

# 现代国际商事仲裁法的 理论与实践

韩 健 著

法律出版社

PUBLISHING HOUSE OF LAW

# 现代国际商事仲裁法的 理论与实践

韩 健

(京) 新登字 080 号

现代国际商事仲裁法的理论与实践

韩 健

法律出版社出版发行

(北京宣武区广内登莱胡同 17 号)

新华书店经销

北京印刷一厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 11,875 印张 317,000 字

1993 年 5 月第一版 1993 年 5 月第一次印刷

印数 0,001—3,000

ISBN7-5036-1227-4/D·990

定价 8.30 元

## 序

商事仲裁是当今各国处理国际商事纠纷的一种通行制度。国际商事仲裁法律制度已发展成为现代国际法中一个重要组成部分。我国实行对外开放政策以来，商事纠纷的案件日渐增多，许多法律问题亟待研究。但目前在我国，全面深入地研究这一问题的，尚属罕见。在这种情况下，韩健博士写出了《现代国际商事仲裁法的理论与实践》这本书，的确是一件值得欣慰的事。

作者收集掌握了大量的中外文资料，用比较研究的方法，对比了大陆法国家和普通法国家有关法制的异同，评论其得失，条分缕析，有理有据。不但如此，该书还对有关的国际公约，特别是对我国业已参加的《纽约公约》，进行了相当详尽的分析。作者对现代国际商事仲裁中有关仲裁的概念、仲裁的性质、仲裁协议、仲裁庭的组成和管辖权、仲裁中的可适用法律以及外国仲裁裁决的承认和执行等许多重要问题，从理论和实践两个方面作了全面、系统、深入的研究和探讨。这对完善我国的仲裁立法和准确地适用《纽约公约》，都具有重要的参考价值。该书取材丰富，资料翔实，结构严整，观点新颖，并且始终牢牢掌握了理论联系实际这一原则，不但具有重要的理论意义，而且具有较高的实用价值。这本书的出版，不论对我国从事对外经济贸易实际工作、教学和研究人员的，还是对司法工作者、外事工作者以及政法院校的师生，都会有所裨益。

韩德培

1992年元月珞珈山

## 前 言

利用仲裁方式解决国际商事争议由来已久。早在1889年，英国为了解决它和欧洲大陆各国商人在国际贸易中发生的纠纷，公布了第一部仲裁法，首次通过立法确立了国际贸易领域中的仲裁制度。20世纪以后，尤其是第二次世界大战以后，随着科技和经济的迅速发展，各国之间的国际经济贸易交往不断扩大。由于仲裁解决商事争议具有司法诉讼所不可能有的种种优点，各国从事经济贸易交往的当事人宁愿选择仲裁方式解决争议而不愿诉诸国内法院，使仲裁已发展成为现代处理国际经济贸易纠纷的一种通行制度。世界各国大多制定有本国的仲裁法，用以调整有关的国际商事仲裁法律关系。为统一各国仲裁立法，促使国际商事争议的有效解决，国际社会还制订了多项国际商事仲裁公约。其中在全球最具影响的是由联合国在纽约主持制订的1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》。1958年，联合国国际贸易法委员会还拟订了《国际商事仲裁示范法》，供各国立法时借鉴或采纳。

我国实行对外开放政策以来，涉外经济贸易纠纷相应增多，我国国际经济贸易仲裁机构的审理和解决案件的范围和数量不断扩大。1986年，我国签署了1958年《纽约公约》，从而进入了承认和执行外国仲裁裁决之国际统一法的运行机制。国际商事仲裁制度在我国对外经济贸易领域中的作用正日趋重要。加强对国际商事仲裁制度的研究，进一步完善我国的仲裁立法，对维护我国当事人在对外经济贸易活动中的各种权益，保证我国对外经济交往的顺利进行和发展，具有重要现实意义。这也是撰写本书的基点。

在撰写本书过程中，得到了我国著名国际法学家韩德培教授的

悉心指导。对外经济贸易部条法司司长赵承璧教授、中国政法大学朱奇武教授、西北政法学院刘振江教授、中南政法学院张仲伯教授以及武汉大学法学院梁西教授和李双元教授曾给予多方面的热心指教。在此期间，我曾获得中美法学教育交流委员会提供的福特研究金和美国衣阿华大学亚太中心提供的研究金在衣阿华大学法学院进行一年多的法学研究。该法学院院长 N·威廉·汉斯 (N·William Hines) 教授、阿德里安·温 (Adrien Wing) 教授、大卫·巴尔杜斯 (David Baldus) 教授和约翰·赖茨 (John Reitz) 教授在提供撰写本书的资料方面给予了大力的支持和帮助。现一并表示衷心的感谢。

