



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第十辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第十辑/广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2007. 1
ISBN 978 - 7 - 5036 - 6992 - 7

I. 仲… II. 广… III. 仲裁—文集 IV. D915. 704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 161671 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张春喜	装帧设计/于 佳
出版/法律出版社	编辑统筹/法律应用出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/880×1230 毫米 1/16	印张/7 字数/137 千
版本/2007 年 1 月第 1 版	印次/2007 年 1 月第 1 次印刷
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	销售热线/010 - 63939792/9779
网址/www. lawpress. com. cn	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	西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908
上海公司/021 - 62071010/1636	北京分公司/010 - 62534456
深圳公司/0755 - 83072995	苏州公司/0512 - 65193110
书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 6992 - 7	定价:13.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

仲裁研究(第十辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 刘想树 吴汉东
苏泽群 杨良宜 杨树明 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:马占军 张小建 徐 妤 闪 涛

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号广信江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283925 83283650 83282220

传 真:(020)83283905

网 址:www.ccarb.org

E-mail:gzzcw@126.com



欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为: www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大,覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

网站内容丰富,栏目众多,既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本委相关动态的完整记录;既有针对一般民众的、深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士,较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约、仲裁示范文本等实用信息及网上咨询等互动板块……可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士了解、研究仲裁的良师益友。

网站于2005年8月28日正式运行。近一年来,它的点击率逐步上升,受到仲裁界同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信、来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见、建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020-83283925 联系人: 马先生



目 录

探索与争鸣

- 也谈仲裁第三人 周 江/ 1
- 我国认可默示仲裁协议的可行性分析 成 丹/ 9

仲裁实务

- 论仲裁庭组成与仲裁之价值 刘 俊 吕群蓉/ 15
- 仲裁制度的效率价值与仲裁效率的提高 王小莉/ 25

体育仲裁

- 体育纪律处罚争议解决中的体育协会内部仲裁与外部体育仲裁关系研究
..... 韩 勇/ 33
- 体育仲裁院之体育仲裁——其是否与国际商事仲裁相同?
..... Richard H. McLaren 著 李婉译 郭树理校/ 43

广仲规则

- 关于修订《广州仲裁委员会仲裁规则》的说明 陈忠谦/ 53
- 论公用事业纠纷仲裁制度——仲裁专业化的另一尝试 马占军 闪 涛/ 76

域外仲裁

- 日本新仲裁法:它将引起日本调解仲裁实践的变革吗?
..... 佐藤安信著 谢慧译/ 86
- 美国仲裁制度的新发展 郑 晶/ 92

CONTENTS

Discuss on Third Party of Arbitration	Zhou Jiang/ 1
The Feasibility Analyse of Recognition of Implied Arbitration Agreements in China	Cheng Dan/ 9
The Constitution of Arbitration Tribunal and the Value of Arbitration	Liu Jun ,Lü Qunrong/ 15
The Efficient Value of Arbitral System and Improvement of Arbitral Efficiency	Wang XiaoLi/ 25
Relations Between Interior Arbitration and Exterior Sports Arbitration of Sports Organization In Sports Discipline Dispute Solution System	Han Yong/ 33
Sports Law Arbitration by CAS: Is It the Same as International Arbitration?	Richard H. McLaren/ 43
Explanation on the Amendment of the Arbitral Rules of Guangzhou Arbitration Commission	Chen ZhongQian/ 53
The arbitration system on disputes on Utilities——Another try on specialization of arbitration	Ma ZhanJun, Shan Tao/ 76
Japanese Arbitration Law : Will it Lead to the Reform in the Intermediation Practice of Arbitration in Japan?	Xie Hui/ 86
The new development of arbitration in the United States	Zheng Jing / 92

探索与争鸣

也谈仲裁第三人

周 江*

内容提要 仲裁第三人指与正在进行的仲裁案件的当事人间不存在仲裁协议,但与仲裁标的存在利益牵连的人。目前关于应否设立仲裁第三人制度存在肯定和否定两种意见。从既有的仲裁理念和纠纷解决的制度架构来看,仲裁第三人所涉及的问题可以在既存状态下获得圆满解决,没有必要设立所谓的仲裁第三人制度。

关键词 仲裁第三人 仲裁第三人制度 仲裁协议 效率优势 诉讼

倏忽间仲裁法颁布已逾十年,十年中其对我国仲裁事业的发展功不可没,然时移事易,随着十届全国人大常委会五年立法规划的公布,关于仲裁法如何修订并完善的讨论又渐趋热烈,其中不乏在仲裁中引入第三人制度的呼声。笔者认为,对此应当慎思而后行。

一、仲裁第三人的界定

由于传统仲裁历来恪守“无协议、无仲裁”的原则,其本身并无第三人制度。而今所谓的仲裁第三人制度概溯源于民事诉讼的第三人制度。在民事诉讼中,第三人是指“对他人争议的诉讼标的有独立的请求权,或者虽无独立的请求权,但案件审理的结果与其有法律上的利害关系,而参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人”。^①相应的,学界通说亦将仲裁第三人定义为:“对当事人之间争议的标的有独立的请求权或者虽无独立请求权但是与仲裁结果有法律上的利害关系因而参加到他人之间已经开始的仲裁程序中的人。”^②

