

CHINA 中国

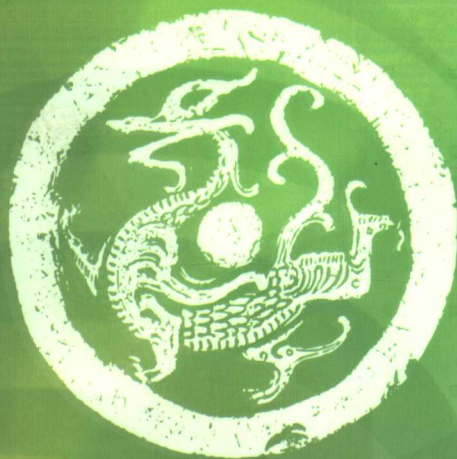
No.2.2005 2005年第4辑 总第28辑

主办单位：中国仲裁法学研究会 中国国际经济贸易仲裁委员会
中华人民共和国最高人民法院民四庭

协办单位：中国国际私法研究会 武汉大学国际法研究所
华东政法学院国际法学院

仲裁与司法

ARBITRATION AND JUDICATURE IN CHINA



中国涉外仲裁的现状与改革

中国国内仲裁与调解发展的十年之路

非公有制企业民商事纠纷仲裁大有可为

违约金约定过高之调整

我国举证时限制度之立法依据研究

论海商法中国际商事仲裁条款的默示并入



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国仲裁与司法. 2005年. 第4辑. 总第28辑/中国
仲裁法学研究会等主办. —北京: 法律出版社, 2005.12
ISBN 7-5036-5998-X

I. 中… II. 中… III. 仲裁—法学—研究—中国—丛刊
IV. D925.704-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第143531号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 伍远超	装帧设计 / 于佳
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 / 中国人民大学出版社印刷厂	责任印制 / 陶 松
开本 / 880毫米×1230毫米 1/16	印张 / 4 字数 / 100千
版本 / 2005年12月第1版	印次 / 2005年12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	苏州公司 / 0512-65193110
书号: ISBN 7-5036-5998-X/D·5715	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)

新闻综述 News Summary

[新闻快报 News Bulletin]

- 封底** 鞍山仲裁委员会在鞍山召开“鞍山仲裁论坛”
/鞍山仲裁委员会
Anshan Arbitration Commission held a Anshan Arbitration Forum in Anshan
/Anshan Arbitration Commission

聚焦纪实 Focusing and on-the-spot Report

[热点追踪 Hot Point Track]: [第22届世界法律大会文集选编 Selected Essays of the 22nd Congress on the Law of the World]

- 1** 中国涉外仲裁的现状与改革
/沈四宝
The Reality and the Reform of Foreign-related Arbitration in China
/Shen Sibao
- 6** 中国国内仲裁与调解发展的十年之路
/高菲
Ten Years Development of Domestic Arbitration and Conciliation in China
/Gao Fei

探索研究 Explore and Research

[仲裁论坛 Arbitration Forum]

- 10** 试论 ICSID 仲裁裁决的执行
/刘宏伟 刘春宝
The Enforcement of ICSID Arbitration Awards
/Liu Hongwei Liu Chunbao
- 15** 非公有制企业民商事纠纷仲裁大有可为
/叶林
Plenty of Scope for Developing Civil and Commercial Arbitration for Non-State Owned Enterprises
/Ye Lin

[学术探讨 Academic Approach]

- 20** 《国际商事合同通则》作为一般法律原则、商人法之适用
/洪亦卿
The Applicable Law of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts As A General Law Principle and lex mercatoria
/Hong Yiqing

27 违约金约定过高之调整

/郭锡昆 叶劲雄

On the Adjustment of the Over-agreed Liquidated Damages
/Guo Xikun Ye Jinxiong

32 民事“诉讼契约”新论

/奉晓政

New Considerations on Civil Litigation Contract
/Feng Xiaozheng

35 我国举证时限制度之立法依据研究

/韦林

Research on the Legislation Basis of Proof of Time-limit in Our Country
/Wei Lin

[海事海商 Maritime]

39 论海商法中国际商事仲裁条款的默示并入

/陈儒丹 黄韬

On Acquiescent Incorporation of the International Commercial Arbitration Clause of Maritime Law
/Chen Rudan Huang Tao

44 海事诉讼特别程序中确权诉讼问题探究

/王爱玲

Probe on the Problem of Litigation on Determining Rights in the Special Maritime Procedure Law
/Wang Ailing

50 海商法上无单放货诉讼案件主体适格问题探析

/胡立峰

Analyses on the Problems of Proper Subject of Case on Delivering Goods Without B/L in Maritime Law
/Hu Lifeng

55 无单放货之诉讼时效

/陈亚

Litigation Time-limit of Delivering Goods Without B/L
/Chen Ya

专家/博士咨询信箱

Expert/Doctor's Advisory Mail Box (9)

[案例选登 Selection of Arbitration Cases]

62 中国国际经济贸易仲裁委员会合并审理决定

/泽文提供

A Decision of Case of CIETAC

/Ze Wen



中国仲裁与司法

2005年第4辑 (August, 2005) 总第28辑

主办单位:

中国仲裁法学研究会
中国国际经济贸易仲裁委员会
中华人民共和国最高人民法院民四庭

协办单位:

中国国际私法研究会
武汉大学国际法研究所
华东政法学院国际法学院

主 编: 万季飞 万鄂湘

执行主编: 钱 锋 高 菲

常务执行主编: 高 菲

编辑部成员: 高晓力 王政 吕岩

庄硕(实习) 李晓琳(实习)

理 事 长: 张 舟

副理事长: 方 向 卢云华 王生长 叶 兵
黄 进 王虎华

Arbitration and Judicature in China

(www.arbitration.org.cn)

No.4, 2005, Total 28.

Sponsor:

China Academy of Arbitration Law
China International Economic and Trade Arbitration Commission
The Fourth Civil Division of the Supreme People's Court of PRC

Assistant:

China Society of Private International Law
Research Institute of International Law of Wuhan University
Law School of International Law of East China University of Politics and Law



中国涉外仲裁的 现状与改革

文 / 沈四宝

中国涉外仲裁已经走过了 50 年风雨之路,这 50 年是中国涉外仲裁从无到有,从小到大,不断向现代化和国际化迈进的 50 年。

一、中国涉外仲裁的历史与现状

回顾中国涉外仲裁的历史,中国涉外仲裁始于 20 世纪 50 年代。¹1952 年 5 月,中国国际贸易促进委员会(以下简称贸促会)设立。贸促会设立之后即着手研究成立仲裁机构,开展中国的涉外仲裁工作。贸促会根据中华人民共和国中央人民政府政务院的决定于 1956 年 4 月设立对外贸易仲裁委员会(于 1980 年改名为对外经济贸易仲裁委员会,又于

1988 年改名为中国国际经济贸易仲裁委员会),并于 1959 年 1 月设立中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会(于 1988 年改名为中国海事仲裁委员会)。自此,中国两个重要的涉外仲裁机构设立,为中国涉外仲裁的发展提供了机构保障。

20 世纪 80 年代,中国开始实行改革开放,对外贸易和外商投资迅速扩大,同时,涉外经济纠纷的数量和种类也不断增长,中国涉外仲裁事业取得了长足的发展。中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会制度健全,拥有专家组成的仲裁员队伍,办案规则贴近国际惯例,几十年来审理了大量涉外仲裁案件,在中国涉外仲裁方面取得了巨大成就。特别是中国国际经济贸易

仲裁委员会,其受理案件范围从国际贸易扩展到涉外经济的方方面面,受案数量从每年几十件发展到每年数百件,已经跻身于国际著名商事仲裁机构行列。

1994 年,中国仲裁法颁布,这是中国仲裁制度发展史上的重要里程碑。仲裁法改变了中国国内仲裁“令出多门,各自为政,分散混乱”的局面,在中国确立了统一、规范、符合国际惯例的仲裁制度。国内仲裁与涉外仲裁基本制度一致,但考虑到涉外仲裁自身不同于国内仲裁的特点,仲裁法设立专章对涉外仲裁进行了特别规定,进一步促进了中国涉外仲裁的发展。

