



Research on Arbitrability
of the Civil and Commercial Dispute

民商事纠纷 可仲裁性问题研究

欧明生 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

民商事纠纷可仲裁性问题的研究

**Research on Arbitrability of the Civil and
Commercial Dispute**

欧明生 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商事纠纷可仲裁性问题研究 / 欧明生著. —杭州:
浙江大学出版社, 2013.1
ISBN 978-7-308-10941-3

I. ①民… II. ①欧… III. ①民事纠纷—仲裁—研究—中国
②经济纠纷—商事仲裁—研究—中国
IV. ①D925.104②D925.704

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 000609 号

民商事纠纷可仲裁性问题研究

欧明生 著

责任编辑	李峰伟
封面设计	王波红
出版发行	浙江大学出版社 (杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007) (网址: http://www.zjupress.com)
排版	杭州好友排版工作室
印刷	杭州丰源印刷有限公司
开本	710mm×1000mm 1/16
印张	10.75
字数	182 千
版印次	2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷
书号	ISBN 978-7-308-10941-3
定价	28.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换
浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88925591

前 言

在以经济建设为中心和经济全球化为特征的现代社会,民商事纠纷的频发使得民商事仲裁制度作为一项与诉讼制度最为接近的正式纠纷解决机制而占据着越来越重要的地位。民商事纠纷可仲裁性问题,即民商事仲裁制度作用的客体范围问题,无疑是民商事仲裁制度中的一个最为基础、最为根本的问题,因为这一问题不仅关系到仲裁协议是否有效、仲裁庭是否取得管辖权的问题,而且在国际仲裁的情况下还关系到仲裁裁决能否得到承认和执行的问题。因此其对于民商事仲裁制度而言具有全局性的意义。而令人遗憾的是,对于这样一个重要问题,我国学术界至今尚没有系统、详尽的长篇论著问世。

基于此,笔者拟从民商事仲裁制度的性质这一分歧林立但决定民商事纠纷可仲裁性问题的根基入手,对民商事仲裁制度性质的各种学说流派进行细致的梳理,并在此基础上,再进一步提出判定可仲裁性之依据。同时,笔者对包括仲裁国际立法和几个仲裁制度发达的国内立法在可仲裁性问题的规定进行考察,概括了它们的共同特征,并指出可仲裁问题的发展态势。最后,作为本书的落脚点,笔者分析了可仲裁性问题在我国的立法现状,并提出变革现状的依据和立法完善之道。

全书共分为五章,各章内容分述如下:

第一章导论。本章主要交代全书的研究意义、研究方法和研究主题的勘定。首先,民商事仲裁制度是当事人对其纠纷解决的一种合意选择,以意思自治为其首要特征,但何种纠纷允许通过当事人的意思自治以仲裁方式解决,则仍然要受到立法和司法的限制。因此,探讨这一限制的内在逻辑和程度对于立法和司法实践都具有重大意义。其次,由于可仲裁性问题是仲裁制度中的一个根本问题,与仲裁制度的本质紧密相关,因此,笔者提出研究可仲裁性问题不能仅局限于仲裁机制的某一方面或者某些方面,更不能落入就事论事的俗套,而应保持立体的视角和综合的进路进行研究。最后,可仲裁性包括两大含义:主观可仲裁性和客观可仲裁性。主观可仲裁性是针对纠纷主体是否具有将其纠纷提交仲裁解决的资格或能力;客观可仲裁

性是针对纠纷本身而言,即该项纠纷是否为立法所允许而通过仲裁方式加以解决。本书将研讨的主题限定在客观可仲裁性问题上,同时不对国内仲裁与涉外仲裁进行分割,而是探讨民商事纠纷可仲裁性的一般原理。

