

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

国际商会 仲裁研究

汪祖兴 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国民商法专题研究丛书◎梁慧星 主编

国际商会仲裁研究

汪祖兴 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商会仲裁研究/汪祖兴著. —北京:法律出版社,
2005.6

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 7-5036-5660-3

I. 国… II. 汪… III. 国际商事仲裁—研究
IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 060857 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐雨衡

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/12.5 字数/325 千

版本/2005 年 6 月第 1 版

印次/2005 年 6 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

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

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 7-5036-5660-3/D·5377 定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内 容 提 要

今天,通过仲裁方式解决民商事争议特别是国际商事争议,已成为从事国际商事交易者优先选用的解决国际商事争议的方式,而作为一种法律制度的仲裁在中国的发育并不成熟,其理论研究也很薄弱,在这种情况下,本书的理论意义和现实意义尤显重要和深远。

本书实际由两部分组成:第一部分(即本书的第一章)以国际商事仲裁的基本理论和最新发展为依托,引导出国际商会仲裁院的运转机制和现行仲裁规则;第二部分(即本书的第二、三、四、五、六、七章)重点研究了国际商会仲裁院仲裁中最有特色、最有争议但又是国际商事仲裁最具普遍意义的几个重要问题,该部分是全书的主线,也是作者直接从国外获得的材料中花费大量心血得出的研究成果。

第一部分是作者研究此题目的宗旨。国际商会仲裁院的仲裁在适应不同国家、不同语言、不同社会制度和法律制度的当事人方面,显示了其强大的优越性,加强对其研究不仅有利于提高我国仲裁的理论与实践水平,而且还会大大提高在国际商会仲裁院仲裁的我国企业的实际操作水平。通过对国际商事仲裁的历史回顾,总结出国际商事仲裁的最新发展趋势,即仲裁法律和仲裁规则的统一化进程加快,仲裁所适用的程序和实体法律非国内化或非当地化趋势加强,常设仲裁机构数量增加,权力扩张,法院对仲裁的干预日益减弱,调解在仲裁中的作用越来越多的采用。接着,作者对国际商会、国际商会仲裁院、国际商会仲裁院秘书处的作用、国际商会仲裁规则的演变历史进行了介绍,并对其现行规则(即1998年仲裁规则)予以评价:(1)尊重国际商会仲裁的基本特征;(2)加强仲裁院的决定权;(3)减少仲裁程序中的拖延;(4)对新问题作了实质性的修改和重要的添加。

第二部分共六章,是国际商会仲裁院仲裁的核心内容,也是本书的主体部分。

首先,仲裁协议研究。这一部分,作者主要阐述了仲裁协议的基本概念、类型、构成要素、法律效力以及仲裁协议的异化与矫正,这是国际商会仲裁最重要、最核心的内容之一。在仲裁协议的基本界定上,应当从意思自治的结果、针对争议的现实性和潜在性、解决争议的商事属性以及形式的书面性四个方面予以把握,在以诉讼法上契约说、实体法上契约说、混合说和独立类型契约说为代表的关于仲裁协议性质的理论中,以独立类型契约说较为合理。在仲裁协议的类型上,主要按照形式标准和仲裁者的标准简要介绍了仲裁协议的种类。在仲裁协议的构成要素中,内容以原汁原味的国际商会仲裁实践资料为依托,指出仲裁协议的组成要素可以分为三个层次,第一层次为仲裁协议必备要素,第二层次为一般要素,第三层次为仲裁协议的特殊要素。在三者关系上,第一层次要素是任何仲裁协议必须具备的基本要素,缺乏这些要素的后果是仲裁协议无效或者效力待定;第二层次要素是仲裁协议在通常情况下应该具有的组成部分,但这一部分要素不是强制性的,如果缺乏这些要素,其后果仅仅是仲裁协议需要完善,但并不影响仲裁协议的生效;第三层次要素是仲裁协议的附加性要素,这些要素的功能是特定的,或者是增设某些调解或者和解性程序,或者是对程序中的某些细节问题作出特别规定。作者在阐述仲裁协议的传统效力的基础上,分析了晚近时期的学界思潮和实践操作,指出仲裁协议具有自主效力和扩张效力。在传统效力上,仲裁协议分别以不同的方式约束着当事人、仲裁机构和司法机关;在自主效力上,仲裁协议具有独立于主合同的法律效力,不因主合同的无效、失效或者不存在而失效;在扩张效力上,仲裁协议逐渐突破形式束缚,开始对未签字的第三人产生法律约束力。在仲裁协议异化与矫正这一节里面,作者分析了不可矫正的无效仲裁协议和有效但尚待矫正的仲裁协议,指出其产生原因并相应地提出了化解建议。

