

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

中国国际经济贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会 主办
中国国际贸易促进委员会法律事务部
中国国际商会仲裁研究所



2002年第6期 (总第83期)

仲 裁 与 法 律

2002 年第 6 期(总第 83 期)

中国国际贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会
中国国际贸易促进委员会法律事务部
中国国际商会仲裁研究所
主 办

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁与法律. 2002 年. 第 6 期/中国国际经济贸易仲裁委员会等主办. —北京: 法律出版社, 2002. 12
ISBN 7-5036-3716-1

I. 仲… II. 中… III. 仲裁法—研究 IV. D915.704

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 103654 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/4.75 字数/128 千
版本/2003 年 1 月第 1 版	印次/2003 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939640 63939641	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号: ISBN 7-5036-3716-1/D·3351 定价: 10.00 元(全年定价: 60.00 元)	

仲裁与法律

2002 年第 6 期(总第 83 期)

主 编:王承杰

副主编:曲竹君

编 委:黎晓光 王文英 罗利伟 王 政
刘文仲 李 虎 康 义 汪 翌

编辑部地址:中国北京朝阳区亮马桥路 32 号
高斓大厦六层

邮 政 编 码:100016

电 话:(010)64646688

传 真:(010)64643500

电 子 信 箱:CIETAC@public.bta.net.cn

网 址:<http://www.CIETAC.org.cn>

目 录

· 仲裁动态 ·

- 第一届中国互联网大会在上海召开 (1)
 互联网络名称和编码分配公司(美国)(ICANN)2002 年
 年会在上海召开 (2)
 日本软件信息中心 2002 年度研讨会在东京召开 (4)

· 专 论 争 鸣 ·

- WTO 与两岸商事仲裁发展之前瞻 黎晓光 (5)
 中国仲裁员制度的主要问题和改进建议 寇立耘 (16)
 美国证券仲裁制度的发展 肖永平 何 震 (29)
 仲裁与证券金融争议的解决 姚俊逸 (46)
 合同转让对仲裁条款效力的影响 李志强 (55)
 关于国际商事仲裁司法监督模式的几点思考 邬辉林 (77)

· 调 解 专 栏 ·

- 国际工程项目争议的调解 何伯森 (92)

· 海 事 ·

- 因请求船舶修理费用申请扣船的现实问题及
 解决 张 骏 (104)

· 特 载 ·

- 评介美国仲裁协会新业务

◆ 2 仲裁与法律 ·2002年第6期·

- “事实独立调查” 陈 建 (116)
由单方决定是否诉诸仲裁的仲裁条款是否有效 陈 建 (119)

· 案例精辟 ·

买方能否以基础交易合同的詐欺为由获得制止开证行支

- 付已经承兑的信用证项下单据的禁令 朱建林 (121)

适用《消费者权益保护法》仲裁裁决购房纠纷的案例

- 探析 张竹生 (129)

· 域名专栏 ·

CIETAC网上争议解决实践

- 互联网络域名争议解决机制 李 虎 (135)

仲裁动态

第一届中国互联网大会在上海召开

由国家发展计划委员会、科学技术部、信息产业部、外经贸部、文化部和国务院新闻办指导,中国互联网络协会主办的第一届“中国互联网大会暨 2002 年中国互联网络协会会员大会”于 2002 年 11 月 25~27 日在上海国际会议中心召开。该次会议的主题为“互联网应用——呼唤创新”。

应会议主办者邀请,中国国际经济贸易仲裁委员会域名争议解决中心秘书长李虎前往上海参加了会议,并在 11 月 25 日下午的“互联网知识产权”专题研讨会上作了题为《中国互联网络域名争议解决机制及实践》的专题演讲,系统介绍了中国互联网络域名争议解决机制以及中国国际经济贸易仲裁委员会的域名争议解决实践,对中国国际经济贸易仲裁委员会域名争议解决中心受理并审结的典型.CN 域名争议案和通用网址争议案以及亚洲域名争议解决中心北京秘书处受理并审结的典型分类顶级域名(gTLDs)争议案分别进行了剖析和点评,指出了具体案件中判定“恶意注册与使用域名”的诸种情形,从域名注册或使用者的角度提出了域名注册与使用中应予以注意和防范的问题。

