



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二十五辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二十五辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第25辑 / 广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2011. 2
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1683 - 2

I. ①仲… II. ①广… III. ①仲裁—文集 IV.
①D915. 704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 023811 号

©法律出版社·中国

责任编辑/何海刚

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

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/880 × 1230 毫米 1/16

印张/8 字数/180 千

版本/2011 年 3 月第 1 版

印次/2011 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1683 - 2

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第二十五辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 刘想树 吴汉东

苏泽群 杨良宜 杨树明 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:钟晓东 张小建 宋 雯 相鲁生 余蕊桢 姚创锋 周 浩

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83283650

传 真:(020)83283773

网 址:www.ccarb.org

E-mail:gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2009年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4345件,案件总标的额67亿元,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支500多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员80余名,绝大多数工作人员通过了律师资格考试或国家司法考试。所有办案秘书都是从社会公开招聘,层层选拔,择优录用。现有的办案秘书多数是从国内知名高等院校毕业和海外留学归来的硕士研究生,他们具有良好的专业知识水平,有着认真负责的敬业精神,广受社会各界赞誉。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度降低仲裁成本,提高仲裁效率;本会拥有近5700平方米的办公场所和仲裁庭室,仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性地培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个职能部门,并根据发展需要,先后成立了东莞分会、中山分会。2008年,本会还与广东省社会科学院合作,成立了广州仲裁研究院,专门从事仲裁理论与实务研究。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12-14楼/A座6楼、8楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org、www.ccarb.org

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为:www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大、覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委员会2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

网站创建后,根据仲裁发展的需要进行了多次改版升级,优化了栏目设置,现网站设有“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热点聚焦”等栏目,网站内容既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本会相关动态的完整记录;既有针对一般民众的、深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士、较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约,仲裁示范文本等实用信息、网上咨询等互动版块。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士,了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见、建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020-83282961 联系人:周家福

目 录

探索与争鸣

- 论仲裁协议有效性的宽容趋势 王 炜/ 1
- 论国际体育仲裁适用的“法律” 刘 畅/ 7
- 国际投资仲裁中的精神损害赔偿
——以 ICSID“沙漠道路工程公司诉也门”仲裁案为分析对象
..... 李 滨/ 15

国际商事仲裁

- 海牙《选择法院协议公约》对国际商事仲裁的影响 王吉文/ 21
- 论外国商事仲裁裁决司法审查的适度性 肖平容/ 30
- 试论我国香港地区与我国台湾地区之间仲裁裁决的相互执行制度
..... 张美榕/ 39

仲裁实务

- 因期货交易密码引发纠纷的相关法律问题探讨 冯国鸿/ 54
- 合同订立的风险及其防范 丁春燕 李正华/ 61
- 中国拒绝承认与执行外国仲裁裁决实务研究 李 迅/ 68

热点问题探讨

- 论枉法裁决罪的认定(下) 陈忠谦/ 87
- 论仲裁庭的调查取证权 王小莉/ 92

域外仲裁

- 仲裁裁决在撒哈拉以南非洲的执行 Emilia Onyema 著 朱伟东 译/ 99

CONTENTS

On the Tolerance Tendency of Arbitration Agreement Validity	Wang Wei / 1
Applicable Law for International Sport Arbitration	Liu Chang / 7
Moral Damages in International Investment Arbitration; An Analysis on the ICSID Case “Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen”	Li Bin / 15
The Effect on International Commercial Arbitration about the Hague Convention on Choice of Court Agreements	Wang Jiwen / 21
Discussion on Moderate Judicial Review of Foreign Arbitral Awards of Commerce	Xiao Pingrong / 30
On The Mechanism of Reciprocal Enforcement of Arbitration Awards between China Taiwan Region and Hong Kong	Zhang Meirong / 39
Legal Issues of Disputes Rised by Futures Trading Password	Feng Guohong / 54
The Risk and Prevention of Contract Formation	Ding Chunyan, Li Zhenghua / 61
Practical Study on Refusal to Recognize and Enforce Foreign Arbitration Awards in China	Li Xun / 68
Cognizance of Law – bending Judgment Crime	Chen Zhongqian / 87
Discuss on Evidential Investigation Right of Arbitration Court	Wang Xiaoli / 92
Enforcement of Arbitral Awards in Sub – Sahara Africa	Emilia Onyema / 99

