

《国际经济法学》

笔 记

**二○一九年八月**

目录

**[绪论 1](#_Toc6782)**

**[一、国际经济法学的研究对象 1](#_Toc18231)**

**[二、国际经济法学的性质及其地位 1](#_Toc30383)**

[（一）学术界对国际经济法学的看法大致可分为两派： 1](#_Toc27665)

[（二）我国对国际经济法学的看法 2](#_Toc21112)

**[三、国际经济法学的历史发展 2](#_Toc5580)**

[（一）国际经济法学发展概述 2](#_Toc18853)

[（二）国际经济法学在中国的发展 3](#_Toc20559)

**[四、学习国际经济法学的意义和方法 4](#_Toc17056)**

[（一）学习国际经济法学的意义 4](#_Toc20983)

[（二）学习与研究国际经济法学的方法 4](#_Toc17794)

**[五、本教材的框架体系 5](#_Toc18655)**

**[第一编 国际经济法概述 6](#_Toc7358)**

[第一章 国际经济法基础理论 6](#_Toc24424)

[第二章　变动中的国际经济法与国际经济秩序 16](#_Toc5127)

**[第二编 国际货物买卖法 22](#_Toc6665)**

[第三章 国际货物买卖合同法 22](#_Toc3922)

[第四章 国际货物运输和保险法 41](#_Toc185)

[第五章 国际贸易支付法 77](#_Toc17204)

**[第三编 国际贸易管理与WTO法 93](#_Toc22626)**

[第六章 国际货物贸易管理法 93](#_Toc24810)

[第七章 国际服务贸易管理法 116](#_Toc5446)

[第八章 知识产权的国际保护与技术贸易管理制度 124](#_Toc23494)

**[第四编 国际投资法 131](#_Toc13632)**

[第九章 国际投资的法律形式 131](#_Toc23252)

[第十章 国际投资的国内法制 141](#_Toc26943)

[第十一章 促进与保护投资的国际法制 156](#_Toc16638)

**[第五编 国际货币金融法 168](#_Toc28529)**

[第十二章 国际货币法 168](#_Toc18165)

[第十三章 国际银行法 174](#_Toc19451)

[第十四章 国际证券法 185](#_Toc15780)

**[第六编 国际税法 191](#_Toc15405)**

[第十五章 税收管辖权与避免国际重复征税 191](#_Toc1273)

[第十六章 防止国际逃税和国际避税 199](#_Toc24719)

**[第七编 国际经济贸易争端解决 204](#_Toc25164)**

[第十七章 国际经济贸易争端解决 204](#_Toc15432)

# 绪论

**一、国际经济法学的研究对象**

1、国际经济法学是以国际经济法为主要研究对象的一门学科。国际经济法是调整国际经济关系的法律规范的总和。

2、国际经济法学的研究范围包括：

1. 国际经济活动中各种法律关系、法律行为、法律责任；
2. 各类国际经济法律规范及其调整机制与原理，包括其功能、效力、作用、价值；
3. 国际经济法律规范的产生、发展变化及规律，以及这些法律规范间的内在联系和相互作用等。

**二、国际经济法学的性质及其地位**

**（一）学术界对国际经济法学的看法大致可分为两派：**

1、一派意见（狭义说）认为，国际经济法学是国际公法学的一个分支。持这种观点的主要是欧洲的一些学者，因为欧洲学者长期秉持传统法学分科的思维方式，倾向于按照公法与私法的分类来划分法学部门。在欧洲的某些国际公法学者看来，国际经济交往的发展使得调整国家间经济关系的法律规范日益增多，并成为国际公法的一个新分支。

2、另一派意见（广义说）认为，国际经济法学是一个新兴的、独立的法学部门。持这种观点的学者认为，作为国际经济法学研究对象的国际经济法，不是“经济的国际法”，而是调整一切跨越国境而发生的经济关系的法律规范的总和。其内容不仅包括国际法规范，还包括国内立法中的涉外法律规范。持这种观点的主要是美国学者，因为美国学者不拘泥于传统的法学分科，注重从实际出发来研究国际经济法。中国以姚梅镇教授为代表的一些国际经济法学者也主张打破传统的法学分科来研究国际经济法，认为国际经济法是“国际社会中经济关系和经济组织的国际法和国内法规范的总称，是一个新兴的独立的法的部门”。

**（二）我国对国际经济法学的看法**

1、中国国际经济法学界主流观点以及本教材采纳后一种意见，即国际经济法学是一个新兴的、独立的、综合的法学部门。因为这种观点反映了调整国际经济关系的法律规范的内在联系与发展规律，并且适应了中国改革开放的实际需要。

2、国际经济法学研究对象的范围十分广泛，由此又派生出一些分支学科，如国际贸易法学、国际投资法学、国际货币金融法学、国际税法学、国际经济组织法学等。各分支学科都有其相对独立的、对象明确的研究范围，它们综合构成国际经济法学的学科体系。

**三、国际经济法学的历史发展**

**（一）国际经济法学发展概述**

1、国际经济法学作为法学中的一门新兴学科，是随着“二战”后国际经济关系的发展而得以迅速发展的。

2、“二战”后，布雷顿森林体系相关协定和《关税与贸易总协定》的签订，国际货币基金组织、世界银行的诞生，使得国际经济关系发生了深刻变化，调整国际经济关系的法律规范也越来越多，越来越重要，这就迫切需要对快速发展的国际经济法律规范进行研究。20世纪40年代后期，英国学者施瓦曾伯格就发表著述，从国际公法的角度研究国际经济法。到了20世纪70年代，国际经济法在欧洲和美国均受到较大关注，不少学者致力于国际经济法研究，并发表和出版国际经济法学方面的综合性著作。进入20世纪80年代以后，随着经济全球化的发展，国际经济法发展迅速，国际经济法学也走向繁荣。

3、国际经济法学的研究广泛涉及国际贸易、国际投资、国际金融、国际税收等具体领域的法律问题，其中某些需要共同应对的、事关全球经济合作与发展的重大问题，更是国际经济法学关注的重心。这些问题主要包括

1. 建立更为公正合理的国际秩序问题；
2. 经济自由化与政府规制及其国际协调问题；
3. 多边贸易体制与区域性经济合作体制；
4. 经济全球化与环境、人权、劳工保护等关系的协调问题；
5. 国际经济贸易争端解决问题。
6. 国际经济法学研究的总的目标和方向，是促进国际社会逐步消除不利于国际经济交往的法律障碍，构建合作共赢的国际制度与规则。国际组织，包括政府间组织和非政府间组织，在推动国际经济法及其研究的发展方面也发挥着十分重要的作用。

**（二）国际经济法学在中国的发展**

1、国际经济法学在中国是适应改革开放的实际需要而迅速发展起来的。20世纪80年代初期，国际经济法学的一些开拓者，就在译介国外国际经济法学的基础上，对中国国际经济法学的理论体系与方法进行了探讨。

2、经过四十年的发展，国际经济法学已经形成了具有中国特色的理论和知识体系。这主要表现在：

1. 打破传统的法学分科，将调整国际经济关系的国际法与国内法规范综合起来进行研究；
2. 国际经济法学的各分支部门，包括国际贸易法学、国际投资法学、国际货币金融法学和国际税法学等，得以蓬勃发展，逐步形成较为科学的体系；
3. 服务于中国改革开放的实际需要。

**四、学习国际经济法学的意义和方法**

**（一）学习国际经济法学的意义**

学习国际经济法学的意义主要表现在以下几个方面：有助于拓展国际视野，增强开放与法治意识；促进国际经济合作，维护我国主权和利益；培养提高处理国际经济法律事务的工作能力。

**（二）学习与研究国际经济法学的方法**

学习与研究国际经济法学，需要掌握和运用以下方法：以马克思主义原理与方法为指导；法学的研究方法（法学通用的研究方法有实证分析方法、规范分析方法、逻辑分析方法、法律解释方法、比较研究方法），特别是综合的、比较的研究方法；跨学科研究方法，特别是将国际经济法学研究与政治学、经济学、社会学和国际关系学等社会科学结合起来进行跨学科研究。

**五、本教材的框架体系**

调整国际经济关系的法律规范包括三个层次：调整私人国际商事交易关系的私法性规范；管理涉外经济交易活动的国内公法规范；协调国际经济关系的国际法规范。国际经济法学是以上述三个层次法律规范为研究对象的综合性法学部门，本教材也是据此来安排内容和体系结构的。

# 第一编 国际经济法概述

## 国际经济法基础理论

**一、国际经济法的概念与特征**

**（一）国际经济法的概念：**国际经济法是调整国际（或跨国）经济关系的法律规范的总称。

**（二）国际经济法的对象**

国际经济法调整的是指广义的国际经济关系。广义的国际经济关系包括三个方面：跨国私人当事人间以等价有偿为基础的“横向经济关系”；国家对私人的国际经济交易活动进行管理和规制的关系，即“纵向经济关系”；国家间的经济合作与协调关系。

**（三）国际经济法的范围**

1、调整跨国私人当事人间横向国际经济关系的民商法规范，属于国内法中的私法规范；

2、国家政府管理对外经济交往的涉外经济法规范，属于国内法中的公法规范；

3、调整国家、国际组织间经济关系的国际法规范。

**（四）国际经济法各类法律规范的历史发展**

1、由于国际经济法是由多层次的法律规范组成的，每个层次的法律规范有其自己的发展历程，国际经济法作为一个新兴的独立的法律部门，可以说是在各个不同层次的法律规范发展的基础上形成的。

2、国际商事法律规范的发展、国家经济公法的产生与国际协调、战后普遍性国际组织的产生与国际经济立法的发展

**（五）国际经济法的特征及与相邻部门法的关系**

**1、国际经济法的特征**

（1）国际经济法的主体不仅包括国家、国际组织，还包括分属于不同国家的自然人和法人；

（2）国际经济法所调整的对象不仅包括国家、国际组织间的关系，还包括不同国家私人间以及国家与他国国民间的经济关系；

（3）国际经济法的渊源不仅包括国际条约，还包括国际商事惯例以及国内法中的涉外经济法和民商法规范。

（4）国际经济法体系由不同不同分支部门构成，主要包括国际贸易法、国际投资法、国际货币金融法、国际税法等。

**2、国际经济法与相邻部门法的关系**

（1）国际经济法与国际公法在调整国家间经济关系的法律规范上存在着一定的交叉或者重合，但国际经济法的主体、调整的经济关系、法律渊源比国际公法更为广泛。

（2）国际私法主要通过冲突规范调整涉外民事法律关系。国际经济法则是通过实体法直接调整国际经济关系，在涉及某些国际统一实体法以及国际民商事争端解决方面，与国际私法有一定的交叉或联系，但二者在主体、调整对象、调整方法以及法律渊源方面是有着重要区别的。

**二、国际经济法的主体**

**（一）自然人、法人与跨国公司**

**1、自然人与法人作为国际经济法主体的特征和要求包括**

（1）必须具备一般的权利能力和行为能力；

（2）权利能力和行为能力依照其属人法确定；

（3）不仅具有一般的权利能力，还应该具有从事国际经济交往的权利能力或资格。

**2、跨国公司**

（1）跨国公司由分设在两个或两个以上国家的实体组成的企业，而不论这些实体的法律形式和活动范围任何，这些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其他的因素，使得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，尤其是在分享知识、资源和分担责任方面。

（2）跨国公司具有如下特征：跨国性；战略的全球性和管理的集中性；公司内部的相互联系性。

（3）跨国公司设立在母国的实体是母公司或总公司，设立在东道国的实体是子公司或分公司。

（4）组成跨国公司相关实体属于国内法人，其权利能力和行为能力取决于国内法的规定。根据国际法的管辖权原则，主权国家对其具有属地优越权和属人优越权，跨国公司必须服从相关国家的管辖。

**（二）国家与单独关税区**

1、国家：国家作为主权者,具有独立参加国际关系的能力和直接承担国际法权利和义务的能力。同时，国家还可以以特殊民事法律关系主体的身份直接参加国际经济贸易活动。

2、单独关税区：

（1）单独关税区是依据《关税及贸易总协定》（简称《关贸总协定》或GATT）及其随后的《建立世界贸易组织协定》（《WTO协定》）规定，在对外贸易关系和GATT或《WTO协定》所规定的其他事项方面具有完全自主权,可成为上述协定的缔约方的非国家实体。目前WTO存在四个单独关税区：欧盟、中国香港、中国澳门和中国台湾。

（2）“单独关税区”这一概念不涉及政治独立性和主权问题，因此它与主权国家的法律地位不能相提并论。主权国家具有全面的法律能力和独立的国际法律人格，而单独关税区的法律能力只限于特定的范围。

**（三）政府间国际经济组织**

**1、国际经济组织作为国际经济法主体的资格**

（1）国际经济组织的主要特征是：国际经济组织的主要参加者是国家；国际经济组织是国家间基于主权平等原则设立的机构，不是凌驾于国家之上的组织；国际经济组织是以国家间的正式协议为基础的，这种协议在性质上属于国家间的多边条约。

（2）国际经济组织的法律人格取决于国家的授权，其权利能力和行为能力的范围取决于其特定的宗旨与职能，取决于其基本文件的规定。

（3）具有法律人格的国际经济组织，在其基本文件规定的范围内不受任何国家权力管辖，具有在国际法和国内法上的符合其宗旨和职能的法律能力。

（4）其基本的法律能力包括：缔约能力；取得和处置财产的能力；进行法律诉讼的能力；有一定的特权与豁免，这种特权与豁免也来自成员国的授权。

（5）国际经济组织根据其宗旨、职能、成员构成等因素分为三大类：普遍性国际经济组织；区域性国际经济组织；专业性国际经济组织（初级产品出口国组织和国际商品组织）

**2、国际货币基金组织（IMF）**

（1）IMF的成立 ：1944年7月签定，1945年12月27日成立

（2）IMF的宗旨：促进国际货币合作；促进成员国经济发展与人民收入提高；促进汇率稳定；取消经常项目支付的外汇管理制度；对成员国提供资金支持。

（3）IMF的职能：制定规章制度的职能，包括确定和实施国际金融和货币事务中的行为准则；金融职能，包括向成员国提供贷款，主要解决成员国国际收支不平衡问题，贷款的资金来源主要是成员国缴纳的份额。

（4）IMF的主要机构：

①理事会：是IMF的最高权力机构 ，由各国派理事和副理事 1 人组成，任期5年；

②执行董事会：是IMF的执行机构，由24个执行董事组成（其中8 名董事由基金份额最高的成员国分别委派，其余按地域分成 选举区推选；中国自成一选区，单独指派1名）。

（5）IMF的投票权制度：实行加权投票制，每个成员国250个基本投票权，每10万SDR增加1票计算总票数。

（6）IMF与中国的关系：中国是原始成员国，1980年4月17日恢复中国席位。

**3、世界银行集团**

（1）世界银行集团的成员：国际复兴开发银行（IBRD）；国际金融公司（IFC）；国际开发协会（IDA）；多边投资担保机构（MIGA）；解决投资争端国际中心（ICSID）。

（2）国际复兴开发银行又称“世界银行”，总部华盛顿，根据1944年布雷顿森林会议签订的《国际复兴开发银行协定》，1945年12月27日成立。国际金融公司根据《国际金融公司协定》成立于1956年，国际开发协会根据《国际开发协会协定》成立于1960年。

（3）世界银行集团的贷款业务：国际复兴开发银行的贷款对象是中等收入国家的政府和信誉良好的低收入国家的政府；国际开发协会的贷款对象是最贫困国家的政府，属于无息贷款和赠款；国际金融公司的贷款或融资对象是成员国的私营部门。

（4）世界银行集团的主要机构（与IMF相同）：理事会；执行董事会

（5）世界银行集团的投票权制度：与IMF类似

（6）世界银行集团的成员资格：只有IMF的成员国才可以申请加入世界银行；只有世界银行的成员国才可以申请加入国际金融公司和国际开发协会。

（7）世界银行集团与中国的关系：中国是原始成员国，1980年5月恢复中国席位。

**4、世界贸易组织（WTO）**

（1）WTO的成立：根据1994年4月15日摩洛哥马拉喀什签订《WTO协定》于1995年1月1日成立，是关贸总协定乌拉圭回合谈判取得的重大成果之一。

（2）WTO的职能：为《WTO协定》的实施、管理、运作提供便利，并促进其目标的实现；为成员方就多边贸易关系的谈判提供场所；对争端解决谅解规则程序进行管理。

（3）WTO的主要机构：部长会议（最高权力机构）；总理事会（在部长会议休会期间行使部长会议职能，并执行《WTO协定》授予的职能）；秘书处（总干事领导的日常工作机构）。

（4）WTO的决策程序和表决制度：

①继续沿用GATT1947所适用的协商一致的决策程序；

②未能协商一致的，投票方式，实行一成员一票制；

③一般事项采用多数表决制，特定事项（如协定解释、撤销给某成员的义务）的决定须经成员的3/4多数票通过，

（5）WTO法律框架：由《WTO协定》及其四个附件构成：附件一包含《货物贸易多边协定》、《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协定》；附件二为《关于争端解决规则与程序的谅解》；附件三为《贸易政策审议机制》；附件四为诸边协定

（6）我国于2001年12月11日正式成为WTO成员。

**三、国际经济法的渊源**

国际经济法是一个既含有国际法规范又含有国内法规范的综合性法律部门，其法律渊源既包括国际法方面的渊源，又包括国内法方面的渊源。

**（一）国际法方面的渊源**

1、国际条约：是国家、国际组织间所缔结的确定其相互关系中权利和义务的国际书面协议，对缔约国有约束力，因而是国际经济法的重要渊源。

2、习惯国际法与国际商事惯例

（1）习惯国际法与国际商事惯例是在国际交往中逐渐形成的不成文的原则和规则。

（2）其中，习惯国际法是调整国家间关系的，对有关国家具有法律拘束力；

（3）国际商事惯例是调整国际私人经济交往关系的，一般属于任意性规范，经国家认可或者当事人选择适用，是具有法律拘束力的，不同于尚未具有法律拘束力的通例、常例或通行做法。

3、一般法律原则：作为国际法的渊源之一，通常是指各国法律体系共有的原则。国际司法机构或准司法机构在处理国际经济争端过程中，在条约或习惯没有规定的情况下，可以适用一般法律原则。

4、国际组织的决议：联合国大会的职权是讨论和建议，因此联大决议一般属于建议性质，不具有法律拘束力。但是，某些旨在宣示国际法原则和规范的联大决议，应具有一定的法律效力。

**（二）国内法方面的渊源**

1、国家为调整涉外经济关系而制定的国内立法，是国际经济法的国内法渊源，这些国内立法包括宪法、涉外经济法以及与调整涉外经济有关的民商法规范等，在英美法国家还包括判例法。

2、各国调整涉外经济关系的国内立法形式主要有两种：

1. 统一制：是指制定的国内经济立法统一适用于涉内和涉外各种经济关系，采取这种方式的主要是一些西方发达的市场经济国家；

（2）分流制：是指采取内外有别的做法，分别制定不同的法律来调整涉内和涉外的经济关系国内经济法与涉外经济法并行，采取这种做法的主要是发展中国家和社会主义国家或经济转型国家。同时，实行涉内涉外分流的国内立法，主要是经济法，而不包括民商法，即民商法的适用实行统一制，调整经济关系的法律则实行分流制。

3、调整涉外经济关系的国内立法一般只能在本国领域内具有效力，但也有的法律（如反垄断法）也可以适用于特定的境外行为。

**四、国际经济法的基本原则**

国际经济法的基本原则是指那些获得国际社会成员的公认，对国际经济法各个领域均具有普遍意义，并构成国际经济法基础的法律原则。

国际经济法的基本原则主要有：国家经济主权原则；公平互利原则；国际合作以谋发展原则。

**（一）国家经济主权原则**

1、国家的经济主权是国家主权原则在经济领域的体现，是指国家在经济上享有独立自主的权利，“每个国家对其全部财富、自然资源和经济活动享有充分的永久主权，包括拥有权、使用权和处置权在内，并得自由行使此项主权”。

2、国家经济主权原则主要体现为三个方面：国家对自然资源享有永久主权；国家对其境内的外国投资以及跨国公司的活动享有管理监督权；国家有权将外国财产收归国有或者征收。

**（二）公平互利原则**

1、在公平互利原则中，所谓“公平”，一般可理解为公正平等和公平合理，不仅要求形式上的平等，而且要求实质上的平等；所谓“互利”，是指要照顾到有关各方的利益。公平互利合而为一个原则，是一个统一体，其中互利是核心和基础，没有互利就谈不上公平，而公平必然要求互利。

2、关贸总协定确认的对发展中国家的出口产品给予非互惠的普惠制待遇，以及WTO的有关协定中关于对发展中国家给予特殊和差别待遇的规定，在一定程度上体现了公平互利原则的精神。

**（三）国际合作以谋发展原则**

1、要谋求所有国家的发展，首先必须促进发展中国家的经济发展，尊重发展中国家的发展权；

2、国际社会谋求的发展，应该是可持续发展；

3、为促进所有国家特别是发展中国家的经济发展，必须加强合作，国际合作与发展是密切联系在一起的。

## 第二章　变动中的国际经济法与国际经济秩序

**一、经济全球化背景下国际经济法的变动与发展**

在经济全球化背景之下，作为国际经济法重要内容的国际法规则、国际商事实体统一法规则以及国际经济争端解决机制都处在变动与发展之中。

**（一）国际法规制范围扩大与作用增强**

1、一些原先纯属国内法管辖和控制的经济活动，现已同时置于WTO规制的控制之下；

2、WTO的规则和要求已使调整相关经济活动的国际法规则与国内法规则基本一体化或趋同化；

3、随着经济全球化和WTO体制的发展，调整国际经济关系的国际法规范的地位显得突出起来，不仅数量大大增加，而且涉及的领域日益宽泛。

**（二）国际商事实体法统一化步伐的加快**

1、国际商事实体统一法规则的变动与发展方面，联合国国际贸易法委员会作为联合国系统的的核心法律机构，其业务就是拟定一些重要商法领域的的立法（如国际条约）和非立法文件（如示范法和立法指南），以推动国际贸易法的逐步统一化和现代化。由联合国国际贸易法委员会制定的国际商事条约主要包括：《联合国国际货物销售合同公约》（1980年）；《联合国独立担保和备用信用证公约》（1995年）；《联合国国际贸易应收账款转让公约》（2001年）；《联合国国际合同使用电子通讯公约》（2005年）；《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》（2008年）。联合国国际贸易法委员会还在下列领域制定了示范法：国际商事仲裁；跨境破产；电子商务；电子签名；政府采购。

2、国际商事实体统一法规则的变动与发展方面，国际统一私法协会和国际商会也发挥了重要作用。国际统一私法协会制定了《国际商事合同通则》，法院或仲裁庭可以把相关条文视为法律的一般原则或商人习惯法。国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》和《国际贸易术语解释通则》在国际贸易中广泛应用，成为国际贸易不可缺少的一部分。

**（三）国际经贸争端解决机制的强化**

**1、WTO争端解决机制**

（1）WTO的争端解决机制具有强制力。这主要是因为其争端解决机构具有强制管辖权，无需当事方同意，即可通过专家组或上诉机构的报告。

（2）经争端解决机构（DSB）同意后，胜诉方成员可以采取相应的交叉报复措施，这种措施具有较大的威慑作用，使那些国内措施违反WTO规则的成员不仅面临着国际社会道义上的谴责，还可能因其措施不具有合法性而受到经济制裁，使其经济利益受到影响。

（3）WTO争端解决机制受理的争议范围十分广泛，甚至使原来缺乏强制实施力的一些国际经济条约，也已被纳入WTO体质内，从而取得了强制执行的效力。例如，在知识产权的国际保护方面，《巴黎公约》《伯尔尼公约》《罗马条约》《华盛顿条约》等都被纳入《与贸易有关的知识产权协定》，这样一来，由这些协定产生的争端也就可以提交WTO争端解决机制解决。

**2、投资者与国家间的投资仲裁机制**

根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》的规定，缔约方需将世界银行下设的解决投资争端国际中心（ICSID）的裁决作为本国的终局裁决来执行。

**二、国际经济法与国际经济秩序的改革**

**（一）多哈回合与世界贸易组织体制的改革与发展**

2001年11月，WTO第四次部长会议决定全面启动新回合全球多边贸易谈判—多哈回合谈判。多哈回合被称为“发展回合”，因为其谈判的基本目标是改善发展中国家的贸易发展前景。

在多哈回合谈判过程中，从WTO的决策程序、谈判的权限范围和争端解决机制等方面，都应该反映新兴经济体和发展中国家的利益。

**1、在WTO决策程序的改革**

在WTO决策程序的改革方面，发展中国家仍然强烈支持“协商一致”的做法，但也有WTO成员针对“协商一致”的决策制度，提出了三个解决方案：

（1）坚持协商一致的基本准则，但在程序上作某些改进；

（2）改而采用“加权投票制”或压倒多数制；

（3）设立执行理事会或委员会。

**2、在WTO谈判权限范围的改革**

在WTO谈判权限范围的改革方面，涉及与贸易有关的改革事项：考虑成员的资源和能力问题；考虑议题越广泛则越难以达成一致；考虑采取“诸边协定”方式

**3、争端解决机制的改革**

争端解决机制的改革主要涉及下列问题：程序方面，专家组是否常设，上诉机构是否可以发回重审，是否需要公开听证会；“法官造法”；裁决的执行。

**（二）区域经济合作协定的发展与影响**

1、区域经济合作协定的发展

由于多哈回合谈判长期陷入僵局，许多国家转而谋求区域性乃至跨区域的经济合作。这种合作涉及多边体制与诸多边体制的关系，根据GATT第24条和GATS第5条取得了合法地位。这种新的合作模式，包括发达国家和发展中国家在内，应当综合平衡双方的利益。在这方面，尤其值得注意的是，近年来美国主导谈判的《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）和《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》（TTIP）。

2、区域经济合作协定的作用与影响

区域性协定可使其成员在更为广泛的领域进行合作，促进经济自由化的发展。但区域性协定对区域外国家产生的壁垒可能会带来负面影响。

**三、国际货币金融秩序的改革**

在国际货币金融领域中，无论是IMF的协定的最新修订，还是WTO金融服务贸易规则的谈判以及区域性金融安排，发展中国家都在其中起着重要作用。

**1、国际货币体系与治理体制改革**

改革涉及两个方面：国际货币体系改革的理想目标，是创造一种与主权国家脱钩并能保持币值长期稳定的国际储备货币；国际货币基金组织的改革变化。

**2、金融自由化与国际金融监管改革**

改革涉及两个方面：在金融自由化方面，放宽法律对金融业的管制（包括在市场准入、业务经营、资本流动等方面的管制）；加强金融监管和国际监管合作，改革旧国际金融秩序。

**3、金砖国家开发银行与亚洲基础设施投资银行**

（1）2014年，“金砖五国”（中国、俄罗斯、印度、巴西和南非）签署协议，成立金砖国家开发银行，总部设于上海，其目的是为金砖国家及其他新兴经济体和发展中国家的基础设施建设和可持续发展项目提供金融工具支持，作为现有多边和区域金融机构的补充，促进全球增长与发展。

（2）亚洲基础设施投资银行（简称亚投行或AIIB），是中国政府主导成立的一个政府间性质的亚洲区域多边开发机构，目前有57个成员国，总部设在北京，其宗旨是支持本地区发展中国家的基础设施建设。

**四、国际投资法律秩序的变革**

发达国家的主张的投资自由化和投资保护与发展中国家主张的外资准入管理和东道国利益保护，以及东道国与外国投资者的争端解决机制，双方的利益博弈，离不开发展中国家的努力。

1、投资自由化与外资准入管理：东道国在放宽外资准入的同时，维护本国的安全和利益，促进本国经济社会的可持续发展。

2、投资保护与东道国权益保护：新一代投资条约应在保护投资者的权益的同时，也给东道国的管理措施预留相应的空间。

3、投资者与东道国争端解决：涉及投资者保护和东道国权益保护间合理的平衡，欧盟提出了设立两级投资法庭的设想。

**五、中国在国际经济秩序改革中的地位与作用**

1、中国是现行国际秩序的参加者和维护者

2、中国是旧的不合理秩序的改革者

3、中国是和平发展、合作共赢的国际规则和秩序的倡导者和促进者。

# 第二编 国际货物买卖法

## 第三章 国际货物买卖合同法

**一、国际货物买卖合同及相关规则**

**（一）国际货物买卖合同**

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。具有以下特征：

1、国际性：合同当事人的营业地位于不同国家；

2、合同内容的复杂性（不同于国内货物买卖，由国际货物买卖派生出跨国运输、涉外保险和跨国支付等问题）；

3、合同的主要特点是转移货物所有权；

4、合同是确立当事人权利义务的依据。

**（二）国际货物买卖合同的相关规则**

调整国际货物买卖合同的统一实体法规则有：国际商事惯例；国际商事公约；《国际商事合同通则》。

**1、国际商事惯例**

在国际货物买卖领域中的国际商事惯例主要是有关贸易术语的三个经过编撰的国际惯例：国际商会《国际贸易术语解释通则》（使用范围最广、影响最大）；《1932年华沙——牛津规则》；《美国对外贸易定义1941年修订本》。

**2、国际商事公约**

（1）在国际货物买卖领域，影响最大的统一法公约是由联合国国际贸易法委员会制定的《联合国国际货物销售合同公约》（英文简称CISG）。该公约是在国际统一私法协会于1964年通过的两个海牙公约的基础上制定的，但它调和折中了不同法律制度与经济制度国家的法律规则，具有广泛的代表性，被广泛采用，其缔约国有包括中国在内的85个国家，覆盖了世界上绝大部分的货物贸易合同。

（2）CISG由序言和四个部分构成，第一部分规定了适用范围和总则。就主体适用范围而言，适用CISG的货物买卖合同必须同时具备两个条件：第一，订立合同的当事人的营业地必须位于不同国家，至于当事人的国籍则不予考虑。第二，符合下列两个要求之一：（a）当事人营业地所在国都是CISG的缔约国；或（b）国际私法规则导致该合同适用某一缔约国的法律。但缔约国可对第1条第(1）款（b）项的规定做出保留，中国即对此做出了保留。

（3）就交易范围的适用而言，CISG不适用于下列六种买卖交易：购买供私人、家人或家庭使用的货物买卖；经由拍卖的买卖；根据法律执行令状或其他令状的买卖；公债、股票、投资证券、流通票据或货币的买卖；船舶或飞机的买卖；电力的买卖。

（4）CISG也不适用于下列两种非买卖交易：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；由定购方保证供应尚待制造或生产的货物的合同所需的大部分重要材料。据此，以劳务为主的合同和由定做方提供了大部分重要材料的加工承揽合同不适用CISG。

（5）就适用的实体法范围而言，CISG通过第二、三两个部分的实体规定，分别确定了两方面的法律规则：买卖合同的成立，即有关要约和承诺的规则；买卖双方因合同而产生的权利和义务，包括违约救济和风险转移方面的权利和义务。

（6）CISG在实体法上不涉及以下三个问题：合同和任何惯例的效力；合同对所售货物所有权可能产生的影响；卖方的产品责任。

（7）就法律性质而言，当事人在合同中可以约定不适用CISG，即可以排除CISG的适用。但是，当事人在合同中选择适用《国际贸易术语解释通则》，并不意味着排除CISG的适用。另外，CISG的规则属于任意性规则，当事人可以约定减损CISG的任何规定的效力，但不能减损营业地所在缔约国对书面形式问题的保留。

（8）当货物以重量计算价格时，如买卖双方发生疑义，根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定应按**净重**计算

**3、《国际商事合同通则》**

（1）国际统一私法协会编撰的《国际商事合同通则》，其目标是要制定一套可以在世界范围内使用的均衡的国际商事合同规则体系，而不论在它们被适用的国家的法律传统和政治经济条件如何。

（2）《国际商事合同通则》可适用于包括国际货物销售合同、国际服务贸易合同、国际知识产权转让合同在内的各种类型的国际商事合同，并为此类合同提供了完整的合同法规则。

（3）《国际商事合同通则》的适用规则包括：

①当事人在合同中选择适用本通则时，则该合同应当适用本通则；

②当事人在合同中选择适用法律时，采用了选择适用一般法律原则、商人习惯法或类似管辖规则的措辞时，可以适用本通则；

③当事人未选择任何法律管辖其合同时，可以适用本通则；

④本通则可用于解释或者补充国际统一法文件；

⑤本通则可用于解释或者补充国内法；

⑥本通则也可以作为有关合同的国内立法和国际立法的范本。

1. 《国际商事合同通则》具有下列多种功能和作用：

①在当事人选择适用的情况下，作为处断合同争议的准据法；

②在当事人对适用法律的选择措辞不明确以及未做任何选择的情况下，法院或者仲裁庭可以将其相关规则视为合同法的一般法律原则或商人习惯法予以适用；

③作为一种合同的统一法，可以用于解释或补充有关合同的其他国际统一法文件或者国内法；

④作为制定有关合同的国内立法和国际立法的示范法。

（5）就法律性质而言，《国际商事合同通则》虽没有采用国际公约这一硬法的形式，但通过国际社会的接受、认可和实际适用，在国际商事合同法律统一化方面发挥着重要作用。

**（三）主要的国际贸易术语**

**1、装运港船上交货的三种贸易术语:**FOB、CIF、CFR。在这三种贸易术语下，卖方和买方应当履行的合同义务，既有共同点，也有区别。

**2、向承运人交货的三种贸易术语：**FCA、CPT、CIP。这三种贸易术语分别对应于FOB、CIF、CFR，FCA与FOB的基本原则相同，CPT与CFR的基本原则相同，CIP与CIF的基本原则相同，因此，在集装箱运输以及当事人不想以装上轮船作为交货点的情况下，可以用FCA、CPT、CIP分别替换FOB、CIF、CFR。按照《2020年通则》新的附加机制，FCA术语中买方和卖方同意买方指定的承运人在装货后将向卖方签发已装船提单，然后再由卖方向买方做出交单（可能通过银行链）。

**3、其他贸易术语:**EXW、FAS、DAP、DPU、DDP。在EXW术语中，进出口清关均由买方负责，卖方承担义务最小，如果买方不愿意负责出口清关，可以改为采用FCA术语。在DDP术语中，进出口清关均由卖方负责，卖方承担义务最大。

**4、从下列不同角度对贸易术语进行分类，对于准确理解贸易术语具有重要意义。**

（1）按照贸易术语适用的运输方式，将其划分为两大类：只能适用于水运的贸易术语有四种，即FAS、FOB、CFR和CIF；其他七种贸易术语可以适用于各种运输方式。按照《2020年通则》，鼓励使用者根据其所从事的贸易采用最合适的贸易术语，尤其是避免在非海运贸易中使用海运术语。

