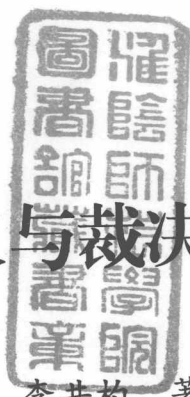


仲裁协议 与 裁决法理研究

李井杓 著

中国政法大学出版社

455116



仲裁协议与裁决法理研究

李井杓 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁协议与裁决法理研究/李井杓著. —北京:中国政法大学出版社, 2000. 7

ISBN 7-5620-2002-7

I. 仲… II. 李… III. ①仲裁-协议-法的理论-研究②仲裁裁决-法的理论-研究 IV. D915.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 33923 号

执行编辑 朱 芸

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 中国人民解放军第 1201 工厂

开本 850×1168 1/32 10.125 印张 233 千字

2000 年 9 月第 1 版 2000 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2002-7/D·1962

印数: 0001—3000 册 定价: 19.80 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 电话: 62229803 或 62228801

声明: 1. 版权所有, 侵权必究

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

目 录

第一章 导论	(1)
一、研究目的	(1)
二、研究范围和内容	(4)
三、拟采取的研究方法	(6)
第二章 中国涉外经济贸易仲裁的法律地位和现状	(8)
第一节 中国涉外经济贸易仲裁的法律地位	(8)
一、中国涉外经济贸易仲裁的概念与意义	(8)
二、中国涉外经济贸易仲裁的基本格局	(12)
(法律地位)	(12)
三、中国涉外仲裁的基本原则及有关问题	(12)
四、仲裁自治与司法管辖权的关系	(16)
第二节 中国涉外经济贸易仲裁的发展和现状	(23)
一、中国涉外经济仲裁制度的发展	(23)
二、中国涉外经济贸易仲裁的现状	(28)
第三章 涉外经济贸易仲裁协议	(30)
第一节 有关仲裁协议的几点前提思考	(30)
第二节 仲裁协议的概念与法律性质	(31)
一、仲裁协议与其他类似的概念	(31)

二、仲裁协议的存在形式	(33)
三、仲裁协议的法律性质	(34)
第三节 仲裁协议的有效条件	(45)
一、仲裁协议的形式条件	(45)
二、仲裁协议的实质要件	(51)
三、仲裁协议的仲裁适合性	(57)
第四节 仲裁协议的其他内容	(75)
第五节 仲裁协议的界限——公共秩序	(76)
第六节 仲裁条款的独立性	(77)
一、问题的所在	(77)
二、学说	(78)
三、立法例	(80)
第七节 中国仲裁法上的有效条件	(84)
一、仲裁协议的基本要素	(84)
二、仲裁协议的其他内容	(88)
三、仲裁协议的补充	(97)
第四章 准据法决定问题	(98)
第一节 准据法决定的意义	(98)
第二节 涉外仲裁的准据法与当事人自治原则	(100)
一、当事人自治的理论前提	(100)
二、当事人自治原则与限制	(101)
三、准据法决定与当事人自治	(103)
四、不存在当事人的意思表示的涉外仲裁准据法 决定	(113)
第三节 中国涉外经济贸易仲裁的准据法	(129)
一、关于准据法选择的法律体系	(129)
二、当事人自治原则与限制	(130)

三、不存在当事人的明示意思表示	(132)
四、准据法的强行适用问题	(135)
五、适用国际惯例	(136)
第四节 小结	(138)
第五章 仲裁裁决	(139)
第一节 导论	(139)
一、仲裁裁决的一般问题	(139)
二、仲裁裁决的性质论	(140)
第二节 仲裁裁决的类型	(144)
一、终局裁决	(144)
二、临时(中间)裁决	(146)
三、缺席裁决(Default Award)	(148)
四、合意裁决	(150)
第三节 裁决的纠正和解释	(150)
第四节 仲裁裁决的形式要件	(152)
第五节 仲裁裁决的实质要件	(156)
一、仲裁裁决的范围	(156)
二、仲裁裁决的一般内容	(160)
三、仲裁裁决理由的记载问题	(162)
四、仲裁费用问题	(168)
第六节 仲裁裁决的期限	(169)
第七节 涉外仲裁中的和解与调解问题	(170)
一、中国涉外仲裁程序中的和解问题	(170)
二、中国涉外仲裁程序中的调解问题	(172)
第八节 仲裁裁决的确定和救济措施	(179)
一、仲裁裁决的确定	(179)
二、仲裁裁决的救济措施	(181)

