

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

第126辑



主办

中国国际经济贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会
中国国际商会仲裁研究所



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

第126辑

主办

中国国际经济贸易仲裁委员会

中国海事仲裁委员会

中国国际商会仲裁研究所



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁与法律. 第126辑 / 中国国际经济贸易仲裁委员会, 中国海事仲裁委员会, 中国国际商会仲裁研究所
主办. —北京: 法律出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6048 - 4

I. ①仲… II. ①中… III. ①仲裁—研究—丛刊
IV. ①D915.704 - 55

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第030719号

仲裁与法律 第126辑

主 编 赵 健

副主编 曲竹君

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 戴 伟

责任编辑 程 岳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 翟国磊

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 10.5

字数 141千

版本 2014年3月第1版

印次 2014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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6048 - 4

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)

仲裁与法律

第 126 辑

主 编:赵 健

副主编:曲竹君

编 委:陈 波 姚俊逸 梁 华 陆 菲
贾 琄 龚一朵 赵 英

编辑部地址:中国北京西城区桦皮厂胡同 2 号国际商会大厦 6 层

邮 政 编 码:100035

电 话:(010)82217788 64646688

传 真:(010)82217766 64643500

电 子 信 箱:law@cietac.org

网 址:<http://www.cietac.org>

目 录

· 讯 息 ·

贸仲委涉外商事仲裁发展潜力巨大

——贸仲委 2013 年受案标的额突破人民币 244 亿元,再创历史

新高 (1)

· 专 论 争 鸣 ·

国际商事仲裁裁决司法监督新论 黄忠顺(3)

论知识产权争议的可仲裁性 王玉凯(28)

对仲裁司法审查的审判监督路径探讨

——兼谈仲裁司法审查的既判力问题 宗 来 吴慧琼(62)

应谨慎对待 VIE 纠纷 温先涛(71)

实际施工人的权利救济若干问题探讨

——兼评一起工程仲裁案件中实际施工人的仲裁管辖权问题

..... 朱茂元(77)

浅论仲裁文书的补正 陆春玮(105)

· 特 载 ·

如何在复杂的商事仲裁案件中实现公正与高效

..... Lawrence W. Newman(著) 董 箫 苑宇衡(译)(118)

香港国际仲裁中心 2013 版本《机构仲裁规则》

——关于仲裁收费相关规定浅析 王皓成(135)

· 外国仲裁资料 ·

温哥华海事仲裁员协会仲裁规则简述 顾国伟(143)

讯 息

贸仲委涉外商事仲裁发展潜力巨大

—— 贸仲委 2013 年受案标的额突破
人民币 244 亿元,再创历史新高

2013 年,作为中国仲裁领头羊的中国国际经济贸易仲裁委员会(贸仲委)共受理各类经贸案件 1256 件,其中涉外案件 375 件,国内案件 881 件,受理案件数与 2012 年同比增加 196 件,增长 18.50%。其中,贸仲委北京总会受理案件 1058 件,增长 8.51%,涉外案件 322 件,同比增加 19 件;国内案件 736 件,同比增加 64 件。秘书局上海办公室 159 件,同比增加 122 件;其中,涉外案件 43 件,国内案件 116 件。秘书局华南办公室 18 件,同比增加 2 件;其中,涉外案件 7 件,国内案件 11 件。西南分会 11 件,其中,涉外案件 3 件,国内案件 8 件。天津中心 10 件,均为国内案件。贸仲委受理的上述国内案件中有 80% 以上具有外资因素,其中一方当事人或者双方当事人为外商投资企业。

2013 年贸仲委新受理的案件争议金额创造了历史新纪录,达到人民币 244 亿元,比 2012 年增加 89.22 亿元,增长 58%。案件当事人涉及世界 56 个国家和地区,与 2012 年相比增加了 10 个国家或地区。

近几年来,贸仲委受案数量与其他国际知名仲裁机构相比较一直名列前茅,贸仲委在处理国际、涉外和具有外资因素等争议取得了显著成绩,已发展成为国际知名仲裁机构,这进一步提升了我国涉外商事仲裁在国际上的影响力和竞争力。

