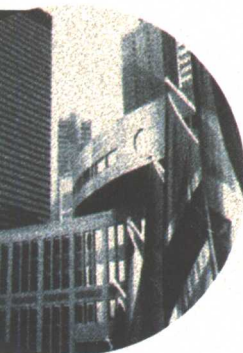


主编 李圣敬

 吉林人民出版社

国际经贸 仲裁法 实务

GUOJINGMAO
ZHONGCAIFASHIWU

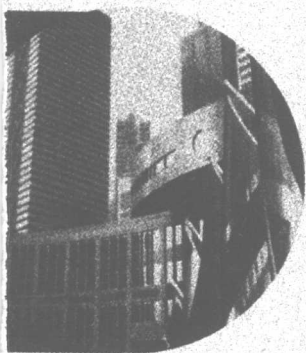


主编 李圣敬

吉林人民出版社

国际经贸 仲裁法 实务

GUOJINGMAO
ZHONGCAIFA SHIWU



图书在版编目(CIP)数据

国际经贸仲裁法实务/李圣敬编著. —长春:吉林人民出版社, 2003.1

ISBN 7-206-04116-7

I. 国… II. 李… III. 国际商事仲裁—仲裁法—基本知识 IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 100008 号

国际经贸仲裁法实务

主 编 李圣敬
责任编辑 郭美英

封面设计 翁立涛
责任校对 韦怀丽

出 版 者 吉林人民出版社 0431—5649710
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者 吉林人民出版社
制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者 长春市第四印刷厂

开 本 850×1168 1/32 印 张 12.25
版 次 2003 年 1 月第 1 版
印 次 2003 年 1 月第 1 次印刷
字 数 300 千字 印 数 1—5 200 册
标准书号 ISBN 7-206-04116-7/D·1032
定 价 22.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

目 录

上篇 WTO 争端解决机制中的仲裁

第一章 WTO 争端解决机制仲裁的概述

第一节 多边贸易体制中仲裁制度的历史沿革	003
一、WTO 之前仲裁制度的探源	003
二、WTO 仲裁制度的产生	008
第二节 WTO 仲裁的性质和适用范围	010
一、WTO 仲裁制度的性质	010
二、WTO 仲裁的适用范围	014

第二章 解决争端方法和程序的仲裁

第一节 仲裁方法的适用条件	016
第二节 争端解决中的证据及其审查	018
一、举证及相关问题	018
二、对事实和证据的审查	029
第三节 仲裁裁决的执行	031
一、裁决或建议的一般执行程序	031
二、仲裁裁决执行的探讨	032

第三章 执行裁决的仲裁和其他问题

第一节 执行建议和裁决的仲裁	035
----------------------	-----

一、确定合理期限的仲裁	035
二、确定报复是否符合有关原则和程序的仲裁	036
第二节 仲裁的法律适用及仲裁制度存在的问题	037
一、WTO 协议及附属规定	037
二、一般国际法	038
三、仲裁制度存在的问题	039

中篇 ICSID 国际投资仲裁

第四章 ICSID 及其仲裁的概述

第一节 华盛顿公约与 ICSID 概述	044
一、《华盛顿公约》	044
二、解决投资争端国际中心	045
第二节 中心仲裁概述	049
一、中心仲裁的概貌	049
二、中心仲裁的一般程序	051
第三节 中心仲裁的特点	053
一、自愿性与强制性的结合	054
二、独立性与自治性	055
三、裁决承认与执行的强力性	056

第五章 中心仲裁的管辖权

第一节 中心仲裁管辖权确定的程序	058
一、确定中心仲裁管辖权的第一步	058
二、仲裁庭对管辖权的确定权	060
第二节 提交中心仲裁的“同意”	062
一、同意的形式	063

二、同意的效力	066
第三节 中心仲裁的对人管辖权	068
一、作为适格当事人一方的缔约国	069
二、缔约国的组成部分或机构	070
三、作为适格当事人另一方的投资者——国民	072
第四节 中心仲裁的对事管辖权	083
一、法律争议	083
二、投资争议	085
三、小结	088
第六章 中心仲裁的法律适用	
第一节 法律适用的概述	090
一、当事人意思自治原则	091
二、当事人未选择法律时的补救措施	098
第二节 法律适用的实践	115
一、当事人意思自治的仲裁实践	115
二、当事人未选择准据法时仲裁庭的实践	118
三、对仲裁庭法律适用实践的总结	120
第七章 中心仲裁裁决的承认与执行	
第一节 中心仲裁裁决承认与执行的概述	121
一、当事人对裁决的遵守和履行	121
二、缔约国对裁决的承认和执行	124
三、中心裁决执行与主权豁免问题	130
四、不遵守或不执行裁决的法律后果	132
第二节 中心裁决承认与执行的特点及问题	134
一、中心裁决承认与执行的特点	134
二、中心裁决承认与执行存在的问题	136
第八章 中国与中心仲裁	
第一节 中国与中心的关系	139

