

兩岸仲裁法理論與實務

薛西全 編著



 弘揚圖書有限公司
Hong Yang Publishing CO., LTD

兩岸仲裁法理論與實務

薛西全 編著



弘揚圖書有限公司

兩岸仲裁法理論與實務

HY-UPC013



編著者 | Author: 薛西全

著作財產權人 | Copyright Owner: 劉麗瑾

發行者 | Publisher: 林幸崇

出版公司 | Publish CO.: 弘揚圖書有限公司
HongYang Publishing CO. LTD.

地 址 | Address: 新北市中和區中山路二段 482 巷 19 號 2 樓

電 話 | TEL: +886-2-3234-0867, +886-2-3234-1503

傳 真 | FAX: +886-2-3234-7698

統一編號 | VAT number: 80147701

郵政劃撥 | Postal Remittance: 19741243

Blogsphere: "<http://hy-publishing.blogspot.com/>"

E-Mail: "hongyang80147701@seed.net.tw"

Publish Date: May, 2011

Print ISBN-13: 978-986-6073-00-7

Product Dimensions: 170mm x 230mm x 22mm (18k)

ISBN 978-986-6073-00-7



9 789866 073007

Price(TW) : 650



姚 序

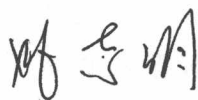
民事法律爭端，除得訴請法院以民事訴訟程序進行裁判外，另一種解決爭端之途徑，即為仲裁。仲裁係爭議之當事人合意將紛爭交由仲裁人判斷而解決紛爭之一種制度，除已在工商發達之國家作為解決爭端之有效方法外，甚至於國際間貿易之爭端解決亦為相當常見。一般認為，採取仲裁方式來解決紛爭，有專業性、迅速性、經濟性及靈活性等等優點。因而，仲裁相關議題之研究越來越顯其重要及實用性。本書從仲裁之相關概念、仲裁協議及仲裁之成立、仲裁人之資格及選任迴避、仲裁人之責任與倫理規範、仲裁管轄、仲裁程序、仲裁判斷及仲裁判斷之執行等，完整的論述及分析仲裁程序之要件及其進行之相關問題，可謂係一本完整及具實用之仲裁進行之論著。

此外，本書之作者薛西全律師，先後取得政治大學法學士、中山大學 EMBA 碩士、中國政法大學法學博士學位，現今仍就讀於國立成功大學土木工程研究所博士班，其學習之歷程橫跨法學、管理及工程，於現今國內法界實為罕見。於執行律師工作繁忙之餘，薛律師仍能孜孜不倦的追求新知，其所擁有豐富之學識更是超越法學而深入管理與工程，其堅毅之心志實令人欽佩。除了擁有超越群倫之學識外，薛律師之經歷亦為十分豐富，其歷任檢察官、法官、高雄市律師公會理事長、中華民國律師公會聯合會副理事長、中華民國仲裁協會理事、台灣律師懲戒委員會委員長等職，閱歷豐富且於律師界聲譽卓著。

ii 兩岸仲裁法理論與實務

幾年來與薛律師在一些講習課程相遇，幾年來之相處下，深深感覺薛律師雖閱歷豐富且身為法學界之先進，然其為人謙恭有禮，樂與人分享經驗及研討問題，經常提出發人深省之獨到見解，可謂是學養兼具法律人。

薛律師無論在學識之追求、律師執業之成就及律師相關協會之服務工作，均有優異及普受讚嘆之表現。今日，薛律師又將其從事仲裁工作之多年心得，結合其多年在學術理論之鑽研，完成本大作，實為結合理論與實務而值得一讀的一本書，尤其對於仲裁理論與實務有興趣之人更是不可欠缺的一本好書。就此一本仲裁實務理論之大作，薛律師囑咐我為之作序，本實為不敢當，然有幸在此大作出版之前先為拜讀，於恭敬及欽佩之餘，故樂之為序，將此書推薦給大家。



2011.02.12

前國立高雄大學法學院院長
國立高雄大學法學院教授

胡 序

認識薛律師十多年了，從十幾年前兩人一起擔任某一工程案件的仲裁人開始，迄今我們已有十多次一起擔任仲裁人的經歷；在這些案子的評議中，我們總能很客觀的就法律規定和公平、正義間進行討論並取得平衡，這是一種愉快而有收獲的經驗。

