

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

国际经济学 国际私法学



序 言

党的十五大，将依法治国，建设社会主义法治国家，作为我国政治体制改革的重要目标和内容，第一次写入党的纲领性文件，这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展，具有划时代的意义。改革开放越深入，市场经济越发展，经济活动和利益关系越错综复杂，就越迫切地需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序，市场经济与法治的内在联系将会越来越紧密，经济发展所需要的法律需求将会越来越大。这就意味着我国律师业正面临着一个极好的发展机遇。回顾十四大以来的律师工作，总的说，这几年改革的方向是正确的，改革的措施是符合实际的，改革的成果是明显的。几年来，各级司法行政机关、律师协会和广大律师，在以江泽民同志为核心的党中央领导下，高举邓小平理论伟大旗帜，按照司法部党组的部署，积极探索，努力实践，律师工作取得了长足发展。律师队伍的数量和质量明显提高。目前，全国律师工作人员已达 10 万余人，具有博士、硕士学历的 3000 余人，律师事务所 8300 多家。律师的业务领域不断拓展，广大律师逐步介入金融、证券、房地产、知识产权保护、国际贸易、反倾销、高科技等市场经济的新兴领域。律师的对外交流与合作进一步加强。已有 7 家律师事务所在国外设立办事处，有 50 家外国律师事务所、23 家香港地区律师事务所在境内设立办事处。律师在社会生活中的重要作用日益显现。律师积极参与的河北衡水 100 亿美元诈骗案，新疆克拉玛依特大火灾案、浙江千岛湖游船特大抢劫案的辩护和代理工作，维护了法律的尊严和统一，促进了社会稳定。广大律师积极参与大型项目，如三峡工程、黄河小浪底工程、大亚湾核电站、上海地铁工程等，为确保上述工程的顺利进行作出了贡献，赢得了各级领导和社会各界的广泛赞誉。可以说律师在建立社会主义市场经济体制、加强民主法制建设、促进对外开放等方面所发挥的作用越来越引人注目。

1986 年，司法部开始组织律师资格统一考试，至今已举办了九次。自 1993 年起，两年一次的全国律师资格考试改为一年一次。1996 年，全国第一部律师法典《中华人民共和国律师法》把律师资格考试制度作为律师队伍发展的主要途径确认下来，为律师资格考试工作的科学化、规范化提供了法律依据。几年来，律师资格考试制度不断完善，赢得了全社会的关注和重视。到目前为止，已有 55.8 万人报名参加了全国律师资格考试，有 11.4 万人通过考试取得了律师资格，为律师队伍输送和储备了一大批专业人才。律师资格考试制度的实行和律师制度改革的不断深入，使人们日益认识到律师在社会发展中的重要作用，律师行业已成为令人崇尚的行业之一。

随着党的十五大精神的贯彻落实，社会政治、经济、文化等建设事业将进入一个全新的历史阶段，特别是经济体制改革和经济发展战略的实施，如国有企业改革，组建大企业集团及国有小型企业改组、联合、兼并、租赁、股份合作制、出售、破产，金融与证券市场的建立等都为律师工作的进一步改革发展提供了更为广阔的舞台。我们完全有理由相信，律师队伍将有一个更大的发展。为了适应形势发展的需要，司法部在总结历年律师资格考试工作经验的基础上，组织专家、学者和执业律师重新编写了律师资格考试指导用书。这套用书在内容编排、学科设置、整体框架、篇幅分配、编写角度和

深度等方面都比过去的用书有明显改进，突出了基本法律知识及律师实务和技能。它不仅具有辅导考试的作用，而且还能在较大范围、较深层次上起到法制宣传教育的作用。我希望这套用书，能够成为广大考生以及热爱律师事业、热爱法制工作的人们的良师益友。我祝愿所有读者都能从该书中学有所得，祝愿该书对所有考生都有所裨益，并通过你们的努力，加入到律师队伍中来，为律师事业的发展作出贡献。

司法部部长 高思程

1998年4月28日

出版说明

为了适应我国律师资格考试发展的需要，进一步完善与律师资格考试相关的配套措施，并为广大考生提供适合律师资格考试特点的学习、复习用书，经过酝酿与准备，《全国律师资格考试指定用书》出版发行。

这套指定用书分为教材系列和主要参阅法律、法规汇编系列，共九册。其中教材系列为七册；主要参阅法律、法规汇编系列为二册，收入75个法律、法规、司法解释。现就这套书籍的编撰、出版说明如下：

一、教材系列由全国律师资格考试指定用书编辑委员会主持编辑，约请北京大学、中国人民大学、中国政法大学、北京商学院、华东政法大学、清华大学、北京联合大学应用文理学院、中国社会科学院法学研究所及司法部律师司等单位的学者、专家和北京部分律师事务所律师撰写。书稿撰写前曾进行数次研讨、论证，确定重点学科、撰写大纲、教材特点等，并由各书主编、副主编审阅统稿，最后由司法部律师资格考试委员会组织有关专家审定。

二、教材系列共七本书，即：（一）法学基础理论·宪法学；（二）刑事法学；（三）民事法学；（四）商事法学·经济法学；（五）行政法学；（六）国际经济法学·国际私法学；（七）律师制度与律师实务。其中，刑事法学包括刑法和刑事诉讼法，民事法学包括民法和民事诉讼法，合同法、知识产权法归入民法，公司法、外商投资企业法、合伙企业法、破产法、票据法、保险法、海商法归入商事法学。

三、前述七本书的划分主要是根据学科比重、编写体例、内容安排以及律师资格考试的特点而设计的，并不代表或反映编撰者和审定者对各法学科进行划分的意见或观点。对于各法学科理论中尚存争议的问题，除非需要对某一理论或制度问题的诸种学术观点作客观、公正的介绍，本教材力求采通行之说，尽量避免编撰者的一家之言。

四、教材系列力求反映和体现律师资格考试和律师职业的特点，突出法学理论与司法实践的结合，强调律师素质教育与应试指导的结合，尤其突出对重要立法的阐述和学科基本理论、基本制度在司法实践中的运用。其理论水准定位在大学本科层次。在内容安排、文字风格等方面力求与已有的其他法学教材相区别。

五、基于律师资格考试命题与标准答案的准确性、科学性、客观性、有效性的要求，教材系列对各项具体法律制度的阐释均以我国现行有效的法律、法规、司法解释为依据。

六、教材系列体系与内容将保持相对稳定性和连续性，但将根据现行法律的修订而在再版时及时作出相应的修改。

七、主要参阅法律、法规汇编系列是根据教材系列确定的体系。由司法部律师资格考试委员会组织参与教材撰写的专家、教授共同选定。为方便考生复习，减轻考生负担，此次对所选法律、法规进行了较大的压缩，只选定较为重要的法律、法规、司法解释。教材系列中已有较为详细阐述的法规、司法解释未再收入。律师资格考试命题将主要以本汇编为法律依据，但是考生复习时仍应注意了解和掌握教材中相关部分所涉及的有关法规和解释。

八、司法部律师资格考试委员会将于每年以本套指定用书为依据颁布当年的考试大纲。律师资格考试命题以当年的考试大纲为依据。

本套指定用书在编辑、出版过程中，得到了前述单位和有关人员的大力支持和协作，司法部高昌礼部长还为本套书撰写了序言，在此一并表示衷心的感谢。由于时间仓促，书中难免有疏漏和不当之处，请广大考生和读者不吝指正。

《全国律师资格考试指定用书》
编辑委员会

1998年5月

修订说明

《全国律师资格考试指定用书》出版已近一年。一年来，我国的民主法制进程在“依法治国”方略的指引下，又向前迈了一大步，从1998年下半年到1999年3月，国家先后颁布了《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》，对《中华人民共和国土地管理法》及《中华人民共和国土地管理法实施条例》作了修改，随着这些法律的颁布实施，我们编辑的这套《全国律师资格考试指定用书》也须作相应的修订。

此次修订主要有以下几个方面：第一，根据读者的意见和立法的变化，对原书的考试大纲所列知识点作了部分充实；第二，对原套书中的主要参阅法律、法规汇编进行了增删，增加《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》等法律，删除失效的法律、法规；第三，根据国家近一年颁布的法律和司法解释，对原套书的七本教材中的有关内容作了相应的修改。尤其是对教材中所涉及的《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》的部分都进行了改写；第四，对原书章以下的体例作少量调整，对原书的疏漏加以补正。

此次修订力求在学理阐述上系统科学，在各章节上层次分明，同时文字精炼，修辞准确。鉴于篇幅所限，各卷书一般不评介当前的学术争议，也不专论通说之外的个家之言。在原作者修订的基础上，又请部分作者对各书的体例及文字进行了统校。

修订工作由司法部领导段正坤同志、律师公证工作指导司负责人贾午光、吴明德同志主持，参加各书修订及统稿的人员有：段正坤、贾午光、吴明德、邱征、周塞军、刘凯湘、马怀德、潘剑锋、王卫国、王传丽、陈光中、陈卫东、赵永林、韩大元、舒国滢、钱明星、裴广川、刘晓红、贾京平、刘晔、李传敢、徐波、阎欣、于晋。在此，我们对参加修订工作的所有人员和关心这套书并提出修改意见的各界人士表示衷心的感谢。

《全国律师资格考试指定用书》
修订委员会

1999年3月

国际经济法学·国际私法学

第一节 国际经济法的概念、调整范围、产生与发展

一、国际经济法的概念与调整范围

国际经济法是调整国际经济活动和国际经济关系的法律规范的总和。即调整国际经济交往中关于商品、技术、资本、服务在流通、结算、信贷、税收等领域跨越国境流通中法律规范和法律制度的总称。是一个独立的法律部门。

其调整范围包括：

1. 有关国际贸易的法律规范与制度；
2. 有关国际投资的法律与制度；
3. 有关国际货币与金融的法律与制度；
4. 有关国际税收的法律与制度；
5. 有关国际经济组织及其交往的法律与制度。

二、国际经济法的产生与发展

国际经济法的产生是伴随着二次世界大战以后出现的一个新的法律部门——经济法而出现的。“奠定经济法的哲学思想是经济的可操纵主义，即家长式统治的国家可以通过公共利益限制当事人的‘意思自治’这一思想。”在此基础上产生的凯恩斯经济理论主张国家对经济、工业以及金融事务进行全面干预。表现在：

1. 二次大战期间战时的经济政策以及战后为恢复经济，国家不得不抛弃传统的对经济的“自由放任”转而进行全面控制和干预，继而出现了如外汇管理制度、进出口许可证制度、配额制度、高科技出口的管制制度等。

2. 19 世纪西方各国相继确立的股份有限公司制度，在经济上加速了资本与生产的进一步集中和垄断，出现了民间自治的卡特尔，继而发展为跨越国境的国际卡特尔，在此背景下，出现了如证券交易和管理法、反托拉斯法、投资法等等。

3. 经济交往的扩大，资产阶级政权与垄断资本相结合，加深了国家之间的相互依赖与合作，又导致国家之间利益的矛盾和冲突，为了缓和这种冲突，调整各国之间的经济关系，国家之间签订了大量双边协定、多边协定，如避免双重征税协定、投资保护协定、贸易与支付协定、保护工业产权的巴黎公约、联合国国际货物买卖合同公约、关税与贸易总协定等等。二次大战后统一法运动发展达到高峰，正是国家之间利益相互冲突，而又相互依赖、相互合作关系的反映。

4. 为加强国家间经济合作的需要，导致了各种形式的跨国家、跨地区、跨行业的国际经济组织的建立。如世界银行、国际货币基金组织、石油输出国组织、欧洲经济共同体、安第斯条约组织以及乌拉圭回合谈判后成立的世界贸易组织等等。

5. 二次大战后，社会主义国家的出现以及 60 年代民族解放运动的兴起，许多新国家产生，在其政治经济发展过程中，积极投入了要求改变旧的国际经济秩序，建立新的国际经济秩序的斗争。出现了反映维护第三世界国家经

济和利益要求的新的法律原则和制度，例如，联合国的经济权利宪章和行动纲领，针对发展中国家的普遍优惠制的建立，对跨国公司和技术转让中限制性商业做法的监督和管理等。

6. 物质发展和文明的进步，使得二次大战后各国政府对生态环境、劳工福利问题予以重视和关注。出于对消费者利益、中小工商业者、小投资者、雇员利益的保护，出现了消费者利益保护法、促进中小企业发展法、环境保护法等等。

7. 随着二次大战后科学技术的迅猛发展，高、精、尖技术、航空航天技术、国防以及有关公用事业如交通、能源、广播、通讯、邮政等部门的发展，不但需要国家在人力、物力、财力上大力扶持和鼓励，而且需要国家直接参与经营管理，甚至垄断。

因此，国际经济法的产生和发展是二次大战后世界经济大发展的产物，是货物、资本、技术、服务等在跨越国境的经济活动中的复杂性和多样性的反映。

第二节 国际经济法主体

一、自然人

作为一般民事主体，自然人的权利能力从出生之日起产生，至死亡时止。根据各国的法律规定，凡智力正常的成年人均具有完全的民事行为能力，如其定居国外，则其行为能力可以适用定居国法律。在国际经济交往中，自然人作为一般的民事主体，有权从事国际经济活动。由于受物力、财力所限，自然人在国际经济交往活动中发挥的作用有限。

二、法人

包括法人、法人集团、跨国公司等。

法人是依法成立，拥有必要的组织机构和独立的财产，能以自己的名义享有民事权利和承担民事义务，能以自己的名义起诉、应诉的组织。法人的民事权利和民事行为能力，从法人成立时产生，至法人终止时消灭。其内容和范围由有关的国内法律和法人章程来确定。法人代表代表法人从事各项民事活动。在我国，从事国际经济活动的各公司、企业和其他经济组织，多以法人的形式出现，经在工商行政管理部门登记，取得中国法人资格。作为营利性法人只能在核准登记的经营范围內从事经营活动。非依照我国法律规定设立的为外国法人或经济组织，其权利能力和行为能力依其本国法确定。在不违反我国法律和公共秩序的情况下，可以自由的在我国从事各种经营活动。

跨国公司是指一个企业，组成这个企业的实体设在两个或两个以上的国家，不论这些实体的法律形式和活动范围如何，这些企业的业务通过一个或多个决策中心，根据一定的决策体制经营，因而具有一贯的政策和共同战略。企业的各个实体由于所有制或别的因素有联系关系，其中一个或一个以上实体能对其他实体的活动施加重要影响，尤其是可以同其他实体分享知识、资源及分担责任。

在国内法上，跨国公司的诸实体，如母公司（总公司）、子公司，无论是在内国还是在外国都具有独立的法律人格，而作为分公司，由于没有独立的法律人格，其行为由其母公司或总公司负责。跨国公司凭借其优厚的财力、物力、人力优势和先进的技术和管理水平，在国际经济交往中起着举足轻重的作用。

三、国际组织

大多数国际组织包括各种类型的国际经济组织都有自己的组织机构和章程，有固定的资产和资金来源，在一定的范围和领域内承担一定的权利义务，有独立承担法律诉讼的能力，有些国际组织甚至享有外交特权和豁免。因此，国际组织在国际法和国内法上具有法人资格是没有问题的。

国际组织和国家之间，国际组织之间，国际组织和法人、跨国公司之间具有签订协议的能力，有接、管买卖财产的能力，有进行法律诉讼的能力。

在国际经济活动中，国际组织在贸易、投资、信贷、服务等领域表现的非常活跃，有些国际组织和国际经济组织的决议、规定、原则、制订的标准合同已成为国际经济活动中各国遵守的原则和准则，成为国际经济法的重要渊源之一。有些国际组织，如欧洲经济共同体甚至具有超国家的职能，其指

该定义来自联合国跨国公司委员会《跨国公司行动守则》草案。

令和决议不但约束各成员国政府，而且可以直接适用于成员国个人和法人。

四、国家

国家是一个特殊的民事主体，作为主权的最高代表和象征，国家可以自己的名义从事各种国际、国内的经济活动，签订各种合同、条约和协议，并以国库的全部资产承担责任。然而国家又不同于一般的民事主体，表现为它享有不可被剥夺的主权豁免权。未经国家同意，国家的主权行为和财产不受外国管辖和侵犯。国家不能作为被告在外国法院出庭、应诉，国家财产不能作为诉讼标的以及法院强制执行的对象。然而，为了适应国际经济交往的需要，国家可以通过一定方式宣布自愿放弃豁免权，以平等的民事主体资格从事各种经济活动。在这种情况下，由国家授权的负责人代表国家进行民事和经济活动。

除了直接从事各种经济活动之外，国家作为国际经济法主体，还具有其他主体所不具有的特殊职能，即对经济进行管理和监督的职能，这些行政法规构成了国际经济法的重要内容。

第三节 国际经济法的渊源

一、国际条约

国际条约包括双边和多边协议。这是国家在经济交往中，利益相互冲突和一致的产物。国家通过双边和多边协定建立和协调各国之间在某一经济领域的法律关系，建立统一的行为规则。例如，调整国际货物买卖合同关系的《联合国国际货物买卖合同公约》，协调各国贸易政策和法规的《关税和贸易总协定》，调整海上货物运输关系的《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》以及调整知识产权保护关系的《巴黎公约》和《世界版权公约》等。这些双边和多边协议为建立和巩固正常的国际经济秩序起着重要的作用，是国际经济法的重要渊源。

二、国际商业惯例

在长期的国际经济交往过程中，各国、各地区、各行业都形成了一些习惯做法，这些习惯做法逐渐为世界上多数国家所承认、采用，并形成不成文的规则、准则，有些甚至逐渐被一些国际组织加以整理编纂，成为供各国、各行业选择适用的普遍规则、标准合同等等。如金融机构之间的“君子协定”、国际商会制订的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《国际销售示范合同》、伦敦保险业协会的保险条款、国际咨询工程师联合会的《土木工程（国际）合同条件》等等。这些惯例为简化交易程序、节省时间、人力、物力和财力，减少纠纷起了很大作用，因此，在国际经济活动中得到广泛应用，成为国际经济法的重要渊源之一。

三、国内立法

各国的国内立法（或一国国内立法中的涉外部分）包括成文法和判例法，是国际经济法的渊源之一。国内立法的制订以主权国家为基础，在国际经济交往中，各国及当事人都以相互尊重国家主权，尊重对方国家的法律制度为基础。当我们承认国际公约和国际惯例为国际经济法渊源时，不得不承认各国国内法也是国际经济法的重要渊源。因为主权国家不是孤立地存在于世界上，各国经济交往的扩大必然出现各国国内法的相互抵触和相互影响，要求制订出指导各国行动的共同的原则和行为准则。这些共同原则和准则不是天上掉下来的，也不是立法者头脑中固有的，而是扎根于各国国内法之中并为各国认可和遵守的共同行为准则，离开了国内法实践，国际条约和惯例则是无源之水，无本之木；离开了主权国家的认可和执行，国际公约和国际惯例也将是一纸空文或无的放矢；凡是没有形成国际条约和国际惯例的领域，仍旧是国内法在指导着各国当事人的行动。

四、国际组织决议

许多重要的国际组织如联合国、世界贸易组织、国际货币基金组织、世界银行等的决议和规定，已成为国际经济法的一般原则。例如在国际贸易方面，关税与贸易总协定（世界贸易组织）确定的多边无条件最惠国待遇已成为指导成员间经济贸易活动的基本原则。1962年联合国大会通过的《关于天然资源之永久主权宣言》确认了各国对天然财富与资源的永久主权；提出了以国家安全、公共利益为目的的国有化，征用的合法性以及将有关争端尽量诉诸国内管辖的原则。1971年77国集团通过的《利马宣言和行动纲领》提出了发展中国家有充分参加改革世界贸易和货币制度的磋商和决策等原则。这些原则经1974年联大通过的《建立新的国际经济秩序及行动纲领》和《各

国经济权利和义务宪章》得到进一步确认和具体化。这些决议和主张已成为发展中国家和发达国家之间发展贸易、投资关系的基本准则。因此，国际组织，特别是二战后成立的国际组织的决议成为国际经济法的重要渊源。

第四节 国际经济法的基本原则

一、国家对天然财富与资源的永久主权原则

20世纪60年代民族解放运动的兴起，许多过去在帝国主义殖民主义统治下的殖民地半殖民地取得了独立，建立了新的民族国家，成为联合国大家庭中的平等成员，大大改变了国际力量的对比。新国家认识到只有取得经济上的独立才能稳固和真正实现政治上的独立。因此，改变以西方发达国家为中心的旧的国际经济秩序，建立国家不分大小、贫富，一律平等基础上的国际经济新秩序的呼声日益高涨。1962年12月14日联合国最早提出了关于国家对天然财富和资源的永久主权问题。大会通过的《关于国家对天然资源的永久主权宣言》，集中反映了发展中国家的这一要求：承认天然财富和资源是国家和民族生存的物质基础；承认天然财富和资源的永久主权是民族自决权的一部分；确立了对于各国处置其财富与天然资源之自主权利应予以尊重的基本原则。根据这一原则：

1. 自然资源的勘查、开发、处置应符合各国自行认为在许可、限制或禁止方面应有的规则和条件；

2. 外国资本的输入及收益应受现行内国法与国际法管辖并使受助国对天然财富与资源之主权绝对不受损害；

3. 国有化、征收或征用应以公用事业、安全和国家利益为根据，并依照本国现行法及国际法给予适当补偿；在发生争议时，首先由国内法管辖。

自然资源永久主权原则不但得到发展中国家的拥护，也得到发达国家的赞同，并且在1974年5月1日联合国大会通过的《建立新的国际经济秩序宣言》和《建立新的国际经济秩序的行动纲领》中得到进一步体现。

新秩序宣言提出了建立新国际经济秩序的20项原则，除了强调尊重国家主权平等、领土完整、不干涉内政外，重申每一国家对自己的天然资源和一切经济活动拥有充分的永久主权。为了保卫这些资源，每一国家有权采取适合于自己情况的手段，对资源及其开发实行有效控制，包括实行国有化和把所有权转让给本国国民。任何一国不应遭受经济、政治及其他形式的胁迫，以致不能自由和充分地行使这一不容剥夺的权利。对于遭受外国占领、统治或种族隔离的国家，有权对因其自然资源遭受剥削、消耗和损害要求偿还和充分补偿。国家有权对跨国公司采取有利于国民经济发展的措施进行限制和监督等等。

1974年12月12日联合国大会通过了《各国经济权利和义务宪章》，正式将自然资源的永久主权原则作为国家权利和义务的核心内容。

二、国际合作以谋发展原则

发展中国家的崛起，改变了世界力量对比。第三世界国家不再是附属于发达国家并受其支配的被动力量。1974年5月1日联大通过的《建立新的国际经济秩序宣言》正确地反映了这一力量对比的变化。指出，70年代以来世界的变化说明了世界大家庭的一切成员相互依赖的实际情况，发达国家的利益同发展中国家的利益不能再相互分隔开，发达国家的繁荣是与发展中国家的增长和发展紧密关联的。整个国际大家庭的繁荣取决于它的组成部分的繁荣。

国际经济法中确定国际合作以谋发展原则提出了一个全新的观念。因为按照传统的重商主义观点：自己吃亏，对方肯定占便宜；如果自己占便宜，

对方一定吃亏。国际合作以谋发展原则抛弃了这种狭隘的利己观点，提出在发展方面，国际合作是所有国家都应具有的目标和共同责任。要求国际大家庭的成员通过单独和集体的行动，在技术、资金、资源、贸易等方面相互合作，共同繁荣，反对武力和对抗，从而保证人类世代在和平和正义中稳步加速经济和社会发展。

1974年12月联大通过的《各国经济权利和义务宪章》正式将其作为发展国际经济关系的一个基本原则。

三、公平互利原则

公平互利原则也是1974年12月《各国经济权利和义务宪章》中提出的作为处理各国之间经济关系的指导原则。根据这一原则：

1. 在国际经济合作的各个领域，发达国家应给予发展中国家提供有利的外部条件；

2. 发达国家在向发展中国家提供援助时，不应附加任何有损后者主权的条件；

3. 发达国家向发展中国家施行、改进和扩大普遍的、非互惠的和非歧视的待遇；

4. 在促进发展中国家取得现代科学技术中，要有利于促进发展中国家的技术转让和建立本国技术，并按照适合于发展中国家的经济方式进行。

与平等互利相比，公平意味着把形式上的平等推向实质上的平等。因此，公平互利原则的含义更为科学、合理。

第二章 国际货物买卖法

第一节 国际货物买卖的法律

一、国际货物买卖的国内立法

在资本主义各国，无论是大陆法系还是英美法系的国家，调整货物买卖的法律只有一套，既适用于国内货物买卖也适用于国际货物买卖。作为一种商行为，就买卖货物而订立的合同特指在商人之间订立的货物买卖合同。

在大陆法系，无论是民商分立还是民商合一的国家，买卖法通常是作为民法典的一部分在债篇中加以规定，如瑞士债务法典、意大利民法典、土耳其民法典、泰国民法典等。所不同的是，在民商分立的国家，除了民法典外，还制订单独的商法典，民法的规定适用于商法，商法典作为民法的特别法，针对商行为作出补充规定，例如法国民法典、商法典、日本民法、商法等。

日本民法在第三篇债权第二节契约中就契约的成立、契约的效力、契约的解除作了规定。第三节买卖，对总则、买卖的效力、买回作了规定。商法第三篇商行为，就属于商行为的买卖所涉及的特殊问题作了规定。

在英美法系，没有专门的民法典，除了以法院判例形成的普通原则外，通过颁布单行法规的形式制订了货物买卖法。典型的如英国《1893年货物买卖法》、《美国统一商法典》等。

英国《1893年货物买卖法》是资本主义国家最早的货物买卖法之一。是对英国法院数百年来判例的整理编纂而于1894年2月20日经议会通过施行。以后经过多次修改补充，现行的是1995年1月3日生效的《1979年货物买卖法（1995年修订本）》。该法分为契约的成立、契约的效力、契约的履行、未收货款的卖方对货物的权利、对违约的诉讼、补充共6部分62条，囊括了货物买卖法的大部分领域。至今在英美法系国家的买卖法中具有重大影响。

《美国统一商法典》（Uniform Commercial Code）是世界上最著名的法典之一。是在美国1896年《统一票据法》、《1906年统一买卖法》、《1933年统一信托收据法》等7个成文法的单行法规的基础上，由美国法学会和统一州法委员会制订的。自1952年公布后经过几次修改，目前为多数州采用的是1994年文本。和英国《1893年货物买卖法》不同，《美国统一商法典》不是由美国联邦立法机关——国会通过的，而是由民间组织起草制订，供各州议会自由选用。目前《统一商法典》已得到除路易斯安那州外的49个州议会通过。买卖法是在《统一商法典》的第二篇买卖之中。其内容包括简称、解释原则和适用范围；合同的形式、订立和修改；当事人的一般义务和合同的解释；所有权、债权人和善意购买人；履约、违约、毁约和免责；救济，共计7章104条。凡买卖篇中没有涉及到的问题，则需要适用普通法的一般原则。

我国没有制订专门的商法典，有关货物买卖的法律在《民法通则》中有原则性规定。此外，还制订了单独的《中华人民共和国合同法》。当涉及国际货物买卖时，除了适用《民法通则》的原则外，适用《涉外经济合同法》的有关规定。1988年我国加入了《联合国国际货物买卖合同公约》。作为我国有外贸经营权的公司、企业或其他经济组织在对外签订货物买卖合同时，还可以选择《联合国国际货物买卖合同公约》作为该合同适用的法律。

对于公约的未尽事项，仍要适用我国《民法通则》和《合同法》的有关规定。1992年、1995年和1996年中国对外经济贸易合同条款研究会分别与日本、德国、韩国编制完成了《一般货物销售合同示范条款》（Model Terms of Contracts for Sale of Goods）供双边贸易中两国公司之间货物销售使用。

值得注意的是，在各国的买卖法中，作为买卖的标的是十分广泛的。《法国民法典》规定，交易范围内的物品，除特别法禁止出让者外，均得为买卖的标的。《日本民法》中买卖标的包括动产、不动产、无形权利的交付。就货物买卖而言，英国《1893年货物买卖法》专门给“货物”定义为泛指“劳务和金钱以外的一切动产，在苏格兰则指除金钱以外的一切有形动产。”该名词还包括庄稼、正在制造中的工业产品以及附着于或者已经成为地产一部分而同意加以分离出售的物品。《美国统一商法典》中“货物”的概念与之相类似，指除作为支付手段的金钱、投资证券和诉物权（things in action）以外的所有特定于买卖合同项下的可以移动的物品（包括特别制造的货物）以及尚未出生的动物幼仔、生长中的农作物和有关将与不动产分离之货物以及其他附着于不动产但已特定化的物品。因此，就货物买卖法而言，货物包括现货和期货，泛指一切有形动产。

二、国际货物买卖的国际公约

在国际货物买卖法方面，主要的国际公约有罗马国际统一私法协会编纂的1964年的两个海牙公约以及1980年联合国国际贸易法委员会制订的《国际货物买卖合同公约》。

（一）国际货物买卖统一法公约

1926年国际联盟下属的罗马国际统一私法协会成立时，其第一件工作就是着手研究国际货物买卖方面的法律。1930年开始起草《国际货物买卖统一法公约》草案，1935年初稿完成。从1936年开始草拟《国际货物买卖合同成立统一法公约》。由于第二次世界大战爆发，致使工作中断。战争结束后，于1951年，在有21个国家参加的海牙外交会议上对这两个公约文本进行了讨论和修改。1958年至1963年完成了对这两个公约文本的第二次修改后，于1964年4月25日海牙会议上获得通过。《国际货物买卖统一法公约》（The Uniform Law on International Sale of Goods，简称ULIS）于1972年8月18日起生效。参加或核准国有：比利时、冈比亚、联邦德国、以色列、意大利、荷兰、圣马力诺和英国，共8国。《国际货物买卖合同成立统一法公约》（The Uniform Law on the Formation of Contract for International Sale of Goods，简称ULF）于1972年8月23日生效。参加或核准国为上述除以色列外的7国。

两个海牙公约的核准生效，是国际货物买卖法向法典化方向发展迈出的重要一步，但在理论与实践存在着明显的局限性和不足：

1. 公约采纳的基本上是欧洲大陆法系国家的合同法原则，未考虑普通法系和社会主义国家的合同法原则；
2. 缺乏对发展中国家利益的考虑；
3. 有些条文过于繁琐，有些条文则含义不清。

参加这两个公约的国家为数不多。

（二）联合国国际货物买卖合同公约

为了使公约得到不同法律制度和不同社会、经济制度国家的接受，1966年联合国国际贸易法委员会成立后组织了专门工作组——“国际货物买卖工

工作组”对两个海牙公约进行修改。大卫(David)、施米托夫(Schmitthoff)和巴布斯库(Tudor Popescu)教授组成的指导委员会(Steering Committee)分别代表大陆法系、普通法系和社会主义国家的法律体系,于1974年举行第一次会议开始工作。1977年国际贸易法委员会第十届年会通过了《国际货物买卖合同公约》草案,翌年第十一届年会上通过了《国际货物买卖合同成立公约》草案,并决定两个公约合并为《联合国国际货物买卖合同公约》草案。1980年3月,由62个国家代表参加的维也纳外交会议上正式通过。我国政府代表以观察员身份参加了会议,并提出了补充和修改意见。按照公约第99条的规定,公约在有10个国家批准之日起12个月后生效。自1988年1月1日起,该公约对包括我国在内的11个成员国生效。

其宗旨是:以建立新的国际经济秩序为目标,在平等互利的基础上发展国际贸易,促进各国间的友好关系。

其内容共分四部分101条。第一、四部分规定适用范围和最后条款;第二、三部分规定合同的成立与货物买卖。按其规定,公约适用于:

1. 缔约国中营业地分处不同国家的当事人之间的货物买卖;或
2. 由国际私法规则导致适用某一缔约国法律;

3. 货物买卖。所谓货物,各国法律有不同规定,通常指有形动产,包括尚待生产与制造的货物。公约用排除法,列举了不适用公约的货物买卖:(1)股票、债券、票据、货币和其他投资证券的交易;(2)船舶、飞机、气垫船的买卖;(3)电力的买卖;以及(4)卖方的主要义务在于提供劳务或其他服务的买卖。此外,公约不适用:(5)仅供私人、家人或家庭使用的货物买卖;(6)由拍卖方式进行的销售;(7)根据法律执行令状或其他令状的销售。

4. 就买卖合同而言,公约仅适用合同的订立和买卖双方的权利、义务,而不涉及:(1)合同的效力,或其任何条款的效力或惯例的效力;(2)合同对所有权的影响;(3)货物对人身造成伤亡或损害的产品责任问题。

凡公约未适用的问题,可依照双方业已同意的惯例或依据合同适用的国内法予以解决。

因此,公约还不是一部完整的、全面的关于国际货物买卖的统一法。然而,就其灵活性及获得普遍接受的程度来说,则是任何一部国内法或国际惯例都不能比拟的。公约在合同法领域对各国成文法、判例法以及法理学说、国际商业惯例,作了充分的比较分析,在此基础上提取出被普遍承认的原则和规则,以此来弥补国内法和国际商业惯例的不足。它的目的不是取代或调和各国国内法规则,而是提出一套适合于国际贸易特殊要求的原则和办法供买卖双方选择适用,以实现其序言中提出的“建立国际经济新秩序,减少国际贸易的法律障碍,促进国际贸易发展”的宗旨和目的。在充分考虑各国具有不同社会制度、经济制度和法律制度这一现实以及对发达国家和发展中国家对外贸易中的不同做法给予充分肯定方面,《联合国国际货物买卖合同公约》较之前身——两个海牙公约有了较大的改进。

公约是近半个世纪以来国际贸易统一法运动的产物,反映了统一法运动的发展趋势,对国际贸易产生了巨大影响。

我国在核准加入该公约时,对其第1条(1)款(b)和第11条的规定作了保留。根据我国法律的规定,涉外经济合同需以书面方式订立,其转让、变

更和解除，均需采用书面方式方为有效。根据我国司法实践，合同适用的法律，无论是当事人自由选择法律，还是人民法院按照最密切联系的原则确定的法律，都是指该国现行实体法，而不包括其冲突规范和程序法。自此，以我方为当事人订立的国际货物买卖合同，除当事人之间另有约定，否则公约将自动予以适用。

三、国际货物买卖的国际商业惯例

除了国际公约外，各种民间组织也制订了许多标准规则和共同条件。这些标准规则和共同条件带有很大的随意性，由当事人选择予以适用。例如《1990年国际贸易术语解释通则》，《1932年华沙——牛津规则》，《美国1941年对外贸易定义》，国际商会国际惯例委员会1997年6月出版的国际销售示范合同联合国欧洲经济委员会1965年12月制订的《成套设备和机器出口供应一般条件》等。其中最有影响、并在实践中得到广泛使用的是国际商会编纂的《1990年国际贸易术语解释通则》。该通则是巴黎国际商会以国际贸易中应用最为广泛的国际惯例为基础，于1936年公布的具有国际性的通则的解释，并以此为修改起点，由1953年、1967年、1976年、1980年和1990年公布的通则作为补充和修改而成。其目的在于对国际贸易合同中使用的主要术语，提供一套具有国际性通用的解释，使从事国际商业的人们为这些术语在不同国家有不同解释的情况下，能选用确定而统一的解释。

经1953年修改的《1936年国际贸易术语解释通则》(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, 简称INCOTERMS1953)对9种贸易术语作了解释。这9种贸易术语是工厂交货(Ex works)、铁路交货——火车上交货(指明启运地点)(FOR——FOT...named departure point)、船边交货(指定装运港)(FAS...named port of shipment)、船上交货(指定装运港)(FOB...named port of shipment)、成本加运费(指定目的港)(C&F...named port of destination)、成本加保险费加运费(指定目的港)(CIF...named port of destination)、运费付至...指定目的地(内地运输为限)(Freight Carriage paid to...named point of destination)(Inland Transport Only)、目的港船上交货(指定目的港)(EX Ship...named port of destination)、目的港码头交货(关税已付)(指定港口)(EX Quay Duty paid)(...named port)。

1967年补充本包括两个贸易术语：边境交货(Delivered at Frontier)与完税后交货(Delivered...Duty paid)，1974年并入INCOTERMS。

1976年补充本增加了启运机场交货(FOB airport)。

随着集装箱运输以及多式联运等新运输方式的出现，产生了新的贸易术语。在这种情况下，1980年补充本又增加了两个贸易术语：货交承运人(指定地点)(Free Carrier...named point)及运输、保险费付至...(目的地)(freight or Carriage and Insurance paid to...named point of destination)，并对1953年解释通则中的运费付至...(目的地)(Freight Carriage paid to...named point of destination)作了修改。

由于科学技术的发展，国际贸易领域不断发生新的变化，为了使贸易术语适应电子数据交换系统[Electronic Data Interchange(EDI)]日益频繁应用的需要，以及日益更新的运输技术，如集装箱运输方式的需要，国际商会国际商业惯例委员会在总结了自1980年以来国际贸易中的新经验和新情况后，于1989年11月通过了《国际贸易术语解释通则》新修订本，并于

1990年4月正式公布，称为《1990年国际贸易术语解释通则》即国际商会第460号出版物，该通则于1990年7月1日生效。

《国际销售示范合同》(ICC Model International Contract of Sale)于1997年6月由国际商会国际惯例委员会通过。它是我国自1994年11月正式加入国际商会并于1995年1月1日正式成立国际商会中国国家委员会(ICC China)后所作的一项比较重要的工作。该示范合同以现有的国际货物买卖合同公约和国际商业惯例为基础，对国际货物买卖的主要事项作了统一规定(原材料、机械设备、食品及长期供货合同除外)。示范合同分为A、B部分。A部分为合同的具体条款，如货物名称、价格、交货条件、交货时间、货物检验等由买卖双方协商填写；B部分是合同的一般条款，是一般货物买卖合同共同使用的标准条件。和现有的国际货物买卖合同公约与国际商业惯例相比，示范合同在所有权保留、适用法律、损害赔偿金的计算、争议解决等方面都作了有益的补充和完善，对国际货物买卖合同的进一步统一起着推动作用。

第二节 国际贸易术语

一、概述

所谓贸易术语，是以不同的交货地点为标准，用简短的概念或英文缩写字母表示商品的价格构成以及买卖双方交易中的费用、责任与风险的划分的专门用语。贸易术语是国际贸易惯例的一种，带有很大的随意性，由当事人选择予以适用。常见的有《1990年国际贸易术语解释通则》、《美国1941年对外贸易定义》、《1932年华沙——牛津规则》等。其中最有影响、在国际贸易中得到广泛应用的是国际商会1936年编纂公布的《国际贸易术语解释通则》。该通则经过1953年、1967年、1976年、1980年、1990年修改，目前实行的是《1990年国际贸易术语解释通则》（以下简称《1990年通则》）。

《1990年通则》把13个贸易术语按照卖方承担义务的大小分为E、F、C、D四组：

（一）E组

包括一个贸易术语 EXW [全称 EXWORKS (named place)] 意思是工厂交货（指定地点）。

在该合同中，卖方的责任是：(1)在其所在地（工厂或仓库）把货物交给买方即履行了交货义务；(2)承担交货前的风险和费用。买方的责任是：(1)自备运输工具将货物运至目的地；(2)承担卖方交货后的风险和费用；(3)自费办理出口清关手续等。在这一贸易术语中，卖方的责任最小。适用于各种方式的运输。

（二）F组

包括三个贸易术语：FAS [全称 FREE ALONGSIDE SHIP (named port of shipment)] 意思是船边交货（指定装运港）；FOB [全称 FREE ON BOARD (named port of shipment)] 船上交货（指定装运港）；FCA [全称 FREE CARRIER (named place)] 货交承运人（指定地点）。

在F组贸易术语中，卖方的责任是：(1)在出口承运人所在地（包括港口）将货物交给承运人履行交货义务；(2)除FAS外，自费办理货物的出口清关手续；(3)自费向买方提交与货物有关的单据或相等的电子单证。买方则要：(1)自费办理货物的运输和保险手续并支付费用；(2)自费办理货物的进口和清关手续等。

注意在这三种贸易术语中，风险和费用的划分是不同的：FAS 是以指定装运港买方指定装货地点的指定船边作为界限；FOB 是以装运港货物越过船舷作为界线；而在FCA中则是以货交承运人的时间和地点作为界线。此外，在FAS术语中，买方需要自费办理出口清关手续。FAS、FOB适用于海运和内河航运；FCA可适用于任何运输方式。

（三）C组

包括四个贸易术语：CFR [全称 COST AND FREIGHT (named port of destination)] 成本加运费（指定目的港）；CIF [全称 COST, INSURANCE AND FREIGHT (named port of destination)] 成本、保险费加运费（指定目的港）；CPT [全称 CARRIAGE PAID TO (named place of destination)] 运费付至（指定地点）；CIP [全称 CARRIAGE, INSURANCE PAID TO (named place of destination)] 运费、保险费付至（指定地点）。

在C组贸易术语中，卖方的责任是：(1)自费办理货物的运输手续并交纳

运输费用；在 CIF 和 CIP 术语中，还要自费办理投保手续并交纳保险费用；(2)除运费、保险费外，在 CFR 和 CIF 术语中，承担货物在装运港越过船舷以前的风险和费用；在 CPT 和 CIP 术语中，承担货交承运人以前的风险和费用；(3)自费办理货物出口及结关手续；(4)向买方提交与货物有关的单据或相等的电子单证。买方的责任是：(1)在 CFR 和 CPT 术语中自费投保并支付保险费用；(2)在 CFR 和 CIF 术语中，承担货物在装运港越过船舷以后的风险和费用；(3)在 CPT 和 CIP 术语中，承担货交承运人以后的风险和费用；(4)自费办理货物进口的结关手续。

C 组中，CFR 和 CIF 术语适用于海上或内河运输；CPT 和 CIP 适用于任何方式的运输。

(四) D 组

包括 5 个贸易术语。DAF [全称 DELIVERED AT FRONTIER (named place)] 边境交货 (指定地点) ；DES [全称 DELIVERED EXSHIP (named port of destination)] 目的港船上交货 (指定目的港) ；DEQ [全称 DELIVERED EX QUAY (DUTYPAID) (named port of destination)] 目的港码头交货 (关税已付) (指定目的港) ；DDU [全称 DELIVERED DUTY UNPAID (named place of destination)] 未完税交货 (指定目的地) ；DDP [全称 DELIVERED DUTY PAID (named place of destination)] 完税后交货 (指定目的地) 。

在 D 组术语中，卖方的责任是：(1)将货物运至约定的地点或目的地交货；(2)承担货物运至目的地前的风险和费用；(3)在 DEQ 和 DDP 术语中，自费办理货物的出、进口结关手续并交纳出、进口关税及其他税、费。买方责任是：(1)承担货物在目的地交付后的一切风险和费用；(2)在 DAF、DES 和 DDU 贸易术语中自费办理货物进口结关手续。

DES 和 DEQ 主要用于海上和内河航运；DAF 可用于任何方式运输，但主要是公路和铁路运输；DDU 和 DDP 可用于任何方式的运输。

值得注意的是，在 DDP 术语中，卖方承担的责任最大。当卖方不能直接或间接取得进口许可证时，则不应选用 DEQ 和 DDP 术语。在 DAF 边境交货术语中，边境的概念既可指出口国边境，也可指进口国边境，因此，在选用该术语时，准确地写明所指边境是十分重要的。

按照交货方式的不同，习惯上，人们把 EXW、FAS 和 D 组术语又称作实际订货，而 FOB、FCA 和 C 组各术语称为象征性订货。

贸易术语的标准化、规范化，简化了交易程序，节约了交易时间和费用，减少了贸易中的纠纷，对促进国际贸易的顺利发展起了很大作用。

二、常见的三种国际贸易术语

根据《1990 年通则》的规定，主要介绍在国际贸易中常用的 3 种国际贸易术语：FOB、CIF、CFR。

(一) FOB 术语

是 FREE ON BOARD (named port of shipment) 的英文缩略语，意思是船上交货 (指定装运港) 。是海上运输最早出现的国际贸易术语，也是目前国际贸易中普遍应用的贸易术语之一。按照国际商会《1990 年通则》的规定，将 FOB 合同中买卖双方的责任、风险和费用概括如下：

卖方必须：

- (1)提供符合合同规定的货物、单证或相等的电子单证；
- (2)自负费用及风险办理出口许可证及其他货物出口手续，交纳出口捐、

税、费；

(3)按照约定的时间、地点，依照港口惯例将货物装上买方指定的船舶并
给予买方以充分的通知；

(4)承担在装运港货物越过船舷以前的风险和费用。

买方必须：

(1)支付货款并接受卖方提供的交货凭证或相等的电子单证；

(2)自负费用及风险取得进口许可证，办理进口手续，交纳进口的各种
捐、税、费；

(3)自费租船并将船名、装船地点、时间给予卖方以充分的通知；

(4)承担在装运港货物越过船舷以后的风险和费用。

使用 FOB 术语应注意以下问题：

(1)通知问题。FOB 术语中涉及两个充分通知：一个是买方租船后，应将
船名、装货时间、地点给予卖方以充分通知；另一个是卖方在货物装船后要
给买方以充分通知。在第一种情况下，如买方未给予充分通知，指定的船舶
未按时到达或未能按时受载货物，或比规定的时间提前停止装货，由此产生
的货物灭失或损失应由买方承担。在第二种情况下，由于货物风险是在越过
船舷时由卖方转移给买方，因此卖方在货物装船时必须通知买方，以便买方
投保，否则由此造成买方受到的损失，卖方应当负责。

(2)注意各国对 FOB 的不同解释。典型的是美国 1941 年修订的《对外贸
易定义》，该定义把 FOB 术语分为六种，其中只有 FOBVESSEL (named port of
shipment) 装运港船上交货与国际商会规定的 FOB 术语含义相类似。所以在
对美贸易中，如用 FOB 术语成交，则注明是采用国际商会制订的《国际贸
易术语解释通则》或是适用美国全国对外贸易协会的《对外贸易定义》1941
年修订本，如采用后者，则需要在 FOB 后面加上“VESSEL”（船舶）字样，
以免引起误解。

(二) CIF 术语

是 COST, INSURANCE AND FREIGHT (named port of destina-tion) 的
英文缩略语，意思是成本、保险费加运费（指定目的港）。CIF 术语是国际
贸易中最通用的术语。根据《1990 年通则》，买卖双方的责任、风险和费用
如下：

卖方必须：

(1)提供符合合同规定的货物、单证或相等的电子单证；

(2)自负风险和费用办理出口许可证及其他货物出口手续，交纳出口捐、
税、费；

(3)自费订立运输合同并将货物按惯常航线运至目的港，并支付运费；

(4)自费投保，交纳保险费；

(5)承担在装运港货物越过船舷以前的风险和费用。

买方则必须：

(1)支付货款并接受卖方提供的交货凭证或相等的电子单证；

(2)自负风险和费用取得进口许可证，办理进口手续，交纳进口的捐、税、
费；

(3)承担在装运港货物越过船舷以后的风险和费用。

使用 CIF 术语应注意以下问题：

(1)在 CIF 术语中替买方投保并支付保险费是卖方的一项义务，当双方未

就保险条款和投保别加以约定时，贸易术语要求卖方按照伦敦保险业协会货物保险条款只负责投保海上运输的最低险别；

(2) 缩略语后的港口名称是目的港名称，指明运费和保险费的计算是从装运港至目的港全程的运输费和保险费，而不是指卖方的交货地点。与 FOB 术语一样，在 CIF 术语中，卖方的交货义务是在装运港将货物交到船上完成的。

(三) CFR 术语

是 COST AND FREIGHT (named port of destination) 的英文缩略语，意思是成本加运费（指定目的港）。CFR 术语和 CIF 术语的不同之处仅在于价格构成。在按 CFR 术语成交时，价格构成中不包括保险费。也就是说，买方要自费投保并支付保险费用。其余关于交货地点、买卖双方的责任、费用均与 CIF 术语相同。

使用 CFR 术语应注意的问题是：

装船通知。在 CFR 合同中，买方要自行投保，因此和 FOB 合同的情况一样，卖方要给买方货物装船的充分通知，否则，由此造成买方漏保货运险引起的损失应由卖方负责。

我国外贸业务中，习惯把 FOB 称为离岸价格，把 CIF 称为到岸价格，仅从价格构成的角度而言，这种称呼是无可非议的，但是法律上则是错误的。因为 CIF 到岸价格不能代表 CIF 这种贸易术语所包含的全部法律内容。

第三节 国际货物买卖合同

一、国际货物买卖合同的成立

国际货物买卖合同是指营业地分处不同国家的当事人之间订立的货物买卖合同。

国际货物买卖合同是合同的一种，因此，适用合同法的一般原则，即合同成立需要满足以下条件：(1)当事人具备法定行为能力；(2)买卖双方意思表示一致；(3)合同内容合法；(4)具备法定形式。由于各国政治、经济、法律制度差异很大，在诸如当事人的行为能力、合同合法性问题上很难达成一致协议，因此，《国际货物买卖合同公约》只就双方意思表示一致、合同形式等一些涉及立法技术上的问题作出了划一的规定，余下的问题则由合同适用的国内法解决。

(一) 国际货物买卖合同的当事人

国际货物买卖合同和国内货物买卖合同的区别在于前者具有国际性，或称“涉外因素”。何谓国际性，可以用很多标准来划分，如以当事人的国籍为标准；以当事人的营业所在地为标准；以行为地为标准；以货物是否跨越国境为标准等等。《联合国国际货物买卖合同公约》采用了以当事人营业地为标准，规定《国际货物买卖合同公约》适用于“营业地分处不同国家当事人之间订立的货物买卖合同”，当事人的国籍不予考虑。

根据公约的规定，适用公约的国际货物买卖合同除了当事人的营业地必须分处不同国家外，还必须满足以下条件：

1. 双方当事人的营业地分处公约的成员国之内。如果只有一方在公约国内，或双方均不在公约国领土内，则公约不予适用。除非双方选择适用公约的规定。

2. 或者，由国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。例如甲、乙双方均非处于缔约国内，双方订立的货物买卖合同不适用公约的规定。例如合同适用甲方国家的法律而根据甲国冲突规范的指引适用了作为公约成员国丙国的法律，则公约适用甲、乙双方订立的货物买卖合同。公约的该项规定目的在于扩大其适用范围。对此，我国在核准公约时作了保留。根据我国司法实践，合同适用的法律指该国的实体法而不包括冲突规范，以此保证适用法律上的确定性。

所谓营业所在地通常是指一方具有的永久性的从事商业交易的场所。不包括临时性的或为某一特定交易进行谈判或洽商的地点，如办事处等。如果当事人是跨国公司，在世界各地有一个或一个以上的营业地，则以与该买卖合同以及合同的履行关系最密切的营业地为其营业地；没有营业地，则以当事人的惯常居所为其营业地。

值得注意的是，根据1994年7月1日实施的《中华人民共和国对外贸易法》的规定，个人不能签订国际货物买卖合同。此外，不是所有的中国法人和经济组织都有对外签署国际货物买卖合同的能力。只有经过国家的有关机构批准，授予其外贸经营权的特定企业法人或经济组织才能从事外贸活动，才能与外商签订国际货物买卖合同。凡未经法律授予外贸经营权的公司和企业一律不能从事外贸活动，其出口或从国外进口所需物品均应通过有外贸经营权的公司和企业代为进行。

(二) 要约与承诺 (offer and acceptance)

合同是当事人双方意思表示一致的结果，如何判断双方意思是否达成一致，实践中，通常的做法是，当买卖双方就合同条款举行面对面谈判，或由一方提出标准合同文本，双方进行磋商讨论，最后达成一致意见，签订书面协议，这时意味着双方意思表示一致，双方签字的日期和地点就是合同成立的时间和地点。以电话或电传等直接对话方式订立合同，是否达成一致协议，也容易判断，通常以要约方听到对方表示承诺的回答或收到电传的时间和地点作为合同成立的时间和地点。

当买卖双方通过信件或电报隔地订立合同时，由于各国国内法对要约与承诺有不同规定，双方是否达成一致协议以及在何时何地达成一致协议，则比较难于判断。为了说明问题方便，法律将其分解成要约和承诺两部分。

1. 要约。要约是向一个或一个以上特定的人提出的订立合同的建议。一项有效的要约必须具备以下条件：(1)是向一个或一个以上特定的人发出。而为了邀请对方向自己订货而发出的商品目录单、报价单以及一般的商业广告，因为不是向一个或一个以上特定的人发出，因此，不是要约，而是要约邀请。(2)内容必须十分明确、肯定，一经对方接受，合同即告成立。所谓明确，即需要写明货物并明示或默示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格。如果要约中伴随有要约人的保留条件，也不能算有效的要约，只能算要约邀请，因为即使对方表示了承诺，合同仍然不能成立。(3)要约要送达受要约人。这一点是不言而喻的。因为要约未送达受要约人，或要约不是送达受要约人的，受要约人不知要约的内容，当然无法表示承诺，即使从其他途径得知要约内容，其发出的承诺也是无效的。

2. 要约的撤回与撤销。根据要约理论，要约在送达受要约人时生效。要约在生效前的收回称为撤回；要约生效后的收回称为撤销。各国法律都承认，要约发出以后，只要尚未送达于受要约人，要约人可以随时使用更为快捷的方法将其追回。但在要约送达受要约人后，是否可撤销或变更其内容，大陆法系和英美法系则适用不同的原则。公约规定，在未订合同之前，只要撤销通知于受要约人发出承诺通知之前送达受要约人，要约可以撤销；然而在合同成立前，写明或以其他方式表示要约是不可撤销的，则不能撤销；受要约人有理由信赖要约是不可撤销的，并本着这种信赖行事，则要约也不能撤销。

3. 承诺。承诺是受要约人对要约表示无条件接受的意思表示。一项有效的承诺必须满足以下条件：(1)承诺要由受要约人做出才生效力。非受要约人在得知要约的内容后作出承诺不能构成一项有效的承诺。(2)与要约的条件保持一致。按照传统的普通法理论，承诺应像镜子一样反射要约的条件。为了适应现代商业发展的需要，公约第19条第2款规定，承诺只要不在实质上变更要约的条件，而且要约人在合理的时间内未发出表示异议的通知，则仍可构成有效的承诺，其合同条件以通知内更改的为准。按照公约的规定，所谓实质上变更是指对有关货物的价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、赔偿责任范围或解决争议等的添加或不同条件。(3)承诺应在要约有效的时间内作出。对于规定了有效期限的要约，应在规定的期限内作出承诺，未规定有效期限的要约，应在合理的期限内作出承诺。逾期作出的承诺，原则上无效，但如果考虑到交易的情况或要约人毫不迟疑地发出通知表示接受，则仍具有承诺的效力。(4)承诺必须通知要约人才生效力。通常，承诺的传递应采取要约规定的方式；在未作出规定时，应采取与要约传递相同的方式或较之更为快捷的方式。

各国在实践中，就承诺生效时间形成三种原则：其一，投邮生效原则。这是英美普通法国家采用的原则。即由信件、电报表示的承诺，一经投邮，立即生效。合同即于此时宣告成立。不管要约人实际收到信函与否。其二，到达生效。此为德国等大陆法系国家所采用。即表示承诺的信函或电报，要送达要约人才能生效，不管要约人是否知晓其内容。如果信函、电报在传递途中丢失，则无合同存在。其三，了解生效原则。意大利、比利时的法律要求以信函或电报表示的承诺，不但应送达要约人，而且应该使要约人了解其内容，承诺才生效力。在理论上，这一原则最符合“合同是双方意思表示一致”的含义。但在实践中，则很难掌握和判断要约人是否了解承诺的内容。

目前，在国际货物买卖领域，各国在承诺生效时间上的分歧已通过公约得到解决。公约采纳了到达生效原则，第 18 条第 2 款规定，要约的承诺于表示同意的通知送达于要约人时生效。所谓送达，是指送交要约人的营业地、通讯地址或惯常居所。按照同样的原则，撤回承诺的通知也于承诺送达要约人之前或同时生效。

我国外贸实践中的做法与《公约》的规定一致。但根据我国《合同法》的规定，通过函件、电报、电传达成的协议，如一方要求签订确认书时，则合同不是在收到承诺的函件、电报、电传时成立，而是在确认书经双方签字后才能成立。

4. 沉默。根据普通法要约理论，要约的拘束力只及于要约人而不及于受要约人。对要约，受要约人可自由地表示承诺或拒绝。在后一种情况下，也没有将拒绝通知要约人的义务。因此，如果受要约人不在某个时间或以某种方式表示拒绝，不能认为合同已经成立。可见，沉默一般不构成承诺。但是在下列情况下除外，《公约》第 18 条(1)、(3)款规定，根据要约的规定以及当事人之间确立的习惯做法或惯例，受要约人可以做出某种行为，诸如发货或支付价金等表示同意。然而，其行为必须在规定的期限内实施。如未规定时间，则应在合理的时间内作出。

(三) 合同的形式

《联合国国际货物买卖合同公约》第 11 条、第 12 条规定，买卖合同，包括其更改或终止、要约或承诺、或者其他意思表示，无需以书面订立或书面证明。在形式上也不受其他条件的限制，可以用包括证人在内的任何方法证明。

这和资本主义国家的做法是一致的。在资本主义国家，对于一般的货物买卖合同，法律并不规定应当采取的形式。当事人可以用口头、书面或行为三种方式订立合同。例如《美国统一商法典》第 201 条规定，价金为 500 美元或 500 美元以上的货物买卖合同，必须以书面方式作成并有双方当事人签字才生效力。但在下列情况下，无书面形式，合同仍属有效：货物是专为买方订造，且在买方拒绝的通知到达前已实际开始制造；否认合同效力的一方在法院答辩或作证时，承认双方之间存在买卖合同；价金已付或买方已收到货物。没有书面形式的合同仍旧有效，只是不能由法院强制执行。

考虑到某些发展中国家和社会主义国家合同法的规定，公约允许成员国在加入或核准公约时对第 11 条及其有关规定作出保留。我国要求涉外经济合同的所有条款都必须是书面的。书面包括电报和电传。尽管这些条款不必载入同一份合同文件中，合同的附件是合同的组成部分，因此，也必须具有书面形式。

在现代各国合同法制度中，合同的书面形式具有以下作用：

1. 使合同具有确定性、公开性和告诫性。它使合同内容、生效时间更加准确，双方权利义务更为明确；鼓励当事人在承担义务前，就自己承担的权利义务内容及后果进行反思。保证合同的公开性不但有利于法律保护弱者，并使第三者知道合同权利的存在，而且有利于保证国家的合同管理机关和税务机关等对合同进行管理。

2. 是确定合同效力的实质条件。在一些买卖合同中，为了保证卖方向买方提供各种情报以便买方确切地了解其所购买的商品，现代各种法律体系都规定了详细的书面形式要求。例如在食品、药品、化学肥料的买卖中，要求厂家必须提供有关化学成份、出厂日期、效力、用法等的详细情况的说明书，并对违反法律规定者规定了严厉的刑事责任。在社会主义国家，由于实行计划和商品经济的联合体制，因此，更加强调和重视合同书面形式的社会保护功能，没有书面形式的合同，一般是无效的。

3. 证据作用。在当事人不能用口头证明合同的存在及内容的情况下，合同的书面形式是合同可以强制执行的依据。

二、有关 EDI 的法律问题

EDI 产生于 60 年代末的欧、美。经过 20 多年的发展，EDI 在欧美的大公司中的使用已非常普遍。在国际贸易中，1990 年国际商会修订的《国际贸易术语解释通则》中已允许买卖双方用“相等的电子单证”（its equivalent electronic message）取代提交纸单证。因此用电子单证代替传统的纸单证已成为国际贸易的发展趋势，由电子单证带来的一系列法律问题也就成了法学研究中的一个新课题。

（一）EDI 概念

EDI 是 Electronic Data Interchange 的英文缩写，翻译为电子数据交换，指当事人依照法律和协议用电子计算机对约定的信息和数据标准化、格式化，通过计算机网络进行交换和处理。1996 年联合国国际贸易法委员会第二十九届会议通过的《贸易法委员会电子商业示范法》给 EDI 定义为“按照商定的标准将信息结构化并在计算机之间进行电子传递。”

使用 EDI 处理商业单据，在准确、高效等方面其优势是显而易见的，具体表现在：

1. 提高交易速度：EDI 的使用使一项商业文件的传递在几秒钟之内即可实现。过去需要几天才能完成的清关手续，现在只要十几分钟即可完成，比人工速度提高 81%，且无需人工干预全部自动处理。

2. 降低成本：EDI 的使用可降低文件成本 44%，降低文件人工处理成本 38%。

3. 减少失误：减少因人工制单错误或遗漏造成的损失达 40%左右，竞争力提高 38%左右。

4. 提高安全性和保密程度。

（二）EDI 标准的国际化

EDI 的全球使用，除有赖于计算机技术的发展外还有赖于商业文件和行政事务处理数据的标准化、格式化、结构化，贸易数据交换的双方要采用统一的标准，才能使计算机能够加以识别和处理，才能实现信息的交换。目前国际上通用的标准主要有两个：一个是 1985 年由联合国欧洲经济委员会和国际标准化组织共同开发的《行政、商业和运输电子数据交换规则》（Electronic

Data Interchange for Administration, Commerce and Transport) 简称 (UN/EDIFACT), 1986 年正式作为国际 EDI 的通用标准公布。另一个是美国标准化协会制订的 ANSI-x12(America National Standard Institute, x12), 1992 年在其第 4 版标准制订后已不再继续发展, 逐步向 EDIFACT 靠拢, 并最终被后者取而代之。

我国自 1990 年开始从事 EDI 的研究、启用和推广工作并采用了国际通用的 UN/EDIFACT 标准, 1991 年成立了中国 EDIFACT 委员会, 在促进 EDI 发展的同时, 推动了其国际标准化工作, 推动了计算机应用以及电子通讯网络的建立和发展。

可以说 EDIFACT 是目前国际 EDI 应用的主要标准, 它兼有欧洲标准和美国标准的灵活性和有效性, 其广泛的应用性使其在全世界得到推广。

UN/EDIFACT 由一系列涉及电子数据交换的标准、指南和规则, 目录及标准报文组成, 主要分以下两类:

1. 指南和规则: 包括 EDIFACT 应用级语法规则 (ISO9735), EDIFACT 语法规则实施指南; EDIFACT 报文设计规则和指南。

2. 目录: EDIFACT 数据之(Data Element)目录; 复合数据之目录; EDIFACT 数据段(Segment)目录; EDIFACT 代码表(Codes)和 EDIFACT 标准报文目录(message)。

掌握这些国际标准, 对实施 EDI 十分重要。

(三) 增值网络

在 EDI 通讯手段中, 贸易双方大多要通过第三方网络提供中介服务, 由于这种网络系统不但传递信息, 还提供海关通关、商品检验、签证及原产地证、银行开证、运输、保险等增值服务, 所以也被称为增值网络(Value Added Network, 简称 VAN)。在采用 EDI 的交易中, 除了 EDI 标准的国际化外, VAN 的服务是不可缺少的。其主要作用在于:

(1) 为 EDI 用户提供电子邮箱及开启邮箱的专用密码。

(2) 向用户报告信息是否被接收及存在问题。

(3) 对用户传递的信息进行加密和证实。

(4) 根据用户要求, 将电子单证转换成纸单证, 或将用户提供的不规范的信息翻译成国际通用的标准进行 EDI 通讯。其责任主要体现在以下几方面:

(1) 计算机网络系统的技术和管理责任。

(2) 网络系统对信息传递的保证。

(3) 对计算机网络系统中雇员欺诈与失误的责任承担。

(4) 对第三方责任的承担。

1992 年 2 月在哥伦比亚卡塔赫那召开了联合国贸易与发展会议第 8 届大会, 171 个成员国出席并通过了“卡塔赫那承诺”(The Cartagena Commitment), 责成贸发会实施全球贸易网点的任务, 即全球贸易效率计划(Trade Efficiency Initiative), 其中一项任务就是在全世界有关地区建立贸易网络, 并将其联结成平行于 Internet 的全球贸易网络(GTPNet), 制订全球贸易效率宣言, 作为全球贸易原则。目前这个网络系统已在全世界拥有 137 个贸易网点, 分布在包括我国在内的 106 个国家和地区, 1994 年 9 月 1 日我国成立了第一个贸易网点即联合国贸易网点上海中心, 为我国对外贸易走上世界发挥着积极作用。

(四) 有关 EDI 的法律问题

电子数据交换系统在国际贸易中的普遍应用，给传统的贸易法律规定提出了新的问题，特别是在合同法和证据法领域。例如，在合同订立的问题上，关于要约与承诺的问题；合同成立时间与地点的确认问题；合同的书面形式；合同生效所必需的双方当事人签字、盖章问题等，在证据法方面，采用电子数据交换系统成立的合同，在仲裁或讨论中，能否作为证据使用，特别是对于英美法系来说，是对其传统证据法原则提出的挑战，按照证据法的分类，由计算机传送的信息形成的证据属于派生证据 (Secondary Evidence)，即证据产生于信息传输的中间环节而非在事实的直接作用下形成 [又称传闻律 (hear-say-rule)]，禁止使用派生信息认定事实，这一规则是英美传统证据法的基石之一。在英美法中妨碍计算机信息作为证据的第二个障碍在于“最优证据规则” (best evidence rule)。根据这一规则，向法规提供的证据应为书证原件。所谓原件，指原始的和在制作方法上保证具有同一性的同时制作的一份一份的文书。按照这一定义，由计算机传送的单证可用打印机打出，因此可视同为书证原件，然而在以计算机所读形式存储的信息数据，由于易于修正而不留痕迹，致使法庭难以作为证据接受。

此外，如单证的转让问题，由计算机网络提供中介服务中出现的网络责任问题等，都是 EDI 立法中碰到的棘手问题。

归纳起来，目前解决上述法律问题的途径有三条：

1. 国内立法：这是最直接而有效的方法，随着计算机技术的广泛应用，不少国家颁布了有关 EDI 的法律，如澳大利亚颁布了《计算机和证据法》，加拿大的《加拿大电子数据交换理事会协议》，美国的《美国律师协会协议》等。

2. 通讯协议。由于 EDI 所面临的法律问题毕竟是一个复杂的涉及多方面因素的问题，许多国家尚无此方面立法或面临对现有不适应 EDI 交易的现行立法进行修改和补充的问题。即使颁布了法律，也难于完整系统地解决适用于 EDI 交易中面临的诸多复杂情况的出现，因此，由 EDI 用户之间通过订立通讯协议来解决弥补立法的空白，确定 EDI 用户应遵守的行动守则和通讯标准，成了进行 EDI 的不可缺少的条件。

3. 国际立法。和一般的国内贸易不同，国际贸易中 EDI 的应用，是信息在国际间的传送，由此产生的法律障碍最终只能靠国际统一立法，国际公约和国际惯例来解决，目前已经生效的有：

(1) 1987 年 9 月 22 日国际商会执行理事会第 51 届会议通过的《数据电文交换的统一行为守则》 (Uniform Rules of Conduct for the Interchange of Data Teletransmission)，主要是确立一个通讯协议的标准化格式，但由于不同用户之间的要求不同，因此通讯协议中许多细节和形式问题要形成统一标准格式的构想难以实现。

(2) 1989 年 11 月国际商会国际商业惯例委员会通过的《国际贸易术语解释通则》修订本。该通则于 1990 年 7 月 1 日生效。在此通则中明确规定，将 EDI 方式订立的合同视同具有书面形式的合同而为交易双方所接受。

(3) 1993 年国际商会修订的 1994 年 1 月 1 日生效的《跟单信用证统一惯例》 (500 号出版物) 为了适应电脑制单的要求，《500 号》第一次明确规定商业发票无需签署 [第 37 条 (a) (iii)]。此外，对于提供原件的要求，第 20 条 b 款规定，除信用证另有规定，银行将对用电脑方式处理或表面上看

是以此种方式处理的单据，作为正本（origin 原件）来接受。对于需要签字（sign）的原件，该条规定，此种单据可以用手签（handwriting）复制签字（Facsimile signature）、针孔穿签（perforated signature）、印章（stamp）、符号（symbol）或其他机械的、电子的方法来签发证实。除非信用证另有规定，信用证要求单据经证实、生效、合法化、签证、证明或类似要求时，单据上任何签字、符号、印章或标签，只要在表面上看已满足这些要求，均可被接受（该条 d 款）。以上这些规定对消除 EDI 的法律障碍起到了积极作用。

(4)1990 年 6 月 29 日国际海事委员会第 34 届大会上通过的《国际海事委员会电子提单规则》共 11 条比较全面地就电子提单所涉及的法律问题作出了明确的规定。

(5)1996 年联合国国际贸易法委员会第 29 届会议通过的《贸易法委员会电子商业示范法》，是一部真正全面适用于在商业活动方面使用的以一项数据电文为形式的任何种类的信息传送的 EDI 的统一法。该法共 17 条，就数据电文的法律承认、书面、签字、原件、数据电文的证据力、留存、合同的订立和有效性，当事各方对数据电文的承认、数据电文的归属、收讫的确认、收、发数据电文的时间和地点以及货物运输和运输单据等方面所涉及的问题都作了明确的规定。该示范法的生效，成为 EDI 的国际统一立法的奠基石。

三、买卖双方的权利义务

（一）卖方义务

根据《联合国国际货物买卖合同公约》第 30 条、第 35 条规定，卖方的义务主要有两项：

1. 按照合同和公约的规定提交货物和单据以转移货物所有权的义务。提交货物和单据是卖方的一项主要义务之一。包括卖方应在合同指定的时间和地点移交货物和单据；如果合同中对交货时间、地点未作规定，则应按公约的规定办理。即

(1)交货地点。按照公约的规定，卖方没有义务在任何其他地点交付货物，而是在自己的营业地向买方提交货物。但是，如果在订立合同时，双方都知道货物不在卖方的营业地，而是在某一特定地点，则交货地点即是该货物存放或生产制造的特定地点。当卖方的交货义务涉及运输时，则卖方只要把货物交给第一承运人就算履行了交货义务。此外，由于国际货物买卖已趋于实现统一化、标准化、规范化，因此，进出口商通过选择不同的贸易术语即可确定交货地点，例如 FOB 的交货地点是在装运港，FCA 的交货地点是承运人所在地，EXW 的交货地点是货源所在地，DDU 的交货地点是进口国指定地点等等。

(2)交货时间。在一般情况下卖方应在合同中双方约定的时间（确定的日期或期间）提交货物。如果合同中没有约定，则根据公约的规定，即卖方应在订立合同后的一段合理时间内交货。所谓合理时间，按照一般的国际实践，是作为事实由法院根据货物的性质及合同的其他规定决定的。如果卖方在规定日期前交付货物，则买方有收取货物或拒绝收取货物的选择权。

(3)书证的交付。在国际货物买卖中，存在着两种交货方式：一种是实际交货，即卖方亲自把货物连同代表货物所有权的单据一起交到买方手中，完成货物所有权与占有权的同时转移；另一种方式是象征性交货，即卖方只把代表货物所有权的证书（提单、发票等）交到买方手中，完成货物所有权的转移即为完成交货义务。

在实际交货时，交货义务是在指定的时间、地点把货物提交到买方控制之下完成的；在象征性交货中，则是卖方把代表货物所有权的单据交给买方，此时交单的时间和地点即为履行交货义务的时间和地点。因此，在国际货物买卖合同中，交付单据是卖方的一项十分重要的义务。根据公约的规定，卖方交付单据的义务具体包括：卖方应保证单据的完整和符合合同及公约的规定。所谓完整，是指卖方应提交一切与货物有关的单据使之足以作为买方正当获得所有权及占有货物的保证。这些单据通常包括：提单、保险单、发票、商检证、领事签证、原产地证书等等。此外，卖方应在合同约定的时间、地点交付单据。根据公约的规定，如果卖方在规定日期前提交了单据，如单据中有与合同不符之处，卖方有权予以修改，但对由此给买方造成的损失要承担赔偿责任。

2. 卖方的担保义务。根据公约的规定，卖方除了承担交货义务外，还应承担的第二个义务是保证提交的货物在各方面符合合同的规定，包括卖方对所交货物的质量保证和所有权保证。

(1) 质量担保。质量担保又称瑕疵担保，指卖方对其所售货物的质量、特性或适用性承担的责任。《联合国国际货物买卖合同公约》规定，卖方提交的货物除了应符合合同的规定外，还应符合公约的如下要求：a. 货物适用于同一规格货物通常使用的目的；b. 货物适用在订立合同时买方明示或默示通知卖方的特定目的；c. 在凭样品或说明书的买卖中，货物要与样品和说明书相符；d. 卖方应按照同类货物通用的方式装箱或包装，如果没有通用的方式，则用足以保全和保护货物的方式装箱或包装。否则，卖方则要承担交货不符合合同的责任。根据各国法律与实践，如果因货物的质量问题导致人身伤亡和财产损失，当事人还要依法承担产品责任。

产品责任问题不在公约的调整范围之内。公约第5条规定，本公约不适用于卖方对于货物对任何人所造成的死亡或伤害的责任。目前，国际上尚不存在统一的关于产品责任的国际公约，这样，由货物瑕疵导致的产品责任问题只能依据各国的国内法的相应规定解决。

(2) 所有权担保。所有权担保又称追夺担保，是指卖方所提交的货物必须是第三者不能提出任何权利要求的货物。卖方在订立合同时应保证其所售货物的所有权不因存在买方所不知的瑕疵而被追夺。

根据《联合国国际货物买卖合同公约》的规定，其含义有三：a. 卖方应向买方担保他确实有权出售该货物。假如卖方将偷窃的东西卖给买方，则违反他对货物的所有权担保义务；b. 卖方应担保货物上不存在在订立合同时不为买方所知的他人的权利，如抵押权、留置权等；c. 卖方应向买方担保第三者对其提交的货物不得以侵权或其他类似理由提出合法要求。例如卖方出售的货物及其使用不得侵犯第三者的专利权、商标权等。

当第三者根据工业产权或知识产权提出要求时，根据公约的规定，需具备两个条件：a. 第三者的权利是依据合同预期的货物将要销往或使用的目的地国家或地区的法律取得的。在这种情况下，如果卖方知道或不可能不知道第三者的权利存在，则要承担责任；b. 第三者的权利是依据买方营业地所在国家的法律取得的。在这种情况下，不管货物销往哪个国家，也不管卖方是否知晓，卖方均要为侵犯第三者依据买方营业所在地国家的法律取得的工业产权或知识产权承担责任。

根据公约的规定，卖方的所有权担保责任在下列情况下可以免除：a. 买

方同意在有第三方权利或要求的条件下接受货物；b. 买方在订立合同时知道或者不可能不知道第三者的知识产权主张和要求；c. 上述权利和要求的发生是由于卖方要按照买方提供的技术图样、图案、程序或其他规格；d. 在卖方不知晓的情况下，货物被销往目的地以外的国家；e. 当买方收到第三者的权利要求时，要及时通知卖方，如怠于通知，则免除卖方的所有权担保义务。

（二）买方义务

根据公约的规定，买方有支付价金与接受商品的义务。

1. 支付价金的义务。公约第 35 条规定，买方应根据合同和公约的规定履行支付价金的义务，包括根据合同或任何法律和规章规定的步骤和手续，在约定的时间和地点支付货款。按照一般的国际实践，付款应履行的步骤和手续，包括买方向银行申请信用证或银行付款保函，向政府主管部门申请进口许可证及所需外汇等等，这些手续是买方付款的前提和保证。根据公约规定，完成这些步骤和手续都是买方的义务，不履行这些义务，则构成买方违反付款义务。付款时间和地点是由双方在合同中约定的，如合同中未作约定，则依据公约的规定：在卖方的营业地，或在凭移交货物或凭单据付款时，则是提交货物或单据的时间和地点。公约也把买方的付款义务与检验货物的权利联系在一起，规定买方在未有机会检验货物前，可以拒绝付款，但这一程序不得与双方议定的交货或支付程序相抵触。

2. 收取货物。根据公约规定，买方收取货物的义务包括两方面：采取一切理应采取的行动以期卖方能提交货物以及接收货物。

何谓一切理应采取的行动，公约未作明确规定，在实践中这些行动是由买卖双方在其合同中约定的。以 FOB 合同为例，为了使卖方如期交付货物，买方应自费租船，并将船名、泊地、装船日期通知卖方，这样才能保证卖方及时装货。实际上凡国际货物买卖合同的顺利履行，均需买卖双方的相互配合与合作。如果买方不予配合或配合失当，则构成违反收取货物的义务。在国际货物买卖中“接收”与“接受”是两个概念，“接受”指买方认为货物在品质、数量等各方面均符合合同要求。货到目的地，经检验后，即使货物不符合合同规定，买方也应接收货物，并向卖方及时提出索赔，如将货物弃之码头或露天任其遭风吹雨打，则买方违反了收取货物的义务，由此造成的损失应由买方负责。

第四节 国际货物买卖合同 的主要条款

一、货物的品质规格条款

货物的品质规格是指商品所具有的内在质量与外观形态。在国际贸易中，商品的品质首先应符合合同的要求，对于某些由国家制订了品质标准的商品，如某些食品、药物的进出口，其品质还必须符合有关国家的规定。

品质条款的主要内容是：品名、规格或牌名。

合同中规定品质规格的方法有两种：凭样品及凭文字与图样的方法。

在凭样品确定商品品质的合同中，无论是凭买方样品还是卖方样品，亦或卖方根据买方样品所制回样成交，卖方都要承担交货品质必须同样品完全一致的责任。为避免发生争议，合同中应注明“品质与样品大致相同”。凭样品成交适用于从外观上即可确定商品品质的交易。

凭文字与图样的买卖包括凭规格、等级或标准的买卖，凭说明书的买卖以及凭商标、牌号或产地的买卖。如果表示商品质量的主要指标和大小、长短、粗细等可以标准化、规格化则只需在合同中注明商品的等级标准、规格，不必凭样品成交。对于附有图样、说明书的合同要注明图纸、说明书的法律效力。合同中仅以商标、牌号或产地表示商品品质的产品，只能是那些品质优良、稳定或具有特色，在国际市场上已拥有良好声誉的产品。

二、数量条款

数量是指用一定的度量衡制度表示出的商品的重量、个数、长度、面积、容积等的量。数量条款的主要内容是：交货数量、计量单位与计量方法。

制订数量条款时应注意明确计量单位和度量衡制度。在数量方面，合同通常规定有“约数”，但对“约数”的解释容易发生争论，故应在合同中增订“溢短装条款”（more or less clause），明确规定溢短装幅度，如“东北大豆 500 公吨、溢短装 3%”同时规定溢短装的作价方法。

三、包装条款

包装是指为了有效地保护商品的数量完整和质量完好，把货物装进适当的容器。

包装条款的主要内容有：包装方式、规格、包装材料、费用和运输标志。

制订包装条款要明确包装的材料、造型和规格。除传统商品其包装已为买卖双方所知晓外，不应使用“适合海运包装”、“标准出口包装”等含义不清的词句。要注意各国有关包装（包括唛头）的法律与禁忌，以及国际上对运输标志的惯常做法、要求及其变化。

四、价格条款

价格是指每一计量单位的货值。

价格条款的主要内容有：每一计量单位的价格金额、计价货币、指定交货地点、贸易术语与商品的作价方法等。

在国际货物买卖中，价格是个十分敏感的问题。在合同中要订好价格条款应注意正确表示计价货币的名称，贸易术语的选择要和合同中的其他条款保持一致。在美国及其他国家法院的判例中，都有因在 CIF 合同中包含了与 CIF 合同性质相抵触的条款致使合同被宣判无效的情况。

在国际货物买卖中，货物的作价方法主要有以下几种：

1. 短期交货合同采用固定价格的方法，即是由买卖双方商定的在合同有

效期内不得变更的价格。

2. 长期交货合同，如大型成套设备、机器的买卖，为防止国际市场价格变动带来的不利影响，可采用滑动价格，即买卖双方同意在合同中暂定一个价格，在交货时再根据行情及生产成本增减情况作相应的调整。

3. 后定价格。双方在合同中不规定商品的合同价格，只规定确定价格的时间和地点，如规定“以1993年10月25日伦敦商品交易所价格计价。”

4. 对分批交货合同，可采用部分固定价格、部分滑动价格的方法。近期交货部分采用固定价格，远期交货部分按交货时行情或另行协议作价。

为防止商品价格受汇率波动的影响，在合同中可以增订黄金或外汇保值条款，明确规定在计价货币币值发生变动时，价格应作相应调整。

五、装运条款

装运是指把货物装上运输工具。

装运条款的主要内容是：装运时间、运输方式、装运港与目的港、装运方式（分批、转船）及装运通知等。

在一般情况下，装运与交货是两个概念。但在FOB、CIF和CFR合同中，卖方只要按合同规定把货物装上船，取得提单就算履行了交货义务。提单签发的时间和地点即为交货时间和地点。所以“装运”一词常被“交货”概念代替，装运条件也被称作交货条件。装运港和目的港是贸易术语和合同中不可缺少的部分，决定着买卖双方的责任、费用与风险的划分。所以，要按不同的贸易术语的要求注明装运港和目的港。

六、保险条款

国际货物买卖中的保险是指进、出口商按一定险别向保险公司投保并交纳保险费，以便货物在运输过程中受到损失时，从保险公司得到经济上的补偿。

保险条款的主要内容包括：确定投保人及支付保险费、投保险别和保险金额。

在国际货物买卖中，大部分是FOB、CIF和CFR合同，故保险责任与费用的分担由当事人选择的贸易术语决定之。对于买方的特殊要求，卖方要事先征得保险公司的同意，以免陷入被动。卖方在替买方投保后应把保险单及时转让给买方。转让保险单的行为实质是转让风险的行为，买方日后可凭保险单向保险公司索赔。如果卖方不履行这一义务，则货物遭受损失的风险仍由卖方承担。此外，双方应在合同中订明所采用的保险条款名称。如是采用中国人民保险公司海洋运输货物保险条款，还是伦敦保险业协会的协会货物险条款以及其制订或修订日期、投保险别、保险费率等。

七、支付条款

国际贸易中的支付是指用什么手段，在什么时间、地点，用什么方式收取货款及其从属费用。

支付条款的主要内容包括支付手段、支付方式、支付时间和地点。

1. 支付手段。有货币和汇票，主要是汇票。

2. 付款方式。可分为两类三种：(1)双方不由银行提供信用，但通过银行代为办理，如直接付款和托收。(2)银行提供信用，从银行得到信用保证和资金周转的便利，如信用证。

无论采用以上哪种方式，都应考虑交易地区的贸易法令和习惯。

3. 支付时间与地点。支付时间不但涉及利息问题，而且对买卖双方尽快

实现各自的利益有重大关系。通常按交货（交单）与付款先后，可分为预付款、即期付款与延期付款。预付款是在交货或交单前即支付部分或全部货款；即期付款是在交货或交单时付款；延期付款是在交货或交单后的规定时间付款或分期付款。

付款人或其指定银行所在地即为付款地点。

八、检验条款

商品检验指由商品检验机关对进出口商品的品质、数量、重量、包装、标记、产地、残损等进行查验分析与公证鉴定，并出具检验证明。

检验条款的主要内容包括：

（一）检验机构

在国际贸易中，进行商品检验的机构主要有：(1)由国家设立的官方检验机构，如我国的中国商品检验局及其一些专业性检验与检疫部门；(2)由产品的生产或使用部门设立的检验机构；(3)由私人或同业公会、协会开设的公证、鉴定行。

（二）检验权与复验权

在国际货物买卖中，指谁有权决定货物的品质、数量是否符合合同的规定，作为卖方提交货物以及买方接受或拒收货物的法律依据。

国际上通行的做法有三种：

1. 以货物离岸时的品质、重量为准，即以装船口岸商检机构出具的货物品质、重量证书作为合同品质、重量、包装的最后依据，这种做法显然对卖方有利。

2. 以货物到岸时的品质、重量为准，即合同中规定，商品在目的地港检验，以目的地港商检机构出具的货物品质、重量、包装证书作为合同中商品品质、重量、包装的最后依据，这种做法显然对买方有利。

3. 以装运港的商检证书作为议付货款的依据，货到目的港后，买方保留对货物再行检验的权利（即复检权），其检验结果作为买方是否接受货物并进行索赔的依据。这种做法符合买卖双方平等互利的原则，也是国际货物买卖中通行的做法。

（三）检验与复验的时间、地点及索赔

按照国际上通行的做法，检验的时间由买卖双方在合同中约定。买方通常应在货物到达目的港或卸货后若干天内对货物进行检验，这个期限也就是买方的索赔期限。超过了期限而不检验，买方则丧失复验权，也就丧失了可能的索赔权。

按照国际惯例，FOB、CIF、CFR 合同的复检地点是在目的港；如目的地不是港口或不适宜检验，则合同中应规定复验地可延伸至可以有效进行检验的地方。

（四）检验标准与方法

对同一种商品用不同的标准和方法检验，结果会大相径庭。所以应在合同中明确规定该项产品所适用的检验标准和方法。

在国际贸易实践中，通常采用以下方法：(1)按买卖双方商定的标准方法；(2)按生产国的标准和方法；(3)按进口国的标准和方法；(4)按国际标准或国际习惯的标准和方法。

（五）商检证书

商检证书是商检机构出具的证明商品品质、数量等是否符合合同要求的

书面文件，是买卖双方交接货物、议付货款并据以进行索赔的重要法律文件。按照商品的性质及检验要求，商检证书主要有品质检验证、重量检验证、卫生（健康）检验证、消毒检验证、产地证、验残检验证以及根据某些国家的特殊法律或规定出具的特殊证书等。

检验证书的法律效力如下：(1)是货物进、出海关的凭证；(2)是征收或减免关税的必备文件；(3)是买卖双方履行合同义务、交接货物、结算货款的有效凭证；(4)是计算运费的凭证；(5)是进行索赔、证明情况、明确责任的法律依据。

九、不可抗力条款

不可抗力（FORCE MAJEURE, ACT OF GOD）是指合同订立以后发生的当事人订立合同时不能预见的、不能避免的、人力不可控制的意外事故，导致合同不能履行或不能按期履行。遭受不可抗力一方可由此免除责任，而对方无权要求赔偿。

不可抗力条款的主要内容包括：不可抗力的含义、范围以及不可抗力引起的法律后果、当事人的权利义务等。

就一般情况而言，不可抗力来自两个方面：自然条件和社会条件。前者如水灾、旱灾、地震、海啸、泥石流等，后者如战争、暴动、罢工、政府禁令等。

具体来说，构成不可抗力事故应具备以下四个条件：

1. 该事故是在合同订立以后发生的。在订立合同时，当事人就已经知道或应当知道意外事故的存在，这种意外事故不能作为不可抗力。

2. 事故是在订立合同时，双方不能预见的。通常认为，货币贬值、价格涨落，是普通的商业风险，作为商人，还是应当预见的职业常识，不能算不可抗力。

3. 事故不是由任何一方的疏忽或过失引起的。由一方的过失引起意外火灾发生导致合同不能履行或不能按期履行，则视同违约，违约方要承担损害赔偿赔偿责任。

4. 事故的发生是不可避免且是人力不能抗拒、不能控制的。如地震和海啸，无论如何防范也不能避免、不能抗拒的。

不可抗力的法律后果是免除遭受不可抗力一方的责任，而不是解除合同。解除合同还是迟延履行合同，取决于不可抗力是持续相当一个时期还是暂时的，对合同履行的影响程度如何，合同的标的是金钱交付还是提交货物。一般而言，没有任何意外事故可以解除当事人履行金钱债务的义务。如果提交的货物是特定物，发生灭失可以解除合同；如是种类物，而在客观上不能提供这种货物时，即使发生不可抗力也不能解除卖方的履约义务。此外，在考虑免除遭受不可抗力一方责任时，还要看意外事故与当事人未履行或不能按期履行合同之间是否存在因果关系。例如，港口工人的罢工不影响钢铁厂的生产，因此，钢铁厂不能以发生港口罢工拒绝履行合同；但如罢工导致钢铁厂所需矿石不能及时卸货因而影响生产的继续进行，这种罢工就可以成为影响合同履行的不可抗力。

发生不可抗力后，受不可抗力事故影响的一方应立即将发生的不可抗力事故，对合同的影响程度以及要求停止履行或延期履行合同的意图通知对方，并由当地商会出具证明，证明事故的发生、时间、地点，对合同的影响程度，遭受不可抗力一方还要采取一切合理、可能的措施减轻由于意外事故

造成的损失；对方在接到通知后，不论是否同意对方的要求都应及时作出回答。最后，由仲裁庭确认该事故是否是免除当事人责任的不可抗力事故。

十、仲裁条款

又称仲裁协议，是双方当事人愿意将其争议提交第三者进行裁决的意思表示。仲裁是国际贸易中解决争议时最常用的方法，并以双方订有仲裁协议为前提。

仲裁条款的主要内容有：仲裁机构、适用的仲裁程序规则、仲裁地点及裁决效力等。详见本书下编第七章国际商事仲裁。

十一、法律适用条款

国际货物买卖合同是在营业地分处不同国家的当事人之间订立的。由于各国政治、经济、法律制度不同，就产生了法律冲突和法律适用问题。当事人在合同中明确宣布合同适用何国法律的条款称作法律适用条款或法律选择条款。

根据意思自治原则，各国都允许当事人通过合同自由选择合同适用的法律。这些法律可以是当事人的国内法（买方或卖方国家的法律）；可以是第三国法律；可以是与合同有联系的，也可以是与合同并无联系的法律；可以是国际公约，也可以是国际惯例。

在选择方法上可以有以下几种：

1. 单一选择。即在合同中明确指明合同适用某一国家的法律（本国的或外国的）作为合同的准据法。

2. 多边选择。即规定整个合同受一国法律管辖，特定条款受另一国法律管辖。

3. 无准据法。即当事人法。合同中规定，合同除受其本身条款约束外，不受任何国家的法律管辖，或由于某种原因，当事人在合同中未规定合同适用的法律。在这种情况下，法院通常为当事人寻求解决合同争议的准据法，特别是当某一特定法律很明显与该合同有“最密切联系”的时候。在国际货物买卖中，通常卖方是给合同以实质履行的一方，因此，在双方无规定合同适用的法律时，按照与合同有“最密切联系”的原则，多适用卖方国家的法律。

第五节 违反合同的补救方法

一、卖方违约的补救方法

卖方违约是指卖方不交付货物或单据或交付延迟；交货不符合合同规定以及第三者对交付货物存在权利或权利主张。当发生以上违约行为时，公约给买方提供了以下救济方法：

（一）卖方实际履行

当卖方不履行合同义务时，买方可要求其实际履行合同义务，包括要求卖方提交符合合同规定的货物或对不符合规定的货物进行修理、更换或提交替代物等。买方并可通过法院强制手段强迫卖方履行以上义务。

根据公约的规定，实际履行应满足以下条件：(1)买方不得采取与这一要求相抵触的救济方法；(2)买方应给予卖方履行合同的宽限期；(3)当卖方交货不符时，只有这种不符构成根本违反合同(Fundamental Breach)时，买方才能要求提交替代物，而且应在发现交货不符时，将这一要求及时通知对方；(4)法院是否作出实际履行的判决依赖于该国国内法的规定。

（二）减少价金

当卖方交货不符合合同规定时，买方可要求减少价金。公约规定，不论价款是否已付，买方都可减低价格。减低价格应按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同规定的货物在当时的价值两者之间的比例计算。

在下列情况下，买方丧失要求减少价金的权利：(1)如果卖方已对交货不符采取了补救方法；(2)买方拒绝了卖方对违约采取的补救办法或对卖方提出的补救办法未在合理时间内作出答复。

（三）宣告合同无效

根据公约规定，当卖方不履行合同或公约义务构成根本违反合同时，买方可以宣布合同无效。所谓根本违反合同，是指一方当事人违反合同的结果，使另一方蒙受损害，实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西。具体包括以下三项内容：(1)卖方不交付货物、延迟交货或交货不符或所有权有瑕疵构成根本违反合同；(2)卖方声明他不在规定的时间内履行交货义务；(3)在买方给予的宽限期届满后仍不履行合同。

如果卖方已交货，买方则丧失宣告合同无效的权利，除非：(1)在延迟交货的情况下，买方在得知交货后的合理时间内宣布合同无效；(2)在交货不符的情况下，买方在检验货物后的合理时间内提出合同无效；(3)在给予卖方作出履行合同或作出补救的宽限期届满后或在拒绝接受卖方履行义务后的合理时间内宣布合同无效。

根据公约规定，买方宣布合同无效的声明，只有在向卖方发出通知时才发生效力。宣告合同无效的法律后果是，退还对方已提交的货物或要求另一方返还已支付的货款。

值得注意的是，当卖方交付的货物中有部分符合合同时，买方应接受符合规定的部分；只有当卖方完全不交货或不按合同规定交货构成根本违反合同时，买方能宣布整个合同无效。当卖方交货数量大于合同规定数量时，买方有选择权，全部接受或拒绝多交部分。

（四）损害赔偿

根据公约规定，买方享有要求损害赔偿的权利不因其行使采取其他救济办法的权利而丧失。也就是说，无论买方采用了实际履行并给予宽限期，或

减少价金或解除合同等救济方法，如果不足以弥补由于卖方违约造成的损失，买方仍可以继续要求损害赔偿。

（五）补进并要求损害赔偿

在卖方不交货时，买方在依法宣告合同无效后，若另外购进货物，还可向卖方提出因另外购进货物所造成的损失的赔偿。

二、买方违约的补救方法

买方违约包括买方不按合同规定支付货款和不按合同规定收取货物。在情况发生时，根据公约规定，卖方可选择以下补救方法：

（一）实际履行

公约第 26 条规定，卖方可要求买方支付价款、收取货物或履行其他义务。除非卖方已采取了与此项要求相抵触的救济方法。

在要求实际履行的过程中，如货物仍在卖方手中，则卖方有保全货物的义务；如果货物是易腐烂或保全货物要支付不合理费用时，卖方可在通知买方后转售货物。在这种情况下，卖方只能要求损害赔偿，而不能再要求实际履行。根据公约的规定，实际履行的救济不影响卖方对由于买方延迟付款或接受货物蒙受的损失提出要求损害赔偿的权利。

（二）损害赔偿

实际履行可以达到买卖双方当初订立合同时预期的目的，但在买方违约并拒绝履行合同的同对，尽管卖方依公约可以要求实际履行，但法院能否作出实际履行的判决，以及判决的执行等都是费时、费力的事情。在瞬息万变的国际市场上，卖方往往不愿冒将货物长期留在自己手中的风险，特别当货物属于易于腐烂，或保存货物要支付较高费用时，卖方宁愿选择较为简便、快捷的办法处理货物，同时向买方要求损害赔偿。根据公约规定，损害赔偿额应与买方违约给卖方造成的实际损失与可得利润相等，即赔偿额为合同价与转售额之间的差价。此外，卖方为保全货物支出的合理费用都可从转售额中予以扣除。

（三）宣告合同无效

根据公约的规定，在下列情况发生时，卖方可以宣布合同无效：(1) 买方不履行其在合同或公约中的义务造成根本违反合同；(2) 买方不在卖方给予的宽限期内履行合同；(3) 买方声明不履行合同。

根据公约规定，如果买方已支付了价金，卖方则不能宣告合同无效，除非：(1) 在得知买方延迟履行义务前，宣布合同无效；(2) 对于其他违反合同的事件，卖方在得知这种情况后的合理时间内宣布合同无效；或在给买方的宽限期届满或在得知买方声明不履行合同的一段合理时间内宣布合同无效。

宣告合同无效的法律后果是，他不需要再提交货物，或当货物已交付时，可以要求返还。

对于未收货款的卖方，在不同情况下，可行使以下四种权利：

(1) 停止交货权。(2) 留置权。(3) 停运权。(4) 再出售权。

由此可见，在买方违约时，卖方的救济方法可分为两大类，一类是债权方面的救济方法，如实际履行，损害赔偿，宣告合同无效等。另一类是物权方面的救济方法，如停止交货权，留置权，停运权，再出售权等。这是英美法系中特有的。前者是针对当事人行使的，后者是卖方直接针对货物行使的。

三、先期违约的法律效力

（一）先期违约 (Anticipatory Breach)

先期违约是指在合同订立之后，履行期到来之前，一方表示拒绝履行合同的意图。《美国统一商法典》称为对履行合同出现了“无保障的合理理由”（reasonable grounds for insecurity）和“先期拒绝履行（anticipatory repudiation）。法国学者称之为“不履约的抗辩”（defence of unperformed contract），它来自中世纪罗马法 *Exceptio non adimpleti contractus*，（法文表达为 *exceptio non adimpleti contractus*），是从约因学说出发，认为一方的义务是另一方的约因，因此，一方不履行合同为另一方不履行提供了法律依据。“不履行的抗辩”包括先期违约，并泛指一切双务合同中，当事人由于对方不履约而拒绝履行自己义务的情况，并相对一般解除权而言，是惟一允许当事人实行自助原则，不必诉诸法院即可行使的中止权。

先期违约可由违约方明确表示，或由对方从其行动中判断出来。例如，违约方在履行期到来之前即宣布拒绝履行合同或宣告破产，或失去清偿债务的能力。

根据《联合国国际货物买卖合同公约》规定：如果订立合同后，另一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务，一方当事人可以中止履行义务：

- (1)他履行义务的能力或他的信用有严重缺陷；
- (2)他在准备履行合同或履行合同中的行为。

如果在履行合同日期前，明显看出一方当事人将根本违反合同，另一方当事人可以宣告合同无效。

根据公约的解释，所谓根本违反合同是指，一方当事人违反合同的结果，使另一方当事人蒙受损害，以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西。

根据公约规定，合同当事人除了在另一方有根本违反合同之时可以宣告合同无效外，在另一方显然将不履行其大部分重要义务时，可以暂时中止合同的履行。即在买方先期违约时，卖方可停止发货或对在途货物行使停运权；在卖方有先期违约情况时，买方可停止付款。此外，当事人还应承担下列义务：

- (1)必须将自己中止或解除合同的决定立即通知对方。
- (2)当对方提供了履行合同的充分保证时，仍应履行合同义务。
- (3)假如当事人一方没有另一方不能履行合同的确切证据而中止合同的履行，并给另一方造成损失，则应负违反合同的责任。

应当注意的是，中止履行并不意味着解除合同，对于买方来说，他可以一方面不付款或停止付款，另一方面要求卖方：(1)提供担保；(2)履行合同；(3)在履行期到来时，解除合同并就卖方违约要求损害赔偿。对于卖方来说，一方面行使留置权、停运权，另一方面要求买方：(1)开出信用证、付款；(2)提供担保；(3)在付款日到来时，转售货物，并就差额向买方要求损害赔偿。

（二）分割履行契约与先期违约

在货物买卖合同中，除非双方在合同中有明示规定，否则不能强迫买方接受分批交货或卖方接受分期付款。当合同规定了批量交货和分期付款时，则合同的履行视为可分割的。如《法国民法典》第 1244 条规定，债务人不得强迫债权人受领债的一部清偿，虽债为可分时亦同。

根据公约规定，当一方违反分批履约义务，另一方宣布解除合同时，应满足以下条件：

1. 如果一方当事人不履行对任何一批货物的义务，构成根本违反合同时，另一方当事人可以宣布合同对该批货物无效。也就是说，对该批货物的违反如不能构成对整个合同的根本违反，则合同当事人只能拒收该批货物而不能宣布整个合同无效。

例如，美国 H 公司从 B 公司订购几百万箱子，分批交货，第一批交货迟延，且交付的箱子不符合规格，H 公司于是取消了全部合同。B 公司提起违约之诉。法院认为，仅有第一批交货延迟并有瑕疵这一事实，不构成根本违反合同，不允许 H 公司取消整个合同，判处 H 公司补偿 B 公司蒙受的损失 137,000 美元。

2. 如果从该项违反可以推断：类似违反将发生于将来的几批交货，则受损失方可以取消合同。

例如，X 卖给 Y 1,500 吨特殊质量的骨粉，每月运输 125 吨，每周一批。近一半骨粉已运到并支付价金后，Y 发现与合同规定的质量不符，于是拒收以后的货物。判决认为 Y 有权拒收，因为他无义务冒风险进一步接受不符合合同规定的货物。这一规定实际是将先期违约的原则引入到分批交付的合同中：如果前一批或几批交货与合同不符或支付迟延，即可构成一方判断对方是否存在先期违约的证据。在这种情况下终止合同或解除合同的一方要承担先期违约的义务，即将中止或解除合同的要求通知对方；在对方提供了充分担保时，须继续履行合同义务；对判断对方是否先期违约发生错误时，自己承担责任。

3. 假如各批货物是相互依存的，不能单独用于双方当事人在订立合同时所设想的目的，则买方在宣告合同对任何一批货物的交付为无效时，可以同时宣告合同对已交付的或今后交付的各批货物均无效。

例如，在分批交货的成套设备的买卖合同中，已经提交的一批或几批设备的瑕疵，如果得不到修理、更换，则尽管其他几批的交货完全符合合同，设备也无法安装投入使用，在这种情况下，买方不但可以拒收不符合合同要求的货物，而且可以拒收整批货物。

Holiday Manufacturing 诉 B.A.F.S. Systems 案，380F, Supp.1096 (D.Neb.1974)。

公约第 73 条第 2 款。

Robert A. Muro & Co 诉 Meyer 案 (1930)，2K.B.312.

