

国际经济法

一、国际贸易的产生

(一) 1、工业分工 2、农业分工 3、手工业分工

(二) 1、绝对优势理论 2、相对优势理论

贸易壁垒产生的原因

- 货币流出
- 就业减少
- 竞争劣势

贸易保护措施

- 关税壁垒
- 非关税壁垒

(三) 国际经济法：国际贸易法、国际投资法、国际金融法、国际税法

(四)

1、国际货物贸易的兴起

2、国际贸易管理制度的诞生

(1) 关税控制 (2) 数量限制 (配额制度) (3) 技术标准 (4) 幼稚产业

3、国际技术贸易的出现

4、国际投资的产生

5、国际金融管理体制的出现

6、国际税收协定的诞生

7、国际经贸争端的解决

(五) 国际经济关系与国际经济法

1、商人——商人：民商法

2、政府——商人：经济法或行政法

3、政府——政府：国际条约、国际惯例

第一章 绪论

第一节 国际经济法的发展因素

一、经济全球化与国际经济法

(一) 经济全球化

1、含义：经济全球化是指商品、技术、信息、服务、资本、人员等生产要素跨国、跨地区的流动。

2、特征：(1) 市场全球化；(2) 生产和消费全球化；(3) 经济全球化与地区内部的生产要素的流动；(4) 经济全球化促进了经济活动中统一行动规制的出现。

(二) 经济全球化对国际经济法的影响

1、丰富了国际经济法的内容；

2、促进国际经济法的趋同性和多元化发展

二、国家竞争力与国际经济法

国家竞争力直接决定国家在国际规则制定上的地位。

第二节 国际经济法的历史发展

一、萌芽阶段的国际经济法（公元前至公元 17 世纪）

(一) 国际经济法的最初萌芽

早在公元以前，地中海沿岸亚洲、欧洲、非洲各国的商人在频繁的国际经济往来和国际贸易活动中约定俗成，逐步形成了处理国际商务的各种习惯和制度。这些习惯和制度，有的由有关国家的法律加以吸收，规定为处理涉外商务的成文准则；有的则由各种商人法庭援引作为处理国际商务纠纷的断案根据，日积月累，逐步形成为有拘束力的

判例法或习惯法。这些商事法规或商事习惯法，实质上就是国际经济法的最初萌芽。

（二）早期的国际商事法

1、散见于某些间接记载中的“罗马法”，罗马法中的“万民法”。

（“万民法”古罗马法分成“市民法”和“万民法”两个部分。总的来说，前者调整罗马人之间的关系，后者调整罗马人和外国人之间的关系。“万民法”被认为是国际法的前身。）

2、中世纪民间编纂的国际性商事习惯法法典

（典型的例子有 13 世纪至 16 世纪间流行于地中海沿岸各地的《康索拉多海商法典》(Consolato de Mare, 或 The Consulate of the Sea)、《阿马斐(Amalfi)法》、《比萨(Pisa)法》、《奥列隆(Oleron)法》、《威斯比(Wisby)法》、《汉萨(Hansa)法》等海事商事法典。)

3、以及 17 世纪前后各国的立法机关参照这些民间编纂的商事法典制定的国内法等，可以统称为早期的国际商事法（它们是萌芽阶段的国际经济法的一种渊源和一个组成部分，其调整对象，主要是私人与私人之间超越一国国界的经济(贸易)关系；它所直接涉及的经济法律关系的主体，是私人而不是国家。)

（三）调整国家间经济关系的法律规范

至于国际经济法的另一个组成部分，即以国家为主体、用来调整国家与国家之间经济关系的法律规范，在古代和中世纪时期尚属罕见。不过，中世纪后期出现的欧洲某些城市国家之间缔结的重要商约，作为近现代国际商务条约的萌芽和先河，在近现代国际经济法的发展史上，仍具有一定的意义。其中最引人注目的是“**汉萨联盟**”的商务规约。

（汉萨联盟是 14-17 世纪期间北欧诸城市国家结成的以北海德意志诸城市为主的商业、政治联盟组织，其主要目的在于互相协调和保护加盟的各城市国家的贸易利益和从事贸易的各加盟国的公民，并且共同对付联盟以外的“商敌”。)

二、发展阶段的国际经济法（17 世纪至 20 世纪 40 年代）

（一）双边国际商务条约

在这段历史时期里，先后陆续出现了许多双边性的国际商务条约。它们可以大体区分为两类，即平等的和不平等的。如果缔约国双方都是主权完全独立、国力大体相当的国家，缔约时双方都完全出于自愿，条款内容是互利互惠的，这就是平等条约。西方强国之间签订的各种双边商务条约和协定，多属此类；如果缔约国双方的国力存在巨大的强弱悬殊，其中一方主权并不完整独立，因屈服于各种威胁或暴力而被迫缔约，条款内容是片面特惠的，这就是不平等条约。

西方列强与亚洲、非洲、拉丁美洲众多弱小民族之间签订的各种双边商务条约、专项商务协定或含有商务条款的其他国际条约，多属此类。

各种不平等条约中片面的最惠国待遇条款（即广大亚非“不文明”国家给予西方“文明国家”最惠国待遇，后者则并不给予前者最惠国待遇。用现代国际法的眼光来看，这显然是不合理和不公平的。)

以及贯穿着弱肉强食精神的各种国际习惯，也是当年国际经济法的重要组成部分，而就西方列强与全世界众多弱小民族之间的经济关系而言，则是当年国际经济法的主要组成部分。

（二）近现代国际习惯

与双边国际商务条约并存的，还有许多用以调整国际经济关系的、旧的国际习惯。用现代国际法的眼光来看，有些习惯是十分荒唐的，在当年却风行一时。例如，按照当时的国际习惯，国际土地资源的取得方式包括征服（征服，指的是一国可以凭借武力强占他国的领土。换言之，即使是发动侵略战争，强占他国领土，劫夺其自然资源，只要切实有效地实现了占领或占有，则这种占领或占有就是“合法”的。)

（三）多边国际商务专题公约

在这个历史阶段的后期，陆续出现了多边性的国际商务专题公约。其中影响较大的，例如《保护工业产权巴黎公约》，该公约在 1883 年签订，专门对技术发明的专利权、商标和商号的专用权等事项，作出统一规定，并实行统一的国际保护。

（四）多边国际专项商品协定

在国际贸易中，有关国家常就某专项商品的生产限额、销售价格、出口配额、进口限制、关税比率等方面的问题，达成多边性的国际协定，以实行国际性的妥协、统制和约束。此类多边专项商品协定早在 19 世纪末叶 20 世纪初期就已陆续出现，至第一次世界大战以后，特别是经历了 1929 年世界性的“生产过剩”和经济危机以后，更是层出不穷。

（五）近现代国际商务惯例

有些国际性的商人组织或学术团体，往往归纳和整理国际商务活动中的某些习惯做法，制订和公布各种商务规则，供各国商事当事人在谈判和草拟合同条款时自由选择采用。这些规则一经采用，就成为对合同当事人具有拘束力的

经济行为规范。典型的如《格拉斯哥规则》

（六）近现代各国商事立法

近现代各个民族国家中商事立法的逐渐完备，也是在前述这个历史阶段中国际经济法迅速发展的重要方面。其所以这样，是因为：第一，随着资本主义的发展和世界市场的形成，各国国内商事立法大多参考和吸收了国际商务活动中所约定俗成的各种惯例，各国的商事法规往往具有很大的国际共同性。国际惯例逐步转化和上升为各国的正式法规，显然是一种重大发展；第二，由于主权国家享有属地管辖权和属人管辖权，各国的商事法规也同时适用于本国商人涉外的商务活动或商事行为，即也被用来调整一定的国际经济关系，从而成为国际经济法规范的一个重要组成部分。

三、国际经济法规范丰富阶段（二战后）

- 1、普遍性国际经济条约与国际经济组织的产生；
- 2、新独立国家的兴起与争取建立国际经济新秩序；
- 3、跨国公司的发展及其管制；
- 4、区域性经济条约和组织的发展；
- 5、乌拉圭回合谈判结束及世界贸易组织的建立；

第三节 国际经济法的基本原理

一、国际经济法的概念与特征

（一）定义和调整范围

- 1、定义：国际经济法是指调整国际经济活动和国际经济关系的法律规范的总称，即调整国际经济交往中关于商品、技术、资本、服务在流通结算、信贷、税收等领域跨越国境流通中法律规范和法律制度的总称。
- 2、调整范围：（1）国际贸易制度；（2）国际投资制度；（3）国际货币制度；（4）国际税收制度；（5）国际经济争端制度。

（二）调整对象——国际经济关系

- 1.内容标准：国际货物贸易关系，国际服务贸易关系，国际技术贸易关系，国际投资关系，国际税收关系，国际金融关系
- 2.主体标准：国家与国家之间的经济协调关系；国家与私人之间的经济管理关系；私人与私人之间的经济交易关系

（三）范围

- 1、调整私人国际经济交往的民商法规范；
- 2、政府管理对外经济交往的法律规范；
- 3、调整国家间经济关系的国际法规范；

（四）特征

- 1、调整主体的多元化；
- 2、调整对象的广泛性；
- 3、法律渊源的综合性；

二、有关学说

（一）狭义说

- 1、观点：国际经济法是国际法的分支
- 2、原因：主体；法律渊源；调整对象
- 3、代表人物：（英）施瓦曾伯格；（日）金泽良雄；（中）王铁崖

（二）广义说

- 1、观点：国际经济法是一门独立的学科
- 2、原因：国际经济关系内在统一性的要求
- 3、代表人物：（美）杰塞普，杰克逊；（中）姚梅镇

（三）中国的国际经济法学

中国的国际经济法学研究主要有国际公法说、国际私法说和独立部门法说三大流派。

三大流派的代表人物均分别是本学科的学者。国际公法说的代表人物是我国国际法学会会长、北京大学教授王铁崖；国际私法说的代表人物是中国国际私法学会会长，武汉大学教授韩德培。

国际经济法学会的会员则几乎都坚持独立部门法说。代表人物武汉大学教授姚梅镇、厦门大学教授陈安、复旦大学教授董世忠、最高人民检察院检察长曹建明等。

三、国际法的渊源

(一) 国际条约

1、定义：国际条约是指国家、国际经济组织之间为确定彼此间的权利、义务关系，以国际法为准达成的书面协议。能够成为国际经济法法律渊源的条约只能是国家、国际经济组织之间经济贸易关系的书面协议，即国际经济条约。国际经济条约对缔约国有效，但有的也对非缔约国有效。

2、分类（依其调整领域不同）

① 国际贸易领域国际条约：如 WTO 所辖大部分协议，《联合国国际货物销售合同公约》；

② 知识产权保护国际条约：缔约国超过 100 个国家的条约主要有：《与贸易有关的知识产权协定》、《保护工业产权的巴黎公约》、《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》、《世界版权公约》；

③ 投资领域国际条约：《与贸易有关的投资措施协议》、《解决国家与他国国民之间投资争端公约》、《多边投资担保机构公约》；

④ 国际金融货币支付国际条约：《国际货币基金协定》、《国际复兴开发银行协定》、《统一国际银行资本衡量和标准的协议》；

⑤ 国际货物运输国际条约：《关于统一提单的若干法律规则的国际公约》、《联合国海上货物运输公约》、《关于统一国际航空运输某些规则的公约》。

(二) 国际惯例

1、定义：国际惯例是在长期的国际交往中逐渐形成的不成文的原则和规则。构成国际惯例的基本因素：一是物质因素，即由重复适用的类似原则或规则；二是心理因素，即人们较普遍地愿意承受这些原则或规则的约束。

2、分类：国际惯例规范可分为：强制性规范和任意性规范。前者要求在国际交往中必须遵守且不能任意交易改变的规范；后者是由当事人选择适用的规范。国际经济法国际惯例以任意性规范居多，即通常所说的“国际经贸惯例”、“国际商业惯例”。

(三) 国内立法

国家为调整涉外经济关系而制定的法律、法规构成国际经济法的重要的法律渊源。这些国内立法包括：调整平等主体之间国际商事交易的私法规范，调整国家对本国涉外经济活动进行宏观调控的公法规范。

此外，在英美法系国家，判例构成国际经济法规范。

(四) 国际组织决议

很多重要的国际组织例如联合国、世界贸易组织、国际货币基金组织、世界银行等的决议和规定，已经成为国际经济法的一般原则。

根据《联合国宪章》的规定，联大决议具有讨论和建议性质，而不具有强制性。但事实上，有的联大决议在国际实践中逐渐被各国所普遍接受而成为具有法律约束力的国际经济法规范。如自 20 世纪 60 年代以来联大通过的一些旨在确立国家经济主权原则、争取建立国际经济新秩序等方面的决议已具有普遍约束力。

(五) 其他辅助性渊源

1、判例

(1) 国际判例

(2) 国内判例：①英美法系国家 ②大陆法系国家

Eg1: 下列关于国际经济法的表述中，正确的是 (AB)

A、国际经济法和国际私法的主体都包括自然人、法人、国家和国际组织；

B、国际经济法的法律渊源包括国际条约和国际习惯；

C、国际经济法调整主体之间的国际经济关系，包括对于自然人身份、婚姻、继承等人身方面的法律关系；

D、国际经济法调整主体之间的国际关系，包括政治、军事、外交和经济关系。

Eg2: 下列属于广义的国际经济法调整范围的是 (A)

A、跨国税收关系； B、甲国籍人 A 与乙国籍人 B 之间的婚姻效力；

C、专属经济区的法律问题； D、两辆中国车辆在北京碰撞引起的侵权关系。

第四节 国际经济法的主体

国际经济法的主体是指国际经济关系的参加者，通常包括国家、国际组织、自然人和法人。

一、国际经济法的一般主体

(一) 自然人

1、自然人作为国际经济法主体的资格：具有完全的权利能力和行为能力

2、自然人的身份与地位：（1）自然人依国籍取得身份（2）外国人的待遇问题依本国法确定

（二）法人

1、法人作为国际经济法主体的资格：法人的权利能力范围依法人的属人法确定

2、法人的国籍与地位

（1）国籍：成立地说；住所地说；资本控制说；复合标准说

（2）法人的承认制度：a. 一般许可制 b. 特别许可制 c. 相互承认制

3、国有企业

（1）含义：所谓国有企业也称为国有公司，是指国家通过全部、多数或少数所有权对企业实行实质性控制的公司。

（2）国有企业的问题：随着国有企业越来越多的参与国际市场竞争并且多集中于一些战略或基础行业，在一些国家“国有企业作为在国外市场实现战略目标之工具，而此种行为可能造成反竞争效果”。

（三）国家

1、国家作为国际经济法主体的资格：国家主权

2、国家及其财产豁免

（1）概念：一个国家不受另外一个国家的管辖

（2）内容：

① 管辖豁免：指未经一国同意，不得在他国对其提起诉讼或者以其财产作为诉讼标的；

② 执行豁免：指未经一国同意，不得对其财产加以扣押或执行；

（3）种类：

① 绝对豁免：指不论国家从事的是公法上的行为还是私法上的行为都予以豁免；

② 限制豁免：指只对公法上的行为给予豁免，对私法上的行为不予豁免

3、国家行为原则：国家行为原则是指主权国家在其领域内所为的行为，外国法院无权审查其行为的合法性效力，但是国家商业行为除外。

（四）单独关税区

单独关税区是 GATT 诞生之时，为尚未完全独立的殖民地政府当局设置的。GATT 成立之初，以关税区的名义作为缔约方的非国家实体达到 30 余个。目前在 WT 体制下，仅存的四个单独关税区，分别为欧盟、中国香港、中国台湾、中国澳门。

二、跨国公司

（一）含义和特征

1、**含义**：跨国公司是指一个企业由设在两个或两个以上的国家的实体组成，而不论这些实体的法律形式和活动范围如何；这种企业的业务是通过一个或多个决策中心，根据一定的决策体制经营的，可以具有一贯的政策和共同的战略；企业的各个实体由于所有权或别的因素相联系，其中一个或一个以上的实体能对其他实体的活动施加重要影响，尤其是可以同其他实体分享知识、资源以及分担责任。

2、**基本要素**：经过十几年热烈争论，世界各国就跨国公司定义的三个**基本要素**取得了一致的意见：

（1）跨国公司是指一个工商企业，组成这个企业的实体在两个或两个以上的国家经营业务，而不论其采取何种法律形式经营，也不论其在哪一经济部门经营；

（2）这种企业有一个中央决策体系，因而具有共同的政策，它反映企业的全球战略目标；

（3）这种企业的各个实体分享资源、信息并分担责任。但目前各国尚来就企业的动机、规模和所有权等问题取得一致意见。

3、**特征**

（1）规模性。跨国公司一般都具有雄厚的资金、先进的技术、多样化的产品、富有经验的管理人才、较高的商业信誉以及遍布全球的分支机构，掌握着全球大部分的生产和投资；

（2）跨国性。跨国公司通过向海外直接投资，设立子公司或分支机构在两个或两个以上国家从事生产、经营活动；

（3）战略的全球性和管理的集中性。跨国公司的生产和经营都是从整个公司的利益出发的以全世界市场为其角逐的目标。为了实现全球性的目标母公司决策中心对整个公司各实体具有高度集中的管理权，是跨国公司获得巨大成功的重要措施；

（4）公司内部的相互联系性。跨国公司各实体之间是通过各种复杂的法律关系使公司内部有机地联系在一起的。这种联系主要是通过股权控制和非股权安排来实现的；

（二）跨国公司的法律地位

1、跨国公司的国内法律地位

无论是子公司还是母公司都必须服从其东道国或母国的法律设立，这决定了跨国公司的国内企业性质。

2、跨国公司的国际法律地位

跨国公司在国际经济关系中发挥着重要的作用，但跨国公司并不是国际经济法的主体。跨国公司是依据国内法规定设立的企业组织，不是国际法的产物。但这并不妨碍国际法对跨国公司的活动予以规范。国际上已经存在许多规定个人和公司行为的国际法规则。

（三）母公司对子公司的债务责任

1、各国的司法实践和理论对跨国公司与子公司的债务责任问题的学说，有三种：

（1）有限责任说。即根据法人有限责任原则，母公司与子公司各自以自己的财产对外承担责任。

（2）整体责任说。母公司与子公司是一个整体，主张多国企业应该对其下属单位造成的损害负责，要求跨国公司整体来承担责任。

（3）特殊情形下的法律责任。即让母公司对子公司的债务承担责任。

2、母公司承担责任依据[自主性/独立性]：

母公司对子公司的责任应与子公司享有的自主性程度相关联，视子公司自主性被剥夺的程度来决定母公司承担责任的大小。如果子公司有足够的自主性，母公司不承担责任；如果子公司在某些事务上的自主性因母公司的干涉控制而被剥夺，由此给子公司或其债权人造成损害时，母公司应对此特定损害承担责任；如果子公司完全丧失自主性的，则母公司对所有债务承担全部责任。

【案例分析】母公司对子公司的债务责任“印度博帕尔毒气泄漏案”

【案情】1984年12月2—3日午夜，有美国联合碳化公司的印度子公司所拥有的位于博帕尔市北部的一家化工厂，发生毒气泄漏事故，剧毒气体甲基异氰酸盐从该工厂中大量泄漏出来，12月3日晨顺着由西北刮向东南的风向，将这种剧毒气体吹向与工厂相邻的人楼拥挤的临时木棚，并吹入该市人口最稠密的地方。由毒气泄漏当时直接致死的人达2000多（几年后中毒死亡人数逾4000人），20多万人受害，家畜死亡，庄稼受损，环境污染，商业中断，造成震惊世界的事故。

博帕尔化工厂是由联合碳化印度有限公司(Union Carbide India Limited)所拥有和经营的。该公司于1934年根据印度法设立，美国联合碳化公司持有其50.9%的股票，印度政府拥有和控制22%的股票其余股票由2万多印度人持有。公司股票在证券交易所上市。

公司制造产品包括化学品、塑胶、化肥、杀虫剂等。博帕尔厂是经批准制造农药杀虫剂的。由于该案是在美国大跨国公司——联合碳化公司的子公司里发生的，因此就涉及到作为母公司的联合碳化公司责任问题。1984年12月7日，有美国律师代表数千名印度人在美国对联合碳化公司提起了第一起诉讼，以后又提起140余起。这些诉讼被合并起来，并被美国多地区诉讼司法小组通过1985年2月6日的命令制定纽约南部地方法院审理。1985年印度政府根据“博帕尔毒气泄漏惨案法”代表受害人提起诉讼。1986年6月24日纽约南部地方法院以“非适宜法院”(forum non convenience)为由驳回诉讼。1986年9月印度政府代表求偿人在印度博帕尔地方法院提起诉讼，要求总赔偿金为31.2亿美元。

【案件处理结果】1987年12月17日博帕尔地方法院要求美国联合碳化公司支付临时救济金2.7亿美元，美国联合碳化公司提起上诉。1989年2月美国联合碳化公司与印度政府达成一项赔偿协议，前者支付4.7亿美元，作为事故最后处理办法。该协议得到印度最高法院的确认。美国联合碳化公司以其保险和储备金承付了大部分赔偿费。

3、国际管制。由于跨国公司的跨国性生产经营特点，对跨国公司的国家或区域管制力度非常薄弱。20世纪70年代以来，出于广大发展中国家建立国际经济新秩序的要求，对跨国公司进行限制的条约出现。例如《关于建立新的国际经济秩序宣言》及其行动纲领、《各国经济权利与义务宪章》等。其中《跨国公司行为守则（草案）》是联合国经社理事会起草的有关跨国公司国际法律管制的重要文件。尽管该守则最终是以联大决议形式作为自愿性文件通过的，但它为东道国管制跨国公司的活动提供了基本的准则，并有助于协调某些领域中的国内法，为制定新的国际法规范奠定了基础。

（四）跨国公司的法律管制

跨国公司由于具有强大的经济实力，它在实现其全球战略的时候在跨国公司与东道国之间，与母国之间，甚至东道国与母国之间都会产生各种矛盾。

这里影响最大的是跨国公司与东道国之间的矛盾。主要表现在：

（1）与东道国发展目标和计划的冲突。（2）跨国公司采取转移定价逃避东道国的税收和外汇管制措施。（3）在东道国采取限制性商业惯例，限制竞争。（4）在技术转让中谋取暴利。（5）在雇佣和劳动问题上执行反工会政策。（6）大量转移资金威胁东道国的国际收支。（7）损害消费者利益。（8）对国家主权的挑战。

由于跨国公司可能会对有关国家带来不利的影响，因而有必要对其进行法律管制，主要包括：国家管制、区域管制和国际管制：

1、国家管制。各国都有权对跨国公司的有关活动制定法律进行管制，以限制和防止其消极影响，发挥其积极作用。包括：外国投资法、公司法、涉外税收法、反托拉斯法、外汇管制法等。大多数国家对跨国公司的法律管制采取既

利用又限制的政策。

2、区域管制。是指有些地区或区域性组织也采取措施加强管制。其中主要有安第斯条约组织的《共同外资规则》。

三、国际经济组织

(一) 国际货币基金组织 (二) 世界银行

国际货币基金组织（英语: International Monetary Fund,简称:IMF）于1945年12月27日在华盛顿成立1947年3月1日开始工作,1947年11月15日成为联合国的专门机构,在经营上有其独立性。总部设在华盛顿和世界银行的区别是国际货币基金组织是为成员国提供短期贷款,以解决其短期的资金短缺。而世界银行则是为发展中国家提供长期的贷款,以帮助其发展经济。

第五节 国际经济法的基本原则

国际经济法基本原则是指为国际社会所普遍接受的、指导国际经济活动、构成国际经济法基础的法律原则。

1974年联大通过的《各国经济权利与义务宪章》规定了15项原则:各国主权、领土完整,各国政治独立;一切国家主权平等;互不侵犯;互不干涉内政;公平互利;和平共处;各民族权利平等以及实行民族自决;以和平手段解决各种争端;纠正使用强迫手段侵夺别国自己正常发展所需要的自然资源的各种非正义行为;真诚地履行各种国际义务;尊重人权以及各种基本自由;不谋求霸权以及各种势力范围;增进国际主义;开展国际合作以促进发展;在上述各项规则范围内,地处内陆的国家享有进出口的自由通道。

一、国家经济主权原则

国际经济主权原则是指国家在经济上享有独立自主的权利,并对其全部财富、自然资源以及在其境内从事的经济活动享有永久主权,包括自由地行使拥有权、使用权和处置权。该原则是国家主权原则在国际经济领域中的具体体现,是建立国际经济新秩序的基础。

经过广大发展中国家的努力,1952年联大第7届会议通过《关于自由开发自然财富和自然资源的权利的决议》,宣告了自由开发自然资源是主权所固有的理念;1962年联大第17届会议通过《关于自然资源永久主权宣言》,正式确认了国家对自然资源的永久主权的权利;1974年联大通过《各国经济权利与义务宪章》,进一步完善了国家经济主权原则的基本内容。

根据《各国经济权利与义务宪章》的规定,国际经济主权原则基本内容包括:(1)国家对其自然资源享有永久主权。它要求国家有权自由开发、利用或处理其自然资源,任何国家不得妨碍一国行使这一主权权利;所有遭受外国占领、殖民统治或种族隔离的国家、地区和民族,在其资源受到剥削、损耗时均有权要求偿还和充分的赔偿。(2)国家对其境内的外国投资以及跨国公司的活动享有监督、管理权。(3)国家对外国资产享有国有化权利。根据宪章规定:各国有权将外国资产的所有权收归国有、征收或转移。在收归国有、征收或转移时,国家应给予适当的补偿。

二、经济合作以谋求发展原则

国际合作以谋发展原则是指所有国家有责任在经济、社会、文化和技术领域进行合作,以促进全世界特别是发展中国家的经济发展和社会进步。每个国家都应对发展中国家的努力给予合作,提供有力的外贸条件,给与符合其发展需要和发展目标的积极援助;要严格尊重各国的主权平等,不附带任何有损其主权的条件,以加速其经济和社会发展。

该原则的核心有两点:一是重视发展中国家的经济发展;二是积极谋求国际合作【优惠待遇】

三、公平互利原则

公平互利原则是指每个国家都有权参加国际贸易以及其他各种形式的经济合作,而不问这些国家在政治、经济和社会制度上的任何差异;不得仅仅根据上述差异而对任何国家加以任何形式的歧视;所有国家在法律上一律平等并且作为国际社会的平等成员,有权充分和切实有效地参加解决世界性经济、财政金融以及货币等重要问题决策过程,特别是有权通过相应的国际组织,并遵循这些组织的先行规章或逐步改善中的规章,参加这一国际决策过程,并且公平地分享由此而带来的各种效益。应的国际组织,并遵循这些组织的先行规章或逐步改善中的规章,参加这一国际决策过程,并且公平地分享由此而带来的各种效益。

公平与互利,二者相辅相成,公平是互利的前提,互利是公平的结果。公平是指交易双方法律地位平等,任何一方不得滥用其竞争优势地位;互利是指交易双方相互取得实际经济利益,双方权利义务对等。

第六节 国际经济法体系与研究方法

一、国际经济法体系

国际经济法是一个既包括“公法”规范又包括“私法”规范、既有实体法规范又有程序法规范、既包括国内法规范又包括国际法规范、既包括强制性规范又包括任意性规范的一个综合的法律体系,以研究客观存在的跨国经济关系中

的法律问题为对象，着重研究国际法规范与国内法规范两者之间的相互关系。

二、国际经济法体系的研究方法

1、多侧面、全方位的综合研究方法 2、比较的方法 3、法学的研究方法和经济学的研究方法相结合

第二章 国际贸易法概述

第一节 国际贸易法的概念和基本原则

国际贸易法（又称国际货物买卖法）起源于普遍适用于古代西欧调整罗马公民与非公民以及非罗马公民之间贸易关系的万民法和中世纪的商人法。但是，作为国际经济法的一个分支和一个独立的法律部门，国际贸易法体系的建立则是在第二次世界大战以后，在联合国国际贸易法委员会主持下，在对国际贸易法进行系统的编纂的基础上发展起来的。

一、国际贸易法的概念

（一）含义：国际贸易法是调整国际贸易关系的法律规范的总和，具体而言，它是各国之间商品、技术、服务的交换关系以及与交换关系有关的各种法律制度与法律规范的总和。

（二）调整范围：

- 1、国际货物买卖以及与之相联系的有关运输、保险与支付方面的法律
- 2、有关服务贸易方面的法律与制度（知识产权法）
- 3、国际许可贸易
- 4、国际商品制度
- 5、有关政府管理贸易方面的法律与制度

二、国际贸易法的基本原则

（一）贸易自由化原则——商品买卖、降低关税、关税壁垒等

（二）平等互利、协商一致原则

三、国际贸易法和国际商法（相互融合的关系，你中有我，我中有你）

国际商法：建立在以商人为主体的、“意思自治”基础上，以“协约自由”、“契约必须遵守”为原则的传统商法受到了国家强制性法律的限制与约束，这样国际商法的一部分被纳入国际贸易法的体系之中。

国际贸易法：建立在契约自由和商事仲裁两个原则基础上的一整套自治法律，其内容主要是包括国际货物买卖以及与之相联系的有关运输、保险和支付方面的法律。

第二节 国际贸易法的渊源和发展

一、国际贸易法的渊源（表现方式）

- 1、与国际贸易有关系的国际条约：包括双边和多边条约，例如《联合国国际货物买卖合同公约》、《关税与贸易总协定》、《世界贸易组织公约》等。
- 2、国际贸易惯例：如国际商会的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》
- 3、各国国内有关贸易方面的法律
- 4、国际组织发表的宣言与决议
- 5、跨国公司及其同业公会制定的标准合同

二、国际贸易法的发展

- 1、一般来说，分为三个阶段：第一阶段为民族国家出现之前，即中世纪商人习惯法时期；第二阶段为民族国家出现之后，商人法被纳入各国国内法之中；第三个阶段为当代，以跨国公司出现和联合国精神为代表的跨国贸易法。
- 2、中世纪商人法的特征为：（1）国际性；（2）行业性；（3）由专门的商事法庭审理。
- 3、统一法的特征：（1）新的国际贸易统一法是由一定的机构审慎地制定并以公约或者文件形式加以公布的；（2）新的国际贸易统一法的国际性是以主权国家的认可与同意为前提的，不具有超国家的特性；（3）新的国际贸易统一法突破了传统国际商法的界限，增加了国家调整和管制贸易的内容。
- 4、国际贸易法的发展呈现的新特征：
 - （1）国际贸易法的调整范围不断扩大并且与其他法律学科交叉关系的特点更为突出；
 - （2）国家管理贸易的手段从关税领域扩展到非关税领域；（关税壁垒/非关税壁垒）
 - （3）几乎与国际贸易组织同时诞生的区域性贸易集团的贸易规则、制度极大地丰富了国际贸易法的内容；
 - （4）随着国际贸易组织的成立与新成员的扩大，很多国家都按照世贸组织各协议的要求或修改了国内的现行贸易

第三章 国际货物买卖法

一、国际货物贸易法概念及其特征

(一) **概念**：国际货物贸易法是指用以调整货物贸易关系的法律规范的总和。

(二) **国际货物贸易法有以下法律特征**：

- 1、国际货物贸易法是调整国际货物买卖合同的私法性质的法律规范；
- 2、国际货物贸易法调整的是国际货物买卖合同关系；
- 3、国际货物贸易法范围包括国际法规范与国内法规范。

二、调整国际货物贸易关系国内立法

(一) **大陆法系**

- 1、民商合一：民法债权篇——如：意大利民法典；瑞士债务法典；土耳其民法典等；
- 2、民商分立：民法与商法——如：法国民法典、商法典；日本民法、商法；

(二) **英美法系** P.68

- 1、英国：1893 年货物买卖法
- 2、美国：《美国统一商法典》——示范性法律

(三) **中国**

- 1、《中华人民共和国民法典》
- 2、1988 年加入《联合国国际货物买卖合同公约》

三、调整国际货物贸易关系国际公约

国际商事公约是国家间缔结的、规定缔约国私人当事人在国际商事交易关系中权利义务的书面协议。

迄今为止已达成的国际条约主要有：《国际货物买卖统一法公约》（ULIS），《国际货物买卖合同成立统一法公约》（ULF），《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）

(一) **海牙公约** 在事实上，法律适用上存在很多问题

1964 年 4 月 25 日，罗马国际统一私法协会在海牙外交会议上通过了《国际货物买卖统一法公约》（ULIS）；《国际货物买卖合同成立统一法公约》（ULF），这两个公约因在海牙签署，故简称海牙公约。

这两个公约是国际货物买卖法向法典化方向发展迈出的重要一步，但是在理论与实践中的**不足与局限**：

- 1、公约的国际性是极其有限的。公约基本上是欧洲大陆法系的产物，主要反映了欧洲国家的外贸实践和大陆法的传统习惯。参加国数目少且多为欧洲国家；
- 2、公约缺乏对发展中国家利益的考虑；
- 3、公约某些条款表达不清楚，形式不简洁，一些条文过于繁缛。

(二) **联合国国际货物销售合同公约【适用性强】**

《公约》于 1980 年在联合国维也纳外交会议上正式通过，1988 年 1 月 1 日正式生效。

- 1、《公约》的特点：既坚持国际贸易法的统一化，又照顾到不同社会、经济和法律制度的差别性，并把两者灵活、巧妙地结合起来，使之成为世界上不同法系都能接受，不同社会、经济制度都能容纳的调整国际贸易关系的统一规范。

- 2、《公约》的内容：（1）《公约》的适用范围和总则；（2）合同的成立；（3）货物买卖；（4）最后条款；
- 3、《公约》的适用范围：

（1）适用《公约》的合同性质必须是营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同；

（2）《公约》规定，适用《公约》的**当事人的营业地必须分处不同《公约》缔约国内**；（不考虑国籍、不考虑合同签订地、不考虑）

eg：美国人和中国人在美国境内订立合同（×）

（3）如其中一方营业地或双方营业地虽然不是缔约国，但如根据国际私法规则导致适用某一缔约国的法律也可适用本公约；（中国对此条款进行了保留，只承认双方都是缔约国才能适用）

eg：①当事人营业地 ②当事人的国家是否属于缔约国

- 4、《公约》排除适用的销售：

- a. 购供私人、家人或家庭使用的货物的销售；
- b. 经由拍卖的销售；
- c. 根据法律执行令状或其他令状的销售；

- d. 公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售；
- e. 船舶、船只、气垫船或飞机的销售；（理解：整船、整只的销售不适用；零部件的销售是可以适用的）
- f. 电力的销售

《公约》不适用于供应货物一方的绝大部分义务在于供应劳力或其他服务的合同。即《公约》只适用于货物销售合同，不适用于服务或者劳务合同

Eg: 从日本进购 3 台卡里 OK 适不适用公约 (×)

5、《公约》不涉及的法律问题 ★

- (1) 合同的效力；（双方协商解决，公约不规定合同的效力问题）
- (2) 合同对所销售货物的所有权的影响；
- (3) 货物造成人身伤亡或者损害的产品责任问题；

6、我国加入《公约》时作出的保留

- (1) 《公约》扩大适用的保留：我国只承认营业地在不同缔约国的当事人之间订立的合同才自动适用公约；
- (2) 合同书面形式的保留

《中华人民共和国合同法》生效后，我国当事人与营业地处于其他缔约国当事人达成国际货物买卖合同时，将面临以下四种情况：

- (1) 合同法生效后，而我国政府尚未宣布撤销核准书中所做合同形式保留之前，我国对公约所做的保留仍然有效，如果国际货物买卖合同另一方当事人的营业地所在国为《联合国国际货物销售合同公约》缔约国仍然必须用书面形式；
- (2) 对于我国当事人与非《联合国国际货物销售合同公约》缔约国的当事人之间的国际货物买卖合同，如果依据国际私法规则确定应适用我国法律，则可采用口头形式；
- (3) 如果今后我国政府宣布撤销对《联合国国际货物销售合同公约》所做的保留则我国当事人与营业地在该公约缔约国的当事人之间的国际货物买卖合同亦可采用口头合同形式；但第四点所列国家除外；
- (4) 阿根廷、白俄罗斯、智利、匈牙利、乌克兰等国在加入该公约时对合同形式提出了保留。

四、 国际贸易术语★

（一）概念

国际贸易术语（或称贸易术语）属于国际经贸惯例，它表现为一组字母和简短概念的组合，用于划分买卖合同的双方当事人之间的责任，风险，费用，并反映价格构成、交货条款。目前有关成文编纂的常用的国际贸易术语有三个：《华沙—牛津规则》、《国际贸易术语解释通则》（适用最广泛）、《美国 1941 年对外贸易定义（修订）》。

（二）宗旨

为国际贸易中最普遍使用的贸易术语提供一套解释的国际规则，以避免因各国不同解释而出现的不确定性，或至少在相当程度上减少这种不确定性。

（三）版本

《国际贸易术语解释通则》是国际商会（ICC）为统一对各种贸易术语的解释而制定的，于 1936 年首次公布了一套解释贸易术语的国际规则，名为 Incoterms 1936，以后又于 1953 年、1967 年、1976 年、1980 年、1990 年 2010 年进行多次修改，现行版本是 2010 年文本，以便使这些规则适应当前国际贸易实践的发展

五、 INCOTERMS2000 有四组国际贸易术语：★

（一）E 组

EXW (Ex Works, …named place) ,意即工厂交货（指定地点）

1、该贸易术语中，卖方的责任是：（卖方责任最小）

- (1) 在其所在地或其他指定地点（工厂、工场或仓库）把货物交给买方处置，即履行交货义务；
- (2) 承担交货前的风险和费用。

2、该贸易术语中，买方的责任：

- (1) 自备运输工具将货物运至预期的目的地；（运货）
- (2) 承担卖方交货后的风险和费用；
- (3) 自费办理出口清关手续等。

3、当买方无力办理出口清关手续，不应选用这一术语；

(二) F 组

FAS (Free along-side Ship……named port of shipment) : 意为船边交货 (指定装运港) ;

FOB (Free on Board……named port of shipment) : 意为船上交货 (指定装运港) ;

FCA (Free carrier……named place) : 意为货交承运人 (指定地点) ;

1、F 组贸易术语中, 卖方的责任是:

- (1) 在出口国承运人所在地 (包括港口) 将货物交给承运人, 履行自己的交货义务;
- (2) 自费办理货物的出口结关手续;
- (3) 自费向买方提交与货物有关的单证或相等的电子单证;

2、F 组贸易术语中, 买方的责任:

- (1) 自费办理货物的运输手续并支付费用, 无办理保险的义务;
- (2) 自费办理货物的进口和结关手续等。
- (3) 负担在货物交付以后的一切费用, 如支付进口关税和费用。

3、应注意的是:

(1) 三种价格术语的交货地点、风险和费用的划分。根据 Incoterms2010 新规定, FCA 中, 若卖方在其所在地交货, 则卖方应当将货物装上买方所指定的承运人提供的运输工具时, 完成交货; 其他情形下, 货物尚未卸离卖方运输工具, 但交由买方指定承运人或其他人时, 完成交货, 卖方不需要交货。

(2) FOB、FAS 适用于海运和内河运输, FCA 可适用于任何运输方式。FAS 中卖方不需要装货, 而 FOB 中卖方需要负责装货。

(3) 在风险划分上, FOB 是在装运港货物装上轮船时风险转移, 而 FCA 是在货交承运人时风险转移。

【习题】

Eg1: 《2010 年国际贸易术语解释通则》有关 FCA 贸易术语下交货与即货义务的规定包括下列哪整内容? (BC)

- A、当卖方在其所在地交货时, 应由卖方负责装货;
- B、当卖方在其所在地交货时, 应由卖方负责装货;
- C、当卖方在其他地点交货时, 则当货物在卖方的运输工具上尚未卸货时即完成交货;
- D、卖方在其他地点交货时, 则卖方应当负责将货物运至交货地点并卸下才完成交货

Eg2: 甲国公司(卖方)与乙国公司订立了国际货物买卖合同, FOB 价格条件, 采用海上运输方式。甲乙两国均为《联合国国际货物销售合同》(简称《公约》)缔约国, 下列哪一选项是正确的? (A)

- A、货物的风险应自货物交由第一承运人时转移;
- B、因当事人已选择了贸易术语, 《公约》整体不再适用;
- C、甲国公司应在装运港于约定日期或期限内将货物交至船上;
- D、甲国公司在订立运输合同并装船后应及时通知乙国公司办理保险

(三) C 组

CFR (Cost and Freight……named port of destination) : 成本加运费 (指定目的港) ;

CIF (Cost, Insurance and Freight……named port of destination) : 成本加保险费加运费 (指定目的港) ;

CPT (Carriage Paid to……named place of destination) : 运费付至 (指定目的地) ;

CIP (Carriage, Insurance Paid to……named place of destination) : 运费、保险费付至 (指定目的地) 。

1、该组贸易术语中, 卖方的责任是:

- (1) 自费办理货物的运输手续并交纳运输费用; 在 CIF 和 CIP 术语中, 卖方按伦敦保险业协会货物保险条款险别自费办理投保手续并交纳保险费用;
- (2) 在 CFR 和 CIF 术语中, 承担货物在装运港越过船舷以前的风险和费用; 在 CPT 和 CIP 术语中, 承担货交承运人以前风险和费用;
- (3) 自费办理货物的出口结关手续;
- (4) 向买方提交与货物有关的单据或相等的电子单证。

2、该组贸易术语中, 买方的责任:

- (1) CFR 和 CPT 术语中, 自费投保并支付保险费用;
- (2) 在 CFR 和 CIF 术语中, 承担货物在装运港越过船舷以后的风险和费用;
- (3) 在 CPT 和 CIP 术语中, 承担货物提交承运人以后的风险和费用;
- (4) 自费办理货物的进口结关手续。

3、应注意的是：CFR、CIF 适用于海上和内河运输；CPT、CIP 适用于任何方式的运输。

【习题】

Eg3: 中国甲公司(卖方)与德国乙公司(买方)签订的国际货物买卖合同中使用了“CIP 汉堡”贸易术语。下列哪一种说法符合该贸易术语的要求？(B)

- A、货物应运至汉堡港；
- B、货物风险自货交第一承运人时转移；
- C、由甲公司负责办理进口手续；
- D、甲公司订立多式联运运输合同,乙公司负责办理保险。

Eg4: 买卖双方在国际货物买卖合同中的价格条款为:“CIF 上海每公吨 1500 美元。”下列表述哪些正确？(CD)

- A、上海是装运港；
- B、卖方在上海港完成交货；
- C、卖方购买保险,买方承担风险；
- D、出口清关手续由卖方负责。

Eg5: 下列哪一项贸易术语规定风险自交货(货交承运人)时候转移？(D)

