



主 编 王正志
副主编 雷风云 王 伟

当代法律 热点问题研究

——天普校友论文集



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

当代法律热点问题研究

——天普校友论文集

主 编	王正志		
副主编	雷风云	王 伟	
编委会	董 箫	冯文生	雷风云
	李 斌	谢 莉	袁达松
	王 伟	王晓滨	王正志

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

当代法律热点问题研究 / 王正志主编. —北京:
对外经济贸易大学出版社, 2010
(天普校友论文集)
ISBN 978-7-81134-707-4

I. ①当… II. ①王… III. ①法律-中国-文集
IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 092276 号

© 2010 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

当代法律热点问题研究

——天普校友论文集

王正志 主编

雷风云 王伟 副主编

责任编辑: 魏学文 王文君

对外经济贸易大学出版社
北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029
邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342
网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行
成品尺寸: 148mm × 210mm 11.875 印张 330 千字
2010 年 7 月北京第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-707-4

印数: 0 001 - 1 500 册 定价: 28.00 元

序 言

作为中国国家外国专家局与美国天普大学合作培养高层次、国际化法学、法律人才十周年的重要成果,《当代法律热点问题研究——天普校友论文集》在美国天普大学法学院和中国校友的共同努力下,终于结集付梓了。我谨代表国家外国专家局对此表示由衷的祝贺!

1999年,中国国家外国专家局与美国天普大学签署了第一份合作协议,自此,双方的合作关系日趋紧密和稳定。在过去的十年中,天普大学为推动中国的法制化建设和法律人才培养,促进中美两国人民之间的相互理解和友谊作出了积极贡献,被前中国国家主席江泽民先生称为“承担着在中国培养合格法律人才的崇高任务”。

作为国家外国专家局与天普大学成功合作的见证者,天普大学的中国毕业生是我们双方最引以为豪的成果,他们正日益成为中国加强法制建设、实现依法治国的重要力量。天普中国校友学术研讨会以“中国的法制建设及面临的挑战”为题,编辑论文集予以出版,对于推动中国的法学研究和国际交流,将是一个十分有益的探索,也将有益于我国相关法律、法规的完善。当然,这也是献给中国国家外国专家局与美国天普大学合作十周年的一份最好的礼物!

2009年10月,中国人民刚刚隆重庆祝了中华人民共和国成立六十周年。六十年来,中国在经济、教育、文化、法制建设等各个方面都取得了很大成就。今后,中国政府还将继续坚持对外开放和依法治国的方针。国家外国专家局作为主管国际人才交流的政府部门,将与天普大学携手合作,为推动中国的法律人才培养及法制化建设提供更有力的支持。在此,我也再次代表中国国家外国专家局

2 当代法律热点问题研究——天普校友论文集

对天普大学，对莱茵斯坦教授、哈特校长、艾佩丝院长为中国法律人才培养所作出的贡献表示感谢，也祝愿天普中国校友为中国法学研究、法制建设和中美法律界交流作出更大贡献！

国家外国专家局局长
季允石

目 录

中国司法对国际商事仲裁的支持和监督

——兼评济南市中级人民法院不予承认与执行 ICC

第 13464/MS/JB/JEM 号仲裁裁决案…………… 欧阳振远 (1)

网络舆情热爆下的冷思考…………… 刘琦平 (29)

论公诉权的职能、价值与机能定位…………… 游小琴 (34)

结建人民防空工程所有权归属问题探析…………… 傅志鹏 (47)

《食品安全法》与《刑法》衔接的若干问题研究

——以宽严相济刑事政策为指导…………… 李 元 (62)

未成年人犯罪案件社会调查报告制度的探讨…………… 苏玮瑜 (77)

执行实施权与执行裁判权浅析…………… 李 斌 (92)

试论民事法官对法律的解释…………… 纪红勇 (100)

浅谈农村信用合作社立法约束的四个重点…………… 吴克祥 (118)

澳大利亚消费者破产法

——兼与北美消费者破产法比较…………… 孙宏友 郑守疆 (122)

在法学院双语教学公司法和金融法

——兼谈天普项目学习在中国法学教学中的应用

…………… 袁达松 (167)

争点整理程序研究…………… 冯文生 (172)

自认及其法律实务问题…………… 张国民 刘 勇 (191)

中国知识产权指数评价研究方法 with 指标体系的设立

…………… 王正志 (207)

