

《厦门大学法律评论》第1期

厦门大学出版社2001.4版

《江苏轻纺公司诉香港裕亿公司等侵权纠纷上诉案评析》

第189页~第205页

江苏轻纺公司诉香港裕亿 公司等侵权纠纷上诉案评析

——关于仲裁制度价值、争议事项可
仲裁性及仲裁条款独立性等问题

齐树洁 蔡从燕*

目次

- 一、案情简介
- 二、关于仲裁的制度价值
- 三、关于争议事项的可仲裁性
- 四、关于仲裁条款的独立性
- 五、余论

一、案情简介^①

上诉人(原审被告): (香港)裕亿集团有限公司(TOPCAPITAL HOLDINGS LTD, 下称裕亿公司)。

法定代表人: 古兰特·薛(GRANT XUE), 该公司总经理。

* 齐树洁, 厦门大学法律系教授; 蔡从燕, 厦门大学法律系硕士研究生。

① 有关本案的具体案情, 参见《最高人民法院公报》1998年第3期。

上诉人(原审被告):(加拿大)太子发展有限公司(Prince Development Ltd,下称太子公司)。

法定代表人:古兰特·薛(Grant Xue),该公司总经理。

被上诉人(原审原告):江苏省物资集团轻工纺织总公司(下称轻纺公司)。

法定代表人:成海燕,该公司总经理。

1996年5月5日,原告轻纺公司与被告裕亿公司签订销售合同,约定由裕亿公司销售普通旧电机给原告。同年5月6日,原告与被告太子公司签订销售合同,约定由太子公司销售旧电机给原告。上述两份销售合同均规定:“凡因执行本合约所发生的或与本合约有关的一切争议,双方可以通过友好协商解决;如果协商不能解决,应提交中国国际经济贸易仲裁委员会,根据该会的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。”货物到港后,经商检查明:“本批货物主要为各类废结构件、废钢管、废齿轮箱、废元箱等”。轻纺公司遂以裕亿公司和太子公司侵权给其造成损失为由向江苏省高级人民法院(下称江苏高院)提起诉讼。裕亿公司和太子公司提出管辖权异议称,本案当事人已对合同纠纷自愿达成仲裁协议,人民法院依法不应受理。

江苏高院认为:本案是因欺诈引起的侵权损害赔偿纠纷。虽然当事人在买卖合同中订有仲裁条款,但本案由于被告利用合同进行欺诈,已超出履行合同范围,构成侵权。双方当事人的纠纷已非合同权利义务的争议,而是侵权损害赔偿纠纷。原告有权向法院提出侵权之诉,而不受仲裁条款的约束。被告所提管辖权异议,理由不能成立。据此,依照民事诉讼法有关规定,驳回被告的管辖权异议。

两被告对一审裁定不服,向最高人民法院(下称最高法院)提起上诉,诉称:(一)轻纺公司故意混淆侵权责任和合同责任,企图规避法律规定和合同约定。本案应为合同纠纷,鉴于双方已达成仲裁协议,依照法律原审法院不应受理此案。(二)原审法院未经实体审理,即对所谓“欺诈”之诉讼请求做出认定,是违法裁定。故请求撤销原审裁定,裁定人民法院不予受理本案。

原告辩称:根据仲裁法的规定及有关仲裁惯例,仲裁机构对双方当事人

间发生的法律事实有利害关系的第三人没有管辖权,其裁决也不能涉及第三人。此外,本案并非单纯的合同纠纷,它涉及到欺诈及走私犯罪问题。相关的行为与结果也直接涉及第三人。如按仲裁程序审理本案,将不利于查清事实,维护当事人权益,因而应由法院审理本案。故请求维持原审裁定,驳回被告的上诉。

最高法院认为:本案争议的焦点在于仲裁机构是否有权对当事人间的侵权纠纷做出裁决。根据《仲裁法》第2条及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第2条的有关规定,仲裁机构有权受理侵权纠纷,因此本案应通过仲裁解决,人民法院无管辖权。……上诉人的上诉理由成立,应予支持。本案双方当事人在合同中明确约定发生纠纷通过仲裁方式解决,在该合同未经有关机关确认无效的情况下,当事人均应受该合同条款的约束。

据此,最高法院于1998年5月31日裁定:一、撤销江苏高院的民事裁定;二、驳回轻纺公司的起诉。

该案公布后,立即引起有关学者的注意,^②甚至有学者认为最高法院做出的此项裁定在中国仲裁史上具有划时代意义。^③本文拟从法理、立法及司法实践等方面对本案涉及仲裁制度的若干问题进行评析。