- A、FOB
- B、CIF
- C、CFR
- D、CPT

Eg6: 中国甲公司向加拿大乙公司出口一批农产品，CFR 价格条件。货物装船后，乙公司因始终未收到甲公司的通知，未办理保险。部分货物在途中因海上风暴受损。根据相关规制,下来哪一选项是正确的？(A)

- A、甲公司在装船后未给乙公司以充分的通知,造成乙公司漏保，因此损失应当由甲公司承担。
- B、该批农产品的风险在装运港船舷转移给乙公司；
- C、乙公司有办理保险的义务，因此损失应由乙公司承担；
- D、海上风暴属于不可抗力，乙公司只能自行承担风险。

(四) D 组

DAF (Delivered at Frontier……named place)：边境交货（指定地点）；

DES (Delivered Ex Ship……named port of destination)：目的港船上交货（指定目的港）；

DEQ (Delivered Ex Quay……named port of destination)：目的港码头交货（指定目的港）；

DDU (Delivered Duty Unpaid……named place of destination)：未完税交货（指定目的地）；

DDP (Delivered Duty Paid……named place of destination)：完税交货（指定目的地）；

1、该组贸易术语中，卖方的责任：

(1) 除 DEQ 外，将货物运至目的地或目的港在运输工具上尚未卸下的货物交买方处置即完成交货；DEQ 下卖方在指定的目的港码头将货物交于买方，而完成交货义务；

(2) 承担货物交货前的全部风险和费用；

(3) 自费办理出口手续、交纳费用。在 DDP 中卖方不但自费办理货物出口手续，还要办理货物进口的海关手续并交纳进口关税及其他费、税。（DDP 卖方责任最大，进出口税都要交）

2、该组贸易术语中，买方的责任：

(1) 承担货物在目的地（港口）交货后的一切风险和费用；

(2) 除 DDP 贸易术语外，自费办理进口结关手续。

3、注意：在 D 组中，DEQ 和 DES 主要用于海上和内河运输；DAF 可用于陆地交货的各种运输方式；DDU 和 DDP 可用于任何运输方式。

【总结】EXW（卖方责任最小）、DDP（卖方责任最大）、FOB（越过船舷转移）、CIF（I 保险）、CFR、FCA

第二节 国际货物买卖合同

一、国际货物买卖合同的概述

(一) 含义

国际货物买卖合同是指营业地位于不同国家的当事人之间订立的转移货物所有权的协议。

(二) 特征

- 1、国际货物买卖合同当事人的营业地处于不同的国家，具有国际性；
- 2、国际货物买卖合同的标的物是货物；
- 3、国际货物买卖合同所涉及的法律关系复杂，并受多种法律调整；

4、合同是确立当事人权利义务的依据。

（三）公约排除某些货物的买卖

1、从种类上的排除：（1）购买供私人或家庭使用的货物销售；（2）以拍卖方式进行的销售；（3）依法律执行令状或其他令状而进行的销售；（4）公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售；（5）船舶、气垫船或飞机的销售；（6）电力的销售

2、从合同内容上排除：（1）通过劳务合同方式进行的购买，如补偿贸易；（2）通过货物买卖方式进行的劳务合作，如技术贸易结合。

（四）公约的适用根据

1、关于缔约国当事人之间的适用；

2、关于非缔约国当事人的适用。公约允许非缔约国当事人通过意思自治选择适用公约。这种选择应当为明示的。

3、公约的扩大适用。对于当事人双方或者一方营业地所在国不是缔约国，如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律时，公约可以适用于他们之间订立的货物买卖合同。

（五）《公约》没有涉及的几个法律问题

1、《公约》不调整国际货物买卖合同的有效性；

2、《公约》不调整国际货物买卖合同所引起的有关货物所有权的两个问题：一是关于货物所有权转移的时间问题；二是第三人对国际货物买卖合同的标的可能提出的权利和要求问题。

3、《公约》不调整卖方对所售货物所引起的人身伤亡责任。

（六）《公约》适用的任意性

1、缔约国当事人可以通过选择一个国家的法律来排除公约的适用，但是这种选择必须明示；

2、当事人可以在买卖合同中约定部分地适用公约，或对公约的内容进行改变。

（七）中国加入公约时的保留

1、关于国际货物买卖合同书面形式的保留；（2013年2月21日，中国政府正式联合国秘书长，撤回对《联合国国际货物销售合同公约》此项保留，至此中国《合同法》与《公约》对于合同形式的规定及适用趋于统一）

2、扩大适用的保留。我国只在缔约国之间适用公约，涉及非缔约国时，则不适用公约。

【习题】

Eg7: 下列有关《公约》的表述正确的是？（C）

A、沙特人甲在中国购买20台洗衣机给其家人使用，后因质量问题发生纠纷诉至法院，法院对该案适用公约的规定；

B、法国人甲与中国某进出口公司签订的购买船用设备的合同，不适用公约；

C、德国人甲与中国某一进出口公司签订的购买小麦的合同，适用公约；

D、德国人乙将其持有的某公司的股票转让给中国人丙而订立的合同，不适用公约。

Eg8: 下列合同适用《公约》的是？（B）多项：B、C

A、营业地位于中国的两个不同国家的公司订立的关于电视机的买卖合同

B、营业地位于不同国家的两个公司订立的补偿贸易合同，其中服务未构成供货方的绝大部分义务；（第2款排除的是供货方的绝大部分义务在于提供劳务或其他服务（如技术知识产权）的混合合同（mixed contract）。“绝大部分义务”（preponderant part of obligations），指的是提供义务的经济价值占整个合同的绝大部分，如果服务部分的价值超过合同总价的50%，公约不适用）

C、营业地位于不同国家的两个公司订立关于食盐的贸易合同；（供私人或家庭使用）

D、营业地位于不同国家的两个公司订立的补偿贸易合同，其中服务构成供货方的绝大部分义务。

Eg9: 中国甲公司与法国乙公司商谈进口特种钢材，乙公司提供了买卖该种特种钢材的格式合同，两国均为1980年《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国。根据相关规则，下列哪一选项是正确的？（C）

A、因两国均为公约缔约国，双方不能在合同中再选择使用其他法律；

B、格式合同为该领域的习惯法，对双方具有约束力；

C、双方对格式合同的内容进行修改和补充；

D、如双方在合同中选择了贸易术语，则不再适用公约。

二、要约与承诺

（一）要约★

1、含义：

要约是指一方当事人希望与另一方当事人订立合同的意思表示，在国际货物买卖合同中，也称为发价或发盘；

2、要约的构成要件：

(1) 要约必须是向一个或一个以上特定的人提出的订约建议。

因此，除非提出建议的人明确地表示相反的意思，非向一个或一个以上特定的人提出的建议，如报刊上登载的商业广告，应视为要约邀请，即该广告仅视为邀请看到广告的人作出要约，广告本身并不构成要约。

(2) 应表明要约人在得到接受时承受约束的意旨。

如在要约中明确表示一旦你方接受，合同即告成立。相反，如在要约中规定你方接受以我方最后确认为准等，则该项要约即为有保留的要约，对方接受后合同并不能马上成立，而必须等待要约人的确认，所以，按《公约》规定，该要约并不符合《公约》的要求，在法律上并不能构成要约。

(3) 要约内容必须十分确定。

《公约》规定，一个建议如果写明货物并且明示或暗示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格，即为十分确定。

同时根据《公约》第 55 条的规定：如果合同一有效的订立，但没有明示或暗示规定价格或确定价格的方法，在没有任何相反表示的情况下，双方当事人应视为已默示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；

3、要约的生效：要约到达受要约人时生效。

4、要约的撤回与撤销：

(1) 要约的撤回：要约的撤回是指要约人在发出要约后，在其尚未到达受要约人之前，或在要约到达受要约人的同时，以适当的方式将该项要约取消，使之失去作用。

① 任何要约都可以撤回；

② 要约人需要通过发出撤回通知的形式撤回要约；

③ 撤回通知应先于或与要约同时到达；

(2) 要约的撤销：《公约》第十六条第 1 款规定，在未订立合同前，如要约撤销通知于被要约人发出接受通知之前送达被要约人，则要约得予撤销。

由此可见，撤销要约的时限有二：① 必须在合同订立前，要约才能得以撤销。否则，合同成立后就不再是要约的撤销问题，而是合同的修改、撤销问题。② 撤销要约的通知必须于被要约人发出接受通知前送达被要约人。

(3) 应当注意的是：《公约》在第十六条第 2 款中规定，在下列情况下，**要约不得撤销**：① 要约写明接受要约的期限或以其它方式表示要约是不可撤销的，如在发价中明确表示本要约不可撤销，或在要约中写明本要约于 3 月 20 日前接受有效。② 被要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，而且被要约人已本着对该项发价的信赖行事。Eg：某建筑承包商拟参加某一工程项目的投标，向有关供应原材料的企业询价，后者向其要约，承包商按照此项要约，填写了投标书，参加投标并获得中标，在这种情况下，提出此项要约的企业就不得撤销其要约，否则，该承包商将受到重大损失。

5、要约的失效：(1) 因受要约人的拒绝而终止；(2) 因要约人的撤销而失效；(3) 因要约过期而失效；(4) 因受要约人对要约的实质性变更而失效。

(二) 承诺★

1、含义：《公约》第 18 条第 1 款规定，受要约人声明或做出其他行为表示同意一项要约，即是承诺，缄默或不行动本身不等于承诺；

2、承诺的构成要件：

(1) 承诺必须由受要约人做出；(2) 承诺应在要约的有效期限内做出；(3) 承诺的内容必须与要约的内容一致。

3、承诺的生效：(1) 书面接受要约于表示同意的通知送达要约人时生效；如果表示同意的通知在要约人所规定的时间内，如未规定时间，在一段合理的时间内，未曾送达要约人，承诺就成为无效；(2) 对口头要约必须立即接受；(3) 如果根据该项要约或依照当事人之间确立的习惯作法或惯例，被要约人可以通过做出某种行为，例如与发运货物或支付价款有关的行为，来表示同意，而无须向发要约人发出通知，则承诺于该项行为做出时生效，但该项行为必须在上一条款所规定的期间内做出。

4、附有条件的承诺：

《公约》第十九条规定 (1) 对要约表示接受但载有添加、限制或其它更改的答复，即为拒绝该项要约，并构成还价，即实质性变更构成还价 (2) 对于非实质性变更，除非发价人在不过分迟延的时间内以口头或书面通知反对差异外，仍构成承诺。如果发价人不做出这种反对，合同的条件就以该项发价的条件以及接受通知内所载的更改为准。

实质性变更：有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围或解决争端等的添加或不同条件，均视为在实质上变更要约的条件。

5、逾期承诺的效力

逾期的承诺又称为迟到的承诺，是指接受通知到达要约人的时间已经超过了要约所规定的有效期，或者在要约没有规定有效期时，已超过了合理的时间。按照各国的法律，逾期的承诺不能认为是有效的承诺，而只是一项新的要约。

《公约》第二十一条规定：（1）逾期承诺原则上无效。但如要约人毫不迟延地用口头或书面通知被要约人，他认为逾期承诺仍然有效，则逾期承诺仍具有接受的效力。该种情况下逾期承诺是否有效的决定权在要约人手中。（2）如果载有逾期承诺的信件或其它书面文件表明，它是在传递正常、能及时送达要约人的情况下寄发的，则该项逾期承诺具有接受的效力，除非要约人毫不迟延地用口头或书面通知被要约人：他认为他的要约已经失效。

6、承诺的撤回

由于承诺通知于送达发价人时生效，合同也于此时成立，对订约双方均有约束力，不存在接受的撤销问题。但由于承诺通知于送达发价人时生效，因此，如撤回通知于接受原应生效日之前或同时送达要约人，承诺得予撤回。

【习题】Eg10：根据《公约》规定，一项逾期承诺具有何种效力？（C）

A、绝对有效；B、绝对无效；C、除非要约人毫不迟延地通知表示接受，否则无效；D、除非要约人毫不迟延地通知表示接受，否则有效。

Eg11：德国甲公司先后于6月1日和6月8日分别向中国乙公司邮寄了一份不可撤销的要约通知和一份撤回要约的通知。乙公司在6月11日收到甲公司的要约通知后，当天即可打电话给甲公司表示接受，并于6月16日再次向甲公司邮寄一份确认函。6月20日，乙公司收到甲公司的撤回通知，甲公司则收到乙公司的确认函。对此，根据《公约》的规定，甲公司与乙公司之间的合同（C）

- A、于6月11日成立；（书面通知必须书面回复，口头要约当即以口头形式回复）
- B、于6月16日成立；
- C、于6月20日成立；
- D、不成立。

【解析】：因为乙公司6月11日收到要约时要约成立；6月20日收到撤回的通知显然要约已经生效，撤回要约无效。另一方面，一份表明了“不可撤销”字样的要约，在要约生效后不可以收回，撤销要约行为无效。关于承诺的生效时间，《公约》采用到达生效原则，本题中乙公司先以口头方式表示接受，后又邮寄信函表示确认，该信函于6月20日到达甲公司，所以，C正确。

Eg12：2008年8月11日，中国甲公司接到法国乙公司出售某种设备的发盘，有效期至9月1日。甲公司于8月12日电复：“如能将每件设备价格降低50美元，即可接收。”对此，乙公司没有答复。甲公司于8月29日再次致电乙公司表示接受其8月11日发盘中包括价格在内的全部条件。根据1980年《联合国国际货物销售合同公约》，下列选项正确的是（D）

- A、乙公司的沉默表明其已接受了甲公司的降价要求；
- B、甲公司8月29日的去电为承诺，因此合同已成立；
- C、甲公司8月29日的去电是迟到的承诺，因此合同没有成立；
- D、甲公司8月29日的去电是新要约，此时合同还没有成立；

【解析】：8月12日甲公司是拒绝了承诺，做出了新要约；所以8月29日的提出是新要约的提起。

第三节 卖方和买方的义务

一、卖方的义务

（一）交付货物

实际交货：即卖方将货物交付给买方，使货物处于买方的实际控制下。如EXW。

象征性交货：即卖方将货物交付给承运人，然后从承运人处换取控制货物的单据并交付给买方，买方再凭单据向承运人提货。如FOB（绝大多数都是）。

1、交货的时间

- （1）如果合同规定有日期，应在该日期交货；
- （2）如果合同规定有一段时间，可在该段时间的任何日期交货，除非买方选定一个日期；
- （3）其他情况下，应在合同订立后一段合理时间内交货；

2、交货地点

- （1）合同约定的交货地点；
- （2）涉及运输的合同，货交第一承运人的地点为交货地点；
- （3）如果订立合同时，双方均知道货物所在地，则卖方应在该地点把货物交给买方处置。
- （4）在其他情况下，卖方订立合同时的营业地履行交货手续。

(5) 特殊：在火车或者客运中，

(二) 移交单据

《公约》第 34 条规定：

如果卖方有义务移交与货物有关的单据，卖方必须按照合同所规定的时间、地点和方式移交这些单据。

如果合同没有规定移交单据的时间、地点和方式，可以按照有关的国际惯例的规定或者参照卖方的交货义务进行移交单据。

如果卖方在合同规定的时间前移交单据，他可以在合同约定的时间到来之前纠正单据任何不符合合同规定的情形，但是，此一权利的行使不得使买方遭受不合理的不便或承担不合理的开支。

(三) 品质担保

1、《公约》第 35 条第 (1) 款：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。

《公约》第 35 条第 (2) 款：

1. 货物适用于同一规格货物通常使用的目的；
2. 货物适用于订立合同时曾明示或暗示的通知卖方的任何特定目的；
3. 货物的品质与卖方向买方提供的货物样品或样式相同；
4. 货物按照同类货物通用的方式装箱或者包装，如果没有此种通用方式，则按照足以保全和保护货物的方式装箱或包装。

【例外条款】：如果买方在订立合同时知道或者不可能不知道货物不符合规定，仍然和卖方订立了合同，则卖方无须因货物不符合以上四项而承担责任。

2、承担品质担保责任的时限：

《公约》第 36 条规定：卖方应依照合同和本公约的规定，对风险转移到买方时所存在的任何不符合合同的情形负有责任，即使这种不符合合同情形在该时间后方始显现。

通常情况下，卖方对风险转移后发生的货物不符合合同规定的情形不承担责任。

3、买方**检验货物的权利**：（即是权利又是义务）

《公约》第 38 条：

1. 买方必须在按情况实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物；
2. 如果货物涉及运输，检验可推迟到货物到达目的地后进行；
3. 如果货物在运输途中改运或者买方须再发运货物，没有合理机会加以检验，而卖方在订立合同时已知道或理应知道这种改运或再发运的可能性，检验可推迟到货物到达新目的地后进行。

4、买方的**通知义务**：

- (1) 买方对货物不符合合同，必须在发现或理应发现不符情形后一段合理时间内通知卖方；
- (2) 无论如何，如果买方不在实际收到货物之日起**两年内**将货物不符合合同情形通知卖方，他就将丧失声称货物不符合合同的权利，除非这一时限与合同规定的保质期限不符。

(四) 权利担保

1、含义：所谓权利担保是指卖方应保证对其出售的货物享有合法权利，不会侵犯任何第三方的权利，且任何第三方不会就该合同向买方提出任何权利要求。

2、类型：

- (1) 物权、债权方面的权利担保（合法所有）
 - (2) 知识产权方面的权利担保
- ① 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；
 - ② 这种权利或要求根据以下国家的法律规定是以工业产权或其他知识产权为基础的；

如果双方当事人订立合同时预期货物将在某一国境内转售或作其他使用，则根据货物将在其境内转售或作其他使用的国家的法律；

在任何情况下，根据买方营业地所在国家的法律。

(3) 例外情形

- ① 买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求；
- ② 此项权利或要求的发生是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样，图案，程式或其他规格。

Eg13：一国甲公司与另一国乙公司订立国际货物买卖合同，假设 1980 年《联合国货物销售合同公约》适用该买卖合同，那么依该公约的规定，甲公司对于所售货物的权利担保事项包括下列哪些？（AC）

- A、交付的货物为甲方所有；
- B、交付的货物为甲方占有；（只是一种事实状态）
- C、交付的货物在买方所在国或转售国不侵犯他人的知识产权；
- D、交付的货物在世界范围内不侵犯他人的知识产权。（太宽泛）

Eg14: 根据国际公约的规定，在卖方有义务移交与货物有关的单据的情况下，关于卖方的此项义务，下列哪些选项是正确的？（ABCD）

- A、卖方必须在规定的时间内移交；
- B、如卖方在规定的时间内移交，可以在该时间到期前纠正其中不符合同规定的情形；
- C、卖方行使纠正单据的权利使买方承担不合理开支的，买方有权要求赔偿；
- D、卖方在不使买方承担不合理开支的情况下，可以改变移交单据的地点和方式。

二、买方的义务

（一）支付货款

- 1、办理必要的手续；
- 2、确定货物的价格；
- 3、支付货款的时间：（1）交货或者交单时付款；（2）涉及货物运输，付款作为发运的条件；（3）买方没有检验货物前无义务付款，除非这种机会与双方当事人议定的支付程序相抵触；
- 4、支付货款的地点：
 - （1）卖方营业地；（2）移交货物或单据的地点

（二）收取货物（权利+义务）

- （1）采取一切理应采取的行动，以期卖方能交付货物；（2）及时接受货物；

Eg15: 甲公司作为买方与邻国的乙公司订立了一项水果买卖合同。除了其他条款外，双方约定有关该合同的争议适用1980年《联合国国际货物销售合同公约》并通过仲裁解决。甲公司在检验收到的货物时，发现该水果的大小与合同的规定差异很大，便打算退货。根据这些情况，下列哪些表述是正确的？（ACD）

- A、甲公司应当根据情况采取合理措施保全货物；
- B、甲公司有权一直保全这些货物，直到乙公司对其保全货物所支出的合理费用作为补偿为止；（对一般的不会腐烂的货物而言是可行的）
- C、甲公司不必使用自己的仓库保管这些货物；
- D、甲公司也可以出售这些货物，但在可能的范围内，应当把出售的意图告知乙公司。

第四节 违反合同的补救方法

一、违反合同概述

（一）违约的概念

违约又称违反合同，主要指合同当事人全部或部分地不履行合同中所规定的义务而应承担相应责任的行为。

《公约》在违约的构成上，主要采取了英美法系国家的做法，**没有将过错作为违约的构成要件**。但《公约》同时也规定了当事人可以免除违约责任的情况，即发生不可抗力情形。（在不可抗力发生之前存在过错的，不能以不可抗力为抗辩事由或免责事由）

（二）违约的分类

1、实际违约和预期违约

（1）实际违约：指当事人的违约事实已经发生，在合同的履行期内当事人全部或部分地不履行合同规定的义务而构成违约；

（2）预期违约：指当事人的违约事实尚未发生，在合同规定的履行期前，由于当事人履行义务的能力或他的信用有严重缺陷或他在准备履行合同或履行合同中的行为等原因表明他将不能履行其大部分重要义务，从而构成违约。

2、根本违约和非根本违约（根据违约的实际状况）

（1）根本违约：一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果；

（2）非根本违约：尽管一方出现了违约行为，但该违约是轻微的，并不会对另一方根据合同有权期待得到的东西产生根本性影响。

二、卖方违约的补救方法

(一) 要求卖方实际履行合同

《公约》第 28 条：如果按照公约的规定，一方当事人有权要求另一方当事人履行某一义务，法院没有义务作出判决，要求具体履行这一义务，除非法院依照本身的法律对不属于公约范围的类似销售合同愿意这样做。

(二) 交付代替物

《公约》第 46 条第 (2) 款：如果货物不符合同，买方只有在此种不符合同情形构成根本违反合同时，才可以要求交付替代货物；但是如果买方不能按实际收到货物的原状归还货物除外；

(三) 要求卖方修理货物

《公约》第 46 条第 (3) 款：如果货物不符合同，买方可以要求卖方通过修理对不符合同之处作出补救；但如果表明买方要求卖方对货物进行修理是不合理的，则买方不能采取该补救方法。

(四) 规定一段合理的额外时间让卖方履行合同

(五) 要求卖方降低货物价格

《公约》第 50 条：如果货物不符合同，不论价款是否已付，买方都可以减低价格，减价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比例计算；

(六) 宣告合同无效

《公约》第 49 条第 (1) 款：(1) 卖方不履行其在合同或公约中的任何义务，构成根本违反合同；(2) 如果发生不交货的情况，卖方不在买方规定的额外时间内交付货物，或卖方声明他将不在所规定的时间内交付货物

但是，即使在卖方违约的情况下，买方也应当负担一定的义务，例如采取措施，减轻因为对方违约而引起的损失。

关于减轻违约造成的损失，《公约》第 77 条规定，声称另一方违约的一方，有义务采取合理的措施，减轻由于违约引起的损失，如果不采取措施，则违约一方可要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。

Eg16: 甲公司与乙公司订立一份国际货物买卖合同，分为三批履行，这三批货物具有相互依存关系，其中第二批出现质量问题。根据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定，下列哪一项是正确的？(B)

- A、只要第二批货物的质量问题构成根本违约，买方即可以宣告合同对该批货物无效；
- B、只要第二批货物的质量问题构成根本违约，买方即可以宣告合同对已交付或今后交付的各批货物无效；
- C、如第二批货物的质量问题构成一般违约，买方可宣告合同对该批货物无效；
- D、如第二批货物的质量问题构成根本违约，买方仅可宣告合同对该批货物和今后交付的货物无效。

Eg17: 中国甲公司与外国乙公司订立了一份出口一批罐头的合同，双方约定货到验收后付款。货到后买方验收时发现罐头总重短少了 12%，且抽样检查每个罐头的重量也低于合同的规定，乙公司于是拒绝付款并拒绝收货。后来罐头全部变质，乙公司为此还支出了仓储费和处理罐头的费用 10 万元。根据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定，本案中罐头变质的损失以及仓储费和处理罐头的费用，应当由(C)来承担。

- A、甲公司； B、乙公司； C、甲公司与乙公司； D、承运人。

三、买方违约的补救方法

(一) 要求买方实际履行合同义务

(二) 规定一段额外的时间让买方履行合同义务；

(三) 宣告合同无效

(四) 自行确定货物的规格

(五) 要求买方支付利息

Eg18: 甲公司(买方)与乙公司(卖方)订立了一份国际货物买卖合同。后因遇到了不可抗力的因素，乙公司未能按照合同履行交货义务，但未在合理时间内将此情况通知甲公司。甲公司直到交货期过后才知道此事。乙公司的行为使得甲公司遭受了损失。依《联合国国际货物销售合同公约》，下列哪些表述是正确的？(AD)

- A、乙公司可以解除合同,但应把不可抗力的因素及其影响及时告知甲公司；
- B、乙公司解除合同后,不再对甲公司的损失承担赔偿责任；
- C、乙公司不交货,无论何种原因均属违约；
- D、甲公司有权就乙公司未通知有关情况而遭受的损失请求赔偿。

四 买卖双方都可以采取的补救方法

(一) 损害赔偿

指因一方当事人违反合同的规定而给另一方当事人造成损失时，一方当事人给予另一方当事人金钱上的补偿。

1、损害赔偿的责任范围（现有 + 预期）

- (1) 预期利润的损失 (2) 排除不可预见的损失

2、损害赔偿的计算方法（了解）

（1）没有宣告合同无效的情况下（2）宣告合同无效的情况下

（二）预期违约的补救方法

1、中止履行义务 2、宣告合同无效

（三）分批交货合同违约的补救方法

各批次之间存在相互关联关系，任何一批次根本违约，可以宣告其他批次无效

1、如果一方当事人不履行任何一批货物的义务构成对该批货物的根本违约，则另一方当事人可宣告合同对该批货物无效；

2、如果一方当事人不履行任何一批货物的义务，使另一方当事人有理由断定他将对今后各批货物发生根本违反合同，该另一方当事人可以在一段合理时间内宣告合同今后无效；

3、买方宣告合同对任何一批货物的交付为无效时，可同时宣告合同对已交付的或今后交付的各批货物均为无效，如果各批货物是相互依存的，不能单独用于双方当事人在订立合同时所设想的目的。

Eg19: 依照《联合国国际货物销售合同公约》的规定下列（AC）的违约补救方法必须以对方根本违反合同为前提。

A、交付替代物？ B、中止履行； C、宣告合同无效； D、损害赔偿。

Eg20: 根据《公约》，当因一方根本违反合同，另一方宣告合同无效时，其法律后果是(ABD)

- A、买方必须按实际收到货物的原状归还货物；
- B、买卖双方必须归还因接受履行所获得的收益；？
- C、解除了违约一方损害赔偿的责任；
- D、解除了买卖双方在合同中的义务。

Eg21: 中国甲公司与法国乙公司签订了向中国进口的服装合同，价格条件是 CIF 大连。货到大连后，甲公司发现有两箱货物因包装不当途中受损，因此拒收，该货物在大连码头又被雨淋湿受损。依 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》及相关规则，下列哪一项是正确的？ D

- A、因本合同已选择 CIF 贸易术语，则不再适用《公约》；
- B、在 CIF 条件下应由法国乙公司办理投保，故乙公司也应当承担运输途中的风险；
- C、因甲公司拒收货物，乙公司应承担货物在目的港码头雨淋造成的损失；
- D、乙公司应承担因包装不当造成的货物损失。

第五节 合同风险的转移

一、合同涉及货物运输的风险转移

- 1、货交第一承运人时风险转移
- 2、如果需要在特定地点交货，则在该地点交货时风险转移；
- 3、货物被特定化之前，风险不转移给买方承担；

二、在运输途中销售的风险的转移

《公约》第 68 条规定：

- 1. 对于在运输中销售的货物，从订立合同时起，风险就转移到买方承担。
- 2. 如果情况表明有此需要，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. 如果卖方在订立合同时已经知道或者理应知道货物已经遗失或损害，而他又不将这一事实告知买方，则这种遗失或损害应由卖方负责。

三、其他情况下风险的转移

《公约》第 69 条：

- 1. 在其他情况下，从买方接受货物时起风险转移；
- 2. 或如果买方不在适当的时间内这样做，则从货物交给他处置但他不收取货物从而违反合同时起，风险转移到买方；

【案例】2016 年 8 月 某钢铁公司委托某外贸公司代理出口一批钢材双方签订了委托合同。外贸公司据此与某香港公司签订供货合同 约定钢材由大连经香港到印度口岸该外贸公司的报关单、信用证及发票均注明价格条件 FOB(大连) 之后外贸公司委托某外运公司代理该批钢材的报关、订舱出运业务并在空白的货运委托书上的 委托方 一栏盖上本公司公章交给外运公司，但未注明运费支付方式为预付或到付外运公司于同年 9 月 15 日按时将钢材发运至印度 但因货运委托书未注明运费支付方式，外运公司也未在海运提单上写明运费支付方式 承运人船舶公司即依航运惯例按预付处理 向外运公司收取了运费 6 万美元。此后，外运公司多次向外贸公司托收这笔运费，但被拒绝。2018

年8月，外运公司与外贸公司达成协议，同意在当年12月底结算此笔运费，但到期仍未支付。2020年10月，外运公司起诉外贸公司，要求偿还6万美元运费及利息。

【现问】（1）外贸公司提出应通知钢铁公司为本案第三人参加诉讼。这一主张是否成立？为什么？

（2）外贸公司提出按照FOB价格条件，运费应由香港公司承担故应将香港公司列为本案被告以便追回运费。这一主张是否成立？为什么？

（3）外贸公司提出，船舶公司在办案中负有一定责任应作为本案当事人参加诉讼。这一主张是否成立？为什么？

（4）外贸公司提出，外运公司的起诉已超过诉讼时效。这一主张是否成立？为什么？

（5）本案中的6万美元运费应如何处理？

【答案】

(1)不成立，使用FOB价格术语应由买方支付运费，卖方钢铁公司不承担此项义务，钢铁公司不是诉讼第三人。

(2)不成立。香港公司不是本案被告，而是无独立请求权的第三人。

(3)不成立。船舶公司在本案中无过错，不承担责任。

(4)不成立。诉讼时效因外贸公司同意支付而中断，重新起算的诉讼时效至2020年12月届满。

(5)应由外贸公司依约向外运公司支付6万美元，然后由外贸公司取得代位求偿权，再向香港公司追偿。

第四章 国际货物运输法律制度

第一节 概述

一、国际货物运输的概念和特征

（一）概念：国际货物运输是指托运人和承运人约定，采用一种或多种运输方式，将货物从一国境内的某一地点运至另一国境内的某一地点的运输，简言之，就是指跨越国境的货物运输。

（二）特征

- 1、合同当事人是托运人和承运人；
- 2、运输方式是一种或多种；
- 3、运输对象是有形动产；
- 4、起运地和目的地位于不同国家境内；

二、国际货物运输的方式

- 1、国际海上货物运输
- 2、国际航空货物运输
- 3、国际铁路货物运输
- 4、国际货物多式联运

三、国际货物运输法的概念

国际货物运输法是指调整国际货物运输关系的国际法规范和国内法规范的总和。

第二节 国际海上货物运输法（重点）

一、概述

（一）班轮运输：又称定期船运输，是指托运人将货物交由作为承运人的班轮公司，按照固定航线，固定港口，固定船期，固定费率所进行的国际海上货物运输；

（二）租船运输：又称不定期船运输，是指船舶出租人向承租人提供船舶的全部或部分舱位，由承租人支付约定费用所进行的国际海上货物运输；

二、提单运输

（一）提单的概念和作用

1、提单的概念★

提单（Bill of Lading, B/L）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装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。

2、提单的作用：（1）提单是货物运输合同的证明；（2）提单是接收货物的收据；（3）提单是货物的所有权凭证

（二）提单的种类

1、已装船提单/收货待运提单【根据货物是否已经装船】

- （1）已装船提单是指货物已装船后（由承运人）签发出的提单，这类单据通常载明装运货物的船舶和装船日期；
- （2）收货待运提单是指承运人收到货物后，在装船之前签发的提单，主要适用于集装箱货物运输；

2、清洁提单/不清洁提单【根据提单上是否有不良批注】

- （1）清洁提单是指承运人未对货物表明状况加以不良批注的提单；

(2) 不清洁提单是指承运人在提单上加注货物表面状况非良好的提单；

3、记名提单、不记名提单和指示提单【根据提单中收货人一栏有无明确指定】

(1) 记名提单（不得转让）：指有指定收货人名称的提单；

(2) 不记名提单：也称空白提单/持票人提单，是指未写有指定收货人名称的提单。（在转让时必须进行背书，且背书要具有连续性；承运人须对收货人进行表面审查）

(3) 指示提单：指在收货人一栏中写有“凭指示”字样，或者写有“凭**指示”字样的提单；（绝大多数是，持有指示提单的人必须要提供证据证明自己是凭**指示中的指示人）

4、直达提单、转船提单和联运提单

(1) 直达提单：将货物直接由装运港运至目的港的提单；

(2) 转船提单：指货物自装运港装船后需要在中途转换其他船舶运至目的港的情况下签发的提单；

(3) 联运提单：指货物需经两种或两种以上运输方式联合运输情况下签发的提单；

5、预付提单和运费到付提单【根据运费支付方式】

(1) 预付提单：是指托运人在装货港提交货物时即支付运费，承运人在提单中载明“运费付讫”，在 CIF 和 CFR 合同中要求运费预付提单；

(2) 到付提单：指货物到达目的地，托运人或收货人支付运费，提单上载明“运费到付”的提单。

6、其他几种特殊提单

(1) 倒签提单（Anti-dated Bill of Lading）：指承运人在货物装船完毕后签发的以早于货物实际装船日期为签单日期的提单；

(2) 预借提单（Advanced Bill of Lading）：指承运人在货物装船前或装船完毕前，应托运人的请求即时签发的提单；

(3) 电子提单（Electronic Bill of Lading）：指通过计算机网络运送海事运输合同的电子数据；

Eg1: 在国际海上货物运输中，如承运人签发的是指示提单，下列关于该提单的表述中哪些是正确的？（CD）

A、提单正面载明了收货人的名称；（记名提单）

B、提单在转让时不需要背书，只要将提单交给受让人就可以了；（不记名提单）

C、提单的转让必须经过背书；

D、提单中的收货人一栏没有具体的收货人名称，而是载明“凭指示”的字样。

（三）提单保函

1、保函是指由托运人出具的、用以担保承运人签发清洁提单而产生一切法律后果的一种担保文件。

2、根据《汉堡规则》，托运人为取得清洁提单而向承运人出具承担赔偿责任的保函在托运人和承运人之间有效，但是对提单受让人，包括任何收货人在内的第三方无效；（对内具有法律效力，对外不具有）

3、中国最高法院的解释：“海上货物运输的托运人为换取清洁提单而向承运人出具的保函，对收货人不具有约束力。不论保函如何约定，都不影响收货人向承运人或托运人索赔；对托运人和承运人出于善意而由一方出具另一方接受的保函，双方均有履行之义务。”（分为善意保函和恶意保函；单方恶意；双方恶意承担连带责任）

4、我国司法实践中参照了《汉堡规则》的规定，主要可以概括为三点内容：

(1) 善意保函有效；（仅在托运人和承运人之间）

(2) 恶意保函无效；（不考虑单方还是双方）

(3) 有效的保函只在托运人与承运人之间有效，不能对抗第三人。

Eg1: 我国 A 公司向日本 B 公司订购彩电 800 台。合同规定，彩电价格为每台 600 美元 CIF 大连，1994 年 6 月 30 日长崎港装货。货物于 1994 年 6 月 30 日装船，B 公司向船公司出具了货物品质的保函。船长应 B 公司的请求，出具了清洁提单。B 公司据此从银行取得了贷款。货物到达大连港后，A 公司发现，电视机外包装箱有严重破损，电视机亦受到损坏，遂向船方提出索赔。船公司出示了 B 公司提供的保函，认为该事应由 B 公司负责。

现问 (1) 船公司是否应承担责任？为什么？（管船责任和管货责任）

(2) B 公司是否应承担责任？为什么？（货物买卖合同公约）

(3) A 公司的损失如何得到补偿？（先找船公司（第一责任人），然后根据保函责任要求托运人承担责任）

Eg2: 甲公司依据运输合同承运一批从某国进口中国的食品，当正本提单持有人乙公司持正本提单提货时，发现货物已由丙公司以副本提单加保函提走。根据我国相关法律，下列哪个选项是正确的？（B）

A、无正本提单交付货物的民事责任应适用交货地法律；（直接适用海商法规定）

B、乙公司可以要求甲公司承担违约责任或侵权责任；

C、甲公司对因无正本提单交货造成的损失按货物的成本赔偿；

D、丙公司提走了货物，不能要求甲公司承担责任。

【解析】A 项错误，根据《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》(2009 年 2 月 16 日通过)第三条规定正本提单持有人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，适用海商法规定；海商法没有规定的，适用其他法律规定。

C 项错误，根据《规定》第 6 条规定，运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的赔偿额，依照货物装船时的价值加运费和保险费计算。

D 项错误，《规定》第 2 条规定，承运人违反法律规定，无正本提单交付货物，损害正本提单持有人提单权利的，正本提单持有人可以要求承运人承担由此造成的民事责任。

Eg3: “天轮”号承运人收货后签发提单的时候，发现货物的包装并不牢固，欲在提单上作“包装不固”的批注，托运人为了赶时间用保函换取了清洁提单。货物到港后，一部分货物散落在船舱中而受损，持有提单的收货人要求承运人承担货损，承运人则主张免责。关于本案说法正确的是 (C)

- A、承运人无须就货损承担责任；
- B、承运人可以援引包装不固免责；（特殊条件才可以）
- C、承运人可依与托运人之间的保函而抵消对收货人的责任；
- D、如依《汉堡规则》，本案保函为无效保函。（此为善意保函——认为不固不一定会造成货物散落）

Eg4: 中国甲公司与美国乙公司于 2017 年 7 月 2 日以 CIF 价格条件签订了从中国向美国出口一批电冰箱的合同，以公司通过银行开出的信用证规定的装船日期为 2017 年 7 月 12 日至 7 月 25 日青岛装货。在装船之间，甲公司出具保函换取了承运人签发的注明 2017 年 7 月 20 日装船的提单，但是由于种种原因，甲公司于 2017 年 7 月 30 日才开始装船，8 月 15 日才完成装船。船舶迟延达到目的港，给收货人丙公司造成了一定的损失，正确的是 (CD)

- A、承运人签发的提单为倒签提单；（预借提单）
- B、丙公司可以从保险人处就运输迟延获得赔偿；（未按期装船，不可以获得赔偿）
- C、甲公司出具的保函有效；
- D、根据《汉堡规则》，承运人应对迟延交货负有法律责任。

（四）提单的转让

1、转让的条件：（1）提单是否允许转让；（记名提单不可以转让）（2）出让人的意图；

2、转让的方式：

（1）交付（不记名提单——风险性较大）

（2）背书

① 所谓背书是指提单持有人在提单背面签名。（可多次转让，但注意其连续性）

② 背书又分为空白背书和记名背书。

（五）承运人和托运人的权利义务

1、承运人的最低限度责任（管船责任和管货责任）

（1）承运人须在开航前和开航时恪尽职责使船舶适航

① 使船舶适航；②适当地配备船员、装备船舶和供应船舶；③使货舱、冷藏舱和该船其他载货处所能适宜和安全地收受、运送和保管货物；

（2）适当和谨慎地装载、搬运、配载、运送、保管、照料和卸载所运货物；

2、承运人的最大限度的责任豁免

（1）承运人的不完全过失责任

3、承运人的责任期间和诉讼时效

（1）责任期间：使用船上吊杆：“钩到钩原则”；使用岸上吊杆：“舷到舷原则”

（2）诉讼时效：1 年

4、托运人的义务

（1）保证义务：符合托运人和承运人之间关于货物承运的约定

（2）通知义务：装运的时间、地点、运载工具、名称

三、关于国际海上货物运输的国际公约

（一）海牙规则

1、承运人最低限度的责任

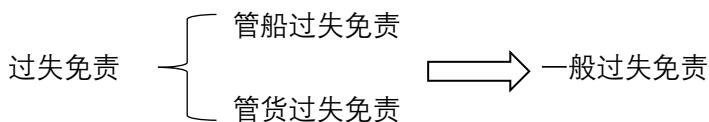
（1）承运人在开航前和开航时恪尽职责是船舶适航；

（2）适当和谨慎的装载、搬运、配载、运送、保管、照料和卸载货物；

2、承运人最大限度的免责

(1) 过失免责：

船长、船员、引水员或承运人的受雇人员，在航行或管理过程中的行为、疏忽或不履行义务；



(2) ★无过失免责：（不可抗力、天灾人祸、标志不明、货物本身特点等原因）

a. 火灾；b. 海上危险，意外事故；c. 天灾；d. 战争行为；e. 公敌行为；f. 扣留或管制；g. 检疫限制；h. 托运人、货主、其代理人、代表的行为或不行为；i. 罢工、关厂、停工；j. 暴动和骚乱；k. 救助海上人命或财产；l. 因货物固有缺点、性质引起亏损或其他损害；m. 包装不良；n. 标志不当，不清；o. 虽恪尽职守也不能发现的潜在缺点；p. 非由于承运人的实际过失或私谋，或承运人的代理、受雇人的过失或疏忽所引起的其他任何行为要求免责利益人应负举证责任，来证明有关损坏灭失属上述免责范围。

3、承运人的责任期间：钩至钩原则

4、承运人的责任限制：100 英镑

5、索赔通知与诉讼失效：1 年

在将货物移交给根据运输合同有权收货的人之前或当时，除非在卸货港将货物的灭失和损害的一般情况，已用书面通知承运人或其代理人，则这种移交应作为承运人已按照提单规定交付货物的初步证据。如果灭失或损坏不明显，则这种通知应于交付货物之日起的三天内提交。如果货物状况在收受时已经进行联合检验或检查，就无须再提交书面通知。

6、运输合同无效条款：

凡是接触承运人按海牙规则所规定的责任或义务，或减轻这种责任的，一律无效；

7、适用范围：

(1) 在缔约国内签发的提单；

(2) 根据租船合同签发的提单；

Eg5: 中国甲公司与德国乙公司签订了购买成套设备的进口合同。价格条件为 CFR 上海，信用证付款。货物按时装上了承运人所属的利比亚籍“玛丽”轮，甲公司投保了平安险。“玛丽”轮航行到上海港区时与日本籍“小治丸”轮因双方的过失发生碰撞，致使“玛丽”轮及其货舱中的部分货物受损。基于上述情况，下列哪一选项是正确的（B）