当然,上述关于仲裁第三人的理解并非定论,有学者在批判这一定义的基础上认为,仲裁第三人应指:“在已经开始的仲裁程序中,因符合一定的条件而参加或介入到仲裁程序中的、仲裁协议签约方以外的人。”^③但笔者无法理解若将“符合一定的条件”置换为“对当事人之间争议的标的有独立的请求权或者虽无独立请求权但是与仲裁结果有法律上的利害关系”之后,这两个定义之间究竟有何实质区别?另外,若“对当事人之间争议的标的有独立的请求权或者虽无独立请求权但是与仲裁结果有法律上的利害关系”不能涵盖“符合一定的条件”的所有情况,那么还有哪些例外情况?因此,笔者认为这两个定义间似无本质不同。

同时,还有学者将仲裁中出现的第三人概括为三种类型,即仲裁协议的第三人、执行裁决过

* 西南政法大学国际法教研室教师,国际法博士生。

① 常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第139页。

② 谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第128~129页。

③ 齐树洁、顾佳:“论仲裁程序中的第三人”,载《仲裁研究》第4期。

程中的第三人及仲裁程序进行过程中的第三人。^④笔者认为,这样的划分作为学理上追求严谨性的精神固然可嘉,但存在以下问题:首先,在该划分中所谓仲裁协议的第三人是指“由案外人变为当事人直接提起仲裁或被提起仲裁”的人,^⑤这里所关涉的实质上是仲裁协议可否转让的问题,但无论可否转让,在仲裁过程中出现的只有申请人与被申请人两方当事人,并不存在第三人;其次,在执行裁决时,仲裁实际已经结束,而适用的是民事诉讼程序,若此时又出现个所谓的仲裁第三人似颇显突兀,有悖于常理。因此,在去除这两种仲裁第三人后,他们所谓的仲裁第三人与学界通说并无二致。

另外,少数学者将仲裁第三人的目标主体锁定于仲裁协议第三人,即“除法律另有规定者外,它是指执行以仲裁协议为条件的实体权利义务条款的非协议签字人”。^⑥这一定义亦颇为费解,缘何虽不是“执行以仲裁协议为条件的实体权利义务条款”,但对仲裁标的享有实体权利的人就不应成为仲裁第三人呢?

综上所述,诸种质疑观点并未撼动关于仲裁第三人的学界通说。但依笔者之见,这并非源于通说的无懈可击,而是上述质疑没有抓住问题的本质。窃以为,关于仲裁第三人定义的通说实质包含了仲裁第三人可以参加到已经开始的仲裁程序中这一价值判断,但仲裁第三人能否介入仲裁程序还属有待论证之问题。因此,通说的最大症结在于它将尚待论证的问题作出肯定之判断后置于论证该问题的基础中。由此看来,欲探讨是否应在仲裁中引入第三人制度,以通说为逻辑起点亦不足取。

笔者认为,仲裁第三人首先应理解为一种客观存在,凡是不属于仲裁当事人的第三方,逻辑上都可以被视为仲裁第三人。与此同时,并非所有不属于仲裁当事人的第三方都需要我们认真地加以研究,事实上,绝大多数不属于仲裁当事人的第三方对于仲裁案件并不关注,只有那些与正在进行的仲裁标的存在利益牵连的第三方才会考虑是否介入仲裁程序的问题。因此,笔者尝试将仲裁第三人界定为:与正在进行的仲裁案件的当事人间不存在仲裁协议,但与仲裁标的存在利益牵连的人。并将以此为基点分析是否应在仲裁中引入第三人制度。

二、仲裁中引入第三人制度的理论纷争

时下,关于是否应在仲裁中引入第三人制度的问题,学界观点已分化为两派。

主张设立仲裁第三人制度的学者指出,“在现代商业环境中,多方当事人纠纷越来越多,尤其是在仲裁最多的三个行业,即航运业、国际货物买卖、国际建筑工程中”。^⑦而“民事实体法中有关第三人享有民事实体权利充分说明第三人有参与仲裁的必要”。^⑧如不设立仲裁第三人制度则有可能导致仲裁事项侵犯第三人权益和矛盾裁决的出现。^⑨“在仲裁中设置第三人,有助于解决纠纷,提高程序的效率性和结果的公正性。”^⑩另外,这些学者还试图从当事人意思自治原则的限

④ 屈广清、周清华、吴丽婧:“论仲裁制度中的第三人”,载《中国海商法年刊》,大连海事大学出版社2000年版,第227页。

⑤ 屈广清、周清华、吴丽婧:“论仲裁制度中的第三人”,载《中国海商法年刊》,大连海事大学出版社2000年版,第227页。

⑥ 余子新:“仲裁第三人主体研究”,载《广西公安管理干部学院学报》2004年第2期。

⑦ 屈广清、周清华、吴丽婧:“论仲裁制度中的第三人”,载《中国海商法年刊》,大连海事大学出版社2000年版,第228页。

⑧ 夏蔚:“仲裁第三人研究”,载《当代法学》2000年第5期。

⑨ 庞小菊:“仲裁中应设立第三人制度”,载《广东行政学院学报》2003年第2期。

⑩ 齐树洁、顾佳:“论仲裁程序中的第三人”,载《仲裁研究》第4期。

制、^⑪仲裁协议效力扩张理论、^⑫当事人平等原则^⑬等寻找设立仲裁第三人的理论基础。在具体的程序操作上,有学者提出仿照诉讼第三人制度,“对有独立请求权的第三人,仲裁庭应依其申请允许其参加仲裁活动”。^⑭而对于无独立请求权的第三人,若其不参与仲裁将无法查清事实或损害他人利益或公共利益,也应允许其参加仲裁活动。^⑮

