《国际商法》第8版章后案例题参考答案

第一章

1.（1）本案如果发生在美国,Y能提起派生诉讼。因为A公司为B公司的担保行为直接损害了A公司的利益且附带损害了Y的利益，但没有单纯地损害Y的利益。

（2）本案如果发生在我国, Y不具备对X提起股东代表诉讼的资格。因为我国《公司法》第149条和第151条规定：董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以书面请求监事会向人民法院提起诉讼。题目中，Y在2014年12月至2015年2月底期间连续买入A公司股票，持有A公司股份总额达到3%。股东Y持股比例符合规定，但持股时间不符合“连续180日以上”的规定。同时我国法律还规定：监事会收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。题目中股东乙没有通过“监事会”，而是直接向法院起诉，不符合规定。

（3）和，P不符合A公司独立董事的任职资格。因为我国《公司法》第122条及其他相关的法律与法规规定：在直接或间接持有上市公司已发行股份5%以上的股东单位或者在上市公司前五名股东单位任职的人员及其直系亲属，不得担任独立董事。题目中，B公司持有上市公司股份34%，P在B公司任职，则不得担任上市公司的独立董事。

W也不符合A公司独立董事的任职资格。因为我国法律规定：直接或间接持有上市公司已发行股份1%以上或者是上市公司前十名股东中的自然人股东及其直系亲属；不得担任独立董事。题目中，W持有A公司股份总额1%的股份，所以W不能担任独立董事。

2．（1）A享有优先购买权。德国的合伙规则与很多其他国家一样，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。题目中，合伙协议并没有其他约定，因此合伙人A享有优先购买权。

（2）B无权要求C偿还其房屋升值部分的25万欧元。合伙人出资后，便丧失了对其作为出资部分的财产的所有权，合伙企业的财产权主体是合伙企业，而非单独的每一个合伙人。

（3）A、 B还应当与C共同承担对Y公司剩余25万欧元的赔偿责任。因为在德国，合伙不具有法人资格，合伙人的对外责任不以出资额为限。

第二章

1．保险公司的拒付理由在合同法上不能成立。因为：李昌镐小同学所患的急性肺炎并不是投保人事先预知的，投保人在与保险公司签合同时并不存在欺诈；争议中的保险合同属于格式合同，是由保险公司负责起草的，保险公司一方面承诺保险期限为1年，另一方面又通过除了规定的方式不区别任何情形地缩短了保险期限；根据格式合同的解释规则，格式合同内容矛盾时，做出对非起草人即投保人有利的解释。

2．（1）N 是否能提出以上的抗辩理由要依第三人的情况而定，如果第三人是合法善意地持有票据，则N不能对第三人提出那些抗辩理由。否则，可以。

（2）N与E存在共同办企业的合同，他们之间应遵循诚信原则。本案中，E显然对N做出了欺诈的违约行为，N可寻求合同法上的解除合同、要求赔偿等救济措施。

第三章

1．（l）被告分行的上述高级经理表示提供信贷的信件构成要约。因为：该信件的内容非常明确、肯定，包含了要约所必须的明确性条件。

（2）原告与被告之间存在合同关系。因为：尽管东京总行并没有批准该笔贷款并在最后决定拒绝提供该笔贷款，但是，被告分行的上述高级经理在作出要约时使原告产生了合理的根据相信被告的代理人即该高级经理其伦敦董事会已批准该笔贷款的信息，换句话说，被告分行的上述高级经理有表见代理权。

（3）就此案而言，被告应当吸取的经验教训是：必须加强其员工的国际商事代理法教育，尤其要意识到表见代理规则。

2．（1） 如果丙大学在英美法系国家打官司，在乙公司披露甲公司是被代理人的情况下，可选择甲公司或乙公司主张违约责任。因为本案中的代理在英美法系国家属于未经披露的代理，在发生纠纷时作为第三人的丙大学知悉了被代理人，就可以选择被代理人或代理人中的任一人主张权利。但是，在乙公司始终未披露甲公司是被代理人的情况下，则丙大学只能向乙公司主张违约责任， 因为丙大学只知道乙公司是合同的当事人。

如果丙大学在大陆法系国家打官司，则只能向乙公司主张违约责任， 因为本案中甲公司与乙公司之间的代理在大陆法系国家属于间接代理，未经乙公司的转让，丙大学不能要求甲公司履行任何义务。

