



高等学校法学系列教材  
Gaodeng Xuexiao Faxue Xilie Jiaocai

Cases of International  
Commercial Arbitration

# 国际商事仲裁法案例教程

刘晓红 袁发强 / 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

Cases of International  
Commercial Arbitration

# 国际商事仲裁法案例教程

刘晓红 袁发强 / 主编  
向 磊 / 校对



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁法案例教程/刘晓红,袁发强主编. —北京:北京大学出版社,2018.5  
(高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-301-29152-8

I. ①国… II. ①刘… ②袁… III. ①国际商事仲裁—案例—高等学校—教材  
IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 327469 号

书 名 国际商事仲裁法案例教程

GUOJI SHANGSHI ZHONGCAIFA ANLI JIAOCHENG

著作责任者 刘晓红 袁发强 主编

责任编辑 朱梅全 刘秀芹 朱彦

标准书号 ISBN 978-7-301-29152-8

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> 新浪微博 @北京大学出版社

电子信箱 [sdyy\\_2005@126.com](mailto:sdyy_2005@126.com)

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

印刷者 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 22.75 印张 420 千字

2018 年 5 月第 1 版 2018 年 5 月第 1 次印刷

定 价 52.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

## 序

伴随着国际经贸的发展,国际商事仲裁已成为一种举足轻重的争议解决方式。根据英国伦敦玛丽皇后大学(Queen Mary University of London)和美国伟凯律师事务所(White & Case)共同发布的《2018年国际商事仲裁统计报告》(2018 International Arbitration Survey),有高达97%的受访者肯定了国际仲裁在跨境争议解决方面的作用,并有近99%的受访者表示他们乐于在未来继续运用仲裁定分止争。相比2015年的同类统计,国际仲裁得到了国际社会更广泛的认同。无独有偶,商事仲裁近年来在我国也呈现飞速发展的态势。相关统计显示,我国仲裁案件受案量2015年为约14万件,2016年首破20万件,2017年更是超过30万件。在我国推进“一带一路”和自由贸易试验区建设的背景下,商事仲裁迎来了前所未有的发展机遇。毋庸置疑,中国商事仲裁将在多元化争议解决机制中发挥更加重要的作用。

法谚有云“法律的生命在于实践”,于仲裁这个理论与实践紧密结合的领域而言更是如此。因此,对国际商事仲裁的研习既要突出理论层面的掌握,也要重视实践层面的积累。我们编撰《国际商事仲裁法案例教程》的初衷恰在于此。作为“上海市精品课程”的组成部分,我们希望通过本书填补我国仲裁案例类著作的相对缺失,向读者展示更加“鲜活”的仲裁,而非只是重述法条中的静态理念。在本书的编撰过程中,我们力求使之具有以下几个方面的特色:

其一,全书遴选的案例具有代表性和权威性。书中选取的案例多为国际主流仲裁法域的经典案例,且大多出自较高位阶的司法机关。透过法官的严密论证和推理,不仅可以帮助我们深入体会仲裁理论的实践表达范式,还可以开拓我们在仲裁方面的国际视野,就相关议题夯实我们在比较法层面的底蕴。正所谓“他山之石,可以攻玉”,在国际仲裁语境下,部分知名仲裁法域的司法实践甚至会产生正面的“外溢效应”,影响其他诸多仲裁法域的司法实践。因此,了解并掌握域外法律实践,对我国特定仲裁议题的解决亦有帮助。值得一提的是,本书遴选的案例中有相当一部分为我国的司法案例。这不仅仅是出于“接地气”的考虑,更是为了凸显我国的仲裁自信,以及展示我国司法越发支持仲裁的成果。

