

当代国际 经济法丛书



国际商事法律 冲突与仲裁

单海玲 李宪普著

上海译文出版社

适用原则和国际商事仲裁的地位、程序、运行机制。全书共分9章。所涉内容包括国际商事法律冲突、国际商事法律适用原则、国际商事仲裁协议、仲裁庭、仲裁审理和仲裁裁决的承认和执行等。其中第一章至第三章由单海玲撰写，第四章至第九章由李宪普撰写。

由于我们水平所限，本书难免有不当之处，敬请读者批评指正。

李宪普

1996年1月

当代国际经济法丛书
国际商事法律冲突与仲裁
单海玲 李宪普 著

上海译文出版社出版、发行

上海延安中路 955 弄 14 号

全国新华书店经销

文华新技术公司排版

上海市印刷十二厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 6.875 插页 2 字数 143,000

1996 年 3 月第 1 版 1996 年 3 月第 1 次印刷

印数:0,001 6,000 册

ISBN7-5327-1871-9/D·040

定价:9.70 元

当代国际经济法丛书
编辑委员会

主 编	曹建明	徐冬根		
编 委	丁 伟	朱榄叶	李 泳	李宪普
	陈治东	张龙官	张国元	周洪钧
	单海玲	管敏正		
策 划	赵月瑟	沈志彦		

总 序

从党的十一届三中全会到十四届五中全会,以邓小平同志建设有中国特色的社会主义理论为标志,我国的对外开放和法制建设进入了一个新的发展阶段。随着我国社会主义市场经济体制的建立和完善,如何建立适应社会主义市场经济的法律体系,如何依照我国国情和国际经济活动的一般准则,规范对外经济活动,已成为我国进一步扩大对外开放、加强法制建设的一项重大任务。

可以认为,在当代中国,社会发展已经把增强国际经济法的意识放到了十分重要的地位。在中国对外开放过程中,如果我们不懂一点国际经济法,我们就不可能了解国际经济活动中的一般准则,就不可能按国际法和国际惯例规范自己的行为,也就不可能真正有效维护我们自己的合法权益。

学一点国际经济法,是中国实行对外开放的需要。1994年,中国已同世界上 221 个国家和地区有贸易往来关系;1994年我国进出口贸易总额已达 2367 亿美元,为我国国民生产总值的 45%左右,并使我国在世界贸易大国中排名第 11 位。因此,中国已不可能离开其他国家而孤立地存在。在同各国的交

往过程中,就必须遵守一定的原则或规则,而国际经济法就是各国在与他国进行经济交往中,确立自己的经济权利和义务的法律依据。在中国经济与国际经济互相依存日益紧密的情况下,在国际经济形势的复杂变化中,如果我们对国际经济法不甚明了,就将寸步难行。特别是近年来,国际经贸立法出现了一些明显的变化和新的特点,加强这方面的研究,将使开放的中国进一步面向世界、面向未来。

进一步对外开放市场,落实国民待遇,是当前国际投资法发展的一个重要特点。在我国继续扩大吸收外资规模、不断拓展吸收外资领域的新形势下,我们必须十分注意这样一个问题:在社会主义市场经济条件下和进一步改革开放的前提下,如何使我国的外资立法与政策更好地与国际投资法律规范接轨。许多国家认为,某些投资措施会在某种情况下改变国际贸易和国际投资的正常流向,从而对此产生扭曲和限制作用。这些投资措施一般可包括歧视进口、替代进口、国内购买、限制出口、外汇管制等。乌拉圭回合通过的《与贸易有关的投资措施协议》要求各缔约方在规定的时间内取消上述限制性投资措施;同时还要求外国投资应享受国内同类投资相同的国内税收待遇和国内规章待遇,即国民待遇。这些规定,已经或正在对我国的外资立法产生重大影响。

知识产权问题,现在已越来越受到国际社会的关注,各国间在这方面的摩擦与纠纷也日益增多。因此,知识产权保护已成为国家间最重要的竞争手段之一。乌拉圭回合通过的《与贸易有关的知识产权协议》十分突出了假冒商品的贸易问题,尤其是规定了海关边境措施,有关国家海关对侵权产品可扣留或销毁。我国已加入《世界版权公约》等诸多知识产权保护的

国际公约,因此增强全社会知识产权保护的法律意识,从执法上进一步加强反假冒的机制,加强对侵犯知识产权货物进出口的查缉,加大对知识产权侵权行为的打击力度,已成为我国对外开放中不容忽视的重大问题。