中美专利代理制度比较…………… 丁惠玲 (226)

平等对待：国际贸易行政案件司法审查的核心原则	王晓滨 (233)
关于立法体例选择的研究与思考	宋 菁 (249)
美国的政府限制房地产权法律制度 ——兼论其对我国房地产征收法律制度的借鉴 意义	吴 军 (257)
论城乡社区建设中的硬法、软法综合规制	潘爱国 (270)
浅析基层涉农刑事案件的特点、原因及对策建议 ——以四川省彭州市为视角	马国亮 (293)
我国公司设立瑕疵制度刍议	魏 蘅 (307)
论国际航权交换中的“开放天空”模式	董 箫 (313)
死刑案件复核权的历史变迁及原因	赵丽萍 (328)
美国出口管制法律、法规和实施体制	王 伟 (336)
加强民主法治，促进社会和谐	冯玉军 (351)
市场经济和国际化背景下中国法学教育之现状及对策	申 嘉 (357)
诊所式法律教育问题研究 ——从一个助教的视角	唐丝丝 (363)

中国司法对国际商事仲裁的支持和监督

——兼评济南市中级人民法院不予承认与
执行 ICC 第 13464/MS/JB/JEM 号仲裁裁决案

欧阳振远*

仲裁与司法的关系一直是各国商界关注的重点，以及法学学术界研究的对象。司法对仲裁的支持和干预程度，往往体现了一国对待公平正义这些后现代社会司法理念的认识与看法，以及对待社会发展效率与公正的偏重与取舍。在经济全球化进一步加剧的今天，各国司法对仲裁的支持和监督程度，不但关系到本国市场经济体系的良好发育，而且已经影响到双边和多边经贸关系的进一步发展。以下首先从中国司法对仲裁庭管辖权的审查、临时保全措施、撤销仲裁裁决和执行仲裁裁决四个方面阐述中国司法对仲裁的支持和监督，最后以我国法院作出的一宗拒绝承认与执行国际商会仲裁院裁决案为例，分析目前中国司法对仲裁的支持与监督态度，并由此得出一些原则性的结论，为司法与仲裁正确关系的不断完善提出一些参考意见。

一、中国司法对仲裁的支持和监督

仲裁与法院诉讼是我国互为补充的两种解决民商事纠纷的法律途径。仲裁对司法起辅助作用，司法对仲裁起支持和监督作用。商

* 法官学院法律英语培训班（2006）。现任职于广东省高级人民法院民四庭。

事仲裁有很多好处，例如，解决纠纷的自治性，仲裁机构的民间性，适用法律的合理性，裁决者的专业性，程序的灵活性，审理的私密性，一裁终局性以及国际可执行性等。但核心问题有两点：裁决的效率和裁决能得到执行。商人是非常聪明的，面对繁杂的国家司法机器，他们往往选择简单的程序和快捷的方式来解决他们的纠纷，尤其在目前大多数国家都参加了1958年《纽约公约》的情形下，一个适当的仲裁裁决一般都能得到公约成员国的执行，这与法院的判决具有强烈的主权特征有很大的不同。因此，一些商人在订立贸易合同时往往约定仲裁条款，明确一旦发生纠纷即由仲裁解决。但由于商事仲裁的民间性、自治性和非强制性，如果没有一国司法公权力的支持，仲裁将寸步难行，可以说没有任何生命力。司法对仲裁的支持和监督主要体现在对仲裁机构管辖权的审查、临时保全措施、撤销仲裁裁决和执行仲裁裁决四个方面。

（一）对仲裁机构管辖权的审查（Review of the Arbitration Tribunal's Jurisdiction）

当事人自愿达成的仲裁协议，是仲裁机构取得仲裁管辖权的依据，也是仲裁制度赖以存在的基础。中国法院在受理商事纠纷时，会严格审查当事人在合同中有没有订立仲裁条款，如果查明当事人之间订立了有效的仲裁条款，就要驳回原告的起诉，并告知当事人向约定的仲裁机构申请仲裁。^① 实践中，常常出现当事人就仲裁条款或仲裁协议的效力问题发生争议。按照中国目前的法律制度，中国法院对于仲裁协议的有效与否有最终的决定权。^② 中国的法院主

① 《中华人民共和国民事诉讼法》第255条第1款规定：“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其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。”

② 《中华人民共和国仲裁法》第20条第1款规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。”

