

法学系列

# 仲裁法 新论

主 编：张斌生

副主编：齐树洁 林建文

撰稿人（以撰写章节先后为序）

张斌生 张玉生 魏建文 阎晓旭

林建文 方建华 陈海波 邹国雄

连维兴 郭锡昆 侯利标 郭济环

刘宗明 李炎龙 许 玲 李文康

杨 静 蔡庆辉 齐树洁 张 榕

厦  
门  
大  
学  
出  
版  
社

## 图书在版编目(CIP)数据

仲裁法新论/张斌生主编. —厦门:厦门大学出版社,2002.3  
ISBN 7-5615-1868-4

I. 仲… II. 张… III. 仲裁法-法的理论-中国-高等学校-教材  
N. D925.701

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 016651 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@public.xm.fj.cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

沙县方圆印刷有限公司印刷

2002年3月第1版 2002年7月第2次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:19.25 插页:2

字数:480千字 印数:4 001-7 000册

定价:30.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

## 本书作者简介

(以撰写章节先后为序)

- 张斌生** 九届全国人大代表,厦门市人大常委会副主任,厦门仲裁委员会主任,厦门大学、华侨大学兼职教授。本书主编,撰写绪论。
- 张玉生** 厦门仲裁委员会副秘书长。撰写第一章。
- 魏建文** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第二章。
- 阎晓旭** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第三章。
- 林建文** 厦门仲裁委员会副主任、秘书长。本书副主编,撰写第四章。
- 方建华** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第五、六章。
- 陈海波** 厦门大学法学院讲师,国际法博士研究生,厦门联合信实律师事务所律师。撰写第七章。
- 邹国雄** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第八章。
- 连维兴** 厦门仲裁委员会秘书。撰写第九章。
- 郭锡昆** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十、十九、二十二章。

- 侯利标** 厦门大学法学院讲师,厦门仲裁委员会仲裁员,厦门联合信实律师事务所律师。撰写第十一章。
- 郭济环** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十二章。
- 刘宗明** 厦门仲裁委员会秘书。撰写第十三章。
- 李炎龙** 厦门仲裁委员会秘书。撰写第十四章。
- 许 玲** 厦门仲裁委员会秘书。撰写第十五章。
- 李文康** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十六章。
- 杨 静** 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十七章。
- 蔡庆辉** 厦门大学法学院教师,厦门联合信实律师事务所律师。撰写第十八章。
- 齐树洁** 厦门大学法学院教授,中国法学会诉讼法学研究会常务理事,厦门仲裁委员会仲裁员,厦门联合信实律师事务所律师。本书副主编,撰写第二十、二十一章。
- 张 榕** 厦门大学法学院副教授,厦门联合信实律师事务所律师。撰写第二十三章。

## 出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学科的发展。近十年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽一点绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本丛书第一辑以民事诉讼法学为主要研究对象,分为八种:《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》、《强制执行法》、《破产法研究》,预计在两年之内出齐。

本书系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“仲裁制度研究与《仲裁法》的修改”的最终成果,由张斌生教授任主编,厦门大学法学院和厦门仲裁委员会共同完成。仲裁制度是市场经济法律体系的重要组成部分。我国自1993年实行社会主义市场经

济以来,尤其是1995年《仲裁法》施行以来,仲裁事业有了长足的进步,在社会经济生活中发挥了巨大作用,但也暴露出一些缺陷和不足;在加入WTO后,世贸组织规则和仲裁国际化的趋势必将对我国原有的纠纷解决机制产生深远的影响。仲裁制度作为一种最重要的诉讼外纠纷解决方式,其改革与完善乃大势所趋,势在必行。本课题的研究和本书的写作,就是在上述背景下,以“立足我国国情、借鉴外国经验、完善仲裁制度”为宗旨而进行的。作者在写作过程中,参考了大量的中、英文最新资料,多次讨论,反复修改,精益求精,力求在言之有物、言之有据、言之有理的基础上有所突破和创新。

本丛书的出版得到了厦门大学法学院、厦门大学出版社、厦门仲裁委员会、北京天元律师事务所领导的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于作者的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识  
2002年1月31日  
于厦门大学法学院

