

国际惯例与涉外仲裁

程德钧 王生长 康明 编著

中国青年出版社

本丛书融理论性、知识性和实用性于一体,阐明了有中国特色社会主义的经贸理论、国内国外的政策体制、对外交往的礼节礼仪、外经外贸的谈判技巧、国际市场的营销策略、货物买卖的具体实务、通关报验的法律程序、技术贸易的方式方法、利用外资的政策法规、工程承包的做法经验、会计结算的基本知识,以及对外经贸的国际惯例等企业涉外经济活动中所必备的业务知识与操作技巧。在编写过程中,我们力求体现“新、实、精”的原则,即力求采用最新近的资料,突出最实用的内容,浓缩成最精炼的文本。

这套丛书是在中央领导同志的亲切关怀和支持下、在国家有关部门的通力合作下产生的。中共中央总书记江泽民同志为本丛书题写书名,国务院总理李鹏同志、对外经济贸易部部长李岚清同志为本丛书题词;诸多专家学者为本丛书撰稿。我们希望本丛书的出版,对于广大企业走出国门,抓住机遇,迎接挑战,促进国民经济更好更快地上新台阶,能起到积极的推动作用。

李祥林 洛 桑

1993年3月10日

(京)新登字 083 号

图书在版编目 (CIP) 数据

国际惯例与涉外仲裁/程德钧等编著. -北京: 中国青年出版社, 1993.5

(走向国际市场丛书; 10/李祥林、洛桑主编)

ISBN 7-5006-1343-1

I . 国…

Ⅱ . 程…

Ⅲ . ①国际贸易-基本知识 ②对外贸易仲裁-海事仲裁-基本知识

Ⅳ . D996 + F740

中国青年出版社出版 发行

社址: 北京东四12条21号 邮政编码: 100708

北京市房山区印刷厂印刷 新华书店经销

850×1168 1/32 8.5印张 8插页 180千字

1993年5月北京第1版 1993年5月北京第1次印刷

印数 1—6,000 册

定价 7.50 元

序

当今世界,科学技术日新月异,生产力飞速发展,生产社会化、专业化程度越来越高,国际间经济联系越来越紧密,走向国际市场已成为现代生产力发展的客观要求。

纵观国内形势,在邓小平同志南巡重要谈话和党的十四大精神鼓舞下,举国上下再次掀起改革开放新浪潮。特别是党的十四大明确提出建立社会主义市场经济新体制,我国改革开放已进入新的历史阶段。目前的对外开放,东部沿海地区大有更上一层楼之势,并进一步向沿江沿边和省会城市挺进,逐步形成经济特区、开发区和开放城市相结合的多方位、多层次、多渠道的新格局。我国即将恢复关贸总协定缔约国席位,对过去长期处于封闭型计划经济环境中的国内企业来说,既是一个机遇,也是一个挑战。特别是直接处在第一线的对外经贸业务人员和管理工作者,在新的形势下,既需要思想观念上的更新,又需要外经贸业务知识的武装。

为了具体落实邓小平同志南巡重要谈话精神,适应改革开放和现代化建设需要,满足广大涉外工作者学习的紧迫要求,我们特组织中央对外经贸部门的有关专家学者精心编撰此丛书。

目 录

第一章 国际惯例概述	(1)
一 国际惯例的含义.....	(1)
二 国际惯例的产生和发展.....	(4)
三 国际惯例与法律、合同条款的关系.....	(7)
四 运用国际惯例应遵循的原则.....	(12)
五 国际惯例的案例述评.....	(15)
第二章 《国际贸易术语解释通则》	(21)
一 《国际贸易术语解释通则》的产生和发展.....	(21)
二 《1990年通则》和《1980年通则》的比较.....	(35)
三 《1990年通则》术语述评.....	(43)
四 《国际贸易术语解释通则》在处理争议中的 作用.....	(48)
第三章 《1932年华沙—牛津规则》	(66)
一 《华沙—牛津规则》的形成及内容.....	(66)
二 CIF 合同案例述评.....	(71)
第四章 《跟单信用证统一惯例》	(79)
一 《跟单信用证统一惯例》的产生和发展.....	(79)
二 《跟单信用证统一惯例》的主要内容.....	(89)

