

4. 涉外离婚	协议选择 一方经常居所地法 一方国籍国法 二者中任选 (1) 协议离婚 (第 26 条) 未选择 有共同经常居所地——共同经常居所地法 无共同经常居所地——共同国籍国法 无共同经常居所地、国籍国——办理离婚机构所在地法 (2) 诉讼离婚——法院地法 (第 27 条)
---------	---

(二) 收养

收养	收养 收养的条件和手续——收养人和被收养人经常居所地法 收养的效力——收养时收养人经常居所地法 收养的解除——收养时被收养人经常居所地法 / 法院地法
----	---

(三) 扶养

扶养	扶养 一方经常居所地法 一方国籍国法 主要财产所在地法 适用三者中有利被扶养人的法律
----	---

(四) 监护

监护	监护 一方经常居所地法 一方国籍国法 适用二者中有利被监护人的法律
----	---

七、继承

1. 法定继承	法定继承 动产继承——被继承人死亡时经常居所地法 不动产继承——不动产所在地法
2. 遗嘱继承	(1) 遗嘱方式——符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法、国籍国法或者遗嘱行为地法的，遗嘱均为成立 (第 32 条) (2) 遗嘱效力——遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法或者国籍国法 (第 33 条)
3. 遗产管理	遗产管理——遗产所在地法 (第 34 条)
4. 无人继承遗产的归属	无人继承遗产的归属——被继承人死亡时遗产所在地法 (第 35 条)

八、知识产权

1. 知识产权的归属和内容	知识产权的归属和内容——被请求保护地法 (第 48 条)
2. 知识产权转让和许可	知识产权转让和许可 (1) 协议选择 (2) 未选择——同合同
3. 知识产权侵权	知识产权侵权 (1) 协议选择法院地法

第三章 国际民商事争议解决

第一节 国际商事仲裁

【知识点】

一、仲裁协议

(一) 仲裁协议概述

仲裁协议，指双方当事人同意将他们之间将来可能发生的或已经发生的争议交付仲裁解决的一种协议。

1. 仲裁协议的类型

(1) 仲裁条款：当事人双方在签订合同时，在合同中订立的约定将可能发生的合同争议提交仲裁解决的条款，是仲裁协议最重要的表现形式。

(2) 仲裁协议书：争议当事人订立的将其争议提交仲裁解决的一种专门协议，实践中较少采用。

(3) 其他类型的仲裁协议：双方当事人在往来函电中，共同约定将他们之间已经发生或将来可能发生的争议提交仲裁解决的书面文件。

2. 仲裁协议的基本内容

《仲裁法》第 16 条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。

3. 仲裁协议的法律效力

有效的仲裁协议使仲裁裁决具有强制执行的法律效力，是法院强制执行仲裁裁决的依据；反之，无效的仲裁协议构成有关国家拒绝承认与执行仲裁裁决的理由之一。

(二) 仲裁协议的有效性及其认定

1. 仲裁协议无效的情形

(1) 《仲裁法》第 17 条 有下列情形之一的，仲裁协议无效：

①约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；

②无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；

③一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。

(2) 《仲裁法》第 18 条 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

2. 仲裁协议约定不明的处理

《仲裁法解释》第 3-7 条：

(1) 仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构；

(2) 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但

当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外；

(3) 仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效；

(4) 仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效；

(5) 当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁法第 20 条第 2 款规定期间内提出异议的除外。

【真题示例】

我国甲公司与瑞士乙公司订立仲裁协议，约定由某地仲裁机构仲裁，但约定的仲裁机构名称不准确。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》的解释，下列哪些选项是正确的？（2007-82，多选）⁶²

A. 仲裁机构名称不准确，但能确定具体的仲裁机构的，应认定选定了仲裁机构

B. 如仲裁协议约定的仲裁地仅有一个仲裁机构，该仲裁机构应视为约定的仲裁机构

C. 如仲裁协议约定的仲裁地有两个仲裁机构，成立较早的仲裁机构应视为约定的仲裁机构

D. 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，不得视为约定了仲裁机构

3. 仲裁协议效力的认定

(1) 《仲裁法》第 20 条 当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

(2) 认定无效的逐级上报

根据有关司法解释，人民法院认为涉外仲裁条款或者仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的，在决定受理一方当事人起诉之前，必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查；如果高级人民法院同意受理，应将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院未作答复前，可暂不予受理。

4. 仲裁协议的法律适用

(1) 《涉外民事关系法律适用法》第 18 条 当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。

(2) 《涉外司法解释（一）》第 14 条 当事人没有选择涉外仲裁协议适

⁶² AB. 参见《仲裁法解释》第 3、4、6 条。根据第 6 条，“该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。” C 项错误。第 4 条规定：“仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。” D 项错误。

用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。

【例 1】中国 A 公司与德国 B 公司因双方合同中仲裁条款的效力问题在我国涉诉。双方在合同中约定仲裁机构为位于巴黎的国际商会仲裁院，仲裁地为瑞典斯德哥尔摩，但对该仲裁条款应适用的法律未作约定。问：（1）依我国法律，我国法院审查该仲裁条款效力时，应适用哪国法律？（2）如双方对仲裁机构或者仲裁地约定不明，应如何确定仲裁条款适用的法律？

（1）根据《涉外民事关系法律适用法》第 18 条，本例中，仲裁机构所在地为法国，仲裁地为瑞典，而双方未约定仲裁协议应适用的法律，因此，应当适用法国法或瑞典法。（2）根据《涉外司法解释（一）》第 14 条，如当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律，同时对仲裁机构或者仲裁地约定不明的，法院可以适用中国法律认定该仲裁协议的效力。

5. 管辖法院

（1）《仲裁法解释》第 12 条第 2 款 申请确认涉外仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

（2）《仲裁法解释》第 13 条第 2 款 仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。

【真题示例】

某国甲公司与中国乙公司订立买卖合同，概括性地约定有关争议由“中国贸仲”仲裁，也可以向法院起诉。后双方因违约责任产生争议。关于该争议的解决，依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？（2009-38，单选）⁶³

- A. 违约责任不属于可仲裁的范围
- B. 应认定合同已确定了仲裁机构
- C. 仲裁协议因约定不明而在任何情况下无效
- D. 如某国甲公司不服仲裁机构对仲裁协议效力作出的决定，向我国法院申请确认协议效力，我国法院可以受理

二、仲裁程序中的财产保全与证据保全

（一）财产保全

1. 《民事诉讼法》第 272 条 当事人申请采取保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。

2. 《民诉法解释》第 542 条第 1 款 依照民事诉讼法第 272 条规定，中华人民共和国涉外仲裁机构将当事人的保全申请提交人民法院裁定的，人民法院可以进行审查，裁定是否进行保全。裁定保全的，应当责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

⁶³ B。参见《仲裁法解释》第 2-6、13 条。“中国贸仲”是“中国国际经济贸易仲裁委员会”的通用简称，应当认定合同已选定了仲裁机构，B 项正确。

（二）证据保全

1. 《仲裁法》第 68 条 涉外仲裁的当事人申请证据保全的，涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。

2. 《民事诉讼法解释》第 542 条第 2 款 当事人申请证据保全，人民法院经审查认为无需提供担保的，申请人可以不提供担保。

三、申请撤销仲裁裁决

（一）中国法院只能撤销本国裁决，不能撤销外国裁决。

（二）申请撤销的期限和撤销机构

当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起 6 个月内，向仲裁机构所在地中级人民法院提出。

（三）在决定撤销涉外仲裁裁决之前，人民法院认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序；如果仲裁庭拒绝重新仲裁，人民法院应当恢复撤销程序。

（四）撤销的法定情形

1. 根据《仲裁法》第 70 条，当事人证明涉外仲裁裁决有下列情形之一的，法院裁定撤销：①没有仲裁协议；②被申请人没有得到指定仲裁员或进行仲裁的通知，或未能陈述意见；③仲裁庭的组成或程序与仲裁规则不符；④裁决的事项不属于仲裁协议的范围或仲裁机构无权仲裁。

2. 《仲裁法解释》第 18-20、24 条

第 18 条 “没有仲裁协议”是指当事人没有达成仲裁协议。仲裁协议被认定无效或者被撤销的，视为没有仲裁协议。

第 19 条 当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决，经审查属实的，人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其他裁决事项不可分的，人民法院应当撤销仲裁裁决。

第 20 条 “违反法定程序”，是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。

第 24 条 当事人申请撤销仲裁裁决的案件，人民法院应当组成合议庭审理，并询问当事人。

（五）撤销的逐级上报

根据有关司法解释，法院在裁定撤销裁决之前，须报请本辖区所属高级人民法院进行审查。如果高级人民法院同意撤销裁决或通知仲裁庭重新仲裁，应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后，方可裁定撤销裁决。

（六）法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后，另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的，受理执行申请的法院应当在受理后裁定中止执行。

（七）撤销后的救济

1. 对于法院撤销仲裁裁决或驳回当事人申请的裁定，当事人无权上诉或申诉，检察院也不能提起抗诉；

2. 涉外仲裁裁决被法院撤销后，当事人可以依据重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以直接向有管辖权的法院起诉。

【真题示例】

中国公司与新加坡公司协议将其货物买卖纠纷提交设在中国某直辖市的仲裁委员会仲裁。经审理，仲裁庭裁决中国公司败诉。中国公司试图通过法院撤销该仲裁裁决。据此，下列选项中哪一项是正确的？（2005-36，单选）⁶⁴

- A. 中国公司可以向该市高级人民法院提出撤销仲裁裁决的申请
- B. 人民法院可依“裁决所根据的证据不充分”这一理由撤销该裁决
- C. 如有权受理该撤销仲裁裁决请求的法院做出了驳回该请求的裁定，中国公司可以对该裁定提起上诉
- D. 受理该请求的法院在裁定撤销该仲裁裁决前须报上一级人民法院审查

【深度解析】撤销涉外仲裁裁决和撤销国内仲裁裁决的法定理由是否相同？

撤销涉外仲裁裁决和撤销国内仲裁裁决的法定理由并不完全相同。

对于撤销涉外仲裁裁决的法定理由，根据《仲裁法》第 70 条，当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销：“（1）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（2）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（4）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。”

对于撤销国内仲裁裁决的法定理由，《仲裁法》第 58 条规定：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（1）没有仲裁协议的；（2）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（4）裁决所根据的证据是伪造的；（5）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（6）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。”

四、仲裁裁决的承认与执行

（一）1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）

1. 根据（《纽约公约》）第 5 条第 1 款，有下列情形之一的，被请求国主管机关可依据被执行人的申请，拒绝承认与执行：

- （1）当事人无行为能力，或仲裁协议无效；
- （2）被执行人未接到关于指派仲裁员或关于仲裁程序的通知，或由于其他情况未能出庭申辩；
- （3）裁决超出约定仲裁事项的范围（如交付仲裁与未交付仲裁的事项可以划分，裁决中有关交付仲裁事项的决定可予承认与执行）；
- （4）仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人间的协议不符，或者与仲裁地所在国法律不符；

⁶⁴ D. 根据《仲裁法》及其司法解释，中国公司应向仲裁机构所在地中级法院提出申请，A 项错误；法院在四种情形下裁定撤销，并不包括“裁决所根据的证据不充分”这一理由，B 项错误；对于法院撤销仲裁裁决或驳回当事人申请的裁定，当事人无权上诉，C 项错误。

(5) 裁决尚未生效或已被撤销或停止执行；

2. 根据该条第 2 款，如被请求国主管机关依职权主动查明有下列情形之一时，也可拒绝承认与执行：

(1) 依执行地国法，有关争议事项不能仲裁解决；

(2) 与执行地公共秩序相抵触。

提示注意：《纽约公约》第 5 条的规定属穷尽性的规定，即，仅在上述情形下可拒绝承认与执行。

(二) 中国关于承认与执行仲裁裁决的规定

1. 中国仲裁机构涉外仲裁裁决在中国的执行

(1) 《民事诉讼法》第 273 条 经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。

(2) 根据《民事诉讼法》第 274 条，有下列情形之一的，裁定不予执行：①没有仲裁协议；②被申请人没有得到指定仲裁员或进行仲裁的通知，或未能陈述意见；③仲裁庭的组成或程序与仲裁规则不符；④裁决的事项不属于仲裁协议的范围或仲裁机构无权仲裁；⑤人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益。

(3) 《仲裁法》第 64 条 一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。

(4) 《民诉法解释》第 540 条 申请人向人民法院申请执行中华人民共和国涉外仲裁机构的裁决，应当提出书面申请，并附裁决书正本。如申请人为外国当事人，其申请书应当用中文文本提出。

2. 中国仲裁机构仲裁裁决在外国的承认与执行

(1) 如果该外国为《纽约公约》成员国，当事人应根据公约规定的程序和条件向外国管辖法院提出申请；

(2) 如果该外国为非《纽约公约》成员国，当事人应直接向外国管辖法院提出申请，法院根据有关司法协助条约或其本国法律裁定。

3. 外国仲裁裁决在中国的承认与执行

(1) 承认与执行的机构

① 《民事诉讼法》第 283 条 国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。

② 《民诉法解释》第 545 条 对临时仲裁庭在中华人民共和国领域外作出的仲裁裁决，一方当事人向人民法院申请承认和执行的，人民法院应当依照民事诉讼法第 283 条规定处理。

提示注意：从本条规定可以看出，这里承认与执行的“外国仲裁裁决”，既包括仲裁机构项下的裁决，也包括临时仲裁庭作出的裁决。

③如果仲裁地所在国与我国既没有缔结也没有共同参加有关国际条约，当事人向我国法院提出承认与执行裁决的申请时，当事人应该以该裁决为依据向有管辖权的人民法院起诉，由法院作出判决，予以执行。

（2）承认与执行的期限

法院决定予以承认与执行的，应在受理申请之日起 2 个月内作出裁定，在裁定后 6 个月内执行完毕。

（3）不予执行的逐级上报

根据有关司法解释，法院在裁定不予承认与执行或拒绝承认和执行涉外仲裁裁决之前，须报请本辖区所属高级人民法院进行审查；如果高级人民法院同意不予执行或者拒绝承认和执行，应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后，方可裁定不予执行或者拒绝承认和执行。

（4）不予执行的救济

仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

【真题示例】

2015 年 3 月，甲国公民杰夫欲向中国法院申请承认并执行一项在甲国境内作出的仲裁裁决。中国与甲国均为《承认与执行外国仲裁裁决公约》成员国。关于该裁决的承认和执行，下列哪一选项是正确的？（2015-38，单选）⁶⁵

- A. 杰夫应通过甲国法院向被执行人住所地或其财产所在地的高级人民法院申请
- B. 如该裁决系临时仲裁庭作出的裁决，人民法院不应承认与执行
- C. 如承认和执行申请被裁定驳回，杰夫可向人民法院起诉
- D. 如杰夫仅申请承认而未同时申请执行该裁决，人民法院可以对是否执行一并作出裁定

第二节 国际民事诉讼

【知识点】

一、国际民事案件管辖权

（一）一事再理或一事两诉

又称诉讼竞合。一事再理，指已由一国法院审判过的案件又被另一国法院受理；一事两诉，指相同的诉讼当事人就同一诉由或诉讼标的在两个法院或两个以上国家的法院同时诉讼。

⁶⁵ C. 根据《民事诉讼法》第 283 条，当事人应直接向被执行人住所地或者其财产所在地的高级人民法院申请，A 项错误。根据《民诉法解释》第 545 条，承认与执行的“外国仲裁裁决”，既包括仲裁机构项下的裁决，也包括临时仲裁庭作出的裁决，B 项错误。该解释第 544 条第 2 款规定：“承认和执行申请被裁定驳回的，当事人可以向人民法院起诉。”C 项正确。该解释第 546 条第 2 款规定：“当事人仅申请承认而未同时申请执行的，人民法院仅对应否承认进行审查并作出裁定。”D 项错误。

国内民事诉讼：通常禁止再行起诉；

国际民事诉讼：通常并不禁止，可以再行起诉或受理。

中国的规定：

《民诉法解释》第 533 条 中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

外国法院判决、裁定已经被人民法院承认，当事人就同一争议向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

【真题示例】

朗文与戴某缔结了一个在甲国和中国履行的合同。履约过程中发生争议，朗文向甲国法院起诉戴某并获得胜诉判决。戴某败诉后就同一案件向我国法院提起诉讼。朗文以该案件已经甲国法院判决生效为由对中国法院提出管辖权异议。依据我国法律、司法解释以及我国缔结的相关条约，下列哪一选项是正确的？（2008-36，单选）⁶⁶

A. 朗文的主张构成对我国法院就同一案件实体问题行使管辖权的有效异议

B. 我国法院对戴某的起诉没有管辖权

C. 我国法院对涉外民事诉讼案件的管辖权不受任何限制

D. 我国法院可以受理戴某的起诉

（二）中国关于国际民事案件管辖权的规定

1. 普通地域管辖

采用原告就被告原则，只要被告住所地在我国，我国法院就有管辖权。根据《民事诉讼法》第 21 条、22 条第 1 款：

（1）凡是涉外民事案件中的被告住所地在中国，中国法院就有管辖权；如果被告的住所地与经常居住地不一致，只要其经常居住地在中国领域内，中国法院也有管辖权；

（2）对于不在中国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，则可以由原告住所地或经常居住地的中国法院管辖。

2. 特别地域管辖

《民事诉讼法》第 265 条 因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

⁶⁶ D. 参见《民事诉讼法》第 265 条、《民诉法解释》第 533 条。

提示注意：根据该条，即使被告在中国境内没有住所，但只要具备以下连结因素之一，中国法院就有权管辖：（1）合同在中国领域内签订或者履行；（2）诉讼标的物在中国领域内；（3）被告在中国领域内有可供扣押的财产；（4）被告在中国领域内设有代表机构。

3. 专属管辖

（1）根据《民事诉讼法》第 33 条、266 条：

①因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

②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；

③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；

④因在中华人民共和国履行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发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

（2）诉讼方式不得排除专属管辖

《民诉法解释》第 531 条第 2 款 根据民事诉讼法第 33 条和第 266 条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。

提示注意：根据该条，如果当事人选择以诉讼方式解决争议，则不得以书面协议排除我国法院的专属管辖权；但如果当事人选择以仲裁方式解决争议，则可通过仲裁协议排除法院的专属管辖权。

【例 2】美国阿凡达公司与我国跃进公司签订合同，在我国共同投资建立一家中外合资经营企业。现在阿凡达公司与跃进公司之间就此合同发生争议。（1）如双方决定通过诉讼解决争端，依照我国法律，能否选择美国法院管辖？（2）如双方决定通过仲裁解决争端，能否协议由国际商会仲裁院进行仲裁？

（1）不能。根据《民事诉讼法》266 条，因在中国履行中外合资经营企业合同发生纠纷提起的诉讼，由中国法院专属管辖。同时，根据《民诉法解释》第 531 条，属于中国法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。因此，如果双方通过诉讼方式解决争端，必须由中国法院管辖。

（2）可以。根据《民诉法解释》第 531 条第 2 款，对属于中国法院专属管辖的案件，如果当事人选择以仲裁方式解决争端，可以选择其他国家的仲裁机构进行仲裁。

4. 协议管辖

（1）《民事诉讼法》第 34 条 合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

（2）《民诉法解释》第 531 条第 1 款 涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。

5. 拒绝管辖

在国际民事诉讼中，原告通常会选择对自己有利的法院，如法院受理案件，可能对被告不利；从法院角度来看，由于案件不涉及本国，如法院受理此案，在认定事实和适用法律方面存在困难。此时，法院可以自身属“不方便法院”为由，拒绝行使管辖，这就是国际民事诉讼中的“不方便法院”原则。《民事诉讼法解释》第 532 条首次在司法解释中明确规定如何运用不方便法院原则拒绝行使管辖权。

《民事诉讼法解释》第 532 条 涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼：

- (1) 被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议；
- (2) 当事人之间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议；
- (3) 案件不属于中华人民共和国法院专属管辖；
- (4) 案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益；
- (5) 案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内，且案件不适用中华人民共和国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；
- (6) 外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便。

6. 集中管辖

《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》（2001）：该规定以优化资源配置、提高涉外审判质量为目的，将原来由基层法院、中级法院分散管辖的涉外民商事案件的管辖权集中到少数中级法院和特定基层法院手中进行“集中管辖”。

(1) 管辖法院

第一审涉外民商事案件的管辖法院：①国务院批准设立的经济技术开发区人民法院；②省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院；③经济特区、计划单列市中级人民法院；④最高人民法院指定的其他中级人民法院；⑤高级人民法院。

对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的，其第二审由所在地中级人民法院管辖。

(2) 规定适用的案件

本规定适用于下列案件：①涉外合同和侵权纠纷案件；②信用证纠纷案件；③申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；④审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；⑤申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖，参照本规定处理。

(3) 规定不适用的案件

①发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件；②涉外房地产案件；③涉外知识产权案件。

【深度解析】对在中国境内履行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引起的纠纷，当事人能否通过仲裁解决？如选择向中国法院提起诉讼，法院是否必须适用中国法？

对在中国境内履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同引起的纠纷，应注意以下两点：

一是法院管辖的专属性。《民事诉讼法》第 266 条规定：“因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。”同时，《民诉法解释》第 531 条规定：“属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。”因此，对于上述合同纠纷，如果当事人提起诉讼，则必须由我国法院管辖，但法院的专属管辖并不排除当事人选择仲裁解决争端。

二是法律适用的专属性。对于合同的法律适用，我国法律虽然肯定了当事人意思自治原则，但也明确规定了在某些特定情形下必须适用中国法。根据有关司法解释，在中国领域内履行的中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同适用中国法。可见，虽然有效的仲裁协议可以排除法院的专属管辖，但是不能排除中国法律的专属适用，如当事人选择向中国法院起诉，则法院必须适用中国法。

二、外国人在中国的民事诉讼地位

（一）以对等为条件的国民待遇原则

《民事诉讼法》第 5 条 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。

（二）诉讼代理

诉讼代理，指诉讼代理人基于法律规定、法院指定、当事人或法定代表人的委托，以当事人的名义代为进行诉讼活动的行为。

国际司法实践中常见的诉讼代理包括律师代理和领事代理。律师代理，指委托律师代为诉讼（通常只能委托法院地国律师）。领事代理，指一国领事可依据国际条约或驻在国法律，在其职务范围内代表本国国民参加诉讼。

中国的规定：

1. 律师代理

《民事诉讼法》第 263 条 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。

2. 一般公民代理和领事代理

《民诉法解释》第 528 条 涉外民事诉讼中的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有外交或者领事特权和豁免。

3. 外交代表代为委托

《民诉法解释》第 529 条 涉外民事诉讼中，外国驻华使领馆授权其本馆官员，在作为当事人的本国国民不在中华人民共和国领域内的情况下，可以以外交代表身份为其本国国民在中华人民共和国聘请中华人民共和国律师或者中华人民共和国公民代理民事诉讼。

4. 授权委托书的证明

外国当事人签署的授权委托书须经过证明，《民事诉讼法》第 264 条规定：“在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。”根据该条及《民诉法解释》第 524-526 条的规定，授权委托书的证明方式包括分为以下情形：

(1) 授权委托书在国外签署

①“公证+认证”方式：第一，外国当事人所在国与中国有外交关系的，经所在国公证机关证明，并经中国驻该国使领馆认证；第二，外国当事人所在国与中国没有外交关系的，经该国公证机关公证，经与中国有外交关系的第三国驻该国使领馆认证，再转由中国驻该第三国使领馆认证。

②条约方式：履行中国与该国订立的有关条约中规定的证明手续。

(2) 授权委托书在国内签署

①法官见证：外国当事人在人民法院法官的见证下签署授权委托书，委托代理人进行民事诉讼的，人民法院应予认可。

②中国公证机关公证：外国当事人在中国境内签署授权委托书，委托代理人进行民事诉讼，经中国公证机关公证的，人民法院应予认可。

【真题示例】

荷兰人迈克在中国工作期间被一同事过失伤害。因双方就损害赔偿标准达不成协议，迈克向工作所在地某人民法院提起诉讼，他可以委托下列哪些人为其诉讼代理人？（2003-63，多选）⁶⁷

- A. 荷兰人
- B. 以律师身份担任诉讼代理人的荷兰律师
- C. 以非律师身份担任诉讼代理人的荷兰律师
- D. 以个人名义出任诉讼代理人的荷兰驻华使领馆官员

(三) 司法豁免

1. 《民事诉讼法》第 261 条 对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

2. 2007 年《最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件

⁶⁷ ACD。参见《民事诉讼法》第 263 条、《民诉法解释》第 528 条。

有关问题的通知》

凡以下列在中国享有特权与豁免的主体为被告、第三人向人民法院起诉的民事案件，人民法院应在决定受理之前，报请本辖区高级人民法院审查；高级人民法院同意受理的，应当将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院答复前，一律暂不受理。

一、外国国家；

二、外国驻中国使馆和使馆人员；

三、外国驻中国领馆和领馆成员；

四、途经中国的外国驻第三国的外交代表和与其共同生活的配偶及未成年子女；

五、途经中国的外国驻第三国的领事官员和与其共同生活的配偶及未成年子女；

六、持有中国外交签证或者持有外交护照(仅限互免签证的国家)来中国的外国官员；

七、持有中国外交签证或者持有与中国互免签证国家外交护照的领事官员；

八、来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员；

九、来中国参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表；

十、临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家；

十一、联合国系统组织驻中国的代表机构和人员；

十二、其他在中国享有特权与豁免的主体。

(四) 诉讼语言文字

《民事诉讼法》第 262 条 人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

(五) 诉讼时效

《涉外民事关系法律适用法》第 7 条 诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。

三、国际司法协助

(一) 司法协助概述

司法协助，指一国法院或其他主管机关，根据另一国法院或其他主管机关或有关当事人的请求，代为实施或协助实施一定的司法行为。

1. 司法协助的途径

(1) 外交途径：请求国司法机关将请求文件交给本国外交部，由本国外交部转交给被请求国的外交代表，再由该国外交代表转交给该国国内主管司法机关，由该主管司法机关提供司法协助。

(2) 使领馆途径：请求国司法机关将请求文件交给本国驻被请求国的使领馆，再由使领馆直接将有关文件交给驻在国有关主管司法机关，由该主管司法

机关提供司法协助。

(3) 法院途径：由请求国法院直接委托被请求国法院进行司法协助。

(4) 中央机关途径：请求国主管机关将请求事项直接或通过本国的中央机关提交给被请求国的中央机关，再由该被请求国的中央机关转交给其所属国的主管司法机关提供司法协助。

2. 中国的规定

(1) 司法协助的范围

《民事诉讼法》第 276 条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，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。外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。

(2) 司法协助的途径

①《民事诉讼法》第 277 条 请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。

②《民诉法解释》第 549 条 与中华人民共和国没有司法协助条约又无互惠关系的国家的法院，未通过外交途径，直接请求人民法院提供司法协助的，人民法院应予退回，并说明理由。

(3) 司法协助的程序

《民事诉讼法》第 279 条 人民法院提供司法协助，依照中华人民共和国法律规定的程序进行。外国法院请求采用特殊方式的，也可以按照其请求的特殊方式进行，但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。

(4) 2013 年《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》（《办理司法协助请求的规定》）

为了正确实施海牙送达公约、海牙取证公约和双边司法协助条约，2013 年最高院颁布了《办理司法协助请求的规定》，其主要内容如下：

①司法协助的原则

第一，便捷高效原则：人民法院应当根据便捷、高效的原则确定依据海牙送达公约、海牙取证公约，或者双边民事司法协助条约，对外提出民商事案件司法文书送达和调查取证请求（第 1 条）。（注意：与以往规定不同，该原则不再要求双边司法协助条约必须优先适用。）

第二，对等原则：人民法院协助外国办理民商事案件司法文书送达和调查取证请求，适用对等原则（第 2 条）。

第三，依法审查原则：人民法院协助外国办理民商事案件司法文书送达和调查取证请求，应当进行审查。外国提出的司法协助请求，具有海牙送达公约、海牙取证公约或双边民事司法协助条约规定的拒绝提供协助的情形的，人民法院应当拒绝提供协助（第 3 条）。

②管理机制

“统一管理和专人负责相结合的管理机制”：最高人民法院统一管理全国

各级人民法院的国际司法协助工作。高级人民法院应当确定一个部门统一管理本辖区各级人民法院的国际司法协助工作并指定专人负责。中级人民法院、基层人民法院和有权受理涉外案件的专门法院，应当指定专人管理国际司法协助工作；有条件的，可以同时确定一个部门管理国际司法协助工作（第 6 条）。

③相关制度

第一，登记制度：人民法院应当建立独立的国际司法协助登记制度（第 7 条）。

第二，档案制度：人民法院应当建立国际司法协助档案制度。办理民商事案件司法文书送达的送达回证、送达证明在各个转递环节应当以适当方式保存。办理民商事案件调查取证的材料应当作为档案保存（第 8 条）。

④经授权的高院可直接对外发出司法协助请求

经最高人民法院授权的高级人民法院，可以依据海牙送达公约、海牙取证公约直接对外发出本辖区各级人民法院提出的民商事案件司法文书送达和调查取证请求（第 9 条）（2003 年，最高院指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省五个高级法院可以依据海牙送达公约和海牙取证公约直接对外发出司法协助请求，目的是简化程序，提高效率。）

（二）域外送达

域外送达，指一国法院根据国际条约或本国法律或按照互惠原则，将司法文书送交居住在国外的当事人或其他诉讼参与人的行为。

1. 外国向中国送达

根据我国法律和相关司法解释，外国向位于中国的当事人送达，可以采取以下方式：

（1）中央机关途径（中国的中央机关为司法部）

①外国的司法文书应由该国驻华使、领馆直接送交司法部，或者由该国主管当局或司法助理人员直接送交司法部，由司法部转递给最高人民法院，再由最高人民法院交有关人民法院送达给当事人。

②司法部收到国外的请求书后，对于有中文译本的文书，应于 5 日内转给最高人民法院；对于用英文或法文写成，或者附有英文或法文译本的文书，应于 7 日内转给最高人民法院；对于不符合《海牙送达公约》规定的文书，司法部将予以退回或要求请求方补充、修正材料。

③最高人民法院应于 5 日内将文书转给送达执行地高级人民法院；高级人民法院收文后，应于 3 日内转有关的中级人民法院或者专门人民法院；中级人民法院或者专门人民法院收文后，应于 10 日内完成送达，并将送达回证尽快交最高人民法院转司法部。

④法院不管文书中确定出庭日期或期限是否已过，均应送达。如受送达人拒收，应在送达回证上注明。

⑤对于国外按《海牙送达公约》提交的未附中文译本而附英、法文译本的文书，法院仍应予以送达。除双边条约中规定英、法文译本为可接受文字者外，受送达人有权以未附中文译本为由拒收。凡当事人拒收的，送达法院应在送达

回证上注明。

(2) 使领馆途径

外国驻华使、领馆可直接向其在本国的本国公民送达民商事司法文书，但不得违反我国法律，不得对当事人采取强制措施。

(3) 外交途径

对于与我国无条约关系的国家，可通过外交途径送达。由该国驻华使馆将法律文书交外交部转递给有关高级人民法院，再由该高级人民法院指定有关中级人民法院送达当事人。

2. 中国向外国送达

(1) 《民事诉讼法》第 267 条 人民法院对在中华人民共和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：

(一) 依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；

(二) 通过外交途径送达；

(三) 对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；

(四) 向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；

(五) 向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

(六) 受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满三个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；

(七) 采用传真、电子邮件等能够确认受送达人收悉的方式送达；

(八) 不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满三个月，即视为送达（《民诉法解释》第 537 条 人民法院一审时采取公告方式向当事人送达诉讼文书的，二审时可径行采取公告方式向其送达诉讼文书，但人民法院能够采取公告方式之外的其他方式送达的除外。）。

提示注意：《海牙送达公约》适用于向国外送达的情形，如果受送达人为外国公司，其在中国境内有驻华代表机构，人民法院可直接向该代表机构送达，而不必根据《海牙送达公约》向国外送达。同时，根据最高院司法解释，人民法院向外国公司的驻华代表机构送达诉讼文书时，可以适用留置送达的方式。

(2) 2006 年最高院《涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》

① 适用范围

第 1 条 人民法院审理涉外民事或商事案件时，向在中华人民共和国领域内没有住所的受送达人送达司法文书，适用本规定。

② 送达方式

第 3 条 作为受送达人的自然人或者企业、其他组织的法定代表人、主要负责人在中华人民共和国领域内的，人民法院可以向该自然人或者法定代表人、主要负责人送达（《民诉法解释》第 535 条第 2 款：主要负责人包括该企业、

组织的董事、监事、高级管理人员等)。

第 4 条 除受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外,其委托的诉讼代理人为民事诉讼法第 267 条第(四)项规定的有权代其接受送达的诉讼代理人,人民法院可以向该诉讼代理人送达。

第 5 条 人民法院向受送达人送达司法文书,可以送达给其在中华人民共和国领域内设立的代表机构。受送达人在中华人民共和国领域内有分支机构或者业务代办人的,经该受送达人授权,人民法院可以向其分支机构或者业务代办人送达。

第 6 条 人民法院向在中华人民共和国领域内没有住所的受送达人送达司法文书时,若该受送达人所在国与中华人民共和国签订有司法协助协定,可以依照司法协助协定规定的方式送达;若该受送达人所在国是《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(《海牙送达公约》)的成员国,可以依照该公约规定的方式送达。

受送达人所在国与中华人民共和国签订有司法协助协定,且为《海牙送达公约》成员国的,人民法院依照司法协助协定的规定办理。

提示注意:该条已被 2013 年《办理司法协助请求的规定》所取代,根据 2013 年规定第 1 条,不再坚持双边条约优先适用的原则,人民法院应根据便捷、高效的原则确定依据《海牙送达公约》或者双边民事司法协助条约,对外提出民商事案件司法文书送达和调查取证的请求。

第 10 条 除本规定上述送达方式外,人民法院可以通过传真、电子邮件等能够确认收悉的其他适当方式向受送达人送达。

③是否送达的认定

第一,不能送达的认定。

第 7 条,按照司法协助协定、《海牙送达公约》或者外交途径送达司法文书,自我国有关机关将司法文书转递受送达人所在国有关机关之日起满 6 个月(注意:根据《民诉法解释》第 536 条,该认定期间已由 6 个月缩短为 3 个月),如果未能收到送达与否的证明文件,且根据各种情况不足以认定已经送达的,视为不能用该种方式送达。

第二,合法送达的认定。

第 13 条 受送达人未对人民法院送达的司法文书履行签收手续,但存在以下情形之一的,视为送达:(一)受送达人书面向人民法院提及了所送达司法文书的内容;(二)受送达人已经按照所送达司法文书的内容履行;(三)其他可以视为已经送达的情形。

【真题示例】

中国某法院审理一起涉外民事纠纷,需要向作为被告的外国某公司进行送达。根据《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(海牙《送达公约》)、中国法律和司法解释,关于该案件的涉外送达,法院的下列哪一做法是正确的?(2013-39, 单选)⁶⁸

⁶⁸ D. 只有受送达人所在国也为海牙《送达公约》的缔约国,才考虑按照海牙《送达公约》规定的方式

- A. 应首先按照海牙《送达公约》规定的方式进行送达
- B. 不得对被告采用邮寄送达方式
- C. 可通过中国驻被告所在国使领馆向被告进行送达
- D. 可通过电子邮件方式向被告送达

(三) 域外取证

域外取证，指基于国际条约或互惠原则，被请求国协助请求国调查案情，获得或收集证据的活动。

1. 域外取证的方式（《海牙取证公约》）

(1) 代为取证：指一国司法机关向证据所在地国的司法机关提出请求，由后者代为进行取证（我国允许）。

公约规定：

①在民事或商事案件中，每一缔约国的司法机关可以根据该国的法律规定，通过请求书的方式，请求另一缔约国主管机关调取证据或履行某些其他司法行为；

②每一缔约国应指定一个中央机关负责接收来自另一缔约国司法机关的请求书，并将其转交给执行请求的主管机关；请求书应直接送交执行国中央机关，无需通过该国任何其他机关转交；

③请求书应以被请求执行机关的文字作成或附该种文字的译文；

④只有在下列情况下，才能拒绝执行请求书：第一，在执行国，该请求书的执行不属于司法机关的职权范围；第二，被请求国认为，请求书的执行将会损害其主权和安全。执行国不能仅因其国内法已对该项诉讼标的规定专属管辖权或不承认对该事项提起诉讼的权利为理由，拒绝执行请求。

(2) 领事取证：指通过本国驻他国领事或外交人员在驻在国直接调查取证，通常是向本国国民调查取证（我国允许）。

公约规定：在民事或商事案件中，每一缔约国的外交官员或领事代表在另一缔约国境内其执行职务的区域内，可向其本国国民在不采取强制措施的情况下调取证据。

(3) 特派员取证：指受诉法院委派专门官员到外国调查取证。

公约规定：在民事或商事案件中，被正式指派的特派员可以在不采取强制措施的情况下在一缔约国境内调取证据，以协助在另一缔约国法院中正在进行的诉讼。

我国规定：原则上不允许外国特派员在我国取证，特殊情况下可特许。

(4) 当事人或诉讼代理人自行取证

主要存在于英美法国家，公约未规定该方式。

我国规定：未经主管机关准许，外国当事人或诉讼代理人不得在我国自行取证。

进行送达，A 项错误。受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，B 项错误。采取使领馆途径送达，只针对具有中国国籍的受送达人，C 项错误。

【例 3】中国某法院审理一涉外民事案件中，需要从 A 国调取某些证据。A 国是《关于从国外调取民事或商事证据公约》的缔约国。根据该公约的规定，（1）如果张某是中方当事人的代理律师，其是否可以请求甲国法院调取所需的证据？（2）如果中国法院打算以请求书的方式请求 A 国司法机关进行取证，该请求书是否须由中国外交部转交甲国的中央机关？

（1）不可以。根据公约第 1 条，只有缔约国的司法机关可以根据该国的法律规定，通过请求书的方式，请求另一缔约国主管机关调取证据。作为诉讼代理人，张某无权提出请求。（2）不需要。根据公约第 2 条，每一缔约国应指定一个中央机关负责接收来自另一缔约国司法机关的请求书，并将其转交给执行请求的主管机关，请求书应直接送交执行国中央机关。可见，请求书应在请求国司法机关和被请求国中央机关之间直接传递，无需通过外交部转交。

2. 域外证据的效力

2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第 11 条 当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

第 12 条 当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料，应当附有中文译本。

【真题示例】

中国与甲国均为《关于从国外调取民事或商事证据的公约》的缔约国，现甲国法院因审理一民商事案件，需向中国请求调取证据。根据该公约及我国相关规定，下列哪一说法是正确的？（2014-39，单选）⁶⁹

- A. 甲国法院可将请求书交中国司法部，请求代为取证
- B. 中国不能以该请求书不属于司法机关职权范围为由拒绝执行
- C. 甲国驻中国领事代表可在其执行职务范围内，向中国公民取证，必要时可采取强制措施
- D. 甲国当事人可直接在中国向有关证人获取证人证言

（四）外国法院判决的承认与执行

1. 中国关于外国法院判决承认与执行的规定

（1）提出方式

中国法院和外国法院作出的判决、裁定，要在对方国家得到承认与执行，可以由当事人直接向有管辖权的法院（我国为被执行人住所地或财产所在地中级法院）提出，也可以由法院按照条约的规定或互惠原则请求对方国家法院承

⁶⁹ A. 根据公约第 12 条，请求书的执行不属于司法机关的职权范围，可以拒绝执行，B 项错误。中国允许外国在华进行领事取证，但仅限于向其本国国民取证，且不得违反中国法律，不得采取强制措施，C 项错误。未经我国主管机关准许，任何外国当事人或其诉讼代理人都不得在我国境内自行取证，D 项错误。

认与执行。

【深度解析】申请承认和执行外国仲裁裁决与申请承认和执行外国法院判决的主体是否完全相同？

对于外国仲裁裁决的承认和执行，《民事诉讼法》第 283 条规定：“国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”

对于外国法院判决的承认和执行，《民事诉讼法》第 281 条规定：“外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。”

因此，申请承认和执行外国仲裁裁决的主体只有当事人，而申请承认和执行外国法院判决的主体既可以是当事人，也可以是一国的法院。

【例 4】中国法院就一家中国公司和一家瑞士公司之间的技术转让纠纷作出判决。判决生效后，瑞士公司拒不执行法院判决，而且该公司在中国既无办事机构、分支机构和代理机构，也无财产。根据我国法律，该判决如要得到瑞士法院的承认和执行，应如何提出申请？

根据《民事诉讼法》第 280 条，人民法院作出的发生法律效力判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，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，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者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。因此，本例中，可以由中国公司直接向有管辖权的瑞士法院提出申请，也可以由中国法院依照中国缔结或者参加的国际条约的规定向瑞士法院提出申请。

（2）须提交的材料

① 申请人向人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，应当提交申请书，并附外国法院作出的发生法律效力判决、裁定正本或者经证明无误的副本以及中文译本。

② 外国法院判决、裁定为缺席判决、裁定的，申请人应当同时提交该外国法院已经合法传唤的证明文件，但判决、裁定已经对此予以明确说明的除外。

③ 中国缔结或者参加的国际条约对提交文件有规定的，按照规定办理。

（3）承认与执行的审查

① 审查程序

承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的案件，人民法院应当组成合议庭进行审查。人民法院应当将申请书送达被申请人。被申请人可以陈述意见。人民法院经审查作出的裁定，一经送达即发生法律效力。

② 审查依据

对于向中国法院申请或者请求承认和执行的外国法院判决、裁定，中国法院应依照中国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查。经审查，认为不违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照有关规定执行；违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

③承认和执行分别处理

对外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决，需要中国法院执行的，当事人应当先向人民法院申请承认。人民法院经审查，裁定承认后，再根据民事诉讼法第三编的规定予以执行（“先承认，再执行”）。

当事人仅申请承认而未同时申请执行的，人民法院仅对应否承认进行审查并作出裁定。

（4）申请承认与执行的期间

当事人申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的期间，适用民事诉讼法第 239 条的规定（2 年）。

当事人仅申请承认而未同时申请执行的，申请执行的期间自人民法院对承认申请作出的裁定生效之日起重新计算。

（5）承认与执行的条件

- ①判决已生效；
- ②原判决国法院必须有管辖权；
- ③审判程序公正；
- ④不与我国正在进行的或已经终结的诉讼相冲突；
- ⑤不违反中国公共秩序；
- ⑥该国与中国存在条约或互惠关系（离婚判决的承认无须此项条件）。

（6）不予承认与执行的救济

如果某国与我国既无条约关系也不存在互惠关系时，我国对该外国法院的判决不予承认与执行（离婚判决的承认除外）。在该情形下，当事人可以向我国法院起诉，由有管辖权的法院作出判决并予以执行。

【真题示例】

当事人欲将某外国法院作出的民事判决申请中国法院承认和执行。根据中国法律，下列哪一选项是错误的？（2012-39，单选）⁷⁰

- A. 该判决应向中国有管辖权的法院申请承认和执行
- B. 该判决应是外国法院作出的发生法律效力的判决
- C. 承认和执行该判决的请求须由该外国法院向中国法院提出，不能由当事人向中国法院提出
- D. 如该判决违反中国的公共利益，中国法院不予承认和执行

⁷⁰ C. 根据《民事诉讼法》第 281 条，外国法院作出的判决、裁定，需要中国法院承认和执行的，可以由当事人直接向中国法院申请，也可以由外国法院依照条约的规定或互惠原则请求人民法院承认和执行，C 项错误。

2. 中国关于承认与执行外国法院离婚判决的规定

(1) 承认申请的受理

①中国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决，人民法院不应以其未在国内缔结婚姻关系而拒绝受理；中国公民申请承认外国法院在其缺席情况下作出的离婚判决，应同时向人民法院提交作出该判决的外国法院已合法传唤其出庭的有关证明文件。

②外国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决，如果其离婚的原配偶是中国公民的，人民法院应予受理；如果其离婚的原配偶是外国公民的，人民法院不予受理，但可告知其直接向婚姻登记机关申请再婚登记。

③当事人向人民法院申请承认外国法院离婚调解书效力的，人民法院应予受理，并根据《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》进行审查，作出承认或不予承认的裁定。

(2) 外国法院离婚判决的效力

中国当事人一方持外国法院作出的离婚判决书，向人民法院申请承认其效力的，应由中级人民法院受理。经审查，如该外国法院判决不违反我国法律的基本准则或我国国家、社会利益，裁定承认其效力；否则，裁定驳回申请。裁定后不得上诉。

(3) 申请承认外国法院离婚判决的程序（1991 年最高院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》）

第一，适用范围（中国与对方无条约关系；只适用于夫妻身份关系，不适用于其他问题）

第 1 条 对与我国没有订立司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，中国籍当事人可以根据本规定向人民法院申请承认该外国法院的离婚判决。对与我国有司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，按照协议的规定申请承认。

第 2 条 外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行，不适用本规定。

第二，受理法院

第 5 条 申请由申请人住所地中级人民法院受理。申请人住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地中级人民法院受理。申请人不在国内的，由申请人原国内住所地中级人民法院受理。

第三，不予承认的情形

第 12 条 经审查，外国法院的离婚判决具有下列情形之一的，不予承认：

- ①判决尚未发生法律效力；
- ②作出判决的外国法院对案件没有管辖权；
- ③判决是在被告缺席且未得到合法传唤情况下作出的；
- ④该当事人之间的离婚案件，我国法院正在审理或已作出判决，或者第三国法院对该当事人之间作出的离婚案件判决已为我国法院所承认；
- ⑤判决违反我国法律的基本原则或者危害我国国家主权、安全和社会公共利益。

提示注意：根据《民诉法解释》544 条，承认外国法院作出的离婚判决，不以作出判决的外国国家与我国存在条约或互惠关系为前提。

四、外资非正常撤离中国相关利益方跨国追诉与诉讼的问题

2008 年《外资非正常撤离中国相关利益方跨国追诉与诉讼工作指引》

1. 中方当事人在国内的救济途径	(1) 国内申请立案：外资非正常撤离事件发生后，中方当事人要及时向有关司法主管部门（法院或侦查机关）申请民商事或刑事案件立案。 (2) 提出司法协助请求：各主管部门可根据各自系统内工作程序及我国和相应国家签订的司法协助条约，通过条约规定的中央机关在本国向外方提出司法协助请求。 (3) 外方给与协助：外方根据所缔结条约有义务向中方提供司法协助。
2. 外资方的连带清偿责任	不履行正常清算义务给债权人造成损失的，作为有限责任公司的股东、股份有限公司的控股股东和董事以及公司实际控制人的外国企业或个人仍应承担相应民事责任，对公司债务承担连带清偿责任。
3. 中国法院判决的承认与执行	中方当事人提起的民事诉讼在我国法院胜诉后，如败诉的外国当事人在中国无可供执行的财产，胜诉方可依据中国和相应国家签订的司法协助条约或依据败诉方在国外的财产所在地的法律，请求外国有管辖权的法院承认和执行中国法院的生效判决、裁定。
4. 中方当事人在国外的救济途径	我国与外国缔结的《民商事司法协助条约》相互赋予了对方国民与本国国民同等的诉讼权利。中方债权人可据此在已缔约条约国家民事诉讼，有经济困难的我国公民在外诉讼，可根据所在国法律申请相应法律援助。
5. 对涉嫌犯罪人员的引渡	对极少数恶意逃避欠缴，税额巨大，涉嫌犯罪的嫌疑人员，国家有关主管部门在立案后，可视具体案情通过条约规定的中央机关或外交渠道向犯罪嫌疑人逃往国提出引渡请求或刑事诉讼移转请求，以最大程度地确保犯罪嫌疑人受到法律追究。

