



揭阳职业技术学院

电子商务创业学院

《商务法律基础》教案

(2025-2026 学年第 2 学期)

教师姓名：周凯丽

所授专业：商务英语（3+证书）

授课班级：241

课程整体教学设计

一、课程的性质和任务

1. 课程的性质

本课程是全日制专科商务英语专业的专业必修课。本课程以国际货物买卖为中心，介绍与此有关的商事组织法、商事代理法、商事合同法、国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、商事争议与解决等方面的内容，培养学生从事国际商事活动法律实务的能力。

2. 课程的任务

设置本课程主要目的是使学生能够全面了解国际商法的基本框架与调整对象，掌握国际货物买卖、国际货物运输与保险、国际商事争议解决等核心环节的法律规则与商务惯例，能够判断和分析国际商事法律关系，正确运用国际商法相关业务技能处理实际工作中涉及到的国际贸易法律问题。

二、教学目标与要求

1. 教学目标

通过本课程学习，使学生系统掌握商事组织法、商事代理法、商事合同法、国际货物买卖法、国际海上货物运输与保险法、国际商事仲裁等核心法律制度，熟悉相关国际公约与商务惯例；培养学生运用国际商法知识订立和审核商事合同、识别和防范贸易风险、妥善处理国际商事争议的实务能力，为学生正确运用法律武器从事国际贸易等相关工作打下基础。

2. 课程思政育人目标

本课程在立德树人育人体系的总体框架内，着重于法治、爱国、敬业、诚信等社会主义核心价值观方面的教育，对学生进行思想价值引领，增强学生的爱国主义情怀、社会责任感、历史使命感；培养学生具备学法、知法、守法、用法、护法的法律意识，引导学生主动践行社会主义法治理念；培养学生专业、踏实、严谨的学习工作作风，增强学生的职业道德意识，帮助其树立正确的职业观。

三、教学方法与手段

本课程是一门理论性、实践性和操作性都比较强的课程。结合该特点，教学过程中要运用案例教学、讨论式教学、项目实训等方法 and 形式多样的现代化教学手段，以便学生更好地理解国际商事法律知识和应用国际商法分析和解决实际问题。

四、理论与实践课程内容与学时分配

课程内容和学时分配表

章数	内 容	理论课时	实践课时	小计
1	国际商法概述	2	2	4
2	商事组织法	3	3	6
3	商事代理法	2	2	4
4	商事合同法	3	3	6
5	国际货物买卖法	4	4	8
6	国际海上货物运输与保险法	2	2	4
7	电子商务法	1	1	2
8	国际商事仲裁	1	1	2
合 计		18	18	36

第一章 国际商法概述

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生可以了解国际商法的概念、历史、发展；掌握西方两大主要法律体系的结构和特点；熟悉国际商法的调整对象、范围和渊源。

2. **课程思政育人目标：**通过国际商法概念、历史发展和渊源的学习，理解国际商法与国内民法的密切关系，结合《民法典》的规定理解社会主义核心价值观对我国国际商法立法的借鉴意义。

教学重点：国际商法与邻近法律部门的关系；国际商法的主要渊源；西方两大主要法律体系的结构及特点。

教学难点：西方两大主要法律体系的结构及特点。

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：4 学时

教学内容：

第一节 国际商法的历史

第二节 国际商法的渊源

第三节 西方两大商法体系

教学过程：

第一节 国际商法的历史

一、国际商法的概念

国际商法是调整国际商事主体在国际商事交易中所形成的各种关系的法律规范的总称。“国际”的含义不是指国家与国家之间的，而是指跨越国界或关界。国际商事法律关系的构成要素：

1. 主体

国际商事主体是指在国际商事关系中依法可以享有国际商事权利和承担国际商事义务的当事人。具体包括：

- (1) 自然人；
- (2) 具有法人资格的公司、企业和其他非法人商事组织；
- (3) 国际组织，全球性或区域性国际经济组织也是国际商事关系中的重要主体；
- (4) 国家。

2. 客体

传统的商法的调整对象是以调整有形商品的买卖为核心内容的，包括商行为法、公司法、票据法、海商法、保险法等内容。

当今社会，商事活动还包括货物贸易、国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际合作生产、国际融资、国际工程承包、国际租赁等。因此，当代国际商法的调整范围不仅包括有形商品的国际交易，而且包括技术、资金和劳务在国际流动中产生的各种关系。

3. 内容

- (1) 国际商法的基础和核心：合同法、代理法。
- (2) 直接调整国际商事行为的法律规范：国际货物买卖法、票据法、电子商务法。
- (3) 有关管理国际商事行为的法律规范：国际商事组织法、海上运输与保险法、商品责任法。

(4) 处理国际商事争议的法律规范：国际商事仲裁法、国际商事诉讼法。

二、国际商法的历史沿革

国际商法经历了“国际性——国内法——国际性”的发展过程，但前后的“国际性”却有着实质的区别。

早在古罗马法中就已出现了调整商事关系的法律。11 世纪时，东西方的贸易发展促进了地中海沿岸一些新兴城市的商业繁荣，这种繁荣随后扩大到大西洋沿岸等地，而中世纪的欧洲大陆处于封建法和寺院法的支配之下，与这种繁荣的商业发展形成了鲜明的对比：一些正常的商业行为被认为是违法的，许多商业活动得不到法律保护，缺少必要的法律规则，商人团体迫切需要新的规范来保护他们的利益。

在这种情况下，意大利的佛罗伦萨等地首先出现了保护商人利益的商人行会组织——商人基尔特（*Merchane Guid*）。这种商人自治组织制定和编撰习惯规则，组织商事法庭。这些习惯规则被因袭沿用，形成了系统的商人习惯法。它鲜明地体现出了商事活动营利性、迅捷性的特点，强调按公平、合理的原则来处理案件，且只适用于商人团体内部。因而，这一时期的商人习惯法具有国际性的特征，商事团体的内部规则普遍适用于来自各国从事商事活动的商人。

16 世纪后，欧洲一些国家的封建割据势力衰弱，形成了统一的民族国家。相应的，一些封建法和寺院法被废弃，国家统治阶级开始注意对商事的立法，行使立法权，把商人习惯法变为国内法。但严格地说，欧洲各国早期的商事成文法实质上仅仅是对中世纪商人习惯法的一种确认。

第二次世界大战后，特别是 20 世纪 60 年代以后，各国之间的经济联系日益密切，客观上要求建立统一的国际商事法律，许多国际组织也都在积极从事研究和制定统一的国际商法的工作。这样，商法进入了一个新的发展阶段，最主要的特点是恢复了国际性和统一性。

三、国际商法与其他法律部门的区别

1. 国际商法与国际公法

商法属于私法，涉及平等主体之间进行的交易，在国际上从事国际商事交易的基本上是公司、企业等商事组织，而不是国家。尽管有时在某种特殊情况下，国家也会成为国际商事交往的主体，但在纯粹的商事交易中，国家一般不能主张由于其特殊地位而享有特权。国际公法调整的是国家之间、国际组织之间或国家与国际组织之间在政治、军事、外交及经济等方面的关系，其主体只能是国家或国际组织，自然人、法人或其他经济组织之间形成的法律关系不能成为国际公法所调整的对象。

2. 国际商法和国际经济法

国际商法不同于国际经济法，国际商法调整私人在私法层次上的交往，包括国际贸易法、国际公司法等。国际商法所涵盖的一些法律规范，如票据法、公司法、产品责任法等，都不包括在国际经济法中。从内容上看，它更贴近国际私法。

3. 国际商法和国际私法

国际私法除了包括冲突规范外，还包括外国人民事法律地位的规范、统一实体规范、国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范。统一实体规范也称统一私法规范，是指国际条约和国际惯例中直接调整涉外民商事关系的实体规范。其中，直接调整涉外商事关系的实体规范以及国际商事仲裁规范都属于国际商法的范围，因此可以说，国际商法包含在国际私法的范围当中。但由于国际商法还包括国际公法中有关国际商事的法规，所以国际商法的范围又在一定意义上超出了国际私法的研究范围。也就是说，它又不完全等同于国际私法，而具有其本身的特点。

4. 国际商法与国内商法

后者适用于一国内部的商事关系，而不适合调整涉外的商事关系；前者则调整跨越国界

的商事关系。

第二节 国际商法的渊源

国际商法的渊源主要是国际商事条约和国际商事惯例。国家缔结的有关国际商业和贸易的国际条约或公约是统一的国际商法的重要渊源。

一、国际条约

国际条约是两个或两个以上的国家或国际组织共同缔结的确定其相互关系中权利义务的各种协议。国际条约或公约是国际法的重要渊源和基本表现形式。

国际商事条约或公约分为：多边条约、双边条约和区域性条约。其中，对国际商法的形成和统一作用最大的是参加国众多的多边国际商事公约。

1. 属于实体法规则的国际商事条约，如 1980 年的《联合国国际货物销售合同公约》、1978 年的《国际汇票和本票公约》等。

2. 属于冲突法规则的国际条约，如《国际货物销售合同法律适用公约》、《产品责任法律适用公约》。

3. 直接约束国家行为的公约，如 GATT/WTO。

二、国际商务惯例

1. 概念

国际商务惯例是指在国际商事交往中，在长期、反复的国际实践中形成并被广为接受的商事习惯规则，如《国际贸易术语解释通则》，《跟单信用证统一惯例》等。

2. 国际商事惯例的构成要件

对国际商事活动有约束力的国际商事惯例，必须具备三个构成要件：

第一，该习惯做法或规则应当具有确定性的内容；

第二，已经被各国当事人在长期的商事交往中反复使用；

第三，为各国普遍承认、接受并遵守，成为一种“通例”。

3. 国际商事惯例的效力

国际商务惯例是由非政府间组织制定的非官方文件，因此，不具有当然的法律约束力，而是作为供各国商事活动中的当事人在谈判和草拟合同时参照的蓝本，可以自由采用。但这些规则一经采用，就成为对当事人各方有约束力的法律规范，即使是国家政府机关或国有企业，只要以一般法人身份参加国际商务活动，并在合同中约定适用某种国际商务惯例，就要受惯例的约束，履行规则所规定之义务。

三、各国国内商事法

国际商法的主体主要是各国的自然人和法人，国家只有在特殊情况下才会成为国际商法的主体，这个特点决定了各国的国内商事法也是国际商事行为的法律依据。作为国际商法渊源的国内法，主要是指各国制定的有关调整本国对外经贸关系方面的法律、法规、条例、决议、命令等，也包括英美法中具有约束力的判例。

四、国际商法的渊源的相互关系

国际商事条约、国际商事惯例和国内立法的关系，不同法律制度有不同的规定。国际条约有自动生效和非自动生效之分。自动生效的国际条约，一经该国批准，自动产生效力，当事人可直接援引。对于非自动生效的国际条约，即使该国批准，也不对其居民产生直接约束力，只有经该国立法机关制定了有关实施该条约的法律后，才对其居民具有约束力。国际商事惯例具有民间的非官方性质，因此不需要国家立法机关的批准。

第三节 西方两大商法体系

法系是按各国法律的历史传统、源流关系和特征对各国法律进行的分类。凡是具有一定特点的某国法律同承袭或仿效这一法律而形成的具有类似特征的其他国家的法律，均可以归为同一个法系。目前，西方国家的法律体系主要分为大陆法系和英美法系。

一、大陆法系

1. 罗马法对大陆法的影响

所谓的罗马法是指罗马奴隶制国家的全部法律，即从公元前6世纪罗马国家形成时期起，至东罗马帝国从奴隶制转变为封建制时止的整个历史时期的法律。其中，主要指从公元前5世纪罗马最早的成文法《十二铜表法》到公元6世纪东罗马帝国皇帝优士丁尼安编撰的《国法大全》。13世纪，罗马法开始复兴，产生了很多有影响的法学派别，13世纪的注释法学派、14世纪的后注释学派、17世纪自然法学派，逐渐开始形成大陆法系。

在资本主义时代，受到罗马法影响最大的典型国家是1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》。

2. 大陆法系的结构

大陆法强调成文法的作用，在结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性。

(1) 大陆法各国把全部法律分成公法和私法

罗马法将法律区分为公法和私法。著名的罗马法学家乌尔比安说“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”，当时，公法包括调整宗教祭祀活动和国家机关活动的法规，私法包括调整所有权、债权、家庭与继承等方面的法规。大陆法继承了这一思想并在此基础上进一步将公法细分为：宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法；把私法分为民法、商法等。

(2) 大陆法各国主张编撰法典

大陆法系国家是成文法国家，各国都强调成文法典的编撰，以法国为典范。法国资产阶级革命胜利后颁布的法典有：民法典、民事诉讼法典、商法典、刑法典、刑事诉讼法典。尽管各国在具体的编制体例上不同，但大的法律范畴还是类似的。各国因为法学理念和体系的不同，有民商合一和民商分立之分。

3. 大陆法系法的渊源

大陆法系国家法的主要渊源是法律，这是由成文法在大陆法系中的地位所决定的，渊源的具体形式包括宪法、法典、法律和条例等。宪法处于最高的地位，具有最高的权威性。大陆法系国家的法典是把同一类的各种法规和原则收集起来，加以系统化，汇编成的单一的法律文件。它是大陆法系国家的重要法律渊源。条例是一个国家行政机关所制定的“法律”，这种条例的产生有时是宪法赋予行政机关制定条例的权力，有时是在某项法律范围内，为实现该法律而制定的，无论哪种情况，条例都是法律渊源的一种。

判例有时也是大陆法系国家的一种法律渊源。大陆法系国家的判例与英美法系国家的判例不尽一致，它一般不具有法律约束力，法官进行判决时也不能援引判例作为理由。但有时判例也会因为不同国家规定的不同而具有约束力，如西班牙把最高法院多次判决形成的判例称为法理，如有违反法理的判决，可向最高法院提起上诉。

二、英美法系

判例（Case law）是英美法系国家法律的重要渊源。英国判例法“先例约束力的原则”：上议院的判决是具有法律约束力的先例，对全国所有审判机关均具有约束力，一切审判机关均要遵循；上诉法院的判决可构成对下级法院有约束力的先例，而且对上诉法院本身也有约束力；高级法院的每一个庭的判决对一切下级法院均有约束力，对高等法院的其他各庭以及对王冠法院也有很大的说服力。

因此，只有上诉法院、高级法院和上议院的判决才能构成先例，才具有约束力，至于其

他法院或准司法机关的判决则只有说服力，而没有约束力。

同时，即使是具有先例约束力的高级法院的判决，也不是整个判决的全文均构成先例。英国高级法院的判决分为两个部分，一部分是法官作出该判决的理由，另一部分是法官解释判决的理由时所阐述的与判决有关的英国法律规则，其目的是为了说明该判决，而不是该判决所必须的，成为题外的话，只有前者可以成为先例，才具有判例法的约束力，它只是凭借作出该判决的法官的威望以及他所作的分析的正确与否而具有不同程度的说服力。这种先例约束力的原则，对普通法和衡平法均适用。

美国判例法的原则：在州法方面，州的下级法院须受上级法院判例的约束，特别是受州最高法院判例的约束；在联邦法方面，须受联邦法院判例的约束，特别是受美国最高法院判例的约束；联邦法院在审理涉及联邦法的案件时，须受上级联邦法院判例的约束；而在审理涉及州法的案件时，则须受相应的州法院判例的约束，但以该判例不违反联邦法为原则；联邦和州的最高法院不受它们以前确立的先例的约束，它们可以推翻过去的先例，并确立新的法律原则。

三、英美法系与大陆法系的比较

1. 法律渊源不同

大陆法系是成文法系，其法律以成文法即成文法的方式存在，但不包括司法判例。英美法系的法律渊源既包括各种成文法，也包括判例，而且，判例所构成的判例法在整个法律体系中占有非常重要的地位。

2. 法律结构不同

大陆法系承袭古代罗马法的传统，法典构成了法律体系结构的主干。英美法系很少成文法典，其法律体系在结构上是以单行法和判例法为主干而发展起来的。

3. 法律的重心不同

在大陆法系国家，权利与义务关系由明确的法律规则预先加以界定，这些法律规则主要表现为实体法，因而法院在审理案件时重视实体法较多于程序法。英美法系则以诉讼法为中心，法院在审理案件时，比较重视诉讼程序。

4. 法律推理方式不同

大陆法系实行从一般规则到个别案件判决的演绎法，法官的审理活动是应用通行的法律去处理个别案件的具体问题。英美法系实行从判例到判例进而总结出法律一般规则的归纳法，上诉法院以上的法官事实上可以创制法律规则，法官在判案时，均是对照有关判例，对案件的事实和各种因素进行详细的分析、比较与审查后才作出判决。

5. 法律分类不同

大陆法系国家根据法律所调整的社会关系的性质不同，划分出不同的法律部门，如民法、商法、行政法、刑法、诉讼法等。每个部门多以一个法典为核心，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。英美法系国家未明确具体划分法律部门，往往根据社会生活需要制定法律，单行法规较多，灵活性也较大。

6. 诉讼程序不同

大陆法系的诉讼程序以法官为重心，突出法官职能，具有纠问程序的特点，由法官和陪审员共同组成法庭来审判案件。英美法系的诉讼程序以原告、被告及其辩护人和代理人为重心，法官只是双方争论的“仲裁人”而不能参与争论，与这种对抗式程序同时存在的是陪审团制度。

四、两大法系的发展变化及其对国际商法的影响

1. 大陆法系中出现了判例法，并且作用逐步增强。
2. 英美法系中成文法的数量迅速增加，且地位和作用不断上升。
3. 两大法系相互影响，取长补短。

两大法系对国际商法的影响是巨大的。一方面，两大法系对国际商法的统一发挥了不可替代的作用。另一方面，两大法系对各国国内商法的影响至深。

【思政专栏】

近年来，中国法院依据国际公约、国际规则和我国相关法律，有效地处理了涉外商事纠纷，保持了交易秩序的稳定，公开、公正的法治化营商环境逐步显现。国际商法与国内民法的关系非常密切，我国《民法典》卷帙浩繁，共 1260 条、14 万字，是名副其实的社会生活百科全书。《民法典》明确规定了适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观等立法目的。在学习国际商法的过程中，要结合《民法典》具体法条的规定进行学习，理解社会主义核心价值观及其对我国国际商法立法的借鉴意义，要深入理解与掌握不同国家商事规则背后的商事文化，坚持不忘本来、吸收外来、面向未来，坚持弘扬社会主义核心价值观，在国际商事活动中积极参与规则制定，妥善解决商事争议，为构建人类命运共同体、推动“一带一路”建设贡献力量。

本章作业

1. 单项选择题：P18-19

2. 多项选择题：P19

3. 简答题

(1) 简述国际商法的历史。

(2) 简述美国商法的特点。

(3) 简述国际商务惯例的效力。

4. 实训题

登录如下网站，了解国际商事法律规范及相关政策：

中华人民共和国商务部官网，<http://www.mofcom.gov.cn>

中国国际经济贸易仲裁委员会官网，<http://www.cietac.org.cn>

5. 案例分析题

2021 年 8 月，中国杭泽经贸公司与日本某公司签署了一份货物买卖合同，双方约定了货物的价格及运输条件，后双方发生纠纷，在适用何种法律来解决纠纷方面也产生了分歧：日本公司认为双方对价格条件的约定基本的依据是《国际贸易术语解释通则》中的 FOB 贸易术语，而最新的贸易术语解释通则则在 2020 年进行了修订，因此，应适用《2020 年通则》；而杭泽经贸公司则主张适用合同的签订地及履行地即中国的合同法律制度。

问题：你认为双方应如何解决这一纠纷？

第二章 商事组织法

教学目的和要求：

教学目标：通过本章学习，学生可以了解国际商事企业的法律形式；了解公司的基本特征与分类、公司资本的法律特征和出资形式；掌握有限责任公司与股份有限公司的设立条件和程序；掌握有限责任公司与股份有限公司的组织机构；掌握合伙企业的事务执行以及合伙人的入伙和退伙；掌握合伙人相互之间及其与第三人之间的权利和义务关系。

2. 课程思政育人目标：通过商事组织法的学习，对学生进行法治等社会主义核心价值观的教育，让学生认识到遵守法律、公司章程、忠诚和勤勉不仅仅是公司法对董事、监事和高级管理人员的要求，也是所有用人单位对于劳动者的要求，帮助学生建立遵纪守法、爱岗敬业、勤勤恳恳的价值观，传承勤劳的优秀传统，培养学生恪守职业道德和职业纪律的自觉性。

教学重点：有限责任公司与股份有限公司的设立条件和程序；有限责任公司与股份有限公司的组织机构；合伙企业的设立条件；合伙企业与第三人的关系。

教学难点：公司的内部关系；合伙企业与第三人的关系。

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：6 学时

教学内容：

第一节 公司法

第二节 有限责任公司

第三节 股份有限公司

第四节 合伙法

教学过程：

第一节 公司法

一、公司的概念与公司法的概念

1. 公司的概念

在现代各国的商事组织中，公司是最重要的商事主体，在社会经济生活中发挥着重要的作用。一般认为，公司是依法定程序设立，以营利为目的的法人组织。

在大陆法系国家，公司是指依法定程序设立的以营利为目的的社团法人。在英美法系国家，公司是指数人出于共同的目的而进行的组合，一般是为营利而经营业务。公司有两个基本属性，即法人与有限责任。我国《公司法》第2条规定：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”

2. 公司法的概念

公司法是调整公司在设立、变更、终止过程中形成的法律规范的总称。不同国家有不同的立法模式，一个国家立法模式的选择，不仅受到法律内容的制约，还受到其立法传统、立法体系及社会发展的影响，具有可变性。公司法也不例外，各国的公司法有着较大的差异。

（1）法国公司法

法国属于民商分立的国家，公司法属于商法的范畴；法国第一部近代公司立法是1807年的《商法典》；1867年法国颁布了《公司法》，对公司制度做了专门的规定；由于法国《商法典》制定得较早，而有限责任公司出现得又较晚，法典中规定的公司类型不全，因此，在1925年，又制定了单行的公司条例《有限公司法》，正式承认了有限公司的法律制度；在1966年，法国又制定了统一的商事公司法。

（2）德国公司法

德国也属于民商分立的国家，公司法属于商法的一部分。最早在 1861 年颁布的《商法典》中对有关商事公司的内容做了规定，在 1892 年，颁布了单行的《有限公司法》，在 1897 年进行了修改。1937 年颁布的《股份法》取代了《商法典》中对股份有限公司和股份两合公司的规定，确立了德国的公司法制度。

（3）英国公司法

英国最早在 1720 年实施了有关公司制度的《布伯尔法》（Bubble Act 1720），1825 年后，相继颁布了一系列单行的公司法规。1862 年，英国首次颁布了以《公司法》命名的法律，此后，公司法经过了数次修改。1944 年，英国制定的《合作股份公司法》中确立了公司发起人数、法定资本注册、保护投资者利益三个原则，这三个原则至今仍是各国公司法的重要内容。英国加入欧洲经济共同体后，根据欧洲公司法指令以及欧盟理事会新的《关于欧洲公司法规范》，对《公司法》做出进一步的修改。

（4）美国公司法

美国联邦议会没有公司法方面的立法权，各州有公司法的立法权。美国统一州法律委员会和美国法学会分别在 1928 年和 1950 年制定的《统一公司法》和《示范公司法》，尤其是美国法学会制定的《示范公司法》，对各州的公司立法影响较大，经过 6 次修改，1984 年的新版本《示范公司法修正本》，在短时间内得到了许多州的采用。

二、公司的基本特征

1. 公司是以营利为目的的经济组织

公司以营利为目的是指设立公司的目的以及公司的运作，都是为了谋求经济利益。公司的营利性是公司的本质属性。

2. 公司具有法人资格

法人是在法律上赋予与自然人相同的具有民事权利能力和民事行为能力的民事主体，是依法独立享有民事权利、承担民事义务的组织。公司作为法人组织，具体表现为公司拥有独立的财产，设有独立的组织机构和独立承担法律责任。

三、公司的分类

根据不同的角度，可以将公司分成不同的种类：

1. 根据出资人承担责任的不同，大陆法系国家将公司分成无限公司、有限责任公司、股份有限公司、两合公司

大陆法系国家主要根据出资人承担责任的不同对公司进行分类，包括：

（1）无限公司。无限公司是指由两个以上的股东组成，公司以其全部资产对公司的债务承担责任，股东对公司债务承担无限连带责任的公司。

（2）有限责任公司。有限责任公司是指股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的公司。

（3）股份有限公司。股份有限公司是指公司的全部资本划分为等额股份，股东以其认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。

（4）两合公司。两合公司是指由一个以上承担无限责任的股东与一个以上承担有限责任的股东组成的公司。其中无限责任股东对公司债务承担无限连带责任，有限责任股东对公司债务仅以其出资额为限承担有限责任。

2. 根据公司的开放程度不同以及股份是否公开发行、是否能自由转让，英美法系国家将公司分成封闭式公司与开放式公司

英美法系国家主要根据公司开放程度不同以及股份是否公开发行、是否能自由转让，对公司进行分类，包括：

（1）封闭式公司。封闭式公司是指公司的股份只能向特定范围的股东发行，不能在规定的证券交易所公开募集发行，股东持有的股票或股份不能在证券交易所公开交易的公司。

(2) 开放式公司。开放式公司是指公司的股份可以在证券交易所公开向社会募集发行，股东持有的股票或股份也可以在证券交易所自由交易的公司。

3. 根据公司之间的管辖关系可以将公司分成总公司与分公司

(1) 总公司。总公司是指设有分公司的公司，之所以在公司的名称上带个总字，是因为公司有分公司，为了把该公司与分公司区分开来，故称之为总公司，没有设立分公司的公司不能称之为总公司。

(2) 分公司。分公司是与总公司相对应的概念，是指总公司根据业务需要设立的分支机构或附属机构。分公司本身没有独立的财产，不具有法人资格，故其不能独立地承担责任。分公司可以在总公司的授权范围内以自己的名义从事民事活动，但其行为产生的效力均归属于总公司，产生的责任也由总公司来承担。

4. 根据公司之间的控制关系可以将公司分成母公司与子公司

(1) 母公司。母公司是指持有另一公司一定比例以上的股权、股份或通过协议能够对另一公司的经营实际控制的公司。

(2) 子公司。子公司是指被另一公司持有一定比例以上的股权、股份或通过协议被另一公司实际控制的公司。子公司虽然被母公司所控制，但是子公司与母公司是相互独立的两个公司，两者均具有独立的法人资格，都能对外独立地承担责任。

5. 根据成立公司要求的信用基础不同，可以将公司分成人合公司、资合公司、人合兼资合公司

(1) 人合公司。人合公司是指以股东个人作为公司信用基础的公司。比如无限公司就是典型的人合公司，公司在对外从事经济活动时，主要依赖的是股东的个人信用情况，而不看公司的资本。

(2) 资合公司。资合公司是指以公司的资本作为公司信用基础的公司。比如股份有限公司，公司在对外从事经济活动时，主要依赖的不是股东个人的信用情况，而是公司的资本。

(3) 人合兼资合公司。人合兼资合公司是指公司以股东个人的信用和公司的资本共同作为公司信用基础的公司，如两合公司。

6. 根据公司的国籍不同可以将公司分成本国公司与外国公司

(1) 本国公司。本国公司是指依照本国法律在一国境内设立的公司。

(2) 外国公司。外国公司是指依照外国法律在本国境外设立的公司。

【案例 1】

江苏玩具有限公司是国有独资公司，苏州玩具有限公司是由江苏玩具有限公司独资创办的子公司。目前，苏州玩具有限公司对外负债 100 万元，无力偿还，而该债务是在江苏玩具有限公司决策与指示下以苏州玩具有限公司的名义进行贸易造成的。请分析，该 100 万元的债务应当由谁承担？

四、公司的设立

1. 公司设立的原则

公司设立的原则是指公司设立时应遵循的基本准则。目前多数国家遵循以下主要原则：自由设立原则、特许设立原则、核准设立原则和准则设立原则。在公司法学中，这四个原则被分别概括为自由设立主义、特许设立主义、核准主义和准则主义。

根据我国《公司法》的规定，我国公司设立的原则主要有两种：准则主义和核准主义。准则主义也叫“登记主义”，是指只要符合公司法规定的公司设立的条件，即可到公司登记机关注册登记公司，无须行政机关的批准公司即可设立的公司设立原则。核准主义也称“许可主义”，是指除了公司法规定的公司设立的条件外，还须先经过相关行政机关的审核批准

后才能到公司登记机关注册登记公司的公司设立原则。

《公司法》第二十九条的规定，设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。

《公司法》第三十条规定，申请设立公司，应当提交设立登记申请书、公司章程等文件，提交的相关材料应当真实、合法和有效。申请材料不齐全或者不符合法定形式的，公司登记机关应当一次性告知需要补正的材料。

《公司法》第三十一条规定，申请设立公司，符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。

可见，一般情况下，有限责任公司和股份有限公司的设立采取准则主义设立原则。特殊经营范围的公司的设立采取核准主义设立原则。

2. 公司设立的方式

公司设立的方式有两种：发起设立与募集设立。发起设立，是指由发起人认购应发行的全部资本而设立公司。募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

根据《公司法》的规定，设立股份有限公司，可以采取发起设立或者募集设立的方式。而有限责任公司的设立只能采取发起设立的方式。

五、公司资本

公司的资本是指公司章程中载明的股东的出资总额。公司的资本是公司成立的基本条件，也是公司对外从事经营活动的基础。公司的资本制度是公司资本的形成、维持、退出等方面的制度安排。

1. 法定资本制

法定资本制盛行于大陆法系国家，是指公司设立时，必须在章程中对公司的资本总额作出明确规定，并须一次发行，由股东全部认足或募足，否则公司不得成立的资本形成制度。

法定资本制的国家对公司资本的认缴、募集、增减有严格的规定，在该制度下又形成了三大资本原则：资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则。资本确定原则强调公司在设立时资本的明确，即必须在章程中明确公司的资本总额，由股东全部认足。资本维持原则也称资本充实原则，强调的是公司在设立之后的存续期间，应当保持与其资本额度相当的资产来维持公司的资信。资本不变原则是指公司的资本一经明确，不得随意改变，如需增减，须严格按照法律规定的程序进行。

法定资本制的优点在于能够保证公司设立时有稳定的资本，保证资本的充实，能防止公司设立时的欺诈，更好地保护交易安全和保护交易债权人的利益。但其弊端也很明显，该资本制度对资本的要求达到比较严格的程度，对公司设立的门槛设定较高。

2. 授权资本制

授权资本制是英美法系国家主要采取的资本形成制度，是指公司设立时的资本总额记载于公司章程，但是并不要求发起人或股东在公司设立时全部认足或缴足。未认足部分，授权董事会根据公司需要日后随时发行新股进行募集的资本形成制度。

授权资本制的优点在于公司设立的门槛低，筹资增资程序灵活；其弊端在于不能防止公司设立时的欺诈，很难避免空壳公司的设立，不利于交易安全和维护债权人的利益。

3. 我国的公司资本制度

(1) 严格的法定资本制

2005年《公司法》出台以前，根据2004年《公司法》第23条和第78条，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额。有限责任公司的注册资本不得少于下列最低限额：（1）以生产经营为主的公司人民币50万元；（2）以商品批发为主的公

司人民币 50 万元；（3）以商业零售为主的公司人民币 30 万元；（4）科技开发、咨询、服务性公司人民币 10 万元。股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 1000 万元。此时我国公司出资法律制度遵循严格的法定资本制，或称“实收资本制”，即要求投资人在公司设立之时一次性认足并实际缴足所有的注册资本，并规定了较高的公司最低注册资本额。有限责任公司按照行业的不同注册资本分别为 10 万元、30 万元和 50 万元，股份有限公司为 1000 万元，还以列举的方式严格限制了出资形式。

（2）较为宽松的法定资本制或折中资本制

为了满足实践的需要，2005 年《公司法》修改时对公司资本制度作了较为大幅的修改，不再遵循严格的法定资本制，而开始实行较为宽松的法定资本制，或者称之为“折中资本制”。

根据 2005 年《公司法》第 26 条，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的 20%，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起 2 年内缴足。其中，投资公司可以在 5 年内缴足。第 59 条规定，一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币 10 万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。根据《公司法》第 81 条，股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的 20%，其余部分由发起人自公司成立之日起 2 年内缴足。其中，投资公司可以在 5 年内缴足。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 500 万元。

可见，对于一般的有限责任公司和采取发起方式设立的股份有限公司的注册资本不再采用实缴登记制，改为认缴登记制，同时投资人在公司设立时认足注册资本之后允许在一定期限内分期缴纳。2005 年公司法还大大降低了公司注册资本最低限额的标准，有限责任公司为 3 万元，股份有限公司为 500 万元，从而使设立公司的门槛大大降低。2005 年公司法还取消了按照不同行业确定最低注册资本的做法，方便了公司的设立；同时扩大了出资形式，不再以列举的方式规定，而是规定货币和其他可以以货币估价并可依法转让的非货币财产均可作为出资方式。但修改之后，我国的公司出资制度在本质上仍然是一种法定资本制，只是相对较为宽松。而且注册资本认缴登记制也不适用于一人有限公司和采取募集方式设立的股份有限公司，这两类公司的注册资本仍然采用的是实缴登记制。

（3）偏向授权资本制

2013 年年底，全国人民代表大会常务委员会再次对《公司法》进行修订，在新《公司法》的修订中，除了股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额外，将公司注册资本实缴登记制改为认缴登记制，取消了公司注册资本最低要求的限额，简化了公司登记事项和登记文件。具体包括：

① 将注册资本实缴登记制改为认缴登记制。根据新《公司法》的规定，除法律、行政法规以及国务院决定对公司注册资本实缴有另行规定的以外，取消了关于公司股东（发起人）应自公司成立之日起 2 年内缴足出资，投资公司在 5 年内缴足出资的规定；取消了一人有限责任公司股东应一次足额缴纳出资的规定。转而采取公司股东（发起人）自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等，并记载于公司章程的方式。

② 放宽注册资本登记条件。根据新《公司法》的规定，除对公司注册资本最低限额有另行规定的以外，取消了有限责任公司、一人有限责任公司、股份有限公司最低注册资本分别应达 3 万元、10 万元、500 万元的限制；不再限制公司设立时股东（发起人）的首次出资比例以及货币出资比例。

③ 简化登记事项和登记文件。根据《公司法》的规定，有限责任公司股东认缴出资额、

公司实收资本不再作为登记事项。公司登记时，不需要提交验资报告。此时，我国公司的资本制度已不再是法定资本制，已然偏向授权资本制。

六、公司董事、监事和高级管理人员的资格和义务

1. 公司董事、监事和高级管理人员的资格

根据《公司法》第一百七十八条，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力；

（二）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；

（三）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；

（四）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；

（五）个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。

违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。

董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。

2. 公司董事、监事和高级管理人员的义务

《公司法》第一百七十九条规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。

《公司法》第一百八十条规定，董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。

董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

《公司法》第一百八十一条规定，董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：

（一）侵占公司财产、挪用公司资金；

（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；

（三）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；

（四）接受他人与公司交易的佣金归为己有；

（五）擅自披露公司秘密；

（六）违反对公司忠实义务的其他行为。

《公司法》第一百八十二条规定，董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。

《公司法》第一百八十三条规定，董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：

（一）向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；

（二）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。

《公司法》第一百八十四条规定，董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报

告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。

七、公司的合并与分立

1. 公司合并

公司合并是指两个以上的公司依照法定程序变为一个公司的法律行为。公司合并有两种形式：一是吸收合并；二是新设合并。吸收合并是指一个公司吸收其他公司加入本公司，被吸收的公司解散。新设合并是指两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。