探索与争鸣

论仲裁协议有效性的宽容趋势

王 炜*

内容提要 仲裁协议是指双方当事人自愿把他们之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷提交仲裁解决的共同意思表示。仲裁协议需要具备一定的有效要件,不符合有效要件的仲裁协议不能被采用。从世界各国的法律规定来看,仲裁协议有效要件经历了从严格到逐步宽容的过程。我国的《仲裁法》对仲裁协议的有效要件进行了明确的规定,要求仲裁协议必须符合法定条件才具有有效性。近年来,我国最高人民法院的司法解释开始逐步放宽仲裁协议有效性的条件。这是一种国际性的趋势。

关键词 仲裁协议 有效要件 宽容

“仲裁协议,是指双方当事人自愿把他们之间已经发生或者将来可能发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷提交仲裁解决的共同意思表示”。^① 仲裁协议表达了双方当事人采用仲裁方式解决纠纷的意愿。在民商事仲裁中,“仲裁协议是否有效存在决定着仲裁活动的生死存亡,仲裁协议不仅是国际商事仲裁的基石,而且也构成指导仲裁活动进行的宪章”。^② 然而,仲裁协议本身也需要具备一定的有效要件,不符合有效要件的仲裁协议要么无效,要么有瑕疵,需要补救。从世界各国的法律规定来看,仲裁协议有效要件经历了从严格到逐步宽容的过程。相比之下,我国的立法和司法实践对仲裁协议有效性的判断还是相当严格的。这使很大一部分可仲裁的案件无法通过仲裁程序裁决,使仲裁成为可望而不可即的救济途径。近年来,顺应时代发展的需要,我国最高人民法院的司法解释已经开始逐步放宽认定仲裁协议有效的条件。

一、仲裁协议有效要件的基本规定

仲裁协议的有效要件,是指一项有效的仲裁协议所必须具备的基本条件。

仲裁协议的有效要件之一:当事人请求仲裁的意思表示真实。当事人应在民商事仲裁协议中明确表示愿意将争议提交仲裁解决,该意思表示须具备以下条件:首先,这是双方当事人共同的意思表示。一方提交仲裁的意愿没有得到对方认可就不具有法律效力。其次,意思表示必须是真实的。但如果一概否定因欺诈而订立的仲裁协议的有效性,也有不妥。应该认可该仲裁协议的效力存在瑕疵,同时,将最终判定该仲裁协议是否有效的权利交由受欺诈的一方。若其表示肯定,则可以认定该仲裁协议经过补正而获得了效力。否则,其将归于无效。再次,必须是有利

* 内蒙古大学法学院诉讼法专业讲师,博士研究生。

① 吴炯:《中国仲裁法律制度与实务》,中国工商出版社2007年版,第81页。

② 汪祖兴:《国际商会仲裁研究》,法律出版社2005年版,第30页。

害关系的双方当事人的意思表示。最后,该意思表示必须明确、肯定,符合仲裁一裁终局、或裁或审的规定,排除法院的管辖权。

仲裁协议的有效要件之二:形式合法。各国均要求仲裁协议的形式为书面形式。“仲裁协议的有效不仅需要当事人双方的合意,而且还需要以仲裁庭以及法院认可的形式表现出来,才具有相应的法律效力”。^③ 书面形式是仲裁协议的最佳形式。世界上大多数国家的法律以及国际条约甚至还规定仲裁协议必须是书面形式的,英国、美国、日本、意大利、荷兰、西班牙等国家的仲裁法都对仲裁协议的书面形式进行了规定。1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)和1985年《国际商事仲裁示范法》均要求仲裁协议须为书面形式。对“书面”的认定,各国又有所不同。《国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)第7条第2项规定:“仲裁协议应是书面的。协议如载于当事人各方签字的文件中,或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中,或在申诉书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认即为书面协议。在合同中提出参照载有仲裁条款的一项文件即可构成仲裁协议,如果该合同是书面的而且这种参照足以使该仲裁条款构成该合同一部分的话。”“电报过去曾经是书面传送紧急讯息的常用方式,很大程度上已经被电传以及后来的传真和现在的电子邮件所替代。”^④