【图表精要】

一、国际商事仲裁

(一) 仲裁协议的有效性及其认定

(1) 仲裁协议无效的情形：《仲裁法》第 17 条、18 条

(2) 仲裁协议约定不明的处理：《仲裁法解释》第 3-7 条

(3) 仲裁协议效力的认定：《仲裁法》第 20 条

(4) 仲裁协议的法律适用：

《涉外民事关系法律适用法》第 18 条 当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。

《涉外司法解释（一）》第 14 条 当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。

(5) 管辖法院：《仲裁法解释》第 12 条、13 条。

(二) 仲裁裁决的承认与执行

1. 《承认与执行外国仲裁裁决公约》（1958 年《纽约公约》）

《纽约公约》 第 5 条	有下列情形之一的，可以拒绝承认和执行外国仲裁裁决： (1) 当事人无行为能力，或仲裁协议无效； (2) 被执行人未接到关于指派仲裁员或关于仲裁程序的通知，或由于其他情况未能出庭申辩； (3) 裁决超出约定仲裁事项的范围； (4) 仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人间的协议不符，或者与仲裁地所在国法律不符； (5) 裁决尚未生效； (6) 依执行地国法，有关争议事项不能仲裁解决； (7) 与执行地公共秩序相抵触。
-----------------	---

2. 中国关于承认与执行仲裁裁决的规定

中国涉外仲裁裁决在中国的执行	(1) 执行机构 一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级法院申请执行，申请书应当用中文文本提出。 (2) 裁定不予执行的法定情形 根据《民事诉讼法》第 274 条，有下列情形之一的，裁定不予执行： ①没有仲裁协议； ②被申请人没有得到指定仲裁员或进行仲裁的通知，或未能陈述意见； ③仲裁庭的组成或程序与仲裁规则不符； ④裁决的事项不属于仲裁协议的范围或仲裁机构无权仲裁； ⑤人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益。 (3) 不予执行的逐级上报 法院裁定不予执行之前——报请高级人民法院进行审查——高级人民法院同意不予执行——报最高人民法院——待最高人民法院答复后，方可裁定不予执行。 (4) 不予执行的救济 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（《民事诉讼法》第 275 条）。
外国裁决在中国的承认与执行	(1) 承认与执行的机构 当事人应直接向被执行人住所地或者财产所在地的中级法院申请，法院按照有关国际公约或者互惠原则办理（《民事诉讼法》第 283 条）。 (2) 承认与执行的期限 法院决定予以承认与执行的，应在受理申请之日起 2 个月内作出裁定，在裁定后 6 个月内执行完毕。 (3) 拒绝承认和执行的逐级上报 法院裁定拒绝承认和执行之前——报请高级人民法院进行审查——高级人民法院同意拒绝承认和执行——报最高人民法院——待最高人民法院答复后，方可裁定拒绝承认和执行。

(三) 申请撤销仲裁裁决

申请撤销涉外仲裁裁决	(1) 中国法院只能撤销本国裁决，不能撤销外国裁决。 (2) 申请撤销的期限和撤销机构 当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起 6 个月内，向仲裁机构所在地中级法院提出；
------------	---

	(3) 撤销的法定理由（与撤销国内裁决的理由不同，见《仲裁法》第 58 条）根据《仲裁法》第 70 条，当事人证明涉外仲裁裁决有下列情形之一的，法院裁定撤销：①没有仲裁协议； ②被申请人没有得到指定仲裁员或进行仲裁的通知，或未能陈述意见； ③仲裁庭的组成或程序与仲裁规则不符； ④裁决的事项不属于仲裁协议的范围或仲裁机构无权仲裁。 (4) 撤销的逐级上报 法院在裁定撤销裁决之前——报请高级人民法院进行审查——高级人民法院同意撤销裁决或通知仲裁庭重新仲裁——报最高人民法院——待最高人民法院答复后，方可裁定撤销裁决或通知仲裁庭重新仲裁。 (5) 法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后，另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的，受理执行申请的法院应当在受理后裁定中止执行（注意：并非“不予受理”）。 (6) 撤销后的救济 ①对于法院撤销仲裁裁决或驳回当事人申请的裁定，当事人无权上诉或申诉，检察院也不能提起抗诉； ②涉外仲裁裁决被法院撤销后，当事人可以依据重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以直接向有管辖权的法院起诉。
--	---

二、国际民事诉讼

（一）国际商事管辖权

1. 普通地域管辖	《民事诉讼法》第 21 条 涉外离婚案件的管辖权：《民诉法解释》第 13-17 条
2. 特别地域管辖	《民事诉讼法》第 265 条 根据该条，只要具备以下连结因素之一，中国法院就有权管辖：（1）合同在中国领域内签订或者履行；（2）诉讼标的物在中国领域内；（3）被告在中国领域内有可供扣押的财产；（4）被告在中国领域内设有代表机构。
3. 专属管辖	《民事诉讼法》第 33 条、266 条 《民诉法解释》第 531 条 2 款
4. 协议管辖	《民事诉讼法》第 34 条 《民诉法解释》第 531 条 1 款
★5. 拒绝管辖	不方便法院原则：在国际民事诉讼中，原告通常会选择对自己有利的法院，如法院受理案件，可能对被告不利；从法院角度来看，由于案件不涉及本国，如法院受理此案，在认定事实和适用法律方面存在困难；此时，法院可以自身属“不方便法院”为由，拒绝行使管辖。 《民诉法解释》第 532 条 涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼： （1）被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议； （2）当事人之间不存在选择中国法院管辖的协议； （3）案件不属于中国法院专属管辖； （4）案件不涉及中国国家、公民、法人或者其他组织的利益； （5）案件争议的主要事实不是发生在中国境内，且案件不适用中国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；

	(6) 外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便。 归纳： 拒绝管辖三要件 { 主观：被告提出管辖异议，且双方未协议选择中国法院管辖； 客体：案件不属中国法院专属管辖，且不适合中国法院管辖； 客观：外国法院有权管辖，且更方便管辖。
6. 集中管辖	《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》（2001）：该规定以优化资源配置、提高涉外审判质量为目的，将原来由基层法院、中级法院分散管辖的涉外民商事案件的管辖权集中到少数中级法院和特定基层法院手中进行“集中管辖”。 (1) 管辖法院 第一审涉外民商事案件的管辖法院：①国务院批准设立的经济技术开发区人民法院；②省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院；③经济特区、计划单列市中级人民法院；④最高人民法院指定的其他中级人民法院；⑤高级人民法院。 对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的，其第二审由所在地中级人民法院管辖。 (2) 规定适用的案件 本规定适用于下列案件：①涉外合同和侵权纠纷案件；②信用证纠纷案件；③申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；④审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；⑤申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖，参照本规定处理。 (3) 规定不适用的案件 ①发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件；②涉外房地产案件；③涉外知识产权案件。

(二) 一事再理或一事两诉

1. 概念	又称诉讼竞合。一事再理，指已由一国法院审判过的案件又被另一国法院受理；一事两诉，指相同的诉讼当事人就同一诉由或诉讼标的在两个法院或两个以上国家的法院同时诉讼。 国内民事诉讼：通常禁止； 国际民事诉讼：通常并不禁止，可以再行起诉或受理。
2. 我国规定	《民诉法解释》第 533 条 中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。 外国法院判决、裁定已经被人民法院承认，当事人就同一争议向人民法院起诉的，人民法院不予受理。 归纳： { 已经受理，不再承认； 已经承认，不再受理。

(三) 诉讼代理（《民事诉讼法》第 263 条；《民诉法解释》第 528、529 条）

1. 外国人在中国诉讼可以委托 { (1) 中国公民、中国律师
(2) 外国人的本国人、本国律师（以非律师身份）
(3) 外国驻华使领馆官员（以个人名义）
- 的诉讼代理人

2. 授权委托书的证明

《民事诉讼法》第 264 条 在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证（**公证+认证**），或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后（**条约方式**），才具有效力。

《民诉法解释》第 524-526 条

(1) 授权委托书在国外签署

- ① “公证+认证” 方式

所在国与中国有外交关系：所在国公证机关公证——中国
驻该国使领馆认证；

所在国与中国无外交关系：所在国公证机关公证——与中
国有外交关系的第三国驻该国使领馆认证——再转由中
国驻该第三国使领馆认证
- ② 条约方式（中国与该国订立的有关条约中规定的证明手续）。

(2) 授权委托书在国内签署

- ① 法官见证：外国当事人在人民法院法官的见证下签署授权委托书，委托代理人进
行民事诉讼的，人民法院应予认可；
- ② 中国公证机关公证：外国当事人在中国境内签署授权委托书，委托代理人进行民
事诉讼，经中国公证机关公证的，人民法院应予认可。

(四) 国际司法协助

1. 域外送达

(1) 外国向中国送达

① 中央机关途 径	外国文书 → 司法部 → 最高法院 → 有关法院 → 当事人 注意： A. 对未附中文译本而附英、法文译本的文书，法院仍应予以送达；但除条约另 有规定，受送达人有权以未附中文译本为由拒收； B. 不管文书中确定的出庭日期或期限是否已过，均应送达。
② 使领馆途径	外国驻华使、领馆可直接向其在本国的本国公民送达民商事司法文书，但不得违反 我国法律，不得对当事人采取强制措施。
③ 外交途径	适用：与我国无条约关系的国家。 《民诉法解释》第 549 条 与中华人民共和国没有司法协助条约又无互惠关系的国 家的法院，未通过外交途径，直接请求人民法院提供司法协助的，人民法院应予退回， 并说明理由。

(2) 中国向外国送达

《民事诉讼法》 第 267 条	(1) 条约方式； (2) 外交途径； (3) 使领馆途径（限于向具有中国国籍的受送达人送达）；
--------------------	--

2006 年最高院 《涉外送达规定》	(4) 向诉讼代理人送达 (除受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外, 其委托的诉讼代理人为有权代其接受送达的诉讼代理人); (5) 向代表机构或者分支机构、业务代办人送达 (向分支机构、业务代办人送达, 须经受送达人授权); (6) 邮寄送达 (受送达人所在国的法律允许邮寄送达时可采用, 满 3 个月); (7) 传真、电子邮件送达; (8) 不能用上述方式送达的, 公告送达 (公告期满 3 个月视为送达; 法院一审采取公告送达的, 二审时可径行采取公告方式向当事人送达, 但能够采取其他方式的除外); (9) 直接送达: 向位于中国境内的受送达人或其法定代表人、主要负责人 (董事、监事、高级管理人员等) 送达。
-----------------------	--

2. 域外取证

方式 (《关于从国外调取民事或商事证据的公约》)	(1) 代为取证	一国受理案件的司法机关向证据所在地的司法机关提出请求, 由后者代为取证。 (1) 请求书: 应直接送交执行国中央机关, 无需通过该国任何其他机关转交; 请求书应以执行地国文字作成或附其译文。 (2) 可以拒绝执行请求书的理由: ①请求事项不属于执行地国司法机关的职权范围; ②请求书的执行将会损害执行地国主权和安全。
	(2) 领事取证	通过本国驻他国领事或外交人员在驻在国直接调查取证。 限制: (1) 只能向在外国的其本国公民取证; (2) 取证方式不得违反驻在国法律; (3) 不得采取强制措施。
	(3) 特派员取证	法院派专门的官员到外国调查取证 (不得采取强制措施)。 我国规定: 原则上不允许, 特殊情况下可特许。
	(4) 当事人或诉讼代理人自行取证	主要存在于英美法国家, 公约未规定该方式。 我国规定: 未经主管机关准许, 外国当事人或诉讼代理人不得在我国自行取证。
域外证据的认证	2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》 第 11 条 当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的, 该证据应当经所在国公证机关予以证明, 并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证 (公证+认证), 或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续 (条约方式)。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的, 应当履行相关的证明手续。 第 12 条 当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料, 应当附有中文译本。	

2013 年最高院《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》(2013 年《办理司法协助请求的规定》)

1. 司法协助的原则	(1) 便捷高效原则：依据<u>海牙送达公约</u>、<u>海牙取证公约</u>或者<u>双边民事司法协助条约</u>，对外提出送达和调查取证请求——人民法院根据便捷、高效原则确定（注意：不再坚持<u>双边条约优先适用原则</u>）（第1条）。 (2) 对等原则：人民法院协助外国办理送达和调查取证，适用对等原则（第2条）。 (3) 依法审查原则：人民法院协助外国办理送达和调查取证，应当进行审查；具有条约规定的拒绝提供协助的情形，人民法院应当拒绝（第3条）。
2. 管理机制	“统一管理和专人负责相结合的管理机制”（第6条）； “最高法院总负责，高院确定相关部门管理，其他法院指定专人管理”。
3. 相关制度	(1) 登记制度（第7条）。 (2) 档案制度（第8条）：送达回证、送达证明要保存；调查取证的材料应归档。
4. 经授权高院直接对外提出请求	经最高法院授权的高级法院，可以依据公约， <u>直接对外发出</u> 本辖区各级法院提出的送达和调查取证请求（无需通过中国司法部转递）（第9条）。

3. 外国法院判决的承认与执行

中国关于外国法院判决承认与执行的规定	(1) 提出方式 中国法院和外国法院作出的判决、裁定，要在对方国家得到承认与执行： ① 当事人提出：可以由当事人直接向有管辖权的法院（我国为被执行人住所地或财产所在地中级法院）提出； ② 法院提出：也可以由法院按照条约的规定或互惠原则请求对方国家法院承认与执行。 (2) 提交文件 ① <u>申请书</u>，并附外国法院判决、裁定正本 / <u>经证明无误的副本</u>，以及<u>中文译本</u>； ② <u>缺席审判的</u>，应同时提交外国法院已经合法传唤的证明文件（如判决、裁定中已对此予以说明的，无需提供）。 (3) 承认与执行分别处理 外国法院判决、裁定或者外国仲裁裁决，需要中国法院执行的，当事人应当先向人民法院申请承认；法院裁定承认后，再按规定程序予以执行（先承认，再执行）。 当事人仅申请承认而未申请执行的，人民法院<u>仅审查应否承认</u>。 (4) 申请或请求的审查 审查程序：组成<u>合议庭</u>进行审查；被申请人参与（应将申请书送达被申请人，被申请人可以陈述意见）； 审查依据：国际条约 / 互惠原则； 审查结果：审查后应作出裁定，裁定一经送达即发生法律效力。 (5) 承认与执行的条件 ① 判决已生效； ② 原判决国法院必须有管辖权；
--------------------	---

	③审判程序公正； ④不与我国正在进行的或已经终结的诉讼相冲突； ⑤不违反中国公共秩序； ⑥该国与中国存在条约或互惠关系（离婚判决的承认无须此项条件）。 (6) 不予承认与执行的救济 如中国对外国法院的判决不予承认与执行，当事人可以向我国法院起诉，由有管辖权的法院作出判决并予以执行。
--	---

第四章 区际法律问题

【知识点】

一、区际法律冲突及其解决

（一）区际法律冲突

区际法律冲突，指一国内部不同地区实行不同法律制度，由此而产生的法律适用的相互抵触。

（二）区际法律冲突的解决

《涉外民事关系法律适用法》第 6 条 涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。

【真题示例】

中国某法院受理一涉外民事案件后，依案情确定应当适用甲国法。但在查找甲国法时发现甲国不同州实施不同的法律。关于本案，法院应当采取下列哪一做法？（2011-39，单选）⁷¹

- A. 根据意思自治原则，由当事人协议决定适用甲国哪个州的法律
- B. 直接适用甲国与该涉外民事关系有最密切联系的州法律
- C. 首先适用甲国区际冲突法确定准据法，如甲国没有区际冲突法，适用中国法律
- D. 首先适用甲国区际冲突法确定准据法，如甲国没有区际冲突法，适用与案件有最密切联系的州法律

【深度解析】国际法律冲突和区际法律冲突区别何在？

	国际法律冲突	区际法律冲突
1. 概念	指不同国家调整同一法律关系的法律规定不同，由此而产生的法律适用上的相互抵触。	指一国内部不同地区实行不同的法律制度，由此而产生的法律适用的相互抵触。
2. 发生范围	不同国家间	一国内部不同地区之间
3. 产生原因	各国法律规定不同	一国内部不同地区之间法律规定不同

⁷¹ B。参见《涉外民事关系法律适用法》第 6 条。

4. 解决途径	冲突法解决途径； 国际统一实体法解决途径	区际冲突法解决途径； 国内统一实体法解决途径
---------	-------------------------	---------------------------

二、区际司法协助

(一) 内地与港澳台地区之间的送达

1. 内地与港澳的相互委托送达

	内地与香港 (1999 年最高院《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》)	内地与澳门 (2001 年最高院《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》)
1. 机关	双方委托送达司法文书，均须通过各高级人民法院和香港特别行政区高等法院进行。最高人民法院司法文书可以直接委托香港特别行政区高等法院送达。	双方相互委托送达司法文书和调取证据，均须通过各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行。最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托送达和调取证据。
2. 文书	(1) 委托方请求送达司法文书，须出具盖有其印章的委托书，并须在委托书中说明委托机关的名称、受送达人的姓名或者名称、详细地址及案件的性质。 (2) 委托书应当以中文文本提出。所附司法文书没有中文文本的，应当提供中文译本。以上文件一式两份。受送达人为两人以上的，每人一式两份。 (3) 受委托方如果认为委托书与本安排的规定不符，应当通知委托方，并说明对委托书的异议。必要时可以要求委托方补充材料。	(1) 委托方法院请求送达司法文书，须出具盖有其印章的委托书，并在委托书中说明委托机关的名称、受送达人的姓名或者名称、详细地址及案件性质。如果执行方法院请求按特殊方式送达或者有特别注意事项的，应当在委托书中注明。 (2) 委托书应当以中文文本提出。所附司法文书及其他相关文件没有中文文本的，应当提供中文译本。 (3) 委托书及所附司法文书和其他相关文件一式两份，受送达人为两人以上的，每人一式两份。
3. 程序	送达司法文书，应当依照受委托方所在地法律规定的程序进行。	受委托方法院应当根据本辖区法律规定执行受托事项。委托方法院请求按照特殊方式执行委托事项的，如果受委托方法院认为不违反本辖区的法律规定，可以按照其特殊方式执行。
4. 责任	受委托方对委托方委托送达的司法文书的内容和后果不负法律责任。	受委托方法院对委托方法院委托送达的司法文书和所附相关文件的内容和后果不负法律责任。
5. 费用	委托送达司法文书费用互免。但委托方在委托书中请求以特定送达方式送达所产生的费用，由委托方负担。	委托方法院无须支付受委托方法院在送达司法文书或调取证据时发生的费用或税项。但受委托方法院根据其

		本辖区法律规定，有权在调取证据时，要求委托方法院预付鉴定人、证人、翻译人员的费用，以及因采用委托方法院在委托书中请求以特殊方式送达司法文书或调取证据所产生的费用。
6. 期限	(1) 不论司法文书中确定的出庭日期或者期限是否已过，受委托方均应送达。委托方应当尽量在合理期限内提出委托请求。 (2) 受委托方接到委托书后，应当及时完成送达，最迟不得超过自收到委托书之日起 2 个月。	(1) 不论委托方法院司法文书中确定的出庭日期或者期限是否已过，受委托方法院均应送达。 (2) 受委托方法院应优先处理受托事项。完成受托事项的期限，送达文书最迟不得超过自收到委托书之日起 2 个月。

2. 内地向港澳当事人的送达

2009 年最高院《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》		
1. 适用范围	第 1 条 人民法院审理涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民商事案件时，向住所地在香港特别行政区、澳门特别行政区的受送达人送达司法文书，适用本规定。	
2. 送达方式	(1) 向位于内地的受送达人送达 第 3 条 作为受送达人的自然人或者企业、其他组织的法定代表人、主要负责人在内地的，人民法院可以直接向该自然人或者法定代表人、主要负责人送达。 (2) 向诉讼代理人送达 第 4 条 除受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外，其委托的诉讼代理人为有权代其接受送达的诉讼代理人，人民法院可以向该诉讼代理人送达。 (3) 向代表机构、分支机构、业务代办人送达 第 5 条 受送达人在内地设立有代表机构的，人民法院可以直接向该代表机构送达。 受送达人在内地设立有分支机构或者业务代办人并授权其接受送达的，人民法院可以直接向该分支机构或者业务代办人送达。 (4) 委托香港高等法院或者澳门终审法院送达 第 6 条 人民法院向在内地没有住所的受送达人送达司法文书，可以按照《内地与香港送达安排》或者《内地与澳门送达和取证安排》送达。 按照前款规定方式送达的，自内地的高级法院或者最高法院将有关司法文书递送香港高等法院或者澳门终审法院之日起满三个月，如果未能收到送达与否的证明文件且不存在本规定第十二条规定情形的，视为不能适用该方式送达。 (5) 邮寄送达	

	第 7 条 人民法院向受送达人送达司法文书，可以邮寄送达。 邮寄送达时应附有送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达，签收日期为送达日期。 自邮寄之日起满三个月，虽未收到送达与否的证明文件，但存在本规定第十二条规定情形的，期间届满之日视为送达。 自邮寄之日起满三个月，如果未能收到送达与否的证明文件，且不存在本规定第十二条规定情形的，视为未送达。 (6) 传真、电子邮件送达 第 8 条 人民法院可以通过传真、电子邮件等能够确认收悉的其他适当方式向受送达人送达。 (7) 公告送达 第 9 条 人民法院不能依照本规定上述方式送达的，可以公告送达。公告内容应当在内地和受送达人住所地公开发行的报刊上刊登，自公告之日起满三个月即视为送达。 (8) 同时采取多种方式送达 第 10 条 除公告送达方式外，人民法院可以同时采取多种法定方式向受送达人送达。采取多种方式送达的，应当根据最先实现送达的方式确定送达日期。 (9) 可以适用留置送达 第 11 条 人民法院向在内地的受送达人或者受送达人的法定代表人、主要负责人、诉讼代理人、代表机构以及有权接受送达的分支机构、业务代办人送达司法文书，可以适用留置送达的方式。
3. 视为送达的情形	第 12 条 受送达人未对人民法院送达的司法文书履行签收手续，但存在以下情形之一的，视为送达： (一) 受送达人向人民法院提及了所送达司法文书的内容； (二) 受送达人已经按照所送达司法文书的内容履行； (三) 其他可以确认已经送达的情形。
4. 司法文书的转递	第 13 条 下级人民法院送达司法文书，根据有关规定需要通过上级人民法院转递的，应当附申请转递函。 上级人民法院收到下级人民法院申请转递的司法文书，应当在七个工作日内予以转递。 上级人民法院认为下级人民法院申请转递的司法文书不符合有关规定需要补正的，应当在七个工作日内退回申请转递的人民法院

3. 内地与台湾之间的送达

2008 年最高院《关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》	
1. 适用范围	第 1 条 人民法院审理涉台民事案件向住所地在台湾地区的当事人送达民事诉讼文书，以及人民法院接受台湾地区有关法院的委托代为向住所地在大陆的当事人送达民事诉讼文书，适用本规定。涉台民事诉讼文书

	送达事务的处理，应当遵守一个中国原则和法律的基本原则，不违反社会公共利益。
2. 人民法院向住所在台湾的当事人送达	人民法院向住所地在台湾地区的当事人送达民事诉讼文书，可以采用下列方式： （1）直接送达：①受送达人居住在大陆的（相关人员应负责签收）；②受送达人不在大陆居住，但送达时在大陆的。 （2）向诉讼代理人送达：受送达人在大陆有诉讼代理人的，向诉讼代理人送达。受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收的除外； （3）向代收人送达：受送达人有指定代收人的，向代收人送达； （4）向代表机构、分支机构、业务代办人送达：受送达人在大陆有代表机构、分支机构、业务代办人的，向其代表机构或者经受送达人明确授权接受送达的分支机构、业务代办人送达； 采用上述四种送达方式，当事人拒绝签收的，可以依法留置送达（第4条）。 （5）邮寄送达：受送达人在台湾地区的地址明确的，可以邮寄送达；邮寄送达应当附送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达，签收日期为送达日期。自邮寄之日起满3个月，如果未能收到送达与否的证明文件，且根据各种情况不足以认定已经送达的，视为未送达（第5条）。 （6）传真、电子邮件送达：有明确的传真号码、电子信箱地址的，可以通过传真、电子邮件方式向受送达人送达； 该方式下，应当注明人民法院的传真号码或者电子信箱地址，并要求受送达人在收到传真件或者电子邮件后及时予以回复。以能够确认受送达人收悉的日期为送达日期（第6条）。 （7）其他途径送达。 该方式下，应当由有关的高级人民法院出具委托函（第7条）。 （8）公告送达：采用上述方式不能送达或者台湾地区的当事人下落不明的，公告送达。 公告内容应当在境内外公开发行的报刊或者权威网站上刊登。公告送达的，自公告之日起满3个月，即视为送达（第8条）。
3. 人民法院代为送达台湾地区法院的诉讼文书	（1）文件要求：人民法院按照两岸认可的有关途径代为送达台湾地区法院的民事诉讼文书的，应当有台湾地区有关法院的委托函。 （2）时间要求：人民法院收到台湾地区有关法院的委托函后，经审查符合条件的，应当在收到委托函之日起两个月内完成送达。 （3）逾期仍送达：民事诉讼文书中确定的出庭日期或者其他期限逾期的，受委托的人民法院亦应予送达。 （4）不能送达的退回：人民法院按照委托函中的受送达人姓名或者名称、地址不能送达的，应当附函写明情况，将委托送达的民事诉讼文书

	按照原途径退回。完成送达的送达回证也可按照原途径退回。
	(5) 受托法院的免责：受委托的人民法院对台湾地区有关法院委托送达的民事诉讼文书的内容和后果不负法律责任。

【例 1】内地风帆公司与台湾思嘉公司签订了出口玩具的合同，双方在合同履行中产生纠纷，思嘉公司拒绝向风帆公司付款。风帆公司将该争议诉诸内地某法院，法院作出判决书后欲向思嘉公司送达。(1) 如果思嘉公司在内地有两家分支机构，法院是否可向任一支机构送达？(2) 如果采用邮寄送达，思嘉公司只是在邮件回执上签收，能否视为送达？

(1) 不可以。根据最高院《关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》，向分支机构送达，必须经受送达人明确授权。(2) 可以。根据该规定，受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达。

(二) 内地与澳门之间的调查取证

2001 年最高院 《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》	
1. 机关	见“内地与澳门之间的送达”。
2. 文书	委托书应当以中文文本提出。所附司法文书及其他相关文件没有中文文本的，应当提供中文译本。
3. 程序	见“内地与澳门之间的送达”。
4. 内容	(1) 委托方法院请求调取的证据只能是用于与诉讼有关的证据。 (2) 代为调取证据的范围包括：代为询问当事人、证人和鉴定人，代为进行鉴定和司法勘验，调取其他与诉讼有关的证据。
5. 委托方参与	受委托方法院在执行委托调取证据时，根据委托方法院的请求，可以允许委托方法院派司法人员出席。必要时，经受委托方允许，委托方法院的司法人员可以向证人、鉴定人等发问。
6. 作证人员的豁免	受委托方法院可以根据委托方法院的请求，并经证人、鉴定人同意，协助安排其辖区的证人、鉴定人到对方辖区出庭作证。 证人、鉴定人在委托方地域内逗留期间，不得因在其离开受委托方地域之前，在委托方境内所实施的行为或针对他所作的裁决而被刑事起诉、羁押，或者为履行刑罚或者其他处罚而被剥夺财产或者扣留身份证件，或者以任何方式对其人身自由加以限制。 证人、鉴定人完成所需诉讼行为，且可自由离开委托方地域后，在委托方境内逗留超过 7 天，或者已离开委托方地域又自行返回时，前款所指的豁免即行终止。 证人、鉴定人到委托方法院出庭而导致的费用及补偿，由委托方法院预付。 该条所指出庭作证人员，在澳门特别行政区还包括当事人。
7. 费用	见“内地与澳门之间的送达”。
8. 期限	(1) 调取证据最迟不得超过自收到委托书之日起 3 个月。

	(2) 受委托方法院收到委托书后,不得以其本辖区法律规定对委托方法院审理的该民商事案件享有专属管辖权或不承认对该请求事项提起诉讼的权利为由,不予执行受托事项。 受委托方法院在执行受托事项时,如果该事项不属于法院职权范围,或者内地人民法院认为在内地执行该受托事项将违反其基本法律原则或社会公共利益,或者澳门特别行政区法院认为在澳门特别行政区执行该受托事项将违反其基本法律原则或公共秩序的,可以不予执行,但应当及时向委托方法院书面说明不予执行的原因。
--	---

【例 2】南京市中级人民法院在审理一民事案件过程中,需从澳门调取证据。依据《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》,南京市中级人民法院能否直接委托澳门有关法院调取证据?

不能。根据该安排,双方相互委托送达司法文书和调取证据,均须通过各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行。最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托送达和调取证据。

(三) 内地与港澳台地区之间相互认可和执行法院判决

1. 内地与澳门、香港相互认可和执行民商事判决

	内地与澳门 (2006 年最高院《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》)	内地与香港 (2008 年最高院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》)
1. 适用范围	内地与澳门特别行政区民商事案件(在内地包括劳动争议案件,在澳门特别行政区包括劳动民事案件)判决的相互认可和执行,适用本安排。 本安排亦适用于刑事案件中有有关民事损害赔偿的判决、裁定。 本安排不适用于行政案件。	内地法院和香港法院在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决,当事人可以根据本安排向内地法院或者香港法院申请认可和执行。 本安排仅适用当事人之间的民商事合同,不包括雇佣合同以及自然人因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的合同。
2. 管辖法院	(1) 内地管辖法院 内地有权受理认可和执行判决申请的法院为被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院。两个或者两个以上中级人民法院均有管辖权的,申请人应当选择向其中一个中级人民法院提出申请。 (2) 澳门管辖法院	(1) 申请认可和执行,在内地向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级法院提出,在香港向香港特区高等法院提出。 (2) 被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级法院辖区的,申请人应当选择向其中一个法院提出申请,不得分别向

	澳门特别行政区有权受理认可判决申请的法院为中级法院,有权执行的法院为初级法院。 (3) 管辖竞合 被申请人在内地和澳门特别行政区均有可供执行财产的,申请人可以向一地法院提出执行申请。 申请人向一地法院提出执行申请的同时,可以向另一地法院申请查封、扣押或者冻结被执行人的财产。待一地法院执行完毕后,可以根据该地法院出具的执行情况证明,就不足部分向另一地法院申请采取处分财产的执行措施。 两地法院执行财产的总额,不得超过依据判决和法律规定所确定的数额。	多个法院提出申请。 (3) 被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地,既在内地又在香港的,申请人可以同时分别向两地法院提出申请,两地法院分别执行判决的总额,不得超过判决确定的数额。已经部分或者全部执行判决的法院应当根据对方法院的要求提供已执行判决的情况。
3. 申请文件	(1) 文件要求 申请书应当附生效判决书副本,或者经作出生效判决的法院盖章的证明书,同时应当附作出生效判决的法院或者有权机构出具的证明下列事项的相关文件: ①传唤属依法作出,但判决书已经证明的除外; ②无诉讼行为能力人依法得到代理,但判决书已经证明的除外; ③根据判决作出地的法律,判决已经送达当事人,并已生效; ④申请人为法人的,应当提供法人营业执照副本或者法人登记证明书; ⑤判决作出地法院发出的执行情况证明。 如被请求方法院认为已充分了解有关事项时,可以免除提交相关文件。 被请求方法院对当事人提供的判决书的真实性有疑问时,可以请求	(1) 文件要求 申请人向有关法院申请认可和执行判决的,应当提交以下文件: ①请求认可和执行的申请书; ②经作出终审判决的法院盖章的判决书副本; ③作出终审判决的法院出具的证明书,证明该判决属于本安排第二条所指的终审判决,在判决作出地可以执行; ④身份证明材料。 执行地法院对于本条所规定的法院出具的证明书,无需另行要求公证。 (2) 文书文字 向内地人民法院提交的文件没有中文文本的,申请人应当提交证明无误的中文译本。

	作出生效判决的法院予以确认。 (2) 文书文字 申请书应当用中文制作。所附司法文书及其相关文件未用中文制作的,应当提供中文译本。其中法院判决书未用中文制作的,应当提供由法院出具的中文译本。	
4. 认可程序	(1) 法院收到申请人请求认可和执行判决的申请后,应当将申请书送达被申请人。被申请人有权提出答辩。 (2) 被请求方法院应当尽快审查认可和执行的请求,并作出裁定。	申请人申请认可和执行内地人民法院或者香港特别行政区法院判决的程序,依据执行地法律的规定。本安排另有规定的除外。申请人申请认可和执行的期间为二年。
5. 不予认可的情形	被请求方法院经审查核实存在下列情形之一的,裁定不予认可: ①根据被请求方的法律,判决所确认的事项属被请求方法院专属管辖; ②在被请求方法院已存在相同诉讼,该诉讼先于待认可判决的诉讼提起,且被请求方法院具有管辖权; ③被请求方法院已认可或者执行被请求方法院以外的法院或仲裁机构就相同诉讼作出的判决或仲裁裁决; ④根据判决作出地的法律规定,败诉的当事人未得到合法传唤,或者无诉讼行为能力人未依法得到代理; ⑤根据判决作出地的法律规定,申请认可和执行的判决尚未发生法律效力,或者因再审被裁定中止执行; ⑥在内地认可和执行判决将违反内地法律的基本原则或者社会公共利益;在澳门特别行政区认可和执行判决将违反澳门特别行政区法律的基本原则或者公共秩序。	对申请认可和执行的判决,原审判决中的债务人提供证据证明有下列情形之一的,受理申请的法院经审查核实,应当裁定不予认可和执行: ①根据当事人协议选择的原审法院地的法律,管辖协议属于无效。但选择法院已经判定该管辖协议为有效的除外; ②判决已获完全履行; ③根据执行地的法律,执行地法院对该案享有专属管辖权; ④根据原审法院地的法律,未曾出庭的败诉一方当事人未经合法传唤或者虽经合法传唤但未获依法律规定的答辩时间。但原审法院根据其法律或者有关规定公告送达的,不属于上述情形; ⑤判决是以欺诈方法取得的; ⑥执行地法院就相同诉讼请求作出判决,或者外国、境外地区法院就相同诉讼请求作出判决,或者有关仲裁机构作出仲裁裁决,已经为执行地法院所认可或者执行的。 内地人民法院认为在内地执行香港特别行政区法院判决违反内地社会公共利益,或者香港特别行政区

		法院认为在香港特别行政区执行内地人民法院判决违反香港特别行政区公共政策的，不予认可和执行。
6. 裁定后的救济	当事人对认可与否的裁定不服的，在内地可以向上一级人民法院提请复议，在澳门特别行政区可以根据其法律规定提起上诉；对执行中作出的裁定不服的，可以根据被请求方法律的规定，向上级法院寻求救济。	当事人对认可和执行与否的裁定不服的，在内地可以向上一级人民法院申请复议，在香港特区可以根据其法律规定提出上诉。
7. 财产保全和另行诉讼	(1) 财产保全 法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后，可以按照被请求方法律关于财产保全的规定，根据申请人的申请，对被申请人的财产采取保全措施。 (2) 另行诉讼 ①在被请求方法院受理认可和执行判决的申请期间，或者判决已获认可和执行，当事人再行提起相同诉讼的，被请求方法院不予受理。 ②对于根据上述第(1)、(4)、(6)项不予认可的判决，申请人不得再行提起认可和执行的申请。但根据被请求方的法律，被请求方法院有管辖权的，当事人可以就相同案件事实向当地法院另行提起诉讼。上述第(5)项所指的判决，在不予认可的情形消除后，申请人可以再行提起认可和执行的申请。	(1) 财产保全 法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后，可以按照执行地法律关于财产保全或者禁制资产转移的规定，根据申请人的申请，对被申请人的财产采取保全或强制措施。 (2) 另行诉讼 ①在法院受理当事人申请认可和执行判决期间，当事人依相同事实再行提起诉讼的，法院不予受理。已获认可和执行的判决，当事人依相同事实再行提起诉讼的，法院不予受理。 ②对于根据本安排第九条不予认可和执行的判决，申请人不得再行提起认可和执行的申请，但是可以按照执行地的法律依相同案件事实向执行地法院提起诉讼。

【例 3】香港甲公司与内地乙公司订立供货合同，约定由香港法院管辖。后双方因是否解除该合同及赔偿问题诉诸香港法院，法院判乙公司败诉。甲公司欲向内地法院申请认可和执行该判决，其得知乙公司在内地青岛市和杭州市均有财产。根据最高院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》，(1) 甲公司能否分别向两地有关法院申请认可和执行？(2) 如果乙公司财产分别位于青岛和香港，甲公司能否同时分别向两地有关法院申请执行？

(1) 不能。根据该安排，被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级法院辖区的，申请人应当选择向其中一个法院提出申请，不得分别向多个法院提出申请。(2) 可以。根据该安排，被申请人的住所地、

经常居住地或者财产所在地，既在内地又在香港的，申请人可以同时分别向两地法院提出申请。

2. 台湾地区民事判决在内地的认可和执行

2015 年最高院《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》	
1. 适用范围	台湾地区法院民事判决的当事人可以根据本规定，作为申请人向人民法院申请认可和执行台湾地区有关法院民事判决。
2. 受理法院	申请认可台湾地区法院民事判决的案件，由申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地中级人民法院或者专门人民法院受理。 申请人向两个以上有管辖权的人民法院申请认可的，由最先立案的人民法院管辖。 申请人向被申请人财产所在地人民法院申请认可的，应当提供财产存在的相关证据。
3. 认可与起诉不得同时受理	人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，当事人就同一争议起诉的，不予受理。 一方当事人向人民法院起诉后，另一方当事人向人民法院申请认可的，对于认可的申请不予受理。 案件虽经台湾地区有关法院判决，但当事人未申请认可，而是就同一争议向人民法院起诉的，应予以受理。 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，作出裁定前，申请人请求撤回申请的，可以裁定准许。
4. 提交材料	申请人申请认可台湾地区法院民事判决，应当提交申请书，并附有台湾地区有关法院民事判决文书和民事判决确定证明书的正本或者经证明无误的副本。台湾地区法院民事判决为缺席判决的，申请人应当同时提交台湾地区法院已经合法传唤当事人的证明文件，但判决已经对此予以明确说明的除外。 申请人申请认可台湾地区法院民事判决，应当提供相关证明文件，以证明该判决真实并且已经生效。

5. 不予认可的情形	台湾地区法院民事判决具有下列情形之一的，裁定不予认可： （一）申请认可的民事判决，是在被申请人缺席又未经合法传唤或者在被申请人无诉讼行为能力又未得到适当代理的情况下作出的； （二）案件系人民法院专属管辖的； （三）案件双方当事人订有有效仲裁协议，且无放弃仲裁管辖情形的； （四）案件系人民法院已作出判决或者中国大陆的仲裁庭已作出仲裁裁决的； （五）香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的法院已就同一争议作出判决且已为人民法院所认可或者承认的； （六）台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的仲裁庭已就同一争议作出仲裁裁决且已为人民法院所认可或者承认的。 认可该民事判决将违反一个中国原则等国家法律的基本原则或者损害社会公共利益的，人民法院应当裁定不予认可。
6. 申请期限	申请人申请认可和执行台湾地区法院民事判决的期间，适用民事诉讼法第 239 条的规定（2 年），但申请认可台湾地区法院有关身份关系的判决除外。 申请人仅申请认可而未同时申请执行的，申请执行的期间自人民法院对认可申请作出的裁定生效之日起重新计算。

（四）内地与港澳台地区之间相互认可和执行仲裁裁决

1. 内地与香港、澳门相互认可和执行仲裁裁决

	内地与香港 (1999 年最高院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》)	内地与澳门 (2007 年最高院《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》)
1. 管辖法院	（1）在内地或者香港特区作出的仲裁裁决，一方当事人不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的有关法院申请执行。 （2）上条所述的有关法院，在内地指被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院，在香港特区指香港特区高等法院。 被申请人住所地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区内的，申请人可以选择其中一个人民法院申请执行裁决，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。 被申请人的住所地或者财产所	（1）在内地或者澳门特别行政区作出的仲裁裁决，一方当事人不履行的，另一方当事人可以向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的有关法院申请认可和执行。 内地有权受理认可和执行仲裁裁决申请的法院为中级人民法院。两个或者两个以上中级人民法院均有管辖权的，当事人应当选择向其中一个中级人民法院提出申请。 澳门特别行政区有权受理认可仲裁裁决申请的法院为中级法院，有权执行的法院为初级法院。 （2）被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地分别在内地

	在地,既在内地又在香港特区的,申请人不得同时分别向两地有关法院提出申请。只有一地法院执行不足以偿还其债务时,才可就不足部分向另一地法院申请执行。两地法院先后执行仲裁裁决的总额,不得超过裁决数额。	和澳门特别行政区的,申请人可以向一地法院提出认可和执行申请,也可以分别向两地法院提出申请。 当事人分别向两地法院提出申请的,两地法院都应当依法进行审查。予以认可的,采取查封、扣押或者冻结被执行人财产等执行措施。仲裁地法院应当先进行执行清偿;另一地法院在收到仲裁地法院关于经执行债权未获清偿情况的证明后,可以对申请人未获清偿的部分进行执行清偿。两地法院执行财产的总额,不得超过依据裁决和法律规定所确定的数额。
2. 申请条件	(1) 申请人向有关法院申请执行在内地或者香港特区作出的仲裁裁决的,应当提交以下文书:①执行申请书;②仲裁裁决书;③仲裁协议。 (2) 执行申请书应当以中文文本提出,裁决书或者仲裁协议没有中文文本的,申请人应当提交正式证明的中文译本。 (3) 申请人向有关法院申请执行内地或者香港特区仲裁裁决的期限依据执行地法律有关时限的规定。 (4) 有关法院接到申请人申请后,应当按执行地法律程序处理及执行。	(1) 申请人向有关法院申请认可和执行仲裁裁决的,应当提交以下文件或者经公证的副本:①申请书;②申请人身份证明;③仲裁协议;④仲裁裁决书或者仲裁调解书。 上述文件没有中文文本的,申请人应当提交经正式证明的中文译本。 (2) 申请人向有关法院申请认可和执行内地或者澳门特别行政区仲裁裁决的期限,依据认可和执行地的法律确定。 (3) 法院在受理认可和执行仲裁裁决申请之前或者之后,可以依当事人的申请,按照法院地法律规定,对被申请人的财产采取保全措施。
3. 不予认可的情形	①仲裁协议无效:仲裁协议当事人依对其适用的法律属于某种无行为能力的情形;或者该项仲裁协议依约定的准据法无效;或者未指明以何种法律为准时,依仲裁裁决地的法律是无效的; ②程序不公:被申请人未接到指派仲裁员的适当通知,或者因他故未能陈述意见的; ③裁决超范围:裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的或者不在仲裁协议条款之内,或者裁决载有关于交付仲裁范围以外事项的决定的;但交付仲裁事项的决定可与未交付仲裁的事项划分时,裁决中关于交付仲裁事项的决定部分应当予以执行; ④程序违约或违法:仲裁庭的组成或者仲裁庭程序与当事人之间的协	

	议不符，或者在有关当事人没有这种协议时与仲裁地的法律不符的； ⑤裁决无拘束力：裁决对当事人尚无约束力，或者业经仲裁地的法院或者按仲裁地的法律撤销或者停止执行的。 ⑥争议不可仲裁：有关法院认定依执行地法律，争议事项不能以仲裁解决的，则可不予执行该裁决。 ⑦违反公共秩序：内地法院认定在内地认可和执行该仲裁裁决违反内地法律的基本原则或者社会公共利益，香港特区法院认定在香港特区执行该仲裁裁决违反香港特区的公共政策，澳门特别行政区法院认定在澳门特别行政区认可和执行该仲裁裁决违反澳门特别行政区法律的基本原则或者公共秩序，则可不予认可和执行该裁决。
--	--

【例 4】张某在内地某仲裁机构取得一项涉及李某的具有给付内容的生效仲裁裁决。被申请人李某经常居住地位于内地，主要财产位于澳门。对于该仲裁裁决，根据 2007 年最高人民法院《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》，张某能否分别向内地与澳门法院提出认可和执行申请？

可以。根据该安排，被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地分别在内地和澳门特别行政区的，申请人可以向一地法院提出认可和执行申请，也可以分别向两地法院提出申请。

2. 台湾地区仲裁裁决在内地的认可和执行

2015 年最高院《关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》	
1. 适用范围	台湾地区仲裁裁决的当事人可以根据本规定，作为申请人向人民法院申请认可和执行台湾地区仲裁裁决。 本规定所称台湾地区仲裁裁决是指，有关常设仲裁机构及临时仲裁庭在台湾地区按照台湾地区仲裁规定就有关民商事争议作出的仲裁裁决，包括仲裁判断、仲裁和解和仲裁调解。
2. 受理法院	申请认可台湾地区仲裁裁决的案件，由申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地中级人民法院或者专门人民法院受理。 申请人向两个以上有管辖权的人民法院申请认可的，由最先立案的人民法院管辖。 申请人向被申请人财产所在地人民法院申请认可的，应当提供财产存在的相关证据。
3. 认可与起诉不得同时受理	人民法院受理认可台湾地区仲裁裁决的申请后，当事人就同一争议起诉的，不予受理。 当事人未申请认可，而是就同一争议向人民法院起诉的，亦不予受理，但仲裁协议无效的除外。 人民法院受理认可台湾地区仲裁裁决的申请后，作出裁定前，申请人请求撤回申请的，可以裁定准许。

4. 提交材料	申请人申请认可台湾地区仲裁裁决，应当提交以下文件或者经证明无误的副本：（一）申请书；（二）仲裁协议；（三）仲裁判决书、仲裁和解书或者仲裁调解书。 申请人申请认可台湾地区仲裁裁决，应当提供相关证明文件，以证明该仲裁裁决的真实性。
5. 不予认可的情形	对申请认可和执行的仲裁裁决，被申请人提出证据证明有下列情形之一的，经审查核实，人民法院裁定不予认可： （一）仲裁协议一方当事人依对其适用的法律在订立仲裁协议时属于无行为能力的；或者依当事人约定的准据法，或当事人没有约定适用的准据法而依台湾地区仲裁规定，该仲裁协议无效的；或者当事人之间没有达成书面仲裁协议的，但申请认可台湾地区仲裁调解的除外； （二）被申请人未接到选任仲裁员或进行仲裁程序的适当通知，或者由于其他不可归责于被申请人的原因而未能陈述意见的； （三）裁决所处理的争议不是提交仲裁的争议，或者不在仲裁协议范围之内；或者裁决载有超出当事人提交仲裁范围的事项的决定，但裁决中超出提交仲裁范围的事项的决定与提交仲裁事项的决定可以分开的，裁决中关于提交仲裁事项的决定部分可以予以认可； （四）仲裁庭的组成或者仲裁程序违反当事人的约定，或者在当事人没有约定时与台湾地区仲裁规定不符的； （五）裁决对当事人尚无约束力，或者业经台湾地区法院撤销或者驳回执行申请的。 依据国家法律，该争议事项不能以仲裁解决的，或者认可该仲裁裁决将违反一个中国原则等国家法律的基本原则或损害社会公共利益的，人民法院应当裁定不予认可。
6. 申请期限	申请人申请认可和执行台湾地区仲裁裁决的期间，适用民事诉讼法第239条（2年）的规定。 申请人仅申请认可而未同时申请执行的，申请执行的期间自人民法院对认可申请作出的裁定生效之日起重新计算。