其次,仲裁庭研究。作者认为仲裁员与当事人之间的关系是一种特殊的“契约”关系,仲裁员的角色类似“民间法官”,受托于双方当事人的同样信任,应独立于任何一方当事人,仲裁员也应以国家法官责任为典范,同时也享有与国家法官同样的权利;仲裁员与仲裁机构之间在特定情况下互负特定的义务,仲裁员与仲裁机构的关系看似是以契约为基础,但这种“契约”性不明显,仲裁员对仲裁机构(实际上也是对当事人)的最大义务就是遵守仲裁规则的规定。作者对仲裁员的权利和义务予以充分阐述,仲裁员有限制情况披露、与当事人适当联系、实施仲裁程序、公正公开作出决定和对裁决持不同意见的权利,同时也负有维护仲裁程序的廉洁与公平、披露利害关系、不与当事人私下接触、给当事人平等待遇、勤勉审慎地实施仲裁程序等义务。同时,阐述了仲裁员的适格内容,指出判断适格与否的标准,分析不适格的种种情形。本章最后作者对国际商会仲裁院仲裁庭组成的具体规定逐一进行了评价。

次之,审理范围书研究。作者在该章论述了审理范围书的起源与演变,并特别论述其重要作用和特殊意义。最重要的是作者通过考察国际商会仲裁院的规则,提出了审理范围书的拟定程序,如拟定审理范围书的一般原则,拟定审理范围书的方式选择,确定会同拟定的日期等,作者还提出了拟定审理范围书的内容,即当事人和仲裁员的基本情况,当事人各自的请求摘要,待决事项清单,仲裁地点,应适用的具体程序规则等,然后作者对审理范围书引起的两项特别事项提出了自己的处理意见。本章最后作者对国际商会仲裁院现行仲裁规则对审理范围书的规定进行了基本评价,表明了作者自己的看法。

接着,仲裁程序研究。国际商会仲裁全球化的特殊性使得管辖仲裁程序的规则与法律尤显重要,作者结合国际商事仲裁中很多具体案例阐述了当事人选择或约定的程序规则、仲裁庭决定的程序规则、国内法律的影响等重大问题,很具体、很细致地提出了诸如确认案件事实的“适当方法”和“尽可能最短时间”、仲裁证据理念、书面材料、证据程序中的组织工作等,开庭审理中的开庭前的准备、庭审过

程的细节等,以及对仲裁程序中特殊情况的处理等几个关键方面的经验与建议,这也是作者多年的工作体会,对我国仲裁特别是国际商事仲裁的理论与实践具有一定的指导意义。

再次,仲裁法律适用研究。仲裁法律适用主要是从程序和实体两个方面进行阐述的:仲裁程序的法律适用主要存在两个规则,即首先适用当事人选择或者约定的程序规则,否则适用仲裁庭决定的程序规则,当然无论如何,仲裁地的程序法对程序问题的法律适用存在制约,但国际商会的规则体现出独特的梯级化特征,即首先适用商会仲裁规则,其次适用当事人选择或者约定的仲裁规则,再次适用仲裁庭决定的程序规则。仲裁实体问题的法律适用规则主要有二,首先适用当事人意思自治选择的法律,其次适用仲裁庭决定的法律;文章着重分析了仲裁庭在决定实体问题准据法时的几种具体做法,对我国国际商事仲裁具有启发作用。