其二,全书案例的编排遵循科学的仲裁法学体例。从表面上看,无论是意思

自治、仲裁协议有效性、仲裁庭组成、仲裁员职业伦理,还是仲裁所遵循的正当程序,又或者是仲裁裁决的撤销、承认与执行,几乎所有商事仲裁的核心内容均在本书中得到呈现。科学的仲裁主线与经典案例的有机结合,无疑将为读者更好地展现仲裁理论的博大精深与仲裁实践的精彩纷呈。往深层次看,如此的体例安排更将帮助我们构建仲裁的思维导图,从而提升运用仲裁的能力。在科学的编撰体例的引导下,希望打开本书的读者有一种进入“仲裁数据库”的体验,提高案例检索的效率和相关问题研究的便利程度。

其三,全书的编者评述是一大特点。相较于简单地罗列案例,融于正文之中的编者评述具有点睛之功效。配合具体案例,编者通过评述呈现了多年来的仲裁研究心得与体会。精到的评述一方面能够帮助读者更快地厘清案例所涉的核心争议点,另一方面可以起到举一反三,激发读者联想与思考的效果。不可否认,商事仲裁理论与实践尚存在大量的未决议题。对此,本书并未予以回避,因为唯有准确定位部分未决议题,力争不断分析、挖掘现象背后的本质,我们才能有效解决之,并在仲裁研究和实践中更上一层楼。

本书的受众具有广泛性,无论是仲裁初学者、研究者还是仲裁实务工作者,均可一阅。本书不仅可以用于课堂教学,配合部分更侧重于阐述仲裁理论的教科书,还可以充当仲裁实务工作者的工具书,以帮助他们进行法律检索和庭辩文书的准备。诚然,由于时间仓促,书中难免有不足之处。在此,诚挚地欢迎读者批评指正,从而帮助我们更好地对之予以完善。

刘晓红

2018年5月27日

# 目 录

## Contents

- 第一章 仲裁概述 /1
  - 第一节 国际民商事争议解决方式 /1
  - 第二节 仲裁的特点 /12
  - 第三节 仲裁的分类 /22
  - 第四节 可仲裁的争议范围 /31
  - 第五节 商事仲裁的立法与实践 /43
  
- 第二章 仲裁协议 /51
  - 第一节 仲裁协议的形式和内容 /51
  - 第二节 仲裁协议的效力 /63
  - 第三节 仲裁条款的独立性 /66
  - 第四节 仲裁协议的转让 /70
  - 第五节 中国的立法与实践 /74
  
- 第三章 仲裁管辖权 /83
  - 第一节 管辖权取得的契约性 /83
  - 第二节 管辖权异议的裁决权 /88
  - 第三节 管辖权争议的司法介入 /93
  - 第四节 中国的立法与实践 /95

第四章 仲裁员 /100

- 第一节 仲裁员资格 /100
- 第二节 仲裁员选任 /108
- 第三节 仲裁员职业纪律和操守 /114
- 第四节 中国的立法与实践 /124

第五章 仲裁程序 /136

- 第一节 仲裁申请与受理 /136
- 第二节 仲裁庭的组成与仲裁员回避制度 /140
- 第三节 答辩与反请求 /151
- 第四节 证据质证 /155
- 第五节 鉴定与勘验 /157
- 第六节 辩论 /159
- 第七节 中国的立法与实践 /161