持传统观点的学者则反对在仲裁中引入第三人制度,他们认为,“至少从目前来看,仲裁的契约性是占了上风。相应的,契约性的仲裁就排斥了第三人参与仲裁的可能性”。^⑯而且,仲裁程序的申请人和被申请人在仲裁程序开始时就是确定的,并且自始至终不应有改变。所以仲裁程序中不应涉及当事人的追加和变更。^⑰因此,如果允许第三人参加到仲裁程序中,“必然使仲裁管辖蒙上诉讼化的色彩,具有非契约性和强制性,从而与仲裁的本质相悖”。^⑱另外,“一旦第三方参与仲裁则势必扩大知情人员的范围,使当事人陷于原本不存在的危险境地从而违背了当事人选择仲裁程序的初衷”。^⑲如果允许在仲裁中追加第三人也无疑“会增加官司费用与事件上的延误”。^⑳这“严重损害了仲裁程序所具有的保密性和经济性,使仲裁的优点在无形中大打折扣”。^㉑

近年来学界关于该问题的讨论中支持设立仲裁第三人制度的呼声日隆,大有压倒传统观点之势。从争论双方各持的论据及论证过程看,主张设立仲裁第三人的学者大都强调实践中遇到的难题,并希望通过理论突破而达成制度创新,反对设立仲裁第三人的学者则坚守传统理论阵地,认为一旦突破传统理论则仲裁不再成为仲裁。

笔者认为,法律制度之功用,在于因应社会现实并解决实际问题。若既有制度无法化解应由其化解的难题,那么,通过理论突破来支持制度创新不仅应当,而且必须。由此看来,反对论者据以反对设立仲裁第三人制度的理由似乎并不足以论证为什么不应设立仲裁第三人制度。窃以为,探讨应否在仲裁中引入第三人制度理当围绕以下问题展开:实践中的难题是否在既有体制下无法解决?该问题又可分解为两个方面:首先,实践中是否遇到难题,至少是看似难题的问题?其次,既有制度可否化解之?下文中笔者将从这两个方面分析应否设立仲裁第三人制度。

三、应否在仲裁中引入第三人制度

前文已述,凡是不属于仲裁当事人的第三方,逻辑上都可以被视为仲裁第三人。但应否建立仲裁第三人制度,首先还需研究这不属于仲裁当事人的第三方是否给目前的仲裁实践造成困境,至少是看似困境的局面。

就笔者目力所及,主张引入第三人制度的学者大致列举了下述类型的仲裁第三人。

第一,基于仲裁协议效力的扩张而产生的第三人,包括法人的合并、法人的分立、合同的概括

⑪ 何成兵:“论仲裁第三人”,载《湖南公安高等专科学校学报》2003年第1期。

⑫ 程琳:“构建仲裁第三人制度的设想”,载《和田师范专科学校学报》(汉文综合版)2005年第1期。

⑬ 郭玉军:“论仲裁第三人”,载《法学家》2001年第3期。

⑭ 刘传基:“对仲裁庭追加第三人的法律分析”,载《人民司法》1998年第9期。

⑮ 何成兵:“论仲裁第三人”,载《湖南公安高等专科学校学报》2003年第1期。

⑯ 杨玲:“仲裁中不宜设立‘第三人’”,载《人民法院报》2004年12月29日版。

⑰ 张发祥:“论仲裁程序的当事人”,载《现代法学》1996年第2期。

⑱ 林一飞:“论仲裁与第三人”,载《法学评论》2000年第1期。

⑲ 乔欣、赵艳群:“仲裁程序中不应存在第三人制度”,载《法制日报》2000年11月19日第3版。

⑳ 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第455页。

㉑ 乔欣、赵艳群:“仲裁程序中不应存在第三人制度”,载《法制日报》2000年11月19日第3版。

转让、代位权的行使及代理等。^②也有学者将未在航次租船合同上签字的货主也归入仲裁第三人行列。^③

第二,对仲裁案件所争议的标的享有独立实体权利的第三人。如“丙委托甲代管房屋,甲卖房给乙,因乙欠房款,甲对乙提起仲裁,要求乙支付所欠房款,而丙则希望确认房屋买卖合同无效,房屋属于自己”。^④

第三,因相互关联的法律关系而产生的第三人。例如在航运的租船业务中,原船东将船期租给二船东,二船东再承租给作为承运人的航次承租人,在这一连串合同中,如原船东就租金损失向二船东提出仲裁,承运人就有可能因与仲裁结果有实质的利害关系而成为仲裁第三人。^⑤

在此有必要对以上列举的所谓仲裁第三人逐一分析。

首先,在第一类情形中,仲裁程序实质并未开始,我们在该情形下所要考虑的实际上是未在仲裁协议上签字的案外人能否变为当事人直接提起仲裁或被提起仲裁,亦即,这关涉的是仲裁当事人的确定问题,而并非本文所欲讨论的第三人能否参加仲裁。

其次,必须指出,上述列举的学者就第二类情形所举出的例子并不正确。众所周知,房屋所有权以登记为公示,上例中的甲因不是房屋所有人而不可能拥有合法有效的房屋产权证明,在正常情况下其作为无权处分人的仲裁请求亦不可能获得仲裁庭的支持。但若其他条件不变,而将该例子中的房屋换为一般动产,因一般动产的所有权以占有为公示,其真正所有人的权利如何有效主张就是一个值得研究的问题。这种第三人类似于诉讼中有独立请求权的第三人。