贸仲委的发展得益于我国的改革开放,贸仲委近60年的国际仲裁实践也为其自身不断发展和壮大打下了坚实基础。特别是,贸仲委2009年根据国务院的批示以财务体制改革为契机,进一步完善了体制机制建设,吸收借鉴国际仲裁的先进经验和做法,提高国际竞争力,为今后我国涉外仲裁事业的发展打下了良好的制度基础。在业务管理上,贸仲委不断推陈出新,提高服务质量,下大力气理顺总会受理案件的管辖权问题,充分体现当事人意思自治,切实解决困扰当事人提交总会仲裁案件不明确的问题,明确了总会受理案件的管辖权,堵塞了制度漏洞。近年来,贸仲委努力加强与其他国际仲裁机构的交流与合作,积极参与国际仲裁事务,提升国际仲裁的话语权,在国际仲裁界的地位不断提高。贸仲委应联合国国际贸易法委员会的邀请以非政府组织观察员身份代表中国仲裁界参加该委员会会议,参与国际仲裁、国际调解和国际商事法律规则的制订。2013年,贸仲委成功当选为亚太区域仲裁组织主席单位,贸仲委副主任兼秘书长于健龙当选亚太区域仲裁组织主席,执掌该仲裁国际组织。

2014年,贸仲委将进一步深化改革,加快现代化和国际化建设,努力为我国涉外商事仲裁的发展做出新的贡献。

专论 争鸣

国际商事仲裁裁决司法监督新论^{*}

黄忠顺^{**}

摘要:在当今国际商事仲裁裁决合意化及其执行国际化的语境下,现行国际商事仲裁裁决司法监督制度存在着混淆决定型裁决与合意型裁决的司法监督机理、区别对待国内与涉外商事仲裁裁决司法监督,不注重案外人合法权益之及时保护等问题。国际商事仲裁在程序正义供给方面无法与法院审判程序相媲美,仲裁裁决拘束当事人的正当性基础也与确定判决截然不同,国际商事仲裁裁决应当仅具备基于明示或者推定的仲裁确定效。仲裁确定效理论的适用有助于在妥善处理国际司法协助与国家主权独立、意思自治与公益兼顾的基础上,对现行司法监督体系进行整体反思,重构宽严相济的国际商事仲裁裁决司法监督体系。

关键词:国际商事仲裁 确定效 意思自治 诚实信用 司法监督

一、问题的提出

伴随着司法资源与解纷需求之间的矛盾日益激化,包括仲裁在内的非诉讼纠纷解决方式的重要性逐渐被人们肯定。与作为强制性纠纷解决方式的诉讼机

^{*} 本文系中国人民大学本科基金研究品牌计划(中央高校基本科研业务费专项资金资助)“民事纠纷的多元化解决机制研究”(项目编号:10XN1033)的阶段性研究成果。

^{**} 黄忠顺,中国人民大学法学院博士研究生。

制不同,非诉讼纠纷解决机制并未能向纠纷当事人提供类似诉讼机制所能提供的程序正义,其正当性基础只能借助当事人合意补强,并且正当程序保障程度越低的纠纷解决机制对当事人合意的要求程度也就越高。^① 国际商事仲裁通常被认为是正当程序保障程度最高的法院外纠纷解决机制,甚至不乏有人主张仲裁具备“准司法性质”,^②其对当事人合意的要求程度并没有协商和解、调解高,主要表现在传统仲裁理论仅要求当事人达成启动仲裁程序合意即可,而解纷方案则由中立第三方的仲裁庭控制。然而,中立第三方对解纷方案的垄断使纠纷当事人对纠纷解决的预期结果模糊化,近些年来,纠纷当事人开始谋求控制仲裁解纷结果无法预测的风险,合意型裁决、仲裁与调解相结合、根据高低协议的仲裁、终局性提交仲裁、约定仲裁裁决不具终局效力等均是当事人合意对仲裁程序中的实体纠纷解决方案的渗透,^③这已经成为国际商事仲裁发展的新趋势。

与此同时,基于“当事人控制力越强,风险越低,则法律干预的力度就越小”的原理,^④国际商事仲裁裁决的执行难度显著低于国际判决的执行难度,其主要体现为国际社会已经确立扶持仲裁事业发展的国际公共政策,日趋严格限制申请不予执行仲裁裁决、撤销仲裁裁决的事由与程序,国际性、区域性的国际公约为国际商事仲裁裁决的承认和执行创造良好环境。因此,当今国际商事仲裁呈现出裁决在全球范围内执行难度递减的基本态势。

国际商事仲裁裁决合意化趋势与裁决执行难度递减之间并不存在矛盾,正是因为纠纷当事人对解纷方案控制力的增强,才导致法律干预的力度相应地减弱。然而,在国际商事仲裁前述两种基本趋势的共同作用下,国际商事仲裁裁决越来越多地体现当事人的意志,并且较法院判决更容易在国际社会中获得强制执行,这一方面彰显了当事人意思自治原则的落实,但另一方面也为滥用仲

