

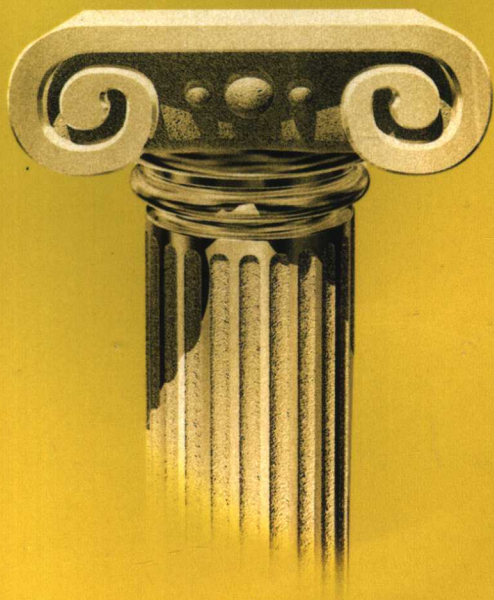


高等学校法学专业选修课程教材

THEORY AND PRACTICE
OF COMMERCIAL
ARBITRATION

仲裁理论与实务

—— 宋连斌 主编 ——



湖南大学出版社

高等学校法学专业选修课程教材

仲裁理论与实务

主 编 宋连斌

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

宋连斌 姜秋菊 邓 杰

许光耀 姚俊逸 甘 瑛

刘 萍 张 萍 林一飞

胡敏飞 丁 颖 粟烟涛

杨月萍

湖南大学出版社

2005 年·长沙

图书在版编目(CIP)数据

仲裁理论与实务/宋连斌主编. —长沙:湖南大学出版社, 2005. 7
(高等学校法学专业选修课程教材)

ISBN 7-81053-975-2

I. 仲... II. 宋... III. 仲裁—法的理论—中国—
高等学校—教材 IV. D925.701

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 078071 号

仲裁理论与实务

Zhongcai Lilun yu Shiwu

作 者: 宋连斌 主编

责任编辑: 湛鹏飞(lawspark@126.com) 责任校对: 张建平

封面设计: 吴颖辉

出版发行: 湖南大学出版社

社 址: 湖南·长沙·岳麓山 邮 编: 410082

电 话: 0731-8821691(发行部), 8821593(编辑室), 8821006(出版部)

传 真: 0731-8649312(发行部), 8822264(总编室)

电子邮箱: press@hnu.net.cn

主 页: <http://lawspark.blog.edu.cn>

网 址: <http://press.hnu.net.cn>

印 装: 长沙鸿发印务实业有限公司

总 经 销: 湖南省新华书店

开本: 850×1168 32 开 印张: 13

字数: 350 千

版次: 2005 年 8 月第 1 版 印次: 2005 年 8 月第 1 次印刷

书号: ISBN 7-81053-975-2/D·84

定价: 21.00 元

版权所有, 盗版必究

湖南大学版图书凡有印装差错, 请与发行部联系

说 明

为了更好地培养高素质的现代法律人才,适应我国法学教育培养对象、培养目标、教学方式等方面变化革新步伐,我社约请了法学界多年从事学术研究和教学实践的知名法学家和杰出的中青年学者,针对法学教育本科教学的需要,精心组织出版了“高等学校法学专业选修课程教材”。

这批教材吸收中国法学研究的最新学术成果,关注国际学术的最新发展动态,反映各学科成熟的理论。全面、系统、重点突出地介绍我国法学的基本理论、基本观点和基本知识,将学术性和可读性有机结合起来,去阐释法学理论与法律制度。

《仲裁理论与实务》是该系列教材之一,由宋连斌教授主编。撰稿人分工如下:

宋连斌、姜秋菊:第一章第一、二、三节;

邓 杰:第一章第四、五节;

许光耀、宋连斌:第二章;

姚俊逸:第三章;

甘 瑛:第四章;

刘 萍:第五章;

张 萍:第六章;

林一飞、宋连斌:第七章;

胡敏飞:第八章;

丁 颖:第九章;

栗烟涛:第十章;

杨月萍:第十一章;

