

普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

# 国际商事仲裁法学

LEGAL SCIENCE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

邓瑞平等 著



普通高等教育国家级规划教材



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

# 国际商事仲裁法学

著

邓瑞平 赵生祥 刘想树 邓杰  
唐青阳 刘颖 徐鹏



法律出版社

始创于1954年

[www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

好书,同好老师和好学生分享



## 图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁法学/邓瑞平等著. --北京:法律出版社,2010. 4  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0622 - 2

I. ①国… II. ①邓… III. ①国际商事仲裁—法的理论 IV. ①D997. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 051007 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郭相宏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/28.75 字数/535 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0622 - 2

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 出版说明

法律出版社是中国历史最悠久的法律专业出版社,与国际出版同仁论剑,本社之专业出版品牌亦广受肯定。

本社素来注重法学教材出版。从20世纪50年代中国法学教材建设的起步,到20世纪70年代末中国法学教材的复兴,法律出版社均走在前列。1949年以来,我国第一部法理学、宪法、中国法律思想史、外国法制史、刑法、民法、民事诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法教材,均出自法律出版社。

从20世纪80年代到90年代,再到21世纪,本社对于法学教材的出版更投入移山心力。而本社与权威法学家合作,渊源有自。作者中有法学宿耋,有中年英士,有青年才俊,均来自杰出法学学府与研究机构。本社教材,正旨在秉承法学先辈之思想财富,与新一代法律人分享。

自我国建设国家级教材以来,本社延揽名家,于此多有收获。从更早的国家级规划教材,到“九五”、“十五”,再到2006年评定的“十一五”国家级规划教材,法律出版社之法学类国家级教材,积累已多,忝居诸社首列。为整体性展现这批品质教材,本社乃以“普通高等教育国家级规划教材系列”为题,统一推出。

“好书,同好老师和好学生分享”,本社愿与法律共同体诸同仁,与中国法学与法律实践的学习者和建设者一起,分享好书,分享智识,分享法治进程中的点点滴滴。

法律出版社

## 作者简介

(以撰稿章次为序)

**邓瑞平**,男,1963年生,武汉大学国际经济法专业博士,西南政法大学教授、博士生导师,重庆市中青年骨干教师,重庆市首届、第二届学术技术带头人,中国国际经济法学会常务理事、中国国际经济法学会理事,重庆、上海仲裁委员会仲裁员,主要从事民商法、海商法、国际经济法和国际商事仲裁法的教学、科研和实务工作,独立、合作出版专著、教材、译著24部,发表具有重要影响的学术论文近20篇,主持、参加省部级、国家级科研项目9项,获省部级教学科研奖4项。

**赵生祥**,男,1963年生,西南政法大学经济法学专业博士,西南政法大学法学教授、研究生导师,重庆市中青年骨干教师,重庆市首届、第二届学术技术带头人后备人选,中国国际私法学会常务理事,贵州遵义仲裁委员会专家咨询委员,主要从事国际私法、国际知识产权法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法的教学、科研和实务工作,出版个人专著1部,主编和合作出版专著、教材10多部,在《中国法学》、《现代法学》等刊物发表学术论文20余篇,主持和参与省部级、国家级教学科研项目6项。

**邓杰**,女,1972年生,武汉大学国际法专业博士,华侨大学法学教授,厦门大学法学博士后,中国国际私法学会常务理事,《北京仲裁》杂志社顾问,上海、武汉、泉州等仲裁委员会仲裁员,主要从事国际私法、国际商事仲裁法、电子商务法教学、科研和实务工作,独著、合著、合译各类著作23部,在《武汉大学学报》、《法商研究》等核心期刊上发表论文40余篇,获省部级科研成果奖3项、省十佳“优秀青年法学人才”称号。

**刘颖**,男,1962年生,武汉大学国际经济法专业博士、暨南大学应用经济学博士后,暨南大学教授、博士生导师,中国法学会国际经济法研究会常务理事,主要从事网络与电子商务法、国际经济法、比较民商法教学科研工作,独立出版专著2部、合作出版2部,在《中国法学》发表学术论文3篇,在《暨南学报》等学术刊物发表学术论文、译文20余篇,主持国家社会科学基金项目2项、省部级科研项目2项,参与国家和地方立法论证2项,获省部级科研奖6项。

