

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

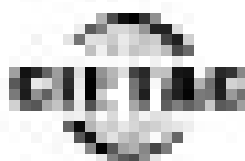
中国国际经济贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会 主办
中国国际贸易促进委员会法律事务部
中国国际商会仲裁研究所



仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

CHINA
ARBITRATION
JOURNAL



仲 裁 与 法 律

2002 年第 2 期(总第 79 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 . 2002 年第 2 期 / 中国国际经济贸易仲裁委员会等主办 . - 北京 : 法律出版社 , 2002. 4
ISBN 7 - 5036 - 3716 - 1

I . 仲… II . 中… III . ①仲裁法 - 研究 - 动态
中国②仲裁法 , 各国 - 研究 IV . ①D925. 704
②D915. 704

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 025094 号

出版 / 法律出版社
印刷 / 北京朝阳北苑印刷厂
责任印制 / 李 跃

总发行 / 中国法律图书公司
经销 / 新华书店
责任校对 / 何 萍

开本 / A5
版本 / 2002 年 4 月第 1 版

印张 / 4.75 字数 / 117 千
2002 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社地址 / 北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层 (100037)
电子信箱 / pholaw@public. bta. net. cn
传真 / (010) 88414115
电话 / (010) 88414121 (总编室) (010) 88414137 (责任编辑)

中国法律图书公司地址 / 北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层 (100037)
传真 / (010) 88414897
电话 / (010) 88414899 88414900
(010) 62534456 (北京分公司) (010) 65120887 (西总布营业部)
(010) 88414934 (科原大厦营业部) (010) 88960092 (八大处营业部)
(021) 62071679 (上海公司)

商务网址 / www.chinalaw-book.com

出版声明 / 版权所有 , 侵权必究。
书号 : ISBN 7 - 5036 - 3716 - 1 / D · 3351
定价 : 10.00 元 (全年定价 : 60.00 元)
(如有缺页或倒装 , 本社负责退换)

仲裁与法律

2002 年第 2 期(总第 79 期)

主 编:王承杰

副主编:曲竹君

编 委:黎晓光 王文英 罗利伟 王 政
刘文仲 李 虎 康 义 汪 翌

编辑部地址:中国北京朝阳区亮马桥路 32 号
高澜大厦六层

邮 政 编 码:100016

电 话:(010)64646688

传 真:(010)64643500

电 子 信 箱:CIETAC@public.bta.net.cn

网 址:[http //www.CIETAC.org.cn](http://www.CIETAC.org.cn)

目 录

· 仲裁动态 ·

- 贸仲与日本国际商事仲裁协会签订仲裁合作协议 (1)
国际律师联盟调解中心论坛会议暨研讨会在香港
举行 (3)
全国律师涉外仲裁法律培训班在京举办 (5)

· 专 论 争 鸣 ·

- 争议解决协议及其可执行性 王文英 (7)
香港内地相互执行仲裁裁决机制的建立及其相关
的若干问题 张宪初 (26)

· 特 载 ·

- 是否存在仲裁不公正的严重情形 朱建林 (54)
《纽约公约》应否修订以增加法院介入仲裁程序
的规定 雅克·沃纳(著)黄雁明(译) (76)
浅谈仲裁裁决中司法救济请求权的告知 耿庆文 (85)

· 案例精辟 ·

- 中外合资公司董事会纪要及股权转让的效力认定
..... 周成新 (87)

· 域名争议专栏 ·

互联网络域名争议解决机制

——以贸仲为例 李 虎 (96)

亚洲域名争议解决中心简介 (119)

统一域名争议解决政策 (122)

统一域名争议解决政策之规则 (128)

亚洲域名争议解决中心关于互联网络名称及数码分配公司

(ICANN)《统一域名争议解决政策之规则》之补充规则 (138)

仲裁动态

贸仲与日本国际商事仲裁协会 签订仲裁合作协议

2002年3月7日,以山本幸助理事长为团长的日本国际商事仲裁协会(THE JAPAN COMMERCIAL ARBITRATION ASSOCIATION,简称JACA)访问团应邀对中国国际经济贸易仲裁委员会(简称贸仲或CIETAC)进行了友好访问并与贸仲签署了仲裁合作协议。

当日下午,贸促会副会长兼贸仲副主任刘文杰、贸促会法律部副部长兼贸仲副主任王生长、贸仲仲裁研究所主任兼贸仲副秘书长王承杰等在贸仲贵宾室热情接见了日本同行。宾主双方就商事仲裁事业在21世纪广阔的发展前景以及双方行将在新世纪进行的多层面的合作进行了广泛而深入的探讨,在许多重要问题上达成了共识。