由于国际商事仲裁法涉及面广，理论性、实践性和综合性都很强，加上本人学识有限，书中如有不当和错误之处，敬祈诸位前辈学者及本书的读者批评指正。

**作者**

1992 年元月

# 目 录

<b>第一章 导论</b> .....	1
<b>第一节 国际商事仲裁的概念</b> .....	1
一、仲裁的概念.....	1
二、“国际商事”的含义.....	2
三、国际商事仲裁的特点.....	17
<b>第二节 国际商事仲裁的类别</b> .....	21
一、国家为一方当事人的仲裁和非国家当事人之间的仲裁.....	21
二、友好仲裁和依法仲裁.....	22
三、机构仲裁和特别仲裁.....	24
<b>第三节 国际商事仲裁的性质</b> .....	27
一、司法权理论.....	27
二、契约理论.....	28
三、混合理论.....	30
四、自治理论.....	32
<b>第二章 国际商事仲裁协议</b> .....	34
<b>第一节 仲裁协议的概念和类型</b> .....	34
一、仲裁协议的概念.....	34
二、仲裁条款和仲裁协议书.....	35
三、现有争议和将来争议.....	35
<b>第二节 仲裁协议的法律效力</b> .....	38
一、对当事人的法律效力.....	38
二、对仲裁员和仲裁机构的法律效力.....	39

三、对法院的法律效力 .....	40
四、使仲裁裁决具有强制执行力的法律效力 .....	43
第三节 法院强制执行仲裁协议 .....	43
一、一方当事人请求执行的问题 .....	44
二、当事人提出请求的时限 .....	45
三、司法诉讼程序的中止和强制执行仲裁 .....	47
第四节 仲裁协议的有效要件 .....	49
一、仲裁协议的形式 .....	50
二、仲裁协议当事人的行为能力 .....	52
三、争议事项的可仲裁性 .....	65
第五节 仲裁协议的内容 .....	68
一、仲裁条款的基本内容 .....	68
二、当事人拟定仲裁协议书的要点 .....	74
三、示范仲裁条款 .....	75
第六节 仲裁条款的独立性问题 .....	78
一、两种观点 .....	79
二、主合同自始无效或不存在对仲裁条款的影响 .....	82
三、仲裁条款的措词对其独立性的影响 .....	87
第七节 仲裁协议的准据法 .....	89
一、依当事人选择的法律 .....	90
二、依仲裁地国或裁决作出地国法 .....	91
三、当事人行为能力之准据法的例外 .....	93
第八节 书面仲裁协议有效成立的形式 .....	93
一、当事人的签署问题 .....	95
二、口头或默示接受仲裁协议之有效性的排除 .....	97
三、对互换形式仲裁协议的接受问题 .....	101
四、标准条件中的仲裁条款 .....	104
五、代理订立仲裁协议的授权形式 .....	110
<b>第三章 国际商事仲裁庭</b> .....	<b>113</b>



第一节 仲裁庭的组成	113
一、仲裁庭的组成人数	113
二、仲裁员的指定	117
第二节 仲裁员的资格要求	123
一、被任命人的身份	123
二、仲裁员的特别资格	126
三、仲裁员的公正性和独立性	127
第三节 对仲裁员的异议及仲裁员的更替	133
一、对仲裁员提出异议	133
二、仲裁员的更替	138
第四节 仲裁员的权限和职责	140
一、仲裁员的权力	140
二、仲裁员的义务	143
三、仲裁庭的管辖权	150
四、法院对管辖权问题的控制及仲裁庭解决管辖权问题的方式	157
<b>第四章 国际商事仲裁的进行</b>	<b>161</b>
第一节 概述	161
一、当事人自治	162
二、辩论式程序和纠问式程序	164
三、仲裁地的考虑	165
第二节 仲裁过程中的法院干预	166
一、概述	166
二、临时保全措施	166
三、法院的支持作用	168
四、法院的监督作用	170
第三节 仲裁的预备步骤	170
一、概述	170
二、预备会议的进行	171

