

95

“九五”规划高等学校法学教材

◁ 国际经济法系列 ▷

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

陈治东/著

# 国际商事仲裁法

司法部法学教材编辑部编审

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

法律出版社

D936.1  
28

“九五”规划高等学校法学教材  
——国际经济法系列

# 国际商事仲裁法

陈治东 著

司法部法学教材编辑部编审

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁法/陈治东著. -北京:法律出版社,1998  
“九五”规划高等学校法学教材·国际经济法学系列  
ISBN 7-5036-1999-6

I. 国… II. 陈… III. 国际商事仲裁-国际商法-高等学校-教材 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 26422 号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/11.25 字数/299 千

---

版本/1998 年 12 月第 1 版 1998 年 12 月第 1 次印刷

印数/00,001—10,100

---

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-1999-6/D·1633

定价:14.50 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 说 明

根据前国家教委《关于“九五”期间普通高等学校教育教材建设与改革的意见》，我部“九五”规划的重点是编写有特色、高质量、对实现法学教育目标起关键作用和具有重大影响的现代法学教材。

现代法学教材坚持以邓小平理论为指导，面向现代化、面向世界、面向未来，紧密结合我国法制建设和法学教育的实际，瞄准培养跨世纪高质量法律人才这个目标，努力编写出反映当代先进水平的法学教材。

这批教材分若干系列，力求完整、准确地阐述基本概念、基本原理和基础知识，吸收国内外优秀学术成果，在理论与实践结合的基础上，达到理论性、实践性、针对性和应用性的统一。

《国际商事仲裁法》是国际经济法学系列的一种，由陈治东教授著。尽管编著者做出很大努力，但不完善之处尚祈读者批评指正。

责任编辑：杨克

司法部法学教材编辑部

1998年8月

## 前 言

从本世纪 80 年代以来,伴随着关税及贸易总协定将投资、服务贸易和知识产权等问题列入多边贸易谈判的议程,并最终建立了世界贸易组织,世界各国在经济贸易方面的相互依存性越来越强,经济贸易的全球化又使得与此有关的各国法律制度逐渐趋同。跨国经济活动的频繁和形式的多样性使国际间的商业争议日益复杂,然而,世界各国的司法制度却不可能随即进行任何实质性的变化以适应经济贸易全球化的新形势。在此情况下,各国的商人更倾向于采用调解、仲裁等非诉讼方式来解决国际间的商业纠纷。特别是仲裁,这一方式固有的优越性,如当事人自愿、程序简便、保密、裁决易于跨国执行等等,使之成为解决国际间商业争议的主要方式。自从 80 年代以来,国际商事仲裁制度适应了国际经济贸易发展的新形势,使仲裁方式在解决国际商事争议中发挥了越来越重要的作用。

当代国际商事仲裁制度的新特点表现在:首先,国际性、统一性的规范对世界各国产生了深刻的影响。数十个国家和地区以联合国《国际商事仲裁示范法》为蓝本制定仲裁法;许多国家的立法机关根据新的形势制定或修订了本国的仲裁法;国际性的及各国的常设仲裁机构受联合国国际贸易法委员会的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》的影响,修改其仲裁规则。这样,各国和各地区的商事仲裁制度表现出某种趋同性,这一趋同性有利于不同国家的商人选择仲裁作为解决争议的方式。其次,在法律尚未根本改变的情况下,一些国家的法院通过法院判例,对仲裁制度中的若干重要问题作出有利于仲裁的判决和解释,例如在争议事项的可仲裁性、仲裁协议的自主性以及基于公共秩序保留拒绝承认及执行外国仲裁裁决等方面,对

