

CHINA 中国

No.5.2005 2005年第5辑 总第29辑

主办单位：中国仲裁法学研究会 中国国际经济贸易仲裁委员会

中华人民共和国最高人民法院民四庭

协办单位：中国国际私法研究会 武汉大学国际法研究所

华东政法学院国际法学院

仲裁与司法

ARBITRATION AND JUDICATURE IN CHINA



加强仲裁机构管理,实现涉外仲裁的可持续发展

第22届世界法律大会“商事仲裁与调解”专题报道

国际商事仲裁中被撤销裁决的承认与执行

——评《纽约公约》更优惠权利条款

浅谈重新仲裁制度的完善

论我国司法实践中的仲裁条款独立性原则

论国际商事仲裁中的识别及识别冲突

委托理财合同的风险责任

无名合同的基本认识与裁判规则

海事案件中的若干时效问题探析

www.arbitration.org.cn



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国仲裁与司法. 2005年. 第5辑. 总第29辑/中国
仲裁法学研究会等主办. —北京: 法律出版社, 2006.1
ISBN 7-5036-6020-1

I. 中… II. ①中… ②中… III. 仲裁—法学—研
究—中国—丛刊 IV. D925. 704-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第147052号

© 法律出版社·中国

责任编辑 / 伍远超	装帧设计 / 于佳
出版 / 法律出版社	编辑统筹 / 法律应用出版分社
总发行 / 中国法律图书有限公司	经销 / 新华书店
印刷 / 中国人民大学出版社印刷厂	责任印制 / 陶 松
开本 / 880毫米 × 1230毫米 1/16	印张 / 4 字数 / 100千
版本 / 2006年1月第1版	印次 / 2006年1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
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
重庆公司 / 023-65382816/2908	
书号: ISBN 7-5036-6020-1/D · 5737	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)

聚焦纪实 Focusing and on-the-spot Report

[热点追踪 Hot Point Track]

- 1 加强仲裁机构管理 实现涉外仲裁的可持续发展 / 高菲
Strengthen the Management of Arbitration Body and Realize the Continuous Development of Foreign-related Arbitration / Gao Fei
- 10 第22届世界法律大会“商事仲裁与调解”专题报道 / 高菲
Special Topic Report on Commercial Arbitration and Conciliation of the 22nd Congress on the Law of the World / Gao Fei

探索研究 Explore and Research

[仲裁论坛 Arbitration Forum]

- 11 论国际商事仲裁中被撤销裁决的承认与执行——评《纽约公约》更优惠权利条款 / 林忠明
Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards Set Aside — Comment on More Favorable Clause of Right of New York Convention, 1958 / Lin Zhongming
- 14 浅谈重新仲裁制度的完善 / 于燕华
Simply Discussed on the Consummation of Re-arbitrates System / Yu Yanhua
- 18 论我国司法实践中的仲裁条款独立性原则 / 乔慧娟
Separability of Arbitration Clause in Judicial Practice in China / Qiao Huijuan

[学术探讨 Academic Approach]

- 24 论国际商事仲裁中的识别及识别冲突 / 邹晓乔
Characterization and It's Conflict in International Commercial Arbitration / Zou Xiaoqiao
- 31 国际货物买卖中卖方知识产权权利担保义务——评《联合国国际货物销售合同公约》第42条 / 徐飞
Warranty for Intellectual Property Rights in International Sale of Goods — Comment on Article 42 of CISG / Xu Fei
- 36 委托理财合同的风险责任 / 张冬
Risk Liability of Trust Contract of Managing Financial Affairs / Zhang Dong
- 38 无名合同的基本认识与裁判规则 / 孟杰
Basic Knowledge and Rule of Judgment of Nameless Contract / Meng Jie

[海事海商 Maritime]

- 42 海事案件中的若干时效问题探讨 / 李邈 王英民
A Discussion on Some Problems about Time Limit in Maritime Cases / Li Miao Wang Yingmin

[调解 Conciliation]

- 45 “借水行舟”，突破推广商事调解的“瓶颈” / 何贵才
“Sail With the Water” and Break Through the “Bottleneck” of Popularizing Commercial Conciliation / He Guicai

司法支持与审查 Judicial Support and Review

[司法审查 Judicial Review]

- 47 目前我国法院对国际商事仲裁司法监督的实践 / 高晓力
Present Practice of Judicial Review on International Commercial Arbitration by the People's Court / Gao Xiaoli

思考与争鸣 Thinking and Contending

[百家争鸣 Contending of Hundreds of Schools Thought]

- 54 司法应监督仲裁但不干涉仲裁——对一起“不予执行”仲裁裁决案的思考 / 廖慕杰
Judicial Review to Arbitration But Noninterference-Thinking on An Arbitral Award “Non-enforcement” / Liao Mujie
- 57 编后记：三言两语话撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决的冲突 / 高菲
Post-editor 笈 Notes: A Few Words on Conflict of Setting Aside and Non-enforcement of An Arbitral Award / Gao Fei

交流信息 Exchange and Information

[外国法制 Foreign Legal System]

- 58 日本学者论公司设立 / 陈国奇
Japanese Scholar Discuss the Establishing of Company / Chen Guoqi



中国仲裁与司法
2005年第5辑 (October, 2005) 总第29辑

主办单位：
中国仲裁法学研究会
中国国际经济贸易仲裁委员会
中华人民共和国最高人民法院民四庭

协办单位：
中国国际私法研究会
武汉大学国际法研究所
华东政法学院国际法学院

总 顾 问：曹建明
主 编：万季飞 万鄂湘
执行主编：钱 锋 高 菲
常务执行主编：高 菲
编辑部成员：高晓力 王政 吕岩
庄硕 (实习) 李晓琳 (实习)

理 事 长：张丹
副 理 事 长：方 向 卢云华 王生长 叶 兵
黄 进 王虎华

Arbitration and Judicature in China
(www.arbitration.org.cn)

No.5. 2005, Total 29.

Sponsor:
China Academy of Arbitration Law
China International Economic and Trade Arbitration Commission
The Fourth Civil Division of the Supreme People's Court of PRC

Assistant:
China Society of Private International Law
Research Institute of International Law of Wuhan University
Law School of International Law of East China University of Politics and Law

General Counsel: Cao Jianming
Chief Editor: Wan Jifei, Wan Exiang
Execute Chief Editor: Qian Feng, Gao Fei
Standing Execute Chief Editor: Gao Fei
Editorial Department Members: Gao Xiaoli, Wang Zheng, Lu Yan, Zhuang Shuo (Practice), Li Xiaolin (Practice)
Chairman of Council: Zhang Zhou
Vice-Chairman of Council: Fang Xiang, Lu Yunhua, Wang Shengchang, Ye Bin, Huang Jin, Wang Huhua

加强仲裁机构管理 实现涉外仲裁的可持续发展

文 / 高 菲

光阴荏苒，时光如梭。

恍若弹指一挥间，自中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会成立至今，转瞬已近半个世纪。半个世纪以来，作为中国主要处理涉外仲裁案件的机构，两仲裁委员会不断实践、不断探索、不断思考、不断发展，一路奋斗、一路改革、一路创新、一路载誉走来。迄今为止，两仲裁委员会已审理各类仲裁案件近11000件，当事人涉及四五十个国家和地区。中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲）设立了华南和上海两个分会，中国海事仲裁委员会（以下简称海仲）设立了上海分会。在全国部分城市和地区，两仲裁委员会共设立了21个（其中海仲4个）办事处；就行业争议而言，贸仲设立了粮食、域名、金融等行业争议解决中心，海仲设立了物流争议解决中心和渔业争议解决中心。所有这些，都为中国仲裁事业的崛起、发展，中国经济的腾飞以及止讼息争、构建和谐社会等方面发挥了重要作用。

两仲裁委员会取得的上述成就在于其锐意进取，不断创新和改革。最近十年多来，为适应中国经济的高速发展、世界经济一体化以及入世后客观条件的变化，进一步提高仲裁程序的科学性、透明度，更大限度地方便当事人，更多地赋予当事人行使意思自治的权利，贸仲已

先后6次修改仲裁规则，海仲4次修改仲裁规则。

但矛盾普遍存在，矛盾运动是事物发展的基本/根本动力。两涉外仲裁委员百尺竿头，如何能够保持可持续发展的势头和劲头，不断前进，更进一步起到两涉外仲裁机构在中国仲裁事业中的领头羊作用以及继续保持两涉外仲裁机构在世界国际商事仲裁领域的领先地位和前沿地位；如何解决两涉外仲裁委员会在发展过程中存在的一系列矛盾以及风风雨雨以获得可持续发展的动力；如何对两涉外仲裁机构及其工作人员、所聘任的仲裁员进行规范管理以汲取公正仲裁、高效仲裁的不断源泉，以及如何改革两涉外仲裁委员会的工作体制以及分配制度以符合改革开放以及经济全球化对我国国际商事仲裁事业带来的机遇和挑战、如何留住人才继续为中国特色社会主义涉外仲裁事业健康可持续发展作出贡献，对这一切，鉴于贸仲、海仲发展的兴衰盛落与每个贸仲人都有着唇齿相依、休戚与共甚至唇寒齿亡的关系，每个贸仲人都愿意与贸仲同兴旺发达、共甘苦命运。据此，就贸仲加强机构管理，实现涉外仲裁的可持续发展方面提出以下一些不成熟的看法，供批判。笔者首先认为，贸仲新规则是实现其涉外仲裁可持续发展的基础；其次认为，贸仲的体制改革，尤其是财务制度的

改革是其实行涉外仲裁可持续发展的关键要素。

一、修改仲裁规则，为实现涉外仲裁可持续发展打好基础

依稀记得2004年初，当《中国仲裁》改版为《中国仲裁与司法》的时候，笔者曾就“加强仲裁服务意识，开创仲裁工作新局面”的话题采访过中国贸促会/中国国际商会的会长、贸仲、海仲主任万季飞。在那篇采访当中，万会长曾就将两仲裁委员会建设成为可持续发展的、现代化的、世界一流的国际仲裁机构，贸仲所进行的一系列人事制度、分配制度的改革，以及如何从激励机制上保障贸仲的进一步可持续发展，采取了哪些新举措，作了精彩的阐述。

如今两年快过去了，贸仲的改革成果如何，贸仲在发展的过程中又遇到了哪些“瓶颈”，都是贸仲人最为关切的话题。

也许不从困难和窘境出发，而是从发展的角度出发来论述问题，可能会更符合当今人们的心态。更重要的是，任何困难和问题都可以通过发展这种方法求得解决。

众所周知，发展是第一要务，发展是硬道理。没有发展，就没有前途、没有未来，甚至没有存在的依据和理由。但发展既不可能一蹴而就，也不可能一帆风顺。

两涉外仲裁委员会发展到今天这样享有极高国际盛誉,成为与世界上著名的如国际商会仲裁院、伦敦仲裁院、瑞典斯德哥尔摩仲裁院、美国仲裁协会等几大仲裁机构并驾齐驱的仲裁机构之一,其中的奋斗与拼搏、探索与追求以及困难与阻力、矛盾与问题,不经历者不知道,不经历者也难解其中艰难困苦之滋味。比如:自仲裁法颁布至今,全国已成立了185家仲裁机构,而且依据1996年《国务院办公厅关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》第3条有关“涉外仲裁案件的当事人自愿选择新组建的仲裁委员会仲裁的,新组建的仲裁委员会可以受理”的规定,全国185家仲裁机构均可以受理涉外仲裁案件,据此,“说不竞争时已是竞争”,贸仲、海仲两仲裁委员会如何应对这些挑战?