三、预备会议所确定的问题·····	172
第四节 书面意见·····	173
第五节 证据·····	176
一、概述·····	176
二、文件的提供·····	178
三、证人证言·····	181
四、专家证据·····	183
五、争议标的物的查验·····	186
<b>第五章 国际商事仲裁中的仲裁(程序)法</b> ·····	<b>188</b>
第一节 仲裁程序法的范围和独立性·····	188
一、仲裁程序法的范围·····	188
二、仲裁程序法所属法律体系的独立性·····	191
第二节 仲裁程序法的确定·····	194
一、当事人选择仲裁程序法·····	194
二、当事人未有明示选择时仲裁程序法的确定·····	198
三、仲裁地法的影响·····	202
第三节 非国内化的仲裁(程序)法·····	205
一、非国内化仲裁的提出和发展·····	205
二、非国内化仲裁和“浮动”裁决·····	206
三、对非国内化仲裁的批评·····	208
<b>第六章 国际商事仲裁中的实体法</b> ·····	<b>211</b>
第一节 当事人选择仲裁实体法·····	211
一、意思自治原则·····	211
二、当事人选择法律的时间·····	213
三、当事人选择法律的限制·····	216
四、国内法和非国内规则的选择·····	224
第二节 当事人未作选择时实体法的确定·····	224
一、依冲突法规则确定实体法·····	226
二、不依冲突法规则确定实体法·····	235

第三节	非国内规则的适用	240
一、	国际法和一般法律原则	240
二、	并存法	244
三、	商法	247
四、	商法的适用问题	250
<b>第七章</b>	<b>国际商事仲裁中的仲裁裁决以及对裁决的异议</b>	<b>257</b>
第一节	仲裁裁决的种类	257
一、	最后裁决	257
二、	临时裁决	259
三、	部分裁决	261
四、	缺席裁决	262
五、	合意裁决	263
第二节	仲裁裁决的作出	265
一、	裁决的形式和内容	265
二、	多数票决定和首席仲裁员决定	265
三、	裁决理由的说明	267
第三节	对仲裁裁决的异议	272
一、	提出异议的目的和地点	273
二、	求助于法院的手段	274
三、	提出异议的时限	279
第四节	反对仲裁裁决的理由	279
一、	裁决本身的问题	280
二、	管辖权问题	280
三、	程序问题	283
四、	公共政策问题	284
<b>第八章</b>	<b>外国仲裁裁决的承认和执行</b>	<b>285</b>
第一节	内国仲裁裁决和外国仲裁裁决	286
一、	内国裁决与外国裁决的区分	286
二、	领域标准和非内国裁决标准	287

三、非内国裁决标准的适用范围·····	291
四、非内国裁决的认定·····	293
第二节 承认和执行外国仲裁裁决的程序·····	295
一、承认和执行裁决的含义·····	295
二、承认和执行地的选择·····	296
三、执行裁决的程序规则·····	298
第三节 申请执行外国仲裁裁决的条件·····	304
一、概述·····	304
二、申请执行裁决条件的履行问题·····	306
三、文件的认证和证明·····	307
四、认证或证明的主管机关·····	310
五、文件的译本问题·····	311
第四节 拒绝执行外国仲裁裁决的理由·····	313
一、仲裁协议无效·····	314
二、违反正当程序·····	314
三、仲裁员超越权限·····	323
四、仲裁庭的组成或仲裁程序不当·····	324
五、裁决不具约束力或已被撤销·····	327
第五节 承认和执行外国仲裁裁决的公共政策问题·····	342
一、概述·····	342
二、国内公共政策和国际公共政策·····	342
三、争议标的物或争议事项的不可仲裁性·····	348
四、仲裁员不公和未附具裁决理由·····	351
第六节 外国仲裁裁决在我国的承认和执行·····	355
主要参考书目和文选·····	360
一、中文·····	360
二、西文·····	362

# 第一章 导 论

## 第一节 国际商事仲裁的概念

### 一、仲裁的概念

仲裁（亦称公断）是解决争议的一种方法，即由双方当事人将其争议交付第三者居中评断是非并作出裁决，该裁决对双方当事人均具有拘束力<sup>①</sup>。

依仲裁制度适用领域的不同，可将仲裁分为三种不同性质的仲裁：

（一）国际仲裁。严格意义上的国际仲裁是指国家间为某一公法上的争端提请第三方解决的仲裁，是解决国际争端的方法之一，属国际公法研究的范围。

（二）国内仲裁。是指对一国范围之内企业或私人间的争议的仲裁，是一种国家内部的经济仲裁制度，主要用于解决一国国内的贸易、经济、劳动等争议，属国内程序法的研究范围。

（三）国际商事仲裁。国际商事仲裁主要包括对外经济贸易仲裁和海事仲裁。国际商事仲裁作为国内商事仲裁的一种扩展延伸已独立地发展起来，它以私法方面带有涉外因素的争议为主要对象，既不同于解决国家间某一公法上的争端的国际仲裁，也不同于一国范

