

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

国际惯例涉外仲裁


eBOOK
内容资料 非商业

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，又需要外经外贸业务知识的武装。

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。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、国际市场的行销策略、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，浓缩成最精练的文本。

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

走向国际市场
国际惯例与涉外仲裁

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，人们常说要依法办事，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，《中华人民共和国民法通则》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，但在国际法学家的用语中，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，“这种习惯从此形成为一个确定的惯例”。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，并为公众所采用。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，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，并且向统一比方向发展，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，这些贸易术语大部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上依赖于信用，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内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宜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，西方发达国家与发展中国家所持的态度有所不同。西方发达国家对国际惯例与合同之间关系的态度集中体现在 1964 年海牙《国际货物买卖统一法公约》第 9 条之中。该条规定：除非当

事人另有约定，当事人应受与当事人处于相同情况下的惯例的约束。这条规定，赋予法院或仲裁庭斟酌裁量当事人是否同意接受国际惯例约束的权力。在一定程度上反映了发展中国家意愿的 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》（维也纳公约）则从相反的角度即以客观标准为检验尺度，对国际惯例作了规定。维也纳公约第 9 条全文如下：

“（1）双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法，对双方当事人均有约束力。

（2）除非另有协议，双方当事人应视为默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知道或理应知道的惯例，而这种惯例，在国际贸易上，已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守”。

本条第（1）款规定的“业已同意”应理解为是当事人明示的（包括书面或口头）同意。据此，合同当事人明示同意的国际惯例对当事人有约束力。

本条第（2）款规定，在特定条件下，国际惯例应视为默示地对合同当事人产生约束力。这些特定条件有 3 项：一是当事人知道或理应知道；二是在国际贸易中广泛知道；三是同类交易的合同当事人经常遵守。3 项条件中，除第一项是以主观标准为基础外，其余两项都是以客观标准为基础。从公约条文的衔接来看，默示选择的国际惯例若要对合同当事人产生约束力，上述 3 项条件必须同时具备，缺一不可。

2. 合同条款可以明示地排除国际惯例的适用。合同当事人既然可以明示地接受一项国际惯例，那么他们也可以明示地排除一项国际惯例适用于某项具体交易。这是由于国际惯例的非强制性效力决定的。当事人可以在合同中用特别规定修改、排除或补充现有惯例中的规则。但是一旦当事人明示选择适用某种惯例，对它所作的修改、排除或补充也必须以明示的协议来表示。在合同与惯例发生矛盾时，合同条款的效力优于国际惯例。

3. 国际惯例可以解释或补充合同条款之不足。

国际惯例不能用来修正明白无误的合同条款。明白无误的合同条款清楚地表达了合同当事人将来如何作为和不作为的意愿，这不是过去的实践即惯例所能左右和更改的。法官和仲裁员的任务也不是按照惯例来替合同当事人重写合同。然而，对于不明确的合同条款、相互矛盾的合同条款，以及合同未作规定之处，法官或仲裁员可以按照适用的国际惯例有的放矢地补充或解释合同条款，除非当事人已明示地排除了国际惯例的适用。由于国际惯例具有众所周知、内容确定、公平合理和反复使用等特点，审理国际经济贸易和海事争议案件的法官或仲裁员有时甚至直接按照国际惯例来决定当事人的权利义务，而不去适用国家的法律。因为选择适用国家法律的冲突规范有时是难以捉摸的，或者所选择的国家法律适用于具体案件是不适宜的。

四 运用国际惯例应遵循的原则

国际惯例可以规范人们的行为，在具体的交易中指导人们的实践，这已为大量的事实所证明。一些国家的法律将国际惯例视为法律的渊源之一，承认国际惯例具有适用法律的效力。然而，具体交易总是复杂多变的，国际惯例能否对具体争议案件产生法律效力，还有待于法官或仲裁员如何运用和实施国际惯例。古人云：“徒法不足以自行”。对于国际惯例来说，情况也是

如此。运用国际惯例要遵循下列原则：

（一）国际惯例不能与有关的法律和社会公共利益相冲突

作为一个通则，适用国际惯例不得违背法院地或仲裁地所在国的社会公共利益。“社会公共利益保留”的原则已为绝大多数国家的法律作为一项强制性的规定并入法律条文之中，违反“社会公共利益保留”规定的行为，包括适用某项法律和惯例、承认与执行某个法院判决或仲裁裁决，都是法律所不能容许的。但是在实践中，各国法律和执法机关对“社会公共利益保留”条款为适用都持非常慎重的态度。

由于惯例仅可对法律具有补充或解释的作用，因此在适用国际惯例时，所适用的国际惯例不应与同案同时适用的某国法律的具体规定相冲突。

（二）对国际惯例成立约事实要件进行必要的审查

在处理具体案件时，当事人可能会对某项国际惯例的存在是出疑问。有时，法官或仲裁员也会认为有查明某项国际惯例是否存在的必要，特定的习惯和惯例，如贸易惯例或行业惯例，在特定的案件中总是可以被有关当事人证明它是众所周知的，以致在这个地区或这类贸易中或这类行业中的人们都将该惯例作为一个通例加以遵循；它是长期以来被人们反复实践所证实的、被人们自愿遵守的，而不是由于暴力或其他原因而遵守的。

但是，并非在每一个与惯例有关的案件中，都对惯例的事实要件进行审查。如果法官、仲裁员和双方当事人都已确知惯例的存在，则不一定要进行举证和审查，就国际惯例而言，许多惯例都已经有关团体的编纂，形成了众所周知的成文惯例，法官或仲裁员在适用该成文的国际惯例时，可以免除当事人举证证明该国际惯例存在的义务。对于不成文的国际惯例，当事人举证证明它的存在是必要的。

（三）当事人未主张运用国际惯例时，法官或仲裁员有权主动适用有关的国际惯例

根据我国的民事诉讼法，国际惯例作为事实，法官有主动调查之权；国际惯例作为对法律的补充，法官有主动适用之权。

在国际商事仲裁中，有越来越多案件的仲裁员倾向于适用国际惯例（如果有相关的国际惯例的话）来处理当事人之间的争议，而不一定要全然依赖所适用的国内法。这方面的例证既可在众多的仲裁实践中找到，也得到了一些国际商事仲裁规则的确认。例如，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第30条第1款、《国际商会调解与仲裁规则》第13条第5款、《美国仲裁协会国际仲裁规则》第29条第2款都规定，在任何情况下，仲裁庭应按照合同的条款进行仲裁，并应考虑到适用于该具体交易的贸易惯例。这表明，即使当事人已选择了某国法律为适用法或者仲裁庭自行选择了某国法律为适用法，对适当的贸易惯例予以考虑仍是仲裁员应尽的责任。

（四）国际惯例不能与合同明示条款相冲突

由于国际惯例仅在合同的含义不明确或内容不全面时才对合同有解释或补充作用，因此国际惯例的规则不得对抗与之相异的明确合同条款，但是，如果合同条款依法归于无效，则有关的国际惯例仍可适用。

（五）国际惯例可以合理地约束不了解惯例的人

国际惯例的构成要件之一是众所周知，但这并不是说国际社会的每一个人都确实知道某种惯例的存在及其具体含义，而仅仅是要求特定范围和行业的绝大多数应该知道该惯例的存在及其含义。如果一个惯例具有国际性，并

经常得到遵守，那么该惯例就应属于一般从事国际贸易等活动的人理应知道的惯例。在此情况下，尽管某个特定的人并不知道惯例的存在与具体内容，但只要符合默示选择的条件，仍可合理地推断，特定交易的特定的人应当受到有关国际惯例的约束。

（六）运用有密切关系的国际惯例

对于同一争议事项，如果有几个不同的惯例并存，则应考虑适用与具体交易有最密切关系的国际惯例。

五 国际惯例的案例述评

在解决国际经济贸易和海事争议的实践中，有相当数量的判决书和裁决书涉及到国际惯例。有的阐述了法律、令同条款与惯例之间的关系，有的以惯例来补充和解释适用的法律，有的则完全依据惯例来裁判争议。下面列举的几个案例表明，适当参考适用国际惯例，既有利于弥补法律规定之不足，有利于保护当事人的合法权益，也有利于争议得到公正合理的解决。

案例一

[案情]

这里援引的是 1871 年美国最高法院对斯科西亚号轮一案的判决。在该案中，美国船与英国船在公海相撞，是由于美国船夫按照英国 1863 年及美国 1864 年的法令挂彩色灯，使英国船发生误会而导致碰撞，在判决中，美国法院指出：在 1863 年英国通过法律规定海上航行应悬挂彩色灯后，到 1864 年底，几乎世界上所有的商业国家都采纳了同样的挂灯规则，因此使这个国内规则变成海上法而应予适用，“这并不是给任何国家的制定法以域外效力，也不是将它们当作一般的海事法；而只是承认一个历史事实，即由于人类的共同同意，这些规则已因默认而具有普遍约束力”。美国船未遵守这种规则，因此不得请求赔偿。

[简评]

从法律的地域效力来讲，公海是人类共同财富，不能受到某一国家国内法的专属管辖。英国 1863 年法令和美国 1864 年法令也只应在各自国家的领域内发生效力。本案的英国船和美国船是在公海上相撞，而不是在英国、美国或其他国家的海域内相撞，在划分责任时，法官究竟依据什么判案？本案，美国法院按照人们反复实践形成了共同同意的规则这一事实，宣告了当时船舶在公海上挂彩色灯这一国际航运惯例的存在，并赋予它以法律效力，弥补了当时国际航运立法的不足。

案例二

[案情]

这是国际商会（ICC）仲裁院的一个仲裁庭通过仲裁解决的一个案例。Norsolor 是一个法国公司，ICC 仲裁庭裁决 Norsolor 违反了它与土耳其商务代理人 Pabalk Ticaret 公司之间的合同。ICC 选定奥地利的维也纳为仲裁地点。双方当事人既未选择适用的国内法，也未授权仲裁员按照“公允及善良”原则行事。仲裁庭在 1979 年 10 月 26 日作出裁决，认定 Norsolor 违约，应赔偿 80 万法国法郎的责任。在叙述裁决理由时，仲裁庭没有适用法国法、土耳其法或奥地利法等与案件有密切联系的国家的法律，而是按照惯例以及诚实信用的原则，认定 Norsolor。错误地终止合同导致了无辜受害的一方当

事人的损失。

Norsolor 向奥地利法院起诉，要求撤销此裁决。维也纳上诉法院认为仲裁庭未按 ICC 仲裁规则第 13 条第 3 款的规定行事，判决撤销裁决的一部分，ICC 仲裁规则第 13 条第 3 款的有关规定是：“当事人双方未指明应适用的法律时，仲裁员应适用他认为合适的根据冲突法规则所确定的准据法”。据此，维也纳上诉法院认为，仲裁员应按照冲突法所指引的国内法来裁决案件，仲裁员按照惯例来裁决案件是不许可的。由于仲裁员未能指出法国法和土耳其法在本案的主要问题上一致的，上诉法院认为仲裁员有义务决定这两个国家的法律中哪一个应为准据法。

然而，奥地利最高法院推翻了上诉法院的判决，再次确认了原仲裁裁决。最高法院认为，仲裁庭适用惯例裁决案件并没有违反任何明确有效法律规范。此外，仲裁庭也没有超越它的管辖权。仲裁庭处理的事项没有超出仲裁协议的范围，而且，ICC 仲裁规则第 13 条第 5 款规定了“仲裁员在任何情况下都应考虑合同的规定和有关贸易惯例”。

[简评]

关于仲裁员能否不按法律而只依国际惯例来裁决案件的问题，上述案例提供了一个实际的例证。事实上，国际惯例得以存在和发展的重要原因之一，就是它已为大多数国家的法律所认可，或者与法律的基本原则并行不悖。在当事人未能就适用法律达成一致的情况下，仲裁员按照惯例进行裁决若能导致公平合理的结果，应该是无可非议的。

案例三

[案情]

申诉人（买方）和被上诉人（卖方）签订了关于买卖 3 万公吨中国圆粒大米的合同，合同规定的交货条件为 FOB 上海，目的港为沙特阿拉伯的吉达或达曼。申诉人保证，该合同大米运往沙特阿拉伯销售，不转口至其他地区，合同签订后不久，被上诉人获悉申诉人将大米售给香港一家公司向菲律宾转销，被上诉人遂要求申诉人提供将大米运往沙特阿拉伯的保函或改为 c&F 或 CIF 条件交货。申诉人否认有转售的事实，并提出：“按照国际贸易惯例，FOB 条款意味着目的地不受限制。”中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会的仲裁庭查实申诉人确已在不通知被上诉人的情况下订立协议将货物转售菲律宾这一事实后，认为：申诉人在签约时接受了货物不得转售的条件：合同第 7 条明确规定申诉人必须将货物运往吉达或达曼，合同第 4 条规定的 FOB 条件不能否定合同第 7 条关于目的港规定的效力。因此，仲裁庭驳回了申诉人的主张，认定申诉人违约。

[简评]

本案例表明了国际惯例的具体规则不能否定合同条款的效力，相反，合同当事人可以在合同中对适用具体交易的国际惯例进行补充、修改或限制。

案例四

[案情]

申诉人（船方）根据 1983 年 3 月 30 日在纽约与被上诉人（租方）签订的承租租般合同中的仲裁条款，就“金田纽”轮在装港的滞期费争议，于 1987 年 4 月 16 日向中国海事仲裁委员会提出仲裁申请，要求裁决租方支付未付的滞期费及其利息。案件的基本事实是，该轮于 1983 年 5 月 18 日 0720 时抵达中国大连港，同时递交了准备就绪通知书。由于大雾，该轮一直在等待联检，

直至5月20日1430时才通过联检。租方于5月20日（星期五）1430时接受准备就绪通知书，并从5月23日（星期一）0800时起算卸货时间。

船方提出，该轮在5月18日0720时递交准备就绪通知书之时就已在各方面准备就绪，租方应于通知书递交之时就予以接受，因此，根据租船合同第18条规定，卸货时间应从5月19日1000时起。船方认为，准备就绪通知书递交后，租方应在合理的时间内接受，不应允许租方为延迟卸货时间的起算而拒绝接受准备就绪通知书。

租方提出，船方错误地将递交准备就绪通知书的时间作为租方接受该通知书的时间，根据租船合同第18条规定，卸货时间应从船长的准备就绪通知书在正常办公时间内被接受24小时后起算。租方认为，递交不同于接受，接受是起算卸货时间的依据，并且接受和递交之间可以有一段合理的间隔，只要租方在接受过程中没有任何拖延即可。该轮于5月18日0720时递交准备就绪通知书，由于大雾一直等待联检，直到5月20日1430时才通过联检。这表明该轮在递交准备就绪通知书时，由于没有办妥一切应办的进港手续，实际上并未进入准备就绪状态，况且等待联检这段时间根本不在租方的控制之下，因此，租方在该轮通过联检之后立即接受了该通知书，并于5月23日0800时起算卸货时间是正确的。

仲裁庭认为，租船合同明确规定，卸货时间应于准备就绪通知书被接受后24小时起算。根据中国港口的惯例，通过联检是一般外籍船舶进入中国港口的必要条件，船舶不通过联检便不具备卸货条件。因此租方有权在船舶通过联检后接受准备就绪通知书，除非船方能够证明由于租方的责任而造成联检的延误。根据装卸时间事实记录，该轮由于大雾一直在引水锚地等待联检，直至5月20日1340时才开始联检，1430时才通过联检。因此，租方于5月20日（星期五）1430时接受准备就绪通知书是合理的。由于准备就绪通知书被接受24小时后恰是租船合同第18条除外的时间，因此，卸货时间应从5月23日（星期一）0800时起算。

[简评]

海上运输涉及的问题不仅复杂，而且在特定的地区有特定的航运惯例，这些惯例彼此之间可能互不相同。由于这个原因，编纂成文的国际航运惯例难度很大，但这并不意味着地区性或行业性的航运惯例不存在。在特定的地区，航运惯例由于为人们反复惯行而公认为具有普遍约束力，因而可以合理地推定会影响合同的订立，并假定合同双方当事人参考了或并入了合同涉及的特定的贸易或地区盛行的惯例。本案仲裁庭援引中国港口的惯例，就是假定当事人已将该惯例并入了合同或者至少在订立合同时参考了它的一个实例。

第二章 《国际贸易术语解释通则》

《国际贸易术语解释通则》在国际贸易惯例中占有很重要的地位，半个多世纪以来，《国际贸易术语解释通则》为分清当事人在国际贸易中的权利、义务与责任、风险，避免处于不同国家的当事人对同一贸易术语作不同的解释，简化和缩短了当事人之间的贸易洽谈和成交的过程，减少纠纷解决争议，提供了指南和准则，为促进国际贸易的良性发展发挥了举世公认的积极性。

一 《国际贸易术语解释通则》的产生和发展

（一）国际商会

当人们一提到《国际贸易术语解释通则》，就不可避免地会联想到国际商会。这是因为，长期以来，不同国家和地区对于国际贸易术语有多种不同的解释，而国际商会则把国际贸易术语解释予以统一规范，制订、普及和推广使用解释通则，作为自己的主要职能之一。因此，首先简要介绍一下国际商会的情况。

1. 国际商会的性质。

国际商会是为世界商业服务的非政府间组织，是联合国等政府间组织的咨询机构。国际商会于 1919 年在美国发起，1920 年正式成立，其总部设在法国巴黎。

国际商会的基本目的是为开放的世界经济服务，坚信国际商业交流将导致更大的繁荣和国家之间的和平。

目前，国际商会的会员已扩展到 100 多个国家之中，由数万个具有国际影响的商业组织和企业组成，已在 59 个国家中成立了国家委员会或理事会，组织和协调国家范围内的商业活动。

2. 国际商会的职能。

国际商会主要职能有四个：

（1）在国际范围代表商业界，特别是对联合国和政府专门机构充当商业发言人；

（2）促进建立在自由和公正竞争基础上的世界贸易和投资；

（3）协调统一贸易惯例，并为进出口商制定贸易术语和各种指南；

（4）为商业提供实际服务。服务包括，设立解决国际商事纠纷的仲裁院、协调和管理货物临时免税进口的 ATA 单证册制度的国际局、商业法律和实务学会、反海事诈骗的国际海事局、反假冒商标和假冒产品的反假冒情报局、为世界航运创造市场条件的海事合作中心和经常组织举办各种专业讨论会和出版发行种类广泛的出版物。

3. 国际商会的组织机构。

国际商会的组织机构包括：理事会、执行局、官员委员会、财政委员会、会长、副会长及前任会长和秘书长、所属各专业委员会和会员、会员大会，此外还没有国家特派员。国际商会现下属 24 个专业委员会及工作机构。这 24 个专业委员会是：

国际商会—联合国、关税和贸易总协定经济咨询委员会，国际贸易政策委员会，多国企业和国际投资委员会，国际商业惯例委员会，计算机、电讯和信息政策委员会，银行技术和惯例委员会，知识和工业产权委员会，环境

委员会，能源委员会，海运委员会，空运委员会，税务委员会，有关竞争法律和实务委员会，保险委员会，销售、广告和批售委员会，国际仲裁委员会，国际商会国际局，国际商会仲裁院，国际商会国际商业法律和实务学会，东西方委员会，国际商会/中国国际商会合作委员会，国际商会国际海事局，国际商会海事合作中心，国际商会反假冒情报局。有关委员会的情况如下：

(1) 国际商业惯例委员会。

该委员会的职能是：就因现代化的运输技术的使用、自动信息处理的增长以及市场不稳定诸因素造成的商业惯例变化提供建议；对影响国际贸易的各种法律的差异提出解决意见；积极参加其他有关国际团体，特别是联合国国际贸易法委员会的工作。

目前主要工作有：

- 1) 通过《担保统一规则》草案；
- 2) 支持和推动国际商会的 INCOTERMS (国际贸易术语) 的普及和推广；
- 3) 出版所有权保留的第二个指南；
- 4) 出版代理合同示范本；
- 5) 讨论电子数据交换 (EDI) 系统方面的法律和商业方面的问题等；
- 6) 讨论国际租赁贸易方面的问题。

(2) 银行技术和惯例委员会。

该委员会的职能是：在国际银行实务中推动使用自动信息处理技术，并起草新的统一规则。在必要时修订有关托收、跟单信用证等的现行统一规则；与商业管理委员会及其他有关国际团体一起工作，发起旨在获得更为广泛的银行法和技术知识的活动。

目前主要工作有：

- 1) 修订《跟单信用证统一惯例 400 号》；
- 2) 就跟单信用证统一惯例的解释发表意见，并对案例进行研究等；
- 3) 准备保证书的标准格式。

(3) 国际仲裁委员会。

该委员会的宗旨是发展并促进利用仲裁的方式解决国际性商业争议。

目前主要工作有：

- 1) 审查有关多方当事人仲裁的问题；
- 2) 审查国际商会仲裁示范条款和与裁条款有关的管辖权问题；
- 3) 修改国际商会关于技术鉴定规则等；
- 4) 出版国际商会裁决书的摘要。

(4) 国际商会仲裁院。

该机构是通过仲裁方式解决国际性商事争议的重要组织。每年都有来自经济、政治和社会制度不同的国家的当事人、仲裁员和律师参与国际商会的仲裁。截止 1991 年底，仲裁院正在审理的案件达 750 件，其中 333 件为 1991 年新受理的案件。每一个国家委员会都可以向仲裁院推荐一名委员。截止 1991 年 12 月 31 日，仲裁院已经拥有 48 个不同国籍的委员。《国际商会调解与仲裁规则》刊登在国际商会第 447—2 号出版物上。

(5) 国际商会国际商业法律和实务学会。

该会创立于 1979 年，其目的是培训国际商业法方面的人才，并在职业律师和学者们之间架起桥梁，以期互通信息。主要开展如下活动：1) 组织培训讨论会，以扩大国际贸易法律及在解释和执行国际合同中发生纠纷的知识；

2) 加强学术单位与国际贸易商之间就一些特殊方面问题研究的联系；3) 组织对国际贸易法的研究工作。学会的学术委员会由国际商会指定的 40 名成员及来自世界各国的 84 名通讯员组成。为包括律师们在内的以及其他有兴趣发展国际商业法律的人士提供论坛。

目前的主要工作有：

- 1) 完成正在进行的项目；
- 2) 组织关于国际商事仲裁和国际合同的研讨会；
- 3) 培训起草和执行国际合同的谈判人员等；
- 4) 完善仲裁员制度。

(6) 国际商会/中国国际商会合作委员会。

该委员会创立于 1991 年 6 月，旨在加强作为世界范围内的业主代表的国际商会和作为推动中华人民共和国的商业国际化民间组织的中国国际商会之间的合作。

合作委员会将注重研究和讨论经济贸易的政策性问题，如恢复中国关贸总协定缔约国地位、中国的经济体制改革、环境保护、国际贸易政策等；还将在专业领域特别是货物暂准进口、商事和海事仲裁、国际贸易惯例、银行业务、知识产权、翻译出版等方面加强了解和合作。1992 年 6 月和 9 月在中国举办国际贸易惯例研讨会和银行跟单信用证实务研讨会。

合作委员会的成员分别是国际商会和中国国际商会的高级代表。

(二) 《国际贸易术语解释通则》的产主

不同国家对贸易术语的多种解释引起的误解阻碍着国际贸易的发展，基于便利商人们使用，在进行涉外买卖合同所共同使用的贸易术语的不同国家，有一个准确的贸易术语解释出版物是很有必要的。有鉴于此，国际商会于 1921 年在伦敦举行的第一次大会时就授权搜集各国所理解的贸易术语的摘要。

准备摘要的工作是在一个叫作贸易术语委员会的主持下进行的，并且得到各国家委员会的积极协助，同时广泛征求了出口商、进口商、代理人、股东、保险公司和银行等各行各业的意见，以便对主要的贸易术语作出合理的解释，使各方能够共同适用。

摘要的第一版于 1923 年出版，内容包括 13 个国家对下列几种术语的定义：FOB, FAS, FOT 或 FOR, Free Delivered, CIF 以及 C&F。摘要的第二版于 1929 年出版，内容有了充实，摘录了 35 个国家对上述 6 种术语的解释，并予以整理，经过十几年的磋商和研讨，终于在 1936 年制定了具有历史性意义的贸易条件解释规则，定名为《Incoterms 1936》，副标题为 International Rules for the Interpretation of Trade Terms (国际贸易术语解释通则)。至于 Incoterms 一词系 International Commercial (法语 Commercial 一词等于英语的 trade) Terms 的编写，本规则将贸易术语分为 11 种，每一术语订明买卖双方应尽的义务，以供商人自由采用。该 11 种贸易术语如下：

1. Ex Works (ex factory, ex mill, ex plantation, ex warehouse, etc.)，即工厂交货；
2. FOR (free on rail)... (named departure point) FOT (free on truck)... (named departure point)，即铁路交货/火车上交货；
3. Free... (named port of shipment)，即装运港港口交货；

4. FAS (free alongside ship) ... (named port of ship-ment) , 即装运港船边交货 ,

5. FOB (free on board) ... (name port of shiptnent) , 即装运港船上交货 ;

6. C&F (cost and freight) ... (name port of destina-tion) , 即成本加运费 ,

7. CIF (cost , insurance , freight) ... (named port of de- stination) , 即成本、保险费加运费 ,

8. Freight or Carriage paid to ... (named point of de- stination) , 即运费付至 ;

9. Free or Free Delivered ... (named point of desti- a- tion)

10. Ex Ship ... (named port) , 即到货港船上交货 ;

11. Ex Quay ... (named port) , 即到货港码头交货。

本规则在 1936 年 1 月开会讨论时 , 虽曾遭英国委员的反对 (理由为 : 其中部分解释与英国习惯不同) , 以及意大利委员的声明保留 , 但本规则实际上大部分是以英国习惯为依据的 , 所以在同年 6 月理事会会议时以绝大多数通过 , 并以 Incoterms 1936 之名 , 在巴黎总部公布。

第二次世界大战之后 , 鉴于国际形势的变化 , 有必要对贸易术语重新整理 , 以及对各贸易术语内容进行修订。于是国际商会于 1953 年 5 月在奥地利维也纳召开会议 , 审议 Incoterms 的修订案。同年 10 月修订完成 , 并颁布新修订的 Incoterms , 定名为 Incoterms 1953。此次修订是以 Incoterms 1936 为基础加以整理及归纳的 , 将很少用的 Free ... (name port of shiplnent) 及 Free or Free Deli ercd ... (named point of destination) 两条件删除 , 并将剩下的 9 种条件的内容 , 参照各国委员的意见 , 加以充实或修订。此次修订 , 是根据以下 3 大原则进行的 :

1. 旨在尽可能清楚而精确地界定买卖双方当事人的义务 :

2. 为获得商业界广泛采用本规则 , 以现行国际贸易实务上最普遍的做法为基础而修订 ;

3. 所规定卖方义务系最低限度的义务 , 因此 , 当事人在其个别契约中可以本规则为基础 , 增加或变更有关条件 , 加重卖方义务 , 以适应其个别贸易情况的特别需要。例如 , 在 CIF 条件下 , 卖方所须投保的海上保险种类为平安险 FPA , 倘若当事人依其交易货物性质、航程及其他因素加以考虑 , 认为应投保水渍险 WA 妥当时 , 可在其买卖合同中约定卖方应投保水渍险 WA。

(三) 《国际贸易术语解释通则》的发展

1. 《Incoterms 1980》。

Incoterms 于 1953 年修订之后 , 为各国商业界广泛采用 , 对于国际贸易的发展做出很大贡献。但自 50 年代末期以后 , 鉴于西欧与东欧国家和前苏联以及东欧国家与前苏联之间盛行边境交货及进口国目的地交货的贸易实务 , 国际商会于 1967 年补充 Delivered at Frontier ... (named place of delivery at fro- ntier) 即边境交货及 Delivered Duty paid .. (named place of destination in the country of importation) 即完税后交货两种贸易条件 , 以配合贸易需要。又鉴于货物利用航空运输的情况日益普遍 , 于 1976 年再增订了 FOB Airport ... (named airport of departure)

即机场交货，使适用范围再次扩大。随着集装箱运输的发展，多种运输方式的多式联运 (multi-modal transport) 也应运而生，门至门 (door-to-door) 的交货方式也已逐渐被世界各国广泛采用。于是，为配合这种国际贸易的需要，国际商会又于 1980 年增订 Free Carrier... (named point) 即货交承运人及 Freight or Carriage and Insurance paid to... (named point of destination) 即运费或运费保险费付至即两种贸易术语，并将 Freight or Carriage paid to... (named point of destination) 予以修订，使能扩大适用于连续作业的多式联运。故国际商会所解释的贸易术语，到 70 年代末，已有 14 种之多。该会于 1980 年 3 月，将此 14 种贸易条件汇成一小册，以 TCC Publication NO. 350 刊行，并定名为《Incoterms 1980》，副标题仍称为 International Rules for the Interpretation of Trade Terms。

《Incoterms 1980》包括：

(1) Ex works (Ex Factory, Ex Mill, Ex plantation, Ex Warehouse, etc.) 工厂交货，即 (制造厂交货、农场交货、仓库交货等)；

(2) FOR-FOT (Free on Rail...named departure point) (free on Truck...named departure point)，即铁路交货—指明起运地点、火车上交货—指明起运地点；

(3) FAS (Free Alongside Ship...named port of shipment)，即船边交货—指定装运港；

(4) FOB (Free on Board...named port of shipment)，即船上交货—指定装运港；

(5) C&F (Cost and Freight...named port of destination)，即成本加运费—指定目的港；

(6) CIF (Cost, Insurance, Freight...named port of destination)，即成本加保险费、运费—指定目的港；

(7) Ex ship...named port of destination，即目的港船上交货—指定目的港；

(8) Ex Quay Duty Paid...named port，即目的港码头交货，关税已付—指定港口；

(9) Dd livered At Frontier (named place of delivery at frontier)，即边境交货 (边境指定交货地点)。

(10) Dd livered Duty Paid...(named place of destination in the country of importation)，即完税后交货 (指定的进口国目的地)；

(11) FOB Airport (named airport of departure)，即启运机场交货 (指定启运机场)；

(12) Free Carrier...(named point)，即货交承运人 (指定地点)；

(13) Freight or Carriage Paid to... (named point of destination)，即运费付至—指定的目的地；

(14) Freight or Carriage and Insurance Paid to... (named point of destination)，即运费、保险费付至 (目的地)；

2. 《Incoterms 1990》。

时代在前进，科技在发展，国际贸易领域里也在不断发生新的变化。为了进一步适应国际贸易中新变化的需要，国际商会国际商业惯例委员会在总

总结了自 1980 年以来国际贸易中的新经验和新情况后,于 1989 年 11 月通过了《国际贸易术语解释通则》新的修订版本,进一步修改后于 1990 年 4 月正式公布,即国际商会第 460 号出版物,称为《1990 年国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS 1990)。该通则于 1990 年 7 月 1 日生效。1992 年 5 月 4 日至 5 月 22 日联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)在纽约召开的第 25 届年会上对国际商会提请核可的 Incoterms1990 进行了审议,年会最后对此达成一项决议,决议肯定了该通则在国际贸易中的作用并决定推荐在国际买卖交易中使用 Incoterms 1990。

国际商会 1990 年修订《通则》的主要原因之一,是为了使贸易术语适应电子资料交换系统 [Electronic Data Interchange (EDI) 日益频繁应用的需要。

当今社会随着科技的发展已进入了信息时代,电子资料交换系统必将更广泛地应用于未来国际贸易实践中。为了适应这种形势,联合国设计制定了《联合国贸易资料指南》(UNTDDED)《联合国行政、商业、运输电子资料交换规则》(UN/EDIFACT)和《电讯贸易资料交换实施统一规则》(UNCID)。同时,国际海事委员会在 1990 年第 3 届大会通过了《国际海事委员会电子提单规则》。在这种情况下,国际贸易就有可能使用电子资料交换系统。实际上,在国际贸易中越来越多的交易是通过电子计算机通讯联络来处理有关问题的。目前全球的贸易潮流是要求以电子单证代替纸的单证,使单证传递迅速准确,从而方便于国际贸易。然而一个关键的问题即法律问题是不可回避的,即如何确保相等的电子单证与原来纸的单证具有同等的法律地位或法律效力是极为重要的。这只能由贸易惯例和法律来解决。因此,《1990 年通则》中明确地规定在卖方必须提供商业发票或合同可能要求的其他单证时,也可以提供“相等电子单证(its equivalent electronic message)”

1990 年修订《通则》的主要原因之二,是为了使贸易术语适应不断更新的运输技术,尤其是集装箱运输、滚装船运输和多式联运。

实际上在 1990 年修订《通则》时已考虑了这一点,当时增加了“货交承运人(...指定地点)”和“运费保险费付至(...目的地)”两个术语。那么,在 1990 年修订《通则》时,应该说是充分考虑了这一点,对有关术语作了更为具体的解释。比如在“船上交货(...指定装运港)”FOB 术语中,自货物越过船舷时起,买方就要承担各种费用及货物灭失或损坏的一切风险。然而,在集装箱或滚装船运输的情况下,船舷并无实际意义时,则在该术语中就指出,“使用 FCA 术语更为适宜。”在 FCA 术语中则指出,“可适用于各种运输方式,包括多式联运”,这里“各种运输方式”,当然也包括了集装箱和滚装船的运输。

3. EDI 概述。

EDI 的发展成为《INCOTERMS 1990》产生的主要原因,下面来看一看 EDI 的简况。EDI 是 Electronic Data Inter-change 的缩略,意为“电子资料交换”。也有人依字面译为“电子数据交换”。由于使用 EDI 可以减少甚至逐步取消贸易过程中的纸面单证,因而 EDI 也被通俗地称为“无纸贸易”。

EDI 起源于 60 年代末的西欧和北美。早期 EDI 只是在两个贸易伙伴之间,依靠计算机间的直接通讯来传递具有特定内容的商业文件。经过 20 多年的发展和完善,EDI 已成为一种全球性的,具有战略意义和巨大商业价值的贸易手段。EDI 的广泛应用导致了商业贸易领域的革命性变革,西方经济

界人士称 EDI 是“一场结构性的商业革命”。

EDI 是一种在公司之间传输订单、提单、发票等商业文件的电子化手段。EDI 首先要求将这些商业文件标准化，形成结构化的、可被计算机识别和处理的数据格式，借助数据通讯网络，将商业文件传输至贸易伙伴的计算机内。

联合国标准化组织将 EDI 描述成“将商业或行政事务处理按照一个公认的标准，形成结构化的事务处理或报文数据格式，从计算机到计算机的电子传输方法”。看来，EDI 包括了 3 方面内容：计算机应用、通讯网络和数据标准化。这 3 方面内容相互衔接、相互依存构成了 EDI 的基本框架。

随着国际贸易的迅速发展，市场竞争的激烈，提高商业文件传递速度和处理速度成了所有贸易网络中成员的共同需求，这种需求刺激了信息技术及其应用的飞速发展，正是在这样的背景下，以计算机、网络通讯和数据标准化为基础的 EDI 应运而生。EDI 一经出现便显示出强大的生命力，迅速在世界各主要工业发达国家和地区得到广泛应用。在各类商业贸易单证中有相当大的一部分数据是重复出现的，需要反复地录入。重复录入的工作量很大且出差错的机率随之增高，这样就会浪费人力、浪费时间、降低了效率。因此仅从 EDI 避免商业数据的重复录入这一点来看，就值得人们花大力气去实现。法国联合包裹托运服务公司在它的一个数据处理中心，使用 EDI 系统 8 个月里，就减少纸张消耗量达 20%。美国通用电器公司近几年的统计表明，应用 EDI 使其产品零售额上升了 60%，库存由 30 天降至 6 天；每年仅连锁店的文件处理费用一项就节约 60 万美元，每张订单的处理费用由 125 美元降至 32 美元。

归纳起来，EDI 的使用消除了现行的纸面文件处理过程存在的时间延误、费用高、易出差错、库存大，处理速度慢、不确定性高等等缺点，所带来的经济效益愈来愈明显。

4. 使用 EDI 的有关法律问题。

国际贸易中 EDI 的广泛使用，使得一个拥有 EDI 系统的公司企业，在通过 EDI 通讯网络接受到国外客户的一笔 EDI 方式的订货单时，不是等待业务人员未处理而是 EDI 系统自动处理这份订单。例如，检查订单是否符合要求，答复、确认报文，通知内部系统落实和组织货源、安排生产，催开信用证，审核信用证，办理托运，租船订舱或租订其他运输工具，乃至投保、报关、制单结汇等一系列业务环节上的手续也都由 EDI 系统自动处理，而所有文件都存在于计算机中。

传统的贸易方式的单据转交主要通过邮寄，而在 EDI 系统下，单据的转交以及支付方式，都在计算机中传递。原来单据的传递是由国内法律和国际条约来认可和保护的，并有其一套详细和具体的规章制度，比如：汇票的签名问题，必须有出票人的签字方能生效；汇票的转让必须经过背书，而背书又必须由持票人在汇票背而签字；同样，提单的转让也必须经过背书，否则不能转移货物的所有权。另外，现行法律一般也要求有关贸易文件特别是合同以书面形式签订。而这些，在适用 EDI 系统传递的单证（信息）时，却无法以书面形式出现，这就带来了很大的法律问题，即这些单证以及传递方式是否具有与原来纸张单证同等的法律效力：另外，当贸易双方发生争议时，EDI 能否在仲裁或诉讼过程中作为证据被接受。

目前法律对电子单证方面的实践做法还没有规定，只有《1990 年国际贸易术语解释通则》这一国际贸易惯例，在其贸易术语规定：买卖双方约定使

用电子通讯条件的，凡卖方应出具提交的各种单据和凭证均可以具有同等效力的电子资料交换(EDI)单证所代替。当然最终必须由法律对EDI的做法进行强制性规范，使之更加有利于国际贸易的迅速发展。目前，普通法国家已经从理论上在诉讼程序中承认了使用计算机记录，成为，EDI最终在法律上完全被认可的开始。

在EDI系统下，如何实现货物所有权的转移，也是一个很现实的法律问题。1990年6月国际海事委员会第34届大会通过的《国际海事委员会电子提单规则》率先试图对这一问题予以解决，它完全改变传统提单通过背书转移物权的方式，而代之以数据密码的通知来实施货物所有权的转移，而使之变成谁持有密码，谁就具有货物的所有权。当然，密码的使用还有待于进一步地完善，但是，对于电子提单下货物所有权转移问题的解决却意义重大。

二 《1990年通则》和《1980年通则》的比较

(一) 《1990年通则》的特点

1. 《1990年通则》合并了《1980年通则》中的一些术语，同时也增加了新的术语，并且还使用了一些新的术语缩写。

《1980年通则》中的FOR/FOT和FOB机场交货，在《1990年通则》中被合并到“货交承运人(...指定地点)”即FCA术语中去了。因此，在被认为“重要的”FCA术语中，对各种不同运输方式的交货作了具体的解释，包括：铁路、公路运输、内河运输、海运、空运、未指定的运输方式和多式联运。同时在FCA术语下，对承运人、运输站及集装箱也作了具体的解释。

“未完税交货(...指定目的地)”即DDU术语，是《1990年通则》中新增加的。该术语是指卖方将货物运至进口国指定目的地、履行其交货义务，卖方应承担货物运至指定目的地的一切费用和 risk (不包括关税，捐税及进口时应缴纳的官费)以及办理海关手续的费用和 risk。该术语适用于各种方式的运输。DDU术语主要是考虑到，1992年欧洲共同体成为单一市场将取消共同体国家的海关关境以后及其他国家在货物进口结关不会遇到什么困难的情况下，使用DDU术语将可能是非常需要和适用的。对那些货物进口结关手续困难的国家，建议不要使用DDU术语。

在《1990年通则》中使用了一些新的术语缩写，比如EXW、FCA、CFR、CPT、CIP、DAF、DES及DEQ等，与《1980年通则》相比，在这些术语的名称上几乎没有什么区别，似乎只是缩写形式的改变或予以明确，如“成本加运费(...指定装运港)”术语，似乎只是缩写形式由“CFR”代替了“C&P”。实际上，这些术语项下买卖双方的义务在具体规定或解释上确有不同之处。尤其是“货交承运人(...指定地点)”术语，不仅明确了其缩写形式为“FCA”，而且适用范围还包括了《1980年通则》中的“货交承运人”和“FOR/FOT及FOB机场交货”等术语。

2. 《1990年通则》根据卖方义务的不同类型重新予以分组排列。

《1980年通则》对14种贸易术语的排列顺序，是从卖方承担费用、风险和 responsibility 最小的工厂交货(Ex Works)直到卖方承担费用、风险和 responsibility 最大的目的地完税后交货(Delivered Duty Paid)。《1990年通则》共有13种术语，为了便于理解和记忆，根据卖方义务的不同类型分为4组，即：

E组：EXW

卖方在自己的地点将货物交付买方；

F 组：FCA、FA5、FOB

卖方将货物交至买方指定的承运人；

C 组：CFR、CIF、CPT、CIP

卖方必须订立运输合同，但对货物灭失和损坏的风险及发运后发生事件所产生的费用，卖方不承担责任；

D 组：DAF、DE5、DEQ、DDU、DDP

卖方必须承担货物交至目的地国家所需的费用和 risk。

E 组术语中只有 EXW。在采用 EXW 术语时，卖方在他的所在地将货物交给买方支配时，即完成了交货义务。除非另有约定，卖方不承担将货物装上买方备妥的车辆或办理出口结关手续的责任。而买方将承担自卖方所在地将货物运至预期目的地的全部费用和 risk。因此 EXW 术语是卖方承担义务最小，或者说是买方承担义务最大的术语。

在 F 组术语中，FCA 术语是最重要的，F 组中的其他两个术语（FAS、FoB）和 FCA 实际都属于货交指定的承运人的范畴，其区别在于前两者是指在两个特定的地点货交承运人，即 FAS 在般边，FOB 在船上；而 FCA 在指定地点货交承运人，这个“指定地点”的范围很广，所以 FCA 术语适用于各种运输方式。在 F 组术语中，风险的转移与费用的划分主要都是以货交承运人的地点和时间作为分界点。在我国对外贸易实践中，在 F 组术语中最常用的是 FOB 和 FCA 术语，因此对《1990 年通则》中 FOB 和 FCA 术语的具体解释应特别加以注意，

在 C 组术语中，卖方必须按通常条件并承担费用订立运输合同。按照 CIF 和 CIP 术语，卖方还要负责办理保险并支付保险费用；在 CFR 和 CPT 术语中，卖方就没有这个义务。按照 CIF 和 CFR 术语，货物灭失或损坏的一切 risk 及货物装上船后在途中所产生的额外费用，自货物在装运港越过般舷时起即由卖方转移至买方承担；在 CIP 和 CPT 术语中，是自货物在交付承运人照管时即行转移。使用 C 组术语，即刻岸价格术语，但是到岸价格并不等于到岸合同，仍然是装运合同，因为费用的划分和 risk 的转移是不一致的，在我国对外贸易实践中，在 C 组术语中，最常用的是 CFR 和 CIF 术语，因此对《1990 年通则》中 CFR 和 CIF 术语的具体解释应特别加以注意。CIF 术语中，卖方除具有与 CFR 中相同的义务外，只增加了还应办理由买方承担 risk 的货物在运输途中灭失或损坏的保险义务。

在 D 组术语中，卖方负责将货物运至约定的地点或目的地交货，承担货物运至目的地前的全部费用和 risk，属到货合同。根据 DEQ 和 DDP 术语，卖方还要办理货物进口海关手续及缴纳进口关税及其他税费；在 DAF、DES 和 DDU 术语中，卖方就没有这个义务。因此 DDP 术语是卖方承担义务最大，或者说是买方承担义务最小的术语，与 E 组的 EXW 术语的情况正相反。3. 买卖双方义务均用 10 个项目分项列出，相互对应。

《1980 年通则》中，买卖双方的义务虽然也是分项列出，但并不是相互对应的，项目的内容比如费用和 risk 往往在同一项中规定。但在《1990 年通则》中，买卖双方的义务均分项列出，相互对应。卖方在每一项中的地位的另一面相应地“反映”了买方在该项中的地位。这样极大地方便了当事人对该通则的使用，尤其是在需要查找自己在某一项下应承担什么义务时，很快地可以找到另一方在同一项下应承担什么不同的义务。

买卖双方相互对应的 10 项义务如下：

卖方义务（卖方必须）：买方义务（买方必须）：

A1．提供符合合同规定 B1．支付货款的货物

A2．许可证、批准文件及海关手续 B2．许可证、批准文件及海关手续

A3．运输合同与保险合同 B3．运输合同

A4．交货 B4．受领货物

A5．风险转移 B5．风险转移

A6．费用划分 B6．费用划分

A7．通知买方 B7．通知卖方

A8．交货凭证、运输单证或相等的电子单证 B8．交货凭证、运输单证或相等的电子单证

A9．核查、包装及标记 B9．货物检验

A10．其他义务 B10．其他义务

国际间货物的买卖，货物自卖方所在地运交买方往往需要经过一种或多种形式的长途运输、多次装卸和存储，这就需要洽租运输工具，装货、卸货，办理货运保险、申领进出口许可证及结关纳税等手续；并需支付运费、装卸费、仓储费、保险费和各种捐税及杂费等费用；还要承担货物在运输途中可能遭受灭失或损坏的风险。因此，买卖双方在交易洽谈、签订合同中使用某一贸易术语或价格术语时，必须明确某一种手续应由谁办理，某一项费用应由谁支付，某一项风险应由谁承担。《1990 年通则》中每一种术语下相互对应地明确地规定买卖双方的责任与义务及风险与费用的划分，是当事人最关心的，是国际贸易中最需要的，同时这也是制定通则的目的所在。

4．《1990 年通则》规定了在提供有关单证时可以提供相等的电子单证，应该说是一个突出的特点或称之为重要的变化。

（二）两种常用术语的比较

现选择 FOB 和 CIF 两种常用的主要术语，根据《1990 年通则》中的解释与《1980 年通则》中的解释，从文字上内容上试作比较，列出不同之处以便探讨其区别所在。

1．船上交货 FOB（...指定装运港）。

（1）在该术语的“前言”部分：

《1990 年通则》明确了“FOB 术语要求卖方办理货物出口结关手续”。

并指出“本术语只能适用于海运或内河运输。在船舷无实际意义时，如在滚装/滚卸或集装箱运输的情况下，使用 FCA 术语更为适宜”。

（2）在卖方义务中：

《1990 年通则》在规定“提供符合合同规定的货物”的义务项下，增加了提供“商业发票或相等的电子单证”。在提到提供“运输单证”的义务时，也增加了“如果卖方与买方已约定使用电子通讯”，“可以由相等的电子资料交换(EDI)单证所代替”在提供其他单证时，亦可提供“相等的电子单证”；

明确“无订立运输合同的义务”，“无订立保险合同的义务”；

《1980 年通则》和《1990 年通则》都规定了“自行负担费用提供包装”，但《1990 年通则》中进一步说明了“该包装是卖方订立买卖合同前已被告知的有关该货物运输的情况（如形式、目的地）所要求的”，并增加了“包装上应适当地加上标记”；

还增加了“应买方要求，提供办理保险所必要的信息”。

(3) 在买方义务中：

《1990年通则》明确了“自行负担风险和费用，取得进口许可证或其他官方批准证件，并办理货物进口以及必要时经由另一国家过境运输所需的一切海关手续”。

明确了“自行负担费用订立从指定装运港运输货物的合同”；

明确了在卖方交货时买方“受领货物”的义务和在卖方提供交货凭证时买方“接受交货凭证”的义务；

还增加了“除非另有约定，支付装运前货物的检验费用，出口国有关当局强制检验除外”。

2. 成本、保险费加运费 CIF (...指定目的港)。

(1) 在该术语的“前言”部分：

《1990年通则》明确了卖方还必须办理货物在运输途中“应由买方承担的”货物灭失或损坏风险的海运保险；

增加了“CIF术语要求卖方办理货物出口结关手续”；

并指出“本术语只能适用于海运和内河运输。在船舷无实际意义时，如在滚装/滚卸或集装箱运输的情况下，使用CIP术语更为适宜”。

(2) 在卖方义务中：

《1990年通则》在规定“提供符合合同规定的货物”的义务项下，增加了提供“商业发票或相等的电子单证”。在提到提供“运输单证”的义务时，也增加了“如果卖方与买方已约定使用电子通讯”，“可以由相等的电子资料交换(EDI)单证所代替”，在提供其他单证时，亦可提供“相等的电子单证”；

在保险义务项下，明确了“根据合同约定自行负担费用取得货物保险，使买方或任何其他对货物拥有保险利益的人有权直接向保险人索赔”，增加了在投保时“如无相反的明示协议，应根据《协会货物保险条款》(伦敦保险人协会)或其他类似的条款中的最低保险别投保”；应买方要求，卖方应提供由买方提供费用的可以投保的“战争险”外增加了“罢工、暴乱和民变险”。

《1980年通则》中下述一段被取代了，即“除双方另有约定外，保险范围不包括特定行业或买方个别所需的特种险，买卖双方，对盗窃、渗漏、破碎、切破、发汗与他货物接触，及其他特定行业的特种险，应予考虑，并约定是否需要加保”；

在提供“交货凭证、运输单证”义务项下，除增加了可提供“相等的电子单证”外，在写法上更概括了，规定“除非另有约定，应自行负担费用毫不迟延地向买方提供为约定目的港所用的通常的运输单证”，该单证包括“如可转让提单、不可转让海运单、或内河运输单证”。《1980年通则》中关于清洁提单和不清洁提单的注解在《1990年通则》中被取消了；

