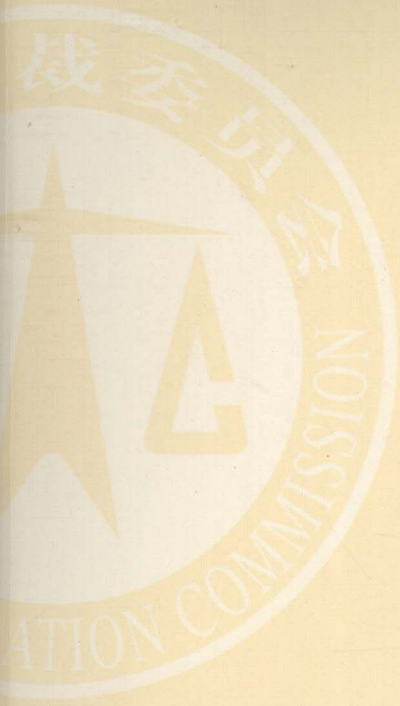


北京仲裁

ARBITRATION IN BEIJING



第66辑 (Quarterly) No.66

主办：北京仲裁委员会

协办：中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission,

Co-sponsored by the China Society of Private International Law

Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

主办: 北京仲裁委员会
协办: 中国国际私法学会
武汉大学国际法研究所

主编: 姜秋菊 姜丽丽 丁建勇 孔 媛
顾问: 江 平 王利明 黄 进 宋连斌
郭玉军 邓 杰 吴志攀

编辑部地址: 北京市朝阳区建国路118号
招商局大厦16层

邮 政 编 码: 100022

电 话: (010) 65669856

传 真: (010) 65668078

电子信箱: jiangqiuju@bjac.org.cn

jianglili@bjac.org.cn

网 址: <http://www.bjac.org.cn>

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁/北京仲裁委员会编. —北京: 中国法制出版社, 2007. 1

ISBN 978 - 7 - 80226 - 735 - 0

I. 北... II. 北... III. 仲裁 - 中国 - 文集 IV. D925.7 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 006644 号

北京仲裁 (第 66 辑)

BEIJINGZHONCAI

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2008 年 9 月第 1 版

印张/11 字数/138 千

2008 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 735 - 0

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

本书所刊载的文章只代表作者个人观点，不必然反映本书编辑部或其他机构、个人的观点，谨此声明！

目 录

特 载

- 001 最高人民法院建立和完善多元化纠纷解决机制调研课题
——商事仲裁子课题项目调研报告/商事仲裁子课题
组

专 论

- 051 仲裁制度的发展与《纽约公约》的历史贡献
——纪念《纽约公约》创立 50 周年/黄亚英
- 059 浅析 DAB 的调解性和准仲裁性
——以 FIDIC 红皮书合同条件(1999 年第 1 版)为
例/刘勇
- 071 论仲裁条款在关联公司中效力范围之界定
——基于“公司集体理论”及“刺破公司面纱理论”
的比较研究/池漫郊
- 082 论仲裁条款对提单受让人的法律效力
——以仲裁协议效力扩张理论为视角/章博

案例分析

- 096 依据仲裁协议准据法决定仲裁协议的效力
——基于案例的分析/卢松

- 110 已撤销商事仲裁裁决之承认与执行实证研究
——以 Chromalloy 案为例对《纽约公约》的适用
分析/李津桦

比较研究

- 125 中韩国际商事仲裁若干法律问题比较(下)/秦瑞亭
- 140 论美国仲裁协会国际仲裁规则中的紧急保全措施/张恒

域外撷英

- 152 调解员守则/魏增产译
- 157 调解员行为示范规范(AAA/ABA/ACR)/姜丽丽译

仲裁动态

- 164 新闻综述

Contents

Special Report

- 1 Commercial Arbitration Sub – project Survey Report of the Establishment and Improvement of ADR Mechanism
Commercial Arbitration Sub – project Group
-

Monograph

- 51 The Improvements of Arbitration and the New York Convention——A Fifty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
Huang Yaying
- 59 Mediation & Arbitration Nature of DAB in FIDIC Conditions Liu Yong
- 71 Arbitration Clause in Affiliated Company——Comparative Study between “Theory of Groups of Companies” and “Piercing the Corporate Veil Theory”
Chi Manjiao
- 82 On the Legal Effect of the Arbitration Clause on Transferee of Bill of Lading: With Perspective from the Expansion Theory on the Effect of the Arbitration Agreement
Zhang Bo
-

