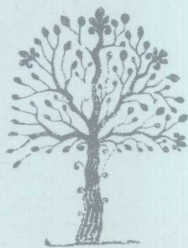


文库主编：华东政法大学国际法研究中心

DF974  
54

# 国际商事仲裁 专题研究

刘晓红 主编  
林燕萍 刘宁元 副主编



华东政法大学  
国际法学文库

*A Monographic Study  
on International Commercial  
Arbitration Law*

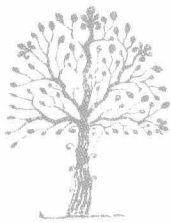


法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

# 国际商事仲裁 专题研究

刘晓红 主编  
林燕萍 刘宁元 副主编



华东政法大学  
国际法学文库



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁专题研究 / 刘晓红主编. —北京:法律出版社, 2009. 8

(华东政法大学国际法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9734 - 0

I. 国… II. 刘… III. 国际商事仲裁—研究 IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 122756 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何敏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/20.75 字数/547千

版本/2009年8月第1版

印次/2009年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9734 - 0

定价:52.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书由上海市教育委员会  
重点学科建设项目国际法学（J51103）资助

## 《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸现,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界？特别是，如何运用国际法，促进各国间的相互信任、和谐相处，并通过公平、有效的安全机制，建设一个和平、稳定的和谐世界；如何运用国际法，坚持各国主权平等，在国际关系上坚持以法治和多边主义为主，建设一个民主、公正的和谐世界；如何运用国际法，正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势，促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展，建设一个互利、合作的和谐世界；如何运用国际法，承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性，运用国际法主张在多样性中和谐共处，求同存异，建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求，华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括：国际组织与国际体系架构；国际环境与资源保障体系；国际人权法与人道主义法；国际条约国内适用的理论与实践；WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序；国际知识产权保护机制；国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制；国际海商法理论与实践的新发展；21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究；涉外民事法律关系及其法律适用的新发展；各国涉外管辖权的理论与实践，等等。在这些专题研究的基础上，形成专著，共同组成《华东政法大学国际法文库》。这套文库基本目标是：学术研究服务于中国融入全球化的需要；服务于中国提倡的和谐世界思想的需要；服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要；服务于我国涉外司法实践的需要；服务于培养人才的教学的需要。我相信，通过他们的不懈努力，这套文库一定会达到他们的预期目标，为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民法院检察长、教授、博士生导师：曹建明

2007 年 4 月 27 日

## 导 言

在ADR(Alternative Dispute Resolution)争议解决方式之中,仲裁这一有着深厚历史积淀的传统争议解决方法历来发挥着最重要的作用。早在1889年,英国人为了解决本国商人和其他欧洲国家商人在国际贸易上的纷争,颁布实施了第一部仲裁法,标志着作为诉讼之外的争议解决方法,商事仲裁已逐渐丧失了其原始的纯粹民间习惯的性质,进入了国家法律调整的阶段。经过近两个世纪的发展,尤其是第二次世界大战之后,国际上已建立起一套完整的国际商事仲裁体系,使国际商事仲裁成为解决跨国商事纠纷的有效手段之一。近年来,随着世界经济一体化进程的加快,国际交流及经济活动日趋频繁,国际间的商业贸易纠纷不断增多,这在一定程度上为国际商事仲裁提供了广阔的发展空间。基于国际商贸发展的实际需要及对国际商事仲裁制度的认同,各国在立法和司法实践中普遍确立了支持仲裁发展的原则。国际商事仲裁凭借其高度意思自治性,法律适用灵活性以及裁决执行的有效性,在当今被广泛运用,并呈现出了前所未有的繁荣景象。

当今,国际商事仲裁的发展呈现出国际化和统一化的趋势。在此发展进程中,1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)和1985年联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》发挥了积极的作用。目前,有关仲裁的国际条约和国际性规则的逐渐增多,促进了各国仲裁法律制度的趋同化发展,并有利于消除各国在仲裁法律制度上的差异性对仲裁裁决效力及执行性上的不

利影响。各国在以立法的方式赋予商事仲裁以应有的法律效力的同时,也以国家法律的方式严格规范商事仲裁活动。仲裁实践的蓬勃发展,不仅推动了各国仲裁立法的不断趋同和融合,也推动了世界范围内仲裁理论研究的加强和深入。在解决国际商事仲裁实践问题的过程中,一些传统的仲裁理论,或在有限范围内有所突破,或者被赋予了新的内容。

