



国际商事争议解决， 你准备好了吗？

金杜律师事务所争议解决部 著



国际商事争议解决， 你准备好了吗？

金杜律师事务所争议解决部 著

主 编 陆 青 叶 渌

编 辑 张天慧 许 菲 李 丽

图书在版编目(CIP)数据

国际商事争议解决, 你准备好了吗? / 金杜律师
事务所争议解决部著. —北京: 法律出版社, 2013.3
ISBN 978-7-5118-4605-1

I. ①国… II. ①金… III. ①国际商事仲裁—研究
IV. ①D997.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第028740号

责任编辑/孙东育

装帧设计/北京墨斗鱼文化发展有限公司

出版/法律出版社

编辑统筹/独立项目策划部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京尚唐印刷包装有限公司

责任印制/张建伟

开本/787毫米×1092毫米 1/16

印张/10.5 字数/320千

版本/2013年3月第1版

印次/2013年3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

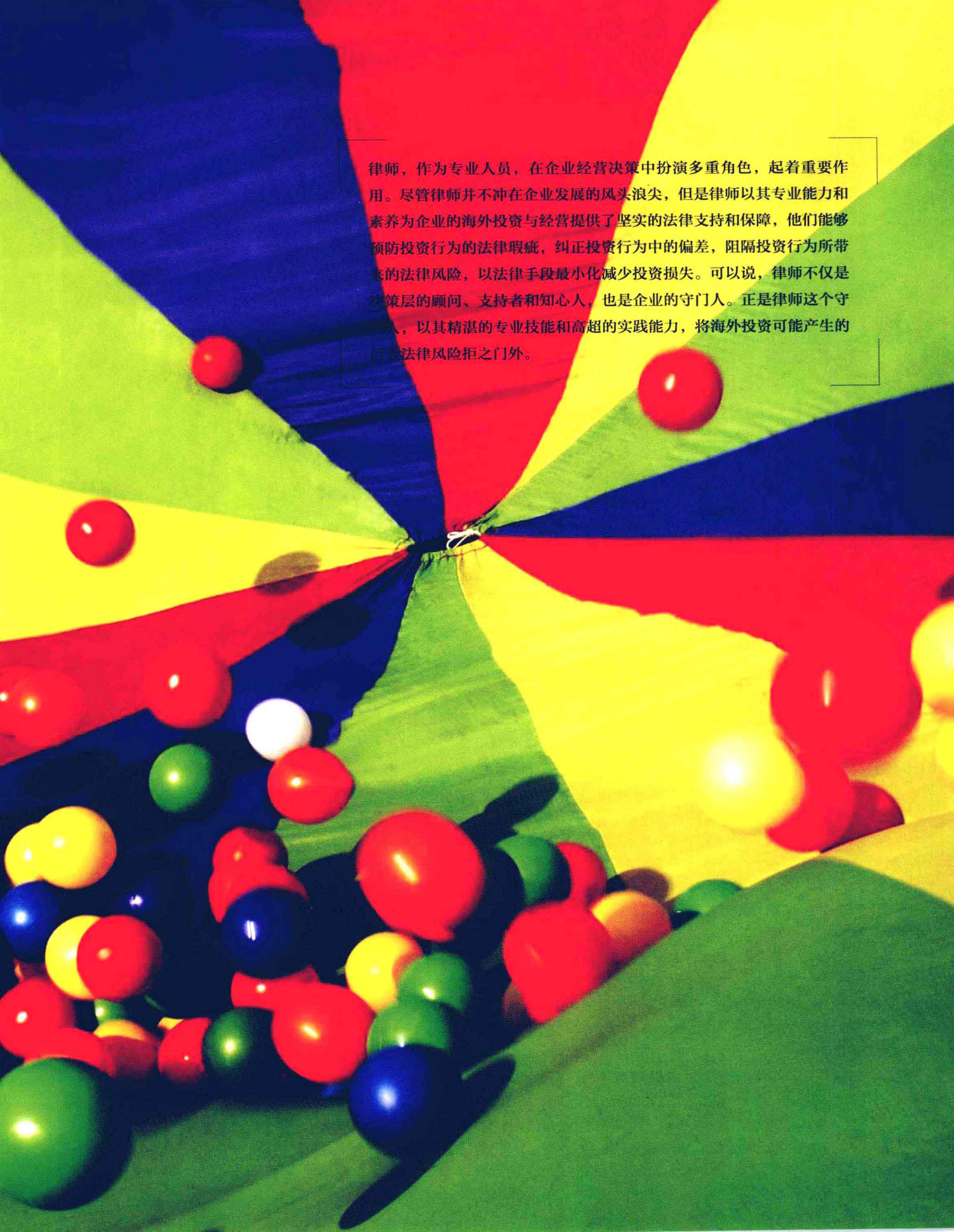
北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-4605-1

定价: 78.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



律师，作为专业人员，在企业经营决策中扮演多重角色，起着重要作用。尽管律师并不冲在企业发展的风头浪尖，但是律师以其专业能力和素养为企业的海外投资与经营提供了坚实的法律支持和保障，他们能够预防投资行为的法律瑕疵，纠正投资行为中的偏差，阻隔投资行为所带来的法律风险，以法律手段最小化减少投资损失。可以说，律师不仅是决策层的顾问、支持者和知心人，也是企业的守门人。正是律师这个守门人，以其精湛的专业技能和高超的实践能力，将海外投资可能产生的巨大法律风险拒之门外。

卷首语

1978年，我国作为东亚地区的大国，国内生产总值只有区区3645亿元人民币，位列全世界不发达国家行列。

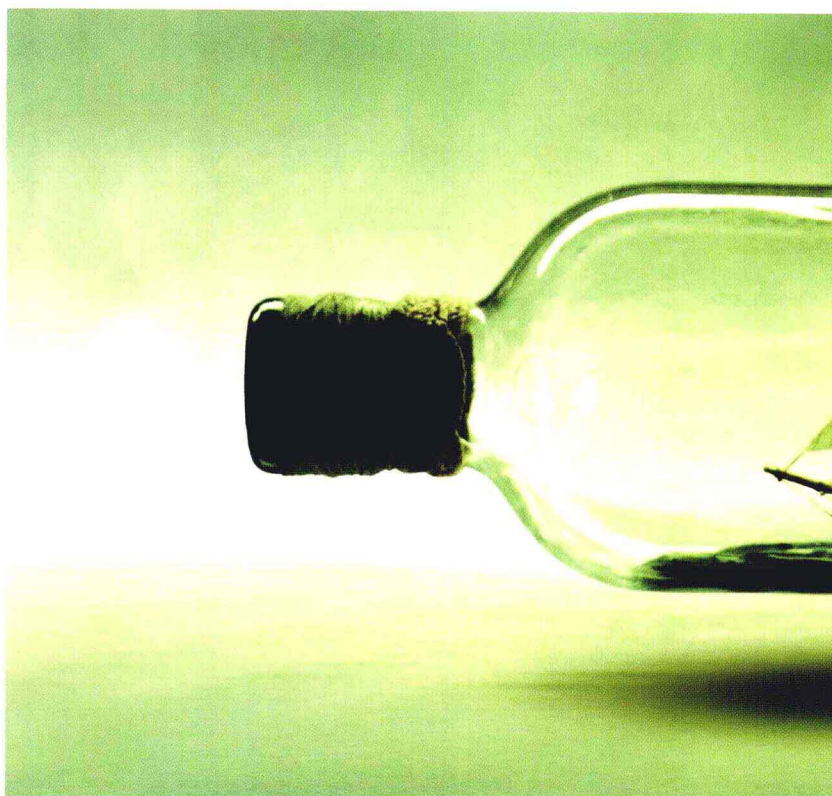
面对百废待兴的局面，我国开始了改革开放，经济迅速走上快速发展的轨道，综合国力和国际影响力也与日俱增。三十多年来我国经济总量呈直线型上升，以世界上少有的年均9%以上的速度增长。