## 目 录

绪论	(1)
一、现代化的仲裁理念	(2)
二、仲裁自主性原则	(5)
三、仲裁国际化原则	(14)
第一章 仲裁的公正与效率	(23)
一、仲裁的公正	(23)
二、仲裁的效率	(33)
三、仲裁公正与效率的关系	(42)
第二章 仲裁与诉讼之比较	(46)
一、仲裁与诉讼关系的历史考察	(46)
二、仲裁与诉讼之异同	(51)
三、仲裁与诉讼的互动关系	(56)
四、余论	(61)
第三章 仲裁与 ADR	(69)
一、ADR 的兴起及其原因	(69)
二、ADR 是否包括仲裁的讨论	(73)
三、ADR 的种类	(75)
四、仲裁与 ADR 的区别	(79)
五、ADR 对仲裁的影响	(82)

<b>第四章 仲裁协议的效力</b> .....	(89)
一、仲裁协议效力的体现 .....	(90)
二、仲裁协议效力的判定 .....	(94)
三、仲裁协议效力异议程序 .....	(99)
四、仲裁协议的独立性 .....	(103)
<b>第五章 仲裁协议的形式</b> .....	(108)
一、概述 .....	(108)
二、对书面形式的考察 .....	(112)
三、国际上有关制度的发展 .....	(118)
四、我国的立法现状及建议 .....	(123)
<b>第六章 仲裁当事人</b> .....	(126)
一、仲裁当事人能力 .....	(126)
二、仲裁当事人的变更 .....	(137)
三、代理制度与仲裁当事人 .....	(141)
<b>第七章 仲裁管辖权</b> .....	(147)
一、概述 .....	(147)
二、仲裁管辖权的取得 .....	(151)
三、第三人参加仲裁与合并仲裁的管辖权问题 .....	(160)
四、仲裁管辖权异议 .....	(165)
五、我国的仲裁管辖权制度及其实践 .....	(170)
<b>第八章 临时仲裁与机构仲裁</b> .....	(175)
一、概述 .....	(175)
二、临时仲裁与机构仲裁的概念解读 .....	(176)
三、机构仲裁与临时仲裁的利弊评估 .....	(184)
四、构建我国临时仲裁制度的设想 .....	(197)
五、结语 .....	(205)
<b>第九章 仲裁庭与仲裁员</b> .....	(207)
一、仲裁庭的组成 .....	(207)



---

二、仲裁员的资格条件 .....	(209)
三、仲裁员的回避 .....	(212)
四、仲裁庭的权力与职责 .....	(218)
<b>第十章 仲裁的程序</b> .....	(221)
一、概述 .....	(221)
二、仲裁程序的启动 .....	(224)
三、仲裁财产保全 .....	(233)
四、仲裁的审理方式 .....	(239)
五、仲裁程序中的调解 .....	(246)
<b>第十一章 仲裁程序中的证据问题</b> .....	(253)
一、仲裁当事人的举证责任 .....	(254)
二、仲裁庭自行调查证据 .....	(260)
三、专家证据 .....	(263)
四、法院协助获取证据 .....	(268)
五、仲裁庭对证据的审查和认定 .....	(278)
<b>第十二章 仲裁的法律适用</b> .....	(281)
一、概述 .....	(281)
二、仲裁程序法的适用 .....	(283)
三、当事人选择的实体法的适用 .....	(296)
四、当事人未选择时实体法的适用 .....	(302)
五、非国内法规则的适用 .....	(308)
<b>第十三章 仲裁裁决</b> .....	(316)
一、概述 .....	(316)
二、裁决的作出 .....	(322)
三、裁决的效力 .....	(326)
四、仲裁裁决的撤销和不予执行制度 .....	(329)
<b>第十四章 外国仲裁裁决的承认与执行</b> .....	(337)
一、承认与执行外国仲裁裁决的程序规则 .....	(338)