A、本案碰撞引起的货损应由甲公司自行承担；

B、依《海牙规则》，玛丽”轮所有人对过失碰撞引起的货损可以免责；

C、因甲公司投保的是平安险，保险公司对本案碰撞引起的部分货物损失不承担赔偿责任；

D、因部分货物受损,所以即使单证相符，甲公司仍有权要求银行拒付货款。

Eg6: 甲国 A 公司向乙国 B 公司出口一批水果，货到目的港后发现水果大部分腐烂，B 公司聘请专业检验机构对腐烂原因进行检查。根据《海牙规则》，货损原因是因为下列何种原因所致，承运人可以免责？BCD

A、货舱湿度未达到运输合同要求标准；

B、船在航行途中遭遇恶劣天气；

C、船在进入乙国目的港前接受海关的消毒熏蒸导致货舱温度过高；

D、货物在装船前包装不当。

（二）维斯比规则（了解即可）

1、扩大了适用范围

a. 提单签发地；b. 装运港；c. 运输合同规定了接受公约约束的首要条款

2、规定了提单的最终证据效力★

3、责任限制：

(1) 承运人的责任限制和抗辩理由适用于任何诉讼，无论是以合同为依据还是以侵权为依据；

(2) 承运人的责任限制和抗辩理由适用于承运人的雇佣人员和代理人，即承认了喜马拉雅条款的合法性；

(3) 提高了赔偿责任限额；

(4) 拼装货的计算；

4、延长诉讼时效期间：1 年，经双方同意可以延长；即使 1 年期满后，承运人仍有不少于 3 个月的时间向第三者追偿；

（三）汉堡规则

1、承运人责任基础的变更：完全的过失责任；

2、责任期限的延长：港至港原则

3、责任限额的提高：每件 835SDR 或每公斤 2.5SDR

4、适用范围的扩大

a. 装货港；b. 卸货港；c. 提单签发国；d. 运输合同中规定了首要条款；e. 依租船合约签发的提单；

5、货物短损通知即诉讼时效的延长：15 日；2 年

6、货物种类的扩大：舱面货与活动物运输

Eg7：《汉堡规则》与《海牙规则》和《维斯比规则》相比，最大的不同在于（B）

A、承运人的责任限制； B、承运人的责任原则； C、承运人的责任期间； D、集装箱条款

【解析】前者与后两者相比最大的区别在于责任原则，前者采用完全过错责任原则，而后两者采取则是不完全过失责任原则。

Eg8：海运单是 20 世纪 70 年代以来，随着集装箱运输的发展，特别是航程较短的运输中产生出来的一种运输凭证。

关于海运单，下列哪一项是正确的？ C

A、海运单是一种可流通的书面运输凭证；

B、海运单不具有证明海上运输合同存在的作用；

C、第三方以非法的方式取得海运单时无权提取货物；

D、海运单具有物权凭证的特征，收货人凭海运单提取货物。

Eg9：中国甲公司通过海运从某国进口一批服装，承运人为乙公司，提单收货人一栏写到“凭指示”。甲公司持正本提单到目的港提货时，发现货物已由丙公司以副本加保函提取。甲公司与丙公司达成了货款支付协议，但是随后丙公司破产。甲公司无法获得赔，转而向乙公司索赔。根据我国相关法律规定，关于本案，下列哪一项是正确的？ C

A、本案中正本提单的转让无须背书；

B、货物是由丙公司提走，故甲公司不能向乙公司索赔；

C、甲公司与丙公司虽已达成货款支付协议，但是未得到赔付，不影响甲公司要求乙公司承担责任；

D、乙公司应当在责任限制的范围内承担因无单放货造成的损失。（全部损失）

四、租船运输

（一）航次租船合同

1、含义：航次租船合同是指为完成特定航次运输，由船舶出租人向承运人提供船舶或船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定运费的合同。

2、关于提供船舶和船期的规定，解约日；

3、关于运载货物的种类、数量、包装的规定；

4、关于装货、卸货与装卸时间的规定；

5、关于滞期费和速遣费的规定；

6、关于装运港和卸货港的规定；

7、关于出租人责任的规定；

8、关于承租人责任终止和出租人留置权的规定；

9、关于运费的规定：预付运费与到付运费；

（二）定期租船合同

1、含义：出租人在一定期限内把配备船员的船舶出租给承租人供其按约定的用途使用的书面协议。在定期租船合同中，出租人出租整个船舶，承租人按月或按日支付租金。

2、关于船舶的规定：在租期内适航；

3、关于租用目的、航行区域和租用期限；

4、关于租金额和支付租金的规定；

5、关于交船和还船的规定；

第三节 国际航空货物运输法律制度（了解）

一、国际航空货物运输概述

国际航空货物运输是指托运人与承运人约定，采用航空器作运输工具，将货物从一国境内运到另一国境内或经停另一国境内约定地点的运输。

（一）1929 年《华沙公约》

《华沙公约》规定了以航空运输承运人为一方和旅客和货物托运人与收货人为另一方当事人的权利义务关系，为

调整国际航空旅客、行李和货物运输法律关系创立了基本制度。我国于 1958 年加入该公约。

（二）1955 年《海牙议定书》

《海牙议定书》主要是在航行过失免责、责任限制、运输单证的项目以及提出索赔期限等方面对《华沙公约》做出修改。我国于 1975 年 8 月加入该公约。

（三）1961 年《瓜达拉哈拉公约》

该公约补充了《华沙公约》的规定，明确区分了“缔约承运人”与“实际承运人”的概念和责任；

（四）1975 年《蒙特利尔第 4 号议定书》——尚未生效

二、国际航空货物运输单证

1、定义：

国际航空货物运输单证（简称航空货运单）是承运人或其代理人与托运人之间签订的空运单证。

2、功能：

航空货运单是承运人和托运人之间的航空运输合同；是托运人托运货物后取得的货物收据；是运费记载的账单；是进出口申报海关的单证；是承运人或托运人投保的依据。

3、航空运输单非物权凭证不能转让。该货运单一式三份，一份经托运人签字后交承运人；第二份附在货物上，由托运人和承运人签字后交收货人；第三份由承运人在收货后签字后交托运人。《海牙议定书》对此改为承运人在货物装机前签字。

4、内容：（国际航空货物运输单证基本内容应包括）国际航空货物运输单的填写地点和日期；起运地和目的地；约定的经停地；托运人的名称和地址；第一承运人的名称和地址；收货人的名称和地址；货物的性质；货物的包装件数、包装方式、特殊标志和号码；货物的重量、数量、体积或尺码；如果运资已经议定应写明运资金额，付费日期和地点以及付款人；如果是货款到付，应写明货物的价格，必要时应付的费用；货物和包装外表情况；声明的货物价值；航空货运单的份数；随同航空货运单交给承运人的凭证；经过约定写明运输期限，并概要说明经过的路线；声明运输受公约的有关规定责任制度的约束。

三、托运人责任

1、托运人承担以下责任（根据《华沙公约》的规定）

（1）托运人对货物单上关于货物的各项说明和声明的正确性及由于延误、不符合规定、不完备，给承运人及其代理人造成的损失承担责任。（2）托运人在履行合同中规定的一切义务的情况下，有权在启运地、目的地将货物提回或在途中经停时终止运机或将货物运交非货运单上指定的收货人，但不得使承运人或其他托运人遭受损害。（3）托运人需提供各种必要资料以便完成货交收货人之前的海关、税务或公安手续，并将有关证件附货运单交给承运人并承担因资料或证件缺乏、不足或不符合规定给承运人造成的损失。

四、承运人责任与免责

根据《华沙公约》的规定，承运人的责任：（1）承运人对航空期间发生的货损、货物灭失、延误承担责任。（2）

《华沙公约》规定：承运人对货物损害、灭失或延迟交付而引起的损失的赔偿最高限额为每公斤 250 金法郎。

在发生下列情况时，免除承运人应承担的责任：（1）承运人证明自己和其代理人已为避免损失采取了一切必要措施或不可能采取这种措施。（2）损失的发生是由于驾驶上、航空器的操作上或领航上的过失。（3）货物的灭失或损失是由于货物的属性或本身质量缺陷造成的。（4）损失是由受害人的过失引起或造成。

第四节 国际铁路货物运输法

一、国际铁路货物运输法概述

（一）国际铁路货物运输合同

1、国际铁路货物运输合同指铁路承运人将发货人的货物，从一国的某地运至另一国的某地，将货物交付给收货人，由发货人或收货人支付运费的合同。铁路承运人接受货物时，通常向发货人签发运单，运单签出即产生法律效力。

2、国际铁路货物运单的特点：运单是铁路承运人收到运输货物的凭证；运单不具有所有权凭证的法律效力，不能背书转让；运单是铁路在到站据以向收货人收取运费和交付货物的依据；运单是出入沿途各国海关所需的证件；运单的副本是买方支付货款的主要单证。

（二）运单的内容

运单的主要记载事项分为三类：

- 1、必要记载事项：收货人名称和地址；货物名称；货物重量；零担货物的件数、包装标志；发货人负责装车时的车号及私有车辆的自重；单证明细表；发货人的名称与地址。
- 2、根据需要记载的事项：到站名称；货物交付方式；适用的运价规程；货物交付利息的金额数；发货人负责支付的费用；现款交付和运费的金额；发货人规定的运输线路和海关、其他行政机关要求办理手续的车站名称；发货人和收货人相互间关于办理海关手续的约定；发货人关于收货人不得变更合同的声明；押运情况。
- 3、可附加记载事项，仅供收货人参考，对铁路没有约束力，是发货人用以提示收货人有关货物的情况。

二、国际铁路货物运输公约

（一）国际铁路货物运输公约主要有两个：

- 1、《国际货约》（CIM）全称《国际铁路货物运输公约》，签署于1961年，生效于1975年1月1日，成员国包括了主要欧洲国家以及西亚、西北非一些国家。
- 2、《国际货协》（CMIC）全称《国际铁路货物联合运输协定》，由前苏联、波兰、捷克斯洛伐克、匈牙利、罗马尼亚等8国于1951年在华沙签署，我国于1953年加入。

（二）合同的订立

《国际货协》规定，发货人在托运货物的同时，应对每批货物按规定的格式填写运单和运单副本，由发货人签字后向始发站提出。从始发站在运单和运单副本上加盖印戳时起，运输合同即告成立。

（三）托运人的权利义务

根据《国际货协》规定，托运人承担以下义务：

- 1、如实申报：托运人应对其在运单中所填和声明的事项的正确性负责，并对于记载和声明的事项的不正确、不确切或不完备以及未讲应报事项记入运单造成的一切后果承担责任。
- 2、文件完整：托运人必须将货物在运送途中未履行海关和其他规章所需要的签付文件附在运单上。
- 3、货物的交付和拒收：托运人在填写运单的同时，要提交全部货物和付清运费和有关费用。提交的货物可以是整车也可以是零担。但不得属于下列货物，邮政专运物品；炸弹炸药和军火；不属于《国际货协》附件（四）中所列的危险物品；重量不足十公斤的零担货物。
- 4、费用的支付和计算：《国际货协》规定（1）发送国铁路的运送费用，按发送国的国内运价计算，在始发站由发货人支付；（2）到达国铁路的运送费用，按到达国的国内运价计算，在终点站由收货人支付；（3）如货物始发站和到达的终点站属于两个相邻国家且无需经由过第三国国境运输，且两国间定有直通运价规程时，则按运输合同订立日有效的直通运价规程计算；（4）如货物需经第三国过境运输时，过境铁路的运输费用，应按运输合同订立日有效的《国际货协统一运价规程》的规定计算。
- 5、合同变更：发货人有下列变更权利：可以在始发站将货物领回；变更到站；变更收货人；将货物运还始发站。

（四）承运人的权利义务

- 1、承运人的基本权利：留置权；执行或拒绝变更合同。
- 2、承运人的基本义务：核查运单和货物；连带责任（《国际货协》规定按运单承运货物的铁路部门，应对货物负连带责任）。
- 3、承运人的免责规定：铁路不能预防和不能消除的情况；因货物的特殊自然性质引起的自然、损坏、生锈、内部腐坏及类似结果；由于发货或收货人过失或要求而不能归咎于铁路者；因发货人或收货人装、卸车原因造成；由发送铁路规章许可，使用敞车类货箱运送货物；由于发货人或收货人的货物押运人位采取保证货物完整的必要措施；由于承运时无法发现的容器或包装缺点；发货人采用不正确、不确切或不完整的名称托运违禁品；发货人在托运时需要按特定承运货物时，未按本协定规定办理；货物在规定标准内的途耗。
- 4、承运人的赔偿限额，《国际货协》基本采用足额赔偿方法，货物损失方可以得到100%的赔偿。

（五）赔偿请求与诉讼时效

- 1、《国际货协》规定，发货人和收货人有权根据运输合同提出赔偿请求，赔偿请求可以书面方式由发货人向发送站提出，或由收货人向收货站提出，并附上相应根据，注明款额。
- 2、《国际货协》规定，有关当事人依据运输合同向铁路提出的赔偿请求和诉讼，以及铁路对发货人和收货人关于支付运送费用、罚款和赔偿损失的要求和诉讼，应在9个月期间提出；关于运到逾期的赔偿请求和诉讼，应在2个月期间提出。

第五节 国际货物多式联运制度

一、国际货物多式联运合同及其法律问题

（一）国际货物多式联运合同

国际货物多式联运合同是指按照多式联运合同，以至少两种或两种以上不同的运输方式，由多式联运经营人将货物从一国境内接管货物的地点运至另一国境内指定交付货物的地点的运输方式。

（二）法律问题

1、货物风险的划分：在多式联运中采用网状责任制，多式联运经营人对全程运输负责，而各区段运输人以自己适用的公约和法律来规范承担责任。在采用同一责任制时，无论货物损失发生在那一区段，多式联运经营人或各区段承运人都按统一的规则负责赔偿。如果采用责任分担制，其责任范围实行统一责任制，但是赔偿责任按各区段的法律规定办理。

2、运输单据的性质问题：根据《海牙规则》，海运提单可作为权利凭证进行转让，但《华沙公约》和《国际货协》规定，空运单和铁路运单虽具有权利凭证的性质但不能转让。当多式联运中包括海运、空运和（或）陆运时，联运单据是否可以具有货物权利的性质作用？→争议较大

3、承运人和货主的关系问题：在单一运输方式中，运输合同确定了承运人和货主之间的关系。在多式联运中，有多式联运的经营人（简称联运人）和某一运输区段的实际承运人。当发生索赔案件时，发货人或收货人应向谁索赔：一般可以要求他们承担连带责任。

二、国际货物多式联运公约

为了解决上述法律问题，联合国贸易与发展会议制订了《联合国国际货物多式联运公约》，公约目前尚未正式生效。该公约（草案）的主要内容有总则、多式联运单证、多式联运经营人的赔偿责任、发货人的赔偿责任、索赔和诉讼、补充规定、海关事项、最后条款等 8 个部分组成，共 40 条。

（一）公约相关定义和适用范围

《联合国国际货物多式联运公约》规定，国际多式联运是指按照多式联运合同，以至少两种不同的运输方式，由多式联运经营人将货物从一国境内接管货物的地点运至另一国境内指定交货的地点。这种运输方式可以适用由陆海、陆空、海空组成的国际货物运输。公约主要适用于多式联运合同规定的多式联运经营人接管货物或交付货物的地点位于缔约国境内的运输方式。

（二）多式联运单据

多式联运单据是证明多式联运合同及多式联运经营人接管货物并按合同条款提交货物的证据。根据公约规定，多式联运单据依发货人的选择可做成可转让单据或不可转让单据。实践中只有单据的签发人承担全程责任时，才有可能做成可转让单据。此时，多式联运单据具有货物权利凭证的性质和作用。

公约规定了多式联运单据的 15 项内容：货物品类、标志、险特征的声明、包数或件数、毛重；货物的外表状况；多式联运经营人的名称与主要营业地；发货人名称；收货人名称；多式联运经营人接管货物的时间、地点；交货地点；交货的日期或期间；联运单据可转让或不可转让的声明；联运单据签发的时间、地点；联运经营人或其授权人的签字；每种运输方式的运费，用于支付的货币、用费，由收货人支付的声明等；航线，转运方式和转运地点；关于多式联运遵守本公约规定的声明；双方商定其他事项。

（三）多式联运经营人赔偿责任

《联合国国际货物多式联运公约》规定：多式联运经营人对于货物的责任期间自接管之日时起到交付货物为止。多式联运经营人接管货物规定方式有两种：1、从发货人或其代表手中接管货物。2、根据接管货物地点适用的法律或规则，货物必须由货物运输当局或其他第三方的手中接受，这是一种特殊的规定。

多式联运公约实行的多式联运经营人的全程统一责任制，即自接管货物之日期起到交付货物时为止的整个期间承担责任。根据公约确定的推定过失或疏忽原则，多式联运经营人对在其掌管货物期间内发生的货物灭失、损坏和延迟交付引起的损失承担赔偿责任。

多式联运公约是实行完全推定责任原则，除非经营人能证明其本人、受雇人或代理人为了避免事故的发生及其后果已采取了一切所能合理要求的措施，否则便推定损害时由于其本人、受雇人或代理人的过错行为所致，应由其负赔偿责任。

（四）发货人赔偿责任

因发货人或其受雇人或代理人在受雇范围内行事时的过失或疏忽给联运经营人造成的损失，发货人应负赔偿责任。发货人将危险品交多式联运经营人时，应告知危险品的危险特征，必要时应告知应采取的预防措施，否则，要对多式联运经营人因运送这类货物遭受的损失负赔偿责任。

（五）诉讼时效和管辖权

任何争议，在 2 年内未提起诉讼或提交仲裁，则失去法律效力，但货物在交付后 6 个月内或在货物未交付时，在应交付之日后 6 个月没有提出书面索赔通知，则诉讼在此期限届满后失去时效。

多式联运公约规定，原告有权选择在有管辖权的法院提起诉讼，可选择的法院有：被告主要营业所在地法院；多式联运合同订立地法院；多式联运合同和单据所载明的法院；货物接收和交付货物地法院。

如果合同当事人要求仲裁解决争议，则应签订书面仲裁协议，将争议提交仲裁。申诉人有权选择仲裁地点，但该地点应是在上述有管辖权的法院地国进行。

第五章 国际货物运输保险法律制度

第一节 国际货物运输保险概述

一、国际货物运输保险合同及其订立

（一）保险合同的性质及其内容

1、国际货物运输保险合同是指进出口商对进出口货物按照一定的险别向保险公司投保，缴纳保险费，当货物在国际运输途中遇到风险时，由保险公司对进出口商遭受保险事故造成的货物损失和产生的责任负责赔偿。

2、按照运输方式不同，国际货物运输保险合同可以分为海上、航空、铁路和公路等货物运输保险。

3、国内外货物运输保险合同的区别：在英美国家，订立保险合同，必须经过保险经纪人；在我国，投保人直接和保险公司订立保险合同。

4、保险合同主要内容：保险人与被保险人名称，货物名称，货物价值，保险金额，保险责任和除外责任，保险期间，保险费用，运输工具，运输线路，投保险别等。

（二）订立保险合同的基本原则

1、绝对诚信原则——保险合同要求双方当事人按照绝对诚信原则办事，尤其是投保人。

（1）投保人或被保险人必须披露重大事实；（2）对重要事实的陈述必须真实；（3）不得违反保证。

否则保险公司有权拒绝赔偿

2、保险利益原则

（1）又称为可保利益，即在财产保险合同中，投保人对保险标的具有合法的利益关系，它也是保险人承担损害赔偿的最高限额。

（2）作为可保利益，必须具备以下条件：① 确定性；② 合法性；③ 有价性。

3、补偿责任原则

当发生了承保范围内的自然灾害或者意外事故时，保险公司需按合同规定承担赔偿责任，给予被保险人以经济上的补偿。

代位求偿是补偿原则下的一个重要原则，同时也是各国保险法承认的债权转移制度，是赔偿原则的具体化。

保险合同是一种补偿合同。由保险人对保险标的遭受承保范围内的损失进行赔偿，目的在于弥补被保险人的经济损失，被保险人不得以保险作为牟利的手段。在保险业务中，保险标的的损失常常是由第三方（如承运人）的过失或疏忽所造成的。如果被保险人获得保险人的赔偿后，又向负有责任的第三方要求赔偿，则势必获得双倍于损失的赔偿，这就违背了补偿原则。

另一方面，如果被保险人从保险人处获得赔偿，让有过失的第三方逍遥法外，逃避其法律上的赔偿责任，也是不公平的。因此，在这种情况下，被保险人从保险人处取得保险赔款后，应对有过失的第三方请求损害赔偿的权利转让给保险人，由保险人代行使被保险人对第三方的一切权利和追偿要求。保险人支付保险赔款后取得的原属被保险人的这种权利，就叫“**代位求偿权**”。

（1）代位求偿权的成立须具备以下条件：① 保险人必须已向被保险人进行了实际赔付。② 被保险人享有对有过失的第三方的索赔权；被保险人不得有弃权的行为，即被保险人不得明示或默示地放弃对责任方请求赔偿的权利。

（2）代位求偿权要受到以下限制：① 保险人取得的权利不能优于被保险人的权利。② 保险人只能在已经赔付给被保险人的金额范围内代位行使被保险人的权利。

（3）无论被保险货物发生全部损失还是部分损失，只要保险人已经支付了保险赔款，都可以取得代位求偿权。在赔付全部损失的情况下，保险人除取得代位求偿权之外，还有权取得残存货物的所有权。如果保险人赔偿的只是部分损失，则不能取得残存货物的所有权，保险人取得的只是代位求偿权，而且此项权利仅以他所赔付给被保险人的金额为限。如保险人向第三方的追偿所得大于其支付的保险赔款，超过部分应退还给被保险人。

4、近因原则

（1）当保险标的发生损害时，被保险人能否要求保险人赔偿，不仅取决于危险事故是否属于承保范围之内，还取决于危险事故和保险标的的损失之间是否具有因果关系。近因原则就是为了明确危险事故与损失之间的因果关系，认定保险责任而专门设立的一项原则。

各国学术界对近因所下的定义不尽相同，但比较一致的定义是：**近因是一种主动而有效的原因**，从一连串危险事故的开始到产生结果时为止，未被其他新生的、独立的、重新开始而又主动有效的原因所渗入。

(2) **近因原则的含义是**：保险人对以承保范围内的保险事故为近因所引起的保险标的的损失，承担赔偿责任；对于非由于承保范围内的保险事故为近因所引起的任何损害，概不负责。

近因原则产生于十八、十九世纪的英国。后来，这一原则被各国普遍接受，保险人在处理保险索赔、法官在审理保险案件时，如果涉及因果关系，都以此为依据。

(3) 对于近因原则，不仅应从理论上弄清其含义，更重要的运用这种理论对海上保险的赔偿实践进行指导。在海上保险实务中，导致被保险货物发生损失的原因往往不止一个，在认定海上保险的近因时，应当根据不同的情况，分别适用以下规则。

A、单一原因造成的损害

造成损害的危险事故只有一种，该危险如属于承保范围内，保险人应予以赔偿；如不在承保范围之内，则保险人可以拒绝赔偿。

B、同时原因造成的损害

造成损害的危险事故有多个并且同时发生，对货物的损害都有直接的实质影响，原则上这些原因都是近因。如果这些原因中有些在承保范围之内，有些不属于不保危险，保险人是否赔偿须视货物的损害是否具有可分性而定。如损害可以清楚地分开，保险人只对由于承保范围内的危险导致的损害部分承担赔偿责任；如损害无法划分，保险人一概不负赔偿责任。

C、连续原因造成的损害（看前因）

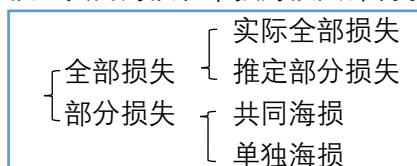
造成损害的原因有多个并且相继发生，后因是前因直接必然的结果，或合理的连续，或者是前因自然延长的结果，则以前因为近因。在此情形下，保险人的责任依下列情况而定：①前因与后因均在承保范围之内，保险人对损害承担全部赔偿责任；②前因在承保范围之内，后因为不保危险，保险人仍负责赔偿；③前因为不保危险，后因为承保危险，保险人不负赔偿责任；④前因与后因均为不保危险，保险人一概不赔。

D、间断原因造成的损害（看后因）

造成损害的原因有多个，但前因与后因不相关联。在此情形下，如果说后因为承保危险，前因为不保危险，保险仍负赔偿责任；如果后因为不保危险，前因为承保危险，保险人不负赔偿责任。

二、承保的损失与费用 ★

货物在海上运输中由于自然灾害和意外事故所造成的损坏和灭失称海上损失。根据保险业的一般解释，与海上运输有关联的海陆连接的运输过程中发生的货物的损坏和灭失，也属于海上损失的范畴。对于海上损失，可以从不同的角度进行分类。按损失程度的不同，可分为全部损失和部分损失；按损失的性质不同，可分为共同海损和单独海损。共同海损和单独海损又都属于部分损失。下面分别予以介绍。



(一) 全部损失

全部损失（Total Loss）简称“全损”，是指被保险货物的全部灭失。全部损失包括实际全损和推定全损两种。

1、实际全损（Actual Total Loss）

实际全损（Actual Total Loss）一般是指以下四种情况：

- (1) 保险标的已经完全灭失。例如，货物被火烧成灰烬，盐被海水所溶解等。
- (2) 保险标的受到严重损坏完全失去原有的用途。如香烟被海水浸泡而无法正常使用等。
- (3) 被保险人已经无可挽回地丧失了保险标的的所有权。如货物被敌人没收等。
- (4) 船舶失踪达一定期限仍无音信。关于失踪的期限，国际上一般规定为一年。

2、推定全损（Constructive Total Loss）

推定全损（Constructive Total Loss）是指货物受损后，虽未达到完全灭失的程度，但其实全损将是无法避免的，或者对货物的修理费用，加上续运到目的地的费用，估计将超过其运到后的价值。推定全损主要有以下三种情形：

- (1) 保险标的在海上遭遇危险，虽然没有完全灭失，但估计完全灭失已不可避免。例如，载货船舶发生触礁，施救困难，船长已宣布弃船，船上的货物即可视为推定全损。
- (2) 保险标的遭遇海上危险，被保险人失去了对货物的控制，收回对货物的所有权的费用将可能超过货物本身的价值。

(3) 货物受到损坏，对货物进行修理和续运到目的地的费用预计将超过货物在目的地的完好价值。

在推定全损的情况下，被保险人可作出两种选择：一是作为部分损失处理；二是作为全损处理。在后者的情况下，被保险人应及时向保险人发出**委付通知**，把受损的保险标的的所有权转让给保险人，就全部损失要求保险人给予赔偿。这是因为，被保险的货物并非实际全部灭失，货物尚有失而复得的可能，或者受损后的货物尚有部分残值存在。

委付制度：①发生推定全损；②是否接受由保险人决定；③一旦接受，不得反悔；④按全损承担赔偿责任；⑤赔付后获得代位求偿权和残损货物所有权。

(二) 部分损失

部分损失 (**Partial Loss**) 是指除了全部损失以外的一切损失。计算部分损失的赔偿金额，一般使用以下公式：赔偿额=实际完好价值 - (实际受损价值/实际完好价值) × 保险金额。实际完好价值和实际受损价值，一般以货物抵目的地的市场价值为准；如果在运输途中处理货物，则可以处理地的市场价值为准。

部分损失按其性质可分为共同海损和单独海损两种。

1、共同海损 (General Average) ★

(1) 共同海损 (General Average) 是指在同一海上航程中，船舶、货物遇到共同危险，为了共同安全，船方有意和合理地作出的特殊牺牲或支付的特殊费用。

(2) 共同海损的成立必须具备以下**条件** (缺一不可)：

- ① 必须是船舶和货物遭遇到共同的危险。例如，船舶在海上航行遇到暴风雨，造成船身严重倾斜，如不及时采取应急措施，将面临沉没的危险。如果某种危险只是危及船舶或货物一方的利益，不构成共同海损。
- ② 危险必须是真实存在的，而不能只是主观臆想的。
- ③ 采取的措施必须是有意的、合理的。所谓“有意”是指船长明知采取措施造成船舶或货物的进一步损失，但为了解除船货的共同危险，避免更大的损失，而有意识地主动采取措施。例如，船舶在航行中遭遇海难，船壳出现裂缝，逐渐出现下沉趋势，船长明知搁浅会擦伤船底，震坏货物，但为了避免船舶下沉，下令高速驶向浅滩，进行“有意搁浅”，后者属于单独海损。所谓“合理”是指在采取共同海损措施时，必须符合当时的实际情况。
- ④ 作出的牺牲和支出的费用必须是特殊的。共同海损的牺牲 (**General Average Sacrifice**) 是指货物本身直接由共同海损行为而被牺牲，如货物被投充、由救火所导致的货物损失。共同海损的费用 (General Average Expenditure) 是指发生共同危险时，船长和其他人员对货物所支出的费用。例如，船舶发生触礁，船长请他船救助并将船开到避难港修理而发生的救助费、避难港口使费、修理费、货物卸下和重装的费用等。共同海损的牺牲和费用都必须是特殊的，为了履行货物运输合同而作出的牺牲和费用，不属于共同海损。
- ⑤ 共同海损措施必须有效果。在采取共同海损措施后，船舶和货物所面临的共同危险必须得到解除或缓解，至少应有一部分货物得到保存。正是从这个意义上考虑，共同海损被列入部分损失的一种。如果采取共同海损措施后无效果，仍出现船舶和货物全损的结果，则不构成共同海损，也失去了共同海损分摊的基础。

(3) 共同海损的牺牲和费用是为了使船舶、货物和运费摆脱共同危险和获得共同安全作出的。因此，应由获救的船舶、货物和运费按其获救后的价值按比例分摊，这叫做共同海损的分摊 (**General Average Contribution**)。

(4) 一般而言，共同海损的损失范围包括：

- ① 抛弃货物的损失；② 为扑灭船上火灾而造成的损失；③ 割弃残损部分的损失；④ 自愿搁浅所导致的损失；⑤ 机器和锅炉损害的损失；⑥ 作为燃料烧掉的船用材料和物料；⑦ 卸货等过程中造成的损失；⑧ 运费损失，即由于货物的灭失或者损害所造成的运费损失。

【习题】

Eg1: “大鱼”号货轮在航行中遭遇雷电天气，船上部分货物失火燃烧，大火蔓延到机舱。船长为灭火，命令船员向舱中灌水。因船舶主机受损，不能继续航行，船长求助拖轮将“大鱼”号拖到避难港。下列哪些损失应列入共同海损？

(ABD)

- A、为灭火而湿损的货物；
- B、为将“大鱼”号拖至避难港而发生的拖航费用；
- C、失火烧毁的货物；
- D、在避难港发生的港口费用。

2、单独海损 (Particular Average) ★

(1) 单独海损 (**Particular Average**) 是指货物在运输过程中由海上危险和外来风险引起的不属于共同海损的部分损失。例如货物在运输途中遭遇暴风雨，被海水浸泡所造成的损失。单独海损只涉及船舶或货物一方的利益，只能由受损方自己承担损失，不能要求航海中的各利害关系方共同分摊。

(2) 共同海损与单独海损之间的区别：

- ① 发生的原因不同。共同海损是有意采取的措施造成的；而单独海损则是由偶然的意外事件造成的。
- ② 涉及的利益方不一样。共同海损是为船货各方的共同利益所受的损失；而单独海损则只涉及损失方个人的利益。
- ③ 后果不同。共同海损应由受益各方分摊；而单独海损则由损失方自己承担。

（三）救助费用

救助费用（Salvage Charges）是指货物在运输途中遇到承保范围内的风险，由保险人和被保险人以外的第三者实施救助行为，由被救方付给救助方的报酬。与施救行为相比，救助行为的特点为“他救”。救助费用只要属于承保范围，保险人就负责赔偿。

1、海上救助需要通过签订救助合同来进行。救助合同一般采取两种形式：一种为雇佣性救助合同；另一种为“无效果，无报酬”的救助合同。前者无论救助是否有效，均应按照约定支付救助费用；后者则只在救助有效时才支付救助费用，如果救助无效就不付报酬。目前，国际上大多采用“无效果，无报酬”的原则给付救助费用。但是，自1980年以来情况有所变化，为了保护海洋环境、维护人类生命健康，鼓励对造成油污的船舶或对装载石油的船舶进行救助，即使救助不成功，救助人也索取合理费用。

（1）救助行为往往与共同海损联系在一起，如果为了船舶和货物的共同安全而要求第三者救助，则该项救助费用就属于共同海损费用，应由受益各方按比例分摊。

（2）救助费用必须小于被救财产的价值才有实际意义，因此，保险人对保险标的的损失和救助费用的赔偿总额不得超过一个保险金额。这一点与施救费用是不同的。

【习题】

Eg2: 甲船在海上遭遇恶劣天气，逆风行驶，航速剧减，船舶在海上航行日数意外增加，船上配载的按正常情况足够该次航程使用的燃油消耗过多，剩余部分已经不足以行驶到原目的港。于是，船长下令改变航道，驶往就近港口避难加油。下列说法正确的是（D）

- A、甲船实际存在的危险并非紧迫的危险；
- B、甲船为此多花的费用属于单独海损；
- C、甲船燃油不足是因为事先准备不足构成船舶不适航；
- D、甲船为此多花的费用属于共同海损。

2、救助费用与施救费用：

（1）施救主要由被保险人或其代理人、受雇佣人实施的，而救助则是由被保险人或其代理人、保险人以外的第三人实施的。

（2）施救费用：亦称营救费用，是指被保险货物在遭遇承保范围内灾难事件时，被保险人或其代理人、雇用人为避免、减少损失采取各种抢救、防护措施时所支付的合理费用。保险人对施救费用的赔偿金额不得超过保险合同所载明的保险金额。保险标的受损，经被保险人进行施救，花了费用但并未奏效，保险标的仍然全损，保险人对施救费用仍予负责。

（3）救助费用：是指被保险标的遭遇保险责任范围以内的灾害事故时，由保险人和被保险人以外的第三者采取救助行为，对于此种救助行为，按照国际法规规定，获救方应向救助方支付相应的报酬，所支付的该项费用，被称为救助费用，它属于保险赔付范围。

（4）事实上，施救费用和救助费用都可以由保险公司赔付，只是对保险标的本身和施救费用赔付的总金额是一定的，不得超过保险金额。

（四）特别费用

特别费用（Particular Charges）亦称“单独费用”，是指船舶在海上航行遇到海难后，为了保护货物的安全，在中途港或避难港支付的卸货、存仓、重装及续运货物等费用。特别费用实际上属于单独海损的从属费用。一般情况下，如果保险人对单独海损负责赔偿，对特别费用亦应赔偿。

（五）额外费用

额外费用（Extra Charges）是指为了向保险人索赔，证明损失成立而发生的费用。如检验费、公证费等。一般情况下，除非双方对额外费用事先另有协议，只有在索赔成立时，保险人才对额外费用承担赔偿责任。

三、保险单

（一）与货物运输有关的保险单主要有以下几种：

- 1、定值保险单，指载明保险标的的约定价值的保险单，该价值就是保险公司在保险事故发生后的赔偿价值。
- 2、航程保险单，指以一次或者多次航程为期限的保险单。航程保单中通常定有“运输条款”或者“更改条款”。
- 3、流动保险单，指保险人与被保险人就总的承保条件，如承保风险、费率、总保险金额、承保期限等事先予以约

定，细节留待以后申报的保单。

4、预约保险单，又称开口保单，与流动保单类似，只是在保单中未规定保险金额。承保货物一经启动，被保险人**通知**（前提）保险人后，保单自动生效。

5、重复保险单，指被保险人在同一保险期间内与数个保险人就同一保险利益、同一保险事故分别订立数个保险合同，但是重复保险合同的总额不得超过保险标的的价值。

6、保险凭证，是一种简约式保险合同。通常仅载有正式保险单正面所具有的条款，如被保险人的名称、保险货物名称、运输工具种类与名称、投保别、保险期限、保险金额等，而对正式保单背面有关被保险人和保险人权利义务的规定则不予刊登。

关于保险凭证的法律效力问题，共有三种做法：

（1）视保险凭证具有保险单的效力，如美国；（2）除非合同中有明确规定，否则不承认保险凭证具有保险单的效力，如英国；（3）折中态度，如果国际法协会 1932 年《华沙——牛津规制》。

四、保险责任期间

保险期间在保险条款中也称为“**责任起讫**”（**Commencement and Termination of Cover**），指保险人承担保险责任的开始和终止期限。我国《海洋货物运输保险条款》对保险人的责任起讫区分正常运输和非正常运输两种情况作出规定。

（一）正常运输情况下的保险责任起讫

正常运输是指按正常的航程、航线行驶并停靠港口，包括途中正常的延迟和正常的转船的运输。在正常运输情况下，保险人的责任起讫适用“**仓至仓条款**”，又称“**运输条款**”。该条款规定保险人的责任期间为：

- ① 自被保险货物运离保险单所载明的启运地仓库或储存处所开始运输时起，直至该项货物运到保险单所载明的目的地收货人的最后仓库或储存处所为止。
- ② 如果被保险货物运抵卸货港并全部卸离海轮后，并未进入收货人的最后仓库或储存处所，则以被保险货物在最后卸货港全部卸离海船后满六十天为止；以上两种情况，以首先出现者为准。
- ③ 如果被保险货物在目的港卸货后，并未运往最后仓库，而由收货人进行分配、分派或者分散转运，保险人的保险责任即于此时终止。
- ④ 如果保险单上载明的目的地为内陆的某一地点，收货人提货后，在内陆运输途中将货物进行分配、分派或者分批转运，保险人的保险责任亦于此时终止。

第③、④两种情况，也受被保险货物全部卸离海轮后满 60 天的限制，即在被保险货物全部卸离海轮后，发生上述情况之前，60 天期限届满，则保险责任先行终止。

（二）非正常运输情况下的保险责任起讫

非正常运输是指在运输过程中遇到被保险人无法控制的情况，致使被保险货物不能运往原定的卸货港而在途中被迫卸货、重装或转运，以及由此而发生的运输延迟、绕航或运输合同终止等情况。保险人保险责任的起讫一般适用“**扩展责任条款**”又称“**运输契约终止条款**”。其主要内容是：

- （1）被保险人应及时将有关情况通知保险人，在酌情加缴保险费后，保险单继续有效。
- （2）被保险货物如在非保险单所载明的目的地出售，保险责任至交货时终止，但不论任何情况，均以被保险货物在卸货港全部卸离海轮满 60 天为止。
- （3）被保险货物如在上述 60 天期限内继续运往保险单所载明的原目的地或其他目的地时，保险责任至被保险货物到达保险单所载明的收货人的最后仓库或储存处所，或者开始向非保险单所载明的目的地转运时为止。

（了解）

上述责任期间的规定不适用于战争险。战争险的责任起讫不按“仓至仓条款”处理，而是限于水上危险或运输工具上的危险，原则上从货物装上海轮或驳船时开始负责，到卸离海轮或驳船时为止。具体规定如下：

- ① 保险责任自被保险货物装上保险单所载明的起运港的海轮或驳船时开始，到卸离保险单所载明的目的港的海轮或驳船时终止。如果被保险货物不卸离海轮或驳船，则保险责任最长期限以海轮到达目的港的当日午夜起算满 15 天为限。以上两种情况以先发生者为准。
- ② 如果货物需要在中途转船，则不论货物在当地卸载与否，保险责任都在海轮到达该港或卸货地点当日午夜起算满 15 天终止，待货物装上续运的海轮时恢复有效。
- ③ 如果被保险货物的运输契约在保险单所载明的目的地以外的地点终止，该地即视为本保险的目的地，并按上述第①项的规定终止保险责任。如需再运往原目的地或其他目的地时，在被保险人于续运前通知保险人并加缴保险费的情况下，从被保险货物装上续运的海轮或驳船时，保险合同重新生效。

④如运输发生绕航、改变航程或承运人运用运输契约赋予的权限所作的任何航海上的改变，在被保险人及时将获知的情况通知保险人，在必要时加缴保险费的情况下，保险合同继续有效。

五、保险的索赔与理赔

（一）索赔的程序

保险的索赔是指在被保险货物遭受损失后，被保险人依据保险合同向保险人要求赔偿损失的行为。被保险人获悉被保险货物受损后，既或以直接以书面形式向保险人或其代理人提出赔偿要求，也可以委托代理人提出赔偿要求。

但是，索赔必须在规定的时效期间内进行。我国《海商法》第 264 条规定：根据海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求权，时效期间为 2 年，自保险事故发生之日起计算。我国的《海洋运输货物保险条款》规定，海洋运输货物保险的索赔时效为两年，自被保险货物的最后卸货港卸离海轮之日起算。索赔时效同时也是诉讼时效，只有在索赔时效内提起诉讼或申请仲裁，被保险人的权利才能得到保护。

● 海上货物运输保险的索赔程序包括：

1、损失通知

被保险人一旦得知或发现保险标的遭受损失，应立即通知保险人。该项通知一经发出，即表明索赔行为已经开始，不再受保险索赔时效的限制。这里的“立即通知”应当理解为毫不迟延地、及时地进行通知。我国海洋运输货物保险条款规定，被保险人应当在保险责任终止之日起 **10 天内**发出货损通知。逾期通知，保险人原则上有权拒绝赔偿。

（原则上可以拒绝，但提出合理理由即可）

2、申请检验

被保险人在向保险人发出损失通知的同时，也应向保险人提出货损检验申请。检验申请也必须在保险责任终止之日起 **10 天内**提出。通常情况下，出口货物的检验，委托国外代理人进行并由他们出具检验报告；进口货物由保险人和被保险人联合进行检验并出具联合检验报告。检验报告只是确定货物损失的原因并鉴定货物损失的性质、范围和程度的证明文件，不能确定该项损失是否属于保险责任范围之内以及保险人是否应予赔偿。检验费用，一般由被保险人或收货人预付。如经证明货物的损失属于保险责任范围，保险人应偿还检验费用；如不属于保险责任范围，则检验费用原则上被保险人承担。

3、向责任方索赔

被保险人在目的港提货时发现货损货差时，除向保险人报损和申请检验外，还应当及时向承运人、受托人以及海关、港务当局索取货损货差证明。

4、合理施救

当被保险货物因承保范围内的危险受损时，被保险人有义务迅速采取合理的抢救措施，以防止损失的扩大。如果被保险人未能履行施救义务而影响保险人的利益，保险人有权对有关的损失拒绝赔偿。

5、提交索赔单证

我国《海洋运输货物保险条款》规定，被保险人索赔时，必须提供下列单证：保险单正本、提单、发票、装箱单、磅码单、货损货差证明、检验报告及索赔清单。如涉及第三者责任，还须提供向责任方追索的有关函电及其他必要的单证或文件。

