



中国人民大学律师学院律师操典丛书

总主编：刘瑞起 | 学术顾问：韩玉胜

仲裁基本原则

仲裁基本制度

仲裁司法监督

仲裁法修改意见

商事仲裁 法律与实务

COMMERCIAL
ARBITRATION LAW
AND
PRACTICE

赵汉根 著

36个案例提升仲裁法实战技能，有效应对商事仲裁纠纷，培养国际化仲裁思维

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



中国人民大学律师学院律师操典丛书
总主编：刘瑞起 | 学术顾问：韩玉胜

仲裁基本原则

仲裁基本制度

仲裁司法监督

仲裁法修改意见

商事仲裁 法律与实务

COMMERCIAL
ARBITRATION LAW
AND
PRACTICE

赵汉根 著

36个案例提升仲裁法实战技能，有效应对商事仲裁纠纷，培养国际化仲裁思维

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



中国人民大学律师学院律师操典丛书
总主编：刘瑞起 | 学术顾问：韩玉胜

仲裁基本原则

仲裁基本制度

仲裁司法监督

仲裁法修改意见

商事仲裁 法律与实务

COMMERCIAL
ARBITRATION LAW
AND
PRACTICE

赵汉根 著

36个案例提升仲裁法实战技能，有效应对商事仲裁纠纷，培养国际化仲裁思维

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

总序

十年树木，百年树人。中国人民大学律师学院成立于2010年4月，至今已有10年。律师学院在10年时间里累计培养了10届法律硕士（律师方向）研究生238人，面授培训执业律师2万余人次。

在10年的教学实践活动中，我们深刻认识到：律师教育应是法学教育的重要组成部分，并且具有鲜明的特殊性，其重要特征是实践性、复合性。据此，我们认为出版一套教授法学院学生和青年律师方法论及执业技能的实务教材是十分必要的。早前，律师学院为此曾出版了14本基础实务系列丛书及13本授课实录系列丛书。在此基础上，根据律师学院的教学规划，我们进一步出版《中国人民大学律师学院律师操典丛书》。之所以借用军事术语“操典”的概念，实际上体现了本丛书对律师实务操作演练中的要领和原则的典范性追求。

本丛书由在律师学院担任校外实务导师，并在律师学院长期从事教学及授课的专家、学者和律师学院若干名教师撰写，他们大多是全国各大律所的知名律师、重点企业的法务负责人、权威专家等。本丛书既涉及法律检索、刑事证据审查、谈判等律师执业的基础技能，又涵盖公司律师、房地产、证券、知识产权、仲裁、行政诉讼等专业领域的实务知识与办案技能，十分适合法学院学生及青年律师阅读和学习。当然，根据社会经济与律师行业的发展及律师学院日后的教学实践与需要，本丛书会继续拓展律师执业基础技能和专业实务技能分册。

本丛书旨在帮助法学院学生了解律师执业、实务工作，储备实务知识与技能，助其度过从校园走向律师执业及实务工作的各个阶段，满足其系统、深入学习各执业及实务领域的方法论和实务技能的需要。

本丛书的写作风格力求鲜活易读、生动实用，不拘泥于传统教材的固定体例，而由不同作者根据各自执业领域或工作岗位的特点撰写，既有以章节形式对行业、专业领域的探讨，亦有以专题、案例等形式对思维方法与办案技能的分析。虽然写作形式不一，但写作内容均以实务知识与技能分享为目标，并不过多展开理论与学术论述。

2020年正值中国人民大学法学院成立70周年，中国人民大学律师学院成立10周年之际。《中国人民大学律师学院律师操典丛书》谨作为律师学院教研、教学成果，向中国人民大学法学院、律师学院献礼。

我们真诚地希望广大读者对本丛书给予批评指正，希望“律师教育”的理念和实践能得到全国法学院校、律师学院以及广大律师、专家、学者的关注和支持，共同丰富和推进法律实务人才的教育与培养。

中国人民大学律师学院院长

刘瑞起

自序

1994年8月31日，第八届全国人大常委会第九次会议通过了《仲裁法》，该法于1995年9月1日实施。这标志着中国真正确立了《承认及执行外国仲裁裁决公约》（又称《纽约公约》）下的仲裁法律制度。

《仲裁法》实施八年后的2003年，我成为广州仲裁委员会的一名仲裁员。在这之前的培训中，对仲裁法和民事诉讼法的关系，并没有讲清楚。当时仲裁法学是寄居于民事诉讼法学下的一个小众学科，研究不够，理解不深，某些个案因实体方面错裁而依一裁终局原则没能改判而使仲裁获得“不靠谱”的负面社会评价。而根据《仲裁法》第十五条“中国仲裁协会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则”的规定，似乎民事诉讼法的程序规定也应适用于仲裁，于是乎我们这些仲裁员也就在“仲裁的程序和民事诉讼法的程序基本一致”的观念下，把仲裁案件当作民事诉讼案件，该习惯历经多年，甚至很多仲裁员对《仲裁法》这区区八十条条文多年来未再详读一遍。

在此期间，我遇到一个工程合同案件，仲裁委已经立案，申请人是非合同乙方的实际施工方，其根据甲方（建设单位）和乙方（施工单位）的建设承包合同中的仲裁条款以自己名义提起仲裁，被申请人认为申请人无权提起仲裁，故向法院提起管辖权异议。没想到在法院立案时被告知，法院根据《仲裁法》第二十条的规定只能受理仲裁协议效力异议之诉，不受理仲裁管辖权异议之诉。我查了《仲裁法》的规定，确实如此，当时心里就疑惑，因仲裁委员会是非官方机构，没有法院的司法权，也没有管辖权问题，故立法能否将仲裁管辖权异议问题表述为仲裁协议效力异议？仲裁虽然和民事诉讼一样，都是民商