公约第 73 条 3 款。

第六节 货物所有权与 风险的转移

一、所有权转移

由于各国法律对所有权转移适用不同的原则和规定，因此，1980年《联合国国际货物买卖合同公约》除了在卖方义务中规定了卖方的所有权担保义务外，对货物所有权何时转移以及合同对所有权的影响均不涉及。归纳起来，国际上对所有权转移有以下几种原则和做法：

（一）合同订立时间为所有权转移时间

法国民法典 1583 条规定，当事人就标的物及其价金相互同意时，即使标的物尚未支付，价金尚未支付，买卖即告成立，而标的物的所有权亦于此时在法律上由卖方转移于买方。采用了以合同订立时间确定所有权转移时间的原则。在司法实践中，对于所有权的转移还可适用以下原则：

1. 对于种类物的买卖，所有权在货物经划拨后发生转移；
2. 对于附条件的买卖，则在满足条件后所有权发生转移；
3. 买卖双方可在合同中自由确定所有权转移时间。

（二）货物特定化后，在交货时所有权发生转移

所谓特定化，又称划拨（identify），是指通过订立合同，在货物上加标记，或以提交装运单据，或向买方发通知或以其他方式清楚地表明货物已归于有关的合同项下。

美国《统一商法典》采用这一原则。根据法典规定，货物在特定于合同项下之前，所有权不发生转移。除双方另有约定外，特定化后的货物所有权是在交货时发生转移：

1. 当合同规定在目的地交货时，所有权在目的地由卖方提交货物时发生转移；
2. 当合同规定卖方需将货物发送买方而需送至目的地时，货物所有权在交付发运的时间和地点转移给买方；
3. 当不需移动货物即可交付时，如卖方需提交所有权凭证时，所有权在交付所有权凭证的时间和地点发生转移；在货物已特定化，且不需提交所有权凭证时，所有权在订立合同时发生转移。

无论有无正当理由，当买方以任何形式拒绝接受或拒绝保留货物时，或买方正当地撤销对货物的接受时所有权重新转移给卖方，不构成一次买卖。

（三）货物特定化后，以双方当事人的意图决定所有权转移

英国货物买卖法适用这一原则。《1893年货物买卖法》（现《1979年货物买卖法》1995年修订本）第16条规定，货物未经特定化之前，财产权不发生转移。特定化后的所有权转移时间取决于双方当事人的意图。为确定双方意图，除需考虑合同条款、缔约双方行为以及合同的具体情况外，还要遵循以下原则：

1. 当无保留条件的买卖是处于可交付状态的特定物时，货物所有权是在缔约时转移给买方。处于可交付状态是指货物已经备妥，买方应立即根据合同提取货物。
2. 当买方必须对货物有所作为才能使货物处于可交付状态时，所有权是在完成了这些工作并在买方收到有关通知时发生转移。

3. 当货物已处于可交付状态, 但买方还必须对货物进行称重、丈量、检验或其他行为才能确定价金时, 财产权是在以上行为都已完成且买方收到有关通知时转移。

4. 当货物属于附有“看货和试用后决定”(on approval) 或“准许退还剩货”(on sale or return) 或其他类似条件交付买方时, 所有权在买方向卖方表示认可或接受, 或采取其他接受该项交易行为时; 或买方虽未对卖方表示认可或接受, 但留下货物且未通知拒收时发生转移。

5. 如特定化后, 卖方根据合同条款保留对货物的处置权, 则不管货物是否交付买方、交付承运人或其他委托人以便转移买方, 货物所有权都不发生转移, 直至所附条件完成。

根据英国货物买卖法第 19 条规定, 所谓处置权的保留是指当货物已被装船, 根据提单所列, 收货人是凭卖方或其代理人指定时, 则可在表面上被视为卖方保留了对货物的处置权。

当卖方开出汇票, 并将汇票和提单一并交付买方, 要求其偿付或承兑汇票时, 如买方拒绝偿付或承兑时, 则财产权不发生转移。

国际惯例中, 《1932 年华沙——牛津规则》明确规定了货物所有权转移的时间。其适用的原则与英国货物买卖法类同, 即如卖方依据法律对订购货物享有留置权、保留权或中止交货权时, 所有权不发生转移。除此之外, 货物所有权的转移时间是在卖方将有关单据提交买方掌握的时间(第 6 条、第 21 条第 2 款)。《华沙——牛津规则》是针对 CIF 合同规定的, 但一般认为以上规定也适用于卖方承担提交单据义务的即所谓象征性交货的合同, 如 FOB、CFR 合同。在卖方无此义务的情况下, 如工厂交货或目的地交货合同中, 则可以推定所有权是在货物交给买方或置于其控制之下的时间发生转移。

此外, 国际商会《国际销售示范合同》规定: 如果双方当事人已经有效地同意保留所有权, 则直至完全付清价款之前, 或依照另外的约定, 货物的所有权不发生转移。

(四) 订立独立的物权合同, 转移货物所有权

德国法采用这一原则。和以上国家的做法均不相同, 德国法认为, 货物所有权转移属于物权法范围, 而货物买卖合同属于债权法范围。因此, 买卖合同解决不了物之所有权转移问题, 需要买卖双方另就货物所有权转移问题订立物权协议。根据这一协议, 货物所有权是在卖方将货物交付时发生转移; 在卖方必须交付物权凭证的场合, 卖方则通过提交物权凭证完成所有权转移。

(五) 所有权于交货时发生转移

我国法律采用这一原则。我国没有专门的货物买卖法, 也没有特定化的概念。按照《民法通则》的规定: “按照合同或其他合法方式取得财产的, 财产所有权从财产交付时起转移。法律另有规定或当事人另有约定除外。”

二、风险转移

在国际货物买卖中, 货物风险主要指货物在高温、水浸、火灾、盗窃、查封等非正常情况下发生的短少、变质或灭失等损失。划分风险的目的是确立这些损失应当由谁来承担。

(一) 风险划分原则

《联合国国际货物买卖合同公约》对风险转移确定了以下原则：

1. 以交货时间确定风险转移。和某些国家，如英国，以所有权转移时间确定风险转移时间的原则不同，公约采用了所有权与风险相分离的方法，确定了以交货时间作为风险转移时间的原则。公约第 69 条规定，从买方接收货物时起，风险转移于买方承担。

2. 过失划分原则。从交货时间起，风险从卖方转移于买方。这一原则的适用有一个前提，即风险的转移是在卖方无违约责任的情况下。假若卖方发生违约行为，则上述原则不予适用。

3. 国际惯例优先。在国际货物买卖中，有些国际惯例对风险转移有自己的规定。公约第 9 条规定，双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法，对双方当事人均有约束力。例如根据《1990 年国际贸易术语解释通则》FOB、CIF、CFR 合同的风险划分是以装运港船舷为界。卖方承担货物越过船舷前的风险，货物越过船舷后的风险由买方承担。如果当事人在合同中选择了这种贸易术语，那么国际贸易术语规定的风险分担原则优先于公约的规定，即风险划分以船舷为界而不是以交付单据（即交货）的时候划分。

4. 划拨是风险发生转移的前提条件。根据公约的规定，货物在划拨合同项下前风险不发生转移。

（二）风险转移时间

按照以交货时间作为风险转移时间的原则，公约将交货分为以下几类：

1. 涉及运输的交货。涉及运输的交货可以分为两种情况：(1) 卖方没有义务在指定地点交货，此时，风险于货交第一承运人时起转移给买方；(2) 卖方必须在某一特定地点交货，此时，风险以在该地点货交承运人时起转移给买方。

2. 在途货物的交货。对于在运输中出售的货物，公约规定，原则上从订立合同时起，风险转移到买方承担。假如卖方通过买方转移运输单据作为交货依据，则从货物交付给签发载有运输合同单据的承运人时起，风险由买方承担。如果卖方在订立合同时已知道或理应知道货物已经损坏或遗失，而不将这一事实告之买方，则上述风险转移的原则不适用。由于公约采用的是所有权与风险转移分离的原则，因此，卖方保留控制货物处置权的单据，不影响风险的转移。

3. 不涉及运输的交货。不涉及运输的交货也有两种情况：(1) 在卖方营业地交货，此时，风险从买方接收货物时转移给买方；或在货物交买方处置但遭无理拒收时起转移给买方。(2) 在卖方营业地以外地点交货，当交货时间已到，而买方知道货物已在该地点交他处置时，风险开始转移给买方。

第三章 国际货物运输法

第一节 国际海上货物运输

一、国际货物运输和国际海上货物运输概念

国际货物运输是国际服务贸易的一种，随着国际贸易的发展，国际货物运输日显重要，国际货物运输法即是调整这种货物跨越国境运输的法律规范的总和。包括国际海上货物运输、国际航空货物运输、国际铁（公）路货物运输和国际多式联运等。

国际海上货物运输量大，价格便宜，安全便利，故在国际货物运输中占有显著位置。

海上货物运输是通过合同进行的，所谓海上货物运输合同，是指承运人收取运费，承担由海上将货物从一国港口，运往另一外国港口订立的合同。主要分提单和租船合同两种方式。

二、提单（Bill of Lading）

提单适用于散杂货定期班轮运输，是国际海上货物运输中最广泛适用的一种合同形式。国际上调整班轮运输的国际公约有三个：《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》。我国不是这三个公约的成员国，但 1993 年 7 月 1 日开始实施的《中华人民共和国海商法》关于海上货物运输的规定是以《海牙规则》、《维斯比规则》为基础，适当吸收了《汉堡规则》的某些规定，因此，三个公约对我们了解国际海上货物运输法律具有重要意义。

（一）提单的定义和作用

提单是一种用以证明海上运输合同和货物已由承运人接管或装船，以及承运人保证凭以交付货物的单据。

根据这一定义，提单的作用有三点：

1. 提单是托运人与承运人之间订有运输合同的凭证。在班轮运输中，当托运人与承运人之间已事先就货物运输订有货运协议（如订舱单、托运单），提单是双方运输合同的证明；如事先无货运协议，则提单就是双方订立的运输合同。当托运人把提单通过背书转让给第三者（如收货人），则在承运人和第三者之间，提单就是承运人和收货人之间的运输合同。

2. 提单是承运人从托运人处收到货物的凭证。在班轮运输中，有权签发提单的是承运人（船长或其代理人），托运人将货物交给承运人后，承运人签发提单，证明承运人按提单上所列内容收到了货物，日后按提单所载内容向收货人交付货物。

3. 提单是代表货物的权利凭证。承运人在收到货物并签发提单之后，负有在目的地只向提单持有人交付货物的义务。谁持有提单，谁就有权提取货物。作为权利凭证，提单可以进行买卖和自由转让。

（二）提单的种类

Document of title to goods，货物的权利凭证。中文习惯译为所有权凭证。其实际含义更广，包括任何提单、码头仓单、仓库管理人出具的证明，交货授权书或命令，以及在普通业务运作中对货物占有或控制的任何其他文件或任何以背书方式或交付方式或旨在授权以这种方式出示的文件。文件的占有人能以这种方式转让或接受货物。其基本特征是，权利随着单据走（the right travels with the document）。参见英国《1889 年代理商法》（1889 Factor Act）、《1979 年货物买卖法》第 61 条定义，R.Goode：《Commercial Law》，P55。

1. 以货物是否装船分为已装船提单 (Shipped B/L 或 on Board B/L) 和收货待运提单 (Received for shipment B/L)。前者指在货物装船以后, 承运人签发的载明船名及装船日期的提单; 后者主要适用于集装箱运输, 承运人在收取货物以后, 实际装船之前签发的表明货物已收管待运的提单。

2. 以提单上是否有批注分为清洁提单 (Clean B/L) 和不清洁提单 (Unclean B/L 或 Foul B/L)。前者指单据上无明显地声明货物及 (或) 包装有缺陷的附加条文或批注; 后者指附有该类附加条款或批注的提单。根据《跟单信用证统一惯例》的规定, 除非信用证明确规定可以接受者外, 银行拒绝接受不清洁提单。此外, 不清洁提单也难于作为物权凭证自由转让。

在国际贸易实践中, 银行或买方或提单的受让人只接受已装船清洁提单。

3. 按收货人抬头分为记名提单 (Straight B/L)、不记名提单 (Open B/L) 和指示提单 (Order B/L)。记名提单指托运人指定特定人为收货人的提单。这种提单不能通过背书方式转让, 故也称作“不可转让提单”。不记名提单指托运人不具体指定收货人, 在收货人一栏只填写“交与持票人” (To bearer) 字样, 故又称作“空白提单”。这种提单不经背书即可转让, 凡持票人均可提取货物, 因此, 在国际贸易中因风险太大而很少使用。指示提单指托运人在收货人栏内填写“凭指示” (To order) 或“凭某人指示” (To order of...) 字样。指示提单通过背书可以转让, 故又称“可转让提单”。在国际贸易中得到普遍使用。

4. 按运输方式分为直达提单 (Direct B/L)、转船提单或联运提单 (Transshipment B/L 或 Through B/L) 和多式联运单据 (或提单) 或联合运输单据 (Combined transport document of B/L 或 Multimodal transport document of B/L)。直达提单是承运人签发的, 货物直接从装运港运往目的港的提单。转船提单和联运提单在本质上并无不同, 转船提单指允许货物中途换船的提单; 联运提单指货物由海运和另一种或两种以上不同方式, 如海陆、海空、海陆空等方式运输签发的提单。转船或联运提单均是由船公司签发的并承担全程责任, 因此, 在性质上两者并无不同。值得注意的是联运提单与联合运输单证或多式联运单证的关系: 相同之处在于两者都使用至少两种不同的运输方式, 将货物从一国运往另一国; 不同在于联运提单的签发人一定是船公司或其代理人, 而后者是由联合运输经营人签发, 但它并不一定是船公司。如该联合运输经营人是船公司或代理人, 并注明货物于某日已装船, 则可用联合运输提单代替联运提单。

5. 按运费支付时间分运费预付提单 (Freight prepaid B/L) 和运费到付提单 (Freight payable at destination B/L)。前者指托运人在装货港提交货物时即支付运费, 承运人在提单中载明“运费付讫”。在 CIF 和 CFR 合同中要求运费预付提单。后者指货物到达目的地, 托运人或收货人支付运费, 提单上载明“运费到付”。

6. 租船提单。租船项下的提单称为租船提单。其性质和作用依租船人的身份不同而异。(1) 当租船人运送的是自己的货物时, 船东签发的提单起证据的作用, 提单要服从租船合同的约束。租船人 (即托运人) 与船东 (承运人) 双方的权利义务以租船合同为准。(2) 当租船人以承运人的身份接受第三者即托运人的货物并签发自己的提单时, 其性质和班轮运输提单一样, 提单适用《海牙规则》的规定。承运人与托运人、提单持有人、收货人的权利义务以

提单为准，但船东与租船人的权利义务以租船合同为准。

（三）承运人和托运人的权利义务

承运人和托运人的权利义务由当事人双方在提单中明确加以规定，下面根据《中华人民共和国海商法》的规定，将其主要内容分述如下：

1. 承运人的责任。《海商法》第 47 条、第 48 条、第 49 条规定了承运人必须履行的最低限度责任：(1) 承运人须在开航前和开航时恪尽职责使船舶适航，其具体含义有三点：a. 在开航前与开航时船舶适用于航行；b. 船员的配备、船舶装备和供应适当；c. 船舶要适合货物的安全运送和保管；(2) 适当和谨慎地装载、搬运、配载、运送、保管、照料和卸载所运货物；(3) 按照约定的或习惯航线或地理上的航线将货物运往卸货港。

根据该法第 44 条规定，凡是在合同中约定解除或减轻承运人依《海商法》承担上述责任义务的条款一律无效。

2. 承运人的责任豁免。《海商法》第 51 条、第 52 条、第 53 条列举了 14 种情况下免除承运人依法承担的责任。它们是：(1) 承运人对船长、船员、领航员或承运人的其他受雇人在驾驶船舶或管理船舶中的过失；(2) 非承运人过失发生的火灾；(3) 天灾、海上或其他可航水域的危险或意外事故；(4) 战争或武装冲突；(5) 政府或主管部门的行为、检疫限制或司法扣押；(6) 罢工、停工或劳动受到限制；(7) 海上救助或企图救助人命或财产；(8) 托运人、货物所有人或其代理人的行为；(9) 货物的自然特性或固有缺陷；(10) 货物包装不良或标志欠缺、不清；(11) 经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；(12) 非承运人或其受雇人、代理人过失造成的其他原因；(13) 运输活动物固有的特殊风险造成的活动物灭失或损害；(14) 依照协议或法律或惯例将货物装载在舱面上，因这种装载的特殊风险造成的货物灭失或损坏。

根据该法第 45 条的规定，承运人可以在提单中明确规定放弃某项权利的豁免或加重自己的责任和义务。

3. 托运人责任。《海商法》第 66 条、第 67 条、第 68 条、第 69 条规定了托运人的 4 项责任：(1) 保证义务。托运人在托运货物时应妥善包装，并保证货物装船时所提供的货物品名、标志、包装或件数、重量或体积的正确性，并赔偿因包装不良或违反保证给承运人造成的损失。(2) 提交单证。托运人要及时向港口、海关、检疫、检验和其他主管机关办理货物运输所需各种手续，并将已办理各种手续的单证送交承运人；因交付单证不及时、不完备或不正确给承运人利益造成的损失，要承担赔偿责任。(3) 通知义务。托运人托运危险货物，应按照国家有关海上危险货物运输的规定妥善包装、作出危险品标志和标签，并将其正式名称、性质以及应当采取的预防措施通知承运人，并承担承运人因运输危险货物受到的损害。托运人怠于通知或通知有误，承运人可在任何时间、地点将货物卸下、销毁或使之不能为害而不负赔偿责任。(4) 支付运费。

（四）关于提单运输的三个国际公约

《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》是目前调整海上货物运输的三个重要的国际公约。

1. 《海牙规则》(Hague Rules)。《海牙规则》全称《1924 年统一提单的若干法律规则的国际公约》，订立于 1924 年 8 月 25 日，布鲁塞尔，1931 年 6 月 2 日生效。目前有 87 个成员国。

《海牙规则》是海上货物运输，特别是班轮运输中的一个十分重要的公

约。19 世纪末，世界海上航运业迅速发展，以英国航运为代表的船舶所有人，利用手中雄厚的航运资本，以及法律的“契约自由”原则，在自己制订的海运提单中任意加进许多免责条款，使力量弱小的货方利益失去保障。特别是提单作为一种物权凭证具有可以自由转让的特性，名目繁多的免责条款往往限制或阻碍了提单的转让，由此影响了国际贸易和海上运输的发展。

1893 年，美国通过了“哈特法”（Harter Act），明确规定了海运承运人应尽的义务和豁免，并规定，提单中任何免除承运人应尽义务的条款无效。

《哈特法》的制订有效地保护了美国货主的利益，导致其他海运国家如澳大利亚 1904 年《海上货物运输法》，1910 年加拿大《水上运输法》起而效仿。

为了缓和船方和提单中各利害关系人之间日益尖锐的矛盾，1921 年国际法协会所属海洋法委员会在海牙召开会议，拟定了《海牙规则草案》，1924 年，在布鲁塞尔正式通过了《海牙规则草案》，签订了《统一提单的若干法律规则的国际公约》（International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading）简称《海牙规则》。

《海牙规则》共有 16 条，主要规定了承运人的最低限度责任与义务，权利与豁免；责任起讫，最低赔偿限额，托运人义务以及索赔与诉讼时效等。

《海牙规则》使货方的利益得到一定保障，在一定程度上缓解了船方和货方的矛盾，在其生效后的 70 多年里，许多国家加入了该公约，或在其航运公司制订的提单中采纳了《海牙规则》的规定，据以确定承运人在货物装船、收受、配载、承运、保管、照料和卸载过程中应承担的责任与义务，享有的权利和豁免。我国至今没有加入该公约。但在我国 1993 年 7 月 1 日实施的《海商法》和我国航运公司制订的提单中吸纳了《海牙规则》中关于承运人责任和豁免的规定。参见第五章第一节（三）。

2. 《维斯比规则》（Visby Rules）。《维斯比规则》全称《修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》。1968 年 2 月 23 日签订于布鲁塞尔，1977 年 6 月 23 日生效。目前有 23 个缔约国。

由于《海牙规则》代表的是海运大国及殖民地宗主国的利益，没有也不可能解决船方与货主的权益失衡问题，因此在其执行中，一直受到货方及海运不发达国家的反对，特别是随着世界海运技术的发展，集装箱运输在国际货物运输中得到广泛应用。60 年代开始，对《海牙规则》进行修改或重新制订提到日程上来，代表英国及北欧各传统海运国家利益的国际海事协会开始对《海牙规则》进行修改。1968 年，英、法及北欧国家在布鲁塞尔签订了《修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》（Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, 1968）简称《海牙—维斯比规则》或《维斯比规则》。

《维斯比规则》对《海牙规则》的修改主要包括以下几方面：

(1) 适用范围。《海牙规则》适用于在任何缔约国所签发的一切提单，《维斯比规则》改为，公约适用于两个国家港口之间有关的货物运输的每一份提单，如果：

- a. 提单在一个缔约国签发，或
- b. 从一个缔约国的港口启运，或
- c. 提单或由提单证明的运输合同中规定，该提单（或合同）受《海牙规则》约束，或受《海牙规则》生效的国内立法的约束，不考虑船舶，承运人，

托运人，收货人或任何其他有关人员的国籍如何。

(2)提单的证据力。《海牙规则》规定，承运人向托运人签发提单，是承运人收到该提单中所载货物的初步证据。根据这一规定，承运人有权提出反证，否定提单所载内容的真实性，这对托运人来讲，没有不公平之处，因为货物是托运人提交的，提单所载内容是托运人填写的。但这对于善意的提单的受让人来说，则可能是不公平的。有鉴于此，《维斯比规则》明确规定，当提单已经转给善意行事的第三者时，与此相反的证据不予接受。也就是说，在存在善意第三者的情况下，提单对于善意的受让人来说，则是最终证据。

(3)责任限制。《海牙规则》的规定比较简略，其第4条第5款规定承运人或船舶，在任何情况下对货物或与货物有关的灭失或损害，每件或每一计费单位是100英镑，除非当事人在提单中注明了更高价值。《维斯比规则》在内容上作了较大的扩充和修改。

a. 承运人的责任限制和抗辩理由，适用于就运输合同所涉及的有关货物的灭失或损害对承运人所提起的任何诉讼，不论该诉讼是以合同为根据还是以侵权行为为根据。

b. 承运人的这种责任限制和抗辩理由，同样适用于承运人的雇佣人员和代理人（如果雇佣人员或代理人不是独立的缔约人）。

c. 赔偿金额从原来的100英镑改为双重限额，每件或每一单位为10000金法郎，或按灭失或损坏的货物毛重每公斤30金法郎（1法郎是纯度为千分之九百的黄金65.5毫克），以较高者为限。

d. 拼装货的计算。《维斯比规则》增加了对用集装箱，托盘或类似的装运器具拼装时，赔偿金额的计算。规定，提单中如载明装在这种装运器具中的件数或单位数，则按所记载的件数或单位数计算，否则，整个集装箱或托盘视为一件。

(4)诉讼时效。《海牙规则》规定的诉讼时效为1年。从货物交付或应交付3日起算。《维斯比规则》除维持《海牙规则》的1年时效外规定，经双方同意可以延长。即使1年期满后，承运人仍有不少于3个月的时间向第三者提出追偿。

(5)核能损害责任。《海牙规则》对此未作规定，《维斯比规则》的规定，《海牙规则》的规定不影响任何国际公约或国内法有关对核能损害责任的各项规定。

《维斯比规则》对《海牙规则》的修改，并没有解决《海牙规则》中权益失衡这一本质问题，关于承运人的责任和豁免，责任起讫，托运人义务等问题均未作实质性改变。

我国未加入《维斯比规则》，但《维斯比规则》中关于提单对善意第三者的最终证据作用的规定，承运人的责任限制和赔偿额的规定适用其代理人及雇员的规定，拼装货的计算，以及诉讼时效的修改等均在我国《海商法》

为防止金价涨落，1979年12月21日在布鲁塞尔外交会议上通过了《修订(海牙—维斯比规则)议定书》，将计价货币由金法郎改为特别提款权，并规定1个特别提款权等于15金法郎，这样10000金法郎约等于666.67特别提款权，每公斤30金法郎等于2个特别提款权。该议定书于1984年4月生效。

参见我国《海商法》第77条。

参见我国《海商法》第58条。

我国《海商法》第56条规定，承运人的赔偿限额为每件或每个货运单位666.67计算单位，或按毛重计

的有关规定中得到反映。

3. 《汉堡规则》(Hamburg Rules)。《汉堡规则》全称《1978年联合国海上货物运输公约》，1978年3月汉堡会议通过，1992年11月1日生效。至1996年6月14日已有25个缔约国。

由于广大发展中国家的斗争和要求，1972年联合国国际贸易法委员会下设的航运立法工作组开始了海上货物运输公约的重订工作，以取代已经过时的《海牙规则》，彻底调整承运人和托运人的责任和义务。1976年制订了《海上货物运输公约草案》，在此基础上，1978年3月在汉堡召开的71国全权代表大会上通过了《1978年联合国海上货物运输公约》(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978)，简称《汉堡规则》。

《汉堡规则》按照船方和货方合理分担风险的原则，适当加重了承运人的责任，使双方权利义务趋于合理、平等。其主要内容包括以下几方面。

(1)适用范围。与《海牙—维斯比规则》相比，《汉堡规则》的适用范围更为明确，它规定，《汉堡规则》适用于两个国家之间的所有海上货物运输合同，如果a.装货港位于一个缔约国内；或b.预订卸货港或实际卸货港位于一个缔约国内；或c.提单或证明海上运输合同的其他单据是在一个缔约国内签发；或d.提单或证明海上运输合同的其他单据中规定，公约的各项规定，或实施公约的各国国内立法，对提单有约束力；e.依租船合同签发的提单，如果该提单约束承运人和不是租船人的提单持有人之间的关系。

(2)增加实际承运人的概念。指接受承运人委托执行货物运输或部分运输的任何人。《汉堡规则》所有关于承运人责任的规定，不但适用于承运人的代理人、雇员，也同样适用于受其委托的实际承运人。

(3)货物。《海牙规则》中货物的概念不包括舱面货或集装箱装运的货物以及活动物。《汉堡规则》规定，承运人只有与托运人达成协议或符合特定的贸易习惯或为法规或条例要求时，才能在舱面载运货物，否则要对舱面货发生的损失负赔偿责任。对于活动物，只要承运人证明是按托运人对该动物作出的指示办事，则对货物的灭失、损坏或延迟交货造成的损失视为运输固有的特殊风险而不承担责任。

(4)关于清洁提单的规定。《海牙规则》规定，承运人在签发提单时应注明货物的表面状况，但是，承运人、船长或承运人的代理人，不一定必须将任何货物的唛头、号码、数量或重量标明或标示在提单上，如果他有合理根据怀疑提单不能正确代表实际收到的货物，或无适当方法进行核对的话。按照这一规定，一张由承运人签发的所谓表面状况良好的提单，实际上并不意味着是一张清洁提单，因为承运人的怀疑或无法核对的事项并没有如实反映在提单的批注当中。为了避免或减少由此产生的争议，《汉堡规则》明确规定，如果承运人或代其签发提单的其他人，确知或有合理的根据怀疑，提单所载有关货物的一般性质、主要唛头、包数或件数、重量或数量等项目没有准确地表示实际接管的货物，或者无适当的方法来核对这些项目，则承运人或上述其他人必须在提单上作出保留，注明不符之处，怀疑根据或无适当核对方法。与《海牙规则》不同，《汉堡规则》虽然要求承运人必须在提单上

算，每公斤计算单位，以两者较高为准。其计算结果与《维斯比规则》的规定相当，同时增加了对延迟交货的赔偿金额的规定，为延迟交货的运费数额（第57条）。

我国《海商法》第257条规定，诉讼时效1年，但不得延长。

注明货物的表面状况，但如果承运人未在提单上批注货物的外表状况，则视为已在提单上注明货物的外表状况良好。

(5)承运人责任起讫。《汉堡规则》将《海牙规则》规定的钩至钩，舷至舷，扩展为自承运人接管货物时起至货交收货人为止，货物在承运人掌管之下的整个期间。

(6)承运人赔偿责任基础。《汉堡规则》将《海牙规则》中承运人的不完全过失责任改为承运人的推定完全过失责任制。即除非承运人证明他本人及代理人或所雇佣人员为避免事故的发生及其后果已采取了一切合理要求的措施，否则承运人对在其掌管货物期间因货物灭失、损坏及延迟交货所造成的损失负赔偿责任。如果承运人将运输全部或部分委托给实际承运人履行时，承运人仍需对全程运输负责，如双方都有责任，则在此限度内负连带责任。

(7)提高赔偿金额。《汉堡规则》将承运人的最低赔偿金额在《海牙规则》和《维斯比规则》规定的基础上提高到每件或每一货运单位 835 计算单位或相当于毛重每公斤 2.5 计算单位的金额，以较高者为限。所谓计算单位是指国际货币基金组织规定的特别提款权，以此取代原来采用单一货币所带来的汇率波动风险。

(8)增加对于延迟交货赔偿的规定。《汉堡规则》对于承运人延迟交货时的赔偿作出了明确规定，即以相当于该延迟交付货物应付运费的 2.5 倍为限，但不得超过海上运输合同中规定的应付运费总额。所谓延迟交货是指货物未能在明确议定的时间内，或在没有此项议定时，按照具体情况对一个勤勉的承运人未能在合理要求的时间内，在合同规定的卸货港交货，均构成延迟交货。

(9)保函。在国际海上货物运输实践中，托运人为取得清洁提单，向承运人出具承担赔偿责任的保函的做法一直被司法实践认定为是一种欺诈行为而无效。但实践中，这一做法却因为实用、简便而经常为当事人采纳作为紧急情况下的一种变通做法。如何正视这一问题并找出合理的解决办法，是《汉堡规则》的又一贡献。《汉堡规则》将保函合法化。规定托运人为取得清洁提单而向承运人出具承担赔偿责任的保函在托运人和承运人之间有效，但对提单受让人，包括任何收货人在内的第三方无效。在发生欺诈行为的情况下（无论是托运人或承运人欺诈），承运人均需承担损害赔偿赔偿责任，并且不能享受公约规定的责任限制的利益。

(10)索赔与诉讼时效。《汉堡规则》将《海牙规则》和《维斯比规则》规定的 1 年时效改为 2 年，并经接到索赔要求人的声明，可以多次延长。

收货人应在收到货物次一日，将损失书面通知承运人，如货物损失属非显而易见的，则在收货后连续 15 日内，延迟交货应在收货后连续 60 天内将书面通知送至承运人，否则收货人丧失索赔的权利。

(11)管辖权。《汉堡规则》增加了关于管辖权的规定。原告就货物运输案件的法律程序，可就法院地作如下选择：a. 被告主营业所在地或惯常居所；或 b. 合同订立地，且合同是通过被告在该地的营业所、分支机构或代理机构订立的；或 c. 装货港或卸货港；或 d. 海上运输合同中指定的其他地点。

(12)《汉堡规则》与《海牙规则》、《维斯比规则》的关系。根据《汉堡规则》的规定，凡《海牙规则》和（或）《维斯比规则》的缔约国，在加入《汉堡规则》之时，必须声明退出《海牙规则》和（或）《维斯比规则》，如有必要，这种退出可推迟至《汉堡规则》生效之日起 5 年，即以前曾为《海

牙规则》和（或）《维斯比规则》的缔约国，在加入《汉堡规则》后，从 1997 年 11 月 1 日起，不再是前述两公约的缔约国。

我国不是《汉堡规则》的缔约国，在我国《海商法》的规定中采纳了《汉堡规则》关于货物、实际承运人、清洁提单、延迟交货的概念。并对承运人责任期间进一步具体化，分承运人对集装箱装运的货物的责任期间，是从装运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；对非集装箱装运的货物，承运人的责任期间，是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。

关于索赔时效，也按集装箱交货与非集装箱交货加以区分。如当货物灭失或损坏情形非显而易见时，在货物交付的次日起连续 7 日内，集装箱交货则从次日起 15 日内，延迟交货则在交货次日起 60 日内收货人未提交书面通知时，则视为承运人已交付货物且状况良好的初步证据。

三、租船合同

在国际海上货物运输中，除了采用定期班轮运输外，还采用不定期航线的租船运输。班轮运输用提单调整承运人、托运人之间的关系，租船运输通过租船运输合同调整出租人和承租人之间的关系。

租船运输合同是指船舶出租人按一定条件将船舶全部或部分出租给承租人进行货物运输的合同。分航次租船合同与定期租船合同。

（一）航次租船合同

航次租船合同在租船运输中得到广泛应用。它是为完成特定航次运输，由船舶出租人向承租人提供船舶或船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定运费的合同。航次租船合同多以标准格式出现，常见的有波罗的海国际航运公会（The Baltic and International Maritime Conference BIMCO）制订的《统一杂货租船合同》（Uniform General Charter）简称“金康”合同（Gen-con）、《澳大利亚谷物租船合同》（Chamber of Shipping Australian Grain Charter）简称“奥斯特拉尔”（Austral），等。下面以我国《海商法》为例，简述航次租船合同的主要内容。

按照我国《海商法》的规定，航次租船合同的主要内容包括：出租人和承租人的名称、船名、船籍、载货重量、容积、货名、装货港和目的港、受载期限、装卸期限、运费、滞期费、速遣费及其出租人责任、承租人责任。

1. 出租人责任。根据《海商法》第 94 条的规定，出租人的责任与提单运输中承运人的责任相同。

此外，出租人应在规定的卸货港卸货，出租人违反约定使承租人蒙受损失时，应负赔偿责任。

2. 承租人责任。（1）承租人应提供约定的货物，经出租人同意，可更换货物，由此对出租人造成不利时，出租人有权拒绝或解除合同；（2）承租人的转租权。承租人可将租用的船舶转租第三者，但其原合同权利义务不变；（3）承租人的解约权。根据《海商法》的规定，承租人在下列情况下，有解除合同的权利：a. 出租人未在约定的受载期限内提供船舶；b. 出租人提供或更换的船舶不符合合同的约定（《海商法》第 96 条、第 97 条）。

参见我国《海商法》第 42 条（五）、（二）第 75 条，第 76 条，第 50 条的规定。

我国《海商法》第 46 条。

我国《海商法》第 81 条、第 82 条。

3. 提单。依照航次租船合同运输货物签发的提单，当提单持有人是非承租人时，承运人与该持单人之间的权利义务关系适用提单的约定。当提单中载明适用航次租船合同条款时，则适用航次租船合同条款（《海商法》第 95 条）。

值得注意的是，除出租人的责任外，《海商法》中有关当事人的权利义务规定，仅在船次合同中没有约定或者没有不同约定时，才适用于航次租船合同的出租人和承租人。

（二）定期租船合同

定期租船合同是指出租人在一定期限内把船舶出租给承租人供其按约定的用途使用的书面协议。在定期租船合同中，出租人出租整个船舶，承租人按月或日支付租金。

国际上常见的定期租船标准合同有纽约物产交易所（New York Produce Exchange，简称 NYPE）制订的《定期租船合同》（Time Charter）、波罗的海国际航运公会（BIMCO）制订的《统一定期租船合同》（Uniform Time Charter）以及我国租船公司制订的《中外定期租船合同》（Sino Time charter）等。

根据我国《海商法》规定，定期租船合同的主要内容包括：出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、船速、燃料消耗、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间、地点及条件、租金及其支付及其他有关事项。

1. 出租人保证条款。(1)船舶适航。出租人保证船舶在整个租期内适航且适于约定用途；(2)在约定的时间交付船舶。出租人违反约定给承租人造成损失，承租人有权要求损害赔偿并解除合同。

2. 承租人责任。(1)承租人保证船舶在约定的航区内的安全港口或地点之间从事约定的海上运输；(2)保证船舶用于运输约定的合同货物；(3)承租人可将租用的船舶转租，但其原合同的权利义务不受影响；(4)合同期内，船舶进行海难救助时，承租人有权获得扣除救助费用、损失赔偿、船员应得部分及其他费用后的救助款项的一半；(5)按合同约定支付租金。违反约定时出租人有权解除合同，要求损害赔偿并对船上属承租人的货物和财产以及转租船舶的收入享有留置权；(6)还船。承租人按约定向出租人还船时，要使船处于出租人交船时相同的良好状态。超期还船时，承租人应按照合同约定的租金率支付租金。市场租金率高于合同租金率时，按市场租金率支付租金。

第二节 国际航空货物运输

一、有关国际航空货物运输的国际公约

随着国际航空事业的发展，航空运输方式在国际贸易中得到日益广泛的使用。航空货物运输快捷、方便、卫生、安全，特别适于运送鲜活商品、易碎易损和贵重物品。

目前，调整国际航空货物运输关系的国际公约主要有三个：《华沙公约》、《海牙议定书》和《瓜达拉哈拉公约》：

1. 《统一国际航空运输某些规则的公约》（简称《华沙公约》），1929年在华沙签订，1933年2月13日生效。我国1958年加入该公约。

2. 《修改1929年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》），订于1955年9月，1963年8月1日生效。我国于1975年加入该议定书。

3. 《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》（简称《瓜达拉哈拉公约》），订于1961年，1964年5月1日生效。我国未加入该公约。

二、国际航空货物运输合同

下面以《华沙公约》和《海牙议定书》为例，阐述国际航空货物运输合同的有关规定。

（一）航空货运单

根据公约的规定，承运人有权要求托运人填写航空货运单。货运单一式三份，一份经托运人签字后交承运人；第二份附在货物上，由托运人和承运人签字后交收货人；第三份由承运人在收货后签字交托运人。《海牙议定书》改为承运人在货物装机以前签字。货物单是双方订立合同、接受货物和承运条件以及记载货物重量、尺寸、包装、件数等的书面凭证。作为货物权利凭证，不可以转让，但，《海牙议定书》允许填发可以流通的航空货运单。

航空货运单的主要内容包括：

1. 货运单的填写时间、地点。《海牙议定书》删除了这一要求。

2. 起运地、目的地及约定的经停地点。在必要时，经停地点可以由承运人加以变更，但不得使该运输丧失其国际性。按照公约的规定，所谓国际航空运输是指出发地和目的地分处两个缔约国境内，或在一个缔约国领土内但在另一缔约国或非缔约国内有经停地点。在后一种情况下，如承运人将经停地点变更为也在启运地和目的地所在国领土内，则该运输就会丧失国际性。有鉴于此，《海牙议定书》取消了承运人的这一权利。

3. 托运人、承运人或第一承运人及必要时收货人的名称、地点。

4. 货物名称、性质、包装件数、包装方式与标志、重量、数量、体积或尺寸及货物和包装的外观状况。

5. 运费金额、支付时间、地点、付费人。

6. 货物价值。

7. 货运单份数及随附单证。

8. 运输期限及航线。

我国是《华沙公约》与《海牙议定书》的加入国。与《华沙公约》成员国之间的货物运输，适用《华沙公约》；与《海牙议定书》成员国之间的货物运输，适用《海牙议定书》。

9. 注明该货运单受《华沙公约》或《海牙议定书》约束。

根据《公约》的规定，如果承运人接受了货物但未填写货运单，则承运人无权援引《华沙公约》关于免除或限制承运人责任的规定。

（二）托运人责任

根据《公约》的规定，托运人承担如下责任：

1. 托运人对货运单上关于货物的各项说明和声明的正确性及由于延误、不合规定、不完备，给承运人及其代理人造成的损失承担责任。

2. 托运人在履行运输合同所规定的一切义务的情况下，有权在启运地、目的地将货物提回或在途中经停时终止运输，或将货物运交非货运单上指定的收货人，但不得使承运人或其他托运人遭受损害。

3. 托运人需提供各种必要资料以便完成货交收货人前的海关、税务或公安手续，并将有关证件附货运单交给承运人并承担因资料或证件缺乏、不足或不合规定给承运人造成的损失。

（三）承运人的责任与免责

根据《公约》的规定，承运人的责任如下：

(1) 承运人对航空期间发生的货损、货物灭失、延误承担责任。所谓航空期间，指在承运人保管之下，不论在航空站内、航空器上或航空站外降落的任何地点，不包括航空站外任何陆运、海运或河运。但如果这种运输是为了履行空运合同，是为了装货、交货或转运，则也视为航空期间。

(2) 承运人对货物损失的赔偿责任为每公斤 250 法郎。如托运人在交货时特别声明货物价值，并交纳了必要的附加费，则承运人的赔偿额以所声明的价值为限。

在发生下列情况时，免除承运人应承担的责任：

(1) 承运人证明自己和其代理人已为避免损失采取了一切必要措施或不可能采取这种措施。

(2) 损失的发生是由于驾驶上、航空器的操作上或领航上的过失。

(3) 货物的灭失或损失是由于货物的属性或本身质量缺陷造成的。

(4) 损失是由受害人的过失引起或助成。

公约中规定的承运人免责和损害赔偿限额是一个最低标准，任何超出公约免责范围并规定更低赔偿金额的合同条款，一律无效。

当货物的损坏和灭失是由于承运人及其代理人和受雇人员故意的不良行为引起时，承运人则无权援引公约关于免责和限制责任的规定。

（四）索赔与诉讼时效

收货人在发现货损时，最迟应在收货后 7 天内提出异议，如发生延误，最迟应在收货后 14 天内提出异议。《海牙议定书》将这两个时限分别改为 14 天和 21 天。异议要写在运输凭证上或以书面方式提出。除非承运人有诈欺行为，否则，超过规定期限，收货人不能对承运人起诉。有关赔偿的诉讼，应在航空器到达目的地之日起 2 年内提出，否则，丧失追诉权。

诉讼地点由原告选择，可以是承运人营业所在地、目的地或合同订立地的法院。

根据公约的规定，由几个连续承运人办理的航空运输，第一承运人和每一段运输的承运人要托运人和收货人负连带责任。

第三节 国际铁路货物运输

一、概述

铁路运输不受气候影响，连续性强，载货量比空运大，速度比海运快，风险较海运、空运都小，国际铁路运输主要适用内陆接壤国家之间的货物运输。我国除东南沿海地区外，利用地缘优势与周边国家开展了广泛的经济贸易合作。世界上最大的一条国际铁路运输线，大陆桥运输横贯我国，东起连云港，西至新疆阿拉山口，可穿越独联体各国，直通西亚到欧洲鹿特丹。随着我国全方位的对外开放，国际铁路货物运输在我国对外经济贸易中大有可为。

目前，关于国际铁路货物运输的公约有两个：《国际货约》和《国际货协》。

《国际货约》（CIM），全称《关于铁路货物运输的国际公约》，1961年在伯尔尼签字，1975年1月1日生效。其成员国包括了主要的欧洲国家，如法国、德国、比利时、意大利、瑞典、瑞士、西班牙及东欧各国，此外，还有西亚的伊朗、伊拉克、叙利亚、西北非的阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯等共28国。

《国际货协》（CMIC），全称《国际铁路货物联合运输协定》，1951年在华沙订立。我国于1953年加入。1974年7月1日生效的修订本，其成员国主要是原苏联、东欧加上我国、蒙古、朝鲜、越南共计12国。

《国际货协》的东欧国家又是《国际货约》的成员国，这样《国际货协》国家的进出口货物可以通过铁路转运到《国际货约》的成员国去，这为沟通国际间铁路货物运输提供了更为有利的条件。我国是《国际货协》的成员国，凡经由铁路运输的进出口货物均按《国际货协》的规定办理。下面介绍《国际货协》的主要内容。

二、合同的订立

《国际货协》第6条、第7条规定，发货人在托运货物的同时，应对每批货物按规定的格式填写运单和运单副本，由发货人签字后向始发站提出。从始发站在运单和运单副本上加盖印戳时起，运输合同即告成立。

运单是铁路收取货物、承运货物的凭证，也是在终点站向收货人核收运杂费用和点交货物的依据。与提单及航空运单不同，运单作为权利凭证，不能转让。运单副本在加盖印戳后退还发货人，并成为买卖双方结清货款的主要单据。

三、托运人的权利义务

根据《国际货协》的规定，托运人承担以下义务：

1. 如实申报。托运人应对其在运单中所填的和声明的事项的正确性负责，并对于记载和声明的事项的不正确、不确切或不完备以及未将应报事项记入运单造成的一切后果承担责任。

2. 文件完整。托运人必须将货物在运送途中为履行海关和其他规章所需要的添附文件附在运单上。托运人不履行这一义务，铁路有权拒绝承运货物。此外，托运人要对没有添附这些文件或文件不齐全、不正确造成的后果负责。

3. 货物的交付和拒收。托运人在填写运单的同时，要提交全部货物、付清运费和有关费用。提交的货物可以是整车，也可以是零担，但不得属于下列货物：(1) 邮政专运物品；(2) 炸弹、炸药和军火；(3) 不属于《国际货协》

附件（四）中所列的危险物品；(4)重量不足 10 公斤的零担货物。

凡属于金、银、白金制品、宝石、贵重毛皮、电影片、画、雕像、古董、艺术制品和特种光学仪器等贵重物品，均应声明其价值。

货物到达终点时，收货人有权凭运单领取货物；当运单项下货物的毁损导致全部或部分货物不能按原用途使用时，有权拒收货物，并按规定向承运人提出索赔。即使运单中所载货物短少、毁损，也应按运单向承运人支付全部运费。在这种情况下，收货人按赔偿请求手续，对未支付的那一部分货物，有权领回其按运单所支付的款额。如属无理拒绝收领货物，则要向承运人支付罚款。

4. 运送费用的支付和计算。运送费用包括货物的运费、押运人的乘车费、杂费及与运送有关的其他费用。按照《国际货协》第 13 条和第 15 条的规定：

(1) 发送国铁路的运送费用，按发送国的国内运价计算。在始发站由发货人支付；

(2) 到达国铁路的运送费用，按到达国铁路的国内运价计算。在终点站由收货人支付；

(3) 如货物始发站和到达的终点站属于两个相邻国家且无需要经由第三国过境运输，且两国间订有直通运价规程时，则按运输合同订立日有效的直通运价规程计算；

(4) 如货物需经第三国过境运输时，过境铁路的运输费，应按运输合同订立日有效的《国际货协统一运价规程》（简称统一货价）的规定计算，可由始发站向发货人核收，也可由到达站向收货人核收。但如按《统一货价》的规定，各过境铁路运送费必须由发货人支付时，则不得将该项费用转由收货人支付。

对于各国铁路之间的清算办法，按照《国际货协》第 31 条的规定，原则上，每一铁路在承运或交付货物时向发货人或收货人按合同规定核收运费和其他费用之后，必须向参加这次运输业务的各铁路支付各该铁路应得部分的运送费用。

5. 变更合同。按照《国际货协》的规定，发货人和收货人在填写变更申请书后，有权在协定允许的范围内对运输合同作必要的变更。

发货人：(1) 可以在始发站将货物领回；(2) 变更到站；(3) 变更收货人；(4) 将货物运还始发站。

收货人：(1) 可以在到达国范围内变更货物的到达站；(2) 变更收货人。

但无论是发货人还是收货人，都只能各自对合同变更一次，并且在变更合同时，不得将一批货物分开办理。同时，变更合同的当事人要对因变更合同发生的费用和损失负责。

四、承运人的权利义务

（一）承运人的责任期间

根据《国际货协》的规定，从签发运单时起至终点交付货物时止，为承运人的责任期间。在这个期间内，承运人对货物因逾期以及全部或部分灭失、毁损造成的损失负赔偿责任。

（二）核查运单和货物

铁路有权检查发货人在运单中所记载事项是否正确，并在海关和其他规章有规定的情况下，或为保证途中行车安全和货物完整，在途中检查货物的内容。

（三）执行或拒绝变更合同

根据《国际货协》的规定，在下列情况下，铁路承运人有权拒绝托运人（发货人或收货人）变更运输合同或延缓执行这种变更：

1. 执行变更的铁路车站收到变更申请或发站到站的通知后无法执行；
2. 与参加运送的铁路所属国家现行的法令和规章相抵触；
3. 违反铁路营运管理；
4. 在变更到站的情况下，货物价值不能抵偿运到新指定到达站的一切费用。

当铁路承运人按托运人指示变更运输合同时，有权按有关规定核收变更运输合同后发生的各项运杂费用。

（四）连带责任

按《国际货协》第 21 条的规定，按运单承运货物的铁路，应负责完成货物的全程运输，直到在到达站交付货物时止。每一继续运送货物的铁路，自接收附有运单的货物时起，即作为参加这项运输合同并因此而承担义务。

（五）免责

根据《国际货协》第 22 条的规定，在下列情况发生时，免除承运人责任：
(1) 铁路不能预防和不能消除的情况；(2) 因货物的特殊自然性质引起的自燃、损坏、生锈、内部腐坏及类似结果；(3) 由于发货人或收货人过失或要求而不能归咎于铁路者；(4) 因发货人或收货人装、卸车原因造成；(5) 由发送铁路规章许可，使用敞车类货车运送货物；(6) 由于发货人或收货人的货物押运人未采取保证货物完整的必要措施；(7) 由于承运时无法发现的容器或包装缺点；(8) 发货人用不正确、不确切或不完整的名称托运违禁品；(9) 发货人在托运时需要按特定条件承运货物时，未按本协定规定办理；(10) 货物在规定标准内的途耗。

根据情况规定，当货损发生可归责于上述第 1 项和第 3 项原因时，由铁路提出证明；发生可归责于除 1、3 项以外原因时，则只要收货人或发货人不能证明是由于其他原因引起时，即应认为是由于这些原因造成的。

此外，在运输途中发生雪（沙）灾、风灾、崩陷和其他自然灾害，或因按有关国家政府指示发生其他行车中断或限制的情况，致使货物未能按规定的运达期限运达时，铁路亦可免责。

（六）留置权

为了保证核收运输合同项下的一切费用，铁路当局对货物可行使留置权。留置权的效力，依货物交付地国家的法令和规章的规定。

（七）赔偿限额

根据《国际货协》第 22 条的规定，铁路对货物损失和赔偿金额在任何情况下，不得超过货物全部灭失时的金额。

当货物遭受损坏时，铁路赔付额应与货价减损金额相当。

当货物全部或部分灭失时，赔偿额按外国售货者在账单上所开列的价格计算；如发货人对货物价格另有声明时，按声明的价格给予赔偿。

当逾期交货时，铁路应以所收运费为基础，按逾期长短，向收货人支付规定的逾罚金。逾期不超过总运到期限的 1/10 时，支付相当于运费的 6% 的罚款；逾期超过总运到期限的 4/10 时，应支付相当于运费 30% 的罚款等。

五、赔偿请求与诉讼时效

《国际货协》第 28 条规定，发货人和收货人有权根据运输合同提出赔偿

请求，赔偿请求可以书面方式由发货人向发送站提出，或由收货人向收货站提出，并附上相应根据，注明款额：

1. 运单项下货物全部灭失时，由发货人提出，同时须提出运单副本；或收货人提出，同时提出运单或运单副本；
2. 货物部分灭失、毁损或腐坏时，由发货人或收货人提出，同时须提出运单及铁路在到达站交给收货人的商务记录；
3. 逾期交货时，由收货人提出，同时须提出运单；
4. 多收运送费用时，由发货人按其已交付的款额提出，同时必须提出运单副本或发送站国内规章的其他文件；或由收货人按其所交付的运费提出，同时须提出运单。

铁路自有关当事人向其提出索赔请求之日起，必须在 180 天内审查该项请求，并予以答复。发货人或收货人在请求得不到答复或满足时，有权向受理赔偿请求的铁路所属国家的法院提起诉讼。

根据《国际货协》第 30 条规定，有关当事人依据运输合同向铁路提出的赔偿请求和诉讼，以及铁路对发货人和收货人关于支付运送费用、罚款和赔偿损失的要求和诉讼，应在 9 个月期间内提出；关于货物运到逾期的赔偿请求和诉讼，应在 2 个月期间内提出。

其具体诉讼时效起算日如下：(1)关于货物毁损或部分灭失以及运到逾期的赔偿，自货物交付之日起算；(2)关于货物全部灭失的赔偿，自货物运到期限届满后 30 天起算；(3)关于补充运费、杂费、罚款的要求，或关于退还此项款额的赔偿请求，或纠正错算运费的要求，应自付款之日起算；如未付款时，应自交货之日起算；(4)关于支付变卖货物的余款的要求，自变卖货物之日起算；(5)在其他所有情况下，自确定赔偿请求成立之日起算。

时效期间已过的赔偿请求和要求，不得以诉讼形式提出。

第四节 国际货物多式联运

一、国际货物多式联运的发展及其法律问题

随着国际贸易中越来越多地使用集装箱运送货物，出现了一种新的运输方式——货物的多式联运。它是以至少两种不同的运输方式将货物从一国接管货物的地点运至另一国境内指定交付货物的地点。与传统的单一运输方式相比，集装箱多式联运，特别是在成组运输的情况下，大大简化和加速了货物的装卸、搬运行程序，运输服务可以从过去的港至港一直延伸到门至门，减少货损货差，减少成本和费用，为国际贸易提供了一个更为理想、畅通、安全、经济、便利的运输方式。与此同时，多式联运提出了许多新的法律问题，如：

1. 货物风险的划分：包括买卖双方之间如何确定风险转移以及在若干不同的承运人之间如何确定货物损失的分担。

2. 法律适用问题：对传统的单一运输方式，国际上都已有相应的国际公约来调整有关当事人之间的关系。例如，海运适用《海牙规则》中的有关规定，空运有《华沙公约》和《海牙议定书》，铁路运输有《国际货协》的规定等。这些公约对承运人的责任、免责、赔偿限额等各有不同的规定。在多式联运中，由于货物是装在集装箱中运输，有时难以确定货物损失究竟发生在联运中的哪一个区段，于是出现了适用哪种运输方式的公约来确定承运人的责任和赔偿金额问题。

3. 运输单据的性质问题：根据《海牙规则》，海运提单不但是运输合同的凭证，还可作为权利凭证进行转让。但《华沙公约》和《国际货协》规定空运单和铁路运单虽具有权利凭证的性质，但不能转让，只起运输合同凭证的作用。当多式联运中包括海运、空运和（或）陆运时，联运单据是否可以进行转让？

4. 承运人和货主的关系问题：在单一运输方式中，运输合同确定了承运人和货主之间的关系。在多式联运中，有多式联运的经营人（简称联运人）和某一运输区段的实际承运人，当发生索赔案件时，发货人或收货人应向谁索赔？或是可以向两者中任何一方索赔？

二、联合国国际货物多式联运公约

为了解决这些法律问题，国际社会作出了各种努力。1980年5月在联合国国际贸易与发展会议的主持下，制订并通过了《联合国国际货物多式联运公约》（简称《联运公约》）。我国在会议最后文件上签了字。根据公约规定，公约在30个国家的政府签字但无须批准、接受或认可，或者向保管人交存批准书、接受书、认可书或加入书后12个月生效。公约目前尚未生效。

以下根据《联合国国际货物多式联运公约》的规定，简要介绍其主要内容。

（一）多式联运单据

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

《海牙议定书》对《华沙公约》作了修改，规定航空货运单可以作成可转让的。

作成可转让单据时，应列明按指示或向持票人交付。凭指示交付，经背书方可转让；向持票人交付，无需背书即可转让。当签发一份以上可转让多式联运单据正本时，应注明正本份数，收货人只有提交可转让多式联运单据才能提取货物，多式联运经营人按其中一份正本交货后，即履行了交货义务；如签发副本，则应注明“不可转让副本”字样。如签发不可转让多式联运单据，则应指明记名的收货人，多式联运承运人将货物交给不可转让单据所指定的记名收货人才算履行了交货义务。

公约第8条规定了多式联运单据的15项内容：(1)货物品类、标志、危险特征的声明、包数或件数、毛重；(2)货物的外表状况；(3)多式联运经营人的名称与主要营业地；(4)发货人名称；(5)收货人名称；(6)多式联运经营人接管货物的时间、地点；(7)交货地点；(8)交货日期或期间；(9)联运单据可转让或不可转让的声明；(10)联运单据签发的时间、地点；(11)联运经营人或其授权人的签字；(12)每种运输方式的运费、用于支付的货币、运费由收货人支付的声明等；(13)航线、运输方式和转运地点；(14)关于多式联运遵守本公约规定的声明；(15)双方商定的其他事项。

根据公约规定，以上一项或数项内容之缺乏，不影响单据作为多式联运单据的性质。

如果多式联运经营人及其代表知道或有合理根据怀疑多式联运单据所列货物品类、标志、包件数或数量、重量等没有准确地表明实际接管货物的状况，或无适当方法进行核对，经营人应在单据上作出保留，注明不符之处及怀疑根据或无适当核对方法。如不加批注，则视为他已在多式联运单据上注明货物外表状况的良好。

多式联运单据的签发，并不排斥在必要的时候按照适用的国际公约或国家法律签发同国际多式联运所涉及的运输或其他服务有关的其他单据，但这种单据的签发不得影响多式联运单据的法律性质。

(二) 联运经营人的赔偿责任

根据公约的规定，联运经营人是指其本人或通过其代表订立多式联运合同之人。他不是发货人的代理人，也不是参加多式联运的承运人的代理人。作为多式联运合同的原主，负有履行合同的责任。

1. 责任期间。多式联运公约实行的是联运经营人的全程统一负责制，即自其接管货物之日起，到交付货物时为止的整个期间承担责任。当收货人无理拒收货物时，则按照合同或交货地点适用的法律或特定行业惯例，将货物置于收货人支配之下，或交给依交货地点适用的法律或规章必须向其交付的当局或其他第三方。

2. 赔偿范围与责任限制。根据公约确立的推定过失或疏忽原则，多式联运经营人对在其掌管货物期间内发生的货物灭失，损坏和延迟交付引起的损失承担赔偿责任。所谓延迟交付，指未在约定的时间里交货或未在根据具体情况对一个勤奋的多式联运经营人所能合理要求的时间内交付。当确定的交货日届满后连续90天内未交货，则视货物为已经灭失。

多式联运经营人应对其受雇人或代理人在其受雇范围内行事的行为或不行为，以及为履行多式联运合同而使用其服务的任何其他人的行为或不行为，视同他本人的行为不行为一样，承担赔偿责任，除非联运经营人能证明其本人、受雇人或代理人为了避免事故发生及其后果已采取了一切所能合理要求的措施。

公约规定了对货物灭失和损坏的赔偿责任，限制为每件 920 记账单位或按毛重每公斤不超过 2.75 记账单位，以较高者为准。如多式联运中，不包括海运或内河运输，则按毛重每公斤 8.33 记账单位计算。所谓记账单位，是指国际货币基金组织规定的特别提款权。对延迟交货的损害赔偿为相当于对延迟交付的货物应付运费的两倍半，但不得超过联运合同规定的应付运费的总额。

如果能确切知道货物的灭失或损坏发生于多式联运的某一特定阶段，而这一阶段适用的一项国际公约或强制性国家法律规定的赔偿限额高于适用联运公约规定的赔偿限额，则多式联运经营人的赔偿限额由适用该特定区段的国际公约或国家强制性法律规定予以确定。

如经证明货物的灭失、损坏或延迟交付是由于多式联运经营人有意造成或明知可能造成而毫不在意的行为或不行为所引起的，或多式联运经营人意图诈骗，在多式联运单据上列入有关货物的不实资料，或漏列有关货物品类标志、件数、重量及货物外表状况，则联运经营人无权享受公约规定的赔偿责任限制的利益，并需负责赔偿包括收货人在内的第三方因信赖该多式联运单据所载明的货物状况行事而遭受的任何损失、损坏或费用。

如货物灭失、损坏或延迟交付是由于多式联运经营人、其受雇人或代理人等的过失或疏忽与其他原因相结合而产生的，则多式联运经营人仅就自己及其受雇人、代理人等的过失或疏忽部分承担责任。但必须证明其他原因造成的灭失、损坏和延迟交货部分。

未经发货人告之，而多式联运的经营人又无从得知危险货物特性时，多式联运经营人可视情况需要，随时将货物卸下、销毁或使其无害而无需承担赔偿责任。

（三）发货人的赔偿责任

1. 保证责任。在多式联运经营人接管货物时，发货人应视为已向多式联运经营人保证他在联运单据中所提供的货物品类、标志、件数、重量、数量及危险特性的陈述的准确无误，并应对违反这项保证造成的损失负赔偿责任。

2. 凡因发货人或其受雇人或代理人在受雇范围内行事时的过失或疏忽给联运经营人造成损失，发货人应负赔偿责任。

3. 运送危险品的特殊规则。发货人将危险品交多式联运经营人时，应告之危险品的危险特性，必要时应告之应采取的预防措施。否则，要对多式联运经营人因运送这类货物遭受的损失负赔偿责任。

（四）索赔与诉讼

1. 通知义务。(1)收货人的通知。收货人在收货的次一工作日应将货损、灭失情况的书面通知送交多式联运经营人。如货损、灭失不明显时，则在收货后连续 6 日内提出书面通知。如在收货时，当事人各方已进行了联合调查和检验，则无需再提交书面通知。对于延迟交货，收货人应在交货后 60 天内由联运经营人提交书面通知，否则，对延迟交货造成的损失不承担责任；(2)多式联运经营人的通知。多式联运经营人应在损失发生后 90 天内，或在提交货物后 90 天内，以较迟者为准，将损失通知递交发货人。

2. 时效。任何争议，在 2 年期间内未提起诉讼或提交仲裁，则失去时效。但在货物交付后 6 个月内或在货物未交付时，在应交付之日后 6 个月没有提出书面索赔通知，则诉讼在此期限届满后失去时效。诉讼时效可由受索赔人

在索赔期间内向索赔人提出书面声明加以延长。

和《联合国国际货物多式联运公约》的规定不同，我国《海商法》所指多式联运运输合同是指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式，其中一种是海上运输方式，负责将货物从接收地运至目的地交付收货人，并收取全程运费的合同。但在承担的责任期间和承担责任方式上与《联运公约》的规定是一致的，即多式联运经营人对多式联运货物的责任期间，自接收货物时起至交付货物时止，并对全程运输负责，但多式联运经营人也可与参与联运的各区段承运人另以合同约定相互之间的责任。但这种约定不得影响多式联运经营人对全程运输应承担的责任。在损害赔偿额方面，我国《海商法》规定，在损失发生在多式联运的某一区段时，多式联运承运人的赔偿责任和责任限额，适用调整该区段运输方式的有关法律规定；运输区段不能确定时，则依照本法关于海上运输合同中承运人赔偿责任和责任限额的规定负赔偿责任。 —

第四章 国际货物运输保险

第一节 国际货物运输保险合同

一、国际货物运输保险合同概念

国际货物运输保险也是一种服务贸易。国际上没有统一的货物运输保险法，实践中，保险人与被保险人的权利义务是由各国国内法和当事人双方订立的保险合同确定的。国际货物运输保险合同是指进出口商对进出口货物按照一定的险别向保险公司投保，交纳保险费，当货物在国际运输途中遇到风险时，由保险公司对进出口商遭受保险事故造成货物的损失和产生的责任负责赔偿。

其种类包括以下 4 种：

1. 海上货物运输保险；
2. 陆上货物运输保险；
3. 航空货物运输保险；
4. 多式联运保险。

前 3 种运输保险，每一种都用一节进行讲述，而第 4 种国际多式联运货物保险，目前我国尚无单独的保险条款，在实践中，采取按各个承保区段分别计算的办法处理。因此，在本章不单独用一节来讲述。

二、合同的订立

国际货物运输保险合同属于财产保险合同的一种。在英美国家，保险合同由投保人通过保险经纪人（Insurance Broker）作为中介才能订立。保险经纪人出具承保单，保险公司在承保单上签字，合同即告成立。保险经纪人交纳保险费并从保险公司收取佣金。如投保人不交保险费，则不能从保险经纪人手中得到保险单。

在我国，没有保险经纪人，投保人需直接向保险公司投保。由被保险人提出保险要求，经保险人同意承保，并就货物运输保险条款达成协议后，合同成立。保险人应及时向被保险人签发保险单或其他保险单证。

保险合同主要包括以下内容：保险人与被保险人名称、货物名称、货物价值、保险金额、保险责任和除外责任、保险期间、保险费。此外，还需列明运输工具、运输路线、投保险别等。

三、承保风险与损失

国际货物运输中会遇到各种意外事故，这些意外事故具体可分为以下几种：

1. 自然灾害：指与航行有关的海啸、地震、飓风、雷电等恶劣气候和自然灾害。
2. 意外事故：指与航行有关的如触礁、颠覆、碰撞、失踪等意外事故。
3. 外来风险：指由外来原因如偷窃、受潮、串味、钩损、玷污等外来原因，以及由战争、暴动、罢工等特殊原因造成的货物损失、灭失等。由这些原因造成的货物损失可分为两类：货物本身遭受的全部损失和部分损失，以及为营救货物支出的费用。

参见《中华人民共和国海商法》第 221 条。

参见《中华人民共和国海商法》第 217 条。

(1)全部损失 (total loss)。包括实际全损和推定全损。所谓实际全损指货物全部毁灭或因受损而失去原有用途，或被保险人已无挽回地丧失了保险标的。推定全损指货物受损后对货物的修理费用加上续运到目的地的费用超过其运到后的价值。

对于实际全损，保险人给予赔偿。对推定全损，由被保险人选择：按实际全损进行索赔，则必须向保险人发出委付通知 (Notice of abandonment)；否则，按部分损失进行索赔。

(2)部分损失 (partial loss)。即除了全部损失以外的一切损失。在海上货物运输保险中，分为共同海损、单独海损和单独费用。

共同海损 (General Average) 指海上运输中，船舶、货物遭到共同危险，船长为了共同安全，有意和合理地作出特别牺牲或支出的特别费用。对于共同海损所作牺牲和支出的费用，用获救船舶、货物、运费获救后的价值按比例在所有与之有利害关系的受益人之间进行分摊，因此，共同海损属于部分损失。保险公司对共同海损牺牲和费用以及共同海损分摊都给予赔偿。

单独海损 (Particular Average) 是指货物因承保风险引起的不属于共同海损的部分损失。单独海损造成的损失只能由受损方自己承担，是否能从保险公司得到补偿取决于当事人投保的险别及保险单的条款是如何制订的。

单独费用 (particular charge) 是为了防止货物遭受承保风险造成的损失或灭失而支出的费用。由于保险单上通常都载有“诉讼与营救条款” (Sue and Labour Clause)，因此，单独费用都能从保险公司得到补偿。

四、代位与委付 (Substitution and Abandonment)

代位 (Substitution) 是指当货物损失是由第三者的过失或疏忽引起时，保险公司向被保险人支付保险赔偿后，享有取代被保险人向第三方进行索赔的权利。在赔付部分损失的情况下，如果保险公司的追偿所得大于赔付给被保险人的金额，则多出部分应返还给被保险人。在赔付全部损失的情况下，保险公司取得代位权的同时还取得残存货物的所有权。即使残存的货值大于保险公司的赔付额，超出部分仍归保险公司所有。

委付 (Abandonment) 是指在推定全损的情况下，被保险人把残存货物的所有权转让给保险公司，请求取得全部保险金额。委付是被保险人的单方行为，保险公司没有必须接受委付的义务。但委付一经接受则不能撤回。接受委付后，保险公司取得残存货物的所有权，当损失由第三者过失引起时，同时取得向有过失的第三方代位追偿的权利。如追偿额超过保险公司的赔付额，也不必将超出部分退还被保险人。

有时保险公司为了尽快解除保险合同，可以宣布放弃代位求偿或委付权而赔偿全部保险金额。

五、保险单种类

与国际货物运输保险有关的保险单主要有以下几种：

1. 定值保险单：指载明保险标的约定价值的保险单。通常为货物的 CIF 或 CIP 价加上 10% 的买方预期利润。

2. 航程保险单：指以一次或多次航程为期限的保险单。

3. 流动保险单：指保险人与被保险人就总的承保条件，如承保风险、费率、总保险金额、承保期限等事先予以约定，细节留待以后商定的保单。根据流动保单，被保险人按承保期间内能启运的货物价值预交保险存款 (Premium deposit)，在每批需要承保的货物装运后通知保险人，保险单自

动生效，每批货值从货物的总价值中扣除，直至保险总额用完，保险合同终止。

因此，在流动保单中，被保险人得不到保单本身，而是保险公司开出的保险凭证。

4. 预约保险单：又称开口保单。与流动保单类似，只是在保单中未规定保险总金额。承保货物一经启运，被保险人通知保险人后，保单自动生效。合同终止取决于被保险人和保险人之间的约定。

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

6. 保险凭证：是一种简式保险合同。通常仅载有正式保险单正面的条款，如被保险人名称、保险货物名称、运输工具种类与名称、投保别、保险期限、保险金额等，而对保险单背面有关保险人和被保险人权利义务的条款则不予登载。在当事人采用流动保单或预约保单投保时，被保险人得不到正式保单，只能得到保险凭证。

六、保险责任起讫

按照一般的国际实践，承保人的责任起讫是从被保险货物运离保险单所载明的启运地仓库或储存处开始运输时起，至该货物到达保险单所载目的地收货人的最后仓库或储存处，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，即通常称之为“仓至仓条款”。如未抵达上述仓库或储存处所，则以货物在最后卸载地后满60天为止。在航空运输中，是在货物卸离飞机后满30天为止。如在上述60天内（航空运输是在30天内）货物被运至保单所载目的地以外地点，则保险责任从货物开始转运时终止。

七、被保险人义务

被保险人通常需承担以下义务：

1. 如实申报：被保险人或投保人在填写保单时，必须对货物、货物性质、价值等重要事实如实申报，否则，保险人可以解除合同，并对保险标的发生的损失不予赔偿。

2. 及时提货：被保险货物抵达保单所载目的地，被保险人应及时提货。

3. 保全货物：对遭受承保范围内危险的货物，应迅速采取合理措施，减少或防止货物损失。

4. 通知：当获悉航线改变或发现保单所载货物运输工具、航程有遗漏或错误时，被保险人应立即通知保险人，在必要时需另加保费，保险单继续有效。

5. 索赔：当发现货物遭受损失时，应立即向保单上所载明的检验、理赔代理人申请检验，并向承运人、受托人或海关、港务当局索取货损、货差证明，并以书面方式提出索赔。在向保险人提出索赔时，要提供保险单正本、提单、发票、装箱单、磅码单、货损货差证明等有关单据和凭证。

八、索赔期限

从被保险货物在最后卸载地全部卸离运输工具后起算，最多不超过2年。

第二节 海上货物运输保险条款

国际海上货物运输保险条款常用的是伦敦保险业协会制订的货物保险条款，我国对外贸易运输中除上述条款外，还经常使用中国人民保险公司制订的海洋运输货物保险条款。

一、中国人民保险公司海洋运输货物保险条款

中国人民保险公司海洋运输货物保险条款分一般保险条款和特殊保险条款。一般保险条款包括三种基本险别：平安险、水渍险和一切险。特殊保险条款包括一般附加险、特别附加险和特殊附加险。

(一) 平安险 (Free From Particular Average)

原意为“单独海损不赔”。承保被保险货物由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害造成的整批货物的全损；运输工具搁浅触礁、沉没、互撞以及失火、爆炸等意外事故造成的货物全部或部分损失；运输工具在发生上述意外事故后又在海上遭受恶劣气候等自然灾害造成的部分损失；装卸时，一件或数件货物落海造成的全部或部分损失；被保险人为抢救货物支出的合理费用等。

平安险是三种基本险别中保险人责任最小的一种。

(二) 水渍险 (With Particular Average)

原意为“单独海损负责”。除承保平安险的各项责任外，还负责被保险货物由于恶劣气候等自然灾害造成的部分损失。

(三) 一切险 (All Risks)

除承保平安险和水渍险的各项损失外，还承保由于外来原因招致的全部或部分损失。所谓外来原因是指由一般附加险承担的损失，而不包括特别附加险和特殊附加险。

一般附加险有 11 种，包括：偷窃、提货不着险、淡水雨淋险、短量险、混杂、玷污险、渗漏险、碰撞、破碎险、串味险、受潮受热险、钩损险、包装破裂险、锈损险等。一般附加险不能单独投保，它们全部包括在一切险之中，或是投保人在投保了平安险或水渍险后，根据需要加保其中一种或几种险别。

特别附加险 7 种：包括交货不到险、进口关税险、舱面险、拒收险、黄曲霉素险、出口货物到香港（九龙）或澳门存仓火险责任扩展险、卖方利益险。

特殊附加险 3 种：战争险、战争险的附加费用和罢工险。

特别附加险和特殊附加险在投保人向保险公司提出申请后，经特别同意，在投保了基本险后可以加保。

根据中国保险条款的规定，承保人的责任起讫是“仓至仓”。保险单索赔时效是从被保险货物在最后卸载港全部卸离海轮后起算，最多不超过 2 年。

二、伦敦保险业协会货物保险条款

目前，通用的是 1983 年 4 月 1 日起使用的货物保险条款，共有 6 种。和中国人民保险公司的货物保险条款相比，主要有以下不同：

1. 用英文字母 A、B、C 表示原来的一切险、水渍险和平安险。避免了过去因险别名称含义不清且与承保范围不符产生的误解，消除了原险别之间的交叉与重叠。

2. 增加了承保陆上风险的规定。如 B、C 条款承保由于陆上运输工具的颠翻、出轨、碰撞引起的货损以及湖水、河水侵入船舶造成的损害。

3. 独立投保的保险条款。协会货物保险条款除 A、B、C 条款外，还有协会战争险条款、罢工险条款、恶意损害险条款，均可独立投保，或在投保了 A、B、C 条款后加保。

第三节 陆上运输货物保险条款

一、承保范围

分陆运险和陆运一切险两种：

(一) 陆运险

其承保范围包括：

1. 被保险货物在运输途中遭受暴风、雷电、洪水、地震等自然灾害。
2. 运输工具遭受碰撞、倾覆、出轨；或在驳运过程中因驳运工具遭受搁浅、沉没；或由于遭受隧道坍塌、崖崩或失火、爆炸等意外事故所遭受的全部或部分损失。

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

(二) 陆运一切险

其承保范围除包括上述陆运险的责任外，还负责承保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。

二、责任起讫

陆运货物保险条款负“仓至仓”责任。包括正常运输过程中的陆上和与其有关的水上驳运在内。如货物未抵达目的地仓库或储存处所，则以被保险货物运抵最后卸货的车站满 60 天为止。

三、被保险人义务

1. 被保险货物抵目的地以后，被保险人应及时提货，当发现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缺少，或有明显残损痕迹，应即向承运人、委托人或有关当局索取货损货差证明。如货损货差是由于承运人、受托人或有关方面责任造成的，则应以书面方式向他们提出索赔，必要时须取得延长时效的认证。

2. 对遭受承保责任内危险的货物，被保险人应迅速采取合理的抢救措施，防止或减少货物的损失。

3. 在向保险人索赔时，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。当涉及第三者责任时，还须提供向第三者追偿的有关函电及其他必要凭证或文件。

四、除外责任

根据陆运货物保险条款的规定，保险公司对由于下列原因造成的货物损失，不负赔偿责任：

1. 被保险人的故意行为或过失造成的损失；
2. 属于发货人责任引起的损失；
3. 在保险责任开始前，被保险货物存在的品质不良或数量短差造成的损失；
4. 被保险货物的自然损耗、本质缺陷、特性以及市场跌落、运输延误造成的损失和费用；

5. 本公司陆上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。

第四节 航空运输货物保险条款

一、责任范围

航空运输货物保险分航空运输险和航空运输一切险二种：

(一) 航空运输险

承保：(1)被保险货物在运输途中遭受雷电、火灾、爆炸或由于飞机遭受恶劣气候或其他危难事故而被抛弃，或由于飞机遭受碰撞、倾覆、坠落或失踪等意外事故所造成的全部或部分损失；(2)被保险人对遭受承保范围内危险的货物采取抢救、防止或减少货损的措施而支出的合理费用，但以不超过该批被救货物的保险金额为限。

(二) 航空运输一切险

除包括上述航空货物运输险的责任外，还负责被保险货物由于外来原因所致的全部或部分损失。

二、责任起讫

1. 航空运输货物保险条款负“仓至仓”责任，自被保险货物远离保险单所载明启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运输工具在内，直至该货物到达保险单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。

2. 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地卸离飞机后满 30 天为止。

3. 由于被保险人无法控制的运输延迟、绕航、被迫卸货、重新装载、转载或承运人适用运输合同赋予的权限所作的任何航行上的变更或终止运输合同，致使被保险货物运到非保险单所载目的地时，在被保险人及时将所获知的情况通知保险人，并在必要时加付保险费的情况下，保险单继续有效，并按下列规定终止：

(1)被保险货物如在非保单所载目的地出售，保险责任至交货时为止。但无论如何，均以被保险货物在卸载地全部卸离飞机后满 30 天为止。

(2)被保险货物如在上述 30 天期限内继续运往保单所载原目的地或其他目的地时，保险责任仍按“仓至仓”的规定终止。

关于除外责任，被保险人义务以及索赔期限的规定与陆上运输货物保险条款相同，故不赘述。

第五章 国际票据与国际 贸易支付

在国际经济交往中，支付和结算是交易双方经济利益得以实现的重要环节。货币和票据是进行支付和结算的重要手段。票据是主要的支付工具，货币主要用于计价结算。为了防止货币市场币值的波动造成损失以及由于货币不能自由兑换和流通带来的损失，在国际贸易结算中通常都选择币值较为稳定且可以自由兑换的货币进行计价结算，并用托收和信用证方式进行支付。

第一节 国际票据

一、国际票据概述

（一）定义和特点

票据是指由一国出票人签发的由自己或他人无条件支付一定金额的书面凭证。当票据跨越国境流通或当出票人与受票人或背书人或付款人分处不同国家时，该票据则被视为一张国际票据。

票据在本质上是一种合同，但与一般的合同相比，具有以下特征：

1. 票据是有价证券。票据代表一种债权，这种债权的行使是以当事人对票据的占有为前提并以金钱为支付标的的证券。

2. 票据是无因证券。持票人占有票据，即可主张票据上的权利，不受基础法律关系的影响，因此票据也被视为一种设权证券。

3. 要式证券。票据的作成必须具备法定要件，即法律规定的事项和内容，必须具备法定形式。当事人不能随意加以修改，否则票据的权利将受到影响，乃至无效。

4. 票据是一种流通证券。票据可以凭交付或背书方式自由转让，无需通知债务人。正当持票人并享有优于前手的权利，不因其前手对票据的权利有瑕疵而受影响。这是票据最重要的特征。

（二）分类和作用

不同法系对票据的分类各有不同。英美票据法的票据包括本票、汇票和支票。大陆法系也称作日内瓦体系，采取本票、汇票与支票相分离的作法，票据只包括汇票与本票。

本票（promissory note），又称期票，是由出票人签发的在未来某个确定日期内由自己向某人或其指定人或持票人支付一定金额的书面凭证。

汇票（Bill of exchange, draft）是由出票人向受票人开出的由出票人签名的，要求受票人于见票时或规定的某一将来时间或可以确定的将来时间，对某人或某人指定的人或持票人无条件支付一定金额的命令。

支票（check）是以银行为受票人，见票即付的书面凭证。是一种特殊汇票。

汇票和支票的区别在于：汇票的受票人不限于银行，还可以是公司、个人等，而且付款日期有即期、远期之分。远期汇票的流通期较长，汇票还可在市场上贴现；当汇票过了期限遭拒付时，持票人不仅对背书人，而且对出票人均丧失追索权。而支票的付款人必定是银行，支票都是即期的，因此不必承兑也不存在贴现的情况。支票的期限（除旅游支票外）一般不超过 70 天。当支票过了期限遭拒付时，持票人仍可向出票人追索。

本票可以看作是一种对己汇票。汇票和本票的区别在于：汇票一般可以在国与国之间或地区与地区之间流通，汇票的持有人对出票人、背书人、承兑人都有追索权，远期汇票要办理承兑手续；而本票一般只在本地区流通，本票的持票人只对出票人有追索权，由于本票的出票人同时又是付款人，所以不必承兑。

由于票据具有以上特性，因此在经济交往中起着重要作用。

1. 它们是信用凭证。票据上所载金额是出票人或其指定人承担的无条件付款义务。

2. 可以代替现金在市场上流通。而且比用现金更为安全、简便。特别是在国际经济交往中，汇票作为一种主要的流通工具，得到广泛使用。

二、票据的法律体系与国际统一立法

(一) 票据的法律体系

世界上大多数国家都制订有票据法。有些是以单行法规形式，如英国、德国。有些则是包括在商法典中，如美国、法国等。彼此之间差异较大。归纳起来可分为英美法系、法国法系和日尔曼法系。

1. 日尔曼法系，又称为德国法系。以 1871 年德国票据法为代表。该法采取了票据（汇票，本票）与支票分离的体系。注重票据作为流通工具的作用以及作为信用工具的功能。票据关系与其基础关系相分离，对票据的形式要求较为严格，提高了票据流通中的安全性。是欧洲大陆法系票据法的典型代表。

2. 法国法系，以法国 1807 年商法典为代表。采用票据法与支票法相分离的体系。由于其制订较早，票据主要是作为一种替代现金便于运送的工具，强调票据的流通性而不强调其作为信用工具的作用。根据法国法，票据必须载明对价文句，表明已收到对价，否则不能产生票据法上的效力。票据关系与其基础关系不加分离。汇票的出票人与汇款人之间要有资金关系。付款人之所以为出票人付款，是因为出票人在付款人处存有资金。两者之间的这种关系随票据的转让而转让。1935 年，按照日内瓦公约的规定，法国修改了商法典中的票据法部分。

3. 英美法系，以英国 1882 年汇票法和美国统一商法典第三篇为代表。其主要特点是，汇票、本票和支票法三位一体。在票据形式上要求比较灵活，注重票据的流通作用和信用工具的作用。强调对正当持票人的保护，如把票据的流通和其基础法律关系严格加以分离。在流通时，不要求票据的对价关系或资金关系。

(二) 票据的国际统一法

1. 日内瓦公约体系。鉴于各国及不同法系之间票据法的巨大差异，为了便于票据在国际间的流通，从 19 世纪末开始，一些国际组织就在致力于票据法的国际统一工作。其主要成果是 1930 年国际联盟主持下在日内瓦签署的关于《统一汇票本票法公约》、《解决汇票本票法律冲突公约》、《汇票本票印花税法公约》以及 1931 年《统一支票法公约》、《解决支票法律冲突公约》、《支票印花税法公约》，统称日内瓦票据法体系。日内瓦票据法体系消除了德、法体系之间的分歧，反映的是德国票据法体系的特点，因此参加国主要是欧洲大陆法系国家。如德国、法国、意大利、瑞士、瑞典、比利时、奥地

根据美国统一商法典，票据除包括汇票、本票、支票外，还包括存款单。

利、希腊、荷兰、挪威、丹麦、芬兰以及日本和一些拉美国家。而英、美自始至终拒绝参加该公约体系。

2. 联合国《国际汇票和国际本票公约》。为了促进票据法的统一，联合国国际贸易法委员会经过近 20 多年的努力，于 1988 年 12 月 9 日在纽约联合国第 43 次大会上通过了《国际汇票和国际本票公约》。该公约 1990 年 6 月 30 日前开放签字，目前尚未生效。

应当注意的是，联合国《国际汇票和国际本票公约》只适用于载有“国际汇票”和“国际本票”字样的国际汇票和国际本票，而不适用于国内汇票和本票。此外，国际汇票是指：在下述：(1)出票地点；(2)出票人签名旁所示地点；(3)受票人姓名旁所示地点；(4)收款人姓名旁所示地点；(5)付款地点。五个地点中，至少有两处地点是分处不同国家且汇票签发地或付款地位于缔约国内。

国际本票是指：下述(1)出票地；(2)签票人签名旁所示地点；(3)收款人姓名旁所示地点；(4)付款地点。上述至少两处地点位于不同国家且付款地位于一个缔约国境内的本票。

由此可见，《国际汇票和国际本票公约》只是国际票据的统一法，而不是票据的国际统一法。体现出国内票据和国际票据立法的分离。

日内瓦公约体系虽未得到英美法体系的认可，但由于这些公约既适用国际汇票、国际本票和国际支票，又适用于国内汇票，国内本票和国内支票，因此，在此种意义上可以说它们是真正的关于票据的国际统一法。

在国际经济交往中，作为支付工具大量使用的是汇票，以下按日内瓦《统一汇票本票法》介绍有关汇票的规定。

三、汇票

(一) 汇票的主要内容

根据《统一汇票本票法》汇票应包括以下内容：

1. 应写明“汇票”字样，英美法系无此要求。

2. 无条件支付一定金额的命令：即付款人的付款不得附带任何条件，只有见票即付或见票后定期付款的汇票才允许记载利息及利率，其他汇票的此种记载一律无效。而英美法系认为有效。

3. 付款人姓名：汇票出票人可指定自己为付款人，这种汇票又被称为“对己汇票”（一般多为银行汇票），有些国家视其为“本票”。英美法系认为由持票人自己决定。

4. 付款日与付款地点：付款日也是汇票的到期日。是汇票法定内容之一，缺少此项规定的汇票无效。其重要性不仅体现在当事人收汇早晚，利息损失，而且持票人如到期不作付款提示，则有丧失汇票权利或追索权的危险。付款地涉及到法律冲突中汇票的法律适用问题。为此，日内瓦公约规定付款地点不是汇票有效的法定条件，未规定到期日的汇票，视为见票即付；未载付款地点的汇票意味着付款人姓名旁所载地点为付款地点。关于付款日的记载，有四种方法：

(1)见票即付 (at sight bill)：(即期汇票)在持票人提示汇票时付款。

1982 年 7 月制订了《国际支票公约(草案)》。

该公约目前尚未生效。

(2)定日付款 (fixed date) : 又称“板期付款”在汇票上载明付款的具体日期。

(3)出票日后定期付款 (after date) : 从出票之日后起算, 于一定期间内 (如3个月) 付款。

(4)见票后定期付款 (after sight) : 从持票人提示汇票时起算, 于一定期间内 (如6个月) 付款。

5. 受款人姓名: 日内瓦公约不允许开立“交付来人” (to bearer) 的无记名式汇票, 英美法系无此限制。常见的汇票受款人有以下三种写法:

(1)限制性抬头 (Non-transferable bills) : 即在汇票上载明“只付A公司” (pay A Co. only) 或记载“不得转让”字样。这种汇票不能以背书方式转让。

(2)指示性抬头 (order bill) : 又称记名抬头。在汇票上载明“付A公司或其指定的人” (pay A Co. or order, pay to the order of A Co.) 这种汇票凭背书转让。

(3)来人式抬头 (bearer bill) : 又称无记名汇票。汇票上不记载受款人姓名, 只写“交付来人” (payable to bearer) 这种汇票无需背书, 通过交付受让人完成转让, 日内瓦公约不允许使用这种汇票。

6. 出票日及出票地点: 是汇票的法定要件。其法律意义在于: (1)出票日决定出票后定期付款的付款日; 对见票即付的汇票决定付款提示时间; (2)出票地决定法律冲突中的法律适用问题, 如汇票的形式问题通常适用出票地国家的法律。英美票据法体系认为缺乏此项内容不影响汇票的法律效力。任何合法的持票人可以自由填写自己认为准确的出票日期; 出票人住所或营业地或居所都可视为出票地点。

7. 出票人签名: 出票人是汇票权利的创设人并据此使汇票与其基础法律关系相分离, 成为无因证券。其法律意义在于: (1)在汇票承兑或付款前, 表明出票人是主债务人。根据日内瓦公约规定, 出票人可被免除对汇票承兑之责, 但不免除其担保付款之责。 (2)在汇票遭拒付或退票时, 持票人可向其进行追索, 当出票人是公司或法人时, 由其授权的代表的签名有效。

以上对汇票内容的要求缺一不可。总的来说, 日内瓦公约对汇票的要求严格, 英美法系则比较灵活。联合国国际汇票和国际本票法公约 (草案) 采纳的基本是英美法系原则, 但在两点上采纳了日内瓦公约: (1)汇票上必须记载出票日期; (2)不得出具来人式抬头的汇票; 但背书时可以采用空白背书的方法, 使汇票成为来人式抬头的汇票。

当根据合同或信用证的要求签发汇票时, 其内容不但要符合法律和国际惯例, 而且要符合合同和信用证的规定。

(二) 汇票的种类

1. 按流通地域不同, 可分为国内汇票和国际汇票。

2. 按出票人不同, 可分为银行汇票和商业汇票。银行汇票 (Banker's draft) 是银行对银行发出的汇票。商业汇票 (trade bill) 是企业或个人之间或对银行签发的汇票。

3. 按付款时间不同, 可分为即期汇票和远期汇票。即期汇票 (sight bill) 是指付款人在持票人向其提示汇票时立即付款的汇票。远期汇票也称为有信用期限的汇票 (draft with usance) 是指在一定期限或特定日期付款的汇票。又可分为: (1)确定日期付款的汇票; (2)出票后定期付款; (3)见票

后定期付款三种。远期汇票需先办理承兑手续，于到期日即行付款。

4. 按承兑人不同可分为银行承兑汇票和商业承兑汇票。银行承兑汇票 (banker's acceptance bill) 是由银行承兑的远期汇票，以银行信用为基础；商业承兑汇票 (commercial acceptance bill) 是由企业或个人承兑的远期汇票，以企业或个人的商业信用为基础。

5. 按有无随附单据，可分为光票和跟单汇票。光票 (clean bill) 指不附带任何商业单据的汇票，其流通全凭出票人或背书人，付款人的资信；跟单汇票 (documentary bill) 指除汇票当事人的信用外，需附有代表货物所有权的各种商业单据作保证以为承兑或付款的先决条件。

(三) 汇票的流程序

即期汇票属于见票即付，从出票到付款间隔时间短，手续简便。远期汇票从出票到付款有一段较长时间间隔，通常在市场上辗转流通一般要经过出票、提示、背书、承兑和付款等过程。

1. 出票 (draw or issue)。出票的含义有二：(1) 出票人制作汇票并在汇票上签名；(2) 将汇票交受票人，才算完成出票。

2. 提示 (presentation)。持票人将汇票提交付款人要求付款或承兑叫作提示。付款人见到汇票称为“见票”，要求付款人付款的提示叫“付款提示”，要求付款人承认到期付款的提示叫“承兑提示”。远期汇票需先向付款人作承兑提示，然后于到期时作付款提示。

付款提示或承兑提示都必须在法定期限内进行，否则免除出票人和背书人承兑和付款义务。日内瓦《统一汇票本票法》规定，见票后定期付款的汇票，应自出票日起一年内作承兑提示，出票人可延长或缩短该期限，背书人可缩短；英美法系规定应在“合理时间”内提示；对已承兑远期汇票的付款提示，日内瓦公约规定应在汇票到期日或其后两个营业日内办理，英美法系规定应在汇票到期日提示。

3. 背书 (endorsement)。汇票是一种流通证券，日内瓦公约不允许签发无记名或“交付来人”的汇票，因此，汇票的转让，必须履行背书手续。背书即持票人在汇票上或粘单上签上自己的名字和/或受让人姓名并将汇票交给受让人的行为。前者称为背书人，后者称为被背书人。背书的法律意义在于，汇票经背书意味着背书人将汇票的权利转让给被背书人。对汇票的受让人来说，所有在他以前的背书人和出票人均是他的“前手”，均对他负有担保汇票必被承兑或付款的责任；所有在他让与以后的受让人都是他的“后手”。在汇票遭拒付或拒绝承兑时，有对前手或出票人进行追索的权利。背书的方式有三种：

(1) 特别背书 (special endorsement)：又称为记名背书或全衔背书。是背书人在汇票上或粘单上写上被背书人的姓名，并签上自己的名字，然后交被背书人。被背书人接受汇票后可通过背书将汇票再行转让。

(2) 空白背书 (blank endorsement)：又称无记名背书。即持票人必须在汇票背面签上自己的名字，不填被背书人或商号名称，交付受让人。

(3) 限制性背书 (restrictive endorsement)：背书人指明转让给某人且注明禁止再度转让。这样被背书人在接受汇票后不得将其再行转让。根据日内瓦公约的规定，禁止后，该背书人对于再以背书取得汇票的人，不负保证之责。即禁止后，限制性背书的受让人仍可向限制性背书人行使追偿的权利，但再行转让的受让人丧失了向限制性背书人进行追偿的权利，但不丧失

向除此之外其他前手背书人进行追偿的权利。

(4)免于追索的背书 (without recourse) : 背书人在背书时注明“免于追索”字样。当此种汇票遭拒付时,持票人将绕过该背书人,向其他前手进行追偿。

根据日内瓦公约的规定,背书人在背书时必须把汇票之全部金额同时转让给一个受让人。

4. 承兑 (acceptance)。远期汇票提示时,付款人将同意按出票人指示到期付款的意见表示以书面形式载于汇票之上的行为。承兑的法律意义在于,汇票一经承兑即表明承兑人承担到期无条件付款的义务;当承兑人拒绝承兑时,持票人只能向出票人和背书人进行追索;汇票经承兑后,如承兑人到期拒绝付款,则持票人可对其起诉。

5. 付款 (payment)。持票人于汇票到期日向付款人提示汇票,要求支付汇票金额的行为。付款人付款后在汇票上注明“收讫”字样,汇票上反映的债权债务关系就此结束。

6. 汇票的拒付与追索 (dishonour and recourse)。又称为“退票”,指持票人向付款人提示汇票要求承兑或付款时,遭到付款人拒绝。此外,如付款人避而不见、死亡或宣告破产,也视为拒付。汇票遭拒付,持票人向出票人或背书人或承兑人要求偿还汇票金额的行为称为追索。

汇票遭拒付时,除汇票载明不需作拒绝证书外,持票人都必须在法定时间内作成拒绝证书,否则不得进行追索。出票人、背书人、承兑人或票据保证人对持票人负连带责任。

拒绝证书 (protest) 是由付款地的公证人 (notary public) 或法院,银行公会等作出的证明付款人拒付或拒绝承兑的文件。拒绝承兑或见票即付汇票的拒绝付款证书,应于提示承兑或付款期间内作成,其他拒绝付款证书应于汇票到期日后二个营业日之内作成。

此外,执票人还必须在拒绝证书作成的四个营业日内将拒付事实通知背书人和出票人。

汇票的持票人对背书人及出票人的追索时效为一年,从拒绝证书作成之日起算;背书人之间及背书人对出票人之诉讼时效为6个月,自背书人作出清偿之日或背书人被起诉3日起算;汇票上之一切诉讼权利,对承兑人是3年,从汇票到期日起算。

第二节 国际贸易支付方式

一、国际贸易支付方式概述

国际贸易支付方式可分为两大类三种：一类是收付双方不由银行提供信用，但通过银行办理的方式，包括买方直接汇款方式和托收；第二类是由银行提供信用，收付双方从银行得到信用保证及资金融通的便利，如信用证。其中信用证是最主要的支付方式。

买方直接付款方式 (direct payment by buyers) 是买方通过银行以汇款方式将货款支付卖方。分信汇、电汇和票汇。

信汇 (mail transfer, M/T)

买方将货款交进口地银行 (汇出行)，由银行开出汇款委托书通过邮局 (航空) 递交卖方所在地银行 (汇入行)，委托其向卖方付款。

电汇 (Telegraphic Transfer, T/T)

买方将货款交进口地银行，填妥电汇申请书，由汇出行用电报 (或电传) 通知卖方所在地银行，委托其向卖方付款。

票汇 (demand draft, D/D)

买方向进口地银行购买银行汇票寄给卖方，卖方或其指定人持票向卖方所在地银行取款。进口地银行在开出汇票时向卖方所在地银行发“付款通知书”，卖方所在地银行凭此核对汇票后付款。

以上买方直接付款中，无论是哪种方式都可以规定是见单付款或是交货付款，见单付款对买方风险很大。

在国际贸易支付中，各国银行在实践中已形成了有关托收和信用证的一套习惯做法，1958年国际商会首次草拟了《商业单据托收规则》(国际商会192号出版物)，建议各银行采用，以期成为托收各方共同遵守的规则。1967年加以修订称为《商业票据托收统一规则》(国际商会254号出版物)。由于在业务实践中，托收单据中既有资金性质的，如汇票；又有商业性质的(商业票据)，故在1978年修改时更名为《托收统一规则》(Uniform Rules for Collection)(国际商会322号出版物)，1993年3月国际商会银行委员会再次对该规则进行修改并于1995年5月通过，称为《托收统一规则》(国际商会第522号出版物)(以下简称URC522)1996年1月1日起实施。《托收统一规则》共26条包括总则与定义；托收的形式和结构；提示方式；义务和责任；付款；利息、手续费及其他费用；其他规定。该规则适用于委托人在托收指示书中表明按本规则行事的一切托收。除非另有明示同意或与一国或地方不得违反的法律相抵触，该规则对有关当事人均有约束力。和修改前的322号出版物相比，新规则的规定更为系统，严密，托收各方当事人的义务和责任更加明确，其基本精神是，接受委托的银行在办理托收业务时，严格按照委托人的托收指示办事，对托收过程中发生的一切风险、开支费用、意外事故等均不负责。对各国和国际间的托收程序、技术、法律、条例等方面确实起到了调和和统一的作用。

最早的《跟单信用证统一惯例》是由国际商会在1930年制订的，供各国银行选择适用。以后经过1951年、1962年、1967年、1974年、1983年和1993年修改，现在通行的是1994年1月1日生效的1993年修订本，称为《跟

不通过银行进行的买方直接汇款和托收，本节不予讨论。

单信用证统一惯例》(国际商会500号出版物《Uniform Customs and Practice for Documentary Credit》)(以下简称UCP500)新修订本,包括总则和定义;信用证的形式与通知;义务和责任;单据;杂项规定;可转让信用证;款项让渡,共49条。UCP500适用于一切在正文中表明按本惯例办理的跟单信用证和备用信用证。除非信用证中另有约定,本惯例的条文对有关各方均有约束力与1984年10月1日实施的UCP400号相比,UCP500号的修改主要表现在以下几个方面:

1. 修改了信用证定义,规定银行可以以自身的名义开立信用证。

2. 第一次明确了银行总行与分支机构的关系,UCP500号规定,就本文各条而言,一家银行在不同国家设立的分支机构都视为另一家银行。由此减少了在跨国诉讼中,由于各国法律规定不同,导致总行与分支机构之间因责任划分中产生的纠纷。

3. 进一步强化信用证业务的独立性。UCP400号强调了信用证独立性。独立于销售合同或其他合同外交易,而且银行不受合同约束。UCP500进一步明确指出这种独立性不仅适用于开证行,而且适用于付款行,承兑行,议付行等作出的承诺。UCP500规定,一家银行作出的付款、承兑和支付汇票或议付和/或履行信用证下的其他义务的承诺,不受申请人与开证行或与受益人之间的关系而提出的索赔或抗辩的约束。

4. 信用证必须注明是可撤销的或不可撤销的,如无这种注明,该信用证被视为是不可撤销的,这与UCP400号的规定正好相反。

5. 为了适用国际运输、保险发展,以及EDI在国际贸易中的应用,UCP500号对单据的要求作了较大改变:(1)单据的签字:单据的签字可以用手签、传真签字、穿孔签字、印戳、符号或用任何其他机械或电子证实方法签字;商业发票应由信用证受益人签发且无需签字;(2)在运输单据中,除海运提单、租船合同提单、多式联运单据、空运单据、公路、铁路和内陆水运运输单据、专递和邮政单据运输行签发的运输单据外,新增加了港至港(port to port)非转让海运单;每种单据的份数、签署人、签署内容等都作了较为详尽的规定,银行在判断是否接受这些单据的基本原则是:审核单据的基本内容是否符合信用证的要求,而不在单据的名称如何;(3)用“多式联运单据”(Multi-modal Transport Document)取代了“400号”中的“联合运输单据”(Combined Transport Document)的概念。

6. 加重了银行的责任。主要表现在:

(1)开证行的审单时间明确规定为7天,包括接受和拒收,这一规定也适用于承兑行和被指定银行,而不是UCP400号的“合理时间”。

(2)将审单标准明确为“以国际上标准的银行惯例”(International standard Bank practice)不再是UCP400号的“合理谨慎”(reasonable care)。

(3)对单证中的不符点应一次提出且必须说明是否留存单据听候处理或将单据退还交单人,否则丧失主传单、证不符的权利。

(4)发出开证或修改预通知的开证行不可撤销地保证不失误地开立或修改信用证。

(5)通知行如不愿承担信用证的通知工作,必须不迟疑地告知开证行;如不能确定信用证的表面真实性也必须不迟疑地通知开证行和受益人它不能确定信用证的真实性。

7. 增加了议付和自由议付的概念。

8. 对“转运”(transhipment)一词的新解释。根据UCP500号的规定,就本条文而言,转运仅指根据信用证规定的由装运港至卸货港之间的海运过程中,货物由一船卸下再装上另一船的运输。而且即使信用证禁止转运,但只要提单上证实有关货物是由集装箱、拖车或“子母”船运输且同一提单包括海运全程运输及(或)承运人声明保留转运权,银行仍将接受这种提单。由此可见,UCP400号规定的非海运的转运以及由一种运输方式转为另一种运输方式的转运都不是UCP500意义中的“转运”。

9. 对于可转让信用证,增加了关于第二受益人如何处理信用证的修改问题的规定。UCP500号规定,如果信用证转让给一个以上的第二受益人,其中一个或多个第二受益人拒绝接受信用证的修改,不影响其他第二受益人接受修改,对接受者来说该信用证已作相应修改,而对拒绝修改的第二受益人来说,原信用证的规定仍旧有效。

10. 取消了国际运输行协会联合会(FIATA)的特权,UCP400规定,银行只在两种情况下接受由运输行签发的运输单据:该单据是国际商会批准的FIATA联合运输提单(FIATA Combined Transport Bill of Lading;或是由运输行作为承运人或承运人的代理人签发的。UCP500号规定,银行将接受运输行签发的运输单据,如果注明作为承运人或多式联运经营人的运输行的名称且由运输行的签字或其他方式证实其作为承运人或多式联运经营人;注明承运人或多式联运经营人的名称且由运输行签字或以其他方式证实其作为承运人或多式联运经营人的指定代理人或代表。

目前《跟单信用证统一惯例》(UCP500)已为世界上绝大多数国家和地区的银行所采用,在国际上具有很大影响,以下根据新《托收统一规则》和新《跟单信用证统一惯例》简述有关托收和信用证的有关规定。

二、托收

根据URC522号的规定,托收是指银行根据托收指示书的指示处理有关的金融单据和(或)商业单据以取得付款或承兑或凭付款和(或)承兑交付单据或按其他条款和条件交单。

托收指示书是银行接受委托委托人办理托收事务的法律依据,除非托收指示书中另有授权,银行不受理来自托收行以外的任何一方或银行的指示。托收指示书应包括以下内容:

1. 发出托收指示银行的详情:全称,地址和SWIFT地址、电传、传真、电话号码;
2. 委托人详情:全称、地址、电传、传真、电话号码;
3. 付款人详情;
4. 提示行详情;
5. 托收金额及货币,单据及份数;
6. 取得付款和(或)承兑的条件、交单条件;
7. 付款方法及通知方式,是否应付利息;
8. 发生拒付或拒绝承兑时的指示。

金融单据指汇票、支票、本票或其他用于取得付款的类似凭证。

SWIFT 是环球银行财务电讯协会(Society for Worldwide Inter-bank Financial Telecommunication)的英文缩写,1973年成立于比利时,为国际财务提供快捷、准确、安全的电讯服务。

商业单据指发票，运输单据，物权单据或其他类似单据或一切不属于金融单据的其他单据。

国际贸易中，托收都是通过银行进行的。是出口方在发货后开给进口方或付款人汇票，委托出口地银行（委托行）通过它在进口地银行（代收行）代其向进口方收取货款的方式。

根据国际商会 1996 年 1 月 1 日付诸实施的《托收统一规则》的规定，委托人与托收行的关系以及托收行与代收行的关系都是委托代理关系。托收行、代收行的职责只是按照委托人的指示办事，及时向汇款人提示汇票，将收到的货款及时转交委托人，或在汇票遭拒付时，及时通知委托人，由委托人出面向付款人或进口方进行追偿。

因此，从信用性质看，托收属于商业信用，全凭买方信誉，银行不给予卖方以任何付款保证，所以托收方式对卖方风险较大。

根据使用汇票的不同，托收可分为两类：光票托收与跟单托收。

光票托收（Clean Bill Collection）：指卖方仅开出汇票不附有任何商业单据的托收。在国际贸易中不常使用，通常只用于收取货款尾数或佣金、样品费等小额款项。

跟单托收（Documentary Bill Collection）：指卖方将汇票连同商业单据一齐交银行委托代收货款。按交单方式不同又可分为付款交单与承兑交单两种：

付款交单（Document against Payment）（D/P）：指卖方交单以买方付款为条件，即委托行必须在买方付清货款时，才能把装运单据交给买方。

承兑交单（Document against Acceptance）（D/A）：指卖方的交单以买方承兑汇票为条件。买方承兑汇票后即可从代收行取得货运单据，领取货物，等到汇票到期时再支付货款。

因此，就付款交单和承兑交单相比，承兑交单对卖方风险更大。

三、信用证

（一）定义与特点

根据 UCP500 的规定，信用证是指一项约定，不论其名称或描述如何，由一家银行（开证行）依照客户（申请人，通常是进口商）的要求和指示或以自身名义，在符合信用证条款的条件下，凭规定单据由自己或授权另一家银行向第三者（受益人，通常是出口商）或其指定人付款或承兑并支付受益人出具的汇票或授权另一家银行议付。

在国际贸易中，信用证的特点可归纳为以下几点：

1. 独立性。信用证是独立于买卖合同或任何其他合同之外的交易，开立信用证的基础是买卖合同，但银行与买卖合同无关，也不受其约束。因此，一家银行作出的付款、承兑、支付汇票或议付或履行信用证下其他义务的承诺不受申请人与开证行或与受益人之间关系而提出的索赔或抗辩的约束。

2. 信用证交易的标的物是单据。对于出口商来说，只要按信用证规定条件提交了单据，在单单一致、单证一致的情况下，即可从银行得到付款；对进口商来说，只要在申请开证时，保证收到符合信用证规定的单据即行付款并交付押金，即可从银行取得代表货物所有权的单据。因此，银行开立信用证实际是进行单据的买卖。

3. 银行提供信用。在信用证交易中，银行根据信用证取代买方承担了作为第一付款人的义务，日后只要卖方提供了符合信用证单据，即使买方破产，

卖方也能从银行得到付款保证。这样，银行提供了远优于进口商个人信誉的银行信用，较之托收或直接付款方式来说，使卖方风险大为减少。

（二）信用证的当事人及其责任和义务

信用证的基本当事人有四个，开证申请人，开证行，通知行与信用证受益人，此外，还有保兑行，议付行，付款行等。

1. 开证申请人 (Applicant)：即向银行申请开立信用证的人。在国际贸易中，即是进口商，根据买卖合同开出信用证后，开证申请人享有：

(1) 改证及验单，退单的权利及凭单付款的义务；

(2) 接受外国法律和惯例加诸于银行的一切义务和责任的约束，并承担赔偿责任。

2. 开证行 (Issuing Bank)：接受开证申请人委托，开立信用证的银行。接受委托后，开证行应：

(1) 根据申请书条款，及时、正确地开立信用证；

(2) 对信用证的受益人承担凭单付款的责任；

(3) 开证行一经验单付款后，不得向受益人追索；

(4) 当开证申请人无力付款时，有出售单据或货物补偿垫款，不足部分仍可向申请人追偿。

3. 通知行 (Advising Bank)：接受开证行委托，将信用证通知受益人的银行。通知行的责任：

(1) 作为开证行的代理人，通知行应合理谨慎地审核信用证的表面真实性，如有疑问，必须不迟疑地通知开证行和受益人；

(2) 如不接受委托，必须不迟疑地告之开证行。

4. 受益人 (Beneficiary)：即有权享受信用证利益的人。在国际贸易中，一般是出口商。其责任为：

(1) 在收到信用证后，如发现其与合同不符，有权要求对方修改或拒绝接受。在受益人通知接受修改之前，原信用证条款对其仍旧有效，如日后受益人提交的单据与修改要求一致时，则意味着受益人已从此接受修改；

(2) 接受信用证后，有按证装货交单的义务以及凭单取款的权利；

(3) 交单后，如开证行倒闭或拒付时，有直接向进口商要求付款的权利。

以上是所有信用证都涉及的当事人，此外应出口商要求，还可出现：

5. 保兑行 (Confirming House)：即在开证行开出的不可撤销的信用证上加上自己保证兑付的责任的银行。通常由通知行充当。信用证一经保兑，保兑行则取代开证行承担首先付款或承兑和付款的责任；保兑行对信用证独立负责，汇票单据一经保兑行付款或承兑、付款，即使开证行倒闭或拒付，保兑行无权向出口商追索票款。遇有信用证修改，保兑行可将保兑责任扩展至修改书，也可拒绝对修改书加以保兑，在后一种情况下，保兑行应无延迟地通知开证行和受益人。

6. 议付行 (Negotiating Bank)：UCP500 规定议付是指由被授权银行对汇票或 (和) 单据付出对价。只审查单据而未付出对价不构成议付。议付行即是被授权买入或贴现受益人交来的跟单汇票的银行。可以是通知行也可以是指定的其他银行，如任何一家银行都可议付，则称为自由议付。议付行根据信用证规定的条款，审核汇票和 (或) 单据无误，则应议付。跟单汇票一经议付，议付行成为汇票的合法持票人，享受票据法对合法持票人的保护，如开证行拒付，可向出票人 (出口商) 追索。因此议付行并不对信用证直接

负责。其与开证行之间也不是代理关系。议付后，议付行将汇票、单据寄送信用证规定的付款行（即开证行或保兑行或其指定银行）收回垫款。

7. 付款行（Paying Bank）：即信用证上指定的付款银行，通常就是开证行（或其指定银行或保兑行）。付款行是接受开证行委托，代开证行进行付款，一经验单付款后，对受益人或议付行无权追索。

综上所述，在信用证方式下，银行处理的是单据，而不是与单据有关的货物、服务或（和）其他行为。根据信用证独立原则，银行有审单的义务。银行必须按照国际标准银行惯例合理谨慎地审核信用证规定的所有单据，以确定其表面是否与信用证条款相符合，至于何谓国际标准银行惯例，UCP500并未作出解释。实践中，需要研究银行实践，参考国际商会出版物对有关案例、条款的解释和意见加以综合考虑。为了促使银行提高工作效率保护受益人利益，UCP500 限定银行的审单期限为七天，其第 14 条 d 款规定，如开证行或保兑行或其指定银行决定拒收单据，则应不迟于从收到单据翌日起第七个工作日将所有不符点一次通知受益人、并说明银行是否留存单据听候处理或已将单据退还交单人，开证行或保兑行或指定银行违反上述规定，则无权宣称单据不符合信用证规定。

在受益人提交的单据符合信用证条款的情况下，只要单单一致，单证一致，开证行、保兑行（如果有的话）承担无条件的付款或承兑，支付汇票或议付的责任，不受申请人与开证行或与受益人之间的关系而提出的索赔或抗辩的约束。

根据 UCP500 的规定，银行对以下情况的发生免责：

1. 银行审单中的“四不管”：(1)不管单据，银行只对单据表面真实性作形式上的审查，对单据的真实性、有效性不作实质性审查；(2)不管货物，银行对单据中货物的描述、价值及存在情况概不负责；(3)不管买卖合同，信用证开出后，对于买卖合同的内容的变更与修改乃至撤销，除非通知银行，否则银行一律不予考虑；(4)不管买卖双方的资信与履约情况如何。信用证开出后，银行只按信用证条款审核单据，对买卖双方、运输行、保险人等其他任何人的诚信行为或履约情况概不负责。

2. 信息传递免责。银行对任何讯息，函件单据在传递中的失误、丢失、残缺、错误、专门术语及翻译中的错误概不负责。

3. 不可抗力免责。银行对于由于天灾人祸及其无法控制的其他原因导致中断营业引起的后果概不负责。

4. 被指示方行为的免责。为了执行申请人的指示，银行及其指定的其他银行对指示的未被执行的风险，开支，发生的费用等概不负责。

（三）信用证的内容

信用证的基本内容如下：

1. 信用证的当事人：开证申请人、开证行、通知行、受益人。有时还指定保兑行、议付行、付款行等。

2. 信用证种类，号码，可撤销与不可撤销，保兑与否，是否可转让。

3. 信用证金额：凡有“约”“近似”“大约”等类似词句的，可解释为有关金额、数量或单价可有不超过 10% 的增减幅度。在支取金额不超过信用证金额，数量不按包装单位或个数计数时，数量允许有 5% 的伸缩幅度。

4. 单据条款：规定单据的种类和份数。当要求提供运输单据，保险单和发票以外单据时，信用证要列明其出单人、措辞及内容，如信用证不作规定，

银行不审核信用证中未规定的单据，收到此类单据，银行或退单或转交并且不承担责任。此外如果提交此类单据的内容与其他规定的单据不相矛盾，银行将接受这样的单据。为了适应电子数据交换系统在国际贸易中日益广泛的应用，UCP500 规定，商业发票无需签字，单据的签字可以手签、传真签字、穿孔、印戳、用符号或任何其他机械或电子证实方法签字。信用证要求多份单据时，可只交一份正本，其他用副本来代替，并接受出单日早于开证日的单据。

5. 装运条款：规定装运时间、地点，是否允许分批装运和转运。根据 UCP500 规定，装运日期如有“于”或“约于”等类似词句，则指所述日期前后 5 天内装运，起讫日在内。转运一词在本惯例中解释为在信用证规定的装货港和卸货港之间的海运过程中将货物从一条船卸下再装上另一只船的运输，因此海运方式以外的其他运输方式以及海运中的集装箱、拖车、子母船运输均不视为转运。

6. 信用证的到期日与交单地点：UCP500 规定，一切信用证都必须规定一个到期日及一个付款、承兑交单地点，除了自由议付的信用证外，还应规定交单议付的地点。受益人不在到期日前提交单据，开证行可以过期为由拒绝付款。

7. 交单日：除了信用证的到期日外，UCP500 规定，信用证中还必须规定一个在装运日后必须交单的特定期限，如果未规定该期限，则以装运日后 21 天为限，根据这项规定，受益人超过了期限交单，即使交单日在信用证的有效期之内，银行也有权拒收单据。

8. 开证行保证条款：由开证行向受益人、议付行或其他汇票持票人保证，在收到符合信用证规定的单据和（或）汇票后，承担无条件的付款责任。

（四）信用证种类

按信用证的性质、付款期限、流通方式等不同特点，可分为以下几种：

1. 可撤销信用证（Revocable L/C）与不可撤销信用证（Irrevocable L/C）。前者指无需征求受益人同意或事先通知受益人，开证行在议付前可随时修改或撤销的信用证；该信用证对受益人收款没有保障，故在国际贸易中极少使用。后者指在信用证有效期内，未经受益人、开证行、保兑行（如有的话）同意，不得加以修改和撤销的信用证。这种信用证对受益人收款有保障，故在国际贸易中得到广泛使用。按照 UCP500 规定，一切信用证必须注明是可撤销还是不可撤销的，未加注明的视为不可撤销信用证。

2. 保兑信用证（confirmed L/C）与不保兑信用证（Unconfirmed L/C）。保兑是指一家银行开出的不可撤销的信用证由另一家银行加以保证兑付。经保兑的信用证称为保兑信用证，未加保兑的信用证称为不保兑信用证。保兑信用证有两家银行对其负责，保兑行和开证行，且保兑行承担首先付款的责任，因此保兑信用证对受益人更为有利。

3. 可转让信用证（Transferable L/C）与不可转让信用证（Untransferable L/C）。经受益人申请，银行在信用证上特别加注“可转让”字样，将信用证金额全部或部分转让给一个或一个以上受益人（第二受益人）使用。根据 UCP500 规定，只有在信用证上注明“可转让”的（transferable），信用证才可转让，“可分割”（divisible），“可分开”（fractionable），“可过户”（assignable），“可转移”（transmissible）等术语不意味着信用证可转让。未加注“可转让”的信用证为不可转让信用证。信用证在转

让前第一受益人必须通知转让行（开证行），它是否保留拒绝允许转让行将修改通知第二受益人的权利，如无保留，则转让行必须将第一受益人的修改指示通知给第二受益人。如果信用证转让给一个以上第二受益人时，其中某个或某些第二受益人拒绝这一修改，不影响其他第二受益人接受这一修改。对接受者来说，修改对其有效，对拒绝者来说，信用证原条款仍旧有效。除信用证另有规定，可转让信用证只能转让一次。

4. 按信用证兑现方式，可分为付款信用证，承兑信用证和议付信用证。

(1) 付款信用证：又可分为即期付款信用证（sight payment L/C）和延期付款信用证（deferred payment L/C）。前者指受益人开立即期汇票，银行见票即付称为即期付款信用证；后者一般不开汇票，信用证规定交单后若干天内予以付款的信用证称为延期付款信用证。

(2) 承兑信用证（acceptance L/C）。指对受益人开立的远期汇票进行承兑，在汇票到期日予以付款的信用证。根据 UCP500，承兑人只能是开证行或开证行指定的银行或保兑行。如指定银行或保兑行拒绝承兑，则由开证行予以承兑并承担到期付款的责任。

(3) 议付信用证（L/C of negotiation）。信用证中规定，对受益人出具的汇票和/或单据，向出票人或善意持票人进行付款，且不得追索。按照 UCP500 的规定，开立信用证时，不得以申请人为汇票付款人，否则，银行仅将其视为一份附加单据对待。所谓议付，是指被授权议付的银行对汇票和（或）单据付出对价，只审单而不付款不构成议付。议付行可以是开证行、保兑行或其指定的银行或允许任何银行议付，在后一种情况下的信用证称为自由议付信用证（freely negotiable credit）。

此外，在国际贸易中常见的信用证还有：

5. 备用信用证（standby credit）。备用信用证又称为光票信用证（clean L/C）、商业票据信用证（Commercial paper L/C）、保证信用证（Guarantee L/C）、履约信用证（performance L/C），指开立备用信用证的银行向受益人担保，如申请人不履行债务，则由开证行给予补偿。与普通信用证不同之处在于：(1) 备用信用证的开证行承担的是第二付款人的责任，如申请人履行了债务，备用信用证则属备而不用。由于在某些国家如美国、日本、加拿大，法律不允许银行为当事人提供担保，备用信用证在实际业务中可以起到银行保函的作用，故而，在这些国家中，备用信用证得到广泛使用；(2) 备用信用证的申请人可以是债务人，也可以是债权人，因此在国际经济交往中，其适用范围更为广泛，不仅用于国际货物买卖，还广泛用于投标保证金、履约保证、借款保证、赊购保证等等；(3) 备用信用证可省去银行审单的麻烦，节约时间和费用，在备用信用证中，受益人只要开出相应汇票及申请人未履行义务的书面证明即可得到开证行的偿付。

此外，在国际贸易中常见的信用证还有：

6. 循环信用证（Revolving L/C）。指在同样条款的情况下，在一定期间内，信用证金额可重复使用的信用证。当受益人全部或部分使用了信用证金额后，该金额可重新恢复到原金额，继续使用，周而复始直至规定的次数或规定的总金额用完为止。此类信用证多用于买卖双方同类货物的长期供货合同，如规定分批交货，循环信用证可节省开证手续和费用。

7. 预支信用证（Anticipatory Credit, Red Clause Credit）。是经申请人要求，在信用证中特别制作一条款，因用红墨水写成，故有此条款的信

用证也被称作红条款信用证。经该条款授权开证行或保兑行或授权其他银行在受益人交单前可预支货款的信用证称作预支信用证，又可分全部预支与部分预支两种。在这种信用证中，受益人日后能否按信用证交单，交货之风险以及银行发生的利息或费用全部由申请人承担。

8. 对开信用证 (Reciprocal credit)。指交易双方同时作为买方和卖方相互为对方对开出两张金额相等的信用证，两证可同时生效亦可分别生效。对开信用证多用于易货贸易或补偿贸易的结算。

第六章 国际投资法

第一节 国际投资法概述

一、国际投资法的定义

国际投资法是调整国际私人海外直接投资关系的法律规范的总称。是国际经济法的一个重要分支。其核心内容是对国际间的私人直接投资进行鼓励、保护和管理。它包括国内法规范和国际法规范两部分。其基本特征是：

1. 国际投资法调整国际私人投资关系。外国自然人或法人及其他民间组织、企业团体的海外投资，称为私人投资。国际投资法的调整对象，只限于国际私人直接投资，不包括政府间或国际金融机构间的官方投资关系。

2. 调整私人直接投资关系。直接投资是指外国投资者在海外经营企业的投资。即投资者对海外经营的企业或资产，基于所拥有的一定数量的股份，对企业行使一定的支配和控制的权利。直接投资的形式主要有合资经营、合作经营、合作开发（生产），外商独资经营、补偿贸易、来件来料加工装配等。其资本构成，不仅包括现金、设备、土地、厂房等有形资产，也包括属于资本范畴的一切无形资产，如专利权、商标权、工艺技术、专有技术等。

3. 国际投资法调整的关系包括国内法关系和国际法关系。国际私人直接投资涉及以下几种关系：(1)不同国家的法人与自然人之间的投资合作关系。(2)外国私人投资者与东道国间的投资合作关系和投资管理关系。(3)私人投资者与其所属国间的投资保险关系。(4)两国间基于相互保护投资而达成的双边条约关系以及多国政府间的公约关系。第1、2、3种属于国内法关系，第4种属于国际法的关系。两者相互联系，相互作用，构成统一的国际投资法体系。

二、国际投资法的体系

国际投资法是包括国内法规范与国际法规范而综合形成的一个独立的法律体系。具体有以下几种：

(一) 国内立法

1. 资本输入国的外国投资法。外国投资法是资本输入国调整外国私人直接投资关系的法律规范的总称。这些法律规范主要调整两个关系，第一，调整资本输入国政府与外国投资者之间的权利义务关系。例如，资本输入国政府承担保护外国投资的责任，同时也享有管制与监督外国投资的权利。外国投资者在享受东道国给予的法律保护的同时，承担遵守东道国法律的义务。第二，确立与调整资本输入国本国公民或经济实体与外国投资者之间因设立合营企业而发生的权利义务关系。

2. 资本输出国的海外投资法。资本输出国为了维护本国的经济利益，通常制定对外投资的法律，以保护私人海外投资。其中最为重要的是海外投资保险法，依照该法建立的海外投资保险制度，为私人海外投资的政治风险提供了政府保证。此外，有的资本输出国还有关于管制或鼓励海外私人投资的法律规定。这些法律规范都是国际投资法的重要组成部分。

(二) 国际条约

调整国家间国际投资关系的国际条约有两种：双边条约和多边条约，它们均是国际投资法的重要内容。

1. 双边条约。这类条约或协定的形式和名称可分为两类：一类采取“投

资保证协定”的方式，其内容仅限于代位求偿和解决投资争议等程序性规定，重在对政治风险的保证，并且往往与国内投资保险制度相结合发挥作用。另一类是“促进和保护投资协定”，这是国家间比较成熟和完整的保护国际投资的条约形式。其主要内容包括，关于外国投资者的待遇标准；关于投资项目和内容；关于政治风险的保证；关于代位权的规定；关于投资争议的解决。各国已签订了为数众多的投资保护协定。此外在“友好通商条约”中也常订立一些有关促进和保护国际投资的条款。这些条约为改善国际投资环境，加速国际资本流动起到了积极作用，是国际投资法中的一个重要内容。

2. 国际公约。目前关于国际投资的国际公约只有两个：《解决国家与他国国民间投资争端公约》和《多边投资担保机构公约》。

三、国际投资法的基本原则

国家对自然资源永久主权原则和平等互利原则是国际投资法的两项基本原则。

（一）国家对自然资源永久主权原则

国家对自然资源永久主权原则是国家主权原则在国际投资法上的具体体现，这一原则规定在联合国的一系列决议中。

（二）平等互利原则

平等互利原则是国际投资法的一项基本原则。平等是指法律地位上的平等，权利和义务的平等。互利是指在相互关系中要兼顾双方的利益，不能以损害对方的利益来满足自己的要求。两者相互联系、不可分割。

第二节 有关国际投资的国内立法

国际投资的国内立法包括资本输入国（投资东道国）的国内立法和资本输出国（投资者本国）的国内立法。

一、资本输入国的国内立法

资本输入国关于国际投资的法制，主要是关于利用和管理外国私人直接投资的法制，即关于外国投资的法律，概称为外国投资法（简称外资法）。它是指东道国（资本输入国）制定的关于调整外国私人直接投资关系的法律规范的总称。主要包括确定外国私人投资范围、形式，外国投资者的权利义务及法律地位；对外国投资的鼓励、保护、监督、限制的法律规范等内容。