（2） 乙公司如果起诉请求支付20台电脑货款，应以丁公司为被告，因为订立合同时，丙大学明确地告诉了乙公司其是丁公司代理人的身份，并且对其代理签订的合同无明示或暗示的保证履行责任。

第四章

1．（l）中国A公司与美国B公司之间发生纠纷时，如果不存在明示或暗示的法律适用条款，则应适用《联合国国际货物销售合同公约》。

（2）中国A公司8月 26日的回电构成要约。因为：该回电的内容非常明确、肯定，不仅包含了交易对象、价格和数量这三项《联合国国际货物销售合同公约》规定的要约明确性条件，而且还包含了装运时间等内容。

（3）对方9月 12日的来电构成承诺。因为：该来电虽然附加了包装条件为“需提供良好的适合海运的袋装”的内容，该附加内容并没有实质性改变中国A公司8月 26日的要约条件。从《联合国国际货物销售合同公约》的规则来看，中国A公司要约中本来就暗含着其应当提供良好的适合海运的包装义务。

（4）根据《公约》，中国A公司不能于9月 12日前撤销要约。因为：《公约》只允许在没有注明接受要约的日期或使受要约人无理由相信要约是不可撤销的情况下，赋予要约人撤销要约的权利；本案中，A公司8月 26日的回电非常明确、肯定，且注明了接受要约的日期，该要约无疑是不可撤销的要约。

（5）中国A公司9月13日的复电不构成有效的拒绝。其理由也不充分，因为美国B公司9月 12日的来电已构成有效的承诺，双方当事人之间已成立了合同关系，货物价格在国际市场上的涨跌是常事，中国A公司不能以这种商业上常见的事为理由单方撤销合同。

2．（l）W公司针对S公司第二批货物的违约行为可采取退货、要求更换或赔偿损失等救济措施。因为规格错误属于一种根本违约行为，根据《公约》买方有权针对该批货物行使解除合同的权利。当然，买方也可以放弃这一权利，转而要求卖方更换货物和/或赔偿。

（2）如果W公司坚持取消其他批次的合同，S公司可以寻求《公约》下的所有违约救济措施，因为冰箱并不是一种成套设备，各冰箱或各批次冰箱是相互独立的，一冰箱或一批次冰箱的不合规格并不能导致其他冰箱或批次冰箱不合合同的目的，因此，在没有证据证明S公司会使今后批次货物违反合同的情况下，W公司无权终止整个或大部分合同或退回余货。

第五章

 1.(1)不承担赔偿责任。因为根据《海牙规则》等国际条约和有关的国内法，在海上救助人命属于承运人的免责事由。

(2)大型设备跌落大海损失依情况而定。如果X海运公司事先经A公司的同意而置该货物于仓面，则不负责。否则，应承担赔偿责任。

 (3)船舱螺丝松动导致的湿损也依情况而定。如果承运人在开航前没有进行适航检查而未发现在开航前和开航时就存在螺丝松动的情况，则承运人应负责。如果开航后因暴风雨或救助人命等导致了螺丝松动，则可免责。

 (4)卸载时两箱燕麦食品落水损失应由X海运公司负责，因为承运人及其代理人有义务谨慎地保管、照料和装卸货物，否则应承担赔偿责任。

2.B无权拒绝继续卸货，因其与承运人事先约定卸完后才付运费，当然不能反悔。

第六章

 1 保险公司不赔。因为本案案情表明:运输途中既无自然灾害，也无任何意外事故的风险，这说明商品本身具有内在缺陷，属于保险人的除外责任。

 2 (1)本案中导航设备的损失属于单独海损。因为是因意外事故造成的，不具有共同海损为船货共同安全、有意而为之的特征。

 (2)B轮上述从礁石上向大海拖拽的费用具有共同海损性质。因为它具有为船货共同安全、有意而为之且合理等共同海损的要件因素。

 (3)B轮上述的船底受损应定性为单独海损。因为它是由于自然力量造成的，

不具有共同海损为船货共同安全、有意而为之等要素。

第七章

1.（1）Y的理由不符合票据法，因为本票的票据关系成立后就与该票据的基础关系相分离，出票人需对后手承担保付的责任而不能以票据的基础关系瑕疵抗辩。

（2）加注了“不可流通”字样后的后手持票人就不能向非直接出让的前手或出票人追索。

2．（1）A银行有无权利对D公司拒绝付款的前一理由不成立，因为承兑人不得以其与出票人之间的资金关系对抗持票人。后一理由在英美法系国家成立，但在大陆法系国家不成立，因为：在英美法系国家，存在伪造背书的后手一般不能取得票据权利；在大陆法系国家，只要背书具有连续性且善意，持票人就可取得票据权利。

