

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

中国国际贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会 主办
中国国际贸易促进委员会法律事务部
中国国际商会仲裁研究所



仲 裁 与 法 律

2003 年第 5 期(总第 88 期)

中国国际贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会
中国国际贸易促进委员会法律事务部
中国国际商会仲裁研究所
主 办

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁与法律. 2003 年第 5 期(总第 88 期)/中国国际经济贸易
仲裁委员会等主办. - 北京:法律出版社, 2003. 11

ISBN 7-5036-4185-1

I. 仲… II. 中… III. 仲裁法-研究 IV. D915.704

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 095271 号

法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑/法律应用出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2003 年 11 月第 1 版

印张/4.375 字数/122 千
印次/2003 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643 63939645 传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4185-1/D·3903 定价:10.00 元(全年定价:60.00 元)

目 录

· 仲裁动态 ·

万季飞会长亲切会见英国皇家特许仲裁员协会

前主席 Neil Kaplan 先生 (1)

中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会

第十五届委员会第四次主任联席会议在京召开 (3)

贸促会调解中心成立汽车专业委员会 (5)

全国政协提案委员会召开调解立法座谈会 (7)

· 专 论 争 鸣 ·

中国特色的仲裁管辖权决定制度

——成就和问题 王生长 (9)

入世与中国投资法律制度建设 黄 海 (18)

瑕疵与补正:我国仲裁程序之架构略论 吴新明 郭锡昆 (53)

· 特 载 ·

盎克鲁—撒克逊时代及早期日耳曼时代的仲裁制度

..... Daniel E. Murray(著)牛艳宾 陈正伟(译)(92)

英国商事调解近况 康 明 (111)

· 案例精辟 ·

设备买卖合同为什么要约定明确的技术标准 文隽实 (119)

仲裁动态

万季飞会长亲切会见 英国皇家特许仲裁员协会 前主席 Neil Kaplan 先生

2003年9月8日上午,贸促会会长、中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲委)主任万季飞亲切会见了英国皇家特许仲裁员协会前主席、香港国际仲裁中心现任主席 Neil Kaplan 先生。贸仲委副主任王生长、唐厚志以及英国皇家特许仲裁员协会的 Graham Perry 先生参加了这次会见。

英国皇家特许仲裁员协会此次派出由六位专家组成的代表团来京,第一次在中国内地举办仲裁员培训项目,在贸仲委的大力支持和协助下,培训取得了圆满成功。通过这次培训,共有 51 位来自中国内地的仲裁员、律师以及从事仲裁相关工作的法律工作者获得了英国皇家特许仲裁员协会的会员或联系会员资格。英国皇家特许仲裁员协会代表团的六位专家表示,参加培训项目的学员的专业素质和水平给他们留下了深刻的印象。英国皇家特许仲裁员协会在全世界的会员共有 10,000 余人,其中我国香港特别行政区的会员有 1500 人。这次英国皇家特许仲裁员协会为中国内地首批会员授予了资格,并希望今后能加强合作,继续举办类似的培训项目。

万会长对英国皇家特许仲裁员协会代表团来北京举办培训项目表示欢迎,并感谢英国皇家特许仲裁员协会为中国内地的仲裁员、律师及法律工作者提供了高水准的培训。万会长对英国皇家特许仲裁员协会与贸仲委之间的合作关系表示满意,并希望今后继续加强合作。

当万会长向 Neil Kaplan 先生问及他对中国仲裁事业的发展有什

么意见或建议时,Neil Kaplan 先生提出了两个问题和一个建议。其一是外国律师在中国涉外仲裁中的代理资格受到限制的问题。Neil Kaplan 先生指出,这与当今的国际趋势相悖,也不利于中国仲裁事业的发展。第二个问题是中国的仲裁机构中有很多高水平的外籍仲裁员,应该创造更有吸引力的条件(包括报酬方面的条件)使他们能够更多地参与中国的仲裁。另外,Neil Kaplan 先生建议在涉外仲裁中应更多地指定外籍仲裁员担任首席仲裁员,以进一步增强外国当事方及国际社会对中国仲裁的信心。万会长听取了这些意见和建议,表示贸促会还在与有关部门积极沟通,加快机制和体制改革,修订有关规则,争取尽快解决存在的问题,促进中国的仲裁事业继续向国际化和现代化迈进。