事争议的解决方式，但是二者其实还是有很多不同点的。我后来之所以对仲裁法进行专门研究，一是因为对仲裁法有许多不解之惑，二是因为参加国际商事仲裁法律实务高级研修班的机缘，使我从国际仲裁中开阔了视野，有了解决问题的知识储备。

2012年，中国的改革开放发展到了从引进外资和技术转变为输出资本和技术、产能的阶段，国家提出了鼓励企业走出去的政策，后来发展为“一带一路”倡议。有生意来往必有纠纷，国际上解决纠纷的机制一般是仲裁。由于我们对国际仲裁规则的不熟悉，加上外国仲裁员文化背景等因素的不同，我国企业在国外的国际仲裁的败诉率达95%。

中国国际经济贸易仲裁委员会，作为1956年经中央人民政府政务院批准成立的涉外仲裁机构，自2013年起，与中国人民大学法学院合作开办了国际商事仲裁法律实务高级研修班，招生、培训国际商事仲裁领域专业人才，包括国际商事仲裁律师和仲裁员。现在这个班仍在开办，每两年一期，为我国培养了一大批国际仲裁的专门人才。我有幸成为该班第一期的学员，更幸运的是，我在该培训班接受了国内外仲裁界著名专家学者的授课，系统学习了国际仲裁知识后，经过遴选和考试，我在2014年成为中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁员。多年以前，我作为律师代理涉外仲裁案件时，曾以无比敬佩的目光仰视着仲裁庭上那些德高望重的仲裁员，不曾想今时今日我也是其中的一员了！获得此份殊荣，并有机会出版本仲裁法专著，应归功于为国际商事仲裁高级研修班授课的各位著名专家学者、导师的悉心教导！他们是：香港国际仲裁中心原主席杨良宜教授，原英法海底隧道工程总法律顾问庄·本信律师，瑞典斯德哥尔摩大学Partricksa教授，商务部条约法律司原司长张玉卿教授，中国人民大学原常务副校长王利明

教授，现中国人民大学副校长、法学院院长王轶教授，中国人民大学法学院余劲松教授、赵秀文教授、叶林教授、刘俊海教授、肖建国教授、杜焕芳教授、杨东教授、姚欢庆教授，著名国际仲裁专家王雪华律师、陶修明律师，中国国际经济贸易仲裁委员会李虎院长、赵健处长、姚俊逸处长、黎晓光秘书长以及最高人民法院张勇健庭长、王闯庭长、刘竹梅庭长以及各位高级法官们，在我的仲裁法专著付梓之际，谨对老师们致以衷心的感谢！

我通过在国际商事仲裁班的学习，打开了国际仲裁的视野，觉得干瘪无物又晦涩的中国仲裁法条文突然变得丰满鲜活，仲裁虽本质上和我国古代民间的“公断”有异曲同工之处，但作为一种由国家确认和保护的现代法律制度则是西方国家的舶来品，其法律机制、原则理念及其相较于民事诉讼的优越性还需从其历史发展中探寻，所以，在此我想告诉大家，仲裁从其出生起就具有国际性，1958年《纽约公约》更是将各国国内仲裁涵盖其中，即使是国内仲裁委员会的裁决，也可以在任一缔约国的法院申请强制执行。律师同仁若遇到有外国当事人聘请代理执行在外国领域内作出的临时仲裁裁决，不要以我国《仲裁法》没有规定临时仲裁就推辞不受，因为《纽约公约》第一条第二项规定本公约的仲裁就是临时仲裁，也包括机构仲裁。我国于1987年1月22日递交加入书，1987年4月22日起，《纽约公约》对我国生效，我国负有履行《纽约公约》规定的国际义务，即必须对外国的临时仲裁裁决予以执行。可见仲裁具有国际性的特质。因此国内仲裁研究，也必须从国际仲裁实践出发，否则研究成果可能只是闭门造车的结果。

仲裁，一言而蔽之，是民商事诉讼之外的另一种纠纷解决方式，是意思自治原则在纠纷解决程序的体现。其特点是：当事人可以选择

裁判者，一般是专家裁判；仲裁程序也可以协议确定，具有灵活性特点；这种纠纷解决方式是国际商事交往中被普遍采用的、几乎是不二的选择；其裁决根据《纽约公约》能够得到广泛的国际认可与执行。

我从国际商事仲裁班学习到的知识，对我理解仲裁法的原则理念及基本制度具有很大帮助，同时也让我看到了我国仲裁法的不足之处和立法缺陷，我对仲裁法研究的兴趣由此而生，2014年，我信心满满地竞选广州市律师协会仲裁法专业委员会主任，并有幸当选。之后，我组织广州市律师对仲裁法的有关问题进行研讨，如关于仲裁法的架构、仲裁协议与仲裁管辖权、仲裁协议的独立性与仲裁庭自裁管辖权、独立仲裁一裁终局与仲裁司法监督、仲裁程序规则应是任意性规则、《纽约公约》是我国仲裁法的最高法律渊源、意思自治是仲裁法的最大原则、仲裁地决定了仲裁裁决的国籍、仲裁程序的适用法和裁决撤销管辖法院、现行仲裁法的裁决撤销和不予执行制度是否重复等问题，事实上涵盖了仲裁法理论的重要问题。2015年我还应邀把以上内容在中国行为法学会的上海培训班和2019年广州市律师协会的新律师岗前培训班进行讲授，取得了很好的反响，有一学员课后给我发信息：“想不到仲裁法还可以这么讲，真是醍醐灌顶，茅塞顿开。”

感谢中国人民大学律师学院刘瑞起院长，在中国人民大学法学院建院七十周年、律师学院建院十周年到来之前，邀请我写一本关于仲裁的实务教材，让我有机会把在国际商事仲裁法律实务高级研修班所学的知识 and 这几年的研究成果、实践积累呈现在本书中。本书是国际商事仲裁法律实务高级研修班的成果之一，我也谨以此书向我的母校中国人民大学法学院、律师学院献礼！

