

司法部规划高等学校法学教材

# 商事仲裁法

国际视野和中国实践

沈  
陈  
治  
东  
伟  
著

上卷



**Commercial Arbitration Law**

Global Context and China Practice

 上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



## 沈伟

上海交通大学凯原法学院凯原特聘教授、博士生导师；美国纽约大学法学院全球法学教授；美国密歇根大学L. Bates Lea访问教授；国际比较法协会会员；二十国集团下金融市场法律委员会委员；Moody's中国学术咨询委员会委员；香港大学国际金融法亚洲研究所荣誉研究员；美国纽约州执业律师；香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心、伦敦国际仲裁院、上海国际仲裁中心、中国国际经济贸易仲裁委员会、上海仲裁委员会、韩国商业仲裁会（国际）和日本商事仲裁委员会等机构的仲裁员。

已经出版6本英文著作、2本英文编著、2本中文著作、2本中文编著、4本译著；参与出版34本著作（中文著作3本,英文著作31本）；发表近190余篇英文和中文学术论文。同时兼任《中国国际法杂志》（SSCI期刊，牛津大学出版社）、《东亚和国际法期刊》《欧洲商业法律评论》（荷兰威科集团）、《中国和世界贸易组织评论》（韩国）的编辑或编委。发表的论文被新加坡最高法院判决引用，专家意见被香港高等法院和巴林法院采纳。



上海交通大学  
人文社会科学成果文库

# 商事仲裁法

国际视野和中国实践

陈沈  
治东  
伟

著

上卷



**Commercial Arbitration Law**

Global Context and China Practice



上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

## 内容提要

我国商事仲裁在 1995 年《仲裁法》颁行后有了跨越式的发展。商事仲裁的定位也由原来的法外争端解决机制转变为高端服务业,并通过高速发展构建金融中心和拉动经济发展,弥补司法资源的不足。国际商事仲裁界的竞争也呈白热化状态,伦敦、巴黎、新加坡、中国香港、日内瓦、纽约和斯德哥尔摩是全球七大仲裁地。澳大利亚、日本、韩国、迪拜、阿布扎比、哈萨克斯坦也分别通过立法成立了国际仲裁中心,希望后来居上。国际商事仲裁实践也有重大发展,第三方资助、选择性上诉机制等概念和实践层出不穷。在此背景下,本书聚焦国际视野和中国实践,试图对《仲裁法》在 1995 年颁行之后的发展轨迹进行系统梳理和分析。全书共分十一章,内容涉及国际商事仲裁概述及其性质;国际商事仲裁的立法;重要的常设国际商事仲裁机构;国际商事仲裁协议;国际商事仲裁员和仲裁庭;国际商事仲裁的程序性事项;国际商事仲裁的法律适用;国际商事仲裁裁决;国际商事仲裁裁决的撤销;国际商事仲裁的承认及执行;中国商事仲裁法与法院的互动等。本书分为上下两卷。

## 图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁法:国际视野和中国实践/沈伟,陈治东著. —上海:上海交通大学出版社,2020  
ISBN 978-7-313-22748-5

I. ①商… II. ①沈… ②陈… III. ①国际商事仲裁  
IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 284952 号

## 商事仲裁法——国际视野和中国实践

SHANGSHI ZHONGCAIFA——GUOJI SHIYE HE ZHONGGUO SHIJIAN

著 者:沈 伟 陈治东

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

印 制:上海万卷印刷股份有限公司

开 本:710 mm×1000 mm 1/16

字 数:819 千字

版 次:2020 年 6 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-22748-5

定 价:188.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:52

印 次:2020 年 6 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:021-56928178

## 序

### Preface

商事仲裁在 1995 年《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）颁行后有了跨越式的发展。法学界、律师界、仲裁界和商界都对商事仲裁表现出浓厚的兴趣，关于仲裁实践也与时俱进、日新月异。