**刘想树**,男,1965年生,西南政法大学教授、博士研究生导师,重庆市首届学术技术带头人后备人选、第二届学术技术带头人,中国国际私法学会常务理事,重庆、西安等仲裁委员会仲裁员,重庆市精品课程“国际私法”负责人,主要从事国际私法学、国际商事仲裁法的教学、科研和实务工作,出版个人专著2部,合作出版专

## 2 国际商事仲裁法学

著、教材、工具书近 10 部,在《法学家》、《现代法学》等刊物上发表 40 余篇专业论文和教学改革论文,参加国家级科研项目 2 项,主持省部级研究课题 2 项,获重庆市教学成果二等奖 1 项。

唐青阳,男,1968 年生,法学博士,西南政法大学法学教授、国际法学院院长,兼有中国国际经济法学会理事、中国法学会 WTO 法研究会理事、中国法学会经济法研究会理事、重庆市法学会常务理事兼国际经济法研究会副会长等学术职务,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、重庆市人民政府立法评审委员、重庆仲裁委员会专家咨询委员会委员、深圳仲裁委员会仲裁员等社会职务,长期从事国际经济法、涉外经济法和国际商事仲裁法的教学科研和实务工作,出版个人专著 1 部,合作出版专著、教材、译著 10 余部,发表高水平学术论文近 30 篇,主持和参加国家级、省部级教学科研项目 6 项。

徐 鹏,男,1973 年生,香港大学普通法专业硕士,武汉大学国际法专业博士,西南政法大学教师,中国国际私法学会理事,主要从事国际私法、国际商事仲裁法的教学、科研和实务工作,在《现代法学》、《环球法律评论》、《比较法研究》、《法商研究》等核心期刊发表高水平学术论文十余篇,参加国家级、省部级教学科研项目 3 项,指导西南政法大学辩论队获中国第五届“贸仲杯”冠军。

# 目 录

第一章 导论 .....	( 1 )
第一节 国际商事仲裁的定义 .....	( 1 )
一、仲裁的含义 .....	( 1 )
二、商事的含义 .....	( 3 )
三、国际的含义 .....	( 6 )
四、国际商事仲裁的定义 .....	( 8 )
第二节 国际商事仲裁的种类 .....	( 8 )
一、机构仲裁与临时仲裁 .....	( 9 )
二、本国仲裁与外国仲裁 .....	( 11 )
三、传统仲裁与在线仲裁 .....	( 12 )
四、依法仲裁与友好仲裁 .....	( 14 )
五、综合仲裁与专业仲裁 .....	( 14 )
六、普通仲裁与特殊仲裁 .....	( 15 )
第三节 国际商事仲裁的性质与特征 .....	( 15 )
一、国际商事仲裁的性质 .....	( 15 )
二、国际商事仲裁的特征 .....	( 21 )
第四节 国际商事仲裁的历史演进 .....	( 23 )
一、国际商事仲裁的萌芽期 .....	( 23 )
二、国际商事仲裁的发展期 .....	( 24 )
三、国际商事仲裁的成熟期 .....	( 27 )
四、现代网络环境下的国际商事仲裁 .....	( 29 )
第五节 国际商事仲裁法的定义、渊源与价值 .....	( 32 )
一、国际商事仲裁法的定义与特点 .....	( 32 )
二、国际商事仲裁法的渊源 .....	( 34 )
三、国际商事仲裁法的价值及其实现 .....	( 37 )
第六节 国际商事仲裁法的产生与发展 .....	( 46 )
一、国际商事仲裁法的产生与发展 .....	( 46 )
二、国际商事仲裁法的发展趋势 .....	( 47 )

