

北京仲裁

BEIJING ARBITRATION QUARTERLY



第**93**辑 (2015年第3辑)

Vol.93 (2015, No.3)

主办：北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心

协办：中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission/Beijing International Arbitration Center ,

Co-sponsored by the China Society of Private International Law

& the Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

BEIJING ARBITRATION QUARTERLY

北京仲裁

第93辑

(2015年第3辑)

Vol.93 (2015, No.3)

主 办：北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心
协 办：中国国际私法学会
武汉大学国际法研究所

编委会：

主 任：梁慧星

委 员：（按姓名音序排序）

Emmanuel Gaillard 黄 进 Loukas Mistelis

Michael Hwang Michael J. Moser 宋连斌

陶景洲 Thomas Stipanowich 王利明

王亚新 吴志攀 张月姣 郑若骅

编辑部：

主 编：陈福勇

副主编：张皓亮

编 辑：翟雪明 孙 珏 王瑞华

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第 93 辑 / 北京仲裁委员会组编. —北京:
中国法制出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7206 - 7

I. ①北… II. ①北… III. ①仲裁 - 司法监督 - 中国 -
文集 IV. ①D925.7 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 024560 号

策划编辑 马 颖

责任编辑 侯 鹏

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第 93 辑

BEIJING ZHONGCAI DI 93 JI

组编/北京仲裁委员会

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 毫米×960 毫米 16

版次/2016 年 3 月第 1 版

印张/8.25 字数/121 千

2016 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7206 - 7

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66060794

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

本书所刊载的文章只代表作者个人观点，不必然反映本书编辑部或其他机构、个人的观点，谨此声明！

目 录

特 载

001 2014 年中文商事仲裁研究文献综述/刘艺多 杨 玲

021 2014 年关于中国仲裁的英文文献综述/张 舒

专 论

052 论技贸结合项目中技术许可合同与设备采购合同项下外方
技术许可违约责任和责任限制条款的关联处理
——以高铁动车组采购和技术引进项目的合同安排
为例/黄 瑞

067 建设工程施工合同无效工程未开工情况下承包人损失赔偿
问题探讨/檀中文

076 建筑工程设计合同常见争议点及其认定/高印立 黄丽芳
王 芳

088 第三人侵害债权之再思考
——法律性质、本质及其适用/储欧亚

比较研究

100 论《涉外民事关系法律适用法》在商事仲裁中的
适用/鲁 洋

111 论国际仲裁中的第三方融资及投资人的自我监管/章 曦

Contents

Special Report

- 001 Summary of Chinese Research Literature on Arbitration in 2014

Liu Yiduo Yang Ling

- 021 Summary of English Literature on the Study of Arbitration in China in 2014

Zhang Shu

Monograph

- 052 Correlation Handling of Foreign Party's Liability for Breach of Contract and Limitation of Liability under Technology License Contract and Equipment Purchase Contract in Project Integrate Technology Acquisition and Trade—A Case Study of High Speed Railway Purchasing and Technology Acquisition Contract

Huang Rui

- 067 Study on Damage Compensation for Contractor before Construction Project Begins under Invalid Construction Project Contract

Tan Zhongwen

- 076 Common Issue in Construction Design Contract and Its Identification

Gao Yinli Huang Lifang Wang Fang

- 088 Reconsideration of Third Party Infringement of Creditor's Rights

—Legal Nature, Essence and Application

Chu Ouya

Comparative Law Study

- 100 Discussion of the Application of Law of the Application of Law for Foreign Related Civil Relations in Commercial Arbitration

Lu Yang

- 111 Third Party Funding in International Arbitration and Funder's Self-regulation

Zhang Xi

特 载

2014 年中文商事仲裁研究文献综述

刘艺多 杨玲*

● 内容摘要

本研究综述旨在通过对 2014 年中文商事仲裁近 200 篇研究文献进行研读和分析,总结 2014 年中文商事仲裁研究的内容和特点,使读者整体了解 2014 年商事仲裁研究的概况。2014 年商事仲裁研究内容比较丰富,继续在仲裁员、仲裁协议、仲裁程序、仲裁司法监督等传统问题上进行深入研究,同时密切关注仲裁热点问题和尝试拓展新的研究领域。2014 年中文商事仲裁研究也表现出仲裁实务研究较少,研究成果对仲裁实践的指导意义有待提升等特点。