在实现国内经济与世界经济互接互补的重要时刻,学一点国际经济法尤为重要。长期以来,我国实行的是高度计划经济的政策,很多经济贸易政策及其体制同国际惯例或国际习惯做法是不相一致的。在对外开放和体制改革中,如果我们不仅善于总结和正确运用本国的法制建设经验,而且也善于从国际法角度,更多地和更大胆地学习和借鉴一些国际经济法的基本原则和规则以及国际惯例,使我国的法规、政策及其通常的经济贸易做法尽快向公认的国际公约、国际惯例靠拢,这对于加快我国经济法制建设,尽快形成社会主义市场经济法律体系具有十分重要的意义。

为进一步大力加强国际经济法的宣传与研究,华东政法学院国际法系的部分中青年学者在掌握大量第一手资料的基础上,结合我国改革开放的实际,潜心研究,编纂了这套《当代国际经济法丛书》。全书共分八册,主要涉及国际经济活动中的各类法律,包括国际贸易、国际航运、国际投资、国际税收、涉外证券、国际信贷与担保、知识产权、国际仲裁等。作者们在努力阐明国际经济法基本理论的同时,对国际经济法律实务也作了较为充分的阐述。我相信,这套丛书的出版,对进一步普及国际经济法知识,加强国际经济法学科建设,促进我国对外开放,都具有积极意义。

当然,由于国际经济法是一门正在形成与发展的新学科,许多问题有待深入研究,我衷心希望本丛书的作者们在国际

经济法研究与宣传方面取得更大的成绩。

华东政法学院常务副院长、教授

曹建明

1995年10月1日

前 言

面对世界经济一体化程度的日益加深,积极维护一个开放的多边贸易体制已成为国际社会的共识。频繁的国际间经济贸易往来和海事活动,在给各国经济开辟一个获取利益的国际市场的同时,也激发了他们之间利益关系的冲突。国际商事仲裁作为解决产生于国际经济贸易中的争议案件的有效手段,对化解冲突、均衡利益、保护正常国际经济交流具有不可替代的作用。

对从事国际经济贸易活动的当事人来讲,为采取适当的方式,公平合理地处理各种争议,国际商事仲裁比司法诉讼具有较大的灵活性和较多的自由选择;在国际商事仲裁中,仲裁员大多是经济贸易和海事方面的知名专家学者,对国际经济贸易和海事业务比较熟悉,易于作出公正裁决;仲裁本身还具有费用低、及时迅速的特点。另外,对于涉及商业秘密的争议,仲裁更能尊重当事人的意志,有效地保守商业秘密。

本书在理论与实践相结合、述评与案例相结合的基础上,系统阐述了国际商事法律冲突和救济手段的一般性表现和国际社会的通常做法及特别措施。并重点介绍了国际商事法律

目 录

前言.....	1
---------	---

第一章 国家间政治经济的角逐——国际商事

法律冲突.....	1
-----------	---

一、国际商事法律冲突的产生	1
---------------------	---

二、国际商事法律冲突的解决方法	6
-----------------------	---

三、国际商事法律关系主体及法律地位.....	11
------------------------	----

第二章 国家间利益均衡的产物——国际商事

法律适用原则	31
--------------	----

一、国际商事法律适用的依据.....	31
--------------------	----

二、合同法律适用的理论和原则.....	35
---------------------	----

三、国际贸易合同的法律适用.....	50
--------------------	----

四、国际经济技术合作合同的法律适用.....	70
------------------------	----

五、知识产权的法律适用.....	78
------------------	----

第三章 国际商事纠纷的司法救济——诉讼	82
---------------------------	----

一、国际商事案件的管辖权	82
二、国际民商事司法协助	87
三、外国法院判决的承认与执行	92
 第四章 国际商事仲裁概观	96
一、从概念上认识国际商事仲裁	97
二、国际商事仲裁的法意特征	101
三、意思自治——国际商事仲裁的灵魂	106
 第五章 国际商事仲裁的依据——仲裁协议	109
一、仲裁协议的法意特征	109
二、仲裁协议的形式和内容	113
三、仲裁协议的法律效力	131
 第六章 仲裁庭的组成	134
一、仲裁员的资格	135
二、仲裁员的指定	138
三、仲裁员和仲裁庭的管辖权	144
 第七章 国际商事仲裁程序——审前准备	148
一、仲裁申请	149
二、仲裁案件的受理	155
三、答辩和反诉	157
 第八章 国际商事仲裁程序——审理	161
一、开庭和调解	163

