



德衡律师集团  
DEHENG LAW GROUP

# 客户通讯 & 律师观点

国际业务中心 > 仲裁与 ADR 业务团队主办

2016 年 6 月 28 日 | 第 1 号

## 仲裁与 ADR 业务团队理论研讨

### 【研讨要点】

仲裁与诉讼的区别

### 【研讨笔记】

仲裁和诉讼是目前最为通用的两大争议解决方式，在中国法项下，涉及的仲裁分为两种：一般商事仲裁和劳动仲裁，而劳动仲裁属于比较特殊的仲裁，本文主要讨论的是商事仲裁。

中国的仲裁制度的发展最早分为涉外仲裁和国内仲裁，新中国建立后，为了适应及处理涉及国际贸易方面的争端，中国国际贸易促进会设立的对外贸易仲裁委员会，也就是如今的中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”），从它的名字就可以看出，贸仲最早就是为了国际贸易而设立的。由于发展比较早，而且处理涉及外国公司和个人的纠纷，所以贸仲在制度设计上参考了国际知名仲裁机构的仲裁制度，应该说领先于当时的国内仲裁。

直到 1994 年《仲裁法》颁布，中国才有了一部专门的仲裁法，之前涉及仲裁的部分都是在《民事诉讼法》的一个章节里陈述的，这也就从侧面反映了中国的国内仲裁和诉讼之间的内在联系。本文主要分析仲裁与诉讼的区别：

### ● 其一，管辖与参与主体不同

诉讼的管辖是天然的，而仲裁的管辖权是后天赋予的。诉讼的主体可以依据申请增加或者法院依职权增加，但是仲裁的主体必须与仲裁协议约定的主体严格一致。简单的说，即使协议没有约定，通过民事诉讼法关于民事诉讼的管辖规定，当事人双方可以找到管辖法院，但是如果协议没有约定或者约定不明，则任何仲裁委员会都无法取得对这个案件的管辖。

对于律师而言，如果想通过诉讼来解决争议，就可以利用民事诉讼里关于管辖的规定做很多变更管辖的设计，比如提高争议标的、增加减少被告、改变合同履行方式等。但是如果通过仲裁来解决，最有效的就是按照想要选定的仲裁机构的示范条款来起草协议中的仲裁条款。而且，在为客户起草合同时，千万不能忽视争议解决条款的设计，在起草合同的过程中要预想一旦产生争议，如何能够更好地保护客户的利益，这就需要在设计时，将所有可能的主体都纳

入到合同中去，因为仲裁的特殊性，需各方达成仲裁协议/仲裁条款，最后方能纳入到仲裁的过程，对于最后裁决的执行也是至关重要的。

如某股权转让纠纷案，因股权受让方无力一次性支付高额的股权转让款，所以，实际的股权转让款安排的是两个关联方进行支付，并且由股权受让方做最终的担保，最初的协议中并未将受让方的两个关联方纳入，但是考虑到协议的履行，以及协议中关于仲裁的安排，转让方律师坚持将关联方纳为协议主体。最终协议的履行过程中出现了争议，受让方的关联方未按时支付股权转让款，转让方申请仲裁，正因为起草合同阶段考虑到了仲裁的特殊性，所以坚持将关联方纳为协议主体，在仲裁的时候，仲裁机构才能将两个关联方纳为仲裁的一方当事人。否则，仲裁机构根本不会受理。

## ● 其二，组成和审理方式不同

诉讼的审判人员是指派的，而仲裁的仲裁员是可选的，组庭方式是不可变的。

诉讼案件中案件分配制度是法院的内部程序，外部人员无从知晓，因此当事人在收到法院传票之前，一般是不知道本案的主审法官是谁，当事人没有选择合议庭组成人员的权利，最多可以按照法律的规定申请合议庭成员回避，但是法院是否同意当事人的回避申请，以及即时同意回避申请后，新的合议庭的组成成员，当事人均无权干涉。但是仲裁程序不同，所有仲裁员的名录是公开的，依照仲裁法，当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。可见当事人享有选择仲裁员的权利。

诉讼的审理原则是公开审理，主要表现就是审判文书全部上网公开，并且对于除了法律规定的不能公开以及涉及到国家秘密、个人隐私不公开审理的，一般的案件都允许旁听。但是仲裁是不公开进行的，当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。仲裁的审理原则是不公开审理，换句话说，通过公开的网络找不到任何仲裁裁决文书。

## ● 其三，诉讼讲究直接关键证据，仲裁保证程序完整还原事情本相

在诉讼中，我们会经常听到：关键证据。所谓关键证据就是能够证明我们主张的事实存在的优势性书面证据，比如借条、对账单、还款计划书等。这些证据有着证明力强，证据形式完备等优点，从而在诉讼中具有一锤定音的效果，诉讼律师的绝大部分工作就是在准备和寻找这些证据，当这些证据不存在时，退而求其次去通过其他证据来构成证据链。但是在仲裁中，特别是国际仲裁中，不会过分依赖于某些关键证据进行断案，而是倾向于还原事情的原貌，仲裁员通过全面的了解交易的真实情况去判断双方的责任。

从证据形式上，也有很大差别。诉讼中，凡是涉及电子证据的，一般要求进行公证，才能作为证据提交和质证，外文的证据，都必须经过法院认可的翻译机构进行翻译，凡是在境外形

成的证据，还需要进行公证和认证才能作为证据使用。而公证和认证的时间一般要花费三个月的时间，而且国外的公证一般都有时效性，如果案件有一审有二审，再进入执行，一般要超过一年时间，往往还要再公证一次，所以程序非常繁琐。但是在仲裁中，则完全没有这个担心，境外形成的证据，包括电子证据都可以作为证据提交，对于证据的形式，仲裁中没有特别的要求，外文的合同、资料、邮件可以不需要翻译直接提交仲裁庭使用。

● **其四，诉讼的判决涉及司法主权，无法跨法域执行，而仲裁的裁决可以在跨法域执行**

这里所提到的不同点，实际上是我们作为律师在给客户出具意见时，应当重点考虑的要素，因为国外的判决也好、国内的判决也好，对于另一个国家的当事人基本上都不具有执行的效力。这样的判决实际上几乎没有任何实际的意义。与之相比，仲裁在这方面就有着独特的优势，这主要是源自 1959 年的《纽约公约》，截止到目前，有 150 多个缔约国，其中就包括中国。《纽约公约》的宗旨是尊重仲裁协议的效力，保证外国和非国内的仲裁裁决的有效执行。

对于中国而言，香港和澳门两个特别行政区不属于中国大陆的司法管辖范围，所以同样的，这两地所作出的判决也无法到内地进行执行。但是由于内地和香港和澳门有专门的关于互相承认和执行仲裁裁决的安排，所以同样地，香港和澳门以及内地之间的仲裁裁决是可以互相执行的。

● **其五，终局程序不同**

仲裁实行一裁终局制，即依据仲裁协议，一方当事人申请仲裁，仲裁庭开庭后作出的裁决，是最终的裁决，立即发生法律效力。诉讼则实行两审终审制，一个案件经过两级人民法院审理，即告终结，发生法律效力。这一点也是律师在设计争议解决条款时应当考虑的一个重要因素。

---

如对本客户通讯有任何疑问，请联络下列任一作者或您通常联系的集团律师。

姬 冰  
[jibing@deheng.com](mailto:jibing@deheng.com)  
13301120887  
北 京

姚 远  
[yaoyuan@deheng.com](mailto:yaoyuan@deheng.com)  
13811942657  
北 京

---

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明，请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯，请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>，查找本团队专栏，订阅本通讯。我们将定期向您发送。