（二）理赔的程序

保险人处理保险索赔案的全过程称为理赔。理赔的程序包括：

1、立案登记

保险人接到被保险人的损失通知后，应立即核查保险底单，建立该保险的赔偿档案。

2、查勘检验

保险人在收到被保险人的损失通知后，应立即派员赴现场进行查勘检验。对于出口货物，也可由保险人在国外的理赔代理人就近进行查勘检验。

3、审核责任

保险人在收到被保险人提供的全部索赔单证后，应逐一进行核对查实，以决定应否进行赔偿以及如何确定赔偿金额。审核内容主要包括：

（1）审核保险合同的有效性和合法性。

（2）审核被保险人对保险标的是否具有保险利益。

（3）根据“近因原则”确定导致货物损害的原因。只有保险标的的损失是由于承保范围内的危险所造成时，保险人才负责赔偿。

- (4) 审定保险责任。
- (5) 审定保险期限。
- (6) 审定被保险人义务的履行。审查被保险人是否履行了规定的义务。

4、确定并支付赔偿

保险人经审核认为被保险货物的损害属于承保范围的，应当依照保险合同的规定支付保险赔偿金。

5、处理残存货物

在赔付全部损失后，保险人可以取得保险标的的全部或部分权利。保险人可以基于自己已经获得的权利，对残存货物进行处理。

六、被保险人的义务

- (1) 支付保险费；
- (2) 如实申报；
- (3) 及时提货；
- (4) 保全货物；
- (5) 通知；
- (6) 索赔。

第二节 国际海上保险法律制度（重点）

一、保险条款与险别

国际上货物运输保险承保责任范围的大小，与投保的不同险别有着密切的关系。保险险别是确定保险人赔偿责任范围的依据，也是计算保险费的根据。目前，各国保险公司都将国际海上货物运输保险的险别分为两大类：**基本险和附加险**。

基本险可以单独投保，附加险不能单独投保，只能在投保基本险的基础上，根据货物运输的实际需要加保。附加险又可分为**一般附加险、特别附加险和特殊附加险**三类。每一类中，又包括众多的条款。

各国保险公司都制定有自己的海上货物运输保险条款，各种保险条款的保险险别所确定的保险范围也各不相同。英国伦敦保险协会制定的“协会货物条款”在国际上影响最大，很多国家的保险公司直接适用该条款。目前，我国保险公司除适用上述条款外，还经常使用中国人民保险公司制定的海洋运输货物保险条款。下面分别予以介绍。

（一）我国海洋运输货物保险条款

根据中国人民保险公司 1981 年 1 月 1 日修订的《海洋运输货物保险条款》的规定，保险险别可分为基本险（主险）和附加险两大类。基本险可以单独投保，附加险不能单独投保，它承保由于外来原因所造成的损失，必须在投保某种基本险后才能加保。

基本险	—	平安险：全部损失 + 共同海损 + 部分损失（单纯自然灾害引起的单独海损不负赔偿责任）
	—	水渍险：平安险 + 单纯自然灾害引起的单独海损
	—	一切险：水渍险 + 11 种一般附加险
附加险 (外来原因)	—	一般附加险：11 种险
	—	特别附加险
	—	特殊附加险

1、基本险

基本险包括平安险、水渍险和一切险三种。（按照承保由小到大排列）

上述**三种基本险**中，平安险承保责任最小，水渍险承保范围较大，一切险保险责任最大。但投保了一切险，并不意味着一切损失都可以得到补偿，对因货物的特性、自然损耗、运输延迟、战争、罢工以及被保险人的故意或过失所造成的损失，保险人都不负责赔偿。

（1）平安险

平安险（**Free from Particular Average 简称 FPA**），其英文意思为“**单独海损不赔**”，保险人只对全部损失和共同海损负责。实际上，随着国际航运和国际贸易的发展，平安险的保险责任现已超出了这一范围，保险人对由于某些特定原因引起的部分损失也负责赔偿，仅对由于自然灾害造成的单独海损不负赔偿责任。（全部海损、共同海损和部分海损）

平安险的责任范围包括：

- A、被保险货物在运输过程中由于恶劣气候、雷电、海啸等自然灾害造成整批货物的全部损失或推定全损；
- B、由于运输工具遭受触礁、沉没、互撞等意外事故造成货物的全部或部分损失；
- C、在运输工具已经发生触礁、沉没、焚毁等意外事故的情况下，货物在此前后又在海上遭受恶劣气候、雷电等自然灾害所造成的部分损失；
- D、在装卸或转运时，由于一件或数件整件货物落海造成的全部损失或部分损失；

E、共同海损的牺牲、分摊和救助费用；

F、运输工具遭遇海难后，在避难港由于卸货引起的损失以及在中途港、避难港由于卸货、存仓以及运送货物所产生的特别费用；

G、被保险人对遭受承保范围内危险的货物采取抢救、防止或减少货损的措施而支付的合理费用，但以不超过该批被救货物的保险金额为限；

H、运输合同中订有“船舶互碰责任”条款，根据该条款规定应由货方偿还船方损失。

【习题】

Eg3: 平安险是中国人民保险公司海洋货物运输保障的主要险别之一。下列哪一损失不能包括在平安险的责任范围之内？(B)

A、被保险货物在运输途中由于自然灾害造成的全部损失；

B、被保险货物在运输途中由于自然灾害造成的部分损失；

C、共同海损的牺牲分摊；

D、共同海损的救助费用；

Eg4: 有一批货物投保了平安险，分两只船装运，一起运至目的港。由于航行过程中遭遇暴风雨的袭击，甲船的货物因船身倾覆进水而发生部分损失，而乙船则与另一船相碰，船上的货物也发生了部分损失。对于上述损失，下列说法正确的是 (BC)

A、保险公司应对甲船的货物损失予以赔偿； B、保险公司不对甲船的损失予以赔偿；

C、保险公司应对乙船的货物损失予以赔偿； D、保险公司不对乙船的货物损失予以赔偿

(2) 水渍险

水渍险 (With Particular Average 简称 WPA 或 WA)，其英文意思是“对单独海损负责赔偿”，即对平安险不负责任的部分损失也负赔偿责任。水渍险的责任范围是在平安险的各项责任的基础上，加上被保险货物由于恶劣气候、雷电、地震等自然灾害所造成的部分损失。

(3) 一切险

一切险 (All Risk 简称 AR)，其责任范围除包括平安险、水渍险的责任外，还包括被保险货物在运输途中由于外来原因所造成的全部或部分损失。应当注意的是，一切险保险责任中所指的“外来原因”并非指运输途中的一切外来风险，而是仅以一般附加险的十一种风险为限，即偷窃提货不着险；淡水雨淋险；短量险；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；锈损险。但不包括特殊附加险和特别附加险。简言之，一切险的保险范围是平安险、水渍险和一般附加险的总和。

2、一般附加险

一般附加险 (General Additional Risks) 承保由于外来原因造成的货物的全部或部分损失。这里所谓“外来原因”是指与海上自然灾害或者运输工具无关的因素。我国海洋运输货物保险承保的一般附加险有十一种。

(1) 偷窃、提货不着险

主要承保在保险有效期内，被保险货物由于偷窃行为，以及货物运抵目的地后整件未被收货人提取所造成的损失。保险条款中所指的“偷”与“窃”是有区别的：“偷”，是指整件货物被偷走；“窃”，是指包装完整的整件货物中一部分被窃取。此外，偷窃与抢劫也有区别：偷窃是暗中秘密进行的，而抢劫则是公开的、使用暴力手段的劫夺。对于后者，不属于该附加险的保险责任范围。保险条款中所指的“提货不着”是指收货人在目的地未能提取整件货物或全部货物。如被保险货物由于偷窃行为受到损失，被保险人必须向责任方、港务机关、海关或有关当局索取证明，否则保险人不负责赔偿。

(2) 淡水雨淋险

承保被保险货物因直接遭受雨淋或淡水浸泡所造成的损失。淡水所致损失包括船上淡水舱或水管漏水、船舶内水汽凝集而成的舱汗造成货物的损失；雨淋则包括雨水、冰雪融化所造成的货物的损失。被保险人依据淡水雨淋险提出索赔时，应证明包装外部有淡水或雨水痕迹。

(3) 短量险：承保货物在运输过程中发生数量短少和重量短缺的损失。

(4) 混杂、沾污险：承保被保险货物在运输过程中，因混进杂质或者与其他物质相接触而被沾污造成的损失。

(5) 渗漏险：承保流质、半流质和油类货物由于容器损坏而引起的渗漏损失，以及用液体储装的货物因液体渗漏而发生腐烂、变质的损失。

(6) 碰损、破碎险：承保货物在运输途中，因震动、碰撞、受压造成的碰损和破碎损失。

(7) 串味险：承保货物因受其他物品气味的影响而引起的串味、变味损失。

(8) 受潮受热险：承保货物在运输途中，因气温突然变化或由于船上通风设备失灵致使船舶内水气凝结，引起货

物发潮或发热，造成霉烂、变质或溶化的损失。

(9) 钩损险：承保货物在运输、装卸过程中，因使用钩子等工具致使外包装破漏造成货物外漏或货物被直接钩破的损失，以及对包装进行修补或调换所支付的费用。

(10) 包装破裂险：承保货物因装运不慎使包装破裂造成货物的短少、沾污、受潮等损失，以及为了安全续运对包装进行修补或调换所支付的费用。

(11) 锈损险：承保货物在运输途中因生锈而造成的损失。

3、特别附加险

特别附加险 (**Special Additional Risk**) 与一般附加险不同之处有两点：一是一般附加险包括在一切险的承保范围内，投保了一切险，就不必加保一般附加险；而特别附加险不包括在一切险责任范围以内，必须由投保人提出申请，经保险人特别同意，保险人才予以承保。二是导致特别附加险的货物损失原因往往同政治、国家行政管理以及一些特殊的风险相关连。两者的相同点是：都不能单独投保，必须在投保了某种基本险后进行加保。

我国现行的特别附加险主要有以下六种：

(1) 交货不到险

其保险责任是：自被保险货物装上船舶时开始，满六个月仍未能运抵约定的目的地交货，不论由于何种原因引起，保险人将按全部损失赔付，但该货物的全部权益应转移给保险人。

与提货不着险不同，造成交货不到的损失往往多由政治上的原因所引致，例如货物被另一国家在中途港强迫卸货、禁运等。而提货不着险只对因运输上的原因导致整件货物提货不着的损失负责。交货不到险与提货不着险和战争除法的责任范围有交叉，因此，所有提货不着险和战争险负责赔偿的损失，不包括在交货不到险的责任范围之内。

为了与提货不着险相区别，交货不到险要求被保险人持有进口所需要的一切许可证，以避免发生因无证不准进口而产生的交货不到损失。因未申领进口许可证不能进口所导致的交货不到，保险人不予赔偿。

一旦发生了交货不到的损失，保险人在按全部损失赔偿以后，有权取得对该项货物的全部权益，因为交货不到很可能只是由于禁运而造成的，而货物并未遭受实际全损。

(2) 进口关税险

进口关税险 (**Import Duty Risk**)，承保由于货物受损，但仍需按完好价值缴纳进口关税所造成的损失。对于受损货物征收进口关税的方法，各国规定不一。有些国家规定可以酌情减免关税；有些国家则不论货物是否受损，一律按货物的完好价值十足计税。进口关税险就是承保因被保险人按完好价值缴纳关税所引起的损失。进口关税险的保险金额根据被保险人本国进口关税税率来确定。在实务中，进口关税险的保险金额一般按发票金额的几成确定。进口关税险的保险金额与货物的保险金额应分别载明于保险单内，在发生关税损失时，保险人只在该保险金额限度内赔付。保险人对进口关税的赔偿只限于被保险人就货物损失部分应缴纳的关税。

(3) 舱面险

舱面险 (**On Deck Risk**) 承保装载于舱面的货物因被抛弃或被风浪冲击落水所造成的损失。海陆运输货物按照惯例都是装载在舱内的，对装载在舱面上的货物所受到的损失，保险人不负责赔偿。但有些货物由于体积大、有毒性、有污染性或是易燃易爆物品等，根据航运习惯必须装载于舱面上。舱面险就是为了满足这些需要产生的。

在集装箱运输业务中，把集装箱货物装载于舱面与装在舱面的集装箱视为舱内货物承保，不再加收保险费。

(4) 拒收险

拒收险 (**Rejection Risk**)，承保货物在进口时，不论何种原因在进口港被进口国政府或有关当局拒绝进口或没收所造成的损失。保险人一般按货物的保险价值赔偿。如果货物在起运后，进口国宣布实行禁运，保险人仅负责赔偿运回到出口国或转口到其他目的地而增加的运费，但不得超过该货物的保险价值。如果在货物发运前，进口国已宣布禁运，保险人则不承担赔偿责任。

被保险人在加保拒收险时，必须保证两点：一是被保险货物的生产、质量、包装和商品检验必须符合产地国和进口国的有关规定；二是提供一切必需的有效的进口特许证或许可证。保险人对于被保险货物由于市价跌落，或记载的错误、商标或标记错误、贸易契约或其他文件错误或遗漏所造成的被拒绝进口或没收，不负赔偿责任。

(5) 黄曲霉素险

黄曲霉素险 (**Aflatoxin Risk**)，承保某些含有黄曲霉素的食物因超过进口港对该毒素的限制标准而被拒绝进口、没收或强制改变用途而遭受的损失。如果被保险人加保了这种附加险，保险人就应对这种损失负责赔偿。实际上这是一种专门原因的拒收险。

(6) 出口货物到香港（包括九龙在内）或澳门存仓火险责任扩展条款

根据“出口货物到香港（包括九龙在内）或澳门存仓火险责任扩展条款”，我国出口到港澳地区的货物，如果直接卸到保险单载明的过户银行所指定的仓库时，则延长存仓期间的火险责任。

该保险主要是为了保障过户银行的利益，货物的卖方是通过银行办理压汇的，在收货人向银行赎单前，货物的权益属于银行，因此在保险单上必须注明货物过户给放款银行。在此阶段，货物即使到达目的港，收货人也无权提货。该条款只适用于运输到港澳，并且在我港澳银行办理押汇的出口货物保险。

4、特殊附加险

特殊附加险（**Specific Additional Risk**）与特别附加险一样，不属于一切险责任范畴。它包括以下几种。

（1）战争险

战争险（**War Risk**），主要承保直接由于战争、类似战争行为和敌对行为、武装冲突或海盗行为所致的损失；由于上述行为引起的捕获、拘留、禁制、扣押所造成的损失；各种常规武器，包括水雷、鱼雷、炸弹所致的损失；以及战争险责任范围引起的共同海损的牺牲、分摊和救助费用。但是，对于敌对行动使用原子和核武器造成的损失和费用，基于执政者、当权者或任何其他武装集团扣留、限制和扣押造成的承保航程损失或落空提出的索赔，保险人不予赔偿。

（2）战争险的附加费用

战争险的附加费用（**Additional Expenses—War Risks**），承保战争险责任范围内的风险引起的附加费用。

（3）罢工险

罢工险（**Strikes Risk**）的责任范围是：因罢工者、被迫停工工人、参加工潮、暴动和民众斗争的人员采取行动造成保险货物的直接损失；或者任何人在罢工期间的恶意行为造成的直接损失；以及由于上述行动或行为所引起的共同海损的牺牲、分摊和救助费用。

罢工险条款明文将由于罢工引起的货物的间接损失排除在赔偿责任之外。对于罢工期间由于劳动力短缺或有能运用等原因所致的保险货物的损失，包括由此而引起的动力或燃料缺乏使冷藏机停止工作所致的冷藏货物的损失，保险人不承担赔偿责任。

根据保险业的习惯做法，罢工险往往与战争险同时投保。若被保险人已投保了战争险，再根据需要加保罢工险时，保险人一般不加外增加保险费。如果被保险人只投保罢工险，则要按战争险费率缴付保险费。

【习题】

Eg5: 中国某公司向欧洲出口啤酒花一批，价格条件是每吨 CIF 安特卫普欧元。货物由中国人民保险公司承保，由“罗尔西”轮承运，船方收货后签发了清洁提单。货到目的港后发现啤酒花变质，颜色变成深棕色。经在目的港进行的联合检验，发现货物外包装完整，无受潮受损迹象。经分析认为该批货物是在尚未充分干燥或温度过高的情况下进行包装的，以致在运输中发酵造成变质。据此，下列表述正确的是？（BC）

- A、收货人应向承运人索赔，因为其签发了清洁提单；
- B、收货人应向发货人索赔，因为该批货物在装船前就有品质问题；
- C、承运人对变质可以不承担责任，因为承运人对于货物的固有缺陷可以免责；
- D、承运人对变质应承担赔偿责任，因为承运人在运输中有谨慎管理货物的义务。

（二）除外责任

我国海洋运输货物保险条款明文将某些原因造成的被保险货物的损失排除在承保范围之外，这些原因一般都是非意外、非偶然性的或比较特殊的风险。我国《海洋运输货物保险条款》规定，适用于平安险、水渍险和一切险三种基本的除外责任是：

- 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、特性以及市场跌落、运输延迟所引起的损失或费用；
- 5、属于海洋运输货物战争条款和罢工险条款规定的责任范围和除外责任。

对于战争险条款和罢工险条款的除外责任前面已作了介绍。

（三）委付和代位求偿

1、委付：指在发生保险标的推定全损的情况下，被保险人明确表示将该保险标的一切权利转移给保险人，而请求保险人赔偿全部保险金额的法律行为。委付是被保险人的单方行为，保险人有权选择接受或拒绝。

2、代位求偿：指保险人承保的保险标的所发生的保险事故是由第三人造成的，保险人根据保险合同先补偿被保险人的损失后，可以代位行使被保险人对第三人请求赔偿的权利。

第六章 国际贸易支付法律制度

第一节 国际贸易支付工具

1、国际贸易支付工具是指买卖双方之间进行货款支付所采用的手段。

2、国际贸易支付工具主要包括**货币和票据**。

一、支付货币

1、国际货物买卖合同中规定的支付货币可能是进口国的货币、出口国的货币或者第三国的货币。

2、以上取决于下列因素：

(1) 货币是否可以自由兑换； (2) 货币的币值是否稳定； (3) 政治风险； (4) 行业习惯。

二、票据

(一) 票据的概念

票据是指由出票人签发的，承诺本人或委托他人在指定日期，无条件支付特定款项的书面凭证。通常包括**本票、汇票和支票**。

(二) 票据法律体系

1、法国法系。1673年，法国《商事条例》

2、德国法系。1871年，德国公布了《票据法》，它注重票据的流通作用和作为信贷工具的职能。

3、日内瓦票据法公约体系

(1) 1930年《日内瓦统一汇票、本票法公约》；

(2) 1931年《日内瓦统一支票法公约》

4、英美法系票据法体系

(三) 票据的特征

1、票据是完全的有价证券；

2、票据是无因证券；

3、票据是要式证券；

4、票据是文义证券；

5、票据是流通证券；

(四) 票据的种类

各国的票据法或有关法律对票据的规定不尽相同。法国和德国法律认为，票据只包括汇票和本票两种，不包括支票；日本商法典明确规定，票据包括汇票、本票和支票三种。

1、汇票

汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的一种书面命令；

(1) 汇票的出票及出票的法律效力

▪ 出票包括两个行为：

① 第一、由出票人制作汇票并在其上签名；

② 第二、将汇票交给收款人，即“自愿转移对汇票的占有”。

▪ 汇票的最初三个当事人，即出票人、受票人和收款人。

▪ 出票行为产生以下效力：

a、对出票人而言，出票使出票人成为票据的第二债务人，如果票据被拒绝承兑或拒付，则出票人必须对收款人及其他正当持票人承担支付汇票金额的义务；

b、对收款人而言，出票使他可以享受汇票的权利，他可以要求支付汇票金额，也可以放弃这一权利，还可以将汇票转让，但收款人须遵守有关背书、提示、发出拒付或拒绝承兑通知、时效等法律规定；

c、在票据的原始当事人之间，即同为基础法律关系的当事人之间，买卖合同中买方的支付义务暂时停止履行，将由汇票上的权利义务替代，在汇票到期时才履行；

d、对受票人而言，汇票无任何的约束力，受票人无义务付款，除非他承兑了汇票。

(2) 内容：

a、“汇票”字样：**bill of exchange**；

b、无条件支付命令: **Pay to or Please pay to** ; c、确定的金额: 允许附带利息条款; d、付款期限: 即期付款和远期付款; e、付款地点; f、付款人; g、收款人: 记名汇票; 指示汇票; 无记名汇票; h、出票日期、出票地和出票人签字;

(3) 汇票的种类:

- a. 按出票人的不同, 可以分为商业汇票和银行汇票;
- b. 按承兑人的不同, 可以分为商业承兑汇票和银行承兑汇票;
- c. 按付款期限的不同, 可以分为即期汇票和远期汇票;

(4) 汇票的票据行为:

- a. 出票: 指出票人依照法定样式制作票据并交付于受款人的行为, 包括制作和交付两种行为;
- b. 背书: 指持票人在汇票背面或粘单上签字, 并将汇票交予他人, 以转让票据权利的行为;
- c. 承兑: 指远期汇票的付款人接受出票人委托承诺在汇票到期日付款, 并以文字记载于票面上的票据行为;
- d. 保证: 指票据债务人以外的第三人对票据的出票、背书、承兑、付款等行为发生的债务予以担保的从票据行为;
- e. 付款: 指付款人在票据到期日, 向合法持票人足额付款的行为;
- f. 拒付和追索:

① 拒付: 指持票人向付款人提示, 付款人拒绝付款或者拒绝承兑, 称为拒付; 此外, 付款人逃匿、死亡或宣告破产, 以致承兑或付款在事实上已经不可能, 也称为拒付; 拒绝证书和拒付通知

② 追索: 指持票人在遭到拒付后, 向其前手要求偿付票据金额的行为。 1 年, 6 个月

2、本票

(1) 概念: 本票又称期票, 是一人向另一人签发的, 承诺自己在见票时或在指定日期或在可以确定的将来某一时间无条件支付收款人或其指定的人确定金额的书面承诺;

(2) 本票的内容: “本票”字样; 无条件支付的承诺; 付款时间; 付款地点; 收款人或其指定人; 出票日期和地点, 出票人签字和确定的金额;

(3) 本票的分类:

- a. 商业本票: 是由普通商业企业或个人开立的, 承诺见票时或到期时支付特定票款的本票;
- b. 银行本票: 是由银行签发的本票。

3、支票

支票是出票人签发的, 委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

第二节 国际贸易支付方式

1、国际贸易支付方式主要分为两大类三种:

一类是收付双方不由银行提供信用, 但通过银行办理方式, 如买方直接付款和银行托收;

另一类是由银行提供信用, 收付双方从银行得到信用保证和资金融通的便利, 如信用证, 并以信用证方式最为常用。三种: 汇付、

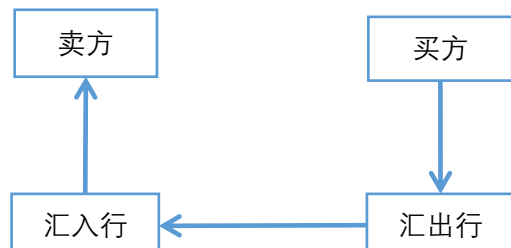
一、汇付(直接付款)

汇付又叫汇款, 是汇款人通过当地银行将款项汇入收款人所在地银行, 由该银行将款项解付给收款人的支付方式, 又称为买方直接付款方式。

(一) 汇付的当事人

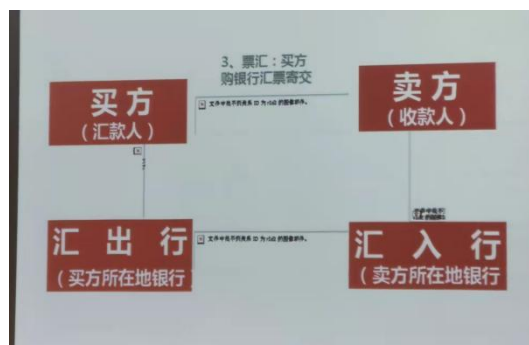
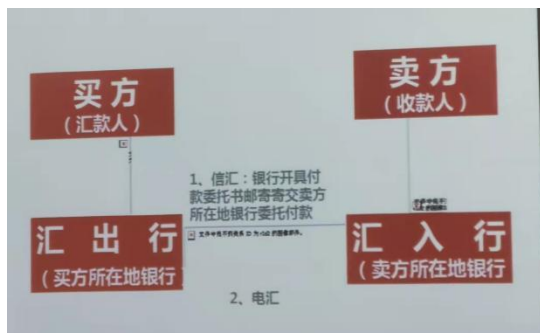
- 1、汇款人: 通常是国际贸易中的进口方;
- 2、收款人: 通常是国际贸易中的出口方;
- 3、汇出行: 通常是进口方所在地的银行;
- 4、汇入行: 通常是出口方所在地的银行;

【流程】



（二）汇付的种类

- 1、信汇（**Mail transfer, M/T**）：是汇出行应汇款人的申请，将信汇委托书寄给汇入行，委托其支付一定金额给收款人的汇款方式；
- 2、电汇（**Telegraphic transfer, T/T**）：是汇出行应汇款人的申请，拍发加押电报或电传给汇入行，指示其解付一定金额给收款人的支付方式；
- 3、票汇（**Remittance by banker's demand draft, D/D**）：票汇是汇出行应汇款人的申请，代汇款人开立的，以其分行或代理行为付款人的银行即期票据，在汇票收款人提示票据时，支付一定金额给收款人的支付方式；



（三）汇付的性质与用途

1、性质：商业信用

汇付是国际结算的当事人通过两地银行了结双方债权债务关系的一种方式，两地银行既不保证买方向卖方付款，也不保证自己首先付款，因此在汇付中没有银行信用的介入。

2、用途：汇付在国际贸易中使用较少，通常只用于小额贸易、有信誉的老客户之间的贸易结算，以及佣金、运费、保险费、赔款等非贸易结算。

二、托收

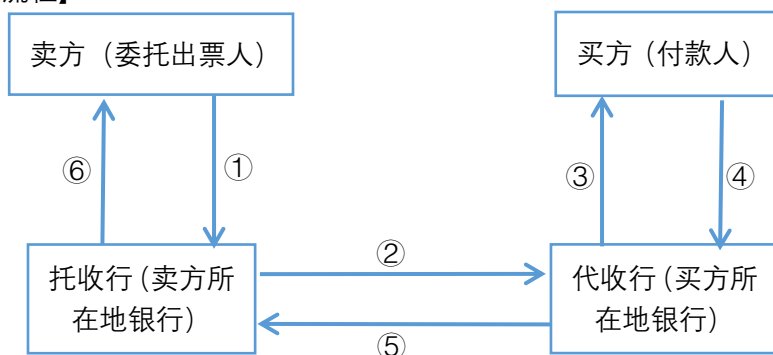
（一）托收的概念

托收一般经由银行办理，因此也叫银行托收，是指卖方（出口商）向买方（进口商）开立汇票，委托银行向买方收取货款的一种支付方式。

（二）托收的当事人

- 1、委托人：通常是国际贸易中的出口商；
- 2、托收行：通常是卖方所在地的银行；
- 3、代收行：通常是托收行的国外分行或代理行；
- 4、付款人：通常是国际贸易中的进口商；
- 5、提示行：指向付款人作出提示汇票和单据的银行

【托收流程】



（三）托收的种类

1、光票托收

指卖方仅开立金融单据，通常是汇票，不附带商业单据，委托银行向买方收款的一种托收方式；

2、跟单托收

指卖方开立以买方为付款人的汇票或其他金融票据，连同发票、装运单据等商业票据交给银行，委托其向买方收取货款的一种托收方式。

(1) 付款交单 (**Document Against Payment, D/P**) : 指受委托收款的银行必须在买方付清货款的情况下, 才将商业单据交给买方的跟单托收方式;

a. 即期付款交单: 指对于即期汇票, 买方见票后必须立即支付货款才能取得单据的付款交单方式;

b. 远期付款交单: 指对于远期汇票, 买方只有在付清货款时, 才能取得单据的付款交单方式;

(2) 承兑交单 (**Document Against Acceptance, D/A**) : 承兑交单是以买方承兑为条件的, 即卖方开立远期汇票, 委托银行向买方提示, 买方承兑汇票之后就立即获得商业单据, 汇票到期时买方才需要付款的托收方式。

(四) 托收各方当事人的法律关系

1、委托人与托收行: 委托代理关系;

2、托收行与代收行: 委托代理关系;

3、委托人与代收行: 没有直接的关系;

4、代收行与付款人: 没有直接的关系;

(五) 银行的义务

1、负有及时提示的义务;

2、保证单据 (包括汇票和装运单据) 与托收指示书表面一致;

3、收到的款项在扣除必要的手续费和其他费用后必须按照指示书的规定无延迟地解交给本人;

4、无延误地通知托收结果, 包括付款、承兑、拒绝承兑或拒绝付款、拒付理由。

(六) 银行的免责

1、对货物的免责; 2、对被指示方的免责; 3、对单据的免责;

4、对信息传递和翻译的免责; 5、不可抗力免责。

【题目】

Eg1: 中国太宏公司与希腊莱昂公司签订了出口 1000 吨水果的合同, 价格术语为 CFR 里昂, 规定货物可有 6% 的溢短装, 付款方式为银行托收付款交单 (D/P)。卖方实际装船 995 吨, 船长签发了清洁提单。货到目的港后经希腊莱昂公司验收后发现水果总重短少 8%, 且水果的质量也与合同规定不符。希腊公司拒绝付款提货, 并要求减价。后来水果全部腐烂。关于本案, 依国际商会《托收统一规则》, 下列选项哪些是正确的? (CD)

A、当希腊莱昂公司拒绝付款赎单时, 代收行应当主动提货以减少损失;

B、当希腊莱昂公司拒付时, 代收行应当主动制作拒绝证书, 以便收款人追索;

C、如损失是因代收行没有执行托收行的指示造成的, 托收行无须向委托人承担责任; (对被指示方免责)

D、本案采用的是跟单托收的付款方式。

Eg2: 修帕公司与维塞公司签订了出口 200 吨农产品的合同, 付款采用托收方式。船长签发了清洁提单。货到目的港后经检验发现货物质量与合同规定不符, 维塞公司拒绝付款提货, 并要求减价。后该批农产品全部变质。根据国际商会《托收统一规则》, 下列哪一选项是正确的? (C)

A、如代收行未执行托收行的指示, 托收行应对因此造成的损失对修帕公司承担责任;

B、当维塞公司拒付时, 代收行应当主动制作拒绝证书, 以便收款人追索;

C、代收行应无延误地向托收行通知维塞公司拒绝付款的情况;

D、当维塞公司拒绝提货时, 代收行应当主动提货以减少损失。

三、信用证 (重点考点, 看书)

(一) 信用证的概念

信用证 (**Letter of credit, L/C**) 是指开证行根据开证申请人的请求和指示, 向受益人开立的在一定条件下首先付款的书面约定或凭证。

(二) 信用证的性质

由此可见, 信用证是一种银行信用, 由开证行以自己的信用作出付款保证, 信用证结算的款项一般不是现款的转移, 而通常是帐面的划拨。因此, 开证行实际贷出的是信用而非资金, 其特点是在符合信用证规定的条件下, 由开证行取代买方承担了作为第一付款人的义务, 这是信用证不同于托收的重要特点。

(三) 法律依据

国际商会《跟单信用证统一惯例》(UCP600), 国际商会为明确信用证有关当事人的权利、责任、付款的定义和术语, 减少因解释不同而引起各有关当事人之间的争议和纠纷, 调和各有关当事人之间的矛盾, 于 1930 年拟订一套《商业跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits), 并于 1933 年正式公布。

以后随着国际贸易变化国际商会分别在 1951 年, 1962 年, 1974 年, 1978 年, 1983 年、1993 年进行了多次修订, 称为《跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits), 被各国银行和贸易界所广泛采用, 已成为信用证业务的国际惯例。

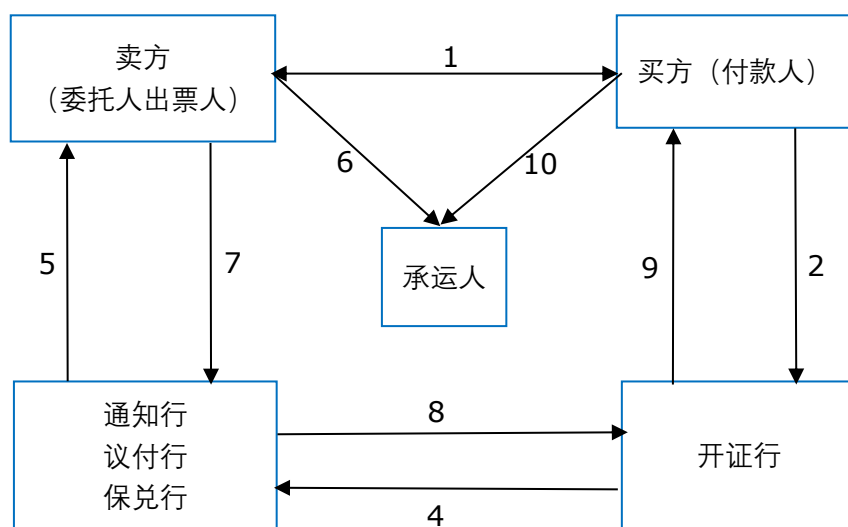
但其本身不是一个国际性的法律规章。《跟单信用证统一惯例(1993 年修订本)》第 500 号出版物使用十余年后, 从 2007 年 7 月起, 被《跟单信用证统一惯例(2007 年修订本)》第 600 号出版物所代替, 简称为《UCP600》。

(四) 信用证的当事人

- 1、开证申请人 (**Applicant**) : 即申请银行开立信用证的人, 通常是买方。
- 2、开证行 (**Issuing bank**) : 指接受开证申请人委托, 开立信用证的银行, 通常是开证申请人所在地的银行。
- 3、通知行 (**Advising bank**) : 是受开证行委托将信用证通知受益人的银行, 通常与受益人同地。作为开证行的代理人, 通知行应合理谨慎地审核信用证的表面真实性。
- 4、受益人 (**Beneficiary**) : 是享有信用证规定的金额或利益的人, 通常是卖方。

以上是所有信用证都必须涉及的当事人, 此外应受益人要求, 还可能出现:

- 5、议付行 (**Negotiation bank**) : 是被授权买入或贴现受益人交来的跟单汇票的银行, 可以是通知行, 也可以是指定的其他银行。如任何一家银行都可议付, 则称为自由议付。跟单汇票一经议付, 议付行就成为汇票的合法持票人, 享受票据法对合法持票人的保护。
- 6、保兑行 (**Confirming bank**) : 是根据开证行的邀请, 在信用证上加具保兑 (confirm), 对受益人承担与开证行同样责任的银行。它常是出口地信誉较好的银行, 通常由通知行充当。



(五) 信用证的分类

- 1、根据开证行的责任分为:

(1) 不可撤销信用证 (**Irrevocable L/C**) :是指信用证一经开出, 在有效期内, 未经受益人、开证人及保兑行 (如果有) 的同意, 开证行不得片面修改或撤销信用证的规定和承诺;

(2) 可撤销信用证 (**Revocable L/C**) :是指开证行可以不经受益人的同意, 也不必事先通知受益人, 有权随时予以修改或撤销的信用证;

- 2、根据是否有另一家银行保兑, 可以分为:

(1) 保兑信用证 (**Confirmed L/C**) : 指开证行开出的信用证, 由另一家银行对符合信用证条款规定的单据履行付款义务;

(2) 不保兑信用证 (**Unconfirmed L/C**) :指没有经过另一家银行加具保兑的信用证;

- 3、根据信用证的付款时间:

(1) 即期信用证 (**Sight Payment L/C**) :指开证行或付款行收到符合信用证要求的单据时就必须立即付款的信用证;

(2) 延期信用证 (**Deferred Payment L/C**) :指在受益人提交符合信用证要求的单据后, 经过一定的时间, 银行才需要付款的信用证;

(3) 承兑信用证 (**Acceptance L/C**) :是指要求受益人除提交约定的单据外, 还要提交以银行为付款人的远期汇票的信用证;

- 4、根据开证行是否授权其他银行对受益人提交的单据或汇票支付对价, 可以分为:

(1) 直接信用证 (**Straight L/C**) :是指支付承诺只是针对受益人的信用证;

(2) 议付信用证 (**Negotiation L/C**) :是指允许受益人向某一指定银行或任何特定银行交单议付的信用证;

5、根据信用证权利能否转让，可以分为：

- (1) 可转让信用证 (**Transferable L/C**)：是指受益人有权把信用证转让给另一个或几个人使用的信用证；
- (2) 不可转让信用证 (**Non-transferable L/C**)：是指受益人不能将信用证权利转让给他人的信用证；

(六) 信用证各方当事人之间的法律关系

- 1、开证申请人与受益人：买卖合同关系；
- 2、开证申请人与开证行：委托代理关系；
- 3、开证行与通知行：委托代理关系；
- 4、通知行与受益人：没有直接的法律关系；
- 5、开证行与受益人：在不可撤销的信用证的情况下，开证行与受益人之间是合同关系

Eg3: 土耳其甲公司(卖方)与泰国乙公司(买方)订立一货物买卖合同乙公司申请开出的不可撤销信用证规定装船时间为 2003 年 5 月 10 日前，而甲公司由于货源上的原因，最早要到 2003 年 5 月 15 日才能备齐货物并装船付运。下列哪一种做法是甲公司应该采取的正确处理方法？(C)

- A、直接请求开证行修改信用证
- B、通过提供保函要求承运人倒签提单
- C、征得乙公司同意，由乙公司请求开证行修改信用证
- D、通过提供保函要求承运人预借提单（属于但不正确）

(七) 信用证的独立性原则

指信用证与作为其基础的货物买卖合同，以及申请人与开证行之间的委托合同，是相互独立的。开证行不能利用申请人对受益人根据基础合同作出的抗辩理由来对付受益人，受益人也不能用针对申请人的抗辩理由来对付开证行；

(八) 银行审核单据的标准

- 1、只对单据表面真实性作形式上的审查，对单据的真实性、有效性不作实质性审查；
- 2、银行对单据中货物的描述、价值及存在情况概不负责；
- 3、信用证开出后，对于买卖合同内容的变更与修改乃至撤销，除非通知银行，否则银行一律不予考虑；
- 4、不管买卖双方的资信与履约情况如何，信用证开出后，银行只按信用证条款审核单据，对买卖双方、运输行、保险人等其他任何人的诚信行为或履约情况概不负责。

(九) 受益人交单的时间限制

受益人提交单据的时间不得晚于信用证到期日；如果涉及到运输，受益人提交运输单据的时间还不得晚于交单日；

(十) 银行审核单据的时间限制

(十一) 银行拒绝单据的形式要求

- 1、通知方式：毫不迟延的电讯方式；
- 2、在拒单通知中列明所有不符点；
- 3、在拒单通知中写明对单据的处理；

(十二) 信用证欺诈

- 1、信用证欺诈的含义：

信用证欺诈是指利用跟单信用证机制中单证相符即予以支付的规定，提供表面记载与信用证要求相符，但实际上不能代表真实货物的单据，骗取货款支付的商业欺诈行为。伪造、变造信用证下要求的商业单据是这种欺诈的共同特征。

- (1) 卖方伪造或变造虚假单据，从银行获得付款后就逃之夭夭，买方得不到货物或符合买卖合同规定的货物。
- (2) 买方与卖方联合欺诈，虚构一笔交易，卖方用伪造的单据结汇，待银行对卖方支付后，买方就宣布破产。
- (3) 第三方欺诈。如卖方的货物代理人为了避免对卖方承担责任而倒签提单，或船公司收货签发提单后将货物盗卖给其他人并随即失踪，单据真实但在结汇前就已毫无价值了。

- 2、信用证欺诈例外原则：

(1) 信用证欺诈例外原则（最初在美国司法实践中提出）：在银行付款或承兑以前，发现确凿证据，买方可以请求法院向银行颁发止付令。

(2) 2005 年《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》：核心内容——提高了信用证欺诈例外原则适用的门槛。

在银行（包括开证行、议付行、保兑行以及其他经授权的银行）付款或承兑以前，发现确凿证据（申请人应当提供担保），（开证申请人、开证行或其他利害关系人）可以请求法院（必须是有管辖权的法院）向银行颁发止付令。

时间限制：法院接受止付信用证项下款项的申请后，须在 48 小时内作出裁定。

3、处理信用证欺诈的原则：

- (1) 确实有欺诈事实的存在，而不是买卖双方对货物质量不符的争议；
- (2) 如果银行在支付之前已知道欺诈的存在，信用证的“独立原则”就不适用，银行有权依据信用证欺诈拒绝向受益人支付；
- (3) 如果银行不知道欺诈的存在，谨慎审核单据，因为单据与信用证要求一致而进行了支付，银行无责任；
- (4) 如果在开证行支付前，单据已被保兑行或其他付款行支付，或信用证下的汇票已被善意第三人持有，即便开证行已经发现了受益人欺诈的事实，仍得支付；

Eg4：中国甲公司(买方)与某国乙公司签订仪器买卖合同，付款方式为信用证，中国丙银行为开证行，中国丁银行为甲公司申请开证的保证人。乙公司向信用证指定行提交单据后，指定行善意支付了信用证项下的款项。后甲公司以乙公司伪造单据为由，向中国某法院申请禁止支付令依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？(B)

- A、中国法院可以欺诈为由禁止开证行对外支付；
- B、因指定行已善意支付了信用证项下的款项，中国法院不应禁止中国丙银行对外付款；
- C、如确有证据证明单据为乙公司伪造，中国法院可判决终止支付；
- D、丁银行与甲公司之间的担保关系应适用《跟单信用证统一惯例》规定。

(十三) UCP600 (2007 年 7 月 1 日生效) 对 UCP500 的修改：

- 1、取消了可撤销信用证的内容；
- 2、明确议付是对单据和票据的买入行为；兑付是信用证下除议付以外的一切与支付有关的行为；
- 3、明确银行处理单据的时间为不超过收单翌日起第 5 个工作日；
- 4、明确银行拒付时，可以自行联系开证申请人，如接到开证申请人放弃不符点的通知，银行可以释放单据

四、国际保理 ★★

(一) 国际保付代理被广泛采用的缘由

传统的汇付、托收和信用证支付方式存在缺陷。

汇付和托收都属于商业信用，银行事先并不承担进口人付款的义务，故出口商收取货款存在一定的风险。这当然对卖方较为不利，而对买方较为有利。

信用证虽属银行信用，对卖方收取货款有一定的保障，但买方在申请开证时，不仅要缴纳银行手续费，而且要缴纳开证押金，占去其相当部分的资金，势必削弱其筹款能力，影响其业务扩展。

