

替代渐成主流

仲裁已经日益成为法律界和商业界
解决争议的重要选择

商事仲裁 实务精要

林一飞 著

**Essentials of
Commercial
Arbitration
Practice**



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

林一飞 著

商事仲裁 实务精要

**Essentials of
Commercial
Arbitration
Practice**



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁实务精要/林一飞著. —北京:北京大学出版社,2016.4
ISBN 978-7-301-24834-8

I. ①商… II. ①林… III. ①商事仲裁—研究 IV. ①D997.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第067457号

书 名 商事仲裁实务精要

SHANGSHI ZHONGCAI SHIWU JINGYAO

著作责任者 林一飞 著

责任编辑 王 晶

标准书号 ISBN 978-7-301-24834-8

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 11.375印张 353千字

2016年4月第1版 2016年4月第1次印刷

定 价 36.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

前 言

本书完成的时候,我正好迎来了人生中的一个转折点:离开了工作十八年的仲裁机构,在新的平台上开始新的征程。不过,新的征程并不代表一切全新,我仍然主要从事商事仲裁的实务和研究,和我从前在仲裁机构的领域并无太大区别。当然也有区别,例如角度不同、力度不同,我以一个更超然的或者说更介入的姿态来审视仲裁、参与仲裁、来思索并推进仲裁制度的完善和仲裁事业的发展。

本书完成的时候,由我创建和总编的“中国仲裁在线”(www.cnarb.com)也进入了一个新的时期。作为中国仲裁行业的门户网站,“中国仲裁在线”在九年之后又加了一个新名字:“一裁网”,来展示自己在仲裁之路上的断然和坚持。同时也意味着,我们将从学术和研究的出发点,向着实务和专业应用方面拓展加深,致力于为法律界和商业界提供仲裁和争议解决相关的信息、研究、顾问等全方位的服务。

本书完成的时候,我们的 CNARB 仲裁研究院也开始起步。创立研究院是为了更加有效地整合和配置业界的仲裁资源,凝聚仲

裁业界的热情和力量。从某一个角度而言,在中国,这是一次尝试,一次全新的、纯民间的尝试。我们会借鉴在国际上一些成功的例子,吸收一切有益于我们在仲裁上的理想和追求的做法,按照我们自己的方式进行创新。

本书完成的时候,我们的仲裁微信公众号“中国仲裁”也即将迎来两周年纪念,我们的仲裁微信群“中国仲裁员群”“中国仲裁机构论坛”和“中国仲裁论坛|CNARB FORUM”群组也得到了诸多的肯定。在仲裁这样一个看似细分的领域,实际上却有那么多对其关注的人:仲裁员、法官、律师、仲裁机构工作人员、高校师生、机关事业单位人员以及各类型企业的法务、知识产权、风险控制人员、业务人员及其他爱好者等。我们为每一个粉丝、为每一个参与者感动,受他们鼓舞。

本书完稿之时,中国仲裁也已经发展到一个崭新的阶段。正如本书最初拟用的书名“替代渐成主流”所表明,仲裁已经日益成为法律界和商业界解决争议的重要选择。《中华人民共和国仲裁法》施行已经二十年,全国各仲裁机构受理案件标的总额 1995 年为 2 亿元,2009 年首次突破 1000 亿元,2014 年增长至 2656 亿元,2015 年的标的总额更是增长了 55%,达到 4112 亿。业界的目光开始更加关注质量,仲裁制度的完善和仲裁公信力的塑造,将成为仲裁改革和发展中最重要的任务。

这本书就是在这样一个继往开来的时点完成、付梓。我把我所认为的一个仲裁人应当知道的一些实务重点和难点收集进本书,内容尽量简要,编排尽量简洁。部分文章已经发表在纸面或微信上,部分观点或经验也可能出现在我编著的其他众多书籍中。因文稿的写作时间颇有跨度,此次定稿之时稍做修改,增添或删减一些内容。其中若有疏漏之处,当是由于近期生活、工作稍有起伏

心态浮动所致,欢迎诸君指正并联系我(efeee@126.com)。

本书的内容涵盖了仲裁协议、可仲裁性、仲裁当事人、仲裁员、仲裁程序、仲裁裁决以及境外仲裁等各方面可能遇到的主要问题。与以往仲裁著述不同之处在于,本书没有刻意遵循仲裁制度的体系完整性,而是以实务和问题作为导向,以众多点的联动来带动面的形成。在相关问题的论述上,既有理论的铺垫,更有实际案例的佐证;既有他处经验和教训的总结,也有长期观察得出的答案和技巧;既有开头部分的提要,也有结尾部分的案例。无论你是初学者还是资深专家,是研究人员还是实务界人士,当你遇到相关仲裁问题时,我希望你翻到那一部分内容后,或者马上能得到答案,或者能很快获悉通往答案的道路、线索或提示。当然,更多的内容,你也可以进一步与我联系探讨。