仲裁协议的有效要件之三:争议事项的可仲裁性。争议事项的可仲裁性是一国法律允许通过仲裁解决的争议事项的范围。这个概念实际上是对仲裁范围施与的一种公共政策限制。这类限制主要是涉及各国的经济制度、社会体制、历史传统等关乎一国存在的根本性问题。每一个国家根据本国公共政策的考虑确定哪些事项可以通过仲裁解决,即仲裁协议的内容不违反法律的强制性规定和公序良俗原则,特别是提交仲裁的争议事项依据有关国家的法律规定具有可仲裁性。公共秩序与善良风俗,简称公序良俗,是现代民法的一项基本原则,在现代市场经济社会中,有维护国家社会一般利益及社会一般道德的重要功能。若当事人在仲裁协议中约定提交仲裁的争议事项根据一国法律是不可仲裁的,就意味着该仲裁协议违反了强制性规定,不能产生法律效力。不可仲裁的事项通常包括关于民事身份、父母子女之间的关系、离婚争议及涉及被认为属于公共和社会利益的事项。

仲裁协议的有效要件之四:仲裁机构的选定。仲裁机构的选定必须是符合要求的。在机构仲裁的情况下,只有当事人在仲裁协议中约定的仲裁机构确实存在,或者至少可依常理推定其确实存在,并且当事人约定的仲裁委员会是唯一的,该仲裁协议才会有效。之所以将对仲裁机构的确定视作有效仲裁协议的必备要件,是因为几乎所有的常设仲裁机构都规定,只有当事人在仲裁协议中明确表示将争议提交其仲裁,该仲裁机构才有权受理和仲裁该案件。否则,即使当事人在仲裁协议中明确表示了将争议交付仲裁解决的意愿,但未明示仲裁机构名称,有关仲裁机构因无法证明其对该争议具有仲裁管辖权而拒绝受理案件。

二、仲裁协议有效性的宽容趋势

从世界范围来看,各国及国际社会对仲裁协议有效要件的要求经历了从严格到逐步宽松的发展历程。仲裁协议有效要件被逐步放宽的内容有三个方面:

^③ 杨秀清:《协议仲裁制度研究》,法制出版社2006年版,第67页。

^④ [英]艾伦·雷德芬、马丁·亨特:《国际商事仲裁法律与实践》,林一飞、宋连斌译,北京大学出版社2005年版,第143页。

(一) 第一个方面: 仲裁协议书面形式的宽泛解释

1958年《纽约公约》签订后国际商业社会发生了翻天覆地的变化,出现了许多已经达成共识的商业惯例。仲裁协议的形式包括两种:一是当事人签署的仲裁条款或仲裁协定;二是包含在互换函件、电文中的仲裁条款或仲裁协定。此时,电报是一种非常先进的通讯手段。但是,随着世界经济的不断发展,近50年来通讯技术已经取得了突破性进展,电传、传真、计算机邮件等一系列沟通 and 交流手段广泛运用,特别是20世纪80年代以来,电子数据交换在商业领域的出现很大程度上影响了商业活动中合同的缔结方式。到了21世纪,在民商事交往中,通过电报来订立合同已经跟不上时代的脚步了。从仲裁实践来看,当事人之间经常存在这样的情况:他们之间虽然没有签署书面仲裁协议,但是他们之间存在口头的仲裁协议,并且这种口头的仲裁协议可以被其他书面资料所证明。按照《纽约公约》中的严格书面形式的要求,这样的仲裁协议是不能被认可的。

显然,宽松地解释“书面”更切合实际。商人们在洽谈合同时尽可能地保全已订立的民商事仲裁协议的有效性,避免对“书面”形式过于苛刻的限制。“现代国家立法似乎正朝着放宽这种形式要件的方向发展”。^⑤商人们不可能为订立一份仲裁协议而浪费过多时间,以至于延误商机。只要仲裁庭或法院可以从该协议中充分领会到或明确推定出当事人将争议提交仲裁的意思表示即可,不必过分追究其形式的完备性,以捍卫仲裁的自治性以及维护当事人的意思自治。