（2）按照交货地点的不同，将贸易术语划分为三类：启运地交货的术语为E组术语，只有一个EFXW；装运地交货的术语为F组的FAS、FOB、FCA和C组的CFR、CIF、CPT、CIP；目的地交货的术语为D组术语，包括DAT、DAP、DDP。按照《2020年通则》，DAT术语已被重命名为DPU，这是为了反映作为目的地的交货地点可以是任何地方而不仅仅是终点。

（3）按照交货方式，将贸易术语划分为两类：卖方应将货物交付买方的为实际交货合同，包括E组术语EXW和D组术语DAP、DPU、DDP；卖方应将货物交给承运人或其船舶的象征性交货合同包括F组术语FAS、FOB、FCA和C组术语CFR、CIF、CPT、CIP。

（4）按照卖方是否有义务按照运输，将贸易术语划分为两类：卖方没有义务安排运输的术语是E组术语EXW和F组术语FAS、FOB、FCA；卖方有义务安排运输的术语有C组术语CFR、CIF、CPT、CIP和D组术语DAP、DPU、DDP。按照《2020年通则》，当采用FCA和D组的DAP、DPU、DPP术语进行贸易时，买卖双方可以使用自有运输工具，而不再像2010版那样推定使用第三方承运人进行运输。

（5）按照卖方是否有义务安排保险，将贸易术语划分为两类：卖方有义务安排保险的术语只有两个CIF和CIP两个，其他术语中卖方无义务安排保险。按照《2020年通则》，当合同对保险险别未作约定时，CIF术语的卖方继续按照最低险别投保，CIP术语则要求卖方按照最高险别投保。

（6）按照进出口清关的海关手续和费用承担，将贸易术语划分为三大类：在EXW术语中，此种手续与相关的费用均由买方承担；在DDP术语中，此种手续与相关的费用均由卖方承担；在EXW和DDP之外的9项术语中，出口清关的手续与相关的费用由卖方承担，进口清关的手续和相关的费用则由买方承担。

**5、《2020年通则》中每个贸易术语的两个变化**

（1）各个贸易术语项下买卖双方的费用承担在A9（卖方承担）和B9（买方承担）中详细载明，该部分为每一个贸易术语都提供了“一站式费用清单”。也就是说除了在具体规定有关义务的条款中对承担该义务产生的费用成本进行分配以外，还新加入将买方卖方各自承担的费用成本一并汇总的部分。例如，在FOB贸易术语项下，取得交付或运输相关单据产生的成本除在说明该项义务的A6/B6部分载明外，在汇总费用承担的A9/B9部分也有载明。

（2）每个国际贸易术语项下的A4和A7部分都明确规定了与安全有关的义务的分配规则，为履行该义务产生的费用的承担方式也在A9/B9部分载明。例如，FOB 术语项下的A4部分载明“卖方必须遵守任何与运输安全有关的要求，直至交付”。这些规定反映了当前国际贸易领域对安全问题日益增长的关注。

**二、国际货物买卖合同的成立**

**（一）要约**

**1、要约的构成要件如下**

（1）性质：是一个订立合同的建议；

（2）对象：向一个或者一个以上特定的人发出；

（3）内容：应具有“十分确定”的内容，即应包含货物（名称）、数量和价格三个要素；

（4）约束力：应表明一经对方承诺即受其约束的意思。

**2、要约的生效时间及撤回**

（1）关于要约的生效时间，CISG和各国法律规定相同，即要约到达要约人时生效。

（2）要约撤回：要约人可以在要约发出后，以更快捷的通信方式向受要约人发出撤回要约的意思，从而阻止要约生效。任何要约包括即使注明是不可撤销的要约，只要撤回通知先于要约或者与要约同时到达受要约人，均可被撤回。

**3、要约撤销**

（1）要约撤销与要约撤回不同，它是指要约送的要约人生效以后，在要约人承诺以前，要约人消灭该要约的效力。

（2）在要约撤销问题上，大陆法系与英美法系存在着严重分歧。大陆法特别是德国法规定，除非要约人在要约中表明不受约束，否则要约一旦生效，要约人就要受其约束，不得随意将其撤销。英美普通法认为，要约原则上对要约人没有约束力，要约生效之后，要约人可以撤销要约。CISG对英美法和大陆法的冲突做了平衡，原则上采用英美法系的原则，即认为要约可以撤销；但又根据根据大陆法的原则，对要约撤销做了严格限制，

（3）即在下列两种情形下要约不得撤销：要约自身表明要约是不可撤销的（规定了有效期或以其他方式表明要约不能撤销）；受要约人对要约有理由信赖并已按该信赖行事。

**（二）承诺**

**1、承诺的含义及构成要件**

（1）承诺的含义：承诺在贸易实务中也被称为“接受”，是指受要约人通过声明或者做出其他行为表示同意一项要约。

（2）其构成要件如下：

①就主体而言，承诺必须由受要约人做出；

②就时间而言，承诺必须在要约的有效期内做出；

③就内容而言，承诺是对要约内容同意，即对要约中所提出的具有确定内容交易条件表示接受。

（3）就承诺的第三个构成要件来说，如果承诺对要约内容做出了“实质性变更”，则它不构成法律上有效的承诺，只是一项“新要约”（反要约或者还盘）。

（4）所谓“实质性变更”，是指承诺对要约中的下列7项内容做出了变更：货物价格；付款；货物质量；货物数量；交货地点和时间；一方当事人对另一方当事人的赔偿范围；争端解决。

（5）如果承诺只是对要约内容做出了“非实质性变更”，该承诺原则上是有效的，此时合同成立，合同条件应当是原要约中的条件再加上承诺中的非实质性变更条件；但是，如果收到承诺的人对该承诺立即表示反对，反对的理由是承诺与要约之间存在“非实质性差异”，则该承诺无效，合同不成立。

**2、承诺生效的时间**

在承诺的生效时间问题上，英美法与大陆法之间存在重大分歧。英美法传统上采用投邮生效原则，即承诺的生效时间为把承诺通知发出之时。大陆法特别是德国法采用到达生效原则，即承诺的生效时间为把承诺通知送达要约人时。CISG采用了德国法的到达生效原则。

**3、承诺的撤回**

按照英美法，承诺通知一旦发出，合同即告成立，不存在撤回问题。按照大陆法和CISG，受要约人在发出承诺通知以后，在其未送达要约人之前可以撤回，撤销的方法是将撤回承诺的通知先于原承诺送达要约人，或者使撤回承诺的通知与原承诺同时送达要约人。

**三、国际货物买卖合同的履行**

**（一）卖方的义务**

卖方的基本义务包括三项：交付货物；移交一切与货物有关的单据；转移货物的所有权。具体而言，卖方义务可以细分为以下四个方面：

**1、交付货物：**卖方交付货物的义务，涉及合同没有约定时，卖方交货地点与交货时间的确定。

**2、移交有关货物的单据：**

（1）卖方移交的单据对买方有重要作用，是买方办理报关手续、提取货物和检验货物的前提。

（2）移交的单据种类，最典型的有提单、保险单和商业发票，有时还可能包括原产地证书、重量证书和质量检验证书。

**3、品质担保义务**

（1）按照CISG第35条第1款规定，卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符，并须按照合同所规定的方式装箱或包装。按照第35条第2款，如果合同没有相反的规定，卖方交付的货物必须相符下列规则：（a）货物适用于同一规格货物通常使用的目的；（b）货物适用于订立合同时曾明示或默示地通知卖方的任何特定目的，除非买方不信赖卖方的技能和判断力，或者这种信赖对他是不合理的；（c）货物的质量与卖方向买方提供的货物样品或样式相同；（d）按照同类货物通用的方式包装，否则，应按足以保全和保护货物的方式包装。

（2）按照CISG第36条，卖方承担上述品质担保义务的期限，以风险转移至买方时所存在的任何不符合同情形为限，即使这种不符合情形在该时间后方始明显。如果在该时间后发生任何不符合同情形是由于卖方违反他的某项义务（包括违反关于在一段时间内货物将继续适用于其通常使用的目的或某种特定目的，或将保持某种特定质量或性质的任何保证）所致，卖方也应负有责任。

（3）卖方所交的货物是否与合同相符，往往是通过买方对货物的检验而发现的，为此，CISG第38条对买方检验货物的时间与地点做出了如下规定：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。如果合同涉及到货物的运输，检验可推迟到货物到达目的地后进行。如果货物在运输途中改运或买方须再发运货物，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）关于买方提出货物与合同不符的异议期，CISG第39条的规定如下：买方对货物不符合同，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，说明不符合同情形的性质，否则就丧失声称货物不符合同的权利。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同情形通知卖方，他就丧失声称货物不符合同的权利，除非这一时限与合同规定的保证期限不符。

**4、卖方对货物的权利担保义务**

（1）权利担保是指卖方应保证其对所售货物享有合法权利，没有侵犯任何第三人的权利，并且任何第三人都不会就该项货物向买方主张权利。CISG将卖方的权利担保义务划分为两种，即第42条规定的知识产权担保义务和第41条规定的其他权利担保义务。

（2）按照第41条，卖方所交付的货物，必须是第三方不能提出任何权利或要求的货物，除非买方同意在这种权利或要求的条件下，收取货物。

（3）按照第42条，卖方承担的知识产权担保义务仅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，而且这种权利或要求系根据以下国家的知识产权法律提出：（a）买主营业地所在国的法律；（b）如果双方当事人在订立合同时预期货物将在某一国境内转售或做其它用途，则根据该国法律。卖方的知识产权担保义务不适用于下列两种情形：（a）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；（b）此项权利或要求，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、程式或其它规格。

**（二）买方的义务**

买方的基本义务有两项：支付价款；收取货物。

**（三）货物风险的转移**

**1、风险转移的法律后果**

CISG第66条对风险转移的法律后果做出了如下规定：在货物风险转移到买方承担以后，如果货物遗失或损坏，则买方支付价款的义务并不因此解除，即买方仍然要对卖方履行付款义务，唯一的例外是这种遗失或损坏是由于卖方的行为或不行为所造成。

**2、国内法对风险转移时间的规定**

各国法律对货物风险转移时间的规定很不相同。英国法和法国法以所有权转移时间决定风险转移的时间。德国法、日本法、美国法等多数国家法律规定以交货时间决定风险转移时间。

**3、CISG对风险转移时间的规定**

（1）CISG对货物风险转移时间的规定采用了也采用了交货时间决定风险转移时间的原则，例外情形是在路货交易合同。

（2）按照CISG第67条第1款，如果买卖合同涉及到货物的运输，自卖方将货物交付给第一承运人时起，或自卖方在合同约定的特定地点将货物交付给承运人时起，风险就转移到买方承担。卖方有权保留控制货物处置权的单据，并不影响风险的转移。

（3）按照CISG第68条，对于在运输途中销售的货物，从订立合同时起，风险就转移到买方承担。但是，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。尽管如此，如果卖方在订立合同时已知道或理应知道货物已经遗失或损坏，而他又不将这一事实告之买方，则这种遗失或损坏应由卖方负责。

（4）按照CISG第79条第1款，在其它情况下，从买方在交货时间内接收货物时起，或从买方未接收货物而交货时间届满时起，风险转移到买方承担。如果买方有义务在卖方营业地以外的某一地点接收货物，从交货时间到来时起，风险转移到买方承担。

（5）按照CISG第67条第2款和按照CISG第69条第2款，在上述第1、3情形下，如果卖方未将货物特定化，风险不转移到买方承担。

**4、国际惯例对风险转移时间的规定**

（1）《2010年国际贸易术语解释通则》对11种贸易术语的风险转移时间均有规定。这种规定遵循了大多数国家国内法的规定，即卖方的交货时间决定了风险转移时间。具体来说：

①在装运港交货的三种贸易术语（FOB、CFR、CIF）中，货物风险从卖方转移至买方的时间为卖方将货物交到装运港船上的时间；

②在向承运人交货的三种贸易术语（FCA、CPT、CIP）中，货物风险从卖方转移至买方的时间为卖方在指定交货地点将货物交与承运人时；

③在启运地交货的贸易术语（EXW）和目的地交货的贸易术语中（DAT、DAP、DDP），货物风险从卖方转移至买方的时间为卖方在指定交货地点将货物交与买方处置时。

**四、国际货物买卖中的违约与救济**

**（一）违约及其救济方法**

**1、违约**

（1）CISG对违约的规定有一个重要特点，就是把违反合同的行为划分为根本违约与非根本违约行为，并分别采用不同的救济方法。

（2）按照CISG第25条，一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以致于实质上剥夺了他根据合同有权期待得到的东西，即为根本违约，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。

（3）上述规定表明，判断根本违约的标准有两个：①一方当事人的违约给对方带来的损害程度是否严重，如果给对方带来了严重损失的属于根本违约，如果没有带来严重损失的则不构成根本违约；②损害结果能否被预知，如果严重损害的结果可以被违约方所预知，这种行为属于根本违约，如果违约方谎称其不能预知的，则要看一个与违约方具有同等资格的、通情达理的第三人能否预知。

（4）如果一方当事人的违约属于根本违约，另一方当事人有权解除合同并要求赔偿；如果一方当事人的违约属于非根本违约，另一方当事人只能要求赔偿，无权解除合同。

**2、主要的违约救济方法**

CISG规定的买卖双方都可以使用的违约救济方法主要有三种：解除合同；损害赔偿；实际履行。

（1）解除合同的条件

①按照CISG第49条和第64条，如果一方当事人的违约构成根本违约，或者他未在另一方为其规定的一段合理时限的额外时间内履行合同，或者他声明他将不在该额外时间内履行合同，另一方即有权解除合同。

②按照CISG第72条，如果在履行合同日期之前，明显看出一方当事人将根本违反合同，另一方当事人可以解除合同。

③按照CISG第73条，在分批交付货物的合同中，没有违反合同的一方解除合同的规则如下：第一，对于分批交付货物的合同，如果一方当事人不履行对任何一批货物的义务，便对该批货物构成根本违约，则另一方当事人可以针对该批货物解除合同。第二，如果一方当事人不履行对任何一批货物的义务，使另一方当事人有充分理由断定对今后各批货物将会发生根本违约，该另一方当事人可以在一段合理时间内对今后各批货物解除合同。第三，如果各批货物是互相依存的，不能单独用于双方当事人在订立合同时所设想的目的，此时，只要有其中一批货物与合同严重不符构成根本违约，则买方可以将整个合同都解除了。

（2）解除合同的程序

按照法国法，合同解除需要向法院申请，得到法院认可。CISG没有采用法国法的规则，在当事人有权解除合同的情况下，只要向违约方发出解除合同的通知即可解除合同，而且解除合同的通知生效的时间为将解除合同通知发出时。

（3）解除合同的效果

CISG第81条对解除合同效果的规定如下：

①解除合同首先解除了双方在合同中的义务，即当事人尚未履行的合同义务，无需履行；

②解除合同的法律后果溯及既往，即已全部或局部履行合同的一方，可以要求另一方归还他按照合同供应的货物或支付的价款，如果双方都须归还，他们必须同时这样做；

③一方解除合同之后，对方应负责的任何损害赔偿仍应负责。

④解除合同不影响合同关于解决争端的任何规定，也不影响合同中关于双方在解除合同后权利和义务的任何其它规定。

**（二）损害赔偿**

**1、无过失责任原则**

在确定违约责任问题上，大陆法和英美法存在着分歧。大陆法国家采用过失责任原则，英美法国家采用无过失责任原则。CISG采用了英美法国家的无过失责任原则。

**2、损害赔偿计算的一般原则**

CISG第74条首先规定了损害赔偿计算的一般方法，即损害赔偿额应为实际损失和所失利益（在国际货物买卖合同中是指“利润损失”）相加之和。其次规定了损害赔偿应当受到的限制，即违约方所承担的赔偿责任仅仅以在合同订立时违约方已经预见到的或者应当预见到的损失额为限。

**3、合同解除时损害赔偿额的计算**

（1）按照CISG第75条，没有违约的一方当事人如果把解除合同与损害赔偿同时并用，如果存在替代交易（买方购买替代物或者卖方转售货物），损害赔偿额应当按照合同价格与替代交易的价格之间的差额计算。

（2）按照CISG第76条，没有违约的一方当事人如果把解除合同与损害赔偿同时并用，如果不存在替代交易，损害赔偿额应当按照合同价格与时价（交货地的现行市场价格）之间的差额计算。

**4、减轻损失的义务**

按照CISG第77条，声称另一方违反合同的一方，必须按情况采取合理措施以减轻由于另一方违反合同而引起的损失；否则，违反合同一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。

**（三）实际履行**

1、实际履行是指合同一方当事人违约时，另一方当事人可以要求违约方按照合同规定履行义务。

2、大陆法与英美法关于实际履行的规定有很大不同。大陆法把实际履行作为当事人违反合同时可以采取的主要救济措施。在英美法中，普通法上规定的救济措施是损害赔偿，没有实际履行；实际履行作为衡平法上的救济措施，只是一种在例外的情况下才可以采用的辅助性救济方法。

3、对于两大法系的上述重大分歧，CISG无法进行完全的统一，只能做出一定程度上的统一，并给各国法院依照本国法律判决的自由。按照第28条，如果一方当事人有权要求另一方当事人履行某一义务，法院没有义务做出判决，要求具体履行此一义务，除非法院依照其本身的法律对不属本公约范围的类似销售合同愿意这样做。据此，如果当事人向大陆法系国家的法院提出了实际履行的诉讼，法院按照其国内法会满足当事人的愿望，做出实际履行的判决；如果当事人向英美法系国家的法院提出了实际履行的诉讼，法院按照其国内法不会满足当事人的愿望，不做出实际履行的判决。

**（四）卖方的救济方法**

买方违约时，卖方可以采取的救济方法有：实际履行；给予宽限期；解除合同；订明货物规格；损害赔偿。

**（五）买方的救济方法**

卖方违约时，买方可以采取的救济方法有：实际履行（包括要求修理补救和根本违约情况下要求交付替代物）；给予履行宽限期；接受卖方的主动补救；解除合同；减价（只有卖方所交货物与合同不符时可以采取，无论价款是否已经支付）；损害赔偿。

## 第四章 国际货物运输和保险法

**一、国际海上货物运输法**

**（一）国际海上货物运输规则及其异同**

1、国际海上货物运输规则实际上就是规定海上运输的各相关方的权利义务和责任的规则，包括国内法层面的海商法和国际层面的国际条约规则。就其发展演变而言，国内法层面的规则肇始于海运大国，以此为基础形成了国际层面的国际条约，然后又影响到更多国家的海商法规则。

2、关于海上货物运输的第一个国际公约是1924年的《海牙规则》。1968年，《海牙规则》更新为《海牙—维斯比规则》，但变化不大。1978年《汉堡规则》引入了一个更现代且更平衡的规则体系，但发达国家依然坚持《海牙规则》和《海牙—维斯比规则》。由于海上运输的国际规则不统一，而且需要现代化，这就出现了覆盖范围更为广泛并被期待着替代现有规则的《鹿特丹规则》。

**（二）《海牙规则》**

1、《海牙规则》的全称是《统一提单的若干法律规则的国际公约》，由国际海事委员会拟定，1924年由欧美主要航运国在布鲁塞尔会议上通过，1931年6月2日生效。截止2016年，共有95个国家和地区是该公约的缔约方。《海牙规则》堪称现今海上货物运输方面最重要的国际公约。

2、《海牙规则》的实质性条款主要包括以下内容：

**（1）《海牙规则》的适用范围**

①按照第10条，本公约和各项规定，适用于在任何缔约国所签发的一切提单。这表明，凡是在缔约国签发的提单，不管是缔约国承运人签发的，还是非缔约国承运人签发的，均适用《海牙规则》。

②按照第5条第2款和第1条（b）项规定，本公约的规定，不适用于租船合同；但是，由出租人（承运人）在租船合同项下签发的提单，如果不是掌握在承租人的手中，而是掌握在除了承租人以外的提单受让人的手中，则对出租人和该提单受让人的关系，《海牙规则》应得以适用。

**（2）承运人最低限度的义务**

所谓最低限度的义务，就是承运人必须履行的基本义务，当事人不得根据之间的约定予以免除或者减损。

①关于适航义务，按照第3条第1款，承运人须在开航前和开航时克尽职责；使船舶适于航行；适当地配备船员、装备船舶和供应船舶；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关于管货义务，按照第3条第2款，除遵照第4条规定外，承运人应适当和谨慎地装卸、搬运、配载、运送、保管、照料和卸载所运货物。由此可以看出，承运人管货义务包括七项。

**（3）承运人责任期限**

按照第1条（ｅ）项的定义：“货物运输”是指自货物装上船时起，至卸下船时止的一段期间。这种规定，被称为“钩至钩”期间或者“舷至舷”期间。关于上述期间之外的时间发生的货物灭失或者损坏承运人是否承担责任，第7条的规定如下：本条约中的任何规定，都不妨碍承运人或托运人就承运人或船舶对海运船舶所载货物于装船以前或卸船以后所受灭失或损害，或与货物的保管、照料和搬运有关的灭失或损害所应承担的责任与义务，订立任何协议、规定、条件、保留或免责条款。

**（4）承运人的赔偿责任限额**

按照第4条第5款，承运人或是船舶，在任何情况下对货物或与货物有关的灭失或损害，每件或每计费单位超过100英镑或与其等值的其他货币的部分，都不负责。九十多年来，由于英镑不断贬值，因此不少国家纷纷把100英镑折算为本国货币。虽然如此，但是这个赔偿限额显然还是不合理的。

**（5）承运人的免责**

《海牙规则》第4条第2款规定的免责可以划分为两大类。第一类是过失免责，第二类是无过失免责。

关于过失免责，按照第4条第2款（ａ）项的规定了，船长、船员、引水员或承运人的雇佣人员，在航行或管理船舶中的行为、疏忽或不履行义务。这种“航行过失免责”和“管船过失免责”，是其他运输方式的责任制度所没有的。这种过失免责，明显偏袒了船方的利益。

关于无过失免责，可以归纳为以下几个方面：

①可以称为不可抗力的自然灾害：天灾；海上或其它能航水域的灾难、危险和意外事故；

②可以称为不可抗力的社会原因：战争行为；公敌行为；暴动和骚乱；不论由于任何原因所引起的局部或全面罢工、关厂、停止或限制工作；检疫限制；君主、当权者或人民的扣留或管制，或依法扣押。

③货主原因引起的损失：包装不善；唛头不清或不当；托运人或货主、其代理人或代表的行为或不行为。

④货物本身原因引起的损失：由于货物的固有缺点、性质或缺陷引起的体积或重量亏损，或任何其它灭失或损坏；虽恪尽职守仍无法发现的潜在缺陷。

⑤因其他第三人原因引起的损失：火灾，但由于承运人的实际过失或私谋所引起的除外；救助或企图救助海上人命或财产；不是由于承运人的实际过失或私谋，或是承运人的代理人或雇用人员的过失或疏忽所引起的其他任何原因（援引此项免责要求享有此项免责利益的人应当负举证义务）。

**（6）索赔通知与诉讼时效**

①索赔通知：索赔通知是收货人在接受货物时，就货物的短少或残损状况向承运人提出的通知，它是索赔的程序之一。收货人向承运人提交索赔通知，意味着收货人有可能就货物短损向承运人索赔。《海牙规则》第3条第6款规定：承运人将货物交付给收货人时，如果收货人未将索赔通知用书面形式提交承运人或其代理人，则这种交付应视为承运人已按提单规定交付货物的初步证据。如果货物的灭失和损坏不明显，则收货人应在收到货物之日起3日内将索赔通知提交承运人。

②诉讼时效：《海牙规则》第3条第6款规定：除非从货物交付之日或应交付之日起一年内提起诉讼，承运人和船舶，在任何情况下，都应免除对灭失或损坏所负的一切责任。

**（7）托运人的义务和责任**

①保证货物说明正确的义务：《海牙规则》第3条第5款规定：“托运人应向承运人保证他在货物装船时所提供的标志、号码、数量和重量的正确性，并在对由于这种资料不正确所引起或造成的一切灭失、损害和费用，给予承运人赔偿。”

②不得擅自装运危险品的义务：《海牙规则》第4条第6款规定：如托运人未经承运人同意而托运属于易燃、易爆或其他危险性货物，应对因此直接或间接地引起的一切损害和费用负责。

③损害赔偿责任：根据《海牙规则》第4条第3款规定：托运人对他本人或其代理人或受雇人因过错给承运人或船舶造成的损害，承担赔偿责任。可见，托运人承担赔偿责任的基础是完全[过错责任原则](https://baike.baidu.com/item/%E8%BF%87%E9%94%99%E8%B4%A3%E4%BB%BB%E5%8E%9F%E5%88%99" \t "https://baike.baidu.com/item/%E6%B5%B7%E7%89%99%E8%A7%84%E5%88%99/_blank)。

**（8）运输合同无效条款**

关于《海牙规则》的强制性，第3条第8款的规定如下：运输合同中的任何条款或协议，凡是解除承运人按该规则规定的责任或义务，或以不同于该规则的规定减轻这种责任或义务的，一律无效。有利于承运人的保险利益或类似的条款，应视为属于免除承运人责任的条款。

**（三）《海牙—维斯比规则》**

**1、《海牙—维斯比规则》是按照议定书修改后的《海牙规则》。修改《海牙规则》的议定书有两个：**

（1）第一个议定书是1968年通过的《修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》，简称“修改海牙规则的议定书”，又称“布鲁塞尔议定书”。该议定书没有强制取代《海牙规则》的条款，这意味着，《海牙规则》原有成员国可以选择是否批准该议定书。该议定书于1977年生效，截止2018年，有22个国家加入了该议定书。

（2）第二个议定书是1979年通过的修订“布鲁塞尔议定书”的议定书，主要内容是将该议定书规定的赔偿限额换算为国际货币基金组织的记账单位即特别提款权（SDR），因此又称《SDR议定书》，该议定书于1984年生效。截止2018年，共有19个国家和地区（包括香港和其他9个英属群岛）批准了该议定书。

**2、《海牙—维斯比规则》对《海牙规则》的修改内容主要包括：**

（1）托运人或货方起诉承运人的诉讼时效为1年，从货物实际交付或者应当交付之日起算，《海牙—维斯比规则》补充规定只要双方当事人同意，该时效可以延长；

（2）补充了追偿时效规则，即在规定的1年时效届满后，向第三方提起索赔诉讼时效为三个月，自原告与他方和解之后或者被他方起诉之日起算；

（3）提高了承运人的责任限额，第一个议定书规定的赔偿限额为每件或每单位不超过10000金法郎，或毛重公斤不超过30金法郎，第二个议定书将其换算为每件或每单位不超过666.67SDR，或毛重公斤不超过2SDR；

（4）补充规定了承运人责任限制权的丧失，即如果经证实，损失是由于承运人或其雇佣人员或代理人的故意或者过失造成的，则他们不得享受责任限制权；

（5）补充规定了喜马拉雅条款，即承运人的代理人和雇佣人员也可以享受承运人的免责和责任限额。

**3、与《海牙规则》相比，《海牙—维斯比规则》显然更有利于托运人和货方的利益。**

**（四）《汉堡规则》**

**1、《汉堡规则》的全称是《1978年联合国海上货物运输公约》：**《汉堡规则》是由联合国国际贸易法委员会拟定，因在汉堡举行的联合国海上货物运输公约外交会议上通过，故称《汉堡规则》。截止2018年，该公约有34个缔约国。遗憾的是，就目前而言，该公约成员国多为非洲国家和一些小的国家，主要的航运大国和贸易大国均未加入该公约。

**2、《汉堡规则》体现了承运人和托运人利益更好的平衡：**

（1）从履行当事人义务的主体来说，除了承运人以外，实际承运人要承担承运人的义务和责任，托运人既包括与承运人订立运输合同的“合同托运人”，还包括将货物交付承运人运送的“实际托运人（或交货托运人）”；

（2）《汉堡规则》下的货物包括被《海牙规则》排除在外的“活动物”和“舱面货（甲板货）”；

（3）延长了承运人的责任期限，不再采用《海牙规则》规定的“勾到勾”原则，改为采用“港到港”原则；

（4）提高了承运人的责任限额，承运人的责任限额为每件或每单位不超过835特别提款权，或以毛重每公斤不超过2.5特别提款权为限；

（5）废除了承运人的“过失免责”，来减少承运人的免责范围。

**（五）《鹿特丹规则》**

1、《鹿特丹规则》的全称是《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》，由联合国国际贸易法委员会拟定，并经联合国大会通过。该公约要获得20个国家批准以后满1年方能生效。

2、《鹿特丹规则》共96条计18章，比以往的国际海上货物运输公约体系更为全面、合理，同时兼顾了承运人和托运人的利益。

3、《鹿特丹规则》的最大特点正如公约名称所示，既适用于全程的国际海上货物运输合同，也适用于部分的国际海上货物运输合同（即包括海运在内的国际多式联运合同），将以往的海上货物运输公约仅仅适用于海运区段扩展到可以同时适用于非海运区段，即其适用的运输方式可以叫做“海运加其他”。正是在这个基础上，公约将“运输合同”定义为承运人收取运费，承诺将货物从一地运至另一地的合同，此种合同应对海上运输作出规定，且可以对海上运输以外的其他运输方式作出规定。

4、《鹿特丹规则》还有其他多项更符合当今海运实践和更合理地平衡承运人和托运人利益的规定，同时也创立了一些以前没有的规则。

**（六）中国的《海商法》**

1、中国《海商法》于1992年颁布，并于1993年生效。其第四章对海上货物运输合同进行了规定，还对其他国际海事法问题做出了规定。

2、虽然中国截止目前没有加入有关海上货物运输的任何一项国际公约，但是中国《海商法》第四章对用提单和提单以外的运输单证所证明的海上运输合同的规定，一般被视为《海牙—维斯比规则》与《汉堡规则》的结合，具体表现如下：

（1）与《汉堡规则》相同，《海商法》明确了承运人、实际承运人、托运人、收货人和货物的概念；

（2）《海商法》对承运人责任期限的规定是《汉堡规则》和《海牙规则》的综合，对集装箱装运的货物关于承运人的责任期限采用了《汉堡规则》，对非集装箱装运的货物关于承运人的责任期限则采用了《海牙规则》；

（3）《海商法》对承运人的船舶适航义务、安全运输货物义务和免责条款等三个问题的规定，采纳了《海牙规则》的规定；

（4）《海商法》对承运人的最高责任限额，采用了《海牙—维斯比规则》的规定；

（5）除此之外，中国《海商法》比照相关国际公约，对承运人与实际承运人的关系、托运人义务、提单和提单以外的运输单证以及货物交付等问题都做出了规定。

**二、国际海上货物运输合同与海运单证**

**（一）运输合同**

1、国际海上货物运输合同是指由承运人与托运人签订的，将约定货物从一个国家/地区的某一地点全程或者部分采用海上货物运输方式运送到另一国家/地区的某一地点，并由承运人收取运费的合同。

2、国际海上货物运输合同具有服务合同的性质。订立海上货物运输合同的当事人有两方，一是托运人，二是承运人，承运人按照运输合同的约定提供运输服务，并据以收取运费。

3、国际海上货物运输合同还应该具有国际性，运输合同的起运地点或者起运港与目的地或者目的港分别位于不同国家或者法域，相关当事人的国籍不予考虑。

4、国际海上货物运输合同所涵盖的的运输方式到底是只有海上运输方式，还是包括海上运输在内的多式联运，不同的国际海上货物运输公约的规定不一样。《海牙规则》和《汉堡规则》适用于全程的海上货物运输合同，对于包括海上运输在内的多式联运合同，这两个海运公约只适用于海运区段。但是，适用《鹿特丹规则》的海上货物运输合同有两种，一是全程的海上货物运输合同，二是部分的海上货物运输合同，即包括海上运输在内的多式联运合同。

5、鉴于国际海上货物运输的特殊性，特别是托运人和收货人往往不是同一人，在实践中，海运提单或类似单证和电子运输证据往往是海上运输合同存在的主要证据。即使承运人与托运人存在长期的货物运输安排，他们之间也往往会签署单独的货物运输合同以证明此项长期安排的存在，而此安排下的每次运输所签发的提单或电子单证则是该次运输合同的证据。

**（二）提单或其他类似单证**

1、按照对《海牙规则》或《海牙—维斯比规则》的归纳以及《汉堡规则》和中国《海商法》的定义条款，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、提单有三项作用（又可以称为提单的法律性质）：

（1）提单是海上货物运输合同的证明；

（2）提单是货物收据，即提单证明货物已由承运人接收或装船

（3）提单是物权凭证，特别是承运人保证据以交付货物的单证，即交货凭证。在海运实践中，除提单外，其他类似文件可以是大副收据或交付指令或交付单证。

3、在《鹿特丹规则》中，没有采用提单以及提单以外类似单证的概念，而是将运输合同的证明形式划分为两种，即运输单证和电子运输记录（电子运输单证）。其中，运输单证中应包含提单和提单以外的类似单证。

4、按照《鹿特丹规则》的定义，“运输单证”是指承运人按运输合同签发的单证，该单证：

（1）证明承运人或履约方已按运输合同收到货物；

（2）证明或包含一项运输合同。运输单证又包括可转让运输单证和不可转让运输单证两种，可转让运输单证中应该包括传统条约和国内法规定的可转让提单在内，不可转让运输单证应该包括不可转让的提单在内。

5、至于中国《海商法》中规定的禁止转让的记名提单，按照《鹿特丹规则》的规定原则上属于不可转让运输单证，但如果其中包含了“可转让”之类的措词，且未明示注明其为“不可转让”或“不得转让”，则属于可转让运输单证。至于运输单证是否属于“交货凭证”，该定义条款没有提及，但是，按照《鹿特丹规则》第九章规定的货物交付规则，可转让运输单证原则上属于交货凭证，承运人或履约方应当“凭单交货” ；而不可转让运输单证如果其中载明需要凭单交货时，也属于交货凭证，承运人或履约方应当“凭单交货”。