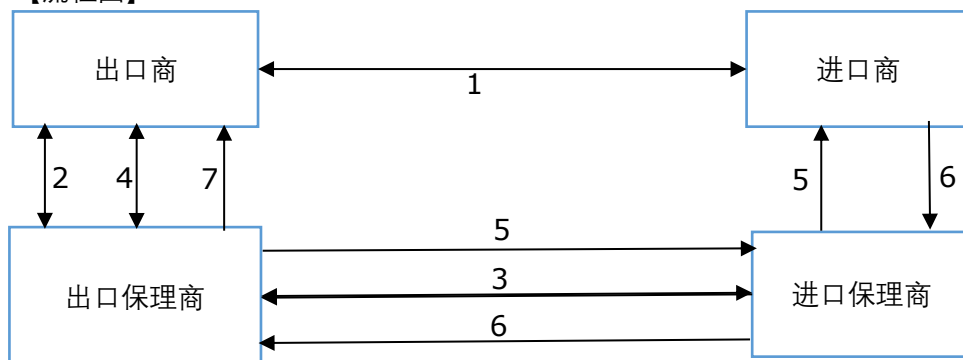
(二) 国际保付代理的概念

国际保付代理 (Factoring)，简称国际保理，是出口商在以赊销方式卖出商品后，将应收账款的债权卖给保理商，收进全部或一部分货款，从而取得资金融通的方式。

(三) 国际保理的当事人

- 1、出口商：是提供货物或劳务，出具发票，其应收账款由保理商做保理的当事人；
- 2、进口商：是对由于提供货物或劳务所产生的应收账款负有付款责任的当事人；
- 3、出口保理商：是根据与出口商签字的保理协议受让应收账款债权，承担保理业务的当事人；
- 4、进口保理商：是同意代收由出口商出具的发票表示的已转让给出口保理商的应收账款，并对承担信用风险的应收账款具有支付义务的当事人；

【流程图】



(四) 国际保理的分类

- 1、根据保理商的数目，可以分为：

- (1) 单保理：是由一个国家的保理商单独进行承购应收账款的保付代理；
 - (2) 双保理：是由进口国和出口国的保理商同时参与承购应收款业务的保付代理；
 - 2、根据保理商是否有追索权，可以分为：
 - (1) 无追索权保理：指保理商对信用额度内的应收账款以放弃追索权的方式进行承购；
 - (2) 有追索权保理：指保理商不负责为进口商提供信用额度和坏账担保，只向出口商提供融资等服务；
 - 3、根据融资与否，可以分为：
 - (1) 到期保付代理：是保理商在进口商应当支付货款的时候，即将应收账款的收购价支付给出口商，而不是在出口商将应收债权转让给保理商时支付；
 - (2) 融资（即期）保付代理：是指保理商在收到代表应收账款的发票后，立即向出口商提供融资的保付代理；
- （五）国际保付代理的当事人间的法律关系**
- 1、出口商与进口商：货物买卖关系；
 - 2、出口商与出口保理商：基于合同的债权转让关系；
 - 3、出口保理商与进口保理商：基于相互保理合同而产生的相互保理关系，其本质仍然是一种债权转让；
 - 4、进口保理商与进口商：债权债务关系
- （六）国际保理的作用**
- 1、为出口商提供资金融通；
 - 2、为出口商提供代收债权和坏账担保；

第七章 世界贸易组织法律制度（了解，非重点）

第一节 世界贸易组织概述

一、世界贸易组织的建立

（一）关贸总协定的产生（非法人）

1945 年 11 月，美国提出了一个“国际贸易与就业会议考虑方案”，其内容是计划缔结一个多边国际公约，还提出建立国际贸易组织（**International Trade Organization**）（**ITO**）

1946 年 2 月，美国在上述方案的基础上拟定了《国际贸易组织宪章草案》，建议联合国经济社会理事会召开世界贸易和就业会议讨论该草案，酝酿建立国际贸易组织。

联合国经社理事会接受了美国的建议，成立了联合国贸易与就业会议筹委会。1946 年 10 月，在伦敦召开了第一次筹委会会议。

1947 年 4 月至 7 月，筹委会第二次会议在日内瓦召开，其任务是最后完成《国际贸易组织宪章草案》起草工作；在互惠基础上进行关税减让谈判；讨论和起草与关税义务相关的一般义务条款。1947 年 11 月 11 日，有 56 个国家的代表参加的“联合国贸易与就业会议”在哈瓦那召开，会上讨论了伦敦草案，代表们提出了 602 份修正案，最后经 53 个国家(包括中国)同意，于 1948 年 3 月通过了该草案，定名为《国际贸易组织宪章》(哈瓦那国际贸易组织宪章)，待各国批准后生效。

哈瓦那宪章是个雄心勃勃的庞杂的国际协议草案，是个包含所有谈判方意愿而又无法使各方满意的协议，在交由各国批准时遭某些国家议会反对。特别是作为宪章首倡者的美国，其国会拒绝批准该宪章，认为经过修改的宪章已不符合美国利益，1950 年，美国政府宣布不再寻求国会批准该宪章，ITO 事实上已无法成立。

在 1947 年 4 月经社理事会于日内瓦召开的贸易与就业会议第二次筹委会上讨论伦敦宪章草案的同时，美国、英国、法国等 23 个国家根据会议安排进行了关税减让谈判，最后达成了 123 项双边关税减让协议，涉及 5 万种商品。谈判后，一个称为关税与贸易协定委员会的机构把这些减税协议与国际贸易组织宪章草案中关于贸易政策的部分合并，汇编成单一文本，称为关税与贸易总协定(**General Agreement on Tariffs and Trade**, **GATT**)。

1947 年 10 月 30 日，日内瓦第二次筹委会结束，23 个国家签署了关贸总协定，该协定因未符合法定条件没有正式生效。

不久美国联合英国、法国、比利时、荷兰、卢森堡、澳大利亚、加拿大 8 个国家签署了《临时适用议定书》，宣布总协定自 1948 年 1 月 1 日起在 8 国范围内临时协定，目的是使各国尽快享受削减关税的好处，在国际贸易组织宪章生效后，关贸总协定就成为该宪章的一部分，由后者代替前者。

后由于国际贸易组织宪章未能生效，关贸总协定就成为事实上代替国际贸易组织宪章的文件，一直适用到世界贸易组织成立。

(二) GATT 多边回合谈判

关贸总协定的重要目标就是通过谈判削减缔约方的关税，减少非关税障碍，克服贸易保护主义影响，促进货物贸易自由化。

GATT 主持的关税减让谈判有三类：

- 1、一是多边贸易谈判，亦称“回合谈判”，这是在减少贸易障碍方面最有影响和有成效的谈判；
- 2、二是加入谈判
- 3、三是重新谈判

促进各国在互惠的基础上降低关税，GATT 进行过 8 个回合的谈判，每次都取得不同成果，其中尤以最后三个回合的谈判成果显著。

前 7 个回合的谈判简要情况如下：

- 1、第一回合谈判于 1947 年 4 月至 10 月在瑞士日内瓦举行，包括中国在内的 23 个国家代表出席，谈判在双边基础上进行，谈判结果根据最惠国待遇原则无条件适用于其他缔约方。这次谈判达成 123 项双边减税协议，这些协议连同《国际贸易组织宪章》中的部分内容形成了关贸总协定单一文本。
- 2、第二回合谈判于 1949 年 4 月至 10 月在法国安奈西(Annecy)举行，33 个国家代表参加谈判，达成双边协议 147 项，占参加国进口总值 5.6% 的应税商品平均下降关税 35%。
- 3、第三回合谈判于 1950 年 10 月至 1951 年 4 月在英国托奎(Torquay)举行，39 个国家代表参加，他们的进出口额已占世界贸易额 80% 以上，谈判共签订 150 项关税减让协议，增加减税商品 8700 种。
- 4、第四回合谈判于 1956 年 1 月至 5 月在日内瓦举行，28 个国家参加，就 3000 项商品达成减税协议，影响 25 亿美元贸易，应税进口额 16% 的商品平均降低关税 15%。
- 5、第五回合谈判于 1960 年 9 月至 1962 年 4 月在日内瓦举行，又名“狄龙回合”，共有 45 个国家参加。分两个阶段，前一阶段自 1960 年 9 月至年底，着重对第四轮谈判有关内容进行再谈判，并就 1957 年 3 月 25 日欧共体创立所引出的关税同盟和共同体农业政策问题与有关国家进行协商。

后一阶段于 1961 年 1 月开始，就新减让项目及新加入成员减让项目进行谈判，并因欧共体并入关税与贸易总协定而展开了关于关税联盟的谈判。总协定工作组检查了欧共体实施统一对外关税的法律后，决定可按总协定关税同盟条款进行谈判。最后，欧共体的统一关税约束取代了欧共体国别的关税约束，欧共体对由此导致的任何单一国家(包括欧共体以外成员)的收支不平衡，都将予以补偿。

第五轮谈判关税减让商品涉及 4400 多项，平均降低关税 20%。欧共体六国统一对外关税也达成减让，平均税率降低 6.5%，然而农产品和某些政治敏感性商品仍被排除在最后的协议之外。

- 6、第六回合谈判于 1964 年 5 月至 1967 年 6 月在日内瓦举行，由于美国总统肯尼迪倡议进行此次谈判，亦称“肯尼迪回合”。

此次谈判有以下突出成果：

- (1) 占世界贸易额 75% 的 54 个国家参加谈判，减税商品 6 万多种，工业品进口平均税率下降 35%，影响 400 亿美元贸易；

- (2) 达成第一个非关税壁垒协议即反倾销协定；

- (3) 增加了关贸总协定第四部分，就发展中国家的贸易和经济增长、特殊的优惠待遇作出规定；

- (4) 波兰参加多边谈判，开创了计划经济国家“入关”的先例。

- 7、第七回合谈判于 1973 年 9 月至 1979 年 4 月在日内瓦举行，因谈判始于东京，亦称“东京回合”。此次谈判范围广，特别是在约束非关税壁垒方面取得突破，达成重要协议。

- (1) 在关税方面，有 70 个缔约方、29 个非缔约方参加谈判，减税商品涉及 3 000 多亿美元，各国关税平均下降 33%，主要发达国家工业品关税由 7% 下降到 4.7%，发展中国家平均关税下降到 14% 水平。

- (2) 在非关税措施方面达成 9 项守则和协议，这些守则和协议游离于 GATT 无条件最惠国原则之外，不要求全体缔约方接受，仅对少数签字国有效。

- (3) 通过了给予发展中国家差别的、更优惠待遇的“授权条款”。

- 8、第 8 轮谈判即乌拉圭回合。1986 年 9 月 15 日，GATT 缔约方部长级会议在乌拉圭的埃斯特角城召开会议通过了部长宣言，阐述了这次谈判的目标、原则和议题。

谈判目标是：

- ① 制止和扭转贸易保护主义，消除贸易扭曲现象；
- ② 维护关贸总协定基本原则，促进总协定目标的实现；
- ③ 建立一个更加开放，具有生命力和持久的多边贸易体制。

谈判议题共 15 个，按内容可分为三部分：

- ① 第一部分货物贸易含 13 个议题，即关税、非关税措施、热带产品、自然资源产品、纺织品服装、农产品、关贸总协定条款、保障条款，多边贸易谈判协议和安排、补贴与反补贴措施、争端解决，与贸易有关的知识产权，与贸易有关的投资措施。
- ② 第二部分为多边贸易体制的作用。
- ③ 第三部分为服务贸易。

先后有 125 个国家和地区代表参加了此回合谈判，原定于 1990 年底结束，由于农产品贸易问题上有严重分歧，谈判被迫拖延。

1992 年 11 月美国与欧盟解决了农产品问题分歧，达成了协议(“布莱尔宫协议”)

1993 年 7 月，美欧日加“四方(Quad)”就关税和相关领域市场准入谈判取得进展

1993 年 12 月 15 日所有问题最终得到了解决

1994 年 4 月 15 日，在摩洛哥古城马拉喀什会议中心举行了乌拉圭回合谈判最后一次会议，125 个国家的政府和欧共体代表签署了最后文件和《建立世界贸易组织协定》

1994 年 12 月 8 日谈判各方召开了执行世贸组织协定会议，将协定的生效日期定为 1995 年 1 月 1 日。至此，世界贸易组织宣告正式成立。

(三) GATT 乌拉圭回合谈判主要成果

乌拉圭回合谈判是 GATT 历史上最雄心勃勃的一次多边谈判，它持续时间长，规模大，取得的成果巨大。

谈判达成的具体协议、附件、决定和谅解有 60 项，形成了 550 页的最后文件，附有 22 500 页的各国关税减让表和服务贸易承诺清单，从多方面革新了国际贸易体制，它的主要成果是：

- 1、进一步改善了货物贸易市场准入条件，关税减让和约束的成果显著
- 2、将长期游离于 GATT 之外的纺织品服装、农产品贸易纳入多边贸易规则管辖
- 3、强化了管理多边贸易的法律规则框架
- 4、完善了管理多边贸易的机构体制
- 5、谈判达成了《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权协定》、《与贸易有关的投资措施协定》，扩大了多边贸易规则调整范围，弥补了 GATT 调整货物贸易的单一性的不足
- 6、谈判贯彻了 1986 年埃斯特角部长会议宣言精神，在达成的各项协议中考虑到发展中国家特殊需要，给予其差别的更优惠待遇

二、世界贸易组织是对 GATT 的继承与发展

在组织上，WTO 与 GATT 之间是替代关系，世界贸易组织具有不同于其前身关贸总协定以及其他国际组织的鲜明特点。

在法律地位上，世界贸易组织是与 GATT 有实质区别的永久性的正式的国际组织。

世界贸易组织成立后取代了关贸总协定这个临时的非正式组织的地位，关贸总协定作为一个组织已于 1996 年正式终结，世界贸易组织成了惟一的调整多边贸易关系的国际组织。

世界贸易组织改变了关贸总协定仅仅调整一部分货物贸易的局限性，调整更广泛的经贸关系领域。

世界贸易组织是统一的多边贸易管理机构，它将谈判达成的所有协议文件都纳入了管辖范围，除几个诸边协议外，所有多边协议都要求成员一揽子接受，服从 WTO 一体化争议解决

世界贸易组织具有健全的机构体系和更广泛的代表性。目前已有 148 名成员，不论其所代表的国家或地区以及人口数额、所代表的贸易额都占世界绝大多数。

另一方面，世界贸易组织与关贸总协定(GATT)也存在组织上的联系。

世界贸易组织成立后，关贸总协定作为独立的组织机构已不存在，但是这个实体并没有解散，而是转变成世界贸易组织的下属机构——货物贸易理事会，负责监督多边货物贸易规则的实施，关贸总协定所有工作人员也被 WTO 雇佣；

在组织构成上，WTO 成员完全以原关贸总协定成员为主体，125 个关贸总协定缔约方已成为 WTO 创始成员；更重要的是，关贸总协定组织活动原则、程序规则和习惯做法也被 WTO 接受。

【WTO 和 GATT 的区别】

	世界贸易组织	关贸总协定
法律人格	具有法人资格	不具有法人资格
组织机构	永久性机构、拥有秘书处	无组织基础

协议永久性	承诺完整、永久	承诺建立在临时性基础之上
管理范围	内容涉及货物贸易、服务贸易、与贸易有关的知识产权和与贸易有关的投资	内容只适用于货物贸易
协议性质	几乎都是多边协议	包含许多诸边协议
执行效力	争端解决效率高、效力强	争端解决效率低、效力弱

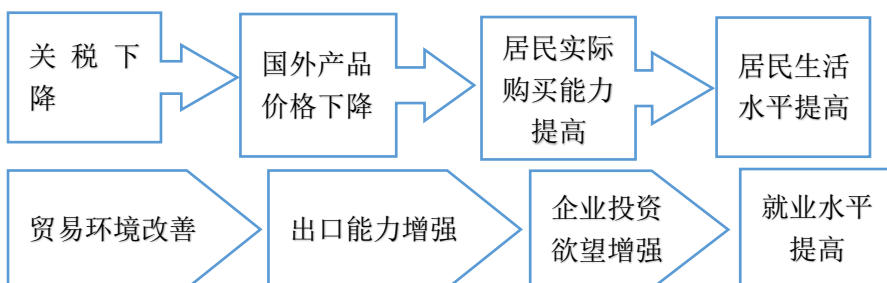
三、世界贸易组织的宗旨、目标和基本原则

(一) WTO 协议序言规定，世界贸易组织的宗旨是：

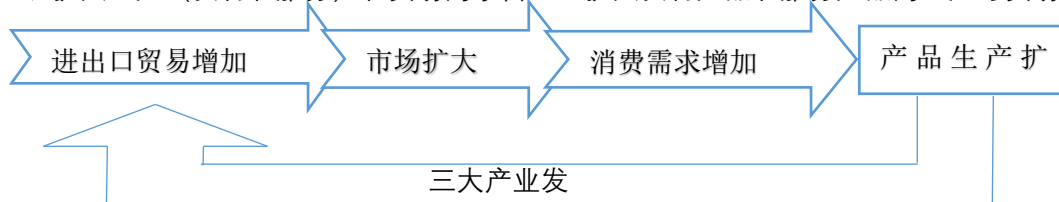
- 1、加强世界经济与贸易的联系与合作，以提高生活水平，保障充分就业，增加实际收入和有效需要，增加货物与服务的生产和贸易。同时考虑到以可持续发展的方式，合理开发和利用世界资源，保护和维护环境。
- 2、通过实施切实有效的计划，以确保发展中国家在国际贸易增长中的份额，适应其经济发展需要。
- 3、通过互惠互利的协议安排，实质性地降低关税，减少其他贸易壁垒，在国际贸易中消除歧视待遇。
- 4、维持关贸总协定的基本原则，进一步完成关贸总协定的目标，发展一个综合的更加有活力的、持久的多边贸易制度。

▪ WTO 四大宗旨

- 1、提高生活水平和扩大就业的宗旨——提高生活水平，保证充分就业，大幅度稳定地提高实际收入和有效需求。



- 2、扩大生产（货物和服务）和贸易的宗旨——扩大货物产品和服务产品的生产与贸易



- 3、坚持走可持续发展之路的宗旨——坚持走可持续发展之路，各成员方应该促进对世界资源的最优利用、保护和维护环境



- 4、维护发展中国家利益的宗旨

WTO 中四分之三的成员是发展中国家和经济转型国家，为了使发达成员与发展中成员在权利义务上保持综合平衡，世界贸易组织在 ①关税降低幅度 ② 提供项目援助和培训③ 过渡期期限等方面给予发展中成员方优惠和差别待遇。

(二) 目标

远大目标是，提高生活水平，保证充分就业，保证实际收入和有效需求的大幅稳定增长以及扩大货物和服务的生产和贸易。

(三) 基本原则

世界贸易组织的基本原则并不是在某一个文件中专门规定的，而是体现于世贸组织的各个法律文件中，并由学者总结出来的。

世贸组织的基本原则是对关贸总协定基本原则的继承和发展，主要体现于《关税与贸易总协定》、《服务贸易总协定》及各次谈判达成的一系列协定中。

世贸组织的基本原则主要可概括为：最惠国待遇原则、国民待遇原则、公平原则、透明度原则、例外条款原则、非歧视原则、稳定贸易发展原则、公平竞争原则、发展中国家特殊待遇原则、关税减让原则及取消数量限制原则等。

● 最惠国待遇原则

最惠国待遇（**Most Favoured Nation, MFN**），基本含义是，一国承诺给予另一国的优惠待遇，不低于它现在或将来给予第三国的待遇。

（一）最惠国待遇原则的基本特点

作为 GATT 的基石或称黄金条款的最惠国待遇条款，如今在世界贸易组织 GATT 1994 中仍旧是 WTO 成员享受权利与承担义务的核心条款，成为 WTO 整个体系的基石，其基本特点如下：

1、内容的确定性 2、自动性或无条件性 3、制度化 4、多边化

（二）最惠国待遇原则在货物贸易领域的具体体现

在货物贸易领域，依《关税与贸易总协定》第 1 条第 1 款规定：在对进口或出口、有关进口或出口或对进口或出口产品的国际支付转移所征收的关税和费用方面，在征收此类关税和费用的方法方面，在有关进口和出口的全部规章手续方面，以及在第 3 条第 2 款和第 4 款所指的所有事项方面，任何缔约方给予来自或运往任何其他国家任何产品的利益、优惠、特权或豁免应立即无条件地给予来自或运往所有其他缔约方领土的同类产品。

在理解上述规定时，应注意以下几个问题：

（1）关贸的最惠国待遇条款适用中强调“原产于”（originating in）缔约方的标准。

（2）在关贸的体制下，原产地的最惠国待遇要求 WTO 成员方对于原产于其境内的产品给予最惠国待遇，对于原产于成员方境内，但是通过第三国的辗转进入另一成员方境内的，不论第三国是否为 WTO 成员方，仍可依关贸条款享受最惠国待遇；

（3）对于原产于非成员方境内，但是经第三国辗转进入 WTO 成员方的境内，即使该第三国为 WTO 成员方，仍不能依关贸条款享受最惠国待遇。

（4）要求原产于缔约方的目的是限制最惠国待遇于成员方范围内，使依关贸所享有的最惠国待遇主体范围不能无限扩展。

（5）“其他国家或地区”不仅仅是指 WTO 成员方，还包括非缔约方

（6）“相同产品”（like product）的一般含义是依有关缔约方之间的双边或多边关税减让表以及有关商品分类目录的条约等作为确定的依据。

1、产品的关税税率

一成员方将在产品的关税税率方面给予任何其他国家，无论是否世界贸易组织成员的优惠待遇，立即和无条件地给予其他各成员方。

2、与进口有关的任何其他费用

一成员方将与进出口有关的任何其他费用方面给予任何其他国家，无论是否世界贸易组织成员的优惠待遇，立即和无条件地给予其他各成员方。与进出口有关的任何其他费用包括海关手续费、领事税费等。

3、与进出口有关的规则和程序

一成员方将与进出口有关的规则和程序方面给予任何其他国家，无论是否世界贸易组织成员的优惠待遇，立即和无条件地给予其他各成员方。与进出口有关的规则和程序包括进口许可措施、配额措施等。

4、国内税和其他国内费用

一成员方将在国内税和其他国内费用方面给予任何其他国家，无论是否世界贸易组织成员的优惠待遇，立即和无条件地给予其他各成员方。

（5）有关影响产品销售、运输、分销和使用的政策规章和要求

一成员方将在有关产品销售、运输、分销和使用的政策规章方面给予任何其他国家，无论是否世界贸易组织成员的优惠待遇，立即和无条件地给予其他各成员方。

（三）其他领域的最惠国待遇原则

在服务贸易领域，成员方给任何其他国家的服务或服务提供者的待遇，应立即和无条件的给任何其他成员方的相同服务或服务提供者。

服务贸易领域的最惠国待遇适用于服务，也适用于服务提供者，适用于中央政府采取的影响服务贸易的措施，也适用于地方政府采取的影响服务贸易的措施。

服务贸易领域的最惠国待遇的特点是可以有例外清单，列明豁免的事项。豁免附在各自承诺表之后。但这种例外不应超过 10 年，或一成员方日后要求增加新的不符合最惠国待遇原则的措施，则需得到世界贸易组织至少 3 / 4 成员方的同意。

在知识产权领域，成员方给任何其他国家的国民有关知识产权保护的任何优惠、优待、特权或豁免，应立即和无条件地给来自任何其他成员方的国民。

（四）最惠国待遇义务的例外

在关税与贸易总协定中，最惠国待遇的例外是一个重要问题，这些例外包括：

边境贸易、发达国家对发展中国家给予优惠的“普遍优惠制”、关税同盟或自由贸易区成员方之间相互给予的优惠等；此外，还允许以维持收支平衡、征收反倾销税或反补贴税为理由，偏离最惠国待遇义务；允许对某一成员方或某些成员方豁免最惠国待遇；允许给予一般例外或安全例外偏离最惠国待遇。

● 国民待遇原则

国民待遇原则同样适用国际贸易的各个领域，国民待遇原则指对其他成员方的产品、服务或服务提供者及知识产权所有者的持有者所提供的待遇，不低于本国同类产品、服务或服务提供者及知识产权所有者和持有者所享有的待遇。

（一）货物贸易领域的国民待遇原则

关贸总协定第 3 条第 1 至 4 款规定了适用国民待遇的情况。上述各款要求缔约方不得以保护国内生产为由，在国内税和其他国内费用方面对进口产品采用歧视待遇。并应避免进口产品在经销的各个环节中受歧视性的待遇。可概括如下：

（1）不对进口产品征收超出对本国同类产品所征收的国内税（国内税费包括对产品征收的中央税费和地方税费）

1950 年荷兰向关贸申诉，要求裁决英国政府免除某些国内产品销售税而带来的不公平待遇问题。依英国 1950 年“公用制法”的规定，对国产日用消费品，如服装、鞋类、布匹等可以免征消费税，但对进口的同类产品却不能免税。荷兰政府认为这种做法违反了关贸总协定第 3 条第 1 款的规定。经过大会的讨论，英国承认其违反了关贸的规定，并于 1952 年取消了对进口产品的歧视性做法。

（2）在进口产品的流通领域不实施违反国民待遇的法律、法规及措施

依第 3 条的规定，在影响产品国内销售、购买、运输、分配与使用的所有法律、法规、包括影响进口产品在国内销售、分配与使用的措施等方面，进口产品所享受的待遇不得低于本国同类产品。

（3）成员方对产品的混合、加工或使用不应实施国内含量管理

（二）服务贸易领域的国民待遇原则

国民待遇原则不是普遍原则，仅在成员方承诺开放的服务部门适用国民待遇。

即在服务贸易领域，成员方给外国服务或服务提供者的待遇，不应低于本国服务或服务提供者享受的待遇，但以该成员在服务贸易承诺表中所列的条件或限制为准，并且在成员方没有作出开放承诺的服务部门，外国服务或服务提供者不享有这种待遇。

国民待遇原则适用的对象既有服务又有服务提供者。

国民待遇原则适用的范围是成员方政府所采取的与提供服务有关的各项措施。

在服务贸易领域，国民待遇不是世界贸易组织成员承担的“一般义务”，而是成员方通过谈判确定的，且对不同服务部门有不同的规定。也称“承诺义务”

（三）知识产权领域的国民待遇原则

知识产权领域的国民待遇原则要求成员方给其他成员方国民的待遇不得低于本国国民享有的待遇，但以该成员方在现行国际知识产权协定中承担的义务为前提。

对表演者、录音制品制作者和广播组织而言，国民待遇仅适用于《与贸易有关的知识产权协定》所规定的权利。

国民待遇的适用对象包括享有版权、专利、商标、地理标志、工业设计、集成电路外观设计以及未公开信息等知识产权的所有者和持有者。

国民待遇的适用范围是成员方所采取的知识产权保护措施，包括法律、法规、政策和措施等。

成员方给其他成员方国民在知识产权保护方面的国民待遇，以该成员方在现行国际知识产权公约(包括《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《罗马公约》和《关于集成电路的知识产权条约》)中所承担的义务为前提。

（四）国民待遇的例外

主要包括：（1）关贸总协定第 20 条规定的“一般例外”（2）关贸总协定第 21 条规定的“安全例外”（3）政府采购。

（4）只给某种产品的国内生产者补贴（5）国民待遇在服务贸易领域的例外（6）知识产权领域国民待遇的例外。

《与贸易有关的知识产权协定》对国民待遇的例外是：《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《罗马公约》和《关于集成电路的知识产权条约》中规定的各项例外规定均构成该协定的例外；

司法和行政程序方面的例外，包括对服务地点的指定及在某一缔约方司法管辖中对代理人的指定。

对于《与贸易有关的知识产权协定》未作规定的表演者、录音制品制作者和广播组织享有的其他权利，也可不适用国民待遇原则。

● 逐步削减关税原则

(一) 逐步削减关税原则的定义

逐步削减关税原则是指缔约方通过谈判减让关税，大幅度降低关税和进出口其他费用水平，以促进贸易自由化的原则。

关税是一国政府设置在关境的海关依国家的有关法律，对进出本国关境货物的所有人课征的一种税收。

1、关税的分类

(1) 优惠关税(**preferential duty**)。又称特惠关税，是对来自某一国家和地区的商品，全部或部分地给予特别优惠的低关税。

(2) 普通关税(**general duty**)。一国对来自未建交的国家或未签订贸易协定的国家或地区的产品征收的关税。普通关税一般都高于优惠关税。

(3) 特别关税。又称差别关税，是指一国对来自某些国家和地区的同类产品，适用不同的税率征收的关税，又称歧视性关税。如，反倾销税、反补贴税、报复性关税等。

2、关税的稽征方法 (**collection of customs duties**)

(1) 从价税。常用的如出口货物以离岸价格(FOB 价格)和进口货物的到岸价格(CIF 价格)计征关税。

(2) 从量税。

(3) 混合税。

(4) 季节税。

• “关税减让”主要是指进口关税减让。

• “关税约束”指成员方承诺将进口关税限定在某个水平并不再提高。

(二) 关税措施与非关税措施的区别

限制贸易的措施通常被概括为关税措施和非关税措施

1、关税措施又被称为关税壁垒。由于关税，特别是进口关税常常作为各国限制他国产品进口的手段从而实施贸易保护主义的目的。

2、非关税措施指除关税措施以外的其他一切直接或间接限制外国商品进口的法律及行政措施。

非关税措施主要包括：(1) 进口配额制；(2) 进口许可证制；(3) 外汇管制制度；(4) 进口产品检验制度；(5) 政府采购政策；(6) 海关评估制度；(7) 进口押金制度；(8) 最低限价制度

3、两者的区别主要为：

(1) 关税措施具有透明度，而非关税措施具有隐蔽性

(2) 关税措施具有公正性，而非关税措施具有歧视性

(3) 关税措施具有稳定性，而非关税措施则具有随意性

(三) 逐步削减关税原则的适用

在削减关税的谈判中，缔约各方应遵守的规则和原则部分来自于世界贸易组织协议本身的规定，部分来于历次谈判中形成的惯例。主要可概括为：

1、互惠原则

世贸组织的互惠原则是对关贸总协定互惠原则的继承，在关贸总协定的规定中，有多处涉及了互惠原则。如关贸总协定第 28 条

2、关税递减原则

依总协定第 2 条的规定，一旦缔约国对某项或某类产品作出关税减让承诺，便不能再通过征收其他税费的方法来抵消该项约定的减让，也不允许使用其他非关税措施来抵消关税减让的效果。

依世界贸易组织的规定与惯例，减让的税则、税率一经约定，作出减让的缔约国便不得再以直接或间接方法提高税率，而只能在今后关税谈判中再降低。

所以关税减让谈判所约定的税率是最高税率，这便是削减关税中的递减原则。

3、利益最大化原则

利益最大化就是将双边谈判的结果适用于多边。

在世贸组织体制下，缔约国无论是通过双边还是多边谈判程序，达成的关税减让的协议，均以减让表的方式公布于众，并依多边无条件的最惠国待遇原则适用于所有缔约方

4、主要供应者原则

依关贸及世贸的惯例，如出口国的某项产品在进口国的市场上占有 5% 至 10% 的份额，该出口国则被视为“主要供应者”，有权优先向进口其产品的缔约方提出对该产品的关税减让要求。

因此，关税减让应集中在某项产品的主要进出口缔约方之间进行，即“主要供应者原则”。

（四）不适用逐步削减关税原则的例外

1、免责条款的运用 2、发展中国家的例外 3、缔约国依法进行的修改或撤销

● 一般取消数量限制原则

数量限制措施是指限制进口数量的措施，其表现形式多种多样，是非关税壁垒中最常见的形式，对贸易自由化的影响较大。

一般取消数量限制原则指为了逐步促进贸易的自由化，在一般情况下，不允许国家对其进出口的商品数量进行限制。

（一）一般禁止数量限制

依关贸总协定第 11 条第 1 款的规定：“任何缔约国除征关税和其他税费外，不得设立或维持配额、进口许可证或其他措施以限制或禁止其他缔约国领土的产品的输入，或向其他缔约国领土输出或销售出口产品”。

被称为一般禁止数量限制是因为在例外的情况下，还有余地可以采取数量限制，总协定第 13 条规定了在采用数量限制措施的情况下应遵守的规则。在实行数量限制时最重要的原则是非歧视原则。

（二）不适用一般取消数量限制原则的例外

关贸总协定第 20 条规定的“一般例外”及第 21 条规定的“安全例外”同样适用于一般取消数量限制原则，此外，一般取消数量限制原则还有下列的例外情况：

1、普遍取消的例外

依关贸总协定第 11 条的规定，为下列目的实行的数量限制不在普遍取消之列：

- （1）为防止和缓和输出成员的粮食或其他必需品的严重缺乏而临时实施的禁止出口或限制出口；
- （2）为实施国际贸易上商品分类、分级和销售的标准及条例，而必须实施的禁止进出口或限制进出口；
- （3）对任何形式的农渔产品实行进口限制，如果这种限制是为了执行政府下列措施必需者

2、为保障国际收支实施的进口数量限制

总协定第 12 条第 1 款规定，虽有第 11 条第 1 款的规定，任何缔约方得为保障其对外金融地位和国际收支，限制进口产品的数量价值。此外，总协定第 18 条专门授权发展中国家在面临国际收支困难条件下可以实施数量限制

2、保障措施例外（关贸总协定第 19 条规定了保障条款）

● 透明度原则

（一）透明度原则的含义

透明度原则要求成员方政府在实施及改变与过境货物、国际服务贸易及知识产权的保护有关的各项贸易措施、法律、法规及政策等时，必须予以公布。

不公布的不得实施，同时还要求成员方应将这些贸易措施及其变化情况通知世贸组织。以保证贸易环境的稳定性和可预见性。

（二）透明度原则在各个领域的具体要求

- 1、在货物贸易领域（总协定第 10 条的规定）
- 2、在其他领域
- 3、提供信息和咨询（成员方应承担应其他成员要求提供有关信息和咨询的义务。）

（三）贸易政策审议机制

乌拉圭回合谈判中通过的“贸易政策审议机制”使透明度原则得到了进一步的加强。“贸易政策评审”的内容包括贸易政策与措施和贸易政策的背景。所有成员方均要接受定期政策评审

（四）透明度原则的例外

1、在货物贸易方面：关贸总协定第 10 条第 1 款但书规定：“……但本款的规定并不要求缔约国公开那些会妨碍法令的贯彻执行、会违反公共利益或会损害某一公私企业的正当商业利益的机密资料。”该条款表明，关贸总协定允许各缔约国对某些机密不公开。

2、在服务贸易方面：依《服务贸易总协定》的规定，对可能损害公共利益或合法商业利益的秘密资料可不公开。

3、在知识产权方面：依《与贸易有关的知识产权协定》的规定，不要求缔约方泄露那些可能妨碍法律实施、或违背公共利益，或有损于公营或私营的特定企业合法商业利益的秘密资料。

此外，互惠原则、非歧视原则、稳定贸易发展、公平竞争原则、发展中国家特殊待遇原则等均为世贸组织在各个领域适用的原则

一、概念

1、关税同盟是指两个或两个以上国家缔结协定,建立统一的关境,在统一关境内缔约国相互间减让或取消关税,对从关境以外的国家或地区的商品进口则实行共同的关税税率和外贸政策。

2、自由贸易区应理解为由两个或两个以上的关税领土所组成的集团,对原产于这些组成领土的产品的贸易,已实质上取消关税或其他贸易限制的集团……

二、特点

1、关税同盟的主要特征是:成员国相互之间不仅取消了贸易壁垒,实行自由贸易,还建立了共同对外关税。也就是说,关税同盟的成员除相互同意消除彼此的贸易障碍之外,还采取共同对外的关税及贸易政策。

2、自由贸易区有两个特点,一方面,在该集团内成员相互之间取消关税或其他贸易限制;另一方面,各个成员又各自独立地保留自己的对外贸易政策,尤其是关税政策,所以,有人把自由贸易区称为半关税同盟。

三、意义

1、它避免了自由贸易区需要以原产地原则作为补充,保持商品正常流动的问题。在这里,代替原产地原则的是筑起共同的“对外壁垒”,从这个意义上看,关税同盟比自由贸易区的排他性更强一些。

2、它使成员国的“国家主权”出让给经济一体化组织的程度更多一些,以致一旦一个国家加入了某个关税同盟,它就失去了自主关税的权利。现实中比较典型的关税同盟是 1958 年建立的欧洲经济共同体。

第八章 倾销与反倾销（重点）

第一节 反倾销规则概述

国际贸易中的倾销是指以低于同类产品国内消费的正常价值的价格,在国外市场销售。倾销进口可能造成对进口国生产同类产品的国内产业的损害。

关于执行 1994 年关贸总协定第 6 条的协议规定,如果在正常的贸易过程中,一项产品从一国出口到另一国,该产品的出口价格低于在其本国内消费的相同产品的可比价格,也即以低于其正常的价值进入另一国的商业渠道,则该产品将被认为是倾销。

GATT1994 认可进口国对倾销进口产品采取反倾销措施的权利。该协议第 2 条确立约束关税制度,缔约方对其他缔约方的贸易所给予的待遇不得低于减让表中所规定的待遇。这一制度构成了 GATT1947 的核心。但是,该协议同时明确规定了征收反倾销税是这一纪律的例外。

但是, GATT1947 确立的反倾销税规则过于简单,不能有效地约束反倾销税的滥用。反倾销税逐渐成为一种非关税壁垒,在关税不断降低的情况下更为明显。在乌拉圭回合谈判中,与会各方形成了《关于实施 1994 年关税与贸易总协定第 6 条的协议》(以下简称反倾销协议),该协议作为世界贸易组织协议附件 1 的组成部分,成为世界贸易组织货物贸易的重要规则,对所有的世界贸易组织成员有约束力。

倾销是企业行为,而世界贸易组织规则的规范对象却是成员政府的行为。因此,世界贸易组织反倾销规则的调整对象不是倾销对象,而是成员的反倾销措施。

世界贸易组织成员只有在遵循反倾销规则的实体和程序要求的前提下,才可以采取反倾销措施。

倾销是指将一国产品以低于正常价值的价格进入另一国市场,如果对某一缔约方领土内已建立的相同产业造成实质性损害或产生实质性损害威胁,或者对某一缔约方境内新的相同产业的建立产生实质性阻碍,即构成倾销。(名词解释!!!)