国际经济法

第一章 国际货物买卖

第一节 国际贸易术语

【知识点】

一、国际贸易术语概述

国际贸易术语，是在国际贸易中逐渐形成的，表明买卖双方在不同交货条件下承担的责任、费用和风险的英文缩写。

根据《2000年国际贸易术语解释通则》（Incoterms 2000），国际贸易术

2017 年国家司法考试
名师强化阶段三国法随堂讲义——王斌老师

语分 E—F—C—D 四组，共 13 个（参见下表）。其排列特点在于：买方义务越来越小，卖方义务越来越大。

《2000 年国际贸易术语解释通则》

名称	交货地点	风险转移	运输	保险	出口 手续	进口 手续	运输方式
EXW 工厂交货	卖方工厂	交货时	买方	(买方)	买方	买方	各种运输
FCA 货交承运人	交承运人	交货时		(买方)			各种运输
FAS 船边交货	装运港船边	交货时	买方	(买方)	卖方	买方	海运 内河
FOB 船上交货	装运港船上	装运港船舷					海运 内河
CFR 成本加运费	装运港船上	装运港船舷		(买方)			海运 内河
CIF 成本保险费加运费	装运港船上	装运港船舷		(买方)			海运 内河
	交承运人	交货时	卖方	卖方	卖方	买方	各种运输
CPT 运费付至	交承运人	交货时		(买方)			各种运输
CIP 运费保险费付至				卖方			
DAF 边境交货	边境指定地					买方	陆上运输
DES 目的港船上交货	点					买方	海运 内河
DEQ 目的港码头交货	目的港船上			(卖方)		买方	海运 内河
	目的港码头	交货时	卖方		卖方	买方	各种运输
DDU 未完税交货	指定目的地					卖方	各种运输
DDP 完税交货	指定目的地						

国际贸易术语的主要规律（Incoterms 2000）

	规律	涵义
1. 运输	E、F 组由买方负责； C、D 组由卖方负责。	前两组 E、F 组术语均由买方负责寻找承运人，订立运输合同，自付运费，安排运输事宜；后两组 C、D 组术语均由卖方负责寻找承运人，订立运输合同，自付运费，安排运输事宜。
2. 保险	E、F 组由买方负责； CIF、CIP 和 D 组由卖方负责。	(1) 根据《2000 年通则》，13 个术语中只有 CIF、CIP 由卖方负责办理货物运输保险； (2) 无特殊约定情况下，卖方只负责投保最低险别（平安险）； (3) 除 CIF、CIP 外，其余 11 个术语的保险问题《2000 年通则》并未规定，实践中由买卖双方根据自身利益投保，通常为：E 组、F 组、CFR、CPT 由买方负责；D 组由

		卖方负责。
3. 进出口手续	(1) 原则上, “卖出买进”; (2) 例外情形: EXW——进出口手续都由买方办理; DDP——进出口手续都由卖方办理。	(1) 通常情况下, 卖方负责出口手续, 买方负责进口手续; (2) EXW 术语下, 进出口手续都由买方办理; DDP 术语下, 进出口手续都由卖方办理。
4. 风险转移点	FOB、CFR、CIF 都在装运港船舷转移, 其余都在交货时转移。	(1) FOB、CFR、CIF 下, 货物毁损灭失的风险在装运港货物越过船舷转移时由卖方转移给买方; (2) 其余术语在“交货时”风险转移, 此处“交货时”的确定与“交货地点”密切相关, 具体而言: ①FCA、CPT、CIP 下, 货交承运人时风险转移; ②FAS 下, 货到装运港船边时风险转移; ③E 组、D 组下, 都在相应的交货地点交货时风险转移。
5. 地名含义	E 组(地点)——卖方工厂所在地; F 组(地点)——装运地、装运港; C 组(地点)——目的港、目的地; D 组(地点)——目的地。	重点掌握 F 组、C 组后面地点的判断, 具体而言: FCA(地点)——装运地; FAS(地点)、FOB(地点)——装运港; CFR(地点)、CIF(地点)——目的港; CPT(地点)、CIP(地点)——目的地。

提示注意: 根据新的 2010 年通则, 上述规律中, 除“风险转移点”有所变化外(参加下文), 其余规律仍然有效。

二、2010 年通则对 2000 年通则的主要修改

2010 年 9 月, 国际商会发布新修订的《国际贸易术语解释通则 2010》(Incoterms 2010), 新版本已于 2011 年生效。与 2000 年通则相比, 2010 年通则的变化主要体现在以下几个方面:

1. 贸易术语分类的变化	新通则将贸易术语分为两组: 适用于所有运输方式的术语 (EXW、FCA、CPT、CIP、DAT、DAP、DDP) 和仅适用于水运的术语 (FAS、FOB、CFR、CIF)。
2. 适用范围的变化	同时适用于国际和国内贸易, 而不再仅限于国际贸易。
3. 义务项目的变化	与 2000 年通则不同, 买方义务与卖方义务不再对应列举, 而是改为分别描述, 而且各项目内容也有所调整。
4. 新增 DAT 和 DAP 两个术语	(1) DAT (Delivered at Terminal) (运输终端交货): 卖方在约定期限内, 在指定港口或地点的运输终端, 将货物从抵达的运

	输工具上卸下，并交由买方处置。“运输终端”可以是任何地点，如码头、仓库、集装箱堆场或者铁路、公路或航空货运站等。卖方承担交货完成前货物毁损或灭失的一切风险。 (2) DAP (Delivered at Place) (目的地交货)：卖方在约定期限内，在指定地点，将仍处于运输工具上，且已做好卸载准备的货物交由买方处置。 DAT 与 DAP 的主要区别在于： DAT 下，卖方需要承担把货物由运输工具上卸下的费用；DAP 下，卖方只需在指定目的地把货物交于买方控制之下，无须承担卸货费用。
5. 增加了与安全有关的内容	2010 年通则要求买卖双方分别帮助对方提供与安全有关的信息，因此而发生的费用由受助方承担。
6. 风险转移的变化	FOB、CFR、CIF 术语下风险转移的时间： ——2000 年通则：装运港越过船舷风险转移； ——2010 年通则：货物在装运港被装上船时为界，不再设定“船舷”的界限。
7. 对链式销售的补充	在链式销售下，货物在运输期间被多次买卖，第一个卖方负责货物的运输，作为中间环节的卖方无须再负责运输，而是设法“获取”已装船货物。 “获取”已装船货物：即获得代表货物的权利凭证，从而享有出售该货物的权利。
8. 赋予电子文件与纸质文件同等的效力	新通则允许在买卖双方所涉及的所有单证中采取电子单证的形式。
9. 统一了承运人的概念	新通则明确规定，“承运人”指与托运人订立运输合同的一方。

Incoterms 2010

适用于所有运输方式的术语	仅适用于水运的术语
EXW 工厂交货 FCA 货交承运人 CPT 运费付至 CIP 运费保险费付至 DAT 运输终端交货 DAP 目的地交货 DDP 完税交货	FAS 装运港船边交货 FOB 装运港船上交货 CFR 成本加运费 CIF 成本保险费加运费

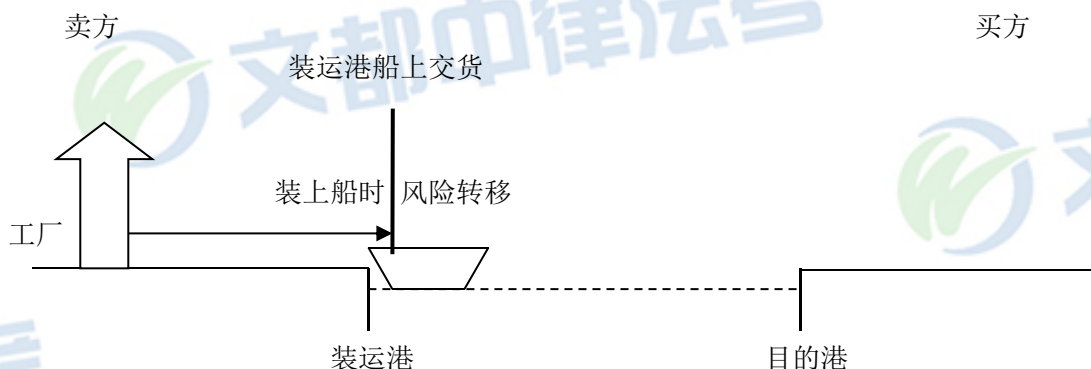
提示注意：通则的选用

1. 国际贸易术语属国际惯例，2010 年通则的生效，并不意味着 2000 年通则的失效，选用哪个版本由当事人约定；
2. 国际商会将 2010 年国际贸易术语解释通则注册为商标，在选用 2010 年通则时，需注明®；当然没有注明®，只写了 2010 通则，也可以适用。

三、几种主要贸易术语（FOB、CIF、CFR）（2010 年通则）

FOB（船上交货）

1. 交货地点：装运港船上
2. 风险转移点：货物装上船时
3. 双方义务

**卖方义务：**

- (1) 提供货物和单证；
- (2) 办理出口手续；
- (3) 将货物装船并通知买方；
- (4) 承担货物装上船之前的风险和费用。

买方义务：

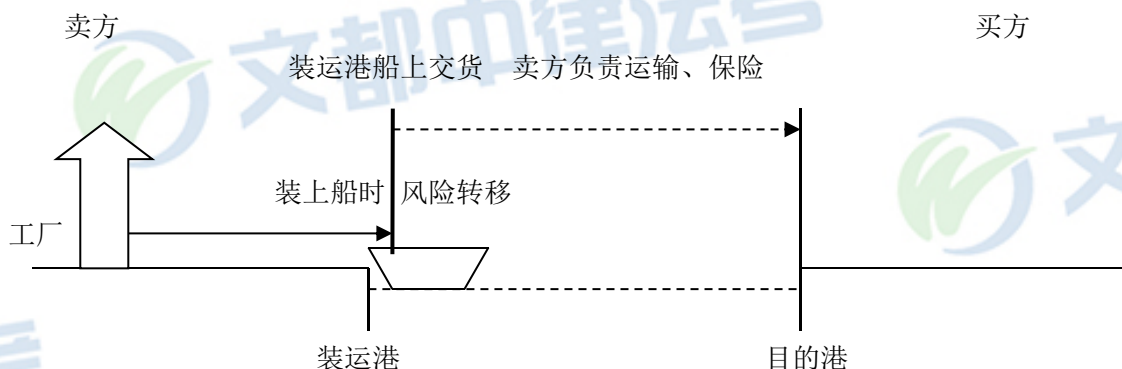
- (1) 支付货款并接受单证；
- (2) 办理进口手续；
- (3) 负责运输；
- (4) 承担货物装上船以后的风险和费用。

【例 1】泰国甲公司以 FOB 条件向日本某公司出口出售一级大米 500 吨，装船时经公证人检验，货物品质与合同规定完全相符。甲公司在货物装船后及时向买方发出装船通知。由于运输途中海浪过大，大米被海水浸泡，当货物达到目的港口后，只能按三级大米的价格出售，买方要求卖方赔偿大米品质下降造成的差价损失。卖方甲公司是否应对该损失负责？

不负责。根据 2010 年通则，在 FOB 术语下，货物在装运港被装上船时风险转移给买方，卖方承担货物装上船之前的风险，货物装上船以后的风险由买方承担。本例中，货物的风险发生在海上运输途中，此时货物已经装上船，因此，该损失应由买方承担。

CIF（成本、保险费+运费）

1. 交货地点：装运港船上
2. 风险转移点：货物装上船时
3. 双方义务



卖方义务：

- (1) 提供货物和单证；
- (2) 办理出口手续；
- (3) 负责运输；
- (4) 办理保险；
- (5) 承担货物装上船之前的风险和费用。

买方义务：

- (1) 支付货款并接受单证；
- (2) 办理进口手续；
- (3) 承担货物装上船以后的风险和费用（运费和保险费除外）。

CFR（成本+运费）

(1) 除保险由买方办理外，其他义务与 CIF 术语基本相同；

(2) 在 CFR 术语中，卖方装船，买方投保，因此，卖方在装船后应给买方以充分的通知；否则，由此造成买方漏保引起的货物损失应由卖方承担。

【例 2】澳大利亚 A 公司与中国 B 公司签订了一份出口合同，由澳大利亚 A 公司向中国 B 公司出口一批铁矿砂，交货条件为 CFR 天津。合同规定，澳大利亚 A 公司在 2008 年 6 月 30 日交货。澳大利亚 A 公司按合同规定时间完成交货，货船于当日起航驶往天津港。7 月 15 日，A 公司向 B 公司发来传真，通知货物已经装船。B 公司于当日向保险公司投保。货物到达天津港后，B 公司经调查发现，货物于 7 月 10 日在海上运输途中发生雨淋损失。根据《2010 年国际贸易术语解释通则》，该损失应由谁承担？

A 公司承担。在 CFR 术语中，卖方在装船后应给买方以充分通知。该项

义务事关买方能否及时对运输货物进行投保，如卖方怠于通知，由此造成买方漏保而引起的损失应由卖方承担。本例中，澳大利亚 A 公司已按合同在规定时间内将货物装船，理应立即向买方发出已装船通知，但 A 公司事实上到 7 月 15 日才发出装船通知，造成买方未能对货物在装船后至 7 月 15 日前可能发生的风险进行投保，因此，在该段时间内发生的损失应由 A 公司承担。

【真题示例】

甲国 A 公司向乙国 B 公司出口一批货物，双方约定适用 2010 年《国际贸易术语解释通则》中 CIF 术语。该批货物由丙国 C 公司“乐安”号商船承运，运输途中船舶搁浅，为起浮抛弃了部分货物。船舶起浮后继续航行中又因恶劣天气，部分货物被海浪打入海中。到目的港后发现还有部分货物因固有缺陷而损失。关于 CIF 贸易术语的适用，下列选项正确的是：（2012-99，不定项）⁷²

- A. 货物的风险在装运港完成交货时由 A 公司转移给 B 公司
- B. 货物的风险在装运港越过船舷时由 A 公司转移给 B 公司
- C. 应由 A 公司负责海运运输
- D. 应由 A 公司购买货物海运保险

【归纳总结】

国际贸易术语是司考每年必考内容，因其离现实生活较远，也是不少考生复习时的难点。对于贸易术语，我们可从两方面来理解：第一，从形式上看，贸易术语是三个英文字母的组合；第二，从实质上看，贸易术语表明，在不同英文字母组合下，买卖双方承担不同的责任、费用和 risk 划分。

考试大纲要求掌握的重要贸易术语只有 FOB、CIF、CFR 这三个，而近年来最常考到的是 FOB 和 CIF，同时，新通则中新增两个术语 DAT 和 DAP，因此，考生应将主要精力放在对这几个术语的掌握之上。另外，2010 年通则对 2000 年通则的修改，也是今后复习重点之一。

第二节 《联合国国际货物销售合同公约》

【知识点】

一、公约的适用范围

1. 适用公约的合同

（1）国际货物销售合同：公约采取营业地标准，即以当事人营业地位于不同的国家为标准，而不管其国籍如何。即使当事人国籍相同，但营业地位于不同缔约国，也属国际货物销售合同。

【例 3】A、B 两公司均在甲国注册成立，A 公司营业地位于甲国，B 公司常年营业地位于乙国。甲乙两国均为《国际货物销售合同公约》的缔约国。现 A、B 两公司缔结一电视机买卖合同，该合同能否通过公约来调整？

可以。只要双方营业地位于不同缔约国，公约即可适用，不论双方国籍是

⁷² ACD。根据 2010 年通则，CIF 术语下，货物的风险在装运港完成交货时（即货物在装运港被装上船时）由卖方转移给买方，A 项正确。CIF 术语下，卖方负责运输、保险，C、D 正确。

否相同。

(2) 依据国际私法扩大适用：如果依据国际私法规则导致适用某一缔约国法律，即使双方或一方营业地不在缔约国，仍适用公约。

例 4：营业地位于甲国的 A 公司与营业地位于乙国的 B 公司在丙国签订一货物买卖合同，合同约定，该合同所发生的纠纷适用丙国法解决。后双方因合同发生纠纷而诉至乙国法院。甲乙两国均不是《国际货物销售合同公约》缔约国，丙国是公约的缔约国且对公约未提出任何保留。对于 A、B 两公司的合同纠纷，法院能否适用公约来解决？

可以。对于合同问题，各国通常依据当事人意思自治原则确定准据法。本例中，A、B 两公司约定适用丙国法，而丙国恰是公约缔约国，因此公约可以适用。

2. 不适用公约的情形

第一，以下六种货物的销售不适用公约：

(1) 购买供私人、家人或家庭使用的货物的销售（例外：如果卖方在订立合同时，不知道也没理由知道该货物属消费者购买，则公约仍可适用）；

(2) 经由拍卖的销售；

(3) 根据法律执行令状或其他令状的销售；

(4) 公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售；

(5) 船舶、船只、气垫船或飞机的销售；

(6) 电力的销售。

第二，以下两种合同不适用公约：

(1) 由买方提供制造货物的大部分原材料的合同，如来件装配、来料加工合同等；

(2) 供货一方的绝大部分义务在于提供劳务或其他服务的合同，如咨询服务合同等。

3. 公约不涉及的法律问题

(1) 有关销售合同的效力或惯例的效力；

(2) 所有权转移问题；

(3) 货物引起的人身伤亡责任。

4. 公约适用的任意性

(1) 当事人可以通过选择其他法律而排除公约的适用，即，满足适用公约的条件，但如果双方在合同中约定适用其他法律，则排除了公约的适用。

提示注意：①必须明确约定适用“×国××法”时，才能排除公约的适用，仅一般性地约定适用某一缔约国法律时，公约仍然可以适用；②如果双方选择适用某一国际惯例（如贸易术语），则不能认为排除了公约的适用。

【例 5】甲乙两国均为《国际货物销售合同公约》的缔约国，营业地位于甲国的 A 公司与营业地位于乙国的 B 公司签订一国际货物买卖合同，双方约定因合同产生的纠纷适用甲国法解决。后双方因合同纠纷诉至甲国法院。（1）本案中公约能否适用？（2）如果双方订立合同时约定采用 CIF 价格术语，是否

可以排除公约的适用？

(1) 可以。双方仅约定适用甲国法，但未指明适用该国的什么法，公约仍可以适用。(2) 不能。选择贸易术语不能排除公约的适用。两者在很多方面的内容互补，贸易术语主要解决买方双方的责任、费用和 risk 划分，而没有涉及违约救济等内容。

(2) 当事人可以在合同中约定部分地适用公约，或对公约的内容进行改变（但不得改变当事人营业地所在国提出保留的内容）。

5. 中国加入公约时的保留

(1) 合同形式的保留

根据公约第 11 条，销售合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何其他条件的限制。中国对此提出了保留，认为国际货物销售合同应采用书面形式，口头或其他形式对中国不适用。随着新《合同法》的颁布，目前我国已撤销了该项保留。

(2) 扩大适用的保留

根据公约第 1 条第 1 款 b 项，如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律，则可以适用公约。中国对此提出了保留，中国认为，当事人双方营业地所在国均为缔约国，其订立的合同才能适用公约。

二、国际货物买卖合同的订立

(一) 要约

要约，指向一个或一个以上特定的人提出的订立合同的意思表示。

1. 构成要件

(1) 向一个或一个以上特定的人提出。该规定要求受要约人必须特定，而非不特定的公众。这使得要约与散发广告、商品目录、价目表等要约邀请行为相区别。

(2) 内容应十分确定。所谓“十分确定”，应至少满足两个条件：①写明货物的名称；②明示或暗示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格。

(3) 要约必须送达受要约人。要约于送达受要约人时生效。

2. 要约的撤回与撤销

(1) 要约的撤回：指要约人在要约发出之后而尚未到达受要约人之前，取消该要约，使其失去作用的行为。一项要约，即使是不可撤销的，仍可以撤回，只要撤回的通知于该要约到达受要约人之前或同时送达受要约人。

(2) 要约的撤销：指要约人在要约已经送达受要约人之后，取消该要约，使其效力归于消灭的行为。

要约的撤销应符合以下条件：①在未订立合同之前，要约可以撤销，但撤销通知须于受要约人发出接受通知之前送达受要约人。②下列两种情况下，要约不得撤销：第一，要约写明了接受要约的期限或以其他方式表示要约是不可撤销的；第二，受要约人有理由信赖该要约是不可撤销的，而且受要约人已本着对该要约的信赖行事。

【例 6】2008 年 6 月 16 日，日本 A 公司向中国 B 公司发盘如下：L3 型彩色电

视机 1800 台，每台 350 美元 FOB 大阪，即期装运，要约的有效期截至 2008 年 7 月 25 日。A 公司在向中国 B 公司发出要约后，又收到新加坡 C 公司购买该种型号电视机的要约，报价高于 A 公司发给中国 B 公司的要约价格。由于当时中国 B 公司尚未对该要约作出承诺，于是 A 公司在 7 月 15 日向中国 B 公司发出撤销 6 月 16 日要约的通知，并与新加坡 C 公司签约。但 7 月 19 日，A 公司收到了中国 B 公司的承诺，接受日本 A 公司的要约条件，并随之向 A 公司开出了不可撤销信用证，要求 A 公司履行合同。后因 A 公司未履约，中国 B 公司诉诸中国国际经济贸易仲裁委员会，要求 A 公司赔偿损失。A 公司辩称，该公司于 2008 年 6 月 16 日发出的要约已于 7 月 15 日被撤销，该要约已失去效力，因而 B 公司 7 月 19 日的承诺无效，合同没有成立。根据《国际货物销售合同公约》，A 公司撤销要约的行为是否有效？

无效。根据《联合国国际货物销售合同公约》第 16 条，要约可以撤销，但撤销通知须于受要约人作出承诺之前送达受要约人。但这项规定有一定限制，在下列情况下，要约一旦生效，即不得撤销：第一，要约写明了接受要约的期限或以其他方式表示要约是不可撤销的；第二，受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，而且受要约人已本着对该项要约的信赖行事。本案中，A 公司发出的要约已规定要约有效期至 2008 年 7 月 25 日，显然属于不可撤销的要约。B 公司的承诺于 7 月 19 日即要约的有效期内到达 A 公司，因此，合同已经成立。

3. 要约的失效

要约失效后，要约人和受要约人均不再受要约的拘束。要约失效的情况主要包括以下三种：（1）要约因期间已过而失效；（2）要约因要约人的撤销而失效；（3）要约因受要约人的拒绝而失效。

（二）承诺

承诺，指受要约人通过声明或其他方式，对要约内容表示同意的意思表示。承诺生效时合同即告成立。

1. 构成要件

（1）须由受要约人作出。承诺可以通过受要约人的声明或其他行为作出，但缄默或不行为本身不等于承诺。

（2）须在要约规定的有效期内作出。逾期承诺或迟到的承诺不能认为是有效的承诺，而是一项新要约，一般须经原要约人承诺才能成立合同。

（3）须与要约的内容一致。如果受要约人的意思表示对要约的内容进行了实质性修改即构成反要约。反要约是对要约的拒绝，不发生承诺的效力，须经原要约人承诺才能成立合同。

对要约内容的变更包括以下两种：

第一，实质性变更。凡在承诺中对下列事项有所变更，均视为实质性变更：

①货物价格；②付款；③货物质量和数量；④交货地点和时间；⑤当事人的赔偿责任范围；⑥解决争端。注意：含有实质性变更的答复视为对要约的拒绝，并构成反要约。

第二，非实质性变更。含有非实质性变更的答复仍构成承诺，除非要约人在不过分迟延的期间内以口头或书面通知反对其间的差异。如要约人不表示反对，则合同条件就以该项要约的条件以及承诺通知所载更改为准。

【例 7】1997 年 7 月 20 日，香港甲公司给厦门乙公司发出要约称：“鳗鱼饲料数量 180 吨，单价 CIF 厦门 980 美元，总值 176,400 美元，合同订立后三个月装船，不可撤销即期信用证付款，请电复”。厦门乙公司还盘：“接受你方发盘，在订立合同后请立即装船”。对此香港甲公司没有回音，也一直没有装船。厦门乙公司认为香港甲公司违约。该合同是否成立？

不成立。根据《国际货物销售合同公约》，对要约表示承诺但载有添加、限制或其他更改，应视为拒绝该项要约，并构成反要约。凡在承诺中对下列事项有所添加或变更者，均视为在实质上变更了要约：①货物价格；②付款；③货物质量和数量；④交货地点和时间；⑤当事人的赔偿责任范围；⑥解决争端。本例中，厦门乙公司在还盘时对交货时间进行了变更，应视为对要约的实质性变更，故合同未成立。

2. 承诺生效的时间

公约采取到达生效主义。

(1) 对要约所作的承诺，应于表示同意的通知送达要约人时生效。如果表示同意的通知在要约人所规定的时间内未送达要约人，如未规定时间，则在一段合理时间内未送达要约人，承诺即为无效。

(2) 对口头要约应当立即承诺，但情况表明有不同要求者除外。

3. 逾期承诺

逾期承诺，指承诺通知到达要约人的时间已经超过了要约所规定的有效期，或者在要约未规定有效期时，已超过了合理的时间。

(1) 主观逾期承诺：没有客观原因，仅由于受要约人的原因造成承诺迟延到达。该类逾期承诺原则上无效，但如果要约人毫不迟延地用口头或书面表示接受该逾期承诺，则该逾期承诺仍然有效，合同成立。

(2) 客观逾期承诺：载有逾期承诺的信件或其他书面文件表明，它是在传递正常、能及时送达要约人的情况下寄发的，但由于邮递延误或其他客观原因造成该承诺迟延到达。该类逾期承诺原则上有效，但如果要约人毫不迟延地用口头或书面通知表示原要约已经失效，则该逾期承诺无效。

【例 8】中国甲公司于 5 月 9 日发商务电传至加拿大乙公司，该电传称：“可供白糖 1500 公吨，每公吨 500 美元，CFR 温哥华，10 月装船，不可撤销信用证付款，本月内答复有效。”乙公司于 6 月 10 日回电：“你方 5 月 9 日报盘我接受，除提供通常单据外，需提供卫生检验证明。”甲公司未予答复。根据公约，乙公司作出的承诺是否有效？

甲公司在要约中要求，要约在 5 月当月内答复有效，而乙公司到 6 月才给予答复，显然属于主观逾期承诺。根据公约，该类逾期承诺原则上无效，但如果要约人毫不迟延地用口头或书面表示接受该逾期承诺，则该逾期承诺仍然有效。本例中，要约人甲公司并未予以答复，因此，乙公司的逾期承诺应为无效。

4. 承诺的撤回

(1) 撤回承诺是承诺人阻止其承诺发生法律效力的一种意思表示。

(2) 承诺可以撤回，只要撤回的通知能在承诺生效之前或与其同时送达要约人。

(3) 承诺只有撤回，没有撤销。一旦承诺生效，合同即告成立，承诺就不得被撤销。

三、买卖双方的义务

(一) 卖方义务

1. 交付货物

(1) 交货地点

① 合同有约定的依约定。

② 没有约定时，分以下三种情况：

A. 如果合同涉及货物的运输，卖方应把货物移交给第一承运人；

【例 9】中国江西某公司与日本某公司签订了出口一批纯铜的合同，合同约定卖方负责运输，9 月 20 日前交货。8 月 6 日，卖方中国江西公司将货物在南昌火车站装车，货物于 8 月 8 日抵达上海港，并于当日装船前往日本某港口。中国江西公司在哪里完成交货义务？

南昌火车站。本例中既包括铁路运输，也包括海上运输，货交第一承运人时完成交货义务。

B. 如果合同指的是特定货物，或从特定货物中提取的，或还在生产中未经特定化，而双方当事人订立合同时已知道这些货物的特定地点，则卖方应在该地点交货；

C. 在其他情况下，卖方应在订立合同时的营业地交货。

(2) 交货时间

卖方应按以下日期交付货物：

① 如果合同规定有交货日期，或从合同可以确定日期，应在该日期交货；

② 如果合同规定有一段时间（如规定卖方“在收到信用证 10 天内交货”、“9 月份交货”），或从合同可以确定一段时间（如规定“合同订立后 2 个月内交货”），除非情况表明应由买方选定一个日期外，应在该段时间内任何时候交货；

③ 在其他情况下，应在订立合同后一段合理时间内交货。

2. 交付单据

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

(2) 如果卖方在约定的时间以前已移交这些单据，则可在时间届满前纠正单据中任何不符合合同规定的情形。

(3) 卖方行使纠正单据的权利使买方承担不合理开支的，买方有权要求赔偿。

3. 质量担保

(1) 卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符，并须按照合同所规定的方式装箱或包装。

例 10: 甲国 A 公司与乙国 B 公司签订一农产品买卖合同，合同约定 A 公司从 B 公司购买一批三级红枣。由于三级红枣缺货，B 公司以一级红枣代替三级红枣交货。B 公司是否履行了交货的相关义务？

没有。根据公约，卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符，虽然 B 公司交付的货物等级更高，但仍违反了质量担保义务。

(2) 如合同未对上述问题作出明确规定，则货物应满足以下要求：①适用于通常使用的目的，即货物应适用于同一规格货物通常使用的目的；②适用于特定目的，即货物应适用于订立合同时明示或默示地通知卖方的任何特定目的；③与样品或样式相符，即货物的质量应与卖方向买方提供的货物样品或样式相同；④包装要求，即货物应按照同类货物通用的方式装箱或包装，如果没有此种通用方式，则按照足以保全和保护货物的方式装箱或包装。

(3) 质量担保责任的免除

如果买方在订立合同时知道或不可能不知道货物不符合合同，则卖方无须按上述四项承担不符合合同的责任。

(4) 买方检验货物的时间

- ① 买方应在实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物；
- ② 如果合同涉及货物的运输，检验可推迟到货物到达目的地后进行；
- ③ 如果货物在运输途中改运或买方须再发运货物，没有合理机会加以检验，而卖方在订立合同时已知道或理应知道这种改运或再发运的可能性，检验可推迟到货物到达新目的地后进行。

(5) 买方发现质量不符后的通知义务

① 买方对货物不符合同，必须在发现或理应发现不符情形后一段合理时间内通知卖方，说明不符合同情形的性质，否则就丧失声称货物不符合同的权利；

② 无论如何，如果买方不在实际收到货物之日起 2 年内将货物不符合同情形通知卖方，他就丧失声称货物不符合同的权利，除非这一时限与合同规定的保证期限不符。

4. 权利担保

(1) 所有权担保

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

(2) 知识产权担保

① 卖方所交付的货物，必须是第三方不能根据工业产权或其他知识产权主张任何权利或要求的货物。

② 知识产权担保的限制：

第一，地域限制。卖方并不是对第三方依据任何一国的法律所提出的知识产权的权利或请求都要向买方承担责任，而只是在下列两种情况下才须向买方负责：

A. 依据货物的预期转售地法律，如果双方当事人在订立合同时预期货物将在某一国境内转售或作其他使用，则卖方对于第三方依据该国法律提出的有关知识产权的权利或要求，应对买方承担责任；

B. 依据买方营业地所在国法律，在任何其他情况下，卖方对第三方依据买方营业地所在国的法律提出的有关知识产权的权利或要求，应对买方承担责任。

【例 11】2006 年 3 月，甲国 A 公司出口一批机床给乙国 B 公司，合同注明 B 公司进口该批机床拟转售给丙国。2006 年 6 月，丙国政府下达禁令，禁止进口该种甲国机床。B 公司不得已将该批设备转售给丁国。2007 年 2 月，丁国 C 公司控告 B 公司的该批机床侵犯其专利权，B 公司遂要求 A 公司对此承担责任。根据公约，A 公司是否对此承担责任？

不承担。根据公约，第三方只有依据货物的预期转售地法律，或者买方营业地所在国法律，提出有关权利或要求，卖方才承担责任。本例中，货物的预期转售地为丙国，买方营业地所在国为乙国，只有依据这两个国家的法律提出相关权利或要求，A 公司才承担责任。

第二，主观限制。在下列两种情况下，卖方的知识产权担保义务免除：

A. 买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求；

B. 此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、款式或其他规格。

【例 12】甲国 A 公司出口一批机床给乙国 B 公司，合同注明 B 公司进口该批机床拟转售给丙国。B 公司在订立合同时已发现，如该批机床在丙国市场销售将侵犯丙国 M 公司的专利权，但 B 公司仍然与甲公司订立合同，并最终将该批机床销往丙国市场，后遭到丙国 M 公司的起诉。该情形下，A 公司是否对此承担责任？

不承担。买方 B 公司在订立合同时已知道该项权利的存在，卖方 A 公司可以免责。

（3）买方的通知义务

当买方已知道或理应知道第三方的权利或要求后一段合理时间内，应将此项权利或要求通知卖方，否则，即丧失了要求卖方辩驳第三方的权利。

【真题示例】

营业地在中国的甲公司向营业地在法国的乙公司出口一批货物。乙公司本拟向西班牙转卖该批货物，但却转售到意大利，且未通知甲公司。意大利丙公司指控该批货物侵犯其专利权。关于甲公司的权利担保责任，根据《联合国国际货物销售合同公约》规定，下列哪些选项是正确的？（2007-83，多选）⁷³

A. 甲公司应承担依意大利法提出的知识产权主张产生的赔偿责任

⁷³ BD。根据公约，卖方应担保其销售的货物不能被依货物预期转售地或买方营业地所在国法律提出知识产权权利或要求，西班牙是预期转售地，法国是买方营业地所在国，B 项正确，A、C 错误。根据公约，如此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、款式或其他规格，则卖方知识产权担保义务免除，D 项正确。

- B. 甲公司应承担依法国法提出的知识产权主张产生的赔偿责任
C. 甲公司应担保在全球范围内该批货物不侵犯他人的知识产权
D. 甲公司的知识产权担保义务不适用于该批货物依乙公司提供的技术图样生产的情形

(二) 买方义务

1. 支付货款

(1) 付款地点

- ①合同有约定的依约定；
②如果合同未作规定，买方应在以下地点付款：
A. 卖方的营业地；
B. 如凭移交货物或单据支付货款，则为移交货物或单据的地点。

(2) 付款时间

如果合同未具体规定付款时间，则买方应依下列时间付款：

- ①在卖方将货物或单据置于买方控制下时付款；
②如果合同涉及运输，在收到银行的付款通知时付款；
③在买方没有机会检验货物前，无义务支付货款；但是，如果这种机会与双方约定的交货或付款程序相抵触，则买方丧失其在付款前检验货物的权利。

2. 接收货物

(1) 采取一切理应采取的行动

买方应采取必要的行动，如及时指定交货地点或按合同规定安排有关运输事宜等，以便卖方顺利履行其交货义务。

(2) 接收货物

①买方有义务在卖方交货时接收货物，如因不及时接收而导致卖方承担滞期费等额外费用，买方应对此承担相应责任；

【例 13】中国甲公司（卖方）与德国乙公司（买方）签订货物买卖合同，合同约定：钢材 3000 吨，500 欧元/吨，CIF 汉堡，9 月 20 日前到港。中国甲公司委托美达航运公司承运货物。货物于 9 月 18 日抵达汉堡港，承运人立即通知乙公司提货。但乙公司拖延至 9 月 26 日才提货，由此导致船舶在汉堡港产生 2 万欧元滞期费。对于该滞期费，甲公司在偿付承运人后可否向乙公司索赔？

可以。买方有义务在卖方交货时接收货物，如因不及时接收而导致卖方承担滞期费等额外费用，买方应对此承担相应责任。

②“接收”不等于“接受”，接收并不表明买方对货物的质量没有异议，如货物经检验发现与合同不符，买方也应先接收货物，然后进行索赔。

【例 14】中国甲公司从美国乙公司进口一批水果，合同约定货到验收后付款。货物到达目的港，甲公司提货验收后，发现货物总重量短少 12%，单个体积和重量也不符合合同规定。对于该批货物，甲公司是否可以拒绝接收？

不可以。根据公约，买方有义务在卖方交货时接收货物。因此，虽然卖方交货不符合同，但买方仍应接收货物，而不应拒绝。

(3) 两种特殊情形

①卖方提前交货：买方可以收取货物，也可以拒绝收取货物；

②卖方交付的货物数量大于合同规定的数量：买方可以收取，也可以拒绝收取多交部分的货物；如果买方收取多交货物，则必须按合同价格付款。

四、风险转移

（一）风险转移的后果

风险，指货物由于自然灾害、意外事故或其他当事人以外的原因而可能遭受的毁损或灭失。确定风险转移的目的在于明确风险发生后损失由谁承担。

根据公约第 66 条，风险由卖方转移到买方后，货物遗失或损坏的，买方支付货款的义务并不因此解除，除非这种遗失或损坏是由于卖方造成的。

（二）风险转移的原则

1. 公约采取所有权与风险转移相分离的原则，卖方保留控制货物处置权的单据，并不影响风险的转移；

2. 划拨是风险转移的前提。划拨，也称特定化，指将一笔货物确定在某一合同项下，它意味着卖方将所出售的货物与某一特定合同联系在一起。划拨的方式包括：卖方在货物包装上打上标记，注明目的港和收货人、货物名称、产地等；也可以是卖方提交装运单据，单据中注明货物的收货人；还可以是卖方在货物装船后向买方发出装船通知等。根据公约，货物划拨到合同项下之前，风险不转移给买方。

【例 15】中国 A 公司与乙国 B 公司签订出口粮食 200 吨的合同。合同约定，卖方 A 公司应将货物在秦皇岛港交付给“大兴号”货轮运输。除 B 公司外，A 公司还与丙国 C 公司、丁国 D 公司签订粮食出口合同，由于航线一致，所有货物共计 800 吨都由“大兴号”运输。A 公司按规定将货物装船，但并未对交付 B、C、D 三公司的粮食加以标注区分，也未及时发出装船通知。船舶离港后不久遇风暴，导致粮食 350 吨受潮。对于粮食的受潮损失，应由哪方承担？

A 公司。虽然 A 公司已按规定将货物交付“大兴号”，但由于货物尚未特定化，故风险不发生转移，应由卖方承担风险。

（三）风险转移的时间

1. 合同中订有运输条款

（1）如果运输条款规定卖方有义务在某一特定地点把货物交给承运人运输，则货物于该地点交付给承运人后，风险转移给买方。

（2）如果合同中没有指明交货地点，卖方只要按规定把货物交给第一承运人，风险就转移给买方。

2. 在运输途中销售的货物：通常合同订立时风险转移。

3. 其他情况下

（1）从买方接收货物时起，风险转移至买方。

【例 16】合同规定买方在 7 月份到卖方仓库接收 100 箱水果。7 月 1 日，卖方把 100 箱水果标明买方的名称，并堆放在仓库中的发运场。买方于 7 月 20 日派车接运了该批水果。（1）风险何时转移？（2）如果在 7 月 18 日，货物发生意外灭失，损失由谁承担？

(1) 7 月 20 日, 买方接收货物之时风险转移。(2) 7 月 18 日买方还没有提货, 此时风险不转移, 损失由卖方承担。

(2) 如果买方不在适当时间内接收货物, 则从货物交给他处置时起, 风险转移至买方。

【例 17】在上例中, 如果买方到 7 月底仍不来收取货物, 7 月 30 日, 卖方通知买方接收货物的期限即将届满, 并催他尽快提货, 但买方未置可否。8 月 3 日, 部分货物由于雨水浸泡受损。该部分损失应由谁承担?

合同规定买方应在 7 月份提货, 即 7 月 1 日至 31 日均属于买方可提货的时间, 7 月 31 日为提货截止日。因此, 7 月 31 日以后风险转移至买方, 8 月 3 日发生的损失应由买方承担。

(2) 在卖方营业地以外的地点交货

如果买方有义务在卖方营业地以外的某一地点(如第三方仓库、买方营业地)接收货物, 当交货时间已到而买方知道货物已在该地点交给他处置时, 风险转移至买方。

【例 18】合同规定卖方向买方交付一批皮棉, 该皮棉由卖方加注标记后存放于第三方仓库。5 月 1 日, 合同规定的交货期到来, 卖方向买方发出提货通知, 同时告知仓库保管员向买方交货。5 月 3 日, 因仓库失火导致大部分货物被毁。该损失应由谁承担?

买方承担。5 月 1 日, 交货时间已到, 买方收到卖方通知知道货物已交给他处置, 因而风险转移至买方。这之后发生的损失应由买方承担。

(四) 风险转移和卖方违约的关系

货物的风险仅限于因自然原因、意外事故等所致的损坏或灭失的危险, 如果货物的损坏或灭失是由于卖方违约所致, 则买方仍然有权向卖方提出索赔, 采取因此种违约而可以采取的各种补救办法。

【例 19】合同规定卖方以 CIF 价格向买方交付 500 袋大豆, 品质为一级。卖方按时交付了货物, 船舶在航行中遇到风暴导致部分受损。货物到港后, 买方经检验发现: 有 120 袋大豆受潮发霉, 而有证据证明这 120 袋大豆交货时为三级品。对于这 120 袋大豆的损失, 买方可否向卖方索赔?

可以。120 袋大豆为三级品, 说明卖方交货不符合合同约定, 买方的索赔权利并不因风险转移后又发生损失而受到影响。

提示注意: 对于风险转移的时间, 《国际货物销售合同公约》和《国际贸易术语解释通则》均有规定, 但两者规定并不相同, 遇具体问题应首先看清题目要求依据哪个规则判断。

【真题示例】

甲公司与乙公司依 CIF 安特卫普价格订立了出口一批布料的合同。货物运输途中, 乙公司将货物转卖给丙公司。关于这批布料两次交易的风险转移时间, 依 2000 年《国际贸易术语解释通则》及《联合国国际货物销售合同公约》的规定, 下列哪些选项是正确的? (2007-86, 多选)⁷⁴

⁷⁴ BC。甲公司与乙公司之间应依 CIF 术语判断风险转移, 根据 2000 年通则, CIF 术语下风险在货物越过装运港船舷时转移, A 项错误, B 项正确。乙公司与丙公司之间应依《国际货物销售合同公约》判断

- A.在甲公司与乙公司之间, 货物风险在货物交第一承运人时转移
- B.在甲公司与乙公司之间, 货物风险在货物越过装运港船舷时转移
- C.在乙公司与丙公司之间, 货物风险原则上在双方订立合同时转移
- D.在乙公司与丙公司之间, 货物风险原则上在丙公司收到货物时转移

五、违约救济

(一) 卖方违约时买方的救济措施

1. 要求实际履行: 卖方违约时, 买方可要求卖方按照合同规定履行其义务。

(1) 要求实际履行前, 买方不得采取与该方法相抵触的救济方法(如解除合同), 否则, 将丧失要求实际履行的权利;

(2) 买方可以规定一段宽限期, 让卖方履行其义务。

2. 要求交付替代物: 如果货物与合同不符, 买方可以要求卖方替代交付与合同相符的货物。

(1) 货物与合同不符必须构成根本违约;

(2) 交付替代物的要求, 必须与说明货物不符的通知同时提出, 或者在发出通知后一段合理时间内提出。

3. 修理: 如果货物与合同不符, 买方可以要求卖方进行修理。

修理要求必须与说明货物不符的通知同时提出, 或者在发出通知后一段合理时间内提出。

4. 减价: 如果货物与合同不符, 不论货款是否已付, 买方都可以减低价格。

(1) 不论货款是否已付, 买方均可行使该项救济;

(2) 减价按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在当时的价值两者之间的比例计算。

【例 20】合同规定卖方向买方交付 200 吨一等大米。货到后, 经买方检查发现, 其中 50 吨大米为二等品, 但考虑到市场需求旺盛, 买方接受了整批大米, 但要求对 50 吨大米减价。卖方认为, 买方事先已经付款并且接受了该批货物, 因此不得减价。双方因此诉至法院。法院应如何认定?

买方可以要求减价。根据公约, 不论货款是否已付, 买方均可要求减价。

5. 解除合同(宣告合同无效)

(1) 买方在两种情况下可以解除合同: ①卖方根本违约; ②卖方在宽限期内没有交货或声明不交货。

【例 21】合同约定卖方向买方交付小麦一等品, 买方用该批小麦作种子。后卖方向买方实际交付小麦三等品。买方可否解除合同?

可以。三等品小麦无法用作种子, 卖方行为显然使买方根据合同所预期达到的目的无法实现, 已构成根本违约, 买方可以解除合同。

【例 22】合同约定卖方在 6 月份向买方交付小麦一等品。卖方未按时交货, 买方通知卖方, 可在 7 月份交货, 但卖方在该期限内仍未能交货。买方可否解除合同?

风险转移, 根据公约, 运输途中销售的货物通常合同订立时风险转移, C 项正确。

可以。卖方在 1 个月的宽限期内没有交货，买方可以解除合同。

(2) 买方应在知道或理应知道卖方违约后一段合理时间内提出，否则将丧失解除合同的权利。

(二) 买方违约时卖方的救济措施

1. 要求实际履行：买方违约时，卖方可要求买方按照合同规定履行其义务。

(1) 要求实际履行前，卖方不得采取与该方法相抵触的救济方法（如解除合同），否则，将丧失要求实际履行的权利；

(2) 卖方可以规定一段宽限期，让买方履行其义务。

2. 解除合同（宣告合同无效）

(1) 卖方在两种情况下可以解除合同：①买方根本违约；②买方不在宽限期内履行义务，或声明其将不履行。

(2) 卖方应在知道或理应知道买方违约后一段合理时间内提出，否则将丧失解除合同的权利。

(三) 适用于买卖双方的一般规定

1. 预期违反合同

预期违反合同，也称预期违约，指合同订立后，履行期到来前，一方明示拒绝履行合同，或通过其行为推断其将不履行。

一方预期违反合同，另一方可以采取的救济措施：

(1) 中止履行义务

条件：被中止方的行为表明他将不能履行合同中的大部分重要义务；

结束：被中止方提供了履行合同义务的充分保证。

无论货物发运前还是发运后，中止履行的一方必须通知另一方；如另一方对履行义务提供了充分保证，则中止履行的一方必须继续履行。

【例 23】中国甲公司（卖方）与新加坡乙公司（买方）订立出口精密仪器的合同，合同规定：买方在仪器制造过程中按进度付款。合同订立后，乙公司获悉甲公司提供的仪器质量不稳定，于是立即通知甲公司：据悉你方供货质量不稳定，故我方暂时中止履行合同。卖方甲公司收到通知后，立即向乙公司发出书面保证：已委托中国某高级科研院所对该批产品进行把关检测；如不能履行义务，由银行偿还买方按合同作出的一切支付。甲公司同时向乙公司出具了一份银行保函。乙公司能否继续中止履行合同？

不能。卖方甲公司已提供充分保证，买方应继续履行合同。

(2) 解除合同

在履行合同日期之前，明显看出一方当事人将根本违约，另一方当事人可以解除合同。准备解除合同的一方应向另一方发出合理通知。

2. 分批交货的违约责任

(1) 一方当事人不履行对任何一批货物的义务构成对该批货物的根本违约，另一方可以对该批货物解除合同；

(2) 如有充分理由断定对今后各批货物将发生根本违约，可宣告合同今后无效，即解除合同对以后各批货物的效力；

(3) 当买方宣告合同对任何一批货物的交付为无效, 而各批货物又相互依存的情况下, 另一方可解除整个合同。

【例 24】法国甲公司(卖方)与中国乙公司(买方)签订成套矿山采掘机械设备出口合同。合同规定设备分四批交货, 前两批为零部件, 第三批为核心设备, 第四批为附属设备。合同履行过程中, 买方乙公司检查发现, 前两批零部件存在某些质量问题, 第三批货物与合同要求严重不符, 无法用于特定条件采掘作业。乙公司可采取何种救济措施?