6、提单可以按照不同标准进行分类：

（1）根据货物是否装船，可分为已装船提单和收货待运提单（又称备运提单）；

（2）根据承运人对已经接管或者装船的货物的外表状况是否有不良批注，可分为清洁提单和不清洁提单；

（3）根据提单对收货人的记载方式，可分为记名提单、不记名提单和指示提单；

（4）根据运输方式，可分为直运提单、转运提单和联运提单；

（5）根据提单内容的繁简，可分为全式提单和略式提单；

（6）根据提单可否流通转让，可分为可转让提单和不可转让提单。

**（三）电子运输单证**

1、电子运输单证是提单或其他类似文件或运输单证的数据化。

2、在《鹿特丹规则》以前的国际海上货物运输公约和国内法中，可以使用电子运输单证，但是在这些体系内都没有明确定义电子运输单证的概念，电子运输单证在这些体系内的使用是根据相关法律规则推导出来的。

3、《鹿特丹规则》在国际海事法领域第一次通过国际条约明确定义了电子运输记录。按照该公约的定义条款，“电子运输记录”是指承运人按运输合同以电子通信方式发出的一条或数条电文中的信息，该信息：

（1）证明承运人或履约方已按运输合同收到货物；

（2）证明或包含一项运输合同。《鹿特丹规则》第8条还规定，凡是在运输单证上载明的内容，均可在电子运输记录中加以记载，但电子运输记录的签发和随后的使用须得到承运人和托运人的同意；并且电子运输记录的签发、排他性控制或转让，与运输单证的签发、占有或转让具有同等效力。电子运输记录和运输单证一样，也可以划分为可转让的电子运输记录和不可转让电子运输记录两种，前者包括电子提单，后者包括海运单。除了使用方式存在差别之外，电子运输单证或电子运输记录与纸质提单或其他类似单证没有实质差别。

**（四）承运人责任**

**1、承运人的具体责任**

（1）《海牙规则》规定的承运人义务包括：提供船舶和船舶适航义务（适航义务）；关于承运人安全运输货物的义务（管货义务）；签发提单的义务。《海牙—维斯比规则》对此并无修改。

（2）《汉堡规则》规定了承运人的管货责任，即除非承运人能够证明其本人或代理人为了避免相关后果已经采取了所有可能使用的合理措施，否则承运人对货物的损坏、损失以及迟延交付均应负责。

（3）《鹿特丹规则》规定了承运人的下列三项义务：

①按照第11条，承运人应根据本公约，按照运输合同的条款将货物运至目的地并交给收货人；

②按照第13条，在第12条规定的责任期内，除须遵循第26条的规定外，承运人应妥善而谨慎地接收、装载、操作、积载、运输、保管、照料、卸载并交付货物；虽有本条第1款规定，在不影响第四章其他规定以及第五章至第七章规定的情况下，承运人与托运人可以约定由托运人、单证托运人或收货人装载、操作、积载或卸载货物。此种约定应在合同事项中载明。

③承运人必须在开航前、开航当时和海上航程中恪尽职守： 使船舶处于且保持适航状态；妥善配备船员、装备船舶和补给供应品，且在整个航程中保持此种配备、装备和补给；并且使货舱、船舶所有其他载货处所和由承运人提供的载货集装箱适于且能安全接收、运输和保管货物，且保持此种状态。

1. 中国《海商法》对承运人义务和责任的规定如下：

①关于适航义务，要求承运人在船舶开航前和开航当时，应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，妥善配备船员、装备船舶和配备供应品，并使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所适于并能安全收受、载运和保管货物；

②关于承运人的管货义务，要求承运人应当妥善地、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物；

③关于直航义务，承运人应当按照约定的或者习惯的或者地理上的航线将货物运往卸货港，但船舶在海上为救助或者企图救助人命或者财产而发生的绕航或者其他合理绕航，不属于违反前款规定的行为；

④关于迟延交付的责任，除承运人不负赔偿责任的情形外，由于承运人的过失，致使货物因迟延交付而灭失或者损坏的，或者即使货物没有灭失或者损坏但因迟延交付而遭受经济损失的，承运人均应负赔偿责任。

**2、承运人的责任期限**

（1）《海牙规则》对承运人的责任期限采用勾到勾原则，即承运人的责任从把货物装上船的时候开始，到把货物卸下船的时候为止。

（2）《汉堡规则》对承运人的责任期限采用港到港原则，即承运人对货物的责任期限包括货物在装货港、运输途中和卸货港处于承运人掌管之下的期间。

（3）《鹿特丹规则》第12条对承运人的责任期限采用“门到门”原则，即承运人根据本公约对货物的责任期，自承运人或履约方为运输而接收货物时开始，至货物交付时终止。

（4）中国《海商法》第46条对承运人的责任期限的规定如下：承运人对集装箱装运的货物的责任期间，是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间；承运人对非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间；在承运人的责任期间，货物发生灭失或者损坏，除本节另有规定外，承运人应当负赔偿责任。

**（五）托运人/货方责任**

与海上运输的国际公约相比，中国《海商法》对托运人义务和责任作了较为详细的规定，主要内容如下：

1、备妥待运货物的义务：即妥善包装货物的义务。

2、保证义务：保证所提供的信息准确。

3、协作义务：及时办理各类海关、检疫和港口手续。

4、危险货物的备妥待运义务和通知义务：标明危险货物（危险标记），并如实通知承运人。

5、支付运费

6、赔偿责任：因托运人或其受雇人、代理人的过失导致承运人或船舶损害的，应承担赔偿责任。这表明，中国《海商法》对托运人承担责任的归纳原则实行过失责任原则。

**三、国际航空货物运输法**

**（一）国际航空货物运输公约**

在国际航空货物运输领域，国际上已经存在若干个公约，具体包括下列两个体系

**1、华沙公约体系**

华沙公约体系由《华沙公约》和一系列修订该公约的协议和议定书构成，包括：

（1）1929年在华沙签订的《统一国际航空运输某些规则的公约》，简称《华沙公约》，中国于1958年批准该公约；

（2）1955年在海牙签订的《修改1929年10月12日在华沙签订的<统一国际航空运输某些规则的公约>的议定书》，简称《海牙议定书》，中国于1975年批准该议定书；

（3）1961年在瓜达拉哈拉签订的《统一非缔约承运人所作国际航空运输的某些规则以补充华沙公约的公约》，简称《瓜达拉哈拉公约》；

（4）1971年在危地马拉城签订的《修订经海牙议定书修订的<统一国际航空运输某些规则的公约>的议定书》，简称《危地马拉城议定书》；

（5）1975年在蒙特利尔签订的第1、2、3、4号《关于修改<统一国际航空运输某些规则的公约>的附加议定书》，分别简称蒙特利尔第1、2、3、4号议定书。

**2、蒙特利尔公约体系**

（1）由于华沙公约体系错综复杂，部分华沙成员希望用一揽子方式修改华沙公约体系，并建立一个新的统一体系，由此促成了蒙特利尔公约体系的诞生。

（2）《蒙特利尔公约》的全称也是《统一若干国际航空运输规则公约》，由于在蒙特利尔通过，故以此命名，以区分于《华沙公约》。截止2018年，《蒙特利尔公约》有134位成员。中国于2005年成为《蒙特利尔公约》的成员。在《蒙特利尔公约》没有加入《蒙特利尔公约》的《华沙公约》成员间，仍然适用相关的华沙公约体系。

**（二）运输单证**

1、《蒙特利尔公约》允许使用三类运输单证：

（1）航空运单（或空运提单），这是最常见的单证；

（2）收货凭证；

（3）任何其他形式的货运记录或凭证。如果使用了其他形式的货运记录或凭证，托运人则有权要求承运人签发“收货凭证”；但如果托运人不提出此项要求，则其他形式的货运记录或凭证即构成运输单证。

2、按照《蒙特利尔公约》第5条，航空运单、收货凭证和其他形式的货运记录或凭证，应当包括下列三项内容：始发地点和目的地点；约定的经停地点；货物的重量。

3、托运人应填写航空货运单正本一式三份，第一份应当注明“交承运人”，由托运人签字。第二份应当注明“交收货人”，由托运人和承运人签字。第三份由承运人签字，承运人在接受货物后应当将其交给托运人。在货物不止一个包件时，承运人有权要求托运人分别填写航空货运单。

4、航空运单或者收货凭证是订立合同、接受货物和所列运输条件的初步证据，但不具有作为物权凭证的作用。

**（三）运输当事人的权利与义务**

**1、承运人的主要权利包括：**

（1）承运人有权要求托运人对其违反义务而带来的损失承担赔偿责任。

（2）承运人享有法定的免责权。承运人证明货物的毁灭、遗失或者损坏是由于下列一个或者几个原因造成的，在此范围内承运人不承担责任：(a)货物的固有缺陷、质量或者瑕疵； (b)承运人或者其受雇人、代理人以外的人包装货物的，货物包装不良； (c)战争行为或者武装冲突； (d)公共当局实施的与货物入境、出境或者过境有关的行为。

（3）承运人享有责任限制权。在货物运输中造成毁灭、遗失、损坏或者延误的，承运人的责任以每公斤17SDR为限，除非托运人在向承运人交运包件时，特别声明在目的地点交付时的利益，并在必要时支付附加费。

**2、关于承运人的义务和责任：**

（1）对于因货物毁灭、遗失或者损坏而产生的损失，只要造成损失的事件是在航空运输期间发生的，承运人就应当承担责任。这表明，《蒙特利尔公约》对于承运人因货物毁灭、遗失或者损坏而产生的损失全面适用严格责任原则。

（3）《蒙特利尔公约》对于承运人因货物在航空运输中延误引起的损失的归责实行过错推定责任原则。

**3、承担承运人义务和责任的主体：**还应该包括实际承运人和分段承运人。承运人适用于合同规定运输的全部，实际承运人和分段承运人适用于根据前者的授权所办的运输的全部或部分。包括承运人、实际承运人和分段承运人在内的所有承运人应当对货主承担连带责任。实际承运人和分段承运人及其受雇人和代理人在雇佣代理范围内行事时，应能援引关于免除或限制承运人责任的规则。

**（四）托运人和收货人的权利与义务**

1、托运人提供有关货物说明和声明的义务：托运人对于航空运单、收货凭证和其他形式的货运记录或凭证上以自己名义所填关于货物的各项说明和声明的正确性负责。

2、托运人协助承运人的义务：托运人应当提供各种必需的资料，以便在货物交付收货人以前完成海关、税务或公安手续，并且应该将必需的有关单证附在航空货运单后面。

3、托运人对货物的处置权：托运人在履行运输合同所规定的一切义务的条件下，有权对货物进行处置，即有权凭其所持航空货运单在起运地机场或目的地机场将货物提回，或在途中经停时要求中止运输，或在目的地或运输途中要求将货物交给非航空货运单上所指定的收货人，或要求将货物退回起运地机场。

4、收货人的权利与义务：收货人于货物到达目的地点，并在缴付应付款项和履行运输条件后，有权要求承运人向其交付货物。收货人的权利开始时，托运人的权利即告终止。

**四、国际陆路货物运输法**

**（一）国际铁路货物运输公约**

**1、国际铁路货物运输法律框架**

（1）《国际铁路货物运输公约》（简称国际货约）：国际货约订立于1938年，最新版本为1999年修订版。国际货约的附件有：《国际铁路旅客运输合同统一规则》（CIV）；《国际铁路货物运输合同统一规则（CIM）；《危险货物国际铁路运输规定》（RID）；《国际铁路运输车辆使用合同规定》（CUV）；《国际铁路运输基础设施使用合同统一规则》（CUI）。参加国际货约的国家主要包括西欧、北非和西亚地区的49个国家。

（2）《国际铁路货物联运协定》（简称国际货协）：国际货协于1951年签订，其缔约国主要是冷战时期亚洲和欧洲的社会主义国家，亚洲国家主要有中国、越南、朝鲜和蒙古。欧洲国家包括前苏联以及东欧国家。

**2、《国际铁路货物运输合同统一规则》（CIM）的主要内容**

**（1）适用范围：**CIM适用于货物是始发地和目的地位于两个不同缔约国的有偿的跨国铁路货物运输合同。如果货物的始发地或者目的地有一个位于缔约国，而且当事人选择CIM作为准据法的，CIM也适用于此类跨国铁路运输合同。

**（2）铁路运输合同及运单**

CIM第6条第1款将铁路运输合同定义为“承运人提供有偿服务将货物交付给目的地收货人的合同。”

运输合同一般根据铁路运单确认其内容。运单为缔结运输合同以及合同内容的凭证，而非合同本身，也不是具有物权凭证的效力，运单的瑕疵或遗失不影响运输合同存在与效力。运单是所运送货物的收据。

运单一般一式两份，由承运人印制，托运人填写，并在货物交付运输后由承运人与托运人签署。每批货物或每车货物需要签发单独铁路运单，在能满足要求的前提下，签发的铁路运单也可以电子数据方式存在。

按照CIM第12条，运单是缔结运输合同以及承运人接收货物的初步证据；如果承运人、托运人已经装载货物，运单是货物状况和包装的初步证据。

**（3）托运人的权利义务**

托运人的权利主要有：处置货物和修改运输合同条款的权利；根据公约条款起诉承运人或实际承运人的权利。

托运人的主要义务有：支付运费；如实填写货物信息；赔偿承运人因危险货物或海关手续不符等类似情况遭受的损失、托运人装载货物不当导致的承运人损失等。

**（4）收货人的权利和义务**

收货人的权利有：要求承运人及时交付铁路运单和货物的权利；修改运输合同的权利。

收货人的主要义务有：按照合同约定支付相关费用；在缺乏约定时，承担卸载货物的义务。

**（5）承运人的权利和义务**

承运人的主要权利有：按照合同约定收取运费和其他相关费用；按照公约规定处理危险货物的权利；按照公约规定享有免责权；按照公约规定享有责任限制权。承运人的责任限额为毛重短少每千克赔偿17SDR。承运人的免责情形包括不可抗力、托运人或收货人的故意或者过失、托运人或者收货人的指示、货物自身特性、运送活畜等。

承运人责任的归责原则是承运人责任制度的核心内容。承运人的责任范围包括货物在责任期间遭受的全部或者部分灭失和损坏以及运输逾期。承运人的责任期间为接收货物至交付货物的期间。

**（6）诉讼时效**

CIM规定货物运输逾期的诉讼时效为2个月，自货物交付收货人之日起计算；其他理由的诉讼，应在9个月内提出；关于货物短少、毁损（腐烂）赔偿请求，关于货物灭失的赔偿请求，自货物运到期限届满后30天内提出。运输合同的诉讼时效期限为1年，对于代收货价货款的诉讼，收回由承运人出售货物之盈利的诉讼、托运人或收货人的故意过错行为造成的货物灭失或损坏的诉讼、因欺诈行为提起的诉讼等情况下，诉讼时效为2年。

**（7）争端解决**

当事人可以选择诉讼或者仲裁解决纠纷。当事人可以在协议中选择成员国的法院或仲裁庭管辖。没有选择时，管辖法院或者仲裁的地点为：被告经常居住地；总公司或者订立合同的分支机构所在地；承运人承运货物的地点；货物运输目的地。

**（二）国际公路货物运输公约**

**1、国际公路货物运输法律体系**

由[联合国](https://wiki.mbalib.com/wiki/%E8%81%94%E5%90%88%E5%9B%BD" \o "联合国)所属[欧洲经济委员会](https://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%AC%A7%E6%B4%B2%E7%BB%8F%E6%B5%8E%E5%A7%94%E5%91%98%E4%BC%9A" \o "欧洲经济委员会)负责拟定的《国际公路货物运输合同公约》(CMR)，于1956年5月19日在日内瓦签订，1961年生效，共有60位成员，基本上是欧洲国家和个别北非或北亚国家。对该公约进行修改的议定书有两个：

（1）1978年《国际公路货物运输公约议定书》，简称《1978年议定书》，于1980年生效，共有48位成员，主要作用是将特别提款权引入公约体系；

（2）2008年《国际公路货物运输公约附加议定书》，简称《2008年附加议定书》，于2011年生效，共有17位成员，主要目的是为了电子公路运单的使用建立规则。

**2、《国际公路货物运输合同公约》的主要规则**

（1）CMR主要适用于跨国公路货物运输。货物始发地或目的地之一位于缔约国境内的，则适用公约。

（2）国际公货物运输的单证是公路运单，与铁路运单的性质类似。公路运单可视为运输合同证据，但不等于运输合同本身。因此，与铁路货物运输规则类似，公路运单的瑕疵或灭失不影运输合同的有效性。公路运单至少一式三份，由承运人印制，托运人填写，并在货物交付运输后由承运人与托运人签署。一份公路运单交托运人保管，一份随同货物交给收货人，另一份则由承运人保管。公路运单是货物状况和数量的初步证据，承运人需要向收货人交付符合运单描述的货物。

（3）承运人、托运人和收货人的权利义务大致与CIM类似，但已根据公路运输特点作出了调整。

**五、国际货物联运法律体系**

**（一）多式联运方式及其法律体系**

**1、多式联运的概念：**多式联运是指使用了一个以上运输模式的国际货物运输，包括海陆联运、海空联运、陆空联运或者海陆空联运等。

**2、多式联运的法律体系**

（1）目前，国际社会尚未建立有效的多式联运法律规则体系。1980年联合国国际贸易法委员会曾推出过《联合国国际货物多式联运公约》。该公约需要30个国家批准才能生效。截止2018年9 月底，仅11个国家批准了该公约。

（2）当缺乏国际统一规则时，多式联运的法律规则只能散见于相关的国际公约和国内法。

（3）按照《蒙特利尔公约》，航空运输期间包括货物在飞机场外的任何陆运、海运或河运，如果这种运输是为了履行空运合同，是为了装运、交货或转运；另外，如果承运人未经托运人同意，以其他运输方式代替当事人各方在合同中约定采用航空运输方式的全部或者部分运输的，此项以其他方式履行的运输视为在航空运输期间。 按照《国际铁路货物运输合同统一规则》（CIM）第1条第4款，如果在单一运输合同下海运和内河运输是铁路运输附属部分，则适用CIM。按照《国际公路运输公约》（CMR）第2条第1款，除适用第14条规定外，当载货车辆上的货物没有从车辆上卸下，而其部分路程由海上、铁路、内河或航空接运，则本公约应依然适用于全程。在国际海上货物运输公约中，《海牙规则》《海牙—维斯比规则》和《汉堡规则》只适用于海运区段，不适用于非海运区段，也就是说其中没有包含多式联运的特殊规则。《鹿特丹规则》虽然调整包括海运在内的多式联运合同，但该公约尚未生效。因此，在协调多式联运规则问题上，国际海运规则相对落后。

（4）国内法是解决因多式联运产生的法律纠纷的依据之一。在缺乏统一国际规则时，国内法只能通过个案方式解决多式联运法律纠纷。

**（二）多式联运的法律适用**

1、相关国际公约的适用

《蒙特利尔公约》《国际铁路货物运输公约》和《国际公路运输公约》，都包含了如何处理与各自运输方式密切相连的多式联运规则。它们采取的一般原则是将各自公约延伸适用于其他运输方式，以求结果的可预见性和统一性。但是，特定公约是否适用于特定多式联运，则与货物的运输路线和特定公约规定的适用要件相关。这些都需要相关法院和仲裁庭个案判断。当然，法院或仲裁庭也可能根据不同公约适用要件，将不同公约适用于一个多式联运的不同运输模式。

2、相关国内法的适用

有管辖权的法律和仲裁庭也可能根据相关国际私法/冲突规则决定适用某个国内法作为准据法，以补充公约存在的漏洞或灰色地带，在这种情况下各国法院或仲裁庭审判结果差异会很大。

**六、国际货物运输保险法**

**（一）保险合同**

**1、保险合同概述**

（1）按照中国《保险法》第10条，保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。按照中国《保险法》第12条，投保人可以为被保险人，被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。

（2）在国际海事领域，按照中国《海商法》第216条，海上保险合同，是指保险人按照约定，对被保险人遭受保险事故造成保险标的的损失和产生的责任负责赔偿，而由被保险人支付保险费的合同。

**2、保险合同的基本原则**

（1）保险利益原则。中国《保险法》第12条，保险利益是指投保人或者被保险人对保险标的具有的法律上承认的利益。人身保险是以人的寿命和身体为保险标的的保险，人身保险的投保人在保险合同订立时，对被保险人应当具有保险利益。财产保险是以财产及其有关利益为保险标的的保险，财产保险的被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益。由于货物运输保险合同属于财产保险合同，仅要求被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益。“法律承认的利益”是一个国内法概念，必须按照相关国家的法律判断。在国际货物运输保险中，保险利益的判断标准有对货物是否拥有所有权、是否承担风险以及其他标准。法律一般不会保护通过非法或者违约手段获得的货物利益。

（2）最大诚信原则。最大诚信原则要求保险合同各方相互间以最大诚信原则作为签订和履行合同的基础。最大诚信原则首先要求在保险合同订立时，投保人和被保险人要向保险人履行告知义务，履行告知义务的方式有无限告知和询问告知两种。中国《保险法》仅要求投保人履行询问告知义务，即订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。中国《海商法》第222条规定的无限告知义务如下：合同订立前，被保险人应当将其知道的或者在通常业务中应当知道的有关影响保险人据以确定保险费率或者确定是否同意承保的重要情况，如实告知保险人；保险人知道或者在通常业务中应当知道的情况，保险人没有询问的，被保险人无需告知。中国《海商法》规定的告知义务接近于普通法规则和国际海运实践。

（3）损失赔偿原则。损失赔偿原则是指因保险事故发生导致保险标的受损后，保险人必须按照合同对被保险人的实际损失及时赔偿。该原则在各国法律中的规定会因法律传统、经济状况差别和社会本身利益博弈影响出现差异。

**（二）国际货物运输保险的适用法律**

1、国际货物运输保险没有统一的国际实体法。国际货物运输保险合同均受国内法调整和规制。

2、由于各国对于国际货物运输保险合同的规定存在差异和冲突，就需要根据冲突规范确定准据法。按照意思自治原则，国际货物运输保险合同的当事人可以选择适用某特定国家的国内法，也可以选择国际惯例，例如选择《国际商事合同通则》作为准据法。法律选择条款往往是国际货物运输保险合同最重要的条款之一。由于保险合同一般由保险人提供，合同中一般包含保险人确定的法律选择条款。

3、在中国，国际海上货物运输保险合同首先适用《海商法》，《海商法》没有规定的事项，适用《保险法》、《合同法》以及《民法总则》的规定。对于国际航空运输、陆上运输等其他运输方式中的货物运输保险合同，则应首先适用《保险法》，其次适用《合同法》以及《民法总则》的规定。

**（三）国际货物运输保险的类别**

1、国际货物运输保险包括三大类：海运货物保险；空运货物保险；陆运货物保险（包括国际铁路运输和公路运输两种运输方式）。其中，最常见的是海运货物保险。

2、在国际海运保险中，保险人所承保风险包括自然灾害、意外事故和外来原因。

（1）其中自然灾害包括恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水，

（2）意外事故包括运输工具遭受搁浅、触礁、沉没、互撞、与流冰或其他物体碰撞以及失火、爆炸，

（3）外来原因包括淡水雨淋、偷窃提货不着、短量、混杂沾污、渗漏险、碰损破碎、串味、受热受潮、钩损、包装破裂、锈损等一般外来原因，也包括战争、罢工、交货不到、拒收、黄曲酶素等特殊或特别外来原因。

3、保险人所承保的损失包括全部损失和部分损失两大类，全部损失包括实际全损和推定全损。

（1）实际全损是指保险标的发生保险事故后灭失，或者受到严重损坏完全失去原有形体、效用，或者不能再归被保险人所拥有。

（2）推定全损是指货物发生保险事故后，认为实际全损已经不可避免，或者为避免发生实际全损所需支付的费用与继续将货物运抵目的地的费用之和超过保险价值的。

（3）保险标的发生推定全损，被保险人要求保险人按照全部损失赔偿的，应当向保险人委付保险标的。保险人可以接受委付，也可以不接受委付，但是应当在合理的时间内将接受委付或者不接受委付的决定通知被保险人。委付不得附带任何条件。委付一经保险人接受，不得撤回。

4、部分损失主要包括共同海损和单独海损

（1）共同海损是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。

（2）共同海损应当由受益方按照各自的分摊价值的比例分摊。单独海损是指是指由承保风险所直接造成的保险标的物的部分损失，只要此项部分损失不属于共同海损。

（3）单独海损并不包括特别费用。单独海损通常由受损人自己承担，或者由其向有过失的责任方请求赔偿。

5、保险人承保的费用主要包括特别费用和救助费用

（1）特别费用是指被保险人为防止或者减少根据合同可以得到赔偿的损失而支出的必要的合理费用，为确定保险事故的性质、程度而支出的检验、估价的合理费用，以及为执行保险人的特别通知而支出的费用

（2）救助费用是指在救助报酬中应当由被保险人按照获救货物价值占全部获救价值的比例承担的那一部分损失。

**（四）国际货物运输保险的常用保险条款**

国际货物空运保险条款和国际陆上货物运输保险条款与国际海洋货物运输保险条款大同小异，此处仅介绍和讨论国际海洋货物运输保险条款。此种保险的保险条款，主要介绍中国人民财产保险股份有限公司的海洋运输货物保险条款（2009年修订版）和伦敦保险业协会的协会货物条款（2009年修订版）。

**1、中国人民财产保险股份有限公司的海洋运输货物保险条款**

中国人民保险公司于1981年根据伦敦保险业协会1963年的保险条款制定了该保险公司的海运货物保险条款。2003年中国人民保险集团公司（PICC）发起设立中国人民财产保险股份有限公司（PICC P&C）。2009年，中国人民财产保险股份有限公司根据中国人民保险公司1981年的保险条款制定了该公司的保险条款。该保险条款涉及三种海运货物基本险（平安险、水渍险和一切险），其内容包括六个部分。

（1）责任范围

平安险的责任范围如下：

①被保险货物在运输途中由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水自然灾害造成整批货物的全部损失或推定全损。被保险货物用驳船运往或运离海轮的，每一驳船所装的货物可视作一个整批。

② 由于运输工具遭受搁浅、触礁、沉没、互撞、与流冰或其他物体碰撞以及失火、爆炸意外事故造成货物的全部或部分损失。

③在运输工具已经发生搁浅、触礁、沉没、焚毁意外事故的情况下，货物在此前后又在海上遭受恶劣气候、雷电、海啸等自然灾害所造成的部分损失。

④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或部分损失。

⑤被保险人对遭受承保责任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。

⑥运输工具遭遇海难后，在避难港由于卸货所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。 

⑦共同海损的牺牲、分摊和救助费用。

⑧运输契约订有“船舶互撞责任”条款，根据该条款规定应由货方偿还船方的损失。

水渍险的责任范围包括： 除包括上列平安险的各项责任外，本保险还负责被保险货物由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水自然灾害所造成的部分损失。

一切险的责任范围包括：除包括上列平安险和水渍险的各项责任外，本保险还负责被保险货物在运输途中由于外来原因所致的全部或部分损失。

（2）除外责任

本保险对下列损失不负赔偿责任：

①被保险人的故意行为或过失所造成的损失。

②属于发货人责任所引起的损失。

③在保险责任开始前，被保险货物已存在的品质不良或数量短差所造成的损失。

④被保险货物的自然损耗、本质缺陷、特性以及市价跌落、运输延迟所引起的损失或费用。

⑤本公司海洋运输货物战争险条款和货物运输罢工险条款规定的责任范围和除外责任。

（3）责任起讫

本保险负“仓至仓”责任，自被保险货物运离保险单所载明的起运地仓库或储存处所开始运输时生效，包括正常运输过程中的海上、陆上、内河和驳船运输在内，直至该项货物到达保险单所载明目的地收货人的最后仓库或储存处所或被保险人用作分配、分派或非正常运输的其他储存处所为止。如未抵达上述仓库或储存处所，则以被保险货物在最后卸载港全部卸离海轮后满60天为止。如在上述60天内被保险货物需转运到非保险单所载明的目的地时，则以该项货物开始转运时终止。

（4）被保险人义务

被保险人应按照以下规定的应尽义务办理有关事项：

①当被保险货物运抵保险单所载明的目的港（地）以后，被保险人应及时提货，当发现被保险货物遭受任何损失，应即向保险单上所载明的检验、理赔代理人申请检验，如发现被保险货物整件短少或有明显残损痕迹应即向承运人、受托人或有关当局（海关、港务当局等）索取货损货差证明。如果货损货差是由于承运人、受托人或其他有关方面的责任所造成，并应以书面方式向他们提出索赔，必要时还须取得延长时效的认证。如未履行上述规定义务，保险人对有关损失不负赔偿责任。

②对遭受承保责任内危险的货物，被保险人和保险人都可迅速采取合理的抢救措施，防止或减少货物的损失，被保险人采取此项措施，不应视为放弃委付的表示，保险人采取此项措施，也不得视为接受委付的表示。对由于被保险人未履行上述义务造成的扩大的损失，保险人不负赔偿责任。

③如遇航程变更或发现保险单所载明的货物、船名或航程有遗漏或错误时，被保险人应在获悉后立即通知保险人并在必要时加交保险费，本保险才继续有效。

 ④在向保险人索赔时，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偿的有关函电及其他必要单证或文件。被保险人未履行前款约定的单证提供义务，导致保险人无法核实损失情况的，保险人对无法核实的部分不承担赔偿责任。

 ⑤在获悉有关运输契约中“船舶互撞责任”条款的实际责任后，应及时通知保险人。否则，保险人对有关损失不负赔偿责任。

（5）赔偿处理

保险人收到被保险人的赔偿请求后，应当及时就是否属于保险责任作出核定，并将核定结果通知被保险人。情形复杂的，保险人在收到被保险人的赔偿请求并提供理赔所需资料后30内未能核定保险责任的，保险人与被保险人根据实际情形商议合理期间，保险人在商定的期间内作出核定结果并通知被保险人。对属于保险责任的，在与被保险人达成有关赔偿金额的协议后10日内，履行赔偿义务。

（6）索赔期限

本保险索赔时效，从保险事故发生之日起起算，最多不超过2年。

**2、伦敦保险业协会的海运货物条款**

在国际货运保险市场上，虽然不同保险协会或保险公司都制定了自己的保险条款，但以伦敦保险协会所制定的“协会货物条款”(Institute Cargo Clauses，简称ICC)影响最大。ICC条款最初制定于1912年，后经多次修订。1982版本的ICC条款（简称ICC1982）从1982年1月1日起开始在伦敦保险市场上使用，1983年4月1日起完全取代了原有的旧条款。伦敦保险协会从2006年开始在全球范围内进行货物保险条款的调查和咨询工作，集中了多方意见后在2008年11月24 日公布了新的ICC条款，该条款于2009年1月1日起正式生效（简称ICC2009）。

ICC2009和ICC1982均有6种保险条款，即ICC（A）、ICC（B）、ICC（C）、协会战争险条款(货物)、协会罢工险条款(货物)和恶意损害险条款。其中，恶意损害险属于ICC（A）的承保范围，但在ICC（B）和ICC（C）中则属于除外责任。

ICC 1982和ICC 2009中的ICC（A）、ICC（B）、ICC（C）分别相当于ICC1963中的一切险、水渍险和平安险。另外，ICC1963中，战争险和罢工险属于附加险，不属于独立险别，但在ICC 1982和ICC 2009中战争险和罢工险与ICC（A）、ICC（B）、ICC（C）一样，属于独立险别。

与ICC 1982相比，ICC 2009的实质性修改主要体现在运送条款、航程改变条款和除外责任条款，这些修改使得保险合同双方的责任更加明确，在利益平衡方面更加注重保护被保险人的利益。

## 第五章 国际贸易支付法

**一、国际贸易支付中的汇票**

**（一）汇票含义**

1、票据法意义上的票据通常有三种，即汇票、本票和支票。在国际贸易结算中，汇票的使用最为广泛。

2、汇票是指出票人委托付款人于到期日无条件支付一定金额给收款人的票据。按照汇票到期日的记载方式的不同，可以将其划分为即期汇票（到期日要求付款人见到汇票的时候即期付款）和远期汇票（到期日的记载方式有三种，即定日付款、出票以后定期付款和见票以后定期付款）两种。

3、国际贸易当事人在汇票中的身份分别是：

（1）出票人：通常是卖方；

（2）付款人：是买方或其指定的银行（在托收支付方式中，付款人是买方；在信用证支付方式中，付款人是开证行或其指定行）；

（3）收款人：通常是卖方自己或其指定的银行。

**（二）票据行为**

1、国际贸易中使用的汇票，其行为主要包括出票、背书、承兑、支付、追索等。

2、按照票据法的基本原理，凡是在票据上签名盖章的人都是票据债务人。据此，汇票的出票人在出具汇票的时候，要在汇票上签名盖章；持票人在背书转让汇票的时候，也要在汇票上签名盖章；汇票的付款人对远期汇票进行承兑的时候（即期汇票不需要承兑），要在汇票上签名盖章，所以，出票人、背书人以及承兑人都是汇票的债务人。在一般情况下，出票人是主债务人；但在远期汇票被付款人承兑之后，承兑人即取代出票人成为汇票的主债务人。由于付款人在汇票上并没有签名盖章，因此，付款人不是汇票的债务人。但是，一旦付款人对远期汇票进行了承兑，则其法律地位发生转变，他就成为承兑人，因此成为汇票的主债务人。

3、按照票据法的基本原理，合法的持票人是票据的权利人。持票人享有的票据权利有两项，一是向付款人行使付款请求权，二是在遇到拒付的情况下（汇票拒付包括拒绝承兑、拒绝付款以及付款人逃避、死亡、宣告破产等）向其前手行使追索权（持票人最终可以向出票人行使追索权）。持票人行使付款请求权的时候，应向付款人做出提示，即期汇票的持票人只需对付款人做一个提示，即付款提示，付款人此时即付款；远期汇票的持票人要对付款人做两个提示，先做承兑提示，付款人即在汇票正面将其承兑行为予以记载并签名盖章，第二个提示是汇票付款期限到来之后，再做付款提示，付款人就对远期汇票付款。如果票据的付款人对持票人付款了，他将会把该票据收回，票据关系即告消灭。但是，其他人支付了票据金额，并不意味着票据关系消灭。

**二、汇付与托收**

**（一）汇付**

1、汇付又称汇款：是指汇付人主动把货款通过银行汇交收款人的一种支付方式。在国际支付中，最常使用的汇付方式有电汇、信汇和票汇三种。

2、汇付参与人有：

（1）汇付人，即买方，指要求银行将货款汇给国外收款人的人；

（2）汇出银行，指接受汇付人的委托，汇出货款的银行；

（3）汇入银行，指接受汇出银行委托，解付汇款的银行；

（4）收款人，即卖方，指汇款结算中的国外收款人。

3、在电子商务环境下，汇付被“国际贸易贷记划拨”所取代。其中“发端人”类似于汇款人（买方），“发端人银行”类似于汇出银行，“受益人银行”类似于汇入银行，“受益人”类似于收款人（卖方）。因此，“国际贸易贷记划拨”实质上就是买方要求银行将其对国外卖方支付的货款，采用电子方式划拨于国外卖方的一种付款方式。