根据司法部 2019 年的统计，截至 2018 年年底，全国共设立了 255 个仲裁委员会，共有仲裁从业人员 6 万人。2018 年，全国仲裁机构共处理案件 54 万件，比 2017 年增长 127%；案件标的额近 7 000 亿元，比 2017 年增长 30%；全国仲裁机构在 1995 年《仲裁法》实施后共处理各类民商事案件 260 万余件，标的额 4 万多亿元，案件当事人涉及 70 多个国家和地区。

各地各级行政部门和司法机关对商事仲裁颇为关注。中共中央、国务院于 2018 年 12 月 31 日下发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》（简称《意见》），这是对党的十八届四中全会提出的“完善仲裁制度，提高仲裁公信力”改革任务的具体落实，也是对党的十九大提出的加强预防和化解社会矛盾机制建设的积极回应。该《意见》就五大主题，提出 23 条意见。

这五大主题分别是：① 认真贯彻落实仲裁法律制度；② 改革完善仲裁委员会内部治理结构；③ 加快推进仲裁制度改革创新；④ 提高仲裁服务国家全面开放和发展战略的能力；⑤ 加大对仲裁工作的支持与监督力度。《意见》瞄准“社会化”“智能化”和“专业化”三个方向，提出了提高我国仲裁服务国际竞争力的目标。中央政府还积极推进构建“一带一路”国际商事争端解决机制。中央全面深化改革领导小组于2018年1月23日审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，提出坚持纠纷解决方式多元化原则，充分考虑“一带一路”建设参与主体的多样性、纠纷类型的复杂性以及各国立法、司法、法治文化的差异性，积极培育并完善诉讼、仲裁、调解有机衔接的争端解决服务保障机制，切实满足中外当事人多元化纠纷解决需求；通过建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构，营造稳定、公平、透明、可预期的法制化营商环境。司法部在和国务院法制办整合之后，于2019年3月底召开全国仲裁工作会议。司法部部长特别强调贯彻《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》，以完善仲裁制度、提高仲裁公信力为重点，全面提升仲裁质量，为有效预防化解矛盾、提升社会治理水平、促进经济社会发展提供强有力的仲裁服务和保障。

山东省青岛市人民政府办公厅在2016年7月20日印发了《关于大力推进青岛仲裁事业发展打造一流仲裁机构的议案办理工作实施方案的通知》，提出把青岛打造成为东北亚国际商事争端解决中心。2019年1月2日，中共上海市委全面深化改革委员会审议通过了全国首个关于仲裁的省级重大改革性文件——《关于完善仲裁惯例机制提高仲裁公信力加快打造面向全球的亚太仲裁中心的实施意见》，提出加快推进仲裁工作改革发展，<sup>①</sup> 加快建设面向全球的亚太仲裁中心；着力加强仲裁制度创新供给，着力加大仲裁专业人才培养，着力提升仲裁行业国际化水平，充分激发仲裁机构发展动力和活力，不断满足社会对优质高效仲裁服务的需求。世界银行《跨境投资报告》将仲裁作为评价投资环境的重要内容，结合正在不

---

<sup>①</sup> 该实施意见确定了六个方面的主要任务，其中在完善管理体制方面要求组建上海仲裁协会，建立行政管理和行业管理“两结合”管理体制；在推进体制机制改革方面要求仲裁机构和行政机关脱钩，原本由政府组建的仲裁机构在3年内完成脱钩改制，担任或兼任仲裁机构的决策机构组成人员的公务员3年内全部退出；规定仲裁机构自主决定人事制度，仲裁机构经费不再纳入财政预算，实行经费自理、自收自支。

断优化的营商环境，上海以专业化、国际化和高效化的新姿态全面融入国际市场，<sup>①</sup> 力争成为“国际仲裁之都”。国务院于2019年8月印发的《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》中，允许境外仲裁机构在上海自贸区临港新片区设立业务机构，开展仲裁业务。<sup>②</sup>