二、关于仲裁的制度价值

仲裁是指发生争议的当事人共同将已发生或可能发生的争议事项提交第三者居中做出裁决的一种方法,它是一种诉讼外纠纷解决方法或称替代性纠纷解决方法(Alternative Dispute Resolution 简称ADR),而且还是一种“最正式”的替代性纠纷解决方法。20世纪以来,仲裁在解决民商事纠纷方面的重要作用得到越来越多国家的重视。在相互借鉴过程中,这些国家纷纷

^② 参见韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第108~109页;陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第53~55页;涂晴:《仲裁条款独立原则与我国审判实践的发展——对〈最高人民法院公报〉两个案例的评析》,《法学》1999年第6期。

^③ 陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第55页。

制定或完善了仲裁法典或民事诉讼法中的仲裁规范,仲裁法律实践不断趋于成熟。与此同时,国际社会在商事仲裁领域也进行了富有成果的法律实践,包括签订国际商事仲裁公约,制定国际商事仲裁示范法等,以此推动各国仲裁制度的趋同化进程。特别是进入20世纪80年代后,西方许多国家的纠纷解决机制都经历并正在继续着一场深刻的变革,这场变革的重要和基本特征之一就是注重发挥诉讼外纠纷解决机制(ADR)的作用。这方面的重要成果包括有:1989年瑞士《关于国际私法的联邦法》中有关国际仲裁的法律规范、1996年英国《仲裁法》、1998年德国《民事诉讼法仲裁程序改革法》等。西方国家推动这场变革的重要原因是诉讼机制客观存在着某些不可避免,而且被证明是很难克服的缺陷——主要是诉讼迟延和不断高涨的诉讼费用。在美国,每年诉讼费用已涨到1000亿美元,仅州一级法院每年受理的案件就达1800多万件,“随之而来的拖延和积压使美国人和美国公司很难通过法院系统解决纠纷,他们因此对法院系统深感失望”。因此,“现在美国联邦法院正积极地使用替代性纠纷解决方法,通过尽早解决争端来改善法院的诉讼程序”。^④

总之,作为ADR具体方法之一的仲裁对诉讼机制有明显的补充性甚至替代性功能,其制度价值已经得到广泛的认可。不仅如此,从市民社会与私法关系的角度看,仲裁对于活跃民事活动,促进民事交往,进而促进私法(民法)的勃兴也有积极意义。马克思主义经典作家的论述表明:作为市民交往总和的市民社会是全部历史的真正发源地和舞台,表现市民交往的市民法当然是私法。^⑤私法(市民法)不仅划定了其他公民,也划定政治国家不得随意进入的空间,从而在市民社会中维持一种有秩序的自由。^⑥基于上述法理,当市民社会运转出现不和谐时,应首先通过市民社会的自身机理作用使之恢复和谐;惟当无法奏效时,政治国家才适时介入。从这个意义上说,实现

^④ 弗来彻:《公平与效率》,载宋冰主编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》,中国政法大学出版社1998年版,第245、241页。

^⑤ 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第14页。

^⑥ 徐国栋:《市场社会与市民法》,《法学研究》1994年第5期。

市民社会由不和谐回归于和谐的优先途径并非诉讼,而是仲裁。

充分认识到仲裁的上述制度价值对于立法与司法实践中正确处理诉讼机制(法院)与仲裁机制(仲裁机构)间的关系具有重要意义。仅就后者而言,我们认为,除非违反法律强行性规定或社会公共利益,司法机关应该积极地鼓励,而非限制通过仲裁解决民事纠纷。在这方面,美国许多州的实践引人注目,如1993年科罗拉多州律师执业行为规则(Colorado Rules of Professional Conduct, Amendment 1993)规定:对一个涉及或可能涉及诉讼的事件,律师应建议当事人合理地采用替代性纠纷解决方法(包括仲裁),依此解决纠纷或达到法律目的。^⑦

联系到本案,可以认为:有关法院尚未充分认识到仲裁的制度价值,其结果就导致在法律存在漏洞时,法官不能合理地援用有关法理进行法律思维;即便在法律已有明确规范时,不能正确理解这些法律规范,从而做出一些不适当甚至错误的裁判。

三、关于争议事项的可仲裁性(Arbitrability)

争议事项是否具有可仲裁性直接关系到仲裁机构对该争议事项是否具有仲裁管辖权以及法院是否据此排除司法管辖权,并且间接关系到据此做出的仲裁裁决是否具有执行力或能否得到有关国家的承认及执行。许多国家的仲裁法律实践表明,这是一个相当难以解决且颇具争议的问题。其所以如此,一个重要的原因在于,仲裁作为一种纠纷解决方式涉及到公共政策问题,而不同的国家对公共政策的理解存在着差别,这就影响到对争议事项可仲裁性的理解。^⑧不仅如此,不同国家甚至同一个国家在不同时期对仲裁制度价值的体认差异也使得争议事项的可仲裁性问题变得更加复杂。一般来说,绝大多数国家的仲裁法或民事诉讼法中的仲裁程序规范在确认一部分

^⑦ Christian Buhning-Uble, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Management*, *Kluwer Law International*, 1996, p265.