仲裁法主要由仲裁程序和对仲裁的司法监督两部分组成，还包括仲裁法原则、仲裁机构和仲裁员、仲裁协议和仲裁管辖权、法院对仲

裁的支持措施（仲裁管辖权异议的审理、帮助仲裁庭组庭和仲裁员的委任和撤销、保全、查证、执行）。可以看出，仲裁法律制度是依法独立仲裁和法院司法监督的统一体，二者互为补充，互相制约，缺一不可。意思自治原则是仲裁最大的原则，当事人可以选择仲裁员，选择意味着信任，可以推定当事人愿意承受仲裁员在认定事实适用法律上错误而对自己产生不利影响的风险，因此仲裁的司法监督不是有错必改，而是错误和不公的严重程度已触碰了自然公正的底线时才监督和撤销。理解了二者的辩证统一关系，大致可以解决社会上对“仲裁错了也不能改，缺乏监督太危险”的负面认识。

事实上，现行《仲裁法》在这个问题上的规定还不够完善，立法修改时应在这两方面同时加力。

一是仲裁程序应有灵活性，应充分体现当事人的意思自治。仲裁和民事诉讼程序相比，尽管都是民商事案件的开庭审理，仲裁程序可以和民事诉讼程序相同，也可以不同，关键取决于当事人的意志。如果当事人没有就仲裁程序达成一致协议，仲裁庭有权决定采用其认为合适的方式审理案件。例如，当仲裁员是外国人时，中国国际经济贸易仲裁委员会在仲裁案件中就经常采用交叉盘问证人的方式来甄别证据，认定事实。因此，我前面提到的《仲裁法》第十五条“中国仲裁协会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则”的规定事实上是不合适的，它会导致违反仲裁的意思自治原则，剥夺当事人选择仲裁程序的自由。按照意思自治原则和《纽约公约》第五条第一项（丁）款的规定，仲裁的程序规则应是任意性规则，当事人有权通过约定仲裁的程序排除《仲裁法》规定的程序规则的适用，事实上《仲裁法》的条文也已体现规范的任意性，只不过该原则没被发掘出来而已。因此，关于仲裁程序是否适用《民事诉讼法》的程序规定，我的

回答是，仲裁程序不一定适用《民事诉讼法》的有关程序规定，在仲裁程序中，违反《民事诉讼法》的有关程序规定不构成仲裁程序违法，不构成仲裁裁决撤销的理由。《仲裁法》颁布已二十六载，中国仲裁协会一直没有成立，依照《仲裁法》和《民事诉讼法》制定的仲裁规则也一直没有产生！即使有了这样的规则，也要当事人选择适用才对其产生约束力。我有一不太恰当的比喻，仲裁规则相当于仲裁程序协议的格式条款，这似乎可以帮助理解这个问题。

二是仲裁的司法监督必须加强。现行《仲裁法》关于仲裁裁决的撤销条件主要是违反程序方面的，如没有仲裁协议，仲裁的事项不属于仲裁协议的范围（超裁）或者仲裁委员会无权仲裁的（不具备可仲裁性），仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序，仲裁员有索贿、徇私舞弊、枉法裁判的。这些撤销事由很少会出现，没有仲裁协议、不具可仲裁性就不会有仲裁，何来裁决撤销？因有仲裁机构把关其他程序问题很少会出现，但现实中确实存在虚构法律关系，虚假仲裁，骗取裁决书；裁决明显违反法律，造成严重不公等问题，导致社会一直对仲裁的公正性存在怀疑和诟病，必须在《仲裁法》修改时增加裁决明显错误或严重不公的实体性理由作为撤销裁决的条件。现行《仲裁法》关于撤销仲裁裁决的事由参考了《纽约公约》第五条关于不予承认和执行的事由，但《纽约公约》第五条只是承认仲裁地国家法院有权撤销仲裁裁决，并没有规定具体的撤销条件，而是尊重各国在这方面的法律规定。因此，在《仲裁法》修改时，在仲裁裁决撤销条件上规定一些实体事由并没有公约上的障碍。这个问题涉及《仲裁法》修改问题，修改草案将在2022年提交全国人大常委会审议通过。作为仲裁人，躬逢其盛，幸何大哉！我们应为仲裁立法的完善作点贡献，故本书专门安排了第三章探讨仲裁立法的修改问题。

仲裁协议问题也是一个重要问题，当事人是否选择仲裁解决其商事纠纷，应当自愿，达成仲裁协议，这也是意思自治原则的内容。因此，仲裁协议是仲裁管辖权发生的前提。而作为协议，必然存在有效和无效的问题，仲裁协议有效，则案件应提交仲裁解决；仲裁协议无效，则案件不应提交仲裁解决。这就是仲裁管辖权的概念内涵，和旨在确定第一审诉讼应由哪个法院受理的诉讼管辖在概念内涵上是不同的。基于仲裁协议效力对仲裁管辖权成立的决定性作用，现行《仲裁法》对仲裁管辖权异议的规定安排成第二十条的仲裁协议效力异议。其实这两个概念并不等同，如案件确定应当仲裁，但受理案件的仲裁机构非仲裁协议约定的机构，这种异议难道不是仲裁管辖权异议吗？但在《仲裁法》第二十条的制度设计下这种异议就没法提出。仲裁协议效力异议之诉是律师经常的代理业务，有关案例也非常多，裁判标准五花八门，一千个案有一千种看法，难道对一个仲裁协议作出Yes或No有那么复杂吗？