《1980年通则》中，“根据买方要求，并由买方负担费用，提供产地证明书及领事发票”的义务，在《1990年通则》中没有再单独列出；

强调了要给予买方关于货物已装船的“充分”通知，增加了“以及为使买方采取通常必要的措施能够提取货物所要求的其他任何通知”。

还增加了“包装上应适当地加上标记”。

(3) 在买方义务中：

《1990年通则》明确了“办理货物进口以及必要时经由另一国家过境所

需的一切海关手续”；

明确了“无订立运输合同的义务”；

增加了“在买方有权确定装运货物的时间和/或目的港时，给予卖方充分的通知”；

增加了“除非另有约定，支付装运前货物的检验费用，出口国有关当局的强制检验除外”；

增加了“应卖方要求，提供办理保险所必要的信息”；

《1980年通则》中由买方“支付因领取产地证明书及领事签证而发生的费用”的义务，在《1990年通则》中没有再单独列出。

《1980年通则》，“如货物系照‘成本、保险费加运费并卸到岸上’价出售，则卸货费用，包括驳运费及码头费在内，应由卖方负担”一段注解，在《1990年通则》中被取消了。

关于《1990年通则》中的CFR术语与《1980年通则》中的C&F术语相比较，与上述《1990年通则》中的CIF术语和《1980年通则》中的CIF术语的比较，除没有保险义务一项外，其他义务的比较大致相同。

三 《1990年通则》术语述评

1. 工厂交货 EXW (...指定地点)。

卖方在其所在地工厂或仓库将备妥的货物交付买方，履行其交货义务。卖方不承担货物装上买方备妥的车辆的义务。

卖方不办理出口结关手续。

卖方无订立运输合同与保险合同的义务。

风险转移，以在指定的交货地点将货物置于买方支配之下时为分界点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

EXW 可适用于各种运输方式，包括多式联运。

2. 货交承运人 FCA (...指定地点)。

卖方将货物交至指定地点由买方指定的承运人照管，履行其交货义务。

卖方应办理出口结关手续。

卖方无订立运输合同与保险合同的义务。

风险转移，以在指定的交货地点将货物交由承运人照管时为分界点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

FCA 可适用于各种运输方式，包括多式联运。

3. 船边交货 FAS (...指定装运港)。

卖方在指定的装运港码头或驳船内将货物交至指定的船边，履行其交货义务。

卖方不办理出口结关手续。

卖方无订立运输合同与保险合同的义务。但应买方要求或按商业惯例且买方未作出相反指示，卖方应代为订立运输合同，卖方也可以拒绝。

风险转移，以在指定装运港将货物交至指定船边时为分界点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

FAS 仅适用于海运或内河运输。

4. 船上交货 FOD (...指定装运港)。

卖方在指定装运港将货物装船越过船舷后，履行其交货义务。

卖方应办理出口结关手续。

卖方无订立运输合同与保险合同的义务。

风险转移，以在指定装运港货物越过船舷时为分界点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

FOB 仅适用于海运或内河运输。

5. 成本加运费 CFR (...指定目的港)。

卖方在装运港货物交付至船上，由承运人运至指定目的港，履行其交货义务。

卖方就应办出口结关手续。

卖方应负担费用按通常条件订立运输合同，将货物运至指定目的港。

卖方无订立保险合同的义务。

风险转移，以在装运港货物越过船舷时为分界点。

费用划分，卖方应支付成本费和将货物运至指定目的港所需运费，包括定期班轮可能收取的装货和卸货费用；买方应承担货物在装船后发生事件所产生的任何额外费用。

CFR 仅适用于海运或内河运输。

6. 成本、保险费加运费 CIF (...指定目的港)。

卖方除负有与 CFR 相同的义务外，还应办理货物在运输途中最低险别的海运保险，并应支付保险费。

其他与 CFR 相同。

7. 运费付至 CPT (...指定目的地)。

卖方将货物交付承运人照管，由承运人运至指定目的地，履行其交货义务。

卖方应办理出口结关手续。

卖方应负担费用按通常条件订立运输合同，将货物运至指定的目的地的约定地点。

卖方无订立保险合同的义务。

风险转移，以货物交付承运人照管为分界点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

费用划分，卖方应支付至货物交付承运人照管时为止的一切费用及将货物运至指定目的地的运费，买方应承担货物交至承运人照管后发生事件所产生的任何额外费用。

CPT 可适用于各种运输方式，包括多式联运。

8. 运费及保险责任付至 CIP (...指定目的地)。

卖方除负有与 CPT 术语相同的义务外，还应办理货物在运输途中最低险别的海运保险，并应支付保险费。

其他与 CPT 相同。

9. 边境交货 DAF (...指定地点)。

卖方将货物运至边境上的指定地点，在毗邻国家海关关境之前交付买方，履行其交货义务。

卖方应办理出口结关手续。

卖方应负担费用订立运输合同，将货物运至边境上的交货地点。

卖方无订立保险合同的义务。

风险转移，以在边境上指定的地点将货物置于买方支配之下时为分界

点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

DAF 可适用于铁路或公路运输，也可适用于其他任何运输方式。

10. 目的港船上交货 DES (...指定目的港)。

卖方将货物运至指定目的港在船上交付买方，履行其交货义务。

卖方应办理出口结关手续。

卖方应负担费用订立运输合同，将货物运至指定目的港的指定地点。

卖方无订立保险合同的义务。

风险转移。以在指定目的港在船上将货物置于买方支配之下时为分界

点。

DES 仅适用于海运或内河运输。

11. 目的港码头交货 DEQ (...指定目的港)。卖方在指定目的港码头将货物交付买方，履行其交货义务。卖方应办理出口和进口国进口的结关手续。

卖方应负担费用订立运输合同，将货物运至指定目的港码头。

卖方无订立保险合同的义务。

风险转移，以在指定目的港码头将货物置于买方支配之下时为分界点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

DEQ 仅适用于海运或内河运输。

12. 未完税交货 DDU (...指定目的地)。

卖方将货物交付至进口国的指定地点，履行其交货义务。卖方应办理出口结关手续，但不办理进口国的进口结关手续。

风险转移，以在进口国指定地点将货物置于买方支配之下时为分界点。

费用划分与风险转移的分界点相一致，但卖方不负担进口结关手续费用及进口税费。

DDU 可适用于各种运输方式。

13. 完税后交货 DDP (...指定目的地)。

卖方将货物交付在进口国指定地点，履行其交货义务。卖方应办理出口结关手续，和进口国的进口结关手续。风险转移，以在进口国指定地点将货物置于买方支配下时为分界点。

费用划分，与风险转移的分界点相一致。

DDP 可适用于各种运输方式。

四 《国际贸易术语解释通则》在处理争议中的作用

《国际贸易术语解释通则》就国际货物买卖双方当事人的权利义务确认与划分进行了详细的概括，为避免不同国家对同一贸易术语作不同的理解，提供了准则，对国际贸易的发展做出了贡献。作为国际惯例，它越来越被普遍地得到承认和适用。《通则》不仅为买卖双方签订合同、履行合同提供了方便，简化和缩短了当事人之间的贸易接洽、谈判和成交的过程，而且为减少和解决贸易纠纷提供了依据。

有国际贸易的存在，就会有争议纠纷的产生。在国际上，对于国际贸易纠纷的解决采用较为普遍的有效的的重要方式是仲裁，在《1990年通则》前言中也专门提到了以仲裁方式解决国际贸易纠纷。下面通过仲裁案例来看一看《国际贸易术语解释通则》在解决贸易纠纷中的应用和作用。有关仲裁案例

还涉及到合同关系、商品检验、违约赔偿等其他各方面的内容，为了对案件情况有一个全面的了解，其他方面的内容也一并保留，以供参考。

案例一

[案情]

申诉人中国公司与被诉人西德公司于1989年1月24日签订购买马来西亚的甲醇1000公吨合同，合同规定甲醇的纯度为最低99.85%，含水分最高为0.10%，每公吨甲醇420美元，合同总额为42万美元，以即期信用证结汇。货物包装使用161公斤或18公斤的翻新桶。合同还规定，货卸目的口岸60天内经中国商品检验局复检，如发现品质或数量或重量与本合同规定不符时，除属于保险公司或船公司负责者外，买方得拒绝收货及/或凭商检证向卖方提出索赔。在此情况下，凡货物适于抽样者，如卖方要求，买方可将样品寄交卖方。

1989年2月3日申诉人向被诉人开出信用证。

1989年3月9日，被诉人的供货商将货物用陆罐运至新加坡，日本检验机构NKKK新加坡办事处对货物进行抽样检验。并于3月13日出具检验分析证书，表明甲醇的纯度为99.92%，水分为0.041%。货物于3月9日至15日在新加坡装桶，共装161公斤的6135桶。3月16日货物装上船。3月26日货物运至中国黄浦港。3月29日货物卸毕。同时，被诉人通过银行议付了全部货款。

1989年3月15日申诉人的国内用户将货转售给另一家国内公司，后者又将部分货物出售给工厂。5月份，工厂收到货后对货物进行了检验，发现甲醇纯度为99.64%，水分为0.3%，大大超过供需合同规定的规格（该规格与本案合同一致）。工厂将这一情况报告了公司，公司向申诉人提出索赔。申诉人立即于5月11日通知被诉人，于5月12日向中国广东进出口商品检验局（下称广东进出口商检局）提出检验货物的申请，5月22日广东进出口商检局出具了货物品质检验证书，表明甲醇的纯度为99.71%，水分为0.28%，与合同规定的纯度99.85%和水分0.10%不相符合。当天，申诉人致函被诉人，并寄去商检证书，正式提出索赔，要求全部退货并赔偿损失。5月25日被诉人给申诉人回函要求再次检验。6月1日被诉人请香港一家公证行的人一起到仓库对未开封的和被广东进出口商品检验局抽过样的货物分别抽取了样品，6月30日这批样品被送到新加坡CALEBBRETT检验行检验。CALEBBRETT检验行于7月3日出具证书，对送去的7份样品进行检验分析的结果表明，甲醇纯度平均值为99.884%，水分为0.11157%，纯度符合合同规定。而水分略高于合同规定。

申诉人根据中国商检机构的检验结果向被诉人提出全部退货；被诉人则坚持新加坡CALEBBRETT的检验结果是正确的，货物符合合同要求。双方协商不能达成一致，申诉人遂提出仲裁申请，要求将不合乎要求之全部货物降价40%，以补偿由于品质不合格及国内市场价格大幅度下降给申诉人造成的经济损失及其他实际损失。申诉人诉称：

1. 本案合同的品质保证，是属于到岸60天内品质交货。广东进出口商检局的复验及其效力，是由双方事先约定的。广东进出口商检局按照惯例，依据规定的程序与方法进行检验，是完全合法的。从抽样到测试，都是严格按照商检程序进行的，检验的结果及所出具的检验证书是正确的，有效的。根据这一有效的检验，按照甲醇国家标准的分类级别标准，最大含水量大于

0.15%者为甲醇之最低等，即3级品。因此，被上诉人提供的货物应属末等。

2.1989年6月1日被诉人到黄浦港仓库取样送验，未经双方同意，是被诉人单方面进行的，不具有公证性。广东进出口商检局没有参与，也没有认可。抽样时，也没听说来人是香港公证行或新加坡检验机构的，其穿着打扮也不像专业人员。非专业人员进行的抽样，不具有科学性。抽取样品时没按一定的抽样方法进行，而是随便抽的，不具有代表性。新加坡 CALEBBRETT 出具的分析证书中提到，送去的7份样品中，有一份是中国商检局的混合样品，事实上，该局没有向被上诉人提供过任何“混合样品”。此批样品的选留、混合与送检都没经专业人员按规定进行，不具有可靠性，并且，取样与送检之间相隔长达一个月之久，被上诉人一方面强调甲醇的吸湿性，另一方面却又将样品搁置达一月之久，才送检，是不能理解的。

3. 被上诉人提供的日本 NKKK 新加坡办事处的分析证明。未注明检验的是合同项下甲醇，也未注明是从1000吨中抽样检验的结果，事实上，被检验的是装桶前的大岸罐装的甲醇。因此，不能作为本合同项下的品质证明。

4. 发现货物有品质问题后，申诉人采取了补救措施，以避免损失的扩大，在市价下跌情况下，申诉人多方联系销售。并对未售出的3952桶，委托有关仓储部门妥为保存。

5. 风险的转移与卖方对所交付货物的品质责任是两回事，风险转移了并不能排除卖方对合同规定货物的品质责任。

被上诉人答辩称：

1. 货物在新加坡装罐时由日本 NKKK 新加坡办事处进行了检验，结果证明货物的质量符合合同的规定。货物是用新桶装运的，提供的证据证明桶是干燥的，没有任何污染。装桶是在全封闭情况下进行作业，不可能使货物受到污染。装桶的另一部分货物销往泰国，对该部分货物的检验结果是水分为0.039%，与日本 NKKK 的检验结果非常接近，没有质量缺陷。

2. 货物在装运时符合合同规定，被上诉人已经履行了交付符合合同之规定的货物的义务。如果本案甲醇质量出现不合格的问题，也是装船以后发生的，根据国际商会《国际贸易条件解释通则》的规定“（买方应）自货物在装运港装船越过船舷时起，负担货物的一切风险”。本案货物的风险已经转移给申诉人，被诉人对货物装船后出现的品质问题不负任何责任。

3. 申诉人提出的索赔依据不足。根据《化工市场信息》申诉人出售货物的发票均高出市场价约200—300元/吨，说明申诉人在再销售这些甲醇的过程中没有因为质量发生任何损失，因此无权就所谓的甲醇含水量问题提出索赔要求。此外，被上诉人还对申诉人提供的某些单据的真实性提出了质疑。

被上诉人要求仲裁庭驳回申诉人仲裁请求，并赔偿被诉人为本案支付的律师费和检验费及分析报告费。

[简评]

1. 本案是C&F合同，货物的风险在越过船舷时转移给买方，这当中的风险的是指货物在运输过程中，由于外因的作用而遭受损害的危险。本案货物是用新桶装载，到达目的口岸时外包装良好，因此可以断定货物包装与合同不符的情况是在风险转移于买方之前就已经存在，而不是运输过程中发生的，不属于《国际贸易术语解释通则》中的风险范围。对此，被上诉人不能以风险已转移于买方为理由而推脱其对货物品质的担保义务。

2. 合同规定“如卖方要求，买方可将样品寄交卖方”。这意味着，在广

东进出口商检局检验发现货物有品质问题时，被上诉人仍有权对货物的品质进行检验确认，广东进出口商检局的检验不能认为是确定货物品质的最终检验。

3. 本案中，对货物品质的检验申诉人和被上诉人提到的有3次。第一次检验，在新加坡，甲醇从陆罐装入桶之前，由日本NKKK新加坡办事处对陆罐中的甲醇进行的检验。检验后，甲醇装桶。被上诉人提出了一份证明在装桶过程中不会有污染的文件。但由于出具这份文件的是负责装桶的公司，自己为自己的行为提供的证明，在法律上没有足够的效力。并且，被上诉人也未能提出证据，证明这批甲醇就是交付给申诉人的甲醇，因此，这次检验的记录和报告，不能作为确定本案货物的品质的证明。第二次检验，在中国广东，货物运到目的口岸后，由广东进出口商检局进行。结果表明，货物的纯度和水分不符合合同的要求。第三次检验，在新加坡，被上诉人到申诉人存货处抽取了样品，货物纯度符合合同规定，水分不符合合同规定。从法律上讲，第二次检验是合同规定的，第三次检验是合同允许的，因此，这两次的检验结果能够表明货物品质。

第二次检验使用的是中华人民共和国国家标准，第三次检验使用的是ASTM标准，从技术上讲，不同的检验方法，检验结果会有所不同。因此，造成了事后二次检验出现了不同的结果。虽然二次检验结果有差距，但在货物含水的指标上都超过了合同规定的标准：合同规定含水分最高为0.10%；第二次检验的结果为0.28%；第三次检验的结果为0.11157%。据此，可以认定，货物的品质不完全符合合同的规定，为此，被上诉人应当承担责任。

4. 由于第二次和第三次检验法律上都有效，但它们的结果又不同，就出现了两个有效的不同结果。关于甲醇的纯度，第二次检验结果为99.71%，不符合合同规定的最低99.85%，而第三次检验结果为99.884%符合合同规定。鉴于纯度的这一差别在甲醇的一般用途中影响极小，申诉人也同意纯度问题不影响使用的观点，因此不考虑因纯度不符合同而可能使货物贬值的问题。关于甲醇的水分，第二次和第三次检验结果的平均值为0.19579%，相当于中国国家标准的3级甲醇，因此，货物应按3级甲醇的价格作降价处理。

5. 申诉人向被上诉人提出的赔偿损失数额是按货物原来的转售合同的价格与实际出售的价格或可以出售的价格的差额计算的。申诉人向被上诉人订购货物时，国内市场甲醇的价格比较高，到货后的一段时间里逐步降低到一般水平，因此，申诉人在计算损害赔偿金额时，包含了市场降价的因素，而市场价格涨落的因素则是《国际贸易术语解释通则》中所说的风险中的一种，即商业风险，这种风险在CIF合同项下自货物越过装运港船舷时，就转移给了买方申诉人。因此申诉人应承担的正常的商业风险，应在计算损失赔偿额时扣除，合理的计算方法是，按国家规定的1级甲醇和3级甲醇的价格之比，计算货物降价的比例及数额。

案例二

[案情]

申诉人捷克公司和被上诉人中国公司于1988年3月8日在北京签订了88—CC—06号合同及其附件2。根据合同及其附件2，申诉人作为买方向被上诉人（卖方）订购长虹牌CJ47D—PS18彩电6000台，价格条件为FOR满洲里每台530瑞士法郎（—2%），总价为311.64万瑞士法郎，交货期为1988年

第三季度。彩电的品质以捷克斯洛伐克的检验机构确认的样机为准。双方同意，申诉人应于 1988 年 5 月 15 日前确认样机，被上诉人应提供申诉人该批彩电自交货时起可用 10 年的零配件，而且零配件应提前一个月发运，但最迟不得晚于第一批交货。稍后，申、被上诉人又签订了合同附件 6，根据附件 6，被上诉人向申诉人提供 cJ47D—PS18 长虹牌彩电 3520 台，单价为 FOR 满洲里 530 瑞士法郎/每台（—2%），总价为 182.8288 万瑞士法郎，交货期为 1988 年第四季诉人实际交货已超过了合同规定的交货期，根据《中捷交货共同条件》第 12 条的规定，被上诉人应支付申诉人迟交 9520 台长虹牌彩电以及迟交零配件的罚金 25.805614 万瑞士法郎。但被上诉人未支付。申诉人遂于根据《中捷交货共同条件》关于仲裁的规定，申请仲裁，要求被上诉人支付迟交罚金。

其理由为：

1. 按照合同规定，被上诉人应于 1988 年第三季度完成交货 6000 台。实际上，被上诉人于 1989 年 1 月 17 日、25 日运抵天津塘沽，这已超过了合同规定的交货期，应按照交货共同条件规定，支付罚金。至于第四季度的 3520 台，被上诉人虽然迟交了，但仍在一个月的优惠期，因此，申诉人修改了其索赔请求。

2. 合同规定的零配件应于第三季度交货，而被上诉人实际上于 1989 年 2 月份与最后一批货一起发运，也超过了合同规定的交货期，被上诉人应按《中捷交货共同条件》第 12 条规定，支付罚金。

被上诉人答辩称：

1. 长虹牌彩电不能按期交货的根本原因在于申诉人违反协议，迟迟不确认样机，致使被上诉人无法安排生产，其责任完全在于申诉人一方。被上诉人不应当承担延迟交货的责任。

本合同是一项凭样交货合同，长虹牌彩电的品质须以捷方确认的样机为准。因此，被上诉人必须等候申诉人确认样机之后，始能安排生产，在订立合同时，双方已商定，申诉人须于 1988 年 5 月 15 日前确认样机；后来在布拉格会谈时，又再次商定申诉人最迟应于 6 月 15—20 日确认样机。但申诉人（买方）一再违反协议，虽经被上诉人三番五次电传催促，仍迟迟不确认样机。直到 1988 年 7 月 25 日才来电表示确认，但随后又在 8 月 18 日来电传，度。其他规定如附件 2。

合同签订后，被上诉人曾分别于 1988 年 6 月 5 日、6 月 24 日和 6 月 29 日 3 次电传催促申诉人尽快确认样机，并在电传中声明，如果申诉人不能及时确认样机，使被上诉人不能安排生产，则交货期需延至 1988 年第四季度，申诉人直到 1988 年 7 月 25 日才电传通知被上诉人已确认样机，等候交货。被上诉人接此电传后于 7 月 26 日通知长虹电视机厂，着手安排生产。8 月 5 日，长虹电视机厂按申诉人确认的样机开始大批生产，8 月 8 日，申诉人电传被上诉人称其对长虹牌样机的检验尚未结束，要求被上诉人提供有关电容器的资料，以便完成检验。于是，被上诉人 8 月 8 日通知其厂家暂停生产，等待申诉人的进一步指示。

为了解决样机确认及交货问题，双方于 1988 年 9 月 27 日在北京签订了《协定书》，其主要内容有：

1. 申诉人确认长虹牌彩电的样机质量；
2. 双方同意被上诉人可按照海运条款的规定交货。

1988 年 12 月 15 日被诉人向申诉人发出备妥通知书，全部长虹牌彩电将

分别于 1988 年 12 月 31 日、1989 年 1 月 10 日和 20 日运天津港装集装箱。

中国外运总公司天津分公司分别于 1989 年 1 月 17 日、25 日和 2 月 3 日签发了长虹牌彩电 1000 台，5000 台和 3520 台的联运提单。

该批货物从天津运抵满洲里，最终在满洲里交申诉人铁路运输。

申诉人曾分别于 1989 年 5 月 28 日和 8 月 15 日致函被告人。称根据合同附件 2、附件 6 的规定，被告人应完成第三季度长虹牌彩电 6000 台，第四季度长虹牌彩电 3520 台的交货任务。而被声称对样机的检验尚未完成，从而推翻了 7 月 25 日电传的确认。9 月 5 日又来电传，声称还需 2—3 个月的时间才能完成检验。事实上，长虹牌彩电的样机是在 1988 年 9 月 27 日双方在北京举行会谈签订了议定书的时候，才最后确定下来的。这个时间比原定 5 月 15 日确认样机的日期足足拖迟了 132 天。此时，距离第一批 6000 台彩电的交货期（第三季度）即 9 月 30 日届满只剩下 3 天。这一事实表明：造成这批彩电不能按时交货的原因，完全是由于申诉人违反协议，一再推迟确认样机所致，其责任应由申诉人自负。被告人对此是完全没有过失和责任的。而且，被告人早已多次在电传中指出，由于申诉人迟迟不确认样机，被告人无法安排生产，交货期需顺延至 1989 年第一季度。对此，申诉人并未表示异议。

2. 按照 1961 年《中捷交货共同条件》第 12 条的规定，被告人已完成了交货义务。

按照双方 1988 年 9 月 27 日签订的协议书，申诉人因其迟迟未确认样机，已主动将合同的交货期从 1988 年第三季度，修改为 1988 年第四季度。

即使是按修改后的交货期（1988 年第四季度）计算，按照交货共同条件第 12 条的规定，被告人只有在优惠期 30 天以后，才按规定支付迟交罚金，但事实上被告人延误发货并未超过 30 天，因此，就不存在支付迟交罚金的问题。因为，按照合同规定，这批彩电是采用集装箱方式运输，全部装箱均由申诉人负责提供。被告人的义务是把货物集中在天津口岸装箱。据此，被告人在 1989 年 1 月中旬前已把全部彩电运抵天津口岸装箱，并已取得天津外贸运输分公司于 1989 年 1 月 17 日、23 日签发的数量为 6000 台的联运提单和 2 月 3 日签发的数量为 3520 台的联运提单。提单上的日期应作为卖方交货的日期。按此计算，被告人延误发货的时间比 1988 年 12 月底相差 23 天，并没有延误发货超过 30 天以上须支付罚金的问题。至于 3520 台彩电的提单虽然是在 1989 年 2 月 3 日签发的，从表面上看，似乎超过了 3 天，但这种延误完全是由于申诉人没有提供足够数量的集装箱，使彩电不能及时装进集装箱所造成的，其责任完全在申诉人，与被告人无关。申诉人要求被告人支付迟交罚金是毫无道理的。本案的关键正是由于申诉人拖延确认样机 4 个多月，才导致被告人不能安排生产、不能按时交货。申诉人既然已拖延对样机的确认长达 4 个多月，那么，合同的交货期理应顺延 4 个多月（132 天）。如果按此推算，被告人在 1989 年 1 月 23 日已取得联运提单，完成了交货义务，根本不存在延误交货的问题。

申诉人所提出的 25.805614 万瑞士法郎的迟交罚金，既没有具体的计算办法，也不符合《中捷交货共同条件》有关迟交罚金的具体规定。因此，这项索赔数额是缺乏依据的，是不能成立的。据此，被告人请求仲裁庭：驳回申诉人提出的全部索赔请求。

申诉人开庭时驳称：

1. 确认样机问题在本案中并不是一个关键问题，因为它涉及到谁提供样

机的问题。被上诉人错误理解了申诉人 1988 年 7 月 25 日电传，因此申诉人于 1988 年 8 月 4 日发了新的电传。8 月 4 日电传对 7 月 25 日电传作了说明，提醒被上诉人不要随便改变型号，因为按照合同型号应是 CJ47—A。这是被上诉人于 1988 年 6 月 24 日电传告知申诉人的。因此，申诉人 7 月 25 日电传表示不同意改变型号，坚持原合同规定的 CJ47—D 的型号。在 8 月 4 日电传里，申诉人更详细地谈到 CJ47—D。因此，被上诉人没有道理指示其生产厂家生产 CJ47—A 型号的电视机。

2. 被上诉人对申诉人 1988 年 9 月 5 日电传内容理解错了。这份电传是申诉人提醒被上诉人，如果将经过申诉人检验过的日本零部件换成中国产的话，检验时间要延长 2 至 3 个月。这样 CJ47—D 型就无法在年底完成检验，如果被上诉人必须换零部件的话，申诉人同意将长虹牌换成北京牌或者上海牌电视机，因为这两种电视机已在捷克斯洛伐克经过检验批准。

双方关于这个问题于 1988 年 9 月 20 日到 27 日在北京举行会谈。谈判期间，申诉人确认了样机。申诉人相信被上诉人能在合同规定的期间内完成。因为被上诉人并未提出延期交货的要求。尽管 9 月 27 日签订议定书时离第三季度的交货期满还剩下 3 天，事实上被上诉人如不能在第三天之内交货，它仍然可以在《中捷交货共同条件》规定的一个月的优惠期内交货，即被上诉人仍可以在 10 月 30 日前完成交货，因此，双方执行的仍是原合同，即被上诉人第三季度交货 6000 台，第四季度交货 3520 台。

3. 关于交货条件问题。合同附件 2、附件 6 规定的交货条件都是 FOR 满洲里。1988 年 9 月 27 日双方签订的《议定书》第 8 条海运条款并未把原合同规定的 FOR 满洲里改为 FOB 中国天津。因此，双方执行的交货条件仍是 FOR 满洲里。因此，申诉人认为装箱交货的地点应仍是满洲里，被上诉人也同意了。既然双方已同意 FOR 满洲里，那么如果要改为 FOR 天津的话或者 FOB 天津新港的话，就必须在《议定书》第八条上写明。但对方并未写明。

被上诉人进一步辩称：

1. 双方于 1988 年 9 月 27 日在北京签订的议定书是一项对双方都有约束力的法律文件。申诉人试图否认议定书的效力，是根本不能成立的。

2. 根据 9 月 27 日议定书第八条的规定，合同交货条件及运输方式已由 FOR 满洲里/二连浩特，改为 FOB 中国口岸集装箱运输。因此，确定卖方交货的时间应以联运提单上的日期为准，而不能以铁路过中苏边境日期为准。

答辩同时，被上诉人向申诉人提出索赔和偿还请求：

1. 由于申诉人 1988 年 7 月 25 日电传指示错误，致使被诉人的生产厂家因停工造成损失，申诉人应予赔偿。

2. 申诉人应偿还代垫的调箱费和由天津运往满洲里的运费。理由是：

第一，根据合同规定，集装箱应由申诉人负责提供。装运合同项下的全部彩电，共需用 76 个集装箱。全部调箱费为人民币 6.600268 万元。此项费用已由被上诉人于 1989 年 3 月替申诉人垫付天津外运分公司。申诉人应将此垫付款项偿还被上诉人。

第二，从天津到满洲里的铁路运费人民币 9.424 万元。此项费用已由被上诉人替申诉人垫付给天津外运分公司，根据 9 月 27 日议定书，申诉人在确认 FOB 天津集装箱交货之后，就无权再要求按 FOR 满洲里交货。因此，申诉人指示天津外运分公司将货物运往满洲里的运费，应由申诉人承担。申诉人应将此项垫付运费偿还被上诉人。

[简评]

1. 本案合同是一个凭样交货合同。即被上诉人(作为卖方)按照合同规定向申诉人(买方)提供样机,经申诉人确认样机后,被上诉人方可按样机生产后交货。为此,确认样机成为本案的关键问题,直到1988年9月27日,双方在北京签订《议定书》时,才确认了样机。

2. 关于交货问题。双方签订的原合同确实规定了被上诉人第三季度的交货是6000台,第四季度的交货是3520台。但是,由于本案涉及到申诉人确认样机问题。事实上,被上诉人直到1988年9月27日才确认样机,而这时离合同规定的第三季度的交货期届满只剩下3天了,要完成如此大批量的交货已不可能。申诉人主张的一个月的优惠期与规定的交货期无关。由于双方未能就确认样机及时达成协议,致使被上诉人实际已不可能在合同规定第三季度内完成6000台的交货任务,而且双方都未就交货期达成新的协议,因此,按照公平原则及双方的惯例应视为双方已将第三季度的交货期顺延到第四季度。这样,该合同项下的9520台的长虹牌彩电交货期,全部在1988年年底。

3. 关于交货条件问题。合同附件2、附件6规定的交货条件都是FOR满洲里,1988年9月27日双方签订的议定书第八条规定说运输条款提到FOB集装箱中国港口交货,但同时明确了交货条件的改变并不排除FOR满洲里。因运单载明由铁路运输,双方应按FOR满洲里交货条件执行。因此,根据《国际贸易术语解释通则》,9520台长虹牌彩电的交货时间应是被上诉人于满洲里将货物送交铁路局保管的时间。

4. 申诉人索赔问题。由于9520台彩电的交货期都在1988年第四季度,即1988年12月31日前,双方执行的是FOR满洲里的交货条款:因此被上诉人应按满洲里交货时间享有30天优惠时间后对这批货的迟交支付罚金。

5. 关于被诉人的索赔请求。(1)被上诉人没有提供充分证据足以证明其因申诉人于1988年7月25日电传指示错误遭受了148.9495万元人民币的损失,因此,该项请求不能成立。(2)按照FOR满洲里的交货条件,应由申诉人备齐集装箱并支付集装箱费。并且在开庭时,被上诉人提出由申诉人承担该项费用的要求,申诉人对此并未表示异议,因此,被上诉人垫付申诉人的集装箱调运费6.600268万元人民币,申诉人应予以偿还。(3)由于双方执行的是FOR满洲里交货条件,被上诉人应负责在满洲里将货物备齐。因此,从天津到满洲里的铁路运费9.424万元人民币,本应由被上诉人承担。

案例三

[案情]

申诉人中国公司和被上诉人新加坡公司于1989年10月9日签订了合同,申诉人(买方)向被上诉人(卖方)购买5000吨铬矿,单价为C&F张家港176美元/吨,总价为88万美元。付款条件为不可撤销即期信用证,装运期为收到信用证后30天内。装船口岸为菲律宾港口。此外,合同还就迟交货罚款及铬矿质量标准作了规定。

合同签订后,申诉人根据合同的规定于1989年10月26日通过中国银行广州分行全电开出了以被诉人为受益人的不可撤销即期信用证。该信用证规定的装运期和有效期分别为1989年12月5日前和1989年12月26日。被诉人以供货地菲律宾国内发生政变和受台风袭击,不能按期供货,遂要求申诉人将供货地改为巴基斯坦并称此地供货方可以供货并取得了申诉人的同意。1989年12月6日被诉人传真告申诉人提出新的交货安排,同时要求申诉人

修改信用证条款。申诉人于 12 月 7 日依被诉人要求将该信用证在香港议付的有效期修改至 1990 年 2 月 3 日，装运期修改至 1990 年 1 月 13 日，装运地修改为由巴基斯坦发运至张家港。信用证第一次修改后，被诉人虽不能在约定的期限内交货，于 1989 年 12 月 29 日第二次提出原信用证应作如下修改：1. 装运期延至 1990 年 3 月 7 日；2. 信用证有效期延至 1990 年 4 月 28 日；3. 所有单据必须在提单日期后 21 天内”但在信用证有效期内提交银行；4. 允许分批装运；5. 第一批 2000 吨铬矿将于 1990 年 1 月 25 日前装运。申诉人按此进行了改证。但被诉人仍没有按约定于 1990 年 1 月 25 日前发运第一批 2000 吨货物。1990 年 1 月 26 日，被诉人电传申诉人称其不能按期发运第一批 2000 吨货物是因为租不到货舱并称能订到 1990 年 2 月 10 日后的舱位，并再次要求申诉人将信用证的有效期和装运期作相应修改。

之后，申诉人认为被诉人违约，在申诉人两次修改信用证后仍不能交货，被诉人根本没有交货能力，遂于 1990 年 2 月 12 日向被诉人提出索赔，要求被诉人支付罚款，但被诉人以租不到船装货为由，没有支付申诉人要求的罚款。申诉人提出仲裁，要求裁决。

被诉人支付申诉人按合同货款总价的 5% 计算的未交货物罚款 4.4 万美元及其利息。

其主要理由为：

1. 被诉人没有在信用证规定的装运期及两次延长期内交货，至今仍未交货，应承担未交货的违约责任。

2. 被诉人应按合同规定支付迟交货罚款。

根据合同第 15 条“迟交货罚款”条款：“如卖方不能按合同第 16 条规定的时间交货，买方应同意在卖方支付罚款的条件下延期交货”的规定，被诉人在申诉人同意延长装运期的同时，应向申诉人支付迟交货罚款，即申诉人同意延长装运期是以被诉人支付迟交货罚款为前提的，并不单纯是对合同规定的装运时间的修改。因此，被诉人迟交货罚款的时间应按合同及信用证的规定从信用证原规定的装运期（1989 年 12 月 5 日）届满之日的第二天即 1989 年 12 月 6 日起算。

申诉人一直认为，尽管被诉人在装运期多次延长后没有交货，但在本合同撤销以前，申诉人在向被诉人索取迟交货罚款的同时，被诉人仍有义务继续交付 5000 吨铬矿，然而直到申诉人 1990 年 11 月 29 日要求撤销合同为止，被诉人始终没有能力交付 5000 吨铬矿。此时，被诉人迟交货的时间已大大超过 10 周了，因此，被诉人理应按合同第 16 条的规定按合同总价的 5% 支付申诉人迟交货罚款。

对此，被诉人辩称：

被诉人并不否认与申诉人签订的合同。由于不能预见的原因，被诉人不能从菲律宾发货，后来双方协商同意由被诉人从巴基斯坦发货，并同意在 1990 年 1 月 25 日前首批发运 2000 吨铬矿石。这一迟延绝不是因为被诉人违约和合同履行义务，这纯粹是因为被诉人不能控制的一些原因诸如巴基斯坦矿区的恶劣气候和其他公司的舱位。被诉人不能在 1990 年 1 月 25 日前装运第一批 2000 吨货物，完全是由于不可抗力事件造成的。被诉人不应对此承担责任。其实，在国际贸易领域里，贸易往来中的装运期限的合理延误是很正常的，也是经常发生的，并不只是被诉人这一桩。

被诉人确认曾要求申诉人修改信用证，但否认申诉人指责被诉人没有能

力按照合同规定交货。因此，被上诉人拒绝申诉人的一切索赔。

[简评]

1. 关于装运期的问题。

申诉人与被上诉人 1989 年 10 月 9 日签订的合同规定了装运期为申诉人(买方)收到信用证后 30 天内。申诉人应被上诉人要求 1989 年 10 月 26 日全电开出了信用证。该信用证规定货物的装运期为 1989 年 12 月 5 日前。对此，双方均无争议。之后，由于供货地菲律宾发生了申诉人和被上诉人不能预见的原因，被上诉人不能在 12 月 5 日前交货，双方经过协商，由申诉人应被上诉人要求，将该信用证的装运期修改至 1990 年 1 月 13 日，供货地修改为巴基斯坦，后来，申诉人再次应被上诉人的要求将信用证装运期最终确定在 1990 年 3 月 7 日前并允许分批装运。至于后来被上诉人要求将第一批 2000 吨铬矿装运期从 1990 年 1 月 25 日至 2 月 20 日，由于未得到申诉人的同意，因此，不能认定为 2000 吨货物的装运期。

2. 关于不可抗力事件问题。

被上诉人在其书面答辩中提出其没能按照合同发运货物，是由于没能租到舱位这一不可抗力的因素造成的。不可抗力事件是指对事件的发生和后果不能避免并不能克服的事件。构成不可抗力事件的一个重要条件是对事件的发生和后果不能避免和不能克服的。本案中，被上诉人没能租到舱位装运货物并不是不能避免和不能克服的，因此不能构成不可抗力。因为，合同规定的是 C&F 交货条件，按照《国际贸易术语解释通则》，被上诉人负有在合理的期限内租船订舱的义务，而且合同并不是以被上诉人租船订舱为成立条件，合同也未规定被上诉人在租不到舱位的条件下可以免责。本案中，被上诉人在申诉人两次修改了信用证的装运期限后，仍不能发货。对此，被上诉人应负相应的违约责任。

3. 关于申诉人的索赔请求。

申诉人第 1 项索赔请求 4.4 万美元的罚款，是根据合同第 16 条关于迟交货罚款的规定按照合同总价款 88 万美元的 5% 计算出来的。申诉人的这项索赔请求符合合同规定。

第三章 《1932 年华沙—牛津规则》

一 《华沙—牛津规则》的形成及内容

1926 年，国际法协会 (International Law Association) 在维也纳开会时，认为国际贸易间商人使用的贸易条件 (tradeterms) 过于紊乱，必须加以划一，于是决定对使用最多的 CIF 加以整理，遂参照英国贸易习惯及判例，就 CIF 条件下买卖双方的权利义务制订了 22 条规则，于 1928 年华沙会议中通过，称为华沙规则 (Warsaw Rules)，后获国际商会 (ICC) 协助，修订为 12 条，于 1932 年牛津会议中通过，称为 1932 年华沙—牛津规则 (Warsaw-Oxford Rules 1932)，全名为 1932 年华沙—牛津契约规则 (Warsaw-Oxford Rules for CIF Contracts, 1932)。

本规则自 1932 年以来，至今再没有修订，以至已有若干规定难干适应现实需要。本规则并非国际条约，故除经买卖双方同意适用者外，不具有拘束力。国际商会 Incoterms 1953 中的 CIF 条件即以本规则为基础而修订。由于此规则专为 CIF 合同而订立，至今仍对国际贸易 CIF 合同中当事人权利义务的划分有一定的参考作用。

《1932 年华沙—牛津规则》序言，说明它的宗旨是在为有意按 CIF 条件买卖货物的商人，提供一种在其 CIF 合同中自愿地和现成地采用的一套统一规则。

第 1 条为“规则总纲”，规定凡采用本规则的，即构成双方当事人有意使其合同成为 CIF 合同的确定证据，则本规则适用于 CIF 合同买卖的解释。

第 2 条为“卖方对于装船的义务”，主要规定卖方必须备妥合同规定的货物，并且依照装船港口的习惯方式，在装船港口将货物装到船上，这说明装船义务是卖方第一个重要的义务。在特殊条件下，可交付承运人。

第 3 条为“装船时间与日期的证明”，规定货物必须在合同规定的期限内或合理的时间内（如合同未规定具体时间）装船或交付承运人保管。提单所载明的装船或交付承运人保管的日期，即为实际装船或实际交付日期的表面证据，但买方可对该日期提出反证。

第 4 条“不可抗力”，规定卖方在不可抗力的情况下，可不承担不能履约的责任，但应及时通知买方并出示有关证明。

第 5 条“风险的转移”，规定风险应从货物装上船时起转移于买方，如果卖方有权将货物交付承运人保管，则从实际交付时起转移。

第 6 条“所有权”，规定了货物所有权转移的时间，是卖方将单据交归买方掌握的时候。值得注意的是，CIF 合同的风险转移是“在装货地”装船完毕同时完毕的；而所有权则是“在装货地、合同地或卸货地等”为换取货款合法地将装船单据交给买方掌握的时候完成的。

第 7 条“卖方对于提单的义务”规定了卖方 8 项义务，其中主要的是卖方有义务自费用，签订合理的运输合同。该项运输合同，除其中载有通常或习惯上的例外以外，必须订明在合同规定的目的地交货。除可以用“备运”提单、“联运”提单等外，该项运输合同必须用“已装船”提单作为证据。此项提单应符合商业要求，由船公司或其正式代理人签发，或者依照租船合同的规定签发，注明正当日期和船名。

第 8 条“特定的船舶—船舶种类”，内容是装船时所使用船舶的有关规

定，如果合同规定使用什么船，就应使用什么船。在不能使用时，可经买方同意使用替代船。

第9条“运费到付”，规定当货物运到最后卸货地点交付买方时，买方有责任支付承运人的任何未付运费。

如果卖方在提交买方的发票内未将此项未付运费作正当的扣除，买方有权从合同规定的货款内，扣除要求他支付的这种运费。如果单据在货物运达后才能提交，以至卖方必须支付承运人的未付运费，则卖方可向买方索还这笔款项。

第10条“进口税及其他费用”，规定卖方不负责支付货物应付的关税、费用或该项货物在运输过程中或到达目的港后发生的各项开支，除非这类费用包括在运费以内，即是说应由买方负担。如果由于单据在货物到达后提交，卖方不得不支付这类关税、费用及/或其他不包括在运费以内的各项开支，则卖方可向买方收回这笔款项。

第11条“卖方对于货物状况的义务”，分3项对卖方的义务作了规定。关于货物状况，这是最重要的规定。因对外贸易中品质索赔问题较多，因此要具体问题具体分析，但一般情况下，要求货物必须经过运输后在目的地时可保持销售状态。

第12条“卖方对于保险的义务”，卖方的投保义务同样是最重要的义务，应该在投保时，（1）自己负担费用；（2）为买方的利益；（3）为补偿全部运程中货物的风险；（4）同信誉良好的保险公司订立保险合同。陈特别规定，卖方没有责任取得战争险的保险单。另外，本条对保险的做法以及保险单的转交买方的后果作了规定。

第13条“装船通知”，规定了卖方在装船完毕的同时，对买方需要发出关于装货的船名、装船完毕日期、品种、数量的电报通知的义务，这样就使得买方有机会自费用进行追加保险，或者投保“一切险”不能包括的风险，或者投保增加的价值。发出通知的费用应由买方负担。如果买方没有收到这种通知，或因偶然疏忽没有通知买方，买方也无权拒绝接受卖方提交的单据。

第14条“进出口许可证、产地证明书等”，规定在装运国（出口国）卖方需要取得出口许可证时，取得这种许可证就是卖方的义务，而且其所需费用（出口许可手续费、海关手续费等）应该由卖方负担。如买方通知卖方需要货物的产地证明或领事发票，取得这种证件的费用应由买方负担；如果进口国要求进口许可证，则买方有责任自费用，取得许可证。

第15条“品质证明书等”对货物的品质证明作出了规定，费用应当依照特定行业惯例来负担：如果没有惯例，应由买卖双方平均负担。这种品质证明书（包括种类、状态及/或重量或数量等的证明）在买卖双方之间，应当作为货物在签发证明书时的品质等作为按买卖合同交货的表面证据。

第16条“单据的提交”，规定卖方应竭尽全力发送各种单据，并有责任以各种正当方式将单据提交或使它可以提交给买方：这是卖方最后的义务；同时对单据进行了界定，主要包括提单、发票和保险单，并要求单据必须完整，法律上有效，实际上有用，依规定缮制。如果卖方提交的单据在某些重要方面与合同不符，买方有权拒付。

第17条“装船后的灭失或损坏”，指的是如果已经装船的货物灭失或损坏，卖方不受影响，可有效地提交单据，而由买方根据卖方为他投保的保险合同向保险公司索赔损失。

第 18 条“买方对于支付货款义务”，这一条作为买方主要义务的货款支付义务。即买方有义务接受正当的单据，支付货款，并有权享有检查单据的合理机会和时间。但当正当单据已被提交时，买方无权以没有机会检验货物为借口，拒绝接受这些单据，或拒绝按照买卖合同条款支付货款。

第 19 条“买方对于检验货物的权利”，除了特别情况外，在买方没有得到检验货物的合理机会和进行检验的合理时间以前，不能认为买方已经接受了这项货物，即使买方已经收到了货物。检验货物可在目的地或装船前，这由买方自行决定，货物如有不符合同的事项，买方应在 3 日内通知卖方，否则丧失拒绝接受货物的权利。如果货物存在潜在缺陷，买方可享有采取补救措施的权利。

第 20 条“买卖合同中的权利和补救”分 4 款对买卖双方采取补救措施作了规定。

第 1 款规定：除根据第一条对本规则作出变更、修改或者在买卖合同中有特别规定外，买卖双方的责任就限于本规则的各项规定。

第 2 款规定：尽管货物所有权已经转移到买方，买方如果完不成货款的支付，为保护卖方，仍然不影响卖方对买方的留置权（所有权转移的保留）；货物已经离开卖方占有，买方如果变成无力支付货款，还是不影响卖方的停运权。

第 3 款规定：在买方违反合同时，卖方进行转卖；卖方违反合同时，在买方进行补买的情况下，卖方和买方可以各自向对方索赔转卖、补买的损失。

第 4 款规定：由于买卖合同所引起的索赔或违反合同所提出的索赔，本规则不影响它的法律上的补救办法。其中专门列举了仲裁解决争议的方式。

本条规定提请仲裁或起诉时，在货物到达进口港后（如果货物未到达，在预计到达日以后）12 个月以内，买卖双方的任何一方如果不采取这样的手段，则买卖双方都对任何索赔完全免责。

第 21 条“通知”规定了合同双方有向对方“通知”的义务，这种通知的方法应用电报进行。同时规定也可用挂号信件，但以预料在 24 小时以内信件可以到达对方者为限，否则，必须使用电报。

二 CIF 合同案例述评

案例一

[案情]

1991 年 5 月 22 日，申诉人汕头公司（买方）与被上诉人香港公司（卖方）签订了聚苯乙烯 200 吨买卖合同，数量可有 5% 的增减；价格条款是 CIF 汕头 6396 港元/吨，总价是港币 127.92 万元；装运期限是 1991 年 6 月 10 日前在香港装运；申诉人应不迟于约定装船前 15 天开立不可撤销的信用证，凭卖方即期跟单汇票议付，议讨有效期应延至装运期后 10 天在香港中行到期。合同罚则条款规定：除本合同人力不可抗拒外，如卖方在合同规定时间内不能按时交货，买方有权撤销合同，卖方不受撤销之限制仍应立即赔偿买方直接由于迟交货或不能按合同条款交货的一切损失及费用。

合同签订后，申诉人于 1991 年 5 月 24 日申请中国银行开出不可撤销信用证，依信用证有关条款规定，被上诉人提交已装船清洁提单并应于货物装运后两天内将装船资料传真通知申诉人。1991 年 6 月 11 日，被上诉人传真告申

诉人：198 吨聚苯乙烯已于 6 月 10 日装上了香港开往汕头的“HUA SHOU” V.23 船。申诉人经查询，发现无此船名及航次的船到汕头港。6 月 22 日，被上诉人将海运提单传真给申诉人，船改为“HAI GANG B0156”9114S。装运日及货物数量等同 6 月 11 日的通知。随后，申诉人又去查询货物到港情况，在发现被上诉人不可能在 6 月 10 日将货物装上“HAI GANG B0156”9114S 船时，遂通过公安机关于 6 月 25 日向中行发出停止凭信用证支付货款的命令，1991 年 6 月 29 日，申诉人传真致函被上诉人，申诉人以“6 月 10 日签发的海运提单有行骗行为”为由，要求被上诉人赔偿损失，并尽快书面答复。

《汕头外轮代理分公司来港船舶登记表》和《宇宙船务有限公司货物仓单》表明，“HAI GANG B0159”船于 1992 年 6 月 1 日到达汕头港，6 月 17 日离开，前往香港。6 月 27 日离开香港，6 月 29 日再次抵达汕头港，此次船上装有提单所述货物。这说明，198 吨货物是在 6 月 17 日至 6 月 27 日之间在香港装船的，而非 6 月 10 日。

1991 年 7 月 2 日，申诉人致函被诉人称，由于被上诉人违约给申诉人造成损失且未答复 6 月 29 日传真，申诉人将通过法律手段解决损失赔偿。在同一天的《仲裁申请书》中，申诉人请求裁定撤销合同，并要求被上诉人赔偿申诉人的一切经济损失和费用，申诉人同时向仲裁委员会申请采取保全措施，后因货物抵达汕头，没有采取保全措施。7 月 3 日，申诉人致函被诉人称：“正式通知你司：我司撤销合同，并要求赔偿我司违约金及一切经济损失和费用，我司根据有关规定向仲裁委员会申请仲裁。”7 月 8 日，申诉人通知被上诉人，我司通过有关手续，撤销合同，请贵司派员将到港货物进行处理。7 月 9 日，被上诉人从中国银行香港分行取得货款。

