

欧洲联盟法经典案例课程（双语）  
Case Study on European Union Law  
教学大纲

兰花 编写

Dr. LAN Hua

Lecturer, Faculty of International Law, CUPL

## 目 录

前 言.....	2
Chapter One Introduction.....	3
I. General introduction of European Communities .....	3
II. the Law of the European Union.....	3
III. Basic Institutions of EU .....	3
IV. Lisbon Treaty and European policies .....	4
Chapter Two IRAC---case analysis model.....	6
I.案例的基本结构（ Basic Structure of Ct Opinions ） .....	6
II. Content of the case analysis.....	6
III. Review and assess the case law.....	6
IV. Writing the Case Brief .....	6
Chapter Three Principle of direct effect : Constitutional Administrative Aspects of EU Law .....	7
Section I. Principle of direct effect.....	7
Case No.1 Van Gend en Loos case : creation of direct effect principle .....	7
I. Significance.....	7
II. Basic information of the case .....	7
III. Holding.....	8
IV. Analysis-- Principle of Direct Effect .....	8
Section 2 Later development of principle of direct effect .....	8
I. Case No.2 Defrenne case : horizontal direct effect.....	8
II. Case No.3 <i>Fratelli Variola Case</i> : Regulations and Direct Effect .....	9
III. Case No.3 <i>Franz Grad Case</i> : Decisions and Direct Effect .....	9
IV. Related Legal Issues .....	9
Chapter Four Principle of Primacy: Constitutional Administrative Aspects of EU Law .....	11
Section 1 Principle of Primacy.....	11
I. Basic information.....	11
II. Holding.....	11
III. Related Legal Issues .....	12
IV. The Principle of Supremacy .....	12
Section 2 Later development of principle of Primacy .....	12
I. Case No.2 <i>Simmenthal case</i> .....	12
II. <i>Cassis de Dijon, Case 120/78</i> .....	12
III. Later development of principle of Primacy .....	12
Chapter Five Principle of subsidiarity.....	14
I. Case No. 1 <i>United Kingdom v. Council of the European Union</i> .....	14
II. Case No. 2 <i>Germany v. Parliament &amp; Council</i> .....	14
III. Principle of subsidiarity.....	14
IV. Related Legal Issues .....	14
Chapter Six Principle of Proportionality .....	16
Case No.1 <i>Danish Bottles Case</i> .....	16
I. Basic information of the case.....	16
II. analysis of the case .....	17
III. Related Legal Issues.....	17

## 前 言

欧洲联盟法经典案例研究（Case Study on European Union Law）是法学本科阶段的选修课程，既是案例分析课，也是双语课程。本课程教学计划总计为 36 课时。

本课程以欧洲一体化进程中的经典案例为主要教学内容，以共同体法律体系中的基本法律原则为轴心，选取涉及欧盟宪政、行政法、经济法和对外关系法等领域的经典案例，以欧洲法院做出的原始裁判为素材，研习欧洲法院的裁判、法律论证和推理，以及司法实践对欧洲一体化进程的影响。

本课程采用中英文双语教学，学习材料为英文案例，通过讲授和讨论，以期达到以下几个方面的效果：

1、通过学习欧洲联盟法的主要经典案例，使学生了解欧洲联盟的有关制度及其在实践中的演进，欧洲联盟法的基本内容、性质和特点；

2、通过分析和研读欧洲法院处理的这些经典案例，使学生掌握相关法律原则，熟悉欧洲法院的司法独立及其对欧洲一体化进程的作用，了解欧洲法律传统；

3、注重运用 IRAC 的分析和论证模式来分析欧盟法上的经典案例，侧重于法律问题的分析和推理，并进行相应练习，提升学生进行法律论证和分析的能力开拓学生的视野，提高对法律问题的探究能力；

4、通过阅读欧洲联盟的主要经典案例原文，提高学生阅读和分析外文专业资料的能力，并初步掌握相关法律文书的写作技巧，为将来进一步学习和执业奠定一定基础。

本教学大纲旨在列明本课程的主要知识点，由授课老师兰花编写。

## Chapter One Introduction

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的体现为两方面：1、为便利后续课程的展开，介绍欧洲共同体法/欧洲联盟法的基本概念和制度，欧盟的机构框架，欧洲法院的管辖权；2、介绍学习欧洲联盟法的主要参考文献、资料和网址。

学时分配：6 学时。

### I. General introduction of European Communities

#### 1. Origins of the community: The economic and political origins

#### 2. The community and its Later Development

##### (1) Early Years of the Community;

##### (2) Enlargement of the Community:

##### (3) Evolution from Community to Union

- Treaty establishing the European Coal and Steel Community, ECSC Treaty

- Treaty establishing the European Economic Community, EEC Treaty

- Treaty establishing the European Atomic Energy Community (Euratom)

### II. the Law of the European Union

#### 1. Basic facts of European Union: three "pillars"

##### (1) EC law as well as economic institutions and activities

##### (2) Common Foreign and Security Policy

##### (3) Justice and Home Affairs

#### 2. Missions of the European Union

#### 3. Legal basis of EU

##### (1) Treaty of **Rome**,

##### (2) the SEA 1986,

##### (3) EU Treaty 1992--- Treaty of **Maastricht**

##### (4) Treaty of Amsterdam1997;

##### (5) Nice Treaty 2001'

##### (6) Lisbon Treaty 2009

#### 4. Sources of EU law

##### (1) primary law---constitutional treaties of EC/EU;

##### (2) secondary law of EC/EU;

###### a. regulations,

###### b. directives

###### c. decisions

##### (3) judicial precedents;

##### (4) general principles.

### III. Basic Institutions of EU

#### 1. Council of the EU

(1) Function

- (2) Responsibilities -----coordinates the activities of the Member States  
----- defining and implementing the common foreign and security policy

2. European Commission

(1) Function-

- initiator of proposals for legislation;
- guardian of the Treaties;
- manager and executor of EU policies and of international trade relations.

(2) Responsibilities

3. European Parliament

(1) Function---

Legislative power:

Budgetary powers

Supervision of the executive

(2) Responsibilities

4. The judicial system of EU

(1) Composition

Court of Justice

Court of First Instance

(2) Purpose

(3) Jurisdiction

5. The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy

6. The other institutions and bodies of the Union

IV. Lisbon Treaty and European policies

1. Decision-making process

- The decision-making process under the second pillar
- The decision-making process under the third pillar
- Procedure for the adoption of international agreements
- Cooperation between the European Parliament and the European Commission
- The accession process for a new Member State

2. European policies

- Area of freedom, security and justice
- Common Foreign and Security Policy
- Common Security and Defence Policy
- Economic and monetary policy
- Social policy
- Energy
- European Research Area and European Space Policy
- Services of general interest
- The new supporting competences of the EU

**End of Chapter Assessment Question**

- (1) What are the “European Community” and the “European Union”?

(2) What are sources of EU law?

**Further Reading:**

1. Paul Graig & Grainne de Burca eds., *The Evolution of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2011;
2. Jo Shaw, *Law of the European Union*, 3rd ed., Palgrave, 2000;
3. T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 5th ed. Oxford, 2003.
4. Paul Graig & Grainne de Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 1998;
5. S. Weatherill, *Cases and Materials on EC Law*, 5<sup>th</sup> ed., Blackstone, London, 2000;
6. 里查德·欧文 著: 欧盟法基础(影印版), 武汉大学出版社 2004;
7. 曾令良著《欧洲联盟法总论》, 武汉大学出版社 2007 年版;

**Key websites:**

1. **EU official homepage** – <http://europa.eu.int>
2. **www.europa.eu.int/celex**
3. <http://europa.eu.int/eur-lex/en/index.html>

## Chapter Two IRAC---case analysis model

本章教学目的和基本要求:

本章旨在介绍西方的案例研习方法, 包括案例摘要的写作和分析。

学时分配: 2 学时

### I. 案例的基本结构 ( Basic Structure of Ct Opinions )

- 1、判例的名称或抬头 (Case Name or Caption)
- 2、案例编号 (Case Number or Citation)
- 3、判例总结 ( summary or Syllabus )
- 4、分类标题及法律摘要 (key words /Topics and Headnotes)
- 5、钥匙序号和定位数字 (Key Number and Location Number)
- 6、当事方(代理律师) (Parties ,including Names of the Attorneys who Represented the Parties)
- 7、法庭判决意见 (The Opinion)

### II. Content of the case analysis

1. background
- 2.facts
- 3.issues
4. relevant rules
5. holding
- 6.reasoning
- 7.significance/ review

### III. Review and assess the case law

- 1.Weighing the cases
- 2.Analyzing the cases
- 3.Reading cases critically
- 4.Close reading techniques

### IV. Writing the Case Brief

#### **Further Reading:**

1. Richard K. Neumann, Legal Reasoning and Legal Writing: Structure, Strategy, and Style, Fourth Edition, Aspen Publishers; 4 edition ,March 2001.
2. Thomas R. Haggard, Legal Drafting(法律写作), 法律出版社影印版 2004。

## Chapter Three Principle of direct effect : Constitutional Administrative Aspects of EU Law

本章教学目的和基本要求：

本章旨在介绍欧洲联盟法的宪法与行政方面的基本法律框架，尤其是介绍确立欧盟法与成员国法关系的一项基本原则——直接效力原则。这是欧洲法院通过行使预先裁决权，通过案例实践创设的新规则，后来通过后续的欧洲一体化实践，被引入了欧盟的基础条约。本章从 Van Gend en Loos 案这个经典案例着手，使学生了解和掌握直接效力原则，本案中，欧洲法院运用不同于一般国际法领域的《条约法公约》所确立的法律解释规则进行条约解释，论述了欧洲共同体构成一种新的法律秩序。本案对于欧共体/欧盟的内部市场建设也具有至关重要的作用。通过学习本案，可以掌握欧共体与成员国的权力划分以及欧共体法的直接效力原则（direct effect）。本章还通过后续的 Fratelli Variola 和 Case Defrenne case 等案例，了解直接效力规则的后续发展。

学时分配：8 学时

### Section I. Principle of direct effect

Case No.1 Van Gend en Loos case : creation of direct effect principle

#### I. Significance

a great milestone in European law.

a ground-breaking judgment

the possibility of direct enforceability of treaty provisions by individual applicants.

'a new legal order' --- a key feature of Community phraseology

#### II. Basic information of the case

##### 1. the basic facts:

(1) the parties :

Applicant: Van Gend en Loos , a Dutch company

Defendant: Nederlandse Administratie der Belastingen

Netherlands Inland Revenue Administration 税务局

(2) Source : Case 26/62, [1963] ECR 1

##### 2. Questions referred to the Court of Justice:

(a) whether the Art.12 of EEC had an internal effect ... in other words, whether an individual may invoke Article 12 of EEC before a national court or tribunal ,

(b) whether reclassifying urea formaldehyde as the Netherlands had done constituted a violation of Article 12.

##### 3. Articles related:

*Art. 12 (now Art. 25) of the EC Treaty*

*Article 234 (ex 177) THE EC TREATY*

##### 4.Procedure

Preliminary ruling — Jurisdiction of the Court — Foundation — Interpretation of the Treaty

III. Holding

the judgment of ECJ (key findings)

(1) the community constitutes a 'new legal order' of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals. Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty, but also by reason of obligations which the Treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon Member States and upon the institutions of the Community,

(2) according to the spirit, the general scheme and the wording of the Treaty, Article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect...

IV. Analysis-- Principle of Direct Effect

1. conditions

The ECJ concludes in this case a fundamental principle: that of the direct effect of Community law. Direct Effect means that the EU law has to be taken to be the law of the member states.

(i) the provision must be clear and unambiguous;

(ii) it must be unconditional;

(iii) it must be intended to be operational in member states without further implementation.

2. “直接效力”的含义

欧共同体基本条约的某些条文和欧共体的立法，就赋予个人以权利和在某些情况下课加义务而言，可以在成员国产生直接的效力，即：直接由国内法院执行。

## Section 2 Later development of principle of direct effect

"Direct effect" of a provision of EC law was first developed as the right of an individual to enforce rights that derive from the EC Treaty before its national court although the treaty was not intended to grant rights to individuals. The purpose of this doctrine was to ensure effectiveness of Community law.

Since the "van Gend en Loos" Judgment, the case-law of the European Court of Justice on direct effect has developed greatly. Later, the doctrine of direct effect was applied in not only the treaty provisions but also **other forms of Community legislation, such as regulations and decisions**

I. Case No.2 Defrenne case : horizontal direct effect

Case 43/75, Defrenne v. Sabena, 1976 E.C.R. 455.

Facts:

Holding:

Reasoning:

Analysis:

## II. Case No.3 *Fratelli Variola Case*: Regulations and Direct Effect

Facts:

Holding:

Reasoning:

Analysis:

## III. Case No.3 *Franz Grad Case*: Decisions and Direct Effect

Facts:

Holding:

Reasoning:

Analysis:

## IV. Related Legal Issues

### 1. status of Community law/EU law

a new legal order and has special status compared with general international law.  
different from general international law because of the subjects and implementation.  
a self-contained legal system.

### 2. interpretation of the treaty

different method of treaty interpretation.  
a teleological interpretation of the Treaty

### 3. SUMMARY OF DIRECT EFFECT

- Not just vertical effect, but horizontal
- Treaty creates rights for individuals and corporations and OBLIGATIONS for other PRIVATE parties
- directives may have direct effect if conditions are meted.

### End of Chapter Assessment Question

1. What forms of Community law can be given direct effect?
2. Why is the principle of direct effect so important?
3. What is the difference between direct effect and direct applicability?
4. According to the European Court of Justice Community law can only be directly effective if certain criteria are fulfilled. Describe these criteria.
5. When discussing direct effect it is important to consider what kind of Community law is involved and which parties are involved. When individuals or private companies are using Community law against a Member State we talk of vertical direct effect. When individuals or private companies are using Community law against other individuals or private companies we talk of horizontal direct effect. What kind of direct effect was at hand in the van Gend en Loos case?

**Further Reading:**

1. Steiner, J. and L. Woods, Textbook on EC law, 8th edition, Oxford University Press, 2003.
2. Weatherill, S. Cases and Materials on EU Law, 6th edition, Oxford University Press, 2003.
3. Tillotson, J. & Foster, N., European Union Law: Text, Cases and Materials, 4th edition, Cavendish press, 2003.
4. H. Temmink "From Danish bottles to Danish bees: the dynamics of free movement of goods and environmental protection-a case law analysis" (2000) Yearbook of European Environmental Law vol. 1 p.61-102.

## Chapter Four Principle of Primacy: Constitutional Administrative Aspects of EU Law

本章教学目的和基本要求：

本章旨在介绍欧洲联盟法的宪法与行政方面的基本法律框架，尤其是介绍确立欧盟法与成员国法关系的“优先效力原则”（principle of supremacy）。这也是欧洲法院通过实践创设的新规则，通过后续的欧洲一体化实践，被引入了欧盟的基础条约。

本章通过 *Costa v. ENEL* 案，分析优先原则的产生，还通过 *Cassis de Dijon*（Case 120/78）、*Factortame case* (1989)等案件，分析各成员国对欧盟法优先原则的接受与认同。

学时分配：8 学时。

### Section 1 Principle of Primacy

#### Case No.1 Case of Costa(1964)

##### I. Basic information

###### 1. the parties of the case:

Applicant: Flaminio *Costa* , an Italian citizen

Defendant: *Ente Nazionale per l'Energia Elettrica* , *ENEL*, the Italian electricity company

###### 2. source:

Case 6/64, *Costa v. ENEL*, [1964] ECR 585

###### 3. articles related:

ARTICLES 102, 93, 53 and 37 of the EC Treaty

###### 4. keywords: *Community legal system, supremacy*

##### II. Holding

... (1) *The integration into the laws of the each Member State provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the Treaty, makes it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity.*

... (2) *It follows from all these observations that the law stemming from the Treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called into question. The transfer by the States from their domestic legal system to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign rights, against which a subsequent*

*unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail.*

### III. Related Legal Issues

#### 1. preliminary ruling

#### 2. fundamental principles of the Community legal system

- (1) Direct effect, as defined in the van Gend en Loos judgment.
- (2) Supremacy, as defined in the Costa/ENEL judgment of 1964.
- (3) State liability for damage caused to individuals as a consequence of a breach of community law.

### IV. The Principle of Supremacy

Test for treaty provision having direct effect and primacy:

1 clear & precise so obligation of MS or individual could be determined with certainty;

2 unconditional – in full force (if in transition period or conditional to enforcement – could not have

DE);

3 must be no additional requirements for implementation (further action);

4 Standstill provns 静止条款/维持现状条款 were easily seen to have DE

## Section 2 Later development of principle of Primacy

### I. Case No.2 Simmenthal case

Facts:

Holding:

Reasoning:

Analysis:

### II. Cassis de Dijon, Case 120/78

Facts:

Holding:

Reasoning:

Analysis:

### III. Later development of principle of Primacy

意大利宪法法院

德国宪法法院

荷兰法院宪法

### End of Chapter Assessment Question

1. Which arguments were used by the court to support the existence of the principle of supremacy? Evaluate these arguments.

2. What is the significance of the principle of supremacy? Why is supremacy such an important principle of Community law?
3. Define the principle of supremacy.
4. Explain the relationship between the principle of direct effect and the principle of supremacy.
5. Is the principle of supremacy unconditional?

**Further Reading:**

1. Paul Graig & Grainne de Burca eds., *The Evolution of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2011;
2. T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 5th ed. Oxford, 2003.
3. H. Wallace & W. Wallace (eds), *Policy-Making in the European Union*, 4th ed, London, 2000;
4. Jo Shaw, *Law of the European Union*, 3rd ed., Palgrave, 2000;
5. S. Weatherill, *Cases and Materials on EC Law*, 5th ed., Blackstone, London, 2000.
6. [德]马迪亚斯·赫蒂根著《欧洲法》（张恩民译），法律出版社，2003年版；
7. 曾令良著《欧洲联盟法总论》，武汉大学出版社2007年版；

## Chapter Five Principle of subsidiarity

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解和掌握欧共同体/欧盟与成员国之间的权力划分规则——辅助性原则 (Principle of subsidiarity)。本章通过United Kingdom v. Council of the European Union案和Germany v. Parliament & Council案，以及《辅助性原则的议定书》等文件，分析欧盟与成员国之间的权限划分，并探讨欧盟的劳工保护规则。

学时分配：4 学时。

### I. Case No. 1 United Kingdom v. Council of the European Union

- **background**
- **facts**
- **issues**
- **relevant rules**
- **holding**
- **reasoning**
- **significance/ review**

### II. Case No. 2 Germany v. Parliament & Council

- **Background**
- **Facts**
- **Pleas**
- **Rules**
- **Application**
- **Holding**
- **Review**

### III. Principle of subsidiarity

《欧共同体条约》第 3b 条

《欧盟条约》第 B 条（后修订为第 2 条）

《里斯本条约》

### IV. Related Legal Issues

1. **Lack of competence/defective legal base**
2. *Misuse of power*

### End of Chapter Assessment Question

1. **What is the weight of the principle of subsidiarity?**
2. **what is the new development of principle of subsidiarity by the Lisbon Treaty?**

**Further Reading:**

**1. J. H. H. Weiler, Reappraising Subsidiarity' s Significance after Amsterdam, Harvard Jean Monnet Working Paper 7/99.**

**2. Wouter P. J. Wils, Subsidiarity and EC Environmental Policy: Taking People's Concerns Seriously, Journal of Environmental Law, Vol. 6 No 1, pp 85-91**

## Chapter Six Principle of Proportionality

本章教学目的和基本要求:

本章的教学目的是使学生了解和掌握欧共体/欧盟与成员国权限划分的基本原则——相称性原则 (principle of proportionality), 这是判断欧盟在默示权能领域内采取欧盟层面行动是否正当合法的依据。

本章以Case 302/86: Commission v. Denmark (Danish Bottles)为例, 并结合Germany v. Parliament & Council案, 介绍相称性原则。本章还通过这些案例的分析, 介绍欧洲联盟法中以货物自由流动为代表的经济法律制度。

学时分配: 8 学时。

### Case No.1 Danish Bottles Case

#### I. Basic information of the case

##### 1. the parties

Applicant: Commission of the European Communities,

Defendant: Kingdom of Denmark

##### 2. source:

Case 302/86: Commission v. Denmark (Danish Bottles) [1988] ECR 4607

##### 3. articles related:

(1) The Prohibition of Quantitative Restrictions and all Measures having Equivalent Effect (Art . 30 of EEC Treaty)

*THE EC TREATY Article 28 (ex 30)*

*Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States.*

(2) Guardianship of the EC Treaty

*THE EC TREATY Article 226 (ex 169)*

If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under the Treaty, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations.

If the State concerned does not comply with the opinion within the time laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice.

##### 4. keywords:

Free movement of goods - Quantitative restrictions - Measures having equivalent effect - Marketing of products - Disparity between national laws - Obstacles to intra-Community trade - Necessity with regard to the mandatory requirements of Community law - Protection of the environment

## 5. holding and key findings

(1) ...obstacles to free movement within the Community resulting from disparities between the national laws must be accepted in so far as such rules, applicable to domestic and imported products without distinction, may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements recognized by Community law. Such rules must also be proportionate to the aim in view. If a Member State has a choice between various measures for achieving the same aim, it should choose the means which least restricts the free movement of goods.

(2) ...the protection of the environment is 'one of the Community's essential objectives', which may as such justify certain limitations of the principle of the free movement of goods.

(3) ...the protection of the environment is a mandatory requirement which may limit the application of Article 30 of the Treaty.

(4) ...it must be observed that this requirement is an indispensable element of a system intended to ensure the re-use of containers...the restrictions which it imposes on the free movement of goods cannot be regarded as disproportionate.

(5)...a restriction of the quantity of products which may be marketed by importers (by Order No. 95 of 16 March 1984) is disproportionate to the objective pursued. ... by restricting, the quantity of beer and soft drinks which may be marketed by a single producer in non-approved containers, the Kingdom of Denmark has failed, as regards imports of those products from other Member States, to fulfil its obligations under Article 30 of the EEC Treaty.

## II. analysis of the case

### 1. free movement of goods

(1) legal basis

(2) significance and objectives

### 2. The principle of proportionality

three aspects of principle of proportionality,

suitability;

necessity;

proportionality stricto sensu.

## III. Related Legal Issues

### 1. balance of free trade and environment protection in European Community

### 2. judicial remedies and judicial review

three types of provisions on remedies and judicial reviews

(1) the lawsuit against the member state(s), according to Article 169 &170 of the EEC (Article 226 &227 of the EC treaty);

(2) the lawsuit against the institution(s) of the Communities, according to Article 173、175、184、178 and 215 of the EEC (Article 230、232、241、235 &288 of the EC treaty);

(3) preliminary ruling procedure, according to Article177 of the EEC(Article 234 of EC treaty ).

**End of Chapter Assessment Question**

- 1. Explain what the principle of proportionality means in a general sense.**
- 2. Explain what the principle means in the context of Community law.**
- 3. In which Treaty Article is it found?**

**Further Reading:**

1. Steiner, J. and L. Woods, Textbook on EC law, 8th edition, Oxford University Press, 2003.
2. Weatherill, S. Cases and Materials on EU Law, 6th edition, Oxford University Press, 2003.
3. Tillotson, J. & Foster, N., European Union Law: Text, Cases and Materials, 4th edition, Cavendish press, 2003.

# 《杰赛普国际法模拟法庭课》 教学大纲

## 目 录

前 言 .....	2
第一章 国际法的基本知识 .....	3
第一节 国际法的渊源 .....	3
一、国际条约 .....	3
二、国际习惯 .....	3
三、一般法律原则 .....	3
四、国际法的辅助资料 .....	3
第二节 国家责任 .....	3
一、国家责任的概念和性质 .....	3
二、国家责任的构成 .....	3
三、国家责任的内容和形式 .....	4
第三节 条约法规则与条约的解释 .....	4
一、条约的含义 .....	4
二、条约成立的实质要件 .....	4
三、条约的解释 .....	4
第四节 国际法院 .....	5
一、国际法院的性质和组成 .....	5
二、国际法院的职权 .....	5
三、法院适用的法律 .....	5
四、诉讼程序 .....	5
复习和思考题: .....	5
拓展阅读书: .....	5
第二章 国际法模拟法庭竞赛书面程序 .....	6
第一节 国际法模拟法庭比赛的规则 .....	6
第二节 How to read the compromis .....	6
一、how to read the compromise .....	6
二、how to analyze the Compromis .....	6
第三节 查找资料 .....	6
第四节 how to write the memorial .....	7
一、Purpose and Function of the Memorials .....	7
二、The Required Parts of a Memorial .....	7
三、write the memorial .....	7
复习与思考题: .....	7
第三章 国际法模拟法庭竞赛口头程序 .....	8
第一节 口头辩论的规则 .....	8
第二节 观摩口头辩论 .....	8
第三节 口头辩论演练 .....	8
复习与思考题: .....	8

## 前 言

杰赛普国际法模拟法庭比赛始创于 1959 年，由美国国际法学会（ASIL）和美国国际法学生联合会（International Law Students Association, ILSA）联合举办，旨在培养法学学生书写书状及法庭辩论能力的国际性赛事。该项比赛具有悠久的历史 and 广泛的影响，被誉为国际法学界的“奥林匹克竞赛”，每年都吸引了世界上各著名法学院参加。

比赛完全按照国际法院的诉讼模式用英语进行。我校代表队已连续 10 年参加了这一模拟法庭竞赛，成绩逐步提高。从 2012 年秋季起，我校在本科生中开设国际法模拟法庭课程，采用中英双语教授关于国际法的基本知识以及国际法模拟法庭竞赛的基本知识、收集资料的方法、书状的写作方法、模拟法庭辩论模式及技巧等内容，使学生了解和初步掌握参加国际法模拟法庭竞赛的方法，同时将教学和选拔优秀学生代表我校参加该项比赛结合起来，也为学生参加其他国际法模拟法庭竞赛打下基础。

本教学大纲由兰花编写。

# 第一章 国际法的基本知识

本章教学目的和基本要求：掌握国际法渊源的概念、种类和作用，国家责任的概念、构成及责任形式，国际条约的解释和国际法院的相关知识。

学时分配：15 学时

## 第一节 国际法的渊源

国际法的渊源(source of international law)是指形成国际法的方式和程序。一般认为《国际法院规约》第 38 条是国际法渊源的权威说明。国际法的渊源有：

### 一、国际条约

(一) 一般性多边国际条约：大多数国家参加的、为各国开放的、关涉对各国具有共同利害关系的事项的多边条约。这类条约能产生一般适用的国际法原则和规则。

(二) 规定客观制度的条约：目的在于为所有国家的利益，就某一国家、土地、水道等特定区域创立普遍适用的客观制度的条约，是一般国际法的渊源。

(三) 其他国际条约：两个或几个国家为特定事项缔结的条约，是拘束当事国的特别法律。

### 二、国际习惯

国际习惯是指被接受为法律的一般实践或通例。国际习惯的形成有两个因素：一是有一般的实践或通例存在；二是一般的实践或通例被各国接受为法律，即“法律确信”。

### 三、一般法律原则

一般法律原则即指各国法律体系中所共有的原则。在用以处理国家间的关系时，产生国际法的效力，是国际法的一种渊源。

### 四、国际法的辅助资料

解释说明国际法原则和规则，对国际法的形成和发展具有重要的辅助作用。国际法的辅助资料有：

(一) 各国权威的公法学家的学说。

(二) 司法判例。

(三) 在实践中，国际组织的决议也是一种非常重要的辅助资料。

## 第二节 国家责任

### 一、国家责任的概念和性质

国家责任是指国家对其国际不当行为所负担的国际法律责任，是国家从事国际不当行为所必然产生的法律后果。

### 二、国家责任的构成

(一) 国家责任的构成条件：一国实施了国际不当行为。

根据《国家责任条文草案》的规定，一国国际不当行为有两个构成要素：

1. 某一行为依国际法的规定可以“归因于”某一国家；
2. 该国家行为违背了该国负担的有效国际义务。

（二）排除行为的不当性：在（权利国）同意、国际不当行为的对抗措施、不可抗力和偶然事故、危难、紧急状态、自卫等情况下，一国实施的行为依国际法可排除其不当性，因而不负国际责任。

### 三、国家责任的内容和形式

国家责任体现为行为国与受害国之间的一种新的权利义务关系。根据《国家责任条文草案》的规定，行为国有义务停止其不当行为，并通过恢复原状、赔偿或道歉等方式补偿其行为造成的损害后果；受害国有权利要求或迫使行为国履行上述义务，也有权利对行为国采取对抗措施或暂停履行有关义务。

## 第三节 条约法规则与条约的解释

### 一、条约的含义

依据 1969 年和 1986 年两个维也纳条约法公约，条约是两个或两个以上的国际法主体（主要是国家）之间依据国际法缔结的确定其相互之间的权利和义务关系的协议。

### 二、条约成立的实质要件

（一）具有完全的缔约能力和缔约权（capacity to conclude treaties/treaty-making capacity；competence to conclude treaties/treaty making power）

一般而言，缔约能力仅为国际法主体享有，而缔约权则属于代表权。缔结条约的代表须出示全权证书以表明其缔约的权限范围。

（二）符合自由同意

缔结条约应当符合缔约主体的自由意志。不符合自由同意的情形主要有以下几种：

1. 错误（Error）；
2. 诈欺（Fraud）；
3. 贿赂（Corruption of a representative of a State）
4. 强迫（Coercion）

（1）强迫国家的代表（Coercion of a representative of a State）；

（2）以威胁或武力强迫国家（Coercion of a State by the threat or use of force）。

（三）符合强行规则（jus cogens/peremptory norm of general international law (jus cogens)）

根据维也纳条约法公约的定义，强行规则是“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑，且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”即被国际社会成员全体公认必须遵守而不得损抑的，也不得任意改变的国际法规范。凡条约或行为与之抵触者统归无效。

### 三、条约的解释

条约的解释是指对于条约的具体规定的真实含义依照一定的规则所进行的说明。

（一）条约解释的主体

1. 当事方：对其相互之间的条约有权解释；
2. 国际组织：可依据其职权解释其自身的条约；

3. 国际仲裁或司法机关：可以对提交给自己的条约进行解释。

## （二）条约解释规则

1. 依照条约法公约第 31 条规定：条约应依其用语按其上下文并参照条约的目的和宗旨所具有之通常意义，善意解释之。其中，上下文包括序言、附件，当事国事先或事后缔结的有关该条约的协定、文书，适用于当事国之间的任何有关的国际法规则。

2. 依据第 32 条规定：还可使用补充资料，包括准备资料如谈判记录、会议记录、草案以及缔约情况。

3. 解释时遵循的文字规则是：规定作准文字者，以作准文字为准；未规定作准文字者所有缔约国文字同等作准。

## 第四节 国际法院

### 一、国际法院的性质和组成

国际法院是联合国的司法机关，由 15 名法官组成。

### 二、国际法院的职权

分为诉讼管辖权和咨询管辖权。

（一）诉讼管辖权分为自愿管辖、协议管辖和任择性强制管辖，其当事者是国家。

（二）咨询管辖权适用于由联合国的机关和专门机构提起的咨询案，国家无权提出。

### 三、法院适用的法律

国际法院规约第 38 条规定的国际条约、国际习惯、文明各国承认的一般法律原则，还可以使用确定法律原则的补充资料包括司法判例和公法学家学说。

### 四、诉讼程序

包括起诉、书面程序和口述程序、附带程序、分庭程序、判决及其解释与复核等。

#### 复习和思考题：

1. 简述国际法渊源的含义和种类。
2. 如何确定和追究一国的国际法律责任？
3. 试述国家责任的内容和形式。
4. 解释条约的规则是什么？
5. 试述国际法院的诉讼管辖权和诉讼程序。

#### 拓展阅读书：

1. 李浩培：条约法概论，法律出版社，2003 年 1 月。
2. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Oxford University Press 2010.
3. Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press 2008.
4. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th edition. Oxford University Press 2008.
5. Olivier Corten, Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press 2011.

## 第二章 国际法模拟法庭竞赛书面程序

本章教学目的与基本要求:使学生了解和掌握国际法模拟法庭比赛的规则、查找资料的方法、书写书面诉状包括脚注的方法。

学时分配: 12 学时

空间

### 第一节 国际法模拟法庭比赛的规则

国际法模拟法庭比赛的规则, 包括参赛资格、注册、书状、口头辩论、评分。

### 第二节 How to read the compromis

一、how to read the compromise

(一) what is the compromise

Compromis (the Jessup Problem) is a hypothetical case involving topical issues of int'l law published by the ILSA in September. every year.

The Compromis uses a limited set of facts concerning a dispute b/w two fictional states appearing before the "ICJ". The two states seek particular orders or declarations from the ICJ in relation to the dispute.

The facts, and the orders or declarations being sought by the parties, suggest **a number of legal issues** which must **be addressed in written and oral argument.**

(二) Read the Compromis Several Times

1. First Reading: Generalities
2. Second Reading: Specifics
3. Third Reading: Prepare for Research
4. Begin the Research, and Refer to the Compromis and Your Notes Often

(三) Addressing the Limits

**1. Recognize Deliberate Gaps and Ambiguities in the Facts**

**2. Explore Reasonable Inferences: The Limited Scope for Interpreting the Facts**

二、how to analyze the Compromis

**identify the relevant facts and legal issues**

### 第三节 查找资料

国际法相关的网站、书籍、查找资料的方法, 实际练习通过数据库(westlaw, lexis, heinonline 等)查找资料。

## 第四节 how to write the memorial

### 一、 Purpose and Function of the Memorials

#### (一) what are memorials?

Each Jessup team is required to draft and submit one Applicant memorial and one Respondent memorial. These documents contain submissions intended to persuade the International Court of Justice to rule in favor of the respective party.

#### (二) Purpose of the memorials

Memorials are intended to allow each party to advocate its position by making legal submissions on the basis of its view of the facts.

### 二、 The Required Parts of a Memorial

Jessup memorials contain the same basic elements: facts, law and arguments.

the required preliminary parts of the memorial: cover page, table of contents, index of authorities, statement of jurisdiction, questions presented, statement of facts and the summary of the pleadings.

### 三、 write the memorial

#### (一) Substance of the Arguments

#### (二) Organization of Arguments

#### (三) Citation of Sources

#### (四) Writing Style

### 复习与思考题：

- 1.书状的格式和写法。
- 2.相关资料的搜索。

## 第三章 国际法模拟法庭竞赛口头程序

本章教学目的与基本要求:使学生了解和掌握国际法模拟法庭口头比赛的规则和方法。

学时分配: 9 学时

### 第一节 口头辩论的规则

口头辩论的规则、评分、礼仪、策略。

### 第二节 观摩口头辩论

观摩口头辩论录像, 感受比赛。

### 第三节 口头辩论演练

进行口头辩论演练, 取得实际口头辩论经验。

复习与思考题:

1. 口头辩论的规则。
2. 口头辩论的演练。

# 《海商法》 教学大纲

## 目 录

第一章 绪论.....	3
第一节 海商法的概念.....	3
第二节 中国海商法的特点.....	3
第三节 海商法的渊源.....	3
复习与思考题: .....	3
第二章 船舶.....	4
第一节 船舶概述.....	4
第二节 船舶所有权.....	4
第三节 船舶抵押权和船舶留置权.....	4
第四节 船舶优先权.....	5
第三章 船员.....	6
第一节 船员.....	6
一、船员概念.....	6
二、船员的资格.....	6
三、船员的任用方式.....	6
四、船员的职责和权利.....	6
第二节 船长.....	6
第四章 海上货物运输合同.....	8
第一节 海上货物运输合同概述.....	8
第二节 提单运输.....	9
第三节 调整班轮运输的国际公约.....	9
第四节 航次租船合同.....	10
第五节 国际多式联运合同.....	10
第五章 海上旅客运输合同.....	12
第一节 海上旅客运输合同的概述.....	12
第二节 海上旅客运输承运人的责任和权利.....	12
第三节 有关海上旅客运输的国际公约.....	12
第六章 船舶租用合同.....	13
第一节 定期租船合同.....	13
第二节 光船租赁合同.....	13
第七章 海上拖航合同.....	14
第一节 海上拖航合同的概念.....	14
第二节 海上拖航合同的内容.....	14
第八章 船舶碰撞.....	15
第一节 船舶碰撞的概念.....	15
第二节 船舶碰撞的损害赔偿.....	15
一、船舶碰撞的分类及损害赔偿的责任原则.....	15
二、船舶碰撞损害赔偿的基本原则.....	15
三、船舶碰撞损害赔偿责任的构成要件.....	15

四、损害赔偿的范围.....	16
五、损害赔偿的计算方法.....	16
六、船舶碰撞诉讼特别程序.....	16
第三节 有关船舶碰撞的国际公约.....	16
第九章 海难救助.....	17
第一节 海难救助概述.....	17
第二节 海难救助成立的要件.....	17
第三节 海难救助合同.....	17
第四节 救助报酬的确定及分配.....	18
第五节 有关海难救助的国际公约.....	18
第十章 共同海损.....	19
第一节 共同海损制度的概念及构成要件.....	19
第二节 共同海损的牺牲和费用.....	19
第三节 共同海损的理算.....	19
第四节 共同海损理算规则.....	19
第五节 共同海损与过失的关系.....	20
第十一章 海事赔偿责任限制.....	21
第一节 海事赔偿责任限制概述.....	21
第二节 海事赔偿责任限制制度的内容.....	21
第三节 海事赔偿责任限制基金的设立程序.....	21
第四节 有关海事赔偿责任限制的国际公约.....	22
第十二章 海上保险合同.....	23
第一节 海上保险概述.....	23
第二节 海上保险合同订立的基本原则.....	23
第三节 海上保险合同.....	23
第四节 海洋货物运输保险.....	23
第五节 船舶保险.....	24
第六节 海上保险的赔付.....	24
第七节 保赔保险.....	24
复习与思考题：.....	25
第十三章 海事争议处理.....	26
第一节 海事诉讼.....	26
第二节 海事请求保全.....	26
一、海事请求保全的概念和特点.....	26
二、船舶的扣押与拍卖.....	26
三、扣押船载货物.....	27
第三节 其他海事诉讼制度.....	27
一、海事强制令制度.....	27
二、海事证据保全制度.....	27
三、海事担保制度.....	27
第四节 海事审判特殊程序.....	27
复习与思考题：.....	27

## 第一章 绪论

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生理解海上运输关系和船舶关系的含义。了解海商法作为一个法律部门，其渊源的多样性。要求学生明确海商法作为一个法典的性质属于民法特别法。

### 第一节 海商法的概念

一、**海商法的概念**：海商法是调整海上运输关系和船舶关系的法律规范的总和。（海商法第 1 条）。

二、**海商法的适用范围**：适用的船舶、适用的水域、适用的事项。

三、**海商法的性质**：海商法作为一门法律的学科是综合性的，它包括了很多内容，有民事的、商事的、行政的、也有刑事的内容。其中船舶优先权、共同海损、海事赔偿责任限制等制度是海商法中特有的制度。因而海商法是一个相对独立的法律部门。海商法作为一个法典是具有较强性质的民法特别法。

### 第二节 中国海商法的特点

一、中国海商法是一部以国际立法和国际惯例为基础的立法

二、中国海商法在立法内容上具有一定的超前性

三、采用强制性条款和非强制性条款相结合的方法调整合同关系

### 第三节 海商法的渊源

海商法的渊源具有多重性，分为国际渊源和国内渊源，国际渊源又包括国际立法和国际惯例。国内渊源指国内立法和国内判例，国内判例在英美普通法系国家中是一个重要的国内法律渊源，但在大陆法系国家及一些成文法系国家中，判例不能作为法院审理案件的法律依据。《中华人民共和国海商法》于 1991 年 11 月 7 日通过，自 1993 年 7 月 1 日起施行。

**复习与思考题：**

1,试述海商法的性质。

2,海商法与民法的关系是什么？

3,我国海商法的哪些规定体现了以国际条约为基础的特点？

4,我国海商法中的非强制性条款主要涉及哪些方面？

5,试述海商法的渊源。

## 第二章 船舶

**教学目的与要求：**本章的教学目的在于使学生了解船舶概念，船舶属具、船舶的分类、船舶吨位、船舶国籍、船舶检验、船舶所有权、船舶抵押权和船舶优先权的内含。理解海商法中船舶概念及船舶的性质，了解国有船舶的特别规定，关于船舶所有权取得、转让和消灭的法定程序和规定和有关船舶共有的规定。了解船舶抵押权的设定、登记、转移和消灭，以及抵押船舶的保险转让的规定。理解有关具有船舶优先权的海事请求的规定，有关船舶优先权的受偿顺序的规定，有关船舶优先权随船而行的规定。从而掌握船舶与一般物所不同的地方。

### 第一节 船舶概述

**一、船舶的概念：**船舶指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和 20 总吨以下的小型船艇除外（海商法第 3 条）。

**二、船舶的法律性质：**船舶是合成物、船舶在法律上的不动产性、船舶的拟人处理。

**三、船舶的种类：**本国船和外国船、海船和非海船、客船和非客船、商业船舶、专用船舶和公务船舶。

**四、船舶吨位：**总吨位、净吨位、排水吨、载重吨、巴拿马运河吨和苏伊士运河吨。

**五、船舶登记：**限制登记与开放登记。

**六、船舶检验：**法定检验、入级检验和公证检验。

### 第二节 船舶所有权

**一、船舶所有权的概念：**船舶所有权指船舶所有人依法对其船舶享有的占有、使用、收益和处分的权利（海商法第 7 条）。

**二、船舶所有权的登记：**海商法第六条在船舶所有权的登记上采用的是登记公示主义，即船舶所有权的取得、转让和消灭，应当向船舶登记机关登记，未经登记的，不得对抗第三人。

**三、船舶共有：**船舶共有可以是两人以上的法人的共有，也可以是两人以上的个人共有。

### 第三节 船舶抵押权和船舶留置权

**一、船舶抵押权的概念：**船舶抵押权指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利（海商法第 11 条）。

**二、船舶抵押权的标的：**船舶、建造中的船舶。

**三、船舶抵押权的登记：**海商法在船舶抵押权的登记上同样采用的是登记公示主义，即设定船舶抵押权，由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。

**四、船舶抵押权的受偿顺序：**抵押人对同一抵押标的的受偿顺序以登记先后为准，同日登记的抵押权，依同一顺序受偿，不足受偿，比例受偿。

**五、船舶留置权**

（一）船舶留置权与一般海上留置权

- (二) 船舶留置权的实现
- (三) 船舶留置权的受偿顺序

## 第四节 船舶优先权

**一、船舶优先权的概念：**船舶优先权指为担保特定债权而设定的，使债权人能依法律程序扣留以至出卖船舶，并从出卖船舶的所得中优先受偿的权利（海商法第 21 条）。

**二、船舶优先权的法律性质：**程序性权利还是实体性权利、债权还是物权、担保物权。

**三、船舶优先权的法律特点：**船舶优先权的法定性、船舶优先权的追及性、船舶优先权的秘密性、船舶优先权的优先性。

**四、船舶优先权的受偿顺序：**船舶优先权各项目之间的受偿顺序、船舶优先权与船舶抵押权和船舶留置权之间的受偿顺序、船舶优先权与一般债权的受偿顺序。

**五、船舶优先权的行使消灭：**

- (一) 船舶优先权的行使
- (二) 船舶优先权的消灭

因担保债权的消灭而消灭、因法律规定的时效届满而消灭、因拍卖而消灭、因船舶灭失而消灭、因船舶优先权催告程序而消灭。

**六、有关公约：**1926 年《统一海事抵押权和优先以某些规定的公约》、1967 年《统一关于海上优先权和抵押权某些规定的国际公约》、1993 年《船舶优先权和抵押权国际公约》。

思考题：

- 1,试述船舶的法律性质。
- 2,在船舶所有权的登记上,"未经登记,不发生法律效力"的规定与"未经登记,不能对抗第三人"的规定有何区别?
- 3,你对船舶优先权的法律性质有何看法?
- 4,船舶优先权的受偿顺序是如何排列的?
- 5,船舶优先权的项目有哪几项?
- 6,应如何理解海商法中船舶所有人的概念?

## 第三章 船员

**教学目的与要求：**本章的教学目的是使学生了解有关船员及船长职责,要求重点掌握船长在船上的特殊地位,以及引船员的过失责任承担。

### 第一节 船员

#### 一、船员概念

船员指包括船长在内的船上一切任职人员（海商法第 31 条）。

#### 二、船员的资格

- （一）船员适任证书
- （二）船员服务簿
- （三）海员证

#### 三、船员的任用方式

- （一）聘任制与雇用制
- （二）《海员协议条款公约》
- （三）我国船员外派的方式

#### 四、船员的职责和权利

##### （一）船员的职责

我国《船员条例》分别规定了船员和船长的职责。在船员的职责方面,《船员条例》第 20 条规定船员在工作期间应符合下列要求:（1）携带本条例规定的有效证件;（2）掌握船舶的适航状况和航线的通航保障情况,以及有关航区气象、海况等必要的信息;（3）遵守船舶的管理制度和值班规定,按照水上交通安全和防治船舶污染的操作规则操纵、控制和管理船舶,如实填定有关船舶法定文书,不得隐匿、篡改或者销毁有关船舶法定证书、文书;（4）参加船舶应急训练、演习,按照船舶应急部署的要求,落实各项应急预防措施;（5）遵守船舶报告制度,发现或者发生险情、事故、保安等事件或影响航行安全的情况,应当及时报告;（6）在不严重危及自身安全的情况下,尽力救助遇险人员;（7）不得利用船舶私载旅客、货物,不得携带违禁物品等。

##### （二）船员的权利

我国《海商法》并没有对船员的权利进行具体的规定,仅规定相关问题适用有关法律、行政法规的规定。我国《船员条例》涉及了船员的工资、工作时间、休假、职业保障、遣返等方面船员的权利。

### 第二节 船长

#### 一、船长的概念

依《船员条例》第 4 条第 2 款的规定,本条例所称船长是指依照本条例的规定取得船长任职资格,负责管理和指挥船舶的人员。又依第 12 条规定,中国籍船舶的船长应当由中国籍船员担任;

确需外国籍船员担任的，应当报国家海事管理机构批准。

**二、船长的职能：**船长指挥驾驶和管理船舶的职能、负责全船生命及财产安全的责任。

**三、船长的准司法权**

船舶是一个相对封闭的小社会，法律赋予船长一定的准司法权。这种权利表现在在民事方面和刑事方面。

**四、船长的代理权**

在航行途中及没有船舶所有人的港口，船长得作为船方和货方的代理，处理船舶及货物在航行途中发生的有关事宜。

**五、船长与引航员的关系：**船长管理船舶和驾驶船舶的责任，不因引航员引领船舶而解除。对于因引航员的过失造成的海损事故的责任问题，国际上的惯例是引航员不负经济责任，但应承担行政及刑事责任。由于在引航过程中，并不解除被引船船长驾驶船舶的责任，因此，引航员的过失引起的海损事故的责任，依"替代责任"原则,应由替代船长负责的船舶所有人负责。

思考题：

- 1,各国法律对船员的观念有几种不同的理解?
- 2,外国人是否能参加中国的船员考试,并在中国籍船上任职?
- 3,船长的主要职责是什么?
- 4,船长和引航员的关系如何?
- 5,因引航员的过失造成的海损事故应由谁来承担责任?为什么?

## 第四章 海上货物运输合同

**教学目的与要求：**本章是全书的重点内容,教学目的是使学生了解海上货物运输合同的基本内容、货物运输合同的种类和合同的订立、合同双方当事人的权利和义务。理解作为班轮运输合同书面证明的提单的法律性质,提单的种类及在跟单信用证机制中的作用,有关提单的三个国际公约的规定。此外,航次租船合同的基本内容,特别是与装卸期间有关的问题,及多式联运中多式联运经营人与实际承运人的责任也是本章要求掌握的内容。除了理解有关的理论问题外,学生应当学会分析有关的案例,并作出正确的判断。

### 第一节 海上货物运输合同概述

**一、海上货物运输合同的概念：**海上货物运输合同指由承运人收取运费,负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同(海商法第 41 条)。

**二、种类：**海上运输合同主要分为班轮运输合同、航次租船合同和多式联运合同。

**三、海上货物运输合同的订立：**班轮运输合同可以采用书面形式,也可以采用口头形式,而航次租船合同则应采用书面形式。

**四、海上货物运输合同双方当事人的责任**

(一)承运人的责任

1.承运人的责任期间:依海商法第 46 条的规定,对于非集装箱装运的货物,承运人的责任期间为从货物装上船时起至卸下船时止,货物处于承运人掌管之下的全部期间。对于集装箱货物,承运人的责任期间从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止,货物处于承运人掌管之下的全部期间。

2.承运人的基本责任:海商法第 47 条、第 48 条和第 49 条规定了承运人的基本责任:(1)承运人的适航责任;(2)承运人的管货责任;(3)不得绕航的责任。

3.承运人迟延交货的责任:依海商法第 50 条的规定,货物未能在明确约定的时间内,在约定的卸货港交付的为迟延交付。承运人除可以免责的情形外应对因迟延交货引起的损失负赔偿责任。其赔偿责任以运费为限。

4.承运人的责任限额:依海商法第 56 条的规定,承运人对货物的灭失或损坏的赔偿限额,依货物件数或者其他货运单位数计算,每件或其他货运单位为 666.67 计算单位,或按货物毛重计算,每公斤为 2 计算单位,以二者中赔偿限额较高的为准。

5.承运人的免责:海商法第 51 条是关于承运人一般免责事项的规定,依该条规定,在责任期间货物发生的灭失或损坏是由于下列原因之一造成的,承运人不负赔偿责任:(1)船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失;(2)火灾,但是由于承运人本人的过失所造成的除外;(3)天灾,海上或者其他可航水域的危险或者意外事故;(4)战争或者武装冲突;(5)政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押;(6)罢工、停工或者劳动受到限制;(7)在海上救助或者企图救助人命或者财产;(8)托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为;(9)货物的自然特性或者固有缺陷;(10)货物包装不良或者标志欠缺、不清;(11)经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷;(12)非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

海商法第 52 条和条 53 条规定的是承运人的特殊免责事项:对于活动物,承运人对因运输活动物的固有的特殊风险造成活动物灭失或者损害不负赔偿责任。但是承运人应当证明业已履行托运人关于运输活动物的特别要求,并证明根据实际情况,灭失或者损害是由于此种固有的特殊风险造成的。对于舱面货,承运人只有在依与托运人达成的协议,或者依航运惯例,或依有关法律才可以舱

面装货，并对由于此种装载的特殊风险造成的货物灭失或者损坏，不负赔偿责任。

6,实际承运人:海商法第 60 条和第 63 条规定了承运人与实际承运人的关系,即在订约承运人将运输的全部或部分委托给实际承运人时,订约承运人仍应对运输的全程负责,如承运人和实际承运人均有责任的,二者我连带责任。

#### (二) 托运人的责任

- 1, 托运人应保证其提供的货物资料的正确性。
- 2, 托运人应及时办理货物运输所需的各种手续。
- 3, 托运人有将危险品的名称、性质及应采取的措施正确地通知承运人的义务。
- 4, 托运人应依约定向承运人支付运费及其他费用。

**五、货物的交付:**货损索赔通知、货物的检验、迟延提取货物、对货物的留置权。

**六、海上运输合同的解除:** 在开航前由于托运人的原因而解除; 在开航前由于不可抗力而解除; 在开航后的解除。

## 第二节 提单运输

**一、提单运输的概念:** 提单运输指托运人与承运人签订的由承运人将托运人的件杂货从约定的装货港运至目的港，并由托运人支付运费的运输合同(海商法第 71 条)。

### 二、提单的法律特征

- (一) 提单是海上运输合同的证明
- (二) 提单是承运人出具的接收货物的收据
- (三) 提单是承运人凭以交付货物的物权凭证。

- 1, 关于提单是否为特权凭证的争议。
2. 无正本提单交付货物问题。

最高人民法院于 2009 年通过了《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》

**三、提单的签发:** 当承运人或实际承运人接管货物时，应托运人的要求，承运人应当签发提单。

**四、提单的种类:** 已装船提单、备运提单、记名提单、不记名提单、指示提单、清洁提单不清洁提单、租船合同项下的提单、倒签提单、预借提单、提货单。

### 五、提单的内容:

(一) 提单的记载事项: 托运人、收货人、通知方、船舶名称、装货港、卸货港与最后卸货港、运费和其他费用、提单签发的份数、货物的标志和件号、货物的毛重和体积等。

(二) 提单正面条款: 装运条款、未知条款和接受条款。

(三) 提单背面条款: 管辖权条款、法律适用条款、承运人责任条款、承运人责任期间条款、承运人赔偿责任限额条款、特殊货物条款、共同海损和新杰森条款、双方有责碰撞条款、留置权条款、战争条款、检疫条款、冰冻条款、罢工条款等。

## 第三节 调整班轮运输的国际公约

**一、《海牙规则》:** 承运人最低限度的义务、承运人的责任期间、承运人的免责、承运人的赔偿责任限额、运输合同无效条款、托运人的义务和责任、索赔通知与诉讼时效、公约的适用范围。

**二、《维斯比规定》:** 明确规定提单对于善意受让人是终证据、承运人的责任限额、承运人的雇用人或代理人的责任限额、诉讼时效、公约的适用范围。

**三、《汉堡规则》:** 承运人的责任基础、承运人的免责事项、承运人的延迟交货的责任、承运人

的责任期间、承运人的责任限额、保函的效力、有关活动物及舱面货的规定、有关承运人与实际承运人关系的规定、索赔通知和诉讼时效、管辖权和仲裁、公约的适用范围。

四、《鹿特丹规则》：公约的适用范围、承运人的义务、承运人的责任、免责、其他区段的运输、托运人的义务和责任、运输单证和电子运输记录、货物交付、控制方的权利、索赔通知与诉讼时效

## 第四节 航次租船合同

一、**航次租船合同的概念**：航次租船合同指船舶出租人依合同约定的一个航次或几个航次为承租人运输货物，而由承租人支付约定运费的海上运输合同（海商法第 92 条）。

二、**航次租船合同格式**：金康合同、澳大利亚谷物租船合同。

三、**航次租船合同的主要条款**：关于船舶的条款、关于货物的类别、货物的数量的条款、出租人的责任条款、安全港口与安全泊位条款、装卸期限和滞期速遣条款、绕航条款、留置权条款、运费条款、仲裁条款、罢工、战争及冰封条款、争议解决条款。

四、**租船合同项下的提单**：简式提单、提单与租船合同的关系。

## 第五节 国际多式联运合同

一、**国际多式联运合同的概念**：国际多式联运合同指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式，其中一种是海上运输方式、负责将货物从接收地运至目的地交付收货人，并收取全程运费的合同（海商法第 102 条）。

二、**国际多式联运合同的当事人和关系人**：多式联运经营人、区段承运人或实际承运人，托运人、收货人。

三、**多式联运经营人的责任期间**：依海商法第 103 条的规定,多式联运人经营人对多式联运货物的责任期间为自接收货物时起至交付货物时止。

四、**多式联运经营人的责任**：我国海商法采用区段责任制与统一责任制的结合。

五、**联合国国际货物多式联运公约**：公约的适用范围、多式联运单据、多式联运经营人赔偿责任的基础、多式联运经营人的责任期间、多式联运经营人的赔偿责任限额、发货人的赔偿责任、索赔与诉讼时效、管辖与仲裁。

思考题：

- 1,试述提单的法律性质。
- 2,关于承运人的责任期间,我国海商法是如何规定的?
- 3,为什么说提单是运输合同的书面证明而不是运输合同本身?
- 4,提单是承运人已依提单所载状况收到货物或者货物已经装船的"初步证据",这里"初步证据"意味着什么?
- 5,银行为什么不接受备运提单和不清洁提单?
- 6,加注任何批注是不是都会使提单成为不清洁提单?
- 7,试论倒签提单和预借提单的责任属性。
- 8,如何区分有效保函和无效保函?
- 9,海运单是在什么条件下产生的?
- 10,如何区别"管理船舶的过失"和"管理货物的过失"?

11,什么叫相对适航责任?

12,试比较《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》在承运人的责任基础、责任期间、免责等方面的不同规定?

13,航次租船合同中的装卸期间应如何起算?

14,国际货物多式联运承运人的责任形式有哪几种?我国海商法对此是如何规定的?

15, 试述《鹿特丹规则》与《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》相比有何新发展?

## 第五章 海上旅客运输合同

**教学目的与要求：**本章的教学目的是使学生了解海上旅客运输合同的概念，海上旅客运输合同当事人的主要权利和义务，及 1974 年《海上旅客及其行李运输雅典公约》的内容。重点掌握旅客运输承运人的责任。

### 第一节 海上旅客运输合同的概述

**一、海上旅客运输合同的概念：**海上旅客运输合同指承运人以适合海上客运的船舶，负责将旅客及其行李从一国的港口运至另一国港口，而由旅客支付票款的合同（海商法第 107 条）。

**二、海上旅客运输合同的当事人：**承运人和旅客。

### 第二节 海上旅客运输承运人的责任和权利

**一、承运人的责任期间：**对于旅客运输的责任期间为自旅客登船起至旅客离船时止。对于旅客自带行李的责任期间与旅客的责任期间相同。对自带行李以外的其他行李的责任期间为自旅客将行李交付承运人或其受雇人或代理人时起至承运人或其受雇人或代理人交还旅客时止。

**二、承运人的基本责任及责任基础：**整个航程的适航责任、完全过失责任、推定过失责任。

**三、承运人责任的免除或减轻：**旅客本人有过失、旅客的故意造成的、旅客的贵重物品的灭失或损坏。

**四、承运人的责任限额：**依海商法第 117 条的规定,承运人每次海上旅客运输中的赔偿责任限额为:旅客人身伤亡,每名旅客不超过 46,666 计算单位。

**五、承运人收取票款及行李费的权利**

**六、承运人与实际承运人的关系：**承运人将旅客运输委托实际承运人履行的，承运人应当对全程负责。承运人与实际承运人均有责任的，两者应当负连带责任。

**七、索赔通知。**

### 第三节 有关海上旅客运输的国际公约

**一、1974 年《海上旅客及其行李运输雅典公约》：**公约的适用范围、承运人的责任、承运人的责任期间、承运人责任限制权利的丧失、承运人的免责、诉讼时效和管辖权。

**二、对《雅典公约》的修改**

**（一）承运人的责任基础：**第一层严格责任、第二层为过失责任、承运人的责任限额、强制保险与财务保证、直接诉讼。

**思考题：**

1,海上旅客运输承运人的基本责任及责任基础是什么？

2,我国在国际旅客运输与沿海旅客运输承运人的赔偿责任限额上有什么不同规定？

3,《修订 1974 年海上旅客及其行李运输雅典公约的 1990 年议定书》对《雅典公约》进行了哪些修改？

## 第六章 船舶租用合同

**教学目的与要求：**本章的教学目的是使学生明确定期租船合同与航次租船合同的区别，了解定期租船合同格式及定期租合同的主要条款，重点掌握航区条款、停租条款、合法货物条款、租船人提示条款等内容。在光船租赁方面要求掌握光船租赁合同的性质及光船租赁合同的主要条款。

### 第一节 定期租船合同

一、定期租船合同的概念：定期租船合同是指船舶出租人向租船人提供船舶，在约定的期限内由租船人按约定用途使用，并支付租金的合同（海商法第 129 条）。

二、定期租船合同格式：纽约土产格式、中租 1980 等。

三、定期租船合同的主要条款：约定的船舶事项、交船和还船、租金的支付、停租条款、航区条款、合法货物条款、留置权条款、最后航次条款。

### 第二节 光船租赁合同

一、光船租赁合同概念：光船租赁合同指由船舶所有人提供不配备船员的光船，由租船人雇用船员，在约定期限内占有、使用船舶，并支付约定租金的租船合同（海商法第 144 条）。

二、光船租赁合同的性质：光船租赁合同具有财产租赁合同的性质。

三、光船租赁合同的内容：交船、检验和检查、保养、船舶的使用、租金、保险、无船舶留置的保证、还船。

思考题：

- 1.定期租船合同与航次租船合同的不同之处有哪些？
- 2.在定期租船合同下,船长可以不听从租船人发出的什么样的指示？
- 3.船舶出租人在什么情况下的撤船是无效的？
- 4.定期租船中租船人在租金的支付上应当注意哪些问题才不至引起对方撤船？
- 5.定期租船中的租船人在什么情况下可以停租？
- 6.定期租船合同中的航区条款一般排除哪些地区？
- 7.如何确定定期租船下的租船人在还船时船舶是否处于良好状态？
- 8.光船租赁合同有哪些特点？
- 9.国际上有关光船租船的情况下是否能转换船旗的问题有哪几种做法？
- 10.光船租赁合同与定期租船合同有哪些不同点？

## 第七章 海上拖航合同

### 教学目的与要求：

本章的教学目的是使学生了解海上拖航的概念，海上拖航合同格式及海上拖航合同的内容。重点掌握在海上拖航过程中拖轮与被拖物之间的合同内责任的承担，以及合同外责任的承担。

### 第一节 海上拖航合同的概念

一、**海上拖航合同的概念：**海上拖航合同指规定拖方用自己的拖船将被拖物经海路从某一地点拖至另一地点，而由被拖方支付拖航的合同（海商法第 155 条）。

二、**海上拖航合同格式：**日租型拖航合同、承包型拖航合同。

三、**海上拖航合同的解除：**在起拖前解除、在起拖后解除。

### 第二节 海上拖航合同的内容

一、**拖航装备和准备完毕的通知**

二、**适航性：**被拖物的适航性和拖轮的适航性

三、**拖航费和租金：**承包型拖航合同为拖航费的支付、日租型拖航合同为租金的支付。

四、**延滞费：**起拖的延误和目的港的延误均可能导致延滞费的支付。

五、**拖航作业和航线：**拖航一般由承拖方指挥。在航线上，如未经指定，则按习惯航线。

六、**救助不索取报酬**

七、**随船船员：**应由被拖方对随船船员进行安排并承担其费用。

八、**费用：**承包型拖航合同有关费用的规定、日租型拖航合同有关费用的规定。

九、**安全港口：**指定安全港口是被拖方的义务，因指定的港口不安全而受到的损害由被拖方承担。

十、**双方的责任：**拖轮与被拖物之间的合同内责任承担、合同外的责任承担。

十一、**承拖方的免责：**合同一般约定无过失免责和航行过失免责。

十二、**留置权：**如果被拖方未依合同约定支付拖航费以及其他合同费用，承拖方对被拖物留置权。

思考题：

1.海上拖航合同有几种形式？

2.如何确定拖航合同中拖轮与被拖物之间的合同内责任承担？

3.如何确定拖航作业中合同外的责任承担？

## 第八章 船舶碰撞

### 教学目的与要求:

本章的教学目的是使学生明确船舶碰撞的概念和构成船舶碰撞的要件,了解《里斯本规则》对船舶碰撞概念的新发展,从而把握有关船舶碰撞立法发展的脉搏。本章重点掌握船舶碰撞责任承担的原则。

### 第一节 船舶碰撞的概念

一、**船舶碰撞的概念**: 船舶碰撞指在海上或与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故(海商法第 165 条)。

二、**构成传统的船舶碰撞的要件**: 必须有船舶的接触,必须造成损害、碰撞必须发生在船舶之间。

三、**船舶碰撞概念的新发展**: 扩大了船舶碰撞的范围,限定了船舶碰撞的要观要件,扩大了船舶碰撞的范畴。

四、**我国海商法规定的船舶碰撞的构成要件**: 船舶必须符合我国海商法的要求,船舶碰撞必须发生在船舶之间,船舶之间必须有接触,必须有损害后果。

### 第二节 船舶碰撞的损害赔偿

#### 一、船舶碰撞的分类及损害赔偿的责任原则

(一)无过失的船舶碰撞: 包括不可抗力引起的碰撞和原因不明的碰撞,其损害由受害方自行承担。(海商法第 167 条)

(二)过失碰撞: 又可分为单方过失造成的碰撞和互有过失的碰撞,单方过失碰撞的责任由过失方承担(海商法第 168 条)。互有过失的碰撞又分为两种情况,在双方过失比例清楚的情况下,依过失比例承担碰撞责任,当双方比例不清的情况下,各承担 50%(海商法第 169 条)。

(三)特殊作业中的过失碰撞责任

- 1.因引航员的过失造成船舶碰撞,通常由船舶所有人承担责任。
- 2.拖航作业中的过失,造成第三人人身伤亡或者财产损失的,承拖方和被拖方对第三人负连带赔偿责任(海商法第 163 条)。
- 3.救助方在救助作业中的过失造成船舶碰撞,救助方承担责任。

#### 二、船舶碰撞损害赔偿的基本原则

1. 恢复原状原则。
- 2.直接损失赔偿原则。
- 3.受害方应尽力减少损失的原则。

#### 三、船舶碰撞损害赔偿责任的构成要件

(一) 主观要件:在船舶碰撞中,当事人有过失才承担赔偿责任。

(二) 客观要件: 碰撞以及损害事实的存在是构成船舶碰撞损害赔偿责任的客观要件。

(三) 过失和损害事实之间的因果关系：碰撞损害事实是过失行为的必然结果才有赔偿责任的问题。

#### 四、损害赔偿的范围

(一) 船舶的损害赔偿:全损赔偿和部分损害赔偿。

(二) 船上财产的损失：包括船上财产的灭失或者部分损坏引起的贬值损失；合理的修复或者处理费用；合理的财产救助、打捞和清除费用；共同海损分摊及其他合理费用。

(三) 运费、营业收入以及捕捞利益等间接损失

(四) 利息损失

(五) 人身伤亡的损害赔偿

#### 五、损害赔偿的计算方法

#### 六、船舶碰撞诉讼特别程序

(一) 填写《海事事故调查表》

(二) 举证

(三) 船舶检验与估价

(四) 案件审限

### 第三节 有关船舶碰撞的国际公约

一、《1910 年统一船舶碰撞若干法律规定的国际公约》：公约的适用范围；船舶碰撞的责任原则；诉讼时效；碰撞的救助责任。

二、1952 年《统一船舶碰撞民事管辖权方面若干规定的国际公约》：对于船舶碰撞案件的管辖权,公约采用平行管辖原则；公约确定了原告对法院的选择权；公约承认协议管辖和协议仲裁的效力；公约对同一碰撞案件提出的反诉规定了合并管辖；公约适用于间接碰撞引起的管辖；公约的规定不适用于军事船舶或国家所有或为国家使用的船舶。

三、《1972 年国际海上避碰规则》：驾驶和航行规则；号灯和号型。

思考题：

1. 什么是船舶碰撞？其构成应满足哪些条件？
2. 船舶碰撞的概念有什么新发展？
3. 如何区分直接碰撞与间接碰撞？
4. 什么是船舶碰撞赔偿责任？
5. 单方过失船舶碰撞的赔偿责任如何承担？
6. 双方过失碰撞责任的赔偿责任如何承担？
7. 如何确认船舶碰撞赔偿责任的范围？
8. 我国海商法在船舶碰撞损害赔偿上采用了哪些责任原则？
9. 如何计算船舶碰撞损害赔偿？
10. 关于船舶国际公约有哪些？其主要内容是什么？

## 第九章 海难救助

**教学目的与要求：**本章的教学目的是使学生了解海难救助的种类,特别是要掌握"无效果,无报酬"的海难救助及其构成要件,从而能够判断是否存在救助报酬的请求权。学生还应了解确定救助报酬应考虑的因素以及救助报酬的分配。

### 第一节 海难救助概述

**一、海难救助的概念：**海难救助指在海上或与海相通的可航水域,对遇险的船舶和其他财产进行援救的行为(海商法第171条)。

**二、海难救助的种类：**对人的救助和对物的救助;纯救助、合同救助和义务救助;救助和捞救。

**三、海难救助的法律性质：**无因管理说;不当得利说;准契约说;特殊行为说。

### 第二节 海难救助成立的要件

**一、被救助的标的须为法律认可的救助标的**

(一) 船舶:救助一方应为第3条所称的船舶,而另一方可以是符合第3条的船舶,也可以是与其发生救助关系的任何其他非军用的或政府公务的船艇,包括20吨以下的船艇。

(二) 其他财产:指非永久地和非有意地依附于岸线的任何财产,包括有风险的运费。

(三) 环境污损:环境污损为间接标的。

**二、存在海上危险：**海上危险在地理位置上应发生在海上或与海相通的可航水域;海上危险从危险的程度上应为船员无法自救的危险;只要在船舶、货物、船舶附属品等一方面面临危险就可以确定危险的存在。

**三、救助必须是自愿的行为：**救助方的自愿和被救方的自愿。下列缺乏自愿要件的救助,多数不能请求救助报酬:

(一) 依合同进行的救助:船员雇佣合同、引航员对船舶的救助、拖船对被拖船的救助、姊妹船之间的救助、旅客对船舶的救助。

(二) 依法律进行的救助:公务人员的救助、人命的救助

**四、救助要有效果：**海难救助法律关系的成立要求救助行为与救助效果之间要有因果关系,但不一定是直接的因果关系,如果第一个救助行为使后来的救助成功或间接地导致救助的最后成功,仍可以认为救助有效果。

### 第三节 海难救助合同

一、"无效果,无报酬"救助合同的特点:风险性质的双务合同;常常由代理人签订;并非是一种当事人完全意思自治的合同。

二、"无效果,无报酬"救助合同的订立

三、"无效果,无报酬"救助合同格式及内容

(一) 1972年劳氏救助合同标准格式的内容:船长的权利、救助报酬、救助费担保。

(二) 1980年劳氏救助合同标准格式的内容:"安全网"条款、获救财产的送达地点、救助报酬的

担保、准许救助人申请临时裁决书、保证支付的执行。

(三) 1990 年对劳氏格式合同的修改:在结构上更加合理、在内容上增加了有关保证金及利息的规定。

(四) 1995 年对劳氏格式合同的修改:加入了特殊补偿条款、扩大了救助人留置权行使的范围。

(五) 中国贸促会救助合同格式:船长的代表权、救助报酬、保证金、仲裁。

## 第四节 救助报酬的确定及分配

一、确定救助报酬应考虑的因素（海商法第 180 条）；

二、特殊补偿（海商法第 182 条）；

三、救助报酬的分配（海商法第 183 和第 184 条）；

四、担保的提供（海商法第 188 条）和救助款项的先行支付（海商法第 189 条）。

## 第五节 有关海难救助的国际公约

一、1910 年《救助公约》: 公约的适用范围、“无效果，无报酬”原则、救助报酬的请求权、救助报酬的确定、对协议的修改、确定救助报酬金额的因素、诉讼时效。

二、1989 年《国际救助公约》: 公约适用范围的扩大、救助标的范围的扩大、对于油轮的救助、明确了船长在签订救助合同上的代理权、规定了被救助财产所有人提供担保的义务、规定了被救助财产所有人先行给付的义务。

思考题:

- 1.你认为纯海难救助的性质是什么?
- 2.海难救助有几种形式?
- 3.是否救助任何标的均可取得救助报酬?
- 4.在海上救助人命是否能获得救助报酬?对于该问题有什么新发展?
- 5.船员对本船的救助是否能取得救助报酬?为什么?
- 6.海难救助的构成要件是什么?
- 7.在确定救助报酬时应考虑哪些因素?
- 8.“无效果，无报酬”的救助与雇佣救助的主要区别是什么?
- 9.1989 年《国际救助公约》的在什么背景下产生的?
- 10.1989 年《国际救助公约》在海上救助的规定上有哪些新发展?

