

邓杰著

SHANG SHI ZHONG CAI FA  
LILUN YU SHIWU

# 商事仲裁法

## 理论与实务



兰州大学出版社  
LANZHOU UNIVERSITY PRESS

邓杰著

SHANG SHI ZHONG CAI FA  
LILUN YU SHIWU

# 商事仲裁法

## 理论与实务

兰州大学出版社

---

图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁法理论与实务/邓杰著. —兰州:兰州大学出版社, 2006. 2

ISBN 7-311-02757-8

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(2006)第 018589 号

---

商事仲裁法理论与实务

邓杰 著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8912613 邮编:730000

E-mail: [press@onbook.com.cn](mailto:press@onbook.com.cn)

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

---

兰州大学出版社激光照排中心排版

兰州德辉印刷有限责任公司印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 18.75

2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

字数: 360 千字 印数: 1~2000 册

---

ISBN7-311-02757-8/D·207 定价: 36.00 元

邓杰(1972-),女,湖北松滋人,武汉大学国际法研究所法学博士。现为厦门大学法学博士后流动站研究人员,华侨大学法学院副教授、硕士生导师、国际法系主任。兼任中国国际私法学会理事,《北京仲裁》顾问,上海、武汉、泉州仲裁委员会仲裁员。

主要著作有《伦敦海事仲裁制度研究》(独著,法律出版社2002年版,获福建省第五届社会科学优秀成果三等奖)、《国际私法总论》(独著,知识产权出版社2004年版)、《国际私法分论》(独著,知识产权出版社2005年版)、《牛津法律大辞典》(合译,法律出版社2003年版)等。先后在《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》等期刊上发表论文30余篇。

# 目 录

第一章 导论/1	1
第一节 选择性争议解决方式/1	1
一、选择性争议解决方式的特点/2	2
二、选择性争议解决方式的种类/3	3
三、选择性争议解决方式的新发展/4	4
第二节 商事仲裁的概念和特点/5	5
一、商事仲裁的概念/5	5
二、商事仲裁的特点/9	9
第三节 商事仲裁的性质/13	13
一、司法权论/14	14
二、契约论/14	14
三、混合论/16	16
四、自治论/17	17
第四节 商事仲裁的起源和发展/18	18
一、商事仲裁的起源/18	18
二、商事仲裁的发展/19	19
第五节 商事仲裁的价值及其实现/25	25
一、商事仲裁的价值/25	25
二、商事仲裁价值的实现/29	29
第二章 仲裁协议/33	33
第一节 仲裁协议概述/33	33
一、仲裁协议的概念和类型/33	33

二、仲裁协议的效力/36	
第二节 仲裁协议的形式/37	
一、概述/37	
二、仲裁协议“书面形式”的含义/38	
三、几种情形下仲裁协议书面形式的认定/41	
四、我国的规定及其完善/45	
第三节 仲裁协议的内容/47	
一、仲裁协议的一般内容/47	
二、我国的规定及其完善/53	
第四节 仲裁协议的有效性及其认定/58	
一、仲裁协议的有效要件/59	
二、仲裁协议有效性的认定/63	
第五节 仲裁协议独立性理论/71	
一、仲裁协议独立性理论的含义/71	
二、仲裁协议独立性理论的确立和发展/72	
三、仲裁协议独立性理论的依据/76	
四、我国的规定及其完善/77	
第六节 仲裁庭管辖权自决原则/80	
一、仲裁庭管辖权自决原则的确立/80	
二、仲裁庭管辖权自决原则的内容/81	
三、确立仲裁庭管辖权自决原则的意义/84	
四、仲裁庭管辖权自决原则与仲裁协议独立性理论的关系/84	
五、我国的规定及其完善/85	
第七节 诉讼程序的中止和强制执行仲裁协议/92	
一、诉讼程序的中止/92	
二、强制执行仲裁协议/97	
三、我国的规定及其完善/98	
第三章 仲裁庭/101	
第一节 仲裁庭的成员/101	
一、仲裁庭成员的资格/101	
二、仲裁庭成员的责任/105	
第二节 仲裁庭的组成/109	
一、仲裁庭成员的人数/109	
二、仲裁庭成员的确定/111	
三、仲裁庭成员的回避/114	

第三节	仲裁庭的重组/118
一、	仲裁庭重组的方式/118
二、	仲裁庭重组后的影响/119
第四章	仲裁程序(一)——普通程序/120
第一节	仲裁程序的一般原则/120
一、	自然公正/120
二、	保密性原则/122
第二节	仲裁程序的开始与推进/123
一、	仲裁程序的开始/124
二、	仲裁程序的推进/136
第三节	商事仲裁的申请与受理/140
一、	商事仲裁的申请/140
二、	商事仲裁的受理/142
第四节	商事仲裁的答辩与反请求/144
一、	商事仲裁的答辩/144
二、	商事仲裁的反请求/145
第五节	商事仲裁的审理方式/147
一、	口头审理/147
二、	书面审理/161
三、	我国的规定及其完善/164
第六节	商事仲裁中的调解/165
一、	商事仲裁中的调解的含义及特点/165
二、	商事仲裁中的调解的起源与发展/166
三、	关于商事仲裁中的调解的理论分歧/170
四、	商事仲裁中调解的原则/175
第七节	商事仲裁中的财产保全/177
一、	有权作出财产保全决定的机构/177
二、	申请财产保全的时间/178
三、	财产保全与仲裁协议的关系/178
四、	我国的规定及其完善/178
第八节	商事仲裁中的合并仲裁/183
一、	不允许合并仲裁/183
二、	允许合并仲裁/184
三、	我国的规定及其完善/185

