

 国际商事仲裁丛书

国际商事仲裁 法律与实务

INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION
LAW AND PRACTICE

林一飞 著



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

国际商事仲裁 法律与实务

INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION
LAW AND PRACTICE

林一飞 著

中 信 出 版 社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商事仲裁法律与实务 / 林一飞著. —北京: 中信出版社. 2004.11
ISBN 7-5086-0312-5

I. 国… II. 林… III. 国际商事仲裁—研究 IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 103536 号

国际商事仲裁法律与实务

GUOJISHANGSHI ZHONGCAI FALÜ YU SHIWU

著 者: 林一飞

责任编辑: 袁婉君

出 版 者: 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路 14 号塔园外交办公大楼 邮编 100600)

经 销 者: 中信联合发行有限责任公司

承 印 者: 北京忠信诚胶印厂

开 本: 787mm×1092mm 1/16 **印 张:** 26.25 **字 数:** 357 千字

版 次: 2005 年 1 月第 1 版 **印 次:** 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5086-0312-5/D·197

定 价: 49.00 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。

服务热线: 010-85322521 010-85322522

http: // www.publish.citic.com

E-mail: sales@citicpub.com

author@citicpub.com

序

近年来，商事仲裁法律与实践的发展在国际和国内层面上都令人瞩目。国际层面上，1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（纽约公约）签订之后，商人们倾向于采纳国际商事仲裁，解决涉及不同法域的争议；各国司法体系对于国际商事仲裁给予了更加有力、一致的支持；国际商事仲裁理论界也据此提出了各种各样的学说。迄今，纽约公约的缔约方已达到134个。此外，1985年，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《国际商事仲裁示范法》公布之后，至今已有将近50个国家和地区采纳了示范法作为仲裁立法的蓝本。国际商事仲裁已经成为解决国际商事交往中争议的主要方式。

国内层面上，1995年《中华人民共和国仲裁法》生效之前，中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）作为中国的涉外仲裁机构，已经积累了40年宝贵的仲裁经验。《仲裁法》的制定和生效，不仅使中国仲裁制度与国际接轨，而且也更进一步促进了仲裁作为争议解决方式在全国的使用。据报导，2003年全国172家仲裁委员会受理的案件达28835件，比2002年增加了60%，案件标的额共计421亿元，比2002年增加了23%。中国仲裁进入了快速发展时期。

在这种情况下，一本从实务出发、理论联系实际

的著作，对于中国仲裁理论与实务界而言，具有重要的作用。林一飞同志从事第一线仲裁实务，同时又勤于理论研究，是他在写作这样一本书上具有独特的优势。该书资料翔实、见解独特、论述全面，是一本不可多得的仲裁专著。作者结合仲裁实践，广泛借鉴了其他国家的做法，参考了大量的案例和资料，通过比较研究的方式，对商事仲裁制度涉及的各个方面进行了论述，并提出了自己的观点。特别是该书涉及了此前其他著述较少研究的领域，例如第三人、重新仲裁、合并仲裁、派生请求权、仲裁员角色冲突、非本地化理论、行业仲裁等。

在与林一飞的接触过程中，我感觉到他是一个非常踏实的年轻人，并且充满干劲。他告诉我，由他参与主编的连续性出版物《商事仲裁法律报告》也即将由中信出版社出版，我颇感欣慰。相对诉讼来说，仲裁是一个新领域，而且是一个飞速发展的新领域。我相信林一飞能够继续他的仲裁理论研究和实务工作，同时，也希望有更多的法律界人士参与这个领域的研究，共同完善我国的仲裁制度。

费宗祎

2004年10月12日

作者序

商事仲裁在现代商事争议解决机制中的作用越来越大，使用的频率也越来越高。尤其在国际商事交易中，通过仲裁解决商人之间的争议已经不再是“替代性”的，而是俨然占据着主流地位。现代仲裁所具有的各种优越性，已经使得国际层面上的司法判决在仲裁裁决面前显得小气有余、灵活不足，堂皇有余、实效不足。除仲裁实务外，仲裁的理论研究在国内国际上也都进入一个生机勃勃的阶段。这一点亦令人欣喜。