2005年我国经济总量超过意大利，成为世界第六大经济体，2006年我国经济规模超过英国，成为世界第四大经济体，2007年我国经济规模超过德国，成为世界第三大经济体，而仅仅3年之后，在2010年，我国经济总量超越日本，成为仅次于美国的世界第二大经济体。2011年我国国内生产总值已经达到471,564亿元。

这些数据不仅记录了我国在改革开放的道路上所获得的一个个辉煌成就，也记载了中华民族伟大复兴的奋斗历程。可以说，改革开放的三十多年是我国从世界上不发达国家一步步成为世界第二大经济体，从国际事务中可有可无的旁观者一跃成为国际舞台上举足轻重的参加者和影响者的奋斗史。

改革开放也让我国勇敢的向世界敞开了大门，积极融入全球经济发展中。从最初的鼓励引进外资，为国内经济发展输血的“引进来”，到现在我国企业踊跃走出国门，发展对外直接投资的“走出去”，彰显的是我国经济实力的与日俱增与我国企业的自信和成熟。许多优秀的国内企业已经成为“走出去”的先行者，中国企业的身影频繁出现在国际经济大舞台上。

最新数据表明，仅2012年1~5月，我国累计实现非金融类对外直接投资285.2亿美元，通过并购方式实现的对外直接投资112亿美元，我国的境内投资者共对全球115个国家和地区的1709家境外企业进行了直接投资。截至

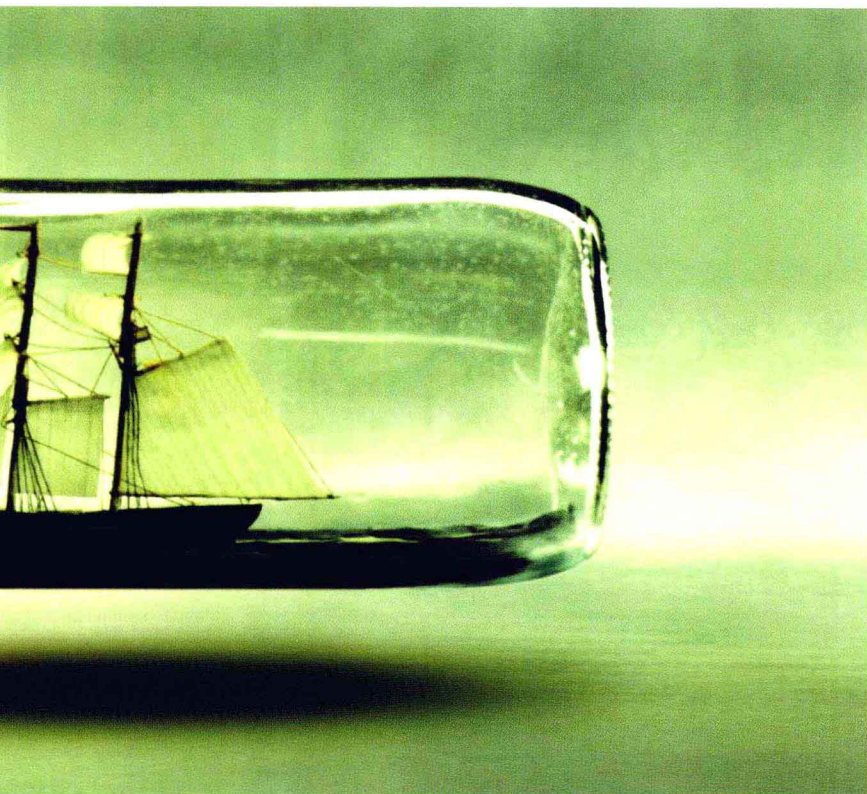


2012年5月，我国非金融类对外直接投资的总额已经高达3506亿美元。

在庞大的对外投资的数额背后，不仅是我国企业收获的丰厚回报，也伴随着巨大的海外投资风险，一些企业海外投资的失败案例也为所有中国企业敲响了警钟。如何防范风险、控制风险、应对风险，已经成为“走出去”的中国企业必须面对的重要问题。仅仅依靠企业管理层在经营管理上的兢兢业业、在商业决策上的足智多谋无法完全保证企业能够在激烈竞争、瞬息万变的全球经济环境中稳操胜券，因为中国企业在海外投资中不仅需要防范商业风险，还需要防范在投资地面临的巨大法律风险。

在海外博弈的中国企业所需要的不仅是高瞻远瞩的决策者、杜微慎防的财务监督者，还要有专业、尽职、“长袖善舞”的法律建议者为其提供既全面又个性化的专业法律服务，从而为“走出去”的中国企业保驾护航。优秀、尽职、具有国际经验的中国律师无疑是此角色的不二人选。

律师，作为专业人员，在企业经营决策中扮演多重角色，起着重要作用。尽管律师并不冲在企业发展的风头浪尖，但是律师以其专业能力和素养为企业的海外投资与



经营提供了坚实的法律支持和保障，他们能够预防投资行为的法律瑕疵，纠正投资行为中的偏差，阻隔投资行为所带来的法律风险，以法律手段最小化减少投资损失。可以说，律师不仅是决策层的顾问、支持者和知心人，也是企业的守门人。正是律师这个守门人，以其精湛的专业技能和高超的实践能力，将海外投资可能产生的巨大法律风险拒之门外。

在海外投资之初，律师可以根据企业具体的投资计划向其提供最适当的合法交易模式，使企业在最初选择交易模式时，就能最大限度符合商业利益，同时又符合投资地的法律规定，防止日后因违法或违规而受到巨额处罚或官司缠身的风险。