**（二）托收**

**1、托收的含义和种类**

（1）托收是由卖方开立以买方为付款人的汇票，委托银行向买方收取货款的一种结算方式。

（2）托收可分为光票托收和跟单托收两种。

①光票托收：指卖方仅开具汇票委托银行向买方收款，而没有附具任何装运单据（通常用于货款尾数、佣金、样品费）。

②跟单托收：指卖方将汇票连同提单、保险单、发票等装运单据一起交给银行，委托银行向买方收取货款（通常用于货款支付）。

（3）跟单托收根据交单条件的不同，可以分为付款交单和承兑交单两种。

①付款交单：指卖方的交单以买方付清货款为条件，根据付款时间的不同划分为即期付款交单和远期付款交单两种。延伸：在远期付款交单支付方式中，允许买方承兑远期汇票后，凭信托收据向银行借出货运单据提货，待汇票到期时再付还货款。信托收据是由买方向银行出具的表示愿意以银行的受托人的身份代银行保管和处理货物，并承认货物的所有权属于银行，出售后所得的货款亦应交付银行或代银行暂为保管的一种书面文件。

②承兑交单：指卖方的交单以买方承兑汇票为条件（只适用于远期汇票的托收）。

**2、托收的参与人及其基本程序**

**（1）托收参与人：**

①委托人：又称出票人，指开出汇票并委托银行代其向国外买方收取货款的人，通常是卖方；

②托收银行：接受委托人委托，转托国外银行代为收款的银行；

③代收银行：指接受托收银行的委托，向买方收取货款的银行；

④付款人：指在委托人开出的汇票上载明支付票款的人，通常是买方；

⑤提示行：指向付款人提示汇票和单据的银行，通常是代收银行委托的银行，代收银行也可以由自己担任提示行。

**（2）托收的基本程序：**

①在货物销售合同中双方规定采用哪种托收；

②委托人按合同规定装完货物后，到托收行填写托收委托书，开出跟单汇票，连同货运单据交托收行；

③托收行将汇票及货运单据寄交代收行；

④代收行收到汇票及货运单据后，向付款人提示汇票；

⑤在即期付款交单的情况下，付款人即期付清货款，代收行交给货运单据；在远期付款交单的情况下，付款人先承兑汇票，代收行保留汇票及货运单据，待汇票到期时，付款人付清票款，代收行交给货运单据；在承兑交单的情况下，付款人承兑汇票之后，代收行就将单据交给付款人，待汇票到期时，付款人再付清票款；

⑥付款人付款之后，代收行电告或邮告托收行，货款收妥入账；

⑦托收行将货款交给委托人。

**延伸：**委托人与托收行间为代理关系，托收行的收款行为无论是否成功，均由委托人直接承担。托收行与代收行之间的关系，也是代理关系。

**3、《托收统一规则》的主要内容**

《托收统一规则》由国际商会制定，最新版又称URC522，自1996 年1月1日生效），其主要内容如下：

①委托人应受国外法律和惯例规定的义务和责任所约束；

②银行除要检查所收到的单据是否与委托人所列一致外，对单据内容并无审核之责；

③未经代收行事先同意，货物不能直接发给代收行或以代收行为收货人；

④在委托书上必须指明是付款交单还是承兑交单；

⑤如被拒付，托收行应在合理的时间内作进一步处理单据的指示，如果在代收行发出拒绝通知书后60天内未接到提示，可转告委托人单据退回，代收行不承担直接追索责任；

⑥与托收有关的银行，对于因任何电文、信件或单据在寄送、传送的延误、丢失、残缺、错误引起的后果，或专门术语翻译解释的错误，不承担义务和责任。

**三、信用证**

**（一）信用的概念及其种类**

**1、信用证及其法律规范**

（1）信用证（简称L/C）是银行根据买方的请求，开给卖方的一种书面凭证，依据该证，银行保证在卖方提交符合该证所规定的单据时向卖方支付货款。

（2）信用证作为国际商事交易中的支付方式，是一种银行的付款承诺，属于银行信用。银行信用比商业信用更可靠，因此，采用信用证支付方式，比采用汇付或托收的方式，对卖方安全收回货款更有保障。同时，由于银行的介入和预付款，卖方在交付货物之后即可得到货款，买方在得到单据时才向银行偿付，买方可得到一定期限的信贷。因此，在现代国际商事交易中，凭信用证付款是比较常见的、主要的支付方式，我国在对外贸易中也主要采用信用证付款。

（3）规范信用证的国际统一规则主要是由国际商会制定和公布的《跟单信用证统一惯例》（UCP），它已经成为各国银行普遍采用的国际商事惯例，其现行版本可以简称为UCP600。目前，各国国内法中关于信用证的规范基本上还是空白。美国几乎是唯一有信用证国内立法的国家。

**2、信用证的参与人及其基本程序**

（1）信用证有下列参与人：开证申请人（通常为买方）；开证银行（申请人所在地银行）；受益人（通常为卖方）；通知银行（受益人所在地银行）；议付银行（又称押汇行，通常由通知行兼任）；付款银行（开证行或其指定的另一家银行）；保兑银行（根据开证行的请求在信用证中加具自己保兑责任的银行）；偿付银行（开证行、保兑行或开证行指定的其他银行）。

（2）信用证使用的基本程序：

①买卖双方在合同中明确规定以信用证方式结算；

②买方向当地银行填写开证申请书，按合同内容填写各项规定和要求，并交纳押金或提供其他担保，由开证行开证；

③开证行将信用证航寄或电传接受委托的卖方所在地银行，即通知行；

④通知行核对信用证签字、印鉴无误或电传信用证密押相符、判明信用证真实后，将信用证转交受益人；

⑤受益人核查信用证与合同相符后，按信用证规定装运货物，并备齐各项单据，开出跟单汇票，在信用证有效期内送请议付银行议付；

⑥议付行审核跟单汇票单据与信用证规定相符后，按汇票金额扣除信用证到期利息，垫付货款给受益人，同时将跟单汇票航寄付款行索付；

⑦付款行审核“单据相符”无误后，电汇或信汇货款给议付行；

⑧付款行通知开证申请人付款赎单。

**3、信用证的主要内容**

信用证虽然没有统一的格式，但是主要内容基本是相同的，一般包括以下项目：信用证参与；信用证种类和号码；开证日期；金额条款；货物条款；汇票条款；单据条款；装运条款；有效期条款；交单日期条款；开证行保证条款；声明遵守《跟单信用证统一惯例》条款。

**4、信用证的种类**

（1）光票信用证（受益人无需提供其他单据就可支取款项）和跟单信用证（受益人需提交汇票及规定单据后才可支款，使用最普遍）

（2）可撤销信用证（很少使用）和不可撤销信用证（使用最为广泛，根据UCP600规定信用证均为不可撤销）

（3）即期付款信用证（受益人提交相符单据时银行即予以付款）、迟期付款信用证（受益人提交相符单据时并不付款，而是在信用证规定的到期日才付款）、承兑信用证（受益人提交相符单据和远期汇票，银行先对远期汇票承兑，然后到期日到来之后付款）及议付信用证（必须符合两个条件，一是银行被指定或授权议付，二是被指定或者授权的银行支付对价，也就是开证行或者保兑行履行承付义务之前“预付款”，包括限定议付信用证和自由议付信用证两种）

**（二）信用证参与人及其权利与义务关系**

**1、信用证参与人的法律关系**

信用证交易包含一组合同。这一组合同主要由开证申请人（买方）和开证行、开证行和受益人（卖方）两组合同组成，它还可能包括开证行与中介行的委托代理关系，等等。

**2、买方与卖方之间的法律关系**

（1）在信用证项下，买卖双方并没有直接的法律关系。但在信用证之外，买方作为信用证的申请人，卖方作为信用证的受益人，他们之间的责任主要规定在买卖合同中。

（2）在买卖合同项下，买方承担了申请开立信用证的义务；如果买方不履行开证义务，就是违反买卖合同的违约行为，应对卖方承担赔偿责任。买方履行申请开证的义务，是卖方履行交货义务的前提条件，如果买方不开证，卖方就有权暂时不交货。如果买卖合同对买方的开证时间没有约定，买方应在合同规定的装运日期以前开出信用证。

（3）另一方，合同约定采用信用证付款时，卖方应在收到信用证通知之后履行交货义务，并将与货物有关的单据提交给银行，要求银行议付或者付款，而不能越过银行直接向买方交单要求买方付款，除非信用证制定的付款银行已经破产或者丧失了支付能力。

**3、开证申请人与开证行之间的法律关系**

开证申请人与开证行之间是一种委托关系，开证行接受开证申请人的委托之后，在委托关系中主要义务是保证由自己对受益人（卖方）付款，其主要权利是在对卖方付款之后，有权要求开证申请人付款赎单。

**4、开证行与受益人之间的法律关系**

开证行与受益人（卖方）之间的关系是建立在信用证条款基础上的合同关系，开证行作为付款人要对受益人履行即期付款、延期付款或者对受益人出具的远期汇票先承兑并在到期日付款的义务，付款的前提条件是要求受益人提交的单据与信用证相符。

**5、中介行与开证行之间的法律关系**

中介行包括通知行、议付行和保兑行等。关于中介行与开证行的关系，视开证行的委托关系而定。首先，开证行与通知行的关系是委托代理关系，开证行委托通知行将信用证的内容转给受益人。其次，开证行与议付行的关系可以视为既有信用证上的委托关系，也有票据法上的议付关系。第三．开证行与保兑行之间是委托关系，是要求保兑行在开证行已经开立的信用证上，添加保兑行的保兑责任，这种保兑责任可能是付款责任或者议付责任。

**6、中介行与受益人之间的法律关系**

关于中介行与受益人的关系，取决于中介行的性质。首先，通知行作为开证行的代理人，与受益人之间不存在任何法律关系。其次，议付行接受开证行的指定或者授权之后，对受益人享有议付权，但没有必须议付的义务，议付之后如果被开证行不当拒付，则可以对受益人行使追索权。第三，由于保兑行把自己的保兑责任记载于信用证之中，所以，保兑行与开证行一样，要对受益人承担付款义务或议付义务，但保兑行和开证行都不能对受益人行使追索权。

**（三）信用证交易的原则和审单标准**

**1、信用证独立原则**

（1）信用证与买卖合同或其他交易是相脱离的和独立的。银行在办理信用证业务时，只关心卖方提交的单据是否符合信用证的规定，只要卖方所提交的单据在表面上符合信用证的要求，银行就可以凭单付款，除非卖方提交单据的行为是欺诈行为。

（2）信用证独立原则的内涵包括：第一，信用证独立于其基础合同，因为基础合同是买卖双方之间的合同，银行不是买卖合同的当事人，所以一方面开证行不能根据买卖合同对作为信用证受益人的卖方提出抗辩，另一方面受益人也不能以买卖合同为依据要求开证行接受与信用证不符的单据。第二，信用证独立原则也适用于开证申请人，由于信用证独立于开证申请人与开证行之间的委托关系，因此开证申请人不能根据委托合同中的事由限制或阻止开证行对受益人付款，又因信用证独立于基础合同，因此开证申请人也不能以其在基础合同中对受益人的请求或抗辩来限制或阻止开证行对受益人付款。第三，信用证独立原则也适用于受益人，受益人只能根据信用证条款享有信用证项下的权利，但受益人不能利用银行间的合同关系而获益，也不得利用开证申请人与开证行之间的委托合同关系。UCP600第5条规定，在信用证业务中，各方当事人处理的是单据，而不是与单据相关的货物、服务或其他行为。

**2、审单标准**

（1）根据信用证，银行在凭单付款时，实行“严格相符原则”。严格相符原则首先要求卖方所提交的单据必须在表面上完全符合信用证的要求，银行才予以付款；如果卖方所提交的单据与信用证的要求不符，银行有权拒收单据，拒绝付款。其次，银行在审单中，还要注意单据之间的一致性，即要求“单单相符”，但这并不是要求卖方提交的每一种单据都必须记载信用证所要求的一切细节，而只要全套单据互不矛盾，足以满足信用证的要求即可。第三，严格相符，并不等同于绝对的字面相符，字母的大小写有误或明显的打印错误等情形，不能视为表面不符。第四，应当注意的是，在单证不符的情况下，买方可以向银行声明放弃不符点，这样银行就有权接受卖方提交的与信用证要求不符的单据，但买方的声明应向银行以书面做出并列明放弃的不符点。银行也可以主动征询买方的意见，对存在不符点的单据是否愿意接受。但无论如何，卖方不能向议付行做出担保，否则，如果单据因为银行指出的不符点而遭到拒付，风险由卖方自己承担。

（2）关于审单的期限：开证行、保兑行或代其行事的银行，应有各自的合理时间来审核单据，审单时间不得超过5个工作日。

（3）关于不含单据的条件处理，即信用证中的“非单据条款”（信用证含有某些条件而未列明需提交与之相符的单据），银行将认为未列明此条件，且对此不予理会，认定单证相符。

**（三）信用证欺诈及救济**

**1、信用证欺诈**

（1）信用证欺诈，就是卖方通过有意的虚假陈述或其他虚假行为或对事实真相的不披露，使银行依赖于这种虚假事实，而从银行的受损中获益的行为。

（2）信用证欺诈主要有三种：

①伪造单据（提单、商业发票、保险单、产地证明书、质量证明书、商检证明书等）；

②欺诈性陈述（也称伪造单据内容，如以没有价值的货物充作合同货物）；

③伪造信用证本身（或者伪造、变更信用证的条件）

**2、信用证欺诈的银行救济与司法救济**

在当事人存在上述欺诈行为但提供了表明符合信用证的单据的情况下，银行可以不顾单据与信用证的表面符合而拒绝付款，这便是作为信用证交易基本原则之例外的“欺诈例外”。此种例外，还包括在存在上述欺诈的情况下，由申请人向有管辖权的法院提出申请，法院据此禁止银行对实施欺诈的受益人付款。

**3、我国关于信用证欺诈及救济的法律规则**

我国最高人民法院关于信用证的司法解释规定，信用证欺诈包括下列几种情形：

（1）受益人伪造单据或提交记载内容虚假单据；

（2）受益人恶意不交付货物或交付的货物无价值；

（3）受益人和开证申请人或其他人串通提交假单据，而没有真实的基础交易；

**4、其他进行信用证欺诈的情形**

（1）在上述情形下，当事人可以向人民法院申请中止支付信用证项下的款项，并可以请求人民法院判决终止支付该款项。

（2）值得注意的是，如果议付行、开证行、保兑行或指定行以及对受益人进行了议付或付款或对信用证项下的汇票进行了承兑，则即使存在信用证欺诈，开证申请人也无权请求法院终止支付，而只能自己承担损失。这也被称为信用证欺诈“例外的例外”。

**四、国际保理**

**（一）国际保理的定义及其种类**

1、国际保理是保理商向供应商提供的一项综合性金融服务，具体是指供应商将其买卖合同项下的应收账款的所有权转让给保理商，保理商则为供应商提供信用额度调查、资金融通、财务管理、应收账款收取和信用风险承担中的两种或者两种以上的服务。

2、国际保理有直接保理和间接保理的区别。

（1）在直接保理中，只有一个保理商，即位于出口国的出口保理商。供应商与出口保理商签订保理协议，将应收账款转让给保理商，保理商与外国债务人之间没有直接的合同关系。

（2）在间接保理中，有两个保理商，即位于出口国的出口保理商和位于进口国的进口保理商。由被告知有保理关系的债务人向进口保理商付款，进口保理商向出口保理商付款，出口保理商向供应商提供融资。在这种保理中，出口保理商主要和本国的供应商打交道，进口保理商则主要和本国的债务人打交道。

3、国际保理还可以划分为无追索权的保理和有追索权的保理。

（1）在无追索权的保理中，如果保理商不能收回货款，则不能向供应商行使追索权，即由保理商承担了债务人资不抵债的风险。

（2）在有追索权的保理中，保理商不提供信用风险承担服务，在不能收回货款的情况下，可以向供应商行使追索权。

**（二）有关国际保理的国际规则**

1、《国际通一私法协会国际保理公约》：由国际通一私法协会经过10年努力制定出来，简称《国际保理公约》，1988年通过，1995年5月1日生效。

2、《国际保理习惯守则》：由国际保理协会制定，现行版本于2010年颁布，主要规定了出口保理商和进口保理商之间的权利义务。

**（三）国际保理的参与人及相互间的权利义务关系**

1、国际保理的参与人：间接国际保理涉及四个方面的当事人：供应商；出口保理商；进口保理商；债务人。

2、国际保理当事人之间的权利义务关系

（1）供应商和债务人之间的权利义务关系主要依据他们之间的贸易协议，但由于采取了保理的支付方式，他们的权利义务在支付方面也有以下两个特点：一是供应商应通知债务人其应收账款已转让给保理商；二是债务人在接到供应商的通知后，应向保理商而且只向保理商履行付款义务。

（2）供应商和出口保理商的权利义务关系是依据出口保理协议建立起来的一种合同关系。出口保理协议是国际保理中的主合同。

（3）出口保理商和进口保理商之间的法律关系也是一种合同关系。双方签订的保理协议，是双方权利义务的主要依据。实践中，双方通常就开展国际保理业务签订一个长期的框架协议，规定相互为对方的出口保理商或者进口保理商，并约定合作条件。而当双方发生具体交易时，可签订具体的保理协议。

（4）债务人和进口保理商的权利义务关系：债务人和进口保理商之间没有合同关系，但由于进口保理商收购了供应商对债务人的应收账款，一般地说，进口保理商取代供应商获得了向债务人收取货款的权利。

# 第三编 国际贸易管理与WTO法

## 国际货物贸易管理法

**一、贸易待遇制度**

**（一）最惠国待遇及其例外**

1、在WTO多边贸易协定中，GATT1994、GATS和TRIPS协定均规定了最惠国待遇原则，使最惠国待遇原则成为贯穿于货物贸易、服务贸易和知识产权保护三大领域的基本原则。

2、按照GATT1994第1条，在对进口或出口、有关进口或出口及对进出口货物的国际支付转移所征收的关税和费用方面,在征收上述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,以及第3条第2款和第4款所指的所有事项方面,任何成员对原产于或出口至任何其他成员的产品所给予的利益、优待、特权或豁免,应当立即无条件地给予来自或运往所有其他成员的相同产品。

3、关于货物贸易最惠国待遇的受惠对象，就产品进口来说，WTO成员在上述范围内应对原产于其他成员的产品给予和原产于第三国的产品同样的待遇；就原产于本国的产品出口来说，WTO成员在上述范围内应对出口到其他成员的产品给予和出口到第三国的产品同样的待遇。在此，“原产于”一词则表明最惠国待遇的受惠对象是产品，而不是产品提供者或者国家。在货物贸易最惠国待遇的参照对象中，“相同产品”一词的含义则应根据海关税则或货物分类目录来确定。在货物贸易最惠国待遇的受惠特点中，“无条件”一词表明一成员对原产于或出口到其他成员的产品给予最惠国待遇时，不应要求其他成员给予同等回报。

4、货物贸易最惠国待遇的受惠范围包括四个方面：

（1）有关进出口货物征收的关税和费用；

（2）关税和费用的征收方法；

（3）对进出口货物实施的规章程序；

（4）第3条第2款和第4款规定的国民待遇的受惠范围，包括国内税费以及影响产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的一般法律规章和国内含量管理的法律规章。

5、货物贸易最惠国待遇的例外主要包括

（1）历史性优惠贸易安排；

（2）毗邻国家之间专享的现行优惠待遇；

（3）关税同盟和自由贸易区的成员相互给予的优惠待遇；

（4）发达国家对发展中国家提供的单方面优惠，包括发达国家单方面地对原产于发展中国家制成品和半成品所给予的、非互惠的普遍优惠制待遇（GSP）。

**（二）国民待遇及其例外**

1、在WTO多边贸易协定中，GATT1994、GATS和TRIPS协定均规定了国民待遇原则。但在三个协定中，国民待遇义务的性质不同，具体适用范围也不同。

2、按照GATT1994第3条第1款的原则性要求，成员方在国内税和其它国内费用，影响产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的法令、条例和规定，以及对产品的混合、加工或使用须符合特定数量或比例要求的国内数量限制条例等三个方面，在对进口产品或国产品实施时，不应用来对国内生产提供保护。换句话说，货物贸易国民待遇要求WTO成员对原产于其他成员的进口产品给予和原产于本国的产品同样的待遇，前提条件是进口产品与本国产品属于“相同产品”，而且考虑目的与结果之间的关系，看该措施是否对国内生产提供了保护。第3条意义上的“相同产品”不同于第1条意义上的相同产品，它包括“直接竞争或替代产品”在内。在认定相同产品时，应当综合考虑某个市场上产品的最终用户、因国家而异的消费者的喜好和习惯、产品的关税分类以及产品的特点、性质和质量等物理因素。

3、货物贸易国民待遇的受惠范围包括三个方面：

（1）国内税费（国内税和其它国内费用）

（2）一般法律规章（影响产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的法令、条例和规定）；

（3）国内含量管理规章（对产品的混合、加工或使用须符合特定数量或比例要求的国内数量限制条例）。

4、货物贸易国民待遇的例外主要包括：政府采购例外；国内生产者特殊补贴例外；电影片贸易例外。

**（三）特殊与差别待遇**

**1、特殊与差别待遇的由来**

（1）受到1964年第一届联合国贸易与发展会议普惠制决定的影响，GATT于1965年在肯尼迪回合增加了第四部分“贸易与发展”。

（2）受到1968年第二届联合国贸易与发展会议普惠制决定的影响，GATT于1971年通过了授权发达国家缔约方在十年时间中可以对原产于发展中缔约方的产品给予普惠制待遇的临时豁免决定。

（3）1979年11月28日，GATT东京回合多边贸易谈判结束时，缔约方通过一项决议，题为《对发展中国家差别和更优惠待遇、互惠和更全面参与的决定》，简称“授权条款”。

（4）在乌拉圭回合通过达成的多边贸易协定中，1979年“授权条款”成为GATT1994的组成部分，构成GATT1994第1条规定的最惠国待遇义务的例外。WTO其他货物贸易协定以及《服务贸易总协定》和其他协定中，均包含了发展中成员享有“特殊与差别待遇”的条款。

**2、特殊与差别待遇的内容**

1979年授权条款的适用范围包括：

（1）普遍优惠制（Generalized System of Preferences，GSP）简称普惠制，是指发达国家对从发展中国家或地区输入的商品，特别是制成品和半制成品，给予普遍的、非歧视的和非互惠的关税优惠待遇，这种税称为普惠税。所谓普遍的是指发达国家应对发展中国家或地区出口的制成品和半制成品给予普遍的优惠待遇；所谓非歧视的是指应使所有发展中国家或地区都不受歧视、无例外地享受普惠制的待遇；所谓非互惠的是指发达国家应单方面给予发展中国家或地区关税优惠，而不要求发展中国家或地区提供反向优惠。

（2）有关非关税措施的差别和更优惠待遇的多边贸易协议。

（3）发展中国家成员之间区域性或全 球性的优惠关税安排。

（4）对最不发达国家成员的特别优待。

**（四）《中国加入议定书》有关非歧视待遇的承诺**

1、《中国加入议定书》第3条关于“非歧视”的规定如下：“除本议定书另有规定外，在下列方面给予外国个人、企业和外商投资企业的待遇不得低于给予其他个人和企业的待遇：(a) 生产所需投入物、货物和服务的采购，及其货物据以在国内市场或供出口而生产、营销或销售的条件；及(b) 国家和地方各级主管机关以及公有或国有企业在包括运输、能源、基础电信、其他生产设施和要素等领域所供应的货物和服务的价格和可用性。”

2、最惠国待遇原则和国民待遇原则共同构成了WTO非歧视待遇原则。《中国加入议定书》第3条规定的“非歧视”，在适用范围和适用对象方面，不同于WTO规则中所包含的非歧视义务，可理解为“额外的非歧视义务”。

**二、关税及相关制度**

**（一）约束关税**

**1、关税的含义**

（1）关税是一国海关根据海关税则针对进出本国关境的商品（包括货物和物品）所征收的一种流转税。关境又称税境，是指一个国家或者单独关税区的海关法律、规章实施的领土范围，是该国或地区海关权力所及的范围。关境与国境不是同一概念。

（2）根据货物进出关境的流向可以将关税划分为进口关税、出口关税和过境关税。WTO规则主要规范进口关税。在正常关税之外征收的进口关税称为特别关税，如反倾销税和反补贴税。

（3）征收关税的方法主要有下列几种：从量税；从价税；混合税。国际贸易中多使用从价税。

（4）海关征收关税的依据是海关税则，又称“关税税则”或“进出口税则”。海关税则是一国对进出口的应税商品和免税商品加以系统分类的关税税率表，其内容由税号、商品名称和税率三部分组成。在海关税则中，货物归类规则目前由世界海关组织（WCO）管辖，该制度称为《商品名称与编码协调制度》（简称协调制度或者HS）。

**2、约束并进一步削减关税**

（1）按照GATT1994序言的规定，成员方应通过谈判实质性降低关税。

（2）按照GATT1994第2条，WTO成员通过关税减让谈判达成的“关税减让表”作为GATT1994第一部分的组成部分，对相关成员具有约束力；减让表应当按照最惠国待遇的要求，对所有其他成员实施。但是，成员方依照有关规则征收的反倾销税、反补贴税和相关的服务费用不要求减让。

（3）按照GATT1994第28条，列入成员方减让表中的关税或其他税费的税率属于约束税率，成员方将该约束税率只能降低，不得提高；如果提高，则其行为属于成员方违反减让义务，其他成员有权要求协商，并有权要求给予补偿或者对其采取贸易报复措施。

**（二）海关估价**

《关于实施GATT1994第7条的协定》简称《海关估价协定》，该协定确立了对进口货物进行海关估价的基本方法。海关估价可以依次采用下列6种方法：进口货物的实际成交价格；相同货物的成交价格；类似货物的成交价格；倒扣价格；结构价格；合理确定价格。

**（三）原产地规则**

原产地规则直接决定着商品的关税待遇，特别是在区域贸易协定中起着重要的作用。《原产地规则协定》将原产地规则划分为两种，即非优惠型原产地规则和优惠性原产地规则，但没有确立用于确定产品原产地的肯定标准，只是提出了协调原产地规则的目标和原则。

**三、非关税措施**

非关税措施是相对于关税措施的一种称谓，泛指政府实施的除关税措施之外的对贸易具有限制性影响的贸易管理措施。非关税措施种类繁多，包括但不限于进出口数量限制、进口许可程序、动植物卫生检疫措施和技术性贸易壁垒。

**（一）进出口数量限制**

1、进出口数量限制：是指对进出口产品采取除了关税、国内税和费用（税费措施）以外的禁止或者限制措施。进出口数量限制可以采取下列形式：进出口配额；进出口许可证；进出口限价；国营贸易等。

2、按照GATT1994第11条第1款，任何成员除征收税捐或其它费用以外，不得设立或维持配额、进出口许可证或其它措施以限制或禁止其它成员领土的产品的输入，或向其它成员领土输出或销售出口产品。换句话说，WTO成员对进口产品和出口产品原则上都不得实施数量限制。

3、一般禁止数量原则的例外包括：

（1）第11条第2款（a）项 规定的“粮食或其他必需品出口限制例外” ；

（2）第12条和第18条规定的“国际收支保障”例外 ；

（3）第19条规定的“保障措施”例外；

（4）第20条规定的“一般例外”；

（5）第21条规定的“安全例外”。

**（二）进口许可证**

《进口许可程序协定》区分了自动许可和非自动许可，规定了不同的纪律。自动许可对进口数量不具有限制作用，原则上是允许实施的。非自动许可对进口数量具有限制作用，原则上不允许实施，只有在例外情形下可以实施。

**（三）动植物卫生检疫措施**

按照《实施动植物卫生检疫措施协定》（SPS协定），WTO成员方为了保护人类、动物和植物的生命或健康，有权采取SPS措施，此类措施应当尽量采用国际标准、指南或建议，如果有科学依据，在风险评估的基础上，可以实施更高标准。

**（四）技术性贸易壁垒（IBT）**

按照《TBT协定》，WTO成员有权采取强制性的“技术法规”、任意性的“技术标准”和“合格评定程序”。对这三种措施的实施，必须符合下列要求：非歧视性；必要性要求（合法目标）；遵循国际标准；透明度；等效性；中央政府对地方政府或者非政府机构行为的责任。

**四、贸易救济措施**

**（一）贸易救济措施的性质**

1、贸易救济措施泛指进口国政府为使本国国内产业免受或补救进口产品的不利影响而采取的限制进口的保护性措施。贸易救济措施主要是指反倾销措施、反补贴措施和保障措施，广义上还包括《农业协定》中规定的特别保障措施。

2、不同类型的贸易救济措施的适用对象、适用条件和具体措施形式各不相同，但都是针对进口造成国内产业损害而采取的措施，无损害则无救济。因此，贸易救济措施实质上是产业救济措施或产业保护措施。那种认为反倾销措施和反补贴措施是针对不公平竞争行为的说法，存在误导性。

3、实施贸易救济措施，必须满足程序要求和实体要求。只有经过调查认定国内产业因进口原因受到损害时，再采取救济措施。

**（二）反倾销措施**

**1、反倾销措施：**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或者降低倾销幅度，达到消除损害后果的目的。反倾销措施包括临时措施、价格承诺和反倾销税三种形式。

**2、GATT1994第6条确立了征收反倾销税的一般规则：**《关于实施GATT1994第6条的协定》简称《反倾销协定》。

**3、实施反倾销措施的条件**

（1）根据《反倾销协定》，进口国采取反倾销措施的条件有三项：存在倾销事实；国内产业受到了损害；倾销进口与损害之间具有因果关系。

（2）“倾销“是指在正常贸易过程中进口产品以低于其[正常价值](https://baike.baidu.com/item/%E6%AD%A3%E5%B8%B8%E4%BB%B7%E5%80%BC/7316978" \t "_blank)的出口价格进入进口国市场。进口产品的正常价值，应当区别不同情况，按照下列方法确定：出口国国内市场的可比价格；该同类产品出口到一个适当第三国的可比价格；该同类产品在原产国的生产成本加合理费用、利润，又称结构价格或者推定价格。按照《中国加入议定书》第15条，在中国入世15年内，WTO成员针对原产于中国的产品进行反倾销调查时，如受调查的生产者能够明确证明，生产该同类产品的[产业](https://baike.baidu.com/item/%E4%BA%A7%E4%B8%9A" \t "_blank)在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件，则该WTO进口成员在确定价格可比性时，应使用受调查产业的中国价格或成本；如受调查的生产者不能明确证明生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件，则该WTO进口成员可使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法（即所谓的替代国方法）。进口产品的出口价格低于其正常价值的幅度，为倾销幅度。倾销幅度常用百分比表示，即正常价值减去出口价格的差额，除以出口价格，再乘以100%。

（3）“损害”是指倾销对已经建立的国内产业造成[实质损害](https://baike.baidu.com/item/%E5%AE%9E%E8%B4%A8%E6%8D%9F%E5%AE%B3/7317220" \t "_blank)或者产生[实质损害威胁](https://baike.baidu.com/item/%E5%AE%9E%E8%B4%A8%E6%8D%9F%E5%AE%B3%E5%A8%81%E8%83%81/7317335" \t "_blank)，或者对建立国内产业造成实质阻碍。“国内产业”是指进口国国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者；但是，国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的，或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的，可以排除在国内产业之外。“同类产品”是指与倾销进口产品相同的产品；没有相同产品的，以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品。

（4）在确定倾销对国内产业造成的损害时，应当审查下列事项：

①倾销进口产品的数量；

②倾销进口产品的价格；

③倾销进口产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响；

④倾销进口产品的出口国、原产国的生产能力、出口能力，被调查产品的库存情况；

⑤造成国内[产业损害](https://baike.baidu.com/item/%E4%BA%A7%E4%B8%9A%E6%8D%9F%E5%AE%B3/9942023" \t "_blank)的其他因素。如果倾销进口产品来自两个以上国家，可以就倾销进口产品对国内产业造成的影响进行累积评估。

（5）倾销进口与进口国国内产业损害之间必须存在因果关系。如果倾销与国内产业损害之间没有因果关系，或者损害不是由倾销产品进口造成的，则不得采取反倾销措施。

**4、反倾销调查**

（1）调查机关发起反倾销调查有两种方式：

①基于国内产业或其代表的申请发起；

②调查机关依照职权主动启动调查程序。一般情况下由国内产业或其代表提出申请而开始调查。调查机关做出发起调查的决定时，要充分考虑有关倾销、损害及因果关系的证据。

（2）调查机关经过调查做出的裁定，包括初步裁定和终局裁定两个阶段的裁定。无论是初步裁定还是终局裁定，调查机关都应就其裁定结果提供充分的、合理的解释，证明基于裁定中查明的事实，能够得出裁定中的结论。这一要求被称为调查机关的证明责任。

（3）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：

①征收临时[反倾销税](https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E7%A8%8E/1075278" \t "_blank)；

②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](https://baike.baidu.com/item/%E5%80%BE%E9%94%80%E5%B9%85%E5%BA%A6/10839667" \t "_blank)。 [临时反倾销措施](https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%B4%E6%97%B6%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E6%8E%AA%E6%96%BD/7317444" \t "_blank)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。

1. 倾销进口产品的出口经营者在[反倾销调查](https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E8%B0%83%E6%9F%A5/3049053" \t "_blank)期间，可以向调查机关作出改变价格或者停止以[倾销价格](https://baike.baidu.com/item/%E5%80%BE%E9%94%80%E4%BB%B7%E6%A0%BC/12666384" \t "_blank)出口的价格承诺。调查机关也可以向出口经营者提出价格承诺的建议，但不得强迫出口经营者作出价格承诺。调查机关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](https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%B4%E6%97%B6%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E6%8E%AA%E6%96%BD/7317444" \t "_blank)或者征收反倾销税。出口经营者违反其价格承诺的，调查机关可以立即决定恢复[反倾销调查](https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E8%B0%83%E6%9F%A5/3049053" \t "_blank)，并根据可获得的最佳信息采取[临时反倾销措施](https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%B4%E6%97%B6%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E6%8E%AA%E6%96%BD/7317444" \t "_blank)。