① 协商和解完全或主要依靠双方当事人自己解决纠纷,其正当程序保障程度最低,因而,其对当事人的合意要求程度最高,即既要求程序启动的合意,也要求实体处理的合意。调解引入第三人主动斡旋,而调解主体的身份、调解程序的正当程序保障程度各不相同,正当程序保障程度较高的调解类型已经出现强制启动的立法动向与理论主张。

② 郑泰安:“我国仲裁制度性质试析”,载《社会科学研究》2003年第4期,第88~91页。

③ 郑晶:“美国仲裁制度的新发展”,载《仲裁研究》第十辑,第93~96页。

④ 江伟主编:《仲裁法》,中国人民大学出版社2009年版,第2页。

裁逃避履行法律义务、损害国家利益、社会公共利益或他人合法权益创造了极其简便且高效的方式。在这种语境下,强化国际商事仲裁裁决的司法监督势在必行,但是强化国际商事仲裁裁决司法监督并不等于无视仲裁的纠纷解决实效,而是在妥善处理国际司法协助与国家主权独立、意思自治与公益兼顾的基础上,对现行司法监督体系进行反思,并重新确定国际商事仲裁裁决的法律效力,以寻求构建宽严相济的司法监督体系。

二、国际商事仲裁裁决司法监督体系存在的问题

我国现行法律将国际商事仲裁区分为国内仲裁裁决与国外仲裁裁决,但仅对国内仲裁裁决的司法监督问题规定,而国外仲裁裁决的司法监督问题则完全依赖于我国缔结、参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。就国内仲裁机构作的国际商事仲裁裁决而言,《民事诉讼法》将其表述为“中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决”,并确立“申请不予执行仲裁裁决制度”对其加以司法监督,而《仲裁法》称之为“涉外仲裁裁决”,且增置“申请撤销仲裁裁决制度”进一步强化司法监督力度。然而,就外国裁决而言,按照《纽约公约》的规定,为尊重他国独立司法主权,并遵循国际礼让原则,各法域均仅通过“申请不予执行仲裁裁决制度”对其开展旨在排除该仲裁裁决在本国执行的有限司法监督。概言之,涉外仲裁裁决既可以被申请撤销,也可以被申请不予执行,但外国仲裁裁决则只能被申请不予执行,但不能被申请撤销。尽管我国对国际商事仲裁裁决所构建的司法监督体系基本符合国际社会对国际商事仲裁的发展趋势,尤其是外国仲裁裁决的司法监督更是完全根据国际公约开展,但是,国际商事仲裁裁决的司法监督体系存在着显而易见且亟须解决的问题。首先,未对合意型裁决与决定型裁决进行科学的制度配置,合意型裁决在事实上具备比决定型裁决更高的效力,导致国际商事仲裁容易被当事人滥用;^①其次,国内仲裁裁决

^① 本文所述“合意型裁决”,是与“决定型裁决”相对而言的,其制作根据包括纠纷当事人自行协商达成的和解协议以及第三人(包括但不限于仲裁委)斡旋、促成的调解协议。学界也存在“和解裁决”、“协议裁决”、“合意裁决”等其他类似表述。

相较于涉外仲裁裁决受到更为严格的司法监督,除公益性监督事由外,国内仲裁裁决还存在实体性监督事由与程序性监督事由,而涉外仲裁裁决仅存在程序性监督事由,且法院只有在逐级呈报最高人民法院审查且获同意答复的情形下才可以裁定不予执行涉外仲裁裁决、撤销涉外仲裁裁决,^①同样作为我国仲裁机构根据《仲裁法》与当事人约定解决纠纷的结果,国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决仅因为案件是否存在涉外因素而存在监督力度之别缺乏正当性基础;最后,我国现行立法尚未向案外人提供有效的必要保护,^②虽然新《民事诉讼法》第112条、第113条将虚假仲裁作为妨害民事诉讼行为加以处理,但仍然未从程序上强化案外人的救济武器,因国际商事仲裁裁决或者其执行而受有损失的案外人可谓“无从救济”。