最后,仲裁裁决研究。文章主要介绍了三方面的内容,包括仲裁裁决的种类、仲裁裁决的作出和国际商会仲裁院对仲裁裁决的行政监督,重中之重是第三部分,该节内容是国际商会仲裁非常有特色的部分。第一,在仲裁裁决类型上,文章简要介绍了临时仲裁裁决与部分仲裁裁决、一致裁决、多数票裁决以及首席仲裁员裁决各自的特征和之间的异同。第二,完整介绍了仲裁裁决的作出期限、程序以及仲裁裁决的法律效力。本章最后着重阐述了仲裁院的行政监督,国际商会仲裁是受监督的机构仲裁,仲裁院对于仲裁裁决的控制和监督构成了国际商会仲裁标志性的特征,由于存在一个拥有丰富经验的行政中枢给予协助,国际商会仲裁裁决在全球范围内受到的礼遇也就不足称奇,国际商会仲裁院与仲裁庭之间如何合作,当两者产生矛盾如何化解,国家司法机关如何评价,当事人对仲裁院的监督职能如何评价,仲裁庭的独立性与仲裁院的监督如何平衡,等等,这些问题复杂而富有吸引力,本书作者以轻松流畅的语言、深入浅出的分析带您轻松领略国际商会相关的仲裁规则和实践。

目 录

第一章 引言	(1)
第一节 国际商事仲裁的历史与发展	(1)
一、国际商事仲裁的产生	(1)
二、国际商事仲裁的最新发展	(4)
第二节 国际商会仲裁院的运转机制	(11)
一、国际商会的历史地位	(11)
二、国际商会仲裁院的作用	(13)
三、国际商会仲裁院秘书处的作用	(15)
第三节 国际商会仲裁院 1998 规则	(16)
一、1975 规则的修改背景及经过	(16)
二、1998 规则的评价	(24)
第二章 仲裁协议研究	(30)
第一节 仲裁协议的界定	(30)
一、仲裁协议的内涵	(30)
二、仲裁协议的性质	(37)
第二节 仲裁协议的种类	(41)
一、形式标准	(41)
二、类型标准	(44)
第三节 仲裁协议的要素	(51)
一、必备要素	(52)
二、通常要素	(61)
三、特别要素	(74)

四、对国际商会仲裁示范条款的评价	(81)
第四节 仲裁协议的效力	(84)
一、传统效力	(84)
二、仲裁协议的独立效力	(93)
三、扩张效力	(99)
第五节 仲裁协议的异化与矫正	(106)
一、不可矫正的无效	(107)
二、有效但尚须矫正	(110)
第三章 仲裁庭研究	(119)
第一节 仲裁员与当事人的关系	(119)
一、契约关系	(121)
二、契约关系的影响	(125)
第二节 仲裁员与仲裁机构的关系	(130)
一、仲裁员与仲裁机构的权利义务关系	(131)
二、仲裁员与仲裁机构关系的性质	(132)
第三节 仲裁员规范	(133)
一、仲裁员的权利	(133)
二、仲裁员的义务	(143)
三、仲裁员的资格	(147)
第四节 对国际商会仲裁庭组成规定的基本评价	(183)
第四章 审理范围书研究	(190)
第一节 审理范围书的概述	(190)
一、起源	(190)
二、演变	(192)
三、作用	(194)
第二节 审理范围书的拟定程序	(197)
一、一般原则	(197)
二、拟定方式的选择	(200)
三、确定会同拟定的日期	(200)

第三节 审理范围书的内容	(205)
一、当事人和仲裁员的基本情况	(205)
二、当事人各自的请求摘要	(206)
三、待决事项清单	(208)
四、仲裁地点	(209)
五、应适用的具体程序规则	(210)
第四节 审理范围书所引起的特别事项	(212)
一、如何处理当事人在审理范围书之外提出的新请求 或反请求	(212)
二、当事人应缴纳的费用	(215)
第五节 对审理范围书规定的评价	(216)
一、已被人们普遍接受	(216)
二、争论及解决方法	(217)
三、新请求	(221)
四、拟定程序与克服障碍程序	(222)
五、有效性及临时时间表	(224)
第五章 仲裁程序研究	(227)
第一节 仲裁程序的一般理论	(227)
一、仲裁程序的理念	(227)
二、仲裁程序的特征	(232)
第二节 仲裁自裁管辖权	(237)
一、立法确认	(238)
二、法院态度	(242)
三、国际商会仲裁院的规则与实践	(244)
第三节 确认案件事实	(249)
一、“适当的方法”和“尽可能短的时间”	(249)
二、仲裁证据理念	(251)
三、证据程序中的组织工作	(258)
第四节 开庭审理	(268)

