则、处罚和奖励规则、应诉费用筹措和分摊规则、应诉结果分享规则，改变目前一损俱损、一荣俱荣的“搭便车”状况。

(4) 促使西方改变对中国不公平的反倾销法律规定。中国共产党的十四大确立了市场经济体制，并已成为宪法规定的原则，经济运行的实践中也主要由市场机制配置资源。因此，以欧美为代表的西方国家将中国视为中央计划经济国家，并使用特设的反倾销措施，明显不合理、不公平。中国可通过谈判等途径，促使那些国家修改既有立法，力争得到公平待遇。

(5) 确定合适的出口价格。中国产品在传统上以廉取胜。当然，低成本低价格仍是中国外贸中的优势，但随着国际贸易格局的变化，低价优势越来越小，有时反而留下倾销的把柄。因此，应主要在档次、质量、花色、品种等方面下功夫。创出名牌即使低成本，在外销时价格不宜定得过低。最好能在外销之前，详细调查了解外国市场上的相同和类似产品的供销和价格状况，以便将价格定在合理水平上。另外，对外贸中的恶性竞价采取必要的管制措施。

(6) 协调控制出口数量。倾销产品数量急剧增加，市场份额扩大，引起市价下跌，进口国相同产业必然反应强烈，主管当局也多裁定倾销和损害成立。因此，应竭力防止一种产品集中大量销往一二个海外市场，而应有秩序地、逐步地发展出口产品，并尽可能开拓多元海外市场。这一原则，对一个企业、一个地区适用，对不同企业、不同地区同样适用。国家应建立企业

间、地区间的协调控制机制。

(7) 健全反倾销工作体制。反倾销工作的组织实施，应由对外经济贸易合作部牵头，以中国商会及其分会为核心，吸收各进出口企业参加开展工作。目前的重点为反倾销应诉对策。对国际反倾销状况的了解、知识普及、人才建设尤其是反倾销专业人士的培养和调配，也有重要意义。

(8) 高度重视并努力办好反倾销案件。主要应认真填写调查表或题单；配合现场调查；聘请有经验的反倾销律师进行抗辩，并不惜代价，企业无力付费的，可建立反倾销应诉基金支付，结案后由相关企业合理分摊；配合进口国主管当局的各环节工作，竭力避免以“现有最佳资料”裁决；广泛收集资料，选择最有利的替代国；努力说服进口国主管当局放弃认为中国是非市场经济国家的观念，即积极进行市场经济的抗辩，若从整体上不能实现，在美国应诉时还可以退一步求其次，即力求证明倾销产品的生产是按市场经济体制营运的，以使用生产企业实际要素成本计算公平价值或正常价值；最后，不但要积极应诉，而且要坚持到底，特别要改变过去注重倾销问题的抗辩而忽视损害问题的抗辩做法，尽管后者对中方应诉者更难。

第六章 票据法

票据法既是各国传统商法的内容，又是国际商法的一个重要分支，这是票据所具有的商事交易润滑剂的作用所决定的。本章介绍票据法的基本原理及主要规定，特别是汇票的各种制度，并结合 1996 年起施行的中国票据法，进行适当比较。

一、票据——商事交易的润滑剂

票据是一种有价证券，最早在商业习惯中产生，在现代商事交易中起着汇兑、信用工具等多种作用。作为商事交易的润滑剂的作用，主要从票据的性质、特征、功能等多方面反映出来。

1. 有价证券及其种类

有价证券一词为德国学者所首创，并为德国商法典所采用。中国仿日本法例援用了此词。但是，各国在不同法律中此

词的涵义和内容不尽相同。按中国《法学词典》的解释，有价证券“泛指表示一定财产权的证券，如汇票、支票、本票、股票、债券、提单、车票等”。这实际上是广义的有价证券，或称不完全的有价证券，而狭义的或完全的有价证券，是指一种表示具有财产价值的民事权利证券，其权利的发生、转移和行使，均须持有该证券。这是大陆法国家有价证券的通用定义。英美法国家没有有价证券的概念，而只有流通证券，或流通票据、商业票据。流通票据泛指可以背书或交付而转让的证券。英国著名票据法专家杜德莱·理查逊认为，流通票据是一种权利财产，其完全的合法权利可仅凭交付（或许要有转让人的背书）票据来转让。只要受让人取得票据时是善意的，并付了对价给转让人，他便获得该票据及其所代表的全部财产的完全的所有权而不受其他权益的约束。英国将汇票、支票、本票、银行券、股息单、息票、来人债券、来人取款单、来人公司债券、来人股权证书、国库券、商业银行存单等均作为流通票据对待，而美国统一商法典中主要指汇票、支票、本票和存折等形式。可见流通票据与有价证券不完全相同，前者只是后者的一部分。有价证券可主要从以下几个方面进行分类：

（1）依权利和证券结合的方式不同，可分为完全的有价证券和不完全的有价证券。

完全的有价证券是指证券权利的发生必须作成证券、权利的转移必须交付证券、权利的行使必须持有证券的有价证券，故又称绝对的有价证券、狭义的有价证券。票据即是。不完全的有价证券是指只有证券权利的转移或行使须凭证券，而权利的发生不必作成证券的有价证券，故又称相对的有价证券。如中国簿记券式股票、日本的股票不持有制度，即不以持股为认定股东的必要条件。

（2）依证券所表示的权利性质不同，可分为债权的、物权的和社员权的有价证券。

谢怀：《票据法概论》，法律出版社 1990 年 5 月版（下同），第 8 页。

[英]杜德莱·理查逊：《流通票据及票据法规入门》，复旦大学出版社 1990 年 3 月版，第 15、17 页；参见潘琪译：《美国统一商法典》，第 75 页。

以债权为证券权利内容的为债权的有价证券。又可分为以请求支付金钱为债权内容的金钱证券和以请求支付实物为债权内容的物品证券。前者如票据、债券等；后者如提单、仓单等。以物权为证券权利内容的为物权的有价证券。如抵押单、抵押证等。以社员权或股权为证券权利内容的为社员权的有价证券。如股票、股单、股权证、新股认购权证等。

(3)依证券上权利主体的表示方式不同,可分为记名证券、指定式证券、无记名证券和选择无记名证券等。

记名证券在证券上载明特定的权利人。这时,只能由该特定人行使权利,证券权利只能按照普通债权让与的方式转移,其流通受到极大限制。如记名股票、记名公司债券、禁止背书的汇票和本票等。在英美法中属非流通票据。指定式证券在证券上记载特定人或其指定的人为权利人。通常用背书方式指定并可转让。有的证券虽未明文记载特定人,但依法可背书转让,也成为指定式证券。如票据即是。无记名证券在证券上不记载任何人为权利人,或只写持票人、来人。这种证券的持有人即为权利人,转让时无需背书。选择无记名证券在证券上记载如“汤姆或持票人”为权利人。其权利行使与无记名证券无异。

(4)依证券上权利的原因不同,可分为要因证券和无因证券。

要因证券是指从证券上可看出产生权利义务关系的原因的有价证券。如股票、提单等。从证券上看不出产生权利义务关系的原因,即证券上的权利义务关系与其所产生的原因完全分离和独立的为无因证券。如票据即是。

2. 票据及其经济功能

(1) 票据及其种类。

票据在世界各国没有统一的概念,其种类究竟包括哪些,各国也不完全一致。大陆法国家的商法典或票据法中,一般包括汇票和本票,而支票则另行立法,这种法例称为分离主义的票据立法。而英美法国家将汇票、本票和支票规定于一个法律中,称为包括主义的票据立法。1995年5月10日公布的《中华人民共和国票据法》,则采取包括主义的票据法例。其第2条第2款规定:“本法所称票据,是指汇票、本票和支票。”显然反映了不对票据规定概括性定义的国际性趋势。但是,尽管票据无法定概念,却并不妨碍对票据的定义在学理上作出概括:票据是指由出票人签发的,并由其自己或委托他人在一定日期将确定的金额无条件支付给收款人或持票人的有价证券。中国习惯上认为票据包括汇票、本票和支票3种。1995年5月10日发布,并于1996年1月1日起施行的《票据法》也规定为3种,并分别规定了法定概念。

汇票是指出票人签发的,委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。又具体分为商业汇票和银行汇票两种。银行汇票是指出票人和付款人均为银行的汇票。商业汇票是指出票人为企业、公司,而付款人为其他企业、公司或银行的汇票。依商业汇票承兑人的不同,又可分为银行承兑汇票和商业承兑汇票两种。前者由银行承兑并付款,而后者由企业、公司承兑并付款。

参见谢怀 :《票据法概论》,第10—11页。

姜建初:《票据原理与票据法比较》,法律出版社1994年版,第2—3页。

苏惠祥:《中国商法概论》,吉林人民出版社1993年8月版,第220页;《中华人民共和国票据法》第

本票是指出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。本票分为商业本票和银行本票两种。但中国票据法中仅限于银行本票。支票是指出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票的种类很多，而中国法中规定现金支票和转帐支票两种。现金支票是银行的存款人签发给收款人，委托银行向其支付现金的支票。现金支票也可以用于转帐。转帐支票是银行的存款人签发给收款人，委托银行办理转帐结算的支票。对于转帐支票，持票人只能通过银行转帐收款，而不得支取现金。

（2）票据的法律特征。

票据具有有价证券、设权证券、要式证券、无因证券、独立证券、文义证券、金钱证券、债权证券、单方证券、提示证券、交付证券、指示证券、流通证券、返还证券和个别发行证券等法律特征。

票据是有价证券。它代表一定的财产权利，而权利的发生、转移和行使，均与证券紧密结合，故属完全的有价证券。票据是设权证券。出票人签发票据，并非证明已经存在的权利，而是创设新的权利，这种设权性与发行股票、债权的证明权利存在的性质不同。票据是要式证券。票据必须按法定方式作成，其形式和内容完全符合票据法的要求，若法定记载事项欠缺或有误，会导致票据无效。票据是无因证券。票据上权利义务的产生、变化乃至消灭，虽然有一定原因，但只要票据本身符合法定要件，票据关系人间的权利义务即完全独立于其他因素，也不能以其他原因向权利人提出抗辩。票据是独立证券。票据的权利不但与产生票据的原因相互独立，票据行为与其他票据行为及其效力也相互独立。在票据上签名的票据债务人，对于善意持票人即应承担票据责任。票据是文义证券。票据上的权利义务，完全以票据上所记载的文义为准，票据权利人可依而且仅依票据文义行使权利，票据债务人也仅依票据文义负责。任何人都不得以票据文义之外的情事改变票据权利义务。票据签名人更改票据法定事项，也只对其后手有效，而不能让其前手按更改以后的文义承担票据责任。票据是金钱证券。票据所创设的权利为一定数量的支付金钱请求权，它以金钱为给付标的，一般不能用实物替代。票据是债权证券。票据是以表示债权为目的的证券，持票人或收款人即为债权人，有权向债务人包括在票据上签名的人请求给付载明的金额。票据是单方证券。票据债务人因并仅因其票据行为而单方面承担票据责任，而不得以票据债权人给付对价作为付款的条件，也不得以票据债权人

违约或对票据债务人负有其他债务而提出抗辩。票据是提示证券。票据本身是证明票据上权利义务关系存在的唯一证据。因此，票据权利人若要行使票据上的权利，必须占有并提示票据，以证明权利的存在。否则，票据债务人有权拒绝履行债务。票据是交付证券。票据出票人的出票行为，本身就包含签发票据并交付两个环节，票据权利的转移，无论需要背书与否，均须以交付票据为条件。票据是指示证券。无论票据在签名时有无记名或指定收

19 条。

中国票据法第 73 条、82 条。

李玉泉、何绍军：《中国商事法》，武汉大学出版社 1995 年 1 月版，第 226 页。

参见谢怀：《票据法概论》，第 18 页。

款人，均可依法背书转让，背书人也有权经背书转让给指定人。票据是流通证券。除出票人在票据上作禁止流通转让的记载外，票据上的权利可依背书或交付而自由转让，且与民法中的债权转让不同，无须通知票据债权人即可生转让效力。票据是返还证券或缴回证券。票据债务人向权利人履行债务即付款后，即行收回该票据；权利人应在受领票款时，在票据上写明“收讫”字样并签名，让付款人缴回。否则，一旦转入善意第三人之手，票据债务人虽已付款，也不得以此为由拒绝向善意第三人再行付款。票据是个别发行证券。票据完全根据出票人的需要，在不同时间和场合，以不同的条件单独向别人签发，故为个别发行证券。

（3）票据的经济功能。

据考证中国唐朝的“飞钱”、宋代的“交子”就有票据的某种特征。但现代票据制度起源于欧洲中世纪的法国和意大利，并随着商事交易的发展而得以不断完善，反过来又极大地方便了国内和国际商事交易活动，故将票据称为商事交易的润滑剂，一点不为过。票据的经济功能和作用主要有：汇兑、支付、信用、结算、融资以及货币替代工具。

汇兑工具。票据的最初也是最主要的功能，是作为异地输送现金的汇兑工具而在法国、意大利发生和发展的。尤其在当时欧洲城邦间的商事交易中，将一定数量的金钱从甲地、甲国用于支付乙地、乙国的货款，运载货币现金既危险又不方便，而使用票据就可很顺利、很容易地解决问题，从而为商人们迅速接受和推广。

支付工具。这是继票据的汇兑工具之后出现的，也是迄今应用最广泛的功能。作为支付工具，票据可替代现金，既省去大量点验现钞的麻烦，也不必随身携带，一纸票据，可代表成千上万元金额，支付十分方便。而且，商事交易越发达、越频繁，以票据替代现金支付的比例就越高。

信用工具。现代商事交易离不开信用。作为信用工具，票据作用甚大。如买方急需购货而暂时无资金支付，卖方也急于销货，但坚持现金交易，生意必定告吹。如卖方先行交货，并约定由买方一个月后付款，买方就可签发一个月后到期的票据，从而建立起买卖双方间一个月的信用关系。持票人还可以在票据到期日前背书转让或办理贴现，更进一步发挥票据的信用功能。

结算工具。用票据清结债权债务关系，既是商事交易发展的需要，也是各国结算制度的惯例和趋势。中国 1988 年底改革结算制度，其重要内容之一就是推广使用票据，尽管 1988 年 12 月 19 日中国人民银行发布的《银行结算办法》中所规定的票据，还不是真正的票据法意义上的票据。

融资工具。票据在晚近出现了融资工具的新功能。主要通过票据贴现来实现。票据贴现就是票据持有人将未到期票据卖给经营买卖票据业务的机构（通常是银行和其他金融机构），由后者扣除贴现日至票据到期日的利息后，将票款支付给持票人，以解决其资金流转的困难。

货币替代工具。商事交易如全部以现金支付，则现金货币的需要量非常

参见苏惠祥：《中国商法概论》，第 180 页。

参见谢怀：《票据法概论》，第 18 页；李玉泉、何绍军：《中国商事法》，第 227 页；廖进球、谢晓琴：《国际商法》，山西经济出版社 1994 年 1 月版，第 154 页。

参见苏惠祥：《中国商法概论》，第 181 页。

参见姜建初，《票据原理与票据法比较》，第 6—10 页。

大，周转速度和效率受到严重影响，推广票据后，绝大部分现金交易。尤其是大宗巨额交易，可用票据作为支付工具，并经不断背书转让，大大节省货币的流通量。据称美国 90% 以上的商事交易均以票据替代货币交付。

3. 票据立法概况

如前所述，现代票据法是在欧洲中世纪商业习惯法的基础上形成和发展起来的。17 世纪伴随着商法国内化的进程，逐渐为成文法所取代，并形成德、法为代表的大陆法与英、美为代表的英美法票据制度。具体又可分为法国、德国和英国法系。

(1) 票据法的三大法系。

法国法系。又称拉丁法系，是以法国票据法以及仿效其制定的某些国家票据法的统称。主要体现票据的汇兑和支付功能，且尚未确立票据的无因性。法国早在 1673 年路易十四时期就在《商事条例》中规定了票据制度，是最早制定票据法的国家，反映了资本主义经济发展初期的社会现实需要。但上述特点不适应发达的资本主义经济生活，故早期效仿法国法例的许多国家纷纷转向德国法系。

德国法系。又称日尔曼法系，是以德国票据法以及仿效其制定的某些国家票据法的统称。主要特点为侧重于票据的信用功能和流通功能。确定票据为无因和要式证券。欧洲的瑞士、瑞典、挪威、荷兰、丹麦、奥地利以及亚洲的日本、旧中国和目前台湾省的票据法，均属日尔曼法系，初取法国法例的意大利、西班牙、比利时票据法也先后转向德国法系。德国 1871 年公布票据法，1908 年又制定支票法，并不像法国那样先将票据法包括在商法典中，后单独立法。

英国法系。又称英美法系，是以英国票据法为代表，包括美国及其他受普通法传统影响的国家票据法的统称。英国法系票据法的最大特点是采取包括主义的立法原则，强调票据的信用和流通功能，严格确定票据的无因性，但在形式要求上具有一定的灵活性。英国票据法制定于 1882 年，1957 年又制定了支票法。美国在 1879 年制定《统一流通票据法》，1952 年的《统一商法典》又将商业票据列出专篇加以规定。

(2) 中国的票据立法。

中国虽然早在唐代就出现了票据的萌芽形式，但是直到 1929 年 10 月，当时的国民政府才公布票据法，经 1987 年 6 月修订后，目前仍在台湾省境内施行。大陆自 1949 年以后长期实行计划经济体制，包括票据法在内的商事立法失去了生存土壤，80 年代中叶开始，才随着改革开放的进程，酝酿制定票据法。1988 年 6 月 8 日，中国最大的商业中心上海市人民政府率先发布《上海市票据暂行规定》。该规定虽仅属于地方性行政法规，但却包含了现代票据法的基本原则和通行惯例。同年 12 月 19 日，中国人民银行发布《银行结算办法》，改革仿照前苏联模式使用了几十年的传统的 8 种结算方式，推行票据结算方式，确立了以汇票、本票和支票为主体的新的银行结算制度。该办法虽然仅限于从结算制度方面考虑和规定有关票据的问题，也特别强调“签发商业汇票必须以合法的商品交易为基础，禁止签发无商品交易的汇票”，故实际上尚无确立票据无因性的特征，但毕竟向建立票据制度的方向迈进了一大步。1995 年 5 月 10 日，第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 13 次会议终于通过了《中华人民共和国票据法》。该法计 7 章 111 条，分别对总则、汇票、本票、支票、涉外票据的法律适用、法律责任和附则，作了全面规定，

并于 1996 年 1 月 1 日起施行，标志着中国适合于市场经济体制的、反映国际通行法例的票据制度已经正式确立。

（3）票据的统一立法。

各国票据法的差异，对国际间商事交易产生了极为不利的影响，故早在本世纪初就开始了统一国际票据立法的工作。1910 年和 1912 年，在荷兰政府的倡导下，一些国家曾在海牙举行两次统一票据法会议，并提出了统一票据法草案，后因第一次世界大战爆发而中止。直到 1930 年和 1931 年，在国际联盟的主持下，以大陆法国家票据制度为基础，经日内瓦召开的国际票据法统一会议通过了几个国际票据法公约，即《1930 年统一汇票、本票法公约》、《1930 年关于解决汇票、本票法律冲突公约》和《1931 年统一支票法公约》、《1931 年关于解决支票法律冲突公约》，终于统一了大陆法系国家的票据法。法国、德国、日本等国也先后修订本国的票据法和支票法。但是，由于日内瓦公约与英美法国家的票据法相距甚远，英美诸国拒绝参加，故并未达到完全统一国际票据法的目标，历史上曾经出现的票据法的三大体系，30 年代以来演变为日内瓦统一法系和英美法系并存的局面。这种状况严重阻碍了国际间票据的广泛流通，因此，自 1971 年开始，联合国国际贸易法委员会着手起草国际汇票统一法公约，以协调日内瓦统一法系和英美法系的关系，1979 年定名为《国际汇票和国际本票公约》，于 1987 年 8 月在维也纳召开的联合国国际贸易法委员会会议上正式通过，但迄今尚未生效。其中所反映的国际票据法的统一趋势、以及一系列新的原则和精神，如票据的形式要求、票据的抗辩及对善意持票人的保护、伪造背书的后果等方面的新的规则，值得引起注意。

二、票据法的基本规则

1. 票据法的法律关系

如前所述，票据是一种债权证券，故在票据上所体现的法律关系是一种债权债务关系，其当事人为债权人和债务人。与民法中的情形不同的是，票据上的当事人分为基本当事人和非基本当事人。前者在票据签发时就已存在，如本票的出票人和收款人；汇票和支票的出票人、付款人和收款人。后者是在票据签发后，通过各种票据行为而加入业已存在的票据关系之中，成为票据当事人的人。如收款人取得票据后经背书转让与他人，受让人就称为被背书人；他再行背书转让，又成了背书人。另外还有承兑人、保证人、预备付款人等。但同一人可兼具双重身份，如付款人在票据上承兑，就同时为承兑人；受领背书人要据的被背书人又是下一轮背书转让中的背书人。凡持有票据的人称为持票人或执票人。

票据上的当事人分别处于债权人和债务人的地位。最初的债权人为签发票据时的收款人，以后从最初的收款人那儿受让票据的持票人，也成为票据权利人。这种票据权利人行使的是付款请求权。此外，因履行了付款义务而取得票据的人，也是票据权利人。这种权利人行使的是追索权（追偿权）。他们都必须持有票据才能行使权利。票据债务人是因实施一定的票据行为而在票据上签名的人，分为第一债务人或主债务人，以及第二债务人或偿还义

参见冯大同：《国际商法》，第 342—343、378—384 页。

务人。前者为负有付款义务的人。持票人应先向其行使权利，请求付款。后者为负有担保付款义务的人，如出票人、背书人等，持票人在向第一债务人行使权利而遭到拒绝时，才能向第二债务人行使追偿权，请求其付款。因此，追偿权是指在票据遭到拒付时，持票人依法向前手背书人以及出票人请求偿付票据金额的权利。

因票据的签发而发生的票据当事人间的法律关系是票据上的法律关系，分为票据关系和票据法上的非票据关系。

票据关系是指当事人之间基于票据行为而发生的债权债务关系。而票据法上的非票据关系是票据法所规定的，但不是基于票据行为直接发生的法律关系。前者是票据当事人之间基本的法律关系，依票据行为直接发生，又分两类，即债权人的付款请求权和债务人的付款义务，以及债权人的追偿权和债务人的偿付义务。后者是为了保障基本关系，使票据债权人顺利行使权利，维护票据制度而由法律特别规定的当事人间的关系。如故意从拾得者或小偷手中得到票据的人与该票据正当权利人间的关系；过期票据的持票人与出票人间的关系等。这些关系也属于票据法调整规范的对象。

此外，还有票据的基础关系，即授受票据的原因或前提关系。它是民法上的非票据关系，包括票据的原因关系、资金关系和票据预约3种。票据的原因关系即是当事人间授受票据的原因，如购销关系为买方向卖方签发票据支付货款的原因关系。资金关系是指汇票、支票的出票人与付款人之间的资金委托付款关系。票据预约是指当事人间就授受票据以及票据的有关事项达成一致意见的协议。票据关系和基础关系间原则上相互独立，互不影响，充分反映票据的无因性，但在特定情况下又有一定联系。

在通常情况下，票据一经签发，票据权利就得以确立，票据债权人只需持有有效票据，即可行使票据权利，而无需解释取得票据的原因，更不必证明原因关系的效力。否则，无人愿意接受票据。反之，票据关系的存在与否及效力如何，也不影响原因关系。资金关系是否存在及效力如何，对票据关系也不产生影响。比如，出票人即使和付款人间不存在资金关系，其签发给收款人的票据仍然有效。出票人即使已向付款人供应付款资金，在持票人不获付款而向其追索时，出票人仍须承担付款义务。而出票人在承担了偿付义务后可依民法处理其与付款人间的资金关系。就票据预约而言，其理相同，即使出票人违反预约而签发票据，该票据不因出票人违约而无效。票据关系与原因关系相分离的原则只有在两种情况下有例外：直接当事人间的原因关系可对抗票据关系：未付对价或相当的对价的持票人，不能取得优于其前手的权利。

2. 票据行为

(1) 票据行为及其种类。

票据行为是指旨在发生票据上债务的法律行为，也即以负担票据债务为意思表示内容的法律行为，主要有出票、背书、保证、承兑和参加承兑5种。

出票亦称发票，是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。这是基本票据行为或主票据行为。这种创造票据及其权利的行为有效成立后，在出票人与持有人间产生法律关系。而附属的票据行为是指出票行为之外的，在已存在的票据上所作的行为。

背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。按中国票据法第7条的要求，“票据上的签章，为签名、盖章或者签名加盖章。法人和其他使用票据的单位在票据上的签章，为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。”作为附属的票据行为，背书使背书人与被背书人间产生法律关系。

保证是指付款人以外的第三人表示在付款人不履行付款义务时，由他代为承担付款责任的一种票据行为。它使保证人和持票人间产生法律关系。

承兑是指付款人在票据上签名承诺届票据到期日支付票据金额的票据行为。只有经承兑的付款人才有届时必须付款的义务。承兑这一附属的票据行为使承兑付款人和持票人间产生法律关系。

