

国际商事仲裁
丛书

丛书主编 / 韩德培 黄进

国际商事仲裁 管辖权研究

*A Study
of
Jurisdictional Problems
In
International Commercial Arbitration*

宋连斌/著

法 律 出 版 社

D996.1

26

国际商事仲裁

丛书

丛书主编 / 韩德培 黄进

国际商事仲裁 管辖权研究

*A Study
of
Jurisdictional Problems
In
International Commercial Arbitration*

宋连斌/著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁管辖权研究/宋连斌著. 北京:法律出版社,2000.1

(国际商事仲裁丛书/韩德培、黄进主编)

ISBN 7-5036-3010-8

I. 国… II. 宋… III. 国际商事仲裁-管辖权-研究 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 70434 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/文 华

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/9 字数/219 千

版本/2000 年 3 月第 1 版

2000 年 3 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3010-8/D·2712

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《国际商事仲裁丛书》总序

自有人类社会以来,由于利益的冲突,各种矛盾、纠纷、争议、争端时有发生。为了解决社会上不可避免的各种矛盾、纠纷、争议、争端,人们发明了许多方法,比如神明裁判、协商、谈判、调停、斡旋、仲裁和司法诉讼等。由于司法诉讼以国家强权为后盾,辅以相对来说较为完备的组织和程序,具有其他方法所不具有的权威性,故这种方法成为最具权威、最为严格和最为正统的争议解决方法。当然,司法诉讼这种争议解决方法没有必要也不可能完全取代其他争议解决方法。事实上,在现实生活中,大量的争议是通过非司法诉讼的方法解决的。目前的趋势是,争议解决方法向多样化方向发展,而非司法诉讼的争议解决方法越来越多,越来越受到重视。现在,人们习惯把非司法诉讼的争议解决方法叫做ADR,它是英文“Alternative Dispute Resolution”的缩写,直译为“替代争议解决方法”。而在运用替代争议解决方法的实践中,最受到重视、最有效用、最制度化并被广泛使用的方法是仲裁。

在国际商事交往中,同样难免有这样或那样的争议发生。当有争议发生时,通常,当事人首先会通过自己协商和谈判而寻求和解。不然,再就在第三者调解下解决争议。在和解与调解均不奏效的情况下,当事人只得通过仲裁或司法诉讼来解决争议。通过仲裁这种方法解决国际商事争议一般称之为国际商事仲裁。由于国际商事仲裁具有当事人自治,仲裁员独立、中立和专业化,程序较为灵活,时间较为快捷,费用较为经济以及司法适当支持等特性,所以,这种争议解决方法有不少其他争议解决方法所不具有的

HD42/06

优势。因此,国际商事交易的当事人在缔结合同时或在争议发生后寻求第三者参与的争议解决方法时,常常选择仲裁,较少诉诸司法诉讼或其他第三者参与的争议解决方法。实践证明,国际商事仲裁作为一种行之有效的解决国际商事争议的方法,已被广泛用于解决国际商事交往中的各种争议。

仲裁是一个古老的制度,早在古希腊以及中世纪时欧洲国家就用过仲裁这种争议解决方法。从18世纪末到19世纪,仲裁方法开始在国际上广泛采用。本世纪以来,国际商事仲裁得到了长足的发展。这主要表现在如下几个方面:首先,随着国际商事交往日益频繁以及国际商事活动向深度和广度发展,提交仲裁解决的国际商事争议事项的范围逐渐扩大,并已十分广泛。其次,各国纷纷建立自己的国际商事仲裁机构,跨国性的国际商事仲裁机构逐渐增多,国际商事仲裁由临时仲裁向常设仲裁机构仲裁发展,常设仲裁机构仲裁已成为现代国际商事仲裁的主要形式。其三,许多国家都制定了自己的国内仲裁法来规范国际商事仲裁,要求在进行国际商事仲裁时遵守法律规定,并赋予法院在一定程度上支持和监督仲裁的权力,以增强仲裁的法律效力,这表明国际商事仲裁的法律性正在逐步增强。最后,随着关于仲裁的国际条约和国际性规则逐渐增多,各国关于国际商事仲裁的国内立法日益趋同,以及各国常设仲裁机构的交流与合作更加密切,国际商事仲裁日趋国际化和统一化。

中国的国际商事仲裁实践始于本世纪50年代。根据当时中央人民政府的决定,“中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会”和“中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会”分别于1956年和1959年正式成立。前者曾于1980年改名为“中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会”,到1988年,两者又同时分别更名为“中国国际经济贸易仲裁委员会”和“中国海事仲裁委员会”。四十多年来,这两个委员会仲裁了大量的国际商事案件,数