7 月 10 日，被上诉人传真告申诉人：“有关贵公司指称我司售给贵公司塑料的海运提单有行骗行为，我司一概否认，正如贵司指出，货物堆放码头，费用逐日递增。我司建议你司先取回提单，提取货物。如贵司有任何争议，待日后解决，先减低损失，方为上策。但我司一再重申，我司已依法履行合同全部义务。”7 月 18 日，申诉人向中国银行付款赎单。7 月 28 日至 8 月 1 日，申诉人提取了货物，存放于汕头经济特区物资进出口保税贸易公司的保税仓库内。

申诉人诉称，198 吨聚苯乙烯的实际装船日期在 1991 年 6 月 17 日至 6 月 27 日之间，而不是 6 月 10 日。被上诉人未能在合同规定的日期将货物装船，并且倒签提单，骗取了货款。对于被上诉人以后所称的“卖方交货的责任主要是按时将货物交给承运人和取得合格的提单”，申诉人辩称：合同采用的不是货交承运人条件，而是 CIF 条件，为此，被上诉人只有在香港把货物装上开往汕头港的船上，才算履行了合同的基本义务，在货物在装运港有效地越过船舷之前，申诉人与货运及保险部门没有任何权利义务关系，被上诉人应当对其迟延交货承担直接责任。

申诉人认为，根据《涉外经济合同法》第 29 条的规定和合同罚则条款的约定，申诉人有权主张解除合同。申诉人在被上诉人未能按期交货，经多次交涉被上诉人不予明确答复，又没有接到汕头港的提货通知的情况下，于 1991 年 7 月 3 日书面通知被上诉人解除合同，合理合法。因此申诉人除要求裁决解除合同外，还提出经济损失赔偿要求。

被上诉人辩称：

1. 被上诉人已按时履行了交货的义务。

卖方无需亲自把货物装上船，在把货物交给承运人后，实际装载的责任由承运人承担，卖方交货的责任主要是按时将货物交给承运人装运和取得合格的提单，并向银行交单，取得货款。判断被上诉人是否按时交货，应考虑到CIF合同的特殊性，CIF合同一个重要的特点，就是卖方主要通过提交单据来履行其交货义务，卖方按时把合格的作为物权凭证的提单交给买方后，就可以认定卖方已履行交货义务；银行也在信用证有效期年接受了提单和其他单据。

2. 提单日期不符的全部责任由船方承担。

提单是作为卖方的托运人和承运人之间运输的证明，转移给作为买方的收货人后，提单即成了买方和承运人之间的运输合同，买方和承运人之间的权利、义务关系应以提单为依据，货物没有按时装船并倒签提单是由船方造成的，作为提单持有人的买方有权而且应该直接向承运人追索，被上诉人不应承担责任。

3. 申诉人已接受合同项下货物。

申诉人是完全知道货物没有按时装船、提单日期不符的情况下接受单据，支付货款，并提取货物的。这种付款赎单和凭单提货的行为应当认为在法律上是有效的。在这种情况下，对于完全属于自己所有并实际占有的货物，申诉人根本谈不上什么保全措施的问题。申诉人应负退延付款的违约责任。

4. 申诉人的索赔请求不能成立。

申诉人对于自己的货物不及时处理，即使发生了损失，也只能自己承担。至于申诉人提出的利润损失赔偿请求，更没有根据，因为申诉人与第三人签订的加工合同和本案合同没有任何实际联系，且汕头地区为塑料原料集散地，根本不会影响加工合同的履行。

[简评]

1. 装船及交货义务问题。

这份合同是CIF条件交货合同，即属于装运港船上交货合同，装运期限是1991年6月10日前。按照国际商会《国际贸易条件解释通则》解释为被上诉人应在6月10日前在香港将货物装船。不论被上诉人亲自还是委托他人装船，也不管被上诉人什么时间将货物交给他人来装船，只有6月10日或以前货物彼装上船，才能说明被上诉人按合同规定日期履行了装船的义务，本案事实表明，货物是在6月10日以后才装船的，并且被上诉人对于未按合同规定日期装船是知情的。将货物按时装船并提交单据是卖方交货缺一不可的义务，被上诉人虽然在信用证有效期内提交了单据，但它一方面没有在规定的装运时间将货物装船，另一方面所提交的是倒签了的提单，被上诉人的行为不符合CIF条件下的交货要求。因此，被上诉人没有能够按时交货，已构成违约，并应承担相应责任。

2. 声明撤销合同及提取货物的行为问题。

在被上诉人不能按时交货的情况下，根据合同罚则条款的规定，申诉人有权撤销合同并要求被上诉人赔偿损失。因此，申诉人1991年7月3日声明撤销合同是有效成立的，其7月8日要求被上诉人处理货物的行为与撤销合同的声明也是相一致的。

7月10日，被上诉人传真给申诉人，“我司建议你司先取回提单，提取货物。如贵司有任何争议，待日后解决，先减低损失，方为上策。”随后，申诉人照此办理，并将货物存放于保税仓库，根据国际贸易惯例，如果发运

给买方的货物已到达目的地，并交给买方处置，而买方行使退货权利，则买方必须代表卖方收取货物，买方可以把货物寄放在第三方的仓库。鉴于申诉人已提出撤销合同，根据被诉人的建议，为减低损失，而取出货物，交存入保税仓库，这些行为并不构成申诉人已接受合同项下货物，可以认定申诉人并无接受货物及其单据的企图或目的，货物听有权始终未发生转移。

由于合同项下货物聚苯乙烯不是易于迅速变坏的货物，因此，在没有得到被诉人进一步明确指示的情况下，申诉人将这批货物存放仓库而没有就地出售，属于合理措施。

被诉人违约，申诉人有权撤销合同，并已向被诉人发出撤销合同的书面声明，则被诉人应承担违约责任，应返还申诉人货物价款并加计利息。

3. 利润损失问题。

关于申诉人所要求的利润损失问题，一是合同项下的货物不能足以被证明是申诉人要用作与第三人签订加工合同项下的原料；二是当时聚苯乙烯市场价格下跌，申诉人并非完全不可能及时购进替代货物，则利润损失也是可避免的。因此，申诉人提出的利润损失赔偿的要求，缺乏合理的依据。

案例二

[案情]

申诉人香港公司和被诉人广东公司于 1987 年 12 月签订了订购合同，合同规定，由申诉人卖给被诉人美国产辛烷值机及附件一套，合同总值为 9.91415 万美元，CIF 黄浦。交货日期为 1988 年 6 月 30 日前，付款条件为被诉人在收到申诉人提交的提单、商业发票等单据后，不迟于 7 天以电汇方式付款。合同订立后，申诉人将合同规定的提单等有关单据交给被诉人代表，此时，因被诉人未办妥进口批文，被诉人要求退货，并一直没有支付货款，双方因此产生争议，协商未成，申诉人遂提请仲裁。

申诉人诉称：

该合同项下的设备是美国支援中国改造石油化工产品的主要设备之一。合同签订后，由于美国供应商的原因申诉人推迟了交货时间，但申诉人已将合同规定的全套单据交给被诉人。被诉人接受了申诉人的单据，已收取了设备，现该设备已在华北油田投入生产，但被诉人一直没有向申诉人支付设备货款。据申诉人了解，在申诉人和被诉人订立合同之后，被诉人的用户深圳公司已将支付设备的货款人民币 60 万元按照被诉人的要求转入被诉人深圳办事处帐号，拟由被诉人调剂成美元之后付给申诉人。但被诉人仍未向申诉人支付货款，经申诉人多次追索，没有结果，致使申诉人蒙受了严重的经济损失。至于被诉人所声称已将设备退货一事，是不能成立的。因为：其一，申诉人从不知道退货之事，被诉人也没有告诉申诉人退货一事；其二，申诉人也没有收到被诉人退回的设备，也没有申诉人收到退货的签收证明，为此，申诉人要求：

由被诉人支付设备货款、运费及赔偿利息损失给申诉人；

被诉人答辩称：

合同订立后，由于申诉人迟延交货，在申诉人交货时，被诉人又被取消了外贸进出口经营权，导致被诉人无法办理进口批文，经与申诉人协商并报进口海关黄浦海关批准后，被诉人已将设备退给申诉人。至于设备退港后，国内用户深圳公司如何与申诉人交接的情况，被诉人一无所知。

至于申诉人提到的被诉人用户曾付人民币 60 万元调剂外汇一事，被诉人

在收到该款后应其用户要求又将该款汇入深圳商场帐户，其后该款又被用户自己转走。

总之，被上诉人认为，双方订立的合同并未得到履行，而申诉人也同意退货，至此被上诉人与申诉人的合同法律关系即告解除。至于货物退港后，申诉人又将货物卖给他人，与被上诉人无关，被上诉人不承担支付货款的责任和义务。

[简评]

1. 按照 CIF 交货条件，取得该合同项下设备进出批文是买方（被上诉人）的义务，与申诉人无关。而且，根据现有材料证明，被上诉人在接受申诉人提供的全套单据时，并未就迟延交货问题提出异议，也未提及有关进口手续的任何问题。因此，被上诉人没有取得进口批文而导致设备无法进口的责任在被上诉人。

2. 至于被上诉人声称已将设备退回给申诉人，但被上诉人提供的证据材料并不能证明该设备已退回给申诉人，因为：第一，被上诉人没有提供申诉人同意退货的书面证据，而且申诉人也不知道退货一事；第二，被上诉人也没有提供退货后申诉人签收货物的书面证据。因此，被上诉人声称已退货的说法不能成立。

3. 根据《国际贸易术语解释通则》，CIF 合同下卖方（申诉人）已将合同规定的提单、商业发票等单证交给被上诉人，即告完成了交货义务，同时，被上诉人也接受了申诉人交付的单证，而且有证据证明，该合同项下的设备已运到最终用户所在地华北油田并已实际使用该货物所有权完全转移给了买方（被上诉人）。但是，被上诉人一直没有向申诉人支付设备货款，已构成违约。

第四章 《跟单信用证统一惯例》

一 《跟单信用证统一惯例》的产生和发展

(一) 《跟单信用证统一惯例》的产生

随着资本主义的兴起和发展,国际贸易日趋扩大,跟单信用证的结算方式也应运而生。跟单信用证的产生,便利了国际贸易的结算,反过来又推动了国际贸易的发展,19世纪末叶,跟单信用证的使用已初具规模。

第一次世界大战后,工业生产、经济贸易都有所发展。但是,由于国际市场经常处于动荡不稳之中,各国的生产和流通部门,不时地遭到冲击,导致了国际贸易的混乱,工商业大批破产,拒付、毁约现象,时有发生,出口商经常遭受严重的损失。在此情况下,出口商不得不减少使用当时比较流行的跟单托收方式,改而采用跟单信用证方式结算,变商业信用为银行信用,以保障货款安全。这就促使了跟单信用证的迅速发展。20世纪初,跟单信用证已在国际贸易中得到了广泛的使用。但是,国际贸易的买卖双方和各自的银行,由于种种原因,经常会对信用证条款有着不同的理解和掌握。为了维护各自的利益,他们经常会提出有利于自己而不能为对方所接受的解释。特别是在市场萧条、价格暴跌、货物滞销的情况下,开证人又常常在信用证条款上做文章,吹毛求疵,挑剔单据,拒付货款。因而,争议、纠纷仲裁甚至诉讼,不断发生。在没有统一解释的情况下,有关当事人各执己见,互不相让,从而容易使信用证成为废纸一张,影响了跟单信用证的推广使用和国际贸易的进一步发展。因此,在客观上就产生了跟单信用证业务应有一套统一、明确的定义和解释的要求,以便约束各有关方面共同遵守。根据美国代表的提议,国际商会于1927年拟就一份跟单信用证统一惯例最初稿发往各国银行界及商业界征求意见。根据征求到的意见,并研究了某些国家银行的惯例和做法,则以法国银行业联合会(Union Syndicale des Banques Française) 1924年出版的小册子为基础,终于在1929年写成一份统一惯例,名曰:《商业跟单信用证统一规则》(Uniform Regulations for Commercial Documentary Credits)。国际商会于1929年7月在阿姆斯特丹大会上正式通过,建议于1930年5月15日实施。这就是国际商会出版的第一本跟单信用证统一惯例。国际商会编号为第74号出版物(Publication No. 74)。

半个多世纪以来,跟单信用证统一惯例经过了五次修订和更新:

第一次修订是由国际商会组成的“商业跟单信用证银行委员会”(Banking Committee on Commercial Documentary Credits)负责,根据德国银行协助的建议修改稿于1933年2月拟妥,并于1933年国际商会第七次大会(维也纳大会)上通过,修订本改名为《商业跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits),即1933年修订本(1933 Revision),国际商会第82号出版物(Publication No. 82):

第二次修订于1951年6月国际商会第十三次大会上(里斯本大会)通过,即1951年修订本(1951 Revision),于1952年1月1日生效,国际商会第151号出版物(Publication No. 151)。

第三次修订于1962年国际商会第十九次常会上通过。修订本又改名为《跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for

Documentary Credits), 即 1962 年修订本 (1962 Revision), 于 1963 年 7 月 1 日实施。国际商会第 222 号出版物 (Publication No. 222);

第四次修订于 1974 年, 即 1974 年修订本 (1974 Revision), 于 1975 年 10 月 1 日实施。国际商会第 290 号出版物 (Publication No. 290)。

50 多年来, 跟单信用证统一惯例的发展并非一帆风顺的。初版实施时, 只有两个国家的银行界支持, 即法国和比利时。当然, 初版惯例内容并不完善。但主要原因却是由于当时受到英、美等大国的抵制。经过 1933 年修订, 内容较前完善, 支持的国家增至 40 个。但美国银行界当时并未采用, 而是到了 1938 年, 在保留某些专对美国适用的特殊规定后才采用了惯例。英国则仍不采用, 1951 年修订本实施后, 美国放弃了保留。当时采用惯例的国家达到近 80 个。英国代表在通过惯例时弃权, 继续抵制统一惯例。但在酝酿 1962 年修订本时, 英国银行竟一反常态, 积极参加了讨论和修订工作, 并于 1962 年修订本公布后, 采用了此惯例。跟单信用证统一惯例经历了一个由不完善到逐渐完善, 适用范围不断扩大, 采用的银行日益广泛的发展过程, 最后终于成为一套比较完整、系统、缜密而为世界银行界、贸易界所广泛接受的统一惯例。

(二) 《跟单信用证统一惯例》290

《跟单信用证统一惯例》于 1974 年进行了修订, 此次修订工作开始于 1971 年 3 月。国际商会银行委员会成立了一个专门工作组, 进行研究和修订工作。修订稿经银行委员会 1974 年 10 月 14 日批准, 并提交国际商会理事会于同年 12 月 3 日正式通过, 国际商会第 290 号出版物, 以下简称“290”。

“290”的修订工作, 得到了联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 的支持与合作。在“290”实施前, 联合国国际贸易法委员会曾予以推荐, 誉之为“便利国际贸易的宝贵贡献”。实施以来, “290”得到了世界上 163 个国际银行界的广泛采用, 成了世界范围跟单信用证业务的“实务汇编”, 指导着跟单信用证业务的进行。同时, 它也为许多国家的法庭和仲裁庭所接受, 作为处理跟单信用证业务纠纷案件的依据。“290”共有总则和定义及条文 47 项, 在以下问题上对跟单信用证的使用, 起着指导作用:

- (a) 做出了跟单信用证的简明定义;
- (b) 述明了信用证申请人的权利和义务;
- (c) 建立了确定信用证类型的简易方法;
- (d) 明确了银行与受益人之间的关系;
- (e) 阐明了开证银行凭单据处理业务的义务和权利;
- (f) 做出了“洁净运输单据”的定义;
- (g) 明确了各类单据的可接受性;
- (h) 澄清了某些术语的含义;
- (i) 规定了有关时限的掌握;
- (j) 确立了关于可转让信用证的规定;

(k) 划清了银行之间对电报通知信用证、内容含混不全以及有关偿付的关系和权责。

为了进一步宣传并协助加深对“290”条文的理解, 国际商会于 1978 年出版了《跟单信用证业务指南》(Guide to Documentary Credits Operations) 一书 (国际商会第 305 号出版物), 以实例、单据样本、图解和浅显的文字阐述了“290”条文及跟单信用证使用。这就进一步使得跟单信

用证业务有了可援之依据，从而大大减少了争议和纠纷，促进和便利了跟单信用证的使用和国际贸易的发展。

但是，跟单信用证业务内容广泛，条款繁多，情况复杂，所以有些问题是不可能解决的，况且，有些条文的规定也并非很合适。例如“290”第41条规定，银行将拒受超过提单和其他货运单据出早日期21天以后提交的单据。而在下列情况下，判断和掌握出单日期是有困难的。

(a) “290”第20条规定海运提单必须表明“已装船”(on board)，但又规定“已装船”可以用在提单上加批、签单和加注日期的方法予以证明，如提交的运输单据系一备运提单后加“已装船”批注时，提单上就可能出现两个日期：一是收货日期(received for shipment date)；另一为加批日期(on board date)。两个日期可能相距数日，甚至超过21天。

(b) “290”第35条规定：同一船只、同一航次装运的提单，即使日期不同、装货港不同，也不作分批装运。在此情况下，几份提单出单日期可能不同。最早日期与最迟日期可能相距数日，甚至超过21天。

此两种情况的出单日期究应如何掌握为宜，“290”并未明确。所以，在“290”公布实施后，国际商会曾不断收到各方的询问，要求对某些具体问题予以解释和澄清。为此，国际商会又分别于1980年和1982年出版了《国际商会银行委员会关于跟单信用证统一惯例质疑的决议(1975—1979)》国际商会第371号出版物，和《国际商会银行委员会关于跟单信用证统一惯例质疑的意见(1980—1981)》，国际商会第399号出版物，这两本参考书，针对提出的86个问题，分别做出了决议，明确、澄清了问题，补充了“290”条文之不足，对于帮助理解“290”条文，更好地掌握、使用惯例，起了一定的作用。

(三) 《跟单信用证统一惯例》400

“290”自1975年10月1日实施到1983年国际上运输工具、运输方式的发展，通讯工具的电子化、网络化和计算机的广泛使用，使得国际贸易、运输、保险、单据和国际结算工作也发生了巨大的变化，因而，下列问题逐渐地表现出来：

(a) 国际运输方式逐渐由单一的转为多种方式，航空运输和公路运输不断发展。海运货物向集装箱化发展，空运航程只需几个小时；海运集装箱化加快了货物装卸速度：特别是包括多种运输方式的联合运输，可以由一家运输商承办自收货地至最后目的地的全程运输。总之，运输时间大大缩短了，这就使得运输单据迟于货物到达目的地，无法及时凭单提货而引起损失的事件增加了。

(b) 运输工具和运输方式的变化，也导致着运输单据的变化，过去，海运提单一直是传统的、广泛使用的物权单据。而近年来，联合运输单据、联合运输提单、航空运单、邮局收据的比重，大为增加。运输单据由可转让的物权单据逐渐向着记名不可转让的单据转化和过渡的趋势日益增长。

(c) 随着电子计算机的广泛应用，简化单据和单据标准化问题(simplification and standardization of documentation)受到各国有关部门的重视，简化单据和单标准化使得单据向着统一化和格式化的方向发展。由总单据(master document)产生的单据和由影印系统复制的单据，将会增多，这类单据多为简式(short form)，而且不少的单据上并未印有笺头(beading)。其合法性及可接受性是个尚待解决的课题。(d) 自

动数据处理 (ADP) 的发展, 将使得把全部基本数据输入 ADP 后自动制出全套单据成为可能, 也可以将单据通过 ADP 传送至目的地。这将可能引起寄单、交单等方面的变化。以上问题的出现, 迫使着国际商会考虑进一步修订“290”, 以便跟上客观形势的发展, 为此, 国际商会 1979 年起设立了专门工作组, 研究修订工作。这次修订主要地考虑了以下三个方面: (a) 适应运输、保险的最新发展, 主要是单位化货物 (集装箱)、多种类型运输 (海陆、空陆联运)、远程传送 (ADP 交单)、海险等新变化、新做法。

(b) 备用信用证问题。

(c) 明确银行的责任, 银行之间及银行与其他各方之间的关系。

工作组先后起草了多份修订稿, 最后稿经银行委员会于 1983 年 6 月 6 日会议上批准并提交国际商会理事会于 1983 年 6 月 21 日的第 144 次会议上正式通过, 于 1984 年 10 月 1 日开始实行。这样就产生了《跟单信用证统一惯例》400, 即国际商会第 400 号出版物。

“400”的条文由“290”的 47 条增为 55 条, 内容分六部分, 与“290”的分类是相同的。从条文上, 可看出, 在“400”的拟写中掌握了以下几点:

(a) 继承了“290”的基本原则。

“400”是在“290”的基础上发展、丰富而成的。因而, “290”的基本精神和基本原则, 在“400”中都继承了下来。例如: 信用证的定义、类型: 有关各方的权利、义务和责任, 银行的免责条款: 单据的掌握: 转让和一些术语的解释等, 虽然在有的条文中, 字句有所变动, 但“290”的基本精神, 并未改变。作为“290”参考资料的《跟单信用证业务指南》、《国际商会银行委员会关于跟单信用证统一惯例质疑的决议》和《国际商会银行委员会关于跟单信用证统一惯例质疑的意见》的某些精神, 也包括入“400”条文之中。所以, 在研究“400”条文时, 先对“290”、“305”、“371”、“399”进行探讨, 将是很有裨益的。

(b) 增加了新的内容。

“400”中增写了新的条文, 增加了新的字句和段落, 较“290”包括了更为广泛的内容。其一, 增写了四项新条文: 明确了信用证适用方法、指定银行和被指定银行的权利和义务 (第 11 条): 确定了出单日期早于信用证日期的单据的可接受性 (第 24 条): 规定了货物邮寄时, 邮局单证的掌握原则 (第 30 条): 允许第三者作为运输单据上的发货人 (第 33 条)。其二, 在“290”基础上, 许多条文修改了措辞, 丰富了内容, 扩大了范围。例如: 惯例适用范围扩大包括了备用信用证 (第 1 条); 明确了通知行须核验信用证的真实性 (第 8 条); 增列了迟付款方式 (第 9、10、16 条等): 承认了受益人可向开证行直接交单 (第 16 条); 规定了开证行应赔偿因偿付行不能及时偿付而发生的利息损失 (第 21 条); 确立了由复印、自动或电脑处理及复写所产生的单据的可接受性 (第 22 条); 进一步阐明了交单限期遇到假日也可顺延 (第 48 条) 等。特别是有关运输单据 (第 25、26 条)、转运 (第 29 条)、保险 (第 37 条), 分批装运 (第 44 条)、出单日期 (第 47 条) 等条文, 变动较大, 需要深入钻研和理解。

(c) 使用了新的词汇。

为了适应客观的发展, “400”中使用了一些新的词汇。如: 使用了“teletransmission” (第 12 条) 和“telecommunication” (第 16、18 条) 代替了“290”中的“cable, telegram or telex”扩大了其含义,

在转运条文中列出了“trailer”和“LASH barge”方式的运输(第29条);使用了“C.F.S”、“C.Y.”(第30条)和“CIP”(第37条)等。这些词语都是“290”中未曾出现过的。

(四)《跟单信用证统一惯例》500 简况

“400”的修订又快过去10年时间了,在这期间,科学技术和社会生产力又有了很大的发展,国际贸易的竞争日趋剧烈,与此相应的国际贸易货款的结算方式信用证趋于多样化和灵活化。鉴于此,国际商会又开始着手对“400”进行修订,以适应新的情况。这次修订是《跟单信用证统一惯例》的第六次修订,国际商会第500号出版物。

从1992年9月18日的“500”(草案)来看,它的修订目的和指导思想与1983年修订的“400”是一致的,将买方和卖方的利益和问题置于重要的地位,注意了运输技术上的不断革命和运输方式的多样化,适应新型单据和制单新办法带来的影响以及自动化电子数据处理的通讯方式,并将1983年修订本引起的误解和解释上的疑难问题加以补充和简略。具体来看,“500”(草案)会有下面几个显著特点。

(a)着重对统一惯例中最重要的、内容最多的单据方面进行了修订。将单据(主要是提单)进行了详细的划分,每一种单独一个条款,分为海运提单,不可能转让的海运提单,租船合约提单,多式联运单据,空运单据,公路、铁路和内陆水运运输单据,快邮和邮寄收据,货运代理人的运输单据,清洁运输单据,运费预付/可支付运输单据。“500”(草案)中新增3/4个条款,均为单据方面的条款,即“不可转让的海运提单”,“租船合约提单”、“空运单据”、“公路、铁路和内陆水运运输单据”。

(b)相应加重了银行的义务责任,从而保护买卖双方(特别是卖方)的利益。如关于银行审核单据期限,“400”规定,“开证行应享有合理时间审核单据及作出接受或拒受单据的决定,而“500”(草案)则规定“开证行、保兑行(如有的话)及代表他们的被指定银行各自应有一个合理的时间,即不超过收到单据后的7个银行工作日,审核单据和决定是否接受或拒受单据,因此并通知从其处收到单据的当事人”。这里不但对合理时间的期限予以规定,而且这种期限的规定又不仅限于“开证行”一个银行。当单据不符信用证的规定时,“400”对于银行的通知规定为:“该通知必须说明开证行因之而拒受单据的不符点”,“500”(草案)修订为“通知必须叙明因之拒受单据的所有不符点”。而不允许银行只将部分不符点或分两次以上发出单证不符的通知。以上的规定可以明显地使卖方尽快从银行方面得知单据与信用证是否符合的情况,以便在单据不符的情况下,补交合乎信用证规定的单据或请求买方通过银行修改信用证,以保护买卖双方利益,使国际贸易顺利进行

(c)内容的修订更加符合国际贸易新惯例,使信用证更好地服务于国际贸易。当今的信用证当事人一般均明示采用不可撤销的形式,统一惯例也要求必须明示信用证是可撤销的或是不可撤销的。但当信用证没有明示时,“400”规定“应视为是可撤销的”,“500”(草案)规定“应视为不可撤销的”。这样修订更加忠实于使用信用证的目的和意义,保护当事人的利益。按照“500”(草案)的规定,银行还可以以自己为申请人开立信用证,并规定“一家银行在不同国家设立的分支机构都视为另一家银行”。这些都顺应当今世界银行界在处理信用证业务中的关系及做法。

(d) “500” (草案) 结构更加条理化。在此草案中每一条款抬头均列出标题及分类, 以便参考该条款的内容及目的。该草案还将一些“400”中内容一致或相近的条款进行合并, 使有关问题能够集中说明。如将“400”中关于信用证与合同关系内容规定一致的第3条和第6条合并为一条, 将关于装运期限的日期术语解释的第51条、第52条合并为一条。“500”可望比“400”要少而精。

当然“500”也不能解决使用信用证中的所有问题, 本身也可能有不足之处。这就需要在正式通过以后, 在实践中进行不断地总结和研究。

二 《跟单信用证统一惯例》的主要内容

“400”共有55条, 分为6章。第一章(1—6条)是“总则和定义”, 第二章(7—14条)是“信用证的形式和通知”; 第三章(15—21条)是“义务和责任”, 同时还介绍了银行的免责声明。银行对单据的真实性不负责。银行对第三人的过失也不负责, 比如邮寄遗失, 电报误传等。第四章(22—42条)是“单据”。它差不多占了统一惯例的一半篇幅。第五章(43—53条)是“其他规定”, 对时间、数量等内容作了具体规定, 第六章(54—55条)是“转让”。

其主要内容是:

(一) 总则和定义

第1条规定了统一惯例的适用范围, 即一切跟单信用证, 并包括备用信用证; 并规定在每一个跟单信用证中要以文字表明依照该惯例。

第2条对跟单信用证和备用信用证作了解释, 指银行(开证银行)依照客户(开证申请人)的要求和指示, 在遵守信用证条款的条件下凭规定的单据, 付款给第三人(受益人)或其指定人, 或支付、承兑受益人开出的汇票。

第3条强调了信用证是一个独立于合同之外的交易, 且银行与该合同无关。

第4条表明信用证处理的是单据, 而不是货物、服务或其他行为。

第5条要求银行记载于信用证上的事项, 必须完整、明确, 不能使用含糊不清的文字, 更不能有自相矛盾的记载。

第6条规定受益人不得利用银行之间或开证申请人与开证行之间的契约关系, 从另一个角度再次阐明信用证独立于合同。

(二) 信用证的形式和通知

第7条把信用证分为可撤销的和不可撤销的信用证, 并应在一切信用证上表明是哪一种, 不然, 则视可撤销。

第8条规定通知行毋须承担责任, 只是应合理谨慎地核验通知信用证的表面真实住。

第9条是开证行对可撤销信用证可以随时修改或取消, 而不须事先通知受益人, 但如已将信用证转交其分支行或付款、承兑及议付银行, 而且这些银行在收到开证银行的修改或取消通知前, 依照信用证及以前所收到的任何修改条款所进行的一切付款、承兑或议付, 仍须负责偿付。

第10条主要规定了在不可撤销信用证项下, 开证行和保兑行负有下述责任:

1) 如系即期付款信用证——则进行付款或保证该款的照付;

2) 如系延期付款信用证——则应根据信用证规定所确定的日期进行付款或保证该款的照付；

3) 如系承兑信用证——如信用证规定以开证行保兑行为付款人，则承兑受益人开立的汇票；如信用证规定以开证申请人或其他人为支付人，则负责该汇票的承兑及到期付款。

4) 如系议付信用证——则议付受益人开立的以开证申请人（和开证行）或信用证规定的开证行（或保兑行）以外其他人为付款的即期或远期汇票，并对出票人及/或善意执票人无追索权。另外，如规定由另一银行议付，如该行不予议付，开证行则仍负责付款如上。

如银行被开证行授权或要求对信用证加具保兑，但不准备照办时，它必须不延误地通知开证行，除非开证行在授权或要求保兑时另有规定，通知行可将信用证通知受益人，而不加保兑。

未经开证行、保兑行（如已保兑）和受益人同意，该项承诺既不能修改，也不能取消。未经上述各方同意，接受同一个修改通知中的部分修改内容是无效的。

第 11 条规定，一切信用证都必须明确指出是付款、承兑或者付信用证；还必须指定银行，被授权为付款银行、或承兑银行、或议付银行，除非被指定银行是开证银行或保兑银行外，开证银行的指定，并不构成被指定银行付款、承兑、议付的任何保证。而开证银行对于指定银行凭符合信用证条款的单据而付款、承兑、议付，则须保证偿付。

第 12 条主要针对使用电讯开立信用证，规定以电讯开立信用证时，除非在电讯上注明如“详情后告”或载明须以“邮寄证实书方为有效的信用证”，则该电讯本身将被视为有效的信用证，卖方可直接凭此办理交单取款。

第 13 条规定信用证被再次开立、保兑或通知，两次内容相同，而第一次的曾经修改过，如有清楚说明，则信用证不包括修改的内容。

第 14 条，如收到开立、保兑、通知或修改信用证的指示不完整或不清楚，被要求按该指示办理的银行可预先通知受益人，仅供参考，不负任何责任。信用证只能在必要的内容收到后，而银行又准备按该指示办理时，始作出开立、保兑、通知或修改，银行应不得延误地提供必要的内容。

（三）义务和责任

第 15 条规定了银行必须合理小心地审核单据的义务，从而确定单据表面上是否符合信用证条款，而且单据之间表面上不一致，也是不符合信用证条款。

第 16 条共有 6 款。其中，A 款规定授极其他银行进行付款、承兑或议付的银行负有偿付的义务和责任。B 款规定开证行认为单证不符时，必须以单据为唯一的依据，确定接受还是拒受单据。C 款规定 B 款的行为应在合理的时间内完成。D 款规定开证行拒受单据时，必须毫不延迟地以电讯或其他快速的方式通知交单人，说明是已寄回或暂时代为保管、听候指示处理办法等。E 款规定如开证行未按上述 C 和 D 款来办，则无权宣称单证不符。F 款规定寄单行已提出单证不符，开证行并不因此解除上述任何义务。

第 17 条规定了银行对任何单据的形式、完整性、准确性、伪造以及对单据所代表货物的描述等方面情况一律免责。

第 18 条是银行对单据在邮寄过程中的延误及/或遗失、翻译的错误等不

负责任。

第 19 条银行对不可抗力引起的后果也不负责。

第 20 条规定银行为执行开证申请人指示,其风险以及加诸于银行的义务责任和风险由申诉人承担。

第 21 条规定如开证银行打算授权付款、承兑或议付的银行向开证银行以外的第三家银行索偿,该第三家银行就是偿付银行,开证银行应及时向偿付银行发出指示或授权,令其对该项索偿履行付款,无需将有权索偿的银行必须向偿付银行证明符合信用证条款作为条件。

(四) 单据

第 22 条要求必须对凭信用证办理付款、承兑或议付的单据作准确的说明,不应使用“第一流”、“著名”等类似词语,影印、自动或电脑处理和复写的单据,除非信用证另有规定,都可作为正本单据,但须注明为正本。

第 23 条当信用证要求除运输单据、保险单据和商业发票以外的单据时,信用证应规定该单据的出单人及其措辞或项目内容。如信用证无此规定,如提交的单据内容能说明货物与信用证项下的有关,银行将予接受。

第 24 条表明,银行接受出单日期早于信用证开证日期的单据,但应在信用证规定期限内。

第 25 至 34 条对运输单据(表明已装船或发运接受监管的单据)的规定作了说明。其中:

第 25 至 28 条针对银行接受或拒受单据作了详细规定。银行应接受以下单据:(1)系由指名的承运人或其代理人签发的;(2)表明为发运或接管货物或已装船;(3)是全套的正本运输单据。在上述条件下,银行不得拒收以下运输单据:a.“联合运输提单”、“联合运输单据”、“联合运输提单港到港提单”,或类似标题的运输单据;b.简式/背面空白的运输单据;c.预定的船只或者其他运输工具、装港、卸港的运输单据;d.收受接管地与装港地不同,最后目的地与卸港地不同的运输单据:e.货物在集装箱或托盘上的运输单据。

银行接受的海运提单和多式联运提单必须是:系由指名的承运人或其代理人签发;表明货物已装上指名船只,系由全套正本组成;符合信用证的其他一切规定。但是,如果信用证没有特别要求已装船运输单据,银行应当接受货物已被收受保管或收受付运的运输单据。

在海运或多式联运情况下,银行拒收的是下列运输单据:(1)根据租船契约签发的运输单据;(2)仅表明由帆船装运的运输单据;(3)由运输代理行签发的运输单据,除非该运输代理行作为承运人的代理人签发;(4)有“预定的”船只或装港、或卸港或类似限定的,但如果该项单据加注已装船或加注卸港不是最后目的地者除外。(5)注明货物已彼或将被装在甲板上的运输单据,但未特别表明者,银行将不予拒绝。

第 29 条对转运的定义作了明确规定,转运是指从装货港或发运地或货物收受地到卸货港、或目的地的运输过程中,用同一种运输方式,从一种运输工具或船只到另一种运输工具或船只,或者从一种运输方式到另一种运输方式的改变和再装货,但在下述情况下,即使信用证规定禁止转运,银行也可以接受以下运输单据:(1)如信用证规定提供联合运输单据时,表明货物将转运,或者表明货物自收受地起运到最终目的地,包括海运的多种不同运输方式,并且以一份同一运输单据包括全部航程者;(2)表明货物装入集装箱、

拖车、子母驳船，并用同一集装箱、拖车子母驳船，从收受地运送到最终目的地者。

第 30 条表明如信用证规定货物邮寄，则要提交邮局收据或证明，装运日应以邮戳日期为准。

第 31 条阐明如信用证规定运输单据必须表明运费已付或预付，银行接受运费已付的单据，否则可接受运费待付的单据：“运费已付”或“运费已预付”的文字，将作为运费已付的证明，银行接受，但对“运费可先付”或“运费应预付”等文字，则不认为是运费付讫的证明，批注运费以外附加费用的运输单据，银行也予以接受。

第 32 至 33 条表明银行接受表面上注有诸如“发货人装载计数”或“内容据发货人报称”条款或类似词语的运输单据以及表明以开证受益人以外第三者作为发货人的运输单据。

第 34 条对“清洁运输单据”作了解释，即上面不应外加有任何条款或注记（注明货物或包装有瑕疵），如果外加有这样的条款或注记，银行将拒绝接受。

第 35 至 40 条对保险单据的规定作了说明，其中：

第 35 条规定，除信用证特别授权外，保险经纪人签发的投保通知书将不予接受；而应是保险公司、保险商或代理签发的保险单据。

第 36 条和第 37 条规定，保险单据上的日期如较运输单据上所示货物装载、发送或接管的日期为迟时，银行将拒绝接受。而且，保险单据上的币别应与信用证上的币别相同。保险单据的最低金额应是货物的 CIF 或 CIP 价值另加 10%。

第 38 至 40 条要求规定所需保险类别的文字应明确。如规定保“一切险”，银行应接受有任何“一切险”批注或条文的保险单据，而不论该批注或条文上是否有“一切险”的标题，既使在批注或条文中注明不包括某些险时，也是如此。银行还接受表明有免赔率或免赔额的保险单据。

第 41 条规定商业发票必须作成开证申请人抬头，其金额不能超过信用证内所允许的金额，否则银行拒绝接受，并且它对货物的描述必须与信用证内对货物的描述完全一致。

第 42 条规定，在海运以外的货运情况下，如信用证需求证明重量时，除非信用证明确规定该重量证明必须是独立单据，银行将接受看来系由承运人或其代理人在运输单据上加注的重量戳印或声明。

（五）其他规定

1. 数量与金额。

第 43 条将“约”、“大约”或类似词语规定金额、数量单价时，解释为允许对有关金额或数量或单价有不超过 10% 的增减幅度。如货物数量不得增减，在支取金额不超过信用证金额的条件下，货物数量可允许有 5% 的增减。

2. 分批支款及/或装运。

第 44 条对不作分批装运的范围作了规定，如多份、邮包收据或邮包凭证，只要表明上证实邮包在信用证规定的货物发运地发送，并加注同一日期，即不作为分批装运；而其他运输单据，只要由同一承运人或其代理人签发，并且签发日期相同，货物的收受地或发运地和目的地相同，均不作为分批装运。

3. 分期支款及/或装运。

第 45 条说明信用证如规定货物须在一定期限内分期装运,如任何一期未能于规定期限内交运,不仅信用证对该期货物停止使用,而且对以后各期货物也同样停止使用。

第 46 条要求一切信用证均须规定一个交单付款、承兑或议付的到期日,单据必须于日或以前提交,如开证银行声明信用证的有效期限为“1 个月”、“6 个月”或类似规定而未指明起算日时,应从开证行开立信用证的日期起算。

第 47 条还要求应规定一个运输单据出单日期后必须交单付款、承兑或议付的特定限期,如未规定该限期,银行将拒受迟于运输单据出单日期 21 天后提交的单据,但无论如何,单据也不得迟于信用证到期日提交。另外,分 4 种情况对运输单据的出单日期的认定作了规定。

第 48 至 49 条规定银行在其营业时间外,不接受提交单据并针对信用证的到期日或交单限期的最后一天适逢银行停业日,规定可顺延至次一天营业日,但不适用于装运、接受监管的日期。

4. 装船、发运和接受监管(装运)。

第 50 条规定最早及/或最迟装运期的“装运”一词,应理解为包括“装船”、“发运”和“接受监管”,运输单据的出单日期一般为装运日期。如使用了“迅速”、“立即”、“尽快”之类词语,银行可解释为自开证日起 30 天内应装船;如用“于或约于”等字样,银行将认定是自约定日期前 5 日到约定日期后 5 日之间办理装船手续。

5. 日期条款。

第 51 至 63 条将用于日期方面的词语予以界定。“止、至、直至、从”之类词语,包括所述日期:“以后”则不包括。“上半月”、“下半月”分别为每月 1 至 15 日或 16 日至该月的最后一天。“月初”、“月中”、“月末”分别力每月 1 至 10 日、11 日至 20 日、21 日至该月最后一天。

(六) 转让

第 54 条专门对可转让信用证作了规定,其必须符合下列条件方具有法律效力:

(1) 可转让信用证,是指受益人有权要求被委托付款或承兑的银行或可以议付的任何银行使信用证全部或部分能由一个或数个受让人(第二受益人)使用的信用证。

(2) 只有开证行明确指明“可转让”的信用证,才能转让。

(3) 被要求转让的银行(转让银行),不论其是否保兑了信用证,除非转让的范围和方式为该银行明确同意,并无办理该转让的义务。

(4) 有关转让的银行费用,应由第一受益人支付。在该费用付清以前,转让银行无办理转让的义务。

(5) 可转让信用证只能转让一次。如信用证不禁止分批装运,可转让信用证的各部分可分别办理转让(总和不得超过信用证金额),该转让的总和将被认为只构成信用证的一次转让。信用证只能按照原证规定条款转让,但信用证金额中任何单价、到期日、第 47 条规定的交单最后日期以及装运期可以减少或缩短,或保险投保比例可以增加,以便适应原证或本惯例规定的保额,此外,可以用第一受益人名称替代开证申请人名称,但如原信用证明确要求开证申请人名称出现于发要以外的任何单据中时,该项要求必须照办。

(6) 第一受益人有权以自身的发票(及汇票—如信用证规定汇票以开证

申请人为付款人），替换第二受益人的发票（及汇票），金额不得超过信用证规定的原金额，如信用证规定了单价。应按原单价开立，在替换发票（及汇票）时，第一受益人可根据信用证支取其发票与第二受益人发票之间的差额。如信用证已转让，第一受益人应提供其自身发票（及汇票）以替换第二受益人的发票（或汇票），但如第一受益人在银行首次要求提供发票时没能立即提交。则付款银行、承兑银行或议付银行有权将根据信用证收到的单据，包括第二受益人的发票（及汇票），提交开证银行，不再对第一受益人负责。

（7）第一受益人可要求将信用证转让给本国或他国的第二受益人，并有权要求在信用证的受让地点，在原证有效期限，并包括原证到期日在内，向第二受益人进行付款或议付，并不影响第一受益人之后以自身发票（及汇票）替换第二受益人的并索取应得差额的权利。

第 55 条表明受益人在不可转让信用证情况下，也可以将应得的信用证金额的请求权让与他人，只要此项转让与正常交易适用的法律相符时即可。

三 几种不同性质的信用证

信用证可根据它的性质、付款期限、能否转让等不同的角度，分为不同的种类，常见的主要有以下几种：

1. 可撤销信用证和不可撤销信用证（Revocable L/C and Irrevocable L/C）。

不可撤销的信用证是相信信用证一经开出，在有效期内，未经受益人及有关当事人的同意，开证行不得单方面撤销信用证或修改信用证的内容，只要受益人提供的单证符合信用证的规定，开证行就必须履行付款的义务。这种信用证对受益人收款比较有保障，因此在国际贸易中，其使用最为广泛。相反，可撤销的信用证是指开证行可以不经过受益人同意，也不必事先通知受益人，在议付行议付之前，有权随时修改信用证或撤销信用证。这种信用证对受益人收款没有多大保障，在国际贸易中极少使用。

按照“400”的规定，一切信用证都必须注明它是可撤销的还是不可撤销的，如在信用证上未加注明，即作为可撤销的信用证论，而在“500”（草案）中将改为是不可撤销的。

2. 保兑的信用证与不保兑的信用证（Confirmed L/C and Unconfirmed L/C）。

保兑是指一家银行开出的信用证由另一家银行加以保证兑付。经过保兑的信用证叫做保兑信用证，没有经过保兑的信用证叫做不保兑的信用证。信用证经过另一家银行保兑后，就有两家银行对受益人负责，一家是开证行，一家是保兑行，而且首先是由保兑行对受益人负责。保兑行通常是出口人所在地的银行，在大多数情况下是由通知行负责保兑，但有时也可以由其他银行保兑。保兑信用证比未加保兑的不可撤销信用证对卖方收汇安全更有保障。

3. 即期信用证、远期信用证和预支信用证（L/C at Sight、Usance Credit and Anticipatory Credit）。

即期信用证是受益人在开出即期汇票，或仅凭单据即可以从开证银行（或代付银行）得到款项的信用证。在此情况下，无论汇票的付款人是谁，亦即无论信用证规定汇票的付款人为开证银行、进口商或其他被指定付款的银

行，开证银行的汇票持有人提示汇票要求付款时，须立即付款。

信用证若规定受益人须签发见票后若干天付款的远期汇票对，则信用证为远期信用证。远期汇票须先经付款人承兑，到期日才付款。

预支信用证正好与远期信用证相反，进口商付款在先，出口商交货交单在后。

在我国出口贸易中，一般多采用即期信用证付款，有时为扩大贸易，也采用远期信用证付款，但不采用预支信用证付款。

4. 可转让和不可转让的信用证 (Transfetable and Non-transferable L/C)。

可转让的信用证是指开证行根据进口人的申请在信用证上特别注明“可转让”字样的信用证。可转让信用证的受益人有权指示通知行或付款行，要求将信用证的全部或一部分转让给一个或一个以上的人（即第二受益人）使用。可转让信用证只能转让一次，第二受益人不能把信用证作第二次转让。在信用证准许分批装运的条件下，可转让的信用证得分别办理转让。除信用证另有规定外，可转让信用证的第一受益人可将该信用证转让给本国或另一国家的第二受益人。但信用证的转让不等于买卖合同亦随之转让，因此，如果第二受益人不能履行合同，则第一受益人（即出口商）仍须对其与买方（进口商）签订的买卖合同负责。

在国际贸易中，当某些中间商经营进出口业务时，往往要求进口商给他开出可转让的信用证。因为中间商自己手中并不掌握货物，他同进口商订立了出口买卖合同之后，需要利用进口商对他开出的可转让的信用证，作为他向其他供货人取得货源的信用工具，这样中间商不必支用自己的资金就可以从两者的差价中赚取利润。因此，在使用可转让的信用证时，第一受益人有权用自己的发票（通常为原信用证规定的金额）来替换第二受益人的发票（通常低于原信用证规定的金额），并可以把原订的装船期和有效期限适当提前，这种做法的目的是：（1）中间商作为第一受益人可以从两张发票的差额中赚取利润；（2）中间商可以防止进口商知道谁是供货人，以避免进口商日后可能把他甩开而直接同供货人进行交易；（3）使中间商可以按原信用证规定的条件和有效期办理交单结汇手续。

凡信用证上未注明可转让的，则为不可转让信用证。信用证不可转让，并不影响受益人依照有关法律规定，将信用证项下的款项让与他人的权利。

5. 循环信用证和非循环信用证 (Revolving Credit and Non-revolving Credit)。

循环信用证是规定受益人在一定期间及一定金额限度内，可以循环重复使用的信用证。当买卖双方预定在某一期间内，就同一种类的货物要分批多次交易时，为了避免每批交易逐笔开立信用证的麻烦及节省开证押金，充分利用银行的开证额度，进口商往往开立这种信用证，循环信用证的特点是信用证被出口商全部或部分利用后，能够重新恢复原金额再被利用，周而复始，一直到规定的利用次数或规定的总金额为止。

不可循环信用证，是指凡信用证上的金额不可循环重复使用的，都称为不可循环信用证，一般的信用证都属此类。

6. 跟单信用证和光票信用证 (Documentary Credit and Clean Credit)。

跟单信用证是指信用证上规定受益人向其往来银行办理议付汇票时，要

备齐符合信用证条款的全套有效货运单据，方可获得款项的一种信用证。

光票信用证是指信用证上规定受益人向其往来银行办理议付汇票时，不必交付货运单据，只凭一张光票（Clean Draft 不附单据的汇票）就可支取款项的信用证。

7 议付信用证和直接信用证（Negotiation Credit and Straight Credit）。

议付信用证是指任何银行均可议付出口商所开汇票的信用证。即出口商可将其签发的汇票持往本国任何往来银行请求议付的信用证，除非另有规定外，信用证的开证银行对汇票发票人（出口商）、善意持票人（如议付银行）及汇票背书人有付款责任。

直接信用证是规定受益人将其所签发的汇票直接向特定银行提示付款。开证银行在信用证所作付款对象只限于受益人的信用证。它的特点为，一般规定受益人国家的银行为通知银行并兼付款银行，且规定受益人以本国货币开发汇票，而且开证银行承担付款责任的对象只限于受益人。

8. 备用信用证（Stand by L/C）。

备用信用证是新近发展起来的一种支付方式。传统的商业信用证主要用于支付买卖合同项下的货款，而备用信用证则多用于借款保证、投标保证、履约保证、赊购保证等。在备用信用证有效期和金额限度内，如开证申请人违约，受益人则凭该信用证开具汇票，连同一份声明书，说明或证明开证申请人未能履约的情况，要求开证行按备用信用证的规定付款，以取得因开证申请人违约所遭受的经济损失的补偿。如开证申请人守信履约，该信用证即毋需使用，故称为“备用”信用证。

备用信用证是一种银行保证性质的支付承诺，实质上与银行保函（Banker's Letter of Guarantee）相类似。由于美国和日本的法律不允许银行开立保函，因此，这些国家的银行就用开立备用信用证的方式来代替。“400”明确规定，该规则适用于一切跟单信用证，并包括在其适用范围内的备用信用证。因此，在使用备用信用证时，应注意该“400”。