## 第十章 共同海损

**教学目的与要求：**通过本章学习,使学生懂得共同海损的概念和构成要件,重点掌握共同海损与单独海损的区别,并能达到在实际案例中的灵活运用。了解共同海损的牺牲和费用及共同海损的理算,并对共同海损与过失的关系有一定的了解。

### 第一节 共同海损制度的概念及构成要件

一、**共同海损的概念：**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而直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用(海商法第 193 条)。

二、**共同海损与单独海损的区别：**在危险涉及的当事方上、在主观上、在后果上。

三、**共同海损成立须具备下列要件：**海上危险是共同的、真实的;共同海损的措施应是有意的、合理的和有效的;共同海损的损失应该是特殊的、直接的;共同海损的措施必须有效果。

### 第二节 共同海损的牺牲和费用

一、**共同海损的牺牲主要包括：**船舶的牺牲、货物的牺牲和运费的牺牲三项。

二、**共同海损的费用有：**救助费、避难港费用、代替费用、修理费用、垫款手续费和共同海损利息。

### 第三节 共同海损的理算

一、**共同海损理算的概念：**共同海损的理算是由提单或租船合同中指定或委托的海损理算人,对与海损有关的各种文件进行必要的审核,确定共同海损损失金额,计算共同海损分摊价值,编制共同海损理算书的工作。共同海损理算需要的文件。共同海损的分摊。

二、**共同海损损失金额的确定**

(一)**船舶共同海损牺牲的金额：**按实际支付的修理费减除合理的以新换旧的扣减计算。

(二)**货物共同海损牺牲的金额：**货物灭失的,依货物在装船时的价值加保险费加运费,减除由于牺牲无需支付的运费计算。

(三)**运费共同海损牺牲的金额：**依货物遭受牺牲的运费的损失金额,减除为取得该笔运费本应支付但是由于牺牲无需支付的营运费用计算。

三、**共同海损分摊价值的确定：**因共同海损措施而获救或受益的船舶、货物或其他财产的价值为共同海损的分摊价值。

四、**共同海损分摊金额的确定：**共同海损分摊金额指由于共同海损措施而受益的船舶、货物和运费应予分摊的共同海损的金额。

### 第四节 共同海损理算规则

一、**《约克—安特卫普规则》：**字母规则与数字规则在适用上的先后顺序,数字规则规定的是可列入共同海损的具体事项,字母规则规定的是原则,只适用于数字规则未规定的事项。

该规则在性质上属于国际惯例，只有在当事人选择适用的情况下，才能在当事人之间产生法律约束力。

**二、1974年《约克—安特卫普规则》规则六的修改：**一方面将《国际救助公约》第14条所指的“特别补偿”排除在共同海损之外，另一方面《国际救助公约》第13条第1款所指的为减轻环境损害所发挥的技能和努力所确立的救助报酬应列入共同海损。

**三、1994年《约克—安特卫普规则》：**增设了首要规则，强调牺牲和费用的合理性；增加了有关拖轮与拖带的规则；增加了有关共同海损与环境损害的规定；增加了共同海损举证期限的规定；将不或分离协议引入规则G。

**四、《北京理算规则》：**共同海损的范围、共同海损的理算原则、共同海损损失金额的计算、利息和手续费、共同海损担保、共同海损的期限、共同海损理算的简化。

## 第五节 共同海损与过失的关系

**一、承运人可免责的过失所致的共同海损：**因航行过失引起的共同海损，由于承运人对航行过失可以免责，因此，其他受益方应当参加分摊因此而引起的共同海损。

**二、承运人不可免责的过失所致的共同海损：**由于承运人不可免责的过失导致的共同海损，其他各受益方无须分摊共同海损的牺牲和费用。

**三、可能是由于航程中某一方过失所致的共同海损：**当没有确定引起共同海损特殊牺牲、特殊费用的事故是否由航程中一方的过失以及是由可免责过失还是不可免责的过失所引起的时候，依共同海损理算与分摊分开进行的原则处理。

思考题：

- 1.共同海损的成立应具备哪些要件？
- 2.共同海损与单独海损的不同点有哪些？
- 3.《约克—安特卫普规则》中字母规则与数字规则的关系是怎样的？
- 4.共同海损与过失的关系如何？

## 第十一章 海事赔偿责任限制

### 教学目的与要求:

通过本章的学习,使学生了解海事赔偿责任限制演变,从而明确责任限制制度在主体上的变化。重点掌握责任限制的主体、限制性债权与非限制性债权的具体内容、以及责任限制基金的设立。对于有关海事赔偿责任限制的 1957 年公约和 1976 年公约的内容也应有所了解。

### 第一节 海事赔偿责任限制概述

**一、海事赔偿责任限制概念:** 海事赔偿责任限制指当船舶在因航行事故或船长、船员的行为产生海事赔偿请求时,船舶所有人等限制主体在自身无过错、或不知情、或未参与的情况下,将其承担的损害赔偿赔偿责任限制在法律规定的限度之内的制度。

**二、海事赔偿责任限制制度的种类:** 执行制、委付制、船价制、金额制、并用制、选择制。

**三、海事赔偿责任限制与单位责任限制的区别:** 主要体现在责任限制的主体、可以限制责任的赔偿请求的性质和种类、责任限额以及责任限制的程序不同。

### 第二节 海事赔偿责任限制制度的内容

**一、海事赔偿责任限制的主体:** 船舶所有人、救助人;船舶所有人、救助人的受雇人或代理人;以及责任保险人。(海商法第 204 和第 206 条)。

**二、海事赔偿责任限制的条件:** 责任人在主观上应当没有故意或过失(海商法第 209 条)。

**三、限制性债权:** 限制性债权指责任主体依海事赔偿责任限制法律的规定可以限制其赔偿责任的海事赔偿请求权(海商法第 207 条)。

**四、非限制性债权:** 非限制性债权指责任人依海事赔偿责任限制的法律规定不能限制其赔偿责任的债权(海商法第 208 条)。

**五、海事赔偿责任限额:** 人身伤亡的赔偿责任限额;非人身伤亡的赔偿责任限额;当人身伤亡赔偿请求与非人身伤亡赔偿请求同时发生时责任限额的确定;救助人的赔偿责任限额。

**六、海事赔偿责任相互索赔的冲抵:** 先冲抵、后限制(海商法第 215 条)

### 第三节 海事赔偿责任限制基金的设立程序

- 一、申请
- 二、受理
- 三、公告与通知
- 四、基金的设立
- 五、利害关系人的异议
- 六、申请设立基金错误的后果
- 七、设立海事赔偿责任限制基金程序的终结

## 第四节 有关海事赔偿责任限制的国际公约

一、1924年《关于统一海上船舶所有人责任限制若干规则的国际公约》：采用船价制与金额制并用。该公约至今尚未生效。

### 二、1957年《船舶所有人责任限制公约》：

(一) 事故制度：即责任限制不以航次为标准，而以事故次数为标准，一次事故一个限额。

(二) 责任限额制度：公约采用单一的金额制。

(三) 适用的船舶：公约适用的船舶是海船，并允许缔约国对300公吨以下的小船作出保留。

(四) 责任限制主体：第一类为船舶所有人、承租人、管理人及经营人；第二类为船长、船员及其他受雇于第一类责任主体的人员。

(五) 责任限制的条件：如事故是由于第一类主体的实际过失或参与所引起的，则责任主体不得限制责任；如事故是由第二类主体的实际过失或参与引起的，责任主体仍可限制责任；当两类主体竞合时，只有导致损害发生的行为属于责任主体履行作为船长、船员的相应职责时所为，责任主体方可限制责任，否则，不能限制责任。

(四) 限制性债权

(五) 非限制性债权

(六) 责任限额及基金分配

### 三、1976年《海事索赔责任限制公约》

(一) 适用的船舶：公约适用于海船，不适用于气垫船以及用于勘探或开采海底自然资源或底土的浮动平台。对于内河船及300吨以下的船舶，缔约国可以国内法中另行规定。

(二) 责任限制主体：船舶所有人、承租人、船舶经营人、管理人、救助人、责任保险人。

(三) 责任限制的条件：当损害是责任人直接或间接故意的行为或不行为造成的时，责任人即丧失享受责任限制的权利。

(四) 限制性债权

(五) 非限制性债权

(七) 责任限额及基金分配：公约采用事故制度和金额制度，并按船舶吨位分级计算。

思考题：

1. 海商法中的损害赔偿与民法中的损害赔偿有什么不同？
2. 国际上有关海事索赔责任限制的制度有哪几种？
3. 我国海商法规定的责任限制主体有几类？责任主体是否在任何情况下均能限制责任？
4. 依我国海商法的规定，哪些债权可以成为限制性债权？
5. 海事赔偿责任限制与《海牙规则》中的单位责任限制有哪些不同？
6. 我国海商法在海事赔偿责任限制的责任限额上与1976年《海事索赔责任限制公约》有哪些不同的规定？
7. 为什么有关共同海损的债权不能成为限制性的债权？

## 第十二章 海上保险合同

**教学目的与要求：**本章为本书的重点章节，通过本章的学生，应使学生了解海上保险的种类，海上保险合同的基本原则，海上保险合同的内容，海上保险合同的订立、解除、转让和终止，海上保险的保险单、海上保险的险种、海上保险的索赔与理赔等基本内容。重点掌握海上保险合同的基本原则、海上保险合同的内容、各险种的内容等。在教学和学习中应着重理论与实践的结合，使学生基本能够学会对实际问题的把握，提高分析问题和解决实际问题的能力。

### 第一节 海上保险概述

- 一、海上保险的意义及沿革：共同海损说；船舶抵押贷款说。
- 二、海上保险的种类
  - （一）依保险标的分，海上保险可分为船舶保险、货物保险、运费保险、责任保险。
  - （二）依保险价值分，可将海上保险分为定值保险和不定值保险。
  - （三）依海上保险的期间分，可分为航程保险、定期保险、混合保险。
  - （四）依承保的方式分，可分为流动保险和预约保险。

### 第二节 海上保险合同订立的基本原则

- 一、最大诚信原则：重要情况的告知义务，在合同履行期间遵守保证的义务。
- 二、保险利益原则：合法利益、确定利益、经济利益。
- 三、损失补偿原则：及时赔偿、赔偿实际损失。
- 四、近因原则：近因是最主要的、实质性的、直接的原因。

### 第三节 海上保险合同

一、海上保险合同的定义和性质：海上保险合同是指保险人按照约定，对被保险人遭受保险事故造成保险标的的损失和产生的责任负责赔偿，而由被保险人支付保险费的合同（海商法第 216 条）。

二、海上保险合同的内容：保险人名称、被保险人名称、保险标的、保险价值、保险金额、保险责任和除外责任、保险期间、保险费等（海商法第 217 条）

三、海上保险合同的订立、解除和转让（海商法第 221 条至第 233 条）

四、海上保险合同双方当事人的权利和义务

- （一）被保险人的义务（海商法第 234 条至第 236 条）。
- （二）保险人的主要义务（海商法第 237 条至第 244 条）。

### 第四节 海洋货物运输保险

- 一、海洋货物运输保险的主要险别：平安险、水渍险、一切险。
- 二、海洋保险合同的附加险和特别附加险

(一)一般附加险：偷窃、提货不着险、淡水雨淋险、短量险、混杂、沾污险、渗漏险、碰损、破碎险、串味险、受潮受热险、钩损险、包装破裂险、锈损险。

(二)特别附加险：交货不到险、进口关税险、舱面险、拒收险、黄曲霉素险、港澳存仓火险

(三)特殊附加险：战争险、罢工险。

**三、海洋运输货物保险的除外责任**

**四、海洋货物运输保险的责任期间：**仓至仓条款、扩展责任条款、航程终止条款、驳运条款。

**五、英国伦敦保险协会货物保险条款：**伦敦保险协会货物保险(A)条款，伦敦保险协会货物保险(B)条款，伦敦保险协会货物保险(C)条款。

## 第五节 船舶保险

### 一、船舶保险

(一)全损险：承保由于下列原因造成被保险船舶的全部损失：自然灾害或意外事故；船壳和船舶机件的潜在缺陷；船长、船员、引水人员或修船人员的疏忽。

(二)一切险：一切险的责任范围除了全损险的各项责任外，还负责由于上述原因引起的部分损失，及由于同样原因引起的下列责任和费用：共同海损的牺牲、分摊；在发生碰撞事故时，被保险船舶应负的碰撞责任；救助费用；向第三方追偿的费用。

(三)航区保证：规定被保险船舶如果驶出保险单规定的航行区域，应当事先征得保险人的同意，保险人在必要时可以加收保险费。如被保险人破坏了该明示的保险，保险人可以不负赔偿责任。

(四)除外责任

(五)船舶保险的保险期限：定期保险的最长期限为一年，航次保险的保险期限以航次为准。

(六)退费

**二、船舶战争险：**船舶战争险的责任范围、除外责任、保险期限。

**三、船舶建造险：**船舶建造险的责任范围、承保航区、责任期间。

## 第六节 海上保险的赔付

一、海上保险标的的损失：全部损失和部分损失

二、委付

三、代位求偿权

四、海上保险的索赔和理赔

## 第七节 保赔保险

**一、船东互保协会：**船东互保协会与保险公司的不同、船东互保协会的组成。

**二、保赔保险所承保的风险：**人身伤亡的赔偿、1/4的碰撞责任、码头及其他固定或浮动建筑物的损坏赔偿、清除残骸的费用、油污赔偿费用以及罚款、共同海损的货物分摊额、为处理难民及偷渡者所支出的费用、海运承运人应承担责任的损失或费用、各种罚款、诉讼费用、检疫费用。

**三、除外责任。**

**四、保险费的规定与调整：**在费率上，没有固定的费率表，对每位会员商定不同的保险费率。在支付方式上，采用预付保费和固定保费两种方式。

**五、责任的终止：** 保赔协会是由船东们自愿参加的，因此会员船东可随时退出。

**复习与思考题：**

1. 海上保险有哪些种类？
2. 海上保险合同的转让有几种情况？
3. 海上保险合同可以在什么情况下终止？
4. 试述委付与代位求偿的区别？
5. 中国人民保险公司海洋运输货物保险的基本险有哪几种？
6. 投保了一切险后是否还需要投保淡水雨淋险？
7. 投保了一切险后是否还需要投保进口关税险？
8. 为了防止茶叶串味,同时又能节省开支,是否可以单独投保串味险？
9. 海洋运输货物出险后,在理赔时应准备哪些文件？
10. 中国人民保险公司承保的船舶保险的主要险别有哪些？
11. 互保协会与保险公司有什么不同？

## 第十三章 海事争议处理

**教学目的与要求：**本章的教学目的是使学生了解有关海事法院的管辖权、海事诉讼时效、海事案件的法律适用、海事仲裁、及判决或裁决的承认与执行的基本内容。特别要掌握 1999 年通过的《海事诉讼特别程序法》中有关管辖权、海事请求保全、海事强制令、海事证据保全和海事担保等方面的内容。通过学习使学生能够基本了解海事诉讼的基本程序，及与民诉的一些不同规定。

### 第一节 海事诉讼

海事诉讼是海事法院以及海事争议当事人，在审理海事案件过程中所进行的各种诉讼活动以及所产生的各种诉讼关系的总和。

#### 一、海事案件的专门管辖

二、海事诉讼的地域管辖：因海事侵权行为提起的诉讼、因海上运输合同纠纷提起的诉讼、因海船租用合同纠纷提起的诉讼、因海上保赔合同纠纷提起的诉讼、因海船的船员劳务合同纠纷提起的诉讼、因海事担保纠纷提起的诉讼、因海船的船舶所有权、占有权、使用权、优先权纠纷提起的诉讼、海难救助纠纷案件。

三、海事诉讼的专属管辖：根据《海诉法》，以下案件，由特定海事法院专属管辖：（1）因沿海港口作业纠纷提起的诉讼，由港口所在地海事法院专属管辖；（2）因船舶排放、泄漏、倾倒油类或者其他有害物质，海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼，由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖；（3）因在我国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼，由合同履行地海事法院管辖。

四、海事诉讼的协议管辖：依《海诉法》第 8 条的规定，海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或组织，当事人书面协议选择中国海事法院管辖的，即使与纠纷有实际联系的地点不在中国领域内，中国海事法院对该纠纷也具有管辖权。

### 第二节 海事请求保全

#### 一、海事请求保全的概念和特点

海事请求保全是指海事法院根据海事请求人的申请或者仲裁委员会的提交，为保全请求人的海事请求，对被请求人的财产所采取的民事强制措施。又被称为“海事财产保全”。

#### 二、船舶的扣押与拍卖

（一）可以申请扣船的海事请求

（二）可以扣押的船舶：根据《海诉法》的规定，可以扣押的船舶主要是两种：当事船和姐妹船。《海诉法》明确规定，从事军事和政府公务的船舶不得被扣押。

（三）申请的审查

（四）扣船的担保：海事请求人提供的担保、被请求人的担保。

（五）扣船的方式

（六）重复扣船与多次扣船：重复扣船指基于同一海事请求两次或多次扣押同一船舶，或者被申请人所有或者光租的其他船舶的行为。

（七）扣押管辖与实体管辖的关系

（八）拍卖被扣押的船舶

### 三、扣押船载货物

## 第三节 其他海事诉讼制度

### 一、海事强制令制度

“海事强制令”制度海事法院根据海事请求人的申请，为使其合法权益免受侵害，采取责令被申请人作为或者不作的强制措施。由于这种强制措施针对的对象不是特定的财产而是特定的行为，因此有人又将其称为“海事行为保全”制度。

### 二、海事证据保全制度

海事证据保全指人民法院根据海事请求人的申请，依法对有关海事请求的证据予以提取、保存或者封存的民事强制措施。

### 三、海事担保制度

- 1, 担保的适用范围。
- 2, 担保的方式。
- 3, 担保的数额。
- 4, 担保的执行与返还。

## 第四节 海事审判特殊程序

### 一、送达

### 二、审理船舶碰撞案件的特别规定

### 三、审理共同海损案件的特别规定

### 四、海上保险人行使代位请求赔偿权利的特别规定

### 五、几种特殊程序

- (一) 简易程序、督促程序、公示催告程序
- (二) 设立海事赔偿责任限制基金程序
- (三) 债权登记
- (四) 船舶优先权催告程序
- (五) 基金的分配

### 复习与思考题：

- 1, 《海事诉讼特别程序法》在确定海事法院的管辖上采用了哪些原则?其具体内容是什么?
- 2, 《海事诉讼特别程序法》规定的专属管辖与民诉中规定的专属管辖有什么不同?
- 3, 哪些请求可以扣押船舶?
- 4, 海事强制令有什么特点?
- 5, 海事担保与一般意义上的担保有什么不同点?
- 6, 船舶碰撞案件审理中的举证与一般民诉中的举证有什么不同?为什么?
- 7, 试比较我国海商法在海上货物运输的赔偿请求和追偿请求的时效上与《维斯比规则》和《汉堡规则》的有关规定有什么不同?
- 8, 哪些法定事由可以引起海事诉讼时效的中断?
- 9, 关于船舶碰撞的法律适用有哪几种主张?我国海商法是如何规定的?

# 《国际税法》教学大纲

兰兰 编写

## 目 录

第一章 国际税法概述.....	5
第一节 国际税法的含义与特征.....	5
一、国际税法的含义.....	5
二、国际税法的特征.....	5
第二节 国际税法的法律渊源与基本原则.....	5
一、法律渊源.....	5
二、基本原则.....	6
第三节 国际税法的产生与发展.....	6
一、国际税法的产生.....	6
二、国际税法的晚近发展.....	6
三、国际税法的发展前景.....	6
第四节 国际税法的宗旨、任务与意义.....	6
一、宗旨.....	6
二、任务.....	7
三、意义.....	7
复习与思考题: .....	7
拓展阅读书目: .....	7
第二章 所得税法律制度.....	8
第一节 所得税制度概况.....	8
一、关于所得的概念.....	8
二、关于所得税的概念.....	8
三、所得税制的类别.....	8
第二节 各国所得税制度的历史发展.....	9
一、幼年阶段.....	9
二、成熟阶段.....	9
三、大发展阶段.....	9
第三节 所得税制度的改革与前景.....	9
一、改革原因.....	9
二、改革方法.....	9
三、改革特点.....	10
四、改革前景.....	10
复习与思考题: .....	10
拓展阅读书目: .....	10
第三章 税收管辖权.....	11
第一节 税收管辖权概述.....	11
一、税收管辖权的概念.....	11
二、税收管辖权的两个理论原则.....	11
第二节 居民税收管辖权的确认.....	12
一、自然人居民身份的确认.....	12

二、法人居民身份确认.....	12
三、居民税收管辖权冲突的协调.....	12
第三节 收入来源地税收管辖权的行使.....	12
一、对非居民营业所得的征税.....	13
二、对非居民劳务所得的征税.....	14
三、对非居民投资所得的征税.....	14
四、对非居民财产所得的征税.....	14
第四节 跨国电子商务与税收管辖权.....	14
一、电子商务的概念与基本特征.....	14
二、跨国电子商务对税收管辖权的影响.....	14
三、国际社会应对电子商务挑战的主要策略.....	14
四、中国在电子商务环境下如何维护自己的税收管辖权.....	15
复习与思考题: .....	15
拓展阅读书目: .....	15
第四章 国际重复征税.....	16
第一节 国际重复征税的产生.....	16
一、国际重复征税的基本涵义.....	16
二、国际重复征税的成因.....	16
三、国际重复征税的类型.....	16
第二节 避免国际重复征税的意义、前提与方式.....	16
一、意义.....	16
二、前提.....	17
三、方式.....	17
第三节 消除或缓解国际重复征税的方法.....	17
一、运用冲突规范划分征税权.....	17
二、免税法.....	17
三、抵免法.....	17
四、扣除法和减税法.....	17
复习与思考题: .....	17
拓展阅读书目: .....	18
第五章 国际重叠征税.....	19
第一节 国际重叠征税概述.....	19
一、概念.....	19
二、消极影响.....	19
第二节 国内重叠征税的解决.....	19
一、对公司间重叠征税的解决措施.....	19
二、对公司间、公司与个人股东间重叠征税的解决措施.....	19
三、对公司与个人股东重叠征税的解决措施.....	20
第三节 国际重叠征税的解决.....	20
一、股息收入国所采取的措施.....	20
二、股息付出国所采取的措施.....	20
复习与思考题: .....	20
拓展阅读书目: .....	20

第六章 国际逃税与国际避税.....	21
第一节 概述.....	21
一、国际逃税与国际避税的含义与区别.....	21
二、中国税法的相关规定.....	21
第二节 国际逃税与避税的方式与危害.....	21
一、国际逃、避税产生的原因及其危害.....	21
二、跨国纳税人从事国际逃税的主要方式.....	21
三、跨国纳税人从事国际避税的主要方式.....	22
第三节 国内法防止国际逃税与国际避税的措施.....	22
一、防止国际逃税与避税的一般国内法律措施.....	22
二、防止国际逃税和避税的特别国内法律措施.....	22
第四节 国际法防止国际逃税与避税的措施.....	22
一、运用国际法防止国际逃税的历史与现状.....	22
二、国际法防止国际逃避税的主要措施.....	22
复习与思考题: .....	22
拓展阅读书目: .....	22
第七章 涉外税收优惠.....	24
第一节 概述.....	24
一、税收优惠的含义.....	24
二、研究税收优惠的必要性.....	24
三、税收优惠的作用.....	24
第二节 发展中国家的涉外税收优惠.....	24
一、对外来投资实行税收优惠政策的原因.....	24
二、涉外税收优惠立法的特点.....	24
第三节 发达国家的对外税收优惠.....	24
一、实行对外税收优惠的原因.....	24
二、发达国家对外税收优惠概况.....	25
第四节 税收饶让抵免.....	25
一、税收饶让抵免出现的原因.....	25
二、税收饶让抵免的含义.....	25
三、税收饶让对国际投资者的利益.....	25
四、发达国家对税收饶让抵免的态度.....	25
五、中国对外双边税收协定中的饶让抵免条款.....	26
复习与思考题: .....	26
拓展阅读书目: .....	26
第八章 国际税收协定.....	27
第一节 概述.....	27
一、税收国际协调与合作的目的.....	27
二、税收国际协调与合作的类型.....	27
第二节 所得税的国际协调与合作.....	27
一、所得税国际协调与合作的历史发展和现状.....	27
二、国际税收协定的概念与结构.....	27
三、国际税收协定的主要内容.....	27

第三节	流转税的国际协调与合作 .....	28
一、	关税的国际协调与合作 .....	28
二、	增值税的国际协调与合作 .....	28
第四节	税收国际协调与合作的实施 .....	28
一、	国际税收协定和国内税法的关系 .....	28
二、	对利用第三国税约的防止 .....	28
第五节	中国的对外税收协调与合作 .....	29
一、	中国对外税收协定谈判的基本原则 .....	29
二、	中国对外双边税收协定的待遇 .....	29
	复习与思考题: .....	29
	拓展阅读书目: .....	29
第九章	中国涉外税收法律制度 .....	30
第一节	概述 .....	30
一、	涉外税法的概念 .....	30
二、	我国涉外税制的发展概况 .....	30
三、	我国现行的涉外税收法律体系 .....	30
第二节	企业所得税法 .....	30
一、	纳税义务人与征税对象 .....	30
二、	税率 .....	31
三、	应纳税所得额的计算 .....	31
四、	税收抵免和税收饶让 .....	31
五、	税收优惠 .....	32
六、	源泉扣除 .....	32
七、	特别纳税调整 .....	32
八、	征收管理 .....	33
第三节	中国个人所得税法 .....	34
一、	纳税义务人和征收对象 .....	34
二、	应纳税所得额的计算 .....	35
三、	税率 .....	35
四、	税收优惠 .....	35
五、	境外所得的税额扣除 .....	36
	复习与思考题: .....	36
	拓展阅读书目: .....	36

## 第一章 国际税法概述

本章教学目的和基本要求：要求学生通过本章的学习，对国际税收和国际税法的产生及其发展具有概括性的了解；重点掌握国际税收和国际税法的基本概念，把握国际税法的法律特征、法律渊源、基本原则等问题；明了学习国际税法的目的与意义。

学时分配：3 学时

### 第一节 国际税法的含义与特征

#### 一、国际税法的含义

国际税法是国际经济法的一个分支，它同国际经济法的其它各个分支一样，是一个崭新的法律部门。

国际税法是调整国际税收关系，即国家间税收分配关系，以及国家与跨国纳税人之间税收征收关系的各种法律规范的总称。

#### 二、国际税法的特征

国际税法是国际经济法的一个重要分支，它与国际公法、国际私法，以及国际经济法的其他分支相比较，其法律特征主要体现在以下几个方面：

##### （一）主体的特殊性

国际税法的主体有两个：一是国家，二是跨国纳税人（包括自然人与法人）。作为国际税法主体之一的国家，其特殊性在于具有双重属性：在跨国税收征收方面，国家只享有征税的权利，而不承担义务；在国家间税收权益分配方面，国家既享有权利，又承担义务。跨国纳税人在国际税法中作为主体，其特殊性表现于他在国际税收关系中只承担纳税的义务，而一般不享有权利。

##### （二）客体的跨国性

国际税法的客体是纳税人的跨国所得。只有存在跨国所得的情况下，才会产生国家与跨国纳税人的税收征收关系，从而，才会出现国家间的税收分配关系。因此，国际税收关系主要发生在所得税上。

##### （三）调整对象的广泛性

国际税法的调整对象既包括国家间的税收分配关系，又包括国家与跨国纳税人之间的税收征收关系。

##### （三）法律规范的多样性

国际税法与相邻法律部门相比，所包括的法律规范种类最多。它既包括国际法规范，又包括国内法规范；它既有实体法规范，又有冲突法规范。

### 第二节 国际税法的法律渊源与基本原则

#### 一、法律渊源

目前，国际税法的渊源主要有：

##### （一）国际税收条约或协定

- (二) 各国涉外税法
- (三) 国际惯例
- (四) 其它辅助性渊源

## 二、基本原则

国际税法的基本原则主要包括：

- (一) 税收管辖权独立原则
- (二) 税收公平原则、
- (三) 其它税收原则

## 第三节 国际税法的产生与发展

### 一、国际税法的产生

国际税法产生的历史条件有二：一是国际经济交往的发展；二是所得税制度在各国的普遍建立。与此相联，国际税法的产生、发展大致经历了以下几个阶段：

(一) 19 世纪末以前，由于国际税法产生的历史条件不成熟，国际税法尚未作为一个独立的法律部门产生；

(二) 19 世纪末至第二次世界大战前，是国际税法的萌芽和初创阶段；

(三) 二战后至 20 世纪 80 年代末，是国际税法形成与发展的阶段；

两个《范本》（即《经合组织范本》与《联合国范本》）的诞生，标志着现代国际税收协调的成熟与规范。

### 二、国际税法的晚近发展

20 世纪 90 年代以来，整个国际局势又有了新的变化。冷战结束，社会主义阵营解体；WTO 的建立，国际贸易、金融和投资自由化政策的广泛推行；欧盟成立和欧元的启动；以及计算机互联网络技术在商业上的应用……这一系列因素导致了全球经济一体化的趋势明显加强。在经济全球化发展的驱使下，国际税法的发展呈现出以下新特点：

- (一) 各国进一步加强对国际交易活动的税收征管；
- (二) 国际税收的协调与合作有了更大规模和更高层次的发展；
- (三) 国际组织展开对税收协定范本及其注释的经常性修订工作；
- (四) 国际组织在国际税收协调方面的努力与推进。

### 三、国际税法的发展前景

至于 21 世纪的国际税法，必将日益走向深入与完善，国际税收公约的诞生是国际税收领域由来已久的梦想，而单一税收管辖权的实施，则有可能是国际税法的终极理想。

## 第四节 国际税法的宗旨、任务与意义

### 一、宗旨

国际税法的目的，就在于建立一个公平合理的国际税收关系，从而为国际经济合作与经贸往来创造良好的条件。

## 二、任务

- (一) 消除国际重复征税和国际重叠征税;
- (二) 防止国际逃税和国际避税;
- (三) 对外国人实行税收无差别待遇;
- (四) 用税收手段鼓励向发展中国家投资等。

## 三、意义

学习国际税法的意义主要体现在对外公平合理地协调国际税收关系,对内正确有效地维护国家税收权益。

### 复习与思考题:

1. 国际税法经历了怎样的历史演变过程?
2. 国际税法的调整范围包括哪些?
3. 国际税法中最重要的基本原则是什么?它是如何贯穿国际税法的全部内容的?

### 拓展阅读书目:

- 1.高尔森主编:《国际税法》(第二版),法律出版社1993年6月版;
- 2.刘剑文主编:《国际税法》(第二版),北京大学出版社2004年4月版;
- 3.刘剑文:《国际税法的两项基本原则》,载《法学杂志》1998年第5期;
- 4.刘永伟:《国际税法基本原则之探讨》,载《法制与社会发展》2002年第1期;
- 5.邱文华、蔡庆辉:《国际税收概念与国际税法概念新探》,载《北方经贸》1999年第5期;
- 6.朱炎生:《经济全球化与国际税法的发展趋势》,载《涉外税务》2001年第4期;
- 7.蔡连增:《论国际税法中的公平》,载陈安主编《国际经济法学刊》第12卷,2005年第1期。
- 8.翟继光:《新国际税法论论纲——兼论广义国际税法论的缺陷》,载《法商研究》2002年专号;
- 9.刘剑文、李刚:《国际税法特征之探析》,载《武汉大学学报》(哲社版)1999年第4期;
- 10.刘剑文:《西方税法基本原则及对我国的借鉴作用》,载《法学评论》1996年第3期。

## 第二章 所得税法律制度

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，要求学生掌握所得税及所得税制度的基本概念与基础知识，了解所得税制度的大致发展过程和各国所得税制度概况，为后面各章节的学习奠定基础。

学时分配：3 学时

### 第一节 所得税制度概况

#### 一、关于所得的概念

##### （一）与所得相关的几个概念

1. 一般所得：指纳税人的全部所得，包括征税所得与非征税所得。
2. 总所得：各种征税所得之和。
3. 应税所得：依税法之规定将可扣除的项目从总所得中扣除之后的数额。

所得税是以自然人或法人的所得为征税对象所征收的税，所得税的征税对象是应税所得，而非一般所得或总所得。

##### （二）应税所得具备以下特征：

1. 应税所得必须是有合法来源的所得；
2. 应税所得应当是纳税人的真实所得；
3. 应税所得一般应当是具有连续性的所得；
4. 应税所得应当是能以货币表现的所得。

#### 二、关于所得税的概念

##### （一）所得税的定义

所得税是以自然人和法人的纯收益为征税对象所征收的税种。

所得税是一个综合的名称，在所得税体系内包括各种所得税，如个人所得税、公司所得税或企业所得税、以及资本利得税等。

##### （二）所得税的特征

所得税和流转税相比，具有以下特征：

1. 所得税是一种直接税而非间接税，税负由纳税人本身承担；
2. 所得税是对人税而非对物税，以所得的取得者为实际纳税人；
3. 所得税易于实现税收公平，“所得多者多征，所得少者少征，无所得者不征”是其普遍原则；
4. 所得税便于实行源泉征税，保证税款按时足额入库；
5. 所得税能对劳动所得与非劳动所得实行区别对待，在税负上有所轻重。

#### 三、所得税制的类别

##### （一）一般所得税制分类

1. 综合所得税制，也称盎格鲁撒克逊税制，即对纳税人的所得，不管它包括多少种类，也不管其来自境内或境外，统统加在一起，按统一的税率和征收方式征税。

综合所得税制的优点是不用逐项划分、比较简单，便于实行累进税率，符合按能力纳税的原则。但其缺点是不能实行源泉征税，稽征较为困难。

2. 分类所得税制，也称大陆税制，即把纳税人的所得按其来源划分为若干类，分别按不同的税率与方式课征所得税。

分类所得税制的优点是可以实行源泉征税，易于控制税源，并可以按轻重缓急先后征税或对不同性质所得实行不同税率。但其缺点是不便于实行累进税率，不能按能力课税。

现代所得税制的发展方向是以综合所得税制为主，兼采分类所得税制的某些规定。

#### （二）公司所得税制分类

从“法人实存论”与“法人虚拟论”的不同学术观点出发，公司所得税制衍生出以下几种不同类型：

1. 传统制。
2. 双税率制。
3. 折算制。
4. 单一制。

## 第二节 各国所得税制度的历史发展

从 1799 年所得税诞生至 20 世纪 70 年代中期为止，所得税制度的发展历史大体上可以分为三个阶段：

### 一、幼年阶段

1799 年，所得税首创于英国。从这时起到第一次世界大战结束，实行所得税的国家并不多，并且大多出于战争等临时需要开征，税率较低、税负较轻。

### 二、成熟阶段

从一战到二战期间，许多国家建立了所得税制度，在一些国家开始从地方税向中央税过渡，在有些国家所得税开始成为主体税。但这一时期所得税还主要集中在资本主义各国。

### 三、大发展阶段

从二战到 70 年代中期，实行所得税的国家大增，各国税率也大幅提高，所得税在税收总额中所占比重进一步增长，个人所得税的纳税额所占比重超过公司所得税的纳税额。

## 第三节 所得税制度的改革与前景

70 年代中期以来，特别是 80 年代以后，许多国家纷纷对所得税进行改革，标志着所得税制度进入了一个新的发展阶段。

### 一、改革原因

- （一）国家财政的需要；
- （二）现行所得税制不利于国家经济的发展；
- （三）现行所得税制没有真正贯彻征税公平的原则；
- （四）现行所得税制过于繁琐。

### 二、改革方法

- （一）降低税率；

- (二) 扩大税基；
- (三) 取消或减少税收歧视。

### 三、改革特点

- (一) 改革的实质目的是为重振经济；
- (二) 强调税收中性，减少税收对市场决策的影响；
- (三) 改革并非减少国家的财政收入，实则改变税收结构、增加税收收入；
- (四) 增值税在国家税收收入中的比重增加，形成所得税与增值税并重的格局。

### 四、改革前景

主要涉及所得税是否仍然会成为主体税以及所得税的存废问题。

#### 复习与思考题：

1. 什么是应税所得？如何理解所得税这一重要概念？
2. 如何理解综合所得税制与分类所得税制的利弊？

#### 拓展阅读书目：

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 张勇著：《国际税法导论》，中国政法大学出版社 1989 年 4 月版；
3. 刘剑文主编：《国际所得税法研究》 中国政法大学出版社 2000 年 3 月版；
4. 王玮：《也谈非法所得的可税性》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
5. 张舒：《非法收入是否应该课税》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
6. 杨敏：《公司、国家与税法——对公司所得征收的合理性的多视角分析》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
7. 巩金麟：《累进所得税制的合理性及其社会价值——一种法律经济分析的视角》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
8. 廖孟诚：《个人所得税之税率比例原则》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>

## 第三章 税收管辖权

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习了解税收管辖权的主要内容，重点掌握居民税收管辖权的确认和来源地税收管辖权的正确行使，尤其是一国对非居民的营业所得、劳务所得以及投资所得的税收管辖原则，是国际税法中的核心内容，也是以后各章学习的基础。

学时分配：6 学时

### 第一节 税收管辖权概述

#### 一、税收管辖权的概念

税收管辖权是指一国政府对一定的人或对象征税的权力。

一国政府行使税收管辖权的依据源于国家主权。税收管辖权是国家主权在税收领域的体现，是国家主权的重要内容。依据传统国际法，主权国家是按照属人原则和属地原则行使其管辖权的，在税收领域，各国也是以纳税人或征税对象是否与自己的领土主权存在着某种属人性或属地性质的连结因素作为行使税收管辖权的依据的。

#### 二、税收管辖权的两个理论原则

##### （一）居住国原则

1、概念：居住国原则，也称“居住原则”或“居民税收管辖权原则”，它是指一国政府对于本国税法上的居民纳税人来自境内境外的全部财产和收入（即环球所得）实行征税的原则。

2、依据：居住国原则，源于国家主权的“属人原则”。在国际税收实践中，各国均以“税收居所”这一属人性质的连结因素来确定居民纳税人。税收居所，是指纳税人与征税国之间存在着以人身隶属关系为特征的法律事实。“税收居所”是税收管辖权中的重要概念，它不仅是国家行使其居民税收管辖权的依据，而且决定着纳税人所应承担的纳税义务的范围和程度。

3、纳税范围：基于纳税人在征税国境内存在税收居所这一法律事实，居住国政府可以要求该居民纳税人就其来源于境内和境外的各种收入，即世界范围内的所得承担纳税义务。这种根据税收居所联系对纳税人来自境内外的全部所得征税的原则，被称为“居民税收管辖权原则”或“居住国原则”。纳税人根据居住国原则而承担的纳税义务，因为不受国界的限制，所以被称为无限纳税义务或环球纳税义务。

##### （二）来源国原则

1、概念：来源国原则，也称“领土原则”或“来源地税收管辖权原则”，它是指一国政府针对非居民纳税人就其来源于该国境内的所得征税的原则。

2、依据：依国家主权的“属地原则”，来源国原则的实施，是通过认定纳税人的各种所得与征税国之间存在着某种经济上的源泉关系的地域连结因素来完成的。这种表示属地性质的地域连结因素，在国际税收实践中被称为“所得来源地”或“所得来源国”。

3、范围：在国际税法上，一国根据所得来源地这一连结因素对非居民纳税人征税的原则，称为“来源地税收管辖权原则”，或“来源国原则”。与非居民纳税人相比，纳税人依来源国原则而承担的纳税义务，因仅限来自来源国境内的所得，故被称为有限纳税义务。

居民税收管辖权和收入来源地税收管辖权，是国家税收管辖权的两种不同表现形式。目前，世界上大多数国家在所得税方面均同时实行这两种管辖权，只有少数国家仅依所得来源地行使税收管辖权。

## 第二节 居民税收管辖权的确认

纳税人居民身份的存在，是一国行使居民税收管辖权的前提条件。因此，对于纳税人居民身份的确认，是各国居民税收管辖权中的重要内容。确认纳税人的居民身份，就是要确定纳税人与征税国之间是否存在某种税收居所联系的法律事实。而各国在自然人和法人的居民身份确定方面又往往采用了各种不同的标准。

### 一、自然人居民身份的确认

目前，各国税法上确定自然人居民身份的标准主要有：

（一）住所标准：以自然人在征税国境内是否拥有住所这一法律事实决定其居民或非居民纳税人身份。

（二）居所标准：以自然人在征税国境内是否拥有某种经常居住的场所这一法律事实，确定其居民或非居民纳税人身份。

（三）居留时间标准：以一个人在征税国境内居留是否超过一定的期限，来确定其居民或非居民纳税人身份。

（四）国籍标准：凡是拥有本国国籍的公民，即为该国的居民纳税人；反之，则为非居民纳税人。

以国籍标准确定居民纳税人身份的做法，也被称为公民税收管辖权。但目前采用这一标准的国家已不多见，大多数国家往往以住所或居所标准为主，并结合居留时间来确定自然人的居民纳税人身份。

### 二、法人居民身份的确认

主要有三种标准被经常采用：

（一）法人注册成立地标准：法人的居民身份依法人在何国依法注册成立而定。

（二）法人实际管理和控制中心所在地标准：法人的居民身份依法人的实际管理和控制中心所在地而确定。

（三）法人总机构所在地标准：法人的居民身份依法人的总机构所在地确定。

为了扩大居民税收管辖权的范围，许多国家在确定法人的居民身份标准方面，往往同时兼采两种或两种以上的标准。

### 三、居民税收管辖权冲突的协调

由于各国国内税法上规定的居民纳税人身份判断标准不一致，这就导致纳税人跨越国境从事国际经济活动时，有可能被两个或两个以上的国家同时认定为居民纳税人，即居民税收管辖权冲突或称税收居所冲突。目前，无论是自然人居民身份冲突，还是法人居民身份冲突，均是由有关国家间通过双边税收协定来协调解决。一般有两种解决办法可供选择：一是由缔约国双方通过协商确定纳税人的居民身份归属；二是在税收协定中预先规定一种解决冲突时应依据的标准或选择顺序。

## 第三节 收入来源地税收管辖权的行使

各国对非居民主张行使税收管辖权的依据，在于认定非居民有收益或所得来源于征税国境内。因此，关于收入来源地的识别判定，就成为各国收入来源地税收管辖权的重要内容。

在传统所得税法中，各国一般都将纳税人的各项收益或所得划分为四类：即营业所得、劳务所得、投资所得和财产所得。本节主要介绍国际税法上和各国税收法律实践中就不同性质的跨国所得进行税收协调的一般规则。

## 一、对非居民营业所得的征税

在国际税法上，对非居民营业所得的征税，目前各国都普遍接受并实行常设机构原则，两个《范本》也都以常设机构原则作为对跨国营业所得方面划分居民税收管辖权与来源地税收管辖权的基本原则。

### （一）常设机构原则的涵义

常设机构原则，是指来源国仅对非居民纳税人通过设在境内的常设机构而获取的工商营业利润实行征税的原则。两个《范本》均规定：缔约国一方居民经营的企业所取得的营业利润仅在该国征税，但该企业通过设在缔约国另一方的常设机构所取得的营业利润除外。如果该企业通过设在缔约国另一方境内的常设机构进行营业，其利润可以在另一国征税，但其利润应仅以属于该常设机构的那部分为限。

### （二）常设机构的概念和范围

#### 1. 场所型常设机构

常设机构首先是指一个企业进行其全部或部分生产、经营的固定场所。其基本特征是：（1）有一个受企业支配的营业场所或设施的存在；（2）这种营业场所或设施应具有固定的性质；（3）企业通过这种固定的场所从事的是营业性质的活动，而不能是非营业性质的活动。

依两个《范本》的列举，可以构成常设机构的营业场所包括：管理场所；分支机构；办事处；工厂；车间或作用场所；矿场、油井或气井、采石场或任何其他开采自然资源的场所。其他如承包工程、建筑安装或装配工程等，在一定条件下也可构成常设机构。

#### 2. 代表型常设机构

但如果缔约国一方企业，在缔约国另一方境内并未通过某种固定的营业场所从事营业活动，而是通过特定的营业代理人开展业务，仍有可能构成常设机构的存在。但一般必须符合两个条件：（1）必须是依附于该企业的非独立地位代理人；（2）只有当该企业授权非独立地位代理人从事特定性质的营业活动。

### （三）常设机构利润范围的确定与核算

#### 1. 对常设机构利润范围的确定

对常设机构利润范围的确定一般采用“实际联系原则”或“引力原则”；

实践联系原则：指非居民企业通过常设机构的活动实现的营业利润，以及与常设机构的活动有关的其他所得，可归属于常设机构的利润范围。而非居民企业未通过常设机构而取得的营业利润和与常设机构并无实际联系的其他所得，应排除在常设机构的利润范围之外。

引力原则：指非居民企业在来源地国设有常设机构的情况下，该企业来源于来源国境内的其他营业所得，尽管并非通过常设机构的活动而取得，但只要产生这些所得的营业活动本身属于该常设机构的营业范围，来源地国都可将它们纳入常设机构的利润项下征税。

#### 2. 对常设机构利润的核算

对已归属于常设机构范围的利润核算则主要采用“独立企业原则”和“收入费用分配原则”。

独立企业原则：即将常设机构当作一个独立的纳税实体看待，把常设机构与其所隶属的企业区别开来独立处理，采用直接的利润测定方法来核算机构本身的经营所实现的利润。

收入费用分配原则：尽管应将常设机构当作独立的纳税实体看待，但也应该承认常设机构可以分担总机构的一部分管理费用，其前提条件是这部分费用必须是总机构为常设机构的营业所发生的或与常设机构的生产经营有关的费用。

#### （四）常设机构原则的例外

对国际海运和航空运输业利润的征税，不适用常设机构原则。

### 二、对非居民劳务所得的征税

对非居民劳务所得的税收征收，各国一般将其划分为独立个人劳务所得和非独立个人劳务所得两类实行不同的税收征收。前者指个人独立地从事某种专业性劳务和其它独立性活动所取得的收入；后者指的是个人由于受雇于他人从事劳动工作所取得的报酬。

对跨国独立劳务所得的课税，国际税法上一般遵循“固定基地原则”和“183 规则”。

对跨国非独立个人劳务所得的征税，一般原则是由作为收入来源国一方从源征税。

此外，对于跨国取得收入的董事、演员、运动员、退休人员、政府职员以及留学生、实习生等特定人员，国际税法上往往采取特殊的征税规则。

### 三、对非居民投资所得的征税

投资所得，主要指纳税人从事各种间接投资活动而取得的各种收益，如股息、利息和各种特许权使用费等。

对非居民投资所得，各国通常采用“预提税”的征收方式。对预提税征收，国际税法上采用了“税收分享原则”，即规定对投资所得既可以在受益人的居住国征税，也可以在收入来源国一方征税，分享比例由缔约国双方协商谈判确定。

### 四、对非居民财产所得的征税

对非居民财产所得，特别是针对非居民运用不动产与转让不动产所取得的所得，各国的通行做法都是由财产所在国享有优先征税权，但并非独占征税权。而对于动产所得的税收征收，往往通过双边税收协定具体协商，尚无统一适用的国际规则。

## 第四节 跨国电子商务与税收管辖权

随着国际互联网的发展，跨国电子商务交易越来越频繁。基于电子商务交易的无址化、虚拟化特征，使得传统的国际税法原则在电子商务环境下的适用受到越来越严峻的挑战，而其本质依然是各国在新经济条件下如何行使其税收管辖权的问题。

### 一、电子商务的概念与基本特征

#### （一）定义

#### （二）特征

### 二、跨国电子商务对税收管辖权的影响

#### （一）对关税及其他流转税征收的影响

#### （二）对居民税收管辖权的影响

#### （三）对来源地税收管辖权的影响

#### （四）对国际反避税措施行使的影响

### 三、国际社会应对电子商务挑战的主要策略

#### （一）单一税收管辖权之争

- (二) 是否对跨国电子商务征税的分歧
- (三) 如何对跨国电子商务进行征税的探讨

#### 四、中国在电子商务环境下如何维护自己的税收管辖权

##### 复习与思考题：

1. 关于税收管辖权的两个基本理论原则是什么？
2. 对居民身份的确认标准有哪些，它们各有哪些特点？
3. 来源地国家如何对非居民行使税收管辖权？
4. 如何理解常设机构原则？
5. 你认为应如何解决跨国电子商务对税收管辖权带来的冲突？

##### 拓展阅读书目：

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 刘剑文主编：《国际税法》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3. 廖益新主编：《国际税法》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；
4. 刘剑文、傅绪桥：《国际税法上居民的比较》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
5. 孙红新：《浅谈法人居民身份判定的标准问题》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
6. 廖益新：《国际税收协定中非独立劳务所得征税协调规则的适用问题》，载《涉外税务》2003 年第 4 期；
7. 童锦治：《183 天规则：OECD 范本及注释的最新发展》，载《涉外税务》1995 年第 10 期；
8. 《浅议各项所得来源地认定的办法》，载《涉外税务》2006 年第 4 期；
9. 陈延忠：《电子商务环境下常设机构原则问题探析》，载陈安主编《国际经济法论丛》（第 5 卷），法律出版社 2002 年 7 月版；
10. 王欢：《电子商务的直接税法律问题研究》，载余劲松主编《国际经济交往法律问题研究》，人民法院出版社 2002 年 7 月版；
11. 刘永伟：《论电子商务的国际税收管辖权》，载陈安主编《国际经济法论丛》（第 3 卷），法律出版社 2000 年 8 月版；
12. 廖益新：《论适用于电子商务环境的常设机构概念》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
13. 廖益新：《跨国电子商务的国际税收法律问题及中国的对策》，载《东南学术》2005 年第 7 期；
14. 蔡庆辉：“电子商务跨国所得的定性问题探究—兼析《<OECD 税收协定范本>评论修订建议》”，载于《现代法学》2004 年第 6 期；
15. 黄素梅：《电子商务中常设机构认定标准的新发展》，载《涉外税务》2006 年第 8 期；
16. 郁晓：《服务器可否作为电子商务企业的常设机构？——对 OECD 税收协定范本有关条款争议的简介》，载《涉外税务》2006 年第 8 期。

## 第四章 国际重复征税

本章教学目的和基本要求：国际税法的任务之一即是消除国际重复征税，从某种程度而言，国际税法的产生也是基于解决国际重复征税的需要。因此，学习和了解国际重复征税的基本概念及其产生原因与危害，掌握避免国际重复征税的主要方法，成为本章学习的重要内容。

学时分配：6 学时

### 第一节 国际重复征税的产生

#### 一、国际重复征税的基本涵义

##### （一）定义

国际重复征税，是指两个或两个以上国家各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。

##### （二）前提

1. 两个或两个以上的国家对同一纳税人的征税对象同时行使税收管辖权；
2. 必须有相同的应税事实存在。

#### 二、国际重复征税的成因

- （一）税收管辖权原则的冲突；
- （二）确定管辖权的连结因素不同；
- （三）对法律事实或法律概念的识别差异；
- （四）反避税措施的实施；
- （五）计算应税所得的方法不同；
- （六）税收管辖权的滥用等。

#### 三、国际重复征税的类型

- （一）居民税收管辖权与居民税收管辖权之间的冲突
- （二）来源地税收管辖权与来源地税收管辖权之间的冲突；
- （三）居民税收管辖权与来源地税收管辖权之间的冲突。

其中第三种类型的国际重复征税最为多发与普遍，通常所称的国际重复征税一般也指这一类型。

### 第二节 避免国际重复征税的意义、前提与方式

#### 一、意义

国际重复征税的存在，有悖于税收公平原则，阻碍国际经济交往的顺利发展。避免或消除国际重复征税，可以减轻跨国投资者的税负，消除他们对国际投资的畏惧心理，有利于资本的国际流动，促进世界经济的发展；同时有助于协调各国间的税收关系，加强各国间的经济技术合作，有利于发展中国家更有效地吸引外资和引进先进技术。

## 二、前提

相互承认对方的税收管辖权是避免国际重复征税的前提。首先，居住国应承认来源国的优先管辖权，这就必须对来源国已经征过税的部分采取避免重复征税的措施；其次，来源国也应该对自己的地域管辖权进行一定的限制，以使居住国的税收管辖权不至于在事实上落空。

## 三、方式

可以由一国单方面采取措施，也可以由双方或多方共同采取措施，将来还可能由国际社会共同采取措施。目前，主要通过单边和双边采取措施来解决国际重复征税。

# 第三节 消除或缓解国际重复征税的方法

## 一、运用冲突规范划分征税权

运用冲突规范将某一征税对象的征税权完全划归一方或分配给双方，从而在一定程度或范围上避免国际重复征税。这是国际税收协定中常用的一般方法，也是某些国家的国内税法中所采用的办法。

## 二、免税法

免税法，是指居住国政府对本国居民来源于国外的所得和位于国外的财产免于征税。免税法有全部免税法与累进免税法之分。目前，免税法主要在国内法里规定，如法国、丹麦、瑞士等欧洲大陆法系及拉美的一些国家。有时，免税法也作为避免国际重复征税的方法列入国际税收协定之中。

## 三、抵免法

抵免法，也称外国税收抵免，指纳税人可将已在收入来源国实际缴纳的所得税税款在应当向居住国缴纳的所得税税额内扣除。

抵免法是目前国际上最主要的避免国际重复征税的方法，在各国国内税法与双边税收协定中大量使用。抵免法按不同的标准可以分为直接抵免与间接抵免、单边抵免与双边抵免、全额抵免与限额抵免等。目前，在实行抵免法的国家中，大多采用限额抵免，即居住国允许跨国纳税人扣除其国外已纳税款的最大数额为国外所得部分按居住国所得税法计算的应纳税额。抵免限额的计算，实践中又有分国限额、综合限额及分项限额之分。

## 四、扣除法和减税法

扣除法，是指居住国在对跨国纳税人征税时，允许本国居民将国外已纳税款视为一般费用支出从本国应纳税总所得中扣除。

减税法，是居住国对于其本国居民来源于国外的所得进行征税时给予一定的减征照顾。比如对应纳税额只征 90% 或 85% 等。

扣除法与减税法，都是作为避免国际重复征税的辅助措施出现的，其防止重复征税的效果不如免税法与抵免法，只能在一定程度上对国际重复征税有所缓解。

### 复习与思考题：

1. 产生国际重复征税的原因有哪些？最常见的国际重复征税类型是哪一种？
2. 避免国际重复征税的意义何在？消除国际重复征税的方法有哪些？哪种更为有效、合理？

3. 什么是外国税收抵免？限额抵免在抵免法的实施中有何意义？

**拓展阅读书目：**

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 刘剑文主编：《国际税法》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3. 廖益新主编：《国际税法》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；
4. 朱青编著：《国际税收》，中国人民大学出版社 2001 年 2 月版；
5. 刘剑文：《国际双重征税问题》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
6. 吴政：《国际双重征税的避免和税收逃避的规制新论》（一），载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
7. 林德木：《跨国并购中国际重复征税问题研究》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
8. 李静：《免税法与抵免法之比较》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
9. 黄焱、赵岩：《跨国所得课税原则的变化趋势探析》，载《涉外税务》2006 年第 7 期；

## 第五章 国际重叠征税

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解国际重叠征税产生的原因，着重掌握国际重叠征税的基本概念及与国际重复征税的异同，明了解决国际重叠征税的主要措施。

学时分配：3 学时

### 第一节 国际重叠征税概述

#### 一、概念

国际重叠征税，是指两个或两个以上国家对同一笔所得在具有某种经济联系的不同纳税人手中各征一次税的现象。

国际重叠征税主要发生在公司与股东之间。与国际重复征税一样表现为同一征税对象被不同的国家多次征税，但与国际重复征税的区别主要在于：1、产生的原因不同；2、纳税人不同；3、范围和层次不同；4、税种有可能不同。

#### 二、消极影响

国际重叠征税的存在，对国际税收关系及国际经济关系也会产生许多负面影响，主要表现在以下几个方面：

1. 国际重叠征税造成跨国纳税人税负过重，影响国际投资的积极性。
2. 国际重叠征税的存在，使公司尽量不分配股息或少分配股息，不仅对公司本身的发展不利，股东所在国不能按时收到投资收益，对国际收支平衡也会产生不利影响。
3. 国际重叠征税的存在，使公司尽量使用借贷资本，而不愿过多吸收股份资本。由此必将增加产品成本，不利于国家财政收入。同时，借贷资本过多还会影响资本结构，对国际经济的正常发展不利。

因此，国际重叠征税的存在，对国际经济的顺利发展不利，消除和避免国际重叠征税意义重大。

### 第二节 国内重叠征税的解决

国际重叠征税的解决方法多从国内重叠征税的解决措施扩展而来，因此本节主要了解国内重叠征税的解决方法。

#### 一、对公司间重叠征税的解决措施

- (一) 减免股息应纳的公司所得税
- (二) 准许母子公司合并报税

#### 二、对公司间、公司与个人股东间重叠征税的解决措施

- (一) 折算制
- (二) 双税率制
- (三) 单一制

### 三、对公司与个人股东重叠征税的解决措施

主要为扣额制

## 第三节 国际重叠征税的解决

### 一、股息收入国所采取的措施

- (一) 对来自国外的股息减免所得税
- (二) 准许国内母公司与国外子公司合并报税
- (三) 对外国所征收的公司所得税实行间接抵免

间接抵免，是指母公司所在国对子公司向东道国缴纳的公司所得税所给予的税收抵免。

### 二、股息付出国所采取的措施

- (一) 双税率制

双税率制，也称分割税率制，指对公司利润中的积累部分和分配部分实行不同的公司所得税率，用于分配的利润税率低，用于积累的利润税率高。

- (二) 折算制

折算制，也称冲抵制，指股东所收取股息后应缴纳的所得税税额可以用一部分付息公司已缴纳的公司所得税税款予以冲抵。

### 复习与思考题：

1. 国际重叠征税现象是如何产生的？
2. 如何解决国际重叠征税？哪种措施最为有效，请谈谈你自己的观点？
3. 什么是间接抵免？它和直接抵免有什么不同？

### 拓展阅读书目：

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 刘剑文主编：《国际税法》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3. 廖益新主编：《国际税法》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；
4. 朱青编著：《国际税收》，中国人民大学出版社 2001 年 2 月版；
5. 那力著：《国际税法》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；
6. 吴政：《国际双重征税的避免和税收逃避的规制新论》（二），载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
7. 杨后鲁：《归集抵免制的适用及未来》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
8. 蔡连增：《美国对外国税收的间接抵免》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>

## 第六章 国际逃税与国际避税

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解国际逃税与国际避税的基本概念，跨国纳税人从事国际逃、避税的主要方式及其危害，掌握国际上现行的反逃、避税的主要措施与办法，引导学生探寻反避税措施的新途径。

学时分配：6 学时

### 第一节 概述

#### 一、国际逃税与国际避税的含义与区别

国际逃税，是指跨国纳税人采取某种非法的手段或措施，以减少或逃避就其跨国所得本应承担的纳税义务，从而违反国际税法的行为。

国际避税，是指跨国纳税人利用各国税法的差异或国际税收协定的漏洞，通过各种形式上不违法的方式，以减少或躲避就其跨国所得本应承担的纳税义务的行为。

国际逃税与国际避税均是为了逃避有关国家的税收管辖权，达到少缴税的目的。其区别主要表现在：国际逃税是公然违背各国税法和国际税收协定的非法行为；而国际避税则是采用形式上不违法的手段来规避有关国家的税收管辖。

#### 二、中国税法的相关规定

中国税法没有直接规定逃税和避税的概念，但中国税法中关于“偷税”的概念与逃税概念有相通之处。

### 第二节 国际逃税与避税的方式与危害

#### 一、国际逃、避税产生的原因及其危害

##### （一）国际逃、避税产生的主要原因

1. 追逐利润最大化，是国际投资者从事国际逃、避税的主观原因。
2. 各国税收制度的差异，为国际投资者从事国际逃、避税提供了客观上的便利条件。
3. 二战后的几十年里，国际避税港的大量涌现和大多数资本输出国竞相提高所得税税率又从客观上促进了国际逃、避税的迅速增长。

##### （二）国际逃、避税的危害

1. 严重损害有关国家的税收利益；
2. 造成国际资本的不正常移转，引起国际经济关系的混乱；
3. 违背税收公平原则，损害税法的尊严。

#### 二、跨国纳税人从事国际逃税的主要方式

- （一）不向税务机关报送纳税资料，隐匿应税所得；
- （二）谎报所得和虚构扣除；
- （三）伪造帐册及收付凭证。

### 三、跨国纳税人从事国际避税的主要方式

- (一) 通过纳税主体的跨国移动进行国际避税
- (二) 跨国关联企业通过转移定价和不合理分摊成本费用进行避税
- (三) 跨过纳税人利用避税港进行国际避税
- (四) 跨国投资人有意弱化股份投资进行国际避税

## 第三节 国内法防止国际逃税与国际避税的措施

### 一、防止国际逃税与避税的一般国内法律措施

一般国内法律措施主要有强化国际税务申报制度，加强会计审查制度，实行评估所得申报制度等。

### 二、防止国际逃税和避税的特别国内法律措施

(一) 采用正常交易原则防止跨国关联企业通过转移定价和不合理分摊成本费用进行国际逃避税。

正常交易原则，是指将关联企业之间的关系当作彼此没有关联的独立企业之间的关系来处理，关联企业各个经济实体之间的营业往来，均按照独立竞争的，公平的市场交易价格来核算。

(二) 防止纳税人利用避税港进行逃、避税的法律措施。

在这方面的措施主要有阻止基地公司的设立，禁止非正常转移利润和取消延迟纳税等。

(三) 防止纳税人通过变更税收居所逃、避税的法律措施。

(四) 防止跨国投资人弱化公司股份资本逃、避税的法律措施。

## 第四节 国际法防止国际逃税与避税的措施

### 一、运用国际法防止国际逃税的历史与现状

### 二、国际法防止国际逃避税的主要措施

- (一) 建立情报交换制度
- (二) 在征税方面提供相互协助

### 复习与思考题：

1. 国际逃税与国际避税有何区别？有无区分它们的必要？
2. 跨国纳税人进行国际逃税与避税的主要方式有哪些？
3. 国际反逃避税措施有哪些？其发展前景如何？
4. 对于跨国公司最常用的“转让定价”和在避税港设立“基地公司”的两大国际避税手法，你认为我国应当采取怎样的对策？

### 拓展阅读书目：

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 刘剑文主编：《国际税法》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3. 廖益新主编：《国际税法》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；

4. 朱青编著:《国际税收》(第二版),中国人民大学出版社,2004年2月版;
5. 那力著:《国际税法》,吉林大学出版社1999年9月版;
6. 刘剑文、丁一:《避税之法理新探》(上),载《涉外税务》2003年第8期;
7. 刘剑文、丁一:《避税之法理新探》(下),载《涉外税务》2003年第9期;
8. 王伟艳:《议跨国公司的国际避税与我国反避税立法完善》,载《经济与法》2003年第9期;
9. 刘力坚、马哲:《国际避税的方式及反避税措施》,载《税务研究》2005年第3期;
10. 高尔森:《论各国税法处置转让定价的基本原则》,载于高尔森著《国际经济法文选》,天津人民出版社1994年10月第一版,第100页。
11. 陈贵端:《国际租税规避与立法管制对策》,载于徐杰主编:《经济法论丛》(第2卷),法律出版社2000年版,第608—610页。
12. 胡峰:《国际避税产生的动因分析》,载于《郑州经济管理干部学院学报》2002年第3期。
13. 朱作鑫、管荣:《国际避税若干法律问题探讨》,载于《嘉兴学院学报》2004年第5期。
14. 王竹萍:《跨国公司转让定价经济因素分析》,载《集团经济研究》2005年第5期;
15. 汤洁茵:《转让定价税制的困境与挑战》,载“中国财税法网”,<http://www.cftl.cn>
16. 陈涛:《避税港:投资天堂的秘密》,载《中国投资》2005年第7期;
17. 郭媛:《预约定价:转让定价质的飞跃》,载《财会月刊》2005年第9期;
18. 胡俊杰:《预约定价制度相关法律问题研究》,刘剑文主编《财税法论丛(第7卷)》,法律出版社2005年5月版,第215~216页;
19. 刘伟:《APA对中国当前的意义以及可能产生的问题》,载“中国财税法网”,<http://www.cftl.cn>
20. 王逸:《资本弱化:国际税收面临的新挑战》,载《世界经济》,2000年第5期;
21. 王进猛、刘永军、沈黎明:《资本弱化的国际比较及影响分析》,载《涉外税务》2003年第7期;

## 第七章 涉外税收优惠

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解发达国家与发展中国家实行税收优惠的不同目的与特点，重点掌握税收饶让抵免制度出现的原因、税收饶让的含义、税收饶让的实施以及实施税收饶让对发展中国家的意义等。

学时分配：3 学时

### 第一节 概述

#### 一、税收优惠的含义

狭义的税收优惠是指征税国按既定税率在一定期限内所实行的减税或免税。广义的税收优惠还包括一些国家为了吸引投资而特别设置的低税率以及税收上能够使纳税人得到好处的一切优惠手段。

#### 二、研究税收优惠的必要性

（一）近几十年，各国税收优惠越来越多，已成为各国涉外税法的重要组成部分。

（二）税收优惠涉及到国家间的税收分配关系。特别是税收饶让的出现，使税收优惠从一个单纯的国内税法问题演变成了国际税法问题。

（三）国际税收协定中的减、免规定越来越多，使涉外税收优惠已发展成为国家之间的税收关系。

#### 三、税收优惠的作用

### 第二节 发展中国家的涉外税收优惠

#### 一、对外来投资实行税收优惠政策的原因

经济发展的需要与外汇的缺乏，是发展中国家普遍实行税收优惠的主要原因。

#### 二、涉外税收优惠立法的特点

（一）通过专门适用于外资的税法，对外国投资者实行税收优惠；

（二）对新兴工业和新建企业优惠从宽；

（三）多采用直接减税的方式；

（四）按不同政策有重点、有选择地给予税收优惠，以引导外资流向。

### 第三节 发达国家的对外税收优惠

发达国家的税收优惠主要偏重于对本国私人资本向发展中国家投资所给予的优惠。

#### 一、实行对外税收优惠的原因

资金过剩是最根本的原因。此外，利用投资获取市场、跨越贸易障碍、获取资源等也是发达国家实行对外税收优惠的直接原因。

## 二、发达国家对外税收优惠概况

### （一）一般性措施

1. 外国税收抵免
2. 税收饶让

### （二）各国措施简介

#### 1. 德国、日本

（1）德、日以专门立法或专门条款鼓励私人资本向发展中国家投资。

德国 1975 年专门颁布了《促进私人资本向发展中国家投资法》；日本则在 1975 年的《特别征税措施》中作了专门规定。

（2）采取一系列的专门鼓励措施。

（3）实行特别储备金制度。

#### 2. 英国、荷兰等国

这些国家的所有优惠措施并非只适用于对发展中国家投资，主要包括：（1）扣减应纳税所得额；（2）允许亏损和利润互相冲抵；（3）对股息免税等。

#### 3. 美国与法国

美国被视为对发展中国家采取税收优惠很少的国家，但其允许延期纳税的政策在客观上对向发展中国家投资也起了较大的鼓励作用。

法国则被看作是对对外税收鼓励最多的国家之一，因其税收管辖权实行属地原则，对于在其领土之外取得的收入实行免税。

## 第四节 税收饶让抵免

### 一、税收饶让抵免出现的原因

### 二、税收饶让抵免的含义

#### （一）概念

税收饶让抵免，是指居住国政府对本国纳税人所得因来源国给予的税收减免而未缴纳的税款视同已纳税款给予抵免。

#### （二）特点

- 1、其目的不是避免国际重复征税，而是为了使来源国对外资的优惠政策能够收到实效；
- 2、它必须通过国家间的双边安排才能实现；
- 3、它是一个正在形成和发展的特殊抵免制度，不是所有的国家都承认并实行这一制度。

#### （三）税收饶让的范围与程度

在税收饶让的具体范围和程度上，各国的作法不一。在范围上，有的对公司所得税、地方所得税和预提税都给予饶让；有的则仅限于预提税才给予饶让。在程度上，各国给予饶让的幅度也深浅不一。

### 三、税收饶让对国际投资者的利益

显然，实行税收饶让能给国际投资者带来巨大利益。

### 四、发达国家对税收饶让抵免的态度

为了鼓励私人资本的输出，大多数发达国家都同意实行税收饶让抵免，只有少数国家不赞成。

## 五、中国对外双边税收协定中的饶让抵免条款

### 复习与思考题：

1. 如何评价涉外税收优惠的作用？
2. 发达国家与发展中国家的涉外税收优惠各自有哪些特点？
3. 简述特别准备金制度。
4. 试述税收饶让抵免制度。它对中国的涉外税收实践有何意义？

### 拓展阅读书目：

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3. 朱青编著：《国际税收》（第二版），中国人民大学出版社 2004 年 2 月版；
4. 那力著：《国际税法学》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；
5. 王光宇、孙德升：《涉外税收优惠政策的正负效应》，载《税务研究》2004 年 3 期；
6. 刘琼：《试论国际税收优惠的利与弊》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
7. 朱庆民：《对国际税收饶让的重新评估》，载《涉外税务》1999 年第 12 期；
8. 张剑：《浅析国际税收的饶让抵免》，载《税务与经济》2000 年第 5 期；
9. 王晓悦：《税收饶让抵免的考察与政策选择（上）》，载《涉外税务》2001 年第 11 期；
10. 王晓悦：《税收饶让抵免政策的考察与政策选择（下）》，载《涉外税务》2001 年第 12 期；
11. 罗振华：《税收饶让的有效性及其对政府行为的影响》，载《云南财贸学院院报》2002 年第 4 期；
12. 薛卫国：《浅析 OECD 对国际税收饶让的重新评估及我国的对策》，载《扬州大学税务学院学报》2004 年第 1 期；
13. 李坤：《我国税收饶让抵免政策分析》，载《吉林省经济干部管理学院学报》2004 年第 3 期；
14. 万欣：《国际税收竞争的两面性——竞争法视野下的国际税收竞争》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
15. 丁一译：《全球化和税收竞争：对发展中国家的意义》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
16. 金朝武：《税收竞争有害论质疑》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>

## 第八章 国际税收协定

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解国际税收协调与合作的历史与发展现状，掌握国际税收协定的主要内容及其在实施中出现的问题，明了中国在对外税收协调与合作中的重点与难点。

学时分配：3 学时

### 第一节 概述

#### 一、税收国际协调与合作的目的

#### 二、税收国际协调与合作的类型

1. 税收协定模式和税收一体化模式
2. 所得税的协调与合作和流转税的协调与合作
3. 双边协调与多边协调

### 第二节 所得税的国际协调与合作

#### 一、所得税国际协调与合作的历史发展和现状

1977 年，经济与合作组织公布《关于对所得和资本双重征税协定草案》（简称《经合组织范本》或“OECD 范本”）；联合国经济和社会理事会于 1980 年正式颁布《发达国家与发展中国家关于双重征税的协定范本》（简称《联合国范本》或“UN 范本”）。两个“范本”的诞生，标志着现代国际税收协定走向规范化。

#### 二、国际税收协定的概念与结构

##### （一）国际税收协定的概念

国际国际税收协定，是有关主权国家间通过政府协商谈判而缔结的旨在调整彼此间税收权利义务关系的书面协定。

##### （二）国际税收协定的结构

国际税收协定的体系结构除名称与序言外，大致包括协定范围、定义、对所得的征税、对财产的征税、消除双重征税的方法、特别规定、最后规定等几个方面。

#### 三、国际税收协定的主要内容

（一）适用范围。主要规定对人的适用范围、对税种的适用范围、对领域的适用范围和对时间的适用范围。

（二）征税权的划分。征税权的划分，是协定的重要内容，也是双方谈判的焦点。

（三）避免国际重复征税的方法。一般采用免税法或抵免法。

（四）关于无差别待遇。即反对税收歧视。

（五）关于相互协商程序和情报交换条款。

（六）税收饶让抵免条款。

## 第三节 流转税的国际协调与合作

### 一、关税的国际协调与合作

#### （一）关税国际协调与合作的历史发展

1947年，“关税与贸易总协定”达成

#### （二）国际间关税协调与合作的特点

1. 强调各国关税制度的统一
2. 关税协调与合作不断向集团化和全球化方面发展
3. 关税协调与合作同关税斗争同时并存、密不可分，从而使关税的协调与合作具有相对不稳定性。

### 二、增值税的国际协调与合作

#### （一）增值税概述

增值税是对经营者在某一时期内销售额大于同期购进商品所支付的金额，即增值额所征收的一种税。其特点为：

1. 避免重复征税，税收负担更为合理；
2. 各环节所征税款明了，使产品出口退税彻底，利于产品进入国际市场；
3. 防止偷漏税的作用明显。

#### （二）增值税与国际税法的关系

增值税的不断发展对国际经贸往来具有重要影响，而且增值税同样可能出现国际重复征税问题。因此，将以增值税为基础的国际税收关系纳入国家税法的研究领域将成为国际税法的新课题。

## 第四节 税收国际协调与合作的实施

### 一、国际税收协定和国内税法的关系

首先，国际税收协定与国内税法是相互补充、相互配合的关系；其次，当国际税收协定与国内税法存在矛盾与冲突时，国际税收协定应优于国内税法。

### 二、对利用第三国税约的防止

#### （一）利用第三国税约的含义及主要方法

利用第三国税约，是指在两国没有签订税收协定或签订的税收协定对纳税人提供优惠利益较少的情况下，纳税人利用第三国与对方国家签订的税收协定来享受协定所规定的优惠待遇。

为此，纳税人通常需要在第三国设立一个子公司，该子公司一般被称作导管公司，包括直接导管公司与借助导管公司。

#### （二）对利用第三国税约的防止

1. 通过税收协定防止
  - （1）回避法
  - （2）排除法
  - （3）透视法
  - （4）渠道法
2. 通过国内税法规定防止

一般运用反避税条款或反滥用税约条款来防范。

## 第五节 中国的对外税收协调与合作

### 一、中国对外税收协定谈判的基本原则

- (一) 强调收入来源国税收管辖权优先原则
- (二) 坚持平等互利、友好协商原则
- (三) 要求资本输出国提供税收饶让抵免

### 二、中国对外双边税收协定的待遇

- (一) 关于承包、建筑、安装工程
- (二) 关于财产收益
- (三) 关于独立个人劳务
- (四) 关于非独立个人劳务
- (五) 关于预提税
- (六) 关于外国税收抵免

#### 复习与思考题：

1. 国际税收协调与合作的类型有哪些？
2. 试述国际税收协定的主要内容。
3. 什么叫利用第三国税约？怎样防止利用第三国税约？
4. 简述中国对外签订双边税收协定的基本原则。

#### 拓展阅读书目：

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 刘剑文主编：《国际税法》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3. 廖益新主编：《国际税法》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；
4. 朱青编著：《国际税收》（第二版），中国人民大学出版社，2004 年 2 月版；
5. 那力著：《国际税法》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；
6. 廖益新：《避免双重税收协定与国内税法的关系》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
7. 李震：《试评述国际税收协调的必要性》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
8. 王裕康：《展望 21 世纪税收协定》，载“中国财税法网”，  
<http://www.cftl.cn>
9. 靳东升：《略论国际税收协调发展总趋势》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
10. 龙英锋：《WTO 协定中的国内税国民待遇探疑》，载《涉外税务》2005 年第 5 期；
11. 李莹、程森：《浅谈涉外税收优惠与无差别待遇原则》，载《黑龙江对外经贸》2004 年第 4 期；
12. 杨妙华：《对国民待遇原则与涉外税收优惠的理性思考》，载《市场经济研究》2003 年第 1 期；
13. 周凤伟：《解析滥用税收协定》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
14. 杨慧芳：《略评滥用税收协定之避税问题及其防范》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
15. 刘琼：《对美国双边税收协定新变化的思考》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>

## 第九章 中国涉外税收法律制度

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，全面了解中国的涉外税收法律制度，重点掌握中国的涉外企业所得税制度和个人所得税制度，深刻理解国际税法原理与制度在我国涉外税收实践中的运用。

学时分配：3 学时

### 第一节 概述

#### 一、涉外税法的概念

涉外税法，是指一国制定和颁布的调整涉外税收关系的法律、法规和规章制度的总称。

#### 二、我国涉外税制的发展概况

#### 三、我国现行的涉外税收法律体系

### 第二节 企业所得税法

#### 一、纳税义务人与征税对象

##### （一）纳税义务人

企业所得税的纳税人是企业和其他取得收入的组织（以下统称企业）。按照注册地或实际管理机构所在地的标准，企业分为居民企业和非居民企业。

1. 居民企业。居民企业是指依法在中国境内成立，或者依照外国（地区）法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。

2. 非居民企业。非居民企业是指依照外国（地区）法律成立且实际管理机构不在中国境内，但在中国境内设立机构、场所的，或者在中国境内未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。