我国的国际商事仲裁事业,自1956年设立了中国内地第一个国际商事仲裁机构起,历经半个世纪,从无到有,从小到大,得到了迅速发展。目前,无论涉外仲裁机构,还是国内仲裁机构,都能受理涉外仲裁案件,仲裁已经成为解决国际商事争议的重要方式,中国国际经济贸易仲裁委员会已经成为世界上受理案件最多的国际商事仲裁中心之一。回顾中国国际商事仲裁的发展历程,尽管起步较晚,但近年来取得了长足的进步,主要归功于中国《仲裁法》等系列法律法规的颁布施行以及中国涉外仲裁机构在若干年国际商事仲裁活动中所积累的成功经验,这些也是我们与国际商事仲裁的国际立法和实践接轨的重要基础。与迅速发展的中国国际商事仲裁实践相伴相生的是我国学者对国际商事仲裁的理论研究的不断深入。仲裁领域中的很多方面,无论是传统理论问题,还是一些前沿性的焦点问题,理论界和实务界都曾进行热烈而非常有价值的探讨。随着大量的国际商事仲裁专著的出版和学术论文的发表,以及国际商事仲裁实务和学术交流的发展,国际商事仲裁已经形成了较为成熟的、独立的理论体系。

然而,我们也应客观地看到,我国现行国际商事仲裁法律体制与其已经确立的国际化 and 现代化目标尚有一定的距离,在理论和实践中还存在着一些问题需要解决。尤其是中国加入WTO对中国仲裁制度的改革提出了新的需求。在各国普遍将提供国际商事仲裁的服务作为改善自身国际地位和投资环境的一种有益手段的情况下,如何进一步构建与完善具有国际水准并符合中国实际的仲裁制度,不仅是我国仲裁理论研究的热点,也是仲裁实务领域亟待解决的问题。



基于对上述国际和国内不同层面的国际商事仲裁理论和实践发展状况的分析,对国际商事仲裁的有关问题进行深入的理论研究具有较强的理论价值和实践意义。事实上,近年来我国国际商事仲裁理论界对仲裁理论的研究极为活跃,对许多国际商事仲裁理论问题进行了较为广泛而深入的探讨,学术成果和著作颇丰。而且在不少问题上展开了许多十分有益的争论,可谓见仁见智。这些均为我们进行有关问题的理论研究提供了有利的条件和坚实的基础。然而,我们也注意到,国内以专题形式对国际商事仲裁若干问题进行深入系统研究的论著尚极为少见,因此,我们拟采用专题研究的写作方式,选取当前国际商事仲裁理论研究和实务中的重点、热点、焦点等前沿性的问题进行全面系统的研究,希望借此研究能够对我国仲裁理论的完善和仲裁实践的发展有所裨益。

本书的内容,不仅包括长期执教国际商事仲裁法并有丰富国际商事仲裁实务经验的教授之作,也选取了部分青年学者和学生的优秀论作,它们同样反映了对此领域某些问题的真知灼见,诠释了国际商事仲裁这门学科的教学相长以及积累与沉淀。

在写作体例上,本书根据所涉专题的性质,分四个部分,共由十二个专题组成。在内容的选取上,在充分考虑专门研究和理论深度的同时,亦慎重考虑了作为一本教科书所应具有的全面性。这十二个专题的内容,诸如国际商事仲裁的可仲裁性、仲裁法律适用、临时仲裁制度、仲裁管辖权的确定、仲裁中的调解制度、国际商事仲裁裁决的撤销制度、合并仲裁与第三方参与仲裁及行业仲裁等,基本反映了当前国际商事仲裁领域的基本问题、基本制度以及近年来的一些前沿和热点问题。