发展是涉外仲裁事业的第一要务,必须坚持以发展解决涉外仲裁实践中遇到的问题。这绝非是说说就可以的。全国185家仲裁机构都可以受理涉外仲裁案件,涉外仲裁再也不是仲裁法颁布实施之前我们两涉外仲裁机构这“一枝独秀”了,而是全国185家仲裁机构“百花齐放”、“百舸争流”。这便将公正、高效、信誉审理涉外仲裁案件提高到另一个层次。

如何公正、高效、信誉审理涉外仲裁案件?与时俱进方能不被时代淘汰。总的来说,要适应不断发展变化着的客观外界情况,两仲裁委员会首先就必须从根本上入手,及时修订仲裁规则,不断完善仲裁程序。既要体现仲裁程序的合法化与灵活性相结合,科学化和现代化、国际化相统一,又要体现最先进的仲裁理念,宣扬公平、正义、独立、透明、勤勉、高效、诚信、和谐、自律的仲裁文化。既要从仲裁程序设计上充分体现、尽量拓展并依法保障仲裁案件当事人行使意思自治的权利,也要充分保证仲裁庭、仲裁员行使仲裁案件审理和裁决的权力,更要方便当事人,服务当事人,节约仲裁资源,提倡仲裁与调解相结合,促进当事人达成和解以促进社会稳定和经济发展。

为达此目的,贸仲于2005年修改并颁布实施了其第六套仲裁规则(2005年5月1日生效,以下简称2005规则),²笔

者认为,新规则在以下一些方面为实现贸仲的可持续发展奠定了基础:

(一) 体现了仲裁程序合法化与灵活性相统一的原则

新仲裁程序更灵活,更方便于当事人,服务于当事人,更多体现当事人意思自治原则。比如:

1. 约定了仲裁规则即约定了仲裁机构。依据仲裁法规定,仲裁协议必须是书面的,且合法有效的仲裁协议必须具备包括选定的仲裁委员会在内的三要素。但实践中,有些仲裁协议虽然明确规定了适用贸仲的仲裁规则,但却未明确选定仲裁委员会,此种情况下,倘若当事人不能就该有瑕疵的仲裁协议补充协议选定的仲裁委员会,该仲裁协议就可能存在被认定为无效的风险。对此,贸仲2005仲裁规则第4条第3款规定,“凡当事人约定按照本规则进行仲裁但未约定仲裁机构的,均视为同意将争议提交仲裁委员会仲裁”,从而解决了这一问题。

贸仲的上述约定,实际上比ICC的仲裁规则更先进。ICC的仲裁规则没有作出如此规定,因此,导致当事人签署的在中国进行的适用ICC仲裁规则的仲裁协议,会被中国法院以不符合仲裁法规定的仲裁协议必须具备包括选定的仲裁委员会在内的三要素为由而被认定为无效。这在实践中已有一例。

2. 仲裁委员会可以授权仲裁庭作出管辖权决定。有关仲裁案件管辖权的决定问题,仲裁法第20条明确规定,有权作出仲裁管辖权的机关是仲裁委员会和人民法院,不包括仲裁庭。众所周知,世界上多数仲裁机构的仲裁规则都规定,除了法院之外,仲裁案件的管辖权由仲裁庭或者仲裁员作出,³而不是由仲裁机构作出,当然1998年瑞典斯德哥尔摩商会加速仲裁规则的规定除外,其有关仲裁案件管辖权问题事实上也是由仲裁院决定,而不是由仲裁庭作出的,⁴但我国法律如此规定,就应该依据法律规定作为。

在国内,仲裁法有关仲裁管辖权由仲裁委员会以及人民法院作出的法律规定,遭受很多批评。但笔者认为,实事求是,一切从实际出发,是做一切工作的基

本准则;洋为中用,古为今用,对于国际上先进的仲裁程序规则,根据我国具体情况加以吸收或改进也是做好涉外仲裁工作应一贯奉行的原则。但仅就管辖权问题而言,我们是典型的机构仲裁,仲裁员本身是不可能就仲裁案件的管辖权作出决定的;就仲裁庭而言,仲裁庭未组成之前,在一方当事人对仲裁管辖权提出异议的情况下,如何由仲裁庭作出管辖权决定?由此可见,完全规定仲裁案件的管辖权决定由仲裁庭作出也是不能完全适应客观实际需要的。

一句话,仲裁规则的修改,一方面,不能逾越法律授予的权限,制定出不符合法律规定的仲裁规则;另一方面,也要考虑到仲裁实践的需要,考虑到许多复杂案件的管辖权问题并非一目了然可以立即由仲裁委员会作出决定,而是必须经过仲裁庭的审理方可分辨清楚的。

据此,贸仲2005规则第6条第1款、第2款作出如下规定:“仲裁委员会有权对仲裁协议的存在、效力以及仲裁案件的管辖权作出决定。如有必要,仲裁委员会也可以授权仲裁庭作出管辖权决定。如果仲裁委员会依表面证据认为存在由仲裁委员会进行仲裁的协议,则可根据表面证据作出仲裁委员会有管辖权的决定,仲裁程序继续进行。仲裁委员会依表面证据作出的管辖权决定并不妨碍其根据仲裁庭在审理过程中发现的与表面证据不一致的事实及/或证据重新作出管辖权决定。”⁵

应该说,贸仲新规则的上述规定,应该是个“亮点”。虽然此“亮点”在贸仲以往的仲裁实践中早已实行。但正是由于经过实践证明,这是一个行之有效的变通的符合实践发展需要的做法,在其成熟时,及时以规则的形式作出规定,意义就完全不同了。这应该是贸仲新规则中体现“仲裁程序的合法化与灵活性相统一原则”的范例。

(二) 体现了仲裁程序规则科学化、现代化和国际化相统一的原则

所谓仲裁程序规则的科学化,当指仲裁程序的规定应当逻辑严谨,解决实际问题,没有相互矛盾和“空当”现象。

事实上,上述贸仲新规则规定的“约定贸仲规则即视为约定了在贸仲仲裁”以及“仲裁委员会也可以授权仲裁庭作出管辖权决定”的规定已经在体现仲裁程序合法化与灵活性的同时,也体现了仲裁程序的科学化、现代化和国际化相统一。如果没有科学的、逻辑严谨的对仲裁程序规则的设置,实践中就不可避免地会出现一些难以解决的实际问题,不利于仲裁事业的发展。

关于现代化和国际化,当今科技的进步、发展,涉外仲裁的国际性都要求贸仲的新仲裁规则不能不体现这一点,否则寸步难行。确切地说,所谓仲裁规则的现代化、国际化理所当然地包含着仲裁规则的先进性内涵。就此意义而言,贸仲新规则的许多规定都体现了这一点,比如:

1. 当事人可从仲裁员名册之外选定仲裁员。在仲裁员选定上,国际上有一些仲裁机构不备有仲裁员名册,甚至像国际商会仲裁院这样的国际性大仲裁机构也是如此。事实上,许多西方国家的法律根本就没有对仲裁员的资格作出规定或限定,而是奉行一种只要具备了行为能力,就可以做仲裁员的理念。据此,没有必要备有仲裁员名册。但是在中国,由于中国的法律明确规定了仲裁员必须具备的资格,而且在涉外仲裁机构的长期仲裁实践中,制定仲裁员名册、当事人只能从仲裁员名册中选定仲裁员审理案件,已成为一种固定模式。我国国内各仲裁机构也普遍采取仲裁员名册的做法。

考虑到贸仲受理的案件大部分是涉外仲裁案件,外国当事人受西方法律文化的影响,在签署合同时可能将自由指定仲裁员作为签署合同以及仲裁协议的条件。为了既能够在我国法律规定的框架之内不逾越法律规定的界限,又能适应实践的需要,满足不同当事人对指定仲裁员的需求,贸仲本次仲裁规则的修改有力地突破了这一局限,规定当事人可以在仲裁委员会仲裁员名册之外选定仲裁员,前提条件有一个,即要经仲裁委员会主任依法审核之后确认。⁶这“依法确认”就蕴涵着虽然当事人享有自由地在名册之外指定仲裁员的权利,但也必须

符合我国法律规定的仲裁员资格的标准。如此,有效地解决了当事人自由指定与符合我国法律规定的完美统一。

2. 当事人享有更多的指定首席仲裁员的权利。在仲裁庭的组成上,赋予双方当事人更多机会选定首席仲裁员是贸仲2005规则的突出特点。除了延续双方当事人可以共同选定或者共同委托仲裁委员会主任选定首席仲裁员的传统规定以外,新规则还规定双方当事人可以向仲裁委员会推荐一至三名首席仲裁员的名单。倘若双方当事人推荐的名单当中有一名共同的人选,此人选即为该案的首席仲裁员。此做法与国际上的做法完全一样,大大地提高了双方当事人选定首席仲裁员的几率,增强了当事人行使意思自治的权利。

