

· 本书编辑委员会 编

中国人文社会科学 博士硕士文库

· 续编 ·

法学卷

(下)



浙江教育出版社

1 北京師範大學出版社

中國人文社會科學 博士碩士文庫

法學思
(下)

C53
B715.1/22
:3

中国人文社会科学 博士硕士文库

· 续编 ·
法学卷
(下)



浙江教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国人文社会科学博士硕士文库·法学卷/《中国人文社会科学博士硕士文库》编委会编. —杭州:浙江教育出版社, 2005.2

ISBN 7-5338-5227-3

I. 中... II. 中... III. ①人文科学-文集②社会科学-文集③法学-文集 IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 024142 号

责任编辑	张晓夫	责任校对	雷 坚
装帧设计	李 珏	责任出版	陆 江

中国人文社会科学博士硕士文库(续编)·法学卷 本书编委会编

*

浙江教育出版社出版发行
(杭州市天目山路 40 号 邮编:310013)

杭州兴邦电子印务有限公司排版

杭州富春印务有限公司印刷

开本 850×1168 1/32 印张 65.75 插页 18 字数 1704000

2005 年 2 月第一版

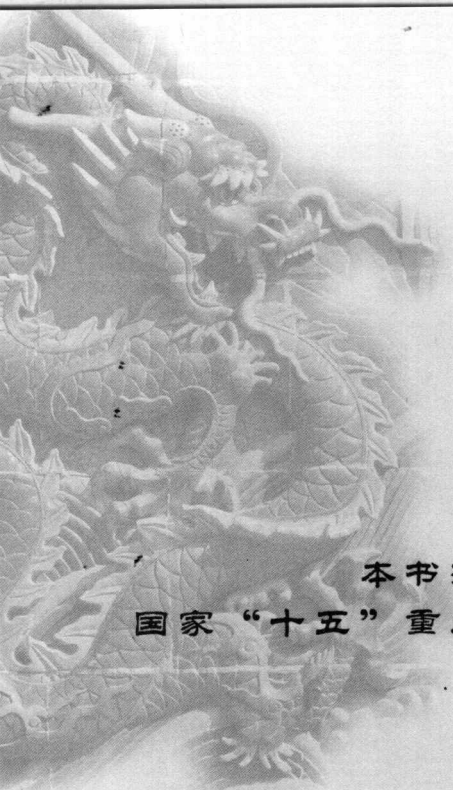
2005 年 2 月第一次印刷

*

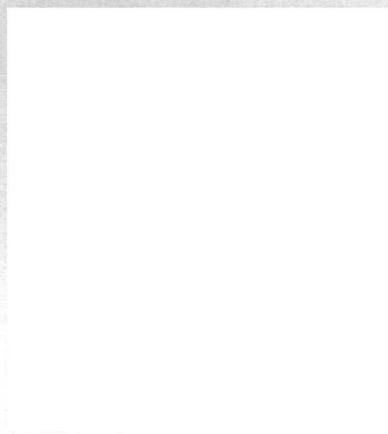
ISBN 7-5338-5227-3/C·12

本卷三册 定价:99.00 元 全套 518.00 元

版权所有 翻印必究



本书列入
国家“十五”重点图书出版规划



《中国人文社会科学博士硕士文库》

(续编) 编辑委员会

名誉总主编

于光远 季羨林 蔡尚思

学术顾问

任继愈	王元化	吴树青	江 平
徐中珏	李慎之	黄 达	章开沅
张岂之	王 宁	陈光中	汪 熙
资中筠	张仲礼	钟敬文	袁贵仁

学术编委

纪宝成	江蓝生	陈平原	王缉思
俞荣根	徐显明	葛剑雄	曹建明
黄 进	林崇德	张文显	蔡建国

执行总主编

杨玉圣

执行副总主编

刘雪枫 任士英 仲伟民

责任编辑

张晓夫

本书简介

本书主要选收 1994—2000 年间毕业于我国高等学校和科研机构之博士、硕士的优秀学位论文。比较系统地反映了我国人文社会科学领域研究生教育的辉煌成果，具有综合性、基础性、前沿性和创新性的特点。