---

<sup>①</sup> 韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社，1989年修订版，第452页。

围内企业和私人间的国内仲裁<sup>①</sup>。由于主权国家的商事活动日益增加以及国家鼓励跨国投资，国家与私人实体间订立国际合同已在国际经济交往中占有相当的比例。在这类合同中常常订有通过仲裁解决其争议的条款或协议。这种国家与私人实体间争议的仲裁，被称为跨国仲裁(transnational arbitration)<sup>②</sup>。跨国仲裁具有某些公法的性质，例如在仲裁中经常适用国际法的一般原则，有时还涉及到国家主权豁免问题。但同时，跨国仲裁中也经常适用国内合同法。本书中的主张是，广义的国际商事仲裁应包括涉及国家与私人实体间争议的跨国仲裁在内。

## 二、“国际商事”的含义

关于国际商事仲裁的一般定义有多种表述。从国际上和我国国际商事仲裁的发展现状看，可将国际商事仲裁概括性地定义为：是指当事人各方将他们之间发生的具有国际性的商事争议提交由一名或数名仲裁员组成的仲裁庭作出对当事人各方有拘束力的裁决。关于国际商事仲裁的确切概念和范围，即“国际”和“商事”的确切含义是什么，何种仲裁为国际仲裁，何种争议或关系是商事性的，在国际上尚无普遍接受的统一定义，这是有关国际商事仲裁概念的重要问题。

### (一) 关于“国际”的含义

仲裁是属国际性质的仲裁，还是属国内性质的仲裁，在许多国家具有特别重要的意义。这些国家将国际仲裁与国内仲裁严格区分开，一起因跨国关系(transnational context)方面的争议而引起的仲裁，往往可以免除国内仲裁所必须遵从的一些法定限制<sup>③</sup>。在仲裁

---

<sup>①</sup> 见《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社，1984年第1版，第520页。

<sup>②</sup> G. R. Delaume, *State Contract and Transnational Arbitration*, 75 *American Journal of International Law*, 1981, p. 784.

<sup>③</sup> G. R. Delaume, *Transnational Contracts Applicable Law and Settlement of Disputes*, 1988, P. 285.

法发展得比较完备的国家里，一般都准许国际仲裁中的当事人享有较国内仲裁中的当事人更多的自由权(freedom)<sup>①</sup>。例如法国于1981年颁布的《民事诉讼法典》便将国际仲裁与国内仲裁明确分开，为国际仲裁案的审理规定了较国内仲裁案更为简便的规则<sup>②</sup>。尤其引人注意的是，近年来国际商事仲裁的实践表明，不少国家出于国际贸易发展的需要和本国经济利益的考虑，积极支持国际商事仲裁。它们在国际仲裁中所持的关于争议可仲裁性的标准要比在国内仲裁中所持的标准灵活宽松得多<sup>③</sup>。在判定是否违反公共秩序方面，除了要求在国际仲裁中将公共秩序条款的适用缩小到最低限度外，还在国际仲裁实践中就公共秩序的范围作出了狭义的解释<sup>④</sup>。不言而喻，此种作法对仲裁裁决的有效性以及裁决的承认和执行有着直接的重大影响，往往决定了仲裁的最后成败与否。因此，它也就更突出了区分国际仲裁和国内仲裁的重要性。

各国区分商事仲裁是否属于“国际”仲裁的准则虽不统一，但大体上可归纳为两种类型。

1. 以实质性连结因素(material connecting factors)作为认定标准。

在一些国家，认定仲裁的国际性是以实质性连结因素为根据，包括仲裁地点，当事人的国籍、住所或居所、法人注册地、公司中心管理地等。这类标准有时又被称作地理标准(geographic criterion)或者法律标准(juridical criterion)。在某些阿拉伯国家，当事人的宗教信仰甚至也被作为确定仲裁国际性质的连结因素。

采用实质性连结因素标准的国家主要有英国、丹麦、瑞典、瑞

---

① A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1986, p. 285.

② 法国《民事诉讼法典》第1492—1507条，见 *International Handbook on Commercial Arbitration* (P. Sanders ed.), France: Annex I-9-11.