三	几种不同性质的信用证·····	(99)
四	信用证争议案例述评·····	(104)
第五章	《托收统一规则》 ·····	(120)
一	托收概述·····	(120)
二	《托收统一规则》的主要内容·····	(124)
三	托收实务中的几个问题·····	(129)
第六章	《约克—安特卫普规则》 ·····	(133)
一	《约克—安特卫普规则》产生的历史背景·····	(133)
二	《约克—安特卫普规则》的主要内容·····	(137)
三	《约克—安特卫普规则》的进一步修改·····	(144)
第七章	国际经济贸易和海事争议的解决方式 ·····	(147)
一	协商·····	(148)
二	调解·····	(149)
三	仲裁·····	(155)
四	诉讼·····	(159)
五	仲裁与调解和诉讼的比较·····	(160)
第八章	中国涉外仲裁的地位 ·····	(163)
一	中国涉外仲裁的法律地位·····	(163)
二	蓬勃发展的涉外仲裁工作·····	(172)
三	中国涉外仲裁的经验对仲裁立法的意义·····	(178)
第九章	仲裁协议 ·····	(181)
一	仲裁协议的作用·····	(181)
二	仲裁协议的形式与内容·····	(183)
三	对内容不明确的仲裁协议的处理·····	(186)

四 几种不同的推荐性仲裁协议·····	(193)
第十章 仲裁程序 ·····	(197)
一 仲裁程序规则·····	(197)
二 仲裁申请·····	(200)
三 仲裁员指定与仲裁员回避·····	(204)
四 答辩与反诉·····	(208)
五 保全措施·····	(210)
六 仲裁文件的送达·····	(212)
第十一章 仲裁审理 ·····	(216)
一 审理原则·····	(216)
二 审理形式·····	(219)
三 适用法律的选择·····	(222)
四 陈述与辩论·····	(224)
五 证据·····	(227)
第十二章 仲裁裁决 ·····	(230)
一 裁决的种类·····	(230)
二 裁决的形式与内容·····	(233)
三 裁决的作出与修正·····	(235)
第十三章 仲裁裁决的承认和执行 ·····	(239)
一 1958年纽约公约·····	(239)
二 中国法律关于执行仲裁裁决的规定·····	(248)
中国法院执行仲裁裁决案例述评·····	(255)
四 外国法院执行中国涉外仲裁裁决案例述评·····	(260)
后 记 ·····	(264)

第一章 国际惯例概述

一 国际惯例的含义

在中国的改革开放日益向广度和深度发展的今天，人们常说依法办事，按国际惯例办事。这种信念不只存在于社会各界，它还正式载入了中国的政治纲领，成为国家大政方针的组成部分。中国共产党第十三次全国代表大会报告中指出，要“使外国企业家能够按照国际惯例在我国经营企业”；中国共产党第十四次全国代表大会报告中提出要“深化外贸体制改革，尽快建立适应社会主义市场经济发展的、符合国际贸易规范的新型外贸体制”。这里的“国际贸易规范”中显然包括国际贸易惯例。作为中国的基本法律，《中华人民共和国民事诉讼法》第142条第3款，《中华人民共和国涉外经济合同法》第5条第3款和《中华人民共和国海商法》第268条第2款均规定：中华人民共和国法律或中华人民共和国缔结或参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

那么，什么是国际惯例呢？

要理解国际惯例的含义，首先应了解什么是惯例。

关于“惯例”一词,不同的专家、学者有不同的提法。例如:

《布莱克法律辞典》将“惯例”(usage)和“习惯”(custom)加以区分,认为“惯例”是一种重复的行为,而“习惯”则是一种产生于该重复行为的法律或一般规则。因此,可以有惯例而无习惯,却不能无惯例而有习惯。

《奥本海国际法》一书的作者劳特派特持同样的观点。他指出,“习惯不应与惯例相混淆。在日常生活和语言中,这两个名词常常混用,但在国际法学者的用语中,它们具有显然不同的意思。如果某种行为的一种明显和继续的惯行是在这种行为按照国际法是必需的和正当的这个信念之下形成的,国际法学者就说这是习惯。另一方面,如果某种行为虽然形成一种惯行,但却没有这种行为按照国际法是必需的或正当的信念,国际法学者就说这是惯例。”

但是,《布莱克法律辞典》和劳特派特的这一观点并非为所有的国际法学者所接受。例如,霍尔说过,“这种习惯从此形成一个确定的惯例”。按照这种说法,习惯反而成了产生惯例的前提条件之一。

对“惯例”和“习惯”的模棱两可的表述不仅仅存在于国外。我国的一些学者对此的提法也是众说纷纭。例如,台湾李岱在《法学绪论》中称“习惯是人类社会生活的惯例”;高树异等编著的《国际法讲义》认为“惯例也称作习惯法”;沈克勤编著的《国际法》指出,“惯例(custom),就法律意义而言,乃是具有法律效力的习尚(usage)”;等等。