---

二、承认与执行外国仲裁裁决的条件 .....	(340)
三、拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由 .....	(345)
四、外国仲裁裁决在中国的承认与执行 .....	(360)
<b>第十五章 仲裁的司法监督</b> .....	(364)
一、法院监督仲裁的必然性 .....	(364)
二、仲裁司法监督的适度性 .....	(370)
三、我国对仲裁的司法监督 .....	(377)
四、完善仲裁司法监督的若干建议 .....	(388)
<b>第十六章 《CIETAC2000 仲裁规则》述评</b> .....	(392)
一、概述 .....	(392)
二、《新规则》的若干新规定及评价 .....	(401)
三、完善之道 .....	(411)
<b>第十七章 《国际商事仲裁示范法》述评</b> .....	(417)
一、概述 .....	(417)
二、仲裁协议 .....	(421)
三、仲裁庭 .....	(423)
四、仲裁程序 .....	(427)
五、仲裁裁决 .....	(430)
六、与英国《1996 年仲裁法》的比较 .....	(433)
七、评析 .....	(434)
<b>第十八章 英国仲裁法述评</b> .....	(438)
一、英国仲裁法的历史发展 .....	(438)
二、仲裁管辖权 .....	(442)
三、仲裁程序的法律适用 .....	(450)
四、仲裁的司法监督 .....	(458)
五、仲裁裁决的撤销 .....	(463)
<b>第十九章 德国仲裁法述评</b> .....	(472)
一、概述 .....	(472)

---

二、仲裁协议 .....	(476)
三、仲裁庭的管辖权 .....	(486)
四、仲裁的法律适用 .....	(493)
五、仲裁裁决 .....	(501)
<b>第二十章 台湾地区仲裁法述评</b> .....	(506)
一、概述 .....	(506)
二、仲裁协议 .....	(508)
三、仲裁庭的组成 .....	(513)
四、仲裁程序 .....	(517)
五、仲裁判断 .....	(522)
六、评析及借鉴 .....	(526)
<b>第二十一章 香港仲裁法述评</b> .....	(532)
一、概述 .....	(532)
二、仲裁协议 .....	(535)
三、仲裁庭的组成及其权限 .....	(539)
四、调解 .....	(544)
五、仲裁的司法监督 .....	(548)
六、内地与香港仲裁裁决的相互承认和执行 .....	(552)
<b>第二十二章 澳门仲裁法述评</b> .....	(558)
一、概述 .....	(558)
二、仲裁协议 .....	(561)
三、仲裁庭的组成及其权限 .....	(565)
四、仲裁的法律适用 .....	(569)
五、仲裁裁决 .....	(572)
六、澳门仲裁制度展望 .....	(577)
<b>第二十三章 我国仲裁制度的完善</b> .....	(579)
一、仲裁机构的民间性 .....	(580)

二、当事人的意思自治 .....	(583)
三、仲裁程序的效率 .....	(592)
四、司法的保障 .....	(597)

## 绪 论

在现代社会,诉讼一直被认为是社会冲突的最后救济手段,是公平和正义的象征。但是,随着社会和经济的发展,“诉讼爆炸”(litigation explosion)成为一种普遍的社会现象,司法所扮演的社会角色越来越复杂,所承担的社会任务也越来越繁重。传统的司法体制面对日益增长的诉讼负荷,开始显得力不从心,难以满足现实生活的需要,由此引发了所谓的司法危机。“当前,困扰西方国家民事司法运行的问题,归结起来主要是诉讼迟延和诉讼成本过高这两个方面。”<sup>①</sup> 为了重塑司法形象,便利民众通往“正义之路”(Access to Justice),许多国家掀起了司法改革的运动:一方面,改革并完善原有的诉讼程序制度;另一方面,重视并创设各种诉讼外纠纷解决的替代方式(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)。仲裁作为一种最重要的诉讼替代方式,日益受到立法者和民众的青睐。

尽管许多国家都在进行诉讼制度改革,但是,诉讼和法律的基本特征及其性质决定了诉讼并不是一种完美的纠纷解决机制,或者说,诉讼机制存在着它自身难以克服的缺失。二战以来,仲裁作为最重要的诉讼外纠纷解决机制逐渐得到各国当局和公众的认可,在国际商事领域和各国国内社会经济和民商事活动中起着愈