参加承兑是指付款人以外的第三人参加到票据关系中来，代替付款人进行承兑的行为。另外还有参加付款，即由付款人以外的第三人加入票据关系，代替付款人进行付款。这些附属的票据行为使参加承兑或参加付款人和持票人间产生法律关系。

（2）票据行为的特点。

票据行为具有要式性、抽象性、文义性、独立性诸特点。要式性。票据行为都是严格的要式行为，由法律规定其必备方式，如必须采用书面形式；背书只能作于票据背面或粘单上；行为人必须签具本名方生效力等。票据行为若违背这些法定方式者无效。

抽象性。票据行为只需具备其抽象的形式即可生效，而不受实质关系或基础关系的影响，票据关系与原因关系、资金关系和票据预约相分离，票据也因此而成为抽象证券或前述无因即不要因证券。

文义性。票据行为的内容完全以票据上的文字记载为准，即使文字记载与实际情况不一致，仍以文字记载为准，而不允许当事人以票据上文字记载以外的证据更改票据上的文义。文义性也是前述票据重要的法律特征之一。

独立性。一张票据涉及到多个票据行为时，各行为独立发生效力，互不影响。若一行为无效，不影响其他行为的效力。这也称票据行为的独立原则，主要是为了保护善意持票人，促进票据的流通。

（3）票据行为的要件。

票据行为作为要式而不要因行为，应具备民事法律行为的一般要件。但不符合民事法律行为要件的无效票据行为，只能对抗行为人的直接当事人，而不能对抗善意第三人。中国票据法第13条中所规定的“票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人”，即是此意。下面仅介绍票据法上的要件，包括票据的书面作成与记载，票据的交付等。

票据必须采取书面形式，其记载事项也须严格按法律规定。因此，在票据书面上依法记载各种事项，是票据有效成立的要件。根据票据记载事项的不同效力，分为应记载事项、可记载事项、不产生票据效力的记载事项和不得记载事项。应记载事项是指按票据法规定应该记载的事项，又分为绝对必要记载事项和相对必要记载事项。票据法规定必须记载，如不记载，票据因此而无效的事项为绝对必要记载事项。票据法规定应该记载，如不记载，应依法律规定补充完善，但票据不因此项记载欠缺而无效的事项为相对必要记载事项。可记载事项是指票据法规定可由当事人任意决定是否记载，而记载时即产生票据法上的效力，不记载则不影响票据效力的事项，故也称任意记

载事项或有益记载事项。不产生票据效力的记载事项是指虽记载于票据上但不产生票据效力的事项。而在民法上该事项的效力如何，则是另一回事。不得记载事项是指按照票据法规定不得在票据上记载的事项。对这些不同事项的规定，各国法中不尽相同。中国票据法第2章至第4章中，也有较为详细的规定。

票据在依法记载完成后，必须由票据行为人将票据交付给持票人或收款人，票据行为才算完成。中国票据法中关于“出票”的定义，即为此意。如作成后被盗、遗失即不属于交付，但行为人不能因此而对善意持有人，除非按《民事诉讼法》中的公示催告程序，请求法院作出除权判决。

3. 票据权利和票据责任

按中国票据法第4条第4、5款规定：票据权利“是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权”。票据责任则“是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务”。

票据权利的产生须有两个条件，一是票据债务人必须有合法的票据行为，二是债权人必须合法取得票据。而取得票据的方式主要有原始取得和继受取得两种。前者主要是指收款人从发票人处接受票据交付，即取得票据权利。后者是指从票据持有人手中取得票据所有权而取得票据权利。如依背书取得票据，继承、受赠与、被追索人在偿还追索款项后取得票据，均属于继受取得。对如何合法取得票据，尽管各国规定有所不同，但均反映出下述3个原则：

第一，凡通过连续背书而取得票据的人，就合法地取得票据权利。如中国票据法第31条。

第二，凡在取得票据时是善意或无重大过失的，就合法地取得票据权利。如中国票据法第12条。

第三，凡是无代价或以不相当的代价取得票据的，不得享有优于其前手的权利。如丙从乙处窃得甲签发的票据一张赠与丁，金额1万元。因丙不能取得票据权利，丁未付对价，故也无票据权利。但如丁持该票据支付原先欠戊的1万元债务，因戊不知该票据曾失窃，而且支付了对价，故甲和乙仍应对其承担付款责任。

另外，票据债权人行使票据债权时，须向债务人提示票据。如仅仅发出通知，则不能行使权利，而且必须由债权人主动到债务人所在地提示票据。否则，债务人不负迟延履行债务的责任。

就票据责任而言，凡在票据上签名的人，无论是出票人、承兑人、背书人、保证人还是参加承兑或参加付款人，均为票据债务人，除无行为能力人以外，都负有一定的责任。有两人以上共同签名的，负连带责任。然而，所有票据债务人均可对债权人的请求提出抗辩。依中国票据法第13条第3款，抗辩“是指票据债务人根据本法规定对票据债权人拒绝履行义务的行为”。抗辩有3种，即对物抗辩、对人抗辩和恶意抗辩。

对物抗辩又称绝对抗辩，是指因票据本身缺乏有效要件而提出的抗辩。如证明票据是伪造的。这种抗辩能对抗任何人，即只要能证明票据伪造，抗辩人可不对任何人承担票据责任。对人抗辩又称相对抗辩，是指票据债务人对特定的权利人所提出的抗辩。如证明票据是偷来或拾得的。这种抗辩只能对抗特定人，而不能对抗特定人之外的任何其他入。为了使票据关系稳定可靠，各国票据法均注重保护善意持票人的正当权利。只要持票人不知道或不

应当、无必要知道所取得的票据权利是没有法律依据，在有些国家还加上是支付了对价时，就属于善意持票人。债务人不能对善意持票人提出抗辩，而只能以持票人取得票据是出于恶意、欺诈或胁迫等而提出抗辩，这种抗辩就称为恶意抗辩。

此外，票据责任可因票据无效等票据上的原因而消灭，也可因债的清偿、免除等债务上的原因而消灭。

4. 票据的伪造、丧失和涂销

(1) 票据的伪造。

票据的伪造是指假冒他人的名义而为票据行为的一种行为。伪造有两种，一是伪造票据本身或票据上的签名，如盗用出票人的印章或摹仿他人的笔迹签于票据之上。此时，由于伪造人未在票据上签具自己的姓名，就没有自己的票据行为，因而不负票据上的责任。被伪造人也没有在票据上亲自签名，也不负票据上的责任，故伪造的票据不发生票据的效力，应视为票据本身不存在。至于伪造人因伪造而构成侵权行为或犯罪，都不是票据法的问题，依民法或刑法的有关规定处理。另一种伪造是指没有合法权限的人在已有效成立的票据上变更签名以外的记载内容的行为，最常见的是变更票据金额和到期日。这种伪造亦称变造。此时，票据的存在和所有签名的债务人都是真实的，只是部分内容被涂改。票据本身在变造之前和变造之后均有效，只是当事人间的责任要区别对待。日内瓦统一法规定，汇票文字有变造时，变造后的签名者依变造后的文义负责；变造前的签名者依原有的文义负责。中国票据法第14条所规定的原则相同。持票人直接从伪造人手中取得票据的，不享有票据权利，而只能依民法规定请求赔偿。

(2) 票据的丧失。

票据的丧失是指持票人非自愿地失去票据的占有。分为绝对丧失和相对丧失两种。绝对丧失又称票据的灭失，指票据作为一种物已被消灭，如被烧毁、撕毁。相对丧失又称票据的遗失，指票据被持票人丢失或被他人盗窃。

票据作为完全有价证券，持票人丧失票据后，就不能或暂时不能行使票据权利。更有甚者，在相对丧失的情况下，还有被他人冒领票据金额或被他人善意取得，因而承担票据责任的风险。为了保障票据交易安全和票据权利人的利益，各国均规定有票据丧失的补救办法，包括挂失止付和公示催告等。向付款人发生挂失止付通知，以防被人冒领，在一定程度上能保全自己的票据权利，但不能对抗善意持票人，中国票据法公布之前就有法院判决在票据上签名的人，仍对丧失的票据对善意持有人承担票据责任。因此，挂失止付是一种应急防范措施，最好的办法应向法院申请公示催告，由法院作出除权判决，以消除已失票据的票据权利。因除权判决，失票人重新获得已失票据的票据权利，而在此后任何申明占有该票据的人，均不享有票据权利。

(3) 票据的涂销。

票据的涂销是指票据权利人涂去票据上记载的事项使之失去效力的行为。它不同于属伪造的涂改，其效力各国规定不一。一般原则是非故意为之则不影响票据的效力；如故意为之，则影响被涂销事项的效力。

三、汇票制度概览

1. 汇票的种类

按不同标准划分，可分成多种汇票。如商业汇票和银行汇票；国内汇票和国外汇票；即期汇票和远期汇票；一般汇票和变式汇票；光票和跟单汇票；记名式汇票、指示式汇票和无记名式汇票。

第一组和最后一组如前所述，前者依出票人不同划分；后者依记载收款人的方式不同划分。依签发和支付地点不同划分成国内汇票和国际汇票。前者为境内签发并支付；后者为本国签发、外国支付或外国签发、本国支付，国际汇票在中国称涉外汇票。据中国票据法第 95 条的规定，涉外汇票是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中，既有发生在中华人民共和国境内又有发生在境外的票据。依支付时间不同分成的即期汇票和远期汇票，前者为见票即付；后者为约定日期付款。依约定时间的方法不同，远期汇票又可分为定期汇票、计期汇票、注期汇票和分期付款汇票 4 种。定期汇票是以汇票上载明的一定日期为到期日的汇票。计期汇票是以出票日后一定期间为到期日的汇票。注期汇票是以承兑后的一定期间为到期日的汇票。分期付款汇票是对分期付款的每一部分金额均确定一个到期日的汇票，可以分期付款。中国票据法第 25 条中仅规定见票即付、定日付款、出票后定期付款和见票后定期付款的汇票。依汇票上基本当事人是否兼充，可分为一般汇票和变式汇票。前者的汇票 3 个基本当事人各不相同；后者是一人兼充两个以上当事人的汇票，又可分为指己汇票、对己汇票和委托汇票。指己汇票又称己受汇票，即出票人兼为收款人的汇票；对己汇票又称己付汇票，即出票人兼为付款人的汇票，其性质与本票无异；委托汇票是付款人兼为收款人的汇票。由于票据行为的独立性，变式汇票并不导致民法中债的混同，票据债务也并不因此而消灭。依银行对付款的要求不同，可以分为光票和跟单汇票。前者为只需提示汇票本身即可付款的汇票；后者为必须附示各种单据的汇票。

2. 汇票的出票

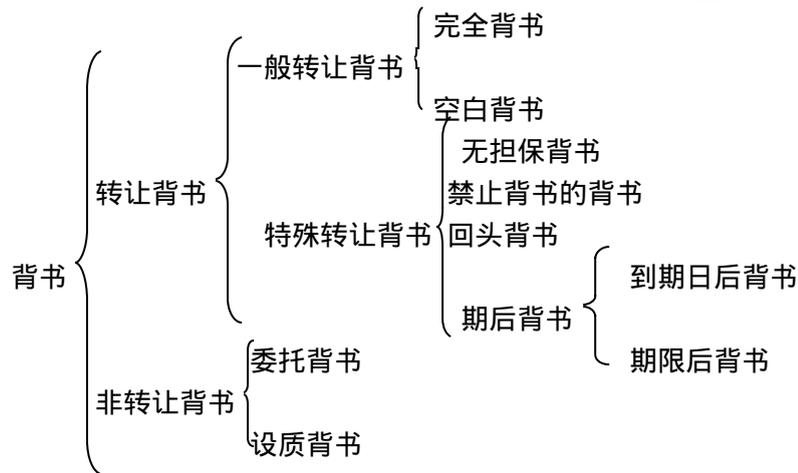
如前所述，汇票的出票是指出票人签发汇票并将其交付给付款人的基本票据行为。出票作为要式行为，其形式由汇票的格式决定，而格式通常统一印制，如中国票据法附则第 109 条规定即如此。汇票记载事项由票据法统一规定。日内瓦统一法规定为 8 项。中国票据法第 22 条也规定：“汇票必须记载下列事项：（1）表明‘汇票’的字样；（2）无条件支付的委托；（3）确定的金额；（4）付款人名称；（5）收款人名称；（6）出票日期；（7）出票人签章。汇票上未记载前款规定事项之一的，汇票无效”。这些为大陆法国家中的绝对对应记载事项，英美法国家中则并非都是汇票的成立要件。相对必要记载事项在中国票据法第 23 条中规定为付款日期、付款地和出票地，还有第 27 条中规定的禁止背书文句等。其他国家还有很多，如预备付款人、利息和利率、免除担保承兑、承兑提示期限变更、付款提示期限变更、禁止发出回头汇票等的特别约定，指定请求承兑的期限、一定日期前禁止请求承兑、免除作成拒绝证书的记载，委

托取款的记载，参加承兑的记载，保证的记载，分期付款的记载等。而中国票据法第 24 条规定：“汇票上可以记载本法规定事项以外的其他事项，但是该记载事项不具有汇票上的效力。”

可见将票据法上规定之外的事项，均作为不产生票据效力的记载事项对待。

3. 汇票的背书

票据作为流通证券，其流通的基础为票据的转让，转让是票据制度的核心。转让方式有二：一是单纯交付；一是背书交付。前者适用于无记名票据和空白背书票据，但日内瓦统一法未予规定。中国票据法第2章第2节对背书设有专门规定，其中第30条要求背书“必须记载被背书人名称”。从汇票绝对必要记载事项的规定看，中国及日内瓦统一法国家也不允许签发无记名票据。背书须记载在汇票或其粘单上，且一般应记载于票据凭证背面。如票据凭证不能满足背书人记载事项的需要，可以加附粘单，粘附于票据凭证上。而且，根据中国票据法第28条的规定，“粘单上的第一记载人，应当在汇票和粘单的粘接处签章”。背书的种类很多，其关系如下图所示。



背书由背书人签章并记载背书日期。背书不得附有条件，否则无效。背书应当连续，即在票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。持票人以背书的连续证明其汇票权利。值得注意的是，在应如何认定伪造背书签名的效力问题上，英美法系与日内瓦统一法系的规定判然有别。如前所述，日内瓦统一法系的原则为持票人仅以背书的连续证明其汇票权利，即使背书中存在被伪造者，也不影响票据上其他签章的效力，在票据上有真实签章的出票人、承兑人、保证人等仍须负票据责任。付款人无义务审查背书的真实性，如他对被伪造背书的汇票付了款，即可解除责任。这样，日内瓦统一法系中伪造背书的风险最终由票据所有人承担，目的在于保护善意持有人，促进票据的流通。英美法系则认为，伪造的背书是无效的，不起任何作用的，故任何人都不能通过伪造的背书取得票据权利。即使付款人向持有伪造背书的持票人付了款，也不能解除其对该汇票真正所有人的票据责任。只有银行在正常业务中出于善意对有伪造背书的见票即付的支票的

付款责任除外。按英美法原则，伪造背书的风险最终由直接从伪造者手中取得票据的人来承担，他必须审查其前手背书人背书的真实性，以保护票据的真正所有人。为了调和票据法两大法系的差异和分歧，《国际汇票和国际本票公约》规定：伪造背书的风险最终由伪造者承担，如伪造者逃匿或破产，则由从伪造者手中取得票据的人负责。但直接向伪造人付款者不知伪造

的，可不承担赔偿责任。该公约仅适用于国际汇票和本票。

4. 汇票的承兑

承兑是汇票所特有的一种票据制度。汇票经出票人签发后，付款人并不因此而在票据法上必须承担付款义务，这对收款人极为不利，也因其权利不能确定，就会不愿接受汇票。要改变这一状况，须设法确定付款人是否承担付款义务。承兑就是付款人明确表示自己是否接受出票人的委托，愿意承担付款义务的制度。汇票一经承兑人承兑，就负有到期向收款人无条件支付票据金额的义务，而收款人取得到期向承兑人请求付款的确定权利。汇票经过承兑这一重要程序，付款人同时成为承兑人。但付款人并无承兑的义务，他可以承兑，也可以拒绝承兑。

与此相应，持票人可以请求付款人承兑，也可以不请求，各国票据法完全采取承兑自由原则。但除禁止请求承兑和无需请求承兑者外，均应请求承兑，以便早日确定持票人的权利。否则，可能带来对其不利的失权或不能行使权利的后果。

汇票的持票人应在付款人所在地向其提示承兑，并应在到期日之前，中国法规规定见票后定期付款的汇票在出票日起 1 个月内进行。逾期为承兑提示，将发生失权的后果。

承兑也是要式行为，各国均有法定要求。如中国票据法第 42 条规定：“付款人承兑汇票的，应当在正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期”。该法第 43 条还规定：“付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑”。另外，付款人应当自收到提示承兑的汇票之后的法定期限如中国规定 3 日内承兑或拒绝承兑。付款人对汇票承兑后，作为汇票的承兑人也即汇票上的主债务人，不仅对汇票的持票人，而且对所有追索权人以及履行了偿还义务的背书人、出票人均负有绝对的付款责任。

5. 汇票的保证

汇票的保证与其他票据的保证一样，虽是一种附属的票据行为，具有附属性，但与民法上的保证不同，除被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效外，汇票的保证仍然有效成立，由汇票的保证人承担保证责任。

保证人进行保证时，须在汇票或其粘单上记载法定事项。如中国票据法第 46 条规定为 5 项，即表明“保证”的字样；保证人名称和住所；被保证人的名称；保证日期；保证人签章。全部事项均予记载的为正式保证，有所欠缺的为略式保证。按票据国际惯例，正式保证的保证人负连带责任，而略式保证的保证人与被保证人负同一责任。另外，保证人清偿汇票债务后，可对被保证人及其前手行使追索权。

6. 汇票的付款

汇票的付款是指汇票的付款人在汇票的到期日向持票人支付汇票金额，以消灭票据关系的行为。汇票的付款以持票人提示汇票为前提条件。汇票的提示即是持票人向付款人出示汇票，请求其承兑或付款的行为。付款提示的期限各国规定不同。中国票据法第 53 条的规定为：见票即付的汇票，自出票日起 1 个月内向付款人作付款提示；定日付款、出票后定期付款或见票后定

参见冯大同：《国际商法》，第 382—384 页；参见姜建初：《票据原理与票据法比较》，第 131—135 页。

期付款的汇票，自到期日起 10 日内向承兑人作付款提示。通过委托收款银行或票据交换系统向付款人作付款提示的，视同持票人提示。在持票人依法提示的情况下，付款人应在当时足额付款，如到期日为法定节假日，则可顺延至下一个营业日付款。持票人获得付款的，应当在汇票上签收后交给付款人。付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任随之解除。

但是，据中国票据法第 57 条的规定，付款人及其代理付款人付款时，除应审查汇票背书的连续外，还应审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。付款人及其代理付款人以恶意或有重大过失付款的，应当自行承担责任。这一规定对付款人而言显得苛刻，即不完全符合国际惯例，又与票据的本质特征相悖，而重大过失的认定标准也尚不明确。如伪造背书并持假身份证的人提示付款，付款人经一般查验未能发现破绽而予付款，应视为无恶意也无重大过失，票据的真正权利人不能要求付款人承担赔偿责任。只有这样，才能与国际惯例相符。

7. 汇票的追索权

追索权即是汇票的持票人向他的前手请求偿还票据金额及其他费用的权利。行使追索权的可以是持票人即追索权人，也可以是因清偿而取得票据权利的人即再追索权人，如背书人、保证人等。如中国票据法第 61 条规定，汇票到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。汇票到期日前，如出现汇票被拒绝承兑；承兑人或付款人死亡、逃匿，或被宣告破产，或因违法而被责令终止业务活动的情形，持票人也可行使追索权，请求被迫索人支付拒付的汇票金额、法定利息、取得有关拒绝证明和发出通知的费用。而再追索权人除请求汇票债务人支付已清偿的全部金额外，还要另加法定利息和通知费用。

行使追索权的程序必须符合法律规定。当汇票被拒绝承兑或付款，持票人应依法取得拒绝证书或退票理由书，大陆法国家规定拒绝证书须经公证，而英美法国家则规定无需作成拒绝证书。法定要求作成拒绝证明时，持票人应在法定期限内将被拒绝事由通知其前手，也可同时通知其他汇票债务人，然后请求其中一人或全体债务人偿付汇票金额，因票据债务人负连带清偿责任，被迫索人清偿后就取得代位追索（追偿）权。

四、本票和支票的特殊规则

1. 本票

本票为出票人签发并付款的票据，在各国多由银行签发，而中国仅限于银行签发，称银行本票。本票定有期限者称为期票。

本票的经济功能与汇票无异，只是付款人不同。因出票人同时又是付款人，故没有承兑和参加承兑的必要。但见票后定期付款的本票，持票人应向出票人提示，在票面上签章，并记载“见票”字样和日期，以便确定本票的到期日。如出票人拒绝签名，持票人可请求作成拒绝证书，以便行使追索权。本票的记载事项各国规定不完全相同。中国票据法第 76 条规定：“本票必须记载下列事项：（1）表明‘本票’的字样；（2）无条件支付的承诺；（3）确定的金额；（4）收款人名称；（5）出票日期；（6）出票人签章。本票上未记载前款规定事项之一的，本票无效”。

本票在商事交易中所发挥的作用不及汇票和支票。

2. 支票

支票是一种在商事交易中使用相当广泛的票据。自支票出现后，就迅速取代了汇票的支付工具的职能，避免大量现金收付。与汇票、本票不同的是，支票的付款人以银行为限，出票人必须在银行储有足够的存款，或与银行订立有透支合同。没有存款或超过存款数额或透支额而签发的支票为空头支票。签发空头支票为法律所禁止。如中国票据法第 88 条规定即是。

支票可以分为记名支票或抬头支票和无记名支票或来人支票。前者只能付给支票上载明的收款人或背书转让后的被背书人；后者可付给任何持有人，除非有证据证明其恶意取得。也可以分为转帐支票和现金支票。前者只能通过转帐支付，不得支取现金；后者可支现也可转帐。还可以分为普通支票、保付支票和划线支票。前者是没有特别规定的一般支票；中者是经付款银行在支票票面记载“保付”、“照付”字样或同类文字并盖章的支票，视为银行承担类似汇票承兑人的责任，出票人和背书人因此可以免除票据责任；后者是在支票票面划平行线两道，或在平行线内加载银行字样的支票，只能用于银行转帐，不能支取现金。

支票上的记载也须依法进行。按中国票据法第 85 条的规定，支票必须记载下列事项，即表明“支票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人名称；出票日期；出票人签章。支票上未记载前款事项之一的，支票无效。支票的出票人在开立支票存款帐户时，应预留其本名的签名式样和印鉴，并不得签发与其预留本名的签名式样或印鉴不符的支票。

3. 汇票规则的准用

无论本票还是支票，实际上均是汇票的变式，因此，除汇票的某些特殊规则，以及本票和支票因自身的特点而适用的一些规则外，这 3 种票据在许多地方有相通之处。正因为如此，各国票据法也好、日内瓦统一法也好、国际汇票和国际本票公约也好，均规定支票或本票的出票、背书、保证、付款等行为，以及追索权的行使，除另有特别规定外，均适用有关汇票的规定。

第七章海商法

海商作为最古老的商事领域，虽不像公司、合同、买卖、票据等渗透到社会经济生活的各个角落，但迄今仍然保留着诸多历史传统并发挥着重要作用。海商法的内容很多，本章主要在介绍海商法概貌和特性的同时，较为详细地阐述船舶和船员、海上运输包括提单、海上事故及其处理的有关问题。而海上保险的内容列入下一章。

一、国际通行规则的代表

1. 何谓海商法

对海商法的概念，各国立法及学者的观点不尽相同。《中国大百科全书 法学》定义为：“调整海上运输中船舶及其所有人与其他有关当事人之间的权利义务关系的法律规范的总称。”¹有的认为是“调整海上商事关系的法律规范的总称”。而中国海商法及多数学者认为：海商法是调整海上运输关系和船舶关系的各种法律规范的总称。海商法中通常包括有关船舶和船员、海上货物和旅客运输、船舶租用合同、海上保险、船舶碰撞、海上救助和共同海损等问题的规定。最早为商事惯例，在欧洲一开始就是国际通行规则，后被纳入欧洲中世纪各国的国内法，形成各个国家中仍带有很强国际性的法律分支。而在近现代，随着国际商事交往规模迅速扩大，海上运输日趋繁荣，一方面先后形成数量众多、涉及面很广的国际公约和国际惯例，另一方面各国的海商法也大量吸收公约和惯例的内容。使内国海商法最大限度地和国际通行规则协调、统一起来。正因为如此，海商法成了国际通行规则的代表，其国际统一性超过了任何一个其他的传统商法分支。