十八年,足够一个青春成长,足够个体动荡万千。但是,正是因为自己对仲裁的热爱,因为有着广大和我一样同样与仲裁缘深缘浅的读者,我才能始终将它作为一个不变的主题,去办无数的案件、写不尽的文章。我相信,今后在另外一个平台上,无论我进行研究还是从事实务,一样能够得到诸位一以贯之的支持。春来春去催人老,唯有你们不老。来,一起把酒共留春,莫教花笑人。

林一飞

2016年春于深圳

目 录

1 仲裁协议

- 1.1 仲裁协议的独立性 / 003
- 1.2 仲裁协议的形式要件:晚近司法审查实践 / 011
- 1.3 默示对仲裁协议效力的影响 / 022
- 1.4 主合同中的仲裁协议效力是否及于担保合同? / 027
- 1.5 强买强卖还是两厢情愿:格式合同中的仲裁条款 / 035
- 1.6 约定多家仲裁机构条款的效力 / 044
- 1.7 约定仲裁机构不存在对于仲裁协议效力的影响 / 051
- 1.8 “可”不可? ——一些仲裁案例 / 055

2 可仲裁性

- 2.1 侵权争议的可仲裁性:手还能伸得更长吗 / 065
- 2.2 反垄断事项的可仲裁性:公权力救济之外 / 074

2.3 证券仲裁:证券争议的可仲裁性 / 089

2.4 知识产权仲裁:知识产权争议的可仲裁性 / 097

3 仲裁当事人

3.1 多方当事人仲裁 / 105

3.2 刺破蒙在仲裁协议上的公司面纱 / 112

3.3 仲裁程序中的第三人 / 117

4 仲裁员

4.1 仲裁员的身份冲突 / 137

4.2 仲裁员的责任:绊马绳还是长鸣钟 / 148

4.3 指定仲裁员的方式与实践 / 160

4.4 仲裁员的回避事由 / 169

5 仲裁程序

5.1 仲裁程序中的机会主义与异议权放弃 / 181

5.2 合并仲裁的决定者与意思自治的偏离 / 191

5.3 瑕不掩瑜:对仲裁程序瑕疵的司法审查标准 / 200

5.4 由俏江南冻结资产引起:如何进行仲裁财产保全? / 211

5.5 商事仲裁中的证据问题 / 216

6 仲裁裁决

6.1 中国内地与香港相互执行仲裁裁决 / 229

6.2 中国大陆与台湾仲裁裁决的相互认可和执行 / 245

6.3 中国内地与澳门相互执行仲裁裁决 / 262

6.4 港澳相互执行仲裁裁决 / 273

6.5 香港、澳门与台湾之间仲裁裁决的相互执行 / 281

6.6 外国仲裁裁决在中国承认和执行的三份司法解释 / 290

6.7 中国仲裁司法审查涉及公共政策的实践 / 297

7 境外仲裁

7.1 中国公司约定境外仲裁若干法律问题 / 311

7.2 纯国内争议不宜在境外仲裁机构仲裁 / 345

1 仲裁协议

1.1 仲裁协议的独立性

合同无效,当事人是否还能依据合同中的仲裁条款提起仲裁?实务中,在仲裁程序的早期阶段,一方可能以此提出抗辩,主张仲裁协议随之无效,仲裁机构或仲裁庭不具有管辖权。但仲裁协议具有独立性,不随合同无效而无效。下文简要阐释仲裁协议独立性的相关问题。

在仲裁程序启动阶段以及仲裁司法审查阶段,经常遇到一方以协议无效为由,不认同仲裁的管辖权。这就涉及仲裁协议独立性原则。仲裁协议虽然也是一种协议,而且是一种附属性协议,但有其特殊性,独立于基础法律关系。仲裁协议的独立性,或称仲裁协议的可分割性或自治性,指仲裁协议与基础合同相分离,独立存在,并不受有关基础合同效力主张或认定的影响^{〔1〕},不因其无效而当然无效。仲裁协议独立性事实上已经成为现代仲裁法的主要

〔1〕 仲裁协议的独立性一般只涉及合同中的仲裁条款,因单独的仲裁协定产生问题的可能性较小。

基础之一。^{〔1〕}

仲裁协议独立性或可分性是否在任何情况下均予适用?或者说换句话说,是否在某些情况下,仲裁协议不能独立于基础合同?有两种观点,一种观点(相对说)认为,仲裁协议应在某些情况下进行区分,对于基础合同自始无效或根本不存在的情形,仲裁协议亦应相应无效。因为在这种情况下,由当事人从未就仲裁协议达成合意,因此基础合同的无效或不存在也导致仲裁协议的无效或不存在,此时争议不应当通过仲裁解决。另一种观点(绝对说)认为,在独立性或可分性的适用上,无需对不同情形进行区分。^{〔2〕}例如,A申请仲裁B,B称合同因A欺诈而自始无效,因此其中所包含的仲裁条款也自始无效;或者B否认存在合同,否认存在仲裁协议。在未审理之前,仲裁庭无从断定B所述是否属实。适用相对说或适用绝对说在不同机构先受理的情况下,均会遇到前述两难。此时如何处理应当依据各国的法律规定,并取决于法院对仲裁的态度。