本书对此问题有比较详细的讨论，其关键在于，仲裁协议不同于一般的民事合同，不能适用《民法典》合同编通则或民事法律行为的一般规定，就如同有关婚姻家庭合同不适用《民法典》合同编通则的规定一样，有关仲裁协议的效力应适用《仲裁法》第十六条，判断其成立与否，再适用第十七条、第十八条，判断其是否无效，不是无效就是有效，没有如效力待定的第三种情形。对此，我又有一个不太恰当的、有点象循环论证逻辑但比较实用的判断方法——只要能使仲裁管辖权成立的仲裁协议就有效，仲裁协议的其他内容尽管无效或不能实行，也不影响仲裁协议的效力，这个简单判断法，律师读者不妨一试，但不要作为判断依据。

对《仲裁法》的学习研究，除了要从国际仲裁入手外，还必须熟悉《纽约公约》和《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》，《纽约公约》几乎是国际仲裁法界的圣经，世界上绝大多数国家都参加了该公约，其实质内容在第一条至第六条，包含了仲裁的所有重要原则，建议律师读者们背诵并熟记于心，相信对您大有裨益。

《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》也叫非国家法，现在世界上直接把它作为本国仲裁立法内容的国家或地区已有八十多个，它对推定国际仲裁立法的统一化起了巨大作用，是仲裁成为消弥不同法律秩序差别的“万民法”“国际语言”，我在本书第三编关于《仲裁法》修改的立法理念中，特别强调应借鉴示范法。

本书是我针对律师所写的实务指导书籍，对于我本人也是第一次尝试，希望对律师读者们开展此项业务有所帮助。同时由于仲裁法学的内容浩如烟海，而本人所学只是沧海一粟，观点浅陋，错漏难免，敬请同行批评指正。

赵汉根

2020年11月10日

- 第一编 仲裁的特点、历史沿革与基本原则
 - 绪论 仲裁是怎么回事？
 - 第一章 仲裁在现代商事中的优越地位
 - 第一节 商事仲裁的特点
 - 第二节 商事仲裁的局限性
 - 第二章 仲裁的历史沿革与基本原则
 - 第一节 仲裁的形成与发展
 - 第二节 我国仲裁法的基本原则
- 第二编 仲裁基本制度与仲裁司法监督
 - 第三章 可仲裁性
 - 第一节 可仲裁性概述
 - 第二节 可仲裁性的立法规范
 - 第三节 特殊类型纠纷的可仲裁性探讨
 - 第四节 可仲裁性抗辩与公共利益抗辩
 - 第四章 仲裁协议与仲裁管辖
 - 第一节 仲裁协议概述
 - 第二节 仲裁协议的成立要件
 - 第三节 仲裁协议的效力延伸——“长臂效力”
 - 第四节 如何判断仲裁协议的效力
 - 第五节 “仲裁地”对仲裁协议效力的影响
 - 第六节 仲裁管辖权和仲裁庭自裁管辖权原则
 - 第五章 我国仲裁的一般程序
 - 第六章 正当程序
 - 第一节 仲裁参与者的程序正义
 - 第二节 仲裁庭的选定和仲裁庭组成
 - 第三节 未能陈述

- [第四节 违反仲裁程序规则的其他情形](#)
- [第五节 异议权放弃](#)
- [第七章 超裁问题](#)
 - [第一节 超出仲裁协议范围](#)
 - [第二节 超出当事人的仲裁请求](#)
 - [第三节 裁决涉及第三人](#)
- [第八章 社会公共利益作为撤销和不予执行理由](#)
 - [第一节 社会公共利益概述](#)
 - [第二节 国际仲裁中的社会公共利益](#)
 - [第三节 我国司法实践中对社会公共利益的审查](#)
- [第九章 仲裁责任](#)
 - [第一节 仲裁责任的内涵](#)
 - [第二节 仲裁责任的豁免范围](#)
 - [第三节 我国仲裁责任之法律规定](#)
- [第十章 仲裁的司法监督](#)
 - [第一节 独立仲裁、一裁终局和法院的司法监督的关系](#)
 - [第二节 仲裁裁决的撤销和不予执行的双重监督](#)
 - [第三节 仲裁协议效力异议案件的司法审查](#)
 - [第四节 我国仲裁机构（包括涉外仲裁机构）作出的仲裁裁决的司法审查](#)
 - [第五节 涉外仲裁裁决的司法审查制度](#)
- [第三编 关于中国仲裁法修改的思考](#)
 - [第十一章 仲裁的另一形式——临时仲裁](#)
 - [第一节 临时仲裁概述](#)
 - [第二节 我国现行《仲裁法》没有规定临时仲裁](#)
 - [第三节 建议增加临时仲裁的规定](#)
 - [第四节 临时仲裁的基本程序](#)

- [第五节 设立临时仲裁的必要司法保障](#)
- [第十二章 仲裁法修改的立法理念和价值取向](#)
 - [第一节 仲裁法的特点和理念](#)
 - [第二节 我国现行《仲裁法》的积极意义、存在问题和修改意见](#)
- [第十三章 仲裁法修改试拟稿](#)
 - [仲裁法修改试拟稿](#)
 - [现行仲裁法与本书试拟稿条文对照表](#)
- [附录](#)
 - [附录1 《承认及执行外国仲裁裁决公约》](#)
 - [附录2 《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》](#)

第一编 仲裁的特点、历史沿革与 基本原则

绪论 仲裁是怎么回事？

众所周知，当双方或多方在生意上或其他财物方面出现经济纠纷，无法协商一致解决的情况下，一般会去法院打官司，这就是民事诉讼。民事诉讼乃大众所熟知的、最普遍的争议解决方式，除此之外，还有一种和民事诉讼相类似的纠纷解决办法，那就是仲裁。本书所述“仲裁”特指商事仲裁，具体是指为解决平等主体的公民、法人和其他组织之间所发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的仲裁。

