

NGGUO SHEWAIFA CONGSHU ZHONGGUO SHEW 中国涉外法丛书 ZHONGGUO

涉外 经济贸易的 诉讼与仲裁

董立坤 卢绳祖 著

同济大学出版社

A CONGSHU ZHONGGUO SHEWAIFA CO

涉外经济贸易的 诉讼与仲裁

董 立 坤 著
卢 绳 祖

同 济 大 学 出 版 社

《中国涉外法》丛书

顾问	王铁崖	朱奇武	陈安	姚梅镇
	高尔森	高铭暄	端木正	
	(按姓氏笔划排列)			
统筹	杨德溥			
主任编辑	洪建华	率蕴铤	张仲春	
组编单位	深圳大学编辑出版中心			
出版单位	中国政法大学出版社	同济大学出版社		
协作单位	香港雁鸣出版社			

涉外经济贸易的诉讼与仲裁

董立坤 卢绳祖

*

同济大学出版社出版

新华书店上海发行所 湖南环境报社印刷厂印刷
开本850×1168 1/32 印张：7 字数：185千字

1988年9月第1版 1988年9月第1次印刷

印数：0001—3000册 定价：3.65元

ISBN 7-5608-203-6/C·22

《中国涉外法》丛书

序

我国实行开放政策，打破以往的封闭或半封闭状态。国际往来关系频繁了，涉及外国和外国人的问题也增多了。在这种情况下，势必对这些问题要在法律上加以规定，也有必要制定专门涉及这些问题的法律。因此，“涉外法律”的概念产生了，而研究涉外法律的学科被称为“涉外法学”。

国家不可能闭关自守，拒绝与其他国家发生关系，排斥与外国人的往来。因此，国家的法律要涉及到外国和外国人，也就是说，有涉外的因素。宪法中关于国家元首、缔约权、外国人的待遇等规定都具有涉外的性质；国籍法与外国有密切的关系，土地法可能禁止外国人的土地所有权而允许其使用权。甚至刑法，其中关于管辖权的规定直接与外国人有关。这样说来，“涉外法律”就有很广的范围。

但是，提出“涉外法律”这个概念，其着重点在于那些与涉外关系较密切的法律，特别是专门以涉外关系为规定对象的法律。现在，在我国，这样的法律已经不少，今后还会越来越多，特别是在经济方面有涉外关系的法律还会不断地增加。显然，对这类法律有必要加以研究。研究这类法律就是“涉外法学”的任务。

涉外法学与国际私法不同，涉外法学研究具有涉外因素的法律，而国际私法则主要以法律的冲突为研究对象。涉外法学与国际经济法不同，涉外法学所研究的是国内法律，不过有涉外因素，而国际经济法则调整国家间经济关系。涉外法律不是比较法，比较法可以说是一种方法，即用比较各国法律的方法来研究法律。涉外法律不是统一法或划一法，统一法或划一法是通过国

家公约的缔结(有时通过国际惯例)来使有关某些事项的各国法律统一或划一起来,以避免各国法律在这些事项上的冲突。最后,涉外法律也不是国际法,因为它不是国际的,而是涉外的。因此,对涉外法律的研究可以成为独立的法学的一支。

如果涉外法学成为法学的一支,它是新的一支,还没有达到成熟的程度。现在,还不能说它有什么样的体系,更不能说完整的体系,甚至它的范围也还难以确定。对于涉外法律,目前需要分门别类加以研究。这样的研究是“先驱性的”,但是,它对于涉外法学的建立和未来发展会有帮助的。

深圳大学编辑出版中心在全国范围内组编“涉外法学丛书”,这是一项有意义的工作。丛书的出版毫无疑问会对涉外法律的教学和研究以及有关的实际工作有所帮助。同时,它也必然对涉外法学的未来发展作出贡献。

王铁崖 1988.5.5

国际法研究所

《中国涉外法》丛书

· 书 目 ·

要 录 目 录

○涉外法律适用原理

●中国涉外经济法概论

●中国对外贸易中的法律问题

○中国外资法

●涉外经济合同法

○涉外税法

●涉外金融法

●涉外保险法

●国际工业产权法通论

○涉外经济贸易的诉讼与仲裁

●涉外婚姻继承法

●行政法中的涉外法律问题

●海关法

●海商法

●中外双边经贸条约与协定概述

○涉外工程承包劳务合作的法律问题

●中华人民共和国的国际法实践

●中国国际私法的理论与实践

(有○标记者, 为已出版书)

