

研究生教学用书

教育部研究生工作办公室推荐

国际经济法学专论

(下编 分论)

*Problems of International
Economic Law*

(Part II Chapters in Specific)

陈 安 主编

高等教育出版社

76

0-22

640
2

研究生教学用书

教育部研究生工作办公室推荐

国际经济法学专论

(下编 分论)

Problems of International Economic Law

(Part II Chapters in Specific)

陈安 主编

高等教育出版社

目 录

下编 国际经济法学分论

第六章 国际贸易法	449
第一节 概述	449
一、调整国际商事交易活动的法律规范	450
二、国际货物贸易的国家管理规范和国际协调规则	458
三、国际技术贸易的国家管理规范和国际协调规则	473
四、国际服务贸易的国家管理规范和国际协调规则	479
第二节 世界贸易组织的法律框架	491
一、世界贸易组织的建立及其特点	491
二、世界贸易组织法律框架的基本内容	492
三、世界贸易组织的基本法律原则	504
第三节 国际商事合同法的统一化与中国的合同法	506
一、商事合同法国际统一化的原因	506
二、商事合同法国际统一化的进程	508
三、商事合同法国际统一化与中国的合同法	522
第四节 国际贸易惯例的新发展——INCOTERMS 2000	528
一、《Incoterms 2000》对《Incoterms 1990》的修改	529
二、《Incoterms 2000》的主要内容	533
三、适用《Incoterms 2000》应注意的法律问题	536
第五节 电子商务的法律规范	537
一、电子商务的概念	538
二、电子商务的法律问题	540
三、全球电子商务立法概况	544
四、电子商务的法律规范	549
第六节 国际反倾销法的发展及中国的对策	559
一、国际贸易中的倾销与反倾销立法	559
二、国际反倾销法晚近的发展	565
三、WTO 体制下中国的反倾销法律对策	573
第七节 信用证欺诈的法律问题	576
一、信用证欺诈及其表现形式	577
二、信用证欺诈发生的原因	580
三、信用证欺诈的法律救济——欺诈例外原则	581

四、欺诈例外原则的适用问题	583
第七章 国际投资法	588
第一节 概述	588
一、国际投资与国际投资法的概念	588
二、国际投资法的渊源	589
三、国际投资法各类渊源的联系与互补	596
第二节 南北矛盾与国际投资法的晚近发展趋势	616
一、以往南北纷争的焦点与对国际投资的法律保护	616
二、南北利益的驱动与晚近国际投资自由化的缘起	621
三、南北矛盾的表现与国际投资自由化的进程	626
四、国际投资自由化趋势与中国的对策	631
第三节 多边投资担保机构的比较优势及新世纪的发展战略	633
一、多边投资担保机构的普遍比较优势	634
二、多边投资担保机构的特殊比较优势	645
三、多边投资担保机构的新世纪发展战略	652
第四节 《多边投资协定》与双边投资条约的比较	657
一、关于适用范围	658
二、关于外资待遇标准	660
三、关于对外资的保护	663
四、关于投资自由化	666
五、关于投资争端解决	672
第五节 国有化和征收的理论与实践	678
一、国有化和征收的概念	678
二、国有化或征收的合法性	680
三、国有化或征收的补偿标准	684
第六节 中国对外商投资企业实行国民待遇的问题	692
一、中国对外商投资企业实行国民待遇的含义	692
二、中国对外商投资企业实行国民待遇的态势	701
第七节 中国外资法的“市场经济型”发展	710
一、“市场经济型”外资法的涵义	710
二、中国外资法向“市场经济型”发展的主要表现	712
三、中国外资法“市场经济型”发展的重要意义	732
第八节 中国外资法体系的特征与重构问题	735
一、外资法与外资法体系的概念	735
二、中国外资法体系的主要特征	736
三、中国外资法体系的重构问题	739
第八章 国际货币金融法	744
第一节 概述	745

