

商法系列丛书

主编：徐学鹿

刘秀凤 著

商事仲裁与诉讼

人民法院出版社

商事权利救济的基础理论与实务

商法系列丛书之十七·商事权利救济的基础理论与实务

丛书主编：徐学鹿

商事仲裁与诉讼

刘秀凤 刘芝祥 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商事仲裁与诉讼/徐学鹿主编. —北京: 人民法院出版社, 1999.12

(商法系列丛书·市场行为法的基础理论与实务)

ISBN 7-80056-896-2

I. 商… I. 徐… III. ①经济纠纷-仲裁-法规-中国-普及读物②经济纠纷-民事诉讼-法规-中国-普及读物
IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66916 号

商事仲裁与诉讼

刘秀凤等著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

人民卫生出版社印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 8.875 印张 223 千字

1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80056-896-2/D·968

定价: 14.00 元

丛书编委会

编 委:

- 刘凯湘 北京商学院法律系教授、北京大学博士
司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学法学院院长、教授、博士生导师
吴慎宗 法制日报、中国律师报、长安杂志原总编、高级编辑
范 健 南京大学法学院院长、教授
徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、教授
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
曹建明 华东政法学院院长、教授
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京商学院教师、中国人民大学博士

名誉编委:

- 安德鲁·麦克吉 英国利兹大学法律系商法教授、商事
Andrew McGee 法律与实务研究中心主任
岩原绅作 东京大学法学部教授, 日本法制审议会商法
部会委员
朴容燮 韩国海洋大学教授、韩国海事法学会会长、博士

主 编 徐学鹿

副主编 刘凯湘 王亦平

ABD39/08

序

我们这个时代法律舞台上最重要的发展之一，是商法作为世界通用的法律越来越成为更多人的共识，商法世界统一化的潮流汹涌澎湃，势不可挡。但是，亚洲、非洲等发展中国家“他们之中的许多国家还没有来得及发展其本国的商法，就已经获得独立了”，把这些“国家所急需的商法提供给他们”，是对他们提供的最好的“技术上的帮助”，对他们来说“是无价之宝”^①。对这种现象我们可称作为“补课”。有名望的和公正的国际组织，以及不少的国际知名专家、学者，在亚太国家商法“补课”活动中，作了大量的工作，值得指出的是亚太法协一届又一届的会议总是研讨商法的理论与实务问题，目的无非是从理论导向上使亚太国家重视商法，从而使亚太国家从“无价之宝”中获得实际收益，让更多的人掌握商法“技术”，使这些国家因此而走向繁荣富强。在“补课”过程中，还值得提到的是《外国法律文库》的组织者，向我国推荐的两本有关商法的著作：《法律与革命》、《国际贸易法文选》，这两本书回答了商法补课的必要性，从理论上澄清了商法的诸多界限，可以说是商法“补课”的基本教科书。我国是亚太国家之一，1949年才结束了半封建、半殖民地的统治，走上了独立自主的发展道路，属于发展中国家。我国的商法“补课”情况至今如何呢？我想介绍我的学生在求职中的实际经历来说明问题。当

① [英] 施米托夫著，江平主编，赵秀文译：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第200页。

求职者表明自己是商法方向研究生时,对方总是发出这样的问题:什么是商法;商法与经济法有什么不同;什么是民商法;商法与民商法有什么不同等。发问者有法院、检察院等司法机关的,也有工商行政管理等政府机关的,有律师事务所的,有公司企业的,还有高等学校的领导人员等。这些有关商法的典型实例,充分说明了商法在我国“补课”的必要性。发达国家也经历过农业社会,但是,他们从农业发展中积累起来的资本,很自然地就转化成为商业资本,实现了商业革命;而我国漫长的农业社会延续了数千年,农业资本不仅很难转化成为商业资本,发了财的商人转而投资土地,使自己也成为不承担风险的地主。商业革命造就商法,商法也有助于推动商业革命。发达国家在这种良性循环中发达了,而我国却在资本不离土,以土地为中心的经济中,使小农经济社会保持了数千年。在一个存在自然经济、小生产方式汪洋大海的国度里,接受简单商品生产的理论、文化包括法律在内,具有天然性,可以说是根深蒂固、驾轻就熟,而对适应社会化大生产的理论、观念,包括法律,特别是商法,会自觉不自觉地采取种种办法加以阻挠。我们认识这些障碍,“这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性”^①。我们就要更加增强在商法问题上“补课”的自觉性。既然是“补课”必然有异于常规,它必然要比在常规中付出更大的精力。我们组织编撰这套《商法系列丛书》,就是为了在商法“补课”中,让人们能集中了解商法是什么,而且花较少的精力,获得较多的对商法的了解。从而把我们长期以来在这方面耽误了的时间,在短期内有效地追回来。并且,在市场经济条件下商法是市场交易的基本规则,商法对于市场经