（2）A银行拒绝付款后，X公司可以向E公司追偿。因为E公司是其票据的直接出让人，对票据具有保付和不做出伪造背书的义务。

（3）本问题的答案与理由同问题（1），即票据关系成立后，就与票据的基础关系相分离。票据基础关系的无效、解除不影响票据关系。票据的债务人不得以自己与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人。在英美法系国家，存在伪造背书的后手一般不能向伪造背书之前的前手追索。在大陆法系国家，只有背书具有连续性且善意，持票人就可以向前手追索。

3 ．（1）A银行有无权利对丁公司拒绝付款要视情况而定。如果丁公司在取得票据时不存在过失，A银行便无权拒绝支付，否则有权。

（2）乙公司的请求能否得到法院的支持关键也取决于丁公司取得票据时是否为善意的。如果丁公司是善意的、支付对价的持票人，享有票据权利。根据规定，善意的、已付对价的正当持票人可以向票据上的一切债务人请求付款，不受前手权利瑕疵和前手相互抗辩的影响。

第八章

1．大马士革银行的异议不能成立，因为该加注只具有提示其自身的作用，不能改变信用证本身的不可撤销性和付款保证的功能。

1. （1）W银行所称的第一个不符点是正确的，但第二个不符点是不正确的，因为商业发票上的货物品牌必须与信用证一致，否则可以视为不同的货物。然而，根据UCP600第14条j款，各单据上的受益人只要在同一国家，即使描述不同都不能视为单据之间的不一致或冲突。
2. （2）本来本案中的W银行可以仅凭上述第一个不符点行使拒付权，但是，该行在行使此权时没有遵循UCP600第16条d款下提交单据之次日起5个工作日内做出的时限要求，因而丧失了此种拒付权。

第九章

1．（1）成立。虽然美国W公司于1992年取得了该技术专利权，根据合同，甲公司是该项专利技术的独家许可权权利人，甲公司发现乙公司也在使用该技术，有权提出侵权之诉，因为农研所并没有申请专利。但是，这不妨碍农研所和乙公司的提出抗辩，因为某农研所早在1988年已开发了这项技术，并于1990年将之卖给了乙公司使用，即符合先使用原则。另，该专利是否具有新颖性，主要取决于农研所与乙公司在使用该专利时，是否存在丧失新颖性的情形。

（2）如果甲公司败诉，极有可能是因为该专利权存在丧失新颖性的情形，也就是说美国W公司没有很好地保证该专利的有效性，在此情况下，甲可以向W公司主张解除合同，根据合同的约定要求其承担违约责任。但是，专利法规定，对于宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。如依照规定不返还专利侵权赔偿金、专利使用费、专利权转让费，明显违反公平原则的，应当全部或者部分返还。

如果专利有效，由于不是一般许可，而是独家许可，甲公司可以以定约时无法预见为由向W公司主张要求变更合同。

2．至少存在两大问题。问题一：“在合同有效期间内，技术受让方在使用合同项下技术过程中，对该技术的任何改进和发展，都应当无偿提供给出让方。”这属于回售条款，即许可方要求被许可方将取得技术后作出改进的技术无偿地或非互惠地提供给许可方；而许可方并没有将其自己改进的技术提供给被许可方使用的义务。这是不平等条款，诚然，被许可方的技术改进与原有转让技术存在着一定的联系，但是，技术改进仍是智力劳动的产物，应由改进者享有财产权。问题二：“受方对总机构在中华人民共和国以外注册的用户，如对技术出让方的利益无冲突，可以利用合同项下技术生产的产品向该用户销售。” 这属于不合理的出口限制条款。出口限制条款的形式主要有：在无正当理由的情况下，许可方在合同中规定被许可方出口使用转让技术生产的产品必须经许可方同意；或者对出口合同产品使用地区、数量或出口渠道的限制；或者通过规定出口合同产品的价格必须事先取得许可方同意的方法，间接限制被许可方出口合同产品；或者规定合同产品的包销权或独家代理权必须授予许可方等。