本书由刘晓红教授担任主编,林燕萍教授、刘宁元教授担任副主编,李晓玲、程伶俐、李志研、许旭、雷珉、张栩锦、沈颖迪、姜仁所、钱程、徐慎莉、储永昌等参加了本书的写作。

# 目 录

## 第一部分 国际商事仲裁的基本理论问题

- 专题一 国际商事仲裁中的可仲裁性 / 003**
- 第一章 国家控制下的仲裁制度:可仲裁性的基本问题 / 003**
  - 第一节 国际商事仲裁中的可仲裁性问题概说 / 003
  - 第二节 争议事项具有可仲裁性之界定依据 / 007
  - 第三节 可仲裁性问题的成因 / 012
- 第二章 可仲裁性问题的法律适用 / 019**
  - 第一节 仲裁协议主体可仲裁性的法律适用 / 019
  - 第二节 客体可仲裁性的法律适用 / 026
  - 第三节 可仲裁性问题实体规则的直接适用 / 033
- 第三章 晚近国际商事仲裁范围的扩大 / 036**
  - 第一节 仲裁范围的直接扩大——突破禁区的立法和司法经典 / 036
  - 第二节 仲裁范围的间接扩大——扩张解释与严格适用 / 049
  - 第三节 可仲裁范围扩大的国际趋势之反思 / 055
- 第四章 中国可仲裁性立法与实践 / 065**
  - 第一节 中国可仲裁性问题一般立法和相关实践介评 / 065
  - 第二节 中国可仲裁性问题之特殊立法与相关实践述评 / 070
  - 第三节 小结——中国可仲裁性立法的发展 / 076

<b>专题二 国际商事仲裁的法律适用</b>	<b>078</b>
<b>第五章 国际商事仲裁协议的法律适用</b>	<b>078</b>
第一节 仲裁协议法律适用的基本理论问题	078
第二节 仲裁协议准据法的确定	088
<b>第六章 仲裁程序的法律适用</b>	<b>100</b>
第一节 仲裁程序法律适用的基本理论问题	100
第二节 仲裁程序法的非国内化趋势	106
<b>第七章 国际商事仲裁实体法的法律适用</b>	<b>110</b>
第一节 国际商事仲裁实体法的确定	110
第二节 国际商事仲裁中强制性规则的适用	122
<b>第八章 中国国际商事仲裁的法律适用</b>	<b>142</b>
第一节 有关仲裁协议法律适用的中国立法及实践评述	142
第二节 有关仲裁程序法律适用的中国立法及实践评述	151
第三节 有关仲裁实体法律适用的中国立法与实践	154
<b>专题三 临时仲裁制度</b>	<b>161</b>
<b>第九章 临时仲裁制度概述</b>	<b>161</b>
第一节 临时仲裁的概念	161
第二节 临时仲裁的制度设计及价值分析	164
<b>第十章 临时仲裁制度的基本问题</b>	<b>171</b>
第一节 临时仲裁的特点——与机构仲裁的比较	171
第二节 有效的临时仲裁协议	177
第三节 临时仲裁庭组成困难时的处理	183
<b>第十一章 中国建立临时仲裁制度的理性思考</b>	<b>188</b>
第一节 我国关于临时仲裁的立法现状	188
第二节 中国建立临时仲裁制度的客观情势分析	190