日本国际商事仲裁协会是日本官方设立的三个仲裁机构中最具影响力的一个,自20世纪70年代起就与贸仲建立了良好的伙伴关系。座谈会上,刘文杰副会长首先对日本客人的来访表示欢迎,他强调日本是中国最大的贸易伙伴之一,两国在贸易、经济技术合作方面都有很大的合作空间;商事仲裁是大有可为的,愿双方携手共同做好这项工作。刘副会长还向客人介绍了CIETAC在做好仲裁公正与效率方面所取得的成功经验。王生长副主任的发言强调了亚洲当事人的文化背景趋同、争议解决的习惯等方面有很多相似之处,亚洲当事人到西方仲裁将会大大增加仲裁成本,还

会造成诸多不便,如何鼓励更多的亚洲当事人在亚洲本土解决争议是两仲裁机构需继续研讨的课题。王副主任还介绍了 CIETAC 域名争议解决中心的有关情况。日本客人首先对 CIETAC 近十几年取得的巨大成就深表钦佩,并介绍了日本国内的司法改革、仲裁制度与律师制度改革的有关情况,以及 JACA 将于今年 6 月启用新名称(日本商事仲裁协会),扩大受案范围至国内纠纷等情况。目前在日本仲裁与调解已经越来越多地受到公司企业和律师的青睐。

当日晚,双方在昆仑饭店举行了隆重的两机构仲裁合作协议签字仪式,中国贸促会会长兼贸仲主任俞晓松和日本国际商事仲裁协会山本幸助理事长分别代表双方在合作协议上签字。依据该协议,双方将在信息交流、资料交换、人员培训与互访以及提供开庭协助等方面展开合作。

无疑,21 世纪将是太平洋的世纪,是亚洲的世纪。商事仲裁事业方兴未艾。随着亚洲经济的腾飞,争议的数量和对仲裁的需求将不断增长,有理由相信,最具活力的商事仲裁将成为 21 世纪最重要的争议解决方式。

(仲裁研究所供稿)

国际律师联盟调解中心论坛会议 暨研讨会在香港举行

继 2001 年 4 月布鲁塞尔会议和 11 月日内瓦会议之后,国际律师联盟(UIA)调解中心论坛又于 2002 年 4 月 1—2 日在香港举行了第三次成员会议,并于 2002 年 4 月 3—4 日在香港举办了研讨会。贸促会法律部派出赵健、李虎和魏庆阳三人参加了本次成员会议和研讨会,并向会议提交了题为“中国贸促会/国际商会调解中心及其调解”的文章。

2002 年 4 月 1 日—2 日的成员会议根据上次会议的分组情况,主要讨论了如下议题:

1. 调解员守则;
2. 调解费的收取以及调解员和调解中心提供的服务;
3. 调解员培训。

来自中国、法国、意大利、澳大利亚、刚果及香港等国家和地区的近三十位代表出席了成员会议。与会代表就上述议题分别介绍了各自调解中心及其本国(地区)调解的有关规定或实际做法,并就调解员守则基本达成共识,原则通过了 UIA 调解员守则。与会代表均认为,调解员在调解过程中应保持独立、公正,并勤勉行事,为此,调解员应承担披露的义务,也应该在调解程序开始之前让调解参加人了解调解的程序、调解员和当事人的作用及保密义务、调解费等。调解员还必须适当培训并不断提高调解技巧。

本次会议还通过了由“调解费”工作小组提交的“UIA 调解费

与调解机构服务内容的工作报告”。该报告认为调解费的收取与调解员和调解机构提供的服务应相互挂钩,并应具备透明度。

就调解员的培训,各国的做法大同小异,即有关人员在被聘任调解员之前应接受调解的原则、调解的技巧、调解员守则、调解程序等课程培训。

很新颖的是,香港调解中心与香港社会工作部一道推广一项名为朋辈调解的项目(peer mediator project),即在少年学生中推广调解方式解决相互之间的纷争,该活动已初见成效。

本次会议确定,UIA 调解中心论坛第四次会议拟定将于 2003 年 1 月在意大利米兰举行,主要讨论调解的市场推广和调解规则等议题。

2002 年 4 月 3 日—4 日的研讨会面向公众,主要是探讨预防纠纷的各种办法。

在会议期间,贸仲域名争议解决中心秘书长李虎先生还同香港国际仲裁中心秘书长陶荣先生就亚洲域名争议解决中心下一步的业务推广问题举行了小型会谈,并就有关推广的形式和做法达成了初步的意见。

(调解中心供稿)