根据《公司法》的规定，有限责任公司的股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表 $2/3$ 以上表决权的股东通过。股份有限公司的股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的 $2/3$ 以上通过。

同时，公司合并应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司继承。

2. 公司分立

公司分立是指一个公司依法分为两个以上的公司的法律行为。公司分立的形式有两种：一是公司以其部分财产另设一个或数个新的公司，原公司存续；二是公司以其全部财产分别归入两个以上的新设公司，原公司解散。

公司分立的程序与公司合并的程序基本一致。公司分立，必须经股东会代表 $2/3$ 以上表决权的股东通过或股东会出席会议的股东所持表决权的 $2/3$ 以上通过。

根据《公司法》的规定，公司分立，其财产作相应的分割；公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。

至于公司分立前的债务，应由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

【案例 2】

张名先生是大华贸易公司的经理，近期股市火爆，于是将公司的部分资金以其个人名义用于购买新股。获利后，将其存入自己的账户。请分析，对张经理的行为应当如何处理？

【案例 3】

南通大地有限责任公司由甲、乙股东投资设立，海门天空有限责任公司由丙、丁投资设立。之后，南通大地有限责任公司被海门天空有限责任公司兼并，股东为甲、乙、丙、丁四方。在兼并前，南通大地有限责任公司尚有 40 万元债务未偿还。请分析，合并前的原南通大地有限责任公司的 40 万元债务应由谁偿还，为什么？

八、公司的解散和清算

公司的解散是使公司消灭法律人格的行为，在符合一定的条件的情况下公司可以解散，公司除因合并或分立而解散外，其余原因引起的解散，均须经过清算程序。

1. 公司解散的原因

公司解散是指成立的公司基于一定的章程或法律规定的事由而使公司消失的法律行为。公司因下列原因解散：（1）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（2）股东会或者股东大会决议解散；（3）因公司合并或者分立需要解散；（4）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。（5）公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

2. 公司解散时的清算

公司的清算是指在公司面临终止时，负有清算义务的主体依照法律的规定对公司的资产、负债、股东权益等公司的状况作全面的清理和处置，使得公司与其他社会主体之间的权利和义务归于消灭的行为。

公司除因合并或分立而解散外，其余原因引起的解散，均须经过清算程序。公司解散应当在解散事由出现之日起 15 日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

清算组在清算期间行使下列职权：（1）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；（2）通知、公告债权人；（3）处理与清算有关的公司未了结的业务；（4）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；（5）清理债权、债务；（6）处理公司清偿债务后的剩余财产；（7）代表公司参与民事诉讼活动。

清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算组申报其债权。债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制订清算方案，并报股东会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前述规定清偿前，不得分配给股东。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。

公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。

清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。

第二节 有限责任公司

一、有限责任公司的特征与设立

有限公司兴起较晚，德国在 1892 年制定了《有限责任公司法》后，欧洲各国纷纷仿效，有限责任公司这种商事组织形式由此得到了迅速发展。目前这种公司形式已成为各国采用最多的一种商事组织形式。

有限责任公司是指公司以其全部财产对公司的债务承担责任，股东以其认缴的出资额为限对公司承担有限责任的公司。

1. 有限责任公司的特征

有限责任公司具有以下法律特征：

（1）股东人数有最高限制，要求一般为 50 人以下；（2）公司不能向社会募集自有资本，不能发行股票；（3）股东仅以其出资额为限对公司负责；（4）股东股份一般不能随意转让。

2. 有限责任公司的设立

（1）有限责任公司的设立条件

①股东符合法定人数。有限责任公司应由 50 个以下股东共同出资设立，即股东人数不得超过 50 人。②股东应当按照公司章程的规定缴纳认缴的出资。③股东共同制定公司章程。④有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构。⑤有公司住所。

（2）有限责任公司的设立程序

①发起人发起设立筹办活动。

②制定公司章程。公司章程是由股东共同制定且签名、盖章，对公司事项等有约束力的重要文件。有限责任公司章程应当载明下列事项：A.公司名称和住所；B.公司经营范围；C.公司注册资本；D.股东的姓名或名称；E.股东的出资方式、出资额和出资时间；F.公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；G.公司法定代表人；H.股东会会议认为需要规定的其他事项。

③股东出资。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产作价出资，应当评估作价，核实财产，不得高估或低估作价。2023 年《公司法》完善了注册资本认缴登记制度，规定有限责任公司股东出资期限不得超过 5 年。

④注册登记。2023 年《公司法》新增“公司登记”一章，就公司设立登记的条件和事项作出统一规定。

设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。

申请设立公司，应当提交设立登记申请书、公司章程等文件，提交的相关材料应当真实、合法和有效。申请材料不齐全或者不符合法定形式的，公司登记机关应当一次性告知需要补正的材料。

公司登记机关应当将规定的公司登记事项通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。

公司应当按照规定通过国家企业信用信息公示系统公示下列事项：（1）有限责任公司股东认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期，股份有限公司发起人认购的股份数；（2）有限责任公司股东、股份有限公司发起人的股权、股份变更信息；（3）行政许可取得、变更、注销等信息；（4）法律、行政法规规定的其他信息。

依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。公司登记机关可以发给电子营业执照。电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力。

二、有限责任公司的组织机构

1. 股东会

股东会是公司的权力机构，由全体股东组成。

股东会依法行使下列职权：（1）选举和更换董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（2）审议批准董事会的报告；（3）审议批准监事会的报告；（4）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（5）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（6）对发行公司债券作出决议；（7）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（8）修改公司章程；（9）公司章程规定的其他职权。

股东会会议分为定期会议和临时会议。首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持；定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。临时会议代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持。不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。召开股东会会议，应当于会议召开十五日前通知全体股东。

股东出席股东会，按出资比例行使表决权。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

2. 董事会

有限责任公司的董事会是公司的执行机构，执行公司业务管理和经营决策，并对股东会负责。各国法律对公司董事会人数的规定各不相同，有的国家规定，资本额较小的公司可以只设1名董事，不设董事会；资本额较大的公司可以设3名以上的董事，组成董事会，并设立董事长1人主持董事会的工作。我国2023年《公司法》规定：有限责任公司董事会成员为三人以上。规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使董事会的职权。董事由股东会选举产生。董事的任期由公司章程规定，但每届不得超过三年；任期届满的，连选可以连任。在法国，公司法并没有限制经理任职的期限，在公司章程没有相反的规定时，其任职期限为公司的存在期限，但董事在任职期间可以辞职或被免职。如果董事因为被公司撤职而使本人遭受了损失，他有权要求公司给予赔偿，但是，即使公司对该董事的撤职没有正当理由，被撤职的董事也没有要求公司或参股人让他复职的权利。

我国《公司法》第六十七条规定，有限责任公司设董事会，董事会行使下列职权：

- （1）召集股东会会议，并向股东会报告工作；
- （2）执行股东会的决议；
- （3）决定公司的经营计划和投资方案；
- （4）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- （5）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；
- （6）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；
- （7）决定公司内部管理机构的设置；
- （8）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；
- （9）制定公司的基本管理制度；
- （10）公司章程规定或者股东会授予的其他职权。

公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人。

董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务时，由副董事长召集和主持。副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会决议的表决，实行一人一票。

3. 监事会

有限责任公司监事会是公司的内部监督机构。《公司法》规定，有限责任公司设监事会，监事会成员为三人以上。规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。

监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事的任期每届为三年，监事任期届满，连选可以连任。

监事会、不设监事会的公司的监事可检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事和高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事和高级管理人员予以纠正；提议召开临时股东会会议，在董事会不履行法律规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；向股东会会议提出提案；依法对董事、高级管理人员提起诉讼等。

三、有限责任公司的股权转让

1. 股东之间转让股权

有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。《公司法》对股东之间转让股权没有作任何限制。

2. 股东向股东以外的人转让股权

股东向股东以外的人转让股权的，应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的，视为放弃优先购买权。两个以上股东行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

3. 人民法院强制转让股东股权

人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

4. 履行股权转让手续

有限责任公司股东转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

第三节 股份有限公司

一、股份有限公司的特征与设立

1. 股份有限公司的特征

股份有限公司，又称股份有限责任公司，是指由法定人数的股东依法设立，全部资本分为等额股份，股东以其认购的股份为限对公司承担责任，公司则以全部资产对公司债务承担责任的一种公司企业。

股份有限公司具有以下几个方面的特征：

（1）股份有限公司有最低法定股东人数的限制；（2）全部资本均等的分为股份；（3）公司可以公开发行股票，筹集公司资本；（4）股东对公司承担有限责任；（5）公司的所有权与经营权的相分离。

2. 股份有限公司的设立

（1）股份有限公司设立条件

①发起人符合法定人数；②股东应当按照公司章程的规定缴纳认缴的出资；③股份发行、筹办事项符合法律规定；④发起人制定公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过；⑤有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构；⑥有公司住所。

（2）股份有限公司的设立方式

股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。

发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。

募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

（3）公司发起人及注册资本

设立股份有限公司，应当有一人以上二百人以下发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

（4）股份有限公司章程

股份有限公司章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司设立方式；公司股份总数、每股金额和注册资本；发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间；董事会的组成、职权和议事规则；公司法定代表人；监事会的组成、职权和议事规则；公司利润分配办法；公司的解散事由与清算办法；公司的通知和公告办法以及股东会会议认为需要规定的其他事项。

二、股份有限公司的组织机构

1. 股东会

股东会是股份有限公司的权力机构，由股东组成。有限责任公司股东会职权适用于股份有限公司股东会。

股东会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的，应当在两个月内召开临时股东会：

①董事人数不足法定人数或者公司章程所定人数的三分之二时；②公司未弥补的亏损达实收股本总额三分之一时；③单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时；④董事会认为必要时；⑤监事会提议召开时等。

股东会会议由董事会召集，董事长主持。董事会应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东会应当于会议召开十五日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开三十日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。无记名股票持有人出席股东会会议的，应当于会议召开五日前至股东会闭会时止将股票交存于公司。

股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，但是，公司持有的本公司股份没有表决权。股东会会议作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过；但是，股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

2. 董事会

股份有限公司设立董事会作为公司的业务执行机构，公司董事任期及公司董事会的职权适用有限责任公司相关规定。

董事会设董事长一人，可以设副董事长，董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，实行一人一票。

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理。

3. 监事会

股份有限公司设监事会，作为公司的内部监督机构，关于监事会的其他规定，与有限责任公司的监事会基本相同。规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，

设一名监事，行使本法规定的监事会的职权。董事、高级管理人员不得兼任监事。

《公司法》第一百二十一条规定，股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。

第四节 合伙法

一、合伙企业的概念与特征

1. 合伙企业的概念

合伙是指两个或两个以上的合伙人为了经营共同的事业，共同出资、共享利益、共担风险而组成的商事组织。

合伙是商事组织形式的一种，由于合伙组织成立的手续比较简便，经营方式也比较灵活，所以是很多中小投资者愿意采取的一种经营方式。在各国的经济制度中，合伙组织也发挥着其他商事组织无法替代的作用。

2. 合伙企业的特征

与其他的商事组织相比，合伙组织具有以下法律特点：

- (1) 以合伙协议为成立基础
- (2) 由合伙人共同出资、共同经营
- (3) 合伙人对合伙组织的债务承担无限连带责任

合伙制中的无限连带责任是指每个合伙人对于合伙债务都负有全部清偿的义务，而合伙的债权人也有权向合伙人中的任何一人或数人要求其清偿债务的一部分或全部。

二、合伙企业设立的条件

1. 合伙协议

它是合伙组织成立的必要条件，由于多数国家并不赋予合伙组织以法人资格，合伙协议就成为合伙成立、合伙人享有权利和承担义务的重要依据。

我国《合伙企业法》规定：合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致，以书面形式订立，合伙协议经全体合伙人签名盖章后生效。合伙人依照合伙协议享有权利，承担责任。合伙协议的内容：（1）合伙企业的名称和主要经营场所的地点；（2）合伙目的和合伙经营范围；（3）合伙人的姓名或者名称、住所；（4）合伙人的出资方式、数额和缴付期限；（5）利润分配、亏损分担方式；（6）合伙事务的执行；（7）入伙与退伙；（8）争议解决办法；（9）合伙企业的解散与清算；（10）违约责任。

2. 合伙的登记

各个国家对此有不同的规定，英美法系国家对普通合伙一般不要求经政府的批准登记，但要求所有的合伙企业必须有合法的目的。另外，有独立名称的合伙企业，因体现不出谁是合伙人，需要进行商号的登记。大陆法系国家都要求设立合伙企业时必须履行申请登记手续，并领取营业执照，该营业执照签发日期为合伙企业的成立日期。在领取合伙企业营业执照前，合伙人不得以合伙企业的名义从事经营活动。在中国设立合伙企业必须在登记机关进行登记，营业执照签发之日，即为企业成立的日期。企业在领取营业执照前，合伙人不得以合伙企业名义从事经营活动，否则，责令其停止经营并可予以罚款。无论是在名称还是在人数上，各国一般都对合伙的成立有一定的限制。

根据我国《合伙企业法》规定，合伙企业的设立应具备以下条件：（1）有二个以上合伙人；（2）有书面合伙协议；（3）有合伙人认缴或者实际缴付的出资；（4）有合伙企业的名称和生产经营场所；（5）法律、行政法规规定的其他条件。

三、合伙企业财产

1. 合伙企业财产的构成

(1) 合伙人的出资；(2) 以合伙企业名义取得的收益；(3) 依法取得的其他财产。

2. 财产份额的转让

内部转让：应当通知其他合伙人。

外部转让：须经其他合伙人一致同意，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；合伙协议对转让和优先购买权另有约定的除外。

受让人经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，依照合伙企业法和修改后的合伙协议享有权利，履行义务。

3. 财产份额的出质

须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

四、合伙事务执行

1. 合伙人对合伙企业事务的管理

合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。

(1) 委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务

其他合伙人不再执行合伙事务，但有权监督执行事务合伙人执行的情况。执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况，合伙人为了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。

(2) 合伙人分别执行合伙事务

受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

合伙人对合伙企业有关事项作出决议，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

合伙企业法的特殊规定：应当经全体合伙人一致同意的事项：改变合伙企业名称；改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；处分合伙企业不动产；转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；以合伙企业名义为他人提供担保；聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

2. 合伙人行为的限制

竞业禁止：合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。

自我交易：合伙人不得同本合伙企业进行交易，合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意除外。

合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

3. 聘任合伙人以外的经营管理人员

聘任：应当经全体合伙人一致同意

职权范围：应当在合伙企业授权范围内履行职务

责任：超越合伙企业授权范围履行职务，或者在履行职务过程中因故意或者重大过失给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。

4. 合伙企业的利润、亏损承担

如果合伙协议中明确规定了利润分配或分担亏损的比例，则依约定；如果合伙协议中没有约定利益分配和损失分担的比例，或约定不明的，由合伙人协商决定，协商不成的由合伙人按实缴出资比例分配、分担，无法确定出资比例的，则在合伙人之间平均分配利润和分担损失；如果合伙协议将全部利润分配给部分合伙人，或由部分合伙人承担全部亏损，则该约定无效。

五、合伙企业与第三人关系

1. 与善意第三人的关系

对合伙人执行合伙事务、对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。

2. 合伙企业债务

（1）对外：合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

（2）内部：合伙人清偿数额超过其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

3. 合伙人个人债务

债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。合伙人的自有财产不足清偿个人债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

六、入伙、退伙

1. 入伙

（1）程序

除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

（2）新合伙人的权利和义务

新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任；入伙协议另有约定的除外。新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

2. 退伙

（1）自愿退伙

条件：合伙协议约定合伙期限，在合伙企业存续期间。

情形：合伙协议约定的退伙事由出现；经全体合伙人一致同意；发生合伙人难以继续参加合伙的事由；其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

（2）通知退伙

条件：合伙协议未约定合伙期限；合伙人退伙不给合伙企业事务执行造成不利影响；提前 30 日通知其他合伙人。

（3）当然退伙

情形：作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；个人丧失偿债能力；作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

（4）除名退伙

条件：经其他合伙人一致同意。

情形：未履行出资义务；因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；执行合伙事务时有不正当行为；发生合伙协议约定的事由。

程序：除名决议应当书面通知被除名人；被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙；被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起 30 日内，向人民法院起诉。

3. 退伙后的财产处理

（1）按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。

（2）由合伙协议约定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。

（3）退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

【思政专栏】

“对外开放”是中国一项基本国策，“法治、诚信”是中国企业遵循的社会主义核心价值观。中国企业在设立的过程中，必须依据《公司法》的相关规定，保护公司、股东和债权人的合法权益，促进社会主义市场经济的发展。中国倡导“法治、诚信、友善”，无论是中国企业，还是外商投资企业，都必须遵守市场原则。《公司法》规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。敬业、忠于职守，也是我国倡导的社会主义核心价值观的基本内容。遵守法律、公司章程、忠诚和勤勉不仅仅是公司法对董事、监事和高级管理人员的要求，也是所有用人单位对劳动者的要求。

本章作业

1. 单项选择题：P47

2. 多项选择题：P47

3. 简答题：

- (1) 公司、合伙企业有什么法律特征？
- (2) 分公司的法律地位与子公司有何不同？
- (3) 公司设立应具备哪些条件？
- (4) 比较股东会与董事会的职权。

4. 阅读理解题：P47

5. 案例分析题：

甲、乙、丙 3 人于 2018 年分别出资 2000 英镑、4000 英镑、6000 英镑成立了合伙企业，经营奶酪、面包等食品加工业务，3 人约定按出资比例分配利润和分担亏损。

2020 年，乙提出退伙并抽出了本人的 4000 英镑出资，此时，甲与丙核查了企业的账目，发现公司亏损 6000 英镑。2021 年合伙企业因资不抵债宣布解散，甲与丙分了企业仅有的设备和一些产品。

丁为合伙企业的债权人，听说此事后，找到甲要求其偿还债务，甲表示自己无力偿还，至多偿还自己的那一部分，即按约定的比例偿还 1000 英镑。丁于是又找到乙，要求其偿还剩余的债务，乙表示自己早已退伙，不再对合伙的债务承担责任。之后丁又找到丙要求其承担相应债务，但丙却说，当初在合伙企业解散时，自己分到的较少，因为已经与甲约定好其不再为合伙债务负责，而由甲承担自己的那部分债务。

问题：甲、乙、丙的说法是否正确，丁的债权如何能够实现，为什么？

6. 实训题：

杰森是法国高尼奇勒股份有限公司的董事，在公司对另一公司的并购过程中，杰森为公司的利益主张虚报公司股份比例，实现公司的并购计划，但股东反对，并在股东大会上提出解除杰森的董事职务。问题：

- (1) 试分析股东大会是否有权解除杰森的董事职务。
- (2) 假设杰森的建议并不违反法国的法律规定，杰森是否有权要求公司恢复其董事职务？

第三章 商事代理法

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生可以了解代理制度的主要内容、国际商事代理的概念和法律特征；了解大陆法系和英美法系关于代理权产生的主要规定；掌握代理权的行使、无权代理与表见代理；掌握代理人与被代理人之间的关系及代理人、被代理人与第三人之间的关系。

2. **课程思政育人目标：**通过对代理人对被代理人诚信忠实义务的学习，对学生进行诚信等社会主义核心价值观的教育，培养学生专业、踏实、严谨的学习工作作风。

教学重点：代理权的行使；无权代理；表见代理；代理行为当事人之间的关系。

教学难点：表见代理；代理行为当事人之间的关系。

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：4 学时

教学内容：

第一节 代理概述

第二节 代理的产生与终止

第三节 代理行为当事人之间的关系

教学过程：

第一节 代理概述

一、代理的概念

代理是指代理人以被代理人(又称本人)的名义，在代理权限内与第三人(又称相对人)为法律行为，其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。其中，代为他人实施民事法律行为的人，称为代理人；由他人以自己的名义代为民事法律行为，并承受法律后果的人，称为被代理人。

代理活动涉及三方主体，其整体是代理法律关系，又包含着三部分内容：一是被代理人与代理人之间产生代理的基础法律关系，如委托合同；二是代理人与第三人所为的民事法律行为，称为代理行为；三是被代理人与第三人之间承受代理行为产生的法律后果，即基于代理行为而产生、变更或消灭的某种法律关系，如买卖合同。

二、代理的法律特征

1. 代理行为是能够引起民事法律后果的民事法律行为

通过代理人所为的代理行为，能够在被代理人与第三人之间产生、变更或消灭某种民事法律关系，如代订合同而建立了买卖关系、代为履行债务而消灭了债权债务关系，这表明代理行为具有法律上的意义，同样是以意思表示作为构成要素。因此，代理行为区别于事务性的委托承办行为。诸如代为整理资料、校阅稿件、计算统计等行为，不能在委托人与第三人之间产生民事法律关系，不属于民法上的代理行为。

2. 代理人一般应以被代理人的名义从事代理行为

在代理关系中，代理人是代替被代理人从事法律行为，以实现被代理人所追求的民事法律后果。显然，基于代理行为所产生的民事法律关系的主体应是被代理人，故代理人一般应用被代理人的名义从事代理行为。这一特征是区分代理行为与一般民事法律行为的标志，因为后者是行为人为实现自己追求的法律后果而以自己的名义实施的民事法律行为。同样，代理行为也基于这一特征区别于行纪关系。因为行纪人是以自己的名义从事行纪业务活动。

3. 代理人在代理权限范围内独立为意思表示

这一特征有两方面含义：

(1) 代理人有权独立为意思表示。作为法律行为的特殊形式，代理行为也是以意思表示作为基本要素。所以，应当允许代理人根据当时当地的实际情况，独立地决定法律行为的内容和方式。

(2) 为了切实保障被代理人的利益，法律要求代理人必须在代理权限范围内独立为意思表示。因为代理人与被代理人是彼此独立的两个民事主体，法律之所以确认代理行为的效力，目的在于借助代理人的行为实现被代理人的民事需求，所以，代理人在代理权限范围内作出的意思表示才符合被代理人的民事权益。正是在此种意义上，代理人在实施代理行为过程中超过代理权限范围所作出的意思表示就是不真实的，其代理行为也应依法无效或被撤销、被变更。依据这一特征，要注意区别代理与一些相似情况：

①代理人区别于法人的法定代表人。法定代表人与其所代表的法人是同一主体。代表人是法人的组成部分，如厂长是企业的组成部分，其所表示的意思就是法人的意思。而代理人与被代理人则是两个独立的民事主体。

②代理人区别于居间人、传达人。居间人只是接受委托，为双方当事人建立民事法律关系提供条件，并不参加该法律关系，也不独立表达其意思；传达人则限于原封不动地传递委托人的意思表示，不提出自己的意思。

4. 代理行为的法律后果直接归属于被代理人

代理行为的目的是实现被代理人追求的民事法律后果，所以，代理人的代理行为在法律上视为被代理人的行为，其效力直接及于被代理人。代理人是代理行为的实施者，而被代理人则是法律后果的承受者。这是民事代理制度得以适用的本质属性。在此，法律后果涉及代理行为产生的全部后果，包括代理行为所产生的民事权利和民事义务、代理人从事代理活动所支出的必要费用。

三、国际商事代理的概念和法律特征

1. 概念

国际商事代理，则是指代理人按照被代理人的授权或者法律规定，代表被代理人从事与第三人签订国际商事合同或为其他有法律意义的国际商事行为，由此产生的权利义务直接对被代理人发生法律效力的一种服务。

2. 法律特征

(1) 国际商事代理的行为是具有法律意义的行为。所谓“具有法律意义”是指根据有关的法律，该行为能产生、变更或消灭法律上的权利义务。

(2) 国际商事代理的根据为被代理人的授权或者法律规定。

(3) 代理行为产生的权利义务直接归属于被代理人。尽管代理行为是代理人做出的，但是其法律后果，一般直接归属于被代理人，当然如果代理人和被代理人及第三人另有约定的除外。

四、代理的适用范围

代理广泛适用于我国公民之间、法人之间及公民和法人之间。但是，并非一切法律行为都可以适用代理。依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。具体表现在：(1) 具有人身性质的行为不得通过代理进行。比如立遗嘱、婚姻登记、收养子女等行为不得适用代理；(2) 法律规定或者双方当事人约定应当由特定人亲自为之的，则不得适用代理。例如，某些与特定人身相关联的债务的履行(预约撰稿、演出、授课、讲演、特定的技术转让合同等)亦如此。因为这些行为和债务，或者依法律规定，或者根据双方当事人的约定，应当由特定人亲自为之。如果通过代理人进行，就可能侵害有关当事人的合法权益。

第二节 代理的产生与终止

一、大陆法系的代理

1. 意定代理

意定代理是指由被代理人的意思表示产生的代理权。

2. 法定代理

法定代理指代理人依据法律的规定直接获得代理权的代理。法定代理的产生：依法律的规定而享有代理权；根据法院的选任而产生的代理权；因私人的选任而产生的代理权。

二、英美法系的代理

1. 明示授权

明示授权，即明示指定，是指被代理人以明示授权的方式指定某人为代理人。

2. 默示授权。

默示授权是指基于被代理人的言辞或行为，使代理人或第三人相信代理人有权代替被代理人从事某种法律行为而产生的代理权。默示代理主要有两种情况：以言语或行为默示而产生的代理权；以身份关系、合作行为推定产生的代理行为。

3. 客观必需的代理权

客观必需的代理权是一个受委托照管另一个人的财产，为了保护这种财产而必须采取某种行动时产生的代理权。行使这种代理权是实际上和商业上所必须的；代理人在行使这种代理权之前无法与被代理人取得联系以得到本人的指示；代理人所采取的措施必须是善意的，并且必须考虑到所有有关当事人的利益。

4. 追认代理

追认代理应具备的条件：代理人在订立合同时必须声明其是以被代理人的身份订立合同；被代理人应在代理人进行代理行为期间和追认代理期间具有进行该授权的行为能力；被代理人在追认代理行为时，必须了解其主要内容；被代理人必须在第三人撤销其与代理人所进行的民事行为之前进行追认，且被追认的代理行为必须合法，无法律效力的行为不能追认；必须是对法律行为的全部而不是部分的追认。

案例 1

A 公司授权 B 公司自波兰购买一批皮货。由于爆发了战争，在无法与 A 公司取得联系的情况下，B 公司将该批皮货出售，将出售所得以 A 公司名义存入银行。战争结束后，皮货价格飙升，A 公司指控 B 公司未经授权出售其货物构成侵权。

问题：B 公司是否可以以客观必需的代理权进行抗辩？

案例 2

英国某铁路公司替伦敦一水果批发商运送一批水果到 A 地。运途途中，突遇铁路工人罢工，水果被堵在半路上，通车的日期不能确定，铁路公司担心水果腐烂，于是就地进行了销售，并为水果批发商保管了这笔钱，事后批发商认为铁路公司无权代理处理这批水果，并且铁路公司的销售价格导致批发商遭受了损失，要求铁路公司赔偿损失。

问题：铁路公司是否有权代理？是否应该赔偿损失？

三、代理权的行使

代理人的代理权是为被代理人的利益而存在的，代理人既有权利也有义务行使代理权。

所谓行使代理权，是指代理人在代理权限内以被代理人的名义与第三人实施民事法律行为。

1. 行使原则

代理人行使代理权应遵循以下原则：在代理权限内积极行使代理权，维护被代理人的利益；亲自行使代理权；合法行使代理权。

2. 行使方式

- (1) 代理人在代理权限内作独立的意思表示；
- (2) 代理是以被代理人的名义进行的行为；
- (3) 代理行为的法律后果直接归属于被代理人。

3. 代理权的滥用

滥用代理权，是指代理人行使代理权违背代理的宗旨而实施有损被代理人利益的行为。

(1) 自己代理，即代理人以被代理人的名义与自己实施民事行为。除使被代理人纯获利益的以外，自己代理一般应无效。

(2) 双方代理，即代理人同时代理双方为同一民事行为。除双方特别许可的以外，双方代理也应无效。

(3) 代理人与第三人恶意串通损害被代理人利益的行为。恶意串通是滥用代理权的无效行为。代理人和第三人串通，损害被代理人利益的，由代理人和第三人负连带责任。

四、无权代理

1. 无权代理的概念及类型

无权代理，是指行为人不具有代理权而以他人名义实施代理行为。无权代理包括以下三种类型：

(1) 没有代理权的代理。即当事人在实施代理行为时，根本未获得被代理人的授权。

(2) 超越代理权的代理。即代理人虽然有被代理人的授权，但其实施的代理行为，不在被代理人的授权范围内，而是超越了被代理人的授权。其超越代理权所实施的代理行为构成无权代理。

(3) 代理权已终止后的代理。即代理人获得了被代理人的授权，但代理授权所规定的代理期限届满后，代理人继续实施代理行为，其超过代理权存续期限所为的代理行为，构成无权代理。

2. 无权代理的法律效果

(1) 因被代理人的追认而产生代理的法律效力

被代理人对无权代理行为有追认权，通过被代理人行使追认权，可使无权代理行为中所欠缺的代理权得到补足，转化为有权代理，发生与有权代理同样的法律效果。

(2) 因被代理人的拒绝而对被代理人不发生代理的法律效力

无权代理行为发生后，被代理人享有追认或拒绝追认的选择权，代理行为处于效力未定的状态。如果被代理人明确表示拒绝追认或在催告期内不作出追认的表示，就可视为被代理人拒绝追认，无权代理行为对被代理人不发生代理的法律效力。

五、表见代理

1. 表见代理的概念

表见代理，是指代理人虽然不具有代理权，但因一些外在表面现象，足以使善意第三人相信代理人对被代理人有代理权而与代理人为法律行为，由此产生的法律效果直接由被代理人承担的一种代理制度。

表见代理属于广义的无权代理，但它与狭义无权代理不同，表见代理人与被代理人之间有使第三人误信表见代理人有代理权的事由，从而法律使其发生与有权代理相同的法律效果。表见代理制度的意义在于维护善意第三人的利益，维护交易安全。

2. 表见代理的成立要件

(1) 代理人不具有代理权。如果代理人实际上拥有代理权，则属于有权代理，不发生表

见代理的情况。

(2) 客观上存在使第三人相信表见代理人有代理权的理由，即存在所谓的“外表授权”。

(3) 第三人善意。即第三人不知道也不应知道表见代理人不具有代理权，表见代理只维护善意第三人的利益。

(4) 表见代理人与第三人实施的代理行为除不具备代理权要件外，须具备代理民事法律行为的其他有效要件。

案例 3

日本高田公司业务员大山被解雇后假冒该公司名义从老客户山木公司处骗得货物后逃走。山木公司认为在与大山订立合同时并不知其已被解雇，要求高田公司付款。高田公司则以大山已不是公司员工为由拒绝付款，于是将争议诉至法院。

请分析，该案应如何处理，为什么？

六、代理关系的终止

1. 依当事人的行为终止代理关系

- (1) 代理目的实现；
- (2) 代理期限届满；
- (3) 被代理人和代理人协议终止代理关系；
- (4) 代理人或被代理人单方终止代理关系。

2. 依法律规定终止代理关系

- (1) 代理人死亡、破产或丧失行为能力；
- (2) 被代理人或代理人死亡、破产或丧失行为能力；
- (3) 法律的改变使得代理成为非法；
- (4) 主要标的物灭失。

第三节 代理行为当事人之间的关系

一、代理人的义务

1. 代理人必须亲自履行代理职责

代理人必须亲自履行代理义务，除非经过被代理人的许可或出现不得已的事由，代理人不得将其代理权委托他人。代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。转委托代理经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。

2. 代理人应以其正常的技能勤勉履行其代理职责

代理人必须向被代理人公开所掌握的一切有关代理活动的信息，供被代理人决策参考，包括客户的有关资料、代理事务的进展情况等。由于代理人的过失或疏于履行其义务而给被代理人造成损失的，代理人要承担相应的责任。

3. 代理人应对被代理人诚信、忠实

代理人要本着诚实信用的原则履行自己的代理职责，要为被代理人谋取利益，而不得从代理活动中为自己谋取私利。代理人不得以被代理人的名义与自己或自己代理的其他人订立合同，即不得从事“自己代理”或“双方代理”之行为。不得通过代理之便谋取私利。包括收受第三人的贿赂，与第三人串通损害被代理人的利益。除非代理人向被代理人充分披露，

并获得同意，代理人不得谋取超过被代理人向其支付的佣金以外的任何利益。代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。

4. 代理人的保密义务

在代理期限内和代理关系结束的一段合理期限内，代理人不得泄露在代理事务过程中所获得的商业资料和商业秘密，不得与被代理人进行同业竞争。

5. 代理人需向被代理人申报账目

代理人有义务将其所有交易事项做成账目，并在被代理人要求时向其提示和申报。代理人作为被代理人收取的一切款项应全部交给被代理人，即使该交易本身无效或违法也不例外。

6. 代理人必须服从被代理人的合法指示

代理人受托于某种特定方式完成某一特定事项时，必须遵照被代理人的指示行事。在发现不能实现被代理人的指示时，应及时通知被代理人。在交易活动中，如果没有被代理人的具体指示，代理人应以最好的判断力为了被代理人的利益而采取行动。

二、被代理人的义务

1. 支付佣金或报酬；
2. 补偿代理人因履行职责而产生的费用；
3. 被代理人有义务让代理人核查其账目。

三、代理人、被代理人与第三人之间的关系

1. 大陆法系的规定

在确定第三人是与被代理人还是与代理人订立的合同时，大陆法系采取的是确定代理人究竟是以代表的身份还是以其个人的身份订立合同。当代理人以代表被代理人的身份与第三人订立合同时，合同就是第三人与被代理人之间的合同，依合同所产生的权利与义务直接归于被代理人。如果代理人以其个人的身份与第三人订立合同，则无论其是否事先得到了被代理人的授权，此合同均被认为是代理人与第三人之间的合同，合同所产生的权利义务归于代理人。这种方法使大陆法上产生了直接代理与间接代理的区别。

2. 英美法系的规定

（1）完全披露被代理人

它是指代理人在订立合同时，不但表明了自己的代理身份，而且已指出被代理人的姓名或商号。在这种情况下，所订立的合同就是被代理人与第三人之间的合同，被代理人应对合同所产生的权利义务负责。

（2）部分披露被代理人。

它是指代理人在订立合同时只披露代理关系的存在，没有披露被代理人的姓名或商号的代理行为。在这种情况下，合同仍被视为被代理人与第三人之间的合同，由被代理人对合同所产生的权利义务负责。

（3）未披露被代理人。

它是指代理人尽管得到被代理人的授权，但在订立合同时根本不披露代理关系的存在，既未表明代理身份，也未表明被代理人的身份。在这种情况下，即使代理人事先得到了被代理人的授权，代理人原则上也应当承担对第三人履行合同所产生的责任