Case Study

- 96 The Validity of Arbitration Clause Based on the Applicable Law of Arbitration Agreement——Case Analysis
Lu Song
- 110 Analysis on Recognition and Enforcement of Revoked Commercial Arbitration Awards——Analysis on Application of New York Convention Based on Chromalloy Case
Li Fenghua
-

Comparative Law Study

125 A Comparative Study on Some Legal Issues Relating to the International
Commercial Arbitration in China and Republic of Korea(II)

Qin Ruiting

140 Emergency Protective Measures on AAA International Arbitration Rule

Zhang Heng

152 Mediators Ethics Guide(JAMS)

Translated by Wei Zengchan

157 Model Standards of Conduct for Mediators (AAA/ABA/ACR)

Translated by Jiang Lili

Current Development

164 News

特 载

最高人民法院建立和完善多元化纠纷解决机制调研课题 ——商事仲裁子课题项目调研报告

商事仲裁子课题组

报告提纲

一 项目概况

二 调研背景和目的

三 中国仲裁的发展历程与现状

(一) 我国仲裁发展历史暨仲裁法出台背景

(二) 仲裁在解决纠纷、维护和谐、促进民商事交易方面的内在优势

(三) 我国仲裁制度发展的时代特点

四 项目调研方法

(一) 调研方法综述

(二) 调研问卷的设计

(三) 调研问卷统计分析工具

(四) 调研问卷回收情况分析

五 主要问题的展开分析

- (一) 关于仲裁机构的发展和仲裁普及
- (二) 关于案件处理情况
- (三) 关于仲裁立法
- (四) 关于仲裁协议
- (五) 关于仲裁的司法监督
- (六) 调研情况总结

六 建议

- (一) 关于仲裁协议
- (二) 关于仲裁员
- (三) 关于仲裁程序
- (四) 关于仲裁的司法监督
- (五) 仲裁机构的法人定位问题
- (六) 仲裁员、仲裁机构的责任承担问题
- (七) 关于国际商事仲裁特别规定之建议

一 项目概况

建立和完善多元化纠纷解决机制是最高人民法院 2008 年的重点改革项目,商事仲裁作为多元化纠纷解决机制的一种重要方式,是该调研项目的重要子课题之一。根据最高人民法院的安排,商事仲裁子课题组由最高人民法院、中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲”)和北京仲裁委员会(以下简称“北仲”)共同组建,于 2007 年 7 月下旬正式成立。子课题组由贸仲冷海东副秘书长任组长,最高人民法院司法改革办公室(以下简称“司改办”)何帆博士负责协调指导,北仲王喜莲处长、贸仲赵健处长等 10 人为课题组成员^①。本调研报告执笔人为课题组成员、北仲姜丽丽。

^① 课题组成员还包括贸仲姚俊逸副处长,林一飞副研究员,戴红副研究员;北仲丁建勇、姜秋菊和孔媛秘书。调研报告草拟后,贸仲相关领导和北仲领导对本调研报告提出了建设性意见。另外,北仲张祖原、彭立松副处长亦参与了部分实地调研考察工作;北京大学法学院黄祖欢同学在北仲实习期间对本报告的数据整理分析等作出了贡献,一并致谢。

最高人民法院司改办《关于建立和完善多元化纠纷解决机制改革项目工作方案》下发后,根据工作方案的要求,商事仲裁子课题组于2007年8月15日召开会议,共同研究工作思路、讨论工作计划、制订工作方案。随后课题组拟定调查问卷,向全国185家仲裁机构发送问卷并及时追踪反馈信息。2007年9-10月,课题组分别到南京、深圳、重庆和银川进行了调研,与当地高级、中级人民法院、仲裁机构、律师及企业界代表进行了座谈^①。2007年11月,课题组赴法国、英国和新加坡进行了考察^②。2008年1月18日,最高人民法院司改办召开“人民法院司法改革论坛——建立和完善多元化纠纷解决机制研讨会”,课题组派员汇报了项目进展情况。现调研项目已经根据预定计划顺利实施并完成,现阶段项目成果为调研报告^③。

