

(第1卷)

商事仲裁法律报告

韩 健 林一飞 主编



关于在涉外商事仲裁实务中如何适用法律的问题

中国海事仲裁发展有关问题的探讨

仲裁程序理念与特征探究

我国仲裁机构性质浅析

ADR和法院的结合

Ad Hoc Arbitration in China

关于拒绝承认和执行一起外国仲裁裁决的几点思考



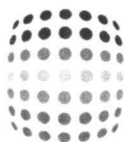
中 信 出 版 社
CITIC PUBLISHING HOUSE



(第1卷)

商事仲裁法律报告

韩健 林一飞 主编



关于在涉外商事仲裁实务中如何适用法律的问题

中国海事仲裁发展有关问题的探讨

仲裁程序理念与特征探究

我国仲裁机构性质浅析

ADR和法院的结合

Ad Hoc Arbitration in China

关于拒绝承认和执行一起外国仲裁裁决的几点思考

中 信 出 版 社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

商事仲裁法律报告.1/韩健等编著 - 北京: 中信出版社. 2005.2

ISBN 7-5086-0357-5

I. 商… II. 韩… III. 商务 - 经济纠纷 - 仲裁 - 研究 IV. D915.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 121816 号

商事仲裁法律报告 (第 1 卷)

SHANGSHI ZHONGCAI FALÜ BAOGAO

主 编: 韩 健 林一飞

责任编辑: 刘向前 谢清平 张芳

出 版 者: 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路 14 号塔园外交办公大楼 邮编 100600)

经 销 者: 中信联合发行有限责任公司

承 印 者: 中国农业出版社印刷厂

开 本: 787mm×1092mm 1/16 印 张: 23.75 字 数: 350 千字

版 次: 2005 年 2 月第 1 版 印 次: 2005 年 2 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5086-0357-5/D·204

定 价: 49.00 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-85322521

<http://www.publish.citic.com>

010-85322522

E-mail: sales@citicpub.com

author@citicpub.com

编委会

顾问:

韩德培 费宗祯 唐厚志 刘文杰
万鄂湘 黄 进

主编:

韩 健 林一飞

编委(按姓氏笔画为序):

王素丽 宁 敏 李 虎 李燕芬 宋连斌
林一飞 林建文 奚向阳 曾银燕 韩 健



中国国际贸易促进委员会下设立的中国国际经济贸易仲裁委员会自 20 世纪 50 年代成立以来,受理了大量的涉外仲裁案件,在涉外仲裁方面积累了丰富的经验。自 2000 年新规则实施后,中国国际经济贸易仲裁委员会开始全面受理国内争议。《中华人民共和国仲裁法》生效之后,中国仲裁进入一个快速发展时期,各地仲裁委员会纷纷成立,受理的案件类型主要为国内争议,也涉及国际争议,受案量大幅增长。此外,加入世界贸易组织后,中国仲裁界迎来了新的发展机遇和挑战。在这种情况下,需要及时总结各种经验教训,规范仲裁实践,以更好地发挥仲裁作为商事争议解决方式的作用。

仲裁制度的发展,离不开实务界和理论界的共同努力。实务界积累的大量的经验如果上升到理论的高度,并以其来指导仲裁实务,必将更有力地促进仲裁制度的完善。这需要一大批人积极投入这项工作,总结实务经验,丰富理论研究。《商事仲裁法律报告》就是朝着这方面努力的一个成果。

《商事仲裁法律报告》涉及的内容非常广泛,既包括国际商事仲裁,也包括国内商事仲裁,还包括替代性争议解决方式(ADR)方面的内容;主要包括程序,但对与仲裁相关的重要实体问题也有涉及。其采取的形式也很丰富,既有学术专论,也有案例研究和案例汇编,既有中文稿件,也有英文稿件。对于某些仲裁界的热点问题,《商事仲裁法律报告》也有专文进行评述。此外,其收集的资料及时反映了仲裁界的动态。无论对

实务界还是理论界，对仲裁界或是相关的企业界，均会起到重要的作用。

类似《商事仲裁法律报告》这样，旨在总结仲裁实务和研究仲裁制度、促进仲裁制度完善的书籍，是多多益善。当然，就这套书而言，有很多的工作要做。编者需要有对仲裁的热情，也要有从事繁琐工作的耐心和恒心，而仲裁界同仁的支持亦是不可少的。我相信经过大家共同努力，《商事仲裁法律报告》会成为一套“既有理论深度又有实务价值，既能够反映中国仲裁界的发展，又随时跟踪国际上最新动态的出版物。”