^⑧ Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell Ltd., 1986, p105.

争议事项具有可仲裁性的同时,也普遍地排除了另外一些争议事项的可仲裁性或对这些争议事项的可仲裁性进行限制,如限制涉及知识产权、股票交易、反托拉斯法、劳工法等事项的可仲裁性,排除涉及竞争法、婚姻地位等事项的可仲裁性。应注意的是,包括美、法在内的一些国家仲裁法都对国内仲裁与国际仲裁中争议事项的可仲裁性做出区别规定,一般来说对后者设定的标准较为宽松。^⑥

在立法技术方面,大多数国家与地区的仲裁法都采取概括式与混合式方式规定争议事项的可仲裁性。依概括式,有关法律规范只对争议事项的可仲裁性作抽象性规定,如1998年12月起施行的我国台湾地区《仲裁法》第1条第2款规定,所提交仲裁的争议事项“以依法得和解者为限”;依混合式,有关法律规范不仅做出概括式(包括积极或消极的概括)规定,而且也进行列举式(包括积极与消极的列举)规定,如我国仲裁法即属此类。一般认为,混合式方式既体现了随着仲裁制度价值不断地被认识因而可仲裁事项范围也随之扩大的基本趋势,同时也避免了纯粹概括式与列举式的某些缺陷。

争议事项可仲裁性的一个基本趋势是,随着人们对仲裁制度价值认识程度的不断提高以及诉讼制度存在着的缺陷的不断凸显,仲裁在纠纷解决机制中的地位和作用不断地被强化,可提交仲裁的争议事项范围也呈日益扩大趋势。在瑞士,1969年《关于仲裁的州际条约》第5条规定:“仲裁可针对当事人能够自由处分的一切权利,除非依照法律的强制性规定案件应由某一国家机关专属管辖”。这表明除非基于法律的强行性规定,一切可自由处分的争议事项均得提交仲裁,其范围已相当宽泛。1989年《关于国际私法的联邦法》第177条明确规定:“一切具有财产性质的争议均可提交仲裁”。该规定进一步明确了可仲裁事项的财产属性,确立了争议事项可仲裁性的实体标准。在美国,对专利纠纷能否仲裁进行旷日持久争论的结果是,1983年1月27日经里根总统签署后,美国《专利法》中有关专利仲裁的第294条正式生效,该条除了规定专利许可纠纷可交付仲裁外,还规定有关专利有效

^⑥ Id., p106.

性和专利侵权的争议也可交付仲裁。此外,在反托拉斯方面,美国联邦最高法院也认为“在解决国际反托拉斯事务的纠纷方面,公共政策不应再要求排除纠纷的仲裁解决方式”。^⑩在德国,根据1998年1月1日起生效的民事诉讼法仲裁程序改革法的有关规定,任何涉及经济利益(Vermögensrechtlicher Anspruch)的诉讼请求均可成为仲裁对象,包括公司事务、反托拉斯事件、破产或专利(专利有效性除外)。^⑪1985年《联合国国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)第7条规定,当事人确定的“无论契约性质与否”的法律关系所产生或可能产生的全部或部分争议可以提交仲裁,《示范法》确立的这一建议性标准已经被一些国家与地区仲裁法所接受,并可望继续指导有关国家与地区的仲裁立法实践。

总之,仲裁法律实践表明,可仲裁事项范围已经并将继续地扩大,某些传统上被认为涉及公共政策或公共利益的争议事项也被赋予了可仲裁性,这一趋势应引起我们的注意。

在我国,仲裁法施行前的仲裁制度(涉外仲裁除外)充其量是一种行政仲裁,这种行政仲裁因此必然存在着仲裁事项范围过宽的弊端。有鉴于此,仲裁法在重新确定仲裁事项范围时坚持了下列原则:(1)发生纠纷的双方当事人是属于平等主体的当事人;(2)仲裁事项应当是当事人有权处分的;(3)仲裁范围主要是合同纠纷,也包括一些非合同的经济纠纷。^⑫

体现在法律规范上,仲裁法第2条首先规定:“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,可以仲裁”;第3条进而规定:“婚姻、收养、监护、继承纠纷”以及“依法应当由行政机关处理的行政争议”不能仲裁。从立法技术看,仲裁法综合采用概括式与列举式,从积极与消极两方面对争议事项的可仲裁性进行规范的做法符合大多数国家仲裁

^⑩ 陈桂明:《仲裁法论》,中国政法大学出版社1993年版,第60~61页。

^⑪ Georges R. Delaume, Germany: Act on the Reform of The Law Relating to Arbitration Procedures, *International Law Material*, Vol. 37, No. 4, 1998.