## 第五章 仲裁程序(二)——简易程序/186

### 第一节 小额索赔程序/187

### 第二节 快速低费程序/189

### 第三节 我国商事仲裁中的简易程序及其完善/193

## 第六章 仲裁裁决/196

### 第一节 仲裁裁决的概念和类型/196

#### 一、对席裁决和缺席裁决/196

#### 二、中间裁决、部分裁决和终局裁决/196

#### 三、合意裁决和非合意裁决/197

#### 四、补充裁决和被补充裁决/197

### 第二节 仲裁裁决的作出/198

#### 一、作出仲裁裁决的依据/198

#### 二、作出仲裁裁决的地点和期限/201

#### 三、作出仲裁裁决的方式/203

### 第三节 仲裁裁决的承认与执行/203

#### 一、仲裁裁决的国籍/204

#### 二、内国仲裁裁决的承认与执行/204

#### 三、外国仲裁裁决的承认与执行/205

#### 四、我国关于仲裁裁决承认与执行的制度及其完善/208

### 第四节 仲裁裁决的撤销程序/219

#### 一、仲裁裁决撤销程序与仲裁裁决承认与执行程序的区别/219

#### 二、仲裁裁决撤销程序存废之争/220

#### 三、撤销仲裁裁决的理由/221

#### 四、我国关于仲裁裁决撤销程序的规定及其完善/222

## 第七章 国际商事仲裁的法律适用/228

### 第一节 国际商事仲裁协议的法律适用/228

#### 一、依当事人协商选择的法律/228

#### 二、依仲裁地法或裁决作出地法/229

#### 三、依一般冲突法规则/229

#### 四、依主合同的准据法/230

#### 五、依一般法律原则和国际贸易惯例/230

#### 六、依有利于仲裁协议有效成立的法律/230

### 第二节 国际商事仲裁程序的法律适用/231

#### 一、当事人协商选择仲裁程序法/231

#### 二、仲裁地法及其影响/231



三、非当地化理论及其局限性/233

第三节 国际商事仲裁实体问题的法律适用/236

一、当事人协商选择实体法/236

二、依冲突法规则确定实体法/236

三、直接确定实体规则/238

附录 商事仲裁主要法规/240

1. 中华人民共和国仲裁法/240

2. 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则/248

3. 中国海事仲裁委员会仲裁规则/263

4. 联合国承认及执行外国仲裁裁决公约/276

5. 国际商事仲裁示范法/280



# 第一章 导论

## 第一节 选择性争议解决方式

选择性争议解决方式,译自英文中的“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”,<sup>①</sup>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、微型审判等在内的争议解决程序的总称。<sup>②</sup>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已日益受到冲击和挑战。首先,人类文明的进步,使越来越多的利益上升为国家法律承认的权利,特别是1960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;<sup>③</sup>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

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。

② 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》(中英文对照),中国对外经济贸易出版社1998年版,第197页;李双元主编:《国际法与比较法论丛(第五辑)》,中国方正出版社2003年版,第527页。

③ 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;法院事物的处理日常化、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”。参见李双元主编:《国际法与比较法论丛(第五辑)》,中国方正出版社2003年版,第531~532页。



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,<sup>①</sup>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,法院常常是捉襟见肘,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。<sup>②</sup>只是社会发展到今天,这种争议解决方式重又为人们所发现、重视和运用,这不仅是由于诉讼的各种缺陷和弊病充分暴露了出来,更是基于这种争议解决方式本身所具有的能很好地适应社会发展需要的特质,而这种特质又恰恰是诉讼所无法企及的。

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,可以自由协商程序进行的步骤和方式,不受僵硬的形式主义的约束,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<sup>③</sup>,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

<sup>①</sup> 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、赵秀文选译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 652~654 页。

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 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。



间公开地一刀两断地作出胜、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,尽量对争议进行平衡解决,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,促进双方关系的良性循环。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,为仲裁裁决的域外承认与执行奠定了广泛的国际基础。<sup>①</sup>

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。<sup>②</sup>

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,由于相应规范性和强制性的不够或缺乏,不仅使得 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 就会有多种具体的方法。<sup>③</sup>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,根据不同的标准分类,可将 ADR 分为以下一些类型。

### 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

<sup>①</sup> 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》。

<sup>②</sup> 参见王生长著:《仲裁与调解相结合的理论实务》,法律出版社 2001 年版,第 10 页。

<sup>③</sup> 参见宋连斌著:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社 2000 年版,第 9 页。



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 以及混合型 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、微型审判)。