## 第二部分 国际商事仲裁中的程序性问题

### 专题四 国际商事仲裁中仲裁管辖权的确定 / 199

#### 第十二章 仲裁管辖权确定的一般法律制度 / 199

##### 第一节 仲裁管辖权之取得与确定 / 199

##### 第二节 仲裁管辖权确定的权力机构 / 203

#### 第十三章 中国仲裁制度下仲裁管辖权确定制度 / 215

##### 第一节 我国关于仲裁管辖权确定的相关立法 / 215

##### 第二节 我国关于仲裁管辖权确定的立法及实践评述 / 217

##### 第三节 若干建议 / 226

### 专题五 国际商事仲裁中的合并仲裁及第三方参与仲裁 / 228

#### 第十四章 多方当事人同一争议合并仲裁问题的提出 / 229

##### 第一节 多方当事人同一争议与国际商事仲裁 / 229

##### 第二节 建立多方当事人同一争议合并仲裁制度的争论 / 236

#### 第十五章 多方当事人同一争议的强制合并仲裁 / 242

##### 第一节 多方当事人同一争议强制合并仲裁的理论批判 / 242

##### 第二节 多方当事人同一争议强制合并仲裁的实践及评析 / 249

#### 第十六章 多方当事人同一争议的协议合并仲裁 / 257

##### 第一节 多方当事人同一争议协议合并仲裁制度的构建 / 257

##### 第二节 多方当事人同一争议协议合并仲裁制度的实践运用 / 268

#### 第十七章 设立仲裁第三人制度的法律思考 / 276

##### 第一节 仲裁第三人制度概述 / 276

##### 第二节 有关仲裁第三人的国际商事仲裁立法及实践 / 282

#### 第十八章 我国多方当事人同一争议合并仲裁的现状与发展 / 288

##### 第一节 我国多方当事人同一争议合并仲裁的立法与实践 / 288

##### 第二节 关于我国合并仲裁发展的若干建议 / 292

##### 第三节 结语 / 296

## **专题六 国际商事仲裁中的临时保全措施 / 298**

### **第十九章 本体论——有关临时保全措施本身的问题 / 299**

#### 第一节 仲裁临时保全措施之概述 / 299

#### 第二节 发布和执行仲裁临时保全措施面临的法律问题 / 305

### **第二十章 仲裁中临时保全措施的立法模式及其评述 / 309**

#### 第一节 仲裁临时保全措施的立法模式 / 309

#### 第二节 主要国家和仲裁机构有关临时保全的立法评述 / 312

### **第二十一章 运行论——临时保全措施的运作 / 322**

#### 第一节 概论 / 322

#### 第二节 当事人申请采取临时保全措施的时间 / 324

#### 第三节 临时保全措施的申请机构 / 324

#### 第四节 下达临时措施令的权力 / 326

#### 第五节 临时措施的可执行性 / 327

#### 第六节 法院对仲裁庭的支持 / 330

#### 第七节 临时措施的执行和《纽约公约》 / 332

#### 第八节 英国的马瑞瓦禁令(Mareva Injunction) / 337

### **第二十二章 我国仲裁临时保全措施的相关立法及其评述 / 343**

#### 第一节 权力的分配——临时措施决定权 / 343

#### 第二节 有待填补的空白——临时措施的发布条件 / 347

#### 第三节 通知和上诉——由法院来解决的问题 / 348

#### 第四节 最终效果——临时措施的执行 / 349

#### 第五节 结语 / 350

## **专题七 仲裁中的调解制度 / 352**

### **第二十三章 仲裁中调解概述 / 352**

#### 第一节 仲裁中调解的概念 / 352

#### 第二节 仲裁中调解的国际实践 / 357

### **第二十四章 仲裁中调解的基本理念 / 361**

- 第一节 仲裁中调解的基本原则 / 361
- 第二节 仲裁中调解的功能探析 / 365
- 第三节 仲裁中调解的价值目标 / 369
- 第二十五章 仲裁中调解的争论焦点 / 374**
  - 第一节 关于仲裁中调解制度的理论争论 / 374
  - 第二节 仲裁中调解制度的正当性解读 / 378
- 第二十六章 中国仲裁中调解制度的完善及立法建议 / 384**
  - 第一节 中国仲裁中调解制度的完善 / 384
  - 第二节 中国相关现行立法的缺陷与完善 / 386
  - 第三节 《调解法》的制定 / 392

### 第三部分 国际商事仲裁裁决

- 专题八 国际商事仲裁裁决国籍及相关问题 / 399**
- 第二十七章 国际商事仲裁裁决国籍的概述 / 400**
  - 第一节 区分国际商事仲裁裁决国籍的实益 / 401
  - 第二节 判断国际商事仲裁裁决国籍的标准 / 402
  - 第三节 关于国际商事仲裁裁决国籍的国际公约及相关法律文件的演变 / 407
- 第二十八章 仲裁地点在确认国际商事仲裁裁决国籍中的地位 / 413**
  - 第一节 法律意义上的仲裁地点及其确定 / 413
  - 第二节 仲裁地点在确定仲裁裁决国籍中的地位 / 420
- 第二十九章 中国关于判断仲裁裁决性质的立法和实践 / 423**
  - 第一节 中国仲裁机构做出的仲裁裁决的认定 / 423
  - 第二节 外国仲裁机构在中国做出的仲裁裁决的认定 / 425