乙公司可以解除整个合同。本例中, 合同标的物为成套矿山采掘机械设备, 各批次货物之间存在密切关联, 特别是第三批核心设备与合同严重不符, 即使第四批附属设备符合合同, 也将导致整套设备最终无法正常使用, 此时, 买方可解除整个合同。

【真题示例】

甲公司与乙公司订立一份国际货物买卖合同, 分三批履行, 其中第二批出现了质量问题。请问依 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定, 下列哪一选项是正确的? (2007-43, 单选)⁷⁵

A. 只要第二批货物的质量问题构成根本违约, 买方即可宣告合同对该批货物无效

B. 只要第二批货物的质量问题构成根本违约, 买方即可宣告合同对已交付或今后交付的各批货物无效

C. 如第二批货物的质量问题构成一般违约, 买方可宣告合同对该批货物无效

D. 如第二批货物的质量问题构成根本违约, 买方仅可宣告合同对该批货物和今后交付的货物无效

3. 损害赔偿

(1) 赔偿金额的计算

一方当事人违反合同应负的损害赔偿额, 应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等; 赔偿金额应以违约方预料到或理应预料到的可能损失为限。

(2) 减轻损失的义务

声称另一方违约的当事人, 必须按情况采取合理措施, 减轻由于另一方违约而引起的损失; 如果不采取这种措施, 违约的一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。

(3) 其他救济不妨碍损害赔偿

买方或卖方所采取的其他救济措施, 并不妨碍其同时提出损害赔偿。

4. 解除合同的效果

(1) 解除了买卖双方在合同中的义务, 但并不解除违约一方损害赔偿的责任, 以及合同中有关争议解决和双方在合同解除后权利义务的规定;

⁷⁵ A。

(2) 买方必须按实际收到货物的原状归还货物, 如买方归还的货物不具有交货时的使用价值, 则买方丧失解除合同的权利;

(3) 买卖双方必须归还因接受履行所获得的收益(卖方应归还所收取的货款的利息, 买方应归还由于使用或转卖货物所得的收益)。

5. 保全货物

保全货物, 指在一方当事人违约时, 另一方当事人仍持有货物或控制货物的处置权时, 该当事人有义务对其所持有或控制的货物进行保全。

(1) 适用条件

①卖方保全货物的条件: 买方没有按合同规定付款或收取货物, 而卖方仍拥有货物或控制着货物的处置权;

②买方保全货物的条件: 买方已收取货物, 但打算退货。

【例 25】合同规定买方应于 10 月份在卖方存放货物的仓库提货。卖方于 10 月 1 日将货物划拨到合同项下, 但直到 11 月 1 日, 买方仍未来提货。卖方于是将该批货物另行放置于其厂房间某处。11 月 16 日, 当买方到达收货地点收取货物时, 发现由于存放地点漏雨, 货物已遭受锈蚀。对于该货物的损失, 应由哪一方承担责任?

卖方。虽然从 11 月 1 日起, 货物的风险即转移至买方, 但在买方未按合同规定接收货物时, 卖方有义务对该批货物进行保全, 卖方不能对货物放任不管, 否则, 由此造成的损失应由卖方承担。

(2) 保全方式

第一, 寄存。有义务采取保全措施的一方当事人, 可以把货物寄放在第三方的仓库, 由另一方当事人承担费用。

第二, 出售。①如果货物易于迅速变坏, 或者货物的保全将牵涉不合理的费用, 保全义务人可以出售货物, 并应将出售意图在可能的范围内通知对方; ②出售货物的一方有权从出售所得中扣除为保全货物和销售货物而发生的合理费用。

6. 免责

根据公约, 如果一方当事人不履行义务, 能证明该不履行义务是由于某种非他所能控制的障碍引起, 而且对于这种障碍, 没有理由预期他在订立合同时能考虑到或者能避免或克服, 则该当事人不负责任。

(1) 免责的条件: ①不履行义务是由于当事人不能控制的障碍所致(如战争、禁运、风暴、洪水等); ②这种障碍是不履行一方在订立合同时无法预见的; ③这种障碍是当事人不能避免或克服的。

(2) 免责的通知: 不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响通知另一方。如果对方在不履行义务的一方已知道或理应知道此障碍后一段合理时间内仍未收到通知, 则不履行义务的一方对由于对方未收到通知而造成的损害应负赔偿责任。

(3) 免责的后果: 只是免除了不履行义务一方对另一方的损害赔偿责任, 但受损方依据公约采取其他补救措施的权利不受影响。

【例 26】甲国 A 公司（买方）与乙国 B 公司（卖方）订立了一份国际货物买卖合同。后乙国政府颁布法令对甲国实施贸易禁运，导致 B 公司不能按照合同履行交货义务。（1）B 公司是否可以解除合同？（2）如果 A 公司在合理时间内未能收到 B 公司的相关不能履行的通知，A 公司是否有权就因此遭受的损失要求 B 公司赔偿？

（1）B 公司因其不能控制的障碍导致无法交货，可以解除合同。（2）B 公司应把障碍及其影响及时通知 A 公司，否则对由于 A 公司未收到通知而造成的损失应负赔偿责任。

【真题示例】

2006 年 6 月，佛易纳公司与晋堂公司签订了一项买卖运动器材的国际货物销售合同。晋堂公司作为买方在收到货物后发现其与合同约定不符。依据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定，下列哪些表述是正确的？（2006-84，多选）⁷⁶

- A. 如果货物与合同不符的情形构成根本违反合同，晋堂公司可以解除合同
- B. 根据货物与合同不符的情形，晋堂公司可以同时要求减价和赔偿损失
- C. 只有在货物与合同不符的情形构成根本违反合同时，晋堂公司关于交付替代物的要求才应当被支持
- D. 如果收到的货物数量大于合同规定的数量，晋堂公司应当拒绝接受多交部分的货物

【深度解析】如何理解国际货物销售合同的违约类型？

从违约的时间划分，可将违约分为预期违约和实际违约。预期违约，又称预期违反合同，指合同订立后，履行期到来前，一方明示拒绝履行合同，或通过其行为推断其将不履行的情形。预期违约与实际违约相对应。实际违约，指合同规定的履行期届满后，一方或双方当事人对合同义务的实际违反。预期违约与实际违约的区别在于：（1）发生时间不同，预期违约发生在合同履行期届满前，实际违约发生在合同履行期届满后；（2）违约方不同，预期违约一般仅发生在一方当事人，实际违约可能发生于一方当事人，也可能发生于双方当事人。

从违约的程度划分，可将违约分为根本违约和一般违约。公约第 25 条规定：“如果一方当事人违反合同的结果，使另一方当事人蒙受损害，以致于实际上剥夺了他根据合同有权期待得到的东西，即属根本违约，除非违反合同的一方并不预知而且同样一个通情达理的人处于相同情况下也没有理由预知会发生这种结果。”判断一项违约是否构成根本违约，应依据两个标准：第一，违约后果的严重程度，必须达到剥夺了另一方当事人合同预期利益的程度；第二，违约后果的可预见性，即违约方应预知这种结果，第三人能预知这种结果。

⁷⁶ ABC。根据公约，卖方构成根本违约，买方可以解除合同，A 项正确。买方或卖方所采取的其他救济措施，并不妨碍其同时提出损害赔偿，B 项正确。货物与合同不符构成根本违约，买方才能要求交付替代物，C 项正确。如果卖方交付的货物数量大于合同规定的数量，买方可以收取也可以拒绝收取多交部分的货物，D 项错误。

一般违约，指违约严重程度较轻，不影响合同目的实现的违约情形。如果行为构成根本违约，受害方有权解除合同；如仅构成一般违约，则受害方无权解除合同，只能采取其他救济措施。

如违约后果严重，预期违约也可构成根本违约，此时，受害方可解除合同。

【归纳总结】

《国际货物销售合同公约》同样是司考每年必考内容。本节内容与民法联系甚为紧密，中国《合同法》中不少规定也来自于该公约。建议考生复习本节之前先打好《合同法》的知识基础，从而起到事半功倍之效。

【图表精要】

一、国际贸易术语

(一) 概述

国际贸易术语（2000 年通则）

名称	交货地点	风险转移	运输	保险	出口 手续	进口 手续
EXW 工厂交货	卖方工厂	交货时	买方	(买方)	买方	买方
FCA 货交承运人	交承运人	交货时				
FAS 船边交货	装运港船边	交货时	买方	(买方)	卖方	买方
FOB 船上交货	装运港船上	装运港船舷				
CFR 成本加运费	装运港船上	装运港船舷		(买方)		
CIF 成本保险费加 运费	装运港船上	装运港船舷		卖方		
CPT 运费付至	交承运人	交货时	卖方	(买方)	卖方	买方
CIP 运费保险费付 至	交承运人	交货时		卖方		
DAF 边境交货	边境指定地					买方
DES 目的港船上交 货	点					买方
DEQ 目的港码头交 货	目的港船上					买方
DDU 未完税交货	目的港码头	交货时	卖方	(卖方)	卖方	买方
DDP 完税交货	指定目的地					卖方

规律（2000 年通则）：

1. 运输：E、F 组由买方负责，C、D 组由卖方负责。
2. 保险：E、F 组由买方负责，CIF、CIP 和 D 组由卖方负责。
3. 清关手续：①原则上，“卖出买进”；
②例外情形，EXW——进出口手续都由买方办理；
DDP——进出口手续都由卖方办理。
4. 风险转移点：FOB、CFR、CIF 都在装运港船舷转移，其余都在交货时转移（2010 年通则有变化）。

5. F 组（地点）——装运地、装运港

C 组（地点）——目的地、目的港

(二) 2010 年《国际贸易术语解释通则》的主要修改

1. 贸易术语的类的变化	新通则将贸易术语分为两组：适用于所有运输方式的术语（EXW、FCA、CPT、CIP、DAT、DAP、DDP）和仅适用于水运的术语（FAS、FOB、CFR、CIF）。
2. 适用范围的变化	同时适用于国际和国内贸易，而不再仅限于国际贸易。
3. 义务项目的变化	与 2000 年通则不同，买方义务与卖方义务不再对应列举，而是改为分别描述，而且各项目内容也有所调整。
4. 新增 DAT 和 DAP 两个术语	(1) DAT（运输终端交货）：卖方在约定期限内，在指定港口或地点的运输终端，将货物从抵达的运输工具上卸下，并交由买方处置。 (2) DAP（目的地交货）：卖方在约定期限内，在指定地点，将仍处于运输工具上，且已做好卸载准备的货物交由买方处置。
5. 增加了与安全有关的内容	2010 年通则要求买卖双方分别帮助对方提供与安全有关的信息，因此而发生的费用由受助方承担。
6. 风险转移的变化	FOB、CFR、CIF 术语： ——2000 年通则：装运港“船舷”为界； ——2010 年通则：货物在装运港被装上船时为界，不再设定“船舷”的界限。
7. 对链式销售的补充	在链式销售下，货物在运输期间被多次买卖，第一个卖方负责货物的运输，作为中间环节的卖方无须再负责运输，而是设法“获取”已装船货物。 “获取”已装船货物：即获得代表货物的权利凭证，从而享有出售该货物的权利。
8. 赋予电子文件与纸质文件同等的效力	新通则允许在买卖双方所涉及的所有单证中采取电子单证的形式。
9. 统一了承运人的概念	明确规定，“承运人”指与托运人订立运输合同的一方。

Incoterms 2010

适用于所有运输方式的术语	仅适用于水运的术语
EXW 工厂交货 FCA 货交承运人 CPT 运费付至 CIP 运费保险费付至 DAT 指定终端交货 DAP 指定目的地交货 DDP 完税交货	FAS 装运港船边交货 FOB 装运港船上交货 CFR 成本加运费 CIF 成本保险费加运费

注意：通则的选用

1. 2010 年通则的生效，并不意味着 2000 年通则的失效，选用哪个版本由

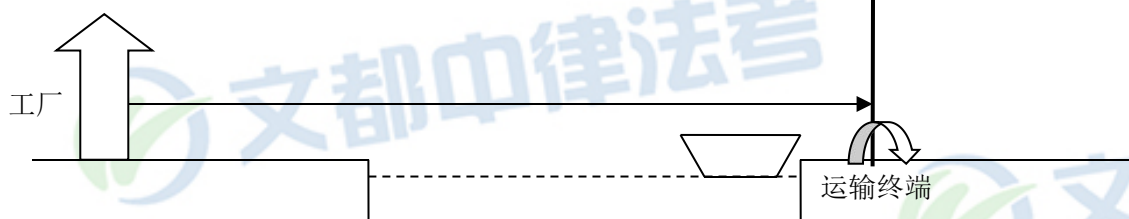
当事人约定；

2. 国际商会将 2010 年国际贸易术语解释通则注册为商标，在选用 2010 年通则时，需注明®；当然没有注明®，只写了 2010 通则，也可以适用。

DAT（运输终端交货）

1. 交货地点：指定的运输终端（如码头、仓库、集装箱堆场或货运站等）
2. 风险转移点：交货时
3. 双方义务

卖方
运输终端交货，卖方负责卸货



卖方义务：

- (1) 提供货物和单证；
- (2) 办理出口手续；
- (3) 负责运输，在运输终端负责卸货；
- (4) 承担交货以前的风险和费用。

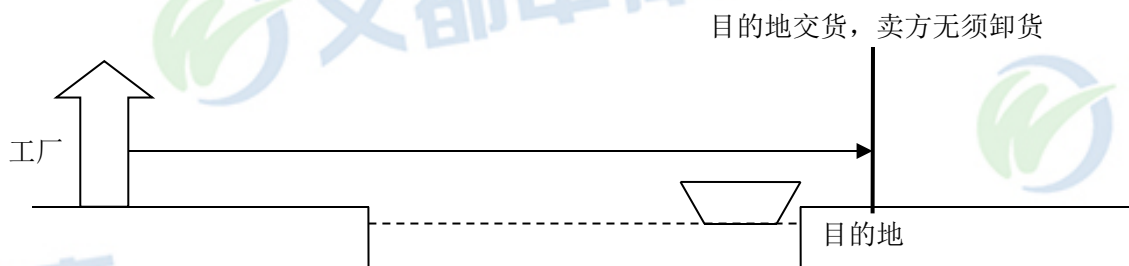
买方义务：

- (1) 支付货款并接受单证；
- (2) 办理进口手续；
- (3) 承担交货以后的风险和费用。

DAP（目的地交货）

卖方

买方



注意：DAP 与 DAT 术语基本相同，两者区别在于

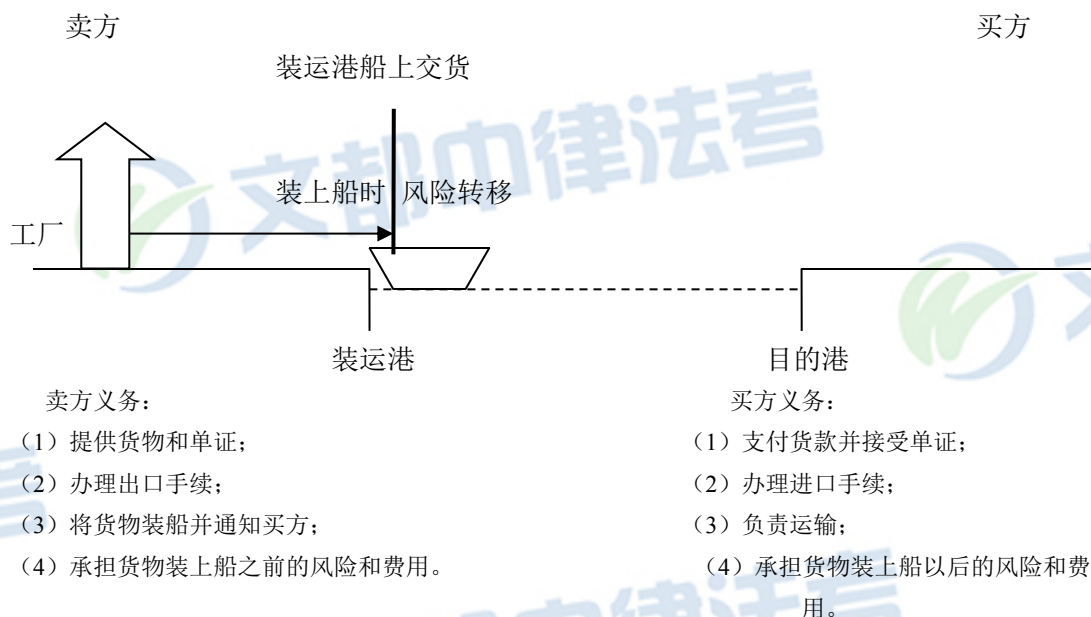
- DAT 术语下，卖方负责卸货；
- DAP 术语下，卖方无须卸货。

（三）几种主要贸易术语（FOB、CIF、CFR）（2010 年通则）

FOB（船上交货）

1. 交货地点：装运港船上
2. 风险转移点：货物装上船时

3. 双方义务

**CIF (成本、保险费+运费)**

1. 交货地点：装运港船上
2. 风险转移点：货物装上船时
3. 双方义务

卖方

买方

装运港船上交货 卖方负责运输、保险

- (2) 办理出口手续;

(3) 负责运输;

(4) 办理保险;

(5) 承担货物装上船之前的风险和费用。
- (2) 办理进口手续;

(3) 承担货物装上船以后的风险和费用（运费和保险费除外）。

CFR（成本+运费）

注意：

- (1) 除保险由买方办理外，其他义务与 CIF 术语基本相同；
- (2) 在 CFR 术语中，卖方装船，买方投保，因此，卖方在装船后应给买方以充分的通知；否则，由此造成买方漏保引起的货物损失应由卖方承担。

二、《国际货物销售合同公约》

（一）公约的适用范围

1. 适用公约的合同	(1) 国际货物销售合同：营业地位于不同缔约国的当事人订立的货物销售合同； (2) 依据国际私法扩大适用：如果依据国际私法规则导致适用某一缔约国法律，即使双方或一方营业地不在缔约国，仍适用公约。
2. 不适用公约的合同	(1) 购买供私人、家人或家庭使用的货物的销售； (2) 经由拍卖的销售； (3) 根据法律执行令状或其他令状的销售； (4) 公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售； (5) 船舶、船只、气垫船或飞机的销售； (6) 电力的销售。
	(1) 由买方提供制造货物的大部分原材料的合同，如来件装配、来料加工合同等。 (2) 供货一方的绝大部分义务在于提供劳务或其他服务的合同，如咨询服务合同等。
3. 公约不涉及的 法律问题	(1) 有关销售合同的效力或惯例的效力； (2) 所有权转移问题； (3) 货物引起的人身伤亡责任。

（二）要约承诺规则（参看《合同法》第 13-31 条）

（三）买卖双方的义务

1. 卖方义务

- 卖方义务
- (1) 交付货物

(2) 交付单据

(3) 质量担保
 - ①与合同规定的数量、质量、规格和包装相符
 - ②在合同没有规定时
 - A. 适用于通常使用的目的
 - B. 适用于特定目的
 - C. 与样品或样式相符
 - D. 按照通用的方式包装，如没有通用方式，则按照足以保全和保护货物的方式包装

①所有权担保：卖方保证对其销售的货物享有完全所有权

(4) 权利担保

★②知识产权担保

地域限制

主观限制

知识产权担保

概念	卖方应保证，其销售的货物必须是第三方不能依据知识产权提出权利或要求的货物。
知识产权担保的限制	第一，<u>地域限制</u>。第三方只有依据以下法律提出有关知识产权的权利或要求，卖方才承担责任： A. 依据货物的预期转售地法律； B. 依据买方营业地所在国法律。 第二，<u>主观限制</u>。在下列两种情况下，卖方的知识产权担保义务免除： A. 买方在订立合同时已经知道或不可能不知道此项权利或要求； B. 此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、款式或其他规格。
买方的及时通知义务	当买方已知或理应知道第三方的权利或要求后一段合理时间内，应将此项权利或要求通知卖方（如未及时通知，则不能再要求卖方承担侵权责任）。

2. 买方义务

- 买方义务
- (1) 支付货款

(2) 接收货物

A. 正常情况：买方应按时间按地点提取货物

B. 卖方有违约：先接收再索赔（注意保全、防损扩大；接收不等于接受）
- 保全货物的方式
- ①寄存：有义务保全货物的当事人，可以将货物寄放于第三方仓库，由对方承担费用。

②出售：两种情形下应该出售货物：（A）货物容易变坏；（B）货物的保全牵涉不合理费用。保全义务人应将出售意图通知对方。

(四) 风险转移

确定风险转移的目的	明确货物的毁损或灭失由谁承担。 风险一旦由卖方转移给买方，则货物的毁损或灭失就由买方承担。	
风险转移的时间	(1) 合同中订有运输条款(卖方安排运输)	①如果运输条款规定卖方有义务在某一特定地点把货物交给承运人运输，则卖方履行义务后，风险转移给买方。 ②如果合同中没有指明交货地点，卖方只要按规定把货物交给第一承运人，风险就转移给买方。
	(2) 在运输途中销售的货物	合同订立时风险转移。
	(3)其他情况下(买方安排运输)	如在卖方营业地交货，或在卖方营业地以外的地点交货，风险从买方接收货物，或货物交由买方处置时起转移给买方。

(五) 违约救济

	违约类型	救济措施
卖方违约时 买方的救济 措施	不交货、少交货、迟交货	要求实际履行（条件：不得采取与该方法相抵触的救济方法）
	交货不合格	①交付替代物（条件：货物不符合同构成根本违约） ②修理 ③减价（不论货款是否已付）
	①卖方根本违约； ②卖方在宽限期内没有 交货或声明不交货	解除合同
买方违约时 卖方的救济 措施	不付款、不收货	要求实际履行（条件：不得采取与该方法相抵触的救济方法）
	①买方根本违约； ②买方不在宽限期内履 行义务，或声明其将不履行	解除合同

解除合同的效果：解除了双方在合同中的义务，买方应归还货物，卖方应归还货款和利息。

注意两种特殊情形：

1. 一方采取的其他救济措施，并不妨碍其同时提出损害赔偿；
2. {
 - 卖方提前交货：买方可以收取货物，也可以拒绝收取货物；
 - 卖方交付的货物数量大于合同规定的数量：买方可以收取，也可以拒绝收取多交部分的货物；如果买方收取多交货物，则必须按合同价格付款。

（六）分批交货的违约责任

	无效情形	另一方可采取的处理方式
分批交 付货物 无效的 处理	(1) 仅对其中一批货物构成根本违约	对该批货物解除合同
	(2) 有充分理由断定对今后各批货物将发生根本违约	宣告合同今后无效，即解除合同对以后各批货物的效力
	(3) 对其中一批货物构成根本违约，而各批货物又相互依存	解除整个合同

第二章 国际货物运输与保险

第一节 国际海洋货物运输

【知识点】

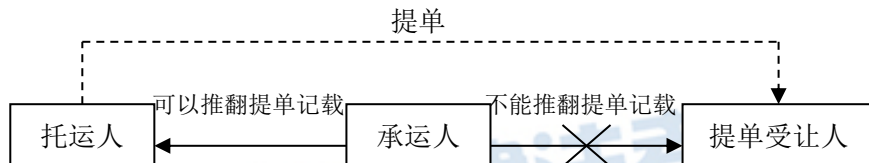
一、提单

提单，是承运人签发的，用以证明海上货物运输合同和货物已由承运人接管或装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。

（一）提单的法律性质

1. 提单是海上货物运输合同的证明。

(1) 就承运人与托运人而言，提单是运输合同的证明，而非运输合同本身。运输合同与提单区别有三：第一，从时间上讲，运输合同在货物装船之前即已成立，而提单通常在货物装船完毕之后签发；第二，从表现形式上讲，运输合同可以是口头的，而提单却是书面的；第三，从意思表示上讲，运输合同是承运人与托运人双方的意思表示，而提单只是由承运人单方签发的书面文件。(2) 提单经过转让后，在承运人与提单受让人之间，提单即成为二者之间的运输合同，双方的权利义务按提单条款办理。



2. 提单是承运人出具的接收货物的收据（参见上图）。

(1) 对托运人而言，提单是承运人按提单所载内容收到货物的初步证据，如果承运人能证明其收到的货物与提单上的记载不符，承运人可以向托运人提出异议。(2) 提单一经转让，对提单受让人而言，提单是最终证据，承运人对受让人不得否认提单上记载内容的正确性。

3. 提单是代表货物所有权的凭证。

不记名提单和指示提单可以转让，具有物权凭证的作用。谁占有提单，谁就有权要求承运人交付提单项下的货物，承运人通常只能向提单持有人交付货物。

【深度解析】如何理解提单的“初步证据”和“最终证据”性质？

对托运人而言，提单是承运人按提单所载内容收到货物的初步证据，如果承运人事实上没有收到货物，或者收到的货物与提单上的记载不符，承运人可以向托运人提出反驳，证明事实并非如此。这是因为提单上有关货物的资料均由托运人填报，托运人应知道他所托运货物的实际情况。如，某轮船将 1500 袋咖啡豆从巴西运往中国上海港，货物于 8 月 10 日装船完毕，计划 8 月 13 日起航，承运人签发清洁提单。8 月 11 日，承运人再次检查时发现其中 360 袋有破损，200 袋重量不足，于是决定暂停运输。此时，只要承运人能够证明收到的货物与提单记载不符，即可要求托运人交还原签发的清洁提单并更改提单上的记载。

提单一经转让，对提单受让人而言，提单是最终证据，承运人对受让人不得否认提单上记载内容的正确性。这是因为提单受让人在受让提单时，并没有机会检查货物，而只能完全凭信赖提单上的记载行事，这种规定正是为了保障善意第三人的利益，以有利于提单的流转。例如，在上例中，如承运人是在货物到达目的港向提单受让人交货时发现货物存在问题，则不得拒绝向提单受让人赔偿，因为提单此时为最终证据，承运人当初签发清洁提单已表明货物表面状况完好，不得再否认提单上的记载内容。

(二) 提单的种类

1. 根据货物是否已装船

(1) 已装船提单：承运人在货物装船之后签发的提单。

(2) 收货待运提单：承运人在收到货物后，实际装船之前签发的提单。

2. 根据收货人的抬头

(1) 记名提单：提单正面列明收货人名称的提单。这种提单只能由指定的收货人提货，一般不能转让。

(2) 不记名提单：提单正面未列明收货人名称的提单。此类提单无须背书即可转让。

(3) 指示提单：提单收货人一栏填写“凭指示”或“凭某人指示”字样的提单。此类提单通过背书可以转让。

提示注意：三种提单中，不记名提单和指示提单可以转让，具有物权凭证的作用；记名提单一般不能转让，不是物权凭证。

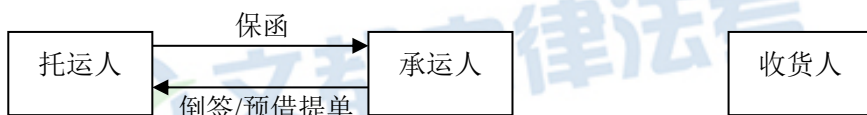
3. 根据提单上有无批注

(1) 清洁提单：承运人对货物的表面状况未加批注的提单。承运人签发清洁提单，就表明他确认货物装船时表面状况良好。银行结汇时一般只接受清洁提单。

(2) 不清洁提单：承运人对货物表面状况加有不良批注的提单。此类提单表明，货物是在表面状况有瑕疵或包装不足的条件下装船的。以信用证方式付款，除非另有规定，银行拒绝接受不清洁提单。

(三) 倒签提单和预借提单

实践中，托运人的装船日期可能晚于信用证规定日期，或信用证规定日期即将届满而货物还未装船，而银行只接受与信用证规定相符的提单。此时，为取得与信用证规定日期相符的提单，托运人通常会向承运人开出保函，要求承运人倒签或预借提单。（参见下图）



倒签提单，指提单上注明的装船日期早于实际装船日期的提单。

预借提单，指货物未装船或未装船完毕，托运人为使提单的装船日期与信用证规定相符，要求承运人签发的已装船提单。

提示注意：无论倒签或预借提单，都掩盖了货物的实际装船日期，隐瞒了迟延交货的责任，从而构成对收货人的欺诈行为，承运人应对因此造成的损失负责。

【深度解析】如何区分倒签提单和预借提单？

倒签提单，指提单上注明的装船日期早于实际装船日期的提单。如，实际上 9 月 25 日才完成装船，船长应托运人的要求在提单上记载的装船日期却为 9 月 6 日。预借提单，指货物未装船或未装船完毕，托运人为使提单的装船日期与信用证规定相符，要求承运人签发的已装船提单。如，信用证要求 8 月 16 日完成装船，但实际情况是，货物于 8 月 16 日才交与承运人，此时，承运人应托运人要求，在未装船的情况下签发已装船提单。

区分倒签提单和预借提单，关键看货物是否已经装船：如货物已装船，承运人将装船日期倒签，为倒签提单；如货物还没有装船或没有装船完毕，承运人签发已装船提单，为预借提单。

【真题示例】

中国甲公司进口一批日产空调，合同规定以信用证支付。甲公司开出的信用证规定装船期限为 1996 年 7 月 10 日至 7 月 20 日，由承运人所属的“SALA”号货轮承运上述货物。“SALA”号在装货港外锚地因遇大风走锚与另外一艘在锚地待泊的油轮相撞，使“SALA”号不能如期装货。“SALA”号最后于 8 月 15 日完成装货，船长在接受了托运人出具的保函的情况下签发了与信用证一致的提单，并办理了结汇。由于船舶延迟到港错过了空调的销售季节，给甲公司造成了很大损失。甲公司为此向承运人提出了索赔要求，下列关于承运人责任的选项哪个是正确的？（1999-12，单选）⁷⁷

- A. 延迟装货是因为不可抗力，因此承运人对延迟不负责任
- B. 承运人的行为是倒签提单，承运人应对此承担责任
- C. 承运人倒签提单是应托运人的要求，因此不应承担任何责任
- D. 承运人的行为是预借提单，承运人应对此承担责任

（四）无正本提单交付货物问题

2009 年最高院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》

1. 承运人应当赔偿的情形

（1）正本提单持有人提出索赔

①承运人无正本提单交货：承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的，正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任，或者承担侵权责任（第 3 条）；正本提单持有人可以要求无正本提单交付货物的承运人与无正本提单提取货物的人承担连带赔偿责任（第 11 条）；

②提货人凭伪造提单提货：提货人凭伪造的提单向承运人提取了货物，持有正本提单的收货人可以要求承运人承担无正本提单交付货物的民事责任（第 5 条）；

③提单持有人与提货人达成协议，但协议款项得不到赔付：在承运人未凭正本提单交付货物后，正本提单持有人与无正本提单提取货物的人就货款支付达成协议，在协议款项得不到赔付时，不影响正本提单持有人就其遭受的损失，要求承运人承担无正本提单交付货物的民事责任（第 13 条）；

（2）实际托运人提出索赔

向承运人实际交付货物并持有指示提单的托运人，虽然在正本提单上没有载明其托运人身份，因承运人无正本提单交付货物，要求承运人依据海上货物运输合同承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院应予支持（第 12 条）。

（3）承运人无单交货不适用赔偿限额

⁷⁷ B. 实际装船日期为 8 月 15 日，承运人签发了与信用证一致的提单，将提单的签发日期提前至 7 月 10 日至 7 月 20 日之间，显然属于倒签提单。倒签提单属于欺诈行为，承运人应对此承担责任。

承运人因无正本提单交付货物承担民事责任的，不适用海商法第 56 条关于限制赔偿责任的规定（第 4 条）。

2. 承运人不予赔偿的情形

（1）依法向当局交货：承运人依照提单载明的卸货港所在地法律规定，必须将承运到港的货物交付给当地海关或者港口当局的，不承担无正本提单交付货物的民事责任（第 7 条）。

（2）货物无人领取被海关依法变卖，或货物被法院裁定拍卖：承运到港的货物超过法律规定期限无人向海关申报，被海关提取并依法变卖处理，或者法院依法裁定拍卖承运人留置的货物，承运人主张免除交付货物责任的，人民法院应予支持（第 8 条）。

（3）记名提单托运人要求改变运输：承运人按照记名提单托运人的要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，持有记名提单的收货人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院不予支持（第 9 条）。

（4）签发数份正本提单，承运人已向最先提交人交货：承运人签发一式数份正本提单，向最先提交正本提单的人交付货物后，其他持有相同正本提单的人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院不予支持（第 10 条）。

3. 赔偿额的计算

承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的赔偿额，按照货物装船时的价值 + 运费和保险费计算（第 6 条）。

4. 诉讼时效

正本提单持有人以承运人无正本提单交付货物为由提起的诉讼，时效期间为 1 年，自承运人应当交付货物之日起计算；正本提单持有人以承运人与无正本提单提取货物的人共同实施无正本提单交付货物行为为由提起的侵权诉讼，诉讼时效适用本条前款规定（第 14 条）。

【例 1】甲公司依运输合同承运一批从某国进口中国的食品，当正本提单持有人乙公司持正本提单提货时，发现货物已由丙公司以副本提单加保函提走。依我国相关法律规定，（1）正本提单持有人乙公司可以要求承运人甲公司承担何种责任？（2）对乙公司的赔偿额应如何确定？

（1）根据 2009 年《规定》第 3 条，承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的，正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任，或者承担侵权责任。（2）根据 2009 年《规定》第 6 条，承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的赔偿额，按照货物装船时的价值加运费和保险费计算。

【真题示例】

中国甲公司从国外购货，取得了代表货物的单据，其中提单上记载“凭指示”字样，交货地点为某国远东港，承运人为中国乙公司。当甲公司凭正本提单到远东港提货时，被乙公司告知货物已不在其手中。后甲公司在中国法院对

乙公司提起索赔诉讼。乙公司在下列哪些情形下可免除交货责任？（2013-81，多选）⁷⁸

- A. 在甲公司提货前，货物已被同样持有正本提单的某公司提走
- B. 乙公司按照提单托运人的要求返还了货物
- C. 根据某国法律要求，货物交给了远东港管理当局
- D. 货物超过法定期限无人向某国海关申报，被海关提取并变卖

二、其他运输单证

（一）海运单

海运单，是证明海上运输货物由承运人接管或装船，且承运人保证将货物交给指定收货人的一种不可流通的书面运输单证。

性质：

- （1）与提单相同，具有货物收据和海上货物运输合同证明的作用；
- （2）与提单不同，海运单不具有流通性，不能转让，因而不是物权凭证，收货人提货时无须凭海运单，只需证明其身份；同时，非法取得海运单的单据持有人无法凭以提货，故较之提单更为安全。

（3）《国际贸易术语解释通则》赋予海运单与提单相同的法律地位。

（二）多式联运单据

多式联运单据，是多式联运合同的证明，是多式联运经营人收到货物的收据及凭其交货的凭证。与提单类似，多式联运单据如果为不记名抬头或指示抬头，可以转让，此时具有物权凭证作用。

三、调整提单运输的国际公约

（一）《海牙规则》主要内容

1. 承运人最低限度的义务

（1）适航义务。承运人在开航前和开航时必须谨慎处理，以便：①使船舶具有适航性；②适当地配备船员、设备和船舶供应品；③使货舱、冷藏舱和该船其他运载货物的部位适宜并能安全地收受、运送和保管货物。

【例 2】甲公司委托乙船运公司下属“康乐”号承运一批粮食。一个月前，“康乐”号货仓通风设备由于遭遇风暴受损，直到开航时仍未修复。货物运到目的港后，收货人发现大部分粮食已发霉。对于该损失，承运人是否应承担责任？

承运人在开航时没能保证船舶货仓正常通风，显然没有尽到适航义务，承运人应对该损失负责。

（2）管货义务。承运人应适当和谨慎地装载、搬运、积载、运送、保管、照料和卸下货物；

【例 3】甲公司委托乙船运公司下属“康乐”号承运一批设备。装船时由于承运人的工作人员操作不当，导致 3 箱货物落海；因“康乐”号船员未按包装注明的要求搭载，导致 10 箱货物被压碎。对于上述损失，承运人是否应承担责

⁷⁸ ACD。参见 2009 年《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第 7-10 条。根据规定第 9 条，在记名提单下，承运人按照托运人的要求返还货物可以免责，而本题为指示提单，B 项错误。

任？

承运人没有适当谨慎地装载和积载货物，未尽到管货义务，应对该损失承担责任。

(3) 行使合理航线义务。承运人不应作不合理的绕航。两种情形下的绕航合理：①为了救助海上人命或财产；②为了躲避海上危险。

2. 承运人的免责

(1) 过失免责事项：包括船长、船员、引航员或承运人的受雇人员在驾驶船舶或管理船舶上的行为、疏忽或过失引起的货物损坏或灭失。

(2) 无过失免责事项

①火灾，但由于承运人实际过失或私谋所引起的除外；

②不可抗力、自然灾害：海上灾难，天灾，战争行为，公敌行为，船舶被扣留，检疫限制，罢工、关厂、停工，暴乱和骚动，尽适当的谨慎仍不能发现的潜在缺陷；

③救助或企图救助海上人命或财产；

④货方原因：由于货物的固有缺陷、性质造成的体积或重量的亏损或任何其他损坏，包装不当，标志不清或不当。

【例 4】中国某公司向欧洲出口啤酒花一批，价格条件是每公吨 CIF 安特卫普 ×× 欧元。货物由中国人民保险公司承保，由“罗尔西”轮承运，船方在收货后签发了清洁提单。货到目的港后发现啤酒花变质，颜色变成深棕色。经在目的港进行的联合检验，发现货物外包装完整，无受潮受损迹象。经分析认为该批货物是在尚未充分干燥或温度过高的情况下进行的包装，以至在运输中发酵造成变质。根据《海牙规则》，承运人是否应对该批货物遭受的损失承担责任？

不承担。根据《海牙规则》，由于货物的固有缺陷、性质造成的体积或重量的亏损或任何其他损坏，包装不当，标志不清或不当，承运人可以免责。本例中，货物损失是由于货物固有缺陷造成，承运人可以免责。

【真题示例】

甲国 A 公司（买方）与乙国 B 公司（卖方）签订一进口水果合同，价格条件为 CFR，装运港的检验证书作为议付货款的依据，但约定买方在目的港有复验权。货物在装运港检验合格后交由 C 公司运输。由于乙国当时发生疫情，船舶到达甲国目的港外时，甲国有关当局对船舶进行了熏蒸消毒，该工作进行了数天。之后，A 公司在目的港复验时发现该批水果已全部腐烂。依据《海牙规则》及有关国际公约，下列哪一选项是正确的？（2004-41，单选）⁷⁹

A. C 公司可以免责

B. A 公司应向 B 公司提出索赔，因为其提供的货物与合同不符

C. A 公司应向 C 公司提出索赔，因为其没有尽到保管货物的责任

D. A 公司应向 B 公司提出索赔，因为其没有履行适当安排保险的义务

（二）《海牙规则》、《维斯比规则》、《汉堡规则》主要内容比较

⁷⁹ A. 货物损失是由检疫限制造成，承运人可以免责。

	《海牙规则》	《维斯比规则》	《汉堡规则》
责 任 制 度	承运人享有航行过失免责，因而属不完全过失责任制。		1. 取消了承运人航行过失免责条款，因而是完全的过失责任制。 2. 在过失认定方面，采用推定过失原则，即货损发生后，先推定承运人存在过失，如果承运人不能证明自己无过失，就要承担赔偿责任。 3. 火灾不能免责，但因火灾造成货损，货方要想得到赔偿，需举证证明火灾是承运人的过失导致。
承 运 人 的 责 任 期 间	“装到卸”：从货物装上船起到货物从船上卸下时为止。		“收到交”：货物在装运港、运输途中以及卸货港处于承运人掌管下的整个期间。
迟 延 交 货 的 责 任	未规定		1. 定义：是指承运人未在约定时间内，或在没有约定的情况下，未在合理时间内交货。 2. 责任：承运人对因自己过失而迟延交货所造成的货损应负赔偿责任，如果迟延交货达到60天以上，索赔人可以视为货物已经灭失。 3. 责任限制：承运人对迟延交货的赔偿责任限额为迟交货物应付运费的2.5倍，但不应超过所有货物应付运费的总额。
承 运 人 赔 偿 限 额	每件或每单位 100 英镑。	双重责任限额制： 承运人对货物的灭失或损害责任限额为每件或每单位666.67特别提款权，或按货物毛重每公斤2特别提款权计算，两者之中以较高者为准。	双重责任限额制： 每件或每单位835特别提款权，或每公斤2.5特别提款权，以高者为准。
货 物 的 适 用 范 围	不适用于舱面货和活牲畜。		适用于舱面货和活牲畜。

索 赔 通 知	1. 提货时如发现短卸或残损, 应立即提出索赔; 2. 如损害不明显, 则在 3 日内提出索赔; 3. 联合检验, 无需出具索赔通知。		1. 索赔通知应在收货后的第 1 个工作日内提交; 2. 如损害不明显, 应在收货后 15 日内提交; 3. 迟延交付的索赔通知应在收货后 60 天内提交。
诉 讼 时 效	1 年, 自货物交付之日起算; 在货物灭失的情况下, 自货物应交付之日起算。	1 年, 经双方协商可以延长; 对第三者的追偿诉讼在 1 年之后仍有 90 天的宽限期。	2 年, 经双方协商可以延长; 对第三者的追偿诉讼在 1 年之后仍有 90 天的宽限期。

【真题示例】

关于海上货物运输中的迟延交货责任, 下列哪一表述是正确的? (2006-46, 单选)⁸⁰

- A. 《海牙规则》明确规定承运人对迟延交付可以免责
- B. 《维斯比规则》明确规定了承运人迟延交付的责任
- C. 《汉堡规则》只规定了未在约定时间内交付为迟延交付
- D. 《汉堡规则》规定迟延交付的赔偿为迟交货物运费的 2.5 倍, 但不应超过应付运费的总额

【归纳总结】

国际货物运输方式包括公路运输、铁路运输、航空运输、海上运输以及多式联运, 实践中最为重要的方式当属海上运输。从近年真题来看, 与提单有关的规则已明显成为考试的重点: 一是 2009 年最高院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》; 二是有关提单的三个国际规则, 特别是《海牙规则》。

第二节 其他方式的国际货物运输

【知识点】

一、国际航空货物运输

1. 国际航空货物运输合同

国际航空货物运输合同, 是指航空公司与托运人签订的, 由航空公司将托运人的货物由一国的航空站运至另一国的航空站, 并由托运人支付约定运费的合同。

2. 航空运单

航空运单, 是由承运人出具的证明承运人与托运人已订立国际航空货物运输合同的运输单证。航空运单不同于提单, 它不是货物所有权的凭证, 一般不

⁸⁰ D. 《海牙规则》没有规定承运人对迟延交付可以免责, A 项错误。对于迟延交付的责任, 《维斯比规则》并未规定, B 项错误。根据《汉堡规则》, 迟延交付是指未在约定的时间内交付, 或在没有约定的情况下, 未在合理时间内交付, C 项错误。

可转让。航空运单的作用表现在五个方面：（1）运输合同的证明；（2）承运人接收货物的证明；（3）记载收货人应付费用的凭证；（4）办理报关手续的基本单证；（5）办理保险时的保险证书。

3. 有关国际航空货物运输的国际公约

有关国际航空运输的国际公约分为芝加哥公约体系、华沙公约体系和航空刑法体系。其中涉及货物运输的是华沙公约体系，以 1929 年《华沙公约》为核心，还包括 1955 年《海牙议定书》、1961 年《瓜达拉哈拉公约》和其后的补充性文件以及 1999 年《蒙特利尔公约》，我国是《华沙公约》、《海牙议定书》和《蒙特利尔公约》的参加国。三个公约的基本内容如下：

（1）航空货运单	根据《华沙公约》，航空货运单是订立合同、接收货物和运输条件的初步证据。单证不全、不符或遗失，并不影响运输合同的存在和有效。 《海牙议定书》在航空货运单方面对《华沙公约》作了两点修改：一是将名称改为空运单，二是对空运单应记载事项进行了删减。
（2）承运人的责任	根据《华沙公约》，承运人对货物在航空运输期间，因毁灭、遗失或损坏而产生的损失负责，承运人也应对航空运输中因延误而造成的损失负责。
（3）承运人责任的免除	根据《华沙公约》，在下列情况下，承运人可要求免除或减轻其责任： ①如果承运人能证明，他和他的代理人或雇佣人已采取一切必要措施以避免损失的发生，或不可能采取这种措施，则承运人对货物的损失可不负责任； ②如果承运人证明，货物的损失是由于驾驶中、航空器的操作中或航行中的过失引起的，并能证明他和他的代理人已采取了必要措施以避免损失的发生，则承运人对货物的损失可不负责任。 ③如果承运人证明，货物的损失是由于受害人自己的过失所引起或促成，法院可依法免除或减轻承运人的责任。
（4）承运人的责任限额	《华沙公约》规定，承运人的责任限额为每公斤 250 金法郎，但托运人特别声明货物价值并已缴付必要的附加费则不在此限。
（5）索赔期限和诉讼时效	根据《华沙公约》的规定，在货物发生毁损的情况下，收货人最迟应在收到货物后 7 日内提出异议；在延迟交货的情况下，收货人应在货物交由其支配之日起 14 日内提出异议。《海牙议定书》延长了索赔期限，将前者延长为 14 日，后者延长为 21 日。 《华沙公约》规定，有关空运合同的诉讼时效为 2 年，从货物到达之日或应该到达之日起算。

二、国际铁路货物运输

国际铁路货物运输，是指使用统一的国际铁路联运单据，由铁路货运部门经过两个或两个以上国家的铁路进行的运输。调整国际铁路货物运输的公约主要包括：（1）1961 年《关于铁路货物运输的国际公约》（简称《国际货约》）；（2）1951 年《国际铁路货物联运协定》（简称《国际货协》），我国是《国际货协》的成员国。

《国际货协》的主要内容包括：

(1) 运输合同的订立	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。从始发站承运货物时起，运输合同即成立。 铁路运单，是由铁路承运人签发的，证明铁路货物运输合同和货物已由承运人接管，以及承运人保证将货物交给指定收货人的单证。铁路运单是运输合同的证明，是铁路收取货物、承运货物的凭证，也是铁路在终点向收货人核收有关费用和交付货物的依据；但与提单不同，铁路运单不能转让，不是物权凭证。
(2) 承运人的责任及责任期间	按提单承运货物的铁路应对货物负连带责任。承运人的责任期间为签发运单时起至在终点交付货物时止。
(3) 承运人的留置权	为了保证核收运输合同项下的一切费用，铁路部门可对货物行使留置权。留置权的效力以货物交付地国家的法律为依据。
(4) 承运人的免责	承运人免责的情况主要包括：铁路不能预防和消除的情况；货物自然属性引起的货损；货方的过失；铁路规章许可的敞车运送；无法发现的包装缺点；发货人不正确地托运违禁品；规定标准内的途耗等。
(5) 承运人的赔偿责任	基本采用足额赔偿的方法，铁路对货物赔偿损失的金额，在任何情况下，都不得超过货物全部灭失时的金额。如货物受损，赔偿应与货价减损金额相当。如逾期交付，铁路应按逾期长短，以运费为基础向收货人支付规定的逾期罚金。
(6) 发货人、收货人的权利与义务	①支付运费的义务。发送国的运费由发货人支付；过境的运费可由发货人支付，也可由收货人支付；到达国的运费由收货人支付。 ②收货人有接收货物的义务。 ③发货人和收货人有变更运输合同的权利。
(7) 诉讼时效	索赔与诉讼的时效为 9 个月，如关于逾期交货，则为 2 个月。

【真题示例】

中国甲公司向波兰乙公司出口一批电器，采用 DAP 术语，通过几个区段的国际铁路运输，承运人签发了铁路运单，货到目的地后发现有部分损坏。依相关国际惯例及《国际铁路货物联运协定》，下列哪些选项是正确的？

(2016-80，多选)⁸¹

- A. 乙公司必须确定损失发生的区段，并只能向该区段的承运人索赔
- B. 铁路运单是物权凭证，乙公司可通过转让运单转让货物
- C. 甲公司在指定目的地运输终端将仍处于运输工具上的货物交由乙公司