《涉外经济贸易的诉讼与仲裁》

内 容 提 要

随着开放政策的进一步执行，我国涉外经济贸易也将日益兴旺繁荣，而形形色色的争议亦将随之增多。对涉外争议，如何正确对待？解决的方式有哪些？诉讼和仲裁中的管辖权、当事人的诉讼地位、法律适用、法律程序等等问题又如何解决？本书就这些问题，从理论上和实践上作了详细的论述。对涉港（香港）案件的诉讼与仲裁，本书还作了专章阐述和介绍。这就不仅可供涉外法律的研究、教学人员参考，而且可作为高等学校涉外法教材。从事涉外经济贸易工作的人员亦值得阅读。

作 者 简 介

董立坤，男，1942年生。上海社会科学院法学研究所国际法研究室主任，副研究员，上海市法学会理事，中国国际法学会理事，中国国际私法研究会副会长。发表专业论、译文40余万字，多篇作品获上海市优秀成果奖。专著有《国际私法论》、《国际私法》等。

卢绳祖，男，东吴大学法律学院法学士，金钥匙奖章获得者。上海市社会科学院法学研究所国际法研究室特邀研究员，交通银行总管理处咨询委员会委员，民盟上海市委法制委员。《瑞典的仲裁》、《香港的法律》、《国际私法公约集》等书的主要译、审者。并有多篇论、译文发表。

目 录

第一章 正确处理涉外经济贸易争议, 促进我国对外经济合作	(1)
第一节 涉外经济贸易争议的含义	(1)
第二节 解决涉外经济贸易合同争议的方式	(3)
一、友好协商	(3)
二、调解	(4)
三、仲裁	(4)
四、诉讼	(5)
第三节 处理涉外经济贸易争议所需要注意的问题	(6)
第二章 涉外经济贸易诉讼中的司法管辖权	(9)
第一节 什么是涉外民事管辖权	(9)
第二节 要重视涉外经济贸易诉讼中的司法管辖权	(11)
第三节 怎样选择管辖法院	(13)
一、国际上几种主要的管辖权制度	(13)
二、统一的国际司法管辖权	(17)
三、怎样选择管辖法院	(19)
第四节 我国对涉外经济贸易案件的司法管辖权	(23)
第三章 在涉外经济贸易诉讼中外国人的诉讼地位	(25)
第一节 外国人诉讼地位的含义	(25)
第二节 外国人的诉讼能力	(28)
第三节 诉讼代理人	(31)
第四节 诉讼费用的担保	(33)
第五节 外国国家在涉外经济贸易诉讼中的法律地位	(35)

第四章 涉外经济贸易诉讼的一般法律程序..... (39)

第一节 起诉与受理的基本条件..... (39)

第二节 审理前的主要法律程序..... (42)

一、送达诉讼文书..... (42)

二、证据调查..... (45)

三、诉讼保全..... (47)

四、我国与外国的司法协助..... (48)

第三节 涉外经济贸易案件的审理与判决..... (51)

第四节 上诉与执行..... (53)

第五章 涉外经济贸易诉讼中的法律适用..... (56)

第一节 法律适用的基本含义及其一般原则..... (56)

第二节 若干类涉外经济贸易争议应适用的法律..... (59)

一、涉外经济合同的法律适用..... (59)

二、国际投资争议的法律适用..... (61)

三、国际贸易合同的法律适用..... (65)

四、国际技术转让合同应适用法律..... (68)

五、国际劳务雇用合同的法律适用..... (69)

第三节 外国法的排除与证明..... (70)

第六章 涉外经济贸易判决的承认和执行..... (75)

第一节 涉外经济贸易判决的承认与执行的含义..... (75)

第二节 国际上承认与执行外国判决的主要制度..... (76)

第三节 承认与执行外国判决的条件..... (79)

第四节 我国承认和执行外国判决的条件和程序..... (83)

第七章 涉外经济贸易仲裁与司法审判、其他仲裁的区别..... (88)

第一节 涉外经济贸易仲裁与司法审判的区别..... (88)