^⑫ 顾昂然:《关于中华人民共和国仲裁法(草案)的说明》,载全国人大常委会法制工作委员会民法室等编:《中华人民共和国仲裁法全书》,法律出版社1995年版,第151页。

法的普遍立法实践,并无不妥之处。但从规范内容看,则有明显的模糊性,这主要表现在第3条第2项,即“依法应当由行政机关处理的行政争议”。该项规定实际上是仲裁法为否定行政式仲裁而做出的特别安排,其良好愿望无可非议,但结果却未必如此。因为根据文义解释,该项规定似乎还表明:除受仲裁法第2条及第3条第1项约束外,非属行政争议均可提交仲裁,但这显然又造成了某些体系性法律冲突。例子之一是,依上述仲裁法的规定,企业法人破产纠纷当可提交仲裁,但我国民事诉讼法与《企业破产法(试行)》却无类似的授权性或任意性规范,实践中也没有有关的判例。因此,仲裁法似乎应该综合借鉴瑞典等国家与地区仲裁立法实践——规定平等主体间一切得为和解可自由处分事项均可交付仲裁,^⑬或参考瑞士等国与地区仲裁立法实践——规定“一切具有财产性质或经济利益的争议”均可交付仲裁,^⑭对仲裁法中有关仲裁事项范围的规定做出修正,则可以避免实体法与程序法之间产生冲突,从而解决目前存在的许多问题。比如在企业法人破产方面,民事诉讼法和《企业破产法(试行)》都规定了破产和解制度,仲裁法如能依上述建议做出修正,则显然可以明确破产纠纷的可仲裁性问题。

此外,有学者认为仲裁法第2条中“其他财产权益纠纷”的立法表述不尽周延,与1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》)第2条第1款及《示范法》第7条有关规定相比,可能演变成我国仲裁制度中的一个主要漏洞。^⑮这一观点值得商榷,首先,《纽约公约》与《示范法》是以国际商事争议为主要调整对象,尤其是《示范法》对此更是做出了明确宣示,这与许多国家仲裁法不仅调整商事争议而且调整民事争议(甚至是具有某种人身属性的争议)显然是不同的。例子之一是,我国台湾地区基于原《商务仲裁

^⑬ 参见比利时司法典第1676条、奥地利民事诉讼法第577条、荷兰民法第1020条、瑞典仲裁法第1条、韩国仲裁法第2条、我国台湾地区仲裁法第1条。参见比利时司法典第1676条、奥地利民事诉讼法第577条、荷兰民法第1020条、瑞典仲裁法第1条、韩国仲裁法第2条、我国台湾地区仲裁法第1条。

^⑭ 参见瑞士《关于国际私法的联邦法》第177条(1989年)、德国民诉法第1030条(1998年)。

^⑮ 陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第50~52页。

条例》调整范围偏小,在1998年颁布的《仲裁法》中将调整对象扩大到一切得为和解的争议。因此,似乎不能以1958年《纽约公约》与《示范法》相关条款作为评判我国《仲裁法》第2条妥当性的唯一参照系。其次,综合1958年《纽约公约》第2条第1款及第5条第2款的规定,可以看出:尽管《纽约公约》对非契约性争议提交仲裁做出明确规定,但《纽约公约》又把判断争议事项可仲裁性的权力授予有关国家的司法机关或仲裁机关,由它们依据本国仲裁法进行独立判断。最后,尽管《示范法》已经得到某些国家的采纳,但其中一些国家仲裁法仍然对具有人身性质的纠纷是否可以交付仲裁持谨慎态度,实践中也对《示范法》有关规定作了必要修正。例如在德国,自1998年1月1日起,《示范法》被纳入了德国仲裁法律体系,但与此同时,民事诉讼法仲裁程序改革法第1030条也规定,除非法律另有规定,凡涉及经济利益的争议可提交仲裁,可见其并不采纳《示范法》的有关规定。此外,被广泛赞誉的1989年瑞士《关于国际私法的联邦法》也仅仅规定,一切具有财产性质的争议均得提交仲裁。可见,我国仲裁法在可仲裁事项方面确立的财产实体标准基本符合大多数国家的仲裁法实践,未必会形成明显的法律漏洞。