● 关键词

商事仲裁研究 仲裁协议 仲裁程序 司法监督

* 刘艺多:华东政法大学 2013 级国际法专业硕士研究生。

杨玲:华东政法大学国际法学院副教授,法学博士。

Abstract: Through reading and analyzing about 200 articles concerning commercial arbitration published in 2014, this paper summaries the content and features of commercial arbitration study, so that readers get an overview of the overall study of commercial arbitration in 2014. The study has a rich content, makes a further study of convention problems, such as arbitrator, arbitration agreement, arbitration procedure and arbitration judicial supervision, concerns the hot issues, and tries to develop new areas of research. However, the study also shows characteristics of a deficient practice research, little guiding significance to practice and so on.

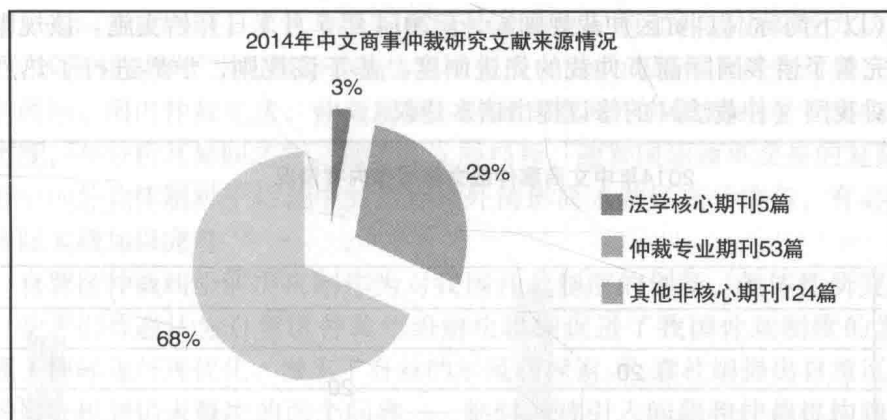
Key Words: the study of commercial arbitration arbitration agreement arbitration procedure judicial supervision

一、2014 年中文商事仲裁研究概况

2014 年,中国商事仲裁事业进一步发展,理论研究更加深入,成果更加丰富。笔者通过对中国知网(CNKI)、北大法意等主要中文数据库、实体期刊以及国家图书馆的检索,统计出论及商事仲裁的期刊论文共 182 篇、著作共 7 部,其中教材类书目有 3 本,专著类书目有 4 本。^①

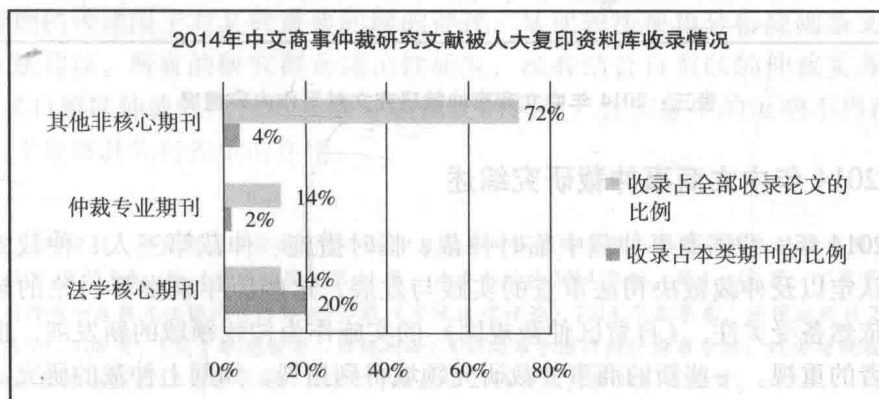
从 2014 年中文商事仲裁研究文献的来源看,发表于《中文社会科学引文索引》(CSSCI)中 21 种法学来源期刊目录的论文共 5 篇,其他的 177 篇发表于非核心期刊上。在非核心期刊中,《北京仲裁》、《仲裁研究》、《仲裁与法律》以及《商事仲裁》占据了商事仲裁研究的“半壁江山”,凸显出专门仲裁研究期刊在中国仲裁学术和实务界的显著地位。据统计,2014 年发表于这些专业期刊的商事仲裁论文有 53 篇。