①〔美〕伯尔曼著,江平主编,贺卫方等译:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第Ⅲ页。

济，犹如空气对于人一样重要。因此，在商法问题上不能仅是被动地“补课”，而是要在市场经济立法体系的模式选择、总体设计、具体立法规划等诸多方面，充分享受后发性利益，主动地“开新课”，全面创新适应中国社会主义市场经济的新的商法体系。《丛书》在这方面作了一些尝试，以便引起大家共同来探讨建立我国市场经济创新制度体系的兴趣。19世纪问世的近代商法，延续了近两个世纪，20世纪50年代问世的《美国统一商法典》，结束了近代商法的历史。在商法世界统一的时代潮流中迎来的21世纪，将是一个商法的新世纪，让我们与世界上所有的国家满怀激情的迎接商法的新时代。

《商法系列丛书》在组稿和编写中，得到了中国人民大学、北京大学、吉林大学、南京大学法学院，中国政法大学、华东政法学院、大连海事大学、北京商学院等的大力支持，在此谨表诚挚的感谢。《丛书》成书时间仓促，加之水平等方面原因，存在的谬误敬请读者批评、指正。

商法在我国是一个崭新的领域，为便于展开学习、研究、讨论，主编在统稿中没有将丛书作者的不同观点、见解加以统一。这样更有助于读者思考、鉴别不同的观点、主张，从而有利于形成科学的、创新的、具有社会主义市场经济特色的我国的商法体系，有利于这一领域理论与实务的繁荣。

徐学鹿 于北京商学院商法研究所 1999年3月



主编简介

徐学鹿 北京商学院
商法研究所所长、教授。主要著作有《商法概论》(1986年),《商法》(1991年),《改革开放中的商法理论与实践》(1991年),《商法教程》(1997年),普通高等教育“九五”国家级重点教材《商法学》(1998年)等专著、主编、参编著作逾千万字。在各种法律类核心期刊发表商法、经济法论文逾百万字。多项作品获奖。系部级及享受国务院特殊津贴专家、获英国剑桥国际名人传记中心“20世纪杰出人物”称号,并获“20世纪杰出成就奖”。

目 录

序	徐学鹿 (1)
1 商事仲裁的几个基本理论问题	(1)
1.1 商事仲裁概说	(1)
1.2 商事仲裁的性质	(4)
1.3 商事仲裁的功能	(9)
1.4 商事仲裁的价值	(10)
1.5 商事仲裁机构的性质	(19)
1.6 商事仲裁裁决的效力	(23)
1.7 商事仲裁与民事诉讼的关系	(26)
2 仲裁程序法与仲裁规则	(36)
2.1 仲裁程序法	(36)
2.2 仲裁规则	(42)
2.3 仲裁程序法与仲裁规则的关系	(44)
2.4 商事仲裁协议	(45)

2.5 仲裁员的资格、权限与选定	(63)
3 商事仲裁中的法律适用	(74)
3.1 程序法的适用	(76)
3.2 实体法的适用	(79)
4 商事仲裁裁决的承认及执行	(90)
4.1 承认及执行仲裁裁决概说	(90)
4.2 承认及执行商事仲裁裁决的必要性	(94)
4.3 承认及执行商事仲裁裁决的条件	(97)
4.4 承认及执行商事仲裁裁决的程序	(106)
5 商事仲裁的司法监督	(111)
5.1 对商事仲裁进行司法监督的必要性	(111)
5.2 司法监督商事仲裁的具体措施	(113)
5.3 司法监督商事仲裁的程序	(115)
6 国内商事仲裁和涉外商事仲裁的比较	(118)
6.1 仲裁机构	(119)
6.2 受案范围	(119)
6.3 适用法律	(122)
6.4 司法监督	(122)
7 民商事诉讼中的诉权与审判权	(126)
7.1 诉权理论与实践	(126)

7.2 诉的请求与诉的制度	(134)
7.3 诉的要素新解	(140)
7.4 诉讼法律关系	(145)
7.5 诉讼实务中审判权和诉权的关系	(154)
7.6 民事诉讼模式	(158)
7.7 经济审判的结构与程序	(171)
8 完善审级制度	(182)
8.1 审级制度立法模式及功能评析	(182)
8.2 我国目前上诉审程序具体问题之探讨	(192)
9 商事诉讼证据制度	(202)
9.1 诉讼证据的概念和特征	(202)
9.2 诉讼证据的种类	(205)
9.3 诉讼证据的分类	(208)
9.4 证明对象	(210)
9.5 举证责任	(212)
9.6 证明标准	(216)
9.7 主观真实、客观真实与程序真实	(220)
9.8 自由心证	(225)
10 民商事审判的检察监督	(229)
10.1 民商事审判检察监督的机制与现状	(229)
10.2 民商事审判检察监督的界定	(233)
10.3 民商事抗诉的界定	(237)