就本案而言,江苏高院仅裁定轻纺公司提出的侵权之诉“不受双方所订立的仲裁条款的约束”,并不涉及仲裁条款的有效性。对该裁定似乎可以做两种解释,其一,该裁定并不认为当事人双方订立的仲裁条款是无效的,而是认为仲裁条款表明当事人仅约定将合同纠纷,而不将侵权纠纷提交仲裁。这种解释在某些情况下可能成立。因为国外一些判例表明,仲裁条款的措词颇为重要,当事人采用“因合同产生或与合同有关的争议”时,该仲裁条款为广义仲裁条款;当事人采用“因合同产生的争议”时,该仲裁条款为狭义仲裁条款,后者可能被认为不包括欺诈和合同有效性问题。^⑩ 不过,由于本案当事人在仲裁条款中已经做出了“凡因执行合约所发生的或与本合约有关的一切争议”均提交仲裁的明确约定,这里所谓的“与本合约有关的一切争议”显然包括侵权纠纷在内,因而这种解释是不能成立的。其二,该裁定认为侵权纠纷不具有可仲裁性。这种解释也是不成立的,因为在上诉审中,最高法

^⑩ 参见齐树洁主编:《民事程序法》,厦门大学出版社1998年版,第474页。

院以《仲裁法》及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的有关规定为依据,做出“中国国际经济贸易仲裁委员会有权受理侵权纠纷”的认定。最高法院的这一认定是正确的。再从实务角度看,在合同纠纷和侵权纠纷竞合大量存在的情况下,如果排除所有侵权行为的可仲裁性,则显然极大地削弱了仲裁机制的运作空间。不仅如此,根据这种解释,江苏高院的裁定还暴露出另外一个缺失,即根据有效仲裁协议(条款)构成要件的基本原理,如果争议事项不具有可仲裁性,则仲裁协议(条款)在法律上显然是无效的,但是江苏高院并没有就这一重要问题做出裁定。

应当提及的是,江苏高院对本案的审理与1988年上海市高级人民法院(下称上海高院)对中国技术进出口总公司(原审原告、二审被上诉人)诉瑞士工业资源公司(原审被告、二审上诉人)侵权损害赔偿纠纷上诉案的审理有着惊人的相似。该案上诉审中,上诉人瑞士工业资源公司基于双方当事人签订的买卖合同中订有仲裁条款,提出排除法院管辖权的诉讼请求,被上海高院判决驳回。在二审中,上海高院在驳回上诉的理由与内容方面,甚至在文字措词方面与本案都几乎如出一辙。对上海高院对该案的审理及所做出的判决,当时的最高法院显然是持一种肯定态度。^⑩

联系到本案,江苏高院一审裁定显然受到了1988年上海高院对瑞士工业资源公司上诉案的审理及最高法院对该案所持司法态度的影响,但在仲裁法已经颁布实施后,有关司法机关不是去寻求如何正确理解仲裁法的有关法律规范,而是机械地遵循某种司法态度,并据此做出错误的裁定,这不能不让人感到遗憾。

在本案中,江苏高院以侵权行为不具有可仲裁性为由驳回被告的管辖

^⑩ 上海高院对该案的判决认为:“上诉人利用合同形式,进行欺诈,已超出履行合同的范围,不仅破坏了合同,而且构成了侵权。双方当事人的纠纷,已非合同权利义务的争议,而是侵权损害赔偿纠纷。被上诉人有权向法院提起侵权之诉,而不受双方所订立的仲裁条款的约束”。有关中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案的详细案情,参见《最高人民法院公报》1989年第1期。赵秀文教授曾从仲裁条款独立性角度对该案作了专门评述,参见赵秀文:《论仲裁条款独立性原则》,《法学研究》1997年第4期。

权异议,其“巧妙之处”在于司法机关直接通过认定争议事项不具有可仲裁性,从而实质上否定了仲裁条款的有效性;而非通过认定买卖合同无效,从而否定仲裁条款的有效性,据此避免违反已经明确由仲裁法所确认的仲裁条款独立性原则。因为,既然侵权行为已经被认定不具有可仲裁性,则仲裁条款自然随之归于无效,此所谓皮之不存,毛将焉附!对仲裁条款的独立性原则当然也不存在“尊重”与否了。我们认为,形成这一法律漏洞的主要原因,在于我国仲裁法做出了授权司法机关在仲裁程序启动阶段能够以审查仲裁协议有效性的名义介入仲裁机制的不必要规定。

此外,应当指出,与仲裁条款的独立性问题相比,理论界对争议事项可仲裁性问题的重视程度要小得多,或有学者对该问题视而不见,只字不提;或有学者一笔带过,语焉不详,所幸也有一些学者认识到争议事项可仲裁性的重要性。^⑩事实上,正如下文所述,确立仲裁条款独立性原则的主要法律意义仅仅在于保障瑕疵合同中有效仲裁条款的法律效力不受该合同的影响,但它既无法决定仲裁条款本身的有效性,也无法决定争议事项是否具有可仲裁性。另一方面,争议事项可仲裁性的程序功能也仅限于影响仲裁机构的仲裁管辖权与司法机关的司法管辖权,它也不能保障仲裁条款的独立性。因此,不能基于仲裁事项作为仲裁协议(条款)构成要件而混淆了争议事项的可仲裁性与仲裁条款独立性原则所各自具有的程序功能。总之,如果无法在法律上科学、明确地界定争议事项的可仲裁性,必然将导致相当部分纠纷的解决被排除出仲裁机制之外,特别在仲裁制度价值尚未得到认识的我国,对这一问题有必要引起注意。