鉴于该次会议的参加者多为全国各省市互联网协会会员、各大网络公司以及电子商务运营商,有关域名争议解决机制及实践的介绍,在广大听众中起到了良好的宣传作用。

(域名争议解决中心)

互联网络名称和编码分配公司 (美国)(ICANN) 2002 年年会在上海召开

诸如 .com、.net、.org 等分类顶级域名(gTLDs)的管理机构互联网络名称和编码分配公司(美国)(ICANN)2002 年年会于 2002 年 10 月 27~31 日在上海国际会议中心举行。此次会议由中国互联网络信息中心(CNNIC)和中国互联网络协会(ISC)承办。亚洲域名争议解决中心(ADNDRC)作为赞助商应邀参加了此次会议,并利用承办单位提供的专用展台向与会者进行了广泛的宣传和业务推广。

会议期间,贸促会法律部副部长兼中国国际经济贸易仲裁委员会(贸仲)秘书长朱建林先生和香港国际仲裁中心秘书长陶荣先生会晤,就双方在域名争议解决及其他方面的合作问题进行了商谈。

贸仲域名争议解决中心秘书长李虎先生、香港国际仲裁中心秘书长陶荣先生、中国国际互联网络信息中心办公室副主任刘志江先生、法律顾问薛虹女士及 ICANN 国际事务法律顾问 Theresa C. Swinehart 女士和主管注册商务事务的官员 Daniel E. Halloran 先生在会议期间举行了小型座谈会,就亚洲域名争议解决中心前一阶段在案件审理过程中所遇到的相关问题及下一步的业务推广等问题进行了探讨,并就有关问题达成共识。

此次会议规模较大,参会者共计 800 余人,来自全球各个国家和地区。会议期间,不少与会者到亚洲域名争议解决中心的展台前询问有关情况,这说明域名争议及其解决问题已越来越受到人们的关注。为了进行宣传,亚洲域名争议解决中心将中心简介、域名争议解

决相关政策、规则及补充规则装订成册,在会场内发放共计 400 余份,起到了很好的宣传效果。

(域名争议解决中心 崔新民 供稿)

日本软件信息中心 2002 年度 研讨会在东京召开

日本软件信息中心(Software Information Center, SOFTIC)2002 年度主题年会——“IT 时代的争议解决机制——ADR 展望”——于 2002 年 11 月 15 日在日本东京召开,共有来自世界 6 个国家的专家 11 人应邀参加会议,并发表演讲。日本相关公司法律顾问、律师事务所律师以及高校相关人员 100 余人参加会议。

应会议主办者的邀请,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁研究所副主任兼域名争议解决中心秘书长李虎和中国国际商会调解中心郑润镐作为专家参加了会议。郑润镐作了题为“ADR in China”的演讲,对中国的调解制度进行了系统的介绍。李虎向会议提交了题为 *Commercial Arbitration in China* 的论文,并作了题为 *CIETAC Online ADR Practice —— Domain Name Dispute Resolution System* 的专题演讲,对中国的仲裁制度以及 CIETAC 的历史发展和仲裁实践进行了详细的介绍,并特别向与会者介绍了 CIETAC 有关在线争议解决(Online ADR)的实践——域名争议解决机制。中方发言者在会议自由讨论时间分别回答了听众及外国专家所关心的中国调解和仲裁问题,并就有关调解程序与仲裁程序的关系问题、外国律师在中国代理仲裁的问题以及裁决在中国执行的问题与外国专家进行了充分的讨论,介绍了中国目前的法律规定及实际做法。

鉴于该次会议的规模较大,参会专家分别来自不同法域,与会者层次较高,有关中国争议解决机制的系统介绍无论是对中国贸促会的调解、仲裁,还是对新兴的域名争议解决,都起到了良好的宣传作用。