第二章民商事纠纷可仲裁性之理论溯源。本章的主要目的在于探讨仲裁的性质以及仲裁的性质对于民商事纠纷可仲裁性的定位,因为对仲裁性质的不同认识将直接导致可仲裁性问题的不同界限。本章首先对仲裁性质的四种学说流派进行梳理:仲裁司法性质的学说主张,由于仲裁员仲裁与法官审判都是一种具有法律效力的判断行为、仲裁员仲裁与法官审判有着某些相同的司法原则和相似的程序构造,因此仲裁应体现为司法性质。仲裁契约性质的学说主张,由于仲裁的成立源自于当事人的契约、仲裁员由当事人所选任、仲裁程序可以由当事人构造以及仲裁裁决的效果可以由当事人控制,因此仲裁应体现为契约性质。仲裁自治性质的学说主张,仲裁的性质应当由仲裁的目的和功能决定,由于仲裁制度是商人首先在不顾及法律的情况下发展起来的,是在国家法律体制的限制之外进行运作的,因此仲裁应体现为自治性质。仲裁混合性质的学说主张,则综合了仲裁司法性质和仲裁契约性质的合理内核,认为仲裁兼具司法与契约的双重属性。在介绍了关于仲裁性质的不同学说主张之后,笔者提出了对仲裁性质的应有认识,指出契约性是仲裁制度特征的主导,但这种契约性应受到司法的控制,因此,仲裁应体现为受司法限制的契约性质。在不同的仲裁性质的学说指引下,可仲裁性问题也呈现出不同的样式:依据仲裁契约性质的学说,可仲裁性的范围即为可契约性的范围;依据仲裁司法性质的学说,可仲裁性的范围即为司法可诉性的范围;而依据笔者所主张的仲裁受司法限制的契约观点,可仲裁性的范围即为受司法可诉性影响的可契约性范围。

第三章民商事纠纷可仲裁性之判定依据。本章的目的在于具体探讨判定民商事纠纷是否具备可仲裁性的依据。首先,由于仲裁的性质是以契约性为主导的,而契约的内在要求则为主体之间建立在平等基础之上的合意,因此,笔者指出,判定可仲裁性的基本标准是纠纷主体的平等性。而具备可仲裁性的平等关系包括典型的商事关系和某些狭义的民事关系。其次,并非所有的平等关系的纠纷均可仲裁,以及某些非平等关系的纠纷同样呈现出可仲裁的发展趋势,某些平等关系的纠纷不可仲裁以及某些非平等关系的纠纷可仲裁乃是因为涉及纠纷权益是否可以自由处分的问题,因此,笔者指出,仅以纠纷主体的平等性尚不足以涵盖可仲裁性的所有标准,在判定可仲裁性问题的依据上,除了纠纷主体的平等性标准之外,还必须辅之以纠纷

权益的可处分性标准。以纠纷主体平等性的基本标准和纠纷权益可处分性的辅助标准,笔者探讨了知识产权纠纷、侵权纠纷、证券纠纷、破产纠纷、涉及公共利益合同纠纷和体育纪律性纠纷等六类特殊纠纷的可仲裁性问题。最后,探讨可仲裁性的法律适用问题。纠纷主体的平等性和纠纷权益的可处分性只是判定纠纷可否仲裁的学理标准,在世界范围内,不同的国家在可仲裁性的宽窄范围上可能有着不同的立法规定。因此,在涉外仲裁的情况下还涉及可仲裁性的法律适用问题,即依据何种准据法判别某个纠纷是否能够通过仲裁的方式加以解决。本章分析了依据不同准据法判定可仲裁性的三种主要方式:依据仲裁协议准据法、依据纠纷事项准据法和依据法院地法。