深圳在仲裁改革方面迈的步子更大。为了更加高效地整合仲裁服务资源，2017年12月，华南国际经济贸易仲裁委员会和深圳仲裁委员会进行了合并。深圳国际仲裁院对2016年施行的《深圳国际仲裁院仲裁规则》进行了修订，在《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》和《深圳国际仲裁院海事物流仲裁规则》的基础上，制定了《深圳国际仲裁院金融借款争议仲裁规则》《深圳国际仲裁院网络仲裁规则》和《深圳国际仲裁院选择性复裁程序指引》。这些规则包含了一些理念先进的仲裁规则，引进了选择性复裁程序，<sup>③</sup> 新增首席仲裁员指定方式——推荐排除法，<sup>④</sup> 增设“庭审声明”环节，<sup>⑤</sup> 引入“当事人之间自行选送”机制，<sup>⑥</sup> 改“快速程序”为“简易程序”，并且压缩期限，<sup>⑦</sup> 指定《金融借款争议仲裁规则》《网络仲裁规则》，以降低仲裁成本，区分“大小仲裁员名册”适用不同案件。<sup>⑧</sup> 新版的仲裁规则更加尊重当事人意思自治，即只要不违背适用法律的强制性规定且现实可行，当事人可以约定适

---

① 到2019年年初，上海市在册仲裁员人数达到2137名，分别来自74个国家和地区，其中包括36个“一带一路”沿线国家。

② 《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》第2条第（四）款：允许境外知名仲裁及争议解决机构经上海市人民政府司法行政部门登记并报国务院司法行政部门备案，在新片区内设立业务机构，就国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议开展仲裁业务，依法支持和保障中外当事人在仲裁前和仲裁中的财产保全、证据保全、行为保全等临时措施的申请和执行。

③ 详见本书第八章第四节。

④ 首席仲裁员有三种创新指定方式：边裁推选法、推荐排序法和推荐选择法。经双方当事人申请或同意，仲裁院院长可以推荐三名以上首席仲裁员候选名单。双方当事人在收到候选名单之日起5日内可以各排除一名或若干名候选人。首席仲裁员由仲裁院院长在剩余候选名单中指定；候选人均被排除的，由仲裁院院长在候选名单之外指定。

⑤ 借鉴英美法系的宣誓制度，规定在开庭审理时，仲裁庭就独立公正宣读证明书；当事人及其代理人、证人、鉴定人等相关人员可以就诚实信用和善意合作宣读声明书。

⑥ 经当事人同意，仲裁院或仲裁庭可以决定当事人在提交仲裁文书和证明材料时直接发送其他当事人或发送至仲裁院网络仲裁服务平台提供的在线存储系统。

⑦ 详见本书第十章，将争议金额不超过人民币100万元提高到300万元，允许当事人约定适用快速程序而不受争议金额的限制，扩大该程序的适用范围。答辩期和反请求申请期限从20天压缩至10天、开庭通知由10天前缩短为7天前、申请延期开庭的期限从开庭前7天缩短至3天，裁决作出期限从组庭之日起的3个月缩短为2个月。

⑧ 仲裁员名册分为两个组别，即《仲裁员名册》（大名册）和《特定类型案件仲裁员名册》（小名册），后者只适用于快速程序案件、《金融借款争议仲裁规则》和《网络仲裁规则》。

用的法律、仲裁规则、仲裁语言、仲裁地、仲裁庭的组成方式、审理方式、证据规则、开庭地点等。

同时，各地仲裁机构之间的竞争呈白热化状态。中国国际经济贸易仲裁委员会（简称贸仲）、上海国际仲裁中心、深圳国际仲裁中心、北京仲裁委员会仍然执仲裁界之牛耳。贸仲还积极在海外布局，早在2012年就在我国香港地区设立贸仲香港仲裁中心，又在温哥华设立了贸仲北美仲裁中心。为了推进“一带一路”倡议，还在2017年在西安设立了贸仲丝绸之路仲裁中心。<sup>①</sup> 境外仲裁机构，如香港国际仲裁中心和新加坡国际仲裁中心分别在上海设立代表处，抢滩国内仲裁市场，力图在国内推广仲裁服务，占有国内仲裁市场，特别是涉外仲裁市场的份额。位于首尔的国际争端解决中心在上海自贸区设立了分中心。

