

刘想树 【著】

中国涉外 仲裁裁决制度 与学理研究

**A Jurisprudential Study on the
International Commercial Arbitral
Award System of China**

法 律 出 版 社

中国涉外仲裁裁决 制度与学理研究

刘想树 著

1167/07

法律出版社

刘想树 【著】

中国涉外 仲裁裁决制度 与学理研究

**A Jurisprudential study on the
International Commercial Arbitral
Award System of China**



法 律 出 版 社



20007909

图书在版编目(CIP)数据

中国涉外仲裁裁决制度与学理研究/刘想树著. —北京:
法律出版社, 2001. 7

ISBN 7-5036-3441-3

I. 中… II. 刘… III. 涉外案件—仲裁裁决—研究—
中国 IV. D 997. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 033037 号

出版·发行 / 法律出版社

经销 / 新华书店

责任印制 / 陶 松

责任校对 / 何 萍

印刷 / 北京朝阳北苑印刷厂

开本 / A5

印张 / 8.25 字数 / 220 千

版本 / 2001 年 8 月第 1 版

2001 年 8 月第 1 次印刷

社址 / 北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址 / <http://www.lawpresschina.com>

电子信箱 / pholaw@public.bta.net.cn

电话 / 88414899 88414900(发行部)

88414121(总编室) 88414895(责任编辑)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3441-3/D·3158

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序 言

中国涉外仲裁实践始于 20 世纪 50 年代。最早的涉外仲裁机构成立于 1956 年,当时称为中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会,后经两次更改,现名中国国际经济贸易仲裁委员会。另一个涉外仲裁机构是中国海事仲裁委员会,它成立于 1959 年。经过了四十多年的实践,这两个仲裁委员会已崛起为亚太地区的主要仲裁机构,在国际仲裁界享有较好的声誉。尤其近二十几年,两个涉外仲裁机构几次修订其仲裁规则,中国涉外仲裁法制建设取得了长足的发展。1986 年 12 月 2 日,中国加入 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决国际公约》,由此揭开了中国涉外仲裁制度国际化的序幕。1994 年 8 月 31 日通过的《中华人民共和国仲裁法》设专章对涉外仲裁作了特别规定,奠定了中国涉外仲裁法制的基础。但由于在理论上对中国涉外仲裁制度尚缺乏深入系统的研究,中国涉外仲裁实践中仍面临诸多问题。

在仲裁制度中,仲裁裁决犹如司法判决,是仲裁程序的终点,既为当事人格外关注,也是法院对仲裁进行监督的重要方面。在我目力所及的范围内,目前我国从理论上阐释中国涉外仲裁裁决制度的著述并不多见,从学理上分析中国涉外仲裁裁决的更少。西南政法大学青年学者刘想树副教授耗时三年,潜心研究中国涉外仲裁裁决,终成此书,真乃学界之幸事。该书从学理上系统探讨了中国涉外仲裁裁决制度,选题角度新颖,内容丰富,结构严谨,分析入理,是一部难得的佳作。相信此书能为推动中国涉外仲裁裁决制度与学理的进一步研究和中国涉外仲裁裁决的实践起到积极

作用。

值此书出版之际,略志数语以表祝贺。

赵相林

2001年5月5日

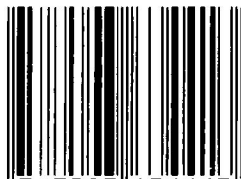


作者简介

刘想树，1965年生于湖北云梦。1981年考入西南政法学院法律系，1985年毕业时获法学学士学位。同年推荐免试为该院法理学专业硕士研究生，1988年毕业并获法学硕士学位后留该院任国际私法教师。现为西南政法大学副教授、硕士研究生导师、国际法教研室主任，兼任中国国际私法学会理事、重庆仲裁委员会仲裁员、重庆仲裁委员会专家咨询委员会委员。主要著述有：《国际私法基本问题研究》（专著）、《国际私法学》（副主编）、《中国涉外经济法概论》（参编）、《法理宪法若干理论问题研究》（合著）、《中国仲裁制度》（参编）、《国际私法中的识别问题比较研究》（论文）、《中国国际私法学重构的几个问题》（论文）、《国际私法的融通性与民族性论纲》（论文）、《从国际私法评法理学的两个问题》（论文）、《中国涉外仲裁裁决执行制度之评析》（论文）等。