1985年《示范法》从形式上拓宽了书面仲裁协议的范围,包括了“当事各方签字的文件中,或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中,或在申诉书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认即为书面协议”。但此种拓宽仍不能满足商事交往的快速发展。为此,各国均做出了不懈的努力。德国、瑞士、瑞典、荷兰、英国、美国和韩国均对仲裁法典进行了修改,为当事人提供了宽松的仲裁环境。目前关于仲裁协议的书面形式的理解已经逐步扩大,有以下四个方面的表现:第一,仲裁协议不必当事人签署;第二,仲裁协议可以不是书面的,只要有书面证据证明即可;第三,仲裁协议可以通过当事人在程序中的行为默示形成;第四,将“书面”由传统理解扩大到一些可以感知的形式。

(二) 第二个方面: 可仲裁事项的拓展

可仲裁事项的范围是一个不断拓展的领域,从而呈现出动态发展的特征。随着国际经济贸易的发展以及国际间合作的扩大,各国越来越意识到,如果再固守过去对商事争议可仲裁性的陈旧观点,不仅会严重制约本国仲裁制度的发展,而且会影响本国的经济发展。有鉴于此,从各国的司法判例来看,许多国家采取了积极与经济发展相适应的态度对待争议事项的可仲裁性。国际社会演进的趋势越来越宽容。

1. 知识产权争议的可仲裁性问题。知识产权争议会引发可仲裁性的问题,因为这些争议可能涉及不同意仲裁的第三方的利益。知识产权具有财产权和人身权的双重属性,其中侵犯人身权的内容是不能提交仲裁的,而其他涉及财产权争议的专利权、商标权和著作权争议是能够提交仲裁裁决的。很多国家都接纳了知识产权争议的可仲裁性,如希腊、法国、巴西、美国、加拿大和瑞士。持否定态度的国家是德国和瑞典,将知识产权争议列入不具有可仲裁性的范畴。

2. 证券争议的可仲裁性问题。证券争议的可仲裁性问题的各国的状况也是不同的:英国、澳

^⑤ 于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版,第16页。

大利亚和加拿大等国的立法比较先进和开放,承认证券争议的可仲裁性。德国则是有限制地承认,“德国证券交易法案第 28 条规定,只有当客户是一个注册商人或建于德国之外的商人时,在德国证券交易所为交易而订立的合同中的仲裁条款才有效”。^⑥ 美国是在 1974 年开始解冻证券争议的可仲裁性,从而证券争议不再游离于仲裁方式之外。

3. 破产争议的可仲裁性问题。破产争议同样是关系国家公共政策的问题,多数国家都认为只有法院才具有审理破产案件的权能。如果仲裁员裁决破产纠纷,就是对国家公共政策的违反。目前只有美国确立了债权人与破产人之间的债权债务纠纷的可仲裁性,凡是与破产程序相关的争议均不具有可仲裁性。

4. 与反垄断法有关争议的可仲裁性问题。反垄断争议一直被各国认为是不可仲裁的事项。美国经济发展快速,成为世界上反垄断法比较发达的国家。美国在反垄断争议的可仲裁性问题上态度的变化在国际商事仲裁领域中必将产生较大的影响。20 世纪 70 年代中期至 80 年代中期的 10 年间,美国立法机关和联邦最高法院的判例对反对托拉斯在内的争议事项的可仲裁性问题的观点发生了逆转性的变化。现代仲裁的发展适应了反垄断争议的专业性和法律性,专家仲裁实际上更能适应反垄断争议解决的特殊要求。此后,美国的几个判例承认了反垄断争议的可仲裁性。20 世纪 80 年代以后,很多国家都放宽了对反托拉斯争议可仲裁性的限制。

