

而转移, 转让方丧失诉权同时受让方获得诉权。依提单合同所确立的法律关系中, 诉权只属于某特定的主体。

综上所述, 可以得出如下结论:

1. 提单项下货物索赔不可能是侵权之诉, 只能是合同之诉, 有关纠纷均蕴含在提单合同法律关系中。

2. 提单项下货物索赔人的诉权均可能被纳入提单合同本身之中, 提单的转让使该诉权处于一个流转的动态过程中, 索赔人是否享有诉权取决于他是不是代表此项货物的提单的持有人。

3. 货物所有人对承运人没有诉权, 除非起诉时是提单的合法持有人。

三、提单合同当事方诉权的具体分析

1. 托运人。《海商法》第 42 条规定了两种托运人: 订约托运人和付货托运人。从法律明文规定来看, 只能依据法律事实确定托运人, 如果 FOB 合同卖方应买方要求在提单上托运人栏内让承运人载入他方名称, FOB 卖方托运人的法律地位并不因此改变。如果货损后 FOB 卖方仍持有提单, 仍可以向承运人主张索赔, 当然 FOB 卖方要负责证明自己确为将货物在装货港装船的付货人。托运人的诉权随着提单转让而转移至提单受让人 (被背书人、收货人), 托运人享有的诉权即行终止, 但若提单流转受挫, 提单重新回到托运人手中, 托运人重新享有诉权。

2. 收货人。《海商法》第 42 条第 3 款规定: “收货人是指有权提取货物的人”。收货人从托运人转让提单时具有诉权。尽管有时货损发生时, 收货人还未能从银行赎回提单, 收货人行使诉权有一定困难, 但收货人的诉权确已客观存在。应注意的是收货人在提单转让前不是提单合同当事人。收货人的诉权亦不受收货人是否对提单项下货物享有所有权的影响。

3. 提单持有人。提单持有人是托运人外的持有合法转让后的提单的善意第三人, 记名提单持有人为收货人, 指示提单持有人为被背书人, 不记名提单持有人为任何其他提单受让人。持有提单与占有提单是两个不同的概念, 银行一般只是提单占有人, 而不是持有人。提单持有人从提单被背书转让时起享有诉权, 提单再次转让后, 前手持有人诉权终止, 后手持有人享有诉权。尽管提单持有人可能会有很多, 但对货物索赔享有诉权的只能是现在持有提单的提单持有人 (而不是曾经的提单持有人)。

4. 银行。银行在提单流转过程中充当重要角色, 但一般银行只是作为质权人占有提单, 不享有对承运人的诉权。现在银行业务中新兴一种“买断提单”的作法, 即银行成为被背书人, 在托运人结汇后银行成为提单持有人, 此时银行当然对承运人享有诉权。

5. 通知方。通知方不是提单合同当事人, 不享有合同规定的权利, 亦不承担义务, 更谈不上对承运人的诉权。

(作者单位: 大连海事大学)

国际直接投资的争端及其解决

吕佳苗

国际投资争端, 是指在国际投资活动中所产生的不同国籍的投资者之间、国家之间或它们相互之间因投资而引起的各类争议的总和。根据争端当事人组合的不同情况, 国际投资争端大体可区分为国家间投资争端, 国家与他国国民间投资争端和不同国籍私人投资者投资争端 3 种类型, 本文将主要阐述这 3 类投资争端的主要解决途径。

一、国家间投资争端的解决

国家间投资争端主要有两种情况: 一种是国家之间由于双边投资条约的解释所产生的争端, 它是由国际条约义务直接产生的; 另一种则是资本输出国行使外交保护权或代位求偿权的结果, 由东道国与外国投资者投资争端转化而来。这类争端当事人各方均为主权国家, 争端的解决方法主要有:

(一) 政治的解决方法。(1) 谈判与协商。谈判与协商通常被视为某种友好的解决方法, 是在争端双方相互谅解的基础上, 基于双方的同意达成解决的协议, 有助于维护双方的合作关系。(2) 斡旋与调停。由第三方促成当事人达成协议采取各种行动的方式称为斡旋; 由第三方提出建议, 当事方在建议的基础上达成协议的方式称为调停。

(二) 仲裁的解决方法。可以通过特设仲裁方式解决, 由争端双方各指定一名仲裁员, 再由双方共同选定一名主裁 (这名主裁通常不能是当事两国的公民), 若不能协商一致选定, 则应指定国际法院的院长或其它国际组织、国际仲裁组织负责人委任仲裁员。适用的法律可以有多种选择, 如国际法原则, 双边投资条约的规定或接受投资缔约国的法律等等。

(三) 司法的解决方式。国家间投资争端的司法解决一般在国际法院进行, 投资争端当事人双方, 通常一方是海外投资者的母国, 另一方是吸收外资的东道国, 但提起国际诉讼请求必须受到国籍持续原则及当地救济原则的限制。

二、国家与他国私人之间投资争端的解决

这种争端通常有两种类型, 一种是契约性的, 即由于国家与私人的投资协议、特许协议而引起的争端; 另一种是非契约性的, 指国家作为主权者, 在管理外国投资活动中与投资者产生的法律争端, 是与政治风险有关的争端。解决的方法主要有:

(一) 国内司法解决方式, 是指东道国的司法机构或行政机构依照东道国政府的法律解决投资争端。外

浅谈我国外贸代理

制度的完善

李 岭

国投资者因国有化、征收、东道国政府管理而使投资者遭受损失或因投资协议、特许协议与东道国政府产生争议, 均应首先到东道国的法院起诉东道国政府, 由东道国法院予以管辖。这种管辖权的法律依据是国家属地管辖原则和自然资源永久主权原则。