一、国际货币体制	745
二、国际证券法律制度	751
三、国际贷款法律问题	762
四、国际融资担保法律问题	770
五、国际金融监管法律问题	770
第二节 国际货币金融制度的重构及相关的法律问题	772
一、现代国际货币制度的现状及其重构	772
二、国际金融活动及其监管新课题	784
第三节 国际货币基金组织运行机制的主要特征及发展趋向	789
一、国际货币基金组织运行机制的主要特征	789
二、国际货币基金组织运行机制的基本走向	797
第四节 证券立法及证券监管权的域外效力——以美国的 法律与实践为中心	807
一、证券交易法的域外效力	807
二、对违法国际证券行为的监管——证券监管权的域外行使	819
第五节 国际融资租赁法律问题	824
一、融资租赁合同关系	824
二、国际融资租赁的法律特征	825
三、国际融资租赁当事人的权利与义务	829
四、我国涉外融资租赁的法律问题	832
第六节 国际融资担保的创新及其法律问题	835
一、浮动担保及其法律问题	835
二、让与担保及其法律问题	838
三、独立性担保及其法律问题	840
第七节 跨国银行监管的国际比较研究	847
一、跨国银行国际监管的提出	847
二、跨国银行监管责任的划分	848
三、跨国银行监管标准的统一	849
四、跨国银行监管责任的再安排	853
五、巴塞尔监管体制的新发展	854
六、欧、美、日的跨国银行监管法律与实践	858
第九章 国际税法	861
第一节 概述	861
一、国际经济交往的发展和国际税收关系的产生	861
二、国际税法的概念和国际税收法律关系的特征	863
三、关于国际税法概念的认识分歧	868
第二节 税收管辖权与国际重复征税	872
一、税收管辖权及其表现形式	872

二、国际重复征税的概念范围	878
第三节 避免双重征税协定与国内税法的关系	884
一、避免双重征税协定的历史发展	884
二、避免双重征税协定的主要内容	886
三、避免双重征税协定的法律特征	891
四、避免双重征税协定与缔约国国内税法的关系	898
第四节 跨国营业所得的国际税收协调	901
一、常设机构原则	901
二、常设机构的概念和范围	904
三、常设机构的利润确定	912
四、跨国电子商务发展对常设机构原则的挑战及其对策	918
第五节 外国税收抵免与国际税收饶让	930
一、外国税收抵免的概念和抵免限额的确定	930
二、中国所得税法上的外国税收抵免制度	936
三、间接抵免制度及其在中国采行的必要性	938
四、国际税收饶让抵免及其争议问题	943
第六节 跨国关联企业转移定价行为的法律管制	946
一、跨国关联企业的转移定价行为	946
二、管制关联企业转移定价的原则和方法	949
三、转移定价税制的新发展	955
第十章 国际海事法	960
第一节 概述	960
一、国际海事法的名称和调整对象	960
二、国际海事法的性质	962
三、国际海事法的渊源	963
四、国际海事法的形成、发展和当代发展趋势	965
第二节 船舶的法律特征与船舶物权	972
一、船舶的法律定义和法律特征	972
二、船舶物权——所有权和各种担保物权	976
第三节 国际海上货物运输合同的比较研究	990
一、国际海上货运概说	990
二、班轮运输合同	993
三、租船合同	1006
四、海上拖航合同	1017
五、多式联运合同	1020
第四节 船舶碰撞制度	1024
一、船舶碰撞的概念与种类	1024
二、船舶碰撞的责任原则	1028

三、船舶碰撞的损害赔偿·····	1031
第五节 海难救助制度及其新发展·····	1035
一、海难救助概说·····	1035
二、海难救助成立的要件·····	1039
三、救助报酬·····	1043
四、被救船船长在救助作业中的地位和应注意的事项·····	1045
五、有关的国际公约·····	1046
第六节 共同海损制度及其发展前景·····	1049
一、共同海损制度的产生与发展·····	1049
二、共同海损与过失的关系·····	1052
三、共同海损与单独海损·····	1055
四、对共同海损制度前景的探讨·····	1056
第七节 海事赔偿责任限制·····	1060
一、海事赔偿责任限制概说·····	1061
二、海事赔偿责任限制制度的内容·····	1063
三、海事赔偿责任限制的国际公约·····	1064
后记·····	1071