(一) 未对决定型裁决与合意型裁决的司法监督进行不同制度设置

国际商事仲裁属于自治性或民间性的纠纷解决方式,作为其运行结果的仲裁裁决并非公文书,未经司法审查确认而被赋予执行力,不得直接充当执行名义。法院审查决定型裁决与合意性裁决并赋予其执行力的正当性基础并不同。对于决定型裁决而言,解纷方案系由中立第三方做出,赋予其执行力的正当性基础主要在于双方当事人事先达成的仲裁合意内在地包含自甘冒险的意思表示以及仲裁庭对案件的处理基本符合当事人应有的正当程序期待。对于合意型裁决而言,解纷方案系属当事人协商一致的结果,赋予其执行力的正当性基础在于不存在实质性争议权益及时实现的必要性,即对于不存在争议或者当事人存在显著不成立争议的民事权益的实现适宜通过略式权益判定程序大致判断权益得以成立的基础上迅速赋予其执行力。正当性基础的不同决定了决定型裁决与合意型裁决司法监督制度应当有所区别,如合意型仲裁裁决的监督事由应当集中于当事人意思表示是否真实、自由、合法,而决定型仲裁裁决的监督事由则还应当考察仲裁合意、仲裁行为、仲裁程序以及仲裁结果等适法性问题,

^① 参见《最高人民法院关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》(法[2000]51号)第3条。

^② 《民事诉讼法》、《仲裁法》均将申请撤销、不予执行仲裁裁决的主体限定为当事人,而尚未将其拓展至案外人。

在司法实务中,合意型仲裁裁决可以逾越仲裁协议的范围,甚至容许当事人将不具备可仲裁性的民事纠纷一并解决。然而,在构建国际商事仲裁裁决司法监督制度时,我国规则制定者往往以决定型裁决为基准加以考虑,而较少考虑合意型裁决的特殊性,从而导致合意型裁决通常被视同决定型裁决而获得执行并得到必要的救济。截至目前,我国对合意型裁决作出特殊安排的只有《仲裁法解释》第28条有关法院不予支持当事人请求不予执行合意型裁决的规定。至于当事人能否请求撤销合意型裁决,现行法律并没有明确的规定,但基于合意仲裁裁决具备仲裁裁决之外观,适用《仲裁法》申请撤销仲裁裁决并不存在法律障碍,因而,申请撤销合意型裁决并非没有法律依据。然而,立法者并未进一步区分合意型裁决监督事由与决定型监督事由,迫使合意型裁决监督事由屈从于决定型裁决监督事由,导致某些适宜决定型裁决但不适宜合意型裁决的监督事由(如超越仲裁协议范围)被强制性适用于合意性裁决,而某些本该单独适用于合意型裁决的撤销事由(如实体强制调解或变相实体强制调解)未能发挥应有的救济功能。

(二) 涉外仲裁裁决与国内仲裁裁决实行“双轨制”司法监督

学术界普遍认为,对国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决的司法监督实行双重标准的历史合理性已经消灭,在本次《民事诉讼法》修改过程中,不少论著提议废弃“双轨制”,但立法者并未从根本上废弃“双轨制”,只是将不予执行国内商事仲裁裁决的事由略加调整,使之与撤销国内商事仲裁裁决的事由完全相同,但这在客观上也使国内商事仲裁裁决的实体性监督事由趋严,即将不予执行国内商事仲裁裁决宽泛的实体性事由“认定事实的主要证据不足的”、“适用法律确有错误的”更替为更为具体且外化的“裁决所根据的证据是伪造的”、“对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”。从本质上看,是否应当废弃“双轨制”与是否应当保留甚至增加实体性监督事由属于两个层面的问题,但鉴于我国现行法律规定国内仲裁裁决需要接受实体性监督,涉外仲裁裁决仅接受程序性监督,使得仲裁裁决司法监督标准的双轨制与仲裁裁决的实体性监督事由密切相关。然而,不管是国内仲裁抑或涉外仲裁,在本质上均具有

自治性或民间性的纠纷解决属性,司法监督的正当性与适度性并不应当存在区别,并且我国已加入WTO,国内国际市场已基本衔接,采取双轨制仲裁裁决监督机制的必要性已不复存在。^①