(三)第三个方面:仲裁机构约定方式的宽松

各国均要求有效的仲裁协议中要有当事人选择的确实无误的仲裁委员会,不正确选择仲裁委员会的仲裁协议是无效的。不过,有些国家已出现对这一要件的要求日趋宽松的迹象。英国目前对于海商案件只要求仲裁协议中出现提交“伦敦仲裁”的字样即视该仲裁协议有效。换言之,在英国的法律制度下,仲裁协议中有明确约定的仲裁机构并非协议有效的法定要件之一。

三、我国仲裁协议有效性的现状及发展

我国对仲裁协议有效性进行规定的是 1995 年 9 月 1 日起施行的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)和 2006 年 9 月 8 日起施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)。

《仲裁法》第 16 条、第 17 条分别从正反两面规定了仲裁协议实质有效的要求与无效的情形。《仲裁法》第 16 条明确规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定的仲裁委员会。”从这一条规定来看,在我国,仲裁协议有效要件包括三个内容。

1. 请求仲裁的意思表示。此处的意思表示必须以一种明确的方式作出,即仲裁条款或者仲裁协议。实践中,当事人一方起草了含有仲裁条款的合同,并将其以书信、电报或传真等方式送达另一方当事人,对方当事人没有否认,而是以行动履行了该合同,此时并不构成该方对仲裁的默示接受。这是因为虽然合同可以因该方当事人实际履行的行为而宣告成立,但从当事人对主合同的默示的意思表示之中并不能明确推知其对仲裁条款的肯定。这与前文中对“书面”的阐述也并不矛盾,书面的底线是明示同意。此外,基于仲裁条款的独立性,仲裁条款的效力与主合同

^⑥ 汪祖兴:《国际商会仲裁研究》,法律出版社 2005 年版,第 59 页。

的效力是分离的,并不能因为主合同的默示成立而当然具有效力。

2. 仲裁事项。仲裁事项即提交仲裁解决的争议内容,当事人提交仲裁解决的事项必须具有可仲裁性。《仲裁法》第2条明确了可以提交仲裁的事项,即“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”。由此推知,此处的可仲裁事项是指与人身关系无关的财产性权益争议,主要是合同纠纷。“其他财产权益纠纷主要指侵权纠纷。这类纠纷在海事、房地产、产品质量、知识产权领域中多为常见”。^⑦但不包括第3条从反面规定的不能通过仲裁解决的事项,具体有:“(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)依法应由行政机关处理的行政争议。”此条规定的第1项是因与人身关系有密切的联系,当事人不能自由处分,故不能纳入仲裁解决的范围。第2项规定的不可仲裁事项则是因行政争议的解决涉及行政权的行使,若允许将其纳入仲裁解决,既是对国家主权的践踏,又会导致公共秩序无法得到切实维护,有悖于“公共秩序保留”的国际私法准则。

3. 选定的仲裁委员会。《仲裁法》第16条第2款第3项规定,有效的仲裁协议必须有选定的仲裁委员会。《仲裁法》第18条还规定:“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议,达不成补充协议的,仲裁协议无效。”

《仲裁法》第17条从反面规定了属于无效仲裁协议的情形:“(一)约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;(二)无民事行为能力或限制民事行为能力人订立的仲裁协议;(三)一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。”其中第一种情形直接违反了仲裁协议有效要件之一的仲裁事项可仲裁性;第二种情形不符合对当事人行为能力的要求;第三种情形则将国际商事仲裁协议置于虚假的意思表示之下,未体现双方当事人请求仲裁的真实意思表示,因而都属无效。

从以上规定可以看出,我国法律及相关司法解释对仲裁协议的有效性作出了非常严格的规定。在司法实践中,当事人双方签订的仲裁协议如果不符合上述有效要件,就是无效的。这种严格限制仲裁协议有效性的法律规定致使仲裁这种快速解决合同纠纷及其他财产权益纠纷的途径不能得到广泛的应用。很显然,这种做法已经背离了国际社会仲裁协议有效性的宽容趋势。