（一）各国的外资立法介绍

各国外资立法的形式，不尽相同。有的国家有比较系统的外资法。名称上大体有三类：《外国投资法》；《投资鼓励法》；《投资及外国资本保护法》。有的国家没有统一的外资法，而是制定某种利用外资形式的特别法令，还有的国家专就外资的审查、管理制定专门的单行法。下边我们就某些国家的外资立法作一简单介绍：

1. 美国的外资立法。美国对外国私人直接投资，一向采取开放政策，对一切外国投资者，给予国民待遇。即允许外国投资者在美国有进行企业活动的自由，并给予与国内投资者同等的待遇。除了国际习惯上一般公认的对国民待遇的合理限制以外，外资进出自由，迄今未建立一般审批制度。

美国外资立法首先表现在宪法的有关规定上，依照宪法第 5 条和第 14 条修正案的规定，所有在美国境内的外国公司、企业和个人享有和美国的个人、公司同样的法律保护，这种保护表现为联邦和各州非经法定程序不得剥夺任何人的财产。除非给予补偿，并且是为了公共利益，才可征收私有财产。

进入 70 年代后，针对美国政府因无外资进口的登记审查制度而无法了解外国投资真实情况的问题，于 1974 年制定并于同年由总统签署施行了《外国投资研究法》。该法重在调研，目的是确切调查外资在美国的具体情况，并不对外国投资作实质性的规定。

此外于 1976 年 4 月，国会又制定了《国际投资调查法》，其立法目的是明确授权总统收集有关国际投资的情报，每隔 5 年进行一次关于美国海外直接投资及外国在美投资的综合性水准基点调查，并将调查研究结果向众参两院有关委员会报告。

2. 德国的外资立法。德国没有专门的外国投资法，而是在《商事法典》、《反对商业限制法》、《反对不公平惯例法》、《私营有限公司法》、《公益有限公司法》及有关税务法律法规中，对外国投资作详细的具体规定。其基本内容如下：

(1) 关于对外国投资者的审查、批准和监督程序的规定。根据德国基本法和《反对不公平惯例法》的有关规定，外国投资者与德国本国投资者享有同等的权利和保障。对外国投资者的审查、批准和监督，主要由州一级主管机关进行，包括申报、准许和特许三种情况。其申报程序和内容包括：第一，投资者必须具有投资所在地的商业和贸易监督机关颁发的贸易许可证；第二，必须在投资所在地法院商务注册处登记注册；第三，必须向市、州的税

务主管机关申报；第四，必须向州的中央银行申报；第五，必须将雇工事宜向当地治安机关申报备案。此外，法律还专门对银行、保险、交通、旅馆业、食品、饮食、医药、医疗器械、手工艺品等行业的投资者作出了必须获得特别许可的规定。对其建筑和扩建项目还必须要有有关建筑管理机关签发的建筑许可证明。所有外国投资者建立的企业，都必须严格遵守德国环境保护法。

(2)关于投资的范围、组织形式和比例的规定。依照德国法律，在德国，除铁路、公共设施、邮电业和广播电视必须由本国政府严格控制外，其他任何行业都允许外国投资。外国人在德投资的组织形式主要有两类：一是股份公司形式，二是有限公司形式。德国法律对外国投资的比例不作任何限制，外国投资者可以根据自己的实力，按任何比例进行投资。

(3)关于税收和外汇管制的规定。外国投资者在德国主要涉及五种税收。公司税、贸易税、红利税、增值税、资本税。德国所有的银行都准许从事外汇交易，所有外国投资者都可以将利润、红利、资本、收益以及出口所得自由汇往德国境外，但对外汇交易事项必须进行申报。

3. 拉美国家的外资立法。1965年拉美安第斯山脉国家玻利维亚、哥伦比亚、智利、厄瓜多尔、秘鲁及委内瑞拉根据《波哥大宣言》组成了安第斯条约组织并形成了安第斯共同市场。1970年12月31日，这些国家又签署了《安第斯共同市场外国投资规则》，对外国企业的投资项目、汇出利润、利润再投资优惠措施等，作出了明确规定。其主要内容是：(1)规定了禁止外国投资的领域，一般情况下禁止外资在广告、商业银行及其他金融机构，无线电广播、国内运输、保险、公共服务、报刊、电视等行业投资；(2)规定外资比例，一般外资比例被限制在49%以下，但产品80%以上出口的企业，可超过此比例。现有的或新创办的外资占多数股权的企业，必须逐步减少其外资股份，在一定期限内转变为本国公司或混合公司；(3)规定了外资登记和批准条件，所有外国直接投资和再投资必须在安第斯共同市场东道国申请并由有关主管机关批准，且要在指定的管理机构登记注册，但利润再投资不超过投资注册资本的7%者，可不经政府事先审批；(4)规定了利润汇出的限制。外国投资利润每年汇出的限额限于注册资本的20%以内，各成员国可自行选择允许汇出的最高限额，公司解散时，只限于汇回外资原有资本；(5)规定了外国投资的最高期限为20年。

4. 亚洲发展中国家的外资立法。亚洲国家为了适应引进外资的需要，都先后制定、颁布了关于外资的立法。如马来西亚1968年的《投资奖励法》，印度尼西亚1967年的《外国投资法》，菲律宾1968年的《外资企业管理法》及其《施行细则》；1967年的《鼓励投资法》，新加坡1970年的《经济发展奖励法》及同年的《经济扩展法》等。

这些国家的外资立法一般有如下特点：(1)立足于自力更生，有目的地引导外资为本国经济发展目标服务。如新加坡在建国初期，为解决失业问题，就把引进外资的重点放在“替代进口”生产上，并引导外资发展劳动密集型的轻工业，待失业问题解决后，则转向鼓励外资发展技术和知识密集型企业，促进电子、造船修船业的发展。马来西亚则针对自己缺乏技术、管理经验及出口市场的情况，对制造业特别是替代进口或出口商品工业采取优惠制度。这些国家都力图通过立法，避免引进外资上的盲目性，将引进技术和资金同本国的经济发展需要紧密结合，以促进本国经济的发展。

(2)鼓励与限制相结合。由于亚洲特别是东南亚国家在经济上长期受外国

资本的控制，因此，它们在对优先发展项目和新兴产业实行优惠的同时，又极为重视防止外国资本对本国经济命脉的垄断和控制。所以在法律上对投资部门、投资比例、外籍职工就业、投资规模、外资原本和利润的汇出等方面规定了一定的限制。例如，印度尼西亚规定，进出口贸易、零售贸易、服务行业以及已能满足国内需要的轻工部门，禁止外国投资。新加坡则规定，公用事业，电信服务业不得向外资开放。

(3)积极利用合营企业形式，发挥引进技术和管理经验的作用。亚洲国家广泛利用合营企业形式，作为引进外资的重要形式。如印度尼西亚规定，新投资必须采用合营企业形式，不许独资经营。

(4)发展出口加工区，开辟利用外资途径。亚洲各国普遍开辟出口加工区、自由贸易区、经济特区等，作为利用外资，发展出口工业，扩大国际贸易的重要途径。

(二) 外资立法的基本内容

各国外资立法，尽管有所差别，但基本包含以下几方面内容：

1. 直接投资的资本构成与外资比例。

关于资本构成，外资法上的资本构成一般包括：(1) 现金。现金是投资者运用的最多的资本形式。外国投资者要在东道国投资，必然要投入一定数额的货币资本。大多数国家的外资法规定，外国投资者投入的货币资本既可以从国外转移投入的可自由兑换的外国货币，也可以是投资者在东道国获得的当地货币利润。外国投资者在用现金投资时，还涉及到不同货币间的兑换问题。各国通常的做法是依投资货币进入当天东道国公布的外汇牌价进行兑换。

(2) 实物。即指机器设备和其他法律允许的实物。各国外资法一般都要求投资者对用以投资的实物资本必须享有合法的处置权和收益权。外国投资者以实物投资时，实物的作价是个很重要的问题。各国外资法对此均有明确规定。关于作价的主体，有的国家规定由政府机构担任，有的则规定由专家定价。关于作价的依据，有的规定依相同或同类物品的国际市场价格为依据，也有的规定由合营双方协商确定。

(3) 无形资产。无形资产主要指知识产权和专有技术。大多数国家的外资法都允许外国投资者以无形资产投资，但必须符合一定的条件。

(4) 场地使用权。是中方和外商投资者均可运用的资本形式。该项权益一次性作价，在整个合同期间不得调整。关于投资比例：各国的外资法往往还对外资在投资项目中所占的比例做出规定，特别是一些发展中国家对此规定还比较严格。一般有这样几种情况：(1) 规定一个外资份额的最高限额，外资所占比例不得超过此限；(2) 规定一个外资份额的最低限额，外资所占比例必须在此限之上；(3) 既规定最高限又规定最低限，外资所占比例只能处在上下限之间；(4) 对外资比例不但做出规定，而且要求其在一定时期内逐步减小比例，甚至直至完全本地化；(5) 对外资比例做出一般规定的同时，还对特定行业或项目的外资比例作出特别规定。

2. 投资范围。外国投资者可以投资于哪些领域，可以从事哪些企业的经营，这是各国外资法的重要内容。有的国家还明确列出了鼓励、允许、限制或禁止的领域或项目，并依据本国的发展情况进行适时的调整。尽管因各国情况不同，所规定的投资范围也有所不同，但通过比较分析，还是能看出一定的共同规律：

(1)禁止外国投资进入的行业。无论是发达国家还是发展中国家，都有一些部门不对外开放。这些部门通常是支配国家经济命脉、关系国家安全，直接影响人民生活的行业。保证本国资本在这些部门的所有权优势，就能确保本国对这些部门的控制权，这对于维护本国经济独立具有重要意义。

从发展中国家来看，一般禁止的行业有：公用事业、航空、内陆运输、电讯、国防与武器弹药、印刷、无线电、电视、原子能、石油、保险和投资银行等。

发达国家相对而言禁止外国投资的范围较小，一般是公用事业、交通、矿业、银行、国防保险、原子能等。

(2)限制外国投资的部门。主要指限制外资在某些部门中的股权比例，有时还涉及到对董事会成员的国籍和住所地的限制。

发达国家在某些部门，特别是在劳务部门对外国投资存在着限制。这些部门包括银行、保险、通讯、国内运输、农业、自然资源开发等。有的国家对无线电和电视广播及出版部门、农业、渔业的投资予以限制。经合组织成员国均对空运和海运的投资予以限制。

发展中国家一般对十分重要的部门，或在本国已有一定发展基础，需要重点保护的行业的外国投资予以限制。凡属限制外国投资的部门，外资一般只能占少数股权，而且须经严格审查。

(3)允许或鼓励外国投资的部门。许多国家外资法明确规定了允许和鼓励外国投资的部门，即确定外国投资的重点领域，引导外资流向有利于本国经济发展的行业。

发展中国家在实践中的做法有两种：

第一，确定重点或目标，不具体列举行业，凡符合法定重点或目标的，均属允许或鼓励的行业。

第二，采用列举式。根据本国经济发展目标，明确规定允许和鼓励外国投资的部门。这些部门主要是新兴产业部门，面向出口和进口替代的工业部门。

3. 外国投资的审查与批准。外国投资的审查是指资本输入国政府依据一定的程序、标准，对进入本国的外国投资进行鉴定、甄别、评价，并决定是否给予许可的一种制度，除极少数国家以外（例如美国不采取审查批准制度），大多数国家，包括发达的资本主义国家在内，都建立有一般的审查批准制度。区别仅在于其审批的范围、程序的繁简不同。

纵观各国外资法，关于审批机构的设置有如下几种情况：

(1)审批机构：

设立专门的中央机构。

由现存的有关政府部门行使审批职能。

中央与地方的复合式分级审批机构。

(2)审批程序。各国审批程序繁简不同，有的国家采取一次性审批，有的国家则分不同阶段逐项审批。下边分别叙述：

初步申请或立项。立项是外国投资者就投资项目向东道国政府呈报并予以说明的程序。这一程序只在少数审批制度较为严格的国家实行。例如东欧国家和中国，均将此作为正式申请的法定程序，只有初步申请或立项被批准后，才可商签投资合同。而其他实行有条件审批制度的国家其审批程序从正式申请开始。

正式申请。将外国投资项目正式向审批机关提出申请。

审查与批准。可分为形式审查和实质审查两种：

形式审查是指审批机构接受投资申请后，对投资计划与项目、投资者的身份与资信、投资协议、合同和章程、可行性研究报告、工业产权证明文件及其他必要文件，进行审查，以查明送审文件是否齐备，内容是否符合法律要求，申请是否符合法定程序。

实质审查是指对投资的经济效益与东道国经济发展目标和国家利益的关系进行审查。具体操作上以法定的积极标准和消极标准进行审查。

审批机构在进行程序审查和实质审查之后，应在法定期限内决定批准或不批准。此外有些国家外资法要求外国投资经审批之后需要予以登记。在有关机关登记领取营业执照即告投资企业正式设立，可以开始营业。

(3)审批标准。审批标准大体分为两种：积极标准和消极标准。

积极标准：指鉴定外国投资积极作用的标准。一般考虑如下因素设定条件：对国际收支的影响；所产生的就业机会；先进技术的引进；对当地市场的影响；对经济不发达地区发展的贡献；出口情况；本地物资和零部件的利用；产品价格水平和质量的影响；所投入的经济部门的资本构成状况等。

消极标准：指不予批准的外国投资的条件。一般考虑如下因素设定：该投资项目是否与本国法律相抵触；该项目的引进是否会导致垄断，损害本国经济；本国企业或个人是否有能力予以开发。

(4)审批项目的范围。各国在外资法中都规定了审批项目的范围，有的国家对所有的投资项目均进行审批，有的国家则只对重点项目进行审批。一般有以下几种情况：

所有的外国投资都需要逐一进行强制性审批和登记，范围涉及所有的外国投资。例如我国对外国投资采取的就是逐项审查的做法。

只有申请取得优惠待遇的外国投资项目才需要经过政府批准。例如巴西、新加坡等国。

外国投资超过一定数额或一定出资比例的项目才需要审批。例如菲律宾的做法。

4. 外资原本和利润的汇出。外资原本和利润的汇出是指外国投资者投入的资本及所获取的利润和其他合法收益是否可以自由兑换成外币并汇回本国或其他国家。许多国家的外资法对此提供了直接的保护。纵观各国立法，主要有以下两种类型：

(1)保证原本及利润自由汇出。这些国家在国内立法上不对原本及利润的汇兑附加限制性条件，只要符合一定的法律程序，即可自由汇出。此外，发达国家不实行外汇管制，所以对原本及利润的汇出不加任何限制，依法纳税后，即可自由兑换与转移。

(2)在附加限制条件的前提下，对外国投资者的汇兑提供保护。这些限制条件来自于外汇管制。如前所述，由于发展中国家外汇收支平衡的需要及国际社会的认可，绝大多数发展中国家都实行外汇管理制度，在这一制度的影响下，外国投资者的原本及利润只能在外汇管理法律规定的范围内自由汇出。这种自由是相对的，是附条件的自由。一般有以下几种限制：

政府批准。外国投资者的原有资本和利润的汇出必须经过政府有关机构的批准。

时间限制。例如，智利 1977 年外国投资法准许外国投资者汇回投资原有资本和利润，但投资原本必须在投资 3 年后才能汇出。

比例限制。即只允许汇出每年利润额或投资额的一部分。

出口限制。外国投资者在出口收汇的范围内汇出利润和本金。资本输入国为了刺激外国投资者将产品出口，要求其自行解决外汇收支平衡，利润、资本的兑换、转移均从外汇账户上支出。

5. 税收及税收优惠。各国外资法均规定外国投资者应依法就所得等进行纳税，但在具体规定上差别很大。首先表现在税种上的不同，有的国家规定外国投资企业只就所得纳税，有的国家则除所得税外，还有其他税种，如营业税、增值税等。其次表现在税率上的不同，发达国家的税率较高，一般在 40% 以上，50% 以下。而发展中国家税率较低，一般在 20% 到 35% 之间。一些避税港地区税率则更低，有的甚至不收税。再次表现为税收优惠不同，发达国家一般无税收优惠，而发展中国家则把税收优惠作为改善投资环境，吸引外资的一个主要手段。一般采取的税收优惠有以下两种：(1) 减免所得税。即对于外国投资者在东道国的收入在一定期限内减征或免征所得税。(2) 减免关税。由于大多数发展中国家的进口税较高，为了降低外国投资者在东道国建立、扩建企业的费用以使投资能顺利进入，并使新建的企业具备竞争能力，各国都在进口关税方面程度不同地给予外国投资者减免的优惠，但这种优惠一般只限于两类性质的进口产品，一类是外国投资者作为投资而进口的机器、设备、原材料。即外国投资者为设立企业而投入的实物资本。另一类是外国投资企业生产所需的原料和设备。

6. 劳动雇佣与管理。外国投资企业要在当地开展经营活动，必须雇佣一定数额的职工。劳动雇佣一般有两种情况，一是技术和管理人员的雇佣，二是一般职工的雇佣。各国外资立法和劳动立法大都对在国内外雇佣职工工作出了不同的规定和限制，这些限制一般有三种：

(1) 规定只有在本国国民不能胜任有关管理职务时，才能雇佣外国人。

(2) 对内外国技术和管理人员的雇佣规定一定的比例。即通过规定本国雇员占企业总雇员总数的最低比例和本国雇员工资额占企业工资总额的最低比例来限制雇佣外国人。

(3) 要求外国投资者承担培训本国国民的义务，使雇佣人员逐步当地化。

对于非专业技术人员，许多国家外资法和劳动法都要求雇佣当地职工。有的国家具体规定了必须雇佣当地职工的比例，如埃及为 90%，智利为 85%。

7. 投资期限和当地化的要求。投资期限是指外国投资者向东道国投入资本并且进行经营的时间限制。一些发展中国家为了在一定期限内将外国投资企业转变为国内企业以维护和加强本民族经济，在外资法中明确规定外国投资的期限。例如，印尼外资法规定：“在承认外国人投资时，要规定不超过 30 年的期限”。

“当地化”是指东道国通过外资立法或合同约定要求外国投资者每年将一定比例的投资额转让给东道国企业，逐步减少投资比例，最终达到由本国投资者控股的程度。“当地化”的实现一般有两种方式：

(1) 由外资法律确定外国投资每年减少的比例。以此使内资比例逐年增加，以实现对外国投资企业的本地化。

(2) 通过与外国投资者签订协议，安排外资逐步减少股权。在协议中规

定，在一定年限内，外国投资企业的外资股份逐渐减少，由本国股份逐渐取代直至转变为本国拥有多数或全部股份的企业。

（三）外商直接投资的方式

外商直接投资一般有以下几种方式：

1. 合资经营企业。也称合营企业，是当前国际私人直接投资中最常用的一种形式。它是指外国投资者同东道国政府、法人、其他经济组织或个人共同投资，共同经营，共担风险，共负盈亏的一种企业形式。

(1) 合资经营企业的特征。合资经营企业具有如下基本特征：由外方投资者与当地合营者共同举办。外方投资者即合营企业的外国投资者，一般包括外国法人或外国自然人。但各国法律对此规定不尽一致。有的国家法律明确限定外方合营者须是外国的“公司”，从而排除外国自然人或其他经济组织成为外方合营者。大多数国家的法律则规定外方合营者包括外国公司、企业、其他经济组织和个人。我国的外资立法，还将港澳地区的公司、个人以及台湾同胞和华侨，视同外方投资者，一并称为“外商”。当地合营者即合营企业东道国一方的合营者，一般包括该国的公司、企业、其他经济组织和个人。有的国家则只限于本国的企业、公司等法人。政府有时也可以成为当地合营者，在合资企业中拥有一定股份。双方共同投资，合营企业是由外方合营者与当地合营者共同投资兴办的。合营各方可以以现金、实物、工业产权和专有技术、场地使用权以及其他财产权利进行投资。合营各方所投资本，构成合营企业的共同财产或独立财产，成为合营企业进行经营活动和对外承担债务责任的基础，为企业所有和支配。双方共同经营管理。合营企业各方有权平等地参加企业的经营管理。合营企业要设立一定的组织管理机构，主要包括企业的最高权力机关（股东大会或董事会）和企业的日常经营管理机构（总经理等）。双方共担风险、共负盈亏。合营企业各方一般按照投资比例对合营企业分享利润，分担亏损。

(2) 合资经营企业的法律性质。联合国工业发展组织在 1967 年编写的《发展中国家合营企业协议起草指南》中，根据各国的实践，从法律性质上把合营企业分成两种基本类型，即股份式合营企业和契约式合营企业。股份式合营企业是由合营者相互协商为经营共同事业所组成的法律实体，具有法律上的独立人格。合营者的出资分成股份，各方按自己出资的比例，对企业行使一定权利，承担一定义务。企业有一定的管理机构，作为法人的代表。中国的中外合资经营企业、一些大陆法系国家的合资公司均属此类。契约式合营企业是指合营各方根据契约经营共同事业的企业。合营各方的出资，不采取股份形式，也不按股份分担风险和盈亏，而是根据合营契约的约定对企业享受权利和承担义务。此种形式的合营，一般不具有法人资格，合营各方对其所出资产保留其合伙的权利。中国的中外合作经营企业，英美等国的合营企业，属于此类。

(3) 合营企业的组织形式。在国际投资的实践中，举办合营企业所采取的组织形式，一般有以下几种：有限责任公司。此类型在实践中被各国普遍采用，是合资经营企业的重要法律形式；股份有限公司；合伙。合营企业采取合伙形式，强调的是“人的联合”，这类合营企业是基于合伙人之间的信任建立在合伙合同基础之上的经济组织。许多外国投资者在海外举办合营企业采用合伙的形式。

2. 合作经营企业。合作经营企业，属于契约式合营的一种类型，通常是

指外国投资者同东道国政府、法人、其他经济组织或个人为实现特定的商业目的，根据合同的约定投资和经营，并依合同的约定分享权益和分担风险及亏损的一种企业形式。通常是由外国投资者提供资金、技术、设备，而由当地合作者提供土地或设施等。合作经营企业像其他合营企业一样有企业名称、企业财产，有经营管理机构，合作者有控制企业和分享权益的权利。合作经营企业可以组成法人，也可以不组成法人，可以共同经营管理也可以由其中一方或第三方进行管理，可以是有限责任公司，也可以是合伙，可以认缴企业的注册资本，也可以提供合作条件，可以依出资比例或合同约定的方法分配利润、分担风险和亏损，有的国家还允许外国投资者提前回收投资。

3. 外资企业。主要指根据东道国法律在东道国境内设立的全部或大部分资本由外国投资者投资的企业。外国投资者独自经营，独享利润。具体表现形式主要包括跨国公司在东道国设立的子公司、独资经营企业等。外资企业可以采取法人实体和非法人实体的形式。其中大多数外资企业采用有限责任公司和股份有限公司的组织形式，具有企业法人资格，是东道国的法人。

4. 合作开发。国际合作开发是东道国利用外国投资共同开发自然资源的一种国际合作形式。通常由外国投资者与资源国（东道国）政府或国家公司签订协议、合同，在资源国指定的开发区，在一定的年限内，共同合作，进行自然资源的勘探与开发。国际上合作开发的基本模式有这样几种：(1) 特许协议。该模式是外国公司在资源国进行石油开发最早使用的一种形式；(2) 合营制。主要采取合营企业和联合作业协议的形式；(3) 产品分成合同，是国际合作开发的一种新的合同形式。其基本特征是，第一，资源国拥有对作业区的土地和资源的所有权，外国公司为开发石油资源购置的设备最后要成为资源国的财产。第二，资源国国家石油公司负责石油开发作业的经营管理，外国合同者则依合同的规定负责实施石油作业。外国合同者必须将每年的工作计划和预算提交给国家石油公司审批。第三，外国合同者负责提供石油勘探、开发和生产所需的所有费用和技术，承担勘探的全部风险。第四，在整个合同期间，全部石油产品在弥补开发费用后由国家石油公司与外国合同者依合同规定分成。

二、资本输出国的国内立法

资本输出国作为海外投资者的母国，有责任和义务对其海外私人投资的安全以及利益的实现进行保护。资本输出国关于国际投资的法制，概括起来可分为两个主要方面，一是投资鼓励，一是投资保证。前者是通过采取种种奖励措施而实现，本文在此不予赘述，而重点介绍后者，即海外投资保证制度。

（一）海外投资保证制度概述

1. 含义及特征。海外投资保证制度（也称投资保险制度）是国际投资保护的重要法制之一，是资本输出国政府为了鼓励本国资本向海外活动，为了预防和补偿因资本输入国发生政治风险而使本国投资者遭受损失而开办的一种政府保险。

资本输出国的私人向海外投资会遇到一些特殊风险，诸如投资东道国基于本国公共利益的需要，对外国投资者的财产实行国有化或征收；为了维持本国的国际收支平衡，实行外汇管制，禁止或限制外国投资者本金、利润的汇出；东道国发生战争、内乱，从而使外国投资者的财产遭受重大损失，或经营不能继续。这些风险均来自于东道国基于主权权力而为之的行为，是由东

道国行政管理行为而引发的，不可避免也不能制止。这类风险因为与东道国的政治、社会、法律、政策紧密相关，与一般商业风险截然不同，因而被称为政治风险。这些风险往往使投资者望而兴叹，裹足不前。为了解除海外投资者的顾虑，促使其对外投资，许多资本主义发达国家纷纷建立这种对政治风险进行保险的制度，承诺一旦投资者在东道国遇到这样的政治风险而遭受经济损失时，由政府的投资保险机构予以补偿。这种制度无疑对投资者的利益实现提供了一定的保障。

投资保险制度的特点是：

(1)投资保险制度提供的是“国家保证”或“政府保证”。该制度吸收了一般商业保险制度的形式，但内容及本质却截然不同，投资保险制度具有明显的公的性质，由国家特设机构执行或某个政治部门执行，由国家作经济后盾，针对的是源于国家权力的政治风险，并且与政府之间的投资保证协定紧密相联。总之，它是由国家通过法律提供的一种政府保证。

(2)建立海外投资保险制度的主要动机是通过对本国海外私人投资的政治风险提供政府保证，以达到促进本国私人向海外投资，增强本国国际竞争地位的目的。营利并不是它的目的。

(3)该制度的实施只限于海外私人直接投资，即投资者直接参与经营管理和控制的海外企业的投资，不包括间接投资。

(4)保证对象只限于政治风险，通常指国有化征收险；禁止或限制本金、利润兑换汇出险；战争内乱险。

(5)海外投资保险制度的着眼点在于尽可能防止风险的发生，或者说尽可能保证海外投资者的财产利益不受损失。重点在于保护，而不在于事后补偿。

2. 产生与发展。海外投资保险制度始于1948年美国实施马歇尔援欧计划中所实行的投资保证方案。1969年，美国正式设立海外私人投资公司作为独立和自主的机构专司海外投资保险业务。自60年代以来，发达国家资本过剩，希望将其投入到发展中国家以占领国外市场，而又认为发展中国家政治风险较大，投资者的利益很容易受到国有化、征用、战争和内乱的影响，因而，纷纷效仿美国建立海外投资保险制度。联邦德国于1959年，日本于1956年，法国于1960年，澳大利亚和丹麦于1966年，加拿大和荷兰于1969年，瑞士于1970年，比利时于1971年，英国于1972年都相继建立了这类投资保险制度，形成了国际社会中的一个重要的保护投资的法律制度。

(二) 海外投资保证制度的主要内容

1. 承保范围。海外投资保证制度中政府承保的范围仅限于政治风险。具体是以下几种：

(1)外汇险，也称禁兑险。禁兑险是海外投资保险制度中投资保险机构承保的基本风险。主要指投资东道国因外汇不足，限制或停止外汇交易，或因战争等其他事故无法进行外汇交易，致使投资者的本金、利润及其他正当合法收益不能自由兑换成外币，并汇回本国的风险。外汇险承保的具体内容是：投保人（投资者）在保险期内作为投资的收益或利润而获得的当地货币，或因变卖投资企业财产而获得的当地货币，如遇东道国禁止把这些货币兑换成自由货币，则由海外私人投资保险机构用自由货币予以兑换。

承保此类风险的主要前提条件是，在投保人与保险机构签订保险合同时东道国法律并无禁兑规定。也就是说，在投保人签发保险单时，按东道国的外汇管理法规，投资者的投资收益和其他收益是可以兑换并转移的，反之，

如果在签订保险合同时，东道国法令已存在禁兑规定，而投保者知道或理应知道的，事后遭受禁兑损失的，不得向承保人索赔。即禁兑风险必须发生在建立保险关系之后。

(2) 征用险。海外投资保证制度中投资保险机构承保的基本风险，是指合格投资者的合格投资在保险期内由于东道国政府采取征用、国有化或没收等措施而使投资者遭受全部或部分损失的风险。投保人的投保资产因此而遭受的损失，应由海外投资保险机构负责补偿。

不论哪一国的投资保险机构在履行此类保险责任之前，都要检查投保人是否履行了一定的义务，只有在投保人创设的条件满足时，才对投保人因财产被征用、没收而遭受的损失进行补偿。这些对投保人要求的条件是：当东道国政府对投资采取或可能采取征用行动时，投资者有义务立即向保险机构书面报告详细事实情况。保险机构在赔付前有权要求投资者采取一切合法的必要行动，及时、合理地运用司法或行政手段来防止或抗议东道国的征用行为。投资者始终有义务协助本国的保险机构向东道国行使索赔权。

(3) 战争险。海外投资保险制度中投资保险机构承保的一项基本风险。指在保险期间内投保人在东道国的投资财产由于当地发生战争、类似战争、叛乱及暴动等而遭受损失的风险。战争险所指的损失，仅限于投资财产中有形资产的损失，而证券、档案文件、债券、现金的损失，不在保险之列。损失只限于投资者所受的直接损失，不包括间接损失。战争险所致的损失，至少其中 10% 由投资者本人负担，保险公司只补偿 90%。

总之，各国投资保证制度中承保的范围基本相同，都是对外汇险、征用险、战争险三类政治风险进行保险，只是在立法解释上和每类风险的范围上各有不同。

2. 被保险人(合格的投资者)。合格的投资者才能成为被保险人，即各国的投资保险制度都只为合格的投资者保险。确定合格投资者的标准，尽管各国不尽相同，但总的原则是依国籍确定。

在美国的海外投资保险制度中，合格投资者是指：(1) 美国公民，指具有美国国籍的自然人；(2) 根据美国联邦法律，州及其他地方法律或哥伦比亚特区法律设立的，并主要由美国公民所拥有的公司、合伙企业或其他社团。所谓“主要”是指拥有财产的全部或至少 51% 以上者；(3) 具有外国国籍的公司、合伙或其他社团，其资本 95% 以上为美国公民、法人或其他社团所有者。

这种合格性要求投资者在发出保单和索赔进行时，都必须具备。这是指两个阶段，一是在风险产生之前，投资者与保险机构签订保险合同时，投资者必须符合以上条件中的某一项，在资格上是合格的。二是在风险发生之后的索赔、理赔阶段，也同样应具有合格性。只有在两个阶段中都具备合格性的投资者，才可成为投资保险关系中的投保人(被保险人)。

3. 保险对象的投资合格性(合格投资)。根据美国的海外投资保险制度，合格投资必须符合以下条件：

(1) 经东道国事先批准同意投保。主要指经东道国批准进入的投资项目。

(2) 必须是新的投资。

(3) 只限于在同美国订有投资保证协定的国家和地区的投资项目。

一项投向海外的美资，在满足上述条件后，还需经海外私人投资公司的最后审批，方能成为合格投资被保险。

4. 投资形式的合格性。投资形式通常包括现金、实物、股权等投资，以

哪些形态为合格，同样是各国保险制度中的内容之一。

（三）海外投资保险制度的基本运作程序

纵观各国的海外投资保险制度，保险关系发生、履行大体经过如下程序：

1. 海外私人投资者向海外投资保险机构提出投保申请。投资者在海外投资计划确定后，应向本国的海外投资保险机构申请保险。这里需要注意的是，投资者必须在开始实现投资之前提出申请，因为各国的制度承保的都是新投资的风险，如果在投资生效或承担投资义务并受约束之后再行申请，机构会以其投资为非新投资为由而拒绝承保。

2. 海外投资保险机构对保险申请进行审查批准。

3. 签订保险合同。经审查确认申请合格，予以批准，双方签订保险合同。其形式是保险机构将保险单交予申请人，由其签署，并按章缴纳保险费。

4. 承保范围内的风险事故发生，由海外投资保险机构依保险合同向海外私人投资者赔偿损失。这种赔偿以保险金的形式出现。关于赔偿的数额。保险契约中一般约定保险人承担补偿损失 90% 的责任，被保险人自负损失的 10%。有的国家要求投资者承担更多的损失，如瑞士要求被保险人自负 30%，加拿大、丹麦为 15%。

5. 海外投资保险机构向造成该项投资损失的东道国代位求偿。作为保险人的海外投资保险机构在向被保险人支付保险金后，可代位取得被保险人基于保险事故对东道国所享有的索赔权和其他权益，向东道国进行索赔。但各国保险机构行使代位权的法律依据不同。例如，美国、加拿大依据所订立的双边投资保证协定行使代位权，日本则只有当投资者在东道国用尽国内救济手段之后，才能依国际法上关于外交保护权的一般原则行使代位权。

第三节有关国际投资的 国际立法

关于国际投资的国际法制度，包括两个方面，一是两国间的双边投资条约，二是多国间的投资保证公约。

一、双边投资条约

在资本输出国和资本输入国之间签订双边投资条约，就双方投资当中共同的问题作出约定，既可保证国内立法的效力，又可使两国间的投资关系顺利发展。因此，自 60 年代以来，许多国家纷纷签订这类双边条约，使之成为目前各国保护私人直接投资普遍行之有效的国际法制。

(一) 双边投资条约的形式

关于专门保护国际直接投资的双边条约，可以分为两大类。

1. 双边投资保证协定(双边投资保险协定)。两国政府为使相互的海外私人直接投资得到投资保险制度的有效保护而签订的关于投资保险的协议。其特点是重在政治风险的保证，特别是着重关于代位求偿权及处理投资争议程序的规定。通常采取换文的形式签订。这些规定只是缔约国一方为了保护其在缔约国对方的投资而同缔约国对方签订的双边条约，其保护对象只是单方面的投资，而不是相互的投资。

“投资保险协议”这一条约模式由美国首创并大力推行，后被各国相继效仿，尤其是建立国内投资保险制度的国家。这一模式被习惯地称之为“美国式投资保证协定”。

2. 双边投资保护协定(促进和保护投资协定)。政府间为发展相互的经济合作关系及为投资者创造有利的投资环境而签订的共同鼓励和保护的协定。其结构由序文、正文和结尾三部分组成。一般通过正式立法程序，由最高权力机关批准而签订。

在此类协定中，既有向投资者提供安全保证的实体性规范，又有保障其实施的程序性规范，两者融为一体、相辅相成，是目前保护国际投资双边条约的一个重要类型。德国在签订这类条约方面，一直处于领先地位，是签订此类条约最多的国家，故此类条约被称为“德式促进和保护投资协定”。

(二) 双边投资条约的内容

1. 关于外国投资者的待遇标准。大多数投资保护协定均依公正、公平原则规定，缔约双方相互给予对方的国民或企业以最惠国待遇和国民待遇。

条约中关于“最惠国待遇制度”“国民待遇制度”的规定方式有以下几种：

(1)只规定“公正、公平待遇”与“最惠国待遇”，发达国家之间采用的较多。

(2)同时适用两种待遇制度。

(3)只适用最惠国待遇制度。这是目前较常见的一种规定方式。

2. 关于受保护的投资者和投资利益。为了有效保护海外投资者的利益，必须首先明确哪些个人或企业以及哪些投资利益应受到条约的保护。

受条约保护的投资者：

(1)具有缔约国国籍或住所的自然人。

(2)在缔约国注册设立和组建的公司、商号或其他经济组织。

(3)被缔约国公民或法人控制的外国公司。这是目前颇有争议的一个“投

投资者”，即以“资本控制”来确定企业与缔约国之间的重大联系。如果某公司因在缔约国以外的第三国注册组建而成为外国公司，但其资本却被缔约国公民或公司所控制，其是否能受到条约的保护？一些国家为了真正保护本国投资者的利益，在条约中将此类外国公司列入条约的保护范围。

受条约保护的“投资”：

只有被缔约国一方所接受的投资才能受到条约的保护。一般包括：

- (1) 动产、不动产和任何其他财产权利。
- (2) 公司的股份、股票和债券或该公司财产中的权益，以及其他形式的参股。
- (3) 对金钱的请求权或通过合同具有经济价值的行为请求权。
- (4) 工业产权、工艺流程、专有技术、版权和商誉。
- (5) 根据法律授予的特许权，特别是勘探、开采、开发自然资源的特许权。
- (6) 再投资的利润。

有的条约还将“工业设计”、“商业秘密”包含在内。

3. 关于货币的兑换与转移。目前大多数发展中国家根据国际货币基金组织协定条款第 14 条的临时安排，对外汇的自由兑换实行一定的限制，这无疑成为外国投资者向发展中国家投资的障碍。取消限制不可能，因为这是发展中国家平衡国际收支所需要的，也是国际社会允许的。那么最好的办法就是在双边投资条约中对此作出约定，使之能在尊重东道国外汇管理制度的基础上最大限度地保护投资者的利益。具体在以下几方面作出兼顾双方利益的约定：

(1) 在规定可自由兑换、自由转移的前提下，允许在国际收支平衡困难时，依一定条件作出限制。

(2) 货币的转移应遵守相关缔约国已存在的外汇管制。即相关缔约国关于外汇管制的法律、法令，是在条约中保证自由汇出的法定前提。

(3) 在货币兑换、转移的限制上不能搞差别待遇。即这种限制应是对所有国家的投资施行，而不能单独适用于缔约国一方。

4. 关于国有化、征收的补偿。为了保护投资者对投资财产的所有权，各国在签订投资协定时均对国有化及其补偿做出具体安排。通常包含以下几点：

(1) 关于国有化的条件。缔约双方通常在条约中约定任何一方均有权对其领土内的外国企业或资产实行国有化或征收，但依一定条件进行：国有化必须是出于国家公共利益的考虑；必须是对外国投资者采取无差别待遇；必须对外国投资者予以公正补偿；依一定的法律程序进行。

(2) 关于国有化、征收的补偿标准。对此规定不一：一是采纳西方国家提倡的“充分、有效、即时”的补偿标准。二是采纳发展中国家坚持的“适当、合理”的补偿标准。关于赔偿金额的计算与支付，一般规定，受到国有化或征收的投资者有权依照实行国有化国家的法律，要求该国的司法机构或其独立机构评估被征收财产的价值，实行国有化的国家应依此评估价值以可自由兑换的货币不拖延地给予支付。

(3) 关于国有化、征收的类型。关于哪些国家行为属于国有化、征收的范畴，各国众说纷纭，没有统一标准。双边投资协定一般采用列举式予以规定，或者在没有列举的情况下，依国内法及学说进行解释。

5. 关于代位权的规定。代位权在国际投资中是指投资者本国的保险机构

在对投资者因东道国的政治风险遭受的损失补偿之后，将取得投资者在该东道国的一切权益和追偿权。由于各资本输出国普遍实行国内投资保险制度，在双边投资协定中规定代位权已为各国所接受。代位权涉及的两个具体问题是：

(1)代位权的限度。缔约一方代位取得的权利和承担的义务，不得超过被保证投资者的权利和义务。

(2)代位权的限制。代位权的行使必须受东道国法律的制约，若东道国法律禁止承保者取得某些财产，则须服从东道国法律的规定，并作出相应的安排。

6. 关于投资争议的解决。双边投资协定涉及两种争端的解决：一是东道国与投资者之间争端的解决；二是缔约国之间关于条约解释、适用的争端的解决。由于两类争端的性质、当事方均不同，投资协定大多规定两种解决争端的制度。

(三) 中国缔结双边投资保护协定的实践

中国自 80 年代以来至 1998 年初，已同美国、加拿大、瑞典、罗马尼亚、德国、法国、芬兰、挪威、意大利、丹麦、荷兰、英国、瑞士、澳大利亚、新西兰、波兰、日本、新加坡等 90 多个国家签订了双边投资保护协定。这些协定一般包括以下主要内容：

1. 外国投资者的待遇。中国签订的所有双边投资保护协定以规定两个待遇为主。(1)公平、公正待遇。所有协定都规定外国投资者享受公平和公正的待遇。这种待遇标准是中国签订双边投资保护协定的基本原则。很多协定还在具体问题上强调相互不对另一方采取歧视措施，以此加强公平公正原则的力度。(2)最惠国待遇。中国签订的双边投资条约都规定给外国投资者以最惠国待遇。由于我国在条约中普遍设定“最惠国待遇条款”，这样在所有缔约国之间就会产生两个法律效果：第一，我国在同一时期内将给予所有同类缔约国的投资者相同的待遇，第二，我国一旦通过签订新的条约或制定新的国内法规，提高了对某一缔约国投资者的待遇，其他同类缔约国的投资者均自动地享有这种扩大或增加的权利。

我国的双边条约还具体规定了最惠国待遇条款在适用上的例外：(1)基于关税同盟，经济联盟或类似组织给予的优惠。(2)根据避免双重征税协定而给予的优惠。(3)为方便边境贸易而给予的优惠。

关于国民待遇制度，中国签订的双边条约一般没采用，除中英和中日协定中规定了某些特定情形的国民待遇外，其他条约一概未规定。事实上，由于中国对外商投资企业适用专门的法规，所以在中国投资的外国投资者享有更多的自主权和较为优惠的待遇。随着中国改革的深入，吸收外国投资的扩大，中国会逐渐对外国投资者实行国民待遇。

2. “投资者”和“投资”的定义。关于“投资者”确认的标准，我国签订的双边条约与国际惯例一致采取以下标准：(1)自然人的资格依国籍确认，凡是具有缔约国国籍的自然人，其投资受条约保护。(2)公司、企业、其他经济实体依据“注册地”、“住所地”确认。必须在缔约国依法注册成立，并且在该国实际经营，建立有效管理机构的企业、公司才是合格的投资者，受条约保护。

此外，在我国近几年签订的一些双边保护协定中，将两类企业有条件地纳入“投资者”的范围，这两类企业是：

(1)外国控股公司。即由缔约另一方国民拥有或控制的或者“拥有实质利益的”第三国公司。例如，在新加坡注册登记并取得法人资格的新加坡公司，其股份被澳大利亚公司拥有，此新加坡公司在中国投资，是否应因其被澳大利亚公司控制而成为中澳投资保护协定中受保护的“投资者”，中国是否应该基于中澳条约义务对其在中国的投资提供保护。我国签订的一些协定在定义“投资者”时，接受了“资本控制”标准，将外国控股公司纳入“投资者”的范畴，但附加了一定的条件。第一个条件是只限于外国控股公司在征收方面遇到的障碍。即只在征收的赔偿方面依据“资本控制”标准将其确认为合格的投资者。第二个条件是只有当该第三国无权或放弃求偿权利时才适用。

(2)缔约另一方国民控制或拥有股票、债券的本国公司。在我国主要指依中国法律在中国境内举办的中外合资经营企业和中外合作经营企业。此两类企业是有部分外国投资者的中国法人。依照中国签订的协定，也只是有条件地适用。第一，只适用于征收；第二，只保证企业中的外国股东或债券持有人得到补偿，即在征收时，只有企业中外国投资者的财产可以得到双边协定的保护。

关于投资的范围，中国签订的协定内容很广泛，包括各种形式直接投资而产生的权益。除现金、实物投资产生的权益之外，还包括知识产权、技术诀窍、技术流程、著作权、商名和商誉等权利，此外还包括与自然资源有关的特许权利。在特许权利中，中法、中英、中澳的协定中还特指“养殖”的特许权。

我国签订的条约还普遍规定受条约保护的投资必须满足一个重要条件，就是必须是东道国“接受”或“允许”的投资，或者是依照东道国法规所进行的投资。各协定具体措词虽略有差别，但基本要求是一样的。这一规定实际上是将“投资”置于东道国国内法的制约之下，包括东道国禁止、限制、鼓励的各种法规，审批投资的各种制度。只有东道国法律允许的被东道国通过审查批准接受的投资，才受条约的保护。

3. 资本和收益的转移。为保护外国投资者的合法权益，中国签定的双边协定一般规定，不论企业的外汇存款是否足够，中国政府均对以下项目提供外汇转移的保证：(1)投资原有资本；(2)投资的转让或清算所得的金额；(3)知识产权许可证费；(4)征收补偿；(5)经中国银行担保的贷款；(6)经中国政府批准的内销所得。

4. 征收。我国所签的双边条约规定了一旦对外资进行征收或国有化时必备的条件，即只有为了公共利益，按照一定的法律程序，给予补偿，并且是在非歧视的条件下，方可对外资实行征收或国有化。关于补偿标准，我国基本采用发展中国家倡导的“合理、适当”的补偿原则。

关于补偿数额和方式，一般规定应相当于投资被征收时的价值，相当一部分协定还包括至支付之日的利息。补偿的货币应是可有效兑换的货币，并且可以自由转移。在补偿的时间上不应不适当地延长。

5. 代位。除中澳协定外，中国签订的所有协定都载有代位条款。1980年，中国与美国签订了“投资保险和保证的投资促进协议及换文”，首次接受了代位的概念。此后，在中国缔结的投资保护协定中都订入了代位条款，承认投资者的所有权利和请求权利的转让和代位。

6. 投资争端的解决。对属于缔约双方国家之间由于条约的解释或运用而产生的争端，中外双边投资保护协定一般规定应通过外交途径协商解决，如

果协商不成，可以提交国际仲裁。对于东道国和投资者之间的争端，应首先协商解决，协商未成，投资者应提交东道国司法解决，即向东道国有管辖权的法院提起司法行政诉讼。对于有关征收补偿的争端，可提交专设的仲裁庭解决。

二、多边投资担保机构公约

(一) 公约简况

《多边投资担保机构公约》于 1985 年世界银行年会通过并于同年 10 月在韩国汉城签字，1988 年 4 月 12 日生效。中国于 1988 年 4 月 30 日批准该公约，是公约的创始成员国。依据公约建立了多边投资担保机构（简称 MIGA）。公约的宗旨是鼓励会员国之间，尤其是向发展中国家融通生产性投资。机构依据公约通过履行以下两个基本职能来实现这一目标：其一，在一个会员国投资者向另一个会员国投资时，对投资的非商业风险予以担保。其二，通过技术援助、政策咨询、投资政策与经验的磋商、信息交流，推动签订投资协定等辅助性活动，促进会员国改善投资环境，以吸收更多的投资。

(二) 多边投资担保机构（MIGA）的法律地位和表决机制

依照公约而建立的多边投资担保机构是一个具有完全法人资格的国际组织，在法律上、财务上具有独立性，有权签订合同，取得并处理动产和不动产；进行法律诉讼。作为国际组织又享有各种特权：(1) 机构在各成员国内享受豁免权和特权；(2) MIGA 及其官员的工作行为享受诉讼豁免；(3) MIGA 的资产及一切活动享受税收豁免；(4) MIGA 的财产免受搜查、征用、征收及任何形式的扣押；(5) MIGA 的档案不受侵犯。

MIGA 的资本为 10 亿个特别提款权，分成 10 万股，每一成员国至少认缴 50 股，而且每股需用 10% 的国际通行货币的现金支付和 10% 的不可转让的无息本票或类似债券作为支付。但发展中国家对上述应股的现金部分可用 25% 的本国货币支付。

MIGA 设理事会、董事会、总裁和职员，其中理事会是权力机构，由每一会员国指派一名理事和一名副理事组成，推选一名理事为主席。董事会负责机构的一切业务，总裁负责处理机构的日常事务及职员的组织任命和辞退。

依公约规定，每一会员国在享有 177 个“会员票”的基础上，每认缴一股，增加一票“股份票”。理事会、董事会的决定均应经多数票通过。

(三) 多边担保机构的担保制度

多边担保机构的宗旨是鼓励外国投资流向发展中国家，实现这一宗旨的手段之一就是为外国投资在发展中国家遇到的非商业风险进行担保。

1. 担保的范围——机构承保五种险别：

(1) 货币转移险。是指由于东道国的责任而采取的一切措施，旨在禁止或限制投资者将其投资和投资所得换成可自由使用的货币，并移出东道国国境的风险。具体包括兑换险和转移险。“任何措施”包括限制或禁止转移的一切新措施，无论是直接的还是间接的，是法律上规定的还是事实上存在的。此外还包括歧视性汇率险，即按低于东道国现行汇率进行兑换。当然，担保合同签订时，东道国业已存在的外汇管制的法律、法令不在担保之列。

(2) 征收和类似措施险。征收最简单最典型的方式是国家通过法令直接取得投资者的财产，把财产所有权从原投资者私人手中转到国家名下。这种征收在当代国际社会已不多见，最使投资者担忧的是“间接征收”，即东道国并不声称对其国有化或征收，而是采取种种措施干扰外国投资者的财产

权，致使其财产事实上归于无用。70年代似后，这种征收普遍出现。公约在设定此险别时，充分考虑到了这一情况，对这种间接征收给予担保。

公约规定的征收险，主要指以下三种情况：东道国的任何立法或行政行为。这类行为违反了投资合同，违反了东道国国内法或所承担的国际条约义务。东道国的行政懈怠行为，指东道国的行政当局在一段时间内或担保合同确定的日期内应作为而未作为。如果东道国采取的一系列行政措施，其累积效果相当于征收，即使这些措施的单一行为属于政府正常管理行为的范畴。但政府的正常征税、关税和价格控制、其他经济法规和环保劳动法规以及为维护公共安全而采取的措施不在此保险之列。

关于机构担保的权益范围，规定的也比较广泛，包括：投资的所有权和控制权。即东道国的上述行为或措施造成了投资者对投资财产所有权和控制权的丧失。损害了投资产生的“实质性效益”，即投资者经营当中获得的收益。

(3)违约险。与国家投资保险制度不同，机构将违约列入担保的范围之内，专指东道国政府违反投资合同的行为。这一创新的目的在于加强东道国和投资者之间合同安排的可信赖性，保证投资者的有效经营和合同权利的实施。为了避免机构牵扯进合同内容的争议，此种担保只限于三种特定情况，公约细则概括为“拒绝司法”。第一，投资者无法求助于司法机关或仲裁机构对违约的赔偿作出判决或裁决。主要指四种情况：该东道国缺乏司法或仲裁机关。虽有司法机关，但缺乏司法独立。这些机关无权作出最终判决或裁决。由于东道国设置障碍，使外国投资者无法求助于这些机构。后三种情况被认为具有拒绝司法的同样效果。第二，司法或仲裁机构未能在合理的期限内作出裁决。第三，虽有裁决，但无法执行。

(4)战争和内乱险。战争和内乱是指发生在东道国境内任何地区的任何军事行动和内乱。内乱指针对政府的有组织的暴力行动，其目的在于推翻政府或将政府从特定的区域赶走，具有政治或意识形态的目的。不包括罢工、学潮和针对投资者个人的恐怖主义行为。

(5)其他非商业风险。依公约第2条(a)款的规定，机构承保除上述4种以外的一切非商业风险，条件是由投资者和东道国联合申请并经多边机构董事会特别多数通过。可见机构担保业务的灵活性和广泛性。

2.担保的客体——合格投资。机构对担保的客体——外国投资在条件内容、形式、时间上作了种种限制，只有满足这些要求的投资，才具有合格性，才可在机构进行投保。

(1)合格投资的条件。符合以下四个标准的投资，在内容上才是合格的：必须是在经济上合理的投资。必须是具有发展性质的投资。指该投资能对东道国的经济发展做出贡献。必须是合法的投资。首先此项投资必须符合东道国的法律。其次必须符合投资者本国的法律。投资必须与东道国宣布的经济发展目标和重点相一致。

(2)合格投资的形式。因为随着经济的发展和时间的推移，投资形式总在变化，旧的形式会逐渐过时，新的形式会不断出现，因此不宜确定具体的形式。为保持灵活，公约并未定义或列举投资形式，只是笼统地规定合格的投资形式包括产权利益；董事会确定的种种形式的非产权直接投资；以及董事会特别多数通过的任何形式的中长期贷款。

(3)投资时间。机构只担保新投资，即担保申请注册之后才开始执行的投

资。如果投资在此之前已转移到东道国，则不再为新投资。

3. 担保权人——合格投资者。公约第 13 条从投资者的国籍、类型及经营性质几方面规定了合格投资者应满足的条件。

(1) 投资者的国籍。自然人：不具有东道国国籍的任何一个成员国的国民，均可成为合格的投资者。法人：在 东道国以外的成员国登记并在该国设有主要事务所的公司。在 东道国注册登记，但多数资本为东道国以外的一个成员国或多个成员国的自然人或法人所拥有。

(2) 投资者的类型。机构所指的合格投资者只限于自然人和法人。合伙、非法人社团和分支机构，不能以实体的身份向机构申请担保。但合伙中的合伙人，非法人团体的成员，非法人分支机构的所有者，可以分别以合格自然人投资者的身份向机构投保其各自在项目中的投资。即机构可就合格投资者在某一投资项目中相应的股份担保。

4. 合格的东道国。依照公约的规定，合格东道国必须符合如下条件：(1) 是一个发展中国家。(2) 是一个同意多边机构担保特定风险的国家。(3) 是一个经机构查明，投资可以得到公正平等待遇和法律保护的国家。其判断标准是东道国的法律和东道国与投资者本国之间的双边投资协定。

5. 多边机构的代位权。

(1) 投资者向多边机构求偿。风险发生后，投资者即可根据与机构订立的担保合同向机构求偿。同时承担下列义务：寻找当地行政救济，但不要求“用尽”，仅仅是寻求，并且不包括司法救济。遵守东道国的法律和法令，对其投资项目加以控制，以避免或减少可能的损失。妥善保存求偿的文档记录，以备机构查阅。只有在取得机构同意之后，才能转让其在担保合同或投资项目之下的权利或者从属于代位权的权利。机构依合同向投资者迅速支付保险金，其数额不超过投资总额和投资者的实际损失。

(2) 机构的代位权。机构支付保险金之后，代位取得投资者在东道国的权利。机构作为投资者的代位权人所取得的财产的待遇，应等同于这些财产在投资者手中的待遇，因而不能享受机构的特权与豁免，但在税收和关税方面可例外。机构赔偿投资者并不意味代位权一定会发生，例如战争损失赔偿后，不能向东道国索赔。此外机构总裁还可以根据具体情况，考虑到与东道国的关系，决定不索赔。

第四节有关国际投资的 法律问题

一、对外国投资者的待遇标准

关于对外国投资者的待遇标准，直接涉及国际投资中有关外交保护权、国有化及国家责任等一系列问题，属于国际投资关系的先决条件。目前国际上对投资者实行的标准有以下几种：

（一）国民待遇标准

国民待遇标准是指在互惠的条件下，外国投资者依照东道国法律同东道国国民在享受权利和承担义务方面，有同等地位，即东道国授予外国投资者的权利不低于本国国民所享有的同等权利。外国投资者在所在国取得的一切权利，是所在国家法律所赋予的，而不是直接依据国际法而产生的，因此国民待遇是国内标准。外国投资者在东道国应当服从该国的法律管辖，在法律上与本国国民享有同等待遇和同等保护，承担同等义务和责任。

（二）最惠国待遇标准

指在互惠的基础上，外国投资者在东道国依法享有该国赋予或将要赋予任何第三国国民的同等待遇。其特点是寻求同第三国国民间的同等待遇。最惠国待遇通常在双边条约和国际公约中确定，是一项条约条款。作为施惠国的东道国依据条约条款给予外国投资者与第三国国民同等的待遇。

（三）差别待遇问题

差别待遇是指在不同国家、个人和实体间实行不平等待遇。包括外国国民和实体间、外国国民和实体与第三国国民和实体间的不平等待遇。例如给予优惠，课以义务或限制一定范围内的权利等。差别待遇分为合理的和不合理的，合理的差别待遇是国际法所允许的，不合理的差别待遇才是违法的。

二、国有化及其补偿问题

（一）国有化的概念

国有化是指主权国家基于公共利益的需要，根据本国的法律程序将私人性质的财产收归国有并由国家加以管理和控制的法律行为。其特点是：(1) 国有化的结果是财产所有权的转移，由私有变为国家所有。(2) 国有化是在一定限定条件下进行的。(3) 国有化的类型多样，情况复杂。

征收与国有化的法律性质和法律效果完全一样，其中的微小区别是：(1) 在实施目的上，征收是将收归国有的资产转归他用，而国有化则保留其原来的用途。(2) 在实施范围上，征收仅涉及个别人或个别企业的资产，而国有化则是大规模的，并反映着国家经济结构和基本政策的变化。

国有化和征收有两种类型，一类是直接征收，另一类是间接征收。目前有争议的是间接征收。间接征收亦称逐步征收或蚕食式征收，是指东道国政府用间接方式，缓慢地逐步地将外国投资者的资本转移为本国资本的一种国有化措施。一般通过两种方式进行。

(1) 通过直接行政干涉而征收。例如，独断地增加税收；限制利润、本金的汇兑；禁止解雇当地工人；强制国产化；雇佣限制等。

(2) 与外国投资者签订合同，约定逐年减少投资项目中的外国股份，直至股份全部转让给国家，从而完成国有化。

西方发达国家极力主张这两类间接征收的方式属于国有化措施，应依照国有化的补偿原则处理。发展中国家却有不同看法，认为此属正常的行政管

理，不是国有化。

（二）国有化的条件（合法性问题）

西方发达国家普遍认为一国对外国资本实行国有化必须有一定的标准，依一定的条件进行。并将此作为划分违法国有化与合法国有化的界限。发展中国家坚决反对将国有化分成合法与违法，认为国有化措施是主权国家行使其自然资源永久主权的当然结果，是基于民族自决原则，从外国资本控制下解放出来的重要手段，是维护国家主权，保护民族经济自主发展的具体措施之一。所以主权国家实行国有化是完全正当的，是完全合法的行为，不发生违法问题。这一法律观点已被联合国的一系列文件所肯定和支持。

（三）国有化的补偿

关于国有化的补偿标准，有三种理论主张：

1. “充分、即时、有效”的补偿。西方发达国家主张实行国有化的国家有义务以“充分、即时、有效”的方式向被征收的外国人提供补偿。“即时”指赔偿的时间，要求支付赔偿金应尽快实现，不得迟延。“充分”指赔偿的金额，要求赔偿金额应与被征收财产的全部价值（公平的市场价值）相等，并包括直接支付赔偿金的利息。“有效”指赔偿的货币，要求赔偿金应以赔偿接受人所属国的货币或可自由兑换的货币支付。

2. 不予赔偿。前苏联、东欧、拉美国家的一些学者主张，一国在对外国财产实行国有化或征收之后，不存在赔偿义务。此主张的依据之一是国家主权原则，依据之二是国民待遇原则，即如果一国实行国有化时对其本国国民不予补偿，对外国人当然也不例外。

3. 适当合理的补偿。这是广大发展中国家的主张，并且在联合国《各国经济权利和义务宪章》中获得承认而得以确立，成为国际法的一个原则。一般认为适当的补偿是指：(1)给予补偿；(2)补偿是东道国财力承担得了的；(3)补偿能被投资者所接受。如何确定补偿的数额，要通过对具体征收或国有化案件进行全面分析确定。

三、特许协议的法律问题

（一）特许协议的概念及特征

特许协议又称经济特许协议或经济开发协议，外国法学家一般称之为“国家契约”，是现代国际投资中常见的一种特殊法律形式。它是指在国家特许或批准的前提下，由东道国政府主管部门或其授权的国家公司同外国投资者签订的，约定外国投资者在一定期间，在指定地区内，投资从事于公用事业建设或自然资源开发等特殊经济活动的法律协议。这种协议具有下列四个基本特征：(1)协议的主体一方是主权国家政府或其代表，另一方是外国投资者。外国投资者基于东道国政府的特许而取得并行使某项本来只属于国家的特种权利。(2)协议规定的实现投资的目的，允许外国资本在一定期间内投入东道国的特殊行业。(3)协议约定的投资项目只限于在特定地区进行自然资源的开发和公用事业的建设（如石油、煤矿、铁道、港口等）。(4)特许协议不同于一般契约，须事先经立法授权的行政机关批准，或须提交立法机关审批，甚至协议的主要内容，还订入法律、法令或行政命令之中，形成最有效、最可靠的政府保证。

（二）特许协议的法律性质

由于特许协议具有不同于一般投资合同的特点，而且这种协议在不同东道国的具体形式和内容又有较大差别，所以关于它的法律属性，在理论上和

司法实践上有分歧，主要有以下几种观点：(1)认为它是国家同外国投资者以当事人的平等地位而订立的合同，属于准国际协议；(2)认为该协议既包括有“公法”因素，又包括“私法”因素，是由两者结合而形成的一种特别法律关系，是一种双重性质的混合协议（跨国协议）；(3)认为它是属于国内法上的契约。我国与广大发展中国家一样，认可第三种观点，其理由是：第一，它不是两个国际法主体之间的协议，当事人是以“私法”主体资格签约，并处于平等的国内法契约地位；第二，它是经东道国政府许可，依东道国法律签订并确定其具体权利义务关系的协议，其履行也在东道国境内；第三，协议中的国际仲裁条款及适用国际法原则的条款只是尊重国际惯例，并为便于解决争端而采取的一种方法，不能因此而认为产生的是一种国际法的关系。

（三）特许协议的国家责任和法律适用

关于特许协议的国家责任问题，是指作为协议一方的东道国基于公共利益的需要，采取立法或行政措施，如限制外汇或征收等，变更、限制或中止、废除特许协议时，国家对其不履行或违反契约的行为是否应负国际责任的问题。一种观点主张国家应负国际责任，其理由是特许协议中往往订有国际仲裁条款或引用国际法或一般法律原则作为契约的准据法，这些安排使协议“国际化”，其“契约义务”也就具有了“国际义务”的性质，因而国家的违约即是违反国际义务，构成国际上的违法行为，国家应负国际责任。目前大多数学说对此持反对意见，认为国家应受其所订特许协议的约束，但只依国内法负责，不产生国际责任的问题。其理由是国家同外国投资者订立的特许协议，不是以国家间的关系为对象的，不属于国际法秩序的范畴，而是以国内法为依据，国家对协议单纯不履行的行为本身，并不当然也不直接构成国际法上的违法行为，不产生国际责任问题，而只产生国内法中的契约责任问题。我国的理论和实践持后一种观点。

关于法律适用有以下几种主张：(1)契约条款法，又称当事人法。认为特许协议本身规定的条款和条件是规定当事人契约关系的根本法律。(2)国内法。究竟应适用哪一国的国内法，或依当事人自由选择法律的原则，经双方同意可在协议中选择任何一国的国内法，或根据国际法规则予以确定。(3)双方当事人公认的法律原则。(4)国际法。这是将特许协议定性为国际协议的学者的主张。(5)文明国家所公认的一般法律原则，这是将特许协议定性为“混合协议”的学者的主张。但因法律原则既抽象又理解不一而难以适用。(6)适用东道国法。这是目前国际社会及发展中国家的普遍主张。也是我国理论、立法、实践中所奉行的。

四、外交保护与卡尔沃主义

（一）外交保护

外交保护是指本国国民在国外遭到损害，依该外国国内法程序得不到救济时，本国可通过外交手段向该外国要求适当救济。外交保护是解决外国私人投资者同东道国之间投资争议的传统方法之一。其主要特点是将投资者同东道国之间的争议上升为国家之间（即投资者本国同东道国之间）的争议，在国际法水平上加以解决，即代表本国投资者向东道国提出国际请求。但这种国际请求必须受一定条件的限制。目前国际社会普遍公认的有以下两个限制规则。

1. 国籍继续规则。即遭受投资损失而请求外交保护的投资者必须连续不断地具有保护国国籍，它是国家行使外交保护权必须首先遵守的规则。其含

义是：第一，投资者必须具有保护国的国籍。第二，投资者从其权益遭受损失开始直至向其本国要求实行外交保护时，必须持续地具有母国国籍。具体来说，海外投资者即使在其权益遭受损失的当时具有某国国籍，而后丧失，或在其权益遭受损失的当时不具有而在要求实行外交保护时具有；或者曾一度丧失，均不能受到该国的外交保护，该国不得就此争端向国际法院起诉投资东道国。

2. “用尽当地救济”规则。这是一项国际社会普遍承认的国际法原则，构成对外交保护的又一限制条件。其基本含义是，受到东道国侵害的外国投资者在未用尽东道国法律对其适用的所有救济手段之前，其本国政府不得行使外交保护权，到国际法院诉讼，追究东道国的国际责任。

“用尽”的标准是：

(1)程序上用尽。必须使用完东道国所有可适用的司法和行政的救济程序，包括上诉程序，直至最高法院或最高主管机关的最终决定。

(2)手段上用尽。不仅指用尽东道国内行政、司法中的某一种手段，而是指用尽上述所有手段。

用尽国内救济手段的举证责任在原告方，即投资者母国在国际法院诉讼时，必须证明投资者已依上述标准用尽了当地救济，或者证明投资者诉诸东道国最高法院遭到司法拒绝。所谓“拒绝”包括诉讼的不受理，审判的不适当迟延和不适当判决。

(二) 卡尔沃主义

1. 背景及含义。卡尔沃主义最初形成于阿根廷政府关于解决国际债务和投资争议的外交政策立场，这种立场不仅屡见于阿根廷政府的外交文件，而且在卡罗斯·卡尔沃的国际法著作中得到充分阐述。卡尔沃是拉丁美洲的著名国际法学家，是该主义的积极倡导者。

卡尔沃主义有两个基本点：第一，主权国家不分强弱，应处于平等的地位。主权国家可以自由地和独立地享有不受任何外来干预的权利。第二，外国人享有与内国人同等受保护的待遇，当其受到损害时，只能向东道国的有关机构寻求救济，不得由母国出面求偿。从以上两点可看出卡尔沃主义十分强调主权国家的平等与国民待遇原则。对于投资争端的解决，既反对外交保护，也反对国际仲裁及其他国外法院的管辖，只能在东道国当地解决。

卡尔沃主义得到拉美国家的广泛赞同和大力推行，并且具体化为卡尔沃条款。所谓卡尔沃条款，就是在法律、条约或契约中订入含有卡尔沃主义精神的条款，从而使卡尔沃主义具有法律效力。

2. 评价。卡尔沃主义所依据的基本思想是国家主权平等，内外国人待遇平等的原则。其目的是反对殖民主义、帝国主义的干涉政策，特别是反对外国投资者蔑视东道国法律和法院，企图直接依靠母国外交干预的做法。从这个意义上讲很具有积极作用，为发展中国家，特别是拉美国家维护国家权力及利益提供了武器，成为一项美洲国际法原则。我们肯定卡尔沃主义的作用，并非主张任何发展中国家都应采用。实际上无条件地实施卡尔沃主义，势必拒外国投资者于门外，因为外国投资者在国有化，征收争端中往往希望得到国际仲裁的救济，这在一定程度上将阻碍外资的进入，与促进吸收利用外资的政策将违背。实践中，拉美国家在国际社会与其他发展中国家以及发达国家共同协调立场时，也不反对将卡尔沃主义做一些调整，使之具有一定的

灵活性。例如，在有拉美国家签署的《各国经济和权利义务宪章》中规定了国内救济与国际救济并存的“双重救济”原则，两者中国内救济优先，国际救济拖后。卡尔沃主义被宪章接受并且得到某种程度的改造。改造后的卡尔沃主义则更易被各国所接受。

第五节 国际投资争议的解决

在国际直接投资关系中，不可避免地会产生各种争议。由于国际投资不仅涉及不同国家的自然人、法人之间的关系，而且涉及外国投资者与东道国之间的关系，甚至政府间的关系，这些关系中的矛盾和争议呈现不同的性质和特点，解决的途径和方法也不同。

国际投资争议，是指外国投资者在东道国进行直接投资过程中，与不同国籍的投资者之间，与东道国政府之间，或因投资而引起的其本国与东道国国家之间的就有关投资问题而产生的各类争议的总称。

投资争议可做如下分类：

1. 外国私人投资者在东道国与不同国籍的合营者之间的争议。主要指外国投资者同东道国企业在举办合营企业或进行开发自然资源的活动中而发生的争议。

2. 外国投资者与东道国之间的争议。此类争议通常由于以下原因而发生：

1. 东道国对其境内的外国投资者的资产实行征收、征用或国有化。
2. 因战争、革命或暴乱而使外资蒙受重大损失而产生的求偿。
3. 因制定新法规而产生影响外国投资者在东道国的正常经营。
4. 因各种原因强制中止或改变已生效的外资企业合同。
5. 投资者在东道国无视法律，非法经营或粗暴干涉东道国内部事务。

此类争议的特点是：

第一，争议的主体具有不同的法律地位。国家是国际法上的主体，而私人投资者则是私法上的主体，这种不同法律地位的主体之间发生的争议，既独特又复杂，解决的方法也特殊。

第二，争议涉及不同主体多方面的权利与义务。

第三，此类争议很容易因投资者所属国的代位求偿权或外交保护权而转化成国家间的争议，使投资争议更加政治化和复杂化。

3. 投资者所属国与投资东道国之间的争议。也称国家间投资争端，是指国家之间由于双边投资条约的解释或适用问题而产生的争议，或者国家之间由于国际私人直接投资活动而产生的争议。前者由国际条约义务直接产生，后者则是投资者所属国行使外交保护权或代位求偿权的结果，由外国投资者与东道国投资争议转化而来。这类争议的特点是当事人各方均为主权国家，因此，主要适用传统的国际争端解决途径。

一、外国投资者在东道国与不同国籍的合营者间投资争议的解决

合营企业是国际投资的重要形式，外国投资者与东道国合营者或其他合营者在设立、经营合营企业的过程中，由于各自利益及经营目标的不同而产生各种争议，这类争议是国际投资争端中较常见的类型，其解决方法有以下三种：

1. 协商、调解。
2. 国际商事仲裁（参看本书国际私法部分）。
3. 诉讼解决争议。

在双方当事人没有协议采用仲裁解决争议时，可向东道国法院提起诉讼。各国普遍认为，如果采用司法途径解决争议，应该在东道国寻求国内司法救济，这是因为合营合同在东道国订立履行，合营企业在东道国设立，公

司的经营活动，法律行为都在东道国进行，东道国对此争议有专属的管辖权。

二、外国投资者与东道国投资争端的解决

东道国与外国投资者之间的争端，主要是指这样两种情况：一是因订立、修改、违背投资合同而发生的争议。二是投资合同之外的争议，专指由于东道国行使国家权力及实施管理行为或发生政治事件致使投资者遭受损失而发生的争议。在这类争端中，当事人一方是主权国家，是立法者和执法者，另一方是私人，是被管理者。涉及的法律问题既有国内的也有国际的，情况较复杂，是一种特殊类型的争议。“国际投资争端”一词从狭义上讲就特指这种关系复杂的纠纷现象。对此类争端的解决，国际社会已有共识，下边予以介绍。

（一）东道国国内行政司法解决方式

1. 含义及性质。东道国国内行政司法解决方式也称东道国当地救济，是指在东道国的司法机构或行政机构中依照东道国的程序法和实体法解决投资争端。外国投资者因国有化、征收或东道国政府的管理行为使之利益受损或因投资合同与东道国产生争议，均应首先到东道国法院起诉东道国政府，由东道国法院予以管辖。此行为在我国将引起行政诉讼程序。外国私人投资者同中国政府及其主管部门发生争议，可通过这一程序解决。此外，外国投资者还可寻求行政救济，即寻求东道国行政管理机关解决争议。在我国的行政救济主要是行政复议，可适用于外国投资者对中国政府主管部门行政决定不服引起的争议。

东道国对在其境内发生的投资争议享有当然的管辖权，有权要求外国投资者将争议通过当地救济寻求解决。除非东道国法律另有规定或其政府明示同意，外国投资者不得将其与东道国政府间的争议直接提交国际社会解决，不得寻求国际仲裁或外交保护等国际解决方式。

2. 当地救济的依据。东道国对投资争议管辖权的法律依据有二：第一，国家属地管辖权原则。国际投资关系中的外国投资者其人、其物均位于东道国境内，其经营活动也在东道国境内进行，依据属地管辖原则，外国投资者当然应首先服从东道国的管辖。第二，对自然资源永久主权原则。外国投资者投资活动的特点之一就是利用东道国的自然资源，作为主权者就其争议当然有其专属的管辖权。

（二）国际仲裁——《解决国家与他国国民间投资争议公约》

1. 公约简况。《解决国家与他国国民间投资争议公约》，简称《华盛顿公约》，是目前国际上仅有的关于解决投资争端的多边公约。该公约在世界银行主持下，于1965年3月18日制定并于1966年10月14日正式生效。同年根据公约的规定，制定了一套较为完善的仲裁规则，并在华盛顿成立了解决投资争端国际中心，作为实施公约受理国际仲裁的常设性机构。截止1992年6月，共有113个国家签署了公约，其中100个国家正式批准加入公约。中国于1990年2月9日签署，并于1992年11月1日正式批准。公约向下述国家开放供签署：(1)世界银行成员国；(2)参加国际法院规约的国家；(3)解决投资争端国际中心行政理事会根据其成员的三分之二多数票邀请签署公约的国家。

制定公约和创设中心的目的是为了“加强各国之间在经济发展事业中的伙伴关系”，“创立一个旨在解决国家和外国投资者之间争端提供便利的机构”以促进私人资本的国际流动。

公约在序言之后分设 10 章 75 条，对公约的宗旨，中心的建立和组织形式，中心的管辖权及一些程序问题作了规定。

2. 国际中心的组织机构及特点。公约第 1 条和第 2 条规定，在世界银行总部设立“解决投资争端国际中心”，为缔约国和其他缔约国国民之间投资争端的调解和仲裁提供便利。中心作为一个国际性的常设机构，设有一行政理事会和一个秘书处。并分别设立一个调停人小组和一个仲裁人小组。行政理事会是中心的权力机关，其职责是制定中心的行政和财务规章，制定调解和仲裁程序的规则等。秘书处由秘书长、副秘书长和工作人员组成，秘书长在法律上代表国际中心，其职责是负责中心的日常行政事务。

国际中心的基本特点是：

(1) 中心的宗旨是为缔约国和其他缔约国国民之间投资争端的调解和仲裁提供便利。国际中心并不直接参加调解和仲裁，只是提供调解员和仲裁员名册，供投资者和缔约国选择，依公约组成特别委员会或仲裁庭进行调解和仲裁。

(2) 中心基于公约而设立，具有完全的国际法律人格，它有法律能力，包括缔约能力，取得和处理动产、不动产的能力以及法律诉讼能力。

(3) 中心在完成其任务时，在各缔约国领土内享有公约规定的豁免与特权。如中心及其财产享有豁免一切法律诉讼的权利；享受税收豁免，中心的财产、收入及公约范围内的业务活动和交易，免除一切税负和关税。

3. 中心的管辖权。中心的管辖适用于缔约国和其他缔约国国民间直接因投资而产生的任何法律争议。依照公约提交中心主持下的调解和仲裁须符合三项主要条件：

(1) 主体资格的条件。争端当事人一方须是缔约国或其下属机构及代理机构，另一方须是另一缔约国的国民。“另一缔约国国民”包括自然人和法人。自然人指在争端当事人各方同意把争端提交调解或仲裁之日以及在调解、仲裁登记之日，具有争端当事国以外的一缔约国国籍的任何自然人。具有当事国国籍的自然人没有资格成为中心主持下程序的当事人，这种不合格性质是绝对的，即使在争端当事国同意的情况下也不能改变。另一缔约国的法人包括两类，一类是在争端当事人同意将争端交付中心之日具有该争端当事国以外的缔约国国籍的任何法人。另一类是在上述日期虽具有争端当事国国籍，但由于外来控制的原因，经争端当事国同意视为“另一缔约国国民”的任何法人。这是因为，许多国家的法律规定，外国投资者在其境内开设和经营企业，须按当地国法律组成、登记或注册，这样外国人的企业虽然为外国人所有，但却具有当地国国籍。这类法人视为另一缔约国国民，它与当地国（东道国）之间的投资争端可以提交中心调解与仲裁。

(2) 客体的条件。争端必须属于“法律争端”性质，并且是“直接由于投资而引起”。公约对“法律争端”没有下定义。执行董事会报告书仅指出，使用“投资争端”一词，是为了说明权利的冲突属于本中心的管辖范围，纯粹的利益冲突则不在管辖之列。我们理解“法律争端”是指契约性质的争端，即关于投资合同的解释和执行而产生的分歧，以及国有化征收的合法性、补偿标准的争议。

(3) 主观要件。必须有争端当事人各方的同意。《执行董事会报告书》指出，“当事人各方同意”是中心管辖权的基石。该条件的要求是：批准或加入公约本身并不等于缔约国承担了将某一特定投资争端提交中心调解或仲

裁的义务。某一具体争端是否被中心管辖，还必须有缔约国（争端国）与该项目的外国投资者之间的“同意”。即书面明示将此争端提交中心解决。任何缔约国可以通知中心，它愿意或不愿意将某类争端提交中心管辖，这是公约给予各缔约国的权利。但这种通知并不构成“同意”。“同意”必须是双方就某一具体争议作出的共同意思表示。“通知”对“同意”的作用是，“同意”应在通知的范围内进行。例如有的缔约国通知中心凡是有关本国自然资源的投资争端一律不受中心管辖，那么该国就不会再就此类争端与外国投资者达成“同意”。当事人各方一经“同意”，任何一方不得单方面撤销。这意味着尽管将来一方声明撤销，但因另一方的坚持，中心仍保证行使管辖权。

4. “同意”的法律后果。依据公约，“同意”具有严格的法律后果，具体如下：

(1)中心管辖成为排他性救济。其排他性表现在两方面：

第一，一旦当事人“同意”在中心仲裁，有关争端就不再属于作为争端一方的缔约国国内法院管辖的范围，而处于中心的专属管辖之下。只有一种情况例外，即缔约国以用尽当地行政和司法救济作为同意提交中心仲裁的前提条件。依公约第26条的规定，这种保留必须以书面形式在签订“仲裁条款”时附加。如果当事人没有声明保留，中心获得专属管辖权。

第二，排斥投资者本国的外交保护。公约第27条规定：“任何一个缔约国对其本国国民与另一缔约国已同意或已提交根据本公约进行仲裁的争端，不得给予外交保护或提出国际权利主张，除非该另一缔约国不遵守或不执行对争端作出的裁决。”也就是说，投资东道国同意把它与外国投资者的争端提交中心管辖，实际上已经给予了投资者直接利用国际仲裁保护自身利益的权利，投资者就不再具有要求本国外交保护的资格，投资者本国也不得实行外交保护。并且这一排除是绝对的和无条件的。

(2)当事人不能单方面撤回或改变已同意提交中心管辖的争议事项。关于将什么事项提交中心管辖，由缔约国（东道国）自行决定。缔约国可以在批准、接受或核准公约时或在其后任何时候通知中心，表明愿意或不愿意将哪些事项提交中心管辖。这种通知不构成公约中的“同意”。“同意”只发生在具体场合，并且“同意”一旦构成，不得单方面撤销或变更。

(3)在一方拒绝参加仲裁时实行缺席审理程序。在当事人一方对中心管辖权提出异议并拒绝参加仲裁的情况下，仲裁庭有权对自身的权限作出决定，如果认为对某项争议有管辖权，则必须把仲裁继续下去，最终作出缺席裁决。

(4)胜诉方可以在任何一个缔约国的国内法院或机构请求执行仲裁裁决。中心的仲裁裁决对当事方均有约束力，任何一方不得上诉或诉诸公约以外的任何其他救济办法。如果争议双方未向中心就裁决提出异议，或所提异议已得到解决，裁决就是终局的，双方必须遵守。考虑到败诉方可能拒绝执行不利于自己的裁决，公约要求各缔约国国内法院必须普遍承认和执行中心的仲裁裁决，甚至不得以公共秩序保留为由加以抵制。胜诉一方不论在任何一个缔约国境内或其管辖下找到另一方的财产，都可请求该缔约国的法院予以扣押该项财产。

东道国一方胜诉，执行起来比较简单。但在投资者胜诉请求执行裁决时，将会遇到国家财产执行豁免的障碍。这是因为《华盛顿公约》将财产的扣押问题留给了裁决执行国的法院依据自己国家的法律解决。

5. 中心的调解与仲裁。

调解：调解由双方当事人任命的调解委员会进行。委员会有责任提出建议，但建议对当事人无法律拘束力，在调解下双方达成的协议也无拘束力。

仲裁及其程序：

(1)请求仲裁。争端发生后，作为争端的缔约国或外国投资者的任何一方可依据双方的“同意”向中心秘书长提出书面请求。秘书长负责审查请求，根据请求中包括的材料决定是否予以登记，而无须征求争端另一方的意见。如果发现争端显然在中心管辖之外，可以拒绝登记。秘书长的拒绝登记对请求方来说是终局的，对此裁决没有上诉的可能。但在仲裁开始之后当事方仍有权对中心的管辖提出异议。

(2)仲裁庭的组成。争端当事人可从中心仲裁员名册中选择仲裁员，也可选择名册外的人员做仲裁员组成仲裁庭。双方各任命一人，第三人由双方协议任命，并担任仲裁庭庭长。双方不能在公约规定的期限内组成仲裁庭，中心行政理事会主席指定仲裁员。

(3)仲裁裁决。裁决具有终局效力，双方必须执行。不服裁决的救济仅限于两种场合。第一，请求对裁决作出修正。这项请求所依据的理由必须是发现足以影响裁决结果的事实，该事实必须符合两个条件：在作出原裁决时仲裁庭和申请人均不知道该事实的存在。此项申请应在发现这种事实之后90天内提出或在裁决作成后三年内提出。第二，宣告裁决无效。宣告无效的理由有三个：仲裁庭组成不当；仲裁明显超越权限；仲裁庭一成员有贪污行为；严重违反基本程序；裁决书未陈述裁决理由。当事人任何一方可根据上述理由在裁决作出之后120天内向秘书长提出，要求宣告裁决无效。

6. 中心仲裁适用的法律。《华盛顿公约》第42条对中心仲裁应适用的法律作了规定，具体规则如下：

(1)适用当事人选择的法律。可供当事人选择的法律包括东道国法律，外国投资者本国法律或第三国法律。当事人还可约定适用国际法或“一般法律原则”。不论选择哪一种法律，仲裁庭均应加以适用。可见公约给予当事人选择法律以完全的自由。但从实践看，大部分同意中心仲裁的协议都约定适用东道国法律。

(2)适用作为争端一方缔约国的法律以及可能适用的国际法规则。在当事人对法律适用未作选择的情况下，可以适用两个法律，首先，应适用争议一方缔约国的法律，即投资所在地缔约国(东道国)的国内法(包括冲突规则)，其次是可以适用有关的国际法规则。两者的关系如何，公约没有明确，实践中也多歧义。但一般认为，应首先适用东道国法律，在东道国法律不健全或单纯适用不足以正确处理争端时，可适用国际法规则，以对东道国法律的适用起到补充或修正的作用。

(3)适用一般法律原则。该条第2款规定：“法庭不得借口法律无明文规定或含义不清而暂不作出裁决”。这就是所谓的“禁止拒绝裁决规则”。根据这一规则，一般认为法庭在应适用的法律缺少相应的规定或规定含义不清时，为了使裁决有法可依，可以从其他法律体系中抽出一般原则和规则，即一般法律原则，予以适用。

(4)适用公平与善意原则。即法庭在双方特别授权时，可以根据公平与善意的原则而不是根据法律作出裁决。

三、国家间投资争端的解决

国家间投资争端主要指两种情况：一是国家之间由于双边投资条约的解释或适用问题产生的争端；二是国家之间由于私人投资活动而产生的争端，前者由国际条约义务直接产生，后者则是资本输出国行使外交保护权或代位求偿权的结果，由东道国与外国投资者投资争端转化而来。这类争端的特点是当事人各方均为主权国家，因此主要适用传统的国际争端解决方式。除谈判协商，斡旋调停，仲裁外，还可以通过国际司法解决。

国际司法主要指在国际法院解决争端。根据《国际法院规约》，该法院可以就经济赔偿和强制性救济作出判决，如有必要，还可通过联合国安理会采取进一步适当的行动强制不服从的争端当事国执行该法院的判决。

只有国家才能成为国际法院的诉讼当事人。国际法院受理投资争端的双方当事人，通常一方是海外投资者的本国，另一方是吸收外国资本的东道国。除第一种因条约义务直接产生的国家投资争端外，外国投资者与东道国之间的投资争端可能因投资者本国行使外交保护权而演化为两国之间的争议，从而引起国际请求。但这种演化必须具备一定的条件，即投资者本国行使外交保护权，提起国际请求必须受到一定的限制。目前国际社会普遍公认的两个限制规则是“国籍继续规则”和“用尽当地救济规则”。

四、我国解决投资争议的途径

在我国发生的投资争议可分为两种，一是外国投资者同中国公司、企业或其他经济组织因合资、合作经营合同而发生的争议。二是中国政府同外国投资者（包括港澳台投资者）因行政管理关系而发生的投资争议，对此两类争议，我国分别通过国内立法和双边投资条约规定了具体的解决办法。

（一）关于外国投资者与中国合营者之间投资争议的解决

目前在中国发生的投资争议的主要是这一类。其解决办法是：

1. 协商或调解。中国法律鼓励双方在争议发生后首先通过协商或调解解决。

2. 仲裁。合营企业、合作企业双方可依合同中的仲裁条款或事后达成的仲裁协议将争议提交仲裁。双方可就仲裁机构、规则、地点、争议的事项作出约定，既可在中国仲裁机构仲裁，也可在其他国家或国际性的仲裁机构仲裁。

3. 司法诉讼。如果合营双方未约定将争议提交仲裁，任何一方都可依法向中国人民法院起诉。司法解决有两个限制：(1)只能在中国法院起诉。根据我国民事诉讼法的规定，中国法院对合资合同、合作合同以及合作开发自然资源合同的争议有专属管辖权。任何一方都不得将争议提交外国法院处理。(2)在双方订有仲裁条款或仲裁协议的情况下，任何一方均不得向法院起诉，法院也不得受理。

（二）关于外国投资者同中国政府之间投资争议的解决

这类争议在我国主要指我国政府同外国投资者的非契约的争端。主要因我国政府对外国投资者行使行政管理职能而发生。因国有化征收而发生的争端极少。

我国签订的双边投资协定，对这类争议的解决方法做了约定。具体如下：

1. 协商。东道国与投资者因投资问题发生争议，首先进行协商，力争友好解决。一般限定协商期为6个月，期满协商不成的可采用其他方法，故协

商是必经程序。

2. 当地行政或司法救济。如协商不成，投资者可以在东道国投诉行政主管部门，或向有管辖权的法院寻求救济，在我国当地救济包括行政复议和行政诉讼。

3. 国际仲裁。有关征收国有化补偿数额的争议，协商调解不成的，双方可直接选择国际仲裁。我国已于 1992 年批准了《华盛顿公约》，成为公约的成员国。我国与另一缔约国国民之间的投资争端，可以约定提交国际中心仲裁，在一些双边投资协定中已作出了这方面的规定，相约一旦中国加入 1965 年公约，双方将就提交国际中心调解或仲裁达成补充协议，作为双边协定的一部分。

4. 由投资者本国出面同东道国交涉解决。这种方法是通过签订双边投资协定将投资者同东道国的争议，提交政府间协商或仲裁解决，或通过代位求偿解决。在我国的外国投资者可以依照条约的约定，寻求本国政府与我国政府协商解决争议。

第七章 国际金融法

国际金融法作为国际经济法的一个重要分支，它是调整国际金融通关系的各种法律规范的总和。国际金融通关系则是指跨越国境的资金融通关系。它的参加者不仅包括国家、有关国际经济组织特别是国际金融组织，同时还包括自然人和法人及其他经济组织。而资金融通关系则不同于国际直接投资关系，国际直接投资作为利用国际资金的一种有效方式，投资者在向其他国家投资的同时，对所投资的企业享有经营管理权甚至控制权，也就是说，国际直接投资的基本特征是投资与经营管理是并存的，没有参加经营管理的投资不是国际直接投资。例如，许多国家包括中国都允许外商在其国家投资并设立合资企业、合作企业或独资企业，外商有权按其投资比例或按合同约定行使经营管理权。和国际直接投资相对应的另一种利用国际资金的方式则是国际间接投资，它是指公私借贷资本的跨国流动，包括政府间贷款、国际商业银行贷款、国际官方金融机构贷款、发行国际证券、国际项目融资、国际货币兑换、国际融资担保等。这种投资的特点是投资者并不直接参与所投资项目或所投资领域的经营管理，国际金融法所调整的国际金融通关系就是指这种关系，而国际直接投资关系则由国际投资法予以调整。

国际金融法是随着国际金融关系的发展而产生和发展起来的。特别是第二次世界大战以后，随着国际经济交往的日益扩大，国际资金融通方式也更加多样化，国际金融法律体系日渐完善。到目前为止，调整国际金融通关系的法律规范不仅包括有关国际金融的国内法、有关国际金融的国际惯例，同时还包括有关国际金融的国际公约，例如，《国际货币基金组织协定》、《国际复兴开发银行协定》。上述协定已成为带有全球普遍性、具有确定国际资金融通方面基本法律原则的造法性公约。

由于国际资金融通方式随着世界经济的发展日益增多，也日益复杂，如何更好地利用这些方式为本国经济服务成为各国甚至国际社会所关注的问题，特别是1997年末至1998年初的东南亚金融危机，值得各国政府以及企业界、金融界深思。本章主要阐述常见的几种国际资金融通方式，如：国际借贷、国际货币、国际证券融资、国际融资担保等。

第一节 国际借贷协议

一、国际借贷协议的概念和特征

国际借贷是国际间资金融通的一种重要和常用方式，它是指跨越国境的当事人之间的货币借贷行为。而国际借贷协议则是跨越国境的当事人之间为借贷一定数额的货币而将相互间权利义务关系确认下来的书面文件。根据该协议，贷款方有义务按协议约定条件向借款方提供约定数量的货币，而借款方则有义务按约定条件向贷款方偿还贷款本金和支付利息。因此，国际借贷协议是成立国际借贷关系的证明，同时也是履行国际借贷行为以及解决国际借贷纠纷的法律依据。

国际借贷协议作为国际经济合同的一种，除具有国际经济合同的一般法律特征之外，还具有如下自己的特征：

1. 国际借贷协议的标的是国际货币，而不是实物。并不是所有国家的货币都可以作为国际借贷协议的标的物，有些国家的货币在国际金融市场上不

能与其他外国货币相兑换，不能自由流通，因此，不能作为国际借贷协议的标的。只有在国际金融市场上能自由流通、交换，并为各国所乐意接受的国际货币才有资格充当国际借贷协议的标的物，这类国际货币主要有：美元、英镑、德国马克、日元、瑞士法郎、法国法郎、瑞典克郎、丹麦克郎、荷兰盾、意大利里拉、新加坡元、港元等 20 多种货币，此外，国际货币基金组织创设的特别提款权和欧洲经济共同体制订的欧洲货币单位虽属于记账单位，但也都具有国际货币的某些职能，同样可以作为国际借贷协议的标的。

2. 国际贷款协议的种类较多，内容较为复杂，其涉及的种类可以因主体、贷款期限、贷款组织方式、贷款用途、贷款利率、贷款担保等因素的不同而不同。国际贷款协议的内容相对其他国际经济合同而言，所涉及的文件较多，涉及的条款也较多。

3. 国际贷款协议的法律适用和司法管辖问题更为复杂，有时甚至涉及到十几个国家的法律和管辖权。例如，银团贷款协议涉及多家提供贷款的银行，因此适用何种法律以及管辖权往往成为协议的重点之一。

二、国际借贷协议的种类

在国际借贷实践中，从不同角度可将国际借贷协议分为如下不同种类：

(一) 按提供贷款的主体，可分为政府借贷协议、国际金融机构借贷协议、国际商业银行借贷协议

政府借贷协议是指一国政府利用其财政资金，向另一国政府及其机构或公私企业提供优惠贷款所签订的协议。政府贷款具有如下特征：(1) 以政府名义提供贷款，贷款机构通常是政府财政主管部门或政府所设专管部门。(2) 贷款条件优惠，具有经济援助性质。此种贷款的优惠表现在以下方面：贷款期限比较长，通常为中长期贷款；贷款利率比较低，通常为无息或低息。(3) 以政府间外交关系良好为前提条件，两国间通常事先达成经济援助方面的协定。(4) 政府贷款多属于项目贷款或有条件贷款，即借款方只能将借款用于某一特定项目或只能在某些条件下使用。

国际金融组织借贷协议是指世界性或区域性的国际金融组织向一国政府或公私企业提供贷款所签订的协议。国际金融组织贷款具有如下特征：(1) 各国际金融组织按其组织章程或有关贷款方面的专门规定或规则提供贷款。(2) 各国际金融组织对贷款对象大部分要求必须是成员国或成员国政府或公私机构。(3) 贷款审批程序较为严格，但条件比较优惠。(4) 贷款的目的大多是为解决成员国特别是不发达成员国在国际收支上的困难或帮助成员国发展某一方面的经济和资源开发。

国际商业银行借贷协议是指商业银行向政府机构、企业或团体及个人提供贷款所签订的协议。它具有如下特征：(1) 提供贷款的银行为商业性银行，即以营利为目的的银行。(2) 贷款利率比较高，还款期比较短，往往还要求借款人提供担保。(3) 借款人大多可以自由使用贷款，不受贷款银行的限制。(4) 贷款规模或数额比较大。(5) 受国际金融市场影响较大，贷款条件较苛刻或严格，旨在降低风险的条款比较多。

(二) 按贷款方的数量，可分为独家借贷协议和国际银团借贷协议

独家借贷协议是指由一家贷款方向借款人提供贷款所签订的协议。国际银团借贷协议则是指由数家国际性银行组成一个银行集团，按一定贷款条件向同一借款人提供贷款所签订的协议。国际银团贷款有以下特点：(1) 提供贷款的银行有两家以上，而借款人是共同的。两家以上国际商业性银行共同提

供的贷款称国际辛迪加贷款。国际商业性银行与国际金融机构共同向同一借款人提供的贷款称为联合贷款。(2)国际银团贷款可以分散贷款风险，尤其适合于那些贷款的数额比较巨大，贷款期限比较长的贷款。当借款人到期无力偿还全部或部分借款本息时，各参与贷款银行可以分担损失。(3)利用国际银团贷款方式可以避开有些国家法律规定的某些借贷方面的限制，如数量限制、期限限制、借款人或贷款人资格限制等等。(4)国际银团贷款大多由一家或数家银行牵头，联合其他多家银行，按共同的贷款条件向借款人提供贷款。牵头银行通常代表其他银行与借款人谈判，借款人不必与每一家贷款银行谈判，因此贷款程序并不十分复杂，借款成本也比较低。

(三)按贷款期限，可分为短期国际借贷协议、中期国际借贷协议和长期国际借贷协议

短期国际借贷协议规定的贷款期限一般在1年以下。中期国际借贷协议的贷款期限一般为1—5年。长期国际借贷协议的贷款期限则多在5年以上，有的长达50年之久。

(四)按贷款利率是否浮动，可分为固定利率的国际借贷协议和浮动利率的国际借贷协议

固定利率的国际借贷协议是指贷款利率在贷款协议有效期内固定不变的借贷协议，多适用于短期借贷。浮动利率的国际借贷协议的贷款利率在贷款协议有效期内是变化的，多适用于中长期贷款。

(五)按是否提供担保，可分为有担保的国际借贷协议和无担保的国际借贷协议

有担保的国际借贷协议要求借款人提供担保，如物权担保或信用担保，以保证到期还款，减少贷款风险。大部分国际借贷协议为有担保的国际借贷协议。无担保的国际借贷协议不要求借款人提供借款担保，多用于政府贷款或国际金融组织贷款。

(六)按贷款用途，可分为国际项目借贷协议和国际非项目借贷协议

国际项目借贷协议是指借款人为某一特定项目的建设而向贷款人贷款所签订的协议。它要求借款人必须将借款用于该特定项目，并以该特定项目的预期收益偿还贷款本息，不得挪作他用。国际非项目借贷协议则不要求借款人必须将借款用于某一项目，或用于某一特定目的。政府借贷及国际金融组织借贷多属于项目借贷，而国际商业银行借贷多属于非项目借贷。

三、国际借贷协议的订立及形式

国际借贷协议与其他国际经济合同一样，是由一方当事人提出要约，另一方对该要约表示承诺而订立的。尽管不同贷款人提供贷款的国际借贷协议在订立程序上有不同的具体要求，但是，有一些要求是共同的。

(一)签订国际借贷协议的授权要求

虽然订立国际经济合同都有对订约当事人主体资格的要求，但是，对于订立国际借贷协议的主体资格的要求更为严格，因为它直接涉及到对外债务的大小，以及偿还债务的能力。大多数发展中国家对签订国际借贷协议的借款人有严格限制，并经过严格的审批程序。此外，有些国家还对借款数额及使用用途有严格限制。

(二)国际借贷协议的生效要求

国际借贷协议大多要求以书面形式订立，特别是中长期国际借贷协议。以书面形式确立国际借贷协议的内容后，借贷双方或多方当事人应签字。但

与其他国际经济合同所不同的是，借贷各方签字后往往要求满足一些先决条件方可生效。这些先决条件基本上是贷款方要求借款方提供的，旨在减少贷款风险。这些先决条件主要是：借款人向贷款人提供各种文件，如签字授权书、政府批准借款的文件、借款人公司章程及开业证明、借款人资信证明、借款人还款保证或有关担保文件、律师出具的法律意见书、公证书及项目合同等贷款人所需其他文件。

四、国际借贷协议的主要内容

国际借贷协议作为明确借贷双方权利与义务关系的重要法律文件，虽然其所包含的具体内容与条款因贷款的不同类型而有所区别，但仍有相当多的条款是共同具备的。和其他国际经济合同一样，国际借贷协议也由三部分组成，即约首、正文和约尾。约首部分一般载明借方与贷方的名称、法定地址、法定代表人；签约的原则和基本依据、签约目的；签约时间与地点（有时放在约尾）。约尾主要包括借方与贷方法定代表人或被授权签字人的签字；附件的名称等。

正文是国际借贷协议的核心内容，基本条款如下：

（一）定义条款

定义条款对协议中论及的关键性名词或专业名词等予以定义，避免借贷双方在履行合同中出现误解或纠纷。由于国际借贷协议具有很强的技术性，特别是国际项目借贷协议还涉及到特定项目，因此，定义条款是国际借贷协议中的必不可少条款。

（二）贷款货币

贷款货币是指借贷双方选用哪种货币用作贷款使用的币种。如前所述，贷款货币应为在国际市场上可自由流通的货币。但是，由于各国基本上实行浮动汇率制，因此在选择贷款货币时应特别注意货币的汇率风险，尽量将贷款货币的汇率风险降到最低点。在协议中，不仅可以选择一种贷款货币，为了减少汇率风险，还可以选择多种贷款货币，即一笔贷款使用两种以上货币作为贷款货币。有时也可以选择综合贷款货币单位，如欧洲经济共同体的欧洲货币单位（ECU）、国际货币基金组织的特别提款权（SDR）。欧洲货币单位是欧洲经济共同体于1979年1月1日正式建立欧洲货币体系的同时创立的，作为成员国货币的定值标准、共同体财政预算和成员国之间结算的工具以及国际储备的手段。欧洲货币单位是欧洲经济共同体九种货币按权数加权平均，即根据成员国国民生产总值和共同体内部贸易额大小确定权数，按加权平均法逐日计算币值。九种货币所占权数每五年调整一次。欧洲货币单位在欧洲经济共同体内部实行固定汇率，对欧洲经济共同体以外国家实行浮动汇率。特别提款权是国际货币基金组织在1968年创立的一种记账单位和货币定值标准（具体见“国际经济组织”一章中的第五节：国际货币基金组织）。为了分散货币汇率风险，国际借贷协议也规定借款方在提款时可以在约定的几种货币中选择一种货币，或在贷款转期时选择另外一种货币作为贷款货币。

（三）贷款金额

贷款金额也称贷款额度，是贷款方向借款方提供贷款的总数额。

（四）贷款期限

贷款期限是指从国际借贷协议生效之日起至借款方还清所有借款本金及利息之日止的期间。根据期限长短可分为短期、中期和长期。通常，贷款额

度越大，贷款期限越长。

（五）贷款利息率、利息的计算

贷款利息率也称贷款利率，是一定时期内银行贷款的利息额与贷出或吸进的货币资金之间的比例，通常以百分率表示。利息是贷款银行依利率计算的法定孳息。如前所述，贷款利率有固定利率和浮动利率之分。固定利率也并不是一成不变，有时贷款银行会定期予以调整。浮动利率则多按贷款期限和贷款额度的累进制递增。

（六）贷款的使用

政府借贷协议对贷款使用的目的一般都做明确规定，特别是项目贷款必须写明项目名称、各项目的资金分配等。非经贷款方同意，借款人不得改变贷款的使用用途。国际金融组织提供的贷款大多也对贷款的使用用途予以限制，借款人必须专款专用。而国际商业银行贷款较为自由，一般不对贷款的使用用途有任何约束。但是，无论何种机构提供的贷款，借款人只能将它用于合法目的，这是最基本的要求，如果贷款方对借款人非法使用贷款并不知情，贷款方的合法权利仍将受到保护。

（七）贷款的提取

该条款主要列明借款人提取贷款的方式（一次提取或分期提取）、时间、数额、地点以及提款通知等事项。大多数借贷协议都要求借款人在借贷协议有效期内提取借款时，应事先（通常提前5天或更长）向贷款方发出书面提款通知，注明提款日期、提款数额、该笔提款的利息期、借款方的银行账户、提款地点等。按国际金融市场惯例，提款通知应是不可撤销的，提款日期也应为银行营业日，提款地点应为货币发行国内（即由贷款方将贷款直接划拨到借款方在该国银行而不是第三国的银行账户上）。

（八）贷款的偿还

该条主要规定贷款偿还的方式、提前还款等事项。贷款偿还方式在实践中有以下几种：(1)到期一次性还本付息。(2)自提取贷款之日起分期偿还本息。选用此种方式时，应规定分期偿还的次数（通常按年偿还）、偿还的时间、每次偿还的数额、利息的计算等。贷款人比较愿意接受分期还款方式，这样可以减少贷款风险。提前还款是指借款方在还款期未到之前即先行偿还贷款的行为。提前还款在某些情况下对借款人有利而对贷款人不利，所以是否允许提前还款以及提前还款的条件应予以明确规定。在项目贷款中，贷款人依赖项目投产后所取得的收益作为还款来源，项目早期完工，对贷款人更有还款保证，因此，借款人及早完成项目则应及早还款，贷款人对此一般不加以限制。而其他一些贷款则往往规定限制借款人提前还款，即使允许提前还款，也大多规定提前还款额应包括提前还款额的利息，有的还要求借款方对贷款方因提前还款时利率发生变动而造成的损失予以补偿。

（九）陈述与保证

陈述与保证条款主要载明借款人对其法律地位、签约资格、签约能力、财务及商务状况、偿还能力等所作的声明和陈述，并对其真实性予以承诺和保证。如借款人违反上述保证，则应承担违约责任。贷款人针对借款人此类违约的不同情况，有权行使下列权利：(1)将陈述与保证条款作为履行每一笔贷款义务的先决条件。如果借款人陈述与保证的内容与事实不符，贷款方有权中止该笔贷款；(2)有权解除或取消尚未发放的贷款或宣告已发放的贷款到期。在国际借贷协议中，之所以单方面要求借款人予以陈述和保证，主要目

的在于保护贷款人权利，减少贷款人的贷款风险。

（十）约定条款

由于贷款人在国际借贷关系中相对借款人面临更大的风险，因此约定条款也是单方面要求借款人对贷款人所做的保证，但该保证与“陈述与保证”条款保证的内容不同，“陈述与保证条款”旨在由借款人保证其签约权利能力和行为能力的真实性。而约定条款主要要求借款人承诺在借贷协议生效期间承担一系列作为或不作为义务，旨在促使借款人履行借贷协议，特别是按期还本付息。因此，约定条款和“陈述与保证”条款是相辅相成的。约定条款因每笔借贷协议的特点而有所差别，借贷数额越大，约定条款越多。主要约定内容包括如下：

1. 消极担保。消极担保是指不作为担保，即要求借款人保证在偿还贷款本息之前，在其拥有的资产或收益上不得自行或由第三人设定任何抵押权、留置权、质权或其他担保物权。该条款的设置目的在于，当借款人不能到期偿还债务时，贷款人有权优先请求借款人依法予以赔偿或以其破产财产清偿。如无此担保，一旦借款方在其拥有的资产或收益上设定担保物权，则贷款人将无法保证其贷款的全部或大部分收回。为此，贷款人往往要求与借款人签订融资担保协议。

2. 平等次位担保。平等次位担保是指要求借款人保证如贷款人是无担保权益债权人时，贷款人享有和其他无担保权益的债权人同样的受偿地位。

3. 财务担保。该担保要求借款人在偿还全部贷款本息前保证定期向贷款人报告财务报表、保持一定数额的资产净值、保持一定比例的流动资产和流动负债的比率、保持借款人对其股东分配利润的限度等。该条款设定的目的在于对借款人的财务状况予以监督和控制，防止借款人将其资产转移，使其有足够资金或破产财产偿还贷款本息。

除上述事项之外，凡是可能会对借款人偿还借款本金不利或对贷款人收回贷款本息产生消极影响的事项均应在此予以约定，如借款人财产保险问题、借款人以出售、出租等方式处分资产问题、借款人与其他方合并或分立问题、借款人经营范围与规模问题、借款人对外提供贷款问题等等。

（十一）权利转让

该条主要由借款人对贷款人转让其在借贷协议中的权利问题予以规定。通常情况下，贷款人有转让其权利的自由，但是贷款人转让其权利的自由要有所限制，在让与权利之前必须经借款人同意，并不得增加借款人的负担，否则转让无效。而对于借款人的提款权一般禁止转让。

（十二）税收承担

该条对借贷双方履行及签订国际借贷协议中涉及的税收问题作出明确规定。通常情况下，贷款方应负责承担对其贷款所得利息所征收的税款。

（十三）贷款费用

贷款费用指在签订及履行借贷协议中所涉及的费用，如管理费、代理费、杂费等等。该条主要明确这些费用的分担问题。

（十四）违约责任

该条主要规定违约的构成及应承担的违约责任或守约方可以采取的救济方法、不可抗力的认定等，借贷双方凡是基于非不可抗力原因而不能全部或部分履行借贷协议的情形，都构成违约。例如，借款人到期不能还本付息、陈述与保证失实、违反约定事项、违反借贷协议的其他条款等等；贷款人不

能提供全部或部分贷款、贷款人不能按期提供贷款等等。此外，借款人或贷款人还存在着先期违约或预期违约的可能，如借款人丧失清偿能力、借款人资产被征用或贬值或毁损、借款人对其他债权人连续或多次违约等等；贷款人宣告破产或无提供贷款能力、贷款人资产被征用等等。凡是在借贷协议签订后、履行期到来之前，违约方明确表示或从其行为中充分判断出其将不能全部或部分履行借贷协议的，均构成先期违约。对于先期违约，守约方有权事先采取防范措施，以避免损失的发生，如中止履行借贷协议。

发生违约行为后，守约一方有权根据违约行为的性质以及严重性采取如下措施：(1)中止借款人提取借款；(2)取消尚未提取的贷款；(3)宣布贷款立即到期；(4)要求损害赔偿；(5)要求实际履行；(6)要求解除全部合同；(7)持有借款人存款的贷款人在借款人违约时将借款人存款与未偿还贷款本息或其他赔偿予以冲抵；(8)要求支付违约利息等等。

(十五) 法律适用

规定因借贷协议发生纠纷所引用的法律或适用的法律，当事人可以自行协商确定某一国内法或国际惯例或国际公约。

(十六) 争议解决条款

该条款又称仲裁条款，因为大部分当事人都选择仲裁方式解决因借贷协议所发生的争议。所以应载明仲裁地点、仲裁机构、仲裁裁决的效力。选择仲裁方式之后，则不能选用诉讼方式。

(十七) 其他条款

其他条款主要针对借贷协议的具体情况对协议上述条文中未能规定的事项予以明确，以防遗漏或不完善。

以上是国际借贷协议最基本的条款。在实际业务中，由于每一笔借贷有其不同的特点，借贷当事人各不相同，因此，协议的内容远比以上条款详细和复杂。

第二节 国际贷款中的 法律问题

如第一节所述，国际贷款从不同角度有很多分类，每一种类型的国际贷款又有其不同特点，因此，在谈判、拟定借贷协议以至履行借贷协议中都必须有针对性，充分考虑其可行性和完善性，使国际借贷协议能够更好地得到执行。本节将主要对国际银团贷款、国际金融组织贷款、政府贷款、项目贷款中涉及的特点性问题予以论述。

一、国际银团贷款中的法律问题

国际银团贷款是于本世纪 60 年代逐步形成，并在 70 年代得到迅速发展的一种借贷形式，它广泛用于大规模的借贷活动，不仅能够满足于借款人的巨额借贷，同时也将贷款人的风险加以分散。

（一）银团贷款的基本步骤

一项国际银团贷款协议的达成通常经过下列主要程序：

1. 借款人选择牵头银行或经理银行。牵头银行或经理银行是指接受借款人的委托，为借款人物色愿意提供贷款的银行，并与其组成银团，共同向同一借款人提供贷款的银行。通常情况下，借款人选择大银行作为牵头银行。借款人向牵头银行提供授权委托书，牵头银行收到授权委托书后向借款人递交义务承担书。授权委托书和义务承担书是借款人与牵头银行之间法律关系的证明。

2. 借款人与牵头银行共同拟定信息备忘录并分发给对该贷款计划有兴趣的银行，邀请它们参与该贷款。

信息备忘录主要对借款人的合法资格、财务状况及贷款的细节予以说明，供有兴趣的银行予以考虑。

3. 组成银团并与借款人谈判国际借贷协议条款。

4. 签订国际借贷协议。

（二）银团贷款的方式

根据与借款人直接签订国际借贷协议的贷款人的不同，可将银团贷款分为直接银团贷款和间接银团贷款。

1. 直接银团贷款。直接银团贷款是指在牵头银行的组织下，银团内参与贷款的银行按照牵头银行与借款人谈判达成的条件，分别与借款人直接签订国际借贷协议，各自按各自签订的协议承担贷款义务。在直接银团贷款方式下，各自参与银行的贷款义务不是连带的，而是各自独立的，其贷款义务仅限于其在与借款人所签协议中承诺的部分，对其他参与银行对借款人承担的责任概不负责。

2. 间接银团贷款。间接银团贷款是指由牵头银行直接与借款人签订国际借贷协议，承担全部贷款义务，之后再参与该贷款权分别转让给其他银行（即参与银行）。该类银团贷款的参与贷款权的转让方式有以下几种：（1）隐名转让，即由牵头银行直接与借款人签订借贷协议，承担所有贷款义务，之后再由牵头银行以借款方式将参与贷款权授予其他贷款银行，牵头银行在借款人还本付息之后负责偿还参与银行的贷款。此种方式中，参与银行没有直接参与借贷协议，不能取得对借款人的直接请求权，包括向借款人请求偿还贷款。（2）经借款人同意，牵头银行可以将借贷协议中的部分贷款义务连同其收益一道转让给其他贷款银行，取得参与贷款权的银行可以取得对借款人

的直接请求权。

（三）银团贷款当事人

如前所述，银团贷款与一般贷款一样，涉及两方当事人，即借款人和贷款人。然而在贷款人方面则由多家银行组成，这也是它区别于一般贷款人的不同之处。由多家银行组成的贷款银团通常由牵头银行（或经理银行）、参与贷款银行以及代理银行构成。

牵头银行可以是一家，也可以是几家银行。它的主要职责有以下方面：根据借款人出具的授权委托书以及牵头银行本身出具的义务承担书，承担按规定条件安排银团贷款的义务；协调与参与贷款银行的关系；与借款人共同起草信息备忘录；草拟借贷协议并与借款人谈判；作为借贷协议一方当事人承担贷款义务等等。

参与贷款银行指银团中的各个贷款银行，其职责主要是按照与借款人签订的借贷协议或按受让的借贷协议中的规定向借款人承担贷款义务；或按照与牵头银行签订的借贷协议履行向牵头银行贷款的义务。