第二节 中国利用中心仲裁应注意的问题·····	142
一、有关中心体制的国内配套立法问题·····	142
二、在香港、澳门及台湾适用《公约》的问题·····	147
三、加强对中心仲裁机制的研究·····	148
四、关于仲裁员问题·····	149

下篇 国际商事仲裁

第九章 国际商事仲裁法概述

第一节 国际商事仲裁的概念、种类和特点·····	153
一、仲裁的概念·····	153
二、国际商事仲裁的范围和种类·····	154
三、国际商事仲裁的特点·····	158
第二节 国际商事仲裁法的产生和发展·····	161

第十章 国际商事仲裁的管辖权

第一节 仲裁协议与国际商事仲裁管辖权·····	166
一、仲裁协议的概念和特征·····	166
二、仲裁协议与仲裁管辖权·····	169
三、仲裁协议的构成要件·····	172
四、无效及有缺陷仲裁协议的补救·····	179
五、仲裁协议效力的认定·····	182
六、仲裁协议的效力的确定·····	194
第二节 仲裁范围和权限与国际商事仲裁管辖权·····	204
一、可仲裁性与国际商事仲裁管辖权·····	204
二、受案范围与国际商事仲裁管辖权·····	215
三、仲裁员权限与国际商事仲裁管辖权·····	220
第三节 国际商事仲裁管辖权的异议及抗辩·····	221

一、仲裁程序中的管辖权抗辩	221
二、撤销与执行裁决程序中的管辖权抗辩	226
第十一章 国际商事仲裁的程序	
第一节 仲裁机构	234
第二节 仲裁庭的组成	240
一、组成仲裁庭的人数	240
二、仲裁庭成立后可能的变动	244
三、仲裁庭的权力与义务	247
四、仲裁庭与仲裁机构的关系	248
第三节 仲裁员制度	249
一、仲裁员的资格条件	249
二、仲裁员的指定、回避及更替	252
三、仲裁员的权力与义务	253
四、仲裁员的责任	254
五、仲裁员的道德准则	256
第四节 仲裁程序中的一些问题	262
一、仲裁的申请与受理	262
二、法院在仲裁程序中的作用	266
三、仲裁的预备会议	269
四、证据问题	270
五、国际商事仲裁中的调解	273
六、仲裁裁决	276
第十二章 国际商事仲裁的法律适用	
第一节 仲裁法律适用的概述	284
第二节 仲裁协议的法律适用	286
一、当事人行为能力的法律适用	286
二、争议事项可仲裁性的法律适用	288
三、仲裁协议的准据法	289

第三节 仲裁程序法的法律适用	292
一、仲裁程序法适用的独立性	293
二、仲裁程序法的适用范围	294
三、仲裁程序法的确定	295
四、仲裁程序法适用的“非当地化”	301
第四节 仲裁实体法的法律适用	306
一、当事人自行选择仲裁实体法	307
二、仲裁庭选择应适用的实体法	310
三、直接确定仲裁实体法	313
四、适用非国内实体规则	314
第五节 法律适用的排除及中国法的适用	315
一、当事人选择法律的排除情形	315
二、我国涉外仲裁的法律适用	317
第十三章 国际商事仲裁裁决的承认与执行	
第一节 裁决承认与执行制度的概述	322
一、裁决承认与执行的含义及关系	322
二、国际商事仲裁的外国裁决	323
第二节 裁决承认与执行的程序和条件	327
一、《纽约公约》的相关作用	327
二、裁决承认与执行的程序	330
三、承认与执行外国仲裁裁决的形式条件	333
第三节 拒绝承认和执行裁决	336
一、《纽约公约》拒绝承认和执行裁决理由的特点	337
二、应由被执行人举证的理由	338
三、由法院主动援引的理由	343
第四节 中国与国际商事仲裁裁决的承认和执行	349
一、中国涉外裁决在国外的承认和执行	349
二、外国裁决在我国的承认与执行	350