会见在友好愉快的气氛中结束。

(仲裁研究所供稿)

中国国际经济贸易仲裁委员会、 中国海事仲裁委员会第十五届委员会 第四次主任联席会议在京召开

为继续稳步推进机构改革、加强仲裁推广与宣传工作,2003年8月18日,中国国际经济贸易仲裁委员会(下称贸仲)、中国海事仲裁委员会(下称海仲)在京召开了第十五届委员会第四次主任联席会议。会议主要就贸仲、海仲上半年的工作情况及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员行为考察规定(草案)》进行了审议和讨论,并通过了增聘和解聘有关仲裁员的提案,为进一步开展下半年的仲裁工作做好了准备。

贸仲、海仲共有19名副主任参加了会议,贸仲副秘书长朱建林等人列席了会议。

会议首先由贸促会副会长、贸仲副主任刘文杰向与会各位副主任介绍了贸促会会长万季飞被聘请为贸仲、海仲主任的情况。其后,万季飞主任作了重要讲话并主持了会议。他在介绍贸仲机构改革的情况后指出,机构改革是贸仲应对国内外激烈竞争所采取的必要且及时的重大举措,必须积极主动地推动这一进程的深化。此外,他还重点提出,努力拓展案源、提高办案质量和树立服务意识是贸仲应对挑战并保持自己生存优势的根本和基础。

随后,会议对贸仲、海仲上半年的工作情况进行了审议讨论,并通过了关于增聘郭国荣等八位专家为贸仲仲裁员及解聘两位在任仲裁员职务的提案。

会议的最后,与会副主任就《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员行为考察规定(草案)》进行了充分讨论与通过。该规定是贸仲为确保仲裁员在仲裁程序中的独立公正而专门拟就的,主要对仲裁员在仲裁

过程中的动态行为,如仲裁员不应接受指定和仲裁员应予说明、披露、回避及应予警告、更换、解聘的各种情形予以了详尽的列举规定。与会副主任一致希望,结合《关于聘任仲裁员的规定》和《仲裁员守则》等“静态”考察规定,这个“动态”考察规定的出台能够对仲裁员的行为予以全面监督,以确保贸仲裁决应有的质量与水平。

另外,会议还对 2003 年仲裁员实务研讨会召开的时间与形式进行了初步协商。

(仲裁研究所供稿)

贸促会调解中心成立汽车专业委员会

2003年8月17、18日,由贸促会调解中心汽车专业委员会、中国机械工业联合会、中国汽车工程学会联合主办的“中国汽车行业热点问题高层研讨会暨中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心汽车专业委员会成立大会”在北京龙城皇冠假日酒店举行。

会议由中国贸促会汽车行业分会副会长、调解中心汽车专业委员会副主任王侠先生主持。贸促会法律事务部部长、调解中心汽车专业委员会主任黄河先生致开幕词。与会领导还为第一批汽车专业委员会调解员颁发了聘书。中国机械工业联合会副会长、中国汽车工程学会理事长张小虞先生,中国贸促会/中国国际商会副会长、调解中心主席刘文杰先生,国家认证认可监督管理委员会副主任刘卓慧女士,著名经济学家肖灼基教授等出席了会议并分别发表了重要讲话。

研讨会上,各界人士纷纷走上讲坛,就中国汽车业的发展前景、改革政策、民族品牌、营销模式等问题各抒己见,进行了广泛交流。总会调解中心副秘书长、汽车专业委员会调解员穆子砺先生就调解的概念、汽车专业委员会的服务范围等作了简要论述,赢得与会人士的关注。最后,黄河先生作了总结发言。会议热烈、务实、高效,达到了预期目的。

目前,汽车行业在我国属热点行业,据了解,自改革开放以来,特别是进入新世纪之后,我国的汽车生产能力已达到每年数百万辆的水平,进入了世界汽车大国的行列。汽车行业的发展必然带动其他相关行业的发展,同时,也必然会由此产生更多的法律问题。贸促会调解中心正是看到了这个有利的形势,抓住机遇,成立汽车专业委员会。