### 3. 机构 ADR 和临时 ADR

根据 ADR 中是否有提供 ADR 服务的机构参与和协助的标准,可将其分为机构 ADR 和临时 ADR。两者的重要差别在于:机构 ADR 依据的程序规则,是已由 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,广大的欧洲国家却对此不以为然。在它们看来,仲裁经过多年的发展和演进,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,已有了明显的差异,不应归为一类。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

随着科技的发展,信息技术提高和应用,尤其是国际互联网的建立和电子商务的兴起,ADR 逐渐被引入网络空间,从而又出现了在线 ADR——ODR(Online Dispute Resolution)。ODR 是以 ADR 为基础的各种网上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。许多争议尤其是电子商务争议能通过国际互联网得到迅速、有效的解决,是 ODR 产生的基本动因,也是 ODR 的基本功能。<sup>①</sup>

ODR 的产生引起了国际社会的广泛关注和高度重视,许多国家和国际组织开始设立机构和网站并制定规则,率先尝试这种在线争议解决的实践,如美国提供网上调解服务的 Online Mediators、提供网上仲裁服务的 The Virtual Magistrate Pro-

<sup>①</sup> Esther Van Den Heuvel, *Online Dispute Resolution As a Solution To Cross - Border e - disputes*, <http://www.oecd.org/pdf/M00001000/M00001529.pdf>. (2000 年 12 月 5 日)



ject(VMP)<sup>①</sup>;加拿大提供网上仲裁服务的 e-Resolution;世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization,缩写为 WIPO)仲裁与调解中心为提供网上仲裁服务而新修订的网上快速仲裁规则<sup>②</sup>。

ADR 与网络技术的结合产生了 ODR,为人类的争议解决提供了新的思路,开辟了新的途径。但是,网络虚拟空间终究不同于现实物理空间,这便注定了 ODR 在运用和发展的过程中,必然会受到传统法律理念和制度的限制和阻碍。因此,如何实现传统法律理念的更新和传统法律制度的变革,以保证 ODR 健康、顺利地发展,进而适应网络争议合理解决的需要,将是电子时代摆在人们面前的一个重大课题。

## 第二节 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们的欢迎和青睐。因为,仲裁十分契合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,<sup>③</sup> 并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,将有关的商事争议提交给第三者,即仲裁员或公断人(Arbitrator, Referee),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。从以上定义可知,商事仲裁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;<sup>④</sup> (2)商事仲裁是当事人通过

<sup>①</sup> 这是由美国仲裁协会(American Arbitration Association,缩写为 AAA)推出的一个在线项目,主要受理商标或版权争议、不当获取商业秘密、诽谤、欺诈、欺骗性交易行为、侵犯隐私等。

<sup>②</sup> 1998年《世界知识产权组织网上快速仲裁规则》包含了 WIPO 快速仲裁规则,只是在某些方面作了修改,以使得可以在线进行。

<sup>③</sup> 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。参见赵健著:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社 2000 年版,第 7 页。

<sup>④</sup> 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。



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;<sup>①</sup>(3)商事仲裁是由当事人选定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。<sup>②</sup>

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。

### (一)“商事”的含义

确定争议的商事性质,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。<sup>③</sup>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。<sup>④</sup>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。<sup>⑤</sup>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,而且由于“商事”的概念常常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

① 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。参见谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第72页。

② 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,通常能自觉履行裁决。

③ 法国《商事法典》第631条。

④ 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。

⑤ 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。



联合国国际贸易法委员会在起草《国际商事仲裁示范法》<sup>①</sup>（以下简称《示范法》）时，曾就“商事”的定义问题展开过讨论，后终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。<sup>②</sup>

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。<sup>③</sup>由此可见，我国关于“商事”的解释也是一种较为广义的解释。

## （二）“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。<sup>④</sup>最近，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，积极支持国际商事仲裁的发展。对于认定争议可仲裁性的问题，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外，在实践中还总是对公共秩序作狭义的解释。<sup>⑤</sup>

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

<sup>①</sup> 1985年联合国《国际商事仲裁示范法》制定后，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、国际化和统一化的新的序幕。

<sup>②</sup> 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”。

<sup>③</sup> 最高人民法院1987年《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。

<sup>④</sup> 1991年《中华人民共和国民事诉讼法》第217条、第260条和1994年《中华人民共和国仲裁法》第63条、第70条至第71条。

<sup>⑤</sup> 参见韩健著：《现代国际商事仲裁法的理论与实践（修订本）》，法律出版社2000年版，第3页。





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<sup>①</sup>,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、船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而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。<sup>②</sup>

### 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。法国是采用此标准的最具代表性的国家。法国1981年的《民事诉讼法典》第1492条规定,凡涉及到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,或者一个国家与其在国内经商的外国公司的子公司订立了合同。”<sup>③</sup>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《示范法》期间,其秘书处曾特

<sup>①</sup> 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。参见韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践(修订本)》,法律出版社2000年版,第4页。

<sup>②</sup> 参见韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践(修订本)》,法律出版社2000年版,第5~6页。

<sup>③</sup> ICC Publication, *The International Solution to International Business Disputes Arbitration*, No. 301, 1977, p. 19.