我希望这套书能够一直办下去，在促进我国商事仲裁制度的完善方面发挥积极的作用。

中国国际贸易促进委员会、中国国际商会副会长

刘文杰

2004年11月27日于北京



商事仲裁中的正当程序对于商事仲裁的重要性如何强调都不过分。实际上，仲裁法本身就是一种程序法，研究仲裁就是研究仲裁的程序，任何一部仲裁公约、仲裁法、仲裁规则均只涉及仲裁的程序；实体规则则由实体法予以确定。众所周知，程序公正是实体公正的前提。因此，对于仲裁程序的学习和研究，不但是仲裁参与者和研究者应当进行的任务，而且是保证案件实体公正、保护当事人权益的必要前提。

研究仲裁程序的最重要的方式之一即是研读案例。但令人遗憾的是，迄今为止，国内的案例集或者只是收录了仲裁机构实体裁决，或者是少数程序案例夹杂在实体案例集中，或者是少数司法部门的判决零散见于有关刊物，又或者是仅收录了国外的案例。这些不同方式所起到的作用是毋庸置疑的，但是，与仲裁法的本意、中国商事仲裁的实践以及商事仲裁极其重要的程序相比，这种方式似乎还有一定的距离。对于研究者或实践者而言，则缺少一个比较系统、实用且明确的指引。编撰本《商事仲裁法律报告》的初衷和起因，就是希望能够弥补这方面的不足。

在思索该法律报告的编辑体例过程中，经征求得到了一些建议。这些建议包括：可以把本商事仲裁法律报告编得更理论联系实际；可以体现商事仲裁作为国际“流行的”商事争议解决方式特点的角度，及时反映国际和国内商事仲裁界的变化；可以结合目前的热点问题，及时组织专人探讨，可以加入 ADR 的内容；以及可以增加与仲裁相关的实体法的内容等等。

基于这些宝贵的建议，并在征求了各位编委的意见后，这一套法律报告的体例被确立为三部分，并将三部分细分为多个栏目。

第一部分是文章。文章的撰写人员或长期从事仲裁和律师实践，或对仲裁进行过深入而独到的研究，对于仲裁的各个程序均极为熟悉。这就保证了每篇文章都能在理论上和实务上发挥指导和参考作用。文章部分还包括译稿和英文来稿。英文稿件主要由编者向专家特别约稿。

第二部分是案例。案例涉及案例评析和案例选编。案例评析由专业人士对案例进行了点评，对案例本身以及案例所蕴含的法律原理和实践经验作了总结和深化。案例选编涉及国内各级法院裁判文书、仲裁机构裁决和决定、国外典型案例。关于本套法律报告案例选编所采取的编号方式有必要说明一下。案例采取7位编号，前三位LRP代表程序案例，LRS代表实体案例；后四位代表案例序号。例如：LRP0001，代表本套法律报告案例0001号。

第三部分是资料。力争汇编最新的、重要的国际国内商事仲裁资料，并对一些主要的仲裁资料以编者前言的方式进行了简单点评。

我们希望这样的体例和这三部分各自所具有的内容，能够使本法律报告在国内目前仲裁类书籍中具有独特性，并具理论和实用价值，能够使所有读者，包括律师、法官、仲裁员、法学研究者、企业界人士以及其他关心仲裁、关心中国法治的人士从中受益，促进我国仲裁法制的发展。

编撰《商事仲裁法律报告》是一项长期的艰巨的工作，可说是任重道远。我们将不懈的进行这项工作，同时期盼着各行各业有关人士的热情支持和帮助，力争把它办好，使其在国内外丛书中有一席之地。

承中信出版社的大力支持，出版本《商事仲裁法律报告》，特此向该社深表谢忱！



本卷设实务论坛、学术探讨、热点聚焦、案例评述、英文特稿、案例选编、最新法规七个栏目。

【实务论坛】刊载了五篇文章：

一是肖志明的《关于在涉外商事仲裁实务中如何适用法律的问题》。涉外商事仲裁实务中的法律适用问题是非常重要的问题。如何适用法律贯穿涉外商事仲裁的全过程，应根据不同情况作出不同选用。文章指出适用法律存在的误区，着重论述非契约性涉外商事仲裁如何选择适用法律及涉外商事仲裁适用法律的发展趋势。

二是郭晓文的《中国内地和香港之间仲裁裁决的相互执行》。近年来，内地和香港之间仲裁制度的发展和相互合作，以其独特的功能，在两地之间建立了跨越“司法屏障”的桥梁。该文对内地和香港仲裁制度的发展和差别、相互合作的机制，进行了分析和概括，并对存在的问题进行了探讨。