## 2 国际商事仲裁法学

第七节 国际商事仲裁法学 .....	( 51 )
一、国际商事仲裁法学的定义 .....	( 51 )
二、国际商事仲裁法学的研究对象 .....	( 52 )
三、国际商事仲裁法学的体系 .....	( 52 )
四、国际商事仲裁法学的研究方法 .....	( 53 )
<b>第二章 国际商事仲裁协议 .....</b>	<b>( 55 )</b>
<b>第一节 国际商事仲裁协议的概念与类型 .....</b>	<b>( 55 )</b>
一、国际商事仲裁协议的概念 .....	( 55 )
二、国际商事仲裁协议的类型 .....	( 58 )
三、国际商事仲裁协议的特征 .....	( 59 )
<b>第二节 国际商事仲裁协议的形式 .....</b>	<b>( 60 )</b>
一、“书面形式”的含义及其拓展 .....	( 60 )
二、特殊情形下仲裁协议书面形式的认定 .....	( 64 )
<b>第三节 国际商事仲裁协议的一般内容 .....</b>	<b>( 69 )</b>
一、仲裁意愿 .....	( 69 )
二、仲裁事项 .....	( 70 )
三、仲裁机构 .....	( 72 )
四、仲裁地点 .....	( 73 )
五、仲裁规则 .....	( 75 )
六、裁决的效力 .....	( 76 )
<b>第四节 国际商事仲裁协议的有效性及其认定机构 .....</b>	<b>( 77 )</b>
一、国际商事仲裁协议的有效要件 .....	( 77 )
二、国际商事仲裁协议有效性的认定机构 .....	( 82 )
<b>第五节 国际商事仲裁协议的补救 .....</b>	<b>( 85 )</b>
一、无效仲裁协议的救济 .....	( 85 )
二、瑕疵仲裁协议的补救 .....	( 88 )
<b>第六节 国际商事仲裁协议的效力 .....</b>	<b>( 91 )</b>
一、积极效力 .....	( 91 )
二、消极效力 .....	( 94 )
<b>第七节 国际商事仲裁协议自治理论 .....</b>	<b>( 96 )</b>
一、国际商事仲裁协议自治理论的含义 .....	( 96 )
二、国际商事仲裁协议自治理论的确立与发展 .....	( 97 )
三、国际商事仲裁协议自治理论的依据 .....	( 101 )
<b>第八节 国际商事仲裁协议的转让与终止 .....</b>	<b>( 103 )</b>
一、国际商事仲裁协议的转让 .....	( 103 )



二、国际商事仲裁协议的终止 .....	(110)
第九节 国际商事仲裁协议的法律适用 .....	(111)
一、统一论 .....	(112)
二、分割论 .....	(112)
<b>第三章 国际商事仲裁机构 .....</b>	<b>(121)</b>
第一节 国际商事仲裁机构的含义、性质和种类 .....	(121)
一、国际商事仲裁机构的含义与特点 .....	(121)
二、国际商事仲裁机构的性质 .....	(126)
三、常设国际商事仲裁机构的分类 .....	(132)
第二节 国家性国际商事仲裁机构 .....	(135)
一、外国国际商事仲裁机构 .....	(135)
二、中国国际商事仲裁机构 .....	(143)
第三节 国际性国际商事仲裁机构 .....	(153)
一、国际商会国际仲裁院 .....	(153)
二、解决投资争端国际中心 .....	(155)
三、世界知识产权组织仲裁与调解中心 .....	(158)
<b>第四章 国际商事仲裁程序的法律适用 .....</b>	<b>(161)</b>
第一节 国际商事仲裁程序法适用的独立性及其范围 .....	(161)
一、国际商事仲裁程序法适用的独立性 .....	(161)
二、国际商事仲裁程序法适用的范围 .....	(163)
第二节 国际商事仲裁程序法的确定 .....	(164)
一、当事人协商选择仲裁程序法 .....	(164)
二、当事人未协商选择时仲裁程序法的确定 .....	(166)
第三节 “非当地化”理论 .....	(171)
一、“非当地化”理论的产生与发展 .....	(171)
二、承认“非当地化”理论的立法与实践 .....	(172)
三、关于“非当地化”理论的分歧 .....	(175)
四、对“非当地化”理论的评价 .....	(176)
<b>第五章 国际商事仲裁的申请与受理 .....</b>	<b>(179)</b>
第一节 国际商事仲裁的当事人 .....	(179)
一、国际商事仲裁当事人的概念 .....	(179)
二、国际商事仲裁参加人和参与人 .....	(180)
三、合并仲裁中的多方当事人 .....	(181)
四、股东派生仲裁请求权下的当事人 .....	(184)
五、国际商事仲裁协议转让后的仲裁当事人 .....	(186)