① 在南京的调研活动中,商事仲裁课题组分别与江苏省高级人民法院、南京市中级人民法院、南京仲裁委员会的代表以及江苏省贸促会组织的企业界、律师界代表进行了三场座谈会。在深圳,课题组与贸仲华南分会、深圳仲裁委员会、广东省高级人民法院和深圳市中级人民法院的部分法官进行了深入的座谈。在重庆的调研活动中,商事仲裁课题组分别与重庆市高级人民法院、重庆各中级人民法院、重庆仲裁委员会的代表以及重庆市贸促会组织的企业界、律师界代表进行了三场座谈会。在银川,课题组与银川仲裁委员会、宁夏高级人民法院和银川市中级人民法院的部分法官以及银川企业、律师界部分代表进行了深入的座谈。各受调研单位都非常配合、支持这次调研活动,安排了多位工作人员事先对相关工作进行了总结和研究,对我国仲裁法、民事诉讼法和有关司法解释中涉及仲裁的条款进行了深入思考。各受调研单位的精心准备和细致工作保障了课题组的顺利进行,使课题组获得了大量有效信息,并深受启发。课题组特此再次向各相关单位对本次调研工作的支持与配合表示衷心感谢!

② 国外考察内容介绍详见本报告调研方法部分,该部分课题组的调研重点是中外商事仲裁制度的比较研究,外国争议解决机构或企业法律顾问、律师等对中国商事仲裁及相关配套制度的了解和看法,以及对当前商事争议解决中出现的新问题的共同探讨。

③ 本调研报告是商事仲裁子课题组对自2007年8月成立以来所作的调研工作的阶段性总结,也是根据最高人民法院司改办的项目进展要求作出的第一阶段的调研报告。课题组根据前期的调研计划和实证研究的基本规范,授权《北京仲裁》刊发本报告,以向被调研单位公布调研结果,谨供各单位了解项目进展,或为相关学术研究提供基础资料。该报告不代表商事仲裁子课题组的最终意见,亦不代表最高人民法院建立和完善多元化纠纷解决机制调研总课题中关于商事仲裁部分的意见。根据最高人民法院的项目计划,该工作将按照推动出台司法解释、形成政策规范、修改和完善立法等阶段长期推进下去。

二 调研背景和目的

随着我国市场经济体制改革的不断深化和经贸关系国际化程度的日益提高,多元化的利益主体对纠纷解决方式客观上有不同需求,反映在制度上就是应当建立多元化的纠纷解决机制,适应不同主体的需要,实现资源的优化配置。传统的诉讼解决纠纷模式因其不断完善的程序保障,成为最大限度追求公正的解决纠纷的首选方式。但是在市场经济中活跃的商事主体对于纠纷的解决则在公正的价值诉求以外,更有其在商事领域维护商业信誉、促进商事流转等方面的特殊需求。这是传统的诉讼模式所面临的难题。现代仲裁制度发端于交易频繁的西方商人团体之中,因其解决纠纷的自主性、保密性和专业、高效等优势符合商事主体的需求,各国纷纷通过立法赋予仲裁裁决强制执行效力,逐渐建立起制度化、法律化的仲裁体制。

《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)于1994年颁布,1995年开始实施,至今已经过13年的历程。在这13年里仲裁作为一项独立的解决纠纷的模式是否发挥了解决纠纷的作用,多大程度上实现了其功能?中国仲裁制度如何在构建和谐社会、建立多元化纠纷解决机制中进一步完善?中国仲裁与国际商事仲裁惯例的融合程度以及差异?以及,仲裁作为诉讼外最重要的替代性纠纷解决方式之一,它在法律体系和制度框架内需要作的调整,与其它争议解决机制之间的衔接问题,均是我们本次调研所集中思考的问题。

三 中国仲裁的发展历程与现状

(一) 我国仲裁发展历史暨仲裁法出台背景

我国自二十世纪五十年代逐步建立了涉外仲裁制度。1954年,为了打破西方国家对新中国的经济封锁,消除外国企业的疑虑,发展我国的对外贸易和经济合作,经政务院批准,在中国国际贸易促进委员会内设立“对外贸易仲裁委员会”。1959年又批准设立了中国海事仲裁委员会。这两个仲裁委员会的设立,为中外企业解决国际贸易和海事纠纷提供了符合国际惯例的解决平台,对我国对外贸易的发展起到了重要而独特的作用。