汽车专业委员会将为汽车行业提供全方位的法律服务。其主要业

务应体现在:(1)通过调解的方式解决发生在汽车及零部件交易中的各种纠纷,包括汽车整车、零部件的生产、销售、服务环节中的纠纷;有关汽车领域中的知识产权纠纷;有关汽车运输、保险等纠纷。(2)协助企业进行各种商务活动,如参与谈判、起草合同等。(3)开展市场调研,收集信息,为企业提供咨询意见等。

汽车专业委员会的成立,标志着贸促会调解业务的进一步拓展,贸促会调解网络的进一步壮大。

(调解中心供稿)

全国政协提案委员会 召开调解立法座谈会

2003年8月19日,全国政协提案委员会召开了有各方面人士参加的调解立法座谈会。

在此之前,早在今年3月的两会期间,由蒋秋霞、滕进贤、赵士英等三位政协委员向全国政协提交了“关于设立《中华人民共和国调解法》的建议案”。该提案引起了政协领导和许多委员的重视,被正式列位政协的提案序列,即“政协十届全国委员会第一次会议第3255号(政治法律类381号)提案”。此次会议,即专门讨论这个提案。

全国政协副主席、全国工商联主席黄孟复先生和十多名政协委员出席了这次座谈会。全国人大法工委、商务部、贸促会等相关部门的负责同志也被邀请出席会议。贸促会刘文杰副会长、法律部黄河部长和穆子砺同志出席。

作为调解立法的积极倡导者,蒋秋霞委员首先向与会者介绍了提案的主要内容:她阐述了如下几点:(1)有关调解立法的现状;(2)调解立法的必要性;(3)关于调解立法的具体建议:内容上应包括:调解的基本原则、调解的适用范围、调解机构、调解程序、调解的法律效力等。关于法律的形式,由全国人大常委会制定调解法,将前述有关内容都包含进去,将调解的几种方式,如人民调解、商事调解、行政调解、联合调解、仲裁中的调解和诉讼中的调解都囊括进去。形成一个既有总则,又有分则,既有一般性的规定,又有具体调解方式的归类的一部综合性的法律。

刘文杰副会长介绍了贸促会系统的商事调解发展情况,总结了贸促会系统多年来所取得的经验,强调了制定调解法的重要性。

与会者普遍认为制定一部具有中国特色的调解法是有必要的,只是要考虑如何克服具体进行中的困难。

最后,黄孟复副主席作了总结性讲话并作了重要指示。他认为这个调解立法的提案有新意、有创意、有深度,值得肯定。

这次会议的举办无疑是推动调解立法的重要举措。

(调解中心供稿)

专论 争鸣

中国特色的仲裁管辖权决定制度

——成就和问题

王生荣*

一、引言

仲裁是基于当事人自愿选择由中立的裁判者依法就争议问题作出决定以最终解决争议的活动。仲裁的基石是当事人之间存在仲裁协议。我国于1986年12月加入的联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1958年纽约公约)第2条第1款规定:“当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系,不论为契约性质与否,应提交仲裁时,各缔约国应承认此项协定。”迄今为止,1958年纽约公约已有130多个缔约国,各国都承认当事人之间达成的仲裁协议并承担义务使之付诸实施,从而在国际层面上为仲裁制度的确立和发展奠定了稳固的基础。与之相适应,各国国内法也确立了承认和实施仲裁协议的制度。第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议于1994年8月31日通过并自1995年9月1日起施行的《中华人民共和国仲裁法》第4条规定:“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。”《仲裁法》从国内法的角度规

* 中国国际经济贸易仲裁委员会副主任、秘书长。本文是作者为《中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权决定选编》所写的序言。

定了当事人之间的仲裁必须建立自愿达成仲裁协议的基础上。为了避免仲裁协议实施过程中可能产生的仲裁管辖权和法院司法管辖权之间的重叠与冲突,《仲裁法》第4条进一步规定:“当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉的,人民法院不予受理,但仲裁协议无效的除外。”从而明确了有效的仲裁协议可以排除法院就同一纠纷的司法管辖权。