最后,因相互关联的法律关系而产生的第三人又可视具体情形而分为三种情况:其一,该第三人与其中一方或双方订有仲裁协议,且指定了相同的仲裁机构;其二,该第三人虽与其中一方或双方订有仲裁协议,但所指定的仲裁机构不同;其三,该第三人与仲裁双方无仲裁协议。在遇有仲裁协议的情况下,由于仲裁协议的勾连而可能产生是否可以合并仲裁的问题。

通过上述分析可以发现,在仲裁实践中可能遇到的第三人包括两类:对仲裁所涉及的标的物享有实体权利者和与正在仲裁的事项相牵连的法律关系主体。

那么,这两类第三人的权益是否需要通过引入仲裁第三人制度才能加以保障?或者,是否必须设立仲裁第三人制度才能顺利解决存在这两类第三人的仲裁案件?

为方便讨论,笔者将涉及第三人的仲裁案件做一简化,假定只有甲和乙两位仲裁当事人,以及一位对仲裁所涉及的标的物享有实体权利或者与正在仲裁的事项相牵连的法律关系主体丙。

在上述简化模型当中,因甲、乙、丙各自的态度不同又可能出现三种情况:第一种是丙要求参加到已经开始的仲裁案件中,甲和乙均同意其参加进来;第二种是丙要求参加到已经开始的仲裁程序中,而甲和乙中有一人或者两人表示反对;第三种是甲和乙中有一人或者两人希望丙参加到已经开始的仲裁程序中,而丙表示反对。

在第一种情况下,三方当事人都同意参加到同一个仲裁程序中。笔者认为,这时丙完全可以参加到已经开始的仲裁程序中。这在既存的仲裁理念与仲裁制度中是能够得到支持的。

^② 席涛:“论仲裁中的第三人问题”,载《仲裁与法律》(第91辑),法律出版社2004年版,第41~44页。

^③ 杰克·伯格:“美国法院关于第三方当事人参与仲裁的新判例——介绍‘Emerald’轮争议案的判决”,蔡鸿达译,载《仲裁与法律》(第95辑),法律出版社2005年版,第86~91页。

^④ 庞小菊:“仲裁中应设立第三人制度”,载《广东行政学院学报》2003年第2期。

^⑤ 屈广清、周清华、吴丽婧:“论仲裁制度中的第三人”,载《中国海商法年刊》,大连海事大学出版社2000年版,第228页。

关于既存的仲裁理念,在此主要涉及仲裁的性质问题。对于仲裁的性质,学界主要有司法权说(Jurisdictional Theory)、^⑤契约说(Contractual Theory)、^⑥混合说(Mixed Theory)^⑦和自治说(Autonomous Theory)^⑧四种传统学说。

上述学说作为我国学界认识商事仲裁性质的理论资源,各自不乏追随者。^⑨但上述学说在或多或少地反映出商事仲裁的性质所在的同时,也犯了以偏概全的错误。^⑩在笔者看来,晚近为学者们所提出的“广义混合说”值得重视。它将商事仲裁识别为兼具契约性、自治性、民间性和准司法性的一种争议解决方式。^⑪笔者认为,这种学说从某种程度上揭示了商事仲裁的真实性质,但

^⑤ 司法权说以这样一个命题为理论基础:裁判权属于国家司法主权的范畴,只有国家才能行使这种权力。从这一基点出发,司法权说认为,从表面上看,法官的权力直接来自于国家的司法主权,而仲裁员的权力来自于当事人的授权。但从本质上讲,仲裁庭对双方当事人间的争议作出裁决的权力是来源于仲裁地(仲裁进行地和仲裁裁决执行地)法的授予。参见谢石松主编:《商事仲裁法学》,高等教育出版社2003年版,第13页;乔欣:《仲裁权研究——仲裁之程序公正与权利保障》,法律出版社2001年版,第41页。这也就意味着,只有在仲裁地法允许当事人提交仲裁时,仲裁庭的仲裁员才可以像法官一样从本国法中取得权力和授权,仲裁裁决才能发生法律效力。因此,仲裁员类似于法官,仲裁裁决与法院判决具有同等意义。参见韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第35页。

^⑥ 契约说在对“没有仲裁协议就没有仲裁”的现实状况的观察中,在“仲裁基于当事人的意志和同意”这一理念的引导下,得出了仲裁具有契约性特征这一论断。在持契约说者看来,“仲裁协议和仲裁裁决是仲裁的两大方面”。参见刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社2001年版,第16页。仲裁协议的契约性不证自明,而“仲裁裁决具有契约的性质,这是因为仲裁员的权力源于当事人之间的协议而非法律或司法机构。当事人授权仲裁员以公断人的身份作出裁决本身就是一种真实的委托,仲裁员也只能依当事人在协议中的意愿裁决争议,由此,仲裁裁决也被注入了契约性”。Niboyet, Traite de droit international prive francais, 1950, para. 1284. 转引自刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社2001年版,第16~17页。