第六章 保全措施 /164

- 第一节 证据保全 /164
- 第二节 财产保全 /171
- 第三节 中国的立法与实践 /175

第七章 国际商事仲裁的法律适用 /184

- 第一节 仲裁程序的法律适用 /184
- 第二节 仲裁实体争议的法律适用 /189
- 第三节 中国的立法与实践 /199

第八章 裁决 /206

- 第一节 裁决的种类 /206
- 第二节 裁决的作出 /215
- 第三节 裁决的修正 /219
- 第四节 中国的立法与实践 /222

第九章 仲裁裁决的承认与执行 /226

第一节 国际商事仲裁裁决的撤销 /226

第二节 国际商事仲裁裁决的不予执行 /239

第三节 跨国承认与执行国际商事仲裁裁决的法律问题 /249

第四节 中国的立法与实践 /258

第十章 理论探索与争鸣 /280

第一节 机构仲裁与临时仲裁 /280

第二节 仲裁协议的效力 /289

第三节 网上仲裁 /294

第四节 仲裁管辖权 /300

第五节 仲裁员职业规范 /304

第六节 司法监督 /319

第七节 外国仲裁裁决的认定 /325

第八节 外国裁决的承认与执行 /335

第九节 我国区际仲裁 /340



# 第一章 仲裁概述



## 本章要点

了解仲裁方式在解决跨国商事争议中的意义和实用价值,了解仲裁的基本分类和特点,把握哪些争议可以采用仲裁方式解决。

## 第一节 国际民商事争议解决方式

### 案例 1

#### 国际货物买卖合同纠纷案<sup>①</sup>

2008年5月21日,买方甲公司与卖方乙公司签订了一份销售确认书,约定乙公司向甲公司销售螺丝刀、套筒、扳手等电动工具,总价62260欧元,FOB宁波,装运期为形式发票确认后40天,装运港和目的港分别为宁波港和鹿特丹港,付款条件为25%预付款,75%余款收到提单传真后付清,并约定在本合同履行过程中或与本合约相关的所有争议适用中国《合同法》和相关中国法律。2009年1月15日,乙公司在未收取甲公司预付款的情况下,向其发运部分约定的电动工具,价值32444欧元,并出具相应发票,向甲公司传真提单要求付款。2009年6月22日,甲公司法定代表人科尼利斯在发给乙公司法定代表人王某的电子邮件中认可了这部分费用未付,金额为32444欧元。

2008年7月24日、7月28日、8月4日、8月11日,乙公司分四批将8个集装箱计8528纸箱电动工具套装运往芬兰的科特卡港,因客户没有收货,乙公司将货物交于其货运代理人汉萨海运公司保管。2008年11月27日,甲公司通过电子邮件向乙公司购买上述在港口的电动工具套装。2008年12月6日、12月

<sup>①</sup> 江苏省南京市中级人民法院(2010)宁商外初字第26号判决书。

13日,乙公司指示汉萨海运公司分两批将8个集装箱货物从芬兰科特卡港运到荷兰鹿特丹港,承运人川崎汽船株式会社荷兰公司签发了不可转让海运单,托运人为汉萨海运公司,收货人、通知方均为甲公司。2008年12月15日,乙公司向甲公司开具相应发票,金额为584012.8美元。2008年12月16日,甲公司向承运人川崎汽船株式会社荷兰公司出具授权书,授权海运陆运服务公司提货。2008年12月23日,海运陆运服务公司通知承运人由温坎顿雷纳亚运输公司接收货物并承担相应费用。甲公司授权他人提货后,未向乙公司支付货款。乙公司于2009年2月多次催要货款未果,遂向法院提起诉讼。

## 案例 2

### 设备进口合同纠纷案<sup>①</sup>

1988年,A制品公司(以下简称“A公司”)作为军工转厂企业,拟向银行贷款,用以从芬兰引进某不锈钢产品生产线。由于A公司对外贸业务不熟悉,便委托B外贸公司(以下简称“B公司”)全权代理其从芬兰C公司(以下简称“C公司”)引进设备,并作为进口用户签订了设备进口合同(以下简称“合同”)。合同约定:设备价值100万美元,在设备交付A公司后向C公司支付60万美元,设备调试合格后支付30万美元,剩余10万美元在设备正式运行一年后支付;在设备装运前,须在装运口岸进行监督装运。

设备运到后,A公司在安装调试设备的过程中发现设备中夹杂有旧设备,认为受到了欺骗。A公司的职工情绪激动,在语言沟通有障碍的情况下,与C公司的技术人员发生了冲突,导致C公司在没有完成设备调试的情况下就撤回了技术人员。之后,C公司对A公司不予理睬,B公司也束手无策,致使A公司因这套设备举债百万美元,并且因其购置的国内配套设施和厂房长期闲置,蒙受巨大损失。

#### 【思考题】

1. 在上述案例中,如果通过法院诉讼的方式解决争议,你作为原告,倾向于在哪个国家法院起诉?该国对此案是否有管辖权?
2. 你是否能预知到该国法院会适用哪国实体法审理案件?