宋连斌:第十二章。

本书初稿完成后经集体讨论,并由宋连斌教授修改定稿。

湖南大学出版社

2005年8月

主 编 简 介

宋连斌 男，1966 年生，湖北蕲春人，法学博士，武汉大学国际法研究所教授、博士生导师，中国国际私法学会常务理事、副秘书长，《北京仲裁》顾问，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，北京、上海、武汉、海口等地仲裁委员会仲裁员。长期从事仲裁实务，主要研究方向为国际私法、仲裁法。单独或合作出版有《国际商事仲裁管辖权研究》（2003 年司法部法学教材与法学优秀科研成果二等奖；2001 年中国国际私法研究会优秀成果著作类一等奖）、《仲裁法学》、《国际私法学》、《国际商事仲裁资料精选》、《信息技术法》、《国际商事仲裁的法律与实践》等著作、译作，并在国内外专业杂志、报纸上发表论文、译文、评论 60 余篇。

目 次

第一章 导 论	1
第一节 仲裁的概念与特点	1
第二节 仲裁的性质	10
第三节 仲裁的优势与局限性	18
第四节 争议事项的可仲裁性	22
第五节 仲裁的历史沿革	31
第二章 仲裁机构与仲裁规则	37
第一节 仲裁机构概述	37
第二节 中国的仲裁委员会与仲裁协会	46
第三节 仲裁规则	55
第四节 著名仲裁机构简介	60
第三章 仲裁员	83
第一节 仲裁员的资格条件	83
第二节 仲裁员的道德规范	93
第四章 仲裁责任	105
第一节 仲裁责任概述	105
第二节 仲裁责任的立法和司法实践	109
第三节 我国仲裁法的有关规定及评析	117
第五章 仲裁协议	130
第一节 仲裁协议概述	130
第二节 仲裁协议的内容	136
第三节 仲裁协议的效力	143

第四节	仲裁协议的独立性	156
第六章	仲裁庭	165
第一节	仲裁庭的组成	165
第二节	仲裁庭的管辖权	182
第七章	仲裁程序	194
第一节	仲裁当事人	194
第二节	申请和受理	203
第三节	仲裁审理和裁决	216
第四节	证据问题	239
第五节	简易程序	249
第八章	仲裁时效和仲裁费用	253
第一节	仲裁时效	253
第二节	仲裁费用	257
第九章	申请撤销仲裁裁决	269
第一节	概 述	269
第二节	申请撤销仲裁裁决的理由和程序	275
第三节	申请撤销仲裁裁决的后果	304
第十章	仲裁裁决的执行	313
第一节	概 述	313
第二节	执行仲裁裁决的条件和程序	317
第三节	仲裁裁决的不予执行	321
第十一章	中国的区际仲裁问题	327
第一节	中国内地与港、澳、台地区仲裁立法比较	327
第二节	中国内地与港、澳、台地区相互执行仲裁 裁决	348
第十二章	国际商事仲裁	359
第一节	国际商事仲裁的概念和特点	359
第二节	国际商事仲裁协议	365
第三节	国际商事仲裁的法律适用	373

第四节	国际商事仲裁程序·····	377
第五节	国际商事仲裁裁决的撤销·····	386
第六节	国际商事仲裁裁决的执行·····	389
参考文献	·····	395

第一章 导 论

第一节 仲裁的概念与特点

一、仲裁的概念

人类相互之间有交往，就会不可避免地产生纠纷，并随之产生各种化解纠纷的办法。近代以来，在各种解决纠纷的法律方法中，仲裁脱颖而出，在商事领域，尤其受到各国政府及商人的青睐。

在汉语里，“仲”就是居中的意思，“裁”就是衡量、裁判的意思。根据《现代汉语词典》的解释，“仲裁”就是“争执双方同意的第三者对争执事项做出决定”^①。仲裁作为一种争议解决方法，中国古已有之。但作为制度，则是舶来品，“仲裁”一词本身亦来自日语。清末民初传入中国之际，仲裁一度被称为公断，而现在，“仲裁”为常用词，“公断”不大为人所知。在英语里，与之相对应的词是 arbitration，基本含义是由经选定并被接受为法官或公断人的人，作出解决争议的决定。^② 作为一个法律概念，“仲裁”一词在学理上有不同的界定^③，但基本意思是相似的。实际上，无论

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（修订本），商务印书馆 1996 年版，第 1633 页。