全国律师涉外仲裁法律培训班在京举办

2002年4月5—8日,全国律师涉外仲裁法律业务培训班在北京隆重举办,近400名来自全国各地的律师踊跃参加了此次培训班。此次培训班由中华全国律师协会和中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会联合举办。

仲裁在国际经贸海事领域有着悠久的历史,是涉外经贸当事人乐于选择的一种争议解决方式。仲裁相对诉讼所独具的特点和优越性已为众人所知。1995年《中华人民共和国仲裁法》(下称仲裁法)颁布以后,我国的仲裁事业迅速发展,仲裁机构如雨后春笋般在全国涌现,但是仲裁制度尚需完善。宣传仲裁法、研究仲裁法、完善仲裁法律制度仍是仲裁从业人士的艰巨任务。尤其是我国加入WTO之后,我国经济更加融入到全球经济一体化当中,对外经贸关系的发展为仲裁提供了更加广阔的舞台。同时,外国仲裁机构和律师事务所对进入我国法律服务市场跃跃欲试,我国仲裁机构和律师面临着十分严峻的挑战。在此背景下,作为开创中国仲裁历史先河的我两仲裁委员会首次与中华全国律师协会合作举办此次培训班,可以帮助律师全面掌握仲裁的法律理论,了解两仲裁委员会的仲裁实践,提高律师的仲裁业务水平,推动律师界对仲裁法律制度的研究和实践参与。

此次培训班邀请了国内长期从事仲裁工作的著名专家担任主讲。全国律协高宗泽会长、司法部律师司贾午光司长、全国律协吴明德秘书长到会学员们致以热烈的欢迎。

通过 4 天的学习和研讨,与会律师对我国仲裁尤其是涉外仲裁有了较系统和全面的了解,收到了预期效果。

(海仲陈波供稿)

专论 争鸣

争议解决协议及其可执行性

王 文 英

一、争议解决协议及其分类

争议解决协议^①是协议当事人拟定的关于争议解决事项及争议解决方式的合意。争议解决协议中规定的争议解决事项连同争议发生后提交的争议解决申请书(如起诉状和仲裁申请书)确定了争议解决者(如法官或仲裁员)对于实体问题的管辖权;而争议解决方式则体现了当事人对于争议解决的程序问题的约定。

就其形式而言,争议解决协议或存在于合同之中称为争议解决条款,或独立于合同之外称之为争议解决协议。就其规定的争议解决方式的性质而言,可分为诉讼解决方式协议和诉讼外解决方式协议两种。如果选择了诉讼方式,则还可以合意选择诉讼地,即制定受诉地选择协议/条款(Forum Selection Agreement / Clause)。受诉地选择协议又可细分为排他性受诉地选择协议和非排他性受诉地选择协议。^②前者规定,因合同而产生的争议只能提交到当事人协议约定的法院解决,从而排除了依据适用法律及

① “争议解决协议”一词在本文中意指当事人就争议解决方式所达成的协议,并非指通过争议解决方式解决争议后就争议事项达成的一致。它指的是争议解决方式的协议,非争议解决结果的协议。

② 参见 Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting, and Enforcing*. Kluwer Law International, 1999. p. 2—3.

关联原则所确定的其他有管辖权的诉讼法院(如原告所在地法院、被告所在地法院、合同签订地法院、合同履行地法院或标的物所在地法院等)。对于争议的诉讼管辖权,它反映了争议当事人对争议管辖法院选择的惟一性。而后者则规定,争议除了可以提交至当事人协议约定的法院诉讼解决外,其他根据适用法律及关联原则所确定的有管辖权的法院也同时具有诉讼管辖权。这种协议为当事人在争议发生后对受诉法院的选择范围留有余地。

从规定的争议解决方式种类多寡而言,争议解决协议又可划分为单一方式争议解决协议和复合方式争议解决协议。单一方式争议解决协议规定以一种争议解决方式解决争议。通常使用的方式有和解、调解、专家裁定^①、“迷你审理”^②、争议审查委员会^③以及仲裁或诉讼等。每一种争议解决方式都有其他方式所不具备的特点和优势,同时也存在一定的缺陷。当事人只能根据个案的性质和争议的特点以及其期望达到的目标来确定就该个案而言相对适当的争议解决方式。M. Pryles 教授提出,判断争议解决方式孰好孰坏应考虑以下五方面的因素^④:

第一,争议解决者和争议解决程序是否公平及公正;

第二,争议解决的依据是否公平及正确(公平及合法性);