第四章民商事纠纷可仲裁性之比较法分析。本章笔者通过域外考察,对《承认和执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》)、《联合国国际商事仲裁示范法》和几个仲裁制度发达国家的可仲裁性问题进行深入的分析 and 比较研究,并据此综合概括出国际社会在可仲裁性问题上的共同特征和发展趋势,以期为我国立法提供有益的启示。首先,《纽约公约》并未对可仲裁性问题进行实体的界定,而仅规定在仲裁裁决的承认与执行阶段可仲裁性问题适用执行地国法律,在仲裁管辖阶段则未有适用何种法律的具体规定,实践中也存在不同的适用标准。笔者指出,在仲裁管辖阶段适用法院地法更为合理。与此不同,《联合国国际商事仲裁示范法》则对可仲裁性的商事定义作出了开放列举式的规定。考究两大公约在可仲裁性问题的立场可以发现,尽管两大公约对可仲裁性问题持宽松和支持的态度,但最终都将可仲裁性的具体范围保留给了国内法。其次,笔者比较了美国、英国、法国和瑞士在可仲裁性问题上的立法规定和实践做法。美国对可仲裁性的传统做法主要在于考虑纠纷是否涉及重大的公共利益,但在诉讼爆炸和支持仲裁的理念推动下,这一标准有所松动,转向意思表示要素,即通过仲裁解决纠纷是否为当事人的真实意思表示。英国是一个具有仲裁强势司法监督传统的国家,笔者重点分析了英国在消费者纠纷、欺诈性纠纷和违法性纠纷等三种特殊种类纠纷可仲裁性问题上的立场转变,指出对仲裁条款独立性的理解是这种立场发生转变的根本原因。作为成文法国家,法国对可仲裁性问题主要规定在法典之中,并将可仲裁性的范围限定为契约性争议,但司法实践中创立的“法定权利的选择性不可仲裁性理论”使得某些非契约性的、法定的权利纳入了可仲裁的范围。在瑞士,判断可仲裁性问题直接援引实体性标准,而不适用准据法的指引。瑞士对可仲裁性问题持十分宽松的态度,

所有涉及财产的纠纷均可通过仲裁解决,一般情况下并不考虑裁决在执行地国依据执行地国法不可仲裁而拒绝承认和执行的问题。

通过比较考察,笔者勾勒出国际社会在可仲裁性问题上的基本态度:判断可仲裁性以纠纷主体的地位平等为形式标准,以纠纷权益的可处分性为实质标准;国际仲裁的可仲裁性范围宽松于国内仲裁的可仲裁性范围;私法观念的拓展延伸了可仲裁性的范围;采用分割对待的方法突破可仲裁性在公共政策上的限制。

第五章民商事纠纷可仲裁性之本土重构。本章主要分析了我国在可仲裁性问题上的立法现状以及完善可仲裁性立法的具体方案。首先,我国的仲裁体制分为民商事仲裁体制和特别仲裁体制,后者表现为劳动争议仲裁机制和土地争议仲裁机制。虽然这两类纠纷也表现为纠纷主体的地位平等,但由于立法者存在对劳动者和土地承包经营者权益的特别价值考量,因此将其作为不同于一般的民商事仲裁体制而作出特别规定。对于民商事纠纷,我国现行立法通过正反两方面的规定来界定可仲裁性的标准:纠纷主体是否平等以及纠纷权益是否可以处分。其次,在介绍了我国可仲裁性问题的立法现状之后,笔者提出,仲裁机制的民间化认同、私人自治的深化理解、全球化观念的接纳、仲裁价值和仲裁功能的重新定位为重新调整我国可仲裁性问题的立法规定提出了要求,也提供了契机。最后,在我国立法的具体完善上,笔者指出,应以支持仲裁的理念来指导可仲裁性问题,以此理念为指导,立法明确规定可仲裁的,应禁止作出消极解释;立法未有明确规定的,应作积极解释;立法明确规定不可仲裁的,应作限制解释。在可仲裁性的立法模式上,笔者提出改革现行的结合式立法模式,采取否定性概括式的立法模式更加合理。