仲裁是按双方的意愿选定仲裁员并成立一个特定的仲裁庭，由仲裁庭审理双方之间的争议并作出终局裁决，该裁决因国家法律确认而对双方具有如同法院裁判一样的约束力。由于仲裁是基于双方的意愿而形成的，故前提是须有一个双方同意以仲裁方式解决利益纠纷的仲裁协议或者仲裁条款。该仲裁协议或者仲裁条款可以在双方进行商事交易之初就订好，也可以在纠纷出现之后双方另行协商订立。在我国的仲裁实践中，发生争议的一方当事人向仲裁机构提起仲裁后，另一方当事人会基于不同目的向中级人民法院提起确认仲裁协议效力之诉，关于该部分，笔者会在本书第四章进行详细阐述。

审理案件并作出最终裁决的主体是仲裁庭，仲裁庭是为解决该案纠纷而临时成立的，具有中立性、临时性和专业性等特点。选定或指定的仲裁员一定是除双方之外的第三人，与双方没有利益纠纷，且无利害关系，具有中立性。仲裁员的人选可以是律师、退休或辞职的法官，或其他同等能力的具有法律及经贸知识的专业人才。仲裁庭的组成人数一般为单数，可以是一人、三人或五人，根据我国《仲裁法》第三十条的规定^[1]，仲裁庭一般由一人或者三人组成，对应的即是独任庭、合议庭，所以，我国目前仅存在一人或三人组成仲裁庭的情况，而国际上存在由五人组成仲裁庭的情形，单数设计便于会议时有不同意见的情况下形成多数意见。特殊情况下也有偶数的，即基于省钱、控制成本的考虑，仲裁庭由二人组成，若二人的意见一致，就可以作出裁决；若二人不能形成一致意见，则需要由此二人再公推一位公断人作出裁决。作为当事人选择的仲裁员一般应是品德高尚、通情达理、有法律及其他专业知识，有能力对争议的案件作出正确判断和裁判的人。大部分国家法律，如英国仲裁法对仲裁员的条件要求只是“独立公正”，我国《仲裁法》在第十三条规定“公道正派”，并规定了至少必须符合“三八二高”的任一种条件。事实上只有独立公正是不够的，若仲裁员滥竽充数，没有法律知识或其他专业知识，无法推进仲裁程序及作出独立判断和裁决，难保不被负责监督的法官批评，甚至导致当事人投诉，严重时会被换人，这会彻底摧毁其作为被选仲裁员的名声和赖以生存的基础。

仲裁自古就有，早在公元前350年，柏拉图在《理想国》中就提到“首先，法院应当有推选出来的裁判者，他们应当由申请人和被申请人共同选择；他们应当是仲裁员而非法官”。“仲裁”二字的含义就是“公断”“居中裁判”。中外历史上皆有史料记载，不论东方还是西方，仲裁的共性就是，将争议提交给双方信任的、具有威信的第

方审理，由第三方居间调解或裁断。我们完全有理由相信仲裁是早于诉讼出现的。在欧洲中世纪后期，地中海地区出现的“行会法院”，就是各城邦国家商人之间自发形成的解决他们之间商事纠纷并自动履行裁决的仲裁，但因不是国家法律确认的机构，故还不能认为其是现代意义上的仲裁。

第一个以法律形式规定仲裁的是英国1697年的仲裁法案，因为法律确认仲裁裁决的法律约束力，故在一方不履行裁决内容时，可以申请法院强制执行该裁决。现代意义上的仲裁就是指国家确认其效力并可以申请法院强制执行的仲裁。

仲裁包括常设机构的仲裁和临时仲裁两种，事实上，在1892年伦敦国际仲裁院（LCIA）出现之前，世界上的仲裁只有一种，即由仲裁员组成仲裁庭进行的仲裁。仲裁裁决作出后，仲裁庭就不存在了，所以，仲裁也可以叫临时仲裁（ad hoc arbitration），拉丁文“ad hoc”意为“仅为次目的而设”，相对于仲裁机构的常设性，非机构的仲裁被称为临时仲裁是准确的。

讲到这里，我们可以引用教科书给仲裁设立的一个概念：发生争议的双方当事人，根据其在争议发生前或发生后所达成的协议，自愿将该争议提交中立的第三者进行裁判的争议解决制度和方式。

以上是各国仲裁的一般形式，和我国《仲裁法》的规定有一些不同。我国《仲裁法》规定的仲裁只是机构仲裁，故没有约定仲裁委员会或者约定的仲裁委员会不明确的仲裁协议无效；临时仲裁在我国没有法律地位，暂不被公权力承认，不能根据《仲裁法》第六十二条申请强制执行；关于仲裁庭的组成和人数，只能在仲裁机构的仲裁员名册中选定或指定一人或三人，而不是采用国际通行的“如没有协议约

定，才适用仲裁地国家的仲裁法组庭”的规定；还有，首席仲裁员由当事人双方共同选定，双方不能共同选定的，由仲裁机构的主任指定，而不是采用国际通行的由各自己选定的仲裁员共同指定的做法。

我国仲裁实践发展迅猛，仲裁案件数量和标的逐年攀升，仲裁的影响力不断增强，相较而言，我国仲裁法具有一定的局限性，这也就对中国律师形成全球化的仲裁法律制度观念和国际化的仲裁思维带来一定阻力。在意思自治的仲裁法理念下，结合本国仲裁法规定处理商事纠纷，甚至涉外国际仲裁业务，即笔者写作本书的目的。