##### （二）征税对象

企业所得税的征税对象是企业的生产经营所得、其他所得和清算所得。征税对象因居民企业 and 非居民企业而有所区别。

1. 居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税。

2. 非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。

##### （三）所得来源地

所得来源地的确定有 6 项标准：销售货物所得，按照交易活动发生地确定；提供劳务所得，按照劳务发生地确定；转让财产所得，特别注意权益性投资资产转让，按照被投资企业所在地确定；股息、红利等权益性投资所得，按照分配所得的企业所在地确定；利息所得、租金所得、特许权使用费所得，按照负担、支付所得的企业或者机构、场所所在地确定，或者按照负担、支付所得的个

人的住所地确定；其他所得，由国务院财政、税务主管部门确定。

## 二、税率

### （一）基本税率

对于居民企业和在中国境内设有机构、场所且所得与机构、场所有实际联系的非居民企业，按 25% 税率。

### （二）两档优惠税率

对于符合条件的小型微利企业，减按 20% 税率。对于国家重点扶持的高新技术企业，减按 15% 税率。

### （三）预提所得税税率（扣缴义务人代扣代缴）

对于在中国境内未设立机构、场所的或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的非居民企业，按 20% 税率（实际征税时适用 10% 税率）。

## 三、应纳税所得额的计算

企业应纳税所得额的计算，以权责发生制为原则，属于当期的收入和费用；不属于当期的收入和费用，即使款项已经在当期收付，均不作为当期的收入和费用。

### （一）居民企业应纳税额的计算

居民企业应纳税额=应纳税所得额×适用税率-减免税额-抵免税额。应纳税所得额=收入总额-不征税收入-免税收入-各项扣除金额-弥补亏损。其中，企业在汇总计算缴纳企业所得税时，其境外营业机构的亏损不得抵减境内营业机构的盈利。

### （二）非居民纳税人应缴税额的计算

非居民企业在中国境内设立机构、场所的，参照居民企业应缴税额的计算方法。非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的所得应缴纳的所得税，按照下列方法计算其应纳税所得额：1、股息、红利等权益性投资收益和利息、租金、特许权使用费所得，以收入全额为应纳税所得额；2、转让财产所得，以收入全额减除财产净值后的余额为应纳税所得额；3、其他所得，参照前两项规定的方法计算应纳税所得额。

## 四、税收抵免和税收饶让

### （一）税收抵免

1、直接税收抵免。企业取得的下列所得已在境外缴纳的所得税税额，可以从其当期应纳税额中限额抵免：居民企业来源于中国境外的应税所得；非居民企业在中国境内设立机构、场所，取得发生在中国境外但与该机构、场所有实际联系的应税所得。

2、间接税收抵免。居民企业从其直接或者间接控制的外国企业分得的来源于中国境外的股息、红利等权益性投资收益，外国企业在境外实际缴纳的所得税税额中属于该项所得负担的部分，可以作为该居民企业的可抵免境外所得税税额，在抵免限额内抵免。

这里的抵免限额是指企业来源于中国境外的所得，依照企业所得税法和实施条例的规定计算的应纳税额。除国务院财政、税务主管部门另有规定外，该抵免限额应当分国(地区)不分项计算，计算公式为：抵免限额=中国境内、境外所得依照企业所得税法和条例规定计算的应纳税总额×来源于某国(地区)的应纳税所得额÷中国境内、境外应纳税所得额总额=来源于某国(地区)的应纳税所得额(境外税前所得额)×25%。

企业取得的来源于中国境外的所得，已经在中国境外缴纳的企业所得税性质的税额超过抵免限额的当年的次年起连续 5 个纳税年度。

### （二）税收饶让

税收饶让依据中国缔结的双边税收协议具体而定。

## 五、税收优惠

企业所得税的税收优惠方式包括：免征与减征优惠、高新技术企业优惠、小型微利企业优惠、加计扣除优惠、创投企业优惠、加速折旧优惠、税额抵免优惠、民族自治地方的优惠、非居民企业优惠和其他有关行业的优惠。

其中，对非居民企业优惠是指对非居民企业减按 10% 的税率征收企业所得税。这里的非居民企业是指在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的企业。此外，对于下列非居民企业取得下列所得免征企业所得税：1、外国政府向中国政府提供贷款取得的利息所得；2、国际金融组织向中国政府和企业提供优惠贷款取得的利息所得；3、经国务院批准的其他所得。

## 六、源泉扣除

### （一）扣缴义务人

非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的所得应缴纳的所得税，实行源泉扣缴，以支付人为扣缴义务人。

非居民企业在中国境内取得工程作业和劳务所得应缴纳的所得税，税务机关可以指定工程价款或者劳务费的支付人为扣缴义务人。

### （二）扣缴方法

扣缴义务人每次代扣的税款，应当自代扣之日起七日内缴入国库，并向所在地的税务机关报送扣缴企业所得税申报表。

### （三）征收管理

扣缴企业所得税应纳税额计算。扣缴企业所得税应纳税额=应纳税所得额×实际征收率(10%)

## 七、特别纳税调整

特别纳税调整是指税务机关出于实施反避税目的而对纳税人特定纳税事项所作的税务调整。

### （一）独立交易原则

企业与其关联方之间的业务往来，不符合独立交易原则而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。合理方法，包括：可比非受控价格法、再销售价格法、成本加成法、交易净利润法、利润分割法和其他符合独立交易原则的方法。企业与其关联方共同开发、受让无形资产，或者共同提供、接受劳务发生的成本，在计算应纳税所得额时应当按照独立交易原则进行分摊。

这里的关联方是指与企业有下列关联关系之一的企业、其他组织或者个人，具体指：1、在资金、经营、购销等方面存在直接或者间接的控制关系；2、直接或者间接地同为第三者控制；3、在利益上具有相关联的其他关系。

### （二）成本分摊协议

企业可以按照独立交易原则与其关联方分摊共同发生的成本，达成成本分摊协议。企业与其关联方分摊成本时，应当按照成本与预期收益相配比的原则进行分摊。

### （三）预约定价安排

企业可以就其未来年度关联交易的定价原则和计算方法，向税务机关提出申请，与税务机关按照独立交易原则协商、确认后达成的协议。

### （四）核定应纳税所得额

企业不提供与其关联方之间业务往来资料，或者提供虚假、不完整资料，未能真实反映其关联业务往来情况的，税务机关有权依法核定其应纳税所得额。税务机关依法核定企业的应纳税所得额时，可以采用下列方法：1、参照同类或者类似企业的利润率水平核定；2、按照企业成本加合理的费用和利润的方法核定；3、按照关联企业集团整体利润的合理比例核定；4、按照其他合理方法核定。

#### （五）受控外国企业规则

由居民企业，或者由居民企业和中国居民控制的设立在实际税负明显低于中国企业所得税税率水平的国家（地区）的企业，并非由于合理的经营需要而对利润不作分配或者减少分配的，上述利润中应归属于该居民企业的部分，应当计入该居民企业的当期收入。其中“控制”指的是：1、居民企业或者中国居民直接或者间接单一持有外国企业 10% 以上有表决权股份，且由其共同持有该外国企业 50% 以上股份；2、居民企业，或者居民企业和中国居民持股比例没有达到第 1 项规定的标准，但在股份、资金、经营、购销等方面对该外国企业构成实质控制。实际税负“明显低于”企业所得税法税率水平，是指低于企业所得税法税率的 50%。

#### （六）防范资本弱化规则

企业从其关联方接受的债权性投资与权益性投资的比例规定标准而发生的利息支出，不得在计算应纳税所得额时扣除。

债权性投资，是指企业直接或者间接从关联方获得的，需要偿还本金和支付利息或者需要以其他具有支付利息性质的方式予以补偿的融资。企业间接从关联方获得的债权性投资，包括：1、关联方通过无关联第三方提供的债权性投资；2、无关联第三方提供的、由关联方担保且负有连带责任的债权性投资；3、其他间接从关联方获得的具有负债实质的债权性投资。权益性投资，是指企业接受的不需要偿还本金和支付利息，投资人对企业净资产拥有所有权的投资。标准，由国务院财政、税务主管部门另行规定。

#### （七）一般反避税规则

企业实施其他不具有合理商业目的的安排而减少其应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。

#### （八）加收利息

税务机关根据税收法律、行政法规的规定，对企业作出特别纳税调整的，应当对补征的税款，自税款所属纳税年度的次年 6 月 1 日起至补缴税款之日止的期间，按日加收利息。加收的利息，不得在计算应纳税所得额时扣除。

#### （九）追溯调整

企业与其关联方之间的业务往来，不符合独立交易原则，或者企业实施其他不具有合理商业目的安排的，税务机关有权在该业务发生的纳税年度起 10 年内，进行纳税调整。

## 八、征收管理

### （一）纳税地点

1. 除税收法律、行政法规另有规定外，居民企业以企业登记注册地为纳税地点；但登记注册地在境外的，以实际管理机构所在地为纳税地点。企业注册登记地是指企业依照国家有关规定登记的住所。

2. 居民企业在中国境内设立不具有法人资格的营业机构的，应当汇总计算并缴纳企业所得税。企业汇总计算并缴纳企业所得税时，应当统一核算应纳税所得额，具体办法由国务院财政、税务主管部门另行制定。

3. 非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，以机构、场所所在地为

纳税地点。非居民企业在中国境内设立两个或者两个以上机构、场所的，经税务机关审核批准，可以选择由其\*\*主要机构、场所\*\*汇总缴纳企业所得税。非居民企业经批准汇总缴纳企业所得税后，需要增设、合并、迁移、关闭机构、场所或者停止机构、场所业务的，应当事先由负责汇总申报缴纳企业所得税的\*\*主要机构、场所\*\*向其所在地税务机关报告；需要变更汇总缴纳企业所得税的\*\*主要机构、场所\*\*的，依照前款规定办理。

4. 非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的所得，以扣缴义务人所在地为纳税地点。

5. 除国务院另有规定外，企业之间不得合并缴纳企业所得税。

#### （二）纳税期间

企业所得税按年计征，分月或者分季预缴，年终汇算清缴，多退少补。

### 第三节 中国个人所得税法

#### 一、纳税义务人和征收对象

##### （一）纳税义务人

个人所得税的纳税义务人，包括中国公民、个体工商户、个人独资企业、合伙企业投资者、在中国有所得的外籍人员（包括无国籍人员）和华侨、香港、澳门、台湾同胞。上述纳税义务人依据住所和居住时间两个标准，区分为居民和非居民，分别承担不同的纳税义务。

1. 居民纳税人：有住所或无住所居住满一年的个人。其所取得的应纳税所得，无论是来源于中国境内还是中国境外任何地方，都要在中国缴纳个人所得税。

2. 非居民纳税义务人：无住所不居住或无住所居住不满一年。在中国境内无住所，但是居住一年以上五年以下的个人，其来源于中国境外的所得，经主管税务机关批准，可以只就由中国境内公司、企业以及其他经济组织或者个人支付的部分缴纳个人所得税；居住超过五年的个人，从第六年起，应当就其来源于中国境外的全部所得缴纳个人所得税。

在中国境内无住所，但是在一个纳税年度中在中国境内连续或者累计居住不超过 90 日的个人，其来源于中国境内的所得，由境外雇主支付并且不由该雇主在中国境内的机构、场所负担的部分，免于缴纳个人所得税。

在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人。在境内居住满一年，是指在一个纳税年度中在中国境内居住 365 日。临时离境的，不扣减日数。临时离境，是指在一个纳税年度中一次不超过 30 日或者多次累计不超过 90 日的离境。

##### （二）征税对象

下列各项个人所得，应纳个人所得税：工资、薪金所得；个体工商户的生产、经营所得；对企事业单位的承包经营、承租经营的所得；劳务报酬所得；稿酬所得；特许权使用费所得；财产租赁所得；财产转让所得；偶然所得；经国务院财政部门确定征税的其他所得。

##### （三）所得来源地

从中国境内取得的所得，是指来源于中国境内的所得；所说的从中国境外取得的所得，是指来源于中国境外的所得。

下列所得，不论支付地点是否在中国境内，均为来源于中国境内的所得：1、因任职、受雇、履约等而在中国境内提供劳务取得的所得；2、将财产出租给承租人在中国境内使用而取得的所得；3、转让中国境内的建筑物、土地使用权等财产或者在中国境内转让其他财产取得的所得；4、许可各种特许权在中国境内使用而取得的所得；5、从中国境内的公司、企业以及其他经济组织或者个人取得的利息、股息、红利所得。

## 二、应纳税所得额的计算

计算个人应纳税所得额，需按不同应税项目分项计算。以某项应税项目的收入额减去税法规定的该项费用减除标准后的余额，为该项应纳税所得额。

(一) 工资、薪金所得，以每月收入额减除费用 3500 元后的余额，为应纳税所得额。

(二) 个体工商户的生产、经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除成本、费用以及损失后的余额，为应纳税所得额。

个人独资企业的投资者以全部生产经营所得为应纳税所得额；合伙企业的投资者按照合伙企业的全部生产经营所得和合伙协议约定的分配比例，确定应纳税所得额，合伙协议没有约定分配比例的，以全部生产经营所得和合伙人数量平均计算每个投资者的应纳税所得额。

(三) 对企事业单位的承包经营、承租经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除必要费用后的余额，为应纳税所得额。

(四) 劳务报酬所得，每次收入不超过 4 000 元的，减除费用 800 元；4 000 元以上的，减除 20% 的费用，其余额为应纳税所得额。特许权使用费所得、稿酬所得、财产租赁所得，同劳务报酬相同。但财产租赁所得相对复杂。

(五) 财产转让所得，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。

(六) 利息、股息、红利所得，偶然所得和其他所得，以每次收入额为应纳税所得额。

个人将其所得对教育事业和其他公益事业捐赠的部分，按照国务院有关规定从应纳税所得中扣除。

对在中国境内无住所而在中国境内取得工资、薪金所得的纳税义务人和在中国境内有住所而在中国境外取得工资、薪金所得的纳税义务人，可以根据其平均收入水平、生活水平以及汇率变化情况确定附加减除费用，附加减除费用适用的范围和标准由国务院规定。

## 三、税率

(一) 工资、薪金所得适用税率

工资、薪金所得，适用超额累进税率，税率为 3%~45%。

(二) 个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得适用税率

个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得，适用 5%~35% 的超额累进税率。

(三) 稿酬所得适用税率

稿酬所得，适用比例税率，税率为 20%，并按应纳税额减征 30%。故其实际税率为 14%。

(四) 劳务报酬所得适用税率

劳务报酬所得，适用比例税率，税率为 20%。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可以实行加成征收，具体办法由国务院规定。这里的劳务报酬所得一次收入畸高，是指个人一次取得劳务报酬，其应纳税所得额超过 2 万元。

(五) 特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得适用税率。

特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得，税率为 20%。

## 四、税收优惠

个人所得项目给予了减税免税的优惠，主要有：免征个人所得税的优惠、减征个人所得税的优惠、暂免征收个人所得税的优惠、对在中国境内无住所，但在境内居住 1 年以上、不到 5 年的纳税人的减免税优惠。

## 五、境外所得的税额扣除

纳税义务人从中国境外取得的所得，准予其在应纳税额中扣除已在境外缴纳的个人所得税税额。但扣除额不得超过该纳税义务人境外所得依照我国税法规定计算的应纳税额。

中国境外取得的所得，区别不同国家或者地区 and 不同所得项目，依照税法规定的费用减除标准和适用税率计算的应纳税额；同一国家或者地区内不同所得项目的应纳税额之和，为该国家或者地区的扣除限额。

纳税义务人在中国境外一个国家或者地区实际已经缴纳的个人所得税税额，低于依照前款规定计算出的该国家或者地区扣除限额的，应当在中国缴纳差额部分的税款；超过该国家或者地区扣除限额的，其超过部分不得在本纳税年度的应纳税额中扣除，但是可以在以后纳税年度的该国家或者地区扣除限额的余额中补扣。补扣期限最长不得超过五年。

### 复习与思考题：

1. 我国现行涉外税收法律体系涉及哪些税种？
2. 在我国设立机构、场所与不设立机构、场所的外国企业应怎样交纳企业所得税？
3. 我国关于特别税调整的规定有哪些？
4. 我国的涉外税收优惠包括哪些内容？
5. 我国个人所得税法对哪些收入征收？

### 拓展阅读书目：

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2. 刘剑文主编：《国际税法》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3. 刘剑文主编：《财政税收法》（第五版），法律出版社 2009 年 9 月版；
4. 廖益新主编：《国际税法》，高等教育出版社 2008 年 1 月版；
5. 陈红彦、廖益新著：《跨国股息征税问题研究》，科学出版社 2011 年 5 月版；
6. 翟继光主编：《中华人民共和国企业所得税法实施条例释义与实用指南及案例精解》，立信会计出版社 2007 年 12 月版；
7. 国家税务总局所得税司主编：《新个人所得税法手册》，中国税务出版社 2011 年 8 月版；
8. 安真真：《加入 WTO 与中国涉外税制改革》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
9. 刘蓉：《区域经济协调发展与税收优惠政策》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
10. 庞凤喜：《加快我国西部发展的税收政策思考》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
11. 陈小宇：《新公司法修订对于公司税务的若干影响》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
12. 尹维宇：《我国内外资企业所得税法合并的困境》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
13. 孙伟伟：《试论外资企业所得税税收优惠的改革》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
14. 李强：《外资企业所得税优惠与 WTO 下的国民待遇原则》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
15. 赵德芳：《中韩两国公司所得税制度比较研究》，载“中国财税法网”，<http://www.cftl.cn>
16. 乔生：《涉外企业所得税优惠制度改革的若干思考》，载《财贸研究》2005 年第 1 期；
17. 杨斌：《个人所得税法居民身份确定规则的比较研究》，载《比较法研究》1997 年第 1 期；
18. 葛惟熹：《改革个人所得税制的争议》，载《财经研究》2001 年第 10 期；
19. 牟发兵、陈忠斌：《关于完善我国个人所得税制的思考》，载《中南财经大学学报》2003 年第 6 期；
20. 张进昌：《美英俄三国个人所得税税率结构比较与启示》，载《税务研究》2003 年第 10 期。

# 《国际金融法》教学大纲

范晓波 编写

## 目 录

前 言 .....	6
第一章 绪论 .....	7
第一节 国际金融学概述 .....	7
一、国际金融法的调整对象 .....	7
二、国际金融法的调整范围 .....	7
三、国际金融法的特点 .....	7
第二节 国际金融法的渊源 .....	7
一、国际条约 .....	7
二、国际惯例 .....	8
三、国内立法 .....	8
第三节 国际金融法的历史发展 .....	8
一、国际金融法的形成 .....	8
二、国际金融法的发展 .....	8
复习与思考题: .....	8
拓展阅读书目 .....	9
第二章 国际货币制度 .....	10
第一节 国际金本位制 .....	10
一、金币本位制 .....	10
二、金块本位制 .....	10
三、金汇兑本位制 .....	10
第二节 《国际货币基金协定》确立的货币制度 .....	10
一、布雷顿森林制度的产生 .....	10
二、布雷顿森林制度的主要内容 .....	10
三、《国际货币基金协定》的第一次修订 .....	11
四、牙买加制度 .....	11
第三节 人民币汇率问题 .....	11
一、问题的由来 .....	11
二、从国际货币基金协定的相关规定看人民币汇率问题 .....	11
第四节 区域性货币合作 .....	11
一、欧元的诞生 .....	11
二、欧元的法律地位 .....	11
三、欧元的法律性质 .....	11
复习与思考题: .....	11
拓展阅读书目: .....	12
第三章 国际贷款协议 .....	13
第一节 国际贷款协议概述 .....	13
一、国际贷款协议的概念和特征 .....	13
二、国际贷款协议的种类 .....	13
第二节 国际贷款协议的基本条款（一） .....	13

一、定义条款.....	13
二、标的物条款.....	13
三、贷款的提取.....	13
四、贷款用途.....	13
五、利息.....	14
六、费用.....	14
七、税收负担.....	14
八、期限与偿还.....	14
第三节 国际借贷协议的基本条款（二）.....	14
九、借款人的说明与保证条款.....	14
十、先决条件条款.....	14
十一、约定事项条款.....	15
十二、权利的让与.....	15
十三、违约事件与救济方法.....	15
十四、法律适用.....	15
十五、法院管辖.....	15
复习与思考题：.....	16
第四章 国际商业贷款的法律制度.....	17
第一节 国际银团贷款.....	17
一、银团贷款的产生.....	17
二、银团贷款的概念及特点.....	17
三、银团贷款的基本程序.....	17
四、直接式银团贷款.....	17
五、间接式银团贷款.....	17
六、国际贷款证券化.....	18
第二节 国际项目贷款.....	18
一、项目贷款的概念及特点.....	18
二、项目贷款的类型.....	18
三、项目贷款的主要风险.....	19
四、项目贷款的合同结构.....	19
第三节 欧洲货币贷款协议.....	21
一、欧洲货币贷款的概念和特点.....	21
二、欧洲货币贷款协议的特有条款.....	21
第四节 我国关于借用国际商业贷款的管理规定.....	21
一、境内机构借用国际商业贷款管理办法.....	21
二、境外进行项目融资管理暂行办法.....	21
复习与思考题：.....	21
拓展阅读书目：.....	22
第五章 政府和国际金融机构贷款.....	23
第一节 政府贷款.....	23
一、政府贷款概述.....	23
二、政府贷款协议的主要内容.....	23
三、主要政府贷款机构及其贷款政策.....	23

第二节 全球性国际金融机构贷款.....	24
一、国际货币基金组织贷款.....	24
二、世界银行集团贷款.....	24
第三节 区域性国际金融机构贷款.....	24
一、亚洲开发银行贷款（Asian Development Bank, ADB）.....	24
二、泛美开发银行贷款（Inter-American Development Bank, IADB）.....	25
三、非洲开发银行贷款（African Development Bank, ADB）.....	25
四、欧洲投资银行的贷款（European Investment Bank, EIB）.....	25
复习与思考题：.....	25
拓展阅读书目：.....	25
第六章 国际证券融资的法律制度.....	26
第一节 国际证券概述.....	26
一、国际证券的概念和种类.....	26
二、主要的国际证券市场.....	26
第二节 国际证券的发行的法律制度.....	26
一、国际证券的发行方式.....	26
二、国际证券发行的审核制度.....	26
三、国际证券发行的信息披露制度.....	26
四、国际债券发行的评级制度.....	26
第三节 国际证券交易的法律制度.....	27
一、主要的证券交易所.....	27
二、证券商制度.....	27
三、证券上市制度.....	27
四、对证券交易行为的监管.....	27
第四节 上市公司跨国并购的法律制度.....	27
一、跨国并购的含义和种类.....	27
二、各国的相关法律规定.....	27
第五节 我国利用涉外证券融资的立法与实践.....	28
一、我国利用国际债券融资的立法与实践.....	28
二、我国关于国际股票融资的立法与实践.....	28
第六节 国际证券监管的法律制度.....	28
一、各国证券监管体制比较.....	28
二、国际证券监管的合作.....	28
复习与思考题：.....	28
拓展阅读书目：.....	28
第八章 国际融资租赁的法律制度.....	29
第一节 国际融资租赁概述.....	29
一、融资租赁的产生和发展.....	29
二、国际融资租赁的概念和特征.....	29
三、国际融资租赁的形式.....	29
四、融资租赁与类似交易的区别.....	29
第二节 国际融资租赁合同.....	29
一、国际融资租赁交易的基本程序.....	29

二、国际融资租赁合同的主要条款.....	30
第三节 关于融资租赁的国际公约和国内立法.....	30
一、国际融资租赁公约的主要内容.....	30
二、我国关于融资租赁的立法.....	30
复习与思考题: .....	30
第九章 国际融资担保.....	31
第一节 人的担保.....	31
一、保证.....	31
二、见索即付担保 (on demand guarantee) .....	31
三、备用信用证 (Stand-by Letter of Credit) .....	31
四、安慰信 (Comfort Letter) .....	32
第二节 国际融资的物权担保.....	32
一、动产担保.....	32
二、不动产担保.....	32
三、浮动担保 (Floating Charge) .....	32
第三节 国际融资担保的法律规范.....	32
一、国际融资担保制度的发展及其统一化.....	32
二、中国对外担保的规定.....	32
复习与思考题: .....	33
拓展阅读书目: .....	33
第十章 国际支付与贸易融资制度.....	34
第一节 票据与票据法.....	34
一、票据概述.....	34
二、票据的种类: .....	34
三、票据法律关系.....	34
四、票据法与票据公约.....	34
第二节 国际支付的法律制度.....	35
一、信用证 (Letter of Credit) .....	35
二、电子支付的法律制度.....	35
第三节 国际贸易融资的法律制度.....	35
一、国际保理.....	35
二、出口信贷.....	36
三、福费廷 (Forfaiting) .....	36
复习与思考题: .....	36
拓展阅读书目: .....	37
第十一章 跨国银行监管的法律制度.....	38
第一节 跨国银行概述.....	38
一、跨国银行的概念及特征.....	38
二、跨国银行的组织形式.....	38
第二节 东道国对外资银行的监管.....	38
一、东道国对外资银行监管的原则.....	38
二、东道国对外资银行监管的主要内容.....	38
三、中国对外资银行监管的法律制度.....	39

---

第三节 母国的并表监管 .....	39
一、并表监管的含义与特征 .....	39
二、并表监管与东道国监管的关系 .....	39
第四节 跨国银行监管的国际合作——巴塞尔体制 .....	39
一、《巴塞尔协议》的产生 .....	39
二、《巴塞尔协议》的主要内容 .....	39
复习与思考题: .....	39
拓展阅读书目: .....	39
第十二章 WTO 金融服务协议 .....	40
第一节 WTO 金融服务协议概述 .....	40
一、WTO 金融服务协议的产生 .....	40
二、基本框架 .....	40
三、金融服务的定义及主要方式 .....	40
第二节 WTO 金融服务协议的主要内容 .....	40
一、基本原则 .....	40
二、具体义务 .....	41
第三节 中国关于金融服务贸易的承诺 .....	41
一、银行业入世的承诺 .....	41
二、保险业入世的承诺 .....	41
三、证券业入世的承诺 .....	41
复习与思考题: .....	41
拓展阅读书目: .....	42

## 前 言

国际金融法是调整国际金融关系的法律规范，是国际社会政治、经济、文化等各种条件对国际金融发展的动态影响和合力作用的制度反映。20 世纪 90 年代以来，随着金融全球化、金融自由化、金融电子化的发展，全球金融经济快速成长，国际金融交易活动日益频繁，各国在金融市场、金融政策与金融法律等方面的相互依赖与影响日益加深，国际金融在国际经济关系中的地位日益突出，随着经济全球化的不断深入，国家与国家的经济交往正日益地体现为一种金融关系。适应和回应晚近世界经济环境，当代国际金融法仍处于高速变化和不断发展中，在建构国际金融秩序、维护国际金融安全和可持续发展中发挥主导性作用。国际金融法的重要地位，也引起了学界和实务界的广泛关注。为满足国际金融法学教学和金融法律实务的需要，我们编写了《国际金融法》的教材，但教材内容丰富，规则体系完备，对于本科生在 36 学时内的学习有一定的难度。为此，我们又编写了本教学大纲，力求去繁就简，既能主线清晰、重点突出、结构合理、表达简练，又能反映国际金融法的课程精髓，通俗易懂。

本大纲既能作为教材的辅助资料，也可以自学者的参考读物。大纲由中国政法大学国际法学院范晓波老师编写，不当之处，欢迎批评指正。

# 第一章 绪论

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际金融法的概念、渊源和历史发展。通过学习，学生应了解国际金融法的发展历史，理解国际金融法的含义、调整范围、国际金融法的渊源等。

## 第一节 国际金融法概述

### 一、国际金融法的调整对象

国际金融是相对国内金融而言的一种跨国界的金融活动，是国际间一切与货币信用有关业务活动的总称。

国际金融法是调整国际间货币关系与资金融通活动规范的总称。

### 二、国际金融法的调整范围

1. 国际金融法是调整国际间货币金融交易关系的国际法规范和国内法规范的总和。

2. 国际金融法是调整国际货币金融关系的公法规范和私法规范的总和。

3. 国际金融法是国际经济法重要的组成部分。

### 三、国际金融法的特点

#### （一）主体的广泛性

国际金融法的主体，既有国家、地区和国际组织，也有从事跨国经济活动和使用外汇的个人、法人或非法人单位。

#### （二）客体的复杂性

国际金融法的客体包括本国货币，外汇和跨国运转中的货币资金，如大额定期存单、信用卡、信用证等。

#### （三）内容的实践性

国际金融法在内容和功能上均具有很强的实践性和技术性特征。

## 第二节 国际金融法的渊源

### 一、国际条约

国际金融条约是指国际法主体之间依国际法所缔结的、据以确定其在相互金融关系中的权利与义务的书面协议。

国际金融条约一般可分为双边条约和多边条约。双边条约多为含有支付内容的双边贸易协定、支付与清算协定、贷款协定等。多边协定主要由区域性国际条约、普遍性国际条约构成。前者如亚洲国家为建立区域性国际金融机构而缔结的《亚洲开发银行协定》，美洲国家为建立本地区开发银行而缔结的《美洲开发银行协定》，欧洲经济共同体成员国为建立欧洲联盟与统一货币制度而签订的《马斯特里赫特条约》等。后者如 1944 年在美国布雷顿森林召开的联合国货币金融会议上达成的后经多次修订的《国际货币基金协定》、《国际复兴开发银行协定》、乌拉圭回合达成的《服务贸易总协定》与《全球金融服务协定》等。

## 二、国际惯例

国际金融惯例，是人们在长期的国际金融实践中经反复实践、逐渐形成的被从事有关国际金融活动的当事人普遍接受或认可的习惯做法和通例。

国际金融惯例通常分为国际金融交易惯例和国际金融监管惯例两种。国际金融交易惯例主要有：国际商会的《跟单信用证统一惯例》（2007年修订，UCP600号出版物）、《托收统一规则》（1995年修订，UCP522号出版物）、《合同担保统一规则》（1978年，URCG325号出版物）、《见索即付担保统一规则》（1992年，UCP458）；国际保理联合会的《国际保付代理通则》（1997年修订）；国际证券商协会（AIBD）、塞德尔（Cedel）、欧洲清算组织（Euroclear）共同制定的《ACE惯例规则》（1988年）。国际金融监管惯例规则大多源于发达金融国家的金融立法和监管实践，其内容在于规范国际金融监管关系并指导政府金融主管当局的行为，如巴塞尔委员会制定的各类协议、标准、建议和安排。

## 三、国内立法

各国为调整涉外货币金融关系而制定的有关法律法规是国际金融法的重要渊源。特别是金融业和金融市场较为完善的发达国家的国内立法，如英、美的国内立法，其影响更加突出一些，这与伦敦作为国际金融中心的重要地位以及英国金融业的悠久历史是分不开的。

# 第三节 国际金融法的历史发展

## 一、国际金融法的形成

1.早期的国际货币金融通是与商品的跨国交易相伴而生的。国际贸易的发展带动了国际金融关系，这种关系最初表现为跨国货币兑换关系，进而发展为跨国民间借贷关系等。随着跨国货币金融关系的发展，一些专门适用于外国人的金融法规发展起来了，罗马帝国万民法中便有关于借贷和担保的规定，这可算是最早的涉外金融法律规范。

2.随着资本主义生产方式的产生和发展，商品和资本跨越国境而大量流动，使国际金融关系有了长足发展。从17世纪到19世纪，一些有关国际金融交易的习惯法基于长期的国际实践而逐渐形成。与此同时，各主要资本主义国家出于规范银行业及其涉外金融活动的需要，相继颁布了一系列金融法规。

3.19世纪末20世纪初，西方国家的对外贸易和对外投资十分活跃，国际金融交易活动也随之频繁且日趋多样化，与之相适应，有关国际金融交易的国内立法和国际惯例大量增加。

4.二战后，西方各国加强了对金融活动和金融市场的国内管制和国际调整，表现在：一方面，各国单独采取政策和法律措施；另一方面，国家间为了协调彼此的金融管制政策和措施，又签订了各种双边和多边的专项国际协定。

## 二、国际金融法的发展

- 1.第三世界的崛起，拓展了国际金融法的范围和内容
- 2.国际金融合作的扩大与深化，促进了国际金融统一法的发展。
- 3.国际金融组织的出现，使国际金融合作制度化。
- 4.国际金融创新的出现，推动了国际金融法的变革。

### 复习与思考题：

- 1.怎样理解国际金融法的概念和特征？

2. 国际金融法的渊源包括哪些？
3. 试分析国际金融法的产生与发展。

#### 拓展阅读书目

1. 刘丰名著《国际金融法》，中国政法大学出版社，2007年修订版。
2. 李仁真著《国际金融法》（第三版），武汉大学出版社2011年版
3. 范晓波主编《国际金融法》，中国政法大学出版社2005年版
4. 徐冬根著《国际金融法》，高等教育出版社2006年。
5. 韩龙著《国际金融法要论》，人民出版社2008年12月版。

## 第二章 国际货币制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际货币制度的基本知识，国际货币制度的演变及其发展。通过学习，应当了解国际金本位制的基本内容，重点掌握布雷顿森林制度、牙买加制度的主要内容，了解区域性货币制度对国际货币制度的影响和作用。

### 第一节 国际金本位制

#### 一、金币本位制

金币本位制是金本位制的最初形态，也是最典型的金本位制。其主要特点在于：

1. 金币作为本位货币；
2. 金币可以自由铸造；
3. 金币可以自由兑换；
4. 自由输出入。

#### 二、金块本位制

1. 金币已退出流通界，专门担当大宗国际收支清算的任务；
2. 国家以一定数量的黄金作准备，发行代表法定含金量的银行券；
3. 银行券进入流通，具有本位币的无限清偿性，但银行券只有在一定的条件下才能兑换成黄金。

#### 三、金汇兑本位制

1. 禁止铸造和流通金币；
2. 定有含金量的银行券作为本位币参加流通，持有者不能将其兑换成黄金，但可以购买外汇，凭外汇到其发行国兑换黄金；
3. 实行金汇兑本位制的国家，在金块本位制或金币本位制国家存放外汇准备基金，并规定本国货币与该国外币的法定汇价，居民可按这一汇价无限制地购买外汇，在所联系的国家兑换黄金；
4. 禁止黄金的输出输入。

### 第二节 《国际货币基金协定》确立的货币制度

#### 一、布雷顿森林制度的产生

1944年7月1日至22日，美、英、法、苏、中等44国代表在美国新罕布什尔州布雷顿森林召开会议，通过了以“怀特计划”为基础的《国际货币基金协定》。

《国际货币基金协定》又称“布雷顿森林货币协定”，其1944年文本确立的国际货币制度称为“布雷顿森林制度”，它实际上是以美元为中心的金汇兑制度。

#### 二、布雷顿森林制度的主要内容

1. 建立了一永久性的国际金融机构，即国际货币基金组织。
2. 实行以美元为中心的国际金汇兑本位制。

3. 确立了可调整的固定汇率制。
4. 提供资金调节国际收支。
5. 力图取消经常项目的外汇管制。

### 三、《国际货币基金协定》的第一次修订

国际货币基金组织于 1969 年 9 月第二十四届年会上通过了设立“特别提款权”的决议。这是基金组织成立以来对《国际货币基金协定》的第一次修订，这次修订被称为《特别提款权协定》，其主要内容如下：

1. 特别提款权的概念。所谓特别提款权是国际货币基金组织在原有的普通贷款权之外，按各国认缴份额的比例分配给会员国的一种使用资金的特别权利。

2. 特别提款权的使用。各会员国可以凭特别提款权向基金组织提用资金；特别提款权只能在各会员国的金融当局和基金组织、国际清算银行等官方机构之间使用，私人企业不能持有和使用特别提款权。

3. 特别提款权的性质与定值。特别提款权不是现实的货币，而是一种使用资金的权利。特别提款权现在由美元、欧元、英镑、日元构成一揽子复合货币。

4. 特别提款权的分配。特别提款权由基金组织根据需要进行分配。分配建议（关于特别提款权分配额占认缴份额的百分比）由基金组织执行董事会总裁提出，经理事会 85% 的多数票决定分配。

### 四、牙买加制度

基金理事会于 1976 年对《国际货币基金协定》进行了第二次修订，这次修订所确立的货币制度被称为牙买加制度，其主要内容为：

- （一）确认浮动汇率制的合法化。
- （二）削弱了黄金的国际货币作用。
- （三）提高了特别提款权的国际储备地位。
- （四）扩大对发展中国家的资金融通。

牙买加制度实际上是以美元为中心的多元化国际储备和浮动汇率的制度。

## 第三节 人民币汇率问题

### 一、问题的由来

### 二、从国际货币基金协定的相关规定看人民币汇率问题

## 第四节 区域性货币合作

### 一、欧元的诞生

### 二、欧元的法律地位

### 三、欧元的法律性质

### 复习与思考题：

1. 第一个世界性的国际货币制度是如何确立起来的？它有哪些特点？

2. 布雷顿森林制度的主要内容是什么？
3. 什么是特别提款权？其特别之处体现在哪些方面？
4. 简述《国际货币基金协定》第八条规定的主要义务？
5. 牙买加制度的主要内容是什么？
6. 试分析现行国际货币制度。
7. 欧元对现行货币制度的影响有哪些？

**拓展阅读书目：**

杨松著《国际货币基金协定研究》，法律出版社 2000 年版。

葛华勇主编《国际货币基金组织导读》，中国金融出版社 2002 年版。

张庆麟著《欧元法律问题研究》，武汉大学出版社 2002 年版。

贺小勇 管荣《WTO 与 IMF 框架下人民币汇率机制的法律问题》，法律出版社 2010 年版

## 第三章 国际贷款协议

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际贷款协议的概念、特征和主要条款。学生应了解国际贷款协议的基本知识，掌握国际贷款协议的基本条款。

### 第一节 国际贷款协议概述

#### 一、国际贷款协议的概念和特征

国际贷款又称“国际借贷”、“国际信贷”，是指不同国家当事人之间基于信用授受而进行的货币资金的有偿让渡，是资金使用权的跨国交易活动。国际贷款一般是通过订立国际贷款协议而进行的。所谓国际贷款协议，是指位于不同国家的当事人之间为一定数额货币的借贷而订立的，明确相互关系中的权利与义务的书面协议。其特征如下：

- 1.主体范围广泛，包括不同国家的自然人、法人或政府以及国际组织。
- 2.国际贷款协议中使用的货币一般是可自由兑换的货币。
- 3.涉及的法律问题复杂。

#### 二、国际贷款协议的种类

- 1.按当事人的地位和性质划分，可分为政府贷款协议、国际金融组织贷款协议和国际商业贷款协议；
- 2.按贷款的期限划分，可分为：短期贷款协议、中期贷款协议和长期贷款协议；
- 3.按贷款有无担保划分，可分为：有担保的贷款协议和无担保的贷款协议；
- 4.按贷款利率计算方式，可分为：固定利率贷款协议和浮动利率贷款协议；
- 5.按贷款的组织方式，可分为：独家银行贷款协议和银团贷款协议；
- 6.按贷款的用途不同，可分为：普通贷款和项目贷款；
- 7.按贷款资金的来源不同，可分为：外国贷款和欧洲货币贷款。

### 第二节 国际贷款协议的基本条款（一）

#### 一、定义条款

该条款对贷款协议中所使用的一些重要名词、术语规定明确的定义，以避免双方在这些词语的解释上产生分歧。

#### 二、标的物条款

该条款规定贷款货币的种类和数额。

#### 三、贷款的提取

该条款主要规定提款条件、提款期限、提款方式以及提款地点等内容。

#### 四、贷款用途

在国际贷款协议中，除对一些特定的贷款，例如项目贷款和买方信贷的用途有严格的限制外，

一般对贷款用途都不加限制或限制很少，只泛泛规定应用于合法目的。

## 五、利息

### （一）利率

利率是利息与本金的比率，在国际贷款协议中常用年率表示。贷款利率的高低，一般取决于贷款金额、贷款期限、市场的资金供求状况、贷款所用的币种、借款人的资信等因素。

利率有固定利率和浮动利率之分，短期贷款多采用固定利率，中长期国际贷款则采用浮动利率较多。浮动利率的确定方式常常是以某一时期的某一基础利率加上双方约定的附加利率。

### （二）利息支付方式

短期国际贷款，利息通常是一次付清。中长期国际贷款，由于多采用浮动利率，一般在每一利息期的期末支付。

### （三）利息计算方式

利息计算的基本公式是：用款额 X 利率 X 时间。国际贷款协议中时间的确定方式有大陆式、英国式和欧洲货币式三种方式。

### （四）违约利息

国际贷款协议对违约利息的利率的规定一般要稍高于正常利率，但应符合所适用的法律的规定。

## 六、费用

在短期国际贷款协议中，贷款银行常常只按市场利率向借款人收取利息，不再另收其他费用。在中长期国际贷款中，借款人除利息外，还要支付各种费用。

## 七、税收负担

国际贷款协议中通常规定有预提税由借款人代扣并如数补足的条款。

## 八、期限与偿还

贷款期限指从贷款协议签订之日起，到全部本息还清为止的整个时期。

偿还方式主要有三种：一是到期一次还本付息，主要适用于金额较小、期限较短的贷款，对借款人较为有利。二是将偿还期分为宽限期和还款期，宽限期内只付息不还本，宽限期后连本带息逐次偿还。这种方式多适用于金额较大、期限较长的贷款，相对而言，这种方式兼顾了借贷双方的利益。三是不规定宽限期，从提款日起逐次分期偿还本息。这种方式对贷款人较为有利。

## 第三节 国际借贷协议的基本条款（二）

### 九、借款人的说明与保证条款

陈述与保证条款是借款人就其与贷款协议有关的事实，包括其法律状况、财务及商务状况等作出说明，并保证其所作说明的真实性的条款。

借款人关于法律事项的说明，是为了使贷款人确信该项贷款的效力在法律上不会遇到来自借款人方面的阻碍。

借款人关于其财务和商务状况的说明，是为了使贷款人确信借款人有良好的资信和还款能力。

### 十、先决条件条款

先决条件是指贷款人发放贷款须以借款人满足有关约定的条件为前提。

先决条件应在贷款协议中明确规定，尽管其范围因具体协议而异，但其内容通常可分为涉及贷款协议项下全部义务的先决条件和涉及提供每一笔款项的先决条件两类。

## 十一、约定事项条款

约定事项条款是指贷款人要求借款人就实施某种行为或不为某种行为作出约定的条款。约定事项主要包括：

### （一）消极担保条款（Negative Pledge）

这一条款规定，借款人在偿还全部贷款之前，不得在自己的资产及收益上，为其他债权人维持或设定任何担保物权。

消极担保条款意在限制借款人为另一债权人设定担保权益，从而使无担保权益的贷款人在受偿顺序上位于其他有担保权益的债权人之后。

### （二）平等位次条款（Pari Passu）

在国际贷款协议中，平等位次条款往往与消极担保条款同时存在，互为补充。即消极担保条款旨在使贷款人的受偿权不逊于其他有担保权益的债权人；而平等位次条款则是为了使贷款人的受偿权不落后于其他无担保权益的债权人。因此，平等位次条款要求借款人保证无担保的贷款债权人至少应与借款人的其他无担保债权人处于按比例平等的受偿地位，不得以任何借口不适当地歧视贷款人的受偿权利。

### （三）财务约定事项（Financial Covenant）

这一条款主要规定借款人应定期向贷款人报告自身的财务状况和经营状况，并遵守各项约定的财务指标。

### （四）保持资产条款

保持资产条款又称“限制资产处置条款”。订立该条款的目的在于要求借款人以适当的方法维持其现有及将来取得的财产，并对其处分资产及收益行为作适当的限制，使借款人保持较强的清偿能力。

## 十二、权利的让与

一般的债权让与通常都通知债务人，但并不需要以取得债务人的同意为条件。对于借款人让与其取得贷款的权利，借贷协议大多规定不许可。至于贷款人转让其受偿权，则享有大得多的自由。

## 十三、违约事件与救济方法

违约事件条款是国际贷款协议中最重要的债权保障措施之一。

违约事件大致可分为实际违约和预期违约两类。实际违约是指借款人违反贷款协议本身的规定。预期违约又称先兆性违约。虽然借款人并非实际违约，但这些事件的发生足以表明借款人的财务状况正在恶化，最终势必导致实际违约，因此贷款协议也将此类事件规定为违约事件，以便贷款人据此及时采取救济措施，以充分保护自己的贷款权益。

一旦发生违约事件，贷款人可同时或单独采取合同上的救济和法律上的救济。

## 十四、法律适用

在国际贷款协议中，当事人双方可以协商并确定协议所适用的法律。

## 十五、法院管辖

在国际贷款协议中，当事人可以在法律允许的范围内，在合同争议发生前或发生后达成书面协议，自愿将争议交由某一国的法院管辖。

**复习与思考题：**

- 1.国际贷款协议生效应具备哪些先决条件？
- 2.在国际贷款协议中，贷款人通过哪些条款可以使自己与借款人的其他债权人处于平等的清偿地位？
- 3.国际贷款协议中规定的借款人违约事件有哪些？贷款人可以采取哪些救济措施？
- 4.陈述和保证条款的主要内容是什么？它有什么作用？
- 5.约定事项通常包含哪些条款？它有什么作用？

**拓展阅读书目：**

- 1.刘舒年主编《国际信贷》，对外经济贸易出版社 2005 年 1 月版
- 2.史薇《国际信贷》中国商务出版社 2006 年 1 月版。
- 3.潘淑娟主编《国际信贷——理论、实务、国际惯例与法律》，中国金融出版社 2003 年版。
- 4.菲利普·伍德《国际金融的法律与实务》，法律出版社 2011 年版。

## 第四章 国际商业贷款的法律制度

本章教学目的和基本要求本章主要介绍国际商业贷款的几种主要形式及其基本的法律制度。通过学习，学生应掌握国际商业贷款的主要方式，掌握国际银团贷款、项目贷款和欧洲货币贷款的特点，各当事人之间的法律关系及其特有条款，了解我国关于借用商业贷款的基本规定。

### 第一节 国际银团贷款

#### 一、银团贷款的产生

早在二十世纪三十年代美国，就有了银团贷款的雏形，但一般认为现代意义上的银团贷款开始于二十世纪六十年代后期。

从七十年代以来，银团贷款的发展大致可分为三个阶段：

第一阶段从 70 年代初到 1981 年，银团贷款的发展相当迅速。

第二阶段从 1982 年到 1986 年，由于第三世界债务危机的影响，银团贷款规模有所下降。

第三阶段从 1987 年至今，银团贷款又重新活跃起来，并且贷款对象、贷款结构有所变化。

#### 二、银团贷款的概念及特点

银团贷款是指多家银行联合组成一个银行集团，按统一的贷款条件向同一借款人提供贷款。若涉及不同国家的贷款人或借款人，就称为国际银团贷款。其特点主要表现为：

1. 贷款方为多家银行，各个贷款银行的作用及其在贷款交易中的法律地位并不完全相同。
2. 筹资金额大、期限长。
3. 贷款风险分散。

#### 三、银团贷款的基本程序

1. 借款人寻找牵头银行并委托该行组织银团；2. 牵头行对项目进行风险评估；3. 若牵头银行同意受理该项目，则向借款人承诺同意作为牵头行为其组织银团贷款，并附有关贷款条件；4. 借款人给牵头银行正式授权；5. 牵头银行准备文件；6. 牵头银行向各有关银行发出邀请，组成银团；7. 贷款协议谈判；8. 贷款协议签署。

#### 四、直接式银团贷款

直接式银团贷款是指银行组成银团同借款人签订贷款协议，各贷款银行按照该协议分别（或共同）承担提供贷款的义务，与借款人直接形成权利义务关系。

- （一）各当事人之间的法律关系
- （二）涉及到的主要法律文件

#### 五、间接式银团贷款

间接式银团贷款通常是一家（或几家）银行作为名义上的贷款银行（可称为牵头银行）同借款人签订贷款协议，然后再由该牵头银行将“参与贷款权”（Participation in the Loan），分别转让给其他愿意提供贷款的银行。其主要方式如下：

- （一）转贷款（Sub-loans）

这种贷款的做法是，参与银行直接向牵头银行提供一笔贷款，牵头银行则同意在借款人还本付息的前提下，由它负责偿还参与银行的款项。

参与银行与牵头银行之间形成债权债务关系，而参与银行与借款人之间没有直接合同关系。

#### （二）隐名代理（Undisclosed Agency）

是英美法特有的制度。具体是指，由牵头银行代理银团其他成员（参与银行）与借款人签订贷款协议，但不披露代理人的身份，借款人把牵头行看作本人，而不是代理人。

#### （三）让与（Assignment）

是指牵头银行将其根据贷款协议应获得的收益或可以行使的请求权部分或全部让与愿意购买的参与银行。

#### （四）更新或替代

牵头银行在征得借款人的同意之后，把自己的部分甚至全部贷款义务连同其相应的权益转让给其他银行，使贷款协议的贷款主体有所增加或变更，实际上等于原来的贷款协议由牵头银行、参与银行和借款人三方达成一个新的协议所取代。

### 六、国际贷款证券化

贷款证券化是资产证券化的一种。国际银团贷款证券化是牵头银行将其持有的贷款（全部或部分）转化为类似证券发行或融通。牵头银行用一种证书性质的书面文件代表收取贷款到期本息的权利，然后将这种书面文件发行与融通，从而达到转让贷款的目的。由于这种书面文件的发行与融通同证券发行与交易在形式上十分相似，因此被称为证券化。其主要方式有

（一）可转让贷款证书（Transferable loan certificate）

（二）可转让贷款参与权证书（Transferable participation certificate）

（三）可转让贷款文据（Transferable loan instrument）

## 第二节 国际项目贷款

### 一、项目贷款的概念及特点

项目贷款是指贷款人向某个特定的工程项目提供贷款，以该项目所产生的收益作为还款的资金来源，并在该项目资产上设定附属担保的一种融资方式。其特点主要表现为：

1.从贷款对象看，传统的贷款方式是贷款人把资金贷给借款人。进行项目贷款时，项目主办人一般都专门为该项目的筹资和经营成立一家新的公司——项目公司，贷款人把资金贷给项目公司，由该项目公司承担偿还贷款的义务，而不是直接贷给该项目的主办人。

2.从还款来源看，在传统的贷款方式中，贷款人看重的是借款人的信用，而不是用贷款所兴建的项目的成败。项目贷款的主办人则是以项目建成并投入营运以后所得的收益作为还款来源，

3.从贷款担保来看，在传统的贷款方式中，以银行或政府提供的信用担保居多，在项目贷款中，通常是以主办项目的资产和收益为贷款人设定担保。

### 二、项目贷款的类型

项目贷款可分为无追索权项目贷款和有限追索权项目贷款两种基本类型：

1. 无追索权项目贷款。无追索权项目贷款或称纯粹项目贷款，是指贷款人对项目主办人没有任何追索权，即由贷款人将资金提供给主办人专为该项目而成立的公司，以项目建成后所产生的收益作为还本付息的来源。贷款人可以在该项目的资产上设定担保权益，但无权再要求主办人提供任何信用担保，如果项目中途停建或经营失败，其资产或收益不足以清偿全部贷款，贷款人亦无权向

项目主办人追索。

2.有限追索权项目贷款。在这种项目贷款方式下，贷款人为了减少贷款的风险，除要求以贷款项目的收益作为偿还债务来源，并在该项目资产上设定担保物权以外，还要求与项目有利害关系的第三人提供各种担保，当项目不能完工或经营失败，项目本身的资产或收益不足以清偿债务时，贷款人就有权向项目主办人和这些担保人追索。项目主办人和担保人对项目债务所负的责任，仅以贷款合同和担保合同所规定的金额为限。

### 三、项目贷款的主要风险

项目贷款中的风险，一般可以分成两类：一类是项目公司无法通过自身行为进行控制和避免的风险，这种风险称为系统风险，如政治风险、法律风险和经济风险等；另一类是项目公司可以控制和避免的风险，称为非系统风险，如完工风险、经营风险等。

#### （一）国际项目贷款中的系统风险

1.政治风险是指项目东道国因政变、政权更迭、领导人变更、暴乱及其政策多变等行为而给项目造成的不利影响或经费超支等风险。

2.经济风险是指项目建设中由于市场汇率、利率等的波动或是由于项目产品的价格、需求等发生变化而导致的风险。

3.法律风险是由于项目建设、营运周期长，在此期间，东道国与项目有关的法律、法规及条例发生变化影响到项目的经营与开发的开发的风险。

#### （二）国际项目贷款中的非系统风险

1.完工风险是指项目不能如期完成而形成的风险。

2.经营风险是在经营项目工程中，由于经营者的过错或疏忽，使项目无法按照预定的标准运行，从而影响到项目获利能力的风险。

3.环境风险是指为了符合环保法律的要求而导致成本支出增加的风险。

4.资源风险是指在开发自然资源项目中，自然蕴藏量或质量可能因勘探失误不能达到预计的指标的风险。

### 四、项目贷款的合同结构

在实践中，其主要合同结构和联结方法有以下几种。

#### （一）二联式项目贷款

二联式项目贷款是合同结构最简单的项目贷款方式，主要涉及贷款人、项目公司和主办人等三方当事人，并由两套合同将三方当事人的权利义务联系起来。

##### 1.贷款协议

由贷款人与项目公司订立贷款协议，由贷款人向项目公司提供贷款，并约定以项目公司的未来收益为还款来源及以项目资产作为附属担保物。

##### 2.担保协议

由贷款人与项目主办人订立各种担保协议，以保证项目建设有足够的资金及贷款债权能得到应有的保障。担保协议主要有完工担保协议、投资协议和购买协议等。

（1）完工担保协议。是贷款人为了防止因工程项目建设期推迟引起还款困难，而要求项目主办人提供相应担保的协议。

（2）投资协议。是项目主办人与项目公司之间为保证项目公司的偿还能力而签订的协议。根据投资协议，项目主办人同意对项目公司提供一定程度的融资支持。

（3）购买协议。是项目主办人与贷款人之间签订的协议，根据该协议，主办人承诺当项目公司发生违约时，它将购买相等于贷款人提供给项目公司的贷款数额的产品。这种协议旨在对贷款人

实现其债权提供有力的保护。

## （二）三联式项目融资

三联式项目融资的当事人除了贷款人、项目公司和主办人之外，还涉及项目产品购买人，并由三套合同将各方当事人的权利义务联结起来。

### 1. 贷款协议和担保协议

由贷款人与项目公司订立贷款协议，由贷款人向项目公司提供贷款；同时由贷款人（或通过项目公司）与项目主办人订立各项担保协议，由项目主办人从不同的侧面向贷款人提供担保。其合同结构正如二联式项目融资。

### 2. 长期销售合同----绝对付款合同

是项目公司与项目产品的购买方(主办人或其他第三人)订立的长期销售协议。根据这一协议，不论项目公司能否提供足够的、合乎要求的产品，购买方都必须按约定支付价款，且价款不应少于偿还贷款和支付项目经营费用所需的金额。其实质在于确保贷款人拥有收回贷款的现金来源。

### 3.担保合同和权利转让合同

由项目主办人就产品购买人在绝对付款合同中的付款义务向项目公司提供担保，保证购买人履行绝对付款义务，然后，由项目公司将其在绝对付款合同（长期销售合同）中的权利（收取货款权）及主办人所提供的担保权益转让给贷款人，使贷款人从受让的绝对付款合同和担保合同中获得双重付款保障。

## （三）四联式项目融资

除了三联式项目融资的各当事人之外，四联式项目融资还涉及另一重要当事人——金融公司。金融公司是贷款人的全资子公司，在项目融资中主要起到转贷款的作用。四联式项目融资的合同结构如下：

### 1.贷款协议

由贷款人与金融公司订立贷款协议，由贷款人向金融公司提供贷款。贷款金额相当于事先商定的项目公司拟借入的金额。

### 2.远期产品购买合同

由金融公司与项目公司订立远期产品购买合同，由金融公司将贷款人提供的贷款资金作为购买远期项目产品的预付款支付给项目公司。项目公司所取得的资金，虽然名义上为预付款，但由于项目公司应就该项资金向金融公司支付利息，因此它仍具有贷款的实质内容。

### 3.绝对付款合同

在四联式项目融资中，绝对付款合同是由金融公司与产品购买人签订的，即由金融公司将其从项目公司订购的项目产品转售给购买人，并由购买人承担绝对付款义务。

### 4.担保合同与权利转让合同

由主办人就项目公司依远期产品购买合同应履行的交付产品义务向金融公司提供担保；或就产品购买人依绝对付款合同应履行的付款义务向金融公司提供担保。这两项担保中的任何一项担保，都能使金融公司免受因合同对方当事人的违约而造成的损失。即当项目公司未能依约向金融公司交付产品时，主办人应代为承担返还预付款和相应利息的责任；当产品购买人未能按期付款时，主办人应代为履行绝对付款义务。

但至此，这两项担保权益均归金融公司而不是真正的贷款人，因此，为保障真正贷款人的贷款债权，金融公司应将上述各项合同（远期产品购买合同、绝对付款合同）的权利及主办人提供的担保权益全部转让给贷款人，作为金融公司向贷款人偿还贷款的担保。

### 第三节 欧洲货币贷款协议

#### 一、欧洲货币贷款的概念和特点

欧洲货币贷款泛指一国银行以其非所在地国货币提供的贷款。在货币发行国境外的银行存款或放款的货币即为“欧洲货币”。其主要特点为：

1.借短发长。欧元贷款大都是由贷款银行借入资金提供的，而且是借入短期资金，提供中长期放款。

2.浮动利率。放款利率根据市场利率的变化定期调整。

#### 二、欧洲货币贷款协议的特有条款

##### 1.补偿银行损失条款

欧洲货币贷款采用由贷款人先借入资金再贷给借款人的循环贷款方式。如果出现使贷款银行遭受损失的情况，应由借款人给予补偿。

##### 2.成本增加条款。

如现行的法律和规章发生变化，造成贷款人的贷款成本增加，则这种新增加成本应转由贷款人负担。

##### 3.市场动乱条款

为防止金融市场的波动使国际贷款协议的履行受到影响，该条款规定双方当事人在市场变动情况发生后的一定期限内善意地进行协商，寻求解决办法。

##### 4.货币补偿条款

借款人向贷款人所偿付的货币，如果不是协议所规定的货币，借款人应当对兑换货币所花的费用及不足部分给贷款行以补偿。

##### 5.非法条款

因贷款协议所适用的法律及其解释发生变化，造成贷款人提供贷款、筹措资金或由借款人继续持有未偿贷款成为非法行为，则贷款人的贷款义务遂告终结，借款人应立即提前还贷。

### 第四节 我国关于借用国际商业贷款的管理规定

#### 一、境内机构借用国际商业贷款管理办法

1997年9月8日中国人民银行批准，1997年9月24日国家外汇管理局发布《境内机构借用国际商业贷款管理办法》。

#### 二、境外进行项目融资管理暂行办法

1997年4月，国家计委和外汇管理局共同发布了《境外进行项目融资管理暂行办法》

#### 复习与思考题：

- 1.简述国际银团贷款的概念及其采用的方式。
- 2.在直接参与式银团贷款方式下，各贷款行与借款人之间的合同关系是怎样的？间接参与方式下有哪些形式，其主要含义是什么？
- 3.银团贷款中，代理银行的职责是什么？

- 4.项目贷款有哪几种类型？哪一种更有利于维护贷款人的利益？为什么
- 5.项目贷款中存在哪些风险，如何防范？
- 6.试分析四联式项目贷款的合同结构？
- 7.什么是欧洲货币贷款？它有哪些特点？
- 8.欧洲货币贷款协议有哪些特有条款与特殊规定？
- 9.我国关于借用国际商业贷款有哪些规定？

**拓展阅读书目：**

- 1.邹小燕《国际银团贷款》，中信出版社 2002 年版。
  - 2.郭洪俊《国际银团贷款中的法律问题研究》，法律出版社 2001 年版。
  - 3.刘胜题《国际银团贷款法论》，上海财经大学出版社 2004 年版。
  - 4.王中《银团贷款法律问题研究》，知识产权出版社 2009 年 1 月版。
  - 5.朱怀念《国际项目融资法律问题研究》，武汉大学出版社 2002 年版
  - 6.蒋先玲《项目融资法律与实务》，对外经济贸易大学出版社 2004 年版。
- 中国人民银行发布的《境内机构借用国际商业贷款管理办法》（97）汇政发字 06 号文印发

## 第五章 政府和国际金融机构贷款

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍政府和国际金融机构贷款的特点、贷款条件。学生应了解政府和国际金融机构贷款的基本知识，了解主要的政府贷款机构和国际金融机构的贷款规定。

### 第一节 政府贷款

#### 一、政府贷款概述

政府贷款（Government loan）是指一国政府利用财政资金向另一国政府提供的优惠性贷款。

政府贷款有以下特点：

1. 政府贷款是利用国家财政或国库资金进行的贷款，其提供与收回、借入与偿还都要纳入相关国家预算。

2. 政府贷款是一种优惠性贷款

按照国际惯例，优惠性贷款一般要求含有 25% 以上的赠与成份，以体现其优惠性的特点。

3. 政府贷款的利率低、期限长

政府贷款的利率低，一般仅为 1%~3%，甚至可以约定为无息贷款；而贷款的期限长，通常为 10~30，有的长达 50 年，是一种典型的中长期贷款。

4. 政府贷款具有经济援助性质，受贷款国政治、经济因素的影响与制约。

#### 二、政府贷款协议的主要内容

1. 贷款额度；

2. 贷款期限；

3. 贷款利率；

4. 贷款的附加费用；

5. 限制性条款；

6. 贷款使用控制条款；

7. 政府贷款的担保；

8. 政府贷款协议的法律性质；

9. 争端解决的方式

#### 三、主要政府贷款机构及其贷款政策

##### （一）美国国际开发署的贷款条件

美国国际开发署（Agency for International Development, 即 AID）是根据美国 1961 年《对外援助法》成立的，隶属于国务院，代表美国政府专门办理对外政府贷款的半独立机构。总部设在华盛顿，在 60 多个国家设有办事机构。

国际开发署提供的贷款主要有：（1）开发援助；（2）用于和平项目的食物出口；（3）私人 and 自愿组织项目；（4）住宅担保项目；（5）国际灾害援助。

##### （二）日本海外经济协力基金的政府贷款条件及方式（Overseas Economic Cooperation Fund, OECF）

海外经济协力基金是根据日本《海外经济协力基金法》于 1961 年设立的。它受辖于日本政府

经济企划厅,其总裁由内阁总理大臣任命。主要向发展中国家政府或国际机构提供双边或多边援助,以促进发展中国家的经济和福利事业发展。

### (三) 法国经济合作总库 (Caisse Centrale de Cooperation Economique, CCCE)

法国经济合作总库成立于 40 年代,其资金来源于法国政府,由每年政府预算决定。作为执行机构,经济合作总库持有三项投资基金,其中援助与合作基金的贷款对象是外国政府、地方团体、地方政府或者政府机构、半官方机构和私营企业。

## 第二节 全球性国际金融机构贷款

### 一、国际货币基金组织贷款

#### (一) 贷款的特点

1. 贷款对象,限于会员国政府。
2. 贷款用途,主要用于调整会员国国际收支的不平衡,近年来,贷款种类逐渐增加。
3. 贷款额度,与会员国向基金组织认缴的份额成正比例关系。

#### (二) 贷款的种类

基金组织分设普通资金帐户及其他特殊基金和帐户对成员国提供贷款。

### 二、世界银行集团贷款

世界银行集团(简称世行集团)由三个金融机构即国际复兴开发银行(通称世界银行,简称世行,IBRD)、国际开发协会(IDA)、国际金融公司(IFC)和两个非金融机构即多边投资担保机构(MIGA)和解决投资争端国际中心(ICSID)五个机构组成。

#### (一) 国际复兴开发银行 (IBRD)

国际复兴开发银行,是根据《国际复兴开发银行协定》于 1945 年 12 月 27 日在华盛顿成立的。它发放的贷款条件严格,并且贷款的使用还要受其监督,通称“硬贷款”。目前它是按照 1965 年修订的《国际复兴开发银行协定》开展活动,按照 1985 年修订的《国际复兴开发银行贷款协定和担保协定通则》发放贷款。

#### (二) 国际开发协会 (IDA)

国际开发协会是根据 1960 年《国际开发协会协定》成立的,总部设在华盛顿。与世行贷款不同,国际开发协会采取的是无息贷款,其贷款条件优惠,通称“软贷款”。目前它是按照 1981 年修订的《国际开发协会协定》开展活动,按照 1985 年修订的《国际开发协会开发贷款协定通则》发放贷款。

#### (三) 国际金融公司 (IFC)

国际金融公司成立于 1956 年 7 月 24 日,总部设在华盛顿,其宗旨是通过鼓励会员国,特别是欠发达地区生产性私人企业的增长来促进经济发展,从而补充国际复兴开发银行的各项活动。

## 第三节 区域性国际金融机构贷款

### 一、亚洲开发银行贷款 (Asian Development Bank, ADB)

亚洲开发银行创建于 1966 年,是一个致力于促进亚洲及太平洋地区社会和经济发展的区域性政府间开发金融机构,总部设在菲律宾首都马尼拉。

亚洲开发银行的宗旨是促进亚洲和太平洋地区的经济发展和合作,特别是协助本地区发展中成

员以共同的或个别的方式加速经济发展。

## 二、泛美开发银行贷款（Inter-American Development Bank, IADB）

泛美开发银行是美洲国家组织的专门金融机构，1959年12月成立，1960年10月正式营业，行址设于华盛顿。

泛美开发银行的宗旨是：集中各成员国的力量，对拉美国家经济、社会发展计划提供资金和技术援助，推动成员国自身的或共同的经济的发展，协助实现泛美体系的目标。

## 三、非洲开发银行贷款（African Development Bank, ADB）

非洲开发银行是非洲国家的一个区域性金融机构。1964年11月正式成立，1966年7月1日开始营业。总部在科特迪瓦首都阿比让。

非洲开发银行的宗旨是：通过提供投资和贷款，利用非洲大陆的人力和资源，促进成员国经济发展和进步，优先向有利于地区的经济合作和扩大成员国间的贸易项目提供资金和技术援助，帮助研究、制定、协调和执行非洲各国的经济发展计划，以逐步实现非洲经济一体化。

## 四、欧洲投资银行的贷款（European Investment Bank, EIB）

欧洲投资银行是欧洲经济共同体的一个金融机构。它于1958年1月1日根据《罗马条约》建立，1958年3月正式开业。

### 复习与思考题：

- 1.概述国际货币基金组织贷款的法律规定。
- 2.政府贷款有哪些特点？
- 3.试分析政府贷款的法律性质。
- 4.世界银行集团的贷款各有什么特点？
- 5.简述几个主要的区域性开发银行的贷款条件。

### 拓展阅读书目：

何曼青 马仁真编著《世界银行集团》，社会科学文献出版社2011年版。

推荐网站：

世界银行：<http://www.worldbank.org.cn>

国际货币基金组织：<http://www.imf.org>

## 第六章 国际证券融资的法律制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际证券的基本概念、国际证券发行、交易和监管的基本法律制度。通过学习，学生应了解国际证券的概念和特点，掌握各国发行证券的审核制度、信息披露制度，熟悉各国关于证券交易的法律制度，分析上市公司跨国并购的成因、作用和法律制度，了解我国利用国际证券融资的立法与实践。

### 第一节 国际证券概述

#### 一、国际证券的概念和种类

国际证券（International Securities）是指在一国政府、金融机构、公司或企业为筹措资金，在国外或国际证券市场上发行的、以发行地所在国货币或可兑换货币为面值的证券。

国际证券可以分为：

- （一）国际股票
- （二）国际债券

国际债券可以分为外国债券、欧洲债券和全球债券。

#### 二、主要的国际证券市场

- （一）国际股票市场
- （二）国际债券市场

### 第二节 国际证券的发行的法律制度

#### 一、国际证券的发行方式

国际证券发行是指跨越国界的证券发行及发行人与投资人分属于不同国家的证券发行。国际证券的发行可以分为公募发行和私募发行。

#### 二、国际证券发行的审核制度

股票发行地所在国对股票发行的审核是国际股票管制的一个重要内容。世界各国的证券立法，都规定除豁免证券以外的证券，其发行都必须事先报经有关政府部门的审核。

目前，国际上采用的股票发行审核制度大致可分为两种类型，即注册制与核准制。

#### 三、国际证券发行的信息披露制度

信息披露制度，是指证券发行人发行股票时，须将与股票发行有关的一切信息资料真实、准确、充分地公开，以便投资者在分析和评价股票风险及利润的基础上作出投资决策的一种法律制度。

#### 四、国际债券发行的评级制度

所谓债券评级即测定发行人履行偿还本金和支付利息的可靠性，其目的在于把测定债券还本付息的清偿力可靠程度公诸于投资者。对于投资者来说，债券的信用等级即为按时还本付息的相对可

能性指标；对于发行者而言，债券评级的真正意义在于，等级是关系到发行人支付利息的最重要因素，级别越高，债券还本付息的可靠性就越好，所需支付的利息也就越低；相反，级别越低，风险性也越大所需支付的利息也就越高。

目前国际公认的资信评定机构主要有：美国穆迪投资服务公司（Moody's Investor's Service）；美国标准普尔公司（Standard & Poor's Corporate）；加拿大债务级别服务公司；英国艾克斯特尔统计服务公司；日本公社债研究所；中国上海远东资信评估公司。

## 第三节 国际证券交易的法律制度

### 一、主要的证券交易所

- （一）伦敦证券交易所
- （二）东京证券交易所
- （三）纽约证券交易所
- （四）纳斯达克证券市场
- （五）中国的证券交易所

### 二、证券商制度

在证券市场上，证券的发行和买卖都要通过证券商办理。证券商是证券市场上不可缺少的中介机构，对证券的发行和交易起到了积极的作用。

### 三、证券上市制度

证券上市，是指公开发行的证券，依法定条件和程序在证券交易所集中挂牌交易的法律行为。各国证券立法和证券交易所规则都规定证券上市应符合一定的标准。

### 四、对证券交易行为的监管

- （一）禁止内幕交易
- （二）禁止操纵市场的行为
- （三）禁止欺诈客户的行为

## 第三节 上市公司跨国并购的法律制度

### 一、跨国并购的含义和种类

上市公司的并购是指收购人为了控制乃至兼并目标公司，向目标公司的股东提出按一定的价格购买其所持目标公司全部或部分股票的行为。

各国除了以证券法调整上市公司跨国并购的法律关系之外，还通过外资法、反垄断法、公司法、外汇管理法进行规范。

### 二、各国的相关法律规定

## 第四节 我国利用涉外证券融资的立法与实践

### 一、我国利用国际债券融资的立法与实践

- (一) 我国发行国际债券的概况
- (二) 对发行境外债券的法律规定

### 二、我国关于国际股票融资的立法与实践

- (一) 境内上市外资股
- (二) 境外上市外资股

## 第五节 国际证券监管的法律制度

### 一、各国证券监管体制比较

- (一) 英国模式
- (二) 美国模式

### 二、国际证券监管的合作

#### 复习与思考题：

1. 国际证券可以分为哪些种类？试分析国际债券融资和国际股票融资的利弊。
2. 国际证券可以通过哪些方式发行？
3. 在国际证券的发行中为什么要强调信息披露？
4. 国际债券的评级对债券的发行有什么重要意义？
5. 简述证券上市的条件。
6. 试分析几种主要的证券不当交易行为。
7. 规制上市公司的跨国并购应注意哪些问题？
8. 通过比较分析几种主要的证券监管体制，谈谈如何完善我国的证券监管体制？

#### 拓展阅读书目：

- 陈岱松《证券上市监管法律制度国际比较研究》，法律出版社 2009 年版。
- 马其家主编《英国及欧盟证券法案例选评》，对外经贸大学出版社 2006 年版。
- 沈杰 安南著《萨班斯-奥克斯法案精要》，中国时代经济出版社 2008 年版。
- 张路译《美国 1934 年证券交易法》，法律出版社 2006 年版。
- 郭雳著《美国证券私募发行法律问题研究》，北京大学出版社 2004 年版
- 谢红霞《应对合格境外机构投资者（QFII）的法律规制研究》，人民法院出版社 2005 年版。
- 张龙主编《中国企业境外上市监管》，中国金融出版社 2011 年 3 月版。
- 彭岳著《跨境证券融资的法律规制——以境外公司在境内上市的监管为视角》，法律 2011 年版。
- 邢会强 申林平《IPO 中国企业境外上市 法律实务》（修订版）法律出版社 2011 年版。

## 第八章 国际融资租赁的法律制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际融资租赁的概念、特征、类型及国际融资租赁合同的主要条款。学生应了解国际融资租赁的发展状况，掌握国际融资租赁的概念、特点和基本类型，学会分析国际融资租赁各方当事人之间的法律关系、法律条款，熟悉有关国际融资租赁的相关立法。

### 第一节 国际融资租赁概述

#### 一、融资租赁的产生和发展

美国是现代租赁业的发源地。1952年5月，世界上第一家专业性租赁公司——美国租赁公司诞生，开创了通过融通资金为企业提供更新设备的出租方式。

到了60年代，西欧、日本和大洋洲等大部分工业国家涌现出大批租赁公司。70年代租赁业在西方各国发展迅猛，并扩展到一些第三世界国家。从80年代起，西方各工业发达国家的租赁业进入较高级阶段，不少发展中国家的租赁业亦有较大发展。90年代以来21世纪初，世界租赁市场基本保持稳定增长的态势。

#### 二、国际融资租赁的概念和特征

融资租赁（Financial Lease）亦称金融租赁，是指出租人根据承租人对租赁物的特定要求和供货人的选择，出资向供货人购买承租人已经选定的机器设备，提供给承租人使用，并按双方商定的租赁期限收取租金。当上述融资租赁业务跨越国界，在分属于两个或两个以上国家的租赁三方当事人之间进行时，就成为国际融资租赁（International Financial Lease）。其法律特征如下：