## 4 国际商事仲裁法学

六、揭开公司面纱下的仲裁当事人 .....	(188)
七、代位求偿中的仲裁当事人 .....	(188)
八、提单转让情形下的仲裁当事人 .....	(190)
九、仲裁程序进行中的当事人变更 .....	(191)
十、国际商事仲裁第三人 .....	(192)
<b>第二节 国际商事仲裁程序的开始与推进 .....</b>	<b>(198)</b>
一、仲裁程序的开始 .....	(198)
二、仲裁程序的推进 .....	(200)
<b>第三节 国际商事仲裁的申请 .....</b>	<b>(202)</b>
一、国际商事仲裁申请的提出 .....	(202)
二、国际商事仲裁申请书 .....	(203)
三、国际商事仲裁代理和仲裁时效 .....	(207)
四、国际商事仲裁语文和仲裁费用 .....	(208)
<b>第四节 国际商事仲裁申请的受理 .....</b>	<b>(211)</b>
一、国际商事仲裁受理的概念 .....	(211)
二、国际商事仲裁受理中的立案审查 .....	(211)
三、国际商事仲裁申请的受理通知 .....	(213)
<b>第五节 国际商事仲裁的答辩 .....</b>	<b>(216)</b>
一、国际商事仲裁答辩的概念 .....	(216)
二、国际商事仲裁答辩书 .....	(217)
<b>第六节 国际商事仲裁的反请求 .....</b>	<b>(221)</b>
一、国际商事仲裁反请求的概念与特点 .....	(221)
二、国际商事仲裁反请求的提出和审查 .....	(222)
<b>第六章 国际商事仲裁庭 .....</b>	<b>(228)</b>
<b>第一节 国际商事仲裁员 .....</b>	<b>(228)</b>
一、国际商事仲裁员的资格 .....	(228)
二、国际商事仲裁员的责任 .....	(234)
<b>第二节 国际商事仲裁庭的组成 .....</b>	<b>(241)</b>
一、仲裁庭的类型 .....	(241)
二、仲裁庭的组建方式 .....	(243)
三、仲裁员的回避 .....	(247)
<b>第三节 国际商事仲裁庭的重组 .....</b>	<b>(255)</b>
一、国际商事仲裁庭重组的原因和方式 .....	(255)
二、国际商事仲裁庭重组的效果 .....	(259)
<b>第四节 国际商事仲裁庭管辖权自治原则 .....</b>	<b>(260)</b>

一、国际商事仲裁庭管辖权异议 .....	(260)
二、国际商事仲裁庭管辖权自治原则 .....	(263)
<b>第七章 国际商事仲裁的审理程序 .....</b>	<b>(274)</b>
<b>第一节 国际商事仲裁的审理方式 .....</b>	<b>(274)</b>
一、仲裁审理方式的种类 .....	(274)
二、开庭审理 .....	(275)
三、书面审理 .....	(276)
<b>第二节 国际商事仲裁中的合并仲裁 .....</b>	<b>(277)</b>
一、合并仲裁的含义 .....	(277)
二、合并仲裁的理论分歧 .....	(278)
三、合并仲裁的立法与实践 .....	(280)
四、仲裁规则对合并仲裁的规定 .....	(283)
<b>第三节 国际商事仲裁中的证据 .....</b>	<b>(285)</b>
一、国际商事仲裁证据的含义与特征 .....	(285)
二、国际商事仲裁证据的种类 .....	(285)
三、国际商事仲裁的证据规则 .....	(287)
<b>第四节 国际商事仲裁中的临时性与保护性措施 .....</b>	<b>(290)</b>
一、含义、特点与类型 .....	(290)
二、决定机构 .....	(290)
三、英美的立法与实践 .....	(292)
<b>第五节 国际商事仲裁中的调解 .....</b>	<b>(295)</b>
一、国际商事仲裁调解的含义和特征 .....	(295)
二、国际商事仲裁中调解与和解的关系 .....	(296)
三、国际商事仲裁调解的原则和程序 .....	(297)
四、国际商事仲裁调解的效力 .....	(299)
<b>第六节 国际商事仲裁中的简易程序 .....</b>	<b>(300)</b>
一、简易程序的含义和特点 .....	(300)
二、简易程序的适用条件 .....	(301)
三、简易程序中的审理 .....	(302)
<b>第七节 国际商事仲裁中的加速仲裁 .....</b>	<b>(303)</b>
一、加速仲裁的含义 .....	(303)
二、加速仲裁的特点 .....	(304)
三、加速仲裁的适用条件 .....	(306)
四、加速仲裁审理程序的特殊性 .....	(306)
五、加速仲裁的完善 .....	(307)