**5、反倾销税的征收**

（1）终裁决定确定倾销成立，并由此对国内产业造成损害的，可以征收反倾销税。征收反倾销税应当符合公共利益。

（2）反倾销税的纳税人为倾销进口产品的进口经营者。反倾销税税额不超过终裁决定确定的倾销幅度。反倾销税应当根据不同出口经营者的[倾销幅度](https://baike.baidu.com/item/%E5%80%BE%E9%94%80%E5%B9%85%E5%BA%A6/10839667" \t "_blank)，分别确定。对未包括在审查范围内的出口经营者的倾销进口产品，需要征收反倾销税的，应当按照合理的方式确定对其适用的[反倾销税](https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E7%A8%8E/1075278" \t "_blank)。

（3） [反倾销税](https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8D%E5%80%BE%E9%94%80%E7%A8%8E/1075278" \t "_blank)的征收期限和[价格承诺](https://baike.baidu.com/item/%E4%BB%B7%E6%A0%BC%E6%89%BF%E8%AF%BA/10364647" \t "_blank)的履行期限不超过5年（日落条款）；但是，经复审确定终止征收反倾销税有可能导致倾销和损害的继续或者再度发生的，反倾销税的征收期限可以适当延长，在此期间可以进行日落复审。

**（三）反补贴措施**

**1、作为反补贴措施对象的补贴**

（1）补贴是指政府或者其任何公共机构提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

（2）补贴的构成要件有三：补贴的主体是政府或者其任何公共机构；补贴的效果是为接受者带来“利益”；补贴的形式主要是财政资助，也包括任何形式的收入或者价格支持。

（2）其中，财政资助又包括下列四种形式：

①政府行为涉及直接资金转移（如赠与、贷款、投股），潜在的资金或债务直接转移（如贷款担保）；

②本应征收的[政府收入](https://baike.baidu.com/item/%E6%94%BF%E5%BA%9C%E6%94%B6%E5%85%A5" \t "_blank)被豁免或不予征收（如税额抵免之类的财政鼓励）；

③政府提供不属于一般基础设施的商品或服务，或购买商品；

④政府向基金机构支付款项，或者委托、指令私营机构履行上述职能。

2、非专项性补贴是对所有企业、所有产业和所有地区实施的补贴，专项性补贴则是对特定企业、特定产业和特定地区实施的补贴。只有专项性补贴才属于《补贴与反补贴措施协定》的调整范围，也只有专项性补贴才能成为反补贴措施的对象。

**3、《补贴与反补贴措施协定》将专项性补贴划分为两种：**禁止性补贴和可诉补贴。禁止性补贴包括出口补贴和进口替代补贴。出口补贴是指在法律上或在事实上，仅以出口实绩为条件或将其作为若干其他条件之一提供的有条件的补贴。进口替代补贴是指仅以[进口替代](https://baike.baidu.com/item/%E8%BF%9B%E5%8F%A3%E6%9B%BF%E4%BB%A3" \t "_blank)为条件或将其作为若干其他条件之一提供的有条件补贴。

**4、可诉补贴**本身并不被禁止，但如果对其他成员的利益造成了不利影响，相关成员可对其采取相应的措施。该不利影响包括下列三种：

①损害另一成员方的国内产业；

②取消或妨碍其他成员方按GATT1994直接或间接获得的利益；特别是根据GATT1994第2条规定获得的减让利益；

③严重妨碍另一成员方的利益。

**5、反补贴措施：**是指进口成员对补贴进口产品采取的旨在防止或补救国内产业损害的措施。进口国采取反补贴措施的条件有三个：

（1）进口产品接受了专项性补贴；

（2）国内产业遭受了实质性损害、实质性损害威胁或者对进口国产业的建立产生了实质性阻碍；

（3）两者之间具有因果关系。

**6、反补贴调查与反倾销调查程序规则基本相同：**调查机关的裁定包括初步裁定和终局裁定两个阶段的裁定。但是，被控提供补贴的成员是反补贴调查的参与方。调查机关启动反补贴调查之前，应邀请其产品受到调查的成员进行磋商。在整个调查期间，其产品被调查的成员仍应获得合理的机会进行继续磋商。

**7、反补贴措施有三种：**

（1）临时反补贴措施：临时措施在调查机关做出了初步肯定裁定以后采取，可以是征收临时反补贴税，也可以保证金或保函的形式提供担保。临时措施的实施期限不得超过4个月。如果终局裁定是否定的，则应迅速退还缴纳的保证金或解除保函。

（2）承诺：寻求或者接受承诺的时机为调查机关做出了初步肯定裁定。作出承诺的主体是出口成员或出口商，承诺的内容包括出口成员承诺取消补贴或者出口商承诺提高产品出口价格。出口商承诺提高产品出口价格的，应获得出口成员的同意。承诺提价的幅度不应超过消除补贴额所必须的限度。

（3）征收反补贴税：征收反补贴税的条件是调查机关做出了终局肯定裁定，反补贴税不能超过认定存在的补贴额。反补贴税原则上适用于终局裁定生效以后进口消费的产品。一定条件下，反补贴税可以对临时措施的适用期限追溯适用。

**（四）保障措施**

**1、保障措施的性质**

（1）保障措施是进口成员针对造成国内产业严重损害的进口产品的急剧增长采取的临时性的紧急救济措施。保障措施的目的是消除进口数量增加对国内产业的损害，性质上它是一种国内产业保护的临时救济措施，为受到损害的国内产业提供一个调整期。

（2）GATT1994第19条规定的“对某些产品进口的紧急措施”又称为例外条款。《关于实施GATT1994第19条的协定》简称《保障措施协定》。

**2、保障措施的实施条件**

（1）保障措施的实施条件包括：进口产品的数量绝对增加或者相对增加；进口国同类产品或直接竞争产品的国内产业受到严重损害或严重损害威胁；进口增加与损害间存在因果关系。

（2）保障措施中的国内产业的范围与反倾销措施中的国内产业的范围不同，要求的损害程度不同。保障措施中的国内产业不仅包括同类产品中的生产商，还包括直接竞争产品的生产商。《保障措施协定》没有规定一国境内的区域产业。这表明不可以根据国内某一区域的产业生产商的状况做出产业损害的确定。

（3）进口国采取保障措施的条件之一是国内产业遭受了严重损害或严重损害威胁，这不同于反倾销措施和反补贴措施要求的国内产业的[实质损害](https://baike.baidu.com/item/%E5%AE%9E%E8%B4%A8%E6%8D%9F%E5%AE%B3/7317220" \t "_blank)或者产生[实质损害威胁](https://baike.baidu.com/item/%E5%AE%9E%E8%B4%A8%E6%8D%9F%E5%AE%B3%E5%A8%81%E8%83%81/7317335" \t "_blank)，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

**3、保障措施的调查与适用**

（1）相对于《反倾销协定》和《补贴与反补贴措施协定》规定的调查程序，《保障措施协定》规定的调查程序比较简单。

（2）保障措施的适用应当遵循下列原则：必要性原则；非选择原则（非歧视原则）；逐步放宽原则；补偿原则；对发展中成员优惠原则。

（3）保障措施包括临时措施和保障措施：

①临时保障措施是在初步裁定得出肯定性结论的情况下采取的，只能是关税措施，该措施的期限不得超过200天；

②保障措施是在终裁决定得出肯定性结论的情况下采取的，可以是关税措施，也可以是进口数量限制措施。一成员应仅在防止或补救严重损害并促进调整的必要限度内实施保障措施，若使用数量限制，则该措施不得把进口量降到最近一段时期的进口水平以下，即统计数据表明有代表性的前3年的平均进口水平，除非有明确的正当理由表明某一不同水平对防止和补救严重损害是必要的。

（4）一成员只准在防止和补救严重损害以及促进调整所必要的一段时间内采取保障措施。除非根据第2款延长，否则该期限不得超过4年。一项保障措施的全部适用期限，包括任何临时措施的适用期，最初适用期及其任何延展期，不得超过8年。一项保障措施的预定适用期在1年以上的情况下，实施保障措施的成员须在适用期按正常的间隔时间逐渐放宽该措施。若该措施的适用期超过3年，实施措施的成员须在不迟于该措施适用期的中期时候审查实施情况。

（5）提议适用或延长某项保障措施的成员，应努力维持其与根据GATT1994和第12条第3款规定，可能受保障措施影响的各出口成员之间与现存水平实质相等的减让和其他义务的水平。为实现这一目标，有关成员就该措施在其贸易上产生的不利结果，商议贸易补偿的有效方式。在实践中，保障措施实施的很少，也几乎没有补偿安排。

**五、其他贸易制度**

**（一）农产品贸易制度**

**1、《农业协定》**

（1）国际农产品贸易本应适用GATT1947，但因美国等发达国家缔约国申请豁免并获得批准，导致国际农产品贸易长期以来没有受到GATT1947约束。乌拉圭回合达成的《农业协定》，其长远目标是建立一个公平的、市场导向的国际农产品贸易体制，而不是实现农产品贸易的自由化。因此，《农业协定》与GATT1994是两个相互独立又相互联系的协定，《农业协定》可以被理解为一个特别法性质的协定。

（2）《农业协定》确立的农产品贸易规则，主要由市场准入、国内支持和出口补贴三部分组成。WTO成员在市场准入、国内支持和出口补贴三方面做出的承诺，列入各成员的减让表。

**2、承诺减让表**

**（1）市场准入关税化**

影响农产品市场准入的措施主要有两种，一是进口关税，二是非关税限制，即进口数量限制、进口差价税、最低进口价格、酌情发放进口许可证、通过国营贸易企业维持的非关税措施、自动出口限制及除普通关税外的类似边境措施。

《农业协定》在市场准入方面最重要的规则就是要求成员方履行关税化承诺。该协定只允许成员使用关税手段对农产品贸易进行限制，所有的属于边境措施的非关税措施均须转化为同等保护程度的进口关税。

在关税约束减让承诺方面，未实施非关税措施和未将非关税措施量化为关税的成员，应对海关税则中规定的税率承担关税减让义务；履行关税化义务的成员，应将非关税措施量化之后形成的进口关税与海关税则中原有的关税相加，在此基础上承担关税减让承诺。

**（2）国内支持量化与弱化**

国内支持措施可以理解为一个国家或者地区对农业生产者的资助，包括对农业生产者实施的价格支持、直接支付以及其他形式的补贴。

《农业协定》将国内支持措施分为两种类型进行管理：一类是不要求成员做出削减承诺的国内支持措施，如绿箱政策；另一类是要求成员做出削减承诺的国内支持措施，如黄箱政策。不过，黄箱政策中的微量补贴、蓝箱政策和发展中成员实施的特定补贴，亦属于不要求成员做出削减承诺的国内支持措施。

绿箱政策属于“非贸易扭曲性国内支持措施”， 除了绿箱政策之外的所有有利于农业生产者的国内支持措施都可以称之为黄箱政策，属于“贸易扭曲性国内支持措施”。

除了微量补贴、蓝箱政策和发展中成员实施的特定补贴，WTO成员应就黄箱政策中的其他国内支持措施以综合支持量(AMS)为尺度承担削减承诺，此即国内支持承诺。综合支持量是指给基本农产品生产者生产某项特定农产品提供的，或者给广大农业生产者生产非特定农产品提供的年度支持措施的货币价值。

**（3）出口补贴明确化**

《农业协定》规定的农产品的出口补贴纪律与《补贴与反补贴措施协定》完全禁止出口补贴不同。《农业协定》允许对农产品提供已经列明的出口补贴，但补贴要逐步减少，既要减少补贴资金数额，又要减少接受补贴的产品数量。各成员不得提供没有列明的出口补贴。

**3、特殊保障机制**

为了防止因关税化及关税减让对进口成员的农业部门带来不利影响，《农业协定》第5条建立了特殊保障机制。对进口农产品实施的特殊保障机制，其实施条件不同于《保障措施协定》规定的适用条件,它以进口量或进口价格为触发点。

**（二）政府采购制度**

**1、《政府采购协定》的性质**

（1）政府采购是指政府为了公共目的使用财政资源购买货物和服务。政府采购不受GATT1994和《服务贸易总协定》中的国民待遇义务约束。乌拉圭回合达成的《政府采购协定》（简称GPA1994），自1996年1月1日正式生效。其后的文本有GPA2007和GPA2012。

（2）《政府采购协定》性质上属于诸边协议，对WTO成员没有普遍约束力，只对接受它的成员有约束力。该协定由WTO内的政府采购委员会管理，适用WTO的争端解决制度。

**2、政府采购规则**

（1）《政府采购协定》确立了三项原则：非歧视原则，包括国民待遇原则；公开性原则，可以称其为透明度原则；对发展中国家提供优惠待遇原则。

（2）《政府采购协定》将地方政府和公用事业单位纳入其规范领域，采购对象延伸至工程和服务贸易。

**六、义务例外制度**

**（一）义务例外的类型与性质**

GATT1994规定的义务例外有两类：

**1、义务适用例外**

是指成员方根本不存在相应义务，更谈不上违反义务的责任，比如GATT1994第3条第8款规定的国民待遇义务不适用于政府采购。此类义务例外的目的是为了限制义务的适用范围。

**2、义务责任例外**

是指成员方存在相应义务，没有履行相应义务的情况下，如果满足法律规定的特殊条件，可以不承担违反义务的责任和后果，比如GATT1994第20条规定的一般例外和第21条规定的安全例外。此类义务例外的目的则是用来处理违法行为的正当性问题。GATT1994第24条创设的区域贸易协定（包括关税同盟和自由贸易区）例外以及1979年授权条款规定的普惠制待遇属于第1条最惠国待遇义务的例外。GATT第12条和第18条第2节规定的国际收支平衡例外构成第11.1条普遍取消数量限制义务的例外。

**（二）GATT1994的一般例外和安全例外**

**1、按照GATT1994第20条关于一般例外的规定**，本协定的规定不得解释为禁止成员采用或加强以下措施，但对情况相同的各国，实施的措施不得构成武断的或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的变相限制：

（1）为维护公共道德所必需的措施；

（2）为保障人民、动植物的生命或健康所必需的措施；

（3）有关输出或输入黄金或白银的措施；

（4）为了保证某些与本协定的规定并无抵触的法令或条例的贯彻执行所必需的措施，包括加强海关法令或条例，加强根据协定第2条第４款和第14条而实施的垄断，保护专利权、商标及版权，以及防止欺诈行为所必需的措施；

（5）有关罪犯产品的措施；

（6）为保护本国具有艺术历史或考古价值的文物而采取的措施；

（7）与国内限制生产与消费的措施相配合，为有效保护可能用竭的天然资源的有关措施；

（8）为履行成员方全体未提出异议的国际商品协定所承担的义务而采取的措施；

（9）在国内原料的价格被压低到低于国际价格水平，作为政府稳定计划的一部分的期间内，为了保证国内加工工业对这些原料的基本需要，有必要采取的限制这些原料出口的措施；但不得利用限制来增加此种国内工业的出口或对其提供保护，也不得背离本协定的有关非歧视的规定；

（10）在普遍或局部供应不足的情况下，为获取或分配产品所必需采取的措施，但采取的措施必须使所有成员在这些产品的国际供应中都有权占有公平的份额。第20条规定的一般例外，颇像国际私法中的“公共秩序保留”制度。如果符合第20条的例外规定，WTO成员即可采取背离GATT规定的任何义务的措施。但成员援引第20条例外时，应同时具备两个条件：首先符合第20条规定的10项措施中的任何一项，其次符合第20条序言规定的总的要求，两者缺一不可。

**2、按照第21条关于安全例外的规定，**本协定不得解释为：

（1）要求任何成员提供其根据国家基本安全利益认为不能公布的资料；

（2）阻止任何成员为保护国家基本安全利益对有关下列事项采取其认为必需采取的任何行动：裂变材料或提炼裂变材料的原料；武器、弹药和军火的贸易或直接和间接供军事机构用的其它物品或原料的贸易；战时或国际关系中的其它紧急情况；

（3）阻止任何成员根据联合国宪章为维持国际和平和安全而采取行动。

## 第七章 国际服务贸易管理法

**一、服务贸易及法律框架**

**（一）服务贸易的定义**

1、与货物相比，服务具有下列特点：服务的无形性；生产和消费的即时性；服务提供者与服务质量的密切关联性。

2、《服务贸易总协定》（GATS）按照国际服务贸易提供方式的不同，将服务贸易界定为四种模式：

（1）跨境提供（cross-border supply）：即从一成员境内向另一成员境内提供服务。这种服务提供方式不涉及人员、物资和资金的流动。例如，网络提供的视听和销售服务等。

（2）境外消费（consumption abroad）：即一成员的服务消费者到另一成员境内接受服务。通过服务消费者移动进行的服务贸易。例如，一成员的消费者到另一成员境内旅游、就医以及求学等。

（3）商业存在（commercial presence）：是指一成员的服务提供者在另一成员境内设立商业机构，为后者领土内的消费者提供服务。通过服务提供者移动进行的服务贸易。一般认为，商业存在是四种服务提供方式中最为重要的方式，具有规模大、范围广等特点，属于规制较多的。 例如，一国银行在他国开设分行、一国保险公司在他国设立子公司提供保险服务等。

（4）自然人流动（movement of natural persons）：是指一成员的服务提供者到另一成员境内提供服务。自然人流动与商业存在的共同点：服务提供者到消费者所在的领土内提供服务；不同之处在于：以自然人流动方式提供服务，而没有设立商业机构或专业机构。例如，专家到国外讲学。

**（二）GATS及其适用范围**

**1、GATS的框架结构GATS的完整内容由两大部分构成：**

（1）GATS框架协定；

（2）各成员方的具体义务承诺表。GATS框架协定又有两部分构成：GATS条款部分；GATS附件部分（八个附件）。

**2、GATS条款部分除了序言，正文部分包含29条共六个部分：**

（1）服务贸易的定义和GATS的适用范围；

（2）成员的一般义务和纪律（一般义务是所有成员承担的普遍义务，适用于服务业的各个部门）；

（3）具体承诺义务（成员方根据具体义务承诺表，在特定服务贸易部门承担的义务）；

（4）服务贸易逐步自由化；

（5）制度条款；

（6）最后条款。

**3、GATS的适用范围**

关于GATS的适用范围，第1条第1款规定：本协定适用于各成员影响服务贸易的措施。在这项规定中，“服务”包括任何部门的任何服务，但在行使政府权限时提供的服务除外；“在行使政府权限时提供的服务”指既不是在商业基础上提供（商业基础标准），又不与任何一个或多个服务提供者相竞争的任何服务（竞争标准）。

**4、服务部门及分类**

有关服务贸易的部门包括12个大类：商业性服务；通讯服务；建筑及有关工程服务；销售服务；教育服务；环境服务；金融服务；健康与社会服务；旅游及相关服务；娱乐、文化与体育服务；运输服务；其他服务。在这些大类中，包含了155个具体服务贸易部门。

**二、《服务贸易总协定》的一般纪律与义务**

**（一）一般义务概述**

1、一般义务是指所有成员普遍承担的义务，适用于服务业的各个部门。这类义务规定在GATS的第二部分（从第2条到第15条），包括最惠国待遇、透明度、发展中国家的更多参与、经济一体化、紧急保障措施和一般例外等。

2、《服务贸易总协定》的一般义务首先包括下列三项：最惠国待遇；国内监管；一般例外和安全例外。

3、其他的一般义务和纪律包括：透明度；经济一体化；学历与履历的相互承认；垄断与专营服务提供者；紧急保障措施、政府采购和补贴；发展中国家更多参与；商业惯例；支付和转移；保障国际收支的限制。

**（二）最惠国待遇**

最惠国待遇要求每一成员方给予任何其他成员方的服务或服务提供者的待遇，应立即无条件地以不低于前述待遇给予其他任何成员方相同的服务或服务提供者。最惠国待遇的例外包括：

1、第2条第2款规定了各成员国的“自我豁免”例外 （第2条豁免附件），期限不得超过10年；

2、第2条第3款规定了边境贸易例外；

3、第5条规定的“经济一体化”和 “劳动力市场一体化协议” ；

4、影响自然人进入另一成员的就业市场，以及涉及公民权、居留权及永久性受雇等；

5、第14条规定的“一般例外”和“安全例外”。

**（三）服务贸易的国内监管**

为确保GATS的目标得以实现，第6条为成员方的国内规制规定了一般纪律，具体要求如下：

1、各成员方在其作出具体承诺的领域，应保证各种有关服务的一般适用措施以合理、客观和公正的方式实施；

2、各成员方应尽可能维持或建立司法、仲裁或行政法庭或程序以便应有关服务提供者的请求及时审查影响服务贸易的行政决定，并为服务提供者提供公正、适当的补偿。如果这种程序并不独立于有关行政决定的主管机构，该成员方应保证此程序实际上是客观和公正的。

**（四）一般例外与安全例外**

**1、一般例外**

（1）关于“一般例外”，GATS第14条第1款允许成员方出现以下原因对服务贸易采取必要的限制措施：

①为维护公共道德或维持公共秩序；

②为保护人类、动植物的生命和健康；

③为防止欺诈与假冒行为或处理合同的违约事情；

④保护个人隐私和有关个人资料的处理与扩散，以及保护个人记录和账户的秘密及安全问题。

（2）除此之外，14条第1款还有两项关于征税问题的例外。它规定，为确保公正、有效地对其他成员方的服务和服务提供者征收直接税(包括所得税和资本税等)而实施差别待遇不作为违反国民待遇对待；一成员方因避免双重征税而实施差别待遇不作为违反最惠国待遇对待。

**2、安全例外**

关于“安全例外”，GATS第14条第2款几乎照搬了GATT第21条：

（1）不得要求任何成员方提供公开后会使其基本安全利益遭受不利的资料；

（2）不得阻止任何成员为保护其基本安全利益而有必要采取的行动，如直接或间接地为军事设施供应而提供的服务、有关裂变或聚变材料或提炼这些材料的服务以及在战时或国际关系中其他紧急情况期间采取的行为；

（3）不阻止任何成员为履行联合国宪章下的维护国际和平与安全的义务而采取的行动。

**三、《服务贸易总协定》中的具体义务与纪律**

**（一）具体承诺的内容**

具体承诺义务，又称特定义务，是指只有成员在其具体承诺表中作出承诺后才承担的义务。这类义务规定在GATS的第三部分，主要体现在服务业的市场准入、国民待遇和额外承诺（又称附加承诺）**。**

**1、市场准入**

GATS第16条要求成员对服务贸易的市场准入承担具体义务，并从以下两个方面进行规范：对于GATS第1条界定的四种服务贸易提供方式的市场准入；在服务贸易部门或分部门中承担市场准入的义务。

**2、国民待遇**

（1）按照GATS第17条，国民待遇是指要求成员方按照具体承诺表所列明的条件和资格，给予其他成员方的服务和服务提供者以不低于本国相同服务和服务提供者的待遇。一成员给予其他任何成员的服务或服务提供者的待遇，与给予该国相同服务或服务提供者的待遇不论在形式上相同或形式上不同，都可满足国民待遇的要求。形式上相同或形式上不同的待遇，如果改变了竞争条件从而使该成员的服务或服务提供者与任何其他成员的相同服务或服务提供者相比处于有利地位，这种待遇应被认为是较低的待遇。

（2）在WTO争端解决实践中，申诉方要证明违反第17条规定的国民待遇义务，须证明三个方面的要素：

①在相关服务部门和服务提供方式方面，被诉方做出了国民待遇承诺；

②被诉方采取了“影响服务提供的措施”；

③这些措施对其他成员的服务或服务提供者所给予的待遇，较为不利于给予其本国服务和服务提供者的待遇。

**3、额外承诺（附加承诺）**

（1）按照GATS第18条，额外承诺是指成员方可以要求将其不包括在市场准入和国民待遇条款下的影响服务贸易的措施通过谈判作为义务列入具体承诺表，比如资格、标准、许可证等义务。额外承诺属于特定义务的扩展，比较模糊，带有随意性。

（2）市场准入和国民待遇是服务业对外开放的基础和核心，决定着一国服务业是否对外开放和如何对外开放。两者既有联系，又有区别。两者的联系体现在，各成员在国民待遇和市场准入方面所承担的义务均属于特别承诺的义务，只适用于具体部门或模式，并基于一定的条件。

（3）两者的区别在于，市场准入规定的是进入市场的条件，而国民待遇规定的是进入市场之后的地位问题。一方面，市场准入应是适用国民待遇的前提条件，如果服务和服务提供者不能进入市场，就无法讨论其所能享受的待遇；另一方面，国民待遇又是市场准入的保证，如果服务和服务提供者进入市场之后不能享受国民待遇，则在很大程度上这种进入实际上较难维持。

**（二）具体承诺表**

**1、具体承诺表的内容**

具体承诺应当列入每个成员方的具体义务承诺表中：市场准入的条款、限制和条件；国民待遇的条件和限制；与附加承诺有关的承诺；在适当时，实施此类承诺的时限，以及此类承诺生效的日期。

2、具体承诺的方法

与最惠国待遇义务的例外清单采取“负面清单”相反，具体承诺采取了“正面清单”方法，即成员只对具体承诺的事项和范围承担义务。从内容看，具体承诺表以四种服务提供方式为基本要素，由水平承诺和部门承诺两大部分组成，每一部分包括“部门和分部门”、“市场准入限制”、“国民待遇限制”和“额外承诺”四方面。水平承诺适用于具体承诺表中的所有部门，部门承诺仅适用于所列出的服务部门或分部门（以此确定承诺的范围）。

## 第八章 知识产权的国际保护与技术贸易管理制度

**一、知识产权的国际保护**

**（一）WTO体制内保护知识产权的国际条约**

知识产权的国际保护，是通过制定相关国际公约实现的。在知识产权的国际保护方面，WTO管辖的《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS协定）将世界知识产权组织管辖的下列公约的“实质性条款”纳入保护体系：

1、《巴黎公约》（1967年文本）第1—12条和第19条；

2、《伯尔尼公约》（1971年文本）第1—21条和公约的附件；

3、《罗马公约》的相关规定；

4、《华盛顿条约》第2—7条（第6.3条除外）、第12条和第16.3条。换言之，WTO成员即使不是上述四项公约的缔约国，也应该履行这四项公约相关条款规定的知识产权保护义务。

**（二）在《TRIPS协定》之前，保护知识产权的国际条约的“实质性条款”**

在《TRIPS协定》之前，保护知识产权的国际条约的“实质性条款”主要规定了两个方面的内容：

**1、知识产权的保护原则**

《巴黎公约》规定了国民待遇原则和优先权原则，《伯尔尼公约》规定了国民待遇原则、自动保护原则和保护的独立性原则，《罗马公约》规定了国民待遇原则和非自动保护原则，《华盛顿条约》规定了国民待遇原则。

**2、知识产权的保护范围与保护标准**

《巴黎公约》规定了“工业产权（专利、商标、工业品外观设计、产地标记和厂商名称）”的保护标准，《伯尔尼公约》规定了“著作权（版权）”的保护标准，《罗马公约》规定了“邻接权（表演者、录音作品制作者和广播组织的权利）”的保护标准，《华盛顿条约》规定了“集成电路布图设计”的保护标准。

**（三）《TRIPS协定》**

**1、《TRIPS协定》的基本原则**

《TRIPS协定》保护知识产权的基本原则包括：

（1）国民待遇原则：要求对于知识产权的保护，一成员向另一成员提供的待遇不低于它对本国国民提供的待遇。

（2）最惠国待遇原则；要求一成员将给予另一成员的国民的利益、优惠、特权及豁免，无条件地给予其他成员的国民。

（3）透明度原则：要求各成员以本国语言公布所有涉及知识产权得可获得性、范围、取得、实施与防止滥用的法律法规、司法终审裁决以及具有普遍适用性的行政决定。并且，各成员有义务向TRIPS协定理事会通报这类法律规范。

（4）平衡保护原则：涉及知识产权与利用该知识产权的当事人之间的权利义务平衡；公共健康权与知识产权私权之间的利益平衡；知识产权保护与知识产权滥用之间的利益平衡。

**2、高水平的知识产权保护义务**

（1）《TRIPS协定》扩大了知识产权的保护范围，要求WTO成员对下列七种知识产权提供保护：著作权与相关权利（或称版权与邻接权）；商标；地理标记；工业品外观设计；专利；集成电路布图设计；未披露的信息（商业秘密）。该协定规定的知识产权保护范围最广泛，将集成电路布图设计和未披露的信息作为知识产权保护在国际性条约中是首次涉及。

（2）在保护期限方面，延长了知识产权的最短保护期限，规定发明专利权的保护期限不短于20年，包括计算机软件在内的著作权保护期为50年，集成电路布图设计的保护期不低于10年。

（3）协定第72条提出了“禁止保留条款”，规定未经其他成员同意，不能对本协定中的任何条款予以保留，反映出TRIPS协定保护的高标准。

（4）协定降低了知识产权获得保护的条件，严格对知识产权进行限制的适用条件等，这些规定都反映出TRIPS协定对知识产权保护水平的提高。

**3、严格、高效和公平的执行程序**

（1）与以往的保护知识产权条约基本不涉及知识产权保护的国内执行程序不同，《TRIPS协定》第一次规定了数量众多的执行条款，全面、深入地处理了知识产权保护的国内执行问题，对WTO成员施加了一系列执行义务。

（2）《TRIPS协定》第三部分（知识产权保护的执行）分别从一般义务、民事与行政程序与救济、临时措施、与边境措施有关的要求以及刑事程序五个方面规定了成员方在知识产权保护的国内执行法方面应承担的义务。但是，这种知识产权执行程序及其要求并不要求各成员在一般法律执行制度之外建立专门的实施知识产权程序法，相反，实施知识产权程序法可融入一般的执行程序。

**4、知识产权国际保护的例外**

为了使得知识产权的权利人与其使用人之间的合法利益得以平衡，《TRIPS协定》规定了知识产权保护的四种例外情形：

（1）对权利的合理限制情形，包括对著作权、商标权、工业外观设计和发明专利权给予一定的权利限制的条件；

（2）竞争法对滥用知识产权的限制；

（3）基于公共秩序、社会公德和公众健康的例外，比如基于公共健康保护目的的药品专利强制许可；

（4）国家安全例外。

**二、基于知识产权的技术贸易及其管理**

**（一）基于知识产权的技术贸易**

**1、国际技术贸易的概念和特点：**国际技术贸易是指跨越国界的技术贸易，具有如下特征：标的是无形的技术知识；一般只限于技术使用权的转移；国际技术贸易涉及知识产权保护。

**2、国际技术贸易的分类**

（1）国际技术贸易可以划分为许可贸易和其他技术贸易。

（2）许可贸易是国际技术贸易中最常见、使用最广泛的一种形式，按照授权范围可以划分为下列几种：

①普通许可：即在一定的地域和期限内，受方对受让的技术享有使用权，同时，供方在该地域内不权自己有权继续使用该项技术，制造和销售合同相关产品，而且还有权将该项技术的实施再许可给任何第三方；

②排他性许可：即在一定的地域和期限内，受方对受让的技术享有排他的使用权，供方在规定的期限内不得在该地域再将该技术转让给任何第三方使用，但供方自己仍然保留在该地域内使用该项技术制造和销售相关产品的权利；

③独占许可：即在一定的地域和期限内，受方对受让的技术享有独占的使用权，供方和任何第三方在规定的期限内都不得在该地域使用该技术制造和销售相关产品；

④从属许可（分许可）：即受方从供方获得的技术，除自己使用外，还有权在约定的地域和期限内将全部技术或部分技术的使用权转让给任何第三方使用；

⑤交叉许可：即技术许可合同的双方当事人相互许可对方使用自己的技术，双方技术价值相当的，互不支付费用；双方技术价值不等价的，一方向另一方支付一定的补偿费用。

（3）许可贸易之外的其他技术贸易形式包括：特许专营；技术服务；国际合作开发；国际合作生产；国际工程承包(交钥匙工程)。

**（二）技术贸易管理**

**1、技术进口管理与出口管理**

（1）技术贸易受到政府干预的程度大于货物贸易。政府对技术贸易的管理包括技术出口管理和技术进口管理。

（2）技术出口管理主要是基于国家安全等法定因素的管理。出于国家安全和经济利益上的考虑，国家对技术出口实行审查。

（3）政府对技术进口管理的原因更为复杂，虽然也不乏基于国家安全等法定因素的管理，但主要是出于维护公平和公正的技术贸易秩序的考虑。比如进口国为了防止技术出口方凭借优势地位迫使进口方接受不合理的交易条件，也为了国内经济、社会、科技发展政策上的考虑，对技术进口予以管理，主要是通过国内立法特别是反不正当竞争法或反垄断法对技术出口方的限制性商业做法进行规制。

**2、中国的技术贸易管理**

（1）中国的国际技术贸易主管机关是商务部，管制的法律渊源主要有《对外贸易法》、《技术进出口管理条例》和《技术进出口合同登记管理办法》。

（2）中国法律将进出口技术划分为禁止进出口的技术、限制进出口的技术和自由进出口的技术三大类，对限制进出口的技术实行许可证管理，对自由进出口的技术实行合同备案登记管理。对于违反规定进口或者出口技术的行为，给予行政处罚或者依法追究其刑事责任；对于伪造、变造、买卖或者以欺骗手段获取技术进出口许可证或合同登记证的行为，也要依法对当事人给予行政处罚或者追究其刑事责任。

（3）中国对技术进口的管理，重点内容是对限制性商业做法的禁止，规定在技术进口合同中不得包含下列七种限制性条款：

①搭售：要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务；

②不得反控和逾期提成：要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务；

③无偿回授改进技术：限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术；

④限制第三方来源技术条款：限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术；

⑤限制第三方供货来源：不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源；

⑥限制生产和销售价格：不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格；

⑦限制销售或者出口渠道：不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。

# 第四编 国际投资法

## 第九章 国际投资的法律形式

1. **国际投资法律形式概述**
2. **国际投资的定义**
3. 在双边投资条约中，通常将国际投资界定为缔约一方投资者在缔约另一方境内直接或者间接地拥有或者控制的投资。在东道国国内法中，对外商投资也有相同或者类似的定义。
4. 根据中国2020年1月1日生效的《外商投资法》，外商投资是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称外国投资者）直接或者间接在中国境内进行的投资活动。据此，外国投资者“直接”在中国境内进行的投资活动，属于外商投资；外国投资者“间接”在中国境内进行的投资活动，也属于外商投资。在第一种情形下，东道国投资者在本国境外投资设立的企业和其他组织属于外国的企业和其他组织，如果他们在东道国境内进行投资，属于外商投资。在第二种情形下，如果外国投资者通过其所控制的东道国的企业或者其他组织（如外商投资企业）“间接”在东道国境内进行投资，视为外商投资。