9. 迟期付款信用证（Deferred Payment L/C）。

迟期付款信用证是远期信用证的一种，也是新近发展起来的一种信用证。远期信用证可以分为承兑信用证和迟期付款信用证两类。前者要求受益人提示远期汇票作为支付工具，经付款人承兑后，受益人可将远期汇票在市场上贴现而得到资金融通。后者受益人在交单时毋需提示汇票，而是在确定的日期（如交单后 90 天，180 天等）到临时要求付款。由于迟期付款信用证不使用远期汇票，所以受益人无从贴现。

迟期付款信用证大多用于资本货物交易、承包工程和投标业务。因这些交易要求远期付款的期限一般较长（往往在 1 年以上），通常需要利用出口国银行的中长期信贷来代替短期的汇票贴现作为融资手段，因此不要求提供远期汇票。特别是按照有些国家的法律，超过 6 个月期限的承兑汇票不能在市场上贴现，或规定汇票的法定期限不得超过 1 年等，在这种情况下，远期汇票就不能适应上述交易的需要，所以就要采用迟期付款信用证。但是应当注意，在使用迟期付款信用证时，受益人交单后，不像远期信用证那样能拿到经付款人承兑的汇票，从法律上说，这就等于少了一道保障，比使用远期信用证有较大的风险。

四 信用证争议案例述评

案例一

[案情]

1990年12月13日,申诉人中国公司(买方)与被上诉人美国公司(卖方)在中国佛山签订了烤鳗成套设备购买合同,合同规定买方应按合同总价一次开立不可撤销、可转让、可分割、可分期收货的100%即期信用证给卖方,信用证的有效期为12个月;卖方应于合同生效后3个月内(1991年4月23日)交付第一批设备,合同生效后6个月内(1991年7月23日)将本案合同项下全部设备及技术资料交付买方完毕,卖方收到有关单据并审核无误后,支付卖方每批交货总价的90%,余10%待交接检验合格后支付。若因卖方责任,其任何一批货物迟交4个月,买方有权终止部分或全部合同,卖方同时应向买方交付一定比例的罚金。1991年3月,申诉人开出信用证,被上诉人于1991年4月17日,交付了第一批设备。该设备虽有小部分零件锈蚀及未带有关技术资料,申诉人仍于1991年5月23日将该批货价67.01万美元支付被上诉人。此后,被上诉人再未交付第二批货,申诉人多次催促无效之后,申请仲裁,要求仲裁庭裁决:

1. 终止合同;
2. 被上诉人退回申诉人已付的设备货款67.01万美元;
3. 被上诉人赔偿因不按期履行合同而造成申诉人的全部损失。

本案中,对于被上诉人没有交付第二批设备的事实,双方并无争议,双方争议的焦点是被上诉人未交付第二批设备的原因。申诉人认为,被上诉人迟迟不交第二批设备,申诉人多次催促,被诉人均置之不理,至今已逾半年有余,是严重的违约行为;被上诉人则声称:购买本案合同项下整套设备的总价为178.6万美元,由于申诉人和被上诉人是合资双方,其中,申诉人出资80.37万美元,被上诉人出资98.23万美元,申诉人出资部分应以申诉人名义向被上诉人开出金额为80.37万美元的100%可转让信用证,被上诉人收到后,加上其应出资的98.23万美元向设备厂家购买设备,被上诉人收货后分两批向申诉人交货。申诉人在合同签订后1个月即1991年3月才向被上诉人开出信用证,且有多处不符点,尤其是信用证金额只开了80万美元,少开了3700美元,信用证有效期亦未按合同规定开到12个月,只开了不到7个月。被上诉人分别于1991年3月8日和4月5日两次传真致函申诉人要求修改信用证,申诉人于1991年4月2日对信用证其他两处不符点作了修改,但未涉及信用证的金额和有效期;7月24日,申诉人修改了信用证金额,7月27日,将信用证有效期修改至1991年11月31日,但仍不符合合同规定,被上诉人遂于1991年7月29日和10月2日两次传真要求申诉人至少将信用证有效期修至12月底,但申诉人不予理睬,迄今未作修改,导致第二批设备至今不能购买和交付。因此,被上诉人认为,申诉人一直不按合同规定开出有效正确的信用证已构成根本性违约,第二批设备不能购买和多付的责任全在申诉人,申诉人的请求不能成立,相反,申诉人还应承担因其违约而给被上诉人造成的损失。

对被诉人的抗辩,申诉人声称:申诉人从来没有收到过被上诉人所说的1991年3月8日、4月5日、7月29日和10月2日的电传,申诉人还特别声明,在开立和修改信用证的整个过程中,被诉人的代理人陈先生一直参与,并代表被上诉人同意作出的。为证明陈先生确实具有被上诉人代表之身份,申诉

人于 1992 年 10 月 8 日提交了被上诉人出具的 3 份授权书和 1 份委托书。据此，申诉人认为，陈先生具有特定的双重身份……，在合营企业的对外交往中，陈先生既可以以总经理的身份代表合营企业从事经营活动。而一旦涉及到申诉人与被上诉人之间的权利义务问题，陈先生则可以以被上诉人代理人的名义代表被申诉人与申诉人交涉，在开立信用证的过程中，陈先生的行为就是明证：是陈先生代表被上诉人首先提议信用证不必约定太长的期限，这一修改是陈先生与申诉人讨论过并经申诉人同意后亲自办理的，而且被上诉人实质上也是接受上述变更并且经银行实际议付了第一批贷款的。陈先生的行为事实上说明了其曾代表被申诉人与申诉人就信用证期限的改变通过协商并达成一致意见，并最终被上诉人接受了这一改变的。由于陈先生事先业经被上诉人明确授权，事后也没提出任何异议，因此，其在事实上有权代表被上诉人从事上述“变更行为”。陈先生代表被申诉人对信用证有效期限的修改并未超出其代理权限，这是一种合法有效的代理行为，被上诉人应对陈先生所从事的民事法律行为而产生的法律后果承担相应的法律责任”。

对此，被上诉人代表陈先生在庭审时声明，他是以个人名义同意修改信用证的；至于申诉人言未收到被上诉人要求申诉人改正信用证不符点的 4 份传真问题，被上诉人认为，倘若申诉人未收到这 4 份传真，凭空怎会一次次地修改信用证？被上诉人并于 1992 年 9 月 25 日向仲裁庭提交了 1991 年 3 月 8 日、4 月 5 日、7 月 29 日和 10 月 2 日向（FOSHAN）326531 号传真机号码发出 4 次传真香港电话公司的收费帐单。对这些帐单，申诉人的看法是：“326531”（FOSHAN）号码是佛山布置地实业总公司的传真号码，申诉人自己没有传真机，只是通过置地总公司的该传真机接收或传出文件。申诉人声明，事实上确未收到被上诉人所称发出的回复函件，而且，即使被上诉人确曾发出过这几份传真函，传真的接收人及传真件的内容也有待证实。在申诉人向仲裁庭提交的《律师代理词》中，申诉人重申：由于陈先生有权代表被申诉人对合同的履行作出决定，事实上与申诉人对原合同约定的信用证有效期限作了修改，被申诉人在毫无根据的情况下即轻率地中止了合同履行，被申诉人对自己的违约行为所造成的损失负有不可推卸的责任。

[简评]

1. 有关陈先生的身份问题。

申诉人提交的由被上诉人出具的 3 份授权书和 1 份委托书原件，都是真实的，可以说明陈先生具有代表被申诉人的资格。因此，陈先生确实具有既是合资企业总经理同时又是被上诉人授权代理人的双重身份。

根据中国《民法通则》第 63 条和中国《涉外经济合同法》第 7 条、第 28 条和第 32 条的规定，考虑到在本案合同的谈判、成立和履行中，陈先生的双重身份实际上是代表着具有利益冲突的两个实体，因此，陈先生在具体的行为中究竟是代表哪一方，必须有陈先生以哪一方的名义作出书面确认为准。在本案合同生效以后，特别是在开立和修改信用证的过程中，没有令人信服的证据说明陈先生曾经以被申诉人的名义对合同的任何规定之修改作出过书面承诺或确认，因此，申诉人主张由于陈先生具有双重身份，已经代表被申诉人对合同作出修改的主张不能成立。

2. 有关修改信用证问题。

本案的关键是申诉人开出的信用证修改了原合同中规定的有效期限，这一缩短信用证有效期限的修改是双方当事人一致同意的，还是一方当事人单

方面提出的，申诉人与被诉人对此争议不下，基于上述事实，申诉人对开立的信用证的有效期限的修改，是申诉人单方面的行为，而并非双方当事人协商一致的结果。

信用证是 1991 年 3 月 6 日以申诉人的名义开出的，金额为 80 万美元，有效期为 10 月 3 日止，当时作为被诉人委派和推荐。合营企业的副董事长兼总经理陈先生在信用证申请书上盖了章，但陈在庭审时表明，当时同意缩短信用证的有效期限是他个人的意见，被诉人接到信用证后即于 3 月 8 日对该信用证中包括金额及有效期等在内 4 项与合同规定不符的内容向申诉人提出了修改要求，申诉人于 4 月 2 日修改了 2 项，但对金额及有效期未作修改。被诉人又于 4 月 5 日传真申诉人，请其修改全额及有效期，以便配合第二批发货。申诉人于 7 月 18 日修改了信用证的金额，增加了 3700 美元，又于 7 月 26 日将信用证的有效期由 10 月 3 日延至 11 月 30 日。被诉人获悉后于 7 月 29 日传真申诉人，指出有效期延至 10 月 30 日（应为 11 月 30 日）是不够的，请求延至 12 月底。由于申诉人未予置理，被诉人复于 10 月 2 日再次传真申诉人请求改正，但申诉人始终未予改正。

由此可见，缩短合同中信用证有效期限为 12 月的规定，是申诉人一方的意思表示，而不是双方当事人协商一致的意见。尽管作为被诉人委派和推荐的副董事长兼总经理陈先生在开证时对缩短有效期一事是知情的。但申诉人未能提供书面证据证明缩短信用证的有效期限是经作为购买合同另一方的被诉人所同意的，故在双方当事人对信用证的修改未达成一致意见的情况下，仍应按合同规定的条款办理。

这说明信用证作为买卖合同货款的支付方式，就要求买方申请银行开立信用证时，必须依据合同的规定，否则卖方可以追究买方的违约责任，而与银行没有任何关系，因为信用证关系独立于买卖合同。

案例二

[案情]

1985 年 5 月 3 日，申诉人广西公司（卖方）与被诉人香港公司（买方）在广州签订了 KN8516 号销货确认书（即合同），标的物为 240 万条绿线平纹麻袋，规格为 109CM × 74CM × 102GRS。（或 44" × 28" × 2.5LBS），单价为每 100 条 52 美元 FOBsT，总会额为 124.8 万美元，交货期为 1985 年 7 月 31 日前，装运港为黄浦和北海。

合同签订之后，申诉人于同年 7 月 22 日收到了 K—01—c—21783 号信用证，开证行为香港集友银行，通知行为中国银行广州分行，开证申请人为申诉人的买方香港新纪元集团，受益人为申诉人。信用证条款与合同条款大部分相符，只是将麻袋规格 109CM × 74CM 写成 109MM × 74MM，将装运港改为三亚港，目的港为香港，同时要求提供香港 SGS 检验证书。

申诉人收到上述信用证后，马上通知香港新纪元集团改证，并通知被诉人要求其承担从黄浦和北海到三亚的额外费用。1985 年 7 月 22 日，申诉人与被诉人签订了一项协议书，规定从黄浦和北海到三亚的运费、杂费、保险费和银行利息由买方（指被诉人）承担，同日，申诉人与香港新纪元集团也签订了一个协议，规定由于 SGS 证书的迟达所造成的利息损失由开证人承担。

考虑到收到信用证较迟、装运有效期短，为顺利履行合同，申诉人于 1985 年 7 月 27 日要求香港新纪元集团将装船延至 1985 年 8 月 31 日，信用证有效期延长至 9 月 15 日。

1985年8月10日左右，香港新纪元集团致电通知行和申诉人，称信用证上的规格是打字错误，已来不及修改，表示完全接受信用证的不符点。8月14日，开证行通过通知行告知申诉人。信用证装船期和有效期分别延期至8月15日和8月31日。在此期间，申诉人的广州办事处将240万条麻袋从黄浦、北海运到三亚，多支付了各种费用人民币23万元。

1985年8月15日，上述240万条麻袋全部装上内香港新纪元租来的货轮，该轮于8月18日开给申诉人一张大副收据后，于8月20日开航。

当时，申诉人即按信用证要求制单（发票3份，装箱单3份。SGS证书副本份，电抄1份，汇票6份），交给通知行向开证行议付，开证行于1985年9月10日通知通知行，称：“由于单证有3个不符点，开证行拒付全部货款。3个不符点是：

1. SGS证书上的装船时间表明该船于8月20日开航；
2. SGS证书注明的卸货港是津巴布韦而不是香港，
3. SGS证书没有证明正确的质量也没有按规格确认货物。

待以上不符点被接受后，我们将向你们支付货款。”

申诉人随即电告香港新纪元集团，要求其尽快赎单付款，但其答复称，由于其买主——英国公司无理拒付贷款，所以他们暂时无法向申诉人支付贷款。在香港新纪元集团拒不赎单付款的同时，开证行将全部单证退回并拒付货款，但货物已被英国公司取走。

自此之后，申诉人多次向香港新纪元集团追索贷款。虽然香港新纪元集团口头上和函上表示要归还全部货款，但实际上只在1986年4月22日付给申诉人39.134万美元，尚欠85.666万美元至今未还。但书面承诺该款项可由贸促会仲裁解决。在香港新纪元集团拒付欠款后，申诉人找到被告人，要求其根据合同规定支付货款，但也遭拒绝，连240万条麻袋从黄浦到三亚的额外费用也不予支付。

申诉人认为，被告人是合同的买方，香港新纪元集团是被告人的买方，是根据被告人的指示开立信用证的开证申请人，他们均有义务支付贷款，对贷款负有连带责任，在香港新纪元集团不付款时，被告人有责任继续履行还款义务。由于申诉人与被告人的买卖合同中订有仲裁条款，香港新纪元集团在纠纷发生以后曾以书面形式表示通过仲裁解决，申诉人遂提情仲裁。

申诉人的请求如下：

1. 要求被告人和香港新纪元集团偿还其所欠申诉人的麻袋货款85.666万美元；
2. 要求被告人和香港新纪元集团偿还所欠货款的银行利息；
3. 要求被告人偿还申诉人垫支的240万条麻袋从黄浦、北海到三亚港的运费、杂费、保险费等费用计人民币23万元；
4. 要求被告人偿还第3项所列款项的银行利息；
5. 要求被告人和香港新纪元集团赔偿由于其不履行付款而给申诉人造成的其他一切损失。

被告人答辩称。

1. 1985年5月3日，申诉人与被告人在广交会上签订KN8513号销货确认书。购买250条麻袋，每条价格0.52美元，义货期为1985年7—8月。1985年7月3日，被告人带领新纪元集团在广西南宁看货后，香港新纪元集团得知申诉人卖给被告人麻袋每条0.52美元，而被告人卖给香港新纪元集

团的则是每条 0.58 美元，为此，香港新纪元集团提出直接与申诉人签订合同，迫使被诉人在 1985 年 7 月以原销货确认书的日期与申诉人重新签词一份 KN85 16 号销货确认书，货物数量从原来的 250 万条麻袋改为 240 万条，交货港由黄浦、北海改为海南三亚，货物从黄浦、北海运至海南三亚的运费、杂费、保险费由被诉人负担。

2. 1985 年 7 月 21 日，香港新纪元集团绕过被诉人直接将 K-01-C-21783 号信用证开给申诉人。以后，申诉人如何将货物装船、启航等都是在申诉人与香港新纪元集团之间直接进行的，从来没有通过被诉人。直到 1985 年 9 月 3 日，被诉人总经理吴先生和江女士到南宁出差时才得知申诉人在香港新纪元集团没有正式修改信用证的情况下在 1985 年 8 月 18 日将货物装上船并于 8 月 20 日让船开航。对此，被诉人认为应由申诉人自己承担责任，货款也应直接向香港纪元集团追索，与被诉人无关。

3. 根据申诉人的要求，被诉人曾多次催促香港新纪元集团向申诉人支付货款。1985 年 10 月 16 日，申诉人情被诉人协助催款，被诉人吴先生带着香港新纪元集团给申诉人的信，陪同香港新纪元集团总经理、董事等到广交会会见申诉人代表。新纪元总经理一再向申诉人表示一定还清欠款。

4. 被诉人曾几次与申诉人商量起诉香港新纪元集团追回经济损失，但申诉人不同意，认为香港新纪元集团欠被诉人 10 万美元，而欠申诉人的货款为 120 万美元，不能因小失大，等申诉人收到全部欠款后，一定帮助被诉人向香港新纪元集团追回全部佣金。

可是，申诉人收到香港新纪元集团支付的部分欠款 39.134 万美元后，就根本没有告知被诉人。以后，申诉人是否继续收到过任何欠款，被诉人也不知道，这证明申诉人是绕过被诉人与香港新纪元集团直接联系的，因此与被诉人无关。

5. 被诉人曾将此宗交易的情况向中国土产畜产进出口总公司作了汇报，总公司当场表扬了被诉人，批评了申诉人。

以上情况和被诉人没有参与此笔交易的开证、装船、交货和收货等事实，充分说明申诉人早已抛开作为中间人的被诉人而自行同香港新纪元集团直接进行交易，特别是申诉人在没有得到香港新纪元集团正式修改信用证不符点的情况下将货物装船，责任应由申诉人自己负责。所以，可以认定被诉人在本案没有任何责任，也没有任何义务。

[简评]

1. 本案争议应系有仲裁协议合同的卖方（申诉人）广西公司与合同买方（被诉人）香港公司之间的争议。本案申诉人在仲裁申请中提出并坚持将香港新纪元集团列为本案第二申诉人。是不能成立的，其理由是：

（1）在一般货物买卖合同中，合同的买方可以是开证申请人；然而只要合同卖方接受，合同买方以外的任何一方也可以是开证申请人。但除非有明确的协议，合同买方以外的任何一方作为开证申请人是独立于合同之外的，不能作为合同一方当事人。在本案合同执行当中，香港新纪元集团系开证申请人，其开出的信用证为申诉人接受后，申诉人就应按该信用证规定发货并议付。申诉人与被诉人之间、申诉人与香港新纪元集团之间以及被诉人与香港新纪元集团之间都没有书面确认香港新纪元集团为本案合同的一方。所以作为开证申请人香港新纪元集团不能视为本案合同的一方。

（2）虽然香港新纪元集团确认欠款向申诉人作出了将欠款余额提交仲裁

委员会解决的单方面的书面承诺，但因前述(1)中的事实和理由，申诉人的主张仍然不能成立，

据此，申诉人在仲裁申请书中向香港新纪元集团提出的所有要求和主张座另行寻求仲裁或其他方式予以解决。

2. 关于合同货款问题。申诉人接受了香港新纪元集团的信用证，并按信用证交了货，但所提交的单据有不符点，结果遭拒付。

按照《跟单信用证统一惯例》等有关贸易案例，卖方接受非合同买方的信用证本身并不解除合同买方在收到卖方货物后的付款义务。但是，本案申诉人在因单证不符而遭拒付之后，没有直接或间接向合同的买方申诉人追索货款，而是多次向香港新纪元集团追索货款，香港新纪元也有书面表示欠款并且保证付款。申诉人还就香港新纪元集团欠款问题提出与香港新纪元集团签订一个“有关还款安排的协议书”。由此可见，申诉人以自己的行为与香港新纪元的书面保证证明申诉人放弃了要求被上诉人支付所欠货款的权利。故申诉人提出由被上诉人支付所欠货款及其利息的请求权不能成立。

3. 关于运费、杂费、保险费问题。申诉人与被诉人在合同尤其在补签的协议中明确规定“所需运费、一切杂费、保险费、银行利息概由买方承担。上述费用先由卖方垫支，卖方凭发票向买方托收，买方不得拒付”。据此，申诉人已经垫付上了上述费用合计人民币 23 万元，则有权要求被上诉人支付该款并加计利息。

案例三

[案情]

1991年2月3日申诉人江苏公司(买方)与被上诉人日本公司(卖方)签订了订购合同。合同规定，申诉人向被上诉人购买306公吨聚丙烯，单价每吨985美元，G&F上海，总金额为30.141万美元，交货期：1991年3月31日，支付方式：即期信用证。

申诉人诉称，合同签订后，申诉人于1991年3月21日向中国银行南京分行开立了以被诉人为受益人的第94LC10271号不可撤销的即期信用证。该信用证规定，交货期为3月31日之前，有效期为1991年4月15日，受益人须在货物装船后48小时之内用电传通知申请人和开证行。1991年4月12日被诉人传真申诉人，要求申诉人将信用证规定的交货期和有效期修改为4月30日和5月15日。对此，申诉人不同意，并向被上诉人提出了中止合同的要求。此要求得到被上诉人南市办事处某一职员的书同意。申诉人称，由于被上诉人未在合同规定的期限内交货，给申诉人及其用户造成损失，申诉人不得不对其国内用户给予经济赔偿并另行订货。1991年4月22日申诉人收到了中国银行南京分行的通知，称本案合同项下的议付单据已到，要求申诉人赎单付款，议付单据上表明货物的装船日期为3月30日。申诉人认为，这一情况与前述被上诉人要求展证的事实是矛盾的，说明被上诉人采用了倒签提单的手段，以骗取申诉人的货款。出现这种情况后，申诉人为了避免损失扩大，决定暂将货物存仓，但声明“代为提货保管”并强调被上诉人必须赔偿由此给申诉人造成的经济损失，之后，申、被上诉人曾就此问题进行了协商，未果。申诉人遂将此争议提交仲裁。

被上诉人肯定了1991年2月8日与申诉人之间签订本案合同这一事实，同时对申诉人于同年3月21日开出信用证亦不否认。但被上诉人答辩称，合同签订后，被上诉人按照合同要求备好了足数的货物，并向中国远洋运输总公司北

美有限公司预订了船舱、该船计划于1991年3月27日从休斯敦起程。被上诉人按照中远北美有限公司的要求，将货物装入18个集装箱关于1991年3月19日运抵休斯敦以待申诉人开来信用证。但申诉人迟迟不开信用证。被上诉人认为，这笔交易是海湾战争的副产品，合同签订时正值战争期间，聚丙烯的国际市场价格看好，而是2月底，战争已告结束，聚丙烯的价格亦随之迅速下跌。因此，申诉人迟开信用证目的在于终止此合同，以便在其他地方以较低的价格购买聚丙烯。被上诉人指出，申诉人一反常例，这次以中国银行南京分行为开证行，以美国共和银行为通知行。共和银行于同年3月22日下午收到信用证，当天是星期五。而且共和银行没有全电开出，而是邮寄的。所以被上诉人直到4月2日才收到信用证。在这种情况下，被上诉人只好将货物装入下一班轮船，于1991年4月21日在休斯敦起程。在此期间，被上诉人曾提出推迟履行合同的日期，但遭到申诉人的拒绝。申诉人接收了于1991年5月23日到达上海的货物，随后便提出了仲裁。被上诉人认为，正是由于申诉人迟开信用证，和被上诉人迟接到信用证，才导致合同未能如期履行，所以，本案的违约方是申诉人，被上诉人没有责任，申诉人不能因违约而得到利益，这是基本的国际商法惯例；退一步讲，即使申诉人有诉由，亦应以相让步为基本点，被上诉人可以考虑1991年3月31日到同年4月20日之间这20天的价差，而不能同意申诉人所提出的价差计算方法。

针对被上诉人的答辩，申诉人反驳称，本案合同没有规定开证的时间，所以申诉人于1991年3月21日开证并不违反合同，而且，申诉人开证之后，就立即用电话通知了被上诉人南京办事处。申诉人在1992年3月18日的开庭期间向仲裁庭提交了关于南京办事处负责人伊藤先生3月23日收到信用证的证据材料。

对申诉人的反驳，被上诉人进一步辩称，伊藤先生的声明表示他本人或事务的任何人均未收到过信用证副本，只有其属下朱先生曾接到申诉人的电话，告称信用证已开及所开信用证的号码，他给申诉人的信只表明他收到了信用证已开的通知，并非实际收到此文件。

[简评]

1. 本案合同没有明确规定信用证开出的最后期限。申诉人所提供的证据表明，合同规定货物最后装运日期为1991年3月31日，申诉人于1991年3月21日开出了信用证。对此，不能说不合理或不符合国际贸易惯例，应认定其已履行了开证义务。申诉人提供的证据还表明，被上诉人南京办事处负责人伊藤先生确曾发过“我司已于3月23日收到信用证”的传真。被上诉人始终未能提交充分证据以否定前者的真实性，即使如被上诉人所讲，伊藤先生本人因文字上疏漏将“收到信用证已开及信用证号码的电话通知”误写为“收到信用证”，至少也可以说明被上诉人确已知晓信用证已于3月23日之前开出。在上述情况下，被上诉人本应采取调查、追踪信用证的流转，但被上诉人并未这样做，以致未能及时收到信用证，责任不在申诉人。而被上诉人关于4月2日才收到信用证，4月5日通过电话要求申诉人修改信用证，并得到申诉人的同意等陈述，并未为充足的证据所证明。

2. 申诉人提供的证据表明，本案合同项下货物的实际装运日期为1991年4月20日而提单日期则是1991年3月30日，被上诉人不否认这一事实。由此说明，提单和装运通知上的船舶启航日期都是不真实的，是在申诉人不知情的情况下倒签的，而且依据载有不真实情况的单据提取货款。这种行为是

错误的，在国际商业往来中也是不正当的。同时，申诉人在获知被上诉人倒签提单行为后，并未拒收单据，而且提取了货物，在某种意义上，等于容忍了被诉人的不正当行为。

3. 在被诉人所提交的单据中载有实质性的不真实信息的情况下，申诉人可以要求退货、撤销合同、追索货款或要求赔偿损失。事实上，尽管申诉人在提取货物时声明对货物只是代为保管，是“接收”而不是“接受”，但申诉人实际上并未要求退货、追索货款。申诉人的行为说明其选择的是要求赔偿经济损失的补救措施。因此，被上诉人应赔偿申诉人一定的直接经济损失，

案例四

[案情]

参见第三章案例一。

申诉人汕头公司 1991 年 5 月 24 日通过中国银行开出的 LG41991329 号信用证要求受益人卖方（被上诉人）香港公司提交仍整套单据，其中提单为“全套清洁的已装船海运提单、空白抬头指示背书、注明‘运费已预付’且在目的地通知申请人”，装船后通知为“实际装船后两日内通知买方装船的得到证明的传真件”。

[简评]

被上诉人香港公司 6 月 11 日给申诉人的“货已装上 HUASHOU”船的通知和最后提交的提单可以说分别符合了信用证上相应条款和要求，但却在装船通知和提单之间的船名上出现不符。按照《跟单信用证统一惯例》第 15 条“单据之间表面上互不一致者，将被认为不是表面上符合信用证条款”的规定，申诉人完全可以以此为理由要求银行拒付贷款，而不必以假提单、被诉人有欺诈行为为由，通过其他不恰当的途径来要求不予付款。

第五章 《托收统一规则》

一 托收概述

国际贸易中最为令人关注的事物有两个，一是货物，二是支付。货物有品质好坏和落空与否的风险，货款则有支付早晚和结汇安全与否的风险。就货款支付而言，买卖双方之间存在三大矛盾：第一，双方互有戒心，都不愿意先把货或钱交给对方，卖方想先收款后交货，买方想先收货或先收到物权凭证后才付款；第二，双方都想加速资金周转，卖方想尽早收到货款，买方则想尽可能晚地支付货款；第三，双方都想减轻或避免汇率变动的风险，卖方想卖硬货币，买方则想付软货币。在实际业务中，由于市场、价格、品质、买卖双方的强弱地位不同，交易中采用的付款方式也可能不同。比较常见的付款方式有汇付、托收、信用证 3 种，此外还可以采取信用证与汇付结合、信用证与托收结合、汇付与保证函结合等方式。本章主要介绍托收付款方式的_{操作及其惯例。}

（一）什么是托收

托收 (Collection) 是卖方 (出口人) 将开具的汇票 (随附或不随附货运单据) 交给出口所在地银行，委托出口所在地银行 (托收行) 通过它在买方 (进口人) 所在地的代理行或往来银行 (代收行)，代为向买方 (付款人) 收取货款的一种结算方式。

托收分为光票托收和跟单托收两种。光票托收是指卖方仅开具汇票委托银行向买方收款，而不附具任何装运单据。跟单托收是指卖方将汇票连同提单、保险单、发票等装运单据一起交给银行，委托银行向买方收取货款。在国际贸易中，光票托收通常

只用于收取货款尾数、佣金、样品费等项费用，至于货款的支付，一般都采取跟单托收的方式。

（二）托收的当事人和托收程序

一笔托收业务一般有 4 个当事人，他们是：

- (1) 卖方 (出口人)，亦即托收的委托人 (Principal)；
- (2) 托收银行 (Remitting Bank)，简称托收行；
- (3) 代收银行 (Collecting Bank)，简称代收行；
- (4) 买方 (进口人)，亦即付款人 (Payer)。

上述 4 个当事人相互之间的关系是：委托人与付款人之间是进出口买卖业务的债权债务关系，他们之间通常有书面的买卖合同以保证债权债务的履行，委托人与托收行之间是委托代理关系，委托人在委托托收行办理托收时，一般要填写一份托收委托书 (Remittance Letter)，亦称托收指示书 (Collection Order)，具体规定托收的指示及双方的责任；托收行与代收行之间也是委托代理关系；代收行与进口人之间是银行业务关系。上述 4 种关系链条两端的当事人之间存在直接的合同关系或委托代理关系，是各自同一法律关系的当事人可以相互之间进行起诉和应诉。至于委托人与代收行之间、托收行与付款人之间则无直接的合同关系或代理关系，相互之间不能直接进行起诉。

一笔托收业务的主要程序是：

- (1) 委托人 (出口人，卖方) 与付款人 (进口人，买方) 之时订立了买

买卖合同，合同规定采取托收方式结算货款；

(2) 委托人按期装运，制作汇票及有关单据，填具托收委托书，送交托收行；

(3) 托收行将有关单据寄交代收行并说明委托书中的各项指示；

(4) 代收行根据指示向付款人提示汇票；

(5) 付款人向代收行办理付款交单或承兑交单；

(6) 代收行收款后通知托收行收受转帐；

(7) 托收行将货款交给委托人。

(三) 托收的种类

如前所述，按照随附货运单据与否，托收可分为光票托收和跟单托收两种。

跟单托收较光票托收要复杂得多。根据交单条件的不同，跟单托收又可以分为付款交单和承兑交单两种：

1. 付款交单 (Document against payment, 简写 D/P)。

付款交单是指卖方的交单以买方付款为条件。在做法上，一般是由卖方先行发货，取得装运单据，然后把汇票连同袋运单据交给银行代为托收，并在托收委托书中指示银行，只有在买方付清货款时，才把装运单据交给买方。在这种支付方式下，买方必须按汇票上载明的金额付款，才能取得装运单据，并凭以提取货物，否则，买方就不能取得装运单据，从而就无法获得装运单据项下的货物。

付款交单又可以分为即期付款交单 (Documents against Payment at Sight) 和远期付款交单 (Documents against Payment after Sight or after date) 两种。

即期付款交单是由卖方开具即期汇票，通过银行向买方提示，买方见票后立即付款，并于支付货款的同时，取得装运单据。

远期付款交单是指由卖方开具远期汇票，通过银行向买方提示承兑，买方承兑后于汇票到期时再付款，并于付款之时取得装运单据。

在远期付款交单的条件下，买方在承兑汇票后、付清货款前，是不能取得装运单据的。因此，如果汇票的到期日晚于货物运抵目的地的日期，买方就必须设法在汇票的到期日之前拿到装运单据，以便及时提取货物。在此情况下，如果代收行愿意照顾付款人，则代收行可以自负其责，对付款人采取一种通融办法，由付款人出具“信托收据” (Trust Receipt)，代收行凭信托收据先借给付款人单据，付款人可以先凭单提货，待汇票到期再付款，这种方式，叫做“付款交单凭信托收据借单” (简写 D/P. T/R)。

2. 承兑交单 (Documents against Acceptance, 简写 D/A)。

承兑交单是卖方的交单以买方承兑汇票为条件。买方承兑汇票后，即可向代收行取得装运单据，凭以提取货物，待汇票到期时才支付货款。因为只有远期汇票才需办理承兑手续，所以，承兑交单方式只适用于远期汇票的托收。

(四) 托收方式的利弊

托收付款方式与信用证付款方式在性质上是迥然不同的。信用证是一种银行的付款保证，属于银行信用。按照信用证的惯例，只要单证相符，银行就承担付款责任，这样卖方安全收汇就有保证；另一方面，如果有付款责任的银行无故拒付货款，则开证行可以凭信用证向对方进行追索。托收则是属

于商业信用，卖方能否收回货款，完全依赖于买方的商业信誉，因为托收行和代收行对汇票的付款人拒付或拒绝承兑都不承担任何义务或责任。尽管对于卖方来说，以托收方式收款的风险较大，但是由于它对买方较为有利，例如买方可以免去开证的手续及预付押金。还可有预借货运单据的便利，因此它可以促使买方在相互竞争的卖方客户中，倾向于选择愿意采取托收方式结算的客户。这样，对于卖方来说，托收可促进成交，增强出口商品的竞争能力。为了保证收款安全，愿意托收的卖方应寻找信誉可靠的买方作为交易对象。

对于卖方而言，付款交单（D/P）和承兑交单（D/A）所面临的风险是不一样的。在采用付款交单的方式时，买方在付清货款之前还拿不到装运单据，提不走货物，如果买方拒不付款赎单，拥有货物所有权凭证的卖方可将货物另行转售。在采用承兑交单时，买方只要承兑了汇票，就可以取得装运单据，并可以凭此提走货物，一旦买方到期拒不付款，或者破产倒闭，则卖方就可能会遭受钱货两空的损失。在此情况下，卖方的唯一选择就是采取法律程序，通过诉讼或仲裁的方式对买方进行追索。

二 《托收统一规则》的主要内容

在托收业务中，委托人与银行之间，收款人与银行之间以及银行与银行之间的关系，往往由于各方对权利、义务责任的解释有分歧，加上不同的当事人在业务做法上也有差异，从而导致误会和争议的事例屡见不鲜。为了调和托收业务各有关当事人的上述矛盾，统一托收安排方面的做法，以利商业和金融活动的开展国际商会曾于 1958 年草拟了一个《商业单据托收统一规则》（Uniform Rules for Collection of Commercial Paper）

（即 192 号小册子），建议各银行采用，以便成为大家遵守的惯例，1967 年，国际商会公布了该规则（即 254 号小册子）。10 年之后，国际商会的银行委员会考虑到自 1976 年以来托收业务实践的些微变化以及现行规则还不能解决某些特殊问题（例如当托收指示书要求支付利息而付款人拒付时，提示银行如何处理等的情况），于 1978 年对规则进行了修订，并改名为《托收统一规则》（Uniform Rules for Collections）（即 322 号出版物），于 1979 年实施。托收规则的新名称迎合了托收单据既有商业性质也有资金性质的需要。

《托收统一规则》共 23 条，分为“总则和定义”、“义务和责任”、“提示”、“付款”、“承兑”、“期票、收据和其他类似的支付凭证”、“拒绝证书”、“需要时的代理（委托人的代表）和货物的保护”、“托收结果的通知及其他”、“利息、手续费和费用”等 10 个部分。现将其主要内容概述如下：

（一）总则和定义

《托收统一规则》适用于付款交单和承兑交单的托收，适用于资金单据（指汇票、本票、支票、付款收据或其他用于取得付款的类似凭证）的光票托收（不附有商业单据）和跟单托收（指资金单据的托收，附有商业单据，或者商业单据的托收，不附有资金单据），除非当事人另有明示同意，或除非它一国，一州或地方所不得违反的法律条例的规定相抵触，《托收统一规则》对所有的当事人（委托人、托收行、代收行、提示行、付款人）都具有

约束力。

（二）银行的义务和责任

按照《托收统一规则》的规定，银行只负责以善意的和合理的谨慎行事，但无论是托收行还是代收行，对于下列情况均不负任何责任：

（1）银行只须核实所收到的单据在表面上与托收指示书所列内容一致，除此之外，银行没有进一步检验单据的义务；

（2）银行对于任何通知、信件或单据在寄送中发生延误和（或）失落所造成的一切后果，对电报、电传、电子传送系统在传送中发生延误、残缺和其他错误，或对专门术语在翻译上和解释上的错误，概不承担义务或责任；

（3）银行对由于天灾、暴力、骚乱、叛乱、战争、罢工等不可抗力事故所产生的后果，概不承担义务或责任；

（4）除经银行事先同意外，银行对托收单据项下的货物，没有义务采取任何措施，如银行同意对此项货物采取保护措施，则由此而发生的风险和费用概由委托人负责。

（三）提示

提示是指代收行或其授权的提示行向付款人出示汇票和单据并要求付款或承兑的行为。《托收统一规则》对此的具体规定是：

（1）单据应按交来时的原样向受票人提示，但单据上必要的印花、背书、习惯识别标记或符号除外；

（2）托收指示书应载明付款人或提示所在地的详细地址：如该地址不完整，代收行可尽力查明其确实地址，但不承担义务或责任；

（3）单据必须毫无延误地提示要求付款或提示要求承兑；

（4）跟单托收中包括有远期付款的汇票，如未载明是付款交单还是承兑交单，则商业单据只有在付款后交付。

（四）付款

遇有单据是用付款所在国的当地货币或外国货币支付，除非在托收指示书中另有规定，提示行必须在当地货币或外国货币支付之后，才能把单据交与付款人，该当地货币或外国货币应能依托收指示书的规定立即汇出。

遇有光票托收或跟单托收的部分付款，仅应在付款地法许可及/或托收指示书有特别授权的情况下，方可受理。但单据仅在全款业已收到时才能交与付款人。

（五）承兑和支付凭证的真实性

提示行应负责查看汇票上的承兑形式在表面上是否完整和正确，但对汇票、期票、收据或其他类似的支付凭证的签名的真实性或签名人是否有权签署的权限概不负责。

（六）拒绝证书

除非托收指示书有特别指示，与托收有关的银行在遭到拒绝承兑或拒绝付款时，并无义务作出拒绝证书（或采取其他可以代替的法律手续）。

（七）货物的保护

除非事先征得银行同意，货物不应直接运交银行，也不应以银行为收货人。银行对于跟单托收项下的货物无义务采取任何措施。即使银行为了保护货物而采取了措施，也不承担任何责任。但是，委托人可以指定一名代表，在遭到拒绝承兑及/或拒绝付款时作为需要时的代理（Case-of-need），委托人还应在托收指示书中明确而充分地指明此项代理的权限，否则银行对代理

的任何命令可以不予置理。

（八）托收结果的通知

代收行应以最快邮寄方法，必要时使用电报、电传、电子传递系统，向发出托收指示书的银行送交所有的通知和消息。付款通知、承兑通知、拒绝付款或拒绝承兑的通知都应以上述方式毫无延误地发送。委托行收到该项通知后，必须在合理的时间内作出进一步处理单据的相应指示。如在送出拒绝付款或拒绝承兑通知后的 90 天内，提示行仍未接到该项指示时，可将单据退回发出托收指示书的银行。

（九）手续费、费用和利息

下列费用概由委托人负担：

- （1）单据的印花，除非另有指示，
- （2）银行由于作出拒绝证书或采取其他法律手续而发生的手续及/或费用。
- （3）银行由于采取保护货物的措施而发生的手续费及/或费用；
- （4）银行发送各项通知的费用；
- （5）托收手续费及/或费用，除非另有指示。

代收行有权迅速向发出指示书的银行收回其有关开支、费用和手续费的支出。委托行不论该项托收的结果如何，也有迅速向委托人收回任何数额的上述垫款及其本身的开支、费用和手续费。

关于托收指示书中包括收取利息的指示而付款人拒绝支付利息时提示行如何处理的问题，1967 年的《商业单据托收统一规则》未能予以解决，对此，1979 年的《托收统一规则》规定的处理办法是：

（1）如果单据中所包括的资金单据未表明收取利息而付款人（受票人）拒付利息时，除非托收指示书上明示规定该项利息不能免除者外，提示行可以不收利息而将单据按不同情况在付款或承兑后交与受票人。当需要收取该项利息时，托收指示书应载明利率和算收的期间。如利息遭到拒付，提示行应立即通知发出托收指示书的银行。

（2）如单据中所包括的资金单据，并注明了无条件的和肯定的利息条款时，则应认为其利息数额应是托收金额的组成部分。因此，除非托收指示书另有授权，对资金单据上所列的本金外还要加上应收利息，否则不能免除。

三 托收实务中的几个问题

托收方式风险较大，如何运用《托收统一规则》等国际惯例确保收款安全，这是卖方最为关心的问题。为此，卖方或委托人除了要事先做好客户的资信调查，掌握适当的授信额度，了解进口国的有关政策法规和商业习惯外，还必须谨慎地做好从订立合同条款到办理托收业务过程中的工作。

（一）如何拟定合同中的托收条款

托收条款因托收方式的不同而有不同的规定。下面是比较典型的托收条款：

1. 即期付款交单条款。

买方应凭卖方开具的即期跟单汇票，于第一次提示见票时立即付款，付款后交单。

2. 远期付款交单条款。

(1) 买方应在第一次提示卖方开具的见票后 × × 天付款的跟单汇票时予以承兑，并在汇票到期日付款，付款后交单。

(2) 买方应凭卖方开具的跟单汇票，于出票日后 × × 天付款，付款后交单。

(3) 买方应凭卖方开具的跟单汇票，于提单日后 × × 天付款，付款后交单。

3. 承兑交单条款。

(1) 买方应在第一次提示卖方开具的见票后 × × 天付款的 跟单汇票时，予以承兑，并于汇票到期日付款，承兑后交单。

(2) 买方应于提示卖方开具的跟单汇票时承兑，并于提单后（或出票日后）× × 天付款：承兑后交单。

(二) 如何选择贸易术语

付款交单（D/P）和承兑交单（D/A）的托收方式均建立在商业信誉的基础上，在做出口交易时，卖方应充分估计到在买方未付款（或未承兑）收单之前货物出险而造成买方拒绝赎单、卖方钱货两空的风险。因此，在采用托收方式付款时，应争取 GIF（成本、保险费加运费）条件或 GFR（成本加运费）条件，由卖方投保恰当的险别，一旦发生事故、钱货落空时，卖方可以从保险公司求得补偿。

在托收付款的情况下：

(1) 如按 GFR 条件成交，卖方应向其保险公司投保“卖方利益险”（Contingency Insurance Clause — Cover Seller's Interest Only）。按照这种险别，在买方不支持受损货物的货款时，保险公司对卖方利益承担责任。中国人民保险公司于 1978 年 开始承保这种特殊的独立险别。办理此项保险时，保险公司按海上一切险和战争险承保，卖方在有关货运发票上注明投保“卖方利益险”，送保险公司加盖公章、填具日期。

(2) 按 CIF 条件出口成交时，卖方应根据合同约自行负责费用取得货物保险。在托收结算的情况下，卖方还应投保出口信用险。这样，即使买方拒绝付款，卖方可以持保险单向保险公司索赔，以挽回损失。

(三) 如何缮制提单抬头

采用托收付款，提单抬头即提单中的“收货人”应采用指示提单，即在提单收货栏内填写“凭指定”（to order）或“凭某人指定”（to order of.....）。这种提单未经出口人（卖方）或指定的人背书，是提不到货的，出口人因此可以有效地控制货物。

托收付款是提单切忌做成客户（买方）抬头或代收行抬头。如果在收货人栏内填写客户（买方）的名称，在客户（买方）不付款或拒绝赎单提货的情况下，出口人（卖方）将失去对货物的有效控制，提单也难以转让。如果在收货人栏内填写代收行的名称，根据《托收统一规则》的规定，未经银行事先同意，出口人（委托人）不得将货物交运银行为收货人，银行没有义务负责提货，由此产生的风险和费用概由出口人负责。

(四) 如何处理“付款交单凭信托收据借单”

在远期付款交单方式下，如果货已抵埠，行情看好，但付款期未到，付款人有可能想在付款日期之前取得货运单据，提货出售。“付款交单凭信托收据借单”就能达到这一目的。付款人借单的前提有两种：一是委托人同意并给予特别指示，一是委托人无此指示，代收行自行决定借单。如果借单是

按照委托人的指示办理的，则放单后汇票到期，付款人或因倒闭或因欺诈或因他故未履行付款责任的，其一切后果将由委托人自负，如果借单是代收行自行决定的，委托人向付款人收款不着，则应由代收行承担付款责任。

（五）如何采用信用证与托收相结合的方式

一笔交易使用两种不同的支付方式是常有的，以信用证支付部分货款和以托收的方式支付部分货款便是一例。需要注意的是，如果信用证金额只有交易总金额的一部分，而信用证付款单据中却要求提交总金额的货物的全套单据，则信用证金额以外的余款虽以托收方式结算，却难保收款的安全，因为付款人通过支付信用证项下的金额已获得了全部货物的所有权凭证。为了防止结汇损失，在采用信用证与托收相结合的付款方式时，应力争做到以下三点：

- 第一，托收部分不能用承兑交单的方式，而用付款交单的方式；
- 第二，信用证部分凭光票付款，而全套单据随附于托收项下的汇票；
- 第三，在合同、信用证和托收指示书中写明在发票金额全部付清后才交单。

第六章 《约克—安特卫普规则》

一 《约克—安特卫普规则》产生的历史背景

浩瀚的海洋既是船货运输的便利通道，但有时也会给船货带来灾难。在海上运输中，船舶和货物遭遇自然灾害、意外事故或其他特殊情况时，航程中的一方（通常是船东）为了航程中所有各方，即船舶、货物和运费的利益，而不仅仅是为了他自己的利益，有意作出了牺牲或支付了费用，便产生了共同海损（general average）。例如，船舶遇到了地震、台风、海啸、流冰、雷电等自然灾害，或者遇到了搁浅、触礁、碰撞等意外事故，船东为了使船、货免遭沉没的危险，有意将某些货物抛入海中：或者为了灭火而向舱内灌水，致使货物受潮受损；或者为了摆脱船货灾难，接受救助而支付费用，或者为了船舶续航，将船舶予以修理等等。这些损失，是船东在订立契约承运货物时考虑不到的，在损失发生后若要船东承担，结果将显失公平。在此情况下，由受益各方按各自受益财产的比例来分摊损失的共同海损分摊制度产生了。为了确定航程中每一方应赔付的金额，共同海损需由精通海商和法律规则的海损理算师来编制共同海损理算书。

编制共同海损理算书应当遵循一定的规则。然而，早期各国关于共同海损的规定并不统一，这使得航程各方和海损理算师感到无所适从。为了解决这种矛盾，各国航运界迫切要求在贸易航海，特别是在共同海损方面有一个统一的规定。于是，从1860年起，各国选派的航商代表开始讨论统一共同海损规则的问题。

1860年，由英国社会科学促进会发起，并联合欧洲各海运国家的航运、保险和理算等各界人士，在英国的格拉斯哥城举行会议。会议综合了各国关于共同海损的立法和习惯中的相同之处，通过了一个包括11条内容的“格拉斯哥决议”（Glasgow Resolutions）。继而，又于1864年和1877年，先后在英国的约克城和比利时的安特卫普召开会议，对原决议进行修改和补充，又增加了一项内容，并正式定名为《1877年约克—安特卫普规则》（YorkAntwerp Rules, 1877）。《1877年约克—安特卫普规则》并未给共同海损下定义，而是仅就处理某些具体问题作了规定，其中的原因可能是在当时，共同海损已发展为两大派系：一派是以英国为代表的“共同安全派”（for the common safety）主张，共同海损行为以及支付的费用必须是为了解除船货的共同危险，即“为了保存船舶和货物”而作出的特殊牺牲和费用。船货解除共同危险以后所发生的行为和费用，不得列入共同海损；另一派是以法国为代表的“共同利益派”（for the common good）则坚持，在发生船货共同危险之时以及共同危险解除后为完成合同航次而恢复船舶的安全续航能力所作出的行为和支付的费用，是“为了共同利益”，也应属于共同海损。这两大派系之间的争议是导致约克—安特卫普规则不断修改的一个动因。

在1890年的利物浦会议上，《约克—安特卫普规则》修改并扩充为18条，这就是《1890年约克—安特卫普规则》。这次修改，仍未能对共同海损的总原则作出规定。规则第1条到17条均是说明如何办理共同海损的具体情况。第18条试图对具体规则没有触及的特殊情况达成国际性的共识。该条规定，对规则没有特别规定的情况，在运送契约中未曾订明按照本规则处理共

同海损的时候，共同海损须按受支配的法律和惯例处理。由于各国法律在共同海损方面的规定和做法不尽一致，《1890年约克—安特卫普规则》仍未达到统一各国在共同海损规定方面的矛盾。