四、关于仲裁条款的独立性(Severability)

仲裁条款的独立性,或称分离性(Separability)、自治性(Autonomy),指

^⑩ 参见陈震英:《关于涉外仲裁协议有效性之理论与实践》,载《中国海商法年刊》(1997年),大连海事大学出版社1998年版,第300~302页。张建华:《论仲裁协议及仲裁协议的效力》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第2卷,法律出版社1998年版,第527页。陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第108页及第123~133页。

的是对于包含在另一合同中的仲裁条款独立性的程序功能在于：保障瑕疵合同中仲裁条款有效性的认定不受该瑕疵合同的影响，或者说保障瑕疵合同中有效仲裁条款的法律效力不受瑕疵合同的影响，但它并不担负判断仲裁条款有效性的任何功能。《示范法》在制定过程中对该仲裁条款独立性原则的程序功能做出了明确揭示：该原则实际上的主要好处在于禁止有关当事人试图拖延或企图否认仲裁协议，或企图对仲裁条款存在及有效性提出质疑。^{①9}可见，《示范法》确立该原则之目的在于防御有关当事人对于仲裁程序的不当抗辩，但在我国，由于仲裁法也赋予司法机关在仲裁程序启动阶段确认仲裁协议（条款）有效性的权力，可以认为该原则也构成了司法机关必须遵守的行为标准，也担负了防止司法机关做出不当裁判的程序功能。一般认为，仲裁条款独立性原则是英国上诉法院于1942年在审理海曼诉达尔文（Heyman v. Darwins）一案中所确立的，但海曼案确立的仲裁条款独立性仅涉及以一个有效合同为前提的仲裁条款独立问题，并不涉及自始无效或非法合同中的仲裁条款独立性原则在仲裁法律实践中继续得到发展。在1967年，美国最高法院对 Prima Paint Co. v. Flood & Conkin Manufacturing Co. 一案所作的判决认定：仲裁条款可独立存在于自始无效的欺诈合同；1993年，英国上诉法院对 Harbour Assurance Co. v. Kansa General International Insurance Co. 一案所作的判决认定：仲裁条款可独立存在于自始无效的违法合同。^{②0}

目前，仲裁条款独立性原则已经得到大多数国家仲裁法的确认。从促进国际经贸交流，加速国际商事争议解决角度出发，有关国际条约与《示范法》则更为重视仲裁条款的独立性。当然，在仲裁条款独立性原则的具体内涵方面，各国仲裁法实践并非完全一致，如1996年英国《仲裁法》第7条规定：除非当事人另有约定，不能因为一个协议的无效、不存在或已失效，而将构成该协议一部分的仲裁协议视为无效、不存在或已失效，但有相当部分国家的

^{①9} Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell Ltd., 1986, p133.

^{②0} 赵秀文：《香港仲裁制度》，河南人民出版社1997年版，第76~77页。

仲裁法尚未就合同存在与否的异议是否影响仲裁条款的独立性问题做出明确的规定。

确立仲裁条款独立性原则的重要性是不言自明的,但进一步的关键问题是,确立该原则的依据是什么。一种观点认为,尽管仲裁条款是合同的一部分,但该条款与其他各条款有着完全不同的性质。合同其他条款规定的是当事人之间相互承担的义务,而仲裁条款规定的不仅仅是一方当事人对另一方当事人的义务,它还是双方当事人协议授权予第三方,即如果在有关一方当事人对另一方当事人承担的义务方面产生争议,这些争议应由他们共同约定的第三方解决。因此,仲裁条款的效力不应该受到主合同的制约,合同的无效或失效并不因此影响合同中的仲裁条款的效力。^④但这种解释显然没有令人信服地证明:在性质上不同于其他合同条款的仲裁条款何以不受合同效力的影响。另一种观点认为,两个当事人在订立合同时约定将可能产生的争议交付仲裁解决,通常他们在合同中的仲裁条款写明“任何与本合同有关的或者因履行本合同所产生的争议应通过仲裁方式解决”,以表达他们不愿将任何争议用其他方式解决的真实意图。^⑤显然,仲裁条款独立性原则是源于当事人的意思自治。然而,众所周知,意思自治的适用范围和程度是受到法律约束的,这种观点显然并没有回答法律在仲裁条款独立性问题上为什么承认当事人的意思自治。还有一种观点认为,可以借鉴民法理论中主从合同关系的原理并给予“特殊化”处理,以此解释包含在合同中的仲裁条款独立性,但进行此种“特殊化”处理的进一步法理依据是什么,却含糊其词,而是试图从确立仲裁条款独立性原则的重要性中寻求依据,这似乎有循环论证之嫌。^⑥事实上,借鉴民法理论中的主从合同关系原理并不能解释仲裁条款独立性。根据民法理论,从合同显然不可能载有排除以主合同有效性作为从合同有效性之前提的任何表述,因此这个角度解释仲裁条款独立性有牵强附会之嫌。我们认为,仲裁条款独立性完全是法律基于发挥仲