⁸¹ CD。按运单承运货物的铁路部门应对货物负连带责任，A 项错误，D 项正确。与提单不同，铁路运单不是物权凭证，不能转让，B 项错误。DAP, Delivered at Place (目的地交货)，指当卖方在指定目的地将仍处于运输工具上，且已做好卸载准备的货物交由买方处置时，即完成交货，C 项正确。

处置时，即完成交货

D. 各铁路区段的承运人应承担连带责任

三、国际货物多式联运

国际货物多式联运，指多式联运经营人以一张联运单据，通过两种以上的运输方式，将货物从一国运至另一国的运输。

调整国际货物多式联运的国际立法主要有：（1）《联运单证统一规则》，国际商会 1963 年制定，该规则并非强制性规范，当事人可以选择适用。在承运人责任制度上，该规则采取区段责任制和统一责任制相结合的制度。（2）《联合国国际货物多式联运公约》，联合国贸发会议 1980 年主持制订并通过，该公约目前尚未生效。

《联合国国际货物多式联运公约》的主要内容包括：

（1）公约的适用范围	公约适用于两国境内各地之间的所有多式联运合同，条件是： ①多式联运合同规定的多式联运经营人接管货物的地点是在一个缔约国境内； ②多式联运合同规定的多式联运经营人交付货物的地点是在一个缔约国境内。
（2）多式联运单据	多式联运单据是多式联运合同的证明，是多式联运经营人收到货物的收据及凭其交货的凭证。 多式联运单据是货物由多式联运经营人接管的初步证据。当多式联运单据以可转让方式签发，而且转给正当信赖该单据所载明的货物状况的包括收货人在内的第三方时，即成为最终证据。
（3）经营人的责任期间	为从其接管货物之时起至交付货物时止的期间。
（4）经营人的赔偿责任原则	公约采取了完全推定责任原则，即除非经营人证明其为避免事故的发生已采取了一切合理的措施，否则，即推定损坏是由经营人一方的过错所致，并由其承担赔偿责任。
（5）经营人的赔偿责任限额	①如多式联运中包括海运或内河运输，多式联运经营人的赔偿责任限额为每件 920 特别提款权，或货物毛重每公斤 2.75 特别提款权，以较高者为准。 ②如多式联运中未包括海运或内河运输，多式联运经营人的赔偿责任限额为毛重每公斤 8.33 特别提款权。 ③因延迟交付造成损失的赔偿限额为延迟交付货物的应付运费的 2.5 倍，但不得超过多式联运合同规定的应付运费的总额。
（6）索赔与诉讼时效	诉讼时效为 2 年，但如果在货物交付之日或应交付之日起 6 个月内，没有提出书面索赔通知，则在此期限届满后即失去诉讼时效。
（7）管辖	原告可以选择在下列之一法院进行诉讼： ①被告主要营业所，如无主要营业所，则为被告的经常居所； ②订立多式联运合同的地点，且合同是通过被告在该地的营

	业所、分支或代理机构订立； ③接管国际多式联运货物的地点或交付货物的地点； ④多式联运合同中为此目的所指定并在多式联运单据中载明的任何其他地点。
--	--

【归纳总结】

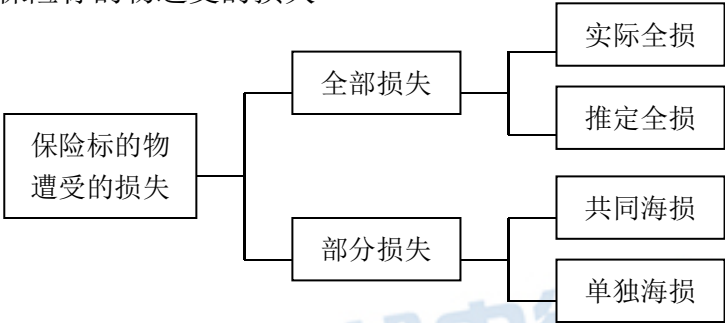
主要运输单据对比

	运输合同的证明	货物收据	物权凭证
提单	√	√	√
多式联运单据			√
海运单			×
空运单			×
铁路运单			×

第三节 国际货物运输保险

【知识点】

一、保险标的物遭受的损失



（一）全部损失

1. 实际全损。指保险事故发生后，保险标的物灭失，或受到严重损坏以至失去原有形态、用途或价值，或不能再归被保险人所拥有。
2. 推定全损。指保险事故发生后，保险标的物虽未完全灭失，但可以预见其实际全损不可避免，或为避免实际全损所需支付的费用与继续将货物运到目的地的费用之和将超过保险价值。

（二）部分损失

1. 共同海损。指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。共同海损应由受益方分摊。
- 共同海损的范围（《海商法》第 193-195 条）：
- 第 193 条第 2 款 无论在航程中或者在航程结束后发生的船舶或者货物因迟延所造成的损失，包括船期损失和行市损失以及其他间接损失，均不得列入共同海损。

第 194 条 船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况而损坏时，为了安全

完成本航程，驶入避难港口、避难地点或者驶回装货港口、装货地点进行必要的修理，在该港口或者地点额外停留期间所支付的港口费，船员工资、给养，船舶所消耗的燃料、物料，为修理而卸载、储存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产所造成的损失、支付的费用，应当列入共同海损。

第 195 条 为代替可以列为共同海损的特殊费用而支付的额外费用，可以作为代替费用列入共同海损；但是，列入共同海损的代替费用的金额，不得超过被代替的共同海损的特殊费用。

2. 单独海损。指保险标的物由于意外事故造成的不属于共同海损的部分损失。单独海损由损失方自己承担。

【深度解析】如何区分共同海损和单独海损？

共同海损，指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。共同海损须具备以下构成要件。（1）海上危险必须是共同的。“共同的”指危险必须涉及船舶和货物共同的安全。（2）海上危险必须是真实的。“真实的”指危险不能是主观臆想的，而必须客观存在。（3）共同海损的措施必须是有意的、合理的和有效的。“有意的”指明知采取措施会引起船舶或货物的部分损失，但为了船舶或货物的全体安全，仍决定采取这一措施；“合理的”指措施在进行了有限的牺牲后有效地解除了船货的危险；“有效的”指船方采取的措施最终保证了船舶及货物的安全。（4）共同海损的损失必须是特殊的和直接的。“特殊的”指这种损失是为了解除海上危险而人为造成的损失和额外支出的费用；“直接的”指造成的损失必须是为解除危险而采取的措施的直接后果。

单独海损，指保险标的物由于意外事故造成的不属于共同海损的部分损失。

共同海损和单独海损的区别体现在以下方面：

	共同海损	单独海损
1. 危险涉及的利益	涉及船舶和货物共同的安全。	只涉及到船舶和货物中一方的利益。
2. 发生原因	有人为因素，明知采取措施会导致标的物的损失仍有意采取。	无人为因素，偶然的意外事故造成。
3. 后果	损失由受益各方共同分摊。	由损失方自己承担。

二、委付与代位求偿

	委付	代位求偿
概念	是指在保险标的物发生推定全损时，被保险人将保险标的物的所有权转让给保险人，而向保险人请求赔付全部保险金额的行为。	是指当保险标的物的损失是由于第三方的过失引起时，保险人在向被保险人支付保险金额后，享有的取代被保险人向第三方进行追偿的权利。

特点	1. 委付仅适用于推定全损的场合； 2. 保险人可以接受委付，也可以不接受；保险人一旦接受委付就不得撤回； 3. 即使保险人的追偿额超过赔付额，保险人也无须将超出部分退还给被保险人。	1. 代位求偿既适用于全部损失，也适用于部分损失； 2. 在赔偿部分损失的情况下，如保险人的追偿所得大于赔付给被保险人的金额，超出部分应归还被保险人； 3. 在赔偿全部损失的情况下，保险人在取得代位权的同时还取得残存标的物的所有权，即使残存标的物的价值大于保险人的赔付额，超出部分仍归保险人所有。
----	---	--

【例 5】某国远洋货轮“亚历山大号”满载货物从 S 港起航，途中遇飓风，货轮触礁货物损失惨重。货主向其投保的保险公司发生委付通知。在此情况下，保险公司是否必须接受委付？如保险公司接受委付，是否还可以撤回？

根据《海商法》第 249 条，保险人可以接受委付，也可以不接受委付；委付一经保险人接受，不得撤回。

三、国际海洋货物运输保险条款

（一）主要险别

主要险别，又称基本险别，是指可以独立投保，不必附加在其他险别项下的险别。中国人民保险公司承保的三种主要险别为平安险、水渍险和一切险。

1. 平安险的承保范围

（1）被保险货物在运输途中由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害造成整批货物的全部损失或推定全损；

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

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

【例 6】中国东方茶叶出口公司与法国某公司签订出口茶叶 90 吨的合同，CIF 条件，委托某船运公司下属“亚克力号”承运。东方公司为该批茶叶向中国人民保险公司投保了平安险附加串味险。运输途中，“亚克力号”遭遇台风，台风掀起的巨浪导致货舱进水，引起底层部分茶叶湿损。在此过程中，台风又导致“亚克力号”与巴拿马籍货轮“波塞冬号”发生碰撞。对于茶叶的湿损，保险公司是否赔偿？

台风导致两船相撞属于意外事故，在这之前货物还遭受自然灾害，该种情形下导致的部分损失属于平安险的承保范围，因此，保险公司应当赔偿。

（4）在装卸或转运时由于一件或数件整件货物落海造成的全部或部分损失；

（5）共同海损的牺牲、分摊和救助费用；

（6）运输工具遭遇海难后，在避难港由于卸货所引起的损失以及在中途

港、避难港由于卸货、存仓以及运送货物所产生的特别费用；

(7) 对在承保范围内的受损货物进行施救的费用，但以不超过该批被救货物的保险金额为限；

(8) 运输合同中订有“船舶互撞责任”条款，根据该条款规定应由货方偿还船方的损失。

提示注意：在国际贸易术语下，如双方未就保险的险别加以约定，负投保义务的一方投保最低级别的海运保险，即平安险。

2. 水渍险的承保范围

除平安险的各项责任外，还包括保险标的物由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害所造成的部分损失。水渍险 = 平安险 + 自然灾害造成的部分损失。

3. 一切险的承保范围

除水渍险的各项责任外，还包括保险标的物在运输途中由于一般外来原因所造成的全部或部分损失。一切险 = 水渍险 + 一般外来原因造成的全部或部分损失。

一般外来原因：包括偷窃、提货不着、淡水雨淋、短量、混杂、玷污、渗漏、碰撞破碎、串味异味、受潮受热、钩损、包装破裂、锈损等原因。

【例 7】中国天津 A 公司（买方）与加拿大 B 公司（卖方）签订 CIF 合同进口成套设备。在约定装船日期，B 公司如数将符合合同质量要求的设备交与承运人。在海上运输途中，由于风浪过大，有约三分之一的设备被海水浸泡导致质量降低。该批货物的损失应由哪方承担？

A 公司。在 CIF 术语下，买卖双方的风险转移以装运港船舷为界，货物在装运港越过船舷之后风险由卖方转移于买方。同时，在该术语下，卖方负责办理保险，如双方未就险别加以约定，卖方应负责投保平安险。本例中，B 公司在约定装船日期如数将符合合同质量要求的设备交与承运人，故风险应于设备在装运港越过船舷时转移于买方 A 公司，卖方 B 公司的责任可以排除。根据《海牙规则》，对于自然灾害造成的损失，承运人可以免责，承运人的责任可排除。平安险的承保范围包括被保险货物由于自然灾害造成的全损，本例中，三分之一的设备被海水浸泡导致质量降低属部分损失，不属于平安险的承保范围，保险公司的责任也可排除。故损失最终应由 A 公司承担。

（二）附加险别

附加险别，是指投保人在投保主要险别时，为补偿因主要险别承保范围以外可能发生的某些危险造成的损失所附加的保险。附加险别分为一般附加险、特别附加险和特殊附加险三种。附加险别不能单独投保，必须附加于主要险别项下一起投保。

1. 一般附加险：（1）偷窃、提货不着险；（2）淡水雨淋险；（3）短量险；（4）混杂、玷污险；（5）渗漏险；（6）碰撞、破碎险；（7）串味异味险；（8）受潮受热险；（9）钩损险；（10）包装破裂险；（11）锈损险。

提示注意：一般附加险包括在一切险之中，如已投保一切险，则无须加保

一般附加险。

【例 8】中国浙江某茶叶公司与芬兰乙公司订立了从中国出口茶叶的合同，并准备通过海运运往芬兰，为了防止茶叶串味，浙江茶叶公司应如何安排投保？

可以投保一切险。也可以投保平安险或水渍险，附加串味异味险。

2. 特别附加险：（1）交货不到险；（2）进口关税险；（3）舱面险；（4）拒收险；（5）黄曲霉素险；（6）出口货物到香港或澳门存仓火险。

提示注意：特别附加险已超出了一切险的承保范围，即使投保人已投保一切险，仍须与保险人特别约定并经其同意，才能把特别附加险包括在承保范围之内。

3. 特殊附加险：（1）战争险；（2）罢工险。

（三）保险人的除外责任

1. 被保险人故意或过失造成的损失；
2. 航行迟延、交货迟延或者市价跌落等造成的损失；
3. 货物的自然损耗、固有缺陷、包装不当。

【真题示例】

甲公司向乙公司出口一批货物，由丙公司承运，投保了中国人民保险公司的平安险。在装运港装卸时，一包货物落入海中。海运途中，因船长过失触礁造成货物部分损失。货物最后延迟到达目的港。依《海牙规则》及国际海洋运输保险实践，关于相关损失的赔偿，下列哪些选项是正确的？（2013-82，多选）⁸²

- A. 对装卸过程中的货物损失，保险人应承担赔偿责任
- B. 对船长驾船过失导致的货物损失，保险人应承担赔偿责任
- C. 对运输延迟造成的损失，保险人应承担赔偿责任
- D. 对船长驾船过失导致的货物损失，承运人可以免责

【归纳总结】

与海运类似，保险同样是司法考试中重者恒重的考点，特别是三种基本险及保险人的除外责任，出现频率极高。近年司考中亦常出现运输与保险的复合型题目，题目通常涉及一具体案例，要求判断其中发生的损失应由承运人还是保险人承担。对此类问题，关键要看损失属于谁的责任范围：如属于承运人或保险人的责任范围，则由相应主体承担责任；如不在其责任范围，或因免责情形导致的损失，则不承担责任。

【图表精要】

一、提单

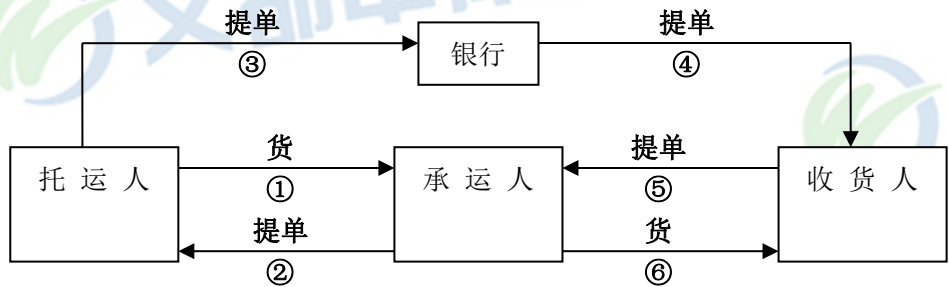
（一）提单的概念

提单：承运人签发的，用以证明海上货物运输合同和货物已由承运人接管，

⁸² ABD。装卸过程中货物落海造成的损失，属平安险的承保范围，A 项正确。船长过失触礁，触礁造成货物损失为意外事故造成的损失，属平安险的承保范围，B 项正确。根据《海商法》第 243 条，航行迟延造成的损失，保险人可以免责，C 项错误。根据《海牙规则》，对于船长在驾驶船舶或管理船舶上的行为、疏忽或过失引起的货物损坏或灭失，承运人可以免责，D 项正确。

承运人保证据以交付货物的单证。

提单的流转



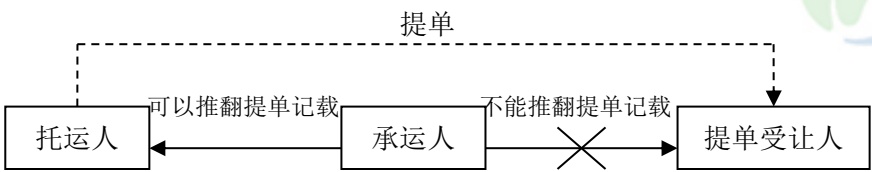
(二) 提单的法律性质

1. 提单是海上运输

- 合同的证明 {
- ①在托运人与承运人之间：提单是海上运输合同的证明；
 - ②在提单受让人与承运人之间：提单是二者间的海上运输合同。

2. 提单是承运人出具的接收货物的收据

- {
- ①对于托运人：提单是初步证据（承运人可以反驳）；
 - ②对于提单受让人：提单是最终证据（承运人不能反驳）。



3. 提单是代表货物所有权的凭证

- (三) 提单的分类 {
- (1) 货物是否已装船 {
 - ①已装船提单
 - ②收货待运提单
 - (2) 有无批注 {
 - ①清洁提单
 - ②不清洁提单
 - (3) 收货人抬头 {
 - ①记名提单
 - ②不记名提单
 - ③指示提单

(四) 倒签提单和预借提单

- {
- 倒签提单：提单上注明的装船日期早于实际装船日期的提单。
 - 预借提单：货物未装船或未装船完毕，托运人为使提单的装船日期与信用证规定相符，要求承运人签发的已装船提单。

(五) 无正本提单交付货物问题

2009 年最高院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》

1. 承运人应当赔偿的情形	(1) 正本提单持有人提出索赔： ①<u>承运人无正本提单交货</u>：承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的，正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任，或者承担侵权责任（第 3 条）；正本提单持有人可以要求承运人与无正本提单提取货物的人承担连带赔偿责任（第 11 条）； ②<u>提货人凭伪造提单提货</u>（第 5 条）； ③<u>正本提单持有人与提货人达成协议，但协议款项得不到赔付</u>：在承运人未凭正本提单交付货物后，正本提单持有人与无正本提单提取货物的人就货款支付达成协议，在协议款项得不到赔付时（第 13 条）； (2) 实际托运人提出索赔： 实际托运人因承运人无正本提单交付货物，要求承运人依据海上货物运输合同承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院应予支持（第 12 条）。 FOB { 买方：负责运输（缔约托运人） 卖方：向承运人交货（实际托运人） (3) 承运人无单交货<u>不适用</u>海商法第 56 条关于限制赔偿责任的规定（第 4 条）。
2. 承运人不予赔偿的情形	(1) <u>承运人依法向当局交货</u>：承运人依照提单载明的卸货港所在地法律规定，必须将承运到港的货物交付给当地海关或者港口当局的（第 7 条）。 (2) <u>货物无人领取被海关依法变卖，或货物被法院裁定拍卖</u>：承运到港的货物超过法律规定期限无人向海关申报，被海关提取并依法变卖处理，或者法院依法裁定拍卖承运人留置的货物（第 8 条）。 (3) <u>记名提单托运人要求改变运输</u>：承运人按照记名提单托运人的要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，记名提单持有人要求承运人承担责任的（第 9 条）。 (4) <u>签发数份正本提单，承运人已向最先提交人交货</u>：承运人签发一式数份正本提单，向最先提交正本提单的人交付货物（第 10 条）。
3. 赔偿额的计算	按照 <u>货物装船时的价值 + 运费和保险费</u> 计算（第 6 条）。
4. 诉讼时效	1 年 （自承运人应当交付货物之日起计算）（第 14 条）。

（六）主要运输单据对比

	运输合同的证明	货物收据	物权凭证
提单	√	√	√
多式联运单据			√
海运单			×
空运单			×
铁路运单			×

二、有关提单运输的国际公约

★（一）海牙规则

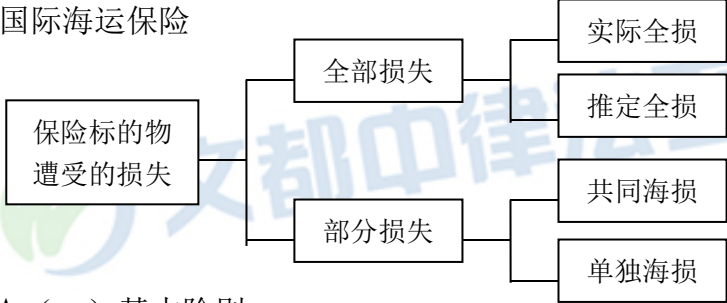
承运人最低限度的义务	1. 适航义务	承运人在开航前和开航时必须谨慎处理，以便： (1) 使船舶具有适航性； (2) 适当地配备船员、设备和船舶供应品； (3) 使货舱、冷藏舱和该船其他运载货物的部位适宜并能安全地收受、运送和保管货物。
	2. 管货义务	承运人应适当和谨慎地装载、搬运、积载、运送、保管、照料和卸下货物；
	3. 行使合理航线义务	不做不合理绕航。
承运人的免责	1. 过失免责事项	包括船长、船员、引航员或承运人的受雇人员在驾驶船舶或管理船舶上的行为、疏忽或过失引起的货物损坏或灭失；
	2. 无过失免责事项	(1) 火灾，但由于承运人实际过失或私谋所引起的除外； (2) 不可抗力、自然灾害：海上灾难，天灾，战争行为，公敌行为，船舶被扣留，检疫限制，罢工、关厂、停工，暴乱和骚动，尽适当的谨慎仍不能发现的潜在缺陷； (3) 救助或企图救助海上人命或财产； (4) 货方原因：由于货物的固有缺陷、性质造成的体积或重量的亏损或任何其他损坏，包装不当，标志不清或不当。

(二) 三大提单规则比较

	《海牙规则》	《维斯比规则》	《汉堡规则》
责任制度	不完全过失责任		1. 取消了承运人航行过失免责条款，因而是完全的过失责任制。 2. 在过失认定方面，采用推定过失原则，即货损发生后，先推定承运人存在过失，如果承运人不能证明自己无过失，就要承担赔偿责任。 3. 火灾不能免责，但因火灾造成货损，货方要想得到赔偿，需举证证明火灾是承运人的过失导致。
承运人的责任期间	“装到卸”：从货物装上船起到货物从船上卸下时为止。		“收到交”：货物在装运港、运输途中以及卸货港处于承运人掌管下的整个期间。
迟延交货的责任	未规定		1. 定义：是指承运人未在约定时间内，或在没有约定的情况下，未在合理时间内交货。 2. 责任：承运人对因自己过失而迟延交货所造成的货损应负赔偿责任，如果迟延交货达到 60 天以上，索赔人可以视为货物已经灭失。 3. 责任限制：承运人对迟延交货的赔偿责任限额为迟交货物应付运费的 2.5 倍，但不应超过所有货物应付运费的总额。

承运人赔偿限额	每件或每单位 100 英镑	双重责任限额制： 承运人对货物的灭失或损害责任限额为每件或每单位 666.67 特别提款权，或按货物毛重每公斤 2 特别提款权计算，两者之中以较高者为准。	双重责任限额制： 每件或每单位 835 特别提款权，或每公斤 2.5 特别提款权，以高者为准。
诉讼时效	1 年		2 年

三、国际海运保险



★（一）基本险别

险别	承保范围	特点
平安险	1. 被保险货物在运输途中由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害造成整批货物的全部损失或推定全损； 2. 由于运输工具遭受搁浅、触礁、沉没、互撞、与流冰或其他物体碰撞以及失火、爆炸等意外事故造成货物的全部或部分损失； 3. 在运输工具已经发生搁浅、触礁、沉没、焚毁等意外事故的情况下，货物在此前后又在海上遭受恶劣气候、雷电、海啸等自然灾害所造成的部分损失； 4. 在装卸或转运时由于一件或数件整件货物落海造成的全部或部分损失； 5. 共同海损的牺牲、分摊和救助费用； 6. 运输工具遭遇海难后，在避难港由于卸货所引起的损失以及在中途港、避难港由于卸货、存仓以及运送货物的特别费用； 7. 对在承保范围内的受损货物进行施救的费用，但以不超过该批被救货物的保险金额为限； 8. 运输合同中订有“船舶互撞责任”条款，根据该条款规定应由货方偿还船方的损失。	平安险，其承保的风险主要包括以下几类： 1. 意外事故造成的全损或部分损失； 2. 货物落海造成的全损或部分损失； 3. 自然灾害造成的全损； 4. 发生意外事故前后又遭受自然灾害造成的部分损失； 5. 共同海损； 6. 遭遇海难后引起的相关损失及费用； 7. 施救费用； 8. “船舶互撞责任”条款规定由货方偿还船方的损失。
水渍险	除平安险的各项责任外，还包括保险标的物由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害所造成的部分损失。	水渍险 = 平安险 + 自然灾害造成的部分损失。
一切险	除水渍险的各项责任外，还包括保险标的物在运输途中由于一般外来原因所造成的全部或部分损失。 一般外来原因：包括偷窃、提货不着、淡水雨淋、	一切险 = 水渍险 + 一般外来原因造成的全部或部分损失。

	短量、混杂、玷污、渗漏、碰撞破碎、串味异味、受潮受热、钩损、包装破裂、锈损等原因。
--	---

(二) 附加险别

险别	种类	注意事项
1. 一般附加险	1. 偷窃、提货不着险；2. 淡水雨淋险； 3. 短量险；4. 混杂、玷污险 5. 渗漏险；6. 碰撞、破碎险；7. 串味异味险；8. 受潮受热险； 9. 钩损险；10. 包装破裂险；11. 锈损险。	一般附加险包括在一切险之中，如已投保一切险，则无须加保一般附加险。
2. 特别附加险	1. 交货不到险；2. 进口关税险；3. 舱面险；4. 拒收险；5. 黄曲霉素险；6. 出口货物到香港或澳门存仓火险。	特别附加险已超出了一切险的承保范围，即使投保人已投保一切险，仍须与保险人特别约定并经其同意，才能把特别附加险包括在承保范围之内。
3. 特殊附加险	战争险、罢工险。	

(三) 保险人的除外责任

- (1) 被保险人故意或过失造成的损失；
- (2) 航行迟延、交货迟延或者市价跌落等造成的损失；
- (3) 货物的自然损耗、固有缺陷、包装不当。

第三章 国际贸易支付

【知识点】

一、汇付

汇付，是指由国际货物买卖合同的买方委托银行主动将货款支付给卖方的结算方式。

(一) 汇付的特点

1. 汇付中，信用工具的传递与资金的流转方向相同，因而属顺汇法。
2. 汇付建立在商业信用基础上，是否付款取决于进口商，付款没有保证。

(二) 汇付的种类

1. 信汇。信汇（简称 M/T），是指汇出行应汇款人的要求开具付款委托书，并通过邮寄的方式寄交汇入行，由汇入行向收款人解付汇款的汇付方式。
2. 电汇。电汇（简称 T/T），是指汇出行应汇款人的要求以电报或电传方式将电付委托书发送至汇入行，由汇入行向收款人解付汇款的汇付方式。
3. 票汇。票汇（简称 D/D），是指汇出行应汇款人的要求，开立以汇入行为付款人的银行即期汇票，由汇款人将汇票寄交收款人，收款人凭此汇票向汇入行提款的汇付方式。

二、托收

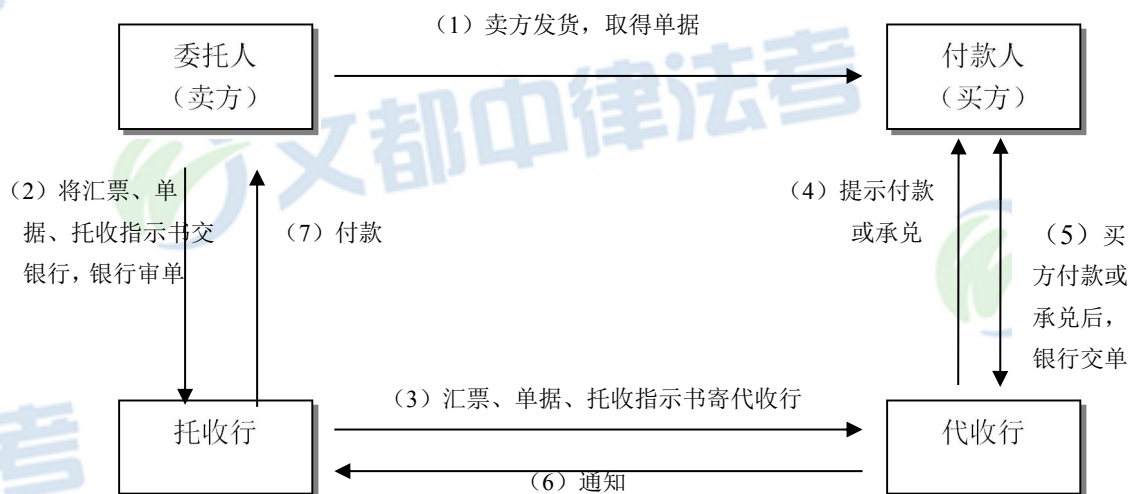
托收，是指由卖方开立汇票，委托银行向买方收取货款的结算方式。托收具有如下特点：（1）托收中，信用工具的传递与资金的流转方向相反，因而属于逆汇法；（2）托收属商业信用，银行仅起代理收款的作用，对付款人是否付款并不承担责任。

（一）托收的当事人

托收通常包括四方当事人，即委托人、付款人、托收行和代收行。具体来讲：

- （1）委托人，是开立汇票委托银行收款的人，通常为卖方；
- （2）付款人，是汇票的受票人，通常为买方；
- （3）托收行，是接受卖方委托代其收取货款的银行，通常为卖方所在地银行；
- （4）代收行，是接受托收行委托直接向买方收取货款的银行，通常为买方所在地银行。

（二）托收的程序



（三）托收当事人之间的关系

1. 委托人和付款人之间是买卖合同关系。委托人为买卖合同中的卖方，付款人一般为买方。
2. 委托人与托收行之间是委托代理关系。委托人在委托银行办理托收时，须填写托收委托书，具体规定托收的指示及双方的责任，该委托书即构成双方的代理合同。
3. 托收行与代收行之间是委托代理关系。两者间的代理合同由托收指示书、托收委托书以及双方签订的业务互助协议等组成。代收行应按照托收行的指示，及时向汇票上的付款人作付款提示或承兑提示，并应于遭到拒绝时及时把详情通知托收行。
4. 委托人与代收行之间无直接的合同关系。按照代理法的一般原则，委托人是本人，托收行是其代理人，代收行是托收行的代理人，因此，对委托人而言，代收行是其代理人的代理人，二者之间无直接的合同关系。如果代收行违反托收指示行事导致委托人遭受损失，委托人不能直接对代收行起诉，而只能通过托收行追究代收行的责任。

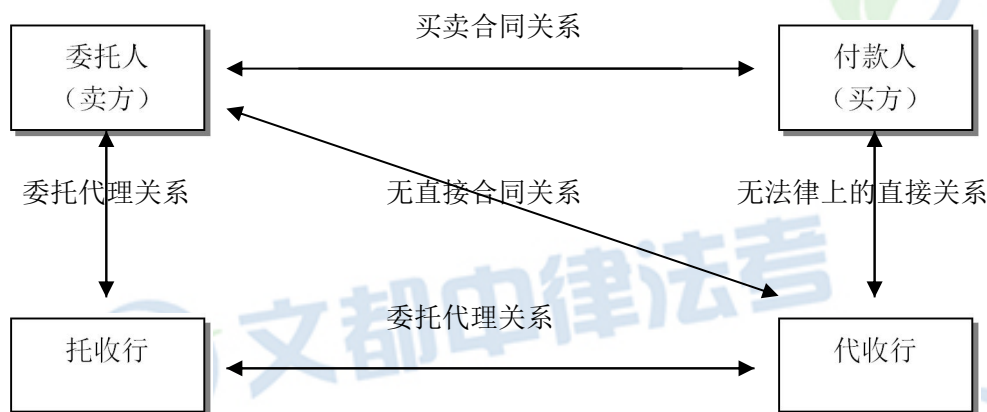
【例 1】中国甲公司（卖方）与德国乙公司（买方）签订一出口合同，付款采用托收方式，托收行为中国银行北京分行，代收行为德国汉堡某银行，付款条

件为付款交单见票后 30 天付款。汇票及所附单据通过中国银行北京分行寄达进口地代收行后，代收行及时向买方乙公司提示汇票，乙公司在汇票上履行了承兑手续，承诺于 30 天后付款。货物于 10 天后到达目的港，乙公司为赶上热卖时段，出具相关保证后提前从代收行取得单据，并依单据将货物从承运人处提走。汇票到期后，乙公司由于经营不善，无力支付。代收行将付款人拒付的情况通知中国银行北京分行。（1）本例中，代收行的行为是否符合托收指示？

（2）中国甲公司能否直接起诉代收行？

（1）本例中，托收指示规定的是付款交单，即代收行在买方付清货款后才将货运单据交付买方，但实际上，代收行在买方仅作出承兑但还未付款的情况下即交付了单据，显然违背了托收指示。（2）按照代理法的一般原则，委托人与代收行之间没有合同关系，如果代收行违反托收指示行事导致委托人遭受损失，委托人不能直接对代收行起诉，而只能通过托收行追究代收行的责任。因此，中国甲公司不能直接起诉代收行，而应通过中国银行北京分行追究代收行的责任。

5. 代收行与付款人之间无法律上的直接关系。付款人付款来自其作为票据关系债务人所承担的义务，而非因与代收行之间存在任何法律上的直接关系。



（四）托收的种类

1. 光票托收

光票托收，指委托人开立不附货运单据的汇票，仅凭汇票委托银行向付款人收款的托收方式。光票托收风险较大，国际贸易中较少采用。

2. 跟单托收

跟单托收，指委托人开立附货运单据的汇票，凭跟单汇票委托银行向付款人收款的托收方式。根据交单条件的不同，跟单托收分为：（1）付款交单（简称 D/P），指代收行在买方付清货款后才将货运单据交付买方的托收方式；（2）承兑交单（简称 D/A），指在开立远期汇票的情况下，代收行在接到跟单汇票后，要求买方对汇票承兑，在买方承兑后即将货运单据交付买方的托收方式。在承兑交单方式下，卖方收款的保障只依赖买方的信用，一旦买方到期不付款，卖方将遭遇货物与货款两空的损失，因此，承兑交单的风险远大于付款交单。

（五）银行的义务

1. 及时提示付款或承兑。对即期汇票，代收行应毫无延迟地向付款人作付款提示；对远期汇票，需要承兑的，代收行应毫无延迟地作承兑提示，且须在规定的到期日之前作付款提示。

2. 及时将货款解交本人。银行在收到货款后应毫无延迟地向委托人解交货款。

3. 及时通知托收结果。银行应毫无延迟地将付款人承兑、付款、拒绝承兑或拒绝付款的有关情况进行通知。

4. 保证汇票和装运单据与托收指示书在表面上一致。银行在接受委托后，应审查并确保汇票和装运单据与托收指示书所列内容在表面上一致，如发现任何不一致，应立即通知发出指示的一方。

（六）银行的免责

1. 对单据的真实性、有效性免责。银行只须核实单据在表面上与托收指示书一致，没有进一步检验单据的义务，对单据的形式、真实性、有效性等概不负责。

2. 对单据传递延误或翻译错误免责。对单据传递过程中的延误、丢失或对专业术语翻译或解释上的错误免责。

3. 对不可抗力免责。银行对由于天灾、暴动、骚乱、战争或银行本身无法控制的任何其他原因、罢工或停工而使银行营业中断所产生的后果，概不负责。

4. 无义务提货。除非事先征得银行同意，货物不应直接运交银行，银行无义务提取货物，对于跟单托收项下的任何货物也无义务采取任何措施。

5. 无义务作出拒绝证书。在汇票被拒绝承兑或拒绝付款时，若托收指示书上无特别指示，银行没有作出拒绝证书的义务。

6. 对被指示方的行为免责。为使委托人的指示得以实现，银行利用其他银行的服务，是代为该委托人办理的，一切风险由委托人承担。

【例 2】中国太宏公司与法国莱昂公司签订了出口 1000 吨水果的合同，价格术语为 CFR 里昂，规定货物可以有 6% 的溢短装，付款方式为银行托收，付款交单（D/P）。卖方实际装船 995 吨，船长签发了清洁提单。货到目的港后经法国莱昂公司验收后发现水果总重短少 8%，且水果的质量也与合同规定不符。法国公司拒绝付款提货，并要求减价。后来水果全部腐烂。关于本案，依国际商会《托收统一规则》，当法国莱昂公司拒绝付款赎单时，代收行是否应当主动提货以减少损失？

代收行无义务提货。根据《托收统一规则》，除非事先征得银行同意，货物不应直接运交银行以银行为收货人，否则银行无义务提取货物。银行对于跟单托收项下的任何货物无义务采取任何措施。

【真题示例】

修帕公司与维塞公司签订了出口 200 吨农产品的合同，付款采用托收方式。船长签发了清洁提单。货到目的港后经检验发现货物质量与合同规定不符，维

塞公司拒绝付款提货，并要求减价。后该批农产品全部变质。根据国际商会《托收统一规则》，下列哪一选项是正确的？（2008-44，单选）⁸³

A.如代收行未执行托收行的指示，托收行应对因此造成的损失对修帕公司承担责任

B.当维塞公司拒付时，代收行应当主动制作拒绝证书，以便收款人追索

C.代收行应无延误地向托收行通知维塞公司拒绝付款的情况

D.当维塞公司拒绝提货时，代收行应当主动提货以减少损失

三、信用证

信用证，是指银行根据买方的请求，开给卖方的一种保证银行在满足信用要求条件下承担付款责任的书面凭证。信用证付款方式属银行信用，开证行以自身信誉为卖方提供付款保证。

（一）信用证的当事人

（1）开证申请人，是向银行申请开立信用证的人，通常为国际贸易中的买方；

（2）开证行，是接受开证申请人的委托，为其开立信用证的银行，通常为买方所在地银行；

（3）通知行，是接受开证行委托，将信用证通知受益人的银行，通常为卖方所在地银行；

（4）受益人，是信用证上指定的有权享有信用证权益的人，即国际贸易中的卖方；

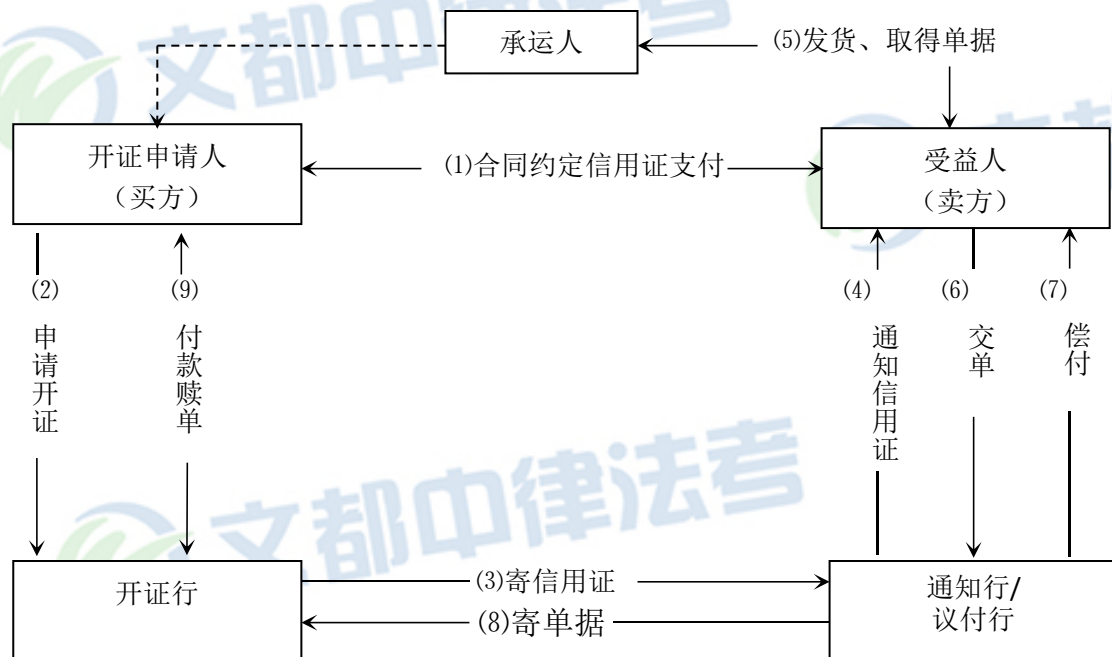
（5）付款行，是信用证上指定的向受益人付款的银行，通常为开证行；

（6）议付行，是愿意买入汇票或单据的银行，它可以由通知行担任，也可以由其他银行担任；

（7）保兑行，是应开证行的请求，对信用证保证兑付的银行。

（二）信用证的流程

⁸³ C。C 项属于银行的通知义务，A、B、D 项属于银行的免责事项。



(三) 信用证当事人之间的关系

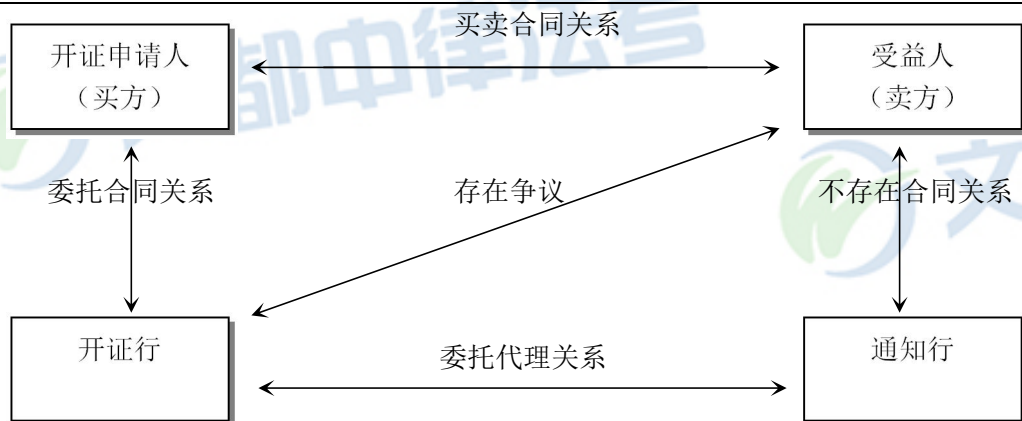
1. 开证申请人与受益人之间是买卖合同关系。如国际货物买卖合同的双方在合同中约定以信用证方式付款，则开证申请人为买卖合同的买方，受益人为卖方。

2. 开证申请人与开证行之间是委托合同关系。两者之间的委托合同关系依据开证申请书和相关文件确定。在该合同关系中，开证行有义务依开证申请书开立信用证并审核单据，以确定单据在表面上符合信用证；开证申请人应缴纳开证费用并付款赎单。

3. 开证行与通知行之间是委托代理关系。通知行接受开证行的委托，代理开证行将信用证通知受益人，开证行则支付佣金给通知行。

4. 通知行与受益人之间不存在合同关系。通知行通知受益人是因其受开证行的委托，并非因通知行与受益人之间存在合同关系。通知行与受益人实际是代理人与第三人的关系，作为代理人的通知行不对作为第三人的受益人承担责任。

5. 开证行与受益人之间的关系存在争议。一般认为，如开立可撤销信用证，则开证行与受益人之间不存在合同关系；如开立不可撤销信用证，当信用证送达受益人时，开证行与受益人之间即形成了对双方有约束力的独立合同。



(四) 信用证的种类

1. 可撤销信用证/不可撤销信用证

(1) 可撤销信用证，指在信用证的有效期内，开证行不必事先通知受益人，即可随时修改或撤销的信用证。

(2) 不可撤销信用证，指在信用证的有效期内，未经受益人及有关各方当事人的同意，开证行不得单方面修改或撤销的信用证。

2. 保兑信用证/不保兑信用证

(1) 保兑信用证，指经另一家银行加以保证兑付的信用证。在保兑信用证下，保兑行的责任相当于本身开证，无论开证行发生什么变化、是否承担兑付责任，保兑行都不得单方面撤销其保兑；同时，开证行和保兑行共同对受益人承担付款责任，受益人可要求二者中任何一家银行付款。

【例3】中国大昌公司（卖方）与俄罗斯尤科公司（买方）签订了一份国际货物买卖合同，合同规定采用信用证方式付款。后大昌公司收到尤科公司开来的不可撤销信用证，由设在中国境内的某外资银行通知并进行保兑。大昌公司在货物装运后，正准备将有关单据交银行议付时，接到保兑行通知，由于开证行已宣告破产，该行不承担对该信用证的付款责任，但可接受中国大昌公司委托向尤科公司直接收取货款的业务。保兑行是否可以不承担付款责任？

不可以。保兑行的责任相当于本身开证，无论开证行发生什么变化，即使是开证行破产，保兑行都不得单方面撤销其保兑。同时，开证行和保兑行共同对受益人承担付款责任，在开证行破产的情况下，受益人可以选择保兑行付款。

(2) 不保兑信用证，指未经另一家银行加以保证兑付的信用证。

3. 即期信用证/远期信用证

(1) 即期信用证，指允许受益人开立即期汇票，银行保证见票即付的信用证。

(2) 远期信用证，指受益人开立远期汇票，银行在汇票指定的付款到期日付款的信用证。

4. 可转让信用证/不可转让信用证

(1) 可转让信用证，指受益人可将信用证的全部或部分权利转让给第三

人的信用证。

(2) 不可转让信用证, 指受益人不能将信用证的权利转让给第三人的信用证。

(五) 银行的义务

银行对信用证负有审单的义务, 银行在履行该义务时应满足以下三点要求:

1. 表面审单。银行必须合理谨慎地审核信用证规定的所有单据, 但该义务仅限于确定单据在表面上是否与信用证条款相符, 对于单据所载内容是否真实有效银行概不负责。

2. 单证相符。银行在审单时, 应确定受益人交付的单据与信用证条款的规定相一致。

3. 单单相符。银行在审单时, 还应确定单据与单据之间相互一致, 如单据之间表面互不一致, 则视为单据表面与信用证不符 (“单单不符” 视为 “单证不符”)。

提示注意: 单证不符、单单相符, 银行均有权拒绝付款。

【例 4】中国茂发公司与韩国大成公司订立了从中国出口食品合同, 合同约定: 2002 年 7 月至 12 月平均每月交货 15 吨, 即期信用证支付, 货物装运前由中国出口口岸商检部门出具检验证书, 此证书作为议付单据之一。7 月至 8 月交货正常, 并顺利结汇。9 月因船期延误, 拖延至 10 月 17 日才实际装船, 在托运人出具保函的情况下, 承运人签发了装船日期为 9 月 25 日的提单, 但送银行议付的商检证书中填写的商检日期为 10 月 17 日。开证行收到单据后, 来电表示对该批货物拒绝付款。开证行是否有权拒付?