目 录

CONTENTS

第一章 导 论	1
一、研究意义	1
二、研究方法	2
三、主题勘定	3
四、研究创新	6
第二章 民商事纠纷可仲裁性之理论溯源	7
第一节 仲裁性质的学说流派	7
一、仲裁司法论	8
二、仲裁契约论	14
三、仲裁自治论	21
四、仲裁混合论	22
五、本书的观点：受司法限制的仲裁契约论	23
第二节 仲裁性质对民商事纠纷可仲裁性的定位	24
一、仲裁的契约性对可仲裁性的定位：可仲裁性=可契约性	25
二、仲裁的司法性对可仲裁性的定位：可仲裁性=可诉性	28
三、受限制的仲裁契约性对可仲裁性的定位：可仲裁性=受可诉性影响的 可契约性	31
第三章 民商事纠纷可仲裁性之判定依据	34
第一节 判定可仲裁性的法律意义	35

一、决定仲裁协议的有效性	35
二、决定仲裁的管辖范围	36
三、决定仲裁裁决的承认与执行	37
第二节 判定可仲裁性的基本标准:纠纷主体的平等性	38
一、理由论证	38
二、平等关系之界定	40
第三节 判定可仲裁性的修正标准:纠纷权益的可处分性	46
一、修正之理由	46
二、具体类型的实证分析	49
第四节 可仲裁性的法律适用	61
一、可仲裁性法律适用的意义	61
二、适用仲裁协议准据法	62
三、适用争议事项准据法	64
四、适用法院地法	66
第四章 民商事纠纷可仲裁性之比较法分析	69
第一节 可仲裁性的国际立法	69
一、1958年《纽约公约》之规定	70
二、《联合国国际商事仲裁示范法》之规定	77
三、国际立法的总体态度	79
第二节 可仲裁性的国别考察	81
一、美国立法与实践	81
二、英国立法与实践	91
三、法国立法与实践	97
四、瑞士立法与实践	103
第三节 可仲裁性的比较法结论	110
第五章 民商事纠纷可仲裁性之本土重构	117
第一节 我国民商事纠纷可仲裁性的立法现状	118
一、我国的仲裁立法体制	118

二、可仲裁性的正面界定:可仲裁事项	121
三、可仲裁性的反面界定:不可仲裁事项	126
四、可仲裁性的排除界定:特别仲裁事项	128
第二节 我国民商事纠纷可仲裁性的变革基础	130
一、市场经济的深化与拓展	130
二、私人自治的深化与拓展	133
三、全球化时代的交互影响	135
四、对仲裁本质的理性认识	137
第三节 我国民商事纠纷可仲裁性的立法完善	141
一、立法理念之择定	141
二、立法策略之构想	144
三、立法规定之新构	145
结 语	149
参考文献	152
著者简介	160

第一章 导 论

一、研究意义

究问并透彻澄清民商事纠纷的可仲裁性,意义重大。世人一般大而化之地预判,在私法领域,既包括实体法领域也包括程序法领域,当事人自治已经不再是一种时尚元素,而是转变成为基本命题。^①自治理念表现在实体法领域便是,当事人是自己的主人,有权决定自己的权利与义务之配置;自治理念表现在程序法领域便是,当事人是程序的主人,有权决定纠纷解决机制的选择,并在择定某一解纷机制之后对其具体程序环节予以合意构造。^②民商事纠纷的可仲裁性问题首先因其处于仲裁程序之中而关涉程序之自治,其次因其争议实体维度影响当事人权利义务而关涉实体之自治,是同时涉及实体自治与程序自治于一身的综合性问题。在自治理念如此走势的预判下,以美国为典范的现代商事仲裁制度已经对可仲裁性的限制发展到这样的地步,即“只有与人权相关的问题仍是不可仲裁的”,除其之外都是允许可仲裁尝试的。^③这种看似席卷全球的思潮实质性地减低了可仲裁性理论的深度研究之必要,人们只要掌握了“人权”这一绝对尺度就可以便利

