



INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION:
THEORY AND PRACTICE

国际商事仲裁理论与 实践专题研究

杜新丽◎著

中国政法大学出版社



INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION:
THEORY AND PRACTICE

国际商事仲裁理论与 实践专题研究

杜新丽◎著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商事仲裁理论与实践专题研究 / 杜新丽著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2009.9

ISBN 978-7-5620-3569-5

I. 国... II. 杜... III. 国际商事仲裁 - 研究 IV. D997.4

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第157388号

- | | |
|-------|--|
| 书 名 | 国际商事仲裁理论与实践专题研究 |
| 出 版 人 | 李传敢 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 国安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880 × 1230 32 开本 13.25 印张 350 千字 |
| 版 本 | 2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3569-5/D · 3529 |
| 印 数 | 0001-5000 |
| 定 价 | 30.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前言

Preface

古希腊的神话故事中，Paris 王子就 Hera、Athena 与 Aphrodite 三位女神中最美丽的一位作出裁决，由此引发了著名的特洛伊战争；古巴比伦时代的犹太人的记事中，关于某人是否有罪的认定是由犹太人社区中自行进行的审判程序决定的；也有观点认为仲裁最古老的渊源是村庄中遇到纠纷时请年长者依据公正来决断。虽然调整商事关系的准则与仲裁活动在古罗马法中已有体现，但当时商品交易在空间上与规模上的有限性，使得相关商业准则的影响力较为薄弱。中世纪时，来自不同城邦、不同港口进行商事交易的商人们，通过自行设立的行商法院（Piepowder）解决争议，这样的行商法院开始具有现代调解或仲裁庭的性质。随着 11 世纪十字军的东征，威尼斯成为大批军队与后勤保障的转运口后，商品交易与货物运输的迅速发展促成了商人习惯法的萌芽与现代商事仲裁制度雏形的形成。自 1697 年英国议会正式承认仲裁制度、产生了第一个仲裁法案起，作为一项古老争议解决机制的仲裁呈现出显著的发展前景，从国内仲裁扩展到了国际商事仲裁。

国际商事仲裁源远流长，其中蕴涵的法理基础、实证规则与价值规范更是博大精深。历经上千年的发展，国际商事仲裁逐步形成了在世界范围内得以普遍接受的基本规则。随着现代商业领域日益广泛与复杂，交易逐步呈现出开放性与相关性，作为国际商事争议解决机制的仲裁也必然要在持续变化改良的法学环境中发展改进：传统上不具有可仲裁性的争议事项开始纳入了可仲裁事项的范畴，经典的契约相对性理论出现了例外并引发了对合同中仲裁条款的效力争论；中间措施、调解与仲裁员责任等一系列程序问题冲击并影响着商事仲裁规则

II 国际商事仲裁理论与实践专题研究

的改良与演进,实施了半个世纪的《纽约公约》也面临着如何规制实践中出现的新情形以达到增强争议解决领域的可预见性与安全性目标的问题。随着全球经济一体化的纵深拓展,为融入全球化浪潮、开拓国际市场以获取新的发展机遇,越来越多的中国当事人参与了国际经济贸易活动。参与国际经济贸易活动,必然要遵循国际惯例,自然也要了解国际商事仲裁规则。由于国际商事仲裁制度适应了国际经济贸易发展的新趋势,使得仲裁在解决国际商事争议中发挥了越来越重要的作用。本书的写作初衷,即在于对近年来国际商事仲裁领域中新出现的问题及其发展趋势进行研究,对其中所包含的理论、学者观点以及国际公约、示范法、各国立法例与判例进行剖析,以促进我国仲裁制度的发展。

仲裁协议篇主要包括争议事项的可仲裁性与仲裁协议效力的扩张两个主题。虽然各国社会、经济制度,所处的社会发展阶段,以及对内实施的公共政策不尽相同,具有可仲裁性的争议事项范围也不尽一致,但是在经济全球化进程的带动下,商事交往日趋广泛化与相关化,国际商事仲裁也在朝着协调统一的方向发展,各国对仲裁所实施的监督与审查标准趋于统一。在这样的背景下,争议事项的可仲裁性问题逐步呈现出可仲裁事项范围日渐扩大的发展趋向,其中包括金融争议、反垄断争议、知识产权争议以及破产争议等。在资本市场,高度的专业化往往使得相关争议所涉及的技术问题、事实与法律问题较为复杂。争议发生后,当事人基于时间成本、机会成本与资金成本的考虑,希冀快速解决争议,以投入到新的商业活动中;同时,出于对商誉、商业秘密的保护,当事人也希冀不公开的争议裁断过程。国际商事仲裁无疑是当事人可资选择的理想途径之一,因此,赋予证券纠纷等金融争议事项的可仲裁性,符合国际商事仲裁的发展趋向。