3. 当事人可以自由商定开庭方式。在审理方式和开庭方式上,当事人可以行使意思自治的权利,选择审理方式和开庭的方式。当事人不选择时,仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件,也可以根据案件具体情况采取询问式或者辩论式的开庭方式。但无论何种情况下,仲裁庭都要公平、公正地给予双方当事人陈述与辩论的机会。

4. 增加了包括可以书面质证在内的一些程序新规定。比如,在仲裁程序中,仲裁庭认为必要时可以发布程序指令、发出问题单⁷等;明确规定仲裁庭可以要求双方当事人进行书面质证,⁸解决了实践中书面质证问题不规范、因未当庭质证而裁决可能被撤销的情况;将长久以来实践中进行的仲裁与调解相结合的做法以“仲裁与调解相结合”的名义作出规定并增加了当事人在仲裁委员会之外达成和解协议的,也可以通过仲裁委员会作出仲裁裁决⁹以及增加了有关仲裁地的规定,从而可以比较容易地确定仲裁裁决的国籍¹⁰等。所有这些,都表明贸仲的仲裁规则经过不断地修改,不但是世界上最先进的仲裁规则之一,而且有它的创新及独到之处。

5. 少数仲裁员的不同意见可附于裁决书之后。这是贸仲2005新规则最具公正、公开、透明、先进、创新的做法。

应该说,将少数仲裁员的不同意见

附在裁判文书之后,主要是西方国家法院判决书采取的一种做法,以显示司法公正及透明。但采取直接在仲裁裁决书后附上少数仲裁员不同意见的做法的仲裁机构,即使是国际上知名的几大仲裁机构,就笔者所知,迄今为止,也尚凤毛麟角,¹¹但贸仲的仲裁规则却这样做了。为什么?

从某种意义上来说,这体现的是公正、透明、信誉裁决的一种仲裁理念乃至仲裁文化。中国人常说,“君子坦荡荡”。仲裁员对于审理的案件具有不同看法或法律观点,是正常的。你若是无私无欲、公道正派,为什么不能将不同意见示人?中国目前属于转型时期,从某种意义上来说,也可谓是“资本的原始积累时期”。这个时期,社会的整个公信力程度以及人们对社会公信力的认识都可能或多或少地有所下降。据此,贸仲这次修改规则彻底地将少数仲裁员的不同意见附于裁决书之后,就是要达到让当事人明白裁决的是非曲直、增加透明度;就是要让仲裁员公正无私地审理案件并加强其道德修养、知识水平以及办案能力;就是要让社会以及司法可以做到有效监督仲裁案件的目的,更重要的是要达到提高整个社会成员对以仲裁方式解决商事纠纷的公信力,倘若我们所有的仲裁案件都能做到事实查明查清、析理透彻到位、裁决公正合法,所谓的让当事人胜败皆没有话说的境界,这一目标应该是不难达到的。

(三) 彰显新的仲裁理念和仲裁文化

贸仲2005新仲裁规则所宣扬的有关体现现代仲裁理念乃至仲裁文化的规定,是新仲裁规则中最能令人感到别开生面,令人耳目一新的规定。比如:

1. 新规则第7条规定了“各方当事人应当诚信合作,进行仲裁程序”的“诚信条款”。

2. 第8条规定了“一方当事人知道或者理应当知道本规则或仲裁协议中规定的任何条款或情事未被遵守,但仍参加仲裁程序或继续进行仲裁程序而且不对此不遵守情况及时地、明示地提出书面异

议的,视为放弃其提出异议的权利”的“放弃异议条款”。

3.第19条规定了“仲裁员不代表任何一方当事人,并应独立于各方当事人且平等地对待各方当事人”的“仲裁员义务条款”。

上述各条,不但分别规定了当事人和仲裁员在仲裁程序中负有的诚实信用以及独立、公正、公平的义务,而且规定了如果当事人漠视了仲裁程序中可能发生的瑕疵而没有提出异议,仲裁委员会或者仲裁庭事实上享有对其仲裁程序中的些微瑕疵可以被忽略不计的权力。其中,除了放弃异议条款以前贸仲的仲裁规则中就已有规定以外,贸仲本次仲裁规则修改并增加了当事人诚信条款和仲裁员义务条款的规定,有着重要的现实意义。

仲裁规则是规范仲裁程序的“法律”。如何制定仲裁规则,它的行文用语无一不体现着该仲裁规则的仲裁导向、仲裁理念、仲裁文化以及品味。

新规则宣扬当事人之间负有应当诚信合作的义务,是要求当事人从提起仲裁那一刻起就应时刻牢记着他们不仅负有共同谋求一份公正裁决的义务,而且要持有裁决之后继续合作的良好愿望。牢记当事人是为了解决问题而来,而不是为了搞垮对方、整倒对方当事人而来。虽然当事人之间有争议,但各方当事人都要怀着一颗平常心,一种诚实信用的情操。这样做符合构建和谐社会的 basic 要求。

新规则要求仲裁员必须公正地对待双方当事人,必须给予双方当事人平等地陈述意见和进行答辩的机会,是要求仲裁员公正无私,心平如水,给整个仲裁庭、给双方当事人带来一份平和、一份清正、一种和谐、一种信任、一种宽松、一种大度大气和从容的氛围。仲裁员不要意气用事,仲裁员不要自觉不自觉地将自己摆到与当事人等同的地位上去,仲裁员要超脱于双方当事人才能公正无私地裁决。而且,对于贸仲的仲裁员来说,自贸仲新规则一实施,这种要求就已经不仅仅是一项道德要求,而且是一项法律规范要求;不是可有可无的要求,而是仲裁

员必须承担的法定义务。

至于“放弃异议条款”的规定,则是从另一个侧面赋予和体现仲裁委员会/仲裁庭对仲裁程序进行把握和控制的权力,是对当事人的一种规则上的法律要求。设置这种权力的目的是为了保障仲裁程序的顺利和快速进行,避免当事人无理缠“讼/仲”。仲裁程序中可能会有一些“瑕疵”,比如,仲裁庭受理了当事人提出的超过了反请求期限的反请求,对反请求进行审理并作出了裁决,申请人对此没有提出任何异议,默示同意这一事实。倘若反请求的裁决结果对申请人不利,申请人据此提出反请求超过仲裁时效、仲裁庭不应进行审理和作出裁决的异议时,对方当事人就可以援引“放弃异议条款”予以抗辩,从而达到可以充分地反驳一方当事人提出的这种异议。据此,归根结底,“放弃异议条款”的设置也是要求当事人必须承担诚信义务的另一表达方式,它与西方法律制度下经常适用的“禁止悔言”法律原则,有异曲同工之妙。

因此,可以说,贸仲新规则的许多规定,包括仲裁与调解相结合的做法的规定,其行文用词不但体现了仲裁的表面功能,即裁判双方当事人之间的是非曲直,而且彰显了仲裁的内在本质功能,即通过明晰是非,使双方当事人最终走向和谐,走向合作,走向共谋发展之路,而不是仲裁打完了,双方当事人就各奔东西,从此虽“鸡犬之声相闻”,却横竖是“老死不相往来了”。

这就是说,一部好的仲裁规则,不仅要保障仲裁程序的顺利进行,以程序公正保障实体公正,而且要体现出一种浓浓的广阔无边的和谐的人文气息,清正平和、浩然正气。

综上,贸仲新仲裁规则从仲裁程序的合法化与灵活性相结合;科学化、现代化与国际化相统一;彰显当事人诚信合作、仲裁员平等对待双方当事人、当事人对已进行的仲裁程序禁止悔言等现代仲裁理念和仲裁文化等多方面、多角度地体现了贸仲与时俱进、迎接挑战、发展进取的态度,为涉外仲裁的可持续发展提供内在的动力和源泉。

二、加强两涉外仲裁机构的仲裁程序管理,是保持两涉外仲裁机构的可持续发展的关键因素之一

及时地修改仲裁规则,依据仲裁规则规定,公正地管理仲裁程序以实现涉外仲裁的可持续发展,并在发展中求生存、求壮大,这是仲裁委员会最基本的工作,一句话是审理案件的专业工作。

但在世界经济一体化的情况下,贸仲、海仲两涉外仲裁委员会作为中国成立最早的仲裁委员会,如何适应经济全球化给国际商事仲裁带来的机会和挑战?如何在中国特色社会主义市场经济条件下,根据中国的客观具体情况,发展壮大中国的涉外仲裁事业,则不仅是要修改仲裁规则以达到仲裁案件的审理符合时代的要求,而且要在仲裁机构的管理上做文章,以适应时代发展的需要。

对于两涉外仲裁机构的管理,应该有一个总体的战略思维和具体的实施策略考虑,方可以求得两涉外仲裁机构获得更大的发展空间。

总的来说,对两涉外仲裁机构的管理,实质上主要包含着互相联系、互相渗透又互相制约着的难以截然分开的两方面内容。一方面内容为上述我们已经部分涉及的有关仲裁委员会依据仲裁规则进行的受理案件以及与此相关的仲裁程序方面的管理。这是一种专业性的程序管理。它包括制定仲裁规则以及制定并要求有关人员遵守与公正审理案件有关的一系列的工作规范或行为规范。比如,仲裁委员会的专家咨询委员会制度以及其工作程序,仲裁员的道德行为守则、裁决书核阅制度及办法、仲裁员聘任办法以及秘书局工作人员守则等。另一方面内容则主要是指对仲裁机构发展方面进行的管理,它实质上是一种包括很多“行政性”管理方面内容在内的管理,即关于仲裁机构行政方面的管理。比如,对仲裁机构的财务制度、分配制度以及人才使用制度等进行的规范和管理。下面先就仲裁程序管理方面的工作作一陈述。