《约克—安特卫普规则》的修改在1924年获得了较大的进展。当年在斯德哥尔摩举行的第三十三届国际法协会会议，对规则进行了大幅度的修改和调整。修改后的规则条文分为两部分，即字母规则和数字规则。字母规则共7条，按英文字母（A—G）顺序排列，其中规则A为共同海损下了定义，指出只有为了共同安全，使同一航程中的财产脱离危险，有意而合理地作出特殊牺牲，或引起额外费用，才构成共同海损。这条规则体现了“共同安全派”的胜利。数字规则共23条，按罗马数字（1—xxiii）顺序排列，其中罗列了传统的可以列为共同海损的有关项目，较多地反映了共同利益派的主张，例如，数字规则中新增规则10（和规则11（2）规定，在装货港或停靠港装货以后才发现的船舶损坏的修理费用以及避难港费用、货物搬移费用和船员工资均可列入共同海损，如果这是为了安全完成航程所必须的话。这条新的规定被称为“人为”共同海损或约定共同海损的扩展。

《1924年约克—安特卫普规则》的缺陷是未能规定在字母规则和数字规则产生矛盾或歧义时，何者优先适用的问题，这给共同海损理算和司法实践仍然带来一些困难，在著名的1928年马基斯（Makis）轮共同海损案中，英国法院判决数字规则受制于字母规则，实际上等于采纳了共同安全派的主张。英国的航运组织为了保护自己的利益，与保险人达成了谅解，同意以1924年约克—安特卫普规则草拟者的原意为难，数字规则不应受字母规则所列原则的限制。这就是众所周知的“马基斯协议”（Makis Agreement）。

“马基斯协议”证明约克—安特卫普规则中字母规则与数字规则的相互关系亟待解决。为此，1949年在荷兰的阿姆斯特丹召开的国际海事委员会上通过了“关于1924年规则的修正案”，定名为《1950年约克—安特卫普规则》。该规则由3部分内容组成：解释性规则、字母规则和数字规则。字母规则为7条，数字规则减至22条。解释性规则，首先明确规定共同海损适用于下列字母规则和数字规则，凡与这些规则相抵触的法律和惯例均不适用。在数字规则与字母规则的关系上，则吸收了“马基斯协议”的精神，即优先适用数字规则，数字规则没有规定的，才适用字母规则。这次修改解决了字母规则和数字规则的关系问题其内容也较为系统明确，基本上统一了各国有关共同海损的做法。

虽然《1950年约克—安特卫普规则》在实践中很行得通，但是经过20年之后，船货方再次提出要进一步简化共同海损，以使其现代化，在国际海事委员会的主持下，各海商国家的代表开始制订另一个约克—安特卫普规则。国际海事委员会于1974年批准的这个修订后的规则定名为《1974年约克—安特卫普规则》。1974年规则的主要修改之处是简化了确定共同海损的方法，例如：准予使用发票价值，作为计算货物分摊价值和货物共同海损补偿的基础，用新材料更换旧材料时，从修理费中所作扣减也有很大的删减；不论船舶是否势将搁浅，只要是为了共同安全而有意搁浅，其损失可以作为共同海损得到补偿。此外，不能根据1974年规则得到补偿的费用项目有：在装货之后，没有发生任何意外事故，仅仅在装货港或停靠港“发现”船舶损坏，需要搬移货物和支付停留费用时，在这样的港口所发生的卸货费、货物重装费和停留费用。这项修改实际上是取消了前面谈到的列入1924年规则的对共同海损

的扩大部分。

现行有效的《约克-安特卫普规则》有 1877 年、1890 年、1950 年、1974 年规则以及本章三专门谈到的 1990 年规则。上述各规则是独立并行的关系，可由当事人协商选择适用，并在提单或租船合同和保险契约文件中注明规则的名称和年份，如果上述各文件上只写明遇到共同海损行为按照《约克-安特卫普规则》办理却未写明规则的年份，则会给共同海损理算规则的适用带来困难。作为国际惯例，约克-安特卫普规则本身并不具有法律效力，但是一旦当事人将它订入契约，规则将构成契约的组成部分。

除非另有说明，本章以后提到的约克-安特卫普规则是指 1974 年规则。

二 《约克—安特卫普规则》的主要内容

《1974 年约克—安特卫普规则》共分 3 部分，解释规则、字母规则和数字规则。

（一）解释规则

解释规则包括两个方面的内容：

第一，数字规则和字母规则的先后顺序。

规则规定，“除数字规则已有规定的以外，共同海损应按字母规则理算”。显而易见，这一规则确定了数字规则和字母规则的先后次序，在数字规则与字母规则发生冲突时，规定具体情况的适用的数字规则优先于规定基本原则的字母规则。数字规则没有规定的，则按字母规则予以办理。

第二，规则与法律和惯例的关系。

规则并不试图以规则本身来否定法律和其他惯例的效力。但是规则规定，“经共同海损理算，适用下列字母规则和数字规则，凡与这些规则相抵触的法律和惯例都不适用”。这是因为，在进行共同海损理算时，理算师并不一定要适用国家或地方的纷繁复杂的法律惯例，理算师按照当事人已同意使用的约克—安特卫普规则来进行理算，事情就会简单得多。事实上，对于长久以来行之有效的国际惯例，很少有某个国家的法律去否定它的普遍性和对当事人的约束力。对于约克—安特卫普规则这样一个“自足式”的共同海损理算规则，适用与之冲突的法律或惯例于事无益。当然，在约克—安特卫普规则中没有涉及的问题，可以适用法律和其他惯例予以补充。

（二）字母规则

字母规则共有 A、B、C、D、E、F、G7 条，宗旨在于概括性地规定共同海损理算的基本原则。字母规则中最重要的内容有 4 项：共同海损的定义，共同海损理算与过失的关系，共同海损索赔的举证责任，共同海损损失和分摊的价值基础以及共同海损的分摊各方。

1. 共同海损的定义。

规定一个明确的共同海损定义，是共同海损理算得以顺利进行的基石，约克—安特卫普规则之字母规则 A 和 C 揭示了共同海损的定义：“只有在为了共同安全，使同一航程中的财产脱离危险，有意而合理地作出特殊牺牲或引起特殊费用时，才能构成共同海损行为”，以及“只有属于共同海损行为直接后果的损失和费用，才能作为共同海损”，据此判断共同海损的条件是：

（1）船方在采取救护措施时，确实存在着危及船、货共同安全的危险。

臆想而不真实的危险，或者不会对船、货共同安全构成威胁的危险，不属于共同海损所指的危险。

(2) 牺牲或者费用的支出必须是有意的合理的。有意是指船长或船长出缺时船上其他值班人员明知采取措施会造成损害，但为了避免船货的共同危险，而不得不采取行为。合理是指从客观条件、方案的可行性和客观效果上看都是以最小的牺牲换取船货安全。

(3) 牺牲或者费用的支出必须是特殊的。在非正常情况下。船长在其应尽义务之外采取的措施所遭受的损失和支付的费用，是牺牲的特殊和费用。例如，船在狂风中偏离航道，船上燃料烧完，为了共同安全起见，把船上的货物作为燃料，此项损失就是特殊的牺牲。

(4) 牺牲或者费用的支出必须是共同海损行为直接造成的。例如，由于事故引起船舶漏油，为了共同安全，船舶不得不驶入避难港，为了避免或减少油污而产生的费用，可以得到共同海损补偿，因为这些费用是驶入避难港这一共同海损行为的直接后果。共同海损行为的间接后果或者与共同海损行为相去甚远的损失，例如船舶或货物因迟延所遭受的损失或者货物的行市涨落损失，都不能在共同海损内受偿。

(5) 采取的措施必须有效果，有效措施是指采取的措施或者达到了般货脱离危险的目的，或者有部分财产获救。如果船货遭受全损，以获救财产的价值为基础的共同海损分摊就不复存在。

2. 共同海损理算与过失的关系。

字母规则 D 明确了共同海损理算与当享人过失之间的关系。规则 D 规定：“即使引起牺牲或费用的事故，可能是由于航程中某一方的过失所造成的，也不影响要求分摊共同海损的权利，但这不妨碍非过失方与过失方之间就此项过失提出索赔或答辩”。这条规则前半段的含义是将理算和分摊分成两个阶段，即在进行共同海损理算时，可以下问航程中的某一方有无过失，但是在决定共同海损分摊时，如果确定航程中的某一方确实存在不可免责的过失，则非过失方可以拒绝参加共同海损分摊。规则 D 的后半段意在指明共同海损理算不妨碍当事人在理算后就航行过失进行索赔和答辩。甚至可以说，共同海损理算构成了诉讼时效中断的一个理由。

3. 共同海损索赔的举证责任。

字母规则 E 规定：“提出共同海损索赔的一方应负举证责任，证明其提出的损失或费用应作为共同海损”。这等规则，是“谁主张谁举证”原则在共同海损理算中的具体应用。

4. 共同海损损失和分摊的价值基础。

字母规则 G 规定：“共同海损的损失和分摊，应以航程终止的时间和地点的价值为基础进行理算”。本规则中的“价值”是指航程终止时的船舶、货物和到付运费的实际净值，再加上共同海损补偿额。之所以规定以航程终止时的价值为基础而不以共同海损行为发生时的价值为基础，是因为船舶或货物发生了事故，有共同海损行为，被救得的船舶和货物在共同海损之后须航行。有可能再次遭到海难，使得全部货物灭失，或者受到共同海损损失的货物到达航程终止的港口时，已经变质，受到了贬值或一文不值，由摊出方面转为受偿方面。所以在共同海损行为的当时，被救财产的价值是靠不住的。

5. 共同海损的分摊各方。

共同海损行为的受益者是船舶、货物和运费。字母规则 B 规定：“共同

海损牺牲和费用，应按下列规定，由各分摊方分摊”。这里的分摊方应包括受益的船东、货主和承运人。共同海损分摊不影响对保险人的索赔。保险人不能以有无共同海损分摊或者船舶和货物是否属同一人所有为理由而拒付索赔。

（三）数字规则

数字规则共有 22 条，其主要内容是规定可以作为共同海损受到补偿的特殊损失（牺牲）和特殊费用。

1. 共同海损的特殊损失。

共同海损的特殊损失，是指数字规则中所指的由于共同海损措施所造成的，或共同海损措施直接后果所导致的，可以作为共同海损受到补偿的船舶或者货物在形态上的灭失。数字规则中允许作为共同海损受到补偿的损失有：

（1）抛弃的货物，该货物须是按照公认的贸易习惯运送的（规则 1）。

（2）为共同安全抛弃和牺牲而开舱或打洞以致进水，造成船舶、货物的损坏（规则 2）。

（3）为扑灭船上火灾或者将着火船搁浅或凿沉而造成的损坏（规则 3）；但任何烟熏或热烤所造成的损坏不得受到补偿。

（4）为了共同安全而有意将船搁浅所造成的损坏（规则 5）。

（5）在船舶搁浅并有危险的情况下，为共同安全而设法起浮船舶所造成的机器或锅炉的损坏（规则 7）；但船舶在浮动状态时造成的机器或锅炉的损坏除外。

（6）搁浅船舶因轻载而造成的损失（规则 8）。

（7）备料充足的船舶在遭遇危险时，为了共同安全的需要，作为燃料烧掉的船用材料、物料（规则 9）。

（8）为了共同安全，由于搬移、卸载、储存、重装和积载货物、燃料而造成的货物、燃料或物料的损失（规则 12）。

2. 共同海损的特殊费用。

共同海损的特殊费用，是指由于共同海损措施所造成的，或者共同海损措施直接后果所导致的，可以作为共同海损受到补偿的某些特别项目的费用。数字规则中允许作为共同海损受到补偿的费用有：

（1）航程中各有关方为使同一航程中的财产脱离危险而支付的救助费用（规则 6）。

（2）船舶搁浅时，作为共同海损行为而卸载货物、船用燃料、物料时，其轻载、租用驳船和重装的额外费用（规则 8）。

（3）进入避难港的费用（规则 10）和船员工资（规则 11）。

当船舶发生意外事故，为了共同安全而驶往避难港口，或驶回原来的装货港所发生的费用，应列为共同海损。进入避难港的费用，通常包括为进入避难港而延长航程的费用；进入避难港和驶离避难港而发生的港口费用（如果该避难港不是原订的中途港）；在避难港停泊期间的船员工资、伙食费等；在避难港停泊期间消耗的燃料费、船用物料费；在避难港发生的货物、燃料、船用物料的倒载和卸载费用，以及被卸货物、燃料的保管费、仓储费和重装费等。

如果船舶损失必须进行修理，而避难港又没有修理能力，该船不得不再驶往另一个有修理能力的港口时，只要该项修理是为了安全地完成航程所必

须，则在修理港所发生的，诸如港口费用，船员工资和给养、消耗的燃物料，以及由于修理而卸载、重装和移动船上货物等引起的损失和费用等，与在避难港发生的费用等同看待。

(4) 修理费用(规则 10、13、14)。

船舶因发生共同海损而进行修理时，所支付的修理费用，可列入共同海损。船舶修理有两种形式：

一种是永久性修理(规则 10、13)，即对受损船舶按照正规修理的要求，进行恢复船舶适航性的修理。如果船舶受损是由共同海损措施造成的，修理费用列入共同海损，但对换新的部件和材料视情况要作“以新换旧”扣减。船舶竣工之年的 12 月 31 日起至共同海损行为发生之日上，船龄达 15 年或 15 年以上的船舶，要做“以新换旧”的扣减，扣减额为 1/3，但是船龄不超过 15 年的，不作“以新换旧”的扣减。对于绝缘设备、救生艇及类似的船艇及其航行器材和装备、机器及锅炉的扣减，则应按此类部件的规定使用年限计算。

对伙食、物料、锚及锚链不得进行扣减。

船坞费、船台费及移泊费，应全数列入共同海损，不过，这里所说的全数列入并非是指在任何情况下都不能扣减。例如，船舶在修理期间，为了其他目的而移泊，或者船舶不必上船台即可进行修理，但船方为顺便检查一下其他部位而上了船台，这样的费用同样不能列入共同海损。

另一种是临时性修理(规则 14)，这是指对受损船舶进行最低限度的，以保持其在一定期限内适航性的修理，临时性修理不作以新换旧的扣减。

(5) 运费(规则 15)。

如果共同海损行为造成货物损失，或者货物损失已作为共同海损受到补偿，则由于货物损失所引起的运费损失也应作为共同海损受到补偿。但是，损失的运费应扣减其所有人为此项运费本应支付，但由于共同海损而未支付的费用。

(6) 共同海损利息(规则 21)。

共同海损理算是一项复杂耗时的工作。从发生共同海损之时至共同海损理算书编就之日，往往要经过很长的时间。为此，规则规定，对于共同海损费用、牺牲和补偿，应给予年利率 7% 的利息，直至共同海损理算书编制完成之日；对于在此以前已由各分摊方或从共同海损保证金年先行偿还的一切款项，也应给予利息。这些利息，可以一并列入共同海损予以受偿。

三 《约克-安特卫普规则》的进一步修改

国际海事组织主持召开的外交大会于 1989 年 4 月 28 日在伦敦通过了《1989 年国际救助公约》对《1910 年救助公约》作了许多原则性修改，《1989 年国际救助公约》第 13 条和第 14 条关于救助人为防止或减轻环境污损的救助作业报酬和费用支出的规定对《1974 年约克-安特卫普规则》数字规则 6 (“救助报酬”)是一个冲击，并因此导致了《1974 年约克-安特卫普规则》的进一步修改。

《1989 年国际救助公约》第 13 条第 1 款规定，从鼓励救助作业出发，确定救助报酬应考虑到：“(b) 救助人在防止或减轻对环境损害方面的技能和努力”；第 13 条第 2 款规定，按照第 1 款所确定的救助报酬，“应由所

有的船舶和其他财产利益方按其获救船舶和其他财产的价值比例进行支付”。

《1989年国际救助公约》第14条规定，如果救助入救助了危及环境的船舶或货物，而且根据第13条得到的救助报酬低于救助入支出的费用时，救助入有权获得由船东支付的相当于其支出费用的特别补偿；如果救助入的救助作业防止或减轻了环境污损，由船东支付的特别补偿可以增加至救助入支出费用的130%；如果法院或仲裁庭认为公平合理，在考虑到第13条第1款有关因素的情况下，可以将特别补偿增加至救助入支出费用的200%。

救助入根据1989年救助公约第13条第1款(b)项运用技术和作出努力减轻环境污损的行为，以及救助入根据该公约第14条防止或减轻环境污损从而支出费用的行为，严格讲均不是为了船舶船上财产的共同安全，使之脱离危险的行为，因而不属于《1974年约克—安特卫普规则》规定的共同海损行为，由此所支付的救助报酬和费用也不能列入共同海损。但是，由于救助入、保险人和保赔协会等各利益方在制订1989年救助公约过程中所作的妥协，该公约第13条第1款(b)项的救助报酬可以列入共同海损，而第14条的特别补偿由船东支付，于是1989年救助公约附件2要求国际海事组织采取适当措施，尽快修改《1974年约克—安特卫普规则》以使该公约第14条规定的特别补偿不列入共同海损。

《1974年约克—安特卫普规则》数字规则6的原文是：

“规则6救助报酬不论是根据契约进行的救助或其他救助，航程中各有关方所支付的救助费用，都应作为共同海损，但以使同一航程中的财产脱离危险而进行的救助为限”。

国际海事委员会受国际海事组织的委托，在广泛征求意见的基础上，在国际海事委员会第34届大会上讨论通过了《1974年约克—安特卫普规则》数字规则6的下列修订条文：

A. 参与航海事业中的关系方由于救助而发生的费用，不论此种救助是否根据契约进行，只要救助活动的目的是为了为了使同一航程中的财产得免于难，便应列入共同海损受偿。作为共同海损的费用得包括救助费用，该救助费用考虑了《1989年国际救助公约》第13条第1款(b)项所规定的救助入为防止或减轻环境污损的技能和努力。

B. 根据《1989年国际救助公约》第14条第4款所规定的程序或任何其他类似规定，由船舶所有人向救助入所支付的“特别补偿”不得列入共同海损受偿。

在修订《1974年约克—安特卫普规则》数字规则6的基础上，《1974年约克—安特卫普规则》改称为《1990年修订的约克—安特卫普规则》。自1990年10月1日起，该规则可在共同海损理算中予以适用。

第七章 国际经济贸易和海事争议的解决方式

在国际经济贸易和海事活动中，绝大多数的交易都能顺利地得到完成。但是在少数交易中，由于交易的复杂性和当事人履约的心理状态不同，发生争议也是常有的事。

“争议”一词的含义是指，有关当事人双方对相互之间权利义务的不同主张。有时，也称争端、争执、纠纷。由于产生争议的原因各不相同，所以争议的种类多种多样，但主要有两类：基于合同的争议和基于法律关系的争议，

一方当事人违反合同，而使另一方当事人的权益受到损害。由此受损害的一方提出损害赔偿或其他权利主张，系基于合同的争议。如货物买卖合同订立与履行中的争议，投资、租赁、补偿贸易、加工装配合同订立与履行中的争议等。

一方当事人与另一方当事人之间没有合同关系，但一方当事人依据某项法律或法令的强制性规定提出索赔或权利主张，系基于法律关系的争议。这些法律和法令，通常涉及产品责任、侵权行为、不当得利、商标专用权、专利专用权等。

国际经济贸易争议，是指产生于国际经济贸易活动中具有合同关系或不具有合同关系的争议。国际海事争议，是指产生于国际海事活动中具有合同关系或不具有合同关系的争议。

解决争议是维护当事人正当合法权益、稳定国际社会经济关系的需要。为此，各国法律都鼓励当事人通过适当的途径和方法，解决争议。

中国法律历来重视争议的解决方法，这从《中华人民共和国涉外经济合同法》第六章的规定中可见一斑。

一 协 商

协商是指争议的双方当事人以口头或书面的方式直接交涉以解决争议的一种方式。协商的特点是双方当事人之间的交涉可以不拘形式和程序，也不必求助于第三者。因此，协商的优势在于：

1. 协商可以在最大程度上以最快的速度解决争议。任何一方当事人在履约的任何时候和任何地点发现双方之间存在任何争议，都可以立即向对方提出通过协商来解决争议的意愿。在绝大多数情况下，对方会作出同意协商的意思表示或行为。只要双方有解决争议的诚意，在互谅互让的基础上达成谅解或和解是完全可能的。

2. 协商可以有效地保守当事人之间的商业秘密。由于没有第三者的参与，协商的双方可以就他们之间的任何涉及商业秘密的争议进行谈判，如果谈判成功，当事人之间的有可能公之于众的争议就会在极端秘密的情况下冰释化解。这符合当事人的最大利益。

3. 协商有助于保持甚至促进当事人之间的友好合作关系。协商的基础是双方当事人自愿寻求妥善办法来消除歧见，它会促进一方当事人了解和理解对方的意见和主张，同时认识到自身的长短和地位。成功的协商通常导致双方当事人加强了解，增进友好，促进合作，和衷共济。

4. 协商不妨碍当事人采取进一步的法律行动。协商是解决争议的最初方

法，但不是解决争议的唯一方法。出于商业上各种因素的考虑，大多数争议通过协商得到了解决。但是，如果一方拒不与对方合作，对协商要求置之不理，又对拒不协商的一方不可能有什么制裁措施时，当事人可以按照具体情况和双方的约定，进一步采取调解、仲裁或诉讼的方式解决争议。由于协商具有很大的随意性，即使在调解、仲裁或诉讼程序中，当事人如果有协商的愿望的，也是完全可以继续协商的。

在国际经济贸易和海事活动中，协商是解决争议的最重要的方法。无论有天律师的协助，全世界的商人们每年通过协商解决的争议都要大大超过以其他方式解决的争议之总和。

二 调 解

调解是指当事人自愿将争议提交给一个第三者，在查清事实的基础上分清是非，分清责任，以促进当事人和解解决争议。调解，可以由当事人指定调解员，也可以提请调解机构指定调解员进行。调解机构一般都制定有调解程序规则，提交调解机构的一般应按照调解程序进行调解。调解成功的，在一般情况下，双方签订和解书或和解协议，则视为双方建立一种新的合同关系，双方应自动去履行。如有一方翻悔或不履行，另一方可按违约对待，以寻找新的途径去解决，如果调解员在双方达成的协议书上也签字的，则称为调解书或调解协议。和解书或调解书一般不能到法院申请强制执行，或者说不具有强制执行的法律效力，但也有例外，例如我国人民法院作出的调解书或仲裁庭依和解书或调解书作出的仲裁裁决书，是可以申请强制执行的。

通过调解解决争议，是中国的优良传统之一，它的优越性在于：

1. 调解可以快捷地解决争议，双方当事人同意调解的，往往不要求调解员遵循刻板的规则或模式，而是授权调解员以灵活的方式为他们分清事实和责任，公平合理地提出他们可以接受的方案。调解的随意性使得当事人不必在程序上耗费过多的时间，有利于争议的迅速解决。

2. 调解员的专业知识增加了解决争议的可能性。双方当事人同意的调解员通常是在某一行业具有专门知识或实际经验的人士。调解员可以利用他的专门知识和技能说服当事人互谅互让，尽可能地消除当事人之间的抵触情绪，从而增加了和解的可能性。

3. 调解书对当事人有约束力。当事人通过调解员的调解达成了和解协议的，可以说在一定程度上解决了他们之间的争议。从法律上讲，当事人之间的和解协议就是他们之间新的契约关系，一方当事人在签署和解协议之后拒不履行的，另一方当事人可指控其违约。在法律许可的情况下，如果调解员依据和解协议作成的调解书有可以强制执行的效力的话，则争议通过成功的调解可以获得彻底的解决。

4. 调解可以与诉讼或仲裁结合起来，从而节省解决争议的程序。这一点，在下面将要专门谈到。

5. 调解是在双方都自愿接受调解的前提下进行的，对当事人无任何强迫。因此无论调解成功与否，都不会损及当事人已往的友好关系。

目前，中国的调解大体上可分为5类，即人民调解、行政调解、法院调解。涉外调解机构的调解和涉外仲裁机构的调解。后3类是涉及国际经济贸易和海事调解，现就后3类调解简介如下：

1. 法院调解。

中国法院对其受理的诉讼案件，可在诉讼程序中进行调解。这就是中国诉讼的特点，叫做“诉讼与调解相结合”。

人民法院采取调解的办法处理民事案件，是我国民事审判工作的成功经验。人民法院的主要职责是进行审判，但在审理民事案件的过程中，在遵循自愿和合法的原则下，法官在事实清楚，分清是非的基础上，可以进行调解，调解可由审判员一人主持，也可由合议庭主持。调解时，法庭只促进而不强迫双方当事人达成和解。和解必须是自愿的。如能达成和解协议，法院即作出调解书。调解书由审判人员、书记员签署，并加盖法院印章，调解书送达当事人后，即具有法律效力。如果双方当事人和法院均认为不需要制作调解书，则将和解协议作成记录，由双方当事人、审判人员，书记员签字或盖章，即具有法律效力。

法庭在开庭审理前的准备阶段，一般都试行调解：如果词解不成，则在法庭辩论终结时，再进行调解，再不成，则判决，一审判决后上诉的案件，二审法院还可以再进行调解。

法院的调解书与法院的判决书具有同等法律效力。一方当事人不履行法院的调解书，另一方当事人可以申请法院强制执行。但是，已经生效而确有错误的调解书，经发现后，可以按照中国民事诉讼法规定的审判监督程序，由审判该案的法院审判委员会或上级法院作出决定，指定再审或提审。

2. 涉外调解机构的调解。

北京调解中心（下称“中心”）是附设在中国国际贸易促进委员会的涉外调解机构，成立于1987年，专门受理国际经济贸易和海事争议调解案件。1992年以来，中国国际贸易促进委员会在一些省市的分会也相继成立了地方的涉外调解机构，业务上受北京调解中心指导，以专门受理当地的国际经济贸易和海事争议调解案件。北京调解中心有专门的调解规则，自1992年1月1日起施行。按照“中心”的调解规则，当事人双方必须达成书面的调解协议，才能向中心申请调解。如无调解协议，一方当事人向“中心”申请调解时，“中心”须征得另一方当事人同意，才能进行调解。

调解的程序一般是：“中心”接受一方当事人的调解申请后，即将调解申请书及有关文件副本一式一份寄送给另一方当事人，请他作出答复。同时，请双方当事人在“中心”的调解员名册中，共同指定一位调解员或各方指定一名调解员，双方或一方当事人也可以委托“中心”的主席代为指定。被指定的调解员审阅双方当事人书面陈述和有关证据材料后，如能通过函电促成双方当事人达成和解协议，即可结案：如不能，则在适当为时候召集双方当事人在一起，进行当面调解。当面调解，一般在“中心”所在地北京进行。经双方当事人要求和“中心”同意，也可在其他地点进行。当面调解时，双方当事人均可偕带中国律师或外国律师，不偕带也可以，全权委托中国律师或外国律师作为调解代理，代为出席当面调解会议也可以。

在调解过程中，调解员必须首先查明事实、分清是非和责任：然后，在此基础上，促使双方当事人互谅互让，公平合理地自愿达成和解协议，不能对任何一方当事人有所勉强。但是，在调解过程中，调解员可以在适当的时刻，向双方当事人提出具体的和解建议，供他们考虑，达成和解协议后，双方当事人必须签订和解协议书。然后，调解员根据和解协议书的内容，作出调解书，结案。

如果调解失败，在调解过程中，双方当事人表示过的意见、提出过的建议、作过的承诺、调解员提出过的建议、任何一方当事人表示愿意接受调解员提出的解决争议的建议等，均不得在以后的仲裁程序和司法程序中用来作为证据。但是，调解失败后，调解员可以在后来的仲裁程序中被指定为仲裁员。调解员还可以在调解过程中，单独会见一方当事人。

“中心”与联邦德国设在汉堡的“北京—汉堡调解中心”签订有调解合作协议，并共同制定了《北京—汉堡调解规则》：“中心”与美国仲裁协会设在纽约的“纽约调解中心”也签订有调解合作协议，并共同制订了《北京—纽约调解规则》。

根据《北京—汉堡调解规则》和《北京—纽约调解规则》，在中德、中美当事人之间发生的由于合同关系或其他法律关系，包括经济、贸易、交通运输、金融、保险、技术转让等引起的或与法律关系有关的争议，都可以通过“联合调解”这一独特的调解方式予以解决。

联合调解在当事人完全自愿的基础上，遵循互谅互让、公平合理和公正的原则。联合调解的具体作法是：由一方当事人向另一方当事人发出书面通知，邀请他按照两调解中心的联合调解规则调解他们之间的争议。如果另一方当事人接受了调解的邀请，调解程序即开始。当事人可以协商选定两调解中心秘书处中的任何一个作为案件的行政管理机构，如未选定，则由被申请人所在国家的秘书处进行管理。秘书处负责组织安排调解会议，为当事人和调解员交换材料以及提供其他必要的协助和服务。调解程序开始后，双方当事人分别在其所在国的调解中心的调解员名册中指定一名调解员。指定的两位调解员共同调解，调解员在调解过程中应站在独立和公正的立场上，客观、平等地考虑当事人的权利和义务，不代表任何一方当事人的利益。调解员可以在考虑当事人意愿的基础上按照他认为适当的方式进行调解。调解员可以单独会见一方当事人：可以在他认为适当的时候提出和解建议。如果调解最终未能促使双方当事人达成和解协议，调解员可以在后来的同一争议案件的仲裁程序中被指定为仲裁员，除非当事人另有约定或者仲裁地国的法律有相反的规定。

参加调解的当事人达成和解协议的，调解即告成功。当事人受其签署的和解协议的约束。调解员和当事人对于调解程序中的事项以及和解协议的内容等情况都负有对外保密的义务。如果调解不成功，调解员在调解过程中提出过的建议或者当事人所作过的对事实和法律的承认或接受建议的事实都不能作为证据在以后的仲裁程序或诉讼程序中予以引用。

3. 涉外仲裁机构的调解。

中国有两个专门受理国际经济贸易和海事争议的常设仲裁机构，即中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会。根据这两个仲裁机构的仲裁规则，两个仲裁委员会及其仲裁庭对受理的仲裁案件可以进行调解。这种在仲裁程序之内进行调解的独特做法，称之为“仲裁与调解相结合”。

“仲裁与调解相结合”的具体做法是。

在进行仲裁程序过程中，双方当事人可以共同向仲裁庭请求调解，或者仲裁庭如认为有周解的可能，也可以主动征得双方当事人同意调解后，对案件进行调解。

仲裁庭可以按照其认为适当的方式进行调解。调解应在查清事实、分清是非和责任的前提下，独立、公正、及时、有效地进行。

仲裁庭如认为调解已无成功的可能或任何一方当事人提出终止调解时，应立即终止调解，继续进行仲裁程序。

如果调解成功，仲裁庭可以根据当事人的和解协议的内容作出裁决书结案。当事人也可以申请撤销案件。

如果调解不成功，当事人不得在其后的仲裁程序或诉讼程序中引用各方当事人在调解过程中提出过的、建议过的、承认过的和表示过愿意接受的任何意见和建议，作为其申诉、答辩及/或反诉的依据。

“仲裁与调解相结合”吸取了仲裁的长处和调解的优势。它在中国涉外仲裁实践中的成功已引起了全世界的普遍赞赏和广泛注意。

三 仲 裁

仲裁，亦称“公断”，是指各方当事人自愿将他们之间发生的争议交给各方所同意的第三者进行审理和裁决，这裁决对各方当事人均具有约束力，能最终解决争议。

仲裁的重要原则，是当事人意思自治的原则，即各方当事人通过签订合同中的仲裁条款或事后达成的仲裁协议，可以自行约定或选择仲裁事项、仲裁地点、仲裁机构、仲裁程序、适用法律、裁决效力以及仲裁使用的语言等。当事人意思自治的原则既是仲裁的主要特点，也是仲裁的优势，仲裁的其他特点和优势有：当事人有权指定具有专业知识的仲裁员；仲裁审理的非公开性；仲裁裁决的终局性，以及程序简便，结案较快且花费较少。

以仲裁的方式处理争议，在国际上已有悠久的历史。早在古罗马时代，就开始出现了以仲裁的方式解决商业往来中发生纠纷的做法。到了13世纪中叶，在英国的一部年鉴中出现了有关仲裁的记载；在地中海各港口所采用的《海事法典》中提到了以仲裁庭解决争议的问题；在瑞典的某些地方法典中也承认仲裁是解决争议的一种合法方式。后来，在1697年，英国正式制定了第一个仲裁法案；在1887年，瑞典也正式制定了第一部有关仲裁的法律。早期的仲裁，主要用以解决国内的民事纠纷，处理债权债务方面的争议。到了19世纪末20世纪初期，随着资本主义商品经济的发展，仲裁也被用以解决国际贸易中发生的争议，不少资本主义国家相继制定了有关仲裁的立法，承认仲裁的法律地位。这就是国际上仲裁制度产生的简要历史。

然而，仲裁制度的迅速发展，即以仲裁方式解决国际经济贸易和海事争议在世界上得到普遍承认和广泛采用，这是本世纪的事情。

近100年来，国际商事仲裁制度的发展主要表现在三个方面：

(1)为了解决各国在仲裁立法上的分歧和促进各国仲裁立法及实践的统—化，在联合国的推动和主持下，先后签订或通过了3个最主要的有关仲裁的国际公约或法规，1958年在纽约签订了联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》，现已有84个国家和地区加入了该公约；1976年制定了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，现已广泛地被临时仲裁和一些常设仲裁机构所采用；1985年通过了《联合国国际贸易法委员会仲裁示范法》，现已有一些国家参照该示范法修改了或正准备修改本国的仲裁立

(2)为了促进国际经济贸易和海事仲裁的发展，为当事人提供便利和服务，很多国家的工商会，一些非政府间的国际或地区组织及行业协会，相继成立了常设仲裁机构并制订了他们的仲裁规则，从而使单一的临时仲裁方式

发展成为临时仲裁与常设仲裁两种方式并存的仲裁制度。

(3) 越来越多的人们在实践中逐渐认识到,以仲裁方式解决国际经济贸易和海事争议,具有有利于保守当事人的商业秘密、程序简便、结案较快、省时省钱等优点,从而越来越普遍地愿意选择以仲裁的方式解决争议。这具体表现在国际经济贸易合同和航运、保险合同中一般都订有仲裁条款。

关于仲裁分类,按照不同的标准,可以进行不同的划分。一般来说,可以把仲裁划分为公法的仲裁和私法的仲裁。公法的仲裁,通常是国际公法上的国际仲裁,即国家之间发生争端时,当事人把争议提交自己选择的仲裁机构或临时仲裁庭来处理,并相互约定接受其裁决,这是和平解决国际争端的一种方式。私法的仲裁,则属于对私法的范围内的争议所进行的仲裁。私法范围内的仲裁又可以分为国际仲裁和国内仲裁。在私法意义上的国际仲裁主要指国际商事仲裁机构或临时仲裁庭所进行的国际商事仲裁,也包括某些行业协会所进行的国际性质的行业仲裁:在私法意义上的国内仲裁,根据争议的性质可分力各种专业仲裁包括劳动争议仲裁和技术合同仲裁等,根据仲裁机构的性质可分为行政仲裁与非行政仲裁。根据国务院的决定附设在中国国际贸易促进委员会内的中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会分别是中国唯一受理国际经济贸易争议和海事争议的常设仲裁机构。

仲裁分类看似简单,实际上它经历了长期的争论,代表了不同的仲裁制度。众所周知,在许多国家的仲裁立法中,私法意义上的国际仲裁较之私法意义上的国内仲裁受到较少的限制,享有较大的便利。但是,对于什么是“国际”,什么是“国内”,却长期众说纷坛,莫衷一是。这样的争论,即使是在《联合国国际商事仲裁示范法》的起草过程中,也不例外。在制定示范法的过程中,代表不同法系的国家的代表对“国际”二字的含义进行了长达5年的争论和探讨,最后在1985年通过的示范法文本中对“国际”性质的仲裁下了个定义。值得注意的是,示范法第1条对“国际仲裁”中“国际”二字的解释远远超出了传统国际私法对“涉外”或“国际”二字的理解。例如,有的国际私法学家认为,国际民事法律关系或称涉外民事法律关系包括:民事法律关系的主体一方或各方是外国国家、外国法人或外国自然人,民事法律关系的客体是位于外国的物,民事法律关系的内容与外国发生联系,即产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生于国外。我国最高人民法院“关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)”也有类似的提法,然而,示范法在解释“国际”时除包括上述3种传统要素外,还增加了两个值得重视的要素:第一,仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地点位于当事各方营业地点所在国以外(示范法第1条第(3)款(A)(a)项);第二,当事各方明确地同意,仲裁协议的标的与一个以上的国家有关(示范法第2条第(3)款(C)项)。这两个要素,显示出按照当事人的合意来确定什么是“国际”的倾向,而不仅仅局限于客观的因素。

四 诉 讼

诉讼,是指一方当事人向法院起诉,控告另一方有违法违规行为,要求法院依法给予救济或惩处另一方当事人。在国际经济贸易及其他商事争议的诉讼中,一方当事人往往依据有关的经济合同法或其他法律的规定,要求另

一方当事人主要以赔偿经济损失或支付违约金的方式承担其违法违规的责任。

诉讼的基本原则是强制管辖，即除非当事人另有明确有效的仲裁协议排除了法院的管辖权外，总的来说，法院可以按照管辖权限受理任何类型的争议，而不论当事人是否愿意接受法院管辖。诉讼的强制性特点决定了诉讼也具有相当多的优势：

第一，由于实行强制管辖，诉讼可以是当事人用尽一切救济办法之后的最终解决办法。因此，诉讼在解决争议和维护社会经济关系方面，发挥着极为重要的作用。

第二，由于诉讼的范围基本上不受法律的限制，因此，在其他程序里受到受案范围限制的争议可以交付诉讼解决。例如，有的国家法律规定了垄断、专利商标侵权是不可仲裁的事项，即使仲裁之后裁决也属无效，那么，通过诉讼来解决有关垄断、专利商标侵权的纠纷，则无法律上的障碍。

第三，诉讼程序中的法院有相当多的强制措施可以授用，以确保诉讼程序的顺利进行。例如，对于扰乱法庭秩序的行为，对于不愿出席作证的证人，法庭都可以采取适当的强制措施。

第四，对于不是国际性质的诉讼案件，诉讼判决可以得到快速的执行。大多数的法院除设有审判庭外，还没有执行庭，发生法律效力判决可以径行移交执行庭予以执行。但是，对于国际性质或涉外性质的诉讼案件，如无相应的司法互助协定，一国判决到另一国去申请承认和执行，则可能存在相当大的难度。

诉讼制度在不同的国家差异很大，世界上不存在统一的诉讼模式。根据我国的民事诉讼法，我国有权受理涉外诉讼案件的法院为中级法院以上的人民法院。中级法院有权对涉外民事案件作出一审判决。与海事相关的纠纷应提交设在沿海港口城市的海事法院审理。我国已在广州、上海、青岛、天津、大连和武汉设有6个海事法院。海事法院的级别相当于中级法院。中级人民法院和海事法院的审判工作受所在地的高级人民法院监督。对于中级人民法院和海事法院的判决和裁定的上诉案件，由其所在地的高级人民法院管辖。最高人民法院对于各中级人民法院、海事法院和高级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，高级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

五 仲裁与调解和诉讼的比较

仲裁与调解相比较，相同之处在于：仲裁和调解都必须根据双方当事人自愿的原则，都是将当事人之间发生的争议提交给一个第三者去解决，一般都应按照一定的调解程序或仲裁程序进行；都应在查明事实的基础上，分清是非，分清责任；这两种解决争议的方式较之诉讼，程序都比较简便，结案都较快，当然也就比较节省时间和费用。

仲裁与调解相比较，主要不同之处在于：

(1) 当事人的调解意愿较之仲裁意愿具有某种随意性，在调解程序中的任何时候，任何一方当事人可以不再参加调解或中止调解，在这种情况下，调解人不能强行继续进行调解。而在仲裁程序中，除非双方当事人达成和解协议或申请人由于某种原因要求撤案，否则被上诉人即使不再参加仲裁或不出

庭，仲裁庭仍有权根据仲裁程序规则的规定继续审理直到作出最终裁决。

(2) 调解较之仲裁具有更大的灵活性。调解可以按照调解机构制定的调解程序，也可以按照当事人或调解人认为合适的程序进行，调解中双方当事人根据互谅互让的原则，不一定完全根据责任的大小决定赔偿或补偿的多少，甚至补偿的方式也可以多样，只要双方协商一致就行。而提交仲裁机构仲裁，需按照仲裁程序规则进行仲裁，裁决时，仲裁庭依据事实和法律，必须根据责任的大小决定赔偿或补偿的多少，补偿的方式亦应是法律许可的或当事人在合同中已约定的或参照国际惯例的做法。

(3) 调解员和仲裁员所起的作用不同。调解员在调解中所起的作用主要是促进，调解协议必须经双方当事人同意；而仲裁员在仲裁中的作用不是促进而是独立审理，应依据认定的事实和适用的法律作出公正的裁决，裁决书无须经当事人同意。

(4) 调解书与仲裁裁决书的效力不同。调解成功的，只能由当事人根据调解协议的规定自动履行。因为调解书不是终局的，一般不具有强制执行的效力。而仲裁裁决是终局的，对双方均具有约束力，如果败诉方不自动履行，胜诉方可以向有管辖权的法院申请强制执行。

仲裁与诉讼相比，相同上处在于：仲裁和诉讼都是一种能够导致有约束力的裁判，能够最终解决争议的方式；仲裁和诉讼都必须遵守各自的程序规则：除非当事人有明确的授权或同意，仲裁裁决和法院判决都必须按照法律的原则作出。

仲裁与诉讼的区别在于：

(1) 法院诉讼，毋须一方当事人事先得到另一方的同意或双方达成诉讼协议，只要一方当事人向有管辖权的法院起诉，法院就可依法受理争议案件，另一方就必须应诉。或者说，法院诉讼是强制管辖，而仲裁则是协议管辖。

(2) 在法院诉讼的当事人不能选定审判员，是由法院依职权指定的法官或组成的合议庭审理案件，而仲裁的双方当事人有权各指定一名仲裁员，一般再由仲裁机构的主席指定一名首席仲裁员组成仲裁庭审理案件。

(3) 法院审理案件一般是公开的，而仲裁庭审理案件一般不公开进行，案情不公开，裁决也不公开。开庭时没有旁听，审理中仲裁庭或仲裁机构的秘书处不接受任何人采访。这样，有利于保守当事人的商业秘密，也有利于维护当事人的商业信誉。

(4) 一方当事人对法院判决不服的可以上诉，我国法院是两审终审制，外国法院也有三审终审制的；而仲裁裁决一般是终局的，不能上诉。在国际经济贸易及其他商事争议仲裁中，当事人更多的是从商业角度出发，总是希望尽快解决以利于以后的继续交往，不希望法院过多地干预。在国际商事仲裁方面总的发展趋势是，法院的干预将越来越少，过去法院干预较多的国家也已经或正在通过修改立法对这种干预加以限制。

(5) 法院作出的判决要到境外执行时，需根据作出判决的所在地国与申请执行所在地国之间所签订的司法协助条约或者互惠原则；但对仲裁机构所作出的仲裁裁决要到境外执行时，只要作出裁决的所在地国与申请执行所在地国均为 1958 年联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》的成员国，当事人可以向执行地国的主管法院提出承认及执行的申请：不是公约成员国的，则需根据司法协助条约或者互惠原则办理。

第八章 中国涉外仲裁的地位

一 中国涉外仲裁的法律地位

(一) 涉外仲裁的含义

中国国际经济贸易仲裁委员会是中国唯一的专门处理国际经济贸易争议仲裁案件的常设仲裁机构；中国海事仲裁委员会是中国唯一的专门处理国际海事争议仲裁案件的常设仲裁机构。在现阶段，人们所称的“中国涉外仲裁”，实际就是指在中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会所进行的仲裁。在中国，涉外性质或国内性质的临时仲裁尚未发生过。

对于“涉外”一词的含义，迄今为止仍是争论颇大的话题。有的认为“涉外”就是“国际”，有的认为“涉外”比“国际”的范围要更为宽广，或者更为狭窄。正如本书第七章所述，国际上对什么叫“国际”也是争论不休的。

中国的涉外经济合同法、民事诉讼法和民法通则有关于涉外经济合同的主体、涉外民事诉讼程序的特别规定以及涉外民事法律关系的适用等方面的条款，但是，这些法律条款并未从根本上和总体上对“涉外”一词确立一个明确的定义。例如，《中华人民共和国涉外经济合同法》第2条规定“本法的适用范围是中华人民共和国为企业或者其他经济组织同外国企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同”，在这里，法律是以经济合同的主体为标准来划分涉外经济合同的适用范围的；《中华人民共和国民事诉讼法》第237条和《中华人民共和国民法通则》第142条只是简单地提到“在中华人民共和国领域内进行的涉外民事诉讼，适用本编规定”和“涉外民事关系的法律适用，依据本章的规定确定”，在这里，法律均未明确“涉外”的含义。

法律规定的不明确往往会给执法机关的执法活动带来困难。为此，最高人民法院在一些司法解释里对“涉外”进行了解释。这些解释包括：

1. “最高人民法院关于贯彻执行《民事诉讼法（试行）》若干问题的意见”。其中，“涉外诉讼程序问题”提出，“人民法院审理诉讼当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织的涉外民事案件，应当适用民事诉讼法关于涉外民事诉讼程序的特别规定，坚持主权、对等和当事人的诉讼权利、义务同等的原则。

人民法院审理当事人双方争执的财产在外国，以及民事法律关系发生、变更、消灭的法律事实在外围等具有涉外因素的案件，可参照民诉法第五编和其他有关规定办理。

2. “最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）”。其中，“涉外民事法律关系的法律适用”对“涉外民事关系”的解释是：“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系”。

3. “最高人民法院关于适用《涉外经济合同法》若干问题的解答”。该“解答”认为，涉外经济合同法的适用范围是我国的企业或者其他经济组织同外国的企业、其他经济组织或者个人之间订立的经济合同。此外，涉外经济合同法也可适用于港澳地区的企业、其他经济组织或者个人同内地的企业或者其他经济组织之间订立的上述经济合同，以及外国企业、其他经济组织

或者个人之间、港澳地区的企业、其他经济组织或者个人之间，外国企业、其他经济组织或者个人与港澳地区的企业、其他组织或者个人之间在中国境内订立或者履行的经济合同。

很明显，最高人民法院的上述司法解释是针对诉讼案件中的涉外案件而言的，它仍然不是代替法律对“涉外”作出有普遍约束力的定义。

从世界范围来看，将有涉及外国因素的事项称为“涉外”似乎只是中国的习惯称呼。在许多国家，对涉及外国因素的事项是冠之以“国际”而非“涉外”，这样就可以和不涉及外国因素的“国内”事项形成鲜明的对照。例如，法国民事诉讼法典将仲裁分为国内仲裁和国际仲裁，在对“国际仲裁”下定义时，法典第1492条规定：“仲裁在涉及到国际性的商事利益时，是国际的”。国际性的商事是指跨越边界的服务、货物或金钱的运动，而不论仲裁地点、当事人的国籍或适用的实体或程序法如何。《联合国国际商事仲裁示范法》也是将涉及外国因素的仲裁称为国际仲裁，而不叫涉外仲裁。

我们认为，不论是“国际”还是“涉外”，它们都是相对于纯粹的“国内”而言的。从这个观点出发，私法意义上的国际仲裁和涉外仲裁应该是相同的概念，只是在称谓有所不同而已。按照中国的习惯叫法，我们仍将中国的国际商事仲裁称为涉外仲裁。

中国的涉外仲裁，即中国国际商事仲裁，包括中国国际经济贸易和海事仲裁，是指在对外经济贸易和海事活动中，当事人各方依据事先所达成的协议主要是合同中所订立的仲裁条款或事后所达成的仲裁协议，自愿将他们之间确定的契约性或非契约性的法律关系上可能发生或已经发生的争议提交给各方都同意的常设仲裁机构或组成临时仲裁庭进行审理，作出裁决，并约定裁决是终局的，对各方均有约束力。在我国涉外仲裁的实践中，下列4类案件都属于涉外仲裁案件：

1. 中国的公司、企业或其他经济组织与外国的公司、企业。其他经济组织或个人之间的争议仲裁案件；

2. 外国的公司、企业、其他经济组织或个人之间的争议仲裁案件，而不论这些外国的公司、企业、其他经济组织或个人是否具有同一国籍；

3. 中国的公司、企业或其他经济组织之间的其争议具有涉外因素的仲裁案件；

4. 香港、澳门或台湾地区的公司、企业、其他经济组织或个人相互之间、或其与大陆的公司、企业或其他经济组织之间、或其与外国的公司、企业、其他经济组织或个人之间的争议仲裁案件。

从国际商事仲裁的实践来看，国际商事仲裁中“涉外因素”即“国际因素”的识别标准有越来越扩大的趋势。按照《联合国国际商事仲裁示范法》对“国际”（涉外）所下的定义，除了主体、客体和法律关系3项客观标准外，涉外因素还应包括两项能够直接体现当事人主观意愿的识别标准：其一，当事人通过仲裁协议确定的仲裁地点位于当事各方营业地点所在国以外；其二，当事各方明确地同意，仲裁协议的标的与一个以上的国家有关。显而易见，前述仲裁地点，既不属于争议的主体或客体，也不属于争议法律关系的内容之一，这就冲破了传统的判断“涉外”或“国际”的识别范围，同样，仲裁协议的标的是否与一个以上的国家有关悉凭当事人的意愿这一概念，也大大地丰富了“涉外”或“国际”的内涵。