<sup>①</sup> 参见何贵才:《涉外商事案例调解评析》,光明日报出版社2013年版,第29页。

3. 如果另一方当事人在法院地国的财产不足以偿还债务,需要向第三国法院申请强制执行其财产,你能肯定另一国的法院会无条件地协助执行判决吗?
4. 如果该国法院审理一个案件需要3—5年,甚至更长时间,你还会愿意采取这个方式吗?为什么?
5. 有哪些因素导致你不愿意采取诉讼方式?
6. 如果不通过诉讼方式,你能想出别的办法吗?
7. 通过非诉讼的方式解决争议,你关心哪些问题?

民商事争议又称为“民商事纠纷”,是指发生在平等主体之间,以民商事权利义务为内容的社会纠纷。国际民商事争议的特点体现在“国际”二字上,如民商事争议的主体在不同国家,或者主体之间权利义务的产生、变更、消灭的事实发生在不同国家,或者主体间交易的标的物在国外等等。值得注意的是,判断国际民商事争议的主体是否在不同国家的标准仅仅是住所或经营场所,当事人的国籍并不是主要参考因素。<sup>①</sup>

国际民商事交往的形式多种多样,包括民事交往,如婚姻、抚养等,也包括商事交往,如货物买卖、服务提供等。<sup>②</sup> 在国际民商事实践中,大多数民商事交往都能够顺利地完 成,但也有破坏“游戏规则”的事情发生。事实上,出于各种各样的原因,相当多的交易会发生争议或纠纷,而各国也无不采取措施减少或解决这种争议或纠纷,以维护当事人的合法权益。解决国际民商事争议的方式多种多样,概括起来主要有诉讼、替代性争议解决方式和国际商事仲裁三种。

### 一、诉讼

诉讼是一种常见且古老的争议解决方式。对于大多数的国内争议,当事人都会选择诉讼的方式来解决。诉讼这种方式在解决国内争议时的优势在于,法院可以对案件进行权威、公正的审判,作出有法律约束力且能得以执行的判决。而在国际民商事争议中,选择诉讼的则相对较少,其主要原因在于执行问题。对于国际民商事争议,若选择诉讼方式,一国法院作出判决后,可能会出现判决需要在另一国执行的情况。如另一方当事人在法院地国的财产不足以履行其判决下应承担的义务,胜诉方可能就需要向另一国法院申请承认和执行该判决。由于各国政治、文化、法律体系等方面的差异,且在国际层面尚未建立对他国民商

<sup>①</sup> 参见刘晓红、袁发强主编:《国际商事仲裁》,北京大学出版社2010年版,第3页。

<sup>②</sup> 同上书,第4页。

事判决自动承认的条约机制,一国的民商事判决有可能在他国得不到承认和执行,这就给选择诉讼方式解决纠纷的当事人带来了不确定性和风险。

## 二、替代性争议解决方式

### (一) 替代性争议解决方式的定义与起源

替代性争议解决方式(Alternative Dispute Resolution,简称 ADR)起源于美国,在美国 1998 年的《ADR 法》中,ADR 被宽泛地定义为任何主审法官宣判以外的程序和方法。随着社会的发展,ADR 也经历着不断的扩展与创新。放眼当下,ADR 制度已在世界各国普遍存在。受到不同法系、社会文化等影响,不同国家对于 ADR 的认识存在不同。反映在 ADR 的定义上,有英国学者将 ADR 定义为被法律程序接受的、通过协议而非强制性且有约束力的裁定解决争议的任何方法。法国则将 ADR 界定为法院判决或仲裁裁决之外的各种争议解决方法的总称。尽管与美国的定义存在一些出入,但一致的是各国均将 ADR 区别于诉讼制度对待。