(二) 外国司法解决方式, 指由外国投资者或第三国司法解决。在此情况下, 可能产生国家主权豁免问题, 国际法上国家主权豁免是指国家的行为和财产免受外国法院的管辖。目前, 在外国投资者以东道国为被告的情况下, 投资母国和第三国的法院只有得到东道国的同意, 有关诉讼才能进行。

(三) 仲裁的解决方式。目前, 我国政府主要通过与有关国家签订双边投资保护协定或多边协定(解决国家与他国民间投资争端公约)来规定如何解决, 即中国政府在国际法层面上承担义务, 解决争议。

三、不同国籍私人间投资争端的解决

(一) 协商解决方式。协商是指争议发生后, 由双方或委托律师直接接触进行磋商, 在分清是非, 消除误会, 明确责任的基础上达成和解协议。有关协商的原则及适用法律在第一部分已有详论, 在这里就不再赘述。另外, 协商双方注意应当规定协商的期限, 以避免协商无限制地进行下去, 带来意想不到的后果。

(二) 调解的解决方式。调解是指争议双方在第三方的主持下, 分清是非, 清除误解, 使双方在互谅互让的基础上达成协议, 以解决争端。调解要经双方同意在查明事实, 分清是非的基础上调解以促进争端的解决。

调解可以单独地进行, 也可以与诉讼和仲裁结合进行。它主要有法院调解、仲裁机构调解、行政机构调解及调解机构调解等几种类型。

(三) 司法解决方式。在当事人没有采用仲裁解决争议时, 可向东道国法院提起诉讼。按我国法律规定, 中外合资经营企业、中外合作经营企业的双方因合同产生的争议, 若要经司法解决, 必须在中国法院起诉且在实体权利上必须适用中国的法律。

(四) 仲裁解决方式。与诉讼相比, 仲裁较简便迅速, 具有保密性, 当事人可以自由任命仲裁人, 选择仲裁地点, 避免因主权豁免带来的障碍, 从而更加有利于执行。与调解相比, 仲裁裁决具有拘束力, 能使争议通过一次程序有效解决。

(五) 特殊的解决方式。(1) 僵局的解决方式。合营企业的董事, 由于各持己见陷入僵局从而引发的投资争端有二种解决方式: 一种是由诸如专家、特定合营企业负责人或银行的第三方介入进行解决; 另一种是授权董事长解决, 由于董事长具有最终表决权, 可由董事长一锤定音。(2) 买或卖的安排。这是一种强制分手的方式, 是最后的解决方式, 在用其它方法不能解决时, 可选用这种方法, 即由合营一方以公平价值购买合营另一方的全部股份从而接管公司全部的经营, 这是一种避免公司解散的最后解决方法。

(作者单位: 厦门大学法学院)

80年代中期, 我国外贸以收购制为主的经营方式无法再适应商品经济发展的要求, 外贸代理制度因此应运而生。数年来, 国家致力于推行该项制度, 但实际效果并不显著。据资料显示, 近些年来, 外贸企业代理出口占全国出口总额的比重一般在 0—5%, 很少超过 10%, 甚至普遍呈下降趋势。

外贸代理的推行之所以困难重重, 从法律问题上主要有以下几个方面的原因:

(一) 当事人权利义务失衡。虽然 1991 年我国外经部发布的《关于对外贸易代理制的暂行规定》(以下简称《暂行规定》)对代理人和被代理人作了相应的权利义务的规定, 但实际上不尽合理。首先外贸公司在为生产企业代理进出口业务时, 将自己置于了进出口合同当事人的地位, 在对外索赔、理赔和诉讼、仲裁中也是以它的名义进行, 合同能否正确履行完全取决于国内委托单位的信誉和履约能力, 因此, 外贸企业在外贸代理中实际承担了重大的责任和巨大的风险, 但他从事代理活动又只能收取少量的代理费, 并且有时还要向生产企业支付一定的垫付金。其次, 由于获得的代理费过低, 外贸企业便不积极去为委托人谋取利益。这种诉权与合同真正权利人的分离使得我方在外贸仲裁、诉讼中经常败诉, 并经常导致代理人与被代理人纠纷频仍, 遭受损失也只能在自己家里挖肉补疮。

(二) 法规间有矛盾、冲突之处。《民法通则》是我国基本法之一, 但它关于代理制度的规定仅限于直接代理, 范围过于狭窄。1994 实施的《中华人民共和国对外贸易法》关于外贸代理制的规定又过于原则, 对双方权利义务只简单地提到了“委托方与被委托方应当签订委托合同, 双方的权利、义务由合同约定。”而《暂行规定》作为部门规章效力层次又太低, 它在相当程度上对民法的“补充”虽然在外贸业务方面有规范意义, 但在仲裁和诉讼中并不当然地起到法律效力, 仅能作为参考或作为证据使用。这种状况使得当事人在从事外贸代理业务时没有安全感。可以说, 推行十余年的外贸代理制在法律调整方面还有很大空白, 从而引发了现实生活中许多不规范代理方式的出现。

(三) 代理关系不是在平等自愿的基础上形成的。我国目前许多企业选择外贸代理完全是因为无外贸经营权, 而不是企业基于对效益、成本、风险的分析, 从