

国际商事仲裁司法化 问题研究

于湛旻 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中央高校基本科研业务费专项资金资助 (Supported by the
Fundamental Research Funds for the Central Universities)
项目编号: 20720161095

国际商事仲裁司法化 问题研究

于湛旻 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁司法化问题研究 / 于湛旻著. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1124 - 5

I. ①国… II. ①于… III. ①国际商事仲裁—研究
IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 182619 号

国际商事仲裁司法化问题研究
GUOJI SHANGSHI ZHONGCAI
SIFAHUA WENTI YANJIU

于湛旻 著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
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
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 10.875
字数 230千
版本 2017年7月第1版
印次 2017年7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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1124 - 5

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

引 言

一、研究目的与意义

仲裁和诉讼是两种最为重要的民商事纠纷解决方式。在历史上,仲裁是基于诉讼的缺陷而产生,而且自 20 世纪以来,仲裁作为诉讼的替代,发挥着愈来愈重要的作用。然而,近年来,国际商事仲裁制度实践中出现的司法化倾向日益明显。仲裁兼具“契约性”与“司法性”的复合属性,仲裁与司法的关系是各自独立又彼此互动的良性动态关系。那么,对仲裁司法化究竟应如何认识?它是否改变了仲裁的双重属性?它对仲裁制度有何影响?是否如学者所说,司法化已经“危及仲裁制度的生存”?

带着上述疑问,笔者搜集、查阅了国内外大量资料,发现目前理论界对于仲裁司法化的研究还比较薄弱,此方面有价值的专著甚为寥寥。国内相关论著或者是介绍仲裁和民事诉讼制度基本知识、表面异同的教材用书,或者是对于司法化表象的描述而没有深刻揭示其内涵;国外关于这一课题的论著也远不如仲裁其他领域问题之丰富而充分。因此,对国际商事仲裁

的司法化问题进行全面、系统、深入的研究非常必要,该项研究对于仲裁理论和实践以及把握仲裁制度的正确发展方向都具有重要意义。就研究目的而言,本书尝试通过对于国际商事仲裁司法化各表征的研究,分析司法化的成因以及对于仲裁体制的影响,并提出面对司法化现象的因应之策,同时期待借此更好地理解国际商事仲裁的历史变迁和发展趋势,以及其中蕴含的动力机制。

二、研究现状

(一)国外研究

国外学者对于国际商事仲裁司法化问题的研究主要有三种路径或方式:第一种是在探讨仲裁某方面的具体制度或规则时论及其中牵涉的司法化问题,如 S. I. Strong 的“From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration”一文在研究集团仲裁程序各问题时,讨论了集团仲裁规则借鉴诉讼规则以及“部分终局裁决”的司法审查问题;Vijay K Bhatia 的“Judicialisation of International Commercial Arbitration Practice: Issues of Discovery and Cross-examination”则从国际商事仲裁的证据开示规则角度探讨了司法化问题。这类研究的特点是仅针对仲裁司法化在某一方面或某一问题上的表现,不涉及其他方面,因而无法对仲裁司法化形成全面、系统性认识。

第二种是在对国际商事仲裁晚近的发展趋势进行总结或综述时,将司法化作为其中一个方面简略阐述,如 Edward R. Leahy & Carlos J. Bianchi 的“The Changing Face of International Arbitration”一文及 Charles Browner 的“W(h)ither International Commercial Arbitration?”一文等。由于文章容量相对有限,这种情况下的研究通常比较侧重现象描述,缺少深入剖析。

第三种则是比较有针对性地探讨仲裁的司法化问题,但相比前两类

研究,这种研究的成果甚少,笔者搜集到且较有价值的只有 Thomas J. Stipanowich 的“Arbitration: The ‘New Litigation’”以及 Dennis R. Nolan 的“Disputatio: ‘Creeping Legalism’ as a Declension Myth”。这两篇文章列举和描述了国际商事仲裁司法化的各种表现,阐述了司法化的危害,不过对于司法化的成因等内在实质问题则未作分析,且限于篇幅,部分问题也未及透彻、细致论述。总体而言,在国外关于国际商事仲裁司法化问题的研究成果中,既有一定深度又有较广覆盖范围的研究比较缺乏。