剛認識薛律師的時候，我還是一個法律的局外人，大學和後續修讀的都是工程科系，雖然在社會歷練一段時間後再進修商學並取得商學博士的學位，但在各方面，我都不算法律人，也不了解法律人的思考模式和邏輯。直到八年前在薛律師的鼓勵下，我終於踏入法律的殿堂，並在 2006 年取得法學博士學位，成了半個法律人。從認識他之後，他一直是我在法律方面的諮詢對象，因此，算是我在法律領域的啓萌老師。

我一直認為這是一個強調系統整合的時代。在知識方面也是如此，各行各業和各種學問中都有很多的專家，但是跨領域的人才卻始終很缺乏，所以追求跨領域的知識有其必要性。

尤其在仲裁領域中，仲裁人處理的爭議往往不是單憑法律就能圓滿解決，若單以法律論斷，那仲裁就難免走向訴訟化而不能彰顯出它和法院訴訟不同的優點。我認為仲裁要能公平、合理和儘可能圓滿的解決兩方的爭議，這樣才算是好的仲裁解決方案。畢竟，仲裁是要合法、合理而圓滿的解決兩方的爭議，而未必是要一個絕對的輸贏。

前兩年，在我的慫恿下，薛律師又跑去念營建管理的博士班，

很令人敬佩。我只不過一時興起的隨意說說罷了，沒想到他竟當真的說做就做。繁忙的工作壓力下，還要抽出時間去學習一個和自己本科相隔那麼遙遠的學科，那種瘋勁實在令人訝異。

與此同時，我也正要出版一本關於房地產的新書，這本書也是整合房地產、地政和經濟的一本全方位的房地產書籍，但目標市場卻是一般大眾；而薛律師的這本書則是朝向專業的讀者市場。看樣子，我們之間還難定出個輸贏呢。

薛律師，加油！

胡偉良 2011年3月於台北

營管博士、商學博士、法律博士

楊 序

作者薛西全攻讀中國政法大學法學博士時，為本人指導之學生，觀之作者之學經歷，著實相當完整，作者為國立政治大學法律系畢業、1980年司法官訓練所十七期結業，擔任檢察官及推事9年資歷，1989年轉任執業律師，執業迄今已二十載，並潛心專研學術，獲得國立中山大學高階經營管理碩士及中國政法大學法學博士學位、現在仍好學不倦繼續攻讀國立成功大學土木工程系博士學位。作者並曾擔任高雄律師公會理事長，就仲裁實務方面涉略極深，現並為中華仲裁協會理事，對仲裁制度及操作，得心應手。作者在中國政法大學就讀時期，即著重兩岸仲裁法制之差異性比較，畢業之博士論文題目亦以「兩岸仲裁制度比較研究」為研究對象，今日著書針對兩岸仲裁制度及相關爭議事項作一通盤檢討及檢視，實不令人意外。

本書中對兩岸仲裁法由淺至深作一全面性之檢討，尤其在目前實務及學說爭議處，均有著墨，並提出精闢的見解，精采之處加以兩岸法制學說相比較，激盪出的火花精采可期，內容中引用大陸最高人民法院的解釋或批復、台灣最高法院之裁判，讓人可以一覽最新實務見解之進展，可知作者對本著作之用心及謹慎。本書提到仲裁協議是仲裁之基本核心，並從民法基本觀念做立論基礎，檢討仲裁協議之成立及生效時點，是一般書上比較少見，然也是法律人針對契約應下之基本功夫，甚至作者在複雜處還以簡易圖解之方式，精闢分析仲裁協議成立及生效之要件，實令人

耳目一新。而針對仲裁協議效力擴張之範圍，作者也從各種實務上之實例去逐一分析，例如繼承、代理、代位清償、集團公司、揭穿公司面紗原則等等，並從法源基礎上去解釋或合理化仲裁協議擴張之對象。

另關於仲裁人資格、仲裁庭的組成、迴避等部份，本書也羅列實務上常發生之疑問，例如被聲請迴避之仲裁人，是否能做仲裁決定？缺角仲裁庭之效力？迴避之效果程序是否重行等，並從仲裁程序經濟、便捷、快速之要求，以及程序公正及監督部份去解釋上開實務上之疑問。至於仲裁人的責任，兩岸規定也大有不同，大陸對於仲裁人之責任，傾向於民事責任之負擔，而台灣地區則無明文。