度修改其仲裁规则,不断完善其仲裁体制,为中国的国际商事仲裁制度的建立和完善积累了丰富的经验。1986年12月2日,全国人民代表大会常务委员会决定中国加入1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》,这标志着中国在国际商事仲裁方面开始走上国际化和统一化的道路。特别值得一提的是,1994年8月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国仲裁法》不仅对一般仲裁制度作了规定,而且对涉外仲裁作了特别规定,进一步健全和完善了中国涉外仲裁法制,成为中国涉外仲裁法制建设的重要里程碑。

不过,应该看到,中国现行涉外仲裁法制同其已经确立的国际化 and 现代化目标尚有一定的距离,在理论和实践中还存在着不少问题。作为仲裁机构,虽然中国国际经济贸易仲裁委员会1990年后的受案数量在各国国际商事仲裁机构中名列前茅,但其对国际商事仲裁理论与实践的影响并不太大。在国外的国际商事仲裁文献中,提及中国涉外仲裁立法和实践的亦不太多。究其原因,其中很重要的一点就是我们对国际商事仲裁的理论研究和国际商事仲裁的实践总结不够。有鉴于此,我们组织出版这套国际商事仲裁专题研究丛书,以期推动中国法学界和仲裁界对国际商事仲裁理论和实践的深入研究,并提升中国对国际商事仲裁问题的理论研究水平。

本丛书的作者已先后获得武汉大学法学博士学位,而丛书收入的各专著都是在其博士学位论文的基础上增删整理而成的。这些专著对国际商事仲裁问题没有泛泛而论,而是就国际商事仲裁的具体专题,比如国际商事仲裁的管辖权、国际商事仲裁的法律适用、国际商事仲裁裁决的承认与执行以及国际商事仲裁与法院的关系等,进行深入的比较研究。它们均具有较高的理论水平和学术价值,在我国实属创造性的和开拓性的研究成果。我们相信,这套丛书的出版,不仅可以在一定程度上提高我国在国际商事仲裁

研究方面的理论水平,而且对我国国际商事仲裁的立法和实践也具有一定的指导作用和参考价值。

这套丛书得以顺利出版与法律出版社的大力支持是分不开的。在此,我们表示衷心的感谢。

韩德培

黄 进

1999 年 1 月于珞珈山

作者简介

宋连斌,男,1966年12月出生,湖北省蕲春县人。1999年毕业于武汉大学法学院,获法学博士学位。现就职于中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会。1991年以来,单独或合作发表、出版论文、译文30余篇及《仲裁法学》等著作。

目 录

第一章 国际商事仲裁的理念	1
第一节 国际商事仲裁概说.....	1
一、国际商事仲裁的概念	1
二、国际商事仲裁与多元争端解决方式	8
第二节 国际商事仲裁的性质	11
一、司法权论.....	11
二、契约论.....	14
三、混合论.....	19
四、自治论.....	20
第三节 国际商事仲裁的价值取向	22
一、国际商事仲裁的优势与局限性.....	22
二、国际商事仲裁的价值准则.....	29
第二章 国际商事仲裁管辖权概述	39
第一节 国际商事仲裁管辖权的意义	39
一、国际商事仲裁管辖权的概念.....	39
二、确定国际商事仲裁管辖权应考虑的因素.....	43
第二节 国际商事仲裁管辖权与国际民事诉讼管辖权	46
一、概述.....	46
二、两种管辖权之比较.....	47
三、两种管辖权的冲突与协调.....	49

第三章 国际商事仲裁管辖权的基础(一)	57
第一节 国际商事仲裁协议概述	57
一、仲裁协议的概念	57
二、仲裁协议与仲裁管辖权	59
三、仲裁协议的要件	61
四、无效及有缺陷的仲裁协议的补救	76
第二节 国际商事仲裁协议效力的确定	82
一、仲裁协议的法律适用	82
二、认定仲裁协议效力的机构	91
三、认定仲裁协议效力的实例研究	95
第三节 国际商事仲裁协议的独立性	104
一、独立性理论缘起	104
二、独立性理论与仲裁实践	107
三、独立性理论与仲裁管辖权	116
第四章 国际商事仲裁管辖权的基础(二)	117
第一节 国际商事争议的可仲裁性	117
一、确定争议事项可仲裁性的依据	117
二、争议事项可仲裁性的法律适用	132
三、仲裁范围演进的特点	136
第二节 国际商事仲裁机构/仲裁员的权限	138
一、国际商事仲裁机构的受案范围	138
二、仲裁员的权限	149
第五章 国际商事仲裁程序中的管辖权问题	151
第一节 对仲裁管辖权的抗辩	151
一、提出管辖权异议的时限	151

