



21世纪普通高等学校法学系列教材

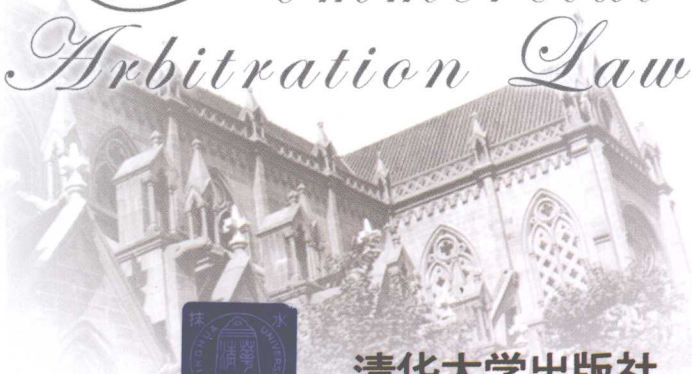
商事仲裁法

Commercial Arbitration Law

邓杰 著



*Commercial
Arbitration Law*



清华大学出版社

内容简介

21世纪普通高等学校法学系列教材

商事仲裁法

邓杰 著

清华大学出版社

北京

保持
之
步
杰

了
的
热
战
充

携
教
完
教
国

示
主
长
门

手

内 容 简 介

本书立足于国际社会商事仲裁立法与实践,深入系统地研究了商事仲裁法的基本理论,剖析了我国商事仲裁立法与实践的现状与不足,并提出了诸多完善建议。

本书共八章。第一章导论,论述了选择性争议解决方式、商事仲裁的概念和特点、商事仲裁的性质、商事仲裁的价值、商事仲裁简史及商事仲裁法的基本原则等问题;第二章仲裁协议,阐述了商事仲裁的概念和类型、仲裁协议的效力等基本知识,着重论述了仲裁协议的形式与内容、仲裁协议的有效性及其认定、仲裁协议独立性理论、仲裁庭管辖权自决原则、诉讼程序的中止和强制执行仲裁协议等问题;第三章仲裁庭,全面深入地论述了仲裁庭的成员、仲裁庭的组成及重组等问题;第四章、第五章分别对商事仲裁的普通程序和简易程序进行了探讨;第六章仲裁裁决,论述了仲裁裁决的概念和类型、仲裁裁决的作出、裁决的承认与执行、裁决的撤销程序等问题;第七章国际商事仲裁的法律适用,主要论述国际商事仲裁中仲裁协议、仲裁程序以及仲裁实体问题的法律适用问题;第八章在线仲裁,研究了在线仲裁中的法律问题及其解决,提出构建我国在线仲裁机制的设想和建议。

本书可作为法学专业本科生教材,也可作为法学专业研究生和仲裁从业人员的参考用书。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁法/邓杰著. —北京:清华大学出版社,2008.4

(21世纪普通高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-302-17109-6

I. 商… II. 邓… III. 国际商事仲裁-高等学校-教材 IV. D997.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第025801号

责任编辑:杜春杰 纪文远

封面设计:范华明

版式设计:刘娟

责任校对:焦章英

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京市清华园胶印厂

装 订 者:北京市密云县京文制本装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:170×230 印 张:23.25 字 数:396千字

版 次:2008年4月第1版 印 次:2008年4月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:34.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:025824-01



作者介绍



邓杰，女，湖北松滋人，武汉大学国际法研究所法学博士、厦门大学法学博士后。现任华侨大学法学院教授、国际法专业硕士研究生导师组组长、国际法系主任。兼任中国国际私法学会常务理事，《北京仲裁》顾问，上海、武汉、泉州仲裁委员会仲裁员。

主要著译作有《伦敦海事仲裁制度研究》、《商事仲裁法理论与实务》、《国际私法总论》、《国际私法分论》、《牛津法律大辞典》（合译）等。在《中国国际私法与比较法年刊》、《国际法与比较法论丛》、《民商法论丛》、《武汉大学学报》、《法商研究》、《法制与社会发展》等刊物发表学术论文 40 余篇。获福建省首届十佳优秀青年法学人才称号，获福建省社会科学优秀成果三等奖 3 项。



目 录

第一章 导论	1
第一节 商事仲裁概述	1
第二节 商事仲裁的性质	19
第三节 商事仲裁的价值	24
第四节 商事仲裁简史	31
第五节 商事仲裁法的基本原则 ——以英国《1996年仲裁法》为分析文本	37
第二章 仲裁协议	46
第一节 仲裁协议概述	46
第二节 仲裁协议的形式	50
第三节 仲裁协议的内容	61
第四节 仲裁协议的有效性及其认定	73
第五节 仲裁协议独立性理论	87
第六节 仲裁庭管辖权自决原则	97
第七节 诉讼程序的中止和强制执行仲裁协议	110
第三章 仲裁庭	121
第一节 仲裁庭的成员	121
第二节 仲裁庭的组成	129
第三节 仲裁庭的重组	137
第四章 仲裁程序（一）——普通程序	141
第一节 仲裁程序的一般原则	141
第二节 仲裁程序的开始与推进	145
第三节 商事仲裁的申请与受理	161
第四节 商事仲裁答辩与反请求	165
第五节 商事仲裁的审理方式	167
第六节 商事仲裁中的调解	180