应当注意到,仲裁协议独立性只是使仲裁协议的效力认定与合同的效力认定分开,只是使仲裁协议效力认定的程序“独立”,而并非使仲裁协议当然有效。仲裁协议有效与否应当由仲裁庭作出决定。如果仲裁庭认定仲裁协议无效,则案件不应由其继续受理。

由于仲裁条款的可分性,因此,合同效力主张或决定并不影响仲裁条款效力的认定。此时,仲裁庭应当依据该仲裁条款进行审

〔1〕 See The Stockholm Chamber of Commerce (ed), *Arbitration in Sweden* (1984), second (revised) edition, p. 27.

〔2〕 如瑞典持这种态度。See The Stockholm Chamber of Commerce (ed), *Arbitration in Sweden* (1984), second (revised) edition, p. 28.

理。但在这种情况下,仲裁庭应当首先就管辖权问题作出确定。也就是说,实际上,无论相对说或绝对说,赋予仲裁庭的首先是对于管辖权问题的管辖权。这就是所谓的管辖权/管辖权原则(Kompetenz-Kompetenz)。依该原则,当事人主张的仲裁协议效力问题并不影响仲裁庭决定效力问题的权力。一般认为,国际仲裁当中,仲裁员具有对其管辖权的管辖权,即决定其自己管辖权的权力。严格的管辖权/管辖权原则即指仲裁员具有最终确定管辖权而不受法院控制的权力。该原则赋予仲裁庭的权力过大。1998年,在管辖权/管辖权这个概念起源的德国,新制定的仲裁法废除了这种意义上的“管辖权/管辖权”概念。依原仲裁法,当事人可以授权仲裁庭对其管辖权作出终局决定。此时,仲裁庭作出的并不仅是可以受法院审理的管辖权决定,德国法院认定此种仲裁协议的当事人同意管辖权问题由仲裁庭专属管辖,排除法院管辖权。但是,依据1998年修订的《仲裁法》,当事人不再有权排除德国法院在此类案件中的管辖权。仲裁庭管辖权问题任何情况下均由法院最终予以决定。^[1]另一种意义上的管辖权/管辖权原则指仲裁员有权决定其自己的管辖权,但其所作决定并非决定性的,而仍应受司法监督。这一种意义上的管辖权/管辖权原则是现今国际商事仲裁中仲裁员管辖权制度上的主流作法。大多数国家都在立法确立仲裁协议可分性的同时,确立了管辖权/管辖权原则,但不排除法院对此类事项的最终决定权。

[1] See Klaus Peter Berger, "Germany Adopts the Uncitral Model Law," in *Int. A. L. R.* 1998, 1(3), 121—126, at 121. 第1040(3)条:如仲裁庭认为其有管辖权,则其对本条第2款所述抗辩一般应以初步裁定的形式作出决定。在这种情况下,当事人可以在收到该裁定的书面通知后一个月内请求法院决定该事项。即使该请求尚属未决,仲裁庭仍然可以继续仲裁程序并作出仲裁裁决。

确定仲裁协议独立性是国际上对此问题的普遍做法。多数仲裁立法或规则都采纳了仲裁协议独立性原则。例如,联合国国际贸易法委员会(下称 UNCITRAL)《国际商事仲裁示范法》(下称《UNCITRAL 仲裁示范法》)第 16(1)条、1996 年《英国仲裁法》第 7 条、1998 年《德国仲裁法》第 1040(1)条、2004 年《日本仲裁法》第 23(1)条等。我国《仲裁法》第 19(1)条规定:仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。除立法中规定外,许多仲裁机构的仲裁规则也规定了仲裁协议的独立性。《UNCITRAL 仲裁示范法》第 16(1)条规定:仲裁庭可以对其管辖权包括对仲裁协议的存在或效力的任何异议,作出裁定。为此目的,构成合同一部分的仲裁条款应视为独立于合同其他条款的一项协议。仲裁庭作出关于合同无效的决定,不应在法律上导致仲裁条款无效。1996 年《英国仲裁法》第 7 条(仲裁条款独立性)规定:除非当事人另有约定,构成或旨在构成其他协议(无论是否为书面)一部分的仲裁协议不得因其他协议无效、不存在或失效而相应无效、不存在或失效。为此目的,仲裁协议应视为不同的协议。1998 年《德国仲裁法》第 1040(1)条规定:仲裁庭可以决定自己的管辖权并同时就对仲裁协议的存在或效力作出决定。为此,构成合同一部分的仲裁条款应被视为独立于合同其他条款的协议。2004 年《日本仲裁法》第 23(1)条也有类似规定。^[1]我国《仲裁法》第 19(1)条规定:仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。