全书凡 150 篇，分为文学、哲学、法学、历史学、经济学、教育学六大学科卷，共 17 分册。为便于读者阅读和学术交流，对于入选之论文，均请作者作了精心的修改或必要的调整，有关情况详见各篇题注。

论国际商事仲裁程序中的管辖权问题^{*}

宋连斌

一、对仲裁管辖权的抗辩

(一) 提出管辖权异议的时限

国际商事仲裁程序开始后,无论是申请人还是被申请人,如果对仲裁庭的全部或部分管辖权有异议,应及时提出,这是大多数国家仲裁法和仲裁机构的仲裁规则所要求的,否则可能构成弃权或默认,造成严重的法律后果。毫无疑问,当事人及时抗辩管辖权的权利,有助于保证仲裁程序在尊重当事人意愿及法律规定的基础上进行,也有助于仲裁庭及时确定自己的管辖权,以免浪费当事人的时间、精力和金钱。当然,管辖权抗辩也有延宕仲裁程序的消极后果。当事人一旦提出管辖权抗辩,仲裁庭势必需要慎重考虑仲裁程序是否有必要进行下去,甚至还得先行做出初步决定,或者中

^{*} 本文选自作者博士论文《国际商事仲裁管辖权研究》(导师为黄进教授)第五章“国际商事仲裁程序中的管辖权问题”,内容略有修订。原文约22万字。

止仲裁程序直到有权机构做出肯定仲裁管辖权的决定。因此,实践中常有当事人以抗辩管辖权作为拖延时间的手段。更有甚者,有的当事人不及时行使此项权利,直到仲裁裁决做出后才要求管辖法院以仲裁管辖权存在问题为由而撤销或拒绝执行该裁决,使整个仲裁程序归于无用功。可见,管辖权抗辩是一柄双刃剑。为使这柄双刃剑趋利避害,平衡当事人的权利和仲裁程序的效率,有关仲裁的国内法、国际性规范和仲裁机构的仲裁规则通常都设定当事人提出管辖权抗辩的时限。概括说来,当事人提出管辖权抗辩的时限主要有以下几种情况:

1. 第一次实体答辩之前。一些国家的仲裁法和仲裁机构的仲裁规则规定,当事人如有管辖权异议,应在其提交第一次实体答辩之前提出。瑞士《关于国际私法的联邦法》第 186 条规定,对仲裁庭管辖权的任何异议必须在任何实体答辩前提出。1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 21 条第 3 款规定,对仲裁庭无管辖权的抗辩不得迟于在答辩书中或有反诉的情况下,在对反诉的答复中提出。该规则第 19 条规定了提交答辩书的时间,这说明,如按该规则进行仲裁,管辖权抗辩须在第一次实体答辩前提出。1978 年《美洲国家商事仲裁委员会仲裁规则》第 21 条第 3 款、1988 年《埃及国际商事仲裁法案》第 22 条第 2 款、1994 年《世界知识产权组织仲裁中心仲裁规则》第 28 条第 3 款、2000 年《美国仲裁协会国际仲裁规则》第 15 条第 3 款、1999 年《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》第 10 条等亦有类似规定。按照 2000 年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 6 条,对书面审理的案件的管辖权抗辩,应在第一次实体答辩前提出。

2. 第一次开庭之前。要求当事人如有管辖权异议应在仲裁庭第一次开庭前提出,是中国各仲裁机构采用的做法。中国《仲裁法》第 20 条规定,当事人对仲裁协议的效力有异议的,应当在仲裁庭首次开庭前提出。然而,管辖权问题不仅仅局限于仲裁协议的

效力,这一规定缺乏完整性。1998年、2000年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》对此有所改进,其第6条规定,在开庭审理的情况下,当事人对仲裁协议、仲裁案件管辖权的抗辩,应当在仲裁庭首次开庭前提出。