责任编辑·赵利铭 封面设计·蕾铄 王晨

ISBN 7-5036-3441-3



9 787503 634413 >

ISBN7-5036-3441-3/D · 3095 定价：20.00元

目 录

第一章 中国涉外仲裁解析	1
一、中国涉外仲裁的涵义	1
(一) 仲裁的意义和类别	1
(二) 中国涉外仲裁的涵义	6
二、中国涉外仲裁的性质	15
(一) 有关国际商事仲裁性质的学说	15
(二) 中国涉外仲裁的性质	19
三、中国涉外仲裁机构	23
(一) 中国国际经济贸易仲裁委员会	23
(二) 中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁规则 及其程序	27
(三) 中国海事仲裁委员会	34
四、中国涉外仲裁的基本原则	35
(一) 自愿原则	35
(二) 独立仲裁原则	37
(三) 公正原则	39
(四) 一裁终局原则	40
第二章 涉外仲裁裁决的基石	41
一、仲裁协议的意义和种类	41
(一) 仲裁协议的意义	41
(二) 仲裁协议的种类	43
(三) 仲裁协议的特征	45

二、仲裁协议的基本内容	46
(一)提交仲裁的争议事项	46
(二)仲裁地点	47
(三)仲裁机构	48
(四)仲裁规则	50
(五)仲裁裁决的效力	51
三、仲裁协议的有效要件	53
(一)仲裁协议当事人的行为能力	54
(二)意思表示真实	56
(三)仲裁协议的内容必须合法	57
(四)仲裁协议的形式合法	60
四、仲裁协议的法律效力	65
(一)对当事人的法律效力	66
(二)对仲裁机构的法律效力	67
(三)对法院的法律效力	68
(四)使仲裁裁决具有强制执行的法律效力	70
五、仲裁协议效力的确定	71
(一)仲裁协议效力的确认机构	71
(二)确定仲裁协议效力的准据法	73
六、有缺陷的仲裁协议及其补救	87
(一)有缺陷的仲裁协议之情形	87
(二)有缺陷仲裁协议之补救	90
七、仲裁条款的独立性问题	92
(一)仲裁条款独立性问题的理论纷争	92
(二)有关仲裁条款独立性原则的立法与实践	97
(三)中国有关仲裁条款独立性原则的规定和实践	101
第三章 涉外仲裁裁决之形成	110
一、涉外仲裁之审理程序和审理方式	110

(一) 仲裁审理程序的确定	110
(二) 仲裁审理的方式	113
二、涉外仲裁中的事实认定	119
(一) 涉外仲裁事实	119
(二) 涉外仲裁事实的认定方法	121
三、仲裁程序法的适用	128
(一) 仲裁程序法的一般理论	128
(二) 适用当事人选择的仲裁程序法	132
(三) 当事人未作选择时适用的仲裁程序法	136
四、仲裁实体法的适用	138
(一) 适用双方当事人协议选择的实体法	139
(二) 适用仲裁庭依冲突规则确定的实体法	144
(三) 适用国际惯例	146
五、涉外仲裁裁决的作出	153
(一) 仲裁裁决作出的期限	154
(二) 作出仲裁裁决的表决原则	155
(三) 仲裁裁决的交存、登记	157
第四章 涉外仲裁裁决之认定、类型及有效性	159
一、中国涉外仲裁裁决的认定	159
(一) 仲裁裁决的含义	159
(二) 中国涉外仲裁裁决的认定	161
二、涉外仲裁裁决的类型	165
(一) 合意仲裁裁决与非合意仲裁裁决	165
(二) 中间仲裁裁决、部分仲裁裁决和终局仲裁裁决	168
(三) 缺席裁决与对席裁决	173
(四) 补充裁决与被补充裁决	176
三、有效涉外仲裁裁决的形式和内容	177
(一) 有效涉外仲裁裁决的形式	177