本書將自裁管轄獨立為一章節，顯示對仲裁自裁管轄之重視及目前爭議之集中處也在此，仲裁庭依據當事人之授權和法律授權，享有對於當事人之間爭議進行審理並做出具拘束力裁決之權力，當仲裁協議發生管轄權爭議，而產生自裁管轄之理論，目前已成為仲裁管轄之基本原則。本書首先論述仲裁協議之獨立性質，當發生管轄權異議，其時點及仲裁庭之處理方式為何，雖多數國家承認仲裁庭對於管轄爭議之裁決權限，但是多數國家亦認為法院應有監督的權限，亦即，仲裁庭之自裁管轄並不具終局的效力。台灣仲裁法第 22 條規定仲裁庭對於管轄之決定具有終局的效力，法院僅得在許可強制執行或撤銷仲裁判斷時，才介入監督，而大陸仲裁法採取仲裁機構與法院併行控制制度，讓法院監督提前介入仲裁程序。本書提出建議應該在仲裁終結後法院才介入監督，以免妨害仲裁效率。

另外，針對仲裁程序，尤其在提付仲裁以中斷請求權時效之

點，攸關當事人權益重大，大陸實例在申請仲裁後又協商放棄仲裁並向法院起訴，時效係自申請時中斷並重行起算之見解，與台灣地區之規範不盡相同，相較較為保障債權人。而關於仲裁文書之送達，大陸相關仲裁規則中有採「發信」主義者，台灣地區則採「到達」主義，在從事實務當事人權利之保護上，亦應特別注意。另台灣仲裁法並無針對財產保全部份做特別規定，而借助民事訴訟法假扣押假處分之程序來保障，大陸仲裁法則有財產保全之規定，並區分涉外仲裁或國內仲裁異其保全財產之裁定機關。就衡平仲裁之解釋上，本書也一再不厭其煩的解釋衡平仲裁仍不得違反法律之強制規定，尤其應注意公益善允、誠信原則及權力濫用之問題。

本書在仲裁判斷請求法院承認及執行部分，是否經轉化手續，亦即經法院再一次裁定或許可強制執行，大多數國家均採肯定見解，蓋並非所有仲裁裁決內容均適於執行，且法院裁決程序為一法律強制手段，承認仲裁裁決中確定之義務，可迫使強制一方履行裁決。關於仲裁判斷之生效時點涉及送達之原則，而仲裁判斷與確定判決具同一效力，兩岸規定皆然。而兩岸對於外國之仲裁決定，均認僅具執行力而不具與確定判決之同一效力。至於不論是台灣採裁定執行認可制或大陸採的裁定不予執行制，均應為程序審查而不為實體審查，以符合國際潮流。

本書對於撤銷仲裁判斷亦以獨立章節作析述，兩岸針對仲裁裁決均採一裁終局之規定，而國家介入仲裁之時點，應在仲裁程序終結後，此為撤銷仲裁判斷立法之緣由，而對於撤銷仲裁判斷，兩岸均以形式審查之觀點，管轄法院在台灣為地方法院，而大陸係專屬於中級人民法院管轄，就提起期限部份，台灣限期 30 日內

提出，相較於大陸係規定 6 個月內提出，台灣的撤銷仲裁判斷之訴期限較短且當事人容易因期限短而有忽略權益之情事，台灣的撤銷仲裁判斷可以三級三審，亦不利仲裁之迅速性。而台灣獨有雖程序瑕疵，但不影響仲裁判斷結果之立法方式，相較大陸撤銷仲裁判斷之事由較多不確定因素，可以讓大陸借鏡，以期簡速。至於仲裁判斷經撤銷後，究竟是原仲裁協議失效抑或可以重新仲裁，大陸現已與台灣一樣，採取原仲裁協議失效之見解。本書最後對於兩岸仲裁之性質作出比較，台灣將之定位為非訟程序，而大陸則未規定，但大陸有針對仲裁時效及訴訟時效之適用順序，則為台灣法令所無之規定。

綜觀全書，詳實比較兩岸仲裁法規之異同，並佐以國際法規及國外見解，加強兩岸仲裁制度疏漏或可以改善之處，並提供精闢建言，確實為促進兩岸和諧及經濟之正常交流，貢獻極大助益，確實值得一讀，本人樂為之序。

楊榮馨

2010 年 10 月 26 日

於北京

薛西全 自序

筆者因日商設計工程爭議事件結緣仲裁迄今約二十年，嗣中華仲裁協會於西元一九九七年（民國八十六年）年底成立高雄辦事處，翌年再度接觸美商工程顧問公司與政府間的公共工程爭議事件，乃引起筆者對於仲裁法的興趣，遂西進大陸前往中國政法大學研習仲裁法，於西元二〇〇四年畢業。本書是從我的博士論文「兩岸仲裁制度之比較研究」增補修撰而成，斷斷續續歷經六年之久，期間曾忙於律師業務、教書及前往國立成功大學研讀土木工程相關課程而又延宕修撰工作，但真正埋首修撰工作的時間約有二年，經常工作至凌晨一時多，只能說相當辛苦，但完成時，心中之喜悅，非筆墨所能形容。