二、抗辩管辖权的理由	154
第二节 仲裁管辖权异议的初步裁定及其影响	201
一、仲裁庭 / 仲裁机构的裁定	201
二、法院的裁定	205
三、管辖权 / 管辖权理论	208
第六章 裁决作出后的国际商事仲裁管辖权问题	215
第一节 裁决作出后仲裁管辖权的司法审查	215
一、裁决的“国籍”与仲裁管辖权的司法审查	215
二、仲裁管辖权司法审查的准则	222
三、仲裁管辖权司法审查的后果	225
第二节 执行与撤销裁决程序中的仲裁管辖权异议	238
一、管辖权异议的提出	238
二、抗辩管辖权的理由	251
主要参考文献	260
附录:案例索引表	264
后记	273

第一章

国际商事仲裁的理念

第一节 国际商事仲裁概说

一、国际商事仲裁的概念

在某种意义上,寻求以仲裁方式解决争议是人类的天性。日常生活中,人们遇到争议或纠纷,若不能自行解决,通常都会求助于彼此信任的第三者,这可算是仲裁的雏形,如孩子求助于父母、氏族成员求助于长老,等等。许多文学作品描写或记录了这些民俗,如聚讼纷纭的小说《马桥词典》中,“牛头”一职就是仲裁人。^①法律意义上的仲裁制度,一般认为起源于奴隶制的古希腊、古罗马时期,雅典人发生债权债务纠纷时,常任命私人仲裁员居中裁断,据专家考证,早在公元前 403 年,雅典就出现了仲裁的最初形式^②;著名的《十二表法》中有多处关于仲裁的记载,如第七表:土地疆界发生争执时,由长官委任仲裁员三人解决之。^③ 14 世纪中

① 参阅韩少功:《马桥词典》,作家出版社 1996 年第 1 版,第 339 页。该书引起的诉讼可参阅《人民法院报》1998 年 7 月 9 日第 3 版。另,其它国家亦有反映古代仲裁制度遗迹的文学作品,如古埃及、希腊、罗马的神话、荷马史诗,等等,可参阅 N. Kaplan et al, A Short History of Arbitration, in Hong Kong and China Arbitration Cases and Materials (1994)。

② 参阅赵秀文:《香港仲裁制度》,河南人民出版社 1997 年版,第 2 页。

③ 参见周枏:《罗马法原论》,下册,商务印书馆 1996 年版,第 937 页。

叶,瑞典的地方法典已把仲裁作为解决争议的手段列入法令之中。^④但直到1697年英国议会承认仲裁制度并于1889年制定仲裁法、1887年瑞典正式制定有关仲裁的法律,现代意义的仲裁制度才告诞生。在它们的影响下,从19世纪起,通过专门立法或在民事诉讼法典中专章规定仲裁制度的方式,欧洲的法国、德国及亚洲的日本等国建立了自己的仲裁法制。这一时期,仲裁制度主要用于解决国内民商事纠纷。随着国际贸易的发展,特别是进入20世纪以后,各国普遍把仲裁作为解决国际商事争议的一种方式,纷纷修改或制定仲裁法,专门规定国际商事仲裁的有关问题;设立常设仲裁机构,受理或专门受理国际商事仲裁案件。与此同时,为了协调各国仲裁制度的冲突,在国际联盟和联合国的努力下,先后于1923年、1927年签订日内瓦《仲裁条款议定书》、《关于执行外国仲裁裁决的公约》,1958年签订《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)。国际商事仲裁制度日趋完备。

仲裁一词的意思在学理和实务上或许因人而略异,^⑤但基本含义是指:争议的当事人在自愿的基础上将争议提交非司法机构的第三者审理并作出对争议各方有拘束力的裁决的一种解决争议的法律制度。一般而言,仲裁就是指自愿的民商事仲裁,不包括其他法律部门因吸取民商事仲裁优点而设立的强制仲裁制度,如1907年海牙《限制用兵索债公约》第1条规定的仲裁、中国的劳动人事仲裁、前苏联东欧集团间贸易纠纷的仲裁等。而国际商事仲裁,则是指含有涉外或国际性因素的民商事仲裁,从一国的角度亦可称为涉外仲裁。但严格地说,国际商事仲裁的范围与涉外仲裁不完全相同,前者不仅包括后者,还包括一些国际组织的仲裁制度