未披露的被代理人行使介入权时，必须符合以下几个条件：代理人在订立合同时得到了被代理人的授权；如果第三人可以证明他实际上是希望与代理人且只是希望与代理人订立合同，被代理人就不能介入该合同。

【思政专栏】

诚实信用是市场经济活动中的道德准则，诚实信用原则是民法中的“帝王条款”。同时，诚信也是社会主义核心价值观，是公民基本道德规范。《民法典》第七条规定：“民事主体

从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。” 代理人要本着诚实信用的原则履行代理职责，代理人必须亲自履行代理职责，代理人应以其正常的技能勤勉履行其代理职责。代理人要为被代理人谋取利益，而不得从代理活动中为自己谋取私利。代理人不得从事“自己代理”或“双方代理”之行为，不得通过代理之便谋取私利，包括收受第三人的贿赂，与第三人串通损害被代理人的利益。代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。

本章作业

1. 选择题：P70

2. 简答题：

- (1) 代理权产生的依据有哪些？
- (2) 代理法律关系中三方当事人之间的权利义务关系是什么？
- (3) 如何区分无权代理和表见代理？

3. 案例分析题

【案例 1】2018 年 6 月，我国上海某电子公司 A 与美国某电子有限公司 B 之间签订了一份打印机买卖合同，合同规定，A 向 B 购买 2 万台打印机，同年 10 月交货。

合同签订后，考虑到当时市场的实际情况和自身的经济状况，A 拟减少购买 5000 台，通过与 B 在上海的全权代理人协商后，双方协定将合同数量改为 1.5 万台，并签订了修改协议。但 B 的全权代理人未将修改情况及时通知 B。

同年 10 月，B 仍按原合同规定的数量（2 万台）发货给 A，并通过 D/P（付款交单）方式向 A 收款。A 只向银行支付了 1.5 万台打印机的货款，对另外 5000 台打印机拒绝接受，B 认为 A 违反合同约定，要求 A 接收另外 5000 台打印机，并支付货款，并承担由此而造成的一切费用和损失。

问题：

- (1) A 有没有违约？
- (2) A 是否可以拒绝接收另外 5000 台打印机，并拒绝付款和承担由此造成的费用和损失？

【案例 2】王某和赵某是同乡，平日关系不错。后王某去其他城市打工，就委托赵某代为照管其财产，其中包括一台才购买的彩色电视机。1 年后，王某决定留在该城市发展，就委托赵某处理其财产。听说赵某有彩色电视机处理，王某找到赵某，表示要购买。由于没有足够的钱，王某就和赵某商量，由赵某写信给王某说电视机有故障，只能低价处理。待成交后，王某付给赵某一定的好处。赵某依此行事，王某出于对赵某的信任，同意低价处理该电视机。赵某以低价将电视机出售给王某，获得了一定的好处。事后王某回到该地，发现了这一情况，要求王某返还电视机。双方产生争议。

问题：

- (1) 赵某的行为是否为有权代理行为？
- (2) 本案应当如何处理？

4. 实训题

2020 年香港 A 公司在巴西购买了 545 吨高压聚乙烯，同年 8 月运抵上海，委托上海的 B 公司代为提货并存放于保税区仓库中。2021 年 5 月 22 日至 6 月 2 日，A 公司先后书面通知 B 公司，其已经签发发货单给其客户 C 公司，如 C 公司前去提货，需付清货款或者由 A 公司再次书面确认方可放货。6 月 6 日，C 公司前来提货，在出示了保证付款的保函、进出口合同副本和要求提货的介绍信后，B 公司擅自放货。事后，该客户未付清货款，而货物的正本提单仍

然在 A 公司处。A 公司要求 B 公司偿付未果后向法院提起诉讼。

问题：

(1) B 公司和 A 公司之间是何种法律关系？在这种法律关系中，B 公司应当承担何种责任？

(2) 你认为本案应当如何处理？

5. 讨论题

某经贸公司长期委托李某为其采购某种商品，后公司改组，重编岗位，精减人员，取消了李某的代理权，但没有告知其客户。李某继续以该公司代理人的身份从事商品采购业务。面对客户履行合同的主张，该公司以李某不具有代理权为由加以拒绝。但这一抗辩没有被法庭接受，判决该公司应当承担合同履行责任。

问题：请分析原因。

第四章 商事合同法

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生可以了解合同的概念、特点和分类；认识合同的形式与内容；掌握合同的订立程序；掌握合同履行的原则与规则。

2. **课程思政育人目标：**自由、平等、公平、诚信、公序良俗是合同法的基本原则，贯穿合同法的始终。通过商事合同法的学习，对学生进行自由、平等、公正、诚信等社会主义核心价值观的教育，培养学生的契约精神，提高学生的公民素养，帮助学生树立正确的是非观。

教学重点：要约应具备的有效要件；要约邀请与要约的区别；承诺与反要约；合同的成立与生效；不安抗辩权的行使。

教学难点：要约邀请与要约的区别；承诺与反要约；不安抗辩权的行使。

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：6 学时

教学内容：

第一节 合同概述

第二节 合同的订立

第三节 合同的效力

第四节 合同的履行

教学过程：

第一节 合同概述

一、合同的概念

合同，又称契约，是两个或两个以上的当事人以发生变更或消除民事法律关系为目的而达成的协议。

民法上的合同有广义和狭义之分，广义的合同是两个以上的民事主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，除债权合同外，还包括物权合同、身份合同等。德国民法所指的合同是广义的合同。狭义的合同专指债权合同，即两个以上的民事主体之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。中国、法国、英国、美国等国的合同法所指的合同是狭义合同。

我国《民法典》第 464 条规定，合同是民事主体之间设立、变更、终止民事关系的协议。

二、合同的特征

合同具有以下法律特征：

1. 合同是平等主体之间的民事法律关系。
2. 合同是双方或者多方法律行为。
3. 合同是当事人之间变动民事权利与义务关系的协议。

三、合同的分类

合同的种类繁多，依据不同的标准可以分为不同的类型。

1. 有偿合同和无偿合同

根据当事人取得权利是否以偿付为代价，可以将合同分为有偿合同与无偿合同。有偿合同，是指当事人双方任何一方在享受权利的同时负有以一定对等价值的给付义务的合同。如买卖、租赁、承揽、有偿委托、有偿保管等有偿合同大多数是双务合同。无偿合同，是指当事人一方只享有合同权利而不偿付任何代价的合同，又称恩惠合同。无偿合同不是典型的交易形式，实践中主要有赠与合同、无偿借用合同、无偿保管合同等。

2. 单务合同和双务合同

根据当事人双方权利义务的分担方式，可将合同分为单务合同与双务合同。单务合同，

也称为单边合同或片面义务契约，是指一方当事人只享有权利而不尽义务，另一方当事人只负义务而不享有权利的合同，如赠与合同、归还原物的借用合同和无偿保管合同，与双务合同相对应。双务合同，指当事人双方都享有权利和承担义务的合同，买卖合同是双务合同的典型现实生活中的合同大多数为双务合同，如买卖、互易、租赁、承揽等。

3. 要式合同和不要式合同

根据合同的成立是否需要特定的形式，可将合同分为要式合同与不要式合同。要式合同，是指法律要求必须具备一定的形式和手续的合同。不要式合同，是指法律不要求必须具备一定形式和手续的合同。

4. 有名合同和无名合同

根据法律对某类合同有无赋予专门名称，可将合同分为有名合同和无名合同。有名合同，是指法律上或者经济生活习惯上按其类型已确定了一定名称的合同，又称典型合同。如我国《民法典》所规定的 19 类合同，都属于有名合同。无名合同，是指有名合同以外的、尚未统一确定一定名称的合同。

5. 主合同与从合同

主合同，是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同。从合同，必须以他种合同的存在为前提，自身不能独立存在的合同，如随借款合同而设立的抵押、质押担保合同。

6. 诺成合同与实践合同

根据合同的成立是否以交付标的物为要件，可将合同分为诺成合同与实践合同。诺成合同，是指当事人意思表示一致即告成立且生效的合同。实践合同，是指除当事人意思表示一致外，须以实际交付标的物才能生效的合同。

四、合同法律制度的原则

合同的订立是当事人之间产生权利义务的基础，当事人必须根据法律规定的原则订立合法有效的合同，这是合同履行的基础。在签订合同的时候我们需要遵从平等原则，自愿原则，公平原则，并且我们要诚实守信，如果我们违反了以上原则，那么就可能不构成合同的生效要件。

1. 平等原则

根据我国《民法典》第 4 条“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”的规定，平等原则是指地位平等的合同当事人，在充分协商达成一致意思表示的前提下订立合同的原则。这一原则包括三方面内容：

- (1) 合同当事人的法律地位一律平等。
- (2) 合同中的权利义务对等。
- (3) 合同当事人必须就合同条款充分协商，取得一致，合同才能成立。

2. 自愿原则

根据我国《民法典》第 5 条“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”的规定，民事活动除法律强制性的规定外，由当事人自愿约定。订立合同自愿原则的内容包括：

- (1) 订不订立合同自愿；
- (2) 与谁订合同自愿；
- (3) 合同内容由当事人在不违法的情况下自愿约定；
- (4) 当事人可以协议补充、变更有关内容；
- (5) 双方也可以协议解除合同；
- (6) 可以自由约定违约责任，在发生争议时，当事人可以自愿选择解决争议的方式。

3. 公平原则

根据我国《民法典》第 6 条“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各

方的权利和义务”的规定，公平原则要求合同双方当事人之间的权利义务要公平合理。具体包括：

- (1) 在订立合同时，要根据公平原则确定双方的权利和义务；
- (2) 根据公平原则确定风险的合理分配；
- (3) 根据公平原则确定违约责任。

4. 诚实信用原则

根据我国《民法典》第7条“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺”的规定，诚实信用原则要求当事人在订立合同的全过程中，都要诚实，讲信用，不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为。

5. 善良风俗原则

根据我国《民法典》第8条“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗”的规定，“不得违反法律，不得违背公序良俗”指的就是善良风俗原则。具体包括：

- (1) 合同的内容要符合法律、行政法规规定的精神和原则。
- (2) 合同的内容要符合社会上被普遍认可的道德行为准则。

第二节 合同的订立

一、合同订立方式

我国《民法典》第471条规定：“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。”从法律上看，合同订立可以分为要约和承诺两个阶段。

1. 要约

(1) 要约的构成要件

要约是一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人提出合同条件，希望对方当事人接受的意思表示。发出要约的一方称要约人，接受要约的一方称受要约人。为了确保合同有效，其要约必须符合法律规定。要约的构成要件：

① 要约必须是特定人的意思表示

要约的提出旨在与他人订立合同，并唤起相对人的承诺，所以要约人必须是订立合同的一方当事人。要约人是否应当具备一定的民事行为能力，则涉及到对当事人的缔约能力的确定。我国法律要求当事人在订立合同时要具有相应的民事行为能力，因此要约人欲以订立某种合同为目的而发出某项要约，应当具有订立该合同的行为能力，这样才能使其要约产生效力。

② 要约必须具有订立合同的意图

要约人发出要约的目的在于订立合同，而这种订约的意图一定要由要约人通过其发出的要约充分表达出来，才能在受要约人承诺的情况下产生合同。

③ 要约必须向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出

要约人向谁要约也就是希望与谁订立合同，要约只有向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出才能够唤起受要约人的承诺，要约必须向特定人发出，向不特定人发出的建议即为要约邀请，只有向特定人发出要约，一旦受要约人发出承诺，即能够成立合同。

要约原则上应向特定的相对人发出，并不是说严格禁止要约向不特定人发出。一方面，法律在某些特定情况下允许向不特定的人发出订约的提议具有要约的效力，如对悬赏广告可明确规定为要约，另一方面，要约人愿意向不特定人发出要约，并自愿承担由此产生的后果，在法律也是允许的。

④ 要约内容必须确定和完整

所谓要约的内容必须“确定”是指要约的内容必须明确，而不能含糊不清，使受要约人不能理解要约人的真实含义，否则无法承诺。

所谓“完整”，是指要约的内容必须具有足以使合同成立的主要条件。由于要约人发出要约的目的是为了订立合同，这样要约中必须包含未来合同的主要条款。如果不能包含合同的主要条款，承诺人即难以作出承诺，即使作了承诺，也会因这种合意不具备合同的主要条款而使合同不能成立。

（2）要约邀请

要约邀请又称为“要约引诱”，它是指希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请是当事人订立合同的预备行为，只是引诱他人发出要约，不能因相对人的承诺而成立合同。我国《民法典》第 473 条规定：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为要约邀请。商业广告和宣传的内容符合要约条件的，构成要约。”

要约和要约邀请的区别在于：

（1）要约是当事人自己主动愿意订立合同的意思表示，以订立合同为直接的目的；要约邀请是当事人希望对方主动向自己提出订立合同的意思表示。

（2）要约必须包括将来可能订立的合同的主要内容，要约中含有当事人表示愿意接受要约约束的意思，而要约邀请则不含有当事人接受约束的意思。

（3）要约大多数是针对特定的相对人的，故要约往往采用对话方式和信函的方式，而要约邀请一般针对不特定的相对人的，故往往通过电视、报刊等媒介手段。

（3）要约生效的时间

要约生效时间指的是要约产生法律效力，对发出要约的人产生拘束力的期限，要约人即受要约的拘束，不得撤回或对要约加以限制、变更。要约人在要约生效时即取得依其承诺而成立合同的法律地位。

我国《民法典》第 137 条规定：“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。”

（4）要约的撤回和撤销

①要约的撤回。要约人在要约未送达受要约人时，取消要约的行为称为要约的撤回。只要撤回要约的通知先于要约到达受要约人即可撤回要约。

②要约的撤销。要约人在要约送达受要约人后取消要约的行为称为要约的撤销。要约分为可撤销的要约和不可撤销的要约，对于不可撤销的要约，只有撤回的问题。在未订立合同之前，要约可以撤销，如果撤销通知于受要约人发出接受通知之前送达受要约人。

但在下列情况下，要约不得撤销：

① 要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；

②受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作。

撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。

要约的撤回与要约的撤销的区别在于：从表现形式上看，要约撤回发生在要约到达受要约人之前，而要约撤销则发生在要约已经到达受要约人，受要约人尚未发出承诺通知之前。两者的实质，区别在于：前者是在要约尚未生效时发生的，而后者则是在要约生效后，受要约人发出承诺通知前。

（5）要约的失效

要约失效，即要约丧失其法律效力，要约人和受要约人均不再受其约束。我国《民法典》

第 478 条规定，有下列情形之一的，要约失效：

- (1) 要约被拒绝；
- (2) 要约被依法撤销；
- (3) 承诺期限届满，受要约人未作出承诺；
- (4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

2. 承诺

依据《民法典》第 479 条的规定，承诺是受要约人同意要约的意思表示。即受要约人同意接受要约的全部条件而与要约人成立合同。承诺的法律效力在于，承诺一经作出，并送达要约人，合同即告成立，要约人不得加以拒绝。

(1) 承诺的要件

任何有效的承诺，都必须具备以下条件：

①承诺必须由受要约人作出。要约和承诺是一种相对人的行为。因此，承诺必须由被要约人作出。被要约人以外的任何第三者即使知道要约的内容并对此作出同意的意思表示，也不能认为是承诺。被要约人，通常指的是受要约人本人，但也包括其授权的代理人。无论是前者还是后者，其承诺都具有同等效力。

②承诺必须是在有效时间内作出。要约在其存续期间内才有效力，一旦受要约人承诺便可成立合同，因此承诺必须在此期间内作出。如果要约未规定存续期间，在对话人之间，承诺应立即作出；在非对话人之间，承诺应在合理的期间作出。

依据《民法典》第 482 条的规定，要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

③承诺必须与要约的内容完全一致。即承诺必须是无条件地接受要约的所有条件。我国《民法典》第 488 条规定：“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。”

《民法典》第 489 条规定：“承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。”

(2) 承诺的生效

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采用数据电文形式订立合同的，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

依据《民法典》第 481 条的规定，承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（1）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺；（2）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

(3) 承诺的方式

依据《民法典》第 480 条的规定，承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

承诺可以书面方式进行，也可以口头方式进行。通常，它须与要约方式相应，即要约以什么方式进行，其承诺也应以什么方式进行。对于口头要约的承诺，除要约有期限外，沉默不能作为承诺的方式，承诺的效力表现为要约人收到受要约人的承诺时，合同即为成立。

口头承诺，要约人了解时即发生效力。非口头承诺生效的时间应以承诺的通知到达要约人时

为准。一般认为，承诺和要约一样准许在送到对方之前或同时撤回。但迟到的撤回承诺的通知，不发生撤回承诺的效力。

（4）承诺的迟延

承诺迟延又称为迟到的承诺，是指受要约人未在承诺期限内发出的承诺。承诺出现迟延有两种情况，一是超过要约规定的承诺期限作出，因而出现了迟延，二是在要约规定的承诺期限内作出，但由于邮政等其他原因，没有及时到达要约人。

在第一种情况下，由于承诺本应在承诺期限内作出，超过有效的承诺期限，要约已经失效，对于失效的要约发出承诺，不能发生承诺的效力，应视为新要约。《民法典》第 486 条的规定，受要约人超过承诺期限发出承诺，或者在承诺期限内发出承诺，按照通常情形不能及时到达要约人的，为新要约；但是，要约人及时通知受要约人该承诺有效的除外。

对于第二种情况，受要约人在要约的有效期限内发出承诺通知，依通常情形可于有效期限内到达要约人而迟到的。对这样的承诺，如果要约人不愿意接受，即负有对承诺人发出迟到通知的义务。要约人及时发出迟到通知后，该迟到的承诺不发生效力、合同不成立。如果要约人怠于发出迟到通知，则该迟到的承诺视为未迟到的承诺，具有承诺的效力，合同成立。《民法典》第 487 条的规定，受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但是因其他原因致使承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺外，该承诺有效。

（5）承诺的撤回

承诺的撤回是阻止承诺发生法律效力的一种意思表示。由于承诺通知一经收到，合同即告成立。因此，撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺同时到达要约人。依据《民法典》第 485 条的规定，承诺可以撤回。承诺的撤回适用本法第一百四十一条的规定。《民法典》第 141 条的规定，行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。

二、合同成立时间和地点

合同成立的时间是由承诺实际生效的时间决定的，通常情况下，承诺生效时合同成立，也即承诺到达要约人时，合同成立。合同成立的地点为承诺生效的地点。

1. 合同成立的时间

（1）一般规定。合同于承诺生效时成立。《民法典》第 483 条规定，承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

（2）合同书形式的合同成立的时间。当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。双方当事人签字或者盖章不在同一时间的，最后签字或者盖章时合同成立。《民法典》第 490 条第一款规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

（3）确认书形式的合同成立时间。当事人采用信件、数据电文形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。《民法典》第 491 条规定，当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。

（4）合同的实际成立。《民法典》第 490 条第二款规定，法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

2. 合同成立的地点

（1）一般规定。承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收

件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。《民法典》第 492 条规定，承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其住所地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

（2）书面合同的成立地点。当事人采用书面合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。《民法典》第 493 条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，最后签名、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点，但是当事人另有约定的除外。

三、合同主要条款和形式

1. 合同的主要条款

合同条款是合同条件的表现和固定化，是确定合同当事人权利和义务的根据。即从法律文书而言，合同的内容是指合同的各项条款。因此，合同条款应当明确、肯定、完整，而且条款之间不能相互矛盾。否则将影响合同成立，生效和履行以及实现订立合同的目的，所以准确理解条款含义有重要作用。

《民法典》第 470 条规定，合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：

（1）当事人的姓名或者名称和住所。当事人是合同的主体，合同中如果不写明当事人，就无法确定权利的享受和义务的承担，发生纠纷也难以解决，特别是在合同涉及多方当事人的时候更是如此。合同中不仅要把应当规定的当事人都规定到合同中去，而且要把各方当事人名称或者姓名和住所都规定准确、清楚。

（2）标的。标的是合同当事人权利义务指向的对象。标的是合同成立的必要条件，是一切合同的必备条款。没有标的，合同不能成立，合同关系无法建立。不同性质的合同，其相应的标的物也不一样。

（3）数量。在大多数的合同中，数量是必备条款，没有数量，合同是不能成立的。许多合同，只要有了标的和数量，即使对其他内容没有规定，也不妨碍合同的成立与生效。因此，数量是合同的重要条款。

（4）质量。质量是对标的的质的规定，具体指标准、技术要求，包括性能、工艺等，一般以品种、型号、规格、等级来体现，订立合同时对此应作具体详尽的规定。

（5）价款或者报酬。价款是取得标的物所应支付的代价，酬金是获得服务所应支付的代价。

（6）履行期限、地点和方式。履行期限直接关系到合同义务完成的时间，涉及当事人的期限利益，也是确定违约与否的因素之一；履行地点是确定验收地点的依据，是确定运输费用由谁负担、风险由谁承受的依据，有时是确定标的物所有权是否转移、何时转移的依据，还是确定诉讼管辖的依据之一；履行方式同样事关人的物质利益，合同应写明。

（7）违约责任。是指当事人一方或者双方违反合同规定，不履行或者不能完全履行合同的义务，应承担的法律责任。违约责任对当事人的利益关系重大，应在合同中明确规定。以利于促使当事人自觉履行合同，解决合同纠纷，保护当事人的合法权益。在法律规定的范围内，可以在合同中约定定金、违约金、赔偿金等，以及赔偿金的计算方法等。

（8）解决争议的方法。解决争议的方法，是指有关解决争议运用什么程序、适用何种法律、选择哪家检验或者鉴定的机构等内容。当事人双方在合同中约定的仲裁条款、选择诉讼法院的条款、选择检验或者鉴定机构的条款、涉外合同中的法律适用条款、协商解决争议的条款等，均属解决争议的方法的条款。

2. 格式条款

《民法典》第 496 条第一款规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

《民法典》第 496 条第二款规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当

遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

《民法典》第 497 条规定，有下列情形之一的，该格式条款无效：（1）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（2）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（3）提供格式条款一方排除对方主要权利。

《民法典》第 498 条规定，对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

3. 合同的形式

签订合同的形式主要是书面形式、口头形式以及其他形式，而实际采取哪一种形式来签订，当事人需要自己来选择。不过为了避免之后产生不必要的纠纷，最好采用书面的形式来签订，若日后发生了纠纷，有一份书面的合同也能在一定程度上保障自身利益不受损害。

《民法典》第 469 条规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。

四、缔约过失责任

缔约过失责任是指在合同订立过程中，一方因违背其依据的诚实信用原则所产生的义务，而致另一方的信赖利益的损失，并应承担损害赔偿责任。它是一种新型的责任制度，具有独特和鲜明的特点，可以是产生于缔约过程之中，也可以是合同成立并生效时。是对依诚实信用原则所负的先合同义务的违反；是造成他人信赖利益损失所负的损害赔偿责任；是一种弥补性的民事责任。

《民法典》第 500 条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（1）假借订立合同，恶意进行磋商；（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（3）有其他违背诚信原则的行为。

《民法典》第 501 条规定，当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

第三节 合同的效力

合同效力是法律赋予依法成立的合同所产生的约束力。合同的效力可分为四大类，即有效合同，无效合同，效力待定合同，可撤销合同。

一、有效合同

所谓有效合同，是指依照法律的规定成立并在当事人之间产生法律约束力的合同。根据《民法典》第 143 条规定，具备下列条件的民事法律行为有效：行为人具有相应的民事行为能力；意思表示真实；不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。因为上述三个条件是民事行为能够合法的一般准则，当然也应适用于当事人签订合同这种民事行为，所以，合同有效的条件也应当具备上述三个条件。

1. 行为人具有相应的民事行为能力

所谓民事行为能力，就是指民事主体以自己独立的行为去取得民事权利、承担民事义务

的能力。具有民事行为能力是指能够以自己的行为依法行使权利和承担义务，从而使法律关系发生、变更或消灭。

2. 意思表示真实

所谓意思表示真实，指表意人表示于外部的意思与其内心真实意思一致。在表意人作出的意思表示不自由、不真实的情况下，如果仍然不加区分地维持其效力，要么会损害表意人的利益，要么会损害他人利益或者公共利益，均非正义。

3. 不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗

《民法典》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”

守法和公序良俗原则要求自然人、法人和非法人组织在从事民事活动时，不得违反各种法律的强制性规定，不得违背公共秩序和善良风俗，物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。

二、无效合同

无效合同是相对有效合同而言的，它是指合同虽然成立，但因其违反法律、行政法规或公共利益，因此被确认无效。《民法典》关于合同无效的法律规定：

1. 无民事行为能力人签订的合同

《民法典》第144条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”

2. 合同双方以虚假的意思签订的合同

《民法典》第146条规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”

3. 违反法律、法规强制性规定的合同

《民法典》第153条第一款规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”

4. 违背公序良俗的合同

《民法典》第153条第二款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效”

5. 恶意串通，损害他人合法权益的合同

《民法典》第154条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

三、效力待定合同

合同效力待定，是指合同成立以后，因存在不足以认定合同无效的瑕疵，致使合同不能产生法律效力，在一段合理的时间内合同效力暂不确定，由有追认权的当事人进行补正或有撤销权的当事人进行撤销，再视具体情况确定合同是否有效。

1. 无权代理人实施的民事法律行为而订立的合同

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。被代理人已经开始履行民事法律行为中设定的义务的，视为对民事法律行为的追认。相对人知道或者应当知道行为人为无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

《民法典》第503条规定：“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。”

2. 限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为而订立的合同

(1) 限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。

(2) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为属于效力待定的民事法律行

为。法定代理人的追认权性质上属于形成权。仅凭其单方面意思表示就可以使得效力待定的合同转化为有效合同。

(3) 法律在保护限制民事行为能力人合法权益的同时，为避免合同相对人的利益因为合同效力待定而受损，特别规定了相对人的催告权和善意相对人的撤销权。相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。

民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。其中的“善意”是指相对人在订立合同时不知道与其订立合同的人欠缺相应的行为能力。

四、可撤销合同

可撤销合同，是指当事人在订立合同的过程中，由于意思表示不真实，或者是出于重大误解从而作出错误的意思表示，依照法律的规定可予以撤销的合同。

1. 可撤销合同的撤销情形

(1) 因重大误解而订立的合同。《民法典》第 147 条规定：“基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

所谓重大误解，是指误解者作出意思表示时，对涉及合同法律效果的重要事项存在着认识上的显著缺陷，其后果是使误解者的利益受到较大的损失，或者达不到误解者订立合同的目的。对于这种合同，不能与无效民事行为一样处理，而应由一方当事人请求变更或者撤销。

因重大误解而可撤销的合同一般具有以下几个要件：

① 误解一般是因受害方当事人自己的过失产生的。这类合同发生误解的原因多是当事人缺乏必要的知识、技能、信息或者经验而造成的。

② 必须是要对合同的内容构成重大的误解。

③ 这类合同要能直接影响到当事人所应享有的权利和承担的义务，合同一旦履行就会使误解方的利益受到损害。

④ 重大误解与合同的订立或者合同条件存在因果关系。

(2) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背对方真实意思的情况下订立的合同。《民法典》已规定因欺诈、胁迫订立的合同无效的问题，这和本条对因欺诈、胁迫订立的合同最大的区别是是否损害了国家利益。损害国家利益的，涉及社会公共秩序，大陆法系一般规定为无效。如果未损害国家利益，受欺诈、胁迫的一方可以自主决定该合同有效或者撤销。

《民法典》第 148 条规定：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”，《民法典》第 149 条规定：“第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”，《民法典》第 150 条规定：“一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

(3) 在订立合同时显失公平的。所谓显失公平的合同，就是一方当事人在紧迫或者缺乏经验的情况下订立的使当事人之间享有的权利和承担的义务严重不对等的合同。

《民法典》第 151 条规定：“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

2. 撤销权消灭

《民法典》第 152 条规定：有下列情形之一的，撤销权消灭：

(1) 当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；

(2) 当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；

(3) 当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。当事人自民事

法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

第四节 合同的履行

一、合同履行及履行原则

1. 合同履行的含义

合同履行指的是合同规定义务的执行。任何合同规定义务的执行，都是合同的履行行为；相应地，凡是不执行合同规定义务的行为，都是合同的不履行。因此，合同的履行，表现为当事人执行合同义务的行为。当合同义务执行完毕时，合同也就履行完毕。

2. 合同履行原则

合同履行的原则，是指法律规定的所有种类合同的当事人在履行合同的整个过程中所必须遵循的一般准则。根据《民法典》及司法实践，合同履行原则主要有全面履行原则、诚信原则、绿色原则、情势变更原则。

（1）全面履行原则

全面履行原则，又称之为适当履行原则或正确履行原则，它是指合同的当事人在适当的时间，适当的地点，以适当的方式，按照合同中约定的数量和质量，履行合同中约定的义务。《民法典》第 509 条第一款规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”

（2）诚信原则

《民法典》第 509 条第二款规定：“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”此规定可以理解为在合同履行问题上将诚实信用作为基本原则的确认。当事人应当根据诚信的原则，履行合同约定之外的附随义务。附随义务是基于诚信原则而产生的一项合同义务，虽然该义务当事人在合同中可能没有约定，但是，任何合同的当事人在履行时都必须遵守。当事人应当按照法律、法规的有关要求，根据合同的性质、目的和交易习惯等，履行附随于主合同的其他义务。

（3）绿色原则

绿色义务，是《民法典》是对合同自由的限制，旨在以私法手段调整人与人之间社会关系的同时，间接调整人与环境、当代人与后代人之间的关系，具有鲜明的时代特色，符合可持续绿色发展的时代要求。新时代下，把“避免浪费资源、污染环境和破坏生态”作为民事主体应该承担的基本义务写入合同编，是法律顺应时代发展新理念和新要求的体现，也是保障个人及后代幸福生活的必然要求。《民法典》第 509 条第三款规定：“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”

（4）情势变更原则

情势变更原则，是指在合同成立后，发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化致合同基础动摇或丧失，若继续维持合同效力显失公平，允许变更合同内容和解除合同的原则。

《民法典》第 533 条第 1 款、第 2 款分别规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”这一条文是对情势变更原则的行使规则及效力规定。

二、合同履行规则

合同履行规则，是指法律规定的适用于某类合同或某种情形，当事人履行合同时必须共同遵守的具体准则。

1. 合同没有约定或者约定不明的补救措施

《民法典》第 510 条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”

2. 合同约定不明确时的履行

(1) 质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

(2) 价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。

(3) 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

(4) 履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。

(5) 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

(6) 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

三、双务合同履行抗辩权

双务合同履行抗辩权，是指当事人一方在对方提出实现其合同权利的要求时，以法律规定和必要的事实条件对抗对方当事人的履行请求权，暂时中止履行其债务的权利。《民法典》规定了同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权。

1. 同时履行抗辩权

同时履行抗辩权，是指双务合同的当事人应同时履行义务的，一方在对方未履行前，有权拒绝对方请求自己履行合同的义务。根据《民法典》第 525 条规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。”

同时履行抗辩权的适用条件为：

- ① 由同一双务合同产生的互负债务，且双方债务有对价关系；
- ② 当事人双方互负的债务没有先后履行顺序且均已届清偿期；
- ③ 当事人一方未履行债务或未按合同约定履行债务；
- ④ 对方当事人应履行的义务是可能履行的。

2. 先履行抗辩权

先履行抗辩权，本质上是对先期违约的抗辩。先期违约是指一方当事人首先违约，是另一方不履行合同的原因。先履行抗辩权是对负有先履行义务一方违约的抗辩，亦即对先期违约的抗辩。根据《民法典》第 526 条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。”

先履行抗辩权的构成要件：双方当事人互负债务；两个债务有先后履行顺序；先履行一方不履行或不适当履行。

3. 不安抗辩权

不安抗辩权是指双务合同中有先履行义务的一方当事人，在有确切证据证明对方当事人有丧失或者可能丧失履行能力因而不能履行合同义务时，享有暂时中止履行的抗辩权。

《民法典》第 527 条规定：应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（1）经营状况严重恶化；（2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（3）丧失商业信誉；（4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

《民法典》第 528 条规定：“当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。”

【思政专栏】

法徽由麦穗、齿轮、华表、天平构成，其中天平寓意公平和公正。公平是社会主义核心价值观，是法所追求的基本价值之一。《民法典》第六条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”合同中的意思自治是在法律框架内的意思自治，公平是需要遵守的底线之一。基于合同约定的国际商事交易，当事人应以社会正义、公平的观念指导自己的行为，平衡各方的利益，合理分配义务和承担民事责任，妥善处理纠纷。双方当事人订立合同，要具有契约的精神。契约精神是商品经济社会中契约关系的准则，是基于平等基础上的磋商、合理的对价，诚信的订约和守信的履约，这也是社会主义核心价值观“自由、平等”在商事合同中的具体体现。

本章作业

1. 填空题：P112
2. 单项选择题：P112
3. 多项选择题：P113
4. 讨论题

阅读《民法典》中的“合同法”章节，讨论我国在合同法的修订过程中是如何与国际接轨的。

5. 实训题

收集有关国际商事交易中合同纠纷的案例，总结常见的合同纠纷及处理方法。思考一下，如果自己在业务活动中遇到类似的问题应如何处理。

6. 案例分析题

【案例 1】德国甲公司于 4 月 16 日发盘给我国乙公司：“酒花 100 吨，每吨 3700 欧元，CIF 上海，5 月装运，即期信用证支付，限 20 日复电有效。”我方于 17 日复电：“若单价为 3500 欧元 CIF 上海，可接受 100 吨酒花，履行中如有争议，在中国仲裁。”德国甲公司当即回电：“价格不能降低，仲裁条件可以接受，速复。”此时，酒花价格上涨，我方于 19 日复电：“接受你方 16 日发盘，信用证已经由中国银行开出，请确认。”但德商未确认并退回信用证。请问：

- (1) 合同是否成立？
- (2) 我方有无失误？说明理由。

【案例 2】我国某工艺品公司与国外某公司洽谈一笔玉雕生意，经双方磋商交易条件后，就价国际商法格、数量、交货日期等达成协议。我方随即于 8 月 6 日致电：“确认售与你方玉雕件……请先电汇 1 万美元。”对方于 8 月 9 日复电：“确认你方电邮，我方购玉雕一件，按你方电邮规定已汇交你方银行 1 万美元，该款在交货前由银行代你方保管”。

问题：请分析一下，本案中合同为什么没有成立？

第五章 国际货物买卖法

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生可以了解国际货物买卖的特点及国际货物买卖法的定义、基本内容、特点；掌握国际货物买卖合同的适用法律和惯例，重点掌握《联合国国际货物销售合同公约》的基本内容；掌握买方和卖方的义务、违反合同及其补救方法。

2. **课程思政育人目标：**通过对买方义务、卖方义务、违反合同及其补救方法的学习，帮助学生树立权利意识和风险防范意识，增强学生的产品质量意识，培养学生具备学法、知法、守法、用法、护法的法律意识。