(调解中心/域名中心供稿)

专论 争鸣

WTO 与两岸商事仲裁发展之前瞻

黎晓光*

内容提要:中国加入 WTO 整整有一年的时间了。入世后的中国以崭新、积极的姿态出现在国际贸易舞台上。继中国加入 WTO 后,中国台湾地区以独立关税区的身份也跻身于 WTO 成员方之列。两岸先后入世,将为海峡两岸经贸发展提供新契机,同时也将推动两岸政治格局的演变。商事仲裁一直是解决两岸经贸纠纷的最佳途径,在 WTO 框架下,如何进一步发挥商事仲裁在解决两岸经贸纠纷中的作用,突破瓶颈,摆脱桎梏,于两岸经贸关系的良性发展,于祖国统一大业的早日实现,都是大有裨益的。

关键词:WTO 经贸关系 争端解决机制 商事仲裁 前瞻

一、两岸同时加入世贸意义非凡

台湾自古就是中国领土的一部分已是不争的事实,也是被现代国际法所确认了的法律事实。两岸人民有相同的历史渊源,相同的文化背景和血浓于水的亲情,还有优越的地缘经济的优势。自 20 世纪 70 年代以来,在“和平统一、一国两制”方针的推动下,海峡两岸结束了“老死不相往来”的长期隔绝的局面,由对峙走向了缓和与互动。在祖国内地改革开放以来的二十几年中,两岸民间经贸、科技、文化和人员往来不断发展,与日俱增,达到了前所未有的规模与水平。现

* 中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会副秘书长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

在,海峡两岸同胞要求直接“三通”的愿望日趋强烈,早日实现祖国和平统一的呼声越来越高。

2001 年 12 月 11 日和 2002 年 1 月 1 日,中国与“台湾、澎湖、金門、马祖单独关税区”(以下简称“中国台湾”)相继成为世界贸易组织(WTO)的成员方,这一重大历史事件将对两岸的政治、经济关系的走势产生深远的影响。

(一)“一国四席”的局面形成,打造大中国经贸商圈之盛事

根据 1947 年《关税及贸易总协定》(GATT)的规定,主权国家并不是 GATT 缔约方资格的必要条件。^①任何实体,不论是否为主权国家,只要构成一个单独关税区,均可按一定程序成为 GATT 的缔约方;相反,即使是一个独立的主权国家,如未形成单独的关税区,也不可能成为 GATT 的缔约方。WTO 继承了 GATT 的该项原则。2002 年 1 月 1 日,中国台湾地区以独立关税区的名义在中国以主权国家名义加入 WTO 后也迈进 WTO 的大门而成为其第 144 个成员方,加之由于历史原因已于 1995 年 1 月 1 日以创始成员方加入 WTO 的中国香港、澳门特别行政区,大中国已经在 WTO 中占有四个席位。四者之间的关系,既是 WTO 成员方之间的关系,又由于同属于一个主权国家而成为一国之内的内地主体与其不同关税区之间的关系。“一国四席”状态的形成反映了国际法在 20 世纪末 21 世纪初的新发展,强化了国际社会对“一个中国”原则的共识。可以预见,在 WTO 减少贸易壁垒、促进贸易自由化的原则和宗旨之下,“一国四席”将为两岸四地之间建立更紧密的经贸互动关系和经济的高速发展提供新的契机和更大的舞台,大中国经济一体化的进程已经开始启动。依据 WTO 协议贸易自由化原则和两岸工商界的热盼,两岸将直接进行“三通”,经贸的融通和依存将最终促成祖国统一大业的早日实现。

(二)正确认识入世后对台政治经济关系的新定位

必须强调的是,中国是以“中华人民共和国”的名义、以主权国家

^① 许多国际公约都是以主权国家作为成员方的,如 1958 年联合国《承认与执行外国仲裁裁决公约》即是,故我国台湾至今不是该公约的成员方。WTO 在成员单位方面体现了现代国际法的新发展。