第六章 中国涉外仲裁裁决的承认及执行问题	(214)
第一节 中国涉外仲裁裁决的承认和执行问题	(214)
一、仲裁裁决的国籍问题	(214)
二、法律体制	(217)
第二节 涉外仲裁裁决的承认与执行	(218)
一、涉外仲裁裁决在境内的执行	(218)
二、涉外仲裁裁决的境外执行	(231)
第七章 外国仲裁裁决的承认及执行	(233)
第一节 关于外国仲裁裁决的承认及执行的诸问题	(233)
第二节 外国仲裁裁决的承认及执行的意义	(235)
一、外国仲裁裁决的意义	(235)
二、外国仲裁裁决的承认及执行的意义	(236)
第三节 外国仲裁裁决的承认及执行的条件	(237)
一、依纽约公约的成立条件	(237)
二、非纽约公约成员国之间的条件	(252)
第四节 外国仲裁裁决的承认及执行的程序	(257)
一、纽约公约中的程序	(257)
二、外国仲裁裁决的执行判决程序	(257)
三、各国的立法例	(259)
四、小结	(270)
第八章 结论	(271)
一、关于现行仲裁法的几个争论	(271)
二、总结	(287)
参考资料	(299)

第一章 导 论

一、研究目的

当今世界随着交通和通讯手段的不断发达,国际经济交流也日益频繁。一国国内经济的涉外因素越来越多,国内经济与国际经济交织在一起,并渐趋融合;国际经济贸易(International Trade)模式也越发复杂化、专门化。以往的国际贸易以商品交易为主,但目前的贸易方式已发展到国际投资贸易、国际技术转让贸易、国际运送贸易、国际服务贸易等。这些贸易往往互相结合在一起,而且国际经济贸易当事人在法律、经济、惯例上又存在差异,因而国际商事争议也相应地大幅增加,案件更复杂,并且其争议标的物价额更大。为解决国际贸易上发生的争议,争议当事人可以依靠国际诉讼和争议代替解决制度(ADR);后者主要是国际商事仲裁。

那么,当事人在国际贸易上产生的一些争议是否能够依各国的内国法院的判决解决?裁判权是国家主权的一部分,因各个国家均有自己的主权,而一国所作出判决的效力不影响到别的国家,由此产生了国际管辖权问题、准据法适用界限问题、外国判决的承认和执行问题、国际司法协助问题以及争议解决效益问题等。即使依国际诉讼得到确定判决,其结果也往往不能满足胜诉当事人的期待。国际经济贸易案件较复杂,并且其适用规范随时

变化,因而,依法院判决来解决国际商事争议不适应迅速发展、急剧变化的国际经济贸易环境。所以,世界各国的商人大多寻找另外一条出路,即当事人依契约自由原则,约定由他们选择的仲裁机构自治地解决争议;同时,在合同书中插入与主合同相区别的仲裁条款,以此解决由主合同产生的一切契约性或非契约性的争议。仲裁制度在国际经济贸易领域逐步被接受并得到欢迎。世界各国为使仲裁制度在国际上得以推广,签订了世界性公约、地域性公约或者双边条约。由此,仲裁制度在国际商事纠纷解决制度中成为最普遍的手段;另外,为防止与国内法律秩序相违反,在国内法上有一定的限制。因此,目前在国际商事仲裁领域最关键的一点是,在国际商事仲裁过程中如何调整当事人自治和法院的干涉。围绕着仲裁程序发生的大多数问题均与此有关。

中国为了适应国际贸易竞争关系迅速发展的需要,把实行对外开放作为一项基本政策。中国自实行对外开放政策以来,与国外的贸易得到迅猛发展。随着国际贸易的发展,国际商事纠纷是不可避免的,而且必然日渐增多。目前存在着调整、和解、诉讼以及仲裁等多种争议解决制度,而仲裁制度之所以能成为解决商事纠纷的良好制度,除了其具有迅速、经济、保密、和谐、自由选择适用法律、疏减诉源、选任仲裁员等内国民民事诉讼制度所不具备的优点之外,主要由于其能以“社会—商事—法律”三者兼顾之特性,润滑商业社会之贸易活动,消弥契约当事人之间的商业冲突,因而成为解决商业纠纷的利器。