本书是我这些年来从事商事仲裁理论研究和实务操作的小结。写这样一本书的想法一直都有，事实上也一直在断断续续地构思。但直到去年，才开始正式动笔，到今天终于完工。

我相信本书对于读者一定会起到一些作用：从基本理论到实践操作，从国内程序到国际程序，从案例到法律，读者诸君可以各取所需。同时，写作本书也让我自己重新梳理了对于仲裁制度的掌握，并且深化了理解，加强了仲裁理论体系方面的建构。

当然，本书和我的其他书籍一样，能够完成要感谢众多一直支持我的前辈、师友。没有他们在工作上的学习上对我的支持，我不敢奢谈能够完成包括本书在内的任何一本书。

中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）郭晓文副主任、深圳分会韩健秘书长一向支持我从事有利

于仲裁事业发展的学术活动；徐三桥副秘书长实务上专业有效的指点往往使我茅塞顿开。肖志明教授从我进 CIETAC 开始，就在工作和学习上给予有益的指点。陈安教授、徐崇利教授一直非常支持我的学术研究，并提出了宝贵的指导意见。宋连斌博士不但提供了大量的资料，而且，对于书稿提出许多建设性的意见。曾银燕提供了许多资料，并校阅了本书部分初稿。

沈四宝教授、王军教授是我在经贸大学读书时的老师，在我从事实务工作之后，他们仍然一如既往地指点、帮助我。黄进教授从为宋连斌和我所编的第一本书作序开始，就时刻关心我的学习和研究。

特别要感谢费宗祯教授为本书拨冗作序。费老对于后辈的不吝提携和鼓励，是我继续前进的动力。

感谢我所经办的数百个案件的仲裁庭，是他们将第一手的实务经验无私地传授给我。感谢 CIETAC 内外众多师友的帮助和支持。我无法一一列名，在此一并致谢。

当然，没有中信出版社的支持，本书也不可能最终摆到读者面前。

本书定稿之时，我即将归国。在英国期间，Douglas 和 Evelyn 夫妇、Sandy 和 Eileen 夫妇以及其他一些英国朋友提供了很多帮助，在此对他们表示感谢。

这些年来，我的妻子熊卫民总是给予我大力支持。我甚至有时候觉得，是妻子对于学问的“迷信”，使我能够沉下心来去做学问，做一种有益于实务和理论界的学问。我谨把本书献给她。

林一飞

2004 年 10 月 24 日

于英国伦敦

目 录

第一章 商事仲裁导论	1
第一节 仲裁	1
第二节 国际商事仲裁	17
第三节 中国的国际商事仲裁	24
第四节 中国的国内商事仲裁	29
第五节 国外商事仲裁立法	31
第六节 国外主要商事仲裁机构	50
第二章 仲裁协议	62
第一节 仲裁协议概述	62
第二节 仲裁协议的内容	73
第三节 仲裁协议有效性的确定：形式要件	84
第四节 仲裁协议有效性的确定：实质要件	92
第五节 仲裁协议的独立性	110

第六节 仲裁协议的法律适用	115
第七节 示范仲裁条款	119
第三章 仲裁当事人	121
第一节 当事人概述	121
第二节 多方当事人	130
第三节 仲裁与第三人	137
第四节 派生仲裁请求权	149
第五节 仲裁程序进行过程中的当事人变更	168
第四章 仲裁员	171
第一节 仲裁员的委任	171
第二节 仲裁员的资格条件	178
第三节 仲裁员行为规范	189
第四节 仲裁员的回避	191
第五节 仲裁庭的权力、权利和义务	196
第六节 仲裁员的责任	204

第五章 仲裁程序	215
第一节 概述：中国仲裁法	215
第二节 证据问题	220
第三节 异议权放弃	228
第四节 重新仲裁	233
第五节 仲裁程序的适用法律	255
第六章 仲裁裁决	258
第一节 概述	258
第二节 裁决的法律依据	268
第三节 申请撤销仲裁裁决	274
第四节 申请执行裁决	282
第五节 裁决作出后仲裁庭的职权	288
第七章 外国仲裁裁决的承认和执行	296
第一节 概 述	296
第二节 仲裁协议抗辩	303
第三节 仲裁程序抗辩	309