第七节 商事仲裁中的财产保全	192
第八节 商事仲裁中的合并仲裁	198
第五章 仲裁程序（二）——简易程序	203
第一节 小额索赔程序	204
第二节 快速低费程序	207
第三节 我国商事仲裁中的简易程序及其完善	210
第六章 仲裁裁决	213
第一节 仲裁裁决的概念和类型	213
第二节 仲裁裁决的作出	216
第三节 仲裁裁决的承认与执行	221
第四节 仲裁裁决的撤销程序	237
第七章 国际商事仲裁的法律适用	250
第一节 国际商事仲裁协议的法律适用	250
第二节 国际商事仲裁程序的法律适用	253
第三节 国际商事仲裁实体问题的法律适用	264
第八章 商事仲裁的新发展：在线仲裁	270
第一节 在线仲裁的确立与发展	270
第二节 我国在线仲裁机制的构建	316
附录 A 中华人民共和国仲裁法	325
附录 B 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	332
附录 C 承认及执行外国仲裁裁决公约	335
附录 D 英国 1996 年仲裁法（节录）	338
后 记	365

第一章 导论



【学习提示】

作为最重要和最成功的一种选择性争议解决方式(ADR),商事仲裁具有诸多诉讼难以企及的优点,表现出强大的生命力和广阔的发展前景,不仅日益受到当事人的欢迎和追捧,且为各国及国际社会所支持和推崇。关于商事仲裁的性质,历来众说纷纭,形成了司法权论、契约论、混合论、自治论等几种主要理论和学说。公正和效益构成商事仲裁的价值目标,其实现有赖于树立正确的仲裁理念、制定完善的仲裁规范以及培育良好的仲裁文化。商事仲裁作为一项解决争议的法律制度得以确立并不断趋于完善和成熟,经历了漫长的历史发展过程。当事人意思自治原则、公正原则、有限的法院干预原则是各国公认的商事仲裁法基本原则,也是支撑并推动国际商事仲裁事业不断发展和繁荣的重要支柱。



【关键词】

选择性争议解决方式(ADR) 商事仲裁 争议事项的可仲裁性 商事仲裁的性质(司法权论、契约论、混合论、自治论) 商事仲裁的价值(公正、效益) 商事仲裁简史 商事仲裁法的基本原则(意思自治原则、公正原则、有限的法院干预原则)

第一节 商事仲裁概述

一、选择性争议解决方式

选择性争议解决方式,译自英文 Alternative Dispute Resolution(缩写为ADR),也有学者译作“替代性争议解决方式”、“司法外或诉讼外争议解决方式”,^①通常是指以诉讼外的方法解决争议而采用的包括谈判、调解、仲裁、微型审判等在内

^① 许多学者更倾向于“选择性争议解决方式”的译名,理由是这个译名更能准确反映这种争议解决方式的本质特征:其一,能表明这种争议解决方式与诉讼之间并不是相互排斥的本质关系,ADR既不可能离开诉讼独立存在,更永远不可能替代诉讼。实际上,除非另有约定,当事人并不会因为选择了ADR而失去诉讼的权利,反倒往往是诉讼作为解决争议的最后一道救济而使ADR的存在更具实践性。其二,ADR是当事人自由选择的结果,译作“选择”,能直接体现其尊重当事人意愿的本质特征。

的争议解决程序的总称。^①

随着社会的发展、人类文明的进步,人们对争议解决的期待值越来越高,诉讼作为最传统、最权威的争议解决方式日益受到冲击和挑战。首先,随着人类文明的进步,越来越多的利益上升为国家法律承认的权利,特别是20世纪60年代西方国家民权运动的发展以及大量保护个人权利的立法的出现,导致争议诉讼急剧增长,主持诉讼的法院则不堪重负,人力、物力难以为继;^②其次,面对“诉讼爆炸”,法院程序的缓慢、刻板、繁琐、冗长和昂贵等缺陷得以充分地暴露,当人们发现通过诉讼程序来保护自己的权利是一个无比复杂的运作过程的时候,便不得不开始试图去寻求一种更为便捷、经济、高效、合理的争议解决方式,^③以更好地适应重效益、快节奏的现代经济生活;再次,随着科技的飞速发展,许多新型的争议不断涌现,面对那些专业性、技术性都很强的争议,法院常常是力所不逮,难堪其任,当事人也常常无法忍受法院由于缺乏专业知识而作出的不公正裁决;最后,诉讼显然不是一种“建设性”的争议解决方式,往往在争议解决之后,当事人之间长期的商业合作伙伴关系却毁于一旦。正是由于以上原因,人们开始在法院诉讼之外寻找和创设其他争议解决方式。ADR也正是在此时开始进入人们的视野,并逐渐在实践中被人们广泛地接受和运用。从此,争议解决方式也开始呈现多元化的发展趋势。