几十年来,两涉外仲裁委员会一直都是严格地依据其制定的仲裁规则,管

理比较规范。而且,两仲裁委员会在仲裁实践中亦不断地建立和发展了一些与仲裁案件程序管理相关联的工作程序、行为规范或做法。比如,有关仲裁员/秘书工作人员行为守则、仲裁员培训制度、仲裁裁决核阅制度、专家咨询委员会制度等,这些都是加强仲裁机构程序管理的重要部分。这些部分与公正办理仲裁案件密切相关,是两仲裁委员会的工作重点。其中,裁决书核阅制度是重中之重。

1. 裁决书核阅制度是仲裁规则规定的约束仲裁员的一项程序制度,不但要坚持而且要加强。

两仲裁委员会实行裁决书核阅制度由来已久。最初,两仲裁委员会是作为一项内部的工作程序在实践中进行而没有在仲裁规则中予以明确规定,但自1995年10月1日起,贸仲、海仲分别在其修改后施行的仲裁规则中明确作出如下规定:

“仲裁员应在签署裁决前将裁决书草案提交仲裁委员会。在不影响仲裁员独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的形式问题提请仲裁员注意。”

上述所称的仲裁委员会可以就“裁决书的形式问题”提请仲裁员注意,实际就是仲裁委员会实行的一种裁决书核阅制度。类似上述规定,在贸仲1998年仲裁规则、2000年仲裁规则以及海仲2001年仲裁规则中,均有同样的规定。但在贸仲2005仲裁规则中,有关上述仲裁委员会可以就裁决书的“形式”进行核阅的做法的规定有了重大突破。2005规则不是规定“仲裁委员会可以就裁决书的形式问题提请仲裁庭注意”,而是规定“仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意”。

这就是说,在贸仲2005规则中,仲裁委员会对于仲裁员裁决书的核阅,已经不再仅仅局限于对其“形式”上的问题提请有关的仲裁庭/员注意,而是可以就有关仲裁裁决书的一切问题,包括形式和实体问题提请仲裁庭注意。

贸仲的这种做法,本质上与国际商会(ICC)仲裁院的做法一致。依据1998年ICC仲裁院仲裁规则第27条规定,在ICC仲裁院仲裁的案件,“仲裁庭应在签署裁决书之

前,将其草案提交仲裁院。仲裁院可以对裁决书的形式进行修改,并且在不影响仲裁庭自主决定权的前提下,提醒仲裁庭注意实体问题。裁决书形式未经仲裁院批准,仲裁庭不得作出裁决”。

据此,ICC的规定,从某种意义上来说,比贸仲新仲裁规则的规定走得更远,贸仲2005规则上述规定尚未像ICC仲裁院1998仲裁规则那样,公开明示,裁决书的形式未经仲裁院批准,仲裁庭不得作出裁决。

关于裁决书核阅制度,也许有人会提出意见,质疑贸仲公开将裁决书核阅制度规定在仲裁规则中,可能会影响仲裁员/庭独立办案,会贬损或减弱有关仲裁员或仲裁庭独立办案、不受任何机构和个人的干预这一仲裁的基本原则。

但贸仲作为享誉世界50年的涉外仲裁机构,以前不会,现在不会,将来也不会干涉或违反仲裁员或仲裁庭独立办案的基本原则。但这并不是说,仲裁机构对其受理的仲裁案件就不再有一适当的程序管理。中国是一个典型的机构仲裁的国家。在中国,机构仲裁有着自己的鲜明特色,即仲裁机构在仲裁程序的管理上承担着重要责任的而不仅仅是一个只提供仲裁庭开庭的场所或仅仅作为一个(仲裁员)的指定机构(appointing authority)。贸仲、海仲两仲裁委员会在这一点上与ICC仲裁极为相似,但未必与其他机构仲裁,比如香港国际仲裁中心等相似。这不仅是机构仲裁与临时仲裁的区别,这更是中国的机构仲裁与临时仲裁的巨大区别。

中国有着自己独特的文化传统和法制/治历史。中国与西方国家不同,中国当代法制/治建设起步于改革开放,大多数法律意识、仲裁意识的加强归功于改革开放以来的这二十几年间。无论涉外仲裁起步得多早,也不论涉外仲裁在国际上曾经赢得多少声誉,对于我们来说,国际商事仲裁的社会公益性永远都是第一位的,即国际商事仲裁的公正是第一位的。为保证两涉外仲裁委员会审理的仲裁案件、作出的仲裁裁决能够充分反映出当事人意思自治以及公平正义等基本原则,尽可能保证两涉外仲裁委

员会作出的裁决都合法有据、公正,真正地维护双方当事人的合法权益,而不是维护一方当事人的合法权益,贸仲对于仲裁裁决书进行形式上的核阅以及实体上的提醒,是必要的。不如此不足以服众,不如此不足以提高仲裁机构的秘书人员以及仲裁员时刻保持依法公正办理案件的警觉性,不如此不足以走向经济全球化的中国特色社会主义市场经济服务。

不过,有一点必须指出,仲裁委员会对于仲裁案件实体问题进行的提醒并不等同于越俎代庖,代替仲裁员或仲裁庭审理案件或作出裁决。

换句话说,贸仲新规则规定的仲裁员作出的裁决书草稿要经过仲裁委员会核阅,不仅由于贸仲是机构仲裁,具有机构仲裁由仲裁委员会统一管理仲裁程序的特色,更重要的是,还有公正仲裁的重大考虑在内。除此之外,为了保证公正审理仲裁案件,两涉外仲裁委员还设有专家咨询委员会制度。

2. 专家咨询委员会制度是贸仲章程规定设立的委员会制度,就仲裁实践中的重大疑难问题、就仲裁事业发展中的重大决策问题、就重大的仲裁理论问题进行研讨,作出专家咨询意见,供分别供仲裁委员会、仲裁委员会主席会议、仲裁庭参考。

本文仅涉及两仲裁委员会的专家咨询委员会就仲裁案件中的重大疑难问题进行咨询的职能。仲裁委员会专家咨询委员会对个案的实体疑难问题或法律问题作出的这种咨询意见,具有相当的权威性,但并不具有约束仲裁庭的效力。对于仲裁委员会专家咨询委员会作出的咨询意见,仲裁庭可以接受,也可以不接受。仲裁庭可以全部接受也可以部分接受,仲裁庭可以参考也可以完全漠视,一切皆随仲裁庭自己的意思自治,但作为总的原则,鉴于专家咨询委员会是由章程规定设立的委员会,其职能之一就是为解决重大疑难案件中的实体问题、程序问题以及法律问题,而且,作为业内的专家,其作出的咨询意见具有相当的权威性,仲裁庭应该慎重考虑专家咨询委员会作出的咨询意见,如果仲裁庭不接

受、不采纳或者部分不接受、部分不采纳专家咨询意见，仲裁庭负有就其不采纳部分作出合理解释的义务，并备案。

三、加强两涉外仲裁机构的行政管理工作，是保持两涉外仲裁机构的可持续发展的关键因素之二

仲裁机构的行政管理工作，包括有关的财务制度、分配制度以及人才使用制度的“行政性”管理。笔者认为，仲裁委员会的性质决定着对仲裁委员会实行一种什么样的管理最为合适。

1. 关于两涉外仲裁委员会的法律性质。

事实上，对于仲裁委员会来说，所谓“行政性”管理只是一个借用语，绝不指国家行政机关的行政管理。此“行政”非彼“行政”。也不是什么“企业管理”，或者“经济管理”。这些概念对于仲裁委员会来说，都是一个事实上并不十分准确的概念，不符合仲裁的民间性质。

虽然，就仲裁委员会究竟是一社会团体法人，还是一事业单位，抑或是一别的什么性质的机构，目前我国的法律并没有非常明确地作出规定，但是从仲裁法第15条将中国仲裁协会定义为社会团体法人的规定，以及第66条第1款有关“涉外仲裁委员会可以由中国国际商会设立”的规定中，可以推导出来：两涉外仲裁机构，以及全国所有的依据仲裁法成立的仲裁委员会，本质上应是一社会团体法人。

事实上，从20世纪50年代两涉外仲裁委员会刚成立时候起，当时的中央人民政府政务院在“中央人民政府政务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定”¹²以及国务院在“中华人民共和国国务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定”¹³中就已经相对明确地表明了两涉外仲裁委员会的性质为社会团体，因为依据上述两决定，两仲裁委员会都设立在“社会团体”——中国国际贸易促进委员会内。¹⁴既然两涉外仲裁委员会设立在社会团体之内，两仲裁委员会也就只可能是民间机构的社会团体，而不应该是其他什么性质的机构。这是一

个简单的逻辑推理。事实上，多年来，贸仲、海仲也一直是民间机构的提法向国际社会宣称的。

在当时二战刚结束，许多西方国家对华还实行禁运的情况下，如果我们不将应时而生的两涉外仲裁机构定性为民间机构，外国当事人是根本不可能签署到中国的涉外仲裁机构来仲裁的仲裁条款的。同样，如果我们当时不成立这两个民间性质的涉外仲裁机构，我国当事人与外国当事人之间只要产生商事或海事争议，势必要到国外去仲裁。但到外国仲裁，且不说高昂的仲裁费用、律师费用，就是既懂商事法律又懂外语且懂仲裁的人才在建国初期也是奇缺，据此，在当时的条件下，不建立具有民间性质的两涉外仲裁委员会，也无法保证我建国初始我国的外贸事业、外交关系正常健康地发展。

但现在，近50年过去了。两涉外仲裁委员会风雨兼程、奋力拼搏，一路载誉、一路凯歌地走来，本来很明确的民间社会团体的性质定性，由于目前实行行政事业性收费的“收支两条线”财务制度，倒使得两涉外仲裁委员会的法律性质不甚明了，带有“行政事业性质”了！

虽然有人认为，问题不能这么看，不是仲裁机构实行的财务制度决定仲裁机构的性质，而是仲裁机构的性质决定应该采取什么样的财务制度。依据仲裁法第10条规定，国内仲裁机构的设立由直辖市以及设区的市的人民政府组织有关部门和商会设立，实践中，我国的国内仲裁机构主要由设区的市的政府法制部门组织设立，但涉外仲裁机构的设立则有所不同，仲裁法第66条明确规定涉外仲裁机构可以由中国国际商会组织设立。