贸仲仍然是涉外仲裁领域的龙头。2018年贸仲受理仲裁案件2962件，同比增长28.89%，其中涉外仲裁案件522件（双方均为境外当事人案件36件），同比增长9.66%；受理国内案件2440件，同比增长33.92%。贸仲在2018年的涉案标的额也首次突破千亿元大关，达到1015.90亿元，同比增长41.32%；标的额上亿元的案件达到171件，同比增长46.15%；全年审结案件2524件，同比增长11.04%。贸仲受理案件的当事人涉及60多个国家和地区。<sup>②</sup> 同时，贸仲还不忘继续深耕国内仲裁市场，在经济发展领先的省份设立贸仲分会。山东省内有17家仲裁机构，为了做大做强，也在省法制办的牵头下成立了山东省仲裁促进发展会和山东国际仲裁中心，希望在贸仲进入山东之际，形成集团优势，稳住省内仲裁市场的份额。全国的自贸区到2018年4月已达12个，也为仲裁的发展提供了新的契机和转型的可能。上海、重庆、海南等地都设立了自由贸易试验区仲裁中心。南海国际仲裁院借海南自贸港建设之际于2018年7月29日成立挂牌，这是2018年年初深圳国际仲裁院建立以理事会为核心的法人治理机制以来中国的第二个法人治理的仲裁院，理事会成员由法律界、工商界和其他相关领域的知名人士担任，其中境外人士不少于总数的1/3。海南省委

<sup>①</sup> “中国仲裁机构海外布局开启”，<http://www.chinanews.com/gn/2018/07-09/8560346.shtml>。最后访问日期：2019年3月15日。

<sup>②</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会于2019年2月1日发布“CIETAC2018年业务工作总结和2019年业务工作计划”，<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show%id=15804>。最后访问日期：2019年5月1日。

全面深化改革委员会第5次会议在2019年2月11日通过了《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）管理办法》，其参照了2012年11月《深圳国际仲裁院管理规定（试行）》，结合海南省建设自由贸易试验区和中国特色自由贸易港的要求，以地方立法的形式明确海南国际仲裁院将实行以理事会为核心的法人治理机制，也明确了海南国际仲裁院是社会公益性法定机构，作为非营利法人独立运作。<sup>①</sup>

尽管北京仲裁委员会面临着同城贸仲的巨大竞争压力，但是成功突围，成为我国和国际仲裁界非常有品牌效应的仲裁机构。北京仲裁委从1995年9月成立到2018年，受理案件为37718件，案件标的额3026.8亿元。2018年，北京仲裁委共受理案件4872件，案件标的额为751.55亿元，亿元以上案件平均标的额达到3.7亿元。在国内案件中，当事人一方或双方为外地的案件为2942件，占国内案件总数的61.60%；当事人双方都是外地的案件810件，占国内案件总数的16.93%。适用国际商事仲裁程序的案件数量和案件标的额持续增长，分别为88件和46.81亿元，其中若干案件的准据法为外国法。除了规模之外，案件办理效率也得到提升，个案平均耗时136.73天，从组庭到结案平均耗时82.25天，全年审理期限内结案3377件。全年裁决结案、调解、撤回率分别为61.75%、15.30%、19.73%，没有被撤销的案件，不予执行的案件为3件。北京仲裁委员会（简称北仲）还通过《仲裁规则》，加快国际化步伐，与海外国际仲裁机构接轨。2019年7月15日，新通过的《北京仲裁委员会仲裁规则》实行全新的收费标准，将仲裁费用明确区分为仲裁员报酬和机构费用；提高了最低收费，同时规定了收费的封顶金额；规定在当事人约定情况下仲裁员报酬可以按小时收费，仲裁员小时费率原则上不得超过5000元。小时费率的引入有利于推动国内仲裁进一步接轨国际实践，也让当事人在确定费用、控制费用方面有更多的话语权和选择权。同样，与深圳国际仲裁院处于同省的广州仲裁委员会在2018年共受理案件189620件，占全国255家仲裁机构总受理量的35%。上海两家仲裁机构在过去3年平均受理案件数