② 见《牛津现代英汉双解词典》，商务印书馆、牛津大学出版社 1988 年版，第 53 页。

③ 邵景春：《国际合同法律适用论》，北京大学出版社 1997 年版，第 434 页；王斐弘：《仲裁概念考》，载《中国仲裁》2002 年第 6 期。

采用何种定义，似乎都无法涵盖当今世界已有的各类仲裁。本书采用如下定义：仲裁就是指纠纷当事人在自愿的基础上达成协议，将纠纷提交非司法机构的第三者审理，第三者就纠纷居中评判是非，并作出对争议各方均有拘束力的裁决的一种解决纠纷的制度、方法或方式。^① 但需要指出的是，除民商事领域外，仲裁还广泛地应用于其他方面，如劳动争议仲裁、人事争议仲裁等。在国际关系中，仲裁亦是和平解决国际争端的重要法律手段之一。本书旨在讲解涉及财产权益纠纷的民商事仲裁，特别是商事仲裁，以下如无特别说明，“仲裁”一词不作扩大解释。

为了更好地理解仲裁的含义，有必要厘清仲裁与其他争议解决方式的关系。

（一）仲裁与诉讼

仲裁与诉讼的关系，无论是理论上还是实践中，可谓剪不断理还乱。通常而言，仲裁和诉讼的区别主要是宏观上的：

1. 管辖权的基础不同

法院是行使审判权的国家司法机关，诉讼管辖权的确立不以当事人是否愿意接受为必要条件。法院行使的是公权。而仲裁实行协议管辖，只有当事人订立了仲裁协议，仲裁机构或者仲裁员才能受理并审理案件。仲裁员行使的是私权。诉讼实行地域管辖、级别管辖等原则，当事人通常不能任意选择法院；而仲裁不实行地域管辖和级别管辖，当事人可任意选定仲裁机构或仲裁员。在很多国家，国内纠纷的当事人也可选择到外国仲裁。

2. 审理的原则不同

诉讼的价值取向、原则及判决方式与仲裁不同，如诉讼以公开审理为原则，而仲裁则以不公开审理为原则；诉讼以公正为惟一取向，而仲裁更多地偏向于效益；法院的判决是公开的，而仲裁裁决

^① 黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社2002年版，第1页。

一般是保密的；诉讼实行审级制度，而仲裁实行一裁终局。

从微观角度看，诉讼程序和仲裁程序在形式上是相似的；仲裁员居中裁决与法官判案也是类似的；有效的法院判决和仲裁裁决对当事人的法律效力亦是相同的。总之，在个案处理上，法官与仲裁员是相似的，甚至仲裁员的权力比法官还大。

仲裁和诉讼还存在互动的关系。仲裁管辖权、仲裁的进行及仲裁裁决离不开司法监督；就同一争议而言，有效的仲裁协议即排除了法院的管辖权。而司法改革中，法院借鉴仲裁的作法也并不少见。

（二）仲裁与调解

这里所谓的调解是指处理财产性争议的民商事调解，而不是指行政调解、诉讼内调解及仲裁与调解相结合。在此意义上，仲裁与调解很相似。两者都须遵守自愿原则，都是借助非司法机构的第三者居中处理争议。由于深受调解文化的影响，一般人常以为仲裁就是调解，实际上两者的区别是明显的。

第一，调解具有高度的灵活性，甚至是随意性。在解决争议时，任何一方不愿意调解，就不能进行调解，未开始的不得开始，已开始的不得继续。仲裁则不然。有效的仲裁协议达成后，只要一方提起仲裁，另一方即不得拒绝，否则，仲裁庭有权作出缺席裁决。在调解过程中，调解没有固定的程序规则。而仲裁过程中，某些程序和规则不允许当事人协议排除。调解结案形式多样，调解书也非必须分清责任和是非。而仲裁则要须依仲裁法、仲裁规则进行，如当事人无特别约定，裁决书须载明裁决依据和理由。