第二节 涉外经济贸易仲裁与其他仲裁的区别	(90)
一、与国际商事仲裁的区别	(90)
二、与国际仲裁的区别	(91)
三、与海事仲裁的区别	(91)
四、与跨国仲裁的区别	(92)
五、与国内经济合同纠纷仲裁的区别	(93)
第三节 国际商事仲裁的特点	(93)
第四节 我国涉外经济贸易仲裁	(94)

第八章 国际商事仲裁庭的管辖权 (97)

第一节 国际商事仲裁庭权力的来源	(97)
第二节 仲裁条款与仲裁协议	(99)
一、仲裁条款与仲裁协议的含义	(99)
二、仲裁条款与仲裁协议的成立要件	(100)
三、仲裁条款和仲裁协议的独立性	(101)
四、仲裁条款和仲裁协议的作用	(101)
五、仲裁条款和仲裁协议的主要内容	(103)
六、不同国家仲裁机构关于选择仲裁途径和方法的协议	(105)
第三节 对仲裁庭管辖权的异议	(108)

第九章 国际商事仲裁机构及仲裁庭的组成 (110)

第一节 临时仲裁庭与常设仲裁机构	(110)
一、临时仲裁庭	(110)
二、常设仲裁机构	(111)
三、中国对外仲裁机构	(112)
第二节 充任仲裁员的条件、职责及仲裁庭的组成	(114)
一、充当仲裁员的条件	(114)
二、仲裁员的职责	(115)
三、仲裁庭的组成	(116)

(88) 四、有任命权的机构.....	(118)
(10) 第三节 国际及外国主要的常设仲裁机构及其组成方式.....	(118)
(10) 一、国际商会仲裁院.....	(119)
(89) 二、解决投资争端的国际中心.....	(120)
(88) 三、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院.....	(122)
(88) 四、瑞士联邦苏黎世商会仲裁庭.....	(123)
(40) 五、美国仲裁协会.....	(124)
六、英国伦敦国际仲裁院.....	(126)
第十章 国际商事仲裁的程序规.....	(128)
(10) 第一节 仲裁程序应遵守的主要原则.....	(128)
第二节 国际商事仲裁程序规则.....	(130)
(001) 一、仲裁申请、答辩及反诉.....	(131)
(101) 二、采证和审讯.....	(134)
(101) 三、仲裁程序中的保全措施.....	(138)
(801) 四、调解与和解.....	(139)
五、开庭记录.....	(142)
(801) 六、国际商事仲裁的费用及其预付金或保证金.....	(143)
第三节 国际商事仲裁可适用的法律.....	(147)
第十一章 国际商事仲裁的裁决.....	(150)
第一节 裁决的类型和效力.....	(150)
第二节 作出裁决的方式与期限.....	(152)
第三节 裁决的解释、更正和补充.....	(155)
第四节 对程序上有严重缺陷的裁决的补救.....	(157)
(411) 一、无效裁决和可撤销裁决的含义.....	(157)
(411) 二、申请撤销裁决的程序.....	(159)
第五节 仲裁裁决书的结构(附实例).....	(160)
(811)	

第十二章	仲裁裁决的承认和执行	(167)
第一节	本国仲裁裁决在国内的承认和执行.....	(197)
第二节	承认和执行外国仲裁裁决的国际制度.....	(169)
第三节	我国承认和执行外国仲裁裁决制度的基本特点.....	(174)
第四节	外国投资者与东道国政府有关投资争议的仲裁裁决的承认和执行.....	(177)
第十三章	涉外经济贸易诉讼与仲裁中的公证与认证	(180)
第一节	涉外经济贸易诉讼与仲裁中的公证与认证的含义.....	(180)
第二节	办理涉外公证与领事认证的一般法律程序.....	(184)
第三节	办理涉外公证与领事认证的基本要求.....	(188)
第四节	外国公证制度的一般概况.....	(190)
第十四章	涉港(香港)经济贸易案件的诉讼与仲裁	(194)
第一节	涉港案件的性质.....	(194)
第二节	涉港案件的司法管辖权.....	(197)
第三节	我国审理涉港经济贸易案件的一般法律程序.....	(200)
第四节	香港的商事仲裁制度.....	(204)
附录		(208)
作者后记		(209)