作为国际商事仲裁基石的仲裁协议,其效力的认定通常以传统的契约理论为衡量标准。但是,契约法的基本功能是阻止人们对契约的另一方当事人采取机会主义行为,以促进经济活动的最佳时机选择

(the optimal timing of economic activity), 并使之不必要采取成本昂贵的自我保护措施。^{〔1〕} 在对契约法的经济分析下, 仲裁协议效力的认定也应当使当事人避免采取成本昂贵的自我保护措施, 既然未签字的第三人成了合同权利义务的承继者, 仲裁条款的效力就应当突破合同相对性的法律障碍而扩张至未签字第三人。事实上, 信息技术的飞速发展使地球村在电报、传真、电子数据交换以及互联网作用下变得越来越小, 国际商事交往更为频繁与广泛, 以电子数据交换或网络为载体的新通讯方式对仲裁协议的传统书面形式要件提出了挑战, 未经当事人签署的仲裁协议的效力亟待明确。传统的书面形式要件、合同相对性以及仲裁条款的自治性等理论与规则不断地受到冲击, 依托衡平禁止反言原则、揭开公司面纱理论、公司集体理论以及公平合理期待原则等理论与学说, 仲裁协议的效力在合同转让、代理、代位求偿、关联协议与关联方、法人合并与分立以及提单等国内仲裁中获得合理的扩张, 并在国际仲裁中得到体现。

仲裁程序篇主要包括中间措施、仲裁与调解相结合、仲裁员的责任三个主题。程序要件不充分的决定, 即使其目的是正当的, 也容易引起争论, 从而给贯彻执行带来障碍。^{〔2〕} 早在古罗马查士丁尼大帝时代, 人们就已认识到“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”。^{〔3〕} 程序正义对于国际商事仲裁这样的民间争议解决方式显得尤为重要, 通过不当程序作出的裁决, 将被撤销或难以获得其他国家的承认与执行。在国际商事仲裁程序中, 中间措施的发布与国际合作, 将直接影响仲裁的审理进程, 甚至影响裁决的有效执行。联合国国际贸易法委员会于2006年通过的《国际商事仲裁示范法》第四

〔1〕 [美] 理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》(上), 蒋兆康译, 中国大百科全书出版社1997年版, 第117页。

〔2〕 季卫东:《法治秩序的建构》, 中国政法大学出版社1999年版, 第37页。

〔3〕 [古罗马] 查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》, 张企泰译, 商务印书馆1997年版, 第5页。

IV 国际商事仲裁理论与实践专题研究

章之二“临时措施和初步命令”，较为全面地规定了中间措施制度。新文本是联合国国际贸易法委员会7年来努力的结晶，标志着国际社会在国际商事仲裁中间措施问题上取得了高度一致的共识，新文本对各国商事仲裁将起到借鉴与指导的作用，有助于推动各国商事仲裁立法的协调、融合与统一，加速商事仲裁的国际化，同时促进中间措施的国际合作。相对而言，我国对中间措施的法律规制不尽完善，缺乏实践操作性，与国际商事仲裁的普遍做法和发展趋势仍有不小的差距。以《国际商事仲裁示范法》作为蓝本，修订我国中间措施的发布、行为保全与证据保全等规则，将助益于我国商事仲裁程序实现正义的终局价值取向。