我们认为,“惯例”也好,“习惯”也好,它们无非是想表述一种做法或方式,即:在某个地区、某种行业或整个世界范围内被人们反复运用和普遍承认的习惯做法和特定方式。这种习惯做

法和特定方式，我们不妨称之为“惯例”而非“习惯”。按照这个提法，“惯例”应该具备三个基本条件：

第一，必须是被一定范围内的人们一贯地、经常地、反复采用的；

第二，内容必须是明确肯定的；

第三，必须是在一定范围内众所周知的、公认为具有普遍约束力的。

“惯例”就其性质而言，有国际公法上的惯例和国际私法上的惯例。国际私法的惯例有贸易惯例、航运惯例和其他行业惯例，其中，贸易惯例数量最多，其影响也最为广泛。因此，给“贸易惯例”下定义的法律或法学家学说并不少见。例如：

美国《统一商法典》规定：“一项贸易惯例是在某一地方，某一行业或贸易中所惯常奉行的某种做法或方法，并以之判定发生争议的交易中应予奉行的所期望的行为模式”。

在芬兰，给贸易惯例下的定义是：“一种已经确定并长期使用，公正的、实用的、并与现代法律制度相符的商业作法”。

在英国法中，贸易惯例被简单地定义为：“从事商业活动某一行业经营的人们所接受的做生意的方法或行为模式”。施米托夫教授给“贸易惯例”下的定义是：“贸易惯例是某种商业方法或行为方式，为某个特定的商业行业所惯常奉行，以至被那些从事该商业行业的人们认为是有约束力的”。

“国际惯例”属于“惯例”的组成部分。按照“国际”的含义而言，“国际惯例”应指适用于国家与国家之间的（就公法性质来讲）或者适用于国际经济贸易和海事活动的（就私法性质来讲）惯例。私法性质的国际惯例既有不成文的惯例，也有通过某些国际组织或民间团体编纂成文的惯例。本书所要介绍的，正是私

法性质的国际惯例。

二 国际惯例的产生和发展

惯例的特点决定了它的产生和发展过程是缓进的过程。从惯例的含义来看,它的成立既要具备实质要件,也要具备心理要件。实质要件是指一种行为必须是相同或类似的重复行为,并为公众所采行。因此惯例的形成不可能是一蹴而就的。心理要件是指在采取或进行该项行为时,在心理上认为是在履行具有约束力的义务。因此公众在某一惯例效力的问题上取得共识,也需要相当长的一段时间。总而言之,国际惯例只能在国际范围内日积月累地逐渐成长。

国际惯例的产生和发展总是与国际经济贸易和海事活动的需要联系在一起的。国际经济贸易和海事活动通常涉及到不同的国家和地区,不同国家和地区的不同做法往往成为商人们烦恼和混乱的根源。由于文化背景和法律制度的差异,在不同的国家和地区之间通过国际会议来制订为所有国家和地区都能接受的多边公约或者求得共同一致的立法,可能会遇到几乎无法克服的障碍。商人们为满足实际需要而自发地形成一些习惯做法和规则,是现实可行的出路。

国际惯例的产生和发展与私人团体的编纂活动密切相关。私人团体的民间性质容易获得不同国家和地区的商人的信赖和认同,他们对惯例的编纂活动为商人们提供了成文的惯例,传播和扩大了惯例的知名度,进而促进了人们对惯例的采用,有利于惯例的发展。

在国际惯例的产生和发展过程中,国际航运惯例似乎先行

一步。据记载,最早的国际航运惯例汇编可以追溯到公元前3世纪的“罗德海法”。它汇集了公元前4至3世纪所通行的习惯规则。早期的著名的航运惯例汇编还有:12世纪的“奥列隆惯例集”;13至14世纪的地中海各港口通行的海事习惯学说汇集“海商裁决例”;约14至15世纪在瑞典的果特兰岛维斯比城编纂而成的“维斯比法”,它继承了奥列隆惯例集的精神。17世纪,由于成文法律日益受到各国的重视,海事法律开始大规模地由国家权力机关统一制订。由于这个原因,航运惯例的大部分被各国制定法或国际条约所吸收,从而使相当多的惯例演进为法律。但是,也有一些非常重要的航运惯例得以保留,并且向统一化方向发展。其中最突出的例子就是有关共同海损理算的惯例。19世纪中期,一些船东、商人和保险人着手制订了关于共同海损理算的12条规则,即1877年约克—安特卫普规则。该规则经过1890、1924、1950和1974年的屡次修改,现已成为得到了国际社会普遍承认和遵照实行的重要国际航运惯例。