确定交易模式之后，律师又能充当得力的谈判助手，在与商业对手进行谈判和交锋时，识破对方设置的法律迷局和陷阱，增设对己方有利的法律保护。企业在谈判时的法律疏忽往往为日后的履约埋下定时炸弹，例如，在中国企业投资海外基础设施的项目中，由于在合同谈判之初未能充分了解当地劳动法，导致开工建设后无法节约人工成本，致使企业背负了沉重的成本负担。因此，在投资之初

律师参与选择合法的最佳交易模式并在合同中尽可能杜绝纠纷隐患，能够为中国企业降低交易成本并防范未来的法律风险。

即便选择了理想的交易模式并订立了完善的合同也不能完全杜绝争议的发生，因为不可能存在完美的合同，也不可能存在完美的投资环境。实践中，百密一疏的情况时有发生，而且由于投资地政治、经济形势的变化也会让原本看似无懈可击的交易模式不堪一击。因此，在与对方订立合同时，预先设定对己有利的争议解决方式无疑是防患于未然的高明之举，而这正是律师的重要工作内容。律师可以根据企业的情况选择最适合的争议解决地和解决方式，并选定最有利于企业的准据法。

此外，中国企业进行海外投资时常常需要聘请投资地的律师为其提供法律服务，中国律师基于同行业之间的了解和共性，能帮助中国企业寻找到可信赖的、有实力的当地律师，共同为企业提供法律服务。对于中国企业而言，让中国律师成为海外律师的合作伙伴，能帮助企业同海外律师更有效地沟通，也能监督海外律师的工作质量，从而免去中国企业因不熟悉投资地法律环境而产生的担忧。

在争议无可避免时，律师的作用更是得到前所未有的凸显。无论是通过诉讼，还是调解或和解的方式，律师在此过程中的作用都是无法估量的。诉讼时，中国律师可以通过为中国企业策划诉讼策略、准备诉讼证据、参与诉讼程序以及监督投资地律师的工作等多种方式维护企业的合法利益，抗击对方的无端侵害；而在和解或调解时，中国律师可以利用专业能力和实践经验，准确地找到对手的软肋，帮助中国企业在协商中获得有利的筹码。

当然，通过和解或调解的方式和平友好地解决争端往往是实现双赢的最优模式。争端的解决并非总是零和博弈（Zero Sum Game），律师在其中充当的角色并不总是“分饼人”（Pie Division），而是可以凭借专业优势成为“造饼人”，即创造价值的人（Pie Creator）。当争端无可避免而双方都将承担损失的时候，优秀的律师可以成为一个“长袖善舞”的策划人，为中国企业和海外合作伙伴寻求共同合作、共同减损的双赢之路。这不仅能够最大限度地保护中国企业的利益，同时也为中国企业巩固了在投资地与商业伙伴的良性合作关系，从而有利于未来的海外投资之路。

我们相信，随着中国实行深化海外投资的可持续性发展战略，中国企业必然从“勇敢地走出去”发展到“越走越好”，而这个过程也为中国律师提供了大施拳脚的广阔天地。当中国企业扬帆远航时，优秀的中国律师作为中国企业的顾问、支持者、知心人和守门人，必能以优质的法律服务为中国企业在海外市场的驰骋纵横保驾护航。



国际仲裁篇

篇首语

- 002 中国企业与国际仲裁——30年回顾

为什么选择仲裁

- 006 先小人后君子——国际商事合同中争议解决方式的选择

如何草拟仲裁协议

- 010 中国法下仲裁协议的效力简评
015 瑕疵仲裁条款引发的“马拉松”管辖战——以美国公司vs中国公司苹果汁案为视角

选择仲裁机构和仲裁规则

- 018 中国企业走出去——交易项目中如何选择应适用的法律和仲裁机构
022 国际商会仲裁院仲裁概览
026 ICCCA仲裁新规则——兼比较ICCCA、SIAC和HKIAC仲裁规则
028 LCIA仲裁——钢显本色
032 JCAA商事仲裁规则介绍——日本仲裁的体会
035 狮城论剑——新加坡国际仲裁庭审印象
039 HKIAC仲裁——从一起争夺企业控制权案看香港仲裁
042 IBA国际仲裁证据规则点评

投资保护仲裁

- 044 中国投资者应如何寻求投资协定的保护
048 企业与东道国政府之间的投资争议解决——ICSID仲裁
052 东道国对本国法院未及时执行仲裁裁决的法律责任——White工业有限公司诉印度政府案

如何赢得仲裁

- 054 获得国际商事仲裁成功三要素
056 从红豆案看中国律师在国际仲裁中的重要角色
060 中国律师代表境内企业在境外仲裁中的“增值效应”
066 境外仲裁裁决后和解的可行性与优势

如何执行仲裁裁决

- 072 外国仲裁裁决在中国的执行
076 洋眼看中国 公共政策例外原则在中国的应用
082 我能否在此饮茶在别处享用我的点心——已被撤销的仲裁裁决能否在其他管辖中得以执行？

经典案例——达娃之争

- 088 回顾一起走过的战役——娃哈哈达能合资纠纷办案花絮
092 通过BVI法院冻结中国资产——以达能诉金朝有限公司案为例解析在境外仲裁及平行民事诉讼中寻求申请临时禁令救济的风险



海外诉讼篇

	中国企业主战场——美国和香港地区诉讼
098	赴美诉讼准备好了吗——美国民事诉讼及注意事项概览
102	中国企业在美遭遇集体诉讼
106	如何应对美国专利诉讼
108	在中国境内为美国诉讼取证
112	香港民事诉讼多面观
	外国法院裁决的执行
116	外国法院裁决在中国的承认和执行
120	首例中国金钱判决在美获得承认与执行——湖北葛洲坝三联案
124	在加拿大执行中国法院的判决书



企业风险控制篇

	风险控制
129	企业如何在国际性基建项目中降低风险和避免纠纷
132	中国公司在美国上市的法律风险和成本考量
136	中国在美上市公司被指财务造假后的应对措施
140	航空事故责任主体的法律风险控制——由法航空难谈航空事故争端解决
	灾难案例
142	雪佛龙的丛林噩梦
146	不倒的帝国大厦和崩溃的商业帝国
150	被暗算的中钢澳矿战
152	破灭的上汽双龙梦
154	中海外的欧洲之路

国际仲裁篇

002	篇首语
006	为什么选择仲裁
010	如何草拟仲裁协议
018	选择仲裁机构和仲裁规则
044	投资保护仲裁
054	如何赢得仲裁
072	如何执行仲裁裁决
088	经典案例——达娃之争

篇首语

中国企业与国际仲裁——30年回顾

作者：高宗泽* 叶录**



* 高宗泽

金杜律师事务所北京办公室国际诉讼部合伙人



** 叶录

金杜律师事务所北京办公室国际诉讼部合伙人

一、引言

1978年开放至今的三十多年是中国经济腾飞的时代。中国也走过了从“资本输入国”逐渐转变为“资本输出国”的艰辛征途。无论是“引进来”，还是“走出去”，都不总是收获鲜花、掌声、丰厚利润的坦途，而是充满了争议、挫折，甚至血本无归的荆棘之路。