代理银行是指银团中负责作为贷款人代理人充当借款人与贷款人的中间人，负责借款与还款的各项管理工作等。有时牵头银行同时也兼任代理银行。

（四）银团贷款中的主要法律文件

一笔国际银团贷款中主要涉及以下法律文件：

1. 授权委托书。授权委托书是借款人出具给牵头银行，授权牵头银行为其安排银团贷款的法律文件。该法律文件类似国际货物买卖中的询盘，不具有法律约束力。授权委托书通常载有下列内容：借款的金额、利率、借款人愿意承担的借款条件、授权委托书的法律效力。

2. 义务承担书。义务承担书是牵头银行出具给借款人的表示将按照义务承担书中规定的条件为借款人组织银团贷款的法律文件。该文件类似于要约，是在接到授权委托书并与借款人就借贷的主要条件进行协商后出具的，对牵头银行具有法律约束力。义务承担书通常载有下列内容：借贷的主要条件、牵头银行的承诺以及该文件的法律效力。

3. 信息备忘录。信息备忘录是牵头银行与借款人共同拟定并由牵头银行分发给可能有兴趣参加银团贷款的银行的邀请其参加银行贷款的法律文件，又称推销备忘录。它相当于发行债券的说明书，因此，该文件中的内容应真实、有效、正确。信息备忘录主要载明下列内容：借款人的法律地位、财务及商务状况、借款的主要条件以及该文件的法律效力。

4. 国际借贷协议。国际借贷协议是明确借款人与牵头银行、参与贷款银行之间借贷关系的最终法律文件，一切借贷条件均以该协议为准，因此，国际借贷协议是国际借贷中的核心且不可缺少的法律文件。其主要内容与一般国际借贷协议大致相同。

二、国际金融组织贷款中的法律问题

国际金融组织贷款分为两类，一类是全球性国际金融组织贷款，另一类是区域性国际金融组织贷款。全球性国际金融组织主要有 1945 年成立的国际货币基金组织、1946 年成立的世界银行、1960 年成立的国际开发协会、1956 年成立的国际金融公司等。区域性的国际金融组织主要有 1966 年成立的亚洲开发银行、1959 年成立的泛美开发银行、1964 年成立的非洲开发银行、1958 年成立的欧洲投资银行等等。在上述国际金融组织的贷款活动中，尤以国际货币基金组织以及世界银行在融资方面的作用最为突出。

（一）国际货币基金组织贷款

国际货币基金组织是目前世界上最大的政府间国际金融机构，其宗旨之一就是通过对贷款调整成员国国际收支的暂时不平衡或失调，为此，《国际货币基金组织协定》对贷款条件作了详细规定，其主要规定如下：

1. 贷款对象仅限于会员国政府机构；
2. 会员国应在其国际收支、储备状况处于困境时方可提出贷款申请；
3. 会员国取得的贷款只能用于解决其国际收支失调；
4. 贷款额度与会员国认缴的基金份额成正比，且按特别提款权来计算；
5. 贷款期限为短期或中期，期限为 5 至 10 年；
6. 提款与还款采用购买与重购方式，即由会员国用本国货币申请购买外汇方式予以换取所借款项。还款时用原来购入的货币重新换回本国货币；
7. 无需签订国际借贷协议，会员国提出贷款申请，经基金组织专门机构审查批准后即可提款；
8. 基金组织提供八种类型的贷款：普通贷款、出口波动补充贷款、缓冲库存贷款、石油贷款、中期贷款、信托基金、补充贷款、扩大贷款。普通贷款是最基本的类型，为解决会员国因国际收支危机而对短期资金的需要而设，期限为 3 至 5 年。出口波动补助贷款专为因初级产品出口收入减少而出现国际收支危机的会员国而设，贷款期限为 3 至 5 年。缓冲库存贷款用于帮助初级产品生产国稳定国际初级产品市场价格，贷款期限为 3 至 5 年。石油贷款是为解决因 1973 年石油价格上涨而造成国际收支失调的问题而设立的，贷款期限为 3 至 7 年。中期贷款专为解决会员国因经济结构失调或阻碍经济增长因素引起的长期性国际收支危机而设，贷款期限为 4 至 10 年，这是基金组织提供的最长期限的贷款。信托基金是专为人均国民收入较低的会员国而设，贷款期限可达 10 年，会员国无需以本国货币购买。补充贷款是专为解决会员国国际收支严重失调而设立，贷款期限为 7 年。扩大贷款则是补充贷款的继续，贷款条件与补充贷款相同。

除上述基本规定外，国际货币基金组织在贷款方面还规定了备用安排、延期安排等制度。

（二）世界银行贷款

世界银行也称国际复兴开发银行，《国际复兴开发银行协定》对其贷款政策作了如下规定：

1. 贷款对象限于成员国政府、政府机构及其能够获得政府及世界银行认可机构担保的公私企业，且有偿还能力；
2. 成员国在无法按合理条件从其他渠道获得资金时方可提出申请；
3. 成员国取得的贷款只能用于特定的开发或建设项目，且该项目有可行性。特定项目应为农业、能源、教育、人口等项目；
4. 贷款额度只占项目所需资金的一定比例（一般为 50% 左右，其余由成员国自行解决）且以美元计算；
5. 贷款期限按项目建设期而定，一般为 20 年以下，有的长达 30 年；
6. 贷款利率低于市场利率，且是浮动利率；
7. 审批程序较为严格，审查时间约需 1 至 2 年，而且还需监督贷款的使用情况；
8. 每笔贷款均需签订国际借贷协议，借贷协议以《国际复兴开发银行贷款协定和担保通则》的规定为准；

9. 如果借款人为非政府机构，需签订担保协议。如借款人不是项目受益人，需与项目受益人签订项目协议，以了解项目执行情况。

总之，相比国际货币基金组织的贷款政策，世界银行的贷款政策更为严格。

三、政府贷款中的法律问题

政府贷款是第二次世界大战以后发展起来的一种以经济援助为目的的贷款形式。提供贷款的机构有两类，即一类是以对外开发贷款为主的政府金融机构，如美国国际开发署、日本海外经济协力基金、联邦德国复兴建设信贷银行等。另一类是办理政府出口信贷的金融机构，如美国进出口银行、日本输出入银行等。

政府贷款同其他贷款方式一样，也必须由借贷双方签订国际借贷协议，但相比普通国际商业借贷协议，内容较为简单，因为政府贷款以提供经济援助为目的，过多的贷款条件和程序会使其失去这种特性。常见的政府借贷协议与普通国际商业借贷协议相比，在内容上有以下不同：

1. 贷款额度方面，各国政府贷款机构都规定限额。大部分政府贷款额度只占借款人所借资金的一定比例，不足部分由借款人自行筹集；

2. 贷款期限比较长，一般为 10 至 30 年；

3. 贷款利率分为计息和无息两种，计息贷款的利率相当低；

4. 贷款方对贷款的使用目的控制较严格，借款人必须专款专用，不得挪用。而且借款人必须对借款的使用用途予以详细说明；

5. 争议解决方式上以协商和仲裁为主，很少规定采用诉讼方式；

6. 法律适用方面，可适用贷款国法律、借款国法律或国际公约；

7. 贷款对象为政府之外的公私企业，贷款方大多要求借款人所在国政府或贷款人认可的其他机构为之提供担保，担保范围可以是项目执行担保、借款偿还担保。

总之，相比普通国际商业借贷协议，政府借贷协议对贷款的使用限制更为严格。此外，对政府借贷协议的性质在理论和实践中还存在争议，有的认为政府借贷协议属于条约性质，受国际公法调整。有的认为应视贷款对象的不同确定政府借贷协议的法律性质。

四、国际项目贷款中的法律问题

国际项目贷款是本世纪 70 年代以来为适应大型工程项目融资需要而产生的一种新形式的国际贷款方式，贷款对象是那些专为建设该项目工程而组成的项目公司（也称项目承办人）。由于项目贷款依赖项目所产生的收益作为偿还资金来源，因此，项目建设风险是贷款人关心的一个重要问题。为降低项目建设风险，保证还款的顺利实现，贷款方往往要求与项目有关的当事人或参与者提供担保或与之签订协议，因此，一项国际项目贷款不仅涉及许多当事人，同时还伴有许多借贷协议的附件协议。

（一）国际项目贷款的参与者

一笔国际项目贷款从谈判到完成涉及以下参与者：

1. 贷款人。贷款人可以是政府、国际金融机构、国际商业银行。大多数情况下，由于项目贷款数额巨大，银团提供此类贷款较多。

2. 借款人。借款人是项目公司。项目公司是指项目主办人采用法律形式组建的专为建设该公司的公司。项目公司独立于主办人。

3. 项目主办人。项目主办人是指项目的主管部门或主办单位。可以是政

府、公私企业。由于项目主办人对项目计划的落实与完成有直接影响，因此，贷款人要求项目主办人或其他与项目有关的人提供有限的担保，这种项目贷款也称之为有限追索权贷款。

4. 项目设备供应人。项目设备供应人指为项目建设提供原材料和机械设备的厂商或公司。与项目设备供应人签订延期付款合同也是缓解项目资金紧张的一个重要办法。

5. 项目承包人。项目承包人指承包项目设计和建设的公司或企业。

6. 项目产品买方或项目设施用户。项目建成后有买方或用户方可有项目收益，贷款的偿还才有保证，因此落实项目产品或设施的买方或用户至关重要。项目产品买方或项目设施用户可以是项目主办人或其他人。

7. 保证人或担保人。保证人是指借款人应贷款人要求提供的担保人，一般由银行或企业担任。

8. 官方保险机构。官方保险机构指政府设立的保险机构。贷款人往往要求政府设立的官方保险机构对政治风险等予以承保。

9. 项目资金托管人。项目资金托管人是指接受贷款人委托，设立托管账户，负责对托管项目资金往来和收益进行监督，确保项目收益在未清偿贷款前被借款人不合理使用。

(二) 国际项目贷款涉及的法律文件

由于国际项目贷款面临很多商业风险甚至政治风险，因此，一笔国际项目贷款往往由很多协议组成，或者将有关协议作为国际项目借贷协议的附件，以保证贷款的偿还。一笔有限追索权项目贷款涉及的法律文件除国际借贷协议以外，主要有以下：

1. 完工担保协议。影响贷款偿还的首要因素就是贷款项目能否按时完工。因此，贷款人要求项目主办人提供完工担保。在贷款人与项目主办人签订的完工担保协议中，主要规定以下内容：(1)明确“完工”一词的含义。(2)项目主办人承诺，保证在规定时间内完成建设项目、必要时对项目超支提供资金（如追加股权投资或提供次位贷款）、项目完工时项目公司财务状况良好以及满足有关项目完工的特定财务检查要求等等。(3)主办人在银行存入一定金额或通过银行开立以贷款人为受益人的备用信用证，以便贷款人有效地行使救济权。也可由主办人开出以贷款人为受票人的本票作为贷款人提供首期贷款的先决条件。(4)项目主办人减少责任的条款，如只提供一般保证，不提供法律保证等等。

总之，贷款人能够获得主办人什么样的保证完全依据该协议。

2. 投资协议。投资协议是项目主办人与项目公司签订的旨在由项目主办人向项目公司提供一定资金的协议。主要内容包括：(1)项目主办人向项目公司提供次位贷款（也称从属贷款）或追加股权，以使项目公司有清偿债务能力；也可以由项目主办人向项目公司提供一笔足以使项目公司偿还贷款人贷款的资金。(2)该协议签订后，项目公司有权将协议项下权利转让予贷款人，贷款人有权主张协议项下权利。

3. 购买协议。购买协议是项目主办人与贷款人签订的协议，主要规定当项目公司不履行借贷协议时，项目主办人有义务购买相当于贷款人提供给项目公司的贷款，以替项目公司承担偿还贷款责任。

4. 提货或付款协议。提货或付款协议是项目公司与项目产品买主或用户签订的长期销售合同，主要规定如下内容：(1)不论项目公司能否提供合乎要

求的项目产品，买方都有义务支付约定数量的价款，最低金额应相当于偿还贷款及项目经营费用所需金额。(2)该协议签订后，项目公司有权将该协议项下的权利转让予贷款人。从提货或付款协议的内容可看出，如果项目公司不能交货，不论任何原因引起，也不论项目公司行为有多么严重，买方必须付款。所以，提货或付款协议实际上是项目产品的买方向项目贷款人提供的一种担保。

5. 远期购买协议。远期购买协议是由项目公司与贷款人拥有全部股权的金融机构签订的协议。根据该协议，由金融机构向项目公司预付购买项目产品的款项，待项目建成投产后由项目公司向金融公司交付项目产品，金融公司再将项目产品转售他人，获得偿还贷款所需资金。协议签订后，金融公司应将协议项下权利转让贷款人。远期购买协议适用于贷款人先与金融机构签订贷款合同，之后再由金融公司与项目公司签订该协议的情况，目的在于规避某些法律上的限制。

上述各种法律文件是为国际借贷协议的顺利履行而签订的，因此可以作为国际借贷协议的附件，也可以单独订立。

(三) 国际项目贷款协议的组合或结构

由于有追索权的项目贷款对贷款人有更多保证，因此，大部分国际借贷协议为有追索权的项目借贷协议。但是，由于每一笔贷款项目不同，除国际项目借贷协议本身之外，需要签订的附件协议有多有少。实践中主要有以下形式：

1. 二联式合同结构

(1) 贷款人与项目公司签订国际项目借贷协议；

(2) 项目主办人与贷款人签订完工担保协议和购买协议、项目主办人与项目公司签订投资协议。

2. 三联式合同结构

(1) 贷款人与项目公司签订国际项目借贷协议；

(2) 项目公司与项目产品买方签订长期购买协议；

(3) 项目主办人向项目公司提供购买人履行长期购买协议的担保。

3. 四联式合同结构：

(1) 贷款人与其拥有全部股权的金融机构签订借贷协议；

(2) 金融机构与项目公司签订远期购买协议；

(3) 项目主办人向金融机构提供项目公司履行远期购买协议的担保。

第三节 国际证券融资中的 法律问题

国际证券是国际上筹集资金和借贷资金的重要方式，也是国际间接投资的方式之一。了解国际证券的性质及其使用十分必要。

一、国际证券的概念和特征

国际证券是指在国际证券市场上发行并销售流通的、以某种可兑换货币为面值的、证明或设立财产所有权的书面凭证。其特征如下：

1. 国际证券是在国际证券市场上发行并销售流通的书面凭证，这是有别于国内证券的关键；

2. 国际证券是发行人和持有人之间的一种书面合同。发行人和持有人依据该合同主张权利和承担义务；

3. 国际证券是证明或设立财产所有权的书面凭证。证券持有人享有证券项下财产的所有权和债权，有权要求债务人履行债务；

4. 国际证券具有可流通性，转让国际证券不必经债务人同意。

二、国际证券的种类

在国际资本市场上发行和流通的国际证券主要有两大类：即股票和债券。

（一）股票

股票是股份有限公司为筹措资本而发行的作为拥有公司股份的凭证并藉以取得股息和红利的有价证券。股票持有人有权凭持有的股票取得股息及红利，有权参加新股配股或认购新股，有权参加股东大会，有权参与剩余资产的分配，有权参与企业经营管理、选举董事等。

按股东拥有权利和承担义务的不同，可将股票分为普通股和优先股。普通股是指股东按其所持股票份额分享公司利润并承担亏损。优先股是指在分配公司股票股息和红利及清算解散时的净资产上有优先权的股票。优先股一般用来筹措公司扩大生产所需资金而发行，优先股持有人有权优先享受公司股息和红利的分配，有权优先参与公司财产分配。但是其股息是固定不变的，而且持有人对公司无经营管理权。

（二）债券

债券是债券发行人签发的承诺按约定利率在一定时期内向债券持有人偿还本金和利息的书面借款凭证。它与股票有很大不同，债券持有人仅为债权人而非股东，无经营管理权。债券通常载明如下内容：发行人名称、债券金额、发行日期、债券期限、利率及利息支付时间、担保物名称等。

按债券发行者身份，有政府债券和地方债券、公司债券之分。由一国政府发行的债券称为政府债券。一国地方政府发行的债券称为地方债券。公司发行的债券为公司债券；按有无担保，有抵押权债券、保证债券和无担保债券之分。有抵押权债券指发行人以其财产的全部或部分作为还本付息之担保而发行的债券。保证债券则以发行人以外的第三人作为发行人到期还本付息的担保。无担保债券则不要求发行人提供任何还本付息担保；按债券面值货币，可分为外国债券和欧洲债券。外国债券以发行人在其本国以外的发行地国家货币为面值。欧洲债券则不以发行地所在国货币为面值，即发行人、发行地、债券面值所使用货币均分别为不同国家。

三、国际证券的发行

（一）国际证券的发行方式

在国际证券市场上主要有如下两种发行方式：

1. 公募发行。公募发行是指证券发行人公开向社会公众发行证券。为便于销售，证券发行人大多寻找银行或金融机构协助销售，或与银行或金融机构签订证券承销协议，由银行或金融机构购买发行的证券并承担风险，之后由银行或金融机构转卖给社会公众。由于公募发行面向社会公众，为保证社会公众利益，大多数国家都规定了发行前的审核制度或注册制度，否则不能公募发行。

2. 私募发行。私募发行是相对公募发行而言的，指证券发行人只向特定投资者发行证券，并不向社会公众发行，也不进入证券市场流通。由于私募发行的对象多为有限的专业投资机构且具有较为丰富的证券投资经验，因此，各国政府对私募发行未规定审核制度或注册制度，证券发行人也不需要某些银行或金融机构予以承销。与公募发行相比，私募发行程序简单、费用低，发行人不必向政府有关部门提交相关资料，但是，私募发行的证券不能在证券市场流通，社会影响较小，筹集资金有限。

（二）国际证券的发行程序及涉及的当事人

国际证券的私募发行由于销售对象有限，所以发行程序相比公募发行较为简单。国际证券的公募发行大多由银行或金融机构协助完成或予以包销，所以发行程序相对复杂，具体而言，公募发行主要有以下程序：

1. 证券发行人物色牵头经理人。证券发行不仅有很大的市场风险，而且也涉及有关国家的法律，发行人难以单独组织证券的发行和销售，往往求助于证券经销商。因此，发行人决定发行国际证券后即着手物色牵头经理人，委托牵头经理人组织发行和销售。牵头经理人通常是信誉卓著、国际证券发行经验丰富的投资银行或非银行金融机构，其主要职责或任务是：(1)评价发行人的信誉，并向发行人提供有关市场接受拟发行证券的可行性意见；(2)向发行人介绍其他投资或筹集方式；(3)建议最佳条款或条件；(4)与发行人谈判发行证券的具体条款和条件，包括发行数量、费用、时间、息票利率、发行价格、偿还期限、证券经理集团、包销集团和销售集团的酬金及费用等；(5)组织证券经理集团、包销集团和销售集团并协助进行销售活动；(6)协助发行人准备招募章程并与证券管理机构保持联系；(7)与律师共同准备有关法律文件，如包销协议或分包协议；(8)稳定证券销售后价格。

有时证券发行组织工作比较复杂，牵头经理人往往物色其他金融机构组成经理集团，由牵头经理人为主共同承担证券发行与销售的组织工作。其权利义务的分担以各方签订的“经理集团内部协议”为依据。

2. 由牵头经理人或经理集团组织包销集团。包销集团由几家或十几家金融机构组成，牵头经理人或经理集团通常都是包销集团成员，并起经理包销人的作用。各包销人之间签订“包销集团内部协议”，授权经理包销人为其代理人，并规定各包销人包销份额等条款。

包销协议由经理包销人代表包销集团与证券发行人签订，它是明确发行人与包销集团之间权利义务关系的重要法律文件。包销集团成员通过包销旨在获取包销佣金。

3. 由牵头经理人或经理集团组织销售集团。组织销售集团的目的是扩大销售渠道，尤其是对于发行额巨大的证券，销售集团必不可少。销售集团组成后，由经理人与之签订“销售协议”。通常情况下，销售集团不承担证券

销售的市场风险。

4. 由发行人选定受托人、支付代理人或财务代理人。受托人与发行人签订信托协议，明确受托人代表证券持有人监督发行人或与发行人交涉。支付代理人主要代理发行人向证券持有人还本付息，一般由牵头经理人或经理集团担任，与发行人之间的代理关系以双方签订的支付代理协议为准。财务代理人是在发行人未指定受托人和支付代理人的情况下，在经理人中选定财务代理人，与之签订财务代理协议，由财务代理人承担受托人及支付代理人的职责，但无权代表证券持有人对抗发行人。

5. 发行人聘请本国及发行地国律师。发行人聘请律师的目的，一方面是由律师提供发行证券合法性的法律意见，另一方面由律师负责与有关当事人谈判并草拟有关法律文件。牵头经理人或当事人在证券发行中也都聘请律师。

（三）国际证券发行中的主要法律文件

除证券本身之外，发行国际证券主要涉及以下法律文件：

1. 发行证券申请书。指由发行人向发行地证券管理机构提交的要求发行证券的申请。主要内容包括：发行人法律地位、财务与经营状况、发行证券的目的及金融等。通常，证券发行人所在国及发行地国对证券发行都有严格规定。有的国家规定，未经批准不准发行国际证券。

2. 证券认购协议。由证券发行人与证券经理人或经理集团签订。其主要内容如下：(1) 证券发行人同意委托经理人组织发行证券，证券经理人同意按认购价格向证券销售集团提供证券或销售证券；(2) 证券发行的条件，包括证券面值货币、证券发行额、证券到期的期限、证券偿还方式、发行价格、证券利率、证券的信誉评级与上市等；(3) 证券经理人的职责，如向发行人缴款日期及条件、报酬等；(4) 发行人职责，如陈述真实等；(5) 税收及费用的分担；(6) 发行人授权委托范围；(7) 违约责任等等。

3. 证券发行书。指由发行人和经理人共同草拟的向公众公开的书面报告，主要载明：证券发行金额及发行价格、利息率、期限、偿还方式等发行条件；发行人经营与财务状况；承销人及承销安排；税收；发行人保证条款等。证券发行书是发行人向社会公众发出的要约，对社会公众如实、充分、有效地披露真实情况是发行人的首要义务。

4. 证券包销协议。指证券发行人与证券承销商之间签订的协议，主要规定以下内容：(1) 发行人同意按一定条件向包销集团提供证券；(2) 包销集团按约定条件包销证券并向发行人缴付销售收入；(3) 包销集团包销的份额及对发行人承担的责任、各包销商包销的份额及相互间的责任；(4) 包销人包销的具体条件等等。包销的特点是包销集团承担全部或部分发行证券及销售证券的风险，发行人的风险相应减少。

有时，经理人先向发行人包销全部证券，之后经理人再与其他包销商签订分包协议，分包人按各自分包份额向经理人承担责任，而与发行人无关。

5. 证券销售协议。由证券经理人或经理集团与证券销售集团签订，规定证券销售集团的销售条件以及销售集团的责任和佣金。销售集团对证券经理人负责，与发行人无关。

6. 信托协议。由证券发行人与受托人签订，受托人代表证券持有人与发行人交涉，并监督发行人、保管担保品或其权利凭证等等。受托人由发行人指定并由发行人支付报酬。

四、国际证券的流通

国际证券的流通是指国际证券在国际金融市场上买卖，它是国际证券发行的继续。没有证券的流通，其筹集资金作用是很有限制的。国际证券的流通场所所有两种：一种是有组织、有规模的买卖场所，即证券交易所；另一种是无组织的小规模交易市场，也称场外交易市场。

（一）证券交易所

证券交易所是证券流通或交易的主要场所，也是高度组织化、秩序化的场所。大多数国家对交易所的设立采取特许制，也有的国家采取登记制或认可制，并且对在交易所交易（即上市）规定了许多条件。各国法律都规定，在交易所上市只有具备一定条件并经有关部门批准方可进行，以保护投资者利益。

不仅各国都制定了证券交易法，各证券交易所也都制定了本所的交易规程。特别是在对证券交易行为的管理方面，大多对以下行为作特别要求：(1) 吸收合并报价：指一个公司拟合并另一公司时向股东提出的购买价格。各国大多要求，在公开宣布吸收合并前通知被吸收合并的公司，并向有关机构提交发价文件。(2) 禁止内部人员在场内交易。内部人员指通过与某一公司进行业务联系或经营某一公司证券而掌握内部资料的人。(3) 禁止证券交易中的欺诈以及故意损害交易对方的行为。

（二）场外交易市场

场外交易市场是在证券交易所以外的场所进行交易的场所。交易方式多为电话、传真等。交易场所多为证券公司专设的证券柜台，又称柜台交易。各国对场外交易没有太多的法律管制，证券发行人无需经审核批准或登记注册，不需提交招募说明书及披露有关信息。由于场外交易缺乏严格管理，投资风险较大。

第四节 国际融资担保

国际融资担保是指借款人或第三人以自己的信用或资产向外国贷款人所作的还款保证。由于国际融资对贷款人存在种种风险，特别是借款人还款方面的风险对其至关重要，因此，大多数贷款人在提供贷款的同时要求借款人必须提供还款担保，否则不能贷款。国际融资担保主要有以下类型：信用担保和物权担保。无论何种担保，其内容或载于国际借贷协议之中，或独立存在。

一、国际信用担保

国际信用担保是指借款人或第三方以自己的信用向外国贷款人所作的偿还贷款的担保。它主要包括以下方式：

（一）保证

保证是指由借款人以外的第三人以自己的信用作为借款人的还款保证，当借款人不履行债务偿还责任时，由保证人承担还款责任。保证是信用担保中最为普遍的担保方法，因主债务而产生，并因主债务的消灭而消灭，因主债务的转让而转让。

国际融资中的保证按不同标准有如下分类：(1)连带保证、按份保证及连带并按份保证。连带保证是指两个以上保证人提供担保时，每个保证人对所有贷款债务都承担责任，贷款人有权要求任何一个保证人或所有保证人偿还借款债务。按份保证是指两个以上保证人提供担保时，每个保证人只承担一定比例或份额的贷款债务担保责任，贷款人只能按每个保证人承担的担保份额提出索偿。连带并按份保证是指在整个债务承担方面所有保证人的责任是连带的而不是按份的，但在诉讼程序方面，贷款人则有权分别对几个保证人或对所有保证人提出清偿所有债务的要求。(2)限额保证和非限额保证。限额保证是指保证人只对一定数额债务承担保证责任。而非限额保证则对借款人贷款债务及相关其他债务都承担保证责任。

（二）备用信用证

备用信用证是保证人（开证行）应借款方（开证人）要求向贷款人开出的以贷款人为受益人的付款凭证，当受益人出示信用证所规定的违约证明时，保证人即向受益人付款。备用信用证与保证有如下区别：(1)备用信用证是由银行应借款人要求开具的，保证人是银行；(2)当贷款人出示信用证要求的违约证明时，保证人即向贷款人付款，而不需对违约事实进行审查；(3)开证行作为保证人承担第一位付款责任，而不是次位债务人；(4)在借贷协议无效时开证行仍需承担保证责任，也就是说，备用信用证独立于国际借贷协议这一基础交易协议。

（三）意愿书

意愿书是指政府或母公司为其下属机构或子公司的借款向贷款人出具的愿意为其还款的书面文件。该书面文件一般不具有法律效力，而且在法律上难以执行。

二、国际物权担保

国际物权担保是指借款人或第三方以其拥有的资产（包括物和权利）向外国贷款人所作的偿还贷款的担保。在国际融资中，物权担保方式使用较少，一方面由于担保物多在境外，担保物权的实现较为困难，另一方面担保物的价值不稳定且风险大。

物权担保与保证相似，具有从属性。但是不同于现金担保的是，担保物权以担保物的变卖价值的取得为内容，借款方到期未偿还债务，贷款人有权将担保物变卖并从中优先受偿。

物权担保根据担保物的性质分为不动产物权担保和动产物权担保。

（一）不动产物权担保

不动产是指土地、建筑物等难以移动的财产。各国对不动产担保有如下共同要求：(1)担保协议以书面方式为主；(2)该物权担保必须登记；(3)担保物价值应大于或等于贷款额；(4)担保人对同一担保物设定多个担保时，以登记顺序确定偿还债务顺序；(5)当借款人不偿还贷款人贷款时，贷款人有权以拍卖方式处理担保物。

（二）动产物权担保

动产指可移动的财产。各国对动产担保有如下共同规定：(1)非占有性动产物权担保协议以书面方式为主；(2)非占有性担保物权必须登记；(3)登记在先或成立在先，权利在先；(4)贷款人有权以占有、变卖、直接抵偿等方式处置担保物。

第八章 知识产权的 国际保护

知识产权具有严格的地域性，一国授予或保护的专利权、商标权、著作权，其他国家没有保护的义务。这一特点无疑对国家间的技术交流与协作形成很大障碍。如何使产权所有人的知识产权得到国际性的保护，就成为各国普遍关注的问题。从 19 世纪末起，一些主要发达国家先后缔结了一些有关保护知识产权的国际公约。到 20 世纪，这种公约、条约越来越多，逐渐形成了一套由多边国际公约、条约和双边协定组成的保护知识产权的国际法律制度。

第一节 专利权的国际保护

一、保护工业产权巴黎公约

（一）巴黎公约的产生

《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）是迄今为止最广泛最基本的保护工业产权的国际公约。包括了对专利权和商标权的国际保护。公约产生于 19 世纪末。签订公约的直接起因是 1873 年在维也纳举办的国际发明展览会。奥匈帝国作为举办国向各国发出了邀请，但因发明得不到法律保护而响应者寥寥。于是奥匈帝国宣布为参加展览会的外国发明“外观设计、商标提供临时保护”并在维也纳召开第一次国际专利会议，呼吁为专利提供国际性保护。1878 年在巴黎又召开了第二次国际专利会议，会议决定组成一个专门委员会，负责起草一份保护工业产权的国际公约。1883 年由法国、比利时、意大利等 11 国发起，缔结了《保护工业产权巴黎公约》，于 1884 年生效。公约缔结后，共修订过 6 次，最新修订本为 1967 年斯德哥尔摩文本。公约共 30 条，分为实体和行政两大部分。公约保护工业产权的范围包括发明专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务商标、商号、产地标记、原产地名称，以及制止不正当竞争。截止到 1993 年 1 月 1 日，公约已有 105 个成员国。我国于 1985 年 3 月 19 日正式加入公约。

（二）公约对工业产权适用的原则

《巴黎公约》并没有给各缔约国提供一套统一适用的工业产权法，而是规定了一些基本原则。

1. 国民待遇原则。在《巴黎公约》中，国民待遇包括两方面的含义：一是在工业产权的保护方面，任何成员国的国民，无论其是否在一成员国内有永久住所或营业所，只要他们遵守对该国国民适用的条件和手续，就享有同该国国民同样的保护，并在他们的权利遭受损害时，得到同样的法律救济。即各成员国必须在法律上给予其他成员国的国民与本国国民同样的待遇。（公约第 2 条）。二是对于非成员国国民，只要他们在一成员国境内有住所，或有实际从事工商业活动的营业所，也享有同该成员国国民相同的待遇。（公约第 3 条）。

2. 优先权原则。《巴黎公约》第 4 条规定对专利权、实用新型、外观设计、商标和发明人证书的申请给予优先权。优先权是指申请人从首次向成员国之一提出申请之日起，可以在一定期限内（发明实用新型为 12 个月，外观设计和商标为 6 个月），以同一内容向其他成员国提出申请，而以第一次申

请的日期为以后提出申请的日期。在优先权期限内，即使有任何第三人就相同内容提出申请或已予实施、使用，申请人仍因享有优先权而获得专利权。

3. 强制许可原则。《巴黎公约》第 5 条规定了强制许可原则。其内容是每一成员国有权采取立法措施颁发强制许可证，以防止专利权人可能对专利权的滥用，主要指专利权人不实施或不充分实施专利。颁发强制许可证应当符合一定条件：(1)必须是专利权人在其专利被批准后 3 年内（或申请专利后 4 年内——以最迟届满的期限为准）未实施专利，才可以对其专利采用强制许可。(2)强制许可证只能是非独立许可证。即在管理机关颁发了强制许可证之后，专利权人自己仍旧有权向别人再发许可证。(3)强制许可证是不可转让的。(4)强制许可证的被许可人仍应向专利权人支付使用费。

4. 独立性原则。专利权人就其同一项发明而在不同成员国内享有的专利权，彼此独立，互不影响。即各成员国独立地根据本国法律授予、拒绝或撤销、终止某项发明专利权，不受该项专利权在其他成员国决定的影响。

此外，巴黎公约针对各成员国的专利法，提出了五点专门要求。(1)专利的独立性。(2)保护专利权人的署名权。公约第 4 条 3 款中规定，发明人有权要求在专利证书上写明发明人的名字。(3)对驳回专利申请和撤销专利的三点限制。第一，公约第 4 条之 4 规定，如果某成员国的法律禁止或限制销售某些商品，则该国不得以此为理由驳回就生产这类商品的发明所提出的专利申请，或宣布已取得的有关专利无效。第二，公约第 5 条 A 项第 1 款规定，经专利权人本人（或经其同意）把专利产品从公约的某个成员国输入批准该专利的另一成员国，不应成为后一个国家宣布该专利无效的理由。第三，公约第 5 条 A 项第 3 款规定，只有在颁布了强制许可证仍不足以制止专利权人滥用权利的情况下，才可以宣布该专利无效。同时，这种宣布必须等到对该专利颁发的第一个强制许可证满 2 年之后进行。(4)颁发强制许可证的权力及其限制条件。(5)对专利权的限制。《巴黎公约》第 5 条之 3 对各成员国都必须实行的权利限制作了规定。即暂时进入或通过某个成员国领土（包括领水和领空）的其他成员国的交通工具上，如果使用了某项该国的专利技术所制的产品，该国不能以侵犯专利权论处。

二、专利合作条约

《巴黎公约》解决了专利权的国际保护问题，但没就专利权的国际申请及审查程序作出统一规定，所以受到一成员国保护的专利，要想得到其他成员国的保护，就必须分别到各成员国去申请，由受理申请的各成员国分别进行审查和授予专利权。为了简化专利申请和审批手续，加强国际间的专利合作，由美国发起，于 1970 年 6 月 19 日在华盛顿召开国际外交会议，在会上缔结了《专利合作条约》。该条约于 1978 年 1 月 24 日生效，1978 年 6 月 1 日起正式受理申请。1993 年 9 月 15 日，中国政府向世界知识产权组织递交了加入书，自 1994 年 1 月 1 日起，中国成为专利合作条约的成员国。

《专利合作条约》是在《巴黎公约》的原则指导下缔结的，其目的是通过国际合作途径，建立一个从申请到检索、审查、公布出版的国际统一程序和标准，使各国专利局分散申请、分散审查的专利制度得到统一。《专利合作条约》是个非开放性的国际条约，只对《巴黎公约》的成员国开放，即一个国家只有在参加了《巴黎公约》以后才可以申请加入《专利合作条约》。条约共分 8 章和一个通则部分，共 69 条。《专利合作条约》的主要内容和作用如下：

（一）简化了专利申请手续

该条约的主要内容是确立了“一项发明一次申请制度”，其具体程序是：申请人将申请直接递交给“国际申请案受理局”，即各缔约国的专利局。受理局接到申请案后，将一份送交“国际申请案检索局”“国际专利合作联盟”大会任命美国、英国、日本、前苏联、奥地利、瑞典六个国家的专利局及欧洲专利局为国际申请案检索局；另一份送交“国际申请案登记局”，即世界知识产权组织的国际局。检索局对申请案进行检索，看其是否与任何现有技术相重复，然后将检索报告送交登记局，该登记局将已登记的申请案与检索报告一起复制后，分送申请人指定的国家。最后由这些国家依照其国内法的规定，决定是否批准该申请案。

（二）简化了各成员国专利局的检索手续

申请人提出的“国际申请案”在一次检索后进行复印并分送给各个国家，避免了各有关国家专利局的重复劳动。

（三）延长了优先权期限

《专利合作条约》规定，申请人呈递申请案之后，可享受 20 个月的优先权期限。如果要求进行实质审查，则优先权的期限为 25 个月。

（四）实行“早期公开”的办法

《专利合作条约》规定专利申请案实行“早期公开”的办法，在呈交申请 18 个月内即予以公布。公布后，国际局即向申请人指定国际专利局分送国际申请和国际检索报告。

三、欧洲专利公约

《欧洲专利公约》是欧洲 16 个国家于 1973 年 10 月 5 日在慕尼黑签订的，也称慕尼黑公约。公约于 1977 年 10 月 7 日生效。该公约是欧洲发达国家间为发展地区性工业产权保护而签订的区域性公约。其宗旨是建立统一的欧洲专利制度，使欧洲地区的专利申请由统一的专利组织接受和审批，并用统一的专利审批程序代替各国分别进行的审批程序，以达到简化申请手续，减少费用、避免重复审查和促进科技交流的目的。

根据公约的规定，于 1977 年 11 月 1 日在慕尼黑成立了欧洲专利局。由欧洲专利局依据公约对成员国申请和审批专利进行统一管理。各成员国的申请人可以直接向欧洲专利局提出专利申请，由其审查批准后，即可在指定的若干个成员国享受专利权。欧洲专利的保护期为自申请日起 20 年。申请人可以用英语、法语、德语中任何一种语言提交专利申请。

第二节 商标权的国际保护

一、保护工业产权的巴黎公约

除适用于工业产权（专利权、商标权）的通用规则外，公约中还有一些专门涉及商标权国际保护的内容。

（一）商标的独立性及例外

商标的独立性原则反映在公约第 6 条，其含义是，如果一项商标没有能够在本国获得注册，或它在本国的注册被撤销，不得影响它在其他成员国的注册申请被批准。但是，公约对此原则的适用规定了一个例外，即如果一项商标在其本国已经获得了合法的注册，那么在一般情况下，它在其他成员国的注册申请就不应当被拒绝。商标独立性的这种例外是由商标不同于专利的性质决定的。

（二）不得因商品的性质而影响商标的注册

依公约第 7 条的规定，在任何情况下，都不允许成员国以商品的性质为理由，拒绝给有关商品所使用的商标以注册。这条规定的作用也在于避免因商品的销售活动而影响工业产权的获得。

（三）对驰名商标的特别保护

在一成员国已成立的驰名商标，无须在另一成员国境内申请或注册，而应在该国自动获得保护。依公约第 6 条，各成员国的国内法，都必须禁止使用与成员国中的任何驰名商标相同或近似的标记。并拒绝这种标记的商标注册申请；如果已获得注册，则应当予以撤销。应受到特别保护的驰名商标，既包括注册了的，也包括未注册的。

（四）禁止当作商标使用的标记

公约第 6 条，要求成员国必须一致禁用两种标记：一是外国（仅指成员国）国家的国徽、国旗或其他象征国家的标志；二是政府间（仅指成员国政府）国际组织的旗帜、徽名、名称及其缩略语。当然此两条禁例还要服从一些前提条件。

二、商标国际注册马德里协定

1891 年 4 月 14 日，法国、比利时、西班牙、瑞士、突尼斯等国发起在马德里签订了《商标国际注册马德里协定》，简称马德里协定，以作为巴黎公约中有关商标国际保护的补充。1892 年生效。以后经过 6 次修订，形成 8 种文本。现在适用的是 1967 年斯德哥尔摩文本。该协定是非开放性的，只有《巴黎公约》的成员国才可申请加入该协定。我国于 1989 年 7 月 4 日向世界知识产权组织总干事递交了加入书，并于 1989 年 10 月 4 日对我国生效。

协定包含了如下几项内容：

（一）商标国际注册程序

商标国际注册人应是协定成员国国民，或是在某成员国有住所或设有工商业营业所的人。

国际注册依下列程序进行：

1. 申请人首先在其所属国或其有住所或营业所的成员国获得商标注册，然后通过所属国的商标管理部门或代理组织，向设在日内瓦的世界知识产权组织国际局提出商标国际注册申请。

2. 国际局对申请进行形式审查，通过审查如认为该申请符合协定规定，即予以注册并公告；同时把申请案、审查结果及国际注册复印后分送申请人

申请要取得商标专用权的各成员国。

3. 指定的成员国在接到上述文件后 1 年内，有权声明在其领土上不给这种商标以保护。国际局应及时将此拒绝声明转给所属国的注册当局和商标所有人。如在 1 年内，国家注册当局未将拒绝决定通知国际局，则视为已同意该商标注册。凡经国际局注册的商标，其有效期为 20 年，并可以不限次数的续展，每次续展期也是 20 年。

(二) 申请国际注册的内容

每一个国际注册申请必须按规定的格式提出。申请人所属国的注册当局，应证明这种申请中的具体项目与本国注册本中的具体项目相符合，并注明商标在所属国的申请和注册日期、号码以及申请国际注册的日期。

(三) 国际注册的效力

申请人的商标从国际局注册生效时起，即在未驳回的成员国内发生效力，得到其承认和保护，如同该商标是直接在该国获得注册一样。办理国际注册的每个商标，都享有巴黎公约所规定的优先权。

(四) 国际注册与国内注册的关系及国际注册的独立性

商标所有人从获准国际注册之日起 5 年以内，如该商标被其所属国主管机关撤销了本国注册或宣布本国注册无效，已全部或部分地不给予法律保护时，则国际注册所得到的保护，不论其是否已经转让，也全部或部分地不再产生权利，即不再被保护。也就是说，国际 207 注册在 5 年之内是没有独立性的，要受到商标所有人所属国的制约。但是当商标的国际注册满 5 年时，国际注册与商标所有人在所属国原先注册的商标无关。在协定其他成员国的注册即独立于本国注册。

《马德里协定》无疑为商标国际注册提供了方便，申请人只需一次国际申请，便可在所有的指定国获准注册。但它还不够完善，主要缺陷有二。一是申请国际注册必须先在本国注册，而等到本国批准后再申请国际注册，该商标有可能在其他缔约国已被他人抢注了。二是 5 年内国际注册不具有独立性，要受到申请人内国注册的制约。

三、商标注册条约

由于马德里协定的缺陷，1973 年由英国、美国、瑞典等 14 个国家在维也纳签订了《商标注册条约》，进一步简化了国际注册手续。条约于 1980 年 8 月 7 日生效。

《商标注册条约》与《马德里协定》有许多共同之处。两者的不同之处主要有：

1. 条约规定，申请人不必一定先在本国获得注册，而可以直接向国际局提出申请。国际注册生效后，即使有关商标的注册在其申请人本国被撤销，也不影响在其他成员国的效力。

2. 各指定国接到国际局送达的申请后，在 15 个月内决定是否给予注册。15 个月内不表示拒绝，国际注册就在该国有效。对于“证明商标”的注册，各成员国有 18 个月的期限考虑拒绝或接受。

3. 依条约申请国际注册，可用英、法两种文字的任何一种。

4. 商标在各指定国的“国际注册”生效后，如果在 3 年之内未使用，则任何成员国都可以宣布其无效。

5. 商标注册有效期为 10 年，可以无限期续展，续展期仍为 10 年。208

第三节 著作权的国际保护

一、保护文学艺术作品伯尔尼公约

(一) 公约的产生

19世纪后半叶，随着经济和文化交流的日益发展，资本主义国家的出版业也迅速发展，图书贸易在进出口交易中占据相当比例。为了保护本国作者和出版商的利益，十分需要确立一个成员国均能接受的版权国际保护制度。经多次协商，由英国、法国、德国、意大利等十国于1886年9月9日在瑞士首都伯尔尼签订了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》，产生了世界上第一个保护版权的公约。该公约于1887年12月5日生效。公约缔结后，经过了多次修改，最后一次修订形成的是1971年巴黎文本，是目前绝大多数国家批准的文本。此外还有个公约附件，是关于对发展中国家给予特别照顾的条款。到1997年1月止，公约已有121个成员国。中国于1992年7月加入伯尔尼公约，10月成为公约成员国。

(二) 伯尔尼公约的三项主要原则

1. 国民待遇原则。公约规定了“双国籍国民待遇”原则，双国籍即指作者国籍和作品国籍。依据公约的规定，可享有国民待遇的有下列几种人：(1)伯尔尼公约成员国的国民，其作品不论是否已出版，在其他成员国应受到各成员国给予本国国民的同等保护。这是公约中的“作者国籍”标准，也称为“人身标准”。(2)非伯尔尼公约成员国的国民，其作品首次在公约一个成员国出版，或首次出版同时发生在某成员国及其他非成员国，则应在一切成员国中享有国民待遇。这是公约中的“作品国籍”标准，也称为“地点标准”。(3)非伯尔尼公约成员国国民在成员国中有惯常住所的，也适用“作者国籍”标准，享有国民待遇。(4)电影作品的作者，即使不符合(1)(2)(3)中任何一个标准，而只要有关电影的制片人的总部或该人的惯常居所在公约成员国中，则该成员国被视为有关电影作品的“来源国”，其作者依“作品国籍”标准享有国民待遇。(5)建筑作品及建筑物中的艺术作品的作者，即使不符合上述(1)(2)(3)中任何一个标准，只要有关建筑物位于公约成员国地域内，或建筑物中的艺术作品位于公约成员国地域内，则该成员国被视为有关建筑作品或艺术作品的“来源国”，其建筑作品及建筑物中艺术作品的作者依“作品国籍”标准，享有国民待遇。

公约中的国民待遇，包含两方面的内容：第一，享有公约各成员国依本国法为其本国国民提供的版权保护；第二，享有公约专门提供的保护，即各成员国必须依公约提出的最低保护要求予以保护。

2. 自动保护原则。即作者在公约成员国中享受版权的保护，不需要履行任何手续。包括不必登记注册，不必交存样书，不必在作品上加注任何版权保留的标记。按照这一原则，公约成员国国民及在成员国有长期居所的其他人，在作品创作完成时即自动享有版权；非成员国国民又在成员国无长期居所者，其作品首先在成员国出版时即享有版权。

3. 独立保护原则。即各成员国所提供的与国民待遇相当的保护，不受作品来源国保护状况的影响。主要包括三种情况：(1)公约成员国中，有些国家的版权法可能要求其国民的作品要履行一定手续才能受保护，这些国家的作者在其他成员国要求版权保护时，其他国家不能因其本国要求履行手续而专门要求他们也履行手续。此外，要求履行手续的国家也不能要求其他成员国

的作者履行手续。(2)一个成员国在遇到利用版权的活动时,不能因其在作品来源国不视为侵权而拒绝受理有关的侵权诉讼。(3)不能因作品来源国的保护水平低,而给予作者低水平保护。

(三) 公约的其他内容

1. 受保护的作品。公约第2条对“受保护的作品”作了详细说明。(1)一切文学、科学与艺术作品,不论其采取什么表现形式或表达方式,都属于公约保护的“作品”。(2)一切演绎作品及汇编作品,也属于“受保护作品”,但以不损害原著作者的权利为前提。(3)公约在第2条中以列举的方式列出的一系列属于作品的客体。

2. 受保护的权利。受保护的权利包括经济权利和精神权利。

3. 对权利的限制。公约规定对权利的限制有两种,一种是合理使用,一种是强制许可。公约规定在5种情况下的使用属合理。在两种情况下可以颁发强制许可证。一是针对版权中的广播权;二是针对音乐作品的复制权。实行强制许可,不得损害作者的精神权利和经济权利。

4. 权利的保护期。公约的规定如下:(1)公约给予保护的期限为作者终生及其死后50年。(2)对于电影作品,成员国有权规定,保护期限自作品在作者同意下公映后50年届满。(3)对于不署名作品和署笔名作品,其保护期为自其合法向公众发表之日起50年。(4)成员国有权以法律规定摄影作品及作为艺术品加以保护的实用美术作品的保护期,但这一期限不应少于自该作品完成时算起25年。(5)成员国有权规定比上述各款规定期限长的保护期。作者的精神权利,在其死后至少应保留到财产权期满为止。

5. 关于发展中国家的优惠规定。伯尔尼公约1971年巴黎文本附件,对发展中国家规定了翻译和复制外国原作的特许权。其主要内容是:(1)允许发展中国家在一定期限内,在作者拒绝发翻译权许可证时,颁发强制许可证(附件第2条)。(2)允许有关国家的主管机关在规定时间内,在一定情况下颁发复制某些作品的强制许可(附件第3条)。(3)颁发上述许可证,申请人按照有关国家规定需证明他已向权利所有人提出翻译出版译本或复制出版版本的要求,而未能得到授权,或经过努力未找到权利所有人。

根据公约附件第1条的规定,发展中国家在加入公约交存批准书或加入书的同时,应声明是否援用附件第2条、第3条的权利。中国在1992年加入公约时,同时声明享有附件第2条、第3条规定的权利。

6. 追溯力。依照公约第18条的规定,公约不仅适用于某个成员国参加公约之后来源于其他成员国的作品,而且适用于新参加公约的成员国在其参加公约之前即已存在的受其他成员国保护的作品,表明公约具有追溯力,但公约也承认成员国之间缔结的限制追溯力的特别公约的效力。

(四) 最低限度保护原则

公约对受保护的作品、权利内容、保护期限等方面,要求成员国提供的版权保护水平不得低于公约规定的限度。

二、世界版权公约

世界版权公约于1952年9月6日,签订于瑞士的日内瓦,1955年9月16日生效,1971年7月24日在巴黎进行过一次修订,修订本于1974年7月10日生效。中国于1992年7月加入,从1992年10月起成为公约的成员国。

公约由联合国教科文组织主持签订,并由其组织管理。公约共有21条,

外加两个有关条文的附加声明和决议。

公约规定的主要原则是：

1. 双国籍国民待遇原则。依照公约，任何缔约国国民出版的作品及在该国首先出版的作品，在其他各缔约国中均享有该国给予其本国国民在本国首先出版之作品的同等保护，以及本公约特许的保护。任何缔约国国民未出版的作品，在其他各缔约国中，享有该缔约国给予其国民未出版之作品的同等保护以及本公约特许的保护。

2. 有条件的自动保护原则。公约所实行的自动保护原则需要履行规定的手续，版权保护应具备一定形式。即只有在印刷出版物上注明该公约的版权符号©、在音像出版物上注明符号®以及版权所有者姓名、初版年份，才能满足公约的形式要求，在其他缔约国自动受到保护。

3. 独立保护原则。与《伯尔尼公约》的规定相同，即每一个成员国的作品在其他成员国皆依各该国法律受到保护，而不受作品在来源国的保护条件的约束。

4. 最低限度保护原则。公约对各成员国版权法的保护水平规定了最低要求，主要包括以下内容：(1)受保护的文学、科学、艺术作品包括：文字作品、音乐作品、戏剧和电影作品，以及绘画、雕刻、和雕塑作品。(2)作者享有的经济权利起码要包括：复制权、公演权、广播权和翻译权。(3)对作品的保护期一般不得少于作者有生之年加死后 25 年，或作品发表之后 25 年。

此外，公约对发展中国家作了一些例外规定，内容是关于强制许可的规定，涉及翻译权和复制权两种权利。

公约还对追溯力的问题作了规定，依据第 7 条，公约不保护已永久进入公有领域的作品或作品中的权利。表明公约不具有追溯力。

《世界版权公约》和《伯尔尼公约》是两个相互独立的公约。一个国家可以参加其中之一，也可以两个都参加。

第四节 国际许可证贸易

国际许可证贸易是以技术、商标、专有技术的使用权作跨国界转移为内容的一种交易形式，是国际技术转让的一种最主要最普遍的形式。国际许可证贸易是通过签订国际许可证协议的方式进行的，国际许可证协议是国际许可证贸易的基本法律文件。

一、国际许可证协议的定义与特征

国际许可证协议是一国的许可方（供方）将其拥有一定权利的专利、商标、专有技术交给被许可方（受方）使用、制造或销售，被许可方为此支付报酬，而由许可方与被许可方签订的合同。国际许可证协议具有如下法律特征：

1. 国际许可证协议的双方当事人即许可方和被许可方是位于不同国家的自然人、法人或其他经济组织。
2. 国际许可证协议的标的是属于智力成果的无形资产，而不是有形资产。
3. 国际许可证协议在当事人之间转移的是无形资产的使用权而非所有权。
4. 国际许可证协议中的许可方必须对协议项下的无形资产拥有一定的权利，这个权利一般包括所有权和转让权。也就是说许可方应是该无形资产的所有者或不是所有者但对该无形资产拥有转让的权利。

二、国际许可证协议的范围

许可证协议主要是以技术作为交易对象的合同，其范围是由作为合同标的的技术或权利的性质决定的。对于哪些技术或权利可以作为许可证合同的标的，各国有不同的法律规定。从世界多数国家的立法与实践看，许可证协议的范围主要包括四种：

（一）专利许可合同

它是以前专利技术作为合同标的的许可合同。专利许可合同的目的是许可使用专利保护的发明，所涉及的专利是以授予该专利的国家名称和它的序号来识别的。一项专利权包含一系列法律所赋予的排他性的专有权，这些专有权都可以作为专利许可合同的内容。专利许可可以是独占许可或独家许可，也可以是普通许可。

（二）商标许可合同

它是以前商标作为合同标的的许可合同。这种许可是对商标使用权的许可，指商标所有人在合同规定的范围内允许被许可人在支付一定费用的条件下使用其商标。在商标许可合同中，一般都对使用许可商标的地域范围予以明确规定。

（三）专有技术许可合同

它是以前专有技术作为合同标的的许可合同。专有技术许可合同与专利许可合同有许多相似之处，都是有条件的使用权的转让，所以两种合同的结构大致相同。并且在实践中，两者往往交织在一起，所以一项专利许可合同往往包含有专有技术的内容。但专有技术和专利技术毕竟是两种性质不同的技术，在实践中也形成了两种不同的合同。单纯的专利许可合同是一种典型的“授权”合同，许可方只是将其所拥有的专利权授予引进方使用，通常对于引进方使用后的技术效果不予负责。因为专利技术是公开的，引进方应该在

订立合同之前充分了解专利的内容，判定其实施后的技术效果，自行承担技术上的风险。专有技术是保密的，专有技术许可合同一般还需规定许可方要负责技术的传授及实施后达到一定的技术标准，合同中含有通常单纯的专利许可合同所不具备的特殊条款，如保密条款、技术保证条款，以及有关技术传授和考核验收的条款。

（四）计算机软件许可合同

指被许可方为获得计算机软件使用权或复制权而与计算机软件的许可方签订的合同。对于计算机软件的法律地位，各国法律规定不同，分别受到专利法或版权法的保护，还有的按照专有技术予以保护。

在国际技术贸易实践中，一项许可证合同可能包含两项或更多的技术和权利，是以上几种的综合，如既包括专利技术，又包括专有技术和商标使用权，此种许可证协议通常被称为一揽子许可协议。

三、国际许可证协议的种类

国际许可证协议可依不同标准进行分类。普遍的作法是根据许可证协议赋予被许可人技术或商标使用权的不同，将其分为独占许可证协议、排他许可证协议、普通许可证协议和可转让许可证协议。

（一）独占许可证协议

指被许可方在协议规定的有效期间对所购进的技术或商标在协议约定区域内有独占的使用权，许可方和任何第三方都不得在该协议约定区域内使用、转让该项技术。

（二）排他许可证协议

指被许可方在协议规定的有效期间对所购进的技术或商标在协议约定区域内有排他的使用权，任何第三方都不得在该区域内使用该项技术，但许可方在该区域内仍保留使用权。也就是说，许可方不得把同一许可授予协议区域内的任何第三方，但许可方可以保留自己在协议区域内使用该项技术进行生产和销售产权的权利。

（三）普通许可证协议

指被许可方对所购进的技术或商标在协议约定区域内有使用权。而许可方在协议区域内仍保留对该项技术的使用权和转让权。即许可方不仅自己可以在协议区域内使用协议项下的技术，而且可以在该区域内将该项技术转让给第三方。按照国际许可证贸易惯例，如果在许可证协议中没有特别指明是什么性质的许可，则视为是普通许可。

（四）可转让许可证协议

指被许可方对所购进的技术或商标不仅在协议约定区域内有使用权，而且有权将该项技术转让给第三方。在向第三方转让许可时，被许可方须向许可方负责。

四、国际许可证协议的主要条款

国际许可证协议的内容十分复杂，涉及多方面的法律问题，且合同种类繁多，不同种类的许可合同其条款内容也不相同。在此我们以含有专利、专有技术和商标的一揽子许可合同为基础，着重介绍各类许可合同所共有的通用条款。

（一）合同序言

序言是合同的重要组成部分，主要规定以下内容：

1. 合同名称和编号。

2. 当事人名称和法定地址。

3. 签约时间和地点。

4. 鉴于条款。又称叙述性条款。该条款的作用是对整个合同的背景和目的作总体性的说明。通常写明当事人双方订立合同的意图和目的，陈述许可方和被许可方（引进方）的背景，表明许可方对技术或权利的拥有情况，以及引进方接受技术的经验或能力，表达双方进行合作的目的和愿望。

（二）定义条款

在该条款中对合同中反复使用、容易混淆或关键性的名词、术语的含义作出明确、具体的规定，以防止双方理解不一，在解释上发生分歧。一般需要下定义的词语主要有以下4种：(1)与合同标的相关的重要名词和术语。如专利、专有技术、商标、合同产品等。(2)各国法律或惯例有不同理解或容易产生歧义的重要名词和术语。如净销售价、滑动公式、提成率等。(3)重要的专业性技术术语。(4)合同中多次出现、需要加以简化的名词和术语。

（三）合同标的条款

合同的标的，即合同的内容和范围，这是整个合同的核心部分，是确认双方权利义务的基础。该条款一般包含以下几项内容：

1. 技术的名称、内容和要求。

2. 转让的范围和性质，也称“授权条款”。

授权的范围，即转让的范围，包括技术的使用权、制造权、销售权三方面内容以及使用这些权限的时间范围和地域范围。使用权是指许可方授予被许可方为某一特定目的利用其所转让技术的权利，它是一项最基本的授权。制造权是指许可方授予被许可方利用其技术制造某种技术产品的权利，它是引进方所要求的最主要的一项权利。销售权是指许可方授予被许可方在特定范围内销售其所生产的技术产品的权利。

地域范围是指许可方允许被许可方利用其技术的特定的区域范围。使用权的地域范围一般较窄，通常只限于合同工厂。使用权要解决的一个重要问题是技术使用的范围。一种技术有时可以有几种不同用途或可以生产一系列产品。如果限制其技术使用的范围，就会限制引进方充分利用该技术的使用价值，所以一些发展中国家将这种对生产品种进行限制的条款视为限制性商业作法，不允许订入合同条款。制造权的地域范围通常也仅限于合同工厂。一般允许在被许可方所在国引进技术的工厂制造合同产品。销售权的地域范围较宽，涉及产品的内销和外销。一般引进方有权在其所在国地域范围内进行销售。关键的问题是合同产品的出口权和出口地区问题。为减少因转让技术可能产生的市场损失，许可方总是尽可能地限制引进方的出口销售地区，甚至将禁止合同产品出口外销作为转让技术的前提条件。按照国际技术贸易的惯常做法，许可方对于出口销售地区的“合理限制”是可以接受的。所谓合理限制是指，作为引进方传统市场的国家和地区，许可方实施了独占许可，排他许可或独家代理的国家和地区。

时间范围是指许可方允许引进方在多长时间利用其技术或权利。一般专利和商标授权的时间范围与合同的有效期一致，但不能超过其权利的有效期。专有技术通常在合同期满后引进方仍有权继续使用。所以如果合同没有特别约定，对专有技术授权的时间范围可理解为是无限期的。

授权的性质，即转让的性质是指许可方授予被许可方的权利是独占的还是排他的，是可转让的还是不可转让的。许可合同中不仅要明确该合同是独

立许可证协议还是排他许可证协议，还要订明许可方是否允许被许可方将授予的使用权、制造权、销售权转让给第三方。

3. 技术资料的内容和交付。技术资料是许可方向引进方转让技术的媒介和桥梁，没有技术资料，技术转让就难以实现。因此，引进方应重视这一条款的订立。

4. 技术培训与技术服务。为保证引进方能够尽快掌握引进的技术，应在合同中对技术服务和培训的内容、范围、目的、要求以及双方的权利义务作出明确规定。

（四）合同的价格和支付条款

价格条款是许可证协议的重要内容之一。主要包括计价方法、合同金额和使用货币等内容。

国际许可合同中常用的计价方式主要有3种：(1)统包价格。这是一种固定计价方式，是许可方与被许可方对技术转让的价格在签订合同时协商确定一笔总的金额，然后由技术引进方一次付清或分期付清。(2)提成价格，是指在项目建成投产后，按合同产品的生产数量、销售价或利润提取一定百分比的费用，作为技术转让的酬金，按期连续支付给许可方。这是一种滑动的计价方式，是国际技术转让中使用较多的一种方式。(3)入门费与提成费相结合的计价方式，是指引进方在订约后或收到第一批技术资料后一定时间内向许可方支付一笔约定的金额，然后再按规定支付提成费。先行支付的费用称为入门费或初付费。入门费通常只是技术使用费的很小一部分，主要用来补偿许可方为技术转让交易到支出的直接费用。目前国际技术转让实践中的趋势是少要或不要入门费。

（五）技术的改进和发展条款

在许可证协议中，对技术的改进和发展主要应明确以下两方面内容：(1)改进和发展技术的所有权归属。关于此问题，在国际技术贸易实践中一直有不同观点。通常的作法是在合同中明确约定，对于作为合同标的的技术的改进和发展，其所有权归改进和发展一方所有。(2)许可方和引进方交流改进和发展技术的条件，在合同执行过程中，许可方和引进方都有可能对作为合同标的的技术进行改进和发展。相互提供这种改进或发展的技术，有助于加强双方之间的技术合作。通常将规定许可方向引进方提供改进和发展技术的条款称为“继续提供技术援助条款”，将引进方向许可方提供改进和发展技术的条款称为“技术回授条款”。在合同中，应按照对等互惠的原则，将双方交流改进和发展技术的内容和条件予以明确规定。

（六）考核与验收条款

考核与验收条款的技术性很强，一般都以合同正文及附件分别规定有关的内容。

（七）保证条款

许可证协议中的保证条款包括权利保证和技术保证两项内容。权利保证主要是指许可方应保证其是所转让技术的合法所有者或持有者，有权进行技术转让，并且此种转让在合同规定的地域范围内没有侵犯任何第三方的权利。如果引进方使用许可的技术生产或者销售产品被第三方指控侵权，应当由许可方负责应诉，如被第三方指控的侵权成立，引进方的经济损失由许可方负责赔偿。技术保证包括对技术资料的保证，技术服务的保证，对技术有效性和产品性能的保证。

（八）违约补救及索赔条款

关于违约补救，合同中一般分别规定。

许可方违约时的补救方法：(1)对于许可方拒不提供合同所规定的技术资料，技术服务或技术培训的根本违约行为，引进方有权解除合同，要求许可方退还已付的技术转让费，并按合同规定支付违约金或赔偿引进方的实际损失。(2)如果许可方未能按照合同规定的时间提供技术资料，引进方可要求许可方支付一定比例的迟交罚款。(3)如果许可方违反技术保证义务，提供的技术未能达到合同规定的技术标准，则根据所转让技术或合同产品的具体情况，详细规定不同的赔偿办法。(4)许可方违反权利担保责任，使引进方遭受第三方的侵权指控或受到第三方侵权行为的干扰，许可方有义务采取措施，排除干扰，保证引进方能够顺利实施引进的技术。如果侵权指控成立，许可方应承担由此而产生的经济和法律上的责任，引进方有权解除合同。

被许可方违约时的补救办法：(1)引进方不付款，许可方有权停止履行其义务或终止许可合同。(2)引进方迟延付款。许可方可主张一定比例的迟付罚金，并可要求推迟许可方履行义务的期限。(3)违反授权条款，扩大技术的使用范围。许可方有权要求引进方停止侵害行为，并支付一定金额的赔偿金，直至解除合同。(4)违反合同的保密义务，致使许可方的技术秘密泄露，许可方有权要求引进方立即停止违约行为，并依合同赔偿许可方的实际损失。

（九）保密条款

专有技术的价值在于保密，一旦公开，其商业价值将降低或消失。因此，专有技术的许可方都会在转让专有技术时，在合同中订入保密条款，要求被许可方承担保密义务。

（十）专利条款

此条款是指有关专利许可的特有条款。主要包括维持专利有效性，不得反控和使用专利标记。实践中上述内容一般表现为三个独立的条款。(1)维持专利有效性条款。该条款规定，许可方有义务按照法律规定缴纳专利维持费，以维持专利的有效性。未交维持费而导致专利失效的，专利许可合同将因此而解除，引进方将不再支付专利许可费用。(2)不得反控条款。其含义是：引进方在获得了许可方的专利技术后，在合同有效期内，不得对许可方所转让的技术提出异议或进行无效诉讼。对此条款的效力，各国在法律上有不同意见。发展中国家通常将此条款确定为限制性条款而加以禁止。但有的国家则视为合法。(3)使用专利标记。主要指专利所有人有权在其使用专利技术生产的产品上标明专利标记。在许可合同中往往订有专门条款，规定专利标记的使用。

（十一）商标权条款

在一揽子许可协议中，除在合同标的条款中对商标权的授权问题予以规定外，一般还列有专门的商标权条款，对商标使用的形式、质量控制、商标标识的管理等内容予以规定。

1. 被引进方使用许可方商标的形式。主要有四种：第一，单独使用许可方的商标。即对许可方的商标不作任何改动，将其直接标在引进方所生产的产品上。第二，使用许可方商标，同时注明生产国家和生产厂家。第三，联合商标，亦称双重商标。即将许可方的商标与引进方的商标并列使用。如“上海——桑塔那”。第四，联结商标，即将许可方商标和引进方商标有代表性的特征联结起来，组成一个新的商标。

2. 质量控制。该条款的内容主要是确认许可方的质量监督权，明确许可方在多大范围内，有权采取何种措施保证引进方有关产品的质量不低于许可方生产的产品。其目的是防止引进方在质量低劣的产品上使用许可方的商标。

3. 对商标标识的管理。主要包含三项内容：第一，商标标识的获得，可以由商品许可方提供，也可以由引进方印制。第二，商标标识的使用。许可方有权对引进方使用其商标标识进行严格的管理，以维护其商标的信誉。第三，合同终止后对商标标识的处理。在合同期满或终止后，引进方应停止使用许可方的商标。对于库存的商标可以销毁，也可在许可方同意的情况下，转让给许可方或指定的第三方。

（十二）合同有效期条款

合同的期限，在许可证合同中，应予明确规定。期限的长短则根据技术状况和引进方掌握技术所需的时间而定。

第九章 国际税法

第一节 国际税法概述

一、国际税法的概念

国际税法是国际经济法的一个重要分支。关于国际税法的概念和性质，存在两种不同的观点：

第一，狭义的国际税法说，认为国际税法是调整国家之间的国际税收分配关系的法律规范，不包括一国政府关于对纳税人跨国所得征税的涉外法律规范。因此，国际税法性质上属于国际法，其范围包括国际公约、条约和协定以及各种国际税收惯例。

第二，广义的国际税法说，认为国际税法是调整国家间以及国家与纳税人之间的、以跨国所得为基础而形成的国际税收关系的法律规范的总和。国际税法既调整国家间税收分配关系，也调整国家与跨国纳税人之间的税收征纳关系。

我国理论与实践赞成第二种观点，即广义的国际税法说。我们可以给国际税法下一个定义：国际税法是调整国际税收关系，即国家间税收分配关系以及国家与跨国纳税人之间税收征纳关系的国际法和国内法的各种法律规范的总和。

二、国际税法的特征

国际税法调整的是在纳税人跨国所得基础上产生的国际税收关系，其特征主要体现在以下几个方面：

1. 国际税收法律关系的主体有两个，一个是国家，另一个是跨国纳税人，包括自然人和法人，是税收法律关系中的纳税主体。纳税人在两个或两个以上的国家承担纳税义务，即具有双重纳税人的身份，故称为跨国纳税人。从一国税收管辖权的角度来看，这种纳税人既包括在国外取得收益的居民纳税人，又包括在本国境内获取收益的非居民纳税人。国家在这种跨国征纳税法律关系中，是征税主体，与一般法律关系主体性质不同，国家只享有权利，不承担相应的义务。而在国家相互间的税收分配关系方面，国家既享有权利，又承担相应的义务，是国家间税收法律关系的一般主体。

2. 国际税收法律关系的客体，是纳税人的跨国所得。具体可分为两类，一是本国居民来源于外国的所得，一是非本国居民的外国人取自本国境内的所得。

3. 国际税法调整两类法律关系，即一方面调整国家与跨国纳税人之间的税收征纳关系，另一方面又调整一国与另一国之间对纳税人的跨国所得进行国际税收分配的关系。所以这种税收法律关系具有双重的性质。

4. 国际税收法律关系除了受到一国制订的有关税收法规的制约外，还受国家间税收条约或协定的调整，服从有关国际税收的惯例。所以国际税法的渊源既包括各国的涉外税法，主要是涉外所得税法，还包括国际税收条约或协定以及有关的国际惯例。

第二节 税收管辖权

一、税收管辖权概述

税收管辖权是一国政府行使的征税权力。基于这种税收管辖权，一国政府可以自行决定对哪些人征税，征何种税以及征多少税。

税收管辖权是国家主权在税收方面的体现，是国家主权的重要内容。众所周知，主权国家是按照属人原则和属地原则行使其管辖权的。与此相应地，在国际税收法律实践中，各国也都是以纳税人或征税对象是否与自己的领土主权存在着某种属人性质或属地性质的联系，作为行使税收管辖权的依据。

按照属人原则行使税收管辖权的前提条件，是纳税人与征税国之间存在着以人身隶属关系为特征的法律事实。在自然人方面，这种隶属关系的形成主要依据个人在征税国境内是否拥有住所、居所或者具有征税国的国籍；在法人方面，则主要依据法人是否在征税国内注册登记或者其总机构等是否设在征税国境内。这种属人性质的连结因素在国际税法上统称为“税收居所”。与征税国存在着这种税收居所联系的纳税人，就是该国税法上的居民纳税人，而这个征税国也称作该纳税人的居住国。根据纳税人在一国有税收居所这一事实，居住国可以要求该居民纳税人就来源于国内和国外，即世界范围内的所得承担纳税义务。居住国行使的这种征税权力，就是所谓的居民税收管辖权。

属地性质的连结因素，是指作为征税对象的纳税人的各种所得与征税国之间存在着经济上的源泉关系。这种源泉关系通过不同的地域连结标志表现出来。常见的有这样几种：表现不动产所得来源的地域标志有不动产所在地，表现营业利润来源的有常设机构所在地，表现劳务报酬的标志有劳务提供地，表现股息、利息、租金等所得来源的有债务人或支付人所在地等。这些地域连结因素，在国际税法上统称为“所得来源地”。根据所得来源地这一连结因素，来源国有权要求那些虽无税收居所但却有收入来源的非居民纳税人，就其在该国境内获得收益承担相应的纳税义务。这种根据所得与本国的经济利益联系对在其领土内的财产或所得征税的原则，称为“来源原则”或“来源地税收管辖权”。

当今世界上绝大多数国家都同时行使这两种税收管辖权。

二、居民税收管辖权

居民税收管辖权确立的前提条件，是纳税人与征税国之间存在着税收居所的联系。因此，对于纳税人居民身份的确认，是各国居民税收管辖权中的重要内容。以下分别说明各国有关认定自然人和法人居民身份的标准。

（一）自然人居民身份的确认

关于自然人居民身份的确认，主要采用的标准有以下几种：225

1. 住所标准。即以自然人在征税国境内是否拥有住所这一法律事实，决定其居民或非居民纳税人身份。法国、瑞士、德国等欧洲国家采用。此外，在各个国际税收协定中，也明确规定住所为确定居民身份的标准之一。住所具有固定性和永久性，采用住所标准，易于确定纳税人的居民身份。

2. 居所标准。居所一般是指一个人经常居住的场所，并不具有永久居住的性质。采用此标准的国家主要是英国、加拿大、澳大利亚等英美法系国家。在各个国际税收协定中，居所同样是确定自然人居民身份的标准之一。以居所作为确定个人居民身份的标准，在较大程度上反映了个人与其主要经济活

动地之间的联系，就此而言比住所标准显得更为合理，但因其永久性差，仅用它来确定居民身份比较困难。因而各国的普遍做法是将住所和居住期限结合运用。不同的是各国税法对居住期限的规定不一，有长有短，有的规定为半年，如英国、印度，有的则规定为一年，如中国、日本。

3. 国籍标准。只有极少数国家如美国、墨西哥等采用此标准。即按照自然人的国籍确定纳税人身份。

以上标准，住所和居住期限相结合，是国际上最常见的确定居民身份的方法。

(二) 法人居民身份的确认

在法人居民身份的确认上，各国立法实践中采用的标准主要有三种：

1. 法人注册成立地标准。依此标准，法人的居民身份依法人在何国依法注册成立而定。美国、瑞典、荷兰等国用此标准。凡是在本国境内依法登记成立的公司企业，即为本国的居民纳税人，居民纳税人以外的公司企业，即为非居民纳税人。这种标准纳税人法律地位明确，易于识别，但缺陷是较难反映法人的真实所在地。

2. 法人的总机构所在地标准。按照总机构所在地确定法人的居民身份，即总机构设在哪一国，便视为哪一国的居民公司。中国、法国、日本均实行这一标准。采用这一标准的国家往往在公司法上规定，依本国法律设立的公司，其总机构必须设在本国境内，以此防止法人逃避本国居民纳税人义务。

3. 法人实际管理机构所在地标准。依此标准，公司的实际管理和控制中心设在哪一国，便视为哪一国的居民公司。公司董事会所在的地点，是判断实际管理机构所在地的重要标志。采用这一标准的国家有英国、新西兰、新加坡等。

三、所得来源税收管辖权

所得来源税收管辖权，主要是征税国用来针对非居民的。对非居民的征税，仅限于来源于征税国境内的所得，对非居民来自征税国以外的所得则无权征税。非居民在收入来源国的所得，一般包括四个方面，即：营业所得、投资所得、劳务所得和财产所得。下边分别说明对这四种所得的来源管辖。

(一) 对非居民营业所得的征税

营业所得，又称营业利润，在国际税收协定和各国税法上一般是指纳税人从事工业生产、交通运输、农林牧业、金融、商业和服务行业等企业性质的活动所取得的利润。它是纳税人应税所得中非常重要的一种。

1. 常设机构原则。在对非居民的营业利润征税问题上，实行常设机构原则。常设机构是外国法人在收入来源国境内设立的。常设机构是指一个企业进行全部或部分营业的固定营业场所，它具有三个特征：(1)有一个营业场所，包括房屋场地与机器设备等；(2)这种营业场所必须是固定的；(3)非居民纳税人通过这种固定场所从事的必须是营业性质的活动。常设机构还特别包括：管理场所、分支机构、办事处、工厂、作业场所、矿场、油井或气井、采石场或者任何其他开采自然资源的场所，连续6个月以上的建筑工地等。按照常设机构原则，对非居民纳税人来源于征税国境内的营业利润征税，仅限于通过非居民公司设在境内的常设机构的活动所取得的营业利润。对于非居民的那些不通过常设机构的经营所产生的营业利润，则不视为来源于国内的营业所得，因而也不进行征税。

2. 独立企业原则。要真正实行常设机构原则，还必须采用独立企业原则。

因为从法律地位上讲，常设机构与国外机构是同一法人，因此，收入来源国按来源管辖权向常设机构征税，就有必要将常设机构视为独立的纳税实体，令其独立地计算盈亏，把作为一个独立企业所应取得的一切利润都归之于常设机构，使来源国能够从源征税。这种将常设机构视为独立企业征税的作法就是独立企业原则。当然实际上常设机构并不是独立企业。

3. 实际联系原则。将哪些所得划归常设机构征税，国际上通行的一个原则是“实际联系原则”，即所得的取得应与常设机构本身的活动有关，如常设机构本身的营业利润与常设机构对其他企业投资、贷款的股息、利息等。

4. 引力原则。国际上通行的另一个原则是“引力原则”，即非居民公司在收入来源国内虽然设有常设机构，但却在来源国境内自行开展营业活动，如果该项营业活动属于常设机构的营业范围，收入来源国则可按“引力原则”将其所得引归常设机构，实行从源征税。

(二) 对非居民投资所得的征税

纳税人的投资所得，主要是指从事间接投资活动所获得的股息、利息以及特许权使用费。这里的特许权使用费是指提供专利权、商标权、版权、商誉权、专有技术所取得的使用费。投资所得是在非居民没有在东道国境内设立常设机构的条件下取得的，或者，虽然设了常设机构，但这些所得按实际联系原则不归属于常设机构。

对投资所得征税的特点是：(1)收入来源国采用预提税的方式征税。(2)采用比例税率，不实行累进税率。(3)按投资所得的全额征税，而不像对营业利润那样在扣除费用后计征。(4)由于不扣除费用，税率一般较低。(5)一般按照不同类别的投资所得制定不同的预提税率。只有个别国家不加区分，实行同一税率。

关于投资所得来源地的确认。

(1)对股息来源地的确认，各国比较一致，一般都以分配股息公司的居民身份所属国为股息来源地。即股息来源的确定是实际发生地。由于各国在认定公司的居民身份采用的标准不同，有的国家以分配股息公司的实际管理中心地为股息来源地，有的则以分配股息公司的注册成立地为股息来源地。

(2)对利息、特许权使用费来源地的确认，通用的原则是以利息和特许权使用费的发生地为准，即支付利息或特许权使用费的债务人所在地。

(三) 对非居民个人劳务所得的征税

个人劳务所得包括独立的个人劳务所得和非独立的个人劳务所得。前者指的是个人从事一般的专业性劳务和其他独立性活动所取得的收入。如医师、律师、会计师等。后者指个人由于受雇而取得的收入，包括工资、薪金等。

关于独立的个人劳务所得来源地，国际上一般以劳务的提供地为准。各国的征税，一般按两种情况进行：一是提供劳务的非居民个人在境内连续或累计停留达一定天数，各国具体规定不尽相同，大多数国家规定为183天。未满规定天数的非居民个人独立劳务所得免于征税。另一种情况是提供劳务的非居民个人在境内设有经常从事这类独立劳务活动的固定基地，例如，医生的诊所，律师、设计师的办公处所等。那么，有关常设机构的规则，也适用于非居民的这种固定基地。但是，对于某些特定的非居民，如外国戏剧家、电影、电视表演艺术家和运动员在境内从事独立劳务活动所取得的收入，则一般不受上述两种情况的限制。

对于非独立的个人劳务所得，各国实践中一般以劳动力的实际使用地为其来源地对其征税，国际上采取的普遍做法是：非居民在另一国受雇取得的工资、薪金等收入，可由另一国从源征税。但是，如果同时具备下列三个条件的，则应当由其居住国征税。(1)在一个年度内连续或累计停留不超过 183 天；(2)其报酬的支付人不是另一国的居民；(3)其报酬不是由雇主设在另一国的常设机构或固定基地负担。按此规定，如三者缺一，则仍可由另一国按来源管辖权征税。但是对于非居民由于在收入来源国境内担任公司董事或高级管理人员所取得的董事费或薪金所得，则不受上述规定的限制。

(四) 对非居民财产所得的征税

财产所得指转让各种财产的所得。在一般情况下，特别是在在涉及不动产的转让所得时，国际上的通行原则是由财产的所在国征税。

第三节 国际重复征税

一、国际重复征税概述

(一) 国际重复征税的含义

国际重复征税是指两个国家各自依据自己的税收管辖权按同一税种对同一纳税人的同一征税对象在同一征税期限内同时征税。个别情况下，也有可能发生两个以上的国家对同一纳税人重复征税。国际重复征税问题是国际税法的核心问题，国际税法的许多规范，都是解决国际重复征税现象的规范。

(二) 国际重复征税与税收管辖权

国际重复征税的产生同税收管辖权紧密联系。只有在两个国家对同一纳税人都能行使税收管辖权的情况下，才会产生国际重复征税。国际重复征税的实质是国家税收管辖权的冲突。这种重复管辖可以有三种情况：

第一，一国按居民管辖权、另一国按来源管辖权对同一纳税人的所得重复征税。是由于一国的居民税收管辖权和另一国的来源管辖权冲突而发生的。这种重复征税在国际税收关系中大量存在，是需要重点研究解决的问题。

第二，两国对同一纳税人的同一征税对象都按居民税收管辖权征税。由于有关国家确定税收居所的标准不同，致使一个纳税人同时在两国都具备居民身份，成为在两个国家都负有纳税义务的纳税人。对于自然人的双重居民身份问题，国际上已有通行的解决原则。对于法人的双重居民身份问题，经合组织《范本》和联合国《范本》也提出了具体建议，所以两个居民税收管辖权冲突的重复征税问题已不难解决。

第三，两国对同一纳税人的同一征税对象都按收入来源税收管辖权进行征税。这种情况是极个别的。对于两个来源管辖权的重复征税，由于较少发生，国际上尚无固定的解决原则，只能由相关国家协商解决。

二、避免国际重复征税的意义和方式

国际重复征税的存在，是国际经济交往中的一大障碍。国际重复征税不但使跨国投资者的投资活动难于正常进行，而且带来国家之间在税收关系方面的矛盾，直接阻碍了国际经济和技术合作的发展，因此，消除国际重复征税具有重大意义。

目前，国际上避免国际重复征税的方式有两种：一种是国家通过国内立法，从单方面解决跨国纳税人所承受的双重税负。这种单方面的努力，是一国从自身的根本利益出发，为解决国际重复征税所作的一种单方面的“牺牲”。就其法律含义而言，是一国借助自身的立法措施，对其主权行为进行的一种自我约束。另一种是通过国际社会予以解决。即两国或多国按照平等互利的原则，通过协商来避免国际重复征税，其法律形式就是国际税收协定。

三、避免国际重复征税的方法

(一) 免税制

免税制是对本国居民来源于国外的所得和位于国外的财产免于征税，即对这一部分所得放弃居民税收管辖权。具体做法是居住国对其居民纳税人来源于或存在于境外的并已向来源国纳税了的那部分跨国收益、所得或一般财产的价值，在一定条件下，允许从其应税所得中扣除，免于征税。

实行免税制的国家主要是欧洲大陆和拉丁美洲的一些国家。

免税制有两种不同的形式，一是全部免税法，指居住国对其居民纳税人课税时，允许从其应税所得额中扣除来源于境外并业已向来源国纳税了的那

部分所得。即在确定纳税人总所得的适用税率时，完全不计入已免税的国外所得。另一是累进免税法。即：征税国对境外所得虽然给予免税，但在确定纳税人总所得的适用税率时，却要将免税所得并入计算。

（二）抵免制

是指居住国允许本国居民纳税人在本国税法规定的限度内，用已在来源国缴纳的税款，抵免应就其世界范围所得向居住国缴纳税额的一部分。

税收抵免有全额抵免和限额抵免两种方法，全额抵免是指不管纳税人在收入来源国纳税多少，全部给予抵免。换言之，即使在收入来源国所缴纳的所得税款多于应向居住国缴的税款，也给予抵免。限额抵免是指抵免额不得超过纳税人国外所得按居住国所得税税率所应缴纳的税款。

抵免有两种计算方法。一种是综合限额，即将居民纳税人向所有来源国缴纳的税款合并起来计算可以抵免的限额。另一种是分国限额，即把应抵免的外国所得税限额分国别单独计算。两者的计算公式如下：

$$\begin{aligned} \text{综合限额} &= \frac{\text{来自国外的全部应税所得额}}{\text{来自居住国内外的全部应税所得额}} \\ &\quad \times \text{抵免前按国内外全部} \\ &\quad \times \text{应税所得额应向居住国缴纳的税额} \\ \text{分国限额} &= \frac{\text{来自某个应抵免国的应税所得额}}{\text{来自居住国内外的全部应税所得额}} \\ &\quad \times \text{抵免前按国内外全部应税所} \\ &\quad \times \text{得额应向居住国缴纳的税额} \end{aligned}$$

抵免通常区分为直接抵免和间接抵免。

直接抵免是指适用于同一经济实体的跨国纳税人的抵免方法。据此，居住国居民和国内公司向任何国家缴纳的所得税款都可以抵免。直接抵免的应用以纳税人直接缴纳的税款为限。纳税人可将其在收入来源国所缴纳的所得税抵免居住国税收。直接抵免适用于：分支机构的外国税收；个人利益方面的外国税收；预提税。

间接抵免指适用于母公司和子公司之间的抵免方法。其含义是在居住国母公司所属的国外子公司缴纳外国所得税款时，即被认定为母公司所缴，并受同等抵免待遇，从而获得法定抵免权。间接抵免的实施一般须具备一定的条件。

第四节 国际重叠征税

一、国际重叠征税的含义

国际重叠征税主要发生在公司和股东之间。公司与股东在法律上各自具有自己的人格。公司所获利润依法应当缴纳公司所得税，税后利润用股息形式分配给股东后，股东依法应缴纳个人所得税。同一所得，在不同的纳税人手中各征税一次，这就是重叠征税。如果公司在一国，而股东在另一国，则称之为国际重叠征税。

二、国际重叠征税的解决

（一）股息收入国所采取的措施

在收取股息公司的所在国方面，解决国际重叠征税的主要办法有三：

1. 对来自国外的股息减免所得税。这是不少国家的共同做法。
2. 准许国内母公司和国外子公司合并报税。
3. 对外国所征收的公司所得税实行间接抵免。享受间接抵免必须符合下列条件：(1)享受者必须是法人股东，不包括自然人股东；(2)享受间接抵免的法人股东必须是直接投资者，而不能是坐享股息的证券投资者；(3)作为直接投资者的法人股东在付出股息公司中所拥有的有投票权的股票必须达到一定的数量。间接抵免是避免国际重叠征税的一个有力措施，目前一些主要发达国家都实行间接抵免制。

（二）股息付出国所采取的措施

股息付出国在解决国际重叠征税方面主要靠双税率制和折算制。双税率制，又称分割税率制，其主要特点是对用于分配股息的利润和不用于分配股息的利润实行不同的公司税率，前者税率低，后者税率高。股东就所分配到的股息缴纳所得税时，税率与其他收入相同。其作用是用减轻公司税负的方式来缓和重叠征税的矛盾。折算制又称冲抵制。其具体做法是公司利润依法缴纳公司所得税，税后利润进行股息分配，对于具有本国居民身份的股东，国库按其所收到的股息额的一个百分比退还公司已交税款，然后，以股息与所退税款之和为基数按适用税率计征所得税，余额便是净股息所得。按此办法，股东可得到较直接纳税多一些的净股息，以此来减轻重叠征税给纳税人带来的税负。这两种办法在解决国内重叠征税问题上已被一些国家采用，在国际重叠征税方面，采用的较少，但不可否认，这将是解决国际重叠征税的较好途径。

第五节 国际税收协定

一、国际税收协定的产生与发展

国际税收协定是有关国家之间为了解决国际重复征税通过谈判达成的一种书面协议。它所体现的是两个缔约国的意志，调整的是国家间的税收管辖关系和税收分配关系，只有国家才是国际税收协定的主体。到目前为止，国际社会尚未签订多边或多国的税务公约，我们这里谈的国际税收协定主要指双边税收协定。

一个世纪以前，一些国家即开始签订双边条约，协调各自的税收制度和政策。但税收协定的大量出现是二战以后的事情。二战以后，在国际税收方面出现了两个重要变化，一是所得税制度在世界各国的普遍建立和各国所得税率的普遍提高。二是跨国公司的发展，使收入国际化程度越来越高。这两种情况使签订国际税收协定成了各国的普遍需求。这一时期在缔结税收协定方面有三个显著特征：第一，国际税收协定数量急剧增加。第二，发展中国家加入了签订国际税收协定的行列。第三，国际税收协定日益趋向规范化。具体表现是近二十年签订的国际税收协定，大多以经合组织《范本》或联合国《范本》为楷模。

1963年，经济合作与发展组织公布了《关于对所得和资本双重征税协定草案》，供各国在签订协定时参考。这一《草案》以两项基本原则为前提：第一，居住国应当采用抵免制或免税制来避免重复征税。第二，来源国应当相应地缩小从源征税的范围，并且在享有征税权的项目上降低税率。1977年，在《草案》的基础上，正式颁布了经合组织《范本》。

联合国经济及社会理事会于1967年成立了发展中国家和发达国家税收专家小组，并于1979年公布了联合国《范本》。该《范本》与前者最大的区别是十分强调从源征税原则的优先性，即收入来源国家的征税管辖权优先于居住国的税收管辖权。纳税人居住国应当采取抵免或免税的方法来避免国际重复征税。

二、国际税收协定的主要内容

经过国际社会多年的共同努力，国际税收协定的基本内容已趋于一致，概括起来有以下五个方面：

（一）适用范围

1. 对人的适用。各国一般主张以住所或居所即以居民身份作为确定某一自然人或法人是否负有纳税义务的标准。居民身份由各国国内法确定。但在协商一致后要将各国确定居民身份的标准写入协定的条文。

对于因为缔约国标准不同而同时成为缔约国双方居民的情况，国际税收协定的解决办法是：

对于个人，一般有两种可供选择的解决方式，一是由缔约国协商确定纳税人应是哪一方居民。我国与日本、美国、法国、比利时所签订的双边税收协定都采用这种方式。二是采用两个《范本》提供的规范性解决办法，即：首先以该纳税人永久住所地为标准；如在缔约国双方均有永久住所，则以主要经济利益在哪一国为标准；仍不能解决，则以习惯性住所为标准；如果在双方境内均有习惯性住所，则以国籍为标准；如果双重国籍或在双方均无国籍，则由缔约国双方协商解决。我国和英国、德国签订的税收协定采用这种方式。

对于法人，也有两种可供选择的解决办法，一是由双方协商确定该法人

为哪一方的居民，中英税收协定依此办理。二是在协定中规定一个标准，用来确定法人为哪一国居民。两个《范本》都规定以实际管理机构所在国为居住国，而我国与日本、德国等国签订的协定，则将总机构所在国作为解决法人双重居民身份的标准。

2. 对税种的适用范围。国际税收协定一般只适用于以所得为征收对象的税种。任何一个新开征的税种，只要其性质和所得税相同也应列入。几个主要的大陆法系国家之间，还适用于财产税和遗产税。

3. 对领域的适用范围。一般国际间的税收协定仅适用于缔约国各自的全部领土和水域。

（二）征税权的划分

缔约国通过协商安排，在协定中规定某项所得该由哪一国取得优先或独占的征税权，以此来协调国家间的税收管辖关系，避免国际双重征税。征税权的划分，主要涉及营业所得，投资所得，劳务所得和财产所得。对于营业所得，两《范本》都规定可由跨国纳税人的居住国征收，但来源于收入来源国的常设机构的利润除外。对于股息和利息，两《范本》都认为可由缔约国双方征税。不同的是经合组织《范本》将来源国的税率定的很低，几种预提税率最高的不超过 15%。对于特许权使用费，经合组织《范本》主张由受益人居住国征税。联合国《范本》对此未作规定。对跨国纳税人不动产所得，两《范本》都主张由不动产所在国行使税收管辖权。对于资本所得的征税，联合国《范本》规定，出让不动产资本股份的收益由不动产所在国征税，出让公司股本的收益由股份公司所在国征税。经合组织《范本》未作规定。对于个人独立劳务所得，经合组织《范本》采用了一个类似常设机构的概念，即认为收入来源国对于独立劳务所得的征税，应视该个人在所得来源国有固定基地者为限。发展中国家不同意只采用这一标准，联合国《范本》另增两条，一是在一个年度中连续或累计停留 183 天以上者；另一是所得由来源国居民或其境内常设机构负担。此两条与固定基地条并列，三条有其一，独立个人劳务所得由来源国征税。

（三）避免国际重复征税的方法

与国内立法相同，也采取抵免制或免税制。

（四）无差别待遇

无差别待遇即反对税收歧视，指的是缔约国一方国民在缔约另一方负担的税收，不应比该缔约国国民更重。

（五）关于相互协商程序和情报交换条款

加强各国税务部门的合作，建立相互协商程序和税务情报交换制度，以便有效地防止国际性的偷税、漏税，是国际税收协定的另一个重要任务，因此，在协定中都列入关于此项内容的专门性条款。

三、中国所缔结的双边税收协定

（一）中国缔结双边税收协定的基本立场

中国是一个发展中国家，对外实行开放是中国的基本国策。中国签订的国际税收协定既要维护国家的基本利益，又要有利于外资和技术的引进，为中国的国民经济发展服务。因此，我国签署税收协定的基本立场是：

1. 合理维护收入来源国的征税权。
2. 强调平等互利，友好协商。
3. 要求资本输出国提供税收饶让。

税收饶让是指居住国政府对本国居民纳税人所得因来源国给予的税收减免而未缴纳的税款视同已纳税款给予抵免。其意义在于使来源国对外资的税收优惠政策收到实效，使国际投资者能从税收优惠中得到实惠。

中国在对外国投资者的税制中，规定了税收优惠待遇，这些优惠只有在资本输出国提供饶让的基础上才能发挥作用。因此，在国际税收协定中，中国要求资本输出国给予税收饶让，把中国法律所规定的减免税以及在税收协定中接受限制税率而减少的税收，视同已征收给予抵免。

（二）中国税收协定的基本内容

作为发展中国家，我国在签订双边税收协定时，在条文结构上基本参考联合国《范本》。

1. 关于居民。根据税收协定的规定，“缔约国一方居民”是指按照缔约国法律，由于住所、居所、总机构所在地，或者其他类似的标准，在该缔约国负有纳税义务的人。可见，我国签订的协定对居民身份的确定，与大多数国家一样，以住所或居所为原则。如果一个自然人同时为缔约国双方的居民，缔约双方主管当局应通过协商，确定该自然人为哪一方的居民。如果一个法人同时为缔约国双方的居民，应视为是其总机构所在缔约国的居民。中美协定则规定，同时为缔约国双方的居民公司，双方主管当局协商确定其身份，协商不成，该公司不作为任何一方的居民按照本协定享受优惠。

2. 关于常设机构。常设机构是收入来源国对营业利润征税的依据。我国税收协定中的常设机构是指企业进行全部或部分营业的固定营业场所。一般在协定中都设专门条款对常设机构作出具体规定。

(1)常设机构通常包括：管理场地；分支机构；办事处；工厂；作业场所；矿场、油井或气井，采石场或其他开采自然资源的场所。

(2)满足最低存在期限的常设机构：

建筑工地、建筑、装配或安装工程连续存在6个月以上者。这一规定与联合国《范本》一致。

为勘探或开采自然资源使用装置、钻井机或船只3个月以上者。

企业通过雇员或者其他人员，在该国内为同一个项目或有关项目提供在连续12个月内累积超过6个月的劳务，包括咨询劳务。

(3)关于营业代理人。以缔约国一方企业的经纪人、佣金代理人或其他独立代理人的身份在缔约国另一方进行营业，不应认为在该缔约国另一方设有常设机构。即收入来源国可不对经纪人、佣金代理人、独立代理人的佣金收入征税，但前提条件是该独立代理人与该企业之间的交易必须是按照正常条件进行，并且为多家公司代理。对于一个有权经常代表一家企业在缔约国一方签订合同并经常行使这一权利的不具有独立地位的代理人，应视为该企业在该缔约国的常设机构，必须就其所得向该缔约国纳税。

3. 关于营业利润。缔约国一方企业通过设在该缔约国另一方的常设机构在该缔约国另一方进行营业，其利润可以在该缔约国另一方征税，但应仅以属于该常设机构的利润为限。

4. 关于股息、利息、特许权使用费的规定。我国税收协定一般规定，股息、利息、特许权使用费所得，应在所得来源国以10%的限制税率征税。此外，有的协定还作了一些特别优惠的规定。

5. 关于财产收益。主要指转让财产所得的收益。对此收益如何征税，我国所签协定均规定缔约国一方居民转让位于缔约国另一方的不动产所取得的

收益，可以在该缔约国另一方征税。即由被转让的不动产所在国行使税收管辖权。

转让常设机构或从事个人独立劳务所取得的收益以及转让属于他们的动产所取得的收益，也由收益的所在国征税。

6．关于避免重复征税的方法。我国所签税收协定的缔约国双方均使用外国税收抵免方法避免国际双重征税。此外，还有的国家针对中国的税收优惠政策，向中国提供程度不同的税收饶让。

7．关于无差别待遇。我国签订的所有税收协定都设有无差别待遇条款，规定缔约双方居民在相同条件下应享受相同的税收待遇。

第六节 国际逃税与 避税的防止

一、国际逃税、避税概述

关于两者的概念，向来就有分歧。一般说来，所谓国际逃税是指跨国纳税人利用国际税收管理和合作上的困难和漏洞，采取种种隐蔽的非法手段，以达到逃避有关国家税法或者税收协定所规定应该承担的纳税义务的行为。国际避税是指跨国纳税人利用各国税收法律规定上的差异，采取变更经营地点或者经营方式等种种公开的合法手段，以谋求最大限度地减轻国际纳税义务的行为。从性质上讲，逃税是非法的，是以诈欺的非法手段减轻税负；避税是以合法的手段来减轻税负，不具有欺诈性。

二、国际逃避税的主要方式

（一）纳税人从事国际逃税的主要手段

跨国纳税人进行国际逃税的手法多种多样，常见的有以下几种：

1. 不向税务机关报送纳税资料。主要是不向税务机关提交纳税申报单和匿报应税财产和收入。
2. 谎报所得和虚构扣除。
3. 伪造账册和收付凭证。

（二）纳税人进行国际避税的主要手段

纳税人在国际避税方面同样花样繁多，但经常采用的避税方式有两种：

1. 通过纳税主体的跨国移动进行国际避税。在自然人方面，纳税人往往采取移居国外或压缩在某一国的居住时间等方式，变更其税收居所，达到规避在某一国承担居民纳税人义务的目的。法人也可以通过选择或改变税收居所的方式进行避税。例如，法人可以通过事先选择在低税或免税的避税港注册登记的办法，达到规避在某个国家作为居民纳税人的目的。

2. 通过征税对象的跨国移动进行国际避税。这是纳税人最经常使用的方法。目前被各国政府密切关注的避税方式有以下两种：

（1）跨国联属企业通过转移定价和不合理分摊成本费用进行避税。

联属企业指在股权上存在一定关系的企业，包括总公司和分公司、母公司和子公司以及受同一公司控制的各个子公司和分公司。

关于“转移定价”。由于联属企业之间存在共同的股权和控制关系，彼此在进行交易时不按照一般市场价格进行，而是根据逃避有关国家税收的目的需要来确定有关交易的价格。这种基于逃避税收目的而确定价格的作法，称为“转移定价”。其表现是人为地提高或者压低交易价格，使利润从税负高的国家转移到低税的国家，从而达到减少纳税的目的。

不合理分摊成本和费用，是跨国企业内部总机构和各分支机构间常采用的一种逃避国际税收的手段。它是指跨国经营企业内部的总公司和国外的分公司之间，通过不合理地分摊有关成本和费用的方式，人为地增加某一机构的成本和费用开支，从而减少盈利数额，达到逃避该机构所在国国家税收的目的。

（2）跨国纳税人利用避税港进行国际避税。避税港是指那些对财产和所得不征税或按很低的税率征税的国家和地区。像巴哈马、香港、卢森堡、巴拿马等。

实现国际避税的主要形式是在避税港设立“基地公司”，然后将在避税

港境外的财产和所得汇集在基地公司的账户下，以此达到躲避国际税收的目的。所谓的基地公司是指那些在避税港设立而实际受外国股东控制的公司，这类公司的全部或主要的经营活动是在避税港境外进行的。跨国纳税人利用这种基地公司进行避税的具体做法有这样几种：利用基地公司虚构中转销售业务，实现利润跨国转移。以基地公司作为持股公司，将联属企业在各地的子公司的利润以股息形式汇到基地持股公司账下，以逃避母公司所在国对股息的征税。以基地公司为信托公司，将在避税港外的财产虚构为基地公司的信托财产，这样纳税人就可以把实际经营这些信托财产的所得，挂在基地信托公司名下，并逐步转移到避税港，取得免税或少纳税的好处。

三、国内法防止国际逃税与避税的措施

(一) 一般国内法律措施

1. 加强国际税务申报制度。目前，许多国家在税法上特别对跨国纳税人规定了申报国外税务的义务。

2. 强化会计审查制度。各国法律通常要求公司企业，特别是股份有限公司的税务报表，必须经过会计师的审核。

3. 实行评估所得征税制度。许多国家对那些由于不能提供准确的成本费用凭证，因而无法正确计算应税所得的纳税人，以及那些每年所得数额较少的纳税人，采取评估所得征税制度。这种制度从某种意义上讲，也是一种控制纳税人逃税和避税的办法。

(二) 特别国内法律措施

1. 防止联属企业利用转移定价和不合理分摊成本费用逃避税的法律措施。

(1)“独立竞争”原则。在这个问题上，许多国家实行“独立竞争”原则，对联属企业之间的收入费用进行合理的分配。“独立竞争”原则是指将联属企业的总机构与分支机构、母公司与子公司，以及分支机构或子公司相互间的关系，均当作独立竞争的企业之间的关系来处理。按照这一原则，联属企业各个经济实体之间的营业往来，都应按照公平的市场交易价格计算。如果有人为地抬价或压价等不符合这一原则的现象发生，有关国家的税务机关则可依据这种公平市场价格，重新调整其应得收入和应承担的费用。

(2)利润原则。除“独立竞争”原则外，有些学者还提出用“利润原则”来解决国际收入与费用的分配问题。依照“利润原则”在纳税年度终了时，应将跨国联属企业的各个实体的利润汇总，然后按某种合理的标准把总利润重新分配给各个实体，而各个实体的所在国就可按重新分配的利润征税。

2. 防止纳税人利用避税港逃税、避税的法律措施。各国采取的措施各具特色，举几例说明：(1)英国的特点是通过刑事法律制裁阻止基地公司的设立。(2)比利时的特点是用禁止非正常的利润转移来制止基地公司的设立。(3)美国的特点是通过取消延期纳税使基地公司在税收上无利可图。

四、国际法上防止国际逃税的措施

目前，各国之间通过条约或协定达成的防止国际逃税、避税的措施，主要有两方面的内容：

(一) 情报交换

经合组织《范本》和联合国《范本》，均规定了缔约国之间互相交换情报的一般原则。在国际税收协定实践中，各国普遍根据两《范本》中规定的原则，确立彼此间的税务情报交换制度。

(二) 在征税方面相互协助

协助的主要内容包括缔约国一方代表另一方执行某些征税行为。例如，代为送达纳税通知书，在纳税责任未确定前对有关纳税人及其财产代为实施某种管理保全措施等。

第十章 国际经济组织

第一节 国际经济组织概述

一、国际经济组织的概念和特征

国际经济组织是指两个或两个以上国家政府或民间团体为了实现共同的经济目标，通过缔结或加入国际条约或协定而成立的组织。国际经济组织最早出现于 19 世纪中叶，国际电信联盟、国际气象组织等是早期国际经济组织的代表。但是，国际经济组织的迅速发展和在国际事务中发挥突出作用还是在第二次世界大战以后，尤其是国际货币基金组织和世界银行集团的出现以及《关税与贸易总协定》的签订，使得国际经济组织在国际经济交往与发展中的作用更加为世界各国所瞩目。到目前为止，国际经济组织已出现在交通、运输、邮政、通讯、货物买卖等各个领域。

国际经济组织作为国际经济活动的参加者之一，具有如下特征：

1. 国际经济组织是国家与国家之间或民间团体之间的经济联合组织，不是凌驾于国家之上的组织；
2. 国际经济组织有明确的成立宗旨或目标；
3. 国际经济组织通过相互间缔结或加入国际条约或协议而成立；
4. 国际经济组织有各自的规范性文件，如章程、宪章、守则、示范法、决议、宣言、协定、通则等，以规范成员方之间的经济活动或提供指导；
5. 国际经济组织有各自的组织机构。

二、国际经济组织的分类

（一）按参加国际经济组织的成员方的不同，分为政府间国际经济组织和非政府间国际经济组织

政府间国际经济组织是指基于主权国家之间的经济条约或协定而成立的国际经济组织。狭义的国际经济组织就是指政府间的国际经济组织。政府间国际经济组织是国际经济组织中数量最大、活动最为频繁、影响最为广泛的组织，它通过其成员国政府对其所作的建议或决定予以考虑和实施，从而对国际经济的发展产生重要影响。目前，影响较大的政府间国际经济组织主要有：联合国系统的经济机构，如联合国经济及社会理事会、联合国贸易与发展会议、联合国粮食与农业组织、世界货币基金组织、世界银行集团等；七十七国集团；石油输出国组织等等。

非政府间国际经济组织又称民间国际经济组织，由各国的民间团体组成，在编纂商业活动惯例、贸易情报交流与收集等方面起到了重要作用。较有影响的非政府间国际经济组织主要有：国际商会、国际博览会联盟、国际批发贸易中心等。

（二）按参加范围，可分为世界性的国际经济组织和区域性的国际经济组织

世界性的国际经济组织是指参加者包括世界各洲或多数洲的国家或民间团体的国际经济组织，其特点是成员具有广泛性和代表性。世界性的国际经济组织主要有国际货币基金组织、世界银行集团、世界贸易组织、联合国贸易和发展会议等。

区域性的国际经济组织是指参加者局限于某一洲或某一地区的国家或民间团体的国际经济组织，其特点是通过参加国之间的联合实现其经济目的或

增强其经济实力。区域性的国际经济组织较有代表性的就是欧洲经济共同体，此外东南亚联盟、加勒比共同市场、北美自由贸易区、亚洲开发银行等也属于区域性国际经济组织。

（三）按商品结构，可分为各种根据某项特定商品的特点而建立的国际经济组织

此类国际经济组织也称专业性国际经济组织，参加者大多是某项特定商品的生产国或出口国。其特点是以协调各成员方的出口政策（包括出口数量和价格）、对商品的生产与销售作出统一安排为宗旨，维护成员方在有关商品的国际贸易中的共同经济利益。目前，几乎所有的原料和初级产品都有自己的国际经济组织，如石油输出国组织、国际小麦理事会、国际茶叶委员会、国际食糖组织、国际咖啡组织等。

三、国际经济组织的法律地位

国际经济组织的法律地位是指国际经济组织的法律人格，没有法律人格就不能成为国际经济活动的参加者，不能直接享有国际经济法上的权利以及承担国际经济法上的义务。

国际经济组织的法律地位由其成员方在其章程性文件中授予。多数国际经济组织都在其章程性文件中规定，该组织具有国际法律人格或法律人格，具有缔约或签约权、取得与处置财产权、进行法律诉讼权。有的还规定具有特权和豁免权。事实上，国际经济组织的法律地位已得到大多数国家，包括非成员国家的广泛承认，越来越多的国家或个人与国际经济组织进行经济往来，签订经济合同。

政府间国际经济组织尽管由主权国家组成，但是其法律地位及权力并不凌驾于主权国家之上，也不是“超国家”实体，其法律地位仍受其章程性文件约束。此外，政府间国际经济组织更不能等同于国家，它不具有国家主权，不拥有领土和居民。

第二节 国际货币基金组织

一、国际货币基金组织的成立与宗旨

国际货币基金组织与二次世界大战后相继建立的国际复兴开发银行（也称世界银行）、关税与贸易总协定（为世界贸易组织所取代）被世界各国誉为世界经济发展的三大经济支柱。由此可见，国际货币基金组织在当今世界经济交往中扮演重要角色。

第二次世界大战即将结束时，英、美、苏、法等 45 个国家为了力求稳定战后的国际货币金融秩序，防止发生类似一战后至二战前的国际金融特别是国际货币体系的混乱局面，于 1944 年 7 月 1 日趁参加筹组联合国会议之机，在美国新罕布什尔州的布雷顿森林举行了联合国货币与金融会议（即布雷顿森林会议），决定建立两个世界金融机构，即国际货币基金组织和世界银行（即国际复兴开发银行），并通过了《国际货币基金协定》和《国际复兴开发银行协定》。1945 年 12 月 27 日，经代表该基金初始份额 80% 的 29 国政府在美国华盛顿签署，国际货币基金组织与国际复兴开发银行宣告成立，总部均设在美国首都华盛顿，1947 年成为联合国专门机构。目前，国际货币基金组织与国际复兴开发银行成为世界上最大的政府间金融机构之一。1980 年，我国恢复了在上述两个组织的合法席位，并开始参加活动。

《国际货币基金协定》是国际货币基金组织的章程性文件，对该组织的宗旨、业务范围等作了具体规定。尽管基金组织成立以来，已对协定作过三次修改，但是其宗旨依然如初。根据 1976 年修改的《国际货币基金协定》第 1 条的规定，国际货币基金组织的宗旨是：(1) 通过设置一常设机构，便于国际货币问题的商讨与协定，以促进国际货币合作；(2) 便利国际贸易的扩大与平衡发展，以促进和维持高水平的就业和实际收入，以及所有会员国生产资源的发展，作为经济政策的首要目标；(3) 促进汇价的稳定，维护会员国间有秩序的外汇安排，并避免竞争性的外汇贬值；(4) 协助建立会员国间经常性交易的多边支付制度，并消除妨碍世界贸易发展的外汇管制；(5) 在充分保障下，以基金的资金暂时供给会员国，使有信心利用此机会调整其国际收支的不平衡，而不致采取有害于本国或国际繁荣的措施；(6) 缩短会员国国际收支不平衡的时间，并减轻其程度。

通过上述宗旨可以看出，基金组织成立的目的是通过规范成员国在金融政策方面的行为，实现稳定的货币金融体系。其职能一方面是制订和实施国际金融和货币事务中的行为准则，另一方面是向成员国提供资金融通。

二、国际货币基金组织会员国的一般义务

国际货币基金组织会员国的义务主要规定在协定的第 4 条和第 8 条之中。主要包括以下内容：

1. 努力以自己的经济和金融政策来达到促进有秩序的经济增长这个目标，即有合理的价格稳定，又适当照顾自身的境况；
2. 努力通过创造有秩序的基本经济和金融条件和不会产生反常混乱的货币制度去促进稳定；
3. 避免操纵汇率或国际货币制度来妨碍国际收支有效的调整或取得对其他会员国不公平的竞争优势；
4. 奉行与基金组织规定一致的外汇政策；

5. 会员国未经基金组织同意, 不得对国际收支的经常性交易的支付或清算加以限制;

6. 除经基金组织核准以外, 会员国不得实行外汇歧视和复汇率措施;

7. 任何会员国对其他会员国在经常性往来中积存的本国货币, 在对方为支付经常性往来而要求兑换时, 应用黄金或对方货币换回;

8. 各会员国应提供基金组织认为其进行活动所需的各种资料。

上述各项义务的核心就是要求成员国承担在汇兑安排方面的义务。但是, 到 1992 年 4 月, 只有 71 个国家接受了第 8 条规条的义务, 还有半数以上国家仍保留某种形式的汇兑限制。

三、国际货币基金组织的业务范围

基金组织的业务范围限于经会员国请求, 以该国货币向基金普通资金账户上的普通资金中购买特别提款权或其他会员国货币。如经请求, 基金组织可决定提供符合基金宗旨的金融和技术服务。也就是说基金组织的主要业务是向会员国政府发放中期贷款(3—5 年), 以弥补会员国经常项目的国际收支暂时失衡。但贷款发放时要求借款国按基金组织同意的方案调整其经济政策。

此外, 会员国必须按规定有条件使用普通资金, 不得使用基金普通资金作为大量或长期的资本输出之用。否则基金组织可以宣布该会员国无资格使用基金资金。但会员国为扩大出口或进行正常贸易, 金融业或其他业务使用基金普通资金作必需的合理数额资本交易, 以及会员国使用其自有资金作符合基金宗旨的资本转移不在此限。

国际货币基金组织的基金主要来源于各会员国的认缴份额, 认缴份额以特别提款权表示。份额的分配主要根据国内生产总值、贸易流量、国际储备等因素进行。此外, 基金组织也可以对外借款。特别提款权不仅是一种特殊的货币计值单位, 同时也是基金组织分配给会员国的一种使用资金的权利。会员国分配到一定数额的特别提款权后, 一方面可用于储备资产以备急需, 另一方面可用于归还基金组织的贷款或抵偿会员国间国际收支的差额, 但不能用于支付。从 1974 年开始, 特别提款权与黄金脱钩, 按“一揽子货币”定值, 现在的特别提款权以五种货币定值, 即美元、联邦德国马克、法国法郎、日元和英镑。

四、国际货币基金组织的法律地位及组织机构

国际货币基金组织在各会员国内有完整的法人权力, 有权签订契约、取得与处置动产与不动产、进行法律诉讼。基金组织的财产和资产不论何地、为何人所保管, 均享受任何形式司法程序的豁免, 免受搜查、征用、没收、征收及其他行政或立法行为上的任何形式的扣押、豁免一切捐税和关税。

基金组织设理事会、执行董事会、总裁和工作人员。理事会是最高权利机构, 由各会员国委派理事及副理事各 1 人组成。执行董事会负责日常工作, 由 20 人组成。基金组织实行加权表决制, 即每个会员国除拥有基本票之外, 每 10 万单位特别提款权份额增加一票, 份额越多增加票数越多。基金组织的决定由简单多数作出, 重要问题则更大多数(如 85%)或一致同意方可作出。由于美国的投票权超过总投票权的 15%, 因此在国际货币基金组织的重大决策中占有重要地位。