③ 见本书第七章第五节。

④ 见本书第七章第五节。

士<sup>①</sup>和一些阿拉伯国家，如叙利亚、埃及、利比亚和科威特等<sup>②</sup>。一般说来，在认定仲裁的国际性时，仲裁地点和当事人的国籍是重要的根据，同时还要考虑其他因素。如果当事人是个人，除考虑其国籍外，还必须考虑其惯常居住地。如果当事人是法人团体，则不能简单地完全以该法人的注册地或登记地为依据，还必须考虑其中心管理地这一因素。

英国1979年的《仲裁法》确定了“国内仲裁协议”的定义，从而把不属这一定义范围内的仲裁归属于英国法中的国际仲裁。根据该法的规定，如果仲裁在英国进行，而且订立仲裁协议时，当事人均是英国国民或惯常居住在英国，或者作为当事人的法人团体的组建地或中心管理地均在英国，仲裁属英国国内仲裁而不属国际仲裁。反过来讲，如果仲裁在英国国外进行，或者当事人有一方或双方不是英国国民或惯常居民，或者作为当事人一方或双方的法人团体的组建或中心管理地不在英国，该仲裁则可能或可以被认定是国际仲裁。在香港，1982年经修改的《仲裁法令》作出了类似于英国的规定：如果在订立仲裁协议时，当事人是香港以外的国家或领域的公民或惯常居民，或者当事人为法人而其组建地或管理地是在香港以外的国家或领域，则认为有关的仲裁是国际仲裁<sup>③</sup>。

瑞士确定仲裁的国际性也是采用连结因素方式。但与英国不同的是，瑞士更偏重考虑的是当事人的住所或惯常居所。1988年公布的《瑞士联邦国际私法法规》规定：仲裁庭在瑞士，但在缔结仲裁协议时当事人至少有一方的住所或习惯居所位于瑞士境外的一切仲

---

① 英国：1950年《仲裁法》和1979年《仲裁法》；丹麦：Trelle, Demark, 5 Yearbook Commercial Arbitration, 1983, p. 23；瑞典：Paulsson, The Role of Swidish Courts in Transnational Commercial Arbitration, 21 Virginia Journal of International Law, 1984, p. 234；1988年《瑞士联邦国际私法法规》第176条第1款。

② Saleh, Commercial Arbitration in the Middle East, 1984, p. 118, 171, 220, 272.

③ 香港《仲裁法令》第23B(8)款。



裁为国际仲裁<sup>①</sup>。1961年《关于国际商事仲裁的欧洲公约》在确定哪些仲裁协议适用该公约这一问题上采用了和瑞士相同的方式，将应适用该公约的仲裁协议的范围限制在“旨在解决自然人或法人之间进行的国际贸易所引起的仲裁协议，并且在达成协议时，该自然人和法人在不同的缔约国内有其惯常居住地或所在地”<sup>②</sup>。

以实质性连接因素为准来区分或认定国内仲裁或国际仲裁，是跨国公司交易中值得注意的一个问题。“因为许多跨国公司，特别是涉及金融、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，并与当地的个人或法人订立了合同。如果这些分公司是在当地对其业务活动直接进行管理，那么依实质性连结因素中的管理中心地标准，该分公司与当地个人或法人间因合同争议引起的仲裁将属于国内仲裁。如果分公司的业务活动受国外总公司的控制，则有关仲裁将被视作国际仲裁。

## 2. 以争议的国际性质作为认定标准。

国际商事的多样性，使不少国家在仲裁实践中愈来愈感到，仅仅基于仲裁地点、当事人的国籍、住所或营业地等这类简单的连结因素来确定仲裁的国际性这样一个复杂的问题，未免过于粗浅，不足以说明国际商事多样性的原因。以争议的国际性质作为认定仲裁国际性的标准便是在这种背景下应运而生的。

所谓争议性质标准是指对争议的性质加以分析，当争议“涉及到国际商事利益”时，则将其仲裁视为国际仲裁。

较早采用争议性质标准以确定仲裁国际性的是国际商会。国际商会仲裁法院于1923年设立后，最初仅把涉及不同国家公民之间的商业争议视为国际争议。1927年，国际商会修改了原有的仲裁规则，把含有涉外因素的争议均视为国际争议，即使争议的当事人具有同

<sup>①</sup> 《瑞士联邦国际私法法规》第176条第1款。

<sup>②</sup> 《关于国际商事仲裁的欧洲公约》第1条，第1(1)款。