第四节	裁决效力抗辩	316
第五节	超裁抗辩	319
第六节	可仲裁性和公共政策	320
第七节	中国承认和执行的程序问题	326

第八章	CIETAC 仲裁：概论	331
第一节	概述	331
第二节	国际商事仲裁	340
第三节	国内商事仲裁	349
第四节	CIETAC 的仲裁规则	351
第五节	CIETAC 的仲裁员	355
第六节	CIETAC 的秘书局	358
第七节	WTO 和 CIETAC 仲裁	360

第九章	CIETAC 仲裁：程序和实践	364
第一节	概述	364
第二节	仲裁程序的开始	367
第三节	答辩和反请求	377

第四节 管辖权异议	379
第五节 仲裁员/仲裁庭	385
第六节 庭审和书面审理	388
第七节 临时保全措施	393
第八节 程序中的某些决定	395
第九节 调解和仲裁相结合	397
第十节 裁决	401
第十一节 简易程序	404

第一章 商事仲裁导论

第一节 仲裁

一、概述

·争议和争议的解决 争议自人类社会产生以来就一直存在。两个猿人争一只山果的证据无从考证。不过，当亚当和夏娃互相指责对方意志不坚定导致吃了禁果时，他们俩发生了争议。基督代表上帝进行了审判。此类神话、宗教或文学作品中所记载的争议及其解决，不分中外，俯拾即是。而活生生的人类社会更是一个纷争不断的社会，人类的历史就是一部争议和解决争议的历史。这些争议涉及到社会关系的方方面面，涉及到不同的社会领域。在从野蛮到文明的进化过程中，出现了各种各样的争议解决方式：集体审查、神判（ordeal）、宣誓采证（Wager of Law）、血亲复仇、战争、调解、诉讼、仲裁等。这当中有些方式产生了新的争议，有些随着社会的进步已经消亡，有些依旧在社会生活中发挥着重要的作用。

·商事争议 在商事领域产生的社会冲突即是商事争议。商人之间为了实现某种目的签订合同，但由于某种原因合同不能履行或不能适当履行，于是就产生了商事争议。与产生于其他领域的冲突相比，商事争议通常具有如下几个特点：一是内容涉及商事权利义务；二是主体地位平等；三是争议可以通过和解形式解决。

·解决商事争议的方式 商事争议的解决可以通过两种渠道：自力救济和公力救济。自力救济即指争议主体依靠自身的力量自行解决争议，从而维护自身的权益。公力救济是指争议主体依靠社会或国家的力量解决争议，维护自己的权益。前者如自决、和解等；后者如诉讼。随着社会的发展，这两种渠道中的某些方式日渐式微，而某些方式又方兴未艾。

在现代社会,商事争议主要通过四种方式得以解决:协商、调解、仲裁、诉讼。这其中,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,商事仲裁制度也已日趋完善和完备。

·国外仲裁的历史沿革^① 仲裁最早起源于何时已不可考。学者或实务界所论述的也仅限于自己的观点。^② 不过,一般认为,仲裁首先起源于西方,并且首先作为解决国内争议的一种方式。通说认为,仲裁作为一种处理商事纠纷的制度,是随着商品经济的发展而发展的。^③ 罗马法《民法大全》第二编记载了当时五大法学家之一保罗的论述:“为解决纠纷,正如可以进行诉讼一样,也可以进行仲裁。”十三、十四世纪意大利已出现国际性的商事仲裁。十四世纪瑞典编的一部地方法典中,承认仲裁是解决争议的方式。^④ 英国在1347年就有关于仲裁的史料记载。某些从事对外贸易的公司如东印度公司,在其章程中订有仲裁条款,规定如果公司成员间发生争议,应通过仲裁解决。1697年,英国颁布了第一个仲裁法案,正式承认了仲裁制度,并于1889年制定了第一部仲裁法。瑞典也于1887年正式制定了第一部有关仲裁的法律。从19世纪起,其他一些国家,如德国、法国、日本等,也都采用了仲裁制度,并

① See Neil Kaplan, Jill Spruce, Michael J. Moser, *A Short History of Arbitration, Hong Kong and China Arbitration* (Butterworths, 1994), xxxiii - lxv. 该节从希腊罗马的神话开始,主要叙述了仲裁在英国的发展历史。See also Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, *Commercial Arbitration* (Butterworths, 1989), 32.