① Peter North, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, 1999, p. 26

② 诉讼与仲裁在这个问题上表现出一定的差异。诉讼的发展趋势是日益赋予当事人主体地位,但仍然保留着较大的法定程序限制,但在仲裁领域,特别是国际商事仲裁领域,当事人甚至可以完全生造程序,只是出于效率、专业和理性之考虑,仲裁规则通常推定为当事人所选用,但即便如此,仲裁规则也推定为当事人的意思自治,且当事人可在不妨碍程序有效进行的前提下,对仲裁规则的任何方面予以合意性的任意变造。典型如《世界知识产权组织仲裁规则》即是如此。该规则第2条规定“Where an Arbitration Agreement provides for arbitration under the WIPO Arbitration Rules, these Rules shall be deemed to form part of that Arbitration Agreement and the dispute shall be settled in accordance with these Rules, as in effect on the date of the commencement of the arbitration, unless the parties have agreed otherwise.” <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html>

③ A. Smuel, *Jurisdiction Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U.S. and West German Law*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, p. 130

地套出某一民商事纠纷可否仲裁。

然而,如果只看到民商事主体自治原则显著扩展的显性层面,那么这种观瞻态度无异于一叶障目。美国联邦最高法院最近于2010年1月15日在复审一个上诉案件时对其中的问题,^①即“即便合同当事人已经明白无误地约定由仲裁解决特定争议,地区法院是否仍然需要在所有案件中对受《联邦仲裁法》调整的仲裁协议是否合理的问题作出裁定”,作出肯定性答复。美国联邦最高法院的态度彰显了司法严格监督纠纷可仲裁性的立场,而且它鲜明地表态:可仲裁性的问题关涉所有案件。在这个被认为是最尊重自由与自治的国度,它的司法观点表现出双重态度:一方面是尽可能地扩展纠纷的可仲裁性,另一方面则要求在所有案件中保留对可仲裁性问题的严格审查。这对包括我国在内的诸多国家具有深远的意义和启示,它表明,自由并不是放纵,在逐渐放宽的自治事域之外、之上始终横亘着不可逾越的界限,而探讨这一界限之所在具有重大的理论与实践价值:只有明白了仲裁可为与不可为的有效界限,才能为立法及其改进提供参照,才能为司法及其实践提供指引。反言之,如果缺乏对这一在仲裁可为与不可为之间的“断层线”(fault line)^②的明确把握,就难以做到“从心所欲而不逾矩”的理性自由之境界。因此,对于可仲裁性问题的研究价值可以简略地概括为:好的司法者知道特定的案件是否可仲裁;好的立法者知道特定范围的案件是否可仲裁;而好的法学者知道特定范围的案件应否仲裁。司法者在司法中思考司法的界限即立法问题;立法者在立法中思考立法的界限即法学的问题;法学者则在法学中思考司法者与立法者共同的界限问题。民商事纠纷的可仲裁性问题就是这样一个层层递进的界限思考,我们可以用维特根斯坦式的凝练来逆向重述这一研究价值:为了让立法者和司法者明确无误地知道哪些民商事纠纷是可仲裁的,我们必须明确无误地知道哪些民商事纠纷是不可仲裁的。而对可仲裁性的研究及其结论正好就是对这一界限之问的回答。

二、研究方法

民商事纠纷的可仲裁性问题是一个直切仲裁本性、牵一发而动全身的

^① Rent a Center West v. Antonio Jackson (No. 09-497), Dispute Resolution Journal, February April, 2010, p. 6

^② Christopher John Aeschlimann, The Arbitrability of Patent Controversies, 44 Journal of Patent Office Society, 1962, p. 663

根本问题,不管是签署仲裁协议,还是组成仲裁庭,又或者是执行仲裁裁决(在国际民商事仲裁的语境下还涉及仲裁裁决的承认与执行问题),所有这些方面与环节都存在一个争议可否仲裁的问题,而且对争议可否仲裁的不同回答将直接决定从仲裁协议至仲裁裁决的所有仲裁阶段有效与否、可否执行的不同命运。因此,以民商事纠纷可仲裁性问题为题展开追问,也就必然会涉及对仲裁制度的整体机制予以考察,简单地昧于仲裁机制的某一方面或者某些方面而缺乏从整体角度展开的研究,都必然会得出仁者见仁、智者见智的相对结论。而见仁见智的相对结论也就充分说明了研究的不透彻性,以及在此种不透彻基础之上所得出的暧昧不明、似是而非的偏谬之论。