世界上最早的海商立法为 1681 年法国路易十四时期公布的《海事条例》，1807 年拿破仑执政时期制定了《法国商法典》，将海事条例的有关内容修订整理后，收入商法典。受法国法例的影响，德国 1861 年公布的旧商法中也专列海商一编，而日本又仿法国和德国制定商法，海商迄今仍作为日本商法典第 4 编的内容。英国原来以航海习惯和海商海事判例为依据，随着 19 世纪航海业的发展，成文法不断增加，如 1854 年的商船法、1906 年的海上保险法、1934 年的引水法、1971 年的海上货物运输法等。美国与英国一样并无统一的海商法，但也在习惯法之外制定了不少成文海商法律，如 1851 年的船舶所有人责任限制法、1893 年的哈特法、1912 年的海难救助法、1915 年的海员法、1936 年的海上货物运输法和商船法。

中国国民政府于 1929 年公布海商法，翌年又公布船舶登记法，经修订后目前仍施行于台湾省。中国大陆于 1952 年开始起草海商法，后长期搁浅，80 年代初又重新开始起草工作。1992 年 11 月 7 日第 7 届全国人大常委会第 28 次会议正式通过《中华人民共和国海商法》，并于 1993 年 7 月 1 日起施行。

参见江平：《商法全书》，第 409 页。

关安平：《国际商法实务操作》，海洋出版社 1993 年 10 月版，第 771 页；司玉琢：《中华人民共和国海商法问答》，人民交通出版社 1993 年 11 月版，第 1、280 页；吴焕宁：《海商法学》，法律出版社 1991 年版，第 1 页。

王书江、殷建平译：《日本商法》，煤炭工业出版社 1994 年 3 月版，第 149 页。

中国海商法计 15 章 278 条。除总则和附则外，对船舶、船员、海上货物运输合同、海上旅客运输合同、船舶租用合同、海上拖航合同、船舶碰撞、海难救助、共同海损、海事赔偿责任限制、海上保险合同、时效和涉外关系的法律适用等一系列问题，均作了全面而详尽的规定。它是中国已经公布的所有商事法律中篇幅最长、内容和条款最多的一部法律。而且，绝大部分内容既考虑到中国的实际情况，又尽可能吸收或参照国际海商公约和惯例、习惯，对促进中国海运事业进一步走向国际化，必将起到重要作用。此外，中国早在 1973 年就加入了国际海事组织，也先后加入了许多其他与海运有关的国际组织和 30 多个国际公约，并同数十个国家签订了双边海运协定。还有，为了按国际惯例解决海事和海商争议，1959 年设立海事仲裁委员会，1988 年更名为中国海事仲裁委员会，并订有《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。1994 年 8 月 31 日第 8 届全国人大常委会第 9 次会议通过的《中华人民共和国仲裁法》，也专设“涉外仲裁的特别规定”一章。对包括海事仲裁在内的涉外仲裁作了原则规定。至于海事诉讼，则根据 1984 年 11 月 14 日第 6 届全国人大常委会第 8 次会议通过的《关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》，以及同月 28 日最高人民法院发布的《关于设立海事法院几个问题的决定》成立的海事法院审理。设立海事法院的城市初为广州、上海、青岛、天津和大连 5 个城市，后扩大到武汉、海口、厦门和宁波，共 9 个城市。海事法院与当地中级人民法院同级，其上诉案件由当地高级人民法院管辖。

2. 海商法的统一规则

如前所述，现代海商法规则具有国际趋同性。但仅仅靠各国国内海商立法，由于各国的航海利益、国情国力等诸多因素的作用，不可能完全消除法律冲突，而这种冲突严重阻碍国际航运通商事业的发展，制定海商法方面的国际统一法，成了各国海运界和立法机构面临的紧迫任务。因此，自 19 世纪以来，经过各国长期不懈的努力，形成了大量海商海事方面的国际公约和惯例。例如：《海牙规则》、《海牙——维斯比规则》、《汉堡规则》和《联合国国际货物多式联运公约》等 4 个货运国际条约；《1910 年船舶碰撞公约》、《1952 年船舶碰撞中民事管辖权方面若干规定的国际公约》和《1952 年统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方面若干规定的国际公约》等 3 个关于船舶碰撞的国际公约；《统一海事抵押权和留置权若干规定的公约》、《统一关于海上留置权和抵押权若干规定的国际公约》和《关于扣留海运船舶的国际公约》等 3 个关于海事特别权的国际公约；《关于船舶所有人责任限制的国际公约》和《1976 年国际海事赔偿责任限制公约》（尚未生效）等 2 个关于船舶所有人责任限制的公约。还有《1990 年联合国国际海事委员会电子提单规则》，英国关于共同海损理算的 1924 年、1950 年、1974 年和 1990 年《约克·安特卫普规则》。

（1）货运国际条约。

《海牙规则》全称为《关于统一提单的若干法律规定的国际公约》。1921 年在海牙草拟，故名。1924 年 8 月 25 日由 25 个国家在布鲁塞尔签署，1931 年 6 月 2 日生效，目前已有 80 多个国家和地区加入，其原则已成为国际海运提单的通例。中国虽未加入，但中同航运公司在实践中参照该规则制定提单。《海牙规则》计 16 条。其中前 10 条为实质性条款，主要规定承运人的义务、

免责范围、对货物灭失或损毁的索赔通知、赔偿限额和诉讼时效等内容。鉴于当时的历史条件，该规则对承运人较为有利，如承运人的基本义务只有提供适航的船舶和在承运过程中适当地、谨慎地处置货物，以及向托运人签发提单 3 项，而承运人的责任期限通常采用“钩至钩”原则。承运人最高赔偿限额为每件货物 100 英镑，免责事由却多达 17 项。

《海牙——维斯比规则》亦称《维斯比规则》，是《关于修订 1924 年统一提单的若干法律规定的国际公约议定书》的简称。该议定书的准备工作完成于维斯比，故名。应代表货方利益的第三世界国家的要求，最终于 1968 年签署于布鲁塞尔并于 1977 年 6 月生效的《维斯比规则》计 17 条，只对《海牙规则》进行了非实质性的修改，表现在提高货损赔偿的责任限制，即由原来的 100 英镑提高到 1 万金法郎或每公斤 30 金法郎中的较高者，增加了保护提单转让中善意第三人的规定和集装箱运输中的赔偿规定；扩大了公约的适用范围。

《汉堡规则》全称为《1978 年联合国海上货物运输公约》。因于 1978 年 3 月在汉堡举行的联大全权代表大会上通过，故名。1992 年 10 月批准加入该公约的国家满 20 个时生效。计 34 条。其中第 1 条至 26 条为实质性条款，对《海牙规则》作了全面修改和补充。如延长了承运人的责任期限，将“钩至钩”原则改为“接到交”原则，即从托运人将货物交给承运人掌管之时起，至交给收货人为止，承运人均须对货物负责。又如承运人的责任基础改为过失责任，并对免责事由承担举证责任。另外，承运人责任限制也修改为每件货物或每一装运单位不超过 835 个特别提款权或毛重每公斤不超过 2.5 个特别提款权，以两者中高者为准。与前两个规则相比，《汉堡规则》加重了承运人的责任，比较公正地划分了船货双方的权利义务关系。其原则在中国海商法有关提单的规定中也有所反映和体现。

《联合国国际货物多式联运公约》于 1980 年 5 月在日内瓦会议上通过，由包括中国在内的 67 个国家在会议最后文件上签了字。公约包括序言、8 个部分 40 条及 1 个附件。主要对多式联运单据、多式联运经营人的赔偿责任、发货人的赔偿责任、索赔、诉讼及其时效等事项作了规定。国际货物多式联运通常将海洋、铁路、航空等多种运输工具联结起来，采用集装箱，将货物从一国境内运送至另一国。它可节省货物包装材料、降低经营成本、提高货运质量，是近年逐渐兴起的一种现代化运输方式，但目前在国际货运中所占比重不大，故该公约的影响和作用远不及上述 3 个海运规则。

（2）船舶碰撞国际公约。

《1910 年船舶碰撞公约》于 1910 年 9 月 23 日在布鲁塞尔签署，并于 1913 年 3 月 1 日生效。计 17 条外加 1 个附加条款。主要内容包括确定船舶碰撞责任的原则，碰撞后的救助责任和诉讼时效等 3 个方面。由于世界上主要海运国家均已批准或加入，因而该公约在船舶碰撞方面占有重要地位。中国虽不是该公约的参加国，却在处理船舶碰撞纠纷案件时，同样采用按过失程度分担责任的原则。

《船舶碰撞中民事管辖权方面若干规定的国际公约》和《统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方面若干问题的国际公约》，均于 1952 年 5 月 10 日在布鲁塞尔举行的海洋法外交会议上通过。由于批准的国家不多，且

参见《海牙规则》第 4 条。

属于司法管辖权方面的公约，只是特定于船舶碰撞领域，故在国际航运界影响不大。

（3）船舶所有人责任限制的公约。

《关于船舶所有人责任限制的国际公约》于1957年10月10日在布鲁塞尔签署，并以此取代1924年8月25日同样在布鲁塞尔订立的《统一海船船舶所有人责任限制若干规定的国际公约》。计16条。该公约将1924年旧公约中按船价制度和金额制度双重标准改成按每一事故确定的事故制度标准衡量船舶所有人的责任限制，比较充分地维护了受害人的利益。

《1976年国际海事索賠责任限制公约》在1976年11月19日订立于伦敦。计5章23条，前4章为实质性条款。主要包括责任限制的权利、责任限制的数额、责任限制基金和运用范围等，比较详细、具体。与1957年公约相比，将有权享受责任限制的人由船舶所有人、船员扩大到救助入及其受雇人；将责任制度改为只有重大过失的人才不能主张责任限制；而责任限额的计算单位，也由原来的法郎改为特别提款权。

（4）海事特别权的国际公约。

《统一海事抵押权和留置权若干规定的公约》在1926年4月10日订于布鲁塞尔。计22条外加签字议定书。该公约对海事留置权和抵押权行使的条件、范围、方式等作了原则规定。

《统一关于海上留置权和抵押权若干规定的国际公约》在1967年5月27日订于布鲁塞尔。计25条，全面修订并明文废止了1926年公约。

（5）共同海损理算规则。

《约克·安特卫普规则》最早由英国社会科学促进会制定，成文于1924年，故称《1924年约克·安特卫普规则》，包括A—G7条原则和23条细则，经1950年、1974年、1990年修订，形成一系列新文本。其中1950年文本为7条原则22条细则，1974年文本形式相同，而《1990年约克·安特卫普规则》中仅有细则18条而无原则条款。这些规则并非国际公约，而是民间规则，每次修改也只是创建新规则，而不废除旧规则，故不同文本间相互独立。由于英国老牌航海大国的地位，使约克·安特卫普规则成为国际上最有影响、使用最广的共同海损理算规则。中国海商法第10章共同海损就吸收了《1974年约克·安特卫普规则》的主要内容。

二、船舶和船员

1. 船舶

（1）什么是船舶。

海商法上的船舶与通常意义上的船舶不完全相同。按各国通例，海商法上的船舶仅仅是指与海洋运输有关的商务船。中国海商法第3条第1款则将船舶限定为：“是指海船和其他海上移动装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和20总吨以下的小型船艇除外。”而且，“船舶，包括船舶附具”。建造中的船舶一般不视为海商法上的船舶，除非已下水，并处于能航行状态。有时，为了抵押借款的需要，建造中的船舶被作为船舶对待。船舶是物，但却具有法律人格。船舶有名称、国籍、船龄、住所即船籍港，英美法中的“对

物诉讼”可以将船舶当作诉讼当事人。船舶是动产，但除法国、意大利、葡萄牙、西班牙、希腊、比利时等国海商法中明文规定船舶为动产外，其他国家海商法中通常视船舶为不动产，以登记为确权依据，中国亦然。

（2）船舶登记。

船舶登记是指船舶享有所有权、抵押权或者光船租赁权的人，向船舶登记机关申请并提交相应的文件，经该机关审查，对符合法定条件的事实予以注册，并以国家名义签发相应证书的法律行为。各国均有本国的船舶登记制度，有的登记条件较严，有的则很宽。如中国规定属于中国法人、非法人组织或公民所有，并且所有船员均为中国公民的船舶，才能经登记取得中国国籍。而巴拿马、利比里亚、塞浦路斯、索马里等国则对在本国登记的船舶限制很少，基本上实行开放登记。因此，船舶要取得那些国家的国籍很方便。

船舶登记的事项一般为：船舶名称、种类和用途、马力和吨位等主要营运性能、船舶所有人等。船舶登记的法律效力主要体现在3个方面：一是取得船舶国籍和航行权。登记国即为船舶船旗国，船舶可悬挂该国国旗，并受该国的保护和管理。二是确定船籍港。三是确定船舶所有权人的合法权益。船舶未经登记者，其所有权人不得对抗第三人。

（3）船舶所有权、抵押权和优先权。

船舶所有权是指船舶所有人依法对其船舶所享有的占有、使用、收益和处分的权利，由于船舶多被视为不动产，因而船舶所有权的取得、转让和消灭，应在船舶登记机关登记。未经登记者，不得对抗第三人。如甲从乙处购买一艘远洋货轮，并已支付全部价款100万美元，但在过户登记之前，乙又将该轮卖给丙，丙不但付清了全部款项，而且还在船舶登记机关办理完转让登记手续，那么，甲就不能以已向乙付款而主张对该轮的所有权，所有权人只能为丙。甲也只能就乙的违约行为采取其他救济办法，除非能证明丙的行为并非出于善意。

此外，船舶由两人或两人以上共有的，形成船舶共有关系。船舶共有人与合伙人不同，相互间无代表权，但共有人有权处分属于其自己部分的权利。船舶共有关系，以及船舶设定抵押权、质权等他项权的，均须登记，否则也不得对抗第三人。

船舶抵押权是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。船舶抵押人必须为船舶所有人或其授权的人。船舶共有人如就共有船舶设定抵押权的，一般应取得其他共有人的同意。中国规定应有2/3以上份额的共有人同意，方能将共有船舶设定抵押权。设定抵押权时，应签订书面合同，并由双方当事人共同向船舶登记机关办理抵押权登记，登记内容为当事人双方姓名或名称、地址；被抵押船舶的名称、国籍、船舶所有权证书的颁发机关和证书号码；所担保的债权数额、利息率、受偿期限等。船舶抵押权设定后，未经抵押权人同意，抵押人不得将抵押船舶转让给他人。但同一船舶一般可以设定两个以上的抵押权；抵押权人的受偿顺序按登记的先后为准。同日登记的抵押权，受偿顺序亦相同。

除抵押人和抵押权人在船舶抵押权合同中另有约定外，抵押人应对被抵押船舶进行保险；未保险的，抵押权人有权对该船舶进行保险，保险费由抵押人负担。被抵押船舶灭失，抵押权随之消灭。抵押权人有权优先于其他债权人从船舶灭失的保险赔偿中得到受偿。

船舶优先权是指海事请求权人依照法律的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。具有船舶优先权的海事请求项目多由海商法明确规定。据中国海商法第 22 条的规定，下列各项海事请求具有船舶优先权：a. 船长、船员和在船上工作的其他在编人员依法律法规或合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；b. 在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；c. 船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求；d. 海难救助的救助款项的给付请求；e. 船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。如出现船舶优先权、抵押权或留置权并存的情况时，受偿顺序为优先权，后留置权，再抵押权。而船舶留置权是指造船人、修船人在合同相对人违约时，可以留置所占有的船舶，以保证造船或修船费用得以偿还的权利。

船舶优先权不能由优先权人直接行使，而只能通过法院扣押产生优先权的船舶行使。因行使船舶优先权产生的诉讼费用，保存、拍卖船舶和分配船舶价款产生的费用，以及为海事请求人的共同利益而支付的其他费用，应当从船舶拍卖所得价款中先行拨付，而不按船舶优先权受偿顺序分配。

2. 船员

各国海商法中对船员的规定并不相同，根据中国海商法、《海船船员考试发证规则》以及批准加入的《1978 年海员培训、发证和值班标准公约》，船员是指包括船长在内的船上一切任职人员。分为高级船员和普通船员。前者有船长、政工人员、驾驶员（即大副、二副和三副）；轮机长、轮机员、电机员；报务员、事务长和船医。后者有正、副水手长、水手、木匠、机匠；加油、生火和炊事员；服务员等。

船员配备必须足额和适任。船长、驾驶员、轮机长、轮机员、电机员、报务员，必须持有相应适任证书，才能登船工作。一定吨位以上以及担负特殊航行任务和职能船舶的船员，还须符合相应的特殊要求。另外，大多数国家对船员的国籍有一定要求。中国法律规定中国籍船舶的船员应由中国公民担任，即是一例。当然，如确有需要，除船长、轮机长、大副、大管轮、报务员外，经交通部批准，中国船舶也可任用适量外国人。这一般适用于中外合资经营企业所有的船舶。另外，按中国海商法第 33 条的规定，从事国际航行船舶的中国籍船员，必须持有中华人民共和国港务监督机构颁发的海员证和有关证书。

船员主要享有下列权利：1) 工资报酬请求权；2) 病残补助金请求权；3) 送回原港请求权；4) 保险费请求权；5) 退休金请求权；6) 丧葬费和抚恤金请求权。同时负有下列主要义务：1) 忠于职守、服从命令、听从指挥。2) 不得私载货物及走私；3) 不得酗酒、斗殴，扰乱船舶秩序。船舶的船长作为船舶的最高首脑，身居要职，责任重大，故各国海商法对船长均有特别规定。船长是船舶所有人或承租人或受船舶所有人或承租人雇佣，在特定船舶上指挥、管理航行，以完成航行目的的船员。而现代航海业中，船长多受雇于人，同时又是船舶所有人的代理人，主要担负着下列职责：1) 负责船舶的管理和驾驶。船长在其职权范围内所发布的命令，所有在船人员均须执行。2) 负责全船的安全和秩序，并可采取一切必要的措施保护在船人员和财产的安全。3) 负责制作海损、污染事故报告书。4) 尽力救助海上遇险人员和遇难

船。5) 行使船方、货主的代理权, 包括代表船舶所有人签发提单, 同时也可代表船东和货主签订有关救助、引水、拖带、临时修理等合同。6) 代表国家行使某些行政、司法权。如对在船上进行违法犯罪活动的人实行禁闭; 办理在船人员出生或死亡登记等。

船长在航行中死亡或因故不能执行职务的, 应由驾驶员中职务最高的人代理船长职务。但在下一个港口开航前, 船东应指派新船长接任。

三、海上运输

1. 海上运输及其种类

海上运输是指以海洋为途径, 以船舶为工具, 将货物或旅客从一个港口运送到另一个港口的海上商事活动。海上运输按不同标准可划分为不同种类, 如依运送标的不同分为海上货物运输和海上旅客运输; 依运输合同的性质不同分为班轮运输和租船运输。班轮运输是指由班轮公司在固定的航线, 沿线停靠若干固定的港口, 按固定的航期、固定的运费率组织的运输。由于班轮运输合同表现为海运提单, 承运人的责任以提单为依据, 因而班轮运输亦称提单运输, 租船运输是指船舶所有人与承租人以约定的条件, 订立租船合同, 由船舶所有人将船舶的全部舱位或部分舱位租给承租人, 以收取租金或运费的运输。租船运输又分为程租船运输(亦称航次租船运输)、定期租船运输和光船租赁运输3种。中国海商法第2条所规定的海上运输, “是指海上货物运输和海上旅客运输, 包括海江之间、江海之间的直达运输”。而所有海上运输均是以合同联结并确定当事人间的权利义务关系的。还有, 中国海商法第4章至第7章, 对海上货物和旅客运输合同, 以及航次租船合同、定期租船合同、光船租赁合同等船舶租用合同、海上拖航合同和多式联运合同, 均作了具体规定。

2. 海上货物运输合同

海上货物运输合同是指承运人收取运费, 负责将托运人托运的货物经海路由一个港口运至另一个港口的合同。海上货运合同所指的货物, 按中国海商法第42条第5项的解释, “包括活动物和由托运人提供的用于集装货物的集装箱、货盘或者类似的装运器具。”合同的形式可书面也可口头, 但航次租船合同应采取书面形式。电报、电传和传真具有书面效力。

(1) 合同当事人的责任。

各国海商法及不同的海上货运合同方面的国际公约, 对合同当事人责任的规定差异很大。下面以吸收《维斯比规则》和《汉堡规则》有关内容的中国海商法为例, 加以简单说明。中国法对承运人实行不完全过失责任制。承运人的责任期间为全程运输期间。集装箱运输的, 从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止, 货物处于承运人掌管下的全部期间; 非集装箱运输, 则以货物装上船时起至卸下船时止, 货物处于承运人掌管下的全部期间。承运人首先应在船舶开航前和开航当时, 使船舶处于适航状态。其次, 承运人应妥善地、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物。最后, 承运人应按约定或习惯或地理上的航线将货物运往卸货港, 并承担无故绕航的损失和货损。在承运人和实际承运人不一致时, 除两者间有特别约定外, 对托运人负连带赔偿责任。为了保护承运人的利益, 中国法参照国际公约和惯例, 详细规定了承运人的责任限制和负责事项。承运人的责任限制,

包括对承运人的承担责任的范围的限制和承担责任的金额的限制。货物的灭失、损坏或者迟延交付是由于承运人或其受雇人、代理人的不能免除赔偿责任的原因以及其他原因共同造成的，承运人举证后，仅就前者原因负赔偿责任。承运人对货物灭失的赔偿额，按货物的实际价值计算；货物损坏的赔偿额，按货物受损前后实际差价或修复费用计算。而中国海商法第 56 条规定的赔偿限额，按灭失或损坏货物件数或其他货运单位计算，每件或每一其他单位 666.67 个特别提款权，或货物毛重每公斤 2 个特别提款权，以两者中较高者为准。但如托运人在货物装运前已申报其性质和价值，并在提单中载明的，或者承运人与托运人已另行约定高于该赔偿限额的，按申报或约定计算。货物用集装箱、货盘或类似装运器具集装的，提单中载明装在此类装运器具中的货物件数或者其他货运单位数，视为上述计算单位。未载明的，每一装运器具视为一件或一个单位。装运器具不属于承运人所有或者非由承运人提供的，装运器具本身视为一件或一个单位。

中国海商法第 51 条规定了承运人的免责事由，计 12 项。它们是：1) 船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或管理船舶中的过失；2) 非承运人本人的过失造成的火灾；3) 天灾，海上或者其他可航水域的危险或意外事故；4) 战争或武装冲突；5) 政府或主管部门的行为，检疫限制或司法扣押；6) 罢工、停工或劳动受到限制；7) 在海上救助或企图救助人命或财产；8) 托运人、货物所有人或其代理人的行为；9) 货物的自然特性或固有缺陷；10) 货物包装不良或标志欠缺、不清；11) 经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；12) 非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。除第 2 项外，承运人负举证责任。较之承运人的责任而言，托运人的责任相对简单，主要有提供货物和支付运费。而在提供货物时应注意以下几点：1) 按约提供货物和描述货物的资料；2) 妥善包装货物；3) 及时办理各项货运所需的手续，并将有关单证送交承运人；4) 在货物或其包装上作出准确、清晰的货物标志。托运危险货物的，还应作特殊包装和标志。

此外，海上货运合同还因当事人要求或法定原因而解除。但除船舶在装货港开航前，因不可抗力或其他不能归责于承运人和托运人的原因导致合同不能履行，当事人双方均可解除合同，且互不负赔偿责任者外，解除合同致对方损失的当事人应承担赔偿责任。

(2) 海上货运合同的特别规定。

在中国海商法所规定的 3 种海上货运合同中，对航次租船合同和多式联运合同没有特别规定。其中，前者是指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一个港口运至另一个港口，并由承租人支付约定运费的合同。后者是指多式联运经营人以包括海运在内的两种以上不同运输方式，负责将货物从接收地运至目的地交付收货人，并收取全程运费的合同。

航次租船合同的内容，主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、载货重量、容积、货名、装货港和目的港、受载期限、装卸期限、运费、滞期费、速遣费以及其他有关事项。在航次租船合同中，出租人与承租人间权利义务与一般海上货运合同中托运人与承运人间的权利义务有所不同。主要是出租人不但应保证船舶的适航性，而且应当提供约定的船舶，否则应赔偿承租人因此而造成的损失。出租人在约定的受载期限内未能提供船舶的，承租人也有权解除合同。但是，出租人如已向将船舶延误情况和船舶预计抵

达装货港的日期通知承租人，承租人应当自收到通知起 48 小时内，将是否解除合同的决定通知出租人，否则，丧失因此而解除合同的权利。与此相对应，承租人应提供约定的货物。经出租人同意，也可更换货物。但如更换的货物对出租人不利，出租人有权拒绝或解除合同。因未提供约定的货物造成出租人损失的，承租人应予赔偿。承租人应按时通知确定的卸货港，如未予通知，船长可从约定的选卸港中任选一港卸货，因此而致出租人损失的，由承租人赔偿。另外，如提单持有人不是承租人的，承运人与该提单持有人之间的权利义务关系适用提单的约定。但提单中载明适用航次租船合同的条款的，从提单规定。