ADR 之所以会产生并蓬勃发展,很大程度上是诉讼成本高、效率低下的结果。以美国为例,作为一个移民国家,美国难以避免多元文化的融合和冲突,这个过程往往伴随着大量争议的产生。在没有 ADR 的情况下,大量争端流向了司法程序。而司法程序往往耗时、耗力,并不总能高效地解决纠纷。不仅如此,日益增长的社会争议与有限的司法资源之间形成了一对矛盾。为有效缓解“民事诉讼爆炸”问题,发展 ADR 程序的提议迅速得到了美国各界的积极响应与落实。从司法对于 ADR 最初的不信任,到逐渐承认与共存,再最终演变为支持 ADR,这个过程既表明各界对法院功能认识的变化,也折射出 ADR 与日俱增的重要性。

尽管未必存在美国式的“民事诉讼爆炸”问题,但出于构建完整的争端解决体系等考虑,ADR 在世界各国也得到了不断发展。

### (二) ADR 的主要类型与一般程序

ADR 的类型较为丰富,包括“协商”“调解”“微型审理”“简易陪审团审判”“早期中立评估”“专家决定程序”“仲裁前公断程序”“私人审判”“混合型 ADR”“法院附设类 ADR”等。

#### 1. 协商(negotiation)

“协商”是双方当事人在没有任何第三方介入的情况下,通过友好协商、双方谈判的方式解决争议的一种 ADR。谈判的程序主要包括“谈判的准备”“谈判的过程”和“谈判的结束”这三个阶段。在“谈判的准备”阶段,当事人主要需明确谈判的目标,划定谈判的底线,以及采取相应的谈判策略,如“竞争型”或“合作型”

等；在“谈判的过程”中，当事人主要需完成信息的交换，并且在不触碰彼此底线的情况下，采取“求同存异”的策略，从而促成谈判成果的达成；“谈判的结果”则主要分为成功情况下的“协议的签署”与“协议的执行”，以及失败情况下，双方为下一步争端解决机制的发起作准备和预估。

## 2. 调解(mediation)

“调解”是一种以自愿为基础，在中立第三人(调解员)的帮助下解决纠纷的一种 ADR。调解员的工作在于促进双方保持交流，进而推动当事人形成一致意见。这种 ADR 的优势在于，伴随着专业调解员的介入，当事人的和谈较之于协商可能更为有效。不仅如此，调解也有助于维护当事人之间的商业关系或雇佣关系。另外值得一提的是，当事人达成的调解书是不能在司法程序中进行上诉的，这在一定程度上避免了案件的不确定性和额外成本。作为当事人之间达成的一致安排，在执行方面，调解书通常也显得相对更为顺畅。调解以当事人对调解员的信赖为依托，应运而生了专职、专业的调解机构。现实生活中，法院大量使用调解的方式解决讼争。

一般来说，调解的程序同样可分为三个阶段。以机构调解为例，在“调解的准备阶段”中，主要需确认调解程序的参与者，例如选定相应的调解机构，选定调解程序规则，以及选任调解员。此外，还需要提交相关文书，并载明案情、责任主张、调解请求等内容。同和解相似，调解时当事人同样需要划定自身的底线，在不突破它的情况下合意寻求解决方案。“调解的开始阶段”则涉及调解员对程序事项的说明、双方当事人信息互换、当事人主观陈述、调解员开展调解等。根据具体情况，以及当事人的意愿，调解员将采取“共同会议”或“单独会议”这两种形式。借助于“协助式调解”(facilitative mediation)和“建议式调解”(evaluative mediation)的灵活应用，调解人将最大限度地促成当事人达成解决方案。值得一提的是，调解员在调解过程中需确保“保密”，否则可能会引发当事人的“道德风险”，如通过策略性的不配合，进而利用在调解过程中掌握的有利信息在后续争议解决程序中“遏制”对方。“调解的结束阶段”涉及两种情况，如果可以达成调解协议，那么将涉及“调解协议的签署”“调解协议的执行”“调解协议的仲裁确认”和“调解协议司法确认”的程序；如果调解失败，在调解员完成有关记载、备案的情况下，当事人将寻求其他类型的争议解决机制。