尤其是进入 90 年代以来,中国涉外仲裁制度发展速度极快,成就非凡,已成为国际商事仲裁的第二大中心。根据《中国涉外仲裁年刊》(1992 年至 1995 年)记载,仲裁委员会(北京、深圳和上海分会)在 1990 年受理案件共 238 件,结案 203 件(结案率达 85%);在 1995 年受理案件共 896 件,结案 875 件(结案率达

97%)。与1990年相比,1995年受案量增长376%,结案量增长了431%(结案增长率达12%)。中国国际经济贸易仲裁委员会的受案数在世界各国主要的仲裁机构中名列前茅。而且,1994年《仲裁法》和1994年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》已采纳了国际通行的规模和水平。但与此同时,伴随上述受理案件量的增加即国际商事纠纷的增加,也产生了许多亟待研究的法律问题。

近年来,中国法律界对于作为争议解决制度之一的仲裁制度的研究成果已有不少,但大多数以实践方面的内容为主。对理论的适用、应用方面的论文却较为罕见,并且现存的仲裁理论也缺乏系统性。因此,本书的研究目标在于,考察现存的仲裁理论和实践,探究仲裁法颁布以后的理论与实践的结合与应用问题。

商事仲裁制度是依据当事人自治原则,将当事人之间的贸易争议交由当事人自己选任的第三者解决,从而使得纠纷能够迅速、公正处理的争议解决制度之一。因此,仲裁制度的目的在于,如何在整个仲裁过程中实现当事人自治。为此目的,必须有其理论的根据和法律保障。本书研究将尽己所能架构出“仲裁法理”。

涉外仲裁系因跨国境而产生,其理论方面也依大陆法系和英美法系而有所不同,并且国际公约所规定的内容也互不相同,因此,仲裁法规的适用、解释均应当注意各法律体系的特点和限制。中国仲裁法律界一直以诉讼法的观点来理解仲裁理论和实践,并且已经介绍的内容也大多数引用英美法系的资料,然而却未反映德国等大陆法系的仲裁法理论和实践。为弥补这方面的不足,本书的研究将同时介绍并适用英美法系理论和大陆法系理论。

二、研究范围和内容

仲裁制度本身是关于因私的关系而发生争议，依私人资格的仲裁员的裁决行为来解决争议的当事人间的合意；仲裁裁决也是基于仲裁协议作出的。仲裁协议的目标，即当事人要通过仲裁制度达到的惟一目的是圆满地执行裁决。因此，本书将围绕整个仲裁过程，以仲裁协议及其裁决产生的一切问题为主而进行研究。

在中国涉外经济贸易仲裁中，“涉外”的概念如何确定是相当重要的问题。因为其与涉外仲裁的适用范围即《仲裁法》和《国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的适用主体、适用客体、适用对象和地区相关联。这些内容将在第二章中阐述。

仲裁协议也是合同（契约）之一，但是，仲裁协议在整个仲裁过程中所具有的功能非常特殊。围绕着仲裁协议产生的问题主要有：它是与主合同一起拟订的契约之一，因此，仲裁协议的成立完全适用当事人的意思自治原则；但与主合同不同的是，它是为解决因主合同的不履行而产生的问题的一种程序，具有“直诉禁止的效力”的性质论问题，并且这一性质论适用于整个仲裁过程。因此，分析这一性质论，理当成为涉外经济仲裁法理的前提。其主要争论是，该仲裁协议是否一般实体法上的契约或者诉讼法上的契约，这一点在仲裁过程中有巨大的差异。此外，仲裁协议具有独立性的效力，因而产生了许多相关法律上的问题。

目前与仲裁协议有关的热点是仲裁协议的适用对象与范围。一般说来，仲裁协议的适用对象是有处分可能的实体法上的争议。近年来，以美国判例为中心，西方国家将其适用范围扩大到以前由政府机构控制的知识产权法、反垄断法、证券交易法等范围。此外，仲裁制度本身是依当事人自治原则自由地解决双方之间的争议，但当事人利用仲裁制度规避国家法规时，即其协议与