^① 赵秀文主编:《国际商事仲裁法》,中国人民大学出版社 2014 年版。马德才主编:《仲裁法》,厦门大学出版社 2014 年版。韩健主编:《商事仲裁律师基础实务》,中国人民大学出版社 2014 年版。邓建民、曾青编著:《仲裁程序若干问题研究——基于理论前沿和实务规范思考》,民族出版社 2014 年版。池漫郊:《国际仲裁体制的若干问题及完善——基于中外仲裁规则的比较研究》,法律出版社 2014 年版。许进胜、陈曦:《中国涉外商事仲裁实务指引》,法律出版社 2014 年版。张美红:《国际商事仲裁程序“非国内化”研究》,上海人民出版社 2014 年版。



表一：2014 年中文商事仲裁研究文献来源情况

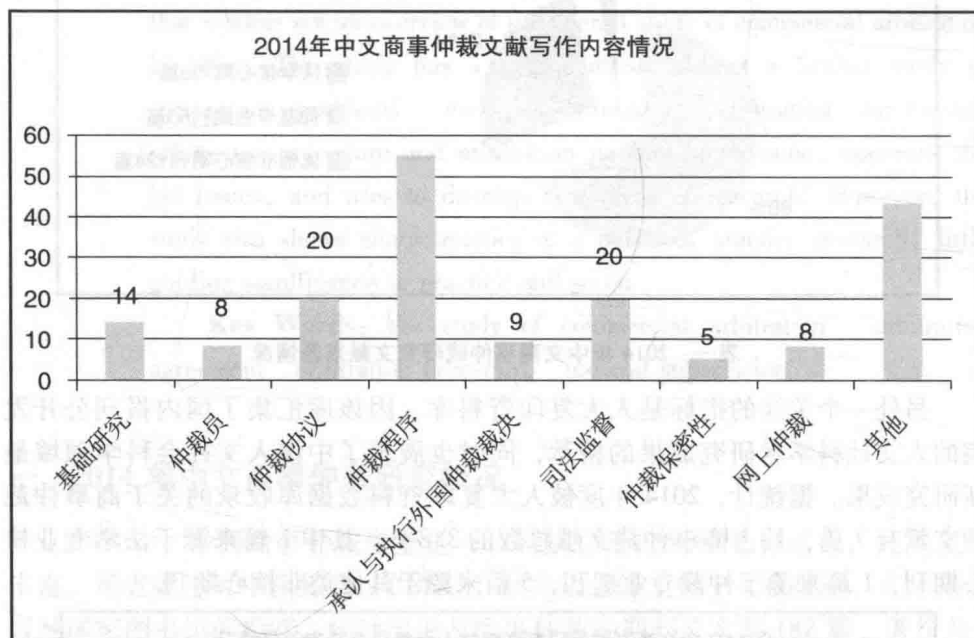
另外一个关注的指标是人大复印资料库。因该库汇集了国内报刊公开发表的人文社科学研究成果的精华，同时也展现了中国人文社会科学领域最新研究成果。据统计，2014 年度被人大复印资料数据库收录的关于商事仲裁的文献有 7 篇，约占商事仲裁文献总数的 3.8%。其中 1 篇来源于法学专业核心期刊，1 篇来源于仲裁专业期刊，5 篇来源于其他类非核心期刊。



表二：2014 年中文商事仲裁研究文献被人大复印资料库收录情况

从 2014 年中文商事仲裁研究文献的写作内容看，2014 年商事仲裁研究对仲裁领域的基本问题研究热度不减，关注仲裁领域的最新进展，拓展新的仲裁研究领域，跨学科研究也越来越多。《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规