世界航运的进步促进了国际贸易的发展。伴随着资本主义国家工业革命的完成,18、19世纪的国际贸易大规模地出现了。人们在长期的贸易实践中,为简化谈判程序和时间、节省费用而逐渐发展起来一些特殊的交易工具,即贸易术语。贸易术语的共同特点是以简明的文字或其英文缩写、代号,说明买卖双方在货物的交接方面所应承担的责任、风险和费用。这些贸易术语大都来源于国际贸易惯例。比如FOB(船上交货)这一贸易术语从19世纪初期就被采用;随着交通运输、保险业和通讯事业的发展,各种交货方式的广泛应用,逐渐出现了当前国际上使用的各种不同的贸易术语。正是由于贸易术语是在贸易实践中逐渐形成的,它从一开始就缺乏统一的解释。每个术语的具体内容,

可能因各国法律的不同解释而异，甚至各个港口都有它们自己的惯例。为了避免不同国家对同一贸易术语不同的解释，或者为了尽可能使这种情况减少到最低程度，对国际贸易中普遍采用的贸易术语，提供一套具有国际贸易通则性质的规定或解释，就非常重要。正是基于这种需要，国际商会于1936年制定了《国际贸易术语解释通则》，该通则经过1953、1967、1976、1980和1990年的各次补充或修订，现已成为当前国际上应用最广、最具有影响力的国际惯例。除了国际商会外，世界上还有其他一些民间组织从事国际贸易术语的编纂工作，其中比较著名的有国际法协会制订了《华沙—牛津规则》、美国几个商业团体共同拟定了《美国对外贸易定义》。

国际贸易的开展在很大程度依赖于信用，包括交易双方的信用和银行的信用。个人的信用和银行的信用的目的在于：一方面保证向卖方支付合同货物或服务的款项，另一方面保证向买方交付货物或服务。在此基础上，贸易和银行界发展了一种以个人信用为基础的托收付款结算方式和一种以银行信用为基础的信用证付款结算方式，并且逐渐形成了公认的惯例。国际商会为了统一对信用证条款的解释，于1930年制订了《跟单信用证统一惯例》，于1967年制定和公布了一套《商业单据托收统一规则》。《跟单信用证统一惯例》曾于1951、1962、1974和1983年作过5次修改，最近的一次修订也已定稿即将公布；《商业单据托收统一规则》于1978年被修订，并改名为《托收统一规则》。

综上所述，目前有广泛影响的通行的国际惯例有：

1. 国际贸易惯例方面：国际商会制订的《国际贸易术语解释通则》；国际法协会制订的《1932年华沙—牛津规则》；美国第27届全国对外贸易会议上修订的《美国对外贸易定义1941年修

订本》；国际商会制订的《跟单信用证统一惯例》和《托收统一规则》。

2. 国际海事惯例方面：国际海事委员会主持制订的《1974年约克—安特卫普规则》。

国际惯例既然是逐渐地经过长期实践积累而成的，那么它的内容也不可能总是一成不变的。随着经济贸易、海事、科技文化事业的发展，现有的惯例仍有可能发生或多或少的变化，以适应时代的需要。

三 国际惯例与法律、合同条款的关系

一项国际惯例，虽然当事人认为对自己具有约束力，但它是否具有法律上的效力？国际惯例与法律规定或合同条款规定相冲突时，应以谁为准？国际惯例在解释法律和合同条款时，具有什么样的作用？要解释这些问题，必须研究国际惯例与法律、合同条款的关系。

（一）国际惯例与法律的关系

首先需要说明的是，国际惯例本身并不是法律，而是人们共信共守的事实和规则。法律是由国家制定和认可的、体现国家意志的并由国家强制力保证实施的行为规范；惯例则是长期以来从人们的反复实践中形成的人们自愿共信共守的一些行为规则，这些规则的存在和延续是因为它能够满足人们的实际需要，而不是因为国家机器的强制。因此，国际惯例与法律的相互关系是：

1. 国际惯例不是法律的组成部分。

国际惯例的产生和发展都不是国家意志发生作用的结果。

当法律将某项国际惯例的全部内容吸收为制定法或国际条约时,就制定法律或参加该国际条约的国家而言,该项国际惯例已因其转化为法律或国际条约的规定而不复存在。但是,对于不是该法律或国际条约的制定者的其他国家而言,此项国际惯例仍旧是客观存在的事实,但却不是法律。因此,国际惯例并不具有当然的法律约束力,也就是说,国际惯例不能当然产生法律上的效力。