(二)有效涉外仲裁裁决的内容	178
(三)涉外仲裁裁决的解释、更正与补充	181
四、涉外仲裁裁决的效力	184
(一)既判力	185
(二)执行力	188
(三)预决力	190
(四)程序终结力	191
第五章 错误涉外仲裁裁决的识别与补救	192
一、错误涉外仲裁裁决的识别	192
(一)违背公共秩序	194
(二)实质性错误	196
(三)程序性错误	203
二、错误涉外仲裁裁决的补救	211
(一)态度与方式	211
(二)我国对错误涉外仲裁裁决的补救方式	214
第六章 中国涉外仲裁裁决的承认与执行	221
一、仲裁裁决承认与执行的意义	221
二、中国涉外仲裁裁决在中国大陆的承认与执行	224
(一)中国大陆执行涉外仲裁裁决制度的历史沿革	224
(二)中国大陆现行涉外仲裁裁决执行之法律规定及其检讨	226
(三)涉外仲裁裁决在中国大陆执行实践中存在的主要问题	232
(四)拒绝承认与执行涉外或外国仲裁裁决的报告制度的反思	238
三、中国涉外仲裁裁决在香港、澳门、台湾地区的承认与执行	240
(一)“一国两制”“四法域”下的冲突与整合	240

(二)中国涉外仲裁裁决在香港特别行政区的承认与 执行	242
(三)中国涉外仲裁裁决在澳门、台湾地区的承认与 执行	246
四、中国涉外仲裁裁决在外国的承认与执行	248
后记	251

第一章 中国涉外仲裁解析

一、中国涉外仲裁的涵义

涉外仲裁的涵义,依赖对仲裁意义的界定和类别的划分,故此须先行予以明晰。

(一)仲裁的意义和类别

1. 仲裁的意义

仲裁,亦称公断,在汉语中,“仲”字,《说文》注解为:“仲,中也。”表示地位居中;“裁”字在古汉语中,意为裁定、判断。“仲裁”即居中公断之意。“仲裁”对应的英文词为 arbitration,表示由第三方在双方之间进行裁断。仲裁作为解决争议的一种方式,古已有之。早在古罗马时代,就有用仲裁方式解决商业贸易纠纷的先例。对此,《十二铜表法》中已有记载。当罗马成为强国后,各城邦都纷纷将争议提交其元老院仲裁。在雅典,人们也经常任用私人仲裁员,根据公开原则解决争议。不过,由于当时尚无仲裁立法,仲裁所遵循的以及约束当事人的规则仅仅是道德规范。

仲裁真正成为一项法律制度始于中世纪。英国在公元 1347 年就有关于仲裁的史料记载。14 世纪,瑞典也有一个地方法典把仲裁作为解决纠纷的手段列入其中。1697 年,英国议会正式承认了仲裁制度。19 世纪末 20 世纪初,由于商品生产和国际经济贸易的发展,仲裁制度普及于世界各国,许多国家都制定了有关的仲裁法规,承认仲裁的法律地位。但这一时期的仲裁立法,主要确认了仲裁是解决国内民商事争议的一种制度。

仲裁作为解决国际民商事争议的一种手段,是随着国际贸易

的发展而逐步发展起来的。从 11 世纪开始,意大利、法国、英国等国的主要集市和港口城市通商贸易有了相当程度的发展。为解决商业贸易中的纠纷,商人们在各主要集市和港口城市设立了处理商事争议的商事法院。^① 这些商事法院不是现代意义上的法院,而是类似于国际商事仲裁机构。商事法院处理争议的程序具有迅速和非正式的特点,裁决依据的是商人习惯法即商事惯例,“在没有支配有关问题的商事习惯时,则根据‘良心’作出。”^② 按照惯例,商事法院在处理争议时本国商人和外国商人各占一半。18 世纪末至 19 世纪初,随着现代意义上的民族国家的兴起,中世纪具有普遍意义的商人习惯法被各国国内法所吸收。在此期间,尽管商人习惯法仍有国际性的特点,但作为主权国家法律的特点却大大地加强了。^③