<b>第八章 国际商事仲裁的裁决</b> .....	(310)
<b>第一节 国际商事仲裁裁决的概念和种类</b> .....	(310)
一、国际商事仲裁裁决的概念 .....	(310)
二、国际商事仲裁裁决的种类 .....	(311)
<b>第二节 国际商事仲裁裁决的作出</b> .....	(314)
一、作出仲裁裁决的依据 .....	(314)
二、作出仲裁裁决的地点和期限 .....	(318)
三、作出仲裁裁决的方式 .....	(320)
<b>第三节 国际商事仲裁裁决的形式和内容</b> .....	(322)
一、国际商事仲裁裁决的形式 .....	(322)
二、国际商事仲裁裁决的内容 .....	(323)
<b>第四节 国际商事仲裁裁决的效力</b> .....	(328)
一、仲裁裁决的既判力 .....	(328)
二、仲裁裁决的执行力 .....	(332)
<b>第五节 对国际商事仲裁裁决的异议</b> .....	(335)
一、对仲裁裁决提出异议的目的 .....	(335)
二、对仲裁裁决异议有管辖权的法院 .....	(335)
三、对仲裁裁决提出异议的途径 .....	(336)
四、对仲裁裁决提出异议的理由 .....	(338)
五、对仲裁裁决提出异议的时限 .....	(345)
六、对仲裁裁决提出异议的后果 .....	(346)
<b>第六节 国际商事仲裁实体问题的法律适用</b> .....	(347)
一、当事人协商选择的实体法 .....	(347)
二、依冲突法规则确定的实体法 .....	(351)
三、直接确定的实体规则 .....	(354)
<b>第九章 国际商事仲裁裁决的承认与执行</b> .....	(355)
<b>第一节 国际商事仲裁裁决的履行与执行</b> .....	(355)
一、国际商事仲裁裁决的履行 .....	(355)
二、国际商事仲裁裁决的执行 .....	(356)
三、国际商事仲裁裁决的履行与执行的关系 .....	(357)
<b>第二节 国际商事仲裁裁决的承认与执行</b> .....	(358)
一、承认与执行国际商事仲裁裁决的含义 .....	(358)
二、承认与执行国际商事仲裁裁决的法律依据 .....	(360)
三、内国国际商事仲裁裁决的承认与执行 .....	(365)
四、外国国际商事仲裁裁决的承认与执行 .....	(366)