现代商事仲裁自其在地中海的城邦国家产生，就天生具有国际性。自1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）诞生后，仲裁裁决在国际大多数法律秩序下得到承认和执行，其国际性更广泛，截至2020年9月10日，参加《纽约公约》的联合国会员国有164个。^[2]我国1987年提交加入书，正式成为《纽约公约》的缔约国，承受了公约的权利和义务。因此，根据中国《仲裁法》作出的仲裁裁决也是《纽约公约》约束下的裁决，如被申请人有财产在参加《纽约公约》的某一国，中国申请人可以到该国申请法院予以承认和执行，该国对在其看来是外国仲裁裁决的中国仲裁裁决，负有根据《纽约公约》予以承认和执行的国际义务。反之，对中国亦然。

不管作为仲裁员，还是作为代理仲裁案件的律师，我们办理的案件既是国内仲裁案件，又是国际仲裁案件。故研究仲裁法，应该有国际观念，有国际视野，不能囿于中国《仲裁法》的规定，还要懂得《纽约公约》是我国仲裁法律制度的最高法律渊源。如何冲破本国仲裁程序法的制度樊篱，就要根据《纽约公约》的原则发现本国仲裁程序法只是任意法，在仲裁意思自治的大原则下大胆创新。办理仲裁业务时，还要学习掌握外国仲裁法特别是普通法国家的仲裁、合同、公

司、证据等法律，这样在经办国际仲裁案件时才知道如何驾驭和推进仲裁程序，及时、正确地作出国际仲裁裁决。

律师代理仲裁案件很有意思，可以把一案当成三四个案件来操作。一是作为申请人或被申请人在案件中的代理人，代理任务就是案件本身的胜诉；二是当对方当事人向仲裁机构或者法院提出程序性异议时，己方如何快速、准确地应对；三是裁决作出之后的执行问题。

这样一来，本书涉及的仲裁知识浩如烟海。作为《中国人民大学律师学院律师操典丛书》的分册之一，作者不能奢望本书能就仲裁知识提供全面及学术性的分析，笔者希望此书能提供一套实操的知识，所以本书会涉及比较多的案例。同时，为实操需要，全面掌握仲裁法的理念会起到事半功倍的效果。

笔者曾广泛询问法学专业的学生一个问题：“在大学本科阶段，仲裁法是否作为一门独立的课程讲授？”学生的回答很让人失望，一般学校是将仲裁法放在民事诉讼法课程中附带讲一两节课，这和目前法学界和司法界对仲裁的认识脱节，一般认为“仲裁的程序和民事诉讼基本相同，仲裁制度的目的是解决法院案多人少问题的手段”。这也造成中国很多仲裁机构竟然只有少数仲裁员熟悉仲裁法并能运用于独立驾驭推进仲裁程序的局面，其他仲裁员在遇到仲裁程序问题时只能问仲裁机构或仲裁机构的秘书。如若到境外如我国香港地区办理仲裁或临时仲裁案件，没有机构咨询把关，该如何是好？“仲裁员不代表任何一方当事人，应公平行事，给予双方当事人充分陈述和辩论的机会”，这是仲裁的原则和对仲裁员的基本要求，笔者却经常发现仲裁员以指定方代理人的身份提交材料、发表意见、对非指定一方当事人进行针对性诘问等明显偏私的行为！

对中国而言，若仲裁只是为了解决法院案多人少的问题，仲裁制度大可不必存在。因为法院是国家裁判权的代表，其在解决纠纷中的权威性和可靠性永远是最好的，若案多人少，国家增设法院和增加法官就可以了，何必由具有一定临时性、民间性的仲裁“越俎代庖”！仲裁的起源先于诉讼，在诉讼出现后，在漫长的历史长河中与诉讼相伴而行，不因其古老而湮灭，而且在国际商事中扮演越来越重要的角色，实是由其不可替代的特点决定的。本书在接下来的第一章详细介绍仲裁的优越性，这对律师、仲裁员向客户推荐仲裁条款，同时回应来自政府部门、国有企业对仲裁的否定评价很有帮助。

仲裁法的基本原则非常重要，因为原则是法律精神最集中的体现，直接决定了法律制度的本质、内容和价值取向，也是法律适用的指导，在具体制度不明确或缺失时，指导行使自由裁量权甚至创设裁判规则，这对仲裁员非常重要。故本书的第二章集中介绍现行仲裁法的基本原则。

我国《仲裁法》的历史较短，其内容存在和国际仲裁制度接轨不够的问题，我国是《纽约公约》的成员国，必须履行该公约的义务，我国《仲裁法》的内容和国际仲裁法律制度不一致的地方在于，只能约束自己，约束不了别的公约国，这就造成我们享有的权利和我们承担的国际义务不对等，对我们国家不利，特别在我国“走出去”战略实施过程中，这个问题已经凸显。我国《仲裁法》实施已25个年头，主要内容还没有修改过。不是因为它完美，而是修改实在无从下手。我国现行《仲裁法》与国际仲裁制度理念和实践确实存在着一定的差距，最高人民法院至今已经发布了30多个关于仲裁的司法解释及答复，并于2006年发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（以下简称《仲裁法司法解释》），于2017

年底，又发布了《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》（以下简称《仲裁司法审查报核规定》）、《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（以下简称《仲裁司法审查规定》）、《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》（以下简称《仲裁裁决执行规定》），在很大程度上弥补了仲裁立法的不足之处，由此可见我国仲裁法律制度还很不完善，但司法解释毕竟不能代替立法，且解释对仲裁的意思自治原则贯彻得不够，如仲裁法规范绝大部分应为任意性规范的理念不够清晰，仲裁的司法监督中撤销仲裁裁决制度和不予执行仲裁裁决制度重复问题没有解决、加强法院对仲裁的司法监督和支持协助措施也没有进步，完善仲裁立法，仍有许多重大理念和原则问题值得探究，任重而道远。