的资格入世。同时,中国是以发展中国家的身份入世,作出的是与发展中国家身份相适应的国际承诺;我国台湾地区则是以一个独立关税区的身份加入的。在 WTO 体制中,单独关税区可以是隶属于一个主权国家的区域性实体,也可以是独立的区域性实体。由于国际社会普遍承认“一个中国”的原则,在事实上和法律上,中国台湾与中国香港、中国澳门一样,同属于一个主权国家内的单独关税区。入世以后,两岸经济关系处于 WTO 框架下,中国内地和中国台湾在 WTO 领域内是两个平等的成员方。如果台湾当局期待以两岸共同加入 WTO 作为两岸政治对话的契机,无非是想假借 WTO 框架下平等成员的地位,显示“两岸是对等的政治实体”,同时也不排除台湾当局试图通过对外经贸关系的发展来拓展其国际政治生存空间的可能性。但是,这种图谋是不攻自破的。首先,众所周知台湾地区仅以独立关税区的名义加入 WTO,两岸经贸关系并不是一般意义上的 WTO 成员方之间的关系,台湾仍被视为一个“地区”。其次,WTO 协议并非是理解两岸关系的主要和惟一的依据,两岸关系还受制于历史和现实状况,受制于一般国际法的基本原则和规则。入世后将两岸经贸关系定位为“中国主体同单独关税区之间的经贸关系”是较为妥当的。

在警惕经济问题政治化的同时,应当重新审视两岸在新的经济形势下的政治关系。过去的二十余年,正是“经济先行”的指导思想增进了两岸人民的了解,打破了敌对的僵局,为两岸的政治关系格局奠定了基础。入世以后,对于两岸的政治关系,除继续在国际法原则指导下坚定不移地坚持“一个中国”的原则之外,解决台湾问题,最终实现祖国的和平统一仍应坚持“以经济为主导,以经济促政治”的发展思路。经济相互交融的格局将使两岸人民对祖国统一产生最强烈的愿望。

总之,“入世”能够规范和促进祖国内地和台湾地区高速发展的经贸关系,使之在健康的轨道上良性发展。同时,两岸入世也为两岸政治谈判的启动和祖国统一的实现提供了独一无二的契机。

(三)WTO 争端解决机制在解决两岸经贸纠纷中的适用

争端解决机制是 WTO 最为成功的、典范的机制之一。众所周

知,经济贸易的频繁不可避免地面临着纠纷的同比增长。当交易产生纠纷时,如何处理这些争端,是各贸易国家十分关注的问题。而对于一个国际组织来说,能够有效地解决争端,是保障该组织运作的“安全阀”(Safety Valve)。如何妥善地解决两岸经贸纠纷,如何运用 WTO 争端解决机制,寻求适合两岸特殊性的解决争端方式,已经引起两岸工商界、法律界的广泛关注。在 WTO 框架下,两岸可以通过磋商(consultation)、专家小组方式(panel procedures)、DSB 对执行建议与裁决的监督、仲裁(arbitration)等方式来解决。其中,磋商是两岸解决争端的最适合的方式。首先,双方在语言上相同,文字上也无大碍,可以大大缩短协商谈判的时间;其次,两岸同属于中华法系,对争议个案,有大致相同的部门法归口调整,可以迅速解决争端;再次,两岸具有相同的文化背景,也有儒法并用的共同的法制文化,一旦发生争议,共有的“和为贵”的理念促使双方愿意首选以磋商的方式解决争议。专家小组方式和 DSB 方式是典型的 WTO 项下争议解决机制的方法,实践证明也是普遍适用成员方的行之有效的方法。仲裁机制在《关于争端解决规则和程序的谅解协议》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, USD)第 25 条中规定了对于某些具体争执问题可以寻求仲裁的方式以辅助,从程序上看,它只是一项选择性的方法,不是一项解决争议的必经程序。因为无论是政府间(或国际组织)的仲裁、私人间的商事仲裁、处理私人与政府间争议的“混合仲裁”,都需以当事人之间存在有效的仲裁协议为前提,并不是所有的争议方都能达成这样的协议。