中国仲裁法颁布实施以来,中国仲裁蓬勃发展,仲裁机构在处理案件的数

量、质量以及机构管理等方面都有很大提高。截至2004年底,中国仲裁机构数量已达185家。²中国仲裁机构选聘了近3万名仲裁员,其中包括内地、港、澳、台,以及外国的专业人士,形成了一支专业素质较高、信誉良好的仲裁员队伍。

中国仲裁机构均可以受理国内和涉外仲裁。由于中国国际经济贸易仲裁委员会处理涉外仲裁案件经验丰富,知名度较高,因此,至今绝大多数涉外仲裁案件还是集中在中国国际经济贸易仲裁委员会。2004年,中国仲裁机构全年受案37304件,比2003年增加了8469件,增长率为29.4%;案件标的额共计515亿多元,比2003年增加了94亿元,增长率为22.3%。其中,中国国际经济贸易仲裁委员会涉外和国内案件受案数量达到850件,案件标的额共计83亿多元,涉外案件462件。更重要的是,中国仲裁机构经历了50年风雨历程,已总结出具有自身特点的仲裁风格。

二、中国涉外仲裁的特色

1. 仲裁与调解相结合

中国涉外仲裁的一大特点是仲裁与调解相结合。仲裁员在进行仲裁的过程中可以根据当事人的意愿作为调解员进行调解。仲裁与调解相结合是中国仲裁机构处理仲裁案件的习惯做法。中国仲裁法也确认仲裁庭将仲裁与调解相结合的方式,并为当事人在仲裁庭调解下达成的协议提供法律保障。当事人在仲裁庭参与下经调解下达成的和解协议,再经仲裁庭制作而成的裁决书可以为法院强制执行。³

实践证明,仲裁与调解相结合具有很多优点。第一,当事人无需分别启动调解和仲裁程序,在仲裁中可以获得仲裁和调解两方面的益处,节省了时间和成本。第二,通过仲裁庭调解当事人达成和解的比例较高,因为调解以仲裁为后盾。第三,当事人在仲裁庭调解下达成的和解协议,可以得到法院的强制执

行。第四,当事人自觉履行和解协议的比率高,节省了强制执行的时间和成本。第五,在仲裁过程中通过调解解决纠纷,有利于存在争议的当事人保持甚至发展合作关系。我本人作为中国国际经济贸易仲裁委员会的仲



裁员,就通过调解成功地处理了多个仲裁案件,当事人对调解结果都十分满意,对和解协议通常也能自觉履行,尤其是作为双方当事人共同指定的首席仲裁员,几乎每个案件都在仲裁过程中以调解方式结案。

中国涉外仲裁将仲裁与调解相结合的做法,引起了国际商事仲裁界的普遍重视和探讨。

2. 国内仲裁和涉外仲裁的适度区别

中国仲裁制度长期以来就分为国内仲裁和涉外仲裁两个类别。在仲裁法颁布实施以前,国内仲裁和涉外仲裁体系截然不同,两者在性质、机构设置、仲裁员权限、仲裁管辖,仲裁裁决效力方面都有较大区别。在仲裁法颁布实施以后,国内仲裁和涉外仲裁基本制度一致,主要区别在于人民法院对涉外仲裁的司法支持和监督采取与国内仲裁不同的程序和标准。笔者认为,考虑到中国仲裁制度的历史发展,

以及对中国吸引外资政策的配合,国内仲裁和涉外仲裁的适度区别在现阶段还是必要的。

中国的巨大市场和经济潜力,吸引着对华投资的不断增加,根据有关统计,截至2004年底,全球最大的500家跨国公司中已有近450家在华投资。外商在中国投资设立的公司是中国法人。而目前,中国不允许国内法人或个人之间的纠纷诉诸外国仲裁机构。这些外商投资公司之间如果发生纠纷,要选择外国仲裁机构解决争议,就存在一定障碍。这可能会对中国引进外资产生负面影响。因此,应逐渐分阶段地对该制度进行改革。

三、我国涉外仲裁的改革

中国仲裁法颁布和实施十年来,中国仲裁事业取得了辉煌的成就。但是,实践也表明中国仲裁法的规定尚存在一些不足和缺漏,这些不足和缺漏已影响到中国仲裁的进一步发展。为使中国仲裁制度进一步为商业现实服务、与国际接轨,使中国成为更具有竞争力的仲裁地,需要修改和完善中国仲裁法,改革中国的仲裁制度。

1. 仲裁方式多元化

临时仲裁是国际上普遍承认的仲裁方式,相较于机构仲裁,其更为灵活、快捷和经济。由于对临时仲裁的认识不足,缺乏临时仲裁的经验,加之管理水平有限,中国仲裁法只确认了机构仲裁方式,不承认临时仲裁方式。当事人在中国境内通过临时仲裁方式解决争议得不到法律的保护,临时仲裁裁决也无法在法院强制执行。

临时仲裁与机构仲裁之间既相互竞争,又互为补充。承认临时仲裁方式,为当事人提供更多仲裁方式的选择,可以吸引更多的当事人选择在中国仲裁。同时,通过临时仲裁与机构仲裁的竞争,可以促进仲裁机构不断改进服务,提高

仲裁水平。因此,中国仲裁法在修订时,应确认临时仲裁方式。

2. 为行业仲裁提供空间

国外很多行业协会下设仲裁机构,例如伦敦糖业协会、伦敦谷物和饲料贸易协会等均下设仲裁机构,为协会成员解决商事纠纷提供服务。我国2004年修订的对外贸易法在对外贸易促进一章专门作出规定,鼓励对外贸易经营者成立行业协会和商会。⁴行业仲裁是今后中国仲裁的一个发展方向。为适应这种发展趋势,中国国际经济贸易仲裁委员会在其最新修订并于2005年5月1日起施行的仲裁规则中就设立特定行业仲裁中心,制定行业仲裁规则,以及设立行业

仲裁员名册作出了规定。⁵

因此,在中国仲裁法修订时,应就行业仲裁作出规定,使行业仲裁的发展有法可依,健康有序发展。

3. 在仲裁员的选定方面给予当事人更多选择

在仲裁员选定方面,根据中国仲裁法的规定,中国的仲裁机构均设置仲裁员名册。⁶中国仲裁机构的仲裁规则一般都规定当事人只能在仲裁员名册的范围内选择仲裁员。目前,国际上主要仲裁机构在仲裁员的选定上通常都倾向于给予当事人更大的自由空间。这些仲裁机构要么不设置仲裁员名册,要么虽设置有仲裁员名册,但允许当事人在一定

条件下选定仲裁员名册以外的人士作为个案仲裁员,这一方面有利于针对案件情况选择最合适专业人士审理案件,另一方面也为当事人选择自己了解的人士作为仲裁员提供了可能,更好地体现了仲裁当事人自治的精神。这样做,从长远上讲,有利于吸收更多的专业人士列入仲裁员名册,扩大仲裁机构的影响,吸引更多的当事人选择在该机构仲裁。

中国国际经济贸易仲裁委员会在其最新修订的仲裁规则中,在一定程度上突破了当事人只能在仲裁员名册的范围内选择仲裁员的规定,允许当事人约定在仲裁委员会仲裁员名册之外选定具备法定资格的人士作为仲裁员。⁷但是,由于仲裁规则要求当事人必须就在仲裁员名册之外选定仲裁员达成一致,因此,当事人在仲裁委员会仲裁员名册之外选定仲裁员还是受到很大限制。这与国际上主要仲裁机构的做法还存在一定差距,但毕竟迈出了改革的重要一步。

4. 放松对仲裁协议形式与内容的要求

就仲裁协议形式,中国仲裁法规定,仲裁协议应采用书面形式。⁸国际上的普遍倾向是对仲裁协议书面形式的要求作宽松的解释。例如,联合国贸法会国际商事仲裁示范法规定协议如载于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。⁹中国最高人民法院正在起草的对仲裁法的司法解释,也拟将对仲裁协议书面形式的要求,与合同法对书面形式较宽松的要求相一致。¹⁰