仲裁制度产生了深远的影响。法院对仲裁制度的支持,极大地促进了仲裁事业的发展和完善。最后,尽管调整国际商业活动的基本准则正在逐步统一,商业活动的许多方面正在朝着不分国界的全球性方向发展,然而,为了促进国际经济贸易,不少国家对仲裁制度采取现实的态度,对涉外的及国际的商事仲裁的当事人给予更充分自由。因而,国际商事仲裁的国际性不仅表现在争议本身具有国际性,而且表现在解决争议的制度本身就具有某种国际统一性。对于这一切,笔者认为出于完善中国仲裁制度之考虑,我国法律界和仲裁界确实有进行系统研究之必要。

20年前,中国实行对开放政策,中国与其他国家和地区的经济贸易以前所未有的广度和深度展开。在这一大背景下,服务于国际经济贸易的中国涉外仲裁事业亦取得了引起世界瞩目的成就,并迅速崛起成为国际商事仲裁的中心之一。中国涉外仲裁的丰富实践为中国的仲裁立法提供了极为有益的经验。1994年8月31日《中华人民共和国仲裁法》的颁布及其1995年9月1日的生效,标志着中国仲裁制度进入了一个新阶段。新的仲裁法一方面统一了过去十分混乱的中国国内仲裁制度,确立了若干重要的仲裁制度的基本原则,为中国仲裁制度的发展奠定了法律基础。然而,在另一方面,新仲裁法产生于中国从计划经济制度向市场经济制度转轨的过程,其法律本身就存在若干不足之处,加之我国立法体制及近年来人所共知的司法制度中的地方保护主义的缺陷,在仲裁法与其他法律的协调、仲裁机构与人民法院的协调、涉外仲裁与国内仲裁的协调等方面,又产生了一系列亟待解决的理论问题。

基于上述原因,本书作者试图结合当代国际社会在国际商事仲裁方面有益立法和实践经验,就我国涉外仲裁的基本理论和实践展开较深入的考察和研究。总而言之,是以“我”为中心。作为一位中国涉外仲裁实务的参与者和理论研究人员,作者力图在理论与实践的结合上有所突破,对我国仲裁制度的理论和实践问题进行深入的阐述和评论,特别是对我国近十几年来与涉外仲裁有关的案例进

行剖析,并毫不掩饰地表明作者的个人观点。本书以较大篇幅对我国涉外仲裁制度进行重点论述,将作为本书的显著特点之一。因为中国国际经济贸易仲裁委员会已经当之无愧地成为重要的国际商事仲裁中心之一,在国际社会确立了它的良好声誉,她的丰富实践值得我们为此多费笔墨,她的许多经验和做法值得我国刚刚重组的国内仲裁以及法院予以借鉴。在国际商事仲裁方面,我们不能妄自菲薄。但在另一方面,我国的涉外仲裁制度是植根于整个中国的法律制度之下的一个子系统,其运作离不开整个法律制度的支持和制约。正是由于我国处于计划经济向市场经济转轨的过程中,仲裁立法也反映了这一现状,故中国涉外仲裁制度尚存在不少问题。作者认为,中国的理论研究和实务工作者,对于尚处于初创阶段的中国仲裁制度,都应该本着负责的精神指出其不足之处,以及探讨之所以产生这种缺陷的缘由。唯有此,我国的仲裁制度才得以不断的完善和发展。

在撰写本书时作者所遇到的问题之一,即如何处理我国的仲裁制度与整个国际商事仲裁制度的有机结合。本书的结构基本上是按照仲裁制度所涉及的各个方面问题进行介绍及论述的,有关国家的立法及实践穿插其间。考虑到本书的主要特点在于立足于我国的立法和实践,其篇幅约占本书的四分之一左右。倘若将我国仲裁立法以及涉外仲裁制度单独立一章的话,不但篇幅过长,而且势必会与其他各章的内容不断地重复。有鉴于此,对于篇章结构的安排采用纵向方式,除了在第二章集中介绍我国仲裁立法以及若干原则和制度外,其他内容在述及相关的国际商事仲裁的有关具体内容时,将中国的立法、涉外仲裁实践以及司法实践中产生的问题单列一节,进行专门的探讨和评述。对于这种结构可能给读者造成的无法获得中国仲裁制度完整轮廓之不足,作者希望通过今后撰写一本研究中国仲裁制度的专著来弥补。