两岸经贸关系产生争端在难以协商一致的情况下,如果双方能够达成仲裁协议接受仲裁,不失为上策之举。仲裁具有准司法的特征,一经双方合意即产生排他的管辖权,所作出的裁决具有终局性,仲裁当事人必须遵守。因此,在解决两岸经贸争端上,仲裁实为一种便捷有效的方式。

二、两岸经贸纠纷的现状和涉及商事仲裁的若干法律问题

近些年,两岸经贸关系一直呈稳步发展之态势,尽管这种经贸关系具有投资单向化、贸易间接化的局限。目前,涉台纠纷主要是台商

在内地直接投资所产生的纠纷和间接贸易所产生的纠纷,其中以投资纠纷占绝对多数。涉台纠纷争议金额一般不是很大,以个人名义投资者居多,其主要原因是来自于台湾方面的禁止、限制和紧缩的政策。入世后,两岸的经贸关系主体、经贸类型和经贸幅度都将大大拓宽和提高,与此同时,投资也将由单向变为双向,贸易量也会大幅度攀升,成为与投资比肩的重要经贸类型。由于两岸经贸关系的现状和特点,目前两岸经贸纠纷法律解决的重要途径是在投资地的中国国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁。

(一)WTO 争端机制中的仲裁机制与两岸商事仲裁的区别与联系

仲裁的本意是一致的,都是争议双方自愿将其已经发生或可能发生的争议提交信任的第三方解决,其裁判结果对于双方均有约束力。仲裁既可以是政府(或国际组织)之间的,也可以是私人之间的商事仲裁,还可以是政府与私人之间的“混合仲裁”。WTO 框架下的仲裁,仲裁的主体是 WTO 的成员方,即成员国政府或以单独关税区取得名义加入的成员单位,程序的进行系依照 WTO 相关协议规定的程序进行,裁决的强制执行也是在 WTO 框架内寻求救济以保障裁决的执行;而一般意义的民间商事仲裁,其主体是公司、企业、个人或其他经济组织。程序的进行系依照仲裁地的法律和仲裁机构的仲裁规则或临时仲裁协议中所约定的程序规则进行,裁决的执行则依照相关国际公约或特定的互惠立法由有管辖权的法院对裁决予以承认和执行;WTO 仲裁的争端往往是涉及到两个国家或独立关税区内重大的贸易政策的摩擦,直接关系到 WTO 成员方内某一行业的兴衰,冲击的是涉及国计民生的重要领域或重点行业,而商事仲裁涉及的具体合同项下双方当事人之间的具体的商业目的,仲裁裁决的是相关仲裁协议项下的纠纷;现代商事仲裁有几十年的历史,由来已久,而 WTO 仲裁只有几年的历史。但有时二者也有密切的联系,商事仲裁的当事人也有可能援引 WTO 协议的条款内容;普通的商事合同纠纷也可能演变为国家之间的争议而构成 WTO 意义上的争端的一部分。但不难看出,国际商事仲裁的数量将远远大于 WTO 仲裁的数量。