当事人订立仲裁协议的目的是,一旦发生争议,仲裁程序可以依约展开。然而,由于种种原因的存在,当事人之间订立的仲裁协议可能是有缺陷的仲裁协议,不明确的仲裁协议,不可实行的仲裁协议,甚至是无效的仲裁协议。由于对法律规定和仲裁实践的理解的不同,即便是有效的仲裁协议,当事人之间也有可能存在不同的立场和观点。在例外的情况下,仲裁协议对于非签署方的效力也会引发激烈的争论。

实践表明,在相当比例的仲裁案件中,当事人对于仲裁协议效力的争论和对于仲裁管辖权问题的争论,往往成为仲裁的揭幕战。在中国国际经济贸易仲裁委员会近年来受理的仲裁案件中,至少有15%的案件涉及仲裁管辖权的决定问题。

二、中国特色的仲裁管辖权决定制度

国外流行的“自裁管辖”学说(Competence-Competence)认为仲裁员接受当事人的委任从事仲裁活动,有权就自己对仲裁案件的管辖权作出裁判。仲裁员是自己管辖权的裁判者。当然,根据这个理论,仲裁机构也可以根据表面证据就仲裁协议的效力作出初步决定;法院基于当事人的直接申请或者当事人对仲裁员决定的异议,也可以对仲裁协议的效力作出司法裁判。在大多数案件里,仲裁员(仲裁庭)在决定仲裁管辖方面发挥着主导作用。

与之不同的是,在我国,仲裁机构在决定仲裁管辖权方面发挥着主导作用,而仲裁员则不能就仲裁管辖权问题作出决定。至于法院通过司法程序来确认仲裁协议的效力,其做法与国外的基本一致。这样,如果当事人在中国仲裁机构管理的仲裁活动中提出管辖权异议,作出初步决定和最终决定的都是仲裁委员会,而不是仲裁员(仲裁庭)。

之所以称这种做法具有鲜明的中国特色,是因为世界上只有中国

的仲裁法律规定了由仲裁委员会而非仲裁员决定仲裁管辖权的原则。中国的仲裁实践和仲裁委员会的仲裁规则也遵循了这一原则。

《仲裁法》第20条第1款规定:“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作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。”《仲裁法》这一规定,既是对《仲裁法》颁布实施前中国仲裁制度(特别是涉外仲裁制度)中关于如何就仲裁管辖权问题作出决定的实践总结,也是《仲裁法》颁布实施后中国内地各仲裁机构仲裁活动的原则指南。1989年、1994年、1995年、1998年和2000年各个版本的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》均规定了仲裁管辖权的决定由仲裁委员会作出。2000年10月1日起施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第4条规定:“仲裁委员会有权对仲裁协议的存在、效力以及仲裁案件的管辖权作出决定。当事人对仲裁协议的效力有异议的,如果一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定,则由人民法院裁定。”《仲裁法》实施后重新组建的各地170余家仲裁委员会的仲裁规则也作出了类似规定。

三、取得的成就

40多年的仲裁实践,形成了具有中国特色的仲裁管辖权决定制度。这一制度丰富了“自裁管辖”理论学说的内容,在实践上圆满地解决了大量仲裁案件的仲裁管辖权争议。

以中国国际经济贸易仲裁委员会为例,近十年来,仲裁委员会每年作出仲裁管辖权决定多达30~60件。这些决定以仲裁协议的效力为中心,涉及的问题很多,有的还十分复杂。例如:仲裁协议的订立方式,仲裁当事人的主体资格,仲裁协议的转让和继承,仲裁协议的独立性,仲裁协议的可分性,有缺陷的仲裁协议的完善,可仲裁性,仲裁范围,国内仲裁和涉外仲裁的区分,不同仲裁机构之间管辖权问题的冲突和协调,仲裁管辖与诉讼管辖的冲突和协调,仲裁委员会总会及其分会仲裁管辖权问题的协调,仲裁管辖权的初步决定和最终决定,“一事不再理”和“一裁终局”原则的应用和阐发,以及其他相关问题。本书精选的具有代表性的一些案例资料,充分说明了中国国际经济贸易仲裁委