“引进来”和“走出去”要考虑商业利益的最大化，同时也要考虑法律风险的最小化，不仅要考虑与外国企业合作的“蜜月期”，也要考虑剑拔弩张、分道扬镳的“对峙期”。当双方最终只能对簿公堂时，如何在公堂上据理力争，以期获得公正的裁决，成为中国企业损失控制的最后保险闸。

国际仲裁凭借其程序简便、高度自治、易于执行、信息保密和专业仲裁员等优势早已成为国际商事交往中解决纠纷的重要手段。来自不同国家的合作者由于对合作方所在国家司法制度的不了解或不信任，为避免同对方国家的法院打交道常选择民间性、高度自治、易于执行的国际仲裁作为双方定纷止争的“终结者”。

但是，国际仲裁在20世纪80年代，无论对中国企业、中国政府或人数非常有限的从事涉外法律服务的中国律师而言，都是陌生的术语。80年代初一些中国企业与外商签署的中外合资合同中，虽然规定国际仲裁作为争议解决手段，但对当时的中国企业而言，在“恋爱”、“结婚”阶段就想好如何“离婚”是不可思议和无法理解的。对当时的中国

政府和企业来说，能顺利引入“外资”就是胜利，中国企业在对合同仲裁条款及其潜在风险尚未完全理解的情况下就签署合同，在随之而来的仲裁中处于劣势也是可想而知的。

近年来，随着中国企业走出去的步伐，更多的中国企业开始认真地研究国际仲裁并逐渐意识到它的好处，国际仲裁的诸多优点，如国际仲裁的独立性、中立性和当事人意思自治等基本原则，可以避免东道国法院的地方保护，当事人可以挑选有利于己的仲裁员，仲裁裁决可以在世界范围内得到执行等。现在，越来越多的中国企业已经学会也愿意积极采用国际仲裁维护自己的合法权益。

二、涉及中国的主要海外国际仲裁机构版图

随着世界经济全球化的到来，许多知名国际商事仲裁机构也随之发展壮大，它们受理的案件数量都呈现快速增长的势头。

涉及中国当事人的国际仲裁机构主要有：国际商会仲裁院（ICCA）、英国伦敦国际仲裁院（LCIA）、香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）和瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）等。

上述几大海外仲裁机构近年来都经历了案件数量快速增长的过程。国际商会仲裁院受理的国际仲裁案件从1992年337件上升至2011年796件；新加坡国际仲裁中心的案件从2000年41件上升至2010年140件；伦敦国际仲裁中心的案件从2006年133件上

作者感谢国际诉讼部律师助理李丽为本文撰写做出的贡献。

升至2011年224件。

近年来，国际商会仲裁院在2005～2009年受理的国际仲裁案件中涉及中方当事人的共计186件，其中2006年在东南亚地区的仲裁案件中，中国（包括香港地区）首次成为仲裁案件代理最多的国家。伦敦国际仲裁院在2005～2009年间共有35件国际案件的当事人一方来自中国（包括香港地区），2010年有2%的国际案件的当事人一方来自中国。新加坡国际仲裁中心在2010年有14件国际案件的当事人一方来自中国，2011年这一数字上升至20件。新加坡国际仲裁中心2012年受理的仲裁案件中，涉及中国公司的案件数量更首次超过涉及印度公司的案件数量。

三、中国企业海外仲裁的发展阶段

三十多年来中国企业参与海外国际仲裁的过程，经历了最开始的“避之惟恐不及”，到“十战九败”、“虽胜尤败”，直至今“小露锋芒”的坎坷路途。在这路途中，娃哈哈与法国达能之间的国际仲裁案是一个里程碑式的标志案件。总之，中国企业参与海外国际仲裁的过程，不仅是中国企业走向国际化的征程，也是为海外国际仲裁提供法律服务的中国律师们走向国际化的征程。

（一）被动应战

1980年至1995年《中华人民共和国仲裁法》颁布前，中国企业刚开始睁眼看世界，正经历蹒跚学步期。当时的中国还处在计划经济向市场经济转型期，经济发展的行政化色彩浓厚，加之国内尚无仲裁法，只有国务院发布的《中华人民共和国经济合同仲裁条例》，可以说当时的中国企业对何谓仲裁知之甚少，当外方申请仲裁时，中国企业往往被动应战。

例如，1987年，一家美国公司根据与中国新疆的一家国营企业签订的中外合资合同，向瑞典斯德哥尔摩国际商事仲裁院申请仲裁。双方合作项目是有关“长绒棉”的项目，虽然作者对美方控告的具体理由已经忘记，但对当时的紧张气氛时至今日仍感同身受：涉案的中国企业和当地政府的主管官员都非常紧张，将案件汇报至北京中央政府的主管部门，由中央的主管部门召集为数有限的有国际经验的中国法律专家进行“会诊”，并委派国内为数极少的有一定国际经验的中国律师办理该案。

案件最终以美方撤诉结案。虽然美国公司指控中国公司从事了某些“违反合同”的行为，但中国公司也找到美国公司没有及时出资等严重违约行为，由此美方最终撤销该案。此案也导致我国对外商投资进行监管的部门于1987年出台了《中外合资经营企业合营各方出资的若干规

定》，填补相关立法漏洞。

1987年还有一桩巴黎国际商会仲裁院受理的涉及中国公司的国际贸易合同纠纷案件。该案中某中东国家的公司与一家中国南方的大型企业签署了在中国采购1亿条沙包袋的买卖合同，由于中国公司未及时交货，对方申请仲裁，向中国公司提出巨额索赔。

对当时的中国政府有关部门和中国公司而言，国际商会仲裁院的仲裁似乎比瑞典斯德哥尔摩的仲裁对中方更加不利：瑞典在第二次世界大战后的“冷战”时期，被视为连接东西方两大阵营的中立国家，而法国则属于西方阵营。所以，斯德哥尔摩的仲裁对于中国公司而言，其接受程度远比国际商会仲裁院高，因此，中国政府的相关部门和中国企业，对该案的仲裁更加充满了不信任，进而对案件结果倍感焦虑。

该案仲裁庭在新加坡前后进行了两次开庭，每次一周左右时间。第二次开庭更是对该案14位中方证人进行了“英美式”的交叉质询和盘问，这种质询和盘问方式对中国公司而言是前所未闻和残酷的。负责该案的中国律师缺乏国际仲裁的经验，尤其缺乏对证人交叉质询和盘问的经验。由于14位中国证人之间缺乏统筹，导致他们的证词相互矛盾，给仲裁庭留下“证人说谎”的印象，导致该案原本可以成立的“违约”的辩护理由完全无法立足。该案最终以中国公司支付赔偿而和解结案。