国内仲裁制度直至改革开放之后于二十世纪八十年代才开始建立。根据

1981年12月颁布的《中华人民共和国合同法》中关于仲裁的规定，国务院于1983年8月发布了《中华人民共和国经济合同仲裁条例》，国家工商总局于同年12月制定了《经济合同仲裁委员会组织规则（试行）》，工商局按照行政区划垂直设立四级经济合同仲裁委员会，开始对经济合同纠纷进行仲裁。当时关于商事仲裁制度的基本规定是“一裁两审”制，即“仲裁作出裁决后，当事人一方或双方对仲裁不服的，可以在收到仲裁决定书之日起15日内，向人民法院起诉。期间不起诉的，裁决即具有法律效力”。

国内仲裁制度建立初期，在解决纠纷、促进经济发展中发挥了重要作用。从机构发展来看，截至1994年，国内经济合同、技术合同和房地产仲裁机构共计3640个，专职仲裁员10000余人，从事仲裁的工作人员20000余人；从案件数量来看，1983年至1994年，全国经济合同仲裁共解决纠纷250万件（争议金额330.7亿元），房地产仲裁平均每年解决纠纷约2万余件^①。但这套仲裁制度的建立是发生在我国从计划经济向社会主义市场经济转轨时期，是学习仿照前苏联行政仲裁模式的结果。随着我国改革开放的深化和经济社会的发展，其在理论上和实践中的弊端都日益显露，主要表现在：其一，仲裁机构不仅数量过多，队伍庞大，有不断扩张之趋势，而且基本都靠财政支撑，不符合精简效益原则，长此以往，财政不堪重负。其二，仲裁机构行政色彩太浓，许多仲裁机构都是以行政机关为主，设置在机关内部，机构组成人员绝大多数是有关行政管理部门的负责人，且数量过多，“和仲裁委员会有那么一点关系的各方面领导甚至从职业上看毫无关系的也被奉为委员会委员、副主任。其结果使仲裁委员会一部分组成人员成为一种摆设”^②；仲裁庭的组成人员多是由相关的行政机关工作人员即所谓“专职仲裁员”担任。仲裁机构与行政机关交织在一起，仲裁职能来源于行政职权，仲裁权以管理权作后盾，权威性以行政权力为依托，在仲裁活动中也往往避免不了用行政权取代仲裁权。这样的仲裁，排除不了长官意志和行政干预，缺乏独立和公正。其三，

^① 引自全国人大常委会法制工作委员会民法室与中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局共同编著：《中华人民共和国仲裁法全书》第五章第一节，第24-25页。

^② 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室与中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局共同编著：《中华人民共和国仲裁法全书》第五章第一节、第三节、第四节，第25-27页。

仲裁程序不能真正体现当事人自愿这一仲裁制度的本质特征。

为了从根本上解决上述弊端,我国 1994 年《仲裁法》将“垄断性”、“强制性”的行政仲裁转变为当事人自愿选择的民间性仲裁,将作为行政机关或隶属于行政机关的仲裁机构变为独立自主,自负盈亏的民间性、中介性的服务组织。《仲裁法》明确规定,“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系”。这一“去行政化”的现代仲裁制度,体现了在国际上众所周知的仲裁的民间性,体现了作为市场经济支柱的理念——当事人意思自治,以及以此为前提和基础的仲裁独立、中立、公正、自治(自律),使中国仲裁制度成为适应我国市场经济及对外开放需求的重要民商事纠纷解决途径。

《仲裁法》施行后,我国的仲裁事业走向了迅速发展轨道并取得喜人成绩。至 2006 年,全国共设立了 185 家仲裁委员会,当年受理仲裁案件 60844 件,争议标的为 725 亿元人民币^①。我国仲裁事业的发展为及时解决民商事纠纷、维护当事人合法权益、促进国家经济建设,构建和谐社会发挥了积极作用。