三是冯百友和王陆海的《应当废除对内国仲裁裁决“不予执行”的司法监督制度》。该文结合有关法律和实践以及国际上的通常做法，就对内国仲裁裁决进行司法监督的问题进行了详细分析，认为通过“不予执行”的方式进行司法监督不符合不予执行制度的本身含义，应当坚决予以废除，以利于仲裁事业在中国的健康发展。

四是蔡鸿达的《中国海事仲裁发展有关问题的探讨》。该文提出，中国海事仲裁全面推广是一个大的系统工程，借鉴国外成功经验，需要

政府、司法部门大力支持,同时也需要航运企业加强法律风险防范意识,贯彻仲裁法,推动中国的海事仲裁工作。

五是李虎的《中国互联网络域名争议解决机制及实践》。该文结合案例,阐述了中国互联网络域名争议解决的机制和实践,认为中国互联网络信息中心域名争议解决机制的建立以及中国国际经济贸易仲裁委员会有关在线域名解决的成功实践,为包括其他网络知识产权纠纷及电子商务纠纷在内的在线争议和线下争议的在线解决奠定了坚实的基础,也为常规仲裁提供了可予借鉴的模式。

【学术探讨】收录了两篇文章。

一是汪祖兴的《仲裁程序理念与特征探究——兼及我国仲裁程序“公正一效率”结构性迷失及其矫正》。作为一般原则,仲裁庭,特别是国际商事中的仲裁庭对证据的接受和认可比法院在此方面的做法大为灵活、自由。而事实上,仲裁庭几乎接受当事人提出的任何证据,并对证据的相关性、可信性和实质性进行评估。本文从静态和动态两个方面对证据规则进行详尽分析论证,指出我国目前仲裁证据规则存在的缺陷,进而提出完善我国仲裁证据规则的几点设想。

二是林建文、黄伟民的《中国仲裁机构性质浅析》。该文阐述了仲裁事业目前的发展情况,认为仲裁机构宜采用事业单位的组织形式,同时对仲裁机构的长远发展提出设想,并分析了仲裁机构在改制过程中应注意的一些问题。

【热点聚焦】收录了两篇文章:

一是宋连斌的《理念走向规则:仲裁法修订应注意的几个问题》。该文提出了我国在修订1994年《仲裁法》时应注意的七大问题:支持仲裁的理念要转变为规则、盲目地与诉讼类比有违仲裁的精神、仲裁法按照当事人意思自治原则应暗含两套程序、应高度重视仲裁员问题、促使国际社会进一步认同我国仲裁法、仲裁法的修订要重实证以及仲裁改革应从方便当事人出发。在此基础上,仲裁法的修订应予以加速。

二是林一飞与李燕芬所撰写的《ADR 和法院的结合——美国的法律与实践》。文章从 ADR 与法院结合的角度出发,在阐述 ADR 基本内容的前提下,以美国的法律和实践为例,分析、归纳了法院附属仲裁、法院附属调解、私人审判、早期中间人评估等 ADR 与法院结合的方式,并展望了 ADR 的前景。

【英文特稿】选载了两篇文章。

一是康明的《临时仲裁在中国》(“Ad Hoc Arbitration in China”)。作为纽约公约的成员国,中国承认和执行通过临时仲裁方式在另一缔约国作出的裁决。但在中国,由于历史、政治和经济上的原因,1994 年《仲裁法》未能承认临时仲裁。中国临时仲裁制度的缺失产生理论和实践上的问题。作者认为,在仲裁法修订之时,临时仲裁制度很有可能被引入中国。

二是澳大利亚大律师 Marcus S Jacobs QC、Katrin Cutbush-Sabine 教授、大律师 Philip Bambagiotti 先生撰写的《国际货物销售公约在澳大利亚——迄今仍是对全球一致的虚幻追求?》(“The CISG in Australia—To-Date an Illusive Quest for Global Harmonisation?”)。CISG 作为国际经济贸易交易和国际商事仲裁中经常适用的公约,其重要性不言而喻。该文考察了《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)及澳大利亚接受该公约的情况,并从澳大利亚视角对 CISG 的作用和发展进行了阐释。

【案例评述】选登了两篇评述。

一是王天红和金振豹的《关于拒绝承认和执行一起外国仲裁裁决的几点思考》。文章对拒绝承认和执行本案仲裁裁决的理由和法律依据作了全面的思考,指出当事人在仲裁协议中约定的是两裁终局,申请人有权提起上诉仲裁,但由于上诉仲裁的地点与仲裁协议的约定不符,且上诉庭没有给予被申请人参加上诉程序的通知,因而依据《纽约公约》第 5 条第 1 款(乙)项和(丁)项的规定,本案外国仲裁裁决不能得到我国法院的承认和执行。