总之, 国际货币基金组织自成立以来, 对维持货币汇率的基本稳定以及解决各会员国国际收支失衡起到了重要作用。1997 年末发生了东南亚金融危

机后，国际货币基金组织先后向韩国、印度尼西亚等国提供了贷款，缓解了借款国的债务负担，同时也要求各贷款国按基金组织的要求改革国内制度。

第三节 世界银行集团

一、世界银行集团的组成

世界银行也称国际复兴开发银行,于1944年与国际货币基金组织一起筹建,并于1945年12月27日正式成立。其章程性文件是《国际复兴开发银行协定》。

1960年9月24日,国际开发协会正式成立。1956年7月24日,国际金融公司正式成立。虽然上述两个组织是一个独立的国际金融机构,但是,其会员国必须是世界银行的会员国,同时其组织机构、人员安排和管理系统等都附属于世界银行,有的机构由世界银行的相应人员兼任。因此,上述两个国际金融机构与世界银行共同构成世界银行集团。1980年5月我国恢复了在上述两个组织中的代表权。

二、世界银行集团的宗旨

世界银行的宗旨是:(1)对用于生产目的的投资提供便利,以协助会员国的复兴与开发,包括恢复受到战争破坏的经济,使战时生产过渡到平时生产,以及鼓励较不发达国家生产与资源的开发;(2)以保证或参加私人贷款和私人投资的方法,促进私人的对外投资。如私人资本不能在合理条件下获得,则在适当条件下运用银行本身的资本或其筹措所得资金及其他资源供给生产事业用来周转,以补私人投资之不足;(3)通过鼓励国际投资开发会员国的生产资源,以促进国际贸易的长期均衡发展,并维持国际收支的平衡,发展生产力,提高会员国的人民生活水平和改善劳动条件;(4)在处理银行本身提供的贷款或由银行担保的贷款上,应与其他方面的国际贷款配合,对于最急需的计划项目,不论其大小优先执行。从上述可以看出,世界银行侧重于向发展中国家提供贷款以协助其经济发展。特别是鼓励私人国际投资,并向借款国提供贷款保证。实践中,世界银行通常鼓励会员国首先在国际市场上向私人机构贷款,如不能成功则世界银行方可提供贷款,也就是说世界银行通常是其会员国的最后贷款机构。

根据《国际开发协会协定》,国际开发协会的宗旨是为了帮助世界上欠发达地区的协会会员国促进经济发展,提高生产力,从而提高生活水平,特别是以比通常贷款更为灵活地在国际收支方面负担较轻的条件提供资金,以解决它们在重要的发展方面的需要,从而进一步发展国际复兴开发银行的开发目标并补充其活动。根据这一宗旨,国际开发协会实际上是世界银行业务的补充机构。

根据《国际金融公司协定》,国际金融公司的宗旨是通过鼓励会员国,特别是欠发达地区会员国的生产性私营企业的增长,来促进经济发展,并以此补充国际复兴开发银行的各项活动。国际金融公司这一宗旨的确定是基于世界银行贷款大多针对国有企业或由政府担保的企业的事实,为鼓励私人投资,国际金融公司在向私人公司提供贷款时并不需要有政府担保。

三、会员国资格与机构设置、法律地位

世界银行会员国以国际货币基金组织会员国资格为前提,即只有首先加入国际货币基金组织方可加入世界银行。国际开发协会和国际金融公司的会员国资格则以取得世界银行会员国资格为先决条件。目前,世界银行的绝大多数会员国均已参加国际开发协会和国际金融公司。

世界银行设理事会、执行理事会以及相应职能部门。理事会为最高权力

机构，每年开会一次。执行理事会负责世界银行的全面工作，执行理事会决议。执行理事会采取加权投票制。国际开发协会和国际金融公司的组织结构与世界银行基本相同，但是，国际金融公司具有自己的行政机构和职员，有独立的办公地址。而不像国际开发协会那样，与世界银行在理事、执行理事、总裁、职员、办公地址方面完全相同。

世界银行与国际开发协会、国际金融公司同为法人组织，在司法程序、资产、档案、通讯、官员和雇员、税收等方面享有豁免或特权。

四、资金来源及业务

（一）资金来源

世界银行的资金来源于会员国认缴的股份、营业收入和在资本市场上的贷款。凡会员国均须认购世界银行的股份。其中认购的 20% 以现金缴纳，80% 以待缴股权方式缴纳。国际开发协会以及国际金融公司的资金也主要来源于会员国的认股、对外借款以及营业收入。

（二）业务

世界银行的业务主要包括以下：向会员国提供贷款；为会员国从其他渠道借款提供担保；向会员国提供咨询服务。近年来，世界银行的业务主要体现在向会员国提供贷款方面，而且贷款主要用于支持发展中国家的生产性项目。按世界银行的规定，除特殊情况外，世界银行所提供的贷款应用于指定的复兴或开发项目。各会员国应只由财政部、中央银行等类似财政机关与世界银行往来。通常情况下，世界银行向私人提供贷款一般通过当地金融公司进行。世界银行提供的贷款一般是中长期贷款，最长可达 20 年。而且，世界银行在决定提供贷款之前，对有关资料进行研究，并与贷款申请国就有关问题进行讨论或派出考察团进行考察，以确定资助项目，在资助项目初步确定后，开始与贷款申请国谈判贷款条件并将达成的协议交执行理事会批准。发放贷款后至贷款收回期间，世界银行有权定期检查贷款项目的情况。为使贷款得到充分利用并增加还款保证，世界银行往往也要求贷款国承诺按世界银行同意的方案调整其国内经济政策。

国际开发协会和国际金融公司的主要业务也是向会员国提供贷款。国际开发协会提供的贷款多是为期 50 年的低息或无息贷款，另加 10 年宽限期。其贷款考察目标与世界银行相同。根据《国际开发协会协定》第 5 条的规定：协会应提供资金给欠发达国家；协会提供的资金应用于协会认为符合优先发展之目的的具体项目；如果协会认为受款人可以合理条件从私人来源或从世界银行获得资金时，协会不应提供资助；贷款人申请贷款必须经一合格的委员会推荐；项目所在地的会员国反对时，协会不提供资助。

国际金融公司虽也以发放贷款为主要业务，但按《国际金融公司协定》第 3 条的规定，国际金融公司可以其资金对会员国领土上的生产性私营企业投资。同时还强调，公司对它所投资的私营生产企业不得承担经营管理责任。国际金融公司提供贷款或投资时按以下原则进行：公司不得对它认为能在合理条件下获得足够私人资本的地方进行资助；如果会员国反对则不应资助；公司可在任何适当时间将投资售给私人投资者，以使资金循环周转。由于国际金融公司将资金用于信贷或投资，经营方式灵活，因而发展也比较迅速。

第四节 世界贸易组织

一、世界贸易组织的产生与建立

世界贸易组织 (World Trade Organization, 缩写 WTO) 是根据关税与贸易总协定乌拉圭回合达成的《建立世界贸易组织协议》，于 1995 年 1 月 1 日成立的。到 1998 年 2 月 28 日止，已有 132 个成员方成为世界贸易组织的成员，还有 32 个国家和地区申请加入。

世界贸易组织的前身是关税与贸易总协定。早在第二次世界大战结束前，美国为了打破世界各国的贸易保护主义，着手策划并多次呼吁国际社会建立战后的自由贸易体制。第二次世界大战结束后，各国的贸易保护主义更为加强，严重阻碍了世界经济的发展。1946 年 2 月，在美国的提议下召开了联合国经济及社会理事会第一次会议，并通过了筹建世界贸易组织的决议。同年 10 月，筹备委员会讨论美国提出的国际贸易组织宪章草案并进行修改。1947 年 11 月，在哈瓦那举行的联合国贸易与就业会议上，审议并通过了国际贸易组织宪章（也称之为《哈瓦那国际贸易组织大宪章》），送交各国政府批准。但由于各国针对美国提交的国际贸易组织宪章草案提出了大量的修改，以致宪章中的很多规定不符合美国利益，所以美国未能批准该宪章。受美国影响，很多国家也未批准该宪章，使得该宪章因未能有必要数量的国家的批准而不能生效，国际贸易组织的成立也便从此化为泡影。

在筹建国际贸易组织的同时，在美国的倡议下，于 1947 年 4 月由 23 个国家在双边谈判的基础上签订了 100 多项双边减让关税协议，以解决当时进出口关税过多而严重干扰国际贸易的迫切问题。1947 年 10 月 30 日，上述 23 个国家中的 8 个国家签署了《关税与贸易总协定临时适用议定书》，并宣布从 1948 年 1 月 1 日起临时生效。待国际贸易组织成立后，以国际贸易组织宪章中的相关内容取代。由于国际贸易组织宪章未能生效，上述议定书（简称关贸总协定）一直处于临时适用状态，并在以后的国际经济交往中发挥了重要作用。然而，建立世界贸易组织一直都是世界各国努力的方向，直到关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判，建立世界贸易组织再次成为各国关心的议题之一。

关税与贸易总协定第八轮多边贸易谈判于 1986 年 9 月在乌拉圭埃斯特角城拉开帷幕（也称乌拉圭回合）。该回合先后有 125 个国家或地区参加，是关税与贸易总协定生效以来议题最多、范围最广、规模最大的一次回合，历经八年多时间。基于此，在乌拉圭回合结束前，各参加方就再次建立世界贸易组织问题达成了协议草案。1994 年 4 月 15 日，参加谈判的代表（包括中国代表）完成了对乌拉圭回合最后文本和建立世界贸易组织协议的签署，世界贸易组织从此取代了 1947 年的关税与贸易总协定。世界贸易组织成立 3 年来，推动并达成了全球金融自由化协议和全球信息技术自由化协议，开放了全球 90% 以上的金融市场和信息技术市场。

二、《建立世界贸易组织协议》

《建立世界贸易组织协议》于 1994 年 4 月 15 日在摩洛哥的马拉喀什签订。它是世界贸易组织的章程性文件，共有 15 条和一个附件及其附件目录构成。它对世界贸易组织的范围、职能、机构、地位、政策制定、预算与捐款、秘书处、与其他组织的关系、修改、原始成员方地位、新成员加入、接受、生效和保存、退出等事项作了详细规定。

（一）世界贸易组织的宗旨

根据《建立世界贸易组织协议》的规定，其宗旨如下：在发展贸易和经济关系方面应当按照提高生活水平、保证充分就业和大幅度稳步提高实际收入和有效需求、并扩大生产和商品交易以及服务；为持续发展的目的而扩大对世界资源的充分利用，寻求对环境的保护和维持，并根据各自需要和不同经济发展水平情况加强采取各种相应措施；确保发展中国家尤其是最不发达国家，能获得与其经济贸易额增长需要相适应的经济发展；有必要根据互惠和互利安排，切实降低关税和其他贸易壁垒，并在国际贸易关系上消除歧视性待遇，建立一个完整的、更具有活力的和永久性的多边贸易体系，巩固原来关税与贸易总协定以往为贸易自由化所作的努力和乌拉圭回合多边贸易谈判的所有成果。

（二）世界贸易组织的范围

世界贸易组织的法律文件由以下各部分构成：

1. 《建立世界贸易组织协议》以及附件 1、2 和 3。该部分法律文件对所有成员具有约束力。

附件 1：包括下列内容：附件 1A：货物贸易的多边协定：1994 年关税与贸易总协定、农产品协议、卫生与植物检疫措施申请协议、纺织品与服装协议、贸易技术壁垒协议、与贸易有关的投资措施协议、1994 年关税与贸易总协定第 6 条执行协议、1994 年关税与贸易总协定第 7 条执行协议、装运前检验协议、原产地规则协议、进口许可证程序协议、补贴与反补贴措施协议、保障措施协议；附件 1B：服务贸易协议及各附件；附件 1C：与贸易有关的知识产权协议。

附件 2：争议解决规则和程序谅解协议。

附件 3：贸易政策评审机制。

2. 附件 4。适用于接受若干单项贸易协议的成员并对其具有约束力，对未接受的成员方则不具有约束力。

附件 4 包括以下若干单项贸易协议：民用航空器贸易协议、政府采购协议、国际牛乳协议、牛肉协议。

（三）世界贸易组织的职能

1. 为《建立世界贸易组织协议》和若干单项贸易协议的执行、管理、运作和进一步为实现目标而提供方便，并对若干单项贸易协议的执行、管理和运作提供共同机构的框架。

2. 为各成员方的多边贸易关系谈判提供场所以及为部长级会议决定下的谈判结果的执行提供共同机构的框架。

3. 对争议解决规则和程序谅解协议的执行予以管理。

4. 对贸易政策评审机制予以管理。

5. 同国际货币基金组织和国际复兴开发银行及其附属机构进行适当合作。

（四）世界贸易组织的机构

世界贸易组织设部长级会议；常务理事会；货物贸易理事会、服务贸易理事会、与贸易有关的知识产权理事会；贸易与发展委员会、国际收支限制委员会、预算和财务及管理委员会；若干单项贸易下的工作组；秘书处。

部长级会议由所有参加方的代表组成，它有权对各多边贸易协议的事项作出决定。部长级会议每两年召开一次。

常务理事会由所有参加方代表组成，在适当时召开会议。负责在部长级会议休会期间执行部长级会议的各项职能以及《建立世界贸易组织协议》授予的职能。如争端解决职能、贸易政策评审职能。

货物贸易理事会、服务贸易理事会、与贸易有关的知识产权理事会在常务理事会的指导下进行工作，分别负责各相关协议的执行监督工作。上述理事会的成员从所有参加方代表中产生。

贸易与发展委员会、国际收支限制委员会、预算和财务及管理委员会在部长级会议下设立，从所有参加方代表中产生。分别负责世界贸易组织法律文件中所赋予的职责。

若干单项贸易下的工作组负责各单项贸易协议赋予的职责，并向常务理事会报告工作。

秘书处由总干事领导，总干事由部长级会议任命。总干事和秘书处根据部长级会议的规定履行职责。

（五）世界贸易组织的法律地位

世界贸易组织具有法人资格。各成员方应赋予：世界贸易组织享有执行其职能所必要的法律能力；世界贸易组织为履行其职能所必要的优惠和豁免权；世界贸易组织官员和各参加方代表应享有的其在执行世界贸易组织有关职能时所必要的特权和豁免权。

（六）世界贸易组织的决策制定

除另有规定外，如不能对某一议题达成一致，由参加方投票决定。在部长级会议和理事会会议上，多数票表决通过，并且每一参加方只有一票投票权。欧洲经济共同体投票时，其票数与欧共体参加世界贸易组织的成员方票数相同。

部长级会议和常务理事会对于建立世界贸易组织协议以及其他多边贸易协议有绝对的解释权，成员方 3/4 多数通过即可作出解释。

在例外情况下，经成员方 3/4 同意，部长级会议可以决定豁免某一协议成员方或参加方或任何单项贸易协议成员方的责任。

（七）世界贸易组织的成员方资格

世界贸易组织的成员方（也称参加方）分为原始成员和新成员。凡在《建立世界贸易组织协议》生效之日起，已是 1947 年关税与贸易总协定的缔约方和接受《建立世界贸易组织协议》和若干单项贸易协议的欧洲共同体，以及 1994 年关税与贸易总协定附表上列出减让及特别承诺者和在服务贸易协议附表上列出特别承诺者，都是世界贸易组织的原始成员方。对于联合国承认被列为最不发达国家，只要求按照其各自发展程序和其管理财政与贸易的需要，以及按其体系的能力作出承诺和减让者，也是世界贸易组织的原始成员方。

任何国家或在对外商务关系中保有完全自主权的单独关税区 和具有《建立世界贸易组织协议》和若干单项贸易协议所规定的其他条件的，都可以申请加入世界贸易组织。新成员加入由部长级会议作出决定，成员方的 2/3 多数通过即可作出准许加入的决定。

三、世界贸易组织的基本原则

世界贸易组织成立的宗旨之一就是建立一个完整的、更具有活力和永久的多边贸易体系，以巩固原来关税与贸易总协定、以往为贸易自由化所作的努力和乌拉圭回合多边贸易谈判的所有成果。所以，尽管世界贸易组织取代

了关税与贸易总协定，但是，并未改变关税与贸易总协定的宗旨与目标，而是更加坚持了关税与贸易总协定的各项原则，更加使贸易走向自由化。因此，关税与贸易总协定的基本原则也就是世界贸易组织的基本原则。这些基本原则主要包括以下几个：

（一）最惠国待遇原则

最惠国待遇是指缔约一方现在和将来给予任何第三方的优惠和豁免，也给予缔约对方。根据是否附加条件，可将最惠国待遇分为有条件的最惠国待遇和无条件的最惠国待遇。有条件的最惠国待遇是指缔约一方给予第三方的优惠必须由缔约另一方提供同样的补偿，才能享受这些待遇。无条件的最惠国待遇是指缔约一方给予第三方的优惠应该立即、无条件的、无补偿的、自动的适用于缔约方另一方。最惠国待遇原则的采用旨在消除缔约方在贸易、关税、航运、公民法律地位等方面的歧视，使各方平等地进行竞争。

1947年关税与贸易总协定第1条规定了货物贸易的多边的无条件的最惠国待遇原则，即一缔约方对来自或输往任何其他国家的可给予的利益、优惠、特权或豁免，应当立即无条件地给予来自或输往所有其他缔约方的相同产品。在世界贸易组织中，最惠国待遇原则还扩及到新的协议之中，如原产地规则协议、装船前检验协议、与贸易有关的投资措施协议、卫生与植物检疫措施申请协议、服务贸易协议、与贸易有关的知识产权协议。

最惠国待遇原则在实施中可以有所例外。根据1947年关税与贸易总协定，有如下列例外情况可不适用最惠国待遇原则：

1. 第20条：一般例外。如为保障人民、动植物的生命或健康所必需的措施；有关输出或输入黄金或白银的措施；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；国家为维护国内公共秩序而制订的限制规定与禁令等等。

2. 第21条：安全例外。该条规定：本协定不得解释为：（甲）要求任何缔约方提供其根据国家基本安全利益认为不能公布资料；（乙）阻止任何缔约方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：（1）裂变材料或提炼裂变材料的原料；（2）武器、弹药和军火的贸易或直接和间接提供军事机构用的其他物品或原料的贸易；（3）战时或国际关系中的其他紧急情况。（丙）阻止任何缔约方根据联合国宪章为维护国际和平与安全而采取行动。

3. 第24条：适用的领土范围、边境贸易、关税联盟和自由贸易区。根据该条规定，对于关税同盟或自由贸易区成员方之间相互给予的优惠，关税与贸易总协定的其他缔约方不能自动获得。缔约方之间相互给予的边境小额贸易优惠也不得自动给予其他缔约方。

4. 1979年11月28日在东京回合中通过的“授权条款”。该条款允许发展中国家之间相互给予优惠，发达国家对发展中国家给予优惠，而发达国家不能要求反向优惠。

除上述例外以外，1947年关税与贸易总协定第25条、第12条、第18条、第19条、第6条、第16条也规定了例外情形。世界贸易组织的其他协议中也规定了例外情况，如与贸易有关的知识产权协议、服务贸易协议。

（二）国民待遇原则

国民待遇原则是指在贸易条约或协定中，缔约国之间相互保证给予另一方的自然人（公民）、法人（企业）和商船在本国境内享有与本国自然人、

法人和商船同等的待遇。国民待遇与最惠国待遇一样，都是建立在非歧视原则基础之上，但与最惠国待遇不同的是，国民待遇要求在国产商品和进口商品之间待遇平等。而最惠国待遇则要求对不同出口国的商品给予平等待遇。

国民待遇在 1947 年关税与贸易总协定第 3 条第 8 款中予以规定，它只适用于从外国进口的商品，不涉及投资等。在 1979 年的东京回合中，对 1947 年的条款进行了修改，将国民待遇适用于政府采购行为。在世界贸易组织的其他协议中，国民待遇原则也被采纳，如服务贸易协议、与贸易有关的知识产权协议、与贸易有关的投资措施协议。

国民待遇原则的适用也有例外情况：

1. 1947 年关税与贸易总协定第 3 条第 8 款 (a) (b) 项和第 10 款。根据上述规定，国民待遇不适用于有关政府机构采购供政府公用、非商业转售或非用于生产供商业销售的物品的管理法令、条例或规定；不适用于为建立或维持有关电影的国内数量限制条例。

2. 世界贸易组织有关协定或协议规定的例外，如补贴与反补贴协议、与贸易有关的投资措施协议。

(三) 关税减让原则

关税减让原则主要是指进口关税减让。进口关税的高低直接影响一个国家出口量，尤其是高额关税在很大程度上排斥了他国商品的进口，因此，减低进口关税是真正实现贸易自由的重要手段和措施。关税减让原则是关税与贸易总协定自始就确立的基本原则，关税减让一直作为历届关税与贸易总协定谈判的重要议题，尤其是第一轮回合（1947 年）至第五轮回合（1967 年），关税减让都是谈判的唯一议题。经乌拉圭回合多边贸易谈判，各成员方的工业品的加权平均关税均呈下降趋势。发达国家整体的工业制成品的加权平均关税下降到 3.8%，发展中国家也有不同程度的下降，大部分降到 30% 左右。

关税减让主要通过公式减让和有选择的、逐项产品谈判两种方法。在互惠基础上达成一致并汇总制成关税减让表，通过最惠国原则，无条件的、自动的适用于全体缔约方。任何成员都不能随意将其关税税率提高到超过其减让表所载明的约束税率水平。

(四) 一般地取消数量限制原则

数量限制是指限制进口数额的措施，其表现形式多种多样，例如：配额制、进口许可证、自动出口约束等。数量限制是非关税壁垒中最常见的形式，对贸易自由化的影响不亚于关税，因此，关税与贸易总协定自始就规定了该原则。1947 年关税与贸易总协定第 11 条规定：任何缔约国除征收税捐或其他费用以外，不得设立或维持配额、进出口许可证或其他措施以限制或禁止其他缔约方领土的产品的输入、或向其他缔约方领土输出或销售出口产品。但是该原则也有例外，如：缔约方可以实施其农业计划、稳定农业市场为由对农、渔产品进口施以数量上的限制；缔约方为保障其对外金融地位、维持国际收支平衡，在短期内对进口实行必要的数量限制；发展中国家为进一步发展经济，加快某类特定工业的建设，提高人民生活水平，可采用政府援助形式的数量限制等。

世界贸易组织在实施一般地取消数量限制原则方面范围更为广泛。例如：纺织品与服装协议规定，逐步取消纺织品和服装贸易中的数量限制，最终实现纺织品与服装贸易的自由化。此外，服务贸易协议、原产地规则、装船前检验协议、反倾销、贸易技术壁垒、进口许可证程序、补贴与反补贴、

海关估价、政府采购等协议中也都规定了限制非关税壁垒措施的内容。

除上述基本原则之外，互惠原则、透明度原则、非歧视待遇原则也是世界贸易组织遵循的原则。

四、中国与世界贸易组织

中国于1986年7月提出申请恢复在关税与贸易总协定中的原始缔约方地位与资格，并开始了复关的谈判，到1995年1月1日世界贸易组织成立并取得关税与贸易总协定，中国的复关努力并未成功。到1996年，中国从复关谈判转变为加入世界贸易组织的谈判，到目前，谈判仍在进行之中。

中国加入世界贸易组织本着以下原则：以中国的发展中国家地位为前提，以乌拉圭回合协议为基础，承担与自己经济发展水平相适应的义务。中国加入世界贸易组织之后将从中享受如下权利：中国商品在所有世界贸易组织成员方中可以享有多边的、无条件的最惠国待遇、可以享有普遍优惠制待遇、可以通过世界贸易组织争端解决机构解决国际贸易纠纷。同时中国也将承担下列义务：降低进口关税至世界贸易组织要求的发展中国家水平、逐步取消若干非关税措施、取消被禁止的出口补贴、增加贸易政策透明度、开放服务贸易领域、扩大对知识产权的保护范围、放宽对引进外资的限制等。尽管有以上诸多义务，但加入世界贸易组织将为中国提供更多的贸易发展机会和条件，将大大提高中国的国民经济实力，所以加入世界贸易组织势在必行。

第十一章 政府管理贸易的法律制度

第一节 政府管理贸易的国内法律制度

一、各国对外贸易管理的一般性措施

对外贸易作为一个国家国民经济的重要组成部分，其政策目标和管理制度服从于这个国家的整体经济发展目标。为实现其经济目标，各国根据其国内经济发展水平，通过合法形式制定相应的对外贸易管理措施，建立其对外贸易管理制度。

各国所采取的对外贸易管理制度从不同角度可分为不同类型。按照实施目的，可分为鼓励出口制度、限制进口制度、改善贸易条件制度。从所采取的措施方面，可分为对外贸易管理的关税措施、非关税措施等。

(一) 关税措施

关税措施是指通过征收进出口关税而实现对外贸易管理的措施。它是对外贸易管理中最古老、使用最为普遍、效果最为直接的调控工具。由于高额进口关税常常成为各国限制他国产品进口，从而实现其贸易保护主义的有力手段，因此又将此种关税措施称为“关税壁垒”，意指高额关税措施像一堵墙一样阻挡他国产品进口到本国市场。

1. 关税的含义及作用。关税是指一国政府设置在关境的海关根据国家制定的海关法律法规，在货物进出本国关境时，对货物所有人课征的一种税收。一国政府对进出口货物征收关税是其行使国家主权的体现，其征税目的—是增加本国财政收入；二是保护本国民族工业的发展。但高关税则可能增加本国消费者负担，降低国民福利。

2. 海关税则。海关税则是一国海关法律法规的重要组成部分，是通过立法程序制定的对一切应税、免税和禁止进出口商品加以系统分类的一览表，内容包括：税则号、商品名称、征税标准、计税单位、税率等。

海关税则是海关征收关税的重要依据，目前世界上绝大多数国家都制定了本国的关税税则。为统一各国海关税则，海关合作理事会于1983年制定了一部多用途的国际贸易商品统一分类目录，即《协调商品分类目录及其编码制度》（简称《协调制度》），该制度于1988年1月1日起正式生效，并为绝大多数国家所采用。《协调制度》将应税商品分为21个大类，96章。每章之下列有主目和子目。主目按商品加工程度，从简单到复杂排列。子目则是在主目之下的进一步分类。

3. 关税的种类：

(1)从征税目的上分为财政关税和保护关税。财政关税是指以增加财政收入为主要目的而征收的关税。保护关税是指以保护本国民族工业为主要目的而征收的关税。

(2)从制定关税的独立性上，可分为自主关税和协定关税。自主关税又称固定关税，是指一国不受贸易条约或协定的约束，根据本国国情独立自主制定关税法规，并据以征收的关税。协定关税是指一国根据与他国签订的贸易协定或条约，在本国原有自主关税之外，另行制定一种关税税率，并据以征收的关税。协定关税税率低于自主关税。

(3)从征税对象上,可分为进口关税、出口关税和过境关税。进口关税是指一国海关对输入本国境内的商品征收的关税。一国政府除对进口商品征收正常的进口关税外,有些情况下还额外加征某种进口附加税,如,反倾销税、反补贴税。进口附加税是一种临时税种,当某种特定征税目的达到或情况有所缓和时,进口国将取消这种进口附加税。

出口关税是一国海关对本国输往境外的商品征收的关税。目前,绝大多数国家仅对少数出口商品征收出口关税。

过境关税是一国海关对通过该国关境输往他国的外国商品征收的一种关税,又称通过税。目前,大多数国家已不再征收过境关税。

4. 关税税率。关税税率是指海关税则中规定的对课征对象征税时计算税额的比率。对同一纳税商品规定两个以上税率的税则称为复式税则或多栏税则。例如,有些国家对同一商品规定了基本税率、协定税率、优惠税率和暂定税率,如日本。美国则规定了普通税率、最惠国税率和普遍优惠税率。上述税率中,基本税率或普通税率最高,多适用于未给予优惠待遇的国家。

5. 关税的征收方法:

(1)从量征税。从量征税是指海关以课征对象的重量、长度、件数、面积、体积、容积等计量单位作为征收标准,以每一计量单位应纳税金额作为税率进行征税。从量税适合于质量均衡,难以把握完税价格或价格易波动的商品。

(2)从价征税。从价征税是指以进出口商品的价格为标准征收关税。其税率表现为货物价格的百分率。从价征税对纳税者较为合理。完税价格是从价征税的关键。完税价格是指海关据以计算进出口货物的关税税额的价格。从各国征收进口关税的实践看,主要采用以下价格作为完税价格: 进口商品到岸价格; 出口地的离岸价格; 输入国官定价格; 输出国国内市场价格; 输入国批发市场价格; 输入国输入货物的出售价格; 构成价格。其中,到岸价格最为常用。

(3)混合征税。混合征税是指海关对同一进出口货物同时征收从价税和从量税,并以其中一种税为主的征税方法,又称复合关税或双重关税。美国以混合征税为主。

(4)选择征税。选择征税是指海关对同一进出口货物既规定从价征税又规定从量征税,海关从中选择税额较多的一种方法计征关税。

6. 关税的减免和退补。关税的减免和退补是指海关根据海关法规对部分商品减征或免征关税,或对误征、溢征的税款予以退还,对少征或漏征的商品予以补征关税的制度。关税减免的目的旨在促进国内短缺商品的进口,吸引国外投资或扩大出口创汇。

7. 保税制度。保税制度是指一国海关对存入特定地区的货物或限定的运输工具存放的货物、原材料、加工生产并出口的成品,免征关税的制度。一般情况下,各国规定的保税区域有以下几种:(1)保税工厂:保税工厂是指经海关批准专为生产出口商品而进口保税货物并进行加工的工厂。(2)保税仓库:指经海关批准并登记注册、在海关监管之下专门存放保税货物的仓库。(3)保税货车或保税集装箱:指装运保税货物的载货车或集装箱,经向海关申请并由海关核准后,即成为保税货车或保税集装箱,由海关施加关封。(4)自由港:指全部或绝大部分外国商品可以免征关税进出口的港口,又称自由口岸。对全部外国商品免征关税的港口为完全自由港,对部分外国商品免征关税的港口为有限自由港。(5)出口加工区:指由海关划定的专营出口加工工

业的地区。在加工区加工的进口商品免征关税。(6)自由贸易区：指一国海关划在关境之外的对符合规定的外国进口商品免征关税的地区。进入该地区的商品可以储存、分级、加工、制造或销售。

8. 关税同盟。关税同盟是指两个或两个以上国家缔结双边或多边协定，取消各自国家的关境，建立统一的对外关境，对内相互免征进口关税，对外实行统一的关税制度的联盟。建立关税同盟的目的在于发展关税同盟各成员之间的贸易，限制非成员商品的进口。

(二) 非关税措施

非关税措施是指关税措施以外的对外贸易管理手段。由于在进口方面，一些国家往往将非关税措施作为限制他国商品进口的手段，所以又称之为“非关税壁垒”。非关税措施相对关税措施而言，具有灵活性、间接性（也称隐蔽性）、针对性、歧视性等特点，不恰当地运用非关税措施对国际贸易同样会产生严重危害。随着关税措施的更加严格限制，采用非关税措施以达到贸易保护目的的国家越来越多，据统计，进入80年代以来，各种名目繁多的非关税壁垒措施多达千种。此外，各国还通过反倾销、反补贴、反不正当竞争以及知识产权立法等对国际贸易中的不公平做法加以管理和控制。各国普遍采用的非关税措施主要有以下几种：

1. 进出口许可证制度。进出口许可证制度是指一国政府规定某些进出口商品必须领取进出口许可证后方能进口或出口的制度。进出口许可证制度属于从进出口数量上限制进出口商品进出口的措施之一。根据实施进出口许可证制度的国家的规定，必须申领进出口许可证的进出口商品目录表通常由一国政府主管部门事先公布。进出口许可证在一定期限内有效，有效期满则应重新申领进出口许可证。进出口许可证通常载明以下内容：进出口商品名称、数量或重量、价值、供货国别或地区、商品进出口地点、许可证有效期等。

进出口许可证从不同角度分为以下几类：

(1) 有定额的进出口许可证和无定额的进出口许可证。有定额的进出口许可证是指由国家主管部门事先规定有关商品的进出口配额，并在配额限度内根据进出口商的申请，对每种进出口商品向进出口商发放一定数量的进出口许可证，一旦进出口配额用完，不再发放许可证。无定额的进出口许可证则与进出口配额没有任何联系，发证机关只在个别考虑的基础上发放许可证，没有公开标准，缺乏透明性。

(2) 公开一般许可证和特别许可证。公开一般许可证是指进出口商提出申请后，主管机关即予以批准并签发的许可证。又称之为自动许可证。特别许可证是指进出口商提出申请后，必须经主管机关逐级审批方可发放的许可证。又称为非自动许可证。有时，一些国家将特别许可证与无定额的进出口许可证结合起来使用，使进出口许可证制度更具保护性。

2. 进出口配额制。进出口配额制是指一国政府在一定时期内对某些进出口商品的进出口数量或金额规定一个最高限额的制度。限额内的商品可以进出口，超过限额的，不准进出口或征收较高关税或罚款。

(1) 进口配额制。各国制定的进口配额有多种形式，其中主要有以下几种：

绝对配额：指一国政府在一定时期内，对某些商品的进口数量或金额规

主动配额：指出口国根据国际市场容量和某种情况而对某些商品的出口规定的限额。

定一个最高限额，达到这一限额后便不准进口。通常情况下，各国规定1年内或2年、3年内的进口商品限额。绝对配额可分为全球绝对配额和国别绝对配额。前者是指对来自全球的商品一律适用绝对配额，即对配额的分配不分国别或地区，而是采取先来先得的原则，直到总的配额用完为止。后者是指在总配额内按国别或地区分别规定不等的配额，各出口国不能超配额出口，否则进口国将禁止进口。由于国别配额往往基于歧视某些国家或地区而设定，有时称之为歧视性配额。

关税配额：指进口国对进口商品在一定时期内总的数额或金额不加限制，而是规定一个数量界限，在规定的数量界限以内的进口商品给予减免税优惠，超过数量界限部分则征收高额关税或予以罚款，这个数量界限即为关税配额。关税配额按进口商品来源也分为全球性关税配额和国别性关税配额。前者是对从全世界各国进口的商品规定一个数量界限，不超过这一界限进口则减免关税，超过则征收高额关税或罚款。后者是指针对某些国家或某个国家规定不同的进口数量界限，在界限内出口则减免关税，否则征收高额关税或罚款。

(2)出口配额。出口配额分以下两种形式：口数额，超过规定数额则禁止对该进口国出口。自动出口配额分为单方面无协定的自动出口配额以及协定自动出口配额。前者是指出口国单方面自行规定出口配额，限制商品出口。后者是指由进口国与出口国通过谈判签订自限协定或有秩序出口协定，在协定有效期内规定某些商品对进口国的出口配额，出口国依此配额自动限制有关商品的出口，进口国根据海关统计予以监督检查。

3. 外汇管理制度。外汇管理制度是指一国政府指定或授权某一政府部门制定法规，对本国境内的本国及外国机关、企业、团体和个人的外汇收付、买卖、借贷、转移以及本国货币的汇价和外汇市场等实施的管理制度。各国外汇管理主要包括以下内容：

(1)对贸易外汇的管理。贸易外汇是指进出口外汇，它是一国国际收支的最大项目。有些国家对贸易外汇不规定任何管制，而有些国家则实行较严格管制，要求出口收汇必须全部或部分按规定汇率售给指定银行，当进口用汇时必须经有关部门批准方可使用。

(2)对汇率的管理。汇率是一国货币与另一国货币的兑换比率，也称汇价。各国对汇率的管制分直接管制和间接管制。直接管制指一国通过立法形式规定外汇收支按官方公布的汇率进行结汇。间接管制是指一国政府通过立法之外的其他手段间接影响汇率的管制办法。发展中国家多采用直接管制方法，而发达国家则多采用间接管制方法。

(3)对资本外汇的管理。资本外汇主要指投资所涉及的外汇，各国特别是发展中国家，对资本外汇的管理较为严格，多需政府主管部门批准方可对外投资或引进外资。

4. 进出口商品检验制度。进出口商品检验制度是指从事进出口商品检验的机构，依照有关规定对进出口商品的品质、数量、包装等进行分析 and 测定并出具检验证书的制度。纵观各国检验机构，有官方检验机构、民间检验机构。在检验商品范围上，大部分国家对部分进出口商品实施法定检验，对检

被动配额：也称自动出口配额，指出口国或地区在进口国要求和压力下，在一定时期内自动限制本国的某些商品对该进口国的出

验不合格的进出口商品不予进口或出口。70年代以来，一些国家将进出口商品检验作为鼓励出口、限制进口的手段，不仅商检内容日益复杂，检验标准也越来越严格和苛刻。

5. 政府采购制度。政府采购制度是指一国政府规定在政府机构采购时，应优先购买本国产品，从而限制外国商品进口的制度。英国、美国、日本都有类似规定。

6. 进口最低限价制度。进口最低限价制度是指一国政府规定某种进口商品的最低价格，如进口商品低于规定价格进口，则征收进口附加税或禁止进口，以消除进口商品在进口国市场上的价格优势。

7. 进口押金制度。进口押金制度是指政府要求进口商在进口商品时，应预先按进口金额的一定比例，在指定银行无息存放一笔现金。该制度的目的是增加进口商在资金上的负担，以减少进口。

二、中国对外贸易管理制度

（一）中国对外贸易管理制度的含义及其立法

中国对外贸易管理制度是指国家通过制定法律、法规，对货物进出口、技术进出口和国际服务贸易进行管理的制度。

中国从建国初就实行对外贸易法律管制。由于当时的国内和国际环境，中国对外经济交往范围很小，对外贸易方面主要以《中国人民政治协商会议共同纲领》和《中华人民共和国宪法》为基础，制定了《对外贸易管理暂行条例》、《进出口贸易许可证制度实施办法》等法规。1979年对外开放以后，中国对外贸易迅速发展，但也主要通过一些条例或规定对之进行管理。为完善对外贸易法律制度，从1983年起，有关部门即开始拟定《中华人民共和国对外贸易法》，1994年5月12日，第八届全国人大常委会第七次会议通过了这部法律，并于1994年7月1日起生效。《对外贸易法》的颁布，对于正在蓬勃发展的中国对外贸易是一件具有划时代意义的大事，它不仅为今后对外贸易法规的制定以及对外贸易的经营与管理提供了必要的法律依据，而且有利于建立公平、自由的对外贸易机制。

除《对外贸易法》之外，我国还颁布了大量的对外贸易管理方面的法规、单行条例等，这些法律规范与《对外贸易法》共同构成了我国对外贸易管理法律制度的完整法律体系。

（二）《对外贸易法》的主要内容

《对外贸易法》作为调整对外贸易关系的基本法，对我国对外贸易关系的法律调整作了原则性的规定，但它对于我国外贸体制改革以及制定对外贸易方面的法规具有重要的指导意义。

《对外贸易法》共有8章44条，主要规定了总则、对外贸易经营者、货物进出口与技术进出口、国际服务贸易、对外贸易秩序、对外贸易促进、法律责任以及附则。

1. 适用范围。《对外贸易法》的总则和附则规定了该法的适用范围。《对外贸易法》所调整的对外贸易关系包括货物进出口关系、技术进出口关系以及国际服务贸易关系，也就是说，《对外贸易法》适用于货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。而对于边境城镇与接壤国家边境城镇之间的贸易以及边民互市贸易则规定国家可以采取灵活措施，给予优惠和便利。从这一规定而言，边境贸易排除在《对外贸易法》的适用范围之外。为进一步规范边境贸易，我国于1996年1月3日发布了《国务院关于边境贸易有关问题的通

知》，1996年3月29日又发布了《边民互市贸易管理办法》、《边境小额贸易和边境地区对外经济技术合作管理办法》，1997年1月23日发布了《边境贸易外汇管理暂行办法》。

中华人民共和国的单独关税区也不适用《对外贸易法》。单独关税区是指一个国家之中的某一部分在贸易上保持单独税率或特别贸易规范的领土。

《对外贸易法》之所以将单独关税区排除在外，主要是考虑到我国香港、澳门已先于中央政府加入《关税与贸易总协定》，成为单独关税区，实行与国内不同的贸易政策。

2. 我国对外贸易管理机构。对外贸易经济合作部（简称外经贸部）依照《对外贸易法》主管全国对外贸易管理工作。它主要负责在国务院授权下，根据我国经济和社会发展战略，研究和贯彻对外贸易方针、政策，对全国的对外贸易实行宏观控制和经济调节，完善对外贸易立法，保证对外贸易的顺利发展。为加强对外经济贸易的行政管理，做好出口商品协调工作，推动和促进进出口企业实行以口岸为中心的按行业联合经营，恢复和加强口岸与内地传统的经济联系，克服在对外经济贸易工作中的某些混乱现象，我国于1983年开始在各大主要口岸建立了特派员办事处，作为经贸部的派出机构，主要负责口岸与内地的经贸协调。同时，我国还在我驻外使馆设立商务处，商务处也是外经贸部的派出机构，主要负责了解驻在国的经济贸易情况和有关政策法规、商品市场情况，研究扩大两国间贸易的范围、方式和途径，及时向国内有关单位提供有关经贸信息，做好咨询服务工作。

各省、自治区、直辖市、计划单列市对外贸易经济合作委员会（厅、局）是外经贸部授权负责管理本地区外经贸事务的地方外经贸行政管理机关，受外经贸部和同级人民政府的双重领导。

3. 《对外贸易法》的基本原则。《对外贸易法》的基本原则是对外贸易法主体的基本行为规则和指导，是制定其他对外贸易法律规范的基础。

(1) 国家实行统一的对外贸易制度原则。统一的对外贸易制度是指对外贸易领导权和管理权由国家统一行使，即由国家制定统一的对外贸易方针、政策和法律，设立专门的对外贸易管理机构，采取各种管理措施，对全国对外贸易发展进行指导、控制和调节，但主要偏重于宏观管理。

(2) 维护公平、自由的对外贸易秩序原则。该原则要求对外贸易经营者必须依照国家法律规定，与其他对外贸易经营者公平合理地竞争，形成稳定而公平的对外贸易秩序，促进对外贸易的发展，一切不公平竞争的行为都应禁止。

(3) 保障对外贸易经营者经营自主权原则。经营自主权是现代企业制度的核心，只有拥有经营自主权才能实现贸易自由化，才能调动对外贸易经营者的自主性与积极性。

(4) 国家鼓励发展对外贸易的原则。鼓励发展对外贸易既是发达国家的政策，也是发展中国家的重要政策。只有鼓励发展对外贸易，才能带动国内经济的发展与提高。

(5) 平等互利原则。平等互利原则是指国家不论大小贫富、政治与经济制度如何，在对外贸易中都应处于平等地位，不应以强凌弱，应有益双方利益。

(6) 最惠国待遇与国民待遇原则。最惠国待遇是指一国给予外国或外国国民的待遇，不低于或不少于现在或将来给予任何第三国或第三国国民的待遇。国民待遇是指一国给予在本国境内的外国国民的待遇和给予本国国民的

待遇相同。最惠国待遇和国民待遇是实现平等互利的重要措施。我国在对外贸易方面根据所缔结的或参加的国际条约、协定，给予其他缔约方、参加方或根据互惠、对等原则给予对方国民待遇或最惠国待遇。

(7)对等原则。《对外贸易法》第7条规定，任何国家或地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或其他类似措施的，中国可以根据实际情况对该国家或该地区采取相应的措施。

4. 对外贸易经营者制度。对外贸易经营者是指依法从事对外贸易经营活动的法人和其他组织。从事货物进出口与技术进出口的对外贸易经营者必须具备下列条件并经外经贸主管部门许可：(1)有自己的名称和组织机构；(2)有明确的对外贸易经营范围；(3)具有其经营的对外贸易业务所必需的场所、资金和专业人员；(4)委托他人办理进出口业务达到规定的实绩或具有必需的进出口货源；(5)法律、行政法规规定的其他条件。根据上述规定，并不是所有经济组织和个人都可以从事对外贸易活动，只有得到许可方可进行。根据国际惯例，我国的外贸许可制将过渡到登记制。但需要注意的是，外商投资企业进口企业自用的非生产物品、生产所需的设备及原材料和其他物资、出口其生产的产品，免予办理许可。

没有对外贸易经营许可的组织和个人，可以在国内委托对外贸易经营者在其经营范围内代为办理其对外贸易业务。委托方与被委托方应签订委托合同。

5. 货物进出口、技术进出口及国际服务贸易。《对外贸易法》规定准许货物与技术的自由进出口，但是还规定了限制货物或技术进出口的情形以及禁止货物与技术进出口的情形。对限制进出口的货物实行配额或者许可证管理；对限制进口或出口的技术，实行许可证管理。

对于国际服务贸易，一方面规定国家促进国际服务贸易的逐步发展，同时又规定国家基于某些情况可以限制或禁止国际服务贸易。对于我国在国际服务贸易方面已缔结或参加的国际条约或协定，并作出的承诺，则依所作承诺给予其他缔约方、参加方市场准入和国民待遇。

6. 对外贸易秩序。对外贸易秩序是指对外贸易经营者在对外贸易活动中，公平、自由竞争和交往的秩序。为实现这一秩序，《对外贸易法》作出如下规定：

(1)对外贸易经营者在对外贸易经营活动中，不得有下列行为： 伪造、变造或买卖进出口原产地证明、进出口许可证； 侵害中国法律保护的知识产权； 以不正当竞争手段排挤竞争对手； 骗取国家的出口退税； 违反法律、行政法规规定的其他行为。

(2)对外贸易经营者在对外贸易经营活动中，应当依照国家有关规定结汇和用汇。

(3)因进口产品数量增加，使国内相同产品或与其直接竞争的产品的生产者受到严重损害或严重损害的威胁时，国家可以采取必要的保障措施，消除或减轻这种损害或损害的威胁。

(4)产品以低于正常价值的方式进口，并由此对国内已建立的相关产业造成实质损害或产生实质损害的威胁，或对国内建立相关产业造成实质阻碍时，国家可以采取必要措施，消除或减轻这种损害或损害的威胁或阻碍。

(5)进口的产品直接或间接地接受出口国给予的任何形式的补贴，并由此对国内已建立的相关产业造成实质损害或产生实质损害的威胁，或对国内建

立相关产业造成实质阻碍时，国家可以采取必要措施，消除或减轻这种损害或损害的威胁或阻碍。

7. 对外贸易促进。对外贸易促进是指国家为促进对外贸易发展而采取的各种促进方式和措施。我国对外贸易促进措施包括：

(1)根据对外贸易发展需要，建立和完善对外贸易服务的金融机构，设立对外贸易发展基金、风险基金。

(2)采取进出口信贷、出口退税及其他对外贸易促进措施，发展对外贸易。

(3)对外贸易经营者可以依法成立和参加进出口商会。

(4)成立中国国际贸易促进组织，开展对外联系，举办展览，提供信息、咨询服务和其他对外贸易促进活动方面的服务。

(5)扶持和促进民族自治地方和经济不发达地区发展对外贸易。

8. 法律责任。《对外贸易法》第七章对违反其法律规定的行为（如走私、伪造或变造原产地证明及进出口许可证等），视行为性质及后果的不同，分别规定了应承担的行政责任和刑事责任。

（三）我国对外贸易管理措施

根据我国《对外贸易法》以及有关法律、法规的规定，我国对外贸易管理措施主要包括以下方面：

1. 对外贸易经营者许可措施。在我国，并不是所有经济组织都可从事对外贸易活动，只有具备对外贸易经营者资格的经济组织（包括法人和其他组织）方可从事对外贸易活动。个人也不能从事对外贸易活动。目前，对外贸易经营者主要有以下几种：(1)隶属于外经贸部和各省、自治区、直辖市的专业外贸进出口公司。(2)外商投资企业。(3)有权自营进出口的生产企业。(4)对外经营科技产品的科研院所和大专院校。(5)商业、物资企业。(6)连锁经营企业。(7)从事国际工程承包和劳务合作的国际合作公司。(8)供销合作社。(9)私营企业。

没有对外贸易经营者资格的单位和个人可以委托有外贸经营权的经营者在其经营范围内代理进口或出口。我国于1984年开始推行外贸代理制，并于1991年8月29日颁布了《关于对外贸易代理制的暂行规定》，对委托人和被委托人的权利义务作了详细规定。该暂行规定将代理分为两种情况，分别适用不同的法规。如代理人（即被委托人）以被代理人（即委托人）名义对外签订合同，双方权利义务适用《中华人民共和国民法通则》有关规定；如代理人以自己名义对外签订合同，双方权利义务适用该暂行规定。

由于对外贸易许可制在一定程度上妨碍了贸易自由，我国已对外承诺，在成为世界贸易组织后5年内实行外贸经营依法登记制。1997年1月22日，外经贸部颁发了《经济特区生产企业自营进出口权自动登记暂行办法》，为过渡到外贸经营登记制奠定了基础。

2. 进出口商品经营管理措施。进出口商品经营管理制度是指国家通过制定法律、法规，对进出口商品的经营范围等进行管理的制度。在这方面，外经贸部分别于1992年12月29日、1994年7月19日颁布了《出口商品管理暂行办法》以及《进口商品经营管理暂行办法》。

在进口商品经营管理方面，实施如下经营管理制度：(1)国家对进口商品实行目录管理。即目录以内商品核定公司经营，目录以外商品各类有外贸经营权企业都可经营。(2)一般商品进口配额管理。(3)特定商品进口自动登记

管理。(4)机电产品实行配额和准配额管理。(5)外商投资企业进口管理。

出口商品经营管理方面，实施如下管理：(1)对出口商品实行配额和许可证管理。(2)计划配额中的16种商品由国家组织统一联合经营。(3)出口商品的海关审价管理。(4)出口商品的原产地管理。

3. 进出口商品许可证措施。我国现行的进出口许可证管理法规分别是1984年1月10日颁布的《中华人民共和国进出口货物许可制度暂行条例》、1984年5月15日对外经济贸易部与海关总署发布的《中华人民共和国进出口货物许可证制度暂行条例实施细则》以及其后陆续颁布的相关法规。我国对进出口货物或商品实行分级发证制度，外经贸部统一签发进出口货物许可证，各省、自治区、直辖市、计划单列市外经贸委（厅、局）在外经贸部授权下签发本地区所属各部门的部分进出口商品许可证。外经贸部驻主要口岸的特派员办事处代表外经贸部签发在其联系地区内有关部门的部分进出口货物许可证。

国家对部分进出口商品实行许可证管理，外经贸部发布需领取进出口许可证商品目录及发证机关，并适时调整。由于对过多的进口商品实施许可证管理不符合关贸总协定关于一般性取消数量限制的原则，因此，中国已在1992年1月8日正式对外宣布，逐渐减少或取消大部分进口商品的进口许可证要求，仅保留对一小部分特别需要保护的幼稚工业产品的许可证管理。

4. 进出口商品的配额管理措施。我国仅对部分进出口商品采取配额管理措施。对出口商品，我国主要采取以下管理：(1)计划配额管理。(2)主动配额管理。(3)被动配额管理。配额的分配基本上采取有偿招标方式。对进口商品，实行16种一般商品以及15种机电产品的进口配额管理。

5. 进出口商品的海关监管措施。海关监管进出口商品主要分为以下环节的监管：报关、查验、征税和放行。进口货物自进境起到办结海关手续时止，出口货物自向海关申报起到出境止，过境、转运和通运货物自进境起到出境止，应当接受海关监管。未经海关许可，任何单位和个人不得开拆、提取、交付、发运、调换、改装、抵押、转让或更换标记。在海关监管过程中，报关是进出口货物接受监管的前提条件。进口货物收货人及出口货物发货人在进口或出口货物进出境的一段时间内均应办理报关手续，提交报关单及有关单证。征收关税是海关的一项重要职责。我国于1987年颁布了《海关法》，1992年颁布了《进出口关税条例》。根据上述法规及相关规定，我国进口关税税率分为普通税率和优惠税率，即实行两栏税率。对原产于与我国未订有关税互惠协议的国家或地区的进口货物，按普通税率征税；对原产于与我国订有关税互惠协议的国家或地区的进口货物，按优惠税率征税。在出口税率方面则只规定了一种税率，即采取一栏税率。

我国对进出口货物大部分从价计征，但从1997年7月1日起，对啤酒、原油和部分感光胶片试行从量征税，对录像机、摄像机试行复合征税。在完税价格方面，进口货物以到岸价格为准；出口货物以离岸价格扣除出口关税后的价格为准。

6. 进出口商品的外汇管理措施。从1994年1月1日起，我国实行新的外汇管理体制，1996年1月29日颁布，1997年1月14日修订的《中华人民共和国外汇管理条例》，标志着我国外汇管理制度进一步完善。新的外汇管理条例对经常项目外汇、资本项目外汇、金融机构外汇业务、人民币汇率和外汇市场作了明确规定。在贸易外汇方面，中资企业经常项目下外汇收入必

须售给外汇指定银行。但是，从 1997 年 10 月 15 日起，逐步允许符合一定条件的中资企业开立外汇账户，保留一定限额外汇收入。在进口付款和用汇方面，用汇企业持进口合同到指定外汇银行购汇。外商投资企业经常项目下的用汇和国内企业一样，可到外汇指定银行购汇。

7. 进出口商品检验措施。根据 1989 年 2 月 21 日颁布的《中华人民共和国进出口商品检验法》及 1992 年 10 月 23 日颁布的《中华人民共和国进出口商品检验法实施条例》及相关法规的规定，中华人民共和国进出口商品检验局主管全国进出口商品检验工作，各省、自治区、直辖市以及进出口商品口岸、集散地的进出口检验局及其分支机构管理所辖地区的进出口商品检验工作。此外，我国还设立了负责对特定商品进行检验的特殊性检验机构以及专门接受国外委托的各项检验和公证鉴定业务的中国进出口商品检验总公司及其分公司。

我国只对部分进出口商品实施强制性检验，即法定检验。对法定检验进出口商品在进出口时必须向所在地商检机构报验，非经商检机构检验或检验不合格，不准进出口。进出口商品检验证书是商检机构出具的证明进出口商品品质、数量、重量、包装、安全与卫生等状况的文件，它是海关报关的必须文件、交接货物的依据、征收关税的依据和凭证、议付货款的依据以及对外索赔的依据。

8. 反倾销和反补贴措施。我国于 1997 年 3 月 25 日发布并实施了《中华人民共和国反倾销和反补贴条例》。根据该条例，进口产品的出口价格低于其正常价值的，为倾销。当初步裁定倾销成立，并由此对国内已经建立的相关产业造成实质损害或产生实质损害的威胁，或对国内建立相关产业造成实质阻碍时，可以征收临时反倾销税。如最终裁定倾销存在并由此对国内产业造成损害，则征收反倾销税。征收反倾销税的期限为 5 年。

进口产品的相同或类似产品的国内生产者或有关组织为反倾销调查的申请人。受理反倾销调查申请的机构为外经贸部。外经贸部经商国家经济贸易委员会后公告立案或不立案调查的决定。立案后，外经贸部会同海关总署对于倾销幅度进行调查；国家经贸委会同有关部门对损害及损害程度予以调查。外经贸部与国家经贸委分别作出初步裁定，并由外经贸部公告。之后则进行进一步调查，再由上述机关分别作出最后裁定，由外经贸部公告。我国反倾销调查期限，自立案调查决定公告之日起至最终裁定公告之日止为 12 个月，特殊情况下可延长至 18 个月。

补贴是指外国政府或公共机构直接或间接地向产业、企业提供的财政资助或者利益。进口产品存在仅用于工业研究和开发、扶持落后地区、环境保护等补贴的，不属于反补贴的范围。我国有关反补贴的调查、反补贴措施的实施以及补贴和损害的认定适用于反倾销的相关规定。

第二节 政府管理贸易的 国际法律制度

如第一节所述，世界各国为发展本国对外贸易，都各自实施了对外贸易管理制度。有的国家实行贸易自由制度，有的国家实行保护主义贸易制度。特别是保护主义贸易制度对世界贸易的良性发展产生严重阻碍。为建立世界性的自由贸易体制，早在 1947 年 10 月 30 日，以美国为首的 23 个国家就签署了《关税与贸易总协定临时适用议定书》，并于 1948 年 1 月 1 日起临时生效。关税与贸易总协定临时生效后的多年来，一直致力于降低关税税率、减少或消灭非关税壁垒。到 1986 年 9 月开始进行乌拉圭回合谈判时，谈判议题从降低关税扩大到了知识产权和服务贸易等 15 个议题。1993 年 12 月 15 日乌拉圭回合结束。参加谈判的代表于 1994 年 4 月 15 日完成了对乌拉圭回合最后文本的一揽子签署以及对《建立世界贸易组织协议》的签署。乌拉圭回合谈判所涉及的议题，在深度和广度上都远远超过以往历届谈判的内容。它不仅将历届谈判所达成的协议、协定、决定、宣言等作了修改和补充，还把长期游离于关税与贸易总协定之外的重要商品贸易如纺织品和农产品贸易等纳入总协定的规范之中，而且还针对新的议题（如知识产权、服务贸易、与贸易有关的投资措施）达成了协议。值得注意的是，在乌拉圭回合结束时达成了《建立世界贸易组织协议》。1995 年 1 月 1 日起世界贸易组织成立，到 1996 年 8 月 1 日止，已有 123 个成员方加入该组织。由于世界贸易组织具有广泛性和代表性，因此，世界贸易组织的规定、协定、决定等成为对外贸易国际法规范的重要内容。

世界贸易组织的法律文件或规范包括：1994 年 4 月 15 日签署的马拉喀什宣言、建立世界贸易组织协议、乌拉圭回合多边贸易谈判成果最后文本、部长会议决议与宣言、部长会议通过的决定以及有关金融服务承诺的谅解书协议。

乌拉圭回合多边贸易谈判成果最后文本包括 附录 1A 关于多边货物贸易协定：关于 1994 年关税与贸易总协定、关于农产品协议、关于卫生与植物检疫措施申请协议、关于纺织品与服装协议、关于贸易技术壁垒协议、关于与贸易有关的投资措施协议、关于 1994 年关税与贸易总协定第 6 条执行协议、关于 1994 年关税与贸易总协定第 7 条执行协议、关于装运前检验协议、关于原产地规则协议、关于进口许可证程序协议、关于补贴与反补贴措施协议、关于保护措施协议附录 1B：服务贸易总协定及其各附录。附录 1C：与贸易有关的知识产权协议；附录 2：对争端处理管理规则和程序谅解；附录 3：贸易政策评审机构；附件 4：若干单项贸易协议：民用航空器贸易协议、政府采购协议、国际牛乳协议、关于牛肉协议。本节将介绍以下主要协议。

一、纺织品与服装协议

《纺织品与服装协议》共有 9 条及一个附录。它的宗旨就是使纺织品与服装贸易最终纳入关税与贸易总协定的约束范围，实现贸易进一步自由化。纺织品与服装贸易一直受多边纤维协定（即国际纺织品贸易协定）的约束，而不受关税与贸易总协定的约束，因此导致一些国家对纺织品和服装设立的诸多歧视性限制，特别是配额限制在多边纤维协定之下“合法”地实施着和执行着。到目前为止，受配额限制的纺织品从单一棉制品扩大到以天然纤维和人造纤维为原材料的大量纺织品，严重妨碍了贸易自由的发展。

《纺织品与服装协议》主要规定了以下内容：

1. 设立纺织品监督局（TMB）这一常设机构，监督协议的贯彻执行、审查按协议规定所采取的各项措施以及采取有关行动。

2. 在协议生效后 60 天内，继续保持纺织品与服装贸易限制的各成员方应将包括限制水平、增长率和灵活性的规定等方面的详细情况向 TMB 通报，由 TMB 予以审核并告知各成员方。

3. 所有限制在《建立世界贸易组织协议》生效后第 121 个月的第一天结束（即 2005 年 1 月 1 日）。纺织品与服装贸易将全部纳入 GATT1994，不得延长。

4. 继续保持限制的成员方在最迟不超过《建立世界贸易组织协议》生效后的 6 个月内向 TMB 提交一份逐步取消限制的计划。

5. 各成员方应从 1995 年 1 月 1 日《建立世界贸易组织协议》生效之日起，将协议附件所列产品清单的 16% 的产品纳入 GATT1994；1998 年 1 月 1 日止，将清单中 17% 的产品纳入 GATT1994；到 2002 年 1 月 1 日止，将清单中 18% 的产品纳入 GATT1994；到 2005 年 1 月 1 日止，将清单中其余 49% 的产品纳入 GATT1994。

6. 各成员方在过渡期内可采取保障措施，当证明某一产品进入一成员方境内，且其增加的数量对本国工业生产的同类或直接竞争的产品造成严重损害或实际威胁时，该成员方可采取保障措施，但要与受该行动影响的成员方协商，达成谅解。在达成谅解后 60 天内通报 TMB。

二、与贸易有关的投资措施协议

（一）有关投资措施协议产生的背景

自 70 年代末起，以美国为首的一些发达国家一直在努力把投资措施纳入关贸总协定的约束轨道。1982 年，美国要求把投资问题列入以后召开的关贸总协定部长会议的议事日程，但未能如愿。不过美国仍利用关贸总协定的讲坛首次就别国的投资政策提出指控。此后，各国围绕投资措施而展开的争论日趋激烈。1986 年 10 月，关贸总协定各缔约方部长在乌拉圭埃斯特角城签署宣言，发起新一轮多边贸易谈判时，把投资措施也列入了正式谈判议题。关贸总协定缔约方之所以同意就投资措施问题进行谈判，一方面是因为一些发达国家希望削减投资限制；另一方面则是同为发展中国家迫切需要吸引外来投资，迫不得已而同意参加谈判。在谈判中，各国的立场差距很大。发展中国家的目标是要求关贸总协定承认外来投资必须与东道国的经济发展保持一致。发达国家则要求削减限制。谈判十分艰难，到 1989 年为止的第一阶段谈判，主要是讨论谈判范围。美国提出的谈判范围最广，几乎涉及所有的投资入门要求，日本次之，而欧共体和北欧则要求重点讨论当地成份和出口要求。发展中国家则一般强调，如果投资措施涉及到补贴或贸易数量限制，他们则应享受关贸总协定第 18 条所赋予的特别待遇。正是在这种各个势力范围意见相左的情况下，谈判小组于 1990 年 5 月达成框架协议。此协议日后成为世界贸易组织的一项协议。协议包括序言，9 个条款的正文，和一个附件。

（二）与贸易有关的投资措施协议的基本内容

1. “投资措施”的定义。协议第 1 条规定，本协议适用于与货物贸易有关的投资措施。一项“投资措施”，如果是针对贸易的流向及贸易本身的，引起了对贸易的限制或损害作用且这种作用是与关贸总协定有关规定不符的，即称为“与贸易有关的投资措施”。“投资措施”是指签约一方在涉及：

(1)对某一设施进行投资时；(2)投资扩大时；(3)一家公司在继续经营时对本国境内的本国或外国公司所采取的投资措施。

2. 限制采取的“不当措施”的具体内容：

(1)歧视、限制进口产品；

(2)对某些产品的购买、使用作出规定，或要求一定数量、价值或比例的产品须是本国的，或必须由国内供应，或要求用本国的产品替代同类进口产品；

(3)限制某些原材料、部件或原料的进口；

(4)要求公司进口在数量、价值或比例等方面与其出口相吻合；

(5)通过限制公司的外汇使用权，而限制公司在当地生产所需资料的进口；

(6)限制公司向某些或所有海外市场出口其任何产品的权力。

3. 消除投资措施对贸易引起副作用的新规定。缔约方同意，不得采取具有下述作用的投资措施：(1)规定在当地生产产品的最低出口量、出口额或出口比例；或(2)规定某项产品对指定市场或地区出口，或规定在当地生产产品的最低出口量、出口额或出口比例，或对其境内某家公司授予向某些或所有海外市场供应其公司任何产品的专营权。

4. 最惠国待遇和国民待遇。缔约方同意，在采取与贸易有关的投资措施时，将(尽可能地)对本国投资商和外国投资商一视同仁，并在同样情况下，对不同的外国投资商也一视同仁。

5. 透明度。缔约方同意，关贸总协定第10条，适用于所有的与贸易有关的投资措施。缔约方应迅速公布所有普遍适用的与贸易有关的投资措施，以便各国政府和商人得以了解。

6. 对发展中国家的过渡安排。

7. 设立与贸易有关的投资措施委员会。

8. 争端解决。

9. 允许采取投资措施的例外情况：(1)对某些横向一体化企业向其母公司或国外企业获取某些甚至国内可以供应的元件或部件做法的反应；(2)为了满足原产地规定的需要；(3)对国内产业的紧急救济措施；(4)避免企业乱定价的作法；(5)保证某些产品以合理的价格充足供应国内市场；(6)控制外汇净流失，减轻国际收支的压力；(7)对抗外国企业瓜分市场的做法；(8)为国内管理的原因，为鼓励国内储蓄，为保障国家安全和文化主权；(9)为促进国际技术交流；(10)为保证进入国际销售渠道。基于上述诸理由而被迫导致采取投资措施，可以被认为是必要的。

在乌拉圭回合的三个新议题中，与贸易有关的投资措施协议，目前存在较多争议，条款本身有相互矛盾之处，内容上也欠明确与具体，短期内难以付诸执行。

三、与贸易有关的知识产权协议 (TRIPS)

知识产权协议，全称是《与贸易有关的(包括冒牌货在内的)知识产权协议》，是世界贸易组织(WTO)代替关贸总协定(GATT)之前，由关税及贸易总协定成员在1993年乌拉圭回合谈判结束前所达成的协议。TRIPS是其英文缩写。

1986年9月，关贸总协定开始举行第八轮多边贸易谈判，即所谓的乌拉圭回合。谈判将与贸易有关的投资措施、知识产权、服务贸易列入议题，第

一次全面地将知识产权问题纳入乌拉圭回合谈判中。经过发达国家与发展中国家旷日持久的谈判，于 1994 年 1 月达成了《与贸易有关的（包括冒牌货在内的）知识产权协议》，并于 1994 年 4 月正式签字。该协议是一项高标准、高水平的关于知识产权国际保护的框架协议，它的签订标志着知识产权的新的国际标准的形成。随着世界贸易组织的成立，该协议成为 WTO 保护知识产权的重要协议。协议包括 7 个部分和一个序言，共 73 条。

第 1 条对协议所保护的知识产权的范围作了明确规定：(1) 版权与邻接权；(2) 商标权；(3) 地理标志；(4) 工业品外观设计；(5) 专利权；(6) 集成电路布图设计；(7) 未披露过的信息。协议包含了如下几项主要内容：

（一）协议的基本原则

1. 国民待遇原则。协议规定，在知识产权的保护方面，缔约方向其他缔约国国民提供的待遇不得低于该方对本国国民提供的待遇。但是《巴黎公约》（1967 年文本）、《伯尔尼公约》（1971 年文本）、《罗马公约》和《集成电路知识产权条约》中的例外除外。这里所说的保护，必须包括知识产权的适用性、获得、范畴、保持和实施的所有事项，以及协议特别提及的影响知识产权使用的诸事项。

2. 最惠国待遇原则。依照协议，在知识产权保护方面，任何缔约国对给予另一缔约国国民的优惠特权及豁免应立即无条件地给予其他缔约国的国民。

3. 透明度原则。凡是有关知识产权保护的法规应予以公布，或可以让人得到这些法规，并将这些法规通知给世界贸易组织或由世贸组织与世界知识产权组织协议成立的共同登记机构。

（二）各种形式的知识产权保护范围和标准

协议确定的知识产权范围包括以下几方面内容：

1. 版权及相关权力。在遵守《伯尔尼公约》（1971 年文本）的基础上，对计算机程序、数据库作为文学作品来保护。对表演者、录音制品制作者和广播者提供保护。表演者有权禁止未经他们许可录制他们的未录制过的表演和翻录这些录制品，或者用无线电方式广播和把他们的实况表演传播于众。版权及其相关权利的保护期限为作者死后 50 年，或至少为自作品被批准出版之日起 50 年。广播组织有权自节目被广播之日起 20 年内，制止他人未经许可使用其节目（包括录制或转播等）。

2. 商标权。协议在《巴黎公约》的基础上，扩大了传统的商标保护范围。任何标志，或标志的组合，只要能将某一企业提供的商品或服务与其他企业提供的商品或服务区别开来的商品或服务标记就能构成一个商标，受到保护。

商标权可基于注册或使用而取得，但商标的实际使用并非为注册的条件。商品或服务的性质也不应成为申请商标注册的障碍。注册商标自申请日起 3 年不使用，则该申请应予以撤销。

注册商标的所有人享有独占权，有权禁止他人未经许可在相同或相似的商品或服务上使用与该注册商标相同或相似的标志。

注册商标必须付诸使用以维持其权利。如果不予使用时间不间断地长达 3 年，该商标之注册可予撤销，除非商标所有人有正当理由证明对该商标之使用存在障碍。

缔约方可以确定商标许可和转让的条件，但不能要求强制许可。注册商

标所有人有权决定是否将商标连同该商标从属之实体一起转让。

商标首次注册和每次续展注册的期限不少于 7 年。商标注册允许无限期地续展。

3. 产地标志（地理标志）。对产地标志，缔约方应提供法律保护。禁止在商品标记或说明中，以非真实原产地的地理名称作为其原产地标记加以使用，禁止采用违反巴黎公约的不正当竞争手段使用原产地标志。协议还对保护酒类的原产地标志作了特别规定。

4. 工业设计。缔约方应保护那些具有新颖性或独创性的外观设计，保护期为 10 年。特别是纺织品的外观设计可以通过工业设计法或版权法予以保护。

5. 集成电路布图设计。缔约方应对集成电路布图设计提供法律保护。公约规定的保护范围是布图设计、体现布图设计的集成电路芯片和含有这种集成电路芯片的产品。权利人享有的权利包括复制、进口、销售等。协议对集成电路布图设计的强制许可采用对专利强制许可的条件。以注册为保护条件的缔约方，集成电路布图设计的保护期，从注册时间或在其他缔约方首次付诸商业使用之时起 10 年。

6. 专利。协议规定，专利保护适用于所有技术领域的发明创造；不论是产品发明还是方法发明。专利应具有新颖性、创造性、工业实用性。缔约方可以出于保护公共秩序或公共道德的目的，对某些发明不授予专利权。依协议规定，缔约方不授予专利的情况有二：一是对人或动物的医疗方法，二是任何植物或动物，以及植物或动物的生产过程。

协议规定了专利权人享有以下专有权：第一，有权禁止第三人未经同意而制造、使用、销售，或为这些目的而进口专利商品。第二，如为方法专利，专利权人有权禁止第三人未经其同意而使用专利方法，或使用、销售或为这些目的而进口以此方法获得的产品。专利权人有权转让或以继承方式转移其权利，并有权与他人签订许可合同，专利的保护期为 20 年。缔约方不得随意要求强制许可，只有在协议严格规定的条件下才可实施强制许可。

7. 对未泄露信息的保护。协议规定，缔约方应对未泄露的信息和呈送给政府机构的未公开的数据提供保护。这种信息应是秘密的，具有商业价值并且信息的拥有者采取了合理的保密措施。

（三）知识产权的保护措施

缔约方应采取民事、行政和刑事方面的措施以及边境措施（又叫“海关措施”）和临时措施来具体实施他们对知识产权所提供的保护，以防止发生侵犯知识产权的行为。

民事和行政程序：协议规定缔约方司法、行政当局有权命令侵权方停止侵权行为，特别是应禁止那些对知识产权构成侵权行为的进口商品进入商业渠道。对于因故意或过失造成的对知识产权的侵权行为，司法行政机关有权责令侵权人向权利所有人就其所受损害作足够的补偿。为了有效地制止侵权行为，司法、行政当局有权对侵权商品在商业渠道以外加以处置或者销毁。对于假冒商品，不应使其再流入商业渠道。

临时措施：当任何措施的延迟将会给权利人带来不可弥补的损害时，或证据有被毁灭的危险时，司法、行政当局有权采取适当的临时措施。采取临时措施，应及时通知有关的各方。如果临时措施采取 20 天或 1 个月之后，仍未提起诉讼时，则可应被诉人的要求撤销该临时措施。如果临时措施被撤销，

或者由于申请人的任何作为或不作为而失效，或者后来发现不存在侵权或侵权的威胁，应被诉人的请求，司法、行政当局有权责令申请人对被告的损失作适当的赔偿。

边境措施：协议规定，缔约方应制定程序，根据该程序，权利所有人如有有效的证据表明仿冒商标的冒牌货或盗印其版权的商品有可能进口，他可以书面向主管行政或司法当局提出要求，由海关当局中止此类商品的放行，以免其进入流通领域。对此申请，主管当局有权要求申请人提供一笔保证金或类似的担保，以保护被告的利益和有关当局，并防止滥用权利。

刑事程序：协议规定，缔约方对于具有商业规模的故意仿冒商标和版权盗印及侵权的案件，应适用刑事程序和刑罚。

(四) 过渡安排

协议生效 1 年内，不强制缔约方适用协议的规定。即所有成员方可在协议生效 1 年后开始执行协议规定。发展中国家、以及由中央计划经济向市场经济转化且正着手知识产权体系结构改革的任何缔约方，有权再延迟 4 年，如果某发展中国家缔约方按照协议应将产品专利保护扩大到技术领域，而该缔约国在协议对该国生效前，对该技术领域不予保护，则该缔约国可再延迟 5 年适用于该技术领域。此外考虑到最不发达国家的特殊需要，他们的过渡期限为 10 年，从协议生效 1 年期满算起。经最不发达国家请求，此期限还可延长。

四、关于 1994 年关税与贸易总协定第 6 条执行协议(即反倾销协议)

反倾销协议由 18 条及 2 个附件构成。主要规定了如下内容：

1. 明确了倾销的以下概念：如果在正常贸易过程中，一项产品从一国出口到另一国，该产品的出口价格低于在其本国内消费的相同产品的可比价格，也即以低于其正常价值进入另一国的商业渠道，则该产品将被认为是倾销。

如果在出口国国内市场不存在该相同产品的销售，或由于该市场的特定情况，或出口国国内市场销量太少，致使该项销售不允许进行适当比较时，则倾销幅度应通过与向一个合适的第三国出口相同产品的可比价格进行比较而确定，或与原产地国的生产成本、加上合理数额之管理费、销售费和一般费用以及利润进行比较而确定。

除上述内容外，协议还规定了生产成本、管理费等的认定；出口价格的估算；出口价格与正常价值的比较；转口货物、出口货物的认定；相同产品的含义等。

2. 明确了损害的确定从以下方面进行：(1) 倾销的进口产品的数量和倾销的进口产品的结果对国内市场相同产品价格造成的影响；(2) 进口产品对国内该相同产品生产商造成的后续冲击程度。

损害是指对某一国内产业的重大损害或重大损害的威胁，或对某一产业的建立造成严重阻碍。

3. 明确了“国内产业”的概念。国内产业是指国内相同产品的全部生产商、或其中的部分生产商，其合计总产量构成全部国内产品产量的大部分。此外，部分生产商也包括某一竞争市场或地区的生产商，如果倾销产品正在对该市场内的全部或大部分生产商造成损害，可确定存在损害，即使是全部国内产业的主要部分没有受到损害。反倾销税只应对进入该地区用来最终消费的产品征收。

4. 明确了反倾销调查的发起和后续程序。

5. 明确了证据的提供。

6. 规定了在某些情况下可采取下列临时措施：征收临时反倾销税、提供现金或保证金之担保。上述临时措施的有效期为 4 至 6 个月。

7. 规定了价格承诺制度。即当出口商主动承诺修改其价格或停止以倾销价格向该地区出口，使当局对倾销有害结果影响的消除感到满意时，诉讼程序可暂时中止或终止，而不采取临时措施或征收反倾销税。

8. 规定了反倾销税的征收数额。

9. 设立“反倾销实施委员会”，监督协议的实施。

10. 协议还规定了追溯效力、反倾销税和价格承诺的期限及复审、公告和裁决的解释、司法审查、代表第三国的反倾销诉讼、发展中国家成员方、协商和争议解决、现场调查程序、提供最佳资料的规定等内容。

五、原产地规则协议

《原产地规则协议》的达成旨在确保原产地规则以一种公正、透明、可预知、稳定和无歧视的方式制定并实施，使原产地规则不会对贸易造成不必要的妨碍。

《原产地规则协议》共有 9 条和 2 个附件。主要规定了如下内容：

1. 原产地规则是指任何成员方为确定货物原产国而实施的法律、法规及普遍适用的行政命令。

2. 该规则适用于所有用于非优惠性商业政策措施的原产地规则。

3. 设立原产地规则委员会，向各成员方提供机会进行协商。必要时可要求海关合作理事会主持的原产地规则技术委员会提供意见。原产地规则委员会有权监督该协议的执行情况。

4. 为协调原产地规则，部长会议应与海关合作理事会一起承担协调工作计划，在《建立世界贸易组织协议》生效后尽早开始执行，并在开始执行之日起的 3 年内完成。具体执行工作由原产地规则委员会与原产地规则技术委员会负责。

5. 协调原产地规则的目标和原则：

(1) 原产地规则应平等的实施。

(2) 原产地规则应规定，决定某一特定产品的原产国应是完整地生产该项产品的国家；或当该产品的生产过程是在经历了数国后才完成时，则使产品在最后实现实质性改变的国家为原产国。

(3) 原产地规则应是客观、可理解和可预知的。

(4) 原产地规则不得直接或间接的用作追逐贸易目标的工具，不应产生对国际贸易产生限制、扭曲或破坏性的影响。

(5) 原产地规则应以连贯的、一致的、公正和合理的方式加以管理。

(6) 原产地规则应是条理清楚的。

(7) 原产地规则应以肯定标准为基础。

6. 原产地规则协调工作计划完成之前，各成员方应遵守上述各原则。

7. 优惠性原产地规则问题在协议附件二中作了专门规定。优惠性原产地规则是指任何一个成员方用以确定货物是否有资格享受优惠待遇的法律、法规和普遍采用的行政命令。各成员方制定优惠性原产地规则时必须承担相应义务。

六、进口许可证手续协议

《进口许可证手续协议》的宗旨主要在于确保各成员方按 GATT1994 年规定的原则使用进口许可证，防止或减少以进口许可证限制贸易的进行。该协议共有 8 条，主要有以下内容：

1. 设立“进口许可证委员会”，负责执行和监督该协议的执行。
2. 各成员方实施的进口许可证制度应符合 GATT1994 的各项有关规定。
3. 进口许可证手续中各项规则应以公平方式实施。
4. 各成员方应在规定时间内向进口许可证委员会通报其进口许可证制度的内容。

5. 自动进口许可证除适用进口许可证的一般规定外，还适用下列规定：(1)自动许可证手续的施行不得对属于自动许可范围的货物形成限制作用。自动许可证手续应被视为具有限制贸易的作用，除非(a)凡符合进口国成员一方法定要求，而又从事于应领取自动许可证之产品进口业务的任何个人、企业和机构，均有资格申请和领取进口许可证；(b)在货物结关前的任何一个工作日内，均可呈交许可证申请；(c)凡呈交的许可证申请内容正确且手续齐备的，可当即批准，或在行政管理的可行期限内予以批准，但此期限以十个工作日为限。(2)成员各方认识到，在无其他适当手续时，自动进口许可证手续仍是不可或缺的。只要具备采用自动进口许可证的客观条件，并且无法用更恰当的办法来达到行政管理的根本目的时，就可以继续使用自动进口许可证。

6. 非自动进口许可证除适用进口许可证的一般规定外，还应适用下列规定：(1)除由于实行许可限制本身所造成的影响外，非自动许可证不应应对进口货物形成贸易限制或贸易扭曲作用。(2)为签发许可证的需要，成员中任何一方应向其他成员各方及其贸易商公布充分资料，以使其了解发放许可证的基本条件。

七、服务贸易总协定

《服务贸易总协定》达成的宗旨如下：(1)建立一项包括服务贸易的各项原则和规则的多边贸易框架，藉以在有透明度和逐步自由化的条件下扩大服务贸易，作为促进所有贸易伙伴和发展中国家经济的增长和发展的一种手段。(2)在适当考虑国内政策目标的同时，通过连续不断的多边谈判，促使各成员方在互利基础上获益，并保障权利义务的全面平衡，使服务贸易自由化推向更高阶段从而早日取得成功。(3)所有成员方为符合国内政策目标，有权对其境内所提供的服务制定和施行新的规定，并考虑到制定服务贸易法规时，不同国家存在着不同的发展程度，发展中国家可根据其特殊需要实施该项权利。(4)使发展中国家在国际服务贸易中更多的参与和扩大服务贸易的出口，提高其国内服务的能力、效率和竞争力。(5)鉴于最不发达国家特殊的经济状况以及其在发展贸易和财政上的需要，对其严重困难应予以特殊考虑。

《服务贸易总协定》共有 28 条和 8 个附录。它主要规定了范围和定义、一般责任和纪律、承担特定义务、逐步自由化、制度条款、最后条款六部分内容以及如下附件：免除第 2 条义务的附件、根据本协议自然人提供服务活动的附件、空中运输服务附件、金融服务附件、金融服务附件二、海运服务谈判附件、电讯服务附件、基础电讯谈判附件。

(一) 范围和定义

1. 服务贸易的定义。服务贸易是指提供服务：(a) 从一成员方境内向任何其他成员方境内提供；(b) 在一成员方境内向任何其他成员方的服务消

费者提供；(c)一成员方的服务提供者通过在任何其他成员方境内的商业现场（即建立在一成员方境内的任何形式的业务或专业）提供；(d)一成员方的服务提供者通过在任何其他成员方境内的一成员方自然人的商业现场提供。

2. 适用范围。协议适用于成员方为影响服务贸易所采取的各项措施。

(二) 一般责任和纪律

1. 最惠国待遇与例外。最惠国待遇在服务贸易中适用于服务的提供者及提供的服务产品。但是在某些条件下可以不执行这一规定。

2. 透明度。除在紧急情况下，每一成员方应迅速将涉及或影响本协议实施的所有有关适用的措施，最迟在其生效之前予以公布。对现行法律法规有新规定或有所改变，以致严重影响协议项下有关服务贸易的特定义务时，应向服务贸易理事会提交报告。成员方应设立咨询机构，负责向其他成员方提供咨询。

3. 机密资料的保密。成员方有义务不泄露可能因泄露而阻碍法律实施或有害于公共利益或损害企业合法商业利益的机密资料。

4. 发展中国家更多的参与。各成员方在对承担义务问题进行协商时应照顾最不发达国家及发展中国家成员方，并要求发达国家建立联系点，以使发展中国家成员方服务提供者获取有关市场进入的资料。

5. 经济一体化。协定并不阻止任何成员方成为双边或多边服务贸易自由化协议的成员或参与该类协议。但该类协议应有利于该协议参加方之间的服务贸易，对该协议外的任何成员方不应提高在各个服务部门或分部门中在该协议之前已适用的服务贸易的壁垒水平。

6. 劳动力市场一体化协议。协议不阻止任何成员方参加由双方或多个参加方为建立劳动力市场完全一体化的协议，但应通知服务贸易理事会。

7. 国内规定。凡承担特定义务的部门，每一成员方对影响服务贸易普遍适用的措施，应确保其在合理、客观和公正情况下予以实施。在受影响的服务提供者请求下，每一成员方应尽快继续使用或制定切实可行的司法、仲裁、行政手段或程序。此外，协议还要求一成员方主管当局应在合理时间内将有关申请的决定通知申请者。

8. 承认。为全部或部分地实施对服务提供者有关核准、许可或证明所规定的标准或准则的需要，一成员方可承认个别国家的教育程度、经历、符合资格条件以及所颁发的许可证和证明，此种承认可以签订协议方式确认，也可以自动给予确认。在服务提供者提出申请时，一成员方在对其标准或准则的认可上，不应使它成为构成国家间歧视的一种手段，或对服务贸易构成隐蔽的限制。每一成员方应在规定时间内将其现行的有关承认的措施通知服务贸易理事会。

9. 垄断及专营服务提供者。各成员方应确保在其境内的任何垄断服务提供者，在相关市场上提供垄断服务方面，不得采取与协定第2条（即最惠国待遇一条）有关该成员方的责任及其承担的特定义务规定不相一致的行动。当一成员方的垄断服务提供者根据该成员方承担的特定义务，不论是直接还是通过其分支机构，在其垄断权范围之外参与提供服务的竞争时，该成员方应确保其服务提供者在境内不滥用其垄断地位，不进行与其承担义务不相一致的行动。

10. 商业惯例。限制服务贸易开展的商业惯例应予以取消。每一成员方

在任何另一成员方的请求下，应就取消上述商业惯例与其进行协商。

11. 紧急保障措施。基于无歧视原则的紧急保障措施问题应以多边谈判方式进行，谈判结果应在 1998 年底以前付诸实施。

12. 支付和转让。任何成员方对承担特别义务项下的日常交易在国际转让和支付方面不应实行限制。

13. 对保障收支平衡的限制。如果发生国际收支严重失调和对外财政困难或因此受到威胁的情况时，一成员方可在其已承担特定义务的服务贸易，其中包括有关交易的支付与转让，得采取或维持各种限制的办法。一成员方在经济发展或经济过渡过程中，如因国际收支平衡受到特殊压力，则确认它有必要使用限制。但这些限制应符合一定条件和要求。

14. 政府采购。以政治为目的的政府采购问题不适用协定有关最惠国待遇、市场准入、国民待遇的规定。

15. 一般例外与安全例外。实施一般例外措施不应在情况相同的国家间构成武断的或不公正的歧视或对服务贸易隐含着限制性。一般例外措施应基于下列需要采取： 为保护公共道德或维护公共秩序的需要； 为保护人类、动物或植物的生命或健康的需要； 为服从与协定不相抵触的法规的需要。此外，基于安全目的，成员方可拒绝提供资料或采取有关行动。

16. 补贴。成员方应就补贴问题举行多边谈判，提出适当的反补贴程序。

（三）承担特定义务

1. 市场准入。在对市场准入承担义务的服务部门，一成员方除在其承担义务安排表中已确定者外，不应以某地区或分部门为基础或以整个国境为基础来维持或采用某些措施，如配额、测定经济需求、外国资本最高股权限制、投资方式限制等。

2. 国民待遇。每一成员方应在其承担义务计划表所列部门中提供国民待遇。

3. 附加承担义务。成员方商议承担的义务应列入一成员方的义务计划表之中。

（四）逐步自由化

1. 承担特定义务的谈判。到 2000 年底以前，所有成员方应就服务贸易自由化予以进行连续的多轮谈判。谈判前应确立谈判的提纲和程序。提纲应建立在各成员方在先前谈判中自主承担的自由化待遇以及在为最不发达国家成员方规定的特殊待遇方式上。

2. 承担特定义务的计划表。每一成员方应制定承担义务的计划表，详细说明有关市场准入的条件、限制和情况；国民待遇条件；承担有关的附加义务；实施义务的适当时间框架；承担义务的生效日期。

（五）制度条款

该部分主要规定了成员方之间的磋商、争端解决和实施、服务贸易理事会的职责、技术合作以及与其他国际组织的关系。其中服务贸易理事会为协定的监督执行机构。

（六）最后条款

该部分规定了利益的否定、有关定义等。

第三节 世界贸易组织争端解决机制

一、争端解决机构的目的及范围

(一) 设立争端解决机构的目的

根据《建立世界贸易组织协议》建立的争端解决机构(Dispute Settlement Body, 以下简称 DSB), 目的在于维护成员在有关协议(或协定)项下的权利义务, 达成能为争端各方接受的, 与有关协议(协定)的规则相一致的解决办法; 或至少能立即撤销那些与有关协议(协定)不相一致的措施。在撤销这些措施属不可行时, 可采用补偿性措施, 并作为解决争端的最后手段, 由 DSB 授权一方中止有关协议的减让和其他义务。

(二) 受理案件范围

根据世界贸易组织《争端解决规则和程序的谅解协议》(以下简称《谅解协议》)的规定, 采用该程序规则处理成员之间在世界贸易组织成立以后, 基于以下协议(协定)产生的争端:

1. 建立世界贸易组织协议。

2. 多边贸易协定(MTA), 包括:(1)附件 1A《货物贸易多边协定》;(2)附件 1B《服务贸易总协定》;(3)附件 1C《与贸易有关的知识产权协定》;(4)附件 2《关于争端解决的规则和程序的谅解协议》。

3. 复边贸易协定(PTA), 包括附件 4:(1)《民用航空器协定》;(2)《政府采购协定》;(3)《国际奶制品协定》;(4)《国际牛肉协定》。

除了适用该程序规则外, 对特定协定, 还需适用特殊或附加的规则和程序, 如:(1)《实施卫生和植物检疫措施的协定》附加 11.2;(2)《纺织品和服装协定》附加 2.14, 2.21, 4.4, 5.2, 5.4, 5.6, 6.9, 6.10, 6.11, 8.1 至 8.12;(3)《技术性贸易壁垒协定》附加 14.2 至 14.4, 附件 2;(4)《关于实施 GATT1994 第 6 条的协定》附加 17.4 至 17.7;(5)《关于实施 GATT1994 第 7 条的协定》附加 19.3 至 19.5, 附件 2, 2(f), 3, 9, 21;(6)《关于补贴与反补贴措施协定》附加 4.2 至 4.12, 6.6, 7.2 至 7.10, 8.5, 注 35, 24.4, 27.7 附件 5;(7)《服务贸易协定》附加 22.3, 23.3, 《关于金融服务附件》附加 4;《关于航空运输的附件》附加 4;《服务贸易协定某些争端解决程序的决定》附加 1—5。

在《建立世界贸易组织协议》生效以前, 根据 GATT1947 或与之有关的先前的协定提出的协商要求, 仍按《建立世界贸易组织协议》生效前的规则和程序进行。

二、世界贸易组织争端解决机制

按照 WTO 争端解决机制, 成员之间贸易争端的解决方法有协商、斡旋、调解和调停、专家小组、上诉复审和交叉报复。

(一) 协商(Consultations)

协商解决争端是世界贸易组织成员解决贸易争端的主要方法。是两个或两个以上成员为使问题得到解决或达成谅解进行国际交涉的一种方式。争端发生后, 要求协商的申请人应通知争端解决机构(DSB)及有关的理事会和委员会。接到协商申请的成员自收到申请之日起, 10 天内应作出答复, 并在 30 天内(紧急情况下 10 天内, 如对易于腐烂的产品)进行协商, 60 天内(紧急情况下 20 天内)解决争端。

收到申请方在规定的日期内未作出答复, 或未进行协商或双方未能解决

争端，则申请协商一方可要求成立专家小组。

凡与此争端有重要利益关系的成员在传阅协商申请日起 10 天内通知协商各方和 DSB 后，允许参加协商。

(二) 斡旋、调解和调停 (Good offices, Conciliation and Mediation)

在解决争端的 60 天期限内，进行斡旋、调解和调停，是争端双方自愿执行的程序，可由任何一方提出，随时开始，随时结束。

斡旋是由第三方为争端当事者提供有利于进行接触和谈判的条件，并提出自己的建议或转达各方意见，促使双方进行协商谈判或重开谈判，斡旋者自己不介入谈判的一种解决国际争端方式。

调解，此处调解概念不同于解决国际民商事争议中调解的概念。是指当事方将争端提交由若干成员方组成的委员会，委员会在调查的基础上提出解决争端的建议，该建议不具有法律约束力，因此，争端方没有必须接受的义务。

调停是第三方不但为争端当事方提供谈判或重开谈判的便利，而且提出作为谈判基础的条件并亲自主持谈判，提出建议，促使争端双方达成解决争端的协议。

如果争端双方一致认为斡旋、调解和调停不能解决争端，则可提出设立专家小组的要求。

(三) 专家小组 (Panels)

当协商、斡旋、调解和调停均不能解决争端时，一方向 DSB 提交设立专家小组的申请。专家小组通常由 3 至 5 名在国际贸易领域有丰富知识和经验的资深的政府与非政府人员组成。其职责是按照专家小组的工作程序和严格的时限对将要处理的申诉案件的事实、法律（协定）的适用及一致性作出客观的评估，并向 DSB 提出调查结果报告及有关圆满解决争端的建议，从报告提交 DSB 起 60 天内，由 DSB 会议通过此报告。如争端一方提出上诉，则报告不予通过。

(四) 上诉机构的审议 (Standing Appellate Body's Review)

当争端一方对专家小组的报告持有异议并将上诉决定通知 DSB 或 DSB 一致反对采纳专家小组的报告时，则由 DSB 设立的常设上诉机构处理对该案件的上诉。

常设上诉机构由广泛代表世界贸易组织成员的 7 名公认的、具有法律、国际贸易和有关协定专门知识的权威人士组成，任期 4 年。该机构不隶属于任何政府。

上诉只能由争端方提起，且上诉事由仅限于专家小组报告中论及的法律问题及该小组所作的法律解释。上诉机构的报告可以确认、修改或反对专家小组的调查结果和结论，如上诉机构报告被 DSB 采纳，则争端各方应无条件接受。

(五) 补偿和交叉报复 (Compensation and Cross Retaliation)

当专家小组或上诉机构的建议或报告未被 DSB 采纳或执行时，在自愿的基础上，争端各方可就补偿办法达成一致协议。如在合理期限后 20 天内不能达成令人满意的一致，则援引争端解决程序的一方可要求 DSB 授权其中止履行对有关协议（协定）的减让和其他义务，除非 DSB 一致拒绝该项要求。

根据《谅解协议》的规定，申诉方在中止履行减让和其他义务时，应遵循以下原则和程序：

1. 原则上, 申诉方应中止履行与产生违反、抵销或损害的同一协议中同一部门的减让或其他义务; 如不奏效, 则

2. 中止履行同一协议内其他部门中的减让或其他义务; 如仍不奏效, 则

3. 中止其他协议中的减让或其他义务。

即按照上述顺序, 经 DSB 批准, 允许进行交叉报复, 除非有关协定中禁止中止履行减让和其他义务。交叉报复领域包括货物贸易、服务贸易及与贸易有关的知识产权领域, 中止履行减让和其他义务的水平应与利益被损害或抵销的水平相当。

如有关成员对减让水平提出异议, 或指控实施中止减让方未遵守上述原则和程序, 则由原专家组或总干事指定的仲裁员进行仲裁。仲裁员裁定的事项不涉及审查被中止履行的减让和其他义务的性质, 只裁定: (1) 减让水平是否与被抵销或损害的水平相当; (2) 中止履行减让义务是否遵循了上述原则和程序; (3) 有关协定是否允许中止履行减让及其他义务。

仲裁只进行一次, 在仲裁期间, 不得中止履行减让或其他义务。裁决作出后应立即通知争端解决机构 (DSB), 以便作出授权决定。

(六) 仲裁 (Arbitration)

作为可供选择的解决成员之间贸易争端的另一种方法, 是由争端双方达成一致的仲裁协议 (仲裁条约), 直接将案件提交仲裁, 并将结果通知 DSB 和有关协定的理事会和委员会。

三、对世界贸易组织争端解决机制的评价

世界贸易组织建立了世界上独一无二的独具特色的争端解决机制。其特色表现为以下几点:

1. 世界贸易组织的争端解决程序不处理两个私法主体 (法人之间、自然人或法人和自然人之间) 之间发生的贸易争议, 这类案件可以通过国内司法或国际商事仲裁方法加以解决, 也不处理一国政府与另一国法人或自然人之间发生的贸易争议, 这类争议案件如何处理, 目前尚无明确的规定。也不同于国际公法范畴的两个国家之间, 即两个国际法主体之间发生的国际争端, 因为世界贸易组织的成员即有作为国际法主体的国家, 又有非国际法主体的单独关税领土。因此, 现有处理国家之间争端的国际法院不能受理国家和一个单独关税领土之间发生的贸易争端, 世界贸易组织只能在现有的国内法和国际法解决争端机制之外, 建立自己独立的解决国际贸易争端机制。

2. 尽管如此, 从《谅解协议》规定的解决争端程序规则来看, 更多地吸收了国际公法关于解决国家之间争端所采用的方法, 如政治方法, 又称外交方法和法律方法, 前者包括协商谈判、斡旋、调停和调解, 后者包括诉讼和仲裁; 强制性方法和非强制性方法, 政治方法和法律方法称为非强制性方法, 而报复、交叉报复则为强制性方法。

《建立世界贸易组织协议》附件 1C《与贸易有关的 (包括冒牌货在内的) 知识产权协议》(草案) 第 4 章第 2 节第 9 段政府侵权的补救规定, “尽管有本部分的其他规定, 由于政府使用或为政府而使用某一专利而被诉侵权时, 缔约方可将对政府侵权的补救限制在向权利所有人支付足额赔偿”, 但对实行补救的程序未作规定。该协定的正式文本删除了该段规定, 改为 “如果政府部门或官员在实施有关法律时采取了适当补救措施或是基于善意而采取的行动, 各成员仅对此适用免责”。(附件 1C 第 48 条第 2 款)

国际法院受理以国家为主体的案件, 参见 [英] M·阿库斯特《现代国际法概论》, 汪晋、朱奇武、余叔通、周仁译, 中国社会科学出版社, 1981 年出版, 第 277—288 页。

3. 从国际法解决国际争端的概念出发, 国家之间的国际争端从性质上分为法律性质的争端和政治性质的争端。法律性质的争端又称为关于权利的争端, 一般采用法律方法, 即诉讼与仲裁的方法加以解决, 所以又称为可以裁判的争端; 政治性质的争端属于政治利益的冲突是不可裁判的, 只能用政治方法或外交方法来解决。世界贸易组织解决争端机制处理的是其成员之间基于世界贸易组织协议及其有关协定发生的权利义务之争, 属于法律性质的争端, 不涉及或较少涉及国家政治利益的冲突。然而, 世界贸易组织协议涉及的是其成员重大的经济利益, 在当今世界上, 各国经济利益和政治利益已不可分离, 国家基于经济利害关系的考虑每超过或甚于对政治利益的考虑。所以, 人们常用“贸易战”、“商战”这种字眼来形容国家之间经济利益的冲突。“贸易战”虽是法律性质的冲突, 但间或带有强烈的政治色彩也不足为奇了。

4. 和 GATT1947 建立的争端解决机制相比, 世界贸易组织建立了更为公平、迅速、有效而可接受的争端解决机制, 特别是强化了专家小组和上诉复审制度, 规定了严格的工作程序和时间限制, 加快了争端解决速度。此外, 建立了监督执行的规则和程序, 为国际贸易争端的解决和执行提供了较为可靠的保证。

5. 世界贸易组织解决争端机构设立的专家小组和常设复审机构既不是仲裁性质, 也不是司法性质的机构。因为专家小组的报告并无仲裁裁决的效力, 当争端一方对其持有异议时, 还可提请上诉复审程序, 似乎更像司法性质。然而, 上诉复审机构的复审结果也不具有法院判决的强制力, 因为对复审结果不服, 经 DSB 授权, 援引解决争端程序的一方还可使用自助式的报复手段。

6. 世界贸易组织争端解决机制的基本原则是通过非强制性手段达到成员履行协议义务的目的。当通过非强制性手段不能在双方达成满意的结果时, 则允许成员之间进行交叉报复这种强制性自助手段。

传统的报复概念来自古老的以牙还牙、以眼还眼的同态复仇心理。在私法领域, 如合同法领域, 当一方违反合同义务时, 允许另一方中止与之相对应的自己一方的义务, 而不允许用中止其他法律关系的义务胁迫一方履行该合同义务。在公法领域, 奥本海在其名著中曾写道: “这种私人报复行为在古代似乎曾经流行过。因为雅典曾经有一项法律, 规定如果一个雅典人在外国被杀, 而该外国拒绝惩办或引渡凶手, 该雅典人的亲属就有权抓拿该外国的公民 3 人, 送到雅典法院。在中世纪时期, 甚至在近代时期直至 18 世纪末年, 各国常对受外国或外国公民损害而不能取得救济的本国臣民发给“行动状”, 这种文件授权持状人对有关国家、它的公民和他们的财产作自助行为, 以取得所受损害的赔偿。到后来, 国家自己也作报复行为, 其结果, 私人报复行为逐渐废而不用, 到 18 世纪末完全消失了。”目前, 基于世界贸易争端解决机制实施的报复只能由其成员来行使。

然而, 考虑以下近年来国家之间或关贸总协定成员之间发生的贸易报复

关于自助的概念参见(奥)阿·菲德罗斯《国际法》(下册)李浩培译, 商务印书馆 1981 年版, 第 504 页。

关于报复的论述, 见[英]劳特派特修订《奥本海国际法》下卷第 1 分册, 王铁崖、陈体强译, 商务印书馆, 1981 年版, 第 95 至 103 页。

行为，可以有理由认为，贸易报复无助于争端的解决。 因为：

(1)贸易的开放程度与一国科技与经济发展水平有关，发达国家不可能要求发展中国家的市场开放程度与之处在同一水平。以美国为例：(1)作为第301条款的前身《1962年贸易扩大法》第252条授权总统对外国不正当的进口限制进行报复，当时第252条主要针对外国不正当地限制美国的农产品进口进行报复；(2)《1974年贸易法》将这种贸易报复从农产品扩及针对一切产品；从货物贸易扩及与贸易有关的服务(如运输、保险、支付)；(3)《1979年贸易协定法》及《1984年贸易和关税法》将报复做法又从货物贸易、与贸易有关的服务扩及一切服务贸易以及与贸易有关的直接投资；(4)《1988年贸易与竞争综合法案》的交叉报复范围更进一步扩大包括美国的对外直接投资、工人权利、出口目标等行为，远远超过了世界贸易组织争端解决机制适用的范围。由此可见，美国国内立法允许针对外国不公平做法实施的报复范围是与美国商业发展同步进行扩张的。在国际贸易中，仅从保护本国利益出发，强行要求他国满足自己本国利益的做法是行不通的。

(2)事实证明，取消贸易中存在的关税和非关税壁垒，只能靠国与国之间的协商、谈判，至今尚未发现靠贸易报复取胜者。

(3)交叉报复针对的是世界贸易组织的成员，受到惩罚的却是该国境内无辜的企业、公司，而真正施加侵害行为的企业或公司却可能并未受到惩罚。

(4)在实施交叉报复过程中，如一方对另一方中止履行减让的水平或是否遵守了程序原则提出异议，则可以提出仲裁。然而，按照《谅解协议》第22条第7款的规定，仲裁员或专家小组的裁决不考虑中止减让义务的性质，只看中止减让的水平是否与受害方蒙受的损害和抵销相当，只看是否遵守了正当程序，只看有关的贸易协定是否允许实施中止减让。这种只求争议得到解决不问是非的做法，是该争端解决机制实用主义做法的表现。

(5)交叉报复的本质是一种实力政策的反映。世界贸易组织的争端解决机制放弃了法律实现公平与正义的原则，接受了实用主义的交叉报复原则，承认经济大国可以利用自己的优势，对经济上的弱国单方面实施报复，胁迫该主权国家就范的做法的合法性，是解决争端机制把法律问题政治化的表现。

如美欧之间的农产品贸易争端、美日之间关于汽车贸易的争端，特别是中美关于知识产权的争端。1995年2月4日，中美知识产权谈判破裂以后，美国贸易代表坎特宣布对中国进行贸易制裁，对从中国进口的35种价值10.8亿美元的商品征收100%的惩罚性关税，这些产品包括塑料制品、木制品、自行车、纺织品、皮革箱包等中国输美的重要商品。同日，中国宣布了对美国的报复清单：对美国生产的游戏机、录相带、激光唱盘、烟、酒等加征100%特别关税，暂停在汽车、化学医药品、音像制品公司等在中国的市场准入。由于中国不是关贸总协定的成员，因此，双方进行报复的法律依据是各自的国内法。美国依据的是《1988年贸易和竞争综合法案》第1301、1302、1303条，对美国知识产权未给予充分保护的国家实施报复。中国依据的是新实施的《中华人民共和国对外贸易法》第7条，对中华人民共和国采取歧视性措施国家实施相应的反报复措施。2月26日，中美草签知识产权协议，贸易战结束。

下编 国际私法学

第一章 国际私法概述

第一节 国际私法的调整对象

一、国际私法的调整对象

国际私法作为一门重要的法律部门和学科，是在人类社会生产发展到一定阶段，随着国际经济和民事交往日益频繁而发展起来的。由于国家或地区之间贸易和经济关系的发展，不同国家和不同地区的自然人、法人往来的增多，便产生了超越一个国家和地区界限的各种财产关系、婚姻家庭关系和经济贸易关系。国际私法所调整的对象，正是产生在这种环境下的国际民事关系，而从一个国家角度来说，可以称之为涉外民事法律关系。

作为国际私法调整对象的涉外民事法律关系具有以下特点：

（一）涉外民事法律关系具有涉外因素

由于涉外民事法律关系是在国际交往中产生的，它不可避免地带有某种涉外因素，这种涉外因素正是国际私法所调整的涉外民事法律关系与各国民法所调整的民事法律关系的根本区别点。这种涉外因素具体体现在法律关系的主体、客体和内容各个方面。

1. 法律关系的主体具有涉外因素。具体是指作为法律关系主体的当事人是具有不同国籍的自然人、法人，在个别情况下可以是外国国家。其中可以具体表现为各种不同情况，如：主体一方是本国人而另一方是外国人；主体双方是同一国籍的外国人和主体双方是不同国籍的外国人。

2. 法律关系的客体具有涉外因素。具体是指作为法律关系客体的物、财产或需要实施或完成的行为位于外国境内。如居住在国内的继承人要求继承位于国外的遗产。

3. 法律关系的内容具有涉外因素。指法律关系据以产生、变更或消灭的法律事实发生在外国。如合同缔结地和履行地在国外、婚姻举行地在国外、请求行为地在国外。

（二）涉外民事法律关系是广义的民商事法律关系

所谓广义的涉外民事法律关系主要是相对于各国国内民法调整的民事法律关系的范围而言。从目前世界上一些国家的民事立法规定来看，民事法律关系所包括的范围也不是完全相同的。有些国家采用“民商分立”的立法方式，把海商、公司、保险、票据等视为商法关系，归商法调整，如，法国、德国、日本、荷兰、比利时、葡萄牙等国便是如此。也有些国家采用“民商合一”的立法方式，把调整商事行为的规定放在民法典中，或者另将某些调整商事行为的规范以单行法加以规定，但仍被视为民法的组成部分。瑞士、泰国便是这样。各国的国内民法虽然可以各不相同，保持各自的体系和特点，但作为调整超越一国界限的涉外民事法律关系的国际私法，就不能囿于各自国内民法的调整范围，而应兼收并蓄各国民事法律关系的不同特点，把广义的民商事法律关系作为自己的调整范围。

（三）涉外民事法律关系是会发生法律冲突的涉外民事法律关系

这种涉外民事法律关系的另一重要特点就是会发生法律冲突。正是由于涉外民事法律关系的这一特点，决定了该法律关系不同于单纯的国内民事法

律关系，可以由各国国内民法体系加以调整，而必须由国际私法这一独特的法律部门来予以调整。

二、法律冲突的含义及其产生的原因

（一）法律冲突的含义

法律冲突（Conflict of Law）又称为法律抵触，是国际私法上的一个专门术语，它是指涉及两个或两个以上不同法域的民事法律对同一民事法律关系的规定各不相同，却又竞相要求适用于该民事法律关系，从而造成该民事法律关系在法律适用上的矛盾冲突现象。简言之，法律冲突就是对同一涉外民事法律关系因所涉各国民法规定不同而发生的法律适用上的冲突。如前所述，法律冲突是涉外民事法律关系的重要特点之一，它也是国际私法赖以产生的重要前提条件。

由于各国民事法律制度差异性的存在，法院在审理有关含有涉外因素的民事案件时，常常会遇到这样的问题：某种民事关系依据所涉一国的法律，它已有效成立或解除，而依据所涉另一国的法律，它却尚未有效成立或解除，此时，究竟应该适用哪一国的法律来作出判决呢？这便提出了法律选择的问题，也就是法律冲突问题。国际私法正是解决这一法律冲突问题的唯一法律部门。

（二）法律冲突产生的原因

历史上，从涉外民事法律关系的出现到民事法律冲突的产生经历了一个演变发展过程。法律冲突的产生是下列条件相互作用的结果：

1. 各国民事法律制度不同。这是法律冲突产生的前提条件。由于各国的政治、经济制度不同，其立法千差万别。在民事法律制度方面，这种差别表现得尤为突出。正是由于各国民事法律规定的差异，对同一涉外民事法律关系，往往因适用不同国家的法律而必然产生不同的结果，这样，便提出应适用何国法律来确定当事人的权利和义务的问题。

2. 内国承认并赋予外国人民事权利。这也是法律冲突产生的重要条件。国际私法本身的产生和发展与外国人在内国的民事法律地位的变迁和提高密切相关。如果一国国内法不允许外国人享有民事权利，外国人就不能参加有关民事活动，也就不会出现有外国人作为主体的民事法律关系，当然也不会产生涉及外国法适用的民事法律冲突。

3. 内国在一定条件下承认外国民事法律在内国的域外效力。这是发生法律冲突的直接原因。可以说，任何一种法律冲突最终都表现为一国法律的域外效力与另一国法律的域内效力之间的冲突。所谓法律的域内效力是指一国法律对该国境内的一切人、物、行为的最高的、排他的效力，又称法律的属地效力。而法律的域外效力则是指一国的法律对该国的一切人有效，不管该当事人在国内还是在国外，又称为法律的属人效力。根据国家主权原则，每个国家的法律通常都同时具有域外效力，这样势必发生法律冲突，即外国法律的域外效力与内国法律的域内效力的冲突。当然，产生这种冲突的前提是：内国承认外国法的效力。如果内国不承认外国法的效力，一味适用本国法律，就不会发生法律冲突。事实上，随着国家交往的日益发展，各国出于维护自身利益的需要，往往承认彼此民法规范的域外效力，否则，不利于国际民事的正常往来和维护涉外民事法律关系的稳定。

三、法律冲突的解决方法

法律冲突的解决方法问题，也就是国际私法的调整方法问题。综合国际

实践和各国的立法，主要有如下两种解决法律冲突的方法。

（一）间接调整方法

间接调整方法就是通过冲突规范调整法律冲突。这是国际私法上最早采用的一种解决法律冲突的特有的方法。具体来说，就是通过制定国内或国际的冲突规范，只指出适用哪个国家的法律来调整某种涉外民事法律关系当事人的权利义务，而不直接规定当事人的权利义务关系。如前所述，民事法律冲突实质上是民事法律适用上的冲突，而冲突规范恰恰是指定某种涉外民事法律关系应适用何种法律的规范。因此，它是解决民事法律冲突的有效方法。但是，冲突规范只指定有关涉外民事法律关系应适用何种法律，而没有明确地直接规定当事人的权利与义务，因而它对涉外民事法律关系只起间接调整作用。

（二）直接调整方法

直接调整方法就是通过统一实体法调整的方法。是指有关国际间通过双边或多边的国际条约和国际惯例来直接确定当事人权利与义务，从而避免或消除法律冲突。第二次世界大战以后，随着国际组织数量的增多及其在调整国际经贸关系中作用的增强，在国际上产生了大量的国际经济贸易等方面的国际条约和国际惯例，这些国际条约和惯例在调整涉外民商事关系方面发挥着越来越大的作用，从而使得统一实体法成为冲突法之外的另一种调整涉外民商事关系的方法。由于统一实体法调整方法的特点是可以直接支配涉外民事关系当事人权利义务关系，从而避免或消除法律冲突和法律选择，从这个角度上讲，与解决法律冲突的冲突规范相比较，更为直接和确定。因而，有的学者认为：“这是以一种更高的规定方式来解决某方面的法律冲突问题，应该看作是国际私法发展的自然进程，是国际私法发展日益完善的一个合乎逻辑的阶段”。

就以上两种解决涉外民事法律冲突的方法来看，冲突规范本身特点决定了它只能对法律冲突起到间接调整的作用，并不能从根本上消除和避免法律冲突。而统一实体法可以直接消除和避免法律冲突。虽然这种方法较冲突规范前进了一步，但是，统一实体法的出现与发展，只是增加了一种解决民事法律冲突的新的方法，并不能取代冲突法在解决民事法律冲突方面的地位与作用。此外，在涉外民事法律冲突解决问题上值得注意的趋势是，在国际上出现了“直接适用法律”的方法——即由有关国家法律规则根据其所体现的政策与有关案件的关系的程度，自己决定其适用的范围，适用于某种法律关系而不依赖于连接因素的指引。同时，还有通过国际组织制定非公约性的法律文件，又称为“软法”或“示范法”来调整有关涉外民事法律冲突。如：罗马统一私法国际协会制定的《国际商事合同通则》等法律文件，这些新的调整方法已经开始得到国际社会越来越多的重视。