2. 国际惯例的法律效力依赖于国家法律的规定。

国际惯例虽然不能直接产生法律效力,但是,在一定条件下,国际惯例可以获得法律效力。在下列条件下,在大多数国家,国际惯例可以产生法律效力:

(1) 国家法律以明示或默示的方式承认惯例可以产生法律效力;

(2) 国际惯例所规定的是与法律不相抵触的事项;

(3) 国际惯例不违背一国的社会公共秩序。

所谓国家法律明示承认,是指国家的法律写明对某类民事关系可以适用惯例。即国家法律明示允许行为人可以依照国际惯例行事,法院或仲裁机构可以依赖惯例审理案件。所谓国家法律默示承认,是指虽然国家法律中没有明确规定对某种民事关系可以适用国际惯例,但从国家的实践上看可以合理地推断,该国际惯例在该国是众所周知并且得到了承认或反复实施,以致于该国法律可以承认国际惯例的法律效力。

所谓与法律不相抵触,是指国家的法律具有当然的约束力,国际惯例的效力既不能超越法律也不能等同于法律,只有法律或国家参加或缔结的条约对某一事项无具体规定时,惯例用于填补法律的空缺,才可以获得法律效力。

所谓不违背公共秩序,是指作为一个通例,某项国际惯例不得与国家法律的基本原则或与国家的社会公共利益、良好风俗、公共政策相抵触。否则,某项国际惯例就不可能得到该国法律的承认,因之也不能在该国得到实施,或者,如果行为人按照与该国社会公共秩序相违背的国际惯例行事,则行为人的行为无效。

对于国际惯例的法律效力,中国法律采取了明示地支持的态度。《中华人民共和国民事诉讼法通则》第142条第3款规定,“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例”;第150条对国际惯例的适用作了一般性的限制:“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。”《中华人民共和国合同法》第5条第3款规定,“中华人民共和国法律未作规定的,可以适用国际惯例”。《中华人民共和国海商法》第268条第2款规定,“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例”;第276条仅对国际惯例的适用作了一般性的限制:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”可见,在国际惯例与中国法律或中国参加或缔结的国际条约不相抵触以及不违背中国的社会公共利益的前提下,国际惯例在中国可以适用,人民法院或仲裁机构可以判定适用的国际惯例对当事人有法律约束力。

3. 国际惯例可以填补法律的空缺。

法律作为社会关系的调节器,在稳定社会关系方面发挥着主导作用。但是,法律规定再细密,也难以面面俱到,天衣无缝。在法律未有规定或者法律的规定过于粗疏甚至不合情理时,适用国际惯例不仅可以填补法律遗留的空缺,而且可以求得当事

人双方之间利益的平衡和当事人利益与社会利益之间的平衡。国际惯例对法律的补充作用，不仅在中国法律的规定里得到了证实，而且在其他许多国家也是如此。如《瑞士民法典》总则第1条就规定，“如本法无相应规定时，法官应依据惯例”；日本裁判事务须知也规定，“民事之审判，有成文法者依成文法，无成文法者依习惯”。联合国大会通过决议向世界各国推荐采用的《国际商事仲裁示范法》第28条首先要求“仲裁庭应按照当事各方选定的适用于争议实体的法律规则对争议作出决定”，然而，单纯地依法裁决是不够的，在任何情况下，仲裁庭还应“按照合同的条款作出决定，并应考虑到适用于该项交易的贸易惯例”。

（二）国际惯例与合同条款之间的关系

从事国际经济贸易和海事活动的人们通常要通过建立合同关系来行使当事双方的权利，履行双方的义务。一般来说，在具体的交易中，一些重要的事项、要求和做法，双方当事人已通过谈判在合同中做了规定。但是，双方当事人不可能对合同可能出现的所有问题都事先规定清楚。这是因为，在竞争激烈的国际经济贸易和海事活动中，有的交易必须瞬息成交，以免良机失之交臂；有的交易采用了非书面的形式；有的交易细节或者由于疏漏而未规定，或者由于谈判时的强弱地位而被“冷却”。对于双方当事人在合同条款中未明确规定的许多问题，有时甚至对于合同条款本身的效力问题，都有可能涉及到习惯做法和惯例的使用。因此，国际惯例与合同条款之间存在解释与被解释、补充与被补充的关系。

1. 国际惯例可以明示地或默示地约束合同当事人。

国际惯例能否对合同起到解释或补充说明的作用，关键问题是某项国际惯例能否约束合同当事人。对于这一问题，西方