二是林文阳的《仲裁案件的审理应体现快捷、和谐、专业、灵活的特点》。仲裁的价值理念可归结为快捷、和谐、专业、灵活。该文以一起特殊的工程质量纠纷案为例，分析了仲裁中所涉及的调解、专家意见等程序，对具体审理仲裁案件时贯彻仲裁的价值理念、体现仲裁的特点提出一些探讨意见。

【案例选编】刊载了 20 个仲裁程序方面的案例，涉及管辖权异议、确认仲裁协议效力、申请执行国内裁决、申请承认和执行外国仲裁裁决、申请撤销裁决等程序，涵盖仲裁协议中有关仲裁机构的约定、超裁、可仲裁性、当事人主体资格、当事人的陈述权利、仲裁协议的存在、仲裁条款所适用的法律、仲裁程序的正当性等内容。

【资料汇粹】选编了最新的法律、规则和相关重要公约截至本卷定稿时的缔约国名单等五份资料。

目 录



V 序

VII 编者说明

IX 本卷导读

【实务论坛】

- | | | |
|----|--------------------------|---------|
| 1 | 关于在涉外商事仲裁实务中如何适用法律的问题 | 肖志明 |
| 15 | 中国内地和香港之间仲裁裁决的相互执行 | 郭晓文 |
| 31 | 应当废除对国内仲裁裁决“不予执行”的司法监督制度 | 冯百友 王陆海 |
| 38 | 中国海事仲裁发展有关问题的探讨 | 蔡鸿达 |
| 45 | 中国互联网络域名争议解决机制及实践 | 李 虎 |

【学术探讨】

- | | | |
|----|----------------------------|---------|
| 61 | 仲裁程序理念与特征探究 | |
| | ——兼及我国仲裁程序“公正—效率”结构性迷失及其矫正 | 汪祖兴 |
| 83 | 我国仲裁机构性质浅析 | 林建文 黄伟民 |

【热点聚焦】

- | | | |
|-----|-------------------|---------|
| 93 | 理念走向规则 | |
| | ——《仲裁法》修订应注意的几个问题 | 宋连斌 |
| 105 | ADR 和法院的结合 | |
| | ——美国的法律与实践 | 林一飞 李燕芬 |



【英文特稿】

- 129 Ad Hoc Arbitration in China Kang Ming
- 140 The CISG in Australia-To-Date an Illusive Quest for Global Harmonisation?
Marcus S Jacobs QC, Professor Katrin Cutbush-Sabine,
Philip Bambagiotti

【案例评述】

- 179 关于拒绝承认和执行一起外国仲裁裁决的几点思考
王天红 金振豹
- 190 仲裁案件的审理应体现快捷、和谐、专业、灵活的特点
——一起特殊的工程质量纠纷案引发的思考 林文阳

【案例选编】

- 197 本卷案例综述 本卷编委
- 212 1. 中国有色金属进出口河南公司与辽宁渤海有色金属进出口有限公司债权
转让协议纠纷案
- 216 2. 韩国新湖商社与四川省欧亚经贸总公司信用证欺诈纠纷管辖权异议案
- 220 3. 华中理工大学科技开发总公司和思可达高技术产业化中试配套有限公司
管辖权异议案
- 222 4. 北京市民政日用化工实业公司申请确认仲裁协议案
- 224 5. 北京启蒙学校申请确认仲裁协议无效案
- 226 6. 中国长江动力公司申请确认仲裁条款无效案
- 229 7. 中国包装设计公司在荷兰申请执行 CIETAC 裁决案
- 232 8. 深圳市深华房地产工程开发公司申请撤销仲裁裁决案
- 234 9. 笔克企业有限公司申请撤销仲裁裁决案
- 241 10. 必兴发展有限公司申请撤销仲裁裁决案
- 249 11. 江苏省物资集团轻工纺织总公司诉(香港)裕亿集团有限公司、(加拿
大)太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷上诉案
- 253 12. 深圳市奥康德有限公司申请撤销仲裁裁决案

- 260 13. 宋 XX 申请撤销仲裁裁决案
- 265 14. 珠海经济特区建源工业有限公司申请撤销仲裁裁决案
- 271 15. 香港瑞南有限公司与山西新大钢铁有限公司债务纠纷上诉案
- 274 16. 丸红国际石油（新加坡）有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案
- 279 17. 路通有限公司申请撤销仲裁裁决案
- 284 18. 深圳市赛格达声股份有限公司申请撤销仲裁裁决案
- 288 19. 桦庆塑胶制品有限公司申请撤销仲裁裁决案
- 292 20. 天津文体用品进出口公司（中国）在荷兰申请执行 CIETAC 裁决案