3、另外，中国香港特别行政区、澳门特别行政区投资者在内地投资，定居在国外的中国公民在中国境内投资，属于“外法域”的投资者在中国内地进行的投资，原则上也将其视为外商投资，参照《外商投资法》执行；但法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。台湾地区投资者在大陆投资，适用《台湾同胞投资保护法》及其实施细则的规定；台湾同胞投资保护法及其实施细则未规定的事项，参照《外商投资法》执行。《解决国家与他国国民间投资争端公约》对“他国国民”的界定和《多边投资担保机构公约》对“合格投资者”的界定，从另一个侧面印证了关于国际投资的上述定义。

4、另外，外国投资者有可能单独在东道国境内进行投资活动，也可能与东道国投资者共同在东道国境内进行投资活动。关于参与外商投资的东道国主体资格，有的国家在法律上有限制，有的国家没有限制。中国《外商投资法》实施之前的法律将其限定为中国的企业和其他组织，不包括中国的自然人。中国《外商投资法实施条例》第3条明确了参与外商投资的其他投资者包括中国的自然人在内。

**（二）国际投资的主体**

1、在东道国境内进行国际投资活动的主体原则上应为“外国投资者”，即外国的自然人、企业或者其他组织。但在例外情形下，也应该包括东道国的企业和其他组织。根据中国2020年1月1日生效的《外商投资法》，外商投资是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称外国投资者）直接或者间接在中国境内进行的投资活动。据此，外国投资者“直接”在中国境内进行的投资活动，属于外商投资；外国投资者“间接”在中国境内进行的投资活动，也属于外商投资。在第一种情形下，东道国投资者在本国境外投资设立的企业和其他组织属于外国的企业和其他组织，如果他们在东道国境内进行投资，属于外商投资。在第二种情形下，如果外国投资者通过其所控制的东道国的企业或者其他组织（即外商投资企业）“间接”在东道国境内进行投资，视为外商投资。另外，在中国，香港特别行政区、澳门特别行政区投资者在内地投资，定居在国外的中国公民在中国境内投资，属于“外法域”的投资者在中国内地进行的投资，原则上也将其视为外商投资，参照《外商投资法》执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。台湾地区投资者在大陆投资，适用《台湾同胞投资保护法》及其实施细则的规定；台湾同胞投资保护法及其实施细则未规定的事项，参照《外商投资法》执行。

2、外国投资者有可能单独在东道国境内进行投资活动，也可能与东道国投资者共同在东道国境内进行投资活动。关于参与外商投资的东道国主体资格，有的国家在法律上有限制，有的国家没有限制。中国《外商投资法》实施之前的法律将其限定为中国的企业和其他组织，不包括中国的自然人。中国《外商投资法实施条例》第3条明确了参与外商投资的其他投资者包括中国的自然人在内。

**（三）国际投资的形式**

1、国际投资条约和东道国国内法中所界定的国际投资形式主要是直接投资，但不限于直接投资。

2、国际直接投资主要包括下列几种：

（1）股权投资，即通过在东道国设立企业或者并购活动进行的投资，投资者拥有被投资企业的股权、资产或收益；

（2）股权持有者发放或者担保的中长期贷款；

（3）各种形式的契约性的直接投资，主要包括产品分享合同、利润分享合同、特许权协议、许可证协议、交钥匙合同和经营性租赁协议。

（4）其中，产品分享合同、利润分享合同、特许权协议主要是指投资于自然资源勘探、开发以及取得基础设施建设、运营的特许权而产生的相关合同。

（5）交钥匙合同是指承包商从工程的方案选择、建筑施工、设备供应与安装、人员培训直至试生产承担全部责任的合同，最后把一所随时可以使用的工程交给业主的一揽子合同。

3、在有关国际投资的国内法和国际条约中，国际投资的法律形式主要是直接投资，而非间接投资。在直接投资中，投资者参与接受投资的企业和其他组织的生产经营管理活动，还有可能对接受投资的企业和其他组织拥有控制权，其投资目的是为了获得生产经营的利润。在间接投资中，投资者不参与接受投资的企业和其他组织的生产经营管理活动，对接受投资的企业和其他组织不拥有控制权，其投资目的是为了获得利息或者股息。

4、中国《外商投资法》列举的外商投资形式包括下列四种：

（1）是外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业；

（2）是外资并购，即外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益；

（3）是外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目；

（4）是法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。

5、中国《外商投资法》所称的“外商投资企业”，是指全部或者部分由外国投资者投资，依照中国法律在中国境内经登记注册设立的企业。中国《外商投资法》自2020年1月1日施行之后，中国此前制定的《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》同时废止。这表明，中国《外商投资法》施行之后的外商投资企业将不再有中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业的区分，其形式主要包括公司、合伙企业和个人独资企业三种，但5年过渡期内也可以保持原企业的组织形式、组织机构等。

**二、外商投资企业与外国企业分支机构**

**（一）公司**

**1、公司的概念及其种类**

公司是指依照中国《公司法》在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

**2、有限责任公司**

有限责任公司由五十个以下股东出资设立。其中，特殊的有限责任公司包括下列两种：

1. 一人有限责任公司：是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司；
2. 国有独资公司：是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

（3）有限责任公司的股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。 股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。

（4）有限责任公司的股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

（5）有限责任公司的股东会由全体股东组成，是公司的权力机构；但是，一人有限责任公司和国有独资公司不设股东会。有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人；但是，股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。有限责任公司设监事会，其成员不得少于三人；但是，股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一至二名监事，不设监事会。

**3、股份有限公司**

（1）设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。 发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。 募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

（2）股份有限公司发起人的出资方式与有限责任公司股东的出资方式相同。股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。股东持有的股份可以依法转让。股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

（3）股份有限公司的股东大会由全体股东组成，是公司的权力机构。股份有限公司设董事会，其成员为五人至十九人。股份有限公司设监事会，其成员不得少于三人。

**（二）合伙企业**

合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照中国的《合伙企业法》在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

**1、普通合伙企业**

（1）普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。但是，一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任；合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

（2）普通合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。普通合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。

（3）合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的，由其委派的代表执行。

（4）合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。 合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

**2、有限合伙企业**

（1）有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人，如果有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，转为普通合伙企业。

（2）有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，但有限合伙人不得以劳务出资。

（3）有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

（4）有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。

**（三）个人独资企业**

1、个人独资企业是指由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

2、个人独资企业的投资人仅限于一个自然人，但是法律、行政法规禁止从事营利性活动的自然人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。

3、个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。

4、个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。但是，个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

5、个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。投资人委托或者聘用的人员管理个人独资企业事务时违反双方订立的合同，给投资人造成损害的，承担民事赔偿责任。

**（四）过渡期内外商投资企业的组织形式和组织机构**

1、中国《外商投资法》施行前依照《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》设立的外商投资企业，在《外商投资法》施行后5年内，可以依照《公司法》、《合伙企业法》等法律的规定调整其组织形式、组织机构等，并依法办理变更登记，也可以继续保留原企业组织形式、组织机构等。自2025年1月1日起，对未依法调整组织形式、组织机构等并办理变更登记的现有外商投资企业，市场监督管理部门不予办理其申请的其他登记事项，并将相关情形予以公示。

2、在5年过渡期内，如果外商投资企业的组织形式和组织机构没有调整的，可以按照以下办法处理：

**3、中外合资经营企业**

（1）中外合资经营企业是指外国的公司、企业和其他经济组织或个人（以下简称外国合营者）同中国的公司、企业或其他经济组织（以下简称中国合营者）依照中国法律在中国境内设立的企业组织。中外合资经营企业属于股权式合营企业，合资各方按照各自的出资比例对企业行使一定的权利，承担一定的义务。

（2）中外合资经营企业的组织形式为有限责任公司。其组织管理形式为董事会领导下的总经理负责制。中外合资经营企业不设立股东会，董事会是其最高权力机构，企业的一切重大问题均由董事会决定。

**4、中外合作经营企业**

（1）中外合作经营企业是指外国的企业和其他经济组织或个人（以下简称外国合作者）同中国的企业或其他经济组织（以下简称中国合作者），依照中国法律在中国境内共同投资举办的、以合同规定双方权利和义务关系的一种企业形式。中外合作经营企业则属于契约式合营企业，合作各方按照中外合作经营企业合同的约定享有一定的权利和承担一定的义务。

（2）中外合作经营企业的组织形式有两种：法人型中外合作经营企业的组织形式为有限责任公司，其组织管理形式为董事会制，企业的一切重大问题由董事会决定；法人型中外合作经营企业的组织形式通常为合伙企业，其组织管理形式为联合管理制，企业的一切重大问题由合作双方组成的联合管理机构决定。中外合作经营企业成立之后，按照中外合作经营企业合同的约定，也可以实行委托管理制，即全权委托中国合作者、外国合作者或者中外合作者以外的第三人管理。

**5、外资企业**

（1）外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业，不包括外国的企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。

（2）外资企业的组织形式为有限责任公司，经批准也可以为其他责任形式。

（3）外资企业是国际直接投资的一种传统的、最为常见的企业形式。

**（五）外商投资企业的组织形式和组织机构调整后的其他重大事项**

按照中国《外商投资法实施条例》，现有外商投资企业的组织形式、组织机构等依法调整后，原合营、合作各方在合同中约定的股权或者权益转让办法、收益分配办法、剩余财产分配办法等，可以按照中国的《公司法》《合伙企业法》和《个人独资企业法》办理，也可以继续按照约定办理。

**三、外资并购**

**（一）企业并购形式：**根据各国法律和国际通行的实践，并购的形式有三种：

1、新设合并：是指两个以上的公司合并为一个新公司；

2、吸收合并：又称兼并，是指一个公司吸收其他公司；

3、收购：是指一个公司通过产权交易购买某个某个公司的全部或者部分股权或者资产，以便控制该公司的行为，包括对上市公司实行的要约收购和对非上市公司实行的协议收购。

**（二）外资并购中国企业的形式**

依据中国相关规定，外国投资者并购境内企业，必须通过签订并购协议进行。外资并购中国境内企业的形式包括两种：

1、股权并购：包括通过签订下列两种协议实施的并购，一是股权购买协议（是指外国投资者购买境内公司的股权的协议），二是境内公司增资协议（是指外国投资者认购境内公司增资的协议）。

2、资产并购：包括通过签订下列两种协议实施的并购，一是由拟设立的外商投资企业与境内企业签订资产购买协议，二是由外国投资者与境内企业签订资产购买协议。

**四、政府与外国投资者合作开发与建设**

**（一）国际合作开发概述**

**1、国际合作开发及其特征**

（1）国际合作开发是国家利用外国私人投资共同开发自然资源的一种国际合作形式。通常由资源国政府或国家公司同外国投资者签订协议、合同，在资源国指定的开发区，在一定的年限内，允许外国投资者同资源国合作，进行勘探、开采自然资源，并进行共同生产，按约定比例，承担风险，分享利润。

（2）根据各国立法与实践，自然资源的国际合作开发有如下几个主要特征：国家对其然资源享有永久主权；合作主体具有特殊性，一方为资源国政府或法定的国家公司，另一方为外国公司；合作方式包括特许协议以及各种特殊的契约式合作。

**2、中外合作开采海洋石油资源**

（1）我国于1982年1月12日颁布了《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》，允许外国企业参与合作开发我国海洋石油资源。

（2）中外合作开采海洋石油资源的特征：

①坚持国家对其自然资源的永久主权原则；

②采取国际通行的契约式合作方式；

③合同主体是中国海洋石油公司与外国石油公司，合同性质不是国际特许协议，而是中国国内契约。因为该合同在中国签订，由中国审批机构批准生效，适用中国法律。

**（二）国际特许协议**

**1、国际特许协议的概念与特征：**

（1）国际特许协议是指东道国与外国私人投资者约定在一定期间，在指定地区内，允许该外国投资者在一定条件下享有专属于国家的某种权利，投资从事于自然资源开发或公用事业建设等特殊经济活动，基于一定程序，予以特别许可的法律协议。

（2）其特点包括：协议一方为主权国家政府，他方为外国私人投资者；基于东道国政府许可，外国私人投资者享有并行使专属于政府的某些权力；协议一般须事先经东道国有关机构批准。

**2、特许协议的法律性质：**特许协议不是国际协议，而属于国内法契约。

**3、特许协议的效力：**特许协议法律性质之争的关键，在于国家的国际责任问题。即作为协议一方的当事国基于公共利益的需要，中止或改废特许协议时，其不履行或违反契约的行为，是否应负国际责任，也就是说，特许协议能否像国际条约一样对当事国改废协议的权力有拘束力。

**（三）私人融资建设基础设施项目的法律问题**

**1、BOT的概念与特征**

（1）BOT（ Build-Operate-Transfer）即建设一经营一转让,是指政府（通过契约）授予私营企业（包括外国企业）以一定期限的特许专营权，许可其融资建设和经营特定的公用基础设施，并准许其通过向用户收取费用或出售产品以清偿贷款、回收投资并赚取利润；特许权期限届满时，该基础设施无偿移交给政府。

（2）BOT有三个特征：私营企业经过许可取得基础设施建设和经营的专营权；在特许权期限内，该私营企业通过融资建设和经营基础设施项目，用以偿还贷款、回收投资和取得利润；特许权期限届满时，项目公司无偿将该基础设施移交给政府。

**2、B0T项目的当事人与合同安排**

（1）BOT项目通常会涉及一系列的复杂的合同安排，如特许协议、贷款协议、建设合同、经营管理合同、回购协议、股东协议等。其中，政府与项目公司间的特许协议是BOT项目合同安排中的基本合同或基石，以其为主体构成伞状合同体系。

（2）BOT特许合同的一方当事人是政府，另一方当事人是私人投资者或者项目公司。在BOT项目中，政府不单是管理者，也是特许协议的一方当事人。项目公司作为特许协议的另一方当事人，是项目发起人为建设、经营某特定基础设施项目而设立的公司或企业。在法律上，项目公司是一个独立的法律实体，具有独立的法律人格。项目公司根据根据协议取得特许权，并在特许协议期内全权负责项目的投资、设计、建设、采购、运营和维护。

## 国际投资的国内法制

**一、资本输人国关于外国投资的管理和保护制度**

**（一）外资准人的一般审査**

外资准入制度是指资本输入国对外国投资进入本国市场从事经营活动所做出的限制和规范，是各国外国投资法律制度的核心环节。

**1、发展中国家的外资准入审查制度**

（1）发展中国家外资法均规定了较严格的外资审批制度，使国家能有目的、有甄别地利用外资，最大限度地发挥外资对本国经济发展的促进作用，防止外资对东道国国家安全和公共利益的消极影响。这体现了国家经济主权原则。

（2）发展中国家外资法一般还明确规定了外资准入范围，并以出资比例规定外国投资的参与程度。绝大多数资本输入国均有关于投资范围的规定，有的行业禁止或者限制外资准入，有的行业允许或者鼓励外资投入。发展中国家往往在外资法中对外国投资的比例予以规定，对于东道国国民经济越重要的部门，要求本国国民控股的比例越高，也就说规定了外国投资者出资比例的上限限制；凡属东道国鼓励的行业，外资比例就高，规定了外国投资者出资比例的下限限制，高者甚至可达100%。

**2、发达国家的外资准入审查制度**

（1）发达国家既是资本输入国，也是资本输出国，除了在特定领域，如国防、金融、保险、广播、交通运输等行业对外资有一定限制外，大多数国家对外资准入给予国民待遇，适用于内国投资的法律制度一般也适用于境内的外国投资。

（2）美国没有建立对外资准入的一般审查程序。但也有少数发达国家，如日本、加拿大和澳大利亚等国，建立了外资审查制。日本现在奉行自由开放的外资准入制度，只有涉及国家安全、公共秩序、公众安全的行业，仍然实行事前申报、审批制度。加拿大和澳大利亚现在也都放松了外资准入限制，加拿大对外国投资根据情况分别采取申报和审批两种程序。

**3、我国的外资准入审查制度**

（1）按照我国《外商投资法》第4条，国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。所谓准入前国民待遇，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。所谓负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施；国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。负面清单由国务院发布或者批准发布。2018年6月28日，国家发改委和商务部发布了《外商投资准入负面清单》和《自由贸易试验区外商投资准入负面清单》。清单内容包括“禁止准入类”和“许可准入类”两大类。2019年6月30日，国家发改委和商务部发布了发布了经修改的两个新的“负面清单”。

（2）关于外资准入的管理措施，《外商投资法》第28条和第36条的规定如下：

①外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。外国投资者投资外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域的，由有关主管部门责令停止投资活动，限期处分股份、资产或者采取其他必要措施，恢复到实施投资前的状态；有违法所得的，没收违法所得。

②外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的条件。外国投资者的投资活动违反外商投资准入负面清单规定的限制性准入特别管理措施的，由有关主管部门责令限期改正，采取必要措施满足准入特别管理措施的要求。

③ 外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。

（3）关于外资准入的程序规则，按照《外商投资法》第29条的规定，外商投资需要办理投资项目核准、备案的，按照国家有关规定执行。目前，中国已经取消了对外商投资的逐案审批体制，对负面清单以外的外商投资实行备案管理。关于行业许可，按照《外商投资法》第29条的规定，外国投资者在依法需要取得许可的行业、领域进行投资的，应当依法办理相关许可手续；有关主管部门应当按照与内资一致的条件和程序，审核外国投资者的许可申请，法律、行政法规另有规定的除外。

**（二）外资并购的反垄断审查与国家安全审査**

为了防止外资对东道国经济的控制或对东道国国家安全造成威胁，以美国为代表的许多发达国家建立了较为完善的包括反垄断审查与国家安全审查在内的外资并购审查制度。按照我国《反垄断法》第31条，对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中，涉及国家安全的，除依照本法规定进行经营者集中审查外，还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。

**1、外资并购的反垄断审查**

（1）外资并购是国际直接投资的重要方式，对东道国的经济发展和市场竞争既有积极影响，但也可能会产生经济力量的过度集中，形成垄断化的市场结构，限制或损害市场公平竞争，从而给东道国经济发展带来消极作用，特别是对东道国国内产业安全和经济安全构成严重威胁。因此，东道国有必要建立外资并购的反垄断审查制度。

（2）发达的市场经济国家均有较为完善的反垄断法或竞争法，这些法律对外资并购也同样适用。如美国1890年的《谢尔曼法》、1914年的《联邦贸易委员会法》和《克莱顿法》。此外，1976年国会通过了《反垄断改进法》，1992年美国司法部和联邦贸易委员会联合颁布了《横向合并指南》（2010年修订）。欧盟反垄断审查早期的法律依据是《欧共体条约》第81—86条，2004年欧盟通过了139/2204号条例，2009年生效的《欧盟运行条约》第101、102条则集中规定了欧盟的反垄断政策。

（3）按照《外商投资法》第33条，外国投资者并购中国境内企业或者以其他方式参与经营者集中的，应当依照《中华人民共和国反垄断法》的规定接受经营者集中审查。我国《反垄断法》第四章对“经营者集中”的规定，重点规定了经营者集中审查，这种审查制度既适用于内资并购，也适用于外资并购。2006年商务部等六部委联合发布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》（2009年修订），2009年商务部发布了《关于经营者集中申报的指导意见》（2014年修订）。上述法律和与其配套法规与规章，构成了中国的外资并购反垄断规则体系。我国负责外资并购反垄断审查的主管机构是国务院反垄断委员会。

（4）审查的对象是《反垄断法》规定的经营者集中的三种情形，经营者集中是指下列情形：

①经营者合并；

②经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；

③经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响

（5）经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。国务院反垄断执法机构对申报的经营者集中先进行进行初步审查，并根据审查结果决定是否实施进一步审查。经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是，经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的，国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

**2、外资并购的国家安全审查**

（1）外资并购的国家安全审查最早肇始于美国1988年《综合贸易与竞争法》中的《埃克森—弗洛里奥修正案》。1991年美国财政部颁布了《外国人合并、收购和接管条例》，对外资并购国家安全审查制度予以细化。1993年《国防授权法》第837节即著名的《伯德修正案》，促使美国政府加强了对外资并购的国家安全审查。2007年，美国颁布了对《埃克森—弗洛里奥修正案》进行修改的《外国投资与国家安全法》。2008年，美国财政部出台了实施该法案的三个法律文件。在美国，负责外国投资国家安全审查的机构是外国投资委员会。

（2）按照我国《国家安全法》第59条， 国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动，进行国家安全审查，有效预防和化解国家安全风险。为此，我国《外商投资法》第35条规定，国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查；依法作出的安全审查决定为最终决定。

（3）按照我国有关外资并购国家安全审查的相关行政法规与规章，中国负责外资并购国家安全审查的机构是外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议 。

（4）中国外资并购国家安全审查的范围：外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。

（5）中国外资并购国家安全审查的内容：并购交易对国防安全，包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响；并购交易对国家经济稳定运行的影响；并购交易对社会基本生活秩序的影响；并购交易对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。

**（三）对外资的鼓励与保护**

对外资的鼓励和保护主要涉及以下措施：关于国有化和征收方面的保证，关于外资利润及原本汇出的保证以及税收优惠及其他优惠。按照我国《外商投资法》第3条的原则性规定，国家坚持对外开放的基本国策，鼓励外国投资者依法在中国境内投资；国家实行高水平投资自由化便利化政策，建立和完善外商投资促进机制，营造稳定、透明、可预期和公平竞争的市场环境。该法第二章规定了“投资促进”，第三章则规定了“投资保护”。

**1、关于国有化和征收方面的保证**

（1）国有化（nationalization）和征收（expropriation）是指国家基于公共利益的需要将私人企业全部或部分资产收归国有。

（2）资本输入国一般会通过不同方式，包括在国内法中进行规定，为外国投资者提供关于国有化及其补偿的法律保证。

（3）按照我国《外商投资法》 第20条，国家对外国投资者的投资不实行征收；在特殊情况下，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行，并及时给予公平、合理的补偿。

**2、关于外资利润及原本汇出的保证**

（1）发展中国家为了吸引投资，在保留外汇管理制度的同时，常常在外资法中就外资利润及原本汇出提供法律保证。

（2）对投资利润汇出的管理，主要体现为在允许汇出的前提下附有一定限制。附加的条件主要包括：审批制；时间或金额限制；按投资的行业部门规定汇出比例；出口创汇。

（3）按照我国《外商投资法》第21条，外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等，可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出。

**3、税收优惠及其他优惠**

（1）税收优惠指资本输入国依法对外资给予税收减免和从低税率征税。税收优惠是发展中国家鼓励外国投资比较常见的措施。除税收优惠以外，有的国家还向外国投资者提供优惠贷款或者贷款担保。

（2）按照《外商投资法》第14条，国家根据国民经济和社会发展需要，鼓励和引导外国投资者在特定行业、领域、地区投资；外国投资者、外商投资企业可以依照法律、行政法规或者国务院的规定享受优惠待遇。据此，2019年2月7日，国家发改委、商务部会同有关方面开展了《外商投资产业指导目录》《中西部地区外商投资优势产业目录》修订工作。其中，《全国鼓励外商投资产业目录》是对现行《外商投资产业指导目录》鼓励类的修订，适用于各省（区、市）的外商投资项目。《中西部地区外商投资优势产业目录》是对现行《中西部地区外商投资优势产业目录》的修订，适用于中西部地区、东北地区及海南省的外商投资。外商在中西部地区、东北地区及海南省投资，享受全国鼓励外商投资产业目录和中西部地区外商投资优势产业目录的相关政策。上述规定加之我国《企业所得税法》的规定表明，中国改革开放初期对外商投资所实施的“以区域优惠为主，行业优惠为辅”的政策已经被“行业优惠为主，区域优惠为辅”的政策所取代。

**二、资本输出国关于对外投资的管理和保护制度**

**（一）对外投资的管理**

资本输出国对海外投资的管理主要体现在要求海外投资企业披露信息、防止海外投资企业逃避税以及其他法律措施。

**1、要求海外投资企业披露信息**

（1）为了使政府、社会了解公司的财务和经营状况，对其经营情况进行监督，各国公司法、证券法均要求股票上市公司披露信息，向政府和社会公布资产负债表及其他重要商业信息。如果海外投资企业同时是境内上市公司，它们也必须遵守本国公司法和证券法的规定。这一措施有助于政府了解和监督本国海外投资企业的经营状况。

（2）中国对境外投资企业也有相应的信息披露要求。除了我国《公司法》和《证券法》关于公司发行和上市股票的信息披露要求外，国家发改委2017年12月颁布的《企业境外投资管理办法》以及2012年国务院国有资产监督管理委员会颁布的《中央企业境外投资监督管理暂行办法》对其他境外投资企业也提出了信息披露要求。

**2、防止海外企业逃避税**

（1）为了防止海外投资企业逃避税，资本输出国也必须采取防范和管理措施。各国通常在企业所得税法或者税收征收管理法中，对海外投资企业的逃避税行为规定了预防或者矫正措施。

（2）中国《企业所得税法》第六章即用八个条款对纳税人实施国际避税的行为规定了管制措施。国家税务总局于2014年6月30日发布了《关于居民企业报告境外投资和所得信息有关问题的报告》。

**3、其他法律措施**

（1）资本输出国特别是发达国家的其他法律对于海外投资管理也具有重要作用。如美国根据“效果原则”主张本国反垄断法的域外效力，美国通过进出口管制法限制本国企业用某些高科技的产品或技术向特定国家投资，美国通过刑法等法律禁止本国海外投资者直接或间接贿赂外国政府官员。发展中国家对境外投资的管理主要体现在外汇管理措施上。

（2）我国对境外投资主要采取以下管理措施：

①境外投资和境外投资项目的核准和备案制度，中国对敏感国家或地区的投资项目或者敏感行业的投资项目实行核准管理，对于非敏感的投资项目实行备案管理

②外汇管理制度，中国对境外直接投资的外汇管理实行外汇登记与备案制度；

③境外投资国有资产管理，中国通过《国有资产法》和一些专门的法规，对国有企业境外投资可能导致的国有资产流失问题规定了管理办法。

**（二）对外投资的鼓励与保护**

海外直接投资有助于资本输出国增加国家财政收入，开拓国外市场，有利于国内产业结构优化，以及发挥本国资本和技术优势，增强国际竞争力。因此，世界上主要的资本输出国均采取措施鼓励与保护本国海外投资。这些措施主要包括税收鼓励措施、财政性金融支持以及信息和技术援助。

**1、税收鼓励措施**

（1）为了减少或者避免海外投资者承担资本输出国和资本输入国的双重征税，资本输出国通常采用国内立法采取下列税收鼓励措施：

①免税法，即承认东道国的独占征税权，资本输出国放弃征税权，海外投资者的所得在东道国已纳税款者，在资本输出国免于征税；

②税收抵免，是对于私人投资者已向外国政府缴纳的所得税，允许直接在本国应纳税额中抵免。

（2）中国《个人所得税法》和《企业所得税法》规定的避免国际重复征税的措施是限额税收抵免。

**2、财政性金融支持**

财政性金融支持措施主要有：

（1）日本、韩国、英国、德国和美国均通过官方金融机构为从事海外投资的企业提供优惠贷款；

（2）日本建立了建立海外直接投资调查辅助制度，为海外调查提供资金支持；

（3）日本设立了政府专项基金，为海外投资企业的员工培训、技术提升提供支助；

（4）韩国设立了对外经济合作基金，专门资助特定项目的海外投资。

**3、中国所实施的鼓励本国海外投资的财政性金融支持包括：**

（1）由中国进出口银行为从事海外投资的企业提供优惠贷款；

（2）由财政部和商务部等政府部门对特定项目的海外投资提供专项资金，用补贴或贴息方式给予支持；

（3）由国家开发银行和中国出口信用保险公司建立特定项目海外投资的金融保险支持机制。

**4、信息和技术援助**

资本输出国政府通过国家行政机关、国内特别机构或驻外使领馆所设的经济情报中心，向本国私人投资者提供东道国经济情况和投资机会的信息，以便他们做出投资抉择。在中国，由商务部为海外投资者提供东道国经济情况和投资机会的信息服务。

**（三）海外投资保险制度**

1、海外投资保险制度是资本输出国政府或公营机构对本国海外投资者在国外可能遇到的政治风险提供保证或保险,若承保的政治风险发生致使投资者遭受损失，则由国内保险机构补偿其损失的一种制度。

2、美国根据1948年《对外援助法》实施马歇尔计划，率先创立海外投资保险制度。其他发达国家纷纷效仿美国，先后建立海外投资保险制度。2001年成立的中国出口信用保险公司从2003年开展海外直接投资保险业务。

**3、承保机构**

（1）政府公司：美国1969年修订《对外援助法》，将海外投资保险业务正式移交海外私人投资公司（OPIC）经营。OPIC是直接受美国政府领导的官办公司，董事长由美国国际开发署署长兼任，总经理和常务副总经理也由美国总统任命。

（2）政府机构：从1948年到1969年，美国的海外投资保险业务由联邦政府的对外合作或对外开发机构负责。日本自1956年起实行海外投资保险制度，自1970年由通产省贸易局作为海外投资保险机构。

（3）政府与公司共同承担：联邦德国于1959年正式建立海外投资保险制度，联邦政府是法定保险人，执行则由两个公司负责。德国的现行做法是，政府委托普华永道公司和裕利安怡信用保险公司负责处理投资保险的具体事务，普华永道公司负责咨询和监管，裕利安怡信用保险公司负责保险，是否接受投保申请由政府的部际委员会审批决定。

**4、保险范围**

主要包括下列三种政治风险：

（1）征收险：是指由于东道国政府实行国有化或者征收或者类似于国有化或征收措施，导致投资者的投资财产受到部分或者全部损失的，由承保人负责赔偿。征收包括直接征收和间接征收。

（2）外汇险：包括两种，一是“禁兑险”，即东道国政府禁止投资者将当地货币或者其他货币形式的利润、资本和所得兑换成投资者本国货币，二是“转移险”，即禁止将利润、资本和所得汇回投资者本国。

（3）战争内乱险；是指由于东道国发生战争、革命、内乱或暴动所导致的财产损失，由承保人负责赔偿。

（4）除了上述三种政治风险，有的国家还承保其他政治风险，如德国承保延期支付、英国承保其他非商业风险，中国承保政府违约险。

**5、保险对象**

（1）合格的投资：要求符合投资者本国利益；有利于东道国经济发展；仅限于“新投资”；投资形式主要是股权投资，除股权投资外，美国还向贷款、租赁、技术援助协议、许可证协议等几种形式的投资提供保险。

（2）合格的东道国：美国对合格的东道国的规定最为详细和严格，其合格条件主要是：a.限于友好的发展中国家；b.东道国国民人均收入低于一定限度；c.尊重人权和国际上公认的工人权利；d.事先与美国签订有双边投资协定。日本和德国的承保机构并不以对方国家与德国签有双边投资协定作为承保有关海外投资的法定前提。

**6、合格的投保者**

（1）美国采用资本控制标准：美国要求前来投保的投资者必须是其资产至少51%为美国人所有的美国公司或其资产至少95%为美国人所有的外国公司。

（2）日本采用国籍标准：日本规定的合格投资者是日本公民或日本法人。

（3）德国采用国籍加住所标准：德国的合格投资者包括在德国有住所的德国公民以及根据德国法律设立、在德国设有住所或居的公司或社团。

（4）中国出口信用保险公司规定，在中华人民共和国境内（香港、澳门、台湾除外）注册成立的金融机构和企业，可以向其投保海外投资保险，但由在香港、澳门、台湾的企业、机构、公民或外国的企业、机构、公民控股的除外。在香港、澳门、台湾地区和中国境外注册成立的金融机构和企业，如果其95%以上的股份在中国境内企业、机构控制之下，可由该境内的企业、机构投保。

**7、赔偿与救济**

各国都规定了赔偿投保人（即海外投资者）的条件以及向东道国代位求偿的权利。一般做法是，海外投资保险机构在发生所承保的风险之后，先据一定条件向遭受风险的投资者支付赔偿，而后代位取得投资者的权利，包括向东道国政府的索赔权。

## 促进与保护投资的国际法制

**一、双边投资条约与区域性协定投资规则**

**（一）国际投资协定的类型**

从参与缔结条约的成员方数量来看，国际投资协定可分为双边投资条约和多边投资条约，多边投资条约又可以分为区域性投资条约和全球性投资条约。

**1、双边投资条约**

（1）从国际投资协定的历史发展和演变过程，保护国际投资的双边条约可分为两大类型:一是美国式的“友好通商航海条约” ；二是双边投资保护协定，后者又分为美国式的投资保证协定和联邦德国式的促进与保护投资协定。

（2）在专门保护国际投资的双边条约盛行以前，国际上有关保护国际投资的双边条约就是友好通商航海条约。友好通商航海条约牵涉的范围颇为广泛，因而对于外国投资的法律保护这一特定问题的规定往往欠明确、具体。西方国家在1960年后就不再推行“友好通商航海条约”这一双边条约模式了。

（3）鉴于友好通商航海条约的缺陷，加之美国推行海外投资保险制度的法定条件是要求东道国与美国签订双边投资条约，于是，美国从20世纪50年代初期就大力推行“双边投资保证协议”。此类双边协议的核心在于让对方缔约国正式确认美国国内的承保机构在有关的政治风险事故发生并依约向投保的海外投资者理赔之后，享有海外投资者向东道国政府索赔的代位权和其他相关权利及地位。协定还规定了双方政府因索赔问题产生争议时的处理程序。

（4）联邦德国自20世纪60年代推行促进和保护投资协定。此类协定内容详实具体，实体性规定和程序性规定并举，能够为资本输出国的海外投资提供切实有效的保护，因而一问世便得到各发达国家的竞相效仿和大力推行。而且也为发展中国家所广泛接受。从20世纪80年代开始，美国也推出了有别于德式协定的美式促进和保护投资协定范本。

（5）美式协定的自由化特征更为鲜明，主要具有下列特点：

①特别关注投资准入问题要将国民待遇适用于投资准入阶段；

②规定了绝对待遇标准；

③禁止将履行要求作为投资的条件；

④禁止征收，对符合条件的征收给予充分、及时、有效的补偿；

⑤美式协定对货币转移、投资争端提交ICSID仲裁也有规定。

**2、区域性投资条约**

（1）区域性投资条约以及包含投资规则的自由贸易协定包括：

①美国、加拿大和墨西哥签订的《北美自由贸易协定》（简称NAFTA）；

②欧盟1993年生效的《马斯特里赫特条约》、2009年生效的《里斯本条约》、欧盟与美国谈判的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》（TTIP）；