(二)国内研究

国内学者对于司法化问题的研究并不少见,一个突出特点是,绝大多数学者都将研究视角局限于我国的仲裁体制,如《我国当前仲裁诉讼化倾向及其相关问题研究》《我国仲裁制度司法化研究》《我国仲裁诉讼化现状分析及对策研究》《我国商事仲裁诉讼化问题研究》等。另有部分文章题目虽未明确限定我国,但其内容仍是以我国的仲裁制度与实践作为主要研究背景和研究素材,缺乏“国际”和“比较”的视野。同时,由于论题高度集中,导致各个文章的重复性观点多,独创性观点较少。国内研究中基于全球视角讨论仲裁司法化问题的文章仅有一篇,即丁颖的《论仲裁的诉讼化及对策》一文,该文留意到了在世界范围内发生的各种司法化现象,并提出相应对策,不过篇幅有限,给人浅尝辄止、意犹未尽之感。

三、研究方法

(一)制度研究

制度研究是探析国际商事仲裁司法化问题的一个重要方面。国际商事仲裁通常会涉及不同国家的当事人和法律制度,本书着重分析了几个在国际上有重要影响的国家的仲裁立法,包括美国、英国、德国、法国、瑞典、澳大利亚等,并在论及具体问题时,根据实际情况介绍其他国

家或地区的相关立法,以及国际公约的相关规定。

除国内与国际立法外,国际商事仲裁的制度研究还包括仲裁规则这一层面。因此,本书也对各主要仲裁机构的仲裁规则特别是晚近以来的修订进行研究,试图从中找出其与仲裁司法化的联系。

(二) 案例研究

研读案例是学习和研究法律最重要的方法之一。国际商事仲裁是一个实践性很强的领域,只有深入地分析和研究相关法院判例,才能真正了解相关规则在实践中的适用及实效,对其作出准确的认识和评价。本书在论证仲裁司法化的各种表征时,均引用一定的法院案例或仲裁案例,以明晰司法部门或仲裁庭对于相关问题的态度。在引用案例时,本书对具体案情只作简单的介绍,重在分析案件的争议焦点,以及法院或仲裁庭的裁判理由。

(三) 比较研究

比较研究是法学研究的一个重要方法,该方法同样可以运用于国际商事仲裁裁决的司法化问题。分析和比较各国商事仲裁制度下的司法化现象,有助于开拓我们的思路,认识不同的立法模式、立法技术与立法取向;同时,分析和比较各国此方面的司法实践,有助于我们了解各国商事仲裁制度对于同一个问题的不同解决方式,增加解决问题的手段;最后,分析和比较相关的国际立法,有助于我们更好地改进我国仲裁法制,协调本国商事仲裁制度与国际商事仲裁制度。

四、研究创新及不足

(一) 研究创新

对比国内外已有研究,本书试图在现有成果的基础上实现两个拓展,一个转变:两个拓展分别为研究视角和研究范围上的拓展,一个转变即观点、立场上的转变。

首先,对比国内众多学者,本书将对国际商事仲裁司法化问题的研究视角从国内拓展至国际,不仅关注我国国际商事仲裁的司法化问题,更加关注世界其他国家特别是仲裁体制较为发达的国家发生的司法化现象。我国的仲裁制度总体落后,因此若将视角自我局限将错失对当前仲裁领域最新发展的观察。事实上,绝大多数关于我国仲裁法制改善的研究也都承认,仲裁理念的提升和现代化才是我国仲裁体制转型的根本所在,因此,放眼全球十分必要,把握当今世界国际商事仲裁制度的发展规律和脉动,可以在一定程度上判明我国仲裁制度的未来走向,同时为我国仲裁体制的完善提供更多有价值的参考。

其次,本书将对国际商事仲裁司法化问题的研究范围从单纯的程序方面的规则与实践拓展至整个仲裁流程,既包括作为管辖前提的仲裁事项与仲裁当事方领域,也包括作为事后救济的司法审查、内部上诉等领域。这种视角有利于从全局和全程来分析仲裁司法化现象,避免“只见树木、不见森林”,而且可以观察到各个领域之间的影响与互动,从而更好地理解仲裁司法化的产生机理和评估其发展态势。