此后的若干年内，在相当部分的国际仲裁案件中，中国公司都拒绝出庭，采取完全回避的方式来对待，并后悔当初在合同中订立仲裁条款。个别国际仲裁案中，中国公司虽派律师出庭，但出庭的中国律师大多数不具有国际仲裁经验，因此案件结果也不甚理想。

这一时期还出现了另一种情况。在外方违约甚至欺诈时，中方由于对海外仲裁的“怕”和“躲”，不愿申请仲裁为自己讨回公道，转而向国内法院求助。当时仲裁法尚未颁布，中国法院对海外仲裁不了解，对仲裁的中立性认识不足，因而常常不顾仲裁的独立性和意思自治，介入纠纷审理、越俎代庖。1985年发生的温州钢铁诈骗案就是典型的案例。

1984年，温州市金属材料公司因无进口钢材的资质，于是委托中国技术进出口总公司（下称中技公司）与美国一家公司签订购买9000吨钢材的合同，随后美国公司提出无力履约，请求将卖方变更为瑞士工业资源公司（下称瑞士资源），中技公司同意并与瑞士资源订立了《合同修改协议书》。

1985年瑞士资源采取多种信用证诈骗方式，如伪造质量证书、提单等，骗取了中技公司巨额货款。虽然双方订

中国企业已经意识到，海外仲裁已是绕不过的一道坎，唯有勇敢应战才有转败为胜的机会，也才能真正成为跨国强企。

立了仲裁条款，但中技公司还是向上海中级人民法院起诉了瑞士资源。瑞士资源以双方订立了仲裁条款为由提出管辖权异议，但法院仍以侵权之诉审理此案，并判决瑞士资源返还所有货款并赔偿损失。瑞士资源向上海市高级人民法院提起上诉，但高级法院认为，本案以侵权之诉审理，并非合同纠纷，因此不适用仲裁条款，仍维持原判。

此后江苏省物资集团轻工纺织总公司诉香港裕亿集团有限公司、加拿大太子发展有限公司案也未遵从双方订立的仲裁条款，而由法院强行以侵权为由进行了审判。中国法院的做法在当时看来维护了我国企业的合法权益、严惩外国诈骗，但实际上违背了国际公认的仲裁意思自治原则。这些案件中，即便中国企业蒙受巨额损失，也依然可以提交仲裁机构获得救济，而无须行使司法权强行干预。当时外国公司普遍对中国的司法机关和官方机构不信任，这些案件正好印证了他们的怀疑，从而对中国的对外经济交往造成了一定的影响。

（二）“十战九败”与“虽胜尤败”

1995年中国《仲裁法》颁布，仲裁独立、意思自治的观念也开始深入人心。法院对仲裁的态度更加尊重，对外国仲裁裁决的执行也更为友善和开放。针对外国裁决的承认和执行在地方法院屡遇阻滞的抱怨，最高人民法院也采取了严格的事先汇报制度，防止地方法院滥用职权进行地方保护。2006年最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》也表明了法院对仲裁独立性、当事人意思自治等原则的尊重。

法院也开始重新审视中国企业要求法院介入的海外仲裁案件，不再越俎代庖。1997年武汉中苑科教公司（中苑公司）与香港龙海（集团）有限公司（龙海公司）之间确

认仲裁条款效力案就是典型案例之一。

最初龙海公司与武汉一家进出口公司签订合资合同，约定成立合资公司，并约定了仲裁条款。随后进出口公司与中苑公司达成协议，将其在合资企业的全部股份转让给中苑公司。中苑公司与龙海公司就此签订了协议书，对原有合资合同进行了修改，但未规定仲裁条款。此后双方发生纠纷，就原合资合同中的仲裁条款是否对中苑公司有效产生争议，中苑公司向武汉市中级人民法院起诉，要求确认仲裁条款效力。

武汉中院审理后认为，原合同的仲裁条款只约束原来的双方当事人，既然新协议中未约定仲裁条款，则认定双方未约定仲裁。但最高人民法院审查后认为，仲裁条款是独立条款，双方虽改变了原合资合同的部分条款，但并未对仲裁条款作出变更，因此，原仲裁条款对合同新当事人仍然有效，此争议应通过仲裁解决，法院无管辖权。

中国加入WTO后，敞开的国门再也无法关闭，中国企业无法回到过去偏安一隅的状态，而中国法院的态度也让中国企业“无处可躲”。中国企业已经意识到，海外仲裁已是绕不过的一道坎，唯有勇敢应战才有转败为胜的机会，也才能真正成为跨国强企。

（三）达娃之争

2007年上半年，中国饮料大王娃哈哈集团遭遇了与合作伙伴法国达能集团之间的合资纠纷，该纠纷被达能提交到瑞典斯德哥尔摩进行仲裁之前，娃哈哈集团董事长宗庆后当时的感受是：“对方一提国际仲裁我就头皮发麻”。但由于娃哈哈集团聘请了具有国际经验的中国律师事务所为其应战，成功保住了企业品牌和产品市场，化解了几乎可以让公司遭遇灭顶之灾的危机。2011年娃哈哈全年实现

营业收入就达678.55亿元，位列2011年中国企业500强第148位，中国企业效益200佳第60位。

四、中国国际律师的机会

中国企业应战国际仲裁的难题不仅有法律方面，还包括如何克服语言和文化障碍，而落实在具体的仲裁过程中，则体现为中国企业如何选择律师。中国企业是否应在国际仲裁中选择中国律师？如果中国律师国际经验尚不丰富，中国企业应当怎么办？是否直接找外国律师，尤其是可以提供中文法律服务的国际律师事务所？

实践中虽然也存在娃哈哈与达能之间的大型国际仲裁案件由具有国际仲裁经验的中国律师事务所承办的情况，但大部分国际仲裁案件中，中国企业已经尝试聘请外国律师。虽然很多外国律师帮助中国企业处理国际仲裁案件时，由于具有语言优势和相关法律训练，在国际仲裁中没有语言和法律障碍，但他们与中国企业沟通，尤其是思路不同产生的交流障碍和高额收费，也成为中国企业需要面对的问题。国际仲裁程序中文件披露、开庭、质证等环节延续时间长，外国律师通常以工作小时收费，当案件久拖不决时就带来了如雪花般飘飞的账单，使中国企业雪上加霜。此种情况下，中方即便最终赢了官司，却也是虽胜尤败，天价代理费和与外国律师的沟通障碍，使许多中国企业不堪重负。

进入新世纪后，中国国际律师逐渐在海外仲裁中崭露头角。他们已经在此前的岁月中积累了丰富的国际仲裁经验，并同海外仲裁机构、外国同行等建立了良好的业务关系。中国企业也将寻觅最佳代理律师的眼光投向了这些活跃在国际舞台上的中国律师。