(二) 仲裁在解决纠纷、维护和谐、促进民商事交易方面的内在优势

所谓仲裁即“公断”,是指争议双方在争议发生前或争议发生后达成协议,自愿将争议交第三者进行仲裁,双方有义务执行的一种争议解决制度。早期,一些商人为了避免诉累,选择商业团体内有威望人士,居间裁断商事纠纷,纠纷双方自觉履行,因其方式具有简便、快捷、经济、保密、不伤和气等特点,逐渐为越来越多的商人所接受。对于政府而言,仲裁作为民间自治解决争议的方式,在不动用纳税人税收和国家公权的前提下,利用民间的力量裁断纠纷,化解矛盾,缓解法院压力,不但社会成本低廉,而且避免了公权裁判经济纠纷带来的责任和风险,在维护社会稳定和谐,促进经济发展中发挥诉讼无法替代的作用。为此,许多国家不仅通过立法赋予民间仲裁裁决强制执行的效力,使之制度化、法律化,成为一种诉讼制度之外比较普及的解决争议的法律制度,而且一些政府还通过拨款,扶持这一民间纠纷解决途

^① 该数据援引自国务院法制办秘书行政司编:《政府法制工作简报》,2007 年第 2 期,总第 224 期。2008 年 3 月 7 日作出的总第 236 期《政府法制工作简报》中,统计截至 2007 年成立的仲裁机构数据为 200 家。

径的生存和发展,并保持它的民间性。特别是在对外经济交往中,由于仲裁的民间性,使之超越了意识形态、政府间关系的波动、国家司法主权等樊篱,因而成为维护本国当事人在国际交往中的竞争优势和合法利益的重要手段。这正是我国即使在计划体制盛行时期也仍然在涉外仲裁领域保留其民间性色彩的重要原因。

近年来,随着《承认和执行外国仲裁裁决公约》(以下简称纽约公约,我国已加入)缔约国的增多、联合国《国际商事仲裁示范法》的普及和全球经济一体化的加快,现代商事仲裁制度已在国际范围内很快普及和推广,仲裁借助其民间性所发挥的优势更加凸显,仲裁裁决在外国法院获得承认和执行的成功率远远高于司法判决。因此,仲裁这一发端于民间商人共同体的争议解决机制,在解决纠纷、维护和谐、促进国际、国内民商事交易方面具备独特的内在优势。

(三) 我国仲裁制度发展的时代特点

我国仲裁法确定的仲裁制度是“机构仲裁”,即当事人提起仲裁,必须要向具体的仲裁机构提出,由仲裁机构出具的仲裁文书才具有相应的法律效力。因此,仲裁机构的发展一定程度上代表着中国仲裁的发展。正是在“机构仲裁”制度下,以仲裁机构为基本对象的调研,才具备作为研究仲裁法实施、仲裁制度实践的基本进路的合理性。

相对国际上仲裁制度成熟的国家,我国的仲裁制度发展有其时代特点。

首先,从前述中国仲裁发展历史看,1995年仲裁法实施后重新组建的仲裁机构,面临从政府组建到独立运作的适应过程,从组织、人员和社会认知角度,都面临逐渐摆脱原有行政仲裁影响、重新树立商事仲裁机构形象、培养仲裁意识的历史任务,这一过程受各种因素影响,各个仲裁机构发展不平衡,也存在一些亟待解决的问题,影响我国仲裁事业的整体推进以及长远发展和我国仲裁的国际形象。

其次,在立法方面,《仲裁法》毕竟是在我国社会主义市场经济体制初步建立、尚不完善的状态下制定的,虽然立法当初具有相当的前瞻性并尽可能参考了国际通行作法,但在实施十几年之后,随着我国经济和社会的快速发展还是出现了一些亟待修订完善的问题。

再次,在司法审查和司法保障方面,针对《仲裁法》实施过程中出现的新问题,最高人民法院从1987年4月10日发布《关于执行我国加入的〈承认和执行外国仲裁裁决公约〉的通知》开始,直至2005年12月26日通过并于2006年9月8日施行综合性的《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》,期间先后发布涉及商事仲裁的司法解释56件^①,一定程度上弥补了立法方面的缺漏,对保障仲裁法贯彻实施、及时处理商事仲裁的新问题作出了极大贡献。