则》(以下简称《自贸区仲裁规则》)于2014年5月1日开始实施。该规则吸纳和完善了诸多国际商事仲裁的先进制度。基于该规则,学界进行了热烈讨论,对我国《仲裁法》的修订提出诸多建议。



表三: 2014 年中文商事仲裁研究文献写作内容情况

二、2014 年中文商事仲裁研究综述

2014 年,我国商事仲裁中临时仲裁、临时措施、仲裁第三人、仲裁协议效力认定以及仲裁裁决司法审查的实践与发展,这些历年来学界讨论的热点问题依然备受关注。《自贸区仲裁规则》的实施作为仲裁领域的新发展,也引起学者的重视。一些新的商事仲裁研究领域得到拓展,如网上仲裁的研究。

(一) 商事仲裁的系统化研究

我国学者对于我国商事仲裁的系统化研究并不多,主要针对商事仲裁中存在的问题进行分析。而大部分文献都是对某个具体问题的探讨。学者们认为我国商事仲裁目前存在的问题主要包括:临时措施完善问题、仲裁第三人

问题、临时仲裁问题、承认与执行外国仲裁裁决问题和仲裁协议效力认定问题。^① 池漫郊选择了当前国际仲裁体制中悬而未决的问题作为研究对象,展示当前国际、国内仲裁立法、仲裁规则、仲裁实践乃至仲裁理论对于这些问题的态度,并分析其异同之处,总结其发展趋势。随着国际商事交易的复杂化,现有中国仲裁体制对于仲裁中的各种意外情形尚未做好充分准备,有必要借鉴国际实践加以完善。^②

自贸区仲裁纠纷解决机制作为对我国仲裁制度的创新,整体性研究也不多。学者们普遍认为自贸区仲裁纠纷解决机制促进了我国仲裁制度的发展,体现了国际化与现代化,做出了有益的示范和探索。^③ 袁杜娟提出自贸区仲裁纠纷解决机制仍未解决的两个问题——临时仲裁引入问题和仲裁机构独立性问题。关于临时仲裁,袁杜娟建议制定仲裁规则,承认仲裁实践中在不违背我国《仲裁法》的前提下采取委托仲裁机构为临时仲裁庭提供部分管理服务的方式开展临时仲裁实践。关于仲裁机构独立性,袁杜娟建议借鉴国际上通行的做法以及深圳仲裁院的经验,尝试确立取代事业单位管理模式的以理事会为核心的法人治理机构。^④ 《自贸区仲裁规则》借鉴国外仲裁的先进经验,在许多制度上做出了突破性尝试。学者们充分肯定该规则的价值,重点研究该规则的创新点,对该规则实施后可能出现的问题提出建议。我国学者对于该规则的评述限于对某些重要问题的评述,从比较法视角分析规则条文,提出立法建议。所有的研究都是理论性研究,没有结合自贸区的仲裁实务,因此,《自贸区仲裁规则》对我国仲裁制度的创新,在实务中的反响不得而知,不利于发挥其先行先试的作用。

① 刘健勤、胡秀娟、唐云峰:《中国仲裁发展的成就与展望——谨以此文献给中国〈仲裁法〉颁布20周年》,载《商事仲裁》第11集,法律出版社2014年版,第1-12页。丁莲芝:《当代中国仲裁制度热点法律问题博论》,载《金陵法律评论》2014年春季卷,法律出版社2014年版,第99-108页。[美]孔杰荣著,蒋超翔译:《解决与中国的国际商事争端:过去与现在》,载《北大法律评论》第15卷第2辑,北京大学出版社2014年版,第315-326页。

② 池漫郊:《国际仲裁体制的若干问题及完善——基于中外仲裁规则的比较研究》,法律出版社2014年版。

③ 袁杜娟:《上海自贸区仲裁纠纷解决机制的探索与创新》,载《法学》2014年第9期,第28-34页。贾荣和:《浅析中国(上海)自由贸易试验区国际贸易仲裁的有益尝试》,载《青年学报》2014年第4期,第94-96页。