三、内地与香港澳门之间仲裁裁决的相互执行	352
第十四章 国际商事仲裁与律师实务	
第一节 律师代理国际商事仲裁概述	354
一、委托前对仲裁协议的处理	355
二、仲裁文书的起草	361
三、代为或协助行使仲裁权利	362
四、请求收集证据和保全财产	364
五、参与仲裁庭审活动	366
六、签收文书和申请执行或撤销裁决	368
第二节 律师仲裁代理中应该注意的问题	370
一、开庭前的准备	370
二、“放弃仲裁异议”的运用	371
三、管辖权抗辩的运用	372
四、调解程序的应用	373
五、申请撤销或承认与执行裁决	374
主要参考文献	378

上篇

WTO争端解决机制中的仲裁

第一章 WTO 争端解决机制 仲裁的概述

第一节 多边贸易体制中仲裁制度的历史沿革

一、WTO 之前仲裁制度的探源

在现代法律制度中,作为解决当事方争端或纠纷手段的仲裁(arbitration),不管产生于何种制度,也不管属于哪一种层面,其含义均基本相同,即指争议当事方依据争议发生前或发生后所达成的仲裁协议,自愿将争议交给独立的第三方,由其按照一定程序进行审理并作出对争议双方都有约束力的裁决的一种程序。然而,在实践中,有多种仲裁的存在,不同种类仲裁之间在许多方面也是有区别的。本篇所要论述的仲裁仅指 WTO(世界贸易组织)法律体系中规定的或者在 WTO 实践中运用的仲裁,进一步说,只是指 WTO 争端解决机制中规定的或运用的仲裁程序和仲裁环节。

在国际法上,解决国家与国家之间或成员与成员之间争端的方法有强制性的和非强制性的。前者主要指使用武力、报仇、平时封锁等;后者主要指政治的解决方法和法律的解决方法。诸如谈判、协商、斡旋、调停、国际调查、和解(调解)等属于政治的方法;^①司法审判和本篇要探讨的仲裁则是属于法律的方法。作为 WTO

^① 曹建明 周洪钧 王虎华主编:《国际公法学》,法律出版社 1998 年版,第 630 页。

这一极为重要的国际组织的争端解决机制内容组成部分的仲裁，不管从制度建设还是争端解决实践来看，都已经成为 WTO 解决其成员之间贸易争端的方法和环节之一。由于国际经济组织 WTO 是在原先的 GATT 的基础上发展而来的，要探研 WTO 的仲裁制度，首先应探研 GATT 的仲裁制度和实践，甚至应追源到为了建立 ITO（国际贸易组织）^① 的哈瓦那宪章的相关内容。

1947 年起草哈瓦那宪章的成员国们在起草宪章时就已经计划将仲裁制度纳入其中，并且后来成文的草案已对其做了规定。哈瓦那宪章第 93 条第 2 款和第 3 款的规定是：

2. 有关争端成员方可以根据他们所达成的协议条款将属于第 1 款内容而产生的争端提交仲裁；但是，这种仲裁的结果除了对仲裁当事方外，无论为何目的，都不能对 ITO 及其他成员产生约束力。

3. 有关争端成员方应将依据本章而进行的任何讨论、协商或仲裁的进行情况和结果一般地通知 ITO。^②

而且，第 94 条进一步地规定，基于第 93 条第 1 款的事宜，任何一个当事方如果被成员将争端提交 ITO 的执行委员会（Executive Board），执行委员会应立即对争端进行调查，并认定是否存在第 93 条第 1 款所表述的“任何抵消或损害”（nullification or impairment）的情况作出裁决。这是为了在需要时便于按以下步骤采取行动：

① 由于某些西方大国的反对而使原来要成立的 ITO 没有建立。

② Petersmann, Strengthening the GATT Dispute Settlement System: On the Use of Arbitration in GATT. In the New GATT Round of Multilateral Trade Negotiation, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 2nd Ed., P. 338.

第一，决定无须采取任何行动；

第二，向有关成员方建议进一步的磋商措施；

第三，在执行委员会与有关成员方达成一致的情况下，将争端提交仲裁；

第四，在依据第 93 条第 1 款首项所产生的任何事宜中，要求有关成员采取必要的行动以使该成员遵守本章的规定；

第五，在依据第 93 条第 1 款次项所产生的任何事宜中，向有关成员方提出能够最大限度地帮助并有利于他们达成满意结果的建议。

哈瓦那宪章的上述内容，尤其是其第 93 条第 2、3 款明确规定了用仲裁方法解决成员之间的争端，并对诸如仲裁的适用及拘束力等重要相关问题做了明确的规定。由此可见，哈瓦那宪章中的仲裁制度是比较完整的。同时也说明了哈瓦那宪章的起草者们是非常重视仲裁方法在争端解决中的作用。可以设想，要是当时的 ITO 成功设立并正常运作，所规定的仲裁制度一定能在国际经贸实践中得到经常适用。于 1948 年 1 月 1 日正式生效的 GATT 在它运作的近半个世纪中却未曾对仲裁进行明文规定，这不能不令人遗憾。不过，这不等于在 GATT 中就找不到仲裁的踪迹了。