③东盟1987年签订的《东盟促进和保护投资协定》、1998年签订的《关于东南亚联盟投资区的框架协定》，东盟正在积极推进《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）；

④2018年，日本、加拿大和澳大利亚等11个环太平洋国家签订的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）；⑤安第斯集团由“卡塔赫纳协定委员会”制定的外资共同规则。

**（二）投资待遇**

投资待遇是双边与区域性投资条约的核心规则之一，通常包含公平公正待遇、国民待遇和最惠国待遇等。

**1、公平公正待遇**

（1）国际投资条约中一般都规定有公平公正待遇的内容，但其规定方法不同：

①有的视公平公正待遇为独立的待遇标准；

②有的试图参照国际法的一般原则来确定公平公正待遇；

③有的将公平公正待遇与习惯国际法最低待遇标准等结合在一起。

1. 中国签订的投资协定对公平公正待遇的表述并不一致：

①有的仅规定给予公平公正待遇，没有其他限制；

②有的规定“按照普遍接受的国际法规则”给予公平公正待遇；

③还有的规定“应根据习惯国际法”予公平公正待遇。最新签订的《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》则采用与传统的欧式协定和美式协定不同的立法方法，试图从内涵的更精准化角度解决日后公平公正待遇解释上的混乱问题。

**2、国民待遇**

（1）国际投资条约中的国民待遇条款要求缔约一方对缔约另一方的投资者及其投资给予和本国投资者及其投资同样的待遇。晚近的缔约实践表明，有越来越多的投资协定均将国民待遇条款作为其必不可少的内容。现在的分歧在于，国民待遇是否应适用于外资准入阶段。

（2）包含国民待遇条款的投资条约均规定了准入后(post-establishment)的国民待遇，这种准入后国民待遇又可以分为有限的准入后国民待遇和全面的准入后国民待遇，前者给予外国投资者准入后国民待遇的同时允许东道国保留有较大的自由裁量权，后者只为东道国保留对国家经济至关重要的特定产业或者幼稚产业的例外限制。

（3）随着投资自由化在全球范围内的进一步推广，准入前(pre-establishment)国民待遇的条约实践开始出现并有逐步扩展的趋势。准入前国民待遇意味着在准予投资的领域、投资准入的条件以及投资审批方面给予内外资同等待遇，此举旨在使外国投资者能够在市场准入环节就开始与内国投资者在平等基础上竞争。

（4）准入前国民待遇可划分两类：一类是有限的准入前国民待遇，即虽然将国民待遇扩及准入前阶段，但东道国对于自由化的程度和步伐以及准入条件保留某种程度的控制权。另一类是全面的准入前国民待遇，即除了通过负面清单的方式保护某些产业及活动外，准入阶段给予国民待遇的承诺原则上扩及所有的外国投资者。

（5） 中国签订的投资协定对于国民待遇规定有一个发展和演进过程，进入21世纪后，新一代投资协定已明确规定了准入后国民待遇。中国政府已于2013年7月同意以准入前国民待遇和负面清单为基础与美国进行双边投资协定的实质性谈判。为此，中国2020年1月1日生效的《外商投资法》第4条第1款明确规定，国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。

**3、最惠国待遇**

（1）绝大多数投资条约的最惠国待遇条款都规定，缔约国一方的投资及与投资有关的活动，至少必须得到东道国给予另一国国民与公司的投资同等优惠的待遇。最惠国待遇条款与国民待遇条款不同，其目的是确保在东道国的不同国籍的投资者及其投资享有相同待遇。

（2）最惠国待遇有诸多例外，通常包括：基于维护公共安全、公共秩序、国民健康或者道德的例外；国家联盟或如关税同盟。共同市场、自由贸易区等优惠例外；避免双重课税协定或其他税收协定规定给予第三国投资者的优惠例外。

（3）投资条约中订立最惠国待遇条款的分歧在于：最惠国待遇条款的适用范围是仅限于条约中的实体内容，还是可以扩及涉及争端解决的程序法内容，这一问题在投资仲裁实践中存在分歧。实践上，有的投资条约明确排除最惠国待遇适用于争端解决事项，如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）就明确规定，最惠国待遇不适用于国际投资争端解决程序。

**（三）投资安全与汇兑保证**

确保投资者的财产安全和资本利润的自由汇出，是投资条约的主要目标之一。

**1、保护投资财产的安全**

（1）为保护投资财产的安全，几乎所有投资条约中都有关于征收与国有化的条款。这些条约通常规定：缔约一方对缔约另一方的投资者在其领土内的投资不得采取征收或国有化，或效果等同于征收或国有化的措施，除非符合所有下列条件：为了公共利益；依照国内法律程序和相关正当程序；非歧视性；给予补偿。

（2）关于补偿，发达国家对外签订的投资条约往往要求给予充分、及时和有效的补偿，发展中国家往往赞同合理补偿或者适当补偿。但是，随着投资自由化的发展以及为了更有力地吸收外资，越来越多的发展中国家对外签订的双边投资条约也开始接受充分、及时和有效的补偿标准。

（3）投资条约所规范的征收与国有化方式通常包括两种：

①直接征收，是指东道国直接剥夺外国投资者的财产所有权；

②间接征收，有变相征收、蚕食征收和推定征收等多种称谓，是指尽管没有直接剥夺所有权，但是东道国采取的措施使投资者财产权的行使受到阻碍或者限制，以至于具有类似于直接征收的效果。在国际投资仲裁实践中，有关征收的案件通常涉及的是间接征收，尤其是所谓的管理性征收。有的仲裁庭对这种征收进行了范围广泛的解释。晚近的投资条约开始从东道国维护国家安全、管理环境、公共卫生和维护其他公共利益领域的权力的角度考虑问题，对征收的宽泛解释进行了适当限制。

（4）目前，投资条约对征收问题的规定有三种类型：①传统型，只提及征收及间接征收的概念及条件，但未明确界定间接征收的的构成条件，也未对东道国管理权空间做出任何规定；②收证条款不仅涵盖直接征收和间接征收的概念，还提及国家的管理权问题或对间接征收作出了比较明确的界定；③提出了更详细的的鉴别间接征收与合理的管理行为的标准或者考虑因素，可以更好地维持投资保护和东道国管理行为之间的平衡。2004年和2012年的美式BIT范本就采取第三种模式。

**2、汇兑保证**

目前投资条约一般均规定：投资者的原本、利润和其他合法收入可以自由兑换成外币，自由移转或汇回本国，但同时规定了自由汇兑和转移的例外。

**（四）投资争端解决**

投资条约一般涉及两类投资争端的解决：

1、缔约方关于条约的解释和适用问题的争端解决：争端解决方法主要有外交谈判和特设仲裁两种。

2、缔约国一方与缔约他方国民之间的投资争端解决：争端解决方法主要有友好协商、当地行政与司法救济和国际仲裁三种。如果协商和当地救济方式不能解决争端，则可提交仲裁。在实践中，仲裁成为解决东道国与投资者争端的重要方式。

3、投资条约规定的仲裁有三种基本模式，即临时仲裁、条约规定的ICSID仲裁和选择性仲裁。条约中通常规定多种可选择的仲裁，包括ICSID仲裁、根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行的仲裁、国际商会仲裁和其他临时仲裁。实践中，ICSID仲裁被适用的情形最多，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》也有较高的适用频率。

**二、《多边投资担保机构公约》**

**（一）公约的产生及意义**

**1、公约的产生**

1981年，世界银行新任总裁克劳森在世界银行和国际货币基金组织联合年会上倡议建立多边投资担保机构（the Multilateral Investment Guarantee Agency，简称MIGA），以改善各国投资环境，促进机构成员国之间的国际资本流动，尤其是促进生产性投资向发展中国家流动。这一倡议得到各国积极响应，经广泛协商，世界银行理事会于1985年通过了《多边投资担保机构公约》，即《汉城公约》。

**2、公约的意义**

根据公约建立MIGA的意义包括：①为消除国际投资者对海外投资的非商业性风险的顾虑，发挥了重要作用；②有助于改变发展中国家投资者在从事海外投资时相对于发达国家投资者的劣势地位，有力地促进了发展中国家之间的资本互动；③MIGA担保的投资项目具有突出的促进东道国发展的性质；④为不同国籍投资者投资于同一项目的投资获得承保创造了条件；⑤促进外国投资者与东道国的合作。

**（二）公约的主要内容包括：**

**1、MIGA宗旨地位与组织形式**

（1）MIGA设立的目标是鼓励机构成员国之间的国际投资，特别是向发展中成员国进行生产性投资，以补充国际复兴开发银行、国际金融公司和其他国际开发金融机构的活动。

（2）MIGA作为一个国际组织，拥有完全的法律人格和法律能力，有权缔结合同，取得并处理不动产和动产及进行法律诉讼，也享有通常国际组织所能享有的特权与豁免。

（3）MIGA设有三级组织管理机构。理事会为权力机关，由每一成员国指派理事和副理事各一人组成。董事会是MIGA的执行机构，至少由12名董事组成，董事会主席由世界银行总裁兼任，除在双方票数相等时得投一决定票外，无投票权。总裁经董事会主席提名，由董事会任命，负责处理本机构的日常事务及职员的任命、组织和辞退等。

（4）MIGA投票制度实行世界银行所采用的加权投票制。首先，每一成员国享有177票的成员票；其次，每个成员国还有按照各自股权大小计量的股份票，每持有一股增加一票。公约要求发达国家和发展中国家成员国所持有的投票权总数应大致持平，如果任何一类成员国的投票权低于MIGA总投票权的40%，该类国家有权增加票数以达到上述最低限度。

**2、MIGA的投资担保与投资促进业务**

（1）MIGA承保的非商业风险包括：货币汇兑险；征收和类似措施险；违约险；战争和内乱险。

（2）MIGA只对发展中国家成员国境内所做的投资予以担保，且东道国需同意机构承保，在此项同意作出之前，机构不得缔结任何担保合同。

（3）MIGA担保的投资既包括股权投资，也包括非股权的直接投资，股权持有者发放或者担保的中长期贷款。要求前来投保的投资须是在投保申请注册之后才开始执行的新的投资，而且要求该投资符合以下几个条件：

①必须具备经济合理性；

②能够给东道国带来良好的经济、社会效益；

③符合东道国事先批准MIGA对该项投资的担保为准；

④与东道国宣布的发展目标和发展重点相一致；

⑤在东道国可以得到公平待遇和法律保护。

（4）确定合格投资者的原则规定：

①必须是具备东道国以外的成员国国籍的自然人；

②或在东道国以外一成员国注册并设有主要营业点的法人；

③或其多数股本为东道国以外一个或几个成员国所有或其国民所有的法人。确定合格投资者的例外规则：只要东道国同意，根据投资者和东道国联合申请，董事会经特别多数票通过，可以将合格投资者扩大到具有东道国国籍的自然人和法人，或者多数资本为东道国国民拥有或者控制的法人，但用于投资的资本来自东道国境外。

（5）担保合同是由MIGA和投保人之间订立的规定双方权利和义务文件。 MIGA一经向投保人支付或同意支付赔偿，即代位取得投保人对东道国或其他债务人所拥有的有关承保投资的各种权利或索赔权。

（6）对于成员国，或成员国机构、或其多数资本为成员国所有的区域性投资保险机构已予保险的特定投资，MIGA可以与这些机构进行和合作，这种合作包括：并行承保、共同承保和分保。

（7）从整个结构上看，投资担保是MIGA的一项主要职能，而MIGA的投资促进活动则是促使投资保证业务健康发展的不可或缺的辅助手段。投资促进活动的内容包括：

①开展跨国投资研究；

②交流有关国际投资的情报信息；

③向成员国提供技术性建议和援助以改善其境内的投资环境；

④与国际金融公司等促进国际投资的机构进行协调，消除发达国家和发展中国家间开展协作的障碍；

⑤MIGA还应努力同发展中国家成员国分别缔结有关担保投资待遇的协议。

**三、世界贸易组织有关投资的协议**

**（一）《与贸易有关的投资措施协议》（《TRIMs协议》）**

**1、协议的适用范围：**仅适用于与货物贸易有关的投资措施，不适用于与服务贸易和技术贸易有关的投资措施。

**2、被禁用的投资措施**

（1）协议在确定其所调整的与贸易有关的投资措施范围方面，采取了概括式和列举式相结合的方法，原则上将所有与贸易有关的投资措施包括在内；同时明确列举了予以禁止的投资措施。

（2）所列举的第一类被禁止的投资措施，包括违反1994年关贸总协定第3条第4款的两种措施：要求企业购买或使用当地生产的或来自于当地的产品；限制企业购买或使用进口产品的数量，并把这一数量与该企业出口当地产品的数量或价值相联系。

（3）所列举的第二类被禁止的投资措施，包括违反1994年关贸总协定第11条第1款的3种措施：

①普遍性地或依企业出口当地产品的数量或价值量，限制企业进口用于当地生产或与当地生产相关的产品；

②依据企业所创外汇收入的数量，通过限制其获得外汇的要求，限制企业进口用于当地生产或与当地生产有关的产品；

③限制企业出口产品或为出口而销售产品。

**3、协议的意义：**协议在多边贸易体制中第一次将与贸易有关的投资措施问题纳入多边管制的轨道，对推动国际投资自由化具有重要意义。

**（二）《服务贸易总协定》（GATS）**

《服务贸易总协定》（简称GATS）之所以与国际直接投资密切关联，不仅因为服务贸易与投资有密切关系，更因为国际服务贸易的第三种主要方式，即商业存在，是以直接投资方式来提供的服务。

1、一般性义务：最惠国待遇、透明度规则

2、具体承诺：市场准入、国民待遇

# 第五编 国际货币金融法

## 国际货币法

**一、货币与货币主权**

**（一）货币的法律特性**

从货币的性质看，货币通常具有如下法律特征：

1、货币是动产；货币由国家发行；

2、货币单位按照基准定值（确定面值与面值单位）；

3、货币是一种普遍的交易手段，这是货币最基本的职能之一，并且是货币的基本特征。

**（二）货币主权**

1、国家货币主权是国家主权的重要组成部分，是每个国家在其国内发行和管理本国货币的最高权力，以及在国际上独立执行其对外的货币政策、平等参与处理国际货币金融事务的权利。

2、国家的货币主权主要体现在：发行独立的国家货币；确立本国的货币制度；确定本国货币同外国货币的关系；独立制定本国的货币政策。

**二、国际货币制度**

**（一）国际货币制度概述**

1、国际货币制度是各国政府对货币在国际范围内发挥世界货币职能所确立的原则，采取的一套规定、做法和制度。

2、国际货币制度经历了从最初的金本位制到以美元为中心的布雷顿森林体制，直至现行的浮动汇率体制以及日益发展的区域性货币一体化趋势的发展历程。

3、1944年通过的《国际货币基金协定》自1945年生效以来，经历了七次修改，以适应国际货币金融关系的发展需要。根据1944年《国际货币基金协定》建立的布雷顿森林制度的主要内容包括：

1. 建立双挂钩制度（美元与黄金挂钩；成员国货币美元挂钩）；
2. 确立了可调整的固定汇率制。该协定1968年第一次修订增加了特别提款权条款。

4、1976年第二次修订确立了“牙买加制度”，主要内容包括：

1. 增加和调整成员国份额；
2. 允许固定汇率制与浮动汇率制并存；
3. 实行“黄金非货币化”；
4. 扩大对发展中成员国的贷款

5、1990年第三次修订针对不履行《协定》义务的成员国，依次可以采取下列措施：

1. 取消使用普通资金贷款的权利；
2. 取消在IMF的投票权；
3. 经过表决要求该成员国强制退出IMF（相当于开除）。

6、1997—2011年第四至六次修订的内容包括：

1. 增加和调整了成员国的份额；
2. 修改了基本投票权规则（增加基本投票权；确立基本投票权比例不变规则）；
3. 允许大型选区增加第2个副执行董事）。2016年第七次修订主题是“份额与治理改革”，具体内容包括：增加份额；在IMF治理结构改革方面，增加了巴西、中国、印度和俄罗斯等四个新兴市场经济国家的份额（6%份额），最大的IMF成员国从6个增加到10个；提高包括执董会的IMF决策效力，24名执行董事不再采用任命形式，而是选举产生；增加最贫困成员国的份额，并保护其投票权。

**（二）国际收支平衡制度**

根据IMF的定义，所谓的国际收支是指在某个时期内非居民和居民之间的交易汇总表，组成部分包括：货物贸易账户和服务贸易账户、初次收入账户、二次收入账户、资本与金融账户。

《基金协定》确立的国际收支平衡制度体现于IMF对会员国提供的财政援助。

**1、IMF对会员国提供财政援助方式**

（1）由IMF通过购买和购汇的方式对其提供资金支持，支持的额度与成员国拥有的份额成正比；

（2）IMF按照一系列贷款政策和资金供应办法向会员国提供财政援助。

**2、IMF对会员国提供财政援助的目的**

（1）平稳调整各种经济冲击，帮助成员国避免破坏性的经济调整或主权债务危机；

（2）作为媒介帮助成员国从其他贷款人获得其他融资；

（3）避免危机。

**（三）外汇管理制度**

**1、经常项目的外汇管理制度**

（1）国际收支的经常账户包括三个方面：货物和服务；初次收入；二次收入。初次收入为提供劳务、金融资产和出租自然资源而获得的回报，具体包括雇员报酬、股息、利息、再投资收益、租金。二次收入项下主要记录居民与非居民间的不发生对等偿付的单方面支付，即经常转移（Current Transfers）。经常转移分为政府和私人单方转移两个方面。政府单方转移主要有债务豁免、政府间经济和军事援助、战争赔款、捐款等，私人单方转移主要有侨民汇款、年金、赠予等。二次收入的贷方记录本国从外国取得的单方转移收入，借方记录本国向外国的单方转移支出。

（2）第8条规定的经常项目的外汇管理制度：禁止对经常项目的外汇支出和转移实施限制；禁止成员国实施歧视性的货币措施或者多种汇率制；要求成员国兑付外国持有的本国货币。

（3）第14条作为第8条的例外，主要规定如下：

①允许接受第14条义务的会员国保留其在加入IMF时即已存在的对国际交易中经常项目的限制；

②会员国不断审查其外汇政策是否与《基金协定》的宗旨相符；

③会员国应每年与IMF讨论是否继续实施这种过渡性的外汇管制；

④根据会员国的经济情况的变化，向该会员国提出将不符限制部分或全部取消的建议。

**2、资本项目的外汇管理制度**

（1）国际收支的资本和金融账户包括两个方面，即资本账户和金融账户。其中，资本账户划分为资本转移和非生产性非金融资产的收买／放弃两个方面。金融账户又可以划分为下列几个方面：直接投资、证券投资、金融衍生产品（储备除外）和雇员认股权、其他投资和储备资产。

（2）《基金协定》第6条规定的资本项目的外汇管理制度包括：

①成员国有权对资本项目的外汇转移采取必要的管制措施（即限制措施），只要这种管制不能构成对经常项目外汇支出的限制，也不能不合理地阻滞资本项目中的债务清偿转移。但是，第14条成员国不受该规则约束。

②成员国对资本项目中的稀缺货币可以实行临时性质的限制措施。

③成员国不得将其所获得的IMF的普通资金账户贷款，用于资本输出。

④成员国可在储备部分额度内购买外汇，作为资本转移之用。

**（四）汇率制度**

1、IMF的有关汇率监管制度的基本规则是《基金协定》第4条第3节。对成员国汇率的国际责任的原则性规定如下：

（1）保持汇率体系的稳定，以促进国内与国际金融秩序的稳定；

（2）建立相互间有秩序的外汇关系，避免竞争性的外汇贬值；

（3）不得将货币之价值与黄金联系，不得以含金量来表示货币价值；

（4）成员国外汇安排有接受基金组织监督的义务。

2、为了实施《基金协定》第4条赋予IMF对成员国汇率制度的监管责任，IMF执行董事会1977年4月通过了《汇率政策监督决定》，2007年6月通过了《对成员国政策双边监督的决定》，2012年7月通过了《双边和多边监督决定》。

**（五）特别提款权制度**

1、特别提款权是IMF于1969年创设的一种储备资产和记账单位，代表IMF分配给成员国的一种特别使用资金的权利。

2、SDR的持有者是指SDR账户的参加者：

（1）IMF的成员国（目前所有成员国都参加了SDR账户）；

（2）IMF指定的16个机构（非成员国；对一个以上的成员国行使中央银行职能的机构；其他官方实体）。

3、对SDR持有者的规定，决定了SDR只能在官方机构之间使用，不能作为现实的货币直接用于私人贸易和非贸易支付。

4、IMF只能向参加SDR账户的成员国分配SDR，不能向自己及其他持有者分配SDR，但IMF以及其他持有者可以通过交易获得并使用SDR。IMF将SDR无偿分配给成员国，分配的数额取决于成员国在IMF中拥有的份额。

5、自2016年10月1日起，SDR的定值货币包括美元、欧元、人民币、日元和英镑。

## 第十三章 国际银行法

**一、国际商业贷款**

**（一）国际商业贷款的核心条款**

1、国际贷款协议是借款人与贷款人之间签订的金钱借贷协议，它是国际贷款中的重要法律文件，是借贷各方当事人权利义务的依据。

2、国际贷款协议中的保护性条款基本已成为贷款协议的必备条款或共同条款，保护性条款包括：

**（1）先决条件条款：**先决条件条款明确了贷款需要满足的条件以及每次提款时所需要满足的条件。其中普遍使用的先决条件是适用于所有贷款的先决条件；单独适用的先决条件是适用于每次提款的先决条件。

**（2）陈述与保证条款：**陈述与保证条款是借款人对与贷款有关的事实，包括法律、财务、商务等状况作出说明，并且对说明的真实性或者对自己承诺的其他义务作出保证。

①法律保证主要包括：借款人的法律地位，借款人的授权和权限，借款人债务的合法有效性和可执行性。

②商业保证：是借款人对自身财务与商务状况的陈述与保证

③ 持续保证条款：又称永久保证。

3、约定事项条款

约定事项条款是借款人就协议的履行及相关行为所做的承诺:消极担保条款；比例平等条款（同等地位条款）；财务约定；贷款用途；资产处理限制或者保持资产条款；合并条款。

5、违约事件条款

通常的违约事件主要包括：实际拒付；违反非财务条款，如违反消极担保条款等；预期违约。而主要的违约事件则包括：拒付；违反约定事项、陈述与保证条款等；交叉违约；实际破产或宣告破产；债权人执行；控制权变更；重大不利变化等。

**（二）国际银团贷款**

**1、国际银团贷款的概念与方式**

（1）国际银团贷款也称辛迪加贷款，是由一家或几家银行牵头，多家银行参加而组成的国际性的银行集团按照内部的分工和比例根据相同的贷款条件共同向一个借贷人提供贷款的资金国际融通方式。

（2）国际银团贷款包括直接银团贷款和间接银团贷款两种：

①直接银团贷款又称真正的银团贷款，是指由银团内各成员行委托代理行向借款人发放、回收和统一管理的贷款；

②间接银团贷款,又称参与型银团贷款，是由牵头行直接向借款人贷款，然后再由牵头行将参加贷款权（即贷款份额）分别转售给其他成员行，全部的贷款管理工作均由牵头行负责，这种方式下牵头行是唯一的直接提供贷款给借款人的银行。在国际银团贷款中，以直接的银团贷款方式最为常见。

**2、银团贷款的主要当事人**

（1）银团贷款的当事人包括：牵头行；代理行；参加行；借款人；担保人。

（2）银团贷款当事人之间关系的原则：各自承诺；代理行是银团的代理人；银行内部的民主机制；按比例分配。

**3、银团贷款的主要法律文件**

银团贷款的主要法律文件包括：

（1）委任书作为银团贷款发起的文件，是由借款人向牵头行或者牵头行团队发出，通常列明拟定贷款的财务条款和其他贷款协议的必备条款，授权牵头行牵头组织银团，允许牵头行对贷款的价格、条件或结构予以修改。委任书在有些情况下仍然具有一定的法律效力。

（2）信息备忘录是牵头行分发给可能参加国际银团贷款的各国银行，邀请其参加银团贷款的重要法律文件。内容会列明借款人的财务信息和其他信息。对于信息备忘录，各国法律通常没有如证券发行的招股说明书那样进行监管。目前，各国尚无关于信息备忘录的专门立法。

**（三）项目融资**

1、项目融资又称工程项目融资，一般是指国际银团向某一特定项目提供借贷资金，以该项目的预期收益为还款的主要来源，以项目的资产包括各种项目合约上的权利为附随担保的一种国际中长期银团贷款形式。

2、项目融资的特点包括：贷款对象是项目公司；属于有限追索权的贷款，而不是无追索权的贷款；以项目的预期收益作为还本付息的主要来源。

**（四）国际贷款担保**

国际贷款担保大体可分为信用担保（保证）和物的担保两大类。

**1、信用担保**

信用担保：也称人的担保，是国际银团贷款中使用最为广泛的担保方式，担保形式主要有传统的保证、独立保证（见索即付保函和备用信用证）以及意愿书（安慰函）。

**（1）保证**

保证是由担保人（保证人）应借款人的请求与贷款人签订的一种担保合同，或者是担保人（保证人）应借款人的请求向贷款人出具保函，承诺在特定情形下以及的资产向贷款人按照特定条件偿付贷款的全部或部分本金与利息。

在保证是由多个保证人共同担保的情况下，可以是连带保证，也可以是按份保证，或者是连带按份保证。如果多个担保人组成银团共同担保的，就是所谓的银团保证，通常属于连带按份保证。

**（2）独立保证**

传统的保证合同一般作为主合同的从属合同，依附于主合同，其主要法律特征是具有从属性和补充性，保证人承担着第二性的偿付责任。所谓独立保证是指保证合同独立于贷款协议而单独存在，是否承担责任完全取决于保证合同自身的规定。受益人（贷款人）的付款请求只要符合保证的规定，不管基础合同的履行情况如何，不管债务人是否实际违约，担保人均应承担无条件的立即偿付的义务。目前，在国际融资实践中，独立保证的存在形式主要有见索即付保函和备用信用证。

见索即付保函是指由担保人应申请人的要求或指示以书面形式出具的，凭提交与承诺条件相符的书面索款通知，以及保函可能规定的任何类似单据，即行付款的付款承诺。首先，见索即付保函具有独立性特点，它从性质上独立于基础合同或交易的一种独立付款保证，即便保函中包含有对基础合同或交易条件的援引，担保人与这类合同或交易条件亦无任何关系，也不受其约束。其次，见索即付保函具有第一性付款责任和单据化特征，它构成担保人对受益人的第一性付款承诺，只要受益人在保函规定的有效期内提交了保函所要求的书面索款通知或者保函规定的任何类似单据，而且此类单据表面真实并与保函表面相符，担保人即应无条件地将款项赔付给受益人，而不管申请人是否确实违约以及受益人实际所遭受的损失有多大。规范见索即付保函的国际惯例主要有国际商会的《见索即付保函统一规则》（URDG758）和《合同担保统一规则》（URCG325），相关国际条约是联合国国际贸易委员会的《联合国独立担保和备用信用证公约》。

备用信用证是应借款人（申请人）的请求，由开证人（担保人）出具给受益人（贷款人）的、保证按照备用信用证规定的条件支付一定金额的书面凭证。首先，备用信用证的开证人作为担保人对作为受益人的贷款人承担第一性的付款责任，如果作为申请人的借款人无力偿还贷款本金和利息，贷款人可以绕开申请人直接要求开证人将备用信用证的金额支付给他。其次，备用信用证具有单据化特点，当贷款人要求开证人履行支付备用信用证金额的担保责任时，应持有备用信用证所要求单据，只要此类单据表明真实而且表面上与备用信用证相符，开证人即应对其履行担保责任。第三，备用信用证具有独立性特点，它独立于国际贷款协议，开证人只凭受益人所提交的备用信用证所约定的单据（如违约证明书和汇票）即对其履行担保责任，而不审查申请人是否确实存在违反国际贷款协议义务的违约事件。备用信用证是在商业信用证的基础上发展起来作为担保的一种形式，其在形式上与一般商业信用证相似，只是二者所需的单据不同，承担的责任也不同。规范备用信用证的国际惯例有国际商会的《跟单信用证统一惯例》（UCP600）和《国际备用信用证惯例》（ISB590），相关国际条约是联合国国际贸易委员会的《联合国独立担保和备用信用证公约》。

**（3）安慰信或称安慰函**

安慰信或称安慰函通常是指一国政府为其下属机构或一母公司为其子公司而向贷款人出具的，表示支持并愿意敦促借款人还款的书面文件。一般认为，意愿书仅具有道义上的约束力，而无法律效力。但在意愿书中，如出具人有明确的担保承诺，则可能被推定为一种有法律拘束力的担保。

**2、物的担保**

物的担保是指在债务人或第三人的物或权利上设定的一种物权，当债务人不按约定履行义务时，债权人可以行使物权而得到清偿。由于通常情况下物的担保比信用担保更可靠，所以物的担保在国内融资中得到广泛应用。但由于贷款人与担保物位于不同国家从而影响担保物权实现等诸多原因，物的担保在国际贷款中应用并不广泛。物的担保主要包括让与担保、质押、抵押以及浮动担保等形式。

**（1）让与担保**

让与担保是指债务人将一定财产作为担保让与债权人，当债务人不履行债务时，债权人可就该标的物优先受偿；而当债务人履行其义务时，债权人应当返还标的物的担保方法。从理论上说，任何财产均可以作为让与担保的标的，但在国际贷款实践中，常见的标的是收入的让与，即借款人将其依照特定法律关系对于第三人所能收取的金钱转让给贷款人作为担保，也就是所谓的“应收账款的让与”。有关这方面的国际统一法规则包括联合国国际贸易法委员会的《联合国国际贸易应收账款转让公约》和《贸易法委员会担保交易立法指南》。

**（2）质押**

质押又称质权，是指债务人或第三人将其动产或者权利移交债务人占有，将其作为债权的担保；当债务人不履行债务时，债权人有权依法就该动产或者权利出卖得到的价金优先受偿。通常而言，质押主要包括动产质押和权利质押。在国际借贷中，适合作为质权的标的物很有限，因为不仅要考虑质权的效力，还要考虑质押标的物是否可以很容易地在市场上出售变卖。

**（3）抵押**

抵押是指[抵押人](https://baike.baidu.com/item/%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E4%BA%BA" \t "_blank)和债权人以书面形式订立约定，不转移抵押财产的占有，将该财产作为[债权](https://baike.baidu.com/item/%E5%80%BA%E6%9D%83/6754177" \t "_blank)的担保。当债务人[不](https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%8D/64725" \t "_blank)[履行](https://baike.baidu.com/item/%E5%B1%A5%E8%A1%8C/639141" \t "_blank)债务时，债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款[优先](https://baike.baidu.com/item/%E4%BC%98%E5%85%88" \t "_blank)受偿。抵押包括不动产抵押和动产抵押两种。在国际贷款协议中，不动产抵押通常采取订立书面合同并经法定的登记公示程序生效，否则不能对抗善意的第三人。设立动产抵押也要履行一定的法定程序，如订立书面合同，同时向有关机关登记。但由于各国对动产抵押的标的物有所限制，所以，动产抵押的设立必须注意其标的物应符合相关国家的法律规定。

**（4）浮动担保**

浮动担保又称浮动抵押，是指债务人以其现有的或将来取得的全部或某一类财产为债权人设定的一种担保物权。浮动担保的特征是：其一，担保物是不特定的处在浮动之中的财产，也就是说从设定担保到债务人发生违约事由以前，债务人可以自由处分用作担保的财产，而新取得的财产将自动成为约定的担保标的物；其二，担保物不转移占有，债务人在执行担保前仍有权在日常业务中正常地、自由处分该担保物；其三，担保物于约定的事件发生时，如债务人违约或者破产等，转化为固定担保。由于债务人除了可以自由处分资产外，还可以为其他债权人在个别财产上设立优先于浮动担保的抵押、质押等特定物权担保，这样浮动担保就会减弱，所以国际融资中就出现了特定物权担保与浮动担保相结合的混合担保。由于各国法律对浮动担保的规定有分歧，甚至有的国家不承认浮动担保，所以在国际融资中设立浮动担保时，要特别重视相关国家关于浮动担保的规定。

**二、国际银行监管**

**（一）国际银行监管的概念与巴塞尔委员会**

1、国际银行监管是对国际银行负有监管责任的监管主体，根据相关的监管制度安排，对国际银行及其业务活动进行监督、检查、管束和处理，以防范风险，保护存款人和维护国际金融体系安全稳健的活动总称。

2、在国际银行监管中，监管制度是监管的依据和准绳。而在国际银行监管制度的形成和发展过程中，巴塞尔委员会发挥了突出的作用。

3、国际银行监管主要有国际银行监管标准的确定和国际银行监管职责的划分两条主线。

**（二）巴塞尔委员会有关国际银行监管标准的主要规则**

**1、监管资本标准**

（1）监管资本标准又称为资本充足率标准，是指银行监管资本与加权风险资产的比率不得低于规定的比率或水平。

（2）巴塞尔委员制定的监管资本标准经历了《巴塞尔I》《巴塞尔II》和《巴塞尔III》三个阶段。

（3）《巴塞尔I》：规定国际银行的资本充足率不得低于8%；监管资本要求核心资本应占银行总资本的50%；风险加权资产：银行的债权、债务人的国别、债权的部门性质；市场风险纳入资本充足率计量的范围。

（4）《巴塞尔II》：建立三大支柱：最低资本要求、监管审查机制和市场约束；允许具有风险管理能力的资深银行运用内部评级系统评定信用风险和市场风险；允许银行采用外部评级机构提供的信用等级。

（5）《巴塞尔III》：提高资本比例，一级资本充足为率6%；严格资本标准。

**2、流动性标准**

（1）流动性标准是银行为资产增长或支付到期债务以合理成本获得所需资金的能力。流动性监管不仅应要求银行保持短期的现金流平衡,还要求银行保持资产负债结构在中长期的平衡。

（2）流动性标准是《巴塞尔III》确立的又一监管标准：

①流动性覆盖率：银行持有的优质流动性资产储备不得低于未来30日所需的净现金流出量；

②净稳定融资比率：保障银行的长期流动性需要。

**（三）国际银行监管合作**

**1、国际银行监管职责划分原则—母国并表监管**

（1）并表监管是在合并整个银行或银行集团各机构的财务账表的基础上，全面、综合地评判整个银行或银行集团的风险、遵守监管标准的状况等，并采取相应的矫正措施。

（2）母国并表监管，是国际银行的母国监管当局，经与东道国监管当局合作，在将国际银行所有境内外机构的财务账表并表的基础上，将上述并表监管的理念与方法适用于包含跨境机构的国际银行监管的方法和实践。