教学重点：卖方履行合同的义务；货物风险的转移；违约的救济方法。

教学难点：卖方的品质担保义务；卖方的权利担保义务。

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：8 学时

教学内容：

第一节 卖方的义务

第二节 买方的义务

第三节 货物风险的转移

第四节 违约与救济方法

教学过程：

第一节 卖方的义务

根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定，在国际货物买卖中，卖方的基本义务是必须按照合同和《公约》的规定，交付货物，移交一切与货物有关的单据并转移货物所有权。同时，为了保证买方订立合同目的的实现，各国法律和《公约》一般还规定卖方对所交付的货物的品质以及第三方的权利要求负有担保的义务。

一、卖方的交货义务

交付货物，一般是指卖方按照约定向买方提交货物的行为，其通常具有使货物所有权从卖方实际地转移给买方的效力。

1. 交付货物的时间

英美法系国家的有关法律以“合理时间”作为合同未规定交货时间时的解决办法。

大陆法国家，如德国《民法典》第 271 条则规定“未约定给付期限或不能从情况推断给付期限者，债权人得立即请求给付，债务人亦得立即履行给付”。

我国的《民法典》综合了两大法系对交货时间的要求，第 510 条规定：合同生效后，对履行期限不明确的，可以协议补充或者依照有关条款或交易习惯确定；第 511 条第（4）款规定：如果仍不能确定，则债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但应给对方必要的准备时间。

《公约》将合同的交货时间区分为具体的日期和一段时间。

2. 交付货物的地点

英美法系国家对交货地点的规定基本一致，英国的《1893 年货物买卖法》和美国的《统一商法典》都规定，除非另有约定，对于非特定货物，交货地点是在卖方的营业处所，如卖方无营业处所时，则应在卖方的住所。

大陆法系国家对这个问题的规定各自不同，法国和瑞士的法律规定与英美法的规定相近，将货物区分为特定物和非特定物，特定物应于订约时该货物的所在地点交付；而非特定物应

于卖方的营业所所在地交付。

我国《民法典》考虑到其适用的范围，因此在第 511 条规定了交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行等内容。

《公约》规定，如果卖方没有义务要在任何其他特定地点交付货物，他的交货义务首先为如果销售合同涉及到货物运输，卖方应把货物移交给第一承运人，以运交给买方；只有在不属于上一款规定的情况下，才适用前述的一般性规定。

3. 交付货物的方式

在国际货物买卖中交付货物的方式一般有两种：实际交货和象征性交货。实际交货是指卖方将货物置于买方的实际占有和支配之下。在合同货物涉及运输或其他无法实际交货的情况下，由卖方发运货物并将取得的提单或其他证明货物所有权的运输单证交给买方，或者在货物已由第三人占有且第三人承认是代买方掌管此项货物时，尽管买方没有实际占有货物，但形式上已经拥有了支配货物的权利，构成象征性交货。

案例 1

义乌国际贸易公司与澳大利亚 WINSH 公司签订的圣诞用品销售合同规定：10 月 30 日前交货，装运港为上海，不得分批和转船。10 月 20 日，义乌国际贸易公司在浙江义乌火车站装车运往上海港转船运往悉尼。

问题：出口商按合同规定的装运港履行了交货义务吗，为什么？

二、卖方的品质担保义务

品质担保，是指卖方所交付的货物应与合同规定的数量、质量和规格相符，或在没有约定时应按照法律规定的货物所应具备的通常品质提交货物的义务。

德国法：卖方应保证他所出售的货物没有瑕疵，而对特种买卖中的货样买卖的品质担保则要求卖方必须保证其所交付的货物与先前提供的样品具有同一品质。

英国法：凭说明书买卖；对商品质量或适用性的默示责任；对特定用途的担保责任；凭样品买卖。

美国法：美国《统一商法典》将卖方的品质担保义务区分为明示担保和默示担保两种。如果卖方对货物的品质做了某种明示的担保，则卖方应提供符合这些担保的货物。但是，如果卖方仅仅确认货物的价值，或仅仅对货物提出意见或作出评价，并不构成担保。

中国法：依据我国《民法典》的规定，卖方应当按照约定的质量要求交付货物。对于双方在合同中没有约定或约定不明确的，按强制性国家标准履行；若无，按推荐性国家标准履行；若无，按行业标准履行。没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准来履行。

《公约》的有关规定：卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符，并须按照合同所规定的方式装箱或包装。

除双方当事人另有协议外，卖方所交的货物应当符合下列要求：

- (1) 通常用途要求：货物应适用于同一规格货物通常使用的用途；
- (2) 特定用途要求：货物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，或者这种依赖对卖方来说是不合理的；
- (3) 凭样品买卖：质量应与卖方向买方提供的货物样品或样式相同；
- (4) 包装要求：应按同类货物通用的方式装入容器或包装，如无通用方式，则应按足以保全和保护货物的方式装进容器或包装。

案例 2

义乌国际贸易公司与澳大利亚 WINSH 公司签订的圣诞用品销售合同规定：圣诞老人 10 000 个，每 10 个装一只纸箱；圣诞树 10 000 棵，每 5 棵装一只纸箱。在包装时，由于纸箱库存断货，且交货在即，于是将塑料箱代替纸箱。义乌国际贸易公司业务员认为塑料箱比纸箱结实，也就没有通报买方核准。

问题：出口商的做法违反合同包装条款的规定吗，为什么？

三、卖方对货物权利担保的义务

权利担保，是指卖方应保证对其所销售的货物享有合法的权利，没有侵犯任何第三人的权利，并且任何第三人都不会就该项货物向买方主张任何权利。

德国《民法典》将权利担保义务表述为权利瑕疵担保。

英国《1893 年货物买卖法》规定在每项买卖契约中，卖方均应对货物的所有权等权利负有默示责任。

美国《统一商法典》将卖方的权利担保分为所有权保证和免受侵犯的保证。

我国《民法典》将卖方的权利担保义务概括为：出卖人就交付的标的物负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务。至于什么是“任何权利”，理论上认为应当包括第三人对货物的物权、债权或知识产权等任何可能对买受人享有货物权利构成障碍的权利。但法律另有规定的，或者买受人在订立合同时知道或应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人可以免除权利担保义务。

《公约》将卖方对知识产权的权利担保从一般的权利担保中细分出来具体规定，从而将卖方的权利担保义务分为两项：

第一，就货物本身的物权（所有权、担保物权等）或债权而言，非经买方同意，卖方所交付的货物必须是第三方不能提出任何物权或债权的权利或要求的货物。

第二，卖方所交付的货物，必须是第三方也不能根据工业产权或其他知识产权主张任何权利或要求的货物，但以卖方在订立合同时已知道或不可能不知道的权利或要求为限。

《公约》在第 42 条对卖方对工业产权或其他知识产权的权利担保义务的承担范围和限制做了具体的规定，即：（1）如果双方当事人订立合同时已知买方将把货物在某一国境内转售或做其他使用，则卖方应对根据该国规律提出的有关工业产权或其他知识产权的权利或要求承担责任；（2）在任何其他情况下，任何人根据买方营业地所在国家的法律提出的有关工业产权或其他知识产权的权利或要求，应由卖方承担责任。

案例 3

印度瓦依德软件公司向加拿大 AWT 通信公司出口通信软件一套。合同签订后，即按合同规定的时间发货，并进行安装调试。此时，加拿大某软件商向当地的法院起诉，该套通信软件侵犯其知识产权。经法院调查认定通信软件部分有侵权现象。

问题：印度瓦依德软件公司违反了《公约》什么规定？

四、移交有关货物单证的义务

单证，是指国际货物买卖涉及的与货物有关的单据、票据和凭证以及相应的电子数据（如电子提单），包括商业发票、装箱单、交货或装运单据、品质证书、原产地证书等。

《公约》第 34 条规定，如果卖方有义务移交有关货物的单证，他必须按照合同规定的时间、地点和方式移交这些单据。

案例 4

义乌国际贸易公司与澳大利亚 WINSH 公司签订的圣诞用品销售合同约定采用即期信用证支付方式，在信用证单据条款中规定出口商提供普惠制原产地证书。由于义乌国际贸易公司业务员的工作疏忽，未能及时办理，在结汇时，遭到银行的拒付。

问题：银行拒付合理吗，为什么？

五、移转货物所有权的义务

所谓货物所有权的转移是指货物的所有权从卖方转移至买方，从而使买方成为货物的所有权人，对货物享有完全的占有、使用、收益、处分的权利。

第二节 买方的义务

买方的义务通常与卖方的权利相对应。根据各国法律和《公约》的规定，如果当事人没有特别的约定，买方主要应承担两项义务：一是支付货款；二是收取货物。

一、支付货款的义务

1. 大陆法系

《德国民法典》规定，买方对卖方负有支付约定价金及受领买卖物的义务。如果双方在订约时没有规定具体的价金而是依市价确定，则应以履行时履行地的市价为准。

《法国民法典》也认为支付价金是买方的主要义务，但是如果合同没有规定支付时间和地点，法国法采取与德国法不同的做法，认为应在交付标的物的地点和时间支付价金。同时，如果买方不支付价金，卖方可请求解除合同。

2. 英美法系

英国《1893 年货物买卖法案》认为，买方的义务是按照合同的规定收受货物和支付货款，并将卖方交付货物和买方支付货款规定为对流条件，即两者是互为因果的，应同时进行。但是，该法也规定，买方支付货款是以收取货物为条件的。

美国《统一商法典》认为，除非合同另有约定，买方的付款义务是卖方履行交付和完成交付义务的前提条件，并且买方收货的时间和地点是付款的时间和地点，意即买方在买卖合同中处于先履行义务的地位。这与英国法同时履行的规定是不相同的。但关于付款义务与收取货物的义务同买方检验货物的权利联系起来的规定，则与英国法的规定相似。

3. 《公约》

《公约》由于国际货物买卖中的付款比国内货物买卖要复杂得多，因此，《公约》在这方面的规定更具针对性，也更加具体。

（1）必要的付款手续

《公约》第 54 条规定，买方支付价款的义务包括根据合同或任何有关法律和规章规定的步骤和手续，以便支付价款。这是对于付款义务的一种履行准备。在国际货物买卖中涉及不同国家的对外贸易管理制度，因此无论买方还是卖方在履约时都需要做一些必要的准备。在《国际贸易术语解释通则》中这些准备也构成双方的义务。《公约》的这项规定正是基于这样的考虑，即如果合同要求以信用证或银行保函或向实行外汇管制的国家申请外汇等方式支付，则买方必须在付款时间到来之前办理，否则卖方可能会认为买方不准备履行合同而采取某些根据合同适用的国内法允许的事前救济的手段，从而导致合同目的无法实现；或者即使卖方不采取这样的行动，如果买方因为没有做好这样的准备，而迟延付款，也会给卖方带来不必要的损失。因此，《公约》认为，既然合同订立是为了实现合同的目的，那么能够有效成就这一目的的行为也应该构成当事人的义务。但是如果买方尽其最大努力却不能获得所需要的手续，则买方可以对此不承担责任。

一般而言，货物的价格条款作为合同的重要内容，会被当事人以某种方式所明确规定。但在一些情况下，如分批订货或分期履行时，合同中没有明确货物的价格。此时，《公约》认为，如果合同已有效订立，但没有明示或暗示地规定价格或规定如何确定价格，在没有任何相反表示的情况下，双方当事人应视为已默示地引用订立合同时，此种货物在有关贸易的类似情况下销售的通常价格。《公约》的这种规定与英美国家“按交货时的合理价格”确定支付金额的规定不同，它使双方当事人对货物的价格都能有一个合理的预见。对于什么是“通常价格”，一般认为，有关交易条件下的同类产品的国际市场价格即可构成通常价格。如果价格是按货物的重量规定的，如有疑问，则应按净重确定。

（2）买方付款的地点

如果合同没有约定付款的地点，《公约》规定的付款地为卖方的营业地；如果卖方存在一个以上的营业地，则买方应在与该合同及该合同的履行有最密切关系的那个营业地向卖方支付货款；或者如果凭移交货物或单据支付价款，则为移交货物或单据的地点。至于交单的地点，则根据所使用的支付方式来判断。如果是跟单信用证，由于通常是卖方向处于其营业地的议付行提交单证，以获得付款，因此，该议付行所处的卖方营业地就是交单地，也是付款地；如果采用托收方式，则应由托收行在买方的营业地向买方交单，卖方获得付款，因此交单地和付款地应在买方的营业地。此外，按照《公约》的规定，卖方还必须承担因其营业地在订立合同后发生变动而增加的支付方面的有关费用。

（3）支付货款的时间

《公约》第 58 条规定：第一，如果买方没有义务在任何其他特定时间内支付价款，则其他必须于卖方按照合同和《公约》规定将货物或控制货物处置权的单据交给买方处置时支付价款。卖方可以支付价款作为移交货物或单据的条件。第二，如果合同涉及货物的运输，卖方在支付价款后方可把货物或控制货物处置权的单据移交给买方作为发运货物的条件。也就是说，买方的付款义务是在先义务，卖方在买方不履行付款义务时，可以不交货或交单；甚至在涉及运输的时候，卖方可要求买方同意先付款后交货或交单，并把这种同意作为发运货物的前提条件。但是无论如何买方在未有机会检验货物前，无义务支付价款，除非这种机会与双方当事人议定的交货或支付程序相抵触。

二、收取货物的义务

1. 大陆法系

对于买方受领货物的义务，大陆法系国家认为，如果卖方按照合同约定或法律规定的期间、地点、数量等给付，而买方不受领给付，则构成迟延受领，应对卖方承担迟延受领的责任。《德国民法典》第 293 条规定，债权人不受领对他提出的给付的，负迟延责任。未规定给付时间或者债务人有权在规定的履行时间之前履行给付的，债权人不因暂时不能受领提出的给付而负迟延责任，但债务人已在事前适当时间对债权人预告给付的除外。《法国民法典》第 1657 条规定：“关于商品及动产的买卖，逾协议期限买受人仍未受领其买受物者，为出卖人的利益，不经催告，买卖即当然解除。”

2. 英美法系

英国法认为买方支付货款是以接受货物为条件的，而接受货物与收到货物是有区别的，即只有在买方收到货物后有合理的机会对货物进行检验时，才能判断是否接受货物并支付货款。如果买方没有这样的检验机会，则即使买方收到货物也不能认为他就接受货物，而要求他付款。但是如果买方有合理的检验机会却没有进行检验，则买方不能以没有检验为由拒收货物。如果买方在收到货物后通知卖方表示接受该货物；或者买方通过对货物做了某些与卖方的所有权相抵触的行为，如买方以货物所有权人的身份处置了货物表示他接受了货物；或者买方把货物留下来并经过一段合理时间后，没有通知卖方拒收该货物，被认为是接受了货物，则买方因此丧失了拒收货物的权利，进而必须支付货款。否则，买方依旧可以在收到货

物后的一段时间内，提出拒收货物。

美国法与英国法的规定相似，即买方只有在合同约定的时间、地点，以合理的方式对货物进行检验后，才确定是否对货物表示接受或是否付款。但是美国法还规定，如果合同中规定采用“付款交货”或“交单付款”等价格术语，则买方只能先付款后提货，或者在得到代表货物所有权的相关单证之后就支付货款，而不论何时何地能收到并检验该项货物。

3. 公约

根据《公约》第 60 条的规定，买方的另一项义务是收取货物。这具体包括两个方面：① 买方必须充分配合，采取一切理应采取的行动，以协助卖方完成货物的交付。例如，买方应为卖方及时指明交货的时间或地点以及安排有关运输的事宜，以便于卖方的交付。② 买方必须接受与合同相符的货物。特别是涉及卖方安排运输的时候，如果买方不及时地接受并提走货物，就有可能给卖方造成滞期费及相关的费用损失。另外，根据《公约》第 65 条的规定，如果卖方所提供的货物是由买方指定的，而买方在约定的在卖方要求后的一段合理时间内没这么做，那么卖方依照其所知的买方的要求自己订明规格并通知买方而没有获得不同的意见时，卖方按其订明的规格交货，买方应当接受这种规格的货物。

案例 5

苏州贸易公司向澳商出售山地自行车，采用即期信用证支付方式，在按信用证规定的时间装运后，持全套结汇单据通过开证行收取货款。由于即将年底，澳商资金周转不畅，故在到货后 60 天后才付款赎单。

问题：澳商的付款时间违约吗，为什么？

案例 6

江苏贸易公司向日商出售蔬菜 1 000 公吨，采用即期信用证支付方式。江苏贸易公司在按信用证规定的时间装运后，持全套结汇单据通过开证行收取货款。由于金融危机的影响，日商既不付款也不提货。

问题：日商的行为构成违约吗，为什么？

第三节 货物风险的转移

在国际货物买卖中，风险是指货物可能遭受的各种意外损失。货物风险的转移，是指货物可能遭到的各种灭失风险从何时起由卖方转移到买方，即由谁来承担风险导致的后果。风险转移的关键是时间问题。

一、风险转移的时间

1. 约定的时间

各国法律和《公约》都允许买卖双方当事人在合同中约定风险转移的时间，或通过协议约定采用某种国际贸易术语，如 FOB、CIF、CFR 等来确定风险转移的时间。

2. 法律规定的风险转移时间

- (1) 在合同成立之日转移到买方；
- (2) 在货物所有权转移时转移到买方；
- (3) 在卖方交付时转移到买方。

瑞士等国采用第一个原则，英、法等国采用第二个原则，现越来越多的国家采用第三个原则，如美、德、奥地利等国。

二、各国国内法对货物风险转移的规定

1. 英国法

根据英国《1893年货物买卖法案》第20条的规定，货物意外灭失的风险与货物所有权一起转移到买方，即所谓“物主承担风险”的原则。但该原则已不适应英国货物贸易的发展，因此，实践中，一般通过双方当事人的协议确定货物风险转移的具体时间。

2. 美国法

美国《统一商法典》是公认的处理风险转移问题的具有示范意义的立法实践。该法典认为，买卖双方当事人可以自由协商风险转移的时间、地点及方式。如果合同无此种规定，则区分以下情况：买卖双方合同中采用了某些贸易术语时，货物风险的转移时间根据所采用的贸易术语来确定。如果买卖双方未采用贸易术语，且未在合同中对有关货物风险转移的问题做出规定，则该法典认为，货物灭失风险的承担划分原则应让最有能力防止风险发生的一方承担货物灭失的风险。

3. 德国法

根据《德国民法典》的规定，一般来说，货物意外灭失的风险从卖方向买方交货时起转移给买方；如果货物需要运送给买方，那么货物在运输途中的灭失风险应按这样的原则进行承担：

（1）如果货物是按照买方指示发出的，那么从卖方将货物交给承运人时起，货物灭失的风险由买方承担。

（2）如果属于必须由卖方亲自运送的货物，如燃油等特殊性质的货物，只有卖方具备运输条件，则卖方必须承担货物在运输途中灭失的风险。只有在买方所在地卖方向买方提出交货后，货物灭失的风险才转移到买方。

德国法还规定，在买方迟延接收货物的情况下，货物灭失的风险从卖方向买方发出要求其提货的通知之日起转移到买方。

4. 中国法律的有关规定

依据我国《民法典》的有关规定，货物的风险转移适用以下原则：

（1）标的物毁损灭失的风险，在标的物交付前由出卖人承担，交付后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

（2）当事人没有约定交付地点或者约定不明确，需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

（3）出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

（4）因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。

（5）出卖人按照约定或者依照法律规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。

（6）出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

（7）因标的物质量不符合要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

（8）标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

三、国际立法对货物风险转移的规定

1. 风险转移时间的划分

关于货物的风险从何时起由买方承担的问题，公约原则上以交货时间来确定风险转移时间。《公约》第66~70条对货物风险转移时间问题进行了原则性的规定。《公约》认为：①

如果当事人对风险转移在合同中进行约定，无论是以具体时间为分界线还是采用某个价格术语为标准，都应该遵从；②如果当事人没有这样的自主安排，则根据《公约》的规定，通常情况下应将交货时间作为风险转移的时间；③如果在运输途中买卖货物，则以合同订立时间为风险转移时间。

具体划分办法为：

（1）涉及运输时的风险转移

①卖方没有义务在某一特定地点交付货物，则自货物按合同交付给第一承运人时，风险转移给买方承担。

②卖方有义务在某一特定地点把货物交付给承运人，则货物灭失的风险只有在卖方于该地点将货物交给承运人时才转移到买方。

（2）货物在运输途中出售时风险何时转移

①原则上从订立买卖合同时起，风险就转移给买方。

②如果情况表明有需要时，则从货物交付给签发载有运输合同单据的承运人时起，风险就由买方承担。

③如果卖方在订立买卖合同时已知道或理应知道货物已发生灭失或损坏，而又隐瞒这一事实不告知买方，则这种损失应由卖方负责。

（3）买方自行安排运输风险何时转移

①从买方收受货物时起，或者如果买方不在适当时间内收受货物，则从货物已交给他处置时起，风险即移转给买方承担。

②如果买方有义务在卖方营业地点以外的某一地点收取货物，则当交货时间已到而买方知道货物已在该地点交给他处置时起，风险移转给买方承担。

2. 风险转移的法律后果

《公约》认为，原则上风险一旦转移给买方，就意味着即使买方在风险转移给他的当时不拥有货物的所有权，买方也不能因货物的灭损而拒绝支付货款。但如果货物灭损是由卖方的某种行为造成的，如买卖双方在合同中约定卖方将货物特定于合同项下后，货物风险转移给买方，卖方这样做了，此后因卖方不小心使放置货物的仓库着火造成货物灭损，则根据《公约》的规定，买方可因此不支付货物价款。

关于违约对风险承担的影响，《公约》认为，只有根本违约，才发生买方因宣告合同无效而解除自己的付款义务，除此之外，即便是卖方违约导致货物发生了灭损，买方也不能拒绝支付货款，而只能请求损害赔偿或要求对方实际履行。

案例 7

珠江进出口贸易公司与印度客商签订了一份白布销售合同，采用 CIP 贸易术语成交。珠江进出口贸易公司按照合同规定的时间及时委托货代公司办理订舱手续，并根据指示将货物交付指定的航空运输公司。该货在装机前 10 小时由于雷电导致仓库失火，全部货物被毁。

问题：该损失应由谁承担，为什么？

第四节 违约与救济方法

一、违约的类型

1. 实际违约和预期违约

实际违约是指违约事实已经发生的违反合同的情形。预期违约是指在合同规定的履行期限开始之前，一方有充分的理由相信另一方在履行期限开始时将不履行其合同义务的情形。

2. 根本违约与非根本违约

依违约后果的严重程度，可将违约分为根本违约和非根本违约。根本违约是指一方当事人违反合同的结果，使另一方当事人蒙受损失，以至于实际上剥夺了受损方根据合同有权期待得到的利益的情形，除非违反合同的一方并不预知而且一个通情达理的人处于相同情况下没有理由预知这种结果。

二、违约救济方法的一般性规定

1. 实际履行

买方卖方都可以要求对方履行义务，除非对方已采取与此要求相抵触的某种补救办法。

2. 损害赔偿

(1) 损害赔偿的原则及责任范围

《公约》第 74 条规定：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。

(2) 减轻损失的义务

即《公约》第 77 条的规定：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。

3. 中止履行

中止履行是指合同成立后，另一方当事人因某种原因显然将不履行其大部分重要义务，一方当事人暂时停止履行其合同义务并立即通知对方的行为。

(1) 中止履行合同义务

根据《公约》第 71 条第 1 款的规定，如果订立合同后，另一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务，对方当事人可以中止履行义务：一方履行义务的能力或他的履行信用有严重缺陷，或者他在准备履行合同或履行合同中的行为显示他将不履行其主要的义务。

(2) 援用中止履行合同义务时所必须采取的通知程序

根据《公约》第 71 条第 3 款的规定，宣告中止履行合同义务的一方当事人必须立即通知另一方当事人，如果另一方当事人对履行义务提供了充分的保证，则必须继续履行义务。

5. 迟延履行宽限期

在通常情况下，当卖方不按期交货时，买方应给他一段合理的额外期间，让卖方在其期间内履行义务，只有当卖方在此期间仍不交货，买方才可撤销合同。如果卖方不根据合同规定的时间交货的本身已经构成根本违反合同，买方就可以立即撤销合同。

如果买方没有在合同规定的时间内履行其合同义务，卖方可以规定一段合理期限让买方履行其义务。

6. 宣告合同无效

合同成立后欠缺使之生效的要件，如有欺诈、胁迫、显失公平等意思表示不真实的事实或当事人不具备相应的行为能力或没有采用法律规定的形式订立合同等情形，使合同不具备法律效力或者说对双方当事人不产生法律的约束力。

三、卖方违约时买方的救济方法

卖方的违约行为一般表现为不交货、延迟交货、交货质量不合格、交货数量不符合合同约定等。根据《公约》的规定，卖方违约时，买方的救济方法主要包括以下几种：

1. 要求卖方实际履行合同义务

大陆法系国家将实际履行作为对违约采取的最主要的救济方法。英美法系将实际履行作为一种例外的救济方法。《公约》对实际履行这一救济方法是这样规定的：一方面允许当事

人要求违约方实际履行合同，另一方面允许法院依据其国内法进行判决。

2. 要求卖方交付替代物

如果卖方违反合同约定，所交付的货物与合同不符，且构成根本违约时，买方有权要求卖方交付替代物。需要注意的是，买方的请求必须在合理时间内提出，一般是在买方向卖方发出货物与合同不符的通知时提出。

3. 要求卖方对不符合合同的货物进行修理

如果卖方违反合同约定，所交付的货物与合同不符合，但并未构成根本违约时，买方可以要求卖方对不符合合同的货物进行修理。

4. 给予卖方履行合同的宽限期

当卖方交付的货物不符合合同约定，即延迟交货时，买方可以给予卖方一段合理的时间，让其履行合同义务。

5. 要求卖方减价

当卖方交付的货物不符合合同约定，但买方仍愿意接受货物的情况下，买方可以要求减价，减价一般按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在当时的价值两者之间的差额计算。

6. 要求损害赔偿

大陆法系规定，损害赔偿责任的成立须有损害事实的存在，而且违约方主观上存在过错。英美法系则不要求违约方主观上存在过错，也不要求必须发生实际损害。《公约》规定：只要合同当事人一方没有履行合同义务，对方当事人就可以要求损害赔偿，而无须证明对方的违约是否出于过失。

7. 要求解除合同

英国法律当事人一方违反合同条件的，对方可以解除合同；美国法律中则规定一方当事人重大违约的情况下，对方可以要求解除合同；根据《公约》的规定，卖方构成根本违约时，买方可以要求解除合同；或者卖方的行为未构成根本违约，买方给予卖方一定的宽期，如果卖方仍未履行合同，则买方也可以要求解除合同。

8. 提前交货或溢交货物的救济方法

《公约》第 52 条规定，如果卖方在合同规定的日期以前交货，买方可以收取货物，也可以拒收货物。另外，如果卖方交付货物数量大于合同规定的数量，买方可以收取也可以拒收多交的货物，对于买方收取的溢交货物须付款。

四、 买方违约时卖方的救济方法

买方违反合同情形主要有：①不付款；②延迟付款；③不收取货物；④延迟收取货物。

《公约》规定对买方出现上述违约情形时，卖方可以采取如下救济方法：

1. 要求买方实际履行合同

如果买方不支付货款、不接受货物或有其他违反合同的行为时，卖方可以要求买方实际履行合同，如要求买方支付货款或接受货物。

2. 给予买方履行合同的宽限期

如果买方没有在合同规定的时间内履行合同义务，卖方可以给予买方一定的宽限期让买方履行合同。

3. 解除合同

如果买方根本违反合同，或者虽然买方没有根本违约，但在卖方给予的宽限期内买方仍未履行合同，卖方可以要求解除合同。

4. 自行确定货物的规格

如果合同中没有对货物的规格做出具体规定，而只规定买方必须在约定时间内或在收到卖方的通知后提出货物的具体规格，而买方未在约定的日期或在收到卖方通知后的合理时间

内提出货物的具体规格，而买方未在约定的日期或在收到卖方通知后的合理时间内提出货物的具体规格时，卖方可以自行确定货物的规格。

5. 请求损害赔偿

买方违反合同义务时，卖方也可以要求买方给予赔偿。赔偿的数额为应交货时交货地的市场价与合同价之间的差额。

案例 8

美国太平洋公司向上海粮油进出口公司进口特级核桃仁 500 公斤，每公斤 26 美元，预付款 40%，余下 60% 在收货后 30 日内付清。上海粮油进出口公司收到美国太平洋公司 40% 的预付款后进行采购，由于特级核桃仁缺货，便立即电函致美国太平洋公司说明情况。为此，美国太平洋公司建议用一级核桃仁代替，但作适当减价。

问题：美国太平洋公司的要求有无法律依据，为什么？

案例 9

常州纺织品贸易公司与德商签订了 20 万米印花织物销售合同。由于我经办人疏忽，将客商要求的菊花印花图案误为兰花图，货到目的地后被德商拒收，宣告合同无效并要求我方赔偿。

问题：德商的要求合理吗，为什么？

案例 10

南通医保进出口公司与马来西亚 T. W 公司签订了“雪莲”牌专治牛皮癣的中成药合同。在办理货物的报关时，由于仓库漏电引起火灾，致使部分货物受损。为此，南通医保进出口公司向马来西亚 T. W 公司提出延迟履行合同。马来西亚 T. W 公司不同意，提出解除合同并要求我方赔偿。

问题：马来西亚 T. W 公司的要求合法吗，为什么？

【思政专栏】

权利与义务相对应，是法学的基本范畴之一。“权利意识”的伸张，离不开“法治观念”护航。在法律的条款中去寻找依据，权利的主张才能水到渠成；在法治的框架下予以推进，权利的实现才能顺理成章。在国际货物买卖中，卖方承担的品质担保义务正是这一法理逻辑的生动体现：卖方应履行货物的品质担保义务，其所交付的货物应与合同规定的数量、质量和规格相符，或在没有约定时应按照法律规定的货物所应具备的通常品质提交货物。通过明确义务标准，为权利实现提供可操作的路径，最终构建起公平有序的交易秩序。

产品质量是企业的生命线，也是公民健康的生命线。各项生产经营活动都要以社会主义核心价值观为引领，认真承担社会责任，真正做到假灭真存，切实维护公民的身体健康，实现以人为本的价值目标。

本章作业

1. 选择题：P151

2. 简答题：

- (1) 卖方的基本义务是什么？
- (2) 简述损害赔偿救济方法的适用条件。
- (3) 简述《公约》规定的违约类型。

- (4) 简述各国及《公约》对卖方品质担保义务的规定。
- (5) 简述《公约》对卖方权利担保义务的规定。
- (6) 简述风险转移及分析其法律后果。

3. 实训题:

如果在国际贸易中，于履行期到来前发现合同对方当事人有不履行合同义务的可能性，此时可以采取什么行动？

4. 案例分析题:

【案例 1】中国 A 公司与法国 F 厂商约定：由公司按 F 厂商提供的图案生产花布，分七批运往西非某国销售。A 公司交完第三批货时，突然收到德国 G 厂商的投诉通知，称：A 公司所售花布图案侵犯了 G 厂商在西非该国的外观设计专利。为此，G 厂商要求：A 公司必须停止侵权行为并赔偿其有关损失。

问题：根据《公约》，G 厂商的要求能否成立？为什么？

【案例 2】合同价格为每吨 2000 英镑，因卖方根本违反合同，买方为实现原合同目的而转买货物，价格为每吨 2500 英镑（当时市场上该货物的平均价格为 2200 英镑）。卖方拒绝承担货物每吨 500 英镑的差价损失。法院也没有完全支持买方的要求，为什么？

【案例 3】卖方中国甲公司与买方法国乙客商签订了一份 CIF 合同，合同规定以信用证为付款方式。卖方在收到买方开来的信用证后，及时办理了货物装运出口手续，并缮制好全套单据，准备到银行议付货款。此时卖方收到买方来电，称该批货物在运往目的地途中发生了意外事故，货物出现了不同程度的损失，声明在损失程度最终确定后，才同意银行付款。

问题：请从 CIF 合同的性质角度，分析中方公司能否同意法商的意见。

【案例 4】中方甲公司与韩国商人签订了一份出口服装合同，报价为 FOB 大连。装运时间规定为 2020 年 9 月底以前。中方公司 9 月 20 日收到买方装船通知，为及时装船，中方公司于 9 月 21 日将货物存于大连港。不料当夜仓库起火，造成货物损失。

问题：该项损失应由谁负责？为什么？

5. 应用题:

党的二十大报告明确指出：“推动货物贸易优化升级，创新服务贸易发展机制，发展数字贸易，加快建设贸易强国。”如何将报告中的内容，在买卖、贸易领域具体贯彻落实？

第六章 国际海上货物运输与保险法

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生可以了解国际海上货物运输和海上保险的特点；熟悉海上货物运输的重要公约与我国的国内法；掌握海上保险合同的主要险别以及海上保险合同当事人的义务与责任。

2. **课程思政育人目标：**按照国际海上货物运输与保险的特点，在国际海上货物运输中灵活运用各种险别，达到相关道德、文化、职业等素质要求。能够具体掌握海事法特殊规则的独有价值及其在构建海上命运共同体中发挥的重要作用。

教学重点：提单的法律属性；承运人的责任与免责；共同海损与单独海损的区分。

教学难点：承运人的责任与免责；共同海损与单独海损的区分

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：2 学时

教学内容：

第一节 国际海上货物运输与保险法概述

第二节 国际海上货物运输法

第三节 国际海上保险法

教学过程：

第一节 国际海上货物运输与保险法概述

国际海上货物运输是指在两个不同国家港口之间进行的货物运输。国际海上货物运输是诸多国际货物运输方式中最主要和最重要的一种。国际贸易中的货物运输有 80%以上是通过海运来完成的。石油、铁矿石、粮食、煤炭等大宗散货几乎都是采用海运方式。

一、国际海上货物运输的特点

1. 货物遭遇风险的可能性大

由于从事国际运输的船舶通常都长时间在海洋上航行，加之海洋环境复杂、气象条件多变，随时都可能遭遇狂风巨浪、暴雨、大雾、雷电、海啸、浮冰等人力难以抵御和克服的海洋自然灾害的袭击，因此国际货物运输的风险比陆上、内河甚至航空运输的风险大得多。

2. 海上货物运输中发生的损失数额往往巨大

从事国际海上货物运输的船舶在遭遇海上风险或者意外事故时，可能产生的损失是惊人的。由于船舶作为大型运输工具，其本身的价值巨大，加上其载运货物数量亦十分庞大，一旦遭受危险，船舶和货物所遭受的损失可想而知。

3. 海上货物运输具有一套与海上特殊风险相适应的特殊法律制度

为了克服海上运输中所遭遇的特殊风险，以及在发生损失后能够得到及时补偿，并恢复航运生产，人们除了不断发展提高有关的航海技术和配备先进的航海设备以外，同时逐步形成了被广泛接受的特殊的法律制度，包括共同海损制度、海上保险制度、海上救助制度以及海事赔偿责任限制制度等

4. 有关海上运输法规的国际统一性

在发生海上运输事故和争议时，这些事故或争议可能不一定发生在船东或货主本国的水域范围之内，而且有关争议的当事人也经常分属不同的国家。为了及时、有效地解决这些涉及不同国家和当事人的争议，长期以来，世界各航运国家都在努力制定一系列能为各国所接受、供各国共同遵守的国际公约，以促进各个航运国家在海上运输方面的法律上的协调、统