作为东方经验的调解，已被逐步推广到诸多国家的争议解决程序中。例如在美国，公众对调解的鼓励在过去的20年里迅速扩张，目前上百万的公众资金被用于资助调解项目；心理学家Tom R. Tyler的调查显示，替代性纠纷解决项目评价中最为显著的一面是这些项目受到了普遍的欢迎。^{〔1〕} 仲裁与调解相结合（Arbitration - Mediation）的争议解决方式结合了仲裁与调解的特点，此种具有较强兼容性的复合式争议解决方式，在尊重当事人意思自治、维系双方当事人的商业合作关系、节省当事人的时间、精力与金钱方面具有无可比拟的优势。诸多国家已开始认可了仲裁与调解相结合的正当性，但调解制度在仲裁中的具体应用，如何把握其中的程序性与技术性问题，更多地还是倚赖仲裁员的专业素养与办案经验。如果操作得当，在仲裁程序中进行调解并不会违背程序正义原则，而且存在着相关的制度保障规制调解不成后仲裁员对其所获知信息的使用与处理，以及对和解裁决风险的救济与防范，因此对仲裁与调解相结合程序进行实证归纳，无疑具有

〔1〕〔美〕斯蒂芬·B. 戈尔德堡、弗兰克·E. A. 桑德、南茜·H. 罗杰斯、塞拉·伦道夫：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，蔡彦敏等译，中国政法大学出版社2004年版，第159~160页。

重要的实践意义。

缘于商事关系的日益复杂化,在仲裁程序中,可能出现仲裁员过失或故意滥用权力导致裁决不公,也可能出现当事人恶意起诉仲裁员与仲裁机构,这都将直接影响仲裁裁决的有效性,进而危及裁决的承认与执行。仲裁员的责任论与责任豁免都具有一定的合理性,相对而言,责任的有限豁免在保证仲裁员不受当事人的不当影响与司法干扰,从而保持仲裁员的独立性以及仲裁程序的独立性和完整性的同时,亦得以要求仲裁员在职责履行上的勤勉认真,以减少仲裁员滥用职权现象的发生。结合我国缺乏商业传统、现代仲裁理念以及较为完善的诚实信用意识之现状,我国立法明确规定了仲裁员对特定不当行为的责任,其中刑事责任的相关规定值得深思。2006年通过的《刑法修正案(六)》增设了枉法仲裁罪,但仲裁员的不当行为是否触及刑法所维护的社会正义的底线,将达摩克利斯之剑悬于仲裁员头上是否合理,实践中该如何认定相关事实与适用法律,这一系列的问题都无法从修正案的条文中得到答案。在民事责任方面,笔者则试图论证将第三者责任保险机制引入到仲裁员责任承担方式中的合理性与可行性,建构完整的仲裁员责任承担体系。

承认执行篇主要探讨在《纽约公约》框架下仲裁裁决的承认与执行问题。拉丁法谚云:“执行乃法律之终局及果实。”国际商事仲裁较之于诉讼的无可争议的优势就在于,仲裁裁决可以依据《纽约公约》在全球140多个国家获得承认与执行。作为联合国通过的最为成功的国际公约之一,《纽约公约》极大地推动了缔约国之间仲裁裁决的执行效力,对于促进国际商事仲裁的发展起到了无可替代的作用。实施了50年的公约,经历了之于个人的为半百、知天命,依然显现出强大的生命力。在加入《纽约公约》的20多年间,中国法院先后发布了多个关于执行公约的通知,一再强调要严格按照公约的规定审查是否承认与执行外国仲裁裁决,切实履行公约规定的国际义务。随着时代的发展,对《纽约公约》中有关条文的理解也有了新的发展,这将给各

国的仲裁实践与司法审查带来新的挑战。秉承鼓励与支持国际商事仲裁、促进仲裁裁决执行的政策,各国对《纽约公约》条文进行了扩大解释,尤其是对公约核心条文第5条的解释与适用出现了新的发展。实际上,《纽约公约》第5条的条文规定较为简要,且缺乏适当的条文解释,因此各缔约国在执行公约时难免出现对公约的理解与适用的不同观点,而这也正是对公约第5条进行探究的意义之所在。诚然,法院支持仲裁裁决执行的趋势并未改变,但在现有体制下采取灵活的应对态度毋庸置疑是可取的。