(一) 选择性争议解决方式的特点

追溯历史,我们不难发现,ADR其实古已有之,并非现代人的发明创造。^④只是社会发展到今天,这种争议解决方式重又为人们所重视和运用。究其原因,一是诉讼所固有的各种缺陷和弊病的充分暴露;二是ADR本身具有适应社会发展需要的特质,而这种特质又恰恰是诉讼所无以企及的。

1. 协议性

当事人的协议是ADR的基础。是否选择ADR、选择ADR的何种程序以及程序如何进行,均取决于当事人的合意。ADR的协议性使得当事人的愿望和利

^① 目前,有关ADR的定义有很多种。正如David E. Wagoner教授所言,大概有多少ADR的拥护者,就有多少不同的定义。但是,总的来看,人们对ADR的内涵基本上持相似的理解,分歧主要在于对ADR的外延的把握。造成这一分歧的原因可能是由于ADR尚处在不断发展的过程中,具有很强的扩张性,这便决定了ADR只能是一个开放性的概念。参见中国国际商会仲裁研究所编译,《国际商事仲裁文集》,北京:中国对外经济贸易出版社,1998:197;李双元,《国际法与比较法论丛(第五辑)》,北京:中国方正出版社,2003,527

^② 为缓解审判工作的巨大压力,美国司法界采取了七种有效的措施:扩大法院;法院事务的处理日常化、群众化;法院外处理案件的日常化、群众化;鼓励和解与妥协;发展法院外有效的争议解决机制;通过制定法院规则,阻止当事人利用法院解决争议;增加诉讼费用以减少诉讼。除第一种措施外,其余措施均为试图通过发展其他争议解决方法来减少法院的讼累。参见李双元,《国际法与比较法论丛(第五辑)》,北京:中国方正出版社,2003,531~532

^③ 为保证对案件的公正审理,法院的审判程序必须有条理地进行,但对当事人来说,其中的某些程序是难以理解的,甚至是多此一举。法院程序的正规、冗长和昂贵常常使当事人感到沮丧,诉讼费用过高抑制了法院审理案件的作用。在这种情况下,人们去寻求诉讼外的争议解决方式也就不足为怪了。参见(英)施米托夫著,《国际贸易法文选》,赵秀文选译,北京:中国大百科全书出版社,1993,652~654

^④ 例如,在诉讼产生以前,人们就已采用谈判、协商、调解、斡旋等方式解决各种矛盾和纷争。

益需要得到了充分的尊重和满足，因而所得的争议解决结果通常更容易得到当事人的自觉履行。当事人对 ADR 的协议选择，也使得国际民商事诉讼中经常出现的管辖权争议得以避免。

2. 灵活性

诉讼必须遵循严格的程序规则，由此付出的代价便是程序冗长、费用昂贵。在 ADR 程序中，由于当事人具有很大的自主性，可以协商决定程序进行的步骤和方式，因而使得程序简便、灵活、富于弹性。这样，当事人便能更专注于争议实质问题的解决，大大节省了时间和费用。

3. 专业性

在有中立第三者参与的 ADR 程序中^①，当事人通常会选择道德素质和业务素质俱佳的中立者。尤其是在专业性和技术性都很强的案件中，当事人更是会直接选任有关行业或领域的专家，以使争议得到快捷、经济、准确、公正的解决。但是在诉讼中，当事人则不可能有这种机会。

4. 友好性

诉讼本身是一种对抗性程序，法官总是严格依据法律，在当事人之间公开地一刀两断地作出或胜或负的裁决，这往往使当事人多年苦心建立起来的合作关系破裂，增加商业成本。ADR 则重视和谐，强调当事人的合意，尽量对争议进行衡平解决，在当事人之间实现“双赢”。这不仅有利于维护当事人长期保持的合作关系，甚至能通过争议的友好解决，消除彼此的误解与隔阂，促进双方关系的和谐发展。此外，由于 ADR 遵循的是不公开原则，不仅有利于保护当事人的商业秘密，更有利于维护当事人的公众形象和商业信誉，这对于保证争议的友好解决也是十分重要的。

5. 国际性

由于 ADR 是一种协议性和民间性的争议解决方式，不涉及国家主权，因而在该领域的国际合作更容易，也更成功。例如，商事仲裁领域缔结的国际公约就为仲裁裁决的域外承认与执行奠定了广泛的国际基础。^②

6. 互融性

ADR 各程序具有共生和互融的特点。因此，只要当事人达成合意，完全可以将 ADR 的各种争议解决程序或方法进行叠加、组合、交叉使用，依系统论的价值观发挥系统的整体作用。^③

ADR 虽然具有上述特点或称优点，具有强大的生命力和广阔的发展前景，但是 ADR 终究不可能替代诉讼，也不可能离开诉讼而独立存在。ADR 最重要的特点——协议性同时注定了 ADR 的局限性：规范性和强制性的不够或缺乏，不