作为具有丰富国际经验的中国律师，他们既能同中国企业顺畅沟通，又能高效代理中国企业在海外仲裁庭上唇枪舌剑、据理力争。对中国企业而言，即便案件聘请了外国律师，由于中国律师的有效组织和协调，也能使外国律师物尽其用，而案件主动权又牢牢掌握在自己人手中。

在适用中国法的情况下，如何向海外仲裁庭解释中国法成为案件胜败的关键因素。显然，即便经验丰富的外国律师也无法担此重任，只有中国国际律师才是这一任务的最好执行者。例如，当案件需要对中国的行政审批程序，如合资企业审批、商标注册审批等予以解释说明时，中国律师的法律优势常常使仲裁中的法律难题迎刃而解。

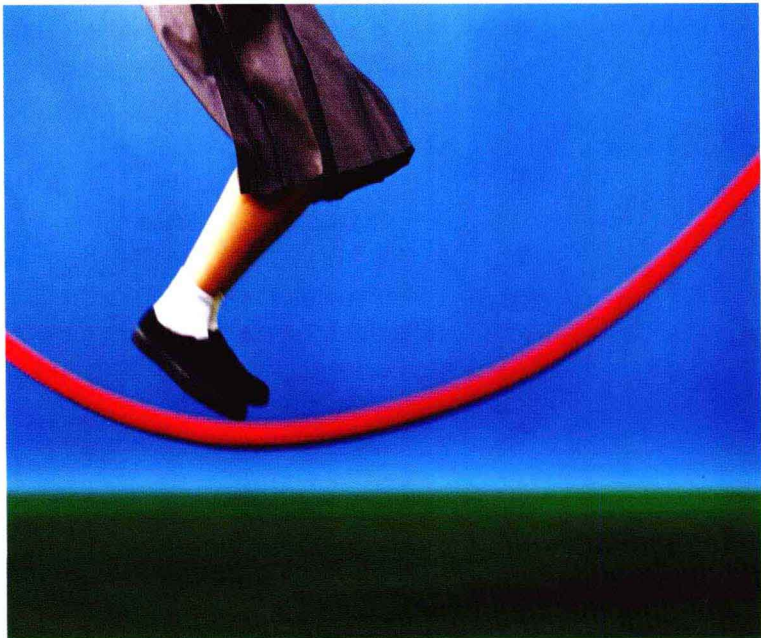
正是中国国际律师在海外仲裁中的出色表现，使中国企业逐渐扭转屡战屡败的局面，开始收获胜利的喜悦。同时，中国国际律师在仲裁庭上的据理力争，也让中国企业获得了同外方谈判的筹码，促成了纠纷的和解，避免陷入

旷日持久的拉锯战。娃哈哈和达能之间的纠纷就是这一时期最为成功的案例，而这仅是中国国际律师在国际法律舞台上的小试锋芒。

五、结语

毋庸置疑，中国企业走向国际的征途中，不仅要有杰出的商业管理精英，还要配备能够在国际仲裁机构的公堂之上纵横捭阖的法律精英——具有国际经验的优秀中国律师。

中国律师在国际仲裁舞台上大有可为。中国作为世界第二大经济体，已经成为国际经济舞台上的重要成员，中国企业也将越来越多的涉足国际仲裁。新的历史机遇为中国律师提出了新的历史要求，中国律师必须能够在国际的舞台上代表中国企业与外方分庭抗礼。近些年来，金杜作为中国走向全球法律服务的中国本土律所，已经开始了为中国企业提供国际化法律服务的航程，代理了娃哈哈、湖北三联、中国人寿、法国航空等多起国际案件。我们希望有越来越多的中国律师，尤其是年轻一代，加入这个行列，为中国企业的海外之旅保驾护航。



为什么选择仲裁

先小人后君子 ——国际商事合同中争议解决方式的选择

作者：刘郁武*



• 刘郁武
金杜律师事务所北京办公室
国际诉讼部合伙人

作者感谢国际诉讼部实习律师吕梦丹为本文撰写做出的贡献。

国际商事争议的范围很广，涉及国际货物买卖、并购、PE投资、工程建设等诸多领域。但是简言之，中国律师所处理的“国际商事争议”，指的是同时具备中国和外国因素的商业争议，其主要事实可能发生在中国国内，也可能发生在国外。由于其跨国性的基本特点，国际商事争议与国内争议的解决方式有明显的区别。

在国际商事合同中，应采取“先小人后君子”的原则，争取在合同中约定最有利于己方的争议解决方式，一旦发生争议，则合法合理地运用该争议解决方式，最大化地维护己方利益。

一、可选择的国际商事争议解决方式

通常而言，除明确规定的例外情况外，各国法律对于争议解决的方式并没有强制性的限制，中国法律主要是将婚姻家庭类纠纷以及行政争议排除在可仲裁的范围之外，¹对于国际商事争议解决方式的选择则没有明确限制。

在实践中，国际商事活动的当事人可选择的争议解决方式包括诉讼、仲裁和调解。当事人具体选择何种争议解决方式，会受到当事人的偏好、当事人所在国的法律文化和司法环境、当事人的谈判地位以及其他因素的影响。

在前述的各种争议解决方式当中，中国本土律

师参与度较高的显然是国内法院的涉外诉讼和国内仲裁处理的涉外仲裁这两种。尽管如此，由于仲裁具有高度的灵活性，中国律师直接代理境外仲裁的情况也较为常见，但是在涉及外国法院诉讼程序的时候，中国律师通常需要与法院所在地的律师进行合作。

二、国际商事争议解决方式的区别

诉讼、仲裁和调解各有其特点。在国际商事争议解决中选择何种争议解决方式，要根据案件具体情况决定。

相对于诉讼而言，仲裁更尊重当事人的意思自治，更具有灵活性。当事人可以选择仲裁机构、仲裁程序、仲裁地点、仲裁语言等。诉讼则有地域管辖和级别管辖的限制，当事人在涉外合同中应书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。

仲裁注重保密性，而诉讼的基本原则是公开审理，除非涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私等，审理过程和结果应公开，更易受到社会的监督、舆论的影响。

仲裁一审终裁，快捷的同时缺乏救济程序，除非存在法律规定的可撤销裁决或不予执行的情形，否则应予执行裁决。诉讼则有上诉、再审的程序保障，对于败诉方而言，还有进一步申辩的机会。

¹《中华人民共和国仲裁法》第3条规定了仲裁法适用范围范围的例外：“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”

在国际商事争议解决中还要考虑执行的问题。仲裁裁决可通过1958年《承认及执行外国仲裁裁决的纽约公约》（下称《纽约公约》）²在140多个缔约国进行执行，而法院判决在域外执行难度较大，需要双方当事人是《海牙公约》³缔约国公民或法人或者当事人所属国家间签署有关双边条约。