下编

国际经济法学分论

第六章 国际贸易法

第一节 概 述

虽然人们在理论上都认同,国际贸易法是调整国际贸易关系的法律规范的总称,但对于国际贸易法的性质和内涵范围,还存在着认识分歧。

许多西方学者认为,国际贸易法纯属私法的范畴,是那些调整地位平等的国际商事交易当事人之间贸易关系的法律规范的统称,不包括各国政府干预和管制商人们进行国际商事交易活动的公法性质的规范。^①其法律渊源范围,也仅限于国际条约和国际贸易惯例这两类国际法规范,不包括各国有关的国内法规范。^②关于国际贸易法的调整对象,即国际贸易关系涉及的范围,有人主张只限于有形商品的贸易关系,不涵盖无形的技术交易和服务贸易关系。^③而有的学者则认为国际贸易法不仅规范国际货物、技术和服务贸易,而且调整国际投资和国际支付等经济关系。^④国内多数的国际贸易法学者主张国际贸易法不仅包括与贸易有关的国际条约和国际商业惯例这些国际法规范,而且包括各国有关国际贸易的国内法规范,是一个既有横向调整国际商事交易关系的私法性规范,也有纵向的各国政府协调管理国际贸易行为的公法性规范的综合

① 如著名的国际贸易法专家,英国的施米托夫(Clive M. Schmittoff)教授认为:“国际贸易法不是在公法方面调整此项关系(国际贸易关系),而是在私法方面,如国际货物买卖、陆上、海上和航空运输、保险和国际银行业务等方面,实现对国际贸易关系的调整。”见施米托夫著、赵秀文译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第32页。

② 参见施米托夫著、赵秀文译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第249页。

③ 参见左海聪、陆泽峰:《国际贸易法学》,武汉大学出版社1997年版,第5~6页。

④ Hans V. Houtte, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, 1995, pp.2~4.

性的法律体系。^①就国际贸易法调整的国际贸易关系的客体内容而言,除了传统的国际货物交易关系外,还应当包括国际技术贸易关系和国际服务贸易关系。^②本节分别概述构成国际贸易法这一综合性法律体系的各部分法律规范的主要内容。

一、调整国际商事交易活动的法律规范

国际贸易法中这部分适用于调整横向的国际商事交易关系的法律规范,具体包括各国政府制定的调整国际商事交易关系的国内商事法规、统一规范有关国际商事交易关系的国际公约或协定以及商人们在国际贸易实践中逐渐形成的国际贸易惯例(international trade usage)这三类性质和效力范围不同的法律规范。

(一) 各国调整国际商事交易的国内法规范

国际商事交易发生在不同国籍或营业场所位于不同国家的当事人之间,在不同国家履行,涉及不同国家的法律。各国法律传统不同,对国际商事交易的调整规则也有很大的不同。

发达国家对国际商事交易一般都适用与国内商事交易相同的法律,这些国家国内民法中有关合同、买卖、代理、行纪、信托、票据、海商、保险等法律制度的规定,同样也适用于相应的国际商事交易行为。属于大陆法系的法国、德国和日本等国采取民商分立制,上述可适用于调整国际商事交易关系的有关法律制度规定,分别见载于这些国家的民法典和商法典的有关篇章中。这些实行民商分立制的国家,以民法为普通法,把商法称作特别民法。凡商法典有特别规定的事项,应适用商法典中的有关规定,至于商法典中未予规定的事项,则适用普通民法的原则处理。同属大陆法系的瑞士、荷兰、意大利等国则实行民商合一制,没有另外单独制订商法典。调整有关商事交易行为的法律规则,主要体现在其民法典的有关章节条款规定中。

以英国和美国法律制度为代表的英美法系,是与大陆法系具有不同特征的法律体系。^③在英美法系国家,不存在大陆法系那种民法与商法

^① 国内冯大同教授主编的《国际贸易法》(北京大学出版社1995年版),王传丽教授主编的《国际贸易法》(法律出版社1998年版),以及周汉民教授主编的《国际贸易法》(上海教育出版社1995年版),均是从这样一种综合性的法律规范体系来阐述说明国际贸易法的范围与内容。