(二) 涉台商事仲裁触及的若干法律问题

涉台商事合同纠纷的解决途径大致可分为四类:协商、调解、仲裁、诉讼。实践证明,仲裁是解决商事合同的最为适宜的方式。在涉台经贸中占据绝大比例的台商在内地的投资纠纷几乎都是通过仲裁的方式得到妥善解决的。台商在内地设立的合资、合作企业合同中都订有解决争议的仲裁条款。目前,由于涉台纠纷类型的特定性以及投资地——祖国内地法律的强制性规定,涉台纠纷必须在内地或者香港的仲裁机构仲裁,而在投资地采用仲裁的方式解决纠纷也早已是国际惯例。除投资地以外的香港作为仲裁地是基于方便两岸当事人以及香港作为两岸间接经贸往来的中转地这一特殊地理位置而考虑的。《国务院关于鼓励台湾同胞投资的规定》第 20 条规定:“台湾投资者在大陆投资因履行合同发生的或者与合同有关的争议,当事人应当尽可能通过协商或者调解解决。当事人不愿协商、调解的,或者协商、调解不成的,可依据合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,提交大陆或者香港的仲裁机构仲裁。”随着两岸入世和两岸即将实现“三通”,两岸的直接贸易量将大幅度增加,内地的公司、企业、经济组织和个人赴台投资,即“陆资入台”也将启动,其中产生争议极有可能涉及到内地、台湾地区以及第三国或地区,那么仲裁地也可以由当事人选择在台湾地区或第三地是符合两岸经贸关系发展趋势的。

涉台商事仲裁目前在法律规定和政治概念上还存在着以下值得探究的问题:

1. 可仲裁事项的范围不尽一致。

内地仲裁法规定可仲裁事项的范围局限于“合同纠纷和其他财产权益纠纷”,不包括“婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷和应当由行政机关处理的行政争议”;^① 台湾地区“仲裁法”规定的可仲裁事项的范围较为广泛,为“有关现在或将来依法得和解者之争议”,^② 即凡属于当事人有权自由处分的事项,只要不违反社会的善良风俗和

① 见《中华人民共和国仲裁法》第 2 条、第 3 条。

② 见台湾地区“仲裁法”第 1 条。

法律的禁止性规定都可以申请仲裁。相比之下,内地仲裁法可仲裁事项的范围要窄,并应对上述“其他财产权益纠纷”作广义的界定。

2. 临时仲裁与机构仲裁。

仲裁起源于临时仲裁,从世界层面上看,通过临时仲裁解决的纠纷要多于机构仲裁。中国内地仲裁法中没有规定临时仲裁为仲裁的基本方式之一是1994年仲裁法的重大缺憾之一,尽管重视机构仲裁是国际商事仲裁的发展趋势,但从尊重当事人意思自治的角度,应当允许临时仲裁的存在。更从1958年联合国《关于承认与执行外国仲裁裁决公约》来看,中国作为成员国承诺承认与执行外国的仲裁裁决中既包括了机构仲裁又包括了临时仲裁,而其他成员国承认与执行中国的仲裁裁决只能包括机构仲裁裁决,这是不公平、不对称的,成员国义务也是不对等的,究其原因是我们自己在作茧自缚。在推行临时仲裁制度之时,可以考虑对临时仲裁仲裁员的资格采取更为严格审慎的态度。查台湾地区“仲裁法”,仲裁是可以分为“由仲裁协会办理的仲裁”(即机构仲裁, Institution Arbitration)和“非经仲裁协会办理的仲裁”(即临时仲裁, Ad Hoc Arbitration)两大类的,可见我国台湾地区的《仲裁法》承认临时仲裁,这是与国际通行惯例接轨的。

3. 关于仲裁员名册。

中国内地仲裁法虽然没有禁止性的明确规定各仲裁机构仲裁员名册是当事人在选定仲裁员时必须采纳的,但从一般的实践和各仲裁机构的仲裁规则来看,几乎是强制适用的,即当事人只能从仲裁委员会提供的名册中选定一名仲裁员。而台湾地区的“仲裁法”在规定了仲裁人的资格以后,给予了当事人更大的选择空间,既可以在仲裁协会仲裁员名册中选定一名仲裁员,也可以在符合法定仲裁人资格的人员当中任意选择,即机构仲裁员名册是推荐性的,而不是强制性的。中国内地久负盛名的中国国际经济贸易仲裁委员会根据其仲裁规则的规定,仲裁员名册是强制适用的,但据悉该机构将对仲裁员名册制度进行改革,而更加体现程序的灵活性和当事人的意思自治原则。

4. 涉台仲裁案件的法律适用问题。

在相当长的一段时间内,涉台案件在中国内地仍会比照涉外案