要从当事人双方是否有请求仲裁的意思表示、仲裁协议是否具有仲裁事项，以及是否有选定的仲裁委员会三个方面判断仲裁协议是否有效。

坦率地说，上述规定是原则性的，实践中难免产生歧义，为此，最高人民法院在2006年8月对《仲裁法》作出司法解释，对当事人请求仲裁的意思表示形式、仲裁事项的范围、选定的仲裁机构、仲裁协议的独立性以及涉外仲裁协议的法律适用等问题作了进一步的解释。对于当事人意思自治问题，从宽解释仲裁协议的其他书面形式，从宽解释仲裁协议中的合同争议。对当事人概括约定仲裁事项为合同争议的，基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项；凡当事人自愿达成仲裁协议并且能够履行的，一般确认该仲裁协议的效力。譬如，当事人约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定仲裁机构的，应当认定当事人选定了仲裁机构；当事人未约定仲裁机构，但是达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的，应当认定当事人选定了仲裁机构；仲裁协议明确约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择向其中的一个仲裁机构申请仲裁等。

对于仲裁协议的独立性问题，可以从三个方面去理解：第一，当事人在订立合同时就争议达成仲裁协议的，即使合同未成立，也不影响仲裁协议的效力；合同成立后未生效或者被撤销时合同的效力不影响仲裁协议的效力。第二，订立仲裁协议的当事人属于法人或者其他组织的，其合并、分立后，仲裁协议对于其权利义务的继受人有效；仲裁协议的当事人属于自然人的，其死亡后，仲裁协议对其继承人有效，除非当事人订立仲裁协议时另有约定。第三，仲裁协议当事人一方的债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定，或者受让人在受让债权债务时明确反对，或者受让人不知情的除外。对于涉外仲裁协议的法律适用问题，当事人有约定的按约定；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地的法律；当事人没有约定适用的法律又没有

约定仲裁地，或者仲裁地不明的，适用法院地的法律。

以上是对仲裁机构管辖权实体审查的主要内容。在审查程序上，司法对仲裁的支持体现在两个方面：第一，从审查的组织上看，要求组成合议庭来讨论决定，审查形式上也可以参照民事审判的方式听取当事人的陈述，非正式地开庭。第二，从审查法院级别上看，一律提升到由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院来审查决定。最高人民法院还规定了“逐级报告”制度^①，把对仲裁协议效力的否定权放到最高人民法院。

在司法实践中，上述原则的适用会出现一些复杂的情况。比如，当事人双方订立的合同中有仲裁协议，但该合同的权利和义务已转让给第三方履行，那么第三方是否受原合同中仲裁条款的约束？在国际商事贸易中，当事人在合同中往往订有仲裁条款或法院管辖条款，约定一旦发生争议，将提交仲裁机构仲裁或者临时仲裁，或者提交某一国法院处理争议。因此，判断受诉法院是否可以对当事人的争议行使管辖权，就需要对合同中的仲裁条款或者法院管辖条款的效力作出认定。在认定仲裁协议效力时首先要考虑当事人之间是否存在仲裁的意思表示。现在有一种倾向认为，只要当事人在合同中订有仲裁条款或法院管辖条款，双方当事人就一定要受到该条款的约束。这种将仲裁理想化和绝对化的观点是有一定风险的。由于国际商事合同的跨区域特点，当事人的住所地或者经常营业地通常涉及不同的国家或法域，而对他们之间法律关系设立的认定有时不能通过双方签名确认的书面合同来认定。实务中经常遇到的问题是：如果含有仲裁条款或法院管辖条款的合同是由一方当事人起草的，然后一方当事人将该合同传真给另一方当事人，该另一方当事人虽然没有在合同上签字，但以其实际行为履行了该合

^① 1995年8月28日，最高人民法院发出《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》（法发〔1995〕18号），对人民法院受理具有仲裁协议的涉外经济纠纷案件、不予执行涉外仲裁裁决案件、拒绝承认及执行外国仲裁裁决案件建立报告制度。凡受案法院拟否认涉外仲裁协议效力、拟不予执行涉外仲裁裁决、拟不予承认及执行外国仲裁裁决的，必须逐级报请最高人民法院答复。

同，在此情况下，该合同中的仲裁条款是否对另一方当事人具有法律上的拘束力？这个问题的典型例子就是如何认定国际海上货物运输的提单中载有的仲裁条款或法院管辖条款，以及提单中将租船合同中的仲裁条款合并到提单中的表述，提单的持有人是否受到该条款的约束？对于这个问题的认定，在学术界和司法界均不同程度地存在争议。^①