19 世纪末 20 世纪初,仲裁被作为一种解决国际商事纠纷的常用方法得到国际社会的普遍承认。进入 20 世纪后,由于资本主义商品生产和国际经济贸易的迅速发展,仲裁制度普及于世界各

① “商事法院包括市场法院和集市法院、商人行会法院和城市法院。虽然行会法院和城市法院并非只是涉及商事案件,但它们所拥有的极其广泛的商事管辖权使它们有理由被当作商事法院。”“市场法院和集市法院……是非专业的社会共同体法院,法官由市场或集市的商人们从他们的成员中选出。行会法院也是非专业法院,这种法院一般只是由行会首脑或他的代表组成,但在商事案件中,他经常选择 2—3 名行会商人成员担任审判员。在个别情况下,一名专业法学家将与商人陪审员一道参与审判。专业公证人经常充当办理法律手续的书记员角色。城市商事法院也是经常由商人们选举的同行组成。”“另一种类型的商事法院是港口城镇中的地方海事法院,它们对涉及海运货物的商事案件和海事案件拥有管辖权。这些法院——被称为 admiralty court——‘在潮汐之间’于海滨开庭。”[美]哈罗德·J·伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 421、422 页。

② [美]哈罗德·J·伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 418 页。

③ 参见郭寿康、赵秀文主编:《国际经济贸易仲裁法》,中国法制出版社 1995 年版,第 2 页。

国,许多国家陆续修改或制定有关法律,专门规定国际商事仲裁的有关问题,并设立仲裁机构,受理或专门受理国际商事案件。瑞典于1917年成立了斯德哥尔摩商会仲裁院,并于1929年通过了《瑞典仲裁法》和《外国仲裁条例》。美国于1922年成立了美国仲裁协会。为了适应国际商事仲裁实践的需要,协调各国仲裁规范之间的冲突,国际社会也开始了统一国际仲裁立法的活动。1923年,由国际联盟主持在日内瓦签订了关于承认仲裁条款的《仲裁条款议定书》,1927年又缔结了第一个关于执行外国仲裁裁决的公约即《关于执行外国仲裁裁决的公约》。1958年联合国在纽约召开了国际商事仲裁会议,制定了《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》(以下简称为《纽约公约》)。

仲裁在其发展过程中,解决争议的领域从纯粹的商事争议逐渐扩大到劳动争议和国家间争端。但是,由于劳动争议和国际争端不具有民商事性质,因此,世界各国往往把民商事仲裁与劳动争议仲裁分由不同的法律加以调整,而对于国际争端仲裁的法律调整则主要是借助于国家间的双边条约或国际公约与国际习惯。

由上不难看出仲裁历经的三个演变:一是从原始的、基于道德规范约束的仲裁发展到现代的、依靠法律强制力予以保障的仲裁;二是从解决国内民商事争议的仲裁发展到解决国际民商事争议的仲裁;三是从解决民商法范畴争议的仲裁发展到解决国际法范畴争议的仲裁。

由上还不难看出,仲裁是一个历史范畴,在不同的时期有不同的内涵。仲裁也是一个地域性较强的概念,不同的国家和地区对其也会有不同的解释。大陆法系和英美法系关于仲裁概念的主要区别在于法院是否干预仲裁裁决的实体问题。在英美法系国家,法院审查仲裁裁决所涉及的实体问题以较微弱的形式存在,而大陆法系国家的法院则根本不能干预仲裁裁决的实体问题。而曾经被视为两大法系关于仲裁概念不同之处的仲裁员可否依当事人合