**2、国际银行监管合作的形式及局限**

（1）国际银行监管合作的形式传统上有非正式安排和正式安排两大类。

（2）非正式安排包括母国与东道国之间建立固定联系，定期对话、咨询和磋商，通过信函进行信息交流等，但成效有限。

（3）正式安排主要形式包括：双边监管合作谅解备忘录；法律互助条约；其他双边协定。

（4）双边监管合作谅解备忘录是不具有法律拘束力的双边条约，在一方不履行对方请求的情况下，请求方不能获得法律救济。但备忘录以其具有的灵活性构成当今国际银行监管合作中最为常见的安排。

（5）法律互助条约以及其他双边协定规定东道国与母国的合作义务，是具有法律约束力的国际监管合作安排，但较为罕见。

（6）美国金融危机发生后，国际社会在反思的基础上建立了监管团这种新的监管形式。但监管团局限性需要以全球系统重要性金融机构所涉各国监管者达成的监管谅解备忘录为基础，且监管团没有超越具体金融机构而广泛开展国际金融监管的职能。

## 第十四章 国际证券法

**一、国际证券发行与交易**

**（一）国际证券及其基础性法律制度**

1、国际证券的概念及其特点

（1）国际证券又称跨国证券，是指一国公司、企业以及政府为筹集资金在境外或者国际资本市场发行的证券。

（2）国际证券发行人是指为了筹措资金而在境外资本市场上发行证券的主体，国际证券投资者则是指在资本市场上购买和交易证券的主体。国际证券与其他证券相比较，其特殊性在于发行人与投资者、发行人所在地与证券资金筹措地通常分处不同国家。

2、国际证券的基础性法律制度

（1）国际证券法是调整国际证券关系的法律规范的总称，包括相关的国内法与国际法规范、实体规范与程序规范、公法规范与私法规范，同时还涉及相关的冲突规范。国际证券法除了有限的统一国际制度外，多是各国证券法对国际证券活动的延伸适用。各国证券法偏重以公法性规范维护资本市场所在国重大经济利益，证券法的私法规范往往体现着公法性规范的需要。因此，掌握证券法的基本制度是理解国际证券法的基础。

（2）国际证券法两大基本任务和内容是：强制披露与禁止欺诈。

**①信息披露制度：**包括初始披露和持续披露两个阶段。

初始披露是指首次公开发行和上市证券的披露义务人须依法作出的信息披露，披露所提供的说明书构成该制度的审核对象。证券发行审核制度主要有注册制和核准制两种类型，注册制即“公开原则”，要求发行人在证券发行之前，必须按法律规定向证券管理机关申请注册，提交招募说明书，证券管理机关只负责审查发行人所披露的情况是否属实，而不涉及证券发行的其他实质性问题；核准制又称“实质审查原则”，即证券管理机关不仅审查发行人所提交的招募说明书，而且审查证券发行的其他条件，并对发行申请进行审批。

持续披露是证券上市后发行人以及其他主体向投资者继续披露相关信息的行为。

信息披露的基本要求是真实、准确、完整、及时。所谓真实性，是指发行人公开的信息资料应当真实，不得做“虚假记载”；所谓准确性，是指要求发行人在披露信息时应尽量采用精确的语言表述，不得含糊其辞、模棱两可，也就是不得有“误导性陈述”；所谓完整性，是指证券发行人应当披露所有可能影响投资者投资价值判断的信息，不得有任何隐瞒或者“重大遗漏”；所谓及时性，是指要求发行人依照法定时限及时公开有关信息，以保证投资者对信息对平等利用，防止“内幕交易”。

**②禁止欺诈制度：**主要包括禁止虚假陈述；禁止内幕交易和禁止操纵市场三个方面。

禁止虚假陈述主要有虚假记载、误导性陈述和重大遗漏三种表现形式。各国法律对虚假陈述的责任人规定了相应的民事责任、行政责任和刑事责任。

内幕交易是指内幕人员或其他非法获取内幕信息的人员，通过拥有和使用重要的非公开的内幕信息，自己交易证券、建议他人交易证券和泄露信息使他人交易证券，以达到获取利益或避免损失的目的。各国法律对内幕交易一般规定了防范和惩处制度。

操纵证券市场是指个人或者组织不公平地利用其资金、信息、地位等优势，认为地影响证券市场价格，诱使他人买卖证券，而使自己获利或止损的行为。

**（二）国际证券的跨国发行方式**

国际证券的跨国发行方式主要两种：跨境直接发行和存托凭证。

1、跨境直接发行

（1）跨境证券发行中的跨境直接发行，主要是相对于存托凭证这种发行方式而言的，是发行人以自己的名义经向境外证券主管机构申请，在境外资本市场上面向投资者发行证券，并在该市场交易和清算。

（2）跨境证券直接发行包括公募发行与私募发行。

2、存托凭证

（1）存托凭证，作为一国筹资者进入另一国资本市场融资的主渠道，为许多著名公司采用。存托凭证通常是存托银行依据其与境外证券（即基础证券）发行人签订的存托协议，在存托银行本国面向投资者发行的、代表和对应境外发行人在其本国发行的基础证券的可转让凭证。

（2）存托凭证这种发行安排涉及两类证券：存托凭证与存托凭证代表的外国基础证券，主要会引起发行人与存托银行、存托银行与存托凭证投资者、发行人与存托凭证投资者三类法律关系。

**二、国际证券的监管合作**

**（一）国际证券监管合作概述**

1、广义的国际证券监管合作：既包括相关经济体的立法机构、司法机构、政府证券监管部门、证券交易所，以及证券监管自律组织之间，为在国际证券发行和交易过程中保护投资者、维护证券市场功能的有效发挥和打击证券违法犯罪而开展的对话会晤、签署并执行相关条约或谅解备忘录、监管的相互承认、技术援助等合作，也包括相关国际机构对国际证券监管规则、标准的制定以及对各经济体之间证券监管合作的协调、推动。

2、狭义的国际证券监管合作

（1）一般是指两国证券监管部门之间通过签署通常不具有国际法效力的双边证券监管合作谅解备忘录，约定交换证券监管信息、开展双边证券监管执法协助、协调双边证券监管标准及行动等互助行为。

（2）国际证券监管合作主要有双边证券监管合作和多边证券监管合作两类模式。

**（二）双边证券监管合作**

双边证券监管合作主要通过签订双边司法协助协定和谅解备忘录来实现。

1、双边司法协助协定：是两个经济体的中央政府或其授权机构为相互提供司法协助，签订的具有国际法效力的双边协议。

2、双边证券监管合作谅解备忘录：是有关经济体的证券监管主管机构之间就相互间证券监管合作事项而签定的、通常不具法律约束力的监管合作文件。

**（三）多边证券监管合作**

多边证券监管合作领域最为重要的国际机构是国际证监会组织（IOSCO），其代表性的规范性文件主要有：①《证券监管的目标与原则》（1998年正式发布，最新修订是在2010年）；②《外国发行人跨国发行与首次上市的国际披露准则》（1998年发布）；③《关于磋商、合作和信息交流多边谅解备忘录》（2002年发布）。

1、《证券监管的目标与原则》

（1）证券监管的三大目标：保护投资者；确保市场公平、效率和透明；降低系统风险。

（2）证券监管的38项原则：

①第一部分包括前四类原则，即与监管机构相关的原则、自律原则、证券监管执行原则以及监管合作原则；

②第二部分包括后五类原则，核心是被监管对象，包括发行人，审计师、信评机构以及其他信息提供者，集合投资项目，市场中介，二级市场。

2、《外国发行人跨国发行与首次上市的国际披露准则》

为了提高越来越多的发行人在多个经济体发行、上市的效率及其所作信息披露的可比性，加强投资者保护，IOSCO发布了该《准则》。《准则》由两部分构成，第一部分载明国际披露准则，以供公司在其股票（不包括债券）跨国发行、上市和买卖时适用；第二部分规定了不宜纳入第一部分的披露问题，主要以列举方式阐述了有关国家的特别规定。

3、《关于磋商、合作和信息交流多边谅解备忘录》

该《备忘录》的优势在于，一个经济体的证券监管机构一旦成为《备忘录》的签字方，就等于同时与其他签字方签订了内容相同的双边合作谅解备忘录，从而免去了签署多个双边备忘录的烦琐和低效，提高查处跨境证券违法犯罪行为的效果。该《备忘录》正文部分主要规定了相互合作和信息交换的原则、协助的范围、协助请求的提出和执行，信息的使用和保密等内容。

# 第六编 国际税法

## 税收管辖权与避免国际重复征税

**一、税收管辖权**

**（一）税收管辖权的概念**

1、税收管辖权是指一国政府对一定范围的人或对象进行征税的权力。

2、主权国家总是基于主权的属人效力或者属地效力来主张行使税收管辖权，根据属人效力行使的税收管辖权叫做居民税收管辖权，根据属地效力行使的税收管辖权叫做所得来源地税收管辖权。但是，税收立法管辖权不同于税收执法管辖权，后者严格受着该国领域边界范围的限制。

**（二）居民税收管辖权**

1、居民税收管辖权：是指一国政府对其境内居住的所有居民（包括自然人和法人）来自于世界范围内的全部收入以及存在于世界范围内的财产所行使的课税权力。

2、居民纳税人：符合税法规定的居民身份构成要件的人（包括自然人和法人）。

3、居民纳税人的无限纳税义务：纳税人需要就来源于居住国境内和境外的全部所得，向居住国履行缴纳所得税。

4、居民身份认定

（1）各国税法上判定自然人的居民身份主要有以下标准：住所标准；居所标准；居留时间标准。

（2）各国税法上对法人或公司的居民身份认定，主要有以下三种标准：法人注册成立地标准；法人实际管理和控制中心所在地标准；法人总机构所在地标准。

5、纳税人居民身份的冲突：居民税收管辖权冲突一般由有关国家间通过双边税收协定的方式来协调解决。

**（三）所得来源地税收管辖权**

1、所得来源地税收管辖权：是征税国基于有关的收益或所得来源于本国境内的法律事实,针对非居民行使的征税权。

2、纳税人承担有限纳税义务：仅限于就来源于征税国境内的那部分所得，向该国承担纳税责任。

3、所得来源地：是指与纳税人取得的有关所得或收益存在着经济上的渊源联系的地域标志。

4、纳税所得：纳税人的收益与所得从性质上一般被划分为四类，即营业所得、劳务所得、投资所得和财产所得。针对上述四种所得类型，各国对非居民行使收入来源地税收管辖权的法律实践和国际税法上的协调原则也有所不同。

**二、国际重复征税**

**（一）国际重复征税产生的原因**

国际重复征税的产生原因是由于税收管辖权的冲突：

1. 居民税收管辖权和所得来源地税收管辖权之间的冲突（最常见的冲突）；
2. 居民税收管辖权之间的冲突；
3. 所得来源地税收管辖权的冲突。

**（二）国际重复征税的概念**

1、法律意义上的国际重复征税

（1）法律意义上的国际重复征税是指两个或两个以上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同时征税。

（2）其构成要件包括：征税主体是两个或者两个以上的国家；存在着同一纳税主体；征税对象的同一性；征税时间的同一性；税种的同一性或者相似性。

2、经济意义的重复征税

（1）经济意义上的国际重复征税，又称国际重叠征税或者国际双层征税，是指两个或两个以上国家对不同纳税人的同一征税对象或者同一来源所得在同一时间课征相同或者类似的税收。

（2）经济意义上的国际重复征税与法律意义上的国际重复征税的主要区别在于：纳税主体不同。其他构成要件与法律意义上的国际重复征税的相同。

（3）经济意义上的国际重复征税的典型表现：两个国家分别对在各自境内居住的公司的利润和股东从公司分配获取的股息的征税上。

**三、国际税收协定**

**（一）国际税收协定的概念和效力范围**

1、国际税收协定的概念

国际税收协定是指有关国家为了协调彼此之间在所得税方面税收权益分配关系，开展国际税务行政协助而签订的明确彼此权利义务的协议文件。因为此类协定的主要目的是为了避免国际重复征税，所以可以称之为免除双重征税协定或者双重征税协定。

2、国际税收协定范本

国际税收协定有两个重要的范本：《经合组织范本》和《联合国范本》。前者强调居民税收管辖权，有利于资本输出国，主要体现了发达国家的利益；后者强调所得来源地税收管辖权，考虑到了东道国的利益，对于加强发展中国家在税收协定谈判中的地位具有重要意义。中国签订的100个双重征税协定基本上参考了《联合国范本》。20世纪90年代以后，中国签订的协定也参考了《经合组织范本》的有关条款。

3、国际税收协定适用的效力范围

国际税收协定适用的效力范围：协定适用的空间效力范围一般与本国相关国内税法适用的地域范围相同；时间范围一般从协定生效之后的下一个纳税年度起适用；税种范围主要包括所得税和财产税；纳税人范围一般为“缔约一方的居民或同时为缔约双方居民”。

**（二）国际税收协定的主要内容**

1、划分来源国与居住国征税权的条款：限定缔约国一方对缔约国对方居民取得的来源于境内的各类跨国所得行使来源地税收管辖权课税的条件和范围。

2、避免国际重复征税的条款：明确居住国一方对其居民纳税人取得的来源于缔约国另一方的跨国所得应采取的消除国际重复征税的方法。

3、禁止税收歧视条款：又称无差别待遇条款。

4、建立缔约国双方间的国际税务合作与协助关系：目前主要有国际税收情报交换制度、国际税款追征协助和解决国际税务争议的相互协商程序制度。

**（三）国际税收协定与缔约国国内税法的关系**

1、两者都是缔约国国际税法规范的组成部分，但是各自的功能和作用不同；

2、虽然概念体系不同，但是两者相互配合补充，共同发挥作用；

3、两者产生冲突时，国际税收协定优先于国内税法得以适用。

**四、跨国所得的征税权协调**

国际税收协定协定对跨国所得征税权协调的方法包括：来源国优先征税原则；来源国与居住国税收分享原则；居住国独占征税原则。

**（一）跨国营业利润的征税协调**

1、常设机构原则的概念

对跨国营业利润征税权的冲突进行协调的原则是常设机构原则，即征税国只能对非居民设在本国境内的常设机构来源于本国的营业所得征税。该原则的唯一例外是：非居民在来源国从事国际航空和海运活动的营业利润，来源国无权征税，只能由该非居民的居住国独占征税。

2、常设机构的认定

常设机构是指非居民企业在所得来源国设有从事营业活动的固定场所。据此，常设机构的判断的认定必须同时符合两个标准，一是营业场所标准，二是营业活动标准。非居民企业通过营业代理人在所得来源国进行活动时， “非独立地位代理人”（依附于非居民企业；代为从事全部或大部分活动）属于常设机构，“独立地位代理人”不属于常设机构；这种“非独立地位代理人”经常代表非居民企业与他人签订（包括修改）属于其经营范围内容的合同，而不是从事某种准备性或辅助性的活动。

3、常设机构利润范围的确定

对可归属于常设机构的利润范围的确定有两个原则：按照实际联系原则，非居民通过在来源国设立的常设机构取得的利润以及与常设机构有实际联系的利润，属于常设机构的利润；按照引力原则，非居民在来源国取得的利润虽然没有通过常设机构取得，也和常设机构没有实际联系，但只要该利润的取得属于常设机构的经营范围，也应该属于常设机构的利润。引力原则有利于来源国扩大征税面。但是包括中国在内的大多数国家签订的双边税收协定采用了“实际联系原则”，没有采用“引力原则”。

4、核定常设机构应税所得额的原则

核定常设机构应税所得额的原则有两个，一是独立企业原则，二是费用扣除与合理分摊原则。

**（二）跨国投资所得征税权冲突的协调**

1、投资所得包括非居民自然人和企业的下列三项所得：股息所得；利息所得；特许权使用费所得。

2、关于投资所得征税权冲突的协调，两个范本采用“税收分享原则”，但对跨国“特许权使用费所得”征税权的划分：《经合组织范本》规定由“居住国独占征税”；《联合国范本》采纳“税收分享原则”。

**（三）跨国个人劳务所得征税权冲突的协调规则**

1、独立个人劳务所得征税权的协调，原则上由居住国独占行使征税权，但具备下列条件之一者，应由收入来源国优先行使征税权：“固定基地原则”；“183天原则” 。

2、缔约国一方居民在缔约国另一方受雇而取得的工资、薪金和其他类似的非独立劳务收入，可以在缔约国另一方征税。

**（四）跨国不动产所得征税权冲突的协调**

非居民的不动产所得和转让不动产的所得，由不动产所在地的来源国优先征税。但对经营国际运输的船舶或飞机的所得以及转让所得，由转让者的居住国独占征税。

**五、国际重复征税问题的解决方法**

避免国际重复征税的措施应由居住国采取，不是由来源国采取。

**（一）免税法**

1、免税法（豁免法），是指居住国一方对本国居民来源于来源地国的已向来源地国纳税了的跨国所得，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、免税法的主要优点在于能够有效地避免国际双重征税。但其缺点也比较明显：没有兼顾到各方利益；在来源地国税率水平低于居住国税率水平的情况下，违反税负公平的原则。

**（二）限额抵免法**

1、采用抵免法，就是居住国按照居民纳税人的境内外所得总额为基数计算其应纳税额，但对居民纳税人就境外来源所得已在来源地国缴纳的外国所得税额，允许从向居住国应纳税额中扣除。

2、抵免法包括全额抵免法和限额抵免法两种。一般对允许抵扣的已缴来源地税额都有限额限制，即限额抵免法。

3、限额抵免法包括直接限额抵免和间接限额抵免两种：

（1）前者是解决法律意义上国际重复征税的措施，后者是解决经济意义国际重复征税的措施；

（2）前者是在同一纳税人之间实行的抵免，后者是在不同纳税人之间进行的抵免。具体来说，间接限额抵免法是适用于解决跨国母子公司之间股息分配存在的经济性重复征税的方法

**（三）税收饶让抵免**

1、税收饶让抵免是指居住国对其居民因享受来源国税收减免等优惠待遇而未实际缴纳的税额视同已纳税额给予抵免的制度。

2、这种抵免法与一般外国税收抵免的区别是：前者属于虚拟抵免，后者属于现实抵免；前者的实施目的是为了落实东道国对外国投资者的税收优惠措施，后者是为避免国际重复征税；前者只能规定在国际税收协定里，后者可以规定在国际税收协定和居住国国内法中。

## 第十六章 防止国际逃税和国际避税

**一、国际逃税与避税概述**

**（一）国际逃税**

国际逃税是指纳税人采取某种违反税法的手段与措施，减少或逃避就其跨国所得应该承担的纳税义务的行为。

**（二）国际避税**

国际避税是指纳税人利用某种形式上并不违法的方式，减少或规避其就跨国所得本应承担的纳税义务的行为。

**二、国际逃税和国际避税的主要方式**

**（一）国际逃税的主要方式**

国际逃税的主要方式包括：不报送和提供完整纳税资料；谎报所得及虚构扣除；伪造账目和伪造收付凭证。

**（二）国际避税的主要方式**

1、国际关联企业滥用转移定价交易避税

由于各国税率水平高低不一，税基的计算规定差异较大，关联企业通过转移定价将设在高税率国的关联企业的利润人为地转移到位于低税率国的某个关联企业实体上，避免在高税率国承担较高的所得税义务，从而使关联企业集团的总体税负大大减少。

2、利用避税港基地公司避税

（1）避税港：一般是指那些对所得和财产不征税或按很低的税率征税的国家和地区。

（2）纳税人利用避税港进行国际避税，主要是通过在避税港设立“基地公司”，将在避税港境外的所得和财产汇集在基地公司的账户下，从而达到逃避国际税收的目的。

3、资本弱化避税

（1）股份融资和贷款融资在税收待遇上主要区别：股东通过股份投资方式取得的股息不能从公司的应税所得额中事先扣除。而投资人以提供贷款形式所收取的利息，允许从公司的应税所得额内扣除。

（2）资本弱化是指跨国投资人把本来应以股份形式投入的资金转为采用贷款方式提供，从而逃避或减轻了其本应承担的国际税负。

4、滥用国际税收协定避税

滥用税收协定指本无资格享受某一特定的税收协定优惠待遇的第三国居民，为获取该税收协定的优惠待遇，通过在协定的缔约国一方境内设立一个具有该国居民身份的导管公司（通常采取子公司形式），从而间接享受了该税收协定提供的优惠待遇，减轻或避免了其跨国所得本应承担的纳税义务。

**三、国际逃税与避税的国内法律规制**

**（一）关联企业的转让定价税制**

转让定价税制是各国税法上专门适用于规制关联企业滥用转让定价避税行为的各种税法规范的统称。各国通过公平交易原则（正常交易原则或者独立交易原则）进行矫正；通过预约定价制度进行预防。公平交易原则：要求企业在进行各种关联交易时，应与独立企业间进行相同或类似交易一样，按照公平的市场交易价格和营业常规，确定关联交易的价格或利润水平，以使各方通过关联交易获取的利润尽可能符合各自的实际经营情况。

**（二）受控外国公司税制**

对于利用在避税港设立基地公司避税，包括中国在内的许多国家通过“受控外国公司税制”进行规制。1962年，美国制定了“受控外国公司”税制，取消美国居民股东在海外避税港或低税区设立的“受控外国公司”中的累积未分配利润、享受延迟缴纳美国税收的待遇。这一做法，被其他国家纷纷效仿。

**（三）资本弱化税制**

1、利用“实质优于形式”、“正常交易原则”或“禁止滥用税法”等一般反避税规则，将资本弱化情形下被投资企业支付给境外关联贷款方的利息重新认定为股息分配，不允许在被投资企业层面进行税前扣除，从而维护被投资企业所在国的所得税基不受侵蚀。

2、通过制定资本弱化税制这样的特别反避税制度加以防范规制，即在税法上对被投资企业从关联方接受的债权性投资与企业接受的权益性投资规定一个固定的比例，企业从关联方接受的贷款融资额超过税法规定的比例标准而发生的利息支出部分，不得作为利息费用在税前扣除，而应视为对关联方的股息分配课税。

**（四）一般反避税规则**

1、一般反避税规则是指税法为规制纳税人的避税行为而运用某种相对抽象或含义宽泛的概念或原则，便于税务执法机关可适用于规制纳税人可能采用的各种避税行为的一般性或原则性规定。

2、英美法系：“实质优于形式”判例原则、“合理商业目的”、“经济实质”等反避税概念。

3、大陆法系：“禁止滥用税法”或“禁止滥用权利”等宽泛的原则性规定。

**四、防止国际逃税和避税的国际合作**

**（一）国际税收协定反滥用条款**

1、受益限制条款：是指缔约国双方在协定中针对第三国居民的各种特定的滥用协定行为而设置的取消纳税人享受协定待遇资格的特别条款规则。

2、主要目的测试条款：赋予缔约国税务机关在综合考虑了相关案情事实后，如果可以合理地认定纳税人的有关交易安排主要目的是为了获得税收协定某条款规定的优惠待遇，且这种情形下给予纳税人优惠待遇违反了协定条款的宗旨目的，税务机关可否定纳税人享受此种协定优惠待遇的资格。

3、反避税一般保留条款：指缔约国双方在双边税收协定中事先作出一项原则性的保留规定，在纳税人构成滥用税收协定避税的情形下，缔约国可以适用其国内法上的反避税规则进行规制，并不受双边协定条款的约束限制。

**（二）国际税收情报交换制度**

1、缔约国双方税务机关相互交换各自掌握的有关纳税人跨国交易活动情况的资料。

2、双边税收协定中的情报交换制度，通常包括双方税务机关交换情报的种类和范围，情报交换的方法，交换情报的使用和保密义务等方面内容。

**（三）国际税款征收协助**

1、国际税款征收协助，是指一国的税务机关接受另一国税务机关的委托，在本国境内代为执行对方税款的征收行为，如代为送达纳税通知文书、代为实施税收保全措施和追缴税款等。

2、国际税款征收协助主要包括：双边征管互助；多边征管互助。

**（四）全球合作应对税基侵蚀和利润转移的行动计划**

税基侵蚀和利润转移，是指跨国企业为最大限度地规避或减少其全球税负，利用现行国际税收规则存在的缺陷以及各国税制差异和征管漏洞，通过各种恶意的税收筹划和人为的交易安排，造成侵蚀相关国家税基和利润转移的国际避税现象。

# 第七编 国际经济贸易争端解决

## 第十七章 国际经济贸易争端解决

**一、国际商事争端解决方式**

**（一）国际商事争端的解决方法概述**

国际商事争端的解决方法包括选择性争端解决方法以及国际商事仲裁和国际民事诉讼。为了避免与《国际私法》课程相关内容的冲突，本课程教学和考试内容不涉及国际商事仲裁和国际民事诉讼。

**（二）选择性争端解决方式（ADR）**

1、ADR的概念：选择性争端解决方式也被称为替代性纠纷解决方式（alternative dispute resolution,简称ADR），通常指法院诉讼之外的各种纠纷解决机制，包括调解、谈判、斡旋、调停、争议解决小组、微型庭审等。

2、ADR的类型主要包括：协商（磋商）；微型庭审；早期中立评估；争议评审委员会（争议解决小组）；调解等。

3、ADR的特点：自主性；灵活性；便捷性；减少对抗性；保密性。

**二、国家与他国国民间投资争端解决机制**

**（一）国家与他国国民间投资争端解决的主要方式：**

1、投资者与东道国争端的特殊性：

（1）争端主体特殊：东道国与投资者的法律地位不同；

（2）争端客体特殊：争端可能是契约性的，也可能是非契约性的。

（3）争端后果特殊：投资者与东道国的投资争端如果不能得到妥善解决，则要么投资者权益得不到有效保护，要么东道国权益受到损害。

2、投资者与东道国争端的解决方式：

（1）协商谈判：不具有强制执行的效力，不是一种“终局性”的争议解决方法。

（2）当地救济：投资者在东道国法院提起诉讼，适用东道国的程序和实体法律。

（3）外交保护：由投资者母国政府向东道国政府行使外交保护权，较少使用。

（4）国际仲裁：解决此类争端最重要的方式之一。

**（二）解决投资争端国际中心（ICSID）**

在世界银行的倡导下，1965年3月18日各国在华盛顿签署了《解决国家与他国国民间投资争端公约》，也被称为《华盛顿公约》，于1966年10月14日生效。根据《华盛顿公约》第1条，在该公约框架下建立“解决投资争端国际中心（简称中心或者ICSID）”，为投资者与东道国提供调解与仲裁投资争议的平台。中国于1990年2月签署了《华盛顿公约》，1993年2月6日正式加入该公约。

**1、中心管辖权**

（1）中心行使管辖权的必要条件包括：争议当事人中的一方必须为公约缔约国或该缔约国的公共机构或实体,另一方为另一缔约国国民；争议双方必须同意将争议提交中心解决；争议必须是直接因投资而引起的法律争端。

（2）中心取得管辖权的效果：

①当事人任何一方不得片面撤回其同意；

②除非另有声明，提交ICSID仲裁应视为双方同意排除其他任何救济办法。但东道国可以要求优先用尽当地的各种行政救济或司法救济手段，作为它同意提交“中心”仲裁的条件。

③对于已经书面同意提交ICSID仲裁的争端，投资者国籍所属国家不得另外主张给予外交保护或提出国际索赔要求，除非东道国不遵守和不履行对此项争端所作出的裁决。

**2、中心提供的争议解决方式及其程序**

（1）中心提供的争议解决方式：

①调解：由调解委员会进行，其程序规则依据中心制定的《调解和仲裁的启动程序规则》和《调解程序规则》。独立于仲裁程序。

②仲裁：中心最常用、最重要的争议解决方式，其程序规则依据中心制订的《调解和仲裁的启动程序规则》和《仲裁程序规则》 。

（2）中心仲裁的程序：仲裁申请；仲裁庭组成；仲裁裁决；裁决的解释、修改或撤销。

（3）仲裁裁决的撤销：撤销申请在秘书处登记，组成“特设委员会”，根据下列事由方可撤销：仲裁庭的组成不当；仲裁庭显然超越其权限范围；仲裁庭的成员有受贿行为；仲裁有严重背离基本的程序规则的情况；裁决未陈述其所依据的理由。

**3、中心仲裁的法律适用规则**

（1）适用当事人合意选择的法律；

（2）若当事人没有选择，则适用争端一方缔约国的国内法以及可适用的国际法；

（3）禁止拒绝裁决的规则；

（4）公允善良原则。

**4、中心裁决的承认与执行**

（1）根据《华盛顿公约》第53条规定，裁决对当事双方有约束力，不得进行任何上诉或采取任何其他公约规定外的补救办法。

（2）任何缔约国都承担承认和执行中心裁决的义务，且应将其视为本国法院最终判决。

（3）若作为争议一方的投资者没有遵守和履行裁决，则另一方（缔约国）可以在本国或其他相关缔约国申请强制执行。

**（三）中国关于国家与他国国民投资争端解决的立场与实践**

**1、国内立法**

根据中国《外商投资法》第26条，国家建立外商投资企业投诉工作机制，及时处理外商投资企业或者其投资者反映的问题，协调完善相关政策措施。如果外商投资企业或者其投资者认为中国行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的，其争议解决方法有：①通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决；②根据《行政复议法》依法申请行政复议，但行政复议并非行政诉讼的必经程序；③根据《行政诉讼法》提起行政诉讼。同时，外商投资企业或者其投资者还可以根据《国家赔偿法》主张损害赔偿。

**2、投资协定**

中国缔结或者参加投资协定规定的争端解决方法包括：

（1）协商：是采用东道国当地救济和国际仲裁的前提，协商的期限一般为6个月，少数协定规定为3个月或1年。

（2）东道国当地救济；包括东道国司法救济（主要是行政诉讼，因民事合同产生的争议可以是民事诉讼）和行政复议两种。按照中国签订的双边投资协定，当事人在东道国司法救济和国际仲裁中只能选择其中之一，不得两者兼用；东道国行政复议与国际仲裁可以兼而采用，但东道国行政复议是提交国际仲裁的必经程序。

（3）国际仲裁：对于可提交仲裁的事项，中国早期签订的双边投资协定规定仅限于国有化补偿数额争议，新一代双边投资协定取消了此种限制，多数协定规定任何争议均可提交国际仲裁。中国双边投资协定规定的国际仲裁机构包括常设仲裁机构和临时仲裁庭，常设仲裁机构通常是指解决投资争端国际中心（ICSID）。关于国际仲裁适用的实体法，中国签订的不同协定的规定有差别，可适用的法律包括该协定的规定、东道国法律、国际法原则以及关于投资的双边特别协定。关于仲裁裁决的承认与执行，ICSID仲裁裁决的承认和执行依据《华盛顿公约》，临时仲裁庭仲裁裁决则一般应依据《纽约公约》承认和执行。

**三、世界贸易组织的争端解决制度**

**（一）世界贸易组织争端解决机制的起源、发展及其特点**

1、WTO争端解决机制起源于1947年GATT第22条和第2 3条。

2、WTO争端解决机制具有下列特点：统一的争端解决程序；对相关争议的强制管辖；两级审案”的准司法体系；自动的程序和决策机制。

**（二）争端解决程序**

WTO争端解决程序包括磋商、专家组审议、上诉审议、建议和裁决的执行等一般程序。也包括斡旋、调解和调停等选择性争议解决程序。

**（三）磋商程序**

1、磋商属于争端解决的必经程序。

2、磋商在请求方和被请求方之间进行，第三方可以请求加入磋商。

3、请求方提出书面请求，被请求方10日内答复，并在30日内磋商；否则，进入专家组程序。磋商时间不得超过60天；否则，进入专家组程序。

**（四）专家组程序**

1、争端一方向DSB提出书面请求， DSB决定设立专家组。由3名（特殊情况下5名）专家，依法组成专家组。

2、由专家组确定专家组程序的时间表。家组程序一般包括：第一次实质性会议；第二次实质性会议；中期审议；提交专家组报告。

3、从设立专家组到提交专家组报告的时间一般不得超过6个月，特殊情况下经过延长不得超过9个月。

4、专家组报告的内容包括：客观认定案件事实；对适用法律进行分析；提出相应的建议或裁定。

5、在专家组报告散发各成员60日内，除非成员方提出上诉，或者DSB不通过报告。否则，专家组报告得以通过

**（五）上诉程序**

1、上诉机构属于WTO争端解决的常设机构，由7名不同成员的专家组成，任期不超过4年。具体的上诉案件，由上诉机构的3名专家组成上诉庭审理，在他们做出决定之前应当与另外4名专家交换意见。

2、上诉机构制定了标准化的《上诉审议工作程序》 （120天） ，上诉庭不需要在具体案件中制定上诉审的时间表。

3、上诉庭只审查专家组报告中的法律问题和法律解释问题，不审查事实问题。

4、审理期限自DSB收到上诉决定之日起到散发上诉机构报告，不超过60日（经过延长不得超过90日）。

5、上诉庭对专家组报告中的法律观点和意见，可以做出维持、修改或者撤销的决定，但是没有发回重审的权力。 DSB自散发上诉机构报告之日起30日内通过（反向协商一致）。

**（六）执行程序**

1、需要执行的DSB报告是指已经生效的专家组报告和上诉机构报告。如果DSB报告中只涉及裁决，没有建议的内容，则该报告不涉及执行问题。

2、DSB报告通过之后30天内，败诉方将执行意向通知DSB：立即执行；在合理期限内执行。

3、对于不能立即执行的案件，需要依次确定延迟执行的合理期限（原则上不超过15个月）：败诉方提出的合理期限，胜诉方没有异议的，经DSB批准实施；胜诉方有异议的，双方在45天内协商确定合理期限；45天内不能确定合理期限的，通过仲裁程序在90日内确定。

4、执行监督：败诉方修正后的相关法律和相关措施是否符合WTO规则，由DSB履行监督职责。

5、败诉方既不在合理期限内执行DSB报告，也没有在合理期限届满之后的20天内与胜诉方达成满意的补偿协议，则胜诉方有权对败诉方中止履行义务（包括中止减让义务和中止其他义务），即对其采取报复措施。报复程序：胜诉方向DSB提出请求，DSB授权胜诉方在合理期限届满后的30日中止履行义务，除非DSB经协商一致的决定拒绝该请求。报复水平仲裁：如果胜诉方或者败诉方对于对方提出的报复水平或者其交叉适用的部门不能达成一致意见，则该事项应提交仲裁。