就仲裁协议的内容,中国仲裁法规定,仲裁协议的必备内容为:请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会。¹¹由于中国仲裁法对仲裁协议内容的规定过于严格,在实践中,仲裁协



议往往由于对仲裁机构名称描述不准确, 约定了一个以上仲裁机构, 或者只约定了仲裁地点, 而该仲裁地点有一个以上仲裁机构, 导致仲裁协议因仲裁机构约定不明而无效。当事人通过仲裁方式解决纠纷的意愿无法实现。

从仲裁为商业现实服务的角度出发, 应该放松对仲裁协议内容的要求, 尽量使仲裁协议有效, 尊重和保护当事人采用仲裁方式解决纠纷的意愿, 这也是符合国际潮流的。中国最高人民法院正在起草的对仲裁法的司法解释, 针对以上实践中常常出现的情况, 作出了相应规定, 在最大限度内确保仲裁协议的有效性。

5. 确立自我管辖权原则

中国仲裁法规定由仲裁机构对案件的管辖权作出决定。¹²而目前大多国际仲裁机构均实行仲裁庭对案件的管辖权作出决定的制度, 而不是由仲裁机构对案件的管辖权作出决定。仲裁庭是为个案设立, 相较于仲裁机构, 更有精力和时间对案件进行全面审查, 而且案件的管辖权问题, 常常与案件实体问题相联系, 必须由仲裁庭在实体审查的基础上对案件的管辖权作出判断。由仲裁庭对案件的管辖权作出决定, 避免了仲裁机构作表面审查、仲裁庭再作实质审查的情况, 有利于节约时间和成本, 并使仲裁庭对案件程序和实体的审查权更

为完整。

在现有法律框架内, 为最大限度地贴近国际做法, 中国国际经济贸易仲裁委员会最新修订的仲裁规则规定在必要情况下, 仲裁委员会可以授权仲裁庭对案件管辖权作出决定,¹³这是一种进步。

6. 完善对仲裁的司法监督

目前, 就法院对涉外仲裁的司法监督, 主要集中于对涉外仲裁裁决的撤销和不予执行问题。根据中国仲裁法的规定, 在申请撤销涉外仲裁裁决的程序和申请不予执行涉外仲裁裁决的程序中, 法院的审查内容是相同的: (1) 当事人在合同中没有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的; (2) 被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知, 或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的; (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的; (4) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。¹⁴申请撤销涉外仲裁裁决程序申请人或被申请人均可提起, 而申请不予执行涉外仲裁裁决程序则只能在法院应一方请求强制执行仲裁裁决时, 由被申请执行方提起。前者涉及对仲裁裁决效力的否认, 而后者只涉及仲裁裁决的执行。笔者认为, 目前这样的做法往往造成裁决的执行重新需要花费大量时间和金钱, 严重影响仲裁快捷性这一特点。由于在这两

个程序中法院审查的内容相同, 且申请撤销涉外仲裁裁决程序相较于申请不予执行涉外仲裁裁决程序其涵盖的范围更大, 更能使仲裁双方当事人处于平等地位, 对于涉外仲裁裁决, 应取消申请不予执行涉外仲裁裁决程序, 仅保留申请撤销涉外仲裁裁决程序, 以节约司法资源, 并防止当事人恶意拖延仲裁裁决执行。

就申请撤销涉外仲裁裁决和申请不予执行涉外仲裁裁决, 法院作出的裁定不允许上诉, 这就导致对仲裁司法监督的监督环节的缺失。这一缺失使法院在裁定撤销涉外仲裁裁决和不予执行涉外仲裁裁决中的错误得不到纠正, 并在一定程度上造成法院裁定的随意性。因此, 笔者认为, 对于法院就申请撤销涉外仲裁裁决和申请不予执行涉外仲裁裁决作出的裁定应允许上诉。

另外, 根据中国仲裁法的规定, 就仲裁裁决的撤销和不予执行, 法院对涉外仲裁裁决与国内仲裁裁决的司法审查标准是不统一的。对涉外仲裁裁决的审查限于程序审查, 对国内仲裁裁决的审查还包括在一定程度上的实体审查。就申请撤销国内仲裁裁决, 法院审查的内容包括: (1) 没有仲裁协议的; (2) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的; (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的; (4) 裁决所根据的证据是伪造的; (5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的; (6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿, 徇私舞弊, 枉法裁决行为的; (7) 裁决违背社会公共利益的。¹⁵就申请不予执行国内仲裁裁决, 法院审查的内容包括: (1) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的; (2) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的; (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的; (4) 认定事实的主要证据不足的; (5) 适用法律确有错误的; (6) 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿,



徇私舞弊,枉法裁决行为的;(7)裁决违背社会公共利益的。¹⁶目前学术界有意见认为,应该统一法院对涉外仲裁裁决与国内仲裁裁决的司法审查标准。但是对如何统一存在分歧,主要有三种意见:(1)统一采用目前对涉外仲裁裁决的司法审查标准,即只对仲裁裁决进行程序审查;(2)统一采用目前对国内仲裁裁决的司法审查标准,即对仲裁裁决既进行程序审查,又进行实体审查;(3)对涉外仲裁裁决的司法审查标准和国内仲裁裁决的司法审查标准进行折中,对仲裁裁决以程序审查为主,适度进行实体审查,包括对仲裁员仲裁案件时是否存在贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的审查,以及仲裁裁决是否违背社会公共利益的审查。

7. 警惕仲裁司法化的倾向

仲裁是不同于诉讼的其他争议解决方式之一,仲裁依据的当事人意思自治及其产生的特性是仲裁生命力的根基。仲裁向诉讼的过度靠拢将导致仲裁个性的泯灭,由此产生的后果是选择其他争议解决方式的当事人采用仲裁以外的争议解决方式,造成仲裁最终被淘汰出局。造成仲裁司法化倾向的原因很多,其中包括部分仲裁机构不了解仲裁的特点,仲裁程序的设计模仿诉讼程序;部分法官在对仲裁裁决进行司法审查时,以诉讼程序作为对仲裁裁决进行程序审查的标准,这也在一定程度上造成仲裁向诉讼靠拢;很多离任法官加入仲裁行列,其职业习惯也导致其在仲裁案件中沿用诉讼中的做法。

笔者认为,为防止仲裁司法化的倾向,一方面,仲裁机构和仲裁员应认真学习和掌握仲裁的特点和精神;另一方面,对仲裁的司法监督应当适度,在确保仲裁程序公正的同时,不应应对仲裁的当事人意思自治精神、程序灵活、服务于商业现实等个体特性造成损害。

商业仲裁作为一种服务业正在被越来越多的人所认识,建立起一整套符合

服务业要求的仲裁规则、仲裁机构和仲裁惯例以及培养出一批以服务作为指导原则的仲裁员队伍,是我们不断健全仲裁法以及发展仲裁业的当务之急。

注 释

1 涉外仲裁案件,即指具有涉外因素的仲裁案件。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第178条的规定:凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。

2 《中华人民共和国仲裁法》第10条第1款规定:仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立,不按行政区划层层设立。

3 见《中华人民共和国仲裁法》第51条。

4 《中华人民共和国对外贸易法》第56条规定:对外贸易经营者可以依法成立和参加有关协会、商会。

有关协会、商会应当遵守法律、行政法规,按照章程对其成员提供与对外贸易有关的生产、营销、信息、培训等方面的服务,发挥协调和自律作用,依法提出有关对外贸易救济措施的申请,维护成员和行业的利益,向政府有关部门反映成员有关对外贸易的建议,开展对外贸易促进活动。

5 见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第2条(九)、(十),第4条(四)。

6 见《中华人民共和国仲裁法》第13条。

7 见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第21条。《中华人民共和国仲裁法》第13条规定:仲裁员应当符合下列条件之一:(一)从事仲裁工作满八年的;(二)从事律师工作满八年的;(三)曾任审判员满八年的;(四)从事法律研究、教学工作并具有高级职称的;(五)具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