一、开庭前的准备	(268)
二、庭审	(271)
三、实践中的几个问题	(276)
第五节 对仲裁程序中特殊情况的处理	(279)
一、确认案件事实的最佳选择	(279)
二、授予仲裁庭采取临时救济的权力	(285)
第六章 仲裁法律适用	(288)
第一节 仲裁程序法律适用	(288)
一、概说	(288)
二、当事人选择的程序规则	(290)
三、仲裁庭决定的程序规则	(291)
四、国内法律的影响	(294)
五、相关的问题	(297)
第二节 仲裁实体法律适用	(300)
一、《国际商会仲裁规则》第 17 条的演变	(300)
二、国际商会的一般规则	(303)
第七章 仲裁裁决研究	(314)
第一节 仲裁裁决种类	(314)
一、临时裁决与部分裁决	(314)
二、一致裁决、多数裁决、首席裁决	(321)
第二节 仲裁裁决的作出	(326)
一、作出期限	(326)
二、作出程序	(328)
三、形式和内容	(333)
四、仲裁裁决的效力	(338)
第三节 仲裁裁决的行政监督	(346)
一、概述	(346)
二、具体内容	(349)
三、评价	(352)

第一章 引 言

第一节 国际商事仲裁的历史与发展

一、国际商事仲裁的产生

据学者考证,仲裁一词源自拉丁文^①(arbitra),在英语中称 arbitrate,而在汉语中,“仲”是指地位居中,“裁”则指裁定、裁断,仲裁即是指居中公断的意思。概而言之,仲裁是指发生争议的当事人共同将争议事项提交第三者居中作出裁决或公断,彼此承担由此而确定的责任并自觉履行,从而使纠纷得到解决的一种方法。就实质而言,仲裁是解决民商事争议的一项契约上的制度。综合起来,仲裁一词的主要内容是:(1)仲裁是一种解决争议的方法;(2)仲裁是当事人自愿选择的一种争议解决方法;(3)由第三者独立公正地进行裁决;(4)第三者的裁决对争议双方具有约束力,能最终解决争议。

作为定纷止争的一种方式,仲裁的历史或许与法律本身同样古老。在古罗马奴隶制时代就有关于仲裁的正式记载,后来,商品经济萌芽,古罗马以自由民集会的方式来决定对纠纷的管辖权,而这种集会“取决于当事人双方的同意,公众集会的程序必须在当事人双方之间假设和促成一种充分程度的信任,以便使集会制度得以运作,就像依靠保证、宣誓和人质制度的家庭之间或氏族之间的谈判程序也必须假设和促成这种程度的相互信任一样。”^②公元前 403 年,雅典的记

^① 杨良宜著:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 10 页。

^② [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 13~14 页。

裁中就有,“金额较大的争议先由仲裁员解决,如果他无法在当事人之间解决,仲裁员要听审证人后作出裁断。对裁断不服,可到法院上诉,但法院不得接受新的证据,而只能在仲裁员审理的基础上裁决”。^①

在仲裁产生后相当长的一段时间内,仲裁几乎是不受法律调整的领域。争议当事人往往选定德高望重的人依据当事人自己选择的仲裁规则和实体法来裁断当事人之间所发生的争议,在当事人没有选择实体法的情况下,仲裁员依据自己认为应当适用的法律或根据“善良和公平”的标准,对争议的是非曲直居中裁判。仲裁裁决是靠当事人自觉履行或依靠仲裁员的威望强制执行。随着商品经济的发展,仲裁所具有的快速、低廉、保密以及仲裁中当事人具有更大的自主性和灵活性等优势凸显出来,因而仲裁越来越显示出极强的适应性和生命力,仲裁也逐渐制度化、法律化,并不断得到完善和发展。到了14世纪中叶,瑞典的一个地方法典就将仲裁作为解决纠纷的手段列入其法令条例中。1887年瑞典制定了第一个仲裁法令,并于1929年通过了《瑞典仲裁法》。^②公元1347年英国的一部年鉴中也有关于仲裁的记载,16、17世纪,英国东印度公司的章程中就订有仲裁条款,规定对该公司成员之间的民事争议用仲裁方式解决。1697年,英国议会正式承认了仲裁制度,通过了第一个仲裁法案,并于1889年颁布了第一部仲裁法。^③

作为解决国际商事争议的一种手段,仲裁尤其受到商人的欢迎。中世纪地中海沿岸的商人习惯法是商人们在长期的商事交易实践中发展起来并普遍适用的商事惯例,这些商事惯例在很长一段时间内保持了相当程度的统一。之所以如此,其中一个主要原因是

① 谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第1页。

② William H. Gill, *Arbitration Law*, Sweet & Maxwell Publishing House, London, 1975, p. 1.

