



法学新前沿 New Law Frontiers

Study on the
Recognition
and Enforcement
of Foreign
Arbitral Awards

外国仲裁裁决承认 及执行论

齐湘泉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Study on the
Recognition
and Enforcement
of Foreign
Arbitral Awards

外国仲裁裁决承认 及执行论

齐湘泉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外国仲裁裁决承认及执行论 / 齐湘泉著. —北京:
法律出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0483 - 9

I. ①外… II. ①齐… III. ①仲裁—研究—外国
IV. ①D915. 704

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 032641 号

外国仲裁裁决承认及执行论

齐湘泉 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京民族印务有限责任公司

印张 26.75 字数 437 千

印次 2010 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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 - 0483 - 9

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

用10年时间收集资料,费两年时间不辍笔耕,终于完成了仲裁姊妹篇《赢在美国——CIETAC(97)贸仲裁字第0517号仲裁裁决在美国的承认及执行》和《外国仲裁裁决承认及执行论》的写作。敲击键盘,电脑屏幕上出现本书终稿时间的时候,如释重负和从头再来情感交织。这个时间,是这两本书的终点,也是《涉外民事关系法律适用法》丛书另一本书的起点。两年时间,在撰写这套丛书的道路上艰难地向前跨越了一步,但落下的这个脚印是坚实的。

之所以像一滴水舍生忘死奔向浩瀚海洋,像一块砖义无反顾填充摩天大厦,像一只飞蛾胸怀激烈扑向火焰,像一名战士冲锋陷阵国际商事仲裁,源于导师周忠海先生的教诲。先生是我的博士研究生导师,在博士论文选题时,先生要求我一定要把理论研究和实践结合起来,研究课题要来源于社会,服务于社会,探索并解决国际经济交往中存在的问题。根据先生的意见,我选择了“外国仲裁裁决承认及执行若干理论问题研究”作为研究课题,撰写了博士论文,本书是在博士论文基础上修改而成的。在《涉外民事关系法律适用法》丛书撰写计划中,已为国际商事仲裁留有一席之地,因国际商事仲裁属程序范畴,本想放在这套丛书的最后完成。博士论文的选题和导师的要求是我将国际商事仲裁提到前面进行研究的因素;提前撰写本书的另一个因素是我用10年时间成功地代理了辽宁曙光汽车集团股份有限公司(本案提起仲裁时该公司的名称为丹东曙光车桥股份有限公司,以下简称曙光公司)与美国利莱机械公司(以下简称利莱公司,化名)合资合同仲裁案,代理了中国国际经济贸易仲裁委员会对本案作出的(97)贸仲裁字第0517号仲裁裁决(以下简称0517号裁决)在中国和美国的承认及执行,有

2 外国仲裁裁决承认及执行论

涉外仲裁裁决在我国申请执行和中国仲裁裁决在美国申请承认及执行的实践,在实践中有许多感触,这些感触应当记录下来。

二

曙光公司与利莱公司合资合同争议案和 0517 号裁决在中国、美国申请承认及执行案构成一个经典的判例,其经典之处不在于曙光公司在仲裁程序中获得胜诉裁决,仲裁裁决在美国获得执行,而在于仲裁和执行过程中出现的中国法律制度与美国法律制度的碰撞,大陆法系法律观念与英美法系法律观念的交锋,在于法律原则的诠释和法律原则的创制。