第三节 国际商事仲裁裁决的不予执行 .....	(370)
一、《纽约公约》规定的特点 .....	(370)
二、被申请人举证证明不予执行的理由 .....	(372)
三、法院依职权主动援引的理由 .....	(377)
第四节 国际商事仲裁裁决的撤销 .....	(381)
一、国际商事仲裁裁决撤销的含义与内容 .....	(381)
二、国际商事仲裁裁决撤销制度存废之争 .....	(382)
三、国际商事仲裁裁决撤销的具体问题 .....	(384)
四、中国内地涉外仲裁裁决的撤销 .....	(389)
第五节 中国内地承认与执行国际商事仲裁裁决的立法与实践 .....	(392)
一、涉外商事仲裁裁决的承认与执行 .....	(392)
二、外国仲裁裁决的承认与执行 .....	(394)
三、中国诸法域间仲裁裁决的相互执行 .....	(398)
四、拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决报告制度 .....	(406)
<b>第十章 国际商事仲裁的司法监督 .....</b>	<b>(409)</b>
<b>第一节 国际商事仲裁司法监督的一般理论 .....</b>	<b>(409)</b>
一、商事仲裁司法监督的含义与起源 .....	(409)
二、商事仲裁司法监督的正当性 .....	(410)
三、国际商事仲裁司法监督的模式 .....	(412)
<b>第二节 国际商事仲裁司法监督的程序 .....</b>	<b>(421)</b>
一、司法监督程序的启动主体 .....	(421)
二、司法监督程序的启动条件 .....	(422)
三、司法监督程序的实施 .....	(423)
<b>第三节 国际商事仲裁司法监督的内容 .....</b>	<b>(425)</b>
一、对国际商事仲裁协议的监督 .....	(425)
二、对国际商事仲裁程序的监督 .....	(430)
三、对国际商事仲裁裁决的监督 .....	(435)
<b>第四节 国际商事仲裁司法监督的法律后果 .....</b>	<b>(439)</b>
一、国际商事仲裁协议司法监督的法律后果 .....	(439)
二、国际商事仲裁程序司法监督的法律后果 .....	(440)
三、国际商事仲裁裁决司法监督的法律后果 .....	(441)

# 第一章 导 论

国际商事仲裁法学以国际商事仲裁法及其发展规律为研究对象,国际商事仲裁法以国际商事仲裁关系为调整对象。国际商事仲裁与国际商事仲裁法属国际商事仲裁法学的基本范畴。本章将阐述国际商事仲裁的定义与种类、性质与特征、历史演进,国际商事仲裁法的定义、渊源、价值、历史发展,国际商事仲裁法学的定义、研究对象、体系和研究方法等基本理论问题。

## 第一节 国际商事仲裁的定义

### 一、仲裁的含义

“仲裁”一词,英文为“arbitration”,法文为“arbitrage”,德文为“Schiedsspruch”。对仲裁的含义,不同国家有不同理解,即使在同一国家,不同历史阶段有不同的含义。

#### (一) 中外辞书中的定义

在汉语中,《汉语大字典》中的解释是,“仲”是居间介绍调停之意,而“裁”是裁断、决定之意。<sup>[1]</sup>《辞海》中的解释是,“仲裁亦称‘公断’,由当事人双方以外的第三者对民事、经济、劳动等争议作出裁决。第三者可以是仲裁人,也可以是仲裁机构。”<sup>[2]</sup>《法学大辞典》的解释是,“仲裁又称‘公断’,双方当事人按照有关规定,事先或事后达成协议,把他们之间发生的争议提交到仲裁机构(又称公断机关),由该机构的仲裁人(又称公断人)以第三者的身份,对争议的事实和权利义务关系作出判断和裁决以解决争议的一种方式。”<sup>[3]</sup>《中国大百科全书·法学》中的含义是,“仲裁是解决民事争议的方式之一。民事争议通常可以采取向法院起诉和申

---

[1] 汉语大字典编辑委员会:《汉语大字典》(三卷本),四川辞书出版社、湖北辞书出版社,1995年版,第122、3086页。

[2] 辞海编辑委员会:《辞海》(上),上海辞书出版社,1999年版,第618页。

[3] 曾庆敏主编:《法学大辞典》,上海辞书出版社,1998年版,第518页。

请仲裁机构审理两种方法,仲裁指争议双方在争议发生前或争议发生后达成协议,自愿将争议交给第三者作出裁决,双方有义务执行的一种解决争议的方式。”〔1〕

在英文中,《不列颠百科全书》中的含义为,“仲裁是在通常的法庭程序以外,将一项争议付托一个由双方同意的第三者作出有约束力的决定,即裁决,以作出解决争议的一种法律手段。”〔2〕《布莱克法律辞典》中的含义为,“仲裁是一种涉及一个或多个中立第三方的争端解决方式。该第三方通常须经争议双方当事人同意,且由其作出的裁决对双方当事人均有拘束力。”〔3〕