除立法中规定外,许多仲裁机构的仲裁规则都规定了仲裁协

[1] 第 23(1)条规定:当事人就有关仲裁协议的存在或效力或仲裁庭的管辖权(本条下指进行仲裁程序和作出仲裁裁决的权力)所提出的主张,仲裁庭可以作出决定。

议的独立性。例如,2014年《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第23条^[1]、《UNCITRAL 仲裁规则》第23条。^[2]

独立性理论还在许多国家的案例中得到确认或体现。例如,瑞典通过两个案例确认了独立性原则。在 AB 案^[3]中,原告买了四台编织机。销售合同援引一般贸易条件,包含一仲裁条款。原告对机器不满意,欲取消合同。原告提起诉讼后,被告提出有仲裁协议,以排除法院管辖权,并动议驳回案件。原告称,销售合同由于欺诈而无效,由于仲裁条款构成销售合同的一部分,因此,买方不受仲裁条款的约束。地区法院以缺乏管辖权为由驳回该案。上诉院和最高法院维持了该决定。最高法院认定,包含在销售合同中的仲裁条款是有效的和有约束力的,“不管该销售合同可否以某种方式执行。”最高法院的决定基于下述假设,即在主合同的无效主张不影响仲裁庭的管辖权的意义上,仲裁条款与合同的其他部分是“可分的”;仲裁庭应对此类主张作出决定。在 Hermansson 案^[4]中,最高法院的多数意见与 AB 案中判决的意见一致。原告与被告签订一包含仲裁条款的租赁合同。仲裁条款约定,有关合同解释及适用的争议应提交仲裁解决。原告提起诉讼,请求宣告

[1] 23.1 仲裁庭有权就其管辖权及权限做出决定,包括对仲裁协议的开初、持续、有效性、范围等的异议作出决定。23.2 为此目的,构成或拟构成另一协议组成部分的仲裁条款,应视为独立于该协议。仲裁庭作出的此等协议不存在、无效、不发生效力不应导致仲裁协议的不存在、无效或不发生效力。

[2] 23.1 仲裁庭有权对其自身管辖权作出裁定,包括对与仲裁协议的存在或效力有关的任何异议作出裁定。为此目的,构成合同一部分的仲裁条款,应视为独立于合同中其他条款的一项协议。仲裁庭作出合同无效的裁定,不应自动造成仲裁条款无效。

[3] *AB Norrköpings Trikafabrik v. AB Per Persson* (NJA 1936, 521). 该案及下案均可见 See The Stockholm Chamber of Commerce (ed), *Arbitration in Sweden* (1984), second (revised) edition, pp. 25—26.

[4] *Hermansson v. Asfaltbelaggnings* (NJA 1976, 125).

合同无效,因为当事人双方未达成合意。据此,原告的主张是合同从未存在过。而且,原告称合同全部无效,所以仲裁条款无效。被告以存在仲裁条款为由要求排除法院管辖权,并驳回原告请求。被告称尽管存在合同被声称无效的事实,但仲裁条款是有效和有约束力的。地区法院认定仲裁条款不适用于争议,并对该案行使管辖权。上诉院以缺乏管辖权为由推翻了地区法院的决定。最高法院多数意见维持了上诉院的决定。最高法院使用了与 AB 案中相同的措辞。最高法院认定,包含在被称为租赁合同的文件中的仲裁条款,有效且有约束力,“不管该文件可否以某种方式执行。”

在中国有关商事仲裁的司法审查实践上,仲裁条款独立性也得到体现。例如,在北京某某科技有限公司与北京某某广告传媒有限公司承揽合同纠纷案^[1]中,法院认为,根据仲裁法律相关规定,仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。现起诉所依据的《解除有关合同的协议》,系双方当事人就解除 2007 年 12 月签订的《机场大屏幕媒体租赁合同》所达成的协议,不影响《机场大屏幕媒体租赁合同》仲裁协议的效力。根据双方当事人在《机场大屏幕媒体租赁合同》中约定的“因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均提请北京仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁”的条款,本案应提请北京仲裁委员会进行仲裁。

下一案例甚至只考虑仲裁协议是否存在,而不考虑仲裁协议是否有效(要求另案处理)。按照法院的观点,仲裁协议独立存在,已经构成了法院不予受理案件的依据。在重庆某某运业有限公司(以下简称某某公司)与某某财产保险股份有限公司重庆分公司

[1] 北京市朝阳区人民法院(2009)朝民初字第 21719 号民事裁定书。