^① 除谈判和协商外，几乎所有的 ADR 程序都是通过中立第三者来解决争议的。

^② 例如由联合国主持订立于纽约的 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》。

^③ 王生长期。仲裁与调解相结合的理论实务。北京：法律出版社，2001，10

仅使得 ADR 解决争议的范围受到很大的限制,也使得 ADR 解决争议的效果大打折扣。因此,在很多情况下,ADR 还有赖于法院的支持和协助,以确保其程序的顺利进行,而 ADR 的公正性与合法性也同样需要法院的司法监督加以保障。这在商事仲裁中表现得最为突出。

(二) 选择性争议解决方式的种类

人们在解决争议方面的想象力有多丰富,ADR 就会有多少种具体的方法。^①而且,由于当事人是 ADR 程序的主人,而当事人往往又会选择不同的 ADR 程序或对其程序作出不同的设计,这就使得具体实践中的 ADR 程序不仅种类繁多,而且千差万别、风格各异。但总的来看,根据不同的标准,可将 ADR 作如下分类。

1. 单一型 ADR 和混合型 ADR

根据 ADR 程序是单独使用还是混合使用的标准,可将其分为单一型 ADR 和混合型 ADR。前者如谈判、调解、仲裁等;后者如微型审判、调解/仲裁、法院附属仲裁等。

2. 无中立者参与的 ADR 和有中立者参与的 ADR

根据 ADR 中是否有中立第三者参与的标准,可将其分为无中立者参与的 ADR 和有中立者参与的 ADR。除谈判和协商外,其他的 ADR 都有中立第三者的参与。而且,根据中立者在 ADR 程序中所发挥的作用的不同,又可进一步分为调解型 ADR、评估型 ADR、裁决型 ADR 和混合型 ADR。根据中立者在 ADR 程序中提出的争议解决意见的效力的不同,还可分为约束型 ADR (如仲裁、调解/仲裁) 和非约束型 ADR (如调解)。

3. 机构 ADR 和临时 ADR

根据是否有提供 ADR 服务的机构参与和协助为标准,可将 ADR 分为机构 ADR 和临时 ADR。两者的重要差别在于:机构 ADR 依据的程序规则,是由 ADR 机构制定好并提供给当事人在拟订其 ADR 协议时选择适用;而临时 ADR 所依据的程序规则则通常是由当事人自己协商拟订,或者不需要程序规则。机构 ADR 又可根据机构的性质不同,分为法院附属 ADR、行政机构 ADR 和民间机构 ADR。

ADR 是否包括仲裁,一直是一个有争议的问题。美国向来认为仲裁是 ADR 中的一种类型,广大欧洲国家却不以为然。在它们看来,经过多年的发展和演进,仲裁早已失去了早期的简易性而变得越来越复杂化、法律化和制度化,与 ADR 的其他方式比较,仲裁已有了明显的差异,不应与其他方式归为一类。本书认为,虽然仲裁的法律化和制度化发展,已使其逐渐在剥离最初的色彩而向诉讼靠拢,但其民间性、协议性的本质始终没有发生改变。而且,恰恰是仲裁的法律化使其获得了克服一般 ADR 所普遍具有的局限性的能力,从而更能适应社会的发展和

^① 宋连斌. 国际商事仲裁管辖权研究. 北京: 法律出版社, 2000, 9

需要。因此,仲裁不仅是 ADR 的一种类型,而且是 ADR 中最重要、最完善,也是最成功、最受欢迎的一种类型。

(三) 选择性争议解决方式的新发展

随着科技尤其是信息技术突飞猛进的发展,商业实践以及争议解决实践均在发生全面而深刻的变化。晚近,随着计算机网络技术的应用和普及,一种全新的商务模式——电子商务迅速崛起并逐步取代传统商务而成为 21 世纪国际商务的主要模式,随之产生的电子商务争议的妥善解决亦成为信息时代人们必须应对的又一挑战性课题。为适应解决电子商务争议的特殊需求,传统 ADR 争议解决程序中也导入了计算机网络技术的应用,从而产生了在线 ADR——ODR (Online Dispute Resolution)。ODR 是以 ADR 为基础的各种在线的选择性争议解决方式的总称,是 ADR 在网络空间的拓展和延伸。各种争议尤其是网络争议、电子商务争议能通过互联网这一技术平台得到更加快捷、经济、高效的解决,无疑是 ODR 产生的根本动因,也是传统 ADR 顺应网络技术的发展实施技术改造的演进结果。

ADR 与网络技术的结合产生了 ODR,为当代争议解决实践的发展指明了方向、开辟了道路。但是,传统争议解决理论与制度都是针对产生于现实物理空间的传统争议的解决并以地域为基础而确立的,与在线运行的 ODR 必然存在错位和脱节,这就需要通过理论更新和制度改革来适应和保障这种新的在线争议解决机制的有效构建和运作。

二、商事仲裁的概念和特点

作为 ADR 中最重要的一种争议解决方式,仲裁深受人们尤其是商人的欢迎和青睐。因为仲裁顺应商事活动和商事争议的特点,符合商人们注重效益、崇尚自治的愿望和需要,因而在商人社会得到了极大的推崇和发展,^①进而形成了今天深受商人们喜爱和广为运用的商事仲裁制度。