一，从而促进国际航运业的发展。目前，在国际海上货物运输法领域，已形成《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》和《汉堡规则》三大国际公约共存的局面，尤其是《海牙规则》和《海牙—维斯比规则》，世界上大多数航运国家要么已加入或被批准加入，要么已按照其规定制定了相应的国内法，在很大程度上促进了国际海上货物运输法律的统一。

二、国际海上保险的特点

即使在现代航海技术十分发达的情况下，国际海上运输的风险仍然是比较大的。这些风险的存在使得从事国际海上运输的有关方，如船东、经营人、租船人、货主及其他有关利益方随时可能遭受经济上的损失。现代社会中发达和完善的海上保险是为有关遭受海上运输风险的利益方提供转移风险、减少经济损失的有效方式。海上保险因其特殊的保险对象和承保的海上风险的特殊性而具有如下特点：

1. 承保风险的综合性和致损原因的复杂性

海上地理环境和自然条件的特殊性，造成从事海上运输的船舶以及船上的货物经受的风险远远大于陆上财产的风险。这些特殊的风险既有台风、海啸等自然灾害，也包括火灾、爆炸等意外事故，还有船舶搁浅、沉没、碰撞等海上灾害，甚至还有海盗、船员不法行为或有关当局对船舶、货物的扣押等人为灾难。

另外，海上货物运输保险承保的风险除包括以上提到的海上特有的灾害以外，还包括与海上货物运输有关的发生于内河或陆上的风险事故。实际上，海上货物运输保险承保的是海陆混合风险，这进一步反映了海上保险承保风险的多样性和综合性。目前，随着国际多式联运和集装箱综合保险的不断发展，海上保险承保风险的混合性和综合性将更加突出。

2. 海上保险承保标的具有多样性和流动性的特点

海上保险与海上货物运输的关系十分密切，从而使得海上保险法律制度与海上货物运输法律有着十分密切的关系。出于贸易和航运经营的需要，船舶和海运货物必然经常从一个港口到达另一个港口，处于不断的流动状态。这种流动状态导致海上保险法律同样具有国际性的特点。因此，在海上保险实务中，不同国家的航运或保险法律或者惯例对于海上保险合同的履行也有着重要影响。

3. 海上保险承保险种、险别的多样性

由于海上货物运输方式多种多样，各种保险标的所需要的风险保障也各有不同，客观上便要求有各种各样的保险险种和险别来满足不同的要求。例如，按照承保保险标的的种类和范围不同，海上保险可以分为船舶保险、海上货物运输保险、运费和其他期得利益保险、海上责任保险、保赔保险、集装箱箱体及运输责任保险、海上石油勘探和开发保险等。在同一险种中，根据承保责任范围的不同又可分为若干险别，如我国现行海上运输货物保险条款便有平安险、水渍险和一切险三个主要险别。

第二节 国际海上货物运输法

海上货物运输法指调整海上货物运输法律关系的法律规范的总和。国际海上货物运输法调整的海上货物运输法律关系具有涉外因素。

一、国际海上货物运输方式

国际海上运输是随着国际贸易的发展而发展起来的，从事国际海上货物运输的船舶的营运方式必须与国际贸易对运输的要求相适应。为了适应不同货物和不同贸易合同对运输的不同需要，同时为了合理地运用国际运输船舶的运输能力，目前国际上普遍采用的国际运输船舶营运方式包括定期船舶运输和不定期船舶运输两种。（1）定期船舶运输。它又称班轮运输，是指船舶按预定的船期表，在固定航线上以既定顺序挂靠事先确定的港口，经常性地从事某航线各港口之间货物运输的一种船舶营运方式。（2）不定期船舶运输。它又称租船运输，是

指没有事先制定的船期表、航线和挂靠港口，船舶运输货物数量、种类及装卸港口等事项根据船舶出租人和承租人双方签订的租船合同来确定的船舶营运方式。

二、约束国际海上货物运输合同的国际法律规范

1. 简介

国际海上货物运输合同，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国港口运至另一国港口的合同。在定期船舶运输方式中，提单是海上货物运输合同的证明。从事定期船舶运输的船舶公司一般都自行制定自己的提单格式供签发使用。在签发提单的情况下，与之相关的当事方往往很多，涉及承运人、托运人、收货人、提单持有人等各个关系方的利益。由于这些关系方常分属于不同国家，而国际运输的装货港、卸货港也处于不同国家，因此一旦发生争议，关于提单条款的法律效力及提单所适用的法律，不同国家的法律往往产生冲突，这无疑会严重影响国际航运的正常发展。为此，世界各国一直在致力于统一提单法律这项重要而艰巨的工作。这一努力直接导致目前关于海上货物运输的三大国际公约的出现，在一定程度上形成了国际海上货物运输法律的统一。这三大公约分别为《1924年统一提单若干法律规定的国际公约》（简称《海牙规则》）、《1968年修改统一提单若干法律规定的国际公约的议定书》（简称《维斯比规则》）和《1978年联合国海上货物运输公约》（简称《汉堡规则》）。上述《海牙规则》《维斯比规则》《汉堡规则》是调整定期船舶运输或称提单运输的国际公约，而对于不定期船舶运输，如航次租船合同和定期租船合同，目前国际上并没有专门的关于租船合同的国际公约。就各国国内法而言，在以英国法为代表的英美法系国家，一般由出租人和承租人依据“契约自由”的原则确定双方之间的权利义务，法律上对此并不干涉或进行强制性规定；在大陆法系国家，一般也不针对租船合同做专门的法律规定，即使有相关规定，也不是强制性的法律规定。

2. 三大国际公约的产生背景及主要内容

19世纪中期，英国商船队在世界航运界占有统治性地位。由于提单条款均为作为承运人的船公司自行制定，承运人为了减轻自己的责任，纷纷在提单中做出对货物灭失或损坏不负责任的约定。为了对承运人滥用“契约自由”的不合理现象加以抑制和约束，代表货主利益的美国于1893年通过《哈特法》对承运人的合同自由进行了限制，规定了承运人必须承担的基本义务，第一次以国内立法的形式对海上货物运输中承运人的责任加以强制性规定。《哈特法》制定之后，各国也制定了自己的法律，承认并采纳该法的基本原则。随后，英国以及其他航运国家主张制定相关的国际公约。1921年5月，国际法协会所属的海洋法委员会在荷兰海牙召开会议，制定了一个提单规则，定名为《海牙规则》。几经修改后，于1924年8月25日在布鲁塞尔召开的外交会议上通过了以该规则为基础的《1924年统一提单若干法律规定的国际公约》，简称《海牙规则》。

根据《海牙规则》承运人承担的责任和义务是最低限度的责任和义务，享有的免责和权利是最大限度的免责和权利。而且，《海牙规则》所规定的承运人的最低义务和最大权利是强制性的，不允许承运人通过提单条款降低承运人的责任或增加其权利，如果提单条款的规定违背了《海牙规则》的有关强制性规定，此种提单条款就是无效的。《海牙规则》通过这种强制性立法方式有效地抑制了承运人滥用“契约自由”免责的不合理做法，使得收货人或提单受让人在《海牙规则》规定的范围内得到保护，而不论承运人在提单中列明何种对其有利的条款。关于《海牙规则》对海上货物运输的适用期间，《海牙规则》对自货物在装货港装上船开始至在卸货港卸离船舶为止的期间强制适用；同时，规则允许承运人和托运人自由约定货物在装上船前和卸离船后承运人对货物灭失或损坏的责任，在此阶段承运人对货物的责任《海牙规则》并不强制适用。

《海牙规则》规定了承运人谨慎处理使船舶适航的义务以及妥善、谨慎地管理货物的义务，对于违反该义务造成的货物损失，承运人应当负赔偿责任。同时，考虑到航运业风险特

殊，应对承运人的利益给以保护，《海牙规则》规定了承运人对 17 项事由造成的货损可以免除赔偿责任。17 项免责事由包括：承运人的受雇人驾驶或管理船舶过失、非由于承运人的实际过失或私谋造成的火灾、海上危险、天灾、战争行为、公敌、暴乱、政府行为、检疫、托运人行为或疏忽、罢工、救助海上人员或财产、货物固有缺陷、包装不足、标志有缺陷、经谨慎处理仍无法发现的船舶潜在缺陷以及其他不属于承运人的实际过错或私谋的原因。这些承运人的免责事由表明，关于承运人的责任基础，《海牙规则》实行的是不完全过错责任原则。所谓不完全过错责任，是指承运人对货物在其责任期间发生的灭失或损坏是否负赔偿责任，原则上应根据承运人本人、其受雇人或代理人对货损是否有过错来确定。有过错，就应当负责；如无过错，则可以免责。但如果货损系船长、船员或承运人其他受雇人驾驶或管理船舶的过失所致，或者由于上述人员的过错造成的火灾所致，承运人仍可以免责。

除了上述免责规定以外，根据《海牙规则》，承运人还有权就货物的灭失或损坏享有单位责任限制，即在任何情况下，当每件或每单位货物的灭失或损坏金额超过 100 英镑或其他等值货币时，承运人的赔偿责任以 100 英镑为限。但是，如果托运人在货物装运前已将货物价值和性质向承运人做出申报并在提单上注明，则承运人的赔偿责任不受此限。在发生货损的情况下，收货人应当在承运人于卸货港向其交付货物之前或当时，或在货损不明显的情況下，在货物交付后三日以内，以书面方式将货损情况通知承运人或其代理人，否则此种货物交付视为承运人已经按照提单记载交付货物的初步证据；而且，就货损向承运人提出的诉讼应当在货物交付之日或应当交付之日起一年之内提出，否则在任何情况下承运人和船舶将解除其对货损的一切责任。另外，《海牙规则》还就托运人的责任和义务做了规定，即托运人应当向承运人保证由其提供的货物的标志、件数、数量或重量准确无误，否则托运人应赔偿因此给承运人造成的损失。而且，托运人应当对装载危险货物而直接或间接引起的损害负责赔偿。

《海牙规则》对统一国际海上货物运输法律起到了积极作用，较好地维持了船货双方的利益平衡。但随着时间的推移和航运技术的进步，人们发现《海牙规则》存在许多问题，主要表现在：《海牙规则》规定的承运人可以对其受雇人驾驶和管理船舶过失免责的事由过多地保护了承运人的利益；由于通货膨胀的存在，承运人的责任限额过低；《海牙规则》的规定不适应集装箱货物运输的发展；承运人的代理人、受雇人的法律地位不够明确等。针对这些问题，国际海事委员会着手对《海牙规则》进行修改，最终于 1968 年在比利时布鲁塞尔召开的外交会议上通过了对《海牙规则》进行修改的议定书，即《维斯比规则》。由于该议定书并没有对《海牙规则》进行根本性修改，只是对《海牙规则》明显不合理的条款做了修订和补充，对《海牙规则》原有的责任制度仍予保留，故该规则又称《海牙—维斯比规则》。

《维斯比规则》对《海牙规则》所作的修改和补充主要包括：提高了《海牙规则》规定的单位责任限额；增加了关于提单证据效力的规定；规定了承运人的受雇人或代理人的法律地位等。

《维斯比规则》虽然对《海牙规则》进行了一定的修改，但并没有改变《海牙规则》的核心，即承运人对货损承担不完全过错责任的责任基础并没有改变。随着国际社会特别是发展中国家对这两个规则的批评不断增多，在发展中国家的努力下，联合国贸易和发展会议作为主要机构开始起草新规则，于 1978 年在汉堡召开的外交会议上审议并通过，正式定名为《1978 年联合国海上货物运输公约》，又称《汉堡规则》，该规则已于 1992 年 11 月生效，截至 1996 年 10 月，共有成员国 25 个，均为航运不发达国家。

《汉堡规则》完全改变了《海牙规则》和《维斯比规则》规定的承运人不完全过错责任原则，明显扩大了承运人的责任，其主要内容包括：承运人对货物的责任期间包括在装货港、运输途中以及卸货港，货物在承运人掌管下的全部期间。当货物灭失、损坏或迟延交付所造成的损失发生在承运人责任期间的情况下，首先推定承运人对损失有过失而应承担赔偿责任。如

果承运人要免除责任，就应承担举证责任，证明其本人、受雇人或代理人没有过失，而且为避免事故的发生及后果而采取了一切所能采取的合理措施。由于这一责任原则首先推定承运人对货损发生有过错，故又称为推定过错责任原则。关于对货损承担责任的负责人，《汉堡规则》分别规定了承运人和实际承运人两个概念。承运人是“以其名义或代表其与托运人签订海上货物运输合同的任何人”，而实际承运人是“根据承运人指示进行货物全部或部分运输的任何人，包括接受转委托从事运输的人”。承运人根据运输合同对全程运输负责，而实际承运人对其实际履行的运输区段负责，但如果承运人签发的提单中已注明货物将由其他承运人运输并载明其名称，则承运人对该区段的运输不再负责。《汉堡规则》还规定了承运人对迟延交付货物的责任，即如果货物未能在明确约定的时间内，或虽无此项约定，货物未能在考虑到实际情况，对一个勤勉的承运人所能合理要求的时间内，在卸货港交付货物，则为迟延交付。承运人对因迟延交付货物所造成的损失应承担赔偿责任，对迟延交付产生的经济损失的赔偿责任以相当于迟延交付货物应付运费的 2.5 倍为限，但不得超过海上货物运输合同规定的应付运费总额。关于单位责任限额，《汉堡规则》规定承运人对货物灭失或损坏造成货损所负的赔偿责任为每件或每货运单位货物 835 特别提款权或毛重每千克 2.5 特别提款权，以高者为准。根据《汉堡规则》，托运人在货物外表状况不良时，为换取清洁提单而提供给承运人的保函在托运人和承运人之间有效。但是，当提单转让至包括收货人在内的第三方时，此种保函无效。如果承运人接受托运人的保函，构成对信赖提单中所记载货物情况的第三人的欺作，则保函在承运人和托运人之间也无效，承运人应对第三人因此所受的损失负赔偿责任，并且不得援引《汉堡规则》规定的责任限制。

三、我国法律关于国际海上货物运输的规定

《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》这三个关于海上货物运输的国际公约、我国均没有参加，也没有像有些国家一样直接将公约的内容转化为国内法。我国《海商法》在充分考虑我国实际国情的基础上，根据海上货物运输国际性强的特点，参考并借鉴了三个国际公约中符合国际航运实际和发展趋势的有关规定。其中，在承运人责任制度方面，基本采纳了《海牙规则》和《维斯比规则》中的不完全过错责任原则，以及《维斯比规则》中关于单位责任限额的规定。而在其他问题上又汲取了《汉堡规则》的合理规定，如参照《汉堡规则》引入了实际承运人的概念，为货方向船方索赔提供了便利；同时，还明确规定了承运人关于迟延交付的责任。

根据我国《海商法》的规定，国际海上货物运输合同中的承运人和托运人主要有如下基本权利和义务：

1. 承运人的主要义务

(1) 提供船舶并谨慎处理使之适航的义务。《海商法》第 47 条规定，承运人在船舶开航前和开航当时，应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，妥善配备船员、装备船舶和配备供应品，并使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所适于并能安全收受、载运和保管货物。

(2) 照管货物的义务。《海商法》第 48 条规定，承运人应当妥善、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物。

(3) 合理速遣运送货物的义务。《海商法》第 49 条规定，承运人应当按照约定的或者习惯的或者地理上的航线将货物运往卸货港。船舶在海上为救助或者企图救助人命或者财产而发生的绕航或者其他合理绕航，不属于违反前款规定的行为。

(4) 交付货物的义务。承运人应当在卸货港凭正本提单将货物交付给收货人。如果承运人违反了上述基本义务或其他法律规定或合同约定而造成货物灭失或损坏，或使托运人遭受其他经济损失，除非承运人可以依据法律或合同约定免责，否则应当承担赔偿责任。

2. 承运人的基本权利

(1) 运费等费用的请求权。在班轮运输条件下，运费有预付和到付两种支付方式。如果

是预付运费，托运人一般应当在货物装船后、承运人签发提单前付清；如果是到付运费，即由收货人在卸货港提取货物时支付运费，同时只有在货物安全到达卸货港后，承运人才有权收取。在航次租船合同下，出租人也有权就其运输的货物向承租人收取运费。除了运费以外，在航次租船合同下，出租人还有权向承租人收取亏舱费和滞期费。

(2) 留置货物的权利。根据《海商法》第 87 条，应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清，又没有提供适当担保的，承运人可以在合理的限度内留置其货物。

(3) 损害赔偿责任的免除及赔偿责任限制的权利。如果货物在运输过程中发生的灭失、损坏或迟延交付，或者托运人或收货人遭受的其他损害是由法定事由造成的，承运人可以免除赔偿责任。

3. 托运人的主要义务

(1) 提供约定货物并如实申报货物资料的义务。根据《海商法》第 66 条，托运人托运货物，应当妥善包装，并向承运人保证，货物装船时所提供的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积的正确性；由于包装不良或者上述资料不正确，给承运人造成损失的，托运人应当负赔偿责任。

(2) 及时办理货物运输所需的各项手续，并将有关单证送交承运人的义务；否则，根据《海商法》第 67 条，对由此造成承运人的利益的损害，托运人应予赔偿。

(3) 托运人托运危险货物的，应当妥善包装，采取适当预防措施，并将有关情况书面如实通知承运人，否则应对由此产生的损失负责。

(4) 及时提取货物的义务。托运人或收货人应当在目的港及时提取货物；否则，船长可以将货物卸在仓库或其他适当场所，由此产生的费用和 risk 由收货人承担。

4. 托运人享有的权利

(1) 按合同约定取得货物的装船舱位，并在货物装船后，要求承运人及时签发提单，据以在目的港提取货物。

(2) 当承运人不履行合同或违反上述有关义务时，有权对其因此遭受的损失要求承运人赔偿。

四、提单

1. 提单的作用

在国际海上货物运输实务中，提单是一份十分重要的航运单证，同时提单又是重要的贸易单证，与发票和保险单并称为三大基本贸易文件。提单内容由提单正面和背面条款两部分组成，共同构成提单所证明的运输合同的内容。正面主要包括提单号、托运人、收货人、通知方、承运人名称、装货港、卸货港、船名、货物名称、标志、包件的数量与种类、重量、体积、装船日期、正本提单份数、提单签发地点和时间、承运人签章及提单正面条款等内容，提单背面则一般印有大量的提单条款。

从海上货物运输的角度看，我国《海商法》第 71 条对提单下了一个明确的定义，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。从这一规定可以看出，提单具有以下主要作用：

(1) 提单是承运人与托运人之间达成的海上货物运输合同的证明。在法律上，提单是确定船货双方在海上货物运输关系中权利义务的依据。但是，提单只是海上货物运输合同的证明，而并非合同本身，因为在提单签发前，托运人已经向承运人发出托运要约，并经承运人承诺，即在提单签发前，双方已达成了海上货物运输的意思表示的一致，海上货物运输合同已告成立，签发提单只是承运人依法履行其在运输合同项下的义务。由于提单只是托运人和承运人之间订立运输合同的证明，如果在提单内容之外托运人与承运人关于货物运输还达成了其他协议，则承托双方之间的权利义务关系应当根据提单和其他有关协议共同确定。但是，

如果提单转移至收货人或其他提单持有人，则根据《海商法》第 78 条的规定，承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系，依据提单的规定确定。也就是说，承托双方在提单之外另行达成的协议不能约束收货人和提单持有人，但提单转让后，托运人依据提单或另行达成的协议而应向承运人承担的责任也不因提单转让而解除。

(2) 提单是承运人接收货物的收据。承运人向托运人签发提单，表明承运人已接管提单上所记载的货物，并占有该货物，故提单有货物收据的作用。根据《海商法》第 77 条，提单在托运人手中时，它是承运人已经按照其上记载货物状况收到货物的初步证据，即如果承运人实际收到的货物与提单记载不符，则承运人可以向托运人提出相反证据，从而解除对此种不符的责任；但是，如果提单转让至善意第三方收货人手中，则承运人不得提出相反证据证明其实际收到的货物与提单记载不符。

(3) 提单是承运人保证据以交付货物的凭证。承运人在卸货港应当将货物交付给向承运人或其代理人出示正本提单请求提货的人。如果承运人未凭正本提单交付货物，则应对持有正本提单有权提取货物的人因此遭受的损失承担赔偿责任。

(4) 提单是一种权利凭证。有人称提单是货物的物权凭证，也就是说，拥有提单，在法律上就拥有提单中所记载的货物。提单的这一作用表明提单具有物权的效力，故提单可以用以结汇、流通和抵押。提单持有人虽然不直接占有货物，但可通过背书或交付提单的方式来处分货物。我国《海商法》及其他法律尚未对提单的这一作用加以明确规定，而对于提单这一作用的具体内容，国内理论界也存在很多争议。

2. 提单的种类

第一，按提单上收货人的抬头，可以将提单划分为：

(1) 记名提单。它指提单正面收货人一栏中载明特定的人或公司的提单。在记名提单下，承运人在目的港应当向提单中载明的特定收货人交付货物。《海商法》第 79 条规定，记名提单不得转让。由于这种提单的流通性受到很大限制，因此在国际贸易中很少采用。

(2) 指示提单。它指提单上收货人一栏内载明“由某人指示”或“凭指示”字样的提单。前者称为记名指示，承运人应当按照记名指示人的指示交付货物，实践中一般有托运人指示、银行指示或收货人指示等形式。后者称为不记名指示，视为由托运人指示。根据《海商法》第 79 条的规定，指示提单经过记名背书或空白背书转让。指示提单经背书后发生转让，实现提单的流通，在国际贸易中应用得十分普遍。如果指示人在指示提单上不做任何背书，则意味着指示人保留对货物的提货权，有权提取货物的人仍是指示人本人。

(3) 不记名提单。它又称空白提单，是指提单正面收货人栏内不载明具体的收货人或由某人指示，通常只注明“持有人”或“交与承运人”字样的提单。根据《海商法》第 79 条的规定，不记名提单无须背书，通过交付即可转让，故它具有很强的流通性，但也容易因被盗或遗失带来很大风险，所以在实践中极少采用。

第二，按货物是否已装船，可以将提单划分为：

(1) 已装船提单。它是指在货物装船后签发的提单。这种提单上注有船名，有的还注明装船日期，表明货物已于该日期装于该船。国际货物买卖合同和信用证一般都规定，卖方须提供已装船提单。另外，已装船提单对于办理货物运输保险也十分重要。

(2) 收货代运提单。它是指承运人、船长或承运人代理人在接管托运人的货物后，在货物装船前，应托运人要求签发的提单。这种提单上没有船名和装船日期的记载，在国际贸易中一般不被接受。但在集装箱运输中，特别是承运人在内陆接收货物时，此种提单应用得比较普遍。根据《海商法》第 74 条，货物装船完毕，托运人可以将收货代运提单退还承运人，以换取已装船提单；承运人也可以在收货代运提单上加注承运船舶的船名和装船日期，加注后的收货代运提单视为已装船提单。

第三，按提单上有无批注，可以将提单划分为：

(1) 清洁提单。它是指没有在提单上对货物的表面状况做出货损或包装不良之类批注的提单，表明承运人在接收货物时，货物的外表状态良好，所谓外表状况，一般指承运人凭目力所能观察到的货物状况。外表状态良好不排除货物包装内部的货物内容存在目力不能发现的缺陷的可能。

(2) 不清洁提单。它是指有货物外表状态不良批注的提单。当船长、船员代表承运人接收托运人提供的货物时，如果货物外表状态不良，大副在签发证明收到货物的大副收据时，可以在大副收据上对货物的不良状态做出批注。待将来承运人或其代理人根据大副收据签发提单时，如果将这种批注转移到提单上，此种提单即成为不清洁提单。承运人在交付货物时，只要货物的损害不超过批注的范围，承运人即可免除责任。由于不清洁提单使收货人的利益得不到保护，故在国际贸易中一般不被接受。

第四，按运输方式，可以将提单划分为：

(1) 直达提单。它是指规定货物从装货港装船后，中途不经换船，直接运至目的港卸船交于收货人的提单。但这种提单不排除船舶中途挂靠其他港口的情况。

(2) 海上联运提单。它是指规定货物从装货港装船后，在中途港卸船，交给其他承运人用船舶接运至目的港的提单。签发此种全程提单的承运人称为联运承运人，接运货物的承运人称为接运承运人或实际承运人。

(3) 多式联运提单。它是指承运人将货物以包括海上运输在内的两种或两种以上运输方式，从一地运至另一地而签发的提单。

第五，其他特殊提单：

(1) 倒签提单。它是指在货物装船后签发的，以早于货物实际装船日期为签发日期的提单。提单的签发日期往往是货物装船日期的证明，承运人签发倒签提单，尤其当倒签时间过长时，有可能被认定为与托运人合谋对善意的第三方收货人构成欺诈，从而需要承担收货人因此而造成的损失。

(2) 预借提单。它是指在货物尚未全部装船，或货物虽已由承运人接管，但尚未开始装船情况下签发的已装船提单。此种提单通常是在信用证规定的装船期限和交单结汇日期即将届满时，应托运人要求而签发。由于预借提单签发时货物尚未实际装船，将来可能出现提单转移到收货人手中，而货物最终无法装船的情况。签发预借提单的承运人可能被认为构成对善意收货人的欺诈，将面临向收货人赔偿全部货物损失的巨大风险。

第三节 国际海上保险法

一、海上保险合同

保险合同在海上保险中的体现形式即为海上保险合同。《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。按照《保险法》第 10 条和第 12 条的规定，保险人是指与被保险人（投保人）订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿责任或者给付保险金责任的保险公司；而被保险人是指其财产或者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。

1. 保险事故

《海商法》第 216 条第 2 款规定，海上保险合同中的保险事故，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。《保险法》第 16 条规定，保险事故是指保险合同约定的保险责任范围内的事故。

2. 除外责任

《保险法》中的有关条款将除外责任又称为责任免除，是指保险合同约定的保险人不承

担赔偿责任的情况或范围。严格说来，保险人对于某项损失是否承担赔偿责任是由保险事故和除外责任共同决定的。通常认为，在二者发生冲突的情况下，除外责任的效力优于承保保险。也就是说，在造成某项损失的原因既有承保保险又有除外责任的情况下，保险人有权依据除外责任对该损失不负赔偿责任。

3. 保险标的

《保险法》第 12 条规定，保险标的是指作为保险对象的财产及有关利益或者人的寿命和身体。由于海上保险属于财产保险，不包括人身保险，故海上保险合同的保险标的是指海上保险合同所承保的对象，如被保险人的财产、其他利益及对第三人的赔偿责任等。《海商法》第 218 条规定了可以作为海上保险合同的保险标的的具体项目，包括船舶、货物、船舶营运收入、船员工资和其他报酬、对第三人的责任及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。

4. 保险利益

《保险法》第 12 条规定，保险利益是指投保人对保险标的具有的法律上承认的利益。保险利益必须具备以下条件：①必须是法律认可的利益；②必须是可以货币计算和估价的利益；③必须是可以确定的利益。根据《保险法》第 12 条的规定，被保险人对保险标的不具有保险利益，订立的保险合同无效。

5. 保险价值和保险金额

保险价值是指被保险人对保险标的的保险利益的价值。《海商法》第 219 条规定，保险价值可以由保险人与被保险人约定；如果双方未约定保险价值，保险价值依据法律规定确定和计算。保险人与被保险人约定保险价值的保险称为定值保险，而未约定保险价值的保险称为不定值保险。保险金额是指被保险人对保险标的的投保金额。根据《保险法》第 18 条的规定，保险金额是指保险人承担赔偿责任或者给付保险金责任的最高限额。同时，《海商法》第 220 条的规定，保险金额由保险人与被保险人约定。保险金额不得超过保险价值；超过保险价值的，超过部分无效。根据以上规定，保险人对每次保险事故造成保险标的损失的赔偿责任以保险金额为限。但是，如果保险金额超过保险价值，则保险赔偿不得超过保险价值。

6. 保险费

它是由被保险人支付给保险人，作为保险人承担保险赔偿责任的对价的一定金额。

7. 保险期间

它是指保险合同中约定的保险人对保险标的承担保险责任的开始时间和结束时间。保险人仅对保险期间内发生的保险责任范围内的损失负责。一般情况下，保险合同成立的时间早于保险期间开始的时间。《保险法》第 14 条规定，保险合同成立后，投保人按照约定交付保险费，保险人按照约定的时间开始承担保险责任。

二、国际海上保险的基本原则

1. 赔偿原则

财产保险的根本目的是赔偿被保险人因保险事故而遭受的经济损失，具体表现为被保险人通过订立保险合同将其承担的风险转移给保险人，在保险标的遭受损失或产生责任的情况下，通过保险人的保险赔偿使被保险人恢复到受损前的经济状况，好像保险事故未发生一样。作为一种财产保险合同，海上保险合同同样具有财产保险合同的赔偿性特点。实际上，赔偿原则是海上保险合同的最根本原则或者说是首要原则。

从赔偿原则中又派生出两个重要原则，即代位原则和分摊原则。代位原则包括两个方面，即债权代位原则和保险利益所有权代位原则。债权代位原则，是指如果保险标的发生保险事故的损失是由第三人造成的，被保险人向第三人要求赔偿的权利自保险人支付保险赔偿之日起相应转移给保险人，这通常称为代位求偿权。保险利益所有权代位原则，是指保险人在赔付全损后，有权获得保险合同所承保的被保险人对保险标的的保险利益的全部权利。

2. 因果关系原则

海上保险合同是一种限定性赔偿合同。也就是说，根据海上保险合同及有关法律，保险人在保险合同中的赔偿责任范围并不是保险标的发生的全部损失、损害、费用和责任，而是特定原因造成的特定损失、损害、费用和责任。因此，只有在保险合同约定的保险事故和保险标的的损失结果之间具有直接因果关系的情况下，保险人对该损失结果才负责赔偿。基于海上保险合同的这一性质，产生了海上保险合同的另一个基本原则，在英国法中称为近因原则，而在我国则称为因果关系原则。这一原则在海上保险理赔中有着十分重要的作用。

3. 保险利益原则

在海上保险合同中，由于被保险人所支付的保险费与保险人将来可能承担的保险赔偿责任之间不是一种一一对等的关系，而按照赔偿原则的要求，保险人依据海上保险合同仅负责赔偿被保险人实际遭受的损失。为了防止保险流于纯粹的赌博，尽量降低为牟取利益而故意或放任保险事故发生的道德风险，保障保险业的健康发展，海上保险合同法规定了保险利益原则，要求被保险人对保险标的应具有保险利益，否则保险合同无效。保险利益是指对保险标的具有的法律上承认、可以确定的经济利益。非法的利益，非现有的、不能合理期待的或不能用金钱计算的利益都不能作为保险利益。

4. 最大诚信原则

海上保险合同是一种对人合同。由于保险标的一般处于被保险人的掌管、控制之下，被保险人的知识水平、管理能力甚至道德状况等诸多因素与保险标的的风险都有着密切关系。同时，由于被保险人了解保险标的风险的方便和容易程度要比保险人大得多，考虑到提高缔约效率、降低缔约成本的经济原则，在订立海上保险合同的过程中，保险人主要也应当依赖被保险人所告知的有关保险标的的情况来评估、判断风险。在合同成立后的履行过程中，被保险人的防损水平以及责任心等对保险标的的安全有着重要影响。同时，从被保险人的角度看，保险人的偿付能力和信誉对被保险人也非常重要，保险公司如果拒不履行赔偿责任或因资不抵债而破产，将给大量的被保险人造成不利影响。鉴于海上保险合同的这些特点，法律对于海上保险合同双方当事人诚实信用程度的要求远远大于其他民事合同，因此英国法将最大诚信原则作为海上保险合同的一项基本原则。在我国，虽然法律没有对这一原则加以明确规定，但在法理上一直将最大诚信原则公认为我国海上保险法的基本原则之一。

三、海上保险合同的分类

按照不同的分类方式，可以将海上保险合同分成不同的类型。按保险标的的不同，可以将海上保险分为船舶保险、船舶建造保险、海上钻井平台保险、海上货物运输保险、运费保险以及保赔保险等。

1. 船舶保险

它是以各种类型的船舶为保险标的的保险。事实上，目前船舶保险承保的保险标的的种类已超出船舶范围，还包括浮船坞、浮码头、钻井平台等海上作业船，以及其他各种财产设备。船舶保险承保的财产范围主要包括船壳、机器、锅炉、设备、仪器、救生艇筏等财产损失以及与此相关的利益，包括船东因船舶而产生的赔偿责任等。

2. 海上货物运输保险

它是将海运为主的运输过程中的各种货物作为保险标的的保险。海上货物运输保险不仅承保运输中货物本身的灭失或损坏，而且承保货物运输过程的完成。

3. 运费保险

运费是无形财产，是船东从船舶营运中所获得的利益。船东对一定时间内的预期运费和具体航次的到付运费具有保险利益，同时，货方对预付运费也具有保险利益。由于货方支付的运费往往包含在货价中一起投保，故运费保险一般是指船东的运费保险。运费保险相当复杂，在我国保险业务中很少开展。

4. 保赔保险

它是承保船东在船舶经营中可能产生的，一般不属于船舶保险承保范围的责任风险的保险。保赔保险承保的船舶责任风险主要有：船舶保险负责的船舶碰撞责任以外的超额碰撞责任、货损货差责任、船员及其他人员人身伤亡和疾病的赔偿责任、污染责任以及沉船打捞、清理航道和遣返船员的费用等。保赔保险一般是由船东之间的互助保险组织，即船东保赔协会负责承保，但一些保险公司也承保保赔保险，并分保给保赔协会。

按是否约定保险价值，可以将海上保险分为定值保险和不定值保险。

1. 定值保险

它是保险人和被保险人在保险合同中约定了保险标的的保险价值的保险。保险人根据约定的保险价值计算确定保险赔偿数额，不论出险时保险标的的实际价值高于或低于该约定价值，除非被保险人故意约定过高保险价值或存在欺诈行为。海上保险中的货物运输保险和船舶保险一般均采用定值保险，因为船舶和货物流动性大，实际价值往往难以确定，如货物在起运地、中转地和目的地的价值很可能不一样，船舶的价值同样也有很大的波动性。采用定值保险，避免了实际价值难以确定的困难。

2. 不定值保险

它是保险人和被保险人在保险合同中约定了保险标的的保险价值的保险。根据《海商法》第 219 条的规定，在此情况下，保险价值按照法律规定确定，可称为法定保险价值。如果法定保险价值高于保险金额，则保险人按照保险金额与保险价值的比例计算保险赔偿；如果法定保险价值低于保险金额，则保险人按照法定保险价值确定保险赔偿。

按承保方式的不同，可以将海上保险分为逐笔保险、浮动保险和预约保险。

1. 逐笔保险

它是保险人和被保险人双方就单独保险标的的分别商定承保条件的保险方式，即被保险人按一批货物或一条船舶向保险人提出保险要求，保险人根据保险标的的状况以及要求的保险条件来考虑是否接受承保，以及确定保险费率并签发保险单。逐笔保险适用于船舶保险和货物批量分散的海上货物运输保险，在海上保险业务中被广为采用。