时至今日，社会上还存在仲裁独立导致仲裁员权力太大，仲裁不受约束，仲裁裁决不靠谱这种否定仲裁独立性的社会意识和观点，这样，仲裁法的原则能否真正被贯彻尚存在问题，更何谈长远发展？仲裁制度本来就包括仲裁的意思自治和司法对仲裁的监督 and 协助这不可分割的两方面，其理不言而喻，原无需特别强调司法对仲裁支持监督，但对于今日法院对仲裁的支持已成为仲裁学术会议中必讲的口号，实则应从反面理解。

仲裁法具有国际性，但研究仲裁法应从本国仲裁法入手，同时把研究视野放宽到国际社会和国际法律秩序中去。有趣的是，国内研究仲裁法的学者分为两派，一派是在研究民事诉讼法的基础上顺带研究仲裁法，另一派是研究国际私法的同时研究国际仲裁法，观其研究论文或者著作，极少同时将中国仲裁法和国际仲裁法融合研究。在国际视野不足的情况下，仲裁法研究的经度、纬度都不够，或者只介绍国

际仲裁，论述国际上的仲裁是如何产生、发展和应用的，未与中国特色仲裁实践相结合，没有落地，缺乏土壤。本书力图解决这一问题，故在介绍中国仲裁法的同时，也根据仲裁的意思自治原则和仲裁法的程序规定应是任意性规范的原理，把国际上一些通行的仲裁程序制度一并介绍，以便大家在实务中选择适用。

我国《仲裁法》于1994年8月31日通过，1995年9月1日生效并施行。该法在当时具有相当的进步性，其贯彻意思自治、一裁终局原则，确立了我国现代意义上的商事仲裁制度，同时因该法诞生于我国改革开放初期，对国际仲裁制度采取有保留借鉴的态度。该法施行至今已有25年，对外开放已经从引进外资模式转变为对外投资模式，“一带一路”倡议的实施要求国际商事规则特别是仲裁制度进一步与国际接轨，可见《仲裁法》应作修改了。2018年1月23日，中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平主持召开中央全面深化改革领导小组会议，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》，提出推进《仲裁法》的修改。现在，《仲裁法》正在修改过程中，预计在2022年提交全国人民代表大会常务委员会通过，为此，本书除介绍现行《仲裁法》的原则和基本制度外，还在最后一编对《仲裁法》修改应遵循的理念和立法的框架、具体制度和建议条文进行探讨。这样，本书直至《仲裁法》修改后仍具有研究参考价值，还不至于过时。

[1] 《仲裁法》第三十条规定：“仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的，设首席仲裁员。”

[2] 下文所言《纽约公约》的成员国总数均是指，截至2020年9月10日，《纽约公约》对164个成员国生效。2020年8月24日，埃塞俄比亚递交加入《纽约公

约》文书，成为《纽约公约》第165个缔约国，公约于2020年11月22日对该国生效。2020年10月28日，塞拉利昂递交加入《纽约公约》文书，成为《纽约公约》第166个缔约国，公约于2021年1月26日对该国生效。

第一章 仲裁在现代商事中的优越地位

毋庸置疑，仲裁在现代商事中具有不可替代的优越地位。

商事仲裁，就是在商事交往中，当事人各方依据合同中的仲裁条款或单独的仲裁协议，自愿将现在或将来的具有商事性质的争议提交给各方同意的仲裁庭进行审理，并作出有约束力的裁决的一种争议解决方式。费用低、高效是常被提及的仲裁的优势。但这些优势具有相对性，在不同的国家，情况可能完全不同。如费用问题，在中国，同一纠纷，当事人到法院提起诉讼包括上诉，费用可能不会高于仲裁，但在英、美等国，一般情况下，同一案件到法院起诉的费用会高于仲裁费用。而且，仲裁中没有法律援助制度，难以支付仲裁费用的当事人可能较难寻求仲裁救济，这也就体现了仲裁的民间性。关于仲裁效率，仲裁是一裁终局，诉讼是两审或三审终审制，一般情况下，后者的时间自然更长，当然也存在例外，因为每个国家的仲裁制度不同，法律对于仲裁制度不适当的诉讼化或受司法程序的过分干预，仲裁的结案速度可能没有当事人预期的那么快捷。本章将介绍仲裁的特点和局限性，并且笔者会在后面的章节中提出《仲裁法》修改的一些建议和设想。

第一节 商事仲裁的特点

商事仲裁具有以下要素：

1. 合意。仲裁必须基于当事人的合意，由这种合意衍生出仲裁庭的管辖权和其他各种权限，这种合意的表现形式是仲裁协议，即双方当事人一致同意将其争议提交仲裁的意思表示。仲裁以当事人意思自治为基础，仲裁程序的选择、仲裁员的选定、仲裁的范围甚至法律适用都以当事人的约定优先，当事人对仲裁程序起到了支配作用，仲裁程序相对灵活，这是诉讼无法做到的。

2. 准司法程序。仲裁员不是法官，不具有专职特性，但具有类似于法官的权力。仲裁员一般是具有法律专业知识或争议相关专业知识、在争议领域具有一定权威性的人，仲裁员只是兼职身份，仲裁员一定是某个具体案件的仲裁员，案件审理完毕，审理者就不再是仲裁员，其职务具有临时性。但是，仲裁庭作出的裁决与法院判决具有同等法律效力，都具有强制执行力，当事人应予履行。

3. 存在争议以及所依据的仲裁协议。仲裁协议的当事人间必须存在争议，任何不一致均构成争议，没有争议就没有仲裁。仲裁协议的约定必须是当事人之间的真实意思表示，符合法律规定，争议事项具有可仲裁性。

4. 仲裁终局性。仲裁遵循一裁终局原则，仲裁结果一锤定音，不可上诉，也不存在上一级的仲裁庭，但若仲裁程序存在违法情形，则可寻求撤销仲裁裁决或申请不予执行等救济途径。一裁终局大大降低了当事人的时间成本。