“明镜所以察形,往古者所以知今”,《国际商事仲裁法:法理、规范与实证》写在《纽约公约》实施50周年之际,这一重要的历史时刻与历史意义将敦促我们依据公约的精神与理念,借鉴业已形成的国际商事惯例,立足于当前我国仲裁发展的情形,不断地完善我国相关的商事仲裁立法,以规范商事仲裁实践和推进我国商事仲裁事业朝着国际化的方向发展。事实上,我国经济的蓬勃发展已使其在亚太地区甚至是国际社会赢得了举足轻重的地位,建立与此相适应的法律制度以及国际商事争议解决机制,为经济贸易的良性发展提供充分的保障与后续力量势在必行。给予商事仲裁宽松的发展环境,促进国际商事仲裁的现代化发展,对于改善我国的法治大环境,乃至维护国际经济贸易秩序是至关重要的。

杜新丽

2009年6月21日

CONTENTS 目录

前 言 / I

仲裁协议篇

第一章 争议事项可仲裁性的缘起与演进 / 3

第一节 争议事项可仲裁性的认定 / 3

一、可仲裁性的性质与法理基础 / 3

二、主客观标准下的可仲裁性界定 / 6

三、可仲裁事项的发展趋势 / 9

四、对中国立法与实践的审视 / 11

第二节 我国反垄断争议的可仲裁性 / 16

一、我国反垄断争议处理的模式 / 16

二、确立我国反垄断争议仲裁程序的必要性 / 19

三、我国反垄断争议提交仲裁的可能性——应然法视角 / 21

四、我国反垄断争议提交仲裁的可能性——比较法视角 / 23

第三节 我国知识产权争议的可仲裁性 / 27

一、知识产权争议的传统解决途径 / 27

二、知识产权侵权纠纷的可仲裁性分析 / 31

三、知识产权有效性争议的可仲裁性剖析 / 35

四、知识产权国际争议的适裁性 / 39

五、我国知识产权争议仲裁的实践 / 41

第四节 我国证券争议的可仲裁性 / 44

一、证券争议仲裁的产生与演进 / 44

二、我国证券争议仲裁立法与实践状况 / 48

三、司法、行政与仲裁在证券争议解决机制中的博弈关系 / 52

2 国际商事仲裁理论与实践专题研究

四、证券争议强制仲裁辨思 / 56

第五节 破产争议的可仲裁性 / 60

一、破产与公共政策问题 / 60

二、破产争议仲裁的比较法考察 / 62

三、我国破产争议可仲裁性的现状审视与完善建议 / 66

第二章 仲裁协议效力扩张的法理与实证 / 69

第一节 仲裁协议效力扩张的一般性问题 / 70

一、仲裁协议的形式有效要件 / 70

二、仲裁协议效力的嬗变与扩张 / 72

第二节 仲裁协议效力扩张的法律障碍及其突破 / 74

一、形式要件——书面与签署 / 74

二、合同相对性——原则与例外 / 78

三、仲裁条款的独立性——传统与发展 / 81

四、对未签字人的救济——权利与保障 / 85

第三节 仲裁协议效力扩张的法理基础 / 87

一、衡平禁止反言原则 / 87

二、公平合理期待原则 / 91

三、揭开公司面纱理论 / 94

四、公司集体理论 / 99

五、仲裁的本质与目的 / 103

第四节 仲裁协议效力扩张的实践剖析——未签字人参与国内仲裁 / 106

一、仲裁一方当事人的主体资格发生变化 / 106

二、代理及我国立法引致的困惑 / 109

三、关联协议与关联方 / 113

四、合同转让 / 117

五、代位求偿 / 121

六、提单项下的仲裁条款效力问题 / 126

第五节 协议效力扩张的实践剖析——未签字人参与国际仲裁 / 134

仲裁程序篇

第三章 国际商事仲裁中间措施现状与前景 / 143

第一节 中间措施一般性问题概述 / 144

一、中间措施的定义与类型 / 144

二、中间措施的重要性 / 146

三、中间措施发布的先决条件 / 148

第二节 中间措施发布决定权的归属趋向 / 150

一、中间措施发布决定权归属的三种基本模式 / 150

二、对中间措施权力分配模式的评析 / 156

三、仲裁庭发布中间措施的权力渊源 / 158

四、仲裁庭组建前的中间措施发布问题 / 162

第三节 中间措施的国际合作与前景 / 167

一、法院对外国仲裁的协助 / 167

二、仲裁中间措施跨界执行的障碍 / 171