民商事纠纷可仲裁性问题的这一性质充分说明了我们在进行研究的时候应当保持立体的视角、综合的进路。仅有对现行国别立法的比较法考证只能确认可仲裁性的国际状态,并不能提供一种法学批判的视角,因为国别制度比较最多只能促进国际范围内的制度接近与趋同,却无法对实证制度予以超越。唯有立足于仲裁本性,从其渊源出发,才有可能超出制度层面,为制度本身寻找其“合理”之依据,为现行立法确定其“合法”之依据。本书即以法学者的眼光来理解可仲裁性问题,力图在法理澄清的基础之上为立法与司法颁定一合理界限,从仲裁的性质出发还原民商事纠纷的可仲裁性之本真,再据此从比较法及发展趋势的角度分析可仲裁性的制度呈现,最终落脚于我国民商事纠纷可仲裁性的现状评判及其优化完善上。

三、主题勘定

据学者考察,可仲裁性至少含有双重含义:“我们已经发现,一份仲裁协议若要生效则必须是当事人有效合意的结果。然而,该协议必须同时也是合法的。这意味着,首先该仲裁协议必须具有能够通过仲裁方式解决的争议事项,其次该仲裁协议必须由有权将争议提交仲裁解决的当事人所签署。”^①与此两方面相对应,可仲裁性也就分化为两大含义:一是基于争议当事人的主体资格而言的可仲裁性,即争议当事人是否具有将民商事纠纷提交仲裁解决的能力。此谓主观可仲裁性(subjective arbitrability)。二是基于争议本身而言的可仲裁性,即该争议是否为立法所允许而付诸仲裁方式

① 于喜富:《国际商事仲裁的司法监督与协助》,北京,知识产权出版社,2006年版,第189页。

予以解决。此谓客观可仲裁性(objective arbitrability)。^① 本文所意指的民商事纠纷的可仲裁性,是指客观可仲裁性而非主观可仲裁性。

主观可仲裁性在本质上乃是主体的能力问题,包括权利能力和行为能力两方面。就权利能力而言,主观可仲裁性是指将争议提交仲裁的当事人必须具有交付仲裁的资格,这主要是指争议应当由当事人或其合法授权的代理人提交仲裁,其他任何人士均不具有此种权利能力。就行为能力而言,主观可仲裁性是指当事人通过自己的行为将特定争议提交仲裁的能力,这主要表现为当事人在合同之中约定仲裁条款,或者在合同缔结之后或侵权之后签署仲裁协议书。^② 由此可见,主观可仲裁性的问题是一个民事主体的能力问题,它与争议事项的可仲裁性即客观可仲裁性既有相互交织的地方,又有相对独立的品性。两者的交织之处在于,它们是相互影响的、同一个问题的两个方面:一般地,对于不具有客观可仲裁性的民商事纠纷,当事人也就在主观上缺乏将之提交仲裁解决的权利能力和行为;^③反过来也是成立的,当事人在主观上不能提交仲裁,往往也可能是由于争议事项的客观方面的原因。两者的相对独立之处则在于,争议事项本身与当事人能力本身又具有不同的指向,有一些争议纯粹相关于争议本身而与当事人能力无关;有一些争议则纯粹相关于当事人而与争议事项无关。在不带限定条件的通常情况下,提及可仲裁性的问题往往仅指争议事项的客观可仲裁性,而不延伸涉及主观可仲裁性。

客观可仲裁性是一种法定可仲裁性,它是以法律为仲裁制度设定的界

^① Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, edited by Emmanuel Gaillard, John Savage, CITIC Publishing House, 2004, pp 312 313