④ 参见陈治东,《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第125~126页。

⑤ 参见丁伟、陈治东,《冲突法》,法律出版社1996年版,第330页。

⑥ 李双元,《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社1990年版,第556~557页。

裁制度价值之考虑而做出的直接规定。因为,在合同无效或失效情况下如果不承认包含在合同中的仲裁条款的独立性,则无异于排斥了仲裁在解决争议中的积极作用,从而也就否定了仲裁制度的价值。应注意的是,仲裁法律实践表明,仅仅确立仲裁条款独立性原则是不够的。为使仲裁自治性免受法律的不必要干预,有必要确立与仲裁条款独立性原则密切相关的另一个原则,即仲裁机构自我确定管辖权原则(The Doctrine of Kompetenz—Kompetenz)。②当然,仲裁机构自我确定管辖权原则并不排除法院在此后对该仲裁管辖权进行必要的司法审查。国内有学者认为,仲裁条款的独立性与仲裁机构认定仲裁协议有效性及决定仲裁管辖权的权力间存在这样一种关系:前者是后者的前提,后者是前者的必然后果。解决了仲裁协议的独立性问题,则仲裁庭理所当然有权对其自身的管辖权及仲裁协议的效力做出决定。③赋予仲裁机构确定仲裁管辖权的法律目的在于,在仲裁独立性原则业已确立的基础上避免法院不必要地介入仲裁程序,以便顺利启动仲裁程序,从而维护仲裁机制的相对独立运作,更好地发挥仲裁的制度价值。

仲裁条款独立性原则也得到我国仲裁法的确认,仲裁法第19条规定:“仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力”。④

与1996年英国《仲裁法》不同的是,我国仲裁法没有就合同存在与否的异议是否影响仲裁条款的独立性问题做出明确规定,有学者认为这是一个缺陷,并且对《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第5条的规定表示

② Christian Buhning—Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Management, Klumer Law International*, 1996, p62~63.

③ 陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第125页。

④ 1999年3月公布的《合同法》实际上也确认了仲裁条款独立性原则,该法第57条规定:“合同无效、被撤销或者终止的,不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力”。

赞赏。^② 该《仲裁规则》第5条规定：“合同中仲裁条款应视为与合同其他条款分离地、独立地存在的条款，附属于合同的仲裁协议也应视为与合同其他条款分离、独立地存在的一个部分；合同的变更、解除、终止、失效或无效以及存在与否，均不影响仲裁条款或仲裁协议的效力”。该学者认为上述规定弥补了仲裁法的上述缺陷。事实上，如上所述，相当部分国家的仲裁法尚未就合同存在与否的异议是否影响仲裁条款的独立性问题做出明确规定。对该问题做出明确规定的除英国等少数国家外，主要是有关的国际条约、示范法或国际仲裁机构的仲裁规则，如《欧洲国际商事仲裁公约》第5条、《示范法》第16条第1款及《国际商会仲裁规则》第6条第4款。由于我国《仲裁法》并未就该问题做出必要的授权性规范，《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第5条的规定尽管具有实践意义，但显然缺少应有的法律根据。因此，严格地说，该《仲裁规则》第5条与《仲裁法》第19条之间是存在冲突的。当然，从充分发挥仲裁制度价值的角度看，我国似可参照1996年英国《仲裁法》第7条的规定对仲裁法第19条的规定做出修正，俾使《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第5条的规定具备充分的合法性基础。

在本案一审中，江苏高院并没有裁定当事人双方订立的仲裁条款归于无效，这一事实表明江苏高院并没有否定仲裁条款的独立性原则（上述对江苏省高院裁定的分析表明，江苏高院驳回一审被告提出管辖权异议诉讼请求的直接理由并非仲裁条款无效，而是侵权行为不具有可仲裁性）。在本案上诉审中，最高法院正确地认定侵权行为具有可仲裁性，据此裁定：一、撤销江苏高院（1996）苏经初字第78—1号民事裁定；二、驳回江苏轻纺公司的起诉。但我们也注意到，最高法院在有关的法律推理过程却似乎间接地否定了仲裁条款的独立性原则。最高法院认为：“本案双方当事人合同中明确约定发生纠纷通过仲裁方式解决，在该合同（指买卖合同，作者注）未经有关机关确认无效的情况下，当事人均应受该合同条款（指仲裁条款，作者注）的约束”。该法律推理似乎可以作如下反面解释：在该合同经有关机关确认无效