仲裁程序中,曙光公司向仲裁庭提交了一份与事实不符的证据,之后曙光公司向仲裁庭表明这是误述,利莱公司咬住不放,主张“禁止反言”,禁止反言原则如何理解、如何适用本案做了精辟阐释。“揭开法人面纱”是美国司法实践广泛适用的一项法律制度,其核心内容是法人中的自然人、合伙组织中的合伙人可与法人、合伙组织一并追究民事赔偿责任。0517 号仲裁裁决在中国申请执行时,“揭开法人面纱”遭遇阻却,在美国申请承认及执行时,“揭开法人面纱”得到适用,曙光公司申请冻结了已经转移到案外人名下两处房产,这成为 0517 号仲裁裁决顺利执行的关键。定金制度是大陆法系国家普遍采用的一项法律制度,美国法律中没有这项制度。仲裁程序中,仲裁庭依据中国法律裁决利莱公司双倍返回 100000 美元投资设备定金,这项裁决在申请承认及执行程序中被美国法院认定为惩罚性仲裁裁决。仲裁员是否有作出惩罚性仲裁裁决的权利,外国仲裁员作出惩罚性仲裁裁决权力美国法院应否承认,这是 0517 号仲裁裁决向美国法院提出的问题。承认及执行惩罚性我国裁决违反美国的公共政策,这是美国已经确立的法律原则。0517 号裁决被美国法院认定为惩罚性仲裁裁决,该项裁决在美国能否得到承认,赛缪·康迪法官在美国地区法院加利福尼亚北区分院法庭落下高高举起的法锤,铿锵有力的锤声庄严宣布一项新的法律原则诞生,承认惩罚性外国仲裁裁决不违反美国的公共政策。

唇枪舌剑的激辩在美国地区法院加利福尼亚北区法院落下帷幕,引经据典的论争在美国加利福尼亚州康特拉·科斯塔高等法院偃旗息鼓,加利福尼亚北区分院法庭的锤声渐行渐远,我们需要盘点收获。

三

自恃对国际商事仲裁有所研究,至少中国政法大学本科生国际私法教材国际商事仲裁一章我多次执笔。撰写这两本拙作,查阅中外资料,感到自己已是井

底之蛙。国际商事仲裁领域的研究今非昔比,《中华人民共和国仲裁法》颁行之后的十几年时间里,国际商事仲裁研究突飞猛进,涉猎范围之广,探讨程度之深远远超出我的想象。十几年的时间里,崛起了一代思维敏捷、视野宽广、功底深厚、才华横溢的青年学者,他们的睿智和辛勤已经把国际商事仲裁研究推向了崭新阶段。面对新生代,面对日新月异的国际商事仲裁,我感到了压力,也激发了斗志。正视自己,奋发进取,百尺竿头更进一步,这是两年来的写作心态。相信在这种心态支配下完成的作品会为国家商事仲裁增砖添瓦。

本书原创性研究的内容主要有:界定了外国仲裁裁决的概念。检讨了我国界定外国仲裁裁决的立法与实践。分析了我国界定外国仲裁裁决立法与《纽约公约》相关规定的共通性和差异性。指出了我国界定外国仲裁裁决司法实践对《纽约公约》的背离。提出我国对外国仲裁裁决的界定应该回归《纽约公约》的轨道;依据《纽约公约》对承认及执行外国仲裁裁决的条件进行了全面梳理,结合我国仲裁裁决在外国申请承认及执行的实践和外国仲裁裁决在我国申请承认及执行的实践,从理论和实践两方面全面阐述了如何申请承认及执行外国仲裁裁决;探讨了缺席仲裁裁决能否承认及执行,对此持否定观点;对公共政策进行了重新认识,认为真正的国际公共政策不宜提倡;批判了对申请承认及执行的外国仲裁裁决只进行形式审查,不进行实体审查的错误观点,证明各国承认及执行外国仲裁裁决时都要进行形式审查和实体审查,法院对在本国申请承认及执行外国仲裁裁决不审查该外国仲裁裁决的承认及执行是否违反本国公共政策是法院失职,而对外国仲裁裁决是否违反本国公共政策的审查包括实质性审查;探讨了仲裁员作出惩罚性仲裁裁决的权力,论证了惩罚性仲裁裁决的承认及执行;研究了承认及执行外国仲裁裁决的上诉制度,建议最高人民法院废止“内部报告”制度,建立我国承认及执行外国仲裁裁决上诉制度。