## **专题九 国际商事仲裁裁决的撤销制度——已撤销 裁决的承认与执行 / 431**

### **第三十章 国际商事仲裁裁决撤销制度概述 / 431**

#### 第一节 国际商事仲裁裁决撤销制度的概念 / 431

#### 第二节 撤销国际商事仲裁裁决的理由 / 434

### **第三十一章 已撤销裁决可执行性的实践与法律规制 / 440**

#### 第一节 各国承认和执行已撤销裁决的实践 / 440

#### 第二节 已撤销仲裁裁决承认与执行问题的学理学说 / 447

#### 第三节 从《纽约公约》看已撤销裁决的承认和执行 / 453

### **第三十二章 与已撤销裁决可执行性相关的几个理论问题 / 461**

#### 第一节 国际商事仲裁裁决的效力来源 / 462

#### 第二节 仲裁“非内国化”理论 / 465

#### 第三节 仲裁裁决撤销制度存废之辨析 / 473

### **第三十三章 已撤销裁决在我国的可执行性与仲裁裁决 撤销制度的完善 / 478**

#### 第一节 已撤销裁决和“非内国化”裁决在我国的可执行性 / 478

#### 第二节 我国仲裁裁决撤销制度的完善 / 483

#### 第三节 结语 / 490

## **专题十 承认与执行国际商事仲裁裁决中的国际与国内 司法协助 / 491**

### **第三十四章 国际商事仲裁裁决的承认与执行制度概述 / 491**

#### 第一节 国际商事仲裁裁决的承认与执行 / 491

#### 第二节 国际商事仲裁裁决在《纽约公约》下的协助执行 / 495

### **第三十五章 商事仲裁裁决承认与执行的国际司法协助 / 500**

#### 第一节 国际商事仲裁裁决在中国的承认与执行 / 501

#### 第二节 中国商事仲裁裁决在外国的承认与执行 / 508

### **第三十六章 国际商事仲裁裁决执行的区际司法协助 / 510**

#### 第一节 商事仲裁裁决执行区际司法协助的一般理论与实践 / 510

- 第二节 商事仲裁裁决在中国内地与香港地区之间的协助执行 / 512
- 第三节 商事仲裁裁决在中国内地与澳门地区之间的协助执行 / 516
- 第四节 商事仲裁裁决在中国内地与台湾地区之间的协助执行 / 519

## 第四部分 行业仲裁

### 专题十一 美国证券仲裁制度及对我国证券仲裁制度设计的启示 / 525

#### 第三十七章 证券仲裁的一般法理 / 526

- 第一节 证券仲裁的定义 / 526
- 第二节 证券仲裁的法律性质 / 528
- 第三节 证券仲裁的法律地位 / 529

#### 第三十八章 美国证券仲裁制度的发展及其成功原因剖析 / 533

- 第一节 美国证券仲裁制度的发展 / 533
- 第二节 美国证券仲裁制度的成功原因剖析 / 539

#### 第三十九章 美国证券仲裁制度若干重要法律问题研究 / 546

- 第一节 证券业仲裁协会 / 546
- 第二节 证券仲裁机构 / 548
- 第三节 证券仲裁员 / 553
- 第四节 强制性仲裁条款 / 556

#### 第四十章 我国证券仲裁制度现状分析 / 561

- 第一节 我国证券仲裁制度的现状 / 561
- 第二节 制约我国证券仲裁制度发展的因素 / 566

#### 第四十一章 我国证券仲裁制度设计之建议 / 570

- 第一节 对证券仲裁制度的准确定位 / 571
- 第二节 我国证券仲裁制度设计之建议 / 573

### 专题十二 国际体育仲裁制度发展初探 / 578

#### 第四十二章 体育纠纷及国际体育仲裁概述 / 579



第一节	体育纠纷的产生及其特征 / 579
第二节	体育纠纷的解决机制概述 / 584
第三节	国际体育仲裁制度概述 / 587
<b>第四十三章</b>	<b>国际体育仲裁院(CAS)体育仲裁机制 / 593</b>
第一节	国际体育仲裁院与国际体育仲裁制度 / 593
第二节	国际体育仲裁院的普通仲裁程序和上诉程序 / 601
第三节	国际体育仲裁院(CAS)体育仲裁的法律适用问题 及其裁决的承认与执行 / 607
<b>第四十四章</b>	<b>奥林匹克体育仲裁制度及有关原则分析 / 613</b>
第一节	CAS 奥林匹克仲裁分院与奥运会体育仲裁制度 / 613
第二节	CAS 奥林匹克体育特别仲裁分院的法律适用 / 618
<b>第四十五章</b>	<b>构建中国体育仲裁机制的具体设计 / 621</b>
第一节	我国体育仲裁立法之现状 / 621
第二节	构建我国体育仲裁体制的具体设想 / 627
<b>参考文献</b>	<b>/ 634</b>