陈治东

1998年6月于上海

# 目 录

前 言	1
<b>第一章 国际商事仲裁法概述</b>	<b>1</b>
第一节 仲裁的含义及其性质	1
第二节 国际商事仲裁	14
第三节 国际商事仲裁法	20
<b>第二章 国际商事仲裁法的法律渊源</b>	<b>26</b>
第一节 国际条约	26
第二节 国际商事仲裁示范法	32
第三节 国内立法	36
第四节 中国的仲裁立法	42
<b>第三章 重要的常设国际商事仲裁机构</b>	<b>65</b>
第一节 中国的涉外仲裁机构	65
第二节 国际性商事仲裁机构	79
第三节 外国的主要常设商事仲裁机构	84
<b>第四章 国际商事仲裁的仲裁协议</b>	<b>96</b>
第一节 仲裁协议概述	96
第二节 仲裁协议的形式要件和实质要件	101
第三节 有瑕疵的仲裁协议及其处理	115
第四节 仲裁协议的独立性问题	123
第五节 中国仲裁制度下的仲裁协议	133
<b>第五章 国际商事仲裁的仲裁员和仲裁庭</b>	<b>146</b>
第一节 仲裁员	146
第二节 仲裁庭	166



<b>第六章 国际商事仲裁的程序性事项</b> .....	175
第一节 国际商事仲裁程序中的保全措施.....	175
第二节 国际商事仲裁程序中的证据.....	188
第三节 国际商事仲裁程序中的调解.....	198
<b>第七章 国际商事仲裁的法律适用</b> .....	205
第一节 国际商事仲裁的程序法适用.....	205
第二节 国际商事仲裁的实体法适用.....	223
<b>第八章 国际商事仲裁裁决</b> .....	239
第一节 仲裁裁决的种类.....	239
第二节 仲裁裁决作出的期限.....	245
第三节 仲裁裁决的形式和内容.....	246
第四节 仲裁裁决的归档及登记.....	251
<b>第九章 国际商事仲裁裁决的撤销</b> .....	253
第一节 撤销仲裁裁决的含义.....	253
第二节 拒绝执行裁决与撤销裁决之区别.....	254
第三节 撤销仲裁裁决的理由.....	258
第四节 申请撤销裁决的期限.....	263
第五节 裁决撤销制度之评述.....	264
第六节 中国的仲裁裁决撤销制度.....	266
<b>第十章 国际商事仲裁裁决的承认及执行</b> .....	289
第一节 仲裁裁决的承认及执行概述.....	289
第二节 外国仲裁裁决的认定.....	290
第三节 承认及执行外国仲裁裁决的国际制度.....	294
第四节 若干国家承认及执行外国仲裁裁决的制度.....	315
第五节 中国执行涉外裁决和承认及执行外国裁决的 制度.....	319
<b>附：〈国际商事仲裁法〉参考资料</b> .....	346

# 第一章 国际商事仲裁法概述

## 第一节 仲裁的含义及其性质

### 一、仲裁的含义及其历史沿革

#### (一) 仲裁的一般含义

仲裁(Arbitration)又称“公断”，它是指双方当事人依据争议发生前或争议发生后所达成的仲裁协议，自愿将争议交付给独立的第三方，由其按照一定程序进行审理并作出对争议双方都有约束力的裁决的一种非司法程序。

#### (二) 仲裁的历史沿革

仲裁是解决民商事争议的一种有效方式，这种方式源远流长。据说远在公元前6世纪的古希腊时期，城邦国家之间即采用仲裁方式解决它们之间的争议。古罗马商业发展时期就开始用仲裁方式解决贸易往来中的纠纷，如果商人无法自行解决之，就由双方寻找有威望的长老作为仲裁人居中解决纠纷。鉴于对仲裁人的信任，当事人对仲裁人所作出的裁决一般均自愿服从。在罗马的《十二铜表法》中就曾有关仲裁的记载。在罗马的《民法大全》“论告示”第二编中，记载了古罗马五大法学家之一保罗的著述：“为解决争议，正如可以进行诉讼一样，也可以进行仲裁。”<sup>①</sup>