1. 具有鲜明的信贷融资性质。
2. 租赁设备的所有权与使用权相分离
3. 国际融资租赁是自成一类的三边贸易。
4. 国际融资租赁业务在税收和会计处理上具有独特性。

#### 三、国际融资租赁的形式

1. 金融租赁
2. 杠杆租赁
3. 售后回租
4. 转租赁

#### 四、融资租赁与类似交易的区别

- （一）融资租赁与传统租赁的区别
- （二）融资租赁与分期付款买卖的区别
- （三）融资租赁与借贷的区别

### 第二节 国际融资租赁合同

#### 一、国际融资租赁交易的基本程序

- （一）选定租赁设备

- (二) 申请和委托租赁
- (三) 签订供货合同
- (四) 签订租赁合同
- (五) 交货
- (六) 支付租金
- (七) 租赁期满后设备的处理

## 二、国际融资租赁合同的主要条款

### (一) 国际融资租赁合同的一般性条款

1. 合同的说明条款
2. 租赁设备的说明条款
3. 租赁设备的购买与交货
4. 租赁期限
5. 租金
6. 租赁设备的维修、保养及有关费用
7. 保险
8. 保证金和担保条款
9. 租赁期满时租赁设备的处理
10. 违约责任

### (二) 融资租赁合同的特殊条款

1. 对第三者的责任条款
2. 出租人对供应商的请求权的转让
3. 对租赁物的危险负担
4. 不得中途解约条款
5. 承租人破产的法律后果

## 第三节 关于融资租赁的国际公约和国内立法

### 一、国际融资租赁公约的主要内容

### 二、我国关于融资租赁的立法

#### 复习与思考题：

1. 如何理解国际融资租赁的概念和特征？
2. 国际融资租赁有哪些类型？
3. 试分析融资租赁和类似交易的区别。
4. 国际融资租赁合同中有哪些特有的条款？这些条款有什么作用？
5. 试分析现有的关于融资租赁的法律。

#### 拓展阅读书目：

1. 张宇峰《融资租赁实务指南》法律出版社 2008 年版。
2. 张稚萍主编《融资租赁法律手册》，当代中国出版社 2010 年版。
3. 李鲁阳《融资租赁若干问题研究和借鉴》，当代中国出版社 2007 年版
4. 程卫东《国际融资租赁法律问题研究》，法律出版社 2002 年版
5. 刘敬东《国际融资租赁交易中的法律问题》，中国人民公安大学出版社 2002 年版。

## 第九章 国际融资担保

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际融资中的各类担保。学生应了解国际融资担保的基本知识，掌握各种担保方式的含义和特点。在国际融资实践中，能够熟练地运用各种担保方式，保证债权实现和交易安全。

### 第一节 人的担保

国际融资中人的担保又称信用担保，是指借款人或第三人以自己的资信向贷款人提供的担保。

#### 一、保证

国际融资中的保证是由保证人与贷款人约定、由保证人在借款人不履行债务时按约定履行债务或承担债务的一种信用担保形式。保证具有以下法律特征：

1. 保证协议的从属性；
2. 保证人责任的次位性；
3. 保证责任的或然性。
  - (一) 保证人的资格
  - (二) 保证协议的内容

#### 二、见索即付担保 (on demand guarantee)

见索即付担保，又称为“凭要求即付担保”，是担保人（通常是银行）应申请人（债务人）的要求或指示，对受益人（贷款人）允诺在其要求付款时，向其支付约定金额的一种信用担保形式。其法律特征如下：

1. 银行承担第一位的付款责任
2. 见索即付担保的独立性
3. 见索即付担保的无条件性

#### 三、备用信用证 (Stand-by Letter of Credit)

备用信用证是开证人（保证人）应申请人（债务人）要求，向受益人（债权人）开出的，凭受益人提交的与信用证条款相符的单据（债务人的违约证明书及其他单据）付款的一种独立的书面承诺。

##### (一) 备用信用证与见索即付担保的比较

从备用信用证的产生和定义来看，其在法律性质上几乎等同于见索即付保函，都具有独立性、单据化及不可撤销性的特点。但二者也存在区别：

1. 适用的惯例不同；
2. 二者生效的条件不同；

##### (二) 备用信用证与商业跟单信用证的比较

1. 对单证的要求不同；
2. 审单的义务不同；
3. 付款的责任不同。

#### 四、安慰信 (Comfort Letter)

安慰信, 又称为“意愿书”、“支持函”等, 通常是指一国政府为其下属机构或一母公司为其子公司而向贷款人出具的, 表示支持并愿意为该下属机构或该子公司的款项提供适当帮助的书面文件。

判断安慰信的性质和效力, 需要综合考虑信函的意义、形式、当事人当时的心态等多种因素, 但最重要的判断依据是安慰信本身的措辞。

安慰信的主要形式:

1. 担保人知道并承认债务人的融资安排;
2. 担保人同意债务人未清偿期间不撤回股权;
3. 担保人表示愿意向债务人的还款给予支持。

## 第二节 国际融资的物权担保

国际融资的物权担保, 是指借款人或第三人通过在其特定财产 (特定的物或权利) 上设定担保物权的方式向贷款人提供还贷的担保。

### 一、动产担保

动产担保, 是在动产上设置的物权担保。根据动产的类别, 动产担保可以分为有形动产担保和无形动产担保。

### 二、不动产担保

不动产担保是在房屋及地上定着物、林木、土地使用权等不动产上设置的担保。

### 三、浮动担保 (Floating Charge)

浮动担保, 又称浮动抵押 (Floating Mortgage), 是指债务人以其现有的或将来取得的全部或某一类财产为其提供保证, 于约定事件发生时, 担保标的物的价值才能确定的法律形式。其特点表现为:

- (一) 担保物的范围是债务人的全部财产;
- (二) 担保物的价值和形态处于不确定状态;
- (三) 浮动担保不转移占有;
- (四) 浮动担保于约定事件发生时才转化为固定担保。

## 第三节 国际融资担保的法律规范

### 一、国际融资担保制度的发展及其统一化

- (一) 《合同担保统一规则》
- (二) 《见索即付担保统一规则》
- (三) 《合同保函统一规则》
- (四) 《独立担保与备用信用证公约》

### 二、中国对外担保的规定

**复习与思考题：**

1. 试分析信用担保的各种形式对融资双方的利弊。
2. 什么是见索即付担保？它和备用信用证相比有哪些区别？如何防止不公平的索赔？
3. 简述国际融资物权担保的基本种类及内容。对国际融资债权人而言哪种物权担保方式更方便和有效？为什么？
4. 浮动抵押的利弊何在？

**拓展阅读书目：**

1. 贺邵奇《国际金融担保法律理论与实务》，人民法院出版社 2001 年版。
2. 李国安《国际融资担保的创新与借鉴》，北京大学出版社 2005 年版。
3. 刘萍《应收帐款担保融资创新与监管》，中信出版社 2009 年版。

## 第十章 国际支付与贸易融资制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际支付的工具、支付的方式以及国际贸易融资制度。学生应掌握票据的概念和特点，了解票据三大法系的区别，掌握国际支付的方式，学会分析国际贸易融资中各方当事人之间的关系。

### 第一节 票据与票据法

#### 一、票据概述

##### （一）票据的概念和特征

票据是出票人依票据法签发的、自己承诺或委托他人按指定日期无条件支付一定款项的书面凭证。票据的法律特征如下：

1. 票据是一种有价证券；
2. 票据是一种无因证券；
3. 票据是一种要式证券；
4. 票据是一种文义证券；
5. 票据是一种流通证券；

##### 二、票据的种类：

1. 汇票（Bill of Exchange）。是由出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期或者在将来可以确定的日期，向收款人或持票人无条件支付确定金额的票据。

2. 本票（Promissory Note）。本票是出票人签发的，承诺自己在见票时或在指定的日期或在可以确定的将来日期，无条件向收款人或持票人支付确定金额的票据。

3. 支票（Cheque or Check）。是出票人签发的，委托办理支票存款业务银行在见票时无条件支付确定金额给收款人或持票人的票据。

#### 三、票据法律关系

##### （一）票据法律关系

##### （二）票据当事人

##### （三）票据行为

#### 四、票据法与票据公约

（一）英美法系（以英国、美国为代表）。特点：适用性较强；强调票据的流通作用；强调票据的信用功能、支付功能；保护银行、正当持票人的利益。

（二）法国法系，强调票据是代替现金输送的工具；票据关系与基础关系不能分离；不太注重票据的形式。

（三）德国法系，强调票据的作用和流通作用，对票据的形式要求比较严格。

（四）票据的统一法，1930年，法国、德国、瑞士、意大利、日本、拉美等二十多个国家在日内瓦召开国际票据法统一会议，签订了《日内瓦统一汇票本票法公约》；次年，又签订了《日内瓦统一支票法公约》。

## 第二节 国际支付的法律制度

### 一、信用证 (Letter of Credit)

#### (一) 信用证的定义和特点

信用证是银行应开证申请人 (进口商) 要求开给信用证受益人 (出口商) 一份有条件的书面付款承诺。

信用证具有如下特点:

1. 以银行信用取代商业信用;
2. 信用证具有相对独立性;
3. 信用证是单据交易。

#### (二) 信用证的当事人

1. 开证申请人;
2. 开证行;
3. 受益人;
4. 通知行;
5. 保兑行;
6. 付款行;
7. 承兑行;
8. 议付行;
9. 偿付行

#### (三) 信用证的种类

1. 可撤销信用证与不可撤销信用证;
2. 保兑信用证与不保兑信用证;
3. 即期信用证与远期信用证;
4. 可转让信用证与不可转让信用证;
5. 循环信用证

#### (四) 《跟单信用证统一惯例》

### 二、电子支付的法律制度

#### (一) 电子支付工具

#### (二) 电子支付系统

#### (三) 电子资金划拨中各方的法律关系

## 第三节 国际贸易融资的法律制度

### 一、国际保理

#### (一) 国际保理的概念和特征

国际保付代理, 简称国际保理, 是指保理商通过受让取得出口商的出口债权而向出口商提供综合性金融服务所形成的法律关系。在典型的国际保理中, 通常涉及出口商、进口商、出口保理商和进口保理商等四个当事人。其法律特征表现为:

1. 国际保理以出口商与保理商之间的债权转让为基础；
2. 国际保理的核心体现为保理商对出口商的资金融通；
3. 代收债款、提供坏帐担保是保理的重要功能。

#### （二）国际保理的法律问题

1. 债权转让的有效性
2. 保理商之间的法律关系

#### （三）国际保理公约和惯例规则

国际统一私法学会于 1988 年审议批准了《国际保理公约》，已于 1995 年生效。

国际保理商协会制定的《国际保理业务惯例规则》，现行规则是 2000 年 6 月颁布的文本。

## 二、出口信贷

#### （一）概念和特点：

出口信贷是各国政府为支持本国大型设备出口，以提供利息补贴及信贷保险的形式，鼓励本国银行对本国出口商或外国出口商（或进口国的银行）提供低息优惠贷款，以促成出口交易达成的融资方式。其特点表现为：

1. 利率低；
2. 有信贷保险配合实施；
3. 信贷资金只能用于支持本国产品出口；
4. 设立专门的出口信贷机构。

#### （二）出口信贷的种类

出口信贷包括卖方信贷和买方信贷。

#### （三）有关协调出口信贷的国际协定

经济合作与发展组织（OECD）于 1978 年达成了《关于官方支持出口信贷指导原则的协定》，对官方支持的出口信贷最低利率、最长期限和最高信贷比例作了明确规定。但该协定实际上只是各参加国在道义上的一些承诺，它并不是一个具有法律拘束力的国际条约，因此被称为“君子协定”。

## 三、福费廷（Forfaiting）

#### （一）概念和特点

福费廷是指包买商（通常为银行或其附属机构）以无追索权形式为出口商贴现远期票据的金融服务，也称为包买票据业务，它是一种中期贸易融资手段。其特点如下：

1. 以正常交易为背景；
2. 出口商必须放弃对所出售债权凭证的一切权益，包买银行也必须放弃对出口商的追索权；
3. 福费廷的期限一般在 1—5 年，属于中期融资业务。

#### （二）福费廷的主要当事人

1. 包买商（银行或金融公司）
2. 出口商
3. 进口商
4. 担保人

#### （三）福费廷业务的流程

### 复习与思考题：

1. 票据有哪些种类？简述票据的法律体系。
2. 简述信用证的概念和特征，信用证的当事人有哪些？

3. 简述信用证交易的一般流程。
4. 电子支付有哪些方式？试分析电子资金划拨中各方当事人之间的法律关系。
5. 简述国际贸易融资的种类和特点。

**拓展阅读书目：**

1. 李金泽《信用证与国际贸易融资法律问题》，中国金融出版社 2004 年版。
2. 朱宏文著《国际保理法律实务》，中国方正出版社 2001 年 9 月。
3. 张天奎编著《Factoring 融资理财法律实务》，山西人民出版社 2004 年版。
4. 黄斌著《国际保理—金融创新及法律实务》，法律出版社 2006 年版。
5. 唐应茂《电子货币与法律》，法律出版社 2002 年版。
6. 刘颖《电子资金划拨法律问题研究》，法律出版社 2001 年版。
7. 王蜀黔《电子支付法律问题研究》，武大出版社 2005 年版。

## 第十一章 跨国银行监管的法律制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍东道国、母国对跨国银行监管的主要内容以及巴塞尔协议的主要内容。学生应了解跨国银行的概念及其组织形式，掌握各国关于跨国银行监管的原则、主要内容，理解巴塞尔协议产生的背景，熟悉巴塞尔协议的基本内容。

### 第一节 跨国银行概述

#### 一、跨国银行的概念及特征

跨国银行是指在一些不同国家和地区经营存放款、投资及其他业务的国际银行，由设在母国的总行和设在东道国的诸多分支机构组成。其特点如下：

- 1.战略的全球性；
- 2.决策的一致性；
- 3.内部的相互关联性；
- 4.组织机构的跨国性。

#### 二、跨国银行的组织形式

（一）代表处。是外国银行派遣一人或数人在东道国设立的办事机构。根据大多数国家的法律，代表处不被视为一类独立的分支机构形态，但它可以使用其派出行的名称。

（二）分行。是一家银行在外国设立的一种经营性分支机构，不拥有独立的资本，不具有独立的法律地位，也不具有东道国的国籍。它以总行的名义并以总行拥有的资本在东道国开展银行业务活动，其在经营活动过程中所产生的一切权利义务归总行。

（三）子行。是一家银行依照东道国法律在东道国境内设立的、拥有全部或大部分资本或股份的、具有东道国独立法律人格的经济实体。

（四）合资银行。是由两个以上的金融机构（至少有一家为外国银行）共同出资在东道国依法设立的银行。

### 第二节 东道国对外资银行的监管

#### 一、东道国对外资银行监管的原则

- 1.保护主义原则
- 2.国民待遇原则
- 3.对等互惠原则

#### 二、东道国对外资银行监管的主要内容

- 1.市场准入监管
- 2.对跨国银行经营业务的管制
- 3.资本充足率的管制
- 4.对跨国银行经营风险的管制

### 三、中国对外资银行监管的法律制度

2001年12月12日国务院通过了修订1994年《中华人民共和国外资金融机构管理条例》的决议，新的条例自2002年2月1日起施行。

## 第三节 母国的并表监管

### 一、并表监管的含义与特征

并表监管是指对一银行或银行集团所面临的所有风险，无论其机构注册于何地，应从银行或银行集团的整体予以综合考虑的一种监管方法。

1. 并表监管是母国监管；
2. 并表监管是汇总性监管；
3. 并表监管是持续性监管。

### 二、并表监管与东道国监管的关系

母国的并表监管与东道国监管实际上是跨国银行监管体系中不可或缺两种模式，二者相互联系、互为补充。

## 第四节 跨国银行监管的国际合作——巴塞尔体制

### 一、《巴塞尔协议》的产生

### 二、《巴塞尔协议》的主要内容

#### 复习与思考题：

1. 跨国银行的分支机构有哪些表现形式？
2. 东道国一般从哪些方面对外资银行进行监管？
3. 并表监管的含义是什么？它与东道国的单一监管关系如何？
4. 什么是银行监管的巴塞尔体制？试分析巴塞尔协议的法律性质。
5. 试分析巴塞尔资本协议的演变与趋势？
6. 试分析巴塞尔协议对我国金融业的影响。

#### 拓展阅读书目：

1. 蔡奕《跨国银行监管的主要法律问题研究》厦门大学出版社 2004 年版。
2. 岳彩申《跨国银行法律制度研究》，北京大学出版社 2002 年版
3. 黎四奇《金融监管法律问题研究——以银行法为中心的分析》，法律出版社 2007 年版。
4. 巴曙松著《巴塞尔新资本协议研究》中国金融出版社 2003 年版。
5. 罗平《巴塞尔新资本协议研究文献及评述》，中国金融出版社 2004 年版。
6. 巴曙松，邢毓静，朱元倩等著《金融危机中的巴塞尔新资本协议：挑战与改进》，中国金融出版社 2010 年版。

## 第十二章 WTO 金融服务协议

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍 WTO 金融服务协议的产生及其主要内容。学生应了解 WTO《金融服务协议》产生的背景及其法律框架，掌握 WTO 金融服务协议的主要内容，理解中国入世时关于金融服务贸易所作的承诺。

### 第一节 WTO 金融服务协议概述

#### 一、WTO 金融服务协议的产生

#### 二、基本框架

WTO 金融服务贸易自由化的法律文件主要包括：

1. 《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Services, 即 GATS）
2. 《关于金融服务的附件》（Annex On Financial Services）
3. 《金融服务附件二》，（Second Annex On Financial Services Second ）
4. 《关于金融服务承诺的谅解》（Understanding On Commitments In Financial Service）
5. GATS 第二次议定书，（The Second Protocol to the General Agreement on Trade in Services）
6. 《金融服务协议》

#### 三、金融服务的定义及主要方式

在 WTO 法律规则体系下，“金融服务”是指：由一成员方的金融服务提供者提供的任何金融性质的服务。金融服务附录中重述的金融服务贸易的范围和定义，与 GATS 第 1 条第 2 款所定义的范围相同，即指下列金融服务方式的提供：

- （1）跨境交付（cross-border supply），即从一成员方境内向任何其他成员方境内提供。
- （2）境外消费（consumption abroad），即在成员方境内向来自任何其他成员方的消费者提供服务。
- （3）商业存在（commercial presence），即一成员方的服务提供者到另一成员方境内建立合营企业或分支机构来提供服务。。
- （4）自然人流动（presence of nature persons），即一国自然人到外国境内，单独或受雇于外国公司机构，向外国提供服务。

### 第二节 WTO 金融服务协议的主要内容

#### 一、基本原则

1.最惠国待遇。《服务贸易总协定》第 2 条第 1 款规定：对于本协定所涵盖的任何措施，每个成员方要立即地和无条件地给予任何其他成员方的服务或服务提供者不低于该成员方给予任何其他国家的类似的服务或服务提供者。

2.透明度原则。《服务贸易总协定》第 3 条规定，各成员方对现行法律、法规或行政命令有新规定或修改以至严重影响本协议项下有关服务贸易的特定义务时，应立即或至少每年向服务事事会提出报告。

3.发展中国家逐步自由化的原则。发展中国家在和其他成员方同样负有逐步开放本国市场的义务的同时,市场开放的进程可以比发达国家相应缓慢。对于服务贸易,允许其根据国内服务业发展状况、竞争力,决定是否开放以及如何开放某一服务业,并允许对服务业实行一定程度的补贴和保护。

## 二、具体义务

1.市场准入。一成员对来自另一成员的服务或服务提供者,应给予不低于其在具体减让表中所列的待遇。

2.国民待遇。成员方在实施影响服务提供的各种措施时,对满足减让表所列条件和其他成员的服务或服务提供者,应给予其不低于本国服务或服务提供者的待遇。

## 第三节 中国关于金融服务贸易的承诺

### 一、银行业入世的承诺

- (一) 外汇业务范围。
- (二) 地域限制;
- (三) 人民币业务范围;
- (四) 客户对象限制;
- (五) 经营许可限制;
- (六) 其他金融服务

### 二、保险业入世的承诺

- (一) 企业形式
- (二) 地域限制
- (三) 业务范围
- (四) 营业许可
- (五) 关于法定保险的范围

### 三、证券业入世的承诺

- (一) 外国证券机构可以不通过中方中介,直接从事 B 股交易;
- (二) 外国证券机构驻华代表处,可以成为中国所有证券交易所的特别会员;
- (三) 允许设立中外合资的基金管理公司,从事国内证券投资基金管理业务,外资比例在加入时不超过 33%,加入后三年内不超过 49%;
- (四) 加入后三年内,允许设立中外合资证券公司,从事 A 股承销、B 股和 H 股以及政府和公司债券的承销和交易,外资比例不超过 1 / 3。

### 复习与思考题:

- 1.WTO 金融服务协议所调整的服务形式有哪几种?
- 2.WTO 金融服务协议的基本原则有哪些?
- 3.试分析 WTO 金融服务协议中的市场准入和国民待遇。
- 4.试分析我国金融服务贸易所作的承诺对我国金融业开放的影响。

**拓展阅读书目：**

1 韩龙《金融服务贸易规制与监管研究：基于入世过渡期后银行业局势的探讨》，北京大学出版社，2006年版

2 刘辉煌《金融服务贸易自由化论纲：兼论中国金融服务业的对外开放》，湖南人民出版社 2001年版。

3 世界贸易组织秘书处编《电子商务与 WTO 的作用·贸易、金融和金融危机·金融服务自由化和《服务贸易总协定》/世界贸易组织丛书·WTO 专题研究报告》，法律出版社 2002 年版。

# 《国际法案例研习（中文）》 教学大纲

张力 编写

## 目 录

前 言.....	3
第一讲 导论.....	4
第一节 课程必要性与教学方法.....	4
一、开设课程必要性.....	4
二、教学方法.....	4
第二节 国际争端的解决方法.....	4
一、方法.....	4
二、国际法院.....	5
第三节 本课程选择案例涉及内容.....	5
一、诉讼案件.....	5
二、咨询意见.....	6
三、本课程参考书目及资料来源.....	6
复习与思考题：.....	6
第二讲 科孚海峡案.....	8
一、案情.....	8
二、判决.....	8
三、涉及国际法问题.....	8
第三讲 隆端寺（柏威夏寺）案.....	9
一、案情.....	9
二、判决.....	10
三、涉及法律问题.....	11
第四讲 维也纳领事关系公约案.....	13
一、案情.....	13
二、判决.....	14
三、涉及法律问题.....	14
第五讲 美国驻德黑兰外交和领事人员案.....	16
一、案情.....	16
二、判决.....	17
三、涉及国际法问题.....	18
第六讲 对尼加拉瓜军事和准军事行动案.....	19
一、案情.....	19
二、判决.....	19
三、涉及法律问题.....	22
第七讲 多瑙河大坝案（加布奇科沃—大毛罗斯项目案）.....	23
一、案情.....	23
二、法院判决.....	24
三、涉及法律问题.....	25
第八讲 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留问题.....	26
一、案情.....	26

二、咨询意见.....	27
三、涉及法律问题.....	28
第九讲 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法.....	29
一、案情.....	29
二、咨询意见.....	30
三、涉及法律问题.....	30
第十讲 洛克比空难案.....	32
一、案情.....	32
二、判决.....	33
三、涉及法律问题.....	35
第十一讲 使用武力合法性案.....	36
一、案情.....	36
二、判决.....	37
三、涉及法律问题.....	38
第十二讲 渔业管辖权案.....	39
一、案情.....	39
二、判决.....	39
三、涉及法律问题.....	40

## 前 言

国际法是一门理论性很强的学科，要使学生深入理解和领会其内容，运用案例分析研讨十分必要。通过开设国际法案例课，将国际法的理论与案例实践相结合，运用国际法原理分析实际问题，通过对国际法经典案例所涉及到的问题和观点的分析，使学生掌握国际法的基本知识，掌握各个案件判决及法官的不同观点的理论基础和相关法律理由，培养学生提出问题、分析问题、解决问题及捕捉有价值的学术前沿问题的能力。

《国际法案例研习》（中文）课程是为我校本科生开设的选修课程。与必修课程《国际法》相结合，辅助《国际法》课程教学。在时间安排上，本课程于每年的春季学期开设，每周 3 学时，总计 36 学时（含考试时间在内）。凡已修过国际法课程的我校法学专业的本科生和双学位学生均可选修本课程。考核成绩合格且符合教务处关于获取学分的其他条件的选课学生可以取得两个学分。

为培养学生的自主学习意识和独立学习能力，本课程采用老师讲授、学生分组研讨与老师指导点评相结合的授课方式，课程考核由三部分组成，一是课程参与情况，二是各小组研讨情况，三是研究论文，三者成绩各占总成绩的 30%、30% 和 30%。

《国际法案例研习》（中文）课程是应教务处和学生的要求于 2009 年开设，经过几年的教学和对选课学生的问卷调查了解，对课程的内容安排及授课方式等做了相应的分析和总结。为进一步规范本课程的教学内容和考核范围，根据教务处 2006 年 9 月 22 日发布的《中国政法大学教学大纲编写规范》的要求，本人在总结以往教学经验的基础上，特编写本教学大纲，说明本课程的教学目的、要求、内容、进度和环节，仅供学习本课程的学生参考使用。

本教学大纲由授课老师张力副教授编写。

## 第一讲 导论

### 本章教学目的和基本要求：

本章旨在使学生明确开设本课程的必要性、教学方式及对学生的要求。了解国际争端的解决方法，特别是司法解决方法。对国际法院的构建、管辖权、法律适用、诉讼程序等问题有比较清晰的认识，为案例分析做充分的准备。

**学时分配：**3 学时

### 第一节 课程必要性与教学方法

#### 一、开设课程必要性

研究国际法案例有助于理解两个问题：

- 1.什么是国际法
- 2.怎样适用国际法

#### 二、教学方法

- 1.教师讲授
- 2.学生分组选择案例并在教师指导下分析研讨
- 3.教师总结并点评各小组案例分析情况及存在问题

### 第二节 国际争端的解决方法

#### 一、方法

(一) 和平解决国际争端原则

(二) 国际争端解决方法的分类

- 1.政治方法：谈判与协商 斡旋与调停 调查与和解

2.法律方法：国际仲裁 司法解决

二、国际法院

（一）国际法院的机构设置

1.国际法院的设立

2.国际法院的法官

3.国际法院的主要机构

（二）国际法院案件审理

1.国际法院的管辖权

2.适用的法律

3.诉讼程序

4.国际法院的判决

（三）国际法院的工作与效果

1.国际法院对加强国际法治的积极贡献

2.国际法院判例的作用与影响

### 第三节 本课程选择案例涉及内容

一、诉讼案件

1.干涉内政和使用武力合法性问题的争端

2.有关海洋问题的争端

3.外交和领事关系争端

4.航空领域争端

5.环境领域争端

## 二、咨询意见

- 1.关于条约保留问题
- 2.关于单方面宣布独立的合法性问题

## 三、本课程参考书目及资料来源

### 著作：

- 1.陈致中 编著：《国际法案例》，法律出版社，1998年版。
- 2.梁淑英 主编：《国际法教学案例教程》，知识产权出版社，2003年6月版。
- 3.邵沙平 主编：《国际法院新近案例研究》，商务印书馆，2006年4月版。
- 4.朱文琦 主编《国际法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社2006年9月版。

### 国际法院官方网站

<http://www.icj-cij.org/>

### 中文网站

<http://www.icj-cij.org/homepage/ch/>

### 联合国宪章

### 国际法院规约

### 国际法院常识问答

### 国际法院判决书、咨询意见和命令摘录

### 国际法院应联合国大会请求发表的咨询意见汇编

### 国际法院给联大的年度报告

### 复习与思考题：

- 1.国际争端的性质及解决方法
- 2.国际法院的管辖权



## 第二讲 科孚海峡案

英国诉阿尔巴尼亚 ( 1947 —1949 )

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深入了解领海的法律地位、军舰的无害通过权、用于国际航行海峡的法律地位及国家责任等问题。

学时分配：3 学时。

### 一、案情

1946 年 5 月 15 日,英国海军部派出两艘军舰通过位于阿尔巴尼亚大陆与科孚岛北部之间的科孚海峡时遭到阿尔巴尼亚海岸炮台轰击,但未被击毁。为此,在互换照会中,英国政府认为:它享有通过这个海峡而不作任何通知或者等候许可的权利。而阿尔巴尼亚政府却明确表示,外国船舶通过,必须事先通知并请求阿尔巴尼亚许可。1946 年 10 月 22 日,英国为试探阿尔巴尼亚的态度,派出由两艘巡洋舰和两艘驱逐舰组成的英国舰队通过该海峡时,其中两艘驱逐舰触雷,造成死 40 人,伤 42 人的巨大损失。同年 11 月 13 日,英国海军未经阿尔巴尼亚同意,单方面强行到海峡属于阿尔巴尼亚领水去扫雷,发现有 22 颗水雷。英国海军的扫雷行动遭到阿到尔巴亚的强烈抗议。英国政府将这一事件提交联合国安全理事会,控告阿尔巴尼亚在盟国海军当局已经进行过扫雷工作之后,又敷设水雷或允许第三国敷设了水雷,要求追究责任。1947 年 4 月 9 日安理会通过一项决议,建议有关国家应立即根据《国际法院规约》的规定将争端提交国际法院来解决。1947 年 5 月 22 日,英国单方面向国际法院起诉。法院于 1948 年到 1949 年对该案进行判决。

### 二、判决

#### (一) 管辖权问题

1948 年 3 月 25 日

法院以 15 : 1 票驳回了阿尔巴尼亚的初步反对意见, 决定继续对案情实质进行审理。

#### (二) 实质问题

1949 年 4 月 9 日

1. 国际法院以 11 : 5 票判定阿尔巴尼亚对爆炸事件负有责任 ;

2. 法院以 1 : 2 票判决英国的这次行动并没有侵犯阿尔巴尼亚主权 ;

3. 法院 16 名法官一致判定英国 11 月 12 日、13 日扫雷行动侵犯了阿尔巴尼亚的主权, 且这已宣告本身构成了适当补偿。

#### (三) 赔偿问题

1949 年 12 月 15 日判处

阿尔巴尼亚向英国支付 843.947 英镑的赔款赔偿一直未交付。

#### (四) 最终结果

1992 年 科孚海峡案告终

阿尔巴尼亚同意向英国支付赔偿。

英国承诺归还阿尔巴尼亚二战以来一直扣在英格兰银行保险库中的黄金。

### 三、涉及国际法问题

1. 沿海国的领海主权

2. 军舰的无害通过权

3. 用于国际航行海峡的地位

4. 国家责任

## 第三讲 隆端寺（柏威夏寺）案

柬埔寨诉泰国（1959—1962）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深入了解领土划界的规则及其影响；明确主张条约无效的理由和条件；进一步认识国际法院的管辖依据和职能。

学时分配：3 学时。

### 一、案情

争议源于法国侵占印度支那以后柬埔寨还是法国的保护国时期，其宗主国法国 1904 年 2 月，与当时保持着独立的泰国（当时国名为暹罗）签订的条约。

双方约定由混合划界委员会的人员沿扁担山山脉勘查全部需要勘查的地方，而由划界委员会的法国工作人员负责勘查该山的东部地段，1906 年后划界委员会没有做出关于扁担山地区的任何决议、记录及其他参考资料。1907 年，委员会中的法国方面的负责人向他的政府报告称划界工作已完成，并没有提及划界委员会于 1907 年 3 月 23 日缔结了更进一步的法国与暹罗的边界条约。

两国划界的最后步骤是绘制边界地图，暹罗政府未派员参加，委托法国官员负责绘制边界地图，并在 1907 年完成。其中一张关于扁担山山脉的地图标明隆端寺在柬埔寨一边。该地图作为备忘录构成条约的附件 I，于 1908 年在巴黎出版，同时呈送泰国政府作为划界成果，并送混合委员会的泰方官员和泰国内政部长丹龙亲王，他不仅没有提出异议，还向法国驻曼谷公使表示感谢；各暹罗府尹收到地图后也没有提出异议，而他们中的一些人是知道隆端寺的。

在 1934-1935 年间泰国发现地图上的线与实际的分水岭线有差异，但仍然使用出版那张地图。甚至在 1925 年和 1937 年确认了现存边界的法暹条约谈判时以及 1947 年在华盛顿在法国-暹罗调解

委员会面前，泰国始终没有提出异议。另外丹龙亲王 1930 年到隆端寺参观时得到法国驻相邻柬埔寨省的省督的正式接待时，也没有做出异议反应。

直到四十年后，泰国地方当局突然派兵驻进了寺院，法国政府获悉泰国派兵进驻寺庙后，在 1949 年和 1950 年间曾向泰国提出抗议，但没有得到答复。

1953 年柬埔寨独立后试图在隆端寺地区建立权力机关，要求泰国撤走其武装力量，遭到拒绝。经过多次谈判未果后，柬埔寨于 1959 年 9 月 30 日向国际法院提起诉讼，主张对隆端寺的主权。

## 二、判决

### （一）管辖权问题

泰国政府对管辖权向国际法院提出了初步反对意见。

1961 年 5 月 26 日国际法院作出裁决，法官一致认为法院对此案具有管辖权。

### （二）实质问题

1962 年 6 月 15 日国际法院作出如下判决：

1. 确认隆端寺主权属于柬埔寨并发生效力。泰国有义务撤回任何其派驻在寺庙或其附近的柬埔寨领土上的军事力量，警察部队或其他人员。（9:3）

2. 泰国有义务归还柬埔寨自泰国 1954 年占领该寺以来可能被泰国当局从该寺或该寺地区搬走的任何雕塑、石碑、纪念物残片、砂岩原型和古代陶器。（7:5）

## 争端后续

1991 年以西哈努克为首的柬埔寨全国最高委员会成立后，泰、柬双方一度达成协议，同意该寺向公众开放，但 1993—1997 年间由于柬埔寨国内政局动荡影响而停止开放。

隆端寺再度受到世人瞩目是在 1998 年 5 月——安隆汶失守之后，红色高棉重新聚集并将这里作为最后的根据地。1998 年 8 月波尔布特死后，柬埔寨政府基本解决了国内民族和解问题，重新

开放隆端寺。2000年2月，泰国旅游局长访问柬埔寨后，双方决定以“两个王国，一个目的地”为旗号加强旅游方面的合作。但好景不长，由于双方在寺院的出入管理、收费等方面的矛盾，2001年12月和2003年9月，两国军队两次在隆端寺附近发生对峙。

2007年柬埔寨申报柏威夏古寺为世界文化遗产，此举遭到泰国反对。当时泰国素拉育政府声明，国际法庭只判决古寺本身归属，但其周围4.6公里的地区是双方争议区，柬埔寨无权单方面提出申报。泰国提出双方共同申报，被柬埔寨拒绝。

为了参加2008年7月在加拿大魁北克举行的世界遗产大会，柬埔寨再次提出申请，并将申报范围缩小至古寺本身。2008年6月18日，泰国外交部长诺帕东与柬埔寨副总理宋安签署了联合声明，支持柬埔寨单方面申报世界遗产。

2008年7月7日，在加拿大魁北克举办的第32届世界遗产大会宣布了新增的“世界遗产名录”，柏威夏古寺名列其中。这一消息传到柬埔寨，柬埔寨举国欢庆，成千上万的人纷纷涌上街头庆祝，挥舞着柬埔寨国旗，高喊“柏威夏古寺万岁”。柬埔寨副首相兼外交大臣贺南洪则说，这是高棉民族文化的成功。这一消息在泰国激起的复杂反响，不仅影响了泰柬关系，而且引发了泰国国内的又一轮政治风波。在对外关系方面，围绕对隆端寺的争议，泰柬两国的关系骤然趋于紧张，领土纠纷随之升温。泰柬边境纠纷引起了国际社会的关注。

### 三、涉及法律问题

1. 国际法院判决的效力问题
2. 国际法院是一个“争端”解决机构还是一个“冲突”解决机构
3. 边界划定的规则
4. 主张条约无效的理由
5. 禁止反言



## 第四讲 维也纳领事关系公约案

巴拉圭诉美国（1998）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深入了解《维也纳领事关系公约》中关于缔约国领事通知的义务、内容和作用；明确法院指示临时措施的依据和目的。

学时分配：3 学时。

### 一、案情

1992 年 9 月 1 日，美国弗吉尼亚州警方以涉嫌谋杀逮捕了一名巴拉圭籍公民布雷德，并于 1993 年 8 月判处其死刑，定于 1998 年 4 月 14 日执行。在整个的逮捕和审判过程中，美国方面均未向这名巴拉圭籍公民布雷德告知其根据 1963 年《维也纳领事关系公约》所应享有的权利。1996 年，该布雷德设法和本国驻美的领馆取得联系，并寻求帮助。但领事所进行的外交、法律等多方努力均告失败。

巴拉圭被迫于 1998 年 4 月 3 日向国际法院起诉美国违反《维也纳领事关系公约》的义务，首先请求法院采取适当的临时措施，在本案结束前暂时中止美国对其公民的死刑执行。巴拉圭进一步请求法院裁决并宣布（1）美国违反了《维也纳公约》中的国际法律义务；（2）巴拉圭有权恢复原状；（3）美国不能以国内法律的学说（procedural default）及规定来规避《维也纳公约》中的国际法律义务；（4）美国以后也应当履行《维也纳公约》中的国际法律义务，无论其国内权利机构如何分配。

1998 年 4 月 14 日，美国不顾国际法院的临时措施对布雷德执行了死刑。此后巴拉圭决定不再继续诉讼并于 1998 年 12 月 2 日致信国际法院请求撤诉。

## 二、判决

### (一) 指示临时措施

国际法院于 1998 年 4 月 9 日一致同意以命令的方式指示临时措施：

1. 确保布雷德在就此一诉讼作出最后裁决前不被处决；
2. 应将它为执行本命令所采取的所有措施通知本法院；
3. 决定本法院在作出最后裁决前,应审理构成本命令主题的那些事项。

### (二) 相同指示临时措施案件延伸

#### 1. 1999 年卡尔拉格朗案

1999 年 3 月 2 日,在瓦尔特拉格朗死刑执行前一天,德国向国际法院提交了诉状,指称美国违反《维也纳领事关系公约》的规定,请求指示临时措施。国际法院于 1999 年 3 月 3 日发出了采取临时措施的一项指示,要求美国在国际法院对该案审理终结以前,暂停对拉格朗执行死刑。当天,美国仍执行了死刑。

#### 2. 2003 阿维纳案

墨西哥请求指示临时措施,2008 年 7 月 16 日发布命令指示下列临时措施:1.美国应当采取一切必要措施确保 3 名墨西哥国民在最终判决前不被处决;2.美国政府应当向法院报告上述指示的执行情况。法院审理期间,美国未执行死刑。

## 三、涉及法律问题

### 1. 管辖权的依据

### 2. 指示临时措施的条件和目的

### 3. 领事通知的性质、义务和内容

### 4. 领事通知目的和作用



## 第五讲 美国驻德黑兰外交和领事人员案

美国诉伊朗 ( 1979 —1980 )

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深入了解《维也纳外交关系公约》中关于外交特权与豁免的规定及在实践中的运用；明确违反条约义务的国家责任构成及其追究。

学时分配：3 学时。

### 一、案情

1979 年 11 月 4 日在美国驻德黑兰大使馆门前所举行的示威游行过程中，示威者袭击了大使馆的馆舍。使馆一再要求伊朗当局给予援助和保护，伊朗的卫队还是置之不顾。示威者终于闯进使馆，将院内的 66 名美国人劫持为人质，其中包括使馆外交人员、使馆技术人员和其他 2 名美国公民。使馆周围的伊朗政府的保安人员并未对示威者的行为进行制止。11 月 5 日，位于伊朗大不里士和设拉子的美国领事馆也被示威者占领。占领者一直控制着上述美国使领馆，他们洗劫了使馆及其领事部的档案和文件，并将至少 28 名使馆外交人员、至少 20 名使馆行政技术人员和其他两名美国国民扣押在使馆馆舍内作为人质。此外，美国驻伊朗代办及另两位外交人员也被扣押在伊朗外交部的建筑物之内。扣押人质者在 11 月 18 号和 20 号线后释放了 13 名人质，但此后拒绝释放其他人质，以迫使美国满足他们提出的各种要求。

美国使馆遭到占领之后，伊朗政府未采取任何措施来终止对美使馆馆舍及其人员的侵犯行为，也未对美使馆及有关人员遭受的损害进行赔偿，相反却对伊朗人占领使馆和扣押人质的行为表示赞同和认可，并拒绝与美国就此问题进行谈判。被扣的人质一直处于被胁迫的状况，并被处以各种非人道待遇；使馆的资料和文件也被彻底搜查。

1979年11月29日，美国政府向国际法院书记处递交一份申请书，对伊朗提起诉讼，请求国际法院判决并宣布：（1）伊朗政府因容许、鼓励以及未加防止和惩处伊朗人侵犯美国使领馆及其人员的行为，违反了它根据有关条约对美国所负有的国际法律义务。（2）伊朗政府负有立即保证释放目前被扣押在美国驻德黑兰使馆馆舍内的所有美国国民，并保证允许所有这些人员以及在德黑兰的其他所有美国国民安全的离开伊朗。（3）伊朗政府应就其前述违反其对美国所负的国际法律义务的行为向美国支付赔偿。（4）伊朗政府应将对美国使馆馆舍、使馆人员和领馆馆舍犯有罪行的有关人员交送本国主管当局追诉。

1979年12月9日，伊朗外交部长代表伊朗政府致函国际法院。认为国际法院“不能，也不应该审理此案”，理由是这一所谓“人质问题”涉及美国过去25年间在伊朗从事的“物质剥削”、颠覆合法政府、干涉内政等各种违反国际法和人道准则的活动，它仅仅是这一全面问题的“一个非中心的和次要的方面”，而且是伊朗伊斯兰革命所引起的反响之一，而对这种反响的任何审查“在本质上直接属于伊朗国家主权范围之内的事项”。

## 二、判决

1979年12月10日，国际法院在伊朗未出庭的情况下开庭审理此案。法院认为，作为外交代表的接受国的伊朗有义务采取适当步骤保护美国使馆不受侵犯。在法院看来，即使伊朗政府对美国政府的指控属实，它也应用外交法所规定的正常手段来追究美国及其外交代表的责任，而不应对其使馆及其人员采取强制措施。1980年5月24日，国际法院在伊朗缺席的情况下作出判决：

### （一）指示临时措施

法院一致指出：伊朗应立即保证巴使馆馆舍归还美国，保证立即释放被拘与大使馆会其他地方的一切美国籍人员。美伊双方均不得采取任何加剧两国间紧张局势的行动。

### （二）管辖权问题

法院认为 1961 年和 1963 年两个维也纳公约构成法院行使管辖权的依据。

## (二) 实质问题

1. 伊朗已违反并正在违反它根据国际条约和长期确立的国际法规则所承担的义务；
2. 伊朗违反对美国所承担的义务，根据国际法应负国际责任；
3. 伊朗国政府必须立即释放被扣作人质的美国国民并将使馆馆舍交给保护国；
4. 美国外交或领事人员中的任一成员不得被留在伊朗以使其接受任何形式的司法诉讼程序或作为证人参加这种诉讼程序；
5. 伊朗负有义务赔偿对美国造成的损害；
6. 这种赔偿的形式和数额如在当事国之间达不成协议，应由国际法院解决

法院上述实质判决作出之后,美、伊双方在阿尔及利亚的斡旋之下进行了紧张谈判,并于 1981 年 1 月 19 日达成协议。次日,美国人质全部获释。美国随后请求法院中止关于赔偿要求的诉讼,法院据此将本案从其案件总表上注销。

## 三、涉及国际法问题

1. 被指控的行为是否可归因于伊朗国
2. 伊朗是否违反条约义务
3. 伊朗是否应对美驻伊使领馆及人员遭受损害承担国家责任
4. 使馆馆舍不受侵犯的主要内容

## 第六讲 对尼加拉瓜军事和准军事行动案

尼加拉瓜诉美国案（1984—1986）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深刻认识与理解国际法基本原则在国际司法实践中的运用；深入理解并掌握国际法基本原则中的禁止使用武力原则和不干涉内政原则。

学时分配：3 学时。

### 一、案情

1979 年 9 月，尼加拉瓜独裁的索摩查政权被推翻，建立了民族复兴政府。这是多派联合实行武装斗争推翻亲美的军人独裁政权的民族民主革命的胜利，冲击了美国在拉丁美洲，特别是中美洲的霸权地位。美国因此对尼加拉瓜的内战进行了武装干涉，中央情报局军事指挥尼加拉瓜反革命武装从国外入侵尼加拉瓜，为配合尼加拉瓜反革命武装作战，美国海军在尼加拉瓜全部水域布满水雷，全面封锁尼加拉瓜，导致三万多人死亡。

尼加拉瓜于 1984 年 4 月 9 日向国际法院提出请求书，指控美国在其境内对尼加拉瓜采取的军事和准军事行动，请求国际法院判定美国的行动构成非法使用武力和以武力相成胁、干涉尼加拉瓜内政和侵犯尼加拉瓜主权的行爲，请求法院责令美国立即停止上述行动并对尼加拉瓜及尼加拉瓜国民所受的损失给予赔偿；并请求国际法院指示临时保全措施。

### 二、判决

#### （一）指示临时保全措施

国际法院于 1984 年 4 月 25 日开庭审理，于 1984 年 5 月 10 日一致通过以命令指示临时措施。

临时保全措施包含下列各项：

1. 驳回美国关于撤销尼加拉瓜于 1984 年 4 月 9 日提出的请求书和指示临时保全措施的请求的要求；

2. 指示临时保全措施：

(1) 美国应立即停止和抑制对尼加拉瓜港口的进出所作的限制、封锁或危害的行为，特别是布雷活动；

(2) 尼加拉瓜的主权、政治独立，正如该地区或世界上任何地区的所有国家一样，应受到充分的尊重，在任何情况下均不得以军事或准军事行动加以破坏，这种军事或准军事行动违反国际法原则，特别是《联合国宪章》和《美洲国家组织宪章》所规定的国家不得在国际关系上使用威胁或武力侵犯任何国家的领土完整或政治独立和不得干涉国家国内管辖事务的原则（14:1 票）；

(3) 美国和尼加拉瓜均应保证不得采取任何行动加剧或扩大给法院提出的争端；

(4) 美国政府和尼加拉瓜政府应保证不得采取任何行动破坏他方在执行法院为此案所作之判决的权利。

## （二）管辖权问题

国际法院于 1984 年 11 月 26 日以 15:1 票认定，国际法院有审理此案的管辖权；并一致通过认定尼加拉瓜诉美国的请求书是可以接受的。

## （二）实质问题

国际法院于 1986 年 6 月 27 日就是实质问题作出如下判决：

1. 国际法院对尼加拉瓜 1984 年提出的争端，适用美国政府在 1946 年接受国际法院强制管辖声明中所包含的“多边条约保留”原则（11:4 票）；

2. 驳回美国主张的集体自卫权（12:3 票）；

3. 美国在尼加拉瓜训练、武装、配备、资助和供应反尼加拉瓜力量，违反了根据习惯国际法不

干涉他国内政的义务（12:3 票）；

4.美国在 1983-1984 年使用武力攻击尼加拉瓜领土，违反了习惯国际法不得对他国使用武力的义务（12:3 票）；

5.美国派飞机飞入尼加拉瓜上空，违反了习惯国际法不得侵犯他国主权的义务（12:3 票）；

6.美国在 1984 年在尼加拉瓜内水、领海布雷，违反了习惯国际法不得对他国使用武力、不得干涉他国内政、不得破坏主权和妨碍和平海上商业活动的义务（12:3 票）；

7.第 6 条所指的事实说明美国违反了 1956 年美尼《友好通商航海条约》第 19 条的义务（14:1 票）；

8.美国布雷后没有将水雷的存在和位置妥为公布，违反了习惯国际法的义务（14:1 票）；

9.美国在 1983 年出版了一本《心理战手册》，散发给尼加拉瓜的反政府力量，煽动它们进行违反人道主义原则的行为（14:1 票）；

10.美国在 1985 年 5 月 1 日宣布对尼加拉瓜的贸易进行总封锁，违反了 1956 年美尼《友好通商航海条约》的宗旨和目的（12:3 票）；

11.美国攻击尼加拉瓜领土，并于 1985 年 5 月 1 日对尼加拉瓜贸易进行总封锁，违反了 1956 年美尼《友好通商航海条约》第 19 条的义务（12:3 票）；

12.美国有义务立即停止和抑制一切违反上述法律义务的行动（12:3 票）；

13.美国有义务赔偿尼加拉瓜由于违反习惯国际法义务所造成的损失（12:3 票）；

14.美国有义务赔偿尼加拉瓜由于违反 1956 年美尼《友好通商航海条约》义务所造成的损失（14:1 票）；

15.赔偿的方式和款额，鉴于双方未能达成协议，将由法院确定，为此目的，法院将由以后的程序来解决（14:1 票）；

16.提醒双方有义务根据国际法以和平方法解决其争端（一致同意）。

### 三、涉及法律问题

1.国际法院对案件的管辖权问题

2.第三国参加程序

3.法律适用（国际法基本原则）

4.国际法院与安理会的关系

5.对自卫权的理解与认识

## 第七讲 多瑙河大坝案（加布奇科沃—大毛罗斯项目案）

匈牙利诉斯洛伐克（1993—1997）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深刻认识与理解条约效力、履行、终止及相关国家责任等问题；了解与认识环境保护在国家之间利用自然资源关系中的体现。

学时分配：3 学时。

### 一、案情

1977 年 9 月，捷克斯洛伐克和匈牙利缔结一项条约，决定两国共同在多瑙河上修建并联合营运两座拦河坝。该条约所规划的水坝系统服务于四个目的：发电、通航、防洪和区域开发。工程分为两部分：

捷克斯洛伐克负责从作为界河的多瑙河中引水至捷克斯洛伐克领土，以蓄峰模式运行一个双重拦河坝系统。（包括一座水库。水库的很大一部分、发电渠和盖巴斯科夫发电站完全建在斯洛伐克领土上）

匈牙利负责第二座水坝位于下游 113 公里处的拉基玛洛（此处多瑙河完全位于匈牙利领土上），第二座较小的水电站以连续模式运行。

多瑙河仍是两国的界河，其中的河水由两国共享。

1988 年，匈牙利国会认定该河流的生态效益高于该项目的经济利益，并通过一项决议将该项目的继续进行置于严格的环境保护规则之下，命令政府重新评价该项目。

匈牙利政府于 1989 年 5 月中止在拉基玛洛的工程，并宣布它打算在项目的环境影响得到充分评价之前停止执行在盖巴斯科夫附近的工程中它的那一部分。

捷克斯洛伐克于 1991 年决定继续建设该项目并开始了一个“临时解决办法”，单方面将近 2 / 3 的多瑙河河水截流引至其领土上的一条分流渠。这一决定不仅对匈牙利的环境，而且对其经济将带来重大影响。

1992 年 2 月匈牙利对捷克斯洛伐克的这一决定提出正式抗议。1992 年 4 月，欧共体出面调解无效。1992 年 5 月，匈牙利政府发表声明，宣布终止有关该项目的 1977 年条约。1992 年 10 月，匈牙利向国际法院提出申请，请求国际法院的裁决。

1993 年 7 月，匈牙利和斯洛伐克签订特别协定，将争端提交国家法院。

该协定请求国际法院以 1977 年条约、“国际法的规则和原则以及法院认为可适用的其他条约”为依据，裁判：(1) 匈牙利是否有权中止并随后于 1989 年放弃拉基玛洛工程和盖巴斯科夫工程中它承担的那一部分；(2) 捷克斯洛伐克是否有权于 1991 年 11 月实施“临时解决办法”并于 1992 年 10 月以后将该系统投入运行；(3) 匈牙利关于终止条约的通知有什么效果；(4) 双方还请求法院决定它的判决所引起的法律后果，包括双方的权利和义务。

## 二、法院判决

国际法院 1997 年 9 月的判决如下：

1. 匈牙利无权于 1989 年中止并在后来放弃拉基玛洛工程和盖巴斯科夫工程中它的那一部分 (14:1)；

2. 捷克斯洛伐克有权于 1991 年 11 月实施“临时解决办法” (9:6)，但无权从 1992 年 10 月起实施单方面的解决办法并在未得到匈牙利同意的情况下分流多瑙河 (10:5)；

3. 匈牙利 1992 年 5 月 19 日关于 1977 年条约和有关文件的通知不具有终止该条约和有关文件的法律效力，该条约至今仍然有效 (12:4)。

4. 法院建议保持现状：一座而非两座拦河坝，联合营运但不以蓄锋模式，就损失负担等问题

进一步协商并随时通知法院。

### 三、涉及法律问题

#### 1. 条约法问题

#### 2. 环境损害责任制度

#### 3. 可持续发展原则的运用与体现

#### 4. 关于“对一切”的义务

## 第八讲 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留问题

联合国大会请求国际法院发表咨询意见（1950—1951）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，了解国际法院的咨询管辖权的行使，深刻认识与理解多边条约保留的提出、接受与反对以及提出、接受与反对保留的法律效果；明确咨询意见对条约法发展与完善的影响。

### 学时分配：3 学时

#### 一、案情

1948年12月9日，联合国大会决议通过《防止和惩治灭绝种族罪公约》。截至1950年10月12日，在向联合国秘书长交有的关于灭种罪公约的19份批准书和加入书中，菲律宾的批准书和保加利亚的加入书均附有保留，而这些保留受到其他一些国家的反对。鉴于灭种罪公约本身对保留问题未作任何规定，联合国秘书长遂循其惯例通知保留国，称它们不能成为该约当事国，同时将“多边公约的保留”问题提请联合国大会讨论。

关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留问题由联合国大会（大会1950年11月16日决议）提交国际法院，请它发表咨询意见。

“就防止及惩治灭绝种族罪公约而言，如某一国家批准或加入该公约，于批准或加入或签署后继以批准时附有保留：

1. 遇该公约一个以上之当事国反对该项保留，但其他当事国不表示反对时，该提出保留之国家在维持其保留之期间能否视为该公约当事国？

2. 如法院对第一项问题所答为‘是’则该项保留在提出保留国家与下列国家间具有何种效力：（1）反对该项保留的当事国？（2）接受该项保留的当事国？

3. 如下列国家反对所提保留，则关于第一项问题的答复将具有何种法律效力；（1）尚未批准该公约的签字国？（2）有权签署或加入该公约但尚未签署或批准的国家？”。

## 二、咨询意见

国际法院认为，作为《防止及惩治灭绝种族罪公约》基础的那些原则被文明国家认为甚至对没有任何公约义务的国家也具有约束力。在范围上该公约的目的是成为世界性公约。其目的纯粹是为了实行人道主义和文明。缔约各国从该公约没有得到任何个别的好处或受到任何个别的损害，它们也没有什么本身的利益，它们只有一个共同的利益。这导致得出这样的结论：该公约的宗旨和目的暗示着大会和通过它的国家的意图是尽可能多的国家应参加该公约。如果对一项不重要保留的反对将会把做出该项保留的国家完全排除在该公约之外，这一目的将受到损害。另一方面，缔约国不可能怀有这种意图：牺牲该公约的宗旨以支持实现一个含糊的争取尽可能多的参加国的愿望。由此得出，该项保留和该公约的宗旨和目的的一致性确定做出该项保留的国家和反对该项保留的国家的态度的标准。因此，由于其抽象性，对第一个问题不能给予一个绝对的答复。对一项保留的评价和反对该项保留的效力须根据每个个别事件的情况而定。

关于一个有权签署和批准该公约但尚未那样做的国家或一个已签署但尚未批准该公约的国家做出的反对的效力。国际法院认为，在前一种情况下，一个不享有该公约项下的任何权利的国家可以排除另一个国家将是不可思议的。签字国的情况则较为有利。它们已采取了对于行使当事国权利来说所必需的若干步骤。这个临时身份赋予它们一个作为预防措施提出反对的权利。如果签署后随之予以批准，则反对就成为确定性的了。否则，它就会消失。因此，该反对并不具有立即的法律效力，但却表示和宣布了每一签字国在成为该公约当事国时的态度。

基于上述理由，国际法院在1951年5月28日，以7票对5票对联合国大会所提出的三个问题做出了咨询意见：

1.做出并维持已受到该公约一个或一个以上当事国反对但没受到其他当事国反对的一项保留的国家可被视为该公约的当事国，如果该项保留与该公约的宗旨与目的一致；在其他情况下，该国不能被视为该公约的当事国。

2.（1）如果该公约的一个当事国反对它认为与该公约的宗旨和目的不相容的一项保留，它可以在实际上认为保留国不是该公约的当事国；（2）另一方面，如果一个当事国认为该项保留与该公约的宗旨和目的一致，它可以在实际上认为保留国是该公约的当事国。

3.（1）一个尚未批准该公约的签字国对一项保留的反对只有在它批准该公约时才能具有在对第一个问题所做答复中指出的法律效力；（2）一个有权签署或加入该公约但尚未那样做的国家对一项保留的反对没有法律效力。

### 三、涉及法律问题

1.多边条约保留的提出、接受与反对

2.提出、接受与反对保留的法律效果

3.本案对条约法发展与完善的影响

## 第九讲 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法

联合国大会请求国际法院发表咨询意见（2008—2010）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，了解国际法院咨询管辖权的行使；深刻认识与理解国家主权领土完整原则与民族自决原则及该案的影响和意义。

### 学时分配：3 学时

#### 一、案情

科索沃原为塞尔维亚共和国（以下简称塞尔维亚）的一个自治省，当地 90% 的居民是阿尔巴尼亚族（以下简称阿族）人。1999 年科索沃战争结束后，联合国安全理事会通过第 1244(1999)号决议，在科索沃建立了一个过渡行政机构—联合国驻科索沃临时行政当局特派团(UNMIK),由其代管该地区的行政事务。自 2005 年底开始,联合国秘书长特使阿赫蒂萨里以及美国、欧盟和俄罗斯三方的代表组织塞尔维亚与科索沃双方的代表就科索沃未来的地位问题进行谈判,但均无结果。2007 年 11 月 17 日,科索沃地区选举了科索沃议会；2008 年 2 月 17 日, UNMIK 下设的科索沃临时自治机构单方面宣布独立。

这一行为引起了国际社会的广泛关注，各国纷纷做出反应。美国和许多其他西方国家立即承认科索沃独立，欧盟 27 个成员国中，除了西班牙、塞浦路斯、斯洛伐克、罗马尼亚、希腊五国外，其他国家都支持科索沃独立。俄罗斯、西班牙、罗马尼亚、越南等国于 2008 年 2 月 18 日先后发表声明，谴责科索沃单方面宣布独立，称此举违反了国际法。塞尔维亚政府虽然表示科索沃单方面宣布独立公然侵犯了塞尔维亚的主权和领土完整，但是塞尔维亚政府对此仍是采取了克制的态度，并遵守不使用武力的承诺，而且没有对科索沃进行经济制裁和切断电力供应，也没有与承认科索沃

独立的国家断绝外交关系。

2008年8月,塞尔维亚外长耶雷米奇向联合国大会提交议案,请求国际法院就“科索沃宣布独立是否符合国际法”发表意见。2008年9月17日,总务委员会一致批准了塞的请求,将该议案列入大会议程,9月19日,联合国大会以77票赞成、6票反对、74票弃权的简单多数通过了塞尔维亚的起草决议。美国、阿尔巴尼亚和四个太平洋岛国投反对票,承认科索沃独立的22个欧盟国家弃权。另外,哥斯达黎加、冰岛、列支敦士登、挪威4个承认科索沃独立的国家投了赞成票。以美英为首的一些国家,为决议的通过设置了重重障碍,他们以经济援助为条件,拉拢一些小国,同时以加快入欧盟和北约进程为诱饵,要求申请支持科索沃独立。

2008年10月8日,联合国大会应塞尔维亚的请求投票通过第63/3号决议,要求国际法院就科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题发表咨询意见。10月9日,联合国秘书长将联大的咨询请求提交国际法院,国际法院书记官随即向有权出庭的所有国家函告对咨询问题的意见。

## 二、咨询意见

2008年10月17日,国际法院发布一道指令,确定2009年4月17日为联合国及其会员国提交书面意见的时限并且2009年7月17日为提交书面意见的国家和组织对其他书面意见提交书面评论的时限。此外,国际法院还邀请宣布独立者提交书面意见和书面评论。截至国际法院规定的时间,共有36个国家提交了书面意见、14个国家提交了书面评论。

2009年12月11日,国际法院进行了诉讼程序,科索沃与28个国家出庭陈述了各自的立场。2010年7月22日,国际法院宣布咨询意见,以10票支持、4票反对、1票缺席的表决结果,认定科索沃单方面宣布独立的行为不违反一般国际法、安理会第1244(1999)号决议和科索沃临时自治宪政框架,因此不违反国际法。

## 三、涉及法律问题

1. 联合国大会提出咨询请求权是否越权
2. 联合国大会请求咨询的问题是否属于法律问题
3. 科索沃问题适用的国际法
4. 国家主权领土完整原则与民族自决原则
5. 科索沃独立案的影响和意义

## 第十讲 洛克比空难案

利比亚诉英国、美国（1992—2003）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深入理解并掌握联合国宪章义务和多边国际条约义务的关系；深刻认识与理解《蒙特利尔公约》“或引渡或起诉”的规定；明确安理会与国际法院在解决国际争端方面的职权划分与相互关系。

### 学时分配：3 学时

#### 一、案情

1988 年 12 月 21 日，美国泛美航空公司的 103 航班在飞行途中在苏格兰洛克比上空爆炸，机上乘客和机组人员全部遇难，并造成地面若干人员的伤亡。1991 年 11 月，苏格兰指控两名利比亚人将炸弹置于飞机上，炸弹爆炸致使飞机坠毁。利比亚也指出这种行为构成 1971 年《蒙特利尔公约》第 1 条意义上的罪行。

苏格兰指控两名利比亚公民有破坏泛美航空公司 103 航班嫌疑后，英国和美国于 1991 年 11 月 21 日发表联合声明如下：（1）利比亚必须交出所有被指控犯罪的人受审，利比亚必须为利比亚官员的行为承担责任；（2）利比亚必须披露它所知道的有关该犯罪的一切事情，允许全面接触所有的证人，完全得到文件和其他物证；（3）利比亚必须给付适当的赔偿。

1992 年 2 月 21 日，联合国安理会通过 731 号决议，敦促利比亚政府对英美的要求立即做出全面有效地反应以便消除国际恐怖主义。

利比亚主张《蒙特利尔公约》是双方处理这一罪行的唯一适合的现行公约。美国受该公约的法律义务的拘束，该公约要求美国以该公约规定行动，而且有关泛美航空公司 103 航班及嫌疑犯的问

题只能依该公约处理。

1992年3月3日，利比亚向国际法院对美国提起诉讼，请求国际法院判定并宣告：（1）利比亚完全履行了《蒙特利尔公约》的义务；（2）美国已经违背并继续违背它依《蒙特利尔公约》对利比亚应尽的法律义务；（3）美国有义务立即停止这种对条约的违反和停止对利比亚使用一切武力或威胁，停止一切对利比亚的主权、领土完整和政治独立的侵犯。

1992年3月3日，利比亚政府紧急请求法院指示应迅速采取临时措施，以保护利比亚的权利。1992年3月28日，在法院庭审时，美国提出法院应拒绝对该案指示临时措施。在规定的期限内，英国提交了其初步的反对主张：（1）国际法院没有管辖权（2）利比亚的请求没有可受理性。

1992年3月31日，安理会通过748号决议，决定利比亚政府必须毫不拖延的执行安理会731号决议，利比亚政府必须对停止一切形式的恐怖主义行动和对恐怖主义集团的一切援助，必须以具体行动迅速表明其谴责恐怖主义，并决定呼吁一切国家于1992年4月15日采取安理会制定的制裁措施，直到安理会决定利比亚政府已执行了上述决定。

利比亚认为，安理会的748号决定侵犯了《蒙特利尔公约》给予利比亚的权利的享有和执行，并且侵犯了利比亚的经济、商务和政治权利。美国则强调，安理会决议为当事双方的赋予的义务若与任何其他国际条约义务相抵触时，按照《联合国宪章》规定的制度，这些义务优于国际条约义务。

## 二、判决

### （一）临时措施

国际法院认为，作为联合国的会员国，利比亚和美国都有义务接受和执行安理会依《联合国宪章》第25条作出的决定。这个义务初步看来也包括接受和执行安理会748号决议中的决定。根据《联合国宪章》第103条，会员国对于安理会作出的决定的义务优于它们依任何其他国际条约包括《蒙特利尔公约》所承担的义务。法院指出，无论在通过该决议前的情况如何，现在不能认为利比

亚主张根据《蒙特利尔公约》享受的权力适用于指示临时措施来保护。此外，利比亚请求指示的措施可能会损害根据安理会 748 号决议初步看来美国所享有的权利。

根据上述理由，1992 年 4 月 14 日法院以 11：5 票作出命令裁定本案的情况不需法院依规约第 41 条执行其权力指示临时措施。

## （二）管辖权

针对英国的初步反对主张，国际法院在 1997 年 10 月 13 日至 22 日进行了听审，在 1998 年 2 月 27 日宣布了对初步反对意见的判决。法院结论，应驳回英国基于声称争端双方之间没有涉及蒙特利尔公约的解释和适用的争端而提出对管辖权的反对，法院有权审讯利比亚和英国之间关于该公约规定的解释和适用的争端。

案件最终结果：在国际社会的压力下，利比亚被迫同意交出两名嫌疑人，但同时也提出对两人的审判必须在英美以外的第三国进行。1998 年，美、英和荷兰同意在荷兰前美国空军基地宰斯特营成立苏格兰法庭并按苏格兰法律对两名被告进行审理。对两名利比亚籍嫌疑人的审讯在 2000 年 5 月 3 日开始，共有三位法官，没有陪审团（利比亚方面的条件）。

法庭于 2001 年 1 月 31 日作出判决：（1）迈格拉希罪名成立，被判终生监禁，建议最少服刑 20 年。2002 年 3 月 14 日迈格拉希的上诉被驳回。他被移送到位于苏格兰格拉斯哥的巴连尼监狱（Barlinnie Prison）。（2）费希迈被判罪名不成立，并在翌日回到利比亚的家。

2003 年 8 月，利比亚与美英达成协议，同意对洛克比事件遇难者家属支付总额约 27 亿美元的赔偿。2003 年 9 月 10 日，应争端各方要求，院长史久镛法官作出命令，将本案从法院的案件表上撤销。2003 年 9 月 12 日，联合国安理会以 13 票赞成、2 票弃权的表决结果通过第 1506 号决议，决定解除联合国因 1988 年洛克比空难和 1989 年法国联航空难事件而对利比亚实施的长 11 年的制裁。

### 三、涉及法律问题

1. 联合国宪章义务的主要内容
2. 条约冲突如何解决
3. 安理会与国际法院的关系

## 第十一讲 使用武力合法性案

南联盟诉美国、英国、比利时、德国、法国等十国（1999—2004）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深刻认识与理解“人道主义干涉”、“人道主义战争”的合法性问题；认识人权与主权的的关系；明确国际法院管辖权和指示临时保全措施的依据。

**学时分配：**3 学时。

### 一、案情

科索沃位于南联盟塞尔维亚共和国西南部，与阿尔巴尼亚、马其顿相邻，人口 200 余万，其中 90%以上是阿尔巴尼亚族。塞尔维亚共和国内的自治省，阿族与塞族的矛盾日益高涨

1989 年 2 月 27 日，米洛舍维奇为了压制阿族的民族主义运动，宣布取消科索沃的自治省地位，1992 年 5 月自行组成议会和行政机构，还选举民主联盟领导人鲁戈瓦为“科索沃共和国”总统。1996 年，阿族激进分子成立武装组织“科索沃解放军”。1997 年以后不断发生武装冲突事件，伤亡人员日趋增多，约三十万人流离失所，沦为难民。

1998 年底起，以美国为首的北约开始介入科索沃危机，北约与南联盟的矛盾逐渐成为主要矛盾。1999 年 2 月 6 日，在美国和北约的压力下，塞尔维亚和科索沃阿族代表在巴黎附近的朗布依埃举行和平谈判，谈判的基础是美国特使希尔草拟的方案（方案内容：尊重南联盟的领土完整，科索沃享有高度自治，南联盟军队撤出科索沃，“科索沃解放军”解除武装，按当地居民人口比例组成新的警察部队维持治安，北约向科索沃派遣多国部队保障协议实施）3 月 15 日复会，阿族代表于 18 日签署了协议，但塞尔维亚方面仍然拒绝签字。3 月 19 日，北约向南联盟发出最后通牒。3 月 24 日，北约发动了对南联盟的空中打击，科索沃战争爆发。

科索沃战争以大规模空袭为作战方式，美国为首的北约凭借占绝对优势的空中力量和高技术武器，对南联盟的军事目标和基础设施进行了连续 78 天的轰炸，给南联盟造成了重大财产损失和环境破坏，也造成了许多无辜平民（包括阿族难民）的伤亡。

1999 年 4 月 29 日，南斯拉夫联盟共和国向法院书记官处递交请求书为违反“不使用武力的义务”对比利时、加拿大、法国、德国、意大利、荷兰、葡萄牙、西班牙、英国、和美利坚合众国提起诉讼。并向国际法院提交了分别以上述十国为被告的请求书，并请求法院指示临时保全措施，要求每个实施空中打击的国家“立即停止使用武力的行动，并禁止任何针对南联盟的威胁或使用武力的行为。”

## 二、判决

### （一）指示临时保全措施

1999 年 5 月 10 日—5 月 12 日，法院对临时措施问题开庭，所有当事方进行了口头程序。

1999 年 6 月 2 日，国际法院发布命令，以 12：4 票拒绝了南联盟关于发布临时措施请求。

### （二）管辖权问题

1. 法院认为对南联盟诉西班牙和美国的两个案件明显缺乏管辖权，因而撤销案件。

2. 法院认为对其余八个案件其虽无初步管辖权来指示临时措施，但有权将案件保留以便作进一步审查。要求南联盟准备书面程序，并规定了提交答辩状的时间。

3. 1999 年 6 月 30 日，法院命令南联盟在 2000 年 1 月 5 日之前对上述八个国家提交正式的书面起诉状。在规定的时间内，南联盟提交了正式的起诉状，但八个被告国家都对法院的管辖权和案件的可受理问题提出了初步反对意见。

4. 2004 年 12 月 15 日，法院对上述各案件作出判决：法院一致认定它对 1999 年 4 月 29 日南联盟申请书中所提出的要求不具管辖权。

## 结局：签署和平协议

在北约空袭的巨大压力下，经过俄罗斯、芬兰等国的斡旋调停，南联盟最终软化了立场，6月2日，南联盟总统米洛舍维奇接受了由俄罗斯特使切尔诺梅尔金、芬兰总统阿赫蒂萨里、美国副国务卿塔尔博特共同制定的和平协议，该协议在坚持原朗布依埃方案基本内容的同时，强调了通过联合国机制解决问题的必要性，并对此作了具体规定。根据这个协议，进驻科索沃的多国部队将按照联合国宪章精神建立，科索沃未来自治地位的确切性质将由联合国安理会决定，难民返回家园的安排也将在联合国难民事务高级专员的监督下实施。6月3日，南联盟塞尔维亚共和国议会通过了接受上述协议的决议。6月9日，北约代表和塞尔维亚代表在马其顿签署了关于南联盟军队撤出科索沃的具体安排协议，南联盟军队随即开始撤离科索沃。6月10日，北约正式宣布暂停对南联盟的空袭。同一天，联合国安理会以14票赞成、1票（中国）弃权通过了关于政治解决科索沃问题的决议（第1244号决议）。历时两个半月的科索沃战争至此落下帷幕。

### 三、涉及法律问题

1. 国际法院指示临时措施的程序和管辖权的关系
2. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》是否适用问题
3. 人道主义干涉问题
4. 安理会在本案涉及问题的解决中的作用

## 第十二讲 渔业管辖权案

英国、德国诉冰岛（ 1972 — 1974 ）

### 教学目的和基本要求：

通过本案分析研究，深刻认识与理解领海主权、对公海自由的限制；认识和理解优惠渔业权与传统渔业权及相互协调关系；进一步认识专属经济区的法律地位。

学时分配：3 学时。

### 一、案情

1944 年，冰岛独立。为了充分的保护鳕鱼资源，并保护冰岛渔民的经济利益，冰岛政府先后多次宣布扩大领海区域。1958 年宣布将领海扩展到距海岸 12 海里的范围。1958 年 8 月 30 日是冰岛政府要求其他国家船只离开该海域的最后期限，除英国外，各国渔船都撤离。两国矛盾凸显。1961 年 3 月 11 日冰岛与英国的换文，英国正式承认冰岛 12 海里领海线。但冰岛并未满足，宣称要进一步扩大领海，并礼节性的给予英国 3 年的调整时间。

1971 年，冰岛政府宣布终止与英国关于渔业管辖权的协议，正式将其专属渔业管辖权扩大到 50 海里，并规定一切外国船舶在此区域内的渔业活动均被禁止。英国认为该换文不能单方面废止，冰岛所采取的措施无国际法上的根据，忍无可忍，鳕鱼战争再次爆发。在为期 1 年的冲突中：冰岛割断渔网、炮轰船只驱逐外国渔船，其中 69 艘英渔船严重受损。英国派 7 艘主力战舰对冰岛进行恫吓。1972 年 4 月 14 日和 6 月 15 日，英国和西德分别在国际法院向冰岛提起诉讼。

英国诉求：1. 冰岛关于自己有权拥有从基线到 50 海里之间的专属捕鱼管辖权的主张在国际法上是没有根据是无效的；2. 冰岛无权针对联合国单方面主张超过 1961 年换文商定的 12 海里宽度的专属捕鱼管辖区；3. 冰岛无权单方面将英国渔船排除于超出 12 海里宽度的公海区域之外，或单方面对英国渔船在这一区域内的活动施加限制；4. 冰岛和联合王国有责任，无论是双边或其他有关国家一起共同研究为保护的在该公海区域实行限制捕鱼活动的必要性，并进行谈判以便在该区域建立一种除其他外将确保冰岛享有其特别依赖渔业的国家情况的优先地位的制度。