③ William F. Fox, Jr., *International Commercial Agreements*, Kluwer Law International. 1992, p. 243.

商人们“带着商品往返于各港口,各集市的商人们有他们自己的解决争议的法院,特别是商事法院。一般而言,在商事法院里,通常有所谓的‘半个能说话的陪审团’,即在陪审团中,本地和外地的商人各占一半,很可能发生这样的情况:某个商人于某日是英国法院的陪审员,但几天后,他又成为某外国法院的陪审员”。“这些商事法院无疑是统一的,具有现代调解或仲裁庭的性质,而不是严格意义上的法院。此外,若用现代术语表述,它们具有常设国际仲裁庭的特点,非职业性的仲裁员被召集在一起,负责在各地解决争议”。^① 18 世纪末 19 世纪初,中世纪具有普遍意义的商人习惯法被纳入各国的国内法。这些法律中关于仲裁的规定,使仲裁制度得以确立和发展。到了 19 世纪末 20 世纪初期,资本主义经济的发展使得国际商事交易形成了一种“共同的语言”,而这种“共同的语言”其实就是国际商事交往中的原则和规则。前南斯拉夫的学者哥尔德斯坦教授将这些基本原则归纳为:

- (1)当事人意思自治;
- (2)合同必须忠实履行;
- (3)仲裁的采用。^②

由此可见,仲裁在解决国际贸易争议和促进国际间的交往与合作上发挥了极为重要的作用。进入 20 世纪以来,仲裁制度得到空前发展,不但各国普遍制定了仲裁法,重视用仲裁方式解决争议,而且仲裁也得到了普遍承认,出现了国际性的仲裁立法,并开展了国际性的仲裁活动。仲裁裁决能够在世界得到普遍的承认和执行。仲裁已成为许多国家法律制度和市场经济裁判制度中的必要组成部分,在解决纠纷、平息冲突、调整市场经济关系中起着积极的为司法诉讼所不可替代的作用,是对法院审判以及行政司法的重要辅

① [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 6~7 页。

② 同上书,第 248~250 页。

助和补充。

从上述历史发展中,可抽象出仲裁发展的三条规律:第一,从仲裁对象的演变看,仲裁从解决国内民商事争议发展到解决区域性民商事争议,再到解决国际民商事争议;第二,从仲裁效力根据的演变看,仲裁从依靠原始的、基于良心和道德权威的清规戒律到依靠行业协会、商业共同体的社会舆论和集体制裁的威慑,再到依靠主权国家的法律强制力;第三,从仲裁性质的演变看,仲裁从解决私法性质争议即解决民商事争议发展到解决国际公法性质的争议即主权国家之间的争议,^①再到解决半公法性质、半私法性质的争议。^②

二、国际商事仲裁的最新发展

人类社会自进入上个世纪以来,随着国际经济贸易的飞速发展,世界各国都普遍将仲裁作为解决国际民商事争议的一种重要方式。继英国于1892年在伦敦成立伦敦国际仲裁院以后,瑞典于1917年成立了斯德哥尔摩商会仲裁院,美国于1922年在纽约成立了美国仲裁协会,国际商会于1923年在巴黎成立了国际商会仲裁院,日本于1950年成立了日本国际商事仲裁协会,中国于1956年成立了中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会,^③世界银行于1966年成立了“解决投资争端国际中心”,香港于1985年成立了香港国际仲裁中心,世界知识产权组织在1994年成立了世界知识产权组织仲裁中心,上述各仲裁机构均受理国际民商事仲裁案件。与此同时,世界各国还纷纷制定或修改了其仲裁法规。此外,为了协调世

① 主要是法律性争端,一般认为,政治性争端不能通过仲裁的方式解决。这一争端解决方式甚至为甚有影响的世界贸易组织所采用,纳入其争端解决体制,以供争端当事方选择适用。

② 此类争议尤以ICSID所解决的投资者与东道国之间争端为代表和典型。

③ 中国国际经济贸易仲裁委员会在1956~1980年称为中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会,1981~1988年称为中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会;中国海事仲裁委员会在1959~1988年称为中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会。