三、前景：联合国国际贸易法委员会的努力与成就 / 175

第四节 中国法上中间措施的问题与完善 / 182

一、我国关于中间措施的规则与立法规定 / 182

二、中间措施发布的决定权 / 183

三、仲裁前的中间措施 / 191

四、行为保全措施 / 194

五、仲裁证据保全中的担保 / 197

六、中间措施的国际协助 / 199

第四章 调解在仲裁制度中的规则与应用 / 201

第一节 商事仲裁与调解相结合的形成与特征 / 202

一、我国仲裁与调解相结合的社会根源考究 / 202

4 国际商事仲裁理论与实践专题研究

二、仲裁与调解相结合的涵义、形式与特征 / 206

三、仲裁与调解相结合的优势 / 209

第二节 仲裁与调解相结合的正当性剖析 / 214

一、自然公正原则 / 214

二、同一调解员转换为仲裁员的职能混淆 / 218

第三节 仲裁与调解相结合的各国实践考察 / 224

一、国家、地区与国际组织关于仲裁与调解相结合的规定 / 224

二、仲裁协会与仲裁机构关于仲裁与调解相结合的规则 / 234

第四节 仲裁与调解相结合的程序性与技术性问题 / 242

一、仲裁中调解的原则 / 242

二、调解程序的启动 / 246

三、调解的方式、技术与规则 / 248

四、调解程序的终结 / 250

第五节 和解裁决的风险及其防范与救济 / 255

一、和解裁决的效力与特征 / 255

二、和解裁决的风险及其缘由 / 258

三、和解裁决风险的防范与救济 / 264

第五章 我国仲裁员责任的定性与建构 / 268

第一节 仲裁员责任的定性 / 269

一、仲裁员与当事人之间的关系——契约性与司法性 / 269

二、仲裁员与当事人之间的关系——违约与侵权 / 272

三、我国仲裁员的法律责任辨析——民事责任与行政责任 / 274

四、我国仲裁员的刑事责任辨析——枉法裁决罪 / 278

第二节 仲裁员责任论与责任豁免的立法与实践 / 286

一、仲裁员责任豁免 / 286

二、仲裁员责任论 / 291

三、仲裁员责任有限豁免 / 293

四、对仲裁员责任立法模式的评介 / 295
五、我国仲裁员责任的立法模式 / 298
第三节 我国仲裁员民事责任的形式与范围 / 299
一、我国仲裁员民事责任的形式 / 299
二、仲裁员违约责任范围判定的因素考量 / 301
三、我国仲裁员民事责任范围的界定 / 304
第四节 我国仲裁员责任的承担 / 306
一、仲裁员民事责任承担的方式 / 306
二、责任承担的风险分散——第三者责任保险机制的引入 / 308
三、仲裁员行业责任的建构 / 313

承认执行篇

第六章 《纽约公约》项下仲裁裁决的承认与执行 / 321
第一节 方法论的选择及理论的阐明 / 322
一、方法论——法律语境论的引入 / 322
二、承认与执行外国仲裁裁决的理论 / 325
第二节 拒绝承认与执行仲裁裁决的理由 / 328
一、《纽约公约》规定的拒绝承认与执行仲裁裁决的理由概述 / 328
二、当事人的行为能力 / 330
三、仲裁协议的效力 / 335
四、正当程序 / 341
五、仲裁庭超越权限 / 348
六、仲裁庭组成或仲裁程序不符合当事人协议或法律 / 357
七、裁决的约束力与停止执行 / 361
第三节 已撤销仲裁裁决的承认与执行 / 365
一、已撤销仲裁裁决承认与执行的实践 / 365
二、《纽约公约》第 5 条第 1 款中“May”的涵义 / 371

三、“更优惠权利条款”的价值探析 / 374

四、已撤销仲裁裁决承认与执行的发展趋势 / 377

五、我国承认与执行已撤销裁决的现状和将来 / 383

第四节 强制性规则与公共政策的适用 / 387

一、比较法上的切入——强制性规则与公共政策的尝试性
界定 / 387

二、强制性规则与公共政策之关系及适用
——基于辩证视角的阐释 / 391

三、我国法院的实践——从地方保护主义到利益协调与
衡平 / 394

四、第三国强制性规则与公共政策的保护——最密切联系原则
的引入 / 401

仲裁协议篇