2. 浮动保险

它是保险人对被保险人在约定的期限内所运输的一定量的货物实行总承保的保险。在浮动保险合同中，载明货物的名称、承保险别、起运港和目的港，以及一个总的保险金额。例如，“上海到东京，6 个月，价值 10 万美元的皮货”。在合同有效期内，被保险人每发运一批货物，均应通知保险人发运货物的情况，直到发运货物的保险金额总和达到合同约定的总保险金额，保险人的保险责任即告终止。被保险人必须向保险人通知所有发运的货物，而不能做选择性通知，同样保险人对被保险人每次通知的发运货物均按保险合同规定的条件自动承保，而不能拒绝承保某批装运的货物。

3. 预约保险

它是比浮动保险更加自由的一种长期货物运输保险方式。预约保险合同规定承保货物的范围、保险期限、承保险别、保险费率等条件，但对保险货物的总保险金额不做限制，而装运货物的船名及其他情况事后按被保险人的通知予以确定。根据预约保险合同，保险人对每一批货物的保险责任在约定的时间自动开始。但是，被保险人有义务在每一批被保险货物装运或到达时，将有关情况立即通知保险人，包括船名、航线、货物价值和保险金额等。如果被保险人因善意疏忽而遗漏或错误通知，则此种错误可以更正，即使在损失发生后或货物到达后亦然。对于保险人而言，订立预约保险合同可以取得长期稳定的保险费收入；对于被保险人来说，可以有效地避免漏保造成的不利后果。

四、海上保险合同当事人的义务与责任

1. 被保险人的义务

被保险人的义务贯穿于海上保险合同订立和履行的过程中。合同订立前，被保险人必须如实告知、正确陈述与保险标的风险有关的重要情况；在保险合同订立后，被保险人除了按约定支付保险费外，还必须严格遵守保险合同约定的保证条款。当发生保险事故时，被保险人还应当及时向保险人通知保险事故，合理降低损失，谨慎招损以确定修理费用并尽力协助保险人向第三方追偿。

(1) 告知义务。所谓告知义务，是指在海上保险合同订立前，被保险人应当将其知道的或者在其通常业务中应当知道的有关影响保险人据以确定保险费率或者确定是否同意承保的重要情况，如实告知保险人。在我国海上保险法中，违反告知义务的法律后果因被保险人是否出于故意而不同。根据《海商法》第 223 条的规定，由于被保险人的故意，未将有关重要情况如实告知保险人的，保险人有权解除保险合同，并不退还保险费。合同解除前发生保险事故造成损失的，保险人也不负赔偿责任。不是由于被保险人的故意，未将有关重要情况如实告知保险人的，保险人有权解除合同或者要求相应增加保险费。保险人解除合同的，对于合同解除前发生保险事故造成的损失，保险人应当负赔偿责任；但是，未告知或错误告知的重要情况对保险事故的发生有影响的除外。

(2) 严格遵守保证的义务。海上保险合同中的保证，是指保险人和被保险人在合同中约定的，被保险人承诺对某一事项作为或不作为，或担保某一事项的真实性的条款。保证条款在我国海上保险实务中被称作保险单特款规定，它起源于英国海上保险法。在我国，海上保险法中的保证是一项特殊法律制度，没有其他法律制度可供参考。保证条款是海上保险合同的基础，属于合同的重要条款。如果被保险人违反保证，根据《海商法》的规定，保险人有权解除合同，也可以要求修改承保条件、增加保险费。

(3) 出险时的通知义务和出险后的施救义务。出险时的通知义务，是指一旦保险事故发生，被保险人有义务立即通知保险人，以便保险人及时安排检验，以确定损失的范围和事故性质，同时也使保险人有机会及时采取施救措施，尽力减少损失。出险后的施救义务，是指一旦保险事故发生，被保险人除了应立即通知保险人外，还应当采取合理必要的施救措施，防止损失进一步扩大。被保险人若收到保险人发出的有关采取防止或减少损失的合理措施的特别通知，还应按保险人的通知去做。被保险人如违反其施救义务，对因此产生的扩大的损失，保险人不予赔偿。当然，对于被保险人采取施救措施而发生的合理施救费用，保险人应在赔偿保险标的本身损失之外另行支付给被保险人。

(4) 提供索赔单证和协助追偿的义务。我国《海商法》第 251 条规定，保险人向被保险人支付保险赔偿前，可以要求被保险人提供与确认保险事故性质和损失程度有关的证明或资料。同时，如果保险人认为被保险人提供的证明或资料不完整、不充分，有权通知被保险人补充提供有关证明或资料。如果保险事故的发生是由第三人的责任引起的，在保险人向被保险人支付保险赔偿时，被保险人向第三人要求赔偿的权利相应转移给保险人。被保险人应当向保险人提供必要的文件和保险人需要知道的情况，并尽力协助保险人向第三人追偿。未经保险人同意，被保险人不应就事故的责任与分摊擅自与第三人达成和解或放弃对第三方的索赔权。

2. 保险人的责任

我国《海商法》第 237 条明确规定，发生保险事故造成损失后，保险人应当及时向被保险人支付保险赔偿。但是，保险人支付保险赔偿也须受到法律规定或合同约定的保险人承保损失的种类和赔偿限度的限制。

(1) 保险人对全部损失的赔偿。在海上保险合同中，保险人对一次保险事故所造成的保险标的的损失赔偿数额以保险金额为限，即保险人赔偿保险标的损失的最高限额为保险金额。同时，保险合同中约定的保险金额不得超过保险价值，否则对超过部分保险人不予赔偿。因此，在保险金额等于或小于保险价值的情况下，保险人对全部损失的赔偿数额为保险金额；

在保险金额大于保险价值的情况下，保险人对全部损失的赔偿数额为保险价值。根据《海商法》的规定，海上保险合同中保险标的的全部损失分为实际全损和推定全损。

(2) 保险人对部分损失的赔偿。我国《海商法》第 247 条规定，不属于实际全损和推定全损的损失，为部分损失。部分损失主要包括单独海损、救助费用、共同海损分摊三种。单独海损是指自然灾害或意外事故等保险事故直接造成的保险标的的部分损失。救助费用是指独立于合同的救助人根据《海商法》有权获得的费用。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，包括共同海损牺牲和共同海损费用。共同海损应当由同一航程中因共同海损行为而获益的各受益方按各自的分摊价值的比例进行分摊，保险人所承担的实际上是被保险人对共同海损的分摊责任部分，即共同海损分摊。

当保险标的发生部分损失时，如果保险金额等于保险价值，则保险人应按单独海损的实际数额给付保险赔偿；如果保险金额小于保险价值，则按保险金额与保险价值的比例赔偿单独海损。如果保险金额等于共同海损分摊价值，则保险人应按共同海损分摊的实际数额给付；如果保险金额小于共同海损分摊价值，则按保险金额与共同海损分摊价值的比例赔偿共同海损分摊。

(3) 保险人对连续损失的赔偿。保险人赔偿保险事故造成的损失，以保险金额为限，是基于事故原则。也就是说，在一次保险事故中，保险人的赔偿责任以一个保险金额为限。如果保险标的在保险期间发生几次保险事故均遭受损失，即产生连续损失，则即使损失金额总和超过保险金额，保险人也应当赔偿，只是对一次事故的保险赔偿额不得超过一个保险金额。但是，对发生部分损失后未经修复又发生全部损失的，保险人只需按照全部损失赔偿，对此前发生的部分损失则不再承担赔偿责任。

(4) 保险人对施救费用的赔偿。施救费用是指被保险人为防止或减少根据保险合同可以得到赔偿的损失而支出的必要的、合理的费用。施救费用必须是由承保危险引起的。保险人对一次保险事故所发生的施救费用的赔偿责任以单独一个保险金额为限，而且保险人应在保险标的损失赔偿之外另行支付。另外，凡是能够作为单独海损、共同海损或救助费用的，不能作为施救费用向保险人索赔。

五、海上保险合同的主要险别

在海上保险合同中，海上货物运输保险和船舶保险是最普遍、最重要的两类保险合同。

1. 海上货物运输保险条款

我国目前使用的海上货物运输保险条款是中国人民保险公司 1981 年 1 月 1 日修订的《海洋运输货物保险条款》。该条款包括平安险、水渍险和一切险三种基本险。除了三种基本险外，海上货物运输保险合同的被保险人还可选择投保附加险条款，附加险分为普通附加险、特别附加险和特殊附加险三类。每一类附加险都有相应的保险条款。在投保附加险的情况下，当附加险条款的规定与主险条款相抵触时，应当以附加险的规定为准。主险的责任范围有：

(1) 平安险。它的英文意思是“单独海损不赔”，即最初平安险的保险人只负责赔偿货物的全损。但是，经过不断发展，目前的平安险已大大超过只赔全损的范围。简言之，平安险是保险人负责赔偿因自然灾害造成的货物全损和部分意外事故造成的货物损失及费用的一种海上货物运输保险。

(2) 水渍险。它的英文意思为“单独海损包括在内”。其责任范围除包括上述平安险项下的八项责任外，保险人还负责被保险货物由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害所造成的部分损失。

(3) 一切险。保险人的一切险下的责任范围是被保险货物在运输途中由于外来原因所致的全部或部分损失，再加上平安险项下因第⑤至第⑧项承保危险而产生的费用，即施救费用、续运费、共同海损牺牲、共同海损费用分摊和救助费用以及根据运输合同中的“船舶互撞

责任”条款应由货方偿还船方的损失。

2. 主险的保险期间

该部分内容规定在海洋运输货物保险条款第3条“责任起讫”中，由两款组成。在海上保险实务中，第1款称为“仓至仓条款”，第2款由“延伸条款”和“运输合同终止条款”合并而成。

(1) “仓至仓条款”规定了在正常运输情况下货物保险人的责任期间，即保险人的责任期间自被保险货物运离保险单所载明的起运地的仓库或储存处所时开始，在正常运输过程中持续，直至货物到达保险单所载明的目的地收货人的最后仓库或储存处所或被保险人用作分配、分派或非正常运输的其他储存处所为止。

如果货物未抵达上述仓库或储存处所，则保险期间到被保险货物在最后卸载港全部卸离海轮后满60天终止，如果在上述60天内被保险货物需转运到非保险单所载明的目的地，则以该货物开始转运时终止。

(2) “延伸条款”和“运输合同终止条款”对在非正常运输条件下货物保险人的责任期间终止做了具体规定。

3. 主险的除外责任

根据现行海洋运输货物保险条款，保险人对下列损失不负赔偿责任：①被保险人的故意行为或过失所造成的损失。②属于发货人责任所引起的损失。③在保险责任开始前，被保险货物已存在的品质不良或数量短差所造成的损失。④被保险货物的自然损耗、本质缺陷、特性以及市价跌落、运输延迟所引起的损失或费用。⑤中国人民保险公司海洋运输货物战争险条款和货物运输罢工险条款规定的责任范围和除外责任。

4. 附加险的责任范围

(1) 普通附加险。它包括在一切险责任范围之内，但平安险和水渍险不包括普通附加险。当被保险人投保平安险和水渍险时，可根据需要选择加保一种或几种普通附加险，经保险人同意，并增收适当的保险费，附加险条款即可生效。现行普通附加险有11种，包括偷窃、提货不着险，淡水雨淋险，短量险，混杂、沾污险，渗漏险，碰损、破碎险，串味险，受潮受热险，钩损险，包装破裂险和锈损险。

(2) 特别附加险。它不属于一切险的责任范围，即使投保了一切险，也需要附加投保。其主要承保风险包括与政治、国家政策法令和行政措施等行政权力相关联的特殊风险，或者超出一般海上运输意外事故范围的风险等。常见的特别附加险包括进口关税险、舱面险、拒收险、黄曲霉素险和虫损险等。

(3) 特殊附加险。它包括战争险和罢工险，其条款规则独立，需要被保险人分别投保。

【思政专栏】

在国际海上货物运输法领域，形成了以《海牙规则》《维斯比规则》《汉堡规则》及各国海商法为代表的一整套特殊规则体系。这些规则既体现了国际航运实践的独特逻辑，也凝结着平衡船、货、保险人等多方利益的法治智慧。深入理解承运人责任、免责事由、共同海损、海事赔偿责任限制等特殊规则的制度价值，不仅是为了掌握法律适用方法，更要在具体险别的灵活运用中，培养严谨、审慎、诚信的专业品格，具体掌握海事法特殊规则的独有价值及其在构建海上命运共同体中发挥的重要作用。

本章作业

1. 选择题：P230

2. 简答题：

- (1) 我国《海商法》规定的承运人的主要义务有哪些？
- (2) 提单的主要作用是什么？
- (3) 海上保险赔偿原则的具体内容有哪些？
- (4) 海上保险的特点有哪些？

3. 案例分析题

某轮船投保我国 1986 年《船舶保险条款》，保险期间为 20xx 年 1 月 1 日至 12 月 31 日。20xx 年 5 月 1 日，船东在未征得保险人同意的情况下将该船光租给另一家公司经营。20xx 年 6 月 22 日，该轮船在航行途中遇到台风，舱盖围板受损，海水进入船舱，在驶往避难港途中沉没。保险人对该轮船全损是否负赔偿责任？

3. 实训题

一批投保水渍险的被保险货物装载在一条船上，该船在上海港黄浦江上系泊时，由于船壳斑锈蚀严重，导致江水由船板裂缝进入舱内造成货物湿损。试问保险人根据我国海洋运输货物保险水渍险条款对本案货损是否应予赔偿？

4. 讨论题

一条挖泥船由保险公司按我国 1986 年《船舶保险条款》承保。该挖泥船在作业过程中，连接挖泥斗的链环突然脱开，致使挖泥斗落下砸坏了船壳板和其他部件。经检验，发现链环存在潜在缺陷。试分析：保险人对本案损失是否应当赔偿以及应当如何赔偿？

第七章 电子商务法

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生可以了解电子商务法的基本概念、所产生的法律问题，进行电子商务交易规定的程序及相关立法规则；根据各国及国际上目前所缔结的有关国际电子商务的法律文件，解决电子商务法律问题。

2. **课程思政育人目标：**通过域名国际性特征的学习，对学生进行国际视野主题教育，培养学生尊重时代规律、厚植爱国情怀，成为担当民族复兴大任的时代新人；通过网络著作权保护法律制度和知识产权强国战略的学习，激发学生的民族荣誉感，增强文化自信。

教学重点：电子商务合同的订立；域名盗用行为及解决；域名抢注行为及解决；网络内容提供者的著作权侵权行为及承担侵权责任的标准。

教学难点：域名抢注行为及解决；网络内容提供者的著作权侵权行为及承担侵权责任的标准。

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：2 学时

教学内容：

第一节 电子商务法概述

第二节 全球电子商务立法概况

第三节 电子商务合同的法律问题

第四节 电子商务与国际知识产权

教学过程：

第一节 电子商务法概述

一、电子商务

1. 电子商务的概念

电子商务是经济和信息技术发展并相互作用的必然产物，它有狭义和广义之分。狭义的电子商务是指基于数据的处理和传输，通过开放网络进行的商业交易，包括企业与企业、企业与消费者、企业与政府之间的交易活动；广义的电子商务涉及企业内部信息网络和开放网络等领域，它是一种全新的商务模式，其利用前所未有的网络方式将顾客、销售商、供应商和企业员工联系在一起，将有价值的信息传递给需要的人们。国际标准化组织（ISO）将电子商务定义为：企业之间、企业与消费者之间信息内容与需求交换的一个通用术语。联合国国际经济合作与发展组织（OECD）的定义为：电子商务是发生在开放网络上的包含商家与商家、商家与消费者之间的商业贸易。

2. 电子商务引发的新法律问题

（1）电子合同问题。对数据电文传递过程中的要约与承诺、合同条款、合同成立及生效的时间和地点、通过计算机订立的合同对当事人是否具有约束力等问题，传统的合同法律制度已无法应对。例如，商家登载于网页上的商品信息是要约，还是要约邀请？电子要约与电子承诺的构成条件、生效条件是什么？电子合同的形式应归属于口头，还是书面或其他什么形式？电子合同成立、生效的时间和地点与传统合同一样吗？电子合同是否可撤销？无纸化电子合同发生争议后，没有原件的打印，合同是否具有证明力？电子合同的种类有哪些？

（2）互联网的知识产权问题。在互联网上存在着大量的可被任意下载的电子文件、电子新闻、电子书籍及软件，这无疑构成了对原著作权人著作权的侵犯。故著作权的保护成为一个极受人们关注的焦点，公众对网上著作权的认识和观念也有待提高和更新。而如何对被指控侵权的人实施有效的制裁是一个亟待解决的难点。就商标而言，传统的商标登记和使用有

地域性，而在互联网上无地域界限，因而有较多潜在的侵权事件。此外，作为企业在互联网上识别标示的域名，在与某种商品或服务相联系后，就足以标示商品或服务的来源，从而具备了商标的标示性。再加上商标的地域性、多重性与域名的全球性、唯一性的冲突，域名与商标间的抢注纠纷也日益增多。

（3）电子商务涉及的税法问题。现有的税收征管措施和税种确立主要建立在商务主体开展的传统商务模式之上，交易双方的交易信息及账册都存储在纸介质之上，营业主体都有固定的营业地点及经营范围，方便了税务部门核查、监控及催收。但在电子商务交易过程中，网上流动营销十分普遍，营业主体不一定有固定的营业地点及经营范围。同时网上交易的信息及账册记录信息以及数据电文记载，存储于磁盘介质之中，使得这些信息的固定性、可信性、不可删改性大打折扣。这就给税务部门获取电子商务的真实交易资料及对纳税对象的核查、监控及催收造成了极大不便，所以在电子商务中采用传统的税管手段已很难产生应有的法律效果。同时，电子商务中生产、流通、分配、消费等环节的界限已在一定程度上难以区分，这又给网上交易征税时税种及征税地的确定带来了困难。

（4）网上支付的法律问题。在电子商务交易过程中，由于金融电子化，完成交易的各方都是通过无纸化的电子手段，如信用卡、远程网上及电子资金划拨等进行支付和结算的。网上电子支付行为越来越普及后，就很难直接套用传统银行法中的货币发行、支付风险、支付责任等规定。在电子支付的过程中，电子货币的发行人是哪些机构，电子支付的安全性由谁保障，支付中出现资金冒领等损失由谁承担等，都应通过制定新的法律法规予以调整。

（5）电子商务安全与隐私权的问题。该问题已成为人们广为关注的焦点。如何保证商业秘密不被泄露和盗用，如何确保数据库的保密性，如何保证网络交易系统的安全运行，如何防止商业欺诈，如何判定交易人的身份及用户的信用，如何进行电子签名的识别与防伪，以及如何保证商家安全收款等，都是不容忽视的关键所在。网络的公开性使信息可以在网上自由交换，这无疑会与隐私权产生矛盾。如果隐私权得不到保护，那么更多人将会对电子商务望而却步。

（6）电子证据问题。在电子商务中，确定交易各方权利义务的各种合同和单证都采用电子形式，这些电子文件在证据中就是电子证据。电子证据主要是指在计算机或计算机系统运行过程中产生的以其记录的内容来证明案件真实的电磁记录物。由于使用磁性介质，记录的内容容易被改动且不易留下痕迹，计算机操作人员的过失或环境和技术方面的原因也会使其出现差错，所以电子文件的真实性和安全性很容易受到威胁。因此，电子证据的可用性、有效性及审查判断规则，是亟待解决的问题。

（7）电子商务中的广告法律问题。传统的基于地域因素的广告管理规则已不能适应无地理界限的互联网的广告。例如，法国是禁止烟草广告的，但互联网的超国界性，使万宝路的广告在法国被公众获知成为可能，法国的禁令在互联网面前成了一纸空文。如何制定新的广告管理规则以适应互联网的要求，成了迫在眉睫的事情。

（8）电子商务中的消费者权益保护问题。法律强调对消费者权益的保护，是为了维护交易双方的实体平等。为此，《中华人民共和国消费者权益保护法》赋予了消费者一系列的法律权利，在电子商务环境下，消费者的角色发生了转变，消费行为更信用化、理性化、个性化，消费者更加关注自身权益能否得到法律的切实保护。而现有《消费者权益保护法》无法为网上消费者对商品和服务的知情权、退货权、隐私权等提供充分的保护，所以结合电子商务消费者的消费特点，制定新的电子商务消费者权益保护法规尤为必要。

二、电子商务法

1. 电子商务法的概念

电子商务法有广义和狭义之分。广义的电子商务法是指调整通过各种电子信息传递方式进行的商务活动所产生的社会关系的法律规范的总和。狭义的电子商务法是指调整通过互联

网等信息网络销售商品或提供服务的经营活动所产生的社会关系的法律规范的总和。从目前国内外电子商务立法活动的实践来看，一般均是从狭义上使用电子商务法的概念的。

2. 电子商务法的特征

(1) 电子商务法律主体的虚拟性。在电子商务实施中，参与的主体主要通过在线联系，交易和支付的信息主要通过电子邮件、电子数据交换系统、电子商务自动成交系统、电子银行支付系统来传递。从交易谈判到合同订立，从合同履行到价款支付等各环节，电子商务的主体不需见面，相互的身份资料无法即时查实，由此可见，电子商务法律主体已虚拟成网络上的数据电文信息或符号。

(2) 电子商务法律规范具有任意性和开放性。由于电子商务法主要以电子交易法为中心，交易对象的选择、交易形式的确定、交易内容的构成和交易责任的承担从意思自治原则来看也应允许交易主体自由决定。授权性的电子商务规范恰恰能满足这一要求。电子商务法是关于以数据电文进行意思表示的法律制度体系，数据电文的形式呈现多样化，新的技术手段与信息媒介不断被开发应用于电子商务活动之中。因此，调整电子商务的法律规范也应当具有开放性，不应将现阶段某一电子商务技术或模式固定为普适性的法律，而应制定开放性的一般原则条款和功能等价条款，将有利于电子商务发展的技术与模式尽量容纳于电子商务法律规范之中。

(3) 电子商务法律内容具有程式性和全球性。一般情形下，电子商务法不重点规定在电子商务法律关系中的各项具体权利、义务，而主要规定电子商务的新形态、新样式及与传统法律制度的协调与相融，这就说明电子商务法的内容具有显著的程式性的特征。同时，由网络的全球性和电子商务的跨国性特征决定，制定电子商务法时必须考虑国际组织和其他国家电子商务法律制度的内容、特点，力求在主要的法律理念、立法原则与制度设计上与其他国家相协调，否则，仅一国独创的电子商务法律规则将缺乏实施的生命力。

(4) 电子商务法律客体的广泛性。电子商务参与双方权利、义务指向的客体主要是商品和服务。商品包括有形商品和无形商品，有形商品如书籍、汽车、房屋、电器等，无形商品如软件、音乐作品、著作、专利技术等。服务包括网络广告发布、资料查询、邮箱提供、网上拍卖、身份认证、域名注册、聊天和联谊等。随着网络技术和电子通信技术的发展及安全性的进一步增强，电子商务应用的领域在不断扩大，电子商务法的客体也将不断增加。

第二节 全球电子商务立法概况

一、美国电子商务立法

美国是电子商务的主导国家，其电子商务政策、法律也走在世界前列，对各国的电子商务政策和法律的制定产生了重要影响。其电子商务立法是以各州的立法行动为先导的。1994年1月，美国宣布国家信息基础设施计划。1995年5月1日，犹他州率先公布了《数字签名法》，这部法案是世界上最先授权使用数字签名的法案。1997年，美国在《统一商法典》中增加了两章：电子合同法和计算机信息交易法；1998年做出进一步的修改。

1997年7月1日，美国颁布《全球电子商务统一框架》，正式形成美国政府系统化电子商务发展政策和立法规划。美国统一州法委员会1999年7月通过了《统一电子交易法》，该法现在已经为大多数州批准生效。2000年9月29日，美国又发布了《统一计算机信息交易法》，并受各州推荐采纳。另外，2000年美国颁布《国际与国内商务电子签章法》《反垃圾邮件法》《政府信息安全改革法》；2002年美国颁布《关键基础设施信息法》《信息自由法》《电子政务法》；2005年美国颁布《联邦信息安全管理法》；2010年3月24日，美国参议院商务、科学和运输委员会通过《加强网络安全法》。截至目前，美国各州关于电子商务及其配套的法律文件有近百部。

二、欧盟电子商务立法

为制定统一的电子商务政策，努力协调成员国内部关系，并将其影响力扩展到全球，早在1997年欧盟就提出了《关于电子商务的欧洲建议》，1998年又发布了《欧盟电子签字法律框架指南》和《欧盟关于处理个人数据及其自由流动中保护个人的指令》（或称《欧盟隐私保护指令》），1999年发布了《数字统一规则草案》。

自1999年开始，欧盟将电子商务立法作为启动欧洲网络经济发展的重要环节，逐渐完成电子商务的立法，包括对版权的规定、远程金融服务的规定、电子银行的规定、电子商务的规定等。欧洲议会于1999年12月13日通过了《电子签名指令》，于2000年5月4日又通过了《电子商务指令》。这两部法律文件协调和规范了电子商务立法的基本内容，构成了欧盟国家电子商务立法的核心和基础。其中，《电子商务指令》更是全面规范了开放电子商务的市场、电子交易、电子商务服务提供者的责任等关键问题。欧盟成员国在自2000年5月起的18个月内，将《电子商务指令》作为本国的法律。欧盟还在2011年11月22日颁布了《消费者权利指令》，规范互联网交易问题。

三、《电子商务示范法》

为了促进国际贸易法的协调与统一，联合国国际贸易法委员会于1996年6月通过了《电子商务示范法》，以便排除由于不适当或不统一的法律对国际贸易的阻碍。《电子商务示范法》是第一部国际性的关于电子商务方面的法律文件，它所确立的一系列规范得到了广泛的认可和支持，被公认为国际通行的规则，对各国的电子商务立法产生了很大的影响，因而事实上起到了协调甚至统一各国电子商务立法的作用。

1. 《电子商务示范法》制定的目的

（1）对各国电子商务立法起示范作用。《电子商务示范法》，主要是为适应因当事人之间使用计算机或其他现代技术引起贸易通信方式上的变化而制定的，旨在为世界各国制定有关电子商务法律时提供一个样板，以建立一个新的适应计算机网络贸易的法律环境。

（2）弥补各国国内立法的不足。《电子商务示范法》的大部分内容都与现代通信技术的使用有关，应用电子商务的国家通过将《电子商务示范法》规定的程序纳入其国内立法，起到消除或弥补各国国内立法不足的作用。

（3）促进各国电子商务立法的统一。从国际上看，《电子商务示范法》所确立的原则会对国际公约与国际文件的履行产生法律影响。如果这些国家对国际性法律问题都采用《电子商务示范法》的原则作为解释规则，就可以避免国际法律文件之间不协调或冲突现象的出现。

2. 《电子商务示范法》的适用范围

《电子商务示范法》第1条就规定了该法的适用范围：“本法适用于在商务活动背景下使用的，以某一数据电文为形式的任何类型的信息。”

（1）《电子商务示范法》中“商务活动”的范围：《电子商务示范法》在其正文注脚中专门对“商务活动”一词做了解释。从其非穷尽式列举中可以明显看出内容的广泛性，即只要是商业性质的活动都可以囊括在内。

（2）《电子商务示范法》中数据电文的范围：关于数据电文范围，《电子商务示范法》第2条第1款规定得较为明确：“数据电文，系指经由电子手段、光学手段或类似手段生成、储存或传递的信息，这些手段包括但不限于电子数据交换、电子邮件、电报、电传或传真。”此概念与商务活动一样是开放性的，其手段与形式均具有多样性，是以各种现代技术形成的，口头、书面形式以外的无纸化的信息。

3. 《电子商务示范法》的基本结构及主要内容

《电子商务示范法》分为两个部分，一部分规定电子商务的一般问题，另一部分处理电子商务特别领域中的问题。其处理电子商务特定领域的部分目前仅有一章适用于货物运输的电子商务，电子商务的其他内容可以在将来需要时再做规定。因此，《电子商务示范法》可

以看作开放型的文件，以后可以进一步增删其具体内容。联合国国际贸易法委员会有意继续观察《电子商务示范法》所建立的基础、技术、法律和商务的发展，以期对现行《电子商务示范法》条款做出明智的、及时的增删或修改。

第三节 电子商务合同的法律问题

一、电子商务合同的形式

1. 电子商务合同的概念

电子商务合同，是指采用数据电文形式订立的商务合同。从广义上说，电子商务合同包括通过 EDI、电子邮件、电报、电传或传真等电子方式订立的合同；从狭义上说，电子商务合同是指通过 EDI、电子邮件等方式借助互联网订立的商务合同，一般不包括以电报、传真等方式订立的，传统上视为纸面形式的合同。电子商务法中所讲到的电子商务合同一般仅限于狭义的电子商务合同。

2. 电子商务合同形式的特点

我国《民法典》规定数据电文等形式的合同为书面合同的一种，数据电文被视为书面形式。数据电文具有以下特点：

（1）易改动性。传统的书面合同是纸质的，如有改动，容易留下痕迹。而电子数据是用磁性介质保存的，改动、伪造后可以不留痕迹。这样，就无法辨别其内容的完整性和原始性。在签字方面，无法鉴别是何人所签，同样也难以保证这个签字没有被改动过。

（2）易消失性。数据电文以计算机储存为条件，是无形的。它不仅可能受到物理灾难的威胁，还可能受到计算机病毒等特有的无形灾难的攻击，如果操作不当还可能抹掉所有数据。而传统的书面介质只是受到当事人保护程度和自然侵蚀的限制，相对能“永久”保存。

（3）易复制性。虽然传统的书面文字也可以复制，但是原件与复制件较易区分，当原件上有防伪措施或盖章时，尤其如此。数据电文可以无限次地复制，并且真正做到拷贝不走样，原件与复制件的区分失去了意义。

3. 电子商务合同形式的效力确定

合同法对合同生效的形式要件一般采取“不要式主义”，但法律强制规定合同应当具有“书面形式”方得生效时，电子商务合同的有效性便处在不确定中，那么如何确定电子商务合同形式的效力？联合国国际贸易法委员会在详细研究了书面形式合同的功能的基础上，把电子合同的形式与传统书面形式加以比较，分析电子合同的形式在哪些方面符合传统书面的要求，如果达到了这样的要求，电子合同就可以归入书面合同。这便是解决电子合同等同于书面合同的“功能等同”原则。

（1）书面形式的作用及不同的法律要求。一般认为，书面形式的基本作用包括如下几方面：提供的文件可供识读；提供的文件在长时间内可保持不变；可以复制以便每一当事方均掌握一份相同的副本；可以通过签字核证文件内容；提供的文件为法律所接受。书面形式不同层次的法律要求：法律并非要求一份书面文件同时具有上述功能，在不同的情况下，对书面文件的作用是有不同层面和等级要求的，即要求书面文件提供不同程度的可靠性、可核查性和不可更改性。例如，一般的书面形式，即不附加签名或原件要求的，只能起到对文件内容长期保存的作用。如果要求当事人对书面内容承认时，则需要以其签名附加于上，这时书面要求的层次就不同了。因为它将文件的内容与特定的当事人联系在一起，既表明了文件的来源，又确定了签名者对文件内容的承认。当书面形式不仅要求纸面与签名条件，还要求是原件时，其真实性、完整性要求的层次就又提高了一步。

（2）电子商务合同的形式效力。《电子商务示范法》第6条规定：“如法律要求信息采用书面文件，如某一数据电文所包含的信息可以存取，以便日后查阅，则就符合该要求。”

这表明只要数据电文满足可复制性并可以保存这两项基本功能即可视为书面形式；若是具有数字签名的数据电文，则可以证明数据电文发出人的身份，并起到与书面“原件”等同的作用。虽然从数据电文的生成看，只可能具有复制件，不可能产生具有书面形式意义上的原件，但这不妨碍其具有与书面原件相同的法律效力。

《电子商务示范法》允许各国修改其国内立法以适应通信技术的发展，但不必取消原有书面形式的要求或打乱这些要求所依据的法律概念。同时，为使电子手段满足书面形式的要求，可能需要制定新的法律规则，但根据“功能等同”原则，不应造成电子文件达到比传统书面环境更加严格的安全标准和产生相关费用。

我国《民法典》第469条规定：“书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。”这对“书面形式”做了扩大解释，使数据电文成为书面形式的一类。虽然表述不同，但都认为数据电文作为合同的载体，应当“有形”地表现所载内容，以备日后查证。《电子商务法》第48条第1款规定：“电子商务当事人使用自动信息系统订立或者履行合同的行为对使用该系统的当事人具有法律效力。”该条第2款还规定：“在电子商务中推定当事人具有相应的民事行为能力。但是，有相反证据足以推翻的除外。”

三、电子商务合同的订立

一般合同的订立要经过要约和承诺两个过程，由于电子商务合同是采用数据电文的方式订立的，有关要约与承诺的法律规定就有所不同，尤其是在线交易。

1. 要约与要约邀请的区分

(1) 通过非交互式电子交易程序表达的信息为要约邀请。非交互式电子交易程序是指该程序只是起到引导或邀请作用，当事人不能通过它进行协商。例如，通过网络寄送的产品信息、报价，或者在页面上显示的商品信息等。它们与传统的广告没有什么不同，属于要约邀请。

(2) 通过交互式电子交易程序销售数字产品的信息为要约。交互式电子交易是指交易双方可以进行在线协商或者在线订立合同。数字产品指以数据信息形式存在的商品，如软件、音乐、影视、文字图片等。它的特点是可以直接从网上下载。之所以认为上述信息是要约，是因为：①交互式电子交易程序允许信息接收人做出承诺。例如，只要买方点击购买，交易程序就能予以确认。通过这种程序，双方可以相互响应。②要约人受到了要约信息的约束。在交互式程序下，买方处于主动地位，只要买方做出了同意购买的意思表示，卖方必然受其约束。③数字产品使得合同不仅可以在线订立还可以在线履行。数字产品以比特形式存在于网络之中，它可以无限复制，随时下载，商品本身不存在售罄的问题。

(3) 通过交互式电子交易程序发布的非数字产品的信息需要具体分析。对于通过访问页面所进行的交易，我们认为页面上的商品信息是要约邀请。这是因为，从可能性来说，当同时有多数人点击同一商品时，该链接所展示的商品可能会立刻售罄。如果认定是要约，对商家来说是过于苛刻的。据此，我们认为该信息应是要约邀请。消费者点击“购买”的按钮是要约，随后出现的支付页面应是卖方的承诺，表明卖方接收了消费者的要约，请求消费者支付或者选择支付方式。但是，如果卖方表示接受了要约人的承诺，要约人即受该意思表示的约束，应当认定它是要约。

2. 在线交易中要约的撤回和撤销

(1) 要约与承诺的撤回。要约的撤回是指要约人在发出要约后，到达受要约人之前，取消其要约的行为。如果要约人以邮寄信件的方式发出要约，在要约到达受要约人之前，可以用电话将之撤回。如果要约人采用快速通信的方法发送信息，就很难撤回了。例如，要约人向受要约人发电子邮件，在发出的同时，受要约人也就收到了，此时，不存在撤回的余地。可见，要约一旦到达受要约人后就产生效力，要约人便不能撤回要约。在线交易中，由于信息传输的高速性，要约一旦发出，受要约人即刻就可收到，几乎不存在撤回的可能。上述关