在仲裁的发展过程中,仲裁虽也被用于解决商事争议以外的其他争议,如国际公法争端、国内劳动争议等,但从目前来看,显然只有商事仲裁运用得最普遍,发展得最成熟,也最能体现仲裁的本质。因此,商事仲裁制度是整个仲裁制度体系中最核心、最本体的内容。

(一) 商事仲裁的概念

商事仲裁 (commercial arbitration),是指当事人在自愿的基础上,将有关的

^① 11、12 世纪,欧洲农业的发展和城市的兴起带来了商业的繁荣;十字军东征和殖民运动促进了远距离海上贸易和陆上贸易的发展。新的职业商人阶级登上了历史舞台,他们在乡村和城市从事着大规模的商业交易。为了适应商事活动的需要,脱离封建及宗教势力的支配,商人们自发组织了一些具有类似裁判权的机构,通过仲裁的方式由商人们自己解决商人之间的纠纷。参见赵健,《国际商事仲裁的司法监督》,北京:法律出版社,2000,7

商事争议提交给第三者（即仲裁员或公断人）进行审理，并依据法律或公平原则作出对双方当事人均有拘束力的裁决的一种解决争议的法律制度。可见，商事仲裁的内涵至少包含以下几个要素：（1）商事仲裁是一种用来解决私人间商事争议的法律制度，从而区别于国际仲裁；^①（2）商事仲裁是当事人通过达成合意，共同协商选择的一种民间性争议解决方式，从而区别于民商事诉讼和行政仲裁；^②

（3）商事仲裁是由当事人选定的中立第三者担任仲裁员或公断人来实现对争议的解决的，从而区别于谈判和协商；（4）商事仲裁中的中立第三者作出的裁决对双方当事人具有强制的法律约束力，从而区别于调解。^③

商事仲裁最初主要是用于解决国内的商事争议，其后随着各国商事交往与合作的迅速发展，商事仲裁日益受到国际社会的重视，并被广泛运用于国际商事争议的解决。因此，商事仲裁既包括国内商事仲裁又包括国际商事仲裁。但是，对于何为“商事”，何为“国际”，目前国际社会并无统一的理解。

1. “商事”的含义

争议的商业性质的确定，直接关系到争议事项能否通过仲裁方式解决，亦即仲裁协议是否有效的问题，进而又关系到有关的仲裁裁决能否得到承认和执行等重要问题。因此，无论是在大陆法系国家还是在英美法系国家，“商事”的定义都具有重要的意义。在法国，只有关于商事问题的仲裁条款才为有效。^④美国法也要求提交仲裁庭的争议应为“海事”或“商事”性质的争议。^⑤虽然各国都对提交仲裁的争议的“商事”性质有明确的要求，但对于何为“商事”，各国的分

^① 商事仲裁主要用于解决发生在作为平等主体的私人（包括自然人和法人）之间的商事争议，因而属于私法范畴；而国际仲裁则是用于解决发生在主权国家之间的公法争端，因而属于公法范畴。

^② 与商事仲裁的协议性和民间性不同的是，民商事诉讼和行政仲裁均具有法定性和强制性，不以当事人的协议为基础，是一种官方的争议解决方式。其中，行政仲裁的名称虽为仲裁，但由于这种仲裁是在行政强制权下进行的，不能体现当事人的自愿性，因而并不是严格意义上的仲裁，而是国家行政性质的司法活动。参见谭兵：《中国仲裁制度研究》，北京：法律出版社，1995，72

^③ 调解中虽然也有中立第三者即调解人的介入，但是，调解人的作用仅在于促进当事人进行沟通和交流，帮助其确认争议中的事实和法律问题，必要时为当事人提出一些意见或建议以供参考，协助当事人作出有关的决定或选择。因此，调解人并不能像仲裁员那样作出对当事人有约束力的决定以解决争议，调解中的任何决定都是在调解人的帮助下，由当事人自己作出的。而且，调解中达成的和解协议或作出的调解书，均不具有仲裁裁决的强制执行效力。换言之，调解不像商事仲裁那样有国家的强制力作为后盾和保障，这一点与国际仲裁有些相似。由于国际社会不存在任何有权强制执行国际仲裁裁决的国内机构和国际机构，因而基于国际仲裁作出的裁决完全有赖于各当事国的自觉履行，亦即国际仲裁裁决仅有道义上而非法律上的效力。当然，各国基于其国际声誉的维护和发展国际合作的需要，通常都能自觉履行裁决。关于商事仲裁与调解的关系，亦可参见宋连斌：《仲裁理论与实务》，长沙：湖南大学出版社，2005，3~4

^④ 法国《商事法典》第631条。

^⑤ 美国《联邦仲裁法》第2条规定，只有“海事交易”或者“证实属商事交易”合同的仲裁协议才是有效的、不可取消的和可执行的。

歧却很大。即使是有关仲裁的国际公约也未能对此作出统一的规定或解释,而是在公约中设立保留条款,将问题留给各国自己去解决。^①亦即何种法律关系才属“商事”关系,应依法院地法确定。