最后,一个转变即观点、立场上的转变。如前所述,现有国际和国内学者对于仲裁司法化的评价多为负面、消极,视司法化为洪水猛兽,忧仲裁之恐龙命运。笔者将研究的立场从先入为主地否定、贬低转为中立,通过辩证分析、历史分析等方法,力争对仲裁司法化形成客观认识,在一分为二的基础上,合理划分和评估司法化的利弊,并最终实现兴利除弊之目标。

(二) 研究不足

由于笔者学识及研究能力有限,本书存在如下不足:

首先,关于资料搜集的有限性。笔者花费了大量时间和精力搜集国内外有关仲裁司法化的资料,所得者数量虽多,但质优者较少,泛泛而论或点到为止者多,系统而深入研究者少,现象描述者多,理论剖析

者少。这种基础资料的有限性和不均衡性给论题的写作带来了较大的困难,也在一定程度上影响了研究的深度和广度。此外,由于语言方面的局限,本书搜集与使用的原始外文资料仅限英语,内容大部分针对英美法系国家。对于大陆法系国家,如德国、法国等的法规、判例等,只能借助二手文献加以考察和分析,从而使研究的全面性和直接性受到限制。

其次,关于研究深度的有限性。鉴于学识和精力有限,书中涉及的诸多问题,笔者虽努力挖掘,但仍有力所不逮之感;有些问题虽然提出了自己的见解,但是未必成熟;有些制度虽提出了缺陷,但是未能提出满意的解决办法,有待向学界讨教。对于书中出现的观点及表述方面的纰漏和不足,还望学术界和实务界的前辈和同仁们不吝指正。

缩略语表

简称	英文全称	中文全称
AAA	American Arbitration Association	美国仲裁协会
ABA	American Bar Association	美国律师协会
ADR	alternative dispute resolution	替代性争端解决
BIT	Bilateral Investment Treaty	双边投资条约
CAIP	International Arbitration Chamber of Paris	巴黎国际仲裁院
CEPANI	Belgian Center for Arbitration and Mediation	比利时仲裁和调解中心
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission	中国国际经济贸易仲裁委员会
CPR	International Institute for Conflict Prevention & Resolution	国际冲突预防与解决协会
DRB	Dispute Review Board	争端审查委员会
ECA	European Court of Arbitration	欧洲仲裁院
EU	European Union	欧洲联盟/欧盟
FAA	Federal Arbitration Act	《联邦仲裁法》
FTA	Free Trade Agreement	自由贸易协定
FTC	Free Trade Committee	自由贸易委员会

续表

简称	英文全称	中文全称
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre	香港国际仲裁中心
IBA	International Bar Association	国际律师协会
ICC	International Court of Arbitration of International Chamber of Commerce	国际商会国际仲裁院
ICCA	International Council for Commercial Arbitration	国际商事仲裁委员会
ICDR	International Center for Dispute Resolution	国际争端解决中心
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes	国际投资争端解决中心
IISD	International Institute for Sustainable Development	国际可持续发展协会
JAMS	Judicial Arbitration and Mediation Service	司法仲裁调解服务中心
LCIA	London Court of International Arbitration	伦敦国际仲裁院
NAFTA	North American Free Trade Agreement	《北美自由贸易协定》
NGO	non-governmental organization	非政府组织
RUAA	Revised Uniform Arbitration Act	《修订统一仲裁法》
SCA	Spain Court of Arbitration	西班牙仲裁院
SCC	Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce	斯德哥尔摩商会仲裁院
SIAC	Singapore International Arbitration Center	新加坡国际仲裁中心
UAA	Uniform Arbitration Act	《统一仲裁法》

续表

简称	英文全称	中文全称
UNCITRAL	United Nations Commission of International Trade Law	联合国国际贸易法委员会
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development	联合国贸易与发展会议
WIPO	World Intellectual Property Organization	世界知识产权组织
WTO	World Trade Organization	世界贸易组织