^② 仲裁条款与仲裁协议书并不相同,此种不同不仅表现在形式上一为依附性条款,一为独立约定,也不仅表现在签订时间上一为合同签订时同步完成,一为合同签订后异步完成,而且更主要地表现为两者适用于不同的纠纷领域。对仲裁条款而言,它只能依附于基础合同而只适用于合同争议,而对于仲裁协议书而言,它不仅可以针对合同争议,而且同时还可以针对合同之外的其他例如侵权争议等。关于两者的具体差别,可延伸阅读谭兵主编《中国仲裁制度研究》,北京 法律出版社,1995年版,第183—186页。另见刘想树《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,北京 法律出版社,2001年版,第43—45页。

^③ 例如,对于知识产权争议是否可以提交仲裁,这个问题初一看乃是一个客观可仲裁性的问题,但它同时又因为人的权利能力的不同而异。在美国,作为美国公民,他们之间涉及专利的一切争议包括侵权、效力等均可提交仲裁,但在法国,作为法国公民,他们之间涉及专利效力的争议就不可仲裁,而只有专利侵权及权属争议可提交仲裁。M A Smith, *et al*, Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide, 19 Harv. J. Law & Tec 299 357, Spring, 2006, p 11

限,在界限之外则是保留给国家司法诉讼的独占区域,而在可仲裁性的范围之内则为诉讼、仲裁或其他争议解决方式所重叠覆盖。在这个多种解纷方式“共和”的领域,诉讼与仲裁等仍然不具有等量齐观的地位,诉讼仍被推定为正宗救济渠道,而仲裁等解纷方式则除非有当事人的明示选择,否则即走诉讼之途。正是在这一意义上,仲裁等解纷方式被认为是诉讼解纷机制的替代而被整体地概括为“替代性争议解决机制”(alternative disputes resolution)。客观可仲裁性作为一种法定设限,就相应地牵涉到设限的程度,即可以通过仲裁方式解决之事项究竟应当设定在何种限度之内。继续追究这一设限程度就进入到了公共政策(public policy)的范畴,从而使可仲裁性问题与公共政策的问题纠缠在一起。^① 公共政策并不必然等同于可仲裁性问题,^②但可仲裁性问题本身却是一个公共政策问题。^③ 对此,笔者同意学界前辈的观点,客观可仲裁性的问题作为探讨争议事项可仲裁性的问题,其实质是叩问争议权利是否具有当事人的私人可处分性,在公法、私法临界的地方大体就是民商事纠纷可仲裁性的问题,而这即为本书所探讨的旨趣所在。

同时,由于我国《仲裁法》第2、3条关于可仲裁性问题的规定属于“总则”部分,无论是国内仲裁还是涉外仲裁均统一适用;而且在我国仲裁体制中,国内仲裁和涉外仲裁的差别主要表现为司法监督范围的不同,即对于涉外仲裁采取程序性监督的模式,对于国内仲裁则采取程序性监督和实体性监督相结合的模式,法院对国内仲裁裁决的证据和事实认定进行审查,但是在国内仲裁与涉外仲裁的可仲裁性问题上不实行差别对待。基于此,本书关于民商事仲裁的可仲裁范围探讨的是一般规定,而不是单纯的国内仲裁或涉外仲裁。

^① Paul Trapani, *Old Presumption Never Die Rethinking the Steelworkers Trilogy's Presumption of Arbitration in Deciding the Arbitrability of Side Letters*, *Tulane Law Review*, December, 2008, p. 580.

^② 某些争议例如纪律处罚性体育争议等无疑关涉公共政策,但它们也越来越具有可仲裁性。参见刘想树主编·《国际体育仲裁研究》,北京 法律出版社,2010年版,第88页。另见 Thomas A. Baker, III and Dan Connaughton, *The Role of Arbitrability in Disciplinary Decisions in Professional Sports*, *Marquette Sports Law Review*, Fall, 2005, pp. 123-155.

