



贵州民族大学法学文库

# 国际商事仲裁中反垄断争议的可仲裁性问题研究

张艾清 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



贵州民族大学法学文库

# 国际商事仲裁中反垄断争议的可仲裁性问题的研究

张艾清 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁中反垄断争议的可仲裁性问题研究/  
张艾清著. —北京:法律出版社, 2016. 10

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0186 - 4

I. ①国… II. ①张… III. ①国际商事仲裁—  
反垄断法—研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 260137 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/8.625 字数/241 千

版本/2016 年 11 月第 1 版

印次/2016 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0186 - 4

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

现代国际社会中,仲裁在解决国际商事争议方面占有十分重要的地位,而争议事项的可仲裁性又是仲裁中一个非常重要且相当棘手的问题。在当事人按照其约定将他们之间的争议提交仲裁时,仲裁庭必须首先确定该争议事项是否在仲裁范围之内,仲裁庭是否享有对案件的管辖权;法院在执行仲裁协议或者在执行仲裁裁决时,也必须确定争议事项是否可以通过仲裁方式解决。所以,可仲裁性问题直接关系到仲裁协议的有效性、仲裁庭的管辖权以及仲裁裁决的承认和执行。历经多年的发展,人们对仲裁的态度发生了巨大变化,已从对仲裁的敌视转变为对仲裁的宽容和支持。传统上许多不具有可仲裁性的争议事项,已经变得可以仲裁。然而,反垄断法具有强烈的公法性质,与公共政策密切相关。因此,因反垄断而产生的争议能否提交仲裁,一直是长期以来各国理论界和实务部门高度关注且颇具争议的一个问题。

在中国,从仲裁和司法的角度看,目前有关可仲裁性的实践很少。而直接涉及反垄断争议可仲裁性的案例,则尚未出现。但是,随着我国社会主义市场经济的不断发展以及“一带一路”战略的实施,有关可仲裁性的案件势必会不断增加,我们将不可避免地面对如何对待和处理涉及争议事项的可仲裁性问

题。可以预见,今后有关反垄断的争议也必然会不断产生。随之可能出现的,便是仲裁庭和法院将如何依法处理我国国内仲裁案件中的反垄断争议问题。假如我国法院对反垄断争议的仲裁裁决表示认可,就会产生胜诉方在国外申请承认和执行仲裁裁决的问题;反过来,我国法院也将面临是否以争议事项不可仲裁为由,拒绝承认和执行有关反垄断的外国仲裁裁决的问题;进而,我国立法机关也将面临是否对相关立法或法律修改中,对反垄断争议的可仲裁性作出规定的问题。因此,从理论上对反垄断争议事项的可仲裁性问题进行系统而深入的研究,并提出相应的对策建议,是摆在我们法学工作者面前的一项重要任务。

20 世纪后期,特别是 80 年代以后,反垄断争议事项的可仲裁性问题受到了更多的关注。国外学术界对这一问题展开了较为广泛而深入的探讨和研究,学术成果也较为丰富。在国内,从 20 世纪 90 年代后期开始,学术界也开始重视对可仲裁性问题的研究。进入 21 世纪后,学术界又开始关注反垄断争议的可仲裁性问题,并陆续有一些成果面世。但总体而言,当前国内对反垄断争议可仲裁性问题的研究仍然处于起步阶段,还不够深入和系统。突出的表现之一就是,有关反垄断争议事项的可仲裁性问题的研究还仅限于一般的学术论文方面。迄今为止,全面论述这一问题的专著还未面世。即使在国外,以笔者能力所及,也尚未发现有这方面的著作出版。因此,本书是国内甚至国外首部对反垄断争议的可仲裁性问题进行较为全面、系统而深入研究的学术著作。希望这一研究成果将会有助于提升我国国际商事仲裁理论的研究,为我国在此方面的理论注入新的元素。同时,也希望能为我国仲裁立法和司法实践提供积极的参考价值。