银行在审单时不仅坚持单证相符, 还要坚持单单相符, 单单不符视为单证不符。本例中, 商检证书写明的检验日期与提单上的装船日期不符, 即属于单单不符, 银行有权拒付。

(六) 银行的免责

1. 对单据的真实性、有效性免责。银行对任何单据的形式、充分性、准确性、内容真实性、虚假性或法律效力, 或对单据中规定或添加的一般或特殊条件, 概不负责; 银行对任何单据所代表的货物、服务或其他履约行为的描述、数量、重量、品质、状况、包装、交付、价值或其存在与否, 或对发货人、承运人、货运代理人、收货人、货物的保险人或其他任何人的诚信与否, 作为或不作为、清偿能力、履约或资信状况, 概不负责。

2. 对单据传递延误或翻译错误免责。对单据传递过程中的延误、丢失或对专业术语翻译或解释上的错误免责。

3. 对不可抗力免责。银行对由于天灾、暴动、骚乱、战争或银行本身无法控制的任何其他原因、罢工或停工而使银行营业中断所产生的后果, 概不负责。

4. 不受买卖合同的约束 (信用证独立)。就性质而言, 信用证与可能作为其依据的销售合同或其他合同是相互独立的交易。不允许银行以买方与卖方

之间对有关基础合同履行的争议，作为不付款、少付款或延期付款的理由；也不允许买方以其与卖方之间的合同履行方面的争议为理由，限制银行向受益人付款。

【例 5】中国开元公司同美国怀特公司签订了从美国进口一批精密仪器的合同。合同规定，货物分两次交付，并分批开立信用证，开元公司应于货到目的港后 45 天进行复检，如产品与合同不符，开元公司有权凭中国的商检证书向怀特公司索赔。在合同履行过程中，开元公司依合同规定对第一批货物申请开出了信用证，怀特公司在货物装船后取得了清洁提单，并向议付行办理了议付，开证行在单证相符的情况下对议付行进行了偿付。此后，开元公司向银行申请对第二批货物开出了信用证。第一批货物抵达目的港后，经检验发现货物与合同严重不符，于是开元公司通知开证行，要求其拒付第二次信用证项下的货款。但议付行此时已在单证相符的情况下向怀特公司办理了议付。开证行在收到议付行寄来的第二批单据后，经审查无误，再次偿付了议付行。现开证行要求开元公司付款赎单，开元公司能否拒绝付款赎单？

信用证关系独立于基础合同关系，一家银行作出付款、承兑并支付汇票或议付等履行信用证项下义务的承诺，并不受申请人与开证行之间或与受益人之间在已有关系下产生的索偿或抗辩的制约。在信用证业务中，各有关当事人处理的是单据，而不是单据所涉及的货物、服务或其他行为。根据信用证独立原则，银行不受买卖合同的约束或影响，不负责买卖合同的履行情况。本例中，开证行对第二批单据审查无误后对议付行进行了偿付，其做法符合《跟单信用证统一惯例》的上述规定。对于货物与合同不符的问题，开元公司应依据买卖合同的规定向美国怀特公司提出索赔，但不应拒绝付款赎单。

5. 对被指示方的行为免责。（1）为了执行申请人的指示，银行利用其他银行的服务，其费用和 risk 由申请人承担；（2）即使银行自行选择了其他银行，如果发出指示未被执行，开证行或通知行对此亦不负责；（3）指示另一家银行提供服务的银行有责任负担被指示方因执行指示而发生的任何费用。

【真题示例】

中国甲公司与德国乙公司签订了出口红枣的合同，约定品质为二级，信用证方式支付。后因库存二级红枣缺货，甲公司自行改装一级红枣，虽发票注明品质为一级，货价仍以二级计收。但在银行办理结汇时遭拒付。根据相关公约和惯例，下列哪些选项是正确的？（2014-80，多选）⁸⁴

- A. 甲公司应承担交货不符的责任
- B. 银行应在审查货物的真实等级后再决定是否收单付款
- C. 银行可以发票与信用证不符为由拒绝收单付款
- D. 银行应对单据记载的发货人甲公司的诚信负责

⁸⁴ AC。合同约定货物品质为二级，而交付货物为一级，卖方应承担交货不符的责任，A 项正确。银行处理的是单据，而不是单据所涉及的货物、服务或其他行为，B 项错误。银行在处理单据时应遵循单证表面相符原则，单证不符时银行可以拒付，C 项正确。银行对发货人、承运人、货运代理人、收货人、货物的保险人或其他任何人的诚信与否概不负责，D 项错误。

(七) 信用证欺诈及例外原则

1. 信用证欺诈的种类

(1) 开立假信用证。常见的做法有：制造假信用证，窃取空白格式信用证，无密押电开信用证，假印鉴开出信用证，签字和印鉴无从核对，开证行名称、地址不详等。

(2) “软条款”信用证。信用证“软条款”，是指信用证中规定的某些限制性条款，或信用证条款不清、责任不明，从而使受益人处于不利的地位。“软条款”使信用证实际无法生效，卖方无法执行，因而具有欺骗性。卖方对“软条款”可不予接受。常见的“软条款”有：①信用证暂不生效条款；②限制性付款条款；③加列各种限制；④对装运加以限制。

(3) 伪造单据。主要包括：①单据本身系诈骗人或其他人伪造；②诈骗人对单据进行篡改，使之单证相符，以骗取货款。

(4) 以保函换取与信用证相符的提单。主要包括：①以保函换取清洁提单；②以保函换倒签提单或预借提单。

2. 信用证欺诈例外原则

信用证欺诈例外原则，指在存在信用证欺诈的情况下，可例处于信用证独立原则，由买方请求法院向银行颁发禁止令，禁止银行付款。援引“欺诈例外”时，一般应满足以下条件：(1) 有证据证明存在信用证欺诈；(2) 买方的救济手段是向法院申请颁发止付令；(3) 止付令申请应于银行对卖方付款或承兑之前提出。

3. 2005 年最高院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》

(1) 信用证欺诈的表现

第 8 条 凡有下列情形之一的，应当认定存在信用证欺诈：

- (一) 受益人伪造单据或者提交记载内容虚假的单据；
- (二) 受益人恶意不交付货物或者交付的货物无价值；
- (三) 受益人和开证申请人或者其他第三方串通提交假单据，而没有真实的基础交易；
- (四) 其他进行信用证欺诈的情形。

(2) 止付信用证

第 9 条 开证申请人、开证行或者其他利害关系人发现有本规定第八条的情形，并认为将会给其造成难以弥补的损害时，可以向有管辖权的人民法院申请中止支付信用证项下的款项。

第 15 条 人民法院通过实体审理，认定构成信用证欺诈并且不存在本规定第十条的情形的，应当判决终止支付信用证项下的款项。

(3) 不应裁定或判决止付信用证的情形

第 10 条 人民法院认定存在信用证欺诈的，应当裁定中止支付或者判决终止支付信用证项下款项，但有下列情形之一的除外：

- (一) 开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款；
- (二) 开证行或者其指定人、授权人已对信用证项下票据善意地作出了承

兑；

(三) 保兑行善意地履行了付款义务；

(四) 议付行善意地进行了议付。

(4) 法院受理止付诉讼的条件

第 11 条 当事人在起诉前申请中止支付信用证项下款项符合下列条件的，人民法院应予受理：

(一) 受理申请的人民法院对该信用证纠纷案件享有管辖权；

(二) 申请人提供的证据材料证明存在本规定第八条的情形；

(三) 如不采取中止支付信用证项下款项的措施，将会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害；

(四) 申请人提供了可靠、充分的担保；

(五) 不存在本规定第十条的情形。

当事人在诉讼中申请中止支付信用证项下款项的，应当符合前款第(二)、(三)、(四)、(五)项规定的条件。

第 12 条 人民法院接受中止支付信用证项下款项申请后，必须在 48 小时内作出裁定；裁定中止支付的，应当立即开始执行。人民法院作出中止支付信用证项下款项的裁定，应当列明申请人、被申请人和第三人。

(5) 法律适用

第 2 条 人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定；当事人没有约定的，适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或者其他相关国际惯例。

第 3 条 开证申请人与开证行之间因申请开立信用证而产生的欠款纠纷、委托人和受托人之间因委托开立信用证产生的纠纷、担保人为申请开立信用证或者委托开立信用证提供担保而产生的纠纷以及信用证项下融资产生的纠纷，适用本规定。

第 4 条 因申请开立信用证而产生的欠款纠纷、委托开立信用证纠纷和因此产生的担保纠纷以及信用证项下融资产生的纠纷应当适用中华人民共和国相关法律。涉外合同当事人对法律适用另有约定的除外。

【真题示例】

中国甲公司(买方)与某国乙公司签订仪器买卖合同，付款方式为信用证，中国丙银行为开证行，中国丁银行为甲公司申请开证的保证人，担保合同未约定法律适用。乙公司向信用证指定行提交单据后，指定行善意支付了信用证项下的款项。后甲公司以乙公司伪造单据为由，向中国某法院申请禁止支付令。依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？(2009-46，单选)⁸⁵

A. 中国法院可以诈欺为由禁止开证行对外支付

⁸⁵ B. 根据 2005 年《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第 10 条，指定行已善意支付了信用证项下的款项，法院不应再禁止开证行对外付款，B 项正确，A、C 错误。根据规定第 4 条，因申请开立信用证而产生的担保纠纷应适用中国法，当事人另有约定的除外，D 项错误。

B. 因指定行已善意支付了信用证项下的款项，中国法院不应禁止中国丙银行对外付款

C. 如确有证据证明单据为乙公司伪造，中国法院可判决终止支付

D. 丁银行与甲公司之间的担保关系应适用《跟单信用证统一惯例》规定

（八）UCP600 对 UCP500 的变动

国际商会在 2006 年对原有的《跟单信用证统一惯例》（UCP500）作了修改，与 UCP500 相比，修改后的 UCP600 在很多方面发生了明显变化。

1. 结构上的变化。（1）集中归纳了对特定概念的解释；（2）按业务环节对条款进行了归纳。

2. 删除了某些条款。删除了关于可撤销信用证的内容，规定信用证是不可撤销的。

3. 新增了某些条款。（1）明确规定交单地点应在指定银行及开证行所在地；（2）新增“兑付”：包括开证行、保兑行、指定行在信用证下除议付以外的一切与支付相关的行为；（3）规定了“相符的交单”：强调交单要与信用证条款、适用的惯例条款以及国际银行标准实务相符合。

4. 修改了某些条款。（1）关于议付：新的定义明确议付是对票据及单据的一种买入行为，是对受益人的融资；（2）关于单据处理的天数：UCP500 规定银行收到单据后的处理时间为“不超过收单翌日起第 7 个工作日”，UCP600 改为“最多为收单翌日起第 5 个工作日”；（3）对不符单据的处理：规定当开证行确定单证不符时，可以自行决定联系申请人放弃不符点，如果开证行收到申请人放弃不符点的通知，则可以释放单据；（4）关于可转让信用证：明确规定第二受益人的交单必须经过转让行。

【例 6】中国甲公司从某国乙公司进口一批货物，委托中国丙银行出具一份不可撤销信用证。乙公司发货后持单据向丙银行指定的丁银行请求付款，银行审单时发现单据上记载内容和信用证不完全一致。乙公司称甲公司接受此不符点，丙银行经与甲公司沟通，证实了该说法，即指示丁银行付款。后甲公司得知乙公司所发货物无价值，遂向有管辖权的中国法院申请中止支付信用证项下的款项。（1）丙银行发现单证存在不符点，是否有义务征询甲公司接受不符点？（2）当甲公司已接受不符点，丙银行是否必须承担付款责任？

（1）没有。当开证行确定交单不符时，可以自行决定是否联系申请人接受不符点，因此，是否征询甲公司，由丙银行自行决定。（2）不是。申请人接受不符点，并不影响开证行最终决定是否接受不符点，开证行如拒绝接受不符点，仍可拒付。

【归纳总结】

货物发出后，卖方成为债权人，如何收取货款成为其面对的问题。从理论上讲，卖方可亲自去买方所在地收取货款，但在实践中，这显然不很现实。在长期的国际贸易实践中，人们创造出不同的支付方式，这些方式不仅减轻了彼此的负担，而且兼顾了双方的顾虑。在这些支付方式中，司考常考的是两种：托收和信用证。须注意的是，两种支付方式不同：托收由卖方申请发起，而信

用证是买方申请发起。

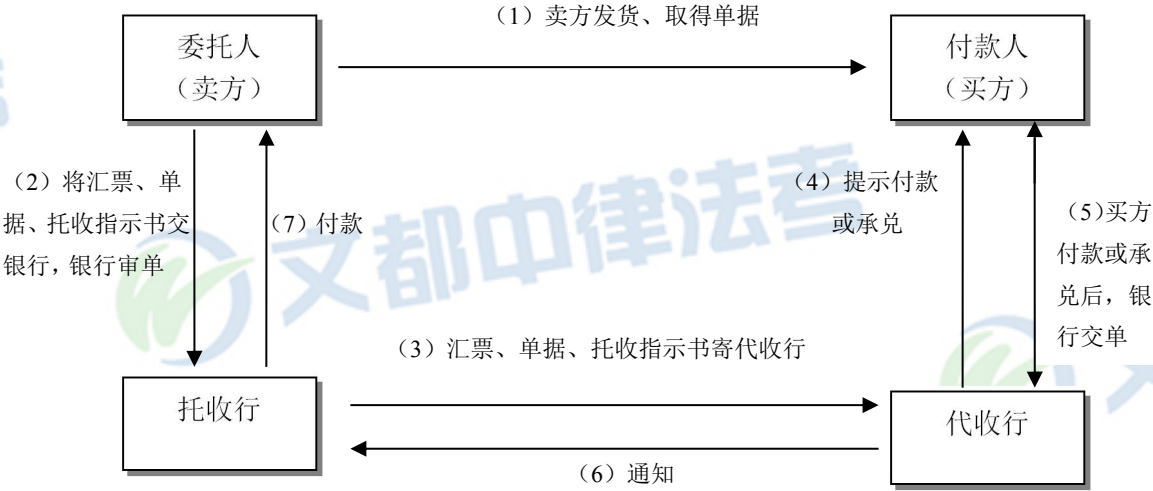
【图表精要】

一、托收

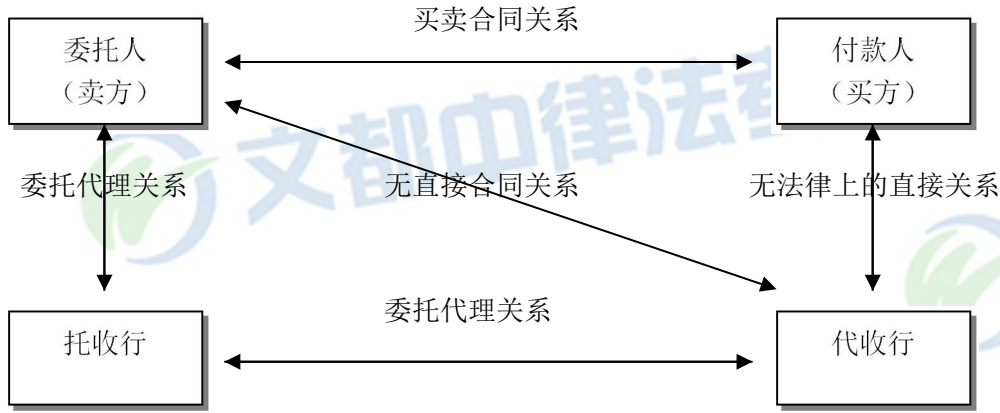
(一) 概念

托收：卖方对买方开立汇票，委托银行向买方收取货款的结算方式（卖方委托银行向买方收取货款）。

托收的流程



(二) 托收当事人之间的关系



(三) 托收的种类

- (1) 光票托收：不附单据，仅凭汇票进行托收
- (2) 跟单托收
 - ①付款交单 (D/P)：买方付款后，代收行交单；
 - ②承兑交单 (D/A)：买方承兑后，代收行交单。

- (四) 银行的责任和免责
- (1) 责任

①及时提示付款或承兑

②及时将货款解交本人

③及时通知托收结果

④保证汇票和装运单据与托收指示书在表面上一致
- (2) 免责

①单据真实性、有效性

②单据传递延误、丢失或翻译错误

③不可抗力导致营业中断

④无义务提货

⑤无义务作出拒绝证书

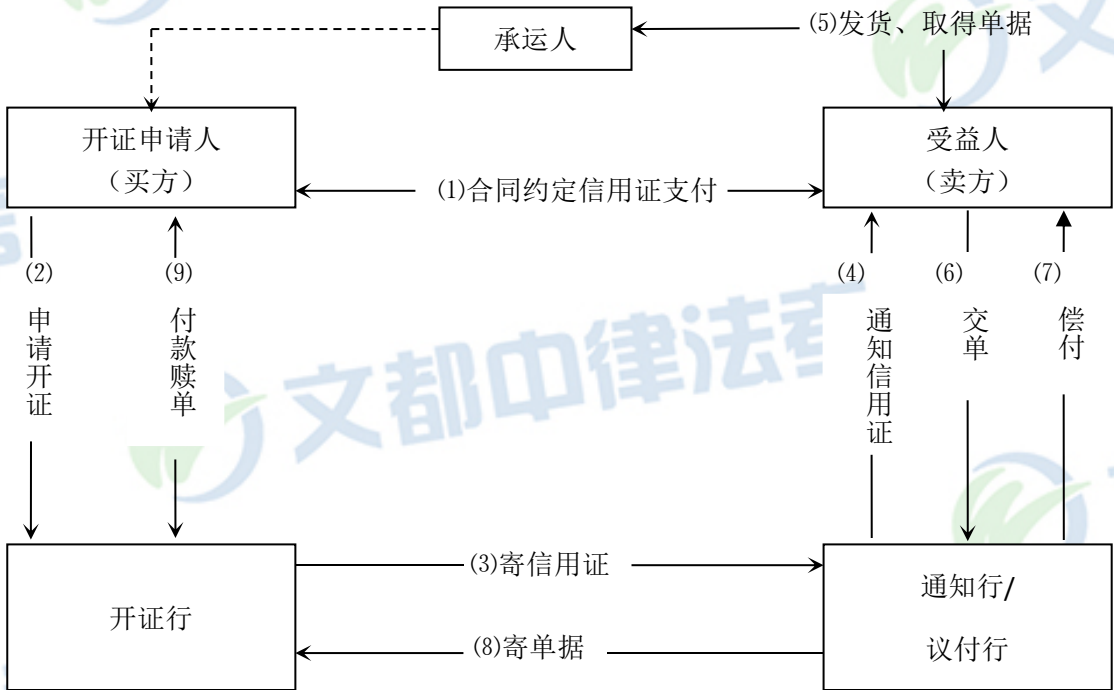
⑥对受托方行为免责

二、信用证

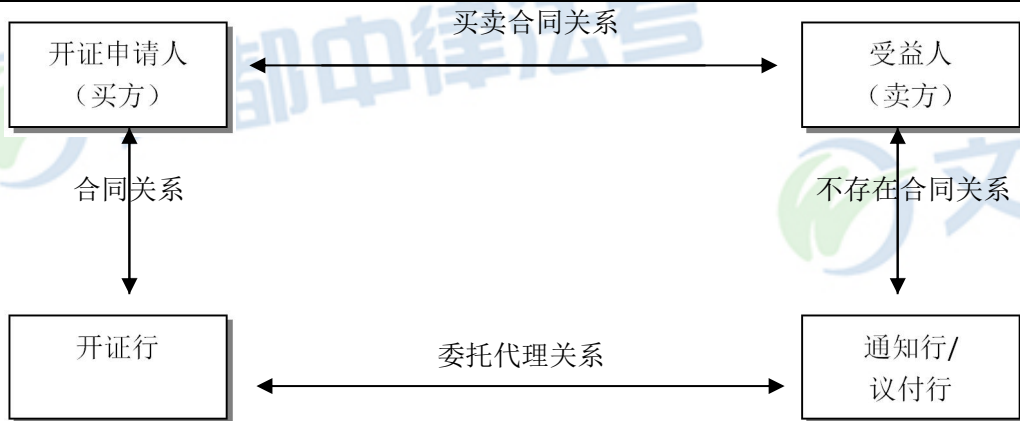
(一) 概念

信用证：银行根据买方请求开出的，保证在满足信用证要求的条件下向卖方付款的书面凭证。

信用证的流程



(二) 信用证当事人之间的关系



- (三) 银行的责任和免责
- (1) 审单标准
 - ① 表面审单
 - ② 单证相符
 - ③ 单单相符
 - (2) 免责
 - ① 单据真实性、有效性
 - ② 单据传递延误、丢失或翻译错误
 - ③ 不可抗力导致营业中断
 - ④ 不受买卖合同约束 (信用证独立)
 - ⑤ 对被指示方的行为的免责

(四) 信用证的分类

1. {
 - 可撤销信用证：开证行可不必通知受益人，随时修改或取消信用证；
 - 不可撤销信用证：不经受益人同意，不得修改或取消信用证。
2. {
 - 保兑信用证：经另一家银行保证兑付的信用证；
 - 不保兑信用证：未经另一家银行保证兑付的信用证。

保兑行的责任：

- (1) 无论开证行发生什么变化，保兑行都不得单方面撤销其保兑；
- (2) 保兑行的付款责任独立于开证行的付款责任，受益人可向二者中任何一家银行要求付款，开证行的付款责任不因保兑而免除。

3. {
 - 可转让信用证：受益人可将信用证的权利全部或部分转让给第三人的信用证。
 - 不可转让信用证：受益人不能将信用证的权利转让给第三人的信用证。

(五) 信用证欺诈例外原则

信用证欺诈例外原则：在存在信用证欺诈的情况下，可例外于信用证独立原则，由买方请求法院向银行颁发禁止令，禁止银行付款。

2005 年《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》

1. 信用证欺诈的表现	凡有下列情形之一的，应当认定存在信用证欺诈： (1) 受益人伪造单据或者提交记载内容虚假的单据； (2) 受益人恶意不交付货物或者交付的货物无价值； (3) 受益人和开证申请人或者其他第三方串通提交假单据，而没有真实的基础交易； (4) 其他进行信用证欺诈的情形。
2. 有权提出止付申请的当事人	开证申请人 开证行 其他利害关系人 发现有信用证欺诈，可以向法院提出止付申请。
3. 不应要求止付的情形	人民法院认定存在信用证欺诈的，应当判定停止支付信用证项下款项，但有下列情形之一的除外： (1) 开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款； (2) 开证行或者其指定人、授权人已对信用证项下票据善意地作出了承兑； (3) 保兑行善意地履行了付款义务； (4) 议付行善意地进行了议付。
4. 法律适用	信用证纠纷（信用证开立、通知、修改、撤销、保兑、议付、偿付等）：当事人有约定的依约定，没有约定的适用《跟单信用证统一惯例》； 涉及信用证的债务纠纷（欠款、委托、担保、融资等）：当事人有约定的依约定，没有约定的适用中国法。

(六) UCP600 对 UCP500 的变动

1. 结构上的变化	(1) 集中归纳了对特定概念的解释； (2) 按业务环节对条款进行了归纳。
2. 删除了某些条款	删除了关于可撤销信用证的内容，规定信用证是不可撤销的。
3. 新增了某些条款	(1) 明确规定交单地点应在指定银行及开证行所在地； (2) 新增“兑付”：包括开证行、保兑行、指定行在信用证下除议付以外的一切与支付相关的行为； (3) 规定了“相符的交单”：强调交单要与信用证条款、适用的惯例条款以及国际银行标准实务相符合。
4. 修改了某些条款	(1) 关于议付：新的定义明确议付是对票据及单据的一种买入行为，是对受益人的融资； (2) 关于单据处理的天数：UCP500 规定银行收到单据后的处理时间为“不超过收单翌日起第 7 个工作日”，UCP600 改为“最多为收单翌日起第 5 个工作日”； (3) 对不符单据的处理：规定当银行确定单证不符时，可以自行决定联系申请人放弃不符点，如果银行收到申请人放弃不符点的通知，则可以释放单据； (4) 关于可转让信用证：明确规定第二受益人的交单必须经过转让行。

第四章 对外贸易管理制度

第一节 《对外贸易法》

【知识点】

2004 年《对外贸易法》主要内容

1. 适用范围	(1) 适用于：货物进出口、技术进出口、国际服务贸易、与对外贸易有关的知识产权保护（2 条） (2) 不适用：①特殊物质或产品的进出口（67 条） ②边境地区贸易（68 条） ③单独关税区（港澳台）（69 条）
2. 外贸经营者	(1) 外贸经营主体：依法从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人（8 条） (2) 外贸经营权的获得：备案登记制（9 条）
3. 货物和技术的进出口	(1) 进出口监管（15 条） (2) 进出口限制和禁止（16 条） (3) 配额、许可证管理（19 条）
4. 国际服务贸易	服务贸易的限制和禁止（26 条）
5. 知识产权保护	(1) 进口货物侵犯知识产权的处理（29 条） (2) 知识产权权利人在对外贸易中滥用其专有权或优势地位（30 条） (3) 他国或地区在知识产权保护方面未能给予我国当事人相应待遇和保护的处理（31 条）
6. 对外贸易秩序	(1) 外贸中的垄断行为（32 条） (2) 外贸中的不正当竞争行为（33 条） (3) 外贸中的禁止行为（34 条）
7. 对外贸易调查	(1) 调查事项（37 条） (2) 调查手段（38 条）
8. 对外贸易救济	(1) 反倾销、反补贴、保障措施（41—44 条） (2) 对服务贸易的救济（45 条） (3) 对贸易转移的救济（46 条）

【法条引述】

《中华人民共和国对外贸易法》

第 2 条 本法适用于对外贸易以及与对外贸易有关的知识产权保护。本法所称对外贸易，是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。

第 8 条 本法所称对外贸易经营者，是指依法办理工商登记或者其他执业手续，依照本法和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。

第 9 条 从事货物进出口或者技术进出口的对外贸易经营者，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理备案登记；但是，法律、行政法规和国务院对外贸易主管部门规定不需要备案登记的除外。备案登记的具体办法

由国务院对外贸易主管部门规定。

对外贸易经营者未按照规定办理备案登记的，海关不予办理进出口货物的报关验放手续。

第 15 条 国务院对外贸易主管部门基于监测进出口情况的需要，可以对部分自由进出口的货物实行进出口自动许可并公布其目录。

实行自动许可的进出口货物，收货人、发货人在办理海关报关手续前提出自动许可申请的，国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构应当予以许可；未办理自动许可手续的，海关不予放行。

进出口属于自由进出口的技术，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

第 16 条 国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口：

（一）为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进口或者出口的；

（二）为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口的；

（三）为实施与黄金或者白银进出口有关的措施，需要限制或者禁止进口或者出口的；

（四）国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源，需要限制或者禁止出口的；

（五）输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的；

（六）出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的；

（七）为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的；

（八）对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的；

（九）为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，需要限制进口的；

（十）依照法律、行政法规的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的；

（十一）根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的。

第 19 条 国家对限制进口或者出口的货物，实行配额、许可证等方式管理；对限制进口或者出口的技术，实行许可证管理。

实行配额、许可证管理的货物、技术，应当按照国务院规定经国务院对外贸易主管部门或者经其会同国务院其他有关部门许可，方可进口或者出口。

国家对部分进口货物可以实行关税配额管理。

第 26 条 国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关的国际服务贸易：

（一）为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止的；

（二）为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止的；

- (三) 为建立或者加快建立国内特定服务产业, 需要限制的;
- (四) 为保障国家外汇收支平衡, 需要限制的;
- (五) 依照法律、行政法规的规定, 其他需要限制或者禁止的;
- (六) 根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定, 其他需要限制或者禁止的。

第 29 条 国家依照有关知识产权的法律、行政法规, 保护与对外贸易有关的知识产权。

进口货物侵犯知识产权, 并危害对外贸易秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取在一定期限内禁止侵权人生产、销售的有关货物进口等措施。

第 30 条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一, 并危害对外贸易公平竞争秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

第 31 条 其他国家或者地区在知识产权保护方面未给予中华人民共和国的法人、其他组织或者个人国民待遇, 或者不能对来源于中华人民共和国的货物、技术或者服务提供充分有效的知识产权保护的, 国务院对外贸易主管部门可以依照本法和其他有关法律、行政法规的规定, 并根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定, 对该国家或者该地区的贸易采取必要的措施。

第 32 条 在对外贸易经营活动中, 不得违反有关反垄断的法律、行政法规的规定实施垄断行为。

在对外贸易经营活动中实施垄断行为, 危害市场公平竞争的, 依照有关反垄断的法律、行政法规的规定处理。有前款违法行为, 并危害对外贸易秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

第 33 条 在对外贸易经营活动中, 不得实施以不正当的低价销售商品、串通投标、发布虚假广告、进行商业贿赂等不正当竞争行为。

在对外贸易经营活动中实施不正当竞争行为的, 依照有关反不正当竞争的法律、行政法规的规定处理。

有前款违法行为, 并危害对外贸易秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取禁止该经营者有关货物、技术进出口等措施消除危害。

第 34 条 在对外贸易活动中, 不得有下列行为:

- (一) 伪造、变造进出口货物原产地标记, 伪造、变造或者买卖进出口货物原产地证书、进出口许可证、进出口配额证明或者其他进出口证明文件;
- (二) 骗取出口退税;
- (三) 走私;
- (四) 逃避法律、行政法规规定的认证、检验、检疫;
- (五) 违反法律、行政法规规定的其他行为。

第 37 条 为了维护对外贸易秩序, 国务院对外贸易主管部门可以自行或者会同国务院其他有关部门, 依照法律、行政法规的规定对下列事项进行调查:

- (一) 货物进出口、技术进出口、国际服务贸易对国内产业及其竞争力的

影响；

- (二) 有关国家或者地区的贸易壁垒；
- (三) 为确定是否应当依法采取反倾销、反补贴或者保障措施等对外贸易救济措施，需要调查的事项；
- (四) 规避对外贸易救济措施的行为；
- (五) 对外贸易中有关国家安全利益的事项；
- (六) 为执行本法第七条、第二十九条第二款、第三十条、第三十一条、第三十二条第三款、第三十三条第三款的规定，需要调查的事项；
- (七) 其他影响对外贸易秩序，需要调查的事项。

第 38 条 启动对外贸易调查，由国务院对外贸易主管部门发布公告。

调查可以采取书面问卷、召开听证会、实地调查、委托调查等方式进行。

国务院对外贸易主管部门根据调查结果，提出调查报告或者作出处理裁定，并发布公告。

第 41 条 其他国家或者地区的产品以低于正常价值的倾销方式进入我国市场，对已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，国家可以采取反倾销措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁或者阻碍。

第 42 条 其他国家或者地区的产品以低于正常价值出口至第三国市场，对我国已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对我国建立国内产业造成实质阻碍的，应国内产业的申请，国务院对外贸易主管部门可以与该第三国政府进行磋商，要求其采取适当的措施。

第 43 条 进口的产品直接或者间接地接受出口国家或者地区给予的任何形式的专向性补贴，对已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，国家可以采取反补贴措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁或者阻碍。

第 44 条 因进口产品数量大量增加，对生产同类产品或者与其直接竞争的产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的，国家可以采取必要的保障措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁，并可以对该产业提供必要的支持。

第 45 条 因其他国家或者地区的服务提供者向我国提供的服务增加，对提供同类服务或者与其直接竞争的服务的国内产业造成损害或者产生损害威胁的，国家可以采取必要的救济措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁。

第 46 条 因第三国限制进口而导致某种产品进入我国市场的数量大量增加，对已建立的国内产业造成损害或者产生损害威胁，或者对建立国内产业造成阻碍的，国家可以采取必要的救济措施，限制该产品进口。

第 67 条 与军品、裂变和聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的对外贸易管理以及文化产品的进出口管理，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第 68 条 国家对边境地区与接壤国家边境地区之间的贸易以及边民互市贸易，采取灵活措施，给予优惠和便利。具体办法由国务院规定。

第 69 条 中华人民共和国的单独关税区不适用本法。

【真题示例】

根据我国 2004 年修订的《对外贸易法》的规定，关于对外贸易经营者，下列哪些选项是错误的？（2008-85，多选）⁸⁶

- A. 个人须委托具有资格的法人企业才能办理对外贸易业务
- B. 对外贸易经营者未依规定办理备案登记的，海关不予办理报关验放手续
- C. 有足够的资金即可自动取得对外贸易经营的资格
- D. 对外贸易经营者向国务院主管部门办妥审批手续后方能取得对外贸易经营的资格

第二节 贸易救济措施

【知识点】

贸易救济措施包括反倾销、反补贴和保障措施三种，其具体规则体现在中国《反倾销条例》、《反补贴条例》和《保障措施条例》中。

一、反倾销措施

进口产品以倾销方式进入中国市场，并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，依照条例的规定进行调查，采取反倾销措施。

（一）实施条件

1. 倾销

倾销，是指在正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的价格进入中国市场。进口产品的价格低于其正常价值的幅度，为倾销幅度。

（1）正常价值的确定。①国内价格：出口国市场有可比价格的，以同类产品在该国市场上的可比价格为正常价值；②第三国价格：出口国市场无可比价格的，以该同类产品出口到第三国的可比价格为正常价值；③结构价格：以该同类产品在原产国的生产成本加合理费用、利润为正常价值。

（2）出口价格的确定

- ①进口产品有实际支付或者应当支付的价格的，以该价格为出口价格；
- ②进口产品没有出口价格或者其价格不可靠的，以根据该进口产品首次转售给独立购买人的价格推定的价格为出口价格；
- ③该进口产品未转售给独立购买人或者未按进口时的状态转售的，可以商

⁸⁶ ACD。参见《对外贸易法》第 8、9 条。

务部根据合理基础推定的价格为出口价格。

2. 损害

损害，是指倾销对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

(1) 审查事项

在确定倾销对国内产业造成的损害时，应当审查下列事项：①倾销进口产品的数量；②倾销进口产品的价格；③倾销进口产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响；④倾销进口产品的出口国、原产国的生产能力、出口能力，被调查产品的库存情况；⑤造成国内产业损害的其他因素。

倾销进口产品来自两个以上国家，并且同时满足下列条件的，可以就倾销进口产品对国内产业造成的影响进行累积评估：①来自每一国家的倾销进口产品的倾销幅度不小于 2%，并且其进口量不属于可忽略不计的；②根据倾销进口产品之间以及倾销进口产品与国内同类产品之间的竞争条件，进行累积评估是适当的。

(2) 国内产业

国内产业，是指中国国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者；但是，国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的，或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的，可以排除在国内产业之外。

在特殊情形下，国内一个区域市场中的生产者，在该市场中销售其全部或者几乎全部的同类产品，并且该市场中同类产品的需求主要不是由国内其他地方的生产者供给的，可以视为一个单独产业。

(3) 同类产品

同类产品，是指与倾销进口产品相同的产品；没有相同产品的，以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品。

3. 因果关系

倾销与损害之间应当存在因果关系，即国内产业的损害是由倾销造成，而非其他因素。在确定倾销对国内产业造成的损害时，应当依据肯定性证据，不得将非倾销因素对国内产业造成的损害归因于倾销。

(二) 反倾销调查

1. 调查机关

倾销：商务部；

损害：商务部；涉及农产品的反倾销损害调查，由商务部会同农业部进行。

2. 发起方式

(1) 国内产业申请发起：国内产业或者代表国内产业的自然人、法人或者有关组织，可依照有关规定向商务部提出反倾销调查的书面申请。

(2) 商务部自主发起：商务部没有收到反倾销调查的书面申请，但有充分证据认为存在倾销和损害以及二者之间有因果关系的，可以决定立案调查。

3. 调查内容

(1) 是否存在倾销、损害、因果关系；

(2) 是否有足够的国内支持者（在支持申请和反对申请的生产者中，支持者产量占二者总产量的 50% 以上，同时不得低于国内同类产品总产量的 25%）。

【例 1】商务部现就某化工产品的进口进行反倾销调查，共 30 家企业对反倾销调查申请进行表态，尚有一些企业未作出表态。其中，支持调查的企业 21 家，产量 80 万吨；反对调查的企业 9 家，产量 50 万吨。经核实，该产品当年国内总产量为 200 万吨。依据《反倾销条例》，能否认定有足够的国内支持者？

可以认定存在足够的国内支持者。首先，支持者产量 80 万吨，反对者产量 50 万吨， $80 \text{ 万} / (80 \text{ 万} + 50 \text{ 万}) > 50\%$ ，支持者产量占二者总产量的 50% 以上；其次，支持者产量 80 万吨，国内同类产品总产量 200 万吨， $80 \text{ 万} / 200 \text{ 万} > 25\%$ ，支持者产量超过国内同类产品总产量的 25%。

4. 调查方式

(1) 基本方式：采用问卷、抽样、听证会、现场核查等方式向利害关系方了解情况。

(2) 出境调查：商务部认为必要时，可派员赴有关国家进行调查，有关国家提出异议的除外。

5. 利害关系方的义务

调查机关进行调查时，利害关系方应当如实反映情况，提供有关资料。利害关系方不如实反映情况、提供有关资料的，或者没有在合理时间内提供必要信息的，或者以其他方式严重妨碍调查的，调查机关可以根据已经获得的事实和可获得的最佳信息作出裁定。

6. 裁定

(1) 初裁决定。商务部根据调查结果，作出初裁决定，并予以公告，裁定事项包括：①倾销、损害；②二者之间的因果关系是否成立。

(2) 终裁决定。初裁决定确定倾销、损害以及二者之间的因果关系成立的，商务部应当继续进行调查，并根据调查结果作出终裁决定，并予以公告。继续调查事项包括：①倾销及倾销幅度；②损害及损害程度。

7. 调查的终止

有下列情形之一的，反倾销调查应当终止：

(1) 申请人撤销申请的；

(2) 没有足够证据证明存在倾销、损害或者二者之间有因果关系的；

(3) 倾销幅度低于 2% 的；

(4) 倾销进口产品实际或者潜在的进口量或者损害属于可忽略不计的；

(5) 商务部认为不适宜继续进行反倾销调查的。

(三) 反倾销措施

1. 临时反倾销措施

(1) 实施方式：①征收临时反倾销税；②要求提供现金保证金、保函或者其他形式的担保。

(2) 实施期限：①自反倾销立案调查决定公告之日起 60 天后，才可采取临时反倾销措施；②临时反倾销措施实施的期限，自公告规定实施之日起，不超过 4 个月；特殊情形下可以延长至 9 个月。

2. 价格承诺

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

(2) 商务部可以建议但不得强迫出口经营者作出价格承诺；

(3) 商务部作出初裁决定前不得寻求或者接受价格承诺；

(4) 商务部自主决定是否接受价格承诺，认为价格承诺能够接受的，可以决定中止或者终止反倾销调查，不采取临时反倾销措施或者征收反倾销税；

(5) 中止或者终止反倾销调查后，商务部可以继续进行调查并做出终局裁定；作出倾销或者损害的否定裁定的，价格承诺自动失效；作出肯定裁定的，价格承诺继续有效；

(6) 出口经营者违反价格承诺，商务部可立即恢复反倾销调查。

3. 最终反倾销税

(1) 征收条件：终裁决定确定倾销成立，并由此对国内产业造成损害的，可以征收反倾销税。

(2) 纳税人：倾销进口产品的进口经营者。

例 2：中国甲厂、乙厂和丙厂代表中国丙烯酸酯产业向主管部门提出了对原产于 A 国、B 国和 C 国的丙烯酸酯进行反倾销调查的申请，经审查终局裁定确定倾销成立并对国内产业造成了损害，决定征收反倾销税。在此情形下，反倾销税的纳税人应是谁？

丙烯酸酯的进口经营者。根据《反倾销条例》，反倾销税的纳税人为倾销进口产品的进口经营者。

(3) 征税对象：终裁决定公告之日后进口的产品，特殊情况下可追溯征收。

(4) 税额：不超过终裁决定确定的倾销幅度；对实施临时反倾销税的期间追溯征收的，采取“多退少不补”的原则（即，终裁确定的反倾销税额，低于已付或应付临时反倾销税额或担保金额的，差额部分应予退还；高于已付或应付临时反倾销税额或担保金额的，差额部分不予征收）。

(5) 追溯征收：①终裁决定确定存在实质损害，并在此前已经采取临时反倾销措施的，反倾销税可以对已经实施临时反倾销措施期间进口的产品追溯征收；②特定条件下，可以对实施临时反倾销措施之日前 90 天内进口的产品追溯征收。

4. 实施期限

反倾销税的征收期限和价格承诺的履行期限不超过 5 年；但是，经复审确定终止征收反倾销税有可能导致倾销和损害的继续或者再度发生的，反倾销税的征收期限可以适当延长。

5. 反倾销复审

(1) 反倾销税和价格承诺生效后, 商务部可以决定对其必要性进行复审; 也可以应利害关系方的申请, 决定对继续采取上述两种措施的必要性进行复审;

(2) 根据复审结果, 商务部作出保留、修改或者取消反倾销税或价格承诺的决定;

(3) 复审期限, 自决定复审开始之日起不超过 12 个月;

(4) 在复审期间, 反倾销措施继续实施。

真题示例

国内某产品生产商向我国商务部申请对从甲国进口的该产品进行反倾销调查。该产品的国内生产商共有 100 多家。根据我国相关法律规定, 下列哪一选项是正确的? (2010-44, 单选)⁸⁷

A. 任何一家该产品的国内生产商均可启动反倾销调查

B. 商务部可强迫甲国出口商作出价格承诺

C. 如终裁决定确定的反倾销税高于临时反倾销税, 甲国出口商应当补足

D. 反倾销税税额不应超过终裁决定确定的倾销幅度

二、反补贴措施

进口产品存在补贴, 并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁, 或者对建立国内产业造成实质阻碍的, 依照条例的规定进行调查, 采取反补贴措施。

(一) 实施条件

1. 专向补贴

(1) 补贴, 是指出口国(地区)政府或者其任何公共机构(以下统称出口国政府)提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

其中, 财政资助包括: ①出口国政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接提供资金, 或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务; ②出口国政府放弃或者不收缴应收收入; ③出口国政府提供除一般基础设施以外的货物、服务, 或者由出口国政府购买货物; ④出口国政府通过向筹资机构付款, 或者委托、指令私营机构履行上述职能。

(2) 进行反补贴调查、采取反补贴措施的补贴, 必须具有专向性。具有下列情形之一的补贴, 具有专向性: ①由出口国政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴; ②由出口国法律、法规明确规定的某些企业、产业获得的补贴; ③指定特定区域内的企业、产业获得的补贴; ④以出口实绩为条件获得的补贴; ⑤以使用本国产品替代进口产品为条件获得的补贴。

⁸⁷ D. 启动反倾销调查, 需要足够的国内生产者的支持, 在支持申请和反对申请的生产者中, 支持者的产量占二者总产量的 50% 以上, 同时不得低于国内同类产品总产量的 25%, A 项错误。商务部可以建议但不得强迫出口经营者作出价格承诺, B 项错误。终裁确定征收反倾销税并对实施临时反倾销税的期间追溯征收的, 采取多退少不补的原则, C 项错误。

【例 3】甲国政府为鼓励机械制造企业消费本国产品，规定凡是生产的整台设备中使用的本国零部件和原材料占 60% 以上的，将得到相应的财务支持。为此，甲国政府专门设立一财务基金，给予符合上述条件的企业进行补贴。根据《反补贴条例》，该补贴是否属于专项性补贴？

使用本国零部件和原材料的增多，即意味着使用进口产品的减少，显然属于以使用本国产品替代进口产品为条件获得的补贴

2. 损害

损害，是指补贴对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

(1) 审查事项

在确定补贴对国内产业造成的损害时，应当审查下列事项：①补贴可能对贸易造成的影响；②补贴进口产品的数量；③补贴进口产品的价格；④补贴进口产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响；⑤补贴进口产品出口国、原产国的生产能力、出口能力，被调查产品的库存情况；⑥造成国内产业损害的其他因素。

(2) 国内产业（同“反倾销”）

(3) 同类产品（同“反倾销”）

3. 因果关系

补贴进口产品与国内产业损害之间应当存在因果关系，即国内产业的损害是由补贴进口产品造成；不得将非补贴因素对国内产业造成的损害归因于补贴。

(二) 反补贴调查

反补贴调查程序与反倾销调查程序基本相同。

(三) 反补贴措施

反补贴措施与反倾销措施类似，包括：（1）临时反补贴措施；（2）承诺；（3）最终反补贴税。反补贴措施与反倾销措施的实施条件基本相同，主要区别在于：对于承诺，反倾销中的承诺仅限于出口经营者承诺修改价格；而反补贴中的承诺既包括出口经营者承诺修改价格，也包括出口国政府承诺取消或限制补贴。

【真题示例】

中国某化工产品的国内生产商向中国商务部提起对从甲国进口的该类化工产品的反补贴调查申请。依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？

（2009-45，单选）⁸⁸

- A. 商务部认为必要时可以强制出口经营者作出价格承诺
- B. 商务部认为有必要出境调查时，必须通过司法协助途径
- C. 反补贴税税额不得超过终裁决定确定的补贴金额

⁸⁸ C. 商务部可以建议但不能强制出口经营者作出价格承诺，A 项错误。反补贴调查属于行政机关的调查，不同于司法协助中的调取证据，无须通过司法协助途径，B 项错误。反补贴税的纳税人是进口商，D 项错误。

D. 甲国该类化工产品的出口商是反补贴税的纳税人

三、保障措施

进口产品数量增加，并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的，依照条例的规定进行调查，采取保障措施。

（一）实施条件

1. 进口产品数量增加

（1）绝对增加：进口产品数值有所增加；

（2）相对增加：进口产品所占国内市场份额的比重有所增加。

例 4：假设有下列两种情形：（1）甲国去年向中国进口某种商品 100 万件，今年向中国进口 130 万件；（2）甲国去年向中国进口某种商品 100 万件，今年仍向中国进口 100 万件，该商品去年中国国内的总产量为 300 万件，而今年只有 200 万件。上述两种情形是否属于《保障措施条例》中的“进口数量增加”？

第一种情形中，进口产品数值今年比去年增加 30 万件，属于绝对增加。

第二种情形中，虽然进口数量的绝对值没变，但所占国内产品的比重增加（去年为 $\frac{1}{3}$ ，今年为 $\frac{1}{2}$ ），属于相对增加。

2. 损害

损害，指对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁。

提示注意：保障措施所要求的损害程度为“严重损害”，不同于反倾销或反补贴措施中的“实质损害”。

3. 因果关系

进口产品数量增加与国内产业损害之间应当存在因果关系，即国内产业的损害是由进口产品数量增加造成。不得将进口增加以外的因素对国内产业造成的损害归因于进口增加。

（二）保障措施调查

1. 调查机关

进口产品数量增加：商务部；

损害：商务部；涉及农产品的保障措施损害调查，由商务部会同农业部进行。

2. 发起方式

（1）国内产业申请发起；

（2）商务部自主发起。

3. 调查内容

是否存在进口产品数量增加、损害、因果关系（与反倾销和反补贴不同，保障措施不要求“有足够的国内支持者”）。

4. 裁定

商务部根据调查结果，可以作出初裁决定，也可以直接作出终裁决定，并予以公告。

（三）保障措施

1. 临时保障措施

(1) 条件：有明确证据表明进口产品数量增加，在不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损害的紧急情况下，可以作出初裁决定，并采取临时保障措施；

(2) 实施方式：提高关税；

(3) 实施期限：自临时保障措施决定公告规定实施之日起，不超过 200 天。

2. 最终保障措施

(1) 条件：终裁决定确定进口产品数量增加，并由此对国内产业造成损害的，可以采取保障措施；

(2) 实施方式：提高关税、数量限制等；

(3) 终裁决定确定不采取保障措施的，已征收的临时关税应当予以退还。

3. 实施期限

(1) 保障措施的期限不超过 4 年，符合一定条件可延长，但最长不超过 10 年；

(2) 保障措施实施期限超过 1 年的，应当在实施期间内按固定时间间隔逐步放宽；

(3) 保障措施实施期限超过 3 年的，商务部应当在实施期间内对该项措施进行中期复审；

(4) 对同一进口产品再次采取保障措施的，与前次采取保障措施的时间间隔应当不短于前次采取保障措施的期限，并且至少为 2 年。符合下列条件的，对产品实施的期限为 180 天或更短的保障措施，不受前述时间间隔限制：①自对该进口产品实施保障措施之日起，已经超过 1 年；②自实施该保障措施之日起 5 年内，未对同一产品实施 2 次以上保障措施。