拙作付梓还是怀揣不安,愿开卷者从中受益。

齐湘泉

2009年11月21日于蓟门烟树

目 录

序	(1)
第一章 承认及执行外国仲裁裁决法律制度	(1)
第一节 外国仲裁裁决的界定	(1)
一、国际条约、国际法文件关于外国仲裁裁决的界定	(1)
二、各国关于外国仲裁裁决的界定	(6)
三、我国界定外国仲裁裁决标准与实践困惑	(10)
四、界定仲裁裁决国籍标准的发展趋势	(18)
第二节 承认及执行外国仲裁裁决法律制度	(21)
一、承认及执行外国仲裁裁决法律制度的经济基础与法律基 础	(21)
二、承认及执行外国仲裁裁决的国际立法	(24)
三、《纽约公约》的基本内容	(29)
第三节 我国承认及执行外国仲裁裁决的立法与实践	(33)
一、我国承认及执行外国仲裁裁决的立法	(33)
二、我国承认及执行外国仲裁裁决的实践	(38)
第二章 提起承认及执行外国仲裁裁决诉讼需注意的法律问题	(54)
第一节 提起承认及执行外国仲裁裁决的法院与时效	(54)
一、提起承认及执行外国仲裁裁决的法院	(54)
二、提起承认及执行外国仲裁裁决的时效	(55)
第二节 提起承认及执行外国仲裁裁决需提交的法律文书	(59)
第三节 承认及执行外国仲裁裁决的诉前救济措施	(61)
一、诉前保全救济措施的立法、理论与实践	(61)

二、2006 年联合国《国际商事仲裁示范法》关于仲裁临时措施的规定	(66)
第四节 承认及执行外国仲裁裁决的程序	(70)
第三章 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的条件	
——仲裁协议当事人无缔约能力、仲裁协议无效	(72)
第一节 仲裁协议当事人的缔约能力	(73)
一、仲裁协议当事人缔约能力的法律适用	(73)
二、判定当事人有无缔结仲裁协议行为能力的实证分析	(76)
第二节 嘉能可公司申请承认及执行英国伦敦金属交易所仲裁裁决案法律问题探析	(81)
一、案情	(81)
二、法律问题与分析	(87)
第三节 仲裁协议存在及仲裁协议效力认定问题	(99)
一、仲裁协议的效力与认定仲裁协议效力的法律	(99)
二、仲裁协议的形式要件	(103)
三、仲裁协议的实质要件	(107)
四、瑕疵仲裁协议效力的认定	(110)
五、仲裁协议是否存在的实证分析	(117)
第四章 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的条件	
——被执行人未获适当通知,未能对案件提出意见	(120)
第一节 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的程序性事由——未给予适当通知或未能提出申辩	(120)
一、仲裁程序中的适当通知	(120)
二、仲裁文件通知与司法文书送达的区别及大陆法系国家与英美法系国家仲裁通知的差异	(122)
第二节 适当通知的认定	(124)
一、仲裁通知的主体	(124)
二、仲裁文件的通知方式	(131)
三、电子邮件通知仲裁通知的效力	(144)
四、仲裁通知的内容	(147)
五、已通知的事实发生变更是否需要另行通知	(148)

六、公告通知在国际商事仲裁中能否采用	(150)
第三节 仲裁程序中的申辩	(153)
一、申辩权利与申辩权利的行使	(153)
二、当事人以未能进行申辩为由请求法院拒绝承认及执行外国仲裁裁决的几种情况	(156)
第五章 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的条件	
——裁决事项非仲裁协议约定之事项或者裁决事项超出仲裁协议约定之事项	(166)
第一节 仲裁管辖权	(167)
一、仲裁管辖权的来源与特点	(167)
二、仲裁管辖权的行使	(171)
第二节 拒绝承认及执行裁决非仲裁协议约定事项及超出仲裁协议约定事项的外国仲裁裁决之实证分析	(179)
一、拒绝承认及执行裁决非仲裁协议约定事项的外国仲裁裁决之实证分析	(180)
二、拒绝承认及执行裁决事项超出仲裁协议约定事项范围的外国仲裁裁决之实证分析	(184)
第六章 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的条件	
——仲裁庭的组成或者仲裁程序不当	(188)
第一节 仲裁庭	(189)
一、仲裁员	(189)
二、仲裁庭	(204)
第二节 缺员仲裁裁决的承认及执行	(208)
一、外国缺员仲裁裁决的承认及执行成为热点问题	(208)
二、我国法院对拒绝承认及执行伦敦海事仲裁裁决的理论阐释	(210)
三、缺员仲裁裁决效力承认及执行辨析	(216)
四、缺员仲裁的法律思考	(222)
第三节 仲裁程序	(229)
一、仲裁庭形成阶段的程序不当	(229)
二、仲裁权行使阶段的程序不当	(233)