8 见《中华人民共和国仲裁法》第16条。

9 见《联合国贸法会国际商事仲裁示范法》第7条。

10 《中华人民共和国合同法》第11条规定:书面形式是指合同书、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)等可以有形地表现所载内容的形式。

11 见《中华人民共和国仲裁法》第16条。

12 见《中华人民共和国仲裁法》第20条。

13 见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第6条。

14 《中华人民共和国仲裁法》第70条规定:当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百六十条第一款规定的情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定撤销。第71条规定:被申请人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百六十条第一款规定的情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行。

15 见《中华人民共和国仲裁法》第58条。

16 见《中华人民共和国仲裁法》第63条、《中华人民共和国民事诉讼法》第217条。

中国国内仲裁与调解 发展的十年之路

文 / 高 菲

一、中国国内仲裁与调解的发展现状

(一) 近十年来中国受理仲裁案件的总量

作为诉讼解决争议的一种替代方法,自1995年《中华人民共和国仲裁法》颁布10年以来,中国仲裁以及在仲裁的过程中利用仲裁与调解相结合的方法解

决民商事争议的发展极为迅速,有下列事实及数字为证:

1. 1995年仲裁法颁布之前,真正意义上的商事仲裁机构,在中国只有两个,一是中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC),另一个为中国海事仲裁委员会(CMAC)。

2. 但自仲裁法颁布之后至2004年底,全国已成立了185家仲裁机构。仅

就2004年一年为例,全国185家仲裁机构共受理仲裁案件37304件,案件总标的额为人民币515亿多元。

3. 就2004年而言,全国仲裁机构中,受理仲裁案件达500件以上的有13家仲裁委员会。其中,武汉仲裁委员会受案4363件,最多;广州仲裁委员会为3125件,次之;1000件以上的有深圳和上海仲裁委员会,分别为1751件和1073

件。中国国际经济贸易仲裁委员会主要受理涉外仲裁案件,为850件。

4.总的来说,从仲裁法颁布至2004年底的9年间,全国各仲裁机构共受理仲裁案件12.7万件,案件总标的额达人民币2315亿元,¹为中国经济的迅猛发展起到了一定保驾护航作用。

(二)仲裁与调解相结合结案所占的比例

在上述仲裁案件中,就国内仲裁案件而言,最终以调解方式解决争议的案件数量平均占总仲裁案件的30%左右。有些仲裁机构,如青岛仲裁委员会,最终以和解解决争议的案件占仲裁案件的50.67%;厦门仲裁委员会2003年占24.91%,2004年占21.49%;武汉仲裁委员会以及深圳仲裁委员会2004年调解解决争议的案件均约占仲裁案件总案量的30%;北京仲裁委员会2004年调解结案占17%,调解撤案的占21%,总共占38%。

中国国际经济贸易仲裁委员会以调解结案的国内仲裁案件以及涉外仲裁案件的比率占总受案量的30%左右。

二、中国国内仲裁与调解的发展特点

与世界上任何一个国家都不同,中国仲裁与调解事业之所以在如此短的时间内取得迅速的发展,其原因不仅是由于中国实行改革开放政策及社会主义市场经济的需要,而且是在中国各级政府的支持与推动以及人民法院的司法支持与监督下形成的。它具有以下显著特点:

(一)应社会主义市场经济需要颁布仲裁法 重组国内仲裁机构

中国实行改革开放以及社会主义市场经济以后,经济发展飞速,外商投资

猛长。与此同时,国际国内经济贸易及外商投资争议增加。但在中国,除了CIETAC、CMAC两个民间性质的涉外仲裁机构以外,中国国内原分散在不同领域的行政仲裁机构,已经不再适应社会主义市场经济的需要,迫切需要改革和重组。正是为了公平、公正、高效地解决市场经济中平等主体之间的经济贸易纠纷,促进社会经济的进一步飞速发展,适应社会主义市场经济的需要,中国及时于1994年8月31日颁布了仲裁法,取消了原来的行政仲裁体制,规定:仲裁不实行级别管辖和地域管辖;仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系;仲裁委员会之间也没有隶属关系。从此,中国建立起了以当事人意思自治为基本原则、与任何行政机构无任何隶属关系、符合国际国内市场经济需求的、服务于社会主义市场经济的商事仲裁制度。

(二)中央政府带头贯彻落实仲裁法、指定专门机构负责仲裁机构重组和联系全国仲裁工作

仲裁法颁布之后实施之前,国务院办公厅于1994年11月13日便发布了《关于做好重新组建仲裁机构和筹建中国仲裁协会筹备工作的通知》,指出仲裁法是一部适应社会主义市场经济发展需要、与国际通行的仲裁制度接轨、解决经济纠纷的又一部重要法律。要求各地依据仲裁法的规定,对原有隶属于行政机构的仲裁机构依法进行重建。

此后,国务院办公厅又分别下发了《关于进一步做好重新组建仲裁机构工作的通知》、《关于印发〈重新组建仲裁机构方案〉、〈仲裁委员会登记暂行办法〉、〈仲裁委员会仲裁收费办法〉的通知》以及《国务院办公厅关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》,较细地规定了国内仲裁机构重新组建工作的方方面面。

不仅如此,为宣传仲裁法律制度,

推广和普及以仲裁方式解决民商事经济纠纷,认真做好仲裁机构的重新组建工作,国务院办公厅下发的上述文件中还明确指定由国务院法制办公室牵头,其他有关部门和组织参加,共同做好全国仲裁机构的重组工作。

中国国内仲裁机构的重新组建工作,在政府法制部门的牵头下,至2004年底,全国已设立了185家仲裁机构。

中国国内仲裁机构,虽然初建时是在政府有关部门的推动与支持下组建起来的,但是在实际运行中,却是严格按照仲裁法的有关规定,遵循当事人意思自治原则,依据各仲裁委员会仲裁规则的规定,审理和裁决仲裁案件。

社会主义市场经济的需要、仲裁法的颁布和仲裁机构的重组以及中国政府的大力支持,使得中国国内的各仲裁机构在短短十年间迅速发展壮大,呈现出一派欣欣向荣的景象,受理了大量仲裁案件,解决了大量争议,为保障中国社会主义市场经济的健康发展以及息讼止争、稳定社会环境、创建和谐社会起到了重要作用。

(三)最高人民法院依法通过司法实践支持仲裁、监督仲裁

迄今为止,最高人民法院就有关贯彻落实仲裁法、依法执行仲裁裁决、有关仲裁裁决的申请撤销问题、处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题、承认与执行外国仲裁裁决问题、仲裁协议效力问题、撤销仲裁裁决之后当事人是否可以上诉等问题约发布了近四十份个案批复或通知。而且,自2003年底、2004年初开始,最高人民法院就“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》)进行调查研究,向社会广泛征求意见。目前,已经几易其稿,目的就是要在仲裁法未修改之前,以实事求是的支持以仲裁的方式解决民商事争议的态度解决仲裁法在实施过程中出现的一些问题。

比如,有关仲裁协议效力的确定,《解释》的有关规定倾向于使仲裁协议有效。规定:订立仲裁协议的当事人因合并、分立、终止、撤销等发生变更的,仲裁协议对其权利义务的继受者有效;当事人死亡的,仲裁协议对其继承人有效;第三人行使仲裁协议的一方当事人在仲裁事项中的权利或者承担仲裁协议事项中义务的,仲裁协议对第三人有效;合同权利义务依法转让时,仲裁协议对受让人有效,当事人之间另有约定的除外等,充分地体现了人民法院支持以仲裁方式解决民商事争议、支持中国仲裁事业发展的态度。