第一章 正确处理涉外 经济贸易争议, 促进我国对外 经济合作

第一节 涉外经济贸易争议的含义

1956年《中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》第二条规定:“对外贸易仲裁委员会受理对外贸易契约和交易中所发生的争议,特别是外国商号、公司或者其他经济组织同中国商号、公司或其他经济组织间的争议。”此“争议包括一切由于在国外购买、销售商品契约或者委托买卖契约所发生的,由于有关商品的运输、保险、保管、发送所发生的,和其他对外贸易业务上所发生的争议”。1980年2月26日,《国务院关于将对外贸易仲裁委员会改称为对外经济贸易仲裁委员会的通知》指出:为了适应我国对外经济贸易关系不断发展的需要,现在决定将对外贸易仲裁委员会改称为对外经济贸易仲裁委员会,其受理案件的范围可扩大到有关中外合资经营企业,外国来华投资建厂、中外银行相互信贷等

各种对外经济合作方面所发生的争议。1985年我国《涉外经济合同法》对涉外经济合同下了定义，即涉外经济合同是指“中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的合同。”可见，涉外经济贸易争议是指我国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间在对外经济合作、对外贸易契约及交易中所发生的争议，具体地说：

1. 涉外经济贸易争议的主体是特定的，即一方必须为外国的企业、其他经济组织或者个人；另一方为我国的企业和其他经济组织。外国的企业、其他经济组织，是指在国外登记的或主事务所设于国外的、或该企业的资本为外国控制的企业或其他经济组织。外国自然人可作广义的解释，包括具有外国国籍的人，也包括设住所于国外的华侨，也包括港、澳同胞。中国的企业和其他经济组织是指有外贸经营权或参与对外经济合作的企业和经济组织。

2. 涉外经济贸易争议的内容是特定的，即争议所涉及的是中外双方当事人生产、交换分配、服务等经济、贸易活动中所发生的事项。对外贸易活动不但包括商品的买卖，也包括与买卖有关的运输、保险、保管、支付及其有关的外贸业务活动。对外经济合作不但包括中外合资、中外合作、外资来华设厂，勘探开发自然资源等事项，还包括国外工程承包、劳务输出、国际借贷、技术转让、“三来一补”、国际租赁等经济合作形式。

3. 涉外经济贸易争议多表现为各种经济贸易合同的争议，这是因为一切涉外经济贸易事项都是通过签订履行来进行的。随着国际经济贸易的不断扩展，涉外经济贸易合同的形式也不断增多。当前主要的涉外经济贸易合同有：国际货物买卖合同、国际货物运输合同、国际货物保险合同、中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、“三来一补”合同、中外合作勘探开发自然资源合同、技术转让合同、涉外劳务雇佣合同、涉外工程承包合同、涉外信贷合同等。

4. 解决涉外经济贸易争议的方式是多样的，程序是复杂的，

世界各国对此日益重视，通过加强国际间的合作，解决国际经济贸易争议。

第二节 解决涉外经济贸易 合同争议的方式

在我国签订的涉外经济贸易合同中，合同各方当事人之间发生有关合同的争议时，可以通过友好协商的方式解决；或经由双方同意的第三者调解达成和解解决；在协商、调解不成时，还可以依据合同中的仲裁条款，或事后达成的书面仲裁协议，提交双方约定的仲裁机构仲裁。当事人没有在合同中订立仲裁条款，又没有达成仲裁协议的，可以向我国人民法院提起诉讼。

一、友好协商

友好协商是指合同双方当事人在发生争议时，直接进行谈判，在双方同意的基础上，达成和解以解决分歧的办法。在对外经济贸易或其他商事活动中，当事人之间的友好和谅解是十分重要的。通过仲裁，尤其通过诉讼，虽能使争端得到解决，但可能会影响以后继续合作的前景。双方协商，既是在友好的气氛中进行，具有相应的灵活性，又可以避免公式化的、繁琐的仲裁或诉讼程序；既迅速，又节约。双方为已有较长时期的贸易往来或合作关系，仅仅因为某一事项发生了分歧，而且争议内容又牵涉不大，或双方各有欠缺，那末，最好还是通过协商的方式来加以解决。