第二，调解达成的协议须经全体当事人一致同意，而仲裁裁决的作出则无须征求当事人同意，除非当事人达成协议，仲裁庭有权独立地作出裁决。

第三，调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。在调解

书签收前当事人反悔的，原调解书无效。^①而仲裁裁决书一经仲裁庭作出即发生法律效力，如一方拒绝履行，则另一方当事人可以申请管辖法院强制执行。

较诸诉讼，仲裁的优势不容置疑。但与调解相比，其不足之处也是很明显的。仲裁是对抗性程序，如果过于诉讼化，有时就不可避免地变得冗长、繁琐、费用大，裁决的执行也可能成问题。而调解的非对抗性，使当事人不伤和气，更易于解决纠纷，也有利于以后的合作。更重要的是，调解中当事人的选择空间更大，解决争议的成本可能因此大幅度降低。正因如此，实践中越来越多的当事人以调解作为未来及现时争议的方式。当然，调解也有缺憾，比如，调解更需要当事人的配合，法律性稍差，可能不适于一些争议；调解协议效力较低，不能像仲裁裁决一样得到法院的强制执行。

（三）仲裁与 ADR

ADR，即 Alternative Dispute Resolution 的缩写。这个集合概念迄今还没有公认的定义，也没有公认的中文译名，或可称之为选择性争议解决方法、非讼争议解决方法、替代性争议解决方法或多元争议解决方法。大体说来，广义的观点认为，ADR 指各种非诉讼形式的争议解决方法。这也是 ADR 的字面含义。狭义观点则认为，ADR 指不包括仲裁在内的各种非诉讼解决争议的方法。由于仲裁已高度制度化，在某些方面诉讼化倾向十分明显，与 ADR 的其他方法存在本质区别，因此，ADR 不包括仲裁为大势所趋。

人类在解决争端方面的想像力有多丰富，ADR 便有多少具体

^① 但现在有一个趋势，即越来越多的实践倾向于赋予调解协议以某种程度的强制执行力。如 2002 年联合国国际贸易法委员会《国际商事调解示范法》第 14 条规定：“当事人订立争议和解协议的，该和解协议具有约束力和可执行性……”2002 年最高人民法院《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》第 1 条规定，调解协议具有民事合同性质，当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或解除调解协议。从这个角度看，现在调解与仲裁有趋同的趋势。

方法。这些方法在各国有所不同,按不同的标准亦可作不同的分类^①,主要有:协商谈判、调解、调解/仲裁^②、小型审判^③、简易陪审团^④、早期中立评价^⑤、租赁法官^⑥等。对于 ADR 的分类,有人概括地将 ADR 的各种方法称为广泛意义上的调解^⑦,不无道理。

一般情况下,ADR 是当事人的合意选择,但法院有时在适当的案件中也可强制决定采用 ADR。在诉讼过程中,法院也可以采用 ADR 的方法结案。这被称为法院附属的 ADR,或司法 ADR。同样,仲裁中也可以采用 ADR 方法,如仲裁与调解相结合,亦可简称为仲裁 ADR。

由此可见,一般情形下,ADR 与仲裁的关系类似于仲裁与调解的关系。这表明,ADR 更适合于具有相同或相似民族、文化背景的当事人,其实效取决于当事人诚信、善意合作的程度,道义力

① 王生长:《仲裁与调解相结合的理论实务》,法律出版社 2001 年版第二章。

② 在这种程序中,一般由同一位中立第三者先作为调解人,帮助当事人达成和解。一旦调解失败,便进入仲裁程序。中立者可以担任仲裁员。这和中国仲裁实践中所讲的仲裁与调解相结合颇不相同。

③ 在“小型审判”中,各方均像参加法院审判一样,但“法官”是当事人自己,由律师和专家向纠纷双方的高层管理者提出意见,使其看到各自的优势和劣势,如同局外人一样清醒地把握案情,从而为双方合作地解决争议提供条件。是典型的混合性 ADR。

④ 1981 年为美国俄亥俄州北部地区联邦法院法官所创。这种程序与正式的审判最为相似,有法官、陪审员和其他法院工作人员参加,通常在法院举行,按普通诉讼程序进行审理,但一般不公开。简易陪审团的目的在于为当事人提供一个略加辩论、无拘束力的现实的审判实验,如达成和解,则省去了正式审判的费用、时间和复杂过程。

⑤ 早期中立评价致力于通过调解、动议或审理使案件尽早得到解决。它可以作为正式呈交证据和诉前申请的有效替代。尽管早期中立评价的主要目的不在于解决争议,但这一程序能导致争议的解决。