多式联运合同中多式联运经营人负责履行或组织履行多式联运合同，并对全程运输负责。其对货物的责任期间，自接收货物时起至交付货物时止，且不受各区段承运人其他合同约定的影响。货物发生灭失或损坏，多式联运经营人的赔偿责任及其限额，适用调整该区段运输方式的有关法律规定；不能确定运输区段的，适用海商法的有关规定。

（3）提单。

提单是指用于证明海上货物运输合同和货物已由承运人接收或装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中所载明的向记名人交付货物，或者按指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。

按不同的分类标准，可将提单划分为许多不同种类，如按签发时间不同划分为已装船提单和备运提单；按抬头不同划分为记名提单、不记名提单和指示提单；按运输方式不同划分为直达提单和联运提单；按提单有无批注划分为清洁提单和不清洁提单；按载体不同分为纸提单和电子提单。

已装船提单是指承运人向托运人签发的货物已经装船的提单。它可保障收货人按时收到货物，买方多要求规定于买卖合同中。备运提单亦称收货待运提单，是指承运人已经收到货物等待装运的提单。多由承运人的代理人在内陆收货站签发。

记名提单亦称收货人抬头提单，是指填明收货人姓名或名称的提单。记名提单不能背书转让，记名收货人之外的人也无权提货，故风险小，但流通性差，在国际商事交易中使用不多。不记名提单亦称持票人提单，是指在收货人栏内仅填写“交与持票人”字样的提单。与记名提单相反，不记名提单仅凭交付即可转让，但风险也大。指示提单是指依记名人或非记名人的指示交货的提单。它可以背书方式转让，在国际商事交易中应用较广。

直达提单亦称直运提单，是指由承运人签发给托运人，货物从装运港不经转船直接运达卸货港的提单。联运提单亦称转船提单，是指由一个以上的船舶所有人以一艘以上的船舶承运货物，由第一承运人或其代理人收取全程运费并签发的提单。一般在提单内规定分段负责条款，将提单实际上变成由一系列独立的承运人履行的互不相干的运输合同。与中国国内联运合同中承运人的责任有很大不同。随着集装箱运输的发展，转船提单以及海陆联运中的多式联运提单使用日多。

清洁提单是指对货物的表面状况未加批注的提单。它说明承运人在接收货物时，货物表面状况没有缺陷。在货物买卖合同中，一般均规定卖方须提供清洁提单。不清洁提单是指承运人在提单上批注货物不良状况的提单。托运人和银行一般不接受不清洁提单，因为这种提单难以转让。为此，卖方或

托运人在无法更换包装或修复的情况下，往往向承运人出具保函，以换取承运人签发的清洁提单，并保证赔偿由此给承运人造成的损失。但是根据《汉堡规则》第 17 条的规定，保函仅对托运人有效，而对包括受让提单的收货人在内的任何第三人不产生任何效力。

纸提单是以纸张作为提单内容的载体的传统提单。电子提单是指买卖双方约定使用电子资料交换系统(EDI)进行结算交按时，用于替代传统单证的电子资料 EDI 单证。1990 年国际海事委员会第 34 届大会上通过了《国际海事委员会电子提单规则》，被欧美诸国率先采用，中国也准备实施 EDI 业务。

提单签发人多为承运人，但也可由其代理人签发。除在某个航程中加以排除外，船长是承运人的当然代理人。提单的内容一般应包括下列各项：1) 货物的品名、标志、包数或件数、重量或体积，以及运输危险货物时对危险性质的说明；2) 承运人的名称和主营业所；3) 船舶名称；4) 托运人的名称；5) 收货人的名称；6) 装货港和在装货港接收货物的日期；7) 卸货港；8) 多式联运提单增列接收货物的地点和交付货物地点；9) 提单的签发日期、地点和份数；10) 运费的支付；11) 承运人或其代表的签字。提单缺少其中的一项或几项，不影响提单的性质。但是，提单必须证明海上货运合同和货物已由承运人接收或装船，承运人保证据此交付货物。承运人或其代理人应在货物装船后的合理时间内签发提单。提单上的签发日期应为货物装完日期而非开装日期。如果提单签发日期在货物装完日期之前，即为预签或倒签提单，在某些国家受到禁止。如中国认为预签或倒签提单是侵权行为，由承运人赔偿由此引起的损失。但据中国海商法第 74 条的规定，货物装船前，承运人已经应托运人的要求签发收货待运提单或其他单证的，货物装船完毕，托运人可将该单证退还承运人，以换取已装船提单；承运人也可在收货待运提单上加注承运船舶的船名和装船日期，加注后即视为已装船提单。

提单在国际商事交易中具有重要作用。提单的作用主要体现在 3 个方面，即证明海上货物运输合同；证明承运人已接收货物；代表货物所有权。提单本身并非海上货运合同，只能证明合同的存在，但托运人一旦将提单背书转让给收货人，提单即成为受让人与承运人之间的合同，承运人有义务按提单向收货人交付货物。承运人收到货物后，即向托运人签发提单，证明其已收到提单项下的货物，此时的提单即是货物收据。即使承运人实际收到的货物与提单不符，承运人也有义务向收货人按提单交货。提单是一种物权凭证，谁占有提单，谁就拥有提单项下货物的所有权，这已是国际惯例。

3. 海上旅客运输合同

海上旅客运输合同是指承运人以适合运送旅客的船舶经海路将旅客及其行李从一个港口运至另一个港口，由旅客支付票款的合同。合同一般为承运人统一印制的标准格式，通常为客票。因此，中国海商法第 110 条规定：“旅客客票是海上旅客运输合同成立的凭证。”海上客运合同或客票作为标准合同，不得包含免除承运人对旅客应承担的法定责任；降低法定的承运人责任限额；对法定举证责任作相反规定以及限制旅客索赔权等条款。否则，该条款无效，但不影响合同其他条款的效力。

承运人的责任期间为旅客及其行李的全部运送期间。对旅客自其登船时起至离船时止，旅客的自带行李运送期间与上述期间相同。旅客的其他行李运送期间，自旅客将行李交付承运人或承运人的受雇人、代理人时起至承运人或其受雇人、代理人交还旅客时止。承运人的责任按国际通行惯例，为推

定过失责任。在旅客及其行李的运送期间，因承运方的过失引起事故，造成旅客人身伤亡或行李灭失、损坏的，承运人应负赔偿责任。对承运方的过失，请求索赔人应负举证责任。但是，旅客的人身伤亡或自带行李的灭失、损坏，是由于船舶的沉没、碰撞、搁浅、爆炸、火灾所引起或者是由于船舶的缺陷所引起的，以及旅客的其他行李不论因何种原因灭失或损坏，均推定为承运方有过失，除非其提出反证。

承运人的赔偿限额各国规定不同，发达国家和发展中国家差异很大。中国海商法第 117 条规定，除承运人与旅客另行约定更高的赔偿限额外，人身伤亡的旅客每位不超过 46666 个特别提款权；旅客自带行李灭失或损坏的，每位旅客不超过 833 个特别提款权；旅客车辆包括该车辆所载行李灭失或损坏的，每一车辆不超过 3333 个特别提款权；旅客的其他行李灭失或损坏的，每位旅客不超过 1200 个特别提款权。

4. 海上拖航合同

海上拖航合同是指承拖方用拖轮将被拖物经海路从一地拖至另一地，而由被拖方支付拖航费的合同。合同主要适用于船舶拖航，但也包括浮坞、海上石油勘探平台等其他水上浮动物体的拖带。

海上拖航合同应采取书面形式，并包括承拖方和被拖方的名称和住所、拖轮和被拖物的名称和主要尺度、拖轮马力、起拖地和目的地、起拖日期、拖航费及其支付方式等主要条款。在海上拖航合同中，被拖方应使被拖物适航，承拖方更应使拖轮处于适航、适拖状态。

与海上货运合同实行不完全过失责任制、海上客运合同实行推定过失责任制不同，海上拖航合同实行过失责任制。承拖方或被拖方一方过失造成另一方损失的，过失方负赔偿责任；双方均有过失的，按过失程度的比例赔偿损失。如因承拖方或被拖方的过失造成第三人人身伤亡或财产损失的，双方对第三方负连带赔偿责任。但是，被拖方的损失是由于拖轮船长、船员、引航员或者承拖方的其他受雇人、代理人在驾驶拖轮或管理拖轮中的过失，以及拖轮在海上救助或企图救助人命或者财产时的过失，承拖方不负赔偿责任。另外，因不可抗力或其他不能归责于双方的事件致使合同不能履行或者不能继续履行，双方均可解除合同，并且互相不负赔偿责任。

5. 船舶租用合同

船舶租用合同是指船舶所有人以约定条件将船舶交与承租人使用并收取租金的合同。包括定期租船合同和光船租赁合同。前者是指船舶出租人向承租人提供约定的由出租人配备船员的船舶，由承租人在约定的期间内按照约定的用途使用，并支付租金的合同。后者是指船舶出租人向承租人提供不配备船员的船舶，在约定的期间内由承租人占有、使用和营运，并向出租人支付租金的合同。两者均应采取书面形式。租船合同虽然有的不属于运输合同，但是大多为运输合同的一种。

定期租船合同的内容，主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、客级、船速、燃料消耗、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间和地点以及条件、租金及其支付以及其他有关事项。出租人的主要义务为提供船舶并保证其适航。承租人的主要义务为按约使用船舶、支付租金并如期归还船舶。承租人可在租期内将租来的船舶转租他人，但应将转租情况及时通知出租人，转租不影响原合同约定的权利义务。与此相对应，船舶所有人若在租期内将已出租的船舶所有权转让他人的，也应及时通知承租

人，且并不影响原合同的权利义务，只是改由受让人和承租人继续履行。

光船租赁合同的内容，主要包括除船速外的定期租船合同内容，另加船舶检验、船舶的保养和维修、船舶保险、合同解除的时间和条件以及其他有关事项。出租人的主要义务只是交给承租人一艘光船，并保证该船不存在任何所有权争议或债务纠纷。在光船租赁期间，承租人自行负责船上的人员配备、船舶的维修保养、给养供应以及船舶保险。在租期内未经出租人书面同意，承租人不得转让合同的权利义务，也不得以光船租赁方式转租船舶。与此同时，未经承租人书面同意，出租人不得在租期内对船舶设定抵押权。否则，应赔偿承租人由此造成的损失。这是光船租赁合同与定期租船合同最大的区别所在。

四、海上事故及其处理

船舶为海上移动物体，往往远离大陆，而海上运输又存在极大的风险性，海上事故难免发生。各国海商法针对这一特点，一般均对海上事故及其处理作出明确规定，国际上也形成了一系列公约和惯例。下面主要介绍中国海商法中专章规定的船舶碰撞、海难救助、共同海损和海事赔偿责任限制几个问题。

1. 船舶碰撞

船舶碰撞是指船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成伤害的事故。碰撞的船中至少一方是海船。除船舶之间发生接触的直接碰撞外，还有间接碰撞，即船舶之间虽未实际接触但也已造成损害的情况。船舶发生碰撞，当事船舶的船长在不严重危及本船和船上人员安全的情况下，对于相碰的船舶和船上人员必须尽力相救，中国海商法第 166 条对此有明文规定。

《1910 年统一船舶碰撞若干法律规定的国际公约》第 8 条还规定不尽力救助者应负刑事责任。

船舶碰撞的责任界限，中国法及 1910 年公约均实行按过失程度分担责任的原则。在船员并无过失，而由于不可抗力或不明原因造成的碰撞由受害方自负责任。因单方过失的船舶碰撞由过失方承担赔偿责任。互有过失的船舶碰撞，各当事船舶按过失程度的比例承担赔偿责任。如过失程度相当或过失程度的比例无法判定，则各船平均负赔偿责任，而当互有过失造成的碰撞导致第三人人身伤亡时，过失船舶负连带赔偿责任。

2. 海难救助

海难救助亦称海上救助，是指在海上或与海相通的可航水域，对遇险的船舶和其他财产所进行的救助。救助的方式主要有救助拖带、搁浅救助、救火、打捞沉船和其他财产、拖救正在沉没或失控船舶、提供船员或供给船舶属具、守候救助等。

根据海难救助产生的依据不同，可分为一般救助和合同救助两种。一般救助是指在他船遇难的危急关头，未同被救助者订立救助合同而自愿实施的救助。合同救助则是指按照救助双方达成的书面或口头协议而进行的救助。承担大部分海难救助工作的专业救捞公司印制的标准合同，一般均包括中国海商法第 177、178 条所规定的救助双方的主要义务。其中救助方的义务有：
(1) 以应有的谨慎进行救助；(2) 以应有的谨慎防止或减少环境污染损害；
(3) 在合理需要的情况下，寻求其他救助方援助；(4) 当被救助方合理地

要求其他救助方参与救助作业时，接受此种要求，但是要求不合理的，原救助方的救助报酬金额不受影响。被救助方的义务有：(1) 与救助方通力合作；(2) 以应有的谨慎防止或减少环境污染的损害；(3) 当获救的船舶或其他财产已被送至安全地点时，及时接受救助方提出的合理的移交要求。

救助报酬在国际上通行“无效果无报酬”原则。中国法亦然。但同时体现了《1989年国际救助公约》中所规定的充分考虑救助油轮和防止海洋污染等问题的精神。在救助船货的同时，又防止或减少污染的损害，可以取得特别补偿，但不得超过救助费用的2倍。救助报酬的金额，应由获救的船舶和其他财产的各所有人按各自获救财产价值比例承担。此外在救助作业中救助人命的救助方，对获救人员不得请求酬金。

3. 共同海损

共同海损是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。此处的“牺牲”是指船舶、货物或其他财产因共同海损而遭受的直接的损害。而“费用”是指在共同海损行为中，为了船舶、货物和其他财产的共同安全所支付的额外的费用。

共同海损的成立，必须符合4个要件，即(1) 船舶、货物和其他财产必须处于共同危险状态；(2) 采取的措施必须是有意的、合理的；(3) 必须是为了船舶、货物和其他财产的共同安全所作的；(4) 牺牲和费用的支出必须是特殊的、直接的。牺牲主要包括：抛弃货物；货物湿损、火烧；救火；自动搁浅；机器和锅炉的损坏；运费损失。费用主要包括：避难港费用；救助费用；修理费用；代替费用。

共同海损事故发生后，有获救财产保存下来，就要进行共同海损的理算。它是指共同海损事故发生后，按照合同约定，委托指定的专业海损理算机构或理算人，就共同海损的损失与费用的分摊、补偿等有关事宜，进行调查研究和审核计算，编制共同海损理算书的工作。理算时一般适用合同约定的理算规则或理算地法律。理算的基础是船舶到达航程终止港时的财产价值。如宣布放弃航程时，以放弃航程时的地点和时间为准。

计算共同海损牺牲的金额时，船舶按实际支付的修理费，减除合理的以新换旧的扣减额计算。另有尚未修理和实际全损的计算依据。货物灭失的，按货物在装船时的价值加保险费和运费，减除由于牺牲无需支付的运费计算；货物损坏，在就损坏程度达成协议前出售的，按货物在装船时的价值加保运费，与出售货物净得的差额计算。运费按货物遭受牺牲造成的运费的损失金额，减除为取得这笔运费本应支付，但因牺牲而无需支付的营运费用计算。

共同海损的分摊，应由受益人按各自的分摊价值，也即因采取共同海损措施而受益的财产价值的比例进行。中国海商法第199条对船舶、货物和运费的分摊价值确定标准，作了详细规定。但旅客的行李和私人物品，不分摊共同海损。共同海损分摊金额的计算公式为：

$$\frac{\text{各受益方的分摊金额}}{\text{各受益方的分摊价值}} = \frac{\text{共同海损损失总额}}{\text{共同海损总分摊价值}}$$

4. 海事赔偿的责任限制

各国海商法及有关国际公约，对海事赔偿的责任限制均有明确规定，限额标准当然有所不同。依中国海商法第 210、211 条规定，除对总吨位不满 300 吨的船舶另订标准（1995 年已由交通部订立）外，海上旅客运输的旅客人身伤亡赔偿责任限制，按 46666 个特别提款权乘以船舶证书规定的载客定额计算赔偿限额，但最高不超过 2500 万个特别提款权。其他情况下的赔偿限额，在人身伤亡时按总吨位计算如下：

（1）总吨位 300 ~ 500 吨的船舶，赔偿限额为 333000 个特别提款权。

（2）总吨位 500 吨以上的船舶，按增加吨数累退计算。其中。

501 吨至 3000 吨的部分，每吨增加 500 个特别提款权；

3001 吨至 30000 吨的部分，每吨增加 333 个特别提款权；

30001 吨至 70000 吨的部分，每吨增加 250 个特别提款权；

70000 吨以上的部分，每吨增加 167 个特别提款权。

在非人身伤亡时则按总吨位计算如下：

（1）总吨位 300 ~ 500 吨的船舶，赔偿限额为 167000 个特别提款权。

（2）总吨位 500 吨以上的船舶，也按增加吨位数累退计算。其中：

501 吨至 30000 吨的部分，每吨增加 167 个特别提款权；

30001 吨至 70000 吨的部分，每吨增加 125 个特别提款权；

70000 吨以上的部分，每吨增加 83 个特别提款权。

但是，上述限额不适用于对救助款项或共同海损分摊的请求；所参加的国际公约中规定的油污和核能损害的赔偿请求；核动力船舶造成的核能损害的赔偿请求；船舶所有人或救助人的受雇人提出的赔偿请求。

第八章 保险法

本章主要介绍保险及其保险法的基本原理，重要保险种类和保险合同，包括通常规定在海商法中的海上保险合同的基本规则，以及有关保险业的法律规定。

一、保险——商事活动的护身符

1. 保险及其作用

对于何谓保险，经济学与法学上理解并不相同。前者是指一种意外损失的经济补偿手段、方法或制度，后者则是指一种因契约而产生的法律关系。详言之，经济学上的保险是指“众多单位或个人以合理计算的共同分担金累积建立起来的一笔资金，作为经济补偿和给付的手段，保障经济安定的互助共济制度。”保险是“由保险公司向投保人收取保险费，以集中起来的保险费建立保险基金，对财产因意外灾害或人身因伤亡造成的经济损失进行补偿的一种方法，是一项重要的经济事业。而在法学上，如《中华人民共和国保险法》所称的保险，“是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的商业保险行为。”可见，中国保险法中的保险是一种合同行为，且仅限于商业保险，而不包括社会保险。

无论保险是经济制度还是一种法律关系，均在商事活动乃至整个社会经济生活中发挥着重要作用。自然灾害和意外事故总是客观存在，不可避免的，尤其在国际商事活动中，一旦发生严重自然灾害或重大意外事故，不但当事人的生命和财产会受到重大威胁甚至自身无法挽回的损失，而且还会给国民经济全局以及社会政治安定产生莫大危害。有的虽可自保自救，有的也可得到国家救济，但往往是杯水车薪，根本无法弥补灾害或事故所造成的损害。此时如事先投保，情况就可能完全不同。保险人按约偿付保险金，能使受益人迅速摆脱困境，恢复生产经营，将灾害和事故所造成的损失和危害减少到最低程度。正因为如此，有的外国学者称，在现代经济生活中，几乎所有的合同纠纷和侵权纠纷中都有保险关系介入，它在很大程度上改变着当事人及其责任承担的范围。中国的保险作为金融体系的重要组成部分，不但因其具有管理危险、减少损失的作用而成为商事活动的护身符，而且还发挥着补充国家后备基金、安定社会、积累资金、促进改革、有利于国际交往等诸多方面的作用。

2. 保险类型

对保险类型的划分各国极不一致，但常见的分类方法和保险种类如下：

(1) 依经营性质不同，可将保险分为商业性保险和政策性保险。

商业性保险是指由保险人根据市场机制，在平等的基础上按商业习惯经

陶骏、殷春华：《现代保险学》，南京大学出版社1991年8月版，第23页；参见吴建斌：《经济法教程（修订本）》，第151页。

《中华人民共和国保险法》第2条。

参见董安生等编译：《英国商法》，第468页。

营的营利性的业务活动。政策性保险是指根据一国的特殊政策而开办的保险业务。如社会保险在外国均属于政策性保险。

(2) 依实施形式不同, 可将保险分为自愿保险和强制保险。

自愿保险是指根据投保人与保险人双方在平等互利原则的基础上签订保险合同而产生的保险。强制保险亦称法定保险, 是指以国家颁布法律、法令的形式强制实行的保险。如中国的旅客意外伤害保险, 保险费计入客票票价中; 机动车船保险也属强制保险之列。

(3) 依保险标的的不同, 可将保险分为财产保险和人身保险。

财产保险是指以物质财产及其有关的利益或责任为保险标的的一种保险。最初财产保险的标的仅限于有形财产, 而现代的财产保险已扩展到和财产有关的各种利益, 如责任、信用等。人身保险是以人的生命或身体机能为保险标的的一种保险。又分为意外伤害保险、健康保险和人寿保险。

(4) 依保险保障的范围不同, 可将保险分为财产保险、责任保险、保证保险和人身保险。

责任保险是指以被保险人的民事赔偿责任为保险标的的一种保险。又包括公众责任保险、雇主责任保险、职业责任保险和产品责任保险等。保证保险是指由保险人为被保险人向权利人提供担保, 保证被保险人作为或不作为的一种保险。包括雇员忠诚保险、履约保险、信用保险等。保证保险实际上是一种由保险人充任保证人的担保业务。财产保险和人身保险见前述, 只不过此处的财产保险是指最初意义上的有形财产的保险。

(5) 依保险的实施范围不同, 可将保险分为普通保险和社会保险。

普通保险即为商业保险。社会保险亦称社会福利保险, 是指国家通过立法形式对社会成员因老、弱、病、残等原因丧失劳动能力或失业时提供物质帮助的一种保险。社会保险是一国社会保障制度的核心部分, 中国过去为劳动保险, 随着社会保障制度的改革进程, 社会保险逐渐居于主导地位。包括医疗保险、养老金保险、失业保险等。

(6) 依危险转嫁的对象不同, 可分为原保险、再保险和共同保险。

原保险是指保险人对被保险人因保险事故所造成的损失, 按双方之间签订的保险合同承担直接的原始的赔偿责任的保险。再保险就是对原保险的保险责任予以分担的保险。保险人承保业务后, 将风险责任的一部分转让给另一个或多个保险人承担, 以减轻原保险人本身所负的赔偿责任, 同时将所收的保

险费的一部分也转交给再保险人。再保险是现代保险业中的惯例, 对高保费、高风险的承保业务, 如航空航天保险、卫星发射保险, 尤须进行再保险。共同保险是指由两个或两个以上的保险人联合, 共同直接承保同一标的或风险而保险金额不超过保险价值的保险。

在保险实践中, 西方国家通常将全部保险业务分为寿险和非寿险两大类。前者包括医疗保险、养老金保险等。后者包括火灾保险、海上保险、意外保险等。意外保险又可分为人身意外伤害保险、雇主责任保险、第三者责任保险、公众责任保险、医疗保险、健康保险等。而中国一般把全部保险业务分为财产保险和人身保险两大类。前者按《财产保险合同条例》(1983年9月1日国务院发布)的规定, 包括狭义的财产保险、农业保险、责任保险、信用保险、运输工具保险等。《中华人民共和国保险法》则在财产保险一节中仅列责任保险一种, 但在第91条中规定包括财产损失保险、责任保险、信

用保险等保险业务。人身保险虽在保险法中未列明种类，但实际包括人寿保险、人身意外伤害保险和健康保险即医疗保险等。同时又根据核算要求和中国特点，将全部保险业务分成国内财产保险业务、人身保险业务和涉外保险业务 3 大类。

3. 保险立法概况

按互助共济原则实行危险损失的分摊制度，据说早在公元前 18 世纪中叶巴比伦国王颁布的《汉穆拉比法典》中就有所规定。公元 533 年在罗马帝国优士丁尼安下令编纂的《国法大全》中，也有类似于海上保险的规定。而现代意义上的保险立法出现于 14 世纪，1369 年的热那亚法令中，包含了有关保险的法律规定。而 1435 年的西班牙巴塞罗那法令，规定了海上保险承保规则和损害赔偿的手续，被称为“世界上最古老的海上保险法典”。在各国的保险法中，有关海上保险的规定先于陆上保险出现，而有关财产保险的规定又先于有关人身保险的规定。

法国的保险立法首见于 1681 年的《海事条例》，1804 年和 1807 年的民法典和商法典中，也有有关保险的规定，1930 年公布保险契约法，1938 年公布保险业法。与法国不同，德国民法典和商法典中均没有规定保险合同。1908 年公布保险契约法，此前于 1901 年公布民营保险业法，此后于 1931 年公布民营保险企业及建筑银行法和再保险监督条例。日本的保险立法主要包含于商法典中，又分别在商行为和海商两编中规定。另外，日本还于 1900 年公布保险业法。

在英美法系中，英国最早的保险关系由习惯法调整。1601 年伊丽莎白女王颁布了保险条例；1774 年公布人寿保险法；1867 年公布保险单法；1906 年公布海上保险法，并以正式成立于 1774 年的英国著名民间保险机构劳合社拟定的海上保险单作为附件；1923 年公布简易保险法；1958 年公布保险公司法，并于 1982 年进行了全面修订。美国没有统一的联邦保险立法，但各州均制定有保险法和保险业法。