④ 袁杜娟:《上海自贸区仲裁纠纷解决机制的探索与创新》,载《法学》2014年第9期,第34页。

(二) 仲裁员

我国学者对于仲裁员的研究主要集中在仲裁员的选择和仲裁员与当事人之间的法律关系上。关于如何选择仲裁员的研究,谭立倾向于从仲裁机构提供的名单中选择共同信任的仲裁员的组庭方式。当事人协商一致选择仲裁员,应当作为选择性方法放在“名单法”之前。争议当事人在适用“名单法”时,享有选择名单之外的仲裁员、排除名单上所有仲裁员、请求仲裁委员会主任直接指定仲裁员的权利。若仲裁机构提供的名单中有两名仲裁员被当事人共同选择,该两名仲裁员当然成为仲裁庭的组成人员,并由仲裁机构在名单之外重新为其指定首席仲裁员。^①

仲裁员与仲裁当事人之间的关系是仲裁中最核心的法律关系。在商事仲裁发达的英国和德国,对仲裁员与仲裁当事人之间的法律关系的研究已经形成了一定的成果,并且存在一些司法实践,但仍未形成共识。我国对此研究相对匮乏。对于该问题,范铭超认为仲裁员与仲裁当事人之间的法律关系是一个复合的法律关系,包含了以提供仲裁服务为标的的合同法律关系和以做出仲裁裁决为标的的身份法律关系;前者的依据是以仲裁员为一方,以双方当事人作为另一方的双方当事人合意,后者的依据是法律相关规定。仲裁庭并非行使裁决权或者履行仲裁服务合同的主体,并未与仲裁当事人形成法律关系。行使裁决权和履行仲裁服务合同的是仲裁员。^②

(三) 仲裁协议

有效的仲裁协议是国际商事仲裁的基石。仲裁协议的有效性是关系到仲裁程序能否启动、仲裁程序能否合法以及仲裁裁决能否被承认和执行的关键问题。我国学者对仲裁协议的研究主要集中在仲裁协议的效力认定上,综合运用比较法研究和实证研究,评析和总结仲裁协议的效力认定。

首先,关于仲裁协议效力认定的权力归属问题,我国学者主要关注仲裁庭自我管辖权研究,通过国际条约和其他国家法律与我国相关规定的比较,明确我国现行立法的不足,并提出若干针对性建议。目前,我国仲裁委员会决定仲裁协议的效力异议,学者普遍对此持否定态度。侯登华认为仲裁委员

① 谭立:《商事仲裁庭组成程序的异化与修正——基于博弈论的分析》,载《西南政法大学学报》2014年第2期,第86-95页。

② 范铭超:《仲裁员与仲裁当事人法律关系模型的困境及其解决》,载《北方法学》2014年第6期,第118-127页。

会决定仲裁协议的效力异议会引起仲裁权的分离,不符合仲裁的效率原则,与实际脱离,认定随意。^①董箫建议取消仲裁委员会对仲裁协议效力异议的决定权,确立自裁管辖权原则;在仲裁庭组建之前,对于依据表面证据可以决定的管辖权异议,可交由仲裁委员会决定,除此之外的所有管辖权异议,均应在仲裁庭组建后由仲裁庭决定。^②

其次,认定仲裁协议效力的法律适用问题,学者们梳理了国际商事仲裁协议法律适用的主要规则,分析了我国现行仲裁协议法律适用制度的得与失,并就其进一步完善提出建议。王兰建议国际商事仲裁协议符合下列任何一项法律的规定就有效:(1)当事人选择的法律,包括当事人选择的支配仲裁协议效力的法律、支配仲裁程序的法律和支配实体争议的法律;(2)仲裁地法;(3)仲裁机构所在地法;(4)法院地法。^③