⑥ 依当事人合意,法院指定一名裁判者,通常是退休法官,由其主持一个与正式审判程序相似的审理过程,为当事人提供举证和辩论的机会,并由聘请法官作出包含事实判断与法律依据的决定。该决定可以是终局的,具有法律上的拘束力。

⑦ 中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心:《中国商事调解理论与实务》,中国民主法制出版社 2002 年版,第 7 页。

量是其后盾，本质上是自力救济的现代版。仲裁则不一样，它虽以当事人的约定为基础，但结合了法律权威和民间公信力，从而完成了对自力救济的否定之否定。

二、仲裁的分类

根据不同的标准，仲裁可以分为不同的类型。这里，主要介绍几种在理论和实践中有重大意义的分类。

（一）国内仲裁（domestic arbitration）和国际仲裁（international arbitration）

现代仲裁法的显著特征之一，是对国际仲裁和国内仲裁作出区分^①，而且通常情况下，一国的仲裁制度是由国内仲裁和国际仲裁两部分组成。从一个国家的角度看，所谓国内仲裁，就是指解决本国当事人之间没有涉外因素的国内民商事纠纷的仲裁；而国际仲裁，在私法的范围内，亦可称为涉外仲裁、国际商事仲裁，泛指处理具有涉外因素的民商事争议或国际性民商事争议的仲裁。在国际法上，国际仲裁是和平解决国际争端的一种方法。

（二）机构仲裁（institutional arbitration）和临时仲裁（ad hoc arbitration）

根据仲裁组织产生和存续的状态，仲裁可分为临时仲裁和机构仲裁。临时仲裁亦称为特别仲裁、临时性仲裁，它是一种事先并不存在仲裁组织的情况下，当事人根据仲裁协议，将争议交给他们临时组成的仲裁庭进行审理并作出裁决的仲裁。仲裁结束，仲裁庭即自行解散。机构仲裁也称为制度性仲裁、常设仲裁，是当事人根据仲裁协议，将他们之间的纠纷提交给某一常设仲裁机构所进行的仲裁。需要说明的是，仲裁机构本身并不审理案件，实际审理案件的仍是为特定案件临时组建的仲裁庭，仲裁程序终结后仲裁庭即告解

^① See Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law (1988), p. 628; see also A. Redfern & M. Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration (1991), p. 14.

散。这两类仲裁，各有短长。临时仲裁的优点在于当事人享有较大的自主权，仲裁程序也有相当的灵活性，仿佛量体裁衣，能最大限度地给当事人以便利；常设仲裁机构要对当事人收取管理和服务费用，临时仲裁则可省却这笔开支。但临时仲裁因缺乏固定的管理机构 and 仲裁规则，仲裁的进行完全依赖当事人的合作，常会导致争议久拖不决。而机构仲裁在吸收临时仲裁尊重当事人自主权和仲裁程序灵活之优点的基础上，有固定的备用庭审场所、仲裁规则乃至仲裁员名册，有较完整的行政管理机构和办事制度，有利于争议得到快捷、公正的解决。当然，机构仲裁的高度制度化、司法化倾向有时也导致其染上程序拖沓、僵硬等诉讼中的痼疾，如同购买成衣，虽很方便，但当事人只能被动适应，在某些方面可能令人感到不便。尽管如此，相比于临时仲裁，机构仲裁的优势是显而易见的，因此在当今仲裁领域占主导地位，临时仲裁作为现代仲裁制度的原初形态已处于边缘地位，一些国家如中国不存在临时仲裁。

（三）依法仲裁和友好仲裁（amiable composition）

以仲裁裁决的依据为标准，仲裁可分为依法仲裁和友好仲裁。依法仲裁是指仲裁庭必须依据一定的法律对纠纷进行裁决。友好仲裁，或称友谊仲裁、依原则仲裁，则是指仲裁庭依当事人的授权，不根据严格的法律规定而按照它所认为的公允及善良原则和商业惯例对纠纷进行裁决。依法仲裁是现代仲裁制度的主要形态，也是各国对仲裁的一般要求。友好仲裁的采用通常取决于当事人的明示同意，但不得违背仲裁地的公共秩序和强制性规定。^① 相比于依法仲裁，友好仲裁所作裁决主观性较强，缺乏依法仲裁的客观性和公正性，一些国家，如《1996年仲裁法》施行前的英国、现在的中国，没有明文规定甚至排斥友好仲裁。但友好仲裁对产生于法律盲区的纠纷的处理有合理之处，况且在民商事领域，有时当事人也并不要