3. 分别异议类型规定不同的时限。相当一部分国家的仲裁法和仲裁机构的仲裁规则区别管辖权异议的内容,对不同的情况相应规定不同的抗辩期限。这种做法以1985年联合国《国际商事仲裁示范法》(下称《示范法》)为典型,其第16条规定,有关仲裁庭无管辖权的抗辩不得在提出答辩书后提出,但有关仲裁庭超越管辖权的抗辩,应在仲裁过程中知悉出现越权的事情后立即提出。1998年《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第23条亦规定,主张仲裁庭无管辖权的抗辩,应当不迟于在答辩书中提出;有关仲裁庭超越权限的抗辩,应当在仲裁庭已表明将决定当事人认为越权的事项后立即提出;以上两种情况,如仲裁庭认为迟延提出抗辩是合理的,可以接受逾期的抗辩。总的来说,这一做法将抗辩内容大致分为两类:对仲裁协议、争议事项可仲裁性的异议和对仲裁庭越权的异议,前者在仲裁程序开始后一段时间内是不难发现的,而后者本来就是出现在仲裁程序中,甚至裁决作出后当事人才知晓,相应规定不同的抗辩时限是合理的。

4. 不规定提出管辖权异议的时限。有些国家的仲裁法和仲裁机构的仲裁规则对当事人提出管辖权抗辩的时限未作任何规定,这意味着当事人可以随时提出抗辩。比如,1995年《斯里兰卡仲裁法》第11条仅规定仲裁庭有权对管辖权异议作出决定,但当事人何时应提出这一异议则付之阙如。解决投资争议国际中心(下称ICSID)实际上对当事人提出管辖权异议的时限要求也不严格,其仲裁规则第41条规定,任何关于争议或任何附带索赔不属仲裁庭管辖范围的异议,应尽早提出,通常这一期限在反请求期限届满之时或如果关系到附带索赔,不迟于再次答辩期限届满之时,

除非当事人在那时对异议所据事实尚不知情。国际商会仲裁院也采用这种做法,其1998年仲裁规则第6条没有规定当事人对仲裁协议的存在、效力或范围提出异议的时限。

以上几种做法各有特色。第一种做法较为注重仲裁程序的效率,当事人如在特定时间内没有提出任何管辖权异议,则在其后的仲裁程序中丧失了这一权利。这在一些情况下可能对当事人失之苛严,如仲裁庭是否越权,在首次答辩之前可能完全不知道。第四种做法较为注重尊重当事人的自由,但失之随意,为拖延仲裁程序开了方便之门。第二种做法较为少见。就中国实践情况而言,仲裁庭第一次开庭时间肯定在首次答辩期限届满之后,而当事人一旦提出管辖权异议,无论是向仲裁机构还是向法院提出,仲裁程序因等待仲裁机构的初步决定或法院的裁定,处于中止状态。这种规定既没有顾及仲裁程序的效率,也让当事人有了拖延程序的极佳借口。相比之下,第三种做法较为可取,根据异议的内容规定不同的抗辩时限,尽可能少地影响仲裁程序的效率,也保护了当事人行使抗辩权的自由。当然,要兼顾仲裁程序的效率和当事人合理提出异议的权利,仅规定提出管辖权异议的时限是不够的,配套的规定如仲裁庭是否可以适当方式决定自己的管辖权、法院可否就此介入仲裁程序还是裁决做出后行使监督权等也很重要。从理论上讲,假如一国的仲裁法规定,当事人提出管辖权抗辩的时限采用上述第三种做法,同时,仲裁庭可以视情况把抗辩当做先决问题做出初步决定或者在终局裁决中做出决定。如果仲裁庭做出初步决定,当事人可以在一定时间内向有管辖权的法院就该初步决定提出异议,法院的介入不影响仲裁程序的继续进行。但无论如何,对仲裁庭的终局裁决包括管辖权决定,当事人在法定范围内可请求管辖法院予以司法审查。此种规定应较为理想,这将在下文的有关论述中得到验证。