总之，上述两大问题都属限制性条款问题。

3．（1）爱立信与苹果专利授权协议到期后，当双方无法就专利授权定价达成一致的话，应当按照“FRAND”原则确定。根据“FRAND”原则能否解决专利授权定价问题？可能存在见仁见智，因为诸如对“公平、合理、非歧视原则”的含义分歧依然存在，但是，不执行“FRAND”原则，则分歧更大。因此，相比较而言，“FRAND”原则能在一定程度上解决专利授权定价问题。

（2）在合同双方当事人之间不能就继续使用专利的授权定价达成协议时，通常不是简单地继续沿用原合同的定价条款，在诉讼情况下，应当由法院根据“FRAND”原则确定定价条款，法院可能综合考量专利对产品的贡献率、专利对标准的贡献率、同样专利对他人收取的许可费、使用人就类似专利缴纳给他人的许可费、市场经济环境和科技发展状况，以及双方在前期磋商中的意思表等因素，解释“公平、合理、非歧视原则”的含义。

（3）苹果与爱立信专利授权定价之争，对我国相关手机企业启示作用明显。由于我国相关手机企业对国外的专利技术依赖较大，而手机专利技术更新较快，如果为了避免所授权使用的专利技术较快落伍的可能性，进而使本企业处于不利的竞争地位，签订短期专利授权协议的可能性客观存在，同时续约时的专利授权定价问题也随之而来。因此，一方面通过完善合同条款，包括对如何在续约时确定专利授权定价的计算依据和方式做出明确约定，并对“公平、合理、非歧视原则”的含义有比较正确、深入的了解，才能避免因无知或法律知识缺乏而受到的不必要损失。

苹果与爱立信专利授权定价之争最终达成协议，对我国相关手机企业同样存在有益的启示。我国相关手机企业在使用国外的专利技术时，难免存在遇到类似问题的可能。诉讼不是唯一的解决之道，有时也不一定是最好的解决争议的路径，即使在诉讼中依然也可以通过协商解决问题，争取本企业利益最大化。

第十章

1．由于2012年相关的电子商务规则尚不健全，意味着“买者小心”，起诉电子商务平台经营者困难重重。如按照现行法律规定，腾讯公司是否构成侵权以及是否存在承担连带责任的可能，则应根据腾讯公司是否存在违反《电子商务法》等法律规定的事实而定。

消费者在网购过程中往往忽视一个重要问题，购物网站平台的运营商（即电子商务平台经营者）不一定是买卖合同的相对方。一般情形下，电子商务平台经营者与消费者间不构成买卖合同关系，不承担相应的赔偿责任。消费者在网上消费时，不宜抱有“在大网站购物质量有保证”的观念，大型网站有可能仅仅是电子商务平台经营者，就像消费者在菜市场买菜，菜市场再大，关键还是要看卖菜的菜农。但是，根据《商务电子法》规定，电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格应当尽到审核义务；对违法情形有采取必要的处置措施，或者向有关主管部门报告的义务。该法第38条规定：“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任（民事责任）。”第83条规定：“电子商务平台经营者违反本法第38条规定，对平台内经营者侵害消费者合法权益行为未采取必要措施，或者对平台内经营者未尽到资质资格审核义务，或者对消费者未尽到安全保障义务的，由市场监督管理部门责令限期改正，可以处五万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，并处五十万元以上二百万元以下的罚款（行政责任）。”此外，《消费者权益保护法》第44条规定了网络交易平台提供者承责的几种情形：不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的；网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的；网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的。据此，电子商务平台经营者未尽到对平台内经营者的资质资格应当尽到审核义务；对违法情形有采取必要的处置措施，或者未向有关主管部门报告的义务；以及在知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施的，则应当承担相应的民事责任和行政责任。

2．本案争论的焦点王某与某大药房之间是否存在买卖合同关系。根据《合同法》第130条规定：“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同”。本案法院查明的事实是：王某在某大药房经营管理的网站购买了案涉产品，并通过支付宝账户向好药师大药房支付了货款，双方之间的交易关系符合买卖合同的规定。相反，某大药房主张其并非案涉商品的销售者，双方不属于买卖合同关系，但某大药房在其网站上并未明示案涉产品的销售商另有其人，在与王某的交易过程中亦未进行相应的告知或披露，且在本案的审理过程中，某大药房提交的销售商的身份主体资料的证据亦不符合我国民事诉讼关于证据的形式要求。至于双方争议的案涉产品是从国外直邮还是国内发货的问题，涉及的只是货物的交付或运输模式，不足以作为认定双方是否属于买卖合同关系的依据。综上，双方属于买卖合同关系。