见韩德培、李双元“应该重视对冲突法的研究”，武汉大学出版社，《韩德培文选》，1996年版，第57页。

关于该问题可参看本书第二章第一节关于“冲突规范的作用”部分。

见《韩德培文选》，武汉大学出版社，1996年版，第87页。

第二节 国际私法的范围和定义

一、国际私法的范围

国际私法的范围主要是指国际私法所包括的法律规范。是不是所有直接和间接调整涉外民事法律关系的规范都应包括在国际私法的范围之内，这是在国际私法学界历来存在较大分歧的问题，在该问题上国内外的国际私法学者争论十分激烈，可谓众说纷纭，莫衷一是。然而，该问题又是国际私法极其重要的理论问题，对于该问题的探讨和明确是我们研究国际私法时首先需要解决的问题。

关于国际私法范围，国际上主要有以下几种观点：

英美法系国家的国际私法学普遍认为，国际私法仅包括或主要包括调整涉外民事法律关系的冲突规范，换言之，国际私法就是冲突法。他们认为国际私法的全部任务或主要目的是解决在涉外民事法律关系中适用何国法律的问题。也有部分学者认为除冲突规范外，关于民事案件管辖权的规范和外国民、商事判决的承认与执行的规范，也应该包括在国际私法中。我国国际私法学者中有一种看法也属于这种观点，即认为国际私法的主要内容是法律适用规范。

欧洲大陆一些国家和前苏联东欧国家则把国际私法作广义的理解，认为国际私法的范围包括调整涉外民事法律关系的冲突规范和避免法律冲突的统一实体规范。更有一些学者认为除此之外，还应包括外国人民事法律地位规范和国际民事诉讼程序规范。其理由是，国际私法的基本任务是解决产生于涉外民事法律关系中的法律冲突问题，无论是冲突规范还是统一实体规范，都是解决法律冲突的手段，因此，这两种规范都是国际私法规范，都应属于国际私法范围。我国有不少学者持该种观点。

国际私法的范围和定义确实是一个比较复杂的问题，不仅历来存在争议，在今后还应该继续深入研究与探讨。

我们认为，国际私法固然是在解决法律冲突的过程中发展起来的，因而可以这样说，没有冲突法便没有国际私法。但是，将国际私法等同于冲突法，认为其范围仅包含冲突规范的观点，在理论上未免失之偏颇。19世纪后期出现的统一实体规范也是在解决法律冲突的基础上发展起来的，与冲突规范起着殊途同归、异曲同工的作用。冲突规范的间接调整方法和统一实体规范是直接调整方法，是调整涉外民事法律关系的两种并列的方式，二者相辅相成，互为补充，都应列入国际私法的范围。当然，就国际私法与冲突法的关系而言，客观上讲，国际私法与冲突法的调整对象同为涉外民事法律关系。在实践中，各国也达成了这样一个共识：国际私法的核心是解决法律冲突，而解决法律冲突的冲突法是国际私法最基本、最主要的法律规范，有关冲突法的法律制度构成了各国国际私法的中心内容。因此，在本书国际私法学的研究中，主要研究有关冲突法规范及其法律制度，同时还包括国际民事诉讼程序规范及国际商事仲裁程序规范，而不涉及有关统一实体规范的研究。

二、国际私法的定义

由于各国的国际私法学者对国际私法的对象、调整方法以及范围等问题上存在不同观点，从而对于国际私法的定义也有不同的主张。

统一实体法有关问题已在本书上编“国际经济法学”中系统研究。

综合我国目前大多数国际私法学者对国际私法范围的看法及我国国际私法学界较为通行的观点，可对国际私法作如下定义：

国际私法是以涉外民事法律关系为调整对象，以解决法律冲突为中心任务，以冲突规范为最基本的规范，同时包括统一实体规范、外国人民事法律地位规范及国际民事诉讼和仲裁程序规范等在内的独立的法律部门。这个定义基本说明了国际私法的对象，它的中心任务、法律规范范围。

第三节 国际私法的基本原则

国际私法的基本原则是指制定和实施国际私法规范，进行涉外民事活动和处理涉外民事法律纠纷必须遵循的主要准则。国际私法的具体规范和制度必须受国际私法基本原则的指导和制约。古今中外学者对国际私法的基本原则有不同的概括，而且，国际形势的变化和发展也使得一些原有的原则注入了新的内容，而发展成为新的原则。根据我国对国际私法的调整对象、范围和内容等较为普遍的观点，我们对国际私法的基本原则作如下概括：

一、国家主权原则

国家主权原则是当代国际私法基本原则的核心和灵魂，它是我们处理一切涉外民事法律关系时所必须遵循的原则。国家主权是指一国的国家权力对其他任何国家具有独立性，国家有权按照自己的意志，自主地处理其对内对外事物，而不受其他国家的干涉。该原则本是作为国际公法的最基本原则，由于国际私法所调整的也是一种涉及不同国家立法、司法管辖权的关系，因此，该原则也应成为国际私法的首要基本原则。

国际私法的历史表明，涉外民事法律关系只有在所涉及各国具有完全平等的主权的时代，才会发生法律冲突问题，才有进行法律选择的必要。因为国际私法的制定和实施的先决条件就是该国有独立的立法和司法管辖权，而只有主权独立的国家才能拥有独立的立法和司法管辖权。国家主权原则作为国际私法的首要基本原则，还表现在许多国际私法原则和制度的产生和桥梁，都是直接受到国家主权原则的影响和制约。如：国际私法上本国法的属人原则、法院地法的适用、公共秩序保留等重要制度都直接来源于国家主权原则。在国际私法实践中具体贯彻和体现国家主权原则，就要求各国彼此尊重对方的社会经济制度，遵守不同所有制的平权原则，要求在一国起诉的国际民事诉讼案件，该国有权确定有无管辖权；要求各国相互尊重领土完整和对其自然资源的永久主权，尊重国家财产豁免权；要求外国法人和自然人在内国从事各种民事活动，必须遵守东道国的法律、法令；要求一国适用外国法时，不损害本国主权，不得与其公共秩序相抵触。除此以外，我们也应看到，当今世界，主权国家为了进行国际合作，发展彼此间互利关系，其主权的行使不能不受到国际条约或国际惯例的限制与约束。

二、平等互利原则

国际私法中的平等互利原则，即要求在处理涉外民事法律关系时，应从有利于发展国家间互利的经济交往关系作为出发点，它也是国际公法上平等互利原则在国际私法所管辖的涉外民事法律关系上的运用。

根据平等互利原则，首先要求各国民、商法处于平等的地位，彼此承认对方国家的民商法在本国的域外效力，相互适用对方法律，司法互助以及相互承认和执行法院判决和仲裁裁决等方面，都有权要求对等或互惠。其次，根据平等互利原则，各国对于外国当事人在法律上和经济上首先不歧视，外国人的合法权益在内国受同等的法律保护。最后，法律对抗也是根据平等互利原则延伸出来的一种法律措施。当一国的自然人、法人的正当权益受到另一国的非法限制、侵害或破坏时，受害国有权对该另一国的公民、法人采取报复性的法律对抗措施。

三、维护涉外民事关系稳定性原则

国际私法的重要任务决定了维护涉外民事法律关系稳定性也应作为其重

要原则之一。作为国际私法调整对象的涉外民事法律关系的重要特点之一就是会产生法律冲突，这种适用内国法或外国法的矛盾冲突状态本身，便是影响涉外民事法律关系稳定性的一大障碍。而从国际私法上解决该法律冲突的方法来看，除了在某些领域存在统一实体条约，大量的涉外民商法律冲突仍需要通过冲突法加以解决，冲突法解决方法又是一种非常独特的间接调整的方法，各国之间冲突法的差异性以及冲突法本身存在的不可避免的缺陷，也会使得涉外民事法律关系的稳定性受到一定的影响。

因此，我们要特别强调国际私法上维护涉外民事法律关系稳定性原则，要在国际私法的各项制度中，在各国国际私法的立法和实践中贯彻和体现该项原则。具体来说，尊重有关外国的涉外民事案件管辖权，通过国内立法和国际条约积极地解决各国涉外民商事案件管辖权的冲突；尊重和承认根据对方国家法律所取得的财产所有权等各项权利和结成的各项法律关系；根据本国的冲突规范平等合理地适用内国法和外国法。只有维护了涉外民事法律关系的稳定性，国际私法的根本任务才能得以保证和完成。

四、保护当事人合法权益原则

运用国际私法来调整涉外民事法律关系，目的是使之有利于开展各国之间的经济、文化等方面的交往，国际私法本身就是各国人民进行经济与文化的交往过程中产生的。但是要促进各国人民之间的经济、文化的交往，就必须切实保护中外当事人的合法权益。涉外民事法律关系的当事人参与一定的民事活动，都是为了寻求一定的利益，因此，对于当事人的一切合法权益，国际私法都应该予以保护。国际私法的一些原则和制度正是为合理地保护当事人的正当权益而设定的，如保护弱方当事人利益原则、意思自治原则、最密切联系原则等都是该项原则的直接体现。因此，我们必须依据这些原则和制度合理地适用法律，以达到预定的目的。

第四节 国际私法的渊源

法律渊源作为一个法律术语具有两种含义：一种是实质意义上的渊源，是指法律所体现的国家意志；一种是形式意义上的渊源，是指法律规范的表现或存在形式。本节所研究的国际私法的渊源，就是指国际私法规范的表现形式。

国际私法的渊源有国内渊源和国际渊源两个方面。国内渊源包括国内立法和国内判例；国际渊源包括国际条约和国际惯例。

一、国内立法

国际私法规范最早是在国内立法中出现的，无论是在历史上还是在今天，国内立法都是国际私法最主要的渊源。国际私法的各种规范包括冲突规范、外国人民事法律地位规范以及国际民事诉讼程序规范，都可见于各国的国内立法中。这里主要介绍国际私法中最主要的冲突规范在国内立法中的表现形式。

最早在国内法中规定冲突规范的，通常认为是 1756 年的《巴伐利亚法典》，而影响最大的则是 1804 年《法国民法典》（即拿破仑法典）。各国在国内立法中的冲突规范，概括起来有四种方式：

1. 将冲突规范分别规定在民法典或其他法典的有关条款中。采取这种立法方式最为典型的是 1804 年《法国民法典》。该法典的第 3、11、47、48、170、999、1000、2123、2128 等条文就是有关涉外民事法律关系的规定。该法典所形成的“法兰西法系”的立法模式对欧洲和南美洲一些国家的立法产生了很大的影响。意大利、奥地利、荷兰、葡萄牙、西班牙、希腊、墨西哥、巴西、智利、阿根廷等国家均采取这种立法形式。

2. 在民法典或其他法典中列入专编或专章，比较系统地规定冲突规范。这种立法方式可以说是拿破仑法典的进一步发展。如前苏联 1961 年《民法立法纲要》第 8 章、1968 年《婚姻和家庭立法纲要》都系统规定了冲突规范。有的国家在其新修订的民法典中也采纳了该种方法。如 1856 年的希腊民法典经过 1956 年修订后，列入了 30 条冲突法规范（第 4 条至第 33 条），1865 年的意大利民法典经 1942 年修订后，其前编中的冲突规范增加到 16 条（第 16 条至第 31 条）。我国 1986 年《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”，也是采取专章的形式来规定冲突规范。

3. 在有关单行法规中列入冲突法的有关条款。即在有关单行法规中，就某个方面的涉外民事问题规定有关法律适用的规范。英国的国际私法为此一立法形式的典型代表。由于英国是以判例作为国际私法主要渊源的国家，对国际私法规范未作系统的立法规定，只是就某方面问题在有关单行法规中作出一些规定。如，1882 年英国票据法、1984 年英国商船法和 1963 年遗嘱法等都包含有冲突规范。此外，美国 1962 年统一商法典和我国 1985 年《继承法》和 1985 年《涉外经济合同法》也是采取了该种方式。

4. 以专门法典或单行法规的形式制定系统的冲突规范。最早以这种方式制定系统冲突法规的是 1896 年德国《民法施行法》和 1898 年日本《法例》。其他如 1939 年泰国国际私法、1963 年捷克斯洛伐克国际私法和国际民事诉

《中华人民共和国合同法》已于 1999 年 3 月 15 日公布，同年 10 月 1 日起施行。届时《涉外经济合同法》将废止。《涉外经济合同法》的相关内容已被《中华人民共和国合同法》所吸收。

讼法、1966年波兰国际私法、1978年奥地利国际私法、1979年匈牙利国际私法、1982年南斯拉夫冲突法、1986年新修订的德国国际私法和1989年瑞士联邦国际私法，均采用了该种立法方式。以专门法典或单行法规形式规定有关的冲突法规范，将成为各国国际私法立法发展的趋势，为越来越多的国家所采用。

二、国内判例

所谓判例是指法院可以援引作为审理同类案件依据的判决。一国法院的判例是否可以成为该国国际私法的渊源，在国际私法理论和实践中尚有争论。

英美等普通法系国家以判例法作为主要法律形式，权威法官所作的判决可以作为先例，具有法律约束力。在这些国家除个别单行法中有一些成文的冲突规范之外，大部分冲突规范的表现形式是法院判例。英美学者的国际私法著作声明某项原则和规定，都是引用判例而不是引用成文法。同时，由于这些国家中国际私法散见于长期的法院判例中，内容庞杂而零乱，其系统的汇集和整理工作一般都由学者或学术机构来完成。

在国际私法领域内，判例在大陆法系的制定法国家，也占有不可忽视的地位。由于成文法的国际私法规范数量有限，不足以应付司法实践的需要，因而也将判例作为国际私法的辅助渊源，以弥补成文法的不足与遗漏。如判例在大陆法系的法国、德国、日本的国际私法实践中受到相当程度的重视。当然，也有学者认为，在大陆法系国家，判例尽管对审理类似案件具有参考价值，但它终究不是上升为统治阶级意志的法律，因而不能作为国际私法的渊源。

我国作为成文法国家，不承认判例可以作为法的渊源。然而在国际私法领域，我们却应重视判例的研究和运用。因为在国际私法领域，其调整的涉外民事法律关系极其广泛和复杂，立法者不可能预见并规定一切可能发生的情况，因此，给予司法机关一定的权力，在成文法不完备或不明确的情况下，允许其通过判例来弥补成文法的缺漏。特别是在我国目前解决大陆与香港的区际法律冲突问题时，更应考虑到判例在香港作为法律的作用。此外，在与判例法国家发展民事法律关系时，加强对其判例的研究和了解，有利于维护我们自身的权益和进一步发挥国际私法应有的作用。

三、国际条约

国际条约是国家之间缔结的确定、变更或终止其相互权利与义务关系的书面协议。根据缔约国数量的不同情况，国际条约可分为多边国际条约和双边国际条约。国际条约是国际私法的基本渊源之一。

作为国际私法渊源的条约应包括统一冲突法方面的国际条约和统一实体法方面的国际条约。统一实体法方面的国际条约主要是从19世纪中叶开始，随着人们谋求各国民商法方面的统一而逐渐发展壮大起来的一项重要渊源，主要是集中在国际经济贸易等领域。如：1947年的《关税及贸易总协定》（GATT）、1978年《联合国海上货物运输公约》（汉堡规则）、1980年《联合国国际货物销售合同公约》等均是属于这一领域的重要国际公约。鉴于在上编“国际经济学”中已对这类统一实体法公约系统论述，这里便主要研究统一冲突法方面的国际条约。

冲突法本来是因各国民商法不同而设定的解决法律冲突的方法。由于大量的冲突法规范是通过国内立法的方式表现出来，而各国冲突法规定不同而

产生的冲突，使得冲突法的作用大为降低，使国际民事法律关系仍处于不稳定状态。为此，不少国际私法学者很早就提出了统一冲突法的愿望。1983年海牙国际私法会议的召开，终于使冲突法的统一运动在19世纪末获得了积极成果，随后就产生了一系列的冲突法条约。海牙国际私法会议现作为国际间协调各国冲突法为主要宗旨的政府间组织，截至1997年，其成员国已达45个，并制定了33个国际私法公约。此外，国际区域性的冲突法统一运动在一些区域性国际私法组织的主持下，也取得了较大成绩。

四、国际惯例

国际惯例是在国家交往中逐渐形成的不成文的法律规范。构成国际惯例必须具备两个条件，一是经长期普遍的实践而形成成为通例；二是必须经国家或当事人接受为法律。

在冲突法领域，目前尚没有肯定性的国际惯例。但在长期的实践中各国也形成了一些共同的习惯作法，如：“不动产依不动产所在地法”，“人的身份能力依当事人属人法”，“合同法律适用依当事人意思自治原则”等。这些普遍性的冲突法原则是在各国的共同实践中形成的，有的还没有为国际条约所肯定，可以视同国际惯例。当一国处理某涉外民事案件而无国内立法和国际条约的规定可资遵循时，可以遵循这些共同的习惯作法。

在国际私法中较多的是在涉外经济贸易领域中适用的实体法惯例，如，1932年的《华沙—牛津规则》，1974年《约克—安特卫普规则》，1990年《国际贸易术语解释通则》等。这些任意性的国际贸易惯例，可以通过当事人的协议选择而适用。

与国际私法的其他渊源有所不同，一般来讲，国际惯例通常是在没有相应的国内立法和国际条约规定的情况下才准许适用。我国《民法通则》第142条第3款也明确规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”

除了上述几种渊源以外，西方一些学者主张把“学说”纳入国际私法的渊源之列，特别是在英美国家的司法实践中，法官也常常援引学者的著述来论证或推翻某一成文法或判例法所确定的国际私法原则。然而，绝大多数国家对此持否定态度，理由是：学说只是一种主张或理论，虽然它可能反映统治阶级的意志，但毕竟没有上升为表现统治阶级意志的法律，因而，不具有法律效力。尽管我国不把学说作为国际私法渊源，但既然普通法国家将学者的学说或著作作为判案的根据，我们就应该重视并加强对外国国际私法学者著作和学说的研究工作，以便全面掌握各种判例的精确含义，更好地处理和解决涉外民事案件。

第五节 国际私法的历史、 现状及发展趋势

一、国际私法的起源和历史

国际私法这个法律部门作为上层建筑的一个部分，其产生和发展是由经济基础所决定的。公元14世纪以前，由于社会生产力水平低下，科学技术落后，交通运输业极不发达，国家之间的经济贸易与民事往来为数甚少，从总体上讲尚不存在国际私法足以产生的广泛而大量的涉外民事法律关系。因此，14世纪以前尚不存在系统、完整的国际私法学说和立法。虽然，在个别国家的一些国内立法中，国际私法的萌芽已可见端倪，如早在公元7世纪中叶，中国唐朝《永徽律》中就有了明确的冲突法条文，然而，就整个世界范围而言，现代意义上的国际私法理论开始于14世纪，而国际私法成文法规则大量出现于19世纪末、20世纪初。

现代意义的国际私法理论起源于14世纪创立的意大利“法则区别说”，该学说主张以法则作为研究问题的出发点，将法则区分为不同的种类而分别决定其适用范围。这一学说为冲突法的发展奠定了基础，其发展随后又经历了两个阶段：16世纪法国的法则区别说和17世纪荷兰的法则区别说，其学派的代表人物法国的杜摩林和荷兰的胡伯分别提出了著名的当事人意思自治原则和国际礼让说。意、法“法则区别说”经历了三个发展阶段，统治国际私法领域长达五百年之久，并对18世纪末至19世纪初欧洲国家的冲突法立法产生了重大的影响。在这一历史时期，受“法则区别说”的影响，一些欧洲国家出现了制定成文冲突法的高潮，这些早期的冲突法国内立法主要有：1756年《巴伐利亚法典》、1794年《普鲁士法典》、1804年《法国民法典》、1811年《奥地利民法典》。

19世纪是国际私法的理论与实践急剧发展的时期。在国际私法理论上逐渐摆脱了“法则区别说”的束缚，欧洲和北美出现了冲突法，理论界学派林立的空前繁荣局面。许多国际私法学家提出了著名的国际私法理论：如美国的施托里的“属地学说”、德国萨维尼的“法律关系本座说”、意大利孟西尼的“国籍法说”和英国戴赛的“既得权说”，这些学说对国际私法理论的完善起到了很大的作用。在立法实践方面，1896年德国《民法施行法》和1898年日本《法例》的颁布施行，使得冲突法的立法进入到订立系统单行法规的立法阶段，冲突法规范的成文化由此得到发展。

二、当代国际私法现状及发展趋势

进入本世纪以来，特别是第二次世界大战以后，在新技术革命浪潮的冲击下，涉外民事法律关系有了新的重大发展，传统的国际私法已不能完全适应新的需要，在国际私法的理论和立法上均出现了变革和发展的令人可喜的新局面。

在国际私法理论方面，作为国际私法发祥地的欧洲大陆国家，在这一时期里，其国际私法的理论研究停滞不前，而源于大陆法系国际私法理论的美国国际私法学经历了一百多年的发展和变革之后，尽管尚未完全脱离大陆法系学者的理论轨迹，但在其国际私法理论中注入了新的法律思想，建立了在当代国际私法理论领域独树一帜的美国现代冲突法学说。其中，如库克的“本地法说”、卡弗斯的“优先权说”、柯里的“政府利益分析说”及对当代国际私法理论产生巨大影响的“最密切联系说”都是在这一潮流中产生的重要

理论。这些理论对传统国际私法在法律选择、法律适用等理论问题上，从理论到方法，进行了猛烈的批评和攻击。尽管对美国这股抨击传统国际私法理论和方法的浪潮褒贬不一，有的称之为国际私法中令人鼓舞的一场革命，有的则视之为国际私法中令人担忧的一次危机。尽管如此，这些学说不但在美国引起广泛的注意和热烈的讨论，而且在其他一些攻击下也受到密切的注视并产生了不可忽视的影响。特别是当今世界上国际私法的发展趋势，在某些方面是和这些学说有着密切关系的。

在有关国际私法理论的影响下，各国的国际私法立法和实践也产生了重大的变革，这种变革主要表现为：国际私法立法数量的增多，立法内容的不断扩大，特别是国际私法的立法形式呈法典化趋势。本世纪60年代以来，越来越多的国家采用了法典化的国际私法立法方式，欧洲大陆各国这一时期的国际私法立法集中反映了这种立法趋势，如，1966年《波兰国际私法》、1979年《奥地利国际私法》、1979年《匈牙利国际私法》、1982年《南斯拉夫法律冲突法》、1986年《联邦德国国际私法》和1989年《瑞士联邦国际私法》等。在欧洲大陆国家制定的这些国际私法法规中，也融入了很多美国国际私法的新思想，诸如最密切联系说等重要原则在以上许多国家的立法中都有体现。

总的说来，综合当今国际私法发展的现状和趋势可以归纳为以下几个方面：

第一，国际私法的国际化趋势。由于不断增加的人口流动以及世界经济的增长，法律的国际化成为当代一个突出的现象。国际私法作为一类专门调整国际间民商事法律关系的部门法，同样表现出国际化趋势，这种趋势不仅表现在国际私法的形式上，而且也表现在其内容上。

第二，国际私法立法的法典化趋势。上述内容提及的一些欧洲大陆国家的国际私法立法便反映了这种趋势，除此以外的亚非及拉美一些第三世界国家也陆续颁布或施行了本国的国际私法法典。毫无疑问，这种发展趋势是国际经济交往日益频繁、国际民事关系日益复杂和国际加强对涉外经济活动的干预的结果，它对提高法律适用上的预见性、明确性、稳定性与针对性产生了积极的作用。

第三，建立在法律选择基础上的传统国际私法框架中渗入“政策定向”和“结果选择”等新的法律思想。传统国际私法是建立在连结点选择方法的基础上，尽管以美国为代表的国际私法新潮流对这种法律选择方法进行了深刻的批评，但从第二次世界大战以来一些国家所制定的新的国际私法法规以及美国1971年的《美国冲突法第二次重述》来看，都仍然是保存和利用着传统的框架。在国际私法的立法方面也是如此。不过，在各国国际私法立法中，特别是在各国法院的司法实践中，都已注意到在审理具体涉外民事案件时对有关政府的政策、利益和当事人的正当权益的重视，于是，当事人意思自治原则、最密切联系原则等灵活原则得到较为广泛的运用。

第四，国际私法调整方法上冲突法与实体法相结合的趋势。按照传统的国际私法选择法律的方法，只是对一个已经产生的法律冲突予以解决，从这个角度而言，实体法（包括统一实体规范和国内专用实体规范）解决的方法，严格意义上说则是避免和消除法律冲突。因而在传统国际私法上曾出现过“国

际私法是否包含统一实体规范”的争论，现在，随着统一实体法解决涉外民事案件的重要性逐渐为人们所认识，这种争论已渐渐平息。因此，冲突法的间接调整方法和实体法的直接调整方法已被国际社会公认为国际私法解决涉外民事法律冲突的两种不可替代的方法。

三、中国国际私法的历史发展和现状

中国冲突法的立法最早可见于公元 7 世纪唐朝法律中的有关冲突法规定。但是，由于唐朝以后的历代封建王朝实行闭关自守的政策，冲突法并未在中国得到进一步的发展。直至 1918 年北洋军阀政府颁布《法律适用条例》这一中国历史上第一部冲突法，才结束了中国冲突法立法长期停滞不前的局面。与此相适应，中国国际私法学的研究也起步较晚，直到清朝末年我国才出版了国际私法著作。

新中国成立以后，废除了《法律适用条例》，但由于历史的原因以及经济条件的限制，我国冲突法的立法长期未获发展。直到 1978 年党的十一届三中全会以后，国家实行了对外开放政策，涉外民事关系迅速发展，主观上也清除了法律虚无主义的影响，所以对冲突法立法提出了需求。我国在 1985 年分别颁布的《涉外经济合同法》和《继承法》对涉外经济合同和涉外继承的法律适用原则分别作了明确的规定，从而在新中国立法史上第一次正式产生了冲突规范。1986 年通过的《中华人民共和国民法通则》，专门设立第八章“涉外民事法律适用”，对人的民事行为能力、不动产、涉外合同、侵权行为、结婚和离婚、扶养、遗产继承等涉外民事法律关系的法律适用原则作了比较系统的规定。在这以后，1990 年颁布的《中华人民共和国海商法》第十四章和 1995 年颁布的《中华人民共和国票据法》第五章，分别对我国涉外海事关系和涉外票据关系的法律适用予以了特别规定。除此之外，我国的《民事诉讼法》和《仲裁法》等法律则对有关我国的国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁程序规范予以了规定。至此，我国以《民法通则》为主体，以其他单行法规中有关冲突规范规定为补充的国际私法体系已初步建立起来，并在逐步趋于发展和完善。目前，在我国国际私法的研究上，也呈现出初步繁荣的大好局面。特别值得提及的是，中国国际私法示范法的起草工作正在进行中，并已取得很大进展，该示范法的诞生将有助于我国处理香港、澳门回归后国内区际法律冲突问题，并极大地推动我国国际私法立法的进程。

指唐朝《永徽律》“名例章”中规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。”

同 316 页注 。

1997 年中国国际私法年会的主要内容之一便是修改和讨论“国际私法示范法”第四稿。

第二章 冲突规范

第一节 冲突规范的概念、特点和作用

一、冲突规范的概念

冲突规范 (Conflict Rules) 是指某一涉外民事法律关系应适用何国实体法的法律规范的总称。在国际私法上, 也有把冲突规范称作法律适用规范 (Rules of Application of Law) 或法律选择规范 (Choice of Law Rules), 也有称之为“国际私法规则” (Rules of Private International Law)。例如我国《民法通则》第 144 条规定的“不动产的所有权, 适用不动产所在地法律”, 就是一条冲突规范, 它指明了有关具有涉外因素的不动产法律关系应该适用该不动产所在地的实体法来调整。而以上经冲突规范指定用来具体确定涉外民事法律关系当事人的权利和义务的特定法域的实体法, 称为该法律关系的准据法 (Lexcauae 或 Applicable Law)。

二、冲突规范的特点

冲突规范作为一种极其特殊的法律规范具有以下特点:

1. 从冲突规范的内容和作用来看, 冲突规范并不直接规定涉外民事法律关系当事人的权利和义务, 不能直接构成当事人作为或不作为的准则, 因而对涉外民事法律关系仅起到间接调整的作用。由于冲突规范是一种法律适用规范, 它仅仅指明某一种涉外民事法律关系应如何适用法律, 因而有别于能够直接确定当事人权利与义务的实体规范。就其调整作用来说, 它必须与经过它所援引的某一特定国家的实体规范结合起来, 才能发挥作为法律规范调整当事人权利、义务的作用, 因而也只是起到间接调整的作用。

2. 从冲突规范的性质来看, 冲突规范是一种既不同于实体规范也不同于程序规范的特殊类型的法律适用规范。尽管冲突规范并不直接确定当事人的权利与义务, 不是实体规范, 而是通过指定适用何种法律来调整涉外民事法律关系, 但它终究在本质上同以诉讼关系为调整对象的程序规范不同, 所以, 冲突规范也不是程序规范。就其性质上讲, 它是指明某种法律关系应如何适用法律的法律适用规范。

3. 从冲突规范的结构来看, 冲突规范具有非常特殊的法律规范结构。一般法律规范的结构包括假定、处理和制裁三部分, 这三者分别代表了法律规范中指出的适用该法律规范的条件部分, 法律规范规定的内容和要求部分以及违反该法律规范将招致何种后果的部分。而冲突规范则由“范围”和“系属”两大部分构成, 前者指该冲突规范所要调整的法律关系的类型, 后者指调整这一法律关系所应适用的某一种法律。

三、冲突规范的作用

客观正确地认识冲突规范作用, 对进一步发挥国际私法在调整涉外民事法律关系中的应有的作用具有极其重要的意义。

首先, 冲突规范作为解决涉外民事法律冲突的方法之一, 其地位和作用是不容忽视的, 也是其他任何法律规范所无法替代的。调整涉外民事法律关系, 解决民事法律冲突是国际私法的主要任务。这种民事法律冲突从本质上来讲是民事法律适用上的冲突, 冲突规范正是指明某种涉外民事法律关系应适用何种法律的规范, 因而它是解决民事法律冲突的行之有效的办法。虽然,

同实体法相比，它只能起到间接调整的作用，并不能从根本上避免和消除法律冲突，但是，在 19 世纪后期出现的统一实体法并不能代替冲突规范在解决涉外民事法律冲突方面的作用。从目前现有的统一实体规范来看，包括国际条约和国际惯例，无论是调整的领域还是调整的对象或是对当事人的具体法律适用上，均受到一定的限制。从其适用的领域来看，目前的实体规范大多集中在国际经济、贸易、知识产权等领域，而在继承、婚姻等其他涉外民事法律关系方面至今尚没有也难以在短期内指定统一实体法，仍然得依靠冲突规范这种古老的而又独特的间接调整方法；此外，统一实体法在适用范围上的限制还在于，某些统一实体条约的缔约国不可能囊括世界上所有的国家；某些统一实体规范本身在对当事人适用的法律效力上也会作出限制。而以国际惯例形式出现的统一实体规范在国际私法范围内大多为需要当事人选择才能适用的任意性规范。由此可见，冲突规范在调整涉外民事法律关系上的作用是统一实体法所无法取代的。而且，国际私法正是通过作为其本体或核心的冲突法采用其独特的调整方法，选择适用调整有关法律关系最适当的一国的法律，平等地适用内国法和外国法，体现了公平与合理的原则，这也是其他任何法律规范无法做到的。

其次，冲突规范在调整涉外民事法律关系时存在着一定的缺陷，主要表现在：第一，与实体法相比较，冲突规范只是起到间接调整的作用，不能直接构成当事人作为或不作为的准则，使当事人很难据之预见法律关系的后果，故而缺乏实体规范那样的预见性和明确性。第二，由于冲突规范只是作出立法管辖权上的选择，即通过连结点对有关涉外民事法律关系指定一个特定国家具有立法管辖权，而不问该管辖权国家有无调整该法律关系的法律及其具体内容如何，因而有时会缺乏合理性或针对性。第三，受国家主权观念、案件审理结果与法院地国的利害关系以及法律适用上的司法便利等因素的影响，在长期冲突法实践中，逐渐形成了与冲突规范适用相联系的一整套法律制度，如反致、公共秩序保留、限制法律规避等，从各个不同侧面限制或削弱了冲突规范的效力，因而又使冲突规范缺少了法律规范应具有的稳定性和确定性。以上冲突规范的缺陷是冲突规范本身的性质和特点所决定的，所以，自国际私法产生以来，人们一直在努力寻求补救的方法，从本世纪 30 年代起，以美国为中心在国际上形成了一股批判和改造传统冲突规范僵硬性和呆板性的潮流，提出了“政府利益分析说”、“最密切联系说”及对冲突规范进行软化处理等学说和方法。通过对冲突规范缺陷的改造，将会使冲突规范这一调整涉外民事法律关系的特殊规范更好地发挥其应有的作用。

第二节 冲突规范的结构 和种类

一、冲突规范的结构

(一) 冲突规范结构的组成部分

冲突规范在其结构形式上主要由范围和系属两部分构成。

冲突规范的“范围”是指冲突规范所要调整的民事法律关系或所要解决的法律问题。一般是指冲突规范的前面部分，如在“不动产依不动产所在地法”和“侵权依侵权行为地法”这两条传统规范中，“不动产”和“侵权”即为该两条冲突规范所应调整的法律关系的类型。由于作为国际私法调整对象的涉外民事法律关系是一种广义的民商事关系，故而冲突规范的“范围”种类繁多，其中最为常见的有合同关系、侵权关系、行为关系、所有权关系、婚姻家庭关系和继承关系等。

冲突规范的“系属”是指冲突规范所调整的法律关系应适用的法律。它一般是指冲突规范的后面部分。同样，在上述两个冲突规范中，“不动产所在地法”和“侵权行为地法”即为该上述两条冲突规范的“系属”部分，它明确地指出了该两条冲突规范在调整“不动产”和“侵权”法律关系时所应适用的特定法律。值得提出的是，在“系属”中，有一个非常重要的部分，被称为连结点(Point of Contact)。所谓“连结点”又称为“连结因素”，它是冲突规范借以确定涉外民事法律关系应当适用什么法律的根据。可以说连结点是冲突规范中据以连结涉外民事法律关系与其应适用的某国法律的基础，起到了桥梁和媒介的作用。例如，在“合同依合同缔结地法”这条冲突规范中，“合同缔结地”即为连结点，它是该条冲突规范确定有关合同法律关系应当适用何种法律的根据。冲突规范调整涉外民事法律冲突的方法实质上就是一种连结点选择的方法，因而在冲突规范中连结点的意义是非常重大的。正因为连结点反映了某种法律关系与一定地域的法律之间客观的、内在的联系，因此冲突规范所调整的民事法律冲突可以通过连结点这一媒介找到其应适用的准据法。

(二) 系属公式

在国际私法理论中，往往把一些解决法律冲突的原则公式化，使其成为固定的系属，以解决同类性质法律关系的冲突问题，这种公式化、固定化的系属就被称为“系属公式”。由于双边冲突规范是数量最多、使用最广泛且最为典型的冲突规范，所以，冲突规范的“系属公式”实际上就是双边冲突规范的系属。最常见和常用的系属公式有：

1. 属人法(Lex personalis)。属人法是以法律关系当事人(包括自然人和法人)的国籍、住所或习惯居所作为连结点的系属公式。该系属公式主要用于解决有关人的身份、能力、家庭关系以及继承等方面的民事法律冲突。“属人法”有“本国法”即“国籍国法”和“住所地法”之分。在1804年《法国民法典》颁布以前，欧洲国家均把当事人住所地法视为属人法。主要是因为当时各国的国内法律尚未统一，不具备以本国法作为属人法的客观条件。但1804年《法国民法典》援用当事人本国法为属人法，后来特别是经意大利法学家孟西尼大力倡导，以法、德为代表的大陆法系国家便广泛采用本国法为当事人的属人法。但是，以英、美为代表的普通法系国家以及南美一些国家仍坚持以住所地法为当事人属人法。这样，在属人法方面形成了本国法和

住所地法两大分支。目前，虽然在“属人法”上的两大分支仍然存在，但自第二次世界大战以后，欧洲出现了批判本国法主义而恢复住所这一属人法连结点的趋势，这种趋势已经在某些国家的冲突法实践中及一些国际条约中得以体现。我国作为典型的大陆法系国家，历史上曾坚持以“本国法”作为属人法，但在我国的现行立法中则倾向于以住所地法作为属人法。这样，不仅在理论上符合国际潮流，而且也符合我国在香港、澳门回归祖国后变成多法域国家的新的国情。

2. 物之所在地法 (Lex rei sitae 或 Lex loci situs)。物之所在地法是以涉外民事法律关系的标的物所在地作为连结点的系属公式，主要用于解决物权、所有权等方面的法律冲突。这一系属公式可以追溯到 14 世纪冲突法形成时期，最初此公式仅适用于不动产物权关系，至 19 世纪中叶以后，它也开始适用于动产物权关系。

3. 行为地法 (Lex loci actus)。行为地法是以法律行为发生地作为连结点的系属公式，它起源于“场所支配行为”这一古老原则。由于法律行为性质的多样性，行为地法又可划分为以下一些系属公式：合同缔结地法、合同履行地法、侵权行为地法、婚姻举行地法等。

4. 当事人合意选择的法律 (Lex voluntatis)。这是以当事人合意选择法律的“意思自治”作为连结点的系属公式。一国冲突规范采用这一系属即表明它承认当事人选择法律的自主权。该“意思自治”原则是当今大多数国家确定涉外合同准据法的首要原则。

5. 法院地法 (Lex fori)。法院地法是指审理涉外民事案件的法院所在地国家的法律。这一系属公式常常被用来解决有关涉外民事诉讼程序的法律冲突，有时也用来解决有关实体问题，如在离婚及侵权问题上，一些国家法律规定适用法院地法。

6. 最密切联系地法。最密切联系地法就是与涉外民事法律关系有最密切联系的国家的法律。最密切联系原则的起源可以追溯至萨维尼的“法律关系本座说”，但最密切联系地法作为系属公式则是在最近几十年中发展起来的。它在多种不同性质的涉外民事法律关系中广泛适用，其中主要是涉外合同关系和侵权关系。

二、冲突规范的类型

根据冲突规范关于系属和连结点不同数量和不同性质，可以把它们分为四种类型：即单边冲突规范、双边冲突规范、重叠适用的冲突规范和选择适用的冲突规范。

(一) 单边冲突规范

单边冲突规范是直接规定某种涉外民事法律关系只适用内国法或只适用外国法的冲突规范。这类冲突规范的系属中只有一个“连结点”，它一般是以一个特定国家的国名作为标志或直接指明适用内国法或是某一具体的外国法。指明适用内国法时则不能适用外国法，指明适用外国法时则不能适用内国法，这也是单边冲突规范的特点，即适用该种冲突规范时不需要推定就能直截了当地适用某一特定国家的法律。例如，我国的《合同法》第 126 条第 2 款规定：“在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”就是一条单边冲突规范。

(二) 双边冲突规范

双边冲突规范是指其系属含有抽象连结点，并以其为依据去推定适用某国法的冲突规范。双边冲突规范的“系属”中也只有一个“连结点”，该连结点往往以一个抽象的地点为标志。由于该连结点是抽象的，所以其所指向的法律存在着是内国法或外国法的两种可能，因而被称为“双边冲突规范”。例如，我国《民法通则》第147条规定：“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。”就是一条双边冲突规范，其中，“婚姻缔结地法律”是一个可推定的系属。据此，如果当事人结婚缔结地在中国，就适用中国法律；如果当事人结婚缔结地在外国，就适用外国法律。由于双边冲突规范所援引的准据法既可能是内国法，也可能是外国法，在法律适用上它体现了对内外国法律的平等对待，冲突规范调整涉外民事法律关系的优越性由此可见一斑。双边冲突规范是国际私法中数量较多并且最常用的冲突规范。

（三）重叠适用的冲突规范

重叠适用的冲突规范就是其“系属”中“连结点”有两个或两个以上，且须同时适用于某种涉外民事法律关系的冲突规范。例如，1902年在海牙订立的《离婚与别居的法律冲突和管辖权冲突公约》第2条规定：“夫妇非依其本国法及法院地法均有离婚之理由的，不得提出离婚之请求。”这表明，离婚问题必须同时适用夫妻的本国法和法院地法，只有两者均认为有离婚原因时，才准许当事人离婚。我国《民法通则》在确定侵权行为法律适用规范时，也采用了重叠适用的冲突规范。在许多情况下，重叠适用的冲突规范规定的两个应重叠适用的准据法，有一个是法院地法。这也说明了该种重叠适用的冲突规范适用的一个重要原因就是立法者试图以此来维护法院地的公共秩序。

（四）选择适用的冲突规范

选择适用的冲突规范就是其“系属”中“连结点”有两个或两个以上，只需选择其中之一来调整有关涉外民事法律关系的冲突规范。根据选择的方式，选择适用的冲突规范又可以分为任意选择适用的冲突规范（或称为无条件选择适用的冲突规范）和依次选择适用的冲突规范（或称为有条件选择适用的冲突规范）两类。任意选择适用的冲突规范是指在“系属”中所含有的两个或两个以上的连结点上，法院可以任意地或无条件地选择其中之一来调整有关涉外民事法律关系的冲突规范。例如，我国《民法通则》第146条第1款规定：“侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。”这便是一条任意选择适用的冲突规范。依次选择适用的冲突规范是指其“系属”中的“连结点”有两个或两个以上，但法院只能依顺序或有条件地选择其中之一来调整有关涉外民事法律关系的冲突规范。例如，我国《民法通则》第145条规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律”；“涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”，便是一条依次选择适用的冲突规范。

详见《中华人民共和国民法通则》第146条规定。

第三节 准据法

一、准据法的概念与特点

(一) 准据法的概念

准据法 (Lex cause 或 Applicable Law) 是指经冲突规范援用来具体确定涉外民事法律关系当事人权利与义务的特定法域的实体法。虽然准据法本身并不属于冲突规范范畴,但由于冲突规范的直接作用只是选择法律,故它并不能直接调整涉外民事法律关系,它只有和它所指定的准据法结合在一起才能调整这种关系。因此,冲突规范调整涉外民事法律关系的作用的发挥离不开准据法,准据法的确定在冲突法中具有极其重要的意义。

(二) 准据法的特点

准据法作为国际私法上的特殊法律范畴,具有如下特点:

1. 准据法必须是通过冲突规范所援引的法律。未经冲突规范的指定而直接适用于涉外民事法律关系的法律,无论是统一实体规范还是国内法中的专用实体规范,都不能被称为准据法。

2. 准据法是能够具体确定涉外民事法律关系当事人的权利与义务的实体法。虽经冲突规范的指引但不能用来直接确定当事人权利与义务的法律,如在采用冲突法的反致、转致等特殊制度时,内国冲突规范所援用的外国冲突规范就不是准据法。

3. 准据法必须能够直接确定某一涉外民事法律关系当事人具体的权利与义务。因为准据法是解决涉外民事案件的最后步骤,所以,如果找到的准据法不能确定涉外民事法律关系当事人的具体权利义务,就会使国际私法失去其调整涉外民事法律关系的意义。

二、准据法的确定

准据法是经冲突规范所援引的某国实体法,在通常情况下,国家有关冲突规范中连结点的指引可以顺利地确定调整涉外民事法律关系当事人权利义务的准据法。在下列情况下,准据法的确定较为复杂,需要在理论和实践中加以解决。

(一) 准据法所属国为多法域国家

准据法所属国为多法域国家是指该国内部法律体系不统一,由于各法域之间的立法规定不同而产生区际法律冲突。在该种情况下,究竟适用它的哪一个法域的法律为准据法?根据国际的立法和实践,对于此问题主要有两种解决方法:

其一,根据准据法所属国的“区际私法”确定准据法。如果存在多法域的准据法所属国指定有专门解决其国内区际法律冲突的区际冲突法,则可以根据该区际冲突法的有关规定来加以确定。

其二,直接根据冲突规范中的连结点确定准据法。即直接根据住所、行为地、物之所在地等连结点,径自适用该具体地点的法律。这种方法比较方便,而且与冲突规范的旨意不相违背。

(二) 准据法所属国存在新旧法交替

国际私法上准据法所属国存在新旧法交替的情况包括:(1)法院地的冲突规范在涉外民事法律关系发生后有所改变;(2)构成法院地冲突规范连结点的的事实发生变化;(3)冲突规范所援引的准据法发生变更。以上第一、二种情况的处理主要是通过各国国内法的冲突规范本身加以规定或通过,“时间因素”

的明确规定给法院提供具体指示。对于第三种情况的处理，国际上尚未形成统一原则，一般由准据法所属国在其新修订的准据法中明确规定其是否有溯及力及溯及力的范围。也有的国家在此问题上采取了较为灵活的态度，允许当事人协商解决此问题。如，我国 1985 年《涉外经济合同法》第 41 条规定：“本法施行之日前成立的合同，经当事人协商同意，可以适用本法。”即该法允许其自身在当事人协商一致的前提下具有溯及力。

（三）先决问题及其准据法的确定

1. 先决问题的概念。“先决问题”（Preliminary Question）或称附带问题，是主要问题（Principal Question）的对称，系指在国际私法中一项主要争议（主要问题）的解决必须以解决另外一个问题为前提，该另外问题就是先决问题或附带问题。先决问题在涉外民事案件中具有独立性，所以需要单独考虑其准据法，而且，其准据法的选择直接影响主要问题的解决。一些国际私法学者认为，要使得先决问题准据法的确定具有意义，先决问题必须具备三个条件：(1) 主要问题依法院地国的冲突规范应适用外国法作为准据法；(2) 该先决问题本身具有相对的独立性而可以作为单独一项向法院提出；(3) 在确定该先决问题的准据法时，法院地国的冲突规范和解决主要问题的准据法所属国的冲突规范不同，导致不同的判决结果。

2. 先决问题准据法的确定。先决问题准据法的确定方法目前在各国的实践中并没有一致的做法，而在理论上也存在较大的分歧，主要有两种主张：

第一，主张依法院地国的冲突规范来确定先决问题准据法。该种观点主要是考虑到先决问题的相对独立性，有的学者甚至否认先决问题是国际私法中的一个问题。

第二，主张依主要问题准据法所属国的冲突规范来确定先决问题的准据法。从英国、美国、加拿大、澳大利亚等国家的司法实践来看，大多数情况下是采取了该方法。例如，加拿大 1963 年审理的施韦伯尔诉安加案 和英国 1968 年审理的阿诉布伦特伍德婚姻登记人案 均是按照此种方法来确定有关先决问题的准据法。

《中华人民共和国合同法》已于 1999 年 3 月 15 日公布，同年 10 月 1 日起施行。届时《涉外经济合同法》将废止。

详见黄惠康、黄进编著：《国际公法、国际私法成案选》，武汉大学出版社出版，第 298 页。

同上书，第 300 页。

第四节 冲突规范适用中的识别问题

一、识别的概念和由来

识别 (Qualification) 又称为归类 (Classification) 和定性 (Identification), 是指在适用冲突规范时, 依照某一法律制度, 对有关事实或问题进行分类和定性, 将其归入一定的法律范畴, 并对有关冲突规范进行解释的过程。识别的过程, 应包括两个相互制约和影响的内容: 其一, 是对有关的法律事实或问题进行识别。即对民事案件所涉及的有关事实或问题进行分类或定性, 纳入一定的法律范畴。因为在涉外民事案件适用冲突规范时, 首先要判定该涉外民事案件的性质, 明确其属于什么法律范畴, 比如, 是属于合同问题还是属于侵权问题, 是属于人的能力问题还是行为方式有效性问题等等。从识别这方面的内容来看, 是为了准确地根据有关冲突规范去进行法律选择。其二, 是对冲突规范本身的识别。即对冲突规范“范围”和“连结点”中的有关法律概念、法律术语进行解释。如在具体适用“不动产依不动产所在地法”, “合同依合同缔结地法”等冲突规范时, 须对“不动产”、“侵权行为地”等法律概念进行解释, 以准确找到应适用于案件的准据法。

识别作为国际私法上的一个基本问题, 是由德国法学家康恩和法国法学家巴丹在 19 世纪末分别又几乎是同时提出的。他们把各国在适用同一冲突规范时所得出的不同情况, 称为“隐存的法律冲突”和“识别冲突”, 从此以后, 识别问题便在国际私法学者中引起广泛的重视和讨论。不少学者均认为, 识别问题的产生主要是基于以下两个原因: 第一, 不同的根据, 对同一涉外民事案件所涉及的事实或问题确定不同的法律性质。第二, 不同的根据, 对同一问题规定的冲突规范具有不同的含义。而在司法实践中第一次运用识别制度处理涉外民事案件的是 1889 年法国最高法院审理的安东夫人诉巴特罗案 (或称马耳他人婚姻案)。

二、识别的依据和标准

由于各国的法律及其法律观念不同, 对于同一法律事实或问题或者对同一冲突规范, 用不同根据的法律观点进行识别, 有时就会得出不同的结论, 而这种不同的结论又会直接影响到冲突规范的适用, 从而直接影响到当事人的权利义务的确定。因此, 依据什么法律进行识别关系重大。在国际上, 各国的国际私法理论、立法及司法实践所持观点和立场并不一致, 归纳起来, 主要有如下几种主张:

(一) 依据法院地法识别说

以法院地法作为识别的依据是康恩和巴丹的主张, 得到了许多国际私法学者的支持和多数国际实践的肯定。其理由主要是: 首先, 法院审理涉外民事案件时所适用的冲突规范是国内法, 因而冲突规范中所使用的名词或概念只能依照其所属国家的法律, 即法院地法来进行解释。否则, 有损于法院地国家的立法和司法主权。其次, 由于法官熟悉自己国家的法律概念, 故而依法院地法进行识别简单明确, 不需要涉及外国法证明问题。但也有学者持反对意见认为: 如果只依法院地法进行识别, 有时会导致过分扩大法院地国的

详见黄惠康、黄进编著:《国际公法、国际私法成案选》, 武汉大学出版社出版, 第 273 页。

权利，减少外国法适用的机会，使按其性质应适用的外国法得不到适用。而且，有时法院地法中没有关于被识别对象的法律制度，就会使得依法院地法识别不可能实现。

（二）依准据法识别说

此学说为法国学者帕涅和德国学者沃尔夫等所主张。他们认为应依照法律关系适用的准据法来解决该法律关系的识别问题。其理由是：准据法是支配法律关系的法律，不采用它进行识别其结果等于该准据法没有适用。但是，该学说的支持者和在实践中采纳这一主张的国家并不多。因为识别问题是在冲突规范适用的过程中产生的一个问题，通过识别来确定法律关系的性质，确定应予适用的冲突规范，找到应予适用的准据法，从而完成识别的任务。而该学说主张依法律关系的准据法进行识别，就意味着要准据法确定之前依准据法对该法律关系的性质进行识别，这在理论上是自相矛盾，本末倒置的，从而陷于逻辑上的恶性循环，难以自圆其说。

（三）分析法学与比较法说

此学说为德国学者拉沛尔、英国学者贝克特和威希尔等所主张。他们认为：在识别的标准上不能局限于一国的法律，而应通过比较的方法分析与需要识别的法律事实有关的各国法律，寻找出一种各国都能接受的“普遍性概念”或“一般法律原则”，以此作为识别的标准。这种学说是一种理想化的，但脱离实际的观点。事实上，根据比较法研究，目前为止，各国法律中具有普遍性的共同概念是极少的，从识别制度本身产生的原因来看，即是各国法律制度和法律概念的差异。而且，要真正消除各国法律认识上的分歧，唯一的办法只能是彻底改变各国的法律本身，这显然是不可能的。而且，实践中用这种方法也会大大增加法官的负担。

（四）对不同的案件依据不同的法律进行识别说

该学说是由前苏联学者隆茨、德国学者克格尔等提出。这种学说对于识别的依据问题不主张采取统一的解决方法，而主张按不同的案件分别依据不同的法律进行识别。持这一学说的学者认为，并不存在什么统一的识别原则，识别问题归根结底是有关冲突规范的解释问题。在适用冲突规范时，由于涉及内外国法律的适用问题，所以对于识别的依据就应该根据冲突规范的目的去考虑是依照何种法律作为准据法更为合适。

在上述列举的四种识别中，第二、三、四种学说虽各有可取之处，但在国际私法实践中，各国大都以法院地法作为识别的主要依据，同时于必要时兼顾其他有关国家的法律。

三、识别的作用

识别制度的设立和存在是保证法院在审理涉外民事案件过程中正确适用有关冲突规范及正确地找到适用于案件的法律关系准据法。因此，可以说识别的作用在于：它是法院运用冲突规范审理涉外民事案件不可缺少的思维判案过程和法律认识过程，是必不可少的第一个步骤。

与此同时，我们也应该看到识别在客观上存在的另一方面的作用还在于：限制内国冲突规范的效力，而成为否定和排除有关外国实体法适用的一种手段。因为由于识别是由法院地国作出的，而且在大多数情况下是依据法院地法进行识别，所以它可以被法院地国家用来作为限制和排除外国法适用

的一种手段。在某些国际私法著作中识别甚至被归于限制外国法适用的各种制度中。实践中，识别在这方面的作用被各国法院在审理涉外民事案件时发挥得淋漓尽致。不仅如此，除了在法律适用方面，识别对于确定涉外民事案件的管辖权同样也具有重要作用。在上海高级人民法院 1988 年审理的中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案中，该法院坚持将该项纠纷识别为侵权案件，主张由我国法院管辖，而驳回了瑞士工业资源公司认为该项纠纷属合同争执而以当事人之间存在的仲裁协议为由要求排除我国法院管辖的主张，并坚持适用有关侵权行为地法——中国法，而非有关合同当事人选择的法律。

四、“二级识别”问题

西方一些学者，如罗伯逊和威希尔等，在研究识别的过程中，提出了“二级识别”问题。他们把识别分为“初级识别”和“二级识别”两种。他们认为：“初级识别”的任务只在于“把问题归入其所属的恰当的法律范畴”或者“把事实归入到适当的法律部类”，而“二级识别”则是“准据法的界定和适用”。具体说，“初级识别”发生在准据法确定之前，“二级识别”发生在准据法确定以后。实际上“二级识别”的实质就是对有关准据法的学说和内容进行解释。

但是，许多学者对这种“二级识别”理论持批判和反对的态度。如英国著名学者莫里斯指出它往往会导致专断后果，而且甚至在哪里划下一条初级识别和二级识别的界线，都没有一个明确的标志，何况英国法院也无采用此种理论处理的案例。事实上，“二级识别”是否属于识别问题值得讨论。识别问题是在适用冲突规范的过程中产生的，识别的目的在于弄清有关事实的法律范畴归属，解释有关冲突规范，以便恰当适用冲突规范选择准据法，一旦该项问题解决，该冲突规范所援引的准据法也就确定了，就不再有什么识别问题，而这存在按照有关冲突规范的指定适用某国实体法来确定当事人的权利与义务问题，所以，“二级识别”在理论上很难成立。

见董立坤著：《国际私法论》，法律出版社，1988 年版，第 68 页。

见《中华人民共和国人民法院公报》，1989 年 1 号。

见莫里斯著：《法律冲突法》，中国对外翻译出版公司，1984 年版，第 486 页。

第三章 外国法适用和排除

国际私法中用冲突规范确定有关涉外民事法律关系的准据法，存在着适用内国法和外国法两种可能，因此就会发生内国的司法机关处理涉外民事案件时适用外国法的情况。关于主权国家为什么要适用外国法及适用外国法是否会损害国家主权和利益的问题，古往今来已有诸多中外国际私法学者提出各种理论来加以解释，这些国际私法上的著名理论对国际私法的发展产生过积极的影响，至今，仍然具有重要的理论意义。

当然，社会经济发展到一定的历史阶段，有限度地适用外国法已为各国理论和实践所接受。但是，为了维护国家利益和克服适用外国法过程中发生的诸多困难，在国际私法上逐渐形成了一套适用外国法的制度，这些制度包括反致、公共秩序保留、法律规避和外国法内容的确定等。

第一节 适用外国法的理论

一、国际礼让说

该学说为 17 世纪荷兰著名学者胡伯所创立。该理论认为，法律在本质上是属地的，即一个国家的法律只在其境内有效，在其境外无效。但是一国可以承认他国某项法律的效力，但这不是基于法律上的义务，而是出于“国际礼让”。因此国家之间的“礼让”，就是适用外国法的根据，但是对外国法律效力的承认，以不违反本国国家和公民的利益为限度。该学说虽然以“礼让”作为适用外国法的依据因而存在一定缺陷，但其学说代表了当时新兴资产阶级的利益，对资产阶级上升时期的法律有促进作用，其理论为后来英美法学家所接受，而构成英美国际私法的基石。

二、法律关系本座说

该学说为 19 世纪德国法学家萨维尼提出的。他认为任何法律关系都像人有住所一样，有其特定的本座，即按其本质都同某一特定的法域相联系，该特定法域即为此种法律关系的本座。因而其本座在哪国，就适用哪国法律，任何法律关系如其本座在外国就应适用外国的法律。该学说更新了传统的冲突法理论和研究方法，极大推动了 19 世纪后半期欧洲国际私法立法的发展。

三、既得权说

既得权说为 19 世纪末英国学者戴赛所创立。该学说指出：法律效力仅及于本国境内，一国考虑外国法的效力时所承认的并不是外国法的本身，而是根据这种外国法已经取得的权利。即适用外国法的根据就是保护在别国根据文明国家的法律已经取得的权利。该学说一方面坚持严格的法律属地原则，不承认外国法的域外效力，另一方面却又企图使根据外国法律取得的既得利益受到保护，这显然反映了当时英国殖民主义者的利益和需要。

四、最密切联系说

最密切联系说是近年来国际私法学说的最新发展。该学说认为：在选择某一法律关系的准据法时，应对与该法律关系有关的各种主客观因素进行权衡，寻找法律关系的“重力中心地”，该中心地所属的法律即为法律关系所应适用的准据法。根据该学说，如果某一外国与某种涉外民事法律关系有最为密切的联系，就应当适用该外国法。

上述各种理论均对适用外国法的理论进行了系统的阐述，就当时的历史

条件而言，具有一定的合理性。但总的来说，它们脱离了社会经济发展的需要和国家统治阶级利益的需要研究和适用外国法的问题，因而不能完全正确地阐明适用外国法的实质。我国国际私法学者就此问题提出了“国际交往互利说”这一适用外国法的理论。指出在一定限度内适用外国法是在相互有利的条件下进行国际交往的需要，各国在其本国对外政策的指导下，在平等互利、相互尊重主权的基础上，有限制地适用外国法，以利于维护内外国人的合法权益，进一步发挥国际私法调整涉外民事法律关系的作用。

第二节 反致

当冲突规范指定适用外国法时，它所指定的外国法是仅仅指外国的实体法，还是包括冲突规范在内的外国的全部法律？此问题在国际私法的理论和实践中是争论颇多的。如果认为被冲突规范所指定的外国法应包括外国冲突法在内，那么，根据该外国冲突法又将会进一步发生法律选择，当依该外国冲突规范又应适用法院地法或第三国法律时，便发生了国际私法上的反致问题。

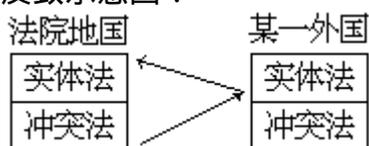
一、反致的含义和种类

反致是指法院地国在根据本国冲突规范适用外国法的过程中，接受了该外国的冲突规范的指定，适用本国实体法或第三国实体法的制度。根据反致发生的不同情况，广义的反致主要包括以下几种方式：

（一）反致（Remission Renvoi）

所谓“反致”又称“一级反致”或“直接反致”，指法院审理某一涉外民事案件时按照本国的冲突规范应适用某一外国法，而该外国法中的冲突规范却指定此案件应适用法院地国的实体法，法院据此适用了本国的实体法。例如英国法院在审理一个案件时，需要确定一个住所在法国的英国人的行为能力问题，依英国的冲突规范本应适用其住所地法国的实体法，但法国的冲突规范规定应适用当事人的本国法，即英国法，如果英国法院据此适用了英国的内国法，该适用法律的过程就叫做反致。在法律上承认反致始于17世纪欧洲一些国家的判例，但对各国国际私法产生重大影响并且使反致作为国际私法的一项重要制度被确立下来的是法国最高法院于1878年对“福果案”的判决。

反致示意图：



（二）转致（Transmission）

所谓转致又称“二级反致”，是指对于某一涉外民事案件，依法院地国冲突规范的规定，应当适用某外国法，而依该外国冲突规范的规定，须适用第三国法，如果法院地国最终适用了该第三国的实体法，这种适用法律的过程就叫做转致。例如，一瑞士公民在法国有住所，死后因他留在英国的动产涉讼，英国法院根据其关于动产基础的冲突规范指定适用法国法，而法国的冲突规范却指定适用死者的本国法，即瑞士法，如果英国法院据此适用了瑞士实体法，就是转致。以上实际上便是著名的“特鲁福特”案的判案过程。

转致示意图：



（三）间接反致（Indirect Renvoi）

详见黄惠康、黄进编著：《国际公法、国际私法成案选》，武汉大学出版社出版，第279页。

同上书，第280页。

所谓间接反致又称为“大反致”，它是指对于某一涉外民事案件，依法院地冲突规范的规定，应当适用某外国法，而依该外国冲突规范的规定，应适用第三国法律，但是，依第三国冲突规范规定，却又应当适用法院地法，最后，法院地国适用了其内国实体法，这种法律适用过程就叫做间接反致。例如，一个在英国住所的阿根廷公民死于英国，在日本留有不动产，现因此不动产继承问题在日本涉讼。依日本冲突规范规定，继承依被继承人本国法而应适用阿根廷法，但依阿根廷的冲突规范应适用被继承人的最后住所地法即英国法，而依英国的冲突规范却应适用不动产所在地法即日本法。于是，日本法院最终适用本国的实体法。该过程便是间接反致。间接反致由于其适用难度较大而在实践中较少使用。

间接反致示意图：



以上便是几种具体的反致制度，除此以外，在英国还存在一种独特的反致理论——“双重反致”（Double Renvoi）或“完全反致”，但其适用的范围非常有限。

二、关于反致制度的理论分歧

尽管反致已被许多国家承认为一项重要制度，但关于反致的理论，在国际私法上历来存在着两种对立的观点：

（一）赞同反致的观点

有不少学者对反致持赞成意见，他们认为反致应作为国际私法上的一项制度，理由如下：

1. 采用反致制度是维护外国法律完整性的体现。因为外国法律也是由国际私法与实体法构成的不可分割的整体，因此，当冲突规范指引某外国法时，如果只考虑适用它的实体法规定，而忽视它的国际私法规定，便会曲解该外国法的宗旨。

2. 适用反致制度，会扩大内国法律管辖范围。很明显，采用反致制度，在反致和间接反致的情况下，都适用了法院所属国的实体法，而没有适用法院所属国冲突规范所指向的外国实体法。

3. 采用反致制度可使各国法律对于同一涉外民事案件作出相同的判决，而这正是国际私法的重要目的之一。这样，因为采用反致，同一案件不论在哪国提起诉讼都适用相同的法律，还可以避免或减少当事人“挑选法院”现象。

（二）反对反致的理论

在国际私法理论上，对于反致制度持反对态度的学者们主要认为：

1. 采用反致制度违背了法院地国主权原则，使法院地国的冲突规范让位于外国的冲突法，这同样也违背了法院地国主张用外国法调整某一涉外民事法律关系的立法宗旨。

2. 采用反致于实际不便。因为反致制度的采用，会大大增加法官和当事人证明外国法内容的任务，并且，内国法官在适用外国冲突规则时，还必须研究该国有关识别和公共秩序保留的制度，才能作出符合在该国适用外国法

的同样结论。

3. 采用反致会导致恶性循环。如果所有国家都接受反致，就会出现相互指定、循环不已的情形，使准据法得不到确定，使法律适用的预见性和稳定性得不到保证。

三、各国关于反致的立法和实践

理论上对反致制度的不同观点决定了各国立法和实践对反致制度的态度不一。主要有以下几种情况：

（一）全面接受反致制度

最早在立法上承认反致的是 1896 年颁布的德国民法施行法。目前，在实践中全面接受反致的国家有奥地利、法国、英国、波兰、捷克和斯洛伐克等，这些国家既接受反致也接受转致。如 1979 年《奥地利国际私法》第 5 条规定：“对外国法律的指定也包括它的冲突规范在内。如外国法反致时，应当适用奥地利内国法（不包括冲突法）；如外国法转致时，应当予以尊重；但当某内国法未指定任何国家法律时，或在它被别的法律首次反致时，则应适用该外国的内国法。”

（二）有限制地接受反致

有的国家只接受反致，而不接受转致。采取这种方式的国家主要有前苏联、匈牙利、前南斯拉夫、日本和泰国等。如：《泰国国际私法》第 4 条规定：在应当适用外国法时，如依该外国法应当适用泰国法，则适用泰国国内法，而不适用泰国冲突规则。

（三）完全拒绝反致

一些国家的立法中明文规定拒绝任何形式的反致。目前，在立法和实践中拒绝适用反致的国家有荷兰、希腊、巴西、埃及、秘鲁、伊朗、叙利亚、摩洛哥、伊拉克等。如 1942 年《意大利民法》第 30 条规定：“依上述各条之规定应适用外国法时，仅适用该外国自己的规定，而不考虑该法任何反致的规定。”

在有关国际条约中，对于反致制度也有不同规定。一些国际条约接受了反致原则，如在 1902 年海牙缔结的《婚姻法律冲突公约》、1930 年《解决汇票和本票的某些法律冲突公约》、1931 年《解决支票的某些法律冲突公约》和 1955 年《解决本国法和住所地法的法律冲突公约》等公约中均规定了反致制度。但也有某些国际公约明确排除了反致制度，如欧共体国家于 1980 年订立的《关于合同性债务的法律适用公约》第 15 条规定：“本公约规定适用的任何国家的法律，系指适用该国有效的法律规则，而不是适用其国际私法的规则。”

我国《民法通则》以及 1988 年《最高人民法院关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则》规定：“当事人协议选择的或者人民法院按照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律，是指现行的实体法，而不包括冲突规范和程序法。”这说明我国在解决涉外经济合同的法律适用时，是排斥反致制度的。

随着《涉外经济合同法》在被《中华人民共和国合同法》取代后失去效力，最高人民法院对《涉外经济合同法》的解释也将失去效力。最高人民法院实有必要重新就《中华人民共和国合同法》中的相关内容作出解释。

第三节 公共秩序保留

一、公共秩序保留的含义

公共秩序保留 (Reservation of Public Order) 是指法院地国根据本国的冲突规范应当适用外国法时, 如果外国法的适用或外国法的适用结果会违反法院地国的公共秩序时, 限制或排除该外国法适用的制度。公共秩序保留的结果是使依法院地冲突规范指引的外国实体法没有得到适用, 它是一种限制外国法适用的最直接、最有效的方法。例如, 世界上多数国家目前在婚姻制度上均实行一夫一妻制, 但也有少数阿拉伯国家允许一夫多妻。如果有一个其国内允许一夫多妻的阿拉伯人在国内结婚后, 欲在一个实行一夫一妻的国家缔结第二次婚姻, 如果该国家关于结婚条件的冲突规范为: 结婚依当事人本国法, 则此人的第二次婚姻的准据法为其本国法, 允许他重婚, 但是由于这种一夫多妻法律的适用使得该采用一夫一妻国家的社会公共利益受到损害, 则可适用公共秩序保留制度, 排除该外国法的适用。

公共秩序保留制度的萌芽可以追溯到公元 14 世纪, 意大利法则区别说的代表人物巴托鲁斯在创立法则区别说时就曾提出, 一个城市国家的“可憎的法则”, 如禁止女子继承遗产的法则, 就不适用于领土之外。17 世纪荷兰学者胡伯在提出“国际礼让说”的同时, 也认为适用外国法不得违背国家与公民的权利和利益, 而把“国际礼让”与“公共秩序保留”的思想联合在一起。后世的许多国际私法学者如: 美国的施托里、英国的戴赛、德国的萨维尼、意大利的孟西尼等都在论述其有关理论时进一步阐述了公共秩序保留问题。从立法实践来看, 1804 年《法国民法典》首次对公共秩序保留作了规定。此后, 各国有关国际私法立法及有关国际公约中均有关于公共秩序保留制度的规定。

正确理解公共秩序保留的含义, 关键在于如何解释“公共秩序”, 虽然在理论和实践中, 对于公共秩序的表述和名称各不相同, 如“公共政策”、“善良风俗”、“公共利益”、“道德规则”等等, 此外, 由于不同社会制度国家的法律和代表不同阶级及集团利益的学派, 也不可能对公共秩序的概念和内容作出统一的解释, 但是, 国际私法上的公共秩序就其实质而言, 应是对各国统治阶级所需要的经济、政治和法律制度基本原则、统治阶级对内对外的基本政策和有利于统治阶级的社会秩序等方面的概括。同时, 正是由于“公共秩序”没有精确的定义和确定的界限, 使得公共秩序保留制度具有不确定性的特点, 而成为法院地国适用外国法的“安全阀门”。

二、公共秩序保留的立法形式

公共秩序保留条款在各国立法中的表现形式大致上有三种:

(一) 直接限制方式

这种方式是在国内法中明文规定, 如果外国法的适用违反本国的公共秩序, 则该外国法不予适用。如 1804 年《法国民法典》第 6 条规定: “个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律”。1989 年《瑞士联邦国际私法》第 17 条规定: “适用外国法律明显地违反瑞士的公共秩序的, 则拒绝适用。”我国《民法通则》第 150 条也规定: “依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的, 不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”这种直接限制方式只对采用公共秩序保留的条件作原则性的规定, 是一种伸缩性很强的弹性条款, 便于法院地国根据需要灵活运用, 因而为大多数国家的立法所

采纳。

（二）间接限制方式

这种立法方式是在国内法中明文规定内国的某些法律具有绝对的强制性，或者这些法律必须直接适用，从而间接地排除了适用外国法的可能性。例如，1804年《法国民法典》第3条第1款规定：“有关警察与公共治安的法律，对于居住于法国境内的居民均有强制力”。我国《合同法》第126条第2款规定：“在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同适用中华人民共和国法律”。采用间接限制方式能保证本国法优先得到适用，但在实践中必须首先论证、解释某些内国法是否具有绝对强制性。

（三）合并限制方式

这是指一国同时采用直接限制和间接限制两种方式对公共秩序保留制度加以规定。如1942年《意大利民法典》第28条规定：“刑法、警察法和公共安全法，对在意大利领土上的一切人均有强制力”。这是间接限制外国法适用的公共秩序保留条款。该法典第31条同时又规定：“不论上述条文作何规定，外国国家的行为、任何机构或实体的章程或行为，均不得在意大利境内发生效力。”该条直接限制了外国法的适用。应该说，这种合并限制外国法适用的立法更为完善、更有利于保证国内法的基本原则得以实现。

三、公共秩序保留的理论和实践

在各国国际私法立法中，公共秩序保留普遍被用来作为限制外国法适用的法律根据和手段。但是，在有关公共秩序保留制度的理论问题上，学者们在一定程度上存在着分歧，这些分歧也影响着各国公共秩序保留的司法实践。

就理论分歧而言，主要表现在以下几个问题上：

（一）有关公共秩序保留适用的范围

公共秩序保留范围的界定是该制度在适用过程中的一个关键问题。有的学者提出，对公共秩序的内容不能一概而论，而应根据具体情况，按本国法律制度来确定，因而就违反公共秩序而言，都表现为对内国公共秩序的违反，无所谓国内、国际公共秩序之分。但是，有的学者，如瑞士布鲁歇等主张从法律分类的角度来阐明公共秩序的范围，提出应把公共秩序分为国内的公共秩序和国际的公共秩序，前者只对本国境内的本国具有绝对强制性，如有关婚龄、成年年龄的规定等，这些规定在创立涉外民事法律关系时就不一定具有普遍的约束力；后者则对本国境内的本国人和外国人均有强制性，如禁止重婚的规定等，如果国际冲突规范所应适用的外国法违反内国的这些禁止性规定，内国法院必须完全排除该外国法的适用，这便是公共秩序保留制度。目前，绝大多数国家的学者同意该种主张，认为应区分国内民法上的公共秩序和国际私法上的公共秩序。这样，限制了公共秩序保留的范围，能够避免滥用公共秩序保留的现象。

（二）外国法被排除后的法律适用

在指定为准据法的外国法因其适用会违背法院地国的公共秩序而被排除后，法院对于该案件应如何处理？以往，在冲突国际私法理论上多数学者倾向于认为，在这种情况下，应代之以法院地国相应的法律。这种观点也为许多国际私法立法所采纳。1979年《匈牙利国际私法》第7条规定：“外国法的适用有违背匈牙利的公共秩序时，不适用外国法。”又规定：“必须适用

匈牙利法以代替被排除适用的外国法”。1982年《土耳其国际私法》和《国际民事诉讼法》第5条也规定,在这种情况下,“必要时可适用土耳其法律”。1978年《奥地利国际私法》第6条也规定:“外国法的规定,在其适用会导致与奥地利法律的基本原则互相抵触的结果时,不得适用。如有必要,应代之以适用奥地利法的相应规定。”

尽管以法院地法取代被排除适用的外国法,是较为普遍的做法,但是,目前许多学者均主张对用法院地法取代被排除适用的外国法的做法,应尽可能加以限制,并认为只有这样,才更符合国际私法的基本精神。因为既然某一法律关系本应以有关外国的实体法作为准据法,就表明这一法律关系与该外国有更为密切的联系,因此,一概以法院地国法取代被排除适用的外国法有可能产生对当事人不公正的结果。他们主张取代被排除适用的外国法不一定是法院地的内国法,而应视具体情况予以确定,或是法院地国法或是其他有关的外国法。也有的学者主张,在此种情况下,可视外国法的内容不能证明而拒绝审判。上述观点已在一些国家的立法中有所反映,如《葡萄牙国际私法》第22条规定:“冲突规范所指向的外国法,如果与葡萄牙国家公共秩序规范的基本原则相抵触的,拒绝适用,在这种情况下,可适用该国法中其他最为合适的法律规范,也可以适用葡萄牙的国内立法。”

(三) 公共秩序保留是否应受国际条约约束的问题

在该问题上,目前比较普遍的看法是,国际条约并不能约束内国法院选择适用法律的自由。就国际条约实践来看,新近签订的海牙国际私法公约和区域性国际组织所签订的统一冲突法公约,都规定有公共秩序保留条款,允许缔约国认为在可以援用此种保留条款来排除适用公约中的有关规定。如1980年欧洲经济共同体《关于合同债务法律适用公约》中便有此种规定。应该指出的是,缔结统一冲突法的目的就在于减少缔约国间法律选择不一致,以尽可能减少它们在有关问题上适用公共秩序保留条款的可能性。因此,尽管在新近的统一冲突法公约中规定了这种保留条款,但仍宜严格予以限制,否则,就违背了缔结统一冲突法公约的宗旨和目的。

就公共秩序保留制度的实践来看,总的说来,欧洲大陆国家对该制度的适用是比较广泛而频繁的,虽然在程度上也有一些差别。而在英美普通法国家,公共秩序保留却不占有那样重要的地位。

在我国立法中,对公共秩序保留历来是持肯定态度的。我国《民法通则》第一次在我国国际私法中全面规定了公共秩序保留。其第八章第150条规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益”。在适用该条款时,我们应认识到,援用《民法通则》150条规定的公共秩序保留条款以排除经冲突规范援引的外国法的适用,是一种例外情况。而这种例外情况是指外国法的适用结果违背“中华人民共和国的社会公共利益”,该“社会公共利益”应包括我国道德的基本观念和法律的基本原则。

第四节 法律规避

一、法律规避的含义

法律规避 (Evasion of Law)，又称“法律欺诈”，是指涉外民事法律关系当事人为了实现利己的目的，故意改变构成法院地国冲突规范连结点的具体事实，以避开本应适用的对其不利的准据法，而使对其有利的法律得以适用的行为。法律规避之所以作为限制外国法适用的一项制度，学者们对此有不同的解释。有的学者认为，由于法律规避最终导致了本应支配某法律关系的强制性法律没有得到适用，因而被认为是排除外国法适用的手段之一。也有的学者认为，从法院角度而言，为了维护法律的权威性，对当事人通过法律规避行为而援引的对其有利的外国准据法则须予以排除和限制。

在国际私法中，有关法律规避的最著名、最典型的案例为 1878 年法国最高法院审理的“鲍富莱蒙诉比贝斯哥案”。该案事实如下：法国王子鲍富莱蒙之妻，原系比利时人，因与王子结婚而入法国籍，其后因夫妻不和而分居，因为 1884 年以前法国法禁止离婚，王妃为了达到同鲍富莱蒙王子离婚而同罗马尼亚比贝斯哥王子结婚的目的，便只身前往德国并归化为德国人。归化德国的次日，即诉请德国法院与法国籍丈夫离婚并获得离婚判决，随后即在德国与比贝斯哥王子结婚。鲍富莱蒙王子在法国提起诉讼，要求宣布离婚与再婚无效。法国法院最后认为，该离婚判决是在王妃通过取得德国国籍而逃避法国法律禁止离婚的规定下取得的，因而构成了法律规避。最后，法院判决该王妃在德国的离婚、结婚均属无效。

二、法律规避的构成要件

构成国际私法上的法律规避，应具备下列要件：

1. 当事人主观上必须有规避法律的故意。法律规避行为都是直接故意的，是以逃避适用对其不利的法律为目的的。在国际民事交往中，当事人常常通过改变国籍、住所、行为地等来实现某种目的，但实际生活中发生的对国籍、住所、行为地等改变的行为并不一定构成法律规避。只有在逃避适用对其不利的法律成为其行为的根本目的时，当事人的行为才具备了国际私法上法律规避的主观要件。

2. 被当事人规避的法律必须是内国冲突规范所援引应当适用的某国实体法，而且是有关强行性或禁止性法规而非任意性法规。这里所指的实体法，主要是指调整民商事关系的法律。有些法律实际上本无域外效力，而且无需经冲突规范的指引而直接适用于某种法律关系，如刑法、行政法等，如果有人为了躲避某国上述法律的禁止性规定而到另一国从事某种活动，就不属于国际私法中所特指的法律规避。

3. 法律规避必须是通过改变构成冲突规范连结点的具体事实来实现的。必须注意的是，在法律规避中，当事人改变的不是连结点的种类，而是构成连结点的具体事实。具体说，并不是将“当事人国籍”改变为“当事人住所地”，而是将甲国国籍改变为乙国国籍，或将住所由甲国移往乙国等。而且，某些诸如改变国籍、改变住所、改变行为地、改变物之所在地等的行为，从表面上看来是合法的，但实质上却是非法的。

4. 法律规避必须是既遂的，即在客观上已经形成了法律规避的事实，当事人所希望的那个实体法得到适用，当事人的目的已经达到。

当事人的行为只有同时具备了上述四个要件，才构成了冲突法上的法律

规避行为，其中，当事人有意改变或制造某种连结点的行为，则是法律规避成立的基本要件和重要特征。

三、有关法律规避效力的理论和实践

虽然在国内民法上规避法律的行为被公认为违法行为，但国际私法上的法律规避由于涉及到不同国家的法律，而使得各国在有关法律规避的效力问题上，在理论和立法、司法实践中存在着较大的分歧。归纳起来，有以下几种不同情况：

（一）全面否定法律规避的效力

在欧洲大陆国家，绝大多数学者主张只要法律上不能作出相反的解释，任何法律规避都属无效。其理由是：法律规避旨在逃避有关国家的强行法，也可以认为是一种违反公共秩序的行为，同时法律规避行为损害了冲突规范及其指定的准据法的威信，本质上是一种欺诈行为，根据“欺诈使一切归于无效”的原则，作为欺诈行为的法律规避理应视为无效。不论其规避的是内国法还是外国法。如《阿根廷民法典》第 1207 条规定：“在国外缔结的规避阿根廷法律的契约是毫无意义的，虽然这个契约依契约缔结地法律是有效的。”该法第 1208 条有规定：“在阿根廷缔结的规避外国法的契约，是无效的。”

（二）基本肯定法律规避的效力

英美普通法系根据从所谓尊重公认自由原则出发，认为当事人规避构成连结点的具体事实的行为符合冲突规范的原意，主张当某种法律行为依内国不能成立而依外国法能够成立时，应当承认该行为有效。所以，在英美普通法系国家，一般说来，法院是不承认在国际私法中有所谓法律规避问题的。在英国的一些判例中，只有在绝对需要适用英国法的情况下，才对法律规避行为加以排斥。而美国大多数州的法院对逃避住所地法到外国缔结婚姻的行为一般也是予以承认的。

（三）仅仅否定规避内国法的效力

绝大多数国家的理论和立法及司法实践都明确否定当事人规避内国法的效力，而对规避外国法不作规定，其中，有的国家承认规避外国法的效力，有的国家则认为规避外国法的效力应具体分析而判定其有效与否。如前苏联著名学者隆茨认为：“依苏联法，为违反法律之目的或规避法律而成立之行为是无效的。”1982 年《南斯拉夫国际私法》第 5 条规定：“如适用依本法或其他联邦法可以适用的外国法，是为了规避南斯拉夫法的适用，则该外国法不得适用”。1979 年《匈牙利国际私法》第 8 条也有类似规定。但在规避外国法的效力方面，有的国家认为应承认其效力，如，同样由审理鲍富莱蒙诉比贝斯哥案的法国法院在审理“佛莱离婚案”时，由于当事人规避的是意大利法律而非法国法，而承认其法律规避行为有效。也有国家在司法实践中主张，对当事人规避外国法的具体分析，只有当事人在规避了外国法中合理的规定时，才否认这种规避行为的效力，否则则承认其效力。

虽然我国目前在《民法通则》中未对法律规避行为加以规定，但在理论和司法实践中，我国坚持规避内国法无效原则。《最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》第 194 条规定：“当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法的效力。”该条对于规避外国

法的行为则没有加以规定。实践中对于规避外国法的行为，我国则根据具体情况而定，若干被规避的外国法本身就与法院地国的公共秩序相违背，则这种法律规避行为应视为有效；如果规避的是外国法中正当合理的规定，则规避行为无效。

第五节 外国法内容的查明

一、外国法内容查明的含义

外国法内容的查明，亦称外国法内容的确定或外国法内容的证明。它是指法院审理涉外民事案件时，在根据本国冲突规范确定应以某一外国实体法为准据法的情况下，对该外国法的内容如何予以确定的问题。具体涉及外国法查明的途径、外国法不能查明时的解决方法、对外国法适用错误的补救等问题。这是一种从诉讼程序的角度来限制外国法适用的一种法律制度。

外国法内容查明作为国际私法上的一项制度，首先是由于内国法院适用外国法的不便造成的。世界各国在各种法律上是千差万别，极其纷繁复杂的，任何一国法官很难通晓一切国家的各种法律。因此，当国家冲突规范的指引需要适用外国法时，就发生了对该法查明的问题。其次，是由于各个国家不同的诉讼制度和原则所造成。西方国家的诉讼法把“法律”和“事实”截然分开，按照其法律观点，法院应该知道法律，而且仅仅限于知道法律，对于事实问题，则由当事人自己负举证责任，法院根据当事人所证明的事实加以论证，并适用法律作出判决。这就使得法院在适用外国法时面临一个问题：究竟将该外国法视作“法律”还是“事实”？如适用前者，那就由法院主动来查明其内容；如属于后者，则由当事人负举证责任。

二、外国法内容查明的方法

外国法内容查明的方法取决于有关国家的诉讼制度及对外国法性质的认定。目前国际上有关外国法内容的查明，主要有以下不同方法：

（一）当事人举证证明

英美等普通法系国家，将外国法看作“事实”，完全由当事人对所属于的外国法的内容提供证明。如果诉讼双方对某一外国法的内容理解一致，可向法院提出一项协议声明，法院根据该声明确定外国法的内容，并作出判决；如果诉讼双方对外国法的理解不一致，则由当事人双方各自举证，然后由法院加以认定；如果当事人不能证明外国法的内容或者法院认为当事人所提出的证据不充分时，可由法院直接推定适用相应的本国法。采取该种方法往往使外国法内容的查明受到诉讼双方提出的证据的限制。英国、美国、比利时、卢森堡以及阿根廷、墨西哥、智利、巴西等拉美国家采用这一方法。

（二）法院依职权查明

某些欧洲大陆国家，如奥地利、意大利、荷兰及一些东欧国家和拉美的乌拉圭、秘鲁等国家，认为冲突规范所指引的外国法也是法律，按照“法官知法”的原则，法官应当负责查明外国法的内容。例如《奥地利联邦国际私法》第4条第1款规定：“外国法应由法官依职权查明。可以允许的辅助方法有：有关人员参加，联邦司法部提供资料及专家意见。”

（三）法院和当事人共同查明

前苏联及一些东欧国家，主张冲突规范所指向的外国法既不是单纯的事实亦非法律，因此，查明该外国法的内容既不能用确定“事实”的程序，也不能用确定“法律”的程序，而应根据不同情况，分别采取不同的方法。具体地说，主要应由法院负责查明，但根据需求和可能也可由当事人提出有关证明，或由有关专家提供资料或提出意见。另有欧洲大陆国家如德国、瑞士、前南斯拉夫等，虽然将外国法的性质确定为法律，但在查明该外国法内容时，由法院依职权去查明，同时也要求当事人提供关于外国法内容的证明。如《德

《民事诉讼法》第 25 条规定：“当事人对于法官不知之外国法，虽有举证之责，但法院对于不知之法律，依其职权，亦得从事调查。”

有关外国法内容的查明方法，我国立法尚无明文规定，但是，在司法实践中可以根据有关的司法解释。根据我国《民事诉讼法》等法律基本原则的规定，我国司法实践中，对于经冲突规范所援引的外国法，我国最高人民法院负有查明的责任。除此以外，根据我国最高人民法院《关于贯彻 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 193 条的规定，在有关案件应适用的法律为外国法时，还可以通过下列途径查明：(1)由当事人提供；(2)由与我国订立司法协助条约的缔约国对方的中央机关提供；(3)由我国驻该国的使领馆提供；(4)由该国驻我国的使领馆提供；(5)由中外法律专家提供。

三、外国法不能查明时的解决方法

当冲突规范所援引的外国法的内容无法查明时，各国通常有下列解决方法：

(一) 直接适用内国法

大多数国家都用内国法代替内容无法查明的外国法。他们认为在外国法的内容无法查明的情况下，就推定外国法与内国法相同，或推定当事人放弃了适用外国法的权利，而且内国法也是法官最为熟悉的法律。如《奥地利联邦国际私法》第 4 条第 2 款规定：“如果经过充分努力，在适当时期内外国法仍不能查明时，应适用奥地利法。”《瑞士联邦国际私法》第 16 条第 2 款规定：“外国法不能查明时，适用瑞士法律。”我国在实践中也是采取此种方式。在我国最高人民法院《关于贯彻 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》中规定：“外国法的确定，如果通过多种途径仍不能查明，适用中华人民共和国法律。”

(二) 类推适用内国法

英美等普通法系国家在有关外国法无法查明时，也主张适用本国法，但采用类推方式。如英国法院，在当事人提不出关于外国法内容的证据，或法院认为该证据不充分时，就用类推的方法适用英国法。美国也用此种类推方法，但仅限于在普通法系国家适用。

(三) 驳回起诉

少数国家在外国法内容无法证明的情况下驳回当事人的诉讼请求。其理由是既然当事人的请求所依据的外国法无法证明，那么这一请求就缺乏成立根据，理应予以驳回。在美国、德国等国家的司法实践中就曾经采用过此种方法。

四、对外国法适用错误的处理

法院在审理涉外民事案件时，可能发生的错误有两种：一种是适用冲突规范的错误；一种是适用作为准据法的外国法的错误。

由于冲突规范主要是一国的国内法，因而适用冲突规范的错误本质上与适用内国的其他法律的错误相同，其解决方法也应同纠正内国其他法律的错误所采用的方法一样。为此，绝大多数国家的法律规定都是相同的，允许当事人依法上诉，以纠正这种错误。

对于适用外国法的错误，各国做法不一，有的国家允许当事人上诉，如英国、奥地利、葡萄牙、意大利、波兰、拉美国家及前苏联和东欧等国家。有的国家不允许当事人上诉，如法国、瑞士、西班牙、希腊、比利时、荷兰、卢森堡等欧洲大陆国家。我国立法未对适用外国法错误的处理作出明确规

定，但根据我国民事诉讼法的基本原则，我国允许当事人提起上诉。

第四章 国际私法的主体

国际私法主体是涉外民事法律关系的参与者，因其享有民事权利和承担民事义务而具有法律人格。国际私法主体的范围相当广泛，自然人、法人、国家、国际组织等都有可能成为国际私法的主体。

第一节 外国人的民事法律地位

一、外国人民事法律地位概述

外国人的民事法律地位主要是指外国自然人和法人在内国享有民事权利和承担民事义务的状态。当外国国家、国际组织作为民事法律关系主体在内国享有民事权利和承担民事义务时，除法律另有规定外，视同外国人。外国人在内国取得一定的民事法律地位是涉外民事法律关系产生的前提。

有史以来，外国人的民事法律地位几经变迁。原始社会无国家之别，自无本国人与外国人之分，也就无所谓外国人的民事法律地位问题。奴隶制社会时期，外国人基本被作为敌人看待，外国人所获得的是敌对待遇。封建社会时期，各国虽在一定程度上承认了外国人的民事法律地位，但由于这种承认十分有限，外国人的民事法律地位大大低于内国人，外国人所获得的是差别待遇。直到资本主义时期，由于商品经济的发展要求在国际间通商自由，外国人的民事法律地位才随之提高，其基本趋势是向着相互待遇和平等待遇发展。

外国人在内国的民事法律地位，均通过国内立法和国际条约直接加以规定。通过国内立法规定外国人的民事法律地位是基本方法。随着国际间经济、文化交往的日益频繁，世界各国为维护交往的正常和确保交往中的秩序，均在国内立法中对于外国人的民事法律地位进行广泛的确认。从各国立法的形式来看，少见就外国人的民事法律地位单独立法，而是将此规定分布于各种法规之中，诸如宪法、民事法律、行政法规、程序性法律、刑事法律等，均有关于外国人民事法律地位的规定。通过国际条约规定外国人的民事法律地位是国际间加强合作的产物。早在19世纪初，双边条约就被用作规定缔约国间人民的民事法律地位的手段，二次世界大战后，在众多国际组织的努力下，各种国际条约如雨后春笋般涌现，其内容涉及到贸易、运输、投资保护、税收、知识产权保护、婚姻、继承、劳工交流、民商事管辖、判决的承认与执行等诸多领域，其间所创设的各种制度使外国人的民事法律地位日益公正。

二、外国人民事法律地位的几种制度

在现代社会中，外国人的民事法律地位主要是通过各种制度（亦可以说各种标准）反映出来的，这些制度均渊源于各国国内法或国际条约，它们主要是国民待遇、最惠国待遇、普遍优惠待遇和优惠待遇。

（一）国民待遇（National Treatment）

1. 国民待遇的概念。国民待遇是指一国将给予内国人的待遇平等地给予外国人的一种制度。依据国民待遇制度，外国人与内国人在内国处于平等的民事法律地位。例如，1953年《日美友好通商航海条约》规定，国民待遇是指在缔约一方领土内所给予的待遇不低于该方的国民、公司、产品、船舶或

其他物品在相同情形下所享有的待遇。

国民待遇制度产生于资本主义时期，早在 1804 年，《法国民法典》即率先在国内法中作出类似规定，之后，世界各国在立法和实践中均采用了这一制度。国民待遇制度也可见诸各种国际条约，如 1883 年《保护工业产权的巴黎公约》即以国民待遇作为总的原则。国民待遇制度的实质是以内国人所享有的民事法律地位作为标准来衡量外国人在内国所享有的民事法律地位，它一方面表现为内外国人平等，另一方面表现为内国不歧视外国人。

国民待遇制度适用的领域相当广泛，当今各国除公认应赋予外国人在必需的民事权利方面以国民待遇外，还将国民待遇制度适用于船舶遇难救助、申请发明专利权、商标注册、版权以及民事诉讼权利方面。但从各国实践看，在沿海贸易、国内渔业、内水航行、公用事业等领域，则一般不给予外国人以国民待遇。

2. 国民待遇的特点。国民待遇在适用中主要有如下三方面特点：

(1) 国民待遇制度以互惠为基础。在历史上虽出现过非互惠的国民待遇，但持续的时间相当短暂，未形成什么影响。现代的国民待遇均是互惠的，即国家之间相互给予对方国家国民、公司、产品、船舶等以国民待遇，此一互惠既可以通过立法或条约而表明，也可以通过实践而证明。

(2) 国民待遇制度是有限制的。根据国民待遇制度，外国人在内国取得平等的民事法律地位，这并不意味着外国人与内国人享有同样的民事权利，承担同样的民事义务。事实上，各国从自身利益出发，总要针对外国人规定某些限制。例如，各国均限制外国人出任某些职务。这已成为国际上的习惯，如此限制并不构成对国民待遇制度的违反。

(3) 国民待遇是通过内国国民、公司、产品、船舶或其他物品所享有的待遇表现出来的。

(二) 最惠国待遇 (Most-Favoured-Nation Treatment)

1. 最惠国待遇的概念。最惠国待遇是指授予国(给惠国)给予另一国(受惠国)人的待遇，不低于或不少于授予国已给予或将给予任何第三国(最惠国)人的待遇。联合国国际法委员会于 1978 年通过的《最惠国条款公约草案》第 5 条将最惠国待遇定义为“授予国给予受惠国或与之有确定关系的人或事的待遇不低于授予国给予第三国或与之有同于上述关系人或事的待遇”。

最惠国待遇制度产生于 19 世纪末，在历史上曾被用作列强掠夺的手段。二次世界大战后，最惠国待遇制度被赋予了新的形式，并很快在国际交往中被广泛采用。新型的最惠国待遇制度特指互惠的、无条件的最惠国待遇制度。

最惠国待遇与国民待遇不同。国民待遇是以本国自然人、法人等所享有的待遇作为参照标准，其作用的结果是使外国自然人、法人等与本国自然人、法人等处于平等的民事法律地位；而最惠国待遇是以不特定的第三国自然人、法人等所享有的最优惠待遇作为参照标准，其作用的结果是使不同外国自然人、法人之间处于平等的民事法律地位。

2. 最惠国待遇的特点。最惠国待遇在适用中具有如下特点：

(1) 最惠国待遇以互惠为基础。鉴于国与国之间授予最惠国待遇大都通过条约或协定，实践中证明互惠的存在相当方便。

(2) 最惠国待遇是无条件的。作为受惠国，当给惠国给予任何第三国最优

惠待遇时，无须履行任何手续，即可取得与该第三国相同的待遇。

(3)最惠国待遇主要适用于经济贸易领域，诸如国家间的商品、支付和服务往来；国家之间交通工具的通过；彼此的自然人和法人在对方定居、个人的法律地位和营业上的活动；著作权、专利权和商标权的保护；彼此的外交代表团、领事代表团和商务代表团的特权和豁免；判决和裁决的相互承认和执行等。

(4)最惠国待遇在适用中有较多例外，诸如一国给予邻国的特权与优惠例外；边境贸易和运输方面的特权与优惠例外；有特殊历史、政治和经济关系的国家间形成的特定地区的特权与优惠例外；经济集团内部各成员国之间的特权与优惠例外等。

(5)最惠国待遇是通过一国自然人、法人、商船、产品等所享有的待遇表现出来的。

(三) 普遍优惠待遇 (Generalized System of Preference)

1. 普遍优惠待遇的概念。普遍优惠待遇亦称普惠制，指发达国家从发展中国家进口制成品、半制成品和极少数农产品时，单向给予减免关税优惠的制度。联合国大会于 1974 年通过的《各国经济权利和义务宪章》第 19 条规定：“为了加速发展中国家的经济增长，弥合发达国家和发展中国家之间的经济鸿沟，发达国家应当尽可能在国际经济合作的领域内给予发展中国家以普遍优惠的、不要求互惠的和不予以歧视的待遇。”

普惠制产生于 20 世纪中期以后，是发展中国家为建立国际经济新秩序而斗争的结果。二次世界大战后，国际经济发展极不平衡，发展中国家在与发达国家的制成品和半制成品贸易中处于绝对劣势，如此情形下，互惠的国民待遇和最惠国待遇不能保证发展中国家在贸易中获得真正的平等。为此，代表发展中国家的“77 国集团”率先提议：发展中国家或地区向发达国家出口工业制成品和半制成品时发达国家应给予特殊的关税优惠，而发达国家不得要求反向优惠。由于这一提议真实反映了国际经济力量的对比关系，于世界经济的长远发展有利，也受到发达国家有识之士的响应。1968 年联合国贸发会议通过了这一提议，在后来的联合国大会上作了倡导性的规定。目前，普惠制尚待完善，其一，发达国家应承担起实施普惠制的确定义务；其二，发达国家在实施普惠制时不得因发展中国家的社会制度不同而予以歧视。

2. 普遍优惠待遇的特点。普遍优惠待遇在适用中具有如下特点：

(1)普遍优惠待遇是典型的非互惠制度。发达国家在向发展中国家实施普惠制时不得要求反向优惠。一般而言，非互惠是不平等的，因此国民待遇和最惠国待遇均以互惠为基础。但互惠所表现的平等需以经济力量的平衡为前提，在失衡状态下互惠难以表现真正的平等。真所谓矫枉过正，普惠制是以事实上的平等替代表面上的平等。

(2)普遍优惠待遇在适用中有明显的限制。其一，在实践中普惠制只针对制成品、半制成品和极少数的农产品；其二，各发达国家在实施普惠制时大都有配额、数量等限制。上述限制在很大程度上缩小了发展中国家受益的范围。

三、外国人在我国的民事法律地位

(一) 历史上外国人在我国的民事法律地位

历史上，随着我国朝政的变化和国力的盛衰，外国人的民事法律地位几经变迁。汉唐各代，国力强盛，对外国人基本采取开放、招徕政策，允许外国人来华经商、留学、旅行、求佛等。这一时期我国与国外的经济、文化交往较为频繁，外国人基本能获得公正的待遇。宋元时期，我国继续实行开放、招徕政策，外国人在我国的民事法律地位有增无减。明末清初，由于外国几度入侵，我国转而采取闭关锁国政策，严格限制外国人进行正常的民事活动，外国人在我国也难有公正的民事法律地位可言。鸦片战争以后，我国国力极度衰败，帝国主义列强用“炮舰政策”打开了中国的大门，迫使清政府签订了一系列不平等条约，外国人凭这些条约在中国获得包括领事裁判权和非互惠最惠国待遇在内的一系列特权。此一时期，衡量外国人的民事法律地位已失去了正常的尺度。

（二）外国人在新中国的民事法律地位

新中国成立后，我国一方面废除了赋予外国人特权的不平等条约，另一方面宣告各国，期望与各国政府和人民在平等、互利的基础上恢复并发展正常的通商贸易关系。当然，由于内外各种因素的影响，我国在此之后的一个相当长的时期内与外国的经济、文化交往是不正常的，外国人在我国的民事法律地位也未真正体现。直到党的十一届三中全会后，我国实行对外开放政策，我国与世界各国的经济、文化交往趋于正常，外国人在我国也取得了公正的民事法律地位。目前评价外国人在我国的民事法律地位，反映出如下特色：

其一，我国基本上以国民待遇和最惠国待遇为标准赋予外国人民事法律地位。例如，我国在相当多的国内立法和国际条约中承诺按国民待遇衡量外国人在我国的民事权利；我国亦在许多国际条约中承诺按最惠国待遇公平对待所有的外国人。

其二，我国在某些领域给予外国人以特别的优惠。例如，为了吸引外资和外国先进技术，我国给予来华投资的外国人以减免关税和所得税的特别优惠，致使外国人在税收方面的待遇高于我国自然人和法人。

其三，我国赋予外国人以广泛的民事权利，包括且不限于亲属权、继承权、居留权、劳动权、工商企业经营权、自然资源开发权、知识产权、旅游及受教育权、司法保护权等。

浦伟良、郭延曦著：《国际私法新论》，立信会计出版社，1994年版，第43-44页。

参见1949年《中国人民政治协商会议共同纲领》。

第二节 国际私法主体的法律问题

一、自然人作为国际私法主体的法律问题

(一) 自然人国籍的冲突及其解决

国籍是自然人属于某一国家国民或公民的法律资格。国籍在国际私法上具有很重要的意义。其一，国籍是判断涉外民事法律关系的标志；其二，国籍是适用属人法的重要连接因素；其三，国籍是法院行使管辖权的依据。

1. 自然人国籍的冲突。自然人国籍的冲突表现在两个方面：一方面表现为一个人有两个或两个以上的国籍，称为双重国籍或多重国籍现象，此乃国籍的积极冲突；另一方面表现为一个人不具有任何国家的国籍，称为无国籍现象，此乃国籍的消极冲突。

自然人国籍冲突产生的根本原因是各国的国籍立法不同，即各国关于国籍取得、丧失的法律规定不同。在现实生活中，自然人国籍的冲突通常直接因为出生、结婚、收养、入籍等原因而产生。自然人国籍的冲突是一种不正常的现象，无论是国籍的积极冲突或是消极冲突，都可能为国际私法中某些问题的解决带来困难。

2. 自然人国籍冲突的解决。通过各国的司法实践，为国际私法上解决国籍的冲突确定了一些原则。但应当明确，这些原则的运用旨在实现国籍在国际私法上的意义（如上所述），而非消除国籍的冲突。消除国籍冲突依赖于各国在国籍立法上的合作。

(1) 自然人国籍积极冲突的解决。在国际司法实践中，通常采用如下原则解决国籍的积极冲突：

其一，内国国籍优先原则。这一原则通常在当事人所具有的两个或两个以上国籍中有一个是内国国籍时适用，适用的结果是舍弃当事人的外国国籍，确认当事人是内国人。该原则不仅被世界各国普遍接受，也已被有关国际公约采纳。

其二，实际国籍原则。这一原则通常在当事人所具有的两个或两个以上国籍均为外国国籍时适用。实际国籍原则亦可称最密切联系国籍原则，即以当事人在行动上和内心上有最密切联系的国家为其国籍所在国。该原则在学者们的倡导下，已为瑞士、奥地利、波兰、土耳其等许多国家所采用，反映了解决国籍冲突有关规范发展的新趋势。

其三，后取得的国籍优先原则。这一原则通常在当事人所具有的两个或两个以上国籍均为外国国籍，且国籍取得有先后时适用，适用的结果是舍弃当事人取得在前的国籍，以取得在后的国籍作为当事人的国籍。该原则为日本、泰国等国家所采用。

其四，强调国籍与住所相一致原则。这一原则通常在当事人所具有的两个或两个以上国籍均为外国国籍，且当事人在其中一国住所时适用，适用的结果是舍弃当事人无住所的国籍，以当事人有住所的国籍作为当事人的国籍。该原则为匈牙利、南斯拉夫等国所采用。

其五，敌国国籍优先原则。这一原则仅在当事人所具有的两个或两个以上国籍中有一个是敌国国籍时适用，适用的结果是确认当事人为敌国人。该

参见 1930 年《关于国籍法律冲突若干问题的公约》。

原则在国际实践中较少采用。

(2)自然人国籍消极冲突的解决。在国际司法实践中，通常采用如下原则解决国籍的消极冲突：

其一，强调国籍与住所相一致原则。即以当事人住所所在国作为当事人的国籍所在国，如当事人亦无住所，则以当事人的居所或惯常居所所在国作为当事人的国籍所在国。该原则为泰国、希腊、意大利、波兰等国所采用，一些国际公约也采纳这一原则。

其二，确认法院地国籍原则。该原则通常在当事人既无住所亦无居所（惯常居所）时适用，适用的结果是以法院地所在国作为当事人的国籍所在国。该原则为捷克、斯洛伐克、南斯拉夫等国所采用。

(3)我国解决国籍冲突的有关规定。我国在国籍立法上强调国籍唯一原则，此一原则导致我国在司法实践中不承认中国人有双重国籍。与此相对应的是我国亦无解决中国人国籍积极冲突的法律规定。我国目前的有关规定主要针对存在国籍冲突的外国人：

其一，解决国籍的积极冲突。采用国籍与住所相一致原则或实际国籍原则。

其二，解决国籍的消极冲突。采用国籍与住所相一致原则。

(二)自然人住所的冲突及其解决

1.住所及其认定。住所(Domicile)指一个人以久住的意思而居住的某一处所。它由两方面要件构成：其一是久住的意思，此乃主观要件；其二是居住的事实，此乃客观要件。国际实践中对住所各种分类：原始住所指一个人因出生而从父母处获得的住所；选择住所指自然人因自主选择而取得的住所，它通常要求满足有行为能力、有久住意思、有居住事实三方面条件；法定住所通常指法律直接为不具有完全行为能力的自然人规定的住所。

每一个国家在各自的司法实践中均建立了自己的认定住所规则，并仅仅依照自己的规则认定住所，此乃认定住所上的法院地法说。它意味着一个美国法院可以依照美国法认定一个人已经取得了法国住所，而不管法国法中关于取得住所的要件。各国确立的认定住所规则不尽相同，但相比之下，英美法系国家规定的较为完善，在其判例中确立了如下规则：第一，每一个人都应有一个住所；第二，一个人不能同时有两个以上住所；第三，住所一经取得，非因取得新的住所，不得废弃；第四，每一个有行为能力的人都享有选择住所的自由。

住所国际私法上具有十分重要的意义，这不仅因为住所地法是属人法的一种理解，还因为相比较国籍，住所这一连接点在国际私法中的运用范围要广泛得多。另外，就民事管辖权而言，不可否认住所是最重要的标志。

2.自然人住所的冲突。自然人住所的冲突与国籍冲突一样，包括积极冲突和消极冲突两种情况。住所的积极冲突指一个人同时在两个或两个以上国家或法域有住所；而住所的消极冲突则指一个人无任何法律意义上的住所。

自然人住所冲突产生的根本原因是各国关于住所的法律规定不同。例如，大陆法系国家强调住所是生活根据地或业务中心，而英美法系国家则强

参见1954年《关于无国籍人地位的公约》。

参见1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第181条和182条。

调住所取得的意思要件；大多数国家均认为一个人不得同时有两个或两个以上住所，但有些国家却认为这是可以的。

3. 自然人住所冲突的解决。自然人住所冲突的解决分为积极冲突的解决和消极冲突的解决。

(1) 自然人住所积极冲突的解决。解决自然人住所积极冲突与解决自然人国籍积极冲突的情形相似：如当事人具有的两个或两个以上住所中有一个内国住所，则舍弃外国住所，优先确定内国住所；如当事人具有的两个或两个以上住所均为外国住所，则优先确定后取得的住所，或以与当事人有最密切联系的那个住所为住所。

(2) 自然人住所消极冲突的解决。通过国际实践，解决自然人住所消极冲突形成如下两项规则：其一，以当事人居所替代住所；其二，视当事人的现在地为住所。

(3) 我国有关住所的规定及住所冲突的解决。根据我国法律，公民以其户籍所在地的居住地为住所，住所不明、住所不能确定或者经常居住地与住所不一致的，以其经常居住地为住所。当事人有两个或两个以上住所的，按最密切联系原则为当事人确定住所。

(三) 自然人民事权利能力的法律冲突及其解决

1. 自然人民事权利能力及其法律冲突。自然人的民事权利能力指自然人依法参与民事法律关系，并在该法律关系中享有权利和承担义务资格。民事权利能力是与人的生存密不可分的，权利能力始于出生、终于死亡已成为各国法律的共识。

但原则上的共识并不排除在具体规定上的相异，“始于出生、终于死亡”的原则并未统一“出生”和“死亡”的标准。例如“出生”，有些国家主张在婴儿露头之时，有些国家却认为在婴儿独立呼吸之时。又如“死亡”，传统上就有呼吸停止为死亡和心跳停止为死亡之分，近年来大多数国家都主张以脑电波消失作为死亡的标志。各国对“出生”和“死亡”确立的不同判定标准直接关系到自然人民事权利能力的有无，可视为权利能力上的法律冲突。

另外，存在于各国民法体系中但规定不同的推定存活制度、宣告失踪制度、宣告死亡制度，也极大地影响到自然人的民事权利能力，亦可视为权利能力上的法律冲突。

2. 自然人民事权利能力法律冲突的解决。解决自然人民事权利能力的法律冲突即确定自然人民事权利能力的准据法。根据各国的立法和司法实践，大致有如下三种做法：

(1) 适用当事人属人法。这已是一项公认的原则，其理由是民事权利能力乃自然人的基本属性，与特定国家或地区的社会、政治、经济、文化等环境关联性强，因此适用特定人的属人法最为恰当。采用此种做法的又有适用当事人本国法和适用当事人住所地法之分。

(2) 适用有关法律关系准据法所属国法律。实践中不少国家并不拘泥于适用属人法，而是视权利能力问题在何种法律关系中产生，并适用该法律关系准据法所属国的法律解决权利能力冲突问题。例如，不动产物权关系中当事

参见《德国民法典》第7条和《日本民法典》第24条。

参见《民法通则》第15条和1988年最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则》

人的权利能力适用物之所在地法。其理由是被适用的法律针对性强。但此种方法不适合于失踪宣告和死亡宣告。

(3)适用法院地法。其理由是，判定自然人民事权利能力的有无、多少，涉及到法院地国的公共利益，必须以法院地法进行制约。此种做法特别适合于宣告失踪和宣告死亡案件。

(四)自然人民事行为能力的法律冲突及其解决

1.自然人民事行为能力及其法律冲突。自然人的民事行为能力指自然人独立实施行为以取得民事权利和承担民事义务的能力。世界各国均循着“年龄主义+有条件的个案审查”的方法，将民事行为能力分类为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力。

权利能力始于出生、终于死亡，而行为能力的取得却需满足一定条件，该条件包括确定的年龄界限和心智健全程度。由于各国民法对这些条件的规定不尽相同，在自然人民事行为能力方面的法律冲突是不可避免的。例如，就确定的年龄界限而言，自然人何时具有完全民事行为能力，何时具有限制民事行为能力，何时无民事行为能力，各国法律规定不同。又如，就心智健全程度而言，大多数国家都有禁治产制度，但在禁治产宣告的原因、禁治产宣告的对象和禁治产的范围等规定上，各国存在较大差异。

2.自然人民事行为能力法律冲突的解决。依照各国立法和司法实践，确定自然人民事行为能力的准据法遵循如下原则：

(1)属人法原则。自然人的民事行为能力依属人法(包括本国法和住所地法)确定，这是各国普遍接受的原则。循此原则，一个自然人只要依其属人法有民事行为能力，则无论他到任何地方都应被视为有民事行为能力，反之，则应被视为无民事行为能力。

(2)行为地法限制属人法原则。虽然属人法原则源远流长，且已为所有国家的国际私法所接受，但随着国际经济贸易关系的迅猛发展，人们很快意识到，如一味强调属人法原则，不利于维护善意相对人或第三人的正当权益，也不利于保护商业活动的稳定与安全。为此，大多数国家在立法和司法中对属人法原则作出了某些修改：如属人法的适用是为了确定商务活动中有关当事人的民事行为能力，则以行为地法进行限制。具体的做法是，一个自然人依其属人法有民事行为能力，则无论他到任何地方都应被视为有民事行为能力；一个自然人依其属人法无民事行为能力，则应视行为地法的规定而定，行为地法规定他有民事行为能力则有民事行为能力，行为地法规定他无民事行为能力则无民事行为能力。

(3)不动产所在地法原则。自然人处理不动产的行为能力，依不动产所在地法，而非属人法。这也可以说是属人法原则的例外。

3.我国自然人民事行为能力法律冲突的解决。目前，我国有关确定自然人民事行为能力准据法的规定可见诸《民法通则》和《票据法》。《民法通则》第143条规定：“中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律”。最高人民法院对此条的解释是：定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用定居国法律。外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认定为有

民事行为能力。无国籍人的民事行为能力，一般适用其定居国法律，如未定居，适用其住所地法律。

《票据法》第 97 条规定：“票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。票据债务人的民事行为能力，依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力的，适用行为地法律”。

由此可见，我国有关确定自然人民事行为能力准据法的规定类似于行为地法限制属人法原则，但又非完全一致，特别是《民法通则》中的规定，很难用行为地法限制属人法原则来概括。考虑到《票据法》立法在后，《民法通则》立法在先，似可理解为行为地法限制属人法原则是我国解决自然人民事行为能力法律冲突的发展方向。

二、法人作为国际私法主体的法律问题

（一）法人国籍的确定

法人的国籍表明法人与特定国家之间的固定法律联系。法人国籍的确定在国际私法上意义重大，其根本原因在于法人民事权利能力和民事行为能力适用法人属人法，而法人国籍则是确定法人属人法最重要的依据。由于法人内部构成的复杂性，给确定法人国籍带来了相当大的困难，以至于目前国际上对于如何确定法人国籍尚无统一的标准。