于要约撤回的规则也适用于承诺的撤回。使用电子邮件或通过中介系统磋商来订立合同，承诺信息的发出即意味着到达要约人，如果再发出撤回承诺的信息，就只能是后于先期承诺到达。

(2) 要约的撤销。它是指在要约生效后使要约失效的行为。我国《民法典》第 476 条规定：“要约可以撤销。”在线交易中，要约能否撤销取决于交易的具体方式。从《民法典》的规定来分析，受要约人在收到要约后有一个考虑期，此期限的长短由要约人决定或由交易习惯确定，在考虑期满前，要约人可以撤销要约。因此，要约能否撤销取决于考虑期的长短和受要约人的回应速度。如果当事人采用电子自动交易系统从事电子商务，承诺由交易系统自动回应，要约人没有机会撤销要约；如果当事人在网上协商，这与口头方式无异，要约人在受要约人做出承诺前是可以撤销的。

3. 电子商务合同成立的时间与地点

合同的成立时间和地点对于合同的当事人具有重大现实意义。合同成立的时间决定了合同效力的起始与法律关系的确立，是当事人开始受合同约束的标志。合同成立地点则是确定合同的司法管辖和法律适用的重要决定因素之一。

(1) 电子商务合同成立的时间。联合国国际贸易法委员会制定的《电子商务示范法》第 15 条对电子要约和承诺的发出和到达的时间做出如下规定：除非发件人与收件人之间另有约定，数据电文的收到时间按下述办法确定：①如收件人为接收数据电文而指定了某一信息系统：A. 以数据电文进入该指定信息系统的时间为收到时间；B. 如数据电文发送到某一并非收件人指定的信息系统，则以收件人检索到该数据电文的时间为收到时间。②如收件人并未指定某一信息系统，则以数据电文进入收件人的任何信息系统的时间为收到时间。

我国《电子商务法》规定，提交订单成功，合同成立。其第 49 条规定，电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。

(2) 电子商务合同成立的地点。《电子商务示范法》以营业地为标准来确定电子合同的承诺生效地点。该法第 15 条第 (4) 款对数据电文的发出和到达地点做了如下规定：“除非发端人与收件人另有协议，数据电文应以发端人设有营业地的地点视为其发出地点，而以收件人设有营业地的地点视为其收到地点。a. 如发端人或收件人有一个以上的营业地，应以对基础交易具有最密切关系的营业地为准，又如并无任何基础交易，则以其主要的营业地为准；b. 如发端人或收件人没有营业地，则以其惯常居住地为准。”上述规定的意思是除非双方另有协议外，电子合同成立地点以双方各自的营业地为承诺的发出和到达地。如果任何一方有多个营业地，以与基础交易有最密切联系的营业地为合同成立地点；如果无基础交易发生，以主要营业地为合同成立地点；如果没有营业地点，则以其惯常居住地为合同成立地点。

三、电子签名

1. 传统签名的功能

签名具体作用大致可以概述为以下几点：①确定一个人的身份；②肯定是该人自己的签名；③使该人与文件内容相联系。除此之外，根据所签文件的性质不同，签名还有多种其他功能。例如，证明签名人愿意受所签署合同的约束；证明签名人认可其为某一文本的作者；证明签名人同意一份经由他人撰写的文本的内容；证明签名人曾在某个地点的事实和时间。

签名之所以有这样的功能，是因为签名由当事人亲自为之，具有可靠性，所以，签名是联系当事人与特定事实的媒介。把握这一点，有助于我们理解签名不限于用笔在纸面上写上姓名，实际上，只要能反映当事人特定身份的，都是签名。盖章、按手印是签名；当事人约定的任何特定标记方式，如打孔、特定符号等也是签名。既然如此，当我们采用技术手段对自己写的文件打上标记，并且保证该标记与任何其他人无关时，这个标记也应当是签名。在电子合同里，这种技术手段就是电子签名。

2. 电子签名的概念

所谓电子签名，是指在数据电文中，以电子形式所含、所附或者在逻辑上与数据电文有联系的数据，它可用于鉴别与数据电文有关的签名人和表明此人认可数据电文所含的信息。也就是说，只要是具有鉴别等功能的电子方法，都可以称为电子签名。这样做的目的是保持法律上的中立，不排斥任何签名技术的发展和运用。较常见的电子签名有数字签名、生物签名等。生物签名因其成本较高，尚局限在某些保密性要求较高的部门中使用，数字签名是目前国际上应用最广的一种签名方法。

3. 电子签名的法律效力

电子签名要具有与纸面签名类似的功能，需要从两个方面实现：一是从技术上保证；二是要法律上承认。基于技术手段的比拟功能，法律采用了“功能等同”的方法来衡量电子签名是否有效，也就是在确定电子签名的法律效力时应遵循“技术中立”和“功能等同”的原则。

根据联合国《电子商务示范法》的规定，规范电子签名技术的原则是，斟酌各种情况，保证数据电文的生成和传达到适当和可靠的程度。关于电子签名的适当性和可靠性的判断标准为：①生成电子签名的数据电文，根据其使用情况判断，仅与签署人相联系；②生成电子签名的数据电文，在签署之时，仅在签署人的控制之下；③在签署之后，对电子签名的任何修改都可被觉察；④如果电子签名是为了证明所签署信息的完整性，则在签署之后，对所签署信息的任何修改都可被觉察。

总之，不论电子签名采用的是何种技术手段，只要在特定情况下能够保证数据电文的生成和传达到适当和可靠的程度，该电子签名的效力就应当得到法律的认可。按照联合国《电子商务示范法》的解释，上述关于电子签名及其技术手段的条件和原则，不仅适用于当事人之间约定采用签名作为文件识别方式的场合，而且适用于有法定签名要求的场合。对于前者，上述条件和原则提供了判断哪些电子签名能够适当地代替手书签名的标准；对于后者，上述条件和原则可以作为对数据电文安全性最基本的鉴别依据。

联合国国际贸易法委员会通过的《电子签名示范法》第7条规定：“凡法律规定要求有一人的签名时，如果根据各种情况，包括根据任何有关协议，使用电子签名既符合生成或传送数据电文所要达到的目的，而且也同样可靠，则对该数据电文而言，即满足了该项签名要求。”2005年4月1日正式施行的《中华人民共和国电子签名法》与该条规定基本一致。2019年修正的《中华人民共和国电子签名法》第4条规定：“能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。”

第四节 电子商务与国际知识产权

一、域名

1. 什么是域名

域名即“网址”，是一种由英文字母或者汉字、数字和连接符以及实点构成的互联网上的计算机的地址。在互联网产生之初，网上计算机的地址是以用实点隔开的阿拉伯数字（如222. 106. 787. 64）表示的，这种地址结构叫作IP地址，但IP地址难以记忆和理解。20世纪80年代初，美国加利福尼亚大学的一位博士研究生波斯特尔和“SRI国际”（信息中心）在美国高级研究计划署的组织下开发出了域名系统（DNS）。该系统可以将域名翻译成对应的IP地址，这样人们为主机起一个以字母、汉字、数字等构成的易记的名字就可以了，这便是域名。

2. 域名的法律性质

随着互联网的日益普及和商业化，域名已经不再是找到网上计算机的一种技术参数或简

单的标识符，它已经成为用户在网上寻找、认知和评价网站及网页的一种重要符号，因而域名本身也就具有了一定的商业价值。许多企业利用域名宣传自己的网站来创造新的商机。域名的商业价值引发了域名抢注、贩售牟利等不法行为。为解决有关纠纷，需要明确域名的法律性质。

(1) 域名是知识产权保护的客体。这是因为：①域名具有无形资产的价值。由于域名事实上是网上用户寻找、认知和评价网站及网页的重要标识，因此其具有类似于商标的商业价值；而且，域名又可以独立于具体的网站和网页而存在，具有无形的特点。②域名具有排他的专有性。由于域名是网上计算机的对应地址符号，因此同一等级内域名具有事实上的唯一性，只能由注册人专有，虽然这种专有性是由域名的技术本质决定的，而不是法律赋予的，但这并不否定其独有的特点和知识产权的属性。③具有时间性。各国域名注册和管理法规一般都规定注册的域名经过一段时间后要申请续展，否则将失去法律保护。④具有法定性。域名在各国都是依法注册取得的。传统知识产权具有地域性特点，但随着全球经济一体化的发展，其严格的地域性特征正不断地被弱化，因此，域名地域性的缺乏不应成为它作为知识产权客体得到保护的障碍。

(2) 域名是不同于商标的新型知识产权。由于域名在一定程度、领域、范围内充当商业标识符号，成为消费者识别、评价与认知商业经营者尤其是网上商业经营者的重要符号，代表着经营者在网络空间的商业形象，因此在消费者这个层面上，域名和商标没有什么本质的不同，但二者仍然有明显的区别：①商标可以由文字、图形或其组合构成，有些国家还规定可以由立体的图形或声音组成；而域名只能由英文字母（或汉字）、数字、实点及连接符构成，因此在显著性和便于识别性等方面不如商标。②根据商标法的规定，相同或类似的商标可以在不同种类的商品上同时使用，并由不同的商标所有人注册和专用；而域名的唯一性和专有性却是绝对的。③商标具有地域性，商标所有人的权利一般只能在授予该项权利的国家受到保护，在其他国家则不产生法律效力（驰名商标除外）；而域名则具有国际性，缺乏地域性特点。

3. 有关域名与商标权的法律纠纷及解决

实践中，商标权与域名的冲突主要包括以下两种情况：

(1) 域名盗用行为及解决。域名盗用行为是指自己没有商标，或者自己的商标知名度低，于是将他人有一定知名度的商标作为域名抢先注册，而当真正的商标权人试图将自己的商标作为域名使用时，发现已不能获得注册。对域名盗用行为的解决，因被盗用的商标是否驰名而不同。其一，对驰名商标的盗用可以通过各国驰名商标特殊保护规定或反淡化的规定寻求法律保护。在我国，国家商标局在 1998 年专门以行政性文件的方式发布规定，禁止将他人的驰名商标设计为域名注册，并且由商标局出面，将国内 32 个驰名商标的英译及汉语拼音作为域名在中国互联网络信息中心注册，预留给有关企业使用。这为我国驰名商标所有人禁止他人将其商标注册为域名提供了一定的法律依据。其二，对普通商标的盗用，商标权人在不同国家可能获得的法律保护不完全相同。在我国，商标权人可以直接要求有关的域名管理机构停止与自己商标相冲突的域名服务。因为《中国互联网络域名注册暂行管理办法》第 23 条规定：“当某个三级域名与在我国境内注册的商标或者企业名称相同，并且注册域名不为注册商标或者企业名称持有方拥有时，注册商标或者企业名称持有方若未提出异议，则域名持有方可以继续使用其域名；若注册商标或者企业名称持有方提出异议，在确认其拥有注册商标权或者企业名称权之日起，各级域名管理单位为域名持有方保留 30 日域名服务，30 日后域名服务自动停止，其间一切法律责任和经济纠纷均与各级域名管理单位无关。”

(2) 域名抢注行为及解决。域名抢注行为是指故意将数量众多的与他人知名商标相同的设计注册为域名，并通过贩售或出租牟利，或者再以高价将域名卖回给商标权人。

域名抢注基本上都具有以下三个特征：一是被抢先注册的域名与他人知名的商标、商号

或其他商业标志相同或相近；二是抢注的域名数量众多；三是域名抢注通常与域名贩售相联系。

如果被抢注的是驰名商标，可以依据各国对驰名商标的特殊保护规定或“反淡化”规定予以制止；如果被抢注的是普通商标，一般很难引用商标法保护，因为抢注者多是“注”而不“用”，但这种行为已经构成了不正当竞争行为，在我国可以依据《中华人民共和国反不正当竞争法》予以制裁。

4. 全球性统一域名纠纷处理机制

1998年7月，世界知识产权组织（WIPO）召开了由来自12个国家的15名成员组成的专家组分批参加的地区性咨询会议，本着寻求利益平衡的目的，与商标权人、各国商标局、产业界、网络服务商及网络用户等进行探讨，于1999年4月30日公布了名为《国际互联网名称与地址的管理及知识产权问题》的最终报告。在该报告的基础上，国际互联网名称和编号分配公司（ICANN）于1999年8月26日发布了《统一域名争议解决规则》，同年12月24日又发布了《统一域名争议解决规则的实施细则》。

（1）域名纠纷处理机构。其必须获得ICANN的认可并授权，目前有三家：世界知识产权组织仲裁与调解中心，自1999年12月1日起开始受理案件；美国的The National Arbitration Forum，自1999年12月23日起开始受理案件；加拿大的Resolution Consortium，自2000年1月起开始受理案件。

（2）投诉的条件和适用范围。根据ICANN的《统一域名争议解决规则》，投诉的域名纠纷应符合三个条件：①争讼标的有相似性，即注册的域名与投诉人享有权利的商标相同或令人混淆地相似；②域名注册人就其域名不享有权利或合法利益；③域名被恶意注册和使用。从上述规定可以看出，全球性统一域名纠纷处理机制仅适用于因恶意注册域名侵害他人商标权而引发的纠纷。这一方面排除了行政处理机制对域名与商号及其他商业标志权冲突的管辖权，另一方面因善意注册域名引发的纠纷也不能通过行政途径得到解决。

（3）处理机构裁决的效力。根据《统一域名争议解决规则》及其实施细则的规定，在统一域名纠纷处理程序开始之前或之后，投诉人和被投诉人都可以将有关的域名纠纷提交给有管辖权的法院处理，而只要法院判决和仲裁裁决不一样，将无条件地推翻通过行政程序做出的裁决，因此，这种解决是半强制性的管辖。所以，尽管这种方式在美国、加拿大等部分国家已经得到认可，但在别的国家能不能得到认可及这些国家的法院会不会绝对承认它的效力都未知。但这一机制毕竟为域名争端的解决提供了原有司法途径之外的一种崭新的方式，使迅速、廉价、有效地解决问题成为可能。由于具有这些明显的优势，我国有关机构对这一机制的建立反应积极。例如，国家知识产权局商标局就准备和中国互联网络信息中心（CNNIC）共同建立我国解决域名争议的行政程序委员会，该委员会由商标、域名注册等方面的专家组成，负责域名争议的行政裁决事宜，其行政裁决在CNNIC具有执行的效力。

二、商标

电子商务的发展也给有关商标的法律制度带来了许多问题。一旦域名、网站名称、网站图形标志等在使用和宣传中逐渐具有了标识性和显著性，产生了商业价值，使用者就希望这些网络标志能够如传统意义上的商业标志那样，为法律所认可和保护，因此，申请将这些网络标志注册为商标的情况越来越普遍。

1. 网络环境下商标的可注册性

商标是指商品生产者或经营者在其商品或服务上使用的用以区别商品或服务来源的专用标志。虽然网络标志与传统意义上的商标表现形式不同，但是在申请商标注册时必须服从于一般的商标注册审查规则。

（1）网络标志的注册不得违反禁止性规定。例如，某公司注册了域名“china.com”、“taiwan.com”及“hongkong.com”，这些域名已经成为该公司极其重要的无形资产，但是

无法获得商标注册。

(2) 网络标志应具有显著性。一般认为, 顶级域名、二级类别域名等属于通用技术标志, 不能作为独立的商标注册, 即使与表示域名注册人网上名称的部分互相结合获得了商标注册, 该商标注册人对这些通用标志也不享有专有权。又如, “linestar.com.cn”的域名注册人申请商标注册, 商标局在审查过程中就会要求该申请人删除该商标的“.com.cn”部分或放弃对该部分的专用权, 如果该申请人拒绝这一要求, 这一商标就不会获得商标注册。

(3) 网络标志注册的商品或服务类别。商标是标识商品或服务来源的, 可以用来区分同类商品或服务, 但并非所有的网络标志都可以作为商标使用, 如果某个域名仅仅作为域名注册人的网上地址而存在, 类似于域名注册人的电话号码、经营地址、名片或广告, 那么它就不是标识商品或服务来源的标志, 也就不能被注册为商标。在申请商标注册时, 仅仅一般地证明在域名之下提供了商品或服务是不够的, 还必须把域名标识的商品或服务特定化, 并按照商标注册的商品或服务分类提出注册申请。

(4) 网络标志注册的在先权利。如果有人申请注册与他人在先使用的网络标志相同的商标, 标志使用人能否以在先权利人的身份阻止该商标的注册呢? 如果该网络标志在商标注册的申请国为公众所熟知, 该商标申请就有恶意抢注的嫌疑, 标志使用人有权对此加以阻止。由于电子商务只有较短的发展历史, 一些奇迹般蜚声全球的互联网企业还来不及将其宝贵的网络标志在多个国家申请注册为商标, 被别人抢注为商标的事屡屡发生。我国《商标法》在第二次修订之后, 增加了对未在我国注册的驰名商标的法律保护。因此, 一旦知名的网络标志被抢注为商标, 权利人可以请求商标评审委员会撤销该商标注册。同时也必须看到, 即便某个网络标志在上网的用户中尽人皆知, 没上过网的人也可能对其一无所知。因此, 在判断某个网络标志是否知名时, 应根据其在我国网络用户中的知名度来判断。

2. 网络环境下商标的使用

许多国家对注册商标都有使用要求。例如, 我国《商标法》规定, 商标局有权撤销连续 3 年停止使用的注册商标。

(1) 作为商标使用。以域名为例, 域名注册人可以从事各种网上信息传输活动, 包括创建万维网网站、创建文件传输系统、收发电子邮件等。其中的一些活动与商品或服务的经营无关, 或者根本就不面向普通公众。因此, 在互联网上单纯使用域名并不自动构成与之相同的注册商标的有效使用, 即域名的使用并不能当然满足注册商标的“使用要求”。

域名的使用要符合商标使用的要求, 就必须具有商标的功能, 让用户感到该域名是与某种商品或服务联系在一起的, 能够区分商品或服务的来源, 并标识商品或服务的提供者。对于那些关于特定的商品、服务或者特定的提供者的信息服务来说, 该信息服务使用的域名的标识性作用是很明显的。例如, 网站本身就是一个电子出版系统或网上搜索引擎, 那么该网站的域名就足以被视为使用在该种产品或服务上的商标。

(3) 使用的地域性。商标的使用要求是有地域性的, 商标的有效使用必须发生在一国地域之内, 才能满足该国商标法规定的使用要求。然而, 网络标志具有全球性, 各国用户都可以访问相关网站。因此, 人们不禁要问, 全球性的网络标志是否当然构成了与之相同的商标在任何国家地域内的有效使用? 对此, 世界上还没有哪个国家毫不含糊地承认, 外国商标注册人仅仅在互联网上使用了与在该国注册的商标相同的网络标志, 就会因其全球性的特点而在该国当然构成了该商标的有效使用。只有当使用该标志提供的商品或服务与某国的国内市场具有某种联系时, 如向该国市场提供某种商品或服务, 或至少当该国用户提出要求时能在该国市场上获得该种商品或服务, 才能构成商标在该国的使用。

三、著作权

1. 网络环境下著作权的扩展

(1) 信息网络传播权的产生。著作权保护的方式就是赋予著作权人控制作品的传播方式

的专有权。在作品只能靠印刷出版向公众传播的早期，著作权人只要控制作品印刷、复印件的复制和发行即可。当作品还能够通过广播、电视、卫星传输等方式传播时，著作权人除了控制作品的复制和发行外，还要通过控制作品的广播、有限传播等方式，才能有效保护著作权。在网络环境下，如何让版权人的专有权有效地覆盖作品在网络上的传播已成为版权保护制度必须解决的核心问题。

著作权国际保护的基本内容是由保护文学艺术作品的《伯尔尼公约》规定的。《伯尔尼公约》中有关著作权人各项传播权的规定是随着技术的发展逐步出现的。由于网络传播这一新方式的产生，1996年12月在世界知识产权组织外交会议上形成了《世界知识产权组织版权条约》（WCT）和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT），赋予了作者、表演者和录音制品制作者通过网络向公众传播作品、表演及录音制品的专有权。其中，WCT第8条规定，在不损害《伯尔尼公约》赋予作者的各项传播权的前提下，文学和艺术作品的作者应当享有以有线或无线的方式授权将其作品向公众传播的专有权，包括以公众中的成员个人选择地点和时间的方式，使公众获得作品的专有权。可见，这一传播权就包括了网络传播权。这两个条约勾画出了“网络传播权”这一新的专有权的轮廓，具体的保护方式和权利内容则需由各成员方的国内法加以规定。

从世界范围来看，对于如何赋予著作权及邻接人网络传播权，目前主要有三种不同的模式：第一种是用著作权人现有的发行权、公开表演权和公开展示权覆盖作品的网络传播权；第二种是对著作权人的各类作品传播权进行重组，把除了复制、发行之外的其他传播方式统一为一种综合的传播权；第三种是在不改变现有著作权权利配置的前提下，赋予著作权人控制作品网络传播的新权利，欧盟的《关于信息社会的版权及有关指令的建议草案》即采取了这种方法。我国修正后的《著作权法》采用第三种方式，规定了信息网络传播权。

（2）信息网络传播权的概念。根据《著作权法》第10条（12）项的规定，信息网络传播权，是指以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。从这一法律表述看，信息网络传播权明显来源于《世界知识产权组织版权条约》。

（3）信息网络传播权的特点。从我国《著作权法》的规定看，我国是在展览权、表演权、放映权和广播权等传播权之外，主要针对交互性网络传输的特点，增加了“信息网络传播权”这一新的权利。作品在信息网络上的传播具有以下特点：其一，是传统的复制类权利和传播类权利的结合。传统的复制类权利包括复制权、发行权及出租权等，其特点是作品的使用滞后于作品的提供，人们需先获得作品的复制件，再学习、研究或者欣赏。传统的传播类权利包括表演权、放映权、展览权、广播权等，其特点是作品的提供与作品的使用同时发生。交互性传输可以在两类权利间自由转换：一方面，用户可以将作品下载成为永久性复制件，供日后使用；另一方面，也可以在线欣赏作品，虽有暂时性复制件在计算机内存中生成，但没有永久性复制件留存。因此，应区分不同情况，选择适用原有的关于复制类或者传播类权利的规范。

其二，随着网络广播、数据流式传输、信息推送等技术的发展，某些交互性传输已经具有了广播的性质，但是原有的关于传播权的规范不宜直接适用于交互性传输。虽然《世界知识产权组织版权条约》关于第8条的议定的声明指出，第8条的规定并不排除成员方适用《伯尔尼公约》第11条第2款所允许的对广播权的强制许可，但是考虑到互联网上的传播具有全球性特点，一国对此实施强制许可，将对其他没有相应制度的国家产生影响，不符合《伯尔尼公约》第11条第2款“仅在具有相应规定的国家适用”的有关强制许可的要求，因此对广播权的强制许可不宜直接延伸到网络广播领域。

其三，在交互性传输中，信息传输的范围、程度及信息的使用方式是由信息的发送者和接收者双方共同决定的。在商业性的作品传输模式中，作品的传播者一般是利用技术措施来

实现与用户之间的“谈判”和“交易”的。以常见的网上软件发行为例：公众可以自由获得关于软件作品的权利管理信息；用户如对该软件感兴趣，需要提交注册信息，使软件的技术措施部分解除，从而浏览该软件，了解软件的功能和运行状况；如果要解除该软件的复制限制措施，下载软件，用户就必须按照提示付款。在这一过程中，信息交流是双向的。了解这种交互性特点，对确定因网络传输引发的侵权行为的法律管辖权及适用的法律具有重大意义。

2. 网络环境下几类特殊的著作权客体

(1) 网站(网页)的法律保护。由于越来越多的网站(网页)拥有者主张对网站(网页)享有权利，是否保护及如何保护网站(网页)这类复杂的信息集合体成为法律必须解决的问题。

①著作权法的保护。一个网站(网页)能否获得著作权法保护取决于该网站(网页)是否构成“汇编作品”。汇编作品保护的标准是内容的选择和编排是否体现了独创性，只有网站(网页)对内容的选择或者编排体现独创性，才可以受著作权法保护。因此，即使网站(网页)由不受著作权法保护的数据、资料组成，也不妨碍其受著作权法保护。

②反不正当竞争法的保护。在网站(网页)拥有者无法获得著作权法律保护的情况下，一般会转而依据反不正当竞争法，对他人的“相似”网页提出指控。反不正当竞争法在一定程度上对著作权法律、商标法律、专利法律等特定法律制度起补充作用。判断不正当竞争行为的标准与判断著作权侵权的标准虽不相同，但有关联。不应仅仅由于被告网站(网页)与原告的相似就认定被告违反了《反不正当竞争法》第2条的规定。判断被告的行为是否构成不正当竞争不仅需要考虑到造成相似的原因，而且需要考虑被告的网站(网页)是否会与原告的网站(网页)相混淆，被告网站(网页)的整体安排是否会误导普通公众。如果两个网站(网页)虽然相似，但是属于不同的领域，从事不相似的经营行为，而且被告已经在网站(网页)上使用了自己的商标、商号等商业标志，标明了自己产品或者服务的来源，造成混淆的可能性就会很小，则不宜按照不正当竞争行为处理。

2. 网络环境下 ICP 的法律责任

(1) 网络内容提供者(ICP)的概念。网络内容提供者泛指任何在网上发布信息供公众访问的人，不论是普通的网络用户，还是某个大型企业，只要其在网络上发布信息就属于网络内容提供者。ICP在网上提供的信息主要来源于两个渠道：一个来源于自己的创作，这在一般情况下不会涉及著作权侵权问题；另一个则来源于他人。如果来源于他人的信息是公共信息或虽为版权作品但已经授权，也不会引致侵权纠纷。但如果发布的信息是未经版权人授权的材料，则可能被指控为著作权侵权。

(2) 网络内容提供者的著作权侵权行为。它主要包括以下两类：

①将非数字化作品数字化后上传到网上。目前，将他人的版权作品数字化后上网传播是导致 ICP 面临著作权侵权纠纷的一种行为。判断这种行为是否构成侵权的关键在于原作品的作者是否仍对数字化后的作品享有专有权利，或者说数字化后的作品是否已构成能独立享有著作权的新作品。

根据我国《著作权法》的规定，作品是指在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果。它有两个构成要件：独创性和可复制性。经过数字化以后的作品具有可复制性是毋庸置疑的。数字化是依靠计算机技术把以文字、数值、图像、声音等形式表现的信息输入计算机系统并转化成二进制数字编码，运用数字信息的存储技术进行存储，并根据需要把这些被转换成数字编码的信息进行还原的技术。由于将文字等表现形式的作品转换成计算机识别的二进制编码本身并不需要加入实施转换行为的人的任何独创性劳动，因此作品的数字化过程也就不是《著作权法》意义上的创作作品的过程。既然如此，原作品版权人对其数字化作品仍享有专有权利，而 ICP 未经许可将其作品数字化后上网传播当然就损害了版权人专有的使用权。

②在网上传播网络作品。网络作品系指以数字化形式创作并直接在互联网上传播的文学、科学和艺术作品。网络作品和传统作品相比有许多不同之处，包括：一是存在方式不同。传统作品以书籍、唱盘等有形载体的形式存在；而网络作品以电子数据的形式在无形的互联网上存在。二是表现形式不同。传统作品以文字、图形、声音等形式表现；而网络作品则以“0”和“1”的数码编排的形式表现。三是传播方式不同。传统作品通过复制、发行、表演、展示等多种方式传播，因此版权人享有的各项传播权可以相对独立；网络作品直接在网上传播，而网络传播又可能涵盖复制、发行、表演、展示等多种传播行为，因此极易产生网络作品的权利重叠。四是和传统作品相比，网络作品的权利更容易被侵犯等。

作品的独创性要求作者独立创作完成作品。对某一网络作品来说，只要作者能够证明其独立创作行为的存在，就可以满足作品构成的第一个要件。网络作品具有可复制性，表现在它既可以被下载，又可以被打印到纸上，还可以以各种方式被复制，满足我国《著作权法》中作品构成的第二个要件，因此，可以受我国《著作权法》的保护。

（3）网络内容提供者承担侵权责任的标准

①严格责任。在美国及欧洲许多国家，ICP 一般都被类比为传统作品的出版者。传统作品出版者的作用是把作品复制并向公众发行，而 ICP 的作用则是将信息置于网络上供公众访问，二者的作用是极其相似的。因此，只要 ICP 提供的信息中包含侵犯版权的材料，不论其主观是否有“过错”，都要承担侵权责任。

②过错责任。在我国如果也把 ICP 类比为出版者，则其承担的责任依《民法典》的规定，应是过错责任，因为法律仅仅明确规定了几项无过错责任，其中并不包括 ICP 侵权这种形式，在有关的司法解释及判例中对出版者也适用了过错责任。从以上两种责任形式的比较可以看出，过错责任使版权人在诉讼中处于非常不利的地位，因为他必须举证证明出版者没有尽到“合理的注意义务”，而出版者只要能证明自己无过错就能摆脱侵权责任。由于网络的容量远远大于传统的出版物，因此，ICP 更能有充足的理由证明，其无法知道所提供的信息中包含了侵权材料，因此无过错，不应承担侵权责任。

【思政专栏】

世界正面对一个更加自信、开放、日益强大的中国，中国则面对一个形势复杂、机遇与挑战并存的世界。域名是网络名片，是全球经营者和消费者进入电子商务领域的钥匙。域名的设计、注册、使用、保护需要从国际的范围进行考虑。当代学子只有不断扩展国际视野，尊重时代规律、厚植爱国情怀、认同话语体系，才能够在风云变幻的世界与时偕行，成为担当民族复兴大任的时代新人。

本章作业

1. 选择题：P265

2. 简答题

- （1）如何订立电子商务合同？
- （2）信息网络传播权的特点有哪些？
- （3）结合实例，谈谈域名与商标的纠纷如何解决？

3. 案例分析题

原告石家庄福兰得事业发展有限公司为“PDA”商标的注册人，被告北京弥天佳业技贸有限公司申请了“pda.com.cn”的域名。原告主张“PDA”是“小秘书”的英译，“小秘书”是原告注册的商标，“PDA”已经为公众所熟悉，被告是恶意抢注该域名。被告认为“PDA”无论是在国内还是在国外的公开出版物上均被译为“personal digital assistant”（个人数据助理），是一种轻巧的掌上型计算机。被告在网上介绍和销售的均为其他厂家的掌上电脑

产品，遂请求法院驳回原告的起诉。

请问：法院是否应认定被告的行为侵权，为什么？

4. 实训题

随着电子商务的发展，域名纠纷也越来越多，如 PDA 域名案、“杜邦 / DUPONT” 域名案、“汰渍 / Tide” 域名案、“宜家 / IKEA” 域名案、“护舒宝 / Whisper” 域名案及“舒肤佳 / Safeguard” 域名案等，请登录网站查找 10 个以上这样的纠纷案例，试分析一下域名纠纷产生的原因，并寻找具体的对策。

5. 讨论题

宋女士在用手机浏览淘宝网时，看到一卖家正在销售 80 元 3 包的纸尿裤，觉得价格便宜，便和平日一样下了单，正常付款交易。当晚，她接到一位女子的电话，对方自称是淘宝网某纸尿裤的卖家，称上午宋女士与之有一笔交易，因系统出现故障，现需宋女士配合，先申请退款，然后再重新支付。宋女士一听，情况相符，当即同意配合。

宋女士用手机打开卖家网页，开始“申请退款”，因退款网页与她通常见到的淘宝网页面无异，所以对此事没有丝毫怀疑。按照程序，宋女士很快操作完毕，再与来电者通电话，对方却告诉她退款不成功。这位女子还表示，为了便于沟通，可通过 QQ 进一步联系。宋女士没有多想，用 QQ 继续联系。对方似乎很有耐心，通过 QQ “指挥” 着宋女士一步步操作。最终宋女士一张与网络绑定的银行卡被人分几次从账上共划走 1295 元。后宋女士重新登录淘宝网与真正的卖家联系，对方直言她遇到了骗子，利用网络漏洞将宋女士的钱转走。卖家表示会马上对系统进行升级维护，也会尽快向消费者发出提醒，但对宋女士的经济损失却爱莫能助。资料来源 佚名．骗子利用网购漏洞 冒充卖家行骗 [EB/OL]. [2014-09-28]. <http://china.findlaw.cn/jingjifa/dianzishangwufa/swal/1147820.html>.