四 项目调研方法

(一) 调研方法综述

本次调研采取的是“点面结合”、“中外比较”——一个案实地座谈与批量问卷函调相结合,国内信息汇总与国外资料收集与考察相结合的方法。国内个案实地座谈包括抽取国内几个典型的法院与仲裁机构进行访谈,课题组访问了江苏省高院、重庆市高院、宁夏高院、深圳市中院,与当地各级法院法官就贯彻执行《中华人民共和国仲裁法》、《民事诉讼法》以及最高人民法院相关司法解释、对仲裁实行司法监督的情况以及在立法和执法层面存在的问题进行了讨论和交流;走访了南京仲裁委员会、深圳仲裁委员会、重庆仲裁委员会和银川仲裁委员会,与仲裁机构的领导、管理人员就仲裁委员会的发展、面临的问题进行了交流;与南京、深圳、重庆有影响的律师事务所、大型企业的代表进行了座谈,参会律师、企业界法务和业务人员从仲裁“用户”、“消费者”的角度,提出了仲裁自身以及人民法院司法监督取得的成绩以及存在的问题和需要改进的地方。在国外考察方面,课题组访问了国际商会仲裁院(国际上最具影响力的仲裁机构)、巴黎工商会仲裁院、法中经济法协会、英国特许仲裁员协会(世界上规模最大和最有影响的仲裁员协会)、有效争端解决中心(欧洲最大的调解机构)、Herbert Smith 律师事务所、新加坡最高法院、新加坡律政部、新加坡国际仲裁中心、新加坡调解中心、新加坡律师公会、新加坡 Allen Gledhill 律师事务所。外方分别从仲裁服务提供者、司法监督者和仲裁用户等不同视角向课题组介绍了各国仲裁立法、司法实践、

^① 该数据为课题组查询公开资料自行统计的结果,并非最高人民法院公布的数据。

立法和司法改革的做法和经验，与课题组就有关仲裁理念、具体制度设计进行了探讨和交流，坦诚地发表了他们对中国仲裁制度改革发展的建议。

批量问卷函调是针对国内仲裁机构，通向在国务院法制办备案名单内的仲裁机构全部发放问卷，以自愿反馈方式收集信息。反馈结果表明座谈的方式可以更详细、直观地获取资料，并且有助于鉴别信息的真实程度。但是因为人力、物力有限，还不能实现大范围开展。

（二）调研问卷的设计

怎样在法院诉讼之外建立一套独立的纠纷解决模式要受到很多因素的影响，我们主要从以下几个方面来考虑，并以此为基本框架来开展调研活动。

1. 仲裁解决纠纷的组织支持——仲裁机构自身的发展和努力

仲裁作为独立的解决纠纷的机制，其发展水平首先体现在组织机构建设方面，仲裁机构的数量、规模、人员构成则是衡量一个组织体系完善程度的重点指标。

相比于诉讼作为传统的解决纠纷的方式，仲裁作为新的纠纷解决方式和理念要真正发挥作用首先还需要让社会了解仲裁，我们试图通过调研了解各仲裁机构在推广仲裁方面做了哪些努力，分别取得了怎样的效果。

2. 仲裁机构解决纠纷的实践情况——仲裁在多大程度上发挥作用

仲裁法实施十几年来，商事仲裁在我国经济生活中到底发挥了多大的作用，真正发挥了什么作用。反映在调研中就是通过对各仲裁委受理案件数量、结案数量、各种不同结案方式的运用、受理案件的标的额、案件类型及其发展趋势等指标的考察，明确仲裁发挥作用的程度和领域。

3. 仲裁解决纠纷的规范支持——对仲裁法及其司法解释的考察

仲裁法及其司法解释是仲裁事业发展的直接法律依据，法律制定得是否合理将对仲裁的发展产生直接的影响。建立一种独立的解决纠纷机制首先就要设计科学合理的纠纷解决制度和规范。我们希望通过考察找出其不足之处并通过立法加以改进，同时对成功的经验加以推广利用，更好地促进仲裁发展。

4. 仲裁解决纠纷的前提——仲裁协议

仲裁协议将纠纷的管辖权授予仲裁机构，仲裁机构才能启动仲裁程序。