1. 确定法人国籍的各种学说。归纳各国实践，大致有如下主张：

(1) 登记地说或准据法说。登记地说主张，法人的注册登记所在国是确定法人国籍的标志。其理由是：一国依法批准或给予登记的行为创设了法人，因而法人应具有登记地国籍；以登记所在国作为法人国籍的标志，简单明了，也相对稳定。此说的缺陷是登记地可任意选择，这就为当事人规避法律创造了条件。英美法系大多数国家采用此说。

与登记地说相类似的是准据法说。此说主张以法人设立时所依据的准据法所在国作为确定法人国籍的标志。其理由是：既然一国依法创设了法人，则法人应具有该准据法所属国国籍。此说与登记地说在立法技巧上虽有异，但却有异曲同工之妙。因为设立法人所依据的主要是工商管理性法规，属于公法范畴，无域外适用性，实践中绝不可能出现按乙国法律在甲国设立法人的情形。此说在国际上有占据优势的趋势。

(2) 住所地说。此说认为法人的国籍应依其住所而定，住所所在内国为内国法人，住所所在外国为外国法人。但各国司法实践对于如何确定法人住所也有不同见解（见“法人住所的确定”），且学者们认为，由于法人可以随意选择住所，同样难以防止法律规避行为。法、德等大陆法系国家采用此说。

(3) 复合标准说。此说认为应将法人住所地和法人登记地两种标志结合起来，以确定法人的国籍。其优点是综合考虑各种情况，合理性强。此说被某些国际公约所推崇。

(4) 成员国籍说。此说又称资本实际控制说，主张法人的国籍应依能够实际控制法人的自然人的国籍决定。通常考虑的因素是设立法人的人员、法人董事会董事、股东等。其理由是法人被何国自然人实际控制，便很有可能代表何国利益行事。此说在战争时期用以判定敌性法人具有重要意义，但在平时时期极少被运用。

参见 1956 年《关于承认外国公司、社团和财团的法律人格公约》。

2. 我国确定法人国籍的立法和实践。在新中国成立之初,我国曾有按成员国籍说确定法人国籍的实践,但随着国内社会经济秩序的稳定,我国逐渐放弃了这一做法。目前,我国有关确定法人国籍的立法和司法解释见诸《公司法》和最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则》*199 条规定:本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司。

《意见》第 184 条规定:外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法。

由此不难看出,我国目前采用登记地说或准据法说确定法人国籍。凡依照我国法律在我国境内登记成立的法人(无论其是否有外资成份),均为中国法人;凡依照外国法律在外国登记成立的法人,均为外国法人。

(二) 法人住所的确定

法人住所国际私法上也有其重要意义,其一是在确定法人国籍时许多国家采用住所地说,其二是一些国家以法人的住所地法作为法人的属人法。

1. 确定法人住所的各种学说。归纳各国实践,大致有如下主张:

(1) 管理中心说。此说认为法人的管理中心地或主事务所所在地是法人的住所。其理由是管理中心是法人的首脑机构所在地,法人的重要经营决策、指令都由此发出,而且管理中心是唯一的,无确定上的困难。西方发达国家大多采用此说。此说的不足之处是管理中心可以随意选择,易于形成法律规避。

(2) 营业中心说。此说认为法人的住所应是法人投入资本实际进行经营活动的地方。其理由是法人的利润来源于经营,营业中心决定了法人的生存,而且营业中心相对稳定。一些发展中国家采用此说。此说的不足之处是,一个法人可能有两个或两个以上的营业中心,这就使营业中心具有不确定性。

(3) 章程规定说。此说认为法人应以章程中明确指定的住所为住所。章程是法人成立时必备的文件,如章程中指明了住所,则以章程中的规定确定法人住所,如此简单明了。瑞士等国采用此说。

2. 我国确定法人住所的立法和实践。我国有关确定法人住所的规定见诸《民法通则》和《公司法》。《民法通则》第 39 条规定:“法人以它的主要办事机构所在地为住所”。《公司法》第 10 条规定:“公司以其主要办事机构所在地为住所”。

由此可见,在我国,主要办事机构所在地是确定法人住所的标志。如法人只设一个办事机构时,该办事机构所在地即为法人的住所;如法人有几个办事机构时,则以起决策作用的主要办事机构所在地为法人的住所。实践中,企业法人和社团法人的住所属登记事项,一般以登记为准。

(三) 法人权利能力和行为能力的法律冲突及其解决

1. 法人的权利能力和行为能力及其法律冲突。法人的权利能力指其作为民事主体享有民事权利、承担民事义务资格。法人的民事行为能力指其作为民事主体自主实施行为以取得民事权利或承担民事义务的能力。法人的权利能力和行为能力同时产生,同时终止,并且两者的范围、内容完全相同。

各国关于法人权利能力和行为能力规定的差异很大。如有的国家承认商业合伙是法人,有的国家规定合伙不是法人;有的国家认为无限责任公司是法人,有的国家则不承认此种公司是法人;有的国家认为登记是公司成立的要件,有的国家则认为登记仅是对抗第三人的要件等。因此,有关法人权利能力和行为能力方面的法律冲突不可避免。

2. 法人权利能力和行为能力的法律适用。国际上已形成共识的原则是, 法人的权利能力和行为能力应适用法人属人法(包括法人本国法和法人住所地法)。法人属人法适用的范围一般包括: 法人的成立和法人的性质; 法人的权利能力和行为能力; 法人的内部体制以及法人合并或分立对前法人债务的继承; 法人的解散等。

3. 我国确定法人权利能力和行为能力准据法的立法和实践。虽然《民法通则》未就确定法人权利能力和行为能力准据法问题作出规定, 但最高人民法院在进行司法解释时作了必要补充。《意见》第 185 条规定: 法人的民事行为能力依其本国法确定。鉴于法人权利能力和行为能力的一致性, 故可认为法人本国法同样可以适用于法人权利能力的法律冲突。

(四) 外国法人的认可

1. 外国法人认可概述。外国法人认可指内国对于外国法人作为民事主体的资格和其在内国能够从事民事活动的范围进行认定的制度。这种认定虽然不创设法人, 却是外国法人进入内国进行民事活动的前提。外国法人认可旨在限制外国法人在内国从事不利于内国的经营活动, 各主权国家都在不同程度上建立了这一制度。

外国法人认可涉及到两方面问题: 一是外国法人在有关外国法律上是否有效成立的问题; 二是该外国法人是否被允许在内国从事经营活动以及经营活动的范围是否应该被限制的问题。因此, 内国在对外国法人进行认可时, 必须同时适用外国法人的属人法和内国的有关法律。

2. 外国法人的认可方式。各国在实践中采用如下方式认可外国法人:

(1) 相互认可方式。即国家之间通过条约相互认可对方国家法人在本国的民事主体资格。如 1956 年订立于海牙的《承认外国公司、社团和财团法律人格的公约》即采用此种方式。

(2) 一般认可方式。即一国颁布法律, 对所有依其属人法已具备资格的法人, 只要在内国已履行了必要的登记注册手续, 不问是否存在互惠, 均承认其民事主体资格。美、英、德、意、日等国采用此种方式。

(3) 特别认可方式。即对外国法人进行严格审查, 不经特别批准程序, 不承认外国法人在内国的民事主体资格。原苏联及部分东欧国家采用此种方式。

3. 我国对外国法人的认可。由于我国尚处于市场经济的初级阶段; 为维护市场秩序, 我国采用严格的方式认可外国法人。外国法人在我国从事民事活动之前, 必须经过申请、批准、办理登记手续, 否则我国不承认其具有民事主体资格。我国对外国法人的经营范围进行严格审查, 剔除不利于我国公共利益的经营项目。外国法人在我国领域内进行民事活动, 必须符合我国的法律规定。

三、国家作为国际私法主体的法律问题

(一) 国家作为国际私法主体的资格

国家通常是以国际公法的主体出现。在 19 世纪之前, 虽然并无人限制国家的能力, 但国家很少参与民事活动。19 世纪后期, 随着国际经济交往的日益频繁, 国家的经济职能不断增加, 越来越多的国家在经济生活中扮演了重要角色, 与此同时, 国家也就当然地成为了国际私法的主体。国家之所以能成为国际私法的主体, 在于它已实际参与了民事法律关系, 在于它能通过自己的行为取得民事权力、承担民事义务。

（二）国家作为国际私法主体的特殊性

国家是国际私法的特殊主体，这主要表现在国家参与民事法律关系的特殊性上：

1. 主体资格的转换使主权者地位受到一定限制。国家参与民事法律关系，即从公法主体转换为私法主体，必然使其主权者地位受到一定限制，主要表现为国家作为国际私法主体时其享有的豁免权必然受到影响。

2. 国家只对经其授权并以其名义实施行为者负责。国家均通过授权某些机构、组织、个人以国家名义行事的方式参与民事法律关系，值此情形时，视为国家参与民事法律关系，国家自当负责。

3. 国家以国库财产承担民事责任。从法律意义上说，国家以国库财产承担责任意味着国家在财产方面承担无限责任。

四、国际组织作为国际私法主体的法律问题

（一）国际组织作为国际私法主体的资格

国际组织是指三个或三个以上国家（或其他国际法主体）为实现共同的政治经济目的，依据其缔结的条约或其他正式法律文件建立的常设性机构。国际组织不同于国家，国际组织不能当然具有法律人格。国际组织的法律人格来源于组成国际组织的基本法律文件（如条约、协定等）。迄今为止，为正常履行其职能，大多数国际组织均被赋予了广泛的权利能力和行为能力。如条约赋予国际复兴开发银行具有完整的法人权利，它有权签订契约、取得和处置动产和不动产、进行法律诉讼等。如此，国际组织便理所当然地成为了国际私法的主体。

（二）国际组织作为国际私法主体的特殊性

国际组织作为国际私法主体既不同于法人和自然人，也不同于国家，有其自身的特点：

1. 权利能力和行为能力具有局限性。国际组织的权利能力和行为能力受基本法律文件的严格限制，常常是不完整的。

2. 国际组织在其财产限度内直接承担责任。国际组织的权利能力和行为能力是国家（或其他国际法主体）通过条约授予的，但国际组织以自己的名义行事时，国家（或其他国际法主体）并不为其承担民事责任，而是由国际组织以自己的财产直接承担责任。当然，这种民事责任是有限的。

第五章 涉外民事法律关系的 法律适用

涉外民事法律关系是国际私法的调整对象。涉外民事法律关系的范围十分广泛，它包括物权关系、债权关系、婚姻家庭关系、继承关系等。应当承认，随着各国在国际经济领域合作的深入，也因为国际经济法作为一门新兴学科异军突起，由统一实体法调整的那部分涉外民事法律关系已从国际私法的调整对象中分离出去。因此，本章仅就冲突规范调整的内容进行论述。

第一节 涉外物权关系的 法律适用

一、物权的法律冲突与物之所在地法

（一）物权及其法律冲突

物权是权利人在法律规定的范围内按照自己的意志支配自有物或者依照授权支配他人的物，直接享受物的效益的排他性财产权。物权一般包括所有权、地上权、地役权、永佃权、典权、抵押权、质权、留置权等。物权可以从不同角度进行分类，在国际私法上最有意义的分类是将物权区分为动产物权和不动产物权。当物权关系具有涉外因素时，被称之为涉外物权。

物权制度是各国民法中的基本制度，有关物权的内容、物权客体的范围和种类、物权的取得和消灭、物权的转移、物权的保护方法等，各国均以法律加以规定。但是，由于各国的社会制度和法律传统不同，在其法律中表现出来的物权制度存在很大差异。例如，大陆法系国家主要承继罗马物权法，以“个人本位”、“所有权为中心”等观念建立各自的物权体系；而英美法系国家主要承继日耳曼物权法，以“团体本位”、“所有权相对性”、“利用为中心”等观念建立各自的物权体系。又如，在有些国家的物权制度中，土地不能作为个人所有权的客体，而在大多数国家的物权制度中却无此种限制。再如，在相当一部分国家的民法典中规定有物权的取得时效，而在另外一部分国家的民法体系中却无此种规定。各国在物权立法上的差异，必然产生物权的法律冲突。

（二）物之所在地法的适用

1. 物之所在地法原则。物之所在地法原则是对物权法律冲突依物之所在地法解决的概括性表述，它反映了物权与特定法律之间的规律性关系。物之所在地法一般应理解为物权关系客体所在地的法律。目前，物之所在地法已是世界各国为解决物权法律冲突最普遍接受的原则。

2. 物之所在地法适用于不动产物权。不动产物权适用物之所在地法的历史可追溯至意大利的法则区别说时期，当时的著名法学家巴托鲁斯将物权区分为动产物权和不动产物权，并以物之所在地法解决不动产物权的法律冲突。日后，伴随着国际民事交往的日趋频繁和复杂，物之所在地法在解决不动产物权法律冲突上的地位不仅没有动摇，相反却日益巩固。目前，世界各国均以物之所在地法作为不动产物权的准据法，无一例外。

就解决不动产物权的法律冲突而言，世界各国的立法之所以能统一于物

之所在地法原则，并非没有原因。人们在长期社会实践中逐渐意识到：不动产不能移动的特性使任何民事主体不能忽视不动产所在地的法律、法规，无论他想取得权利也好，转让权利也好，都必须符合不动产所在地法，否则其权利便难以实现。

3. 物之所在地法适用于动产物权。动产物权适用物之所在地法的情况要复杂得多。当巴托鲁斯区分动产物权和不动产物权时，动产物权并未循着物之所在地法原则适用，而是适用当事人住所地法。在之后的一个很长的时期中，巴托鲁斯为动产物权所设定的法律适用基调一直占据着主导地位，从而形成了“动产随人”(mobiliapersonam sequuntur)、“动产附骨”(mobilia ossibus inhaerent)、“动产无场所”(personalty has no locality)等法谚。之所以形成如此格局，主要是因为当时动产还不多，价值也较小，且它们一般都存放于所有者的住所地，故适用当事人住所地法并无不妥。但随着国际经济贸易关系的发展，涉外民事法律关系越来越复杂，动产在财产中所占的份额也越来越大，它们已不可能集中于动产所有者的住所地，而是分布于世界各地。这时再将动产的法律适用统一于所有者的住所地法，不仅不合理，也会受到来自动产所在国的抵制。始于19世纪末，许多国家相继在立法和司法实践中抛弃了“动产随人”等规则，转而主张不区分动产和不动产，物权关系一律适用物之所在地法。目前，日本、泰国、土耳其等国均将物之所在地法延伸于解决动产物权的法律冲突。

动产物权适用物之所在地法是一种发展趋势，理解动产物权适用物之所在地法必须明确：其一，不能如同不动产物权适用物之所在地法一样理解动产物权适用物之所在地法，国际上确有不少国家并未明文规定动产物权适用物之所在地法，也无此类实践；其二，动产物权的构成远远复杂于不动产物权，如将无形财产权归类于动产物权，则有些动产物权的法律适用尚未被充分研究，但有一点是肯定的，它们难于统一于物之所在地法原则；其三，即使已作出动产物权适用物之所在地法规定的国家，也为适用规定了种种例外，以解决难以适用或适用不合理等情形。

动产物权适用物之所在地法的例外主要包括：

(1)运输途中的物品。运输途中的物品时时处于变动之中，故一旦发生物权问题，难以确定物之所在地。另外，运输途中的物品有时处于公海或公海上空，使物之所在地无对应的法律。即或能够确定物之所在地，所在地也有相对应的法律，将偶然与物品发生联系的法律作为物权关系的准据法，也未见合理。故世界各国均采用其他方法以解决因运输途中物品所引发的法律冲突。例如，大多数国家对此适用送达地法；捷克斯洛伐克等国对此适用发送地法；泰国等国对此适用本国法。

(2)运输器械。运输器械包括船舶、航空器、汽车等。运输器械与运输途中物品的情形类似，故其物权问题亦排除在物之所在地法管辖之外。鉴于运输器械均有国籍或注册登记地，因此世界各国通常主张，对因运输器械所引发的物权法律冲突适用旗国法或注册登记地法。但上述主张并不排除权利人行使法定留置权或法定扣押权时依物之所在地法，也不排除有关债权人将位于外国领水内的船舶依其实际所在地法予以处置的权利。

(3)有价证券。有价证券是特殊意义上的物，主要指债券、股票、提单、

票据。 有价证券的法律适用是个相当复杂的问题，虽然有价证券在国际经贸关系中的作用日见突出，但各国国际私法对此的规定却未见系统、详尽。例如，1930年和1931年的日内瓦公约只对票据法律冲突作出规定；1989年《瑞士联邦国际私法》只将有价证券与指定的法律或证券签发人的营业机构所在地法律相联系。但综观各国已有的立法和国际公约，有一点可以肯定，即有价证券难以适用物之所在地法。

二、物之所在地法的适用范围

物之所在地法是物权法律关系的适用原则，鉴于物权法律关系往往是其他法律关系的基础，实践中常常会发生物权法律关系与其他法律关系的混同，如物权法律关系和债权法律关系的混同，因此，明确物之所在地法的适用范围十分重要。物之所在地法主要适用于以下问题：

第一，动产与不动产的划分。传统上，划分动产和不动产的标准是物能否被移动且不失去物的价值，能移动为动产，不能移动为不动产。但面对各国丰富多彩的立法和人们日新月异的观念，这一传统的标准已失去了普遍的意义。如奥地利民法规定森林中的野兽为不动产，英国法视土地证书为不动产等。动产与不动产的划分实质上是个识别问题，各国普遍接受的观点是识别适用法院地法，但在动产与不动产的划分上却无一例外地适用物之所在地法。

第二，物权客体的范围。物权的客体即民法意义上的物。各国民法对物的范围有不同规定。例如，法国民法和荷兰民法规定无论是有体物还是无体物都是民法意义上的物，都可作为物权的客体；英美等国在实践上视有形财产和无形财产（财产权利）为物，并将其纳入物权客体的范围；而德国民法和日本民法只将有体物作为民法意义上的物，从而否认无体物是物权的客体。因此，物权客体的范围只能由物之所在地法决定。

第三，物权的内容和种类。物权的内容和种类由法律明确规定。实质上，物权是一定社会的财产所有和支配关系的法律表现形式，各国采取的所有制不同，其表现的物权内容和种类也就不同。传统民法中的物权内容和种类包括所有权、地上权、地役权、永佃权、典权、抵押权、质权、留置权等，随着社会实践的深入和民法观念的变革，在一些国家中，物权的内容和种类日见丰富，如无形财产权、使用权、经营权等，均在一定程度上被视作物权。物权的内容和种类由物之所在地法决定。

第四，物权的取得、变更和消灭。物权的取得、变更和消灭基于主体实施的物权行为或行为外的法律事实，各国对这些行为或事实都规定有具体的方式和条件。例如，满足什么条件时，遗赠产生变更物权的效力；无根据占有满一定期间是否足以取得物权等。物权的取得、变更和消灭一般由物之所在地法决定。

第五，物权的保护方法。物权的保护方法来源于各国民法规定的物上请求权，包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、返还原物、确认所有以及物权的损害赔偿等。各国民法所规定的物权保护方法不尽相同，如物权是否有追及力，在何种程度上有追及力等。物权的保护方法受制于物之所在地法。

三、我国关于涉外物权的法律适用

我国法律体系中无物权这一术语，而是以“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”进行概括，但就其内容而言，并无太大差异，故笔者以物权一词替代。根据《民法通则》和其他相关法律、法规，我国的物权包括所有权、使用权、经营权、承包经营权、典权、抵押权、质权、留置权等，内容相当丰富。与此相适应，我国正在积极立法，以建立涉外物权法律适用的体系。目前，我国关于涉外物权法律适用的规定，主要表现在以下三个方面。

（一）涉外不动产物权的法律适用

我国《民法通则》第144条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法律”。最高人民法院对此的司法解释是：“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地法律”。以上规定说明，我国对于动产与不动产的划分、不动产的范围、不动产物权的内容和种类、不动产物权的取得以及变更和消灭、不动产物权的保护方法，均适用不动产所在地法。

（二）涉外船舶和民用航空器所有权以及相关权利的法律适用

我国《海商法》第270条、第271条和第272条规定：“船舶所有权的取得、转让和消灭，适用船旗国法律”；“船舶抵押权适用船旗国法律。船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间，设立船舶抵押权的，适用原船舶登记国的法律”；“船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律”。

我国《民用航空法》第185条、第186条和第187条规定：“民用航空器的取得、转让和消灭，适用民用航空器国籍登记国法律”；“民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律”；“民用航空器优先权适用管辖案件的法院所在地法律”。

船舶和航空器不同于不动产，虽然其具有某些不动产的特性，但一般被作为动产看待。船舶和航空器优先权是基于船舶和航空器而设的物上请求权，它以船舶和航空器的存在为前提，通常产生扣押船舶和航空器的结果，因此国际上一般将其作为准物权看待，在我国的物权体系中，它是“与所有权有关的财产权”更不待言。我国对于船舶和航空器所有权和抵押权主要适用旗国法，而对于船舶和航空器优先权则适用法院地法。

（三）涉外票据的法律适用

票据指汇票、本票和支票。票据是特殊意义上的物，虽然票据本身并无价值，但它却代表了一定的财产权。票据当事人围绕票据实施一定的行为，如出票、背书、承兑、提示、付款、保证、追索、保全等，这些行为决定了票据权利的取得、变更和消灭。我国有关涉外票据的法律适用见诸《票据法》。

我国《票据法》第98条至第102条规定：汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律；支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可以适用付款地法律；票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律；票据追索权的行使期限，适用出票地法律；票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地法律；票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。

各国对于票据均不适用物之所在地法（也无法适用物之所在地法），我国的规定与国际上的做法基本保持一致。统观我国的上述规定，对于涉外票据主要适用有关行为的行为地法。

第二节 涉外债权债务关系的法律适用

一、合同之债的法律适用

国际私法上的合同之债是指具有涉外因素的、因缔结合同而产生的权利义务关系。合同之债是涉外债权债务关系的主流。由于各国关于合同之债的实体法规定并非同出一源，并且都具有域内、域外效力，致使合同之债总处于不同法律支配的状态之下，适用不同国家的实体法，会得出不同的结论，直接影响到当事人的权利义务。因此，确定合同的准据法于当事人的权利义务至关重要。

(一) 确定合同准据法的基本理论

合同准据法 (the applicable law of contract) 指经冲突规范援引的、用以调整合同当事人权利义务的实体法。确定合同准据法的理论，既是司法层次上的问题，也是立法层次上的问题。自法则区别说以来，确定合同准据法的理论不断发展、演变，直到如今依然保持十分活跃的状态，它不仅使各国的立法趋于合理，也使各国的司法实践逐步走向成熟。分析整个历史进程，确定合同准据法的基本理论如下。

1. 客观标志说。客观标志说 (objective theory) 指单纯依照某些具有客观性的标志确定合同准据法的理论。它是“场所支配行为原则”在确定合同准据法理论上的直接体现。客观标志说是确定合同准据法最古老的理论，它产生于法则区别说初期，当时巴托鲁斯主张对合同的不同方面适用不同的法律，并提出了一些标志作为适用的依据，后来许多国家的立法和实践相沿成习，形成了较为固定的学说。在各国的立法和司法实践中，最能体现客观标志说的标志主要有两种：

(1) 合同缔结地。又称合同订立地或缔约地，指合同双方当事人缔结合同的地方。自巴托鲁斯提出合同的形式和实质有效性适用合同缔结地法以来，合同缔结地这一标志一直在合同法律适用领域占据统治地位，直到 19 世纪上半叶。久而久之，形成合同缔结地法这一系属公式。在交通、通讯等不甚发达的封建制度时期，合同缔结地常常是合同法律关系的聚集地，故以此为标志决定合同法律适用有其优越性和合理性。

(2) 合同履行地。又称履约地，指合同双方当事人履行合同义务的地方。合同履行地作为合同法律适用的标志，亦产生于法则区别说时期，但最初它在这一领域中的地位并不突出。随着实践的深入，人们发现，合同履行地通常是合同预定结果的发生地，合同标的物的所在地，也是最容易引发合同争议的地方，故合同履行地在合同法律适用领域中的地位日益提高。久而久之，形成合同履行地法这一系属公式。从不同角度分析，合同履行地通常有两个，如买卖合同，卖方交货是一种履行，买方付款也是一种履行，如双方不在一地履行，则需要确定何谓合同履行地。对此各国的立法和实践并无统一的标准，一般通过识别解决。

除此之外，债务人住所地、被告住所地、合同当事人的国籍、法院地、仲裁地等，也在客观标志说的影响下，分别被不同国家作为确定合同准据法的标志。

考查历史，客观标志说在各国的立法和司法实践中通过不同的方式体现：有些国家从整体上按照某一固定标志确定合同准据法；有些国家将合同区分为各个方面，如合同当事人的缔约能力、合同的形式、合同的内容、合同的履行、合同的解释等，并固定地将某一标志与合同的某一方面相连，以此确定合同的准据法；有些国家将合同区分为不同的类型，如买卖合同、运输合同、贷款合同、租赁合同、代理合同、保险合同等，并固定地将某一标志与某一类合同相连，以此确定合同的准据法。

客观标志说代表了合同准据法理论发展的第一阶段，在历史上曾发挥过重要作用，但随着新理论的出现，客观标志说的影响在逐渐降低。其主要原因是：社会经济环境已发生了极大的变化，国际私法的着眼点已从地区性合同转向国际性合同，每一个合同中所涉及的标志纷繁复杂，企图以一个单一的标志确定合同准据法，调整合同权利义务，已越来越显得机械、呆板，缺乏针对性和合理性。但上述评论并不意味着完全否认客观标志说在当今的价值，它毕竟形成已久，其具有的客观性和可操作性，无可比拟，特别是它将合同与某些标志联系起来考虑的观念，更是难以抛弃。故客观标志说在各国的立法和司法实践中仍然发挥着潜移默化的影响，所不同的是，它仅仅起一种辅助作用，不再代表合同法律适用的主流。

2. 意思自治说。意思自治说 (theory of party-autonomy) 指依照合同当事人的主观意向决定合同准据法的理论。根据意思自治说，合同准据法就是合同双方当事人意图适用的法律。

(1) 意思自治说的产生和发展。意思自治说产生于 16 世纪的法国，其代表人物是杜摩兰，当时旨在以当事人的协商一致来克服法律不统一和属地主义盛行的弊端。意思自治说产生后，直到 19 世纪中叶才逐渐取代客观标志说在合同法律适用上的地位，这种转变完全以那个时代所极力标榜的“契约自由”为契机。19 世纪以后，自由资本主义经济发展到鼎盛时期，意思自治说也伴随着自由竞争制度在各国的土壤里迅速滋生和传播。欧洲各国、美国、日本等国最先将意思自治说作为其立法和司法实践的指导理论，其他国家也相继接受了这一学说。现今，意思自治说已成为各国公认的确定合同准据法的理论，一些重要的国际公约也采纳了意思自治说。

意思自治说代表了合同准据法理论发展的第二阶段。意思自治说符合“契约自由”原则，它赋予合同当事人选择合同准据法的权利，倡导当事人依据准据法创设合同权利义务，以增加合同法律关系的稳定性和法律适用的针对性。意思自治说冲破了传统“场所支配行为原则”的桎梏，使支配合同关系的准据法与合同缔结地、合同履行地等标志脱离了固定的联系，以减少合同法律适用的机械性和不合理性。当然，也有一些学者对意思自治说提出非议，它促使意思自治说在适用过程中不断完善。意思自治说仍然在发展中。

(2) 意思自治的方式和时间。意思自治的方式有明示和默示两种。前者指合同双方当事人用明确的文字或语言选择合同准据法；后者指合同双方当事人虽有选择法律的意思，但该意思未用明确的文字或语言表示，合同准据法必须由不甚明确的合同条款（就选择法律而言）或案件具体情况中推导而出。目前，上述两种方式已为大多数国家的立法和国际条约所采用。明示的意思自治在实践中不会产生什么难题，而默示的意思自治通常要借助法官的推

定。实践中，法官一般根据下述条款或情形推定合同准据法：

第一，司法管辖或仲裁条款。司法管辖或仲裁条款被视为最能体现当事人默示意思的条款，因为当事人确定这一条款时应该意识到，法官总是习惯于或倾向于适用其所在地法。因此，推定的结果是法院地或仲裁地的法律得以适用。

第二，合同的形式和内容。合同采用一国的法定形式，或直接以一国的法律规定表述合同的内容，常被用作推定当事人默示选择的标志，导致适用该国的法律。

第三，合同行为的场所。双方当事人围绕合同的行为集中于某一国家时，由于这些行为必须受制于该国的法律，行为准则主义常被看作当事人默示意向的标准，导致适用行为地的法律。

第四，当事人的身份和地位。国家参与民事活动，作为合同当事人一方时，由于国家的特殊身份和地位（国家是法律的制定者，通常不愿受制于他国法律），以选择该国法律作为当事人的默示意图，是部分国家的实践。

第五，合同使用的文字。在英国的判例中，法院常借口合同是用英文书写而推定当事人有选择英国法的默示意图。

第六，合同的效力。当合同依据一相关国家的法律为无效，而依据另一相关国家的法律为有效时，法官习惯于以使其有效的国家的法律作为当事人的默示选择。其理由是合同当事人总是希望其合同有效，而非无效。

意思自治的时间即合同当事人选择法律的时间，以缔结合同的时间为标准有事先、事后之分。有些国家不允许合同当事人在缔结合同之后再为意思表示以选择合同准据法，如意大利；而较多国家却允许合同当事人在事后再为选择，即使后一选择有变更前一选择的结果也在所不顾，但前提是不影响合同形式的有效性和不损害第三者的利益，如德、法等国家。一些国际条约也采用后一种做法。

(3)意思自治的限制。意思自治的限制也可表述为意思自治的范围。意思自治说产生以来，对于意思自治的范围存在两种不同观念：其一是对当事人的意思自治应不加限制或少加限制，从而最大范围地体现合同当事人选择法律的权利；其二是应在必要的限度内对当事人的意思自治进行限制，以排除合同当事人选择法律的不合法、不合理因素。发展至今，各国的实践已经表明，无限制的意思自治是不存在的，限制的程度可以有所不同，但合同当事人通过意思自治选择法律必须被限制在一定的范围之内。考查各国的立法和实践，对意思自治的限制主要表现在以下方面：

第一，当事人的选择必须有合理的根据。选择是否合理主要依据被选择的法律是否与合同有联系来判断。大多数国家都不允许当事人选择与合同完全无联系的国家的法律作为合同准据法，有些国家甚至要求这种联系是实质性的。例如，大陆法系国家一般只允许当事人在合同缔约地法、履行地法、物之所在地法、当事人住所地法、国籍国法五者之间进行选择。如当事人的选择未在合同与法律之间建立这种联系，则选择常被认为无合理根据而被判定无效。

第二，当事人的选择不得违反有关的强行规则。此处所谓强行规则特指各国法律体系中强制性适用于合同的规则、不得在合同法律适用中排除的规

参见 1980 年欧共体《关于合同义务法律适用公约》和 1986 年《关于国际货物销售合同法律适用公约》。

则和不得在合同法律适用中违反的规则。自意思自治说产生以来，绝大多数法学家都认为当事人的选择只能在任意法的范围之内进行，而不得违背有关国家强行法的规定。之后，各国的立法和判例更把这种限制发展得十分系统、完整和制度化了。这种限制主要反映了各国对国内公共秩序的保护，如某些国家对于特殊性质的合同或合同存在特殊情况时，只允许适用自己国家的法律；但它有时也反映了各国在法律适用上的技术性要求，如存在于各国法律选择体系中的禁止选择外国冲突法规则、禁止无意义的法律选择规则、禁止选择不确定法律的规则等。

第三，当事人的选择必须是善意的。善意与否是对当事人选择法律主观意图的评价。一般而言，当事人选择法律有合理根据并无违反有关强行规则的情节，便可以认为是善意的。但有时又不尽然，当事人可能利用选择法律的自由有意规避某国法律，这就违反了善意选择的要求。因此，善意选择的限制可以在更广泛的范围内适用。实践中，一些国家主要根据是否规避本国法作为判断善意与否的标准，如英国。当然，根据此一限制否认当事人的选择时，应当谨慎，以免产生司法上的主观臆断。

3. 最密切联系说。最密切联系说(the most significant relationship theory)指以法律关系相对集中地或国的法律作为合同准据法的理论。按照这一理论，法院在确定合同准据法时，不再拘泥于某一个或某几个客观标志，而是从质和量两个角度全面考察与合同有关的各种客观因素，并对这些因素进行分析、权衡，以因素的集中表明法律关系的集中，法律关系相对集中地或国的法律即为合同准据法。

(1)最密切联系说的产生和发展。最密切联系说的产生可以追溯到19世纪的法律关系本座说，萨维尼所倡导的适用法律关系本座(法律关系的聚集地或重心地)所在地法的主张，为最密切联系说的产生和发展打下了坚实的基础。一般认为，最密切联系说形成于20世纪美国的司法实践，最初在合同和侵权法律关系中被运用。由于该学说摆脱了僵化刻板和机械地着眼于某一客观标志确定合同准据法的传统模式，很快被世界各国的立法和司法实践所认同，成为确定合同准据法的新理论。

最密切联系说代表了合同准据法理论发展的最新阶段。它既不同于客观标志说，也不同于意思自治说，而是兼收并蓄了上述两种理论的长处。当然，最密切联系说在发展过程中并非一成不变，体现在各国法律适用体系中也有差异。但万变不离其宗，各国正在寻求更灵活，针对性更强，也更合理的法律适用方法，而在法律与合同之间建立最密切联系正是这些方法的集中体现。

(2)最密切联系说在实践中的运用。最密切联系说以客观论为基础，十分重视与合同相关的各种客观因素，法官在全面、具体考察法律关系的基础上，采用主观推定的方法随机确定合同准据法。最密切联系说的运用离不开法官对与法律关系相关的各种客观因素的分析 and 权衡，此种分析和权衡循着“量”和“质”两个方向进行：

第一，“量”上的分析和权衡。“量”上的分析和权衡要解决究竟哪些因素与合同相关以及这些因素在各国或地区的分布。根据各国的司法实践，与合同相关的因素一般有：合同谈判地、合同缔结地、合同履行地、合同标的物所在地、合同争议发生地、当事人国籍国、当事人住所地、当事人营业地、合同文字、合同术语、合同格式、合同结算货币、当事人选择的法院地

或仲裁地等。各种因素确定后，还要考察这些因素在各国或地区的分布，即联系的多寡。

第二，“质”上的分析和权衡。“质”上的分析和权衡要解决一因素相比较他因素的重要程度。在各国的司法实践中，当事人住所地这一因素往往比合同文字这一因素重要，合同履行地这一因素又往往比当事人住所地这一因素重要。但“质”上的分析和权衡是相对的，各国司法实践并未提供权衡所有因素重要程度的统一标准，并且各种因素在法律关系中的重要性也会随着具体案情不同而转移。

“量”和“质”上的分析、权衡完成后，只要综合因素分布的多寡和因素的重要程度，与法律关系具有最密切联系的国家或地区就确定了，法官即适用该国家或地区的法律。

(3)特征履行规则。特征履行规则 (rule of characteristic performance) 又称特征给付说，指以合同的特征性履行决定合同的最密切联系，并以此确定合同准据法的指导原则。在双务合同中，合同的本质特征往往由一方当事人履行合同的的行为反映，如买卖合同中卖方的交货行为、运输合同中承运人的运输行为等，则反映合同本质特征一方当事人的履行是合同的特征性履行，它决定了合同与该方当事人的住所地或营业地有最密切联系，适用该住所地或营业地 (所在国) 法即被认为适用最密切联系地 (国) 法。

特征履行规则的产生起因于最密切联系说在实践运用中的缺陷。最密切联系说的运用在为确定合同准据法带来灵活性的同时，也带来了不稳定性和不可预见性，法官在运用最密切联系说时所拥有的自由裁量权是无可比拟的，一种因素是否应被考虑以及它在确定准据法时的重要性，均由法官根据自由裁量权决定，这就使合同法律适用中的随意性增大，有违最密切联系说的初衷。为此，以施尼策尔 (schnitzer 瑞士人) 为代表的一些学者提出特征履行规则，旨在为最密切联系说增加稳定性和可预见性。这一规则自提出后，很快被许多国家的立法和司法实践所采纳。

特征履行规则是建立在最密切联系说的基础之上的，按特征履行规则，法院通常应以具有特征履行一方当事人的住所地或营业地 (所在国) 法为合同准据法，一些国家甚至将特征履行规则反映在立法中，具体为各种冲突规范，用以指导确定合同准据法。但对此不能绝对理解，特征履行规则要求反映最密切联系，如运用特征履行规则的结果未能反映最密切联系，则仍应按最密切联系适用法律。

4. 合同自体法说。合同自体法 (proper law of contract) 是自英国司法实践中发展起来的合同法律适用体系。其主要内容可分三个规则表述：其一，当事人已明示选择了的法律，该法律一般应被适用；其二，当事人无明示选择，但依情况可以推断出他们所选择的法律时，该法律应被适用；其三，当事人未明示选择，又不能依情况推断他们所选择的法律时，适用与合同有最密切最真实联系的法律。

合同自体法说是意思自治说与最密切联系说的有机结合，它以意思自治说为基础，以最密切联系说进行补充，完善了合同法律适用的体系，不能不说有其独到之处。许多国家在其立法或司法实践中均采用了这一形式。但合同自体法说在理论上并无太大建树，与其说它是一种确定准据法的理论，毋

宁说它是一种立法方式，一种法律适用的体系，更为恰当。

（二）“分割法”观念下的合同准据法确定

在一般人的意念中，合同准据法只有一个，即以上述理论指导确定合同准据法后，该法应分别解决因合同而产生的所有争议。但实践中的问题并非如此简单，一些国家的实践强调，合同的法律适用应区分合同的各个方面，不同的方面按不同的原则确定合同准据法，由此产生合同的“整体法”和“分割法”之分。依合同的“整体法”观念，合同应被视为一个整体，除个别例外，合同各方面的问题均应适用同一个法律，则上述理论在确定合同准据法时统一运用。这是一部分国家的实践，它有简便易行及保证合同整体协调性等优点。依合同的“分割法”观念，合同问题是由其各方面问题构成的，如当事人的缔约能力、合同形式、合同成立、合同履行、合同解释等，合同各方面问题难以同受一个法律支配，则上述理论在确定合同准据法时应区别运用。这是大多数国家的实践，一些重要的国际公约也采纳此种方法，它有针对性强及公正、合理等优点。为此，我们循着“分割法”观念，将各国确定合同准据法的规则表述如下。

1. 当事人的缔约能力。当事人的缔约能力实质上就是当事人的行为能力。由于各国立法和司法实践中有关当事人缔约能力的规定各不相同，故在此问题上经常发生法律冲突。当事人的缔约能力不能由其选择法律调整，这是各国采用“分割法”的主要理由。各国对于当事人的缔约能力，通常按下述方式确定准据法：

(1) 当事人属人法。属人法包括本国法和住所地法。前述，人的行为能力由属人法支配，缔约能力是行为能力的一种，理所当然也应由属人法支配。缔约能力受属人法支配的主张早在法则区别说时期即已形成，直到如今，属人法在解决当事人缔约能力法律冲突问题上依然发挥着重要作用。

(2) 兼采属人法和缔约地法。缔约地法是行为地法的一种。由于当今商业相对发达，合同当事人的足迹遍布世界各地，如此情形下，只以属人法决定当事人的缔约能力，往往会给交易的安全和稳定带来不便，特别是在当事人依其属人法无缔约能力，而依缔约地法有缔约能力的情况下。因此，缔约地法的作用在扩大，各国一般规定，合同当事人依其属人法为无缔约能力而依缔约地法为有缔约能力时，适用缔约地法。此即兼采属人法和缔约地法的方法，又可称为以缔约地法限制属人法。

2. 合同形式。合同形式通常要符合法律规定。一些国家对合同形式的要求相当严格，不符合法定形式的合同为无效合同；另一些国家对合同形式的要求较为宽松，不易出现合同因形式不合法而无效的问题。

合同形式的法律适用长期受“场所支配行为原则”支配，缔约地法一直在合同形式的法律适用上占据主导地位，直到如今，合同形式适用缔约地法仍然可称为一般原则。另外，现代有不少国家倾向于放松对合同形式的要求，这在法律适用上的表现是，分不同情况，规定多个可供选择的连结点，如当事人的意思、合同缔约地、当事人住所地等，合同形式符合上述之一连结点所对应的法律即为有效。如此情形亦可称为合同形式法律适用上的多元化倾向。

3. 合同成立。各国有关合同成立的法律规定存在很大差异。例如，有些国家明确规定要约和承诺的条件，合同视要约和承诺的齐备而成立，而另外一些国家对要约和承诺无限制性规定，仅以双方当事人意思表示一致确认合

同成立；又如，对于隔地合同的成立时间，大陆法系国家和英美法系国家历来有“到达主义”和“投邮主义”之别，前者认为，合同于承诺到达时成立，承诺到达地为合同成立地，而后者认为，合同于承诺发出时成立，承诺发出地是合同成立地。为解决合同成立的法律冲突，各国通常以下述方法确定准据法：

(1) 缔约地法。依照“场所支配行为原则”，就合同成立适用缔约地法，是客观标志说的集中反映，代表了传统国际私法的实践。但今天，单纯以缔约地法决定合同成立的主张已走向没落，缔约地法仅在合同成立问题上起辅助作用。

(2) 当事人选择的法律。此即意思自治说在合同成立法律适用上的反映。目前，大多数国家采用这一做法。但以当事人选择的法律作为合同成立准据法的做法可能是不周延的，如当事人未进行选择或选择无效时，各国均以最密切联系地（国）法或某一客观标志所在地（通常是缔约地）法作为补充。

(3) 最密切联系地（国）法。此即最密切联系说在合同成立法律适用上的反映。自最密切联系说产生以来，它在合同成立问题上的作用可谓举足轻重，虽然其发挥作用的方式可能是辅助性的，但这不能与缔约地法的辅助作用相提并论。绝大多数国家均以最密切联系地（国）法作为当事人未选择法律时，解决合同成立法律冲突的准据法。

4. 合同履行。合同履行关系到当事人缔结合同的目的，合同履行的过程也就是合同发生效力的过程。各国有关合同履行的法律规定存在很大差异。例如，有些国家较为强调实际履行，而另外一些国家较为强调金钱履行。为解决合同履行的法律冲突，各国通常以下述方法确定准据法：

(1) 履行地法。以履行地法解决合同履行的法律冲突是由来已久的习惯性做法，履行地法这一系属公式在法则区别说时期即已形成，其主要针对的就是合同的履行问题。合同有几个履行地时，通常以主要履行地为准。时至今日，履行地法依然在合同履行问题上起辅助作用。

(2) 当事人选择的法律。

(3) 最密切联系地（国）法。

5. 合同解释。合同不论是口头的还是书面的，其所用的语言、文字很难把合同的每一条款都表达得准确无误，合同当事人可能会因时、因地不同引发对这些条款绝然不同的理解，产生纠纷。英美法系国家通常强调文字表述本身，轻视当事人的主观意志；而大陆法系国家则注重当事人的主观意志，不拘泥于文字。这种不同的司法实践势必导致合同解释问题上的法律冲突。

根据各国的立法和司法实践，主要以当事人选择的法律作为合同解释问题的准据法，而当事人没有选择或选择无效时，与合同有最密切联系地（国）的法律支配合同的解释问题。

（三）我国有关涉外合同法律适用的立法和实践

1. 立法和实践的一般情况。自本世纪 80 年代以来，为适应改革开放的需要，我国颁布了大量民商事法规，其中与涉外合同法律适用相关的主要有：《民法通则》、《涉外经济合同法》、《海商法》、《民用航空法》、《中华人民共和国合同法》。《民法通则》的规定是关于涉外合同法律适用的一

笔者想对“合同履行之（2）（3）”所作的论述一如“合同成立之（2）、（3）”，故不赘述。

般规定，具有普遍意义。《涉外经济合同法》的规定特别针对涉外经济合同，所谓涉外经济合同包括货物买卖合同、合资经营企业合同、合作经营企业合同、合作勘探开发自然资源合同、信贷合同、租赁合同、技术转让合同、工程承包合同、成套设备供应合同、加工承揽合同、劳务合同、补偿贸易合同、科技咨询或者设计合同、担保合同、保险合同、仓储保管合同、委托代理合同等。《海商法》的规定特别针对海上运输合同，包括海上旅客运输合同和海上货物运输合同。《民用航空法》的规定特别针对航空运输合同，包括航空旅客运输合同和航空货物运输合同。

为统一我国有关合同的法律制度，经过理论界和司法实践的多年努力和准备，中华人民共和国第九届全国人民代表大会第二次会议于1999年3月15日通过和公布了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）。该法将于1999年10月1日起施行。根据《合同法》第428条规定，自1999年10月1日起，原有的《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》废止。对照上述法律分析不难看出，《合同法》完全吸收了《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》中的合理规定，并结合司法实践，在原有基础上作了进一步的充实，使之更趋完善。就涉外合同及其法律适用而言，《合同法》主要有如下规定：涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律（第126条）；涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁，当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉（第128条）；因国际货物买卖合同和技术进口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算（第129条）。

为实施上述立法，在我国出现了较为丰富的司法实践。最高人民法院在综合分析、总结各地区、各级人民法院实践经验的基础上，颁发了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解答（二）》和《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的规定》。就涉外合同法律适用而言，《意见》和《规定》分别解决了如下问题：涉外经济合同的范围、合同争议的范围、如何对待涉港澳合同、意思自治原则的适用和限制、最密切联系原则的适用和最密切联系的确定、融资租赁合同的法律适用、国际条约和国际惯例的适用、公共秩序保留在合同法律适用中的地位等。

值得一提的是，随着《涉外经济合同法》的被废止，最高人民法院对《涉外经济合同法》的司法解释也将失去效力。但不可否认，最高人民法院对《涉外经济合同法》的司法解释是我国长期涉外司法实践的经验总结，其价值不仅仅在于“解释”，完全可以称得上是一种确定的、行之有效的司法实践，且其内容与新公布的《合同法》并无抵触。故完全排斥上述司法解释作用的观点不甚妥当，问题是上述司法解释将在形式上出现瑕疵，最高人民法院很有必要将其采用合法形式重新进行表述。

结合我国立法和实践可以看出，目前我国实行的涉外合同法律适用制度

反映出如下特征：其一，体系已趋完备，既有一般规定，又有特别规定，既有适用原则，又有适用解释，这在我国法律适用体系中首屈一指；其二，集中反映了国际上有关合同法律适用的流行理论，如意思自治说、最密切联系说、特征履行规则等，在我国立法和司法实践中均有反映；其三，各种立法和司法实践相互之间有机结合，整体性较强，其体现出来的原则具有共性，即可以用意思自治原则、最密切联系原则、国际条约和国际惯例原则概括我国的涉外合同法律适用制度。

2. 意思自治原则。意思自治原则是我国涉外合同法律适用的首要原则，其要义是允许合同双方在法律允许的范围内协议选择合同准据法。我国有关合同法律适用的规定均体现了这一原则。例如，《民法通则》第 145 条第 1 款规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外”。结合我国的司法实践，我们对于意思自治原则应作全面、完整的理解。

(1) 当事人选择法律的方式。国际上通行的选择方式有明示和默示两种，凡采用意思自治的国家均采用明示方式，也有相当一部分国家兼采明示和默示两种方式。我国为保证法律适用的统一性和可操作性，只允许明示方式。例如，《解答》第 2 条第 2 款明确规定“……当事人的选择是经双方协商一致和明示的”。如当事人未作明示选择，则依我国法律转而采用其他原则，意思自治原则不再起确定合同准据法的作用。

(2) 当事人选择法律的时间。选择法律的时间，以订立合同为准，有事先、事后之分。我国为充分保证当事人选择法律的权利，允许当事人在开庭审理前的任何时候选择法律。例如，《解答》第 2 条第 4 款明确规定：“当事人在订立合同时或发生争议后，对于合同所适用的法律未作选择的，人民法院受理案件后应当允许当事人在开庭审理前作出选择”。如至开庭审理时，当事人仍未选择，则依我国法律转而采用其他原则，意思自治原则不再起确定合同准据法的作用。

(3) 当事人选择法律的限制。国际上通常从是否善意、是否有合理根据、是否违反强行规则三方面对当事人的意思自治进行限制，这在我国合同法律适用中也有体现。具体表现为我国《合同法》第 126 条第 2 款规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律”。在我国境内履行的这三类合同与我国联系密切，如选择适用外国法，难以证明善意和合理根据，且一经立法，已形成我国的强行规则，不得违反。

3. 最密切联系原则。最密切联系原则是我国涉外合同法律适用的补充原则，其要义是从质和量两个方面综合分析、权衡与案件相关的各客观要素，并适用与案件有最密切联系地（国）的法律。我国有关合同法律适用的规定均体现了这一原则。例如，我国《合同法》第 126 条第 1 款规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”。

同第 348 页注。

同第 348 页注。

从上下文看，上述规定也构成对最密切联系原则的限制，实则不然。三类合同适用中国法正是最密切联系原则的体现。

最密切联系原则是个灵活而又富于弹性的开放性冲突原则，但在适用过程中较为复杂。

(1)最密切联系原则的地位。在我国涉外合同法律适用体系中，最密切联系原则起补充作用，即它的适用是有条件的。如当事人已经协议选择了法律，最密切联系原则不再发生作用；如当事人未选择法律，或虽已选择但被判定选择无效，人民法院依最密切联系原则确定合同准据法。

(2)最密切联系的确定。最密切联系的确定依赖于法官对与案件相关的各种客观因素所进行的综合分析、权衡，确定的过程也就是法官主观推导的过程。在确定过程中，法官对各种客观因素所进行的量和质的分析、权衡相当重要，但苦于没有科学、合理的统一标准，容易造成主观随意性。为扭转这种状况，最高人民法院在总结实践经验的基础上，结合特征履行规则，在《解答》和《决定》中分别对确定 14 类涉外合同的最密切联系地（国）作出明确规定：

A. 国际货物买卖合同，适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。但如合同是在买方营业所所在地谈判并订立的，或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的，或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的，适用合同订立时买方营业所所在地的法律。

B. 银行贷款或者担保合同，适用贷款银行或者担保银行所在地的法律。

C. 保险合同，适用保险人营业所所在地的法律。

D. 加工承揽合同，适用加工承揽人营业所所在地的法律。

E. 技术转让合同，适用受让人营业所所在地的法律。

F. 工程承包合同，适用工程所在地的法律。

G. 科技咨询或者设计合同，适用委托人营业所所在地的法律。

H. 劳务合同，适用劳务实施地的法律。

I. 成套设备供应合同，适用设备安装运转地的法律。

J. 代理合同，适用代理人营业所所在地的法律。

K. 关于不动产租赁、买卖或者抵押合同，适用不动产所在地的法律。

L. 动产租赁合同，适用出租人营业所所在地的法律。

M. 融资租赁合同，适用承租人所在地的法律。

N. 仓储保管合同，适用仓储保管人营业所所在地的法律。

在上述规定中，最密切联系的确定主要依据特征履行规则，适用的法律也主要是特征履行方的营业所所在地法和行为地法。但对此不应绝对理解，不应忘记上述规定是最密切联系原则的具体化而非客观标志说的具体化。为此，《解答》明确规定：上述“合同明显地与另一国家或者地区的法律具有更密切的关系，人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据”。

4. 国际条约和国际惯例原则。我国确立国际条约原则的目的在于强调优先履行国际义务，而确立国际惯例原则的目的在于尽一切可能弥补我国现行法律的不足。

(1)国际条约原则。国际条约原则是体现在我国涉外法律适用体系中的国际义务优先原则，其要义是一国参加的国际条约优先于国内法适用。我国《民法通则》第 142 条第 2 款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约

同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外”。这一规定恰如一根红线，贯穿我国所有的民商事立法，无论它是实体法还是程序法。为正确理解这一原则，有必要明确下面几点：

第一，我国缔结或者参加的国际条约既有实体法性质的，也有冲突法性质的，而此处论及国际条约原则是就确定准据法而言，因此，其针对的应是冲突法性质的条约。

第二，对国际条约某一具体条款的保留，产生排除该条款约束的结果。因此，如果有关国际条约的规定与我国法律规定不同，而我国在缔结或参加该条约时已作出保留，仍应适用我国法律的有关规定。

第三，国际条约原则具有普遍适用性，虽然我们在合同法律适用中论及这一原则，但并不意味该原则仅在我国合同法律适用中发挥作用。从我国立法的实践来看，国际条约原则适用于所有的涉外法律关系，除涉外合同关系外还包括涉外物权关系、涉外侵权关系、涉外婚姻家庭关系、涉外继承关系等，即这些涉外关系确定准据法时均应遵循国际条约原则。

(2)国际惯例原则。国际惯例原则是体现在我国涉外法律适用中的拾遗补缺原则，其要义是当我国法律及我国参加的国际条约均无相应规定时以国际惯例弥补。我国《民法通则》第142条第3款规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例”。我国其他法律亦有类似规定。从我国立法的实践来看，国际惯例原则也应具有普遍适用性，即各种涉外关系确定准据法时都可遵循国际惯例原则。由于我国缺乏执行国际惯例原则的实践，对如何理解国际惯例原则尚存在较多疑点：

第一，我国上述立法中所提及的国际惯例究竟是实体法意义上的惯例还是冲突法意义上的惯例？如严格地从我国立法的实践来看，应理解为是冲突法意义上的惯例，但依最高人民法院的司法解释，又似是实体法意义上的惯例。

第二，国际上究竟有没有冲突法意义上的惯例？目前，多数学者都不承认在法律适用上有某种国际私法关系必须适用某国法律的国际惯例，充其量只能说有了一些国际上比较普遍的实践或习惯作法。

5. 我国合同法律适用中的“整体法”与“分割法”之争。根据上述原则已足以确定合同准据法，但该准据法是解决合同的所有争议，还是只解决合同的部分争议，我国是循着将合同作为一个整体确定准据法，还是循着区别合同的不同方面分别确定合同准据法，在理论界有不同的观点。我国有关法律和司法解释规定：确定合同准据法是为了解决合同争议，而对于“‘合同争议’应作广义的理解。凡是双方当事人对合同是否成立、合同成立的时间、合同内容的解释、合同的履行、违约的责任，以及合同的变更、中止、转让、解除、终止等发生的争议，均应包括在内”；“订立合同，必须遵守中华人民共和国法律……”；自然人的民事行为能力原则上应适用当事人本国法，但行为地法认为有行为能力的也应认为有行为能力。因此，有些学者认为，我国循着“分割法”行事，根据意思自治原则和最密切联系原则确定的合同

李双元主编：《中国与国际私法统一化进程》，武汉大学出版社，1993年版，第57～58页。

同上书第57页。

准据法并不解决合同形式和当事人缔约能力问题。但另外一些学者却有相反主张，他们认为，最高人民法院的司法解释已明确规定，对“合同争议”应作广义理解，并在列举时以“等”概括不全，不能仅因未明确列举而将“合同形式”和“当事人缔约能力”排除在合同准据法支配之外。目前，我国合同法律适用中的“整体法”与“分割法”之争尚未有结论。

二、涉外侵权行为之债的法律适用

国际私法上的侵权行为之债是指因侵权人不法侵害他人人身和财产权益而引发的当事人之间具有涉外因素的权利义务关系。侵权行为之债是典型的法定之债，各国立法和司法实践在诸如侵权行为的认定标准、归责原则、责任形式、赔偿数额等规定上存在很大差异，适用不同国家的法律严重影响到当事人的权益。

（一）侵权行为之债准据法的确定

在含有涉外因素的侵权案件中，一个行为是否构成侵权、行为人是否应负损害赔偿、在何种范围和程度上承担损害赔偿责任等，常要由侵权行为为准据法决定。根据各国的立法和司法实践，通常依照下述原则确定侵权行为之债的准据法。

1. 侵权行为地法原则。侵权行为适用侵权行为地法是一条古老的冲突原则，该原则历经国际私法数百年的变迁，依然在侵权行为法律适用领域占据主导地位，不能不说有其深厚的原因。对此，有些学者以“场所支配行为原则”进行解释，有些学者以“既得权说”进行解释。而较为一致的看法是：侵权行为是一种违反法定义务并对他人造成损害的不法行为，侵权行为地因此种行为蒙受的损失最大，适用侵权行为地法是平衡权利的需要，也是维护行为地公共秩序的需要。基于上述原因，侵权行为地法原则已成为各国确定侵权行为准据法普遍采用的原则，几乎所有国家的国际私法对此都作出了明确的规定。

适用侵权行为地法的关键是侵权行为地的确定，现代科学技术日新月异的发展使得确定侵权行为地变得异常复杂。例如，产品制造与销售的国际化、现代交通工具的采用、高度发达的广播电视网络、环境污染的广泛性等，都使在一地发生的侵权行为可能在千里之外的另一地、另几地产生损害结果，由此，围绕侵权行为地有了加害行为地和损害结果发生地之分。从各国立法和司法实践情况来看，如果加害行为地和损害结果发生地重叠，确定侵权行为地自无疑难；如果加害行为地和损害结果发生地分别，就如何确定侵权行为地，国际上大致有三种主张：

第一，以加害行为地为侵权行为地。德国、法国、瑞士、意大利以及北欧诸国大都持这一主张。

第二，以损害结果发生地为侵权行为地。美国、英国、澳大利亚、加拿大等国的判例持这一主张。

第三，由原告进行选择，选择的范围是所有与侵权事实发生相关的地方，包括加害行为地和损害结果发生地。南斯拉夫、捷克等国持这一主张。

另外，如加害行为地或损害结果发生地不止一个时，各国一般以主要加害行为地或主要损害结果发生地为准。侵权行为地的确定主要是个识别问题，各国均根据自己国家的法律进行确定。

2. 法院地法原则。该原则主张侵权行为应适用法院地法。从19世纪下半叶开始，英美及一些欧洲国家逐渐改变了固定的适用侵权行为地法这一传

统做法，而将法院地法作为确定侵权行为准据法的原则之一。对侵权行为适用法院地法主要是基于法院地公共秩序的考虑。德国学者赫华特（Wachter）提出，侵权行为极其类似刑事犯罪，而在刑法这一领域，任何国家都是不适用外国法的。

法院地法原则虽然考虑了法院地的公共秩序，但将侵权行为与法院地法机械相连弊多利少。美国学者艾伦茨威格对此进行了全面、系统的分析和研究，归纳了该原则的三大缺陷：一是缺乏实践价值；二是具有不确定性；三是必然导致当事人任意挑选法院，使问题在实质上得不到公正的解决。因此，几乎没有一个现代国家单纯采用法院地法原则。

3. 重叠适用侵权行为地法与法院地法原则。该原则又称双重可诉规则（rule of double actionability），即对侵权行为案件同时适用侵权行为地法和法院地法。该原则的出现根源于单一适用侵权行为地法或法院地法的缺陷，就侵权行为的法律适用而言，单一适用侵权行为地法具有一定的偶然性，往往针对性不强，且难以保障法院地的公共秩序；而单一适用法院地法又具有不确定性，易于导致当事人挑选法院，缺乏实践价值，取长补短的考虑使重叠适用侵权行为地法和法院地法原则应运而生。

重叠适用侵权行为地法和法院地法原则常常导致一个侵权行为案件同时适用两个不同国家的法律，使法律适用变得异常复杂。一个案件适用两种不同的法律本身就处于冲突状态之中，因此，各国在运用此原则时总是有主有辅的。有些国家以侵权行为地法为主，以法院地法辅之；另一些国家以法院地法为主，以侵权行为地法辅之。例如，英国是传统的以法院地法为主的 国家，侵权行为地法只起参考的作用，一个在英国法院审理的侵权行为案件必须依照英国法是侵权行为，而依照侵权行为地法只要满足不当行为的要求就足够了。

重叠适用侵权行为地法和法院地法原则已为大多数国家所采用，其具有的优点自不待言，但它仍然没有摆脱传统观点的束缚，并且由于其要求相当严格，常常使受害人难以进行损害赔偿之诉，故也有缺陷。

4. 最密切联系原则。该原则主张侵权行为应当适用最密切联系地（国）的法律。在侵权行为案件中运用最密切联系原则产生于本世纪 60 年代，是美国司法实践的产物，1963 年纽约州上诉法院法官富德审理“巴布科克诉杰克逊”（babcock v. jackson）一案时，成功地运用了最密切联系原则，该案也因此成为国际私法上的典型案例。美国 1971 年的第二部《冲突法重述》充分体现了最密切联系原则，它规定：“侵权之诉的双方当事人的权利义务，应依案件和当事人有最重要联系的州的当地法判定”。

最密切联系原则在侵权行为中的运用与在合同中的运用有共同之处，即都要对与案件相关的各种客观因素从质和量两个方面进行分析、权衡，以因素的多寡和重要性的强弱来判定最密切联系地（国）。但两者之间也存在着明显区别：其一，考虑的客观因素不同。在侵权案件中，值得考虑的客观因素通常是加害行为地、损害发生地、双方当事人的住所地（居所地）、国籍国、营业所所在地以及其他关系集中地；其二，适用法律的稳定性不同。在合同案件中，由于特征履行规则的作用，已经形成较为明确的判断最密切联系地（国）的标准，适用法律也较为稳定，而在侵权案件中，尚无类似特征

履行规则的规则存在，判断最密切联系地（国）完全依赖法官的主观推定，适用法律当然也就不甚稳定。

最密切联系原则产生后，受到一部分学者的高度评价。美国学者里斯称其为侵权行为准据法理论发展中的一个里程碑，英国学者莫里斯用其来证明侵权行为自体法（proper law of the torts）的正确。但凭心而论，反对在侵权行为案件中运用最密切联系原则的学者也不在少数。美国学者柯里称其为是主观臆断的产物，艾伦茨威格更断定这一原则会将侵权行为的法律适用引向“无法”的歧途。故这一原则在理论和实践上的完善还有待时日，目前采用这一原则的国家并不多。

5. 共同属人法原则。该原则主张侵权行为应适用当事人的共同属人法（包括住所地法和本国法）。该原则的产生主要根源于单一适用侵权行为地法的缺陷。该原则的运用基于一些特定条件，即侵权行为案件相关当事人的国籍相同或住所相同，如此情形下适用当事人的属人法可以适当增加法律适用的灵活性和针对性。目前采用这一原则的国家并不多。

（二）几类特殊侵权行为的准据法确定

侵权行为所涉领域日益广泛，且在某些领域有较为独特的法律适用规则，这些领域包括海上运输、航空运输、公路运输、产品责任等。鉴于各国在上述某些领域中确定侵权行为准据法尚未形成稳定模式，也考虑到与我国相关规定的对应性，故本书仅介绍海上侵权行为和空中侵权行为的准据法确定。

1. 海上侵权行为的准据法确定。海上侵权行为可以一般区分为发生在公海上的侵权行为和发生在领海上的侵权行为。

(1) 公海上的侵权行为。公海不受任何国家的法律管辖，故发生在公海上的侵权行为难以适用侵权行为地法，各国一般视不同情况分别对待。如船舶在公海上碰撞或损坏海上设施，一般适用受理案件的法院所在地法，碰撞的船舶国籍相同时，也可适用共同旗国法；如船舶内部发生侵权行为，一般适用旗国法；如因海上运输致旅客死伤、行李毁损所发生的侵权行为，其赔偿责任限制一般适用受理案件的法院所在地法。

(2) 领海上的侵权行为。领海受主权国家的法律支配，故发生在领海上的侵权行为可以适用侵权行为地法，但各国对是否适用侵权行为地法一般视侵权行为是否影响到领海所在国的利益而定。如船舶在领海上碰撞（包括损坏海上设施），难以证明未影响领海国利益，一般适用领海国法（侵权行为地法），但碰撞的船舶国籍相同时，也有适用旗国法的实践；如船舶内部发生侵权行为，在未影响领海国利益的情况下，可适用旗国法，但也有不加以区分，一律适用领海国法的实践；如因海上运输，在领海上致旅客死伤、行李毁损所发生的侵权行为，其赔偿责任限制一般适用受理案件的法院所在地法。

2. 空中侵权行为的准据法确定。空中侵权行为可区分为航空器内部的侵权行为、航空器碰撞所致侵权行为和航空器对地面第三人所为的侵权行为。

(1) 航空器内部的侵权行为。此种侵权行为一般指旅客与乘务员之间或旅客相互之间所发生的殴打、侮辱、诽谤等。对此，各国多主张适用航空器登记国法。

侵权行为自体法应被看作最密切联系原则的翻版，因为在侵权行为自体法中无意思自治这一主干。

(2)航空器碰撞所致侵权行为。此种侵权行为一般适用航空器登记国法，如航空器国籍不同时，也可适用受害方的航空器登记国法。

(3)航空器对地面第三人所为的侵权行为。此种侵权行为又可分对主权管辖地面第三人所为的侵权行为和对非主权管辖地面第三人所为的侵权行为。前者各国均适用侵权行为地法，后者一般适用受理案件的法院所在地法。

(三)我国有关涉外侵权行为法律适用的立法和实践

本世纪80年代以来，我国分别在《民法通则》、《海商法》和《民用航空法》中对涉外侵权行为的法律适用作出了规定，最高人民法院也在总结实践经验的基础上对《民法通则》的有关内容进行了司法解释。《民法通则》中的规定针对一般涉外侵权行为，具有普遍性；而《海商法》和《民用航空法》中的规定针对特殊侵权行为，具有专用性。

1.我国《民法通则》中的规定。《民法通则》第146条规定：“侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法或者住所地法律。中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的，不作为侵权行为处理”。我国的上述规定很有特色，它可以分三个相对独立的原则表述，但理解时又不能将其截然分开。

(1)侵权行为地法原则。我国也是坚持对侵权行为适用侵权行为地法的国家之一，侵权行为地法原则是我国确定侵权行为准据法的首要原则。适用侵权行为地法的关键是对侵权行为地的确定，对此最高人民法院颁发了指导意见：“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时，人民法院可以选择确定”。

(2)共同属人法原则。即侵权行为也可以适用双方当事人的共同本国法或共同住所地法，这是我国确定侵权行为准据法的补充原则。理解该原则应注意两点：其一，它是有条件适用，即必须有关当事人国籍相同或住所相同；其二，它仅起辅助作用，即使满足了适用条件，也可以不适用共同属人法，而适用侵权行为地法，一切均以公正、合理及便于操作为转移。

(3)重叠适用侵权行为地法和法院地法原则。这是我国确定侵权行为地法的特殊原则。它所指的情况是侵权行为在外国发生，则只有依我国法是侵权行为当事人才能提起侵权行为之诉。至于依我国法是侵权行为而依侵权行为地法不是侵权行为、侵权人的责任能力、侵权赔偿的数额等，是否应重叠适用侵权行为地法和法院地法，我国立法和司法均无明确解释。从我国立法的上下文来看，似乎侵权人的责任能力和侵权赔偿的数额仅依侵权行为地法。

2.我国《海商法》中的规定。《海商法》第273条、第274条和第275条对海事侵权行为法律适用中的有关问题作出了明确规定，规定可分为三个方面：

(1)关于船舶碰撞。船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法律；船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律；同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

(2)关于共同海损理算。共同海损理算，适用理算地法律。

(3)关于海事赔偿责任限制。海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律。

3.我国《民用航空法》中的规定。《民用航空法》第189条仅就民用航空器对地面第三人所为侵权行为时的法律适用作出了规定。具体规定是：“民

用航空器对地面第三人的损害赔偿，适用侵权行为地法律。民用航空器在公海上空对地（水）面第三人的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律”。

三、涉外不当得利和无因管理之债的法律适用

（一）涉外不当得利之债的准据法确定

涉外不当得利之债是指一方当事人在没有法律根据的情况下，因取得财产上的利益而造成他人损失，在当事人之间所形成的具有涉外因素的权利义务关系。涉外不当得利之债属法定之债，它可能因给付而产生，也可能因非给付的事实而产生，各国法律中关于不当得利的类型、构成要件、救济方法等，均存在较大差异。根据各国的立法和司法实践，不当得利之债的准据法主要依下述方法确定。

1. 不当得利发生地法。不当得利之债适用不当得利发生地法是大多数国家的做法。此处的不当得利发生地应视具体情况而定，如不当得利是因给付而发生则指给付地，如不当得利是因非给付的事实而发生则指事实发生地。法、意、日、泰等国采用此种方法。

2. 相关法律关系的准据法。不当得利之债适用相关法律关系的准据法是近来较为流行的做法。采用此种方法要视不当得利之债是基于何种法律关系产生，则支配该法律关系的准据法同样支配不当得利关系。例如，基于合同的错误履行产生的不当得利关系，依照合同准据法。奥地利、瑞士等国采用此种方法。

我国目前尚无涉外不当得利之债法律适用的立法和实践。

（二）涉外无因管理之债的准据法确定

涉外无因管理之债是指一方当事人在没有法定或约定义务的情况下，为避免他人财产利益损失而进行管理或服务，在当事人之间所形成的具有涉外因素的权利义务关系。无因管理之债属法定之债，它因管理人的管理行为而发生，各国对于无因管理之债的构成要件、管理人是否须有为他人谋利益的意思、管理人的行为是否须符合受益人的意志、救济方法等问题上，存在立法和实践的差异。根据各国的立法和司法实践，无因管理之债的准据法主要依下述方法确定。

1. 无因管理发生地法。无因管理发生地法主要指管理人实施管理或服务的行为地法。无因管理的功能价值常因行为地的倡导与否而有异，故适用行为地的法律较为妥当。大多数国家采用此种方法。

2. 财产所在地法。无因管理较多的因管理财产而发生，如此情形下适用财产所在地法较为合理，当被管理的财产属不动产时更是如此。日本等国采用此种方法。

我国目前尚无涉外无因管理之债法律适用的立法和实践。

第三节 涉外婚姻家庭关系的法律适用

一、涉外结婚的法律适用

(一) 结婚的实质要件和形式要件及其法律冲突

结婚是男女双方成立夫妻关系的一种法律行为，它的有效成立，必须符合法律规定的实质要件和形式要件。

1. 结婚实质要件及其法律冲突。结婚实质要件指男女双方为结婚而必须具备的条件和必须排除的条件，前者称积极要件，后者称消极要件。在各国的法律规定中，结婚的实质要件一般包括双方缔结婚姻的意思、法定婚龄、禁止重婚、禁止近亲通婚、禁止患有特定疾病的人结婚等。由于道德观念、宗教信仰、生活方式、自然环境等原因，体现在各国法律中的结婚实质要件存在很大差异。例如，法定婚龄规定不同，有些国家规定的法定婚龄较低，如西班牙、阿根廷规定男14岁女12岁即可结婚；有些国家规定的法定婚龄较高，如我国规定男22岁女20岁始能结婚。各国对结婚实质要件规定的不同必然导致法律冲突。

2. 结婚形式要件及其法律冲突。结婚形式要件指男女双方为结婚而必须履行的法定手续。在各国的法律规定中，结婚的形式要件通常在一定的方式中体现，这些方式有民事登记方式、宗教婚姻方式、普通法婚姻方式、领事婚姻方式、兵役婚姻方式、公海婚姻方式等。主要是因为传统习惯，各国采用的婚姻方式不同。例如，冰岛、苏格兰、瑞士、美国部分州允许男女不办理任何法定手续，以事实上的同居证明婚姻的存在，即采用普通法婚姻方式，而也有相当一部分国家不允许此种方式。另外，即使同采一种方式，其内含的法定手续也会不同。例如，同采宗教婚姻方式，天主教国家以天主教义为准，伊斯兰国家以伊斯兰教义为准。各国对结婚形式要件规定的不同必然导致法律冲突。

(二) 结婚的准据法确定

概括地说，各国主要通过下述方法确定准据法，以解决结婚实质要件和形式要件的法律冲突。

1. 婚姻缔结地法。婚姻缔结地法又称婚姻举行地法，指当事人履行法定结婚手续所在地的法律。结婚依照婚姻缔结地法是最古老也是当前较流行的法律适用规则，它既可以在结婚实质要件方面适用，也可以在结婚形式要件方面适用。按此规则，凡婚姻缔结地法认为有效的婚姻，则到处有效；凡婚姻缔结地法认为无效的婚姻，则到处无效。

确立结婚依照婚姻缔结地法的理由很多，归纳起来主要有：结婚是一种法律行为，受“场所支配行为原则”支配；结婚在当事人之间形成确定的权利，受“既得权原则”支配；婚姻关系符合缔结地的公共秩序和善良风俗。依照婚姻缔结地法确定婚姻的效力有简便易行的优点，但也会给当事人规避法律提供机会。目前采用此种方法的国家较多，特别以拉美国家为主。

2. 当事人属人法。包括本国法和住所地法，指婚姻当事人国籍国或住所地的法律。它既可以在结婚实质要件方面适用，也可以在结婚形式要件方面适用，但以在结婚实质要件方面适用为主。按此规则，无论当事人在何地缔结婚姻，除非该婚姻符合当事人属人法的要求，否则不得认为有效。

确立结婚依照当事人属人法的理由很多，归纳起来主要有：婚姻关系属

于身份关系，应受属人法支配；婚姻当事人国籍国或住所地的公共秩序和善良风俗不可忽视。依照属人法确定婚姻的效力有联系密切、合理等优点，但适用时较为复杂。目前采用此种方法的国家很多，特别以欧洲大陆国家为主。

3. 婚姻缔结地法和当事人属人法相结合。为了兼顾婚姻缔结地和当事人国籍国、住所地的公共秩序，消除单一法律选择可能带来的弊端，并且增强法律适用上的针对性和合理性，一些国家采用了婚姻缔结地法和当事人属人法相结合的混合制度，即在冲突规范中同时将婚姻缔结地、当事人国籍国、当事人住所地作为连接点，由法院根据婚姻的不同情况，分别选择运用。该方法既可以在结婚实质要件方面适用，也可以在结婚形式要件方面适用，但由于目的不同，适用的方法也不相同。该方法在结婚实质要件方面适用时，体现为各国将自己国家的法律（可能是缔结地法，也可能是属人法）作为涉外婚姻的限制，其结果是该国法律与某外国法律同时适用，婚姻条件趋于严格；而该方法在结婚形式要件方面适用时，体现为各国放松对结婚形式要件的管制，结婚形式要件符合任何相关国家的法律规定都可能被认为有效。

为正确、全面理解上述准据法的适用，下面几点应当注意：

第一，结婚的法律适用分实质要件的法律适用和形式要件的法律适用，虽然有些国家将两者结合在一块确定准据法，如结婚的实质要件和形式要件均适用当事人属人法；但也有相当一部分国家其确定结婚实质要件准据法的方法和确定结婚形式要件准据法的方法是不一样的，如对结婚实质要件适用当事人属人法，而对结婚的形式要件适用婚姻缔结地法。

第二，当适用当事人属人法时，经常遇到的一个难题是当事人属人法不同（男女双方的国籍不同或住所不同）。对此，较多国家主张应适用当事人各自的属人法，即以男方的属人法解决男方的结婚条件，以女方的属人法解决女方的结婚条件；当然，也有国家认为在此情况下可适用法院地法。

（三）我国有关涉外结婚法律适用的立法和实践

1. 历史上的做法和《民法通则》的规定。新中国处理涉外结婚法律冲突的规定最早可以追溯到建国初期，1950年中央人民政府法制委员会发布《关于中国人与外侨、外侨与外侨通婚问题的意见》，该文件规定：上述婚姻“宜在适当限度内照顾到当事人本国婚姻法，以免当事人的结婚和离婚其本国认为无效”；“但适用其本国法不得有损于我国的公共秩序”。这些规定反映出，当时我国较为强调当事人本国法的适用，仅以我国的公共秩序加以限制。至1951年，中央人民政府内务部下达《关于暂行处理华侨相互之间与中国人之间婚姻问题的批复》，该文件强调外国人在中国结婚应当符合中国的婚姻法，婚姻缔结地法的精神开始体现。之后，1978年我国外交部、公安部发布《关于中国人同在华外国人结婚问题的内部规定》，该规定于1983年重新拟定，称《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》；1983年我国外交部、最高人民法院、民政部、司法部、国务院侨务办公室联合发布《关于驻外使领馆处理华侨婚姻问题的若干规定》；1983年我国民政部下达《关于办理婚姻登记中几个涉外问题处理意见的批复》。上述文件反映出我国自1978年以来的基本做法，即在我国境内缔结的涉外婚姻应依照我国法律；在我国境外缔结的涉外婚姻可以适用缔结地法律，但如双方当事人均为中国人，其婚姻不得违背我国婚姻法关于禁止干涉婚姻自由和禁止重婚的规定。1986年我国颁布《民法通则》，该法律针对涉外婚姻明确规定：“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法”。它宣告我国解决涉外结婚法律冲突采用

婚姻缔结地法原则。

2. 婚姻缔结地法原则。婚姻缔结地法原则是我国目前解决涉外结婚法律冲突的唯一原则，依此原则，婚姻符合缔结地法即为有效，反之则无效。该原则在运用过程中需作下述方面理解。

(1) 婚姻缔结地法原则既解决结婚实质要件方面的法律冲突，亦解决结婚形式要件方面的法律冲突。建国以来，我国有关涉外结婚的法律适用从未分结婚的实质要件和结婚的形式要件，《民法通则》的规定亦是如此。结合实践中的做法，我们可以认为，我国将结婚实质要件的法律适用和结婚形式要件的法律适用统一于婚姻缔结地法原则。

(2) 婚姻缔结地法原则具有概括适用性。直接从文字上理解，我国《民法通则》的规定是不周延的，未能包括所有涉外结婚的情形，如外国人之间在中国结婚、外国人之间在外国结婚、中国公民之间在外国结婚等，均未包括在内。对此应结合实践中的做法和是否具有可操作性加以理解，即原则上所有的涉外结婚均适用婚姻缔结地法，但如双方当事人均为中国公民，其婚姻不得违背我国婚姻法关于禁止干涉婚姻自由和禁止重婚的规定。

(3) 应结合我国的公共秩序理解婚姻缔结地法原则。如婚姻缔结地法原则导致外国法在我国的适用时，其适用的结果不得对我国的公共秩序和善良风俗产生不良影响。

二、涉外离婚的法律适用

(一) 离婚的法律冲突

离婚是夫妻双方解除婚姻关系的一种法律行为。目前，绝大多数国家均规定了有限制的离婚制度，但仍有极少数国家采用禁止离婚的制度，当事人只能请求别居(judicial separation)，不得离婚。在离婚方式问题上，有些国家坚持离婚判决主义，即非经法院判决不得离婚；而大多数国家也允许当事人通过协议，在未经法院判决的基础上直接办理离婚。在允许离婚的国家，均规定有离婚的条件，但对于这些条件的规定及罗列方式各不相同。例如，我国婚姻法将夫妻双方感情破裂作为离婚的唯一理由；《日本民法典》将离婚理由作五方面列举，包括配偶有不贞行为、配偶一方被另一方恶意遗弃、配偶生死不明在3年以上、配偶患强度精神病而无康复希望、其他难以继续婚姻关系的重大事由。上述不同的制度或规定，均会在离婚问题上引发法律冲突。

(二) 离婚的准据法确定

关于离婚准据法的确定，各国的做法不尽相同，但有一种共性值得注意，即离婚准据法的确定常要受到管辖制度的影响，导致法律适用的表面规定与适用法律的最终结果并不一致。

1. 法院地法。离婚适用法院地法是大多数国家的做法。早在19世纪，萨维尼即已倡导以法院地法解决离婚的法律冲突，至20世纪，一部分大陆法系国家采纳了这一主张，一直沿用至今。英、美及一部分南美国家事实上也采用法院地法，但却是以住所地(习惯居所地)法出现的。这些国家的国际私法规定离婚适用当事人的住所地(习惯居所地)法，但却以当事人是否在内国有住所(习惯居所)决定管辖，导致这些国家管辖的离婚案件从不适用外国法，故也被认为是采用法院地法的国家。同样道理，一些以国籍作为离婚管辖标志的国家，其表面上规定的离婚适用本国法在适用过程中也大打折扣，常常最终导致适用法院地法的结果。

离婚适用法院地法的主要理由是婚姻关系的解除直接影响到法院地的公共秩序和善良风俗，但反向论证时当事人国籍国或住所地的公共秩序和善良风俗也不应被忽视。故一国法院作出的离婚判决需在国外承认和执行时，常被外国法院拒绝承认和执行。

2. 当事人属人法。以当事人的属人法解决离婚法律冲突是一部分国家的立法规定，但由于受到管辖制度的影响，真正适用属人法的国家并不多，主要集中于以国籍作为法律适用连接点（即适用当事人本国法）的国家，如希腊、西班牙、卢森堡、前南斯拉夫等国。

离婚适用当事人本国法常要遇到当事人国籍不同的难题，对此有些国家规定重叠适用双方各自的本国法，也有些国家规定适用丈夫的本国法。离婚适用当事人属人法的主要理由是离婚关系到当事人的身份，理应受属人法支配。

3. 重叠适用当事人属人法和法院地法。离婚单一适用当事人属人法或单一适用法院地法均有一定理由，但也存在一些弊端，特别单一适用极易导致“跛脚婚姻”（婚姻在一地已被认为解除而在另一地仍被认为存续）。为此，一些国家将离婚置于两个法律支配之下，重叠适用当事人属人法和法院地法。

采用重叠适用当事人属人法和法院地法的国家又可分为三种情况：其一，以当事人属人法为主，兼采法院地法，如德、日等国；其二，以法院地法为主，兼采当事人本国法，如瑞士；其三，当事人属人法和法院地法并重，如1902年《关于离婚的海牙公约》各缔约国。重叠适用当事人属人法和法院地法使离婚的条件趋于严格。

4. 适用有利于实现离婚的法律。近年来，不少国家对离婚的限制呈不断放松的趋势，与此相适应，在法律适用上主张适用有利于实现离婚的法律。具体做法是，规定多种情况或多个连接点，供法官在适用法律时选择，法官从有利于实现离婚的角度选择法律。

（三）我国有关涉外离婚法律适用的立法和实践

1. 立法和实践的一般情况。新中国成立以来，我国法院受理的涉外离婚案件从未有适用外国法的实践，因此，离婚适用法院地法可以说是我国司法实践一贯遵循的原则。1986年，我国《民法通则》在总结实践经验的基础上明确规定：“中华人民共和国公民和外国人……离婚适用受理案件的法院所在地法律”。最高人民法院对此的司法解释是：“我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律”。它宣告我国解决涉外离婚法律冲突采用法院地法原则。

2. 法院地法原则。法院地法原则是我国目前解决涉外离婚法律冲突的唯一原则，该原则在运用过程中需作下述方面理解。

(1) 法院地法原则具有概括适用性。如严格就文字理解，我国《民法通则》的规定是不周延的，如未能将居住在我国境内的外国人之间的离婚包括在内。对此应根据最高人民法院的司法解释作概括性理解：凡我国法院受理的涉外离婚案件，一律适用法院地法。

(2) 法院地法原则应结合我国的管辖制度理解。离婚的法律适用与管辖密切相连，法院地法原则仅针对我国法院管辖的案件，与外国法院管辖的案件无关，因此，我国的法院地法原则实质上也就是适用中国法原则。

三、涉外家庭关系的法律适用

(一) 夫妻关系的准据法确定

夫妻关系是缔结婚姻的结果，故又称婚姻效力，指的是夫妻之间依法产生的权利义务关系。夫妻关系可分为夫妻人身关系和夫妻财产关系。

1. 夫妻人身关系的准据法确定。夫妻人身关系指夫妻双方在家和社会中的地位、身份等方面的权利义务关系，包括姓氏权、同居义务、忠贞及扶助义务、住所决定权、从事职业和社会活动的权利、夫妻间的日常家务代理权等。各国法律对此常有不同规定，由此产生夫妻人身关系的法律冲突。确定夫妻人身关系的准据法主要采用如下方法。

(1) 夫妻属人法。适用夫妻属人法是解决夫妻人身关系法律冲突的主要方法，为大多数国家所采用，其中大陆法系国家较多采用夫妻本国法，英美法系国家较多采用夫妻住所地法。适用夫妻属人法的决定性理由是，人身关系应受属人法支配。但适用夫妻属人法较为复杂，实践中经常遇到不同情况，各国针对不同情况的解决方法也是不同的。

第一，夫妻的属人法不同。历史上，当夫妻属人法不同时，总是适用丈夫的属人法，但随着妇女社会地位的提高，越来越多的国家开始放弃这一做法，转而采用其他方法。这些方法包括：适用夫妻各自的属人法；适用法院地法；适用最密切联系地（国）法等。

第二，夫妻的属人法有过变更。即夫妻结婚时的属人法与诉讼时的属人法不同。有些国家采取“可变更主义”，适用诉讼时的属人法，如日本；有些国家采取“不可变更主义”，适用结婚时的属人法，如约旦。

(2) 行为地法。由于夫妻人身权利义务常常需通过行为表现出来，其间涉及行为地法的公共秩序和善良风俗，故有些国家规定在夫妻人身关系的特定问题上，应依行为地法。

(3) 最密切联系地（国）法。近年来，国际上有在夫妻人身关系问题上适用最密切联系地（国）法的趋向，如奥地利国际私法和瑞士国际私法的有关规定，即是这种趋向的典型代表。

2. 夫妻财产关系的准据法确定。夫妻财产关系指因夫妻身份而形成的财产权利义务关系，包括婚前和婚后财产的归属、夫妻对财产的管理和处分、债务的承担等。由于各国采用不同的夫妻财产制，必然导致夫妻财产关系的法律冲突。确定夫妻财产关系的准据法主要采用如下方法。

(1) 夫妻双方选择的法律。由于夫妻关系具有契约的性质，故一些国家采用意思自治原则解决夫妻财产关系的法律冲突。具体做法是夫妻协议决定财产的归属、管理、处分等，而协议的形式、内容、成立、履行、解释等，适用夫妻双方选择的法律。英、法、奥、瑞士等国采用此种方法。

(2) 夫妻属人法。夫妻财产关系基于夫妻身份，故也有一些国家采用夫妻属人法解决夫妻财产关系的法律冲突。其中一部分欧洲大陆国家、日本等国采用夫妻本国法，美国及一部分南美国家采用夫妻住所地法。

(二) 父母子女关系的准据法确定

父母子女关系指基于血缘或收养而在父母子女间产生的权利义务关系。父母子女关系包括父母与婚生子女的关系、父母与非婚生子女的关系和父母与养子女的关系。

参见 1905 年《关于婚姻效力的海牙公约》第 1 条。

1. 父母与婚生子女的关系。婚生子女是指有效婚姻期间怀孕所生的子女。各国对子女在何种情况下出生为婚生，婚生子女与父母的各种权利义务关系，均有不同规定。婚生子女地位的确认、父母与婚生子女的关系主要依下述方法确定准据法。

(1) 父母属人法。由于父母与子女关系涉及人的身份和父母对子女的各种责任，故不少国家主张以父母属人法作为准据法。德、美、日、英、意、泰、奥、希腊等国采用此种方法。但在具体做法上又有不同，有些国家依生母之夫的本国法，有些国家依生父的住所地法，有些国家依父母共同属人法，有些国家依父母各自属人法等。

(2) 子女属人法。出于保护子女利益的需要，一部分国家以子女属人法作为准据法。波兰、捷克、南斯拉夫等国采用此种方法。

2. 父母与非婚生子女的关系。非婚生子女是指非婚姻期间怀孕所生的子女。非婚生子女曾经一无地位可言，随着社会的进步，非婚生子女的地位逐渐提高，现在各国均通过准正 (legitimation) 使非婚生子女取得婚生子女地位。各国为准正规定的方式和条件有：父母事后结婚、认领、国家行为，但各国规定的方式和条件各不相同，使准正处于法律冲突之中。由于少有国家规定父母与非婚生子女间准据法的确定，故此处仅介绍准正的准据法。

(1) 父母属人法。一般认为，非婚生子女准正时，父母的国籍和住所具有重要意义，故不少国家主张以父母属人法作为准据法。德、美、英、泰、南斯拉夫、土耳其、希腊等国采用此种方法。但在具体做法上又有不同，有些国家依父之本国法，有些国家依父之住所地法，有些国家依母之本国法，有些国家依母之住所地法，有些国家依父母婚姻住所地法等。

(2) 子女属人法。准正关系到非婚生子女的利益，故一些国家以子女属人法作为准据法。例如，1978年奥地利国际私法规定：“子女婚生与准正的效力，依子女属人法”。

(3) 父母属人法与子女属人法相结合。不少国家将父母属人法与子女属人法结合起来考虑准正问题。目前的趋向是，将准正与多个法律相连，循准正得以成立的目的适用法律。瑞士国际私法的规定正反映了这种趋向。

(4) 行为地法。准正关系到行为地的善良风俗，因此有些国家主张适用准正行为发生地法，如法国。

3. 父母与养子女的关系。父母与养子女的关系是通过收养制度而拟制的亲子关系义务关系。父母与养子女的关系决定于收养的成立，收养成立后，父母与养子女间的关系一如父母与子女间的关系，实无另行确定准据法的必要。故此处仅介绍收养成立的准据法。

(1) 收养人属人法。鉴于收养关系成立后，被收养人将移居收养人国籍国或住所地，故许多国家主张收养成立应适用收养人属人法。德、意、波等国采用此种方法。其中又可区分为收养人本国法和收养人住所地法。

(2) 被收养人属人法。为保护被收养人的利益，也有国家主张适用被收养人属人法，如前苏联。

(3) 收养人与被收养人各自的属人法。为防止跛脚收养 (收养在一地被承认而在另一地被否认)，一些国家兼采收养人属人法和被收养人属人法。法、日、希腊、南斯拉夫等国采用此种方法。

(4) 法院地法。美、英等国视收养人在内国有住所确立管辖权，一旦管辖，仅适用法院地法。

（三）监护关系的准据法确定

监护是对无行为能力人和限制行为能力人的人身、财产和其他合法权益进行监督、保护的法律制度。各国法律中均有关于监护的规定，但在监护人的范围、被监护人的范围、监护人的职责等问题上规定不同，使监护关系处于法律冲突状态之中。根据各国立法和司法实践，监护关系的准据法主要依下述方法确定。

1. 被监护人属人法。为保护被监护人利益，大多数国家均主张以被监护人属人法作为监护关系的准据法。德、意、日、波、泰、埃及、南斯拉夫等国采用此种方法。其中又可区分为被监护人本国法和被监护人住所地法。

2. 监护人属人法。一些国家主张以监护人属人法作为监护关系的准据法。捷克、匈牙利等国采用此种方法。

3. 法院地法。为维护法院地的公共秩序和善良风俗，一些国家以法院地法作为监护关系的准据法。在采用此种方法的国家中，以英国最为典型。

（四）我国关于涉外家庭关系法律适用的立法和实践

1. 立法和实践的一般情况。新中国成立以来，我国一直遵循保护妇女、儿童和老人合法权益的宗旨处理涉外家庭关系纠纷，但直到1986年《民法通则》颁布，我国才有了关于涉外家庭关系法律适用的立法规定。《民法通则》第148条规定：“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律”。最高人民法院在总结实践经验的基础上，对此条作了进一步的司法解释以广泛适用于涉外家庭关系。之后，我国又颁布了《收养法》，就在我国成立的收养关系规定了法律适用的原则。

2. 涉外家庭关系的准据法确定。我国关于涉外家庭关系的准据法确定可以分为三个方面表述，即扶养关系的准据法确定、监护关系的准据法确定和收养关系的准据法确定。

(1) 扶养关系的准据法确定。我国以最密切联系原则确定扶养关系的准据法。对此原则应作如下理解：

第一，该原则具有广泛适用性，父母子女间的关系、夫妻间的关系等均视为扶养关系，以最密切联系原则确定准据法。

第二，扶养人与被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地，均可视为与被扶养人有最密切的联系。

(2) 监护关系的准据法确定。监护的设立、变更和终止，适用被监护人的本国法律。但是，被监护人在我国境内有住所的，适用我国法律。

(3) 收养关系的准据法确定。根据我国《收养法》第20条的规定，在我国成立的收养关系，适用我国法律。但对于在国外成立的收养关系如何适用法律，我国尚无明文规定。

第四节 涉外继承关系的法律适用

一、涉外继承准据法的同一制和区别制

涉外继承指财产所有人（被继承人）死亡时，继承人因法律规定或遗嘱指定取得死者遗留的财产（遗产）而形成的具有涉外因素的权利义务关系。在涉外继承领域，各国存在着一些不同的制度，其中对法律适用影响最大的是同一制和区别制。

（一）涉外继承准据法的同一制

同一制（unitary system）又称单一制，指在确定涉外继承的准据法时，把遗产看作一个整体，不区分动产和不动产，受同一准据法支配。例如，当一国对涉外法定继承作出规定时，仅规定：法定继承依被继承人本国法。同一制起源于古代罗马法的“普遍继承”，发展至今已为很多国家的立法和实践所接受，这些国家有：德、意、日、奥、荷、西、葡、希、瑞典、波、捷、南、古、墨、巴拿马、委、多米尼加、伊朗、伊拉克、韩、埃、叙、挪、丹麦、冰岛、秘、尼加拉瓜、哥伦比亚、危地马拉、哥斯达黎加、阿根廷、巴西等国。同一制在一些国际条约中也有体现，如1928年《布斯塔曼特法典》和1988年《死者遗产继承的准据法公约》均采用同一制。

（二）涉外继承准据法的区别制

区别制（scission system）又称分割制，指在确定涉外继承的准据法时，将遗产区分为动产和不动产，分别受不同的准据法支配。例如，当一国对涉外法定继承法律适用作出规定时，规定：不动产依遗产所在地法；动产依被继承人住所地法。区别制产生于意大利法则区别说时期，发展至今已为很多国家的立法和实践所接受，这些国家有：美、英、法、比、卢、泰、保、玻、智、加蓬、澳等国。

二、涉外法定继承的法律适用

（一）法定继承的法律冲突

法定继承指按照法律规定的继承人范围、继承顺序、继承人应继份额等，确定继承人权利义务关系的继承方式。法定继承是一种法律推定继承，继承人的权利义务均由法律规定，各国立法和实践在法定继承人范围、继承顺序、继承人应继份额等问题上存在很大差异。例如，《德国民法典》将法定继承人范围定的很宽，包括：配偶、被继承人的直系血亲卑亲属、被继承人父母及其直系血亲卑亲属、被继承人祖父母（外祖父母）及其直系血亲卑亲属、被继承人曾祖父母及其直系血亲卑亲属、被继承人高祖父母及其直系血亲卑亲属；而我国《继承法》将法定继承人范围定的相对窄，包括：被继承人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。各国立法和实践上的差异必然导致法定继承的法律冲突。

（二）法定继承的准据法确定

各国为确定法定继承准据法常采用下述冲突原则。

1. 遗产所在地法。遗产所在地法原则是从“物之所在地法”这一传统的物权原则中派生出来的，最早可以追溯到意大利法则区别说时期。以遗产所在地法作为法定继承准据法的理由是，遗产继承属于物权的转移，引用物权冲突原则解决遗产继承法律冲突较为妥当，另外，适用遗产所在地法有利于维护遗产所在地的利益，使判决得以被承认和执行。

遗产所在地法原则可以在同一制下运用，也可以在区别制下运用。在同一制下运用时，不分动产与不动产均按遗产所在地法，当遗产多处分布时，适用起来相当复杂，目前除南美少数国家外，几乎没有国家再在同一制下运用遗产所在地法原则。在区别制下运用时，遗产所在地法仅适用于不动产遗产的法律冲突，而动产遗产的法律冲突适用其他的冲突原则，目前美、英、法、比、卢、澳及一部分南美国家均在区别制下运用遗产所在地法原则。

2. 被继承人属人法。按被继承人属人法原则确定法定继承准据法为更多的国家所采用。被继承人属人法可以一般区分为被继承人本国法和被继承人住所地法，大陆法系国家通常采用前者，而英美法系国家通常采用后者。被继承人属人法原则最早可以追溯到古罗马时期，当时的法律观点是，继承乃继承人在法律上取得被继承人的地位，是死者人格的延伸，是身份的转移，故应受属人法支配。另外，就各国的法定继承制度而言，继承人范围、继承顺序、应继份额等也是依继承人与死者亲属关系的远近来确定的，亲属法上的变化必然影响到继承关系，故适用属人法也较为合理。

被继承人属人法原则可以在同一制下运用，也可以在区别制下运用。在同一制下运用时，不分动产与不动产均按被继承人属人法，适用起来较为方便，但可能针对性不强，也极易受到遗产所在地国的抵制，目前德、意、日、奥、荷、西、葡、墨、希、瑞典、波等相当多的国家在同一制下运用被继承人属人法原则。在区别制下运用时，被继承人属人法仅适用于动产遗产的法律冲突，而不动产遗产适用遗产所在地法，目前美、英、法、比、卢、澳及一部分南美国家均在区别制下运用被继承人属人法原则。

（三）我国关于涉外法定继承法律适用的立法和实践

1. 立法和实践的一般情况。新中国成立初期，为确定涉外法定继承的准据法，我国外交部和最高人民法院于1954年发布了《外国人在华遗产处理原则》，《原则》规定：“外国人在华遗产中不动产适用我国法律，动产在互惠的原则下，可适用被继承人国家的法律”。在之后的一个较长时期中，我国的司法实践一直遵循《原则》的规定。1985年我国颁布《继承法》，该法第36条就法定继承规定：“中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产，或者继承在中华人民共和国境内外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产，或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。中华人民共和国与外国订有条约、协定的，按条约、协定办理”。《继承法》的规定是对《原则》规定的发展，除增加了遵守国际条约的规定外，还将动产适用改为“被继承人住所地法律”。1986年我国《民法通则》又对涉外法定继承作出进一步的规定：“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律”。除上述国内立法和实践外，我国还在与一些国家签订的双边条约中规定了法定继承的法律适用，如1959年《中苏领事条约》、1980年《中美领事条约》，根据这些条约：缔约任何一方公民死后遗留在缔约另一方领土上的财产，包括动产和不动产，均按财产所在地国家的法律处理。如此，我国对涉外法定继承的法律适用已形成较为完整的体系。

2. 涉外法定继承的准据法确定。从新中国成立至今，我国一直按区别制解决涉外法定继承的法律冲突，根据上述立法和国际、国内实践，我国在确定涉外法定继承准据法时坚持如下原则。

(1)不动产继承适用不动产所在地法原则。即不动产继承的继承人范围、继承顺序、应继份额等，均由不动产所在地法决定。

(2)动产继承适用被继承人死亡时的住所地法原则。即动产继承的继承人范围、继承顺序、应继份额等，均由被继承人死亡时的住所地法决定。

(3)遵守国际条约原则。即条约规定优先于国内法规定适用。

三、涉外遗嘱继承的法律适用

(一) 遗嘱继承的法律冲突

遗嘱继承指按照遗嘱人生前所立遗嘱确定遗嘱继承人权利义务的继承方式。遗嘱继承是一种意思指定继承，遗嘱继承人的范围、应继份额等均由遗嘱确定，故遗嘱对于遗嘱继承具有决定性作用。各国法律对于遗嘱能力、遗嘱内容和效力、遗嘱方式、遗嘱变更和撤销等，规定均不相同。例如，《法国民法典》规定的遗嘱方式有：自书遗嘱、公证遗嘱、密封遗嘱、军人遗嘱、隔绝地遗嘱、海上遗嘱、外国遗嘱；我国《继承法》规定的遗嘱方式有：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、录音遗嘱。各国立法和实践上的差异必然导致遗嘱继承的法律冲突。

(二) 遗嘱继承的准据法确定

遗嘱继承的准据法确定相比较法定继承要复杂得多，各国国际私法的立法体例和确定准据法的原则存在不少差异。现根据大多数国家的立法和实践，将遗嘱继承区分为各个方面，探讨其准据法确定问题。

1. 遗嘱能力的准据法。大多数国家均认为遗嘱能力应单独确定准据法。各国解决遗嘱能力法律冲突的准据法主要有以下几种：

(1)遗嘱人属人法。遗嘱是遗嘱人的单方意思表示，为意思表示者需有表示意思的能力，故遗嘱能力属行为能力的一种，应受属人法支配。遗嘱人属人法既可以在同一制下适用，也可以在区别制下适用。在同一制下适用时，不问遗嘱人以遗嘱处分的是动产还是不动产，其能力一律按属人法；在区别制下适用时，属人法只涉及遗嘱人处分动产的能力，而遗嘱人处分不动产的能力，另行适用法律。在不同国家的立法中，遗嘱人属人法表现的形式不同，主要有以下几种：

第一，遗嘱人立遗嘱时的本国法。日本、泰国、捷克、南斯拉夫等国采用这一形式。

第二，遗嘱人立遗嘱时或死亡时的本国法。奥地利、荷兰等国采用这一形式。

第三，选择适用遗嘱人的本国法或住所地法。这是一种放宽对遗嘱能力要求的做法，代表了一种新的趋向。瑞士国际私法采用这一形式，1961年《遗嘱方式的法律冲突公约》也采用这一形式。

(2)不动产所在地法。即遗嘱人通过遗嘱处分不动产时，其能力依不动产所在地法。顾名思义，不动产所在地法只能在区别制下适用，而遗嘱人以遗嘱处分动产的能力，依其属人法。

2. 遗嘱内容和效力的准据法。遗嘱的内容和效力涉及继承的开始和原因、继承开始的效力、法律在什么范围内允许遗嘱人指定遗嘱继承人、遗嘱人可以通过遗嘱处分多少财产等。绝大多数国家将遗嘱的内容和效力问题纳入法定继承的准据法调整，即不另行规定解决遗嘱内容和效力法律冲突的准据法。这些国家包括：德、日、泰、意、希、埃、捷、波、加蓬、约旦、阿根廷、秘、阿拉伯也门共和国、也门人民共和国、阿联酋、奥、匈、瑞

士、原苏联、原民主德国等。

3. 遗嘱方式的准据法。大多数国家均认为遗嘱方式应单独确定准据法。在各国国际私法中体现出来的遗嘱方式的准据法主要有：遗嘱人属人法、遗嘱行为地法、不动产所在地法等，但这样的立法方式已经不能代表现在的主流。

现代各国国际私法立法和实践已经表现出一种明显的趋向，即在遗嘱方式问题上采用放宽标准的做法，表现在遗嘱方式的准据法确定上即将遗嘱方式问题与多个连接点所对应的法律相连，只要遗嘱方式符合其中任何一个法律，该遗嘱在方式上即为有效。根据各国的立法和实践，可供法官选择支配遗嘱方式的法律主要有：遗嘱人立遗嘱时所在地法；遗嘱人作出处分或死亡时国籍国法；遗嘱人作出处分或死亡时的住所地法；遗嘱人作出处分或死亡时的惯常居所地法；不动产所在地法等。有些学者将此做法称为遗嘱方式准据法确定的多元化趋向，该趋向经 1961 年《遗嘱方式的法律冲突公约》的倡导，实已替代了过去的实践。

4. 遗嘱变更和撤销的准据法。遗嘱变更和撤销既涉及遗嘱人变更和撤销遗嘱的能力，又涉及遗嘱人变更和撤销遗嘱的方式。鉴于遗嘱变更和撤销是通过遗嘱人重新制作一个与前一遗嘱内容不同的遗嘱来完成的，故大多数国家的国际私法规定，遗嘱人变更和撤销遗嘱的能力按遗嘱能力准据法适用，遗嘱人变更和撤销遗嘱的方式，按遗嘱方式的准据法适用。

（三）我国确定涉外遗嘱继承准据法的理论

目前，在我国法律体系中既无确定涉外遗嘱继承准据法的立法，也无可供参考的司法实践，但学者们却有各自的观点。一种观点认为，我国应参照大多数国家的做法，将法定继承准据法确定与遗嘱继承准据法确定合二为一，仅在遗嘱能力、遗嘱方式、遗嘱解释和撤销问题上另行确定准据法。另一种观点认为，应将法定继承准据法的确定方法推定适用于遗嘱继承的准据法确定。

四、涉外无人继承财产的法律适用

（一）无人继承财产的法律冲突

无人继承财产又称绝产，指继承开始后的法定期间内无人接受继承也无人受领遗赠的财产。为维持社会秩序的稳定，各国均将无人继承财产收归国库所有，但国家究竟以何种资格和身份取得无人继承财产，在不同国家形成截然不同的两种制度。

1. 国家以特殊继承人的资格取得无人继承财产。这一制度是建立在继承权主义的理论之上的，它强调：国家被拟定为最后一个继承人，财产无人继承时，国家以继承人的身份取得无人继承财产。在采用这一制度的情况下，被继承人的国籍相当重要，国家正是通过国籍的联系取得无人继承财产的。目前，德、意、西、瑞士等国采用这一制度。

2. 国家以先占者的身份取得无人继承财产。这一制度是建立在先占权主义的理论之上的，它强调：国家是主权者，为防止个人先占而引起社会秩序紊乱，国家应当以先占者的身份取得无人继承财产。采用这一制度的情况下，财产所在地相当重要，国家正是通过地域的联系取得无人继承财产的。目前，美、英、法、奥、土、秘、日等国采用这一制度。

在国际实践中，由于各国采用的制度不同，必然产生无人继承财产的法律冲突。

（二）无人继承财产的准据法确定

关于无人继承财产的准据法确定，目前大多数国家都不作具体规定，而是采用涉外继承法律适用的一般原则。但也有少数国家对无人继承财产的准据法作出专门规定。

1. 死者本国法。无人继承财产适用死者国籍国法。死者本国法既可以在同一制下适用，也可以在区别制下适用。在同一制下适用时，无论动产或不动产均适用死者本国法；在区别制下适用时，死者本国法仅适用于动产，不动产另行确定法律适用。一般而言，凡采用“国家以特殊继承人资格取得无人继承财产制度”的国家，较多适用死者本国法。

2. 遗产所在地法。无人继承财产适用遗产所在地法。遗产所在地法既可以在同一制下适用，也可以在区别制下适用。在同一制下适用时，无论动产或不动产均适用遗产所在地法；在区别制下适用时，遗产所在地法仅适用于不动产，动产另行确定法律适用。一般而言，凡采用“国家以先占者身份取得无人继承财产制度”的国家，较多适用遗产所在地法。

（三）我国确定涉外无人继承财产准据法的立法和实践

1. 立法和实践的一般情况。按我国法律制度，无人继承财产的归属，视死者生前的工作单位而定，死者生前是集体所有制组织成员的，绝产归该集体所有制组织所有；其余情况，收归国有。就无人继承财产的准据法确定，最高人民法院在对《民法通则》进行司法解释时明确指出：“在我国境内死亡的外国人遗留在我国境内的财产如果无人继承又无人受遗赠的，依照我国法律处理，两国缔结或者参加的国际条约另有规定的除外”。另外，我国与一些国家的双边条约中也涉及到无人继承财产的法律适用，主要内容是：动产中的绝产，可移交给死者所属国领事处理。

2. 无人继承财产的准据法确定。从上述立法和实践情况来看，目前我国在无人继承财产的准据法确定上采用同一制，并以遗产所在地法作为无人继承财产的准据法，但如我国缔结或参加的国际条约中有不同规定的，条约优先。

第六章 国际民事诉讼程序

第一节 国际民事诉讼程序概述

一、国际民事诉讼程序的含义

国际民事诉讼程序又称涉外民事诉讼程序，指一国法院在审理涉外民事案件时，法院、当事人及其他诉讼参与人所必须遵循的特殊诉讼程序。

审理涉外民事案件，属于一国司法权行使的问题，根据国家主权原则，除非法院所在国承担了条约义务，在程序问题上，法院理应适用本国的一般程序规则。然而，在国际司法实践中，由于涉外民事案件具有某些特殊性，如诉讼主体涉外、诉讼客体涉外、导致案件发生的法律事实涉外等，各国均针对这些特殊性专门立法，导致各国法院在审理涉外民事案件时，主要适用本国的专用于涉外民事诉讼活动的特别程序规则，在无特别程序规则的情况下，才适用本国的一般程序规则，由此形成国际民事诉讼程序。

理解国际民事诉讼程序应将其与国际法院、欧共体法院等国际性司法组织所遵循的诉讼程序区别开来。本书所谓国际民事诉讼程序是各主权国家法院所遵循的诉讼程序，从本质上说依然是国内诉讼程序，正因为如此，各国的国际民事诉讼程序是不同的，如在管辖权问题上、司法协助问题上、判决的承认与执行问题上等，各国的规定均不相同。本书称国际民事诉讼程序是因为该诉讼程序具有涉外适用性（而非域外适用性），且处于国际条约的直接影响下，故如将国际民事诉讼程序称涉外民事诉讼程序可能更为恰当。

在我国的现行诉讼法律体系中，国际民事诉讼程序被称为涉外民事诉讼程序，我国《民事诉讼法》第四编的规定，是专用于涉外民事诉讼程序的特别规定。

二、国际民事诉讼程序规范

国际民事诉讼程序规范指一国法院在审理涉外民事案件时，法院、当事人及其他诉讼参与人所必须遵循的程序规范。

国际民事诉讼程序规范可以从规范性质的角度分类，包括：国内特别程序规范、国内一般程序规范、条约中的程序规范。国内特别程序规范是国际民事诉讼程序规范的主要构成部分，由于这部分规范只能在涉外民事案件中适用，因此具有专用性；国内一般程序规范是国际民事诉讼程序规范的辅助构成部分，当一国特别程序规范中无相应规定时，适用一般程序规范；一国缔结或参加的条约中的程序规范具有优先适用性，无论该国就相关问题是否有特别程序规范或一般程序规范，均不能与条约中的程序规范相抵触。因此，一国国际民事诉讼程序规范是国内特别程序规范、国内一般程序规范和条约中的程序规范的有机结合。

国际民事诉讼程序规范可以从诉讼各环节的角度分类，包括：民事诉讼地位规范、管辖权规范、司法协助规范、判决的承认与执行规范等。

在我国的现行诉讼法律体系中，国际民事诉讼程序规范既有特别程序规范，也有一般程序规范和条约中的规范。根据我国《民事诉讼法》第 237 条和第 238 条的规定：在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用特别程序规范的规定，特别程序规范没有规定的，适用一般程序规范的规定；中华人民共和国缔结或参加的国际条约中有规定的，适用该国际条约中的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

第二节 外国人的民事诉讼地位

一、外国人民事诉讼地位的含义

外国人的民事诉讼地位指外国人在内国进行民事诉讼享有诉讼权利承担诉讼义务的法律状况。

国际民事诉讼程序中的外国人是与内国人相对应而言,凡不具有内国(法院地)国籍的人统称为外国人。外国人包括双重国籍(无内国国籍)人、无国籍人等;从另一个角度说,外国人包括自然人和法人,除法律另有规定外,外国国家、国际组织也应被视作外国人。

外国人民事诉讼地位主要通过外国人诉讼权利能力和诉讼行为能力、诉讼代理制度、诉讼费用担保制度等内容体现,这些内容可能规定在诉讼法或国际私法中,也可能规定在其他法规中。随着国际合作的加强,越来越多的国际条约涉及到这些内容。

外国人民事诉讼地位是外国人民事法律地位的有机组成部分,在一国的法律体系中有十分重要的意义。

二、确定外国人民事诉讼地位的国民待遇原则

虽然在确定外国人民事诉讼地位上也可能采用其他标准,但绝大多数国家均承认,国民待遇原则是确定外国人民事诉讼地位的基本原则。在当今国际社会,随着国际关系的发展和社会的进步,各国均在其国内立法或在其缔结和参加的国际条约中规定国民待遇原则,以确定外国人的民事诉讼地位。即使一国在其国内立法或在其缔结和参加的国际条约中未作明文规定,依据习惯国际法,一般也都在诉讼地位上给予外国人国民待遇。

国民待遇原则要求互惠,互惠可以通过立法或条约中的明确规定证明,也可以通过司法实践证明。在国际实践中,如对方国家无相反的法律规定或相反的司法实践,即证明其对自己国家在该国的国民给予民事诉讼地位上的国民待遇;而如对方国家有相反的法律规定或相反的司法实践,即证明不存在互惠。在无互惠的情况下,各国通常采用对等原则,亦限制对方国家国民的民事诉讼地位。

三、民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力

(一) 民事诉讼权利能力

外国人的民事诉讼权利能力指外国人在内国依法行使诉讼权利和承担诉讼义务的身份和资格。

外国人的民事诉讼权利能力与其民事权利能力基本一致,原则上应由其属人法决定,但确定外国人民事诉讼地位的国民待遇原则也在其中发挥作用。对此,应从下述方面理解:

第一,原则上,外国人的民事诉讼权利能力由其属人法决定,外国人不能根据国民待遇原则要求享有其属人法未赋予的民事诉讼权利能力。

第二,根据国民待遇原则,凡内国依据自己的法律未赋予自己国家同类当事人的民事诉讼权利,同样也可以拒绝赋予外国人。

第三,当一国对外国人在某些民事权利能力上进行限制时,这些限制并不必然及于该外国人的民事诉讼权利能力。

(二) 民事诉讼行为能力

外国人的民事诉讼行为能力指外国人在内国以自己的行为行使诉讼权利和承担诉讼义务的能力。

外国人的民事诉讼行为能力与其民事行为能力基本一致，原则上应由其属人法决定，但确定外国人民事诉讼地位的国民待遇原则也在其中发挥作用。目前，大多数国家的做法是：若依外国人属人法，该外国人有民事诉讼行为能力，则无论内国（法院地）法如何规定，该外国人均有民事诉讼行为能力；若依外国人属人法，该外国人没有民事诉讼行为能力，而依内国（法院地）法该外国人有民事诉讼行为能力，则该外国人有民事诉讼行为能力。