本书写作过程中参考了大量的中外文献,在此谨对这些文献的作者表示衷心的感谢。同时,也感谢法律出版社对于本书出版的大力支持。

囿于水平,书中难免存在不足甚至错误,尚乞业内同仁不吝赐教。

张艾清

2016 年 8 月于贵州民族大学

# 目 录

## 第一章 可仲裁性的基本理论 / 1

### 第一节 可仲裁性的基本内涵 / 1

#### 一、可仲裁性的含义 / 1

#### 二、确定争议事项可仲裁性的法律意义 / 2

#### 三、可仲裁性与相关概念的关系 / 5

### 第二节 有关可仲裁性的国际立法 / 9

#### 一、重要国际条约的相关规定 / 9

#### 二、《示范法》的相关规定 / 11

### 第三节 各国有关可仲裁性的立法方式 / 13

#### 一、在仲裁立法中对可仲裁性直接作出规定 / 13

#### 二、通过司法判例对可仲裁事项作出界定 / 16

### 第四节 确定可仲裁性的基本标准 / 17

#### 一、可仲裁标准 / 17

#### 二、不可仲裁标准 / 24

### 第五节 争议事项可仲裁性的法律适用 / 27

#### 一、仲裁协议的法律适用 / 28

#### 二、可仲裁性的法律适用 / 41

### 本章小结 / 56

## 第二章 可仲裁性的新发展 / 58

### 第一节 各国在可仲裁性上的最新实践 / 58

#### 一、对待可仲裁性的态度发生了转变 / 58

#### 二、对仲裁进行了改革 / 62

## 2 目 录

### 第二节 可仲裁性发展的具体体现 / 65

一、立法上采取更为宽松的可仲裁性判断标准 / 65

二、区分国际仲裁和国内仲裁 / 66

三、区分国际公共政策与国内公共政策 / 70

四、将可仲裁性问题与公共政策脱钩 / 71

五、可仲裁范围不断扩大 / 71

本章小结 / 74

## 第三章 反垄断争议可仲裁性的法理与实证分析 / 76

### 第一节 反垄断法与反垄断争议 / 76

一、反垄断法的性质与基本特征 / 76

二、从争议的种类和性质看反垄断争议的可仲裁性 / 80

### 第二节 从意思自治原则的发展看反垄断争议的可仲裁性 / 83

一、国际商事仲裁中的意思自治原则 / 83

二、意思自治原则与可仲裁性 / 85

### 第三节 从公共政策的演变看反垄断争议的可仲裁性 / 88

一、国际商事仲裁中的公共政策 / 88

二、公共政策与可仲裁性的关系 / 102

三、从公共政策的适用看反垄断争议的可仲裁性 / 107

四、从公共政策事项的可仲裁性看反垄断争议的可仲裁性 / 123

本章小结 / 129

## 第四章 反垄断争议仲裁之国别考察 / 131

### 第一节 欧美国家有关特殊争议事项可仲裁性的立法与实践 / 131

一、证券争议的可仲裁性 / 131

二、知识产权争议的可仲裁性 / 135

三、破产争议的可仲裁性 / 140

### 第二节 美国反托拉斯仲裁的立法与实践 / 145

一、美国反托拉斯法概述 / 145

二、美国有关可仲裁性的立法与实践 / 148

三、美国有关反托拉斯争议可仲裁性的典型案例及其评析 / 152

## 第三节 欧盟竞争法仲裁的立法与实践 / 164

## 一、欧盟竞争法概述 / 164

## 二、欧盟有关仲裁的立法与实践 / 168

## 三、欧盟有关竞争法争议事项可仲裁性的立法与实践 / 172

## 第四节 欧盟成员国及其他欧洲国家的立法与实践 / 184

## 一、欧盟成员国的立法与实践 / 184

## 二、瑞士及 ICC 的立法与实践 / 191

## 本章小结 / 196

## 第五章 中国反垄断争议仲裁的立法与实践及其完善 / 200

## 第一节 中国的反垄断争议仲裁 / 200

## 一、中国与《纽约公约》 / 200

## 二、《仲裁法》关于可仲裁性的一般规定 / 202

## 三、中国有关公共政策事项可仲裁性的立法与实践 / 204

## 四、中国有关反垄断争议仲裁的立法与实践 / 219

## 第二节 完善我国反垄断争议仲裁的对策思考 / 221

## 一、问题与对策:从《仲裁法》角度 / 221

## 二、问题与对策:从公共政策角度 / 225

## 三、问题与对策:从构建反垄断仲裁制度的角度 / 227

## 本章小结 / 238

## 结论与展望 / 240

## 案例索引 / 243

## 主要参考文献 / 248

## 后记 / 266



# 第一章 可仲裁性的基本理论

## 第一节 可仲裁性的基本内涵

### 一、可仲裁性的含义

广义而言,争议事项的可仲裁性主要分为主体的可仲裁性与客体的可仲裁性两大类。<sup>〔1〕</sup>

所谓争议主体的可仲裁性(subjective arbitrability),是指一方当事人依法具有订立国际商事仲裁协议或参与国际商事仲裁的能力。如果一方当事人不具有参与国际商事仲裁的主体资格和行为能力,其签订的仲裁协议和从事的仲裁行为不具有法律上的约束力。因此,争议主体的可仲裁性可视为可仲裁性问题的形式要件。

争议客体的可仲裁性(objective arbitrability)则是可仲裁性问题的实质要件。它是指仲裁协议项下

---

〔1〕 我国有些学者将“主体的可仲裁性”和“客体的可仲裁性”分别称作“主观可仲裁性”和“客观可仲裁性”。参见赵秀文:《国际商事仲裁及其适用法律研究》,北京大学出版社2002年版,第44页以下。

的争议事项,按照对其适用的法律可以通过仲裁方式解决的可能性。争议事项可以用仲裁方式解决的,即具有可仲裁性(arbitrable);反之,争议事项在法律所划定的仲裁范围之外的,则不具有可仲裁性(non-arbitrable),不得通过仲裁方式解决。<sup>〔2〕</sup>因此,争议客体的可仲裁性与不可仲裁性相伴相生,构成了可仲裁性问题的两个方面。需要说明的是,对于争议客体的可仲裁性,各国认识的角度并不一致,因而对可仲裁性界定的表述也存在差异。例如,在欧洲,可仲裁性是指国家法律对于争议通过仲裁而不是强制司法解决(compulsory judicial settlement)的一种许可(permission);在美国,可仲裁性还包括另一层意思,即仲裁庭是否对有关仲裁条款问题的争议享有管辖权,以及仲裁员是否可以有效地审理一项已经在其他国家法庭作出判决的争议。<sup>〔3〕</sup>我国学者在界定可仲裁性时表述上也不尽一致,如有的学者认为可仲裁性是指国家法律禁止某类争议/索偿去以仲裁解决;<sup>〔4〕</sup>有的学者则把可仲裁性界定为依据仲裁所使用的法律,可以通过仲裁解决的争议范围。<sup>〔5〕</sup>不过,这些都只是认识角度和表述的不同而已,本质上并无区别,原则上也不会使人产生歧义。

以上是有关划分可仲裁性的两个主要方面,除此之外,还存在一些其他意义上的可仲裁性种类,如非仲裁协议争议事项的可仲裁性、劳动争议的可仲裁性、可仲裁性问题的可仲裁性、<sup>〔6〕</sup>公法争议的可仲裁性或公共政策事项的可仲裁性等。<sup>〔7〕</sup>本书所要探讨的可仲裁性问题,仅限于争议客体的可仲裁性。

## 二、确定争议事项可仲裁性的法律意义

争议事项的可仲裁性是国际商事仲裁中一个十分复杂而重要的问

---

〔2〕 所谓“争议事项”,是指仲裁标的是当事人在仲裁协议中约定的交由仲裁解决的事项,而非仲裁协议所包含的所有事项。

〔3〕 See Ilias Bantekas, “The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration”, *Australian Year Book of International Law*. Vol. 27, 2008, pp. 193 - 194.