(四) 大力宣传仲裁法律制度,推广企业格式合同中的仲裁条款,聘请相当数量的企业家作为仲裁员,努力使仲裁法律制度深入到社会经济生活的方方面面

为宣传推广仲裁法律制度,国务院办公厅于1996年专门下发了22号文件,要求各地对格式合同进行修改。在政府的支持、鼓励和推动下,全国各仲裁机构都将宣传、推广仲裁法律制度作为最重要的一项工作来做,以仲裁法律制度是社会主义市场经济的重要组成部分为由,向全国的房地产、建筑行业、银行等金融机构、皮革等制造业以及各经济贸易企业的格式合同中推广仲裁条款,使地方上许多企业改变了以前有了问题找市长,有了官司找政府的做法,开始信任并选择仲裁、依靠仲裁解决他们之间的民商事纠纷。

不仅如此,各仲裁委员会还解放思想,开拓思路,大力推荐、吸收企业家以及直接从事经济贸易工作或经济管理工作的专家、人士参加仲裁工作,出谋划策。在选聘仲裁员问题上,也特别注意聘任这些直接从事市场经济的专家或人士作为仲裁员。一句话,努力使仲裁法律制度渗透到人们的思想意识形态之中去。

发展是硬道理。如果虽有社会需

求,也有较为完善的仲裁法律制度,但没有推广、没有宣传、没有实践、没有发展,这种制度就等同于虚设。与已经发展了近50年,在世界上享有极高声誉

的中国涉外仲裁不同,自仲裁法颁布至今,中国国内仲裁机构的设立及仲裁事业的开始只有短短的10年时间内健康发展并取得如此骄人的成绩,是世界上其他任何一个国家都没有也不可能实现的。中国仲裁事业发展如此之快的主要原因很简单:中国的仲裁不但有较先进的仲裁法律制度,有政府以及司法的大力支持与推动,而且在仲裁协会未成立的情况下,有专门的政府部门对仲裁工作进行联系与指引。总的来说,中国仲裁事业的发展是在既有总体部署,也有阶段性计划;既有实施,也有具体的监督与检查的情况下发展起来的。

(五) 仲裁与调解相结合,努力止纷息争,为构建和谐社会的努力,努力使仲裁成为解决我国民商事纠纷的主要手段

中国自古以来遵循儒家思想,“和为贵”,“家和国和万事兴”。因此,仲裁与调解相结合解决当事人之间的民商事争议不仅是中国涉外仲裁发展的特色,也是中国国内仲裁继承并加以发扬光大的良好做法。

调解的优势不仅在于可以抹平双方当事人之间争议的裂痕,更重要的是它可以使双方当事人从相互争讼的状态进入到相互理解继而继续合作的状态与新



起点。不是官司打完了,生意也砸了,而是官司打完了,生意继续做。

仲裁与调解相结合,在外国人眼里,简直不可思议,但在中国,所有的仲裁机构、所有的仲裁员运用起来可能都是得心应手,没什么不方便。这里的差异可能在于传统文化与司法文化的不同。

在中国,仲裁时依据法律和事实,分清当事人之间争议的是非曲直,调解时则是即使案件的是非曲直已经查清,也不计双方当事人之间的是非曲直,也不让双方当事人争论其是非曲直。调解主要是在仲裁庭的主持下,²促使双方各让一步,走向和解、走向“统一”,以最终解决问题。调解不成,恢复仲裁程序,调解时双方当事人以及仲裁庭所说、所建议的一切均不起任何作用,就像从未发生过此事一样,仲裁庭仍旧依据案件的是非曲直以及适用的法律作出裁决。考虑到执行的难度以及费时、耗资、耗力等问题,调解成功的案件占相当的比率。

调解有利于自动执行、有利于快速结案、有利于市场经济的快速循环,实现资本的最大效益,减少仲裁与诉讼资源及付出的代价。据此,无论是中国的涉外仲裁还是国内仲裁,在这十年中,提高快速结案率、调解率以及自动履行率已经成为仲裁机构体现仲裁的本质要求,服务于社会主义市场经济要求的一项重要指标。

仲裁与调解事业的发展,是社会文

明进步与发展的象征。中国仲裁事业在发展过程中强调以调解方式结案,首先是中国社会文明进步和发展的象征,也是中国人息讼止争创建和谐社会、实现小康社会的要求和体现。

(六) 强调仲裁造福于社会的公益性质,坚持走全国仲裁机构共同发展的道路,力争使我国成为具有国际公信力的世界仲裁大国

仲裁作为一种服务贸易,具有竞争的特性,但仲裁作为解决民商事争议的一种有效的非诉讼方式,亦具有公益性。在中国,仲裁不仅是应改革开放之后社会主义市场经济迅速发展的需求而生并发展,更重要的是,它还具有为建设小康社会、构建和谐社会服务的社会公益特性。据此,当全国185家仲裁机构不可避免地产生竞争的同时,中国仲裁事业的发展更强调全国仲裁机构的共同发展以及仲裁的公益性质。这一点,是我国仲裁事业与其他任何国家仲裁事业发展的最大不同之处。

公正仲裁,使中国的仲裁事业发展成为具有国际公信力的世界仲裁大国是我们这一代仲裁人的愿望。

三、中国国内仲裁与调解的发展展望

(一) 创新仲裁理念、进一步开拓中国仲裁事业

中国国内仲裁具有先天的“植入性”,即通过颁布一部符合社会主义市场经济发展的现代化的仲裁法的方式,据此重组国内仲裁机构,制定仲裁规则,审理仲裁案件。十年来,国内仲裁机构在灵活运用仲裁程序,摒弃旧的开庭模式,避免仲裁诉讼化以及重视仲裁与调解相结合方面进行了有益的探索。在第二个十年中,如何继续创立新的仲裁理念,将国际上先进的仲裁理念、程序与国内强调以调解方式结案、以自动

履行为目的的方法相结合,以体现中国的传统文化和文明,将是中国国内仲裁的重要课题。中国不但要成为一个具有世界公信力的仲裁大国,而且要通过仲裁与调解的方式在促进人类和平、进步与发展方面作出贡献,要在促进国际经济贸易交往中发挥积极作用。

(二) 解决发展中的问题,实现中国仲裁的二次创业

中国国内仲裁在仲裁法颁布后的第一个十年的创业过程中,仲裁案件的受案量以每年平均30%的速度递增,取得了令人瞩目的成就。第二个十年则是争取全国仲裁机构共同发展、共同繁荣的十年。在这十年中,我们首先要努力使仲裁与调解成为中国除诉讼之外解决民商事争议的重要方法,然后,要实现仲裁机构的建设与运作规范化,仲裁事业的发展市场社会化,仲裁案件的审理科学化、现代化、合法化,以实现中国仲裁的第二次创业。

(三) 成立仲裁协会,实现行业自律

中国是一个典型的机构仲裁的国家,全国目前有185家仲裁机构。要实现中国仲裁事业的第二次创业,就要解决仲裁发展中存在的行业自律以及规范标准等问题。

中国国内仲裁事业发展的最大特点就是有组织、有计划、有总体发展的战略目标。在中国仲裁协会未依法成立之前,负责联系全国仲裁工作的机构是国务院法制办公室。仲裁法颁布十年来,中国国内仲裁从无到有,从小到大发展很快,成立一个全国仲裁委员会的自律性组织——中国仲裁协会³已呈迫在眉睫之势。全国仲裁机构发展壮大中存在着的是否制定统一的仲裁规则、仲裁员培训以及仲裁员违纪的处理等问题,依仲裁法都应该由中国仲裁协会解决。目

前中国仲裁协会正在筹备之中,相信中国仲裁协会的成立必将进一步促进仲裁事业的二次发展创业。

(四) 制定行业规范,保证仲裁事业健康发展

制定行业规范和标准以使仲裁机构有效、有序运作和发展,促使中国仲裁事业的发展市场社会化,仲裁案件的审理科学化、现代化、合法化是实现中国仲裁事业二次创业的重要环节。为达此目的,中国目前已成立了中国仲裁法学研究会,与全国仲裁机构一起,对上述有关问题进行研究,以实现中国仲裁事业的二次创业。

* 高非,中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局法律顾问,法学博士,研究员,仲裁员,中国仲裁法学研究会秘书长。