当然，协商与仲裁或诉讼的性质是有所不同的。我们要考虑到双方的是非曲直，讲究公平合理，但也要根据各自的利害关系加以考虑，分别作出愿意接受的让步。对我方来说，友好协商应力求做到有理、有利、有节。如果一味地迁就对方无理的要求，而对我方的合法权益未能据理力争，那就会使我方遭受不应承担的经济损失。事实证明，协商得好，往往有利于双方关系的进一

步发展, 当然, 在无法协商的情况下, 我们应寻求其他的解决争议的方式。

二、调 解

调解是我国解决民事纠纷的传统方式。《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第二编第一审程序的普通程序中特设了“调解”一节, 对法院进行调解的程序和已达成调解协议的效力作了具体规定。从当前解决国际商事争端的实践来看, 我们十分重视调解的作用。这种调解的作用具体体现在两个方面。一方面是仲裁庭在开始仲裁以前, 或在仲裁程序任何阶段中, 可随时进行调解工作, 使争议双方达成协议, 并由该庭作出和解协议书, 或以裁决的形式列入和解的内容, 终止仲裁程序。另一方面则是分别设立调解和仲裁两个独立的部门, 并同时提供调解规则与仲裁规则。争议的双方依据约定, 将争议提请调解。如调解不成, 再根据合同的具体规定, 或者申请仲裁, 或者向法院提起诉讼。从调解的作用中, 我们不难看到调解的特点, 即: 一方面双方当事人仍可从各自的利害关系出发, 提出自己的主张; 另一方面调解人也可以第三者的身份, 同时参照法律的规定或公平合理的原则, 试行提出解决的方案, 从而起促使双方达成和解的作用。由于经调解的和解是在双方一致同意的基础上达成的, 无复杂的法律适用问题, 因此, 记录和解内容的裁决, 不需要附具理由。经调解达成的和解完全出于争议双方的自愿, 所以, 一般各方能自觉履行。我国对外经济贸易仲裁委员会在过去通过调解了结的案件中, 尚未发生拒不履行的事例。

此外, 在调解的形式上, 我国对外经济贸易委员会还与外国仲裁机构和相应机构创建了“联合调解”的办法。

三、仲 裁

在对外经济贸易中, 外国企业和其他经济组织或者个人同我国企业和其他经济组织间, 因合同所发生的争议, 以及海事领域

内所发生的有关争议, 自愿交付我国对外经济贸易仲裁委员会, 海事仲裁委员会, 或其它仲裁机构仲裁解决, 被称为对外经济贸易仲裁和海事仲裁。

在我国政府和外国政府之间缔结的有关经济贸易协定或交货共同条件中, 均有鼓励以仲裁方式解决合同争议的规定。如1979年签订的“中美贸易关系协定”第八条中即规定:“缔约双方对两国的商号、公司和贸易组织间签订的合同所引起的或与其有关的任何争议, 鼓励其通过友好协商、调解或其他双方均可接受的方式, 迅速公平解决。如果此类争议按照上述方式之一不能迅速解决, 争议双方可以根据合同规定的条款或仲裁协议, 提请仲裁解决。此类仲裁可以由中华人民共和国、美利坚合众国或第三国的仲裁机构进行。仲裁采用各自仲裁机构的仲裁程序规则, 也可以在争议双方和仲裁机构同意的情况下, 采用联合国推荐的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或其他国际仲裁规则。”在1974年“中日贸易协定”第八条也有鼓励中日双方当事人在合同发生争议, 经友好协商无效后, 应尽量利用其各自的仲裁机构仲裁解决和缔约双方都应负责执行裁决的规定。目前, 我国所签订的外贸、技术转让、信贷、外资引进、运输、保险等涉外经济贸易合同, 绝大部分都订有仲裁条款。

四、诉 讼

在我国对外经济贸易争议的案件中, 如合同双方当事人通过友好协商和调解的方式不能取得一致的意见, 而中外双方当事人所订的合同中又无仲裁条款, 事后也未能达成仲裁协议, 那末, 依据我国民事诉讼法第五篇涉外民事诉讼程序的特别规定第二十章第一百九十二条的规定, 可以向人民法院起诉。谋求国内司法救济是解决国际商事争端的传统的方法。尽管诉讼手续繁琐, 程序复杂, 耗时多, 费用贵, 但法院判决有强制执行作用, 是解决争议的最终手段, 因此, 诉讼被作为解决涉外经济贸易争议的最重要的方式而受到各国的重视。