^② 参见单文华主编:《国际贸易法学》,北京大学出版社2000年版,第3~5页。

^③ 关于英美法系与大陆法系的主要区别特征,可参见沈达明、冯大同、赵宏勋编:《国际商法》,对外贸易出版社1982年版,第3~39页。

的区别,普通法和衡平法都调整民事和商事关系。普通法和衡平法都属于判例法的范畴,它们体现为各级法院通过判例形式所确立的法律原则和规则。其中有关民商事案例所确立的法律规则,至今在英美法系国家发挥着规范、调整国际民商事交易关系的重要作用。进入 20 世纪后,随着社会关系和国家活动日益复杂化,国家机关的立法活动大大加强,在英美法系国家,成文法逐渐成为重要的法律渊源,并开始在规范包括商事交易关系在内的社会生活关系中发挥日益重要的作用。在这方面,具有代表性的是英国《1893 年货物买卖法》(Sale of Goods Act, 1893)。该法是在总结了数百年来英国法院有关货物买卖案件判例的基础上制定的,分为契约的成立、契约的效力、契约的履行、卖方对货物的权利、违约诉讼等 6 个部分共 64 条,对英美法系其他国家的货物买卖法产生了重要影响。该法自颁布以来曾作过多次修订,现行有效的为 1979 年修订本。美国有关商事交易的成文法典则是著名的《统一商法典》(Uniform Commercial Code, 简称 UCC)。《统一商法典》并不是由美国立法机关国会通过的严格意义上的成文法,而是由作为民间组织的美国法学会和美国政府设立的统一州法全国委员会联合拟定的一个商事法律草案文本,提供给美国各州议会讨论通过。该法典于 1952 年公布,几经修订,现行的是 1999 年修订后的文本。美国是联邦制国家,有关州范围内商事贸易事项的立法权原则上归属于各州议会。目前美国 50 个州均已通过立法程序采用了这部《统一商法典》,它实际上已成为调整美国国内和国际商事交易关系最重要的成文法典。

有些国家出于历史和国情的原因,对国际商事交易不适用与国内商事交易相同的法律,它们往往制订专项法律来调整国际商事交易活动,形成国际商事交易法与国内商事交易法的并行。

中国在改革开放初期是实行国际、国内商事交易立法双轨制的国家。进入 20 世纪 90 年代以后,随着社会主义市场经济体制的逐步确立,国际商事交易法与国内商事交易法的区分逐渐淡化。这个时期以来中国陆续出台的一系列重要民商事法律,如 1993 年的《公司法》、1992 年的《海商法》、1995 年的《票据法》和《保险法》等,既调整国内商事交易,也规范国际商事交易关系。而 1999 年《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的颁布则是内外两套合同法制度并轨的标志。

各国商人都以签订合同的方式进行商事交易活动,这种国际商事交易合同就存在着一个应该适用哪个国家的民商事法律来调整支配当事人之间的合同关系问题。在国际商事合同的法律适用问题上,各国民商事法律都普遍遵行这样两条基本的原则:

1. 当事人意思自治原则

当事人意思自治原则是法律赋予合同当事人的一种特殊权利。其特点是：(1) 使合同当事人有权选择确定支配他们所订立的合同的法律；(2) 它的实际作用的发生，是以合同当事人选择法律的行为为前提的；(3) 它使支配合同的法律同地域脱离了固定的联系。

在当今世界，这个原则已经成为各国普遍接受的、用以解决国际商事合同法律适用问题的基本原则。但各国对当事人选择法律的方式有时会加以限制，其做法有：(1) 只承认明示的法律选择，不承认任何默示的法律选择。(2) 有限度地承认默示的法律选择。(3) 依据案件的各种情况推定合同当事人默示选择法律的意图。有的国家的司法实践表明，如果合同当事人对解决他们之间争议的地点已选择在该国，即可认为当事人已默示选择了该国法为合同的准据法；其他可作为推定的依据还有：当事人对合同格式、用语及合同中特有法律术语的选择，合同当事人的住所、国籍、合同标的的特点及位置等。

通过当事人意思自治，只要双方当事人协议选择了某一个国家的法律，这个国家的法律就是规范该项国际商事交易的法律规则；如果双方协议选择了国际公约，该国际公约就是规范该国际商事交易的法律规则。