## 3. 微型审理(mini-trial)

“微型审理”是一种常用于商事纠纷的 ADR。在程序开始之前，当事人需要对“小额审判规则”“参与人员事宜”“证据交换规则”“双方陈述时间”等作出规定。微型审理的参与人员通常由律师、专家、双方高层领导、中立建议者构成。程序开始之后，双方律师和专家将在事前约定的时间范围内，尽可能向双方高管

还原争议全貌,包括案件的“法律问题”和“事实问题”。而后,在律师不继续参与的情况下,双方高层将针对所获得的信息展开私下协商,以期在求同存异的基础上确定解决方案。如遇到无法解决的争议点,双方高管则会寻求中立建议者的协助,特别是通过中立建议者了解并掌握对案件未来发展的预判。以此为基础,双方高管将继续就未决问题展开商议。程序结束后,如果能够达成协议,那么将参照“调解协议”的方式加以落实;如果失败,则一般会启动进一步的争议解决程序。

#### 4. 简易陪审团审判(summary jury)

“简易陪审团审判”通常由许多陪审员参与,案件中的“建设性意见”由陪审团共同讨论产生。这种程序多见于需采取陪审员审理的诉讼案件(jury trial)。由于此类案件单凭中立评估人难以实现对陪审团审判相对准确的预测,因此该第三方由陪审团来做更为合适。

在程序启动之前,当事人和法官需对陪审员的选任进行确认。当事人有权根据有关规则质疑或排除特定陪审员的出席。程序开始后,当事人律师需向法庭和陪审员充分展示案件的来龙去脉,包括有关事实与证据等。出于程序效率的考虑,该程序一般不涉及证人出庭和交叉质证环节。此后,陪审员需退庭讨论并得出关于该案件的决定。虽然该决定不具有法律约束力,但由于陪审员事前并未被告知该案件采取的是“简易陪审团审判”,因此他们的决定无疑较客观真实,具有较强的代表性。对于最终结论具有充分预知后,当事人通常会在正式的诉讼程序启动前采取“息讼策略”,并以和解等形式化解纠纷。如果当事人未能如此选择,那么将进入正式诉讼程序。

#### 5. 早期中立评估(early neutral evaluation)

“早期中立评估”是一种借助于第三方的客观评价来解决争端的 ADR 类型。此种类型下,一般在争议发生之后,一方或者双方会咨询一个经验丰富的个人,如律师或者法律专家等,并通过他们的评价了解自己在案件中所处的地位,包括程序和实体上的优势或劣势。若处于劣势或微弱优势的话,当事人可能会对案情作出重新评估,在权衡利弊后,摒弃一些不切实际的想法,从而寻求更务实的争议解决方案。

一方或者双方在发起早期中立评估程序之前,通常会选定经验丰富、声望颇高的中立评估人。与此同时,当事人还需要提交尽可能丰富、完整的证据材料和事实材料,从而使得中立评估人后期可以借此做出可参考性较高的评估报告。程序进行过程中,在一方或双方当事人陈述后,中立评估人则会对案件的走势给予预判。结合特定案情和自身的法律经验,中立评估人会对该案件一旦进入司法程序或仲裁程序后的结果发表观点。程序收尾阶段,如果一方当事人通过早

期中立评估程序明确了自身胜算较大,则可能会进一步发起后续的争议解决程序,反之,则会选择更为理性的解决方案,如接受争议的协商解决等。值得一提的是,中立评估结论不具有法律约束力,它仅具有参考效力,如果存在后续争议解决程序,该评估结论不得作为证据使用。

#### 6. 专家决定程序(expert determination)

“专家决定程序”是一种寻求专业领域相关人士为当事人之纠纷作出决定的ADR。此类纠纷常应用于复杂的技术领域,主要针对事实问题,如采购的设备是否满足技术标准等。该程序中的专家往往并非法律专业出身,因此他们主要针对技术类事实问题开展工作。由于他们可以直接作出判断,故一般无须引入“专家证人”的辅助。若适用得当,该程序较之于仲裁具有更高的效率。专家决定程序具有契约性质,依当事人的选择而产生。而关于人员选定、中立性、授权事项、程序性安排等方面,同样依赖于当事人的协商确定。此外,专家决定程序具有保密性,不具有证据效力。在专家决定的执行力方面,鉴于专家决定具有契约性质,故拒不执行者将因此承担违约责任。在一定程度上,专家决定程序较类似于非约束型仲裁程序(non-binding arbitration)。