四、民事诉讼代理制度

国际民事诉讼代理制度指民法意义上的代理在国际民事诉讼中的规则和体制。在当今的国际民事诉讼中，外国诉讼当事人委托代理人，代理人以委托人的名义参加诉讼，已成为一项普遍的诉讼制度。各国对于民事诉讼代理制度普遍按照国民待遇原则实行。民事诉讼代理可以从各个角度进行划分。从代理发生的原因角度可将民事诉讼代理分为法定代理、指定代理、委托代理。国际民事诉讼中的代理以委托代理为主。从代理人的身份角度可将委托代理划分为：律师代理、公民代理、领事代理。外国诉讼当事人可以选择哪种代理类型，直接关系到其民事诉讼地位。

（一）律师代理

律师代理指律师以诉讼代理人身份出庭参与国际民事诉讼。几乎所有国家均允许外国诉讼当事人委托律师代理出庭应诉，同样，几乎所有国家均禁止委托外国律师代理出庭应诉。外国诉讼当事人是否必须委托律师以及委托律师后，本人是否必须出庭，各国做法不同。法国、奥地利等国采取强制性的律师代理制度，即在国际民事诉讼程序中，外国当事人必须委托律师代理，本人无须出庭；而一些英美法系国家则规定，外国诉讼当事人委托律师后，本人也必须出庭。

（二）公民代理

公民代理指非律师自然人以诉讼代理人身份出庭参与国际民事诉讼。在采取强制性律师代理制度的国家，外国诉讼当事人不得委托非律师自然人出庭。但也有相当一部分国家允许外国诉讼当事人委托法院地国的非律师自然人出庭应诉。

（三）领事代理

领事代理指一国领事以诉讼代理人身份出庭参与国际民事诉讼。有关国际条约规定：领事“以不抵触接受国内施行之办法与程序为限，遇派遣国国民因不在当地或由于其他原因不能于适当期间自行辩护其权利与利益时，在接受国法院及其他机关前担任其代表或为其安排适当之代表，依照接受国法律规章取得保全此等国民之权利与利益之临时措施”。可见，外国诉讼当事人不仅可以委托领事，且领事可视情形的需要，主动（无委托）代理。但领事代理之人必须是其派遣国国民。

五、诉讼费用担保制度

诉讼费用担保制度指一国法院在审理涉外民事案件前，要求原告向法院提供保证金、实物或相当的资信，作为其日后可能败诉时支付诉讼费用的担保。

实行诉讼费用担保制度的国家可以分为三种类型：第一种类型是所有原告都应提供诉讼费用担保，如哥斯达黎加等国；第二种类型是所有外国原告

都应提供诉讼费用担保，但担保义务可在互惠基础上免除，如德国、日本、奥地利、匈牙利等国；第三种类型是所有外国原告都应提供诉讼费用担保，且无互惠免除的规定，如法国、比利时、挪威、以色列、泰国、美国的大部分州、英格兰、瑞士的大部分州及一些南美国家。

从评价外国人诉讼地位角度出发，上述第二、第三种类型实质上使外国人与内国人相比处于不平等的诉讼地位，是对外国人诉讼权利的限制，并不符合国民待遇原则。然而，从实际角度考虑，这项制度也不失为保护法院地国利益的有效手段。其原因是，败诉方承担诉讼费用是国际上的通例，外国人作为原告起诉并不意味着他一定胜诉，当外国原告败诉时，如果没有相当的保证金、实物等作为支付诉讼费用的担保，他又不愿主动承担诉讼费用，诉讼费用将何以着落？故大多数学者认为，针对外国人的诉讼费用担保制度有其存在的基础，彻底地废除这一制度有待于各国的通力合作，目前可以努力的方向是在互惠、对等的基础上免除对方国家诉讼当事人的诉讼费用担保义务。

六、外国国家和国际组织的民事诉讼地位

外国国家和国际组织参加国际民事诉讼时享有充分的民事诉讼权利，但在承担民事诉讼义务时却有些特殊性，这些特殊性集中表现在管辖豁免问题上。

七、外国人在我国的民事诉讼地位

（一）外国人民事诉讼地位的一般原则

我国《民事诉讼法》第5条的规定可视为外国人在我国民事诉讼地位的一般原则。该条规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则”。根据该规定，我国在民事诉讼地位上给予外国人国民待遇，但对等进行限制。

（二）民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力

我国法律对如何判定外国人的民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力未作出明确规定。鉴于民事诉讼权利能力、民事诉讼行为能力与民事权利能力、民事行为能力基本一致，似可原则上依照外国人本国法，但以我国法加以限制。

（三）民事诉讼代理制度

我国采用十分宽松的民事诉讼代理制度。《民事诉讼法》第58条规定：“律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人”；《民事诉讼法》第241条规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师”。由上述规定可知，外国人可以委托律师（必须是中国律师）代理诉讼，也可以委托非律师自然人代理诉讼，并且对非律师自然人的国籍和住所均未限制。另外，由于我国已参加了《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》等，我国亦广泛地承认领事诉讼代理。

（四）诉讼费用担保制度

从我国的有关法规和司法实践的情况来看，我国是采用诉讼费用担保制

度的。具体做法是，所有的原告，无论其国籍和住所在国内还是在国外，也无论其在我国境内有无财产，除特殊类型的诉讼外（如劳动争议），均须事先交纳诉讼费，待案件审结后，诉讼费由败诉方承担。由此可见，我国采用的诉讼费用担保制度并非仅仅针对外国人，而是内外国人一视同仁。故我国采用的诉讼费用担保制度并不违背国民待遇原则，不构成对外国人民事诉讼地位的限制。

（五）外国国家和国际组织在我国的民事诉讼地位

我国《民事诉讼法》中所称外国人并不包括外国国家和国际组织。基于我国一贯的国际实践，我国从不否认外国国家和国际组织在我国的民事诉讼地位，外国国家和国际组织在我国享有广泛的民事诉讼权利，但就承担民事诉讼义务而言，外国国家和国际组织享有某些特权。这些特权主要表现在管辖豁免问题上。

第三节 国际民事诉讼的管辖权

一、国际民事诉讼管辖权的含义及意义

（一）国际民事诉讼管辖权的含义

国际民事诉讼管辖权指一国法院依据国内法或国际条约对特定涉外民事案件行使审判权的资格。国际民事诉讼管辖权的核心问题，是特定涉外民事案件应由哪一国法院管辖，它通常不涉及到管辖级别、管辖地域等在一国国内的划分，但这并不意味一国法院可以不遵守国内法中关于管辖级别、管辖地域等的规定，随意管辖涉外民事案件，因为行使管辖权的瑕疵常会导致外国法院拒绝承认和执行有关判决。

国际民事诉讼管辖权的法律依据是国内法和国际条约。一国法院管辖涉外民事案件首先依据国内法，它包括一国法律中关于管辖权的特别规定和一般规定。一国缔结或者参加国际条约时，该国际条约中的规定也是该国法院行使管辖权的依据，且在国内法的规定与国际条约的规定相抵触时，以国际条约为准，除非该国对条约中相抵触的规定进行了保留。

（二）国际民事诉讼管辖权的意义

国际民事诉讼管辖权在实践中意义重大。

1. 国际民事诉讼管辖权是一国法院审理涉外民事案件的基础。一国法院审理涉外民事案件之前，首先要确定管辖权。这时通常应考虑的问题是：根据自己国家的有关法律，法院是否有管辖权；根据自己国家缔结或参加的有关国际条约，法院是否有管辖权。只有在管辖权确定以后，才会发生诸如文书送达、审理、法律适用、判决的承认和执行等问题。

2. 国际民事诉讼管辖权与涉外案件审理结果密切相关。国际民事诉讼管辖权与涉外案件审理结果的密切关系，从以下几方面体现：其一，国际民事诉讼管辖权的确定决定了程序规则的适用，一国法院只适用内国的程序规则已是国际上的通例；其二，在某些涉外民事案件中（如离婚），管辖权的确定意味着实体法律适用的确定，即使在其他涉外民事案件中，管辖法院也会通过各种方法，尽可能地适用内国实体法；其三，国际民事诉讼管辖权的确定也极大地影响到其判决在国外的承认和执行，对管辖权的评价是承认和执行外国法院判决的最主要条件之一。法律适用也好，判决的承认和执行也好，其潜台词就是案件审理的结果。

3. 国际民事诉讼管辖权是国家主权的体现。一国主权完整时，其对于国际民事诉讼的管辖权也应是完整的。这从国家的角度说，国际民事诉讼管辖权是自主决定的；这从法院的角度说，其对有关涉外民事诉讼的管辖权是不允许放弃的。但强调国际民事诉讼管辖权的主权性并不意味可以滥用管辖权（如不问情由地对外国国家、国际组织及其财产行使管辖权），只有正当行使国际民事诉讼管辖权，才能真正维护国家主权。

二、确立国际民事诉讼管辖权的主要原则

历史上，为确立国际民事诉讼管辖权，各国曾形成具有不同特色的制度。例如，以法国为代表的属人管辖制度，该制度强调当事人的国籍；以德国为代表的属地管辖制度，该制度强调被告的住所；以英美为代表的控制管辖制度，该制度强调对被告的实际控制。随着司法实践的发展，上述制度逐渐融为一体，反映在各国的管辖规则之中。目前，各国确立国际民事诉讼管辖权主要依据下述原则。

（一）普通管辖原则

普通管辖又称一般管辖，指法院依据被告的国籍、住所、所在地等对涉外民事案件行使管辖权。普通管辖原则常用“原告就被告”表述，实指以被告的国籍、住所、所在地等为标志确定管辖。这些标志在各国的管辖规则中有所倚重，其中最为重要的是被告的住所。

普通管辖原则在发展过程中形成例外，即当出现某些特殊情况时，上述标志不仅仅与被告相连，且与原告相连，法院依据原告的国籍、住所、所在地等对涉外民事案件行使管辖权，客观上形成“被告就原告”的情形。如此情形的形成主要是为了便于内国当事人提起诉讼，也不否认各国扩大对涉外民事案件行使管辖权的意图。

（二）特别管辖原则

特别管辖又称特殊地域管辖，指法院依与案件相关的特殊地域为标志对涉外民事案件行使管辖权。特别管辖涉及到对案件的分类，不同类型的案件其管辖的地域标志也不同。例如，物权纠纷案件，以诉讼标的物所在地为标志确定管辖；合同纠纷案件，以合同缔结地或合同履行地为标志确定管辖；侵权纠纷案件，以侵权行为地为标志确定管辖；继承纠纷案件，以被继承人住所地或遗产所在地为标志确定管辖等。各国对特别管辖的规定有日益细致的趋势。

（三）专属管辖原则

专属管辖指当某些类型的涉外民事案件存在内国管辖标志时，法院对该案件行使排他的管辖权。专属管辖原则的产生是各国考虑自己国家利益的结果，但在何种类型的案件上应当考虑专属管辖的利益，各国有不同的评价，由此形成各国将专属管辖原则对应于不同类型的案件。综合分析各国的专属管辖规则，专属管辖原则主要涉及下述类型的涉外民事案件：不动产纠纷案件、继承纠纷案件、婚姻家庭纠纷案件等。

（四）协议管辖原则

协议管辖指双方当事人在案件纠纷发生之前或之后，以协议的方式来确定涉外民事案件的管辖权。协议管辖原则的产生是意思自治原则作用的结果，目前已得到国际上的普遍承认。协议管辖原则使双方当事人获得选择法院的权利，即使法律已有明文规定，双方当事人也可以通过协议另行确定管辖的法院。但协议管辖是有限制的：其一，协议管辖一般以存在管辖标志为前提，双方当事人不得协议选择毫无联系的法院；其二，协议管辖不得抵触专属管辖；其三，协议管辖一般被限制在合同或财产权益纠纷之中。

三、国际民事诉讼的管辖权冲突及其解决

（一）国际民事诉讼的管辖权冲突

国际民事诉讼管辖权冲突指由于各国确定涉外民事案件管辖的规则不同，从而导致相互之间不承认对方国家对某类涉外民事案件的管辖权，或相互之间对某类涉外民事案件均拒绝管辖的状态。

国际民事诉讼管辖权冲突可以分为积极冲突和消极冲突。前者指各国均将某类涉外民事案件列入自己国家法院的管辖之下，并均不承认其他国家对该类案件有管辖权，各国专属管辖的规定导致管辖权的积极冲突；后者指各国均拒绝管辖某类涉外民事案件，各国事实上对某些类别涉外民事案件的不予管辖导致管辖权的消极冲突。介于专属管辖与拒绝管辖之间是平行管辖。平行管辖指各国在主张对某些种类的涉外民事案件具有管辖权的同时，也不

否认其他国家具有平行的管辖权。一般认为，平行管辖为内外国人提供了诉讼上的便利，且不会导致管辖权冲突。

（二）国际民事诉讼管辖权冲突的解决

国际民事诉讼管辖权冲突并非正常现象，它一方面影响了法院对案件的公正、及时审理，另一方面导致大量既定判决被外国法院拒绝承认和执行，最终损害了诉讼当事人的利益，并危及到正常的涉外民事交往。目前，各国均在积极努力解决国际民事诉讼管辖权冲突，努力主要循着两个方向进行：

1. 国内立法上的努力。国内立法是各国国际民事诉讼管辖权的根据，也是国际民事诉讼管辖权冲突的根源。有学者认为，就解决国际民事诉讼管辖权冲突而言，各国在国内法上并非无所作为，只要各国尽量缩小专属管辖和拒绝管辖的范围，就能在一定程度上减少国际民事诉讼的管辖权冲突。

2. 国际合作的努力。本世纪以来，各国通过双边和多边的努力，缔结了若干国际条约，在一些国家之间或在某一专门领域内统一了国际民事诉讼管辖权制度。其中，区域性公约主要有：1928年《布斯塔曼特法典》、1968年《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》；专门领域性公约主要有：1952年《关于统一船舶碰撞中民事管辖权若干规则的公约》、1961年《关于未成年人监护案件的主管机关和法律适用的公约》、1965年《国际油污损害民事责任公约》、1978年《联合国海上货物运输公约》等。随着实践的深入，国际合作的努力将会发挥更大的作用。

四、国际民事诉讼管辖豁免（管辖权的限制）

（一）国际民事诉讼管辖豁免概述

国际民事诉讼管辖豁免又称国家豁免，指除非一国主动放弃，当其参与涉外民事关系时可以豁免于任何外国的司法管辖。现代国际法显示，同样的豁免也适用于某些国际组织。国家豁免实质上是对各国国际民事诉讼管辖权的限制，其内容应包括如下三个方面。

1. 管辖豁免。即除非得到外国国家同意，任何国家的法院都不得受理以该外国国家作为被告或以该外国国家财产为标的的诉讼。

2. 诉讼程序豁免。即除非得到外国国家同意，不得对国家或国家财产采取诉讼程序上的强制措施，如强制提供证言、证据，或对国家财产进行诉讼保全。

3. 强制执行豁免。即除非得到外国国家同意，任何国家法院不得依其判决对外国国家的财产强制执行，加强行划拨银行存款、拍卖财产等。

（二）各国对国际民事诉讼管辖豁免的理论及实践

几个世纪以来，所有国家对于国家及其财产享有豁免权基本无异议，这种状况一直持续到二次大战之前。二次大战之后，主要是因为越来越多的国家以私法主体的身份参与到涉外民事关系之中，导致许多国家逐渐改变了原来的做法，从而出现了对国际民事诉讼管辖豁免的不同理论和实践。

1. 绝对豁免理论和实践。该理论主张，国家（某些国际组织）及其财产享有完整的司法管辖豁免。该理论最早可以追溯到1234年，教皇格里高里九世以“平等者之间无裁判权”的教令将其提出，至19世纪初形成普遍接受的国际法原则。二次大战前几乎是所有国家的实践，但二次大战后，越来越多

李双元主编：《中国与国际私法统一化进程》，武汉大学出版社，1993年版，第103～104页。

丁伟、陈治东主编：《冲突法论》，法律出版社，1996年版，第274～277页。

的国家放弃了这一理论和实践。目前，依然采用这一理论和实践的国家并不多，包括部分东欧国家和部分拉美国家。

2. 限制豁免理论和实践。该理论主张，当国家（某些国际组织）从事商业活动时，不享有司法豁免；同样道理，国家从事商业活动的财产，也不享有司法豁免。限制豁免理论的关键是区分国家的主权行为和商业行为，只对国家的主权行为给予豁免。至于主权行为和商业行为的划分标准，国际上有不同的观点，目前大多数国家主张按行为的性质而非行为的目的进行划分。限制豁免理论产生于20世纪初，二次大战后成为大多数国家的实践，这些国家相继立法，将限制豁免理论以法律的形式固定下来。其中最具影响的立法有：1976年《关于国家豁免的欧洲公约》、1976年美国《外国主权豁免法》、1978年英国《国家豁免法》等。

五、我国关于涉外民事诉讼管辖权的立法和实践

（一）我国的涉外民事诉讼管辖权制度

我国的涉外民事诉讼管辖权制度完整地体现在《民事诉讼法》中，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》是在总结实践经验的基础上，对《民事诉讼法》的司法解释。

1. 级别管辖。根据我国《民事诉讼法》第18—21条的规定，我国法院对涉外民事案件的一审管辖从理论上说分为四级，即基层人民法院管辖、中级人民法院管辖、高级人民法院管辖和最高人民法院管辖。但实践中经常发生的是基层人民法院和中级人民法院一审管辖涉外民事案件，其划分标准是：一般涉外案件由基层人民法院一审管辖；重大涉外案件由中级人民法院一审管辖。根据最高人民法院的司法解释，重大涉外案件指争议标的额大，或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人数众多的案件。另外海事、海商案件由海事法院管辖。

2. 普通管辖。普通管辖在我国又称一般地域管辖。我国采用“原告就被告”的普通管辖原则：对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖；对法人或其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

作为普通管辖的例外，我国对不在中国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，按照“被告就原告”，由原告住所地人民法院管辖。较为典型的“有关身份关系的诉讼”是离婚诉讼。另外，考虑到我国在外华侨较多，我国公民在外定居情况复杂，最高人民法院又对此进行了扩大解释：在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖；在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖；中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖；中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或被告原住所地的人民法院管辖。

3. 特别管辖。特别管辖在我国又称特别地域管辖。我国《民事诉讼法》对特别管辖作出了具体规定：合同纠纷可由合同履行地人民法院管辖；保险合同纠纷可由保险标的物所在地人民法院管辖；票据纠纷可由票据支付地人民法院管辖；铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷可由运输始发地、目的地人民法院管辖；侵权行为纠纷可由侵权行为地人民法院管辖；铁路、公路、水上和航空事故损害赔偿纠纷可由事故发生地或车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地人民法院管辖；船舶碰撞或其他海事损害赔偿纠纷可由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地人民法院管辖（以上纠纷也可由被告住所地人民法院管辖）；海难救助费用纠纷可由救助地或救助船舶最先到达地人民法院管辖；共同海损纠纷可由船舶最先到达地、共同海损理算地或航程终止地人民法院管辖。另外，因合同纠纷或其他财产权益纠纷，对在中国领域内没有住所的被告提起的诉讼，可由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或代表机构所在地人民法院管辖。

4. 专属管辖。我国《民事诉讼法》对三类诉讼规定了专属管辖：因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。故当上述纠纷存在涉外因素时，只要相关管辖标志在我国，应该认为由我国法院专属管辖。

此外，我国《民事诉讼法》还针对在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同专门规定，如该三类合同在履行过程中发生纠纷，“由中华人民共和国人民法院管辖”。此处虽未明示“专属管辖”，但我国理论和实践均将其作为专属管辖规定看待，即不承认任何外国法院对该三类合同纠纷行使管辖权。

5. 协议管辖。我国《民事诉讼法》第 244 条规定：“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定”。

参照各国的习惯做法，我国允许当事人协议选择管辖的法院，但对协议管辖也规定了限制。可以从下述方面理解限制：其一，协议管辖须有书面证明；其二，争议属合同或财产权益性质；其三，选择的法院与争议有实际联系（对此可以结合《民事诉讼法》第 25 条理解，即选择的范围一般应被限制在被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地之内）；其四，不与我国专属管辖的规定相抵触；其五，选择中国法院管辖时不违反我国级别管辖的规定。

（二）我国的涉外民事诉讼管辖豁免制度

我国至今未直接规定外国国家、国际组织享有涉外民事诉讼豁免权，但从我国的司法实践来看，外国国家、国际组织豁免于我国法院的管辖，新中国成立以来，我国法院从未受理过以外国国家、国际组织作为被告的诉讼。

从理论上说，我国目前依然是坚持绝对豁免的国家之一。但理论上坚持绝对豁免并不表明不可以在实践中主动放弃一部分豁免，事实上，我国已主动放弃了所有国有企业财产的豁免权，在参加一些国际条约时，我国也放弃了涉及某些领域纠纷的国家财产豁免权。上述事实表明，我国在涉外民事诉讼管辖豁免问题上采用一种较为灵活的态度。

第四节 国际民事诉讼程序中的 司法协助

一、司法协助及其根据

司法协助指国家相互间在司法领域内的协作。它包括送达司法文书和司法外文书、代为调查取证和诉讼保全、承认和执行外国法院判决和仲裁机构裁决等。司法协助有广义和狭义之分。狭义的司法协助仅包括送达司法文书和司法外文书、代为调查取证和诉讼保全等；而广义的司法协助还包括承认和执行外国法院判决和仲裁机构裁决。为表述方便，本节仅涉及狭义的司法协助内容。

司法协助的根据包括国内立法和国际条约。国内立法是司法协助的主要根据之一，各国均在内国诉讼法、国际私法中规定有司法协助的条款，有些国家还就司法协助制定了专门立法，如德国的《民事案件司法协助规则》、日本的《司法协助法》、英国的《1975年域外证据法》、美国的《统一外国取证法》、新加坡的《1979年域外证据法》等。国际条约也是司法协助的主要根据之一，迄今为止，有关司法协助的全球性、地区性多边条约已不下数十个，较重要的有1954年《民事诉讼程序公约》、1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、1970年《民商事案件国外调取证据公约》等，至于两个国家之间签订的双边司法互助协定，更是不计其数。一国缔结或参加的国际条约中的规定与该国内立法中的规定有不同的，以国际条约中的规定为准。

各国之间进行司法互助以互惠、对等为原则，共同缔结或参加某一条约时，条约的存在即为互惠和对等的证明，如果不存在共同缔结或参加的条约，只好通过实践加以证明。

二、送达司法文书和司法外文书

司法文书(judicial document)又称诉讼文书，指民商事案件中法院发出的传票、判决书以及当事人的诉状、答辩状等；司法外文书(extra judicial document)指一个官方机构或执行员发出的虽非民商事诉讼文书但可能有间接关系的文件，如有关汇票的拒绝证书、要求给付的催告书、对他人婚姻的反对书以及收养的同意书等。

送达司法文书和司法外文书是一国司法机关代表国家行使国家主权的表现，它具有严格的属地性。一方面，一国的司法机关在未征得外国同意的情况下不能在该外国境内向任何人实施送达行为；另一方面，内国也不承认外国司法机关在没有法律规定和条约依据的情况下在内国实施送达。文书送达是一项很重要的司法行为，只有合法送达了文书才能产生预想的法律效力；文书送达也是一项很繁杂的司法行为，包括向当事人送达和向司法机构（主要指法院）送达。

（一）向当事人送达

1. 域外直接送达。域外直接送达指内国司法机构（主要指法院）无需外国司法机构为任何行为，通过合法方式直接将司法文书和司法外文书送达当事人。域外直接送达须有法律和条约的依据，否则被视为违法，甚至可能被认为是侵犯主权的行为。按各国法律和条约，域外直接送达的合法方式各不相同，主要有以下几种：

(1) 外交代表或领事送达。此种送达方式为绝大多数国家所承认，但一般

认为，该送达方式只能用以向外交代表或领事的派遣国国民送达。

(2) 邮寄送达。邮寄送达指内国司法机构通过邮局直接将司法文书和司法外文书邮寄给域外当事人。各国对此种送达方式的态度不同，美国、法国等大多数国家接受邮寄送达，瑞士、德国等一些国家不接受邮寄送达。

(3) 公告送达。公告送达指内国司法机构将文书内容张贴或登报，经法定期间后视为送达。大多数国家都承认此种送达方式。

(4) 诉讼代理人或代表机构送达。诉讼代理人或代表机构送达指内国司法机构将文书交与域外当事人在内国委托的诉讼代理人或有关代表机构，视为送达。英美法系国家大都承认此种方式。

2. 域外间接送达。域外间接送达指内国司法机构通过合法方式委托外国司法机构代为将司法文书和司法外文书送达当事人。域外间接送达须有法律和条约的依据，按各国法律和条约，域外间接送达的合法方式主要有：

(1) 中央主管机关送达。中央主管机关送达指基于条约，有关国家成立中央主管机关，代为其他缔约国司法机构在内国向当事人送达司法文书和司法外文书。此种送达方式以存在条约为前提。

(2) 外交送达。外交送达指内国司法机构将司法文书和司法外文书通过外交途径传送给送达地国法院，由送达地国法院代为送达当事人。此种方式为大多数国家所采用，但须存在互惠。

(二) 向司法机构送达

一国司法机构为正常履行自己的职责，常需外国司法机构（主要指外国法院）的协助，这时涉及到向外国司法机构送达司法文书和司法外文书，如域外调查取证申请书、域外保全申请书、判决承认和执行申请书等。上述文书的送达对象是外国司法机构，此种送达有时又被称为传递。

向司法机构送达的合法方式主要有中央主管机关送达和外交送达。前者采用时须有条约，后者在无条约时也可采用。

三、域外调查取证

(一) 域外直接调查取证

域外直接调查取证指内国司法机构无需外国司法机构为任何行为，通过合法方式直接在该外国取证。调查取证是一国司法权的体现，在一般情况下，一国绝不会允许外国司法机构在内国直接调查取证。因此，域外调查取证必须有法律和条约的根据，否则被视为侵犯主权。目前，在相关国家间域外直接调查取证的合法方式主要有以下几种。

1. 外交或领事人员调查取证。该方式指一国外交或领事人员代表该国司法机构直接在驻在国调查取证。该方式的普遍要求是：除非经驻在国同意，不得向非派遣国国民调查取证；除非获驻在国司法机关协助，不得采取强制措施。多数国家允许这种方式，但葡萄牙、丹麦等少数国家不允许这种方式。

2. 特派员取证。该方式指一国法院在审理涉外民事案件时，委派特派员去外国境内调查取证。根据司法实践，特派员（commissioner）应是派遣国专门人员，如法院工作人员、官员、律师等，也可以是被派遣国律师。该方式的普遍要求是：除非经被派遣国同意，不得向非派遣国国民调查取证；除非获被派遣国司法机关协助，不得采取强制措施。该方式已为美、英、法、德、意等主要国家所采用。

(二) 域外间接调查取证

域外间接调查取证指内国司法机构通过合法方式委托外国司法机构在该

外国调查取证。由于域外直接调查取证常受到种种限制，给调查取证带来不便，故域外间接调查取证具有更广泛的适用性。

域外间接调查取证需经特定程序。一国司法机构提出请求是第一步，请求须以书面形式提出，使用被请求国文字，请求书通过外交、领事或条约规定的专门途径送达被请求国；被请求国审查请求事项是第二步，如认为不属于司法协助事项或有违公共秩序等，被请求国将拒绝请求，并将请求书退回请求国，反之则接受请求；被请求国实施调查取证是第三步，除非请求国提出并得到被请求国同意，被请求国仅按自己的方式和程序实施调查取证；被请求国向请求国通知调查取证结果是最后一步，不论结果如何都应通知，通知亦采用书面方式，并将调查取证材料移交请求国。

四、我国有关司法协助的立法和实践

（一）立法和实践的一般情况

我国《民事诉讼法》就司法协助的原则、内容、途径、方法等作出了专章规定。我国于1991年参加了1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》。我国还与许多国家签订了司法互助条约，目前与法国、波兰、俄罗斯、意大利、埃及、保加利亚等12国签订的司法互助条约已经生效。根据上述立法和条约，我国承诺，在互惠的基础上，我国人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为，但如外国法院请求的事项有损我国主权、安全或社会公共利益的，不在此限。

（二）司法文书和司法外文书送达

1. 向域外当事人送达。我国人民法院对在我国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：

(1) 依照受送达人所在国与我国缔结或共同参加的国际条约中规定的方式送达；

(2) 通过外交途径送达；

(3) 对具有中国国籍的受送达人，可以委托中国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；

(4) 向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；

(5) 向受送达人所在中国领域内设立的代表机构或有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

(6) 受送达人所在国允许邮寄送达的，可以邮寄送达；

(7) 不能用上述方式送达的，公告送达。

2. 向域外司法机构送达。根据我国《民事诉讼法》第263条规定，我国人民法院向域外司法机构送达时，如存在条约，按条约规定送达；如不存在条约，通过外交途径送达。

3. 外国法院向我国领域内司法机构和当事人的送达。根据我国《民事诉讼法》和有关条约，我国法院接受外国法院按条约规定的途径或外交途径的送达；外国法院可在互惠的基础上，向位于我国领域内的当事人送达司法文书和司法外文书，但下述送达方式不得采取：

(1) 通过外交人员或领事向非派遣国国民送达；

(2) 邮寄直接送达；

(3) 外国法院直接通过我国司法人员送达；

(4) 司法程序中的利害关系人直接通过我国司法人员送达。

(三) 调查取证

我国《民事诉讼法》第 262 条规定：我国法院和外国法院之间，可以根据国际条约和互惠，相互请求代为调查取证。这可以说是我国关于域外调查取证的原则规定。

我国允许外国驻我国外交人员和领事在我国领域内直接调查取证，但调查取证的对象只能是派遣国国民，且不得采取强制措施。

根据条约和互惠，我国法院可以接受外国法院的委托，代为在我国境内调查取证，但外国法院须用我国文字提出书面请求，请求的事项不得超过我国法院的职责范围，请求的内容不得有违我国的公共秩序。我国法院根据我国规定的程序进行调查取证，并将调查取证的结果及时通知请求国。

参见我国参加 1965 年《关于向国外送达民事或商事司法文书或司法外文书公约》时所作的保留。

第五节 外国法院判决的 承认与执行

一、承认与执行外国法院判决的含义

承认与执行外国法院判决指一国法院依据一定的程序，对外国法院所作的民事判决，承认其在内国具有法律效力，并予以强制执行。按理，法院判决具有严格的属地性，外国法院的判决只能在判决作成国发生法律效力。但是，随着国际交往的发展，各国为了其自身的利益，均在一定的条件下相互承认和执行外国法院的判决，以维护涉外民事关系当事人的合法权益。

承认外国法院判决和执行外国法院的判决是既有区别又有联系的两个问题。承认外国法院判决指内国承认外国法院判决在确认当事人的权利义务方面具有与内国法院判决同等的法律效力，其后果是，就该外国法院判决所涉案件，权利义务已既定，内国法院不再受理同一案件的诉讼；执行外国法院判决指当一方当事人不愿履行外国法院判决所确定的义务时，内国法院以执行内国法院判决同样的强制措施予以强制执行。由此可见，有些外国法院判决只要承认既可，无须强制执行，如关于人的身份的判决；有些外国法院判决不仅要承认，而且要执行，如关于给付的判决。承认外国法院判决是执行外国法院判决的前提，只有承认了外国法院的判决，才可能强制执行外国法院判决。

二、承认与执行外国法院判决的依据

（一）国内立法

国内立法是承认与执行外国法院判决的主要依据之一。各国均在其诉讼法、国际私法等立法中规定有承认与执行外国法院判决的原则、条件、程序等。许多国家还就承认与执行外国法院判决专门立法，如英国 1933 年《外国判决（相互执行）法》和 1968 年《民事管辖权和判决法》；美国 1962 年《外国金钱判决统一承认法》；日本 1979 年《民事执行法》等。

（二）国际条约

国际条约是承认与执行外国法院判决的另一个主要依据。自从 1862 年法国和瑞士缔结第一个相互承认与执行对方国家法院判决的双边条约以来，国际社会为谋求在此领域的合作，作出了不懈的努力。目前有关承认与执行外国法院判决的公约主要有：1958 年《关于扶养儿童义务判决的承认和执行公约》、1969 年《国际油污损害民事责任公约》、1970 年《国际铁路货物运输合同公约》、1970 年《承认离婚和别居的海牙公约》、1971 年《民商事案件中外国判决的承认和执行公约》、1978 年《关于扶养义务判决的承认和执行公约》等。至于国与国之间签订的双边互助协定，更是不计其数。

三、承认与执行外国法院判决的条件

综观各国立法和国际条约，对承认与执行外国法院判决的条件大都从反面规定，即规定承认与执行外国法院判决的否定条件，当这些条件满足时，外国法院的判决不予承认和执行：

- 第一，判决作成国与判决承认、执行国既不存在条约，也不存在互惠；
- 第二，依照承认、执行国法律或该国参加的国际条约，判决作成国法院对案件没有管辖权；
- 第三，外国法院判决违反了承认、执行国的公共秩序或善良风俗；
- 第四，外国法院判决是因欺诈而作出；

第五，被执行人未得到或未及时得到出庭通知，因而丧失了出庭为自己辩护的机会；

第六，外国法院判决尚未发生法律效力，或已失去法律效力；

第七，对同一系争标的，执行国法院已作出判决，或执行国法院已承认和执行了第三国法院的判决。

四、承认与执行外国法院判决的程序

（一）执行令程序

执行令程序指执行国法院收到承认与执行判决的申请后，仅对该外国法院的判决进行形式审查，符合承认与执行条件时，颁发执行令予以执行。采用执行令程序时一般不对外国法院判决的实质内容进行审查，手续较为简便。大陆法系国家多采用此种程序。

（二）登记程序

登记程序指执行国法院收到承认与执行判决的申请后，根据条约进行登记，并在登记的基础上承认和执行。登记程序仅为英国采用，但须有条约作为基础。并非所有判决都可采用登记程序，登记程序主要针对金钱给付、离婚、分居等判决。目前法、比、德、挪、意、奥、以色列以及部分英联邦国家，其作出的判决如符合 1933 年英国《外国判决（相互执行）法》规定的条件，便可以登记程序在英国执行。

（三）重新起诉程序

重新起诉程序指当事人将外国法院判决交执行国法院并重新起诉，执行国法院经审理后作出新的判决，并按执行内国法院判决的程序执行。在此程序中，外国法院判决只是作为诉因，执行国法院将其作为证据看待，被执行人可以在审理中对外国法院判决进行抗辩。美国将此程序适用于承认和执行外国法院作出的金钱给付判决；英国对不适用登记程序的外国法院判决，适用重新起诉程序。

五、我国有关承认与执行外国法院判决的立法与实践

（一）外国法院判决在我国的承认与执行

1. 承认与执行的申请。外国法院判决在我国承认与执行可以通过两条途径提出申请，即可以由要求承认与执行的当事人向我国有关执行法院直接提出申请，也可以由判决作成国法院依照条约或互惠向我国有关执行法院提出申请。

2. 承认与执行的法院。根据我国《民事诉讼法》第 267 条规定，我国承认与执行外国法院判决的法院应是被执行人住所地或被执行财产所在地的中级人民法院。

3. 承认与执行的条件。根据我国《民事诉讼法》第 268 条的规定及我国长期以来的司法实践，外国法院判决在我国承认与执行须符合下述条件：

(1) 判决作成国与我国存在条约或互惠；

(2) 判决的承认与执行不损害我国的主权、安全、社会公共利益；

(3) 根据我国《民事诉讼法》及我国缔结和参加的条约，判决作成国法院对案件有管辖权；

(4) 判决已经发生法律效力；

(5) 作成国法院已给予被执行人充分的出庭应诉机会；

(6) 对同一系争标的，我国法院未作出过判决，也未执行过第三国法院的判决。

4. 承认与执行的程序。根据我国《民事诉讼法》第 268 条规定，外国法院的判决如符合承认与执行的条件，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照我国《民事诉讼法》规定的程序执行。

（二）我国法院判决在国外的承认与执行

根据《民事诉讼法》第 266 条规定：我国人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定，如果被执行人或被执行财产不在我国领域内，当事人要求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由我国人民法院依照我国缔结或参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。我国法院判决在国外的承认与执行，其采用的程序、条件等，均应按照该外国法律的规定。

第七章 国际商事仲裁程序

第一节 国际商事仲裁概述

一、仲裁的含义及性质

仲裁 (Arbitration) 又称“公断”，是指根据争议双方于事前或事后所达成的仲裁协议，自愿将争议交付给第三方，由其按照一定程序进行审理并作出对争议双方都有约束力的裁决的一种非司法程序。仲裁作为解决民商事争议的一种有效方式，在世界范围内被普遍承认和采用。上述仲裁的定义可揭示它作为解决争议的方式之一，具有与诉讼完全不同的性质与特点：

1. 仲裁以当事人的自愿为基础，即仲裁庭受理案件的权力，并非处于强制的法定管辖，而是来自争议双方自愿的授权。诉讼的进行则并非基于当事人的自愿，只要当事人之间不存在仲裁协议，任何一方当事人均有权向有管辖权的法院起诉。

2. 受理仲裁案件的常设仲裁机构一般均属民间机构，隶属于有关商会组织或者其他社会团体，而法院作为国家的审判机关，是国家机关的重要组成部分。

3. 当事人的意思自治原则是仲裁的基本原则之一，有关仲裁的当事人享有广泛的自主权，包括可以自行选择仲裁地点、仲裁机构、仲裁员、解决争议应适用的法律以及在某些情况下选择仲裁程序规则的权利。诉讼则是一国法院依照本国诉讼法的规定所进行的审判活动，法官由国家以法定程序任命或者选举产生，当事人无权选择法官，更无权选择诉讼的程序法。

4. 通过仲裁程序所作出的仲裁裁决一般是终局的，对双方都有约束力；若败诉方拒不自动执行裁决规定的义务，胜诉一方有权提出申请，请求有管辖权的法院承认裁决的效力，并且予以强制执行。同时由于国际上存在有半数以上国家参加的旨在承认和执行外国仲裁裁决的国际公约，又为外国仲裁裁决的承认和执行提供了可能和便利。而就诉讼制度而言，因各国的诉讼制度不同而差异极大，通常在诉讼制度中有几个审级，当事人对下级法院的判决不服，有权在法定期限内上诉，直至本国的最高法院。同时因为各国诉讼制度的巨大差异，导致普遍性的承认和执行外国法院判决的国际公约参加国甚少。

二、仲裁的种类

仲裁作为解决争议的方式之一，可解决许多不同性质的争议。依仲裁所适用的领域不同，可以分为三种不同性质的仲裁：

1. 国际仲裁。即用仲裁的方式解决国家之间的各项争端。严格意义上的国家仲裁是指国家间为某一公法上的争端提请第三方解决的仲裁，是解决国际争端的方法之一，属国际公法研究的范围。国际仲裁也是建立在自愿基础上进行的。当事国之间通过订立仲裁协议，表示同意将事端交付仲裁，并承担执行仲裁裁决的义务。根据 1899 年第一次海牙会议制定的《和平解决国际争端公约》，于 1900 年在海牙设立了“国际常设仲裁院”。国际常设仲裁院的任务是：按照其程序规则，通过仲裁方式解决各缔约国之间不能用外交方法解决各类争议。在本世纪 60 年代以前，该仲裁院专门受理国家之间的争

议案件。自 60 年代起，开始受理国家与个人或法人之间发生的争议案件。

2. 国内仲裁。是指所涉及的法律关系不含有涉外因素的仲裁。具体来说是指专门解决一国国内商事或非商事争议的仲裁。不含有涉外因素是指：(1) 争议双方是本国的法人或自然人；(2) 争议产生于国内经济贸易活动中；(3) 争议提交本国国内仲裁机构进行仲裁。国内仲裁主要用于一国国内的经济、贸易和劳动等争议，是一种国家内部的经济仲裁制度。

3. 国际商事仲裁。国际商事仲裁系指解决法人和自然人之间产生于国际商业交易过程中的争议所进行的仲裁。其特点在于仲裁的当事人均为法人或自然人，而且通常争议双方当事人分属不同的国家，争议的性质为私法意义上的商业交易的法律争议。本书仅限于讨论国际商事仲裁的有关问题。有关详细内容见以后各章节。

三、国际商事仲裁的定义

关于国际商事仲裁的一般定义有多种表述。从国际上和我国国际商事仲裁的发展看，绝大多数国家通过立法或司法实践将纯国内仲裁与国际商事仲裁加以严格区分，以适应国际商事仲裁事业的特别需要，即在可交付仲裁解决的争议事项方面减少限制，并在承认和执行仲裁裁决方面给予更加宽松的条件。特别是某些不属于商事性质的争议在不少国家不允许以仲裁方式解决，因此，对国际商事仲裁予以较明确的界定就具有实质性意义。

(一) 关于“国际”的含义

如前所述，仲裁的国际性质和国内性质在许多国家具有特别重要的意义。在仲裁发展得比较完备的国家里，一般都允许国际仲裁中的当事人享有较国内仲裁中的当事人更多的自由权。例如法国于 1981 年颁布的《民事诉讼法典》便将国际仲裁与国内仲裁明确分开，为国际仲裁案件的审理规定了较国内仲裁案件更为简便的规则。特别值得注意的是，此种做法已反映在近年来各国的国际商事仲裁实践中。具体表现为：如在关于争议的可仲裁性 (Arbitrability) 标准方面，各国在国际仲裁中所持的标准要较国内仲裁中的标准灵活宽松得多；在判定仲裁裁决是否有违一国公共秩序方面，在国际仲裁实践中对公共秩序的范围作出了狭义的解释，并在国际仲裁中将公共秩序条款的适用范围作出了狭义的解释。应该说以上这些作法对仲裁裁决的有效性以及裁决的承认和执行有着直接的重大影响。由此，区分国际仲裁和国内仲裁的重要性可略见一斑。

各国对于区分商事仲裁是否属于“国际”的标准虽不统一，但大致上可分为以下两种：

1. 以实质性连接因素 (Material Connecting Factors) 为认定标准。一些国家以实质性连接因素作为判定商事仲裁是否具有国际性，这些实质性连接因素包括：仲裁地点、当事人国籍、住所或居所、法人注册地及公司管理中心所在地等，以上所列因素中具有国际因素的商事仲裁即被视为国际商事仲裁。这类标准有时又被称为地理标准 (Geographic Criterion) 或者法律标准 (Juridical Criterion)。采用此标准的国家包括英国、瑞士、瑞典、

见法国《民事诉讼法典》第 1492—1507 条的有关规定。

见本篇第六章第四节有关内容。

也有称作为实质性连结因素，见韩健著：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社，1993 年版，第 3 页。

丹麦等欧洲国家以及叙利亚、利比亚、埃及和科威特等阿拉伯国家。在一些国际公约中也有采用此一标准的，如《欧洲国际商事仲裁公约》第1条第1款规定：“本公约适用与自然人或法人为解决其相互间在国际贸易中发生的争议而缔结的仲裁协议，但以签订协议时，该自然人或法人的惯常居住地或所在地在各缔约国中为限。”

2. 以争议的性质作为认定标准。所谓争议性质标准是指对争议的性质加以分析，当争议涉及国际商事利益时，则将其仲裁视为国际仲裁。较早采用争议性质标准以确定仲裁国际性的是国际商会。法国、美国和加拿大等国目前也采用此一标准，例如法国《民事诉讼法典》1492条规定：“如果包含国际商业利益，仲裁是国际性的。”在实践中，适应复杂的国际经济活动的需要，在适用争议性质标准时往往将其与前一实质性连接因素标准相结合，即确定仲裁的国际性除需要考虑当事人的国籍、营业地、合同的履行地、可适用的法律以及国际机构的介入等因素外，还应当从经济角度进行考查。因而，1985年的《联合国国际贸易委员会国际商事仲裁示范法》也是采用了在一定范围内将实质性连接因素认定标准和争议国际性质认定标准结合起来的混合标准。

（二）关于“商事”的含义

“商事”一词在国际商事仲裁中具有特别重要的意义。因为确定一项仲裁争议是否属于商事范畴，是仲裁制度中的先决事项，它关系到争议能否以仲裁方式解决以及仲裁作出后能否到本国或外国法院的承认和执行问题，因为许多国家仅允许对商事性质的争议进行仲裁。这一做法不仅反映在各国国内仲裁制度中，也被一些仲裁方面的国际公约所认同。如1923年的日内瓦《仲裁议定书》规定，各缔约国应承认不同缔约国管辖权下的合同当事人间签订的仲裁协议为有效，不论所提交仲裁的问题是商事问题还是其他可以用仲裁方式解决的问题。该条款实际上承认了商事问题与其他问题之间的区别。该《议定书》又进一步规定，各缔约国可以把履行议定书限于“依照本国法律属于商事范围的合同”。1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称“纽约公约”）中也作了类似的有关商事保留的规定。“公约”第1条规定，任何缔约国可以声明，“本国只对根据本国法律属于商事的法律关系，不论是不是合同关系，所引起的争执适用本公约。”但是，“纽约公约”并未对何谓“商事”一词作出解释，而是将此问题留给各缔约国依照各自的国内法来处理。

显而易见，确定争议是否属于“商事”性质的范畴，意义重大。然而，由于各国国内仲裁制度的差异，各国对此问题无法达成共识。而在各国妥协基础上达成的国际条约也无法就此作出统一的解释。于是，1985年联合国《国际商事仲裁示范法》只能对“商事”一词以注释方式加以说明，并列举了一系列被视为商事关系的交易事项：“商事一词应作广义的理解，以便包括产生于所有具有商业性质关系的事项，不论这种关系是否为契约关系。具有商业性质的关系包括但不限于下列交易：任何提供或交换商品或劳务的贸易交易；销售协议；商事代表或代理；保付代理；租赁；咨询；设计；许可；投

李玉泉主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，武汉大学出版社，1994年版，第240页。

丁伟、陈治东主编：《冲突法论》，法律出版社，1996年版，第323页。

《日内瓦仲裁条款议定书》第1条。

资；融资；银行业；保险；开采协议或特许权；合营企业或其他形式的工业或商业合作；客货的航空、海上、铁路或公路运输。”

虽然，时至今日，有关国际商事仲裁的定义和范围，在各国的立法、司法实践及有关的国际公约中仍有较大的差异，但基于上述国际社会及各国对“国际”和“商事”的一般认识，可以将国际商事仲裁的定义归纳为：当事人各方依事先或事后达成的仲裁协议，将具有国际因素的商事性质的争议提交某临时仲裁庭或常设仲裁机构进行审理，由其作出具有约束力的仲裁裁决的一种争议解决程序。

四、国际商事仲裁的分类

在对国际商事仲裁的概念进行基本界定的基础上，又可以从不同的角度对国际商事仲裁进行划分，以便进一步掌握国际商事仲裁的基本范畴。

（一）特别仲裁与机构仲裁

以仲裁机构的组织形式作为标准，可将国际商事仲裁分为特别仲裁（AdHoc Arbitration）和机构仲裁（Institutional Arbitration）。

特别仲裁又称为临时仲裁，是指由双方当事人及其争议发生后临时选择仲裁员组成仲裁庭进行的仲裁。特别仲裁庭在仲裁结束后即自行解散。特别仲裁是国际商事仲裁的最初形式，虽然目前的常设仲裁机构已经遍布世界各地，但仍有相当数量的争议被提交特别仲裁庭仲裁。各国普遍承认特别仲裁庭仲裁的效力，有关仲裁的“纽约公约”等国际公约也明确将特别仲裁作为仲裁方式之一。特别仲裁的一个显著优点在于它的形式符合当事人的意愿和特定之实际情况，因为在此种形式的仲裁中，当事人具有极大的自由权，仲裁程序的每一个环节都由当事人保持完全的控制，他们可以决定：仲裁员的指定方法及其管辖范围或权力、仲裁程序、仲裁地点、仲裁的实体法适用、仲裁裁决的方式以及仲裁费分担方式等等。特别仲裁的主要不足就是它的有效性将取决于当事人的合作，因缺少固定机构的协助及有约束力的仲裁规则的约束，如果当事人之一不能或不愿合作，则仲裁将陷入僵局。

机构仲裁又称常设仲裁，是指由常设仲裁机构所进行的仲裁。常设仲裁机构是有固定场所、组织章程和仲裁规则及有完整的行政办事机构和严格的管理制度的固定性仲裁组织。机构仲裁是目前处理国际商事争议比较普遍的做法，它能够对当事人的争议解决提供多方面的协助和便利。因为常设仲裁机构有固定的组织、规则和仲裁员名单及较完备的行政管理，因而具有稳定性，有利于争议的及时公正解决。当然，机构仲裁本身的特点又决定了它与特别仲裁相比，在仲裁地点的选定和仲裁员的指定等方面缺乏灵活性，尤其是涉及仲裁程序中时限的规定和仲裁机构所提供的服务拖延等问题时，会使得当事人感到有所不便。然而，这些问题并不会使得机构仲裁在解决国际商事争议中所起的主要作用有所减弱。

（二）友好仲裁和依法仲裁

以仲裁员是否按照分类作出裁决为标准，又可以将仲裁分为友好仲裁（Amiable Arbitration）和依法仲裁。

友好仲裁（也有称为友谊仲裁）是指仲裁庭经仲裁双方当事人授权，不依严格的法律规则而是依据公平原则和商业惯例进行的仲裁。不少国家的仲

有关国际间常设仲裁机构将在本篇第三章中详细介绍。

裁立法 和国际上拟定的适用于国际商事仲裁规则及国际公约都承认了在当事人同意下的友好仲裁的合法性和有效性。如 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》就规定：如果当事人明确授权仲裁庭，仲裁庭可作为友好仲裁人或依公平与善良原则作出裁决。在仲裁实践中，友好仲裁的适用会受到一些限制，如必须经当事人的授权；不得违反仲裁地法的公共政策和强制性规定等。

依法仲裁是指仲裁员必须依照法律作出裁决。必须注意的是，依法仲裁并不等于完全排除了仲裁庭在依据法律进行裁决的同时，特别是在无法可依的情况下，辅以某些折衷或变通的方式，适用公平合理原则来处理某些问题。

除了以上国际商事仲裁的分类方法以外，也有学者以当事人一方是否是国家为标准，而将国际商事仲裁分为国家为一方当事人的仲裁和非国家当事人之间的仲裁；还有学者把此种国家为一方当事人的仲裁称之为跨国仲裁，而将其排除于国际商事仲裁之外。不论对此种国家为一方当事人的仲裁的分类如何，这种仲裁主要是指作为当事人一方的国家与作为另一方当事人的外国公司企业对其之间的有关争议发生的仲裁，争议的内容主要涉及国际投资和自然资源的勘探、开发等方面。如根据 1965 年《关于解决各国和其他国家国民间投资争议的公约》（《华盛顿公约》）而设立的解决投资争议国际中心（ICSID），就是为解决一个缔约国与另一个缔约国国民之间的投资争议而专门设立的仲裁机构。由于本书在上编第六章“国际投资法”中已对此问题有所论述，这里不再赘述。

主要是指法国、比利时、荷兰和瑞士等大陆法系国家。

《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 28 条第 3 款。

见韩健著：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社，1993 年版，第 21 页。

见丁伟、陈治东主编：《冲突法论》，法律出版社，1996 年版，第 319 页。

第二节 国际商事仲裁机构 及其仲裁规则

本节所论述的国际商事仲裁机构包括国际性商事仲裁机构和外国常设仲裁机构。

一、国际商会仲裁院及其仲裁规则

国际商会仲裁院 (The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) 成立于 1923 年, 是附属于国际商会的—个国际性常设仲裁机构, 总部设在巴黎。该院根据 1975 年 6 月 1 日生效的《调解与仲裁规则》又分别设立调解委员会和仲裁院, 各自掌握调解和仲裁。国际商会仲裁院的仲裁规则是国际商会仲裁院调解和仲裁工作的准则, 自 1923 年以来几经修改。1998 年 1 月 1 日起施行的是 1997 年 4 月在上海召开的该会第 32 届世界年会上通过的新规则。该院成员先由国际商会各国家委员会根据—国—名的原则提名, 然后由国际商会大会决定, 任期 3 年。他们都必须独立于本国。仲裁院理事会由 40 个国家的成员组成, 所有成员均具有法律专长或处理商事争端的经验。根据国际仲裁院章程第二条第一款的规定, 仲裁院设主席 1 人, 副主席 8 人, 1 名秘书长及技术顾问若干人。

仲裁院主要受理国际性的商事争议案, 它备有广泛国际性的仲裁员名单供当事人选择, 任何国家的当事人, 不管其是否为国际商会成员国的当事人, 都可以通过仲裁协议将有关争议提请国际商会仲裁院仲裁。而且当事人任何一方既可以是个人, 也可以是法人, 甚至可以是国家和政府的企业, 机构或国家和政府本身。根据仲裁院内部规定, 由于仲裁院主席、副主席以及秘书处成员的工作特殊性, 因此他们不能担任仲裁案的仲裁员或代理人; 仲裁院也不能直接指定仲裁院成员共同担任仲裁员或指定他们为独任仲裁员或首席仲裁员, 但当事人自己指定并获仲裁院批准者外。因此, 仲裁院本身并不直接审理案件, 其主要职责应为包括: 保证仲裁院所制定的《调解与仲裁规则》的适用; 指定仲裁员或确认当事人所指定的仲裁员; 决定对仲裁员的异议是否正当; 批准仲裁裁决的形式等。

根据国际商会仲裁院现行仲裁规则第一条第一款的规定: “仲裁院的职责是为国际性的商事争议提供仲裁的解决方法。”而国际商会内部规则在—规定仲裁院的作用时, 第一条又规定: “如果—项仲裁协议赋予国际仲裁院以裁决权, 它可接受该权限, 裁决非国际性的商事争议。”这说明国际商会的受案范围很广, 包括国际性商事争议和非国际商事争议, 当然, 它的主要仲裁内容仍是国际商事争议。凡欲在该院通过仲裁解决争议的当事人, 可以在其合同中使用国际商会所建议的标准仲裁条款: “所有涉及本合同的争端将依照国际商会调解与仲裁规则由—名或数名依该规则任命的仲裁员终审裁决。”裁决可以向仲裁院秘书处直接提出, 也可以通过其所属国的国家委员会转交。仲裁庭由 1 名或 3 名仲裁员组成。如果当事人约定由 1 名独任仲裁员解决争议, 双方可协议提名, 并报呈仲裁院确认。如果当事人约定 3 名仲裁员组成仲裁庭, —般双方当事人各指定 1 名仲裁员并报呈仲裁院确认。当事人—方未能指定仲裁员, 则由仲裁院作出任命。当然仲裁庭主席的第三名仲裁员可以由双方指定的仲裁员商定并经仲裁院确认。当双方不能商定或逾期尚未作出商定时, 第三名仲裁员由仲裁院任命。当事人双方对仲裁员人数未达成协议时, 除非仲裁院认为该争端应由 3 名仲裁员裁决, 仲裁院应任命

1 名独任仲裁员。为了保证仲裁员必须独立于参与仲裁的各方，仲裁院在任命或确认仲裁员的提名时，应考虑被提名的仲裁员的国籍、住所及其同争端当事人或其他仲裁员所属国家的关系。同时，仲裁规则中还规定了回避制度。

仲裁地点应由仲裁院决定。如果双方当事人选定了仲裁地点，这意味着他们同意以仲裁地的程序法和实体法适用于他们的合同；反之，如果由仲裁院确定仲裁地点的话，就不含有这个意思。在通常情况下，仲裁员有权适用他们认为适当的法律。

在案件移交仲裁庭后 2 个月内，仲裁庭应根据双方当事人提交的材料，确定“审理事项”（Terms of Reference）报仲裁院批准。该“审理事项”的内容应包括：当事人名称和概述；当事人的法定通讯地址；当事人请求摘要；应予确定的争议的范围；仲裁员的姓名、概况和地址；仲裁地点；仲裁可适用的程序规则以及当事人是否授权仲裁庭友好调解的声明以及其它仲裁庭认为需要的事项。上述“审理事项”应当由仲裁庭和当事人一起签署。如果仲裁庭认为审理事项不适当，它有权在审理范围书中省略列出审理事项单，这是 1998 年新规则赋予仲裁庭更大的机动权。如果当事人不签署或拒绝参与拟定上述“审理事项”，仲裁院也可以根据仲裁规则的规定批准上述“审理事项”。以上关于审理事项的规定使得当事人双方在仲裁程序开始之前就能进行直接接触，从而就以前未达成一致的事项进行磋商，达成一致，甚至解决部分争议。在实践中，提请国际商会仲裁院仲裁的案件中有很一部分就是在拟定“审理事项”的过程中得到解决的。该点是国际商会仲裁院调解与仲裁规则的特点之一，被称为国际商会仲裁院仲裁制度的“灵魂”。在当事人向国际商会支付了最后一部分仲裁费用预付金后，审理事项即生效，这意味着仲裁程序（arbitral proceedings）的开始。

仲裁庭应在作出“审理事项”以后的 6 个月内作出裁决书。仲裁庭根据案件的需要，有权作出中间或保护决定。仲裁院可根据仲裁庭的合理请求或需要时自行决定在必要时延长该期限。裁决应以多数票为准，如无多数票，则以首席仲裁员的意见为准。仲裁员在签署仲裁裁决前，不论该项裁决是部分裁决还是终局的，都应当将裁决草案提交仲裁院。仲裁院可以对裁决的形式作出修改，也可以在不影响仲裁员自由裁量权的条件下，提请仲裁员注意裁决的实体问题。仲裁庭必须在得到仲裁院批准后才能签署裁决书。仲裁裁决是终局的。

国际商会仲裁院作为处理国际性商事争议的仲裁机构，在国际上享有很高威信。它是目前全球最大的和最权威的国际商事仲裁机构。它所制定的调解与仲裁规则已成为东西方国家制定的商事仲裁规则所效仿。

二、英国伦敦国际仲裁院及其仲裁规则

英国伦敦国际仲裁院（London Court of International Arbitration）成立于 1892 年，原名为伦敦仲裁会，是国际上最早的常设仲裁机构之一，它是目前英国最主要的国际商事仲裁机构，可以审理提交给它的任何性质的国际争议，尤其擅长国际海事案件的审理。该院既是指定机构又是管理机构，它备有供当事人选择的仲裁员名单，在选择仲裁员的标准方面，十分强调仲裁员的专业知识。为此，该院于 1978 年设立了由来自 30 多个国家的具有丰富经验的仲裁员组成的“伦敦国际仲裁员名单”。由于其较高的仲裁质量，它在国际社会享有很高的声望。

伦敦国际仲裁院于 1981 年制定了《伦敦国际仲裁院规则》。该规则赋予

当事人较大的灵活性，除按照伦敦仲裁院的仲裁规则进行仲裁程序外，当事人还可以选择按《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》规定的仲裁程序。根据《伦敦国际仲裁院规则》，有关争议的当事人决定将其争议提交该院仲裁以后，仲裁审理和裁决程序即由双方当事人协议选择的仲裁员组成仲裁庭来主持进行。如当事人未就仲裁员人选达成协议，则由该院从其仲裁员名单中加以指定。在涉及不同国籍的双方当事人的商事争议中，独任仲裁员和首席仲裁员必须由 1 名中立国的人士充任。伦敦国际仲裁院仲裁案一般在该院举行开庭，但仲裁庭在考虑到当事人的意愿和各方便利的情况下也可以决定在其它地方开庭。仲裁庭按照伦敦仲裁院的仲裁规则主持进行有关的仲裁程序。而在进行实质性裁决时，则根据英国冲突法原则确定仲裁案件实体法的适用。

从英国国际商事仲裁实践来看，在 1979 年《仲裁法》颁布之前，由于受英国传统的司法至上的思想影响，仲裁程序一直受到英国法院的干扰，法院享有广泛的监督权和复审权。根据 1979 年《仲裁法》和英国 1996 年新的《仲裁法》的规定，如今在英国的国际仲裁中双方当事人可以通过签订排除协议的方式排除法院对仲裁案件的法律问题以及裁决的审查。当事人可以在合同中的仲裁条款中予以规定，也可以在提起仲裁以后协议规定。

三、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院及其仲裁规则

瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院 (Stockholm Chamber of Commerce) 是在斯德哥尔摩商会下设立的一个瑞典全国性的仲裁机构，成立于 1917 年。基于瑞典在政治上中立国的地位，其仲裁的公正性在国际社会上享有很高的声誉，现在已发展成为东西方国家国际商事仲裁的中心。该仲裁院对我国态度上比较友好，在我国对外经济、贸易争议中，如果规定将争议提交第三国仲裁机构仲裁，一般均优先考虑该院。

斯德哥尔摩商会仲裁院现行的仲裁规则是 1988 年 1 月 1 日起生效的仲裁规则。除了该套适用于国际范围的仲裁规则外，仲裁院还可以根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》以及其他任何仲裁规则来审理案件。根据该院现行仲裁规则，争议当事人如果要争议事项交付该院仲裁时，必须向该院提出书面申请并提供求偿所根据的合同副本或仲裁协议副本。经仲裁院理事会审查后认为有管辖权的，即协助组成仲裁庭。如双方当事人未商定人数，仲裁员应为 3 人；如双方同意由独任仲裁员审理案件，该独任仲裁员应由仲裁院指定；在其他情况下，应由各方当事人指定人数相等的仲裁员，再有仲裁院指定 1 名首席仲裁员。至于仲裁地点，除当事人已另有约定外，一般都由该院决定。仲裁庭在进行仲裁程序时，既可适用斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则，也可以适用当事人选定的其它仲裁程序规则。仲裁庭在审理过程中的实体法适用问题，现行仲裁规则和瑞典仲裁法均未作规定。如果双方当事人对应适用的实体法或据以援用实体法的冲突规则都未能达成一致意见，那么仲裁庭一般可能适用瑞典的冲突法规则来选择实体法，其基本原则是选择与合同联系最密切的国家的法律。仲裁庭在组庭之日起 1 年内作出裁决。应一方当事人的请求，仲裁庭可作出部分裁决。仲裁庭作出的实质性裁决具有终局裁决的效力，除瑞典仲裁规则得以撤销外，当事人应自动执行。

四、美国仲裁协会及其仲裁规则

美国仲裁协会 (American Arbitration Association, 简称 AAA) 成立于 1926 年。总部设在纽约，在全美的 20 多个主要城市设有分支机构。它是

由美国仲裁社团、美国仲裁基金以及其他一些工商团体组成的，是一个民间性的、非营利性的机构。它既受理美国国内的商事争议，也受理国家商事争议案件。该仲裁机构拥有一份包含 6 万多人的仲裁员名单。由于其能提供完备的行政和服务设施，并较少受司法干预，近年来受理的案件数持续上升，成为世界上最大的处理有关争议的民间仲裁机构。

美国仲裁协会现行的仲裁规则是 1991 年 3 月 1 日生效的国际仲裁规则。此外，该协会还于 1981 年 3 月 1 日制订了有关根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》仲裁案件的程序规定，为根据联合国贸易法委员会仲裁规则进行的仲裁提供服务。美国仲裁协会对仲裁规则的选用及仲裁员的指定表现了极大的灵活性：当事人可以选择《联合国贸易法委员会仲裁规则》或双方当事人一致同意的其他规则或程序；当事人亦可以在仲裁协会的仲裁员名册以外选择其他国籍人士担任仲裁员。根据该仲裁协会的“国际仲裁规则”，当事人可以约定仲裁员人数和指定仲裁员的方法。如仲裁协议对仲裁员人数未作出约定，则争议案由一独任仲裁员审理，除非协会认为有必要指定更多的仲裁员。在国际性仲裁案件中，独任仲裁员或第三名仲裁员一般应为非当事人所属国的国民。至于仲裁地点，如果各方当事人无法达成一致意见，行政管理人可初步选定仲裁地点，但仲裁庭有权在组庭后 60 天内最后确定。仲裁庭在审理案件时，若当事人对法律适用问题未约定，仲裁庭应适用认为适当的一个或几个法律，涉及到合同的仲裁，仲裁庭应按合同条款进行仲裁，并考虑适用与此相关的贸易惯例。仲裁庭应及时作出书面裁决，裁决是终局的，对双方当事人有约束力。各方当事人应保证无迟延地履行裁决，除非各方当事人同意无需说明理由外，仲裁庭应说明裁决所依据的理由。有少数仲裁员签署的裁决视为充分。裁决是保密的，仲裁庭仅在各方当事人同意或法律有此规定的情况下，方可公开其裁决。

五、瑞士苏黎世商会仲裁院及其仲裁规则

苏黎世商会仲裁院 (Court of Arbitration of the Zurich Chamber of Commerce) 成立于 1911 年，是瑞士苏黎世商会下属的常设仲裁机构。它是瑞士影响最大的仲裁机构，既受理国内的商事案件，也受理其它国家的当事人提交给它的国际商事案件。由于瑞士同瑞典一样，在政治上处于中立地位，就使得苏黎世商会仲裁院的裁决比较容易为许多国家的经济贸易纠纷的当事人所接受，从而使其逐渐成为处理国际民商事纠纷的一个重要的中心。

该仲裁院目前适用的是 1977 年 1 月 1 日起开始实施的调解和仲裁规则。根据该调解规则的规定，苏黎世商会设立调解和仲裁两个部。当事人根据仲裁协议或由双方当事人以书面形式请求苏黎世商会仲裁院对它们间的争议进行仲裁时，由商会会长从商会理事会人员或其它适当人选中指定仲裁庭主席或独任仲裁员。3 人仲裁庭中的其余 2 名仲裁员由仲裁庭主席从商会会长为每个案件提出的 4 人名单中选定；如当事人有约定，也可由双方各指定 1 名。当事人如协定仲裁庭为 5 名仲裁员组成时，则由仲裁庭主席选 2 名仲裁员，双方当事人各指定 1 名。关于仲裁适用的法律，“瑞士苏黎世商会仲裁院仲裁规则”规定，仲裁庭在仲裁过程中，应依据双方当事人合意选择的法律或在当事人未作选择的情况下，依据瑞士国际私法规则指定的实体法或与当事人有关的国际公约所确定的实体法对有关案件作出实质性的终局裁决。当事人也可以在仲裁协议中或在仲裁过程中授权仲裁庭按公平原则进行裁决。此外，调解的作用也在苏黎世商会仲裁院的仲裁过程中得到充分重视，除独立

进行的调解程序外，仲裁员或仲裁庭还可以在裁决作出前的任何时候促成和解。

六、日本国际商事仲裁协会及其仲裁规则

日本国际商事仲裁协会成立于 1950 年，协会的宗旨是通过仲裁和调解的方式解决国内外商事争议，促进国内和国际贸易的发展。协会的总营业部设在东京，在日本的其它一些城市则设有营业所。协会的主要工作除了进行仲裁及调解外，还提供避免商事争议的咨询意见和从事培训仲裁人员，与国外仲裁机构交流和合作，并根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则担任指定仲裁员。该协会设有仲裁员名单，供当事人指定仲裁员使用，协会本身并不直接审理仲裁案件，仲裁案件由当事人指定的仲裁员组成的仲裁庭审理。

该仲裁协会目前使用的仲裁规则是 1989 年 5 月 24 日修订生效的商事仲裁规则。根据该仲裁规则规定，当事人可以通过书面协议指定 1 名或 1 名以上的仲裁员，或确定仲裁员的人数及其指定办法。任何与仲裁案件有利害关系的人不得担任仲裁员，并且在当事人指定仲裁员的时候非居住在日本的人不能担任仲裁员。如当事人未就仲裁员人数达成协议，则仲裁庭将由 1 名独任仲裁员组成。如一方当事人要求由 3 名仲裁员组成仲裁庭，则协会可根据案件的性质决定是否组成 3 名仲裁员的仲裁庭。独任仲裁员一般由双方当事人协议选定，如果当事人在规定的期限内不能就以上仲裁员人选达成一致，则由协会指定。当事人可以协议仲裁庭由两名或两名以上仲裁员组成，如果仲裁员人数为偶数，则每一方当事人可在规定的人数内指定人数相同的仲裁员；如仲裁员人数为奇数，则首先由双方当事人指定同等人数的仲裁员，然后由双方指定的仲裁员共同选举剩下的 1 名仲裁员。在多名仲裁员组成仲裁庭时，仲裁员们可以推选其中 1 名仲裁员为首席仲裁员。

该协会的仲裁规则还规定，如双方当事人的仲裁协议指明有规避国际商事仲裁协会仲裁，则协会的商事仲裁规则应认为是仲裁所适用的程序规则。仲裁庭应在审理终结后 35 日内作出裁决，并且裁决应使用日语。如果一方提出请求，裁决也可写成日文和英文，两种文本都应正式有效。日文裁决和英文裁决之间的解释存在异议时，应以日文本为准。

七、中国国际经济贸易仲裁委员会及其仲裁规则

中国国际经济贸易仲裁委员会（China International Economic and Trade Arbitration Commission，简称 CIETAC）是中国国际贸易促进委员会（简称贸促会）属下的一个民间性常设仲裁机构，总部设在北京，并在上海和深圳设有分支机构。该仲裁机构的前身是中国贸促会所设立的“对外贸易仲裁委员会”和“对外经济贸易仲裁委员会”。中华人民共和国成立之初，中国贸促会根据中央人民政府 1954 年 5 月通过的《关于在中国国际贸易促进委员会设立对外贸易仲裁委员会的决定》，于 1956 年成立了对外贸易仲裁委员会，并通过了《对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》，这是新中国历史上第一个专门受理国际商事争议的常设仲裁机构。1978 年以后中国的改革开放使对外经济贸易出现了前所未有的蓬勃发展的新局面，针对这一新形势，国务院于 1980 年 2 月批准“对外贸易仲裁委员会”改名为“对外经济贸易仲裁委员会”。受案范围扩及中外当事人之间在国际投资、国际技术转让、国际金融信贷、国际租赁等多种国际经济合作形式中所发生的争端。1988 年 6 月，经国务院批准，中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会更名为中国国际经济贸易仲裁委员会。并于同年 9 月通过了《中国国际经济贸

易仲裁委员会仲裁规则》，该仲裁规则将仲裁委员会的受理案件范围扩大到国际经济贸易中发生的一切争议。根据该仲裁规则原仲裁委员会深圳办事处升格为该委员会的深圳分会。并于1990年3月成立了中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会。深圳分会和上海分会均备有各自的仲裁员名册，从而使中国的国际商事仲裁机构形成了设在北京的总会及两个地方分会的体制。为了进一步适应我国改革开放和建立社会主义市场经济的需要，适应我国涉外仲裁工作进一步走向现代化和国际化的进程，1994年3月，中国国际贸易促进委员会通过了修订的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》，该仲裁规则自1994年6月1日起施行。其后，在1994年中华人民共和国《仲裁法》颁布以后，为使其仲裁规则与《仲裁法》相配套，中国国际经济贸易委员会分别于1995年9月和1998年4月两次修改了其仲裁规则，其现行仲裁规则于1998年5月10日颁布实施。该仲裁规则的修订是为了适应1995年9月1日起生效的《中华人民共和国仲裁法》实施后国内国际仲裁的新形势而采取的的必要步骤。经过若干年的仲裁实践，现在，中国国际经济贸易仲裁委员会已经发展成为世界上最重要的常设仲裁机构之一。按受理的国际商事争议案件的数量而言，它已超过国际商会仲裁院而处于世界第一位。中国国际经济贸易仲裁委员会已经在国际上赢得了一定的声誉和地位。

中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(以下简称仲裁规则)共分管辖、仲裁程序、简易程序和附则四章81条。经过多次修改，中国国际经济贸易委员会现行仲裁规则较多地体现了国际化的趋势，它不仅广泛地吸取了世界上许多重要的国际商事仲裁机构仲裁规则的精华，而且与联合国国际商事仲裁示范法的许多规定趋于一致。该仲裁规则的特点是较大限度地体现了当事人意思自治原则，许多方面符合国际上的通行做法，内容完整，可操作性强。

(一) 受案范围

根据该仲裁规则第2条规定，中国国际经济贸易委员会受理当事人根据在争议发生之前或者在争议发生之后达成的仲裁协议而提交给它的“契约性或非契约性的经济贸易等争议”，并在1995年仲裁规则的基础上，将其受案范围进一步扩大到包括外商投资企业相互之间以及外商投资企业与其他法人、自然人及/或经济组织之间的争议和当事人愿意提交仲裁委员会仲裁的涉及到中国当事人利用外国的、国际组织的或香港特别行政区、澳门或台湾地区的资金、技术、服务进行项目融资、招标投标、工程建设等方面活动的争议。对于其受案范围中“契约性与非契约性”的规定，是参考了联合国仲裁示范法中的规定，同时与我国已加入的1958年《纽约公约》中的提法一致。为了避免在实践中由于当事人在仲裁条款措辞的不严谨而带来的问题，该规则在第79条增加了第2款规定：“当事人在仲裁协议或合同中的仲裁条款定明由中国国际贸易促进委员会/中国国际商会或由中国国际经济贸易促进委员会/中国国际商会仲裁委员会仲裁的，均应视为双方当事人一致同意由中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁”。

(二) 仲裁委员会组织机构

见曹建明、陈治东主编：《国际经济法概论》，法律出版社，1995年版，第553页。

根据1998年4月10日中国国际经济贸易仲裁委员会第十三届委员会工作报告，1995年至1997年，仲裁委员会共受案2404件，结案2301案，达到历史最高纪录，年受案量又连续三年保持了世界国际商事仲裁机构第一的地位。

就仲裁委员会的组织机构而言，中国国际经济贸易仲裁委员会设名誉主任 1 人、顾问若干人。仲裁委员会由主任 1 人，副主任若干人和委员若干人组成。主任履行仲裁规则赋予的职责，副主任受主任的委托可以履行主任的职责。它有权对仲裁协议的存在、有效性以及仲裁案件的管辖权作出决定。仲裁委员会设有秘书局，在仲裁委员会秘书长的领导下负责处理仲裁委员会的日常事物。负责处理仲裁委员会的日常事务。仲裁委员会设立仲裁员名册，仲裁员由仲裁委员会从对法律、经济贸易、科学技术等方面具有专门知识和实际经验的中外人士中聘任。仲裁委员会设在北京。仲裁委员会在深圳和上海分别设有分会，仲裁委员会分会是仲裁委员会的组成部分。根据仲裁规则第 35 条规定，当事人约定了仲裁地点的，仲裁案件的审理应当在约定的地点进行，除非当事人另有约定，由仲裁委员会受理的案件应当在北京进行审理。而由仲裁委员会分会深圳分会和上海分会受理的案件应当分别在分会所在地深圳和上海进行仲裁。由仲裁委员会和仲裁委员会分会受理的案件，经委员会和分会秘书长的同意，也可以在其他地点进行审理。该条与当事人有权就仲裁地点作出约定的国际通行作法相吻合。

（三）关于仲裁规则的适用

根据仲裁规则第 7 条规定：“凡当事人同意将争议提交仲裁委员会仲裁的，均视为同意按照该仲裁规则仲裁。但是当事人另有约定且仲裁委员会同意的，从其约定。”而原来的仲裁规则的相应条款则规定，凡当事人同意将争议提交仲裁委员会仲裁的均应按照 CI-ETAC 的仲裁规则进行仲裁。与以往的仲裁规则相比，现行规则的该条规定显然是进一步体现了意思自治原则。从国际上的一些常设仲裁机构的仲裁规则来看，在仲裁规则的适用上较充分地体现了当事人的意思自治。如斯德哥尔摩商会仲裁院为了适用当事人的需要，就允许当事人全部或部分的修改仲裁规则。从我国国际经济贸易实践来看，有些当事人在其合同和仲裁协议中已经对仲裁程序作出了比有关仲裁规则更为详细的规定。该条新规则的实施，可以使仲裁委员会在不违反法律规定的情况下，充分尊重当事人的意愿和自主的行为。

（四）有关仲裁程序的规定

仲裁规则的第 13 条至第 23 条涉及仲裁申请、答辩、反请求等方面的规定。申请人必须向仲裁委员会提交仲裁申请书，写明申请人和被申请人的名称和住所、申请人所依据的仲裁协议、案情和争议要点，申请人的请求及所依据的事实和理由，仲裁申请书应有申请人及/或申请人授权的代理人签名及/或盖章。提交仲裁申请书时，应当附有申请人所依据的事实的证明文件。仲裁申请人还需按照仲裁委员会制定的仲裁费用表的规定预缴仲裁费。

仲裁委员会收到申请人的仲裁申请书及其附件后，经过审查，认为申请仲裁的手续不完备的，可以要求申请人予以完备；认为申请仲裁的手续已完备的，应立即向被申请人发出仲裁通知，并将申请人的仲裁申请书及其附件，连同仲裁委员会的仲裁规则、仲裁员名册和仲裁费用表各一份，并发送给被申请人，同时也将仲裁通知、仲裁规则、仲裁员名册和仲裁费用表发送给申请人。申请人和被申请人应各自在收到仲裁通知之日起 20 天内向仲裁委员会仲裁员名册中各自选定一名仲裁员，或者委托仲裁委员会主任指定。被申请人应在收到仲裁通知之日起 45 天内向仲裁委员会秘书局提交答辩书和有关证明文件。

被申请人如有反请求，最迟应在收到仲裁通知之日起 60 天内以书面形式

提交仲裁委员会。仲裁庭认为有正当理由的，可以适当延长此期限。被申请人提出反请求时，应在其书面反请求中写明具体的反请求及其所依据的事实和理由，并附具有关的证明文件。被申请人提出反请求，应当按照仲裁委员会的仲裁费用的规定预交仲裁费。

申请人可以对其仲裁请求提出修改，被申请人也可以对其反请求提出修改；但是，仲裁庭认为其修改的提出过迟而影响仲裁程序正常进行的，可以拒绝其修改。

当事人提交仲裁申请书、答辩书、反请求和有关证明资料以及其他文件时，应一式五份，如果当事人人数超过两人，则应增加相应份数。如果仲裁庭组成人数为一人，则可以减少两份。当事人可以委托仲裁代理人办理有关的仲裁事项。当事人申请财产保全，仲裁委员会应当将当事人的申请提交被申请人住所地或其财产所在地的人民法院作出裁定。当事人申请证据保全，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的人民法院作出裁定。

（五）仲裁庭的组成

根据该仲裁规则的规定，仲裁庭可由3名仲裁员组成，由双方当事人任在仲裁员名册中各指定1名仲裁员或者委托仲裁委员会主任指定，第三名仲裁员由双方当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。如果双方当事人在被申请人收到仲裁通知之日起20天内未能共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定第三名仲裁员，则由仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员担任首席仲裁员。此外，仲裁庭也可由独任仲裁员组成。仲裁规则还规定国际商事仲裁制度通行的披露和回避制度，规定被指定的仲裁员如与案件有利害关系的，应自行向仲裁委员会披露并请求回避，当事人也可在对仲裁员的公正性和独立性产生具有正当理由的怀疑时，向仲裁委员会提出要求仲裁员回避的书面要求，并承担举证责任，仲裁委员会有权对仲裁员是否回避作出决定。

（六）仲裁审理

仲裁规则规定仲裁庭应当开庭审理案件。在双方当事人申请或者征得双方当事人同意，仲裁庭也认为不必开庭审理的，仲裁庭可以只依据书面文件进行审理并作出裁决。

第一次开庭审理的日期，经仲裁庭与仲裁委员会秘书局协商决定后，由秘书局于开庭前30天通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以请求延期，但必须在开庭前12天以书面形式向秘书局提出；是否延期，由仲裁庭决定。仲裁庭开庭审理案件不公开进行，如果双方当事人要求公开审理，由仲裁庭作出是否公开审理的决定。仲裁庭开庭时，如果一方当事人不出席，仲裁庭可以进行缺席审理并作出缺席裁决。

关于仲裁中的调解制度，规则规定，如果双方当事人有调解愿望，或一方当事人有调解愿望并经仲裁庭征得另一方当事人同意的，仲裁庭可以在仲裁程序进行过程中，对其审理的案件进行调解。无论双方当事人在仲裁庭上还是在仲裁庭外达成和解，均应视为在仲裁庭调解下达成和解。经仲裁庭调解达成和解的，双方当事人应签订书面和解协议；除非当事人另有约定，仲裁庭应当根据当事人书面和解协议的内容作出裁决书结案。调解过程中，任何一方当事人提出终止调解或仲裁庭认为已无调解成功的可能时，应停止调解，继续进行仲裁。任何一方当事人均不得在其后的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引对方当事人或仲裁庭在调解过程中发表过的、提出过

的、建议过的、承认过的以及愿意接受过的或否定过的任何陈述、意见、观点或建议作为其请求、答辩及/或反诉的依据。

（七）仲裁裁决

规则规定仲裁庭应当在组庭之日起 9 个月内作出仲裁裁决书。在仲裁庭的要求下，仲裁委员会秘书长认为确有必要和确有正当理由的，可以延长该期限。仲裁庭应当根据事实、依照法律和合同规定，参考国际惯例，并遵循公平合理原则，独立公正地作出裁决。由 3 名仲裁员组成的仲裁庭审理的案件，仲裁裁决依全体仲裁员或多数仲裁员的意见决定，少数仲裁员的意见可以作成记录附卷。仲裁庭没有形成多数意见时，仲裁裁决依首席仲裁员的意见作出。作出裁决书的日期，即为仲裁裁决生效的日期。仲裁庭有权在裁决书中裁定双方当事人最终应向仲裁委员会支付的仲裁费和其他费用；有权在裁决书中裁定败诉方应当补偿胜诉方因办理案件所支出的部分合理的费用，但补偿金额最多不得超过胜诉方所得胜诉金额的 10%。仲裁裁决是终局的，对双方当事人有约束力。任何一方当事人均不得向法院起诉，也不得向其他任何机构提出变更仲裁裁决的请求。

当事人应当依照仲裁裁决书写明的期限自动履行裁决；仲裁裁决书未写明期限的，应当立即履行。一方当事人不履行的，另一方当事人可以根据中国法律的规定，向中国法院申请执行；或者根据 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（“纽约公约”）或者中国缔结或参加的其他国际条约，向外国有管辖权的法院申请执行。

（八）简易程序

仲裁规则还规定了“简易程序”。适用简易程序的争议案件主要有两种：一是除非当事人另有约定，凡是争议金额不超过 50 万元人民币的案件；二是争议金额超过 50 万元人民币，经一方当事人在书面申请并征得另一方当事人书面同意的案件。简易程序的仲裁庭由独任仲裁员组成。除非双方当事人已从仲裁委员会仲裁员名册中共同选定了一名独任仲裁员，双方当事人应在被申请人收到仲裁通知之日起 15 天内，在仲裁委员会名册中共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定一名独任仲裁员。双方当事人逾期未能共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定的，仲裁委员会主任应立即指定一名独任仲裁员成立仲裁庭审理案件。规则还规定仲裁请求的变更或反请求的提出，不影响简易程序的继续进行，但经变更的仲裁请求或反请求所涉及争议金额与对适用简易程序案件金额的规定相抵触的，则需适用普通程序。

第三节 国际商事仲裁协议

一、国际商事仲裁协议的含义

仲裁协议是指双方当事人愿意把他们之间可能发生或已经发生的争议交付仲裁解决的一种意思表示。尽管学者们对仲裁协议的表述有所差异，但以上概念基本上概括了仲裁协议的主要特点。国际商事仲裁协议作为仲裁协议中的一种，不同于国内经济仲裁协议，其主要特点是具有“国际性”，即其是关于国际商事交往中将来可能发生或已经发生的争议而达成的仲裁协议。1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》则对“国际性”一词有详细的定义。而关于“国际”与“商事”的含义在本篇的前章中已有详细的论述。国际商事仲裁协议又不同于国际政治协议，其当事人不仅包括国家和国际组织，而且包括作为其主要当事人的自然人和法人。至于仲裁协议的意思表示可以通过口头和书面两种方式表现出来，但大多数国家的仲裁法及有关仲裁机构的仲裁规则均规定仲裁协议必须以书面方式载明。

二、仲裁协议的类型

在国际商事仲裁实践中，常见的仲裁协议主要包括：

（一）仲裁条款（Arbitration Clause）

仲裁条款是指双方当事人在订立有关商业合同时，在合同中规定的约定把将来可能发生的争议提交仲裁解决的专门条款。它是仲裁协议的最基本和最常见的形式。仲裁条款中可规定提交仲裁的事项、仲裁地点及仲裁机构、仲裁庭的组成、仲裁程序、仲裁应适用的法律以及裁决的效力等内容，但实践中当事人订立的仲裁条款的内容详略不等。目前，大多数国家的仲裁法和国际公约均承认这种把将来可能发生的争议提交仲裁的仲裁条款的效力，也有少数国家如拉丁美洲的委内瑞拉、洪都拉斯等至今仍不承认涉及将来争议的仲裁条款的效力。

（二）仲裁协议（Submission to Arbitration Agreement）

也有称之为仲裁协议书。是指由双方当事人于争议发生之后订立的、表示愿意把已经发生的争议提交仲裁的专门协议。

该种仲裁协议通常是在争议发生后，为把现有的争议（existing dispute）提交仲裁而订立的专门性协议。目前这种传统的仲裁协议在国际上已不多见。原因是大多数国际商事合同中都订有仲裁条款，而且，在争议发生以后再就有关争议的解决订立仲裁协议书，往往会因利益冲突而难以达成一致意见。

除了以上两种主要类型的仲裁协议，一些其它表示提交仲裁的文件也可以起到仲裁协议的作用而作为仲裁庭受理有关案件的依据，这些文件包括：双方当事人针对有关合同关系或其他没有签订的合同的国际商事关系而相互往来的信函、电传、电报以及其他书面材料。受国际商事关系跨国性及当事人所处的空间距离等因素的影响，此类文件在国际商事尤其是海事仲裁中较为常见。

三、仲裁协议的法律效力

虽然，仲裁协议就其自身性质而言只是双方当事人将其争议提交仲裁的

详见联合国《国际商事仲裁示范法》第1条第3款规定。

见赵威著：《国际仲裁法理论与实务》，中国政法大学出版社，1995年版，第67页。

一种意思表示，然而各国有关国内立法及各国间缔结的国际条约则从不同的角度赋予这种仲裁协议以法律效力。综合绝大多数国家仲裁法及实践，仲裁协议的法律效力表现在以下方面：

（一）对当事人的法律效力

仲裁协议对当事人最直接的法律效力体现在：仲裁协议一旦有效订立，当事人即丧失了就特定争议事项向法院提起诉讼的权利，而只能以仲裁方式解决他们之间的争议。如果一方当事人就协议规定范围内的事项向法院提起诉讼，另一方当事人则有权依据仲裁协议要求法院终止司法程序，把争议发还仲裁机构审理。例如，《中华人民共和国民事诉讼法》第 257 条规定：“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。”

（二）对仲裁员和仲裁机构的法律效力

有效的仲裁协议是仲裁员或仲裁机构受理争议案件的法律依据。对于仲裁协议在这方面的法律效力，在有关国际公约、各国国内法和国际上主要仲裁机构仲裁的规则中均有明确规定。如 1958 年的《纽约公约》中就规定：当有关裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的或不在有关仲裁协议范围之内，或裁决有关于交付仲裁范围以外的事项决定时，有关国家法院可以基于一方当事人的申请拒绝承认和执行该项裁决。另一方面，仲裁协议也确定了仲裁事项的范围，从而使仲裁员或仲裁机构的管辖权受到仲裁协议的严格限制，仲裁机构可以审理的争议事项不得超越仲裁协议确定的可交付仲裁事项的范围。

（三）对法院的法律效力

仲裁协议对法院的效力，是其最重要的法律效力之体现。仲裁协议对法院的效力主要表现为以下两个方面：首先，有效的仲裁协议可以排除法院的管辖权。国际公约和世界大多数国家的仲裁法都承认仲裁协议对法院的这一法律效力。如：1958 年《纽约公约》规定：“如果缔约国的法院受理一个案件，而就这个案件所涉及的事项，当事人已经达成本条意义内的协议时，除非该法院查明该协议是无效的、未生效的或不可能实行的，应该应一方当事人请求，让当事人把案件提交仲裁。”德国《民事诉讼法》第 1027 条规定：“法院受理诉讼案件，而当事人对诉讼中的争议订有仲裁契约时，如果被告出示仲裁契约，法院应以起诉不合法而驳回之”。《中华人民共和国民事诉讼法》第 257 条规定：“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。”我国《仲裁法》中也有类似规定。其次，有效的仲裁协议是法院执行仲裁裁决的依据。虽然如前所述，仲裁协议具有排除法院管辖权的法律效力，但这并不意味着仲裁协议的效力可以完全脱离法院的管辖。国际公约和许多国家的国内立法都规定，如果一方当事人拒不履行仲裁裁决，他方当事人可向有关国家法院提交有效的仲裁协议和裁决书，申请强制执行该裁决。从另一方面而言，无效的仲裁协议也是有关国家法院拒绝承认和执行有关仲裁裁决的理由之一。这就说明，仲裁协议在排斥法院管辖权的同时，往往还依赖法院的司法权威

见《纽约公约》第 5 条第 1 款规定。

和保障。

然而，应该指出的是，仲裁协议排除法院管辖权的效力并不是绝对的，其主要原因在于法院保留了对仲裁协议是否有效的最终决定权。国际公约和各国立法在规规定仲裁协议排除法院管辖的同时又附有但书条款，赋予法院应一方当事人的要求对仲裁协议及仲裁程序予以审查和监督的权力，在仲裁协议无效的情况下，法院是享有管辖权的。而最终判定一个仲裁协议是否有效，取决于法院而非仲裁庭。这无疑会使仲裁协议对法院的效力受到一定的限制。

四、仲裁协议的主要内容

仲裁协议的内容，是指当事人在仲裁协议中明确将发生的纠纷提交仲裁的有关具体规定，涉及到仲裁程序的各个方面。如前所述，仲裁协议对当事人、法院和仲裁机构均具有法律效力，因而如何规定仲裁协议的内容，保证仲裁协议的有效性，对有关争议能否通过仲裁方式公平合理解决具有直接的意义。虽然各国立法和有关国际条约对仲裁协议的内容并无统一的规定，但综合各国商事仲裁实践，一般说来，有效而适当的仲裁协议应该包括下列内容：

（一）提交仲裁的事项

仲裁协议首先要明确规定把何种争议提交仲裁。这是有关仲裁庭行使管辖权的重要依据之一，也是有关当事人申请仲裁裁决的承认和执行时必须具备的重要条件。有些国家的法律明确规定，不规定仲裁事项的仲裁协议无效，即仲裁协议不得是一种泛泛而言的协议，而必须与协议当事人之间的特定法律相关联。如，1958年《纽约公约》就要求当事人书面协议提交仲裁的争执应该是产生于特定的法律关系的争执。多数情况下，国际商业活动中提交仲裁的争议往往源于合同确定的法律关系，因此，一般在仲裁协议中应明确规定：凡因本合同所产生的或与本合同有关的一切争议均应提交仲裁机构解决。另一方面，一方当事人实际提请仲裁的争议以及仲裁机构受理的争议，都不得超越仲裁协议所规定的仲裁事项。否则，仲裁庭作出的裁决是无效的，可以申请法院撤销。

（二）仲裁地点

仲裁地点是指进行仲裁程序和作出裁决的所在地。国际商事仲裁中，仲裁地点的选择具有非常重要的意义，因为仲裁地点与仲裁所适用的程序法以及按哪一国的冲突规则来确定仲裁争议的实体法都具有密切关系，而且仲裁地点也关系到仲裁协议是否有效和作出的裁决能否得到承认和执行。首先，在当事人没有明确指定或自己拟定仲裁程序规则时，仲裁地法律可能适用与仲裁程序。而且，在当事人指定或拟定的仲裁规则同仲裁地法中某项强制性规定相矛盾时，仲裁地法应优先适用。仲裁地也会支配和影响争议适用的实体法。当事人如果没有选择解决争议所适用的法律，国际惯例往往会要求仲裁员适用仲裁地的冲突规则确定要适用的实体法；在当事人选择了争议所适用的法律的情况下，该法律的适用也可能会受到仲裁地法的限制。最后，仲裁地的选择直接影响到仲裁裁决的承认和执行。因为仲裁地国法在很大程度上决定着裁决的可执行性。而裁决的可执行性关系到裁决能否得到承认和执行。如《纽约公约》规定：“任何缔约国在签署、批准或加入公约时，可以

当然不局限于合同关系，还包括其他性质的财产权益纠纷。

在互惠的基础上声明，本国只对另一缔约国领土内所作出的仲裁裁决的承认和执行，适用本公约。”目前，有 50 多个缔约国作了这种保留声明。

（三）仲裁机构

关于仲裁机构，一般应在确定仲裁地点的同时一并确定。由于常设仲裁机构进行仲裁是国际商事仲裁中普遍采用的方式，通常情况下，选择仲裁地点时，就已经考虑到该地的常设仲裁机构。当事人也可能选择某个常设仲裁机构但并不愿在该地进行仲裁，这种情况下，当事人应在仲裁协议中明确规定仲裁机构。当然，当事人也可以规定由临时仲裁庭进行特别仲裁，此时，应写明仲裁庭的组成。国际和各国的仲裁机构仲裁规则普遍规定，除非当事人在仲裁协议中明确表示将争议交付各该仲裁机构解决，否则，即使当事人表示了仲裁意愿，有关仲裁机构仍无法受理案件。由此看来，仲裁机构名称是有效仲裁协议中不可缺少的一项重要内容。

（四）仲裁程序规则

仲裁规则是指双方当事人和仲裁庭在仲裁的整个过程中所应遵循的程序和规则。它包括仲裁申请的提出、答辩的方式、仲裁员的指定、仲裁庭的组成、仲裁的审理、仲裁裁决的作出以及裁决的效力等内容。由于程序问题直接影响到实体问题，为确保仲裁程序的顺利进行，当事人在订立仲裁协议时，应明确约定有关仲裁所应适用的仲裁规则。如前所述，各国仲裁机构均制定有自己的仲裁规则，国际上还有一些由国际组织制定的国际性和地区性的仲裁规则。

在仲裁规则的选择上，从各国的仲裁立法和有关国际条约以及国际商事仲裁实践来看，“当事人意思自治”是普遍承认的一项原则，即允许当事人根据自己的意志在仲裁协议中规定所适用的仲裁规则。当事人既可以自己设计仲裁程序规则，也可以选择某常设仲裁机构或国际组织所制定的仲裁规则。而在当事人没有选择仲裁程序规则的情况下如何确定仲裁规则？在仲裁理论和各国的仲裁中是有所分歧的。有些国家的理论和实践在此比较多地强调了仲裁地法的影响，认为这种情况下，仲裁地程序法应予以适用。因为如果违反了仲裁地程序法中的强制性规则，仲裁裁决可能不会被承认和执行。也有认为，仲裁程序规则也可以由仲裁庭决定。

（五）仲裁裁决的效力

仲裁裁决的效力是指仲裁机构就有关争议所作出的实质性裁决是否具有终局性，对双方当事人有无约束力，当事人是否有权向法院起诉请求变更或撤销该项裁决的问题。绝大多数国家的常设仲裁机构程序规则以及国际组织的仲裁规则均规定，仲裁裁决具有终局效力，对双方当事人具有法律约束力，任何一方都不得向法院上诉。如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 32 条第 2 款规定：“仲裁应以书面为之，并应是终审的和对当事人双方具有约束力的，双方承担立即履行裁决的义务。”但是，也有少数仲裁立法和仲裁规则规定了仲裁裁决可以向法院起诉。如《瑞典仲裁法》第 2 条第 1 款规定：“如仲裁协议没有保留当事人对裁决的上诉权，应视为当事人已同意遵守仲裁裁决。”这便意味着当事人可以在仲裁协议中规定对仲裁裁决的上诉权。仲裁裁决的效力直接影响到整个仲裁程序的效力，决定着当事人之间的争议能否得到最终解决，合法权益能否得到保护，而各国立法和国际实践对此问题存在分歧，为明确仲裁裁决的效力，当事人应对仲裁裁决的效力明确予以规定，以避免由此而产生的纠纷。

第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行

一、承认和执行仲裁裁决制度的主要内容

由于仲裁是以双方当事人协议为基础，将其争议交由仲裁机构按照法律或公平原则作出裁决的一种制度，仲裁的这种契约性质必然要求当事人在仲裁庭作出有效的仲裁裁决后，自觉执行裁决规定之义务。当事人在订立仲裁协议时，大都约定仲裁裁决的约束力。有关国际条约和各国仲裁法以及有关仲裁机构的仲裁规则，都明确规定了仲裁裁决的效力。事实上，在国际商事仲裁实践中，大多数的仲裁裁决都是由当事人自动履行的。然而，由于仲裁裁决关系到当事人实际权力义务的确定，也有少数仲裁裁决，败诉方会拒绝自动履行，胜诉方便需要采取各种步骤强制其履行仲裁裁决。由于国际商事仲裁与国内法院诉讼不同，仲裁庭不具有法院可强制执行自己所作裁决的职能作用，仲裁裁决一经作出，仲裁庭的任务即告完成，随后产生的执行问题，已不属于仲裁员的职权范围。在这种情况下，就需要由胜诉方向法院提出强制执行仲裁裁决的申请，从而产生了仲裁裁决的承认和执行问题。

从国际社会角度看，商事仲裁裁决可分为国际仲裁裁决和国内仲裁裁决。由于国内商事仲裁是一种只适用于内国当事人之间的仲裁制度，一般只解决国内经济贸易方面的争议，因而国内仲裁裁决都是在内国境内得到执行的，适用的程序也是内国民事诉讼法规定的一般执行程序。而国际商事仲裁则是一种具有国际因素的仲裁制度，国际商事仲裁的复杂性在于仲裁要牵涉到不同国家的当事人，而且作出仲裁裁决的仲裁机构也处于不同国家。就一个国家而言，若败诉方不自愿履行仲裁裁决，往往会产生对外国仲裁裁决的承认和执行问题，具体包括以下两种情况：第一，本国的仲裁机构作出裁决，败诉方在国外，而且败诉方在仲裁机构所在地无可供执行的财产，这便产生了本国当事人如何到外国法院申请执行仲裁裁决的问题；第二，如果外国仲裁机构作出了裁决，而败诉方在国内，本国法院如何处理外国当事人根据外国仲裁裁决而提起的申请执行仲裁裁决问题。

二、内国仲裁裁决与外国仲裁裁决的区分标准

由于内国法院在执行有关仲裁裁决时，对执行内国仲裁裁决和外国仲裁裁决有不同的条件和程序，所以关于内国仲裁裁决和外国仲裁裁决的区分问题显得尤为重要。确认某项仲裁裁决是否属于一项外国仲裁裁决或属于哪一国的仲裁裁决，这是承认与执行国际商事仲裁裁决首先必须加以解决的问题。

对于外国仲裁裁决的一般定义是指在被申请承认和执行所在地国以外的国家作成的裁决或在被申请承认和执行所在国领土内作成但因适用外国仲裁法而作成的裁决。一般情况下，如果一个国际商事仲裁裁决是由某一常设仲裁机构作出的，不会出现该裁决的国籍难以确定的问题。但对于一个由临时仲裁庭作出的裁决，由于受其中的许多因素诸如双方当事人的国籍或住所、仲裁员的国籍或住所、仲裁所依据的法律规则、仲裁地等因素的影响，难以用其中的某一因素作为判定该裁决是内国裁决还是外国裁决。从国际商事仲裁理论和实践来看，在对内国仲裁裁决和外国仲裁裁决的区分上主要有以下两种标准：

（一）领域标准

许多国家立法都把在外国作出的仲裁裁决视为外国仲裁裁决,如瑞典《仲裁法》、前南斯拉夫《仲裁法》等。关于国际商事仲裁的国际公约包括1923年日内瓦《仲裁议定书》和1958年《纽约公约》也有采取这一标准。《纽约公约》第1条第1款明确规定:仲裁裁决,因自然人或法人间之争议而产生且在申请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者,其承认及执行适用本公约。这种领域标准采用的是一种排除法,即只要不是在内国领域内作成的裁决均视为外国裁决,因而具有较强的明确性。由于《纽约公约》的普遍效力使得仲裁裁决领域标准即以仲裁裁决作成地作为认定外国裁决的标准已得到绝大多数国家的承认。

(二)“非内国裁决”标准

虽然领域标准在一般情况下可以用来区分内国仲裁裁决和外国仲裁裁决,但是,在某些例外的情形下,如仲裁裁决是以通讯方式作出的,采用此标准会因为各国的解释不同而具有某种不确定性,因而某些国家,如法国、德国等国家的法律和判例均表明:在本国但依外国法进行的仲裁而作出的裁决不属于本国裁决,而是一项外国裁决。于是,在《纽约公约》的起草过程中,应上述国家的要求,“公约”在确定领域标准的同时,又增加了“非内国裁决”标准(或称为仲裁程序法标准),在其第1条第1款同时还规定:“本公约对于仲裁裁决经申请承认及执行地所在国认为非内国裁决者,亦适用之”。即同时承认了仲裁在一国进行,所依据的仲裁法却是另一国法律并据此将所作成之裁决认为不属于本国裁决的可能性,虽然实践中这种可能性很小。

应该注意的是,虽然《纽约公约》采纳了上述两种标准,但这两种标准之间不是一种平行关系,而是一种主从关系。“公约”本身是偏重于采用领域标准的。“非内国裁决标准”乃是第二标准,而且其作用仅在于扩大公约的适用范围:即当承认和执行国与裁决作成地国不属于同一国家时,执行裁决可适用该公约。当承认和执行国于裁决作成地国为同一国家时,如果执行国因为该裁决适用了外国仲裁法而认为该裁决不是其内国裁决时,亦可适用该公约。

三、承认和执行外国仲裁裁决的国际制度

国际仲裁裁决不但关系到双方当事人的利益,有时还涉及到两个国家利益。为使一国作出的仲裁裁决在他国得到承认和实现,协调各国在法律上的差异及利益上的冲突,从本世纪初开始,国际社会就谋求建立一个统一的,比较完善的承认及执行外国仲裁裁决的国际制度。1923年9月,在国际联盟主持下,16个欧洲国家在瑞士日内瓦签订了《日内瓦仲裁条款议定书》,1927年9月,一些国家又签订了《关于执行外国仲裁裁决的日内瓦公约》。这两项国际公约对仲裁条款的效力、承认和执行外国仲裁裁决的条件等事项分别作了规定。除此之外,国际上还出现了一些区域性国际公约,包括1961年《关于国际商事仲裁的欧洲公约》,1966年《规定统一仲裁法的欧洲公约》,1975年《美洲国家间国际商事仲裁公约》及1979年《美洲国家间关于外国判决和仲裁裁决域外效力的公约》等。然而,由于上述两个国际公约缔约国基本上为欧洲国家,且它们在执行条件、程序规定等方面均未能体现出应有的国际性,加上区域性公约在适用范围上的局限性,它们均未能构成承认和执行外国仲裁裁决的基本内容。

由于在日内瓦签订的上述两个公约在许多问题上存在空缺,如均没有规

定外国仲裁机构所作出的裁决的承认和执行问题，也没有明确应由何种法律来支配仲裁协议和仲裁裁决等问题。另外，这两个公约为申请执行仲裁裁决的当事人设定了很重的举证责任，这无疑给被申请人拖延或破坏裁决的执行提供了便利。1958年6月10日在联合国的主持下，在纽约通过了《承认及执行外国仲裁裁决公约》简称纽约公约，在各缔约国之间，该公约取代了1923年和1927年的日内瓦公约。《纽约公约》自1959年6月生效以来，至今为止，已有全世界范围的100多个国家参加并批准，而成为当前有关承认和执行外国仲裁裁决最全面、最有影响的国际公约。它的缔结和生效，标志着承认及执行外国仲裁裁决国际制度的形成。

《纽约公约》共有16条，前7条是实质性条款，后9条则为程序性条款，它所确立的承认及执行外国仲裁裁决的国际制度包括以下主要内容：

（一）承认及执行外国仲裁裁决的范围

如前所述，《纽约公约》第1条所规定的可被缔约国承认和执行的外国仲裁裁决的范围十分广泛，它包括根据领域标准和非内国仲裁标准所确定的外国仲裁裁决。该仲裁裁决可由临时仲裁庭或常设仲裁庭作出。就仲裁争议的性质方面，它不但适用于传统的因契约争议所作出的仲裁裁决，也适用于因非契约争议所作出的仲裁裁决，充分顾及仲裁方式日益广泛适用于解决船舶碰撞、知识产权和不正当竞争等非契约争议的趋势。从仲裁裁决作成的国家来看，可被承认和执行的裁决既包括缔约国的仲裁裁决，又包括非缔约国的裁决。这里，特别值得提出的是，《纽约公约》第1条第3款规定，各缔约国在加入公约时可以声明，在承认和执行外国仲裁裁决时，须以互惠为条件，即只承认和执行缔约国所作出的仲裁裁决，对非缔约国仲裁机构所作出的裁决将不按公约的规定办理，这便是所谓的“互惠保留”；此外，各缔约国还可以声明，仅根据本国法律属于商事关系（不论其为契约性质与否）所引起的争议适用公约的规定，对于非商事争议的裁决则不在此限，即所谓“商事保留”。许多国家在加入该公约时作了以上两项或其中一项保留。

（二）承认与执行外国仲裁裁决的条件

《纽约公约》以排除的方式规定了承认和执行外国仲裁裁决的条件，即被请求承认和执行的裁决具有公约规定的排除情形时，被请求执行国家有权拒绝承认和执行。这种排除条件一方面由被申请承认和执行的外国仲裁裁决中的执行义务人举证证明，另一方面，在一定情况下也可以由申请承认和执行地所在国主管机关认定。

1. 被申请人举证之责方面。凡外国仲裁裁决有下列情形之一的，被请求承认和执行的机关可以依据仲裁裁决的执行义务人的请求和证明，拒绝予以承认和执行：(1)仲裁协议无效；(2)仲裁违反正当程序；(3)仲裁裁决的事项超出仲裁协议所规定的范围；(4)仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人协议不符或与仲裁地国家的法律不符；(5)仲裁裁决尚未发生效力，或者已被撤销或停止执行。

2. 法院对仲裁裁决的认定方面。根据《纽约公约》第5条第2款规定，被请求承认和执行外国仲裁裁决的国家的主管机关如果认为按照该国法律，

对于仅参加《日内瓦公约》而未参加《纽约公约》的国家，仍适用前者。

截至1997年2月1日，公约缔约国已达到110个国家。资料来源于国际互联网（网址为 <http://itl.inva.no/trade-law/>）。

有下列情形的，可以主动予以拒绝承认和执行：(1)裁决的事项不能以仲裁方式解决；(2)仲裁裁决的内容违反执行地所在国公共秩序；

(三) 承认和执行外国仲裁裁决的标准

根据《纽约公约》第3条规定，各缔约国应承认裁决具有约束力，并且在承认对方作出的仲裁裁决时，不应该在实质上比承认和执行本国的裁决提出更麻烦的条件或征收更高的费用。由此可见，公约的规定在这方面类似于在承认及执行仲裁裁决方面各缔约国之间相互给予国民待遇。

(四) 承认和执行外国仲裁裁决的程序

裁决的承认与裁决的执行含义是不同的。一项裁决可以被承认，而不予执行，但一项裁决得到了执行，则必然为下达执行令的法院所承认。《纽约公约》第3条规定：各缔约国应承认仲裁裁决具有约束力，并且依照裁决需予承认或执行地的程序规则予以执行。这实际上已以将承认与执行作出了区分。并规定了执行外国仲裁裁决的程序规则依被申请执行地国的法律。

根据《纽约公约》第4条的规定，为了获得对仲裁裁决的承认和执行，申请和执行裁决的当事人应该在申请时提供：

1. 经正式认证的裁决书正本或经正式证明的副本；
2. 属于公约范围的据以作出裁决的仲裁协议正本或经正式证明的副本；
3. 如果仲裁裁决或仲裁协议不是用需予承认或执行的国家的官方文字写成，申请承认或执行裁决的当事人应当提供这些文件的此种文字译本。译本应该由一个官方的或宣誓的译员或外交或领事人员的认证。

四、中国承认及执行仲裁裁决的法律制度

我国1991年4月9日颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)以及于1995年9月1日生效的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)对有关仲裁裁决的承认和执行问题作了较为详细的规定。此外，我国已于1986年12月2日正式加入《纽约公约》，该公约已于1987年4月22日起对我国生效。由此，以《纽约公约》为代表的国际法规范和以我国《民事诉讼法》和《仲裁法》为代表的国内法规范，构成了我国承认及执行国际商事仲裁裁决的法律制度。

(一) 国际商事仲裁裁决在中国的承认及执行

我国法院对于具有涉外因素的国际商事仲裁裁决的承认及执行问题，主要是依据我国所加入的1958年《纽约公约》和《民事诉讼法》中的有关规定。

对于外国仲裁裁决国籍的认定，我国采用的是领域标准兼仲裁机构所在地标准。即把中国涉外仲裁机构在中国作出的裁决视为内国裁决，其他涉外裁决视为外国裁决。

我国《民事诉讼法》第259条规定：“经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，……一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”《民事诉讼法》第260条采用排除方式，规定了人民法院对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决不予执行的情形，其主要原则是仅对仲裁裁决的执行在程序上进行审查，而不作实质审查，具体包括合同中缺少仲裁条款、仲裁程序的违反、裁决对执行地公共秩序的违背等规定，与《纽约公约》第5条规定的内容大致相同。

而对于外国仲裁裁决需要在中国承认及执行的，根据《民事诉讼法》第269条规定，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院将依照我国缔结的或参加的国际条约，或者按照互

惠原则办理。按照《民事诉讼法》的此项规定，在承认于执行外国仲裁裁决的程序和条件方面，我国也采用两个标准。即区分公约缔约国裁决和非公约缔约国裁决。根据我国在加入公约时所作的互惠保留和商事保留，我国只对缔约国作出的商事裁决的承认和执行适用公约规定的程序和条件，而对于在非缔约国作出的仲裁裁决以及在缔约国作出的非商事法律关系的仲裁裁决，则按照承认和执行外国判决的程序和条件进行审查。值得提出的是，外国仲裁裁决，无论是在缔约国还是非缔约国作出的，无论其是否具有商事性质，一旦在我国获得执行的许可，一律适用我国法院判决的同样强制方式予以执行。在执行过程中，双方当事人也可以自行达成和解协议。

此外，仲裁裁决经我国人民法院审查后裁定不予执行的情况较为罕见，然而，在仲裁实践中发生类似问题将如何处理，《纽约公约》对此未作规定。我国《民事诉讼法》第 261 条对此作出规定：“仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”根据此条规定，在人民法院裁定不予执行时，当事人有两种选择：一是重新仲裁；二是向法院起诉。然而，对这两种选择的前提条件是什么，目前国内有不同的理解。鉴于法律对该条规定尚不够具体，还有待于立法机关的立法解释。

（二）仲裁裁决的撤销

仲裁裁决的撤销制度是我国《仲裁法》中新增设的一项法律制度。申请撤销仲裁裁决是不同于拒绝执行裁决的一项程序，它是胜诉方和败诉方都可以运用的一种程序，它通过增加法院对仲裁公正性的监督，进一步保护当事人的合法权益。《仲裁法》第 58 条和第 70 条款对国内仲裁裁决和外国仲裁裁决的撤销作了规定。《仲裁法》第 70 条规定：“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百六十条第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。”该条规定同联合国国际贸易法委员会的《仲裁示范法》和美国、法国、德国和日本等国的仲裁法规定大致相同。该第 70 条所规定的涉外仲裁裁决的程序不同于国内仲裁裁决的撤销程序，法院审查的内容仅限于程序是否合法，而不作实体审查，而且程序审查的内容与拒绝执行的条件是一致的。根据《仲裁法》的规定，当事人申请撤销仲裁裁决的，应当自收到裁决书之日起 6 个月内提出。人民法院应当在受理撤销裁决申请之日起 2 个月内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。《仲裁法》第 9 条还规定了裁决被人民法院撤销后的处理：只要仲裁裁决被裁定予以撤销，其原先存在的仲裁协议即使有效的，也将归于无效。当事人可以向人民法院起诉，或依据重新达成的仲裁协议提请仲裁。

（三）中国涉外仲裁裁决在外国的承认及执行

中国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决在外国的承认和执行问题主要涉及被申请国的国内法以及国际公约。根据我国《民事诉讼法》第 266 条规定：“中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。”同时，我国作为目前《纽约公约》的 108 个缔约国之一，我国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决无需根据司法协助条约，就可在该以上缔约国内得到承认和执行。实践中，我国国际经

济贸易仲裁委员会作出的多项裁决已在其他缔约国得到承认并予以强制执行。