---

<sup>①</sup> 中共中央、国务院在2018年12月31日发布《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》，对我国仲裁机构的性质进行了界定，提出了改革完善仲裁委员会内部治理结构的要求，指出：“仲裁委员会是政府依据仲裁法组织有关部门和商会组建，为解决合同纠纷和其他财产权益纠纷提供公益性服务的非营利法人。各地可以结合实际，对仲裁委员会的运行机制和具体管理方法进行探索改革，条件成熟、具有改革积极性的仲裁委员会可以先行试点。”

量约 3 000 件，2018 年达到 4 702 件，其中涉外案件 146 件，总争议金额达到 477.86 亿元。

印度总统在 2019 年颁布总统令，根据印度宪法实施了《新德里国际仲裁中心法》，加入亚太国际仲裁中心的竞争。根据最新的国际仲裁中心的排名，伦敦、巴黎、新加坡、中国香港、日内瓦、纽约和斯德哥尔摩是全球七大仲裁地。澳大利亚取消了国际和国内仲裁的区别，实现统一化和一体化；日本在大阪成立国际纷争解决中心，在京都成立国际调解中心；韩国在《仲裁法》之外出台《仲裁促进法》；阿联酋在迪拜和阿布扎比设立不同法系的仲裁中心；哈萨克斯坦在首都成立了国际仲裁中心。我国香港地区还在 2019 年成为首个获得俄罗斯联邦政府批准的、获准在俄罗斯管理仲裁案件的国际仲裁机构。<sup>①</sup>

国内商事仲裁的快速发展给我国的国际商事仲裁理论和实践带来新的挑战 and 视角。在此背景下，本书从国际视野和中国实践两个方面加以聚焦，试图对《仲裁法》在 1995 年颁行之后的发展轨迹进行整体性梳理和分析。此外，司法改革也将建立专业性法院作为提升商事争端解决机制有效性，为招商引资提供制度支持的重要载体。最高人民法院分别设立了国际商事法庭、上海金融法院、北京破产法院、南京海事法院、上海破产法院等专业性法庭和法院，创造性地将调解、仲裁和司法三位一体，有机结合起来。最高人民法院还通过了一系列司法解释和规定，以完善仲裁的司法审查机制，为商事仲裁提供更加高效和有利的司法支持和技术支撑。司法和仲裁之间的传统复杂关系在这一背景下似乎增加了新的内涵。因此，除了传统和常规的仲裁法理论和实务议题之外，本书新设第十一章，对近年来我国法院和仲裁之间的多维度互动进行解构，以期为商事仲裁的发展提供更为全面的视角。毫无疑问，法院介入仲裁的程度和方式是法院和仲裁之间互动、多元或紧张关系的根源，这在本书的诸多章节中都有大量篇幅

---

<sup>①</sup> 香港国际仲裁中心是《俄罗斯联邦仲裁法》2016 年 9 月 1 日生效以后第一家在俄罗斯提出申请的国际仲裁机构。2018 年 4 月 5 日，俄罗斯联邦国家杜马通过《俄罗斯联邦仲裁法修正案》，简化其他仲裁机构进入俄罗斯仲裁市场的法律程序。修改前的《俄罗斯联邦仲裁法》规定：常设仲裁机构必须在非营利性组织之下设立，而且必须取得俄罗斯联邦政府以政府令形式的授权审批。根据修正案的规定，俄罗斯联邦司法部获得授权，可以批准或拒绝其他仲裁机构获得《俄罗斯联邦仲裁法》规定的常设仲裁机构资质。获得《俄罗斯联邦仲裁法》规定的常设仲裁机构资质需要满足两个实质性的条件：（1）必须具有广泛认可的国际声誉，具体标准由俄罗斯司法部根据其下设的完善仲裁审批委员会的建议确认；（2）在俄罗斯开设分支机构或者设立法人，在法人之下根据俄罗斯法律设立常设仲裁机构。