---

<sup>①</sup> 齐树洁主编:《民事司法改革研究》,厦门大学出版社2000年版,第8页。

来愈重要的作用。然而,仲裁作用的充分发挥有赖于对仲裁本质、理念和基本原则的把握,在此拟对仲裁的几个基本问题作一些探讨。

### 一、现代化的仲裁理念

怎样认识现代化的仲裁理念?传统的仲裁几乎和诉讼差不多,即采取正面对抗的模式。现在越来越多的国家认为这是一种陈旧的理念。过去,仲裁员往往不自觉地认为自己是类似法官或民间法官的角色,没有更进一步去思考在新的社会形势下,尤其是在市场经济条件下,仲裁应当如何体现更大的灵活性、快捷性、兼容性和谐性。仲裁的现代化理念是一个很大的课题,需要实务界和理论界同仁在仲裁实践和研究中不断探讨。但是无论如何,我们不能总是拘泥于传统的两垒对抗、类似诉讼的模式,而应该鼓足勇气,在仲裁的理念以及解决纠纷的见解上、境界上有所创新和突破。

近年来,笔者参加了多次全国性的仲裁工作会议,还访问了英国皇家仲裁员协会和法国的 ICC 国际仲裁院,感触最深的就是仲裁的理念正在飞快地发展和变化。过去解决国际商事争议的方法,无论是诉讼还是仲裁,都是不折不扣地使用同样的对抗模式,程序非常严格。比如在英国,双方必须在开庭前透露全部事实的真相和有关文件的内容,而这个程序要花很多的时间和财力;在长时间口头审理的过程中,在证人坐到证人席之前,各方证人是谁,作什么证词,都是保密的。这些传统的对抗性的程序不但被认为是理所当然的,而且是神圣不可侵犯的,并且认为要做到公正,这些程序是必不可少的。实践证明,仲裁对于诉讼来说,并不是一个简单的案件分流的问题。仲裁不是第二法院,也不是行政裁决中心,如果仲裁不能体现自己的特色,不能够有别于诉讼和行政裁决,就失去了其存在的意义。

这种局面的改变渊源于一些历史原因。首先,自 1958 年《承认

及执行外国仲裁裁决公约》(下称《纽约公约》)生效以来,各国从中了解到了仲裁国际合作的好处,越来越多的国家加入了该公约;其次,从20世纪70年代末开始,许多国家先后对仲裁制度进行了改革,其目的在于提高仲裁的效率,保证仲裁的公正,以便向外国当事人提供理想的仲裁。大多数的传统的国际仲裁地点,特别是欧洲的仲裁地点都采用了现代化的仲裁法规。<sup>①</sup>其他国家和地区<sup>②</sup>也都以联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)《国际商事仲裁示范法》(下称《示范法》)为指南,进行仲裁制度改革。采用或吸收《示范法》的国家越来越多,形成一个遍及全世界的网络。这些变化的一个结果是仲裁机制的使用经常化和普遍化,约定按照UNCITRAL仲裁规则进行仲裁已经是很平常的事情。另一个结果就是对有关国际合同商事纠纷争议提起诉讼的案件数字呈下降趋势,即使在享有国际声誉的法院如英国伦敦商事法庭,情况也是这样。总之,当今各国的仲裁改革方兴未艾,正继续朝着现代化的进程迈进,以使仲裁更开放、对仲裁使用者更友好和更有效率。

我国正在建设社会主义市场经济体制。为实现这一宏伟目标,有必要确立科学的、适应新形势的仲裁理念,以全新的理念指导仲裁立法和实践,发挥仲裁机制本身的优势,以适应社会主义市场经济发展的需要。1994年制定的《中华人民共和国仲裁法》(下称《仲裁法》)被称为是我国仲裁事业发展史上的一个里程碑。它是在计划经济向市场经济转型这一特定时代背景下,把事先设计好的一个仲裁模式,植入一个变迁发展的社会。但是,立法者所设计的模式真正适应现实社会,还需要有一个过程。这个具有中国特色的仲裁制度先天就带有某种“植入性”,怎么样才能使它更快、更和谐地