三、我国以仲裁程序不当为由拒绝承认及执行外国仲裁裁决 的实证分析	(238)
第七章 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的条件	
——裁决不具有约束力或已被撤销、停止执行	(243)
第一节 仲裁裁决的既裁力	(243)
一、对仲裁裁决既裁力的认识	(243)
二、仲裁裁决既裁力的依据	(246)
三、仲裁裁决既裁力效力范围	(248)
第二节 已撤销国际商事仲裁裁决承认及执行的探讨与论争	(254)
一、撤销仲裁裁决法律制度	(254)
二、司法对仲裁实行监督的必要性	(256)
三、国际商事仲裁裁决撤销的效力	(261)
四、已撤销国际商事仲裁裁决承认及执行的实践与论争	(264)
五、对是否拒绝承认及执行已撤销的外国仲裁裁决的认识	(277)
六、我国对已撤销外国仲裁裁决承认及执行的态度	(281)
第八章 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的条件	
——争议事项不可仲裁	(283)
第一节 承认及执行视野下的国际商事争议的可仲裁性	(283)
一、国际商事争议可仲裁性的确定	(283)
二、可仲裁事项范围的扩展	(288)
三、国际商事争议可仲裁性与公共政策的关系	(294)
第二节 我国国际商事争议事项可仲裁性立法与实践	(297)
一、我国国际商事争议事项可仲裁性立法	(297)
二、我国国际商事争议事项可仲裁性实践	(302)
第九章 拒绝承认及执行外国仲裁裁决的条件	
——承认及执行仲裁裁决违反公共政策	(311)
第一节 外国仲裁裁决承认及执行中的公共政策	(311)
一、公共政策的法律特征	(312)
二、公共政策的定位	(316)
三、对三种公共政策的讨论	(319)
第二节 我国拒绝承认及执行外国仲裁裁决程序中公共政策的	

适用	(323)
一、我国拒绝承认及执行外国仲裁裁决的公共政策立法	(323)
二、我国适用公共政策拒绝承认及执行外国仲裁裁决的实践	(325)
第十章 惩罚性外国仲裁裁决的可执行性	(331)
第一节 惩罚性赔偿制度	(331)
一、贸仲 0517 号裁决执行案提出惩罚性仲裁裁决可执行性问 题	(331)
二、惩罚性赔偿制度的起源	(334)
三、美国的惩罚性赔偿制度	(340)
第二节 惩罚性仲裁裁决的承认及执行	(352)
一、仲裁员作出惩罚性仲裁裁决权力的否定与肯定	(352)
二、惩罚性仲裁裁决执行与不予执行的博弈	(366)
第三节 中国的惩罚性赔偿制度与外国惩罚性仲裁裁决在中国 的承认及执行	(374)
一、中国的惩罚性赔偿制度	(374)
二、定金是否属于惩罚性赔偿	(379)
三、仲裁员是否有作出惩罚性仲裁裁决的权力	(381)
四、我国是否应承认及执行外国惩罚性赔偿仲裁裁决	(382)
第十一章 外国仲裁裁决不予执行上诉制度研究	(386)
第一节 不服仲裁裁决的上诉制度	(387)
一、不服仲裁裁决向二级仲裁庭提起上诉制度	(387)
二、不服仲裁裁决能否向法院提起上诉	(389)
第二节 外国仲裁裁决不予执行的上诉制度	(391)
一、各国不予执行外国仲裁裁决的法院判决或者裁定是否允 许上诉的立法	(392)
二、对不予执行外国仲裁裁决的法院判决或者裁定提出上诉 的实践	(394)
第三节 我国拒绝承认及执行外国仲裁裁决法律救济制度的反 思	(398)
一、“一审终局”与“内部报告”制度的确立	(398)
二、“内部报告”制度与我国现行法律相抵触	(402)

6 外国仲裁裁决承认及执行论

三、“内部报告”制度的弊端 (404)

四、我国应建立外国仲裁裁决承认及执行案件上诉制度 (408)

后 记 (415)