德国诉求：1. 冰岛单方面吧其专属捕鱼管辖区从基线延伸到 51 海里，对德意志联邦共和国来说，是没有国际法依据的；2. 不得强迫德意志联邦共和国或在该国等级的船只服从为此目的而发布的冰岛法规；3. 如果冰岛证实需要在 1961 年，换文中同意的 12 海里以外为保护渔业资源采取措施，这种措施只能在当事国协议的基础上采取，可低阶双边或多边协定，适当考虑到冰岛对渔业的特殊依赖和联邦共和国在有关水域中的传统渔业；4. 冰岛海岸巡逻艇对在联邦共和国等级的渔船的干涉行为是违反国际法的，冰岛有义务为此对联邦共和国做出赔偿。

冰岛致函国际法院：认为 1961 年换文已经终止；依照《国际法院规约》国际法院并无法院行使管辖权的根据；该案涉及冰岛重大利益，冰岛不愿就涉及其渔业范围的任何案件赋予国际法院管辖权；它不接受联合王国方面提出的有关事实的任何陈述、任何指控或法律论点。冰岛没有参加任何阶段的诉讼程序。

### 二、判决

#### （一）管辖权

国际法院于 1973 年 2 月 2 日，以 14：1 票判定法院对本案有管辖权。

#### （一）指示临时措施

国际法院于 1972 年 2 月 17 日以 11：3 票作出命令第一执行段，指示在案件做出终局裁决前须

采取下列临时措施：

1. 联合王国和冰岛共和国各自应当确保不采取可能加剧或扩大已提交国际法院的争端的任何种类的行动；

2. 联合王国和冰岛共和国各自应当确保不采取可能损害另一方在执行法院可能对实质问题做出的任何裁决方面的权利的行动；

3. 冰岛共和国应当避免针对在联合王国注册并在冰岛周围 12 海里捕鱼区以外水域从事捕鱼活动的船舶采取任何强制执行 1972 年 7 月 14 日条例的措施；

4. 冰岛共和国应当避免针对在联合王国注册的船舶、其船员或其他有关人员因其在冰岛周围 12 海里捕鱼区以外的水域从事捕鱼活动而对其实施行政、司法或其他措施；

5. 冰岛共和国应当确保在联合王国注册的船舶在国际海洋考察理事会界定为 Va 区的“冰岛海区”内每年的捕鱼量不超过 17 万公吨；

6. 联合王国政府应当向冰岛政府和国际法院书记处提供有关控制和管理该区域捕鱼的所有有关情报，发布的命令及所做的安排。

7. 法院指出除非它在此期间内对本案做出了终局判决，它将根据任何一方的请求，在 1973 年 8 月 15 日以前的适当时间，对该问题重新进行审查，以便决定是否继续或需要修改或撤销前述措施。

8. 法院于 1973 年 7 月 12 日分别就两起管辖权案发布命令，均已 11:3 票确认，1972 年 2 月 17 日命令第一执行段所指示的临时措施，在不违反国际法院依据其规则拥有的撤销或修改权利的情况下，应继续有效至法院对两案作出中举判决为止。

## (二) 实质问题

1974 年 7 月 25 日国际法院对捕鱼案管辖权案（联合王国诉冰岛案）以 10 : 4 票就实质问题作出判决：

1. 认定冰岛 1972 年的条例构成单方面对冰岛的专属捕鱼权从基线扩大到 50 海里，这个条例不能对抗联合王国（德意志联邦共和国）；

2. 认定冰岛无权单方面将联合王国（德意志联邦共和国）的渔船排斥由于从 12 海里宽度至 50 海里宽度之间的区域之外，或者单方面将这些渔船在这个区域内的活动施加限制；

3. 认为冰岛和联合王国（德意志联邦共和国）互相有义务进行诚意的谈判以期公平地解决它们之间的分歧；

4. 指出进行谈判时要考虑的某些因素（冰岛的优先权，联合王国、德意志联邦共和国的既得权利，其他国家的利益，维护渔业资源，共同研究所需的措施）。

## 后续情况

冰岛于 1975 年 10 月 15 日宣布禁渔区域扩大到 200 海里。

联邦德国和英国的渔船继续闯入禁渔区捕捞，冰岛派海军驱逐，英数艘渔船被抓到冰岛，1976 年 2 月 19 日宣布和冰岛断交。1976 年 5 月，冲突再次发生，持续 5 个月；此时，欧共体也紧锣密鼓的进行调停，但双方各不相让。1976 年 2 月，欧共体在等待中失去耐心，公开宣布欧洲各国的海洋专属区均限定在 200 海里。至时，英国不得不于 1976 年 9 月 1 日与冰岛签约，承认冰岛 200 海里捕鱼区。

## 三、涉及法律问题

1. 国际法院对本案是否有管辖权

2. 换文（条约）的有效性和期限

3. 公海自由原则的限制

4. 专属渔业区和优先捕鱼权

5. 本案对《海洋法公约》专属经济区的影响

# 《国际私法教学大纲 (2011 年修订版)》 教学大纲

刘力 编写

## 目 录

第一章 国际私法概述.....	9
第一节 国际私法的调整对象.....	9
一、国际民事关系的产生与特征.....	9
二、国际民事关系的法律冲突.....	9
三、国际民事关系的调整方法.....	9
第二节 国际私法的范围与体系.....	9
一、国际私法的范围.....	9
二、国际私法的规范组成.....	10
三、国际私法的体系.....	10
第三节 国际私法学.....	10
一、国际私法学的含义及名称.....	10
二、国际私法的性质.....	10
三、国际私法学的定义.....	10
第四节 国际私法的渊源.....	10
一、国内立法.....	10
二、国内判例.....	11
三、国际条约.....	11
四、国际惯例.....	11
复习与思考题.....	11
拓展阅读书目.....	11
第二章 国际私法发展史.....	12
第一节 国际私法学说史.....	12
一、意大利法则区别说（the Doctrine of Statutes）.....	12
二、法国的法则区别说.....	12
三、国际礼让说（the Doctrine of International Comity）.....	12
四、法律关系本座说.....	13
五、既得权说（the Doctrine of Vested Rights）.....	13
六、本地法说（the Doctrine of Local Law）.....	13
七、结果选择说（Result Selecting Principles）.....	13
八、政府利益分析说（the Doctrine of Governmental Interests Analysis）.....	14
九、最密切联系说.....	14
第二节 国际私法立法史.....	14
一、国际私法的国内立法史.....	14
二、国际私法的国际立法史.....	14
第三节 我国国际私法的历史.....	15
一、我国国际私法立法史.....	15
二、我国国际私法理论.....	15
三、国际私法研究人才的培养.....	16
四、国际私法学术机构.....	16
拓展阅读书目.....	16

第三章 国际私法主体.....	17
第一节 外国人民事法律地位.....	17
一、国民待遇.....	17
二、最惠国待遇.....	17
三、优惠待遇.....	17
四、普遍优惠待遇.....	17
第二节 自然人.....	17
一、自然人的国籍.....	17
二、自然人的住所.....	18
第三节 法人.....	18
一、法人的国籍.....	18
二、法人的住所.....	18
三、外国法人的认许.....	18
四、我国关于法人国籍、住所以及外国法人认许的规定.....	18
第四节 国家.....	19
一、国家及其财产豁免.....	19
二、我国关于国家及其财产豁免的实践.....	19
复习与思考题.....	19
拓展阅读书目:.....	19
第四章 冲突规范与准据法.....	20
第一节 法律冲突.....	20
一、法律冲突的概念.....	20
二、法律冲突的解决途径.....	20
第二节 冲突规范的结构、类型及其发展.....	20
一、冲突规范的概念、特点、性质.....	20
二、冲突规范的结构、类型.....	21
三、冲突规范的发展.....	21
第三节 系属公式.....	21
一、属人法.....	21
二、物之所在地法.....	21
三、行为地法.....	21
四、法院地法.....	21
五、旗国法.....	21
六、当事人合意选择的法律.....	22
七、最密切联系地法律.....	22
第四节 冲突规范中的连结点.....	22
一、连接点在冲突规范中的地位和法律特征.....	22
二、连结点的分类.....	22
三、连结点的选择.....	22
四、连接点的发展.....	22
第五节 准据法及其确定.....	23
一、准据法的概念、特点.....	23
二、准据法的确定.....	23
三、先决问题.....	23

复习与思考题:	23
拓展阅读书目	24
第五章 冲突规范适用中的几种制度	25
第一节 识别	25
一、识别的概念	25
二、识别的冲突	25
三、识别冲突的解决（依据）	25
第二节 反致	25
一、反致概述	25
二、反致的产生及原因	26
三、关于反致的理论争议	26
第三节 公共秩序保留	26
一、公共秩序保留的概念与作用	26
二、公共秩序的立法模式	26
三、我国关于公共秩序保留制度的理论和立法	26
四、小结	26
第四节 法律规避	27
一、法律规避的概念与构成条件	27
二、法律规避的性质	27
三、法律规避的效力	27
四、我国有关法律规避效力的理论和司法实践	27
第五节 外国法内容的确定	27
一、外国法内容的确定问题	27
二、关于外国法的性质和查明方法的理论和实践	27
三、无法查明外国法的解决办法	28
四、外国法的错误适用	28
五、我国关于外国法的查明的规定	28
复习与思考题	28
拓展阅读书目	28
第六章 民事能力的法律适用	29
第一节 自然人权利能力	29
一、自然人权利能力的法律冲突	29
二、自然人权利能力的法律适用规则	29
三、失踪和死亡宣告的管辖权及法律适用	29
第二节 自然人行为能力的法律适用	29
一、自然人行为能力的法律冲突	29
二、自然人行为能力的法律适用	29
第三节 法人权利能力和行为能力	30
一、法人权利能力和行为能力的法律冲突	30
二、法人权利能力和行为能力的法律适用	30
第四节 我国关于民事能力法律适用的规定	30
一、关于自然人权利能力法律适用的规定	30
二、关于自然人行为能力法律适用的规定	30
三、关于法人权利能力和行为能力法律适用的规定	30

复习与思考题: .....	30
拓展阅读书目 .....	31
第七章 物权的法律适用 .....	32
第一节 物之所在地法原则 .....	32
一、物之所在地法原则的产生与发展 .....	32
二、物之所在地的确定 .....	32
三、物之所在地法的适用范围 .....	32
四、物之所在地法适用的例外 .....	32
第二节 中国关于物权法律适用的规定 .....	33
一、中国关于不动产物权法律适用的规定 .....	33
二、中国关于动产物权法律适用的规定 .....	33
第三节 国有化问题 .....	33
一、国有化法律的效力（域内与域外） .....	33
二、我国关于国有化的规定 .....	33
复习与思考题 .....	34
拓展阅读书目 .....	34
第八章 知识产权的法律适用 .....	35
第一节 知识产权法律冲突概述 .....	35
一、知识产权法律冲突的产生 .....	35
二、知识产权法律冲突的解决 .....	35
第二节 专利权的法律适用 .....	35
一、专利权的法律冲突 .....	35
二、专利权的法律适用 .....	35
三、中国有关涉外专利权的法律规定 .....	35
第三节 商标权的法律适用 .....	35
一、商标权的法律冲突 .....	35
二、商标权的法律适用 .....	35
三、中国有关涉外商标权的法律规定 .....	36
第四节 著作权的法律适用 .....	36
一、著作权的法律冲突 .....	36
二、著作权的法律适用 .....	36
三、中国有关涉外著作权的法律规定 .....	36
第五节 保护知识产权的国际公约与国际组织 .....	36
一、保护知识产权的国际公约 .....	36
二、保护知识产权的国际组织 .....	37
拓展阅读书目 .....	37
第九章 涉外合同的法律适用 .....	38
第一节 涉外合同的法律冲突与准据法的选择方法 .....	38
一、涉外合同的法律冲突 .....	38
二、准据法的选择方法 .....	38
三、合同法律适用规则的历史沿革 .....	38
第二节 合同的法律适用原则 .....	38
一、意思自治原则 .....	38
二、最密切联系原则 .....	39

三、合同自体法.....	39
四、客观标志说.....	39
第三节 具体合同的法律适用.....	39
一、国际货物买卖合同的法律适用.....	39
二、国际货物运输合同的法律适用.....	40
三、国际货物运输保险合同的法律适用.....	40
四、国际贸易支付关系的法律适用.....	40
五、国际技术转让合同的法律适用.....	40
六、国际私人直接投资合同的法律适用.....	40
复习与思考题:.....	40
拓展阅读书目.....	41
第十章 侵权行为之债的法律适用.....	42
第一节 一般侵权行为之债的法律适用.....	42
一、侵权行为之债与侵权行为法.....	42
二、侵权行为之债的法律冲突.....	42
三、一般侵权行为之债的法律适用原则.....	42
第二节 特殊侵权行为之债的法律适用.....	43
一、海上侵权行为的法律适用.....	43
二、空中侵权行为的法律适用.....	43
三、公路交通事故的法律适用.....	43
四、涉外产品责任的法律适用.....	44
五、其他类型的特殊侵权行为的法律适用.....	44
第三节 我国关于侵权行为之债法律适用的规定.....	44
一、一般侵权行为之债的法律适用.....	44
二、特殊侵权行为之债的法律适用.....	44
复习与思考题.....	45
拓展阅读书目.....	45
第十一章 涉外不当得利与无因管理的法律适用.....	46
第一节 不当得利的法律适用规则.....	46
一、不当得利法的形成和发展过程的比较分析.....	46
二、不当得利的构成要件比较分析.....	46
三、不当得利类型的比较分析.....	46
四、解决不当得利法律适用问题的三种模式.....	46
五、中国法的规定.....	46
第二节 无因管理的法律适用.....	46
一、无因管理的法律冲突.....	46
二、解决无因管理法律适用问题的几种模式.....	47
三、中国法的规定.....	47
第十二章 涉外婚姻家庭的法律适用.....	48
第一节 涉外结婚的法律适用.....	48
一、结婚实质要件的法律适用.....	48
二、结婚形式要件的法律适用.....	48
三、我国关于涉外结婚法律适用的规定.....	48
第二节 涉外离婚的法律适用.....	48

一、离婚的法律适用 .....	48
二、我国关于涉外离婚法律适用的规定 .....	49
第三节 夫妻关系的法律适用 .....	49
一、夫妻人身关系的法律适用 .....	49
二、夫妻财产关系的法律适用 .....	49
三、1978 年海牙《夫妻财产制法律适用公约》 .....	49
四、我国关于夫妻婚姻关系法律适用的规定 .....	49
第四节 父母子女关系的法律适用 .....	49
一、确定子女是否婚生的准据法 .....	49
二、父母与非婚生子女关系的法律适用 .....	50
三、父母子女之间权利义务关系的法律适用 .....	50
四、我国关于父母子女关系法律适用的规定 .....	50
第五节 收养的法律适用 .....	50
一、收养关系成立要件的法律适用 .....	50
二、收养效力（即收养关系权利义务内容）的法律适用 .....	50
三、有关收养法律适用的国际公约 .....	50
四、我国关于涉外收养法律适用的规定 .....	51
第六节 扶养的法律适用 .....	51
一、扶养的法律适用 .....	51
二、关于扶养法律适用的国际公约 .....	51
三、我国关于涉外扶养法律适用的规定 .....	51
第七节 监护的法律适用 .....	51
一、涉外监护的法律适用 .....	51
二、关于监护法律适用的国际公约 .....	52
三、我国关于涉外监护法律适用的规定 .....	52
复习与思考题 .....	52
拓展阅读书目 .....	52
第十三章 继承的法律适用 .....	53
第一节 遗嘱继承的法律适用 .....	53
一、遗嘱继承的法律冲突 .....	53
二、遗嘱继承的法律适用遗嘱能力的法律适用：属人法。理由：遗嘱能力涉及人的身份问题。 .....	53
第二节 法定继承的法律适用 .....	53
一、法定继承的法律冲突 .....	53
二、法定继承的法律适用 .....	53
第三节 无人继承财产 .....	54
一、概述 .....	54
二、无人继承财产的归属 .....	54
三、无人继承财产的法律适用 .....	54
第四节 有关继承的国际公约 .....	54
一、1961 年《遗嘱处分方式法律冲突公约》 .....	54
第五节 我国关于继承的法律适用 .....	54
复习与思考题 .....	54
拓展阅读书目 .....	55

第十四章 国际民事诉讼	56
第一节 外国人民事诉讼地位	56
一、外国人民事诉讼地位中的国民待遇	56
二、外国人的民事诉讼能力	56
三、诉讼费用担保制度	56
四、诉讼代理制度	56
五、我国国际民事诉讼立法与实践概览	56
第二节 国际民事诉讼管辖权	56
一、管辖权依据	57
二、我国关于国际民事诉讼管辖权的立法与实践	57
第三节 司法协助——域外送达	57
一、域外送达的概念	57
二、域外送达的途径	57
三、1965年海牙《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》	58
四、中国关于域外送达的立法与实践	58
第四节 司法协助——域外取证	58
一、域外取证方式	58
二、1970年海牙《关于从国外调取民事或商事证据公约》	58
三、我国关于域外调查取证的立法与实践	58
第五节 国家间法院判决的承认与执行	59
一、承认和执行外国法院判决的条件	59
二、承认与执行外国法院判决的程序	59
三、中国关于国家间法院判决承认和执行的立法与实践	59
复习与思考：	60
拓展阅读书目	60
第十五章 国际商事仲裁	61
第一节 国际商事仲裁概述	61
一、国际商事仲裁的概念	61
二、国际商事仲裁机构	61
三、国际商事仲裁的国际立法	61
第二节 国际商事仲裁协议	61
一、仲裁协议的概念	61
二、仲裁协议的内容	61
三、仲裁协议的形式要件	61
四、仲裁协议的有效要件及其认定	62
五、仲裁协议的法律效力	62
六、仲裁协议的法律适用	62
七、仲裁条款的独立性原则	62
第三节 国际商事仲裁程序	62
一、仲裁申请与受理	62
二、仲裁员与仲裁庭	62
三、仲裁审理	63
四、仲裁裁决	63
五、国际商事仲裁程序的法律适用	63

第四节	国际商事仲裁裁决的撤销.....	63
一、	撤销国际商事仲裁裁决的理由.....	63
二、	撤销国际商事仲裁的程序问题.....	63
第五节	国际商事仲裁裁决的承认与执行.....	63
一、	国际商事仲裁裁决承认与执行的含义.....	63
二、	承认与执行仲裁裁决的条件.....	64
三、	承认与执行外国仲裁裁决的程序.....	64
四、	国际商事仲裁裁决在中国内地的承认与执行.....	64
五、	我国仲裁裁决在外国的承认与执行.....	64
	复习与思考题.....	64
	拓展阅读书目.....	64
第四编	区际私法.....	65
第十六章	区际法律冲突与区际私法.....	65
第一节	区际法律冲突.....	65
一、	法域 (law district)与复合法域国家 (plural legal territory).....	65
二、	区际法律冲突的概念.....	65
三、	区际法律冲突的解决途径.....	65
第二节	区际私法的概念及其历史发展.....	65
一、	区际私法的名称及概念.....	65
二、	区际私法的历史.....	65
第三节	区际私法与国际私法关系的理论与实践.....	65
一、	区别说的理论与实践.....	65
	思考题.....	66
	拓展阅读书目.....	66
第十八章	中国区际私法的立法与实践.....	67
第一节	“一国两制”方针与中国区际法律冲突.....	67
一、	“一国两制”方针的提出及其基本内涵.....	67
二、	“一国两制”方针与中国现代区际法律冲突的产生.....	67
三、	中国区际法律冲突的特殊性.....	67
四、	中国区际法律冲突的协调解决原则.....	67
第二节	中国区际民事司法管辖权.....	67
一、	区际民事诉讼管辖权的立法现状.....	67
二、	中国区际民商事管辖权冲突的协调方法.....	67
第三节	中国区际民事司法协助.....	67
一、	内地与港澳地区之间的送达.....	67
二、	内地与澳门特别行政区之间的取证途径.....	67
三、	内地与澳门特别行政区民事判决与仲裁裁决的相互认可与执行.....	68
四、	内地与香港特别行政区仲裁裁决与法院判决的相互执行.....	68
五、	内地与台湾地区的司法协助问题.....	68
	【思考题】.....	68
	拓展阅读书目.....	68

## 第一章 国际私法概述

本章教学目的和基本要求:本章的目的在于使学生从概貌上了解国际私法,对国际私法的调整对象调整方法以及国际私法的渊源等基本问题有所把握. 本章的内容涉及国际私法的基础性问题,要求学生必须认真学习,充分理解.

学时分配:4 课时

### 第一节 国际私法的调整对象

#### 一、国际民事关系的产生与特征

(一) 国际民事关系的产生

(二) 国际民事法律关系的特征

1、这种民事关系都具有一个或一个以上的涉外因素, 或称外国成分, 具体表现为:(1) 法律关系的主体的一方或双方是外国的自然人、法人、无国籍人或者外国国家, 或者一方是住所、惯常居所或营业所在国外的自然人、法人。(2) 法律关系的客体具有涉外因素, 如标的物位于外国、标的物属于外国人所有或标的物需要在外国实施或完成。(3) 法律关系的产生、变更或消灭的事实发生在外国.

2、这种民事关系是广义上的民事法律关系。

3、这种民事关系多数具有国际性。

#### 二、国际民事关系的法律冲突

法律冲突 (Conflict of Laws ) 亦称“法律抵触”, 是指在国际民事关系中, 由于其涉外因素导致有关国家在法律效力上的抵触。

#### 三、国际民事关系的调整方法

(一) 冲突法调整

即用冲突规范指引某一法律关系应适用的准据法。

(二) 实体法调整

实体法调整, 又称直接调整, 即指定统一实体规范, 直接规定当事人的权利与义务, 统一实体规范是指在国际条约和国际惯例中用来确定当事人权利与义务的规范。

### 第二节 国际私法的范围与体系

#### 一、国际私法的范围

国际私法的范围即是指调整对象的范围, 也是指国际私法规范的组成范围, 两者是一致的。国际私法的范围应包括以下三类问题:

(一) 外国人的民事法律地位问题

(二) 国际民事关系的法律适用问题

所谓法律适用, 其实质就是用什么法律来确定国际民事关系中当事人的权利与义务。其规范形

式表现为：1、冲突规范（Conflict Rules），又称法律适用规范。2、统一实体规范。

（三）对国际民事关系中当事人的民事权利的司法保护问题

## 二、国际私法的规范组成

国际私法由四种规范组成：1、规定外国人民事法律地位规范；2、冲突规范；3、统一实体规范；4、国际民事诉讼和国际商事仲裁秩序规范。

## 三、国际私法的体系

国际私法的体系包括立法和理论体系两种。国际私法的理论体系是指国际私法学者基于对国际私法的认识所建立的学说体系。国际私法的理论体系呈多元化的趋势，理论上有两种观点：即仅包含冲突法的“小国际私法”和包含程序法、冲突法、统一实体法和外国人民事法律地位再内的“大国际私法”。

# 第三节 国际私法学

## 一、国际私法学的含义及名称

国际私法学是法学的一个学科。它是以国际私法本身为研究对象的学科。它的任务在于研究国际私法的理论与实践，以完善国际私法的立法和指导国际私法在实践中的运用。从国际私法学的发展史来看，主要有以下几个名称：1、法则区别说（theory of statutes）。2、法律冲突论（conflict of laws）。3、国际私法（international private law）。

## 二、国际私法的性质

争论的中心是：国际私法是属于国际法性质，还是国内法性质。对此问题的争论，学者们有两种不同的意见，形成了两大学派：

（一）国内法学派

国内法学派，亦称“民族主义学派”。认为国际私法属于国内法性质，是国内法中的一个部门。

（二）国际法学派

国际法学派，亦称“世界主义学派”。认为，国际私法属于国际法性质，它是国际法的一部分。

（三）二元论者或综合论者

我们认为，国际私法既有国际法性质的一面，又有国内法性质的一面。国际私法具有二元性质。

## 三、国际私法学的定义

国际私法是以涉外民事关系为调整对象，以确定外国人民事法律地位为前提，一解决法律适用为核心，以司法保护为目的，包括规定外国人民事法律地位规范、冲突规范、统一实体规范、和国际民事诉讼程序和国际商事仲裁程序在内的一个独立的法律部门。

# 第四节 国际私法的渊源

## 一、国内立法

国内立法是国际私法渊源的最早表现形式，也是迄今为止最主的渊源之一。这些法律在内容上可以包括：外国人民事法律地位规范、冲突规范以及国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范。

国际私法的上述规范在国内立法中的表现方式有三种：第一，散见式。第二，专编专章式。第三，法典式，即以单行法规的形式，专门规定国际私法规范。

## 二、国内判例

1、英美法系国家都是以判例法为主要法源的国家。在这些国家成文法是零散的，仅仅是判例法（Case Law）的补充。英国的《法律冲突法》，美国的《冲突法重述》（Restatement of Conflict of Laws）。

2、在大陆法系国家，虽然是以“成文法”制定法为主要法派，但是判例也起着重要的作用。

3、我国是成文法国家，判例不是法源，当然也不是国际私法的渊源。

## 三、国际条约

有关国际私法条约有四类：1、统一冲突法条约，2、规定外国人民事法律地位规范，3、统一实体法公约，4、国际民事诉讼与仲裁程序方面的国际条约。

## 四、国际惯例

国际惯例是在国际交往中，经过长期反复的实践、逐步形成、具有确定内容、为世人所共知的行为规则。国际私法方面的国际惯例有两种：

1.依据国际法原则，各国所公认的，具有法律效力的强制性规范，如“外国国家及其财产的司法豁免原则”，“公共秩序保留原则”等。

2.任意性的国际惯例。

## 复习与思考题

- 1、如何理解国际民事法律关系的特征？
- 2、Conflict of Laws 及其产生原因？
- 3、如何理解国际惯例在国际私法中的地位
- 4、国际条约在国际私法中的地位

## 拓展阅读书目

- 1.赵相林主编全国十五规划教材<国际私法>.2005年中国政法大学出版社出版；
- 2.韩德培 主编<国际私法新论> 武汉大学出版社 1997年版；
- 3.刘想树< 国际私法基本问题研究>,法律出版社 2001年版；
- 4.黄进< 中国国际私法>, 法律出版社 1998年版；
- 5.徐东根著：《国际私法趋势论》，北京大学出版社 2004年版。

## 第二章 国际私法发展史

本章教学目的和基本要求：国际私法发展史包括学说史和立法史。国际私法的立法早于学说，可以追溯到巴比伦时期的汉莫拉比法典。国际私法立法的繁荣时期在 19 世纪末，20 世纪获得了长足发展。国际私法学说源于 12-14 世纪意大利注释法学派，之后，发达国家的学者孜孜以求力图从理论上说明为什么一国要适用外国法。国际私法理论博大精深，对国际私法立法起了指导作用。本章要求学生掌握国际私法主要理论的基本内容和历史地位，掌握国际私法立法及其发展，了解国际私法理论和立法的相互影响。

分配课时：4 课时

### 第一节 国际私法学说史

#### 一、意大利法则区别说（the Doctrine of Statutes）

1、产生背景：12 世纪，意大利成为东西方交汇的贸易中心，意大利与外国，意大利各城邦之间商业交往逐渐频繁。商业交往过程中，产生了外国法律与意大利法律、各城邦法律之间的冲突。12-14 世纪意大利的法律冲突，表现为罗马法（普通法）与城邦法之间、城邦法与城邦法之间的冲突。罗马法（普通法）与城邦法之间的冲突，依据特别法优于普通法原则，适用城邦法；城邦法与城邦法之间的冲突，需要探索解决方法，这为法则区别说的产生提供了基础。

2、代表人物 巴托鲁斯（Bartolus 1314-1357）代表作：《法律冲突论》

3、内容。巴托鲁斯以朴素的自然法思想为指导，以实证的方法对法律冲突和法律适用问题进行了深入地研究，创造性地发展了前期注释法学派和后期注释法学派的国际私法理论，建构了独具特色的理论体系。巴托鲁斯的冲突法思想博大精深，其冲突法理论不仅涉及契约、侵权、遗嘱、物权等民事领域，还涉及刑事领域的法律冲突，涉及刑事审判程序法、实体法适用、刑事判决域外执行范畴，内容广泛，在商品经济尚不发达的 14 世纪能整合出如此具有前瞻性的理论是难能可贵的。

4、意义：（1）是国际私法最早的学说，标志着国际私法理论的产生。（2）突破了封建的绝对属地主义，提出了法的域内效力与域外效力问题，找出了解决法律冲突的方法。（3）该学说所创立的某些冲突原则对以后国际私法的发展产生了重大影响，至今仍为世界各国所采纳。

#### 二、法国的法则区别说

1、杜摩兰（Charles Dumoulin 1500-1566），代表作：《巴黎习惯法评述》。

杜摩兰提出了“意思自治”理论，该理论现在已经发展为法律适用原则。

2、达让特莱（D'Argentre 1519-1590），代表作：《布列塔尼习惯法释义》。

达让特莱强调法律严格的属地性，认为一切习惯法原则上都是属地的，仅在立法者境内有效。适用属人法只是一种例外。

#### 三、国际礼让说（the Doctrine of International Comity）

荷兰法学界胡伯创立了国际礼让说，阐明一国适用外国法律是出于国际礼让说。胡氏理论主要表现为他所提出的著名的三项原则中：1、每个主权国家的法律在境内发生效力并约束其所有臣民，但无域外效力；2、凡在其境内居住的人，无论是长期的或临时的，都应视为其臣民；3、主权国家对于另一国家已在其本国有效实施的法律，出于礼让，应保持其在境内的效力，只要这样做不损害

自己国家及臣民的权益。

#### 四、法律关系本座说

代表人物：德国学者卡尔·冯·萨维尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861），代表作：《现代罗马法体系（第8卷）》。

内容：每一种法律关系在逻辑上和性质上必然与某一特定的法律制度相联系，每一法律关系都有一个确定的“本座”，即一个他在性质上必须归属的法域。法院进行法律选择时，应根据法律关系的性质确定法律关系的本座所在地，而该本座所在地的法律就是该法律关系所应适用的法律。对各种特定的涉外民事关系适用其“本座”（seat）所在地的法律，且除个别的例外情况，不应拘泥于其为外国的法律。

意义：（1）在国际私法发展史上具有里程碑意义，奠定了近代国际私法的基础。（2）在国际私法方法论上实现了根本的变革。强调分析法律关系的性质，促进了欧洲国际私法成文立法的发展。

#### 五、既得权说（the Doctrine of Vested Rights）

代表人物 戴西（Dicey 1835-1922），代表作：《法律冲突论》

内容：英国法院从不执行外国法，如果说有时执行外国法，那么所执行的不是外国法本身，而是依据外国法取得的权利。为了保障法律关系的稳定，对于依外国法有效设定的权利，也应该坚决加以维护。

戴西的这一学说，显然是为了调和适用外国法和国家主权原则之间的矛盾而设想出来的，但结果是使他自己陷入了更大矛盾。许多学者曾一针见血地指出，一国政府既然负有通过它的法院承认并执行依外国法律取得的权利的的义务，实际上就负有适用外国法的义务，因为保护某一权利，无非就是承认赋予该权利的外国法的域外效力。作为法律上的权利一旦脱离了创设它的法律，权利将不复存在。

意义：戴西的既得权学说尽管存在矛盾，但在国际私法发展史上的作用是不可忽视的。它不仅在英国获得成功，而且还越洋传到美国，为美国学术界全面接受，对美国的司法实践产生了很大影响。

#### 六、本地法说（the Doctrine of Local Law）

代表人物 库克（Cook 1873-1943），代表作《冲突法的逻辑与法律基础》

内容：（1）法院只适用本地法即法院地法，不适用外国法。（2）在某些情况下，法院可以考虑外国法，但只能是将外国法规则并入自己的法律规范予以适用。法院执行的是本地法创设的权利，而不是外国法创设的权利。

意义：库克从现实主义出发，重点考察法官解决法律冲突的实际做法，通过对实践的总结而寻求理论上突破的做法值得借鉴。库克成功地批判了传统国际私法理论，特别是既得权说，为美国现代国际私法理论的形成铺平了道路。库克本地法说起到的破坏性的作用远大于取得建设性的成就。

#### 七、结果选择说（Result Selecting Principles）

代表人物 卡弗斯 代表作：《法律选择问题评论》《法律选择程序》。

内容：（1）以“结果选择”代替“管辖权选择”，主张法律适用的以达到结果公正为目标。（2）揭示了法律冲突实质上存在“真实冲突”（一个以上州存在利益）与“虚假冲突”（一个州存在利益），并以此为基础提出了解决法律冲突的方法。

意义：（1）揭示了法律的真实冲突与虚假冲突，这是前人所未发现的。（2）追求结果公正，提出了法律选择的优先原则，为法官进行法律选择提供了指导。缺陷在于何谓结果公正，没有统一的

标准，此外，缺乏可操作性，为法官办案增加了难度。

#### 八、政府利益分析说（the Doctrine of Governmental Interests Analysis）

代表人物：柯里教授。

内容：在每个州的法律背后都隐含着这个州的政府利益，而这种利益是通过适用其法律来实现的。因此，冲突法的核心问题实际上就在于如何调和或解决不同州之间的利益冲突。当两个或两个以上州的法律发生冲突时，就必须了解和分析法律背后的政策和精神，并在此基础上确定何州利益应当让位。在这一过程中，法院应适用普通的法律解释程序。

意义：揭示了法律冲突实质上是国家之间的利益冲突，通过分析法律背后的利益和政策决定应适用的法律已被美国部分司法判例所接受。缺陷：全部抛弃传统的冲突原则，过分强调法院地法的作用，势必造成对国际私法的全面否定。

#### 九、最密切联系说

美国哥伦比亚大学国际私法教授威利斯·里斯（Willis Reese）所倡导的关于法律选择问题的一种理论，在《第二次冲突法重述》中进行了全面阐述。按照这一理论，冲突案件应当适用与案件和当事人有最密切联系的那个州的法律。

《第二次冲突法重述》还吸收了凯弗斯的结果选择说、柯里的政府利益分析说中的某些思想，并且在一定程度上保留了传统国际私法中的某些法律选择方法，体现了新国际私法理论对传统国际私法理论的发展，以及二者之间的兼容。最密切联系说作为一种国际私法理论可以追溯到萨维尼的法律关系本座说。在上述学说、观点的影响下，美国的司法判决中开始逐步出现重力中心或最强联系的概念。

## 第二节 国际私法立法史

### 一、国际私法的国内立法史

国际私法国内立法的起始，我国学者争议很大。

1.传统观点认为，国际私法的国内立法起始于 13 世纪意大利的法则区别说，国际私法的起始形式是“学说法”。

2.国际私法的国内立法起始于“公元 7 世纪中叶，中国唐代《永徽律》等立法中就有了冲突规范的成文法规定”。中国有冲突规范的成文法规定时，西方国际私法还处于“法理学与科学的国际私法”的阶段，亦即仅表现为一种学说的或学理的形态。18 世纪下半叶以后，西方才开始进入“立法的国际私法”阶段。我国国际私法的立法历史早于西方国际私法的成文法立法历史 1000 多年。

3.国际私法的国内立法起始于古希腊。

### 二、国际私法的国际立法史

#### （一）国际私法的统一化

国际私法的统一化是指国际组织、区域性国际组织统一国际私法规范，包括统一冲突规范、法院管辖权规范和关于法院判决的承认与执行规范等法律规范的活动。

国际私法统一化的概念上存在三种颇具差异的理解：第一种观点认为国际私法的统一化是各国国际私法中冲突规范的统一，持这种观点的人认为国际私法的统一仅是冲突法范围内的各种规范统一，不包括各国实体规范统一。第二种观点认为国际私法的统一化仅指各国民商法等实体规范统一，不包括各国国际私法中冲突规范的统一。第三种观点认为国际私法已从传统的冲突法发展

为既包括原有的冲突法规范，也含有国际经济交往所必需的实体规范在内的一个法律部门，因此，国际私法统一的概念除了包括各国冲突规范的统一外，还应包括对各国商法甚至劳动法的统一。

（二）国际私法统一化在立法上的表现

1. 各国制定的国际私法规范正趋向于一致。
2. 区域性国际私法条约的制定。
3. 多边国际私法公约。

（三）实现国际私法统一化的国际组织及其成就

19世纪末，出现了一些统一国际私法规范的国际组织。其中，最有影响的当首推海牙国际私法会议（Hague Conference on Private International Law）。

海牙国际私法会议由以下机构组成：

1. 大会（Plenary Sessions）。大会以普通外交会议的方式进行，原则上每4年召开1次，必要时可召开特别会议。

2. 指导机构（Directing Organs）。指导机构是荷兰编纂国际私法常设政府委员会（the Netherlands Standing Government Committee for Codification of Private International Law），职责是为海牙国际私法会议常设机构提供指导，确保大会正常工作。

3. 秘书处（Secretariat）。秘书处亦称常设局（the Permanent Bureau），是1955年在海牙设立的一个常设机构。

一些区域性的国际组织也缔结了一些条约，为国际私法的统一化做了许多工作。

1. 利马会议。
2. 蒙得维利亚会议。
3. 哈瓦那会议。
4. 美洲国家组织国际私法会议。
5. 挪威、瑞典、丹麦、芬兰、冰岛5国1931年制定了《关于婚姻、收养和监护的公约》、1933年《关于管辖权与执行判决的公约》、1934年《关于赡养费的公约》、1934年《关于破产的公约》和1935年《关于继承的公约》。
6. 欧共体制定了1968年《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》、1968年《关于互相承认公司和法人团体的公约》和1980年《关于合同义务的法律适用公约》等。

### 第三节 我国国际私法的历史

#### 一、我国国际私法立法史

我国国际私法学界关于我国国际私法立法的起始时间有两种观点：

1. 国际私法起源于“诸化外人”的规定。
2. 国际私法起源于汉朝的“刘细君案”。

#### 二、我国国际私法理论

对于我国国际私法学产生的时间，国际私法学界存在分歧。有学者认为，我国唐朝《永徽律》“诸化外人”的规定是世界上较早的冲突规范的规定，《唐律疏议》对这条规定作了解释，此解释可以理解为是我国国际私法学说的起源。

有学者认为，我国国际私法理论和学说是舶来品，为清末西学东渐过程中移植于英国。1895年，江南制造局出版了英国人费利摩巴德著、英国人傅兰雅译、钱国祥校的《各国交涉便法论》（《Private International Law On Comity》一书为我国国际私法理论和学说的起源。

清末民初到新中国建立之前这段历史时期,我国国际私法学从无到有、从简到繁逐步建立起来,研究国际私法的学者日益增多,出版的国际私法书籍不仅数量不断增加,而且内容也逐渐丰富起来,出现了一批很有造诣的国际私法学家。

新中国成立之初,我国国际私法的理论以前苏联法律和法学理论为模式建立。

从 1978 年至今,我国国际私法理论研究工作在配合立法和涉外司法实践方面成就卓著,国际私法研究进入繁荣时期。

### 三、国际私法研究人才的培养

### 四、国际私法学术机构

我国国际私法的发展经历了一个从无到有的历史发展过程。随着我国经济市场化的推进,市场经济体制的建立和对外开放的扩大将加快我国经济与国际经济的衔接,加快我国国内市场与国际市场的接轨,从而必然会推进我国国际私法与国际社会的普遍实践的衔接,使我国的国际私法与国际社会的普遍实践保持同步发展的态势。

#### 【思考题】

- 1.法则区别说的内容是什么?
- 2.法律关系本座说的内容是什么?
- 3.最密切联系原则对法律关系本座说有哪些发展?
- 4.简述国际私法立法史。
- 5.简述国际私法学说史。
- 6.简述我国国际私法立法史。
- 7.简述我国国际私法学说史。
- 8、国际私法的统一化表现在哪些方面?
- 9、查找资料,梳理出传统国际私法理论和现代国际私法理论的异同。

#### 拓展阅读书目

1、黄进、姜茹娇主编:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法释义与分析》,法律出版社 2011 年版

2、齐湘泉著:《涉外民事关系法律适用法原理与精要》,法律出版社 2011 年版

3、韩德培 韩健著:《美国国际私法(冲突法)导论》,法律出版社 1994 年版;

4、亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著,陈洪武等译,《国际私法总论》,中国对外翻译出版公司 1989 年版;

5、马丁·沃尔夫著 李浩培 汤宗舜译:《国际私法》,法律出版社 1988 年版;

6、[美]E·博登海默著:《法理学---法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版。

7、黄进、何其生、肖凯编,《国际私法:案例与资料(中、英文)》法律出版社 2004 年版;

8、李二元 欧福永 熊之才编:《国际私法教学参考资料选编》,北京大学出版社 2002 年版;

9、Joseph Henry Beale: *Bartolus on the Conflict Of Law*, Harvard University Press 1914;

10、Robert Phillimore :*Private International Law On Comity* London 1889

11、齐湘泉著:《涉外民事关系法律适用法总论》,法律出版社 2005 年版;

12、刘铁铮 陈荣传著:《国际私法论》,三民书局 1996 年版;

## 第三章 国际私法主体

本章教学目的和基本要求：国际私法的主体包括自然人、法人、国家及国际组织。本章重点在于掌握与主体有关的属人法连接点——国籍和住所，并在此基础上掌握国籍冲突、住所冲突的解决。本章学习的技巧在于能将属人法与属人法连接点以及民事行为能力法律适用、婚姻家庭法律适用等章节联系起来。

课时分配：3 课时

### 第一节 外国人民事法律地位

外国人民事法律地位是指外国人在内国享有民事权利和承担民事义务的法律状态，是外国人在内国从事民事活动的前提条件。

外国人民事法律地位通常是以外国人待遇制度的形式表现出来。

#### 一、国民待遇

国民待遇是指一国给予外国人（主要是自然人和法人）的民事法律地位不低于本国人的民事法律地位，即给予外国人与本国人同等的待遇。

#### 二、最惠国待遇

最惠国待遇是指一国依据条约的规定给予另一缔约国的待遇不低于该缔约国已经给予或将要给予任何第三国的待遇。

#### 三、优惠待遇

优惠待遇是指某国给予另一国或其公民和法人以特定优惠的待遇。

#### 四、普遍优惠待遇

普遍优惠待遇制度简称普惠制，是发达国家对发展中国家出口的制成品和半制成品单方面给予减免进口关税的普遍的、非歧视的和非互惠的优惠待遇制度。

### 第二节 自然人

#### 一、自然人的国籍

国际私法研究国籍的意义在于：第一，判断内外国人的标准，判断民商事法律关系涉外性的标志；第二，属人法的连接点之一。

现代社会，自然人国籍并非唯一。存在国籍的积极冲突和消极冲突两种情形，国籍积极冲突是指一个人同时具有两个或两个以上国家的国籍；国籍消极冲突是指一个人不具有任何国家的国籍。

国籍积极冲突的解决：1.一个人同时具有内国国籍和外国国籍时，国际上的通行做法是按照“内国国籍优先原则”，以内国法为当事人的本国法；2.当事人的双重或多重国籍均为外国国籍时，用以下做法确定国籍：第一，最后取得的国籍优先；第二，当事人住所或惯常居所所在地国国籍优先；第三，与当事人有最密切联系国家的国籍优先。

国籍消极冲突的解决：各国立法及实践所采取的解决办法基本一致，一般主张以当事人住所所在地国的法律为其本国法，当事人无住所或住所不能确定时，以其居所所在地国法为其本国法。

中国不承认双重国籍。我国《涉外民事关系法律适用法》对于国籍的积极冲突，规定适用有经常居所的国籍国法律；在所在国籍国均无经常居所的，适用与其有最密切联系的国籍国法律；对于国籍的消极冲突，适用经常居所地法律。

## 二、自然人的住所

住所也是属人法的一个重要连接点。

自然人的住所因为各国立法对住所概念、住所分类和住所的取得、变更及放弃等问题的规定不同而产生冲突，也存在住所的积极冲突和住所的消极冲突。

住所积极冲突的解决，大体与解决国籍积极冲突的原则相似：自然人既有内国住所又有外国住所时，内国住所优先；自然人住所均在外国时，以最后取得的住所优先，或者以其居所或与当事人有最密切联系的那个国家的住所优先。

住所消极冲突的解决，主要有两种办法：一是以居所或惯常居所代替住所；二是以当事人曾在过的最后住所为住所，如无最后住所，则以居所或惯常居所代替住所。

我国《涉外民事关系法律适用法》主要采用经常居所地法这一系属，规定自然人经常居所地不明的，适用其现在居所地法。

## 第三节 法人

### 一、法人的国籍

确定法人国籍的标准：

- 1.资本控制说：又称成员国籍主义。
- 2.法人成立地说：又称登记地说或成立地主义。
- 3.法人住所地说：又称法人管理中心地说。
- 4.法人营业中心所在地说：
- 5.准据法说：
- 6.复合标准说。

### 二、法人的住所

法人住所的确定，有以下不同主张：

- 1.主事务所所在地说，或称管理中心所在地说。
- 2.营业中心所在地说。
- 3.章程规定说。

### 三、外国法人的认许

外国法人的认许也称外国法人的认可，即对外国法人以法律人格者在内国从事民事活动的认可，它是外国法人进入内国从事民事活动的前提。

各国对外国法人认许方式通常有以下几种：特别认许制、一般认许制、相互认许制、分别认许制。

### 四、我国关于法人国籍、住所以及外国法人认许的规定

我国《民法通则》司法解释规定外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法，也就是我国对法人国籍的确定，采取注册登记地国说。

我国《民法通则》规定法人的住所是其主要办事机构所在地。

我国《涉外民事关系法律适用法》规定法人属人法的连接点是登记地，法人的主营业地是法人的经常居所地，登记地与主营业地不一致时，主营业地法可以优先适用。

## 第四节 国家

### 一、国家及其财产豁免

国家及其财产豁免是指一个国家及其财产未经该国明确同意，不得在另一国家的法院起诉，其财产不得被另一国家法院扣押或用于强制执行。具体内容包括：司法管辖豁免、诉讼程序豁免和强制执行豁免。

国家及其财产豁免理论主要有两种：绝对豁免论和限制豁免论。

《联合国国家及其财产管辖豁免公约》尚未生效，中国目前仅是签署了该公约。

### 二、我国关于国家及其财产豁免的实践

我国第一部关于国家财产豁免的专门立法是《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，其目的是维护香港国际金融中心的地位。

此外，还需要关注最高人民法院 2007 年发布的《关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知》，该通知确立了一种报告制度。

### 复习与思考题

1、什么是自然人的国籍冲突？国际上通常的解决方法是什么？我国如何解决自然人的国籍冲突？

2、中国关于自然人住所的认定标准是怎样的？如何解决住所的冲突？

3、法人国籍的确定有哪些理论？中国怎样确定法人的国籍？

4、国家及其财产豁免制度的内容是哪些？什么是限制豁免？

### 拓展阅读书目：

- 1、赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版；
- 2、李双元主编：《中国与国际私法统一化进程》，武汉大学出版社 1998 年版；
- 3、马丁·沃尔夫著：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版；
- 4、赵相林著：《国际民事法律关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年版；
- 5、黄进、姜茹娇主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社 2011 年版。

## 第四章 冲突规范与准据法

本章学习目的和基本要求：冲突规范是国际私法的核心规范，也是解决法律冲突的主要规范，是以后法律适用各章的基础。通过本章的学习，达到正确理解冲突规范的目的。要求学生透彻理解冲突规范的结构、类型、系属公式及其连结点的内含和发展。准据法的确定是冲突规范运用的结果，所以在本章的学习中，学生要初步掌握冲突规范的运用步骤和遇到的问题及其解决的途径。

课时分配：4 课时。

### 第一节 法律冲突

#### 一、法律冲突的概念

法律冲突（conflict of laws）亦称“法律抵触”，是指在涉外民事关系中，由于其涉外因素导致有关国家的不同法律在效力上的抵触。涉外民事关系产生法律冲突的原因，归纳起来有三：

- 1、在同一个涉外民事法律关系中，有关国家的法律对同一个问题的规定不同。
- 2、一个国家法律的域内效力与另一个国家法律的域外效力同时出现在一个涉外民事关系中，便产生了不同国家法律的域内与域外效力的冲突。
- 3、受理案件的法院国在一定条件下承认外国法律的域外效力。

#### 二、法律冲突的解决途径

- （一）冲突法途径
- （二）统一实体法途径

### 第二节 冲突规范的结构、类型及其发展

#### 一、冲突规范的概念、特点、性质

##### （一）冲突规范的概念

冲突规范（conflict rules），又称法律适用规范、法律选择规范，它是指指出某种涉外民事关系应该适用何国法律来调整的规范。它是国际私法最早的一种规范形式，也是核心规则，并曾一度是国际私法的唯一规范形式。冲突规范本身并不直接规定涉外民事关系当事人之间的具体权利和义务，而只是指明应该适用哪一国法律来确定这种权利和义务。

##### （二）冲突规范的特点

- 1、冲突规范是法律适用规范。
- 2、冲突规范是一种间接规范。
- 3、冲突规范是一种特殊的规范。

##### （三）冲突规范的性质

目前，比较一致的看法是，冲突规范既不是实体规范，也不是程序规范，而是一种对涉外民事法律关系起间接调整作用的特殊的法律适用规范。这就是冲突规范的性质。

## 二、冲突规范的结构、类型

### （一）冲突规范的结构

冲突规范在结构上则由“范围”和“系属”两个部分组成。“范围”是指冲突规范所要调整的民事关系或要处理的法律问题；“系属”则是调整这一民事关系或处理该法律问题所应适用的法律。

### （二）冲突规范的类型

1、单边冲突规范：（1）直接指明只适用内国法的单边冲突规范。（2）直接指明只适用外国法的单边冲突规范。

2、双边冲突规范：提供一个以某种标志（即连结点）为导向的法律适用原则。

3、选择型冲突规范：（1）无条件的选择型冲突规范。（2）有条件的选择型冲突规范。

4、重叠型冲突规范：系属指明必须同时适用两种或两种以上的法律。

## 三、冲突规范的发展

目前，冲突规范呈现出以下的发展趋势：

1、冲突规范的软化处理。（1）“意思自治原则”在合同领域的适用是冲突规范被软化处理的开始。（2）、增加连结点的数量，以增加选择法律的灵活性。

2、采用“分割法”，以提高法律适用的灵活性。

3、三类新型的双边冲突规范的普遍采用。（1）、选择性冲突规则的应用。（2）、重叠性冲突规则的应用。（3）、保护性冲突规则的应用。

## 第三节 系属公式

### 一、属人法

这是指以当事人的国籍、住所或居所作为连结点的系属公式，主要用于解决有关人的能力、身份、婚姻家庭和财产继承等方面的法律冲突问题。属人法在传统上有两种不同的原则：一种是本国法原则，即以当事人的国籍作为其属人法的连结点；另一种是住所地法原则，即以当事人的住所地作为其属人法的连结点。

### 二、物之所在地法

常用于解决所有权与其他物权关系方面的法律冲突问题。

### 三、行为地法

源于“场所支配行为”这一古老的习惯法原则，起初主要用于确定行为方式的有效性，后来也用来解决行为内容方面的法律冲突。

### 四、法院地法

主要用于解决涉外民事诉讼程序方面的问题，在某些场合下也用来解决实体法方面的法律冲突问题。

### 五、旗国法

主要用于解决船舶或飞行器在运输途中发生的一些法律纠纷中的法律冲突问题。

## 六、当事人合意选择的法律

用于解决涉外合同的法律适用问题。但近年来这一系属公式在侵权、继承等领域也被采用。

## 七、最密切联系地法律

指与涉外民事关系有最密切联系的国家（或地区）的法律，是近几十年发展起来的一个系属公式，在合同领域采用比较多，一些国家还把它用于侵权行为和家庭关系等方面。

# 第四节 冲突规范中的连结点

## 一、连接点在冲突规范中的地位和法律特征

### （一）连结点的地位

在冲突规范的“系属”中，是把特定的民事关系或法律问题和某国法律连结起来的纽带或标志，在国际私法术语中称为“连结点”或“连结因素”。冲突规范的“系属”就是由“连结点”加上其导向的法律所组成的。

### （二）法律特征

- 1、冲突规范中每一个连结点的产生和发展，都有其客观原因和历史背景，随着国际经济的发展，它们也在不断的发展变化。
- 2、连结点的运用可以直接反映国际私法立法的状况。
- 3、冲突规范中连结点的选择必须是客观的，而不应是任意或虚构的。
- 4、连结点传统国际私法理论研究的焦点。连结点类似路标，指引法官沿此寻找应适用的法律。

## 二、连结点的分类

- 1、连结点可分为主观连结点和客观连结点。
- 2、连结点还可分为静态连结点和动态连结点。
- 3、连结点也可以分为单纯的事实和法律概念。

## 三、连结点的选择

- 1、一国立法机关选择连结点时，通常要考虑多种因素。
- 2、连接点的确定必须与客观实际相适应，并且要随着客观情况的改变而改变。
- 3、连接点的选择应该能够反映一个国家法律的政策取向和目标。
- 4、连接点的选择要有一定的前瞻性。

## 四、连接点的发展

- 1、灵活、开放连接点的应用
- 2、复数连接点的应用
- 3、分割规则在连接点选择中的应用
- 4、连接点含义的多样性

## 第五节 准据法及其确定

### 一、准据法的概念、特点

准据法是国际私法特有的一个法律概念，它是指按照冲突规范的指引而援用来确定涉外民事关系当事人具体权利义务的特定实体法。可见，系属是冲突规范结构中的一个组成部分，而准据法是独立于冲突规范之外的具体法律，不可将二者等同起来。

准据法的两个特点：1、准据法是能够确定当事人具体权利义务关系的实体法。2、准据法是按照冲突规范的指定所援用的法律。

### 二、准据法的确定

#### （一）区际法律冲突及其解决

一个国家依照不同的地区分成不同的法域，不同法域的法律制度之间发生的法律冲突，称之为区际法律冲突。国际上主要的解决方法有三：（1）直接以法院地冲突规范的连结点确定准据法。（2）按多法域国家的区际私法确定准据法。（3）法院地国家的冲突规范中专门针对多法域国家的法律适用规则，规定以其哪一个法域的法律作为准据法。

#### （二）人际法律冲突及其解决

人际法律冲突是指在同一个国家中适用于不同民族、种族、宗教、部落的民事法律之间在效力上的冲突。这些冲突主要存在于有关人的身份、婚姻家庭和财产继承等方面，其解决的途径与区际冲突相类似。

#### （三）时际法律冲突

时际法律冲突是指准据法所属国存在新旧法交替，在新法与旧法之间存在的冲突。

### 三、先决问题

#### （一）先决问题的含义

先决问题是指涉外民事案件（即主要问题）的处理所必须首先要加以解决的其他问题。典型案例是布伦特伍德婚姻登记员案。三个主要特点：（1）是解决主要问题的前提。（2）是一个独立的问题，需要运用冲突规范单独确定其准据法。（3）先决问题的存在有一定的条件。

#### （二）构成先决问题的条件

- 1、按照法院地的冲突规则，主要问题的准据法是外国法。
- 2、该先决问题相对独立于主要问题，可以作为一项单独的争议向法院提出，并且有针对它的冲突规范可以适用。
- 3、依准据法所属国针对先决问题的冲突规范所应适用的法律，与依法院地针对先决问题的冲突规范所应适用的法律不同，由二者得出的判决结果将完全相反。

#### （三）先决问题准据法的确定

理论上有两种不同的主张。一种主张认为应以主要问题的准据法所属国的冲突规范确定先决问题的准据法。另一种主张则认为先决问题的准据法应依法院地的冲突规范来确定。

### 复习与思考题：

- 1、举例说明冲突规范的四种类型，每一种类型的特点和作用如何？
- 2、什么是系属公式？
- 3、什么是冲突规范中的连结点？在法律选择中连结点的的作用如何？

- 4、什么是准据法？准据法在确定中需要解决哪些问题？为什么？
- 5、中国关于区际冲突的解决采用哪些做法？

#### 拓展阅读书目

- 1、[英] J.H.C 莫里斯：《戴西和莫里斯论冲突法》，李双元等译，中国大百科全书出版社 1998 年版。
- 2、莫里斯：《法律冲突法》（中译本），中国对外翻译出版社，1990 年版；
- 3、赵相林、杜新丽等著：《国际民商事关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年出版。
- 4、肖永平著：《国际私法原理》，法律出版社 2003 年版。
- 5、陈卫佐：《瑞士国际私法法典研究》，法律出版社 1998 年版；
- 6、梅仲协：《国际私法新论》，三民书局 1980 年版；
- 7、李浩培，李浩培文选》，法律出版社，1999 年版。

## 第五章 冲突规范适用中的几种制度

本章学习目的与基本要求：冲突规范在适用的过程中，形成了五种制度，即识别、反致、公共秩序保留、法律规避、外国法的查明。这些制度与冲突规范相随相伴，构成冲突规范适用中的一部分。对于这些制度的学习，学生必须做到：第1，正确理解概念及其构成的要件，形成的原因和背景。第2，运用中的利与弊及其“尺度”。第3，中国的规则和态度。

课时分配：4课时。

### 第一节 识别

#### 一、识别的概念

国际私法上的识别是指依据一定的法律观念，对有关的事实构成作出“定性”或“分类”，将其归入一定的法律范畴，并对有关的冲突规范所使用的法律名词进行解释，从而确定应适用哪一冲突规范去援引准据法的认识过程。

#### 二、识别的冲突

识别冲突是指法院在处理涉外民事争议时，由于各国法律对同一“事实构成”作出不同的分类，或对冲突规范的范围中同一法律概念赋予不同的内涵，采用不同国家的法律观念进行识别就会适用不同的冲突规范，最终导致适用不同准据法的结果。所以，对于法院地国家而言，识别冲突就是依内国法识别和依有关外国法识别之间的冲突。

#### 三、识别冲突的解决（依据）

- （一）法院地法说
- （二）准据法说
- （三）分析法说和比较法说
- （四）个案识别说
- （五）二级识别说

### 第二节 反致

#### 一、反致概述

反致（renvoi）有广义和狭义之分。一般讲的反致是广义的反致，是一个总括性的概念，包括狭义的反致（remission）、转致（transmission）、间接反致（indirect remission）和外国法院说（foreign court theory）等。

##### （一）狭义的反致

即直接反致，是指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院按照其本国的冲突规范，应适用乙国法律，而乙国的冲突规范规定，应适用甲国的法律，结果甲国法院按此规定，最后适用了甲国的实体法。

##### （二）转致

指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院按照其本国的冲突规范，应该适用乙国的法律，而乙国的冲突规范规定应适用丙国的法律，最后甲国法院适用了丙国实体法作为准据法。

### （三）间接反致

指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院根据本国冲突规范应适用乙国法，乙国的冲突规范规定应该适用丙国法，而丙国的冲突规范又规定应该适用甲国法，甲国法院最后适用了甲国实体法。

### （四）双重反致

该学说是英国冲突法中的一项特有的制度，它是指英国法官在处理特定范围的涉外民事案件时，如果依英国的冲突规范应适用某一外国法，英国法官应“设身处地”地将自己视为在外国审判，再依该外国对反致所报的态度，决定最后所应适用的法律。

## 二、反致的产生及原因

著名的国际私法反致案例——福果案。反致制度基于以下两个原因而产生：第一、客观方面的原因，即法院地国与有关国家对同一民商事法律关系或民商事法律问题的法律适用作出了不同的规定或不同的解释。第二、主观方面的原因，即法院把其冲突规范指向适用的外国法理解为该国的实体法和冲突法都包括在内，并且只适用其中的冲突法。

## 三、关于反致的理论争议

理论界围绕着是否应采用反致制度这一问题，形成了尖锐对立的两大派，即赞成派与反对派。双方争论的共同焦点表现为以下五个方面：1、从扩大本国法的适用范围角度；从尊重国家主权角度；从保证判决结果一致性的角度；从实体规范与冲突规范的关系角度；关于逻辑矛盾问题。

## 第三节 公共秩序保留

### 一、公共秩序保留的概念与作用

公共秩序保留（reservation of public order）在英美法中称“公共政策”（public policy），在大陆法中称“公共秩序”、“保留条款”、或者“排除条款”。其是指一国法院依据自己的冲突规范本应适用外国法时，因其适用会与法院地的重大利益、基本政策、法律的基本原则或者道德的基本观念相抵触而排除其适用的一种制度。

### 二、公共秩序的立法模式

- 1、间接限制外国法适用的立法模式。
- 2、直接限制外国法适用的立法模式。
- 3、合并限制外国法适用的立法模式。

### 三、我国关于公共秩序保留制度的理论和立法

1987年《中华人民共和国民法通则》，其第8章“涉外民事关系的法律适用”第150条规定：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”项规定表明：（1）我国采取了直接限制的立法方式，适用起来比较灵活。（2）对于确定违反公共秩序的实际标准，我国采取了“客观说”。

### 四、小结

- 1、公共秩序制度是各国承认和采用的国际私法制度，其作用在于排除和限制外国法的适用。

2、公共秩序是一个富于弹性的条款，何谓公共秩序，由各国根据其不同时期的政策和利益来解释。

3、公共秩序制度不能滥用，否则会构成对国际私法的否定。

## 第四节 法律规避

### 一、法律规避的概念与构成条件

#### （一）概念

法律规避（*evasion of law*），是指在涉外民事领域，当事人为利用某一冲突规范，故意制造出一种连结因素，以避开本应适用的准据法，使对其有利的另一国法律得以适用的行为。1878年法国最高法院审理的鲍富莱蒙婚姻案。

#### （二）法律规避的构成要件

国际私法上的法律规避，应具备以下四个要件：1、从主观上讲，当事人规避某种法律必须是出于故意；2、从行为表现上讲，当事人规避法律是通过有意改变或制造某种连接点来实现的；3、从规避的对象上讲，当事人规避的法律是本应适用的强行性或禁止性的规定；4、从客观结果上讲，当事人规避法律的目的已经达到。

### 二、法律规避的性质

法律规避是一个独立的问题，它同公共秩序保留在发生原因、保护对象、性质以及立法上的表现都是不同的。

### 三、法律规避的效力

法律规避是有效行为。理由：冲突规范为法律规避提供了可能。

法律规避是无效行为。理由：诈欺使一切归于无效。（1）仅规定规避内国法无效。（2）凡属法律规避均属无效。

### 四、我国有关法律规避效力的理论和司法实践

实践中主要以最高人民法院1988年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》为依据。该意见第194条规定：“当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法的效力。”

## 第五节 外国法内容的确定

### 一、外国法内容的确定问题

外国法内容的确定（*proof of content of foreign law*），又称外国法的查明，是指一国法院审理涉外民事案件时，根据本国冲突规范指定应适用的外国法时，如何查明该外国法的存在和内容。

### 二、关于外国法的性质和查明方法的理论和实践

实践中各国对于外国法的查明方法也不一致，主要有以下四种：1、把外国法看作事实，必须由当事人主张和证明。2、把外国法看作事实，原则上由当事人负责举证，但法官也可直接认定。3、把外国法看作法律，由法官依职权查明。4、基本上把外国法视为法律，原则上由法官负责查明，

必要时也可要求当事人予以协助。

### 三、无法查明外国法的解决办法

各国在实践中有以下解决方法：1、以法院地法取代应该适用的外国法 2、驳回当事人的诉讼请求或抗辩 3、适用同本应适用的外国法相近似或类似的法律。4、适用一般法理。

### 四、外国法的错误适用

#### （一）适用内国冲突规范的错误

适用内国冲突规范的错误.对于这一类错误，一般都认为和违反内国的其他法律具有相同的性质，并允许当事人依法上诉，以纠正这种错误。

#### （二）适用外国法本身的错误

- 1、不允许当事人提起上诉。
- 2、允许当事人提起上诉。

### 五、我国关于外国法的查明的规定

我国在立法上未对外国法的查明问题作出明确规定，但在司法解释中对这一问题作出了说明。

#### （一）五种途径查明外国法的内容

依照《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》第193条的规定，对于应适用的外国法律，可通过下列途径查明：1、由当事人提供；2、由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；3、由我国驻该国使、领馆提供；4、由该国驻我国使馆提供；5、由中外法律专家提供。

#### （二）查不到的处理

“.....通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。”

#### （三）上诉问题

对中国法院在审理涉外民商事案件时发生的适用外国法的错误，无论是属于适用内国冲突规范的错误，还是属于适用外国法本身的错误，当事人均可对之提起上诉，要求加以纠正。

### 复习与思考题

- 1、什么是国际私法上的识别？识别的对象是什么？应当用什么依据进行识别？
- 2、用法院地识别的合理性在哪里？
- 3、反致产生的原因与条件是什么？在审理国际民商事案件中可以起到什么样的作用？
- 4、什么是公共秩序保留中的“主观论”和“客观论”？你认为在当今社会那一种更合理？
- 5、外国法的查明包含那些内容？中国关于外国法查明的司法解释有哪些缺陷？

### 拓展阅读书目

- 1、韩德培主编《国际私法新论》，武汉大学出版社，2003年7月第一版；
- 2、赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社2002年版；
- 3、丁伟主编《冲突法论》，法律出版社，1996年9月第一版；
- 4、于飞：《中国国际私法理论与立法》，中国法制出版社2004年版；
- 5、中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法制出版社2000年版；

## 第六章 民事能力的法律适用

本章学习目的和基本要求：通过本章学习，理解民事能力法律适用的制度，正确运用规则解决实际问题。重点掌握属人法的含义及其发展趋势；关于自然人的权利能力和行为能力的法律适用；法人的权利能力和行为能力的法律适用。

课时分配：3 课时

### 第一节 自然人权利能力

#### 一、自然人权利能力的法律冲突

#### 二、自然人权利能力的法律适用规则

- 1、适用当事人的属人法
- 2、适用该涉外民事法律关系的准据法
- 3、适用法院地法

#### 三、失踪和死亡宣告的管辖权及法律适用

（一）失踪宣告和死亡宣告的法律冲突

（二）失踪宣告和死亡宣告的管辖权

何国法院对涉外失踪和死亡宣告案件有管辖权，基本上有以下三种主张：

- 1、主张由失踪人国籍国法院管辖。
- 2、主张由失踪人的住所地国法院管辖。
- 3、失踪或死亡宣告的管辖权，原则上由本国法院管辖，但在一定条件和一定范围内，也可由其住所地国或其居所地国管辖。

（三）失踪或死亡宣告的法律适用

- 1、依失踪人的本国法。
- 2、依失踪人的住所地法。
- 3、原则上依失踪人的本国法，但内国法院对失踪宣告或死亡宣告有管辖权时，则适用法院地法。
- 4、原则上依失踪人的本国法，但失踪人在内国有财产及应以内国法的法律关系，适用内国法。

### 第二节 自然人行为能力的法律适用

#### 一、自然人行为能力的法律冲突

#### 二、自然人行为能力的法律适用

- 1、适用当事人的属人法：住所地法或者国籍国法。
- 2、依属人法无能力而依行为地法有行为能力的，适用行为地法。（主要指商务活动）
- 3、对于不动产法律行为人的行为能力，适用不动产的所在地法。

### 第三节 法人权利能力和行为能力

#### 一、法人权利能力和行为能力的法律冲突

#### 二、法人权利能力和行为能力的法律适用

适用法人的属人法。法人属人法适用于法人的内部关系；财产的清算；能力。

### 第四节 我国关于民事能力法律适用的规定

#### 一、关于自然人权利能力法律适用的规定

##### 1、自然人权利能力的法律适用

《涉外民事关系法律适用法》第 11 条规定：“自然人的民事权利能力，适用经常居所地法律。”

##### 2、关于失踪宣告和死亡宣告

《涉外民事关系法律适用法》第 13 条规定：“宣告失踪或者宣告死亡，适用自然人经常居所地法律。”

#### 二、关于自然人行为能力法律适用的规定

关于自然人的行为能力，我国《民法通则》第 143 条规定：“中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律”。

最高人民法院《关于贯彻和执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》又对此作了三条补充说明。

（1）定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用定居国法律。

（2）外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认为有民事行为能力。

（3）无国籍人的民事行为能力，一般适用其定居国法律；如未定居的，适用其住所地法律。

《涉外民事关系法律适用法》第 12 条规定：自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。自然人从事民事活动，依照经常居所地法律为无民事行为能力，依照行为地法律为有民事行为能力的，适用行为地法律，但涉及婚姻家庭、继承的除外。

#### 三、关于法人权利能力和行为能力法律适用的规定

1988 年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 184 条规定：“我国法人以其注册登记国家的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动，必须符合我国的法律规定。”

《涉外民事关系法律适用法》第 14 条规定：法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的，可以适用主营业地法律。法人的经常居所地，为其主营业地。

#### 复习与思考题：

1、我国关于自然人行为能力和权利能力的法律适用是怎样规定的？

- 2、我国关于自然人属人法主要适用于哪些方面？
- 3、法人属人法主要适用于哪些领域？

#### 拓展阅读书目

- 1、韩德培主编：《国际私法问题专论》，武汉大学出版社 2004 年版；
- 2、赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版；
- 3、马丁·沃尔夫著：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版。
- 4、黄惠康、黄进：《国际公法国际私法成案选》，武汉大学出版社 1987 年版；
- 5、杜新丽主编：《国际私法教学案例》，中国政法大学出版社 1999 年版；

## 第七章 物权的法律适用

本章学习目的和基本要求：物之所在地法原则普遍运用于物权的准据法确定，其产生、发展及其适用的范围和例外都是学生必须掌握的基本内容。应结合案例进行学习，在案例分析中理解规则。尤其必须了解掌握我国关于物权法律适用的一系列规定。

课时分配：2 课时

### 第一节 物之所在地法原则

#### 一、物之所在地法原则的产生与发展

物之所在地法原则产生于 14 世纪的“法则区别说”，即不动产物权适用不动产所在地法（动产物权则适用当事人住所地法律）。

物之所在地法原则到 19 世纪末开始变进一步发展，其不但适用于不动产物权，也广泛适用于动产物权，以克服长期以来动产物权适用当事人住所地法律所产生的弊端。故而，物之所在地法原则在当代成为物权（包括动产物权与不动产物权）关系普遍适用的基本规则。

#### 二、物之所在地的确定

不动产所在地的确定较为容易，而动产所在地的确定有时候（例如动产处于移动状态或表现为无体形态）比较困难。对此，有的国家对移动状态中的动产通过时间限定而规定其所在地，有的国家对无体动产规定了拟制的所在地。

#### 三、物之所在地法的适用范围

1. 用于动产与不动产的区分（即识别）。
2. 用于物权客体的确定。
3. 用于物权种类和内容的确定。
4. 用于物权取得、转移、变更和消灭的条件之确定。
5. 物权的保护方法之确定。

#### 四、物之所在地法适用的例外

1. 运送中的物品之物权关系不适用物之所在地法，而常常适用物品的送达地法或发送地法。
2. 船舶、飞行器等运输工具之物权关系不适用物之所在地法，而多适用登记注册地法或者旗国法。
3. 法人因终止、解散或破产等原因消灭时涉及的有关物权问题不适用物之所在地法，而常常适用法人的属人法。
4. 与身份关系有密切联系的财产关系（如继承关系与夫妻财产关系），各国不同程度排除适用物之所在地法，而多适用当事人的属人法。
5. 以位于无主土地或空间的物为客体的物权关系无法适用物之所在地法，因而要适用其他法律。

## 第二节 中国关于物权法律适用的规定

### 一、中国关于不动产物权法律适用的规定

#### （一）《民法通则》及司法解释的规定

《民法通则》（第144条）仅规定了不动产所有权的法律适用，《民通意见》（司法解释）则增加规定为不动产所有权的买卖、租赁、抵押、使用等民事关系均适用不动产所在地法律。

#### （二）《涉外民事关系法律适用法》的规定

《涉外民事关系法律适用法》第36条规定“不动产物权，适用不动产所在地法律”。

### 二、中国关于动产物权法律适用的规定

#### （一）《海商法》和《民用航空法》的规定。

《海商法》第270、271、272条分别就船舶所有权的取得、转让和消灭以及船舶的抵押权和优先权的法律适用作了规定，适用的法律分别有船旗国法律、原船舶登记国法律、受理案件的法院所在地法律。

《民用航空法》第185、186、187条分别就民用航空器所有权的取得、转让和消灭以及民用航空器的抵押权和优先权的法律适用作了规定，适用的法律分别有民用航空器国籍登记地国法律和受理案件的法院所在地法律。

#### （二）《涉外民事关系法律适用法》的规定

《涉外民事关系法律适用法》第37条规定动产物权可以适用当事人协议选择的法律，当事人没有选择的则适用法律事实发生时动产所在地的法律。此规定反映了动产物权法律适用引入当事人意思自治的国际趋向。

《涉外民事关系法律适用法》第38条就运输途中动产物权变更的法律适用作了规定，其指明适用的法律依次为当事人选择的法律和运输目的地法律。

《涉外民事关系法律适用法》第39条规定有价证券适用证券权利实现地法律或与证券有最密切联系的法律。

《涉外民事关系法律适用法》第40条规定权利质权适用质权设立地法律。

## 第三节 国有化问题

### 一、国有化法律的效力（域内与域外）

国有化的国际私法问题主要是：（1）一国国有化法律对在其境内的外国人的财产是否当然发生效力；（2）一国国有化法律的效力能否及于该国人位于境外的财产。

国际上关于国有化的争议主要集中在国有化的补偿问题上，有主张国有化必须给予所谓“充分、有效和即时的补偿”，有主张国有化可以给予“适当或合理的补偿”。

### 二、我国关于国有化的规定

我国在有关的国内立法和一些双边国际协定中对国有化作了规定，基本原则是，实施国有化必须出于公共利益需要，并依照法律程序且给予相应的合理补偿。

### 复习与思考题

1. 物之所在地法适用的范围和例外有哪些？
2. 我国《涉外民事关系法律适用法》如何规定物权的法律适用？请作适当评价。
3. 我国《海商法》对海事物权的法律适用是如何规定的？试比较所规定的不同系属。
4. 试分析比较国有化补偿的不同主张或原则。