二、审核证据、查询证人及保全措施·····	171
三、仲裁审理的法律适用·····	176
四、国际商事仲裁裁决·····	181
 第九章 仲裁裁决的承认与执行·····	 186
一、仲裁裁决的承认和执行的条件·····	187
二、外国承认和执行仲裁裁决的制度比较·····	189
三、承认和执行仲裁裁决的国际制度·····	194
四、我国承认和执行仲裁裁决的法律制度·····	199
 主要参考书目·····	 206

第一章 国家间政治经济的角逐 ——国际商事法律冲突

一、国际商事法律冲突的产生

80年代初,上海某进出口公司在广交会上拿到美国某玩具公司的三份加工订单。订单内容是美方委托中方加工 15000 罗(每罗 12 打)塑料弹弓。上海某进出口公司(以下简称“上海公司”)以最好的人力物力履行了合同。孰料,自 1983 年起,在美国弗吉尼亚州、路易斯安那州、得克萨斯州、加利福尼亚州相继发生了五起因弹弓折断引起的伤人事件,美方认定伤人事件是因弹弓质量问题引起的。经销弹弓的美国某玩具公司慑于美国严格的产品责任法,在上海公司不知情的情况下,独自向受害人作了赔偿,赔付总额达 119 万美元,并于 1986 年 5 月在美国加州圣地亚哥法院起诉,要求上海公司偿付它为弹弓伤人事件支付的 119 万美元。1987 年初,美国法院通过外交途径将传票、诉状送达上海公司。接到传票和诉状后,上海公司决定通过同样的外交途径拒绝接受

传票,退回所有文件。然而,1988年10月7日,美国法院在未通知上海公司的情况下,作出缺席裁定,并于同年10月23日,缺席判决上海公司向美国某玩具公司赔付138万美元。由于种种原因,美国法院判决的送达历经五年之久。1994年,当上海公司接到这份判决书时,赔偿数额由原来的138万美元加上五年的利息已变成200多万美元。要想扳回损失,上海公司只能通过法律途径使美国的缺席判决无效。

这是一起因产品质量引起的国际间的经济纠纷。这一纠纷涉及一系列法律问题,如美国法院对此案是否享有管辖权?美国法院通过外交途径送达传票、诉状是否有效?上海公司通过外交途径拒绝接受传票,退回文件,并以外交照会形式表示拒绝接受传票能否视为应诉?美国法院应依何国法律作出判决?美国法院送达缺席判决书的程序是否有效?当事人应依据何国法律申请撤销美国法院的缺席判决?等等。由于该案当事人分属中国和美国两个不同国家,而这两个国家因该经济纠纷涉及本国当事人的利益,为贯彻本国所推行的政策,都意欲将其法律适用于该纠纷。然而,两个国家的法律制度、法律原则又大相径庭,因此依据一个国家的法律对上述问题的认定会得出与另一个国家完全不同的结论。这种适用法律的矛盾状况被称之为法律冲突。国际商事法律冲突就是指当国际经济关系所涉及的两个或两个以上国家的法律规定不同,而有关国家都主张对该法律关系行使管辖权时所形成的法律适用上的矛盾状态。

关于国际商事法律冲突产生的原因,众说不一。一般认为,是因下列条件相互作用的结果:

(1)现实生活中存在着大量涉外经济关系。这是法律冲突

产生的客观条件之一。各国人民频繁交往,导致经济生活与外国有了种种联系。当涉外经济关系成为国家经济生活的一个重要方面时,国家才会考虑制定专门法律加以调整。这时,才产生了适用外国法的可能以及内外国法律间的冲突。