第二节 采取反倾销措施的实体条件

一、概述

(一) 含义:

反倾销是指针对造成进口国国内产业损害的倾销进口产品采取的、旨在消除损害后果的措施。反倾销措施通过消除倾销,或者说消除倾销幅度,实现消除损害后果的目的。

(二) 反倾销条件

首先,确定存在倾销的事实;(证明出口价格和正常价格)

第二,确定对国内产业造成了**实质损害**或实质损害的威胁,或对建立国内相关产业造成**实质阻碍**;

第三,确定倾销和损害之间存在因果关系。

反倾销按照倾销的定义，若产品的出口价格低于正常价格，就会被认为存在倾销。出口价格低于正常价格的差额被称为**倾销幅度**。

所以，确定倾销必须经过三个步骤：确定出口价格；确定正常价格；对出口价格和正常价格进行比较。

（三）基本原则

根据 GATT1994 第 6 条和反倾销协议确立的基本原则，成员国不得征收反倾销税，除非其根据反倾销协议的规定进行的调查确定存在倾销进口，国内产业受到实质损害（包括实质损害威胁和实质阻碍产业的建立），倾销进口与损害之间因果关系。

反倾销措施是针对不公平贸易采取的救济措施，是误导的。反倾销措施是世界贸易组织规则允许的国内产业救济措施。

二、倾销

如果一产品从一国出口到另一国，该产品的出口价格低于正常贸易过程中在出口国供消费的同类产品的可比价格，即低于其正常价值，进入另一国的商业领域，该产品即被认为是倾销。

（一）关键概念

正常价格通常是指在一般贸易条件下出口国国内同类产品的可比销售价格。如该产品的国内价格受到控制，往往以第三国同类产品出口价格来确认正常价格。

倾销幅度是指出口价格低于正常价格的差额。

出口价格与正常价值的比较应遵循一定的要求：

（1）公平比较；（2）比较方法；（3）货币转换；（4）微量忽略。

同类产品是指与被调查产品相同，或不相同时其特征和用途方面最相似的产品。

国内产业一般是指国内同类产品的生产商全体，或其国内同类产品总产量占该产品的同类产品国内总产量主要部分的生产商。

（二）倾销构成要素

- 1、产品以低于正常价值或公平价值的价格销售；
- 2、这种低价销售的行为给进口国产业造成损害，包括实质性损害、实质性威胁和实质性阻碍；
- 3、损害是由低价销售造成的，二者之间存在因果关系。

（三）表现特征

第一，倾销是一种人为的低价销售措施。它是由出口商根据不同的市场，以低于有关商品在出口国的市场价格对同一商品进行差价销售。

第二，倾销的动机和目的是多种多样的，有的是为了销售过剩产品，有的是为了争夺国外市场，扩大出口，但只要对进口国某一工业的建立和发展造成实质性损害或实质性威胁或实质性阻碍，就会招致反倾销措施的惩罚。

第三，倾销是一种不公平竞争行为。在政府奖励出口的政策下，生产者为了获得政府出口补贴，往往以低廉价格销售产品；同时，生产者将产品以倾销的价格在国外市场销售，从而获得在另一国市场的竞争优势并进而消灭竞争对手，再提高价格以获取垄断高额利润。

第四，倾销的结果往往给进口方的经济或生产者的利益造成损害，特别是掠夺性倾销扰乱了进口方的市场经济秩序，给进口方经济带来毁灭性打击。

（四）倾销的种类

- 1、突发性倾销（**Sporadic dumping**），又称短期倾销（**Short-run dumping**），指某一商品的生产商为防止商品的大量积压危及国内的价格结构，在短期内向海外市场大量地低价抛售该商品。
- 2、间歇性倾销（**Intermittent dumping**），又称掠夺性倾销，指某一商品的生产商为了在某一海外市场上取得垄断地位而以低于边际成本的价格向该市场抛售商品，待将竞争对手驱逐出该市场后再实行垄断高价。
- 3、持续性倾销（**Persistent dumping**），又称长期倾销（**Long-run dumping**）指某一商品的生产商一方面为了实现规模经济效益而大规模地进行生产，另一方面为了维持国内价格结构而将其中一部分商品长期地低价向海外市场销售。

（五）正常价值

- 1、出口国国内市场价格和向第三国出口价格；
- 2、推定价格；
- 3、中间国价格或原产国价格；
- 4、非市场经济国家产品的正常价值确定。

（六）出口价格和推定出口价格

出口价格一般是指进口商的实际已付或应付的购买价格。

推定出口价格是指根据出口产品首次转售给独立买主的价格推定的价格，或者该产品不转售给独立买主或没有以进口的条件转售的情况下，在合理基础上确定的价格。

第三节 反倾销税的调查与征收程序

反倾销（**anti-dumping**）是指进口国主管当局根据受到损害的国内工业的申诉，按照一定的法律程序对以低于正常价值的价格在进口国进行销售的、并对进口国生产相似产品的产业造成法定损害的外国产品，进行**立案、调查和处理**的过程和措施。

反倾销是以前的《关贸总协定》和现在的“世界贸易组织”所承认的用以抵制不公平国际贸易行为的一种措施。

一、反倾销调查申请及其审查

反倾销调查程序包括**发起调查、初步裁决和终局裁决**三个阶段。

1、反倾销税调查的发起可以有两种方式：一是国内产业或其代表提起，二是有关主管机关自主发起的。一般情况下，由国内产业或其代表提出申请而开始调查。根据反倾销协议，只有在特殊的情况下，才由有关主管机关自主决定发起调查，即有充分的证据证明倾销、损害及因果关系存在，发起调查有正当性。

{	依申请——国内产业或其代表提出申请
	依职权——有关主管机关自主决定发起调查（正当性）

2、申请：

- （1）申请者提供倾销、损害及倾销与损害之间有因果关系的证据；
- （2）应当有足够的产业支持；
- （3）免于公布申请，但是在作出调查的决定之后，有关主管机关有义务将发起调查的决定通知公布；
- （4）当倾销幅度或产量数量被确定为可忽略不计的最小值（微量）时，应终止调查。

二、反倾销调查中的正当程序要求

- 1、利害关系方具有举证义务；
- 2、申请人在提出申请时应提供支持申请的有关证据；
- 3、任何利害关系方均无必须出席调查会议的义务，未能出席调查会议也不得对该方的案件产生不利；（调查会不是必经阶段）
- 4、主管机关对发起调查的决定以及整个调查期间，都要充分考虑有关倾销、损害及因果关系的证据的充分性与准确性；
- 5、公告（法定义务）

主管机关作出的任何初步或终局裁定，无论是肯定的还是否定的，无论是接受价格承诺的决定、终止价格承诺的决定或终止征收最终反倾销税的决定，都应当公告。

三、调查过程中的临时措施和价格承诺

（一）临时措施

1、主管机关判定有必要采取措施以防止在调查进行期间对产业造成损害时，主管机关可以裁定采取临时措施。在作出肯定的初步裁定之前，不得采取临时措施。

2、临时措施的方式：

- （1）临时税（临时反倾销税）；
- （2）支付现金或保函。

但是现金数额等于临时估计的反倾销税，不得超过估价的倾销幅度。

3、临时措施的使用期限一般不超过 4 个月，特殊情况下为 6 个月或 9 个月。

4、采取临时措施的时间：从发起调查之日起 60 日后采取。

【我国反倾销法】：

第二十八条 “初裁决定确定倾销成立，并由此对国内产业造成损害的，可以采取下列临时反倾销措施：

- （一）征收临时反倾销税；
- （二）要求提供保证金、保函或者其他形式的担保。

临时反倾销税税额或者提供的保证金、保函或者其他形式担保的金额，应当不超过初裁决定确定的倾销幅度。”

第二十九条 “征收临时反倾销税，由商务部提出建议，国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定，由商务部予以公告。要求提供保证金、保函或者其他形式的担保，由商务部作出决定并予以公告。海关自公告规定实施之日起执行。”

第三十条 “临时反倾销措施实施的期限，自临时反倾销措施决定公告规定实施之日起，不超过 4 个月；在特殊情形下，可以延长至 9 个月。

自反倾销立案调查决定公告之日起 60 天内，不得采取临时反倾销措施。”

(二) 价格承诺——出口商做出

价格承诺是指在调查期间内，出口商可以承诺提高他们的出口价格或停止以倾销价格出口，避免反倾销税。

1、承诺的作出

价格承诺为出口商**自愿作出**的，而不应被迫作出。

但是，出口商是否作出价格承诺，不影响有关主管机关的调查和裁定。另外，在作出初步裁决之前，有关主管机关不得要求或接受出口商的价格承诺，以防止出口商在其产品没有造成国内产业损害的情况下，被要求作出该承诺。

2、承诺的接受：是否接受价格承诺由有关主管机关决定。

在接受承诺后，如果出口商希望或有关主管机关决定，应完成对有关倾销和损害的调查。

如果有关主管机关对出口商的承诺、对倾销有害影响的消除感到满意，可暂时中止或者终止调查程序而不采取临时措施或征收反倾销税。

3、承诺的后果

价格承诺一直有效，直至能抵消倾销造成的损害。如果行政复议的结果认为价格承诺不再合理，则应予以终止。

【我国法律规定】：

第三十一条 “倾销进口产品的出口经营者在反倾销调查期间，可以向商务部作出改变价格或者停止以倾销价格出口的价格承诺。

商务部可以向出口经营者提出价格承诺的建议。

商务部不得强迫出口经营者作出价格承诺。”

第三十二条 “出口经营者不作出价格承诺或者不接受价格承诺的建议的，不妨碍对反倾销案件的调查和确定。出口经营者继续倾销进口产品的，商务部有权确定损害威胁更有可能出现。”

第三十三条 “商务部认为出口经营者作出的价格承诺能够接受并符合公共利益的，可以决定中止或者终止反倾销调查，不采取临时反倾销措施或者征收反倾销税。中止或者终止反倾销调查的决定由商务部予以公告。

商务部不接受价格承诺的，应当向有关出口经营者说明理由。

商务部对倾销以及由倾销造成的损害作出肯定的初裁决定前，不得寻求或者接受价格承诺。”

第三十四条 “依照本条例第三十三条第一款规定中止或者终止反倾销调查后，应出口经营者请求，商务部应当对倾销和损害继续进行调查；或者商务部认为有必要的，可以对倾销和损害继续进行调查。

根据前款调查结果，作出倾销或者损害的否定裁定的，价格承诺自动失效；作出倾销和损害的肯定裁定的，价格承诺继续有效。”

第三十五条 “商务部可以要求出口经营者定期提供履行其价格承诺的有关情况、资料，并予以核实。”

第三十六条 “出口经营者违反其价格承诺的，商务部依照本条例的规定，可以立即决定恢复反倾销调查；根据可获得的最佳信息，可以决定采取临时反倾销措施，并可以对实施临时反倾销措施前 90 天内进口的产品追溯征收反倾销税，但违反价格承诺前进口的产品除外。”

四、反倾销税的征收——进口商缴纳

(一) 征税原则

如果终局裁决对倾销、损害和两者之间的因果关系做出了肯定的终局裁定，则对倾销进口产品可以征收反倾销税。

1、征税对象：反倾销税对倾销进口产品的进口商征收。

2、征税原则：自主性、少征税和非歧视性、公共利益

(二) 单独税率和新出口商

1、征收反倾销税的决定，应列出有关产品的所有供应商的名称。

2、反倾销税应当根据不同出口商或生产商的倾销幅度，分别确定。

3、在调查期间未向进口国出口调查产品的新出口商或生产商，能够证明其与被征收反倾销税的出口商或生产商无关联的，可以向调查机关提出申请，单独确定其倾销幅度。

（三）追溯征收

- 1、在规定的**特殊情况下**，反倾销税可以追溯征收。（一般不可以追溯）
- 2、追溯征收的反倾销税**不得**重于临时措施，或高于采取临时措施所导致的数额。
- 3、追溯征收的**三种情况**：
 - （1）出口商违反价格承诺；
 - （2）一定条件下对适用临时措施的期限追溯征收；
 - （3）对临时措施适用前的期限追溯征收。

（四）征税期限、审议和终止

- 1、反倾销税应在抵消造成损害的倾销所必需的时间和限度内实施。为此应对继续征税的必要性进行周期性复议。
- 2、主管机关在有正当理由的情况下，可以自行复议。
- 3、征收反倾销税不应当超过 **5 年期限**，起算时间从最终反倾销税征税之日，或倾销和损害复议之日，或者日落复议（审查）之日。
- 4、所谓“**日落复审**”，就是在征收产品反倾销税 5 年期满进行的行政复审，又称期满复审。根据世贸组织反倾销协议的规定，任何最终反倾销税，均应自征收之日起，或自涉及对反倾销和损害同时复审的最近一次行政复审之日起 5 年内终止。“日落复审”将决定反倾销是继续生效、延伸和提高税率，还是终止。因此，积极参与反倾销“日落复审”，是企业和产品重新回到国外市场的重要手段，是打破反倾销裁定的转折关键。★★
- 5、现在，**WTO** 成员国一般都建立了反倾销行政复审制度，欧盟早在 1994 年就在反倾销法案中制定了“日落复审”条款，美国在《乌拉圭回合协议法》中明确了日落复审的法律地位，建立起了强制性反倾销期满复审制度。对于已经受到反倾销措施的我国企业来说，高度重视和积极参与“日落复审”更加显得迫切和重要。

第四节 世界贸易组织的职能、法律地位和组织机构

一、职能

WTO 协议第 3 条规定了世界贸易组织的职能：

- 1、促进 WTO 各项宗旨的实现，监督与管理其统辖范围的各项协议与安排的实施运行，并为执行上述各项协议提供统一的机构框架。
- 2、为今后多边贸易谈判提供论坛和场所。
- 3、按一体化争端解决规则程序，解决各成员之间的贸易纠纷。
- 4、与国际货币基金组织和世界银行等相关国际组织合作，协调全球经济决策。

二、法律地位

- 1、具有法人资格；
- 2、每个成员向 WTO 提供为履行其职责所必需的特权与豁免，范围等于联合国大会于 1947 年 11 月 21 日通过的《专门机构特权和豁免公约》所规定的特权与豁免。

三、成员

- 1、WTO 是政府间国际组织，其成员是主权国家和在对外贸易方面有充分自主权的单独关税领土的政府。除政府代表以外的任何个人、工商企业和非政府组织无权参加其活动，只有少数专家可在 WTO 内由非政府代表组成的机构从事公务。
- 2、世界贸易组织的规则也只能约束其成员的政府
- 3、“**政府**”是广义的，包括中央政权机关的所有机构（立法、行政、司法机构），同时根据有关规则，对地方政权机构也有间接约束作用。
- 5、WTO 成员分为创始成员和加入成员。
- 6、我国 2001 年 12 月 11 日我国正式加入世贸组织 成为其第 143 个成员。
- 7、截止 1996 年 8 月 1 日有 123 个国家和地区成为 WTO 创始成员，到 2011 年底有 156 个。

四、组织机构

按照 WTO 协议的规定，世界贸易组织设有部长级会议、总理事会、专门理事会、委员会、总干事、秘书处等机构

1、部长级会议

是世界贸易组织**最高决策机构**。由 WTO 所有成员的代表组成，至少**每 2 年**召开一次会议。

部长级会议的职能是：（1）履行世界贸易组织的职能，并为此采取必要行动。（2）根据其成员的请求，在符合 WTO 协议和多边贸易协议决策程序的特别要求情况下，有权对多边贸易协议中的任何事项作出决定。

2、总理事会

为 WTO **常设执行机构**，在两届部长级会议之间主持 WTO 日常工作，履行部长会议的职能，批准各委员会的决议。总理事会也是 WTO 争端解决机构和贸易政策评审机构。

3、分理事会

总理事会下设三个分理事会协助其工作，负责监督协议的实施。分理事会成员资格向 WTO 所有成员的代表开放，并按履行职务的需要召开会议。

4、专门委员会、工作组

WTO 设有两类专门委员会和工作组，分别由相应的机构授权履行职能。

第一类由总理事会以及根据部长会议决议设立的工作机构，履行 WTO 协议及总理事会授予的职能

第二类是由分理事会设立的工作机构，货物贸易理事会管理的所有货物贸易多边协议，除《装运前检验协定》外都设立了相应的工作委员会(共 11 个)，还设立纺织品监督机构和国营贸易企业工作组。

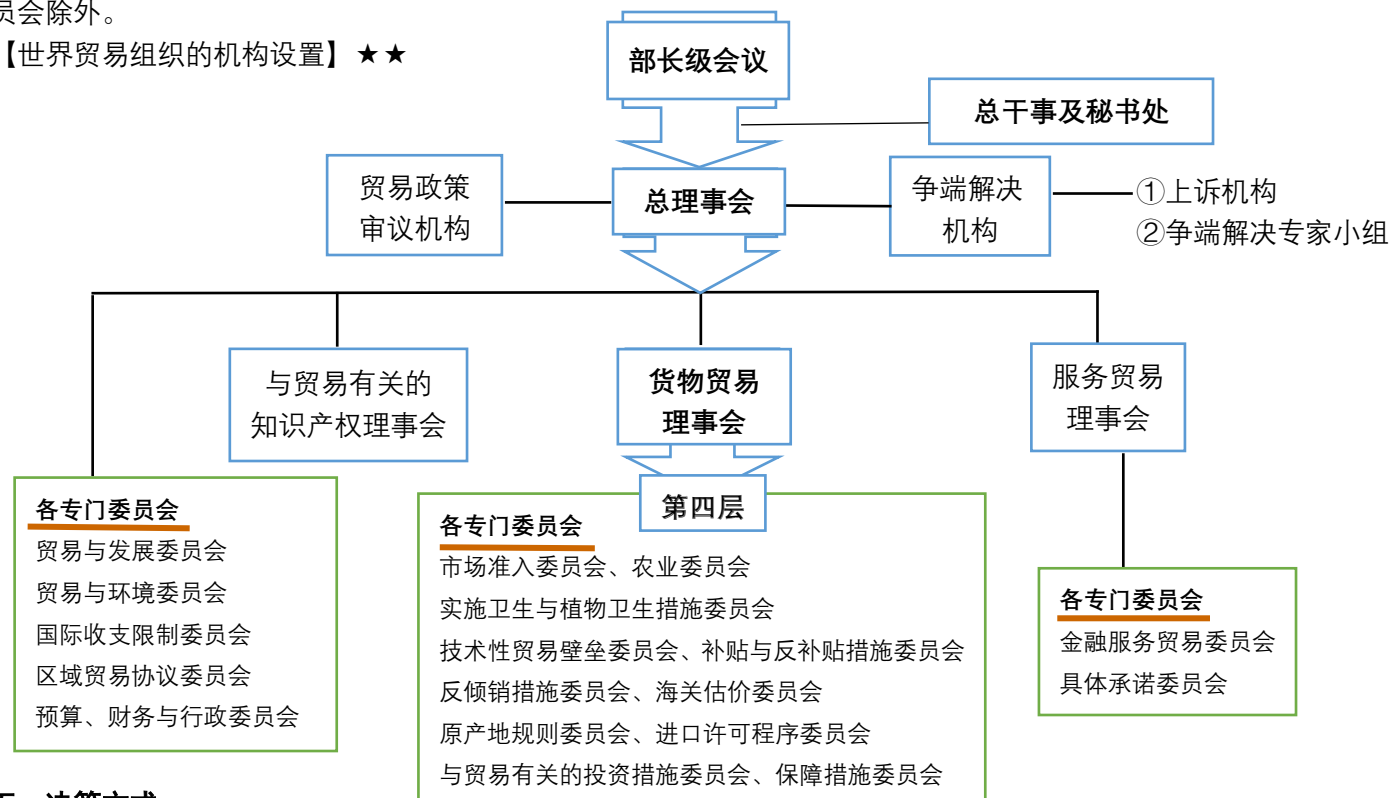
5、总干事和秘书处

世界贸易组织下设秘书处，由部长会议任命的总干事和若干副总干事领导。

总干事的职责和任职条件由部长会议制定的规则确定，总干事是世界贸易组织规则监护人，通过对成员施加影响，促进规则的遵守和实施；他也是调停人和行政主管，帮助解决成员之间的争议，负责秘书处的工作，主持各种谈判。总干事及其工作人员的责任具有专门性和国际性，他们在履行职务时不得寻求或接受来自于任何政府或世界贸易组织以外其他当局的指示，世界贸易组织成员应尊重这种国际性，不应对其施加影响。

WTO 全体成员可以参加所有理事会和委员会，上诉机构、争端解决专家组、纺织品监督机构及诸边贸易协议委员会除外。

【世界贸易组织的机构设置】★★



五、决策方式

WTO 协议第 9 条第 1 款规定，WTO 将沿用关贸总协定以协商一致决策的惯例。

协商一致 (**consensus**) 是指在作出决定的会议上，如果出席会议的成员没有一个对所作出决议提出正式反对意见，决议机构被认为以协商一致的方式对提交审议的事项作出了决定。

协商一致是 WTO 部长会议和总理事会的主要决策方式。

WTO 协议规定某些事项应以 WTO 成员投票表决决定：

1、部长会议和总理事会有权根据分理事会的建议解释 WTO 协议和所属多边贸易协定，对协议条款的解释需经 WTO 成员 3 / 4 多数通过。

2、前述协议的一般条款修改以 2 / 3 多数票通过，某些重要条款如“最惠国待遇”的修改需经全体成员通过才有效。

3、豁免某成员 WTO 义务需经 3/4 多数票通过。

4、任何国家或单独关税领土，可以按照它与 WTO 议定的条件加入 WTO，同意接受新成员的决定由部长会议作出，经 WTO 2 / 3 以上的成员批准。

第九章 国际技术转让法

第一节 国际技术转让概述

一、国际技术转让的基本概念

（一）技术的概念

- 1、专利权：专利权是国家专利主管部门，依据专利法授予发明创造人或合法申请人对某项发明创造在法定期间内所享有的独占权，具有法定性、无形性、不完全性、排他性、地域性等特点；包括发明、实用新型和外观设计；
- 2、商标权：商标权是商标所有人对法律确认并给予保护的商标所享有的权利。通常情况下，商标许可与技术许可同时进行，才构成国际技术贸易的内容；
- 3、专有技术（Know-how）：又称技术诀窍、技术秘密，指未公开的、未取得工业产权法律保护的制造某产品或者应用某项工艺以及产品设计、工艺流程、配方、质量控制和管理等方面的技术知识；

（二）技术贸易的概念

所谓技术贸易是指以技术为标的的贸易，是一种有偿的商业性的技术转让。

（三）国际技术贸易的概念

国际技术贸易是指技术出让方将自己所有的技术跨越国界的转移给技术受让方的法律行为，也就是技术跨越国界的流动。

（四）国际技术贸易的特点

- 1、从交易的法律性质看，国际技术贸易的标的是无形的知识；
- 2、从转让的权利的性质看，国际技术贸易的受让方所取得的一般是技术知识的使用权；
- 3、国际技术贸易的交易过程较为复杂；
- 4、国家对国际技术贸易的干预程度大于对国际货物贸易的干预程度；

二、国际技术贸易的法律形式

（一）国际许可贸易

- 1、概念：国际许可贸易又称国际许可证贸易，指技术的所有人作为许可方，通过与被许可方签订许可合同，将其所拥有的技术授权被许可方，允许被许可方按照合同约定的条件使用该项技术，制造或销售合同产品，并由被许可方支付一定数额的技术使用费的技术交易行为；

2、分类

（1）独占许可：指在合同规定的期限和地域内，被许可方对转让的技术享有独占的使用权，即许可方自己和任何第三方都不得使用该项技术和销售该项技术下的产品；

（2）排他许可：又称独家许可，指在合同规定的期限和地域内，被许可方和许可方自己都可使用该项许可项下的技术和销售该技术项下的产品，但许可方不得再将该项技术转让给第三方；

（3）普通许可：也称非独占许可，指在合同规定的期限和地域内，被许可方被允许使用转让的技术和许可方仍保留对该项技术的使用权之外，许可方还有权向第三方转让该项技术；

（4）可转让许可：指许可方允许被许可方在合同规定的地域和期限内除了自己可以使用所许可的技术外，还可以将其被许可所获得的技术使用权全部或部分的转售给第三方；

（5）交叉许可：又称互换许可，指交易双方或各方以其所拥有的专利或专有技术，按各方都同意的条件互惠交换技术的使用权，供对方使用。

（二）国际技术服务和咨询

国际技术服务和咨询是指出让方利用其技术为受让方提供服务或者咨询以达到特定的目标，并由受让方支付一定数额的技术服务费的活动的；

（1）技术服务是指技术出让方以技术知识为技术受让方解决特定技术问题的行为；

（2）技术咨询是指技术出让方利用本身的技术知识和经验，接受受让方的委托，就特定技术项目提供可行性论证，技术预测，专题技术调查，分析评价报告；

（三）国际特许经营

国际特许经营是指由一家已经取得成功经验的企业作为特许人，将其商标、商号名称、服务标志、专利、专有技术以及经营管理的方式或经验等全盘地转让给另一家企业使用，由被特许人向特许人支付一定金额的特许费的技术贸易行为。

（四）国际投资中的技术贸易

1、合资经营；2、合作生产；3、国际 BOT；

（五）含有知识产权和专有技术转让的设备买卖

（六）国际工程承包

（七）国际补偿贸易（改革开放初期）

- 1、返销：又称回购，我国称之为直接补偿贸易；
- 2、互购：又称商品换购，我国称之为间接补偿贸易；
- 3、多边补偿

第二节 国际技术贸易合同

一、国际技术许可协议

（一）共同条款及内容 ★

- 1、合同的前言：（合同不可分割的重要组成部分，约定合同目的或合同权利义务）
- 2、定义条款；
- 3、价格条款：
 - （1）统包价格：也称为固定价格或一次总算价格，即将技术使用费、技术资料费和技术服务费等费用一次算清加总，其总金额一次付清或分期付清。
 - （2）提成价格：也称滑动价格，即当技术实施后，逐年按合同的产量或销售额或所获利润提取一定比例作为技术价款支付。提成的基础包括产量、销售额和利润；提成率，按联合国贸发会议的统计，实践中一般为经销售额的5%-10%；提成方式，包括固定提成、滑动提成、最低提成、最高提成；
 - （3）入门费加提成价格：即当合同生效或受让方收到技术资料后，先支付一笔约定的金额，然后再逐年提成费用；。
- 4、转让技术的内容和范围：这是整个合同的**核心部分**，是确认双方权利和义务的基础。它主要规定：具体的技术名称、规格，要求达到的性能和技术指标；转让的方式；受让方可以使用技术制造、销售和出口许可产品的地区；商标的使用办法；
- 5、技术资料的交付；
- 6、技术服务与培训；
- 7、技术改进和创新的交换：“继续提供技术援助条款”；“费用互惠、交换期限一致条款”
- 8、保证条款，包括技术保证和权利保证；
- 9、法律性条款：（1）侵权条款；（2）保密条款；（3）税费条款；

（二）特殊条款及内容

- 1、专利许可合同的特殊条款
 - （1）专利条款：明确所转让专利技术的法律状态；
 - （2）专利保持有效条款；
 - （3）不争条款：也叫不得反控条款，是指规定被许可方在获得了许可方的专利技术后，在整个合同有效期内，不得对该专利的合法性提出异议或进行无效诉讼；
- 2、涉及商标许可的合同的特殊条款；
- 3、专有技术许可合同的特殊条款：（1）初期保密协议；（2）保密条款；（3）考核验收条款；

二、国际技术贸易合同中的限制性商业条款

（一）概念

国际技术贸易中的限制性商业条款是国际贸易各种限制性条款之一，其主要表现在国际技术许可合同中有关限制性做法的条款，是指合同中有关许可方对被许可方在技术的使用、改进、产品销售等方面施加的某些限制，以此阻碍正当的竞争或不正当的限制被许可方经济和技术的发展的条款；

（二）种类

- 1、单方面反授条款：即要求技术受让方将其对引进技术后所作出的改进部分单方面无偿地提供给技术出让方；
- 2、不竞争条款：即限制技术受让方取得类似的或竞争性的技术的自由，限制技术受让方就类似的或竞争性的技术或产品签订销售协议，代理协议或者制造协议的自由；
- 3、对研究的限制：即不合理的限制受让方从事旨在按当地实际情况吸收和更改所转让技术的研究开发；

- 4、专卖权与代理权条款：即不合理的限制受让方的销售渠道或限制受让方使用技术的范围，如要求受让方必须把专卖权或独家代理权授予出让方或出让方指定的任何第三者；
- 5、限定产品的产量和价格等；
- 6、搭售：即附带条件的安排，如要求受让方购买他所不愿意要的额外技术，货物或服务；
- 7、出口限制：如禁止出口使用引进技术制造的产品，限定出口地区或数量，规定产品的出口或出口价格须征得出让方事先同意；
- 8、工业产权期满后的付款和其他义务：要求受让方在使用业已失效、被撤销或有效期已届满的工业产权时，仍需承担付款或其他义务；

（三）发达国家和发展中国家对限制性商业条款认识上的分歧

- 1、发达国家：（1）竞争标准；（2）合理规则；
- 2、发展中国家：（1）发展标准

（四）国际立法关于限制性商业条款的规定

- 1、1948 年哈瓦那宪章；
- 2、联合国贸发会议的成果：（1）联合国反垄断示范法；（2）联合国《国际技术转让行动守则（草案）》
- 3、WTO《TRIPs 协议》。

（五）中国对限制性商业条款的法律调整

- 1、合同法 2、技术进出口管理条例

第三节 美国有关技术贸易管理制度

一、337 调查的内容（企业与企业之间）★★

（一）337 调查的种类

- 1、一般不正当竞争

货物所有人、进口人、收货人或其代理人，将货物进口美国或在美国销售时使用不公平竞争方法和不公平行为，其威胁或效果足以摧毁或实质损害美国国内产业，或阻碍此类产业的建立，或限制、垄断了美国的贸易和商业；

- 2、有关知识产权的不正当贸易

将货物进口美国，或为进口美国而销售，或进口美国后销售，而该种货物侵犯了美国已经登记的有效且可执行的专利权、商标权、版权或集成电路芯片布图设计专有权，并且在这四项权利方面已经存在或有尚在建立中的国内产业，则这些不公平做法将被视为非法，美国应采取适当措施予以处理。

（二）“337 调查”的规定

- 1、司法诉讼（1）临时禁止令；（2）最终禁止令；
- 2、美国国际贸易委员会的调查
 - （1）禁止令：有限禁止令；普遍禁止令。（直接中断进口）
 - （2）停止令；（一定的时间内、地域内、范围内）
- 3、美国国际贸易委员会的调查程序优先于法院诉讼；

（三）337 调查的程序

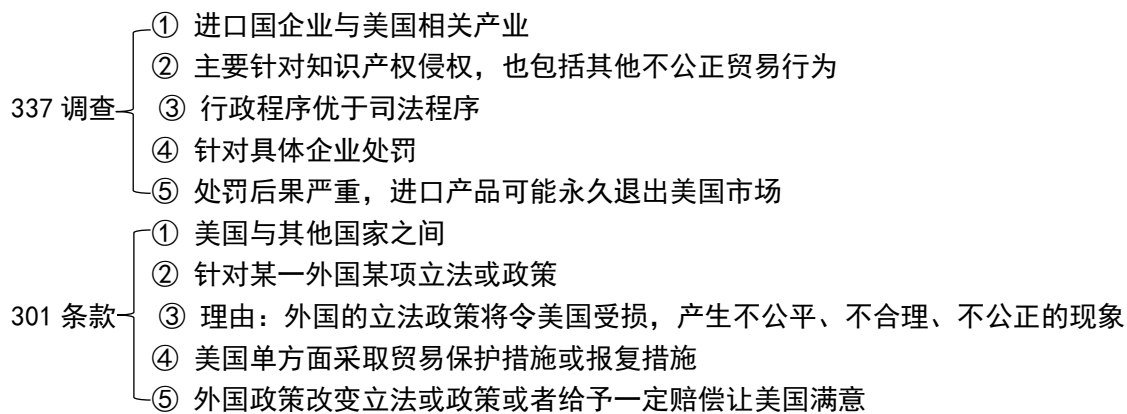
- 1、美国国内产业申诉；
- 2、ITC 启动调查程序：30 日内决定，20 日内被申诉人提出答辩意见；
- 3、发布临时禁止令或停止令；
- 4、最终裁决；
- 5、批准生效；
- 6、提出上诉：60 日内向美国联邦上诉法院提请复议；

（四）对被诉方的不利影响

- 1、时间紧迫：1 年的时间常常令被诉方难以应对；
- 2、如果提起反诉，则反诉向联邦法院提出，无法以反诉制约本诉；
- 3、应诉费用高；
- 4、一旦确认侵权成立，该产品经被“永久”的排斥在美国市场之外。

（五）中国企业面临的问题

- 1、积极努力应诉；2、加强知识产权保护意识；



二、特殊 301 条款

（一）特殊 301 体系

1、“一般 301”：

美国贸易代表（**USTR**）确认外国的某项立法或政策措施，违反了它与美国签订的贸易协定，或虽未违反有关协定，但却被美国单方认定为“不公平”、“不公正”、“不合理”，以致损害或限制了美国的商业利益，美国贸易代表有权不顾国内其他法律及国际条约准则如何规定，直接依照贸易法第 1301 条规定的职权和程序，采取单边性、强制性的报复措施以迫使对方取消上述立法或政策措施，消除其对美国商业造成的损害或限制，或提供能令美国官方和有关经济部门感到满意的赔偿；

2、“特殊 301”

美国贸易代表应确定哪些国家拒绝对美国的知识产权给予“充分”、“有效”的保护，或拒绝对依赖知识产权保护的美国公民给予公平与公正的进入其市场的机会，将其列入重点国家名单并与该国政府进行磋商，根据磋商结果决定是否采取单边报复措施；

3、“超级 301”

美国贸易代表应在法定期限内对每一个重点国家的所有做法都发起“301 条款”调查，应该向众议院筹款委员会和参议院财经委员会提交一份报告，列出重点国家，每一重点国家的做法，以及对每一重点国家的贸易额，并对其实施相应的制裁；

- “301 条款”调查包括：实情调查；与有关的国内行业磋商；与有关的外国政府交换意见；如果涉及贸易协议，可以根据协议解决争端；
- “301 条款”赋予美国贸易代表实施报复的很大的权力，但要在总统的指示下执行。

（二）“301 条款”的经济动机和法律本质

1、经济动机：贸易保护主义；

2、法律本质：对国内法施以域外效力；

（三）“特殊 301 条款”

1、1989 年开始实施，其实质在于美国以其强大的经济实力做后盾，以“特殊 301 条款”为胁迫手段，采取与双边贸易挂钩的谈判方法，迫使他国政府接受美国认同的知识产权的标准，从而以保护知识产权为基点对其国内经济进行保护；

2、根据“特殊 301 条款”的规定，每年 3~4 月份，由美国的专门机构对与美国有贸易关系的国家的有关知识产权保护的法律、政策和做法进行总体评价，确定几类名单：重点国家、重点观察国家、一般观察国家和其他观察国家；

（四）“特殊 301 条款”与中国

1、1989 年 5 月 26 日，中国被列为“重点观察名单”，1990 年中国出台“著作权法”；

2、1991 年，中国被列为“重点国家”首位，1992 年中美签订第一个谅解备忘录，自此，中国加强了知识产权立法；

3、1994 年，中国再度被列为“重点国家”，1995 年中美签订第二个谅解备忘录，美国将关注的焦点从立法转向执法；

4、1996 年，中国被列为唯一的重点国家，经谈判，美国同意将中国从“重点国家名单”中删除，被列为受“306 条款”监视的国家；

5、2004 年，中国继续被列为受“306 条款”监视的国家；

6、2005 年，中国再次被列入“重点观察国家”，并继续保留在“306 条款”监督国家名单中；

（五）“337 调查”与“特殊 301 条款”的区别

（1）适用领域不同；（2）调查的对象不同；（企业；某项立法或政策）（3）救济措施不同；

（六）“301 条款”在 WTO 机制下的运用

三、美国《出口管理法》中关于技术出口管制方面的内容（常为军事用途）

（一）概况

- 1、1949 年，美国国会通过《出口管制法》；
- 2、1969 年，美国国会修改为《出口管理法》，简称 EAA；
- 3、1984 年，美国商务部颁布《出口管理条例》，简称 EAR；

（二）目的

- 1、防止可用于军事用途产品和技术落入不友好国家，危害国家安全；
- 2、为了执行美国对外政策，履行国际义务；
- 3、防止国内因短缺而引起的通货膨胀；

（三）管制的出口产品

- 1、民用或军民两用产品和技术；
- 2、军事物资和技术；

（四）出口管理的措施

- 1、国别管制；
- 2、商品分类管制；

（五）出口许可证制度

- 1、一般许可证；
- 2、一次有效许可证；
- 3、多次有效许可证；

第四节 知识产权的国际保护

一、概述

没有合法的垄断就不会有足够的信息产生，但是有了合法的垄断又不会有太多的信息产生；

知识产权制度就是国家通过法律授予知识创新者合法的垄断权利，他人未经许可不得以营利为目的使用其智力成果；同时又限制这种专有权的实施，以保证公共利益的实现；

知识产权的保护具有地域性特征，即知识产权作为法定“私权”，属于内国知识产权制度调整范围，仅在其依法产生的地域内受保护；但是国际经济全球化趋势，使得知识产品的跨国流动成为必须，然而，因各国社会、经济、文化、历史等因素存在差异，使得各国在设计知识产权制度时，在选择知识产权人私权与社会公共利益之间的平衡点上会存在差异性；

差异的知识产权制度与智力成果跨国流动性的矛盾成为知识产权制度领域的突出矛盾，这一矛盾促使国际知识产权保护制度的产生，从而减少国家间不同的知识产权制度形成的竞争；

二、《建立世界知识产权组织公约》

（一）知识产权的定义：

（1）与文学、艺术及科学作品有关的权利；（2）与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利；（3）与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利；（4）与科学发现有关的权利；（5）与工业品外观设计有关的权利；（6）与商品商标、服务商标、商号及其他商业标记有关的权利；（7）与防止不正当竞争有关的权利；（8）一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利。

（二）成立了世界知识产权组织（WIPO）

三、《保护工业产权巴黎公约》★★

（一）工业产权的范围

专利、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、产地标记或原产地名称以及制止不正当竞争；

（二）国民待遇

任何成员国国民，在保护工业产权方面，应在其他成员国内享有各该国法律现在或今后给予各该国国民的各种利益；

（三）优先权原则

已在一个成员国内正式提出申请发明专利、实用新型、外观设计获商标注册的人获其权利合法继承人，在规定期限内享有在其他成员国内提出申请的优先权；

（四）专利权、商标权独立性原则

- 1、专利权独立原则是指成员国国民向各成员国申请的专利与其在其他成员国或非成员国为同一发明而取得的专利权相互独立、各不干涉；
- 2、商标权独立原则是指对成员国国民在任何成员国中提出的商标注册申请，不能以未在本国申请、注册或续展为理由而加以拒绝或使其注册失效；

（五）对专利权的特别规定

- 1、专利产品的输出输入：成员国不得以本国法律禁止或限制出售某项专利制品或以某项专利方法制成的产品为理由，拒绝核准专利权或使专利权失效；专利权所有人将在任何成员国内制造的物品输入到核准该项专利权的国家，不应导致该项专利权的撤销；
- 2、强制许可：各成员国都应有权采取立法措施，规定颁发强制许可证，以防止由于行使专利所赋予的独占权而可能产生的流弊。
- 3、偶然进入成员国不认为是侵权；
- 4、当一种产品输入到对该产品的制造方法给予专利保护的成员国时，专利权所有人对该进口产品应享有进口国法律对根据方法专利在该国制造的产品所给予的一切权利；

（六）对商标权的特别规定

1、驰名商标；2、服务标记；3、集体商标；4、商业转让；5、凡所属国予以注册的商标，其他成员国也应同样接受申请注册并予以保护。

（七）权利维持费的缴纳

（八）对厂商名称、假标记、不正当竞争的规定

- 1、厂商名称应在一切成员国内受到保护，无须申请或注册，也不论其是否为商标的组成部分；（厂商名称与商标没有必然联系）
- 2、对带有原产地和生产者标记的商品进口时可予以扣押；
- 3、成员国必须对各该国国民保证予以取缔不正当竞争，并提供有效保护；

（九）临时性保护的措施

公约成员国必须依本国的法律，对于在任何一个成员国内举办的经官方承认的国际展览会上展出的商品中可以申请专利的发明、实用新型或外观设计以及可以申请注册的商标给予临时保护；

四、《专利合作条约》（了解）

（一）国际申请：在任何一个缔约国提出的保护发明的申请都可以按条约规定向受理局提出国际申请；（二）国际检索（三）国际公布（四）国际初步审查

五、《商标国际注册马德里协定》★★

（一）接受申请的机构

缔约国国民可以通过所属国的注册当局，向世界知识产权组织国际局提出商标注册的申请。

（二）对非成员国的国民待遇原则

非成员国国民在依该公约组成的特别同盟领土内，具有永久住所或真实的、正当的工商业营业所的，可与缔约国国民同样对待；

（三）申请国际注册的内容

（四）国际注册的效力

从在国际局生效的注册日期开始，商标在每个有关缔约国的保护，应如同该商标直接在那里提出注册的一样。

（五）国际注册的有效期限——20 年

（六）国际注册的相对独立性

自国际注册的日期开始满 5 年时，国际注册即与在所属国原先注册的国家商标保持相对独立性。

（七）国际保护的放弃

（八）所有人国家变更引起的国际商标的转让

六、《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》★★

（一）文学和艺术作品的含义及公约的保护范围（书）

它主要就著作权国际保护的基本原则、受保护作品的范围、最低限度保护标准以及对发展中国家有限的特殊待遇问题等作了规定。

（二）公约保护的主体

- 1、成员国国民的作者：作品无论是否出版，都受到保护；
- 2、非成员国国民的作者：作品首次在任何公约成员国出版，或在一个非公约成员国和一个公约成员国同时出版的，方可受到保护。

（三）国民待遇原则

作者在作品来源国以外的公约成员国中享有各该国法律现在给予或今后可能给予其国民的权利，以及公约特别授予的权利。

（四）限制性原则

任何非公约成员国如未能充分保护本公约成员国国民的作品，成员国可对首次出版时系该非公约成员国国民而又不在于成员国内有惯常住所的作者的作品的保护加以限制；

（五）作者权利及保护期限

1、人身权利（终身保护）

2、经济权利（1）从公开作品中，摘出引文；（2）利用公开的作品进行教学解说

• 对作品的保护期限：

（1）一般作品：作者有生之年及其死后 50 年；

（2）电影作品：作者同意下自作品公之于众后 50 年；

（3）不具名作品和假名作品：合法公之于众之日起 50 年；

（4）摄影作品和作为艺术作品保护的实用艺术作品的保护期限：自作品完成之日起 25 年；

（六）追溯力：公约适用于公约生效前，在来源国尚未进入共有领域的一切作品。

七、《世界版权公约》（了解）

（一）保护的客体

（二）国民待遇原则

（三）非自动保护原则

任何缔约国依其国内法要求履行手续作为版权保护条件的，对于依公约加以保护并在该国境外首次出版而其作者又非本国国民的一切作品，应视为符合上述要求，只要经作者或者版权所有者授权出版的作品的所有各册，自首次出版之日起，标有 C 的符号，并注明版权所有者之姓名、首次出版年份等。

（四）保护期限

1、一般作品：作者有生之年及其死后 25 年；2、摄影作品或实用美术作品作为艺术品给予保护的保护期限不少于 10 年

（五）作者经济权利和人身权利：复制权、公开表演权、广播权以及翻译权

（六）管理机关：联合国教科文组织

八、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织国际公约》（《罗马公约》）（了解）

（一）与其他公约的关系：本公约的规定不影响对文学和艺术作品的版权保护；

（二）公约的保护对象：公约保护表演者、录音制品制作者和广播组织的权利；

（三）国民待遇

国民待遇指被要求给予保护的缔约国的国内法给予：（1）其节目在给过境内表演、广播或首次录制的身为给过国民的表演者的权利；（2）其录音制品在该国境内首次录制或首次发行的身为该国国民的录音制品制作者的待遇；

（3）其广播节目从设在该国领土上的发射台发射的总部设在该国境内的广播组织的待遇；

（四）邻接权保护内容：1、对表演者的保护；2、对录音制品制作者的保护 3、对广播组织的保护

（五）例外

1、私人使用；2、供教学、科研使用；3、时事新闻报道中少量引用；4、广播组织利用自有设备，为自己的广播节目临时录制；5、成员国课在符合公约的范围内，做出强制许可的规定

（六）邻接权保护期限：20 年

（七）争议解决：1、谈判；2、国际法院

九、《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs 协议）★

（一）总则和基本原则

1、义务的性质和范围——TRIPs 协议的规定均不有损于成员之间依照《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、保护邻接权的《罗马公约》、《关于集成电路知识产权公约》已经承担的义务

2、国民待遇——有关知识产权的保护，成员方向其他成员方提供的待遇不得低于它对本国国民所提供的待遇；

3、最惠国待遇——在知识产权保护方面，任何成员方对另一国民所给予的利益、优惠、特权及豁免，应立即无条件地给予其他国家的国民。

4、例外：

- (1) 由一般性司法协助及法律实施的国际协定引申出的且并非专为保护知识产权的；
- (2) 1971 年《伯尔尼公约》和《罗马公约》允许的按互惠原则而不按国民待遇提供的；
- (3) TRIPS 协议为规定的表演者权，录音制品制作权及广播组织权；
- (4) WTO 协定生效前已生效的知识产权保护国际协定中产生的。

(二) 关于知识产权的效力、范围及使用标准

1、版权及其相关权利

TRIPS 协定规定，全体成员都应遵守 1971 年《伯尔尼公约》第 1 条至第 21 条和公约附件的规定；

2、商标

商标是指任何能够将一企业的商品和服务与其他企业的商品或服务区分开来的标记或标记组合，包括文字、字母、数字、图形要素、色彩的组合以及上述内容的组合；

3、地理标志

地理标志是表明某一种商品来源于成员方地域内，或此地域内的一地区并且该产品的特定品质、信誉或其他特征，主要与该地理来源相关联的标志；

4、工业品外观设计

成员方应对具有新颖性或原创性的独立创造的工业品外观设计提供保护，各成员方应保证对纺织品外观设计提供保护；

5、专利

一切技术领域中的任何发明，无论产品发明或方法发明，只要具有新颖性、创造性、并可付诸工业应用，均可获得专利，并享有专利权，不得因发明地点不同，技术领域不同，进口或系本地制造而被歧视；