④ 参见周子亚等译:《瑞典的仲裁》,法律出版社1984年版,第4页。

⑤ 参阅邵景春:《国际合同法律适用论》,北京大学出版社1997年版,第434—435页;同见R. David, *Arbitration in International Trade* (1985), p. 5。

和区域性的仲裁制度,如解决投资争议国际中心(ICSID)、美洲国家间商业仲裁委员会和国际商会(ICC)仲裁院等机构的制度。但通常情况下,人们并不严格地区别使用这两个范畴,分歧主要在于如何理解“国际”或者“涉外”和“商事”的含义。这不仅是一个确定国际商事仲裁定义的理论问题,而且有重要的实务价值,争议的国际商事性质的确认,直接与国际商事仲裁管辖权问题相关。

(一)“国际”或“涉外”的含义

现代仲裁法的显著特征之一,是对国际仲裁与国内仲裁作出区分。^⑥对于无涉外因素的国内纠纷之仲裁,国家法院通常保留较多的控制权。而国际仲裁的当事人则享有较多的自由。如在中国,法院对无涉外因素的仲裁裁决的审查涉及案件的实体问题,而对涉外仲裁裁决则只审查程序问题,也不审查公共秩序问题,当事人申请执行涉外或国际仲裁裁决显然更方便些^⑦;在美国 1953 年的 *Wilko v. Swan* 案判决中,证券争议是不可仲裁的,而 1974 年的 *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 判决则改变了前案的做法,主张国际性的证券争议是可仲裁的,^⑧ 该案成为美国扩大仲裁范围、支持仲裁的转折点。国际或涉外仲裁与国内仲裁的区别虽然意义如此重大,但无论理论上还是实践中,并没有一个公认的“国际”或“涉外”的概念。

^⑥ See Clive M. Schmitthoff's *Select Essays on International Trade Law* (1988), p. 628; see also A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (1991), p. 14.

^⑦ 参见 1991 年中国《民事诉讼法》第 217 条、第 260 条以及 1994 年《仲裁法》第 63 条、第 71 条。

^⑧ 参阅赵秀文主编:《国际商事仲裁案例评析》,中国法制出版社 1999 年版,第 96、105 页。另需说明的是,本书引用案例遵循以下原则:引自公开或可以公开的出版物,均遵照原文并注明出处;引自自行收集的法院判决、裁定,注明法院名称及判裁编号;引自不可公开的出版物和自行收集的仲裁案例,本研究的目的加以保密性处理,不注明来源。

与二战后各国所持支持仲裁的政策相应,一般认为,对“国际”或“涉外”应作广义理解。按照传统的国际私法,民商事法律关系的主体、客体或内容中至少有一个要素同外国有联系即为涉外或国际民商事法律关系。现代仲裁实践则进一步扩大了这一定义。国际上,判断国际仲裁的标准大致可分为两种类型^⑨:1.以实质性联结因素(material connecting factors)为认定标准。如英国、瑞典、瑞士以及一些阿拉伯国家在认定仲裁的国际性时,仲裁地点和当事人的国籍是重要的根据,当事人是个人的,除国籍外,还考虑其惯常居所地;当事人是法人的,则并不简单地以该法人的注册或登记地为依据,还要考虑其管理中心所在地。2.以争议的国际性质为认定标准。这方面最典型的是法国的做法,《法国民事诉讼法典》第1492条规定,“如果包含国际商事利益,仲裁是国际性的”。国际商会仲裁院也采用这一标准,其1998年的仲裁规则明确规定仲裁院的职能是“以仲裁的方式解决国际性的商事争议”。^⑩针对以上两种标准的分歧,1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)提供了一个更为广义的国际仲裁概念:“仲裁如有下列情况即为国际仲裁:(1)仲裁协议的当事各方在缔结该协议时,它们的营业地点位于不同的国家;或(2)下列地点之一位于当事各方营业地点所在国以外:(a)仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地点;(b)履行商事关系的大部分义务的任何地点或与争议标的关系最密切的地点;或(3)当事各方明确地同意,仲裁协议的标的与一个以上的国家有关。”^⑪据此,国际仲裁扩大:营业地在不同国家的当事人之间的争议的仲裁;仲

^⑨ See A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (1991), pp. 15-16.