(2)在同一个涉外经济关系中,有关国家的法律对同一个问题的规定不同。这是产生法律冲突的前提条件。因各国政治制度、经济基础、历史文化、风俗习惯、宗教信仰不同,各国的立法便存在着种种差异。如在航空事故、铁路事故、产品质量等造成的损害赔偿的规定上,发达国家大多规定高额赔偿,以保护乘客、消费者的利益。发达国家完善的保险制度为法律的执行提供了保证。而发展中国家一般根据本国经济状况,规定了比较低的最高赔偿限额,这是社会发展程度不同所造成的法律上的差异。又如受经济条件、地理环境、生理发育等因素的影响,各国法律关于成年年龄的规定也存在着差异。英国、法国为18岁,瑞士、日本为20岁,意大利为22岁,荷兰为23岁,奥地利为24岁,丹麦、西班牙、智利为25岁。我国《民法通则》第11条规定:18岁以上的公民为成年人具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。16周岁以上不满18周岁的公民,以自己的劳动收入为主要来源的,视为具有完全行为能力的人。由于各国法律规定的这些差异,同一涉外民事关系,适用不同国家的法律会产生不同的结果,这便涉及依何国法律确定当事人权利义务的问题。例如,有一个18岁的日本商人在我国签订了一份涉外经济合同。他回日本后,声称按照日本的法律,他未成年,不具有缔约能力因而合同是无效的。那么合同是否真的无效呢?如果中国法院受理此案,就会面临这样的冲突:依日本法律,他无行

为能力,可以不承担违约责任;依中国法律,他具有行为能力,应承担违约责任。这就产生了法律冲突。

(3)各国赋予外国人与内国人平等的民事法律地位。法律冲突的产生是同外国人在内国的民事法律地位密切相关的。如果一个国家不承认外国人在内国的民事法律地位,外国人则无权在内国从事民事、经济活动,国际经济关系也无从产生;同样,一国给予外国人在内国的民事法律地位高于或低于内国人,都将影响正常的国际经济交往。在欧洲,早在奴隶制国家产生以后,在商品交换过程中,便已经出现了一些涉外民事和经济关系。但是,受经济发展的限制,不存在法律选择问题。如在罗马帝国时期,罗马人与外来人之间、外来人与外来人之间交往频繁,但是,罗马国家将外来人视为被征服民族,根本不承认外来人在罗马境内享有罗马市民法上的各项权利,因而不可能产生真正意义上的国际商事法律冲突。同样,在失去主权与法律统一性的半殖民地的旧中国,帝国主义列强通过不平等条约在我国取得了包括领事裁判权在内的种种特权,根据这些特权,凡涉及外国人的案件都交由各领事法院或外国人特设法院依其本国法律审判,因此法律适用原则已无存在的意义。

(4)一国在一定条件下承认外国法的域外效力。所谓承认外国法的域外效力,就是指受案法院承认当事人依据该外国法取得的某项权利在法院地国同样有效,这也视为适用了该外国法。基于国家主权原则,一个国家的立法仅在其境内有效,其他国家并无承认和适用外国法律的义务。但是,如果一国法院在审理国际经济纠纷时绝对适用其内国法,而对所有外国法以及依据外国法所取得的权利一概拒绝,不予适用,则

会产生这样的现象：即在甲国依据甲国法律有效成立的经济合同，当事人在乙国履行时，就可能被认定为无效。这种现象使国际经济关系处于不稳定状态，将影响国家间的正常往来。事实上，公平互利原则始终是发展国际经济的基本原则，从这一原则出发，各国都迫切希望依自己的法律设定的某些权利义务关系能得到其他国家的承认与保护，从而使国际经济关系稳定发展。随着国际经济交往在各国经济生活中地位的增强，各国在处理国际经济纠纷的过程中，一定条件下承认国外法的域外效力并适用国外法已成为一种必然。

从历史上看，国际间经济交往的出现到产生法律适用的冲突，经历了一个漫长的过程。以欧洲为例，奴隶制国家形成以后，不同国家的人们开始了相互交往，最初的交往仅仅是偶尔发生，并未成为国家、社会生活的重要部分。及至罗马帝国时代，对外交往日渐频繁，涉外经济关系大量地发生。但是由于罗马帝国不承认外来人在罗马境内享有罗马民法上的各种权利，不承认罗马以外国家的法律与罗马法具有同等价值，因此罗马帝国在处理罗马人与外来人之间，外来人相互之间的民事、经济纠纷时，只适用罗马帝国的国内法，不准适用外国法，故在当时的历史条件下不可能产生法律冲突。进入封建割据时代，各地诸侯拥有自己的法律、习惯，并绝对地适用自己领地内的一切人和事。在这种情况下，也无从产生法律冲突。只是到了12、13世纪，由于经济的迅速发展，交通比较发达的意大利半岛北部和中部地中海沿岸的热那亚、威尼斯、米兰、波伦亚、佛罗伦萨等地封建城堡逐渐演变为独立的城邦国家，这些城邦国家之间开始了相互通商，并与海外建立了广泛的经济与贸易联系。然而这些城邦国家在法律上仍以罗马法