### 拓展阅读书目

1. 赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版。
2. 马丁·沃尔夫著：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版
3. J·H·C·莫里斯著：《戴西和莫里斯论冲突法》，李双元译，中国大百科全书出版社,1998 年版
4. 萨维尼著：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社 1992 年版
5. 梁慧星编：《中国物权法研究》，法律出版社 1998 年版
6. 赵相林、杜新丽等著：《国际民商事法律关系法律适用立法原理》，人民法院出版社 2006 年版。
7. 黄进、姜茹娇主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社 2011 年版。
8. 齐湘泉：《〈涉外民事关系法律适用法〉原理与精要》，法律出版社 2011 年版。

## 第八章 知识产权的法律适用

本章学习目的和基本要求：知识产权的特点、主要种类以及法律适用规则，主要的知识产权国际公约

课时分配：2 课时

### 第一节 知识产权法律冲突概述

一、知识产权法律冲突的产生

二、知识产权法律冲突的解决

### 第二节 专利权的法律适用

一、专利权的法律冲突

- （一）专利权客体的冲突
- （二）专利申请条件和原则的冲突
- （三）专利审查制度的冲突
- （四）专利权保护期限的冲突

二、专利权的法律适用

- （一）专利权的取得和效力，适用专利申请地法
- （二）专利权的保护，适用专利权原始授予国法
- （三）专利权的创立、内容和消灭，适用实施权利行为地或侵权行为地法
- （四）专利权的法律冲突，可依其特点适用不同的准据法

三、中国有关涉外专利权的法律规定

### 第三节 商标权的法律适用

一、商标权的法律冲突

- （一）商标权确立的冲突
- （二）商标使用规定的冲突
- （三）商标保护期限的冲突

二、商标权的法律适用

- （一）商标权的成立、内容和效力适用商标注册地法
- （二）商标权的成立、内容和效力适用商标先使用地法
- （三）商标权的保护适用实施权利行为或侵权行为地法

- (四) 商标权的保护适用法人中心管理所在地的法律
- (五) 商标权法律适用的分割论

### 三、中国有关涉外商标权的法律规定

## 第四节 著作权的法律适用

### 一、著作权的法律冲突

- (一) 著作权保护范围的冲突
- (二) 著作权取得原则的冲突
- (三) 著作权内容的限制的冲突
- (四) 著作权保护期限的冲突

### 二、著作权的法律适用

- (一) 著作权的成立、内容和范围，适用最初发表地法
- (二) 未发表作品的著作权，适用作者的属人法
- (三) 著作权的创立、内容和消灭，适用权利实施行为或侵权行为地法
- (四) 著作权的保护，适用被请求保护国法
- (五) 从著作权合同的角度来确定解决法律冲突的原则
- (六) 著作权法律适用的“分割论”

### 三、中国有关涉外著作权的法律规定

## 第五节 保护知识产权的国际公约与国际组织

### 一、保护知识产权的国际公约

- (一) 《保护工业产权的巴黎公约》
  - s1、国民待遇原则
  - s2、优先权原则
  - d3、独立性原则
  - a4、强制许可原则
- (二) 《专利合作条约》
- (三) 《商标国际注册马德里协定》
- (四) 《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》
  - d 1、国民待遇原则
  - d 2、自动保护原则
  - d 3、独立保护原则
  - d 4、最低限度保护原则
- (五) 《世界版权公约》
  - d 1、双国籍国民待遇原则
  - d 2、附条件的自动保护原则

- d 3、独立保护原则
- d 4、最低限度保护原则
- （六）《与贸易有关的知识产权协议》
- f 1、基本原则
- f 2、对版权及相关权利的保护
- f 3、对商标权利的保护
- f 4、对地理标志的保护
- f 5、对工业品外观设计的保护
- f 6、对专利权的保护
- f 7、对集成电路布图设计的保护
- f 8、对未披露的信息的保护
- f 9、对许可证协议中限制竞争行为的控制

## 二、保护知识产权的国际组织

- （一）世界知识产权组织
- （二）世界贸易组织
- （三）联合国教科文组织和国际劳工组织

### 复习与思考题：

1. 知识产权作为一种特殊的财产权，在法律上具有哪些特点？列举国际社会为保护知识产权缔结的全球性国际公约。
2. 关于涉外专利权的法律适用主要有哪些主张？我国的做法是什么？
3. 各国商标权的法律冲突主要表现为哪几个方面？商标权的法律适用有哪些理论与实践？
4. 与工业产权相比，著作权具有哪些特殊性？关于著作权的法律适用主要有几种主张？
5. 《涉外民事法律关系适用法》关于知识产权的法律适用是如何做规定的？

### 拓展阅读书目

1. 王英兰：“论涉外知识产权的保护与法律冲突”，载《法学学刊》1997年第5期。
2. 吴友明：“论涉港版权关于法律适用若干问题”，载《法商研究》1998年第1期。
3. 丁晓庆：“涉外著作权的法律适用问题”，载《法学评论》1992年第1期。
4. Raquel Xalabarder, Copyright: Choice of Law and Jurisprudence in the Digital Age, 8 Annual Survey of International & Comparative Law 84, 79-96 (2002)
5. 黄进、姜茹娇主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社2011年版。

## 第九章 涉外合同的法律适用

本章学习目的和基本要求：合同关系在国际民商事交往中占有很大的比例，并且情况复杂，规则完善，要求学生不仅要掌握一般规则，了解规则的发展和因素，而且要把握中国的合同法律适用规则，并且结合案例，学会实践中的正确运用。

课时分配：3 课时

### 第一节 涉外合同的法律冲突与准据法的选择方法

#### 一、涉外合同的法律冲突

- (一) 合同主体的法律冲突
- (二) 合同内容的法律冲突
- (三) 合同成立的法律冲突
- (四) 合同形式的法律冲突

#### 二、准据法的选择方法

- (一) 涉外合同准据法选择的分割论与单一论

分割论是指将合同分割为不同的方面，分别适用不同的法律。单一论是指将合同看作为一个整体统一适用一个国家的法律。

- (二) 涉外合同准据法选择的主观论与客观论

主观论主张根据合同当事人双方的意思来确定合同准据法，即当事人意思自治理论。至今，绝大多数国家都将当事人自己选择其合同适用的法律即当事人意思自治作为确定合同准据法的首要原则。客观论主张依“场所因素”确定法律的适用。缔结地法；履行地法；最密切联系原则。现代社会的普遍做法是以主观论为主，以客观论为辅。

#### 三、合同法律适用规则的历史沿革

(一) 以缔结地法为主的单纯依空间连接因素确定合同准据法的阶段。后来又有萨维尼的履行地法补充。直至 19 世纪末才告终结。

(二) 以意思自治为主，强调依当事人主观意向确定合同准据法的阶段。

(三) 以意思自治为主、以最密切联系原则为辅的合同自体法阶段。

### 第二节 合同的法律适用原则

#### 一、意思自治原则

- (一) 意思自治原则的产生与发展

意思自治原则是指当事人可以通过协商一致的意思表示选择支配合同关系的准据法。意思自治原则是 16 世纪法国学者杜摩兰提出的。

- (二) 意思自治原则的具体运用

1、当事人选择法律的方式。当事人选择法律的方式通常有两种，明示的选择和默示的选择。

2、当事人选择法律的时间。当事人可以在订立合同之后选择法律，甚至允许变更原来所选择的法律，但是这种对所选择法律的变更不得使合同归于无效或者使第三人的合法利益受到损害。

3、当事人选择法律的范围。当事人根据意思自治原则自主协议选择的法律应当是实体法，而不包括冲突法。

（三）中国关于意思自治原则的立法、理论和实践

1、关于选择法律的方式。当事人必须明示选择法律，默示选择法律无效。

3、关于法律选择的时间。当事人在订立合同时或者发生争议后直至人民法院开庭审理以前，均可通过协议选择所适用的法律。

4、选择法律的范围。当事人协议选择的或者人民法院按照最密切的联系原则确定的处理合同争议所适用的法律，是指现行的实体法，而不包括冲突法和程序法。

5、强制适用中国法的规定。《合同法》第126条。

## 二、最密切联系原则

（一）最密切联系原则的含义与特征

最密切联系原则是指在当事人没有选择应适用的法律或者选择无效的情况下，由法院依据这一原则在与该合同关系有联系的国家中，选择一个与该法律关系本质上有重大联系，利害关系最密切的国家的法律予以适用。

最密切联系原则具有以下主要特征：

1、最密切联系原则作为一种新的法律选择方法，追求法律适用的灵活和个案的公正。

2、最密切联系原则的核心是通过对合同以及与合同有关的各要素进行综合分析来寻找与合同有最密切联系的法律。

3、最密切联系原则给予法官较大的自由裁量权。

（二）最密切联系原则的具体运用

1、合同要素分析法。

2、特征性履行。“特征性履行”说是大陆法系国家用来判定最密切联系地的一种理论和方法。它要求法院根据合同的特殊性质，以何方的履行最能体现合同的特性来决定合同的法律适用。

（三）中国关于最密切联系原则的立法、理论和实践

人民法院按照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律，是指现行实体法，而不包括冲突法和程序法。人民法院采用“特征履行”方法在运用最密切联系原则。

## 三、合同自体法

英国学者提出。根据莫里斯的理论，合同自体法可分解为三个规则：1、当事人明示选择的法律；2、当事人默示选择的法律，3、与合同有最密切最真实联系的法律。

## 四、客观标志说

# 第三节 具体合同的法律适用

## 一、国际货物买卖合同的法律适用

国际货物买卖合同是指含有涉外因素的货物买卖合同，即合同的主体、客体、内容含有涉外因素的卖方出售货物、转移标的物所有权给买方，买方支付货物价款的协议。

（一）国际货物买卖合同的法律适用

## （二）调整国际货物买卖合同关系的国际条约

### 1、1980年《联合国国际货物销售合同公约》

公约的适用范围：（1）公约仅适用于营业地在不同国家的当事人之间订立的货物销售合同。（2）公约仅适用合同的订立和买卖双方的权利、义务，不涉及：①合同的效力，或其任何条款的效力或惯例的效力；②合同对所有权的影响；③货物对人身造成的死亡或伤害的责任即产品责任。（3）公约对合同当事人不具有强制性。

### 2、1985年《国际货物销售合同法律适用公约》

## 二、国际货物运输合同的法律适用

国际货物运输合同因货物运输方式的多样而分为国际海上货物运输合同、国际铁路货物运输合同、国际航空货物运输合同以及国际多式联运合同等。

### （一）国际海上货物运输合同的法律适用

#### 1、租船合同的法律适用

#### 2、提单运输中的法律适用问题

### （二）国际铁路货物运输合同的法律适用

### （三）国际航空货物运输合同的法律适用

## 三、国际货物运输保险合同的法律适用

适用当事人选择的法律，没有选择的适用最密切联系原则，而最密切联系原则通常情况下是保险人营业所所在国法律。

## 四、国际贸易支付关系的法律适用

### 1、票据的法律适用

分割处理的方法。将票据关系所涉及的有关当事人的票据能力、票据行为的形式和权利义务等方面加以区分，分别规定法律适用规则。

### 2、国际贸易支付方式的法律适用

主要适用国际惯例，通常适用国际商会的解释通则。

## 五、国际技术转让合同的法律适用

原则上允许当事人自由选择适用的法律，以保证技术转让交易的顺利进行。从法律角度讲，这样也遵循了国际上的习惯做法。当事人未作法律选择的，我国在实践中要求按照最密切联系原则确定所应适用的法律，在通常情况下是受让人营业所所在地的法律。

## 六、国际私人直接投资合同的法律适用

各国的普遍做法是适用接受投资的东道国的法律。排除或限制当事人意思自治选择准据法

### 复习与思考题：

- 1、什么是合同法律选择中的“同一论”和“分割论”？
- 2、什么是合同的自体法说？其现实意义是什么？
- 3、中国对意思自治有哪些限制？我国最新立法的不足之处何在？
- 4、什么是特征履行方法？我国立法在哪些方面体现了这种方法？
- 5、最密切联系原则运用于合同的意义是什么？分析思考该原则的利弊。

### 拓展阅读书目

- 1、黄进、姜茹娇 主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社 2011 年 2 月第 1 版；
- 2、赵相林主编《国际商事法律适用论》，中国政法大学出版社 2005 年出版。
- 3、约翰.M•斯道克顿著、徐文学译：《货物买卖合同》，山西经济出版社，1992 年版。
- 4、王军、陈洪武著《合同冲突法》对外经济贸易大学出版社 2003 年出版。
- 5、杜涛著《国际经济贸易中的国际私法问题》，武汉大学出版社 2005 年出版。
- 6、潘攀著《票据的法律冲突》，北京大学出版社，2002 年出版。

## 第十章 侵权行为之债的法律适用

本章学习目的和基本要求：通过本章学习，重点掌握以下内容：一般侵权行为之债法律适用的规则及其新发展和我国法律的一般性规定；海事侵权行为与航空侵权行为的法律适用原则，特别是我国《海商法》与《民用航空法》的相关规定；1972年《产品责任法律适用公约》关于产品责任法律适用的规定。

课时分配：4课时。

### 第一节 一般侵权行为之债的法律适用

#### 一、侵权行为之债与侵权行为法

##### （一）侵权行为之债的概念

侵权行为之债是指因不法侵害他人非合同权利或受法律保护的利益，并造成损害而承担民事责任所构成的一种法定之债。

##### （二）侵权行为之债的新发展

- 1、侵权行为范围的扩大。
- 2、损害赔偿归责原则的多元化。
- 3、损害赔偿与社会保险相结合。

#### 二、侵权行为之债的法律冲突

- （一）侵权行为的范围不同。
- （二）侵权行为构成要件的冲突。
- （三）损害赔偿的原则、标准及数额不同。

#### 三、一般侵权行为之债的法律适用原则

##### （一）侵权行为之债适用侵权行为地法

由于对“侵权行为地”的理解不同，各国立法对如何确定“侵权行为地”存在着分歧，主要有以下几种主张：

- 1、以加害行为地作为侵权行为地。世界上大多数国家采取此种做法。
- 2、以损害发生地作为侵权行为地。
- 3、凡与侵权事实发生有关的地方，包括加害行为地或损害发生地均可作为侵权行为地。

##### （二）侵权行为之债适用法院地法

##### （三）当事人共同属人法原则

如果侵权行为当事人双方具有共同国籍、或者他们的住所地、居所地位于同一个国家，由于偶然原因到国外，并在国外相互发生了侵权行为，在这种情况下适用侵权行为地法。

##### （四）侵权行为自体法和最密切联系原则

所谓“侵权自体法”（proper law of the torts）是指侵权行为适用与侵权案件有最密切联系的法律。侵权自体法理论的核心即是对最密切联系原则的运用。

1963年美国联邦最高法院审理的贝克科诉杰克逊一案（Babcock v. Jackson）。

### （五）有限制的意思自治原则

在侵权领域运用意思自治原则应注意以下几个问题：（1）法律选择的主体是双方当事人，必须经双方达成一致的情况下方能适用所选择的法律；（2）法律选择的时间是在侵权行为发生之后，纠纷解决之前；（3）法律选择的范围仅限于选择法院地法。当然对于是否必须限于选择法院地法这一点已被某些国家的立法所突破。

## 第二节 特殊侵权行为之债的法律适用

### 一、海上侵权行为的法律适用

#### （一）船舶碰撞的法律适用

##### 1、船舶碰撞发生于一国领海之内

船舶碰撞发生于一国领海之内，各国一般规定适用碰撞地法律，即领海国法律。

##### 2、船舶碰撞发生于公海之上

船舶碰撞发生于公海之上，各国一般规定：（1）如果碰撞船舶属于同一国籍，适用船旗国法。

（2）如果碰撞船舶国籍不同，或适用加害船舶国籍国法，或适用被害船舶国籍国法，或适用法院地法，或由当事船舶选择所适用的法律。

#### （二）发生在船舶内部侵权行为的法律适用

主张适用船旗国法。

#### （三）海上运输致旅客死伤、行李毁损所发生的侵权行为的法律适用

各国多主张以合同准据法为依据。但旅客安全常受到相关国家强制性法律的保护，这些强制性的法律规定又是必须适用的。

#### （四）油污损害赔偿的法律适用

国际海事组织在1969年于布鲁塞尔订立了《国际油污损害民事责任公约》。公约现已生效，我国已于1984年加入该公约。该公约属于实体法公约，对油污损害的民事责任作了全面的规定。

### 二、空中侵权行为的法律适用

#### （一）发生在航空器内部的侵权行为

对于发生在航空器内部的侵权行为，适用航空器登记国法，而不是侵权行为地法。

#### （二）因航空器碰撞或航空器与其他物体碰撞所发生的侵权行为

#### （三）因航空器事故致旅客死亡或物品毁损的侵权行为

《华沙公约》体系；1999年《蒙特利尔公约》。

### 三、公路交通事故的法律适用

1971年《公路交通事故法律适用公约》于1975年生效，我国尚未参加，公约对公路交通事故的法律适用作了全面规定。

#### （一）公约的适用范围

公约适用于涉及一辆或数辆机动或非机动车辆，并与公路、向公众开放的地面或特定人有权出入的私有地面上的交通有关的事故。

#### （二）公路交通事故的法律适用

公约规定可以适用的法律为事故发生地国家的国内法，但有三个例外。

#### （三）公约确定的准据法应支配的事项

#### 四、涉外产品责任的法律适用

(一) 1972年海牙《产品责任法律适用公约》的适用范围

(二) 关于产品责任准据法的确定

1、产品责任首先适用直接遭受损害的人的惯常居所地国家的国内法，如果该国同时又是被请求承担责任的人的主营业地，或直接遭受损害的人取得产品的地方。

2、在直接遭受损害的人的惯常居所地国家的国内法适用条件不满足的情况下，应适用侵害地国家的国内法，但要符合一定的条件。

3、当前两个的适用条件都不满足时，原告可以主张适用侵害地国家的国内法。

4、在以上准据法适用的条件都不能满足时，产品责任的准据法应为请求承担责任人的主营业地国家的国内法。

(三) 应遵守的共同规则

1、应当考虑产品销售市场所在国家通行的有关行为规则和安全规则；

2、只有在其适用会明显与当地的公共秩序相抵触时才可以拒绝适用依据公约规定确定的准据法；

3、根据公约规定适用的法律与任何互惠的要求无关，即使应适用的法律是非缔约国的法律亦应予适用

#### 五、其他类型的特殊侵权行为的法律适用

(一) 因不正当竞争所产生的侵权行为的法律适用

(二) 通过大众传媒所产生的侵权行为的法律适用

### 第三节 我国关于侵权行为之债法律适用的规定

#### 一、一般侵权行为之债的法律适用

依照《民法通则》第146条的规定，1、以侵权行为地法律作为侵权行为之债法律适用的基本原则。2、有选择的适用当事人共同属人法。3、采取双重可诉原则。

《涉外民事关系法律适用法》第44条规定：侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议。

#### 二、特殊侵权行为之债的法律适用

(一) 海事侵权行为的法律适用

1992年颁布的《海商法》对一部分海上侵权行为的法律适用作了专门的规定。该法第273条规定：“船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法律。船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。”第274条规定：“共同海损理算，适用理算地法律。”第275条规定：“海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律。”

(二) 空中侵权行为的法律适用

1995年《中华人民共和国民用航空法》第189条规定：“民用航空器对地面第三人的损害赔偿，适用侵权行为地法律。民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。”

（三）公路交通事故的法律适用

（四）产品责任的法律适用

《涉外民事关系法律适用法》第45条规定：“产品责任，适用被侵权人经常居所地法律；被侵权人选择适用侵权人主营业地法律、损害发生地法律的，或者侵权人在被侵权人经常居所地没有从事相关经营活动的，适用侵权人主营业地法律或者损害发生地法律。”

关于通过网络或者采用其他方式侵害人格权的法律适用，《涉外民事关系法律适用法》第46条规定：“通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的，适用被侵权人经常居所地法律。”

复习与思考题

- 1、对侵权行为之债的法律适用一般的主张有哪几种？
- 2、侵权之债中可以运用最密切联系原则确定准据法吗？理由是什么？
- 3、1972年海牙《产品责任法律适用公约》关于准据法的确定规则有什么特点？
- 4、可以用意思自治原则确定侵权行为的准据法吗？为什么？
- 5、与《民法通则》比较，分析《涉外民事关系法律适用法》关于侵权行为法律适用的新规定。

拓展阅读书目

- 1、赵相林、曹俊主编：《国际产品责任法》，中国政法大学出版社2000年版；
- 2、赵维田：《国际航空法》，社会科学文献出版社2003年版。
- 3、杜新丽著：《国际私法实务中的法律问题》，中信出版社2005年版。
- 4、朱子勤著：《网络侵权中的国际私法问题研究》，人民法院出版社2006年版。
- 5、张平主编：《网络法律评论》法律出版社2004年版。
- 6、李响编著：《美国侵权法原理及案例研究》，中国政法大学出版社2004年版；
- 7、James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski, 4th edn, Products liability\_problems and process, 中信出版社2003年版；
- 8、司玉琢主编：《海商法专题研究》，大连海事大学出版社2002版；

## 第十一章 涉外不当得利与无因管理的法律适用

本章学习目的和基本要求：了解不当得利与无因管理法律适用的特殊性，掌握我国法律的规定。  
课时分配：2 课时

### 第一节 不当得利的法律适用规则

#### 一、不当得利的形成和发展过程的比较分析

不当得利的形成和发展过程在大陆法系与英美法系中存在显著不同，这必然导致其制度与内容在两大法系中亦有重大差别。

#### 二、不当得利的构成要件的比较分析

一般来说，在大陆法中，不当得利的构成要件有以下三点：（1）一方受益；（2）致他方受到损害；（3）无法律上的原因。而在英美法中，其构成要件为：（1）被告受有利益；（2）致原告受损；（3）被告保有该利益具有“不正当”性。

#### 三、不当得利类型的比较分析

关于不当得利的类型，大陆法理论向来有“统一说”和“非统一说”两种对立见解，至今尚无定论。“统一说”认为，一切不当得利的基础，应有其统一的意义，得对任何情形的不当得利作统一的说明。但值得注意的是，主倡“统一说”的学者所提出的概念，并未统一，颇为分歧，或为“公平”，或为“正义”，或为“权利”，或为“债权”，无一能作概括之说明。相比之下，在英美法理论中，不当得利的类型已取得相当一致，鲜见争论。英美法根据不当得利是否由被告的不法行为引起，将其分为“自发性不当得利”和“不法行为不当得利”两类。

#### 四、解决不当得利法律适用问题的三种模式

模式一，主张对所有的不当得利请求权不加区分，采用单一的法律适用规则。模式二，主张视不同情形，将不当得利请求权分为若干种类，然后对每一类型适用不同的法律选择规则。这种模式通常是以单一适用规则——“自体法（Proper Law）”的形式出现的。模式三，主张在确定不当得利的准据法时，彻底抛弃传统的法律适用规则，而采用“个案分析法（case by case）”。它赋予法官较大的自由裁量权，允许法官在处理案件时根据每个案件的实际情况，综合考察有关连结点，并注意国际私法的基本目标，选择与不当得利有最密切联系的法律作为准据法。

#### 五、中国法的规定

《涉外民事关系法律适用法》第四十七条 不当得利、无因管理，适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用不当得利、无因管理发生地法律。

### 第二节 无因管理的法律适用

#### 一、无因管理的法律冲突

由于历史、地理及法律传统的不同，无因管理在世界各国实体法上呈现出其他私法制度难以比拟的重大分歧。这凸显在国际私法上研究不当得利准据法及其他相关问题的必要性与紧迫性。

## 二、解决无因管理法律适用问题的几种模式

- （一）准用委任合同准据法
- （二）事务管理地法
- （三）弹性准据法

## 三、中国法的规定

《涉外民事关系法律适用法》第四十七条 不当得利、无因管理，适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用不当得利、无因管理发生地法律。

### 复习与思考题

1. 简述不当得利的法律冲突。
2. 总结不当得利法律适用的集中主要模式及其优缺点。
3. 简述无因管理之债的特点
4. 评析《涉外民事关系法律适用法》第四十七条。

### 拓展阅读书目

- 1、肖永平、霍政欣：“不当得利的法律适用规则”，载《法学研究》2004年第3期。
- 2、霍政欣：“无因管理的法律适用规则探究”，载《安徽警官职业学院学报》2005年第2期

## 第十二章 涉外婚姻家庭的法律适用

本章学习目的和基本要求：涉外婚姻家庭方面的国际私法涉及结婚、离婚、父母子女关系、抚养、收养、监护等诸多方面的法律适用问题。本章的学习，要求学生在民法知识的基础上了解和掌握婚姻家庭法律适用的基本规则，并将中国有关涉外婚姻家庭法律适用的规定作为学习和研讨的重点。

课时分配：3 课时。

### 第一节 涉外结婚的法律适用

#### 一、结婚实质要件的法律适用

1. 适用婚姻缔结地法。
2. 适用当事人的属人法。

对于当事人双方没有共同属人法的情况，各国有不同的处理方式。

3. 混合法律适用规则，即将婚姻缔结地法与当事人属人法结合起来适用，结合的方式在不同国家不尽相同。

#### 二、结婚形式要件的法律适用

1. 适用婚姻缔结地法。这是结婚形式要件适用最普遍的准据法。
2. 适用当事人属人法。
3. 选择适用婚姻缔结地法和当事人属人法。
4. 领事婚姻（Consular marriage）制度。

指一国公民在该国驻外国使、领馆依本国法律规定的方式缔结婚姻的制度。

#### 三、我国关于涉外结婚法律适用的规定

《民法通则》第 147 条规定中国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。

《涉外民事关系法律适用法》第 21 条规定了结婚条件应该适用的法律，按有条件选择的适用顺序依次分别是当事人共同经常居所地法律，共同国籍国法律，婚姻缔结地法律。

《涉外民事关系法律适用法》第 22 条指明结婚手续符合所规定的法律之一均为有效，所规定的法律分别是婚姻缔结地法律，一方当事人的经常居所地法律或国籍国法律。

### 第二节 涉外离婚的法律适用

#### 一、离婚的法律适用

1. 离婚适用法院地法。
2. 离婚适用当事人属人法。

对于当事人离婚时没有共同属人法的情况，各国不同处理方式。

3. 重叠适用当事人的属人法和法院地法。
4. 适用有利于离婚的法律。即规定多个法律可依次选择适用，以增加当事人能够离婚的机会。

## 二、我国关于涉外离婚法律适用的规定

《民法通则》第 147 条规定中华人民共和国公民和外国人离婚适用受理案件的法院所在地法律。最高人民法院与此配套的司法解释（即《民通意见》第 188 条）指出：我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律；认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律。

《涉外民事关系法律适用法》第 26 条规定协议离婚的当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律或国籍国法律，当事人没有选择时则按条件依次适用所规定的法律之一：①双方共同经常居所地法律，②双方共同国籍国法律，③办理离婚手续机构所在地法律。

《涉外民事关系法律适用法》第 27 条规定诉讼离婚适用法院地法律。

## 第三节 夫妻关系的法律适用

### 一、夫妻人身关系的法律适用

夫妻人身关系在各国普遍适用当事人属人法，对当事人没有共同属人法的情况可有不同处理方式。

### 二、夫妻财产关系的法律适用

1. 适用当事人选择的法律。
2. 适用当事人属人法。
3. 不动产适用物之所在地法，动产适用当事人选择的法律或其属人法。

### 三、1978 年海牙《夫妻财产制法律适用公约》

公约规定，夫妻双方对其财产关系可以选择公约指明的法律之一予以适用，如未选择则在公约规定的不同条件下适用双方共同本国法或婚后首个习惯居所所在法律。公约还对夫妻财产制的准据法不变与可变的有关情况作了规定。

### 四、我国关于夫妻婚姻关系法律适用的规定

《涉外民事关系法律适用法》第 23 条规定了夫妻人身关系适用的法律，按顺序分别为双方共同经常居所地法律、双方共同国籍国法律。

《涉外民事关系法律适用法》第 24 条规定了夫妻财产关系适用的法律，指明当事人可以协议选择适用当事人一方当事人的经常居所地法律、国籍国法律或主要财产所在地法律，当事人没有作出选择则适用共同经常居所地法律，无共同经常居所地则适用共同国籍国法律。

## 第四节 父母子女关系的法律适用

### 一、确定子女是否婚生的准据法

1. 适用父亲和 / 或母亲的属人法。
2. 适用子女的属人法。
3. 适用父母子女共同属人法。
4. 适用有利于确认子女婚生的法律。

## 二、父母与非婚生子女关系的法律适用

### （一）父母与非婚生子女关系的法律适用

1. 适用父亲和 / 或母亲的属人法。
2. 适用子女的属人法。
3. 适用父母子女共同属人法。

### （二）非婚生子女准正和认领的法律适用

1. 适用父亲和 / 或母亲的属人法。
2. 适用子女的属人法。
3. 选择适用父母一方属人法或子女属人法。

## 三、父母子女之间权利义务关系的法律适用

1. 适用父亲和 / 或母亲的属人法。
2. 适用子女的属人法。
3. 适用父母子女共同属人法。
4. 适用支配父母婚姻效力的法律。

## 四、我国关于父母子女关系法律适用的规定

《涉外民事关系法律适用法》第 25 条指明，父母子女人身、财产关系适用其共同经常居所地法律，无共同经常居所则适用一方当事人经常居所地法律或国籍国法律中更有利于保护弱者权益的法律。

## 第五节 收养的法律适用

### 一、收养关系成立要件的法律适用

1. 适用收养人属人法。
2. 适用被收养人属人法。
3. 适用收养人和被收养人的属人法。
4. 适用支配收养人婚姻效力的法律。
5. 适用法院地法律。

### 二、收养效力（即收养关系权利义务内容）的法律适用

1. 适用收养人属人法。
2. 适用收养人和被收养人的共同属人法。
3. 适用支配收养人婚姻效力的法律。

### 三、有关收养法律适用的国际公约

#### （一）1965 年海牙《收养管辖权、法律适用和判决承认公约》

公约规定由收养人习惯居所地国家和收养人国籍国的主管机关行使收养管辖权。

对于法律适用，概括而言：在公约规定的各种不同情况下，收养人习惯居所地国家的主管机关应该适用的法律包括收养人习惯居所地国家的法律、收养人国籍国法律和被收养人国籍国法律；而收养人国籍国的主管机关应该适用的法律则由收养人国籍国法律和被收养人国籍国法律。

## （二）1993年海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》

该公约包括了实体法、冲突法及程序法三个方面的内容。其中关于跨国收养成立条件的法律适用，按公约规定是依被收养儿童原住国法律确定其是否适于被收养的条件，而对于预期养父母是否适合收养儿童的条件则依收养人所在国法律确定。

### 四、我国关于涉外收养法律适用的规定

《收养法》第21条规定表明，外国人在我国收养子女必须符合我国法律和外国收养人所在国法律。

《涉外民事关系法律适用法》第28条规定，收养的条件和手续适用收养人和被收养人经常居所地法律，收养的效力适用收养时收养人经常居所地法律，收养的解除适用收养时被收养人经常居所地法律或法院地法律。

## 第六节 扶养的法律适用

### 一、扶养的法律适用

1. 适用被扶养人属人法。
2. 适用扶养人属人法。
3. 适用有利于被扶养人的法律。
4. 适用支配离婚的法律。

### 二、关于扶养法律适用的国际公约

#### （一）1973年海牙《扶养义务法律适用公约》

公约对扶养义务规定了按顺序依次分别适用的法律：①被扶养人习惯居所地法律；②扶养人和被扶养人的共同国籍国法律；③扶养请求受理机关的所在地法律。

对于夫妻离婚、分居等涉及的配偶之间的扶养关系，公约规定适用支配离婚、分居等的法律。

#### （二）2007年海牙《扶养义务法律适用议定书》

在公约规定的不同条件下，扶养义务适用的法律分别是：①被扶养人习惯居所地法律；②法院地法律；③扶养人和被扶养人的共同国籍国法律；④与婚姻有更密切联系的夫妻（或原配偶）双方最后共同习惯居所地的法律或其他法律。

按照公约规定，被扶养人和扶养人还可以在公约特别指明的几种法律中选择其一适用于扶养义务。

### 三、我国关于涉外扶养法律适用的规定

《民法通则》第148条规定扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律，最高人民法院对此作了司法解释，规定的内容更加丰富。

《涉外民事关系法律适用法》第29条规定扶养适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或主要财产所在地法律中更有利于保护被扶养人权益的法律。

## 第七节 监护的法律适用

### 一、涉外监护的法律适用

1. 适用被监护人属人法。

2. 适用监护人属人法。
3. 适用适用法院或监护机构的所在地法律。
4. 适用有利于被监护人的法律。

## 二、关于监护法律适用的国际公约

(一) 1996 年海牙《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行与合作公约》

公约关于确定管辖权的基本原则是，儿童的习惯居所所在国有权采取保护儿童的措施。但儿童国籍国、儿童财产所在地国、离婚或分居申请提出地国、与儿童有实质联系的国家在公约规定的条件下可以行使补充性管辖权。

公约规定，依公约行使管辖权的缔约国适用其本国法律采取保护儿童的措施，但作为例外可以适用与案件有实质联系的另一国法律。对于不受司法或行政机关干预的父母责任的确定，公约规定适用儿童习惯居所地国家的法律。

(二) 2000 年海牙《关于成年人国际保护公约》

公约规定成年人习惯居所所在国有管辖权采取措施保护该成年人。而在公约另外规定的条件下，可以行使管辖权以采取措施保护成年人的国家还有成年人国籍国、成年人财产所在地国、成年人书面选择的保护国、成年人现实所在地国等。

关于法律适用，公约规定依公约行使管辖权的缔约国应该适用自己国家的法律，但在例外情况下可以适用与保护成年人有实质联系的另一国法律。

## 三、我国关于涉外监护法律适用的规定

最高人民法院发布的《民通意见》第 190 条指出，监护的设立、变更和终止适用被监护人本国法律，但被监护人在我国境内有住所则适用我国法律。

《涉外民事关系法律适用法》第 30 条指明，监护适用一方当事人经常居所地法律或国籍国法律中更有利于保护被监护人权益的法律。

### 复习与思考题

1. 简述结婚、离婚法律适用的基本制度。
2. 结合海牙公约分析夫妻财产关系法律适用的有关制度。
3. 了解海牙公约关于收养、扶养、监护法律适用的基本规则。
4. 在全面了解掌握我国婚姻家庭法律适用有关规定的基础上，分别从结婚、离婚、夫妻关系、父母子女关系、收养、扶养、监护等方面对有关规定作出适当的分析、评价和建议。

### 拓展阅读书目

1. 赵相林、杜新丽等著《国际民商事法律关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年出版。
2. 李双元主编：《国际私法学》，北京大学出版社 2002 版；
3. 齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法：婚姻家庭继承论》，法律出版社 2005 版；
4. 黄进、姜茹娇主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社 2011 年版。
5. 齐湘泉：《〈涉外民事关系法律适用法〉原理与精要》，法律出版社 2011 年版。

## 第十三章 继承的法律适用

本章学习目的和基本要求：继承包括法定继承和遗嘱继承，要本章的目的在于掌握涉外法定继承和遗嘱继承准据法确定的同一论和分割论，我国关于继承的法律适用规则和法律选择方法，1988年《继承法律适用公约》的特点和主要内容。要求学生不仅要熟练掌握规则，而且要学会运用规则解决实践中的问题。

课时：2 课时

### 第一节 遗嘱继承的法律适用

#### 一、遗嘱继承的法律冲突

- 1、关于立遗嘱人的能力
- 2、关于遗嘱内容
- 3、关于遗嘱的形式
- 4、关于遗嘱的变更和撤消。

二、遗嘱继承的法律适用遗嘱能力的法律适用：属人法。理由：遗嘱能力涉及人的身份问题。

- （一）遗嘱形式的法律适用
- （二）遗嘱变更或撤销的法律适用
- （三）遗嘱解释的法律适用

### 第二节 法定继承的法律适用

#### 一、法定继承的法律冲突

1、继承人的范围、宽窄不一；2、继承人的顺序、对配偶的规定差异较大；3、继承人的应继份额。

#### 二、法定继承的法律适用

##### （一）区别制

又称分割制，指把遗产分为动产与不动产，分别适用不同的冲突规范。不动产继承适用不动产所在地法。动产继承适用被继承人属人法。优点：适用不动产所在地法可保证判决的承认和执行。缺陷：一项遗产继承可能适用多个国家的法律。

（二）同一制又称单一制，指遗产不分动产与不动产，统一适用被继承人的属人法。优点：继承作为一个整体只受一个国家法律的支配，在法律适用上比较简单。缺陷：对于不动产继承适用属人法，其判决有可能被不动产所在地国家拒绝承认和执行。

##### （三）遗产所在地法原则

理由：继承主要是财产的继承，属于物法范畴，应适用物之所在地法。缺陷：如遗产位于多个国家，法律适用上的困难。

## 第三节 无人继承财产

### 一、概述

无人继承财产，又称“绝产”，指没有继承人或者继承人放弃或丧失继承权的遗产。国际私法上的无人继承财产是含有涉外因素的无人继承财产。包括本国人死亡后留在外国的无人继承财产和外国人死后留在本国的无人继承财产。

### 二、无人继承财产的归属

### 三、无人继承财产的法律适用

(一) 认定遗产是否是无人继承财产的法律适用。适用继承准据法。

(二) 无人继承财产归属的法律适用。

- 1、适用被继承人本国法。主张国家以法定继承人身份取得无人继承财产的国家所采用。
- 2、适用财产所在地法。主张国家以先占权取得无人继承财产的国家所采用。

## 第四节 有关继承的国际公约

### 一、1961年《遗嘱处分方式法律冲突公约》

遗嘱方式符合下列法律之一均为有效：(1) 遗嘱人立遗嘱行为地法；(2) 遗嘱人立遗嘱时或死亡时的本国法；(3) 遗嘱人立遗嘱时或死亡时的住所地法；(4) 遗嘱人立遗嘱时或死亡时的惯常居所地法；(5) 遗嘱涉及不动产的，适用不动产所在地法二、1988年《死者遗产继承法律适用公约》

(一) 公约的适用范围

(二) 公约法律适用规则的特点

- 1、同一制的采用。对遗产不分动产与不动产均适用属人法。
- 2、意思自治原则的运用
- 3、多元连接因素的使用

(三) 应遵守的一般规则

- 1、非缔约国法律的适用。
- 2、承认转致。但只限于非缔约国之间。
- 3、承认公共秩序保留制度。
- 4、区际和人际冲突的解决。

## 第五节 我国关于继承的法律适用

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第31—35条对我国法定继承、遗嘱方式、遗嘱效力、遗产管理以及无人继承遗产的归属的法律适用作了详细规定。

### 复习与思考题

- 1、什么是继承法律适用中的“区别制”和“同一制”？各自的利弊有哪些？你认为我国采用哪一种更适当？
- 2、1988年海牙《死者遗产继承法律适用公约》的特点有哪些？与我国的现行制度有哪些不同？

3、你如何看待 1988 年海牙《死者遗产继承法律适用公约》中的意思自治原则？我国可以采用吗？

4、试述我国关于继承的法律适用。

#### 拓展阅读书目

1、黄进、姜茹娇 主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社 2011 年 2 月第 1 版；

2、J.H.C 莫里斯主编：《戴西和莫里斯冲突法》（中）中国大百科全书出版社 1998 年版；

3、齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法：婚姻家庭继承论》，法律出版社 2005 版；

4、桑德罗·斯奇巴尼：《婚姻、家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社 2001 年版；……

5、杜新丽主编：《国际私法教学案例》，中国政法大学出版社 1999 年版；

6、阿瑟·库恩：《英美法原理》，陈朝璧译，法律出版社 2002 年版；

7、龙翼飞：《比较继承法》，吉林人民出版社 1996 年版；

## 第十四章 国际民事诉讼

本章学习目的和基本要求：国际民事诉讼是解决国际民商事争议的主要解决机制。本章核心问题是管辖权与司法协助。国际民事诉讼的法律渊源主要是国际条约和国内立法，但是，涉及国际民事诉讼管辖权问题的国际条约并不多，中国缔结或参加的国际条约多是涉及司法协助问题，其中包含很多双边协定，而国内立法是规范国际民事诉讼程序的主要形式。本章学习的基本要求是运用比较分析的方法有针对性地学习中国立法与实践。

课时分配：4-6 课时

### 第一节 外国人民事诉讼地位

#### 一、外国人民事诉讼地位中的国民待遇

外国人民事诉讼地位的国民待遇制度是指一国赋予本国境内的外国人在民事诉讼地位方面享有与本国公民同等的权利。该待遇制度一般也及于无国籍人、难民、外国法人和其他组织。

#### 二、外国人的民事诉讼能力

外国人的民事诉讼能力包括外国人的民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力。

外国人的民事诉讼权利能力是指外国人行使民事诉讼权利和承担民事诉讼义务的身份和资格。

外国人的民事诉讼行为能力是指外国人以自己的行为行使诉讼权利和承担诉讼义务的能力。

#### 三、诉讼费用担保制度

诉讼费用担保可通过缔结国际条约互免。

#### 四、诉讼代理制度

诉讼代理制度是指诉讼代理人基于法律规定、法院指定、当事人或法定代理人的委托，以当事人的名义代为进行诉讼活动的一种制度。

国际民事诉讼代理主要是委托律师代理，特殊情形下，还有领事代理。

律师代理与领事代理具有根本区别。

#### 五、我国国际民事诉讼立法与实践概览

### 第二节 国际民事诉讼管辖权

国际民事诉讼管辖权是指一国法院受理某一国际民商事案件并行使审判权的资格或权限，也称为国际司法管辖权。

国际民事诉讼管辖权与国家主权密不可分。国际民事诉讼管辖权首先表现为国家间管辖权的分配问题，其次才是某一具体国家内部法院管辖权的分配问题。

研究国际民事诉讼管辖权的意义在于：

第一，国家主权原则；

第二，法院受理国际民商事案件的前提；

第三，直接关系到法律适用问题，影响案件的审理结果；

第四，适当管辖权关系到裁决的域外承认与执行。

### 一、管辖权依据

管辖权积极冲突的表现主要是一事两诉或平行诉讼。解决的途径主要是通过缔结条约防止管辖冲突的发生，通过国内立法解决管辖冲突。具体的原则和方法包括：承认当事人的协议管辖；采用一事不再理原则；采用不方便法院原则。

针对协议管辖，海牙国际私法会议于2005年制订了《选择法院协议公约》。

管辖权消极冲突表现为投诉无门，其解决途径相当简单，有的国家在国内立法中以增加“必要管辖”的方式来解决。

### 二、我国关于国际民事诉讼管辖权的立法与实践

除少量包含有国际民商事管辖权内容的国际条约外，我国主要依据国内立法和司法解释，具体包括：《民事诉讼法》及其司法解释、《海事诉讼特别程序法》及其司法解释、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》（简称《集中管辖规定》）。

管辖种类包括：

- 1、普通地域管辖：参见国内民事诉讼管辖权确定的原则；
- 2、特殊地域管辖：主要针对合同、侵权和海事诉讼。重点学习《民事诉讼法》第241条规定；
- 3、专属管辖：主要针对不动产纠纷、港口作业纠纷、在中国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同纠纷；
- 4、协议管辖与应诉管辖：重点学习《民事诉讼法》第242、243条规定，《海事诉讼特别程序法》第8条规定；
- 5、集中管辖：目的是整合优化司法审判力量，提高审判质量。

## 第三节 司法协助——域外送达

司法协助是根据国际条约或互惠原则，一国法院接受另一国法院的请求，代为履行某些诉讼行为的制度，包括送达诉讼文书、传唤证人、收集证据、承认和执行外国法院的判决和仲裁机构的裁决等。

司法协助一般适用被请求国法律，即提供司法协助的国家的法律。但在特殊情况下，在不违反被请求国法律或与其公共秩序不抵触时，也可以适用请求国的特殊方式。

### 一、域外送达的概念

域外送达是指在国际民事诉讼中，请求国依据其参加的国际条约或其本国法律规定的方式，将司法文书和司法外文书交由居住在被请求国的诉讼当事人或诉讼参与人的制度。

### 二、域外送达的途径

- 1、外交代表或领事送达：通常只限于向派遣国国民送达；
- 2、邮寄送达：通常以被请求国允许为前提；
- 3、个人送达：通常是指当事人的诉讼代理人或其指定的人等；
- 4、公告送达：通常是作为替补途径使用；
- 5、中央机关送达：中央机关是指一国为司法协助目的指定或建立的负责统一对外联系并转递

有关司法文书和司法外文书的机关；

6、法院送达。

### 三、1965 年海牙《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》

1、海牙《送达公约》的基本宗旨。

2、送达途径。公约所确定的送达途径包括：中央机关送达，也称为请求书送达制度；外交代表或领事送达；邮寄途径送达；个人送达；其它途径。

### 四、中国关于域外送达的立法与实践

中国加入了《海牙送达公约》，中国也与很多国家签订了双边司法协助协定，中国《民事诉讼法》第四编分别规定了对外送达和外国对中国的送达，此外，最高人民法院也发布了有关对外送达的规定。

1、我国加入海牙《送达公约》时声明：（1）指定司法部为中央机关，负责接收和转送司法文书和司法外文书；（2）对公约第 8 条第 2 款声明保留，即只有在文书送达给文书发出国国民时，才能采用领事送达方式在我国境内送达；（3）反对依照公约第 10 条采用邮寄送达或个人直接送达方式在我国境内送达。

2、中国立法对域外送达采用双轨制，对外送达，依据《民事诉讼法》第 245 条的规定，具体包括下列送达途径：条约途径、外交途径、个人送达、邮寄送达、公告送达；外国对我国送达，依据《民事诉讼法》第 261 条规定，送达途径包括条约送达和外交送达。

3、最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》规定送达途径有：负责人送达、诉讼代理人送达、代表机构或代办人送达、邮寄送达、公告送达、电子送达。除公告送达外，人民法院可以同时采取多种送达途径完成送达。

## 第四节 司法协助——域外取证

域外调查取证是指一国主管机关对本国法院审理的民事案件进行境外调查或收集证据的制度。

### 一、域外取证方式

（一）直接调查取证：是指受诉法院依据其所属国家与其他国家之间的条约或互惠关系直接在外国进行调查取证而无需外国法院协助的制度。

该方式主要包括：外交或领事人员取证；特派员取证；当事人或诉讼代理人自行取证。

（二）间接调查取证：是指受诉法院依据条约或互惠关系通过请求书委托外国主管法院或主管机构代为调查取证的方式，也称请求书方式。

### 二、1970 年海牙《关于从国外调取民事或商事证据公约》

1、调查取证方式：请求书方式；外交或领事方式；特派员取证方式。

2、域外取证的依据：取证行为的实施一般适用被请求国法律，可以采取被请求国允许的强制措施；如果请求国申请以特殊方式进行，在不违背被请求国法律的前提下，也可以适用请求国法律。

3、关于调查取证的费用，缔约国之间原则上互免。

### 三、我国关于域外调查取证的立法与实践

中国加入了《海牙取证公约》，声明：1.对于普通法国家旨在进行审判前文件调查的请求书，

仅执行已在请求书中列明并与案件有直接密切联系的文件调查请求；2.对“特派员取证”方式予以保留。

我国《民事诉讼法》第260条、261条就域外调查取证制度做了明确规定。

## 第五节 国家间法院判决的承认与执行

国家间法院判决的承认与执行是指主权国家之间在一定条件下相互承认对方国家法院判决在本国的效力，需要执行时，则给予执行的一种司法协助行为。

国家间法院判决承认与执行的理论基础有：既得权说或债务说；礼让说；一事不再理或既判力说。

### 一、承认和执行外国法院判决的条件

- 1.原判决国法院对案件具有适当管辖权；
- 2.外国法院判决已经生效或具有执行力；
- 3.外国法院审理案件的诉讼程序公正；
- 4.无诉讼竞合情形；
- 5.法院判决合法取得；
- 6.外国法院适用了被请求国冲突规范所指引的准据法；
- 7.外国法院判决不违反承认国的公共秩序；
- 8.存在互惠关系。

### 二、承认与执行外国法院判决的程序

- （一）执行令方式：大陆法系国家习惯采用的方式。
- （二）重新审理方式：英美国家习惯采用的方式。

### 三、中国关于国家间法院判决承认和执行的立法与实践

#### （一）我国人民法院判决在外国的承认与执行

除依据有关双边协定，我国《民事诉讼法》第264条有具体规定：人民法院作出的发生法律效力判决、裁定，如果被被执行人或者其财产不在中国领域内，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我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。

#### （二）外国法院判决在我国的承认与执行

除双边协定外，我国《民事诉讼法》第265条规定：外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要我国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中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我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。

#### （二）审查及其条件

人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反我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，依照本法的有关规定执行。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。

### 复习与思考：

- 1、什么是“一事不再理”原则和“不方便法院”原则？实践中如何恰当使用？
- 2、我国法院确定案件管辖权的原则是什么？出现管辖权冲突时怎么办？
- 3、什么是司法协助？我国司法协助的国内法制度与 1965 年海牙《送达公约》有什么不同？
- 4、海牙《协议选择法院》公约的主要内容有哪些？
- 5、请举例说明承认执行中的公共秩序保留制度的适度运用。

### 拓展阅读书目

- 1、李浩培著：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版；
- 2、李二元、谢石松著：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社 2001 年版；
- 3、杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版；
- 4、刘力著：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社 2004 年版；
- 5、徐宏著：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版；

## 第十五章 国际商事仲裁

本章学习目的与要求：本章是关于国际商事仲裁的法律制度，要求掌握国际商事仲裁涉外性的特征，仲裁协议的效力与法律适用，国际商事仲裁裁决的撤销，1958年《关于承认执行仲裁裁决公约》的内容和地位及其在中国的运用，并且能够结合仲裁实践运用规则。

课时分配：4课时

### 第一节 国际商事仲裁概述

#### 一、国际商事仲裁的概念

##### （一）概念及其特点

国际商事仲裁是指在国际商事活动中，当事人依据事先在合同中订立的仲裁条款或事后达成的仲裁协议，自愿把他们之间产生的或可能产生的契约性或非契约性商事争议交由常设仲裁机构或临时仲裁庭进行评断和裁决。

##### （二）国际商事仲裁的类型

1、临时仲裁和机构仲裁；2、依法仲裁和友好仲裁；私人间仲裁和非私人间仲裁。

#### 二、国际商事仲裁机构

##### （一）国际性常设仲裁机构

1、解决投资争端国际中心（ICSID）；2、国际商会仲裁院（ICC Court of Arbitration）

##### （二）国家性常设仲裁机构

1、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院；2、英国伦敦国际仲裁院；3、美国仲裁协会（AAA）。

##### （三）中国国际商事仲裁机构

1、中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC，中国国际商会仲裁院）；2、中国海事仲裁委员会（CMAC）；3、中国新组建的仲裁委员会；4、香港国际仲裁中心（HKIAC）。

#### 三、国际商事仲裁的国际立法

### 第二节 国际商事仲裁协议

#### 一、仲裁协议的概念

仲裁协议是指双方当事人愿意把他们之间将来可能发生或者已经发生的争议交付仲裁的协议。仲裁协议有三种表现形式：仲裁条款；仲裁协议书；其他书面文件中包含的仲裁协议。

#### 二、仲裁协议的内容

国际商事仲裁协议一般应包含以下内容：提交仲裁的争议事项；仲裁机构；仲裁地点；仲裁规则；仲裁裁决的效力。

#### 三、仲裁协议的形式要件

##### （一）仲裁协议必须书面形式及其“书面”的含义（解释）

(二) 仲裁协议对未签字人的延伸效力

#### 四、仲裁协议的有效要件及其认定

(一) 仲裁协议的有效要件

仲裁协议的基本要件包括：仲裁协议必须采用书面形式；订立仲裁协议的当事人必须具备行为能力；当事人意思表示真实；仲裁协议约定的争议事项是可仲裁的事项。

(二) 有瑕疵仲裁协议有效性的认定

1、仲裁协议中约定两个以上仲裁机构；2、仲裁协议仅约定仲裁地点、未约定仲裁机构；3、仲裁协议约定既可以申请仲裁，也可以向法院起诉；4、当事人约定仲裁规则，但未约定仲裁机构；5、仲裁协议文字表示有瑕疵。

(三) 仲裁协议效力的认定机构

1、仲裁机构；2、仲裁庭；3、法院

#### 五、仲裁协议的法律效力

(一) 对当事人的法律效力

(二) 对仲裁庭的法律效力

(三) 对法院的法律效力

(四) 对裁决承认执行的法律效力

#### 六、仲裁协议的法律适用

(一) 当事人意思自治原则

(二) 仲裁地法律的适用

(三) 中国立法的规定

#### 七、仲裁条款的独立性原则

(一) 含义

仲裁条款的独立性原则又称仲裁条款自治原则，是指仲裁条款独立于主合同其他条款而存在，主合同的变更、终止、无效、解除、不存在等情形不影响仲裁条款的效力。

(二) 理论依据

(三) 中国立法与实践

### 第三节 国际商事仲裁程序

#### 一、仲裁申请与受理

(一) 国际商事仲裁申请书

(二) 仲裁的受理

#### 二、仲裁员与仲裁庭

(一) 仲裁员的选定

(二) 仲裁庭的组成

(三) 仲裁员的回避和替换

### 三、仲裁审理

#### （一）仲裁审理的方式及程序

仲裁案件可以采取两种方式审理，书面审理和开庭审理。

#### （二）审核证据和询问证人

仲裁庭一般只能传讯自愿出庭作证的证人，只能提取有关证人自愿提交的证据材料，而无权强制证人作证或出示有关的证据材料。

#### （三）仲裁中的调解

1、仲裁中调解的含义；2、调解的效力

#### （四）临时性保全措施

1、临时性保全措施的含义；2、采取保全措施的条件与发布机构；3、临时性保全措施的相互承认与执行。

### 四、仲裁裁决

#### （一）仲裁裁决的含义和种类

根据不同标准，我们可对仲裁裁决作不同的分类：中间裁决、部分裁决和最终裁决；对席裁决和缺席裁决；合意裁决与非合意裁决；补充裁决和被补充裁决。

#### （二）裁决的形式与内容

#### （三）裁决的期限

关于仲裁裁决的期限一般有以下做法：1、约定期限；2、法定期限；3、将约定期限与法定期限相结合来确定期限。

#### （四）仲裁裁决的效力

#### （五）仲裁裁决的更正、补充与解释

### 五、国际商事仲裁程序的法律适用

## 第四节 国际商事仲裁裁决的撤销

### 一、撤销国际商事仲裁裁决的理由

### 二、撤销国际商事仲裁的程序问题

#### （一）有权撤销的法院

#### （二）申请撤销以及作出裁定的期限

#### （三）不当撤销的司法救济

## 第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行

### 一、国际商事仲裁裁决承认与执行的含义

承认外国仲裁裁决和执行外国仲裁裁决是既有联系又有区别的两个问题。承认外国仲裁裁决指法院依法确认某一外国裁决在内国有可予执行的法律效力；执行外国仲裁裁决指法院在承认外国仲裁裁决效力的基础上，依照本国法律规定的执行程序予以强制执行。

## 二、承认与执行仲裁裁决的条件

- (一) 需由被申请人提起，法院予以审查的情形
- (二) 法院主动审查的情形

## 三、承认与执行外国仲裁裁决的程序

一是将外国仲裁裁决作为外国法院判决对待。  
二是将外国仲裁裁决作为合同之债对待，英美等国的做法。  
三是将外国仲裁裁决作为国内仲裁裁决对待，把适用于执行内国仲裁裁决的规则扩大及于外国仲裁裁决的执行。

## 四、国际商事仲裁裁决在中国内地的承认与执行

### (一) 涉外仲裁裁决在中国内地的承认与执行

- 1、执行涉外仲裁裁决的法院；
- 2、不予承认执行的理由；
- 3、承认与执行涉外仲裁裁决的程序问题；
- 4、最高人民法院的报告制度。

### (二) 外国仲裁裁决在中国内地的承认与执行

1、中国承认的公约裁决的范围。我国加入《纽约公约》时作了两项保留，即互惠保留和商事保留。根据互惠保留声明，我国只承认和执行在该公约对我国生效后另一缔约国领土内作出的仲裁裁决。根据商事保留，我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性的商事法律关系所引起的争议适用公约。

- 2、申请承认执行的条件和程序。依据公约规定的条件承认和执行。
- 3、当事人申请承认和执行的期限。
- 4、管辖法院。
- 5、法院的审查。适用法院的内部报告制度。

## 五、我国仲裁裁决在外国的承认与执行

分三种情况：1、依据纽约公约；2、依据双边条约；3、按照互惠原则办理。

## 复习与思考题

- 1、国际商事仲裁“国际性”的判断标准是怎样的？在中国的仲裁实践中，哪一个标准更适当？
- 2、什么是仲裁条款的自治理论？
- 3、你同意仲裁协议具有延伸效力的观点吗？为什么？
- 4、试述仲裁协议的法律适用规则。
- 5、1958年《纽约公约》的主要内容和特点是什么？结合实践阐述其在中国的适用。

## 拓展阅读书目

- 1、杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
- 2、刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》，人民法院出版社 2001 年版。
- 3、李虎：《国际商事仲裁裁决的强制执行》，法律出版社 2000 年版。
- 4、赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。

## 第四编 区际私法

### 第十六章 区际法律冲突与区际私法

本章学习目的与基本要求：通过本章学习，理解区际私法作为法律科学中一个重要分支的独立性。重点掌握区际法律冲突产生的条件和特征以及解决该类冲突问题的独特方法和制度。

我们所要探讨的区际法律冲突是众多的法律冲突中的一种。为了把区际法律冲突与其他法律冲突区别开来，本章首先介绍了引起区际法律冲突的两个基本概念，即法域和复合法域国家，在此基础上深入地分析了区际法律冲突的概念、产生条件、特征与分类，特别介绍了解决区际法律冲突的途径，因为区际私法的主要任务是解决区际法律冲突。随后，本章分两节重点阐明了区际私法的概念及其历史发展，通过分析区际私法与国际私法关系的理论与实践，我们可以明确区际私法的产生先于国际私法，国际私法的理论与实践是在区际私法的理论与实践的基础上发展起来的。区际私法作为法律科学中的一个重要分支已独立于国际私法，成为一个重要的法律部门。

课时分配：3-5 课时。

#### 第一节 区际法律冲突

一、法域（law district）与复合法域国家（plural legal territory）

二、区际法律冲突的概念

三、区际法律冲突的解决途径

（一）区际冲突法途径

（二）统一实体法途径

#### 第二节 区际私法的概念及其历史发展

一、区际私法的名称及概念

二、区际私法的历史

（一）区际私法的产生——法则区别说

（二）国际私法——法则区别说的国际化

（三）区际私法与国际私法并存

（四）区际私法的复兴

（五）区际私法成为独立的法律部门

（六）区际私法统一立法的趋势

#### 第三节 区际私法与国际私法关系的理论与实践

一、区别说的理论与实践

- 二、相似说或同一说的理论与实践
- 三、折中说的理论与实践
- 四、区际私法和国际私法既有联系又有区别

#### 思考题

- 1.简述法域的概念及其特征。
- 2.简述区际法律冲突的概念、产生条件、特点、种类。
- 3.论述区际法律冲突的解决途径。
- 4.简述区际私法的概念以及特点。
- 5.试述区际私法的历史发展。
- 6.试述关于区际私法与国际私法关系的理论与实践。
- 7.简述区际私法与国际私法的区别与联系。

#### 拓展阅读书目

- 1、黄进：《区际冲突法研究》，学林出版社 1991 版；
- 2、冯霞著：《中国区际私法论》，人民法院出版社 2006 版；
- 3、赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 版；
- 4、沈絹：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社 1999 年版；
- 5、肖永平主编：《内地与香港的法律冲突与协调》，湖北人民出版社 2001 版。

## 第十八章 中国区际私法的立法与实践

本章学习目的与要求：通过本章学习，重点理解和掌握以下三方面内容：我国“一国两制”方针的基本内涵以及中国区际法律冲突的特征；我国四个法域在解决区际法律冲突上的协调及其具体模式；四个法域在司法协助领域取得的成果，即关于送达、调查取证、仲裁裁决的相互认可与执行以及判决的相互认可与执行的《安排》。

课时分配：3课时。

### 第一节 “一国两制”方针与中国区际法律冲突

#### 一、“一国两制”方针的提出及其基本内涵

#### 二、“一国两制”方针与中国现代区际法律冲突的产生

- （一）“一国两制”与香港法域
- （二）“一国两制”与澳门法域
- （三）“一国两制”与台湾法域

#### 三、中国区际法律冲突的特殊性

#### 四、中国区际法律冲突的协调解决原则

### 第二节 中国区际民事司法管辖权

#### 一、区际民事诉讼管辖权的立法现状

- （一）香港地区域外民商事诉讼管辖权的司法实践
- （二）澳门特别行政区域外民商事诉讼管辖权的立法现状
- （三）台湾地区域外民商事诉讼管辖权的立法现状

#### 二、中国区际民商事管辖权冲突的协调方法

### 第三节 中国区际民事司法协助

#### 一、内地与港澳地区之间的送达

- （一）内地与澳港之间的送达依据
- （二）《内地与香港特别行政区送达安排》内容
- （三）最高人民法院《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》

#### 二、内地与澳门特别行政区之间的取证途径

- （一）《内地与澳门特别行政区取证安排》的主要特点
- （二）《内地与澳门特别行政区取证安排》的主要内容

### 三、内地与澳门特别行政区民事判决与仲裁裁决的相互认可与执行

- (一)《内地与澳门特别行政区判决执行安排》
- (二)《内地与澳门特别行政区仲裁裁决执行安排》

### 四、内地与香港特别行政区仲裁裁决与法院判决的相互执行

- (一)内地与香港特别行政区仲裁裁决的相互执行的依据
- (二)《内地与香港特别行政区裁决执行安排》
- (三)《内地与香港特别行政区法院判决执行安排》

### 五、内地与台湾地区的司法协助问题

- (一) 诉讼文书的送达。《关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》
  - (二) 调查取证。
  - (三) 法院判决和仲裁裁决的执行。
- 1、《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》
  - 2、《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》

#### 【思考题】

- 1.简述“一国两制”方针的基本内涵。
- 2.试述中国区际法律冲突的特点及其解决原则。
- 3.比较我国各法域民商事案件管辖权规定的不同。
- 4.简述六个《安排》的内容及其特点。
- 5.与其他国家的区际冲突相比，我国的区际冲突有什么特点？
- 6.你认为中国解决区际法律冲突的最佳模式是怎样的？
- 7.中国目前采用的司法协助模式的不足在哪儿？应如何完善？

#### 拓展阅读书目

- 1、黄进：《区际冲突法研究》，学林出版社 1991 版；
- 2、冯霞著：《中国区际私法论》，人民法院出版社 2006 版；
- 3、赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 版；
- 4、沈絹：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社 1999 年版；
- 5、肖永平主编：《内地与香港的法律冲突与协调》，湖北人民出版社 2001 版。
- 6、杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
- 7、刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》，人民法院出版社 2001 年版。
- 8、李虎：《国际商事仲裁裁决的强制执行》，法律出版社 2000 年版。
- 9、赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。

# 《当代冲突法判例研究（双语）》 教学大纲

霍政欣 编写

## 目 录

一、前言.....	2
本课程使用的教材： .....	3
Part One Introduction.....	4
Chapter One Description of the Subject.....	4
Chapter Two Sources of Private International Law.....	5
Chapter Three Conflict Rules.....	5
Part Two A Brief History of Private International Law.....	6
Chapter One The European Continental History.....	6
Chapter Two The Anglo-American History .....	6
Chapter Three The Chinese History .....	7
Part Three Subjects of Private International Law.....	8
Chapter One Natural Persons .....	8
Chapter Two Legal Persons.....	8
Chapter Three States and International Originations .....	9
Part Four International Civil Jurisdiction.....	10
Chapter One Basic Theory of Jurisdiction .....	10
Chapter Two International Civil Jurisdiction in Chinese People’s Courts .....	11
Part Five General Part of Conflicts Law .....	15
Chapter One Characterization .....	15
Chapter Two Renvoi.....	15
Chapter Three Proof of Foreign Law and Evasion of Law .....	16
Chapter Four Public Order Reservation .....	16
Part Six Selected Areas of Conflict Rules.....	18
Chapter One Capacities.....	18
Chapter Two Contracts.....	18
Chapter Three Torts.....	19
Chapter Four Property.....	19
Chapter Five Family Law.....	20
Chapter Six Succession .....	20
Part Seven Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Awards.....	22
Chapter One Recognition and Enforcement of Foreign Judgments .....	22
Chapter Two Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.....	22
Part Eight The New Conflict of Laws Act of the People’s Republic of China.....	23
Chapter One Legislative Background .....	23
Chapter Two Comments on the Important Issues of the Conflicts Act .....	23

## 一、前言

本课程以比较法视野来审视国际私法，以当代国际司法实践，尤其是中国的国际私法实践为着眼点，以判例教学为主要手段，来进行课程设计与教学。按计划，本课程每节课讲授一个案例，每一个案例重点涉及一个或两个国际私法理论问题。通过数年的教学，本课程已经形成较为成熟的教材，并于 2011 年正式出版。上课时，教室首先鼓励有能力的学生用英文介绍案情；接着由教师进行梳理与归纳，提出其中涉及的法律问题；然后，综合提问与学生主动回答两种方式将涉及的法律问题一一作出探讨。接下去，由教师引导学生评析法院对案件的判决，并将之与同学们的思考进行对比，找出异、同点及其原因。最后，对案件加以引深，由实践到理论，点出其中重点涉及的国际私法理论，从而起到举一反三、画龙点睛的效果。课程终结前，讨论一个完整的模拟案例。该案例在设计上应能对前期讲授的知识起到串联作用；要求学生用英文写出完整的法律意见书，并用英文进行模拟仲裁庭辩论，以检验学生的学习效果，提高实战能力。

本课程实行中英文双语教学，并视学生英语水平提高的状况，逐渐加大英语的比重，最后过渡到以英语为主，或全英语教学。

### Preface

In a world which is shrinking by increased and improved means of communication and exchange, private international law, especially, in a comparative perspective, has acquired extraordinary importance and become an indispensable tool for all lawyers. It is in this sense that this textbook fulfils its utilitarian purpose, as it explores both doctrinal and pragmatic aspects of Chinese private international law from the perspective of comparative law. Moreover, since the first Conflict of Laws Act of the PRC was passed on October 28, 2010 which shall be put into effect on April 1, 2011, Chinese private international law has witnessed a silent revolution; hence, there can be little doubt that the publication of this book is timely and necessary.

This Course is designed for use in a typical three-credit course on private international law taught in English, which is devoted to providing detailed and in-depth analysis of the current conflict rules in China concerning jurisdiction, choice of law and foreign judgments and awards in civil and commercial related disputes, and to carrying out updated case analysis which could discover the judicial practice in the Chinese People's Courts.

Part I consists of three chapters which provides an introduction to the course without enmeshing students in details and complexities better provided in later parts. Chapter 1 is a general description of private international law where its name, scope, nature, definition, *raison d'être* and sources are discussed. The remaining two chapters examine the sources of private international law and a vital concept of our subject – “Conflict Rules” respectively.

Part II explores the historical development which is composed of three chapters, i.e., the European Continental History, the Anglo-American History, and the Chinese History. This part is important, insofar as modern private international law has been strongly influenced by its own history.

Part III turns to the “Subjects of Private international Law”. Under the Chinese scholarship, natural persons and legal persons as classified as “regular subjects”, while states and international organizations as “exceptional subjects”. The first two chapters of this part lay out the nationality and domicile of natural persons and legal persons; and the last chapter discusses the issues of states and international organizations as the subjects of private international law. China's position and practice on the immunities

of states and their property have also been thoroughly analyzed in chapter 3.

Part IV deals with “Jurisdiction of Courts in International Civil Litigation”. As jurisdiction is usually the first issue that a court has to deal with when a dispute is submitted before it, this part examines the jurisdiction of courts in international civil litigation prior to the discussion of choice of law issues. Chapter 1 provides a comprehensive exegesis of the basics of international civil jurisdiction. Chapter 2 summarizes and analyzes the current Chinese legislation and judicial practice on international civil jurisdiction; thereafter it provides comments and suggestions.

Part V spells out the “General Part of Conflicts Law”, which examines a number of conceptual issues recur in discussions of choice-of-law problems such as characterization, renvoi, proof of foreign law, evasion of law and ordre public reservation.

Entitled “Selected Areas of Conflict Rules, Part VI, exposes students to the core set of issues needed to understand private international law. This part focuses on conflict rules that scatter through various Chinese laws, including new Conflicts Act of 2010, whose balance will be devoted to a survey of selected areas of Chinese conflict rules, scrutinizing the relevant legislation as well as judicial practice and, providing systematic comments. The conflict rules for capacity, contract, tort, family issues, succession and property are selected as the topics of discussion in this part. The highlighted areas are chosen partly for their importance in terms of their effect on the relationships between China and other states and between Chinese citizens and foreigners, and partly because of the lack of available materials other than these subjects.

Part VII is “Recognition and Enforcement of Judgments and Awards” which includes two chapters. Chapter 1 provides an overview of the recognition and enforcement of foreign judgments and addresses the recognition and enforcement of foreign judgments in China. Chapter 2 reviews, inter alia, the distinction between recognition and enforcement, the regime for recognition and enforcement of foreign awards in China and, the application of the New York Convention in China.

Part VIII, the closing one of the book, is “The New Conflict of Laws Act of the People’s Republic of China”. As its heading suggests, this part attempts to make an objective and comprehensive assessment of the Conflicts Act by tracing its history, scrutinizing its most important provisions, and drawing a conclusion. It should be noted that I have attempted to state the law at March 31, 2011, although it has proved possible to take account of certain later developments when correcting proof.

本课程使用的教材：

霍政欣著：高等院校法律专业双语课程规划教材：《国际私法》，对外经贸大学出版社 2011 年版

评分方法：平时课堂表现：50%；论文：50%

## Part One Introduction

### Chapter One Description of the Subject

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ State the definition of private international law from the perspective of comparative law
- ☆ Define “foreign element” in Chinese legal context
- ☆ Understand the scope and nature of private international law from the perspective of comparative law
- ☆ Comprehend the reasons why Chinese scholarship uphold a broader scope of private international law
- ☆ Understand the *raison d’être* of private international law

#### 【Key Conceptions or Terms】

private international law, conflict of laws, foreign element, sovereignty, forum shopping

#### 【Case Study】

On 23 May 2004, a section of the futuristic, cylindrical passenger terminal at Paris’ Charles de Gaulle airport collapsed, killing four people. The dead included two Chinese, one Czech and one Ukrainian. Three other people were injured in the collapse. In February 2005, the results from the administrative inquiry were published. The experts pointed out that there was no single fault, but rather a number of causes for the collapse, in a design that had little margin for safety. The enquiry found the concrete vaulted roof was not resilient enough and had been pierced by metallic pillars and some openings weakened the structure. Sources close to the enquiry also disclosed that the whole building chain had worked as close to the limits as possible, so as to reduce costs. Paul Andreu, the designer of the terminal, denounced the building companies for having not correctly prepared the reinforced concrete.

Where should the victims or their relatives sue for damages? Whom should the victims sue? What law controls their claims? Should different laws govern the victims of different nationalities? Are the plaintiffs entitled to the benefit of the French rule that allows an award of “moral damages” for grief over the loss of the injury of close relatives? If the plaintiffs chose to submit their claims before a French court in Paris, can the judgment rendered by that French court be recognized in China?

This case provides the issues with which private international law has to cope. The legal issues it poses are difficult because law has become the prerogative of territorial sovereigns, whereas human affairs freely cross state and national boundaries. As this case illustrates, the tension between sovereignty and mobility raises a series of questions which can be grouped together under the following three headings:

- (1) Jurisdiction (where can the parties resolve a dispute by suit or other means, such as arbitration or reconciliation?)
- (2) Choice of law (what law will a judge or an arbitrator apply to resolve the dispute?)
- (3) Recognize and enforcement of judgments or awards (what will be the effect of any judgment or

award? Or to be more specific, can other jurisdictions and nations be expected to honor the determinations of the court or the arbitrators that decided the dispute?)

Basically, the above three questions consist of the main topics of private international law. Consequently, the subject matter of this course is central to planning international transactions and to resolving disputes resulting from those transactions.

## Chapter Two Sources of Private International Law

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Define sources of law
- ☆ Understand sources of private international law from the perspective of comparative law
- ☆ State sources of private international law in China
- ☆ Comprehend the status of different sources under Chinese legal structure

### 【Key Conceptions or Terms】

source, legislation, case law, international convention, international practice

### 【Case Study】

In January 2011, P, Chinese national, took a Japan Airlines plane from Beijing to Tokyo. However, the JAL flight was forced to divert to Osaka airport rather than land at Narita airport due to poor weather conditions. P was forced to stay in the airport waiting hall without adequate food or water during an unscheduled layover which lasted unexpectedly for sixteen hours. P claimed that passengers of other nationalities were allowed to leave and were provided with hotel accommodation; JAL officials, on the contrary, said that there had been no discrimination, and that passengers of all nationalities had been treated equally. After his return to Beijing, P was planning to sue JAL for compensations.

Due to the lack of solid evidence to support the alleged discrimination, the dispute was resolved as a matter of service provision rather than discrimination. As neither international convention to which China is a contracting party nor Chinese domestic law provides any article regulating the specific service of carrier in the above described situation, the Counsel of P relied on the international practice to win the claim.

## Chapter Three Conflict Rules

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ State the definition and structure of conflict rules
- ☆ Define the connecting factors
- ☆ Distinguish unilateral conflict rules from multilateral conflict rules
- ☆ Memorize the most important connecting factors

### 【Key Conceptions or Terms】

legal category, attribution, connecting factor, unilateral, multilateral

## Part Two A Brief History of Private International Law

### Chapter One The European Continental History

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the legal environment in Ancient Greece and Roman Empire
- ☆ Define “personal law period”
- ☆ Understand the basic arguments of the Italian, French, and Dutch School of Statute Theories
- ☆ Comprehend the seat theory
- ☆ Understand the underlining thread of the historic development of private international law in the European continent

#### 【Key Conceptions or Terms】

personal law, statute theory, comity, seat

### Chapter Two The Anglo-American History

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the legal environment in England before the 16th century and its impact on the development of conflicts law
- ☆ Define the Vested Rights Doctrine
- ☆ Understand the legal environment in the United States and its impact on the development of conflicts law
- ☆ Comprehend the major doctrines appeared in the American Conflicts Revolution
- ☆ Evaluate the influence of the American Conflicts Revolution

#### 【Key Conceptions or Terms】

vested rights, American Conflicts Revolution, local law, governmental interest analysis

#### 【Case Study】

Babcock v. Jackson, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963)

A husband and wife from New York went on a car trip with a friend Babcock to Ontario. While in Ontario they had a motor vehicle accident. Babcock sued Jackson, the driver, claiming their negligence caused the car crash.