因此,近些年我国的相关司法解释开始逐步放宽仲裁协议的有效要件。例如,《解释》第1条明确了《仲裁法》第16条规定的“其他书面形式”的仲裁协议,包括以合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等形式达成的请求仲裁的协议。《解释》第3条规定:“仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确,但能够确定具体的仲裁机构的,应当认定选定了仲裁机构。”可见,我国对于“书面形式”和“仲裁机构选定”的规定就是宽容趋势的呈现,这种解释符合国际上的普遍做法。

笔者认为,我国仅仅作如上宽容的解释还远远不够。从我国目前的司法状况来看,民事案件数量激增,法院审理民事案件的负担过重,案件积压严重,诉讼效率很低。仲裁作为解决民事纠纷的重要途径应当发挥积极的作用,成为分流民事案件的重要途径。因此,我国对仲裁协议有效性应当作出更加宽容的解释:第一,放宽仲裁协议的形式要件,允许采用口头方式达成仲裁协议。第二,仲裁事项要进一步扩展,除了合同纠纷外,知识产权案件、证券案件、破产案件及反垄断案件等与财产有关的案件都应纳入可仲裁的事项。

^⑦ 单国军:《中国仲裁实务》,中国发展出版社1998年版,第68页。

On the Tolerance Tendency of Arbitration Agreement Validity

By Wang Wei

Abstract: Arbitration agreement is the same means that the parties submit their contract and property disputes to arbitration. Arbitration agreement must have some effective elements. Arbitration agreement without effective elements can't be adopted. According to the laws of every country, the effective elements of arbitration agreement undergo a process from strict to tolerant. China's arbitration law stipulates the effective elements of arbitration agreement. Arbitration agreement must conform the statutory conditions, it will be lawful. Recent years, the judicial interpretation of China's Supreme Court relax the conditions of arbitration agreement. This is the world tendency.

Key words: arbitration agreement effective element tolerance

(责任编辑:余蕊桢)

论国际体育仲裁适用的“法律”^{*}

刘 畅^{**}

内容提要 在国际体育仲裁中,能否为体育纠纷寻求适合的法律适用,能否获得令人信服的解决结果,将决定体育仲裁的公正与效率。对于源自这一规则性极强并素有自治规则体系的领域之纠纷,法律规则应否介入以及与体育自身规则如何协调,成为纠纷解决的长久困惑。探讨国际体育仲裁法律适用的基本范畴,应作为深究国际体育仲裁尤其是强制性仲裁法律适用之相关问题的起点,也有益于梳理其对传统仲裁法律适用规则的呼应与变革。

关键词 国际体育仲裁 体育规则 法律规则 法律适用

对处于全球化背景中的国际体育仲裁而言,体育纠纷能否寻求适合的法律适用,能否获得令人信服的解决结果,将决定体育仲裁的公正与效率,影响着体育仲裁的社会地位,并就长远而言将涉及体育至高理想的实现。

作为体育纠纷解决的新型手段,也作为仲裁世界的新兴疆域,国际体育仲裁的法律适用有着基于体育独有的社会存在而顺应所生的创见。体育运动之诞生就伴随着规则的生成,对于源自这一规则性极强并素有自治规则体系的领域之纠纷,法律规则应否介入以及与体育自身规则如何协调,成为纠纷解决的长久困惑。国际体育仲裁的法律适用的基本范畴势必也面临着上述思考。

一、体育规则

(一)体育的尺度与色彩

从遵奉人类生存竞争之基本活动到关注原始宗教的体育祭典,从回溯战争需求下的军体训练到搜罗娱乐大众、健康身心的游戏竞技,体育源生的领域早已不是学界论争的新鲜课题。尽管论战纷繁,却有一条清晰脉络无可否认地渐为显现:无论源起何处又演进何方,最终都能汇入“体育”一说,其相聚相类却又各有趣旨的核心要素便是规则。有狩猎或采集的技能规则,有宗教祭祀的礼乐之章、仪式之范,有军事训练的健体规范与竞技规则,有娱乐休闲中的游戏规则、输赢规则,直至涵盖甚丰的现代体育规则。

哈耶克言:“人不仅是一种追求目的的动物,而且在很大程度也是一种遵循规则的动物。”^①规则本是人类社会整体秩序形成的需要。如果规则体系能够给遵循规则的人们带来繁荣和发展,此类规则便得以在群体内传递和扩散,成为能被普遍遵守的群体规范。在哲学词典中,规则通常