依据仲裁法的上述规定，是否就可以表明，抛开国内仲裁机构的法律性质暂且不论，就两涉外仲裁机构而言，两涉外仲裁机构的法律性质实际上从来就没有改变过，一直是民间性的社会团体。这不但符合当初两涉外仲裁委员会兴建时政务院及国务院的决定，也符合建国以来我两涉外仲裁委员会的运行轨迹，且与仲裁法的上述规定实际上是互相印证、相得益彰！

但作为民间性质的社会团体，对两涉外仲裁委员会实行行政性事业收费的“收支两条线”财务制度，由此带来的负面作用是难以估量的。比如说，入世之后，中国经济全球化进程加快，中国包括法律服务市场在内的服务贸易亦同时对外开放，虽然从理论上来说，中国政府在入世议定书中从来就未承认过中国的仲裁服务市场也同时对外开放，但正如经济全球化进程不以人的意志为转移一样，中国的仲裁服务市场不想对外开放事实上也在不知不觉中悄悄地向外敞开着大门，因为谁也阻挡不了市场经济的力量这只无形的大手在左右着、调节着这一切！

且不用说像新加坡、韩国的仲裁机构及ICC等这些仲裁机构像“痴情的恋人”一样每日都在朝思暮想地希望挺进中国这一巨大的仲裁市场，最要命的是那些与中国人做生意的外国商人，那些外国的投资者为了自己的利益，也千方百计地希望将仲裁条款订立在将中国排除在外的第三国仲裁。在贸仲举办的仲裁研讨会上，不止一次地听到企业将这些情况反映给贸仲，问贸仲该怎么办？

但贸仲能说什么？趋利让弊是商人的天性。当事人订立在何处仲裁的条款取决于两个最基本的要素，一个是双方当事人之间的商业较量；另一个就是仲裁委员会的公信力以及可信度如何。

虽然两涉外仲裁委员会经过几代人近五十年的努力跻身于世界一流国际商事仲裁机构之列，来之不易，但笔者更趋向于认为，两涉外仲裁委员会的社会公信力以及国际公信力不仅来之于两涉外仲裁委员会本身的努力，更来之于国家的宣传和支持、政府的宣传和支持。一个没有国家、没有政府的支持作强大后盾的中国的涉外仲裁委员会要在国际社会、国际仲裁市场上取得现今的成就是不可想象的。

正是基于此，两涉外仲裁委员会才需要国家和政府持续不断地从体制上、从政策上、从宣传媒体上大力支持我国的涉外仲裁事业。多年来，两涉外仲裁委员会对外作为民间性质的社会团体，对内作为贸促会的一个事业单位的运作模

式是由过去的体制以及历史的原因形成并导致的。假如说,这种运作模式在改革开放之前以及改革开放初期甚至改革开放之后很长一段时间,由于政府对预算外资金的管理以及中央部门和单位行政事业性收费的监管体制尚未真正建立,或缺少这方面的法律规定,以致两涉外仲裁委员会实行比较宽松的“自收自支”的财务政策与这种运作模式还相吻合没有什么大的矛盾出现的话,那么今天,在中央政府加强对预算外资金的管理和加强中央部门和单位行政事业性收费纳入“收支两条线”管理的情况下,两涉外仲裁委员会这种对外称社会团体对内称事业单位的运作模式以及将两涉外仲裁委员会从事民间社团中介仲裁服务性质的所谓“事业单位”收取的仲裁费用在财务政策上将其定性为“行政性事业收费”,从而采取“收支两条线”的做法,势必与两涉外仲裁委员会的法律性质以及客观实际情况不相吻合,从而不仅严重地影响并制约了两涉外仲裁委员会本身的发展,更有甚者,两涉外仲裁委员会通过50年努力在中国乃至国际上创下的领先仲裁地位和信誉,就将因体制与仲裁的本质和特性不相吻合从而扼制甚至扼杀了中国的涉外仲裁事业。

以笔者愚见,两涉外仲裁委员会的兴衰与否,不仅是两仲裁委员会本身的事,是贸促会、中国国际商会的事,而且是政府的事、是国家的事、是中华民族的事。两涉外仲裁委员会对外的形象代表的是中国的国际商事仲裁事业,而不是其他。中国的国际商事仲裁事业只能发展,不能退步,只能矗立于世界仲裁之林,而不能退之,否则,作为两涉外仲裁委员会的一分子,我们将愧对世人、国家和民族。

虽然,很“惭愧”,笔者作为一介学人,一介“平民布衣”,对两涉外仲裁委员会目前所面临的这一窘境,无须多操心,亦无须有着什么战略思考和策略上的考虑以加强两涉外仲裁委员会的管理、促进两涉外仲裁委员会百尺竿头,更进一步。但是,中国自古不就是有“国家兴亡,匹夫有责”的古训吗?作为贸仲的一分子,明知中国的涉外仲裁事业、国际商

事仲裁事业只能前进不能后退,明知两涉外仲裁委员会目前所遇到的问题,肯定可以而且应该并且只能从两涉外仲裁事业的可持续发展中去解决。为什么不可以提出一点自己的浅见或表示一下自己的关心?不发展是没有出路的。所以,不管此问题什么时候解决,解决得如何,都不能停下两涉外仲裁委员会努力拼搏、一心一意谋发展的步伐,否则那才是愧对国家和民族!

2. 关于两涉外仲裁委员会实行的“收支两条线”财务制度。

记得两年前,笔者曾就此问题采访贸仲主任万季飞时,万会长也曾说过:实行“收支两条线”,商事仲裁机构将被世人误以为是“官办”的具有行政色彩的机构,不利于进一步完善我国的投资环境,中国的仲裁服务市场就有可能被外国仲裁机构逐步“侵入”和“抢占”。对于此问题,“有关方面都正在进行积极的研究、探索,并力求能够尽早地拿出一份切实解决问题的方案。”可如今,贸仲的高层以及有关的部门是一直在积极地、努力地、没有停歇地、没有放弃地对此问题进行研究、协调沟通,争取早日解决此问题,促进我国涉外商事仲裁事业在全国仲裁机构二次创业的大潮中奋勇直前。

当然了,记得在2005年仲裁工作协调人会议上,对2005年的工作,国务院法制办卢云华司长有个说法叫做“事缓则圆”。笔者特别欣赏这句话,对此话似有着心有灵犀一点通的感触。

确实,依据财政部、国家发改委、监察部、审计署2003年5月9日共同发布的“关于加强中央部门和单位行政事业性收费等收入‘收支两条线’管理的通知”(以下简称通知)第5条“严禁未经批准将行政事业性收费转为经营服务性收费管理”项下有关“中央部门和单位所属事业单位、社会团体和其他组织代行政府职能强制实施具有垄断性质的仲裁、认证、检验、鉴定收费,以及中央和单位授权或委托事业单位根据法律法规和部门规章等规定开展各类强制性培训(包括面向社会和面向系统内部的)的收取的培训费,不得作为经营服务性收费管理”的规定,所谓“代行政府职能强制

实施具有垄断性质的仲裁”与贸仲、海仲两涉外仲裁委员会依据仲裁法第4条规定¹⁵实施的依据当事人自觉自愿达成仲裁协议之后提交两仲裁委员会审理的国际国内商事仲裁案件,大相径庭,完全不同。

据此,贸仲、海仲两涉外仲裁委员会进行的国际国内商事仲裁,依据上述“通知”的规定,根本不属于上述“通知”规定的范围。目前两仲裁委员会实行“收支两条线”制度,完全有可能是对上述文件理解不深、不透造成的,或者是由于当时一揽子将全国所有的仲裁机构都实行“收支两条线”,未将两涉外仲裁委员会已发展了近50年,与国内仲裁机构刚发展10年,许多国内仲裁机构没有政府财政上的扶持还难以生存的情况区别开来而造成的。但现在情况不同了,“收支两条线”实行了几年,已经到了可以“事缓则圆”并进行深入研究予以解决两涉外仲裁“收支两条线”问题的时刻了。

3. 应实行“收支两条线”制度的应为劳动仲裁而不是商事仲裁。

仔细剖析一下上述通知,两涉外仲裁委员会不应受上述通知约束和调整的理由也很简单:

(1)符合上述通知规定要求的“代行政府职能强制实施具有垄断性质的仲裁”只能是劳动仲裁。比如,依据劳动法第79条以及第81条的规定,¹⁶劳动争议发生后,当事人可以要求调解,也可以要求劳动仲裁委员会进行仲裁,但是不经仲裁并作出仲裁裁决,当事人不得向法院起诉。

据此,劳动仲裁无须当事人与用人单位签署仲裁协议,而且,劳动争议除了可以向本单位的劳动争议调解委员会申请调解以外,不得直接向法院提起劳动争议诉讼,而是必须先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,而且只有在当事人对劳动争议仲裁委员会作出的仲裁裁决结果不服的情况下,才可以向法院提起劳动争议诉讼。这种法律规定的强制性劳动仲裁,与两涉外仲裁委员会依法必须依据双方当事人自觉自愿签署的仲裁协议方能受理仲裁案件的规定,有着天壤之别。

(2) 劳动仲裁当事人没有选择仲裁委员会的权利,且劳动争议的双方当事人不处于同一平等的民事主体地位。这一点,与我国仲裁法规定的当事人申请仲裁享有选择仲裁委员会的权利,商事争议的双方当事人处于平等的、同等的民事主体地位更是截然不同,两者之间亦有着天壤之别。

比如,劳动争议的当事人若要申请仲裁,必须向由劳动行政部门等组成的劳动争议仲裁委员会提起,而不得向其他仲裁委员会或者其他劳动争议仲裁委员会提起,这同样具有强制性。更有甚者,依据劳动法第81条规定,劳动争议仲裁委员会的组成首先是劳动行政部门代表,其次是同级工会,然后是用人单位的代表。争议的双方当事人中,一方有代表在台上作仲裁员,另一方却只在台下为当事人。二者之间的法律地位是不平等的。不平等的法律地位意味着,劳动争议仲裁具有强制的垄断的性质。这一点,商事仲裁是根本不存在的。