4. 保障措施复审

(1) 复审的内容包括保障措施对国内产业的影响、国内产业的调整情况等；

(2) 根据复审结果，商务部作出保留、取消或者加快放宽提高关税或数量限制措施的决定。

5. 非歧视要求

保障措施应当针对正在进口的产品实施，不区分产品来源国。

【例 5】商务部根据五家国内钢铁企业的申请，经调查发现，国外的无缝钢管和不锈钢板大量进口到中国，对国内企业造成严重损害，其中甲、乙两国进口份额最大。现商务部决定采取保障措施，能否只限制甲、乙两国钢铁的进口？

不能。保障措施必须非歧视地实施，即所谓“只对产品，不分来源”，不能只针对特定国家的进口产品采取保障措施。

【真题示例】

进口中国的某类化工产品 2015 年占中国的市场份额比 2014 年有较大增加，经查，两年进口总量虽持平，但仍给生产同类产品的中国产业造成了严重

损害。依我国相关法律，下列哪一选项是正确的？（2015-43，单选）⁸⁹

- A. 受损害的中国国内产业可向商务部申请反倾销调查
- B. 受损害的中国国内产业可向商务部提出采取保障措施的书面申请
- C. 因为该类化工产品的进口数量并没有绝对增加，故不能采取保障措施
- D. 该类化工产品的出口商可通过价格承诺避免保障措施的实施

四、贸易救济措施的国内司法审查

（一）反倾销行政行为的司法审查

2002 年最高院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》

1. 受理范围

人民法院依法受理对下列反倾销行政行为提起的行政诉讼：

- （1）有关倾销及倾销幅度、损害及损害程度的终裁决定；
- （2）有关是否征收反倾销税的决定以及追溯征收、退税、对新出口经营者征税的决定；

（3）有关保留、修改或者取消反倾销税以及价格承诺的复审决定；

（4）依照法律、行政法规规定可以起诉的其他反倾销行政行为。

2. 利害关系人

与反倾销行政行为具有法律上利害关系的个人或者组织为利害关系人，可以依照行政诉讼法及其他有关法律、行政法规的规定，向人民法院提起行政诉讼。

利害关系人，是指向国务院主管部门提出反倾销调查书面申请的申请人，有关出口经营者和进口经营者及其他具有法律上利害关系的自然人、法人或者其他组织。

3. 管辖法院

第一审反倾销行政案件由下列人民法院管辖：（1）被告所在地高级人民法院指定的中级人民法院；（2）被告所在地高级人民法院。

4. 审查依据

人民法院依照行政诉讼法及其他有关反倾销的法律、行政法规，参照国务院部门规章，对被诉反倾销行政行为的事实问题和法律问题，进行合法性审查。

5. 举证责任

原告对其主张的事实有责任提供证据。

被告对其作出的被诉反倾销行政行为负举证责任，应当提供作出反倾销行政行为的证据和所依据的规范性文件。人民法院依据被告的案卷记录审查被诉反倾销行政行为的合法性。被告在作出被诉反倾销行政行为时没有记入案卷的事实材料，不能作为认定该行为合法的根据。

⁸⁹ B。《保障措施条例》第 2 条规定：“进口产品数量增加，并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的，依照本条例的规定进行调查，采取保障措施。” B 项正确，A 项错误。条例第 7 条规定：“进口产品数量增加，是指进口产品数量的绝对增加或者与国内生产相比的相对增加。” C 项错误。与反倾销、反补贴措施不同，保障措施的实施形式包括临时保障措施（提高关税）和保障措施（提高关税、数量限制等），不包括价格承诺，D 项错误。

6. 判决

人民法院审理反倾销行政案件，根据不同情况，分别作出以下判决：

(1) 被诉反倾销行政行为证据确凿，适用法律、行政法规正确，符合法定程序的，判决维持；

(2) 被诉反倾销行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出反倾销行政行为：①主要证据不足的；②适用法律、行政法规错误的；③违反法定程序的；④超越职权的；⑤滥用职权的；

(3) 依照法律或者司法解释规定作出的其他判决。

(二) 反补贴行政行为的司法审查

参见 2002 年最高院《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》，与反倾销有关规定基本相同。

五、贸易救济措施的多边审查

	国内审查	多边审查 (通过 WTO 争端解决程序审查)
1. 当事人	原调查的利害关系方	出口国政府和进口国政府
2. 申诉对象	主管机关作出的决定或采取的措施	主管机关作出的决定或采取的措施，也可以是复审法院的裁决，还可以包括立法本身
3. 实体规则或审查标准	进口国国内法	WTO 规则
4. 处理争议的程序	进口国的行政复议法或诉讼程序法	WTO 争端解决规则和程序，以及相关协议的特殊规则和程序
5. 复议、审判机构	原调查机构或具有管辖权的法院	WTO 争端解决机构(专家组和上诉机构)
6. 救济结果	如果主管机关的裁定被判决违反国内法，可直接撤销或修改相关措施	争端解决机构只能建议进口成员国政府使其措施与 WTO 规则相一致，而不能直接撤销或修改相关措施

【深度解析】如何区分反倾销、反补贴和保障措施？

	反倾销	反补贴	保障措施
1. 实施条件	(1) 存在倾销	(1) 存在专向性补贴	(1) 进口产品数量增加
	(2) 实质损害或实质损害威胁，或造成实质阻碍	(2) 同“反倾销”	(2) 严重损害或严重损害威胁
	(3) 倾销与损害存在因果关系	(3) 补贴与损害存在因果关系	(3) 进口产品数量增加与损害存在因果关系
2. 措施	(1) 临时反倾销措施 (临时反倾销税、提供	(1) 临时反补贴措施 (临时反补贴税、提供	(1) 临时保障措施(提高关税)

	担保) (2) 价格承诺 (出口经营者作出) (3) 反倾销税	担保) (2) 承诺 (出口国政府或出口经营者作出) (3) 反补贴税	(2) 最终保障措施 (提高关税、数量限制)
3. 实施期限	不超过 5 年, 经复审可适当延长	同“反倾销”	不超过 4 年, 符合一定条件可延长, 但最长不超过 10 年
4. 适用对象	存在倾销的某国进口产品	接受专向性补贴的某国进口产品	正在进口的同类产品, 不区分产品来源国
5. 司法审查	有	有	无

【归纳总结】

本节与现实联系较为紧密, 我们在新闻中常听到的“两反一保”即是本节所学到的反倾销、反补贴与保障措施三种贸易救济措施。同样, 这三种措施也是司考热点之一。考生应注意反倾销、反补贴措施与保障措施性质不同: 前两类措施所针对的倾销和接受特定补贴的行为都属于不公平竞争行为; 保障措施针对的其实是一种公平竞争行为, 它不是因倾销或接受补贴造成, 仅是由于某些原因 (如本身物美价廉) 引发的进口数量增加导致。

【图表精要】

一、2004 年《对外贸易法》

1. 适用范围	(1) 适用于: 货物进出口、技术进出口、国际服务贸易、与对外贸易有关的知识产权保护 (2 条) (2) 不适用: ①特殊物质或产品的进出口 (67 条) ②边境地区贸易 (68 条) ③单独关税区 (港澳台) (69 条)
2. 外贸经营者	(1) 外贸经营主体: 依法从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人 (8 条) (2) 外贸经营权的获得: 采用备案登记制, 未办理登记, 海关不予报关验放 (9 条)
3. 货物和技术的进出口	(1) 进出口监管 (15 条) (2) 进出口限制和禁止 (16 条) (3) 配额、许可证管理 (19 条)
4. 国际服务贸易	服务贸易的限制和禁止 (26 条)
5. 知识产权保护	(1) 进口货物侵犯知识产权的处理 (29 条) (2) 知识产权权利人在对外贸易中滥用其专有权或优势地位 (30 条) (3) 他国或地区在知识产权保护方面未能给予我国当事人相应待遇和保护的处理 (31 条)
6. 对外贸易秩序	(1) 外贸中的垄断行为 (32 条) (2) 外贸中的不正当竞争行为 (33 条) (3) 外贸中的禁止行为 (34 条)
7. 对外贸易调查	(1) 调查事项 (37 条) (2) 调查手段 (38 条)
8. 对外贸易救济	(1) 反倾销、反补贴、保障措施 (41—44 条) (2) 对服务贸易的救济 (45 条)

(3) 对贸易转移的救济 (46 条)

二、贸易救济措施

	反倾销	反补贴	保障措施
实施条件	1 倾销 (出口价格 < 正常价值) 正常价值: ①国内价格; ②第三国价格; ③结构价格。 出口价格: ①实际支付或应当支付价格; ②首次转售给独立购买人的价格; ③推定价格。 2 损害 { 实质性损害或实质性损害威胁 对建立国内产业造成实质阻碍 3 因果关系: ①倾销是造成损害的原因之一; ②不得将其他因素造成的损害归因于倾销。	1 出口国专向性补贴 ①由出口国政府确定; ②由出口国法律确定; ③特定区域内; ④以出口实绩为条件; ⑤以使用本国产品替代进口产品为条件。 2 损害 (同反倾销) 3 因果关系	1 进口产品数量增加: ①绝对增加; ②相对增加。 2 严重损害或严重损害威胁 3 因果关系
调查	1 调查机关: 商务部; 涉及农产品时会同农业部; 必要时可赴有关国家调查。 2 发起方式: ①国内产业申请发起; ②商务部自主发起。 3 调查内容: ①是否存在倾销、损害、因果关系; ②是否有足够的国内支持者 (在支持申请和反对申请的生产者中, 支持者产量占二者总产量的 50% 以上, 同时不得低于国内同类产品总产量的 25%)。 4 资料的提供: 商务部调查时, 利害关系方应如实反映情况, 提供有关资料。利害关系方如不能如实提供资料的, 商务部可以根据已经获得的事实和可获得的最佳信息作出裁定。 5 调查终止: ①申请人撤销; ②无足够证据; ③倾销幅度 < 2%; ④进口量或损害可忽略不计; ⑤商务部认为不宜。		
措施	1 临时措施 (调查起 60 天后才可采取, 期限不超过 4 个月, 特殊情况可延长至 9 个月): ①临时反倾销税; ②提供担保。 2 价格承诺: ①出口经营者在反倾销调查期间可向商务部作出价格承诺; ②商务部可建议但不能强迫出口者进行价格承诺;	1 临时措施: 与反倾销类似, 期限不超过 4 个月; 2 承诺: ①出口国政府承诺取消或限制补贴; ②出口经营者承诺	1 临时措施: 提高关税 (不超过 200 天); 2 最终保障措施: 提高关税、数量限制;

③商务部作出初裁前不得接受价格承诺； ④商务部可自主决定是否接受价格承诺； ⑤出口经营者违反价格承诺，商务部可立即恢复反倾销调查。 3 最终反倾销税 ①纳税人：进口经营者； ②税额：不超过倾销幅度；“多退少不补”； ③对象：原则上是终裁决定公布后的进口产品；特殊情况下可对采取临时反倾销措施期间进口的产品或实施临时反倾销措施之日前 90 天内进口的产品追溯征收。 4 实施期限：反倾销税的征收期限和价格承诺的履行期限不超过 5 年，经复审可适当延长反倾销税的征收期限。	修改价格。 3 最终反补贴税	3 非歧视实施。 4 实施期限：保障措施的实施期限不超过 4 年，符合一定条件可延长，但最长不超过 10 年。
--	------------------------------	---

第五章 世界贸易组织

第一节 世界贸易组织概述

【知识点】

一、世界贸易组织法律制度和前关税与贸易总协定法律制度的关系

世界贸易组织（WTO）根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》（以下称《世界贸易组织协定》）于 1995 年 1 月 1 日成立，总部设在日内瓦。

世界贸易组织的前身是关税与贸易总协定（GATT）。严格意义上讲，关税与贸易总协定并非国际组织，而只是一个多边条约；但在实践中，关税与贸易总协定又作为管理该协定的国际机构而存在。世界贸易组织具有独立的法律人格，是真正的国际组织。作为国际机构的关税与贸易总协定，已为世界贸易组织所代替；但作为多边条约，《关税与贸易总协定》经过修订仍然有效，它已成为世界贸易组织协议的一部分。

		世界贸易组织（WTO）	关税与贸易总协定（GATT）
区别	1. 适用的法律依据不同	《世界贸易组织协定》，该协定于 1995 年 1 月 1 日生效。	1947 年《关税与贸易总协定临时适用议定书》，该议定书已被 1994 年《关税与贸易总协定》废止。
	2. 约束力不同	WTO 不允许成员对 WTO 规则进行保留或偏离，它要求各成员的国内立法与 WTO 规则保持一致，国内法的规定不应成为不履行有关 WTO 义务的理由。	《关税与贸易总协定临时适用议定书》明确允许在不违反现行国内立法的范围内最大限度地适用《关税与贸易总协定》第二部分，成员可以国内法为借口不履行有关义务。

	3. 法律框架的结构不同	WTO 的法律框架由一系列协议组成,这些协议对所有成员都有约束力,成员不得有选择地参加协议(少数成员参加的诸边协议除外)。	各协议相互独立,不同协议有不同的成员,不同成员承担的义务可能不同。
	4. 调整范围不同	(1) 货物贸易(其中包括纺织品贸易和农产品贸易); (2) 服务贸易; (3) 与贸易有关的知识产权。	仅调整货物贸易(不包括纺织品贸易),对农产品贸易的调整也缺乏有力约束。
	5. 争端解决制度不同	争端解决制度统一,根据不同协议产生的争端适用相同的争端解决制度。	争端解决制度分散,不同协议适用不同的争端解决制度。
联系	1. WTO 协定吸收了 GATT 规则 1947 年《关税与贸易总协定》经过修改,成为 1994 年《关税与贸易总协定》的一部分,被包括在 WTO 规则之中。 2. WTO 遵循了 GATT 的决策方法和惯例指导 (1) WTO 沿袭了 GATT 框架下协商一致的决策方法; (2) GATT 框架下作出的决定、程序和惯例,对 WTO 仍有指导作用; (3) 对于争端解决制度, WTO 遵循 GATT 解决争端所适用的原则。		

二、世界贸易组织的法律框架

WTO 文件	《世界贸易组织协定》	
	附件 1	附件 1A: 货物贸易多边协议(《关贸总协定 1994》和 11 个配套协议)
		附件 1B: 《服务贸易总协定》
		附件 1C: 《与贸易有关的知识产权协定》
	附件 2	《关于争端解决规则与程序的谅解》
	附件 3	《贸易政策审议机制》
	附件 4	诸边贸易协议(《民用航空器贸易协议》、《政府采购协议》、《信息技术产品协议》)

WTO 规则按其适用范围不同,可分为以下两类:

1. 多边贸易协议,包括《世界贸易组织协定》及其附件 1、附件 2 和附件 3,对所有成员具有约束力;
2. 诸边贸易协议,由附件 4 组成,包括《民用航空器贸易协议》、《政府采购协议》、《信息技术产品协议》,只对参加协议的成员具有约束力。

三、中国入世承担的特殊义务

(一) 中国根据 WTO 协定享有权利、承担义务的法律框架

1. 各成员都承担的规范性义务:规定在 WTO 各协议条款中。
2. 中国承担的独特义务:规定在《中国加入世界贸易组织议定书》及其

附件《中国入世工作组报告》（中国和其他成员谈判的结果和中国作出的具体承诺也是该议定书的组成部分）。该议定书及其附件构成世界贸易组织协定的一部分。

（二）中国承担的特殊义务

1. 贸易经营权

（1）经营权的开放：中国承诺逐步开放贸易经营权，在中国入世后的 3 年内，除国家专营商品外，所有中国企业都有权进行货物进出口。

（2）国家专营企业：①某些商品的专营并不意味着违反了产品的国民待遇；②中国的专营企业在进口程序上应充分透明，在商品质量、价值或产地方面，政府不应采取措施影响或直接指示专营企业；③专营企业出口商品的定价机制，应向 WTO 提供全面信息。

2. 倾销与补贴中非市场经济的规定

（1）倾销的确定：①进口国在比较价格时，可选择中国国内价格或替代国价格；②如果进口成员国内法含有市场经济标准，中国根据该国内法确立中国在某一产业或部门是市场经济，上述有关选择方法的规定应终止；无论中国能否证明市场经济，上述选择方法的规定在中国入世 15 年后终止；③如果中国确立某一具体产业或部门通行市场经济条件，上述非市场经济的规定对该产业或部门不再适用。

（2）国有企业补贴：如中国政府提供补贴的主要接受者是国有企业，或者国有企业接受了补贴中不成比例的大量数额，该补贴视为专项补贴。

3. 与贸易有关的投资措施

（1）中国承诺，入世时完全遵守《与贸易有关的投资措施协议》，不适用该协议中有关过渡期的规定；

（2）中国承诺，取消并停止执行通过法律法规实施的贸易平衡要求、外汇平衡要求、当地含量要求和出口实绩要求，同时不予执行含有此类要求的合同；

（3）中央和地方政府对进口许可证、配额、关税配额的分配或对进口、进口权或投资权的批准方式，不以下列内容为条件：①是否存在国内供应商；②任何类型的实绩要求，例如当地含量、补偿、技术转让、出口实绩或在中国进行研究开发等。

第二节 世界贸易组织的主要法律制度

【知识点】

一、关税与贸易总协定（GATT）

（一）最惠国待遇

1. 特点

（1）普遍性：WTO 的任何成员，都可以享有其他成员给予任何成员的待遇；

（2）相互性：任何一成员既是给惠方，又是受惠方；

(3) 自动性：一国给予另一国最惠国待遇，应是立即和无条件的；

(4) 同一性：享有最惠国待遇仅限于相同情形、相同事项。

2. 适用范围

(1) 与进出口有关的任何关税和费用；

(2) 进出口关税和费用的征收方法；

(3) 与进出口有关的规则和手续；

(4) 国内税或其他国内费用；

(5) 影响产品的国内销售、推销、购买、运输、经销和使用的全部法律规章。

3. 例外

(1) 边境贸易；

(2) 对发展中国家的优惠；

(3) 关税同盟和自由贸易区；

【例 1】甲、乙、丙三国于 1999 年建立“北方国家自由贸易区”，区域内部三国之间的贸易互免关税，但三国对本国与区域外国家之间的进出口贸易仍然征收较高税率的关税。甲、乙、丙三国的做法是否符合关税与贸易总协定？

符合。根据关税与贸易总协定，关税同盟或自由贸易区成员之间相互给予的优惠，可以不给予区域以外的成员。

(4) 以收支平衡理由偏离最惠国待遇；

(5) 反倾销和反补贴；

(6) 一般例外与安全例外；

一般例外：一国为行使主权权利、维护公共利益而采取的某些特定措施可不受现有规定的约束。GATT 第 20 条列举了 10 项措施，成员经常引用的有：

①为保护人类、动植物生命健康所必需的措施；②为保护可能用竭的自然资源的有关措施；③为保证实施与 GATT 一致的法律所必需的措施。

安全例外：一国为维护本国基本安全而采取的措施可不受现有规定的约束。例如，1982 年，英国和阿根廷就马尔维纳斯群岛问题发生武装冲突，欧共体成员国以国家安全为理由，对来自阿根廷产品的进口加以限制。

(7) 豁免例外（WTO 可豁免某成员的最惠国待遇义务）。

真题示例

甲乙丙三国为世界贸易组织成员，丁国不是该组织成员。关于甲国对进口立式空调和中央空调的进口关税问题，根据《关税与贸易总协定》，下列违反最惠国待遇的做法是：（2014-100，不定项）⁹⁰

A. 甲国给予来自乙国的立式空调和丙国的中央空调以不同的关税

⁹⁰ D. 根据《关税与贸易总协定》，只有原产于其他成员的相同产品，才能享有最惠国待遇。A 项中两种空调并非相同产品，征收不同关税没有违反最惠国待遇；而 D 项针对来自不同成员的相同产品征收不同关税，违反最惠国待遇。协定仅要求 WTO 成员对来自其他成员的产品给予最惠国待遇，并不要求适用于非 WTO 成员，B 项中丁国不是 WTO 成员方，甲国对来自 WTO 成员和非成员方的产品征收不同关税，并不违反最惠国待遇。根据协定，允许对造成国内产业损害的倾销进口或补贴进口征收反倾销税或反补贴税，这属于最惠国待遇的例外，C 项并不违反最惠国待遇。

- B. 甲国给予来自乙国和丁国的立式空调以不同的进口关税
C. 因实施反倾销措施，导致从乙国进口的立式空调的关税高于从丙国进口的
D. 甲国给予来自乙丙两国的立式空调以不同的关税

(二) 国民待遇

1. 适用范围

(1) 国内税费方面：对进口产品直接或间接征收的国内税费，不应超过对本国同类产品直接或间接征收的国内税费；

(2) 国内法规方面：在关于产品的销售、推销、购买、运输、分销或使用的法律、法规和规章方面，进口产品所享有的待遇不得低于本国同类产品所享有的待遇。

2. 例外

(1) 政府采购例外：政府购买货物供自己使用，调整该类产品采购的法律、规章或规定，不受国民待遇义务的约束；

(2) 仅对某种产品的国内生产者提供的补贴例外：该类补贴不根据国民待遇义务进行调整，并非不受任何约束；

(3) 一般例外与安全例外。

(三) 约束关税

1. 原则

(1) WTO 对关税的原则是：约束关税，并不断削减；

(2) 各成员在降低关税谈判中作出的关税减少，称为关税减让；各成员对其进口产品作出的关税减让，构成了该成员的关税减让表；

(3) 各成员在关税减让表中公布的税率是可以适用的最高税率，通常不得提高，但实际关税税率可以低于该税率；

(4) 各次关税减让谈判达成的减让表，均构成 WTO 规则的有效组成部分。

2. 例外

约束关税的义务，不得阻止任何成员对产品进口随时征收下列关税或费用：(1) 对于同类产品或用于制造或生产进口产品的全部或部分所征收的、与国民待遇义务规定相一致的且等于国内税的费用；(2) 反倾销税或反补贴税；(3) 与提供服务的成本相当的规费或其他费用。

【例 2】日本在关税与贸易总协定 1964 年肯尼迪回合谈判中，对黑白胶卷的进口关税承诺不超过 40%，在 1979 年东京回合谈判中，对黑白胶卷的关税承诺不超过 30%，1994 年乌拉圭回合谈判中，对黑白胶卷的关税承诺不超过 20%。

(1) 肯尼迪回合的关税减让是否依然有效？

依然有效。每一回合的关税减让谈判都会达成新的关税减让表，但在法律上旧表依然有效，各次谈判达成的减让表均构成 WTO 规则的有效组成部分。

(2) 如果日本当局认定来自某国的黑白胶卷存在倾销并对本国造成损害，日本当局决定征收 25% 的反倾销税，是否违反关税与贸易总协定？

不违反。约束关税的义务，不得阻止任何成员对产品进口随时征收下列关

税或费用：①对于同类产品或用于制造或生产进口产品的全部或部分所征收的、与国民待遇义务规定相一致的且等于国内税的费用；②反倾销税或反补贴税；③与提供服务的成本相当的规费或其他费用。

（3）根据海关提供服务所产生的费用，日本是否可以收取与之相当的服务费？

可以。分析同（2）。

（4）如果日本现在对从美国进口的黑白胶卷适用 15% 的关税，是否违反其关税减让承诺？

不违反。各成员在关税减让表中公布的税率是可以适用的最高税率，通常不得提高，但实际关税税率可以低于该税率。

（四）数量限制

1. 原则：对进出口产品，原则上取消一切数量限制。

2. 例外

（1）为防止或缓解出口成员的粮食或其他必需品的严重短缺而临时实施的出口禁止或限制；

（2）为实施国际贸易中的商品归类、分级和销售标准或法规而必须实施的进出口禁止或限制；

（3）为限制国内产品数量或消除国内产品的过剩而对农产品或渔产品进口实施的限制；

（4）为保障其对外金融地位和国际收支平衡而对进口产品实施的限制。

3. 非歧视要求

（1）如某成员获准对产品实施进口限制，应在非歧视的原则上进行；

（2）在实施数量限制的具体方法上，首先应选用配额方式，在配额不可行的情况下，采取进口许可证的方式；

（3）因维持国际收支平衡而实施数量限制时，可以背离非歧视原则。

（五）《与贸易有关的投资措施协议》

投资措施，指一国政府为管理外国投资所采取的措施。“与贸易有关”则意味着这些措施将会对国际贸易的流向产生重要影响。根据该协议，各成员不得实施与《关税与贸易总协定》第 3 条或第 11 条规定不一致的与贸易有关的投资措施。具体包括：

（1）与国民待遇义务不符的投资措施

①要求企业购买或使用本国产品或自任何国内来源的产品（当地成分要求）；

②要求企业购买或使用的进口产品限制在与其出口的当地产品的数量或价值相关的水平（贸易平衡要求）。

（2）与普遍取消数量限制义务不符的投资措施

①限制企业用于当地生产或与当地生产相关的产品的进口，或将进口限制在与其出口的当地产品的数量或价值相关的水平（通过贸易平衡限制进口）；

②将企业可使用的外汇限制在与该企业外汇流入相关的水平（外汇平衡要

求)；

③限制企业产品出口的数量，或要求企业将产品以低于国际市场价格的方式在国内销售（限制出口，或称“国内销售要求”）。

【真题示例】

针对甲国一系列影响汽车工业的措施，乙、丙、丁等国向甲国提出了磋商请求。四国均为世界贸易组织成员。关于甲国采取的措施，下列哪些是《与贸易有关的投资措施协议》禁止使用的？（2009-84，多选）⁹¹

- A. 要求汽车生产企业在生产过程中必须购买一定比例的当地产品
- B. 依国产化率对汽车中使用的进口汽车部件减税
- C. 规定汽车生产企业的外资股权比例不应超过 60%
- D. 要求企业购买进口产品的数量不能大于其出口产品的数量

二、服务贸易总协定

（一）适用范围

1. 《服务贸易总协定》具有框架性协定的特点，还缺乏有关的具体义务和规则，这些内容将在以后的相关协议中有所规定；
2. 协定适用于各成员影响服务贸易的措施，包括成员的中央、地区或地方政府的措施，以及经政府授权而行使权力的非政府机构采取的措施；
3. 协定不适用于为履行政府职能而提供的服务（即不是在商业基础上提供的、又不与任何其他服务提供者相竞争的服务）。

（二）服务贸易的方式

1. 跨境服务，从一国境内向另一国境内提供服务，如通过电信、网络等跨境提供咨询服务；
2. 境外消费，在一国境内向来自另一国的服务消费者提供服务，如一国居民到另一国境内旅游、求学等；
3. 商业存在，一国的服务提供者通过在另一国境内设立的机构提供服务，如一国的机构到另一国开设银行、保险公司、律师事务所等；
4. 自然人流动，一国的服务提供者以自然人的身份进入另一国境内提供服务，如一国的医生、律师到另一国境内直接提供医疗或法律咨询服务。

（三）一般义务（所有成员国都要遵守）：最惠国待遇

1. 《服务贸易总协定》的最惠国待遇义务与《关税与贸易总协定》的规则基本一致，区别在于：服务贸易中的最惠国待遇适用于服务产品和服务提供者，而不适用于货物产品；
2. 发展中国家在履行最惠国待遇义务方面享有一定的过渡期，在该期限内其最惠国待遇义务得以豁免，该期限不超过 10 年；
3. 最惠国待遇义务不适用于政府服务采购。

（四）具体承诺（由各成员国作出承诺）：市场准入、国民待遇

1. WTO 成员在服务贸易市场开放方面没有统一规定，是否给予市场准入

⁹¹ ABD。A、B 两项为当地成分要求，D 项为贸易平衡要求，均属于禁止使用的投资措施。C 项为外资股权比例限制，不在禁止之列。

或国民待遇，依各成员具体列出的承诺表确定；

2. 承诺表采取“肯定式清单”方法（列入其中，必须遵守），各成员只对具体承诺的事项和范围承担义务。

【真题示例】

根据世界贸易组织《服务贸易总协定》，下列哪一选项是正确的？
（2013-42，单选）⁹²

- A. 协定适用于成员方的政府服务采购
- B. 中国公民接受国外某银行在中国分支机构的服务属于协定中的境外消费
- C. 协定中的最惠国待遇只适用于服务产品而不适用于服务提供者
- D. 协定中的国民待遇义务，仅限于列入承诺表的部门

三、争端解决机制

（一）适用范围：除附件 3《贸易政策审议机制》外，所有 WTO 协议引起的争端都适用。

（二）争端类型

1. 违反性申诉

违反性申诉，指一成员针对另一成员违反 WTO 有关协议的行为向争端解决机构提起的申诉。在该争端中，申诉方须证明被诉方违反了 WTO 有关协议，无须证明本身利益的丧失或受损；被诉方通常需要废除或修改有关措施。

2. 非违反性申诉

非违反申诉，指一成员所采取的措施虽不违反 WTO 有关协议，但如果该措施导致其他成员利益的丧失或受损，则其他成员可对该成员向争端解决机构提起申诉。在该争端中，申诉方须证明其根据有关协议享有的合理预期利益因被诉方的措施丧失或受损；被诉方没有取消有关措施的义务，只需作出补偿。

3. 其他情形：WTO 没有明确的规定。

（三）解决争端的机构

1. 争端解决机构

争端解决机构本身不负责审理、裁决案件，其作出裁决或建议的职责通过专家组和上诉机构的报告实现。争端解决机构主要负责：①设立专家组；②通过或否决专家组或上诉机构的报告；③负责监督裁决和建议的执行；④授权进行报复，确定报复的范围和水平。

2. 专家组

专家组是争端解决机构设立的非常设机构，其职权范围仅限于审查申请书中列明的提交争端解决机构的事项和争端各方引用的协定。专家组审理案件时，既审查事实，又审查法律。

3. 上诉机构

上诉机构是争端解决机构设立的常设机构，负责审理争端当事方对专家组

⁹² D. 协定不适用于为履行政府职能而提供的服务，A 项错误。B 项并非境外消费，而是商业存在，B 项错误。协定中的最惠国待遇适用于服务产品和服务提供者而不适用于货物产品，C 项错误。

报告进行上诉的案件。注意：上诉机构仅对专家组报告涉及的法律问题和专家组所作的法律解释进行审查，对事实问题不予审查。

（四）争端解决程序

1. 磋商：磋商是必经程序，是申请设立专家组的前提。

【例 3】甲乙两国均为 WTO 成员国。甲国指称乙国对本国产品进行补贴的行为违反了 WTO《补贴与反补贴措施协议》的相关规定，于是向 WTO 争端解决机构提出申诉，申请成立专家组审理。本案是否可以由专家组受理？

不可以。WTO 争端解决机制中的磋商程序具有其强制性，只有在双方磋商程序未果的情况下，申诉方才可提出设立专家组的请求。

2. 专家组审理

- （1）提出磋商请求 60 天内没有解决争端，申诉方才可以申请成立专家组；
- （2）申诉方或被诉方对其提出的诉求均承担证明责任（谁主张谁举证）；
- （3）对争端方没有提出的主张，专家组不能作出裁定；
- （4）对未经专家组要求而由当事方以外的人或组织主动提供的信息（法庭之友材料），专家组有权决定是否采纳；

（5）对申诉方提起的数个申诉请求，专家组可根据解决争端的必要性，对其中某些诉求不进行审查（司法经济原则）。

3. 上诉机构审理

- （1）专家组报告发布后 60 天内，任何争端方都可以向上诉机构提起上诉；
- （2）上诉机构只审查专家组报告涉及的法律问题和法律解释，不审查事实问题；
- （3）上诉机构可推翻、修改或撤销专家组的法律调查结果和结论，但不得将案件发回专家组重审。

4. 争端解决机构通过报告

- （1）通过方式：否定性协商一致（除非争端解决机构一致不同意通过相关报告，该报告即获得通过）；
- （2）通过的报告即构成最终的裁决或建议。

5. 报告的执行

- （1）被裁定违反有关协议的一方，应修改或废除有关违规措施；
- （2）如未能修改或废除有关违规措施，被诉方可对申诉方进行补偿；
- （3）如被诉方未能执行有关裁决或建议，且未能提供令人满意的补偿，申诉方可向争端解决机构申请授权报复，对被诉方中止减让或中止其他义务；
- （4）中止减让或其他义务，首先应在与利益丧失或受损的部门相同的产业部门实施（平行报复）；如不可行或无效，可对同一协议下的其他部门实施（跨部门报复）；如仍不可行或无效，可寻求中止另一协议下的减让或其他义务（跨协议报复）；

（5）申诉方拟中止减让或中止其他义务的程度和范围，应与其所受到的损害相等。

例 4：甲乙两国均为 WTO 成员国，乙国称甲国实施的保障措施违反非歧

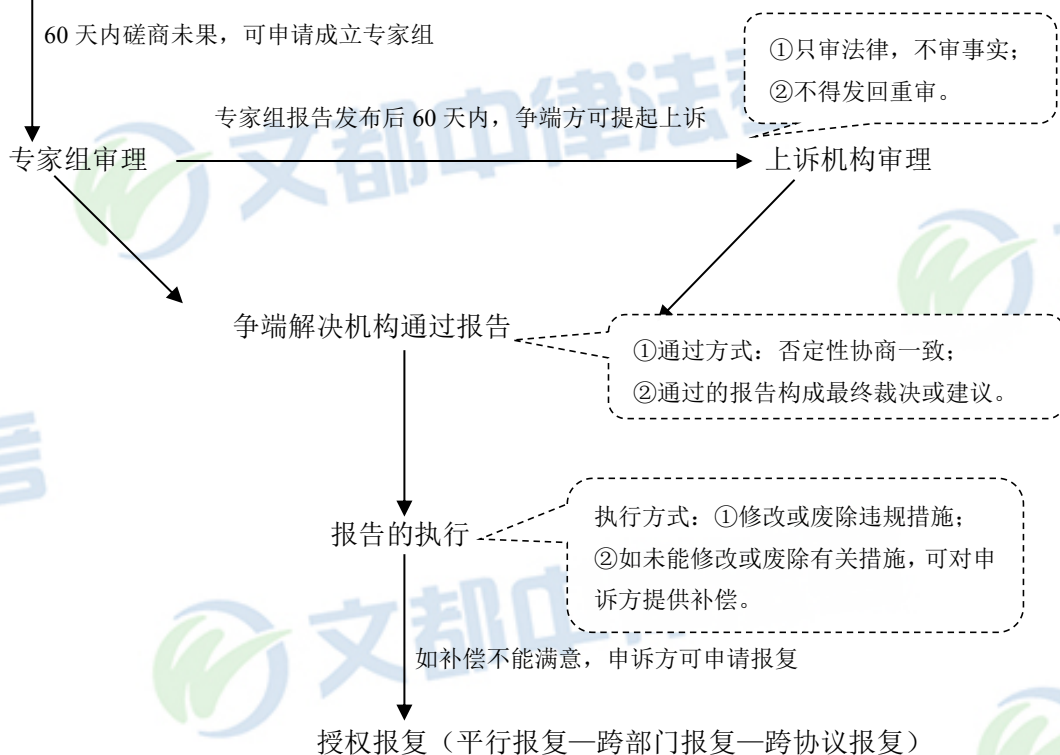
视原则，并将争端提交 WTO 争端解决机构。（1）如专家组在审理中发现某些问题与本案直接相关，但乙国并未就该事项提出过有关主张，专家组是否可就此问题作出裁定？（2）如甲国拒绝履行上诉机构的裁决，乙国可否再向争端解决机构上诉？

（1）对争端方没有提出的主张，专家组不能作出裁定。

（2）不能，此种情况下乙国可向争端解决机构申请授权报复。

争端解决程序

磋商（必经程序）



【深度解析】如何理解“跨部门报复”和“跨协议报复”？

根据 WTO 《关于争端解决规则与程序的谅解》，申诉方在考虑将中止何种减让或其他义务时，应遵循下列各项原则和程序：（1）平行报复，申诉方首先应在其利益受到损害或丧失的相同部门内寻求中止减让；（2）跨部门报复，如果申诉方认为在同一部门内中止的做法不可行或不能有效，则可寻求中止相同协议中其他部门的减让或其他义务，如，在有关香蕉贸易的争议中，若只提高香蕉的关税还不足以弥补申诉方遭受的损害，申诉方可以提高其他水果、蔬菜的关税，也可提高机械设备产品的关税；（3）跨协议报复，如果上述第二种做法也不可行或不能有效，且情况十分严重，则可在另一适用协议项下的部门内实行中止减让或其他义务，如，申诉方在补贴问题上受到损害，可以在知识产权领域进行报复。

“跨部门报复”和“跨协议报复”也被称为“交叉报复”，交叉报复是有效率的处罚，但只能作为临时性的处罚措施，因为该机制的宗旨是解决争端，迫使被诉方改正其不当做法，而不是为了处罚哪个国家。1995 年以后 WTO 处理的诸多争端中，很少导致交叉报复的实施。

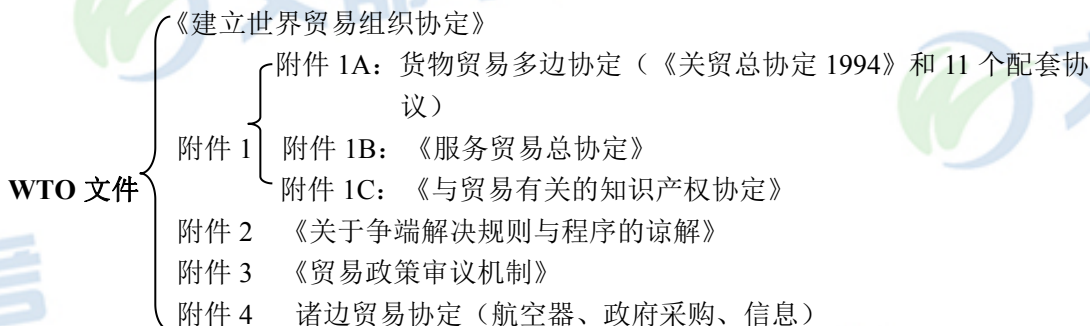
【真题示例】

甲乙两国均为世界贸易组织成员，甲国对乙国出口商向甲国出口轮胎征收高额反倾销税，使乙国轮胎出口企业损失严重。乙国政府为此向世界贸易组织提出申诉，经专家组和上诉机构审理胜诉。下列哪一选项是正确的？

（2009-44，单选）⁹³

- A. 如甲国不履行世贸组织的裁决，乙国可申请强制执行
- B. 如甲国不履行世贸组织的裁决，乙国只可在轮胎的范围内实施报复
- C. 如甲国不履行世贸组织的裁决，乙国可向争端解决机构申请授权报复
- D. 上诉机构只有在对该案的法律和事实问题进行全面审查后才能作出裁决

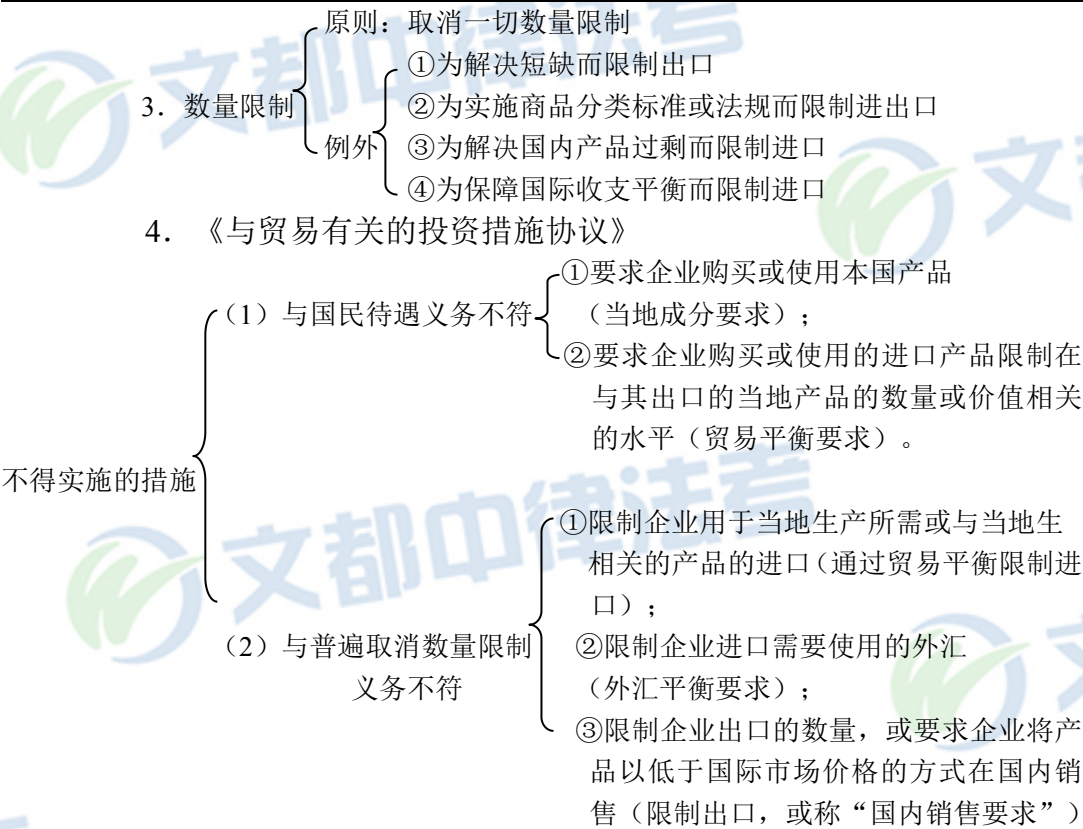
【图表精要】



一、关税与贸易总协定（GATT）

- 1. 最惠国待遇的例外
 - ① 边境贸易
 - ② 对发展中国家的优惠
 - ③ 关税同盟和自由贸易区
 - ④ 收支平衡
 - ⑤ 反倾销和反补贴
 - ⑥ 一般例外与安全例外
 - ⑦ 豁免例外
- 2. 国民待遇的例外
 - ① 政府采购例外
 - ② 仅对某种产品的国内生产者提供的补贴例外
 - ③ 一般例外与安全例外

⁹³ C. WTO 没有强制执行机关，争端解决机构的裁决不能强制执行，A 项错误。WTO 允许交叉报复，可以跨部门或跨协议进行报复，B 项错误。如果被诉方未能实施裁决，经申诉方请求，双方应就补偿进行谈判，如未能达成令人满意的补偿，申诉方可以向争端解决机构申请授权报复，C 项正确。上诉机构只审法律，不审事实，D 项错误。



二、服务贸易总协定

1. 服务贸易的方式

服务贸易方式	《服务贸易总协定》列举了服务贸易的 4 种形式： (1) 跨境服务，从一国境内向另一国境内提供服务，如通过电信、网络等跨境提供咨询服务； (2) 境外消费，在一国境内向来自另一国的服务消费者提供服务，如一国居民到另一国境内旅游、求学等； (3) 商业存在，一国的服务提供者通过在另一国境内设立的机构提供服务，如一国的机构到另一国开设银行、保险公司、律师事务所等。 (4) 自然人流动，一国的服务提供者以自然人的身份进入另一国境内提供服务，如一国的医生、律师到另一国境内直接提供医疗或法律咨询服务。
--------	---

2. 一般义务：最惠国待遇

3. 具体承诺
- ①市场准入
- ②国民待遇

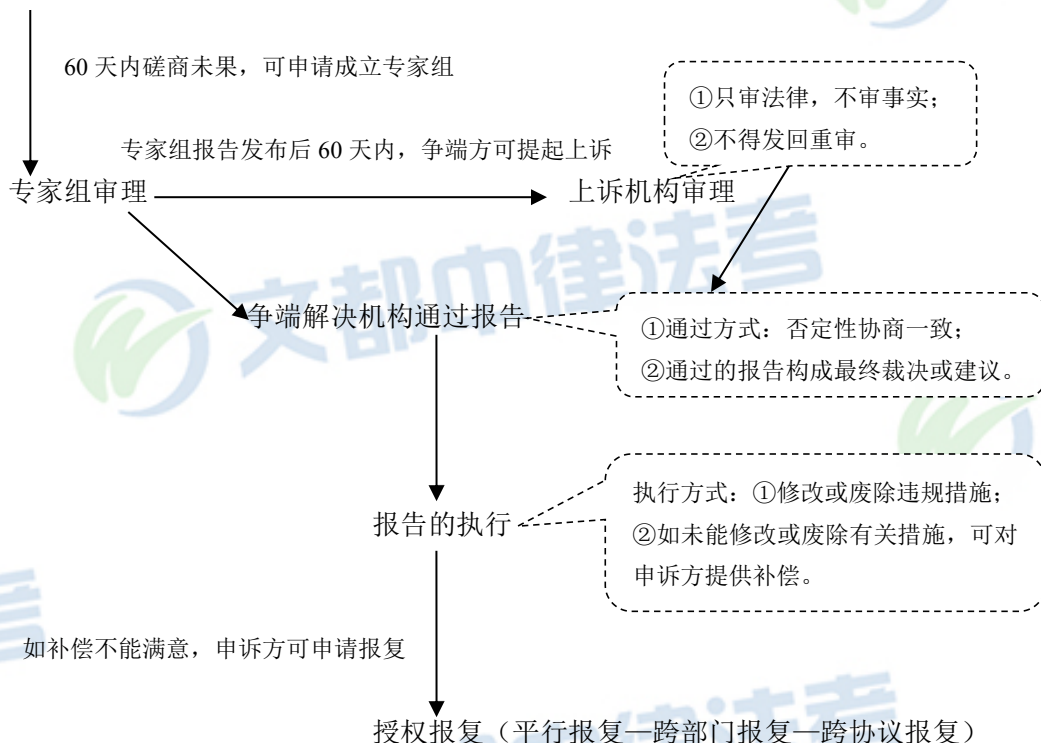
三、争端解决机制

1. 适用范围：除附件 3《贸易政策审议机制》外，所有 WTO 协议引起的争端都适用。

2. 争端类型
- ①违反性申诉：申诉方需证明被诉方违反了有关协议；被诉方需要除或修改有关措施。
 - ②非违反性申诉：申诉方需证明其利益的丧失或受损；被诉方无需取消有关措施，只需作出补偿。

3. 争端解决程序

磋商（必经程序）



第六章 国际经济法领域的其他法律制度

第一节 国际知识产权法

【知识点】

一、保护知识产权的国际公约

（一）《保护工业产权巴黎公约》（规定了对工业产权保护的最低要求）

1. 基本原则

（1）国民待遇原则

适用对象：①公约缔约国国民；②在缔约国有住所或营业所的非缔约国国民。

（2）优先权原则

适用对象：并非适用于一切工业产权，只适用于：①发明专利；②实用新型；③外观设计；④商标。

适用条件：已在一个成员国正式提出申请发明专利、实用新型、外观设计

或商标注册的人或其权利的合法继受人，在规定的期限内享有在其他成员国提出申请的优先权。其中，发明专利和实用新型的优先权申请期限为 12 个月，外观设计和商标的优先权申请期限为 6 个月。

（3）临时性保护原则

成员国应对在任何一个成员国内举办的或经官方承认的国际展览会上展出的商品中可以取得专利的发明、实用新型、外观设计和可以注册的商标给予临时保护。

如展品所有人在临时保护期内申请了专利或商标注册，则申请案的优先权日从展品公开展出之日起算，而非从第一次提交申请案时起算。

【例 1】甲乙丙三国均为《保护工业产权巴黎公约》成员国。2006 年 5 月 1 日至 5 月 7 日，在甲国政府举办的汽车博览会上，乙国奥卡汽车制造公司展出了其新研制出的某种新型汽车发动机。博览会结束后，该公司于 2006 年 6 月 10 日向乙国专利局就该项汽车发动机提出发明专利申请。2006 年 10 月 8 日，奥卡公司向丙国专利局提出专利申请。该汽车发动机专利申请的优先权日为哪天？

根据《巴黎公约》，奥卡公司在临时保护期内申请了专利，其在丙国提出的申请案的优先权日不再是第一次提出专利申请的日期，而是展品公开展出之日，即 2006 年 5 月 1 日。