---

① 例如英国、法国、瑞士、瑞典、荷兰、比利时、西班牙和意大利等。

② 例如美国的许多州、加拿大、澳大利亚、印度、俄罗斯、新西兰以及我国的香港地区等。

融入市场经济呢?要让市场经济能够接受这个制度,需要具备一定的条件。条件之一就是市场经济真正内在地需要这样一个纠纷解决机制——仲裁制度。它必须顺应社会经济发展,代表先进生产力发展的需求,能对发展生产力起到一个积极保护和推动的作用。条件之二,这个科学的法律架构,必须在意识形态上代表着先进法律文化的前进方向,因为任何法律制度都是一种文明教化、一种人文熏陶,而不是与德治格格不入的东西。仲裁员在仲裁过程中应当为当事人营造一种和谐宽松的气氛,比诉讼更加理性,更有人情,而不要造成双方剑拔弩张、你一刀我一枪的紧张局面。仲裁庭毕竟不是法院,如果不能突显仲裁的优势,把仲裁等同于法院,只能使仲裁的优势丧失殆尽,最终面临枯萎的命运。条件之三,必须最大限度地维护当事人的利益。然而,真正的利益并不一定全都体现在当事人的书面仲裁请求之中。仲裁员应该敦促当事人理性地进行综合分析、权衡利弊,真正了解自己的得失。我们讲仲裁要合法、合情、合理,还要加上合算。到底合算不合算,要看是不是真正省时、省钱、省事。毋庸置疑,对抗的纠纷解决模式可以解决当事人之间的纠纷,但却未必是最佳的纠纷解决方式。我们研究新的仲裁理念,就是希望我们的仲裁制度能够更快地融入社会,为当事人所理解、所接受、所欢迎,从而更好地发挥仲裁的社会功能。

我国已经加入世贸组织(WTO)。在WTO的法律框架下,特别应当强调使用ADR方式来解决争议。对于ADR的内涵、外延,仁者见仁,智者见智,有的人认为ADR包含仲裁机制,也有人认为ADR不包括仲裁。但是不论观点之间存在多大的差距,ADR的兴起足以说明司法救济在某种意义上已经不能完全满足和适应社会经济发展的需要。更快、更好、更省地解决争议,已经是大势所趋。在传统方式之外另辟蹊径解决争议,以适应社会的多元需求,是当前值得注意的新潮流。因此我们不应墨守成规,而应把视野放宽一点。



仲裁制度有它的特点和原则。仲裁的自主性原则强调尊重当事人的私法权益,允许当事人在法律的范围,依据自己的利益需要自主地做出各种仲裁安排和选择。仲裁员和仲裁机构也应当尊重当事人对维护自身合法权益的追求,充分关注仲裁机制作用的正常发挥。仲裁的国际化原则有助于我们吸收外国仲裁的经验和教训,借鉴外国仲裁的新理念,不断完善我国仲裁制度。仲裁作为一种文明的救济途径,必须保证仲裁过程和结果的正当性,即程序的公正和实体的公正,为当事人提供公正的救济。

## 二、仲裁自主性原则

关于仲裁的性质,有各种不同的学说,但不论哪一种学说都承认仲裁具有当事人自治的因素:司法权理论认为仲裁来源于当事人之间的协议共同授权,但要受国家的监督和管理;契约理论认为仲裁是基于当事人的意志和同意创立的,具有契约性;混合理论认为契约与司法因素二者相互关联、不可分割,仲裁具有司法性和契约性的混合特征;自治理论则主张仲裁是超越契约和司法权的,它具有自治性。<sup>①</sup> 仲裁的自主性,指的正是当事人的“意思自治”。目前,不论在理论上,还是在实践上,仲裁自主性都得到了确认。

### (一) 仲裁自主性原则的重要性

仲裁作为一种崭新的纠纷解决制度,其根据在于“当事人意思自治原则”,它以当事人的合意为基础,授权第三人以“一裁终局”的方式解决其相互间的私法权利纠纷。自主性原则已经成为支撑仲裁制度的理论基础。通俗地说,自主性就是当事人自己作主。

#### 1. 仲裁自主性原则是仲裁正当性的基础

仲裁自主性原则是仲裁正当性的基础,这主要表现在两个方面,一是仲裁正当程序的需要;二是仲裁实质正当性的保障。仲裁

<sup>①</sup> 肖永平:《中国仲裁法教程》,武汉大学出版社1997年版,第7页。