（二）中国涉外仲裁立法的四个里程碑

中国涉外仲裁的建立和发展与国家通过立法来支持仲裁和为仲裁提供各种便利密切相关。40年来，中国涉外仲裁的立法从无到有，从粗到细，初步奠定了中国仲裁走向国际化和现代化的发展方向。

中国涉外仲裁立法的第一个里程碑，是中华人民共和国中央人民政府以行政法规的方式，决定建立中国涉外仲裁机构，并确立了涉外仲裁制度。

1954年5月6日，中央人民政府政务院第215次政务会议正式通过《中央人民政府政务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》，1958年11月21日，国务院全体会议第82次会议通过《中华人民共和国国务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》。这两个决定除了决定成立中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会以外，还就其受案范围、受案原则、组织原则、仲裁程序、保全措施、裁决效力、裁决执行等重要问题的原则，做出了明确的规定，为中国涉外仲裁立法打下了基础。决定的主要规定有：

1. 对外贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会受理外国当事人为一方与中国当事人为另一方的和双方均为外国当事人的仲裁案件，以及双方当事人均为中国当事人但争议具有涉外因素的案件。

2. 双方当事人必须达成同意将其争议提交仲裁委员会仲裁的仲裁协议，仲裁委员会才能受理其争议案件。

3. 组成仲裁庭的仲裁员，当事人在仲裁委员会名单中指定。

4. 仲裁庭一般由3名仲裁员组成合议庭，由独任仲裁员构成仲裁庭除外。

5. 中、外律师可以作为当事人的代理人，保护中、外当事人的利益。

6. 准许对与当事人有关的物资、产权等采取保全措施。

7. 仲裁委员会的仲裁裁决是终局裁决，当事人不得向法院起诉和上诉，也不得向其他机关提出变更的要求。

8. 仲裁委员会的仲裁裁决，当事人一方不执行的，人民法院依另一方当事人的请求予以强制执行。

9. 仲裁程序规则，由中国国际贸易促进委员会制定。

上述决定的法律意义在于：确定中国可以通过机构仲裁处理国际经济贸易争议案件；仲裁管辖遵循协议仲裁的原则：实行仲裁员名单制，法院不干预仲裁，仲裁裁决是终局的，具有法院强制执行的效力。根据这一决定，中国国际贸易促进委员会于1956年3月31日通过的《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》和中国国际贸易促进委员会于1959年1月8日通过的《中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会仲裁程序暂行规则》就涉外仲裁程序的每一个环节都作了比较详细具体的规定，为中国涉外仲裁立法打下了进一步的基础。

1982年3月8日，第五届全国人民代表大会常务委员会第22次会议通过了《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》，这是中国涉外仲裁立法的第二个里程碑。该法第五编《涉外民事诉讼的特别规定》第12章《仲裁》，确定了中国涉外仲裁的法律地位。主要内容有：

1. 中外当事人之间和外国当事人之间在对外经济、贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人有书面协议提交中国涉外仲裁机构仲裁的，不得向人民法院起诉。

2. 经中国涉外仲裁机构裁决的案件，当事人不得向人民法院起诉。

3. 中国涉外仲裁机构根据当事人的申请,认为需要采取保全措施的,应当提请被申请人财产所在地或者仲裁机构所在地的中级人民法院裁定。

4. 中国涉外仲裁机构的裁决,一方当事人不履行的,对方当事人可以申请仲裁机构所在地或不履行裁决的一方当事人财产所在地的中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》的有关规定强制执行。

这些规定从立法上确定了仲裁协议的效力和仲裁裁决的终局性,并指令中级人民法院于必要时采取保全措施和强制执行仲裁裁决。这些规定,使中国国际经济贸易仲裁和海事仲裁向现代化和国际化发展。

除了上述法律之外,1979年7月1日,第五届全国人民代表大会第2次会议通过了《中华人民共和国中外合资经营企业法》;1982年1月30日国务院发布了《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》;1985年3月21日,第6届全国人民代表大会常务委员会第10次会议通过了《中华人民共和国涉外经济合同法》;1988年4月13日,第七届全国人民代表大会第1次会议通过了《中华人民共和国中外合作经营企业法》,这些法律都规定:中外当事人发生争议时,应当通过协商或者调解解决,如果当事人经阶商和调解,无法解决争议时,则可以依照事前合同中订立的仲裁条款或事后达成的书面仲裁协议,提交中国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁;当事人事前没有在合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,才可以向人民法院起诉。

1986年12月2日,中国正式参加了联合国1958年在纽约通过的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称1958年纽约公约)。该公约于1987年4月22日正式对我国生效。根据该公约,在中国领土内作出的仲裁裁决可以在其他80多个缔约国得到承认和执行,反之亦然。中国参加该公约,也就是参加了国际仲裁的大运转,1958年纽约公约两个方面的实质内容,对国际仲裁极为有利:其一,缔约各国承诺,承认当事人之间的仲裁协议;其二,缔约各国承认仲裁裁决具有约束力,并依裁决执行地的程序规则和纽约公约规定的条件,执行仲裁裁决。公约列举的非常有限的拒绝承认和执行仲裁裁决的情形(公约第5条)表明,法院在执行仲裁裁决时,只审查程序,不审查实体。中国加入这个重要公约,对中国仲裁现代化和国际化的发展起着重大的作用。纽约公约的效力高于国内法的效力,可以说是中国涉外仲裁立法的第三个里程碑。

1991年4月9日,中国第七届全国人民代表大会第4次会议通过了新的《中华人民共和国民事诉讼法》,其中第四编《涉外民事诉讼程序的特别规定》第28章《仲裁》对中国涉外仲裁作出了比以前更为具体的规定如下:

“第257条涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷,当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议,提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的,当事人不得向人民法院起诉。

当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。

第258条当事人申请采取财产保全的,中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请,提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。

第259条经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的,当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的,对方当事人可以向被申请人住所地

或者财产所在地的中级人民法院申请执行。

第 260 条对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

(1)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；

(2)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；

(3)仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；

(4)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

第 261 条仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

上述 5 条重要规定，再次稳同地确立了中国涉外仲裁的法律地位，体现了十分明确的立法思想和方向，即现代化和国际化。从法律条文的内容来看，协议仲裁的管辖原则得到了高度的尊重，人民法院对于仲裁只有支持（不受理有仲裁协议的案件、采取保全措施等）而无干预，执行裁决只审查程序而不审查实体，这与国内仲裁裁决执行时既审查程序又审查实体（见民事诉讼法第 217 等）的规定是大不相同的，仲裁裁决的终局性再次得到确认。根据民事诉讼法第 259 条，经中国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉，这“起诉”二字既包括了人民法院不重复管辖已经仲裁过的争议，也意味着当事人无权提出所谓申请撤销仲裁裁决的诉讼。可以肯定他说，这些规定，不仅符合国际商事仲裁最近发展的趋势，而且在某些方面，还走在了世界的前列，这是中国涉外仲裁立法的又一个里程碑。

二 蓬勃发展的涉外仲裁工作

中国国际经济贸易仲裁委员会是根据国务院 1954 年 5 月 6 日的决定于 1956 年 4 月成立的，当时的名称是中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会。中国海事仲裁委员会是根据国务院 1958 年 11 月 21 日的决定，于 1959 年 1 月成立的，当时的名称是中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会。在我国实行对外开放政策之后，为了适应我国对外经济贸易关系不断发展的需要，国务院于 1980 年 2 月 26 日作出决定，将对外贸易仲裁委员会改名为对外经济贸易仲裁委员会，受案范围相应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。对外经济贸易仲裁委员会根据业务发展的需要，于 1984 年在深圳特区设立了仲裁委员会的深圳办事处。1988 年 6 月 21 日，国务院又作了两个决定：其一，国务院批准中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会改名为中国国际经济贸易仲裁委员会，受理案件的范围扩大到国际经济贸易中发生的一切争议；其二，国务院批准中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会改名为中国海事仲裁委员会，受理案件的范围包括下列海事争议案件：

1. 关于海上船舶互相救助，海上船舶和内河船舶互相救助的报酬的争议：

2. 关于海上船舶碰撞、海上船舶和内河船舶碰撞或者海上船舶损坏港口

建筑物或设备所发生的争议；

3. 关于海上船舶租赁、代理、拖航、打捞、买卖、修理、建造业务以及根据运输合同、提单或者其他运输文件办理的海上运输业务和海上保险所发生的争议；

4. 关于海洋环境污染损害的争议；

5. 双方当事人协议要求仲裁的其他海事争议。

中国国际经济贸易仲裁委员会于 1989 年将其深圳办事处改名为中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会，又于 1990 年在上海设立了上海仲裁分会。

近 40 年来，中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会遵循以事实为根据，以法律为准绳，参考国际惯例和独立公正的原则，解决了大量的国际经济贸易和海事争议，在国内外赢得了良好的声誉，取得了令人瞩目的成就。

（一）两个仲裁委员会受案结案情况

中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会的受案和结案情况互不相同。以近 3 年为例，两个仲裁委员会的受案和结案情况如下：

1. 1990 年。

1990 年，中国国际经济贸易仲裁委员会新受理案件 184 件。1990 年结案 152 件，比上年增长 65%。在所结案件中，一般买卖合同争议案占 40%，机电设备生产线争议案占 23%，工业原材料买卖争议案占 20%，合资、合作合同争议案占 8%，来料加工和补偿贸易争议案占 6%，其他占 3%；涉及香港、美国、日本、德国、英国等 20 多个国家和地区，其中涉及港澳地区当事人的约占 63% 外国当事人之间的争议案约占 3%。年底正在审理的案件有 300 多件。

1990 年 1 月至 11 月中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会新受理仲裁案件 44 件，审结仲裁案件 48 件，年底正在审理的仲裁案件有 50 件，这些案件涉及美国、日本、新加坡、香港、澳门等 5 个国家和地区，其中港澳地区当事人占 92%。

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会于 1990 年 3 月 15 日正式成立。时间虽短，已受理仲裁案件和调解案件近 10 件，其中结案 3 件。初步打开了工作局面。

中国海事仲裁委员会 1990 年新受理仲裁案件 10 件，结案 11 件，其中裁决结案的 7 件，撤案的 4 件。

2. 1991 年。

1991 年，中国国际经济贸易仲裁委员会北京总会以及深圳和上海两个分会新受理案件 274 件，比上一年增长 16%，结案 205 件；到 1991 年底，正在审理的案件有 350 件。

就结案而言，北京总会结案 163 件，比上一年增长 8%。在这些结案中，审理裁决结案 109 件，占 67%，和解裁决结案 20 件，占 13%；撤案结案 34 件，占 20%。有香港或外籍人士担任仲裁员参与案件审理的有 13 件，占 8%。案件的当事人涉及港澳台的有 90 件，占 54%；涉及美国的有 20 件，占 13%；涉及到其他 20 多个国家和地区有 50 件，占 31%，双方为外国当事人的有 3 件，约占 2%。深圳分会审结案件 37 件，其中直接裁决 24 件，经调解达成协议作出裁决 4 件，撤案 8 件，转总会 1 件，到 1991 年底尚未审结案件为 67 件。上海分会受理了 10 件仲裁案件，结案 5 件。

海事仲裁委员会，1991年新受理案件8件，结案10件，至1991年底尚有18件案件在审理之中。

3. 1992年。

1992年，中国国际经济贸易仲裁委员会北京总会及其深圳分会和上海分会共计受理新的仲裁案件267件，结案236件，至1992年底，正在办理的仲裁案件近400件。以北京总会为例。1992年受案共计196件，其中一般货物买卖争议案占47%，机电设备争议案占10%，工业原材料争议案占15%，合资合作争议案占19%，建筑工程承包争议案占3%，三来一补争议案占2%，其他争议案占4%，在北京总会所结的争议案件中，裁决的占60%。根据和解协议内容作出裁决的占13%，当事人协商达成和解撤案的占27%。

中国海事仲裁委员会1992年新受理仲裁案件14件，结案9件。到1992年底，正在审理的海事仲裁案件有18件。

近几年来，两个仲裁委员会办理的涉外仲裁案件体现了以下几个特点：

1. 争议金额增大。海事仲裁案件争议金额最高的达300多万美元，经贸仲裁案件争议金额最高的则达3200万美元。

2. 案情越来越复杂。海事仲裁案件中不少问题是以往案件未曾涉及的，如碰撞损失的范围、船期损失的确定标准、未履行合同的责任及损失的计算标准等。经贸仲裁案件中，合资合作合同争议、来料加工和补偿贸易争议以及工程建设、租赁、银行、保险房地产、版权争议案都有增加，其中涉及的法律和专业技术问题非常复杂。

3. 外国当事人之间的争议案件增加，1990年，海事仲裁委员会受理和解决的仲裁案件中，争议双方当事人均为外国公司的就有6件；1990年，经贸仲裁委员会受理的仲裁案件中，争议双方当事人均为外国公司的已达到13件。这表明，两个仲裁委员会的工作获得了更多外国当事人的信赖和认同。

4. 合资合作争议案件明显增多，工程承包租赁和贷款担保争议等仲裁案件也在增加，标的较大争议金额在500万美元以上的争议案件占了一定的比例。例如，在北京总会的受理数量中，合资合作争议案件所占比例已由1990年8%上升到1991年的15%；深圳分会1990年受理了9件合资合作争议案件，1991年增加到14件，增长65.5%；上海分会受理的案件中，30%是合资合作争议案件，1992年，北京总会受理的仲裁案件中合资合作争议占19%，而原先数量不多的工程承包争议案件则上升到总受案数的3%。可以预计，随着改革开放的进一步深入，有关房地产和股票交易争议的仲裁案件也会相应增加。

经过多年努力，我国涉外仲裁工作已在国内外赢得广泛承认和良好的信誉。就受案数量而言，中国国际经济贸易仲裁委员会的国际仲裁案件的数量已跃居世界商事仲裁机构的第二位，仅次于历史悠久的设在巴黎的国际商会。1990年3月，香港《南华早报》报道说：“北京已成为世界商事仲裁第二大中心”，还说“普遍认为该仲裁委员会的仲裁是公正的”。又如，美中贸易全国委员会的1992年5—6月版《中国商事评论》载文评论道，“（中国涉外）仲裁案件的增长得到了中国国际贸易促进委员会的中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）的大力协助。CIE-TAC处理产生于中国和外国当事人间几乎所有争议的仲裁，它现在是世界上最繁忙的仲裁中心，听说每年的案件数量多于斯德哥尔摩商会（仲裁院）。CIETAC由于费用相对低廉，迅速和作为解决与中国当事人之间争议的公正场所而受到外国商业界的广泛赞

誉”，1992年5月7日的香港《文汇报》也报道说，中国的涉外仲裁裁决，“世界上80多个主要国家和地区也都得到了承认和执行，越来越多的双方当事人都是外国当事人的外国仲裁案件开始涌向北京，接受中国仲裁机构的审理”。

（二）涉外仲裁的意义

我国两个涉外仲裁机构即中国国际经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会，自成立以来，先后审理了近2000件涉外案件，近年来处理案件数量不断增加。中国的涉外仲裁在国际上有着较大的影响和良好的声誉，在我国进一步改革开放的新形势下，发挥着越来越重要的作用。这些作用主要表现在下列三个方面：

第一，我国的涉外仲裁独立、公正地处理了大量的国际经济贸易和海上航运纠纷，使当事人之间的争议得到合理解决，维护了当事人的合法权益。

第二，我国涉外仲裁工作的开展改善了我国的投资环境（包括立法、司法软环境），为引进外资和国外的先进生产技术，以及先进的经营管理经验，创造了良好的条件。公平合理地解决国际经济贸易和海事活动中出现的争议，有助于消除外国投资者对在我国投资的顾虑，增强与中方进行合作的信心。与此同时，还为促进国营大中型企业发展外向型经济创造了条件，也促进了我国的改革开放政策的贯彻执行。

第三，我国的涉外仲裁为建立和发展亚太地区乃至世界的国际仲裁制度，作出积极的贡献，我国的涉外仲裁虽然只有不到40年的历史，但经过经验积累和不断探索，特别是我国涉外仲裁机构采取的调解与仲裁相结合解决争议的方法，已经引起了国际同行的普遍重视，1980年联合国大会通过的《国际贸易法委员会调解规则》很大程度上吸收了我国调解工作的作法和经验。联合国就此向各国推荐，不少国家现在也已经将调解引进了仲裁程序，近年来发展起来的联合调解方式，又是对国际仲裁的一种新尝试，在解决国际商业争端中正在发挥着独特的作用。我国涉外仲裁机构在不断完善自身制度的同时，还与国际上其他常设仲裁机构广泛交流，共同研讨国际经济交往中出现的新情况，以及给国际仲裁带来的新问题和法律对策，以推动我国涉外仲裁工作国际化和现代化的进程，并不断向更高水平迈进。

三 中国涉外仲裁的经验对仲裁立法的意义

中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会的仲裁工作在赢得国内外当事人的信赖和赞誉的同时，也积累了丰富的经验。

我国涉外仲裁的主要经验是：

1. 在机构设置上，走民间化的道路。两个涉外仲裁机构都是根据国务院决定附设在中国最大的民间团体——中国国际贸易促进委员会（中国国际商会）之内，仲裁委员会与国家行政机关无任何依附关系，与中国国际商会具有相对独立的地位，仲裁委员会作出的任何决定，都无需交付中国国际商会复审，而仲裁委员会的仲裁庭作出的任何决定，也无需仲裁委员会批准。这就保证了仲裁庭办案不可或缺的独立性。

2. 在仲裁的依据上，实行协议仲裁。当事人之间的仲裁协议是仲裁员审理和裁决争议案件的权力渊源，是仲裁庭和仲裁机构行使管辖权的根本依据。没有仲裁协议的争议案件，仲裁机构不予受理。

3. 在仲裁程序上, 实行当事人自由指定仲裁员、仲裁员回避和不公开审理制度, 两个涉外仲裁机构都参照其他国际仲裁机构的仲裁规则, 制订了自己的比较完善的仲裁规则。仲裁规则指导思想之一就是尊重当事人的意思自治和自由, 以及为了实现当事人的仲裁意愿而赋予仲裁庭相当程度的自由裁量权。在中国涉外仲裁机构选择仲裁的当事人, 可以自由选择仲裁员名册中的任何仲裁员, 也可以将这种选择权力委托给仲裁委员会主席。当事人可以要求他认为与案件有利害关系的仲裁员回避, 以保证仲裁员的独立性和公正性, 实行不公开审理原则有助于保守当事人的商业秘密。

4. 在裁级制度上, 实行一次裁决即为终局的制度。涉外仲裁不实行强制管辖而尊重当事人的意愿和约定, 使得一次裁决即为终局的制度有了坚定的基础。因为这种终局性不是外部力量的强加, 而是当事人在订立仲裁协议时的约定。实践表明, 绝大多数仲裁协议都明确规定了仲裁裁决是终局的, 或者当事人无此约定时, 他们愿意服从的仲裁规则中有此规定。中国两个涉外仲裁机构的仲裁规则第 36 条规定: “仲裁裁决是终局的, 任何一方当事人均不得向法院起诉, 也不得向其他机构提出变更仲裁裁决的请求”。当事人在仲裁协议中愿意服从的仲裁规则实际上已构成了仲裁协议的组成部分。

5. 在裁决执行方面, 由于我国已于 1987 年 4 月 22 日成为联合国 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(纽约公约) 的缔约国, 我涉外仲裁机构的仲裁裁决可在世界上其他 80 多个缔约国得到承认和执行, 在国内, 涉外仲裁机构仲裁裁决的执行依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 28 章的有关规定办理。纽约公约和我国民事诉讼法第 28 章规定, 在执行仲裁裁决时, 法院不审查实体, 只依据被申请人的请求和举证, 审查有限的几类程序事项。这就保证了仲裁裁决的终局性和可执行性, 也提高了彻底解决争议的效率。

中国涉外仲裁的上述经验, 不仅在实践上行之有效, 而且赢得了外界舆论的称赞。例如国际商会在《亚太地区的国际仲裁》专刊中表示, 中国涉外仲裁机构的仲裁规则 ” 体现了中国国际仲裁制度的重大开放 ” , 伦敦《国际金融法评论》杂志特刊评论说中国的涉外仲裁已 ” 走向国际化 ” 。

中国涉外仲裁的上述经验, 对中国即将制订的仲裁法具有重要的意义。法律是社会经济基础的反映。仲裁作为现实生活中切实可行的解决争议的方式应该得到法律的确认和保护。但是, 法律如何确认和鼓励人们以仲裁的方式去解决争议, 却是值得深入研究的问题。在这方面, 我国涉外仲裁工作的成功经验, 为仲裁立法提供了有益的借鉴。为使我国的仲裁立法能够适应现代社会的需要, 实行仲裁机构民间化和协议仲裁制度, 赋予当事人和仲裁员进行仲裁程序的自由以及确保仲裁裁决的终局性, 是仲裁立法的必由之路。

第九章 仲裁协议

一 仲裁协议的作用

仲裁协议是指各方当事人自愿将他们之间已经发生的争议或可能发生的争议，提交仲裁解决的一种协议。

仲裁协议有 3 种类型：第一种是指各方当事人在争议发生前订立的，表示愿意将他们之间将来可能发生的争议提交仲裁解决的协议，这种协议一般包括在合同中，作为合同的一项条款称为“仲裁条款”（Arbitration Clause），第二种是指各方当事人在争议发生后订立的，表示愿意将他们之间已经发生的争议提交仲裁解决的协议（Submission）。上述两种仲裁协议，一般都要求当事人通过共同签署或者通过信件、电传、电报、传真或其他电子传送系统来达成协议。第三种是指当事人在争议发生前或争议发生后通过“援引”（Reference）的方式达成的仲裁协议，即当事人不必直接去草拟仲裁协议的内容，而是同意将他们之间的争者按照某公约、双边条约、多边条约或标准合同中的仲裁条款所述的方式进行仲裁解决。

仲裁协议是仲裁机构管辖案件的前提。目前，各国的仲裁立法，对仲裁协议的内容一般不作明确规定，原则上都承认当事人可以自由商定仲裁协议的内容。仲裁法对仲裁协议的有限度的限制主要体现在不可仲裁事项和“公共秩序保留”等方面。如 1975 年《德意志民主共和国关于仲裁程序的命令》的规定，不准把该国法律规定应用另一种裁判方式解决的争议订入仲裁协议。有的法律还规定，仲裁协议不得违反国家的“公共秩序”等仲裁协议的作用是：

1. 订立仲裁协议的各方当事人均须受该协议的约束。如果发生了争议，应以仲裁的方式加以解决，不得向法院起诉。任何一方当事人，如果违反协议向法院提起诉讼，另一方当事人可以根据仲裁协议予以抗辩，要求法院停止诉讼程序撤销诉讼立案。任何一方当事人提请仲裁的，应向协议中约定的仲裁机构提起申请，不得任意改变仲裁机构或仲裁地点。

2. 接受仲裁机构或仲裁庭的管辖权。仲裁协议规定的仲裁机构或仲裁庭，是当事人授予仲裁机构或仲裁庭管辖案件的前提和依据。若当事人发生了争议，任何一方当事人提请仲裁后，另一方在规定的期限内不指定仲裁员或不答辩的，仲裁庭有权进行缺席审理并作出缺席裁决。需要指出的是，如果当事人的仲裁请求事项或反诉请求事项超出了仲裁协议中约定的范围，仲裁庭是不能审理并作出裁决的。

3. 排除法院的管辖权，凡订有仲裁协议的，法院不得强制管辖。即使一方当事人违反协议向法院提起诉讼的，法院不得立案受理。如果当事人对裁决不服的，当事人向法院起诉或上诉的，法院也不得立案受理。

对此，我国民事诉讼法第 257 条作了如下规定：“涉外经济贸易，运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者在其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。”在世界上大多数国家的法律都规定，有效的仲裁协议，对签约的当事人均有约束力，法院不得受理就同一争议事项提出诉讼的案件。由于大多数国家有关仲裁的法律都承认仲裁协议具有排除法院的司法管辖权的作用，因此，当事人在签订合同时，如果希望将合同履行中可能

发生的争议采用仲裁方式来解决，就应该在订立合同时，把仲裁协议作为合同的一项条款加以规定，这样，一旦发生争议，任何一方都有权将争议交由仲裁解决，反之，如果合同中没有订立仲裁条款，在争议发生后，由于当事人情绪对立，要双方自愿作出一些让步是困难的，不利于达成仲裁协议，当事人要通过仲裁方式解决争议，就比较困难。

二 仲裁协议的形式与内容

一般来说，仲裁协议有两种形式，一种是书面的，一种是口头的。但是在中国，解决国际经济贸易争议的仲裁协议必须是书面的。

仲裁协议的内容繁简不一，有的规定比较详细具体，有的规定比较简单。一般来说，仲裁协议应当尽量订得详细些，以便一旦发生争议需要仲裁时，能有所遵循，仲裁协议一般包括下述几个方面的内容：

1. 提交仲裁的事项即提请仲裁的争议范围。在仲裁协议中，一般应写上：“凡因执行本合同或与本合同有关的一切争议”，均应提交某仲裁机构解决。这就是提交仲裁的事项。一方当事人实际提请仲裁的争议，以及仲裁机构所受理的争议，都不得超越仲裁协议中所规定的提交仲裁事项。否则，仲裁机构无权审理。因此，仲裁事项必须订得全面概括而且明确，不可遗漏。一般来说，仲裁协议都用这样的字眼，即“凡因执行本合同或与本合同有关的和一切争议”来表示当事人所要进行仲裁事项的意愿。

2. 仲裁地点。在商订仲裁协议时，当事人各方一般都力争在本国进行仲裁。这是由于当事人对自己所在国家的法律和仲裁的做法比较了解，而对外国的法律和仲裁的做法缺乏了解和信任，疑虑在所难免。另一方面，当事人约定的仲裁地点与仲裁所适用的程序法以及确定争议所适用的实体法都有密切的关系。一般他说，在哪个国家仲裁往往就要适用那个国家的仲裁法规；如果当事人对适用的实体法未作约定的话，则仲裁庭将根据仲裁所在地国的法律冲突规则确定应适用的实体法，这将对仲裁结果产生影响。因此，仲裁地点，往往是当事人磋商仲裁协议的焦点。一般情况下，在争取不到本国仲裁时，可以规定在对方国家仲裁，即如果卖方作为申诉人，则在买方国家仲裁；如果买方作为申诉人，则在卖方国家仲裁。如何争取到对自己比较有利比较方便的仲裁地点，取决于法律有无强制性规定，当事人的贸易方针和政策，双方的谈判地位和优势以及谈判的艺术和技巧。

3. 仲裁机构。它是指受理案件并作出裁决的机构。在国际商事仲裁中有两种做法，一种是提交常设仲裁机构仲裁，一种是组成临时仲裁庭仲裁。如果约定在常设仲裁机构仲裁，则应写明仲裁机构的名称，如果约定临时仲裁庭仲裁，则应写明组成仲裁庭的人数以及如何指定仲裁员，以及采用仲裁程序规则等等。一般说来，在仲裁中，选用在常设仲裁机构仲裁比选用临时仲裁庭仲裁更方便，因为常设仲裁机构的作用主要是从事有关仲裁的行政管理和组织工作，便于当事人联系，特别是碰到些问题时如一方当事人拒不指定仲裁员，则常设仲裁机构则有权代为指定等等，如果没有仲裁机构的协助，有些问题就不好解决，也会影响仲裁的顺利进行。因此，在拟订仲裁条款时，最好选定适当的仲裁机构。如何选择仲裁机构，这是在洽商仲裁地点时应该一并考虑注意的，因为仲裁地点与仲裁机构大多都是在同一国家，在选择仲裁机构时必须考虑该仲裁机构的信誉、规则的内容及费用、语言等多种因素。

在双方对仲裁机构达不成一致时，可以采取临时仲裁的作法。

4. 仲裁程序，它是指仲裁时所适用的程序法，包括如何提交仲裁申请、如何进行答辩、如何指定仲裁员、如何组成仲裁庭、如何进行仲裁审理、如何作出裁决以及如何交纳仲裁费等等。仲裁程序的作用，主要是为当事人和仲裁员提供一套进行仲裁的行动准则，以便在仲裁时有听遵循。仲裁程序是由各国仲裁机构自行制定，在国际上，除了各国仲裁机构制定的仲裁规则以外，还有一些区域性和国际性的仲裁规则。一般说来，仲裁条款规定在哪个常设仲裁机构仲裁，就应该按照其仲裁程序规则进行仲裁。但是，有些国家也允许双方当事人自由选用他们认为合适的仲裁程序规则。例如，在瑞典进行仲裁，双方当事人可以不采用瑞典的仲裁程序规则，而选用其他国家的仲裁程序规则。组成临时仲裁庭的仲裁程序则完全由当事人约定。

5. 仲裁裁决的效力。它是指裁决是否有终局性，对双方有无约束力，因此，在订立仲裁协议时，应当订明裁决的效力即仲裁裁决是终局的，对双方当事人均具有约束力。我国法律规定经我国涉外仲裁机构裁决处理的案件，当事人不得上诉法院。在外国大多数国家都规定裁决具有终局效力，当事人不得向法院上诉，但也有少数国家法律规定。当事人可以上诉，但只限于定程序，即法院只审查程序，不审查实体。这是因为无论从当事人角度，还是从法院，仲裁机构角度，一旦当事人采用仲裁方式处理争议，本来就是为了解决迅速及时地解决问题，避免复杂的司法上诉程序，如果仲裁同法院一样，允许当事人上诉，也就可能使仲裁也像司法诉讼一样陷入无休止的诉争的境地，这也就失去了仲裁的意义，丧失了仲裁的优越性。

仲裁协议除须明确规定上述内容外，有的还规定仲裁员人数和指定仲裁员的方式以及仲裁费用的分担等内容。

三 对内容不明确仲裁协议的处理

目前，在解决国际经济贸易争议中，仲裁已越来越成为人们普遍采用的方式，而订立一个完整的明确的仲裁协议（在合同中为仲裁条款）则是进行仲裁活动的前提条件。但在实践中，由于这样或那样的原因，存在着一些不明确或不完整的仲裁协议，从而导致仲裁机构以仲裁协议不明确无法受理案件，而法院又以有仲裁协议也不受理案件；或者是一方当事人向仲裁机构提请仲裁，另一方当事人以仲裁协议不明确而向法院提起诉讼。因此，有时就可能发生或者案件无人受理，或者仲裁机构和法院都受理同一案件的情况。

（一）不明确仲裁协议的原因

在实践中，所谓不明确的仲裁协议有下列几种情况：

1. 仲裁协议的要素不全，造成不完整的仲裁协议。

例如；仲裁协议这样规定：凡因执行本合同或与本合同有关的一切争议，经协商不能解决时，应提交双方同意的第三国的仲裁机构进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方有约束力。

2. 选择仲裁机构模棱两可的仲裁协议。

例如，仲裁协议这样规定，如有争议经双方协商不能解决的，或者提交中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁，或者提交瑞典斯德哥尔摩仲裁院仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方具有约束力。

3. 仲裁终局性不确定的仲裁协议。

例如，仲裁协议这样规定：合同执行过程中出现问题，双方应协商解决，协商不了可提交中国国际贸易促进委员会仲裁，如对仲裁结果有异议，可提交第三国仲裁（或提交法院上诉）。

4. 选择的仲裁机构与仲裁程序规则矛盾，造成无法实施的仲裁协议。

例如，仲裁协议这样规定：在发生争议时，经双方协商不能解决的，应提交中国国际经济贸易仲裁委员会按照联合国贸易法委员会仲裁规则进行仲裁，仲裁裁决是终局的，对双方具有约束力。

5. 选择的仲裁机构不存在的仲裁协议。

例如，将涉外经济贸易纠纷的解决规定在中因福建的涉外仲裁机构处理。

6. 同时选择诉讼的仲裁协议，忽略了诉讼与仲裁只能选择其一的原则。

例如，有的仲裁协议这样规定：双方如因本合同而发生争议，则将争议提交中国的仲裁机构或者法院依法解决。

上述仅是对不明确仲裁协议的大概概括。

从上述几例不明确的仲裁协议中可以看出，当事人对究竟什么是仲裁协议，以及效力，不是很清楚的。一般来说，一个完整的、明确的仲裁协议，应包括下列几个要素：（1）应订明仲裁的事项及范围。（2）必须订明仲裁机构名称，即在哪个机构仲裁；（3）必须订明仲裁规则，即适用什么仲裁程序。当事人需要注意的是，有些国家仲裁机构可以适用外国仲裁规则，如瑞典；而有些国家仲裁机构只能适用该机构仲裁规则，如中国；（4）必须订明仲裁地点，即在什么地点仲裁；（5）必须订明裁决效力，即裁决的终局性。（6）有时还应包括排除向法院上诉的内容。

值得特别区分的是，明确的仲裁协议与有效的仲裁协议的概念应是不同的。笔者认为一个有效的仲裁协议只有两个要件：一是当事人双方真实的仲裁意愿；二是仲裁事项属于法律允许的范围。而一个明确的仲裁协议要具备上述诸多因素。

在实践中，当事人为什么可能会订立一些不完整或不明确的仲裁协议呢？原因是多方面的。原因之一，是当事人对仲裁乃至仲裁协议不了解，认为只要有仲裁协议，不管其是否完善、明确，就行了。原因之二，是在照抄别人的仲裁协议时，根据自己的主观意思及理解，进行不恰当的修改。原因之三，有时双方当事人对仲裁协议的某些要素不能达成一致意见，不得不模棱两可。原因之四，是有些当事人可能故意在订立仲裁协议时，埋下伏笔，一旦将来发生争议，需要仲裁时，则提出管辖权的抗辩等等。

（二）不明确仲裁协议的影响

上述不明确的仲裁协议往往会对当事人、仲裁机构和法院造成一些消极影响。

1. 对当事人的影响。

在争议出现后，由于当事人订立了不明确的仲裁协议，当事人的仲裁意愿能否得以实现，就成为疑问。在这种情况下，受损害的一方急于想通过仲裁方式解决争议，尽快得到补偿，挽回经济损失；另一方则以仲裁协议的缺陷为由，提出抗辩，从而给仲裁制造障碍，拖延仲裁程序，使争议无法及时解决。其结果给当事人一方造成对仲裁的不理解，甚至埋怨。有时当事人可能面临“投诉无门”的局面，仲裁意愿就难以实现。

2. 对仲裁机构的影响。

仲裁机构面对不明确的仲裁协议，在一方当事人提请仲裁后，可能是不能顺利管辖案件，或者是经过完善仲裁协议后，才能正式受理案件，这无疑会拖延仲裁程序，或者经过努力后，仍然无法受理案件，或者假如仲裁机构受理了案件并作出裁决，将来在法院申请强制执行裁决时，法院可能以仲裁协议不明确为由而根据本国民事诉讼法或 1958 年公约的规定拒绝执行。

3. 对法院的影响。

面对不明确的仲裁协议，法院面临的是：（1）受理该案；（2）拒绝受理该案；（3）对仲裁协议予以完善，满足当事人的仲裁意愿。如果法院采取第一种方式，就有可能使当事人以仲裁方式解决争议的愿望落空；如果法院采取第二种方式，就可能把当事人需要解决争议的要求拒之门外，而且仲裁机构也可能以仲裁协议不明确而不受理该案，导致案件无人受理，使当事人告状无门，如果法院采取第三种方式，既可能使当事人仲裁意愿得以实现，也能使仲裁机构顺利进行仲裁程序，同时也使法院在行使国家权力的同时也帮助当事人完善了仲裁协议，维护了正常的经济贸易秩序。

（三）对不明确仲裁协议的处理

出现了不明确仲裁协议后，对当事人、仲裁机构和法院都有影响，那么，在这种情况下，如何处理呢？

1. 当事人自行完善。

如果出现了不明确仲裁协议后，最佳的方式仍然是通过当事人双方未完善仲裁协议，使其成为一个明确、完整的仲裁协议，从而使仲裁机构顺利受理案件，但是，事实上，在争议发生后通过当事人完善仲裁协议难度比较大，因为双方的情绪有些对立，有一方当事人可能采取消极态度，不予合作。

2. 仲裁机构来完善。

事实上，在许多情况下，由仲裁机构来完善当事人订立的不明确的仲裁协议，诸如仲裁机构要求当事人重新订立仲裁协议，由仲裁机构征询另一方当事人是否愿意仲裁，如果愿意，就受理案件，如果不愿意，就不受理案件。

3. 法院完善。

当事人可以将不明确仲裁协议提交法院，由法院按照法律有关规定作出决定。如仲裁协议中有仲裁机构、仲裁程序或仲裁地点等内容不明确，法院可以决定完善这些不明确的内容，因为法院为国家权力机构，最有权威来处理不明确的仲裁协议，从而在这方面起到至关重要的作用。在许多国家，仲裁协议只要写明了双方当事人愿意将他们的争议提交仲裁，就被认为是有效的仲裁条款或协议，其他事项未写明或写得不明确，甚至写得前后矛盾，只要没有否定双方当事人的仲裁意愿，就不影响仲裁条款或协议的效力。而对于不明确的事项可由法院去作出决定，使其得到明确，以实现当事人的仲裁意愿。这是因为，仲裁完全是当事人的意愿，法院应当尊重当事人的这种意愿，而且应当帮助当事人实现这种意愿。

例如，1985 年我国机械设备进出口公司与美国宝鑫尼亚（Bauhinja）公司在履行合同中发生争议，宝鑫尼亚公司向美国加州法院起诉，我国机械设备进出口公司以合同中订有仲裁条款为由对美国加州法院的管辖权提出抗辩，加州法院认为，合同中订有仲裁条款，法院不应予以管辖，但仲裁条款不明确，没有订明仲裁地点，仲裁无法进行，因此美国加州法院裁定，不进行法院诉讼审判程序，而指定双方当事人在美国加州按照当地的仲裁程序组成临时仲裁庭，进行仲裁。

（四）中国的实践和问题

由于中国法律规定的不明确，也出现一些不明确仲裁协议的问题，对此，中国仲裁机构在目前的做法是：当争议一方当事人以不明确仲裁协议向仲裁委员会申请仲裁时，仲裁委员会即要求由双方当事人对原仲裁协议予以修改或重新达成在仲裁委员会仲裁的仲裁协议或者由仲裁委员会征求另一方的意见，如果修改并达成在仲裁委员会仲裁的新协议或另一方当事人同意在仲裁委员会仲裁，仲裁委员会即可受理并进行仲裁程序。如果双方当事人达不成一致意见或另一方当事人不同意在仲裁委员会仲裁，仲裁委员会则请申请人到有管辖权的法院就仲裁事项等作出决定，是否能实现双方当事人原来的意愿和约定的仲裁。

我国《民事诉讼法》（包括试行）在涉外仲裁章节中，规定双方当事人有仲裁协议的，提交仲裁机构处理争议，没有和达不成仲裁协议的，可以向人民法院起诉。对不明确的仲裁协议的处理程序没有规定，因此各地人民法院对这一问题的认识和处理都不一致，有的地方法院是受理这样的案件，而有的地方是拒之门外，导致当事人的争议无法解决，也有的征求仲裁机构的意见，以求配合。

为规范对仲裁条款和协议方面问题的处理，1992年7月最高人民法院在《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》里曾作出的一些规定，是值得称道的，但没有彻底解决不明确仲裁协议的问题。例如，该意见规定，当事人在仲裁协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉：因仲裁条款或协议无效、失效或者内容不明确，无法执行而受理的民事诉讼，如果被告一方对人民法院的管辖权提出异议，受诉人民法院应就管辖权作出裁定，这样一来，一方面，人民法院不是主动帮助当事人将仲裁协议予以明确，而是可以直接进行诉讼程序，有违当事人意愿的嫌疑；另一方面有的法院可能将内容不明确的仲裁协议与无效或失效的仲裁协议混同，或是将不明确仲裁协议的含义作出扩大解释，影响法律的统一性。近期以来，有一些法院以仲裁协议不明确为由，将涉外经贸争议付诸诉讼程序，引起当事人往往是外方当事人异议并到处投诉。有的法院甚至在内部形成不成文的规定，仲裁协议只有“中国贸促会”而没有“仲裁委员会”字样的，也属于不明确仲裁协议，予以诉讼管辖，从而引起当事人一般是外方当事人的强烈不满，从而导致外方当事人对我国投资环境的怀疑。实际上，这种规定是没有道理的，我国涉外仲裁机构是根据前政务院的决定设在中国贸促会内，当事人约定在贸促会仲裁就正如当事人约定在“国际商会”仲裁并不一定要写明在“国际商会仲裁院”或约定在“瑞典斯德哥尔摩商会”仲裁并不一定要写明在“瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院”仲裁一样。强行诉讼管辖其后果也是严重的，一是不尊重当事人意思自治原则，二是可能造成当事人在国外执行法院判决，不能依据1958年纽约公约，从而加大执行难度，拖延受损害一方索偿时间。

仲裁协议无效或失效的，由人民法院予以受理，进行诉讼审判程序：属于内容不明确的，法院应根据法律的规定、仲裁机构的设置、政府的决定、外贸活动中的实际做法筹各方因素，进行完善仲裁协议，满足当事人的仲裁意愿。

为尊重双方当事人解决国际经济贸易争议而选择仲裁方式的意愿，改善我国贸易与投资的软环境，更好地吸引外资，我国仲裁法应对内容不明确的

仲裁协议的处理作出适当规定，在一方当事人提起诉讼时，人民法院不予进行诉讼审判程序，但可以对仲裁协议中不明确的事项作出裁定，予以明确，认定仲裁协议有效，根据仲裁协议的具体内容指定适当的仲裁地点、仲裁程序、仲裁机构，并指定当事人在常设的仲裁机构内进行仲裁，或者不指定仲裁机构而组织临时仲裁庭进行仲裁。这是基于仲裁的意思自治、协议管辖的基本原则，尊重当事人的意愿；也符合我国实行对外开放政策的需要，按照国际惯例办事，有利于进一步改善我国的投资环境。

四 几种不同的推荐性仲裁协议

仲裁协议所规定的内容，各国的规定大同小异。但在形式上，各国的作法却不一样。现就国际上主要国家和地区常设仲裁机构的推荐性的仲裁协议的标准格式和临时仲裁庭的仲裁协议的参考格式分别介绍如下

1. 在我国仲裁的协议。

“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议，如果双方协商不能解决，应提交中国国际经济贸易仲裁委员会根据其仲裁规则进行仲裁，仲裁地点在北京，仲裁裁决是终局的，对双方均具有约束力。”仲裁费用除仲裁庭另有规定外，由败诉一方负担。”也可以加上如果约定仲裁地点在深圳，则应写明“在深圳”，如果约定仲裁地点在上海，则应与明“在上海”。

“凡因执行本租船合同（或救助契约等）所引起的争议，均应提交中国海事仲裁委员会按照其现行仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。”

2. 在被告国仲裁的协议。

“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议，双方应通过友好协商解决，如果协商不能解决，应提交仲裁。

仲裁在被上诉人所在国进行。

在中国，则由中国国际经济贸易仲裁委员会根据其仲裁规则进行仲裁。

在XX国，由XX国仲裁机构根据其仲裁规则进行仲裁。

仲裁裁决是终局的，对双方都有约束力。

类似这样的条款还有如下：

“……如果卖方为被上诉人应提交XX国仲裁机构根据其仲裁规则进行仲裁，仲裁地点在XX地，如买方为被上诉人应提交中国国际经济贸易仲裁委员会根据其仲裁规则进行仲裁，仲裁地点在北京……”等等。

3. 在第三国仲裁的协议。

“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议，如双方协商不能解决，应提交XX国XX仲裁机构根据其仲裁规则进行仲裁，仲裁裁决是终局的，对双方均具有约束力。仲裁费由败诉方负担。”

4. 香港国际仲裁中心推荐的仲裁协议。

“任何因本合同而发生或与之有关的纠纷、争议或索偿或违反或终止本合同，均应按照本合同签订之日有效之联合国国际贸易法委员会仲裁规则在香港进行仲裁。

“有权指定仲裁员的机构是香港国际仲裁中心。”任何该等仲裁事宜均由香港国际仲裁中心按其仲裁程序处理。”

“合同各方同意放弃就仲裁过程中发生的或与任何裁决有关的任何法律

问题向香港法院申诉或上诉的权利。”

“ 仲裁程序中使用的语言应为 XX。 ”

5. 伦敦国际仲裁院推荐的仲裁协议。

“ 由本合同所产生的或与本合同有关的任何争议，包括该合同的成立、效力和修正均应提交或最终根据伦敦国际仲裁院的仲裁规则仲裁解决，该规则应视为包括在本条款之中。 ” 6. 瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院推荐的仲裁协议。

“ 任何有关本协议的争议，应最终根据斯德哥尔摩商会仲裁院的仲裁规则进行仲裁解决。 ”

7. 国际商会国际仲裁院推荐的仲裁协议。

“ 有关本合同所发生的一切争议应根据国际商会的仲裁规则由一名或多名仲裁员仲裁解决。 ”

8. 组成临时仲裁庭的仲裁协议。

“ 凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的任何争议，如双方协商不能解决，根据 1976 年联合国国际贸易法委员会仲裁规则由 3 名仲裁员组成仲裁庭，在 XX 国 XX 地仲裁解决，仲裁裁决是终局的。仲裁员的指定机构为 XX，仲裁中使用语言是英语，仲裁费用由败诉方负担。 ”

g. 在争议发生后双方所签订的仲裁协议，没有固定的格式。在实践中可以这样签订：

提请中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁的协议

我们双方愿意提请中国国际经济贸易仲裁委员会根据其仲裁规则，仲裁解决如下争议：

(1)

(2) (争议事项)

仲裁地点在北京。

我们同意仲裁裁决是终局的，对双方均具有约束力。

当事人名称、地址、签字

年月日于北京

以上列举了几种在不同国家仲裁的常用仲裁协议的参考格式，可供我国各有关当事人在拟订仲裁协议时参考。

第十章 仲裁程序

一 仲裁程序规则

仲裁程序规则是进行仲裁程序和手续的规范，其主要内容包括如何申请、答辩、抗辩和反诉，仲裁员如何指定，审理如何进行，裁决如何作出，仲裁费用如何收取等。仲裁程序规则的主要作用是规定了当事人、仲裁员，有关机构和人员在仲裁程序中的权利与义务、行为与方向，从而为仲裁程序的顺利进行提供一套行之有效的行为准则。

在认识和利用仲裁程序规则时，既要区别机构仲裁和临时仲裁的仲裁程序规则，也要将仲裁程序规则与仲裁法区别开来。

（一）机构仲裁与临时仲裁

机构仲裁是指由一个机构来管理仲裁程序，通常是按自己的仲裁规则进行，例如，按国际商会仲裁规则，在国际商会仲裁院的管理下进行仲裁，按中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则，在中国国际经济贸易仲裁委员会管理下进行仲裁。

临时仲裁也称非机构仲裁，是指不由任何已设立的仲裁机构进行正规管理，而是由当事人双方对某个仲裁案自行创设自己的仲裁程序。当事人可以在合同中起草一套临时仲裁程序或参考联合国国际贸易法委员会规则或在发生纠纷后授权仲裁庭自选程序。

机构仲裁所使用的仲裁规则一般都是由该仲裁机构自行制订的，其优点是：第一，这些仲裁程序规则都是在国际商事领域内的专家所起草的经受了时间考验的规则和程序，内容全面，考虑周到，能够保障仲裁程序的顺利进行；第二，当事人在仲裁协议中可以简便地引入仲裁机构的仲裁规则。当事人只经规定“仲裁由××机构按照××机构的仲裁规则进行”即可；第三，即使采用仲裁机构已经制订的仲裁规则，在某些方面，例如仲裁庭仲裁员人数、仲裁地点、仲裁程序、语言等方面，当事人可自由地达成协议。但是，在不同的仲裁机构仲裁规则项下，当事人自由决定的权利有多少之分。

临时仲裁的仲裁程序规则若由当事人自己制订，则能充分地体现当事人的意思自治；然而事物都有正反两个方面，精通商用的当事人如果没有仲裁机构的协助，未必能够制订出面面俱到、妥善无虞的仲裁程序规则。

（二）仲裁程序规则与仲裁法

仲裁程序规则不是仲裁法，仲裁程序规则是当事人制订或者当事人同意采用的，是当事人意志的体现；仲裁法则是国家制订的，是国家意志的体现。在一个国家进行仲裁，当事人可以选择或制订仲裁程序规则，可以选择适用另一国家的仲裁法中的程序规定，但不能排除仲裁地所在国仲裁法是强制性规定的部分。一般来说，某国仲裁机构的仲裁规则通常考虑与该国仲裁法的规定相协调。

中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会管理下的仲裁都是机构仲裁。作为一个通例，在这两个仲裁机构进行仲裁要分别服从它们的仲裁规则。中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会曾先后分别颁布实施了两套仲裁规则，一是1956年3月31日由中国国际贸易促进委员会制订的《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》，1959年1月8日中国国际贸易促进委员会制订的《中国国际贸易促进委员会

海事仲裁委员会仲裁程序暂行规则》：二是 1988 年 9 月 12 日中国国际贸易促进委员会（中国国际商会）通过的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》和《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。自 1989 年 1 月 1 日起，两个仲裁委员会新的仲裁规则生效施行。