注 释

1 上述所有数据,参见2005年1月全国仲裁工作会议文件。

2 这当然只是最主要的一种调解方式。仲裁与调解相结合包括提起仲裁后开庭审理前当事人自行和解但要求仲裁庭据此作出仲裁裁决,也包括仲裁程序进行中裁决作出前当事人自行和解或经双方当事人要求在仲裁庭主持下进行的调解,最重要的一种就是开庭后休庭前,案件的基本事实已查清,经双方当事人要求或仲裁庭征求双方当事人同意而进行的当庭调解。此种调解的成功率较高。若调解不成,仲裁庭休庭前会宣布恢复仲裁程序。

3 《中华人民共和国仲裁法》第15条第2款规定:中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织,根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违约行为进行监督。

试论

ICSID 仲裁裁决的执行

【摘要】

40年来,根据1965年《华盛顿公约》所设立的“解决投资争端国际中心”为化解国际冲突,促进国际经济合作发挥了重要的作用。然而该机制还有诸多的不尽如人意之处,特别是《华盛顿公约》第54条所规定的仲裁裁决的执行制度更是广为学者所诟病。本文认为在无论是主权执行豁免原则还是仲裁裁决的撤销程序都在一定程度上影响了仲裁裁决的有效执行,各缔约国应通力合作,改革现行仲裁程序,以期进一步促进国际经济合作。

【关键词】

ICSID 执行程序 执行豁免 撤销程序

文 / 刘宏伟 刘春宝

一、《华盛顿公约》以下简称《公约》与 ICSID 仲裁程序

对于外国投资者与东道国政府之间因投资而引起的纠纷,传统的解决方法大体有四种:(1)由投资者母国以行使“外交保护权”为名,向东道国施加政治压力、经济制裁乃至武力干涉;(2)由投资者母国政府作为原告,以东道国政府作为被告,向国际法院起诉;(3)由投资者向一般的国际仲裁机构请求仲裁;(4)由外国投资者向东道国的行政机关或司法机关提起申诉或诉讼。¹然而由于外国投资者与东道国政府之间争端的特殊性,上述四种机制都不能很好地处理此类争端。与上述四种机制相比,ICSID机制的优越性是明显的,一方

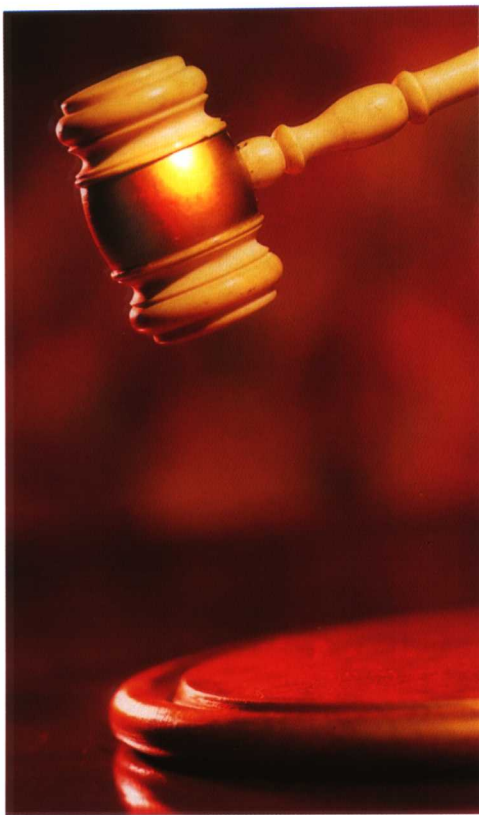
面,《公约》为私人投资者在国际层面解决纠纷、行使权利创造了一个基本的平台,保证外国投资者受到国际法的保护,不受东道国政府单边行动的危害;另外一方面,《公约》规定国家可以用尽国内救济作为ICSID行使管辖权的前提,《公约》还规定东道国政府和投资者同意将争端提交ICSID解决时,投资者母国无权行使外交保护或提起其他国际请求,保证争端的解决不受投资者母国强权的干扰。正如ICSID前任秘书长Ibrahim Shihata所言,促进外国投资者和东道国政府的互相信任和争端解决的非政治化是中心的两大宗旨。²

(一) ICSID 的组织机构

ICSID由行政理事会、秘书处、仲裁小组和调解小组组成。行政理事会由每

一缔约国各派代表组成,是该机构的权力机构,作为政府的代表,行政理事会的成员并不享受中心的报酬。

秘书处由秘书长一人、副秘书长数人以及工作人员组成,秘书长和副秘书长由行政理事会主席提名,经行政理事会选举产生,秘书处是主要的行政机构,秘书长和非秘书长的工作纯粹是非政治性的,秘书长执行书记官的任务,认证根据本《公约》作出的仲裁裁决。仲裁小组或调解小组的成员由各缔约国或行政理事会主席提名,经行政理事会选举产生,无论是仲裁小组还是调解小组的成员应具有高尚的道德品质,并且在法律、商务、工业或金融方面有公认资格,可以被信赖作出独立的判断。³ICSID的组织框架反映了缔约国的重要性,其具有最大的决定权,作为行政理



事会的成员,国家决定仲裁或调解的程序,可见,ICSID是一个自足的机制,⁴无须其他主体的介入,理论上应当更能有效地促进仲裁裁决的执行。

(二) ICSID 的仲裁程序

《公约》第25(1)条规定了ICSID的管辖权:“中心”的管辖权是用于缔约国(或缔约国指派到“中心”的该国的人和下属单位或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生的任何法律争端,而该项争端经双方书面同意提交给“中心”。当双方同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。可见,ICSID要获得管辖权必须符合三项条件:一是争议适格,必须是因投资而产生的争议;二是当事人适格,必须是缔约国或其指派到“中心”的任何下属单位与外国投资者之间的争议;三是意思表示适格,必须是双方当事人书面表示同意接受ICSID的管辖。

第25(1)条的某些概念尚需进一

步澄清,例如,《公约》对“投资”并未给出一个定义,这并不是疏忽,而是起草者故意的行为,希望通过宽泛的和有弹性的解释尽可能包括更多的国际经济交易,而不仅仅是传统意义上的交易。因此这里的“投资”不仅包括合资经营,还可以包括捐款、贷款以及国家和投资者间任何其他联系,例如服务和管理合同、交钥匙合同、国际融资租赁合同和国际技术转让合同等。⁵

第25(2)条对“另一缔约国国民”给出一个具体的定义,包括:(1)在双方同意将争端交付调解或仲裁之日以及在根据第28(3)条或第36(3)条将请求予以登记之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人;(2)在争端双方同意将争端交付调解或仲裁之日,具有作为争端一方的

国家以外的某一缔约国国籍的任何法人,以及在上述日期也具有争端当事国的缔约国国籍的法人,而该法人因受外国控制,双方同意为了本《公约》的目的,应看做是另一缔约国国民。在很多情况下,外国投资者依照东道国的法律设立的子公司也应是适格的主体,如果一家公司处于外国的控制之下,尽管根据本国法律设立,但从ICSID的宗旨出发,仍然构成缔约国国民。

应该反复强调的是,在ICSID的管辖权制度中,《公约》的起草者明显表现出平衡发展中国家和外国投资者的愿望。发展中国家有充分的机会在投资协议的管辖权条款中提出各种防范,投资者也被保证签署此类协议将有权提起ICSID仲裁,无需担忧东道国政府不遵守诺言。然而,令人遗憾的是,《公约》规定的执行程序并未能体现出该精神。

仲裁程序开始于缔约国或缔约国国民向秘书长提出解决争端的申请。秘书长通常会受理该申请,除非有理由相信

该争端明显超出ICSID的管辖权。受理后,秘书长将根据双方的协议组织仲裁庭,如果协议没有明确的规定,仲裁庭应由三名仲裁员组成,每一方各任命一名仲裁员,并共同任命另外一位仲裁员作为首席仲裁员,如果双方未能在规定的期限内选定仲裁员,行政理事会主席经与双方磋商后,任命尚未任命的仲裁员。