(3) 劳动争议仲裁委员会是上述通知中所称的“代行政府职能、强制实施、具有垄断性质的仲裁”的部门。依据劳动法第9条规定,国务院劳动行政部门主管全国劳动工作。县级以上地方人民政府劳动行政部门主管本行政区域内的劳动工作。而依据第81条,劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表等组成,劳动争议仲裁委员会主任由劳动行政部门代表担任。据此,劳动争议仲裁委员会是代行政府(劳动行政部门)解决劳动争议职能的机构,显而易见。

但劳动仲裁所具备的上述这些要件,“代行政府职能的”、“强制实施的”、“具有垄断性质的”,两涉外仲裁委员会受理的国际国内商事仲裁案件,却全都不具备。因此,将两涉外仲裁委员会也像劳动仲裁一样对待,实行“收支两条线”政策,是没有法律依据的。

(4) 事实上,劳动仲裁依据劳动法,商事仲裁依据仲裁法,两者的法律依据不同,将两者混同对待也是不合适的。劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门主持,各商事仲裁委员会依仲裁法第14条规定,却没有任何行政部门插手,与任何行

政部门无涉,当然也就不可能代行任何政府的行政职能。不代行政府的任何行政职能,也就没有任何行政权力;没有任何行政权力,当然也就不可能强制和垄断任何商事仲裁;不强制和垄断任何商事仲裁,才会出现全国有185家从事商事仲裁的仲裁委员会,而且各个仲裁委员会之间没有任何隶属关系。

4. 关于两涉外仲裁委员会实行的财务政策的思考。

(1) 关于两涉外仲裁委员应实行什么样的财务制度,才能够充分地发挥仲裁委员会的最大效应问题,笔者认为,使两仲裁委员会目前实行的行政事业性收费的“收支两条线”转变为民间社会团体性质的经营服务性收费,向国家缴纳税款,以体制改革促进两涉外仲裁委员会的发展,是一现实的、可行的,也是最有效的方法。如果这个问题能够得到解决,那将不仅涉及两涉外仲裁委员会的体制改革问题,它甚至还涉及全国大部分仲裁委员会的体制改革问题。当然,由于全国各仲裁委员会发展的不平衡,事实上有些国内的地方仲裁委员会已先行一步,率先实行了开放的服务性收费政策,比如,北京仲裁委员会;比如,长沙仲裁委员会等,由此导致这些仲裁委员会的发展趋势迅猛。我们相信,既然地方政府都能够支持仲裁委员会的改革和发展,中央政府有关部门更会竭尽全力,扶/支持两涉外仲裁委员会的改革和发展,作中国涉外仲裁事业参与国际商事仲裁市场竞争的强大政策支持和后盾,迅速改变目前两涉外仲裁委员会面临的窘境,使两涉外仲裁委员会继续保持可持续发展的动力,为中国特色社会主义市场经济服务。

(2) 另外,为了从根本上厘清我两涉外仲裁委员会的法律性质。贸促会有关部门也在考虑,一方面根据中国的国情,另一方面同时参照国际商会(ICC)的做法,依据仲裁法第66条的规定,将两涉外仲裁委员会设在中国国际商会。换句话说,中国贸促会也将进行体制改革,不再作两涉外仲裁委员会的主管部门,而改由中国国际商会这个已经登记注册的社会团体作为两涉外仲裁委员会的业务

主管部门,从而从上到下都将两涉外仲裁委员会作为民间性质的社会团体的法律地位梳理清楚。果真如此,保持两涉外仲裁委员会可持续发展就有了体制上的保障。

相信有什么样的环境、有什么样的政策,就会有什么样的仲裁委员会、有什么样的发展;相信中央国家有关部门肯定会妥善解决我国商事仲裁机构尤其是两涉外仲裁委员会目前实行的“收支两条线”问题;另一方面,笔者也坚信,无论是中国贸促会,还是两涉外仲裁委员会的体制改革都将获得成功,只要我们的改革是顺应中国特色社会主义市场经济的要求,顺应中国经济全球化的浪潮,就一定会成功。

四、改革两涉外仲裁机构的用人制度,是保持两涉外仲裁机构可持续发展的关键因素之三

人才也是生产力,已经是老生常谈了,无须多说,仅提几句吧!

两涉外仲裁机构要保持可持续发展,就必须尊重劳动、尊重知识、尊重人才、尊重创造,调动一切积极因素,创造两涉外仲裁委员会和谐发展的内部环境和外部环境。

万事万物都靠人来把握。归根结底,两涉外仲裁委员会的可持续性发展是要靠人才来实施的。而用人之道,除了给人才提供一个良好的工作环境之外,还应该为人才量身定做,为人才提供一个适合他/她自由发展的平台和空间。所以,用人之道莫过于知人善任,莫过于如荀子(《荀子·君道》)所说:“论德而定次,量能而授官,皆使人载其事而各得其所宜”。¹⁷即是说要依据人的品质而决定其位置,依据人的才能而安排与其才能相适宜的不同职务,使每个人都依其道德、人品、才能、文章而各尽其职、各得其应得之位。同样的道理,知人善任还要“取人之长,避人之短”,“不知人之短,不知人之长,不知人长中之长,则不可以用人,不可以教人”。¹⁸所谓尺有所长,寸有所短,知人善任,也必须趋长避短,这样才能发挥人才优势的最大效应,否则,则白白浪费人才资源。

但毫无疑问,使用人才的前提是留住人才。能否留住人才,不仅要给予人才一个能够充分发挥自己的专长、特长和进步的空间,而且还要为人才,为两涉外仲裁委员会的工作人员、聘任的仲裁员提供合理的物质待遇,否则我们的事业也很难保得住人才,留得住人才。贸仲曾有一些人才流失了,贸仲就要尽力不让人才再流失,否则,贸仲的人才肯定还会再流失!仲裁是一门实践性极强的专业,培养一个秘书局工作人员、培养一名合格或优秀的仲裁员要花费相当的时间、代价和成本。贸仲在培养人才方面已经花费了大量的成本和代价,如果由于贸仲体制方面的原因、由于财务政策、分配政策、由于贸仲的用人机制等原因而导致人才流失,那不仅是得不偿失,而且是可惜啊!不知贸仲的高层领导们是否愿意看到这样的情景!

贸仲、海仲在发展的道路上遇到了“收支两条线”的“瓶颈”,几年来,此问题一直没有得到妥善解决。虽然两仲裁委员会通过修改仲裁规则、通过加强仲裁程序的管理以保持其在中国仲裁乃至世界仲裁的领先地位,但“体制”的根本问题不解决,必然导致“军心不稳”、人心涣散,前途堪忧。

体制的变革是需要领导团队的胆量、魄力、才能、眼光与决心的,也需要战略、策略、计划、方法、管理与控制,还需要与外部的良好沟通,更需要政府有关部门的扶持、支持和帮助以及优良的外部大环境。两涉外仲裁委员会是否可以实现可持续发展,是否可以仍居中国仲裁事业的领头羊地位以及世界国际商事仲裁的先进地位,取决于两仲裁委员会是否可以在发展中进行体制改革,争取走一条最适合于我国国际商事仲裁发展的道路。这个问题解决了,一切问题就都迎刃而解了。当然,这仅是笔者的一管之见。

贸仲人是否都意识到风险和危机,是否都愿意就充满风险的体制改革、充满风险和挑战的“收支两条线”问题正大光明地发表自己的意见,都不重要。俗话说得好,“无欲则刚”。又言,“兼听则明,偏信则暗”。据此,发表一下自己的学术

观点,倾听一下别人的意见,都不是什么大不了的事,天不会塌下来,地球照常转,均不以人们的主观意志为转移。倘若人人都自保、个个都明哲保身,这社会还如何进步?开拓创新、勇于承担风险与责任、善于应变和处理复杂问题、精于从发展中走出窘境、走出困境的人,敢于、勇于并善于开诚布公地发表自己的看法、想法和观点的人,尤其是那些能够领着贸仲一心一意谋发展的人,一定能够领会到“无限风光在险峰”之美!

注 释

1 此通知即通常所说的“国务院22号文件”(1996年6月8日国务院办公厅发布)。

2 迄今为止,贸仲已修改其仲裁规则6次,海仲修改其仲裁规则4次。

3 比如,1998年伦敦仲裁院仲裁规则第23条,1998年国际商会仲裁规则第6条第2款,1997年新加坡国际仲裁中心仲裁规则第26条,1997年比利时国内及国际仲裁研究与实务中心规则第19条第3款,1997年美国仲裁协会国际仲裁规则第15条。

4 参见其仲裁规则第6、7、8条规定。

5 需要提醒读者注意的是,即使仲裁委员会授权仲裁庭作出管辖权决定,形式上,最终也是以仲裁委员会的名义发出。

6 贸仲2005规则第21条第2款规定:“当事人约定在仲裁委员会仲裁员名册之外选定仲裁员的,当事人选定的或根据当事人之间的协议指定的人士经仲裁委员会主任依法确认后,可以担任仲裁员、首席仲裁员或独任仲裁员。”

7 2005规则第29条第5款。

8 2005规则第39条。

9 2005规则第40条。

10 2005规则第31条。

11 北京仲裁委员会2004年3月1日起施行的仲裁规则第41条第4款虽然规定了仲裁委员会可以将不签名的仲裁员出具的不同意见附于仲裁裁决书一起交双方当事人,但却没有规定少数意见可以直接附在裁决书之后。

12 1954年5月6日政务院第215次政务会议通过。

13 1958年11月21日国务院全体会议第28次会议通过。

14 “为了以仲裁方式解决对外贸易中可能发生的争议,需要在有关对外贸易的社会团体内设立仲裁机构”;“为了以仲裁方式解决海事争议,需要在有关的社会团体内设立海事仲裁机构。”

15 仲裁法第4条规定:“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一主申请仲裁的,仲裁委员会不受理。”

16 劳动法第79条规定:“劳动争议发生后,当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解;调解不成,当事人一方要求仲裁的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼。”第81条规定:“劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、同级工会代表、用人单位方面的代表组成。劳动争议仲裁委员会主任由劳动行政部门代表担任。”