This case brought up a question of “choice of law”; if the law of the place of residence of the accident victims (New York) be applied, or, should the law of the place of the tort (Ontario) be applied. Under the old conflict rules, the law of the place of the accident should apply. However, Ontario had a law that prohibited passengers from suing the driver.

The court rejected a traditional fixed method of determining which law should apply, and instead, a process of weighing factors such as relationship between the party, decision to take the trip, connections to the locality. Thus, the Court held that the parties did not have substantial connection with Ontario and so it would be unfair to apply the law as the location was largely fortuitous. The Court found that the jurisdiction with the most connections was New York and so New York law should apply.

This is a landmark U.S. case on conflict of laws which implied that the American conflicts law abandoned the vested rights doctrine and anticipated the American Conflicts Revolution.

## Chapter Three The Chinese History

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Comprehend the articles related to private international law in the Tang Code
- ☆ Understand the legal environment and tradition in ancient Chinese society and their impact on the development
- ☆ Define “foreign consular jurisdiction”
- ☆ Understand the basic content of the conflicts Act of 1918
- ☆ Comprehend the historic development of private international law during the first three decades after the establishment of the People’s Republic of China
- ☆ Evaluate the development of private international law after the 1980s in mainland China

### 【Key Conceptions or Terms】

Tang Code, foreign consular jurisdiction, open and reform, legislation

## Part Three Subjects of Private International Law

### Chapter One Natural Persons

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ State the definition of nationality and its legal implications both in public international law and private international law
- ☆ Understand the reasons for the conflict of nationalities and the approaches to solving such conflict
- ☆ Define domicile and the different types of domiciles
- ☆ Distinguish domicile from habitual residence

#### 【Key Conceptions or Terms】

nationality, domicile, residence, habitual residence

#### 【Case Study】

A, who was originally a Russian, at the age of twenties traveled to the United States with the intention of making her permanent home there and acquiring an American nationality. After her marriage with an American, she obtains American citizenship and an American domicile by American law, but Russia recognizes dual citizenship, therefore, she is of both American and Russian nationalities. In May 2011, she traveled to China for business where she got involved in a civil dispute with a Chinese national. A question before the Chinese court, therefore, was to determine which nationality she possesses. Resorting to Article 19 of the Conflicts Act of 2010, the Chinese court deemed her as an American, insofar as she has domicile (and certainly habitual residence) in the United States.

### Chapter Two Legal Persons

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ State the definition of legal persons and their role in international economic exchanges
- ☆ Understand the major approaches to determining the nationality of a legal person and their respective advantages and disadvantages
- ☆ Define multinational corporations
- ☆ Comprehend the principle to determine the nationality of a multinational corporation
- ☆ Understand the major approaches to determining the domicile of a legal person and their respective advantages and disadvantages
- ☆ State the means to recognize a foreign legal person

#### 【Key Conceptions or Terms】

legal person, the theory of control, place of establishment, multinational corporation, recognition

**【Case Study】**

When it was incorporated, Shanghai Yong'an Corporation was of American nationality. After the outbreak of the World War II, the Corporation changed its nationality to Chinese in order to safeguard itself from the Japanese oppression until the end of the War when it resumed its American nationality. After the establishment of the PRC, however, the Chinese government classified the Corporation as a Chinese corporation, disregarding its American nationality, on the ground that it was invested by Chinese nationals and had been operated and controlled by the Chinese nationals.

In this case, the nationality of a legal person is determined by that of whom it actually belongs and who controls it, which is called "the theory of control".

## Chapter Three States and International Originations

**【Learning Outcomes】**

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the characteristics of states as the subjects of private of private international law
- ☆ State the major doctrines of the immunities of states and their property
- ☆ Comprehend China's position and practice on the immunities of states and their property
- ☆ Define international organizations in this chapter
- ☆ Understand the applicable law of international organizations

**【Key Conceptions or Terms】**

sovereignty, immunity, absolute doctrine, restrictive doctrine international organizations

**【Case Study】**

The Philippine Admiral, the vessel, was owned by the Philippine government, had writs issued against it in Hong Kong by two shipping corporations. In May 1973 P (a Hong Kong Shipping Company) brought action in the Supreme Court of Hong Kong against the Ship (Philippine Admiral) for goods supplied and disbursements made for the ship. The writ was served on L. When the Government of the Republic of the Philippines heard of the actions against the Ship, it applied to the court for the proceedings be set aside on the ground that the ship, the property of the Government was entitled to sovereign immunity.

The Privy Council, hearing the case on appeal from the Supreme Court of Hong Kong, reviewed previous decisions on sovereign immunity and concluded that it would not follow the Porto Alexandre case. Lord Cross gave four reasons for not following the earlier case. First, that the Court of Appeal wrongly felt that they were bound by the Parlement Belge decision. Secondly, that the House of Lords in The Cristina had been divided on the issue of immunity for state-owned vessels engaged in commerce. Thirdly, that the trend of opinion was against the absolute immunity doctrine; and fourthly that it was 'wrong' to apply the doctrine since states could in the Western world be sued in their own courts on commercial contracts and there was no reason why foreign states should not be equally liable to be sued. Thus, the Privy Council held that in cases where a state-owned merchant ship involved in ordinary trade was the object of a writ, it would not be entitled to sovereign immunity and the litigation would proceed.

The decision of this case marks that Britain switches its position on the immunities of states and their property from "the Absolute Doctrine to "the Restrictive Doctrine."

## Part Four International Civil Jurisdiction

### Chapter One Basic Theory of Jurisdiction

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Define the meaning of jurisdiction in the context of private international law
- ☆ State the categories of jurisdictions from the perspective of comparative law
- ☆ Understand the reasons why conflict of jurisdictions are inevitable
- ☆ Comprehend the approaches to solving conflict of jurisdictions both at international level and domestic level

#### 【Key Conceptions or Terms】

jurisdiction, territorial jurisdiction, personal jurisdiction, in personam jurisdiction, in rem jurisdiction

#### 【Case Study】

*Sinochem International v. Malaysia International Shipping Corp*

A contract between petitioner (Sinochem), a Chinese state-owned importer, and an American corporation not a party (Triorient) here provided that Sinochem would purchase steel coils and that Triorient would be paid under a letter of credit by producing a valid bill of lading certifying that the coils had been loaded for shipment to China on or before April 30, 2003. Triorient subchartered a vessel owned by respondent (Malaysia International), a Malaysian company, to transport the coils, and hired a stevedoring company to load the coils in Philadelphia. A bill of lading, dated April 30, 2003, triggered payment under the letter of credit. Sinochem petitioned Guangzhou admiralty court in China for preservation of a maritime claim against Malaysia International and arrest of the vessel, alleging that the Malaysian company had falsely backdated the bill of lading. The Chinese court ordered the ship arrested, and Sinochem timely filed a complaint in that tribunal. The Chinese admiralty court rejected Malaysia International's jurisdictional objections to Sinochem's complaint and that ruling was affirmed on appeal.

Shortly after the Chinese admiralty court ordered the vessel's arrest, Malaysia International filed this action in a United States District Court, asserting that Sinochem's preservation petition to the Chinese court contained misrepresentations, and seeking compensation for losses sustained due to the ship's arrest. Sinochem moved to dismiss on several grounds, including lack of subject-matter and personal jurisdiction and the doctrine of forum non conveniens, under which a federal district court may dismiss an action if a court abroad is the more appropriate and convenient forum for adjudicating the controversy.

The District Court determined it had subject-matter jurisdiction over the cause, concluded it lacked personal jurisdiction over Sinochem under Pennsylvania law, conjectured that limited discovery might reveal that it had personal jurisdiction under Federal Rule of Civil Procedure 4(k)(2), but dismissed on forum non conveniens grounds, finding that the case could be adjudicated adequately and more conveniently in the Chinese courts. Agreeing that there was subject-matter jurisdiction and that personal jurisdiction could not be resolved sans discovery, the Third Circuit panel held that the District Court could

not dismiss the case under the forum non conveniens doctrine unless and until it determined definitively that it had both subject-matter and personal jurisdiction.

A district court has discretion to respond at once to a defendant's forum non conveniens plea, and need not take up first any other threshold objection. In particular, a court need not resolve whether it has authority to adjudicate the cause (subject-matter jurisdiction) or personal jurisdiction over the defendant if it determines that, in any event, a foreign tribunal is the more suitable arbiter of the merits of the case.

*Sinochem International Co., Ltd. v. Malaysia International Shipping Corporation*, was a case decided by the United States Supreme Court, in which the court held a United States district court has discretion to respond at once to a defendant's forum non conveniens plea, and need not take up first any other threshold objection. In particular, a court need not resolve whether it has authority to adjudicate the cause (subject-matter jurisdiction) or personal jurisdiction over the defendant if it determines that, in any event, a foreign tribunal is the more suitable arbiter of the merits of the case.

## Chapter Two International Civil Jurisdiction in Chinese People's Courts

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the structure of Chinese People's Courts
- ☆ Define the different categories of jurisdiction exercised by Chinese People's Courts
- ☆ Summarize the judicial practice of Chinese People's Courts when dealing jurisdictional issues in private international law cases
- ☆ Understand the problems that exist in current Chinese legislation and judicial practice

### 【Key Conceptions or Terms】

tier jurisdiction, territorial jurisdiction, transferred jurisdiction, designated jurisdiction, special jurisdiction, construed jurisdiction, exclusive jurisdiction, *lis alibi pendens*

### 【Case Study】

*Zhang Guimei et al. v. General Electric Co. et al.*

At twenty past eight on November 21, 2004, MU5210 flight fell into Nanhai Park of Baotou City, Inner Mongolia not more than one minute after takeoff and all 47 passengers and 6 flight crew died, in addition to two men on the ground, leaving endless sorrow and a long and difficult claim road to the families of the victims.

A week after the accident, China Eastern announced a victims' compensation package totaling 211,000 yuan (US\$ 27,400) per person. But most of the victims' relatives complained about the low payout and what they said was a lack of transparency during deliberations leading to the settlement. Although it is utterly inadequate, many families of the victim had to accept it due to the heavy difficulty of the claim, and they were not entitled to more compensation under Chinese domestic law.

On March 4, 2005, the victims' relatives filed an administrative action against China Civil Aviation Administration (CAAC) on the ground that the latter failed to release the accident-investigation report which had been finished already. They argued that, CAAC has the legal obligation to disclose the investigation report; therefore, CAAC's failure of disclosure constituted administrative inaction.

Nevertheless, their pleadings were turned down immediately by the court on the ground that the claim fell out of the administrative litigation. Dissatisfied with this ruling, the victims' relatives appealed before the Superior People's Court of Beijing which rejected their appeal again.

Under such a circumstance, a group of relatives decided to seek higher compensation by filing a lawsuit in the United State several months later. On August 17, 2007, they went to California, where a "long-arm statute" lets courts accept cases from outside the United States, as we discussed above. What should be noted is that in California, the average compensation for every victim of the air crash is 1.5 million dollars, in addition to the punitive compensation as may be imposed, which is much more than the compensations the victims has gained in China. Moreover, some plaintiffs said they filed the suit in the United States not only to seek higher compensation but also to force a full disclosure of the reasons for the accident. They argued that China Eastern would have to provide thorough evidence to a court across the Pacific, where the law would not allow a cover-up of crash facts.

Relatives of the crash victims filed separate suits against China Eastern Airlines Co. Ltd(CEA)—a commercial airline incorporated in China, with its principal place of business in Shanghai which had acquired China Eastern Yunnan Airlines' assets—and the manufacturers of the plane and of the plane's engines in the Los Angeles Superior Court. Bombardier Inc., a Canadian corporation with its principal place of business in Montreal, designed, manufactured, assembled and tested the plane in Canada and sold it to the China Aviation Supplies Import and Export Corporation in Quebec in 2002.

The airplane was powered by two engines designed and manufactured by General Electric Co., which is incorporated in New York and has its principal place of business in Fairfield, Conn. The four cases were consolidated. Attorney Hao Junbo, a plaintiffs' lawyer with Beijing-based Lehman, Lee & Xu, said that Bombardier and GE were sued in the theory of negligence, product strict liability. The reason why China Eastern Airline became the defendant was that China Eastern Airline was the carrier of this flight and it could not preclude the possibility of the negligence in its management, operation and flying of the aircraft.

On November 21, 2005, Los Angeles court supported the plaintiff's claim and ruled that the case should be heard by it under California long-arm statutes.

In November 2006, both sides entered court-ordered mediation. It was reported that the two sides reached a preliminary agreement for a settlement of more than \$17 million. But China Eastern later insisted that no agreement had been reached, and On February 24, 2006, moved to dismiss or stay the action on the basis that California was not a convenient forum for trial of the actions, and China provided an adequate alternative forum for trial. In other words, the China Eastern Airline proposed a motion to the Los Angeles Court and required the court to transfer the case to the Chinese court with the reason of forum non conveniens. The other defendants joined in the motion. The motion was approved. In its decision of Feb. 26, 2007, Div. Seven affirmed Los Angeles Superior Court Judge James C. Chalfant's order staying the consolidated claims by relatives of the crash victims on the ground of forum non conveniens.

As part of their Motion, CEA made a commitment that, if the motion were granted, it would (1) not contest liability in the four actions in the Chinese courts; (2) completely compensate the plaintiffs in accordance with Chinese law and not seek to enforce limitations on wrongful death damages; (3) waive any applicable statutes of limitations so long as the actions were refiled in China within six months of the dismissal or stay; (4) be bound by and satisfy any judgment in the Chinese court following any appropriate appeals.

GE, Bombardier and Bombardier Aerospace similarly agreed they would (1) submit to personal jurisdiction in China; (2) waive any applicable statutes of limitations so long as the actions were refiled in China within six months of the dismissal or stay; (3) accept service of process; (4) comply with discovery orders; and (5) satisfy any final judgment in the Chinese court.

In opposition to the motion, the family members of the crash victims argued that they would not be able to receive a fair trial in China. They contended that the airline was a government-owned entity in which the government was encouraging foreign investment, and that the Chinese court system was subject to the control of the Communist Party leadership.

Chalfant acknowledged there “may be serious problems in the Chinese judicial system,” but absent any evidence of a personal injury or wrongful death case against a government-owned or government-controlled entity that was subject to governmental manipulation and interference or that the plaintiffs were likely to be mistreated by the Chinese justice system, Chalfant reasoned that the Chinese legal system was adequate for the victims’ family members to “get basic justice.”

He granted the defendants’ motion and stayed the consolidated actions for the purpose of permitting proceedings in China, conditioned on the defendants honoring their promises.

Writing for the appellate court, Justice Frank Y. Jackson explained that an alternative forum is suitable if it has jurisdiction and an action in that forum would not be barred by the statute of limitations, except in “rare circumstances” where the alternative forum is a foreign country which lacks an independent judiciary or due process of law. “Plaintiffs must show more than general allegations of corruption, lack of due process or other factors making an alternative forum unsuitable,” he said.

Jackson noted the conflicting opinions of expert witnesses regarding the quality of the Chinese justice system, but because the evidence accepted by the trial court as true was not completely implausible, he concluded substantial evidence supported Chalfant’s conclusion that Chinese courts were capable of adjudicating complex, multi-party litigation involving airplane crashes. He further reasoned that Chalfant did not abuse his discretion in determining that California was a seriously inconvenient forum because the crash had occurred in China, all of the victims—except one Indonesian passenger—were Chinese citizens, and none of the defendants were California corporations.

Although he acknowledged that some evidence concerning the airplane’s design and manufacture could be located in the United States, Jackson concluded that this did not make California a convenient forum, especially when the defendants have all committed themselves to participating in the trial in China.

In this light, the trial court granted defendants’ motion and stayed the consolidated actions for the purpose of permitting proceedings in China. It scheduled status conferences every six months in order to monitor the proceedings. The trial court’s ruling was conditioned on the agreements set forth above.

Base on the ruling of Los Angeles Superior Court, the attorneys for plaintiffs filed an action before Beijing Second Intermediate People’s Court on Nov. 22, 2007, alleging the defendant to compensate completely which amounts to more than \$17 million. In the meantime, the plaintiff asked CAAC and CEA to publish the investigation report in time. Nevertheless, Beijing Second Intermediate People’s Court refused to accept any materials that the plaintiffs submitted without any explanations. In June 2008, the attorneys for plaintiffs resubmitted their claims to this Court which turned down their action for the second time. The attorneys for plaintiffs, then, went to Shanghai, filing an action before Shanghai First Intermediate People’s Court. But their endeavors failed again.

Helplessly, the plaintiffs went back to the U.S. for remedy. In February 2009, Los Angeles Superior Court held hearings, and in March the Court reaffirm that it was more convenient for Chinese court to

exercise jurisdiction over the case, in the meantime it expressed unambiguously its concern for Chinese courts' refusal to provide remedy for the plaintiffs so far and stressed that it may exercise the jurisdiction if the access to Chinese forum is proved to be unavailable for the plaintiffs ultimately.

Under this circumstance, the attorneys for plaintiffs refiled before Beijing Second Intermediate People's Court on March 16, 2009. The Court showed a different attitude this time which not only accepted the materials submitted but also agreed to make a decision on whether it would accept the case soon. On August 10, 2009, the Court rendered a decision to accept the case formally; however, no progress has been made so far. Mr. Hao, the plaintiffs' lawyer implied, in August, 2010, that if the trial of the case was postponed indefinitely, he would advise the plaintiffs to go back to the Court in California, the United States.

The case marks a watershed for Chinese lawyers and Chinese legal system. This is the first time in the history that the family of the victims of an air crash that happened in China chose to sue in America.

In this case, the plaintiffs' lawyers were acutely aware of the California long-arm statutes which provide the legal basis for them to sue in the United States. By proceeding against the manufactures of the airplane on a product liability theory and against the Carrier of this flight, i.e, China Eastern Airline, on negligence, they not only circumvented the monetary limitation on recovery provided by Chinese domestic law but also gained several strategic advantages. Their cases could not be tried by American courts which enjoy the reputation of impartiality and neutrality, and the American pre-trial discovery rules afforded them a potent device, unmatched by the Chinese Law. Moreover, Los Angeles juries have a reputation for awarding damages that exceed many times those recovered abroad.

However, the defendants proposed a motion to the Los Angeles Court and required the court to transfer the case to the Chinese court with the reason of forum non conveniens which was granted by the Court. The case then was sent back to China dramatically. The process illustrates the relevance of foreign law and the de facto competition of the judicial systems between the countries in a globalized world.

From the development of this case so far, we find that both the litigants and the American courts concerned are experienced in dealing with complicate private international law disputes; Nonetheless, Chinese courts are rather inexperienced. The maneuverable resource by the parties to various American legal rules such as long arm statues and forum non conveniens is a vivid contrast to the Chinese courts' indecision and helplessness. As a matter of fact, the refusal by the Chinese courts to give any definite answer indicates that judges in the People's Courts are not ready and lack the quality, experience, and knowledge to handle complicated private international law cases, particularly when foreign law and foreign jurisdiction are at issue. As private international law researchers, we will be closely watching the progress of this case.

## Part Five General Part of Conflicts Law

### Chapter One Characterization

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Define characterization in the context of private international law
- ☆ State the reasons for the conflict of characterizations
- ☆ Understand the major approaches to determining the application law for characterization
- ☆ Summarize the relevant Chinese legislation, judicial practice and scholarship

#### 【Key Conceptions or Terms】

characterization, *lex fori*, *lex causae*, enlightened *lex fori*

#### 【Case Study】

A husband and wife, who were domiciled in Malta at the time of their marriage, acquired a French domicile. The husband brought land in France. After this death his widow brought an action in France claiming a usufruct in one quarter of the land. There was uniformity in the rules for the choice of law of both countries: succession to land was governed by the law of the situs, but matrimonial rights were dependent on the law of the domicile at the time of the marriage.

The first essential, therefore, was to decide whether the facts raised a question of succession to land or of matrimonial rights. At this point, however, a conflict of classification emerged. In the French view the fact raised a question of succession; in the Maltese view a question of matrimonial rights. When a conflict of this nature arises, it is apparent that, if a court applies its own rules of classification, the ultimate decision on the merits will vary with the country in which the action is brought. In this case, the widow would have failed in France but have succeeded in Malta.

### Chapter Two Renvoi

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Define renvoi
- ☆ Understand the major categories of renvoi
- ☆ State the arguments for and against renvoi
- ☆ Summarize the relevant Chinese legislation, judicial practice and scholarship on renvoi

#### 【Key Conceptions or Terms】

renvoi, remission, transmission, single renvoi, double renvoi

### 【Case Study】

T, A British subject of English domicile of origin, died domiciled in France in the English sense, but not in the French sense because she had not obtained authority from the French Government to establish her domicile in France as required by Article 13 of the Code Napoleon. She left a will which purported to dispose of all her property. By French law, T could only dispose of one-third of her property because she left two children surviving her. Evidence was given that a French court would refer to English law as T's national law and would accept the renvoi back to French law, French domestic law was applied and T's will was only effective to dispose of one-third of her property. The English court then, applied French law. This is a classic case in which the double renvoi of English doctrine was employed.

## Chapter Three Proof of Foreign Law and Evasion of Law

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Define the nature of foreign law in England, the United States and Germany
- ☆ State the methods to prove foreign law in England, the United States and Germany
- ☆ Understand the relevant provisions contained in Chinese law on proving foreign law
- ☆ Define evasion of law in the context of private international law
- ☆ Comprehend the attitude of Chinese law towards evasion of law

### 【Key Conceptions or Terms】

foreign law, fact, law, nature, method, prove, evasion of law

### 【Case Study】

X, a Chinese citizen in Beijing who agreed to sell goods in Shanghai to Y, a German buyer in Frankfurt, to be delivered in Germany. The contract that they concluded provided that "all disputes arising out of the contract should be determined by Chinese court under Swiss law." Later, X sued Y for breach of contract before a Chinese court. Upholding the validity of the choice-of-forum and choice-of-law clause, the Court asked the parties to prove the content of the relevant Swiss law. The counsel of X submitted a copy of Swiss Civil Code supplemented by expert evidence. Y raised no objection to the content of Swiss law. The Court, therefore, revoked the Swiss law put forward by X, and rendered a judgment.

## Chapter Four Public Order Reservation

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the concept of ordre public (public order)
- ☆ Summarize the role of public order in private international law
- ☆ State the legislative development of the doctrine of ordre public in China
- ☆ Comment on the typical Cases in which the Doctrine is invoked by the People's Courts of China
- ☆ Summarize Chinese Scholarship on ordre public

### 【Key Conceptions or Terms】

ordre public, public order, the exclusion of foreign law, lex fori

**【Case Study】**

Oppenheimer v. Cattermole, (1942)A.C. 249

Two German Jewish refugees, a father and his son fled to Britain in 1940s where the father died. The question before the English court was whether his movables in England should be distributed to his son or to be passed to the British Government. English conflict rules referred matter of succession to German law. However, Jewish people were deprived of the capacity to succeed by the Nazi Decree. The House of Lords, accordingly, felt itself bound to hold that the German law should govern the present case.

Nevertheless, the majority ultimately favoured rejected it, reliance being placed on public policy. As Lord Cross said, “A law of this sort is so grave an infringement of human rights, moral principles of human society and the public policy of this country that the court ought to refuse it.” The decision of this case is a classical example of the application of public order reservation.

## Part Six Selected Areas of Conflict Rules

### Chapter One Capacities

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the concept of civil rights capacity and civil conduct capacity of natural persons
- ☆ Summarize the situations where conflict of civil rights capacities of natural persons arise
- ☆ State the prevalent approach to solving conflict of civil conduct capacities of natural persons
- ☆ Comment on the relevant articles contained in the Conflict Act of 2010
- ☆ Summarize the basic approaches to solving conflict of capacities of legal persons

#### 【Key Conceptions or Terms】

civil rights capacity, civil conduct capacity, personal law, lex situs, lex fori

#### 【Case Study】

X, a man aged twenty is of Dutch nationality. He is domiciled in the Netherlands, by the law of which he is a minor. He signed a contract with a Chinese in Shanghai, China. He is under Chinese law an adult. Under the Conflicts Act of 2010, his capacity to conclude a contract is unaffected by the fact he is a minor by his national law.

P Co., A foreign corporation is formed under the law of California for the purchase of land, and with a right under that law to hold land. P Co. is planning to carry out business in China. The capacity of the corporation to purchase and hold land in China is governed by the law of China apart from Californian Law.

### Chapter Two Contracts

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Comprehend party autonomy
- ☆ Define the doctrine of most significant relationship
- ☆ Understand the test of characteristic performance
- ☆ Summarize the Chinese private international law legislation on contracts

#### 【Key Conceptions or Terms】

contract, party autonomy, most significant relationship, characteristic performance

#### 【Case Study】

X, a company incorporated in England granted a sterling loan to Y, a company incorporated in mainland China. Interest was payable and capital repayable in sterling in London. The loan was secured

by a mortgage of a house located in Beijing. The parties agreed that “this agreement shall be governed by Chinese law”, but that, “in the event of a conflict between the English and the Chinese texts of the contract, the English text shall prevail”. Later, disputes arose during the implementation of the contract, and Y filed an action against X before a Chinese People’s court. Y argued that the dispute should be governed by Chinese law, as it was the law chosen by them; nonetheless, X submitted that English law shall apply, as it was the law implied in the contract. The court ultimately applied Chinese law, as it held that Chinese law reflected the real intentions of the parties.

## Chapter Three Torts

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the increasing complexity of torts in private international law
- ☆ State the choice-of-law rules in torts contained in various Chinese statutes prior to the Conflicts act of 2010
- ☆ Comment on the relevant articles contained in the Conflict Act of 2010

### 【Key Conceptions or Terms】

lex loci delicti, double-actionability, party autonomy, lex fori, common personal law

### 【Case Study】

A, an English subject, suffered personal injuries in China when traveling as a tourist in a car hired by his friend, B who was also an English subject. A’s injuries are caused by B’s negligence when he drove the car. A, therefore, brought the action against B before a Chinese People’s Court, alleging negligence on his part in operating his automobile. The People’s court applied the national law of both parties, i.e., the English law to the action.

## Chapter Four Property

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the distinction between movables and immovables
- ☆ Comprehend the definition of lex situs
- ☆ State the sphere of lex situs
- ☆ Comment on the relevant articles contained in the Conflict Act of 2010

### 【Key Conceptions or Terms】

movables, immovables, lex situs, res in transitu

### 【Case Study】

Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd. [1980] 1 All E.R. 1121

P owned works of art which were stolen from him in England. They were taken to Italy and sold to X,

who was unaware that they were stolen. X sent them to D Co auctioneers, in England, to sell on his behalf. P brought proceedings against D Co and X for detinue and conversion. X claimed that under the lex situs rule, the validity of the transfer of movable property was governed by the law of the country where the goods were situated, and Italian law should apply to decide the question of ownership as between X and P. P argued that there had been no disposition from P to X, that because the case had so close a connection with England, English law should be treated as the lex situs, and that an exception should be made to the lex situs rule on the grounds of public policy where property was stolen.

The court held that there was no exception to the lex situs rule in these circumstances, there was a binding disposition according to the lex situs, which was therefore binding everywhere, and the court would not introduce a wholly fictional English situs merely because there was a number of English connecting factors.

Hence, if personal property is disposed of in a manner binding according to the lex situs, the disposition is binding everywhere, even though the goods are stolen and removed from one country, dealt with in another country then returned to the first country.

## Chapter Five Family Law

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand marriage and divorce in the context of private international law
- ☆ Summarize the legal provisions on marriage and divorce in the Conflicts Act
- ☆ State the articles on matrimonial issues in the Conflicts Act
- ☆ Evaluate Chinese private international law in the field of family law

### 【Key Conceptions or Terms】

marriage, divorce, maintenance, adoption, guardianship

### 【Case Study】

Marriage in Nigeria between H, domiciled and resident in Nigeria, and W, domiciled and resident in Nigeria and aged thirteen. The marriage was valid by Nigerian law but void by Chinese domestic law. Under Article 21 of the Conflicts Act of 2010, the marriage was valid.

## Chapter Six Succession

### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand three sorts of succession
- ☆ Comprehend scission system and unitary system
- ☆ State the choice-of-law rules in succession contained in various Chinese statutes prior to the Conflicts act of 2010
- ☆ Comment on the relevant articles contained in the Conflict Act of 2010

**【Key Conceptions or Terms】**

testamentary succession, legal succession (intestate succession), vacant succession, scission system, unitary system

**【Case Study】**

D, a Chinese citizen died intestate in China. He was domiciled in Paris at the time of his death, but was resident in Beijing. His estate included a house in Beijing, two apartments in Paris, and securities in China. S, D's son brought an action before a Chinese court, claiming to inherit all the property of D, which was against by D's second wife, R. Under Article 31 of the Conflicts Act of 2010, the court applied Chinese law to deal with the house in Beijing and the securities in China, and French law to the two apartments in Paris respectively.

## Part Seven Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Awards

### Chapter One Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the distinction between recognition and enforcement
- ☆ Comprehend the theories to support recognition and enforcement of foreign judgments
- ☆ State the conditions of recognition and enforcement foreign judgments
- ☆ Summarize and comment on Chinese legislation and judicial practice on recognition and enforcement foreign judgments

#### 【Key Conceptions or Terms】

recognition, enforcement, foreign judgment, obligation, reciprocity, comity

#### 【Case Study】

A brought an action in a Victorian court (of Australia) against X for breach of contract. X denied the breach. A judgment which was final and conclusive in Victoria was given in favor of X. Basically speaking, the judgment was a defence in other countries against X by A for the same breach of contract.

### Chapter Two Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the definition of international commercial arbitration
- ☆ Comprehend the distinction between recognition and enforcement
- ☆ State the place of recognition and enforcement
- ☆ Summarize the important articles of the New York Convention
- ☆ Understand the Chinese domestic legislation and judicial practice on recognition and enforcement foreign awards

#### 【Key Conceptions or Terms】

recognition, enforcement, foreign award, New York Convention

#### 【Case Study】

A contract for sale of skins made between A, a Chinese buyer, and X, a Russian seller who was domiciled in China, provided for arbitration in Moscow. A dispute having arisen as to the quality of the skins, A proceeded to arbitration and appointed an arbitrator, but X, failed to do so because of improper notice. The arbitrator appointed by A proceeded with arbitration in the absence of X and made an award in favor of A. Later, A requested the competent Chinese court to recognize and enforce the award. The request was rejected by the Chinese court by relying on Article 5 of the New York Convention.

## Part Eight The New Conflict of Laws Act of the People's Republic of China

### Chapter One Legislative Background

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the legislative development of private international law after the founding of the PRC
- ☆ Summarize Chinese legislation on private international law before 2010
- ☆ State the legislative process of the Conflicts Act
- ☆ Understand the major features of the Conflicts Act

#### 【Key Conceptions or Terms】

legislation, NPC, process, draft, feature, style

### Chapter Two Comments on the Important Issues of the Conflicts Act

#### 【Learning Outcomes】

By the end of this Chapter and the relevant readings, you should be able to:

- ☆ Understand the role of the principle of closest connection in the Conflicts Act
- ☆ Summarize the articles reflecting party autonomy in the Conflicts Act
- ☆ Comprehend the important articles in Chapter One of the Conflicts Act
- ☆ State the conflict rules in matrimonial issues, contracts and torts under the Conflicts Act
- ☆ Understand the major features of the Conflicts Act

#### 【Key Conceptions or Terms】

principle of closest connection, party autonomy, general provisions, choice-of-law rules

# 《案例日本法（民商法）研讨课》 教学大纲

张笑牧 编写

## 目 录

前 言	3
本科程的教学目的和基本要求：	3
本科程的主要教学资料：	3
主要拓展阅读书目：	3
第一章 日本商法的基础知识	5
第一节 资本金的意义与制度	5
第二节 股票的流通发行制度	5
第三节 公司股票募集发行制度	5
第四节 股东大会的召集与决议	6
第五节 公司的业务执行与董事会监督制度	6
第六节 对与经营者利益相反时公司交易的规制	6
第七节 组织在编的诸类型与法的规制	6
复习与思考题：	6
拓展阅读书目：	7
第二章 重退学者要求大学返还已交纳的入学费与授课费案	8
第一节 案例基本情况	8
一、案例情况（1）	8
二、案例情况（2）	8
第二节 最终审判要旨	9
一、判决的要点	9
二、案例情况（1）的判决	9
三、案例情况（2）的判决	10
第三节 相关案例与学说	10
一、相关案例	10
二、相关学说	10
三、研讨要点	10
复习与思考题：	10
拓展阅读书目：	11
第三章 大学将申请参加讲演会 的学生名单通报给警察与不法行为	12
第一节 案例基本情况	12
第二节 最终审判要旨	13
一、多数法官意见（滝井繁男 福田博 北川弘治 最高裁判所裁判官）	13
第三节 相关案例与学说	13
一、相关案例	13
二、相关学说	14
三、讨论要点	15
复习与思考题：	15
拓展阅读书目：	15

第四章 中国法院的判决是否具备 日本民事诉讼法 118 条的相互保证要件.....	16
第一节 案例基本情况.....	16
第二节 最终审判要旨.....	16
第四节 相关案例与学说.....	17
一、相关案例.....	17
二、相关学说.....	17
三、讨论要点.....	17
复习与思考题：.....	17
拓展阅读书目：.....	17
第三章 证券交易适合性原则(suitability rule)与不法行为.....	18
第一节 案例基本情况.....	18
第二节 最终审判要旨.....	18
第三节 案例情况（略）.....	18
第四节 相关案例与学说（略）.....	18
复习与思考题：.....	18

## 前 言

本课程为双语案例研讨课程。主要在了解日本民商法基本知识的基础上,用研究讨论若干典型案例的方法学习日本民商法。资料和参考书籍全部采用日本文原版,教学语言原则上用日语,教学计划时间为 36 课时,考核方式为开卷与自我评价。本课程为选修课程,向全校具有一定日语基础,希望通过双语学习了解日本民商法基础知识,并符合学校规定的选课条件的所有同学开放。选修本课程前,不要求选择其他预选课程。从 2012 年起根据同学们的要求,将用 12 课时来简要介绍新日本公司法。

### 本科程的教学目的和基本要求:

通过在讲授日本民商法的基本知识的起点上,研讨和分析日本民商法的若干典型案例,使同学初步了解日本民商法。注意在授课和研讨中,启发同学们对日本民商法的学习兴趣。在增进日本民商法律知识、日本语言知识的基础上,期望通过案例研讨的途径来提高同学们认识问题、分析问题、解决问题能力,以及自我学习和研究创新的能力。本课程学习着眼于增进基础知识与增强分析能力并重,充分尊重同学们的学习自主性,鼓励自我学习、自我评价、自我总结、自我提高,以达到增长基础知识与提高学习能力的目的。

### 本科程的主要教学资料:

有斐阁『判例六法』平成 24 年(2012 年)版 編集代表 井之正仁  
 有斐阁『判例六法 Professional』平成 24 年(2012 年)版 編集代表 江頭憲治郎 小早川光  
 郎 西田典之 高橋宏志 井上正仁 能見善久  
 『法律教室』(日本商法の基礎) 2011 November NO.374  
 現代民事判例研究会編『民事判例III2011 年前期』日本評論社 2011 版  
 江頭憲治郎 岩原紳作 神作裕之 藤田友敬編『会社法判例百選第 2 版』別冊ジュリスト  
 205 号 2011 年版  
 椿寿夫 川又良也 国井和郎 徳田和子『私法判例リマークス 2006(下)平成 17 年あ sy  
 度判例評論 NO. 33』日本評論社  
 椿寿夫 川又良也 国井和郎 徳田和子『私法判例リマークス 2006(上)平成 17 年度判例  
 評論 NO. 33』日本評論社  
 椿寿夫 川又良也 国井和郎 徳田和子『私法判例リマあークス 2006(下)平成 16 年度判  
 例評論 NO. 32』日本評論社  
 椿寿夫 川又良也 国井和郎 徳田和子『私法判例リマークス 2006(上)平成 16 年度判例  
 評論 NO. 31』日本評論社  
 星野英一 平井宜雄 能見善久『民法判例百選 I・II』有斐閣 2006 年版  
 江頭憲治郎 上原紳作 神作裕之 藤田友敬『会社法判例百選』有斐閣 2006 年版  
 『公務員試験によく出る重要判例 400 民商法部分』実務教育出版社 2006 年版

### 主要拓展阅读书目:

判例六法編集委員会編『模範六法』三省堂 2012 年版  
 三省堂編集所編『公務員試験六法』三省堂 2011 年版  
 『法律時報』日本評論社 2011 年版

『判例六法』編集代表 青山善充 菅野和夫 有斐閣 2006 年版

『判例基本六法』岩波書店 2006 年版

我妻栄 有泉亨『民法 1 総則 物権法』有斐閣昭和 52 年版

我妻栄 有泉亨『民法 2 債権法』有斐閣昭和 52 年版

我妻栄 有泉亨『民法 3 親族・相続法』有斐閣昭和 52 年版

我妻栄 有泉亨 清水誠 田山輝明『コンメンタール民法 総則・物権・債権法』有斐閣

2006 年版

服部栄三 北沢正啓『商法』新版有斐閣 2005 年版

神田秀樹『会社法入門』岩波書店 2006 年版

龍田節『会社法』有斐閣 2004 年版

岸田雅夫『ゼミナール会社法入門』日本経済新聞社 2004 年版

尾崎哲夫『ふりがな六法早わかり 民法 / 総則 物権法』三修社 1997 年版

尾崎哲夫『ふりがな六法早わかり 民法 / 債権法総論 各論』三修社 1997 版

尾崎哲夫『ふりがな六法早わかり 民法 / 親族法 相続法』三修社 1997 版

尾崎哲夫『はじめての商法総則 商行為』自由国民社 2005 年版

尾崎哲夫『はじめての会社法』自由国民社 2005 年版

『図解による法律用語辞典』全訂新版自由国民社

# 第一章 日本商法的基础知识

## （日本商法の基礎）

**本章教学目的和基本要求：**本章共七节。旨在通过学习日本商法(主要是公司法中的股份公司法)的基础知识，达到对现行日本公司法（平成 17 年，2005 年修订）有所了解的目的。虽然日本现行公司法在形式和实质上做了一些改变，但是，公司法中的股东有限责任原则、所有与经营分离原则、经营监督管理原则、股份分割和让渡原则、股东权利保护、公司组织重组等基本制度、根本原则是没有改变的。期望通过学习日本公司法的基本理论、基础知识，为今后的公司法案例分析打好基础。

学时分配：12 课时

### 重点：

- 1、股份公司的资本制度；
- 2、股票的流通与发行，以及信息情报公开制度；
- 3、股东大会的召集及决议，以及股东的权利保护制度；
- 4、公司业务执行与董事会监督制度；
- 5、对与经营者利益冲突时公司交易的规制；
- 6、公司组织在编、重组的诸类型与规制。

## 第一节 资本金的意义与制度

- 1、資本金の意義と規制；
- 2、資本と資本金との関係（經濟上の資本、會計上の資本、會計情報賭しての資本）；
- 3、人的会社の資本金；
- 4、物的会社の資本金（資本金の意義；資本金に関する原則、資本充實維持原則、資本不変原則、資本確定原則）；
- 5、有限責任の限界。

## 第二节 股票的流通发行制度

- 1、株式の流通発行と基準日；
- 2、決算と定時株主總會；
- 3、決算日における株主名簿の上株主；
- 4、株主名簿の閉鎖と基準日；
- 5、会社法における基準日を巡る解釈（基準日後株主、名義換失念株主、基準日とする一定の日）。

## 第三节 公司股票募集发行制度

- 1、募集株式の発行の意義と機能；
- 2、募集株式の発行の手続き規制（法規制の原理、既存株主の利益保護態様、募集株式の発行手続き）；
- 3、募集株式発行の瑕疵と救済（募集株式発行の瑕疵、募集株式の発行差し止め、通謀引取り人の差額支払い責任、現物出資財産の価額不足填補責任、募集株式発行の無効、募集株式発行のふ存在）。

## 第四节 股东大会的召集与决议

- 1、株主総会の招集通知；
- 2、株主提案権；
- 3、説明義務（説明義務の発生、説明義務の履行）
- 4、書面投票（若干の発展問題）。

## 第五节 公司的业务执行与董事会监督制度

- 1、会社の業務執行；
- 2、一般の取締役会設置会社の場合（業務執行の権限配分、取り締まり会、代表取締役、業務担当取締役、取締役会による監督権限、監督権限の裏付け）；
- 3、委員会設置会社の場合(業務執行，取締役会による監督)。

## 第六节 对与经营者利益相反时公司交易的规制

- 1、取締役の利益相反取引の規制；
- 2、対象となる取引の範囲（直接取引、間接取引）；
- 3、承認手続きと報告義務（承認機関と重要事実の開示、報告義務）；
- 4、取引の有効性；
- 5、取締役の責任（任務懈怠責任、自己のためにした取引の場合）。

## 第七节 组织在编的诸类型与法的规制

- 1、株式会社の組織再編行為とは；
- 2、組織再編行為の類型（行為の外形に注目した分類:合併、会社分割り、株式交換、株式移転、事業譲渡、事業譲渡受け；行為の実質に注目した分類:吸収型と新設型、移転会社と受け入れ会社の手続き）；
- 3、三角合併と株式交換、詐害的な会社分割、親子会社の組織再編。

### 复习与思考题：

- 1、如何理解日本公司法中的股份有限责任原则？
- 2、如何理解日本公司法中有关公司资本规制中的信息信息公开制度？
- 3、如何理解日本公司法中股东利益，股东权利的制度设计？

- 4、如何理解日本公司法中公司的监督、管理制度？
- 5、公司再编重组中应注意哪些法律问题？

拓展阅读书目：

- 1、江頭憲治朗『株式会社法第三版』有斐閣 2009年版
- 2、伊藤靖史ほか『会社法第二版』有斐閣 2011年版
- 3、浜田道代 岩原紳作編『会社法の争点（新・法律学の争点シリーズ5）』有斐閣 2009年版
- 4、弥永真生『リーガルマインド会社法第12版』有斐閣 2009年版
- 5、龍田節『会社法大要』有斐閣 2009年版

## 第二章 重退学者要求大学返还已交纳的入学费与授课费案

(入学辞退者に対する入学金/授業料等の不返還と暴利行為)

### 案例来源:

大阪高裁平成 16 年(2004 年)9 月 10 日判決(2 件)一变更(上告);「平 15(ネ)3707 号、事件 1;平 16 年(ネ)21 号、事件 2;学納金返還請求控訴事件」;判例時報 1882 号 44 頁。

**本章教学目的和基本要求:** 本章共三节,本案主要介绍合同的法律行为与公共秩序、善良行为间的法律关系,旨在使同学了解日本民法第 90 条(公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は無効とす),以及民法第 651、656 条等的立法实质。理解在社会生活中对违反公序良俗的法律行为通常对其效力给以否定(无效、取消)的基本民法原则。

学时分配:8 课时

### 重点:

- 1、掌握法律行为概念;
- 2、理解法律行为自由原则的实质;
- 3、理解强行法规、公序良俗的概念;
- 4、理解违反强行法规与公序良俗行为的法律性质及效力。

## 第一节 案例基本情况

### 一、案例情况(1)

X 2001 年考上 Y 设置的大阪医科大学,并交纳了入学费 100 万日元(供参考:当时 1 万日元大约折合 750 元人民币)、授课费 620 万 5 千日元。X 在开学前自己决定退学,并要求 Y 全额退还已交纳的入学费和授课费。

Y 主张:1、由于 X 交纳了学费和授课费,X 已取得了本大学的入学资格;2、交费合同中有不返还已交学费和授课费的特别约定条款。所以,Y 主张自己没有返还学费和授课费的义务。

X 主张:正式入学前,提前交纳的学费和授课费完全是为了方便学校(财务)工作的委任务。在本人解除入学合同的前提下,Y 负有完全返还 X 已交学费和授课费的义务。

原判决:1、由于 X 交纳了入学金,所以对等的取得了大学的入学资格;2、入学合同中关于学费和授课费不返还的特别约定条款是有效的;3、由于以上理由驳回 X 要求 Y 返还学费和授课费的请求。

X 对原判决不服上诉(控訴)至大阪高等法院,要求取消原判。

### 二、案例情况(2)

X 1999 年考上 Y 设置的神户松荫女子学院大学,并交纳了入学费 30 万日元、授课费 51 万日元。X 在开学前自己决定退学,并要求 Y 全额退还已交纳的入学费和授课费。

Y 主张:交费合同中有无论何种原因都不得返还已交费用的特别约定条款。所以,Y 主张自己没有向 X 返还入学费和授课费的义务。

X 主张:正式入学前,提前交纳的学费和授课费完全是为了方便学校(财务)工作的委任务。

在本人解除入学合同的前提下，Y 应当对已交费用负有返还义务。入学合同中的不返还已交入学费和授课费的特别约定条款，违反公序良俗，因此无效。

原判决：1、X 交纳了入学金，取得了大学的入学资格，大学也为此作了种种准备工作，这些都是对等的，所以 Y 没有返还义务；2、即便是授课费在解除入学合同后仍可返还，但因入学合同中有关于任何情况下学费和授课费不返还的特别约定条款，而且特约条款是有效的；3、基于以上理由驳回 X 要求 Y 返还学费和授课费的请求。

X 对原判决不服上诉（控诉）大阪高等法院，要求取消原判。

## 第二节 最终审判要旨

### 一、判决的要点

最终审判结果：变更原判。

本判决的要点是：大学考试合格者按所定的期限内，交纳了学杂费（入学费、授课费等）之后，由于在其他大学考试合格并选择了入学其他大学的情况下，大学对该学生已交纳的学杂费是否给与返还。

大阪高等裁判所根据学杂费交纳的范围、时期、性质的不同，主要依据民法第 90 条做出了和下级地方裁判所不同的判决。判决除入学费部分外、返还其授课费部分。即：裁定 4 月 1 日（日本各大学一般 4 月 1 日为正式入学日）以前退学者，应当全额返还其授课费。

以往类似本案的判决也有依据消费者合同法做出判断的。

### 二、案例情况（1）的判决

以下是终审判决书中关键部分的部分原文：

「在学契約は学校法人（入学手続きを完了した合格を含む）との間の有償の準委任契約類似の無名契約と解されるから、学生が学校法人に支払う金銭（学納金）は、特段の事情のない限り、その名目のいかんにかかわらず、大学が提供する教育役務に対する費用ないし報酬と解するのが相当である」。

「入学金については、大学が提供する教育役務に対する費用ないし報酬とは認められないから、本件不返還特約の効力に関わらず、入学を辞退した X に対して返還する必要がないものというべきである」。

「在学契約は準委任契約類似の無名契約と解されるから、委任者たる学生は、大学に対して在学契約を将来に向かって解除する旨の一方的な意思表示をすることより、いつでも同契約関係を解消することができるのかいされる（民法第 656 条、第 651 条）。「X がかかる解約の意思表示をした以上（略）、既に Y に納付した本件学納金のうち入学以外の部分については反対債務が履行されていない状態であるからその返還を求め得るというべきである。そして、その法的根拠は不当利得返還請求権であると解する」。

「本件不返還特約は、違約金ないし損害賠償額の予定条項と解されるから、その額が不当に巨額である場合など、暴利行為に該当する場合には、民法 90 条により、その全部又は一部が無効になるものと解される」。「本件不返還特約による違約金ないし損害賠償額の予定額は、（略）614 万円であるから、本大学の被る実損害を著しく上回る異常な高額であるというべきである」。「暴利行為の主観的要件について（略）、X の「窮迫に乗じた」ものと評価せざるを得ないものである」。

「以上の次第であるから、本件不返還特約は、四月一日より前に在学契約を解除した X と

の関係においては、暴利行為といえ、しかも違約金なし損害の予定額は本大学の実損害を大幅に上回る異常な高額であることからすると、その全部が公序良俗に違反して無効であると解するのが相当である」。

### 三、案例情况（2）的判决

同案例情况（1）同样的理由，判决除入学金外的学费全部予以返还。

## 第三节 相关案例与学说

### 一、相关案例

以往对退学者要求退学费的诉讼案例，其判决结果大致分三类：

（一）一概不予返还。大阪地方裁判所平成 15（2003）年 9 月 19 日の判決。判例時報 1838 号 104 頁、判タ 1143 号 276 頁。

（二）返还除入学费以外的学杂费（授课费等）。大阪地方裁判所平成 15（2003）年 10 月 6 日。判例時報 1838 号 104 頁、東京地方裁判所平成 15 年 10 月 23 日判例時報 1846 号 29 頁。

（三）返还全部的学杂费。京都地方裁判所平成 15 年 7 月 16 日、判例時報 1825 号 46 頁。

值得注意的是：判例类型（1）所适用的法律是民法第 90 条；判例类型（2）和（3）是依据消费者合同法来判断的。

本案特色是：虽然依据民法第 90 条来判断，但得出了用消费者合同法来作判断的同样结论。

### 二、相关学说

#### （一）不退费的理由

学杂费合同的法律性质主要是准委任合同、有偿双务合同和无名合同的性质。虽然大学对还没有对正式入学的学生提供与学费相等的教育，但是提供了其入学的资格与地位。因此，对自己的意思交纳学杂费后，又以自己的意思主动退学者，应当不予退还已交的学杂费，这样做并不违反公序良俗。

#### （二）部分退费的理由

因入学前的事务手续，相关费用已经发生。所以入学手续费不予返还。但是，授课费等其他费用应当返还。主要理由：一是学校没有提供授课，所以应当相应地退还授课费；二是学杂费合同具有消费者合同的法律性质，因此，合同即使有“不返还特别约定”，但它违反了消费者合同法第 9 条的相关规定。所以，大学在没有因学生退学而发生损失的情况下，特别约定是无效的。

#### （三）本案判决的法理

本案判决中，对授课费部分应当返还的理由，同以上部分退费的理由大致相同，但是它的特点主要是依据了民法第 90 条。目前看这是日本近年来这类案件判决的主流。

### 三、研讨要点

（一）学杂费合同的法律性质；

（二）学杂费的法律性质与不返还特约；

（三）民法第 90、651、656 条与消费者合同法第 10 条的法。

### 复习与思考题：

1、什么是法律行为自由原则？

- 2、试分析法律行为与强行法规、公序良俗的关系。
- 3、试述民法保护与消费者合同法保护的法理。

**拓展阅读书目：**

- 1、潮見佳男「学納金不返還条項の不当性」NBL797号21頁2004年版。
- 2、窪田充実見「入学金・授業料返還訴訟における契約の性質決定問題と消費者契約法」ジュリ1255号97頁2003年版。
- 3、野沢正充「私立大学に対するが学納金返還請求権訴訟」法セ589号60頁2004年版。

## 第三章 大学将申请参加讲演会的 学生名单通报给警察与不法行为

(大学主催の講演会に参加を申し込んだ学生の情報を警察に開示する行為と不法行為)

### 案例来源:

最高裁判所第二小法廷 平成 15 年(2003 年)9 月 12 日判決破棄差戻し;(平 14 受 1656 号、損害賠償等請求事件)民集 57 卷 8 号 937 頁、判例時報 1837 号 3 頁、判タ 1134 号 98 頁。

**本章教学目的和基本要求:** 本案例是从地方裁判所、高等裁判所、直至三审(终审)到日本最高裁判所的典型案例。本章主要目的是通过研究、讨论加深理解法律行为、不法行为、个人信息保护、公共秩序、公共安全等的法律概念实质与法律行为关系。旨在使同学了解日本民法对个人信息保护的基本思路,了解当前日本司法界对不法行为的判断基准的不同意见,提高同学分析现实法律问题的能力。

学时分配: 8 课时

### 重点:

- 1、理解和掌握个人信息(隐私权)的法律概念;
- 2、理解对未经本人准许开示个人信息的法律性质;
- 3、大学将获得的学生个人信息未经本人同意向警察通报的行为是否属于违法的不法行为。

## 第一节 案例基本情况

一、1998 年 11 月 28 日,当时的中国国家主席江泽民到学校法人 Y 大学(被告、被控诉人、被上诉人)作访问讲演。Y 在事前募集参加听讲演会的学生时,要求所有报名者登记姓名、学号、住所、电话,并对作了登记的学生发了印有讲演会日期、注意事项的入场券。

在会议准备阶段警视厅、外务省、中国大使馆等单位多次向 Y 提出要求,保证安全、万无一失。警视厅为了会议的安全警卫,要求 Y 向该厅提供参加会议人员的名簿。Y 在经内部研究后决定将上述的参会人员名簿复印了一份给警视厅。此事,Y 在募集参会人员时没有事先向报名者告知,提交名簿时也没有得到报名者的同意。

二、会议当天在江主席讲演过程中,X1 等三人(原告、控诉人、上诉人)突然在坐席上站立大声叫喊,并拉开事先准备好的政治标语。X1 等三人立即被便衣警察带出场外,以业务妨碍罪(威力業務妨害罪)嫌疑现行逮捕,并进行了调查。Y 也根据大学规则对其进行了批评处分。

三、X1 等人主张: 1、Y 大学协助警察违法逮捕 X1 等三人,学校给 X1 等三人的批评处分无效,要求损害赔偿; 2、Y 大学将包括 X1 等三人在内的所有参会者名簿未经本人同意复印给了警视厅,侵害了个人的隐私权,因此要求损害赔偿。

四、X1 的主张在第一审和第二审(控诉审)中全部败诉。X1 在第三审中(上诉审)重点围绕侵害隐私权进行了争辩。 本案是最高裁判所的终审判决。最高裁判所第二小法庭的 5 位法官一致认为,名簿的个人信息是法律应当保护的个人隐私权利和利益。但是,对于 Y1 大学向警视厅提供参会人员名簿是否构成违法的不法行为的意见不同(3: 2)。其中三人认为 Y 大学向警视厅提供名簿构成不法行为。

## 第二节 最终审判要旨

### 一、多数法官意见（滝井繁男 福田博 北川弘治 最高裁判所裁判官）

1、「本件個人情報は、Y大学が重要な外国国賓公演会へ出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供をもとめたものであるところ、学籍番号、氏名、住所および電話番号は、Y大学が個人識別などを行うための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が自己が欲しな他人にはみだりにこれを開示されたくないと思えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、X1らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである」。

2、「このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損うおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある。本件講演会の主催者として参加者を募る際にX1らの意思に基づかずみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきであるところ、同大学が本件個人情報を警察に開示することをあらかじめ明示した上で本件講演会参加希望者に本件名簿へ記入させるなどして開示について承諾を求めることは容易であったものと考えられ、それが困難であった特別の事情がうかがわれない本件については、本件個人情報を開示することについてX1らの同意を得る手続きを執ることなく、X1らに無断で本件個人情報を警察に開示した同大学の行為は、X1らが任意に提供したプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成するというべきである」。

### 二、少数反対意見（亀山継夫 梶谷玄 最高裁判所裁判官）

本件個人情報は、その性質上、他人に知られたいくないと感じる程度が低いものであること、また、本件講演会は、外国人の国賓による講演会であって、その警備の必要性は極めて高いものであったのであるから、Y大学が警備を担当する警視庁の要請に応じて、同庁に出席の名簿を交付したことには、正当な理由があったというべきであること、「これらの事情を考慮すると、Y大学が本件個人情報を警察に開示したことは、あらかじめX1らの同意を得る手続きを執らなかつた点で配慮を欠く面があったとしても、社会通念上許容される限度を逸脱した違法な行為であるとまでいうことはできず、X1らに対する不法行為を構成するものと認めることはできない」。

## 第三节 相关案例与学说

### 一、相关案例

最高裁判所の判例中、针对涉及侵害个人隐私权是否构成不法行为的判例主要有以下案例：

1、最高裁判所平成7年（1995年）9月5日，判例时报1546号（有关工作单位对工作人员监视，对个人日记拍照）。

2、最高裁判所平成14年（2002年）9月24日，判例时报1802号（有关小说中的人物可能是用现实中的某残疾人做模特，有可能对其造成名誉、精神的损害）。

3、最高裁判所平成15年（2003年）3月14日，民集57卷3号229页（有关少年犯罪的推测报道）。

4、最高裁判所平成7年（1995年）12月15日，刑集49卷10号842页（有关拒绝按捺指纹）。

本案有伊藤正己裁判官の意見。

- 5、最高裁判所昭和 56 年（1981 年）4 月 14 日，民集 35 卷 3 号 620 頁。
- 6、最高裁判所昭和 63 年（1988 年）4 月 14 日，判例時報 1302 号 94 頁。
- 7、最高裁判所昭和 44 年（1969 年）12 月 24 日，刑集 23 卷 12 号 1625 頁。
- 8、最高裁判所平成 12 年（2000 年）12 月 21 日，民集 43 卷 12 号 2252 頁。
- 9、最高裁判所平成 6 年（1994 年）2 月 8 日，民集 48 卷 2 号 149 頁。

下級裁判所の判例

1、東京地裁判昭和 39.9.28 下民集 15 卷 9 号 2317 頁。小説「宴のあと」事件が、プライバシー『私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利』と定義づけた。

2、大阪地裁判昭和 39.5.30 高刑 17 卷 4 号 387 頁が、「プライバシーの権利とは私人が私生活に他人から干渉されず、本質的に私的な出来事についてその承諾なしに公表されることから保護される権利」とのべている。警察官によるデモ進行参加者の写真撮影事件。

3、東京地裁判昭和 40.3.8. した刑集 7 卷 3 号 334 頁。

以下、ほかのプライバシーに関するいくつか判例を挙げてみる。

4、東京地裁判昭和 45.2.27. 判タ 251 号 298 頁。学生時代の成績表の開示。

5、東京地裁判昭和 49.7.15.判時 777 号 60 頁。ある有名人について、子供の教育方針をめぐる夫婦の軋轢を記事にしたこと。

6、東京地裁判昭和 62.6.15.判タ 661 号 201 頁。写真週刊誌が、本人の承諾なしに撮影した写真を掲載したこと。

7、東京地裁判平成元.6.23.判時 1319 号 132 頁。居宅内女性の姿を盗み撮った。

8、東京地裁判平成 2.3.14.判時 1357 号 85 頁。、写真報道誌による無修正の全裸写真の掲載こと。

9、東京地裁判平成 2.8.29.判時 1382 号 92 頁。マンション購入申込者の勤務先の名称・電話番号の開示。

10、大阪地裁判平 6・4・27 判時 1515 号 116 頁テレビカメラによる特定の人の行動の監視。

11、東京地裁判平成 7.3.30.判時 1529 号 42 頁。特定人の HIV 感染の情報の開示。

12、東京地裁判平成 11.2.17.判時 1697 号 73 頁。神戸地裁判平 11・6・23 判時 1700 号 99 頁。私人の氏名。電話番号・住所などの公開。

13、東京地裁判平成 11.9.22.判タ 1039 号 159 頁。本人、その亡夫および子の身上、経歴、財産関係、親族間の紛争などの公開。

14、東京地裁判平成 16(2004 年).2.25.判時 1860 号 25 頁。特定人の監視、暗視カメラの設置・尾行など。

## 二、相关学说

1、隐私权是不公开自己的私事的权利说。主要参考：五十嵐清 田宮裕『名誉とプライバシー』有斐閣 1968 版 20 頁。等

2、隐私权是自己控制自己个人信息情报的权利说。主要参考：佐藤幸治『現代社会とプライバシー』日本評論社 1972 年 61 頁。等

3、隐私权是控制自己形象以便在不同的场合下对应多样性社会的权利说。主要参考：棟居快行「ノンフィクションとプライバシー」ジュリ 905 号 1988 年 61 頁。

4、「他者による評価対象となることのない生活状況に対する正当な要求または主張をいう」。主要参考：阪本昌成「プライバシー権」法教室 41 号 1984 年 7 頁。

### 三、讨论要点

1、未经本人同意即向警察提供个人的信息，是否侵犯了个人有自由依据自己的意思对个人信息进行管理的权利。

2、学校的行为是否构成违法的不法行为。

3、从民法债权的角度试分析最高裁判所法官不同意见（3：2）的法理。

#### 复习与思考题：

1、什么是隐私权？保护隐私权的法理论。

2、试分析隐私权与公共安全的法律关系。

3、试从民法债权的角度分析本案的法理。

4、下级法院的相关案例给我们了什么启示？

#### 拓展阅读书目：

1、堀部政男『プライバシーと高度情報化社会』岩波書店 1988 年版。

2、平井宜雄『債権各論Ⅱ』弘文堂 1992 年版。

3、澤井祐『事務管理・不当利得・不法行為』（第 3 版）有斐閣 2001 年版。

4、潮見佳男『不法行為』信山社 1999 年。

5、五十嵐清 田宮祐『名誉とプライバシー』有斐閣 1968 年版。

6、四宮和夫『不法行為』青林書店、1988 年版。

7、松坂佐『民法提要』（第 5 版）有斐閣 1993 年版。

## 第四章 中国法院的判决是否具备 日本民事诉讼法 118 条的相互保证要件

( 中国人民法院判決につき、日本が民事訴訟法 118 条の相互保証の要件の具備如何 )

### 案例来源:

大阪高裁平成 15 年(2003 年)4 月 9 日判決—原判決取消, 差し戻す(確定); (平 14 ネ 2481 号、投資金額確認請求控訴事件); 判例時報 1841 号 111 頁; 判田 1141 号 270 頁。

**本章教学目的和基本要求:** 本案是有关中国法院的判决是否具备日本民事诉讼法第 118 条的相互保证要件的案例, 在中国已经判决的案件, 有关当事人在日本又重新提起诉讼过程中, 中国的判决在日本是否同样有效, 涉及到中日间的相互司法保证等问题, 是个引人注目的案例。本案的研究讨论的目的不仅是学习研究中日民商法的相关问题, 也希望同学在研讨中了解和掌握国际私法中的相关法律问题。

学时分配: 8 课时

### 重点:

- 1、了解相互保证条约的法律性质;
- 2、理解中国最高法院司法解释, 有关中国民事诉讼法实施有关意见的精神实质;
- 3、理解日本民法第 118 条要件的精神实质;
- 4、理解中国民事诉讼法 268 条的精神实质。

### 第一节 案例基本情况

日本有限公司 A, 1991 年出资与中国山东省诸城 B 公司成立合资企业 C。日本公司的实际出资者是 A 公司的 X 个人。但是在 A 公司, X 和 Y 都拥有公司的股份。

Y 与 X 为 A 向合资公司 C 出资的收益分配发生纠纷, Y (原告) 将 X (被告) 告上潍坊中级人民法院。Y 主张: 向 C 出资的是日本公司 A, 本人拥有 A 的公司职员股份, 因此, C 给 A 的投资收益应当有本人(Y)的。潍坊法院支持了 Y 的主张。X 不服潍坊法院的判决, 上诉到山东高院。1998 年山东高院的判决是维持原判。

X (原告) 于 1999 年在大阪地方法院(支部)诉 Y (被告), 要求法院确认 X 个人向 C 出资 30 万美元的利益。

大阪地方法院以下理由判决: 退回。X 不服向大阪高院提起上诉。

「中国民事訴訟法 268 条の要件は、我が国民事訴訟法 118 条の要件と重要な点で異なるので、中国と日本は外国判決の承認につき相互の保証があるので、中国の判決は日本において効力がある」「本件は、中国で確定した判決と同一訴訟物であり、同判決は日本でも効力を有するから、実質的に紛争の蒸し返しに過ぎず、訴え利益がなく、不適法である」。として、訴え却下の判決を下した。

### 第二节 最终审判要旨

大阪高裁主要以下理由取消原判, 退回。

- 1、中国法院的判决符合日本民事诉讼法 118 条规定的判决，但在日本是否有效力有待研究；
- 2、民事诉讼法 118 条 4 号中有关“相互保证”条款的实质；
- 3、中国民事诉讼法 268 条的相互关系；
- 4、以往中国对日本司法协助、执行等案例的情况，（例：1994 年 6 月 2 日最高法院对辽宁高院的答复）；

## 第四节 相关案例与学说

### 一、相关案例

- 1、大阪地方法院判决的中国人夫妇离婚案在中国执行的案例（人民法院案例选 1992 年第 2 期 95 页；
- 2、日本五味晃申请中国法院承认和执行日本法院判决案（最高法院公报 1996 年 1 期 29 页。

### 二、相关学说

- 1、外国的判决在日本的效力的法律依据，民事诉讼法 118 条，民事执行法 226 条 6，24 条，等；
- 2、中国法院的判决在日本应当有效说，大隈一武「J C A ジャーナル」1997 年 12 号 20 頁；1998 年 1 号 39 頁）。
- 3、司法解释与有权解释的法理分析；
- 4、国际司法协助法理。

### 三、讨论要点

- 1、中国最高法院司法解释“有关民事诉讼法实施的若干意见”381 条；
- 2、日本民事诉讼法 118 条；
- 3、国际司法相互协助协定。

### 复习与思考题：

- 1、什么是国际司法相互协助协定？
- 2、试分析本案两审中法院判决的法理。
- 3、试分析相互保证的法律要件。
- 4、相关案例给我们了什么启示？

### 拓展阅读书目：

- 1、鈴木 三ヶ月『注釈民事執行法』1988 年版。
- 2、朝日中央総合法律事務所監訳『中国法令解釈集』1998 年版。

## 第三章 证券交易适合性原则(suitability rule)与不法行为

(証券取引における適合性違反と不法行為)

### 案例来源:

最高裁第一小法廷平成 17 年(2005 年)7 月 14 日判決-一破棄差し戻し;「平 15(受)1284 号、損害賠償請求事件;民集 59 卷 6 号 1323 頁;判例時報 1909 号 30 頁。

**本章教学目的和基本要求:** 本案主要介绍在证券交易中的适合原则。证券交易中违反适合原则会构成不法行为。

学时分配: 12 课时

### 重点:

- 1、掌握适合原则的法律概念;
- 2、理解证券交易法律行为原则。

### 第一节 案例基本情况

X 水产公司低利率融资的 2.6 亿元中的 5 亿元让 Y 进行证券交易运作,后 2 亿元损失, X(原告)以 Y(被告)没有充分给与说明,不具备证券交易的能力,脱离了适合原则构成不法行为。

### 第二节 最终审判要旨

最高法院否定 Y 构成不法行为。

### 第三节 案例情况(略)

### 第四节 相关案例与学说(略)

### 复习与思考题:

- 1、什么是适合性原则?
- 2、试分析本案适合原则与不法行为的法理关系。

### 拓展阅读书目:

- 1、潮見佳男「契約法理の現代化」有斐閣 2004 年版。
- 2、服部榮三 北沢正啓『商法』新版有斐閣 2005 年版。

# 《WTO 法律制度（本科选修课）》 教学大纲

张丽英、成晓霞、戴龙 编写

## 目 录

前 言 .....	5
第一章 导论 .....	6
第一章 导论 .....	7
第一节 世界贸易组织确立与发展的基础 .....	7
一、受约束的自由贸易理论 .....	7
二、市场经济 .....	7
三、经济全球化 .....	8
四、可持续发展 .....	8
第二节 世界贸易组织与关税与贸易总协定 .....	9
一、从关贸税与贸易总协定到世界贸易组织 .....	9
二、世界贸易组织与关税与贸易总协定的联系与区别 .....	9
第三节 世界贸易组织的运行机制 .....	10
一、世界贸易组织宗旨和职能 .....	10
二、世界贸易组织的法律框架 .....	10
三、世界贸易组织的机构设置 .....	11
四、世界贸易组织的成员资格 .....	11
五、WTO 规则的法律效力，对中国约束的范围 .....	11
第四节 WTO 的基本原则 .....	11
一、最惠国待遇原则 .....	11
二、国民待遇原则 .....	12
三、逐步削减关税原则 .....	12
四、一般取消数量限制原则 .....	12
五、透明度原则 .....	12
复习与思考题: .....	12
拓展阅读书目和案例: .....	12
第二章 WTO 货物贸易规则之一——关税 .....	14
第一节 关税的一般理论 .....	14
一、关税的种类 .....	14
二、主要国家的关税法体制 .....	14
第二节 削减关税谈判 .....	14
一、双边谈判方式 .....	14
二、一揽子削减关税方式 .....	14
第三节 关税减让、停止、修订和撤销 .....	15
一、关税减让的原则 .....	15
二、比减让关税率更低的关税率 .....	15
三、关税减让的修改和撤销 .....	15
四、基于特定理由进行的关税减让的停止、修改或撤销 .....	15
复习与思考题: .....	15
拓展阅读书目: .....	15

第三章	WTO 货物贸易规则之二——非关税措施协定	16
第一节	《反倾销协定》	16
一、	倾销含义	16
二、	WTO 协议允许各成员采取反倾销措施的倾销行为	16
三、	反倾销调查程序	17
第二节	《反补贴协定》	17
一、	补贴的定义和性质,《反补贴协议》的约束范围	17
二、	补贴的分类及反补贴措施	18
三、	发展中国家特殊待遇,中国在履行协议义务中的具体承诺	18
第三节	《保障措施协定》	19
一、	保障措施产生的背景及定义	19
二、	保障措施的种类型	19
三、	保障措施的条件	19
四、	实施保障措施的程序	19
五、	实施保障措施的规则	19
六、	对发展中国家的特殊待遇	20
七、	灰色区域措施	20
第四节	《技术性贸易壁垒协议》	20
一、	WTO 技术贸易壁垒协议对 GATT 原协议的改进	20
二、	适用范围	20
三、	WTO 成员权利和义务	20
第五节	《实施卫生与植物卫生措施协议》	21
一、	协议订立的目的,适用范围,与 GATT 及 TBT 协议的关系	21
二、	成员权利和义务	21
第六节	《海关估价协议》	21
一、	协议的立法目的	21
二、	海关估价标准	22
三、	海关与进口商的权利义务	22
第七节	《装运前检验协议》	22
一、	《装运前检验协定》产生	22
二、	《装运前检验协定》的内容	22
第八节	《原产地规则协议》	23
一、	原产地规则的定义,分类及适用范围	23
二、	协调原产地规则的目标和原则	23
三、	过渡期内的纪律	23
第九节	《进口许可程序协议》	24
一、	进口许可的定义和种类	24
二、	进口许可证程序的相关原则	24
第十节	《与贸易有关的投资措施协议》	24
一、	协议宗旨和约束范围	24
二、	一般义务	25
	复习与思考题:	25
	拓展阅读书目:	25

第四章 货物贸易的部门协定	26
第一节 《农业协议》	26
一、市场准入	26
二、国内支持	26
三、出口补贴	26
四、“和平条款”	26
第二节 《纺织品与服装协议》	27
一、多种纤维协定产生的背景	27
二、《多种纤维协定》的主要内容	27
三、《纺织品与服装协定》	27
复习与思考题:	27
拓展阅读案例:	28
第五章 服务贸易	29
第一节 《服务贸易总协定》概述	29
一、国际服务贸易特点, 市场开放现状	29
第二节 GATS 框架协议的主要内容	29
一、定义和适用范围	29
二、框架协议, 各成员义务特点	30
三、一般性义务条款, 最惠国待遇, 透明度, 国内管制, 资格承认和协调	30
四、具体承诺义务, 国民待遇, 市场准入	30
复习与思考题:	30
拓展阅读书目和案例:	31
第六章 《与贸易有关的知识产权协定》	32
第一节 《与贸易有关的知识产权协定》的产生	32
第二节 《与贸易有关的知识产权协定》的内容	32
一、宗旨和总则	32
二、各个知识产权主题的保护	32
三、知识产权保护的实施及争议解决	33
复习与思考题:	33
拓展阅读书目和案例:	33
第七章 诸边贸易协议	34
第一节 《政府采购协定》	34
一、政府采购协定的产生	34
二、《政府采购协定》的基本内容	34
第二节 《民用航空器贸易协定》	35
一、协定的宗旨	35
二、适用的产品范围	35
三、关税和其他费用	35
四、技术性贸易壁垒	35
五、民用航空器贸易中的政府行为	35
六、监督、审议、磋商和争端解决	35
第三节 信息技术协定	35
一、ITA 的基本原则	36

二、ITA 的适用范围.....	36
三、正常实施期.....	36
四、信息技术委员会.....	36
复习与思考题: .....	36
第八章 WTO 的三项机制.....	37
第一节 WTO 的决策机制（此节太短，建议放到第一章运行机制中）.....	37
第二节 WTO 的贸易政策审议机制.....	37
一、贸易政策评审机制的目的和作用.....	37
二、审议机构.....	37
三、审议频率.....	37
四、审议程序.....	37
五、审议的范围.....	37
第三节 WTO 的争端解决机制.....	38
一、争端解决机制的建立.....	38
二、WTO 争端解决机制主要内容.....	38
复习与思考题: .....	38
拓展阅读书目: .....	38
第九章 WTO 多哈发展议程（请晓霞补内容）.....	39
复习与思考题: .....	39
拓展阅读书目和案例: .....	39
第十章 WTO 与中国.....	40
第一节 中国加 WTO 的历史进程.....	40
第二节 中国“入世”法律文件的主要内容.....	40
复习与思考题: .....	40
拓展阅读书目和案例: .....	40

## 前 言

世界贸易组织法（WTO 法）是法学本科阶段选修课程，教学计划为 36 课时，大纲编写的目的是配套教材的使用，并让学生能提纲挈领地掌握课程的主要知识点。

世界贸易组织法课程主要是讲解世界贸易组织的产生和发展，世界贸易组织的法律框架，世界贸易组织的争端解决、贸易政策评审等重要制度，以及世界贸易组织在货物贸易、服务贸易和与贸易有关的知识产权方面所形成的各个重要协议的内容。

