

协议仲裁制度 研究

RESEARCH ON
AGREEMENT ARBITRATION

杨秀清 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

仲裁仲裁制度

研究

张其成 著

中国政法大学出版社

协议仲裁制度研究

杨秀清 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

协议仲裁制度研究/杨秀清著. —北京:法律出版社, 2006. 9

ISBN 7-5036-6650-1

I. 协... II. 杨... III. 仲裁—研究—中国

IV. D925.704

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第107676号

© 法律出版社·中国

协议仲裁制度研究

杨秀清 著

责任编辑 刘彦洋
张春喜
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 民族印刷厂

印张 9.75 字数 243千

印次 2006年10月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6650-1/D·6367

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

引 言

自有人类社会以来,由于利益的冲突,各种矛盾、纠纷不断发生,为了解决纠纷,回复正常的社会秩序,纠纷的解决方式一直是社会各界所广泛关注的重要问题之一。仲裁是一种古老的制度,早在古希腊以及中世纪时欧洲国家就已使用。从18世纪末到19世纪,仲裁方法开始在国际上广泛使用。20世纪以来,国际商事仲裁制度更是得到了长足的发展。我国建国以后一直实行国内与涉外仲裁的双轨制做法,体现现代协议仲裁制度特点的国际商事仲裁实践始于20世纪50年代,而国内协议仲裁制度则是1995年9月1日仲裁法生效后才得以建立起来的,因此,我国协议仲裁制度起步之晚是我们不容回避的事实。

商事仲裁作为一种行之有效、为世人所瞩目和青睐的争议解决机制,从其起源于商人解决商事争议需求的临时仲裁开始,直至发展为现代的以机构仲裁为主的现代商事仲裁制度,毋庸置疑均以协议仲裁为其核心特征。可以说,仲裁协议是现代协议

仲裁的基石,没有仲裁协议,也就没有现代意义上的协议仲裁制度。

仲裁协议贯穿整个仲裁法律制度。从法律体系角度讲,仲裁协议是意思自治原则的充分体现;从立法活动角度来讲,仲裁协议是现代协议仲裁制度确立并走向发达的基础;从仲裁活动的角度来讲,仲裁协议是一切仲裁行为的基石;从司法活动的角度来讲,仲裁协议是发挥仲裁与诉讼解决争议功能的分水岭。因此,仲裁协议不仅是当事人通过灵活、快捷的仲裁方式解决其争议意愿得以顺利实现的基础,而且也是仲裁机构受理争议案件以及排除法院司法管辖权的依据。

尽管商事仲裁制度无论在构建多元化纠纷解决机制以适应现代社会的需要方面,还是在具体解决商事争议方面均发挥了巨大的,并且是诉讼所无法替代的作用,然而,由于我国现行仲裁立法的滞后以及现行理论研究的不足,使得我国的仲裁实践因经常遭受各种各样难以解决的问题而陷入困境,最终严重影响了协议仲裁制度功能的有效发挥。仲裁法的修改迫在眉睫,而理论的深入系统研究更应当先行一步。

虽然协议仲裁制度在多元化争议解决机制中至关重要,然而,由于我国仲裁立法的严重滞后,协议仲裁制度的短暂历史,使得我国目前对协议仲裁制度的系统理论研究尚显不足。本书的研究特点在于突破现有理论研究的思维模式,以仲裁制度的本质——协议仲裁为基点,将协议仲裁制度这样一种有别于诉讼方式的争议解决制度置于培植其发展的经济、政治与法律文化的土壤中,对其原理进行系统的理论分析与研究。即从协议仲裁制度的社会基础即市民社会,以及协议仲裁制度的理念基础即契约理论的系统研究入手,然后对协议仲裁制度的基石——仲裁协议,从其界定、仲裁协议的有效要件、瑕疵仲裁协议的界定及其解释与补救、仲裁协议的效力等方面进行详细的理论阐释;最后对协议仲裁制度的公正保障——司法监督制度的现状与完善进行理性的分析。因此,本书的研究目的在于系统地对协议仲裁制度进行研究,从而为我国仲裁法的修改与完善以及为解决仲裁实践中的具体问题尽一份绵薄之力。