最后,关于瑕疵仲裁协议效力问题,学者们比较各国对不同种类的瑕疵的态度,为我国的立法和实践提出建议。相比国际趋势,我国立法规定了非常严格的标准,不利于仲裁事业的发展。陈建华从宏观上探讨了如何构建国际商事仲裁协议的瑕疵适度宽容与多元补救制度,应当保持司法中立消极特质,坚持意思自治原则,仲裁协议的根本缺陷不能予以适度宽容和多元补救。^④其他的研究均仅针对某一类瑕疵仲裁协议或某几类瑕疵仲裁协议的效力问题。例如,仲裁协议中含有“或裁或审”条款,我国司法实践中一般认定是无效的仲裁协议,与国际实践有很大区别。学者普遍倾向此类仲裁协议虽约定有诉讼,但其包含有仲裁的意思表示,不宜断然否定此类仲裁协议的效力,而应赋予当事人对申请仲裁或诉诸法院的选择权。^⑤

① 侯登华、赵莹雪:《仲裁庭自裁管辖理论及其在我国的实践路径》,载《河北法学》2014年第7期,第185-190页。

② 董箫:《关于自裁管辖权原则应用于我国仲裁实践的思考》,载《仲裁研究》第37辑,法律出版社2014年版,第78-83页。

③ 王兰:《我国仲裁协议法律适用的理论反思与制度完善》,载《甘肃社会科学》2014年第2期,第148-152页。

④ 陈建华《瑕疵的适度宽容与多元补救——关于国际商事仲裁瑕疵协议有效性的思考》,载《仲裁研究》第36辑,法律出版社2014年版,第17-24页。

⑤ 丁莲芝:《当代中国仲裁制度热点法律问题博弈论》,载《金陵法律评论》2014年春季卷,法律出版社2014年版,第99-108页。杨玲:《论“或裁或审”条款中仲裁条款的效力——以海峡两岸司法实践为视角》,载《西北大学学报》2014年第4期,第138-144页。

(四) 仲裁程序

我国学者对仲裁程序的研究涉及仲裁程序的各个方面,主要包括临时措施、多方当事人仲裁、证据问题和国际商事仲裁程序“非国内化”等。^①

1. 临时措施

2012年《民事诉讼法》修改增加对仲裁前临时措施的规定,并将行为保全纳入临时措施的范畴,但仍未改变只能由我国法院发布临时措施的单轨制设计。《自贸区仲裁规则》则走得更远,不仅规定了仲裁庭和紧急仲裁庭发布临时措施的权力,也将临时措施的发布时间扩展到仲裁前、仲裁庭成立前和仲裁中。在民诉法修改和仲裁规则的背景下,学者们评析了临时措施的新发展,部分学者进一步关注了紧急仲裁员制度。

首先,在临时措施发布权问题上,主要讨论仲裁庭是否具有临时措施发布权。我国学者普遍认同应当取消法院发布临时措施的单轨制设计,赋予仲裁庭做出临时措施的权力。这是我国未来仲裁立法的方向,《自贸区仲裁规则》对仲裁庭发布临时措施的引入也表明这是我国仲裁发展的应然趋势。

其次,对于仲裁庭发布的临时措施的执行问题,主要分为外国仲裁庭发布的临时措施在中国的执行和中国仲裁庭发布的临时措施在域外的执行两个方向。1958年《承认与执行外国仲裁裁决的纽约公约》(以下简称《纽约公约》)对“仲裁裁决”是否包含“针对临时性措施的裁决”并无明文规定。国际上关于《纽约公约》能否适用于临时措施裁决的承认和执行尚无定论。关于外国仲裁庭发布的临时措施在中国的执行问题,李晶认为对于外国仲裁庭所做出的临时措施,我国法院一般会根据《纽约公约》第5条第2款(甲)项,不予承认及执行。^②中国仲裁庭发布的临时措施在域外的承认与执行主要是在自贸区框架下讨论。黄荣楠认为《纽约公约》并不适用该问题,国内立法协助执行外国仲裁中的临时措施也只是个别行为,目前各国签订双边协定或修改《纽约公约》增加执行临时措施条款这两条思路都不大可行。^③毛海波

① 邓建民、曾青编著:《仲裁程序若干问题研究——基于理论前沿和实务规范的思考》,民族出版社2014年版。

② 李晶:《国际商事仲裁中临时措施在中国的新发展——以民诉法修改和仲裁规则修订为视角》,载《西北大学学报》2014年第6期,第22-28页。

③ 黄荣楠:《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则评述》,载《上海对外经贸大学学报》2014年第6期,第27-39页。