的分析，是本书着墨较多的议题和内容。

当然，由于篇幅的关系，本书没有涵盖一些近年来崭新但还没有结论或太多实践的议题，特别是第三方资助问题。国际商事仲裁成本高企是行业的共识和常态。过去几年，第三方资助在国际商事仲裁领域逐渐兴起，并且得到不断的发展和实践。通过专业的投资机构与资金方提供争议解决的全部或部分费用转嫁争议解决以及执行的风险，帮助因各种原因而无力支付仲裁费用的当事人更有效地参与仲裁。从经济的角度看，当事人不愿意在案件尚未启动时，预先支付高昂的争议解决费用去获得未知的仲裁结果，而第三方资助在一定程度上缓解了当事人的财务紧张状况，通过金钱资助帮助当事人实现经济或商业目的。我国香港地区和新加坡已经在立法上有所推进。<sup>①</sup>“第三方资助”这一概念尚需解决利益冲突和道德风险等理论与实践问题，因此，本书暂不具体讨论，留待以后修订时补充。

是为序。

沈 伟

于北湖岸道

2019年8月24日夜

---

<sup>①</sup> 香港《2017年仲裁及调解法例（第三者资助）（修订）条例》第3条有关第三者资助仲裁的相关条文正式生效。该条厘清了第三者在香港资助仲裁不受助讼及包揽诉讼的普通法原则。香港特别行政区于2018年12月7日发布《第三者资助仲裁实务守则（守则）》，规定了第三者资助仲裁的最低标准，为受资助方提供保障。

# 目录

## Contents

1	<b>第一章 国际商事仲裁法概述</b>
1	第一节 仲裁的含义及性质
13	第二节 国际商事仲裁
18	第三节 国际商事仲裁法
24	第四节 国际投资仲裁
30	<b>第二章 国际商事仲裁的立法</b>
30	第一节 国际条约
40	第二节 国际商事仲裁示范法
44	第三节 国际仲裁立法
49	第四节 中国仲裁立法
69	<b>第三章 重要的常设国际商事仲裁机构</b>
69	第一节 中国的涉外仲裁机构
117	第二节 国际性商事仲裁机构
130	第三节 主要的外国常设商事仲裁机构

147	<b>第四章</b>	<b>国际商事仲裁的仲裁协议</b>
147	第一节	仲裁协议概述
163	第二节	仲裁协议的要素及效力的确定
188	第三节	有瑕疵的仲裁协议及其处理
209	第四节	仲裁协议的独立性问题
222	第五节	中国仲裁制度下的仲裁协议
236	<b>第五章</b>	<b>国际商事仲裁的仲裁员和仲裁庭</b>
236	第一节	仲裁员
272	第二节	仲裁庭
288	<b>第六章</b>	<b>国际商事仲裁的程序性事项</b>
289	第一节	仲裁程序中的保全措施
306	第二节	仲裁程序中的证据
319	第三节	选择性复裁程序
324	第四节	仲裁程序中的调解
329	第五节	金融纠纷的非诉讼调解机制——基于上 海的实证研究
348	<b>第七章</b>	<b>国际商事仲裁的法律适用</b>
348	第一节	国际商事仲裁的程序法适用
365	第二节	国际商事仲裁的实体法适用

---

# 第一章

## 国际商事仲裁法概述

---

### 第一节 仲裁的含义及性质

#### 一、仲裁的含义及其历史沿革

##### （一）仲裁的一般含义

仲裁（Arbitration）又称“公断”，是指双方当事人依据争议发生前或争议发生后所达成的仲裁协议，自愿将争议交付给独立的第三方，由其按照一定程序进行审理并作出对争议双方都有约束力的裁决的一种非司法程序。