（4）独立性原则

外国人专利申请或商标注册，由各成员国根据本国法律作出决定，不受他国决定的影响。

2. 对驰名商标的特殊保护

（1）驰名商标的认定不以注册为前提，使用也可成为认定的依据；

（2）各成员国有义务禁止他人使用与驰名商标相同或相类似的商标，拒绝或取消注册与驰名商标相同或相类似的商标；

（3）自注册之日起至少 5 年内应允许提出取消这种商标的要求，允许提出禁止使用的期限由各成员国规定；对用不诚实手段取得商标提出取消注册或禁止使用要求的，不应规定时间限制；

（4）商标在成员国是否驰名，由行政主管机关或司法机关决定；

（5）某商标未在一成员国使用，如在该国已经为人所知，该商标在该国仍然可能是驰名的。

【深度解析】如何理解优先权原则？

优先权是《巴黎公约》授予缔约国国民的重要权利之一，是指在一个成员国提出发明专利、实用新型、外观设计或商标注册申请的申请人，在一定期限内又向其他成员国提出同样申请的，享有优先于其他申请人申请的权利，即，将其在外国第一次申请的日期，视为在其他成员国申请的日期。如，A、B 两国都是《巴黎公约》的缔约国，甲某发明了一种空气净化设备，于 2001 年 8 月 10 日向 A 国提出了发明专利申请，后来，他又于 2001 年 10 月 26 日向 B 国提出了同样的申请，根据优先权原则，甲某向 B 国提出申请的日期应为 2001

年 8 月 10 日。须注意的是，优先权不能无限期享有，而只能在一定期限内享有，依据《巴黎公约》，发明专利和实用新型为 12 个月，外观设计和商标为 6 个月。

(二)《保护文学作品伯尔尼公约》(规定了对版权保护的最低要求)

1. 基本原则

(1) 国民待遇原则

适用对象：①“作者国籍标准”：公约成员国国民和在成员国有惯常居所的非成员国国民，其作品无论是否出版，均应在一切成员国中享有国民待遇；②“作品国籍标准”：非公约成员国国民，其作品只要是在任何一个成员国出版，或者在一个成员国和非成员国同时出版，也应在一切成员国中享有国民待遇。

【例 2】甲国为《保护文学作品伯尔尼公约》的成员国，乙国为非成员国。现有如下作品：(1)甲国公民在甲国和乙国同时出版的文学作品；(2)乙国公民在甲国出版的文学作品；(3)在甲国有住所的乙国公民的文学作品；(4)乙国公民在乙国发表的文学作品。依该公约的规定，上述哪些作品可以享有国民待遇？

前三类作品可以享有国民待遇。第 1、3 种符合“作者国籍标准”，第 2 种符合“作品国籍标准”。

(2) 自动保护原则

享有和行使成员国法律和公约规定的权利，不需要履行任何手续，也不论作品在来源国是否受到保护。

(3) 独立保护原则

享有和行使文学艺术作品的权利，不依赖于在来源国是否受到保护。

根据该原则：①在保护水平上，不能因为作品来源国保护水平低，其他成员国就降低对有关作品的保护水平；②在手续上，如一成员国的版权法要求其国民的作品要履行一定手续才能获得保护，当作者在其他成员国要求版权保护时，其他成员国不能因作者本国要求履行手续而专门要求其也履行手续；③在是否构成侵权上，来源国以某种方式利用作品不构成侵权，但在另一成员国以相同方式利用却构成侵权，则后一国不能因在来源国不视为侵权而拒绝受理有关侵权诉讼。

2. 有关版权保护最低要求的规定

(1) 保护的客体

①成员国必须保护的客体：文学艺术作品、演绎作品、实用艺术作品和工业品外观设计；

②成员国可以选择保护的客体：官方文件、演讲或其他同类性质的作品以及民间文学艺术作品；

③不得保护的客体：日常新闻或纯属报刊消息性质的社会新闻。

(2) 保护的权利要求

①经济权利：复制权、翻译权、公演权、广播权、公开朗诵权、改编权、

电影权和录制权；

②精神权利：署名权、保护作品完整权。

(3) 权利的限制

①合理使用。包括：在某些特殊情况下复制文学和艺术作品，合理地引用作品，为教育目的利用作品，报刊、广播转载或转播其他报刊、广播上的时事性文章，以及报道时事时使用作品。

②法定许可（只适用于对广播权和录制权的限制）。公约允许成员国立法以法定许可取代版权人享有的广播专有权和录制专有权，但不得因此损害作者的精神权利和获得合理报酬的权利。

(三) 《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs 协议）

1. 基本原则

(1) 国民待遇原则

原则：在知识产权的保护方面，一成员对其他成员国民给予的待遇，不得低于给予本国国民的待遇。

例外：成员国在特殊场合可以互惠原则取代国民待遇原则。

(2) 最惠国待遇原则

TRIPs 协议首次将最惠国待遇原则引入知识产权的国际保护。

原则：在知识产权的保护方面，任何成员对第三国国民所给予的优惠、特权和豁免，应立即和无条件地给予其他成员国国民。

例外：①基于国际司法协助协定而产生的特权或优惠，且这种协定并非专为保护知识产权而签订；②《伯尔尼公约》和《罗马公约》允许的按互惠原则提供的优惠；③TRIPs 协议未加规定的表演者、录音制品制作者和广播组织者的权利；④《世界贸易组织协定》生效之前已生效的有关知识产权保护的国际协定中所派生的权利或优惠。

2. 有关知识产权保护最低要求的规定

(1) 版权。①在保护客体方面，将计算机程序和有独创性的数据汇编列为版权保护的客体；②在权利内容方面，增加了计算机程序和电影作品的出租权。

(2) 商标。①首次为商标下了定义；②扩大了对驰名商标的特殊保护：一是将相对保护改为绝对保护；二是对驰名商标的保护扩大适用于服务标记。

(3) 地理标志。①禁止将地理标志作足以使公众对该商品来源误认的使用，禁止利用商标作虚假的地理标志暗示的行为；②协议特别要求各成员采取法律手段，对酒类商品的地理标志进行保护。

(4) 工业品外观设计。各成员可自行确定通过工业产权法或版权法来保护工业品外观设计，但其保护期至少为 10 年。

(5) 专利。两种情形不能获得专利：①疾病的诊断、治疗和外科手术方法；②动植物新品种。

(6) 集成电路布图设计。与《关于集成电路的知识产权条约》相比，TRIPs 协议提高了保护水平：①扩大了权利保护范围，其保护对象不仅包括布图设计

和含有受保护布图设计的集成电路，而且包括含有受保护集成电路的物品；②延长了保护期限，将保护期由 8 年延长为 10 年，并允许成员将布图设计的保护期限规定为自创作完成之日起 15 年；③对善意侵权作出了补充规定。

(7) 未披露信息。未披露信息要得到保护必须符合三个条件：①信息是秘密的；②信息因为秘密而具有商业价值；③合法控制信息的人已采取了合理的保护措施。

3. 知识产权保护的实施

(1) 一般义务。成员国应在国内法中规定知识产权保护的实施程序，实施程序应公平合理。

(2) 民事和行政程序及救济。①各成员应向权利持有人提供关于执行知识产权的民事司法程序；②一旦发生侵权，司法机关应有权责令侵权人停止侵权，并向权利持有人支付损害赔偿；③对于侵权的商品，司法机关有权对其进行处理，禁止其进入商业渠道或命令将其予以销毁。

(3) 临时措施。各成员的司法机关有权在侵权行为发生之初采取临时措施，以制止侵权行为继续进行或防止有关证据被销毁。

(4) 边境措施。①权利持有人如有证据怀疑假冒商标的商品或盗版商品有可能进口，可以书面形式向进口国主管行政或司法机关提出，由海关中止放行被怀疑侵权的商品；②主管当局有权要求申请人提供保证金或类似担保，以防止权利人滥用权利。

(5) 刑事程序。①对于具有商业规模的蓄意假冒商标或盗版案件，成员应规定相应的刑事程序和处罚；②处罚措施包括：监禁、罚款、扣押、没收、销毁等。

【真题示例】

香槟是法国地名，中国某企业为了推广其葡萄酒产品，拟为该产品注册“香槟”商标。依《与贸易有关的知识产权协议》，下列哪些选项是正确的？

(2015-81，多选)⁹⁴

- A. 只要该企业有关“香槟”的商标注册申请在先，商标局就可以为其注册
- B. 如该注册足以使公众对该产品的来源误认，则应拒绝注册
- C. 如该企业是在利用香槟这一地理标志进行暗示，则应拒绝注册
- D. 如允许来自法国香槟的酒产品注册“香槟”的商标，而不允许中国企业注册该商标，则违反了国民待遇原则

二、中国对知识产权保护的边境措施

2004 年《知识产权海关保护条例》（2010 年修改）主要内容

⁹⁴ BC。根据《与贸易有关的知识产权协议》，禁止将地理标志作足以使公众对该商品来源误认的使用，禁止利用商标作虚假的地理标志暗示的行为，B、C 正确，A 项错误。“香槟”是法国地名，因此如允许来自法国香槟的酒产品注册“香槟”的商标，并不会构成对地理标志权的侵害，但如果允许中国企业注册该商标，就可能导致消费者误认，这与国民待遇无关，D 项错误。

(1) 总则	国家禁止侵犯知识产权的货物进出口。 海关依照有关法律和本条例的规定实施知识产权保护,行使《中华人民共和国海关法》规定的有关权力。
(2) 权利人备案制度	①知识产权权利人可以依照本条例的规定,将其知识产权向海关总署申请备案;申请备案的,应当提交申请书。 ②海关总署应当自收到全部申请文件之日起 30 个工作日内作出是否准予备案的决定,并书面通知申请人;不予备案的,应当说明理由。 有下列情形之一的,海关总署不予备案: (一) 申请文件不齐全或者无效的; (二) 申请人不是知识产权权利人的; (三) 知识产权不再受法律、行政法规保护的。
(3) 收发货人的知识产权申报义务	进口货物的收货人或者其代理人、出口货物的发货人或者其代理人应当按照国家规定,向海关如实申报与进出口货物有关的知识产权状况,并提交有关证明文件。
(4) 权利人申请扣货	①知识产权权利人发现侵权嫌疑货物即将进出口的,可以向货物进出境地海关提出扣留侵权嫌疑货物的申请,提交申请书及相关证明文件,并提供足以证明侵权事实明显存在的证据。 ②知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的,应当向海关提供不超过货物等值的担保,用于赔偿可能因申请不当给收货人、发货人造成的损失,以及支付货物由海关扣留后的仓储、保管和处置等费用;知识产权权利人直接向仓储商支付仓储、保管费用的,从担保中扣除。 ③海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的,应当立即书面通知知识产权权利人。海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑并通知知识产权权利人后,知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的,海关应当自扣留之日起 30 个工作日内对被扣留的侵权嫌疑货物是否侵犯知识产权进行调查、认定;不能认定的,应当立即书面通知知识产权权利人。
(5) 收发货人的救济	①查看权:经海关同意,知识产权权利人和收货人或者发货人可以查看有关货物。 ②异议举证权:收货人或者发货人认为其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的,应当向海关提出书面说明并附送相关证据。 ③放行请求权:涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人认为其进出口货物未侵犯专利权的,可以在向海关提供货物等值的担保金后,请求海关放行其货物。知识产权权利人未能在合理期限内向人民法院起诉的,海关应当退还担保金。

(6) 海关放行货物	有下列情形之一的，海关应当放行被扣留的侵权嫌疑货物： （一）海关依照本条例第十五条的规定扣留侵权嫌疑货物，自扣留之日起 20 个工作日内未收到人民法院协助执行通知的； （二）海关依照本条例第十六条的规定扣留侵权嫌疑货物，自扣留之日起 50 个工作日内未收到人民法院协助执行通知，并且经调查不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权的； （三）涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人在向海关提供与货物等值的担保金后，请求海关放行其货物的； （四）海关认为收货人或者发货人有充分的证据证明其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的； （五）在海关认定被扣留的侵权嫌疑货物为侵权货物之前，知识产权权利人撤回扣留侵权嫌疑货物的申请的。
(7) 侵权货物的处理	①没收：被扣留的侵权嫌疑货物，经海关调查后认定侵犯知识产权的，由海关予以没收。 ②用于公益事业：被没收的侵犯知识产权货物可以用于社会公益事业的，海关应当转交给有关公益机构用于社会公益事业。 ③有偿转让权利人：知识产权权利人有收购意愿的，海关可以有偿转让给知识产权权利人。 ④拍卖或销毁：被没收的侵犯知识产权货物无法用于社会公益事业且知识产权权利人无收购意愿的，海关可以在消除侵权特征后依法拍卖，但对进口假冒商标货物，除特殊情况外，不能仅清除货物上的商标标识即允许其进入商业渠道；侵权特征无法消除的，海关应当予以销毁。

三、国际知识产权许可协议

国际知识产权许可协议，指知识产权出让方将其知识产权的使用权在一定条件下跨越国境让渡给知识产权受让方，由受让方支付使用费的合同。协议中提供知识产权的一方为“许可方”，接受知识产权的一方为“被许可方”。

依许可权利的大小不同，国际知识产权许可协议分为以下三种：

（1）独占许可协议，指在协议约定的时间及地域内，许可方授予被许可方技术的独占使用权，许可方不能在该时间及地域范围内再使用该项出让的技术，也不能将该技术使用权另行转让给第三方。

（2）排他许可协议，是指在协议约定的时间及地域内，被许可方拥有受让技术的使用权，许可方仍保留在该时间和地域内对该项技术的使用权，但不能将该项技术使用权另行转让给第三方。

（3）普通许可协议，是指在协议规定的时间及地域内，被许可方拥有受让技术的使用权，许可方仍保留在该时间和地域内对该项技术的使用权，且能将该项技术使用权另行转让给第三方，即被许可方、许可方和第三方都可使用该项技术。

按照被许可方所获权利大小和支付费用高低排序：独占许可>排他许可>普通许可。

【真题示例】

中国甲公司与德国乙公司签订了一项新技术许可协议，规定在约定期间内，甲公司在亚太区独占使用乙公司的该项新技术。依相关规则，下列哪一选项是正确的？（2016-43，单选）⁹⁵

- A. 在约定期间内，乙公司在亚太区不能再使用该项新技术
- B. 乙公司在全球均不能再使用该项新技术
- C. 乙公司不能再将该项新技术允许另一家公司在德国使用
- D. 乙公司在德国也不能再使用该项新技术

第二节 国际投资法

【知识点】

一、多边投资担保机构（MIGA）

多边投资担保机构根据《多边投资担保机构公约》建立，承保成员国私人投资者在向发展中国家成员投资时可能遭遇的政治风险。

（一）承保险别

1. 货币汇兑险：承保由于东道国采取的任何措施，限制将货币兑换成可自由使用的货币或汇出东道国的风险。导致货币汇兑风险的行为可以是东道国政府采取的积极行为，也可以表现为消极地限制货币兑换或汇出，如东道国政府对投资者的兑换申请长期拖延（见 2014 年试卷一第 99 题）。同时，货币贬值不属于货币汇兑险的范畴。

2. 征收和类似措施险：承保由于东道国政府采取的任何立法或措施，剥夺了投资者对其投资的所有权或控制权，或剥夺了其投资中产生的大量收益的风险。但东道国为了管辖境内的经济活动而采取的普遍适用的措施，如东道国制定新的税法导致企业所得税的增加，不应被视为征收措施。

3. 政府违约险：承保因东道国政府违反其与投资者签订的合同，且投资者无法求助于司法或仲裁部门作出裁决，或司法或仲裁部门未能在合理期限内作出裁决，或者有这样的裁决而不能实施。注意：这里的“约”，指东道国政府与外国投资者签订的契约，即合同，并非条约。

4. 战争与内乱险：承保因影响投资项目的战争或内乱而导致的风险。（1）对于战争，这里的战争并不以东道国为一方或发生在东道国领土内为前提，如果战争发生在东道国的邻国，但影响到投资项目的正常营运或造成某些破坏，投资人仍可从多边投资担保机构获得赔偿（见 2009 年试卷一第 100 题）。（2）对于内乱，这里的“内乱”须具有政治目的，通常指直接针对政府的、为推翻政府或将该政府驱逐出特定地区的有组织的暴力活动，包括革命、暴乱、政变等，但单纯的为促进工人、学生或其他特别群体利益所采取的行动，以及具体

⁹⁵ A。本题涉及独占许可，协议约定的区域为亚太地区，许可方乙公司仅在该区域内不得再使用该项技术，也不能将该技术使用权另行转让给第三方，但并不妨碍乙公司在其他地区使用该项技术或转让给另一家公司在其他地区使用，A 项正确。

针对投保人的恐怖主义行为、绑架或类似行为，不能视为内乱。

5. 其他非商业风险：应投资者与东道国联合申请，并经 MIGA 董事会特别多数票通过，承保范围还可扩大到上述险别以外的其他非商业风险。

【真题示例】

甲国 T 公司与乙国政府签约在乙国建设自来水厂，并向多边投资担保机构投保。依相关规则，下列哪一选项是正确的？（2016-44，单选）⁹⁶

- A. 乙国货币大幅贬值造成 T 公司损失，属货币汇兑险的范畴
- B. 工人罢工影响了自来水厂的正常营运，属战争内乱险的范畴
- C. 乙国新所得税法致 T 公司所得税增加，属征收和类似措施险的范畴
- D. 乙国政府不履行与 T 公司签订的合同，乙国法院又拒绝受理相关诉讼，属政府违约险的范畴

（二）合格投资者

对于前来投保的跨国投资者，公约要求必须具备以下条件：（1）具备东道国以外的会员国国籍的自然人；（2）在东道国以外某一会员国注册并设有主要营业点的法人；（3）其多数股本为东道国以外一个或几个会员国所有或其国民所有的法人；（4）根据投资者和东道国的联合申请，经 MIGA 董事会特别多数票通过，合格投资者也可以是东道国的自然人、在东道国注册的法人以及多数资本为东道国国民所有的法人。

（三）合格投资

合格投资须满足以下条件：（1）在投资性质上，必须能对东道国经济发展作出贡献，必须与东道国的发展目标和重点相一致；（2）在投资类型上，包括股权投资（如，投资者拥有合资企业的股份）、非股权投资（指通过各种合同安排的投资，如，产品分成合同、技术许可协议等），经董事会特别多数同意，可将担保投资的范围扩大到其他任何形式的中长期贷款；（3）在投资时间上，必须是新的投资，即投保人提出保险申请注册之后才开始执行的投资。

（四）合格东道国

东道国必须满足以下条件：（1）必须是发展中国家；（2）该国同意 MIGA 承保特定风险；（3）投资在该国可以得到公平平等待遇和法律保护。

【例 3】多边投资担保机构现就一份担保合同请求甲国（发展中国家）政府的批准。投保人为乙国一家公司，投保投资为该公司在甲国某地设立的一家合营企业中的投资，投保金额为 1000 万美元，投保险别为货币汇兑险和征收险。甲国当局审查后认为，该合营企业合同在审批程序、贷款担保、外汇平衡等方面不符合本国法律的规定，因而对上述担保请求未予批准。根据《多边投资担保机构公约》，该项担保是否具备多边投资担保机构承保的条件？

⁹⁶ D. 货币贬值不属于货币汇兑险的范畴，A 项错误。“内乱”须具有政治目的，单纯的工人罢工不能视为内乱，B 项错误。东道国为了管辖境内的经济活动而采取的普遍适用的措施，如本题中乙国制定新的税法导致企业所得税的增加，不应被视为征收措施，C 项错误。政府违约险，承保因东道国政府违反其与投资者签订的合同，且投资者无法求助于司法或仲裁部门作出裁决，或司法或仲裁部门未能在合理期限内作出裁决，或者有这样的裁决而不能实施，D 项正确。

《多边投资担保机构公约》第 15 条明确规定，在东道国同意就指定的风险予以担保之前，多边投资担保机构不得缔结任何担保合同。本例中，由于该项担保申请未获得甲国政府的同意，因而该项担保不具备多边投资担保机构承保的条件。

（五）代位求偿

MIGA 在支付或同意支付保险金后，有权代位向东道国或其他债务人索赔。

【真题示例】

甲国公司在乙国投资建成地热公司，并向多边投资担保机构投保。1993 年，乙国因外汇大量外流采取了一系列的措施，使地热公司虽取得了收入汇出批准书，但仍无法进行货币汇兑并汇出，甲公司认为已发生了禁兑风险，并向投资担保机构要求赔偿。根据相关规则，下列选项正确的是：（2014-99，不定项）⁹⁷

- A. 乙国中央银行已批准了货币汇兑，不能认为发生了禁兑风险
- B. 消极限制货币汇兑也属于货币汇兑险的范畴
- C. 乙国应为发展中国家
- D. 担保机构一经向甲公司赔付，即代位取得向东道国的索赔权

二、解决投资争端国际中心（ICSID）

解决投资争端国际中心根据《解决国家和他国国民间投资争端公约》建立，受理缔约国与其他缔约国国民之间的投资争端。

（一）中心的管辖权

1. 管辖条件

（1）主体条件：一方必须是缔约国政府（东道国）或其公共机构，另一方是另一缔约国国民（外国投资者）；如果双方同意，也受理东道国和受外国投资者控制的东道国法人之间的争端。

（2）主观条件：双方必须以书面形式同意由 ICSID 管辖；一经同意，任何一方不得单方面撤销其同意。

（3）争端性质：必须是直接因投资而引起的法律争端。

2. 管辖权的特点

（1）专属性：一旦当事方同意中心仲裁，有关争端不再属于争端一方缔约国国内管辖，而属于中心管辖（双方可以无需用尽当地救济即将争端提交中心仲裁，除非缔约国在提交仲裁前，要求将用尽当地救济作为作为交付中心仲裁的一个条件）；

（2）排他性：中心的管辖排斥投资者本国的外交保护。

【例 4】甲乙两国均为《解决国家和他国国民间投资争端公约》的缔约国。甲国与乙国大卫公司通过书面约定一致同意，双方之间因直接投资而产生的争

⁹⁷ BCD。导致货币汇兑风险的行为，可以是东道国的积极限制行为，也可以表现为东道国的消极拖延行为，A 项错误，B 项正确。只有向发展中国家成员领土内的投资，机构才予以担保，C 项正确。多边投资担保机构一经向投保人支付或同意支付赔偿，即代位取得投保人对东道国或其他债务人的索赔权，D 项正确。

端，应直接提交解决投资争端国际中心仲裁。现中心已受理双方之间的争端，在中心仲裁期间，乙国是否可以对大卫公司行使外交保护？

不可以。根据公约，中心的管辖排斥投资者本国的外交保护。已由中心受理的争端，投资者本国不得行使外交保护。

（二）中心的仲裁程序

1. 仲裁申请：当事方应当向中心秘书长提出书面仲裁申请。

2. 适用法律：（1）双方协议选择的法律；（2）如双方未进行选择，适用作为争端方的缔约国的法律（包括冲突规范），以及可适用的国际法；（3）在双方同意条件下，可适用公平与善意原则。

3. 仲裁裁决：（1）仲裁裁决应说明裁决所依据的理由，未经当事方同意，裁决不得对外公布；（2）对中心作出的裁决，当事方只能向中心秘书长提出撤销请求。

3. 裁决的承认与执行：（1）各成员国有义务承认并按本国终局裁决的标准执行裁决；（2）裁决具有终局性，不得进行上诉或采取其他补救方法。

【深度解析】解决投资争端国际中心是否受理所有类型的投资争端？

从投资争端的主体划分，国际投资争端分为三类：（1）不同国家投资者之间的争端；（2）东道国政府与外国投资者之间的争端；（3）东道国与投资者本国因保护投资所发生的争端。其中，解决投资争端国际中心只受理第二类争端，即东道国政府与外国投资者之间的投资争端。

【真题示例】

甲、乙均为《解决国家和他国公民间投资争端公约》缔约国。甲国 A 公司拟将与乙的争端提交根据该公约成立的解决国际投资争端中心。对此，下列哪一选项是不正确的？（2012-43，单选）⁹⁸

- A. 该中心可根据 A 公司的单方申请对该争端行使管辖权
- B. 该中心对该争端行使管辖权，须以 A 公司和乙书面同意为条件
- C. 如乙没有特别规定，该中心对争端享有管辖权不以用尽当地救济为条件
- D. 该中心对该争端行使管辖权后，可依争端双方同意的法律规则作出裁决

第三节 国际融资法

【知识点】

一、国际贷款的种类

（一）政府贷款：指一国政府以其预算内资金向另一国政府以特定协议方式提供的优惠性贷款。该类贷款具有期限长、利率低、程序复杂等特点。

⁹⁸ A. 只有获得双方的书面同意，中心才可对争端进行管辖，A 项错误，B 项正确。中心的管辖不以用尽当地救济为条件，除非缔约国要求将用尽当地救济作为交付中心仲裁的条件，C 项正确。中心应依双方同意的法律规则对争端作出裁决，如果双方没有达成协议，则应适用作为争端一方的缔约国的国内法（包括其冲突法规范）以及可适用的国际法，D 项正确。

(二) 国际金融机构贷款：指国际金融机构作为贷款人向成员国政府、机构或公私企业提供的贷款。该类贷款的贷款人，既包括全球性国际金融机构，也包括区域性国际金融机构。

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，其发放贷款的对象仅限于成员国政府机构，不对私人企业贷款。

特别提款权（SDR），是国际货币基金组织按各国认缴份额的比例分配给会员国的一种使用资金的特别权利。各会员国可以凭特别提款权向基金组织提用资金，因此特别提款权可与黄金、外汇一起作为国际储备。成员国在基金开设特别提款权账户，作为一种账面资产或记账货币，可用于办理政府间结算，还可以用于偿还基金组织的贷款。但不能用于私人间的支付货币。

(三) 国际商业贷款：又称国际商业银行贷款，指一国的商业银行作为贷款人以贷款协议方式向其他国家的借款人提供的商业贷款。国际商业贷款具有利率较高、数额较大、使用不受限制等特点。

(四) 国际银团贷款：又称辛迪加贷款，指数家国际商业银行联合组成银行集团，按统一的贷款条件，向同一借款人提供的数额较大的贷款。

(五) 国际项目贷款：又称国际项目融资，指对某一特定的工程项目发放贷款，并以项目建成后的经济收益还本付息。国际项目贷款主要适用于一些大型工程项目。

二、国际融资担保

(一) 信用担保

1. 见索即付保证

担保人（通常是银行）应申请人要求，对受益人承担付款义务，只要受益人要求付款，担保人即应向其支付约定金额。具有如下特征：（1）独立性，担保人的义务独立于基础合同，担保人不能以基础合同对抗受益人；（2）绝对性，担保人仅凭受益人提出的要求即应付款，而不问付款要求是否有合理依据及所担保的主债务是否履行；（3）单一性，担保人所承担的义务是付款义务，而不是实际履行本应由申请人（借款人）履行的义务。

2. 备用信用证

担保人（开证行）应借款人的要求，向贷款人开出备用信用证，当贷款人向担保人出示备用信用证和借款人违约证明时，担保人须按该信用证的规定付款的一种书面承诺。具有如下特征：（1）担保人是银行；（2）贷款人出具违约证明时，担保人即向贷款人付款，并不需要对违约的事实进行审查；（3）开证行作为担保人承担第一位付款责任；（4）贷款协议无效时，开证行仍须承担担保责任，即备用信用证独立于贷款协议这一基础合同。

提示注意：备用信用证不同于商业跟单信用证——前者本质是一种融资担保，适用《国际备用信用证惯例》；后者是一种支付方式，适用《跟单信用证统一惯例》。

3. 担保意愿书（安慰信）

一国政府或母公司根据其下属企业（借款人）的要求，向贷款人出具的表

示愿意帮助该借款人偿还贷款的书面文件。担保意愿书一般不具有法律效力，只有道义上的约束力。

（二）物权担保

1. 动产担保：在动产上设置的物权担保。
2. 不动产担保：在不动产上设置的物权担保。
3. 浮动担保：借款人以现有的和将来取得的全部资产，为贷款人设定的担保物权。具有如下特征：（1）担保物的价值和形态处于不确定状态；（2）不转移对担保物的占有，借款人在经营中仍可自由处分其财产；（3）担保物的范围是债务人的全部财产；（4）在约定事件发生时转化为固定担保。

【深度解析】如何区分备用信用证和商业信用证？

	备用信用证	商业信用证
1. 概念	担保人（开证行）应借款人的要求，向贷款人开出备用信用证，当贷款人向担保人出示备用信用证和借款人违约证明时，担保人须按该信用证的规定付款的一种书面承诺。	银行根据买方的请求，开给卖方的一种保证银行在满足信用要求条件下承担付款责任的书面凭证。
2. 性质	银行担保	支付方式
3. 付款条件	贷款人提供单证证明借款人存在违约。	单证相符、单单相符。
4. 开证申请人	借款人	买方
5. 开证行和开证申请人的期望	开证行并不希望按信用证的规定对受益人付款，因为这表明开证申请人和受益人之间的交易出现问题。 开证申请人总是力图否认自己有违约行为，设法让开证行拒绝对受益人付款。	开证行期待并愿意按信用证规定对受益人开出的汇票及单据付款，因为这表明开证申请人和受益人之间的交易在正常地进行。 开证申请人也希望开证行对受益人提供的符合信用证要求的单据付款，以便取得单据项下的货物，从而使买卖交易的最终目的得以实现。

【真题示例】

实践中，国际融资担保存在多种不同的形式，如银行保函、备用信用证、浮动担保等，中国法律对其中一些担保形式没有相应的规定。根据国际惯例，关于各类融资担保，下列哪些选项是正确的？（2008-86，多选）⁹⁹

- A. 备用信用证项下的付款义务只有在开证行对借款人的违约事实进行实

⁹⁹ CD。备用信用证下，开证行并不对违约事实进行审查，A 项错误。担保意愿书不具有法律拘束力，只有道义上的约束力，B 项错误。

质审查后才产生

B. 大公司出具的担保意愿书具有很强的法律效力

C. 见索即付保函独立于基础合同

D. 浮动担保中用于担保的财产的价值是变化的

第四节 国际税法

【知识点】

一、国家税收管辖权

（一）居民税收管辖权

指一国政府基于纳税人与本国存在着居民身份关系的事实而行使的征税权力。纳税人在该征税权下负无限纳税义务，即纳税人要对其来源于境内外的所有所得承担纳税义务。

1. 自然人居民身份的认定

主要包括：（1）住所标准；（2）居所标准；（3）居留时间标准；（4）国籍标准。中国法律同时采取住所标准和居留时间标准（1 年）。

2. 法人居民身份的认定

主要包括：（1）法人登记注册地标准；（2）实际控制与管理中心所在地标准；（3）总机构所在地标准。中国法律采用法人注册地和总机构所在地两个标准。

（二）所得来源地税收管辖权

指征税国对非居民来源于该国的所得享有的征税权力。纳税人在该征税权下负有限纳税义务，即纳税人仅对来自征税国境内的所得承担纳税义务。所得包括：营业所得、劳务所得、投资所得、财产所得。

1. 营业所得

指纳税人在某个固定场所从事经营活动取得的纯收益。各国对非居民营业所得的征税普遍采取“常设机构原则”，即仅对非居民纳税人通过在境内常设机构而获取的工商营业利润实行征税。常设机构包括：管理场所、分支机构、办事处、工厂、车间、作业场所、矿场、油井、采石场等。而陈列、展销、商品库存、为采购货物等而保有的场所，其他具有准备性、辅助性的固定场所则不构成常设机构。

2. 劳务所得

包括个人独立劳务所得和非个人独立劳务所得。

（1）个人独立劳务所得，指个人从事独立性专业活动所取得的收入，如医生、律师、会计师、工程师等从事独立活动取得的所得。确定独立劳务所得来源地的标准包括“固定基地原则”和“183 天规则”，即以境内设有从事专

业性活动的固定基地（如诊所、事务所等），或者以提供劳务的非居民某一会计年度内在境内连续或累计停留达 183 天，为征税的前提条件。

（2）非个人独立劳务所得，指非居民受雇于他人的所得，一般由收入来源国一方征税。

3. 投资所得

包括股息、利息、特许权使用费等。对于投资所得，各国一般采用从源预提的方式征税，即征收预提税。

4. 财产所得

指非居民转让财产的所得。对于不动产的转让所得，一般由财产所在国征税。对于转让从事国际运输的船舶、飞机的所得，一般由转让者的居住国单独征税。对于动产的转让所得，各国主张的标准不同，通常由双边税收协定具体划分。

二、国际双重征税

（一）国际双重征税的概念和区别

	国际重复征税	国际重叠征税
1. 概念	两个或两个以上国家各自依据其税收管辖权，对同一纳税人就同一征税对象，在同一时期课征相同或类似的税收。	两个或两个以上的国家各自依据其税收管辖权，就同一笔所得对公司和股东分别征税，形成对不同纳税人的同一所得征收两次以上税收的行为。
2. 两者的区别	（1）纳税主体不同。国际重复征税是对同一纳税人的同一所得重复征税；国际重叠征税是对不同纳税人的同一所得多次征税。 （2）税种不同。国际重复征税适用的税种始终相同；国际重叠征税适用的税种有可能不同。	

【例 5】甲国人汤姆在甲国有住所，2007 年 3 月离开甲国去乙国从事经营活动，在乙国居住 8 个月并取得一笔收入。2007 年 11 月汤姆回到甲国后，先后收到甲国和乙国要求其缴纳个人所得税的纳税通知。甲国税法规定，在甲国有住所且离境不满 1 年的为甲国纳税居民；乙国税法规定，在乙国居住时间超过 180 天的为乙国纳税居民。甲乙两国均向汤姆主张税收管辖权的现象属于什么？

甲乙两国各自依据其税收管辖权，对汤姆就同一笔所得，在同一时期课征个人所得税，属于国际重复征税。

（二）国际重复征税的解决

1. 通过双边协议划分征税权：通常规定将某一征税对象的征税权划归一方，从而避免重复征税。

2. 免税法：居住国对来源于国外的所得免于征税。

（1）全额免税法：居住国在确定纳税人应税所得的适用税率时，完全不考虑应免税的国外所得部分；

（2）累进免税法：居住国对纳税人的国外所得不予实际征收，但在确定应税所得的适用税率时，仍将这部分国外所得考虑在内（多数国家采用）。

3. 抵免法：允许纳税人用已在来源国缴纳的税款，抵消其应向居住国缴纳的税款。

(1) 全额抵免：居住国允许将纳税人在来源国已缴的税款全部用来抵消其在居住国应纳税额；

(2) 限额抵免：可以用来抵消的已缴税额，不得超过纳税人的境外所得按照居住国税率算出的应纳税额（多数国家采用）。

4. 扣除法：允许纳税人将国外已缴税款视为一般费用支出，从本国应纳税总所得中扣除。

【例 6】乙国公民麦克在甲国和乙国共取得 50 万元所得。其中，在甲国所得为 20 万，甲国税率 15%；在乙国所得为 30 万。（1）如果乙国实行 5%—40% 的累进税率（其中 30 万适用税率为 10%，50 万适用税率为 20%），按照全额免税法 and 累进免税法，麦克应向乙国缴纳多少税款？（2）如果乙国实行 10% 的税率，按照抵免法和扣除法，麦克应向乙国缴纳多少税款？

(1) 全额免税法：30×10%=3 万

累进免税法：30×20%=6 万。

(2) 抵免法 全额抵免：(20 万+30 万)×10%-3 万=2 万

限额抵免：(20 万+30 万)×10%-20 万×10%=3 万

扣除法：(20 万+30 万-3 万)×10%=4.7 万。

三、国际逃税与避税

(一) 国际逃税

指跨国纳税人采取某种违反税法的手段或措施，减少或逃避其跨国纳税义务的行为。国际逃税是一种违法行为。常见的国际逃税方式包括：（1）不向税务机关报送纳税资料；（2）谎报所得额；（3）虚构、多摊成本、费用、折旧等扣除项目；（4）伪造账册和收支凭证。

(二) 国际避税

指跨国纳税人利用各国税法上的差异以及其他不违反税法的方式，减少或规避其跨国纳税义务的行为。国际避税只是一种不道德的行为，本身不具有违法性。常见的国际避税方式包括：（1）纳税主体的跨国移动；（2）征税对象的转移：①利用跨国关联企业转移定价；②利用避税港避税。

四、中国对外签订的国际税收协定

(一) 对常设机构的限定

一般采取《联合国范本》的规定，以连续存在 6 个月以上者视为常设机构。

(二) 对预提税的征税限定

一般规定预提税的限制税率不超过 10%。

(三) 对个人劳务所得的征税限定

1. 对独立的个人劳务所得，应仅由居住国行使征税权；但如取得独立劳务所得的个人在来源国设有固定基地，或者在一个纳税年度内在来源国连续或累计停留超过 183 天者，则应由来源国征税。

2. 对非独立个人劳务所得, 一般规定原则上应由来源国行使征税权; 但如该人在一个纳税年度内在来源国连续或累计停留不足 183 天, 且该劳务报酬既非来源国的居民所支付, 又非雇主设在来源国的常设机构或固定基地所负担, 则该非独立个人劳务所得应与其居住国行使征税权, 来源国不得征税。

【深度解析】如何理解国际避税的主要方式?

(1) 纳税主体的跨国移动。这是自然人常用的避税方式。各国通常以居所或居住时间作为行使居民税收管辖权的依据, 而各国税负高低不同, 这为纳税人避税提供了可能。如, 纳税人可将居所从高税率国向低税率国转移, 以低税率国居民身份纳税; 再如, 有些国家税法规定, 在一个纳税年度内在境内居住满 12 个月即为居民纳税人, 某人可通过不断变换居所而缩短停留时间, 以逃避在任何国家以居民身份承担无限纳税义务。

(2) 征税对象的转移, 指将应税所得从高税率国向低税率国转移, 从而实现避税。主要包括以下两种: ①利用跨国关联企业转移定价。关联企业, 指资金、经营、购销等方面彼此存在直接或间接拥有或控制关系的企业和经济组织, 包括在上述方面直接或间接地同为第三者所拥有或控制的企业, 如, 母公司与子公司、总公司与分公司等。跨国关联企业之间存在着共同的股权和控制关系, 出于关联企业集团整体利益或经营目标的需要, 常人为地抬高或压低交易价格或费用标准, 从而将关联企业某一实体的利润转移到另一实体。如, 母公司所在国税率为 20%, 子公司所在国税率为 10%, 两者进行交易时, 母公司将出售给子公司的货物价格故意压低, 从而使货物利润转移到子公司账上。②利用避税港避税。避税港, 指对所得和财产不征税或征收税率很低的国家或地区, 如巴哈马、开曼群岛、巴拿马等。纳税人利用避税港进行避税, 主要通过是在避税港设立基地公司, 将在避税港境外的所得和财产汇集在基地公司账户下, 从而达到避税的目的。

【真题示例】

为了完成会计师事务所交办的涉及中国某项目的财务会计报告, 永居甲国的甲国人里德来到中国工作半年多, 圆满完成报告并获得了相应的报酬。依相关法律规则, 下列哪些选项是正确的? (2015-82, 多选)¹⁰⁰

- A. 里德是甲国人, 中国不能对其征税
- B. 因里德在中国停留超过了 183 天, 中国对其可从源征税
- C. 如中国已对里德征税, 则甲国在任何情况下均不得对里德征税
- D. 如里德被甲国认定为纳税居民, 则应对甲国承担无限纳税义务

【图表精要】

一、国际知识产权法

¹⁰⁰ BD。里德虽是甲国人, 但其所得来源于中国, 中国可根据来源地税收管辖权对其所得征税, A 项错误。对于独立个人劳务所得, 通常由居住国行使征税权, 但如取得独立劳务所得的个人在来源国设有固定基地或者连续或累计停留超过 183 天, 则应由来源国征税, B 项正确。里德为甲国纳税居民, 即使中国已对其征税, 甲国仍可根据居民税收管辖权对其征税, C 项错误。在居民税收管辖权下, 纳税人承担无限纳税义务, D 项正确。

1. 《巴黎公约》
- ①国民待遇—对象：缔约国国民，或在缔约国有住所或营业所的非缔约国国民
 - ②优先权
 - 对象：发明专利、实用新型、外观设计、商标
 - 申请期限
 - 发明专利、实用新型：12 个月
 - 外观设计、商标：6 个月
 - ③临时性保护：成员国应对在任何一个成员国内举办的展览会上展出的商品中可以取得专利的发明、实用新型、外观设计和可以注册的商标，给予临时保护。
 - ④专利商标保护的独立性：外国人专利申请或商标注册，由各成员国根据本国法律作出决定，不受他国决定影响。
2. 《伯尔尼公约》
- ①国民待遇原则
 - 作者国籍标准：公约成员国国民和在成员国有惯常居所的非成员国国民；
 - 作品国籍标准：非公约成员国国民，其作品只要是在任何一个成员国出版，或者在一个成员国和非成员国同时出版
 - ②自动保护原则：享有和行使成员国法律和公约规定的权利，不需要履行任何手续，也不论作品在来源国是否受到保护。
 - ③独立保护原则：享有和行使文学艺术作品的权利，不依赖于在来源国是否受到保护。
- 版 3. 《与贸易有关的知识产权协议》
- 基本原则：国民待遇、最惠国待遇（首次引入知识产权保护）
 - 权利内容
 - ①版权：（1）对计算机程序和有独创性的数据汇编进行权利保护。
（2）增设电脑程序和电影作品的出租权。
 - ②商标：扩大了对驰名商标的保护（将相对保护改为绝对保护；对驰名商标的保护扩大适用于服务标记）
 - ③专利 例外：（1）疾病的诊断、治疗方法、外科手术方法；
（2）动植物新品种
 - 实施程序：民事、行政、刑事

二、国际投资法

（一）海外投资保险制度：多边投资担保机构（MIGA）

1. 承保险别	(1) 货币汇兑险（积极行为 / 消极拖延） (2) 征收和类似措施险； (3) 政府违约险（“约”：东道国政府与外国投资者签定的契约）； (4) 战争与内乱险（“战争”不以是否发生在东道国境内为前提，如果战争发生在东道国邻国，但影响到投资项目的正常营运或造成某些破坏，投资人仍可获得赔偿；“内乱”须具有政治目的）； (5) 其他非商业风险（应投资者与东道国联合申请，并经 MIGA 董事会特别多数票通过）。
2. 合格投资者	具备以下条件的自然人和法人，均有资格取得机构的担保： (1) 具备东道国以外的会员国国籍的自然人； (2) 在东道国以外某一会员国注册并设有主要营业点的法人； (3) 其多数股本为东道国以外一个或几个会员国所有或其国民所有的法人； (4) 根据投资者和东道国的联合申请，经 MIGA 董事会特别多数票通过，合格投资者也可以是东道国的自然人、在东道国注册的法人以及多数资本为东道国国民所有的法人。
3. 合格投资	合格投资须满足以下条件： (1) 在投资性质上，必须能对东道国经济发展作出贡献，必须与东道国的发展目标和重点相一致； (2) 在投资类型上，不包括出口信贷； (3) 在投资时间上，必须是新的投资，即投保人提出保险申请注册之后才开始执行的投资。
4. 合格东道国	(1) 必须是发展中国家； (2) 该国同意 MIGA 承保特定风险； (3) 投资可以得到公平平等待遇和法律保护。
5. 代位求偿	MIGA 在支付或同意支付保险金后，有权代位向东道国或其他债务人索赔。

（二）国际投资争端解决：解决投资争端国际中心（ICSID）

1. 中心的管辖权	(1) 主体条件	①原则：一缔约国政府（东道国）——另一缔约国的国民（外国投资者）； ②例外：东道国政府——受外国投资者控制的东道国法人（条件：双方均同意）。
	(2) 主观条件	双方书面同意 ICSID 管辖。
	(3) 争端性质	由于直接投资而引起的法律争端。
2. 管辖权的特点	(1) 一旦当事方同意中心仲裁，有关争端不再属于争端一方缔约国国内管辖，而属于中心管辖（即，双方可以不用尽当地救济即将争端提交中心仲裁，除非缔约国在提交仲裁前，要求将用尽当地救济作为作为交付中心仲裁的一个条件）； (2) 中心的管辖排斥投资者本国的外交保护； (3) 任何一方不得单方撤销对提交中心仲裁的同意； (4) 对中心作出的裁决，只能向中心秘书长提出撤销请求。	
3. 法律适用	(1) 适用双方协议选择的法律； (2) 如双方未进行选择，适用作为争端方的缔约国的法律（包括冲突规范），以及可适用的国际法； (3) 在双方同意条件下，可适用公平与善意原则。	
4. 裁决的承认与执行	(1) 裁决具有终局性，不得进行上诉； (2) 各成员国义务承认裁决，并赋予该裁决等同于国内法院终审判决的效力；	

	(3) 如果当事国政府不执行裁决，投资者本国政府可恢复行使外交保护或提起国际要求。
--	---

三、国际融资法

国际融资担保

信用担保	1. 见索即付保函	一旦主债务人违约，贷款人无须先向主债务人追索，即可无条件要求担保人（银行）承担第一付款责任。 特征： （1）无条件性，担保人仅凭受益人提出的要求即应付款，而不问付款要求是否有合理依据（见索即付）； （2）独立性，担保人的义务独立于基础合同，担保人不能以基础合同无效对抗受益人。 <pre>graph LR; A[借款人] -- 贷款协议 --> B[贷款人(受益人)]; B -- 保函 --> C[担保人(银行)];</pre>
	2. 备用信用证	银行根据借款人的要求，向贷款人开出备用信用证，当贷款人向银行出示借款人违约证明时，银行须按信用证规定付款。 特征： （1）贷款人出具违约证明时，银行即向贷款人付款，并不需要对违约的事实进行审查； （2）备用信用证独立于贷款协议，贷款协议无效时，开证行仍须承担担保责任。
	3. 担保意愿书（安慰信）	一国政府或母公司根据其下属企业（借款人）的要求，向贷款人出具的表示愿意帮助借款人偿还贷款的书面文件。 特征：没有法律效力，只有道义上的约束力。
物权担保	1. 动产担保	在动产上设置的物权担保。
	2. 不动产担保	在不动产上设置的物权担保。
	3. 浮动担保（浮动抵押）	借款人以现有的和将来取得的全部资产，为贷款人设定的担保。 特征：（1）担保物不转移占有； （2）担保物的价值和形式处于不确定状态。

四、国际税法

（一）两种税收管辖权

1. 居民税收管辖权：一国政府对于本国居民来自全球的所得进行征税的权力（无限纳税义务）；
2. 来源地税收管辖权：所得来源地国对非居民来源于本国的所得进行征税的权力（营业所得、劳务所得、投资所得、财产所得）。

（二）国际双重征税

1. 概念

	国际重复征税	国际重叠征税
概念	两个或两个以上国家各自依据自己的税收管辖权，按同一税种对同一纳税人的同一征税对象在同一征税期限内同时征税。	两个或两个以上国家对同一笔所得在不同纳税人手中各征一次税的现象。
产生原因	各国税收管辖权之间的冲突。	

2. 国际重复征税的解决
- (1) 通过双边协议划分征税权；

(2) 免税法：对来源于国外的所得免于征税；

(3) 抵免法：允许纳税人用已在来源国缴纳的税款，抵消其应向居住国缴纳的税款；

(4) 扣除法：允许纳税人将国外已缴税款视为一般费用支出，从本国应纳税总所得中扣除。

- (三) 国际逃税与避税
1. 逃税（不报送纳税资料、谎报所得额、虚构成本、伪造账目）

2. 避税

(1) 纳税主体的跨国移动

(2) 征税对象的转移

①利用关联企业转移定价

②利用避税港避税
- 308