(三) 不注重案外人合法权益的保护

我国现行法律并未赋予其合法权益遭受他人仲裁裁决损害的案外人以快速救济的途径,而只能坐等其合法权益遭受损害后行使相应请求权,以谋求迟来的救济。首先,《仲裁法》第58条规定只有当事人才可以申请撤销仲裁裁决,而最高人民法院《关于对崇正国际联盟集团有限公司申请撤销仲裁裁决人民法院应否受理的复函》([2001]民立他字第36号)将“当事人”限定为仲裁申请人与被申请人,因而,案外人不能适用申请撤销仲裁裁决程序。其次,《民事诉讼法》第56条第3款的规定仅适用于本应当作为诉讼第三人参加诉讼但因不能归责于本人的事由未参加诉讼的案外人,但不适用于认为对仲裁标的享有独立请求权或者与案件的处理存在其他法律上的利害关系的第三人,且“判决、裁定、调解书”无法扩张解释至“仲裁裁决书”,因而,其不能为其合法权益遭受仲裁裁决损害的第三人提供救济。再次,《民事诉讼法》第237条、第274条规定“被申请人”才可以请求法院裁定不予执行仲裁裁决,在字面解释层面,案外人无法申请不予执行损害其合法权益的仲裁裁决,但损害他人合法权益的仲裁裁决的执行尚存在解释为“违背社会公共利益”的空间,结合《民事诉讼法》第112条、第113条的规定,笔者认为,如果损害案外人合法权益的仲裁裁决系当事人恶意串通之结果,该案外人可以向法院提供相关证据依赖法院依职权裁定不予执行仲裁裁决的权限间接谋求及时救济。复次,《民事诉讼法》第225条所规定的执行异议救济适用于执行行为违反法律规定的情形,但并不适用于执行名义瑕疵的救济,因而,对仲裁裁决本身(而非执行仲裁裁决的行为)所寻求的救济亦无法适用该条规定。最后,《民事诉讼法》第227条前句虽然没有表明本条规定适用的执行名义范围,但后句有关“原判决、裁定”的表述基

^① 江伟主编:《仲裁法》,中国人民大学出版社2009年版,第7页。

于体系解释而应当适用于本条整体,基于未经仲裁裁决书涵盖在适用范围之内,因而,瑕疵仲裁裁决无法依据前述规定谋求救济。由此可见,尽管“仲裁庭的权力来自当事人的授权,所以仲裁庭的决定或者命令,仅对当事人双方产生拘束力,而对第三人无任何法律约束力”,^①但是,仲裁裁决书却可能现实地侵害其他合法权益,而现行立法、司法解释不授予受害人适时预防与及时救济的独立途径,其只能行使《物权法》、《侵权法》、《合同法》、《民法通则》等民事实体法规定的请求权,其救济路径显得过于被动、滞后,也不利于诚实信用原则之贯彻与恶意仲裁的防治。

三、科学界定裁决效力是完善司法监督机制的理论前提

国际商事仲裁裁决的司法监督体系所存在前述问题的原因是多方面的,但最为根本的因素在于我国对仲裁裁决效力认识的模糊性,这也就决定了在具体探讨如何完善国际商事仲裁裁决司法监督机制之前必须明晰国际商事仲裁裁决的法律效力。显而易见的是,正是仲裁裁决效力的模糊性,导致人们较少去探求决定型裁决与合意型裁决在产生法律效力方面的区别,而将适用于典型仲裁的规则完全适用于披着“仲裁”外衣的“调解”。与此同时,主流观点认为仲裁裁决具有既判力,而既判力不仅具备禁止重复效力,更具备禁止矛盾效力,基于仲裁程序在正当程序保障程度方面不如诉讼机制但却具备与确定判决相同的效力,强化仲裁裁决的司法监督就成为必然,但国际商事仲裁裁决的司法监督因受到国际法的限制而无法完全由国内规则制定者控制,国内商事仲裁裁决因不存在涉外因素而可以充分体现国内规则制定者的意志,因此,双轨制司法监督模式应运而生。此外,仲裁裁决既然与确定判决具有相同的法律效力,作为民间组织的仲裁机构就很容易被视为法院,认为其具有准司法性质,推定其具备防止仲裁裁决损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的能力,进而漠视案外人权益的保障。由此可见,我国现行法律对国际商事仲裁裁决进行

^① 赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第4页。

司法监督的相关规定所存在的问题均或多或少地与仲裁裁决的法律效力界定存在联系,完善国际商事仲裁裁决司法监督制度亦需以科学界定其法律效力为理论前提。鉴于此,本部分拟从立法论的角度重新厘清国际商事仲裁裁决的法律效力,并从解释论层面对涉及国际商事仲裁裁决效力的相关规定进行学理解释。