调解通过第三方说服和劝导当事人，使得当事人之间的纠纷在相互谅解让步的基础上得到解决。通常情况下，调解所遵循的原则与诉讼和仲裁不同，诉讼和仲裁以辨别是非为目的，而调解不在于辨别谁是谁非，而是促成双方协商解决问题。在实践中，调解一般发生在诉讼和仲裁程序中，由法院或仲裁庭组织调解。下文就调解不单独叙述，将重点讨论诉讼和仲裁的选择。

三、选择国际商事争议解决方式应考虑的因素

如上所述，由于各方面因素的影响，在个案当中当事人对国际商事争议解决方式的选择不尽相同。接下来将会基于实践中的情况，对各种争议解决方式的选择作进一步分析。

第一，当事人是否可以任意选择诉讼或仲裁？

诉讼和仲裁都是中国法律认可的国际商事争议解决方式，就民商事纠纷，当事人原则上可以自行商定选择。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民事诉讼法》）⁴第3条以及《中华人民共和国仲裁法》（下称《仲裁法》）⁵第2条的规定，中国的法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼；而平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。但是，如上所提到的，根据《仲裁法》第3条的规定，

涉及婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷以及行政争议，不得提交仲裁。

不论当事人选择诉讼还是仲裁，应当就此作出明确、无歧义的选择，避免在争议解决条款中同时约定诉讼和仲裁两种方式，以免增加不必要的争议解决成本。

例如，在有的案件中，我们发现合同双方约定：“本合同项下的争议应提交XXX仲裁委员会进行仲裁……或者提交XXX法院进行诉讼解决。”对于此种情况，依据中国法律规定，原则上该等仲裁协议是无效的，如果一方当事人在事后提起仲裁，而另一方在法律规定的时间内提出异议的话，将无法通过仲裁的方式来解决争议。⁶

第二，当事人应该选择诉讼还是仲裁？

当事人在起草争议解决条款时，首先可能会考虑二者孰优孰劣、应选择诉讼还是仲裁来解决潜在纠纷的问题。如上所述，诉讼和仲裁各有特点，从法律角度而言不存在何者更优的问题，应根据交易的具体情况，选择合适的争议解决方式。我们将通过以下产品质量纠纷案予以说明。

某知名外国设备制造商与中国某房地产开发商签订设备买卖合同，由该制造商向房地产开发商建造的房屋提供采暖热水炉，合同约定由房屋所在地法院管辖。在热水炉已经安装调试完毕之后，在房屋装修期间，发生煤气泄漏事件。房地产开发商以该供应商为被告，向法院提起诉讼，主张设备存在质量问题，要求赔偿损失。

设备制造商虽然认为煤气泄漏可能因操作不当造成，但考虑公司及设备的声誉及形象，不愿意案件开庭审理。基于此，设备制造商主动与房地产开发商进行和解谈判，支付了绝大部分索赔额，终于在开庭之前取得了和解，由房地产开发商进行了撤诉。

本案中，如果合同中争议解决方式选择的是仲裁，则

²《纽约公约》，即1958年6月10日在纽约召开的联合国国际商业仲裁会议上签署的《承认及执行外国仲裁裁决公约》（the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards）。该公约处理的是外国仲裁裁决的承认和仲裁条款的执行问题，自1959年6月7日起生效实行。

³《国际商事案件中外国判决的承认和执行公约》，于1971年2月在海牙国际私法会议通过，但目前只有少数国家加入此公约。

⁴《中华人民共和国民事诉讼法》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，根据2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》修正。

⁵《中华人民共和国仲裁法》于1994年8月31日由第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过，1995年9月1日执行。

⁶《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第7条规定：“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间（注：此期间指的是仲裁庭首次开庭前）内提出异议的除外。”

能够保证案件的保密性，设备供应商不会陷入如此被动局面。如果交易涉及保密事项或者一方当事人不愿意纠纷有媒体报道或者社会舆论干预，则应优先选择仲裁。

另外，如上所述，在选择诉讼或仲裁时还要考虑执行的问题。仲裁裁决可通过《纽约公约》在140多个缔约国进行执行，而法院判决在域外执行难度较大，需要双方当事人是海牙公约缔约国公民或法人或者当事人所属国家间签署有关双边条约。

第三，选择境内或境外法院/仲裁机构的参考因素有哪些？

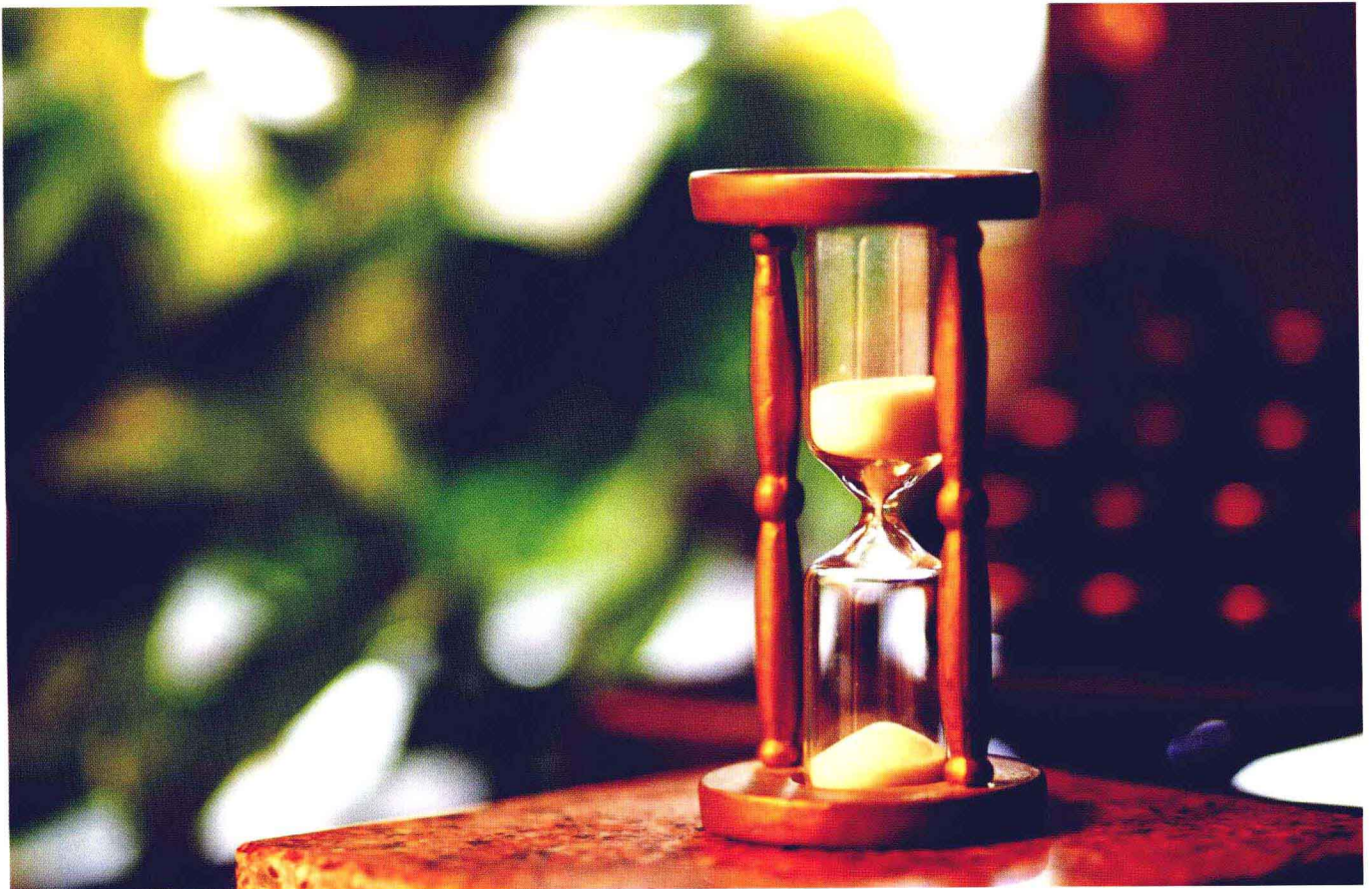
在实践中，为确保所选择的争议解决方式切实可行，当事人选择诉讼的，需要注意约定的法院对