仲裁程序按照《公约》及其仲裁规则的规定进行,除非当事方同意排除适用该规则,该规则涵盖了交叉质证、证据、仲裁语言等问题。当事方还可以选择处理纠纷所适用的实体法,在东道国法律与国际法律适用规则不相冲突的情况下,除非当事方选择了另外的实体法,《公约》允许适用东道国的法律。另外《公约》第26条规定,一旦当事方同意接受ICSID的管辖,即排除了任何其他救济办法,除非仲裁庭拒绝管辖。裁决一旦作出,即约束双方当事人,在缔约国被视为具有法院最终判决的效力。可见,ICSID仲裁赋予当事方关于如何解决争端完全的自主权,仅在当事方没有行使其自治权时,才适用中心的规则。

(三) ICSID 仲裁裁决的执行

ICSID仲裁庭就外国投资者与东道国之间关于投资的争端作出裁决后,解决了争端本身的是非曲直问题以及各当事人的权利和责任问题,但是,仲裁庭对促进裁决的执行却无能为力。裁决的执行、当事人权益的实现首先有赖于当事人本身自动并自愿地遵守和履行裁决,但由于裁决往往关系到一方当事人的实际利益,败诉方基于各种考虑也会拒绝履行裁决,这时胜诉方就只能求助于法院以强制执行该裁决。可见,裁决的承认与执行对于争端的最终解决和当事人权益的最后实现具有决定性的意义,是仲裁程序的必然延伸,所以,裁决的执行又被称为争端的“第二次解决”。⁶

《公约》第54(1)条的规定:每一

缔约国应承认依照本《公约》作出的裁决具有约束力,在其领土内履行该裁决所赋予的金钱义务,如同该裁决是该国法院的终局判决一样。具有联邦宪法的缔约国可以在联邦法院或通过该法院执行该裁决,并可以规定联邦法院应视该裁决如同是其组成的联邦法院作出的终局裁决。第54(2)条还规定请求承认和执行的一方,必须向缔约国的相关机关提交裁决副本。这些规定使每一缔约国都负有承认与执行裁决的义务,若缔约国不予承认和执行,则构成违反国际条约的行为,应承担国际责任。

二、主权执行豁免原则与仲裁裁决的执行

《公约》第55条规定:“第54条的规定不得解释为背离任何缔约国现行的关于免除该国或任何外国予以执行的法律。”这是关于裁决执行豁免的规定,其

有两层含义:第一,争端缔约国是否放弃自己的执行豁免权,依本国现行的有关法律;第二,在其他任何缔约国内要求承认与执行不利于缔约国的裁决,是否给予豁免,取决于该执行国的法律。⁷ 设定这一条的目的是明确《公约》并未突破国家主权豁免的原则,尽管第54条将裁决定位为“等同于缔约国的最后判决”,但这并不影响裁决被请求执行豁免。不幸这一规定为以后的实践埋下了祸根,少数国家以执行豁免为依据,拒不执行裁决,导致外国投资者的利益遭受了巨大的损失。

在利比亚东方木材公司诉利比亚共和国政府一案(Liberian Eastern Timber Co. v. Government of Liberia, 以下简称“莱特科案”)中,⁸ 法院区分了裁决的承认和执行,管辖豁免和执行豁免。1970年,利比亚政府与莱特科公司签订开采利比亚木材资源的特许协议,协议有效期20年,根据该协议,莱特科公司

被授权采伐超过40,000公顷的木材。1980年,利比亚撤销了部分特许协议,之后又终止了该协议。莱特科根据特许协议提起仲裁,在利比亚拒绝出庭的情况下,仲裁庭审理了该案,裁决赔偿莱特科公司8,739,280美元再加上利息。事后利比亚拒绝执行裁决,莱特科公司请求美国地区法院强制执行该裁决。

本案的主要问题是:地区法院对本案是否有管辖权并在仲裁裁决的基础上作出判决;如果有管辖权,是否就利比亚财产签发执行令以强制执行。这些问题的解决取决于利比亚是否明示或默示地放弃了主权豁免,以及莱特科公司寻求执行判决的财产是否用于商业行为,法院认为利比亚签署《公约》以及特许协议中同意ICSID仲裁的条款本身就意味着放弃了其管辖豁免权,因此,法院对此案有管辖权,相关财产依《外国主权豁免法》都可豁免于执行。可见管辖豁免不同于执行豁免,同意仲裁仅放弃了管辖豁免,而未放弃执行豁免。

同样的理论还体现在西非混凝土工业公司诉塞内加尔一案(Soabi v. Senegal, 以下简称“索尔比案”)中,⁹ 1975年,塞内加尔政府与一家巴拿马公司全资拥有的在塞内加尔成立的西非混凝土公司签订在5年内兴建15000套住宅的协议,后发生争议,1980年政府提出终止该项目,索尔比公司于1982年向中心申请仲裁,仲裁庭于1988年2月作出裁决,裁定塞内加尔赔偿索尔比公司的有关损失。1988年11月,索尔比公司从巴黎民事法庭获得强制执行该裁决的执行令,寻求扣押塞内加尔在巴黎的财产。上诉法院以宣告裁决可以强制执行有违豁免原则和国际公共政策为由,拒绝宣告裁决可以强制执行。1991年6月,最高法院撤销了上诉法院的判决,认为塞内加尔同意将争端提交仲裁,裁决即应得到承认(即执行令),而执行令本身并不构成执行行为。

值得注意的是,《公约》第54(3)条允许各国根据自己的规则适用执行豁



免。之所以作出这种规定的原因很简单：不管是在国内层面还是国际层面，人们对执行豁免的定义和范围没有达成一致，对此《公约》很难作出统一的规定，只能让位于各国国内法。透过该规定，人们不难发现国内法在此问题面前也许能有所作为，国内法院通过严格解释执行豁免的范围可在一定程度上保护投资者的利益。但国内法院的这一功能也不应被夸大，目前各国对主权豁免范围的认识有所不同，但无论如何各国还是承认了此项原则，而且不同国家的不同规定还会导致挑选法院(forum shopping)的结果。在很难对国家主权豁免原则达成一致的情况下，还有两种办法可以弥补《公约》的这一缺陷：

第一，放弃执行豁免条款。在订立投资合同时，投资者可以要求东道国放弃执行豁免。但到底能否实现这一目标还取决于双方谈判的实力。在私人主体处于优势地位时，很有可能导致国家基于压力放弃执行豁免。何时投资者是否处于优势地位，这取决于其投资的性质，经验表明，在国际贷款协议中放弃豁免是很常见的，贷款人从来都要求借款国或其他公共主体放弃管辖和执行豁免。可以认为只要相关条款是明确的，而且不进行限制性的解释，这种条款的作用明显的。认识到《公约》关于执行豁免的缺陷，ICSID为放弃执行豁免的目的推荐下述标准条款：“某方不可撤销地放弃根据本协议由ICSID仲裁庭作出的裁决的执行的任何步骤的豁免，包括送达豁免、管辖豁免和执行豁免。”¹⁰

第二，投资者母国的支持。东道国政府根据《公约》享有豁免权，但这并不是说东道国政府可以豁免于条约义务，请求执行豁免违反了《公约》要求遵守裁决的义务。起草者在起草《公约》时预见到这一可能的隐患，规定了其他可称为制裁的措施，如果一国未能履行仲裁裁决，《公约》将还权于缔约国，为保护其国民的利益，提供外交保护[第27(1)条]。另外，不履行裁决还可能

引起有关《公约》本身适用的纠纷，投资者母国可以根据《公约》第64条规定，将纠纷提交国际法院处理。外交保护或提交国际法院将导致仲裁败诉国遭受国际谴责，从而促使其履行裁决。但是由于政治方法只能随投资者母国的意愿而适用，具有很大的不确定性，而且即使当事方能通过此种途径获得救济，也往往要花费大量的时间与金钱，而且这一方法还有悖于《公约》去政治化的宗旨，因此，此类补救措施往往不为学者所看好。