3．网络空间是一个虚拟空间，任何信息一旦进入网络就有可能广为传播，在给人们的生活工作带来方便的同时，网上侵犯著作权情形也时有发生，本案便是其中一个适例。在《大学生》杂志诉“首都在线”的一个“个人免费主页”一案中，上载《考研胜经》的那位网民无疑是侵权者，而“首都在线”的行为是否构成侵权，是否应当承担连带责任？主要取决于其对那位网民侵权行为是否知晓并是否采取相应的措施。当网络上所传播的信息存在侵权内容时，由于网络服务商对网络上信息传递最具技术上的控制力，如“首都在线”不采取某种技术措施，制止侵权结果的扩大，则对《大学生》杂志是极为不公平的。因此提供物质设备的网络服务商有责任及时对出现在网络上的侵权内容采取技术措施，以制止侵权内容的存在和传播。法院在此案中判定的标准为：“提供物质设备的网络服务商有责任及时对出现在网络上的侵权内容采取技术措施，以制止侵权内容的存在和传播，也即其在权利人提出合理请求时，应当及时采取技术措施消除侵权信息，否则（理应包括未及时消除侵权信息），将因此承担相应的侵权赔偿责任。” 由于没有证据表明“首都在线”对该侵权行为知晓，“首都在线”也没有对“个人主页”实行收费，最为重要的是“首都在线”在得知侵权后已采取了 “立即采取了核实侵权措施、遮盖侵权网站目录、查找侵权人和删除了所上载的侵权内容等系列积极行为，制止了侵权内容的继续存在和传播”的措施，所以，“首都在线”不承担连带责任。

4．不考虑国内法与国际贸易法的差异，仅根据《联合国国际合同使用电子通信公约》第12条 “自动电文系统”和第14条“电子通信中的错误”的规定，法院的判决及理由值得商榷。

《联合国国际合同使用电子通信公约》第12条规定：“自动电文系统在合同订立中的使用通过自动电文系统与自然人之间的交互动作或者通过若干自动电文系统之间的交互动作订立的合同，不得仅仅因为无自然人复查或干预这些系统进行的每一动作或由此产生的合同而被否定效力或可执行性。”这是保障自动电文系统生成的合同与传统合同具有同等效力的规定。

显然，本案的交易已经完成，法院之所以判决无效，主要理由是“被告的系统出现故障，张岩的应价低于委托人的保留价”。但是，“被告的系统出现故障”，被告已经决定“接受 10月5日之前的所有报价”。至于“张岩的应价低于委托人的保留价”，这是被告单方面产生的问题，一是没有告知保留价，所以对合同双方而言，不存在保留价问题。二是被告如实行保留价，也应当在自动电文系统中设置低于保留价无效的程序。认可被告享有“干预这些系统进行的每一动作或由此产生的合同而被否定效力或可执行性”，与此公约规定存在冲突。

《联合国国际合同使用电子通信公约》第14条规定: “电子通信中的错误：1、一自然人在与另一方当事人的自动电文系统往来的电子通信中发生输入错误，而该自动电文系统未给该人提供更正错误的机会，在下列情况下，该人或其所代表的当事人有权撤回电子通信中发生输入错误的部分：（1）该自然人或其所代表的当事人在发现错误后尽可能立即将该错误通知另一方当事人，并指出其在电子通信中发生了错误；而且（2）该自然人或其所代表的当事人既没有使用可能从另一方当事人收到的任何货物或服务所产生的任何重大利益或价值，也没有从中受益。2、本条中的规定概不影响适用任何可能就除了第一款中所提到的错误之外的任何错误的后果作出规定的法律规则。”这是规定自动电文系统也应当具备纠错功能。显然，这主要规范自然人输入错误，且系统没有更正机制的情形，并不是包括所有的系统故障，以及以低于低价而否定合同效力的错误。

另，根据合同法相关规定，采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用要约生效的规定。当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，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。因此，不要求签订确认书的电子合同自承诺生效时合同成立。而合同成立之后要求签订确认书，不影响合同的效力。

第十一章   
1．（1）该方便面的生产商应当依据其所在国（H国）的法律对A的损失承担产品责任。如果该方便面是在日本购买的，生产商就应当依据日本产品责任法承担责任。