^⑦ 混合说认为,尽管司法权说和契约说是相互对立的,但事实上,这两种理论是可以协调的。司法因素和契约因素是仲裁相互关联、不可分割的两个方面。一方面,仲裁不能超越出所有法律体系,总存在着一些能够确定仲裁协议的效力和仲裁裁决可执行性的法律。但另一方面,仲裁同时也源于当事人间的契约。仲裁员、仲裁程序规则和仲裁实质问题的准据法的确定,这些都主要取决于当事人的协议。基于此,仲裁被定性为:“一种混合的特殊司法制度。它源于当事人的协议,并从私法中获取司法效力。”See Suuser-Hall, L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE, ANNUAIRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, at 469;参见韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第31页;赵健:“论仲裁的性质”,载黄进主编:《国际私法与国际商事仲裁》,武汉大学出版社1994年版,第130页。

^⑧ 自治说深信只有实事求是地考察仲裁的目的和作用,才能确定仲裁的真实性质。该说主张,既不能把仲裁定性为纯契约性或纯司法权性,也不能认为是契约性和司法权性相混合的一种制度。“仲裁制度是一种独创的制度。它摆脱了契约和司法权的观念,是一种超国家的自治制度。”Rubellin Devichi, L'ARBITRAGE, NATURE JURIDIQUE, DROIT INTERNE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE, 1965, para. 14. 转引自赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第3页。根据这一学说,仲裁之所以能产生和发展,功在商人社会。商人发展仲裁是在法律之外或不顾法律而行使的;仲裁的自治,不是基于仲裁的契约性或司法权性,而是由于仲裁制度的实际需要;仲裁协议和仲裁裁决之所以能执行,既非因其为契约,也不因其经由国家法律的授权,而是归因于商业关系的内在要求。

^⑨ 如有的学者坚持仲裁的司法性或准司法性主张。参见河山、肖冰:《仲裁法概要》,中国法制出版社1995年版,第4、56页。还有学者认为:“商事仲裁是商人社会自律的产物……天生就具有契约性。”参见宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第14~16页。再有学者认为,商事仲裁始于当事人的仲裁协议,经由私人程序而存续,但只有由一国国内法的明示支持,私人程序才具有公共效果,因此商事仲裁就是契约性和司法性的混合物。参见李虎:《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17~18页。另有学者秉承自治说的理论,将商事仲裁识别为一项高度自治的法律制度。参见朱克鹏:“国际商事仲裁性质新论”,载《法制与社会发展》1997年第3期。

^⑩ 如“司法权说将仲裁权与司法权、仲裁员与法官、仲裁裁决与法院判决相提并论,并在性质上将其隐约归于同一,却完全忽略了仲裁协议在仲裁中的作用和价值”。“契约说抛开法律对仲裁的认可和规制,疏略了仲裁的进行、仲裁员作出仲裁裁决以及仲裁裁决的承认和执行等无法脱离仲裁地法和裁决执行地法之控制的事实,更忽视了当事人意思自治权源于有关国家法律之认可的事实。”“混合说未能就仲裁的司法性质和契约性质谁主次作一了结,给人一种含混模糊的印象。”自治说则将商事仲裁超然于国家之外,这“未免过于理想化而与现实格格不入”。参见刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社2001年版,第16~19页。

^⑪ 该说认为仲裁的契约性、司法性、自治性均从不同的方面反映了仲裁的性质。参见陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第9页。并且“仲裁制度赖以建立的基础是当事人的自由意志……至于国家法律赋予仲裁协议和仲裁裁决和仲裁裁决的强制效力。只不过是出于其利益和秩序的考虑,对当事人的这种自由意志的确认、尊重与支持,只要这种自由意志本身是合法的和有效的。所以,与其将仲裁的性质简单地理解为司法性、契约性或自治性,不如全面地将其视为兼具契约性、自治性、民间性和准司法性的一种争议解决方式。”参见黄进等编著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社1999年版,第5页。

遗憾的是,它仍未就上述司法性、契约性和自治性的关系作一了断。为此,有学者进而区分了仲裁性质的三个层次,其“由表及里依次是:第一层次表现为……司法性;第二层次表现为仲裁制度高度自治性;第三层次表现为仲裁当事人享有高度的意思自治……具有鲜明的契约性”。^③笔者认为,该观点将仲裁的三种性质置入“由表及里”的体系这一思考方式有助于我们正确认识商事仲裁司法性、自治性以及契约性三者间的关系。但又令人遗憾的是,该观点并未进一步阐释其“由表及里”的这三个层次的具体内涵。依笔者所见,在这一体系中,司法性是在对仲裁权以及仲裁适用的程序方面类似于司法权及司法程序这一层次上的直观认识,它是仲裁的外在性质。自治性是就商事仲裁制度本身而言。商事仲裁是商人社会出于其实用主义经验而孕育出的一种解决其内部争议的有效制度。这一制度的发轫与勃兴,功在商人社会自己。亦即,自治性是商事仲裁的根本性质。契约性则意指正是当事人间的仲裁协议才使仲裁程序得以一再启动。也正是这一个个案的仲裁,才使仲裁制度的存在得以彰显,才使仲裁的自治性得以宣示。从这个意义上讲,契约性才是商事仲裁的基础性质。而在上述假设的仲裁个案中,甲、乙、丙具有参加同一仲裁程序的合意,这显然并不与契约性这一仲裁的基础性质相悖。质言之,在三方当事人都同意参加到同一个仲裁程序中的情况下,既存的仲裁理念也支持他们的仲裁合意。