两个仲裁委员会所制订的新的仲裁规则与原来的暂行规则比较，其主要特征有：

1. 管辖权扩大到受理中外当事人之间的、外国当事人之间的和中国当事人之间具有涉外因素的一切国际经济贸易争议案件或有关契约关系的海事争议案件：

2. 扩大仲裁员名单，吸收非中国籍人士担任仲裁员；

3. 仲裁庭的首席仲裁员原先由两位仲裁员共同选定，现改为由仲裁委员会主席指定；

4. 以前开庭审理是公开的，现在改为不公开的；

5. 明确地规定当事人有仅请求仲裁员回避；

6. 仲裁委员会受理有两个或两个以上申诉人及/或被诉人的争议案件：

7. 明确规定，仲裁委员会仲裁庭经双方当事人同意，可以对其受理的案件进行调解；如果调解成功，仲裁庭将根据双方当事人和解协议的内容，作出裁决书，不再遵循过去作调解书的做法，其目的是利于在一方不履行仲裁裁决时，另一方可以向法院申请强制执行。

在中国可否进行临时仲裁，这在中国法律上仍是不明确的。但是可以合理地预计，如果临时仲裁为中国法律所允许的话，中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会部将可以作为临时仲裁的指定机构，协助当事人指定临时仲裁庭的仲裁员，或者上述两种仲裁机构本身允许使用联合国国际贸易法委员会仲裁规则或其他仲裁机构的仲裁规则。

二 仲裁申请

仲裁申请，是仲裁机构立案受理的前提。提出仲裁申请，是开始仲裁程序的一项必要法律手段。各国仲裁法和各国际仲裁机构的仲裁规则，对于如何提出仲裁申请，仲裁申请书应当包括什么内容都有明确规定，基本上是大同小异。根据中国涉外仲裁机构仲裁规则的规定，仲裁申请有如下要求：

1. 提交仲裁申请书。

仲裁申请书是争议一方的当事人，即申诉人根据仲裁协议将已发生的争议正式提请仲裁机构审理裁决以保护其合法权益的法律文书，也是争议的另一方当事人即被诉人应诉答辩的基本依据。

仲裁申请书上应当写明申诉人和被诉人的名称、地址、电传、传真、电话及法人代表；申诉人所依据的仲裁协议；申诉人的要求及所依据的事实和证据；如果委托代理人办理仲裁事项或参与仲裁的，应当提交书面委托书。申诉人和被诉人应是订立含有仲裁条款的合同或仲裁协议的当事人，不是当事人的，即使与争议有关的也不得列为第二申诉人或第二被诉人。当事人的名称有变更的，应出具有关变更证明。申诉人的要求应当明确具体。理由部分应根据事实和证据将争议发生的时间、地点、情节过程、因果关系等按时间顺序简要陈述，并应根据有关法律条文、合同规定和国际惯例，分析论证，阐明理由。仲裁申请书上还必须签名和/或盖章并写明日期。

2. 提交仲裁申请所依据的事实的证明文件。

事实必须有证据支持。根据谁主张谁举证的原则，申诉人提出仲裁申请，要说明自己的主张支持自己的主张，应负有举证责任。证据包括书面证据、实物证据和视听证据等。提交仲裁申请书、有关书面证据和证明文件均一式 5 份。但是，如果被上诉人一方有两个或两个以上的当事人，仲裁申请书及其所附材料多交 1 份或 1 份以上。

3. 指定或委托代为指定一名仲裁员。

当事人有权在仲裁委员会仲裁员名册中指定一名自己信任的、根据其争议的性质认为对这方面有专长或有经验的仲裁员。申诉人也可以委托仲裁委员会主席代为指定一名仲裁员。

4. 预交规定的仲裁费。

仲裁规则所附的仲裁费用表是按争议金额的大小采取百分比递减的方法计算的。

经贸仲裁委员会规则所附仲裁费用表规定，争议金额在 10 万元人民币以下的，为 4%，最低不少于 2000 元人民币；10 万至 50 万元的，为 4000 元加 10 万元以上部分的 3%；50 万元至 100 万元的，为 1.6 万元加 50 万以上部分的 2%；100 万元至 500 万元的，为 2.6 万元加 100 万元以上部分的 1%；500 万元以上的，为 6.6 万元加 500 万元以上部分的 0.5%。

同时，根据规则规定，仲裁委员会还可以向当事人收取其他实际开支。

海事仲裁委员会的收费标准略高一些。其仲裁规则所附仲裁费用表规定，争议金额在人民币 10 万元以下的，仲裁费用为争议金额的 6%，最低不少于 2000 元，10 万元至 50 万元的，为 6000 元加上 10 万元以上部分的 4%；50 万元至 100 万元的，为 2.2 万元加上 50 万元以上部分的 3%；100 万至 500 万元的，为 3.7 万元加上 100 万元以上部分的 1.5%；500 万元以上的，为 9.7 万元加上 500 万元以上部分的 0.7%。

根据仲裁委员会仲裁规则第 7 条，仲裁委员会收到仲裁申请书及其附件后，可以审查申诉人申请仲裁的手续是否完备。这种审查是对仲裁申请的表面审查，不涉及案件的实体事项。审查的目的是为了提醒当事人及时弥补手续上、形式上的缺陷，以利仲裁程序顺利地、迅速地开始。仲裁委员会对仲裁申请的审查工作由秘书处承担。秘书处将认真审核申诉人提交的仲裁申请书及所附材料，特别是下列事项：

1. 申诉人与被上诉人之间是否订有本会仲裁的仲裁协议，包括合同中的仲裁条款和其他形式的仲裁协议；

2. 申诉人和被诉人名称与仲裁协议的当事人是否一致，如不一致，则要求当事人更正或提供名称变更的说明和依据，出现两个或者两个以上申诉人及/或被诉人时，则严格审核他们是否都具有申诉人及/或被诉人的资格；

3. 仲裁申请书是否有申诉人的印章及/或签字或其他代表的签字或印章。代表签字时，应有该代表的资格证明。委托代理人签字的，应有书面授权委托；

4. 申诉人和被诉人的通讯地址是否详细、清楚；

5. 是否已指定仲裁员或者已委托仲裁委员会主席代为指定仲裁员；

6. 是否已按照规定预缴仲裁费用；

7. 所交材料是否齐全。

对上述各项，凡属不全的，应要求当事人补全，凡属不当的，可要求当事人予以更正。

仲裁申请经仲裁委员会秘书处审查，符合要求手续齐备的，秘书处即予立案；不符合要求，申诉人拒不补办或者仲裁委员会没有管辖权的，则不予受理。

在仲裁申请阶段，有几个问题值得注意：

1. 所谓的“第三人”问题。

有的当事人在仲裁申请书中，除了列明申诉人和被诉人外，还列有“第三人”的名称及其地址，按照民事诉讼法的规定，第三人是指对当事人双方的诉讼标的虽然没有独立的请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系。申诉人之所以要写上“第三人”，主要是为了将合同当事人之外的第三方纳入仲裁程序中，以便有更多的人承担法律责任。但是从理论和实践上看，所谓的“第三人”，是没有依据和没有意义的，理由是：第一，仲裁管辖是协议管辖，只有签订了仲裁协议的当事人才能成为仲裁机构有管辖权的案件当事人。“第三人”没有与申诉人和被诉人签订仲裁协议，仲裁机构并无任何依据去对他行使管辖权。第二，依据仲裁协议，仲裁案件中只有申诉人一方和被诉人一方。“第三人”若参加仲裁，那么他是参加申诉人一方还是被诉人一方将颇成疑问，如果“第三人”对案件的真实情况确实了解，申诉人或被诉人可以请其作为证人参加仲裁，以所谓的“第三人”身份参加仲裁是不妥当的。

2. 仲裁费用问题。

仲裁费用原则上是不能减免的。有的仲裁机构，例如瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则第13条规定，“如果一方当事人未按要求支付保证金额，仲裁院应给另一方当事人交纳全部保证金的机会。如果即使这样，保证金款项仍未支付，则案件将全部或部分地被撤销或中止。”这样，当事人不交纳预收的仲裁费用导致严重的后果。按照中国涉外仲裁机构的仲裁规则，申诉人预缴足额的仲裁费是立案的必备前提之一，不缴仲裁费将不予立案。仲裁委员会除可收取仲裁费用外，还可以向当事人收取其他实际开支，包括仲裁员办理案件的报酬、旅差费和住宿费，以及仲裁庭聘请专家、鉴定人和翻译等费用。这些实际开支费用可视情况向申诉人或被诉人收取。

3. 仲裁时效问题。

当事人应在法律规定的仲裁时效期间内提出仲裁申请。我国涉外经济合同法第39条规定，“货物买卖合同争议提起诉讼或者仲裁的期限为4年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵犯之日起计算，其他合同争议提起诉讼或者仲裁的期限由法律另行规定。”迄今为止，有关合资合作合同争议和“三来一补”合同争议提请仲裁的时效尚无法律规定，虽然它们的仲裁时效不受上述4年的限制，但它发生争议之后，还是尽快提出仲裁申请为好。

三 仲裁员指定与仲裁员回避

在国际仲裁中，当事人最重要的权利之一就是指定仲裁员审理争议案件。仲裁员作为双方当事人都信赖的第三者和裁判者，必须在仲裁中保持他的独立与公正。为此，仲裁员的回避制度是各个仲裁规则都具备的重要内容。

（一）仲裁员的指定

1. 仲裁员名册。

世界主要商事仲裁机构对仲裁员资格的要求有 3 种不同的实践。一种是设立仲裁员名册，只有被列入名册的人才能被指定担任仲裁案件的仲裁员；另一种是不设立仲裁员名册，只笼统地要求仲裁员应保持独立和公正，当事人有选择仲裁员的较大自由；还有第三种，就是仲裁机构虽然设有仲裁名册，但当事人可以在其中指定仲裁员也可以不在其中指定仲裁员而另觅他处。

我国涉外仲裁机构没有仲裁员名册。其仲裁员是由中国国际贸易促进委员会从对国际经济贸易、科学技术和法律等方面具有专门知识和实践经验的中外人士中聘任的。现有仲裁员 109 名，其中香港地区的仲裁员 7 人，外国籍的仲裁员 5 名。任何一方当事人可以在该仲裁员名册中任意指定一名仲裁员。

2. 申诉人指定仲裁员。

申诉人应在提请仲裁申请时从仲裁员名册中指定一名仲裁员；如果申诉人对仲裁员的人选难以确定，他可以委托仲裁委员会主席代为指定一名仲裁员。

申诉人可以与被诉人一起，在仲裁委员会仲裁员名册中共同指定，或委托仲裁委员会主席指定一名仲裁员为独任仲裁员，成立仲裁庭，单独审理案件。

仲裁案件有两个或两个以上申诉人的，申诉人之间应当经过协商，在仲裁委员会仲裁员名册中共同指定一名仲裁员。

3. 被诉人指定仲裁员。

被诉人应在收到仲裁申请书之日起 20 天内在仲裁委员会仲裁员名册中指定一名仲裁员，或者委托仲裁委员会主席指定。

被诉人可以与申诉人一起，在仲裁委员会仲裁员名册中共同指定，或者委托仲裁委员会主席指定一名仲裁员为独任仲裁员，成立仲裁庭，单独审理案件。

仲裁案件有两个或两个以上被诉人的，被诉人之间应当经过协商，在最后一名被诉人收到仲裁申请书之日起 20 天内，在仲裁委员会仲裁员名册中共同指定一名仲裁员。

4. 仲裁委员会主席指定仲裁员。

仲裁委员会主席可以接受申诉人、被诉人的委托，代为申诉人、被诉人指定一名仲裁员或者按照申诉人和被诉人的共同委托，代为指定一名独任仲裁员。

在下列情况下，仲裁委员会也有权指定仲裁员：

- （1）在被诉人收到仲裁申请书之日起 20 内，被诉人未指定仲裁员的；
- （2）双方当事人约定由一名独任仲裁员审理案件，但在被诉人收到仲裁申请书或者在约定由一名独任仲裁员审理案件之日起 20 天内就独任仲裁员人选达不成一致意见的；

（3）有多方当事人的仲裁案件，申诉人之间未能在提交仲裁申请书时共同指定/或被诉人之间未能在最后一名被诉人收到仲裁申请书之日起 20 天内共同指定仲裁员的。

在由 3 名仲裁员组成仲裁庭的案件中，首席仲裁员应由仲裁委员会主席在仲裁委员会仲裁员名册中指定。

（二）仲裁员的回避

被指定的仲裁员，如果与案件有利害关系，应当自行向仲裁委员会请求回避，当事人也有权向仲裁委员会提出书面申请，要求该仲裁员回避。至于什么是“利害关系”，仲裁规则没有明确地加以规定。通常，仲裁员若是案件当事人或当事人的代理人的近亲属，或者仲裁员与当事人之间有密切的商务关系，或者仲裁员曾经为案件的当事人一方就本案的实体事项提出过意见或进行过协助，则这种关系构成回避的理由。至于仲裁员与当事人之间曾经有过同学关系、师生关系等，一般不构成回避的理由。

当事人要求仲裁员回避，应当在案件第一次开庭审理之前提出。如果要回避原因的发生或者得知是在第一次开庭审理以后，可以在其后到最后一次开庭审理终结以前提出。那种拖延请求回避的时间甚至在开庭开始时才“突然袭击”地提出回避请求的做法，是不可取的。

当事人要求仲裁员回避和仲裁员自行请求回避，应当附具理由和证据。仲裁员回避的决定，由仲裁委员会主席作出。

仲裁员因回避或者其他原因不能履行其职责时，应当按照原指定仲裁员的程序，重新指定。

（三）仲裁规则中没有规定的两个问题

1. 仲裁员有无披露个人情况的义务。

仲裁员披露个人情况，是指仲裁员被问到是否接受担任仲裁员时，或者在其后适当的时候应向指定他为仲裁员的人公开任何可能被视为对他的公正性或独立性的信任有所影响的情况。许多国际商事仲裁规则已将披露个人情况规定为仲裁员的义务。中国涉外仲裁机构的仲裁规则虽然无此规定，但在实践中通常要求仲裁员披露可能构成回避理由的情况，预计，在以后修订仲裁规则时，这种情况将会受到重视。

2. 仲裁员与律师的区别。

当事人有权指定仲裁员，然而并不表明谁指定的仲裁员就代表谁的权益甚至应该为谁争辩。仲裁员与当事人委托的律师，其身份和作用是不同的，仲裁员独立公正地审理案件不代表任何一方的权益，不偏袒任何一方，不受行政干预或来自其他方面的干扰。当事人的代理律师，则受当事人的委托代表其当事人的权益，应该为其当事人争辩。一些当事人在开庭前想找自己指定的仲裁员见面，这是没有必要的，仲裁员也是应该回避的。或许有些当事人在提交申请前或仲裁程序中想知道自己能否胜诉或谈谈有关情况，这种心情可以理解，然而仲裁员是不能对案件的实体问题发表意见的，也是不允许与当事人私自会见的。然而，当事人可以与其代理律师商量，听取律师的意见。仲裁员必须依仲裁规则的规定，按照仲裁程序办案。当事人有什么意见和要求，应通过秘书处转递仲裁员。

四 答辩与反诉

仲裁委员会立案受理后，将申诉人的仲裁申请书及其附件连同仲裁规则和仲裁员名册各一份，寄送被诉人。被诉人应在收到仲裁申请书之日起 20 天内指定仲裁员并应在收到仲裁申请书之日起 45 天内提交答辩书及有关证明文件。

答辩，是仲裁案件的被诉人为维护自己的权益，对申诉人在仲裁申请书

中提出的要求及所依据的事实证据和理由所作的答复和辩护，被上诉人实事求是的理由充分的答辩，将有利于仲裁庭在审理中查明事实、分清是非，公正合理地作出裁决，以维护当事人的各方的合法权益。答辩，要针对申诉人提出的仲裁要求——予以答辩，是承认其要求，还是反对其要求，或部分承认部分反对。反对的或反驳的，要有事实有证据。不理不睬的态度是不可取的。

被诉人不按期指定仲裁员的，仲裁委员会主席有权代为指定一名仲裁员；被诉人不按期提交答辩书的，仲裁程序可以按照仲裁规则的规定进行，不影响案件的审理。

被诉人除了提交答辩书外，还可以提出反诉。

反诉是仲裁程序进行中被诉人对申诉人提出独立的反请求。被诉人在反诉书中应写明其要求及听依据的事实和证据，并附具有关证明文件，提出反诉的，同样应按照仲裁委员会仲裁规则所附的仲裁费用表的规定预交反诉讼费，否则仲裁机构可以对反诉不予受理。按照仲裁委员会仲裁规则的规定，反诉应在提交答辩书的期限内提出，超过期限仲裁机构可以不予受理。

对于答辩和反诉，下列问题需要注意：

1. 答辩和反诉可否延期提出。

仲裁委员会仲裁规则第8条和第9条规定，答辩和反诉应在被上诉人收到仲裁申请书之日起45天内向仲裁委员会提交。在实际工作中，当事人可以请求延期提出答辩，因为这是当事人的基本辩护权利之一。但是对于反诉，由于仲裁规则没有可以延期提出反诉的规定，当事人应在限期内提出，否则，仲裁委员会可以不受理该反诉，而由反诉人另行提请仲裁，尽管如此，为了便于当事人在同一程序里解决他们之间的争议，仲裁委员会在修订仲裁规则时，应可考虑增加规定“仲裁委员会要求当事人在规定的期限内履行某种行为的该期限可由仲裁委员会延长”之类的语句，以使仲裁规则更有弹性。

2. 反诉与原告的关系。

反诉是独立于原告的一个诉权，但是两者之间又存在着密切联系：（1）反诉人应是原仲裁申请书（原告）中的被上诉人，而被反诉人应是原诉中的申诉人，（2）反诉和原诉应基于同一契约关系；（3）反诉和原诉可以合并审理和裁决。在没有反诉的案件中，如果申诉人申请撤诉，案件应该撤销，在有反诉的案件中，申诉人撤诉申请不能导致案件撤销，除非被诉人也同意撤销案件，反诉应予继续审理和作出裁决。

五 保全措施

保全措施，又称临时措施，是指在仲裁程序进行前或进行期间内，根据一方当事人的申请，一般由法院作出的对证据或另一方当事人的财产采取的一种临时性的强制措施，目的是为了保护当事人的利益，防止证据的灭失或另一方当事人在仲裁期间变卖或转移财产，以便取得证据或执行仲裁裁决，保全措施包括证据保全措施和财产保全措施。仲裁中的保全措施主要是财产保全措施。

仲裁中的财产保全措施应当具备以下条件：

1. 仲裁案件的一方当事人提出书面的保全措施申请。申请应写明申请人和被申请人的名称、地址等基本情况；仲裁案件概况；申请保全的理由和证据；申请保全的财产状况及其保全范围或金额，申请人提供担保的情况等。

2. 申请保全措施要有正当的理由。通常，申请保全措施的正当理由是由于一方当事人的行为或者其他原因，有可能使裁决将来不能执行或难以执行。所谓由于一方当事人的行为，是指一方当事人可能将争议的标的物出卖、转移、隐匿、毁损或者抽逃资金，将动产带出国内。所谓其他原因，主要是指由于客观的原因，使争议的标的物无法保存，如不宜长期保存的物品可能变质、腐烂等。

3. 申请人要提供担保。为了防止保全错误造成的损失无人承担的局面，法院采取保全措施之前，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。

保全措施是一种强制性的临时措施。如果保全得当，措施得力，对于仲裁案件的顺利审理和裁决的执行会有所裨益。但是保全措施不能滥用，必须慎重。保全的财产金额通常不应超过仲裁申请的索赔数额，申请保全的财产的范围应该是当事人所有的财产，不能牵连第三者的财产，损害他人的利益。保全措施不构成对当事人实体权利或财产权益的处分。

根据中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则第 13 条和中国海事仲裁委员会仲裁规则第 13 条的规定，“仲裁委员会可以根据当事人的申请和中国法律的规定，提请被申请人财产所在地或者仲裁机构所在地的中国法院作出关于保全措施的裁定。”但是，在仲裁规则实施之后于 1991 年 4 月 9 日由第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第 258 条规定，“当事人申请采取财产保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”当事人申请财产保全措施的，仲裁委员会将不加任何审查，而是将有关申请文件直接寄送被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院予以裁定。

中国民事诉讼法还规定，人民法院裁定准许财产保全后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

六 仲裁文件的送达

仲裁文件的送达问题在国际仲裁中十分重要，因为送达不仅关系被送达人行使申诉和答辩权利，而且对仲裁裁决的执行还会有一定的影响，《承认及执行外国仲裁裁决公约》第 5 条第 1 项第（乙）款规定：“受裁决援引之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知，或因他故，致未能申辩者”，拒予承认及执行。《中华人民共和国民事诉讼法》第 260 条第 1 款第（二）项规定：“被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的”经被申请人举证证明和人民法院组成合议庭审查核实，可以裁定不予执行。

送达问题虽很重要，但是目前世界上还没有统一、完善的解决办法，各国法律和仲裁机构的仲裁规则规定的送达方式也不尽相同。

1. 联合国仲裁示范法和贸法会仲裁规则。

联合国《国际商事仲裁示范法》第 2 条规定的送达方式是：

“（1）除非当事各方另有协议：

（A）任何书面信件，如经当面递交收件人，或投递到收件人的营业地点、

惯常住所或通信地址，或经合理查询仍不能找到上述任一地点而以挂号信或能提供作过投递企图的其他任何方式投递到收件人最后一个为人所知的营业地点、惯常住所或通信地址，即应视为已经收到：

(B) 信件应被视为已于以上方式投递之日收到。”

联合国国际贸易法委员会，其仲裁规则（UNCITRAL RULES）第 2 条有关送达的措辞与示范法稍有不同：

“为了实施本规则，一切通知（包括通知书、通告或建议），如经确实送达收件人或已送达其惯常居所、营业所或通讯处，则被认为已经送交，或如经适当调查未能发现上述各处所，则可送交最后所知的收件人居所或营业所。按本条规定送交的通知应认为送交日即已收到。”

2. 《国际商会调解与仲裁规则》。

《国际商会调解与仲裁规则》中规定的有效送达方式是：

(2) 由秘书处和仲裁员发出的、由一方当事人或对方当事人通知他方的一切通知书和通告文件，如在交付时取得收据，或以挂号邮件寄往当事人地址或最后知悉的当事人地址时，即应视为有效送达。

(3) 通知书或通告文件，于收到之日起视为生效，如按上述规定送达时，应于当事人本人或其他代理人收到时生效。”

3. 前苏联。

前苏联工商联仲裁院仲裁规则第 11 条“文件发送和送达”规定：

(1) 仲裁院秘书处应确保案件的所有文件都发送给当事人。文件应送至当事人指定的地址。

(2) 申诉人、被上诉人答辩书、开庭邀请函、仲裁裁决和裁定应以挂号回执函发送当事人。

(3) 其他文件可用挂号信或平信发送，通知和通知书可以以传真或电话发送。

(4) 上述各文件也可专人送达收受文件的当事人。

(5) 仲裁院寄送的文件，收讯人拒绝受领或虽经邮局通知而不接收的，应视为送达。”

4. 日本。

《日本商事仲裁协会商事仲裁规则》中的规则 38 规定：

“正式有效的裁决文本应以下列方式送达当事人：

(1) 有递送证明的挂号信；

(2) 当面送达；

(3) 法律中规定的其他方式。”

5. 韩国。

《韩国商事仲裁院商事仲裁规则》第 47 条规定：

“在协议中规定依本规则仲裁的各方当事人均应视为同意以下送达式：即仲裁程序所需的任何文件或通知都可以送交本人或挂号邮寄或以其他有记录可查的手段在其最后一处为人所知的通讯地址、惯常居所、营业地或办公地送达当事人或其代理人，除非双方的协议另有规定。但是，仲裁庭在双方当事人都在场时所作的决定或亲自传达给当事人的决定可以不必另外送

6. 香港。

按照香港 1982 年修改实施的仲裁条例第 31 条的规定，仲裁通知可以以如下几种方式递送：

- (1) 派人面交当事人；
- (2) 派人送到当事人常住的或最后为人所知的住址；
- (3) 以挂号信邮寄给当事人常住的或最后为人所知的住址；
- (4) 按照当事人签订的仲裁协议规定的方式递送。

条例并规定，除另有相反的证据可以证明以外，上述任何一种递送方式均为有效。如果采取派人面交当事人或以挂号信邮寄当事人的方式均不能送达，可派人送到当事人常住的或最后为人所知的住址，并经送信人在香港公证机构或有资格接受宣誓的律师面前宣誓写出送达情况书后，在法律上即认为有效送达。如果当事人已经接收了第一次通知书，以后又回避接收发来的通知，并在执行中仲裁裁决时，以未获得适当通知为由，抗辩执行裁决，这种抗辩一般是难以被法院接受的。除了上述几种送达方式以外，还可以采用公示送达的方式，即中诉人在香港报刊上公开刊登通知，但这样做必须先得到法院的许可令状，并在法院指定的报刊上刊出这种通知，才为有效。

7. 中国。

中国涉外仲裁机构仲裁规则在送达问题上参照了《联合国国际商事仲裁示范法》的规定。例如，《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 40 条全文规定如下：

“仲裁委员会向当事人发送的任何通讯，如经当面递交收讯人或投递至收讯人的营业地点、惯常住所或通讯地址，或者经合理查询不能找到上述任一地点而以挂号信或能提供作过投递企图的记录的其他任何手段投递给收讯人最后一个为人所知的营业地点、惯常住所或通讯地址，即应视为已经送达。

从上面列举的各种规定看，仲裁文件的送达通常可以通过面交当事人、送至惯常居住地即营业地或邮寄地址或为人所知的最后地址。无论是实际送达还是视为送达，取得证据证明确实发送过仲裁文件是非常重要的。

第十一章 仲裁审理

一 审理原则

中国涉外仲裁机构审理案件的原则是：以事实为根据、以法律为准绳、参考国际惯例和独立公正地处理争议。

（一）以事实为根据

以客观事实作为裁决的根据，是仲裁的首要原则。事实不明，责任难以分清，适用法律就会出现错误的结果。事实清楚，就能为适用法律、划分责任、公正裁决打下坚实的基础。

中国涉外仲裁机构的仲裁庭在处理仲裁案件时，都非常重视正确、全面地查清与案件有关的一切事实。事实是客观存在的，要正确认定事实，就必须查明案件的发生、经过、现状及双方争执之处，查明记载当事人权利义务关系的法律文书和相关证据。

仲裁庭主要通过下列途径查明案件的事实：

1. 争议当事人对案件事实的书面陈述。中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则和中国海事仲裁委员会仲裁规则第6条、第8条和第9条规定：申诉人提出仲裁申请时，应在仲裁申请书上写明申诉人的要求及所依据的事实和证据；被诉人应在规定的期限内提交答辩书及有关证明文件；被诉人提出反诉，应当在反诉书中写明其所依据的事实和证据，并附有关的证明文件。在仲裁实践中，申诉人和被诉人对事实的陈述基本上能够互相印证，符合事实的本来面目，但有时当事人对事实也可能作出虚假的陈述，提出虚假的证据。不论当事人对事实的陈述正确与否，仲裁庭或仲裁员都有权利也有义务对案件的全部事实和证据进行审查甄别。

2. 开庭审理时，仲裁庭对事实的调查。有些事实，甚至案件的关键事实，双方当事人没有书面陈述清楚或者没有提及，仲裁庭开庭审理时要进行调查，当事人在开庭时可就案件的事实作出详细的口头陈述，当事人之间可以相互进行质证，仲裁庭也要向当事人提问。开庭时仲裁庭查证属实的事实（包括当事人承认的事实），可以作为定案的根据。

3. 仲裁庭进行的实地调查，比较复杂的案件往往牵涉错综复杂的事实，仲裁庭根据需要和可能，可以对不甚清楚的事实进行实地调查。例如作为争议标的设备的现状、合资企业的经营情况、货物的市场价格等。仲裁庭还可以指定鉴定人对案件涉及的物件、文书进行鉴定。仲裁庭实地调查查证的事实，可以作为定案的根据。在仲裁庭查清事实的过程中，申诉人或被诉人对各自提出的事实依据负有举证责任。证据由仲裁庭审定。

（二）以法律为准绳

以法律为准绳，即在查清事实的基础上，仲裁庭要按照法律适用的原则确定准据法，按适用的法律规定分清当事人各方的责任，确定违约救济方式和/或损害赔偿的数额。仲裁庭在确定适用的法律之前和审理案件之时，将给予双方当事人以充分的机会就适用法律和法律观点进行口头及书面的陈述和辩论。

（三）参考国际惯例

在国际经济贸易和海事活动中，被人们反复运用和普遍承认的习惯做法或特定方式，称为国际惯例。在中国涉外仲裁中，适用的法律对有关争议未

作规定的，仲裁庭可以参考或适用国际惯例。国际惯例包括国际贸易惯例和其他行业惯例。

仲裁庭在参考或适用国际惯例时，仍然尊重当事人的约定，由于国际惯例不是国家或国际机构制定的条约，所以不具有当然的普遍的约束力，只有合同当事人在合同中引用惯例时，惯例才对该合同发生效力。例如，在一份货物买卖合同中，当事人约定的价格条件为“CIF 上海”，则（成本加保险费加运费）这一贸易术语（贸易惯例）对当事人具有约束力，仲裁庭在划分责任和裁案时，可以适用这一惯例。

在当事人没有约定适用的国际惯例的情况下，仲裁庭可以根据案件的具体情况，参考与案件相适应的国际惯例，以求争议公平合理解决。

（四）独立、公正

独立、公正，是指独立的审理，公正的裁决。仲裁委员会和仲裁庭在审理仲裁案件过程中，其地位是独立的，不受任何外来力量的干预，不受行政干预也不受司法干预。仲裁员无论是哪一方当事人指定的，均不代表任何一方利益，而是严格按仲裁规则规定的程序办案，平等地对待双方当事人。不论国籍肤色、不论资本多少，仲裁庭决不区别对待。依据事实和法律，各方当事人应承担多大责任就承担多大责任，该败诉的就裁败诉，该胜诉的就裁胜诉。

二 审理形式

根据中国涉外仲裁机构仲裁规则的规定，仲裁庭审理案件有两种方式：一是开庭审理，一是书面审理。开庭审理是经济贸易争议仲裁案件最为普遍的审理形式，书面审理是海事仲裁案件较为常用的审理形式。

（一）开庭审理

开庭审理是指仲裁庭召开由仲裁庭全体仲裁员、当事人及/或其他仲裁代理人和其他有关人士，例如证人、专家、鉴定人参加的会议，听取当事人的口头陈述和辩论，对案件的事实和法律进行调查的审理活动。

在仲裁实践中，开庭审理对于仲裁庭查清事实、适用法律、分清责任、公正裁决是至关重要的。一般来说，当事人在开庭审理之前提交的书面材料和证据往往不能完整准确地反映争议事实的全貌，当事人为了证明自己的主张和观点，对材料和证据的取舍是有自己的考虑的。对于案情复杂、争议较大的案件，情况更是如此。仲裁庭作为独立公正地处理争议的裁判者，有必要通过各种行之有效的手段来查明案件的事实真相，这样才能为裁决打下良好的基础，开庭审理的方式之所以有效，是因为通过仲裁庭主持的双方当事人面对面的交锋，通过证人、专家、鉴定人等的证言和专业意见，通过仲裁庭对双方当事人和证人、专家、鉴定人的询问，仲裁庭能够快捷地查明隐藏在各种错综复杂的关系中的事实的本来面目，而且这种方式有当事人直接参与，能够获得双方当事人的高度信任。

在开庭审理举行之前，仲裁庭应通过仲裁委员会秘书处向各有关当事人发出开庭通知，明确告知开庭日期和地点，以便有关当事人能够提前作好出庭准备。关于开庭日期，中国涉外仲裁机构仲裁规则第 23 条规定：“仲裁庭开庭审理的日期，由仲裁庭商仲裁委员会秘书处决定，并于开庭审理的日期，由仲裁庭商仲裁委员会秘书处决定，并于开庭前 30 天通知双方当事人。当事

人有正当理由的，可以请求延期，但必须在开庭前 20 天向仲裁委员会秘书处提出请求，除非发生不能预见的特殊情况，延期请求由仲裁委员会秘书处转告仲裁庭，然后由仲裁庭商仲裁委员会秘书处作出决定。”

在开庭审理时，一般的做法是首先由首席仲裁员宣布仲裁庭的组成人员，如果双方当事人对组成仲裁庭的仲裁员没有异议后，再由首席仲裁员宣读双方当事人出庭人员名单，双方当事人对对方出庭人员的身份是否有异议，均可提出，如果没有异议，首席仲裁员就宣布正式开庭。一般说来是先由申诉人陈述案情，讲明事实，然后由被诉人答辩，陈述案情，再由仲裁庭提问，也可能是对双方当事人的提问，也可能是对一方当事人的提问，然后，由双方当事人进行辩论，最后，由仲裁庭总结开庭情况。在开庭时，仲裁委员会秘书处要作好开庭记录和录音，在认为有必要时，可以令当事人或者代理人以及证人在开庭记录上签字。

仲裁庭向当事人发出开庭审理的通知时，要求争议的双方当事人及/或其授权代表和仲裁代理人都能准时出庭。实践中，大多数仲裁案件的双方当事人都能出庭。但是也有少数的当事人虽然接到了通知，却不出庭或者无故中途退庭，在此情况下仲裁庭可以进行缺席审理。当事人无正当理由缺席开庭，实际上是试图破坏或拖延仲裁程序，这是国际仲裁界和各国法律、仲裁规则一直要努力防止的。与这种行为进行斗争的办法就是视当事人的无故缺席为他自动放弃进行口头辩护的机会，因此不妨碍仲裁程序的继续进行。中国涉外仲裁机构仲裁规则第 29 条的规定：“仲裁庭开庭时，如果一方当事人或其代理人不出席，仲裁庭可以进行缺席审理和作出缺席裁决。”

仲裁庭开庭审理与法院开庭审理的最大区别在于：仲裁庭开庭审理不公开进行，而法院开庭审理则向公众开放。这是因为，签订仲裁协议的当事人之所以要付诸仲裁，原因之一就是秘密地解决他们之间的争议，以便保守商业秘密。另外，仲裁员由当事人自己选择，必为当事人所信任，在仲裁员开庭审理案件时当事人无需公众介入以防偏袒。但是，如果双方当事人都要求开庭审理公开进行，公开审理也是可能的，尽管如此，为了保持仲裁员的独立性和审理不受外界干扰，当事人仍要遵守仲裁庭作出的是否准予公开审理的决定。

（二）书面审理

书面审理是指仲裁庭不举行开庭，只根据双方当事人提供的书面材料和证据材料，（如仲裁申请书、答辩书、合同、双方来往函电等）以及证人、专家、鉴定人的书面证据材料，对争议案件进行审理。

根据中国涉外仲裁机构仲裁规则的规定和实践做法，进行书面审理必须经双方当事人同意或双方当事人提出书面审理申请，否则是不能进行书面审理的。在进行书面审理时，仲裁庭仅依据由仲裁委员会秘书处转来的由双方当事人所提交的材料进行审查，仲裁庭可随时要求双方当事人在限定的期限内提交必要的解释或进一步的答辩文件以及证据等。如果仲裁庭认为材料已足够时，可以结束其审理，并通知双方当事人，自此以后，双方当事人如再提交材料时，仲裁庭不会接受。例如，在书面审理时，仲裁庭要求双方当事人在一个月内或一个具体日期前提交所有有关材料，逾期，便不予以接受。因此，双方当事人则必须在仲裁庭规定的日期内提交材料，否则，则会被认为是当事人放弃提交进一步材料的权利。

三 适用法律的选择

在国际商事仲裁中，在具体案件上适用什么法律是一个非常重要的问题，关系到合同是否有效、双方当事人的权利义务如何划分、违约责任、损失赔偿如何确定以及如何进行审理和如何作出裁决所涉及的一系列实体和程序方面的问题。

仲裁法律适用有如下几条原则：

1. 根据当事人的约定选择适用的法律。尊重当事人对法律适用的选择，即当事人意思自治原则，是当今国际商事仲裁普遍承认的采用的解决国际经济贸易和其他商事合同争议的法律适用一般原则。我国涉外仲裁也不例外。我国《涉外经济合同法》规定，“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。”但是当事人的选择必须是经双方协商一致和明示的。当事人可以在合同中明确规定“本合同受XX国家法律约束”，“本合同根据XX国家法律解释”或“本合同各条款适用XX国家法律”等。在这里，“法律”一词的含义应是该国的实体法，而不是程序法，除非当事人已明确规定适用法律包括适用的实体法和适用的程序法。

当事人除了可以通过约定来自自由选择适用法律外，也可以通过约定适用法律的冲突法规则的方式来选择适用法律。例如，当事人在合同中规定：“本合同的适用法律为设备安装运转地法律”或“本合同适用法律的冲突规则遵从1955年6月15日《国际货物买卖法律适用海牙公约》”等。根据约定的冲突法规则，仲裁庭能够推导和适用它所指引的实体法规范。

2. 根据仲裁地的冲突法规则选择所适用的法律。大多数当事人不愿意在合同中明确约定适用对方国家的法律，以免因不熟悉对方国家的法律而对自己不利，所以，不少仲裁案件，当事人没有对适用法律作出选择，这就需要仲裁庭来决定。仲裁庭通常决定按照仲裁地的冲突法规则来选择适用的法律。中国涉外仲裁的仲裁地都在中国，所以中国的冲突法规则被仲裁庭引用于适用法律的选择，是屡见不鲜的。实际上，在国际货物买卖领域，中国的冲突法规则与世界其他国家的冲突法规则大同小异。《中华人民共和国涉外经济合同法》第5条规定：“当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”最密切联系原则，主要应考虑合同的签订地、履行地、标的物所在地、当事人营业地或住所地及公司登记地和仲裁进行地等各种因素。根据与合同最密切联系原则选择适用的法律主要有3种，即合同的缔约地法、履行地法和仲裁所在地法。

3. 适用国际条约和参考国际惯例的原则。在选择适用的法律时，如果当事人双方所在国都参加了某一国际公约或多边条约，或双方所在国订有双边条约或协定，则双方所在国的国民包括自然人和法人均应履行这些公约、条约或协议所规定的应当履行的义务，所以应当适用这些国际公约、条约或者协定。在国际经济贸易和海事活动中，在当事人订立的合同中没有明确规定所适用的法律，或虽已明确规定适用某一国家的法律，但该国法律对争议的某一问题未作规定的情况下，仲裁庭也可以径行按照适当的国际惯例来处理案件。

4. 特殊规定原则。在某些国家法对某些类型的合同或争议，规定了必须适用该国的有关规定，这种强制性规定，即特殊规定的原则，在选择仲裁适用的法律时是不能例外的。比如，根据我国法律的规定，在中国境内履行的

中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同，必须适用中国法律。

四 陈述与辩论

陈述和辩论是当事人对争议的事实和法律依据进行证明和说明，提出自己的主张和意见，反驳对方的意见和仲裁请求或反诉请求的活动。当事人的陈述和辩论也是仲裁庭查清事实、分清责任的重要途径。陈述和辩论是当事人的一项非常重要的权利，仲裁庭应给予双方当事人充分的机会进行陈述和辩论。

陈述可分为书面陈述和口头陈述，辩论只能是开庭审理时当事人相互之间的口头辩论。

（一）陈述

书面陈述是当事人陈述案情、主张和仲裁请求或反诉请求的主要方式。当事人向仲裁庭提交的仲裁申请书、仲裁答辩书、反诉书及其补充材料均为书面陈述。书面陈述的特点是：第一，可以多次提出，时间限制较少；第二，以书面为载体，一目了然，便于利用；第三，信息量大，能够充分表达当事人的意见。有鉴于此，仲裁案件的当事人都很重视书面陈述的作用，力争做到陈述准确，形式规范，说理充分，证据齐全，以便维护自己的合法权益。

口头陈述是指当事人在仲裁庭开庭审理时口头陈述案情和理由并提出证据加以说明，它包括当事人自行陈述，当事人对相互之间询问和仲裁庭提问的回答。

1. 当事人自行陈述。

开庭审理正式开始后，仲裁庭通常给予双方当事人机会进行陈述。一般是先由申诉人进行申诉陈述，后由被诉人进行答辩陈述。

首先申诉人将其仲裁请求、所依据的事实和理由向仲裁庭陈述，并提出证据予以证明。陈述由申诉人的代表或其仲裁代理人作出。有2个以上申诉人的，可推选一名代表或仲裁代理人发言，也可以分别陈述。

接着被诉人对申诉人陈述进行口头答辩。答辩也是对案件的事实、被诉人的主张和理由的陈述。此外，还应针对申诉人的陈述说明自己的意见，被诉人提出反诉的，应陈述反诉的要求，所依据的事实和理由，并提示证据。

如果需要，双方还可再次作补充陈述或对对方的陈述给予说明或反驳。

2. 当事人相互之间询问。

当事人之间互相询问，即一方当事人可以向另一方当事人提问。当事人提问需经仲裁庭同意后方可进行。如果提问的内容超出了案件范围，仲裁庭可以制止。提问内容不恰当的，仲裁庭可以允许另一方当事人不作回答。当事人之间的询问往往是抓住对方的弱点和漏洞提问，因此有助于仲裁庭了解全面和真实的事实。

3. 仲裁庭提问。

提问是仲裁庭调查案件事实的重要手段。一般说来，当事人在其陈述中，较多的是陈述对自己有利的事实，而不愿陈述或回避对自己不利的事实。提问可以弥补这一不足，有利于仲裁庭查清案件事实真相。仲裁庭可以从各个不同的角度向当事人提出问题，当事人不得回避，应直接了当地予以回答。

（二）辩论

当事人之间在开庭审理时的口头辩论又称当庭辩论，当庭辩论主要是就案件的法律问题进行辩论。一般辩论方法是，先由双方当事人或其代理人分别向仲裁庭陈述法律观点，然后由双方当事人或其代理人就法律争焦点展开辩论。

当事人在辩论时应注意到：

(1) 抓住重要的法律争焦点。通过摆事实、讲道理，着重对重大关键性问题进行论证，但也应注意全面，对对方提出的论点，应逐一加以辩驳。

(2) 提出明确的法律论点。主张什么，反对什么，是当事人在辩论时必须注意的重要问题。没有自己的主张就没有辩论。当事人应首先表明论点，然后再提出支持论点的依据。有些当事人在辩论中都是提出反问和疑问，没有正面提出自己的观点。仲裁庭无法确知当事人在主张什么，其结果是事倍功半或徒劳无功。

(3) 阐明法律规定与案件的联系。在分析法律条文的同时应阐明其与案件的事实有何联系，将案件的事实、当事人的行为与法律规定、合同规定联系起来，两相对照加以说明，如果脱离事实而奢谈法律如何规定，也不能做到有的放矢。

五 证 据

以事实为根据，以法律为准绳是仲裁审理的重要原则。要查清事实必须获得真实、充分的证据，能够证明事物真实情况的材料、物品和言论，都是证据。中国涉外仲裁机构仲裁规则未就证据的种类作出规定。但是依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 63 条，“证据有下列几种：

1. 书证；
2. 物证；
3. 视听材料；
4. 证人证言；
5. 当事人的陈述；
6. 鉴定结论；
7. 勘验笔录。

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”

民事诉讼法的上述规定同样适用于中国涉外仲裁的证据分

在仲裁审理中，有关证据的最重要问题是如何收集证据和如何对证据进行审查判断。

(一) 证据的收集

仲裁庭收集证据的来源有两个：一是按照“谁主张、谁举证”的原则，由当事人提出证据；二是必要时，仲裁庭调查取证。中国涉外仲裁机构仲裁规则第 26 条规定：“当事人应当对其申诉或者答辩所依据的事实提出证据。仲裁庭认为必要时，可以自行调查，收集证据。”

当事人对其主张的权利和事实提供证据是当事人应负有的义务，其目的是通过举证使仲裁庭相信某一事实是客观的、合理合法的，从而促使仲裁庭作出于已有利的裁决。当事人提出的证据可以是书证、物证、视听资料、鉴定结论、勘验笔录，可以是自己的书面或口头陈述，也可以自带证人作出证人证言。当事人的举证对于支持自己的主张和请求具有决定性的意义。如果

证据充分、确凿，举证的一方当事人的主张和请求就有可能获得仲裁庭的认可，反之，当事人因证据不足而无法证明他自己的主张和请求所依据的事实者，除非另有其他来源的证据（例如仲裁庭自行调查收集的证据）能够予以证明，则该方当事人的主张和请求就很可能被仲裁庭驳回。

仲裁庭自行调查收集证据属于仲裁庭自由裁量的权利而非仲裁庭的义务，即使仲裁庭行使了这一权利，当事人的举证义务也不能免除。仲裁庭通常是在认为当事人提供的证据不足以判断某个事实的真伪和状况时才主动自行调查收集证据的。这样的调查包括就案件中的专门问题向专家咨询或者指定鉴定人进行鉴定，以及就争议事实向第三者调查或者进行现场调查，调查取得的专家意见、鉴定结论和其他结论或信息，符合争议事实情况和本质属性的，可以作为证据予以认定。

（二）证据的审定

中国涉外仲裁机构的仲裁规则规定，证据由仲裁庭审定。仲裁庭审定证据的任务，是决定当事人提出证据的可接受性、关联性、实质性和重要性。经过全面、客观的审查核实，与争议事实无关的、没有实质意义的证据可以不予接受。

仲裁庭在审查、认定证据时，应当坚持实事求是、具体问题具体分析和全面考察的原则，避免简单、机械、孤立地审定每件证据，以此达到去粗取精、去伪存真、由此及彼、由表及里从而查清事实的目的。在仲裁实践中，上述原则，主要体现在根据不同类型、方式提出证据的各个特点，判断它们的可靠性、可信性；将内容和形式结合在一起进行综合分析，根据案件所适用的实体法的特别规定，审查其内容和形式；经过公证证明的法律行为和事件，除有相反证据足以推翻的以外，承认其法律效力；在分析独立的证据的同时，将各个证据联系起来进行综合分析。首先采用证明争执中事实本身的直接证据，其次采用直接证据以外的，能够推断出事实的间接证据，等等，从而达到弄清案情、查明事实的目的。

第十二章 仲裁裁决

一 裁决的种类

仲裁裁决是仲裁庭按照仲裁规则审理案件过程中，根据查明的事实和认定的证据，对当事人提交仲裁的有关争议的请求事项作出的予以支持或驳回或者部分支持部分驳回的书面决定。仲裁裁决就其内容和效力而言，可以分为中间裁决、部分裁决和最终裁决3种。

（一）中间裁决

中间裁决是指对整个争议案已部分审理清楚，为了有利于进一步审理和作出最终裁决，仲裁庭在某一审理阶段所作出的某项暂时性裁决。作出中间裁决的时间没有什么特别的限制。依照中国涉外仲裁机构仲裁规则第35条的规定，中间裁决可在仲裁庭认为必要或者当事人提出经仲裁庭同意时，在仲裁过程中的任何时候就案件的任何问题作出。

中间裁决是帮助裁决庭处理亟待解决的问题或查清疑难事实的一个有效方法。中间裁决性质虽不是终局的，但它毕竟包括了仲裁庭要求当事人作为或不能作为的决定，当事人也应遵照执行，如果一方当事人拒不执行中间裁决，那么由于该方当事人的原因而造成的后果，通常由该方当事人承担。

中间裁决比较普遍地应用于下列情况：

1. 要求当事人合作和采取措施，保存或出售容易腐烂、变质、贬值的货物，防止损失的进一步扩大；
2. 要求当事人合作和采取措施，为仲裁庭亲自监督或委派专家监督下的设备调试和生产提供保障条件。调试的结果，往往成为判断设备品质好坏的重要依据；
3. 要求当事人合作和采取措施，组织清算委员会对合资企业的债权债务进行清算，为责任划分和损害赔偿的确定打下基础，等等。

中间裁决的执行情况实际上也是仲裁庭收集证据的来源之一。有些原来并不清楚的事实和责任可能会由于中间裁决的履行而变得明朗起来，比较复杂的局面得以简化，在此基础上，仲裁庭就能够比较顺利地作出终局裁决。

中间裁决有时也会成为促使当事人履行约定义务的一个保证。例如，当事人在仲裁程序中达成了和解，一方当事人按约定须在一定期限内履行某项义务，如向另一方给付金钱，交付货物等，则双方当事人可以共同要求仲裁庭据此作出中间裁决，待和解协议履行完毕之后再裁决结案；如有一方当事人不履行和解协议，不执行中间裁决，仲裁庭可以继续审理，直到作出最终裁决。

（二）部分裁决

部分裁决是指对整个争议中的某一个或某几个问题已经审理清楚，为了及时保护当事人的合法权益或有利于继续审理其它问题，仲裁庭先行作出的对某一个或某几个问题的终局性裁决。

部分裁决通常是在考虑到案件的实际情况和迫切需要后做出的。它比较普遍地应用于下列情况：

1. 双方当事人争论不休的有关合同是否成立、是否有效的问题，适用法律问题和损害赔偿的原则问题；
2. 就某一项申诉或反诉而言，它是否成立；

3. 在计算错综复杂的损害赔偿金额之前，当事人责任大小的划分；
4. 比较复杂和耗时较长的仲裁案件中，违约一方向守约一方先行支付赔偿金额；
5. 一方当事人承认或同意了另一方当事人提出的某项申诉或反诉索赔要求，需要以部分裁决予以确认。

与最终裁决一样，部分裁决是终局的，在法律上具有强制执行的效力。从这个意义上讲，部分裁决构成了最终裁决的一部分。

（三）最终裁决

最终裁决是指整个案件审理终结之后，仲裁庭就全部的提交仲裁的争议事项所作出的终局性裁决。部分裁决中的仲裁庭决定在总体上是最终裁决的组成部分，但在最终的裁决里，仲裁庭不宜作出与部分裁决相矛盾的决定。在已有部分裁决案件里，最终裁决主要就尚未裁决的事项作出决定。最终裁决一经作出，除了并不多见的裁决更正、修改或补充外，整个案件的仲裁程序即告结束。