（2）如果该方便面从未经商业渠道销往日本，就有可能不能适用日本产品责任法，且也可能不能适用H国产品责任法，而按一般侵权责任处理。

2．以违反担保为由起诉市政府，可能焦点在于是否存在火鸡里无骨头的明示或默示担保。存在火鸡里无骨头的明示担保情况下，原告可能胜诉。如果默示担保为由，对高中生学生而言，原告胜诉概率不大。

3．（1）根据我国《产品质量法》的规定，生产者承担赔偿责任的前提是产品为缺陷产品。但在缺陷的认定上，应当以普通消费者对该产品的特性所具备的常识所能预见的程度为标准。果冻这类食品因可融性差，对于咀嚼、吞咽能力较弱的人食用具有一定的危险性，这一特点已经被大众认知并接受。这是合理的危险。本案中，陈俊超夫妇并未举证证明，华元食品生产的该型果冻与其他同类产品相比可融性更差、危险更大，即无法说明该果冻具有其特有的缺陷，因此，华元食品所生产的该果冻并不具有不合理的危险。

（2）尽管陈俊超认为，包装存在缺陷。他说，“我上周又到市场上看了一下，华元食品最新生产的果冻包装上，危险提示的文字字号已经增大，而且是按照玩具的危险提示标志设计的。可见商家自己也已经意识到，此前自己在产品包装的安全提示上，是有瑕疵的”。但法院认为，华元食品生产的果冻已在产品包装上印有警示标识，该警示标识明显、用词恰当，足以引起购买者的注意，并不存在瑕疵。

4．（1）《我国《产品质量法》第41条规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害的，生产者应承担损害赔偿责任。”这一规定明确了生产者承担的是无过错责任。第42条第1款规定：“由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。”这一规定明确了销售者只对因自己的过错造成的产品缺陷造成人身财产损害时承担赔偿责任，即销售者的产品责任属于过错责任。但是，在实践中要求原告消费者证明被告销售者具有过错有时十分困难，因此，对销售者实际适用的是推定过错责任，即销售者应证明自己在进货、仓储、销售的各个环节中都已履行了谨慎之责，否则就推定其具有过错，须对售出的产品承担产品责任。第42条第2款还规定了销售者向受害人指明产品的生产者或供货者的义务，“销售者不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任”。也就是说，即使销售者证明了自己不存在过错，但不能指明产品的生产者或供货者时，仍须承担产品责任。

本案因输血引发医疗纠纷，究竟适用无过错原则、过错推定原则，还是过错责任原则，当时的理论界与实务界对此分歧较大，原因之一是血液是否为产品争议很大，因为《产品质量法》第2条明确规定：“本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。”显然，血液似乎没有“经过加工、制作”。然而，由于诸如《欧共体产品质量责任指令》中确认了血液属于产品范畴，而且从责任分配和公平视角，将血液纳入产品范畴有其合理性。争议之中也存在“应然”与“实然”之争。

至于是否适用过错责任原则问题，应该说在当时法律没有明确将血液视为产品，所以，难以直接适用无过错责任原则（不合格的血液造成患者损害的），在此情形下适用过错推定原则是合理的。

（2）2010年《侵权责任法》明确了血液可以视为产品，该法第五十九条明确规定：“因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。”换言之，输入不合格的血液造成患者损害的，该患者“可以向医疗机构请求赔偿”，即不需要证明医疗机构是否存在过错。因此，如果此案发生在今天，一审法院首先当然应依法适用无过错原则。

至于是否依然可以采用过错推定原则？从事实认定的视角看，也许答案也是肯定的。因为适用无过错原则的前提是“不合格的血液造成患者损害的”，如何证明或认定存在“不合格的血液”存在一定难度（如本案中扬州血站也提交了患者所输血液来源的三个献血者的相关检验资料，试图证明血液是合格的），因此，法院适用了过错推定原则（如本案中高邮医院和扬州血站提供的证明尚不足证明合格血液，需承担举证不足的不利后果）。因此，在某种意义上说，在认定“不合格的血液”关键事实问题上依然可以采用过错推定原则。

5．（1）里贝克v.麦当劳案一审裁决理由主要是：虽然咖啡杯上写有警告字句，但字句不够大。认定麦当劳负80%的责任，其余20%的责任则是里贝克本人的过失，即适用所谓的相对过失原则，重在保护消费者的利益。