既存的仲裁制度中,仲裁协议作为“当事人合意签订的自愿将他们之间业已发生或将来可能发生的法律争议交付某仲裁机构仲裁解决的一种书面协议”,^④是整个仲裁制度的基石,它是“当事人自愿接受仲裁的唯一书面证据,是某一特定仲裁机构获取仲裁案件管辖权的依据”。^⑤而在上述假设的仲裁个案中,甲、乙、丙完全可以通过重新签订一份包括其三人在内的仲裁协议而使丙加入仲裁。这样,甲、乙、丙三人间的仲裁合意得以因书面协议的签订而固化,仲裁庭亦可凭借新签订的仲裁协议而取得对仲裁个案的排他性管辖权。

通过上述分析可以得出,在甲、乙、丙三人都愿意参加到同一仲裁程序的情况下,既有的仲裁理念和仲裁的制度设计完全可以满足三人的合意。换言之,在此并无引入仲裁第三人制度的必要。

那么,在甲、乙、丙三人中至少有一人不同意丙参加仲裁程序的时候,情形又当如何?这又需要视具体情形不同而分别讨论,结合前文所述,可能面临的情形包括:一、丙与甲、乙其中一方或双方订有仲裁协议;二、丙与甲、乙双方无仲裁协议。

笔者认为,在丙与甲、乙其中一方或双方订有仲裁协议的情况下,在甲、乙二人中至少有一人不同意丙参加甲、乙间的仲裁程序时,丙与甲或乙完全可以凭借他们之间签订的其他仲裁协议而另行提起仲裁申请,这在既有的仲裁制度中是可行的。

或许支持引入仲裁第三人制度的学者认为这样会与仲裁的效率优势相悖。笔者认为,这其实源于这些学者对仲裁效率优势的理解出现偏差。在笔者看来,仲裁相对于诉讼而言的效率优势主要体现于个案而非整体的制度运作,我们没有理由要求作为具体个案中的当事人在解决他们之间纠纷的过程中对整体制度运行的效率加以考虑,当事人亦没有考虑制度效率的义务。窃以为,仲裁在个案中的效率优势通过以下方面得以彰显:

^③ 刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社2001年版,第22页。

^④ 谢石松主编:《商事仲裁法学》,高等教育出版社2003年版,第110页。

^⑤ 刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社2001年版,第41页。

首先,仲裁自主性原则是商事仲裁追求效率价值的基础。仲裁自主性原则是当事人意思自治在仲裁领域的具体体现。作为一种诉讼外的纠纷解决制度,“商事仲裁法中的首要原则是当事人意思自治原则”。^{③⑥}在一般情况下,商事活动中的当事人在纠纷发生后,会选择解决纠纷最为简便和快捷的方式,因为不论纠纷的解决结果如何,与法律关系的应然状态相比,实际上当事人所遭受的只能是净损失(包括时间、精力、财力的大量损耗等)。这些损失通常很难得到完全的补偿,更不可能从中获得任何赚取性收益。因此,无论哪一方胜出,这种无法弥补的损失都将不可避免。在理性的支配下,当事人应有的最佳选择显然是“两害相较取其轻”,即在保护自己的合法权益的前提下,尽可能地减少费用、降低损耗。就此,我们可以一般地推论,当事人基于正常心理而选择以仲裁来解决他们之间的纠纷,应当希望其是高效率的。

其次,仲裁的专业性是其追求效率价值的制度保障。现代商业交往的复杂性造就了由其产生的纠纷的复杂性,这就对纠纷解决者的专业知识提出了极高的要求。就像杨良宜先生所说的那样:“复杂的商业仲裁不像刑事案件,后者可以用一般市民的普通常识来判断,但前者却需要大量的专业知识、特殊做法,根本不能用常识去理解。”^{③⑦}也许正基于此,各国法律在仲裁员的聘任问题上,普遍较为强调其专业素质。^{③⑧}而仲裁实行由专家组成仲裁庭进行审理裁决,恰好因应了这类案件对专业技术的要求。这种专家仲裁的方式可以使仲裁在解决纠纷的方面简便、迅捷、低耗,有利于避免其他因素对解决纠纷工作的干预和渗透,^{③⑨}同时,“选择该专业领域的专家作为仲裁员,为正确合理地解决争议,加快解决争议的速度提供了保障”。^{④①}

最后,商事仲裁“一裁终局”的裁决形式是其追求效率价值的直接体现。正如有学者指出的那样:“我们讲仲裁要合法、合情、合理,还要加上合算。到底合算不合算,看看是不是真正省时、省钱、省事。”^{④②}而商事仲裁所实行的“一裁终局”使得仲裁裁决一经作出即具有法律效力,这就保证了当事人之间的争议能够迅速得以解决,为注重效率的商人们节约了大量时间。另外,这种时间上的快捷性也使得仲裁所需的费用大大减少,满足了经济性的要求。

综上所述,我们可以看出,商事仲裁的追求效率的优势以仲裁自主性原则为基础,以仲裁员的专业性为保障,以“一裁终局”的裁决形式为体现。因此,在甲、乙、丙三人中至少有一人不同意丙参加甲、乙间的仲裁程序时,通过另行提起仲裁的方式解决问题与仲裁的效率优势并不冲突。换言之,在丙与甲、乙其中一方或双方订有仲裁协议时,既有的仲裁制度亦完全可以化解困境,而无须引入第三人制度。