争议有管辖权；选择仲裁的，则应确保仲裁协议的有效性。

就诉讼而言，如上所述，依据《民事诉讼法》第242条的相关规定，当事人可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖，据此，当事人可能视情况选择中国或外国的法院管辖。选择中国法院管辖的，不得违反《民事诉讼法》关于级别管辖和专属管辖的规定。选择外国法院管辖的，相应地应当适用该外国法院所在地的民事诉讼规则。

就仲裁而言，对于选择境内仲裁机构还是境外仲裁机构的问题，需要注意的是，如果纠纷具备涉外因素，⁷则可以自由选择境外仲裁机构进行仲裁，但如果争议不具备涉外因素，能否选择境外仲裁机

⁷《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第178条规定：“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。”



构在实践中存在不同看法，目前存在法院判定该等仲裁条款无效的案例。因此，我们建议无涉外因素的合同还是应当选择在境内仲裁机构进行仲裁。

就国际商事纠纷，当事人可以自由选择中国的仲裁机构（例如中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会等）或者境外的仲裁机构（比如香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心、国际商会、斯德哥尔摩国际商会仲裁院、伦敦国际仲裁院等）进行仲裁。如选择中国的仲裁机构，依据《仲裁法》第16条的规定，仲裁协议应当具有三项必备内容，即请求仲裁的意思表示、仲裁事项以及选定的仲裁委员会。与诉讼不同的是，中国法律规定仲裁不实行级别管辖和地域管辖，因此，当事人可以根据个案情况在其信任的范围内，选择对其而言较为便捷的仲裁委员会。

结合近年来的案例，我们注意到，在中国公司与外国公司签订的中外合资及投资等合同中，可能是基于外方的坚持，往往选择境外仲裁的方式来解决问题。通过处理此类案件发现，境外仲裁虽然具有办案经验丰富、能较好地保持中立性等优势，但对于境外当事人而言并不见得是最佳选择，与境内仲裁相比，境外仲裁存在一些问题，主要体现在财产和证据的保全、耗费的时间和诉讼成本及执行等方面。

《纽约公约》是各国相互承认和执行仲裁文书的依据。但对于境外仲裁庭作出的包括财产或证据保全在内的各种程序令，在《纽约公约》以及中国国内法的层面均没有支持其在中国获得执行的规定。因此，在境外仲裁中，仲裁庭关于财产保全或证据保全的决定难以在中国境内得到承认及执行。有鉴于此，在仲裁中处于不利地位当事人将有机会隐匿、销毁对其不利的证据，或者隐藏、转移其在中国境内的财产。例如，我们近期处理的如下案例即存在此问题：

某日本贸易公司（作为卖方）与香港某贸易公司（作为买方）签订煤炭买卖合同，交货地为中国日照，约定争议解决方式为新加坡国际仲裁中心仲裁。在日本公司备妥货物之后，因煤炭价格下跌，香港公司拒绝开立信用证并拒绝接受货物，日本公司只能将货物转售给第三方并遭受了货物差价损失。

日本公司拟采取法律措施向香港公司索赔。但是发现该香港公司在香港和新加坡均无资产，而在

中国内地有资产。如果日本公司依据仲裁条款在新加坡进行仲裁，则难以对该香港公司在中国内地的财产进行财产保全，只能在取得胜诉仲裁裁决后向财产所在地法院申请承认和执行仲裁裁决，但需要耗费的时间过长，届时香港公司很可能已经转移财产。由此看来，日本公司即使获得胜诉裁决，也难以顺利获得赔偿。

如果本案合同约定的争议解决方式为中国法院管辖（合同履行地法院管辖），或者约定中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁，而非新加坡仲裁，则日本公司可以依据中国法律⁸在诉讼或仲裁中申请财产保全，将香港公司在中国内地的财产予以查封、冻结或扣押，这样日本公司获得赔偿的可能性将大大增加。

另外，境外仲裁通常适用仲裁地的程序法，由于普通法系国家通常具有的重视程序的传统，以及当事人可能产生的在程序问题上进行自我保护的想法等原因，在境外仲裁中，当事人关于程序事项的争议往往较为激烈。并且，在适用中国法审理的案件中，往往会需要聘请中国法专家、准备专家意见以及对专家意见进行质询等。另外，在仲裁裁决作出后，当事人还需要漫长的周期才能使境外仲裁裁决获得中国法院的承认和执行。以上种种因素都会导致境外仲裁耗费的时间较长。另外，由于境外仲裁中仲裁机构收费较高，当事人需承担仲裁员的报酬（通常是按小时收费）以及证人和法律专家的相关费用，境外仲裁经常需要中国律师和境外律师的相互配合等原因，境外仲裁发生的费用往往也是很高的。

相比较而言，境内仲裁在以上各个方面均具有优势，并且，以中国国际经济贸易仲裁委员会为代表的中国知名仲裁机构的仲裁水平也在日益提高，就具体案件需要能够配备具备相应资历和语言能力的仲裁员，因而能够妥善处理较为复杂的国际商事纠纷。类似地，中国境内诉讼也有助于规避上述在财产和证据保全、诉讼成本以及执行等方面的风险。

四、结论

综上，国际商事活动的当事人应根据具体情况选择合适的争议解决方式。如果争议标的物或对方当事人主要财产位于中国境内，那么我们可能会倾向于建议客户选择中国境内仲裁或诉讼。

⁸ 《民事诉讼法》第92条规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。”

《仲裁法》第28条规定：“一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院……”