随着中世纪后期商品交换的进一步发展，国际间的贸易交往日益增多，仲裁作为解决经济纠纷的手段也就随之发展起来，通过有关

---

<sup>①</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编著：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社1995年版，第4页。

国家的立法,逐渐成为解决国际商业争议的重要制度。英国议会于1697年正式制定了仲裁法;瑞典早在14世纪中叶确认仲裁为解决契约纠纷的一种合法形式,1887年制定了第一部仲裁法;法国在其1809年的《民事诉讼法典》中对仲裁作了专篇规定;南美的阿根廷1887年颁布了诉讼法典,其中对仲裁作了详细规定;1879年的德国《民事诉讼法典》规定了仲裁程序、仲裁协议的形式和效力、仲裁员、仲裁庭审程序和裁决的效力以及执行等事项;亚洲的日本在其1890年《民事诉讼法典》中设专章规定了仲裁程序;美国纽约州于1920年通过了州的仲裁法;1925年美国国会通过了《联邦仲裁法》,并于1926年起施行。第二次世界大战后,绝大部分国家均颁布了本国的仲裁法规。

各国仲裁制度的发展和进步不仅表现在立法方面,而且还表现在仲裁的机构化方面。例如,英国于1892年成立了伦敦仲裁院;瑞典于1902年成立了斯德哥尔摩商会仲裁院;瑞士于1911年设置了苏黎世商会仲裁院;美国于1926年通过几个仲裁机构合并成立了美国仲裁协会;日本于1950年成立了国际商事仲裁协会。除了这些常设仲裁机构以外,各国的许多行业协会、商品交易所内均设有专门解决内部成员间纠纷的仲裁机构。

第二次世界大战后,伴随着联合国的诞生和区域性国际经济组织的建立,各国订立了一系列与仲裁有关的国际公约,如1958年的《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1975年的《美洲国家国际商事仲裁公约》、1985年在联合国范围内又通过了《国际商事仲裁示范法》等等。这些公约和示范法的通过,表明国际商事仲裁制度的一体化趋向,表明以仲裁方式解决商事争议在世界范围内获得普遍的承认和运用。

## 二、仲裁的基本特征

仲裁作为一种解决争议的重要方式,与其他争议解决方式如调解和诉讼相比较,具有十分鲜明的特征。

### (一)仲裁与调解的异同点

仲裁和调解都是以当事人的自愿为基础的争议解决方式。它们得以解决当时的争议,并非源于国家权力,而是源于当事人的合意和自愿,处理争议的仲裁者或者调解者基本上都是民间机构或者民间人士。非官方的性质是两者根本的相同点。主持仲裁或调解的第三方都由当事人自行选择,在仲裁程序中是由当事人所指定的仲裁员组成的仲裁庭,在调解程序中则是当事人选择的调解人。

然而,尽管两者都属于当事人自愿选择的争议的解决方式,两者仍存在不少的差异。

第一,以仲裁方式解决争议,当事人必须订立书面的仲裁协议,若无此仲裁协议,仲裁就无法进行。一旦当事人以书面协议约定以仲裁解决争议,他们就受到此协议的约束;倘若一方当事人拒绝参加仲裁程序,有关仲裁庭有权进行缺席审理,直至作出最终的缺席裁决。所以,仲裁的自愿性是相对的。采用调解方式,则无须书面的协议。任何一方当事人都无法强迫另一方当事人参加调解程序,即使其中一方当事人已经承诺以调解方式解决争议,此后又反悔不愿继续调解,调解就不能继续进行,调解人不可能进行缺席的调解。因而调解程序的当事人意思自治几乎是绝对的,当实质利益发生冲突时,这种毫无强制性的争议解决方式有可能丧失其存在的现实基础,此实为调解的致命缺陷。