2. 最密切联系原则

最密切联系原则，实际上是指这样一条冲突规范，即规定在当事人未作出有效法律选择时，合同受与其有最密切联系的国家法律支配。最密切联系原则是作为当事人意思自治原则的辅助规则而出现的。只有在当事人意思自治原则未能奏效的条件下，最密切联系原则才能被用来解决国际商事合同的法律适用问题。

既然当事人未选择确定支配合同的法律，那么最简单的办法就是回过头来按照古老的场所支配行为原则来确定支配合同的法律。这在性质上，属于法律推定的范畴。这种法律推定可以通过立法的方式进行，但更多的则是通过司法的方式来进行的。之所以属于法律推定的范畴，是因为按照最密切联系原则本身的含义，它并不直接指出支配合同的具体特定的法律，而只是概括地指出合同受与其有最密切联系国家的法律支配。因此，法官必须针对具体的合同的实际情况分析和权衡，推定出与合同有最密切联系的国家的法律来。这种情形，就是人们所时常见到的司法推定。如果在立法上规定了对与合同有最密切联系的国家的法律进行推定的标准，便构成了立法推定。按照这些推定办法，推定为最密切联系的国家，这个国家的法律就是调整该项国际商事交易的法律。

(二) 调整国际商事交易的国际统一法规范

通过各国单方面制订的民商事法律加上解决法律适用的冲突法来调整国际商事交易关系,并不是一种最佳的法律调整模式。因为:首先,各国的国内民商事法律主要是根据本国实际情况和经济发展要求制订的,较少考虑到国际商事交易的需要和特殊性,难以适应或满足国际贸易发展的要求,而且有些规定甚至可能与国际商事交易习惯做法相背离。其次,由于各国政治、经济、法律传统不同,各国民商法在立法形式、具体制度内容和基本法律概念方面,都存在不少差异。这就给国际商事交易活动造成了法律上的障碍,引起法律适用冲突问题。虽然各国的冲突法都遵循当事人意思自治原则,允许当事人在订立商事交易合同时可以选择合同适用的准据法,但如果合同双方当事人都要求适用他们各自所熟悉的本国法,不愿意选择适用对方的本国法为合同准据法,这就给交易合同的达成带来了困难。如果合同双方没有通过协议选择确定商事合同适用的准据法,则他们彼此间的商事交易关系将适用何国法律就变得不确定,一旦发生纠纷,将取决于受理争议的法院或仲裁庭根据冲突法规则来确定合同的准据法。这种法律适用和纠纷的裁决,可能远非当事人所预期的结果。这就使得国际商事交易的安全性和可预见性受到严重影响。

为了克服通过各国国内民商事法调整国际商事交易存在的上述弊病,适应国际贸易进一步扩大发展的需要,进入20世纪以来,国际社会一直在努力通过国际条约或协定的形式,制定调整国际商事交易的国际统一法规范。

目前,规范国际商事交易活动的国际统一规则已有很大进展。经过各国努力,国际商事交易统一规则已在国际货物买卖、国际贸易支付、国际货物运输、国际货物保险以及国际商事仲裁裁决的执行等方面发挥了作用。^① 以下就有关国际商事统一法公约的制订背景和主要内容作一概要介绍。

1. 《联合国国际货物销售合同公约》

为了克服各国民商法的差异给国际贸易所带来的法律障碍,1930年罗马国际统一私法协会开始起草《国际货物买卖统一法公约》草案,1935年完成初稿。从1936年开始,罗马国际统一私法协会又开始草拟《国际货物买卖合同成立统一法公约》。1964年在海牙会议上正式通过

^① 本书对国际货物运输以及国际商事争议的解决设有专章,有关这些领域内的国际统一法公约内容,本章不作赘述。

了《国际货物买卖统一法公约》和《国际货物买卖合同成立统一法公约》。由于这两项公约只体现大陆法系的原则,对英美法系和其他法系的原则未能吸收,未获更多国家的参加。联合国国际贸易法委员会于1969年成立了一个专门工作组,在两个海牙公约的基础上制定一项统一的国际货物买卖法公约。工作组于1978年完成《联合国国际货物销售合同公约草案》。该公约于1980年在维也纳召开的外交会议上获得通过,并于1988年1月1日生效。