目 录

引言 /1

第一章 协议仲裁制度的理论基础 /1

第一节 协议仲裁制度的社会基础——市民社会 /1

一、市民社会与政治国家 /1

二、协议仲裁制度——市民社会的需要 /6

第二节 协议仲裁制度的理念基础——契约理论 /11

一、契约理论与协议仲裁制度 /11

二、协议仲裁制度中的契约因素 /14

第二章 协议仲裁制度的实现基础——仲裁协议的有效性 /17

第一节 仲裁协议的有效性 /17

一、仲裁协议的含义 /17

二、仲裁协议的法律特征 /22

三、仲裁协议的法律性质 /24

四、仲裁协议的有效性与可执行性 /38

第二节 仲裁协议的有效要件之一——当事人
合法 /39

一、当事人的缔约能力 /41

二、当事人的缔约资格 /47

第三节 仲裁协议的有效要件之二——争议事
项的可仲裁性 /47

一、争议事项可仲裁性的含义及法律意义 /47

二、争议事项可仲裁性的确立 /49

三、争议事项可仲裁性的理论及发展趋势 /61

第四节 仲裁协议的有效要件之三——形式合
法 /66

一、仲裁协议形式的一般要求 /66

二、仲裁协议书面形式的确立过程 /68

三、我国仲裁协议的书面形式 /80

第五节 仲裁协议的有效要件之四——内容合
法 /82

一、仲裁协议内容合法的界定 /82

二、公共秩序的含义 /83

三、公共秩序理论的发展趋势 /85

四、我国对仲裁协议内容合法的要求 /86

第三章 协议仲裁制度的实现障碍——瑕疵仲
裁协议 /88

第一节 瑕疵仲裁协议的概述 /88

一、瑕疵仲裁协议的界定 /88

二、瑕疵仲裁协议问题的提出 /89

三、瑕疵仲裁协议存在的原因 /91

四、瑕疵仲裁协议与无效仲裁协议 /92

第二节 瑕疵状态之一——语言模糊的仲裁协议 /94

一、语言模糊仲裁协议的情形 /94

二、语言模糊仲裁协议的效力分析 /97

第三节 瑕疵状态之二——仲裁机构约定不明确的仲裁协议 /98

一、仲裁机构约定不明确仲裁协议的情形 /98

二、我国关于仲裁机构之规定与评析 /101

第四节 瑕疵状态之三——浮动仲裁协议 /106

一、浮动仲裁协议的含义 /106

二、选择两个仲裁机构的浮动仲裁协议 /106

三、“或仲裁或诉讼”的仲裁协议 /108

第五节 瑕疵状态之四——终局性不确定的仲裁协议 /113

第四章 协议仲裁制度的实现手段——瑕疵仲裁协议的解释与补救 /115

第一节 瑕疵仲裁协议的解释 /115

一、瑕疵仲裁协议解释的必要性 /115

二、瑕疵仲裁协议的解释原则 /120

三、瑕疵仲裁协议的解释方法 /129

第二节 瑕疵仲裁协议的补救 /134

一、瑕疵仲裁协议补救的必要性 /134

二、瑕疵仲裁协议的补救方式 /136

第五章 协议仲裁制度的运行基础——仲裁协议的法律效力 /141

第一节 仲裁协议法律效力概说 /141

一、仲裁协议的法律效力及其来源 /141

二、仲裁协议法律效力与商事仲裁性质之关系 /144

第二节 仲裁协议的法律效力之一——发动仲裁程序的积极效力 /149

一、当事人应依仲裁协议进行仲裁程序 /149

二、仲裁庭依仲裁协议取得仲裁权 /152

第三节 仲裁协议法律效力之二——妨碍诉讼程序发生的消极效力 /159

一、仲裁协议与司法管辖权之关系 /159

二、仲裁协议妨碍抗辩效力之理论阐释 /164

第四节 仲裁协议效力的扩张 /182

一、仲裁协议效力扩张的界定 /182

二、仲裁协议效力扩张的适用 /187

三、仲裁协议效力扩张的法理基础 /198

四、仲裁协议效力扩张的法律障碍 /202

第五节 仲裁协议效力的认定 /204

一、仲裁协议效力认定的法律适用 /204

二、认定仲裁协议效力的机构 /208

三、评我国仲裁协议效力的认定 /211