委员会在依法作出管辖权决定的实践中所作出的努力和探索。这些决定,是仲裁委员会集体智慧的结晶,在仲裁过程中得到了中外当事人和中外仲裁员的广泛认可和切实遵循,为仲裁委员会的相关仲裁庭顺利地审结仲裁案件作出了积极的贡献。值得一提的是,中国国际经济贸易仲裁委员会在长期实践中形成的由仲裁委员会集体作出管辖权决定的做法,得到了《仲裁法》的确认,并吸收成为《仲裁法》的相关规定,为《仲裁法》的制定作出了一定的贡献。

仲裁管辖权问题涉及面广,其争议有难有易。有的仲裁管辖权争议,通过简单的审查就能作出明确的决定,而有的管辖权争议,则不仅仅是程序性的问题,还牵涉到复杂的实体问题(例如一方当事人声称合同是伪造的)。仲裁委员会作为仲裁程序的管理机构,不可能自行组织庭审去审理实体问题,而必须借助于仲裁员(仲裁庭)的力量才能查清事情的来龙去脉。这样,仲裁委员会在就复杂案件的管辖权争议作出决定的过程中,如何协调好仲裁委员会和仲裁庭的关系、发挥仲裁庭的作用就显得非常重要。

鉴于《仲裁法》和《仲裁规则》明确规定由仲裁委员会作出管辖权决定,为慎重起见,中国国际经济贸易仲裁委员会认为,管辖权决定还是以仲裁委员会的名义作出为妥。但为了协调好仲裁委员会和仲裁庭的关系,保障仲裁庭在案件实体审理上独立地位,力求作出正确的决定,仲裁委员会可以采取一些有益的技术保障措施:

1. 如果涉及到仲裁管辖权争议的事实清楚,法律规定明确,问题不复杂,仲裁委员会在双方均有机会提出书面评论意见的基础上可以直接作出仲裁管辖权决定(含主体资格决定,总、分会审理地点决定)。如果涉及仲裁管辖权争议的问题复杂,甚至涉及有待查明的实体问题,仲裁委员会可以根据“表面证据”作出“初步的”决定。如仲裁庭经过实体审理认为没有管辖权,或者需要变更仲裁管辖权决定,仲裁庭可以书面建议仲裁委员会改变原先作出的决定。

2. 在仲裁庭组成后,仲裁委员会认为管辖权情况复杂的,在决定管辖权前要商仲裁庭,以免出现仲裁委员会和仲裁庭对仲裁管辖权意见不一致的情况。

3. 仲裁委员会作出的管辖权决定,应当及时通知当事人和

仲裁庭。

4. 仲裁庭经过实体审理,认为仲裁委员会的初步管辖权决定有误的,应当书面报告仲裁委员会,由仲裁委员会重新审核原决定,并决定是否维持、变更或撤销原决定。

5. 仲裁委员会处理管辖权异议,要认真处理好与法院之间的关系,按照仲裁法和有关的司法解释办事。

这一整套技术措施,依然是中国国际经济贸易仲裁委员会在现行法律框架下的运作方式。

按照我国现行法律,除了仲裁委员会有权就仲裁管辖权作出决定外,人民法院依当事人的申请也可以就仲裁协议的效力和仲裁管辖权问题作出决定。最高人民法院于1998年10月21日发布法释[1998]27号《关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》的司法解释。该司法解释的核心内容如下:

“三、当事人对仲裁协议的效力有异议的,一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议效力,另一方当事人请求人民法院确认仲裁协议无效,如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定,人民法院不予受理;如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定,人民法院应予以受理,同时通知仲裁机构中止仲裁。

四、一方当事人就合同纠纷或者其他财产权益纠纷申请仲裁,另一方当事人对仲裁协议的效力有异议,请求人民法院确认仲裁协议无效并就合同纠纷或者其他财产权益纠纷起诉的,人民法院受理后应当通知仲裁机构中止仲裁。人民法院依法作出仲裁协议有效或者无效的裁定后,应当将裁定书副本送达仲裁机构,由仲裁机构根据人民法院的裁定恢复仲裁或者撤销仲裁案件。”

依据上述司法解释,仲裁机构可以独立地就仲裁协议的效力和仲裁管辖权作出决定,而且,如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定,人民法院不再受理就同一仲裁协议效力问题提出的异议。从