三、仲裁撤销程序与仲裁裁决的执行

正如所言，“国际商事仲裁的主要目的之一在于保证当事人远离法庭解决争端，降低由冗长的诉讼带来的成本”。¹¹这一目标在制度层面的反映便是仲裁裁决的终局性，裁决一旦作出便具有法律约束力，当事人不得提起上诉。但是由于仲裁员并非圣人，其裁决也可能违反了基本的正义要求，因此，必须设立一定的程序审查裁决，保证裁决不是公然滥用法律的结果。1958年《公约》中规定了仲裁裁决的撤销程序，在一定条件下，执行地法院可以撤销仲裁裁决。对此学者也提出了进一步改进的意见，认为最合适的补救措施应包含在国际框架内，以便完全避免国内法院的干涉。¹²

ICSID机制由于其自足性而备受称赞，《公约》规定审查仲裁裁决的救济措施仅限于《公约》框架之内，任何国内法院不得审查仲裁裁决。第52条规定：任何一方可根据下列一个或几个理由，向秘书长提出书面申请，要求撤销仲裁：(1)仲裁庭的组成不当；(2)仲裁庭显然越权；(3)仲裁员受贿；(4)严重违反仲裁程序；(5)裁决未陈述其所依据的理由。该条进一步规定，如果裁决被撤销，则经任何一方的请求，应将争端提交依照本章第2节组成的新仲裁庭。《公约》规定的撤销仲裁的理由并不

是新事物，真正不同的是受理撤销仲裁申请的主体。在本案中，秘书长和由三个人组成的特别委员会审理撤销仲裁的请求。根据公约第52(6)条的规定，撤销裁决后，可能组成一个新的仲裁庭。尽管此种规定克服了国内法院的干涉，但也带来了一个新问题：特别委员会撤销裁决后，当事人提起新的仲裁，在新的仲裁裁决作出后，当事人又请求撤销仲裁裁决，如此循环往复，导致ICSID仲裁裁决最终得不到执行。实践中发生的两件经典的撤销案件：柯老可乐公司诉喀麦隆共和国案(Kloeckner Industrie Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon，以下简称“柯老可乐案”)¹³和艾默克亚洲公司诉印度尼西亚案(AMCO Asia Corp. et al. v. Indonesia，以下简称“艾默克案”)¹⁴无一例外，都碰到了这一难题。

柯老可乐公司是德国的一家跨国公司，其与喀麦隆政府约定在喀麦隆建设并运营一家化肥厂。整个计划由4份合同组成，合同约定柯老可乐公司除建造该厂外，还至少负责5年该厂的技术和管理问题，并持有51%的股权。喀麦隆政府的主要义务是为该厂提供合适的场地，并为工厂的贷款提供担保。其中3份合同中都载有ICSID仲裁条款，而涉及管理的合同中却是ICC仲裁条款。虽然工厂顺利建成并进入运营状态，但始终没有赢利，喀麦隆政府在1981年宣称由于该厂的设计和建造不合理，政府决定关闭该厂，同时拒绝任何补偿。同年柯老可乐公司向ICSID提交了一份仲裁申请，要求赔偿207,000,000法郎的损失。1983年仲裁庭作出裁决，认为柯老可乐公司的违约行为与喀麦隆政府的债务发生抵消。1984年，柯老可乐公司根据《公约》第52条的规定，请求撤销裁决。1985年5月3日，特别委员会撤销了裁决，理由是仲裁庭明显越权。

随后，新组成的仲裁庭作出了有利于柯老可乐公司的裁决。有趣的是喀麦

隆政府又一次依据第52条的规定要求撤销该裁决。第一份撤销决定受到人们广泛的批评,根据第54条的规定,特别委员会的权力仅仅限于就第52(1)条的理由审查仲裁裁决,但事实上该委员会还依照《公约》其他部分的规定审查了裁决。特别委员会的行为,除了加重其工作负担以外,还增加了撤销仲裁裁决的可能性,影响了仲裁裁决的妥协功能。

艾默克公司是一家美国公司,其与印度尼西亚政府订立了一份外商直接投资合同,在印度尼西亚建造和经营一家酒店。后来印尼政府撤销了该公司的投资许可,一个印度尼西亚人在部队的帮助下,强行占领了该酒店。在ICSID裁决中,仲裁庭一致作出了有利于艾默克公司的裁决,而印尼政府要求根据第52条的规定撤销裁决,理由是“仲裁庭明显越权,没有能够适用印尼相关的法律决定政府的行为”,而且在这些方面,“仲裁庭未能充分陈述理由”。在裁决被撤销后,艾默克公司又提起一项新的仲裁,1990年5月31日,新的仲裁庭再次作出有利于艾默克公司的裁决。更为有趣的是,艾默克公司和印尼政府又一次提出撤销仲裁裁决的申请。

当事人对ICSID的裁决提出质疑,这是无可厚非的,对仲裁庭的裁决进行一定的控制也是必要的,但绝不应允许滥用撤销程序,这不仅浪费了当事人大量的资源,冲击了仲裁的终局性特点,还为当事人拖延执行仲裁裁决提供了一个合法的理由。仲裁庭哪怕一个细微的技术问题也可能导致裁决被撤销,从而给败诉方提供翻案或者拖延执行的机会,如果允许这种趋势继续发展下去,仲裁的败诉方将很难不根据第52条提出撤销程序。我们认为这一尴尬局面的部分缘由是特别委员会仅仅撤销裁决,而不对实体争议作出新的裁决,因此,有必要考虑授权特别委员会在撤销裁决的同时,允许特别委员会作出新的裁决,而不是由当事人提起新的仲裁。

四、结论

《公约》希望通过赋予私人投资者参与国际争端解决机制的权利,在与东道国政府几乎平等的平台上救济权利,而增强海外投资的信心;另外一方面,东道国也能在不受国际政治干扰的情况下与私人投资者处理经济关系。与传统的纠纷解决机制相比,ICSID体现出诸多优点,自不待言,然而执行问题还时时困扰着ICSID机制,主权豁免是国际法上的基本原则之一,它在维护国家利益和尊严的同时,也会在一定程度上阻挠仲裁裁决的执行,为执行裁决,私人投资者不得不花费大量的资源挑选法院,投资者母国的干涉尽管在理论上也是一条行得通的道路,但由于其政治性和低效性,投资者也只能望而却步。另外《公约》所规定的撤销程序是一个自身缺少控制的控制程序,它无休止地循环导致当事人实际上无法执行裁决。

40年来,《公约》一直得到很多国家的遵守,为解决国际争端,促进国际经济合作发挥了巨大的作用。然而实践所反映出来的上述问题也亟待解决。作为ICSID的权力机构,行政理事会理应采取措施弥补其缺陷,通过修改《公约》排除执行豁免对仲裁裁决的影响,同时还必须限制败诉方申请撤销仲裁的次数。

注释

1 陈安主编:《国际经济法学》,北京大学出版社2001年版,第287~288页。

2 See Ibrahim Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, 1 ICSID REV. - F.I.L.J. 1, 4 (1986).

3 参见《公约》第一章。

4 See Vincent O. Orlu Nmechie, Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention), 7 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 21(2001).

5 GEORGE DELAUME, LAW AND PRACTICE OF TRANSNATIONAL CONTRACTS, 351, 353 (1988).

6 陈安主编:《国际投资争端仲裁——“解决投资争端国际中心”》,复旦大学出版社2001年版,第262页。

7 同上,第280页。

8 *Liberian Eastern Timber Co. v. Government of Liberia* (Letco v. Liberia), 650 F.Supp. 73 (S.D.N.Y. 1986), reported in 2 ICSID REV.-FILJ 188 (1987).

9 *Soabi v. Senegal*, 30 ILM 1167 (1991).

10 Van den Berg, Some Recent Problems in the Practice of Enforcement Under the New York and ICSID Conventions, 2 ICSID REV. 439 (1987), reprinted in BARRY E. CARTER & PHILLIP R. TRIMBLE, INTERNATIONAL LAW, (1995).

11 See W. Michael Reisman, The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, DUKE L.J. 739, 749 (1989).

12 同上。

13 *Kloeckner Industrie Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2.

14 *AMCO Asia Corp. et al. v. Indonesia*, 1 INT'L ARB. REP. 649 (1986).