则认为将“裁决”限定于“终局性”并非《纽约公约》的本意，仲裁临时措施的域外执行力是国际仲裁发展的必然趋势，我国应当既规定法院对仲裁庭临时救济决定的执行，同时又明确法院的审查权。^①

最后，紧急仲裁员制度是国际商事仲裁实务发展的最新产物，在国际仲裁界一直存在许多争议和讨论。我国学者对紧急仲裁员制度研究是以概念分析为基础的研究，梳理该制度的发展现状，认可该制度存在的价值。李婉嘉认为国际上针对紧急仲裁员的配套措施尚不完善，我国现有立法对仲裁临时限制措施的限制也较多，现阶段不建议我国仲裁机构贸然引入紧急仲裁员制度。^② 韩斯睿则认为我国已经基本上具备了紧急仲裁制度所需要的社会、政治、经济和法律环境，将紧急仲裁制度加入我国的立法日程已经有了理论和现实基础。^③

2. 多方当事人仲裁

多方当事人仲裁，是指程序参与主体多元化的仲裁，可通过集体仲裁、合并仲裁、平行仲裁以及纳入仲裁第三人等具体方式得以实现。我国学者主要对合并仲裁和仲裁第三人制度进行研究，对制度的发展现状进行梳理，根据我国各大仲裁机构发布的仲裁规则的规定，讨论在我国的引入问题及实践困境。总体而言，我国的研究停留在制度纳入的必要性上，对于制度纳入的可行性讨论并不深入，还有很大的研究空间。

部分学者对合并仲裁与仲裁第三人制度进行了比较研究。傅攀峰认为尽管二者均旨在便利和经济地解决多方当事人争议，且均被质疑违背当事人意思自治及仲裁保密性原则，但显然存在区别。仲裁第三人制度并非涉及两个互相关联的仲裁程序的合并，而是涉及将利害关系人纳入到某一仲裁程序之中。^④

对于合并仲裁的研究，我国学者认为合并仲裁制度在当前商事交易的环

① 毛海波：《自由贸易试验区框架下国际商事仲裁临时措施制度研究》，载《仲裁研究》第37辑，法律出版社2014年版，第22-29页。

② 李婉嘉：《国际商事仲裁中紧急仲裁员制度相关法律问题研究——兼评新民诉法临时措施规定的进步与不足》，载《仲裁与法律》第127辑，法律出版社2014年版，第63-76页。

③ 韩斯睿：《国际商事机构仲裁视角下的紧急仲裁员制度》，载《北京仲裁》第90辑，中国法制出版社2015年版，第12-25页。

④ 傅攀峰：《论“多方当事人仲裁”的制度建构及其实践困境》，载《北京仲裁》第87辑，中国法制出版社2014年版，第1-22页。

境下有其存在的必要性,对解决多方当事人争议能发挥独特的作用。张建认为,从基本价值理念上看,合并仲裁并不与当事人意思自治原则或仲裁保密性原则必然抵触;从实际操作层面而言,需要明确最为合理的合并仲裁的实现依据及合并决定权的归属趋向,更为复杂的是合并后案件管理与程序运转中的细节(如组庭、当事人地位列明等)。^①

对于仲裁第三人的研究,大多还只是介绍国外的情况,需要学者们进一步研究。我国学者认为仲裁第三人制度应当在我国推行,反驳了仲裁第三人制度冲击当事人意思自治原则的质疑。《自贸区仲裁规则》纳入了仲裁第三人制度,张虎对运用该制度做出的裁决在国外的承认与执行可能由于没有案外人的书面同意表示担忧。^②关于我国仲裁第三人制度的构建,林一认为应当引入以偶合的单独行为理论为基础塑造“第三人同意”模式的仲裁第三人制度。^③