国家的公共秩序等相抵触时,其效力如何处理,这就是其适用界限问题。

仲裁协议以争议的迅速、公正解决为目的,并且协议本身具有独立效力。在协议缔结时应该注意其内容、形式,而当仲裁协议不具备合法条件时,应通过何种途径予以补充。这些问题也是第三章仲裁协议的主要研究对象。

在国际商事仲裁的实践中,仲裁庭在裁决案件时,依哪种规则进行仲裁程序,是在仲裁运用过程中相当重要的问题。此外,当事人对他们之间存在的争议拟订仲裁协议时,其仲裁协议的形式和实质条件是否有效、仲裁程序是否合法并公正、仲裁协议不履行时的效果、仲裁裁决的撤销条件等问题,依照各国的仲裁立法常有不同。而在仲裁运用上产生这种法律适用上的冲突时,依据何国法律或国际惯例解决,各国或国际公约对此均未作明确规定,因此仍然将它留给国际私法来解决。在国际贸易往来当中,贸易双方当事人为了解决由其国际合同可能引起的争议,可以在国际合同中插入准据法条款。准据法条款可以预测从国际契约上可能发生的争议的结果;但是,如果事先未确定准据法,当事人会因不能预测契约引起争议的结果,而花费许多时间和金钱。那么,以何种方式来确定其准据法,此问题将在本书第四章讨论。

仲裁裁决为仲裁执行的必需要件,因此裁决应该以合法、妥当的程序来进行。为此,裁决应当具备形式上、实质上的条件以及其他程序条件。如果仲裁庭合法地作出裁决,其裁决具备一定的效力,当事人就应依照这一效力履行其裁决书上的义务;但如果程序上存在瑕疵,应允许当事人申请撤销该裁决。但对申请程序、撤销后再审问题,中国仲裁法均无明文规定,因而应寻找较合适的解决方法。仲裁和调解是两种不同的解决争议的办法,将仲裁和调解有机地结合起来,是中国国际经济贸易仲裁的一个重

要的特点。对这些问题将在第五章考察。

涉外仲裁机构所作出的裁决在何种条件下可在境内申请承认和执行程序、不予执行的情形如何以及不予执行裁决后如何处理等问题,均在第六章加以分析。

中国涉外仲裁机构作出的裁决在境外如何予以执行,与外国仲裁裁决的承认和执行问题密切相关,因此在第七章,本人将外国仲裁裁决的承认与执行条件依照加入世界公约(《纽约公约》)的场合和非《纽约公约》成员国的情况分开阐述。

最后,本书将在第八章,通过对中国仲裁法上存在的争论的考察,就中国仲裁法的发展方向提出个人的观点。

三、拟采取的研究方法

首先,以比较方法论为中心进行考察。由于商事仲裁本身包含国际性,因此需要先考察外国仲裁法理与惯例,然后对中国涉外经济贸易仲裁协议与裁决的最佳方式进行探索。其次,采用法律社会学研究模式。法律社会学注重法律之社会目的,它是依据研究社会之法则,对于法律之功能或效用而为深刻研究的方法。其含义就是强调法律的实行、功能和成效;换句话说,就是要通过具体的社会需求研究中国涉外经济贸易仲裁协议的功能和效果。再次,采用法哲学研究方式。此处所谓的法哲学研究方式是以法学普遍性或道德规范为基础的研究模式。研究法学须有观点,该观点属于法哲学的领域的,也就是我们对于一切事物和现象所保持的一种基本的看法。法哲学研究方式不能与价值分离,而价值问题若无事实根据,则不过是空想。本书采用的法哲学研究方式,将在以事实为根据的基础上,提供中国涉外仲裁的发展模式。

仲裁法学本身是实践性很强的学问,但是理论方面也不可忽视。研究涉外经济贸易仲裁,不可避免地要涉及不同国家有关国

际经济贸易仲裁的立法与实践。因此,我将首先对国际商事仲裁理论和规约做一些介绍,调查其与中国国际经济贸易仲裁规则的关联性和差异点;然后,以有关中国的涉外经济法律规定规则为依据,在理论与实践紧密结合的基础上,全面系统地阐明涉外仲裁的基本功能和现状,并且深入研究中国涉外仲裁的发展方向以及提出本人的观点。