《联合国国际货物销售合同公约》是国际贸易法委员会在统一国际贸易法方面取得的最重要的成果。公约对国际货物买卖合同的订立、买卖双方的权利和义务、违约救济、风险转移等事项,制定了统一的法律规则和程序。公约体现了大陆法和英美法体系之间的平衡,也考虑了发达国家和发展中国家的不同利益和要求,具有广泛的代表性。^①

2. 《国际商事合同通则》

由于各国国内的合同法不能很好地适应国际商事活动的需要,国际商事合同当事人设法逃避国内法的适用。采用国际标准合同是其中的一种方法。标准合同是由一些商行首先创设,然后由同业公会推广使用,在国际商事活动中已形成庞大的体系。这种合同体系也带来一个问题,即它缺乏一种法律支撑,导致其条款适用的不稳定。为了弥补这个缺陷,国际间订立了各种有关的国际公约和示范法,以补充标准合同的不足与提供解释标准合同条款的法律依据。但是,主权国家对这些条约的批准和加入比较慎重,特别是公约内容与国内法差距较大的,一般不愿意参加,使公约成为一纸空文。迄今为止,国际贸易法领域有关合同的最为重要的统一法公约即为前述的《联合国国际货物销售合同公约》,该公约调整范围仅限于一般货物贸易合同,而不能调整其他类型的商事合同。

1971年国际统一私法协会理事会决定将制定《国际商事合同通则》的任务列入协会的工作计划,由一个筹划委员会初步研究项目的可行性,项目起初名为“国际贸易法之逐步统一”,以后改为“国际商事合同通则筹备组”。通则于1994年5月完成。通则前言指出:“通则旨在为国际商事合同制定一般规则”,所以适用范围是所有的国际商事合同。通则的作用是提供跨国合同的准据法,替代国内法使用,解释和补充现

^① 关于公约的详细内容的阐释说明,请参见赵承璧编著:《国际贸易统一法》,法律出版社1998年版,第347~382页。周汉民主编:《国际贸易法》,上海教育出版社1995年版,第74~109页。

行国际法律文件,并为国内、国际立法树立榜样。只要当事人明示选择它为合同适用法律,它就是该合同的适用法律。同时还要选择仲裁,并订明仲裁适用该公约。它与《联合国国际货物销售合同公约》有许多相似之处,但其内容远比公约全面、丰富,涵括国际商事合同的基本法律原则、合同的订立和效力、合同的内容与解释、合同的履行和不履行的责任等事项,适用范围扩及整个国际商事交易活动。

3. 1930年《统一汇票和本票法公约》、1931年《统一支票法公约》和1988年《联合国国际汇票和国际本票公约》

国际商事交易活动涉及大量支付问题。票据是国际商业支付的重要工具。各国的票据立法不一致,不利于国际经济交往。早在1869年就有人倡议制订统一的票据法。1930年在国际联盟主持下于日内瓦召开了国际会议,通过了1930年《统一汇票和本票法公约》、《解决汇票与本票若干法律冲突的公约》和《汇票、本票印花税法公约》,1931年召开的票据法国际统一化会议又通过了《统一支票法公约》、《解决支票若干法律冲突公约》和《支票印花税法公约》。由于上述公约只按大陆法传统制定,英美等国未参加公约。

上述关于票据法的公约统一了大陆法系国家间在票据方面的差异并为欧洲大多数国家、日本和一些拉丁美洲国家采用,但大多数英美法等国家一直未予采用,未能实现全世界票据法的统一。联合国继续为之努力,联合国国际贸易法委员会以日内瓦统一票据法公约为基础,考虑了英国和美国票据法的规定,起草了《联合国国际汇票和国际本票公约》,并于1988年联合国大会通过后向各国开放签字,希望这个公约能在统一国际汇票和国际本票的立法方面作出贡献。^①