第二,虽然当事人在仲裁的过程中享有广泛的自由,但在现代仲裁制度中采用机构仲裁的较普遍,各国常设仲裁机构都制定了详细的仲裁规则,指导仲裁程序。仲裁庭都必须严格遵循仲裁规则审理案件,并作出裁决,否则将影响仲裁裁决的效力。至于调解方式,通常没有严格的程序。

第三,在仲裁解决争议过程中,一些仲裁机构的仲裁规则允许仲裁庭在征得当事人同意的条件下亦可进行调解。调解成功,当事人可以撤回仲裁申请,或者由仲裁庭依据和解方案制作裁决书,换言之,仲裁程序可以吸收调解做法。然而在调解程序中,调解人不可能履行任何的仲裁职责。

第四,以仲裁方式解决争议,不论其中一方当事人是否参加程序,只要存在有效的仲裁协议,仲裁庭就有权进行缺席审理,并有权作出裁决书。败诉方若不自动履行裁决所规定的义务,胜诉方可以依据各国的法律或者国际公约请求法院予以强制执行。在调解程序中,如果调解成功,调解人所制作的调解书完全依赖当事人的自觉履行,它在法律上并无强制执行的效力;反之,调解失败,则调解人不可能制作确定当事人实体权利义务的任何书面文件。

## (二)仲裁与诉讼的异同点

尽管有的学说认为仲裁具有“准司法”的性质,是一种以法律为后盾的争议解决方式;再者,仲裁裁决与法院判决一样,对当事人具有法律上的约束力,尤其是仲裁程序的一裁终局特点及其受到国际公约支持的域外执行可能性,更显示其对当事人的强制力。然而仲裁与诉讼相比较,其区别是本质性的。

第一,当事人以仲裁方式解决争议,必须出于双方的自愿,缔结书面的仲裁协议。仲裁庭作为独立的第三方审理当事人争议的权力,并非基于强制的法定管辖,而是来自争议双方自愿的授权,即双方当事人在争议发生前或者争议发生后,以书面形式的协议表示愿意将争议提交仲裁解决。若不存在仲裁协议,或者仲裁协议无效,当事人就不能将争议交付仲裁,仲裁庭就无权受理争议案件。因而,当事人意思自治原则不仅是世界各国仲裁制度的基本原则,而且是整个仲裁制度赖以存在的基石。<sup>①</sup> 诉讼不以当事人的自愿为基础,除非有仲裁协议排除法院的管辖权,否则当事人一方向法院起诉时,无须事先征得另一方当事人的同意,法院可以通过正当的司法程序传唤对方当事人到法庭,接受法院对案件的审理和裁判。

第二,虽然现代各国仲裁制度发展的趋势是扩大仲裁庭审理案件的范围,但是,各国的法律均对可交付仲裁解决的争议作出某些限制,如涉及刑事案件、涉及政府与自然人或法人间行政管理产生的争

<sup>①</sup> 丁伟、陈治东著:《冲突法论》,法律出版社1996年版,第318页。

议、涉及人身权的争议不可交付仲裁。仲裁可解决的争议是有限的。就诉讼而言,其主管的争议的范围原则上不受限制,任何争议通过其他方式无法解决者,均可诉诸法院,即所谓的“司法最终解决原则”。所以,诉讼主管的范围较仲裁广得多。

第三,仲裁以民间性为基础。处理仲裁案件的仲裁机构均属非官方的民间机构,通常附设于各国的商会组织或者其他民间社会团体,或者由律师协会、法学会等民间机构组建;参与解决当事人争议的仲裁员大多数是律师、法学教授或工商界专家等民间人士,即使某些仲裁机构亦吸收少量政府官员甚至现任法官担任仲裁员,但他们在履行仲裁员之职责时并不代表官方。然而,法院属于国家的审判机关,构成国家机关的重要部分。法官属于国家的公职人员,其审判活动代表了国家的权力。