第六节 仲裁条款的独立性理论 /213

一、仲裁条款独立性理论的确立和发展 /213

二、仲裁条款独立性的理论依据 /220

三、我国仲裁条款独立性理论的现状 /223

第六章 协议仲裁制度的公正保障——司法监督 /229

第一节 司法监督协议仲裁制度的必要性 /229

一、司法监督是追求公正价值之需求 /230

二、司法监督是仲裁体制之需要 /232

三、司法监督是完善当事人意思自治之需要 /232

第二节 司法监督制度之比较 /233

一、英美法系国家的司法监督制度 /233	
二、大陆法系国家的司法监督制度 /242	
三、《纽约公约》与《示范法》中的司法监督制度 /247	
第三节 我国司法监督制度之现状 /250	
一、我国司法监督制度的发展 /250	
二、我国司法监督制度之现状 /254	
三、我国司法监督制度之思考 /267	
第四节 完善司法监督制度之思考 /271	
一、重新仲裁制度之完善 /271	
二、司法监督机制之思考 /276	
三、撤销仲裁裁决程序之完善 /281	
参考文献 /288	
后记 /299	

第一章 协议仲裁制度的 理论基础

第一节 协议仲裁制度的社会基础 ——市民社会

一、市民社会与政治国家

(一) 市民社会的内涵

市民社会是一个源自于西方国家的概念。在西方特有的政治经济、传统文化与宗教文化的背景之下,市民社会也经历了一个漫长的发展演变过程,在不同的历史时期,市民社会也有其不同的含义。

市民社会一词源自于古希腊罗马时期,且西方文明根植于古希腊古罗马的“海上文明”,其早期国家的形成是一种部落联盟的氏族模式。这种模式因其自愿联合、多元权力中心和立法对国家结构的促动,而倾向于一种民主型的政治运行机制,进而形成与东方社会不同的,以土地私有制、商品经济

和以占有人为内容的奴隶制为基础的国家直接统治个人的统治方式。经过平民与贵族的斗争,建立了民主制共和国,形成一种国家和社会相复合的历史样态。^① 古希腊城邦时期,社会生活与政治生活以及社会事务与公共事务所具有的相融合性,必然使得那时的城邦就是宪政国家或法治国家。以此为社会基础,古希腊罗马时期的市民社会的含义主要是指:(1)市民社会是文明社会。(2)市民社会是政治社会。(3)市民社会是公民社会。^② 由此古希腊罗马学者使用的“市民社会”概念就是“公民社会”概念,它的比照对象是野蛮社会,是非国家状态,他们认为,从氏族、部落到诞生国家、政府是社会的进步和文明的表现,市民社会是和野蛮社会相对立的文明、进步且符合理性和道德的社会。^③ 这一对市民社会的内涵的理解一直延续到 17、18 世纪,在德国,古典哲学家康德和费希特的“市民社会”思想基本上还是 18 世纪法国哲学家关于“公民”及“公民社会”的热烈讨论在德国的回响,他们都受到法国启蒙思想家卢梭等人的深刻影响,把“市民社会”理解为“普遍法制的公民社会”,理解为卢梭等人曾描述的那种理想、文明、进步的社会。^④ 直到 18 世纪,德国古典哲学家黑格尔在其《法哲学原理》一书中才第一次明确地区分了市民社会与政治国家,即市民社会是处在家庭和国家之间的差别的阶级,虽然它的形成比国家晚。其实,作为差别的解决,它必须以国家为前提,而为了巩固其存在,它也必须有一个国家作为独立的东西在它面前。此外,市民社会是在现代世界中形成的,现代世界第一次使理念的一切规定各得其所。……在市民社会中,每个人都以其自身为目的,其他一切在他看来都是虚无的。但是,如果他不同别人发生关系,他就不能达到

① 马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆 2002 年版,第 115 页。

② 陈晏清:《当代中国社会转型论》,山西教育出版社 1998 年版。转引自张荣洁:“‘市民社会’的理论和现实”,载《广西民族学院学报》(哲学社会科学版)2005 年第 6 期。