^③ William Grantham, *The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes*, 14 *Berkeley Journal of International Law* 221, 1996, p. 43.

四、研究创新

首先,提出研究民商事仲裁的可仲裁性问题应当从民商事仲裁的性质入手,以此为切入点细致地梳理了学术界关于仲裁性质的四种学说,即仲裁司法论、仲裁契约论、仲裁自治论和仲裁混合论。笔者指出民商事仲裁制度以契约性为其主导性的特征,但这种契约可产生司法的效果,因此民商事仲裁制度表现为受司法限制的契约属性。

其次,提出了判定民商事纠纷是否可以仲裁的具体标准。纠纷主体的法律地位是否平等为其基本标准,纠纷权益是否具有可处分性为其修正标准。在这两个判定依据的标准当中,前者为形式标准,而后者才是实质标准。

再次,通过考察《纽约公约》、《联合国国际商事仲裁示范法》,特别是美国、英国、法国和瑞士等仲裁制度发达国家在可仲裁性问题上的立法规定和实践做法,指出尽管它们立法措辞不同,但纠纷权益是否具有可处分性这一判定民商事纠纷可仲裁性的实质标准仍为它们的实践所普遍遵循。同时,实践中司法者采取某些司法技艺而使得可仲裁性的范围呈现扩大的趋势。

最后,就我国《仲裁法》关于可仲裁性问题的立法完善而言,笔者指出市场经济的深化与拓展、私人自治的深化与拓展、全球化时代的交互影响以及对仲裁本质的理性认识为这一问题的立法完善提供了契机,因此,对我国《仲裁法》第2、3条关于可仲裁性问题的立法规定进行调整正当其时。笔者主张宜采用否定性概括的立法模式对此进行调整,即规定“不能自由处分的事项,不具有可仲裁性”,同时辅之于“支持仲裁”的解释导向。

第二章 民商事纠纷可仲裁性之理论溯源

民商事纠纷的可仲裁性问题必须置于仲裁机制的背景之中才能得到合理的解释,而所谓的仲裁机制之背景,其根本乃在于仲裁的本性或仲裁的性质。只有立足于仲裁性质的地平线上,关于可仲裁性的问题才能得到终极解答。但仲裁性质本身又是一个理论难题,关于其性质的学术争论甚至还远超过可仲裁性问题本身的争论。然而,如果我们撇开仲裁性质于不顾而径直探讨民商事纠纷的可仲裁性,那么此种探讨就始终缺乏基础。因此,直面仲裁性质的问题尽管是难度最高的探讨路径,但却也是最佳的切入角度。弄明白了仲裁之本性,也就可以说把握住了可仲裁性的本质,两者是本原与表达的关系。正如学者所言:“仲裁法律性质被认为是识别仲裁员在国际贸易争议的解决之中行使的是法律权限还是法外权限的关键。”^①而对仲裁员行使权限的不同认识正好就标志着仲裁本质的不同定位。换言之,世人正是通过对仲裁员行使权限的司法性还是契约性来辨识仲裁的性质的。有人撰文指出两者之间的等同性和可互换性:“仲裁权的法律属性与仲裁的法律属性密切相关,因为仲裁的过程就是通过授予仲裁权和行使仲裁权来解决纠纷的过程,有什么性质的仲裁就有与之匹配的仲裁权。多少年来,人们争论不休的关于仲裁的性质,实质上也包括了仲裁权的法律属性问题。”^②对仲裁性质的不同定位也就自然地影响到可仲裁性的定位及其程度问题。

第一节 仲裁性质的学说流派

关于仲裁性质的探讨,被认为主要是在 20 世纪上半叶时期由学者推动

^① Briseno Sierra, *The Judicial Nature of Private Arbitration: Its Projection Image and Practice*, XI YBCA, 1986, p 602

^② 乔欣《仲裁权研究》,北京 法律出版社,2001 年版,第 28—29 页。