5. 裁决结果具有约束力和可执行性。仲裁裁决是国家法律确认其具有法律约束力并可以强制执行的。若负有履行义务的一方当事人在规定期限内不履行裁决事项，另一方当事人可持仲裁裁决书及生效证明（即送达证明）直接向法院申请强制执行。在上述要素中，最实质

性的要素是仲裁协议的存在和仲裁裁决的法律约束力和可强制执行性，二者结合就是“意思自治”。仲裁的实质就是私法的基本原则——意思自治原则在商事纠纷解决程序上的体现。

因此，与民事诉讼相比，仲裁具有以下优越性：

1. 选择裁判者。这是仲裁最重要的特点，这也是和法院诉讼最本质的区别。仲裁中，以当事人自愿为前提，当事人享有充分的意思自治，包括自主决定是否采用仲裁方式解决争议、争议事项、选定的仲裁机构、指定仲裁员、约定仲裁程序等。意思自治也体现为程序的非形式性和灵活性。其中的指定仲裁员，就是选择裁判者，意味着当事人在一定程度上可以把握自己案件的命运，这是当事人最希望的，故可以选择裁判者成为仲裁的最大优越性。当事人一般会选择自己信任的、具有良好仲裁声誉的仲裁员，不排除自己熟悉的朋友，但必须遵守回避的规则。被指定的仲裁不代表任何一方当事人，应独立公正地行事，平等对待双方当事人。

2. 仲裁裁决是法律确认其法律效力的。当一方不履行裁决时，另一方可以申请强制执行。仲裁地在我国领域内的临时仲裁裁决，我国《仲裁法》不确认其法律效力，自贸区内除外。最高人民法院关于先予仲裁这种没有纠纷的裁决，其仲裁协议无效的批复。笔者的看法是“先予仲裁”不符合《仲裁法》第二条“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁”的规定，不是法律确认其效力的仲裁，所以申请强制执行没有依据。这里关键要注意“纠纷”，没有纠纷就没有诉讼、仲裁，这是一项原则。

3. 仲裁程序具有灵活性。当事人可以选择仲裁形式、仲裁机构、仲裁员、仲裁规则、仲裁程序及其适用法、仲裁协议的准据法、仲裁

地、仲裁语言、友好仲裁、裁决书是否给出裁决理由、是否开庭或书面审理。体现了仲裁高度的意思自治。

4. 保密性。相对于诉讼而言，仲裁以不公开审理为原则，这是国际习惯做法。仲裁的这一特性有利于当事人保护自己的商业秘密和经营秘密，也有利于当事人在小范围内平和地解决争议，为下次合作留下可能性。我国《仲裁法》第四十条规定：“仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。”这说明仲裁之保密原则也是基于意思自治，故当事人同意公开的，就不需要保密了，但法律应当保护当事人的仲裁秘密。仲裁员、当事人、其他仲裁参与人违反保密规定有什么法律后果？我国《仲裁法》没有规定，笔者认为，除公法规定的除外，当事人享有法律保护自己的商事信息不被公之于众的保密权是一种民事权益，任何人违反都应承担侵权责任。

关于保密性，有的法律如香港法律，禁止任何人对仲裁不公开开庭审理的内容进行任何公开披露，禁止任何人在没有当事人同意的情况下披露仲裁的任何过程及裁决结果。违反保密义务怎么办？在香港，可以申请法官对违反保密义务者追究法律责任，不仅限于民事责任。从证据法的角度来看，香港法律的理念和原则是，没有经当事人许可的仲裁裁决书及仲裁过程中形成的笔录，因违反保密规定，不具有证据能力，不能在其他案件中作为证据使用，该保密性原则的适用更为严格。

需要注意的是，保密性不是绝对的。在申请司法复核或申请撤销仲裁裁决的情况下，法官可以调阅该仲裁案卷中的任何资料。会计师出于审计目的，可以查看仲裁的资料，但须对仲裁资料保密，不得向任何第三人泄露。鉴定机构为了出具鉴定结论，可以查看与鉴定标

的、鉴定范围有关的仲裁材料，当然也须遵守保密义务。还有，上市公司应银保监会、证监会等监管机构的要求需要披露的，必须披露。

5. 国际性。仲裁天然有国际性，1923年《关于承认仲裁条款的日内瓦议定书》（以下简称《日内瓦议定书》）、1927年《关于执行外国仲裁裁决的日内瓦公约》（以下简称《日内瓦公约》）、1958年《纽约公约》均赋予了仲裁裁决国际执行力，仲裁的原则在公约中有规定，故使仲裁法律制度成为国际法律。仲裁裁决和法院判决一样，同样具有法律约束力。仲裁裁决较之法院判决，更易于在国际上得到执行。

在国际商事交往中，仲裁因其可以自主选择裁判者的优势，往往成为不同国家的当事人在拟定合同争议解决条款时的最佳选择，甚至是不二选择。因为谁都不愿意将合同争议的裁判权放在对方国家法院，所以双方博弈的结果就是通过仲裁解决争议，我国大型国有企业和外国客户签订的合同中的争议解决方式，经常约定将争议提交第三国如新加坡的仲裁机构仲裁。

6. 仲裁具有效率性和经济性。简言之，就是指案件办理速度快、费用低。这是就一般情况而言的，在西方国家，仲裁的费用比法院诉讼要低。但是我国目前的司法实践中，仲裁费用一般高于法院的诉讼费用，而且没有法律援助制度。仲裁是一裁终局制，诉讼是两审终审制，一般而言，后者的时间自然更长。

7. 仲裁是专家裁判。仲裁案件常常涉及比较复杂的法律、经贸和技术问题，当事人可以指定来自各行业的行家、专家作为仲裁员，在思维上的局限性更小，在认定事实具有明显优势。国际商事合同的当事人，选择仲裁的初衷是排除对方国家的法院对本国当事方的偏