成员方可以拒绝授予发明以专利，当这种在本国内对商业利用的阻止应出于为保护公共秩序或公共道德，保护人类、动植物的生命与健康，为避免对环境的严重破坏的目的：

- (1) 对人或动物的医学治疗方法、诊断及外科手术方法；
- (2) 任何植物、动物（微生物除外），以及生产植物或动物的生物方法（植物的非生物方法及微生物方法除外）。但是，成员方应对植物新品种提供保护，无论是以专利形式，或是以一种特殊有效的专门制度或是以任何组合形式提供保护。

专利获得者享有以下独占权：

- (1) 若某一专利的标的物是某种产品，专利获得者有权制止第三方未经权利人同意而制造、使用、提供销售，或为这些目的而进口被授予专利的商品；
- (2) 若专利的标的是一项工序，专利获得者有权制止第三者未经权利人允许而使用该工序，或使用、提供销售或为这些目的而进口，至少是以此工序直接获得产品；

6、集成电路的布图设计（拓扑图）

TRIPS 要求按照《关于集成电路知识产权条约》第 2 条至第 7 条、第 12 条和第 16 条第 3 款的规定为集成电路的布图设计提供保护

但是 TRIPS 在以下方面强化了对集成电路布图设计的保护：（1）保护设计产品；（2）延长保护期限；（3）善意获得不属违法；

7、为未泄露的信息的保护

自然人或法人应尽可能防止其所控制的信息在没有得到其同意的情况下，被他人以违反诚信商业做法的方式泄露、被获得或使用；

8、许可协议中对反竞争行为的控制

成员方一致认为，一些限制竞争的有关知识产权的许可合同或条件，对贸易产生阻碍作用，并妨碍技术的转让和传播；

成员方可在其国内立法中详细规定可能构成滥用知识产权并对有关市场的竞争产生负效应的许可合同或条件；

(三) 知识产权的实施

1、一般义务：成员方应保证 TRIPS 所规定的执法程序在国内立法中生效；

2、民事和行政程序及补救

3、临时措施

4、有关边境措施的特殊要求

5、刑事程序：对具有商业规模的、故意的商标仿冒和盗版案件，成员应予以刑事处罚并制定相应的程序。

（四）知识产权的取得和保持及相关程序

成员方可以要求协议中规定的支持产权取得或保持应符合合理的程序或手续；

（五）争端的防止和解决

1、透明度要求；2、DSB 适用于本协议产生的争端，其方法包括协商、中止履行、交叉报复

（六）过渡协议与机构安排

1、过渡期安排；2、与贸易有关的知识产权委员会

第十章 国际投资法

第一节 概述

一、国际投资概述

1、含义：国际投资是指资本的跨国流动；

2、分类：

（1）直接投资与间接投资

① 直接投资就是企业跨越国境或边境设立分公司、子公司或者生产工厂等据点，以投资东道国为基地从事经营或营业活动。

② 间接投资就是投资者以获取利息或股息分红为目的而对境外的公司债券或股份的投资。

（2）短期投资与长期投资（投资期限的长短）——三年以内为短期投资

（3）外国官方投资与外国私人投资

① 外国官方投资指外国政府或国际公共机构进行的投资；

② 外国私人投资指外国的自然人、法人或其他组织为获取利润而进行的投资；

二、国际投资法概述

（一）含义

1、含义：国际投资法是指调整跨国私人直接投资关系的国内法律规范和国际法律规范的总称，是国际经济法的一个重要分支；

2、特征：

（1）调整的主体仅限于国际间的私人投资关系；

（2）调整的对象是国际直接投资关系；

（3）调整的法律规范既包括国内法规范，也包含国际法规范；

【补充】：

（1）国际直接投资是指一国的投资者将资本投入到另一国的经济实体，对该经济实体的经营管理有较大的控制权，并根据该经济实体的经营状况取得相应投资收益的经济活动。

（2）国际间接投资是指一国的投资者将资本投入到另一国，由另一国经营者接受并运用该资本，投资者不参与或控制该资本的经营管理的一种投资活动。

（二）国际投资法的渊源（表现形式）

1、国内法规范

（1）资本输出国（母国）的外国投资法律制度；

（2）资本输入国（东道国）的外国投资法律制度；

2、国际法规范

（1）国际投资条约

（2）国际投资判例

（3）联合国及一些国际组织作出的有关决议和制定的有关指南、守则等

（4）国际惯例

三、国际投资的方式

1、合营企业

合营企业是指外国投资者依照东道国的法律，与东道国的投资者，为了实现长期的经济目的而共同投资成立的经营、共担风险、共负盈亏的企业形式。可分为（1）股权式合营企业（Equity Joint Venture）（2）契约式合营企业（Contractual Joint Venture）

2、外资（外商独资）企业

独资经营企业是指外国投资者在东道国境内，根据东道国法律成立的全部股权由自己拥有的企业。

3、其他投资形式——BOT 投资方式

BOT (Build-Operate-Transfer, 建设—经营—转让)，是指东道国政府通过特许协议，授予外国投资者在特许协议规定的期限内，投资东道国基础设施领域的专营权。投资者对所投资项目拥有建设、运营、管理、维护和收益权。

四、几个特殊问题

（一）有关外资的待遇问题

- 1、最惠国待遇；（一般待遇）
- 2、国民待遇；（不低于给予本国的待遇）——超国民待遇（中国出现）
- 3、公平与公正待遇；
- 4、国际最低待遇；

（二）特许权协议

特许协议 (**concession agreement**) 是国家契约的一种类型，一般是指东道国政府与外国私人投资者签订的，由东道国授予外国投资者约定的特许权，允许其在一定期限内从事自然资源开发或者基础设施建设，并且缴纳一定的产品或税费的一种投资方式和合同安排。

特许协议的法律性质在理论和实践中存在很大争议。到底是国际条约还是国内契约？

（三）国有化及补偿问题

- 1、国有化的合法性问题
- 2、补偿问题：
 - (1) 发展中国家的观点：适当合理的补偿；不予补偿
 - (2) 发达国家的观点：充分、有效、及时的补偿

第二节 海外投资保险制度（考试题）

一、概念 ★★★（重点记!!!）

海外私人直接投资保险制度是资本输出国政府为了保护本国国民在国外投资的安全，对海外投资者在资本输入国可能遇到的政治风险给予保险的制度。

二、特征 ★★★（重点记!!!）

- 1、海外私人直接投资保险是一种政府保证或国家保证；
- 2、保险内容仅限于战争、内乱、国有化、征收等**政治风险**；
- 3、保险对象是资本输出国符合一定条件的海外私人直接投资；
- 4、核心内容是东道国与母国之间必须有相应的投资协议；

三、海外投资保险制度的体系

（一）保险机构

- 1、政府公司作为保险机构，美国的 OPIC；
- 2、政府机构作为保险机构，日本的通商产业省贸易局；
- 3、政府与国营公司共同实施保险业务，德国的“黑姆斯信用保险公司”、“德国信托监察公司”；

（二）保险范围（四种险）

- 1、外汇险：指由于东道国停止或限制外汇、实行外汇管制，或由于其他突发事件，致使投资者的成本或收益、利润等无法兑换成可自由兑换的货币，或不能自由转移出境；
- 2、征收险：征收险是指由于东道国政府实行征收或国有化措施，致使投资者的资产遭受部分或全部的损失，由承保机构负责赔偿的险别；
- 3、战争与内乱险：战争与内乱险是指由于东道国发生战争、革命、内乱或暴动，而使投资者的投资财产遭遇损失的风险；

（三）保险对象

1、投资内容的标准 ★★★（重点记!!! 简答题）

- (1) 海外投资要符合东道国社会经济发展的目标及其法制政策；
- (2) 海外投资必须符合资本输出国的利益；
- (3) 海外投资的领域必须符合国家的法律和保险合同的规定；
- (4) 海外投资的投保时间要求，必须是新的投资。

2、投资形式的标准

3、合格的投资东道国：要求东道国与资本输出国（母国）事先定有**双边投资保证协定**；

4、投保人的标准：本国的自然人；本国公司、合伙或其他经济组织；本国人控制的外国公司、合伙或社团；

（四）保险费率和保险期限

1、保险费率：0.5% — 1.5%

2、保险期限：15 年

（五）索赔

1、投保人通知及减损的义务；

2、保险金的支付；

3、代位求偿权的取得；

第三节 保护投资的国际法律制度

一、双边投资条约

（一）含义

双边投资条约（**Bilateral Investment Treaty**）又称双边投资保护协定，是资本输出国同资本输入国间签订的，用于调整国家间关于两国私人直接投资活动之关系的双边条约的总和；

（二）类型

1、友好通商航海条约

友好通商航海条约指的就是缔约国间就商业活动和航海自由事宜而签订的双边条约。

这类条约的出现并非专门为了保护国际投资活动，而仅仅带有全面建立和发展国家间商人往来及经济合作的协议的含义；

2、美式的投资保证协定

其特点重在政治风险的保证，特别是关于代位求偿权及处理投资争议程序的规定，保护对象是单方的投资而不是相互的投资；

3、德国式的促进与保护投资协定

内容更为全面和具体，不仅包括程序性的规定，也包括实体性的规定，具体涉及了受保护的投资、投资者以及投资领域，投资的准入、投资的待遇、投资本金和收益的汇兑、征收和国有化及类似措施。

（三）内容

1、受保护的投资者：缔约双方的自然人、法人或不具有法人资格的其他经济组织；

2、受保护的投资或投资收益

3、外国投资的待遇

（1）公平与公正待遇；（2）国民待遇；（3）最惠国待遇；

4、政治风险的保证

（1）国有化与征收；（2）货币汇兑；

5、代位权

6、争端的解决

二、《多边投资担保机构公约》

（一）MIGA 的产生背景

根据 1988 年《多边投资担保机构公约》，又称《汉城公约》成立，简称 MIGA；

（二）MIGA 的法律地位和组织机构

1、法律地位：具有完全的法律人格的政府间国际组织；

2、组织机构：理事会（权力机构）、董事会（执行机构）和总裁及工作人员组成。

（三）MIGA 的业务

1、承保险别范畴

（1）货币汇兑险

指东道国政府采取措施，限制投保人将其货币兑换成可自由使用货币或投保人可接受的另一种货币，并转移出东道国境外，包括东道国政府未能在合理的时间内对该投保人提出的汇兑申请作出行动；

(2) 征收或类似措施险

指东道国政府所采取的立法行为或行政上的作为或不作为，实际上剥夺了投保人对其投资及其收益的所有权或控制权；

(3) 战争及内乱险

指**东道国领域内的任何地区**发生的任何军事行动或内乱所致投保人的损失的保险；

(4) 违约险

指东道国政府不履行或违反与投保人签订的合同，并且使投保人无法求助于司法或仲裁机关对其毁约或违约提出的诉讼作出裁决，或者该司法机关或仲裁机关未能在依 MIGA 细则订立的担保合同所规定的合理期限内作出裁决，或虽有这样的裁决但无法执行；

(5) 其他非商业风险和除外情形

MIGA 应投资者和东道国的联合申请，并经董事会以特别多数票通过，将其担保范围扩大到上述四种风险之外的其他特定的非商业风险；

2、合格的投资

投资的合理性；投资的发展性；投资的合法性；

3、合格的东道国

a. 东道国必须是**发展中国家**

b. 东道国同意 MIGA 承保

c. 东道国必须是一个其投资条件被认为是合格的**国家**，该项投资可得到令人满意的公正平等的待遇和法律保护；

4、合格投资者

投保者必须是东道国以外的自然人、法人和其他经济组织；

基于投资者与东道国的联合申请，董事会经多数票通过，可将合格投资者扩大到东道国的自然人，或在东道国境内组成或其多数资本由东道国国民所拥有的法人，但其投资的资产应是从东道国境外移入；

5、代位求偿权

MIGA 在支付或者同意支付保险金之后，有权向有关东道国索赔；代位求偿权在《MIGA 公约》中的规定为 MIGA 向有关东道国求偿提供了国际法的基础，也是 MIGA 维系财政运营能力的核心所在；

【习题】

Eg1: 多边投资担保机构是根据 1988 年生效的《多边投资担保机构公约》设立的国际金融机构。关于该机构下列哪一项是正确的 (C)

A、该机构只承保货币汇兑险、征收险、战争内乱险和政府违约险；（其他也有）

B、**任何投资均可**列入该机构的投保范围，但间接投资除外；

C、该机构具有完全法律人格，有权缔结契约，取得并处理不动产和动产；

D、在任何情况下，该机构都**不得**接受东道国自然人、法人的投保；

Eg2: 甲乙两国均为《多边投资担保机构公约》缔约国，甲国公民杰克在乙国投资时向多边投资担保机构进行了投资保险，对此，下列说法正确是 (BD)

A、如乙国并未拒绝杰克的汇兑申请，而只是消极拖延则**不属于**货币汇兑险的范围；

B、乙国应该是发展中国家；

C、如发生在**乙国邻国的战争**影响了杰克在乙国投资的正常运营，也属于战争内乱险承保的范围；

D、乙国政府对杰克的违约属于政府违约险承保的范畴。

Eg3: 甲国公司在乙国投资建立地热公司，并向多边投资担保机构投保。2015 年，乙国因外汇大量外流采取了一系列的措施，使得地热公司虽然取得了收入汇出批准书，但是仍然无法进行货币兑换并汇出，甲公司认为已发生了禁兑风险，并向投资担保机构要求赔偿。根据相关规则下列选项正确的是 (BCD)？

A、乙国中央银行已批准了货币汇兑，不能认为发生了禁兑风险； B、消极限制货币汇兑也属于货币汇兑险的范畴；

C、乙国为发展中国家； D、担保机构一经向甲公司赔付，即代位取得向东道国的索赔权。

Eg4: 根据《多边投资担保机构公约》，关于多边投资担保机构 (MIGA) 的下列哪一说法是正确的 (C)？

A、MIGA 承保的险别包括征收险和类似措施险、战争和内乱险、货币兑换险和违约险；（不仅仅包括这些）

B、作为 MIGA 合格投资者（投保人）的法人，只能是具有东道国以外任何一个施约国国籍的**法人**；（自然人可）

C、不管是发展中国家的投资者，还是发达国家的投资者，都可以向 MIGA 申请投保；

D、MIGA 承保的前提是投资者母国和东道国之间有**双边投资保护协议**。

三、《华盛顿公约》和解决投资争端国际中心（ICSID）

（一）中心的性质与组织机构

- 1、性质：具有完全独立的国际法人资格；
- 2、组织机构：行政理事会、秘书处、调解员小组和仲裁员小组

（二）中心的管辖权

- 1、争端当事人的适格：缔约国一方与缔约另一方的国民
- 2、争端客体适格：直接因投资而产生的法律争端
- 3、主观要件：书面同意
- 4、中心管辖权的排他性：（1）排除东道国的当地救济；（2）排除投资者本国救济

（三）调解与仲裁

- 1、调解程序
- 2、仲裁程序
 - （1）仲裁的撤销：仲裁庭组成不适当；仲裁庭明显超越权限；仲裁庭的成员有贪污行为；严重违反基本程序；仲裁书未陈述裁决理由
 - （2）裁决的执行：中心的裁决具有终局效力，各成员国必须予以执行；

（四）中心适用的法律

- 1、当事人协商同意的法律；（可选择第三国法律）
- 2、争议一方的法律或可能适用的国际法；
- 3、适用一般法律原则；
- 4、适用公平和善意原则；

第十一章 国际金融法

第一节 国际金融法概述

一、概念

对于国际金融法的概念，学者们由于研究角度不同，概念也有所不同。

国际金融法是调整货币、资金跨境流动而产生的各种法律关系的总和。它既包括国际法规范又包括国内法规范，既有公法规范又有私法规范，是国际经济法的一种重要组成部分。

二、国际金融法的特点

（一）主体的广泛性

既包括国家、地区和国际组织，也有从事国际金融交往和国际金融活动的自然人、法人和其他经济组织。

（二）客体的复杂性

客体是指国际金融法律关系主体权利义务所指向的对象，主要包括货币、货币资产和行为三类。

（三）内容的实践性

国际金融法规定的是关于涉外货币管理活动和跨国金融交易活动的规制，它在内容和功能上均具有实践性和技术性特征。

第二节 国际货币制度

一、国际货币制度概述

1、国内货币制度

指主权国家以法律形式规定本位货币金属和货币单位，本位货币和辅币的铸造及流通过程，纸币的发行程序及储备制度；

2、国际货币制度

指各国政府为了适应国际贸易和国际支付的需要，对货币在国际范围内发挥世界货币职能所作的一系列安排；

二、国际金本位制度（了解）

（一）金币本位制

- 1、用黄金来规定货币所代表的价值，每一货币单位都有法定的含金量，各国货币按其所含黄金重量而有一定的比

价；

- 2、金币可以自由铸造，任何人都可按本币的含金量将金块交给国家铸币厂铸成金币；
 - 3、金币是无限法偿的货币，具有无限的支付手段的权利；
 - 4、各国的货币储备是黄金，国际间的结算也使用黄金，黄金可以自由输出与输入；
- 自由铸造、自由兑换和黄金自由输出入为其基本特点。

（二）金块本位制

- 1、货币单位仍有法定的含金量，政府在规定的价格下，可以无限的买卖金块或金条，人们可以自由的买卖和贮藏黄金，但是国内已不流通金币而代之以纸币；
- 2、黄金作为发行货币的准备金集中于中央银行；
- 3、纸币与黄金的兑换受到严格控制；
- 4、黄金的进出口由中央银行统一经营管理；

（三）金汇兑本位制

以黄金与黄金外汇（即实施金币本位制和金块本位制国家的外汇）作为中央银行的发行准备，并允许依一定价格买卖黄金外汇的制度；

- 1、禁止铸造和流通金币；
- 2、规定有含金量的银行券作为本位币参加流通，持有者不能将其兑换成黄金，但可以兑换外汇，凭外汇到其发行国兑换黄金；
- 3、实行金汇兑本位制的国家，在金块本位制国家或金币本位制国家存放外汇准备基金，并规定本国货币和该国货币的法定汇价，居民可以按照这一汇价无限制的购买外汇，在所联系的国家兑换黄金；
- 4、禁止黄金的自由输出输入；

三、布雷顿森林体系

“二战”以后的布雷顿森林体系基本上是一种黄金汇兑本位，一方面，黄金依然作为储备货币，另一方面，美元可按固定比率自由兑换成黄金。也就是说，美元和黄金共同成为储备货币。

布雷顿森林体系的**主要内容**为：

- 1、建立一个长久性的国际金融机构，即 **IMF**（国际货币基金组织）；
- 2、**确立黄金和美元并列的储备体系，实行以美元为中心的国际金汇兑本位制**；（美元正式成为）
- 3、**实行可调整的固定汇率制度**；
- 4、国际收支的调节机制
 - （1）逆差国可以向国际货币基金组织取得贷款来弥补逆差；
 - （2）逆差国可以通过汇率的调整来纠正国际收支的基本不平衡；
- 5、建立国际性的资金融通设施；

（一）布雷顿森林体系的缺陷及其解决（PPT535-543）

布雷顿森林货币体系一直存在到 1971 年，它的主要问题为所谓的“特里芬难题”。

四、牙买加制度

- 1、浮动汇率合法化；
- 2、黄金非货币化；
- 3、增加基金组织中会员国缴纳的基金份额，由原来的 292 亿 SDR 增加到 390 亿 SDR；
- 4、扩大对发展中国家的资金融通；
- 5、提高特别提款权的国际储备地位；

五、特别提款权（Special Drawing Rights, SDR）

所谓特别提款权是指国际货币基金组织在原有的普通贷款权之外，按各国认缴份额的比例分配给会员国的一种使用资金的特别权利；

会员国分得的特别提款权是一种账面资产，可以作为会员国的国际储备归还国际货币基金组织的贷款，可以在会员国政府之间偿付国际收支逆差。但不能兑换黄金，也不能当做现实的货币用于国际贸易和非贸易的支付；

2001-2005 年间，特别提款权由美元、欧元、日元和英镑四种货币构成，各种货币的比例为欧元 33%，日元 13%，英镑 11%，美元 43%。

第三节 国际融资的法律制度

一、国际贷款融资的法律制度

(一) 概念和特点

1、**国际贷款**又称为“国际借贷”、“国际信贷”，是指不同国家当事人之间基于信用授受而进行的货币资金的有偿让渡，是资金使用权的跨国交易活动。

2、特点：

- (1) 借款人与贷款人分属于不同的国家或地区；
- (2) 国际贷款通常使用可兑换货币，而不局限于借款人或贷款人国家的货币；
- (3) 国际贷款协议常常涉及很多复杂的法律问题。

3、分类：

- (1) 长期、中期和短期；
- (2) 有担保贷款和无担保贷款；
- (3) 独家贷款协议和银团贷款协议；
- (4) 固定利率贷款协议和浮动利率贷款协议；
- (5) 外国贷款协议和欧洲货币贷款协议

(二) 国际金融机构贷款的法律制度

1、国际货币基金组织的贷款制度

2、世界银行集团

(三) 政府贷款的法律制度

政府贷款是指一国政府利用财政资金向另一国政府提供的优惠性贷款，它是贷款国与借款国之间进行国际经济合作的重要形式，也是援助国向受援国提供经济发展援助的重要形式。

● 几个主要的国际金融组织（了解）

——国际货币基金组织

1、成立：1944年7月在美国布雷顿森林会议签订的《国际货币基金组织协定》，于1945年成立。

2、宗旨

- (1) 促进国际货币合作；
- (2) 促使国际贸易的扩大与平衡发展，以促进和维持高水平的就业和实际收入，以及会员国生产资源的发展；
- (3) 促进汇价稳定，维持会员国间有秩序的汇率安排，避免竞争性的货币贬值；
- (4) 协助建立成员国间经常性交易的多边支付制度，并消除妨碍世界贸易发展的外汇管制；
- (5) 以及通过贷款调整成员国国际收支的暂时失衡；

3、主要职能：（1）制定规章制度的职能；（2）金融职能，包括向成员国提供资金；

4、资金来源：（1）成员国缴纳的基金份额；（2）向成员国的借款；（3）业务活动中的部分利润；

5、主要机构

（1）理事会：最高权力机构，由每一成员国派遣一名理事和一名副理事组成，每年召开会议1次，决定基金组织的重大事项

（2）执行董事会：执行机构，由24个执行董事组成，负责处理该组织的日常业务工作

（3）总裁：既是执行董事会的主席，又是行政首脑，不得兼任理事或执行董事。（多米尼克·斯特劳斯-卡恩）

6、加权投票制

（1）基本投票权——250。（2）**加权投票权**——每10万美元增加1票。

理事会和执行董事会决定一般问题时，以简单多数通过的议事规则表决；决定重要问题时，则根据不同问题的重要程度，分别适用2/3多数通过、3/4多数通过和85%多数通过等议事规则。根据1977年生效的基金协定(第二次修正案)的有关规定，大约30种决议，即全部政治性决议，都需要适用85%多数通过的议事规则。美国拥有基金组织16.77%的投票权，因此拥有对基金组织政治性决议的否决权。

——世界银行集团

1、构成：（1）国际复兴开发银行：1944年根据布雷顿森林会议签订的《国际复兴开发银行协定》，于1945年成立；（2）国际金融公司：1955年《国际金融公司协定》；（3）国际开发协会：1960年《国际开发协会协定》；

2、宗旨：以提供贷款或投资的方式，协助成员国解决战后恢复和发展经济所需要的资金，促进经济发展，提高生产力，改善和提高人民的生活水平；

3、职责

- (1) 世界银行：主要对政府、政府机构或政府所担保的私人企业发放用于生产目的的长期贷款，提供技术援助；
- (2) 国际金融公司：在需要政府担保的情况下，专对成员国私人企业发放贷款，并与私人投资者联合向成员国的生产企业投资；
- (3) 国际开发协会：专向较贫困的发展中国家的公共工程和发展项目提供条件较宽的长期贷款；

4、主要机构：(1) 理事会；(2) 执行董事会；(3) 世界银行行长：佐利克

5、加权投票制

- (1) 世界银行与国际货币基金组织相类似；
- (2) 国际金融公司各成员国拥有 250 票基本投票权，每股 1000 美元取得 1 票投票权；
- (3) 国际开发协会成员国拥有 500 票基本投票权，每股 5000 美元增加 1 票投票权；

6、四大国际金融组织的关系

- (1) 国际货币基金组织的成员国可以加入世界银行；
- (2) 国际金融公司和国际开发协会的成员国必须是世界银行的成员国；

(四) 国际商业银行贷款的法律制度

1、国际银团贷款

2、项目贷款

国际项目融资时近 40 年来发展起来的，是国际金融的一种重要分支。国际项目融资一般是贷款人将资金带给项目公司，项目公司与项目的主办人是两个法律实体，项目主办人一般仅仅以其投入该项目公司中的资产承担偿还责任。贷款人通常要求用抵押权和经过转入取得的合同权益作为借款人的违约补救。

(五) 主权债务重组机制

1、所谓主权债务 (**sovereign debt**) 是指主权国家公共部门代表本国，向国际或区域金融组织、外国金融机构或者其他国际金融市场的投资者借贷或者为他人的借贷提供担保而形成的，并以国际信用保证偿还本金和利息的特殊类型债务。

就国际法的通常意义上说，国家对本国居民的本币债务一般不包含在主权债务的范畴之内。

2、主权债务与外债

法律意义上的主权债务和国际金融学上通用的“外债”的概念是不能划等号的。

外债表现为一定时限内外国资本的净流入，其中不仅包括主权国家政府举债形成的资本流入，还包括外国资本的直接和间接投资、私人部门之间借贷、国际社会的资金援助等。

3、债务重组

一旦主权国家因为各种原因无力或者不愿意偿付其负有的债务时，债权人或债务人在此之前或在此之后可以启动主权债务重组 (**sovereign debt restructuring**) 程序，即负有债务的主权国家与其债权人之间通过集体的或者个别的协商谈判达成对既有债务 (包括本金和利息) 的重新安排，使得债务国短期内暂时减轻偿债压力，恢复可持系的支付能力。

一旦出现债务国不能按约履行债务的情况，传统上是通过政治协商的方式来解决，国际社会也逐步发展出一套基于惯例的官方主权债务重组机制。

(1) 20 世纪 50 年代之后形成的“巴黎俱乐部”体制发挥很大作用。**巴黎俱乐部 (Paris Club)** 也称“十国集团” (Group-10)，成立于 1961 年 11 月，是一个非正式的官方机构，由于其经常在巴黎克莱贝尔大街的马蒂斯蒂克旅馆聚会，故称巴黎俱乐部。

巴黎俱乐部是官方债权人对其向其他主权国家发放或者担保的贷款进行重组安排的非正式机制。建立巴黎俱乐部的目的是为了通过多边谈判机制和债权国的集体行动来弥补以往的双边债务重组谈判的有限性。

巴黎俱乐部并非依据任何国际条约而建立，其本身也不具有国际组织的法律人格，在其运行过程中也不存在成文的规则体系，但却形成了一套得到债权国和债务国普遍接受的原则、习惯做法以及债务重组的标准条款，这既保证了债务重组谈判的高效率，也充分提供了灵活便利的空间。

巴黎俱乐部的职责是专门为负债国和债权国提供债务安排，例如债务重组、债务宽减、甚至债务撤销。如经过多番努力仍未能改善债务问题，负债国通常由国际货币基金转介予巴黎俱乐部协助。

巴黎俱乐部成果：自当时第一次会议至 2009 年 1 月，巴黎俱乐部达成了 405 个协议，累计金额达到 5120 亿美元。

在这一框架下，官方债权人的政治资源可以为债务的重组提供有效的支持，而兼具灵活性和原则性的重组程序则成为官方主权债务重组的高效率保证。

(2) 伦敦俱乐部

从 20 世纪 70 年代开始，随着商业银行对主权国家贷款数量的增加，官方债权人和商业银行在债务减免问题上的矛盾开始显现，于是国际社会需要一种新的主权债务重组解决机制。

伦敦俱乐部作为主权政府贷款人的私人银行部门提供了与主权国家协商债务重组的非正式平台。

伦敦俱乐部由私人商业银行组成，其法律性质与巴黎俱乐部类似，是一个非正式的谈判平台，也没有成文的议事规则，最早的活动是1976年针对扎伊尔的债务重组谈判。

谈判过程中，债权人首先组成一个银行顾问委员会或者银行指导委员会，由该委员会代表所有债权人与债务国进行谈判，委员会通常由贷款份额最大的银行担任主席。委员会与债务国关于债务重组的协议通常需要得到持有债权份额90%至95%以上的银行批准方生效。

在伦敦俱乐部机制下，对于不同债权人利益的平等对待是依靠最初的银团贷款协议中的某些条款来保证的。这些条款要求个别银行在债权利益实现过程只能确保必须保证其他银行处于同等地位，从而抑制了个别债权人的自利行为。

二、国际证券融资的法律制度

（一）国际证券的概念和特征

国际证券是指发行人在其本国境外或国际金融市场上发行并流通的，以发行地所在国货币或其他可兑换货币为面值的证券。

- （1）证券的发行人和投资人分属于不同的国家；
- （2）证券的发行地不在发行人所在国境内；
- （3）证券以发行地所在国货币或其他可兑换货币为面值。

（二）种类

1、国际股票；2、国际债券

（三）发行

1、私募发行；2、公募发行。

三、国际融资租赁的法律制度

（一）产生——美国是现代租赁业的发源地。

（二）概念和特点

融资租赁是指出租人根据承租人对租赁物的特定要求和对供货人的选择，出资向供货人购买承租人已经选定的机器设备，出租给承租人使用，并按双方商定的租赁期限收取租金。

法律特征：

- 1、具有鲜明的信贷融资性质；
- 2、租赁设备的所有权与使用权相分离；
- 3、国际融资租赁是自成一类的三边贸易；
- 4、国际融资租赁业务在税收及会计处理上具有独特性。

第四节 国际融资协议的共同条款

一、陈述和保证条款

陈述与保证条款是借款人就其与融资协议有关的事实，包括其法律状况、财务及商务状况等作出说明，并保证其所作说明的真实性的条款：

- 1、为有关借款人法律地位以及关于合同有效性的说明和保证；
- 2、借款人为保证切实履行贷款协议而对其经营和财务状况所作的说明与保证；

如果借款人的实际情况与行为和他所作的陈述与保证不相符合，这就构成违约，贷款人有权中止提供贷款或要求提前还款。

二、先决条件条款

先决条件是指贷款人发放贷款须以借款人满足有关约定的条件为前提。其内容通常可以分为两类：

（一）涉及贷款协议项下全部义务的先决条件：这类先决条件是指只有某些条件成熟，才能使贷款协议生效或要求贷款人开始履行全部的贷款义务。

（二）涉及提供每一笔款项的先决条件

- 1、直到借款人提取贷款之日，借款人先前所作的陈述和保证依然正确；
- 2、未发生违约事件或有可能构成违约的其他事件；
- 3、贷款人收到他所需要的所有法律文件等；

三、约定事项条款

约定事项是借款人在融资期限内承诺的作为或不作为义务；

（一）消极担保条款

消极担保条款要求借款人在偿还全部贷款之前，不得在自己(有时还包括其子公司)的资产及收益上，为其他债权人维持或设定任何担保物权；目的在于限制借款人为另一债权人设定担保权益，从而使无担保权益的贷款人在受偿顺序上位于其他担保权益的债权人之后。

（二）平等位次条款

平等位次条款要求借款人保证无担保的贷款债权人至少应与借款人的其他无担保债权人处于按比例平等的受偿地位，不得以任何借口不适当地歧视债权人的受偿权利；

（三）财务约定事项

这一条款主要规定借款人应定期向贷款人报告自身的财务状况和经营状况，并遵守各项约定的财务指标；

（四）贷款的用途

除某些用于特别目的的贷款外，国际商业贷款一般都不限制用途。但从法律的角度考虑，对贷款的用途应注意以下问题：贷款不能用于非法目的；贷款不能用于恶意收购；不能用于资助侵权行为及违约行为等。

（五）保持资产条款

保持资产条款又称“限制资产处置条款”。订立该条款的目的在于要求借款人以适当的方法维持其现有及将来取得的财产，并对其处分资产及收益行为作适当的限制，使借款人保持较强的清偿能力。

依此条款，借款人须承诺以下义务：（1）非经贷款人同意，借款人不得出售、转让、出租或以其他方式处置其资产的全部或大部，但借款人为日常经营而从事的商品处分或类似财产处分不在此限；（2）借款人有义务对其企业资产向保险公司投保，以保障其资产不因意外危险而损失。

（六）其他条款

除以上各项条款外，比较常见的约定事项还有：

（1）未经贷款人书面同意，借款人不得改变其经营性质和范围，因为贷款人在提供贷款时已经将借款人的经营性质和范围作为证明其还款能力的重要依据。如果随意改变，可能导致借款人经营状况和财务状况的恶化，或招致有关部门的处罚；

（2）禁止借款人与其他公司、企业合并，以免借款人的资信及资产和负债发生重大变化，对偿还贷款产生不利的影响；

（3）禁止借款人过度举债等；

四、违约事件条款

违约事件是指当事人违反融资协议中的有关规定，并且在得到违约通知或警告后，在规定的宽限期内仍未采取相应的措施予以制止，从而造成违约的继续发生，以至于造成贷款方利益损害的情形；

通常不需要追究违约发生的原因，只要违约已经客观存在，都应视为违约事件的发生，从而防止借款人以不可抗力为借口而逃脱自己对违约所应承担的责任；

（一）违约事件的种类

1、实际违约 —— 指借款人违反融资协议本身的规定：

（1）到期不能还本付息，但在实践中，对于借款人轻微的违约行为，只要其财务状况仍然良好，贷款人通常给予借款人一定的宽限期，以便借款人作出适当的补救；

（2）违反陈述与保证条款，但在许多情况下，不包括微小失实的情形；

（3）违反约定事项，并且在贷款人指定的宽限期内未能纠正该违约状态；

（4）其他事件。除了上述明确列举的违约事件外，贷款协议通常还将违反协议规定且未能在一定的期限内作出适当补救的其他事件总括性地规定为“其他违约事件”。

2、预期违约

又称先兆性违约指虽然借款人并非实际违约，但这些事件的发生足以表明借款人的财务状况正在恶化，最终势必导致实际违约，因此，融资协议也将此类事件规定为违约事件，以便贷款人据此及时采取救济措施，以充分保护自己的贷款权益。

（1）连锁违约：又称交叉违约或串联违约，是指借款人虽未直接违反本贷款协议，但由于其与其他债权债务关系中违约，或其他债务被宣告加速到期，因此也视为对本贷款协议的违反，构成本贷款协议的违约事件；

（2）借款人丧失清偿能力：借款人被宣告破产或以书面承认自己无力清偿到期债务或主动向其他债权人转让其财

产等，都已明显地构成借款人丧失清偿能力的预期违约；

(3) 借款人的财产被征用：借款人的企业或其主要财产被征用或国有化，往往无法及时获得充分和有效的补偿，其履约能力必然受到严重影响，甚至导致无力履约；

(4) 借款人的状况发生重大的不利变化：对事先无法预料的违约事件所作的总括性规定，如借款人所在地发生军事行动或经济严重不景气对借款人的业务活动造成重大影响等；

(二) 对违约事件的救济

1、内部救济——即合同上的救济是在贷款协议中规定的，当出现违约事件时，贷款人可以采取的救济措施，包括：

(1) 对尚未提取的贷款暂时中止提取或取消；

(2) 对已经提取但尚未到期的贷款，可以宣告贷款加速到期，要求借款人立即偿还；

(3) 对已经到期仍不偿还的贷款，可以要求借款人支付违约利息。

2、外部救济——即法律规定的救济方法，包括：

(1) 解除贷款协议：借款人的违约行为属于根本性违约，贷款人可以解除贷款协议。

(2) 请求损害赔偿：损害赔偿请求可以单独提出，也可以与其他救济方法合并运用。如果借款人的违约未达到根本违约程度，贷款人只能请求损害赔偿；

(3) 请求实际履行：如果借款人拒不偿还到期贷款本息，贷款人即有权提起诉讼，请求法院判令借款人实际履行，支付已经到期的贷款本息。

3、累加救济条款

即融资协议所约定的救济方法是累加于一般法律规定的救济方法之上的，是对法律规定的救济方法的补充；其目的在于保证贷款协议的执行，防止违约的发生。

4、轻微违约

对于轻微的违约行为，如果对贷款人的权利未造成严重损害，而其信用良好，贷款人一般不立即采取上述救济措施，而是放弃其可以主张的权利，以免借款人陷入交叉违约的困境；

贷款人放弃权利可以用书面形式表示，也可以用口头方式或行动来表示。

第五节 国际融资担保法律制度

一、概念

国际融资担保是指借款人或第三人以自己的财产或信用，对外国贷款人(持券人)作出的承诺，当借款人不履行或不能履行偿债义务时，以担保标的偿还债务。

二、国际融资的信用担保

国际融资的信用担保又称人的担保，是指由借款人或第三人以其自身的资信为他人的债务提供的担保，当债务人不履行债务时，即由保证人或担保人负责履行期债务；

1、保证

指由保证人与贷款人约定，由保证人在借款人不履行债务时按约定履行债务或承担责任的一种信用担保形式；

2、见索即付保函

又称凭要求即付，是 20 世纪 50 年代兴起的信用担保的一种新形式，是银行应借款人请求开立的以贷款人为受益人的书面保证，只要贷款人向开证行提出付款的书面请求，银行就应当向贷款人支付约定的金额；

(1) 独立性；（独立于基础合同）

(2) 无条件性；

(3) 担保人承担第一位付款责任；

(4) 单据化；

3、备用信用证（记！！）

备用信用证是银行应开证申请人（借款人）的要求向受益人（贷款人）开出的以备将来使用的信用证。据此，银行保证按规定的条件支付一定金额给受益人。其支付条件是申请人没有履行应向受益人履行的债务，受益人向开证行提示了备用信用证所规定的单据或证明并要求付款。只要符合上述条件，开证行就要承担付款责任；

(1) 信用证的独立抽象性原则； (2) 备用性；

4、安慰信

安慰信，又称“意愿书”，通常是指母公司为其子公司或一国政府为其下属政府机构的借款而写给贷款人表示愿意敦促借款人还款的书面文件；

三、国际融资的物权担保

1、动产担保

(1) 动产质押：指债务人或第三人将一定的动产或权利转移给债权人占有，作为债务人清偿债务的担保的物权担保方式；

(2) 动产抵押：指债务人或第三人不移动动产的占有而作为债务人清偿债务的担保的物权担保方式；

2、不动产担保

不动产担保是指在土地、房屋及其地上定着物、林木、土地使用权等不动产上设置的担保物权的担保；

3、浮动担保

浮动担保指借款人以其现有的和将来取得的全部财产或某类财产为贷款人的利益而设定担保物权的担保方式；

第十二章 国际税法

第一节 国际税法概说

一、国际税法的产生

二、国际税法的概念和特征

(一) 国际税法概念

关于国际税法概念，国内外目前主要存在两种不同的见解：一种见解从狭义的角度来理解国际税法。按照传统的法律部门划分标准，严格地在国际法与国内法之间划分界限，认为国际税法的调整对象仅限于国家间的税收分配关系，因而认为国际税法的主体是国家，国际税收的法律规范也只是关于国际税收的国际条约及国际惯例。另一种见解从广义上来理解国际税法。它突破了传统的法律部门划分标准的严格界限，认为国际税法的调整对象既包括国家间的税收分配关系，又包括一国政府与跨国纳税人之间的税收征纳关系。因而国际税法的主体是国家和跨国纳税人。

(二) 国际税收法律关系的特征

与传统意义或纯粹的国内税收关系相比，国际税法调整的这种国家税收关系，在主体、客体和内容上都有其自己特点。

- 1、从国际税收关系的主体看：国家与跨国纳税人
- 2、从国际税收关系的客体看：征税的纳税对象
- 3、从国际税收关系的内容看：不同主体之间的法律关系
- 4、从国际税收法律规范看。

(三) 国际税法基本原则

- 1、国家税收管辖权独立原则；
- 2、征税公平原则

三、国际税法的法律渊源

第二节 税收管辖权

一、税收管辖权概述（重点）

税收管辖权是指一国政府行使的征税权力，即国家依法确定的纳税居民和非居民及征税客体的范围以及纳税人权利与义务。

多数国家依据主权理论来行使税收管辖权。行使税收管辖权的两个基本原则或依据，依主权理论，一般包括**属地原则**和**属人原则**。

大多数国家按属地原则和属人原则行使的税收管辖权，可分为居民税收管辖权和来源地税收管辖权两大类。

- ┌ 属人原则——居民税收管辖权
- └ 属地原则——来源地税收管辖权

二、居民税收管辖权

居民税收管辖权，是指国家根据纳税人在本国境内存在税收居所这样的连结因素行使的征税权力。它是属人原则在国际税法上的体现。它的确立是以纳税人与征税人之间存在着某种属人的联系为前提，这种根据纳税人的居民身份使税收管辖权的原则也称作以人征税。

(一) 自然人居民身份的确认标准

关于自然人的居民身份的确认，采用的标准主要有以下几种：1、住所标准；2、居所标准；3、居住时间标准

（二）法人居民身份的确认标准

1、法人注册成立地标准；2、法人实际管理机构所在地标准；3、法人总机构所在地标准

（三）居民税收管辖权冲突的协调

（四）国籍税收管辖权

三、收入来源地税收管辖权

（一）营业所得来源地的确认标准 （二）劳务所得来源地的确定标准

（三）投资所得来源地的确定标准 （四）财产收益来源地的确定标准

第三节 国际重复征税及消除 ★★

一、国际重复征税概述（重点）

（一）国际重复征税概念

国际重复征税（international double taxation），亦称国际双重征税，一般指两个国家各自依据自己的税收管辖权按同一税种对同一纳税人的、同一征税对象、在同一征税期限内的同时征税。

（二）国际重复征税主要表现

- 1、居民税收管辖权之间的冲突
- 2、居民税收管辖权和收入来源地管辖权之间的冲突
- 3、收入来源地国税收管辖权之间的冲突

二、国际重复征税解决方法（重点）

（一）居住国单方面消除或缓解国际重复征税的主要方法

1、免税法。免税法，亦称豁免法，是指居住国政府对本国居民纳税人来源于来源国的、已向来源地区纳税的跨国所得，在一定条件下放弃居民税收管辖权，允许不计入该居民纳税人的应税所得额内免予征税的方法。

2、抵免法。抵免法指居住国按本国的居民纳税人在全世界范围内的所得汇总计算其应纳税款，但允许其将境外所得而已向来源国缴纳的税款在本国税法规定的限度内从本国应纳税额中予以扣除。