而丙与甲、乙双方无仲裁协议时,他们无法另行提起仲裁。这样看来,甲、乙、丙三人的权益至少有一人似乎无法在既有的仲裁制度中获得有效保障。但这是否就需要引入仲裁第三人制度呢?笔者以为答案同样是否定的。

众所周知,仲裁是纠纷解决机制之一,但其并非唯一的纠纷解决机制。对于任一社会冲突而

③⑥ [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第611页。

③⑦ 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第60页。

③⑧ 单就我国而言,其仲裁法第13条就规定了仲裁员应当至少具备下列条件之一:(1)从事仲裁工作满8年的;(2)从事律师工作满8年的;(3)曾任审判员满8年的;(4)从事法律研究、教学工作并具有高级职称的;(5)具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的,并且,仲裁委员会要按照不同的专业设仲裁员名册。

③⑨ 文正邦:“《仲裁法》与市场经济裁判制度的改革”,载《中国法学》1995年第6期。

④① 韩健:《国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第24页。

④② 张斌生主编:《仲裁法新论》,厦门大学出版社2002年版,第4页。

产生的纠纷,至少可以通过以下几种方式予以解决:自决、和解、调解、仲裁和诉讼。其中自决与和解是纠纷主体通过其个体对纠纷事实及双方力量对比的判断,在当事者之间消弭纠纷。调解则引入了处于居中状态的第三方,并在其的斡旋或调停下达到纠纷解决之目的。在调解中,“当事者能够一下就进入所争议问题的核心,谋求纠纷的圆满解决”。^④ 仲裁中同样存在纠纷主体外的第三方,所不同的是其指“平等主体之间自愿将争议提交第三方公平裁断的一种制度”。^⑤ 在仲裁中,当事者的个体意志以不同于调解的方式得以体现。而诉讼则是审判机关以国家强力为后盾,对纠纷事实及当事者的权利义务作出权威判断,并要求这一判断得以物化的纠纷解决形式。

上述诸种纠纷解决形式中,“自决与和解是解决社会冲突最为原始和最为简化的形式”。^⑥ 这两类纠纷解决方式的运作,很大程度上依赖于纠纷主体的个体意志。除此之外的调解、仲裁与诉讼则引入了社会对纠纷的关注,它们可以被视为社会所提供的以纠纷解决为功能的公共服务。既然至少存在这三种由社会提供的旨在解决纠纷的公共服务,它们必然因各自制度设计的特点而可应对不同的纠纷类型,我们亦完全可以希冀纠纷可在这三种制度的共同作用下得以消弭,因此,我们没有理由也毫无必要强求任何纠纷都必须在一种纠纷解决制度下获得解决。与本文讨论主题相联系,在丙与甲、乙双方无仲裁协议的情况下,纠纷虽然不能在既有的仲裁制度中获得圆满解决,但他们解决纠纷的手段并未用尽,他们尚存有诉权,其完全可以借助诉讼来达成他们的诉求。易言之,我们在此没有必要通过引入仲裁第三人制度而将仲裁打造成所谓的无所不包、无所不能的纠纷解决制度。

综上所述,无论仲裁当事人与仲裁第三人之间是否就第三人参与仲裁达成合意,也无论仲裁当事人与仲裁第三人之间是否签订有其他仲裁协议,在既有的仲裁理念及纠纷解决制度框架内,仲裁第三人的问题都可以得到解决。据此,笔者认为,我们不需要引入所谓的仲裁第三人制度。

Discuss on Third Party of Arbitration

By Zhou Jiang

Abstract: Parties not bound by the particular arbitration agreement and affected by the particular arbitration are referred to as third party, and third party with no interest in the outcome of the dispute, the arbitration tribunal. At present, there are two abhorrent sides on whether set the third party system. Presently, from the arbitral notion and dispute settlement mechanism' view, the problems on third party have been settled completely. Consequently, it is unnecessary to set the third party system.

Key Words: Third Party of Arbitration, Third Party System, Arbitration Agreement, Efficient Predominance, Litigation

(责任编辑:张小建)

^④ [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第46页。

^⑤ 张建华:《仲裁新论》,中国法制出版社2002年版,第1页。

^⑥ 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,法律出版社2004年版,第30页。

我国认可默示仲裁协议的可行性分析

成 丹*

摘要 随着社会经济的发展,对仲裁协议书面形式的突破成为仲裁发展的必经之路,因此默示(行为)表达的仲裁意愿能否认定为当事人之间存在有效的仲裁协议成为理论与实务共同关注的问题。国际上,对默示仲裁协议的认定态度不一。本文就我国默示仲裁的可行性问题进行初步研究,主要从默示仲裁的定义、各国以及国际条约的规定出发,结合我国现状进行分析,主张认可默示仲裁协议的有效性。

关键词 默示仲裁协议 默示仲裁协议的种类 默示仲裁的效力

仲裁程序的启动需要仲裁协议是不言而喻的。仲裁协议是当事人愿意提交仲裁解决纠纷合意之表现形式。考察当事人之间是否有仲裁合意的最经济快捷的方式就是看他们之间是否有书面的仲裁协议。因此,立法机关、仲裁机构(仲裁员)及法院无一例外承认书面仲裁协议的效力,且将书面仲裁协议(条款)作为示范文本推荐给当事人。但是在实践中,往往存在这样的情形,即当事人之间没有明确的仲裁协议,但都不明确反对以仲裁的方式解决纠纷。对于纠纷中的当事人而言,他们对于仲裁的意愿表达没有采取书面和口头明示,而是以行为的方式表达愿意仲裁的意思。此时就存在是否需要有效地实现当事人仲裁合意的问题,上升到法律层面,即是否承认默示仲裁协议的有效性。是否认可默示仲裁协议的效力近者关系到仲裁庭的管辖权问题,远者关系到仲裁程序的合法性、仲裁第三人以及合并仲裁的问题。对默示仲裁协议的相关问题进行深入研究尤显必要。