希望本書能對讀者，尤其初習仲裁法者，有所幫助。最後，本書完成應感謝我的指導老師楊榮馨（楊榮新）教授的鼓勵與指正，律師事務所同事劉妍孝律師、邱國逢律師在業務上的幫忙，行政助理薛雅文小姐的打字，黃勇雄律師、丁玉雯律師、鄭旭廷律師的校對指正，及好友胡偉良博士、姚志明博士幫忙撰寫序言，在此均一併致謝。

薛西全

2011年3月11日
於台灣·高雄市

薛西全律師學、經歷

(民國 41 年生)

學 歷：

國立政治大學法律系畢業

國立中山大學 EMBA 碩士

國立成功大學土木工程研究所管理組博士班二年級

經 歷：

曾 任：

檢察官、法官 (67 年司法官特考及格、司法官訓練所 17 期結業)

高雄律師公會秘書長、理事長

中華民國律師公會全國聯合會理事、常務理事、副理事長

中華民國仲裁協會理事

台灣省律師懲戒委員會委員、委員長

高雄市立空中大學法政系兼任講師

財團法人指南法學基金會董事

現 任：

國立中山大學資管系兼任講師

國立中山大學學生申訴評議委員

國立高雄大學教師申訴評議委員

薛西全律師事務所主持律師

著 作：

營業秘密法中產權歸屬合理性之研究（碩士論文）

兩岸仲裁法理論與實務

目 錄

姚 序	i
胡 序	iii
楊 序	v
自 序	ix
第一章 緒 論	1
第一節 前 言	1
第二節 兩岸立法及修法之原則	2
第三節 仲裁之產生及發展	3
第四節 仲裁之分類	7
一、機構仲裁、臨時仲裁	7
二、依法仲裁、友誼仲裁（友好仲裁） （衡平仲裁）	8
三、獨任仲裁、合議仲裁	8
四、國內仲裁、國際仲裁（涉外仲裁）	8
五、強制仲裁、任意仲裁	8
第五節 仲裁之特徵	9
第六節 仲裁之優點	10
一、自願性（自主性）	10
二、專業性	10
三、迅速性（快捷性）	11
四、秘密性	11

五、經濟性	12
六、和諧性	13
七、國際性	14
八、靈活性	15
第七節 仲裁之缺點	15
一、仲裁人選任之風險	15
二、仲裁人易有代理人意識	16
三、折衷式之判斷	16
四、意思自治原則之濫用	17
五、仲裁協議對於第三人無拘束力，會發生相關連的爭議 因爭議解決方式之不同，而產生不同的結果	17
第八節 仲裁之性質	17
一、司法權論	17
二、契約論	19
三、混合論	20
四、自治論	21
第九節 法院與仲裁	23
一、協助	24
二、監督	25
第十節 兩岸仲裁機構之簡介	26
一、台灣仲裁機構	26
二、大陸仲裁機構	26
第十一節 仲裁法之法源	28

第二章 仲裁協議概說 33

第一節 前言	33
--------	----

第二節 仲裁協議	35
一、仲裁協議的意義	35
二、仲裁協議的特徵	37
第三節 仲裁協議之性質	40
一、概 說	40
二、學 說	41
三、小 結	44
第四節 仲裁協議與其他類似的概念	47
一、仲裁鑑定契約	47
二、仲裁人選任契約	47
第三章 仲裁協議之成立要件	49
第一節 一般成立要件	49
第二節 特別成立要件（大陸學者稱：形式要件）	
——書面要件	49
一、仲裁協議應以書面為之	49
二、其他書面紀錄，足認有仲裁合意者	52
第三節 仲裁協議之種類	61
一、仲裁協議之表現（存在）方式，有	62
二、現有爭議及將來爭議	63
三、仲裁條款與仲裁協議書之區別	64
第四節 特殊形態之仲裁協議	65
一、口頭或默示（按：即沉默）接受能否成立仲裁協議	67
二、契約援引（有台灣學者稱為引置）的仲裁條款	72
三、公司章程	78
四、財團法人或社團法人（例如：某協會或公會……）	
之章程	80