(三) 国际贸易惯例

国际贸易惯例亦称国际商事惯例,是指国际贸易领域中常用的国际习惯做法,对其界定,各国学者的主张不尽一致,在中国学者中看法也存在差异。但是,他们对国际贸易惯例的下述基本方面,观点相同:第一,国际贸易惯例是国际贸易实践中逐渐自发形成的做法,是国际商业社会长期实践的结果。第二,国际贸易惯例是得到国际商业社会承认并予以遵守的习惯性规则。第三,国际贸易惯例的内容具有明确的商业性质。第四,国际贸易惯例在国际上具有普遍意义。第五,国际贸易惯例

^① 关于1930年《统一汇票和本票法公约》、1931年《统一支票法公约》和1988年《联合国国际汇票和国际本票公约》的具体内容,可参见赵承璧编著:《国际贸易统一法》,法律出版社1988年版,第490~518页。

是任意性的规则,只有双方当事人明示或默示采用时,才对他们有法律拘束力。^①

国际贸易惯例是国际贸易中的一种特殊的行为规范。它不是法律,不具有法律所具备的普遍约束力,但在国际商业社会中又可以起一定的、不完全的法律调节作用;这些作用只限于国际商业交往,只限于国际贸易当事人之间的相互约定。

目前国际贸易惯例的主要形式有两种:一种是非政府国际组织制定的普遍适用的国际贸易惯例。如国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》(Incoterms,其主要内容详见本章第四节)、《跟单信用证统一惯例》(UCP)和《托收统一规则》(UCR),国际法协会制定的关于 CIF 合同的《华沙—牛津规则》,国际海事委员会制定的《约克·安特卫普共同海损理算规则》等。另一种是各类贸易协会、行业公会、专业团体以及某些国际组织制定的标准合同与标准合同条款。

标准合同中最大量的是各类贸易协会制定的标准合同,如伦敦油籽油脂联合会、伦敦谷物贸易协会、国际毛纺织品组织、利物浦棉业协会等制定的有关货物买卖的标准合同。这类标准合同多由各行业协会的专家和学者共同研制印发,正面印有主要条款,供当事人协商后填入,背面印有标准的“一般条款”供双方当事人遵照执行。政府性国际组织主要有欧洲经济委员会主持制定的关于成套设备交易的各种标准合同格式,以及有关谷物、柑橘买卖、煤炭与钢铁产品交易的标准合同等。所谓标准合同条款则是这类行业协会或国际组织将有关商品交易合同中经常使用的那部分条款标准化,以便当事人在合同中约定适用。由于这些标准合同或标准合同条款在有关商品交易中被广泛采用,逐渐产生了行业惯例的约束效力。

在国际商会制定的普遍适用的国际贸易惯例中,除《国际贸易术语解释通则》外,影响最大和最为广泛适用的是《跟单信用证统一惯例》。

1. 《跟单信用证统一惯例》的制定与信用证的种类

关于信用证的统一惯例最早出现于 1933 年,以后又作了多次修订,于 1983 年形成比较完整的统一规则,国际商会以第 400 号出版物的形式发行,简称“统一惯例 400 号”(UCP 400),成为公认的调整信用证的规则。1993 年国际商会为了适应电子数据交换系统的使用和集装箱与多式联运的兴起,对“统一惯例 400 号”作了修订,其出版号为第

^① 关于国际贸易惯例的概念内涵、性质和效力地位的各种见解观点,参见单文华主编:《国际贸易法学》,北京大学出版社 2000 年版,第 47~109 页。

500 号,称之为“统一惯例 500 号”(UCP 500)。

信用证可分为光票信用证和跟单信用证,前者的受益人无需提供其他单据就可支取款项,后者的受益人在支取款项时,需要提供汇票和规定的单据。《跟单信用证统一惯例》就是为跟单信用证制订的。信用证还可分为可撤销信用证和不可撤销的信用证。UCP 500 规定,信用证如果是可撤销的,必须在信用证上列明,否则是不可撤销的。信用证可否转让必须注明,如果信用证上只注明“可分割”、“可分让”、“可转移”,UCP 500 则不认为是“可转让”,要使信用证可转让,信用证本身必须明确注明“可转让”。此外,信用证还可分为即期的与远期的、保兑的与非保兑的、对开的与非对开的。跟单信用证的变形有:循环信用证、延期信用证和备用信用证。备用信用证与跟单信用证不同,它是用于担保方面的信用证,如借款担保、履约担保、投标担保等。自 UCP400 起,备用信用证也可由统一惯例调整。UCP 500 作了类似的规定。