GATT 的有关争端解决机制的规定主要体现在其文本第 22 条和第 23 条的两个条款，以及在 GATT 继存期间对主体条款进行修改、补充和解释的规定。这些规定包括：

第一，GATT 为了澄清援引 GATT 第 22 条的方法，在 1958 年 11 月 10 日，缔约方全体会议通过了《关于依照第 22 条解决影响某些缔约方利益的问题的程序的决定》（Decision on Procedures under Article XXII Questions Affecting the Interests of a Number of Contracting Parties）；

第二，缔约方全体于 1966 年 4 月 5 日通过的《关于补充 GATT 第 23 条的决议》，旨在补充有关解决发达成员和发展中成

员之间的争端的规定；

第三，在东京回合多边谈判中，缔约方总结了 GATT 生效以来解决贸易争端的经验，于 1979 年 11 月 28 日将其以条文的形式固定在《关于通知、磋商、争端解决与监督的谅解》(Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance)，并作为正式协议在全体会议上通过。此外，还通过了《各方同意的对争端解决方面的 GATT 习惯做法的说明》(Agreed Description of the Customary Practice of GATT) 作为上述谅解的附件；

第四，为了细化争端解决的程序规定，使其更具可操作性，缔约方于 1982 年 11 月 29 日通过的《争端解决程序部长宣言》(Ministerial Declaration on Dispute Settlement 1982)；

第五，为了进一步完善有关专家组 (panel) 方面的规定，在 1984 年 11 月 30 日由缔约方全体第 40 届会议通过的《关于争端解决程序采取行动的决议》(Decision on Action of Dispute Settlement Procedures)；

第六，在乌拉圭回合谈判中，缔约方全体会议于 1989 年 4 月 12 日通过的《关于 GATT 争端解决机制规则和程序的完善决议》(Decision on Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures)。

GATT 争端解决机制的主体条款之一——第 22 条规定：

1. 当一缔约方就影响本协定执行的任何事项向另一缔约方提出要求时，另一缔约方应给予同情的考虑，并应给予适当的机会进行协商；

2. 经一缔约方提出请求，缔约方全体对经第 1 款协商但未达成圆满结果的任何事项，可与另一缔约方或另几个缔约方进行协商。

该条款很明显要表达的内容是：要求当事方用协商的办法解

决争端。但是整个 GATT 文本是用西方语言撰写的，翻译成汉文，理解起来不一定完整准确，需要对其进行解析。就第 22 条而言，至少包括了如下含义：第一，协商的方法是 GATT 解决争端的基本方法，当事方有义务考虑适用，条款中的“同情的考虑”和“给予适当的机会”等词所要传达的正是这样的信息；第二，协商首先应在争端各方之间进行，只有在这种私下协商未果的情况下，方可进行由缔约方全体主持或参与的情况下的协商；第三，多方协商应由争端当事方的请求而产生；第四，由缔约方主持或参与的协商不仅仅限于严格意义上的协商，还包括有由缔约方全体出面调解的意思，正基于此，后来在回合谈判中发展成斡旋、调停、调解的规则，这可从东京回合和乌拉圭回合中形成的两个《谅解》中得到证实。

GATT 第 23 条的规定也是其争端解决机制的核心内容，该条文由第 1 款和第 2 款构成，基本含义为：第一，如果一缔约方认为，另一缔约方违反 GATT 义务或规则的行为、另一缔约方并不违反 GATT 义务或规则的行为、存在其他任何情况等三种原因导致了该缔约方根据本协定直接或间接享有的利益丧失或损害（Nullification or Impairment）、或者使本协定任何目标的实现受到妨碍等两种结果，它可以向其认为有关的缔约方提出磋商的书面请求或建议。这似乎与第 22 条有所交叉；第二，如果在“合理”期限内有关缔约方之间的磋商未产生“令人满意”的结果，有关缔约方得将争端提交缔约方全体。缔约方全体应对提交的任何情况进行迅速调查，并向有关缔约方提出适当建议，或者在适宜时做出裁决；第三，凡缔约方全体认为情势已经严重到足够有理由采取行动时，可以批准一个或几个缔约方对一个或几个缔约方终止履行本协议规定的减让或其他义务；第四，将争端交由缔约方全体解决的前提条件至少有两个：上述第一项的磋商未果；缔约方须证明依 GATT 应享有的权益受到“丧失或损害”或者“使本