中国清朝末年的《大清商律草案》，仿日本商法典包含保险的有关内容，只是未及公布施行。1929 年 12 月 30 日，国民政府公布保险法；1935 年公布保险业法和简易人寿保险法；关于海上保险的内容则列入海商法。目前施行于台湾地区的保险法，包含保险业的规定；海上保险仍由海商法调整。中国大陆在 50 年代实行企业财产、运输工具和旅客意外伤害强制保险制度，并颁布了《财产强制保险条例》、《船舶强制保险条例》等一系列行政规章。1958 年后除少数涉外保险外，国内保险业几乎停止，直到 1979 年后才陆续恢复。1981 年 12 月 13 日公布的《中华人民共和国合同法》，对财产保险合同作了原则规定，1983 年 9 月 1 日国务院公布《财产保险合同条例》，1985 年 3 月 3 日又公布《保险企业管理暂行条例》；1987 年 4 月 28 日铁道部、中国人民保险公司发布《铁路货物运输实行保险与负责运输相结合的补偿制

参见陶骏、殷春华：《现代保险学》，第 67 页；丁邦开等：《合同法学》，南京大学出版社 1991 年 8 月版，第 241—242 页。

吴耀宗，郝演苏：《保险学通论》，辽宁人民出版社 1987 年 8 月版，第 43—46 页；庄咏文：《保险法教程》，法律出版社 1986 年 6 月版，第 16—17 页；参见李玉泉、何绍军，《中国商事法》，第 297—298 页。

参见江平：《西方国家民商法概要》，第 311 页。

度的规定（试行）》；1992年11月7日公布《中华人民共和国海商法》，对海上保险合同作出专章规定；1995年6月30日，《中华人民共和国保险法》正式公布，并于同年10月1日起施行。该法计8章152条，除总则和附则外，分别对包括财产保险和人身保险在内的保险合同、保险公司、保险经营规则、保险业的监督管理、保险代理人和经纪人以及法律责任，作了全面规定，标志着中国保险法律制度已经基本健全，也作为中国商法制度初步确立的一个显著标志（传统商法中的公司法、票据法、海商法、破产法乃至合同法均已先期公布）。值得一提的是，中国保险法在第8章附则第147条中专门规定：“海上保险适用海商法的有关规定；海商法未作规定的，适用本法的有关规定。”可见，在保险领域，保险法为一般法，而海商法中有关海上保险合同的规定为保险法的特别法。特别法优于一般法适用，而特别法未规定者，以一般法的规定为准。

二、保险合同

1. 保险合同的观念和类型

据中国保险法第9条的规定，“保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。”保险合同按合同法理论解释，属于双务合同、有偿合同、不要式合同、附和合同或标准合同和射幸合同（即保险金的支付具有不确定性和偶然性）。根据不同的分类标准，保险合同可以划分为许多不同的类型。

（1）财产保险合同和人身保险合同。这是依保险标的的不同进行划分的，和前述保险种类的划分相对应。

（2）原保险合同和再保险合同。这是依保险责任承担对象的不同进行划分的，也和前述保险种类的划分相对应，故不予赘述。

（3）定值保险合同和不定值保险合同。这是依保险标的价值是否确定来划分的。前者指双方当事人事先确定保险标的的实际价值，并在合同中载明的保险合同。后者指事先不确定保险标的的实际价值，而仅规定保险事故发生后，再估计保险标的的价值并据以确定损失额的保险合同。

（4）单一保险合同和集合保险合同。这是依保险标的是否单一划分的。前者又称个别保险合同或单独保险合同，是以一人或一物为保险标的的保险合同。后者指集合多数性质相同的保险标的的保险合同。又包括以人为标的的团体保险和以物为标的的集团保险两种。

（5）特定保险合同和总括保险合同。这是依保险标的特定与否划分的。前者是针对特定的保险标的而订立的保险合同。后者又称概括保险合同或包括保险合同，是指无特定保险标的，仅依一定标准确定某种保险利益或保险标的，而投保一定金额的保险合同。

（6）单保险合同和复保险合同。这是依对同一保险标的的承保人数不同划分的。前者是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故与一个保险人所订立的保险合同。后者是指投保人对同一保险标的、同一保险利

益、同一保险事故分别向两个以上保险人投保而订立的保险合同。中国保险法中称重复保险。

(7) 补偿保险合同和定额保险合同。这是依保险金给付方式不同而划分的。前者又称评价保险合同，是指在保险事故发生后，根据保险人所评定的实际损失来支付保险费的保险合同。后者为当事双方事先确定保险金额，当保险事故发生后，由保险人依约给付保险金的保险合同。

(8) 足额保险合同、不足额保险合同和超额保险合同。这是依保险金额和保险价值的比例关系不同划分的。前者又称全额保险合同，是指保险金额大致等于保险价值的保险合同。中者是指保险金额低于保险价值的保险合同，故亦称低额保险合同。后者是指保险金额超过保险价值的保险合同，依各国保险法通例，保险金额超过保险价值的部分无效。

(9) 为自己利益订立的保险合同和为他人利益订立的保险合同。这是依受益人不同而划分的。前者是指投保人为自己的利益，在保险事故发生后自己享有赔偿或支付请求权的保险合同。一般投保人、被保险人和保险受益人合于一身。后者是指投保人不享有最终保险利益的保险合同。团体人身意外伤害保险即为典型例子。

(10) 涉外保险合同和国内保险合同。这是依保险标的或保险当事人是否具有涉外因素划分的。前者的法律关系构成要素中具有涉外因素，而后者仅限于一国国内。两者在中国有严格区分，而在其他国家多界限不明。

2. 保险合同的主体

保险合同的主体亦称保险法律关系的主体，是指保险法律关系的当事人或参加者。包括保险合同的当事人、关系人和辅助人。

保险合同的当事人是指享有合同权利并承担合同义务的人。包括保险人和投保人。其概念如前所述。按各国法例，保险人的资格、能力须符合特殊要求，如英国《1982年保险公司法》规定，凡从事保险业务的保险人，必须取得国务大臣的许可授权。日本保险业法规定保险人必须为股份有限公司，中国保险法也强制规定保险公司必须是股份有限公司或国有独资公司，且经金融监督管理部门批准，方可设立。对投保人虽无特别限制，而且不同的保险合同，投保人的情况千差万别，但投保人必须具有权利能力和行为能力；必须对保险标的具有保险利益，即投保人对保险标的具有法律上承认的利益，否则合同无效；有义务交付保险费。

保险合同的关系人是指虽未与保险人订立合同，但受合同保护或享有保险利益的人。包括被保险人和受益人。按中国保险法第21条的规定，被保险人是指其财产或人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。投保人可以为被保险人。而且，投保人为自己的利益投保时，被保险人就是投保人自己。只有投保人为他人投保时，被保险人才与投保人分离，成为保险合同的关系人而非当事人。而受益人是指人身保险合同中由被保险人或者是投保人指定的享有保险金请求权的人。投保人、被保险人均可成为受益人，实际上财产保险合同中既有投保人与受益人合一的情况，也有分离的情况，如中国的团体家庭财产保险，受益人就可能是该团体的成员，也可能是成员家属，故不限于人身保险合同。但是，受益人多出现于人身保险合同中，而且有诸多特

参见《中华人民共和国保险法》第40条。

参见《中华人民共和国保险法》第39条；参见董安生等编译：《英国商法》，第487—488页。

殊规定。例如，由第三人订立有关死亡保险合同，未经被保险人许可并约定保险金者无效；受益人须在被保险人死亡后才能行使权利；受益人领取的保险金不能作为被保险人的遗产对待，只有在投保人、被保险人和受益人合一时才可作为遗产分割；保险金与劳动关系中的抚恤金相互独立，投保人不能因为发放了被保险人死亡的抚恤金而扣留其受益人应得的保险费。中国曾出现过这样的案例：甲单位为驾驶员集体投保人身意外伤害险，驾驶员乙出车途中死亡，甲单位操办丧葬事宜，并向乙家属付给了抚恤金，同时将保险公司支付的保险金留存单位。理由是单位集体投保，且已向乙家属发放了抚恤金。乙家属诉诸法院，甲单位被判败诉，向乙家属如数交付保险金。

保险合同的辅助人亦称补助人，是指与保险合同的订立和履行有一定辅助关系的人。通常有保险代理人、保险经纪人和保险公证人。前两者在中国保险法第六章中有专门规定，后者存在于某些国家。保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费或佣金，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的人。保险代理制度在国际上已被广泛采用，且完全适用代理法的有关规定。但代理合同应采取书面形式，代理人有资质要求的，须符合特定要求。保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法向保险人收取佣金的人。因此，保险经纪人不同于保险代理人。保险经纪人是投保人的代理人而非保险人的代理人；保险经纪人在一定情况下可向投保人收取佣金，而保险代理人只能向保险人收取；保险经纪人收取保险费并不意味保险合同当然成立，而保险代理人一经收取保险费，保险合同即行成立；保险经纪人的业务范围比保险代理人广泛。在国际保险市场上，英国的保险经纪制度影响最大，保险经纪人力量最强。按照英国劳合社的商业习惯，保险合同的订立、履行、事故损失的理赔等，均须由经纪人安排。这一做法又成为国际上保险行业的惯例。保险公证人是指为保险合同当事人办理保险标的查勘、鉴定、估价和赔款的理算、洽商等并予以证明，收取费用的人。其公证证明为理赔的重要依据。

3. 保险合同的一般规则

(1) 保险合同的订立。

保险合同的订立一般也经过要约和承诺两个阶段。但因为保险合同多采取标准格式，其内容也通常由保险人事先拟定，并经政府有关部门或行业协会审定的保险条款代替，故投保人填写投保单，而保险人加以接收，合同即行成立。中国保险法第12条规定：“投保人提出保险要求，经保险人同意承保，并就合同的条款达成协议，保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证，并在保险单或者其他保险凭证中载明当事人双方约定的内容。”《财产保险合同条例》的规定大致相同。保险实务中常用的投保单、保险单、暂保单和保险凭证的含义如下：

投保单亦称投保书，是投保人向保险人申请订立保险合同的要约。按国际惯例，这种要约一经保险人同意承保，签署投保单，合同即告成立，而非保险人签具保险单或暂保单才标志着合同成立。

保险单亦称保单，是指保险合同成立后由保险人向投保人签发的，用以证明保险合同成立的正式书面凭证。保险单应载明保险合同的全部内容。保险事故发生后，保险单是索赔、理赔的最重要的凭证和依据。

暂保单亦称临时保单，是保险人或其代理人同意承保但又因故不能签发正式保险单或保险凭证时向投保人出具的临时保险凭证。有时以承保条的形式出现，有效期一般不超过 30 天，一俟期限届满或正式出具保单，暂保单即告失效。

保险凭证亦称小保单，是一种无需记载保险合同全部内容的简化保险单。主要为了方便保险业务的开展。

（2）保险合同的主要内容。

保险合同的主要内容通常分为基本条款和特约条款。前者是指法律规定必须列入合同内容的条款；后者是指可由当事人在合同中约定的条款。基本条款一般有当事人的姓名及住所；保险标的；保险金额；保险费；保险责任；除外责任；保险期限；缴费方式和时间；订约的时间和地点等。特约条款又大多包括附加条款，对基本条款加以补充或限制；保证条款，保险人要求投保人做或不做某事；协会条款，特指伦敦保险人协会根据实际需要制定公布的有关船舶保险和货运保险条款的总称。

中国保险法第 18 条规定：“保险合同应当包括下列事项：1) 保险人名称和住所；2) 投保人、被保险人名称和住所，以及人身保险的受益人的名称和住所；3) 保险标的；4) 保险责任和责任免除；5) 保险期间和保险责任开始时间；6) 保险价值；7) 保险金额；8) 保险费以及支付办法；9) 保险金赔偿或者给付办法；10) 违约责任和争议处理；11) 订立合同的年、月、日。”

（3）保险合同的履行。

保险合同的履行，是指保险合同依法成立后，当事人各方全面完成各自应承担的义务，以满足他方权利实现的行为。主要分为投保人、被保险人履行合同义务和保险人履行合同义务两方面。前者的主要义务有下列几项：1) 交付保险费。这是投保人的最基本义务。中国保险法第 13 条规定：“保险合同成立后，投保人按照约定交付保险费”。而对人身保险合同，投保人应当按约一次支付全部保险费或分期支付保险费。但在第 59 条中特别规定：“保险人对人身保险的保险费，不得用诉讼方式要求投保人支付。”2) 防止或避免保险事故发生。如因怠于防止或避免，保险人可全部或部分免除赔偿或支付责任。3) 不得故意制造保险事故，以骗取保险赔偿。中国南京某保险公司就曾在 1995 年因对一起海上保险事故拒赔而被武汉海事法院判决败诉，后求助于公安机关，侦查确定为保险欺诈案，投保人在投保后不到两个月内，利用一次航程将承运的货物转卖掉，并制造沉船假相。结果终被识破，避免了 100 多万元的保险金损失。4) 危险增加时须通知保险人。保险人可要求增加保费或解除合同。怠于通知的，因保险标的危险程度增加而引发的保险事故，保险人不承担赔偿责任。5) 发生保险事故应及时通知保险人，并保存和提供相关证据和证明。6) 尽力施救。保险事故发生时，被保险人、投保人有责任尽力采取必要的措施，防止或减少损失。否则，保险人对由此所引起的扩大的损失，不予赔偿。相反，被保险人施救中所支付的必要的、合理的费用，在保险金限额内，由保险人承担。

与上述投保人、被保险人的义务相对应，保险人的主要义务有：1) 做好风险管理和防灾防损工作。中国保险法第 35 条对此有明确规定。2) 及时支

参见江平：《商法全书》，第 460 页。

参见蒋德、杨京海：《沉船之谜》，《法制日报》1996 年 1 月 5 日；《报刊文摘》1996 年 1 月 15 日。

付保险金。这是保险人的最基本义务。3) 对合同当事人或关系人的财产、营业情况保守秘密。

保险合同履行中的重要环节，就是索赔和理赔。前者是指在保险事故发生时，被保险人或受益人按照保险合同的规定，要求保险人支付保险金的行为。后者是指保险人根据被保险人或受益人的索赔请求，按保险合同审核保险事故和责任，并决定赔偿、支付保险金事宜的行为。中国保险法第 22 条规定：“保险事故发生后，依照保险合同请求保险人赔偿或者给付保险金时，投保人、被保险人或者受益人应当向保险人提供其所能提供的与确认保险事故的性质、原因，损失程度等有关的证明和资料。”包括保险单和其他保险凭证、保险合同、发票、提单等原始单据，商业登记证、营业执照等法人证书，身份证、工作证、户口簿等身份证件，有关部门出具的事事故证明等。经被保险人等发出出险通知、提出索赔请求，并提供相应的索赔单证后，保险人初步检验并立案，然后调查事故，核验单证，确定保险责任，按约支付保险金。各国保险法均对投保人、被保险人或受益人的索赔时效和保险人的理赔期限作出规定。中国保险法第 26 条规定人身保险索赔时效期间为 5 年，其他险为 2 年。海商法规定的海上保险时效期间为 90 天到 6 年不等。而海上保险之外的其他保险，保险人自收到被保险人或受益人的赔偿或者给付保险金的请求和有关证明、资料之日起 60 日内，均应支付。如具体数额尚不能确定的，应根据有证明和资料可以确定的最低数额先予支付。保险人最终确定赔偿或者给付保险金的数额后，应支付相应的差额。

在财产保险中，保险人按约支付了保险金后，对受损的保险标的拥有相应的处理权。中国保险法第 43 条对此有规定。另外，保险人还具有代位求偿权。这是指保险人在赔偿被保险人的损失后即从被保险人处受让向造成该损失的第三者责任人索赔的权利。求偿金额不超过其向被保险人支付保险金的数额。按国际惯例，这种代位求偿权多限于财产保险范围，人身保险一般不得行使代位求偿权。中国保险法第 67 条即规定：“人身保险的被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不得享有向第三者追偿的权利。”

4. 典型保险合同的具体规则

如前所述，保险合同种类繁多，规则各异，本章限于篇幅，不可能加以逐一说明阐述，而只扼要介绍中国保险法和海商法中明确规定的财产保险合同、人身保险合同和海上保险合同的主要规则。

(1) 财产保险合同。

中国财产保险合同的主要法律依据为《中华人民共和国合同法》、《财产保险合同条例》和《保险法》。《财产保险合同条例》作为《合同法》的实施条例，将财产保险称为“包括财产保险、农业保险、责任保险、保证保险、信用保险等以财产或财产利益为保险标的的各种保险。”而《保险法》中多为原则性规定，具体规则仍可适用《财产保险合同条例》的有关规定。

财产保险合同的主要条款有保险标的、保险金额、保险费、保险期限、保险责任包括除外责任和赔偿办法等。保险责任是指由保险人承担赔偿责任的事故或风险范围。而保险责任事故之外的其他保险方不承担损害赔偿责任的事故，称为除外责任。按《财产保险合同条例》第 16 条第 1 款的规定，保险方对发生保险事故所造成的保险标的的损失或者引起的责任，应当按照保

险合同规定履行赔偿责任。保险责任范围主要包括 3 大类，即：1) 因不可抗力的自然灾害所造成的损失。自然灾害的范围包括雷电、暴风、雪灾、暴雨、龙卷风、洪水、海啸、地震、地陷、崖崩、雹灾、冰凌、泥石流等。2) 因意外事故所造成的损失。意外事故包括火灾、爆炸、空中运行物体坠落等。3) 其他保险事故，如停电、停水、停气造成的损失。但“三停”须由上述灾害或事故引起。否则，保险人不予赔偿。除外责任主要有：1) 被保险人故意行为；2) 战争、军事行动或暴力行为；3) 核子辐射和污染；4) 堆放在露天或在罩棚下的保险财产，以及用芦席、布、草、纸板、塑料做棚顶的罩棚，由于暴风、暴雨所造成的损失；5) 因财产本身缺陷、保管不善而致的损失，变质霉烂、受潮、虫咬、自然磨损以及规定的正常消耗；6) 因遭受保险责任内的灾害或事故造成停工、停业等的一切间接损失。

(2) 人身保险合同。

人身保险合同是以人的寿命和身体为保险标的的保险合同。具有保险金额的固定性、保险期限的长期性(如有的长达 30 年或终生)和保险费的储蓄性等特点。

人身保险合同有不同的分类标准，其中主要依保障范围不同进行分类，可分为人寿保险合同、健康保险合同和伤害保险合同 3 类。人寿保险合同是指保险人对被保险人死亡或保险期限届满时给付保险金的合同。又可分为死亡保险合同、生存保险合同和混合保险合同。前者是以人的死亡为保险事故。中者是以被保险人在规定期限内以生存作为给付保险金条件的合同。后者亦称生死两全保险合同或养老金保险合同，是指被保险人在保险期内不论生死，保险人均按约支付保险金的合同。健康保险合同是指被保险人在保险期限内因疾病、分娩以及因疾病、分娩所致残废或死亡时，由保险人按约支付保险金的合同。伤害保险合同亦称意外伤害保险合同，是指被保险人在保险期内，因遭受意外伤害而致残废或死亡时，由保险人依约支付保险金的合同。

人身保险合同的主要内容一般也由保险条款规定，并附于保险单，险种不同，合同内容也不一样。但通常涉及投保人、保险人、被保险人和受益人等合同当事人、关系人。不过，投保人与被保险人分离的，前者对后者要有可保利益，也即在保险标的上具有某种利益关系而享有经济利益。按中国保险法第 52 条的规定，配偶、子女、父母，以及其他与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属，即具有可保利益或保险利益。除此之外的其他被保险人同意投保的，也视为对投保人有可保利益。人身保险合同除合同当事人、关系人、可保利益外，还应包括保险标的、保险危险与保险事故、保险金额和保险费、保险期限、保险时效、订约时间、合同无效和失效的原因等。

值得注意的是，由于人身保险合同标的的特殊性，合同中往往包含着财产类保险合同所没有的条款。这些条款主要有不可抗辩条款、不丧失价值条款、宽限期条款、复效条款、年龄误告条款、自杀条款、战争条款、受益人条款、保险单转让条款、贷款条款。

不可抗辩条款亦称不可争条款，这是指尽管投保人在要保时应遵循最大诚信原则，不得作不实说明或隐瞒欺骗，但经过一定期限如两年后，保险人

不得以投保人不实申告或隐瞒欺骗为由而解除合同，或拒绝履行给付义务。

不丧失价值条款是指长期性人身保险合同对被保险人所具有的现金价值，不因保险合同效力的变化而丧失，被保险人有权选择有利于自己的方式处之。如借款、退保并领取现金等。

宽限期条款是指投保人因故未按约定期限交纳保险费时，合同并不因此而立即失效，而是规定一个宽限期如1个月，在此期间投保人补交保险费的，保险合同仍然有效。

复效条款是指已经有效成立的人身保险合同因投保人未缴纳保险费而致失效，只要失效期限不是很长（如两年内），投保人全部补足失效期间的保险费，则保险合同仍然有效，保险期间也仍从头起算的合同约定。这对投保人特别有利。

年龄误告条款是指对投保人非故意误告年龄的，并不导致合同无效。在保险事故发生后，保险人按实际年龄理赔并重新计算保险费的合同条款。

自杀条款是指对被保险人因自杀身亡的，保险人不负支付保险费责任的特别条款。各国多限于保险合同生效后一定期限内的自杀事故，保险人免责，中国则规定一切自杀事故均不予赔偿，保险人仅需退回责任准备金。

战争条款是指保险合同中关于被保险人因战争引起死亡、伤残时保险人不负责的特别约定。

受益人条款是指人身保险合同中受益人有关事宜的特别约定。一般而言，投保人可在合同中指定受益人，也可在保险事故发生前经保险人同意变更受益人。受益人故意造成被保险人死亡或伤残的，或故意杀害被保险人或其他受益人的，不论既遂还是未遂，均丧失受益权。

保险单转让条款是指对非经书面通知保险人转让保险单不发生法律效力特别规定。这是因为人身保险虽是具有一定的财产价值，但因保险标的和受益人的特殊性，不能像财产保险单的转让那样随便、灵活。

贷款条款是指在人身保险合同生效后经一定期限，投保人可以合同为质押向保险人借款的特别约定。时间一般在合同生效两年后，借款金额也以责任准备金为限。

（3）海上保险合同。

海上保险合同虽然既涉及到保险法也涉及到合同法，但毕竟属于海商法规定的内容，故多在海商法中规定。中国海商法第216条规定：“海上保险合同，是指保险人按照约定，对被保险人遭受保险事故造成保险标的的损失和产生的责任负责赔偿，而由被保险人支付保险费的合同。”这里的保险事故，“是指保险人与被保险人约定的任何海上事故，包括与海上航行有关的发生于内河或者陆上的事故。”

可作为海上保险合同保险标的的有船舶；货物；船舶营运收入，包括运费、租金、旅客票款；货物预期利润；船员工资和其他报酬；对第三人的责任；由于发生保险事故可能受到损失的其他财产和产生的责任、费用。但是，被保险人只有对保险标的具有可保利益时，方可订立海上保险合同，否则会导致合同无效。

海上保险合同中保险标的的保险价值是计算保险费和保险金的最重要依据。确定保险价值，应遵循如下规则：1）船舶的保险价值，是保险责任开始时船舶的价值，包括船壳、机器、设备的价值，以及船上燃料、物料、索具、给养、淡水的价值和保险费的总和；2）货物的保险价值，是保险责任开始时

货物在起运地的发票价格或者非贸易商品在起运地的实际价值以及运费和保险费的总和；3) 运费的保险价值，是保险责任开始时承运人应收运费总额和保险费的总和；4) 其他保险标的的保险价值，是保险责任开始时保险标的的实际价值和保险费的总和。而保险金额由保险人与被保险人约定，但不得超过保险价值。否则，超过部分无效。

海上保险合同的订立程序、形式，以及合同与保险单的关系，与一般的保险合同无多大区别。其内容，不同海上保险险别不完全一样，但多包含中国海商法第 117 条中所规定的 8 项。它们是：1) 保险人名称；2) 被保险人名称；3) 保险标的；4) 保险价值；5) 保险金额；6) 保险责任和除外责任；7) 保险期间；8) 保险费。被保险人违反最大诚信原则，未将有关情况告知保险人或陈述不真实，保险人有权解除合同，并可退还保险费。合同解除前发生保险事故造成损失的，保险人不负赔偿责任。如被保险人未告知或陈述不真实不是出于故意的，保险人有权解除合同或要求相应增加保险费，但对合同解除前发生保险事故所致损失，仍应负责赔偿，除非未告或误告的重要情况对保险事故发生影响。保险责任开始前，被保险人可要求解除合同，保险人应退还保险费，但被保险人也应向保险人支付手续费。按保险合同约定在保险责任开始后可以解除合同的，被保险人要求解除合同，保险人有权收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止的保险费，剩余部分予以退还；保险人要求解除合同，应当将自合同解除之日起至保险期满之日止的保险费退还被保险人。