③ 何增科:“市民社会概念的历史演变”,载《中国社会科学》1994 年第 5 期。

④ 张荣洁:“‘市民社会’的理论和现实”,载《广西民族学院学报》(哲学社会科学版)2005 年第 6 期。

他的全部目的,因此,其他人便成为特殊的人达到目的的手段。^① 基于此,黑格尔认为市民社会含有下列三个环节:第一,通过工人的劳动以及通过其他一切人的劳动与需要的满足,使需要得到中介,个人得到满足——即需要的体系。第二,包含在上列体系中的自由这一普遍物的现实性——即通过司法对所有权的保护。第三,通过警察和同业公会,来预防遗留在上列两体系中的偶然性,并把特殊利益作为共同利益予以关怀。^② 由此可见,黑格尔将市民社会与政治国家区别开来,并赋予市民社会以经济关系领域的特殊涵义。此后,马克思对黑格尔的市民社会观念进行了批评和深化:一方面,他继承并深化了黑格尔对市民社会的基本规定,把市民社会规定为“物质交往的关系”(其本质是经济交往关系);另一方面,他纠正了被黑格尔颠倒的国家与市民社会的关系,提出市民社会高于国家。^③ 由此可见,由黑格尔与马克思所确立的市民社会既不是一个处于理想状态的文明社会,也不是一个由从事政治活动的公民而组成的政治社会或者公民社会;而是一个由从事物质交往活动,并充满私人利益的新兴的市民组成的非政治社会,市民社会的存在以其与政治国家相分离为前提。进入20世纪以后,由于整个世界秩序发生了巨大的变化,西方理论界以葛兰西、哈贝马斯、阿拉托等为代表的学者跳出近代市民社会的理论框架,以新的政治经济社会条件为基础重新审视市民社会的内涵。哈贝马斯在仍然采用由黑格尔首先确立的“国家——社会”二元结构模式的基础上,又将市民社会分解为“生活世界”和“经济”或者“公共领域”和“经济”。柯亨和阿拉托则把“经济领域”从“市民社

① [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第197页。

② [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第203页。

③ 杨树明、冯佳:“市民社会视野下的仲裁制度(上)”,载《仲裁研究》第6辑,法律出版社2005年版,第10页。

会”中分离出去,建立起“市民社会—经济—国家”三元模式。^①

虽然在当代市民社会理论中存在二分法与三分法之争,但市民社会的涵义是随着社会的发展逐渐拓展和深化的。正如哈贝马斯所说:市民社会是随着资本主义市场经济的发展而形成的独立于政治国家的“私人自治领域”,本身由两个系统构成,一是市场经济体系;二是由私人组成的独立于政治国家的非官方组织所构成的社会文化系统。^②由此可见,市民社会实质上是在市场经济条件下,独立于政治国家的一个私人活动领域。就市民社会内涵的演进过程来看,市民社会一直以特殊利益、私人领域、私人生活世界及与之相关的一系列社会价值原则为内核而与国家共同体相区别,并促进了对市民社会与政治国家二者关系的不断深入而系统的研究。^③

(二) 市民社会与政治国家的关系

在不同的历史时期,由于市民社会的内涵的不同,市民社会与政治国家必然呈现出不同的关系状态。在古希腊罗马时期,无论是社会与国家尚未分化的古代城邦,还是社会被政治国家吞噬从而呈现为两者重合的中世纪封建王国,其市民社会与政治国家实际上处于同一状态,因为那时的政治人、公民不仅是市民社会的成员,而且也是政治国家的当然成员。而到了黑格尔与马克思确立新的市民社会的观念时,随着国家与市民社会的逐渐分化,市民社会渐渐远离政治社会,市民社会的成员不再是从事政治活动的国家公民,而是在欧洲城市里形成的商人、手工业者、自由民等私人或者个人。从黑格尔与马克思抛弃传统的市民社会观,并立足于与国家相区别的经济生活领域来研究市民社会的思路来

① 何军、陶斯文:“市民社会理论视角下社会团体与社会稳定”,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2005年第12期。

② 哈贝马斯著:《公共领域的结构转型》,学林出版社1999年版,第29页。转引自杨树明、冯佳:“市民社会视野下的仲裁制度(上)”,载《仲裁研究》第6辑,法律出版社2005年版,第11页。