2. 信用证的参与人及其运作程序

信用证有下列参与人:

(1) 开证申请人。即向银行申请开立信用证的人,又称开证人。开证申请人一般为买方。开证后,开证申请人有凭单付款的责任,也有验单、退单的权利。

(2) 开证银行。即应开证申请人的委托,为其开立信用证的银行。买方通常选择实力雄厚、享有盛誉的银行担任开证行。开证银行开证以后,即成为支付担保人,不得借口开证申请人保证金不足、开证申请人已经倒闭或开证申请人与其他当事人有勾结而拒付。

(3) 受益人。即信用证上所指定的有权使用该证并享受该证利益的人,通常是卖方。

(4) 通知银行。即受开证银行的委托,将信用证通知受益人的银行。通知银行应合理谨慎地审核信用证的表面真实,发现问题应不延迟地通知开证银行和受益人。

(5) 议付银行。即对受益人根据信用证所签发的汇票,予以购入的银行。如果开证银行开出的信用证未确定议付银行,受益人可向任何愿意购入其单据的银行议付。议付后,议付银行作为单据持有人,可向开证银行求偿。如果得不到偿付,议付银行对受益人有追索权。

(6) 付款银行。即对受益人所签发的汇票予以承兑或付款的银行。付款银行或承兑银行,一般为开证行本身,也可以是开证行委托的另一家银行。受开证银行委托付款的银行向单据持有人付款后,不能追索。

(7) 保兑银行。即应开证银行的请求在信用证上加以保兑的银行。

保兑银行在信用证上加具保兑后,即对信用证独立负责,承担付款的责任。一家银行根据开证银行的请求作为保兑行时,是否接受,应不迟延地通知开证行。

(8) 偿付银行。即受开证银行的委托,代为偿付信用证规定的款项。它不负责审核单据,不与受益人发生关系,只凭开证银行的授权,对议付银行或付款银行进行偿付。

信用证需经过以下几个程序:

(1) 买卖双方在合同中明确规定以信用证方式结算。

(2) 买方向当地银行填写开证申请书,按合同内容填写各项规定和要求,由开证行开证。

(3) 开证行将信用证寄送接受委托的卖方所在地银行即通知行。

(4) 通知行核对函开的信用签字、印鉴无误或电传信用证密押相符,判明信用证真实后,将信用证通知受益人。

(5) 受益人核查信用证,按信用证规定装运货物,备齐各项单据,开出跟单汇票,在信用证有效期内向议付行议付。

(6) 议付行审核跟单汇票单据与信用证规定相符合,垫付货款给受益人,同时,将跟单汇票航寄付款行请求付款。

(7) 付款行审核“单证相符”、“单单相符”后,电汇或信汇货款给议付行。

(8) 付款行通知开证申请人付款赎单。

信用证是一个相对独立的合同,这一合同主要由开证申请人(买方)和开证行、开证行和受益人(卖方)两方面的合同关系组成,它还可能包括开证行与通知行间的委托代理关系,开证行、保兑行与受益人之间的担保关系等法律关系。它与原来的买方与卖方签订的购销合同无直接联系。购销合同的卖方作为受益人,必须认真审核买方(即开证人)与开证行之间订立的信用证条款,防止欺诈。

二、国际货物贸易的国家管理规范和国际协调规则

国家对国际货物贸易的管理,是指一国政府通过法律、经济和行政等手段,对该国的商品进出口贸易实施鼓励、许可、限制、禁止、监督等一系列政府行为。所谓国际货物贸易的国家管理规范,则是关于各国政府制定的调整、规范政府实施上述一系列管理活动的法律规范的总称。

与本节前述各国制定的调整国际商事交易关系的民商事法不同,这类国家管理货物进出口贸易的法律规范调整的是有关政府管理机关与从