① Expert Determination: 是指由当事人指定的专家就争议(尤其是技术争议)作出裁定的争议解决方式。裁定可以对双方当事人具有约束力。

② Mini-trial: 是在美国产生发展,并逐渐被国际商事界广泛运用的一种争议解决方式。这种争议解决方式是由各方的高级管理人员组成审理庭,各方代表律师向审理庭陈述及答辩,由审理庭对争议作出判断。审理庭通常由当事人选定的中立者主持。迷你审理实质上是和解与调解方式的结合与变异,其目的是使当事人认识争议的性质并对案件的结果作出预测,促使调解成功。

③ Dispute Review Board: 简称 DRB, 是结合调解与专家裁定手段的争议解决方式,多用于大型的工程项目,如香港新机场及世行贷款的项目等。其特点是在签订合同时即指定中立的专家成立争议审查委员会处理工程进行过程中发生的争议。

④ 参见 M Pryles, Assessing Dispute Resolution Procedures (1998) 64 JCI Arb 2, p. 106—117。

第三,商业利益的考虑,主要从时间的占用和费用的消耗上衡量;

第四,争议解决结果的效力,即这种方式是否能够解决争议,其解决的结果是否具有执行力;

第五,其他因素,如维系商业伙伴关系的必要性及争议解决的保密性。

不妨按照上述标准对几种争议解决方式进行简单的比较。就诉讼而言,由于有诉讼程序法可以遵循及监督,争议解决者(法官)的道德水平和专业素质在一定程度上也有所保证,而且诉讼多采取多审级终审制度,所以,相对而言,以诉讼方式解决争议可以较大程度地实现程序的公正和结果的公平及合法。与诉讼方式相比,仲裁方式也具有可以依据的法律和程序规则,仲裁员的职业道德和专业素质也是可以信赖的,尤其对于涉及技术争议及专业性强的商业争议而言,仲裁员的专业水准则更显优势,所以,以仲裁方式解决争议也可以实现公平和公正的价值要求。为诉讼所不及的是仲裁裁决的广泛的域外执行力^①和仲裁的保密性。这也是仲裁最为吸引争议当事人的所在。至于调解和其他ADR^②方式,虽然在保障当事人的商业利益、维系其商业伙伴关系及保护商业秘密方面比仲裁与诉讼更有优势,但是,调解或其他争议解决方式却不具备诉讼和仲裁所具有的其他方面的优势。因此,基于实现各种争议解决方式优势互补的期望,合同的起草者在拟定争议解决协议时,往往把不同的争议解决方式加以组合形成复合争议解决协议,意图实现最大的效益。

① 仲裁裁决具有广泛的强制执行力,因其得到《承认和执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)的保障。虽然也存在相互承认与执行他国法院判决的公约(如欧洲的布鲁塞尔公约),但其缔约国的数量较之《纽约公约》则太少,影响力远不及《纽约公约》。

② Alternative Dispute Resolution: 指诉讼和仲裁之外的争议解决方式,包括前文所述的和解、调解、迷你审理专家判断、争议审查委员会等。

复合争议解决协议(Multi-tiered Dispute Resolution Agreement 也称为“多级争议解决协议”)规定以两种或两种以上的争议解决方式解决争议。它是因商事活动的需要而产生并被广泛运用的,体现了当事人追求以更经济、更快捷的方式解决争议的价值取向。随着商事活动的发展,复杂的合同大量出现,而争议的性质也越来越呈现出多样性和复杂性的特点。不同的争议适合不同的争议解决方式。放之四海而皆准的灵丹妙药已不存在,合同的起草者更乐于对症下药地选择适当的争议解决方式来解决可能出现的或已经存在的争议。实践中最为常见的复合争议解决协议表现为在仲裁程序前增加其他争议解决方式,如规定在争议发生后,双方先进行和解或调解,若和解或调解程序不能解决争议,则提交仲裁解决。本文把这种争议解决协议称为复合其他争议解决方式的仲裁协议。

由于除诉讼和仲裁之外的其他的争议解决方式尚没有成熟的法律体系加以规范,所以在实际操作中,以其他方式解决争议的协议,以及复合其他争议解决方式的仲裁协议的执行还存在许多问题,尚有待于进一步的研究。鉴于我国合同法只规定了和解、调解、仲裁和诉讼四种解决合同争议的方式^①,所以,下文的研究范围将厘定在这四种方式的争议解决协议的范围内。在研究国外法院相关案例的基础上,本文将着重探讨最为常见的调解解决争议协议、仲裁协议及复合其他争议解决方式的仲裁协议的可执行性问题。

二、争议解决协议的可执行性及相关案例

(一)受诉地选择协议的可执行性

由于合同争议的管辖法院不只一个,当事人都希望选择对自己方便和有利的法院进行诉讼。尤其对于涉外合同争议而言,当

^① 《中华人民共和国合同法》第128条。