目 录

第一章 绪 论 / 1

第一节 国际商事仲裁的起源及发展 / 1

一、仲裁的起源 / 1

二、国际商事仲裁的发展与制度化 / 4

第二节 国际商事仲裁司法化相关概念 界定 / 5

一、“国际”之界定 / 6

二、“商事”之界定 / 10

三、“司法化”之界定 / 18

第二章 国际商事仲裁司法化的表征检视

——管辖层面 / 27

第一节 管辖事项的扩大 / 27

一、可仲裁性问题概述 / 28

二、知识产权争议的可仲裁性 / 33

三、反垄断争端的可仲裁性 / 42

四、证券争议的可仲裁性 / 50

五、破产争议的可仲裁性 / 53

六、关于可仲裁性问题的评论 / 56

第二节 当事方的拓展 / 62

一、合并仲裁 / 63

二、集团仲裁 / 81

第三节 非当事方的参与 / 106

一、非当事方参与仲裁的理论探讨 / 107

二、非当事方参与仲裁的制度与实践考察 / 111

三、关于非当事方参与仲裁的思考 / 115

第三章 国际商事仲裁司法化的表征检视

——原则与规则层面 / 117

第一节 秘密性原则的突破与发展 / 117

一、秘密性原则的传统优势 / 118

二、秘密性原则的现代发展 / 129

三、前景：秘密性与透明度的平衡 / 134

第二节 证据规则方面的司法化 / 141

一、证据的开示 / 141

二、证据规则的编纂 / 150

第三节 一裁终局的动摇 / 157

一、司法审查范围扩大 / 158

二、仲裁程序内部上诉机制 / 173

第四章 国际商事仲裁司法化的深层解析 / 184

第一节 国际商事仲裁司法化的成因 / 184

一、仲裁自身的发展繁盛 / 185

二、体制内在固有的吸引力 / 187

三、争端事项的变化 / 191

- 四、仲裁参与者的行为 / 197
- 五、美国法全球化的影响 / 202
- 六、司法化各表征之间的相互作用 / 207

第二节 国际商事仲裁司法化的影响 及评价 / 209

- 一、国际商事仲裁司法化的影响 / 209
- 二、对国际商事仲裁司法化的评判 / 216
- 三、国际商事仲裁司法化的合理限度 / 226

第三节 对国际商事仲裁司法化的应对 / 229

- 一、已有应对举措 / 229
- 二、未来应对策略 / 238

第五章 中国国际商事仲裁司法化问题 及应对 / 249

第一节 国际商事仲裁司法化表征在 中国的检视 / 250

- 一、关于可仲裁事项 / 250
- 二、关于当事方的拓展及非当事方的参与 / 252
- 三、关于秘密性原则 / 253
- 四、关于证据规则 / 254
- 五、关于司法审查 / 256

第二节 “中国特色”的国际商事仲裁 司法化问题 / 257

- 一、“仲裁机构所在地”取代“仲裁地”概念 / 258
- 二、临时仲裁未获承认 / 276
- 三、仲裁员制度的缺陷 / 286
- 四、当事人缺乏程序选择权 / 292

第三节 中国国际商事仲裁司法化问题的

应对 / 293

一、仲裁理念层面 / 293

二、仲裁立法层面 / 297

三、仲裁规则层面 / 306

四、仲裁实践层面 / 308

结 语 / 312

参考文献 / 317

第一章

绪 论

本书研究对象是国际商事仲裁的司法化问题,作为全书论述的理论基础和逻辑起点,“国际商事仲裁”“司法化”等关键词的界定至关重要。为此,本章从回顾国际商事仲裁的起源及发展入手,着重对国际商事仲裁和司法化等概念进行了细致的界定,继而简要阐述了国际商事仲裁司法化的表现形式与影响,并特别厘清了我国国际商事仲裁在司法化方面的特异性问题,为后四章的论证奠定基础。

第一节 国际商事仲裁的起源及发展

一、仲裁的起源

仲裁就是指纠纷当事人在自愿的基础上达成协议,将纠纷提交非司法机构的第三者审理,第三者就纠纷居中评判是非,并作出对争议各方均有约束力的