法院在审查认定提单中的仲裁条款或法院管辖条款的效力时，通常会处于两难的境地：一方面对于处于不平等地位的提单持有人或被转让人要给予保护；另一方面对于国际商务惯例要给予充分的尊重。我们所看到的英国《海上货物运输法》、法学院的讲义、教科书以及发表的论文，均认为提单中的仲裁条款或法院管辖条款能够约束收货人或提单的持有人。这是因为国际上使用的大部分提单中都载明了仲裁条款或法院管辖条款，而且大部分都明确表述：“如有争议，在伦敦仲裁，适用英国法”，或者表述为：“如有争议，受伦敦高等法院管辖，适用英国法”。而诉讼和仲裁在英国是收入非常可观的一门产业，很多律师、仲裁员、法律服务人员，以及文秘人员和出版商都要依靠这门产业发展，所以他们的书和论文均认为可以约束提单持有人或收货人。

对于这个问题，笔者认为，除非存在明显的理由，在一般情况下提单持有人或收货人不应受到提单中的仲裁条款或法院管辖条款的约束。其主要理由有三：第一，在国际货物买卖的商务实践中，收货人往往是被动地接受提单，他没有机会也不可能与承运人签订一个仲裁协议或法院管辖协议。虽然提单条款中明确规定租船合同中的所有条款和条件将合并到提单中去，或者承运人明确在提单中规定有仲裁条款或法院管辖条款，但这是承运人单方的意思表示，不能简单地推断收货人凭提单的收货行为就是有请求仲裁或接受法院管辖条款的意思表示。收货人在接受提单时没有任何机会表达其

^① 参见：李守芹：论提单中的管辖、仲裁、法律适用条款的效力，中国海商法协会通讯，2002（3）：12。

真实的意愿，如果他在接受提单之前已经支付合同的价款（这是国际贸易的通常做法），拒绝接受有仲裁条款或法院管辖条款的提单将会面临巨大的商业风险。第二，凭提单的收货行为只是表明提单持有人愿意履行货物买卖合同中的收货义务，并不等于同意接受一种事先并不知情也非常陌生的争议解决方式，承运人这种“捆绑式”的缔约方式应当受到法律扼制。第三，一部好的法律就应给予缔约弱方以足够的救济机会和保护。由于所有提单条款包括仲裁条款或法院管辖条款在内均是船东或承运人单方设定的，法院应当给予提单的被转让人均等的自由和机会，来决定是否将争议提交受理法院审理或受提单中仲裁条款或法院管辖条款的约束。当然，如果有充分的证据表明，提单的持有人或收货人与承运人就纠纷的解决达成合意，明确将纠纷提交仲裁裁决的除外。^①

司法实践中还有一种通常做法，即在当事人之间订立有合同的情形下，根据原告的请求，将当事人之间的争议识别为侵权纠纷，从而否定合同中订有的仲裁条款或法院管辖条款的效力而取得管辖权。尤其是在承运人没有凭正本提单放行货物（错误交付货物）而引起的纠纷中，提单持有人往往以侵权为诉因而回避提单中仲裁条款的约束力。这类案件比较普遍，在广州海事法院审理的原告连大钟表公司（出口方）诉美国国际快运公司（承运人）、美国 ARC 进口公司（买方）、香港永高货运代理公司（货物代理）货物灭失索赔案中，原告就是以侵权为诉因起诉被告，一审法院以该案是侵权诉讼，不属于合同争议，合同中的仲裁条款和法院管辖条款不能约束相对方为由，对原告提起的侵权之诉行使管辖权，实际上否定了合同中仲裁条款或法院管辖条款的效力。更典型的案例是 20 世纪 80 年代上海市中级人民法院和高级人民法院审理的“中国技术

① 对于这一问题，在司法界和学术界一直存在很大的争议，最高人民法院近期在《处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定》的司法解释征求意见稿第 30 条中作出规定，要使租船合同中的仲裁条款约束提单的持有人，要求“有关当事人不仅要在提单正面明示并入，而且被并入的仲裁条款必须是有效的仲裁条款”。但是，判断被并入的仲裁条款是否有效，又带来一个复杂的适用法律问题。