4 商事仲裁与诉讼 ★

10.4 民商事抗诉的适用范围	(241)
10.5 《暂行规定》评介及民商事抗诉程序的完善	(243)
11 执行权和法院执行程序	(253)
11.1 执行权	(254)
11.2 法院执行的程序	(258)
11.3 我国法院执行中存在的问题	(261)
11.4 执行工作的改进	(265)
后记	(272)

1 商事仲裁的几个基本理论问题

1.1 商事仲裁概说

人们在共同生活和相互交往中难免发生各种各样的争议和冲突，这就是人类社会矛盾的普遍性。在商事活动中，由于受经济利益的驱动，争议和冲突更是难免。这些争议和冲突发生之后，若能友好和解固然最好，但并非易事。为了进行有效的社会控制，维持人类社会的相对平衡与稳定，必须有一种文明而有效的机制来解决争议与冲突，于是仲裁与诉讼应运而生。

在人类社会的历史长河中，社会冲突的解决方式大概经历了从“私力救济”到“公力救济”的发展过程。“以牙还牙”、自决、和解等就是最原始、最简单的“私力救济”方式。随着社会矛盾的复杂化，私力救济方式便显得力不从心，社会主体对冲突的解决转而求助于社会公力，诉讼就是“公力救济”最重要的形式。诉讼的本质特征在于凭借国家强制力而非依靠争议主体自身的力量来解决争议和冲突。但是，随着社会经济与科技的进一步发展，社会成员的主体意识不断增强，对争议解决机制的要求也越来越高。当争议发生时，争议主体多希望以一种既能尊重当事人意愿，又

经济、迅速的方式来解决之。仲裁制度正是适应这种社会需要而产生和发展起来的一种争议处理机制，或称权利救济方式。

在英语中，“仲裁 (arbitration)”一词来自拉丁文，是指争议双方协议将争议交给第三者即仲裁员裁决的做法。在中文里，仲裁的“仲”字是地位居中的意思，“裁”字表示对是非进行评断并作出结论，“仲”“裁”二字连用，意即由地位居中的人对争议事项公正地作出评断和结论，也就是居中公断之意。作为一种法律制度，仲裁是指根据当事人之间的书面协议，对当事人之间发生的争议事项，由一定的机构或人员以第三者的身份居中作出具有约束力的裁决，以确定当事人的权利义务关系，解决当事人之间的争议。

根据不同的标准，可以将仲裁分为不同的种类。如国际仲裁与国内仲裁，民间仲裁与行政仲裁，机构仲裁与临时仲裁，民事仲裁、商事仲裁与劳动仲裁，等等。商事仲裁是指为解决作为平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的商事争议而进行的仲裁，如经济合同仲裁、国际贸易仲裁、海事仲裁等。

“诉讼不如仲裁，仲裁不如调解，而调解又不如预先防止发生法律纠纷，这几乎是不言而喻的。”^① 商事仲裁与调解、诉讼相比较，具有以下法律特点：

①仲裁是以当事人的协议为基础而进行的，即一定是当事人之间在争议发生之前或争议发生之后达成书面协议，同意将他们之间的争议交给某仲裁机构或仲裁员进行裁决，仲裁机构或仲裁员才能进行仲裁。简言之，仲裁是建立在自愿基础之上的。而诉讼无需当事人之间的协议，也并非在自愿的基础上进行，只要原

① 施米托夫：《出口贸易——国际贸易的法律与实务》（中译本），对外贸易教育出版社，1985年版，第520页。

告在有管辖权的法院起诉，被告就得应诉，即使被告不应诉也不影响诉讼的进行。

②仲裁机构一般都是民间性的组织，它的管辖权来自当事人的书面仲裁协议。而法院是国家的审判机关，是国家机器的重要组成部分，具有法定的管辖权。

③当事人可以在仲裁协议中自由选择仲裁地点、仲裁机构、仲裁形式、仲裁程序、仲裁规则，当事人可以自己指定仲裁员，因而当事人享有很大的自主性，且程序简便，方式灵活，便于争议的公正、彻底解决。而在诉讼中则是一切依照法律的规定进行，当事人不可以选择法官，也不可以选择程序法，法官依职权行使审判权。