^① 在阿根廷等少数国家，当事人如没有明确反对进行友好仲裁，仲裁员即可充任友好仲裁人。

求明确双方在法律上的对错，采用友好仲裁更为灵活简便。因此，依法仲裁和友好仲裁可以优势互补而不必互相排斥，而且给予当事人在仲裁类型上以多种选择也没有什么坏处，这也是晚近仲裁立法自由化趋势的表现之一。西班牙、法国、瑞士、荷兰、比利时、德国、瑞典、美国等国都明确承认友好仲裁，1961年《欧洲国际商事仲裁公约》第7条、1985年联合国国际贸易法委员会制订的《国际商事仲裁示范法》第28条等国际性文件亦明确规定了友好仲裁。英国以前不承认友好仲裁，《1996年仲裁法》的颁布为在该国进行友好仲裁扫除了障碍。^①

三、仲裁的特点

基于上述，仲裁的特点可归纳如下：

（一）自愿性

一项纠纷产生后，是否将其提交仲裁、交给谁仲裁、仲裁庭的组成人员如何产生、仲裁适用何种程序规则和实体法，都是在当事人自愿的基础上，由当事人协商确定的，故仲裁能充分体现当事人意思自治原则。这一点，即使是以协议管辖为基础的诉讼也难以与之相提并论。实践中，常有强制仲裁的做法，如1907年海牙《限制用兵索债公约》第1条规定的仲裁和中国的劳动争议仲裁等。其实，以仲裁而云强制，可谓是观念的矛盾，故强制仲裁一般不存在于民商事领域。在其他领域，强制仲裁现象是其他法律部门汲取仲裁制度优点的结果，不同于民商事仲裁，也不从本质上否定仲裁的自愿性特点。

（二）专业性

由于仲裁的对象是民商事纠纷，常涉及复杂的法律、经济贸易和技术性问题，所以，各仲裁机构大都备有分专业的仲裁员名册，供当事人选定仲裁员，而仲裁员一般也是各行业的专家。在有些不设仲裁员名册的仲裁机构或进行临时仲裁时，当事人也会从所涉行

^① Arbitration Act 1996, Sec. 46.

业的行家中指定仲裁员。这样，就能保证仲裁的专业性和权威性。相比于法官是一个相对固定封闭的群体，关于案件事实的认定，仲裁优于诉讼。

（三）国际性

随着现代经济的国际化，当事人进行跨国仲裁已屡见不鲜。仲裁案件的来源、当事人、仲裁庭的组成直至裁决的执行，国际性因素越来越多。特别是现今已有 100 多个国家参加了 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（即《纽约公约》），在一个缔约国作出的裁决，可以很方便地到另一缔约国去申请执行，这一优势是法院判决难以拥有的。

（四）灵活性

仲裁在程序上不像诉讼那样严格，当事人享有较大的自主权，甚至还可以自定程序，很多环节可以被简化，有关文书的格式甚至裁决书的内容和形式，可以灵活处理，时限乃至法律适用等方面也有很大弹性。在管辖上，仲裁不实行地域管辖和级别管辖。另外，当事人委托的代理人可以不必具有本国律师的身份，也较诉讼灵活。

（五）保密性

仲裁一般以不公开审理为原则，并且各国有关的仲裁法律和仲裁规则都规定了仲裁员及仲裁秘书人员的保密义务，因此当事人的商业秘密和贸易活动不会因进行仲裁而泄露。仲裁表现出极强的保密性。

（六）快捷性

由于仲裁实行一裁终局制，不像诉讼程序那样实行两审终审制甚至三审终审制，这样就有利于当事人之间纠纷的迅速解决。

（七）经济性

仲裁的经济性主要表现在以下几个方面：第一是由于时间上的快捷性，费用也就相应地节省了；第二是仲裁费用一般要比诉讼费用低一些；第三是由于仲裁具有自愿性、保密性特点，当事人之间