进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案”。该案被认为是国内运用识别确定管辖权的最早的案例。^①上海市高级人民法院在对该上诉案审结时认定：“上诉人利用合同形式进行欺诈，已超出履行合同的范围，不仅破坏了合同，也构成了侵权。双方当事人的纠纷，已非合同权利义务的争议，而是侵权损害赔偿纠纷。被上诉人有权向法院提起侵权之诉，而不受双方所订立的仲裁条款的约束……”^②这种通过司法强制力曲解当事人达成的排除司法管辖的意愿的做法，已经引起了我国理论界的重视，也与当今对当事人仲裁意愿的普遍尊重的认识有很大距离。^③该案的主要争议焦点就是侵权行为的发生能否使合同中的仲裁条款或法院管辖条款无效？作为非契约性的商事争议的侵权纠纷是否属于双方当事人事先约定的“因合同的履行而引起的争议”的范围？笔者认为，对于当事人的意思自治应给予充分的尊重，无论是合同争议还是侵权争议，只要当事人约定因履行本合同产生的或者与本合同有关的一切争议提交仲裁解决或提交某一选定的法院解决，即使有关当事人不以合同纠纷提起诉讼，而以侵权纠纷为由起诉，受诉法院也应当不予受理，因为这种诉因属于当事人约定的提交仲裁解决或者提交约定的法院审理的范围。非契约性的商事争议当然包括侵权纠纷。上述两个例子说明了对待这个问题的“极右”和“极左”两种认识。笔者认为，对于当事人的意思自治应该给予充分的尊重，同时也应防止一方利用其订立合同时的强势地位，将其解决争议的方式强加给另一方。

（二）临时保全措施（Interim Measures of Protection）

临时保全措施涉及两个方面：证据的保全和财产的保全。中国

① 参见：李双元. 中国与国际私法统一化进程. 武汉：武汉大学出版社，1998：145.

② 《中华人民共和国最高人民法院公报》（1989年1号）。

③ 参见：英国高等法院后座法庭商事审判庭 THOMAS 大法官对中国人民保险公司河北分公司和中国饲料进出口集团公司诉 VYSANTHI 航运公司请求撤销英国仲裁裁决上诉案的判决. [2003] EWHC 1655 (COMM). 2002 第 344 号和第 661 号.

的《仲裁法》和《民事诉讼法》均明确规定，仲裁的当事人对于可能灭失的证据和财产，可以申请证据或财产保全。具体操作是由仲裁机构将当事人的申请提交被申请人住所地或者证据/财产所在地的中级人民法院裁定。法院对于申请人的申请可能有些形式上的要求，但在仲裁机构与法院的协调上目前没有什么问题，法院一般都给予了大力的支持。

（三）对仲裁裁决的撤销（Removal of the Arbitration Award）

对当事人提出撤销中国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决，我国法院的审查范围是比较严格的，法院只就程序上的正当性进行审查，对于实体上适用法律是否正确不予审查。程序上的正当性包括选择仲裁是否是当事人的真实意思表示、仲裁程序是否公正、裁决的事项是否属于仲裁协议范围等。到目前为止，撤销的案例不多，而且严格控制撤销的范围。比如，若法院认定仲裁机构部分超载了，如果仲裁事项是可分的，那么只撤销超载部分。

这个议题可能引起较大争议的恐怕是如何界定“涉外仲裁裁决”的问题，以及有没有必要保留“涉外仲裁裁决”与“国内仲裁裁决”两者的差别问题。我们知道，目前我国法律制度上对国内仲裁机构作出的裁决和涉外仲裁机构作出的裁决采取两种不同的司法审查标准，根据《仲裁法》的规定，我国法院对仲裁权的监督实行“双轨制”的模式，即对于国内仲裁权的监督范围与涉外仲裁权区别对待，法院对涉外仲裁裁决的监督审查仅限于程序方面的审查；而对国内仲裁裁决的监督审查，不仅包括程序方面，还包括某些实体方面。这种“双轨制”的模式，在学术界引起了激烈的争论，也已经给人民法院行使监督权带来相当大的困惑。

困惑一：能否从仲裁机构的性质来界定“涉外仲裁裁决”？在1995年9月1日《仲裁法》实施后，根据1996年6月8日国务院办公厅发布的《关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》而新组建的国内仲裁机构，在受理国内仲裁案件的同时开始受理国际性商事仲裁案件。例如，上海仲裁委员会