意授权而进行友谊仲裁和仲裁裁决是否需附注理由,时下正趋于一致。^①

我国对仲裁的法学解释主要有狭义和广义两种观点:狭义的观点将仲裁解释为:“争议双方在争议发生前或争议发生后达成协议,自愿将争议交给第三者作出裁决,双方有义务执行的一种解决争议的方法。”^② 广义的观点将仲裁解释为:“根据有关规定或者当事人之间的协议,由一定的机构以第三者的身份,对双方发生的争议,在事实上作出判断,在权利义务上作出裁决的一种方式。”^③ 狭义的解释和广义的解释的根本区别在于仲裁根据的不同。依狭义的观点,仲裁只能以双方当事人之间订立的仲裁协议为根据,“无协议,无仲裁”。依广义的观点,仲裁的根据既可以是双方当事人之间订立的仲裁协议,又可以是有关法律法规或规章之关于一方当事人直接提请仲裁的规定。应该说,狭义的观点仅仅反映了我国《仲裁法》的规定,没有反映我国仲裁体系的全貌,它只适用于民商事仲裁。^④ 广义的观点则不仅体现了我国《仲裁法》的规定,而且也涵盖了我国其他法律法规乃至行政规章所确认的仲裁形式,如劳动争议仲裁和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷仲裁。由于本书关注的是民商事仲裁,与劳动争议仲裁及行政仲裁无涉,因而采取狭义的观点。

2. 仲裁的类别

① 参见李虎著:《国际商事仲裁裁决的强制执行——特别述及仲裁裁决在中国的强制执行》,法律出版社 2000 年版,第 2—8 页。

② 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 807 页。

③ 谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社 1995 年版,第 1 页。

④ 《中华人民共和国仲裁法》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”。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。”

依据不同的标准,仲裁可以分为不同的类型。按照仲裁组织的产生对固定仲裁机构的依赖程度和仲裁组织存在时间的长短,^① 可以将仲裁分为临时仲裁和机构仲裁。临时仲裁是无固定仲裁机构介入而由当事人各方通过仲裁协议直接指定仲裁员组成仲裁庭的仲裁。争议解决后,仲裁庭即告解散。机构仲裁是依照当事人之间的仲裁协议而将争议交由约定的常设仲裁机构进行的仲裁;以仲裁裁决的依据为标准,仲裁可以分为依法仲裁和友谊仲裁。依法仲裁是指仲裁员必须依法作出裁决,它是现代仲裁制度的一般形式,也是各主权国家对仲裁的一般要求。友谊仲裁(Amiable Arbitration)又称友好仲裁,是指仲裁活动和裁决并非严格依据法律而是依据当事人约定的公平合理原则和商业惯例进行的仲裁;按照组成仲裁庭的仲裁员的数目,仲裁可以分为独任仲裁和合议仲裁。独任仲裁是由一名仲裁员对某一争议全权负责的仲裁。合议仲裁是由三名或三名以上的仲裁员组成仲裁庭进行的仲裁。

基于本书主旨,笔者将依仲裁适用的领域进行分类。仲裁依其适用的领域不同可以划分为四种类型,^② 即国内仲裁、国际仲裁、跨国仲裁和国际商事仲裁。

国内仲裁是指专门解决一国国内商事或非商事争议的仲裁,即不具有涉外因素的仲裁。它所要解决的是具有同一国籍或在同一国家有住所的双方当事人之间有关争议的标的和导致争议发生

① 参见谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第67页。

② 有的学者主张分为国内仲裁和国际仲裁两类。参见李浩培著:《国际民事程序法概论》,法律出版社1996年版,第199页;有的学者主张分为国际仲裁、国内仲裁和国际商事仲裁三类。参见韩健著:《国际商事仲裁法理论与实践》(修订本),法律出版社2000年版,第1页以及赵相林、宣增益著:《国际民事诉讼与国际商事仲裁》,中国政法大学出版社1994年版,第149—150页;有的学者主张分为公法的仲裁和私法的仲裁两类。参见肖永平编著:《中国仲裁法教程》,武汉大学出版社1997年版,第3页。