〔4〕 参见杨良宜:“关于可仲裁性(一)”,载《北京仲裁》2005年第3期。

〔5〕 乔欣、李莉:“争议可仲裁性研究”,载《北京仲裁》2004年第2期。

〔6〕 即可仲裁性问题本身是否可以由仲裁员决定的问题或谁决定可仲裁性的问题。

〔7〕 为阐述方便,本书将涉及公共政策的争议事项统称为“公共政策事项”。

题,对于国际商事仲裁的立法和司法实践均具有重要的意义。

首先,从立法上看,可仲裁性问题是一国鼓励或限制仲裁发展的重要工具。从现代法律制度的演进过程考察,可仲裁性问题对于各国立法具有不容忽视的影响。总体上讲,一国在确定仲裁范围时,需要考虑多种因素,如社会公共利益、经济发展程度、法律文化背景以及立法目标等。如果一个国家规定的可仲裁事项的范围宽松,就反映出该国对仲裁的支持力度大,对仲裁的发展有利;而一国可仲裁事项的范围狭窄,则体现出该国对仲裁的控制较严,对仲裁的发展不利。而从本质上看,可仲裁性与公共政策相关或者说是公共政策的组成部分。它是国家对仲裁范围施加的一种限制,更多地体现了国家对仲裁的监督与控制。因此,争议事项的不可仲裁性反映了一国在以司法方式而不以仲裁方式解决争议方面所具有的一种公共政策范畴内的特殊利益。这种特殊利益使得仲裁只适用于一定范围的争议,而某些具有一定特性的争议则不能通过仲裁方式解决。所以说,公共政策以可仲裁性为载体或体现形式限制了部分争议事项获得仲裁庭裁断的可能性。<sup>〔8〕</sup>

其次,可仲裁性问题直接关系到仲裁协议的有效性、仲裁庭的管辖权以及仲裁裁决的效力问题。

其一,按照国际商事仲裁的立法与实践,仲裁协议要得到有效执行,必须具备一定的生效要件。其中之一,就是当事人在仲裁协议中约定提交仲裁的争议事项必须是对其适用的法律所允许通过仲裁方式解决的事项,即争议事项必须具有可仲裁性。所以,在仲裁程序开始阶段,仲裁庭即会面临确定争议事项能否提交仲裁解决的问题。尤其是在一方当事人以争议事项不可仲裁为由,对仲裁庭管辖权提出抗辩时。即使当事人并未因可仲裁性问题而对仲裁庭的管辖权提出抗辩,仲裁庭也需要考虑争议事项是否具有可仲裁性,进而决定仲裁庭对该争议是否拥有管辖权。在这一阶段,仲裁地法院或有管辖权的法院也会面临仲裁协议的强制执行问题。即在一方当事人对仲裁协议的效力持有异议,向有关法院

---

〔8〕 参见杜新丽:“论争议事项可仲裁性的认定”,载《人民司法》2008年第15期。

提起诉讼;而另一方当事人则以双方当事人之间存在仲裁协议为由,请求法院强制执行仲裁协议,把争议事项提交仲裁解决的情况下,法院也需要根据争议事项是否可以仲裁来决定仲裁协议的有效性。如果法院判定仲裁协议项下的争议事项不能通过仲裁方式解决,就会裁定该仲裁协议无效,仲裁庭不能对该争议行使管辖权;反之,如果法院认定仲裁协议项下的争议事项可以提交仲裁解决,就会裁定终止诉讼程序,将争议交付仲裁解决。

其二,大多数国家的仲裁法都赋予当事人在仲裁裁决作出后向法院提出申诉的权利。如果当事人一方对裁决不服,认为争议事项不具有可仲裁性,即可向裁决作出地法院提出撤销仲裁裁决的申请。法院就会依据可适用的法律对争议进行审查,以确定争议事项是否可以仲裁,进而决定是否撤销仲裁裁决。