依照抵免法中的纳税人是否同一，可以将抵免法分为两种：①直接抵免，是指对跨国纳税人已向收入来源国直接缴纳的所得税税款的抵免，它适用于自然人、跨国总公司和分公司之间。②间接抵免，指居住国对跨国纳税人在收入来源国间接缴纳的税款进行抵免，适用于母公司与子公司两个具有完全独立的法律地位的法人单位之间的抵免。

3、扣除法。扣除法是指居住国对本国居民纳税人已向来源国缴纳的税款作为一项特殊费用，允许其从应税所得额或应税财产价款额中予以扣除，就其余额适用相应的税率计算应纳税额。

综上所述，免除法、扣除法、抵免法都是避免和缓解国际重复征税的重要手段，但三者防止国际重复征税的作用和效果上各有不同。

Eg: 某人总收入 100 万元美金，其中国内收入 60 万，税率为 15%；国外收入 40 万，税率为 10%，则它在国内要纳税多少？（①免税法：60 万*15%=9 万 ②抵免法：100 万*15%-40 万*10%=11 万 ③扣除法：96 万*15%=14.4 万）

4、国际税收饶让制度。税收饶让（tax sparing），又称为税收饶让抵免，是指采用抵免法来消除国际重复征税的国家，对本国居民纳税人在来源国享受税收优惠而减免的那部分所得税，视其已经缴纳，不再补征税款。国际税收饶让的特点是：第一，税收饶让的目的不是避免国际重复征税，而是为了来源国对外资的税收减免优惠收到实际效果；第二，税收饶让是一项国家间的措施，必须通过双边安排才能实现；第三，税收饶让是正在行使和发展中的特殊抵免制度，还没有取得所有资本输出国的承认；即使在承认税收饶让的国家之间，其范围和程度也是一致的。

（二）国际重复征税防范措施

最有效、最方便的避免国际重复征税的方法，是通过国家间的国际税收条约予以解决。

三、国际重叠征税（重点）

国际重叠征税是指两个或两个以上的国家各自依据其税收管辖权对同一所得按本国税法对公司和股东分别征税，形成对不同纳税人的同一所得征收两次以上税收的行为。国际重叠征税主要发生在公司与股东之间，公司所获得的利润必须依法缴纳公司所得税，税后利润用股息形式分配给股东，股东仍要对股息依法缴纳个人所得税或公司所得税，往往公司在一国，股东则在另一国。

国际重叠征税与国际重复征税表面上看有一定相同之处，但区别却是显著的，即纳税主体不同。

- ① 纳税主体不同：无论是国内重叠征税还是国际，两个纳税主体必有一个属于公司；而国际重复征税要么都是公司，要么都是自然人。
- ② 国际重叠既可以发生在国际之间，也可以发生在国内间；国际重复征税只发生在国际之间。
- ③ 纳税主体不同：对不同纳税人的同一所得重复征税（重叠征税）；对同一纳税人的同一所得重复征税（重复征税）。（必考!!!）

第四节 国际税收协定（了解）

一、税收协定的历史发展

- （一）国际所得税协定产生的原因
- （二）国际所得税协定的雏形
- （三）《OECD 范本》的产生与修订
- （四）《联合国范本》的诞生
- （五）国际所得税协定的发展趋势

二、税收协定的主要内容

- （一）协定的适用范围
- （二）协定基本用语的定义
- （三）国际税收协定中税收管辖权的划分
- （四）减除国际重复征税的方法
- （五）特别规定

三、税收协定与缔约国国内税法的关系

避免双重征税协定与缔约国国内有关税法都是国际税法的主要渊源，它们之间的关系实质上是国际法和国内法关系的一个侧面，两者既相互独立，又相互配合、相互补充，共同调整着国际税收法律关系。

- （一）国际税收协定与缔约国税法的区别
- （二）国际税收协定与缔约国税法的联系
- （三）国际税收协定在缔约国税法中的地位

国际税收协定是缔约国国内税法的延伸和发展，两者相互联系相互补充。但是，由于世界各国税法制度的千差万别，特别是国际税收协定的相对稳定性和缔约国国内税法的相对易变性，国际税收协定和缔约国税法存在着矛盾和冲突是不可避免的。不同的国家由于法律制度和传统上的差异，对此问题的处理方式也就有所不同。

第五节 国际逃税与避税

一、国际逃税与避税概述

国际逃税是指跨国纳税人故意违反国家税法和国际税收协定的规定，采取各种隐蔽的非法手段，以减少本应承担的国际纳税义务的行为。

国际避税是指跨国纳税人利用各国税法规定上的差异，采取变更经营地点或经营方式等种种公开的和手段，以谋求最大限度减轻国际纳税义务的行为。

二、国际逃税与避税方式

（一）国际逃税的主要方式

不向税务机关报送纳税资料、谎报所得数额、虚构成本、多摊成本、费用、折旧等扣除项目等。

（二）国际避税主要方式

- 1、纳税主体的跨国转移，这是自然人最常用的一种国际避税方式。作为纳税人的自然人往往通过移居的来控制在该国的居住时间，使得自己不符合该国的纳税居民的条件，从而达到避税的目的；
- 2、征税对象的跨国转移，主要包括两种方式：一是跨国公司通过跨国附属企业的转移定价，即不按照市场价格，而是人为操作价格，以达到使利润从税率高的国家向税率低的国家转移的目的；二是通过在避税港（税率极低的国家或者地区）设立基地公司，将在其他各地的所得和财产汇集于该基地公司的名下，以便达到避税的目的。

三、国际逃税与避税防范

（一）防止国际逃税与避税的一般国内法措施

- 1、实行税务登记制度；
- 2、加强国际税务申报制度；
- 3、强化会计审查制度；
- 4、实行所得评估制度

（二）防止国际逃税与避税的特别国内法措施

- 1、防止跨国关联企业利用转移定价和不合理分摊成本费用逃税与避税的法律措施。
- 2、防止跨国纳税人利用避税港逃税与避税的法律措施

（三）防止国际逃税与避税的国际法措施

- 1、情报交换
- 2、在征税方面的相互协作

第十三章 国际经济贸易争议解决

第一节 国际经济争端概述

一、国际经济争端的种类及其特点

国际经济争端，也称国际经济贸易争端，是指国家、国际经济组织、自然人、法人之间因从事国际经济贸易活动而产生的法律争端。

以国际经济关系的参加者为标准，国际经济领域内争端分为以下几种：

- 1、不同国家的国民之间国际经济争端。其特点是：争端各方当事人的法律地位是平等的，他们之间的权力与义务是对等的。
- 2、国家与本国或外国国民之间的国际经济争端。其主要特点是争端双方具有不同的法律地位：一方为主权国家，另一方为本国或外国国民。
- 3、国家、国际经济组织之间的国际经济争端。其特点是：第一，争端一般产生于国家国际经济组织之间订立的双边或多边国际条约的解释或履行中。第二，争端双方为主权国家或国际经济组织。第三，争端的解决方法以非司法方法为主。

二、解决不同国家国民之间的国际经济争端的方法

简言之，解决不同国家国民之间的国际经济争端的方法主要有司法方法和非司法方法两种。

（一）司法方法

即通过诉讼方法解决国际经贸争端。此处所谈的司法方法，是在一国法院提起的涉及不同国家当事人的国际经贸争端，各国法院根据本国的民事诉讼法对此类争端行使管辖权。一国法院作出的判决，若需到另一国执行，还要得到另一国法院的司法协助。

（二）非司法方法

即通过法院以外的方式解决争端的方法，如通过双方当事人友好协商或谈判，或者由双方同意的第三人进行调解或仲裁。这种方法又称选择性的解决争端的方法（**alternative dispute resolution, 即 ADR**）。这种解决争端方法的前提是当事人之间达成的通过 ADR 解决争端的协议。

在实践中，对于何谓 ADR，在西方的法律论著中存在着两种不同的看法：一种观点认为，ADR 是指当事人之间约定的通过除诉讼以外的方法解决他们之间争端的各种方法的总称，如仲裁、调解和模拟诉讼（mini—trial）等方式。另一种观点则把仲裁排除在 ADR 之外。应该说，第二种观点比较符合当代解决国际经贸争端的实践。根据解决争端的结果是否具有法律上的拘束力，把仲裁排除在 ADR 之外是比较科学的分类方法。

第二节 国际经济争端解决的司法方法

一、解决国际经济争端司法方法概述

解决国际经济争端的司法方法，指当事人一方向一国法院提起商事诉讼，以寻求司法保护的方法。十分明显，该方法只能用于解决不同国家国民之间的商事纠纷。

鉴于各国法院在受理国际商事诉讼时只适用法院地的诉讼程序法，因此，相同的当事人就同一诉讼标的同时在几个不同国家法院涉诉的情况的出现是不足为怪的。在一国法院进行的国际商事诉讼所涉及的主要法律问题包括：①对争端案件的管辖权；②诉讼程序的进行；③解决争端应当适用的法律规则；④法院判决的效力与执行。

二、国际商事案件的管辖权

（一）管辖权的冲突与平行诉讼（parallel litigation）的出现

国际上并不存在统一的管辖国际商事案件的标准，各国只适用本国的民事诉讼法对案件进行管辖。按照国际法上的属地原则，主权国家对其境内的一切人和物均有管辖权；而依照属人优越权原则，主权国家对其国民享有管辖权，即使他们在该国境外时亦然。据此，主权国家一方面可对其境内的外国国民及财产享有管辖权，另一方面对位于外国的本国国民同样享有管辖权，于是便产生管辖权的冲突问题。

（二）通过选择法院的条款避免平行诉讼

平行诉讼导致当事人花费大量费用，拖延诉讼程序并使诉讼结果具有不确定性。避免平行诉讼的方法之一就是由当事人双方订立选择法院的约定。在实践中，这种选择一般不是争端任何一方所属国的法院，通常为第三国法院。另外，由于对国际商事诉讼的管辖权缺乏统一标准，即使当事人就诉讼地点作出了选择，也不能保证被选择的法院一定会接受对当事人之间特定争端行使管辖权。如果被选择的法院拒绝行使管辖权，平行诉讼还是不可避免的。

（三）通过多边国际条约和双边司法互助协定避免管辖权的冲突和平行诉讼

在该领域较有影响的公约是 1968 年 9 月 27 日由比利时、联邦德国、法国、意大利、卢森堡和荷兰在布鲁塞尔签订的《关于法院对民、商事管辖权和判决执行的公约》（简称《布鲁塞尔公约》，1973 年 1 月 1 日生效）。

此外，欧洲一些国家在 1988 年订立的《卢加诺关于法院对民、商事管辖权和判决执行的公约》（简称《卢加诺公约》）也同样具有避免平行诉讼的作用。这两个公约构成了布鲁塞尔和卢加诺体制。目前，适用该体制的国家有：奥地利、比利时、丹麦、芬兰、法国、英国、希腊、德国、爱尔兰、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典和瑞士。采用双边司法协助条约的方式也可在一定条件下避免平行管辖的问题。我国与法国、德国等几十个国家间订立了这种协定。

三、国际商事案件的诉讼程序

在此，主要就大陆法和英美法在诉讼程序上的主要区别作一探讨。

法官和当事人的律师在诉讼程序中所发挥的作用，是英美法和大陆法在诉讼程序上的主要区别。英美法一般采用对抗式的程序；大陆法在诉讼中一般采用审问式的程序。

由于法官和当事人在诉讼程序中发挥的作用不同，大陆法和英美法在向法庭提供证据的问题上也不同。大陆法中的取证被主审法官严格控制，证人在向法庭提供口头证据时，他们被视为“法院的证人”而非任何一方当事人的证人，法官责令证人出庭作证。证人出庭后，一般由法官对他们提问。在开庭审理之前或庭审中，任何一方当事人的律师与证人的直接接触一般会受到严格限制。对于出庭作证的专家，也是由法院提出的。在英美法的诉讼程序中，由当事人自行收集证据，庭审中的口头证据发挥着重要的作用。在庭审前的披露程序中，双方律师已经接触到对方所拥有的证据。

而在庭审时，由律师向证人提问，首先是提供证人的一方的律师，然后是对方律师提问。法官对此程序实施监督，专家证人也是由各方当事人提供的，他们也要接受双方律师的交叉询问。

四、法律适用与判决效力及执行

（一）法律适用

在国际商事诉讼中，会涉及不同国家的法律。某一特定的商事争端究竟适用那一国的法律解决，是法院对国际商事争端作出判决至关重要的环节。

按照各国有关的立法与实践，一般允许当事人共同选择解决争端应当适用的法律，这也是各国国际私法的一般原则。然而，如果当事人未能对此作出选择，或者法院认为当事人所作出的选择不明确，法院一般适用法院地法有关的冲突规则决定应当适用的法律。

在这种情况下，问题就变得复杂起来，因为国际商事交易涉及不同国家的法律制度，至少有两个或两个以上的连结。在国际合同交易中，如果当事人未能选择合同应当适用的法律，按照各国国际私法关于适用法律的一般原则，均适用与合同有最密切联系的国家的法律。至于如何解释“最密切联系”，就同一争端合同而言，在不同国家的法院审理，往往会得出不同的结论。

（二）法院判决的效力及其执行

根据国际法上关于主权国家及其管辖范围的一般原则，一国法院作出的判决，仅在该国境内有效，外国法院没有承认与执行他国法院判决的义务，除非有国际条约的约束，或者国家之间出于国际礼让，相互承认与执行对方法院的判决。

五、国际经济争端解决的非司法方法

（一）ADR 的法律特征

与诉讼及仲裁相比，ADR（本章第一节中，将 ADR 界定为“通过诉讼和仲裁之外的方法解决国际商事争端的各种程序的总称”）具有简便易行和节省费用的优势，其适用范围要广于司法和仲裁方法，既可适用于国家之间、国际经济组织之间、国家与国际经济组织之间，也可以适用于国家（或国际经济组织）与外国国民之间；既可以适用于国际商事争端，也可以适用于其他国际经济争端。但在采用该方法时，需要当事人双方具有解决争端的诚意，将此诚意付诸实施并在 ADR 的每一个环节上密切合作。否则，其优势就难以发挥。这是由 ADR 本身所固有的法律特征决定的。这些特征是：

- 1、是当事人之间达成的自愿解决争端的方法。
- 2、通过 ADR 达成的解决争端的方案没有法律上强制执行的效力。
- 3、ADR 既可单独适用，也可适用于诉讼程序和仲裁程序中。

（二）ADR 的主要形式

ADR 的主要表现形式有：1、双方当事人协商谈判；2、由双方当事人共同选择的第三方调解（mediation or conciliation）；3、模拟法庭（mini-trial）

（三）ADR 在解决我国国际商事争端中的应用

通过协商、谈判和调解解决争端，在中国是十分普遍的现象。可以说，调解已遍布于我国社会生活的各个领域：从家庭纠纷到邻里争端，从一般当事人之间的争端到各个行政管理部门之间的争端，都可通过调解的方式解决。即使在诉讼和仲裁程序中，如果当事人双方同意，法官和仲裁员也可以作为调解员，促使双方达成和解。

总之，调解在解决我国国内外商事争端中一贯发挥着重要作用，它以争端双方当事人自愿为前提。可单独进行，也可以与诉讼程序和仲裁程序相结合同时进行。

六、国际商事仲裁

（一）国际商事仲裁概念及特征

对一国而言，凡是仲裁协议的一方或双方为外国人、无国籍人或其他外国企业或实体，或者仲裁协议订立时双方当事人的住所或营业地位于不同的国家；或者即便仲裁协议双方当事人的住所或营业地位于相同的国家，但如果仲裁地点位于该国境外，或者仲裁协议中所涉及的商事关系的设立、变更或终止的法律事实发生在国外；或者争端标的位于该国境外者，均可视为国际商事仲裁。

国际商事仲裁具有如下特征：第一，它是一种自愿解决争端的方法。第二，仲裁解决争端具有较大的灵活性。第三，仲裁裁决具有与法院判决相同的法律效力。

可见，仲裁既不同于 ADR，也有别于诉讼，但与这两者又有某些相同之处，是介于这两者之间的解决争端的方法。它既具有 ADR 自愿解决争端的特点，又与之不同，因为 ADR 达成的解决争端的方案本身不具有法律上可强制执行的效力。仲裁裁决具有与法院判决相同的可强制执行的效力，但仲裁又与诉讼有着重要区别：仲裁在程序上比诉讼更具灵活性，当事人可以选择仲裁所适用的法律和规则以及审理案件的“法官”（仲裁员），而当事人在诉讼中一般不得对这些事项作出选择。

正由于仲裁具备上述特点，使之成为解决国际经贸争端的主要方法。绝大多数国际合同中均含有通过仲裁解决争端的条款——仲裁条款。许多国家之间订立的双边或多边国际条约或协定，一般也含有通过仲裁解决争端的条款。

（二）国际商事仲裁种类

国际商事仲裁的种类很多，按照不同的分类标准，可作出不同的分类。但一般而言，主要有以下三种分类方法：

其一，按照国际商事仲裁协议主体的法律地位的不同，可分为不同国家的国民之间和国家与他国国民之间的商事仲裁，具体讲：

（1）不同国家的国民之间的商事仲裁。此处的国民，不仅包括自然人、法人，也包括其他法律实体。其特点是：尽管当事双方属于不同的国家，但他们在国际商事交易中所处的法律地位是平等的，因而具有对等的权利与义务。我们平常所说的国际商事仲裁绝大多数属于此类仲裁。

（2）国家与他国国民之间的商事仲裁。此类仲裁的特点是一方当事人为主权国家或政府行政主管部门。他方为另一国家的国民，他们之间的争端一般是由于国家的管理行为而引起的。有一些国家的法律或国际公约规定对这类争端也可通过仲裁解决，一些双边投资保护协议中，也有通过仲裁解决东道国与对方国家的投资者之间的争端的规定。

其二，在一般的国际商事案件中，根据参与仲裁程序的利害关系人人数的不同，可以分为双方和多方当事人仲裁，具体讲：（1）争端双方当事人之间的仲裁。（2）争端多方当事人之间的仲裁。

其三，根据审理国际商事争端的仲裁机构是否具有固定的名称、章程和办公地，可分为临时仲裁机构和常设仲裁机构，具体讲：（1）临时仲裁机构。（2）常设仲裁机构。

此外，根据常设仲裁机构的性质不同，还可以分为国际性、区域性和行业性仲裁机构。

（三）调整国际商事仲裁法律规则

1、国际条约。 2、国内仲裁立法。 3、国际商事仲裁案件应当适用的仲裁规则。

（四）国际商事常设仲裁机构及其作用

常设仲裁机构在进行仲裁工作时一般适用自己的规则，但在当代国际商事仲裁实践中，许多常设仲裁机构也允许当事人选择适用其他的仲裁规则，如可以选用联合国国际贸易法委员会的仲裁规则或其他仲裁机构的仲裁规则。在国际商事交往实践中，当事人越来越多地将争端，尤其是标的较大的争端提交常设仲裁机构解决。

（五）国际商事仲裁协议

国际商事仲裁协议是指当事人各方同意将他们之间已经发生的或将来可能发生的争端提交仲裁解决的协议，它具有以下几方面的法律特征：

1、它是特定的法律关系的当事人之间同意将他们之间的争端提交仲裁解决的共同的意思表示，而不是一方当事人的意思表示。 2、仲裁协议是使某一特定的仲裁机构取得对协议项下的案件的管辖权的依据，同时也是排除法院对该特定案件实施管辖的主要的抗辩理由。 3、一项有效的仲裁协议，是仲裁裁决得以承认与执行的基本前提。

第十四章 WTO 争议解决程序

第一节 WTO 争议解决程序的起源

一、GATT1947 的第 22 条和第 23 条

- 1、GATT1947 第 22 条规定：对于任何缔约方提出的有关影响 GATT 实施的陈述，缔约各方应予同情的考虑，并给予充分磋商的机会；
- 2、GATT1947 第 23 条规定：争端产生的条件是一缔约方根据 GATT 可以直接或者间接得到的利益由于另一缔约方的原因在丧失或受到损害；
- 3、非违反之诉：即便缔约方所采取的措施没有违反 GATT，但如此项措施给另一缔约方根据 GATT 可能得到的利益造成损失，则采取措施的一方应当承担由此给另一缔约方造成的损失；

二、1979 年争议解决谅解

- 1、明确了磋商作为争议解决的首要步骤；
- 2、专家组程序作为争议解决程序；
- 3、理事会通过专家组报告；
- 4、协商一致原则；

三、1994 年争议解决谅解

《关于争议解决规则和程序的谅解》(The Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)

第二节 WTO 争议解决机制的程序和特点

一、WTO 争议解决程序

(一) 磋商程序

- 1、WTO 成员就争议事项必须进行的磋商程序；
- 2、如果 WTO 成员认为它在 WTO 某协议项下的权利由于另一缔约方所实施的法律或者相关措施受到损失，根据 DSU 第 4 条的规定，该成员应当向后者提出磋商的书面请求。收到请求的一方应当在收到此项请求的 10 日内与对方进行磋商，以便达成双方满意的解决方法。
- 3、收到磋商请求的一方如果自收到此项请求之日起 10 日内未能作出答复，或在此后 30 日内或双方约定的期限内未能进行磋商，或者在 60 日内通过磋商未能解决争议，提出申诉的一方即可请求 DSB 设立专家组解决争议；
- 4、当事人提出的双边磋商的请求，应当向 WTO 争议解决机构 (Dispute Settlement Body, DSB) 相关的理事会和委员会通报，并应说明提出请求的理由，包括争议所涉及的措施及其法律依据。

(二) 专家组程序

- 1、磋商未果，缔约方可以申请设立专家组，申诉方的书面请求必须阐明是否就他们之间的争议已经进行了磋商，以及其申诉的法律依据；该专家组至迟应在设立专家小组的请求列入 DSB 正式程序后的下一次会议上设立，除非 DSB 一致同意不设立；
- 2、专家小组一般由 3 名成员组成，特殊情况下可由 5 人组成。成员为资深的政府或非政府人员。这些人员以个人的身份而非作为政府代表或任何组织的代表提供服务。
- 3、专家小组报告应在 6 个月内提出，紧急情况为 3 个月，复杂争议，经书面请求可延长至 9 个月；

(三) 上诉机构程序 (Appellate Body)

- 1、上诉机构是 WTO 根据 DSU 第 17 条(2)款规定设立的常设机构，由来自 WTO 七个不同成员方的国民组成，任期 4 年。其成员应当具有法律、国际贸易和相关协议方面的知识，是公认的权威人士，他们不从属于任何政府，在 WTO 成员中应当具有广泛的代表性；
- 2、根据 DSU 第 17 条(6)款的规定，上诉庭仅审理“专家组报告中所涉及的法律问题，以及专家组对这些问题作出的解释”；
- 3、争议案件当事人可以作为上诉人，在同一上诉案件中，争议双方可以互为上诉人和被上诉人。第三方不得为上诉人，但是有重大利益的第三方可向上诉机构提出书面意见，上诉机构也应给予他们表述其意见的机会；
- 4、上诉机构得“确认、修改或者推翻专家组对争议作出的法律上的认定和结论”，但没有明确规定上诉庭将其所审理的案件发回重审的权力，上诉庭也无权对其所审理的案件发表咨询意见；

5、上诉机构对上诉事项所作的决定一般应当在上诉方正式向上诉机构提出就某一事项提出上诉之日起60日内作出，最多不得超过90日。上诉机构的报告应当在该报告提交全体缔约方后30日内由DSB通过，并由争议各方无条件地接受。除非DSB一致决议不通过该报告。

（四）仲裁程序

1、仲裁程序决定败诉方执行专家组或上诉机构裁定的合理期限；

（1）由败诉方提出一个具体的执行期限交由DSB批准；

（2）由争议双方专家组和上诉庭的报告通过45天内共同约定一个期限；

（3）由仲裁员在90天内决定此项期限；

2、DSU明确规定的仲裁解决的另一事项，是败诉一方在上述合理的时间内对与世贸组织规则不符的措施没有加以纠正的条件下，胜诉一方可以对其采取的中止减让或赔偿等报复性措施所涉及的合理金额的问题；

Eg：【习题】甲乙两国均为世界贸易组织成员，甲国对乙国出口商向甲国出口轮胎征收高额的反倾销税，使乙国轮胎出口企业损失严重。乙国政府为向世界贸易组织提出申诉，经专家组和上诉机构审理胜诉。下列哪一选项是正确的？（C）

A、如甲国不履行世贸组织的裁决，乙国可申请强制执行；（没有强制执行力）

B、如甲国不履行世贸组织的裁决，乙国只能在轮胎范围内实施报复；

C、如甲国不履行世贸组织的裁决，乙国可向争议解决机关申请授权报复；

D、上诉机构只有在对该案的法律和事实问题进行全面审查后才能作出裁决。（专家组的审查范围较大）

二、WTO 争议解决机制的特点

（一）实行统一的争议解决机制

1、DSU适用于全体成员之间在所有的世贸组织协议的执行中发生的争议；

2、不仅涉及传统上的货物贸易争议，也适用由于服务贸易和知识产权方面的争议；

3、复边贸易协定各当事方可以选择是否适用DSU规定的程序；

（二）建立了专门的争议解决机构（Dispute Settlement Body, DSB）

1、DSB的职能由总理事会行使；

2、DSB对WTO协议项下争议的管辖权是强制性的，所有成员都必须服从DSB的管辖，不允许提出保留；

3、DSB的具体职能：设立专家组、通过专家组或上诉机构的报告、对专家组或上诉机构作出的裁定和建议的实施情况进行监督，以及授权中止关税减让或相关协议项下的其他义务；

4、设立专门的上诉机构纠正专家组适用WTO协议中的法律错误，维护多边贸易协议的稳定性和统一性；

（三）采用了自动通过的决策程序

1、专家组的设立，只要不是全体一致反对，即可设立；

2、专家组和上诉机构报告的通过，采取反向一致的原则，只要不是全体一致反对，报告就获通过；

3、在授权中止减让或者采取其他方面的报复措施时，只要不是全体一致反对，DSB即可授权对败诉方实施减让关税或者其他方面的报复措施；

（四）增加了对专家组和上诉机构建议和裁定执行的监督程序

Eg1：【习题】上诉机构对上诉案件的审查范围，包括（C）

A、案件的争议事实； B、专家组作出的有关法律解释； C、专家组报告涉及的法律问题

Eg2：【习题】上诉机构的审理案件的特点之一是集体讨论，这一做法是（B）

A、违反了独立审判原则； B、保证了上诉机构审理案件标准的统一； C、意味着今后很难改变某一上诉报告中所反映的上诉机构的观点

Eg3：【习题】申诉方设立专家组的申请，决定了（A）

A、专家组对争议案件进行审查的权限； B、被诉方的答辩范围； C、启动了多边争端解决程序。

Eg4：【习题】专家组在履行职权的时候，须对有关事项进行客观评估，这包括对下列事实的客观评估（ABC）？

A、有关的争议措施； B、有关规则的适用性； C、有关争议措施与有关规则的一致性。

Eg5：【习题】非违约之诉的申诉方需要证明的事实是（C）

A、被诉方没有违反有关规则； B、被诉方的某一措施违反了有关规则； C、被诉方的某一措施造成了申诉方根据有关协议的利益的丧失或受损；

Eg6：【习题】在成员采取报复措施时候，采取的报复措施的次序应限于（A）

A、同一部门、同一协议、跨协议； B、同一协议、同一部门、跨协议； C、同一协议、跨协议、同一部门。

- 1、联合国国际货物销售合同条约（贯穿全卷；案例分析）
- 2、贸易术语（以 PPT 为准；书本重复部分重点看——单选很多；案例分析也有）
- 3、海上运输——**提单**（名词解释、案例分析、单选多选都重要）
- 4、海上保险制度（**单独海损**、**共同海损**啥的）
- 5、贸易的支付方式（**信用证**《概念、分类、认识——备用信用证和独立信用证——大量题目》；保函《善意保函、恶意保函责任承担》）
- 6、**海外投资保险制度**（出的很多）——海外私人直接保险制度（种类、适格性、范围）
- 7、多边投资担保机构（出的很多）

（单 1×20 分，多 $2 \times 10 = 20$ 分，名词解释 $4 \times 5 = 20$ 分，简答 $5 \times 4 = 20$ 分，案例分析 $2 \times 10 = 20$ 分——UCP600、联合国货物买卖条约、国际汇兑，托收，国际保理，海外私人保险制度）

第四节 补贴与反补贴措施

一、补贴与反补贴协定

补贴是一成员政府或政府任何公共机构向产业或企业提供的财政资助，对企业收入 and 价格的支持。补贴作为公共经济政策的重要组成部分，是为各国采用的一种发展本国经济的方法。

但在国际贸易中对外国同类产品的生产者而言，补贴是一种变相的不正当竞争手段，会对进口方或第三方的相关产业或其他合法利益造成损害，会对贸易产生扭曲作用。

1947 年的《关税与贸易总协定》只有两个条款涉及这一问题，第 6 条和第 16 条。第 6 条关于反倾销措施的最初规则，也规范反补贴税的使用。在东京回合的谈判中，经过各方的努力，缔约方达成了《关于解释与适用 1947 年关税与贸易总协定第 6 条、第 16 条和第 23 条的协议》，也称 1979 年《反补贴守则》。

该守则确立了补贴的一般纪律，完善了反补贴的有关规定，同时制定了补贴争端解决的规则。

在乌拉圭回合长达 8 年的谈判过程中，补贴与反补贴措施一直是焦点议题，最终达成的《补贴与反补贴措施协定》。《补贴与反补贴措施协定》的目的是有效约束和规范补贴的使用，防止补贴对竞争的扭曲，规范反补贴的程序和标准，防止滥用反补贴措施。

从适用范围上讲，《补贴与反补贴措施协定》只适用于处理影响货物贸易的补贴，《农产品协定》中对农产品的补贴还有一些特殊规定，关于服务贸易的补贴在《服务贸易总协定》中另有规定，该协定是在货物贸易领域内容最详尽、规范最全面的一个反补贴国际立法。

《补贴与反补贴措施协定》由 11 个部分、32 条和 7 个附件组成。这 11 个部分分别是：总则，禁止性补贴，可诉补贴，不可诉补贴，反补贴措施，机构，通知和监督，发展中国家成员，过渡性安排，争端解决，最后条款。

7 个附件分别是：出口补贴例示清单，关于生产过程中投入物消耗的准则，关于确定替代退税制度为出口补贴的准则，从价补贴总额的计算，搜集关于严重侵害的信息的程序，根据第 12 条第 6 款进行实地调查的程序，第 27 条第 2 款(a)项所指的发展中国家成员。

二、补贴的定义及专向性补贴

(一)定义

补贴是指一成员领土内存在的由政府或任何公共机构提供的财政资助或者任何形式的收入或价格支持以及因此授予补贴接受者一项利益。

1、主体上：补贴是由政府或公共机构提供的，政府起主导作用。

2、对象上：补贴的受益对象是产业或企业，补贴使产业或企业的到了利益。这种利益指产业或企业在正常的商业条件下是不能获得的优惠。

3、补贴形式上

补贴表现为政府提供了财政资助或任何形式的价格支持。财政资助包括：

(1)政府直接提供资金(如赠款、贷款和资本注入)、潜在的资金或债务的直接转移(如政府为企业提供贷款担保);(2)政府应征税收的减免;

(3)政府提供除一般基础设施之外的货物或服务，或者购买货物。

(4)政府向筹资机构付款，或委托、指示私营机构履行上述的三项功能。

(5)存在着《1994 年 GATT》第 16 条含义上的任何形式的收入或价格支持。

(二)专向性→竞争上的不平等地位

补贴的纪律约束具有专向性的补贴，如补贴不具有专向性则不受协议的约束。

专向性指补贴只给予一部分特定的企业、产业、地区。专向性体现了补贴给予上的一种歧视性。

强调专向性是因为各国均在采用非专向性的补贴措施，所以补贴协议并未涉及普遍性的，没有歧视性的非专向性补贴。

1、专向性补贴的种类

(1)企业的专向性补贴，即政府对部分特定企业的补贴。

(2)产业的专向性补贴，即政府对部分特定产业的补贴。

(3)地区的专向性补贴，即政府对其领土内的部分特定地区的某些企业进行补贴。

(4)禁止性补贴，即与出口实绩或使用进口替代相联系的补贴。

2、专向性补贴的认定标准

依第 2 条规定的认定专向性补贴的标准和条件。

《补贴与反补贴措施协定》的专向性包括两类，一类是法律上的，一类是事实上的。

法律上的专向性补贴指凡是有关法律、法规有明确规定，或执行此项法律、法规的主管机构明确表示，补贴只给予特定的企业或产业，则该种补贴即具有了法律上的专向性。

事实上的专向性补贴指尽管在法律规定上所有企业都可以得到该补贴，但在事实上只有某一个或几个企业能得到，或某一个或几个企业得到一定比例的补贴。

3、补贴条件的合理设定

约束补贴的专向性并不是不能对补贴的发放设定条件或标准，关键是设定条件应符合以下要求：

(1)给予补贴及确定补贴金额的标准或条件必须是客观的和中性的，不得使某些特定企业的利益优于其他企业。即不能出现事实上的专向性补贴。

标准或条件应属经济性质，并横向平等适用，如按企业规模等给予的补贴。

(2)这些标准或条件应具有法律的依据和透明度，即必须在法律、法规或其他官方文件中明确规定，并能够核查。

(3)这些标准或条件必须是自动的而无需审批，即只要企业或产业达到规定的条件即应得到补贴，而无需授予补贴的机构批准。

不符合上述要求的补贴可能被认定为具有法律上的专向性，而仅在形式上满足了上述要求，在事实上并没有严格执行的补贴可能被认为具有事实上的专向性。

只要在法律上或事实上具有专向性，即可被认为是具有专向性的补贴。

三、补贴的分类

WTO 的《补贴与反补贴措施协定》采用了全新的、法律上的分类方法，将补贴分为禁止性补贴、可诉补贴与不可诉补贴三类。对前者是无条件的禁止，故称为红灯补贴；对可诉补贴则是有条件的禁止，故称为黄灯补贴；而不可诉补贴一般来说是允许的，故称为绿灯补贴。

(一)禁止性补贴

协议明确规定出口补贴和进口替代补贴属于禁止性补贴，各成员不得使用此类补贴。反补贴的目的是尽量减少补贴对国际贸易的扭曲。出口和进口替代补贴是对国际贸易产生扭曲影响的一种补贴。

1、出口补贴

出口补贴是在法律上和事实上仅向出口行为使用的补贴，如果法律上明确规定以出口实绩作为给予补贴的条件，该种补贴则属于法律上的出口补贴；如果法律上没有明确规定，但补贴的给予事实上与实绩联系在一起，则该补贴属于事实上的出口补贴。

《补贴与反补贴措施协定》附件 1 列举了 12 种可归于出口补贴的情况。

2、进口替代补贴

进口替代补贴指以使用国产货物为条件而给予的补贴。进口替代补贴给予的对象是本国产品的生产者、使用者或消费者，而上述出口补贴给予的对象是出口产品的生产者。此类补贴的影响在于会使进口产品在与受补贴的本国产品的竞争中处于劣势，从而抑制相关产品的进口。

(二)可诉补贴

此类补贴并非一律禁止，从法律上讲这种补贴是否违反规则取决于补贴的效果，如果补贴产生对贸易的扭曲，对 WTO 其他成员方利益有所侵害，则为可诉的补贴，其他成员方可采取反补贴措施或救济方法对其损失进行弥补，如征反补贴税，要求取消补贴等。

依《补贴与反补贴措施协定》第 5 条的规定，成员方不得通过使用该协定第 1 条所规定的专向性补贴，而对其他成员的利益造成不利影响。

不利影响包括以下三种情况：

- 1、损害另一成员的国内产业(injury to a domestic industry)
- 2、使其他成员依 1994 年《关税与贸易总协定》所获得利益的抵消或减损
- 3、严重侵害另一成员的利益(serious injury to interest of another member)

禁止性补贴与可诉补贴的区别在于：

首先，在结果上，如果补贴提供国给予的补贴是禁止性补贴，即使没有给其他成员方造成损害，其他成员方也可以采取抵消补贴的措施；如果补贴提供国给予的补贴属于可诉补贴，则只有当补贴给他方造成损害时，其他成员方才可采取抵消补贴的措施。

其次，从内容上，禁止性补贴所包括的内容明确，主要是指出口补贴和进口替代补贴，此外《补贴与反补贴措施协定》附件 1 还明确列举了 12 种禁止性的补贴；而可诉补贴在《补贴与反补贴措施协定》及其附件中并没有明文列举，通过上下文的分析，可将此类补贴概括为除了出口补贴或进口替代补贴以外的其他具有专向性的国内补贴，这种补贴主要指生产补贴。这类补贴不是一律禁止，需要依其客观效果才能判断是否符合世贸组织的规则。

再次，在认定上，禁止性补贴在《补贴与反补贴措施协定》附件 1 中有详尽的列举因此在认定上更具有法定性；而《补贴与反补贴措施协定》并没有列举可诉的补贴的种类，主管机关在认定时需判断补贴的效果是否出现了损害的事实，可见主管机关具有一定的自由裁量权，故可诉补贴的认定则具有较大的灵活性。

(三)不可诉补贴

《补贴与反补贴措施协定》第 8 条第 1 款规定了两大类不可诉补贴，即不属于专向性的补贴和符合特定要求的专向性补贴。

1、不属于专向性的补贴

2、符合特定要求的专向性补贴

第一，对公司进行研究活动的援助，或对高等教育机构或研究机构与公司签约进行研究活动的援助；

第二，依地区发展总体框架对一成员领土内落后地区的援助；

第三，为使企业的现有设施适应法律实行的新的环境要求而提供的援助。此类补贴可概括为**研发补贴、贫困地区补贴和环保补贴**。

四、补贴的争端解决

对不同种类的补贴行为，其争端解决的方法也略有不同。世贸组织为成员方之间有关补贴问题的争端提供了多边解决程序。

(一)禁止性补贴的争端解决

1、磋商 2、提交争端解决机构设立的专家小组 3、上诉 4、采取措施及仲裁

(二)可诉性补贴的争端解决

1、磋商；2、提交争端解决机构设立的专家小组；3、上诉；4、采取措施及仲裁

上述两种争端解决程序相比，可诉性补贴争端比禁止性补贴的争端解决程序的时间要长一些。

对于禁止性的补贴的救济，只要求指控成员能证明该成员确定存在补贴行为即可。而对于可诉性补贴则要求申诉方必须证明补贴行为对其产业造成了损害后果，才能获得救济。要求的严格在需要的审理时间上自然也应该有所延长。

五、反补贴措施

进口方针对补贴行为，《补贴与反补贴措施协定》允许平行引用争端解决程序与反补贴措施。争端解决程序与反补贴措施是不矛盾的。成员针对补贴可以向争端解决机构提起申诉，同时也可以进行反补贴调查，以确定补贴进口产品是否对其国内产业造成了损害。

但对某一特定补贴只能采取一种形式的救济措施，或者征收反补贴税，或者依《补贴与反补贴措施协定》的规定采取报复措施。

反补贴调查指进口方主管机构应国内相关产业的申请，对受补贴的进口产品进行的调查。反补贴调查必须依《补贴与反补贴措施协定》发起、调查及执行。有关规则与《反倾销协定》的规定有一定的相似之处。具体规定概括如下：

(一)调查的发起

反补贴调查的发起有两个途径

由代表国内产业的代表发起的，申请人应提供出书面请求。请求应当载明证明下列存在的证据：

1、补贴的存在及其数额；2、损害的存在；3、补贴产品和所受损害之间的因果关系。

(二)调查及调查期限

反补贴的调查程序与反倾销基本相同，即也需采用问卷、听证会等方式，同样需要公告及通知，其不同点主要有：

1、在终止调查上，对微量的标准规定不同

在反倾销调查中，2%或 2%以下的倾销幅度被认为是微量的，主管机关的调查应当终止。在反补贴调查中，依第 11 条第 9 款的规定，如补贴不足从价金额的 1%，则补贴金额应被视为属微量。对发展中成员适用的比例则高一些，为所涉产品给予补贴的总体水平不超过按单位计算的价值的 2%。

2、在磋商程序上，《补贴与反补贴措施协定》第 13 条规定邀请磋商为发起反补贴调查的成员方的义务，而反倾销

调查中不存在此类规定

3、在承诺上，反补贴与反倾销的承诺方式不同

反补贴中的承诺有两种形式：

一种是出口商承诺同意修改价格，从而使调查主管机构确信补贴的损害性影响已经消除。

另一种是出口成员政府同意取消或限制补贴，或采取其他能消除补贴影响的措施。而在反倾销的价格承诺中，没有政府承诺的问题。

(三)反补贴措施的方式

1、临时措施

临时措施的形式有两种，即征收临时反补贴税和现金保证或保函担保。临时措施的实施不得早于发起调查之日起 60 天。临时措施的实施应限制在尽可能短的期间内，依规定不应超过 6 个月。

2、征收反补贴税

反补贴税应仅在抵消造成损害的补贴所必需的时间和限度内实施。反补贴税的征收期限为 5 年。

主管机关在有正当理由的情况下，应自行复审，或在最终反补贴税征收一段合理时间后应利害关系方的请求，复审继续征税的必要性。如经复审确定反补贴税已无正当理由，则反补贴税应立即终止。

3、出口商及出口成员政府的承诺

六、过渡期安排

(一)发展中成员的优惠过渡期安排

附件 7 所列的 20 个发展中国家成员，在人均年国民生产总值达到 1000 美元之前，有权使用出口补贴，并在《建立世界贸易组织协议》生效后 5 年内，即至 1999 年底，可保留进口替代补贴。其他发展中成员在世贸成立后 8 年内，即至 2002 年底，可以保留出口补贴，但应在这 8 年内逐步取消，且不得提高其出口补贴的水平。

(二)转型为市场经济成员的过渡期

处于自中央计划经济转型为市场和自由企业经济的成员可以实施转型所必需的计划和措施。此类成员可以在《建立世界贸易组织协议》生效之后的 7 年内，保留已向世贸通知的出口补贴和进口替代补贴。

(三)发达成员的过渡期

发达成员对于在签署《建立世界贸易组织协议》之前就已存在的禁止性补贴，应在《建立世界贸易组织协议》对该成员生效后的 90 天内，通知世贸组织补贴与反补贴措施委员会。并应在 3 年内取消，即过渡期至 1997 年。

【Eg1】中国某化工产品的国内生产商向中国商务部提起对从甲国进口的该类化工产品的反补贴调查申请。依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？ (C)

- A.商务部认为必要时可以强制出口经营者做出价格承诺 B.商务部认为有必要出境调查时，必须通过司法协助途径
C.反补贴税税额不得超过终裁决定确定的补贴金额 D.甲国该类化工产品的出口商是反补贴税的纳税人