第四,仲裁程序当事人享有广泛的自主权。基于当事人意思自治原则,仲裁程序的当事人享有广泛的自主权,他们可以自行选择仲裁地点、仲裁机构、仲裁员、解决争议应适用的法律,在某些情况下甚至可以选择仲裁的程序规则。特别值得一提的是,世界各国的诉讼法中都存在法院专属管辖制度,即某类争议依法必须由某一地区的某一级法院审理,争议各方无权选择,违反专属管辖原则所作出的判决是无法在对争议具有专属管辖权的另一法院得到承认和执行的,即使是同一国家内的各地区法院之间亦然。但是,仲裁属当事人自行委托第三方处分其权利的争议解决方式,因此并不存在仲裁的专属管辖制度,当事人有权自由地选择仲裁地点和仲裁机构,即使从一国的诉讼管辖权制度考察,这种选择与该国的专属管辖权并不一致,当事人选择的合法性在很大程度上仍不受影响。例如,依据各国的诉讼制度,因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地法院管辖。但是当事人选择以仲裁方式解决其可能发生的争议,仲裁机构的所在地可以完全与有关的不动产所在地不一致,它所作出的裁决并不因此而影响其效力。诉讼是法院依照本国诉讼法的规定所进行的审判活动,法官由国家以法定程序任命或者选举产生。在诉讼程序中,

当事人无权选择法官，更无权选择诉讼的程序法，法庭必须严格依据本国的诉讼法主持审判活动。

第五，仲裁程序中的保密性是其特点和优越性。当事人提起仲裁申请、程序进展情况、仲裁庭开庭审理案件，均不得在新闻媒介予以披露，裁决结果也不公布，因此，能保护当事人的商业秘密和声誉。在诉讼程序中，除非涉及到国家机密，否则必须公开审理，这对于不愿将商业纠纷公布于众的公司企业而言，显然有其不利之处。

第六，仲裁庭一旦作出裁决，即对双方当事人产生约束力，即使当事人对裁决不服，也不得向任何行政机关或法院申诉或上诉试图变更裁决；若败诉方拒不自动执行裁决规定的义务，胜诉一方有权提出申请，请求有管辖权的法院承认裁决的效力，并且予以强制执行。尤其是在涉及外国当事人的国际商事仲裁中，胜诉方希望在国外获得对裁决的承认和执行时，由于世界上约有 100 多个国家参加了旨在承认和执行外国仲裁裁决的国际公约，所以仲裁更具备国际性。就诉讼而言，因各国诉讼制度的不同而千差万别，在一些联邦制国家，即使是一个国家，国内各州(省)的诉讼制度也不统一。通常各国诉讼制度中规定了若干审判级别，当事人对下级法院的判决不服，有权在法定期限内上诉，甚至可以进行几次上诉，直至本国的最高法院，因而有时诉讼程序旷日持久。此外，因各国诉讼制度的巨大差异性以及审判体现国家权力的缘故，导致国际间迄今为止无法达成普遍性的承认及执行外国法院判决的国际公约。

### 三、仲裁的性质

虽然仲裁是国际间解决争议的一种重要方式，然而其性质之归属本身却是一争议颇多的问题，迄今未有普遍接受的说法。人们之所以要对仲裁之性质进行探讨并提出诸多学说，就在于学说具有理论指导意义，并对一国的仲裁制度产生广泛的影响。迄今为止，各国的法律界提出了仲裁性质的如下四种学说：