^{*} 本文为教育部人文社会科学研究 2005 年度规划基金项目“国际体育仲裁研究”(编号 05JA820022)的阶段性成果。

^{**} 西南政法大学国际法学院讲师,重庆大学在读博士。

^① 韦森:《社会秩序的经济分析导论》,上海三联书店 2001 年版,第 26 页。

被指称为“行动或行为指导”,有所谓的游戏规则、形式系统中的规则、语言的规则、道德的规则、法律的规则等。对体育而言,自始相随的便是指导“体育行动和行为”的体育规则。现代体育之中,最活跃、最具魅力、最具代表性的当属竞技体育,而体育规则在竞技体育中体现得也最为充分和集中。如此考量,体育规则于体育之意义至少有如下三点:第一,体育规则维系体育活动之尺度。占据着体育规则主体的体育技术性规则往往被划分为两个方面,即构成性规则与规范性规则,前者规定着比赛的具体目标及达成目标时所允许使用的手段,以维持竞争的正常进行。后者规定着如器械轻重、场地的大小等方面,被视为构成性规则的延伸。二者相辅相成,或有重合,但无论如何归属,其目标无非在于保证某一运动竞技的顺利进行。第二,体育规则构成运动活力之内核。体育竞赛的目的通常是通过某一特定的、严格限定的活动,在相对公正的条件下,“使失败的对手心悦诚服地接受获胜者体格和智力上的胜势”,并通过裁判决定体育竞争的胜负。^②所谓严格限定、相对公正,无疑要利用体育规则来实现。体育规则限制着参与体育运动所能使用的手段,也只有接受了这些限制,这项运动才有继续的可能。因此,遵守规则并非对运动员自由的限制,而是对运动员成其为运动员的保证。正是体育规则所决定的公正对抗、胜负不定、技战术安排激发出体育运动极大的观赏价值,从而为体育在人类社会赢得持久声誉。第三,体育规则标识体育运动之色彩。每项体育运动的特别之处就在于其规则,尽管存在某些“家庭相似”,但正是规则的差异才使体育运动呈现出缤纷的面貌。人们根据体育运动的规则来区别或定义一项体育运动,它直接决定着体育运动的构成、存在和发展状况。一项运动之所以成其为这项运动,其标识就在于其独有的规则。

(二) 法律适用中的体育规则

诚然,关于体育规则这个概念是否有存在的必要,体育规则的含义应如何表述,以及体育规则的内容到底如何构成,似乎还没有专论提供详细而权威的答案。笔者以为,就体育规则的内容而言,至少包括技术规则、竞赛规则、行业规则、体育道德及体育伦理规范等成分。不过,上述内容并非都能够在法律适用的范畴中出现,即使同属体育规则,也须按其性质区别对待。

1. 技术规则、竞赛规则以及行业规则往往遵循了习惯性规则的形成模式,从而成为体育纠纷解决的法律适用中不容忽视的对象和内容

无论是支持一项运动独立性与趣味性的技术规则,还是以公平竞争为要旨的竞赛规则,都要经过长时间的实践磨砺,在反复的适用中逐步地规范、完善和系统起来。这些规则可能因为一些偶然事件而自然成形,其设置既没有预先的构想也没有谨慎的推敲,它也许与科学原理毫不相干,却在这项运动的长久遵循中获得了旺盛的生命力,而行业规则也处处显示出对专业群体的传统行为方式的认同。体育行业的团体在各自的专业领域内制定相应的章程与纪律以约束其成员,这些自我管理、自我发展、自我约束的自治规则往往基于当事人的自觉遵守以及体育行会的权威而获得非公力的强制性。而这种遵守和权威很大程度上便得益于行业规则对体育自身规律的遵从。正是这种对悠久历史和传统实践的吸收,才使得这种“自主立法”^③可以不依附于国家权力而担负起特别的责任,以最直接和密切的方式给予相关行为以内行的评判。因此,对体育人而