17 刘邵著:《辩经的智慧》,司马哲译,中国长安出版社2005年版,第111页。

18 转引自康贻祥:“读历史学经商”,载《华夏时报》B07版,泛CBD阅读、管理。

第22届 世界法律大会“商事仲裁与 调解”专题报道

文 / 高 菲

第22届世界法律大会“商事仲裁与调解”专题是由中国仲裁法学研究会以及最高人民法院民四庭、民一庭负责筹办的。本专题会议的议题紧紧围绕本届大会“向世界展示中国”的主题，全方位地介绍了中国在以非诉讼方式解决民商事争议方面所进行的创新和取得的成绩，以及为促进社会稳定、经济发展、实现小康社会和构建和谐社会所起到的重要作用。

本次专题会议提交的论文分别由5个不同的单位和部门从5个不同的方面入手介绍了非诉讼解决民商事争议在中国的起源、发展和作用。由对外经济贸易大学法学院院长沈四宝教授作为主旨发言人提交的“中国涉外仲裁的现状与改革”，介绍了中国涉外仲裁五十年来风雨兼程一路走来取得的令世人瞩目的成就，指出我涉外仲裁率先实行的“仲裁与调解相结合”制度的优势以及现阶段国际国内仲裁的适度区别随着外商对华投资的不断深入和加强，逐渐改革国际国内仲裁制度之间的适度差别的意义。沈教授的文章还在肯定中国国际经济贸易仲裁委员会新仲裁规则在行业仲裁、仲裁员的选任和仲裁庭的组成方面当事人可以选任仲裁员名册之外的人担任仲裁员、对仲裁协议的形式和内容要求作宽松解释以及仲裁委员会必要时可以授权仲裁庭作出管辖权决定等方面所进行的创新的同时，提出了应完善对仲

裁的司法监督和警惕仲裁诉讼化倾向的观点。

关于国内仲裁和调解的发展，中国仲裁法学会秘书长高菲博士提交了“中国国内仲裁与调解发展的十年之路”，分别从现状、特点以及展望三个方面介绍了自仲裁法颁布十年以来中国国内仲裁与调解取得的骄人成绩。指出中国仲裁在仲裁法颁布之后的短短十年之间，受理12.7万仲裁案件，总标的额人民币2315亿元，全国共成立185家仲裁机构，为中国经济的迅猛发展和社会稳定起到重要作用。其原因在于：(1) 仲裁法摒弃了过去的行政仲裁，规定了符合市场经济发展要求的与任何行政机构都无隶属关系、以当事人意思自治为基本原则的仲裁法律制度并重组国内仲裁机构；(2) 中央以及地方各级政府的大力推动和支持；(3) 指定专门机构负责国内仲裁机构的重组以及联系全国仲裁工作；(4) 制定大力宣传仲裁法律制度、深入推广企业格式合同仲裁条款、创新仲裁理念、强调变当事人之间争议为磋商、推行仲裁与调解相结合的长期战略目标以及短期工作目标，有计划有步骤推动中国仲裁与调解发展；(5) 最高人民法院共颁布近四十份有关的批复或通知，通过司法实践支持和监督仲裁。

香港国际仲裁中心主席、知名学者杨良宜提交了“97后的香港仲裁”论文。指出香港作为远东地区卓越的区域仲裁

机构地位得到进一步巩固，有三个因素确保香港事业的兴旺发达：专业人士数目日益增长、技能不断提高；支持和监督香港仲裁的“法律环境”强大和健全；中国法治的愈趋成熟。

杨良宜教授介绍了香港仲裁条例正在进行的将香港本地仲裁和国际仲裁结合在一起的改革，以及将英国1996年仲裁法的一些有用条款纳入仲裁条例的意向。说明香港国际仲裁中心最重要的两大职能是作为仲裁员的指定机构以及决定国际仲裁案件的仲裁庭组成。香港国际中心也与中国国际仲裁委员会一样，正在开展一项新型的仲裁业务：域名仲裁。

武汉大学副校长黄进教授提交了关于“体育争议与体育仲裁初探”的文章，就体育争议的范围、解决机制；体育仲裁院的产生与发展、组织架构、仲裁员及其条件、合格率仲裁的功能、程序、上诉程序以及奥运会体育仲裁情况作了较为详细的介绍。体育仲裁作为一种新类型的仲裁，又鉴于2008年将在中国北京举行奥运会，因此，有关奥运会体育仲裁的情况必将引起与会人员的关注。

黄进教授在该文中还介绍了体育仲裁中值得特别关注、思考的几个问题，如可仲裁性问题，技术问题、仲裁第三人问题以及仲裁结果的公开问题等。

司法部司法研究所副所长王公义博士提交的论文为“人民调解制度是解决社会纠纷的重要法律制度”。指出：中国现有人民调解组织90多万个，人民调解员800多万人，遍布城乡，每年调解民间纠纷600多万件，是一支绝对不可忽视的非诉讼解决民间纠纷的力量。人民调解制度溯源于历史悠久的民间调解，是中华民族的精神财富和美德，也是实现基层民主自治的法律制度，1982年被载入宪法。在我国，人民调解的范围越来越广。国家对人民调解进行管理是人民调解的本质特征，人民调解制度的进一步发展、完善是适应新时期社会矛盾多样性和复杂性的需要。

论

国际商事仲裁中被 撤销裁决的承认与 执行

——评《纽约公约》更优惠权利条款

文 / 林忠明*

【摘要】

1958年《纽约公约》是国际商事仲裁中适用于外国仲裁裁决在国内承认与执行最为重要的公约,其第5条从消极方面的方法规定了一国对仲裁裁决不予以承认的条件与情形,而第7条规定,当国内法和其他条约有更优惠的条件时,不阻止当事人援引其国内法和其他条约来申请执行裁决,即所谓更优惠权利条款。在此情况下,最可能出现的情形是这两条规定之间出现的冲突,符合第5条规定的仲裁裁决在一国被撤销而不予承认,而在另一国,当事人又可以以国内法或者其他条约规定的更优惠的条件申请执行。现实中这种情形是存在的,并导致了一些典型案例的出现。这一问题的本质是被撤销的仲裁裁决的效力定位问题,即认为其究竟应当是属地主义抑或非本地化,从而涉及执行时审查应采取的国际标准还是国内标准的问题,本文将就这些法律问题进行探讨。

【关键词】

国际商事仲裁 被撤销仲裁裁决 承认与执行 《纽约公约》 更优惠权利条款

一、1958年《纽约公约》更优惠权利条款以及问题的提出

随着国际经贸往来和商事活动的发展,越来越多的经贸活动中更多的当事人倾向于订立仲裁协议,将争议提交仲裁机构解决。而目前,世界上绝大多数的国际商事仲裁都不是在当事人的所在国进行的,因此当一项仲裁裁决作出后不可避免出现该裁决在非裁决地国的承认与执行问题,往往是当事人申请所在国或者标的物所在地法院承认与执行裁决,这就涉及一国的司法权介入以及当事人权利能否实现的问题。目前现行的1958年通过的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)就是对这一领域进行规定的国际性公约,截至2004年底,该公约已经有135个成员国,我国也是其中之一,条约的中文文本有作准效力,该公约被认为是国际商事仲裁领域中最成功的一部公约,甚至可以毫不夸张地说“没有《纽约公约》,就没有国际商事仲裁”。¹《纽约公约》对国际商事仲裁协议以及裁决在外国的承认与执行进行了相关规定,使得加入的成员国有涉及这一事项时有统一的公约可以参照适用,而由于众多成员国的参与,使得这部条约有很大的适用范围和示范作用。

《纽约公约》第5条用两款内容从消极方面对外国仲裁裁决得以承认与执行的条件来进行了规定,这也是经常为人们所论及的裁决被拒绝承认执行的情形,其中主要包括当事人行为能力欠缺、当事人未获通知或答辩机会、仲裁标的欠缺、仲裁程序或协议的瑕疵、裁决被撤销(第1款)以及仲裁事项无可仲裁性、公共政策(第2款)等情形,而被申请执行法院在审查这些条件时基本是采用程序审查的要求。但同时我们也注意到,条约第7条的规定“本条约……不剥夺任何利害关系人可以援引裁决地所在国法律或条约所认许之方式,在其许可范围内,援引仲裁裁决之任何权

利”。这就表明,在执行某一公约范围内的裁决时,既可以选择公约作为请求的依据,也可以选择被申请执行地国家的国内法或缔结的其他公约作为依据,如果在被申请承认执行地国家境内有效的国内法或其他条约提供了比《纽约公约》更为有利和优惠的规定,可以以此取代《纽约公约》进行申请,因此,这条被Van Den Berg称之为“更优惠权利条款”,并为人们所接受。制定这一条款的目的在于既更多地促使仲裁裁决在外国得到承认与执行,也不致使当事人由于国内法规定的更优惠条件被剥夺。但是,不可避免的是,在运用第7条的时候,有时会与第5条的规定产生冲突,最明显的例子就是一个仲裁裁决被撤销后而依据公约第5条(戊)不予承认和执行,但是被申请执行国的国内法不认为裁决被撤销是得以拒绝承认与执行的情形(这点下文将作引证),而根据第7条,申请人可以通过国内法规定更加优惠的权利而申请承认与执行该项裁决,现实中的确有的国家关于承认和执行的条件比《纽约公约》中规定的条件更有利于裁决的执行,而冲突此时就出现了。需要说明的是,这种冲突在国内法和其他条约规定比第5条(甲)——(丁)更优惠的条件时当然也会出现,但本文的重点仅在于被撤销的情形。

二、根据更优惠权利条款被撤销裁决得到承认与执行的案例

上文说到,冲突的出现是由于有些国家法律规定仲裁被别国撤销并不影响在本国的承认与执行,比如1961年《欧洲国际商事仲裁公约》第9条规定,“只有由裁决作出地公约国法院或仲裁程序法所属公约国法院,依据公约规定的事由予以撤销,才构成在其他公约国不予执行的理由”,对这条规定的理解可以认为是如果不是基于这一情形撤销的仲裁裁决,在其他公约国家是有可能得到承认与执行的,再比如走得更远的《法