第一章 承认及执行外国仲裁裁决法律制度

第一节 外国仲裁裁决的界定

萌芽于古代社会乡村中有威望的长者居间调解村民矛盾的解决争议的方法,经过数千年历史的孕育,演进成当下解决商事争议的仲裁制度。19 世纪末叶以来,以民间性、自愿性、自治性为本质特征的仲裁制度获得各国立法与国际立法的强劲支持得以迅猛发展,成为与诉讼制度比肩的解决国际商事争议的国际性法律制度。

仲裁制度的发展固然源于仲裁机制的合理性以及仲裁制度与社会发展的协调性,然而,相对完善的承认及执行外国仲裁裁决法律制度和仲裁裁决世界范围内的可执行性无疑为国际商事仲裁发展创造了良好的外部条件,提供了制度上、法律上以及当事人心理上的保障。1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,以下简称《纽约公约》)的订立奠定了外国仲裁裁决承认及执行制度的基础,为国际商事仲裁的发展注入了活力。《纽约公约》颁行五十多年了,经过历史的检验,证明其无愧于国际商事仲裁的纲领。《纽约公约》是完备的,但也是时代的产物,也是需要发展的。总结该公约问世以来各国相互承认及执行外国仲裁裁决的经验,探讨承认及执行外国仲裁裁决中的法律问题,寻求解决法律问题的路径,进一步完善承认及执行外国仲裁裁决法律制度,这对于促进国际经济交往,推进国际经济秩序和谐具有十分重要的理论意义和实践意义。

一、国际条约、国际法文件关于外国仲裁裁决的界定

研究承认及执行外国仲裁裁决法律制度,首先要界定什么是外国仲裁裁决。

精准定义外国仲裁裁决是十分困难的,这一困难首先来自各国国情的差异,各国政治制度、法律制度、传统习惯、风俗文化不同,对仲裁的支持程度不同,对仲裁的范围认可程度不同,因而对外国仲裁裁决所做的定义不同;其次是因为社会在不断地发展变化,许多国家在不同的历史时期对外国仲裁裁决做了不同的定义,也有一些国家根据国际社会的发展变化或者本国国情的发展变化对已经定义了的外国仲裁裁决做了修改;最后是仲裁裁决的域外承认及执行主要受国际条约调整,国际社会在不同的历史时期制定了不同的调整仲裁裁决域外承认和执行及与此相关的国际条约或国际法文件,不同国际组织制定的国际条约或国际法文件对外国仲裁裁决所做的定义也不尽一致。外国仲裁裁决是承认及执行外国仲裁裁决法律调整的对象,外国仲裁裁决的承认及执行是承认及执行外国仲裁裁决法律制度规范的对象,厘清外国仲裁裁决就是要确定承认及执行外国仲裁裁决法律调整的范围,因此,对外国仲裁裁决的定义进行探讨,对外国仲裁裁决的范围进行界定自然是十分必要的。

最早涉及外国仲裁裁决定义及范围的国际条约是乌拉圭、巴西、哥伦比亚、玻利维亚、阿根廷和秘鲁 6 个南美国家 1889 年 1 月 11 日订立于蒙得维的亚的《国际民事诉讼程序法条约》,该条约经重新审议后于 1940 年 3 月 19 日重新颁布。修订后的《关于国际民事诉讼程序法的条约》第 5 条规定:于签字国之一作出的民事及商事判决及仲裁裁决,如其符合公约的要求,在其他签字国领土内应具有与在宣布它们的国家内同等的效力。从该规定中可以看出,该条约界定外国仲裁裁决基于两个要素:一个要素是国别,作出仲裁裁决的国家必须是签字国;另一个要素是领土,仲裁裁决必须是在签字国领土内做成。^[1] 概言之,签字国领土以外其他签字国领土内作成的仲裁裁决即为外国仲裁裁决。

《关于国际民事诉讼程序法的条约》是南美洲国家间签订的一个区域性国际条约,适用范围有局限性,影响力也是有限的。全球性国际条约首开先河对外国仲裁裁决进行界定的是 1927 年《关于执行外国仲裁裁决的公约》(Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards),该公约是经总部设在巴黎的国际商会倡议,在国际联盟支持下制定的,于 1927 年 9 月 26 日在日内瓦开放签字,于 1929 年 7 月 25 日生效。《关于执行外国仲裁裁决的公约》是在日内瓦开放签字生效的,故又被称做《日内瓦公约》。《日内瓦公约》第 1 条对外国仲裁裁决进行了界