尽管各国对“商事”持不同的理解,而且“商事”的概念常常因涉及公共秩序问题而具有很大的不确定性,多数国家还是主张对“商事”一词作广义的解释。联合国国际贸易法委员会在起草《国际商事仲裁示范法》^②时,曾就“商事”的定义问题展开过讨论,后因难以达成一致意见而没有形成正式条文,但在对“商事”的注释说明中采取了广义的解释,列举了一系列被认为是商事关系的交易事项,以便包括产生于所有具有商业性质关系的事项,不论这种关系是否为契约关系。^③

我国在1986年加入纽约《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)时提出了商事保留,即中国仅对按照中国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。所谓“契约性和非契约性商事法律关系”具体是指,由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。^④由此可见,我国关于“商事”的解释也是一种较为广义的解释。

2. “国际”的含义

在许多国家,认定一项商事仲裁是国际的还是国内的,有着很重要的意义。因为国内法院对无涉外因素的纯国内商事仲裁,往往保留了较对国际商事仲裁更多的控制权。例如,在我国,人民法院对国际仲裁裁决仅作程序审查,而对国内仲裁裁决进行审查时还要涉及实体问题。^⑤晚近国际仲裁实践中还出现了一种引人注意的现象:一些国家出于国际经济交往的需要和本国经济利益的考虑,积极

^① 1923年日内瓦《仲裁条款议定书》第1条;1958年纽约《承认及执行外国仲裁裁决公约》第1条第3款。

^② 1985年联合国拟定《国际商事仲裁示范法》后,各国纷纷以其为蓝本或参考,制定或修订其国内仲裁立法,在商事仲裁的历史发展进程中,掀起了前所未有的仲裁立法改革的热潮,也拉开了各国仲裁立法现代化、国际化和统一化的序幕。

^③ 国际贸易法委员会采取的是非穷尽的列举方式,即“具有商事性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易、销售协议、商事代表或代理、保付代理(factoring)、租赁、咨询、设计、许可、投资、融资、银行业、保险、开采协议或特许权、合营企业或其他形式的工业或商业合作、客货的航空、海洋、铁路或公路运输。”

^④ 1987年4月10日《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第3条。

^⑤ 2007年《中华人民共和国民事诉讼法》第213条、第258条和1994年《中华人民共和国仲裁法》第63条、第70条和第71条。

支持国际商事仲裁的发展。对于认定争议事项可仲裁性的问题,在国际商事仲裁中往往采用比在国内商事仲裁中宽松、灵活得多的认定标准;在判定是否违反公共秩序方面,除要求将公共秩序条款在国际商事仲裁中的适用限制在最低限度,在实践中还总是对公共秩序作狭义的解释。^①

对商事仲裁的国际性和国内性进行区分,首先须对何为“国际”作出认定,但目前各国对“国际”并没有形成统一的认定标准。总的来看,主要有以下两种认定标准。

(1) 以实质性连结因素(material connecting factors)作为认定标准。一些国家如英国、瑞士、意大利以及一些阿拉伯国家^②,均主张以实质性连结因素,包括仲裁地、当事人的国籍、住所或居所、法人注册地、公司管理中心所在地等,作为认定商事仲裁国际性的标准。因此,这种标准通常又被称为地理标准(geographic criterion)或法律标准(juridical criterion)。一般而言,在认定商事仲裁国际性时,仲裁地和当事人的国籍是重要的连结因素,但有时也不可忽视其他的一些因素:当事人是自然人的,除国籍外,还须考虑其惯常居所;当事人是法人的,除该法人的注册和登记地外,还须考虑其管理中心所在地。

采用实质性连结因素的认定标准,往往难以圆满解决跨国公司交易中关于国际商事仲裁和国内商事仲裁的区分问题。因为许多跨国公司尤其是涉及金融、海运和建筑业的跨国公司,为了便于贸易往来,在一些国家设立了分公司,并与当地的自然人或法人建立了商事关系,如果这些分公司是在当地对其业务活动直接进行管理的,那么依实质性连结因素中的管理中心地标准,该分公司与当地自然人或法人之间因商事争议引起的仲裁将属于国内商事仲裁,而如果分公司的业务活动受国外总公司的控制,则有关的仲裁又将被视为国际商事仲裁。^③

(2) 以争议的国际性质作为认定标准。争议性质标准是指通过对争议的性质进行分析,将争议“涉及国际商事利益”的仲裁视为国际商事仲裁。法国是采此标准的最具代表性的国家。法国1981年《民事诉讼法典》第1492条规定,凡涉及国际商事利益的仲裁是国际商事仲裁。

国际商会仲裁院也是采用争议性质的标准。国际商会在其1977年颁布的说明手册中,对于何为涉及国际商事利益的争议作了说明:“仲裁的国际性质并不意味着当事人必须具有不同的国籍。由于合同客体的缘故,合同可以超越国界,例如同一个国家的两个公民订立了在另一个国家履行的合同,或者一个国家与在其