## (二) 中外学者的表述

各国学者对仲裁概念有不同看法。在我国,有的学者认为仲裁是“解决争议的一种方法,即由双方当事人将其争议交付第三者居中评断是非并作出裁决,该裁决对双方当事人均具有拘束力。”〔4〕有的学者把仲裁理解为“是指根据有关规定或者当事人之间的协议,由一定的机构以第三者的身份,对双方发生的争议,在事实上作出判断,在权利义务上作出裁决的一种方式”〔5〕还有学者认为仲裁是“指纠纷当事人在自愿的基础上达成协议,将纠纷提交非司法机构的第三者审理,并作出对争议各方均有约束力的裁决的一种解决纠纷的制度或方式。”〔6〕

外国学者对仲裁概念的把握较为具体。英国学者豪德斯沃斯(Holdsworth)从仲裁的起源加以界定,“仲裁的实践自然出现在原始的法律主体中;在国家设立法院并且诉诸法院成为当然的争议解决方式后,由于争议的当事人希望争议的解决较之诉诸法院更为灵活、费用更为低廉,因此仲裁的做法仍然继续。”〔7〕意大利学者莫鲁·鲁比诺-萨马塔诺(Mauro Rubino-Sammartano)认为,“仲裁一词是既包括理论又包括法律适用的一系列机制。该术语正是将规则界定为一个整体,因为在仲裁的法律适用中,不同法系之间表现出来的相同之处远比它们之间的差异更明显。实际上,仲裁不仅是解决国内争议的一种广泛需要,也是解决国际争议的广泛需要。”〔8〕法国学者认为,传统上仲裁被认为是“争议解决的一种机制,该争议

---

〔1〕 中国大百科全书出版社编辑部:《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社,1984年版,第807页。

〔2〕 中国大百科全书出版社不列颠百科全书编辑部:《不列颠百科全书》,中国大百科全书出版社,1994年版,第430页。

〔3〕 Bryan and Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> ed., West Publishing Co., 1990, p. 112.

〔4〕 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社,1989年修订版,第452页。

〔5〕 谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社,1995年版,第1页。

〔6〕 杨树明主编:《国际商事仲裁法》,重庆大学出版社,2002年版,第2页。

〔7〕 [英]艾伦·雷德芬、马丁·亨特等:《国际商事仲裁法律与实践》(第四版),林一飞、宋连斌译,北京大学出版社,2005年版,第2~3页。

〔8〕 [英]莫鲁·鲁比诺-萨马塔诺:《国际仲裁法律与实践》(第二版),中信出版社,2003年版,第3页。

中的两个或两个以上的当事人将处理事项的权利托付给一个或多个人(一个仲裁员或多个仲裁员),他们的权利来源于一份私人协议,而非国家的授权,他们在此协议的基础上对该仲裁事项进行审理及裁决。“〔1〕美国学者盖·波恩(Gray B. Born)认为,“国际仲裁和国内仲裁一样,是一种根据当事人之间的自愿协议,由一个无利害关系的非政府的决定者确定的解决争议的一种方法。换句话说,按照美国最高法院的说辞,‘将争议交付给特定仲裁庭的协议,实际上是一种特别的择地行诉的条款,它不仅安排了诉讼地,而且确定了解决争议使用的程序’。”〔2〕

### (三) 仲裁定义应具备的要素

比较分析上述各类概念,可以发现其基本含义是一致的,即仲裁是指发生争议的双方当事人,根据双方达成的协议自愿将该争议提交中立的第三方进行裁决,且该裁决对双方当事人均有拘束力的争议解决方式和制度。根据这一界定,仲裁应具备以下要素:

1. 仲裁是一种争议解决方式和制度。仲裁当初与调解、和解、斡旋类似,只是众多争议解决方式中的一种,后来通过长期的实践和理论发展,现已成为一种争议解决制度。

2. 仲裁的基础是双方当事人为解决争议而达成的协议。该协议既可以在争议发生前达成,也可以在争议发生后达成。关于协议的形式各国不同规定,有的国家规定当事人之间要形成书面协议,但有的国家承认口头协议。