于2004年2月设立了浦东国际仲裁中心，受理和仲裁各类国际贸易、国际金融、国际工程以及涉及公司方面的经济争议；而中国国际经济贸易仲裁委员会也开始受理国内案件。由此产生了《民事诉讼法》中定义的涉外仲裁机构的受理范围与国内仲裁机构的受理范围混同的情况。因此，就不能简单地以仲裁机构的性质来判断一个仲裁裁决是否是“涉外仲裁裁决”。也就是说，由于仲裁机构管辖范围的混同，以前的判断标准已经失效。

困惑二：如何判断“涉外仲裁裁决”，从而正确地适用司法对仲裁的监督标准？我们只能从《民事诉讼法》当初立法的目的去考虑这个问题。“涉外仲裁裁决”应该是仲裁权客体的法律关系属性具有涉外性质的裁决。那么，什么是仲裁权的客体？仲裁权的客体是指仲裁权的对象，具体是指仲裁权所指向的并能发挥作用的范围。仲裁权的行使、仲裁程序的进行以及对仲裁权的制约和监督都是围绕着仲裁权的客体来进行的。概言之，仲裁权的客体就是当事人提交仲裁解决的具体的争议事项，它包括三个方面：第一，是由仲裁法所明确规定的具有可仲裁性的争议事项；第二，是由双方当事人以协议方式提交仲裁解决的争议事项；第三，是由仲裁庭进行审理并作出裁决的争议事项。从当事人提交仲裁解决的争议事项的法律关系属性来分析，国内仲裁是对不具有涉外性的法律关系作出裁决，而涉外仲裁审理的法律关系具有涉外性。因此，仲裁庭审理的法律关系是否具有涉外性就成为判断仲裁裁决是国内仲裁裁决还是涉外仲裁裁决的一个重要的、甚至是惟一的标准。

困惑三：怎样认定“涉外法律关系”？根据传统的国际私法理论，凡是含有外国因素（foreign element）或涉外因素（foreign-related element）的民事关系，即可成为涉外民事关系。也就是说，凡是民事法律关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实中有一个方面涉及外国实体民法的管辖或者适用的，即构成涉外民事关系。^①就主体而言，在涉外的民事关系中至少有一方为具有外国

^① 屈广清. 国际私法导论. 北京：法律出版社，2003：3-4.

国籍或住所的自然人或法人，或者为外国国家或国际组织。就客体而言，即使双方当事人均为中国自然人或者法人，但他们所要处置的，或者他们之间所争议的，是位于外国的物、财产或者已在（或将在）外国实施的行为，也属于涉外民事关系。就权利义务关系据以发生的法律事实（包括行为和事件）而言，凡此种事实发生在外国即属涉外民事关系。在目前法律上没有明文规定涉外仲裁案件的范围的情况下，笔者认为应该参照法院诉讼案件中判断争议所涉法律关系是否具有涉外性的标准来确定。也就是参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条关于“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件”的规定，从涉案法律关系的主体、法律事实、标的物三个方面来考察该仲裁案件是否具有涉外因素。

解决了上述三个困惑之后，我们可以将“涉外仲裁裁决”定义为：我国依法设立的仲裁机构所属的仲裁庭对具有涉外因素的当事人之间的纠纷，按照仲裁程序进行审理后作出的仲裁裁决。它既包括涉外仲裁机构（CIETAC）的仲裁庭根据当事人的书面协议，对于我国的公民和法人与外国的公民和法人之间，我国的公民和法人与我国香港、澳门和台湾地区的公民和法人之间发生的商事纠纷所作出的仲裁裁决；也包括国内仲裁机构的仲裁庭对具有涉外性的仲裁纠纷案件作出的仲裁裁决。而国内仲裁裁决就应定义为：仲裁庭对不具有涉外因素的当事人之间的纠纷，按照仲裁程序进行审理后作出的仲裁裁决。它既包括依国内仲裁机构的仲裁规则组成的仲裁庭对国内纠纷案件所作出的仲裁裁决，也包括依涉外仲裁机构的仲裁规则组成仲裁庭对国内纠纷案件所作出的仲裁裁决。

另一个争议较大的问题恐怕就是司法对商事仲裁监督的“双轨制”问题。目前我国司法对商事仲裁监督采取的两种不同形式是否有存在的合理性？笔者曾询问过不少大学法学院的教授，他们大部分都倾向于要保留这种差别。对这个问题笔者认为有如下三个方面