^① 韩健. 现代国际商事仲裁法的理论与实践(修订本). 北京: 法律出版社, 2000, 3

^② 在某些阿拉伯国家, 当事人的宗教信仰甚至也被作为确定商事仲裁国际性质的连结因素。参见韩健. 现代国际商事仲裁法的理论与实践(修订本). 北京: 法律出版社, 2000, 4

^③ 韩健. 现代国际商事仲裁法的理论与实践(修订本). 北京: 法律出版社, 2000, 5~6

国内经商的外国公司的子公司订立了合同。”^①由此，当一项争议超越国界而与外国或外国的利益发生了联系，那么针对这项争议所开展的仲裁即为国际仲裁。

国际社会缺少一种能够为各国所接受的关于“国际”商事仲裁的定义，引起了联合国国际贸易法委员会的关注。该委员会在起草《国际商事仲裁示范法》期间，其秘书处曾特别指出，既然拟订示范法是要为那些不是单纯涉及国内利益的仲裁提供一个专门的法律体系，定义“国际”一词是有必要的，虽然有相当的难度。^②最后，该委员会终于在《国际商事仲裁示范法》第1条第3款中，给“国际”下了一个非常广义的定义：“一项仲裁是国际性的，如果（a）仲裁协议双方当事人签订该协议的时候，它们的营业地位于不同的国家；或者（b）下列地点之一位于双方当事人营业地共同所在的国家之外：（i）仲裁协议中或根据仲裁协议确定的仲裁地；（ii）商事关系义务的主要部分将要履行的任何地点或与争议标的具有最密切联系的地点；或者（c）双方当事人已明示约定仲裁协议的标的与一个以上的国家有联系。”由此，国际仲裁扩大：营业地在不同国家的当事人之间的争议的仲裁；仲裁地和当事人的营业地位于不同国家的仲裁；主要义务履行地和当事人的营业地位于不同国家的仲裁；当事人明确同意仲裁标的与一个以上国家有联系的仲裁。《国际商事仲裁示范法》的上述规定中显示出了以当事人的合意来确定何为国际商事仲裁的倾向，丰富了“国际”的内涵。例如，不涉及国际性因素的争议，因当事人选择在国外仲裁而被纳入国际商事仲裁的范畴。^③

在我国，无论是立法还是司法实践，均未对国际商事仲裁的“国际”一词作出明确定义或解释。但从《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）^④第255条、《中华人民共和国仲裁法》^⑤（以下简称《仲裁法》）第65条、2005年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第3条以及有关的司法解释^⑥中的规定来看，我国对“国际”或“涉外”^⑦商事仲裁的认定亦采争议性质标准，即以争议的国际性或涉外性来确定有关的仲裁是国际（涉外）仲裁还是国内仲裁；对于何种争议具有国际性或涉外性，则作广义的理解，即只要民事争议的主体、客体、内容三个因素中至少一个与中国内地之外的法域相联系，就构成所谓的国

^① ICC Publication, *The International Solution to International Business Disputes Arbitration*, No.301, 1977, p.19

^② Fourteenth Session of UNCITRAL, June 19-26, 1981, Report of the Secretary General, UN Doc. A/CN. 9/207at para.32

^③ 宋连斌. 国际商事仲裁管辖权研究. 北京: 法律出版社, 2000, 4~5

^④ 该法于1991年4月9日由全国人民代表大会通过, 2007年10月28日由全国人民代表大会常务委员会修正。

^⑤ 该法于1994年8月31日通过、1995年9月1日起施行。因此, 该法也常被人称为1995年《仲裁法》, 本书称之为1994年《仲裁法》。

^⑥ 最高人民法院1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第178条、最高人民法院1992年《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。

^⑦ 在我国, 无论是立法还是司法解释, 一般都采用“涉外”而非“国际”的措词。这里的“涉外”应作广义的理解, 既包括涉外国, 亦包括涉外法域。由于目前我国是一个多法域国家, 国际性的法律关系和区际性的法律关系并存, 因而采用广义的“涉外”, 以便将涉外法域的区际法律关系包括进来, 十分必要。

际性或涉外性。^①

（二）商事仲裁的特点

商事仲裁的特点是指商事仲裁区别于其他争议解决方式的优点和缺点。本书此处所涉及的商事仲裁的特点主要是相对于民商事诉讼而言的。

如前所述，包括仲裁在内的 ADR 争议解决方式之所以能在诉讼之外得到发展和运用，主要在于诉讼已越来越难以满足人们对争议解决的期望和要求。而在各种 ADR 争议解决方式中，仲裁之所以受到商人们青睐，获得充分的发展并形成独立的商事仲裁法律制度，则应归功于该制度本身所具有的契合商事争议解决需要的诸多优点。同时，正如世界上并不存在任何完美的事物一样，作为一种极具实效、颇受欢迎的争议解决制度，商事仲裁也绝非完美，同样有其缺点或局限。因此，能否以客观、理智的态度对待商事仲裁的优、缺点，并总能通过正确的方式使商事仲裁的优点得到最大限度的发挥和利用、缺点得到积极有效的克服和消除，对于商事仲裁制度的健康发展，无疑具有非常重要的理论和现实意义。