##### （二）仲裁的历史沿革

仲裁作为解决民商事争议的一种有效方式源远流长。据说在公元前6世纪的古希腊时期，城邦国家之间即采用仲裁方式解决它们之间的争议。古罗马商业发展时期就开始用仲裁方式解决贸易往来中的纠纷。如果商人之间无法自行解决纷争，就由双方寻找有威望的长老作为仲裁人居中解决纠纷。鉴于对仲裁人的信任，当事人对仲裁人所作出的裁决一般均自愿服从。在罗马的《十二铜表法》中就有仲裁的记载。在罗马的《民法大全》“论告示”第二编中，记载了古罗马五大法学家之一保罗的著述：“为解决争议，正如可以进行诉讼一样，也可以进行仲裁。”<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社1995年版，第4页。

随着中世纪后期商品交换的进一步发展，国际贸易交往日益增多，仲裁作为解决经济纠纷的手段也随之发展起来，通过有关国家的立法，逐渐成为解决国际商业争议的重要制度。英国议会于1697年正式制定了仲裁法；瑞典早在14世纪中叶确认仲裁为解决契约的一种合法形式，于1887年制定了仲裁法；法国在1806年《民事诉讼法典》中对仲裁作了专篇规定；南美的阿根廷1887年颁布了诉讼法典，其中对仲裁作了详细规定；1879年的德国《民事诉讼法典》规定了仲裁程序、仲裁协议的形式和效力、仲裁员、仲裁庭审程序和裁决的效力以及执行等事项；亚洲的日本在1890年《民事诉讼法典》中设专章规定了仲裁程序；美国纽约州于1920年通过了州仲裁法，1925年美国国会通过了《联邦仲裁法》，并于1926年起施行。第二次世界大战后，几乎所有国家均颁布了本国的仲裁法。

各国仲裁制度的发展不仅表现在立法方面，还表现在仲裁的机构化方面。例如，英国于1892年成立了伦敦仲裁院；瑞典于1902年成立了斯德哥尔摩商会仲裁院；瑞士于1911年设置了苏黎世商会仲裁院；美国于1926年通过几个仲裁机构合并成立了美国仲裁协会；日本于1950年成立了国际商事仲裁协会。除了这些常设仲裁机构以外，各国的许多行业协会、商品交易所内均设有专门解决内部成员间纠纷的仲裁机构。

第二次世界大战后，伴随着联合国的诞生和区域性国际经济组织的建立，各国订立了一系列与仲裁有关的国际公约及示范法，如1958年的《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1975年的《美洲国家国际商事仲裁公约》、1985年的《国际商事仲裁示范法》等。这些公约和规则的通过，表明国际商事仲裁制度的一体化趋向，也表明以仲裁方式解决商事争议在世界范围内获得普遍的承认和运用。

## 二、仲裁的基本特征

仲裁作为一种解决争议的重要方式，与其他争议解决方式，例如调解和诉讼相比较，具有十分鲜明的特征。

### （一）仲裁与调解的异同点

仲裁和调解都是以当事人的自愿为基础的争议解决方式。得以解决争

议并非源于国家权力，而是基于当事人的合意和自愿，处理争议的仲裁者或者调解者基本上都是民间机构或者民间人士。非官方的性质是两者根本的相同点。主持仲裁或调解的第三方都由当事人自行选择，在仲裁程序中是由当事人所指定的仲裁员组成的仲裁庭，在调解程序中则是当事人选择仲裁人。

然而，尽管两者都属于当事人自愿选择的争议的解决方式，但是两者仍存在不少的差异。

第一，以仲裁方式解决争议，当事人必须订立书面的仲裁协议，若无此仲裁协议，仲裁就无法进行。一旦当事人以书面协议约定以仲裁解决争议，他们就受到此协议的约束；倘若一方当事人拒绝参加仲裁程序，有关的仲裁庭有权进行缺席审理，直至作出最终的缺席裁决。所以，仲裁的自愿性是相对的。采用调解方式则无须书面的协议。任何一方当事人都无法强迫另一方当时参加调解程序，即使其中一方当事人已经承诺以调解方式解决争议，此后又反悔不愿继续调解，调解就不能继续进行，调解人不可能进行缺席调解，因此，调解程序的当事人意思自治几乎是绝对的。当实质利益发生冲突时，这种毫无强制性的争议解决方式有可能丧失其存在的现实基础，此实为调解的致命缺陷。