3. 仲裁是由双方当事人自愿选择的中立第三方按照一定仲裁程序进行裁决。该中立第三方不是各国的法庭,他既可以是一个自然人,也可以是一个仲裁机构。仲裁程序既可以是双方当事人约定的程序,也可以是仲裁机构自身设置的仲裁程序或仲裁员指定的其他程序。

4. 经由双方当事人自愿选择的中立第三方作出的裁决对双方当事人均具有拘束力。裁决一经作出,即对双方当事人产生法律效力,当事人承担了毫不迟延履行裁决的义务,并放弃任何形式的上诉或诉诸法院或其他司法机构的权利。

## 二、商事含义

对何种争议可提交仲裁,各国规定不一。虽然有些国家将某些争议排除在仲裁管辖的范围,但对商事争议可提交仲裁,各国已形成一致。例如,1923年日内瓦《仲裁条款议定书》和1958年《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》(以下简称《纽约公约》)规定了“商事保留”。确定一项争议是否属于商事争议,是商事仲裁

〔1〕 Emmanuel Gaillard and John Savage, ed., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 9.

〔2〕 Gray B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States—Commentary & Materials*, Kluwer Law International, 1994, p. 1.



制度的先决事项。

“商事”一词,英文为“commerce”,德文为“handles”。《韦氏新国际辞典》中的解释是,商事系指商品交换行为或买卖行为;〔1〕《布莱克法律辞典》认为,商事是货物、生产品或任何种类的财物之交换。〔2〕《牛津法律大辞典》认为商事是“商品交换和与商品交换有关的一切活动,包括广告代理、缔结合同、买卖、运输、保险、担保、银行和金融(包括汇票、支票、信用证)及破产。”〔3〕

关于“商事”的理解,学理上有狭义、中义与广义三种。狭义的理解,是指严格意义上的商人与商人之间所进行的商品交换;中义的理解,是指商人与商人、商人与非商人以及非商人与非商人之间所进行的商品交换;广义的理解,是指商人与商人、商人与非商人、非商人与非商人之间所进行的商品交换及他们在进行民事交往时所产生的财产交换。〔4〕因各国对“商事”的理解仍未趋一致,有必要从国内、外立法与实践、国际法律文件与惯例探讨“商事”的含义。

#### (一)主要国家的立法与实践

##### 1. 美国

美国关于“商事”的解释持广义态度。如美国《联邦仲裁法》中有关实施1958年《纽约公约》的第262条规定,因商事法律关系所产生的仲裁协议或仲裁裁决,属于公约范围内的仲裁协议或仲裁裁决。这类商事法律关系是指该法第2条中所规定的海事交易或证明属商事的合同。在一起有关库拉索岛(Island Curasao)上的电子制造业经营事项的合同争议中,仲裁中的被诉人称,由于为履行该合同曾雇佣了几千名当地工人,因此,该争议不是商事争议,不应交付仲裁,有关裁决不是商事仲裁裁决。但纽约地区法院驳回了被诉人的辩解。该法院认为,商事保留只是排除了“婚姻和其他家庭关系的裁决、政治上的裁决以及诸如此类的裁决。”〔5〕

##### 2. 法国

法国国内法最初对“商事”持狭义态度,把“商事”与“民事”合同界分得比较清晰,双方当事人只能就“商事”争议事项缔结仲裁条款,如果这些争议的性质不属于商事法院的管辖范围,法院通常会对该仲裁协议的效力持否定态度。

在1972年Hecht v. Buisman's案〔6〕中,法院裁定,对“民事”仲裁事项所作的限制不适用于国际仲裁,在国际仲裁中无须像国内法那样去区分“商人”和“商事行为”,“仲裁条款的有效性依据国际仲裁中具体的实体规则得以确立,而毋论该

〔1〕 赵万一主编:《商法》(第二版),中国人民大学出版社,2006年版,第2页。

〔2〕 同上。

〔3〕 [英]沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社,2003年版,第226页。

〔4〕 谢石松主编:《商事仲裁法学》,高等教育出版社,2003年版,第1页。

〔5〕 韩健:《国际商事仲裁法的理论与实践(修订版)》,法律出版社,2000年版,第18页。

〔6〕 Hecht v. Buisman's, 99 J. D. I. 843 (1972).