【最新法规】

- 295 2004 年意大利米兰国内国际仲裁院仲裁规则
- 321 2004 年北京仲裁委员会仲裁规则
- 338 2004 年武汉仲裁委员会仲裁规则
- 354 1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）缔约国名单
- 362 基于联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》制订立法的国家和地区

征稿启事

关于在涉外商事仲裁实务中如何适用法律的问题

肖志明*

内容提要: 如何适用法律贯穿涉外商事仲裁全过程,应根据不同情况作出不同选用。文章指出适用法律存在的误区,着重论述非契约性涉外商事仲裁如何选择适用法律及涉外商事仲裁适用法律的发展趋势。

主题词: 涉外仲裁 法律适用

在涉外商事^①仲裁实务中如何适用法律的问题,是我国仲裁机构、仲裁庭、中外当事人及其代理人经常遇到而又必须解决的问题。这个问题贯穿仲裁的全过程,涉及仲裁协议的效力、当事人的主体资格、仲裁程序法和实体法的应用等。笔者考虑到国内商事仲裁无一例外地要适用我国的法律,故就涉外商事仲裁的法律适用问题进行探讨。

一、关于仲裁协议的法律适用问题

在我国《仲裁法》颁布前,我国法律界和企业界长期存在一种观念,所

* 法学研究员,曾任中国国际经济贸易仲裁委员会副主席,现仍任中国国际经济贸易仲裁委员会及加拿大、新加坡、香港仲裁中心仲裁员。

^① 我国《民事诉讼法》和《仲裁法》使用经济贸易、运输和海事的提法;有些论著使用商业、商务的提法。本文使用联合国《国际商事仲裁示范法》和1958年联合国《承认和执行外国仲裁裁决公约》的提法。

谓商事仲裁仅限于解决各种经济合同所产生的纠纷，也就是通常所说的契约性纠纷；所谓仲裁协议也仅限于在各种经济合同中订立的仲裁条款，或在经济合同发生纠纷后达成的仲裁协议。《仲裁法》颁布后，由于在该法中明确规定仲裁的范围除了平等主体之间发生的合同纠纷外，还包括了其他财产权益纠纷，人们才认识到非契约性的纠纷，例如船舶碰撞、船舶救助、专利、商标和著作权侵权纠纷等也可以仲裁。当事人也可以在纠纷发生时，通过签订仲裁协议提交仲裁。因此，越来越多的当事人选择仲裁这种灵活方便的解决纠纷的方式，借以解决他们之间发生的契约性和非契约性的商事纠纷。但由于当事人对仲裁不甚了解，缺乏仲裁的实践经验，他们在订立仲裁协议时，仲裁协议的内容可能不符合法律的要求，即产生了按照什么法律、以什么标准来判定仲裁协议效力的问题。

按照世界各国普遍通行的做法，对仲裁协议效力的判定均由仲裁所在地的仲裁机构或法院作出决定或裁定。我国法律对此未作出明确规定，但从我国《仲裁法》第 20 条的规定可以看出，我国也是实行由仲裁机构或法院判定仲裁协议效力的做法。根据该条的规定，当事人对仲裁协议有异议的，可以请求选定的仲裁机构作出决定或者请求有管辖权的人民法院作出裁定。在仲裁庭首次开庭前，一方请求仲裁机构作出决定，另一方又向人民法院请求裁定的，以人民法院的裁定为准。这里只列出在仲裁庭首次开庭前，双方当事人就仲裁协议的效力分别向仲裁机构和人民法院请求作出决定或裁定的一种情况。但如果只有一方当事人向仲裁机构请求作出决定，而另一方当事人并未向人民法院请求裁定，仲裁机构也已作出仲裁协议有效的决定，另一方当事人已参与实体答辩，在仲裁庭作出裁定后，该方当事人能不能仍以仲裁协议无效为理由，要求人民法院撤销或不执行仲裁裁决呢？我国《民事诉讼法》和《仲裁法》对此均未作出规定。

笔者认为，应根据不同的情况，作出不同的处理。假如我国的仲裁机构作出的决定，公然违背我国《仲裁法》第 17 条和第 18 条所列的四种仲裁协议无效的情况，人民法院当然有权应当事人的请求撤销或不执行仲裁裁