^② 李双元：《国际经济贸易法律与实务新论》，湖南大学出版社1996年版，第394页。

的情况下,当事人可不受该合同条款的约束。显然,最高人民法院的上述法律推理与仲裁法已经确立了的仲裁条款独立性原则是相违反的,值得商榷。我们认为,正确的法律推理应该是:即使该合同被有权机关确认为无效,当事人仍应受该合同条款约束。

前已论及,仅仅确立仲裁条款独立性原则是不够的,还须确立仲裁机构在仲裁程序启动阶段在决定仲裁管辖权方面的优先地位(应该强调这种优先权存在的特定阶段性,因为经由当事人申诉或依职权,司法机关可能撤销仲裁机构在仲裁程序启动阶段做出的仲裁管辖权决定,据此仲裁机构并不享有仲裁管辖权的最终决定权。通说似乎忽视了这一点),以此进一步捍卫仲裁条款独立性原则的不受侵害。因为,倘若仲裁程序启动阶段司法机关就介入仲裁条款有效性的认定,则仲裁条款独立性原则极有可能受到损害。在这个问题上,与各国仲裁法及国际商事仲裁示范法的普遍实践不同,我国仲裁法并未赋予仲裁机构在仲裁程序启动阶段在确定仲裁管辖权方面的优先地位。《仲裁法》第20条规定:“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会做出决定或者请求人民法院做出裁定。一方请求仲裁委员会做出决定,另一方请求人民法院做出裁定的,由人民法院裁定”,这一规定显然确立了法院,而非仲裁机构在确定仲裁管辖权方面的优先地位,其目的可能是为了加强对仲裁的司法监督,防止仲裁机构不当取得仲裁管辖权。《仲裁法》的这一规定并非完全没有道理,但它却构成了切实贯彻仲裁条款独立性原则的潜在障碍,其缺陷是明显的,即:如果当事人考虑到把争议事项提交仲裁对其不利时,完全可以随意地对仲裁条款有效性提出异议,再加上我国司法机关有争管辖权的倾向——这显然是一种客观事实,司法机关完全可以藉此排除仲裁机构的仲裁管辖权,从而迫使当事人寻求其他救济之道,如本案中香港裕亿公司与太子公司被迫就仲裁管辖权问题提起上诉,但这徒然增加当事人的诉讼成本。我们认为,应该对《仲裁法》第20条的规定做出修正,即明确规定在当事人对仲裁协议的效力存在异议时(显然也包含了仲裁管辖权异议),由仲裁机构做出决定。尽管仲裁机构可能因此取得不当仲裁管辖权,但由于当事人仍然可以依《仲裁法》第58条的有关规定提起申请撤销仲裁裁决之诉,所以这一修正并不会导致损害当事人的利益,相反,

它体现了对仲裁制度价值的应有尊重,与大多数国家的仲裁法实践也是相一致的。

五、余论

晚近,仲裁在许多国家受到普遍重视的事实表明,传统的纠纷解决机制已经或正在经历一场深刻的变革,这场变革的基本特征是诉讼外纠纷解决机制在制度上与观念上都将获得更全面与更深入的体认。从这个意义上说,1994年我国《仲裁法》的颁布不仅是一种制度性的成就,同时也昭示了一种观念性的进步,它表明我国在朝着创建完整、系统的纠纷解决机制方向又迈进了重要一步,符合大多数国家致力于纠纷解决机制改革的基本趋势。然而,正如本案所揭示的那样,这种制度性与观念性的进步尚不充分,它并没有很好地解决仲裁制度中的某些基础性问题,特别是争议事项的可仲裁性及仲裁条款独立性问题,并且在实践中也已经造成了不可忽视的消极影响。值得庆幸的是,这种状况已经引起最高人民法院的密切关注。1995年8月28日,最高法院向各地高级法院下达了“关于人民法院处理与涉外及外国仲裁事项有关问题的通知”,^②该“通知”第1条规定:“凡是起诉到人民法院的涉外、涉港澳和涉台经济、海事海商纠纷案件,如果当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成仲裁协议,人民法院认为该仲裁条款或者仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的,在决定受理一方当事人起诉之前,必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查;如果高级人民法院同意受理,应将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院未作答复前,可暂不予受理”。然而,无论如何,在仲裁法颁布实施多年之后两个高级别法院在本案审理过程中却都存在着某些缺失,而且均涉及到仲裁制度的基础性命题,这确实应该引起我们的深思。

^② 最高人民法院法发[1995]18号。