[1] 卢梭主编:《国际私法公约集》,上海社会科学出版社 1986 年版,第 458 页。

定:“凡在本公约适用的任何缔约国领土内根据一项为解决现有或将来争端的协议而作成的仲裁裁决,如果此项协议是属于1923年9月24日在日内瓦公布的关于仲裁条款议定书的范围以内,该裁决应被认为有拘束力,并应按照请求履行该裁决当地的程序法规予以执行,但以该裁决是在本公约缔约国领土内作成,并且是对在缔约国之一的管辖权下的人作出的为限。”^{〔1〕}《日内瓦公约》界定外国仲裁裁决的标准与《关于国际民事诉讼程序法的条约》界定外国仲裁裁决的标准基本相同,以领域为标准,缔约国领土以外的其他缔约国领土内作成的仲裁裁决即为外国仲裁裁决。《日内瓦公约》界定外国仲裁裁决的标准与《关于国际民事诉讼程序法的条约》有所不同的是《日内瓦公约》要求缔约国对仲裁裁决所涉之人具有管辖权。

《日内瓦公约》属于早期制定的调整国际民商事仲裁关系的国际公约,缔约国和加入国的数量不多,一缔约国领土内作成的仲裁裁决在其他国家得到承认及执行的范围十分有限。为使一国仲裁机构作出的仲裁裁决在更多的国家得到承认及执行,在联合国主持下,1958年6月10日联合国国际商事仲裁大会第24次会议通过了《纽约公约》,在美国纽约签订了一个致力于建立一个更广泛的外国仲裁裁决承认及执行的多边国际条约。1958年《纽约公约》签署时有45个缔约国,现已发展到137个缔约国和26个适用区,适用范围几近覆盖了有国际贸易的国家和地区,是一个名副其实的全球性国际条约。

《纽约公约》第1条第1款对外国仲裁裁决做了规定:“由于自然人或法人间的争执而引起的仲裁裁决,在一个国家的领土内作成,而在另一个国家请求承认和执行时,适用本公约。在一个国家请求承认和执行这个国家不认为是本国裁决的仲裁裁决时,也适用本公约。”该条第3款规定:“任何缔约国在签署、批准或者加入本公约或者根据第10条通知扩延的时候,可以在互惠的基础上声明,本国只对另一缔约国领土内所作成的仲裁裁决的承认及执行,适用本公约。”^{〔2〕}

从《纽约公约》关于外国仲裁裁决的规定来看,该公约在《日内瓦公约》基础上发展了外国仲裁裁决的界定标准,扩展了外国仲裁裁决的范围。从界定标准来看,《纽约公约》突破了上述两公约的领土标准,采用地域和非内国双重标准判定一项仲裁裁决是否为外国仲裁裁决。依据地域标准,仲裁裁决作出地国与被

〔1〕 卢峻主编:《国际私法公约集》,上海社会科学出版社1986年版,第695页。

〔2〕 卢峻主编:《国际私法公约集》,上海社会科学出版社1986年版,第699~700页。

请求承认及执行仲裁裁决国为不同的缔约国,则该仲裁裁决应被认定为外国仲裁裁决;依据非内国标准,仲裁裁决作出地国与被请求承认及执行仲裁裁决国虽为同一国家,但根据该被请求承认及执行仲裁裁决国内国法的规定该裁决并非为内国裁决,则该仲裁裁决应被认定为外国仲裁裁决,其承认及执行适用《纽约公约》,而不是受该国国内法调整。从界定范围来看,《纽约公约》突破了《关于国际民事诉讼程序法的条约》和《日内瓦公约》关于外国仲裁裁决在缔约国之间承认及执行的限制规定,将非缔约国领土内作出的仲裁裁决纳入公约的调整范畴,规定缔约国可以将其作为公约裁决在本国境内承认及执行。该条规定体现了《纽约公约》的国际立场,解决了各国由于对仲裁裁决国籍确定存在不同规定而引起的法律冲突,扩大了《纽约公约》的适用范围。