英国对类似的诉讼的观点是：“如果这个观点是正确的话，那麦当劳便不应再卖那些温度可致严重烧伤的食物。根据证据，一杯摄氏65度的茶或咖啡如果与皮肤直接接触2秒，就可造成大范围的严重烧伤。因此，麦当劳如果要避免这些意外的发生，就只可将茶和咖啡加热至摄氏55度至60度。但问题是，一杯茶是须要用开水冲泡，才能够完全地泡出茶的香味；至于就咖啡而言，温度则必须介于摄氏85度至95度（即华氏185度至203度）。” 即适用权益平衡原则，重在维护咖啡应有的“美味”，要求消费者应当小心，才能保护自身利益。

中国对类似的诉讼的观点是：吸管盒和饮料盒上都做了提示；小姑娘喝热橙汁时，姥爷去了卫生间不在身边，属大人监护不当；小姑娘烫伤后肯德基给予及时救治并退了餐费。即适用损害发生权衡原则，并同样地对“高温度”潜在的“不合理危险”不予认可。

上述三国不同的判决，其实质反映了在咖啡等饮料“高温度”潜在的“不合理危险”是否予以法律保护？保护力度多大？如何平衡消费者与经营者权益、以及满足人们对美味的偏好与尾数不多损失分配等问题。其实，上述法律问题的考量也会涉及或应用到经济学原理和社会公众的反映等因素。

（2）“轻浮诉讼”与美国产品责任制度有关，也是过度强调产品责任的必然表现。原先旨在加重美国产品生产者的责任，进而从源头上保证生产者、经营者能向消费者提供更加安全产品的产品责任制度，有着积极的社会效果。但是，一味地强调生产者、经营者产品责任，并判决其承担巨额的赔偿责任，客观上起到了促使律师加入“轻浮诉讼”之列的作用。设想律师打10个官司（通常“No win No pay”），只要赢得其中之一，就可能获得非常可观的收入。“司法彩票”由此产生。另外，过重的产品责任也会挫伤生产者、经营者经商积极性。

至于里贝克v.麦当劳案是否为一宗浪费司法资源的无聊诉讼，可能是一个见仁见智的问题，但有一点是肯定的，那就是赔偿数额过于巨大，尤其是惩罚性损害赔偿，这无疑过于强化生产者、经营者责任，存在诱发“司法彩票”产生的可能性。

（3）本题可以自由发挥。同意与否不是判断正确与否的关键，说出理由才是答题的关键。在回答是否同意北京市一中院对肯德基热饮伤人案做出二审判决，关键是肯德基热橙汁是否存在不合理的危险；一般消费者是否能意识到、并应当予以相应的注意；在肯德基消费的其他孩子们是否也面临类似的问题；由肯德基或消费者哪一方承担不利后果社会效益最大（包括能更好地防止类似情况的发生），只有对这些问题都了解了，且权衡之后，才能形成学生自己较好的理由。

就本案而言，法官仅仅就“监护不当”和在“吸管盒和饮料盒上都做了提示”两大因素作为判断责任的考量因素似乎过于狭小，至少应当对肯德基热橙汁是否存在潜在的“不合理危险”？肯德基热橙汁高温的合理性？在肯德基消费的其他孩子们是否也面临类似的问题？一般消费者是否能意识到、并予以相应的注意？由肯德基承担或消费者承担不利后果，能更好地防止类似情况的发生？只有对此问题都有认识，且权衡之后，才能形成更有说服力的判决。

第十二章

1.（1）本案当事人解决纠纷的方式要视情况而定。如果甲公司先向C仲裁委员会申请仲裁且被受理，则H市的第一中级人民法院没有管辖权，因为根据原协议和补充协议，甲公司只可以在C仲裁委员会仲裁和作为诉讼意义上的原告在被告A公司所在地美国起诉这两种方式中选择一种。但是，如果A公司选择作为原告在H市的第一中级人民法院起诉，则只能在该法院处理，因为仲裁协议必须遵循等原则且受制于当事人约定的生效条件，即索赔人不先向被索赔人所在地法院起诉的情况下才有效。

（2）如果仲裁协议效力的争议发生在诉讼阶段可由法院解决。但是，根据我国《仲裁法》第二十条的规定，（在仲裁期间）当事人对仲裁协议效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或请求人民法院裁定；一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院裁定的，由人民法院裁定。

（3）根据我国《仲裁法》第二十八条的规定，C仲裁委员会应将该财产保全的申请依法提交给人民法院。

2．不符合。因为纽约公约没有这一拒绝理由。