(二) 抗辩管辖权的理由

仲裁管辖权的确立取决于当事人的仲裁意愿和法律的规定。因此,在仲裁程序中,如一方当事人试图否认仲裁管辖权,理由也出自这两大方面,使仲裁管辖权足以成立的每一个因素和环节反过来都有可能成为当事人抗辩它的理由。管辖权异议涉及仲裁程序的许多内容,甚至也涉及当事人的实体权利,研究当事人提出的各种抗辩理由,不仅在具体仲裁案件中是必须的,在一般意义上的重要性也应引起重视。从当事人的角度看,不仅促使其在订立仲裁协议时保持必要的谨慎,避免仲裁意愿落空,而且有助于其以适当方式在个案中行使这一程序性权利;从仲裁员、仲裁机构的角度看,有助于其正确理解和行使仲裁管辖权,维护仲裁的信誉;从立法和司法的角度看,了解实践中已出现或可能出现的诸多问题,显然有助于创造趋于完美的法律原则和执法准则,从而保障和支持国际商事仲裁法的发展。在理论上,研究仲裁程序中的各种管辖权异议,是完善、整合仲裁程序和仲裁法所必不可少的。国际商事仲裁实践中常见的抗辩理由主要集中在当事人之间是否存在争议、当事人的主体资格、仲裁协议的形式等方面,以下仅就常见的或主要的异议理由作扼要分析。

1. 争议是否存在

争议事项是仲裁协议的标的,如果当事人在某项国际性商业交易中不存在争议,仲裁协议就没有发挥作用的余地。仲裁实践中,常有当事人以双方不存在争议为由抗辩仲裁庭的管辖权,如在中国国际经济贸易仲裁委员会受理的深圳 JB 公司诉香港 SH 俱乐部关于合作合同争议案中(1995 年),SH 俱乐部即提出双方不存在争议,不仅从未听到 JB 公司提出有这一争议,双方也未曾协商过。在另一个案件中,被申请人称,从没有否认过申请人的这一债权,其提起仲裁是没有必要的。历史上曾有许多国家不允许将所谓将来争议(future dispute)提交仲裁,但 1923 年日内瓦《仲裁条款议定书》及 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决纽约公约》(下称《纽

约公约》)问世后,^[1]现在除了极少数拉丁美洲国家,基本上没有国家有这种限制。^[2]然而,各国对什么是争议确有不同认识。英国法律对此曾采取严格的观点,如一方的请求客观上不可争辩,被认为不存在争议,因而不能阻止法院处理案件的实体,因为即便按照《纽约公约》,没有争议时仲裁协议是不可执行的。^[3]在 1986 年 *Sethia Liners Ltd. v. State Trading Corporation of India Ltd.* 案中,英国上诉法院称:法院认定原告在法律上完全正确,被告没有可争辩的理由,被告向法院提出事实上没有效果的法律问题不能得到支持,在这种情况下,被告不能主张有需要提交仲裁的争议。如果法院认为,原告并不明显地有权获取简易判决,案件所引起的问题须经辩论和全面审理,被告有权提出且因而必须把争议按照 1975 年《仲裁法》第 1 条提交仲裁。1990 年以来,英国上诉法院强调执行仲裁协议,立场亦有所变化,对“争议”一词曾作如下解释:二人就牛津大学还是剑桥大学将赢得某年度大学赛艇比赛而发生争论,用通常的话说,他们之间存在争议。毫无疑问,一人正确一人错误将很容易和直接地得到证实,但这一事实并不也不能意味着二人之间不存在争议。因为一个人无可争辩的正确、另一个人无可争辩的错误,不能因此必然说明二人之间从来没有争议。^[4]英国法院的传统观点为一些学者所批评,美国法院亦排斥这种做法。法国和瑞典还没有公认这种做法,曾有人建议,争议的实质问题得以解决从而结束了对仲裁员的委任。^[5]当然,仲裁是以当事人自愿为基础的,如果当事人在仲裁协议中约定对无可争辩的请求可以通过法院以简易程序解决,其愿望应得到尊重。瑞典语中的争议(*tvist*)一词有分歧、争端的意思,但也可解释为一个案件或请求的意思,按照瑞典的标准仲裁条款,无可争辩的请求并不排除在外,因此当事人可视情况在仲裁协议中订立特别的排除条款,将无可争辩的请求排除在仲裁协议之外,尽管如此起草用词准确、内容详尽的排除条款要面临很多困难。在 *Media Transfer International AB*