一份有效的最终裁决在法律上具有多方面的效应。第一，有效的裁决具有既判力。各法院、各机关和仲裁机构都应承认裁决在实体上是它所决定问题的正确解决方法；第二，最终裁决的终局性使之具有可以在法院强制执行的效力；第三，有效的和可能执行的最终裁决通常导致仲裁协议就解决了的特定争议而言失去了效力。

二 裁决的形式与内容

裁决的形式和内容对于裁决的效力和执行具有重大意义。裁决的形式通常是各国仲裁法中强制性规定的一个内容，不符合执行地国强制性法律规定的裁决将难以得到顺利执行，裁决的内容是对仲裁案件的程序事项和实体裁决的陈述，它是仲裁案件当事人权益和义务之所在，其中的程序事项是执行地法院在承认和执行裁决时依当事人请求进行审查的主要方面。

（一）裁决的形式

中国涉外仲裁机构仲裁规则对裁决的形式没有作出明确的规定。但是从仲裁规则第34条可以推断，裁决在形式上必须符合两个要求：

- 第一，裁决必须是书面的；
- 第二，裁决须经仲裁员签署。

如果裁决不能满足这两个要求，那么裁决通常是尚未生效或无效的，在法律上不具有强制执行的效力。

关于仲裁员的签署，仲裁规则第34条规定，“仲裁裁决书应当由仲裁庭全体或者多数仲裁员署名，”如果少数仲裁员（若仲裁庭由3名仲裁员组成的话）有不同意见，那么他可以在裁决上署名，也可以不署名，但其意见“可以作成记录附卷”（仲裁规则第33条）。

对于少数仲裁员不在裁决上署名的情况，仲裁庭必须慎重处理。通常，仲裁庭应在裁决里提及该仲裁员有不同意见，以此证实不署名的仲裁员也参加了案件的审理工作。如果持不同意见的仲裁员不在裁决上署名，裁决书里又无相应的说明，则很难证明该仲裁员是否参加了案件的审理工作，在执行裁决时，被申请人很可能会提出“仲裁的程序与仲裁规则不符”，从而要求法院拒绝承认和执行。

（二）裁决的内容

除了形式上的要求外，裁决还需要说明当事人的情况，仲裁的程序，案情，裁决的理由和仲裁决定。裁决的内容不仅要说明案件的实体问题和程序问题，而且要注意它的全面性，即对所有提交仲裁的争议都要有所陈述。

比较典型的仲裁裁决通常包括下列内容：

1. 仲裁委员会的名称；
2. 申诉人和被诉人的名称与地址；
3. 裁决书正文。正文包括：

（1）标题：写明“裁决书”字样，注明裁决书的编号；（2）引言：说明案件的程序事项，包括：仲裁委员会受案所依据的仲裁协议和当事人的仲裁申请；争议的性质；仲裁员指定和仲裁庭的组成；书面审理或开庭审理的情况；双方当事人及其仲裁代理人出席或缺席开庭的情况，仲裁文件的提交、转发和送达情况等。

如果有下列情况并有必要，裁决还应说明：

- （a）仲裁委员会就争议案件管辖权作出决定的情况；
- （b）保全措施的申请、转交和执行情况；
- （c）中间裁决、部分裁决的作出及执行情况；
- （d）仲裁庭实地调查、聘请专家和指定鉴定人收集证据的情况；

（3）案情：说明案件的基本事实、争议的发生经过、当事人的主张和观点、仲裁请求和反诉；

（4）仲裁庭的意见，即裁决的理由，主要包括适用的法律、对当事人主张和观点的分析和判断、对仲裁请求的支持或驳回或部分支持部分驳回，对仲裁费和律师费的分摊意见。

（5）裁决：根据仲裁庭意见，扼要写明仲裁决定，并且注明裁决的终局性。

4. 仲裁员签名；
5. 裁决作出的日期和地点。

按照当事人和解协议的内容作出的裁决书较为简单。它与一般的仲裁裁决的主要区别在于仲裁庭可以不必说明裁决所依据的理由，而仲裁决定的内容就是和解协议的内容。但是，为了保证裁决在形式和内容上的完美，仲裁庭在不损害和解协议内容的前提下，仲裁决定可在措辞进行必要的加工。此外，根据仲裁规则，仲裁庭还有权对当事人没有约定分摊办法的仲裁费作出决定。根据和解协议内容作出的裁决书，与一般的裁决书一样，在法律上有强制执行的效力。

三 裁决的作出与修正

除了中间裁决和部分裁决外，最终裁决通常在案件全部审理终结后的某个期间内作出。作出裁决要符合裁决的内容与形式要求，并且还要遵守一定的投票规则。仲裁裁决在何地作出决定着裁决的“国籍”。由于漏裁和打印、计算错误，当事人有权要求仲裁庭对裁决进行修正。

（一）裁决的作出

中国涉外仲裁机构仲裁规则第32条规定：“仲裁庭应当在案件审理终结之日起45天内作出仲裁裁决书。”对于什么是“审理终结”，往往有不同的

解释。有的认为仲裁庭最后一次开庭结束之日就是审理终结之日，有的认为仲裁庭要求当事人开庭后补交材料的最后期限届满之日就是审理终结之日。还有一种解释，认为仲裁庭应向双方当事人发出专门的审理终结的通知，以通知所述的审理终结之日为准。由于仲裁规则没有明确“审理终结”的具体含义，出现各种不同的理解是很正常的。

我们认为，对于“审理终结”中的“审理”一词要做广义的理解。仲裁案件的审理工作实际上包含了许多环节。其中最主要的就是交换材料、开庭审理、补充陈述和仲裁庭合议。裁决书通常就是在仲裁庭最后一次合议之后才开始起草和作出的。由于仲裁庭合议的秘密性，当事人难以判断它在何时举行。在此情况下，由仲裁庭通过仲裁委员会秘书处向当事人发出案件将于何时审理终结的通知，是必要的和可行的。

在中国涉外仲裁机构的仲裁实践中，仲裁庭决定裁决意见时，遵守仲裁员“一人只有一个投票权”的原则，首席仲裁员与仲裁员的投票权利是平等的，裁决依多数仲裁员的意见决定。

一般来说，在绝大多数案件中，仲裁庭能够取得多数意见，但是，有时也不能排除特殊情况的存在，如果3位仲裁员的意见不一致，不能取得多数意见，那么裁决应该如何作出呢？中国涉外仲裁机构的仲裁规则对此没有作出规定，实践中尚未遇到这样的案例，但它的可能性仍旧存在。为了妥善地解决这个问题，某些外国仲裁机构仲裁规则（例如斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则）特别规定“仲裁庭不能取得多数意见的，裁决依首席仲裁员的意见作出”，这样就可打破裁决因无多数意见而无法作出的僵局。在修改中国涉外仲裁机构的仲裁规则时，这是值得借鉴的。

仲裁裁决视为在仲裁地点作出。当事人往往容易将仲裁地点混同于开庭审理地点，其实二者之间有本质的区别。仲裁地点可由当事人在争议发生之前或程序开始之前的任何时候自由地通过协议来确定。确定了仲裁地点，仲裁裁决就属于该地点所在国的仲裁裁决，在进行仲裁时，如果当事人没有选择适用的程序法，则该国的程序法予以适用。例如，当事人选择仲裁地点在中国，则仲裁裁决将为中国仲裁裁决，而不论仲裁机构位于何国。当然，往往仲裁机构与仲裁地点是在同一个国家内。至于开庭审理的地点，可以在任何适当的地方进行。中国涉外仲裁机构的仲裁规则规定，经仲裁委员会主席批准，案件“也可以在其他地点进行审理”，可以认为案件可在中国或外国的任何地点审理。中国涉外仲裁机构受理案件的仲裁地点一般都在中国，如果仅仅开庭是在某外国进行的，则裁决仍应属于中国仲裁裁决。当然，对于仲裁地点、开庭审理地点和裁决书签字地点之间的关系，也许还有其他的见解。

（二）裁决的修正

中国涉外仲裁机构的仲裁规则没有关于修正裁决的明确规定。仲裁规则第36条规定“仲裁裁决是终局的，任何一方当事人均不得向法院起诉，也不得向其他机构提出变更仲裁裁决的请求”，但是当事人能否向仲裁机构本身提出变更或修正仲裁裁决的请求，规则是不明确的。

按照世界大多数仲裁机构仲裁规则的规定和仲裁的习惯做法，仲裁裁决在特定情况下是可以变更或修正的。这些特定情况是：

1. 裁决书中任何计算错误，任何抄写、排印错误或任何类似的错误，当事人可以要求改正：

2. 当事人在仲裁程序中提出但在裁决书中遗漏的申诉或反诉事项，或者仲裁庭在其意见中陈述过但裁决中遗漏了的应裁事项，当事人可以要求追加裁决；

3. 裁决事项模棱两可或表达不清，当事人可以要求解释。

上述改正、追加和解释并不是在任何时候可由任何人提出和作出的。它同样要遵守严格的程序要求：

1. 改正、追加和解释只能由仲裁案件的当事人向处理该案件的仲裁庭或仲裁机构提出；

2. 改正、追加和解释裁决的申请必须在当事人收到裁决书后一个相对较短的期间内提出，这个时间通常不超过收到裁决之日起两个月内；

3. 改正、追加和解释裁决的申请仅在仲裁庭认为合理时方可接受；

4. 改正、追加和解释裁决之前应给予另一方适当机会以便陈述其意见。

对裁决的改正、追加和解释构成原裁决的组成部分。在中国涉外仲裁机构的仲裁实践中，对裁决的改正、追加和解释都发生过。

第十三章 仲裁裁决的承认和执行

裁决承认是指司法机关（主要是法院）根据当事人的申请，依法确认仲裁裁决具有可予执行的法律效力；裁决的执行是指司法机关（主要是法院）根据当事人的申请，依法强制裁决的另一方当事人执行裁决事项。

仲裁裁决作出之后，当事人最关心的是执行问题，一般情况下，败诉方能够自动地履行裁决，但是由于各种各样的原因败诉方拒不履行裁决的情况也是不少的，当败诉方拒不履行仲裁裁决时，由于仲裁机构或仲裁庭本身没有强制执行的权力，胜诉方只能向法院提出申请，要求予以强制执行。由于国际商事仲裁具有涉外因素，执行裁决的问题比较复杂。

一 1958年纽约公约

（一）概述

仲裁裁决在其作出之后能否得到承认和执行，对于整个仲裁程序都至关重要。如果缺乏有效的手段去执行裁决，当事人通过仲裁来解决争议的意愿最终就难以得到实现，仲裁就可能因为无效果而落空。这个问题的重要性不仅存在于国内，从某种意义上讲，如何在外国法域内执行仲裁裁决显得更为重要。

仲裁裁决的执行离不开法院的配合和协助。在绝大多数国家，唯有法院才拥有强制不履行仲裁裁决的当事人执行裁决的权力。法院作为执法机关，它是否协助执行仲裁裁决，取决于国家立法和国家缔结或参加的国际条约的规定。

本世纪初，仲裁已成为商人解决争议的重要方法。但是，在当时的一些国家，例如在美国，法院还不承认仲裁协议和仲裁裁决的效力，有的法院甚至宣布仲裁为非法。在英国，法院对仲裁采取了从程序到实体上都严加审查的制度，阻碍了仲裁的应用和发展。当然，也有一些国家的法院支持仲裁。在国际范围内，由于当时缺乏统一的执行裁决的国际条约，在一国境内作出的仲裁裁决很难在另一国得到执行。这种状况，与日益兴盛的国际两业很不相称，为了促进仲裁事业的发展，本世纪初以来，一系列的国际会议和国际条约为此作出了努力。

1. 1923年《仲裁条款议定书》。

国际上，第一次通过国际条约的方式敦促缔约国承认仲裁协议和仲裁裁决效力的是在国际联盟倡导下制订的1923年《仲裁条款议定书》。议定书于1923年9月24日在日内瓦开放签字，1924年7月28日生效。向国联交存批准书的国家有阿尔巴尼亚、比利时、英国（包括在它管辖下的某些地区）、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、意大利、摩纳哥、荷兰、卢森堡、挪威、西班牙、瑞士、瑞典、波兰、罗马尼亚、捷克斯洛伐克、伊拉克、印度、泰国、日本、新西兰、巴西等。后来向联合国交存批准书或加入书的国家有巴哈马、孟加拉国、爱尔兰、马尔他、毛里求斯、乌干达、南斯拉夫等。《仲裁条款议定书》规定，缔约各国承认关于商事性质的仲裁协议的有效性，并承担义务依各国国内法执行在其领土内作出的仲裁裁决。关于在其他国家领土内作出的仲裁裁决能否执行，议定书没有作出规定。

2. 《关于执行外国仲裁裁决的公约》。

1923年的《仲裁条款议定书》在运行中显露出一些缺陷。因为它既未能解决外国仲裁裁决的执行问题，也未能规定法院依国内法执行本国裁决时法院的审查权是否有限。于是，1927年出现了《关于执行外国仲裁裁决的公约》。

《关于执行外国仲裁裁决的公约》由总部设在巴黎的国际商会倡议，并在国际联盟的赞助下，于1927年9月26日在日内瓦开放签字，并于1929年7月25日生效，公约的目的是为了相互执行1923年《仲裁条款议定书》所规定的仲裁裁决，并以该议定书为基础。该公约只可由批准1923年议定书的国家批准，规定在任何缔约国领土内作成、并对在缔约国之一的管辖权下的人作出的仲裁裁决，均应被认为有约束力，并应按照执行该裁决的国家的程序法规予以执行。为获得上述承认和执行，还必须符合下列各条件：（1）裁决所根据的仲裁申请在法律上是有效的；（2）裁决的事项依执行地国法可用仲裁方法解决；（3）作出裁决的仲裁庭依当事人所同意的形式组成，并且符合法律；（4）裁决依作成地国法是终局性的，对它不得提起上诉或任何异议；（5）裁决的承认或执行不违反执行地国的公共秩序或法律原则。在申请执行的程序方面，该公约要求申请执行裁决的当事人向执行地国家的法院提出：（1）裁决的原本或经认证的副本，（2）证明裁决是终局性的证据；（3）证明裁决有效，而且并不超越仲裁申请的范围。

3. 《承认和执行外国仲裁裁决公约》。

1923年《仲裁条款议定书》和1927年《关于执行外国仲裁裁决的公约》规定各缔约国承认仲裁协议以及由此产生的仲裁裁决的效力，这对仲裁的进一步发展起到了巨大的促进作用。

但是，在实际运行中远非尽善尽美，其中比较突出的问题是申请执行仲裁裁决的当事人负有很重的举证责任，这给被申请执行人很多机会去拖延或破坏裁决的执行。此外，这两个公约在承认和执行外国仲裁裁决方面条件过严，手续繁琐。第二次世界大战以后，各国普遍感到需要制定一个更简便的国际公约，以取代上述两个公约。

1923年，由国际商会发起拟定了一个关于承认及执行国际仲裁裁决公约草案，提请联合国考虑。联合国经社理事会于1954年决定，成立一个特别委员会审议这个草案。委员会在国际商会草案的基础上草拟了《承认及执行外国仲裁裁决公约》草案。1955年，经社理事会通过该公约草案，联合国根据经社理事会的建议，于1958年5月20日至6月10日在纽约召开了国际商事仲裁会议，有45个国家以及一些国际组织的代表出席了这次会议。会议于1958年6月10日正式通过了该公约。

《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称1958年纽约公约）有两个主要目的。第一，承认和执行外国仲裁裁决，第二，缔约各国承担义务，承认和执行公约第2条所述的书面仲裁协议，并将仲裁协议当事人之间的争议，交付仲裁。为此，1958年纽约公约较之1923年和1927年日内瓦公约有许多改进。其中比较突出的例于是1958年纽约公约第5条开列了一个关于拒绝承认和执行外国仲裁裁决的有限程序抗辩的清单，并且要求被申请执行人承担举证责任。

1958年纽约公约第7条第2款规定，1923年日内瓦《仲裁条款议定书》及1927年日内瓦《关于执行外国仲裁裁决的公约》，在1958年纽约公约的缔约国间不再生效。实际上，这两个公约的缔约国现在几乎都参加了1958

年纽约公约。至 1991 年底，全世界已有 84 个国家缔结或参加了 1958 年纽约公约。所以，可以说 1958 年纽约公约已完全取代了上述两个公约，从而成为有关承认和执行外国仲裁裁决的一个主要的国际公约，在世界范围内得到了广泛的接受和实施。

4. 《欧洲国际商事仲裁公约》。

《欧洲国际商事仲裁公约》于 1961 年 4 月 21 日订立于日内瓦。迄今为止，已有 22 个欧洲国家缔结或参加了该公约。英国没有参加该公约。

《欧洲国际商事仲裁公约》的目的是补充而非代替 1958 年纽约公约。例如，欧洲公约第 4 条规定了仲裁组织问题，第 7 条规定了争议实体法的适用问题，第 8 条则要求仲裁员说明裁决的理由，除非当事人另有约定。

《欧洲国际商事仲裁公约》并未明确规定仲裁裁决的承认与执行问题。这些问题仍按 1958 年纽约公约予以解决。但是，欧洲公约第 9 条列明了撤销仲裁裁决的有限理由，这样就可避免 1958 年纽约公约第 5 条第一款 (e) 项的适用范围过于宽泛。

5. 《联合国国际商事仲裁示范法》。

联合国国际贸易法委员会自 1980 年起开始起草一个关于国际商事仲裁的全面性的国际公约，但在该委员会的最后草案中，该国际性文件没有采用国际公约的形式，而是取名为示范法。示范法于 1985 年 6 月 21 日经联合国大会通过，用以作为国际商事仲裁的推荐性立法范本。示范法自公布以来，已有不少国家采用或参照示范法制订或修改了本国的仲裁法。

示范法详细地规定了“国际”和“商事”的定义，仲裁协议的形式和效力，仲裁庭的组成与管辖权，仲裁程序与仲裁裁决，程序的终止和裁决的撤销。示范法第 35 条和第 36 条专门规定裁决的承认与执行问题，其内容与 1958 年纽约公约第 3、4、5 条非常相似。

(二) 1958 年纽约公约及其主要内容

1958 年纽约公约共有 16 条，前 7 条是实质性条款，后 9 条是程度性条款。

第 1 条规定了公约的适用范围。公约适用于在申请承认及执行所在国以外的国家领土内作出的仲裁裁决和承认及执行所在国认为属于非国内裁决的仲裁裁决的承认和执行。缔约国可以就公约在本国的适用作出互惠保留和商事保留。

第 2 条规定仲裁协议的承认和实施。

第 3 条要求缔约各国按照执行裁决他的程序规则和公约所规定的条件执行外国仲裁裁决。

第 4 条规定申请裁决的承认与执行时，须提交裁决正本或正式副本，必要时还须提交其译本。

第 5 条是公约的核心条款。规定了可以拒绝承认和执行仲裁裁决的理由，并将拒绝承认和执行裁决的理由的举证义务附加给被申请人。

第 6 条规定了延缓作出执行裁决的决定的条件。

第 7 条规定了本公约适用不影响缔约国之间的双边条约的效力，但是，在 1923 年《仲裁条款认定书》及 1927 年《关于执行外国仲裁裁决的公约》的缔约国间，如果他们也是 1958 年纽约公约的缔约国，则 1958 年纽约公约取而代之。

第 14 条是缔约国相互执行公约的条款。其余条款与公约的生效有关。

在上述各条规定中，与承认和执行外国仲裁裁决的程序与要求有密切关系的是第 3、4、5 条。

1. 承认和执行外国仲裁裁决的程序。

1958 年纽约公约第 3 条规定，“各缔约国应承认仲裁裁决具有拘束力，并依援引裁决地之程序规则及（本公约）下列各条所裁条件执行之”。

执行裁决地的程序规则，主要是指执行地的仲裁法中关于承认和执行裁决的程序规定。在这方面，外国有 4 种不同的做法：

（1）制订特别条款。如美国、英国、瑞典、印度、澳大利亚、新西兰等国在《纽约公约实施法》中都有关于执行缔约国裁决的程序规则的特别条款。美国在 1970 年加入 1958 年纽约公约时就制定了关于该公约的特别法，该法规定了公约裁决的执行、公约适用的仲裁协议和仲裁裁决、管辖法院、强制仲裁令和裁决的承认和执行，属于公的的裁决 3 年内都可以向有管辖权的法院申请承认和执行等。

（2）把缔约国裁决当作外国法院判决一样执行。如意大利、墨西哥、瑞士等国执行外国裁决的程序，经法院同意后，与执行外国法院判决的程序相同。

（3）把缔约国裁决当作国内裁决来执行。例如，日本在执行外国裁决时风采取的原则是：如果没有关于执行缔约国裁决和一般外国裁决的程序规则条款，则适用执行国内裁决同样的程序规则，除非该程序规则与 1958 年纽约公约相抵触。

（4）把缔约国裁决当作国内法院做出的判决来执行。例如，香港法律规定，外国仲裁裁决经香港最高法院审查后，视该裁决如同香港法院做出的判决一样得到执行。

1958 年纽约公约第 3 条还规定，缔约国的法院在执行外国仲裁裁决时，不得比执行国内仲裁裁决附加更为苛刻的条件，也不能收取过多的费用。

1958 年纽约公约没有规定申请执行仲裁裁决的期限，这一问题留给各国国内法去解决。在美国，申请执行仲裁裁决的期限是 3 年；在英国，这个期限是 6 年。

2. 承认和执行外国仲裁裁决需要交验的文件。

1968 年纽约公约第 4 条规定，申请人在向法院提出执行申请时，至少应提交下列文件：

（1）原裁决的正本或者它的正式副本；

（2）仲裁协议的原本或者它的正式副本；

（3）如果裁决和仲裁协议不是执行地国的正式文字，申请人应提交裁决和仲裁协议的译本。译本应由公设的或宣誓的翻译员或外交、领事人员认证。

1958 年纽约公约没有提及应依照哪个国家的法律来认证裁决和仲裁协议的译本。外国有许多法院判例认为，认证可以按照裁决作出地或裁决执行地的国家法律办理。

3. 拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由。

1953 纽约公约第 5 条规定了拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由。第 5 条分两款，第 1 款规定了须由被申请人举证证明的拒绝执行的理由。第 2 款涉及到违反执行地公共秩序的理由，法院可以自行决定依照这些理由拒绝执行裁决。各国法院的实践表明，依照公约第 5 条所述理由拒绝承认和执行外国仲裁裁决的例子是不多见的。

(1) 1958年纽约公约第5条第1款的理由。

第5条第1款所述的理由有3个突出的特点：其一，这些理由是列举式的和穷尽的，仅在彼申请人能够证明理由之一的存在时，裁决才可被拒绝承认和执行，其二，不审查仲裁裁决的实体事项，因为仲裁裁决在事实上或法律上的错误并不是拒绝执行仲裁裁决的理由。其三，举证义务在于彼申请人，而不是申请人。

理由一：仲裁协议的当事人依照对其适用的法律处于某种无行为能力，或者该仲裁协议依照当事人约定的法律是无效的。或者在未指明以什么法律为准时，依照裁决地所在国的法律是无效的（第5条第1款（a）项）。

理由二：被申请人没有接到关于指定仲裁员或仲裁程序的适当通知，或者因为其他原因，彼申请人未能申辩的（第5条第1款（b）项）。

理由三：裁决所处理的争议不是提交仲裁的标的，或者不属于仲裁协议的范围，但是，如果裁决中既有提交仲裁的事项，又有不是提交仲裁的事项，在提交仲裁事项的决定与未提交仲裁事项的决定可以划分时，裁决中关于提交仲裁事项的决定可以承认和执行（第5条第1款（c）项）。

理由四：仲裁庭的组成或者仲裁程序与各当事人之间的协议不符，或者没有这个方面的协议而与仲裁地所在国的法律不符的（第5条第1款（d）项）。

理由五：裁决对各当事人尚没有发生约束力，或者已被裁决地所在国或裁决所依据法律的国家法院撤销或停止执行的（第5条第1款（e）项）。

(2) 1958年纽约公约第5条第2款的理由。

公约第5条第2款所述的理由都是属于违反公共秩序的范围，即：1) 依照执行地国的法律，争议事项是不能以仲裁解决的；2) 承认或执行裁决将违反执行地国的公共利益的。在这两种情况下，执行地国的法院可以主动裁定仲裁裁决不予执行。

“公共秩序”一词的含义通常是与国家最根本的利益或法律原则联系在一起的。在具体解释上，各国的提法可能不尽一致。但是，将国内公共秩序与国际公共秩序区别开来，却是大势所趋，例如，美国最高法院曾在 *sherk 诉 culver* 一案中判决，产生于国内合同的债券交易中的争议是不可仲裁的事项，但产生于国际（涉外）合同的债券交易中的争议是可以仲裁的事项。至于“执行裁决将违反执行地国的公共利益”的情况，一般是指根据执行地国的法律，争议标的是不可仲裁的事项。此外，根据某些国家的法律，一方当事人被剥夺了同等的辩护机会，或者仲裁员违反其公正裁决的义务以致对仲裁程序产生了真正的影响，或者仲裁庭无故不说明裁决的理由（按照当事人和解协议内容裁决的除外），这些情况在特别条件下也可认为是违反了公共秩序。第5条第2款的理由与第5条第1款的理由可能有些相同或相似，但第2款的理由所涉及的情形通常应是非常严重和非常极端的。

二 中国法律关于执行仲裁裁决的规定

在中国境内执行的仲裁裁决，有中国涉外仲裁机构作出的涉外仲裁裁决、国内仲裁机构作出的国内仲裁裁决和外国常设仲裁机构或临时仲裁庭作出的外国仲裁裁决。这3类仲裁裁决若在中国境内执行，则适用的法律规定是不同的。

(一) 国内仲裁裁决的执行

国内仲裁裁决，主要是指设在各级工商行政管理局里的经济合同仲裁委员会作出的仲裁裁决、国内各技术合同争议仲裁机构作出的仲裁裁决、国内各劳动争议仲裁机构作出的仲裁裁决，以及其他国内仲裁机构作出的仲裁裁决。国内仲裁，有的不实行协议仲裁的制度，有的不允许当事人选择仲裁员，有的仲裁庭审理案件受到制约，不能独立地审理案件，因此，从仲裁本身的含义和仲裁特点上分析，从严格的意义上讲，我国的国内仲裁在很大程度上成了行政处理的代名词，还不是真正意义上的仲裁。考虑到国内仲裁的特殊情况，我国法律对国内仲裁裁决的执行采取了严格审查的制度。

《中华人民共和国民事诉讼法》第 217 条对此规定的全文是：

“对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应执行。

被申请人提供证据证明仲裁裁决有下列情形之一的、经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

1. 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
2. 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
3. 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
4. 认定事实的主要证据不足的；
5. 适用法律确有错误的；
6. 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

上述规定表明：人民法院在执行国内仲裁机构的国内仲裁裁决时，既可审查仲裁的程序是否与法律相符，也可审查裁决本身的实体事项包括适用法律和定案证据。如此严格宽泛的裁决审查制度，在世界各国的法律中是不多见的。

（二）涉外仲裁裁决的执行

我国涉外仲裁机构作出的发生法律效力仲裁裁决，败诉方是我国公司或外国公司在我国境内有财产的，凡不能自动履行的，根据我国法律的规定，败诉方可以向被申请执行人住所地或财产所在地的中级人民法院申请强制执行。《中华人民共和国民事诉讼法》第 259 条和第 260 条是人民法院执行我国涉外仲裁机构仲裁裁决的主要法律依据。具体规定如下：

“第 259 条经中华人民共和国涉外仲裁机构的裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地中级人民法院申请执行。

第 260 条对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

1. 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
2. 被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；

3. 仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；
4. 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行”。

上述规定表明，人民法院在执行涉外仲裁机构的仲裁裁决之时，只审查案件的程序是否合乎当事人协议和仲裁规则，而不审查案件的实体问题是否正确。此外，还有一点非常重要的：人民法院对仲裁裁决进行程序审查时，除了第 260 条第 2 款规定的情况外，只能依据被申请人的申请和所提出的证据，人民法院一般不应主动审查，也不应主动收集证据。

（三）外国仲裁裁决的承认和执行

《中华人民共和国民事诉讼法》第 269 条规定：“外国仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理”。

我国缔结或者参加的有关承认和执行外国仲裁裁决的公约中，最重要的就是 1958 年纽约公约。我国第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议于 1986 年 12 月 2 日决定我国加入 1958 年纽约公约，我国于 1987 年 1 月 22 日申请加入该公约，并于 1987 年 4 月 22 日起对我国生效。我国加入该公约时提出了互惠保留和商事保留。为了妥善地执行 1958 年纽约公约，我国最高人民法院于 1987 年 4 月 10 日就执行 1958 年纽约公约问题，发出了《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》，“通知”指出以下几点：

1. 根据我国加入该公约时所作的互惠保留声明，我国对另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约。该公约与我国民事诉讼法有不同规定的，按公约的规定办理。

对于在非缔约国领土内作出的仲裁裁决，需要我国法院承认和执行的，应按我国同申请人所在国缔结的其他条约或按互惠原则办理。

2. 根据我国加入该公约时听作的商事保留声明，我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。所谓“契约性和非契约性商事法律关系”，具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定的而产生的经济上的权利义务关系，例如，货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输，以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权的争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端，外国投资者与东道国政府之间的争端一般由 1965 年《关于解决各国和其他国家的国民之间投资争端的公约》（华盛顿公约）所设解决投资争端的国际中心解决。我国已于 1992 年批准加入 1965 年华盛顿公约。华盛顿公约规定每一缔约国都应承认依照该公约作出的裁决具有约束力，并在其领土内履行该裁决所加的金钱上的义务，如同该裁决是该国法院的最后判决一样。

3. 根据 1958 年纽约公约第 4 条的规定，申请我国法院承认和执行在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决，是由仲裁裁决一方当事人提出的。对于当事人的申请应由我国下列地点的中级人民法院受理：

- （1）被执行人为自然人的，为其户籍所在地或者居住地；
- （2）被执行人为法人的，为其主要办事机构所在地，

(3) 被执行人在我国无住所、居所或者主要办事机构,但有财产在我国境内的,力其财产所在地。

4. 我国有管辖权的人民法院接到一方当事人的申请后,应对申请承认及执行的仲裁裁决进行审查,如果认为具有1958年纽约公约第5条第1、2两款所列的情形,应当裁定承认其效力,并且按照民事诉讼法规定的程序执行;如果认定具有第5条第2款所列的情况之一的、或者根据被执行人提供的证据证明具有第5条第1款所列情形之一的,应当裁定驳回申请,拒绝承认及执行。

5. 申请我国法院承认及执行的仲裁裁决,仅限于1958年纽约公约对我国生效后在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决。该项申请应当在民事诉讼法规定的申请执行期限内提出。

(四) 裁决执行措施和存在的问题

人民法院裁决执行仲裁裁决的,其执行措施应依《中华人民共和国民事诉讼法》第22章“执行措施”的规定进行,主要的执行措施有:冻结、划拨被执行人的存款;扣留、拍卖被执行人应当履行义务部分的财产;强制搬出房屋和强制退出土地,裁定加倍支付迟延履行给付金钱义务期间的债务利息。在执行过程中,双方当事人也可以自行达成和解协议,仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的,当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁,也可以向人民法院起诉。

民事诉讼法第219条规定了申请执行的期限。双方或者一方当事人是公民的为1年,一方是法人或者其他组织的为6个月。前述期限应从仲裁裁决书规定履行期间的最后1日起计算;仲裁裁决书规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后1日计算。

在中国执行仲裁裁决的最大问题,就是如何克服由于地方保护主义造成的裁决“执行难”问题。不管是我国的裁决还是外国的裁决,“执行难”都会引起中外当事人和律师们的不安,并且不可避免地损害我国的对外形象。地方保护主义的危害性,已引起了党中央和有关部门的严重警觉。例如,中共中央书记处书记、中央政法委员会书记。最高人民法院院长任建新同志在1992年12月召开的全国政法工作会议上所作的报告中就曾严肃地指出,执法过程中遇到的地方保护主义是建立和发展社会主义市场经济的大敌,地方保护主义搞条条块块的分割、封锁和垄断,实际上是保护落后,包庇违法。它破坏社会主义法制的尊严,影响全国统一的、开放的市场体系的形成,损害国家全局利益和人民群众的根本利益,最终也损害本地区的长远利益。要严肃执法,必须坚决纠正地方保护主义。他指出,抵制地方保护主义要实行“五个严禁”:严禁领导干部为维护本地区的不正当利益干扰依法办事;严禁打击报复秉公执法的政法干警;严禁政法部门在办案中偏袒本地当事人,作不公正裁决或推卸责任;严禁公安、检查机关插手经济纠纷案件,把合同、债务纠纷混作诈骗犯罪;严禁任何机关和个人阻碍人民法院裁决的执行,不得以扣押人质的方式追讨债款,对有禁不止、违反纪律、坚持搞地方保护主义的办案人员和党政领导干部,按干部管理权限由纪检、监察部门给予党纪政纪处分,构成犯罪的依法追究刑事责任。从长远来看,还要进一步研究如何从体制上防止和解决地方保护主义问题。

三 中国法院执行仲裁裁决案例述评

案例一

[案情]

这是一则中国法院承认和执行外国临时仲裁庭所作出的仲裁裁决的案例，申请人广州远洋运输公司于 1988 年 7 月 10、11 日把“康苏海”轮、“马关海”轮和“华铜海”轮租给被申请人美国 MARSHIPS OF CONNECTICUT 公司，3 份租船合同中均

订有仲裁条款，约定产生纠纷在英国伦敦仲裁，适用英国法律。由船东及租船人各指定一名仲裁员，若这两位仲裁员意见不一致时，则由其指定一名首席仲裁员作裁决。不论是先指定的两名仲裁员或者首席仲裁员所作的裁决对双方都有约束力，在租船合同的履行过程中，被申请人违约，拖欠申请人租金总额 200 余万美元。为此，申请人按租船合同仲裁条款，于 1989 年 7 月在英国伦敦提请仲裁，申请人指定伦敦仲裁员 Bruce Harris 先生，被申请人指定伦敦仲裁员 John P. Besmsn 先生组成临时仲裁庭。该仲裁庭分别于 1989 年 8 月 7、8 月 15 日、8 月 25 日作出了关于“马关海”轮、“华铜海”轮及“康苏海”轮租船合同争议案的裁决。3 份裁决书裁决被申请人应对申请人偿付租金共 198.597521 万美元及其利息和申请人因仲裁而支出的费用。1989 年 8 月 18 日申请人与被申请人就所欠款项签署了分期付款协议。按照该协议，被申请人支付申请人 50 万美元后，余额分 17 期支付。每月支付一期，每期付款 10.267648 万美元（另加利息）。但被申请人支付了第 5 期款项后，自 1990 年 2 月起停止付款，尚欠申请人 123.2112 万美元及年利率 9% 的利息。申请人遂于 1990 年 7 月 6 日广州海事法院提出执行申请，请求法院承认和执行上述 3 份仲裁裁决，划拨被申请人预期可在中国对外贸易运输公司得到的运费和延滞费共 25.359255 万美元。作为被申请人偿还申请人债务的一部分。广州海事法院受理此案后，依法组成合议庭进行审查。经审查，合议庭认为：1. 广州海事法院对该案具有管辖权，理由是：（1）我国已于 1986 年 12 月 2 日决定加入 1958 年在纽约通过的《承认及执行外国仲裁裁决公约》。该公约从 1987 年 4 月 22 日起对我国生效。根据《最高人民法院关于执行我国加入的（承认及执行外国仲裁裁决公约）的通知》第 1 条规定：“根据我国加入该公约所作的互惠保留声明，我国对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约”。本案 3 份仲裁裁决书均系在英国伦敦作出。英国是该公约的参加国、只要英国伦敦仲裁机构作出的仲裁裁决未违反公约的规定，我国法院则应于承认和执行。又据我国《民事诉讼法（试行）》第 169 条的规定，申请执行期限为 6 个月，本案被申请人于 1990 年 2 月起停止履行仲裁裁决，申请人于同年 7 月 6 日向法院提出执行申请，没有超过我国法律规定的申请执行期限。（2）根据最高人民法院通知第 3 条的规定，申请我国法院承认执行在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决，被执行人在我国无住所、居所或者主要办事机构，但被执行人有财产在我国境内的，我国法院即可管辖，本案被申请人在国内有一笔预期可得的财产，故我国法院为财产所在地法院，对本案有管辖权。（3）根据《最高人民法院关于海事法院收案范围的规定》第 4 条第 4 项的规定，海事执行案件包括“依据 1958 年在纽约通过的《承认及执行外国仲裁裁决公约》的规定，申请我国海事法院承认、执行外国或者地区的仲裁机构仲裁裁决的案件”。因此，本案为海事执行案件，属海事法院收案范围。2. 申请执行的 3 份仲裁裁

决不具有《承认及执行外国仲裁裁决公约》第5条第1款或第2款所列的情形。因为，申请人和被申请人在3份租船合同中均订有仲裁条款。仲裁庭的组成和仲裁程序与仲裁协议相符，未违反公约规定。仲裁裁决对双方均具有约束力。根据我国加入公约时所作的商事保留，我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约，依照中华人民共和国法律，当事人双方之间的租船合同纠纷属于商事法律关系引起的争议可经双方约定通过仲裁方式解决，承认和执行该3项裁决不违反中华人民共和国的公共政策。据此，广州海事法院于1990年10月17日作出裁定：第一，承认由Brucce Harris 仲裁员和John P. Besman 仲裁员组成的伦敦临时仲裁庭于1989年8月7日、8月15日、8月25日分训作出的关于“马关海”轮、“华铜海”轮及“康苏海”轮租船合同争议案的3份仲裁裁决的效力。第二，划拨被申请人预期可在中国对外贸易运输总公司得到的运费和延滞费共25,359,255万美元给申请人。

[简评]

1. 我国法院成功地承认和执行了英国伦敦临时仲裁庭作出的3份仲裁裁决的实例，表明我国在履行了作为《承认及执行外国仲裁裁决公约》缔约国所承担义务的过程中，是严肃认真的。公约项下的外国仲裁裁决，不论是常设的仲裁机构作出的仲裁裁决还是临时仲裁庭作出的仲裁裁决，只要符合有关规定，均可在我国境内得到承认和执行。承认和执行外国仲裁裁决，可以使中外当事人确信他们在外国可能获得的胜诉裁决能够在我国得到承认和执行，这将有助于增强人们对中国法制的信心，有助于加强我国同外国的商事往来。

2. 但是，对这个案例作进一步的分析可以发现，我国法律关于执行仲裁裁决的规定和人民法院的执行工作仍有可以改进的地方。例如，我国《民事诉讼法（试行）》第169条和新的《民事诉讼法》第219条均规定，双方是法人或者其他组织的，申请执行仲裁裁决的期限为6个月。与外国法律关于申请执行裁决的期限相比（英国为6年，美国为3年），如此短促的期限，极易为当事人所错过。因此，我国法律所规定的执行期限，实有延长之必要。又例如，本案法院对执行仲裁裁决是否违反社会公共利益以及争议是否为可仲裁事项进行了审查，这是正确的，也是符合1958年纽约公约规定的，但是，在被申请人没有提出仲裁程序有1958年纽约公约第5条第1款所述情形的前提下，法院也主动对此进行了审查，这以于是多虑。

案例二

[案情]

河南省开大服装公司是由河南省服装进出口（集团）公司开封市东风服装厂及大进国际贸易（香港）有限公司按4：3：3的比例共同出资兴建的服装加工出口型企业。按照合资合同的规定，河南省服装进出口（集团）公司的主要责任是办理申报合营公司的报批手续，并负责第1年至第10年供给合营公司对美出口服装配额。合营公司所生产的合格产品全部外销，由河南省服装进出口（集团）公司作为产品出口代理。合资合同履行不到两年，合资各方之间即发生争议。主要争议是：河南省服装进出口（集团）公司以国家规定三资企业不得使用出口配额为由拒绝继续按合同向合资公司加数提供出口配额并扣留了合资公司1989和1990年的出口结汇款70余万美元。开封市东风服装厂遂根据合资合同仲裁条款的规定于1991年4月向中国国际经济贸

易仲裁委员会提请仲裁，被诉人是河南省服装进出口（集团）公司和大进国际贸易（香港）有限公司。仲裁庭经过审理，于1992年1月25日作出部分裁决，于1992年4月20日作出最终裁决。仲裁庭在这两份裁决中认为，合资合同明确了被诉人是合资公司产品的唯一出口代理。合资合同中关于配额的规定实质上是就被诉人同合资公司间在配额问题上的业务关系作了规定，既不是要合资公司直接向国家申请配额，也不要求被诉人代表合资公司向国家申请配额，因此并不涉及需要或影响全国配额的平衡问题。仲裁庭裁决合资合同是有效的，被诉人没有提供足够的配额，也没有代理出口合资公司的全部产品，已构成违约，应赔偿经济损失。裁决作出之后，由于河南省服装进出口（集团）公司逾期未履行裁决，申请执行人开封市东风服装厂于1992年5月28日向河南省郑州市中级人民法院申请强制执行。被申请人提出了申辩。郑州市中级人民法院于1992年9月28日作出《民事裁定书》，认为：“依据国家现行政策、法规规定，如予以执行将严重损害国家经济利益和社会公共利益，影响国家对外贸易秩序。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第260条第2款规定，裁定仲裁裁决不予执行。”对于郑州市中级人民法院作出这一裁定，最高人民法院于1992年11月6日函告河南省高级人民法院：“经我院审查认为，郑州中级人民法院以仲裁裁决的执行将严重损害国家经济利益和社会公共利益，影响国家对外贸易秩序为由，裁定不予执行，是不正确的”。

[简评]

法院在执行仲裁裁决时，可以对裁决的执行是否会违反社会公共利益进行审查，这是各国法律都有规定的，问题在于，社会公共利益并非是指某一单位、某一行业或某一地区的经济利益或其他利益，而应该是指涉及国家的根本经济利益和根本法律观念和制度。本案，仲裁庭已经依照中国法律对当事人之间的配额业务进行了分析并作出了裁决，法院仍然“依据国家现行政策、法规规定”对裁决正确与否进行审查，似有审查涉外仲裁裁决的实体事项之嫌，更为重要的是，法院对本案仲裁裁决的执行在哪些方面会违反社会公共利益没有进行任何解释，以如此简短的几乎不说明具体理由的裁定来驳回涉外仲裁裁决的执行申请，是否为正确的做法，这也是值得探讨的。

四 外国法院执行中国涉外仲裁裁决案例述评

案例一

[案情]

本案听涉的外国当事人吕集团公司是一家在新西兰注册的有限责任公司。该公司在1988年初与中国北京某公司（以下简称中国当事人）签订了有关纸浆的供货合同，合同金额为774万元人民币。按供货合同条款规定，中国当事人向该新西兰公司支付了136万元人民币的“合同信用金”（预付金）。在合同规定为交货期内，该新西兰公司没有履行交货义务，并以种种借口拒绝退还预付金。基于这种情况，中国当事人依据合同中的仲裁条款向中国国际贸易仲裁委员会提出仲裁申请。中国国际经济贸易仲裁委员会依仲裁规则规定组成的仲裁庭在全面审阅了有关书证后对本案作出了缺席裁决，裁定被诉人吕集团公司应返还申诉人中国当事人的合同预付金及其利息，吕集团公司收到裁决书后仍拒不执行，为使自己的合法权益得到保护，挽回公司

的损失，中国当事人委托中国环球律师事务所代其向新西兰法院申请强制执行。中国环球律师事务所律师在新西兰律师的协助下于1991年1月向新西兰奥克兰高等法院提出强制执行申请。奥克兰高等法院在1991年3月6日对执行申请进行了开庭审理，因吕集团公司未出庭答辩，法官在被告缺席的情况下当庭判决承认仲裁委员会作出的仲裁裁决书有效并准予按新西兰法律进行强制执行。由于吕集团公司尚有其他债务，强制执行过程中吕集团公司因资不抵债而破产，在律师的要求下，1991年3月14日，奥克兰高等法院组织了有关吕集团公司破产为听证会，决定依法对吕集团公司的财产进行清算，并指定了清算人进行清算工作。清算工作结束后，吕集团公司的全部财产按法律规定的顺序向各债务人清偿。

[简评]

自从中国加入1958年纽约公约之后，中国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决在公约的80多个缔约国内都能得到承认和执行。1958年纽约公约大大简化了执行条件和手续，从而提高了仲裁裁决的执行力。由于新西兰和中国都是1958年纽约公约的缔约国，因此，中国涉外仲裁裁决能够在新西兰得到快速承认和执行。但是，法院承认并裁定执行仲裁裁决并不等于仲裁裁决的全部内容都能得到实际的执行，因为执行的客观条件是被执行入必须有相应的可供执行的财产。有的当事人在订立合同时不注意调查对方的资信和财力，这是担风险的做法，一旦对方后来往约且又拒不履行仲裁裁决，则仲裁裁决的执行就可能会遇到潜在的困难。

案例二

[案情]

申请人中国深圳某公司向香港最高法院提出申请，请求法院准予执行中国国际经济贸易仲裁委员会于1991年1月8日作出的仲裁裁决。该仲裁裁决中的申诉人即申请人中国某公司。被诉人为被申请人香港某公司。代表被申请入的大律师对执行该仲裁裁决书提出了若干点异议，主要异议是：其一，该仲裁裁决不是“公约裁决”（即香港仲裁条例第2条所指的“除香港以外的属于纽约公约成员国的另一国家或地区依据仲裁协议作出的裁决”），因为当事人从未同意在中国仲裁，而事实上是同意在香港仲裁；其二，仲裁庭的仲裁程序是按照中国国际经济贸易仲裁委员会1989年新的仲裁规则进行的，这与当事人约定的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不符。据此，被申请人认为仲裁裁决应予拒绝承认和执行。

关于被申请人提出的第一点异议，审理本执行案的香港最高法院大法官注意到，申请人和被申请人曾于1988年8月11日签署了两份日期分别为1988年8月6日和8月8日的英文台同，又于1988年8月25日签署了两份日期同样为1988年8月6日和8月8日的中英文对照的合同，中英文对照的合同与英文合同的标的一致，但是，中英文对照的合同中的仲裁条款规定合同争议在北京由中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁，英文合同则有一个在香港仲裁的条款。审理案件的仲裁庭认为中英文对照的合同优先，英文合同在与中英文对照的合同不相抵触的前提下作为补充，香港最高法院有大法官在评论被申请人的第一点异议时写道，“在我看来，被申请人是在试图就实体提出上诉，因为他们不同意仲裁庭依中英文对照的合同行事。那么他们在执行阶段可否提出这个问题？我判决他们不能”。大法官援引了著

名的国际仲裁专家范登伯格教授在其权威著作中的评论,即根据 1958 年纽约公约,“执行法官的任务是有限的,他的作用仅限于审查被申请人依照公约第五条第一款所述拒绝执行的理由所提出异议是否正当以及执行仲裁裁决是否违反他所在国法律上的公共秩序。这个限制必须按照国际商事仲裁中一国法院不应干预仲裁的实体这一原则来衡量”。大法官认为中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁庭所作出的仲裁裁决属于香港仲裁条例所指的“公约裁决”。

关于被申请人的第二点异议,大法官注意到,仲裁委员会新的仲裁规则在开始仲裁之时,就送达了被申请人,被申请人没有提出任何异议。实际上,仲裁机构更新其仲裁规则之事是时常发生的。仲裁委员会的新的仲裁规则比被替换的暂行规则更为开放和自由,而“暂行”一词的用意也意味着它的变化是迟早要发生的。对此,大法官认为,新旧规则的更替并不能构成拒绝执行仲裁裁决的正当理由。

大法官于 1991 年 3 月 2 日作出判决:准许原诉传票中的执行申请,准许仲裁裁决如同香港法院的判决一样强制执行。

[简评]

自 1989 年至 1992 年,由中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁庭作出的仲裁裁决中,已有 40 余个得到了香港最高法院的强制执行。本案只是其中的一例。这个案例表明了,香港的法院是作常尊重 1958 年纽约公约的。法院的法官在审查裁决的执行申请时,从不超越公约和法律所许可的职权范围,而且对当事人的每一异议,都有比较详细的答复。这是值得借鉴的。

后 记

本丛书是在国务院经贸办副主任李样林同志，共青团中央书记处书记、中国青年企业家协会会长洛桑同志主持下编撰的。副主编有国务院经贸办外贸司司长孟宪刚同志，对外经贸部贸管司司长周可仁同志，我国著名经济学家、对外经贸大学彭玉书教授、邱年祝教授，以及负责常务工作的彭建国同志。丛书的作者主要是国务院经贸办、对外经贸部、中国银行、国际贸促会、中国技术进出口总公司、海关总署、对外经贸大学、中国人民大学等有关单位的专家学者。中国青年出版社对本丛书的编辑出版给予了大力支持，做了大量的组织协调和文字加工工作。在丛书编撰过程中，中国银行国际部总经理柏士珍同志、国际贸促会法律部部长程德钧同志、国务院经贸办朱建平同志、团中央翟青同志作了许多工作，中国人民大学顾学荣教授、戴宏久教授也提出了许多宝贵意见。在此一并致谢。

编者

1993年3月