^② 卢元镇:《中国体育社会学》,北京体育大学出版社2000年版,第101页。

^③ 博登海默认为,行会制定自治规章的行为是一种自主立法,从而区别于国家的委托立法。参见[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第422~423页。

言,技术规范或器材标准、竞赛规则或行业纪律,无不源于人类体育千百年来的反复验证的实践积淀,尽管在某些现代新兴因素的冲击下发生着自然或不自然的变化,但对民间习惯的服从始终是其生命力的根源。

在法的基本理论中,作为一种社会调整手段,习惯是法律渊源的公认组成。习惯深植于社会生活之中,与某一社会的特有生活条件、生产方式、文化品格相连;它于民间自然生成,表现在一定社会的传统之中。法律与习惯,在其实施方式、保障机制等方面都可能有所差异,在具体内容上甚至相互抵触,却仍然并存以调控社会成员。国家法律可能通过各种方式和渠道接受、吸纳及默认民间习惯:要么以制定法的形式明确将某些习惯纳入自己的体系,要么以一般条款的形式特别授权在某种情况下依从既存的习惯,要么对习惯以消极的态度克制国家的干预。

由此看来,就现代体育而言,运动规则、竞赛规则、行业规则因为对该领域习惯的确认而实现了与国家法律相对独立地并存,也因为秉承民间体育习惯的内生性与规范性而实现了与国家法律的碰撞与沟通。正是因为国家法律对习惯的明确吸纳,上述大量的体育规则已经成为制定法的组成,得到国家强制力的直接推行;正是因为对既存习惯规则的克制与尊重,或是基于法律运作的效果而对民间习惯不得不采取的妥协,使得体育竞赛规则、行业规则享有长久的自治地位,体育行会得到依靠其纪律规则行使对本专业运动员的“特别权力”;^④也正是因为体育规则可能的“陋习”的存在或是相对于现代社会的陈旧与不适,使得国家法律以新型价值观为基础对这类习惯的服从进行冲击、挤压、限制、削弱甚至取代其权威和效力,使其按照现代国家的意志进行修正。因此,在国际体育仲裁的法律适用中,运动规则、竞赛规则、行业规则已被实践确认为纠纷解决的当然的甚至是首要的依据。只是随着法律环境的变化,上述规则可能出现不同的趋向:要么因被吸纳成为法律本身,要么因为法律的克制与默许而以既有状态继续与法律共存调控相关行为,要么因为其不当或无能而接受法律的教化、矫正甚至是摒弃。

2. 体育道德规则与法律的微妙关联使其游离在法律适用的范畴之外

道德与法律的深层矛盾与关联已为学界思虑千年。法律与道德相互支持、彼此相援的情形比比皆是,但所谓合法却不合理,合理却不合法的情形也并不鲜见。

一方面,道德独特的作用于思想、信仰、情感的内在调整功能和约束力量,为其赢得了独立于法律之外的空间。虽然没有国家强制力的保证,但是道德的强制并不必然软弱。在有序社会的每一个领域,法律都认可道德的特殊角色,都以一定的道德准则为基础并在一定程度上引导道德的发展。在体育领域中,道德规范的渗透已成必然。现代体育中的不道德已经发展出了破坏体育存在意义的事端,更有大量危害度看似不大却往往超出运动竞技规则约制范畴的事件频频发生。当这些行为披着“合理利用规则”等外衣而出现时,体育道德规范便成为第一时间的衡量尺度以排解运动竞技规则的尴尬,以道德的社会力量质疑善恶是非,并争取法律在正当性的层面予以强力的支持。

另一方面,在有关法律适用的各种探讨中,诚如已被接受的理论表达,道德规范并非法律适用中可涉及的对象,体育道德规则也同样如此。这种长于内生性与族群性的规范可能缺少必要的客观手段和相应的普遍认同,从而无法在法律适用中成为评判法律责任、分配权利义务的指向对象和直接标准。除了已为竞赛规则或行为规则所确认的内容之外,道德规则只能基于体育事

^④ 郭树理:“论司法对体育行会内部纠纷的干预”,载《北京市政法管理干部学院学报》2003年第3期,第28页。