^⑩ 见1998年《国际商会仲裁规则》第1条第1款。

^⑪ See A. J. van den Berg, ed., *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1990), p. 1.

裁地和当事各方的营业地位于不同国家的仲裁;主要义务履行地和当事各方的营业地位于不同国家的仲裁;与争议标的关系最密切的地点和当事各方营业地位于不同国家的仲裁;当事各方明确同意仲裁标的与一个以上国家有关的仲裁。《示范法》的这一规定显示出以当事人合意来确定什么是国际仲裁的倾向,丰富了“国际”或“涉外”的内涵。^⑫ 比如,无国际性因素的纠纷因当事人选择在国外仲裁,从而被纳入国际商事仲裁的范畴。虽然并非各国都承认这种仲裁协议的效力,这种情况也确实不多见,但实例不难发现。1990年6月原西德分销商与原东德生产商签订独家销售协议,其中有约定争议在维也纳按国际商会仲裁和调解规则解决的条款,协议直到1991年12月底才生效。后双方就支付佣金发生争议,分销商向法院起诉,认为德国于1990年10月统一,双方的协议关系是国内而不是国际性质的,仲裁条款无效。法院承认把纯国内法律关系提交国际商会仲裁比较奇特,但不是不可能的,仲裁协议解释的目的在于肯定其在缔约时的确定性,不因法律关系性质的改变而不同,因此是有效的。^⑬ 事实上,从采用《示范法》的国家和地区的实践看,原来认为是国内范围的许多仲裁,接受《示范法》后则变成了国际仲裁。^⑭ 不应忽视的是,已有39个国家和地区接受《示范法》或以其为蓝本制定仲裁法。^⑮ 最近的又一个例子可能是1999年1月生效的中国澳门《涉外商事仲裁专门制度》,该法令仅对《示范法》第7条第1款、第36条第1款作出修改。事

^⑫ 参阅黄进、徐前权、宋连斌:《仲裁法学》,中国政法大学出版社1997年版,第169—170页。

^⑬ See Yearbook Commercial Arbitration xxii (1997), p. 266.

^⑭ 参阅 N. Kaplan:《示范法在香港》,载于中国国际商会仲裁研究所编译:《国际商事仲裁文集》(中英文对照),中国对外经济贸易出版社1998年版,第184、499页。

^⑮ 参见张月姣:《国际经贸法律评析与运用》,中国对外经济贸易出版社1997年版,第23页。

实上,即使非《示范法》国家或地区,在制定仲裁法时,也是非常重视参考《示范法》并以其为评价立法质量的标准。如英国虽然决定不采用《示范法》,但其《1996 年仲裁法》仍然尽可能采用《示范法》的结构、用语和宗旨。^⑥

1994 年中国《仲裁法》并没有规定“涉外”或“国际”的含义。但中国国际私法通说认为,民商事法律关系的涉外或国际性应作广义理解,即其主体、客体或内容这三个因素中至少有一个与中国内地之外的法域相联系。司法实践亦采用这一说法。^⑦ 中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称 CIETAC)1998 年仲裁规则规定,该会以仲裁的方式解决国际的或涉外的或者涉及香港、澳门、台湾地区的契约性或非契约性的经济贸易争议,显然采用争议的国际性质为认定“国际”或“涉外”的标准。^⑧ 至于无涉外因素的国内纠纷,当事人可否选择中国以外的仲裁机构申请仲裁,以前的法律没有明文规定,据 1999 年《合同法》规定^⑨,涉外合同的当事人可选择中国以外的其他仲裁机构申请仲裁。其言下之意,国内纠纷应该不能选择中国之外的仲裁机构进行仲裁。

^⑥ See F. Davidson, The New Arbitration Act-A Model Law?, in (1997) 3 Journal of Business Law, p. 101.

^⑦ 可参阅韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社 1997 年第 1 版,第 3—4 页;李双元等:《中国国际私法通论》,法律出版社 1996 年版,第 1—3 页;黄进:《中国国际私法》,三联书店(香港)有限公司 1997 年版,第 3—4 页。同见中国最高人民法院 1988 年《关于贯彻〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见》第 178 条、1987 年《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第 2 条、1992 年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 304 条等。

^⑧ 参见 1954 年《中央人民政府政务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会(即 CIETAC 前身)的决定》第 1 条。CIETAC 历次仲裁规则都有这一内容,以 1998 年规则第 2 条的规定较为完善。

^⑨ 参见 1999 年中国《合同法》第 128 条。