第二，虽然当事人在仲裁过程中享有广泛的自由，但在现代仲裁制度中采用机构仲裁的较普遍，各国常设仲裁机构都制定了较详细的仲裁规则，指导仲裁程序。仲裁庭必须严格遵循仲裁规则审理案件并作出裁决，否则，将影响仲裁裁决的效力。至于调解方式，通常没有严格的程序。

第三，在仲裁解决争议过程中，一些仲裁机构的仲裁规则允许仲裁庭在征得当事人同意的条件下亦可进行调解。调解成功，当事人可以撤回仲裁申请，或者由仲裁庭依据和解方案制作裁决书。换言之，仲裁程序可以吸收调解做法。然而，在调解程序中，调解人不可能履行任何的仲裁职责。

第四，以仲裁方式解决争议，不论其中一方当事人是否参加程序，只要存在有效的仲裁协议，仲裁庭就有权作出裁决书。败诉方若不自动履行裁决所规定的义务，胜诉方可以依据各国的法律或者国际公约请求法院予以强制执行。在调解程序中，如果调解成功，调解人所制作的调解书通常依赖当事人的自觉履行，它在法律上并无强制执行的效力；反之，调解失

败，则调解人不可能制作任何确定当事人实体权利义务的任何书面文件。

## （二）仲裁与诉讼的异同点

尽管有的学说认为仲裁具有“准司法”的性质，是一种以法律为后盾的争议解决方式；再者，仲裁裁决与法院判决一样，对当事人具有法律上的拘束力，尤其是仲裁程序的一裁终局特点及其受到国际公约支持的域外执行可能性，更显示其对当事人的强制力，然而仲裁与诉讼相比较，其区别是本质性的。

第一，当事人以仲裁方式解决争议，必须出于双方的自愿，缔结书面的仲裁协议。仲裁庭作为独立的第三方审理当事人争议的权力，并非基于强制的法定管辖，而是来自争议双方自愿的授权，即双方当事人在争议发生前或者争议发生后，以书面形式的协议表示愿意将争议提交仲裁解决。若不存在仲裁协议，或者仲裁协议无效，当事人就不能将争议交付仲裁，仲裁庭就无权受理争议案件。因此，当事人意思自治原则不仅是世界各国仲裁制度的基本原则，而且是整个仲裁制度赖以存在的基石。<sup>①</sup> 诉讼不以当事人的自愿为基础，除非有仲裁协议排除法院的管辖权，否则，当事人一方向法院起诉时，无须事先征得另一方当事人的同意，法院可以通过正当的司法程序传唤对方当事人到法庭，接受法院对案件的审理和裁判。

第二，虽然现代各国仲裁制度发展的趋势是扩大仲裁庭审理案件的范围，但是，各国的法律均对可交付仲裁解决的争议作出某些限制，例如涉及刑事案件、涉及政府与自然人或法人间行政管理产生的争议、涉及人身权的争议不可交付仲裁。仲裁可解决的争议是有限的。就诉讼而言，其主管的争议的范围原则上不受限制，任何争议通过其他方式无法解决者，均可诉诸法院，即所谓的“司法最终解决原则”。所以，诉讼法院的范围较仲裁广泛得多。

第三，仲裁以民间性为基础。处理仲裁案件的仲裁机构均属于非官方的民间机构，通常附设于各国的商会组织或者其他民间社会团体，或者由律师协会、法学会等民间机构组建；参与解决当事人争议的仲裁员大多数是律师、法学教授或工商界专家等民间人士，即使某些仲裁机构亦吸收少

<sup>①</sup> 丁伟、陈治东：《冲突法论》，法律出版社1996年版，第318页。