海上保险合同可以转让。但不同险别因保险标的各异而产生不同的法律效力。海上货物运输保险合同可随着货物转让而由被保险人背书或以其他方式转让，无须经保险人确认，该保险合同继续有效，合同的权利义务随之转移。合同转让时尚未支付保险费的，被保险人和合同受让人负连带支付责任。因船舶转让而转让船舶保险合同的，应当取得保险人同意。未经保险人同意，船舶保险合同从船舶转让时起解除；船舶转让发生在航次之中的，船舶保险合同至航次终了时解除。合同解除后，保险人应将自合同解除之日起至保险期限届满之日止的保险费退还被保险人。

海上保险合同被保险人的基本权利和义务为按约支付保险费、及时发出违约或危险通知、尽力施救、因保险事故遭损时起 2 年内行使索赔权。保险人的基本权利和义务为签发保险单、赔偿保险事故所造成的损害和收取保险费。海上保险合同除其他财产保险合同中也有的代位追偿权外，还有特有的委付制度。原则上，保险人对被保险人的保险标的在承保期间和范围内因承保的海上危险或事故所造成的损害负责赔偿，还应另行支付被保险人为防止或减少损失而支付的必要的合理的费用。但因被保险人的故意所造成的损失，保险人不负赔偿责任。海商法或双方当事人在合同中明确规定除外责任的，保险人对因除外责任事项所致损失不负责赔偿。中国海商法第 243 条、244 条所规定的除外责任事项有：货物损失方面，因航行迟延、交货迟延或者行市变化；货物的自然损耗、本身的缺陷和自然特性；包装不当引起的，保险人不负赔偿责任。船舶和运费损失方面，船舶开航时不适航，但是在船舶定期保险中被保险人不知道的除外；船舶自然磨损或者锈蚀引起的，保险

参见《中华人民共和国海商法》，第 219、220 条。

参见《中华人民共和国海商法》，第 229、230 条。

人不负赔偿责任。而委付是指保险标的物发生推定全损时，被保险人将保险标的的所有权及派生的一切权利和义务转让给保险人，并向保险人请求赔付全部保险金额的制度。委付不得附带任何条件，一经保险人接受，也不得撤回。

三、保险业的管理规范

保险业的种类主要是经营综合性险别的保险公司、专门经营特种保险业的海上保险公司、火灾保险公司、人寿保险公司等，还有保险代理人和保险经纪人等辅助性公司。为了保障投保人、被保险人、受益人以及社会的利益，几乎所有国家均有专门管理保险人的法律、法规或规章，有的国家对保险代理人、经纪人也有专门规定。除英国等少数国家允许自然人经营保险业务外，绝大多数国家只准许经国家特批的法人经营保险业务。否则，追究经营者的法律责任。正如前面已经提到的那样，英国的保险人由国务大臣许可授权后，方可经营。但由劳合社成员从事的非工业保险；依赞助法令登记注册成立的赞助团体所从事的保险；由工会或雇主协会成员从事的非工业保险，但仅限于和其成员长远利益或罢工利益相联系的生活保险除外。

中国关于保险业管理的法规、规章主要有：1982年12月27日国务院批准发布的《中国人民保险公司章程》，1985年3月3日国务院发布的《保险企业管理暂行条例》，1990年7月26日中国人民保险公司发布的《专职保险代理管理暂行办法》，1992年11月2日中国人民银行发布的《保险代理机构管理暂行办法》等。另外，《中华人民共和国保险法》第3章“保险公司”、第4章“保险经营规则”、第5章“保险业的监督管理”、第6章“保险代理人和保险经纪人”，以全法2/5的条款规定保险业的有关问题。

中国的保险业属于金融业，故设立保险公司、成为保险代理人和保险经纪人，须经金融监督管理部门批准，颁发经营许可证，凭证到工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。保险公司应具备下列条件：1) 有符合保险法和公司法规定的章程；2) 有符合保险法规定不低于2亿元注册资本；3) 有具备任职专业知识和业务工作经验的高级管理人员；4) 有健全的组织机构和管理制度，而组织机构适用公司法的规定；5) 有符合要求的营业场所和与业务有关的其他设施。保险公司成立后应按其注册资本总额的20%提取保证金，存入金融监督管理部门指定的银行，除保险公司清算时用于清偿债务外，不得动用。另外，保险公司的分支机构设立、登记事项变更、合并、分立、解散、清算和破产，均适用相应的特别规定。

保险公司的业务范围由批准部门核定，但不得同时兼营财产保险业务和人身保险业务，已经设立的兼业公司，限期实行分业经营。在业务活动中，保险公司应依法提取未到期责任准备金、未决赔款准备金、保险保障基金和公积金。其中，经营人寿保险业务的保险公司，应当按照有效的人寿保险单的全部净值提取未到期责任准备金。经营其他保险业务的保险公司，应当从当年自留保险费中提取和转结相当于当年自留保险费50%的未到期责任准备金。未决赔款准备金按已经提出的保险赔偿或给付金额，以及已经发生保险事故但尚未提出的赔偿或偿付金额提取。

保险公司应当具有与其业务规模相适应的最低偿付能力。其实际资产减去实际负债的差额，不得低于金融监督管理部门规定的数额。否则应增加资本金，补足差额。经营财产保险业务的保险公司当年自留保险费，不得超过其实有资本金加公积金总和的 4 倍。按中国保险法规定，除人寿保险业务外，保险公司应将其每笔承保业务的 20% 优先向中国境内的保险公司办理再保险业务。保险公司对每一危险单位，即对一次保险事故可能造成的最大损失范围所承担的责任，不得超过其实有资本金加公积金总和的 10%；超过部分，应当办理再保险。

保险代理人、保险经纪人应有自己的经营场所。设立专门帐簿记载保险代理或经纪业务的收支情况，并接受金融监督管理部门的监督。保险经纪人在办理保险业务中有过错，给投保人、被保险人造成损失的，由保险经纪人承担赔偿责任。而保险代理人根据保险人的授权代为办理保险业务的行为，由保险人承担责任。经营人寿保险代理业务的，不得同时接受两个以上的保险人的委托。另外，保险代理人、保险经纪人办理保险业务时，不得利用行政权力、职务或职业便利，以及其他不正当手段，强迫、引诱或限制投保人订立保险合同。

还有，保险人及其工作人员、保险代理人或经纪人在保险业务中，不得欺骗投保人、被保险人或受益人；对投保人隐瞒与保险合同有关的重要情况；阻碍投保人履行法律规定的如实告知义务，或者诱导其不履行此项义务；承诺向投保人、被保险人或受益人给予保险合同规定以外的保险费回扣或其他利益。违者承担相应的行政和刑事责任。

参见《中华人民共和国保险法》，第 101、102 条。

《中华人民共和国保险法》第 7 章“法律责任”，只规定行政和刑事责任，而并无民事责任的规定。

第九章 破产法

本章主要介绍破产的含义、作用、破产原因、各国破产法精要以及破产实体法和破产程序法的主要规则。

一、破产法制的历史功绩

1. 什么是破产和破产制度

所谓破产，最简单最通俗的意义为还不起债或债务人不能清偿到期债务。破产问题古已有之。中国古代就有“债台高筑”的典故，说的是战国后期，东周的最后一个君主周赧王因借债招募军队会同六国伐秦，事后无力偿还，为了躲避债主，只好藏身于宫中的一个高台上。而3700多年前的《汉穆拉比法典》中，也有关于破产的规定。现代经济社会复杂多变，经营风险防不胜防，破产事件更是层出不穷，而且对社会经济生活产生巨大影响，甚至会引起“经济地震”。1979年美国汽车制造业三巨头之一克莱斯勒公司就曾一度陷于困境，处于破产边缘，后因公司总经理艾科卡说服美国国会，向政府争取到15亿美元的应急性贷款，才得以渡过难关。而1995年英国巴林银行因其驻新加坡国际金融期货交易所交易员利森违规操作，损失10多亿美元而破产，最后被荷兰一银行接管。中国证券业翘楚上海万国证券股份有限公司，也因在国债期货上违规操作而导致10多亿元人民币的损失；差一点宣告破产。法律意义上的破产与债务人不能清偿债务的事实状态这一事实上的破产不同。按中国著名民商法专家江平先生的概括。破产就是当债务人的全部财产不足以抵偿债务时，为使债权人能得到公平清偿的一种程序。这是美国和某些大陆法国家破产法中所规定的真正的破产，但英国和其他绝大多数国家包括中国法中所称的破产，则是指在债务人不能清偿到期债务时，法院根据债权人或债务人的申请，将债务人的破产财产依法公平分配给债权人的特定程序。

有的学者从更广的意义上理解破产一词，认为它是在债务人的财产状况恶化，对全部债务不能完全清偿时，一方面以对债务人全部财产强制管理和变价使债权人得到公平满足，另一方面通过和解与整顿给予债务人复兴经济的机会，防止社会经济秩序混乱的诉讼程序。破产是指债务人不能清偿债务时所适用的清偿程序和该程序终结后债务人的身份地位受限制的法律状态。与此相关联，则产生了与破产不可分离的一系列概念，如用于表明债务人不能清偿债务的事实状态的破产原因；说明债务人财产法定分配方式的破产程序或破产还债程序；限定债务人身份地位的破产人、清算人、破产财产等；反映一般法律制度在破产程序中变通适用的破产债权、取回权、别除权、抵

包启新，俞沛铭：《中国古典故事大观》，中国少年儿童出版社1993年3月版，第832—833页；张莉、师勇：《企业破产实务》，中国物价出版社1995年1月版，第2—3页。

参见江平：《西方国家民商法概要》，第322页；江平：《商法全书》，第519页；参见李玉泉、陈绍军：《中国商事法》，第154页。

谢邦宇：《破产法通论》，湖南大学出版社1987年12月版，第10页；陈荣宗：《破产法》，台湾三民书局1986年版，第1页。

消权、否认权等。总之，破产实际上是一种法定清偿程序制度，因此，人们通常将破产称为破产制度。破产作为一种法律制度，一种兼有程序规定和实体规定，目的使所有债权人均可得到公平清偿的法律制度，在社会经济生活中主要起着下列作用：

第一，保护债权人的合法权益。解决债权债务关系，通常可按一般民事诉讼程序进行诉讼。但在债务人无力清偿时，不采取破产程序，即使判决也可能无法执行，中国的状况尤其如此。另外，通过破产这一特别程序，还能使所有债权人得到公平清偿的机会，防止债权人争相追偿或债务人歧视性清偿所引起的不公和混乱。

第二，保护债务人的合法权益。债务人通过破产还债程序，将经过清算的全部财产一次性分给全体债权人，而对未予清偿的债务则可免除履行义务。债务人从此可从沉重的债务负担中解脱出来，轻装上阵，重新寻求再生的机会。对法人破产的成员而言，还可通过破产甩掉包袱，集中资产致力于盈利事业。另外，在破产程序中，债务人通过一个诉来清偿所有债权人的债权，也可大大减轻应诉负担，节省人力、物力。

第三，阻止债务膨胀，预防社会震荡。债务人无力清偿债务，有的可能一时周转不灵，若适量注入资金，即可恢复正常营运；有的负债累累，而且无药可救。这时，如没有破产制度，债务人为了维持现状，势必继续举债，结果却不但于事无补，不断增加对社会财富的损耗和浪费，而且使得债务日趋膨胀，既加重债务人的债务负担，又致使债权人可能获得的清偿比例随之下降，甚至还会引起连锁破产，给社会造成更大的危害。

第四，利用优胜劣汰的机制，增强竞争压力，优化经济结构，促进社会经济良性循环。市场经济体制下的破产制度，使各种经济主体在追逐利润内在动力驱使的同时，加上外在竞争的强大压力，不断地刺激其改善管理、提高技术、拓展业务、增强实力。否则，即难逃被宣告破产或被兼并等命运。也正因为破产这一优胜劣汰机制，能使所有生存下来的公司、企业，各具特色，各有所长，扮演着不可或缺的角色。这样，整个经济社会必然充满活力。

破产制度容易与倒产制度相混淆。实际上，倒产制度是指债务人不能清偿到期债务或发生财务危机时，为预防或避免适用破产程序，或者为了恢复和重建而请求法院干预的各种制度的总称。有些内容包含于破产制度，有些则超出破产制度的范围。它主要有和解制度、公司重整制度和特别清算制度。

和解制度是指在债务人不能清偿到期债务时，为避免开始破产程序或受破产宣告，在破产申请前或破产程序中，主动请求法院许可其同债权人达成谅解，以清理债权债务关系的制度。公司重整制度亦称公司整理或整顿或更生制度，是指濒临破产的股份有限公司为避免破产清算而制订公司振兴计划，与债权人达成协议，经法院许可，强制利害关系人与其合作，以谋求公司的复兴与存续。如重整失败，法院再依职权宣告破产的制度。特别清算制

邹海林：《破产程序和破产法实体制度比较研究》，法律出版社 1995 年 1 月版，第 1 页。

参见江平：《商法全书》，第 520—521 页。

谢怀拭：《资本主义国家破产法简介》，《企业破产法讲座》；人民法院出版社 1990 年版，第 152 页；
参见谢邦宇：《破产法通论》，第 27—34 页；

度亦是仅适用于股份有限公司的一种制度。它是指在公司财务发生困难或因其他原因解散时，依照法院的命令并在法院的监督之下清理公司的债权债务关系的制度。

2. 破产立法简史

破产法是指债务人不能清偿其债务而适用破产或和解程序处理债务关系的一系列法律规范的总称。内容主要包括破产实体规范、破产程序规范和罚则。其法律渊源主要有单行破产法，如英国 1914 年破产法，美国 1938 年联邦破产法、德国 1977 年破产法、法国 1967 年破产法、日本 1922 年破产法、中国 1986 年企业破产法（试行）等。还有民事和商事基本法、民事和商事特别法、刑事法律、最高法院的司法解释和英美法系中的破产判例，也是破产法渊源。

正如前面已经提到的那样，早在 3700 多年之前的西亚巴比伦王国的《汉穆拉比法典》中，就有关于债务人破产的规定。根据该法典第 117 条，自由民如负有债务，将妻子、儿女出卖或交出作债奴，在买方或债权人家中服役期满 3 年，即应恢复自由。古罗马时期的《十二铜表法》中，已有破产制度和和解制度的雏形。中世纪欧洲地中海附近的许多城邦先后制定了一系列条例、法令，有不少涉及到破产规则。如 1244 年的威尼斯条例，就有关于扣押债务人的财产对全体债权人均有效、全体债权人公平受偿出卖债务人财产所得、破产程序必须以管财人（清算人）为中心的规定。而 13 世纪下半叶西班牙制定的著名破产法律《六章律》，因确立一般人破产主义而非商人破产主义以及强制和解制度，对西方各国近现代破产立法有着广泛影响。近现代破产法曾形成法国法系、德日法系和英美法系三个破产法法系。其中，法国法系的影响主要及于近代破产制度，而现代破产法则主要受德日法系和英美法系的影响。

（1）法国法系。

法国在 1538 年就有关于破产的法令，1667 年的里昂破产条例，是法国最早的单行破产法。1673 年路易十四时期的商事条例中，对商事破产程序作了专章规定。1807 年的法国商法典第 3 编为破产编，全面规定了商事破产制度，确立了商人破产不免责主义。该编直到 1838 年才公布施行。1967 年法国将破产法从商法典中独立出来，颁布单行破产法，改商人破产主义为一般人破产主义，即规定破产法不但适用于商人，也同时适用于商人以外的其他非商人实体。1986 年修订后施行至今。法国破产法虽已经放弃商人破产主义，但法国法系的传统对采取商人破产主义的国家，尤其是法属前殖民地国家的破产立法影响深远。

（2）德日法系。

德国统一之前，自 19 世纪中叶开始，各城邦国家受法国破产法的影响，纷纷订立自己的破产法。1855 年公布普鲁士破产法，但没有来用法国式的商人破产主义。1877 年制定了第一部统一的德国破产法，并在 1898 年进行了全面修订，1927 年又制定了和解法。两法分别在 1976 年和 1934 年修订后，沿用至今。

日本 1881 年聘请德国法学家劳斯纳帮助起草商法典，仿法国法例，将破产法包含于商法典破产编内，1890 年公布并于 1893 年先于整部商法典开始

施行。该法采取法国式的商人破产主义。为了弥补其不足,1890年日本又公布适用于非商人的家资分散法。1899年公布的日本新商法中未包括破产编。1922年,日本公布单行破产法,改法国式商人破产主义,采取德国式的一般人破产主义,战后又受美国法的很大影响,主要反映在1952年的破产法修正案中,尤其是将传统的破产不免责主义改为破产免责主义。

(3) 英美法系。

英美法以不成文的判例法为传统,但破产法却主要以成文法的形式出现。1542年亨利八世时英国就颁布了破产条例,实行一般人破产主义,1571年改行商人破产主义,1861年重新改为一般人破产主义,从此奠定英国近现代破产法的基础。现行破产法为1913年公布,经1924年修订。另外,英国还于1914年公布和解法,1976年公布无力偿付法。1800年的美国破产法、1891年的香港破产条例、1909年的菲律宾破产法、1919年的加拿大破产法、1933年的阿根廷破产法、1966年的澳大利亚破产法和1967年的新西兰破产法,都直接仿效英国破产法而订立。其中,1800年美国破产法依英国当时法例,实行商人破产主义,再加上其他众多原因,1803年就被废止了。1841年又重新制定破产法,确立了一般人破产主义和破产免责主义,后几经废立,直到1898年才又仿英国法例制定破产法。并于1938年进行了较大修改。1978年美国公布破产改革法,对美国破产制度进行了全面变革。这部被称为1979年破产法典的美国现行破产法。成为西方国家现代破产法的典范。

(4) 中国的破产立法。

中国最早于1906年公布破产律,但其中的公平清偿原则直接触犯了外国人和清王朝的利益,因为此前的法定清偿顺序是先外国人,后官府,再商人,所以,户部坚决反对,1908年即被废止,与欧美诸国在19世纪末20世纪初包括破产法在内的民商法日趋完善的状况形成鲜明对比。1935年,国民政府公布破产法和破产施行法,1937年又曾全面修订。现经1980年修订,仍施行于台湾省。

与其他商事法律制度一样,中国大陆计划经济体制之下破产法无生存发展的土壤,直到1980年,民事诉讼法起草小组建议在该法中增设破产程序,破产立法才提到议事日程。1986年12月2日《中华人民共和国企业破产法(试行)》由第6届全国人大第18次常务会议审议通过。该法共分总则、破产申请的提出和受理、债权人会议、和解和整顿、破产宣告和破产清算以及附则。计6章43条,只适用于全民所有制企业,并特别申明待全民所有制企业法施行之后满3个月起施行。1988年4月13日《中华人民共和国全民所有制工业企业法》公布,并于同年8月1日起施行。照此推算,《企业破产法(试行)》的实施时间为1988年11月1日。这种先立破产法,后公布适用破产法的主体法的立法例,在国际上极为罕见。

为弥补中国《企业破产法(试行)》适用主体的局限性,1991年公布施行的《中华人民共和国民事诉讼法》第19章“企业法人破产还债程序”,对全民所有制企业(即国有企业)之外的所有中国法人适用。此外,1991年11月7日最高人民法院发布了《关于贯彻执行 中华人民共和国企业破产法(试行) 若干问题的意见》。1992年7月14日最高人民法院发布的《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》第10部分,也对企业法

人破产还债程序作了规定。还有，《公司法》第8章中也规定了公司破产的有关规则。

3. 破产立法主义

所谓破产立法主义，是指一国制定和实施破产法的指导思想。由于各国经济、政治、文化环境、历史传统等背景不同，一国在不同时期的各种因素的交互变化，曾出现不同的破产立法主义。概括起来有商人破产主义、一般人破产主义和折衷主义、自力救助主义和公力救助主义、破产原因列举主义和破产原因概括主义、破产程序受理开始主义和宣告开始主义、破产宣告申请主义和职权主义、和解前置主义和和解分离主义、破产普及主义、破产属地主义和折衷主义、破产溯及主义和破产无溯及主义、固定主义和膨胀主义、破产免责主义和破产不免责主义，以及惩罚主义和非惩罚主义。

商人破产主义是指只有商人才适用破产法，非商人不适用。它创立于法国，后被意大利、比利时等许多国家援用。一般人破产主义是指不分商人与非商人，均适用破产法。它由英国、德国法创立，现已成为现代破产立法趋势。如前所述，法国法也于1967年改行一般人破产主义。折衷主义是指商人和非商人适用两种不同的破产程序。中国所规定的国有企业和非国有企业适用不同的破产法律规定，形成于特殊的历史条件，且非国有企业破产还债程序，可参照国有企业破产法律规定执行。表明不采取折衷主义。但也很难归入其他类型，因为中国没有商法所特有的“商人”概念。

自力救助主义是指在破产程序中，债权人依靠自己的力量占有、变卖债务人的财产并予分配。它最早出现于古罗马法中，中世纪被西班牙所效法。近现代英美法系虽以自力救助主义为原则，即由债权人选任破产管理人，同时又受法院的严格监督。相反，由法院对债务人的财产实行占有、管理、变卖和分配的制度，称为公力救助主义或法院执行主义。现代破产法多为两者结合，实行在法院的干预和监督下由债权人或法院选任破产管理人的破产程序。中国亦然。

破产原因列举主义是指在破产法中对破产原因予以一一列明。主要由英国、加拿大、澳大利亚、香港破产法例采用。破产原因概括主义是指破产法中概括性地规定破产原因或破产条件，而并不一一加以列举，为大陆法各国所采用。中国《企业破产法（试行）》第3条所规定的“企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务”，以及《民事诉讼法》第199条所规定的“企业法人因严重亏损，无力清偿到期债务”，即属于概括主义。只是前者仅限于经营性亏损的无力还债，而将政策性亏损引起的无力还债排除在破产程序适用范围之外。非国有企业一般不存在政策性亏损问题，故不加区别。概括主义比较灵活，法院自由裁量权大。因此，1978年美国联邦破产法也摒弃列举主义而改采概括主义。

破产程序受理开始主义是指以申请破产为破产程序开始的标志，即使后经和解程序而救活破产人，则终结破产程序。破产程序宣告开始主义是指以法院宣告债务人破产为破产程序开始的标志。前者的破产程序包括申请立案、审理、宣告破产和破产清算4个阶段，而后者仅包括后两个阶段。大陆

1992年7月14日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第253条。

参见《中华人民共和国企业破产法（试行）》第24条；《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》第50、52条；《中华人民共和国民事诉讼法》第201条。

法多采后者，英美法多采前者，中国台湾破产法采后者，大陆破产法却采前者，形成一个完整的体系。

破产宣告申请主义是指法院仅依债务人或债权人的破产申请宣告债务人破产。破产宣告职权主义是指法院可不经当事人申请，而依职权宣告债务人破产。西方国家早期的破产法多将破产作为一种危害社会的犯罪行为，故普遍采用后者，破产法也属于公法范畴。但现代破产法已将破产视为一种私法上的行为，因而大多采取前者，仅在特殊情况下采用破产宣告职权主义，以保证全体债权人得到公平清偿。中国法则不承认破产宣告职权主义。

和解前置主义是指在申请法院宣告债务人破产前，应先试行和解，只有在和解不成时方可宣告债务人破产。英国法采用这一原则，并在同一法律中规定破产和解程序。和解分离主义是指不将和解程序作为破产程序的必经环节，两者各自独立，由债务人选择是否和解，法律不予限制。大陆法多采用这一原则，并分别制定破产法和和解法，如德国、日本。中国虽未分别立法，但实际上也采取和解分离主义。

破产普及主义是指破产宣告的效力不仅及于破产人在本国的财产，而且还及于其在国外的财产。为法国、意大利、比利时、荷兰、瑞士、挪威等国所采用。破产属地主义是指破产宣告的效力只及于债务人在本国的财产的立法原则。为美国、德国以及中国破产立法所采纳。折衷主义是指对债务人的动产实行普及主义，而对不动产实行属地主义的破产立法原则。为英国所采用。

破产溯及主义是指破产宣告的效力溯及到债务人有破产原因之日起，其后管理、处分财产的行为无效。为英国、法国、加拿大、西班牙等国所采纳。破产无溯及主义是指破产宣告的效力自宣告之日起开始，并不溯及既往。为德国等大陆法国家所采纳。为防止债务人隐匿资产等损害债权人的行为，一般在破产法中以撤销权或否认权制度补充之。如中国《企业破产法（试行）》第35条规定即是。

固定主义是指破产财产的构成以破产宣告时破产人所有的全部财产为限。为德国、日本、美国等所采用。膨胀主义是指破产财产的构成范围，除破产宣告时破产人的所有财产外，还包括破产宣告后至破产程序终结前破产人所取得的全部财产。为英国、法国、意大利、奥地利、西班牙、澳大利亚等许多国家所采用。这一分类仅对自然人有意义，中国《企业破产法（试行）》中虽有类似规定，但实际上并非采用膨胀主义。