国民民事诉讼法典》第1502条规定,外国仲裁裁决被撤销,不是法国不予执行的理由,而在现实操作中,法国也已经多次承认与执行在外国被撤销的仲裁裁决。目前世界大多数国家都是《纽约公约》的成员国,因此,都可以引用第7条的更优惠权利条款使得已被撤销的仲裁裁决得到承认与执行,而这并不与《纽约公约》相违背,这当然会引起一些法律问题上的争论。事实上,第7条的规定很少被成员国所引用,直到近些年来如Chromalloy Aeroservices Company (CAS) v. The Arab Republic of Egypt²(以下简称CAS案)等一些有代表性的案件出现,才引起人们的关注与争议。

CAS一案的基本情况是,1988年6月16日,CAS与埃及签订合同,由CAS向埃及提供空军某些服务,内有仲裁协议规定,争议在开罗进行仲裁,准据法为埃及法律,1991年11月,埃及通知CAS终止服务,CAS反对并提出仲裁,1994年8月24日,仲裁庭裁决,CAS将继续向埃及提供服务,埃及也必须继续履行合同,但是,开罗上诉法院于1995年1月以仲裁庭适用法律不当而将该裁决撤销。尽管如此,CAS还是将该裁决申请美国哥伦比亚联邦地区法院执行,该法院于1996年7月31日决定强制执行,巴黎上诉法院也决定于1997年1月14日执行该裁决。这是一个典型的外国仲裁裁决被依法撤销后,在另一国仍然得到强制执行的案例,于是,美国与法国国内法院决定执行的理由很值得我们考究。

其理由主要在于:(1)《纽约公约》第5条的规定是有如下情形时,执行地国法院得(may)拒绝承认与执行,因此根据这个措辞这些情形并不是强制性的,执行地国法院仍有一定的自由裁量权;(2)第二项理由就是前述的《纽约公约》第7条,国内法律如果认为应该承认与执行被国外撤销的裁决时,此时由于其比公约具有更优惠的权利,就可以不考虑《纽约公约》的规定,而美、法

两国国内法律都没有规定,仲裁裁决被其本国撤销不得予以承认与执行;

(3) 法国法院认为,仲裁裁决是独立于一国国内法体系而独立存在的,不具有国籍性,因此,仅凭借一国国内法规定的标准将裁决撤销不影响另外一国对其承认与执行。

除了CAS案外,近年来涉及这一情形的案件主要还有Himarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV),案中,法国巴黎上诉法院执行被瑞士最高法院撤销的仲裁裁决,以及1990年Sonatrach v. Ford, Bacon, & Davis,案中,布鲁塞尔初审法院执行阿尔及利亚上诉法院撤销的ICC裁决等。³

三、对被撤销仲裁裁决的承认与执行以及更优惠权利条款的评价

正如上述所说,其实更优惠权利条款的适用一直是很平静的,与此相关的案例以及更优惠的国内法和国际条约也不多,但是像CAS和Himarton等案例也是的确出现并引起了人们的争论,争论的焦点在于已被撤销的裁决能否在国外继续执行,如果可以的话,其执行标准为何。尽管被撤销裁决可能是基于狭隘的本地化理由或者是偏袒本国人的缘故,从而被申请执行地的法院可以根据公约第7条第1款的“更优惠权利条款”得到执行,使得裁决的本意得以发挥,但无论如何,这毕竟是在当前的仲裁领域一种很有突破性的做法,并且也有很强的实践意义。但问题是如何判断哪些撤销决定是正当的,应被执行法院承认,并作为拒绝执行的理由,哪些撤销决定是错误的,不应妨碍裁决的域外执行,这些并不存在一个有可操作性的具体标准。因此,公约的第7条在实践中还是存在很多具体适用上的问题,有待于进一步的立法解释和司法实践去加以解决。但是在目前而言,在学理上进行探讨无疑是具有一定的意义的。

在学理上有观点认为,应当赞成被撤销的裁决在国外得到承认与执行,其观点在于:(1) 公约第5条和第7条的本意在于积极促进裁决执行,也是执行已被撤销的外国仲裁裁决提供了法律依据,坚持这一做法可以贯彻公约的态度,使判决裁决摆脱本地化法律的束缚,在世界范围内得到承认与执行;(2) 涉及司法的效力,法院的判决仅在其内国有效,对撤销裁决的裁定来说也是如此,因此不必然对域外有效。而持主张不予执行观点的理由在于:(1) 仲裁裁决的效力仍依附于其本国法,其在本国被撤销,就是无效、不存在的,外国法院的承认与执行在法理上说不通;(2) 撤销程序的价值在于使裁决不仅在本国而且在国外都得不到承认与执行;⁴ (3) 第7条规定的“任何利害关系人”最终都只是有利于申请人而不是被申请人;(4) 如果执行将增加不确定性,造成当事人对撤销后裁决的后果难以预测。

最后,通过分析,笔者认为,《纽约公约》第7款的存在无疑是具有一定的意义的,其致力于使仲裁裁决突破本地化的束缚得到最大的承认与执行,突破性的做法给予国内法与其他条约更优惠的权利,甚至可以说是开创了国际条约与缔约国国内法相互关系中的新规则,即公约的规定并不具有超越执行地国国内法的效力。⁵ 在处理被撤销裁决的承认执行问题上涉及的根本法律问题就是被撤销的仲裁裁决的性质定位问题,目前理论上有属地主义,非本国化以及折中等主张,前者最为保守,中者最为激进,而也有一些持着另外折中的态度,因此国内法院在是否承认被撤销的仲裁裁决时究竟是持国际标准还是国内标准,而这些不同的对被撤销仲裁裁决的认识就是构成对是否该予以承认执行支持与反对的理由所在,这也是对公约第7条持支持抑或反对的基础所在。而笔者更倾向于支持一国可以根据国内法或者其他条约更加优惠的条件对在国外被

撤销的仲裁裁决的承认与执行,因为这更符合《纽约公约》制定的本意,并且在当今各国保护主义,狭隘的本地化主义泛滥的现实条件下具有重要意义,如各国法院动辄以“公共秩序政策”,事项不具有可仲裁性来撤销一个裁决,以维护本国当事人的利益,而更优惠权利条款可以维护仲裁裁决在全球范围能得到更好的承认与执行。但是不是说这种承认就是毫无限制,因为这种非本地化的世界标准终究带有理想主义的色彩,在实际操作中并不现实,而仲裁裁决的绝对对世性在法理上也是说不通的,典型的例子是对于当法院以程序性事项瑕疵对仲裁裁决进行撤销,在某种程度上维护了当事人的正当程序利益,如果被申请执行的法院在对仲裁裁决进行合理审查,认为其被撤销的确基于正当程序,此时可以不予承认执行。只有通过这样合理变通的原则与方法,才能避免消极方面,而追求积极方面,使仲裁裁决的域外执行事项得到很好与正当的实现。

* 中国政法大学研究生院2004级国际经济法硕士研究生。

注释

- 1 李虎:《国际商事仲裁裁决的强制执行》,法律出版社2000年版,第57页。
- 2 939 F.Supp 907 (D.D.C 1996).
- 3 赵建:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第251页。
- 4 同注3,第254页。
- 5 黄亚英:“论国际商事仲裁中的‘更优惠权利条款’”,载《法学杂志》2000年第2期。

浅谈重新仲裁制度的完善

文／于燕华

【摘要】

重新仲裁是消除裁决瑕疵、实现当事人以仲裁方式解决争议的较好方式。但我国现行法律对重新仲裁制度规定较为原则，给具体操作带来不便，且不利于维护仲裁裁决。笔者建议明确重新仲裁的条件，由原仲裁庭重新仲裁，且将重新仲裁制度的优先地位延伸至不予执行司法审查中。

【关键词】

仲裁裁决 重新仲裁 完善



重新仲裁，是指受理撤销仲裁裁决之诉的法院，认为仲裁裁决存在瑕疵但该瑕疵可以通过重新仲裁而消除的，则由仲裁庭重新仲裁，从而保证仲裁裁决公正的一项救济制度。

重新仲裁这种方式为许多国家立法所确认，广为国际商事仲裁采用。我国仲裁制度借鉴了英国、美国等普通法系国家有关发回仲裁庭重审制度等仲裁立

法的经验，增加了重新仲裁方面的内容。

设立重新仲裁制度，是符合我国实际需要的，其宗旨是为了给仲裁庭提供更正其自身的错误和裁决的瑕疵的机会，减少仲裁裁决被撤销的可能，保证当事人原定以仲裁这种方式解决其争议的意愿的实现，节省有关各方的时间、人力和费用的投入，减少资源的浪费。

笔者所在仲裁委曾有过一个重新仲裁的案例：仲裁庭对申请人A与被申请人B商品房买卖合同纠纷一案作出裁决后，A不服仲裁裁决，以裁决书对申请人要求被申请人立即交付房屋的请求没有作出裁决及裁决书有关实体处理也有错误为由向中级人民法院申请撤销裁决。法院经合议庭审理，认为裁决未对申请人要求被申请人立即交付房屋的请求予以裁决，违反仲裁的基本程序，通知仲裁庭重新仲裁。仲裁庭作出重新仲裁裁决，对本案裁决书主文部分未表述的请求事项予以表述。法院遂裁定终结撤销程序。

如上述案例，假设无重新仲裁制度，该仲裁裁决的命运会如何？仲裁庭以重新仲裁的让步换取了仲裁裁决的效力，对当事人而言，重新仲裁比裁决被撤销另行起诉要划算得多。

一、重新仲裁制度的现状

《中华人民共和国仲裁法》（以下简称仲裁法）第61条规定：“人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。”这就是我国关于重新仲裁的制度的法律依据。该条对关于重新仲裁的制度仅仅作出了非常原则性的规定，条文简单，影响了实践效果。表现在：

仲裁法第61条规定，人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁。但该法却未明确规定法院在何种情况下才可以通知仲裁庭重新仲裁，从理论上讲，法院可以以裁决中可能存在的任何瑕疵，不论其是否为当事人申请撤销裁决中所提出的理由，甚至不说明任何理由将裁决发回重新仲裁，极易导致法院滥用司法权；也可以通过自由裁量，不采用重新仲裁制度，以本