#### 7. 仲裁前公断程序(pre-arbitral referee procedure)

“仲裁前公断程序”是针对长周期交易合同而设立的一类ADR。此类合同由于履行期较长,随时可能出现较为紧急的状况。若等到仲裁程序或法院程序发起并作出结论,恐怕为时已晚。有鉴于此,国际商会率先引入了仲裁前公断程序,<sup>①</sup>其主要功能涉及“财产保全”“行为保全”“证据保全”“支付令”和“文件交付令”等。该程序的发起以当事人的书面合意为前提。公断人由当事人选择或机构指定而产生,通常采取名册制度,由公断人作出的指令具有契约性和保密性。根据仲裁前公断程序规则,在无相反约定的情况下,当事人承诺将毫不迟延地履行该指令,并放弃向其他管辖机构挑战其效力的权利。实践中,由于指令缺乏终局性,故一般被作为契约而非仲裁裁决来认定。

#### 8. 私人审判(private judging)

“私人审判”是当事人聘请或经申请由法院指定法官以解决纠纷的一种ADR,这种方式多见于美国。从本质上讲,此种ADR同样是一种契约性质的安排,但它的不同之处在于裁判人员为“法官”,而非社会人士,因此,也有人称其为“租用法官式的ADR”。在当事人依合同聘请法官的情况下,他们就裁判的时间、人员的选择、具体程序的选择、证据规则等具有较大的控制力。最终形成的决定具有契约性质,无法上诉。它虽无法院判决般的既判力,却可以按照合同而

<sup>①</sup> See Pre-arbitral Referee Rules, International Court of Arbitration, 2012.

获执行,拒不执行的话,可引发违约责任。如果该程序是依法律授权情况而开展的,根据有关法域立法,该决定通常等同于法院判决,且可以进行上诉。

#### 9. 商事仲裁(commercial arbitration)

“商事仲裁”是影响力最大的一种 ADR。它是由中立的第三方,即仲裁庭,在一个非正式的程序中听取当事人的举证和辩论后,对有关争议作出有法律拘束力裁决的一种 ADR。它主要有“机构仲裁”和“临时仲裁”(ad hoc arbitration)两种类型。较之于其他类型的 ADR,商事仲裁裁决并非契约性质的文书,而是具有强制约束力的“准司法性决定”。不仅如此,较之于法院程序,商事仲裁一般遵守“一裁终局”的规则,当事人在极大多数情况下是难以推翻裁决或进行上诉的。仲裁程序的管辖权以有效的仲裁协议为前提,仲裁程序一旦成功发起,那么法院一般情况下便不具有对案件的管辖权。由于商事仲裁具有“准司法性”,各国法律对于仲裁的约束较之于其他 ADR 也更强。这主要体现在事项的可仲裁性、仲裁协议效力的认定、仲裁员的资格、仲裁裁决的监督、仲裁裁决的承认与执行等方面。值得一提的是,1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的订立,为仲裁裁决在异国的承认与执行提供了极大的便利。而《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《国际商事仲裁示范法》)的推出则更是为全世界仲裁法主要内容的统一化做出了巨大贡献。正是基于上述原因,“商事仲裁”常常是国际商事争议中的首选 ADR 程序。

#### 10. 混合型 ADR(hybrid ADR)

“混合型 ADR”是对多种类型 ADR 进行“排列组合”的产物,属于多层次争端解决机制。一般而言,为确保争议的终局性,多层次争端解决机制以诉讼或者仲裁作为最后一道争端解决程序。在最后一道程序被发起之前,当事人可约定采取其他类型的 ADR,以争取更快捷、更恰当地解决纠纷。