④仲裁的效力是终局性的，裁决一经作出即对当事人各方具有拘束力，如果一方当事人不自动履行义务，另一方当事人可以向法院申请强制执行，便于争议的及时解决。而诉讼一般是两审终审制，有的国家甚至是三审终审，只有终审的或当事人在上诉期间内未上诉的裁判结果才发生法律效力，同时，法院裁判本身就具有执行的效力，任何一方当事人不执行裁判，法院就可强制执行。这一点与调解也不一样。调解书不具有法律效力，完全依靠当事人自愿执行，没有任何强制力，当事人一句“我不同意”就可以拉倒，法院也不能对调解书强制执行。

⑤仲裁的专业性比较强，仲裁员一般都是由熟悉法律、经济、贸易及海商、海事业务的专家担任，因此便于处理各种专业性、技术性较强的案件，作出的裁决比较准确、迅速，符合当事人利益。

正是由于商事仲裁具有以上特点，所以在商事领域，尤其是在国际经济、贸易及海事领域，多数当事人都愿意通过仲裁的方式解决争议。

1.2 商事仲裁的性质

仲裁作为一种解决社会争议的重要方式与制度，其法律制度究竟如何，一直是一个颇有争议的问题。

在我国，仲裁分为国内仲裁和涉外仲裁两种，其仲裁机构、仲裁规则、法律支持与监督的内容与方式等都有所不同，所以，学者们往往对仲裁的性质分开来讨论。

涉外仲裁也称国际商事仲裁。目前，在国际商事仲裁的性质问题上主要存在四种不同的观点。^①

(1) 司法权理论

这种理论认为，进行仲裁是由法律授权的，仲裁具有一种为主权所特有的功能，仲裁庭是国家司法组织的一个构成部分，仲裁裁决是具有与国家法院所作的判决同等意义的决定。其主要理由是，裁判权是一种国家主权，通常是由一个国家为行使此种权力而设立的国内法院行使的，法律允许当事人提交仲裁，为的是使仲裁能够执行公共职能；仲裁员同法官一样，从本国法中取得其权力和授权，即仲裁员的权力和权威来自于当地法，如果没有这种授权，仲裁员就没有进行仲裁的权力，仲裁裁决将不生任何效果；仲裁员与法官都必须根据法律和良知进行裁判，两者都必须尊重和坚持本国法的基本原则，他们之间唯一的区别是：法官由国家任命，其权力直接来源于国家主权，而仲裁员的权力虽然也来源于国家主权，但他们的任命则是当事人的事情。司法权理论主张，国家对其司法管辖范围内所进行的所有仲裁都有监督和

^① 韩健著：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社，1993年版，第27—33页。

管理的权力。

(2) 契约理论

这种理论认为,仲裁员权力的取得不是来自于法律或司法机关的授权,而是来自于当事人的协议;仲裁员是按照当事人在协议中表达的意愿去裁决争议的,即裁决是双方当事人授权作出的,仲裁员实际上是双方当事人的“代理人”,其裁决也相当于代理人代表当事人订立的一种协议;仲裁协议和仲裁裁决的约束力均属于合同约束力的范畴,即仲裁协议的约束力也其他一般合同一样,来源于“契约必须遵守”的原则,而不需要任何国家批准,因此,当事人有义务接受具有契约约束力的仲裁员作出的裁决,并自愿地使之生效。契约理论者主张仲裁具有完全自愿的特征,仲裁协议和仲裁裁决两者都是合同,并提出依当事人的愿望和合意而使仲裁成立是仲裁最根本的性质所在。

(3) 混合理论

这种理论认为,绝对司法主义或绝对契约主义都不能圆满地解释仲裁所具有的特点,现实中的仲裁既遵循了私法又遵循了程序法。例如,提交仲裁的协议,仲裁的形式,仲裁的程序规则,完全属于当事人控制的范围;而当事人协议的法律效力,仲裁裁决的可强制执行性,则又取决于执行裁决的法院地的法律。因此,仲裁应当具有司法和契约双重性质,即它起自于当事人的协议,但同时又必须从民事法律中获得司法效力。这说明仲裁既含有私法因素,又含有公法因素,契约和诉讼程序的特征在仲裁中兼而有之,仲裁是一种“混合的特殊的司法制度”,是一种“自由的司法制度”。按照混合理论,仲裁契约和司法因素是相互关联和不可分割的,仲裁员必须在当事人的意愿与仲裁地法之间寻求一种恰当的协调。关于支配争议的实体法,仲裁员应在仲裁地国际私法规则允许的范围内尊重和适用当事人选择的法律,在当事人没有作