其三,在一国作出的仲裁裁决要能够在他国得到承认和执行,其逻辑前提是,提交仲裁的争议事项必须具备可仲裁性。著名的1958年联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)第5条第2款第1项即是关于拒绝承认和执行外国仲裁裁决的可仲裁性理由,它规定,按照承认和执行地国法律,如果争议事项不能以仲裁方式解决,执行地国法院可以不承认和执行外国仲裁裁决。据此,仲裁裁决作出后,一方当事人也可以以争议事项不具有可仲裁性为由,向执行地国法院提出抗辩。如果裁决执行地国法院依其本国法或者可仲裁事项所应适用的法律认为该争议不能通过仲裁方式解决,即可作出拒绝承认和执行该项裁决的裁定。因此,在国际商事仲裁中,当事人之间发生争议时,仲裁程序能否得以顺利进行,仲裁结果能否为相关法院所承认和执行,争议事项的可仲裁性是其中的关键因素之一。

总之,由于争议客体的可仲裁性关系到一国的公共政策和立法目标,关系到仲裁协议的有效性、关系到仲裁管辖权的确定、关系到仲裁裁决的效力,进而关系到裁决在外国法院的承认和执行。因此,可仲裁性问题在国际商事仲裁制度中占有很重要的位置,界定仲裁范围已成为各国仲裁立法与实践一项不可或缺并且具有先决意义的内容。

### 三、可仲裁性与相关概念的关系

#### (一) 可仲裁性与仲裁范围

可仲裁性与仲裁范围是两个既有关联又相区别的概念,二者都是旨在揭示争议的实体内容能否纳入仲裁程序的检测标准。但所不同的是,前者是对争议事项的可仲裁性作出肯定性规定,故被称为“积极尺度”。如德国《民事诉讼法典》第1030条第1款规定:“任何包含经济利益的争议均可成为仲裁协议的标的。”而后者则是从否定的角度将特定争议事项排除在仲裁范围之外,因而被称为“消极尺度”。<sup>[9]</sup>如丹麦《仲裁法》规定,涉及保护社会而非个人的法律事项,不能提交仲裁。<sup>[10]</sup>我国《仲裁法》同时采取了这两种尺度。该法第2条规定:“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。”这就是从积极尺度对可仲裁性作出原则性规定。而该法第3条又紧接着规定,以下两类争议不能仲裁:(1)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(2)依法应当由行政机关处理的行政争议。这就是从消极尺度把上述两类争议事项排除在可仲裁范围之外。所以,对于哪些争议可以仲裁,哪些争议不能付诸仲裁,各国仲裁立法一般都是通过争议的可仲裁性和仲裁范围两个方面加以具体规定。

#### (二) 可仲裁性与仲裁管辖权

可仲裁性与仲裁管辖权是学术上和司法实践中容易混淆的两个概念,也是两个既有区别又有联系的概念。由此,引起以下两个问题。

##### 1. 可仲裁性与仲裁管辖权的联系和区别

一方面,可仲裁性与仲裁管辖权有着直接的内在联系。仲裁庭或法院在确定仲裁管辖权时需要考虑的主要因素之一,便是争议事项是否可以仲裁。所以,争议事项的可仲裁性直接关系到仲裁庭对案件的管辖

[9] 参见饶传平、焦洪涛:“可仲裁性理论探微——意思自治及其限制的视点”,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2004年第4期。

[10] See Allan Philip, “National Report: Denmark”, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 5, May 1986, p. 6.

权。也就是说,争议事项只在具有可仲裁性时,仲裁庭才可能对所提交的案件行使管辖权并进行仲裁程序。而另一方面,可仲裁性与仲裁管辖权又存在显著的区别。从客体可仲裁性的概念可以看出,可仲裁性是指争议事项依据其准据法能否提交仲裁解决的问题;而管辖权,则是指仲裁庭根据仲裁协议和相关法律所享有的对争议进行仲裁审理并作出裁定的权力。争议事项是否存在仲裁管辖权,对于仲裁庭和当事人来说都十分关键。它是展开仲裁程序的基石和条件,是解决争议的前提或先决问题。如果仲裁庭没有管辖权,即使作出了裁决,也可能被法院撤销或者被法院拒绝执行。正因为可仲裁性与仲裁管辖权之间的这种区别,所以一些国家的理论与实践甚至将争议事项的可仲裁性作为法律冲突问题而非管辖权冲突问题对待。<sup>[11]</sup> 需要指出的是,如果仲裁庭对某一争议事项没有管辖权,并不等于说该事项不具有可仲裁性。比如说,当事人请求仲裁的事项可能只是超出了仲裁协议所约定的仲裁范围,而争议事项本身却是可以仲裁的。