破产免责主义是指债务人在经过破产程序以其全部财产偿债后，对未予清偿的债权不再负清偿责任的立法原则。该原则首创于英国，扩及美国等英美法国家，以及战后日本等大陆法国家。破产不免责主义是指破产债务人对债权人依破产程序未清偿的债务，不因破产程序终结而消灭，仍继续承担清偿责任的立法原则。为德、法等国所采用。这一划分也只适用于自然人，因为法人本身因破产而人格消灭，不存在免责、不免责的问题，所以中国法中尚无这样的划分。

惩罚主义是指将破产视为犯罪行为，对破产人进行各种公法、私法上的

参见《企业破产法（试行）》第3条第3款和第4章；《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》第35条。

参见陈荣宗：《破产法》，第159页；参见邹海林：《破产程序和破产法实体制度比较研究》，第19页。

限制，且在债务全部清偿后通过复权程序才能解除的立法原则，为法国法系采用。非惩罚主义是指不将破产视为犯罪行为，而只是债权人与债务人间的清算程序，故不对破产人进行公法、私法上限制的立法原则。为德日法系所采用，也是现代破产法的趋势。中国《企业破产法（试行）》第 41 条、42 条规定对恶意逃避破产债务或玩忽职守造成的企业破产，致使国家财产遭受重大损失的，依法追究刑事责任，其他情况之下则仅为破产清偿，可见原则上实行非惩罚主义。

二、破产实体规则

破产实体规则主要涉及到破产财产及其构成、破产债权、与破产财产有关的某些特殊权利等。

1. 破产财产

破产财产亦称破产财团，是指债务人在被宣告破产时至破产终结前，由破产管理人接管的、可用于破产分配的全部财产。它既是破产宣告后破产程序得以继续进行的财产基础，又是破产债权人依法受偿的物质保证。西方有的国家的破产法仅适用于自然人或也适用于法人，故有采用固定主义和膨胀主义的立法原则之分，而以膨胀主义的立法原则为趋势。中国破产法只适用于法人，无固定主义与膨胀主义区别。但据《企业破产法（试行）》第 28 条的规定：“破产财产由下列财产构成：1）破产宣告时破产企业经营管理的全部财产；2）破产企业在破产宣告后至破产程序终结前所取得的财产；3）应当由破产企业行使的其他权利。已作为担保物的财产不属于破产财产；担保物的价款超过其所担保的债务数额的，超过部分属于破产财产。”而非国有企业破产财产的构成，按最高人民法院的司法解释，参照上述规定办理。但是，依现行《民法通则》第 48 条的规定，除国有企业即全民所有制企业以国家授予它经营管理的财产承担民事责任外，集体所有制企业、外商投资企业等均以其所有的财产承担民事责任。中国公司法虽规定了公司享有全部法人财产权，可仍未实现所有权理论和法律制度上的突破。因此，国有企业破产财产仍为国家所有的财产，而其他企业应理解为企业所有的财产。

破产财产的具体形式，除房产、机器、设备、原材料、产成品等实物和现金外，还应包括依法发行股票、债券所筹资金或由此形成的资产；破产企业享有的土地、水流、矿产等自然资源的使用权；破产程序终结前因破产企业的债务人清偿债务而取得的财产、因破产企业继续履行合同而取得的财产、因破产宣告前的投资所取得的收益、破产财产的股息、因继续破产企业的营业所取得的财产。因其他原因而合法取得或拥有的财产权利，包括知识产权。

2. 有关破产财产的几项特殊权利

与破产财产相关的特殊权利，依多数国家的破产法例，主要包括取回权、别除权、抵消权和否认权。

（1）取回权是指对虽在破产人名下，但属于他人的财产，该财产权利人可不依破产程序，从破产管理人占有、管理的财产中直接取回的权利。按成立依据不同，又可分为一般取回权、特别取回权。前者是指财产权利人依民

参见邹海林：《破产程序和破产法实体制度比较研究》，第 254—260 页。

法上物的返还请求权的规定，从破产管理人处取回其财产的权利。凡租赁物、借用物、寄托物、定作物、出售或寄售物、失散物，权利人均可通过破产管理人，从破产人处取回。后者是指即将占有而尚未实际占有他人财产时被宣告破产的，该财产所有人所享有的取回该财产的权利。又主要包括出卖人取回权、行使取回权。出卖人取回权是指异地买卖成立但尚未收取全部货款的卖方已经发货，买方尚未收到货物前被宣告破产的，卖方所享有的取回在途货物的权利。行使取回权是指行使人为委托人的利益发送货物后，委托人在尚未收到货物又未交清价款的情况下被宣告破产的，行纪人所享有的取回已发送货物的权利。德国、日本等国破产法中对一般和特别取回权均有规定，中国《企业破产法（试行）》第 29 条中的“破产企业内属于他人的财产，由该财产的权利人通过清算组取回”，是对一般取回权的规定，而对特别取回权的规定尚需补充和完善。

（2）别除权亦称优先受偿权，是指对破产人的特定财产享有担保债权的人，可不依破产程序就该担保财产，较其他无财产担保的债权人优先受偿的权利。别除权是民法中债的担保制度在破产法中的具体体现。别除权的实质是权利人对破产人的特定财产所享有的担保物权，一般包括抵押权、质权、留置权以及其他法定担保物权或优先权，如中国海商法第 21 条所规定的船舶优先权。中国民法通则中只规定留置权和抵押权，而 1995 年 6 月 30 日公布的《中华人民共和国担保法》第 4 章中增设了“质押”，并列于第 3 章“抵押”和第 5 章“留置”。质押权应与质权同义。

别除权人行使别除权，不受破产程序限制和约束，是各国破产法的通例。中国法亦然。据中国《企业破产法（试行）》第 32 条的规定，有财产担保的债权人享有就该担保物优先受偿的权利。债权数额大于担保物价款的，未受清偿的部分作为破产债权，依破产程序受偿。中国《民事诉讼法》第 203 条也规定，已经作为银行贷款等债权的抵押物或者其他担保物的财产，银行和其他债权人享有就该抵押物或者其他担保物优先受偿的权利。但据司法实践，若优先权或别除权人在破产案件受理后至破产宣告前请求优先受偿的，应得到人民法院准许。

（3）抵消权是指在破产宣告时，破产债权人对破产人负有债务的，则不受种类和期限限制，均有不依破产程序用破产债权抵消其所负债务的权利。破产抵消权在英国破产法第 31 条、德国破产法第 53 条、日本破产法第 98 条中均有规定。中国《企业破产法（试行）》第 33 条也规定：“债权人对破产企业负有债务的，可以在破产清算前抵消。”破产债权人行使抵消权，可使其在破产程序之外获得优先清偿，既简化了破产程序，又减少了破产分配损失，还使抵消权人得到公平对待，防止出现可行使抵消权的破产债权人一方面偿还破产人的全部债务，另一方面却只能按破产顺序受偿破产财产所产生的不公平结果。

（4）否认权亦称撤销权、追回权、废罢诉权，是指破产人在破产宣告前的一定期间内，实施有害于破产债权人利益的行为，破产管理人请求法院予以撤销、否认该行为的法律效力，并追回该行为转让的财产或利益的权利。债权人否认权起源于罗马法，后被德国破产法首次引入破产程序中。除日本法中称否认权外，其余多数国家称撤销权。

见《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 241 条。

中国《企业破产法（试行）》第 35 条规定，破产人在破产案件受理前 6 个月至破产宣告之日的期间内，有 5 种损害债权人利益的行为，即：1) 隐匿、私分或无偿转让财产；2) 非正常压价出售财产；3) 对原来没有财产担保的债务提供财产担保；4) 对未到期的债务提前清偿；5) 放弃自己的债权，严重损害债权人利益的，清算组有权向人民法院申请追回财产。追回的财产并入破产财产。而破产程序终结后 1 年内，发现破产人有上述 5 种行为的，由于清算组已经解散，因而不需任何人申请，即可由法院径自行使否认权，并将追回的财产向债权人追加清偿。

3. 破产债权

破产债权是指债权人对破产人所享有的必须通过破产程序受偿的权利。日本破产法第 15 条规定：“因破产宣告前的原因所产生的对破产人的财产请求权，为破产债权。”中国《企业破产法（试行）》第 30 条也规定：“破产宣告前成立的无财产担保的债权和放弃优先受偿权利的有财产担保的债权为破产债权。”可见，破产债权是一种可强制执行的对人的财产请求权，而且以无财产担保的债权为限。

破产债权的范围各国立法上不尽相同。根据中国《企业破产法（试行）》的规定和最高人民法院的司法解释：破产债权的范围主要包括：1) 破产宣告前成立的无财产担保的债权；2) 破产宣告前成立的放弃优先受偿权利的有财产担保的债权；3) 破产宣告时未到期的债权；4) 代替债务人清偿债务后的保证人的代位追偿权；5) 未能就担保物受偿的有财产担保的债权；6) 清算组解除合同的损害赔偿请求权；7) 因合伙关系而产生的债权；8) 因票据关系而产生的债权；9) 有财产担保的债权人不参加破产程序时，未代替债务人清偿债务的保证人的追偿权。 —

三、破产程序规则

企业、公司及其他破产债务人破产，是通过法院的破产还债程序进行的，英美法系将破产法视为程序法，即是此理。破产程序主要包括破产的开始、债权人会议、和解与整顿、破产宣告、破产清算和破产程序的终结等内容。

1. 破产的开始

完整的破产程序始于破产申请，而无论债权人还是债务人申请破产，均应符合破产要件，并选定审理法院。然后由申请人申请，法院经审查立案审理。

破产要件是指对债务人财产状况进行整顿或对债务人宣告破产的必备条件。包括实质要件和形式要件两个方面。前者有破产能力或资格，如限于商人或法人或自然人；破产原因和多数债权人存在。后者有申请人资格，即是否限于债权人或债务人；法院的管辖，多为债务人所在地，有的国家还有级别管辖，如中国法规定地、市级以上工商登记机关登记的企业破产案由中级人民法院管辖；破产障碍，即债务人虽有破产原因，但出现妨碍破产程序开始和进行的事由，如中国《企业破产法（试行）》第 3 条第 2 款、第 3 款规定的情形。

破产申请既可由债权人提出。也可由债务人提出。债权人提出申请，应以书面形式写明债权人和债务人的自然情况；债权的数额、种类和受偿期限；债务人不能清偿的事实；要求法院宣告债务人破产的请求。同时，债权人还

须提供有关的证据

材料，包括债权发生事实的证据；债权的性质和数额；债权有无担保，有担保的提供相应证据；债务人不能清偿到期债务的有关证据。债务人提出破产申请称为“自己破产”，在各国破产法中均有明确规定，有的国家如法国还规定，债务人在发生破产原因时必须申请破产。中国按债务人是否为国有企业而作不同规定。根据《企业破产法（试行）》第8条、《民事诉讼法》第199条，当债务人为国有企业时，经其上级主管部门同意后，可以申请宣告破产；其他企业自行决定申请破产事宜。债务人提出破产申请，应提供企业亏损情况的说明；会计报表；企业财产状况明细表和有形财产的处所；债权和债务清册（包括债权人和债务人名单、住所、开户银行、债权债务发生的时间、债权债务数额、有无争议等）。国有企业还需提交其上级主管部门或政府授权部门同意其申请破产的意见。

法院接到破产申请后，应进行形式和实质两方面审查。实质审查的主要依据为债务人不能清偿到期债务，具体指债务的清偿期限已经届满；债权人已要求清偿；债务人明显缺乏清偿能力。债务人停止支付到期债务并呈连续状态，如无相反证据，可推定为“不能清偿到期债务”。法院应在收到申请后7日内审查决定立案与否。如被裁定驳回申请的，可在接到驳回申请裁定书之日起10日内向上级法院上诉。法院立案后，对债务人的其他民事执行程序中止；债务人对部分债权人的清偿无效。

破产申请一经法院受理立案，破产程序即正式开始。法院在立案后10日内通知债务人和已知的其他债权人并发布公告，让债务人在接到通知后的15日内向法院证明企业亏损情况，提交有关的会计报表、债权和债务清册。接到通知的债权人应在1个月内，未接到通知的债权人应自公告之日起3个月内向法院申报债权，逾期视为放弃。债权申报期限届满，法院应登记造册。此外，据中国的司法解释，法院在立案后，还应向企业职工发布公告，要求企业职工保护企业财产，不得非法处理企业的帐册、文书、资料和印章，不得隐匿、瓜分、无偿转让、非正常压价出售企业的财产。

被申请破产的债务人为其他单位担任保证人的，应在收到法院通知后5日内通知有关当事人。债权人得知保证人（债务人）破产的情况后，享有没有将其债权作为破产债权的选择权。债权人既不参加破产程序又不告知保证人的，保证义务自此终止。债权人参加破产程序的，债权人在破产宣告时所享有的债权额即为破产债权、参加分配后仍然可就其未受清偿的债权向被保证人求偿，以实现保证合同所担保的主合同中的权利。

2. 债权人会议

债权人会议是依法院的通知和公告而组成的债权人全体参加破产程序，并对有关破产的重要事项进行表决的临时性组织。它由全体债权人组成，除有财产担保的债权人未放弃优先受偿权利者不能行使表决权外，全体成员均有请求召开并出席债权人会议、对债权人会议议题发表意见及进行表决的权利。第一次债权人会议一般均由法律明确规定召集期限。如英国规定应自法院对债务人财产发布接管今后14日内召开，德国和日本规定在破产宣告后1个月内召开。中国《企业破产法（试行）》第14条规定“第一次债权人会议

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》第8条。
柴发邦，《民事诉讼法学新编》，法律出版社1992年6月版，第494页。

由人民法院召集，应当在债权申报期限届满后 15 日内召开”。而且，法院在向债权人所发的通知和公告中，应列明第一次债权人会议的日期、地点、议题等。会议由法院主持，并应宣布债权人资格审查结果。指定并宣布债权人会议主席、宣布债权人会议的职权以及其他有关事项。以后的债权人会议在法院或会议主席认为必要时，也可在清算组或占无财产担保债权总额 1/4 以上的债权人要求时召开。债权人会议主席召集债权人会议，应在发出通知前 3 日报告法院。而召集人通知的时间应于会议召开前 7 日，外地则为 20 日，并列明会议的时间、地点、内容、目的等。依中国法例，债权人会议的决议，由出席会议的有表决权的债权人的过半数通过，并且其所代表的债权额，即债权人会议确认的债权额，必须占无财产担保债权总额的半数以上，但通过和解协议草案的决议，须占无财产担保债权总额的 2/3 以上。债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。

各国破产法均对债权人会议职权有明确规定。中国《企业破产法(试行)》第 15 条规定了 3 项职权，即审查有关债权的证明材料，确认债权有无财产担保及其数额；讨论通过和解协议草案；讨论通过破产财产的处理和分配方案。另外，该法第 20 条和 21 条又赋予债权人会议定期听取债务人破产整顿报告、申请终结破产整顿的权力。最高人民法院的司法解释还认为债权人会议有权监督清算组的活动。

3. 和解与整顿

和解是指债务人发生破产原因或破产程序开始之后，法院作出破产宣告之前，由债务人申请并提出和解方案，经债权人会议讨论通过，并与债务人订立和解协议，法院认可后发布公告，中止破产程序的一种制度。和解制度于 1886 年创立于比利时，随后传播到世界各国，中国在企业破产法和民事诉讼法中均有规定，且将和解程序置于破产申请受理立案和宣告破产之间，同时在企业破产法中与整顿程序相结合。正如前述，整顿或重整或更生程序首创于美国，是一种在国家干预之下挽救濒临破产但有希望复苏振兴的公司的特殊制度。在中国则是指国有企业发生破产原因时，法院受理债权人的破产申请后，被申请破产的债务人的上级主管机关为挽救和振兴该企业，向法院提出整顿申请及其整顿方案，经与债权人会议达成和解协议后，法院裁定中止破产程序，按整顿计划和方案整顿企业的一种制度。和解、整顿程序中的和解协议草案，应包括清偿债务的财产来源、清偿债务的办法、清偿债务的期限等内容。被申请整顿的企业如要求减少债务的，还应写明请求减少的数额。而整顿方案则应包括下列内容：1) 对企业达到破产界限的原因的分析；2) 调整或组建新的领导班子的计划；3) 改善经营管理的措施和改造、转产措施的可行性；4) 扭亏增盈的办法；5) 不超过两年的整顿期限和目标等。按《企业破产法(试行)》第 20 条，企业整顿方案应经企业职工代表大会讨论，并在企业上级主管部门主持下进行，整顿情况分别向债权人会议和职工代表大会报告。

整顿期间，法院发现债务人不执行和解协议的；或财务状况继续恶化，由债权人会议申请终结整顿的；或恶意逃债而违法处分财产及债权的，法院应终结整顿，宣告其破产。经过整顿，企业能按和解协议清偿债务的，法院应终结破产程序并予公告。整顿期满，企业不能按和解协议清偿债务的，法

院应宣告其破产，并依法重新登记债权。

4. 破产宣告

破产宣告是指法院根据当事人申请或依职权，确认债务人确已存在无法消除的破产原因，并决定进入破产清算程序的活动。依各国不同法例，在不经和解程序和和解程序失败后，则进入破产宣告程序。中国法规定，在民事诉讼程序或民事执行程序进行中，人民法院获悉债务人不能清偿到期债务时，应当告知债务人可以在其所在地法院申请破产。申请破产的，债务人所在地法院应依法宣告债务人破产。国有企业作为债务人申请破产的，直接进入破产宣告程序。债权人申请国有企业破产，企业上级主管部门在公告期限届满前未提出整顿申请的，或是提出但未与债权人会议达成和解协议的，或非国有企业未进行和解的，或在和解整顿期间有《企业破产法（试行）》第35条所规定的情形之一的，或和解、整顿期满，不能按和解协议清偿债务的，直接进入或终结和解、整顿程序后进入破产宣告程序。

法院宣告企业破产，应公开进行，通知当事人到庭，当庭宣布破产裁定。裁定自宣布之日起生效，除法院或清算组认为确有必要继续生产经营者外，破产企业自宣告之日起停止生产经营活动。同时，法院应通知破产企业的债务人或财产持有人向清算组清偿债务或交付财产。后者可向法院提出异议并请求裁定。逾期既不清偿又无异议的，清算组申请法院裁定强制执行。另外，法院可在裁定宣告企业破产的同时发布公告，并载明企业亏损、资产负债状况；宣告企业破产的理由和法律依据；宣告企业破产的日期；破产宣告后企业的财产、帐册、文书、资料和印章等的保护。

5. 破产清算

破产清算是在法院监督之下由清算组主持进行的。清算组亦称管财人或破产管理人，是指由法院或债权人会议选出，在破产宣告后接管破产企业，负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配的临时性机构。对清算组的法律地位国内外素有争论。中国《企业破产法（试行）》第24条规定：“人民法院应当自宣告企业破产之日起15日内成立清算组，接管破产企业。清算组负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配。清算组可以依法进行必要的民事活动。清算组成员由人民法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门和专业人员中指定。清算组可以聘请必要的工作人员。清算组对人民法院负责并报告工作。”第25条、第26条又规定：“破产企业的债务人和财产持有人，只能向清算组清偿债务或者交付财产。”“对破产企业未履行的合同，清算组可以决定解除或者继续履行。”在司法实践中，成立清算组以前，人民法院商同级人民政府从企业上级主管部门、政府财政、工商行政管理、计委、审计、税务、物价、劳动、人事等部门和专业人员中用公函指定清算组成员。破产企业注销登记后，法院应宣布清算组撤销。可见，清算组是破产程序中在法院指导和监督之下执行破产清算事务的一种临时机构。它的职权主要为接管破产财产、保管和清理破产财产、代表破产企业进行必要的民事活动，变卖和分配破产财产以及向法院负责并报告工作。

清算组应根据清算结果制作破产财产明细表、资产负债表，并提出破产

参见柴发邦：《破产法教程》，法律出版社1990年版，第136页；柯善芳、潘志恒：《破产法概论》，广东高等教育出版社1988年版，第144—145页；参见邹海林：《破产程序和破产法实体制度比较研究》，第231—235页；参见李玉泉、陈绍军：《中国商事法》，第194—196页。

财产的分配方案，经债权人会议讨论通过，法院裁定认可后执行。用于分配的破产财产，必须是在满足别除权、取回权、抵销权以及支付破产费用之后所剩余的破产财产。中国《企业破产法（试行）》第 34 条即规定：“下列破产费用，应当从破产财产中优先拨付：1）破产财产的管理、变卖和分配所需的费用，包括聘任工作人员的费用；2）破产案件的诉讼费用；3）为债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用。”可分配的破产财产，按下列清偿顺序分配：1）破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；2）破产企业所欠税款；3）破产债权。破产财产不足清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

6. 破产程序的终结

破产财产经清理后，在清算组主持之下按法定顺序分配完毕，或发现不足以支付破产费用，即应提请人民法院终结破产程序，法院在 7 日之内以裁定方式终结破产程序。破产程序终

结后，清算组应当向破产企业登记机关办理破产企业注销登记，并将办理情况及时告知法院。破产企业的法律人格由此归于消灭。破产企业注销登记后，债权人会议自动解散，清算组也由人民法院宣布撤销。在破产程序终结后，未得到清偿的债权不再清偿。但是，破产程序终结后，又发现破产债务人有可分配的财产，可由人民法院对债权人进行追加分配。其中，自破产程序终结之日起 1 年内查出破产企业有恶意逃债行为的，否认其财产处分行为的效力，由法院追回财产，按法定清偿顺序向债权人追加分配。对发现的可分配财产的请求权，由企业的上级主管部门行使。追回的财产也由法院依法进行追加分配。

债务人对破产负有行政或刑事责任的，应依法追究相应责任。

《中华人民共和国企业破产法（试行）》第 38 条。

参见《企业破产法（试行）》第 40 条；《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》第 73 条。

十章国际商事仲裁

本章涉及到国际商事纠纷解决方式的有关规则。当然，纠纷的解决方式还有许多，如调解、协商、诉讼。但前两者法律效力受到限制，后者完全属于一国的司法管辖权问题，民族和主权色彩特别强烈。相比之下，仲裁是一种解决商事纠纷尤其是国际商事纠纷的极好方式。本章主要介绍仲裁的基本原理、国际商事仲裁的主要机构及其相应的仲裁规则，重点为中国的仲裁立法、仲裁机构及其规则。

一、国际商事仲裁及其优越性

仲裁亦称公断，是指当事人就某一事件或问题发生争议又不能协商解决，而由第三者依法作出对当事人双方均有约束力的裁决的一种非诉讼制度。国际商事仲裁是同国内仲裁相对应的涉外仲裁或国际仲裁中的一种仲裁制度。它是指争议双方具有不同国籍，或其营业地分处不同国家或地区，或争议标的或法律关系具有涉外因素，并且争议是因商事交往而产生的仲裁。根据联合国国际贸易法委员会起草的，并于1958年由联合国通过的《国际商事仲裁示范法》的解释，“商事这个术语应给予广义的解释，它包括所有商事性质关系所发生的争议，不问其性质为契约性质与否。商事性质关系包括但不仅仅限于下述交易事项：任何提供或交换商品或服务的交易；销售协议；商业代理；租赁；建筑工程；咨询、许可、投资和金融；银行；保险；代理；勘探协议或特许；合资企业或其他形式的工业商业合作；空中、海上、铁路或公路的货运或客运。”同年联合国通过的《承认及执行外国仲裁裁决公约》对商事一词未作界定，而只是要求依法院地法来确定商事关系的范围。该公约缔结于美国纽约，故简称纽约公约。纽约公约第1条还规定；任何缔约国可以声明，“本国只对根据本国法律属于商事的法律关系，不论是不是合同关系，所引起的争执适用本公约。”中国于1986年12月2日正式加入纽约公约，并于1987年4月22日对中国生效。但同时作出两项保留声明，其中之一就是仅对按中国法律属于契约性和非契约性的商事关系所引起的争议适用该公约。而根据1987年4月10日最高人民法院《关于执行我国加入承认与执行外国仲裁裁决公约的通知》所作的司法解释，契约性和非契约性商事法律关系，具体是指“由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系，例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”可见范围要比《国际商事仲裁示范法》的规定宽泛些。

国际商事仲裁与中国曾一度实行的国内经济合同仲裁不同。国际商事仲裁一般以协议为基础，没有当事人间的仲裁协议，任何一方不能申请仲裁，仲裁机构也不得受理；中国经济合同仲裁则无需订立协议，即可由一方提起仲裁，只是后来在实践中采取协议为基础的原则。国际商事仲裁的仲裁机构

参见吴建斌：《经济法教程（修订本）》，第470页；参见曹建明：《国际经济法概论》，第546页。
李玉泉：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，武汉大学出版社1994年4月版，第385—387页。