界各国在有关仲裁立法方面所发生的法律冲突,统一规定仲裁协议的效力,国际社会还通过不懈努力,先后于1923年在日内瓦签订了《关于承认仲裁协议的议定书》,1927年在日内瓦签订了《关于执行外国仲裁裁决的公约》。1958年,联合国在纽约缔结了《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》,1976年第三十一届联合国大会正式通过了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,1985年,联合国国际贸易法委员会制定和通过了《联合国国际商事仲裁示范法》。^①

国际商事仲裁出现了迅猛发展的态势,具体表现在以下几个方面:

(一)仲裁法律和仲裁规则的统一化进程加快。为了解决世界各国在仲裁立法上的分歧和促进国际商事仲裁立法及实践的统一化,在联合国的推动和主持下,先后制定了三个主要的有关仲裁的国际公约或规则,它们是1958年通过的《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》),现已有133个国家加入了该公约以及26个扩展适用的地区,如香港;1976年制定了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,现已广泛地被临时仲裁和一些常设仲裁机构所采用;1985年通过了《联合国国际商事仲裁示范法》,现已有一些国家在本国的仲裁立法中完全采纳或部分采纳了该示范法,还有一些国家准备参照该示范法修改本国的仲裁法。^②

(二)仲裁所适用的程序和实体法律非国内化或非当地化趋势加强。在国际商事仲裁中,对于适用的程序法,仲裁庭一般基于当事人约定的或仲裁庭确定的仲裁规则进行仲裁,而不必使仲裁程序受任何国家的国内仲裁程序法的支配;对于仲裁适用的实体法,仲裁庭基于当事人的选择,适用国际法、国际贸易法、国际贸易惯例或商事习

① 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编著:《中华人民共和国仲裁法全书》,法律出版社1995年版,第140~145页。

② 中国国际商会仲裁研究所编译:“世界仲裁立法最新发展情况——成就和问题”,载《国际商事仲裁文集》,中国对外经济贸易出版社1998年版,第4页。

惯法、一般法律原则或合同中的条款等判定争议的是非曲直;在当事人未作明示法律选择时,仲裁庭适用国际上一般可接受的或普遍的冲突规则确定应适用的实体法。

(三)常设仲裁机构数量增加,权力扩张。早期的国际商事仲裁多为临时仲裁,而现在,大多数的国家商会、一些非政府间的国际或地区组织或行业协会,相继成立了常设的仲裁机构并制定了各自的仲裁规则,机构仲裁甚至有超过临时仲裁之势。而且,常设仲裁机构的权力越来越得到加强,如仲裁员的指定、确认、仲裁庭的组成方式、仲裁员的回避、替换等,几乎所有的仲裁机构都对之有最后的决定权,中国国际经济贸易仲裁委员会对仲裁案件管辖权异议和仲裁费用的决定权和国际商会仲裁院对仲裁庭的审理范围书的批准权和核阅裁决书的权力等例更显得此问题的突出。

(四)法院对仲裁的干预或控制日益减弱。近年来,国际上总的发展趋势是法院对仲裁首先表现的是鼓励和支持,尽量减少对仲裁的监督和干预。最能反映这种发展趋势的两个例子:一是向来对仲裁持严格干预的英国近年来态度完全改变,英国法院与仲裁已是合作紧密。^①二是《国际商事仲裁示范法》第5条规定:“由本法管辖的事情,任何法院均不得干预,除非本法有此规定。”同时,该法在关于法院承认、执行和重审、撤销仲裁裁决的规定上基本上采取了《纽约公约》的有关规定和提法,例如,该法第34条关于撤销仲裁裁决的理由、第36条拒绝承认和执行仲裁裁决的理由之规定,就是依照《纽约公约》的规定。法院在这方面的权力虽被确认,但却被控制在必不可少的限度内,特别是该法第34条的规定,实际上消除了法院基于法律方面的理由来撤销仲裁裁决的可能性。毋庸置疑,改变法院对仲裁进行过多监督的做法,赋予仲裁在其程序和裁决效力等方面所应有的权威和地位,这既符合当事人对仲裁的要求和利益,也有利于争议的迅速、及时和有效的解决,促进民商事关系的顺利发展。

^① 杨良宜著:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第25页。