## 2. 谁决定仲裁庭的管辖权

与可仲裁性和仲裁管辖权相关的一个重要问题,是争议发生后,一方当事人提出仲裁申请,而另一方当事人却以争议事项不具有可仲裁性为由提出仲裁庭无管辖权的抗辩。这时该如何处理?也就是说,由谁来决定仲裁庭有无管辖权?是仲裁庭本身还是法院?这就是所谓的“可仲裁性的可仲裁性问题”,它实际上涉及争议主体的可仲裁性。从国际商事仲裁的理论以及立法与实践来看,对于这一问题,原则上适用“自裁管辖权原则”。所谓“自裁管辖权原则”,也称“管辖权或管辖权原则”(doctrine of competence and competence),是指在仲裁程序中仲裁员对仲裁管辖权的异议拥有决定权。即仲裁员无需得到法院的支持,即可自行决定自己对管辖权的异议是否享有管辖权。“自裁管辖权原则”设计的目的,主要在于对仲裁程序和司法程序的权力划分。两者是此消彼长的

---

[11] See Homayoon Arfazadeh, "Arbitrability under the New York Convention; the *Lex Fori* Revisited", *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, 2001, p. 74.

关系:对司法权力的限制越多,越有利于仲裁效率价值的实现,也越能体现立法对于仲裁的信任与支持。而“自裁管辖权原则”的形成与发展正好体现了这一趋势,反映出对法院干预权力的逐步限制,对仲裁庭授权的不断扩大。

“自裁管辖权原则”目前已为国际商事仲裁的立法与实践所接受。国际商会(International Chamber of Commerce,简称 ICC)率先于1955年在其《仲裁规则》第6条第2款中规定,仲裁员有权就当事人“对仲裁庭管辖权提出的异议作出决定”,开创了仲裁庭有权就其管辖权作出决定的先河,由此而产生了自裁管辖学说。<sup>[12]</sup> 1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)第16条第1款也作了相同规定:“仲裁庭可以对它自己的管辖权,包括对仲裁协议的存在或效力的任何异议,作出裁定。”多数国家的立法,如《荷兰民事诉讼法典》等,都采纳了这一原则。<sup>[13]</sup> 但是,一些国家的法院对“可仲裁性的可仲裁性问题”是持谨慎态度的,各国实践也不尽一致,有的国家甚至否定了“自裁管辖权原则”。例如在 *AT&T* 案中,<sup>[14]</sup> 美国联邦最高法院指出:“除非当事人清楚无误地作出了相反的规定,否则当事人是否同意仲裁的问题应当由法院而不是仲裁员决定。”<sup>[15]</sup> 德国在此方面也很严格。2005年1月13日,德国联邦法院在一项判决中确认,当事人不能再在其仲裁协议中赋予仲裁庭决定其自身管辖权的权力。现在,对仲裁庭管辖权的最终决定权完全在法院。<sup>[16]</sup> 有的国家则更为极端,例如在阿根廷,

[12] 参见赵秀文:《国际商事仲裁及其适用法律研究》,北京大学出版社2002年版,第41页。

[13] See Filip De Ly, “International Arbitration—The Netherlands”, in *International Arbitration*, H. von Peter Gottwald ed., p. 673. 多数国家立法采取了这一原则的佐证之一,就是全世界已经有数十个国家和地区在仲裁立法中采纳了《示范法》,因而可以认为这些国家已经接受了“自裁管辖权原则”。

[14] *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U. S. 643 (1986).

[15] See *AT&T*, p. 656.

[16] See van Houtte, etc., “What’s New in European Arbitration?”, *Dispute Resolution Journal*, May – Jul 2005.