v. Karlsson 案中,前者是一个公司,与后者——一个小生意人,订立租赁合同,公司提供录像带,Karlsson 每周支付约定的租金及费用,合同订有仲裁条款和公司可以通过法庭执行其请求的附加条款。根据合同,公司请求地区法院命 Karlsson 交还录像带或对未交还部分支付一定的费用,Karlsson 提出异议,要求案件由仲裁员审理。地区法院认为,双方在仲裁协议的附加条款中约定,公司可以利用法院执行其请求,问题是法院认为本案不涉及执行请求,合同约定了双方取消合同后盒带的处理方式,如双方希望法院决定交还录像带的责任,应预先在仲裁协议中清楚地订明。需要说明的是,瑞典语中请求一词有金钱性的要求的含义,地区法院故有此观点。上诉法院认为,无论单独还是从仲裁协议的上下文来理解,请求一词不只有金钱性要求一个含义,公司有权通过法院执行其请求。在最高法院,Karlsson 认为附加条款仅涉及无可争辩的请求,但本案的请求有争议,而且他要求严格解释仲裁协议,但法院没有支持其观点。^[6]

对于一方当事人提出的一项主张或请求,对方无可争辩或者予以承认,在这种情况下,权利人想尽快实现其权利,获取法院的简易判决不失为可取之道。但是,这种做法在具体案件可能有实用价值,在理论上,或者说在根本上,却弊多利少。对于订有仲裁协议的事项,一方却向法院起诉,声称双方对某项权利无争议,或者客观上没有什么可争辩的,法院无视仲裁协议而受理这一起诉,被告仅仅依据仲裁协议不能阻止法院的诉讼程序,实际上等于法院确认了当事人在法律上谁对谁错,从而过早地审查了案件的实体,而这本来应由仲裁员来确定。而且,仅因当事人实体上没有无可争辩之处,法院就不命当事人提交仲裁,既违背了一方当事人的仲裁意愿,也违背了《纽约公约》第2条关于强制提交仲裁的义务。就上文提到的中国国际经济贸易仲裁委员会的第二个案例而言,虽然被申请人从未否认过自己的债务,但申请人并不见得就可以

依中国《民事诉讼法》规定的督促程序^[7]实现其债权,法院裁定可能不为外国承认是问题的一个方面,被申请人明知其债务而不偿还,这本身就说明通过何种途径清偿债务双方还没有一致意见。这就是争议。所以,申请人提起仲裁仍有必要,它需要通过合法途径强制实现其债权。而在JB公司诉SH俱乐部案中,申请人要求解除合作合同及巨额赔偿,而被申请人不同意这些请求,双方显然存在争议。至于申请人在提起仲裁之前是否需要与被申请人协商,这不是一个强制程序,在仲裁庭说明这一点之后,SH俱乐部随即放弃了双方无争议的抗辩。无独有偶,国际商会(ICC)仲裁院也有这样的案例。在ICC第4265号案中,一个埃及代理人向荷兰的委托人要求赔偿佣金损失,后者称双方不存在争议,因为直到仲裁程序开始后,它一直都承认至少部分承认代理人的佣金,并建议双方进行调解。仲裁员认为这正说明双方存在争议,因而坚持了自己的管辖权。在ICC第4705号案中,被申请人对应付的赔偿数目及利息并无异议,仅因财政困难而无法支付,仲裁员认为双方待决的问题在于以何种方式清结被承认的债权及利息。^[8]

综上所述,在国际商事仲裁实践中,争议一词被给予最广义的解释。当事人对某一事项有任何分歧或不一致,或者一方的要求另一方因某种原因不能满足,则足以说明双方存在争议。因此,以没有争议、尚未发生争议或请求无可争辩来抗辩仲裁管辖权通常不能得到支持。正如瑞士《关于国际私法的联邦法》第178条第3款规定,仲裁协议所涉争议尚未发生不得成为抗辩仲裁协议效力的理由,这也就是说,以缺乏争议为由抗辩仲裁管辖权,不会得到支持。

2. 仲裁条款与合同转让

含有仲裁条款的合同订立之后,一方当事人将其在合同中的部分或全部权利以及双方各将其部分权利义务转让给第三方,仲裁条款是否约束合同的受让方?在武汉中苑科教公司诉香港龙海