1. 商事仲裁的优点

商事仲裁之所以能在民商事诉讼之外得到充分发展，与商事仲裁本身具有民商事诉讼所不具有的优势以及这些优势经当事人利用能使当事人的愿望和利益得到更大的满足是分不开的。每每当事人放弃诉讼而选择仲裁，不能说不是受商事仲裁优点的吸引。总的来看，商事仲裁主要具有以下优点。

（1）自主性。商事仲裁作为一种从强调自由、崇尚自治的商人社会中成长起来的制度，其核心就是当事人意思自治原则。是否选择仲裁以及仲裁机构的选定、仲裁员的指定、仲裁地点的确定、仲裁程序的确定、提交仲裁的争议范围、仲裁的法律适用、是否进行和解等，均优先交由当事人自行约定，当事人可以对仲裁程序起支配作用，对争议的解决也可以发挥最大的影响，而这在诉讼中是难以实现的。

（2）专业性。商事争议常常涉及较为复杂的经贸和技术问题，交由专家判断是非更为妥当。法官虽然也有专业知识，但不可能行行精通、事事知晓，事实上也不可能对法官作此苛求。相比之下，由于仲裁员不像法官那样是一个相对固定的群体，因而当事人完全可以根据案件的需要指定来自各行各业的行家和专家组成仲裁庭，及时地作出专业的裁断。这不仅有利于争议得到合理解决，而且有利于增强仲裁裁决的权威性和可执行性。

（3）灵活性。商事仲裁的灵活性很大，它不像诉讼那样要严格遵守程序法。

^① 值得注意的是，对于内地而言，香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区虽不属于外国，但属于实行着独特法律制度的与内地平行的三个法域，因此，有关涉及这三个法域的仲裁可归为涉外仲裁或区际仲裁，并可参照适用有关国际或涉外仲裁的法律规定。

如果当事人同意,商事仲裁可以避免许多繁琐的程序,这在临时仲裁中尤其如此。另外,根据当事人的协议授权,仲裁庭还可以参考国际商事惯例或仅凭公允善良原则——而不必遵循和适用严格的法律规则——对实体争议作出裁决,以避免和矫正个案中的不公与偏差。

(4) 经济性。当事人热衷于在诉讼外以仲裁方式解决他们之间的商事争议,在很大程度上是因为诉讼程序的繁琐、冗长和昂贵。相比而言,由于商事仲裁具有自主性、专业性、灵活性和一裁终局等特征,使仲裁审理的期限短、速度快和收费低廉又成为商事仲裁优于诉讼的一个重要方面。

(5) 保密性。对案件不公开审理和裁决是商事仲裁的原则,也可以说是国际性的习惯做法。而诉讼则以公开审理为原则,即使案件因涉及国家机密或当事人隐私而不公开审理,判决也是公开的。商事仲裁的这一特性有利于当事人保护自己的商业秘密,也有利于当事人在小范围内平和、友好地解决争议并有效地维护自己的商业信誉不受损害,对双方当事人今后继续维持良好的商业伙伴关系意义重大。

(6) 国际性。随着各国之间商事交往与合作的日益密切,商事仲裁在解决国际商事争议方面所能发挥的作用也日益增强。为了更好地实现交往与合作,各国不仅在本国大力发展国际商事仲裁制度,而且积极推动和促进商事仲裁领域的国际合作。由此,国际商事仲裁日益成为国际社会一项十分重要的争议解决制度。总的来看,商事仲裁的国际性主要表现在以下两个方面:① 仲裁员的国际性。几乎所有的常设仲裁机构都聘用了许多不同国家的专业人员作仲裁员,^①许多国际商事仲裁案件就是由不同国籍的仲裁员组成仲裁庭进行审理的。② 裁决执行的国际性。1958年《纽约公约》及区域性国际商事仲裁条约、大量包含仲裁合作的双边司法协助协定的存在,以及商事仲裁的民间性等因素,使得仲裁裁决较容易得到外国法院的承认与执行。正如英国退休法官 Michael Kerr 先生比喻,即便是太空人仲裁员在月球上作出的裁决,也可以在英国得到执行。^②特别是《纽约公约》已有一百多个参加国,涵盖了几乎所有重视发展商事仲裁和国际经济交往的国家,为国际仲裁裁决的承认与执行提供了可靠的法律基础。但是,同样的争议若诉诸国际民商事诉讼,如果法院地国与执行地国之间不存在司法协助条约,加之国家主权观念的障碍等因素,一国法院作出判决后若需在外国执行,极可能遭到拒绝而成为一纸空文,从而导致当事人的合法权益落空,国际民商事秩序因此而受到损害。总之,国际仲裁裁决在执行上所具有的国际性优势,是法院判决在可望的未来所难以企及的。在国际商业交易中,只要这一现实不改变,倾向于

^① 大多数国家为增强本国仲裁业的国际竞争力,一般都允许本国仲裁机构聘任外国公民担任仲裁员。

^② 宋连斌. 国际商事仲裁管辖权研究. 北京: 法律出版社, 2000, 23