任何有关可仲裁性的问题都很可能是由法院决定,仲裁程序在法院判决作出之前暂停进行。<sup>[17]</sup>当然,各国总体上还是对“自裁管辖权原则”持肯定态度的,例如,瑞士仲裁法关于仲裁庭管辖权的规定采取了在欧洲大陆国家得到公认的传统“管辖权/管辖权”原则:仲裁庭有决定其管辖权的管辖权。<sup>[18]</sup>在通常情况下,仲裁庭应通过作出初步裁决来决定其管辖权。即使在美国,法院在一些案件中也承认,涉及程序性的可仲裁性问题具有可仲裁性。例如在 *Howsam* 案中,<sup>[19]</sup>美国联邦最高法院认为,并非所有的可仲裁性问题都应当像 *AT&T* 案那样,由法院裁定。相反,某些可仲裁性问题完全在仲裁员的权力之内。“从语言上讲,人们可以将任何潜在的初决问题 (gateway questions) 叫作可仲裁性问题,因为对此问题的回答将决定当前的争议是否可以提交仲裁解决”。<sup>[20]</sup>在最高法院看来,产生于争议并与争议最终处理有关的“程序”问题,可以由仲裁员而不是法官决定。所以,可以推断的是,仲裁员应当对权利放弃、疏忽、延迟、时效或对可仲裁性抗辩之类的问题作出裁定。<sup>[21]</sup>

我国《仲裁法》第 20 条规定:“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院做出裁定。一方请求仲裁委员会做出决定,另一方请求人民法院做出裁定的,由人民法院裁定。”从这一规定可以看出,我国立法只是对仲裁协议的异议的管辖权问题作了规定,但尚未承认“自裁管辖权原则”。

总之,争议事项的可仲裁性与仲裁管辖权既有联系又有区别,两者都是国际商事仲裁程序中必须予以解决的首要问题。与此相关的“可仲裁性的可仲裁性问题”,也是国际商事仲裁中不容忽视的一个重要问题。

---

[17] See “Editorial” of *Arbitration International*, Vol. 12, No. 4, 1996.

[18] 参见陈卫佐:“瑞士新国际仲裁法初探”,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》1997年第6期。

[19] See *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U. S. (2002), p. 79.

[20] See *Howsam*, p. 83.

[21] See *Howsam*, p. 84.



## 第二节 有关可仲裁性的国际立法

### 一、重要国际条约的相关规定

对于如何判定某一争议是否可以通过仲裁解决,目前国际上并没有作出统一的立法。但鉴于争议事项的可仲裁性对于仲裁制度及其发展具有重大意义,因而相关的国际商事仲裁条约和国际性文件都对这一问题作出了相应的规定。<sup>[22]</sup>一般而言,国际公约和国际性文件通常只对可仲裁性问题作原则性规定,并且通常是从仲裁协议的有效性以及仲裁裁决的承认和执行的角予以规定。至于哪些争议事项属于可仲裁范围的问题,则留给各国自行解决。

1923年日内瓦《仲裁条款议定书》(以下简称《日内瓦议定书》)是第一部真正意义上的国际商事仲裁条约。按照该议定书第1条的规定,“商事问题或者其他可以用仲裁方式解决的问题”均属于可仲裁事项。

《日内瓦议定书》的集大成者《纽约公约》对可仲裁性问题也有所涉及,主要体现在三个方面。

其一,与《日内瓦公约》一样,《纽约公约》也是以“商事”作为认定争议是否可以仲裁的标准。但公约第1条第3款设立了商事保留条款,规定缔约国可以声明“本国只对根据本国法属于商事的法律关系,无论是否为契约关系所引起的争议,适用于本公约”。如此一来,《纽约公约》的缔约国在批准该公约时可以通过商事保留将非商事争议排除在公约适用范围之外。从而在一定范围内排除了非商事争议的可仲裁性,也在一定程度上限制了可仲裁事项的范围。

其二,《纽约公约》第2条第1款规定,双方当事人书面协议承允将已发生或可能发生的一切或任何争议提交仲裁。如该争议关涉可以通过仲裁方式解决事项之确定法律关系,不论是否具有契约性质,各缔约

---

[22] 这里的“国际性文件”,是指尚无法律拘束力的国际立法文件,如联合国《国际商事仲裁示范法》。