较为典型的“混合型 ADR”有“调解—仲裁”程序,即当事人在争议解决条款中约定,争议产生之时,当事人应本着友好协商的态度解决纠纷。若纠纷无法解决,则交由某机构调解解决。若调解无效,则交由该机构仲裁,且裁决具有终局性。在一些情况下,“调解—仲裁”程序中的调解员和仲裁员是重合的。实践中,上述类型的“混合型 ADR”还产生了一系列“变形”,主要包括以下六种形式:先调解后仲裁(Med-Arb)、影子调解(shadow mediation)、仲裁中调解(Arb-Med)、调解失败后每方当事人提供一个最后仲裁方案(medaloa)、调解仲裁共存(Co-Med-Arb)、仲裁后调解(Med-Post-Arb)。<sup>①</sup>除较为典型的混合型 ADR,当事人还可根据案情的需要,依意思自治而选择不同类型的 ADR 加以组合。混合型

<sup>①</sup> 参见王生长:《仲裁与调解相结合的理论 and 实务》,法律出版社 2001 年版,第 78—79 页。



ADR 的优势在于可以吸取各种 ADR 之优势,针对特定案件“量身定制”ADR 程序;其问题往往集中在混合型 ADR 之间的兼容性,以及混合型 ADR 争端解决条款的可执行性等方面。如果条款安排不当,既可能导致部分 ADR 难以发挥程序上的约束力,也可能增加 ADR 的成本,这反而不利于争议解决。

#### 11. 法院附设类 ADR (court-annexed ADR)

“法院附设类 ADR”主要是将“调解”和“仲裁”与司法程序相结合的一种做法。在“法院附设调解”(court-sponsored mediation)中,针对特定争议事项,相关法律会规定将调解纳为诉讼的前置性程序,即当事人必须经历调解程序,并且仅当调解失败后方能开始诉讼。有些国家还存在“法院附设仲裁”(court-annexed arbitration)形式的 ADR。在美国的实践中,法院附设仲裁通常也是诉讼的前置性程序,仲裁庭作出的裁定具有约束力,其程序须遵守《联邦证据规则》等法律。尽管当事人仍旧可以发起重新审理的程序,但需要为此承担一定的风险和代价,如缴纳保证金,败诉后支付对方的律师费用,甚至接受败诉的惩罚等。

### 三、国际商事仲裁

由上文可知,从“替代性”的角度看,仲裁也是 ADR 的一种类型。作为现代争议解决中两种基本的法律方法,仲裁和司法解决总是相提并论地出现在国际法文件中。其实,两者虽然在形式上有些类似,但在性质上是不同的。

广义的仲裁,其历史可追溯到古希腊、古罗马时期。公元前 621 年,古希腊的成文法律中就包含仲裁的内容,城邦之间发生争议,常常采用仲裁方式解决。公元前 5 世纪,古罗马共和国时代的《十二铜表法》中对仲裁多有记载,后来由于受到高卢族的入侵,《十二铜表法》被毁,但仲裁这种解决纠纷的方式却被保存了下来。中世纪后期,由古罗马帝国废墟上兴起的各政治单位在其相互关系中曾一度广泛地运用仲裁方式解决彼此间的争端,罗马教皇经常充任仲裁人。这个时期的仲裁带有浓厚的宗教色彩,也不是近现代意义上的国际商事仲裁。

随着古罗马城市和商业经济的发展,仲裁的重要性日益凸显。由于当时社会中,封建经济仍处于主导地位,商业活动仍受到封建制度及封建经济的压制,所以商业活动所产生的争议并不能直接在古罗马的法院中得到解决,法院对商业纠纷采取抵制态度,不予受理。在这种情况下,争议双方的商人们便共同选择彼此信任的第三者来居中裁断,裁断的结果由仲裁双方自觉履行,并且一裁终局。这种仲裁的一大缺点在于仲裁裁决的执行需要双方当事人的自愿,缺乏法律强制力。

以 1794 年美英之间的《杰伊条约》(Jay Treaty)为标志,严格意义上的仲裁才真正产生。《杰伊条约》的一个重要特点是,它首次创立了具有仲裁职能的“混