③ 马长山:“市民社会与政治国家:法治的基础和界限”,载《法学研究》2001年第3期。

看,其本质在于强调并努力揭示中世纪以来,欧洲城市和城市商人、自由民的生活及其与政治国家的关系。在他们看来,由商人、自由民组成的市民阶层是一些拥有一定的资产,主要从事物质交往活动、追逐个人利益的私人。然而,马克思与黑格尔在处理市民社会与政治国家的关系时却呈现出不同的样态。在黑格尔看来,由以追逐私利为目的的商人与自由民所构成的市民社会虽然独立于政治国家,但是由于市民社会还处于盲目的特殊阶段,如果政治国家对市民社会不提供完整的保护,或者说市民社会不在政治国家中寻求归宿,市民社会也就不能获得全面的发展并最终实现自身,因此,黑格尔在将市民社会与政治国家分离的同时实际上将政治国家置于市民社会之上。而马克思在处理市民社会与政治国家的关系时却将市民社会作为政治国家的基础,这是因为在马克思生活的时期,市民社会已可以与政治国家相抗衡,而且逐渐需要建立更适合社会发展的新的政治国家,因此,现实情况反映到理论上,就是市民社会呼唤与之相适应的政治国家。从而马克思看到的是新的政治国家建立的基础是现实存在的市民社会,没有市民社会,政治国家的全部现实活动就无法展开,现存的市民社会是新的政治国家的原动力,它决定着新的政治国家的发展进程和表现形式。^①

市民社会的兴起及其与国家的真正分离和对立乃是近代历史的产物,它使国家获得了和市民社会并列的且在市民社会之外的独立存在。^②但是,在资本主义时期,特别是自由资本主义时期,过度发展的个人主义精神导致了国家与市民社会的冲突和对立,因此,资本主义国家一直在竭力设计市场或政府活动界限的合理方案,寻求其市民社会与政治国家的合理权限,同时,它们也由“自由放任”国家发展为“福利国家”,现今

① 张荣洁:“‘市民社会’的理论和现实”,载《广西民族学院学报》(哲学社会科学版)2005年第6期。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷上册,第69页。转引自马长山:“市民社会与政治国家:法治的基础和界限”,载《法学研究》2001年第3期。

又在谋求“第三条道路”。^①由此可见,西方国家的历史演进过程实际上是一个政治国家与市民社会相互矛盾并互动发展的过程。

二、协议仲裁制度——市民社会的需要

(一)协议仲裁制度的起源

自有人类社会以来,无论人们怎样避免矛盾,矛盾仍然存在;无论社会学家、法学家如何设置一道道防线预防纠纷的发生,纠纷无处不在,无时不在。经济的发展推动社会的进步,同时也促进人们在创造社会财富的同时获得自身利益的发展,人与人之间利益的交换孕育着矛盾的形成,而这种交换的频繁程度加速了各种矛盾的产生。然而,这种矛盾大量而经常地存在,不仅破坏了社会秩序的稳定,影响了社会主体之间的祥和,而且还会极大地影响社会的发展和社会主体自身利益的实现。

在人类历史的不同发展阶段,由于人们观念的不同,社会解决纠纷的要求不同,因而解决社会纠纷的手段也不完全相同。在人类社会的早期,由于社会纠纷的简单化与私人化,人们往往通过私力救济解决彼此之间的纠纷;然而,随着社会的发展以及纠纷的日益复杂化,在纠纷双方无法自行消除冲突之时,人们转而求助于国家的公力救济,作为公力救济的象征,诉讼制度产生并得以发展。但是,当人们饱尝了诉讼所带来的程序烦琐、费时费财以及因裁判者不了解特定的专业知识造成裁判不公的痛苦之后,寻求更为迅速、经济、专业的纠纷解决方式便成为人们及社会的内在需求。

仲裁作为一种由第三方解决当事人之间争议的民间方式,具有悠久的历史。仲裁渊源于原始社会氏族部落首长对内部纠纷的居中公断,但其作为一项制度最早为政治国家所接纳的是在古希腊和古罗马。在那时的雅典,发生纠纷时,人们经常任用私人仲裁员或公断人,根据公开原则解决争议。古罗马时期也已采用仲裁方式解决争议,《民法大全》“论

^① [英]安东尼·吉登斯:《第三条道路——社会民主主义的复兴》,郑戈译,北京大学出版社2000年版,第73页。转引自马长山:“市民社会与政治国家:法治的基础和界限”,载《法学研究》2001年第3期。