属民间性机构；中国经济合同仲裁机构隶属于工商行政管理部门，为官方机构，其官方色彩目前仍反映在技术合同仲裁机构身上。国际商事仲裁的仲裁员和仲裁庭由当事人选任组成；中国经济合同仲裁中由仲裁机构指派，当事人无任何选择权。国际商事仲裁实行一裁终局制，一旦当事人选择仲裁方式解决争议，即排除了司法管辖权，当事人在不服仲裁裁决时不得起诉；中国经济合同仲裁实行一裁二审制，不服仲裁裁决者可向法院起诉。至于仲裁当事人身份不同，则无庸赘言。以 1994 年 8 月 31 日公布《中华人民共和国仲裁法》，并于 1995 年 9 月 1 日起施行为标志，中国的国内经济合同仲裁、技术合同仲裁等合成统一的仲裁制度，并与国际商事仲裁完全协调一致。上述差异也几乎全部消除。但目前，中国国内仲裁还不包括劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁。

值得一提的是，中国国内仲裁与属于国际商事仲裁的涉外仲裁，在中国法中仍有不同法律，或同一法律的不同部分，或不同的规则规定，尚不能混为一谈。但据中国《民事诉讼法》第 257 条的规定，涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人除提交中国涉外仲裁机构仲裁外，也可提交中国其他仲裁机构仲裁。“其他仲裁机构”究竟何所指，法律或司法解释未予明确，应理解为中国其他国内仲裁机构。

包括国际商事仲裁在内的仲裁不同于司法诉讼，具体表现在以下几个方面：

第一，法院是国家机器的重要组成部分，具有法定的管辖权，当一方向法院起诉时，无需事先征得对方的同意，而由有管辖权的法院发出传票，传唤对方出庭；仲裁机构则均是民间组织（中国的特例除外），没有法定的强制管辖权，仲裁只能在自愿的基础上进行，如争议双方当事人没有达成仲裁协议，任何一方均无权强迫对方进行仲裁，仲裁机构对无仲裁协议的仲裁申请，无权受理，即使受理，其裁决也不产生强制执行的效力。

第二，法官是由国家任命或选举产生的，代表国家行使司法权，并严格执行法律，按法定诉讼程序审理案件，当事人也没有选任法官的权利；仲裁员则是从法律、贸易、技术等方面的专家和社会贤达人士中选任，不代表官方身份，仅以自己的专业特长和现行法律甚至商事惯例审理案件，当事人可各自选任其信赖的仲裁员，可大大缩短仲裁员和当事人之间的距离感，灵活、快捷、方便地处理纠纷。

第三，诉讼中审案一般有固定的地点，也受到初审、上诉审甚至申诉程序的限制，历时比较长，当事人起诉、应诉也往往不方便；仲裁机构、地点、方式等均可由当事人议定，仲裁程序进行中也许可机酌处，仲裁的惯例为一裁终局制，当事人既不能再提起仲裁，也不能另行起诉，而且因为促裁以协议为基础，仲裁裁决也便于当事人执行。

第四，诉讼除涉及当事人隐私及国家机密外，一般应依法公开进行；仲裁一般不公开进行，在当事人提出请求的情况下更如此。在国际商事纠纷的处理中，有的当事人出于种种考虑，如保守商业秘密、维护公司形象、防止政府干预等，希望为案件保密时，仲裁方式更加容易被接受和采纳。

二、国际商事仲裁的法律依据

参见《中华人民共和国仲裁法》第 77 条。

国际商事仲裁的法律依据主要有各国关于仲裁的法律法规、仲裁国际公约以及一国仲裁机构或国际性仲裁机构的规则。

仲裁制度虽发源于 13、14 世纪的意大利各城邦，但仲裁法却最早诞生于北欧的瑞典。瑞典于 1929 年就制定了仲裁法，同年还公布了《关于外国仲裁协议和仲裁裁决的条例》。随后，西方发达国家大多先后颁布了仲裁法，如瑞士仲裁法、英国仲裁法、美国联邦仲裁法等。除各国各自的仲裁立法外，为适应国际商事纠纷日益增多，并大量采用仲裁方式解决的实际需要，各国也先后设立了众多的国内或国际性的仲裁机构，而每一个机构几乎均有自己的组织规则和仲裁规则。如成立于 1892 年的英国伦敦仲裁院，现更名为伦敦国际仲裁院，并执行 1981 年伦敦国际仲裁院规则和 1985 年生效的伦敦国际仲裁院仲裁规则。成立于 1917 年的瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院，目前执行 1988 年生效的斯德哥尔摩商会仲裁院规则。成立于 1923 年法国巴黎的国际商会仲裁院，目前适用 1975 年生效的国际商会仲裁院规则和国际商会调解与仲裁规则。成立于 1926 年的美国仲裁协会，目前执行 1991 年 3 月 1 日生效的美国仲裁协会国际商事仲裁规则。另外，瑞士苏黎世商会仲裁规则，也在国际商事仲裁领域颇有影响。

为使各国仲裁法及不同仲裁机构的仲裁规则协调统一，某些国家间及国际组织先后制定了一系列有关国际仲裁的公约或规则。例如，1889 年在蒙得维的亚签订的《关于民事诉讼的公约》及其 1940 年的修正案，就有关于仲裁裁决执行的规定。1923 年 9 月 24 日由国际联盟主持在日内瓦签订的《关于承认仲裁条款的议定书》，1927 年 9 月 26 日签订的《关于执行仲裁裁决的公约》，是最早的专项仲裁国际公约。但上述两个公约均没有规定对外国仲裁机构裁决的承认和执行问题，也没有明确仲裁协议、裁决的法律适用等问题，故在国际上影响不大。有鉴于此，1958 年由联合国主持，在纽约签订了《承认及执行外国仲裁裁决公约》，自 1959 年 6 月 7 日生效以来，已有包括英、美、法、德、日和在中国在内的近百个国家和地区批准和加入，成为有关仲裁的最有影响的国际公约。此外，1961 年 4 月 12 日 22 个国家的代表在日内瓦签订的《关于国际商事仲裁的欧洲公约》，以及 1966 年 1 月 20 日欧洲理事会各成员国在斯特拉斯堡签订的《统一仲裁法的欧洲公约》，1972 年 5 月 26 日前苏联和东欧 8 国在莫斯科签订的《关于解决因经济、科学和技术协作而发生的民事法律争议的仲裁公约》，1975 年 1 月 30 日美洲国家组织各成员国在巴拿马签订的《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》以及 1979 年 5 月 8 日在蒙得维的亚签订的《美洲国家间关于外国判决和仲裁裁决域外效力的公约》，均是比较重要的区域性国际公约。还有，1976 年 4 月 28 日联合国大会通过并向各国推荐的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》、1980 年 12 月 4 日《联合国国际贸易法委员会调解规则》，以及 1985 年联合国国际商事仲裁示范法，为不少成员国所采纳。1965 年 3 月 18 日在华盛顿签订的《关于解决各国和其他国家的国民之间投资争端的公约》，以及在世界银行赞助下设立的解决投资争端国际中心，也为国际仲裁提供了便利。中国的仲裁制度始建于 1954 年。1954 年 5 月 6 日原政务院发布了《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》，1958 年 11 月 21 日

参见李玉泉，《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，第 249—252 页。

国务院发布了《关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》，1956年3月31日和1959年1月8日，该委员会分别制定并公布《对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》和《海事仲裁委员会仲裁程序暂行规则》。1980年2月26日国务院决定，对外贸易仲裁委员会改称为对外经济贸易仲裁委员会，将受案范围扩大到外国人来华投资、中外银行相互信贷等方面所发生的争议。1988年6月21日国务院再次决定将上述两个仲裁机构改名为中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会，以适应其国际性仲裁机构的需要。随后，于1988年9月12日中国国际贸易促进委员会在原仲裁规则的基础上，重新制定公布了《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》和《中国海事仲裁委员会仲裁规则》，并于1989年1月1日起生效，从而取代了试用30多年的“暂行规则”。1988年的仲裁规则虽引入大量国际惯例，如允许聘请符合条件的外国籍人士担任仲裁员；改变仲裁庭组庭方式以避免不必要的拖延；增加当事人对仲裁员提出异议的规定，使仲裁更加独立公正；规定必须不公开审理以体现仲裁保密的特点；在以调解结案的情况下，仲裁庭应将和解协议的内容作出裁决书，以保证其约束力。但仍存在不少疏漏，故于1994年3月17日又进行了全面修订和补充，并将条文从43条一下子增加到81条，使之进一步体现当事人意思自治的原则，与国际通行做法接轨，也更加完整合理，具有较强的可操作性。1994年仲裁规则自同年6月1日起施行。1年后，在1995年9月4日中国国际商会对其前身中国国际贸易促进会修订并通过的1994年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》又进行了修订，并于同年10月1日起施行。该次修订主要是为了与1994年8月31日公布的《中华人民共和国仲裁法》相协调。此外，还有1991年3月16日起施行的《海峡两岸经贸协调会与海峡两岸商务协调会调解规则》，1992年1月1日起施行的中国贸促会（中国国际商会）《北京调解中心调解规则》。

以1980年5月国家工商行政管理总局发布《关于工商行政管理部门合同仲裁程序的试行办法》和1981年12月13日公布《中华人民共和国合同法》为标志，中国国内仲裁制度正式建立。1983年8月22日国务院还专门发布了《经济合同仲裁条例》。另外，1983年12月23日国家工商行政管理局发布《经济合同仲裁委员会组织规则（试行）》，1985年1月31日国家标准局发布《全国产品质量仲裁检验暂行办法》，1985年8月20日国家工商行政管理局发布《经济合同仲裁委员会办案规则》，1987年10月12日国家计量局发布《仲裁检定和计量调解办法》，1990年12月30日国务院批准发布《技术合同仲裁机构管理暂行规定》，1991年6月25日国家科学技术委员会发布《技术合同仲裁机构仲裁规则》。1994年8月31日《中华人民共和国仲裁法》正式公布，计8章80条。除总则和附则外，对仲裁委员会和仲裁协会、仲裁协议、仲裁程序、申请撤销裁决、执行、涉外仲裁均作了原则性规定。该法于1995年9月1日起施行。为更好地贯彻执行《仲裁法》，国务院决定筹建中国仲裁协会并重新组建国内仲裁机构，原各地的仲裁机构最迟于1996年9月1日终止工作。同时在1995年7月28日以国务院办公厅的名义，向全国印发《重新组建仲裁机构方案》、《仲裁委员会登记暂行办

《经济合同仲裁手册》，法律出版社1984年9月版，第115—124页。

参见曹建明：《国际经济法概论》，第552—555页。

法》、《仲裁委员会仲裁收费办法》以及《仲裁委员会章程示范文本》和《仲裁委员会仲裁暂行规则示范文本》。上述在《仲裁法》统辖之下的涉外仲裁和国内仲裁规则，连同《民事诉讼法》和《经济合同法》、《技术合同法》以及《涉外经济合同法》中关于仲裁的有关规定，组成中国现行相对完整的仲裁法律体系。

三、重要国际商事仲裁机构及其规则

国际性的商事仲裁机构分为临时仲裁机构和常设仲裁机构两种。后者一般订有自己的仲裁规则，前者没有固定组织、仲裁规则和仲裁员，由双方当事人自由协商决定包括仲裁规则在内的仲裁事项。联合国没有设立专门的常设性的仲裁机构，但 1976 年通过的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，供临时仲裁机构适用，也可以在仲裁协议中约定由常设仲裁机构仲裁时适用。根据该规则规定，当事人可事先约定仲裁员人数，具体为 1 名或 3 名。独任仲裁员的国籍应不同于双方当事人；3 名仲裁员中两名为双方当事人各自选出，另 1 名由此两名仲裁员指定，并由其担任首席仲裁员，首席仲裁员的国籍也应不同于双方当事人。这样做的目的在于保证仲裁员的中立性。若双方当事人不能就仲裁员人选达成协议，则任何一方均可请求海牙常设仲裁法庭秘书长任命指定仲裁员的机构。若双方当事人对仲裁地点未达成协议的，由仲裁员酌情决定，双方当事人对准据法未约定的，仲裁员也可按其认为适用的法律冲突规则来确定。

比较重要的常设国际仲裁机构有：国际商会仲裁院、英国伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院和中国国际经济贸易仲裁委员会。

1. 国际商会仲裁院及其仲裁规则

国际商会仲裁院成立于 1923 年，总部设在巴黎。该院设主席 1 人，副主席 8 人，秘书长 1 人主持由十几个国家人员组成的秘书处的的工作。该院成员由国际商会各国家委员提名，国际商会大会决定任命，每国 1 名，委任后独立于本国。仲裁院主要职责为保证其所订规则的适用；指定或确定仲裁员；审定对仲裁员的异议、批准仲裁裁决的形式。但仲裁院本身并不直接审理案件。

国际商会仲裁院目前适用 1988 年 1 月 1 日生效的《调解与仲裁规则》，但调解与仲裁程序相互独立，如除当事人同意外，调解员不得再作为仲裁员，当事人在调解中所表达的意见、建议，也不得作为仲裁的证据，仲裁规则中当事人选定的 1 名独任仲裁员及 3 名仲裁员中各自选定的 1 名，均通过申诉书或答辩书报仲裁院批准，未指定的以及第 3 名仲裁员由仲裁院任命。但仲裁协议中也可约定由各自指定的仲裁员商定第 3 名仲裁庭主席人选，报仲裁院批准。独任仲裁员或仲裁庭主席原则上应从非当事人国籍的人士中选任。除合同约定或仲裁规则规定外，有关仲裁程序适用仲裁地法。仲裁裁决须经仲裁院批准，方能签署，并产生终局性效力。该院目前仍与中国台湾省发生联系。

2. 英国伦敦国际仲裁院及其仲裁规则

英国伦敦国际仲裁院成立于 1892 年，历史悠久，在国际上享有很高的声望。它可受理各类国际争议，尤其对国际海事案件的审理具有丰富的经验。

仲裁院备有选自 30 多个国家的仲裁员名单，供当事人从中指定。当事人未能指定时由仲裁院指定。在涉及不同国籍的当事人的商事争议中，独任仲裁员或仲裁庭主席也须由中立国籍的人士充任。除该院仲裁规则外，当事人可选择适用联合国的仲裁规则。

按英国 1979 年的仲裁法，该院的仲裁活动受法院的制约比较大，如法院有权撤销仲裁协议、撤换仲裁员等。

3. 美国仲裁协会及其仲裁规则

美国仲裁协会成立于 1926 年，总部设在纽约，并在美国 24 个主要城市设有分支机构，受理美国各地和其他国家当事人提交的各种法律争议，该会受选自美国各行业各社团的理事会领导，由仲裁和法律专家组成的常设机构管理，还备有包括 6 万多人的仲裁员名单。但当事人提请该会仲裁时，可以选择适用其制定的 60 多种专项仲裁规则，也可适用当事人议定的联合国仲裁规则或其他规则和程序，甚至选择该会仲裁员名单外的其他国籍人士担任仲裁员，表现出极大的灵活性。

据 1991 年 3 月 1 日生效的美国仲裁协会仲裁规则，如当事人对仲裁员人数未约定，由该会提名征询当事人意见后指定 1 名独任仲裁员，争议标的巨大或案情复杂时，指定 3 名仲裁员组成仲裁庭。如当事人就仲裁地点不能达成协议时，该会可初步选定，但仲裁庭有权在组庭后 60 天内最后确定仲裁地点。如当事人未约定法律适用，仲裁庭应适用其认为适当的 1 个或几个法律。涉及到合同的仲裁，应依合同条款进行，并考虑适用与此相关的贸易惯例。

4. 瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院及其仲裁规则

瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院成立于 1917 年，主要受理工商和航运方面的争议。瑞典为中立国，该院的仲裁独立性很强，对中国的态度也比较友好，近年已发展成为东西方国际商事仲裁的中心。该院没有固定的仲裁员名册，也不对当事人选择仲裁员作国籍方面的限制。如双方当事人同意由独任仲裁员审理案件，应由仲裁院指定该独任仲裁员。在其他情况下，应由 3 名仲裁员组成仲裁庭，双方当事人各指定 1 名，另一名仲裁庭主席由仲裁院指定。据 1988 年 1 月 1 日起生效的现行仲裁规则，如当事人同意，可由仲裁院指定全部仲裁员。如一方当事人未在规定的时间内指定，则由仲裁院代为指定仲裁员。瑞典仲裁规则和仲裁法均未规定法律适用问题，在当事人未约定时，原则上选择适用与合同联系最密切的国家的法律。

5. 中国国际经济贸易仲裁委员会及其仲裁规则

如前所述，中国国际经济贸易仲裁委员会的历史可追溯到 1954 年成立的对外贸易仲裁委员会，经 1980 年改名后，1988 年又改为现名，总部设在北京。1984 年 4 月在深圳经济特区设立办事处，1988 年 9 月改为该委员会深圳分会，1990 年 3 月又增设上海分会。该会近几年受理的国际商事纠纷案件数量急剧增加，并超过了国际商会仲裁院的受案量。

根据 1995 年 10 月 1 日起施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的规定，该仲裁委员会受理当事人协议提交其仲裁的“产生于国际或涉外的契约性或非契约性的经济贸易等争议”案件。仲裁委员会设名誉主任 1

参见冯大同：《国际商法》，第 518—523 页；曹建明：《国际经济法概论》，第 564—570 页；李玉泉：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，第 257—265 页。

参见曹建明：《国际经济法概论》，第 553 页。

人、顾问若干人，并由主任 1 人、副主任和委员若干人组成，同时，仲裁委员会设秘书局，在仲裁委员会秘书长的领导下负责处理该会的日常事务。另外，仲裁委员会设立仲裁员名册，入选由该会从对法律、经济贸易、科学技术等方面具有专业知识和实际经验的中外人士中聘任。仲裁的双方当事人应各自在收到仲裁通知之日起 20 天内，在仲裁员名册中选定 1 名仲裁员，或者委托仲裁委员会主任指定。第 3 名仲裁员由双方当事人共同指定或者共同委托仲裁委员会主任指定。并担任首席仲裁员。若当事人届时没有选定或委托指定，以及没有共同选定或共同委托指定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。该规则也对独任仲裁员的产生方式作了规定。仲裁委员会审案以国际通行的不公开方式进行。仲裁中可以调解或和解，但仍应作出裁决书。调解不成或不经调解，均应在仲裁庭组庭之日起 9 个月内作出仲裁裁决书。只有在仲裁庭的要求下，仲裁委员会主任认为确有必要和确有正当理由的，方可延长期限。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。任何一方当事人均不得向法院起诉，也不得向其他任何仲裁机构提出变更仲裁裁决的请求。

四、中国仲裁法的主要内容

1994 年 8 月 31 日第 8 届全国人大常委会第 9 次会议通过，并于 1995 年 9 月 1 日起生效的《中华人民共和国仲裁法》，第一次将中国的涉外仲裁和国内仲裁制度统一起来，实现了和国际通行的仲裁惯例接轨的目标，改变了两套仲裁制度差异巨大，而又同时并存的局面。正如前述，该法计 8 章 80 条，包括下列主要内容：

1. 仲裁制度的基本原则

该法第 4、8、9、14、15 条中确立了中国仲裁制度的一系列基本原则。如第 4 条规定：“当事人采用仲裁方式解决争议，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理”。此为当事人自愿仲裁的原则。该法第 8 条所规定的“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，为仲裁依法独立进行的原则。另外，仲裁实行一裁终局原则，该法第 9 条对此有非常明确的规定：“仲裁实行一裁终局制度，裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。”而该法第 14、15 条中又规定了中国所有仲裁机构的民间性原则和独立性原则。其中第 14 条规定：“仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系，仲裁委员会之间也没有隶属关系。”第 15 条规定：“中国仲裁协会是社会团体法人。”“是仲裁委员会的自律组织。”另外，该法第 79 条的过渡性条款中还规定，该法施行前在直辖市、省、自治区人民政府所在地的市和其他设区的市设立的仲裁机构，应依该法的有关规定重新组建；未重新组建的，自该法施行之日起届满 1 年时终止。该法施行前设立的不符合该法规定的其他仲裁机构，除该法第 77 条规定的劳动争议仲裁机构和农业承包合同纠纷仲裁机构外，自该法施行之日起终止。

2. 仲裁协议

仲裁协议是指双方当事人在国内国际商事交往过程中，对相互间将来可能发生或业已发生的争议交付仲裁解决的一种书面协议。无论是争议发生前订明于合同中的仲裁条款，还是争议发生后达成的提交仲裁的协议，其法律

效力相同。除中国的经济合同仲裁制度等曾规定过非协议自愿仲裁原则，一方当事人可不经对方同意，径自提出仲裁申请外，国际上通行做法为以当事人达成的仲裁协议为基础进行仲裁，中国《仲裁法》也明确规定该原则不但适用于涉外仲裁，在同内仲裁中也同样适用。因此，仲裁协议在整个仲裁制度中具有十分重要的意义。仲裁协议的主要作用有两个：一是排除法院对争议案件的司法管辖权，确定仲裁机构对案件的管辖权。协议仲裁的案件不得起诉已成为一项国际公认的准则。二是使当事人承担必须将争议提交仲裁解决，并按仲裁协议规定的仲裁程序规则，指定仲裁员和参与仲裁审理的义务。届时不指定的可由仲裁机构代为指定，不参加审理的，仲裁机构也可作出缺席裁决。另外，仲裁协议还是确定仲裁事项的范围和申请强制执行的必要依据。

虽然《承认及执行外国仲裁裁决公约》、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》以及《联合国国际商事仲裁示范法》均未明确规定仲裁协议的主要条款，但一般应包括提交仲裁的事项、仲裁地点、仲裁机构、仲裁程序规则以及裁决和效力等内容。中国《仲裁法》第3章对仲裁协议作了专门规定，并包括了仲裁协议的形式、必备内容、仲裁协议效力的认定、仲裁协议独立性问题。仲裁协议的形式也包括合同中订立的仲裁条款和合同之外关于提交仲裁的协议。仲裁协议应具备请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会。仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或约定不明确的，当事人可订立补充协议；达不成协议的，仲裁协议无效。但合同无效时，其中的仲裁条款仍然有效。

3. 仲裁程序

国际上不同的仲裁规则，其核心内容均是仲裁程序规则，而且存在不小差异。《中华人民共和国仲裁法》第4章即是对仲裁程序的专门规定，具体又包括“申请和受理”、“仲裁庭的组成”和“开庭和裁决”3节，从第21条至第57条，内容占全法条款1/3强。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》也在第2章、第3章中分别对“仲裁程序”和“简易程序”作了详细规定，内容占整个规则的3/4强。其中第2章中又分为“仲裁申请、答辩、反请求”；“仲裁庭的组成”；“审理”；“裁决”4节。而《仲裁委员会仲裁暂行规则示范文本》中所规定的程序，与《仲裁法》基本相同。

五、仲裁裁决的承认及执行

为了协调世界各国对外国或国际仲裁机构所作出的仲裁裁决，特别是对本国当事人不利的仲裁裁决的承认及执行方面的立场，1958年6月10日在纽约签订了《承认及执行外国仲裁裁决公约》，并于1959年6月7日正式生效，中国自1987年4月2日起也受该公约的约束，但声明保留的除外。而1986年12月2日全国人大常委会的决定中特别声明两点：1)中国只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约；2)中国只对根据本国法律认定为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。而商事法律关系具体所指，如前所述由最高人民法院作

限于篇幅，有关仲裁程序的具体规定可参见江平：《商法全书》，第1091—1095页；1995年9月10日《国际商报》；1995年第23期《国务院公报》，第853—859页。

出解释。另外，纽约公约没有直接规定承认和执行外国仲裁裁决的条件，而在第5条中列举拒绝承认和执行的条件，具体为：1) 被诉人证明仲裁协议的当事人无行为能力，或者根据仲裁协议选择的准据法，或者根据作出裁决国家的法律，该仲裁协议无效。2) 被诉人未得到关于指定仲裁员或进行仲裁程序的适当通知，或由于其他原因不能对案件提出意见。3) 裁决的事项超出仲裁协议所规定的范围。4) 仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人的仲裁协议不相符合，或在当事人无协议时，与仲裁地国家的法律不相符合。5) 仲裁裁决对当事人尚未发生效力，或者仲裁裁决已被仲裁地国家的有关当局撤销或停止执行。另外，纽约公约第5条第2款还规定，如果被请求承认和执行仲裁裁决的有关当局认为，按照该国的法律，裁决中的争议事项不适合以仲裁方式处理，或者认为承认和执行该裁决有违该国的公共秩序，则也可拒绝承认和执行该项裁决。而所谓公共秩序保留原则已为世界上大多数国家所确认。

中国承认与执行外国仲裁裁决，主要依民事诉讼法规定的程序。该法第159条规定：“一方当事人不履行仲裁裁决的，双方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”而执行前应先予认定。该法第260条就规定了类似于纽约公约第5条中的拒绝执行情形，但将“公共秩序”表述为“社会公共利益”，也未列仲裁协议无效的拒绝执行情形。法院审查执行申请后，只要不存在纽约公约和中国民事诉讼法中所规定的拒绝执行的情形，就应依公约或互惠原则，以及中国民事诉讼法的规定，像执行中国涉外仲裁机构的裁决那样予以执行。

一项仲裁裁决经法院审查后裁定不予执行时，纽约公约未规定补救措施。按中国民事诉讼法第261条的规定：“仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