(一) 国际商事仲裁裁决效力论

我国主流观点将国际商事仲裁裁决的法律效力与确定判决的法律效力相等同,普遍认为仲裁裁决也具备既判力。^①然而,既判力的正当性基础在于正当程序保障下的自我归责原则,^②但仲裁裁决拘束纠纷当事人的正当性基础在于意思自治原则,尽管仲裁比调解更加接近于法院的诉讼程序,^③但是仲裁程序并非国家公权力的运行结果,并未能保证足以提供类似诉讼机制所能提供的最低限度程序正义,尤其是对合意型仲裁裁决而言更是如此,因此,赋予国际商事仲裁裁决以既判力的正当性基础显然无法站住脚。诚然,学术界也存在着另外一种解释路径,即将既判力内涵局限于“禁止重复”的方式谋求论证赋予仲裁裁决以既判力的正当性基础,显而易见,这种随意篡改术语内涵的方法属于饮鸩止渴,破坏学界讨论问题所必需的最低限度共识。还有学者以仲裁协议双方当事人的意思表示作为赋予仲裁裁决既判力最合理的解释,^④然而,这也意味着双方当事人可以合意约定仲裁裁决不产生既判力,从而与既判力的法定主义产生矛盾,也不利于仲裁效力的稳定性。^⑤

尽管如此,国际商事仲裁裁决不具备既判力并不等于不具备禁止当事人再事争议的效力,按照我国现行法律的规定,除非仲裁裁决被裁定撤销或不予执行,当事人不得对原纠纷再事争议,仲裁机构也不能对原纠纷再事仲裁或对已

① 肖建华、杨恩乾:“论仲裁裁决的既判力”,载《北方法学》2008年第6期,第61页。

② [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第474~475页。

③ [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第663页。

④ See G. Richard Shell, Resjudicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration, UCLA L. Rev 623.

⑤ 李胜雄:“论仲裁裁决既判力之否定——基于既判力理论在我国适用的考量”,载《大庆师范学院学报》2011年第2期,第48~50页。

作裁决进行实质性变更。基于意思自治原则、诚实信用原则、纠纷一次性解决原理以及扶持 ADR 发展司法政策,只要当事人没有明确相反约定,仲裁裁决具有定分止争的确定效即具备正当性基础。详言之,如果当事人明确约定仲裁裁决具备终局效力,意思自治原则足以支撑赋予相应裁决以确定效的正当性基础;如果当事人对仲裁裁决是否具备终局效力没有明确的约定,诚实信用原则、纠纷一次性解决原理以及扶持 ADR 发展司法政策足以奠定将裁决效力规范设置为补充性规范的正当性基础。麻烦的是,当事人明确约定排除仲裁裁决的终局效力,如约定不服仲裁可以提起诉讼或提起上诉,该约定是否应当获得认可则存在较大的争议。事实上,该问题也可以表达为:仲裁裁决效力规范应当设置为补充模式抑或强行模式?若为补充模式,当事人可以约定排斥适用,若为强行模式,当事人必须无条件接受其拘束。尽管我国现行立法采取强行模式,但国际商事仲裁发展的基本趋势则是强化当事人意思自治,^①因此,采取补充模式应当更加契合国际商事仲裁发展动态,并有助于国际商事仲裁多元化发展,丰富并完善多元化纠纷解决机制。据此,笔者倾向于补充模式。

除《民事诉讼法》第 237 条第 5 款、第 275 条以及《仲裁法》第 9 条第 2 款规定仲裁确定效以外,《民事诉讼法》第 237 条第 1 款还直接将具有给付内容的仲裁裁决纳入执行名义的范围,无须经过执行宣告即可付诸执行,亦认为仲裁裁决得不经过任何特殊程序即具备执行力。然而,作为自治性或民间性解纷机制运行结果的仲裁裁决书本身并非公文书,未经法定程序转化为公文书不得充当执行名义。^②一方面,决定型裁决尽管系在高度类似诉讼程序的仲裁程序中所作出的,但仲裁标准并非总是法律标准,且仲裁程序、结果、效力越来越多地受制于当事人,以正当程序保障为基础主张直接赋予决定型裁决以执行力的正当性基础显然不足以成立。另一方面,合意型裁决属于披着仲裁裁决外衣的解纷

① 罗芳:“我国仲裁裁决异议方式改革新探——基于当事人意思自治原则引入的思考”,载《西部法学评论》2011 年第 5 期,第 126~132 页。

② 谭秋贵:《民事执行法学》(第二版),北京大学出版社 2010 年版,第 122 页。