3. 证据问题

我国学者关注了商事仲裁中的证据问题。卢松认为国际商事仲裁中通行的证据规则和处理证据的实践,与我们熟悉的中国法院的民事证据规则和司法实践之间存在明显差别。国际商事仲裁中通行的证据规则中,影响最大的是国际律师协会制定的《国际仲裁取证规则》。我国律师和仲裁员在总体上对该证据规则不够熟悉,仲裁实践中也鲜有适用它的例子。随着中国进一步融入国际社会,理解和熟练运用国际仲裁中通行的证据规则成为仲裁专业人士的一项重要任务。^④王徽对证人不出庭下的“证人书面证言”的可采性进行了思考,认为需要在国际商事仲裁证据制度上,做系统性的、规则层面的完善。未来我国国际商事仲裁证据制度问题的发展方向是纠正“诉讼化”倾向、肯定仲裁证据同诉讼证据相比的差异性和独立性以及最大限度实现仲裁在公正

① 张建:《合并仲裁的实践困境与制度引入——兼谈北仲〈新规则〉第28条的必要性与可行性》,载《安徽大学法律评论》2014年第2辑,安徽大学出版社2014年版,第96-111页。

② 张虎:《关于〈自贸区仲裁规则〉适用的几个问题》,载《上海商学院学报》2014年第6期,第17-22页。

③ 林一:《仲裁第三人引入模式及理论重思——兼论偶合的单独行为理论》,载《武大国际法评论》第17卷第1期,武汉大学出版社2014年版,第185-207页。

④ 卢松:《国际商事仲裁中的证据》,载《北京仲裁》第88辑,中国法制出版社2014年版,第92-111页。

和效率上的平衡。^①

4. 国际商事仲裁程序“非国内化”

一些国家的仲裁立法与实践,冲破了传统所在地理理论,出现了国际商事仲裁程序“非国内化”的趋势,旨在促进国际商事仲裁程序在一定程度上的自由、灵活与高效。关于国际商事仲裁程序“非国内化”的内涵,国内外学界至今没有形成统一认识。张美红通过对西方主要国家国际商事仲裁程序“非国内化”立法和实践的深入考察,总结“非国内化”在各国呈现的不同样态,进而探索适合我国国情的国际商事仲裁程序“非国内化”样态及相应的法律条款设计。^② 她认为国际商事仲裁程序“非国内化”的发展呈现出有限性,在国际商事仲裁程序法适用领域中的发展较为突出,已渐成明显的国际趋势;在国际商事仲裁裁决撤销领域中的发展并不突出,尚未形成明显的国际趋势,只有少数国家的立法支持仲裁裁决撤销的“非国内化”,相关实践也极少。国际商事仲裁程序“非国内化”不会消亡,将会继续发展。国际商事仲裁程序“非国内化”仍然是有限的,不会演变成完全的“非国内化”,在有关国家的发展也将继续存在差异。^③ 我国国际商事仲裁程序不应实行完全“非国内化”,而应实行有限“非国内化”,可从两个方面进行制度设计:(1)实行国际商事仲裁程序法适用的“非国内化”,但需要对当事人或仲裁庭的选择设定必要的界限;(2)实行国际商事仲裁裁决撤销的“非国内化”,但必须对可以协议排除法院撤销权的当事人范围进行严格限制。^④

5. 程序令

程序令是国际商事仲裁实践中一种极为常见的程序性文书,由仲裁庭向当事人及其代理人发出,以指令的形式决定国际商事仲裁中的程序性问题,对仲裁程序的进程做出安排和指引,保证仲裁程序的顺利有效进行,是国际商事仲裁程序管理过程中必不可少的重要组成部分。马志华认为将由仲裁庭制作程序令的做法引入我国仲裁实践,极有必要。在我国的仲裁实践中,由

① 王徽、李晓郭:《论国际商事仲裁中的证据制度——以证人不出庭情况下的“证人书面证言”可采性问题为视角》,载《海峡法学》2014年第4期,第111-120页。

② 张美红:《国际商事仲裁程序“非国内化”研究》,上海人民出版社2014年版。

③ 张美红:《论国际商事仲裁程序“非国内化”》,载《兰州学刊》2014年第7期,第87-92页。

④ 张美红:《国际商事仲裁程序“非国内化”研究》,上海人民出版社2014年版。