#### (一) 契约说(Contractual Theory)

契约说认为，仲裁是履行当事人解决争议协议的结果，所以仲裁

具有契约性。其理由在于：

第一，仲裁基于当事人的协议而发生，仲裁庭的管辖权基于当事人的授权而产生，若无当事人的仲裁协议，就没有仲裁。

第二，解决争议的仲裁员是由当事人双方直接或间接选定，而非经过国家的任命，仲裁员是当事人的代理人。

第三，除了仲裁员之外，当事人还有权通过协议选择仲裁机构、仲裁地点、仲裁规则、仲裁所适用的法律，在特定情况下，当事人还有权选择仲裁的程序法。

第四，基于仲裁员是当事人之代理人的缘故，仲裁裁决被视为仲裁员为当事人订立的契约，此契约也象其他契约一样具有法律约束力，当事人履行裁决犹如履行契约。

## (二)司法权说(Jurisdictional Theory)

这种观点认为，虽然仲裁来自当事人的协议，但是仲裁协议的效力、仲裁庭审理案件的权力、仲裁员的仲裁行为、仲裁裁决的承认与执行等事项，均需要国家法律权威的支持和调整。在现代国际社会，作为民间机构的仲裁机构之所以能够审理案件，在特定范围内行使国家法院的某些审判职能，完全基于国家法律的授权。因而，仲裁具有司法权的性质。

持此观点的法国学者克雷恩指出：“只有国家才能行使审判权，因此，如果法律允许当事人提交仲裁，那么仲裁机构只能是执行公共职能。由此得到的逻辑上的结论就是，仲裁裁决是具有与法院所作判决同等意义的决定。”<sup>①</sup>

## (三)司法契约混合说(Mixed Theory)

持此观点的学者认为，片面强调仲裁的司法性或者其契约性，对于认识仲裁的本质都是无益的。因而，只有将两者结合起来，才能正确阐明仲裁的性质：仲裁首先基于当事人的契约，仲裁庭的组成、仲

---

<sup>①</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编著：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社1995年版，第4页。



裁规则、仲裁审理时所应适用的实体法,均主要取决于当事人的意思表示。就此意义上,契约说显然是合理的。然而,涉及仲裁协议效力之认定以及仲裁裁决的执行,均需要相应法律加以调整,并最终需要一国法院的决定。离开了法律的调整和规范以及法院的协助,则整个仲裁程序亦无法独立存在。就此一意义上,仲裁具有实实在在的司法性质。鉴于这两方面考虑,仲裁制度具备契约性和司法性的双重性质,这两种因素是相互联系、不可分割的两方面。

著名的国家贸易法专家施米托夫教授就认为,从理论上讲,仲裁包括两方面的因素:契约因素与司法因素。契约因素明确地表明在各国普遍接受的各项原则中,如仲裁必须建立在当事人之间的仲裁协议的基础上;仲裁庭超出当事人授予的管辖权限作出的裁决无效等。司法因素则出现在许多规则之中,如仲裁员必须公正;遵守自然正义的各项要求;仲裁裁决与法院判决原则上可以采用同样的执行方式。<sup>①</sup>

#### (四)自治说(Autonomous Theory)

自治说是晚近发展起来的一种新的学说,其基本观点认为,将仲裁视为纯的司法性抑或契约性,甚至将其视为具有两者的混合体,均未指出仲裁的本质。仲裁应是一种适应社会需要而发展起来的解决争议的独立体系,是超越契约和司法权的。就契约性而言,仲裁的当事人缔结仲裁协议并非为了缔结一项契约,而是为了解决一项争议;就其司法性而言,从仲裁的发展轨迹可知,它是因商人们在商业交往中为解决商业纠纷的实际需要而发展起来的一种解决争议的方式,其发展的初期纯粹是商人们的自发行为,毫无法律的支持或确认;仲裁协议和仲裁裁决之所以得以遵守和履行,并非基于国家法院的强制力,而是源于商人之间的道德和行业惯例的约束。所以,仲裁应是一种独立的自治体系。

---

<sup>①</sup> [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》(赵秀文译),中国大百科全书出版社1993年版,第598页。