请同学们依据电子商务的特性及电子商务相关法律的基本原则讨论：宋女士购物被骗的原因是什么？如何避免被骗？

第八章 国际商事仲裁

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生可以了解调整国际商事仲裁的法律规范以及主要的国际商事仲裁机构及仲裁规则；掌握国际商事仲裁协议及仲裁程序、国际商事仲裁裁决的承认和执行。

2. **课程思政育人目标：**通过国际商事仲裁规则与程序的学习，对学生进行公正等社会主义核心价值观的教育，引导学生以社会正义、公平的观念指导自己的行为，平衡各方的利益，妥善处理纠纷。

教学重点：仲裁协议的效力；仲裁规则；仲裁的法律适用；裁决效力；国际商事仲裁程序。

教学难点：仲裁协议的效力；裁决效力。

教学方法：讲授教学+实践训练

教学学时：2 学时

教学内容：

第一节 国际商事仲裁的概述

第二节 国际商事仲裁协议

第三节 国际商事仲裁程序

第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行

教学过程：

第一节 国际商事仲裁的概述

一、国际商事仲裁的概念

仲裁也称公断，是根据争议当事人事前或者事后达成的仲裁协议，自愿将其争议提交仲裁机构，由其按照一定程序进行审理并做出裁决的制度。仲裁包括国际仲裁、国内仲裁、国际商事仲裁。国际商事仲裁是最具普遍意义的仲裁。

国际商事仲裁，是指在国际经济贸易活动中，仲裁机构或仲裁员根据当事人事前或者事后达成的仲裁协议和当事人一方的仲裁申请，对其争议进行仲裁审理并做出裁决的制度。关于国际商事仲裁的定义问题，各国立法和司法实践存在较大的差异。根据我国有关立法和司法实践的规定，在定义国际商事仲裁时，双方当事人的国籍、住所以及仲裁机构的所属国籍都具有决定性意义。中国当事人和外国当事人之间进行的仲裁、两个不同国籍的当事人在任何国家境内进行的仲裁、相同国籍的双方当事人在外国境内的仲裁机构进行的仲裁都属于国际商事仲裁。

国际商事仲裁是国际商事争议处理中的一个主要的手段，在处理国际商事争议方面具有十分重要的地位。与其他几种国际商事争议处理方式相比，国际商事仲裁因其具有的特点，在当事人处理国际商事争议时得以广泛采用。

二、国际商事仲裁的特点

1. 国际商事仲裁具有涉外性

提交仲裁的双方当事人一般都是不同国家的法人或者自然人，只有在少数情况下，才都是一国的自然人或者法人。

2. 国际商事仲裁具有当事人自愿性

仲裁庭受理案件的权力并非出于强制性的法定管辖，而是来源于争议当事人的自愿授权，是以当事人提交的书面仲裁协议为基础的。

3. 国际商事仲裁具有较大的灵活性

争议当事人有权选择仲裁机构、仲裁员、仲裁地点等，而且仲裁具有保密、程序简单、结案快、节省时间和费用的特点。

4. 国际商事仲裁裁决具有终局性

通过仲裁程序做出的仲裁裁决一般是终局性的，对双方当事人都有约束力，如果一方不自动执行裁决，另一方有权提出申请，请求法院承认裁决效力并强制执行裁决。

三、国际商事仲裁机构

国际商事仲裁机构是由国际商事关系中的当事人自主选择，用以解决国际商事关系中双方当事人之间可能发生或业已发生的商事争议的民间机构，是国际商事仲裁的专门组织。在国际商事仲裁实践中，基于组织形式上的不同，国际商事仲裁机构可以分为临时仲裁机构和常设仲裁机构两种。

1. 临时仲裁机构

临时仲裁庭也称随意的、偶然的仲裁组织形式。它是根据双方当事人仲裁协议所选定的仲裁员负责审理当事人之间的争议，并在仲裁裁决做出后即解散的一种仲裁形式。临时仲裁的特点表现为：没有固定的组织形式，没有日常的管理机构；对于仲裁员的指定，许多是在仲裁协议中明确的，采取独任仲裁的情况较多；仲裁中的仲裁程序、仲裁地点、仲裁裁决的方式和效力均由双方当事人协议约定。临时仲裁机构的费用一般比常设仲裁机构的费用低廉，仲裁员解决案件的速度较快，有些案件可以在几天或几周内解决，而常设仲裁机构则做不到这一点。临时仲裁庭是仲裁历史上仲裁组织的最初表现形式。虽然现在常设仲裁机构在各国普遍存在，但通过临时仲裁庭解决争议的情况也依然存在。在英国、美国、日本等国，这种随意的仲裁还有相当的地位。

2. 常设仲裁机构

它是根据当事人的仲裁协议，将争议提交约定的仲裁机构进行仲裁。该仲裁机构是专门为了解决国际商事争议而设立的专门性、永久性仲裁组织，一般具有自己的仲裁员名册，以供当事人选择。仲裁员普遍采取聘任制。

常设仲裁机构不是政府或国家的司法机关，一般设立在工商贸易界中影响较大的商会组织内，或者附设在一些非政府间的国际组织或专业团体之下，多属于民间性质。

常设仲裁机构公示仲裁规则，设有秘书处，以进行日常工作。常设仲裁机构的日常组织和行政管理工作是临时仲裁机构所不具有的，有专门人员负责受理仲裁案件的申请、组织仲裁庭、传递文件证据、确立开庭日期、提供翻译、收取有关仲裁的费用等。此外，还开展仲裁机构间交流、仲裁宣传及仲裁员的培训等活动。目前，在国际社会上影响较大的几个常设商事仲裁机构有：

①国际商会仲裁院。其于1932年成立，总部设在巴黎，是国际商会下设立的国际性的仲裁机构。我国现已成为国际商会仲裁院成员。

国际商会仲裁院本身不直接受理仲裁案件，具体的仲裁案件由商会在各国聘任的仲裁员受理。国际商会仲裁院的主要任务是：A. 保证仲裁院所制定的仲裁规则和调解规则的适用；B. 指定仲裁员或确认当事人所指定的仲裁员；C. 决定对仲裁员的异议是否成立；D. 批准仲裁裁决的形式。

国际商会仲裁院规定的受案范围极其广泛，包括对任何种类的契约性和非契约性关系提交仲裁的争议。仲裁院备有详细的仲裁员名单供当事人选用。当事人协议在仲裁院进行仲裁的案件，可以直接向仲裁院的秘书处提出申请或通过所在国国际商会国别委员会转交仲裁院秘书处。为了保证仲裁庭的中立性、公正性，仲裁院仲裁规则规定：仲裁庭的独任仲裁员和合议制仲裁庭首席仲裁员的国籍必须不同于争议双方当事人的国籍。当事人提交仲裁院的仲裁案件根据国际商会仲裁院的仲裁规则进行仲裁，仲裁程序应视为事实上接受本规则。

仲裁院还备有仲裁调解规则，双方当事人愿意调解解决争议的，可以由商会任命一人作

为调解员对案件进行调解。调解不成的，除非双方当事人同意，调解员不得在本案仲裁中继续担任仲裁员。

国际商会仲裁院的仲裁裁决实行终局裁决制。当事人在将争议提交国际商会仲裁院仲裁时，就应视为已承担毫不迟延地执行最终裁决的义务，并在依法可以放弃的范围内放弃任何形式的上诉权利。

国际商会仲裁院在国际上的影响很大，受案范围和受案数量都居各国仲裁机构之首。

②英国伦敦国际仲裁院。英国仲裁历史悠久，但其仲裁制度 1697 年才正式被英国议会承认。1698 年，英国议会制定第一部《仲裁法》。1892 年 11 月 23 日，伦敦仲裁院正式成立。该仲裁院 1903 年改名为伦敦国际仲裁院。伦敦国际仲裁院由伦敦市、伦敦商会和皇家特许仲裁员协会共同组成联合管理委员会管理。日常工作由皇家特许仲裁员协会负责。皇家特许仲裁员协会会长兼任伦敦国际仲裁院的执行主席。伦敦国际仲裁院是目前英国最主要的国际商事仲裁机构。该机构 1981 年制定了《伦敦国际仲裁院仲裁规则》。新版《伦敦国际仲裁院仲裁规则》于 2020 年 10 月 1 日起生效。该规则考虑了疫情时期仲裁方式的转变，规定了虚拟审理、电子通信等内容。伦敦国际仲裁院的裁决是终局裁决，但当事人可以根据 1979 年英国《仲裁法》的规定，请求法院对仲裁中的法律问题做出裁定。为此，当事人还可以通过排除协议的方式，排除法院对仲裁中法律问题的裁定或审查。伦敦国际仲裁院在国际上的声誉比较高，每年受理案件的数量也居世界前列。

③美国仲裁协会。它是美国主要的国际常设仲裁机构，于 1926 年设立，总部设在纽约。该协会分支机构遍布美国的主要城市。美国仲裁协会现行的《国际仲裁规则》于 1991 年 3 月 1 日生效。美国仲裁协会受理的仲裁案件主要是货物买卖合同、代理合同、工业产权、公司的成立与解散，以及投资等方面的争议。海事仲裁案件由专门的海事仲裁机构受理。

美国仲裁协会受理的国际商事仲裁案件在裁决上实行终局裁决制。根据美国《联邦仲裁法》的规定，法院对仲裁的干预较少，只有在仲裁员被指控有受贿、欺诈、明显偏袒一方的情况时，法院才可以撤销仲裁裁决；法院对仲裁员在仲裁中的有关事实和法律适用上是否错误不予过问，体现出很强的仲裁独立性。

④中国香港国际仲裁中心。其成立于 1985 年，属于民间性质的仲裁机构。中国香港国际仲裁中心实行理事会制度，理事会由不同国籍并有多方面专业知识的商界、法律界人士组成，日常工作由理事会下设的管理委员会负责。1990 年，修正后的《香港国际仲裁中心仲裁条例》规定了本地仲裁和国际仲裁两种不同的仲裁制度。2000 年 1 月 13 日，香港特别行政区正式公布了 2000 年《仲裁条例》，废除了原《仲裁条例》中与《中华人民共和国香港特别行政区基本法》相抵触的规定。双方当事人在仲裁条款中可以规定“指派机构”和“排除协议”，即可以在仲裁协议中规定：有权指定仲裁员的机构是香港国际仲裁中心，仲裁各方同意放弃就仲裁程序中发生的或与任何裁决有关的任何法律问题向香港法院起诉或上诉的权利。2010 年，《仲裁条例》进行了修订。新的《仲裁条例》不再这样区分，对于本地仲裁，仲裁中心有仲裁规则及协助当事人和仲裁员的指南；而对于国际仲裁，仲裁中心推荐采用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》。中国香港国际仲裁中心的仲裁受英国仲裁的影响比较大，加上国际商事仲裁适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，中国香港国际仲裁中心的仲裁吸取了许多国际商事仲裁的长处，在国际上的影响也日趋广泛。

⑤斯德哥尔摩仲裁院。其成立于 1917 年，总部设在瑞典斯德哥尔摩商会内，专门解决工商及航运中发生的争议，订有《斯德哥尔摩商会仲裁规则》。仲裁院也可以根据案件的情况，采取已被仲裁院接受的联合国国际贸易法委员会的调解规则和仲裁规则。该仲裁院设有统一的仲裁员名单，对聘任的仲裁员国籍没有限制。双方当事人可以指定任何国家的公民为仲裁员。根据仲裁规则，双方当事人可以在仲裁协议中自行确定仲裁庭的仲裁员人数，如果没有规定，仲裁庭由三名仲裁员组成。双方当事人各自指定一名，第三名首席仲裁员或双方协议

独任仲裁员须由仲裁院指定，其意义在于仲裁院直接控制首席仲裁员或独任仲裁员的权力，这也是该仲裁院的特点之一。

仲裁院仲裁规则规定，仲裁庭应当从指定仲裁员之日起一年内做出仲裁裁决。仲裁裁决为终局裁决，裁决以多数意见为准，不能形成多数意见时，以首席仲裁员的意见为准，仲裁员可以将不同意见附在裁决中。如果当事人达成和解协议，仲裁庭可以应当事人的请求，在裁决中予以承认。

由于瑞典在政治上的中立，仲裁院仲裁案件的公正性得到普遍承认，特别是在解决东西方贸易纠纷中发挥了重要作用。我国从西欧、北美进口的成套设备合同中也常有规定在瑞典仲裁的仲裁条款。

⑥新加坡国际仲裁中心。它于1990年3月成立，是依据新加坡公司法成立的担保有限公司。其宗旨是：为国际和国内商事争议的仲裁和调解提供服务，促进仲裁和调解在解决商事争议中的广泛应用，培养一批熟知国际商事仲裁法律和商事仲裁实务的仲裁员和专家。

新加坡国际仲裁中心可以受理来自国际和国内的商事争议，但主要以解决建筑工程、航运、银行、保险方面的争议见长。仲裁庭在仲裁过程中，适用《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》，该规则以联合国国际贸易法委员会的仲裁规则为基础制定，赋予了仲裁当事人很大的自主权。双方当事人可以约定仲裁程序，如果没有约定，或该规则也没有规定，则由仲裁庭在适用的法律允许的范围内决定。仲裁中心还协助当事人登记仲裁，以便该仲裁裁决能够在1958年《纽约公约》的缔约国之间得到承认和执行。

⑦中国国际商事仲裁机构。中国国际商事仲裁机构设立在中国国际贸易促进委员会内，分为中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会，总部设在北京。中国国际经济贸易仲裁委员会是中国国际贸易促进委员会根据中华人民共和国政府政务院1954年5月6日公布的《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》，于1956年4月设立的。当时的名称为“对外贸易仲裁委员会”，并制定有仲裁委员会的仲裁程序暂行规则，1980年改名为“对外经济贸易仲裁委员会”，1988年改名为现在的“中国国际经济贸易仲裁委员会”。该仲裁委员会于1988年在原来的仲裁程序暂行规则的基础上制定了仲裁规则，1994年进行了全面的修改。《中华人民共和国仲裁法》实施后，1995年、1998年、2000年、2005年、2014年先后对仲裁规则又进行了相应的修改，2014年修改的规则成为中国国际经济贸易仲裁委员会现行的仲裁规则。除此规则外，中国国际经济贸易仲裁委员会还制定有《国际投资争端仲裁规则（试行）》《金融争议仲裁规则》等。2009年5月1日施行了《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则》，一些地方仲裁委员会如武汉仲裁委员会也发布了网上仲裁规则。中国国际经济贸易仲裁委员会于2020年4月28日发布了一些积极稳妥推进仲裁程序的新规则，规定了在线开庭等内容。也有许多地方仲裁委员会发布了新的仲裁规则：如2020年9月1日起施行的《济南仲裁委员会仲裁规则（2020版）》；2020年7月1日起施行的《杭州仲裁委员会仲裁规则（2020版）》等。2021年5月18日最高人民法院公布了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》，达成了全方位多维度的相互协作。

中国国际经济贸易仲裁委员会经过多年的努力，已经成为国际上主要的商事仲裁中心之一，并曾在上海、深圳、天津、重庆、杭州设有分会。此外，还在香港特别行政区设立香港仲裁中心，在加拿大设立北美仲裁中心，在奥地利设立欧洲仲裁中心等，仲裁委员会仲裁裁决的公正性得到了国际上的承认。

⑧中国海事仲裁委员会是1958年11月根据国务院《中华人民共和国国务院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》，于1959年1月成立的，并制定了《中国国际经济贸易仲裁委员会海事仲裁委员会仲裁程序暂行规则》，专门受理海事仲裁案件。1988年改名为现在的“中国海事仲裁委员会”。1988年9月12日通过了《中国海事仲裁委员会仲

裁规则》。鉴于《中华人民共和国仲裁法》1994年8月31日公布，中国国际商会于1995年对该规则进行了修订，自1995年10月1日起实施。现行规则是自2021年10月1日起施行的《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。2020年1月1日起施行的《中国海事仲裁委员会网上仲裁规则》，规定了网络视频庭审等内容。

中国海事仲裁委员会主要负责审理关于海上船舶之间的救助报酬、海上船舶碰撞、海上船舶的租赁和代理业务、海上运输和保险，以及海洋环境污染损害等方面所发生的争议案件和当事人协议要求仲裁的其他海事争议案件。中国海事仲裁委员会由于受案范围的限制和中国海事法院的设立，其受理的仲裁案件没有中国国际经济贸易仲裁委员会的受案数量多。

第二节 国际商事仲裁协议

一、仲裁协议的概念

仲裁协议是争议双方当事人愿意把他们之间将来可能发生或者已经发生的争议交付仲裁的协议。仲裁的意思表示可以通过口头和书面两种方式做出，但大多数国家的仲裁法及有关仲裁机构的仲裁规则均规定仲裁协议必须采用书面形式。书面形式可以包括合同中的仲裁条款，也包括双方当事人通过信函所表示出来的将特定争议提交仲裁解决的意思表示。由于仲裁的自愿性特点，仲裁协议必须经“协商一致”达成，可以说一致同意是将国际商事争议提交仲裁的前提条件。

仲裁协议一般以仲裁条款或仲裁协议书的形式表现出来。仲裁条款是在争议发生之前由双方当事人在合同中就有关争议解决约定的条款，它是仲裁协议最基本和最常见的形式。仲裁条款是合同的一部分，不能单独存在，可以规定提交仲裁的事项、仲裁地点、仲裁机构、仲裁庭的组成、仲裁程序、仲裁应适用的法律以及裁决的效力等。仲裁协议书则是在争议发生后双方经协商同意将争议提交仲裁的单独订立的书面协议。仲裁协议书是单独的协议，独立于合同而存在。争议发生后双方当事人往来的书信、电传、电报中同意将争议提交某仲裁机构解决的意思表示，也应视为书面的仲裁协议；一方当事人在上诉文件中提出在某仲裁机构仲裁，另一方当事人不表示反对并以其行为表示接受该仲裁机构的管辖，也应认定为存在仲裁协议。虽然表现形式不同，但是两种仲裁协议具有相同的法律效力。

二、仲裁协议的效力

一般来说，一旦签订一份有效的仲裁协议，争议当事人就丧失了提起诉讼的权利，只能将有关争议提交仲裁。如果一方违背仲裁协议的约定径行起诉，另一方当事人有权要求法院中止诉讼，发还仲裁，即仲裁协议具有排除司法管辖的效力，法院不得受理有关争议，已经受理的，应当中止审理。而对于仲裁机关来说，有效的仲裁协议是其受理仲裁申请的依据，也是其做出具有强制执行力的仲裁裁决的前提。具体地说，仲裁协议具有以下效力：

（1）对当事人的法律效力。其体现在：仲裁协议一旦有效订立，当事人就丧失了就特定争议事项向法院提起诉讼的权利，而只能以仲裁方式解决他们之间的争议。如果一方当事人就协议规定范围内的事项向法院提起诉讼，另一方当事人则有权依据仲裁协议要求法院中止司法程序，把争议发还仲裁机构审理。2024年1月1日起施行的新修正的《中华人民共和国民事诉讼法》第288条第1款规定：涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。

（2）对仲裁员和仲裁机构的法律效力。有效的仲裁协议是仲裁员和仲裁机构受理争议案件的法律依据。仲裁协议确定了仲裁事项的范围，当有关裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的，或不在有关仲裁协议范围内，或裁决有关交付仲裁范围之外的事项时，法院可以基于一方当事人的申请拒绝承认和执行该项裁决，从而使仲裁员或仲裁机构的管辖权受仲裁协议

所确定的仲裁范围的严格限制。

(3) 对法院的效力。仲裁协议对法院的法律效力是其最重要的法律效力的体现。仲裁协议对法院的效力主要表现在以下两个方面：首先，有效的仲裁协议可排除法院的管辖权。国际公约和世界大多数国家的仲裁法都承认仲裁协议对法院的这一效力。其次，有效的仲裁协议是法院执行仲裁裁决的依据。仲裁协议具有排除法院管辖权的法律效果，但这并不意味着仲裁协议的效力完全脱离法院的管辖。如果一方当事人拒不履行仲裁裁决，另一方当事人可向有关国家法院提交有效的仲裁协议和协议书，申请强制执行该裁决。

(4) 对主合同的效力。仲裁条款可与主合同分离，也称为仲裁条款的可分割性，是指仲裁条款的效力不因合同的无效而无效。仲裁条款是采取仲裁解决争议的依据，在仲裁中可能裁决产生争议的合同无效。联合国《国际商事仲裁示范法》规定：仲裁条款独立于合同其他条款，仲裁庭做出的合同无效的决定不应在法律上导致仲裁条款的无效。我国自 2018 年 1 月 1 日起施行的新修正的《仲裁法》明确规定：仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或无效不影响仲裁协议的效力。

三、仲裁协议的内容

在一般情况下，仲裁协议的基本内容由双方当事人共同商定，但不得违反有关国家的强制性法律规定。总体来说，有效且适当的仲裁协议应该包括以下内容：

(1) 仲裁事项。仲裁协议首先要明确提交仲裁解决的争议事项是有关合同的全部争议，还是在一定范围内的争议，这是有关仲裁机构行使管辖权的重要依据之一，也是有关当事人申请仲裁裁决的承认和执行时必须具备的重要条件。在仲裁协议中，要注意仲裁事项的可仲裁性。首先，提交仲裁的事项不能违背仲裁地国家的法律，或者与仲裁地国家的公共秩序相抵触；其次，提交仲裁的事项必须是仲裁地国家和仲裁裁决执行国家法律允许以仲裁方式处理的事项。

(2) 仲裁地点。它是指执行仲裁程序和做出裁决的所在地。在国际经济贸易仲裁中，仲裁地点的选择具有非常重要的意义。仲裁地点与仲裁所适用的程序法以及按哪一国的冲突规则来确定合同的实体法都有密切关系。一般来说，在哪一国仲裁就按照该国的冲突法规则选择实体法解决争议。仲裁地的选择也直接影响到仲裁裁决的承认与执行，因为仲裁地法在很大程度上决定着裁决的可执行性。

(3) 仲裁机构。如果双方当事人商定提交常设仲裁机构，应当写明该仲裁机构的名称；如果双方决定由临时仲裁庭仲裁，则要在仲裁协议中规定其组成、仲裁规则等有关事项。在一般情况下，确定在某地仲裁就是指在该地的常设仲裁机构仲裁，只有在该地无常设仲裁机构时，才需要组织临时仲裁庭。但是，指定在某一常设仲裁机构仲裁，却不一定是在该机构所在地进行，有的仲裁机构在不同地方还设有分会，因此，签订仲裁协议时应分别订明仲裁地点和仲裁机构。

(4) 仲裁规则。它是指双方当事人和仲裁机构在整个仲裁过程中所应遵循的程序和规则。它包括仲裁申请的提出、答辩的方式、仲裁员的指定、仲裁庭的组成、案件的审理、仲裁裁决的做出以及裁决的效力等内容。由于程序问题直接影响到实体问题，为确保仲裁程序顺利进行，当事人在订立仲裁协议时，应明确规定有关仲裁所应适用的仲裁规则。选择仲裁规则的一般原则是：将争议提交某一常设仲裁机构解决，就意味着适用该仲裁机构的仲裁规则。但有一些仲裁机构，除适用自己的仲裁规则外，允许当事人选择其他仲裁规则。

(5) 仲裁的法律适用。在仲裁协议中，当事人还应选择解决他们之间纠纷应当适用的法律，即准据法。世界上大多数国家的法律都规定，对案件程序上的事项适用仲裁地法，而对处理当事人之间的具体争议所适用的法律，一般都允许当事人自愿选择，这就是“当事人意思自治”原则。仲裁机构依据当事人自愿选择的法律解决当事人之间的争议。如果当事人未指定适用何种法律，则由仲裁庭根据某种规则来确定准据法。其具体有三种做法：第一，仲

裁机构依照自己认为合适的冲突规范所指向的法律来确定准据法；第二，依照仲裁机构所在地冲突规则确定准据法；第三，运用仲裁地法律。除上述做法外，仲裁机构有时还根据公平原则进行仲裁。

（6）裁决效力。它是指仲裁机构就有关争议所做出的实质性裁决是否具有终局性，对双方当事人是否有约束力，当事人是否有权向法院起诉请求变更或撤销该项裁决的问题。仲裁裁决的效力直接影响到整个仲裁程序的效力，决定着当事人之间的争议能否得到最终解决，合法权益能否得到保护。各国法律一般都规定，仲裁裁决是终局的，对双方当事人有约束力。

案例

A公司以欺骗手段诱使B公司与其订立了一份买卖合同，并在合同中约定有仲裁条款。事后A公司以伪造的议付单据骗取了B公司的货款。B公司在了解了真相后，向所在地法院起诉。A公司抗辩法院无管辖权。A公司的抗辩是否成立？

第三节 国际商事仲裁程序

国际商事仲裁的自愿性也体现在争议双方当事人对仲裁程序的选择上。这一特点已为有关公约所接受，联合国《国际商事仲裁示范法》第19条规定：“以服从本法的规定为准，当事各方可以自由地就仲裁庭进行仲裁所应遵循的程序达成协议。”

仲裁机构从受理申诉人提出的仲裁申请书开始，直至仲裁机构做出仲裁裁决为止的整个过程是仲裁程序阶段。仲裁程序指仲裁机构在进行仲裁审理过程中，仲裁机构、各方当事人以及其他参与人必须遵循的程序。一般而言，国际商事仲裁的基本程序大体如下：争议发生，双方协商一致同意提交仲裁后，向有关仲裁机构提交申请；申请被接受后，双方按照有关约定或者仲裁机构的仲裁规则确定仲裁员，组成仲裁庭；仲裁庭召开预备会议，双方当事人协商确定仲裁程序、仲裁体制，该会议是正式仲裁开始前的非正式会议；双方进行书面证据材料的交换，确定争议重点，明确有关的证据和事实；仲裁庭进行审理，双方出示有关证据；仲裁庭经过审理最终做出仲裁裁决。

1. 仲裁的申请和受理

（1）仲裁的申请。它是指有关仲裁协议中约定的争议事项发生以后，仲裁协议的一方当事人依据该协议将有关争议提交给双方约定的仲裁机构，请求其对争议进行仲裁审理的活动。

仲裁申请是启动仲裁程序的最初步骤。仲裁申请必须以书面形式进行。一般来说，各国仲裁规则所规定的仲裁申请的主要内容大体上是一致的，都包括以下各项：申诉人和被申诉人的名称及地址、案情及争议要点、申诉人的要求及所依据的事实和根据。申诉人在提交仲裁申请时还应附具申诉要求所依据的事实的证明文件，并在仲裁委员会仲裁员名单中指定一名仲裁员或委托仲裁机构主席指定。同时，申诉人应按仲裁机构规定的标准预缴仲裁费。

（2）仲裁的受理。仲裁机构收到申诉人提交的仲裁申请书后，即予以审查。仲裁机构审查的焦点为申诉人提供的仲裁协议，经过审查认为符合要求且手续完备，即应受理。受理后应及时通知被诉人，并将仲裁申请书及其附件连同仲裁机构的仲裁规则和仲裁员名册各一份寄送给被诉人。

仲裁机构可以根据当事人的申请和本国法律的规定，提请被诉人财产所在地或仲裁机构所在地法院做出关于保全措施的裁定。

2. 仲裁庭的组成

被诉人应自收到仲裁申请书之日起一定期间内在仲裁机构仲裁员名册中指定一名仲裁员，或者委托仲裁委员会主席指定，并应自收到仲裁申请书之日起的一定期限内提交答辩书及有关证明文件。如果被诉人在规定的期限内不做答复，仲裁机构主席可按仲裁规则的规定

代替被上诉人指定仲裁员。

仲裁庭可以由独任仲裁员或三名以上仲裁员组成。被指定的仲裁员如果与案件有利害关系，应自行向仲裁机构请求回避。当事人也有权要求与案件有利害关系的仲裁员回避，由仲裁机构主席决定该仲裁员是否回避。

3. 仲裁审理

仲裁庭有两种审理方式：开庭审理和书面审理。各国一般都规定采取口头方式开庭审理，但经双方当事人申请或征得双方当事人同意后，也可以书面审理，即不开庭审理，只依据双方提供的书面文件进行审理并做出裁决。无论采取何种方式，重要的是仲裁庭必须贯彻当事人的权利平等原则，使双方都享有答辩或提出书面证据的均等机会。开庭审理的，如一方拒不出庭，仲裁庭可以根据出庭一方当事人的申请，进行审理或裁决。

仲裁一般在仲裁机构所在地进行，经仲裁机构主席批准，也可以在其他地点进行审理。在审理案件过程中，当事人双方为支持各自的观点和主张，都需要提出充分的证据。仲裁庭认为必要时，也可以自行调查、搜集证据，甚至可以就案件中的专门问题向专家咨询或指定鉴定人进行鉴定。英国、瑞典等国的仲裁法规定，在证人自愿的前提下，仲裁员可传唤证人出庭作证。如果证人不愿出庭作证，仲裁员无权强令证人出庭，只能由仲裁员或当事人申请由法院发出传票，命令证人到庭。在仲裁庭做出裁决之前，如果双方当事人自行达成和解，申诉人应及时申请撤销案件。

4. 仲裁裁决

仲裁裁决是仲裁庭通过对仲裁案件的审理而做出的最后裁决。仲裁裁决应当按照多数仲裁员的意见做出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录中。仲裁裁决书应当写明裁决的形式、内容、所依据的理由、仲裁费用以及该裁决的效力等，由仲裁庭全体或者多数仲裁员署名，并写明做出裁决的日期和地点。在仲裁庭不能形成多数意见时，按照首席仲裁员或者公断人的意见做出仲裁裁决。裁决自做出之日起发生法律效力。

仲裁裁决根据其内容和参加主体的不同，可以分为以下三种：①中间裁决。仲裁庭做出最终裁决前就案件中某个具体问题做出的裁决是中间裁决。中间裁决一般不对当事人的责任或者实体权利做出结论。②部分裁决。它是指在审理过程中，在最终裁决前，仲裁庭对已经审理清楚的部分具体问题做出的裁决。部分裁决具有终局裁决的性质，一旦做出即发生终局的法律效力。对于已经进行了部分裁决的事项，在终局裁决中不再进行裁决。③终局裁决。它是指仲裁庭对提交仲裁的案件进行审理后做出的全部的、最后的裁决。裁决一经做出，当事人不得向法院上诉，也不可以向其他机构提出变更裁决的请求，即经过适当的、合法的仲裁审理做出的仲裁裁决具有法律强制执行力，当事人应当按照裁决的内容自动切实地加以履行。

有些国家允许仲裁机构对其受理的案件进行调解。经调解达成和解协议的案件，仲裁庭应当根据双方当事人和解协议的内容做出裁决书。这类裁决书不需要说明所依据的理由。

仲裁庭的裁决为终局裁决，对双方当事人均有约束力，不许起诉，这是当前国际商事仲裁的一般规定和总的发展趋势。但在实践中，各国的做法仍不相同。大多数国家规定裁决是终局的，但也有一些国家规定当事人可以向法院起诉。有的国家虽然规定当事人不得就仲裁裁决起诉，但允许当事人按法律规定的条件请求法院撤销裁决。概括起来，这些条件是：①无效的仲裁协议；②仲裁员行为不当；③仲裁程序不当，裁定不符合法律要求；④裁决内容超出协议所规定的范围或仲裁机构的受案范围；⑤裁决所依据的证据是伪造的，或发现了新的足以推翻原有证据的证据。

第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行

在国际商事仲裁中，裁决的执行是一个比较复杂的问题。各国仲裁机构一般都无权强制当事人执行其裁决，它的裁决能否得到执行首先取决于当事人的自愿。由于国际商事仲裁经常涉及外国的当事人或外国的财产，因此不仅有在本国境内执行的问题，而且常有在外国的承认和执行问题。对内国法院来说，执行裁决有两种情况：（1）对于本国仲裁机构做出的裁决，败诉人在本国境内，但不主动执行裁决时，多数国家立法都规定经胜诉方向其本国法院申请，由本国法院做形式审查之后发出强制执行的命令，予以强制执行。（2）对外国的仲裁裁决的执行较为复杂。由于执行外国的仲裁裁决不仅涉及双方当事人的切身利益，而且涉及两国间的利害关系，因此，许多国家在法律中对执行外国仲裁裁决都规定了一些限制。在外国的仲裁裁决不符合执行国法律要求时，执行国的法院就可以拒绝执行。

一、仲裁裁决在做出国境内执行

仲裁机构做出的裁决需要在本国境内执行时，一般都依据本国的国内立法向法院提出申请，由法院按法定程序执行。我国新修正的《民事诉讼法》第290条规定：一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院申请执行。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定：一方当事人不履行裁决的，另一方当事人可以根据仲裁法律的规定，向中国法院申请执行。

二、仲裁裁决在做出国境外执行

仲裁裁决在做出国境外执行包括两层含义：一方面是本国所做的裁决要求得到外国的承认与执行，另一方面是外国所做的裁决要求得到本国的承认与执行。对于仲裁裁决在做出国境外执行的问题，国际上通常以双边或多边的方式解决。为了解决仲裁裁决在做出国境外执行的问题，国际上先后缔结了三个有关承认和执行外国仲裁裁决的国际公约。第一个是1923年在国际联盟主持下制定的《仲裁条款议定书》；第二个是1927年在国际联盟主持下制定的《日内瓦执行外国仲裁裁决公约》；第三个是1958年6月10日在联合国主持下订立的《承认及执行外国仲裁裁决公约》，简称1958年《纽约公约》。《纽约公约》实际上已取代前两个公约，成为当前国际上关于承认与执行外国仲裁的最主要的条约。自1958年订立以来，迄今为止已有130多个国家和地区参加了该公约，其中一些国家对该公约提出一些保留，如美国对该公约提出了互惠保留和商事保留，英国对该公约提出了互惠保留，也有国家对该公约没有提出任何保留，如瑞典。我国于1986年12月2日加入该公约，声明有两项保留：一是仅适用于缔约方之间做出的裁决，二是只适用于商事法律关系所引起的争议的裁决。

对外国仲裁裁决的承认和执行是一个非常重要的问题，《纽约公约》规定，各缔约方互相承认仲裁裁决具有约束力，申请在其他缔约方境内执行仲裁裁决时，应向被申请人提交用该国文字做成的裁决书译本，并且依照执行地的程序规则予以执行。对承认或执行本公约所适用的仲裁裁决不应该比承认或执行本国的仲裁裁决规定实质上更复杂的条件或更昂贵的费用。

《纽约公约》以排除的方式规定了承认和执行外国仲裁裁决的条件，即凡属于下列情况之一的外国仲裁裁决，被请求承认与执行的国家机关可以依据被申请人的请求拒绝承认和执行：

（1）签订仲裁协议的双方当事人，根据对双方适用的法律，当时处于某种无行为能力的情况之下；或者根据双方当事人选定的适用的法律或在没有这种选定的时候，根据做出裁决的国家的法律，仲裁协议无效。

（2）作为仲裁执行对象的当事人，没有接到关于指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他情况未能对案件提出意见。

（3）仲裁裁决涉及仲裁协议所没有提及的或者不包括在仲裁协议规定内的事项，或者裁

决内含有仲裁协议范围以外的事项。

(4) 仲裁庭的组成或仲裁程序同当事人之间的协议不符，或者当事人之间没有这种协议时，同进行仲裁的国家的法律不符。

(5) 仲裁裁决对当事人还没有产生法律效力，或者裁决已经由做出裁决的国家或据其法律由做出裁决的国家的管辖当局撤销或停止执行。此外，被请求承认和执行外国仲裁裁决的国家的主管机关如果认为按照该国法律，裁决的事项是不能以仲裁方法处理的，或者裁决的内容违反该国公共秩序的，也可以拒绝承认和执行。

我国《民事诉讼法》对外国仲裁裁决的承认和执行的规定是第 306 条：国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约或者按照互惠原则办理。

我国自 2018 年 1 月 1 日起施行的新《仲裁法》第 70 条、71 条则明确规定，涉外仲裁裁决如果有《民事诉讼法》第 248 条第 2 款规定的情形，即当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的，人民法院可以裁定撤销或者裁定不予执行。自 2015 年 2 月 4 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 541 条规定：被执行人以有《民事诉讼法》第 248 条第 2 款规定的情形为由提出抗辩的，人民法院应当对被执行人的抗辩进行审查，并根据审查结果裁定执行或不予执行。

【思政专栏】

国际商事仲裁，不仅是解决国际贸易纠纷的法律工具，更承载着人类对公平正义的永恒追求。公正，是仲裁的基石。仲裁制度既尊重当事人的意思自治，又承载着维护交易秩序、促进商业合作的社会功能。一份公正的仲裁裁决能够定分止争、修复商业关系、维护市场诚信。深入理解仲裁规则与程序，不仅是为了掌握一项专业技能，更是为了在潜移默化中培育以公正为核心的社会主义核心价值观，以社会正义、公平的观念指导自身行为，在未来的职业生涯中平衡各方利益、妥善处理纠纷。

本章作业

1. 选择题：P297

2. 简答题

- (1) 仲裁协议有哪些形式？效力如何？
- (2) 承认和执行仲裁裁决有哪些情况？

3. 案例分析题

我国万盛公司于 20xx 年 9 月与美国多奇公司签订了服装买卖合同，合同规定：“如双方发生任何纠纷，可将纠纷提交法院或有管辖权的仲裁机构仲裁。”合同订立后，在履行过程中，双方因货物质量问题发生了纠纷。经协商双方同意解除合同，此时多奇公司未提出任何异议。但不久之后，多奇公司向我国某仲裁委员会提出仲裁申请，万盛公司接到仲裁通知后参加了仲裁，该仲裁委员会做出了对万盛公司不利的裁决。事后，万盛公司认为，该纠纷案不应通过仲裁解决，理由是：①双方已经解除合同，不应再执行其中的仲裁条款；②万盛公司依照合同规定也可以选择到法院解决。

- 问题：
- (1) 合同已经解除，合同中的仲裁条款是否仍然有效？
 - (2) 本案中的仲裁条款是否有效？
 - (3) 万盛公司能否在仲裁后就本案再提起诉讼？