《纽约公约》第1条第2款规定:“‘仲裁裁决’不仅包括由为每一案件选定的仲裁员所作出的裁决,而且也包括由常设仲裁机构经当事人的提请而作出的裁决。”^[1]该款规定确认了外国仲裁裁决包括临时仲裁裁决和机构仲裁裁决,两种仲裁裁决在承认及执行程序中具有同等地位。

1985年6月21日,联合国国际贸易法委员会制定了《联合国国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,以下简称《示范法》),1985年12月11日,联合国大会一致通过了批准《示范法》的40/72号决议,并建议各会员国从仲裁程序法统一的愿望和国际商事仲裁实践的特定需要出发采用《示范法》。

示范法(model law)是由学者、专家或由其组成的职业团体、学术团体草拟的带有学理性探讨的法律,不具有强制力,用以推荐给立法机关制定法律时采用或者参考,也可以由行政机关采纳为规章。示范法渊源于美国,美国学者、社团组织创造了示范法并以此指导各州立法。美国通过示范法统一各州法律的做法为一些普通法系国家所效仿,也为若干国际组织认可并采用,这样一来就产生了国际示范法。国际示范法是由国际组织起草的供各国立法机关采纳或者立法时参考的法律,国际示范法不同于国际条约,无须国家签署,不需要履行特定的审批程序,不具有法律拘束力。国际组织草拟示范法的目的是为各国立法提供法律范本,最大限度地协调和统一各国有关法律,减少国家间的法律冲突。国际示范法经主权国家通过本国立法程序,结合本国实际情况予以全部采纳或修订后

[1] 卢峻主编:《国际私法公约集》,上海社会科学出版社1986年版,第699页。

采纳成为国家法律,具有强制力。国际示范法是国际组织主持制定的或者由国际组织通过的,虽然不具有法律效力,但具有代表性、前瞻性、权威性。国际示范法确立的国际商事交易应当遵循的一般原则,在一定条件下可以转化为国际条约或国际惯例。

《联合国国际商事仲裁示范法》是联合国制定的调整国际商事仲裁关系的示范法,对各国国际商事仲裁法的统一化和现代化有着重要意义,为各国仲裁法的国际协调开辟了新的路径,反映了现代国际商事仲裁法的发展趋势,现已有五十多个国家和地区根据《示范法》制定了本国的仲裁法,根据《示范法》制定的各国仲裁法趋同性明显增强。

《示范法》第35条第1款规定仲裁裁决不论在何国境内作出,均应承认具有约束力,而且经向主管法院提出书面申请,即应予以执行,但须服从本条和第36条的规定,该法第36条规定的是拒绝承认及执行仲裁裁决的理由。《示范法》虽然要求各国应承认及执行仲裁裁决,但没有明确规定何为外国仲裁裁决,而是规定了什么是国际仲裁,以国际仲裁裁决这一概念取而代之。根据《示范法》第1条第3款规定,仲裁如有下列情况即为国际仲裁:

(A) 仲裁协议的当事各方在缔结协议时,他们的营业地点位于不同的国家;
或

(B) 下列地点之一位于当事各方营业地点所在国以外:

(a) 仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地点;

(b) 履行商事关系的大部分义务的任何地点或与争议标的关系最密切的地点;或

(c) 当事各方明确地同意,仲裁协议的标的与一个以上的国家有关。

《示范法》第1条第4款规定,为了第3款的目的:

(A) 如当事一方有一个以上的营业地点,营业地点为与仲裁协议关系最密切的营业地点;

(B) 如当事一方没有营业地点,以其惯常住所为准。

《示范法》主要以营业地为标准判断仲裁的国际性,辅之以惯常住所标准,归纳起来,采用的是地域标准。《示范法》规定的地域标准与《纽约公约》规定的地域标准相比已经发生了质的变化。《示范法》所称之地域不再是缔约国领土,而是当事人的营业地和惯常住所地。根据《示范法》可以推论,一国仲裁机构作出的国际仲裁裁决在该国境内不能得到执行或未能得到全部执行转向执行申请人