② 如有人认为,仲裁最早起源是村庄中遇到纠纷时请年老者决断。见联合国国际贸易法委员会执行秘书赫尔曼先生于1994年6月27日在上海所作关于国际商事仲裁的讲话,载于《仲裁与法律通讯》,1994年10月第5期,第27页。

③ 据考察,作为解决争议的方式,远在公元前六世纪的希腊,城邦国家即已经开始利用仲裁解决他们之间的争议。

④ 参见程德均主编:《涉外仲裁与法律》,第一辑,中国人民大学出版社1992年版,第271页。Also see The Stockholm Chamber of Commerce (ed), *Arbitration in Sweden* (1984), second (revised) edition, p.3.

通过在民事诉讼法典中专章规定^①或单独立法的方式,制定了仲裁法规。^②近代以来,仲裁的形式和内容有了极大的发展。特别是进入20世纪以后,由于国际经济贸易往来的纵深发展,世界上许多国家都普遍建立和发展了仲裁制度,设立常设性仲裁机构,缔结了国际性的条约,或是订立具有示范作用的法律规则。^③

·中国仲裁的历史沿革^④ 在我国,仲裁制度的正式建立始于本世纪初。^⑤中国传统上将仲裁称为公断。国民政府建立以后,1912年颁布了《商事公断处章程》,1913年颁布了《商事公断处办事细则》。章程及细则规定:商事公断处在商会内设立,“对于商人之间商事之争议,立于仲裁地位,以息讼和解纷为主旨”。这应该算是中国第一个关于仲裁的专门规定。1930年,国民党政府颁布实施了《劳资争议处理法》,规定了劳动争议的调解和仲裁程序。1942年,晋察冀边区颁布的《晋察冀边区租佃债息条例》和《关于仲裁委员会的工作》指示中,就已经规定了仲裁委员会的性质、任务和权限。1949年,天津市政府颁布了《天津市调解仲裁委员会暂行组织条例》,对仲裁机构的设置、收案范围和工作原则作了规定。新中国成立以后,首先是发展了涉外仲裁制度。1956年,中国国际贸易促进委员会根据中央人民政府政务院1954年的决定,^⑥通过了《中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程

① 如法国1807年的民事诉讼法典、德国1877年的民事诉讼法典、日本1890年的民事诉讼法典,都有关于仲裁的专章规定。2004年3月1日,日本依联合国国际商事仲裁示范法,制订了单独的仲裁法。

② 有关世界主要国家仲裁法律的简要介绍,见下文。由于各国仲裁法可能是包括在其民事诉讼法典或其他法律之中,同时也为行文方便,下文有关各国和地区仲裁法的名称,除中国外,不以书名号单独标出。例如,英国1996年仲裁法(而不写为《英国1996年仲裁法》)、荷兰仲裁法(而不写为《荷兰仲裁法》)、德国仲裁法(而不写为《德国仲裁法》)。仲裁规则亦同。

③ 有关国际公约、示范法以及主要常设仲裁机构仲裁规则的简要介绍,见下文。

④ 见黄进、宋连斌、徐前权著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2002年修订版,第四节“中国仲裁的起源和发展”,第16-19页。

⑤ 早在清朝康熙年间,就存在此种与仲裁类似的制度。见William W. Park:《仲裁的多变性:规则的价值和自由裁量的风险》,载于林一飞主编:《商事仲裁法律报告》,中信出版社2004年,第一卷。

⑥ 中央人民政府政务院在1954年5月6日举行的第215次政务会议上通过的《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》。