第二章 中国涉外经济贸易仲裁 的法律地位和现状

第一节 中国涉外经济贸易 仲裁的法律地位

一、中国涉外经济贸易仲裁的概念与意义

中国涉外经济贸易仲裁具有独特的法律地位，它有别于国内经济仲裁和海事仲裁。中国涉外经济贸易仲裁与国内经济仲裁及海事仲裁相比，因仲裁机构、适用主体和适用对象的不同，而在适用法规以及法院的干涉程度等方面均有差异。所以，为了分析中国的涉外经济贸易仲裁制度，首先有必要弄清涉外经济贸易仲裁的概念和意义。“中国涉外经济贸易仲裁”，实际上就是指中国国际经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会所进行的仲裁。中国国际经济贸易仲裁委员会是处理国际经济贸易争议案件的惟一常设仲裁机构，中国海事仲裁委员会是处理国际海事争议案件的常设仲裁机构。限于本书的研究范围，在这里只对中国涉外经济贸易仲裁进行阐述。

对“涉外”的含义，学者的观点有所不同。有的认为“涉

外”就是“国际”；^{〔1〕}有的认为“涉外”比“国际”的范围要广。^{〔2〕}坚持前一观点的学者主张，在中国法律界，“国际”和“涉外”只是称谓有所不同而已，私法意义上的涉外经济贸易仲裁与国际经济贸易仲裁应该是相同的概念。^{〔3〕}但是，笔者认为，“涉外”与“国际”在中国法律体制上是完全不同的两个概念，而且“涉外”这一法律用语在中国具有其独特的意思，即在“管辖权问题”和“适用主体”方面有所区别：（1）虽然中国的台湾地区不属于中国政府的管辖范畴，但是，中国的主权仍然及于这个地区。^{〔4〕}因此，在经济实践中，为解决中国内地与上述地区在私法交易上产生的争议，创造了“涉外”的概念。这一词以“管辖权”为标准，是相对于纯粹的“国内”而言的。（2）一般来说，“涉外”概念的前提是以个人为当事人的争议问题，“国际”的概念适用于以国家为一方当事人的争议问题，如《解决投资争端国际中心仲裁规则》适用于以国家为一方当事人的国际投资争议，因此，属于“国际”商事仲裁的领域，一般不使用“涉外经济（商事）仲裁”的概念。

除上述之外，“涉外”与“国际”两个概念的具体含义，还有争论。从中国最高人民法院司法解释和《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》来看，可以推断出其含义。

1. 最高人民法院《关于贯彻〈民事诉讼法（试行）〉若干问题的意见》中对“涉外诉讼程序问题”阐述道：“人民法院审理

〔1〕 郭成伟、张培田主编：《仲裁法实用全书》，中国政法大学出版社1993年版，第152～153页。

〔2〕 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中，“第十八章 涉外民事诉讼程序的特别规定”。

〔3〕 谭兵主编：《中国仲裁制度研究》，法律出版社1995年版，第262页。

〔4〕 肖钢主编：《经济合同法实例说》，湖南人民出版社1995年版，第137页。

诉讼当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织的涉外民事案件，应当适用民事诉讼法关于涉外民事诉讼程序的特别规定，坚持主权、对等和当事人的诉讼权利、义务同等的原则。”

2. 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第十八章“涉外民事诉讼程序的特别规定”中将“涉外民事案件”规定为：“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。”^{〔1〕}

3. 最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第1条第1款将其适用主体和适用范围规定为，“涉及到中国的企业或者其他经济组织同外国的企业、其他经济组织或者个人之间订立的货物买卖合同、合资经营企业合作经营企业合作、合作勘探开发自然资源合同、信贷合同、租赁合同、技术转让合同、工程承包合同、成套设备供应合同、加工承揽合同、劳动合同、补偿贸易合同、科技咨询合同或者设计合同、担保合同、保险合同、仓储保管合同、委托代理合同等”。但是，该合同法是针对“经济业务关系”的，因非经济业务合同而产生的法律关系均不是涉外经济合同法的调整对象。^{〔2〕}因此，比下面中国国际经济贸易仲裁委员会所规定的调整范围更为狭窄。

4. 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第2条将“国际”或者“涉外”案件的范围具体规定为，“外国法人及/或自然

〔1〕 该解释是最高人民法院审判委员会第528次会议讨论通过的。

〔2〕 肖兹方、蒋国庆、蒋瑛主编：《涉外经济法》，四川大学出版社1995年版，第16页。