一、默示仲裁协议的定义

“默示”顾名思义是与“明示”相对的概念。而我们探讨的默示和明示均是针对当事人提交仲裁的意思表达方式而言。笔者认为表达意思的方式无外乎三种:书面、口头和行为。具体到某人表示愿意仲裁的方式也无外乎书面的仲裁协议、口头的仲裁协议以及用行动表示愿意用仲裁解决纠纷的默示仲裁协议。书面的仲裁协议和口头的仲裁协议都明确表达了一种仲裁意愿,不属于本文探讨的默示仲裁范畴。那么,默示仲裁协议具体指哪些呢?笔者在厘清了默示仲裁的定义,分析他国(地区)及国际条约的相关规定后再作介绍。

对默示仲裁协议的定义,学术界存在争论。有观点认为:“所谓默示仲裁协议是指一方当事人向另一方当事人发出仲裁的要约后,对方当事人没有明确表示是否同意,或者没有将是否接受仲裁要约的意向传递给发出要约的这一方当事人。”^①也有观点认为:“默示仲裁协议实际上主要

* 中国政法大学民事诉讼法研究生。

① 肖建华、乔欣等:《仲裁法学》,人民出版社2004年版,第97页。

是指一份合同订有仲裁条款同时包含另一份合同的情况下,被包含的合同同样适用仲裁的情况。”^②还有观点认为默示仲裁协议也应该是书面的,因为口头的协议也是明示达成仲裁协议的一种,而口头的仲裁协议如通过一定的方式记录下来被一些书面的证据加以证明也就成了“书面”的,所以,认可默示达成的仲裁协议应以书面形式达成为前提和条件。^③笔者认为以上几种观点都不很全面。默示仲裁协议应当是指当事人之间虽然没有明确的表达仲裁意愿,但根据当事人的行为可以推定他们并不反对以仲裁的方式解决纠纷,因此推定他们之间存在仲裁合意的情况。考察默示仲裁协议的具体形式应从其分类标准着手。默示仲裁协议应包括当事人之间所有的、未明确表达仲裁意思而愿意仲裁从而提交仲裁的情形。至于根据默示仲裁协议启动仲裁程序后,有书面文字对当事人接受仲裁意愿的记录,不应当被认为是默示仲裁协议转化成了书面仲裁协议。程序中的记录工作,仅仅是在确定了仲裁协议的效力后的一些日常工作,不影响效力认定本身。记录仅是为了以后便于查证,是固定仲裁程序实施的系列手段。如果认为,在仲裁过程中,对原本未明确表达仲裁意愿的当事人行为的记载行为是补足了原来的书面形式,形成了书面仲裁协议,那么探讨默示仲裁协议的效力已经没有意义。因为在仲裁过程中必然要对这些事项进行记录。

二、国外及国际对默示仲裁协议的规定

国际条约对默示仲裁协议的相关问题没有明确规定,各国对默示仲裁进行直接规定的也比较少见。但是有部分国家在规定仲裁协议的形式和仲裁庭管辖权问题时承认默示仲裁协议的效力,如英国、希腊、德国。而美国、法国没有关于默示仲裁的直接规定。

1958年的《纽约公约》未对默示仲裁协议问题作出规定,仅《纽约公约》第2条第2款规定:“‘书面协议’包括当事人所签署的或者来往书信、电报中所包含的合同中的仲裁条款和仲裁协议。”而1985年联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》第7条第2款规定:“仲裁协议应是书面的。协议如载于当事各方签字的文件中,或载于来往的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中,或在申诉书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认即为书面协议。”《国际商事仲裁示范法》虽未使用“默示仲裁协议”的字样,但是第7条第2款确认了当事人行为可以推定为当事人具有一致提交仲裁的合意,即认可了默示仲裁的效力,仅措辞不同。

1950年英国《仲裁法》和1979年英国《仲裁法》均要求,仲裁协议应为书面文件。但英国1996年《仲裁法》却明显扩展了书面形式的范围。英国1996年《仲裁法》第5条(书面形式)第5款中规定:“仲裁或诉讼程序之文件交换中,一方当事人宣称存在非书面形式的协议,且对方当事人在其答复中不作反对,该文件交换构成具有所宣称效力的书面协议。”第5条用的是非书面形式的协议,很明显非书面形式应当包括我们所探讨的默示仲裁协议的形式。这在后文第73条中也有体现。英国1996年《仲裁法》第73条(异议权之丧失)规定:“(1)如果仲裁程序的一方当事人参与或继续参与仲裁程序,而没有立即或在仲裁协议约定或仲裁庭允许或本编规定的时间内提出下列异议:a. 仲裁庭缺乏实体管辖权;b. 仲裁程序不适当进行;c. 存在不符合仲裁协议约定

^② 张建华主编:《仲裁新论》,中国法制出版社2002年版,第134页。

^③ 崔雪梅、许培阳:“论仲裁协议的扩大解释(下)”,载 www.bdlaw.cn/cn/Html/msfx/085618684.html。