序暂行规则》，组成第一届委员会，成立了对外贸易仲裁委员会。1981年，我国颁布了《中华人民共和国合同法》，对合同纠纷规定了“一裁两审”制。1987年，我国颁布了《中华人民共和国技术合同法》，该法规定了“协议仲裁”和“或裁或审”制，但是没有规定“一裁终局”制度。1990年，我国颁布了《中华人民共和国著作权法》，承认了一裁终局制。1993年颁布的《中华人民共和国消费者权益保护法》规定，消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以“根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁”。^①在各种类型的仲裁并存的局面下，存在和不断产生的问题使得制定一部专门的仲裁法显得非常有必要。1994年8月31日《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》或我国《仲裁法》）正式公布，自1995年9月1日起施行。虽然该法尚存在一些缺陷，但与原来的仲裁制度相比，其结束了多头仲裁各自为政的局面，建立了统一的商事仲裁制度，明确界定了仲裁的范围，使仲裁与国际上通行的商事仲裁制度在大的原则方面能够接轨。

二、仲裁的分类

·**强制（法定）仲裁和自愿（任意）仲裁** 从是否需要仲裁协议的角度，仲裁可分为强制仲裁和自愿仲裁。前者是指对案件的管辖权不依赖当事人的提交仲裁的真实意思表示（仲裁协议），而是依特定法律的规定先定取得，如行政仲裁。后者是指仲裁机构对案件的管辖权源于当事人双方自愿选择仲裁的意思表示（仲裁协议），它体现了当事人的真实意思表示，如民商事仲裁。

·**公法仲裁和私法仲裁** 从仲裁所依据的实体法律制度的角度，仲裁可分为公法仲裁和私法仲裁。前者指依据公法（包括国内公法和国际公法）对争议作出决定，如国家之间争议的仲裁。后者则指依据私法对争议的是非曲直作出判断，如平等的民商事主体间关于契约或非契约性权

^① 第34条。该条规定，消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：（一）与经营者协商和解；（二）请求消费者协会调解；（三）向有关行政部门申诉；（四）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；（五）向人民法院提起诉讼。

益产生的纠纷的仲裁。

·独立仲裁和依附仲裁 从裁决是否终局的角度,仲裁可分为独立仲裁和依附仲裁。独立仲裁一裁终局,或者通过仲裁制度内的救济程序,具有终止性。如 GAFTA 仲裁,其实行两级仲裁制,但上诉制度为仲裁体系内的救济手段,因此属于独立仲裁。而非独立仲裁作出的裁决,并非终局性的,可能在某种条件下以某种方式被推翻、上诉,如域名争议仲裁、劳动仲裁等。

·民间仲裁和行政仲裁 根据仲裁机构地位和性质的不同,仲裁可以分为民间仲裁和行政仲裁。民间仲裁是指仲裁机构作为非官方的民间组织对纠纷进行仲裁,仲裁机构进行仲裁的基础是当事人自愿达成的仲裁协议。行政仲裁是指依据行政权力对有关争议进行仲裁,通常不能体现当事人的自愿性。

·国家仲裁和非国家仲裁^① 依所适用的仲裁程序规则与某一国家的联系,可将仲裁分为国家仲裁和非国家仲裁。国家仲裁的国际商事仲裁程序受特定的国家国内法支配,而非国家仲裁的仲裁程序则不受任何特定国家国内法支配,仲裁裁决是基于“完全”自治的程序规则体系作出的,与任何特定国家的国内法无直接的联系。后一种形式是晚近国际商事仲裁领域出现的新形式,但尚未在实务界和理论界得到普遍的认同。

·国内仲裁和国际仲裁 根据仲裁机构所解决的争议是否具有涉外因素,可将仲裁划分为国内仲裁(domestic arbitration)和国际仲裁(international arbitration)。一般而言,国内仲裁是指仲裁所解决的纠纷在法律关系的三要素(主体、客体、内容)上均无涉外因素。^② 国际仲裁是指一国仲裁机构对在法律关系上具有涉外因素的纷争所进行的仲裁,一般表现为一方为本国主体,另一方为外国主体,或者双方均为外国主体,或者双方均为本国主体,但客体或内容涉及外国。国际仲裁包括国际公法仲裁,但主要指国际商事仲裁。

·临时仲裁和机构仲裁 临时仲裁(ad hoc arbitration)是指无固定仲裁

① 作此划分的依据是非国内法理论(anationalization)或非本地化理论(delocalization)。

② 有关涉外性的论述见下文。