(集团)有限公司确认仲裁条款效力案中,^[9]经法院查明,龙海(集团)有限公司(下称龙海公司)于1993年2月与武汉东湖新技术开发区进出口公司(下称东湖公司)签订“金龙科技发展有限公司合营合同”,双方约定在中国武汉合资建立金龙科技发展有限公司,该合同规定,与本合同有关的一切争议应提交中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。同年12月,武汉中苑科教公司(下称中苑公司)与东湖公司签订协议,东湖公司将其在合营企业的全部股权转让给中苑公司。中苑公司同时还与龙海公司签订了一份“协议书”,规定由中苑公司替代东湖公司作为合营企业的中方,合营企业名称亦改为武汉金龙高科技有限公司,新的合营企业承担原合营企业的债权债务。“协议书”还对原合营企业章程和合营合同中的投资额、注册资本、经营范围作了修改,但未对原合营合同中的仲裁条款进行约定。中苑公司与龙海公司以该“协议书”和原合营合同、章程办理了变更审批手续,工商行政管理部门审批备案的合同也是龙海公司与东湖公司签订的合营合同和龙海公司与中苑公司签订的“协议书”。法院认为,中苑公司与龙海公司签订的“协议书”是对龙海公司与东湖公司之间的合营合同的认可和部分更改,该协议书并未明确规定仲裁条款,由于仲裁条款具有相对独立性,并根据《纽约公约》有关规定,原合同中的仲裁条款对该合同的受让人无法律效力。龙海公司称其与中苑公司签订的“武汉金龙高科技有限公司合资合同”第40条为仲裁条款,但该公司不能提交合同正本,工商行政管理部门也无备案,中苑公司否认该事实,故龙海公司申请仲裁没有有效的合同依据。依照中国《仲裁法》第18、19、20条和《民事诉讼法》第140条第11项,裁定龙海公司所依据的“武汉金龙高科技有限公司合资合同”中的仲裁条款及“协议书”,不能作为确认双方接受中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权的依据。

法院裁定“武汉金龙高科技有限公司合资合同”中的仲裁条款

不能作为龙海公司申请仲裁的依据尚可理解,毕竟形式上不存在这样一个合同;但裁定“协议书”也不能作为龙海公司申请仲裁的依据,则大可商榷。根据法院查明的案情,中苑公司取代东湖公司成为合营企业的新的中方股东,合营企业亦更名为武汉金龙高科技有限公司,该公司的合同基础是由中苑公司与龙海公司签订的“协议书”和龙海公司与东湖公司签订的合营合同未变更的部分两大部分组成,因“协议书”只部分变更了原合营合同,意味着原合营合同中未变更的内容已被认可且并入“协议书”。这从当事各方办理合资合同变更的审批手续及在工商行政管理部门备案的情况可以看出。“协议书”没有剔除或修改仲裁条款,这说明,新的合资合同包含了原合营合同的仲裁条款,据此条款申请仲裁符合双方当事人的最初意愿。法院的裁定与其认定的事实自相矛盾。同时,法院裁定所依据的理由和法律亦有不当之处。其一,仲裁条款独立性是指仲裁条款的效力独立于主合同,合同的解除、无效、失效甚至是否存在不必然影响仲裁条款的效力,不是指合同转让时受让人接受仲裁条款必须另作特定的意思表示。恰恰相反,仲裁条款独立性理论的宗旨是从有利仲裁的角度来推定仲裁条款的效力,而法院现在的认定显然是限制性解释当事人的仲裁意愿,违背了中国《仲裁法》第19条规定的仲裁条款独立原则。其二,本案的双方当事人分别是中国内地和香港的法人,1997年7月1日香港回归后,两地间的仲裁事务不适用《纽约公约》,这已为司法实践所证实。^[10]而且事实上,《纽约公约》并没有涉及仲裁协议独立性原则,仅在第2条规定缔约国相互承认仲裁协议的效力及仲裁协议应具书面形式,法院所谓“根据《纽约公约》有关规定”显系无的放矢。

合同转让引发其中的仲裁条款的效力问题,实践中是很常见的。在XL公司诉YL公司和DF酒店关于合作合同争议案中(1997年),情况与上述案例略有不同。YL公司与DF酒店订立合