本大纲由世界贸易组织法的授课老师张丽英、成晓霞、戴龙编写。

## 第一章 导论

本章教学目的和基本要求：本章共 4 节，其中第三节和第四节是本课程的重点。通过本章学习应深入理解 WTO 的含义、性质、宗旨和组织机构；理解 WTO 与 GATT 的联系与区别；中国应承担的基本义务。应掌握 WTO 法的约束力，它在整个国际经济法中的地位作用。学时分配：7 课时

**重点：**

1. 掌握 WTO 确立与发展的基础
2. WTO 的性质、宗旨、组织机构。
3. 掌握 WTO 与 GATT 的关系，WTO 的法律地位。
4. 掌握 WTO 法的约束力，WTO 法在中国适用的范围。
5. 掌握 WTO 法的基本内容结构和特点，法律之间的效力关系。
6. 理解 WTO 建立的背景，GATT 乌拉圭回合谈判成果。
7. 掌握 WTO 的基本原则

# 第一章 导论

## 第一节 世界贸易组织确立与发展的基础

### 一、受约束的自由贸易理论

#### (一) 自由贸易理论

自由贸易 (Free Trade) 是指国家取消对进出口贸易的管制, 取消本国进出口商品各种优待和特权, 使商品自由进出口, 它是“保护贸易”的对称。这并不意味着国家完全放弃对进出口贸易的管理和关税制度, 只是不采用保护关税, 但为了增加财政收入, 仍可征收财政关税。

贸易自由化是指国家间通过多边或双边的贸易协定, 削减关税, 抑制非关税壁垒措施, 取消国际贸易中的障碍与歧视, 促进世界货物和服务的交换与生产。贸易自由化始于第二次世界大战后的“关税与贸易总协定”的谈判。贸易自由化是关贸总协定三个主要目标(贸易自由化、透明度、稳定性)之一。

#### (二) 世界贸易组织理论的取向: 受约束的自由贸易

##### 1、世间贸易组织的定位

“世贸组织有时被称为‘自由贸易组织’, 但这并不完全准确, 确切地说, 这是一个致力于公开、公平和无扭曲竞争的规则体制。”

2、世贸组织下受约束的自由贸易的特点: (1) 贸易自由化是世贸组织的基本目标。(2) 贸易自由化的范围受到限定。(3) 兼顾“可持续发展”和防止发展中国家被边缘化。(4) 允许自由贸易与正当保护贸易并存

### 二、市场经济

#### (一) 市场经济

市场经济 (又称为自由市场经济或自由企业经济) 是一种经济体系, 在这种体系下产品和服务的生产及销售完全由自由市场的自由价格机制所引导, 而不是像计划经济一般由国家所引导。市场经济也被用作资本主义的同义词。

市场失灵是因为市场无法通过价格机制取得正确和足够的信息所造成的。如, 目前市场上并没有任何管道能够了解污染对于社会所造成的危害和其代价。一些人认为这些失灵代表政府必须进行有限的干预。

市场经济也有可能存在政府的干预。市场经济与计划经济最主要的差异并不在于政府影响程度的大小, 而是在于政府的影响力是否会用于强迫性阻碍私人的决定上。结合了中央计划经济和市场经济的经济体制则被称为混合经济。德国的社会市场经济便是混合经济的例子之一。

#### (二) 市场经济是世贸组织规则和运行机制的基础

世界贸易组织的法律制度, 是建立在市场经济的基础之上的。要求政府在制定法律政策时考虑市场, 以市场为导向, 按商业规则行事。在贸易产品的价格、补贴利益的计算、反倾销调查中生产要素价值的确定等, 都是在市场经济基础上进行的。不计投入产出生产出来的产品, 与依据市场经济规则生产的产品, 其竞争基础是不同的。

#### (三) 世贸组织促进其成员国内的市场经济体制的发展与完善

首先, 各成员须一揽子接受“乌拉圭回合”达成的所有多边贸易协定; 其次, 要求每一成员“应保证其法律、法规和行政程序”与世贸组织规定的各项义务保持一致; 第三, 世贸组织成员对建立

世贸组织的任何条款不得提出保留，保留仅以这些协定规定的程度为限。第四，在新成员加入的谈判中，要求其作出承诺，不断改革不符合世贸组织规则的国内贸易法规，以促进成员国内市场化程度的不断提高。

### 三、经济全球化

#### （一）全球化

全球化是指各国的联系不断增强，人类生活在全球规模的基础上发展及全球意识的崛起。国与国之间在政治、经济贸易上互相依存。全球化亦可以解释为世界的压缩和视全球为一个整体。

#### （二）全球化在经济和贸易领域的表现

全球化表现在贸易领域、企业生产、金融领域、投资活动、消费领域、文化领域等影响人类社会生活的各个重要方面。

#### （三）经济全球化要求多边贸易体制更有作为

经济全球化的过程也是世界各国利益结构重新调整的过程，要求世界范围内经济运行规则更加规范并趋同。

#### （四）经济全球化带来的问题

发展中国家生产力水平低下，经济落后，发达国家需要协调发展中国家融入经济全球化过程中的利益平衡问题。

### 四、可持续发展

#### （一）可持续发展（Sustainable development）

可持续发展的概念最先于一九七二年在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境研讨会上正式讨论。1980年国际自然保护同盟的《世界自然资源保护大纲》提出：“必须研究自然的、社会的、生态的、经济的以及利用自然资源过程中的基本关系，以确保全球的可持续发展。”

#### （二）可持续发展问题的提出

进入20世纪后，人类在控制自然方面取得了辉煌的成就：在宏观领域，人类制造的宇宙探测器已经飞出了太阳系，在微观领域，人类已经深入到原子核内部的研究，并把成果应用于解决能源问题和武器制造上。但20世纪六七十年代以来，人类对自己的这些进步却产生了种种疑虑，人们越来越感到，西方近代工业文明的发展模式和道路是不可持续的。

#### （三）可持续发展的生态模式

可持续发展的生态模式。就是必须改变传统的经济与环境二元化的经济模式，建立一种把二者内在统一起来的生态经济模式。即生产过程的生态化，经济运行模式的生态化，消费方式的生态化。

#### （四）可持续发展纳入世贸组织下的多边贸易体制

1、《建立世界贸易组织协定》的宗旨的内容为：本协定各成员承认其贸易和经济关系的发展，应旨在提高生活水平，保证充分就业和大幅度稳步提高实际收入和有效需求，扩大货物与服务的生产和贸易，为持续发展之目的扩大对世界资源的充分利用，保护和保护环境，并以符合不同经济发展水平下各自需要的方式，加强采取各种相应的措施……。

#### 2、正式成立贸易与环境委员会

1995年初，世贸组织贸易与环境委员会成立，它的目标是：为促进持续发展而明确贸易措施和环境措施之间的关系，为多边贸易体系的规则是否应当修改提供适当的建议。

## 第二节 世界贸易组织与关税与贸易总协定

### 一、从关税与贸易总协定到世界贸易组织

#### （一）世贸组织的前身关贸总协定

关贸总协定建立在自由市场经济理论基础之上，英国古典经济学家亚当·斯密和大卫·李嘉图的比较利益理论是自由贸易理论的基石，也是 GATT 的理论基础。

#### （二）关贸总协定的发展历程

- 1, 第一轮多边贸易谈判
- 2, 第二轮多边贸易谈判
- 3, 第三轮多边贸易谈判
- 4, 第四轮多边贸易谈判
- 5, 第五轮多边贸易谈判
- 6, 第六轮多边贸易谈判
- 7, 第七轮多边贸易谈判
- 8, 第八轮多边贸易谈判

#### （三）世界贸易组织的建立

### 二、世界贸易组织与关税与贸易总协定的联系与区别

#### （一）世界贸易组织定义和性质

世界贸易组织是在组织上取代关贸总协定、协调和约束各成员贸易政策、法规和措施的国际组织。在机构体制上，WTO 取代了 GATT。WTO 是永久性的正式国际组织，具有国际法主体资格；WTO 调整比 GATT 更广泛的经济贸易领域；WTO 是统一的多边贸易管理机构；WTO 是健全的国际机构，有广泛的代表性，它的争端解决机构是国际法理论和实践的突破。世界贸易组织与联合国、世界银行和国际货币基金组织的关系。

#### （二）两者的联系

首先，世界贸易组织协定吸收了关税与贸易总协定规则。其次，世界贸易组织沿袭的关税与贸易总协定的决策方法。再次，世界贸易组织继承发扬了关税与贸易总协定的争端解决方式。此外，在成员义务性质方面，世界贸易组织成员承担的义务仍然具有相互性和契约性，并没有因世界贸易组织的成立而改变。

#### （三）世界贸易组织与关税与贸易总协定的区别

- 1, 组织形式不同
- 2, 法律基础不同
- 3, 约束力不同
- 4, 法律框架不同
- 5, 调整范围不同
- 6, 争端解决机制不同

## 第三节 世界贸易组织的运行机制

### 一、世界贸易组织宗旨和职能

#### （一）世界贸易组织的宗旨

根据《WTO 协定》序言的规定，世界贸易组织宗旨为：（1）提高生活水平，保障充分就业，保证实际收入和有效需求的大幅度稳定增长，扩大货物与服务的生产和贸易。同时应依照可持续发展的目标，对世界资源进行最佳利用并寻求保护和维护环境。（2）作出积极努力，以保证发展中国家，特别是最不发达国家在国际贸易增长中获得与经济发展需要相当的份额。（3）通过互惠互利安排，实质性消减关税和其他贸易壁垒，消除国际贸易关系中的歧视待遇。（4）建立一个统一的、更可行的和持久的多边贸易体制。

#### （二）世界贸易组织的职能

依《建立世贸组织的协定》的规定，世界贸易组织的职能概括如下：

第一，提供运作框架。

第二，提供谈判场所。

第三，争端解决机制。

第四，政策评审机制。

第五，合作和政策协调。

第六，援助和培训。

#### （三）世界贸易组织的法律地位

《WTO 协定》第 8 条明文规定了世界贸易组织具有法律人格资格，并规定给予世贸组织及其工作人员在履行职责时所必要的特权和豁免，与联合国专门机构及其工作人员享受的特权和豁免相拟。各成员方应赋予世界贸易组织享有执行其职能所必要的法律能力、世界贸易组织为履行职能所必要的优惠和豁免权以及世界贸易组织官员和各参加方代表应享有的在执行世界贸易组织有关职能时所必要的特权和豁免。

### 二、世界贸易组织的法律框架

#### （一）乌拉圭回合最后文件

乌拉圭回合最后文件包括具体协定、附件、决定和谅解，及各国关税减让表和服务贸易承诺清单。最后文件主要包括以下部分：其一，《乌拉圭回合多边贸易谈判结果最后文件》，该文件是对乌拉圭回合谈判一系列谈判结果如何生效的法律安排；其二，《建立世界贸易组织协定》及其附件；其三，乌拉圭回合部长级会议通过的宣言和决定，主要是对多边贸易协定涉及的细节问题做补充规定；第四，各国关税减让表和服务贸易承诺清单。

#### （二）《WTO 协定》及其附件

1, 《WTO 协定》

2, 《WTO 协定》的附件

(1) 附件 1A 是关于货物贸易的多边协议

(2)附件 1B 是关于服务贸易的内容

(3)附件 1C 是关于知识产权的内容

3, 附件 2 关于争议解决的内容，主要包括《关于争端解决规则和程序谅解》。

4, 附件 3 关于政策评审的内容，主要包括《贸易政策审议机制》。

5, 附件 4 诸边协定

### 三、世界贸易组织的机构设置

依《WTO 协定》第 4 条的规定，世界贸易组织设部长级会议；常务理事会；货物贸易理事会、服务贸易理事会、与贸易有关的知识产权理事会；贸易发展委员会、国际收支限制委员会、运算和财务及管理委员会；若干单项贸易下的工作组以及秘书处。

### 四、世界贸易组织的成员资格

#### （一）原始成员和新成员

世界贸易组织的成员方分为原始成员和新成员。原始成员即创始成员方，新成员即加入成员方，任何国家或在对外贸易关系中保有完全自主权的单独关税区，都有资格申请加入世贸组织。

#### （二）欧共体

世贸组织的成员可以是主权国家，也可以是欧共体这样的特殊成员。欧共体成员国本身均是世贸组织的原始成员，欧共体作为一个整体也是世贸组织的原始成员。随着 1992 年马斯特里赫特《欧洲联盟条约》的生效，欧共体以“欧洲联盟”（简称“欧盟”）的新称谓从事活动。但《欧洲联盟条约》并没有废除或取代原有的欧共体的相关条约，欧盟的出现也没有终止欧共体的存在。欧共体只是欧盟的一部分，即经济货币联盟部分。欧共体在以事实成员身份参与关贸总协定活动多年后，利用世贸组织取代关贸的契机，取得了世贸的正式成员资格。

#### （三）单独关税区

依《WTO 协定》第 12 条的规定，任何国家和符合条件的单独关税区均可申请加入世界贸易组织。单独关税区（Separate customs territory）是执行单独税率或其他单独贸易规章的区域。中国的香港、澳门、台湾均属于单独关税区。

### 五、WTO 规则的法律效力，对中国约束的范围

#### （一）WTO 规则在中国适用的地域范围。

根据中国加入 WTO 议定书第 2、1 条规定，WTO 协议和中国加入 WTO 法律文件（议定书、报告书、加入决定）适用于中国全部关税领土，包括边境贸易区、民族自治地方、经济特区、沿海开放城市、经济技术开发区、以及其他特殊经济区。加入议定书及报告书有关中国贸易政策统一实施的规定。

#### （二）WTO 规则在中国约束的主体。

WTO 规则对其成员中央政府有直接约束力，中央政府有义务采取一切合理措施确保其领域内的地方政府和当局遵守该协议。WTO 法对成员境内的企业、私人无直接约束力，但有直接影响力。

## 第四节 WTO 的基本原则

### 一、最惠国待遇原则

最惠国待遇原则规定在《关税与贸易总协定》第 1 条中，该原则是国际贸易赖以进行的柱石，也是世贸法律制度的基础，是世贸多边贸易各个领域的一条总的指导思想，它适用于贸易的各个领域，即最惠国待遇指一成员方将在货物贸易、服务贸易和知识产权领域给予任何其他国家，无论是否世界贸易组织成员的优惠待遇，立即和无条件地给予其他各成员方。

#### （一）货物贸易领域的最惠国待遇原则

#### （二）最惠国待遇的特点

#### （三）最惠国待遇原则在货物贸易领域的具体体现

(四) 其他领域的最惠国待遇原则

(五) 最惠国待遇原则的例外

## 二、国民待遇原则

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

(一) 货物贸易领域的国民待遇原则

(二) 服务贸易领域的国民待遇原则

(三) 知识产权领域的国民待遇原则

(四) 国民待遇的例外

## 三、逐步削减关税原则

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

(一) 逐步削减关税原则的定义

(二) 关税措施与非关税措施的区别

(三) 逐步削减关税原则的适用

## 四、一般取消数量限制原则

数量限制措施是指限制进口数量的措施，其表现形式多种多样，例如配额措施、进口许可证措施、自动出口约束等。数量限制是非关税壁垒中最常见的形式，对贸易自由化的影响较大，因此，一般地取消数量限制是关贸倡导的原则之一，世贸的一般取消数量限制原则是对关贸规定的该原则的继承和发展，世界贸易组织在实施该原则方面范围更为广泛。一般取消数量限制原则指为了逐步促进贸易的自由化，在一般情况下，不允许国家对其进出口的商品数量进行限制。

(一) 一般禁止数量限制

(二) 不适用一般取消数量限制原则的例外

## 五、透明度原则

世界贸易组织的透明度原则同样是对关贸透明度原则的继承与发展。世贸将原来关贸只适用于货物贸易的透明度原则的范围扩大适用到了服务贸易、知识产权保护等领域。贸易自由化、透明度和稳定性是世贸组织的三个主要目标。

### 复习与思考题：

1. WTO 为什么要允许正当贸易保护的存在？
2. WTO 与 GATT 的关系，WTO 的法律地位？
3. WTO 法在中国适用的范围？
4. WTO 法的基本内容结构和特点，法律之间的效力关系如何？
5. WTO 宗旨有何效力？

### 拓展阅读书目和案例：

- 1, M Rafiqul Islam, International Trade Law of the WTO, OXFORD University Press, 2006.
2. 《建立世界贸易组织协议》

3. 《关贸总协定 1994 年》
4. 中国加入 WTO 议定书, 中国工作组报告书。
5. 石广生主编:《中国加入世界贸易组织知识读本》, 人民出版社, 2002 年 1 月第 1 版。
6. G Shaffer, "The WTO under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environment Matters" (2001) 25 Harvard Environmental Law Review 18.
- 7, T Schoenbaum, "WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform" (1998) 47 International and Comparative Law Quarterly 654.
- 8, M Lukas, "The Role of Private Parties in the Enforcement of the Uruguay Round Agreements" (1995) 29 Journal of World Trade 181.
- 9, E Kessie, "Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO" (2000) 34 (6) Journal of World Trade 1.

## 第二章 WTO 货物贸易规则之一——关税

本章教学目的和基本要求：本章共分三节：第一节是关税的一般理论；第二节是消减关税谈判；第三节是关税减让、停止、修订和撤销。本章后两节是本课程重点。通过学习应掌握关税的减让、修订和撤销等内容。

学时分配：4 课时

**重点：**

1. 了解关税的一般理论。
2. 了解消减关税谈判。
3. 掌握减让、停止、修订和撤销的内容。

### 第一节 关税的一般理论

关税是国家为了规制贸易、保护国内产业而采取的合法手段。GATT 鼓励国家将征收关税作为保护国内产业的正当手段，而严格限制非关税壁垒（特别是数量限制）。

#### 一、关税的种类

关税可以分为通常关税和优惠关税，通常关税是 WTO 成员方适用于所有成员国的关税，即最惠国关税（MFN 关税）。优惠关税又可以分为发达国家单方面给予发展中国家的普惠关税（GSP 关税），基于自由贸易协定而适用于协定参加国的 FTA 优惠关税，另外还包括为 GATT 承认的祖父优惠关税。

#### 二、主要国家的关税法体制

### 第二节 削减关税谈判

GATT/WTO 宣示关税第一主义的同时，要求各国通过谈判削减关税。削减关税的谈判称为“回合”，成员国达成的削减关税的承诺一经做出，原则上就被固定下来。GATT 时代进行了 8 轮谈判，形成了双边削减关税谈判和一揽子削减关税谈判的两种模式。

#### 一、双边谈判方式

GATT 削减关税谈判最初是通过双边谈判进行。这种双边方式又称为 request offer, item by item, negotiation，是由一方提出特定商品的降低关税要求，另一方承诺或者通过继续谈判确定最终削减关税额的方式。

#### 二、一揽子削减关税方式

自 1963 年肯尼迪回合之后，开始采取一揽子削减关税方式。

### 第三节 关税减让、停止、修订和撤销

GATT/WTO 关税削减谈判的结果规定在各国的关税减让表中。成员国不得比减让表中记载的各产品的关税率为不利的条件适用于其他成员国的进口产品。

#### 一、关税减让的原则

GATT/WTO 关税削减谈判的结果规定在各国的关税减让表中。成员国不得比减让表中记载的各产品的关税率为不利的条件适用于其他成员国的进口产品。

#### 二、比减让关税更低的关税

成员国可以适用比所做出的承诺更低的关税，但是这并非义务。

#### 三、关税减让的修改和撤销

GATT 第 28 条规定，通过谈判可以修改、撤销已经承诺的减让关税。这有 3 种情况。

1. 减让期满时进行的修改、撤销
2. 根据特殊情况进行的修改和撤销
3. 无特殊情况下进行的修改或撤销

#### 四、基于特定理由进行的关税减让的停止、修改或撤销

复习与思考题：

1. 举例说明进口国的关税分类在什么情况下容易造成贸易争端。
2. 欧盟法（EC 条约第 28 条）不仅禁止地域内贸易的数量限制，而且也禁止和数量限制具有相同效果的限制进口措施。GATT(11 条)是否也禁止同样的数量限制和具有相同效果的措施？

拓展阅读书目：

1. GATT1994 相关条款
2. 中国加入 WTO 议定书、报告书

## 第三章 WTO 货物贸易规则之二——非关税措施协定

本章教学目的和基本要求：本章共分 10 节，包括了反倾销、反补贴、保障措施、原产地规则、海关估价、TBT 措施、SPS 措施、装船前检验、许可证、与贸易有关的投资措施等问题。通过本章学习应掌握 WTO 反倾销协议和反补贴协议的主要内容；掌握 WTO 与标准和 SPS 措施有关协议的主要内容。

学时分配：18 课时

### 重点：

1. 掌握倾销的构成和认定倾销的标准
2. 掌握 WTO 协议规定的采取反倾销措施的条件、实施方式和程序。
3. 掌握补贴的构成和 WTO 协议对补贴的分类，不同种类补贴的范围。
4. 掌握 WTO 协议规定的各成员针对不同种类补贴产品进口可采取的措施。
5. 掌握 WTO 与标准有关措施协议规定的各成员采取与标准有关措施方面应遵守的一般原则和规则。
6. 掌握 WTO 与 SPS 有关措施协议的规定
7. 掌握原产地规则的基本内容
8. 掌握许可证协议的内容

### 第一节 《反倾销协定》

#### 一、倾销含义

倾销是产品以低于正常价格出口销售的行为。倾销分为长期倾销、短期倾销、偶然性倾销，其中前两种具有不正当竞争性，具有消除竞争对手的掠夺目的，或属于价格歧视，是国际贸易法允许管制的倾销。

倾销对进口国生产相同或类似产品企业的影响。

倾销对进口国倾销产品使用者和消费者的影响。

倾销对出口国的影响。

#### 二、WTO 协议允许各成员采取反倾销措施的倾销行为

##### 1. 倾销的构成要件

GATT 第 6 条规定，一国产品以低于正常价格进入另一国市场，如果因此对一缔约方领土内已经建立的某项工业造成实质性损害或实质损害威胁，或对某一国内工业新建产业产生实质阻碍即构成倾销。这说明 WTO 协议允许各成员采取限制措施的倾销行为应具备以下构成要件：

- (1) 产品以低于正常价格或低于成本出口销售；
- (2) 该倾销产品给进口国生产相同或类似产品的生产部门造成实质性损害或实质损害威胁；
- (3) 国内损害与倾销产品进口有因果关系。

只有符合以上条件的倾销行为，协议允许 WTO 成员采取反倾销措施。但是 WTO《反倾销协议》仅约束成员政府对外国倾销产品进口的反应（反倾销措施），它不能约束外国企业的倾销行为。

##### 2. 倾销及损害的认定标准

- (1) 确定某产品正常价格。认定正常价格的标准应依次参考：(1) 正常贸易中某产品在出口

国供消费的可比价格（国内价格）；（2）如果某产品没有在出口国销售或销售量低，应参考与该产品同类产品出口到一适当第三国的可比价格（第三国价格）；如果该价格不具有代表性，应比较某产品在原产国的生产成本，加合理的管理成本，销售费用和利润确定（结构价格）。

外国对中国反倾销调查中认定倾销的歧视性做法，替代国标准。

中国加入 WTO 议定书第 15 条规定，某一 WTO 成员在中国加入 WTO 15 年的过渡时期内仍可对原产于中国的被调查产品采用替代国价格作为认定正常价格的标准。然而，只要中国被调查企业提出足够证据证明其产品是在市场条件下生产和销售，该 WTO 成员在进行价格比较时应采用中国企业提供的价格或成本。在中国加入 WTO 15 年过渡时期后，WTO 成员不得对原产于中国的产品采用替代国标准。

（2）确定出口价格。是正常贸易中进口商购买倾销商品实际支付的价格。

（3）出口价格与正常价格比较。协议规定出口价格与正常价格应进行公平比较的原则，即应基于相同价格水平（通常为出厂价水平），用尽可能相同时间内发生的交易进行比较，并考虑每一个具体案件影响价格可比性的差异。比较方法是①用加权平均的正常价格与所有可比交易的加权平均出口价格比较。②或用每笔交易的正常价格与每笔交易的出口价格进行比较。

经比较后如发现产品出口价格低于正常价格即存在倾销。两者的差额为倾销幅度。

关于微不足道的倾销。

（4）实质性损害和实质性损害威胁的认定，累积评估。

（5）实质性阻碍某一产业新建的认定。

（6）倾销与损害之间的因果关系。

### 三、反倾销调查程序

通常需要经过立案审查、发起调查、初裁、终裁四个阶段。

在立案审查阶段涉及申诉人资格和代表性，终止调查的条件。协议规定反倾销调查应在发起调查后 1 年内结束，最长不超过 18 个月。

发起调查阶段涉及通知要求，证据提供，辩护与协商，最佳可得信息制度。协议规定应给予收到调查问卷的出口商和外国生产商至少 30 天的时间做出答复。任何利害关系方不允许使用或未在合理时间内提供必要信息，或严重妨碍调查，主管机关均可在可获得的事实基础上做出初步或最终裁定。

初裁阶段涉及采取临时措施和价格承诺。采取临时措施的条件，形式，时限。临时措施应自调查之日起 60 天后采取，最长时间不超过 6 个月。

价格承诺的含义和接受或不接受价格承诺的后果。

终裁阶段涉及反倾销税的征收方式。

（四）征收反倾销税

反倾销税的含义和性质。征收反倾销税的对象、原则和标准。税率的计算。追溯征收的条件和方式。征税期限与复审。落日条款。

## 第二节 《反补贴协定》

### 一、补贴的定义和性质，《反补贴协议》的约束范围

补贴是国际贸易中通常由政府对外出口商品的生产、加工、销售企业给予的奖励和财政支持。协议第 1 条第 1 款列举以下政府或任何公共机构提供的财政资助情况为存在补贴：

1. 政府资金的直接转移（如赠款、贷款和入股）或潜在的资金或债务转移（如贷款担保）；
2. 放弃或未征收应征收的税收（如税收抵免之类的财政鼓励）；
3. 政府提供一般基础设施以外的货物或服务，或购买货物；
4. 政府向基金机构付款，或委托一私人机构履行以上政府补贴职能；
5. 存在 GATT1994 第 16 条意义上的任何形式的收入或价格支持及因此而授予一项利益。

协议规定上述定义的补贴只有属于专向性补贴才属于禁止性补贴和可申诉性补贴范围，并且可以依据协议第五部分采取反补贴措施。

补贴人为地扭曲了受补贴企业产品在国际市场的竞争地位，使未受补贴的产品企业竞争力受不正当影响。《补贴与反补贴措施协议》既约束各成员政府的补贴措施，也约束成员政府对补贴的反应，即反补贴措施。一成员可以对另一成员的补贴产品采取国内法的立案调查程序，此时应符合反补贴协议第五部分关于采取反补贴措施的程序规定；也可采取 WTO 争端解决程序，此时应符合协议第二至第四部分的程序规定。一成员只能采取二者之一的程序采取反补贴措施。

## 二、补贴的分类及反补贴措施

1. 协议对补贴的整体分类。

按补贴是否有专向性分为特定补贴和非特定补贴；按补贴性质和危害分为禁止性补贴、可申诉补贴和不可申诉补贴。对不同种类的补贴，协议规定了不同的采取反补贴措施的条件。

2. 禁止性补贴范围及反补贴措施。

禁止性补贴有两种：一是出口补贴，即法律上和事实上以出口实绩为条件（包括多种条件之一）而给予的补贴。二是进口替代补贴，即以使用国产货而非进口货为条件（包括多种条件之一）而给予的补贴。

协议要求各成员不得给予或维持禁止性补贴。只要一成员有理由认为另一成员正在给予或维持禁止性补贴，即可按国内法程序采取协议第五部分规定的反补贴措施，或按协议第二部分规定的 WTO 争端解决程序采取反补贴措施。

3. 可申诉补贴范围及反补贴措施。

可申诉补贴是指协议第 1 条第 1 款规定的补贴。如果该补贴是专向性的，并且给其他成员的利益造成不利影响，受损害的成员可按国内法程序采取协议第五部分规定的反补贴措施，或按协议第三部分规定的 WTO 争端解决程序采取反补贴措施。给其他成员造成不利影响的含义。

4. 不可申诉的补贴范围及反补贴措施。

不可申诉的补贴是指：1) 前述不具有特定性的补贴；2) 虽有特定性，但属于以下情况的补贴：（1）对企业开展研究活动或企业与高校签约开展研究活动给予的补贴；（2）按地区发展规划，对一成员领土内落后地区的补贴，对符合条件的落后地区内的补贴不具有专向性，且每一落后地区必须是明确界定的毗连的地理区域；（3）为企业改进现有设施适应新的环保要求给予企业的补贴，此类企业因实施法律的新的环境要求而增加了约束和财政负担。对于不可申诉的补贴，如果一成员认为这种补贴给国内工业造成严重的不利影响，例如造成难以弥补的损害，该成员可依据国内法采取协议第五部分的反补贴措施，或按协议第四部分第 9 条规定的 WTO 争端解决程序采取反补贴措施。

## 三、发展中国家特殊待遇，中国在履行协议义务中的具体承诺

协议规定了对发展中国家的特殊待遇，禁止性出口补贴的规定不适用于最不发达国家及年均国民生产总值不足 1000 美元的发展中国家，但是这种允许保留的补贴仍然是可申诉的，如果因此给其他成员造成损害，会引起反补贴措施。

中国确认在加入 WTO 后取消出口补贴和进口替代补贴。中国产业政策中的补贴问题，报告书第 171，174 条规定。

## 第三节 《保障措施协定》

### 一、保障措施产生的背景及定义

在 WTO 的各项规则中，具有保障功能的条款很多，如 1994 年《关税与贸易总协定》第 6 条的反倾销和反补贴、第 12 条有关为保障国际收支而实施的限制、第 18 条有关政府对经济发展的援助、第 20 条的一般例外、以及第 21 条的安全例外等，这些条款从广义上均可纳入保障条款的范畴。但在乌拉圭回合谈判结束以后，作为一个正式法律用语的“保障措施”即专指 1994 年《关税与贸易总协定》第 19 条所规定的措施。

保障措施指当一成员方由于未预见的发展、关税减让和其他贸易壁垒的取消等原因，导致某一产品的进口激增，以致对其国内生产商产生或即将产生严重损害时，该成员方可对该进口产品实施临时性的限制进口的措施。

### 二、保障措施的种类

#### （一）关税措施与非关税措施

保障措施可以从不同的角度进行分类，从保障措施形态上分主要有两类，一类是关税措施，另一类是非关税措施。

#### （二）临时保障措施与最终保障措施

保障措施从实施上可以分为两类，一类是临时保障措施，另一类是最终保障措施，临时性保障措施所针对的是在发起保障措施调查得出初步结论后，尚未进行磋商，而认为如不采取临时保障措施，国内产业的损害将无法挽回，此时可以采取临时保障措施。

### 三、保障措施的条件

《保障措施协定》第 2 条是关于实施保障措施的前题条件的规定。依该条规定，某一成员方要实施保障措施必须证明存在某一产品的进口增长，且该进口增长导致了进口成员方相关产业的严重损害或严重损害威胁。

### 四、实施保障措施的程序

《保障措施协定》规定的成员方在实施保障措施时应遵循的程序规则主要可以概括为通知、调查和磋商三个方面。

### 五、实施保障措施的规则

#### （一）非歧视原则

《保障措施协定》第 2.2 条的规定针对的是保障措施实施中的非歧视原则。

#### （二）实施数量限制的保障措施时的约束性规定

协定第 5 条是对保障措施实施的约束性规定。

#### （三）保障措施实施的期限、实施力度及频度

《保障措施协定》第 7 条是关于保障措施实施期限、实施力度频度和审议的规定。

#### （四）补偿与报复

《保障措施协定》第 8 条是关于补偿与报复的规定。保障措施所针对的是公平贸易条件下的产品进口，因此，保障措施的实施必然对出口方的正当利益产生影响。为此，协议第 8 条规定实施保障措施的成员与其他有利害关系的成员可就贸易补偿问题进行谈判。

## 六、对发展中国家的特殊待遇

《保障措施协定》第9条是特别关注发展中成员的条款。该条第1款规定，对于来自发展中成员的产品，只要其产品的进口份额在进口成员中不超过3%，及所有不超过3%的发展中成员的份额总计不超过总进口的9%，则不应对该发展中成员实施保障措施。

## 七、灰色区域措施

灰色区域措施即有政府间的双边协议，也有产业间的安排，灰色区域措施协议通常包括“自愿限制协议”、“有秩序的销售安排”等。

# 第四节 《技术性贸易壁垒协议》

## 一、WTO 技术贸易壁垒协议对 GATT 原协议的改进

乌拉圭回合谈判制定的新的《技术贸易壁垒协议》(TBT 协议)在以下方面更新了 GATT 原协议：1.将动植物卫生检疫措施从一般技术标准措施中分离出来，订立专门协议 (SPS 协议) 调整；2.TBT 协议既规范产品标准，也适用于某些加工和生产方法，从主体看既规范成员政府行为，也规范非政府的私人的标准化机构；3.取消了原协议中的证书制度，增加了合格评定和相互承认制度；4.规定了标准制度采纳适用的“良好行为守则”，该守则扩大适用于私人的标准化机构和地方政府的标准化机构；5.服从 WTO 一体化争端解决。

## 二、适用范围

协议适用于各成员影响国际贸易的关于技术规章、产品标准的制定，实施方面的权利和义务。包括规定产品性能，影响产品性能的加工方法、生产方法的技术规章和标准要求，以及适用于产品的术语、符号、包装和标签要求。技术规章是要求强制遵守的行政管理文件。标准是规范化的指引，是不要求强制遵守的文件。协议对于那些非与产品性能有关的产品加工方法 (NPR-PPMS 标准) 不适用。但是志愿性的非与产品性能有关的加工方法和标签要求若由政府管理和干预则受 WTO 规则约束。

协议不适用于 SPS 协议范围的动植物卫生措施。

TBT 协议的这一约束范围对国际贸易的影响。

非政府组织发起的生态标志等非与产品性能有关的志愿性标准和标签要求对国际贸易的影响。WTO 这方面的制度发展变化。

## 三、WTO 成员权利和义务

1. 采取标准和实施技术法规的权利。协议规定，不得阻止其他成员采用技术规章或强制性产品标准以保证产品质量，保护人类动植物生命健康、阻止欺诈行为。这项授权的范围限于那些与产品性能有关的产品标准 (包括加工方法) 和技术规章措施。

2. 符合合法目的及最少贸易限制原则。各成员确保技术法规的制定和采纳在目的和效果上不应给国际贸易造成不必要的障碍。为此，技术规章对贸易的限制不应超过为实现合理目的必需的范围，并考虑这些合理目标未实现所带来的风险。对“必需范围”、“不必要的障碍”的理解。

3. 非歧视地制定和实施产品标准与技术法规，国民待遇、最惠国待遇。各成员在技术规章的制订和实施方面给予从任一成员领土进口的产品的优惠待遇不低于给予国内类似产品和给予其他国家类似产品的优惠待遇。国民待遇、最惠国待遇扩大适用于合格评定程序。

4. 与国际标准协调。各成员应以国际标准为基础制定产品标准和技术规章，除非由于环境、气候、及其他方面原因不适于采用国际标准。一成员证明其标准合理性的义务。

5. 开展标准措施的国际合作。“接受等效规”制度与“相互承认合格评定结果制度”的含义和意义。协议鼓励各成员间采取这两项制度，前者承认各成员标准、技术法规存在差异，在此基础上要求一成员在一定条件下接受与本国保护水平、标准相当的另一成员等效法规，尽管进口国与出口国执行的技术法规不同。后者鼓励各成员通过事先谈判，签订相互承认协议，相互承认对方的合格评定结果。

6. 中央政府对境内主管的各合格评定机构的合格评定活动的义务。国民待遇和最惠国待遇，透明度，合格评定程序的目的合理性，政府的说明和证明义务。

7. 《良好行为守则》约束的主体，主体应承担的权利义务。非歧视待遇，标准的合法性，与国际标准协调。

## 第五节 《实施卫生与植物卫生措施协议》

### 一、协议订立的目的，适用范围，与 GATT 及 TBT 协议的关系

SPS 协议是与标准有关措施协议中的特别法，是对 GATT 第 20 条的进一步阐述和补充。协议所指的动植物卫生措施是为防止四类风险各成员政府采取的任何措施，包括法律法规要求和相关程序。特别是最终产品标准、工序，加工和生产方法；检验、认证和批准程序；检疫处理和与运输相关的要求；统计方法、取样程序、风险评估方法，与粮食安全有关的包装和标签要求。

### 二、成员权利和义务

1. 采取卫生措施的权利。各成员在不与本协议抵触的情况下有权采取为保护人类动植物生命健康所必需的措施。如有科学理由和经过风险评估，也可采取比国际标准更高的适宜的保护措施。在相关证据不充分的情况下，一成员还可以根据现有的世卫组织和其他成员采取卫生措施的信息采取临时卫生措施。

2. 卫生措施必须符合合法目的。各成员采取的卫生措施是为保护人类、动植物生命健康所必需的，并且以科学原则为基础，不得背离现行科学依据。“必需”措施的含义。

3. 非歧视地实施卫生措施。各成员确保其卫生措施不得构成在情况相同或类似的成员间，包括自己领土和其他成员领土间武断的不合理的歧视以及对国际贸易的隐蔽限制。与 TBT 协议表述不同，协议允许采取合理的差别的卫生标准和保护水平，对实行差别待遇的限制。

4. 接受等同措施。如出口成员客观地向进口成员证明其卫生措施达到进口成员适当的卫生保护水平，则各成员应将其他成员的措施作为等效措施予以接受，即使这些措施不同于进口成员或其他成员的措施。出口成员的证明责任。

5. 与国际标准协调。各成员应基于现存国际标准和准则制定卫生措施。采取更高标准的举证责任。

6. 临时措施。第 5 条第 7 款允许 WTO 成员在现有科学资料有理由怀疑某种产品生产销售威胁人类动植物生命安全但尚无充分科学证据时，可采取临时卫生措施。采取临时措施的条件。

## 第六节 《海关估价协议》

### 一、协议的立法目的

在以从价税征收关税是时，实际征收的关税额不仅取决于税率，也取决于如何计算完税价格，

协议的目的是规范各成员海关对进出口货物的估价行为，防止任意和虚构完税价格。

## 二、海关估价标准

1. 海关估价应以有关货物的成交价格，即进口时由进口商实际支付的价格作为完税价格。每一成员在制定法规时应应对以下项目是否包含在完税价格中作出规定：货物运至进口港或进口地的费用；与上述运输有关的装卸费；保险费。

为取得完税价格，以下费用可计入成交价格：（1）由买方负担的除买方佣金以外的佣金和经纪费；（2）与所涉货物被视为一体的容器费、包装费；（3）由买方以免费或减价提供给卖方的与货物生产和进口销售有关材料、货物、服务的费用；（4）买方必须支付的与所估价货物有关的特许权使用费；（5）进口货物转售处置使用而使卖方带来的收益；（6）以到岸价格估价涉及的运费、保险费。

2. 如果在协议规定的特殊情况下不能依据成交价估价，应依此采用：（1）相同货物的成交价格；（2）类似货物的成交价格；（3）倒扣价格；（4）推定价格；（5）合理确定的价格。

3. 无论如何，海关不得根据下列情况估价：（1）在进口国生产的货物销售价格；（2）选择两者中较高价格作为完税价格；（3）货物在出口国国内市场价格；（4）除协议允许计入成交价的项目以外的成本；（5）出口到进口国以外其他国家的货物价格；（6）最低海关限价；（7）武断的或虚构的价格。

## 三、海关与进口商的权利义务

1. 海关权利，海关如有理由怀疑进口商品申报材料的真实性，可以拒绝其申报的价格。海关应给进口商解释其申报价格的机会，如该解释未能接受，海关应以书面形式通知进口商，说明不接受其申报的而采用其他方法估价的理由。

2. 进口商的权利义务，进口商对完税价格的真实性负举证责任。进口商有权在海关估价迟疑时撤回进口商品；有权要求海关对其资料保密；有权对海关决定向独立机构或司法机构上诉。

# 第七节 《装运前检验协议》

## 一、《装运前检验协定》产生

由于许多货物到岸后往往还需要被转运，或由于进口方的检验能力有限（发展中国家），进口方得高价聘请外国机构或专家前来检验，因而使进口方所承担的成本大大增加，所以，这种检验往往在出口方装运有关产品装船前进行。这已成为了国际上普遍接受的习惯做法。

## 二、《装运前检验协定》的内容

### （一）序言

### （二）装船前检验的定义

装运前的检验(Pre-shipment Inspection, 简称 PSI)活动系指所有涉及到用户成员方的产品的质量、数量、价格，包括汇率和金融条件，或关税税则目录商品分类情况的检验。

### （三）《装运前检验协定》的适用范围

依《装运前检验协定》第1条的规定，协议适用于所有成员领土内进行的装运前的检验活动，无论这种活动是由成员政府或其任何机构在合同中约定的还是授权机构进行的。

### （四）用户成员的义务

依《装运前检验协定》第2条的规定，公约将由政府或其他政府机构通过签约或授权从事装运前检验活动的成员称为“用户成员”。用户成员方应履行在出口国检验义务、非歧视义务、透明度义

务、保护商业秘密义务、避免利益冲突义务、避免检验延误义务、价格核实义务等。

#### （五）出口成员方的义务

第3条规定的出口成员方的义务主要包括有透明度义务、非歧视义务、提供技术援助义务。相比之下，出口成员方的义务要比用户成员方简单得多，其中不少规定与用户成员方的义务有相似之处。

#### （六）装运前检验的独立审议程序

各成员方应鼓励装运前检验机构和出口商双方共同解决其争议，任何一方都可将争议提交一个独立的审议机构，各成员方应采取所有可能的措施以确保这些程序由一个代表装运前检验机构的组织和代表出口商的组织联合组成的独立机构来管理。

## 第八节 《原产地规则协议》

### 一、原产地规则的定义，分类及适用范围

1. 原产地规则是各成员为确定货物的原产地而普遍适用的法律、法规和行政决定。各国依据国内法或地区性条约确定货物的原产地，目前还没有世界范围内统一的原产地规则。关于原产地规则的最重要的分类是优惠原产地规则和非优惠原产地规则，非优惠的原产地规则适用于原产于或运往所有其他国家（WTO 成员或非成员）的进出口货物的非优惠贸易措施的实施。而优惠原产地规则仅适用于协议性或非协议性贸易优惠计划实施。

优惠原产地规则和非优惠原产地规则的区别。

2. WTO《原产地规则协议》适用于约束各成员非优惠的原产地规则。协议第1条规定它适用于各成员实施GATT第1条、第2条、第3条、第11条和第13条下的最惠国待遇；GATT1994第6条下的反倾销税和反补贴税；GATT1994第19条下的保障措施；GATT1994第19条下的原产地标记要求；以及任何歧视性数量限制或关税配额等。还适用于政府采购和贸易统计。但是协议并没有提供一套统一的确定原产地的标准，而仅提供一个协调各成员原产地规则的计划纲要，以及在协调计划完成前的过渡期各成员实施原产地规则的纪律。

### 二、协调原产地规则的目标和原则

1. 原产地规则应平等适用于第1条所列目的。
2. 原产地规则应规定，一特定货物的原产地为完全获得该货物的国家；或该货物生产涉及一个以上国家，则为最后实质性改变的国家。
3. 原产地规则应是客观的、可理解的、可预测的。
4. 原产地规则不得用作直接或间接实现贸易政策的工具，不得对国际贸易产生限制、扭曲和破坏作用。
5. 原产地规则应以一致、公平、合理的方式管理。
6. 原产地规则应依据肯定标准。否定标准可用于澄清肯定标准。

### 三、过渡期内的纪律

在原产地规则协调工作计划完成之前，各成员应保证：

1. 在适用税则归类改变标准、从价百分比标准、加工工序标准时应分别明确规定税则目录中的子目或品目、计算百分比、有关货物原产地工序。
2. 原产地规则不得用作实现贸易政策工具，不得对国际贸易产生扭曲限制作用。
3. 适用于进出口货物的原产规则不得严于或用于确定货物是否属于国产货物的原产地规则。

4. 原产地规则应以一致、统一、公平合理的方式管理。
5. 原产地规则应以肯定性标准为依据，否定性标准是为澄清肯定性标准。
6. 与原产地有关的法律法规裁决应公布。
7. 应出口商进口商或任何人请求，各成员应在不迟于 150 天公布对有关货物原产地的评定意见。
8. 如对原产地规则修改或采用新的原产地规则，此类修改不得追溯实施。
9. 任何确定原产地的行政行为可由独立的司法、行政、仲裁程序审查。
10. 主管部门的保密义务。

## 第九节 《进口许可程序协议》

### 一、进口许可的定义和种类

依《进口许可证程序协定》第 1 条的规定，进口许可指为实施许可货物进入进口国成员而采用的行政管理程序。该制度要求进口商向有关行政机关提交申请或其他文件，作为货物进入进口成员关税领土的先决条件。进口许可证经常和数量限制措施配合使用，且主要用于限制进口，是一种非常重要的非关税壁垒措施。

### 二、进口许可证程序的相关原则

#### （一）不产生对贸易的扭曲

在《进口许可程序协定》前言部分规定进口许可程序不应产生对贸易的扭曲。此外，进口许可程序规则在适用上应不偏不倚，在管理上应公平、公正。

#### （二）透明度原则

#### （三）程序简化原则（第 1 条第 6 款）

#### （四）审批宽容原则

依《进口许可程序协定》第 1 条第 7、8 款的规定，如果申请文件中存在微小差错，只要这种差错不改变文件所包含的基本数据，进口方主管当局就不可因此拒绝其申请。

#### （五）自动进口许可制度

依《进口许可程序协定》第 2 条的规定，自动进口许可制度是进口申请在任何情况下均会获得批准的进口许可制度。

#### （六）非自动许可制度（第 3 条）

依《进口许可程序协定》第 3 条的规定，自动许可之外的进口许可制度即为非自动许可。

## 第十节 《与贸易有关的投资措施协议》

### 一、协议宗旨和约束范围

#### （一）协议的宗旨是取消对贸易有扭曲和限制作用的投资措施。

#### （二）适用范围

1. 协议是货物贸易多边协议，仅适用于与贸易有关的投资措施，不解决多边投资待遇和投资准入问题。

2. 协议不适用于服务贸易有关的投资措施。

3. WTO 多边贸易协议对投资的影响。

## 二、一般义务

(一) 禁止实施与 GATT 国民待遇原则不符的 TRIMS。当地成分要求，出口实绩要求。

(二) 禁止实施与 GATT 一般取消数量限制原则不符的投资措施。贸易平衡要求，外汇平衡要求，国内销售要求。

(三) ATT 所有例外条款适用于本协议。

### 复习与思考题：

- 1、根据《反倾销协定》，采取反倾销措施需要满足那些条件？
- 2、依《反补贴协定》，简述补贴的构成？补贴的分类？
- 3、根据 WTO 协议，各成员针对不同种类补贴产品进口可采取哪些措施？
- 4、WTO 与标准有关措施协议规定的各成员采取与标准有关措施方面应遵守的一般原则和规则？
- 5、试述 SPS 措施协定中规定对发展中国家成员方有哪些特殊待遇？
- 6、简述《海关估价协定》中规定的几种海关估价的主要方法？
- 7、原产地规则由哪几部分构成？
- 7、案例分析美国与欧盟含合成荷尔蒙的牛肉贸易争端

### 拓展阅读书目：

1. WTO 《反倾销协议》、《反补贴协议》、《技术贸易壁垒协议》、《动植物检疫措施协议》
2. GATT1994 相关条款
3. 中国加入 WTO 议定书、报告书
4. 石广生主编：《中国加入世贸组织知识读本》，人民出版社 2002 年 1 月出版。
5. 王传丽主编：《国际贸易法》，法律出版社，2005 年第三版。
6. 朱榄叶编著：《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》，法律出版社，2000 年出版。

## 第四章 货物贸易的部门协定

本章教学目的和基本要求：本章共分 2 节，主要涉及有关货物贸易的两个部门协定，即农业协定和纺织品协定。内容包括两个协定的一般规则、基本框架、主要内容和限制措施等。通过本章学习应掌握 WTO 农业协定和纺织品协定的主要内容。

学时分配：2 课时

**重点：**

1. 掌握农业协定的基本内容
2. 掌握纺织品协定的基本内容

### 第一节 《农业协议》

《农业协定》是 1986 年 9 月至 1994 年 4 月乌拉圭回合多边谈判最后文本的重要组成部分。《农业协定》是调整国际市场农产品贸易的重要法律文件。农业是特殊产业，具有特殊地位。WTO《农业协定》的主要内容包括序言、正文和附件三个部分。其中正文 21 个条款，附件 5 个是对《农业协定》在市场准入、国内支持和出口补贴方面作出的具体规定。《农业协定》主要涉及 3 个领域：市场准入、出口补贴和国内支持。

#### 一、市场准入

市场准入即开放市场的问题，具体到《农业协定》，即要求各国将农产品贸易中的非关税壁垒关税化，逐步降低农产品关税等。依《农业协定》第 4 条第 2 款规定：“各成员不得维持、采取或重新使用已被要求转换为普通关税的任何措施，除非第 5 条和附件 5 中另有规定。”即特殊情形下成员不受市场准入规定的约束，第 5 条涉及特别保障措施，附件 5 涉及特别处理规定。

#### 二、国内支持

市场准入、出口补贴和国内支持三者紧密联系，互为补充。国内支持处于枢纽地位，因为，国内支持会导致出口补贴和市场准入，出口补贴是为了销售剩余农产品，市场准入是为了保护国内农产品市场。WTO 下的农业支持依国内支持政策对农产品贸易或生产的扭曲程度，将其分为扭曲、扭曲作用很小、不扭曲的国内支持政策。

- (一) 绿箱支持
- (二) 蓝箱支持
- (三) 黄箱支持
- (四) 微量支持
- (五) “特殊和差别待遇条款”

#### 三、出口补贴

- (一) 受削减承诺约束的出口补贴
- (二) 受削减承诺约束的出口补贴
- (三) 出口补贴的举证责任

#### 四、“和平条款”

## 第二节 《纺织品与服装协议》

### 一、多种纤维协定产生的背景

由于纺织品和服装工业只需要较少的投资，属于劳动密集性产业，发展中国家在这一行业逐渐显示出了比较优势。1950 年以来，许多新独立国家的纺织业获得了很大的发展。为了保护本国的纺织业，以美国为首的发达国家以“市场扰乱”为由，开始对纺织品实施限制，导致纺织品贸易长期游离于 GATT 之外。1961 年 7 月，在关贸总协定主持之下，在日内瓦召开了有关纺织品贸易的国际会议，依美国所提出的草案，达成“国际棉纺织品贸易短期安排”。

### 二、《多种纤维协定》的主要内容

- (一) 第一个《多种纤维协定》
- (二) 第二个《多种纤维协定》
- (三) 第三个《多种纤维协定》

### 三、《纺织品与服装协定》

《ATC 协议》由 9 个条款加一个附件组成。乌拉圭回合谈判的 ATC 协议主要内容有：

- (一) 一般规则
- (二) 过渡期条款

过渡期条款主要包括三个方面的内容：

- 1, 通知条款。
- 2, 一体化比例。
- 3, 增长率。

- (三) 反规避条款

“反规避条款”规定转运、改变路线、谎报原产国和伪造官方文件等规避对协议执行的行为，缔约方应当充分合作解决。

- (四) 保障条款

过渡期保障措施条款规定当某一产品进入某一成员方的境内，且增加的数量对该国工业的同类或直接竞争产品造成严重损害或实际威胁，必须是证明这威胁和损害是由于该产品整个进口数量的增加，而不是由于其他诸如技术上的改变或消费者偏爱变化等因素造成的。则进口成员就可以使用“过渡期保障措施”。

- (五) 纪律条款

纪律条款规定所有成员方必须承担乌拉圭回合的具体义务，遵守 1994 年关贸总协定的规则和纪律。

- (六) 纺织品监督机构

为了监督协议的贯彻执行，负责审查按协议规定所采取的各项措施是否符合规定，以及须采取特殊要求的各种行动，世界贸易组织专门设立纺织品监督机构(TMB)。

### 复习与思考题：

- 1、《农业协定》由哪些主要条款组成？
- 2、简述《农业协定》中市场准入条款的主要内容？
- 3、根据《纺织品与服装协定》的规定，成员方实施过渡期保障措施时应符合哪些规定？

拓展阅读案例:

1. Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, DS161, 1 February 1999; DS169, 13 April 1999.
2. United States—Tax Treatment for“Foreign Sales Corporations, WT/DS108, 18 November 1997.
3. United States — Subsidies on Upland Cotton WT/DS267, 27 September 2002.
4. Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R and Corr.1, adopted 27 October 1999.

## 第五章 服务贸易

本章教学目的和基本要求：本章共分为2节，第一节，服务贸易总协定概念；第二节，服务贸易总协定的主要内容。通过本章学习应掌握国际服务贸易的分类；GATS 权利义务的主要规定和权利义务特点。

学时分配：4 课时

**重点：**

1. 掌握《服务贸易总协定》（GATS）的适用范围
2. 掌握国际服务贸易的特点，GATS 对国际服务贸易的分类
3. 掌握 GATS 规定的权利义务内容和特点
4. 理解国际服务贸易市场开放的现状，中国承担的义务

### 第一节 《服务贸易总协定》概述

#### 一、国际服务贸易特点，市场开放现状

##### （一）服务贸易的定义和特点

服务是服务提供者凭体力、智力、技能，借助一定的工具设施手段，在服务接受者参与下完成某种活动，以直接满足其需要的过程。国际服务贸易是各种类型服务的跨国交易。

服务贸易的特点：

1. 服务具有人和性，许多服务都是在服务提供者和接受者的互动沟通中完成，服务质量虽受一定设施和工具规模影响，更直接取决于服务提供者的态度和素质。
2. 服务具有环境依赖性，服务对服务提供者所处的投资环境，基础设施环境，政府法制环境，人文环境，消费习惯更有依赖性。
3. 许多服务是无形的，各国很难统计出真实的服务贸易量。
4. 许多服务贸易的发生不需要人员、货物跨国境，对服务贸易的管理不能依靠边境措施，而只能依靠法律、行政措施。
5. 国际服务贸易涉及广泛的社会政策问题，具有监管的复杂性。

##### （二）服务贸易市场开放的限制

开业权限制；经营权限制；税收限制；补贴；外汇管制；公民出入境限制。

### 第二节 GATS 框架协议的主要内容

#### 一、定义和适用范围

协议适用于各成员影响服务贸易所采取的措施。服务包括任何部门的任何服务，但政府提供的职能服务除外。影响服务贸易的措施包括：服务的购买、支付或使用；与提供服务有关的要求各成员向公众普遍提供的服务的获得和使用；一成员个人为在另一成员境内提供服务的存在，包括商业存在。

协定按提供服务时当事人的所在领土界限将服务贸易分为四种类型。过境交付、境外消费、商业存在、自然人流动的含义。

## 二、框架协议，各成员义务特点

GATS 框架协议规定的义务分为两类：一类是一般性义务，适用于各成员所有服务部门及服务贸易措施，不论是否把它们列入国家具体承诺表；另一类是具体承诺的义务，即国民待遇和市场准入，这类义务性规定仅适用于各成员在国家具体承诺表列出的部分与分部门，并在所列举的条件、范围内适用，对未列举的服务业范围不适用，这是 GATS 的主要特点。

## 三、一般性义务条款，最惠国待遇，透明度，国内管制，资格承认和协调

### （一）最惠国待遇

GATS 第 2 条规定，每一成员应该立即无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者不低于它给予其他国家类似的服务和服务提供者的待遇。

GATS 最惠国待遇的适用范围：

- 1, 给惠对象是另一成员的服务和服务提供者
- 2, 给惠标准是“不低于”
- 3, 给惠参照是“给予其他国家类似服务和服务提供者的待遇”；

GATS 最惠国待遇的特点：

- 1, 适用范围的特点
- 2, 给惠具有普遍性的；
- 3, 给惠具有灵活性。

GATS 两类例外条款：一类是自选的例外，一成员可援用第 2 条第 2 款作最惠国待遇保留。另一种是普遍的永久性例外，包括边境贸易例外；地区贸易集团例外；一般例外；安全例外；政府采购例外；适用于具体承诺的国际收支平衡例外；GATS 不适用于影响自然人进入另一成员的就业市场，不适用于涉及公民权、居留权和永久性受雇。

### （二）透明度

（三）国内管制，GATS 承认各成员政府对本国服务贸易管理权允许通过实施国内法履行具体承诺对已承担义务的部门成员应确保影响服务贸易的措施在合理客观公正情况下实施。

（四）资格承认和协调，主要义务性规定。

（五）垄断及限制性商业惯例，成员主要权利义务。

## 四、具体承诺义务，国民待遇，市场准入

关于市场准入，第 16 条规定，各成员给予其他成员的服务和服务提供者的待遇不低于根据其承诺清单中所同意的和详细规定的期限，限制和条件所提供的待遇。各成员市场开放承诺方式,总体承诺和具体承诺的含义。承诺方式,无条件限制、有条件限制、非约束。

关于国民待遇，第 17 条规定，各成员应在其承诺清单中所述服务部门或分部门，并且根据其所述的任何条件、资格给予其他成员服务、服务提供者不低于给予本国相同服务、服务提供者待遇。

应注意 GATS 普遍的永久性例外同样适用于具体承诺义务。这些例外包括边境贸易例外，经济一体化安排例外，一般例外，安全例外。此外关于国际收支平衡的例外适用于具体承诺义务。

### 复习与思考题：

1. 《服务贸易总协定》（GATS）的适用范围？
2. 国际服务贸易有哪些特点？GATS 对国际服务贸易如何分类？
3. GATS 规定的权利义务内容和特点？

拓展阅读书目和案例：

1. WTO 《服务贸易总协定》
2. Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services , WT/DS204/R , 2 April 2004
3. United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (Recourse to Article 21.5 of the DSU by Antigua and Barbuda)
4. United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services , WT/DS285/R , 10 November 2004.

## 第六章 《与贸易有关的知识产权协定》

本章教学目的和基本要求：本章共分为2节，即《与贸易有关的知识产权协定》产生的背景及其主要内容。该协定的订立扩大了多边贸易制度的调整范围，不同于以往的知识产权公约，使与贸易有关的知识产权保护进入了更高的层次。通过本章学习应掌握与贸易有关的知识产权问题。

学时分配：4课时

重点：

1. 掌握《与贸易有关的知识产权协定》的特点
2. 掌握《与贸易有关的知识产权协定》的保护标准

### 第一节 《与贸易有关的知识产权协定》的产生

协议产生背景，知识产权保护作为贸易问题原因：

1. 某些国家和地区盗版侵权泛滥。
2. 各国知识产权法和知识产权保护政策的不同妨碍国际保护。
3. WIPO 不能发挥有效作用。

### 第二节 《与贸易有关的知识产权协定》的内容

#### 一、宗旨和总则

##### （一）宗旨

1. 为减少国际贸易扭曲和阻碍，有必要保护知识产权；同时确保知识产权保护不构成对合法贸易的障碍；
2. 承认知识产权是私有权，承认各国知识产权保护制度的基础和政策目标，包括发展技术目标；
3. 知识产权新规则必须包括在多变框架内，有关争议在多变框架内解决。

##### （二）普遍义务和保护范围

1. 各成员均应使本协议的规定生效。各成员可以但无义务实施比本协议更广泛保护。各成员有权在各自法律框架下实施本协议。
2. 在知识产权保护方面，各成员必须遵守巴黎公约、伯尔尼公约、罗马公约的实质义务。协议保护的7个方面主题。
3. 各成员不得减损根据原有知识产权保护公约承担的现存义务。

##### （三）国民待遇、最惠国待遇

1. 国民待遇，各成员在知识产权保护方面应给予另一成员国民的待遇不低于其给予本国国民的待遇。TRIPS 协议国民待遇在给惠对象、给惠标准、给惠参照、给惠范围的特点。国民待遇例外。
2. 最惠国待遇，在知识产权保护方面，一成员给与其他国家国民的任何利益、优惠、特权、豁免应立即无条件地给予所有其他成员的国民。最惠国待遇原则在给惠对象、给惠标准、给惠参照、给惠范围的特点。TRIPS 协议确立这一原则的意义。

#### 二、各个知识产权主题的保护

##### （一）版权及相关权利

1. 将伯尔尼公约纳入，成为普遍义务，但不保护精神权利。
2. 提出版权保护原则。
3. 将罗马公约规定的邻接权纳入，实现这方面保护的协调。
4. 将计算机软件纳入版权保护范围。
5. 延长某些作品保护期。
6. 承认权利人的出租权。

#### (二) 专利

1. 授予专利的范围和条件。
2. 专利独占权范围。
3. 专利保护期为申请之日起 20 年。
4. 关于药品和农用化学品保护
5. 对强制许可的限制。
6. WTO《TRIPS 与公共健康多哈部长会议宣言》的内容。

#### (三) 商标，地理原产地标识

1. 商标定义。
2. 允许不同的商标授予制度，但实际使用不得作为商标注册的条件。
3. 禁止商标强制许可。
4. 注册商标有效期为 7 年，可无限期续展。。
5. 扩大驰名商标保护范围。
6. 保护地理原产地标识。

#### (四) 其他保护主题，许可协议的反竞争行为控制

1. 对集成电路布图设计的保护范围。
2. 对外观设计的保护。
3. 商业秘密保护。
4. 许可协议反竞争行为控制，单方回授、不异议、强制一揽子许可。

### 三、知识产权保护的实施及争议解决

#### (一) 一般义务，救济制度建立，程序要求

(二) 对商业领域故意假冒商标盗版侵权的刑事程序，知识产权保护的民事行政程序。

(三) 临时措施。

(四) 边境措施。

#### 复习与思考题：

1. 如何理解《与贸易有关的知识产权协定》与其纳入的公约之间的关系？
2. 《与贸易有关的知识产权协定》中的国民待遇义务？
3. 《与贸易有关的知识产权协定》规定了哪些实施措施？

#### 拓展阅读书目和案例：

- 1, 《与贸易有关的知识产权协定》
- 2, Canada-Patent Protection Term, DS170/R, 5 May 2000, DS170/AB/R, 18 September 2000; adopted on 12 October 2000.
- 3, European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (Complainant: United States) DS174, 1 June 1999. DS290, 17 April 2003.

## 第七章 诸边贸易协议

本章教学目的和基本要求：本章共分为3节，即《政府采购协定》、《民用航空器贸易协定》和《信息技术协定》。这三个协定属于诸边协定，即WTO成员方可以参加也可以不参加。通过本章学习应掌握三个诸边协定的基本内容。

学时分配：3课时

**重点：**

1. 掌握《政府采购协定》的基本内容
2. 掌握《民用航空器贸易协定》的基本内容
3. 掌握《信息技术协定》的基本内容

### 第一节 《政府采购协定》

#### 一、政府采购协定的产生

#### 二、《政府采购协定》的基本内容

《政府采购协定》由两大部分组成，第一部分包括序言和24个条款，第二部分为附录。

##### （一）基本目标

##### （二）基本原则

- 1、国民待遇原则和非歧视待遇原则。
- 2、透明度原则。
- 3、对发展中国家的优惠待遇原则。
- 4、例外原则。

##### （三）适用范围

《政府采购协定》第1条规定，该协定适用于与协定附件清单1所列实体所从事的任何采购活动相关的任何法律、法规、程序或做法。有关附件清单是缔约方通过谈判所达成的减让承诺清单。概括起来，该协定的适用范围从下列方面确定：

- 1, 采购主体
- 2, 采购对象
- 2, 采购限额

##### （五）采购方式

《政府采购协定》规定采购方式主要有以下四类：

- 1, 公开招标采购
- 2, 选择性招标采购。
- 3, 限制性招标采购
- 4, 谈判式采购

##### （六）采购预告

采购预告或称“拟购通告”是采购实体将本年度纳入政府采购范围的项目预先在指定的刊物上发布，引起有意参与的供应商的注意。

##### （七）质疑程序

《政府采购协定》设置了独特的双重救济体制，即国内质疑程序和诉诸DSB的争端解决机制。

## 第二节 《民用航空器贸易协定》

《民用航空器贸易协定》于 1979 年 GATT 东京回合达成,于同年 4 月 12 日在日内瓦完成签署,于 1980 年 1 月 1 日起生效。1992 年期间美国与欧盟共同体签定双边航天协议,曾约定合力将双边协议的精神纳入 1986 年 GATT 乌拉圭回合新的《民用航空器贸易协定》中。但至 1993 年 12 月 15 日乌拉圭回合谈判终了为止,《民用航空器贸易协定》新草案的制订工作并未完成。直到 1994 年 4 月 15 日摩洛哥马拉喀什部长级会议,才以诸边贸易协议的方式直接将民用航空器贸易协定列入 WTO 之管辖范围,但只对接受该协议的签约国有效。

### 一、协定的宗旨

### 二、适用的产品范围

依协定第 1.1 条的规定,该协定适用于下列产品包括:(1)所有民用航空器;(2)所有民用航空器发动机及其他零件部件;(3)民用航空器的所有其他零件、部件及组件;(4)所有地面飞行模拟机及其零件和部件。

### 三、关税和其他费用

协定第 2 条划定了取消关税的产品范围,包括客机、直升飞机、滑翔机和地面飞行模拟机到食品加热器以及氧气面罩等。

### 四、技术性贸易壁垒

依 3.1 条,在有关上民用航空器产品的贸易技术标准方面,各缔约方应遵守《技术性贸易壁垒协定》的规定。此外,各缔约方之间的民用航空器认证要求及关于操作和维修程序的规格,也应依《技术性贸易壁垒协定》的规定执行。

### 五、民用航空器贸易中的政府行为

- (一) 民用航空器的购买者有权根据商业和技术因素选择供应商
- (二) 贸易限制
- (三) 补贴和航空器定价
- (四) 地区和地方政府

### 六、监督、审议、磋商和争端解决

- (一) 设立民用航空器委员会
- (二) 审议
- (三) 磋商和争端解决

## 第三节 信息技术协定

1997 年 3 月 26 日,共 40 个国家和单独关税区签署了《信息技术协定》,该协定于 1997 年 4 月 1 日生效。《信息技术协定》旨在分阶段将信息技术产品的关税削减至零。该协定主要涉及计算机、电讯产品、半导体、半导体制造设备、软件和科学仪器 6 大类共 200 多种产品,

## 一、ITA 的基本原则

ITA 的基本原则为：第一，.宣言中所列出的所有产品必须被覆盖。第二，所有产品必须被削减至零税率水平。第三，所有其它的税收与费用必须为零,在产品覆盖范围上不存在例外,但对于敏感产品,可以延长降税实施期。

## 二、ITA 的适用范围

ITA 规定从 1997 年 7 月 1 日起至 2000 年 1 月 1 日,分四个阶段降低关税,每个阶段降低 25%,最后实现进口零关税。ITA 涉及的产品很广泛,约 300 多个税号,还将继续追加新品目。主要是电子产品和部分仪器仪表产品。

## 三、正常实施期

依《信息技术协定》的规定,从 1997 年 7 月 1 日开始,分 4 个阶段等额降低关税和相关收费,每年降低 25%。

## 四、信息技术委员会

为了督促《信息技术协定》各参加方有效执行协定,WTO 专门设立了信息技术委员会。

### 复习与思考题:

1. 诸边协定的特点?
2. 试论《政府采购协定》中采购主体?
3. 《民用航空器贸易协定》的适用范围?

拓展阅读书目和案例:

- 1,《政府采购协定》
- 2,《民用航空器贸易协定》
- 3,《信息技术协定》

3, Korea-Measures Affecting Government Procurement,WT/DS163/R,1 May 2000, adopted on 19 June 2000.

4, European Communities and its Member States — Tariff Treatment of Certain Information Technology Products, EC- IT Products, WT/D S 375,28 May 2010.

## 第八章 WTO 的三项机制

本章教学目的和基本要求：本章共分为 3 节，即 WTO 的决策机制、WTO 的争端解决机制和 WTO 的贸易政策审议机制。通过本章学习应掌握 WTO 三个机制的基本内容。

学时分配：4 课时

**重点：**

1. 掌握 WTO 的决策机制的基本内容
2. 掌握 WTO 的贸易政策审议机制的基本内容
3. 掌握 WTO 的争端解决机制的基本内容

### 第一节 WTO 的决策机制（此节太短，建议放到第一章运行机制中）

世界贸易组织在决策机制上继续遵循了关贸的协商一致的作法。即世贸组织在进行决策时，主要遵循“协商一致”的决策惯例。

- 一、条款的解释
- 二、豁免问题
- 三、修正案问题
- 四、对《关于争端解决规则与程序的谅解》的修正

### 第二节 WTO 的贸易政策审议机制

#### 一、贸易政策评审机制的目的和作用

贸易政策评审机制（Trade Policy Review Mechanism，简称 TPRM）是世贸组织总结关贸总协定为了更好地实施世贸组织法进行的积极尝试。

#### 二、审议机构

贸易政策的审议是通过贸易政策审议机构(Trade Policy Review Body，简称 TPRB)来进行的。贸易政策审议机构在形式上是总理事会，由世贸全部成员方组成，并召集贸易政策审议会议。

#### 三、审议频率

世界贸易组织成员均需受到贸易政策的定期审查。但各成员的审议频率是不同的，各成员接受审议的频率通常是依该成员在多边贸易体制中的地位来确定的，这种地位又是依各成员在最近一个具有代表性时间中占世界贸易的份额来确定的。

#### 四、审议程序

世界贸易组织的贸易政策审议分为五个阶段，即磋商、报告的制定、报告的完成和上交、召开审议会议、审议资料汇总出版。

#### 五、审议的范围

贸易政策机制审议的范围为 WTO 的所有成员方的贸易政策与措施、贸易政策的背景及能够影

响贸易的一切行为或行动。

### 第三节 WTO 的争端解决机制

#### 一、争端解决机制的建立

- (一) 争端解决模式
- (二) GATT 争端解决机制的革新

#### 二、WTO 争端解决机制主要内容

##### (一) DSU 规则、程序的适用范围

DSU 适用于除《贸易政策评审机制》以外的包括《建立世界贸易组织协议》以及 DSU 本身在内的所有 WTO 框架协议实施引起的争议解决。DSU 适用于解决成员之间的在 WTO 协议下的争议。

##### (二) 争端解决原则和目标

保护权利义务原则，一体化争议解决原则，协商原则，公平合法性原则的含义。争端解决的首要目标和替代手段。

##### (三) 争端解决程序

###### 1. 磋商、调解、仲裁

磋商阶段的时限。

整个争端解决过程的时限。

请求建立专家小组的法定条件。仲裁适用范围：仲裁适用于解决涉及双方已明确界定的问题引起的争议，并且双方同意用仲裁方式解决该争议。

在所有争端解决方式和步骤中，磋商是必经程序，是专家组审理的前置，磋商也是整个争议解决过程都可采取的方式。调解、仲裁是可选择的争议解决方式。

###### 2. 专家小组审理

专家小组职权、工作程序。

专家小组建立和审理案件的时限。最后报告的生效。反向意思一致的通过方式。

###### 3. 上诉机构审理，上诉机构审理范围

###### 4. 争端解决机构裁决的执行及其监督

执行专家小组或上诉机构报告的三种方式。

##### (四) 非违法之诉，GATT 第 23 条第 1 款关于非违法之诉的规定。

非违法之诉在 WTO 框架下适用范围。它不适用于《建立世界贸易组织协定》和 DSU 本身的实施引起的争议。

##### (五) WTO 争端解决机制对国际法的影响，对 WTO 争端解决机制的评价。

#### 复习与思考题：

1. 贸易政策评审机制审议的范围？
2. WTO 争端解决规则适用范围，争端解决机制的性质和特点？
3. WTO 争端解决机制的在 WTO 体制中占据何种地位？它对国际法理论有何影响？

#### 拓展阅读书目：

- 1, WTO 《关于争端解决规则和程序的谅解》
- 2, World Trade Organization: Understanding the WTO, WTO Information and Media Relations Division, Third Edition, 2005
- 3, Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44, 13 June 1996.

## 第九章 WTO 多哈发展议程（请晓霞补内容）

第一节 多哈新一轮谈判的发起及谈判主要议题

第二节 多哈新一轮谈判的中期评估及《框架协议》的达成

第三节 香港会议及多哈回合谈判无限期中止

第四节 多哈回合谈判重启后的进展及前景展望

复习与思考题：

- 1.
- 2.

拓展阅读书目和案例：

- 1,

## 第十章 WTO 与中国

本章教学目的和基本要求：本章共分为 2 节，即中国入世的历程和中国入世法律文件的主要内容。通过本章学习应掌握中国入世法律文件的基本内容。

学时分配：4 课时

**重点：**

1. 掌握中国入世基本文件的基本内容
2. 了解中国入世的历程

### 第一节 中国加 WTO 的历史进程

- 一、第一阶段（从 1986 年 7 月中国提出复关申请到 1989 年 6 月）
- 二、第二阶段（从 1989 年 6 月至 1992 年 2 月）
- 三、第三阶段（1992 年至 1995 年底）
- 四、由复关变入世（1995 年至 2001 年）

### 第二节 中国“入世”法律文件的主要内容

- 一、中国加入 WTO 谈判形成的文件及各文件之间的关系
- 二、中国加入议定书的基本内容

《中国加入议定书》是确定中国作为 WTO 的新加入方，所享有的权利和所承担的义务的法律文件。包括：总体情况、贸易制度的实施、透明度、司法审查、非歧视、特殊贸易安排、国营贸易、非关税措施、进出口许可程序、价格控制、补贴、对进出口产品征收的税费、农业、技术性贸易壁垒、卫生与植物卫生措施、确定补贴和倾销的价格可比性、特定产品过渡性保障机制、WTO 成员的保留、过渡性审议机制、减让表等内容。

**复习与思考题：**

1. 简述中国入世法律文件之间的关系
2. 试述特定产品过渡性保障机制

**拓展阅读书目和案例：**

- 1, China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363. 10 April 2007.
- 2, China — Measures Affecting Imports of Automobile Parts DS340 30 March 2006.
- 3, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R and Corr.1, WT/DS395/R and Corr.1, WT/DS398/R and Corr.1, circulated to WTO Members 5 July 2011.