

*On the Delocalization of
Procedure in International Commercial Arbitration*

国际商事 仲裁程序“非国内化”研究

张美红 著

 上海人民出版社



内容简介

传统国际商事仲裁程序制度强调仲裁地法对仲裁程序的绝对适用，然而，随着全球化的发展，国际商事仲裁程序越来越脱离仲裁地法的支配或控制，出现了所谓的“非国内化”或“非当地化”趋势。本书以国际商事仲裁程序“非国内化”为研究对象，系统考察了国际法律文件和西方国家的相关规则以及西方国家的仲裁和司法实践，总结它的样态，即目前的国际商事仲裁程序“非国内化”是有限的“非国内化”，还是完全的“非国内化”，以及是否已经形成一种普遍的国际趋势，旨在为完善我国国际商事仲裁程序制度和相关实践提供建议。

上架建议：国际法

ISBN 978-7-208-12604-6



9 787208 126046 >

定价：40.00元

易文网：www.ewen.co

*On the Delocalization of
Procedure in International Commercial Arbitration*

国际商事 仲裁程序“非国内化”研究

张美红 著

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁程序“非国内化”研究/张美红著.

—上海:上海人民出版社,2014

ISBN 978-7-208-12604-6

I. ①国… II. ①张… III. ①国际商事仲裁-程序-研究 IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 239285 号

责任编辑 秦 堃

封面装帧 甘晓培

国际商事仲裁程序“非国内化”研究

张美红 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 江苏启东人民印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 16.5 插页 4 字数 281,000

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12604-6/D·2576

定价 40.00 元

序

在传统国际商事仲裁体制下,根据“所在地”理论,仲裁程序须与仲裁地国保持密不可分的关系。然而,20 世纪,尤其是第二次世界大战以来,随着经济全球化和贸易自由化的发展,在国际商事仲裁领域出现了仲裁程序逐渐脱离仲裁地法支配和弱化仲裁地司法监督的倾向,即所谓国际商事仲裁程序“非国内化”倾向,成为国际商事仲裁的一种突破性发展。

事实上,国际商事仲裁程序“非国内化”的产生并非偶然的现象,而是内外因素共同作用的结果。内在因素主要指当事人要求进一步扩大其在国际商事仲裁领域的意思自治权,外在因素主要指经济全球化和贸易自由化使固守国际商事仲裁程序绝对受仲裁地国管制的观念和实践变得不合时宜。然而,与国际商事仲裁实体“非国内化”(即当事人或仲裁庭可以选择非特定国家的法律规则作为国际商事仲裁的实体法)已成为国际社会广泛认可的普遍国际趋势相比,仲裁程序“非国内化”由于触及仲裁地国的核心利益——司法主权,其在立法和实践中是否已演进成一种普遍的国际趋势,尚存较大争议。因而,国际商事仲裁程序“非国内化”在有关国家(主要是西方国家)呈现的样态或程度,换言之,当事人意思自治在国际商事仲裁程序中延伸的深度,成为当今仲裁学术界和实务界关注的重点。对此问题的专研,不仅有利于进一步丰富国际商事仲裁理论,而且能为未来《仲裁法》的修改提供相关参考。

基于上述原因,本书作者张美红在跟随我攻读博士学位期间,以国际商事仲裁程序“非国内化”作为博士学位论文选题,其理论价值与实践意义得到了包括我在内的全体开题报告会专家的一致肯定。论文完成之后,其质量同样得到了评阅专家和答辩委员会的充分肯定。本书是作者在其博士学位论文的基础上整理并进一步完善而成的。

本书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”样态及其相应的法律条款设计,其中有不

少值得肯定的创新性研究。本书清晰地界定了国际商事仲裁程序“非国内化”的含义,强调了其实质目的;深入分析了国际商事仲裁程序“非国内化”产生的内外因素,拓展了意思自治理论和国家主权理论的研究;深入比较分析了西方国家国际商事仲裁程序“非国内化”的立法和实践,总结出目前国际商事仲裁程序“非国内化”的样态,即目前的国际商事仲裁程序“非国内化”是一种有限的“非国内化”。详言之,在国际商事仲裁程序法的适用上已形成普遍的“非国内化”国际趋势,虽然各国的程度不同,而在仲裁裁决的撤销上和“非国内化”裁决的承认与执行上并没有形成普遍的“非国内化”国际趋势,并且相关国家的实践也存在差异。同时,本书拓展了国际商事仲裁“非国内化”理论的研究并深度挖掘了“非国内化”裁决承认与执行的国际法律依据;在上述分析和讨论的基础上,结合我国国情,建议在国际商事仲裁程序“非国内化”趋势下,我国也应实行“非国内化”国际商事仲裁,但应实行有限的“非国内化”仲裁,并以未来《仲裁法》的修改为契机,将上述有关“非国内化”的建议转化为具体的条款;预测国际商事仲裁程序“非国内化”的发展前景,指出无论当事人意思自治在国际商事仲裁领域如何延伸,也无论世界经济形势如何发展,国际商事仲裁程序“非国内化”都将是有限的“非国内化”。可以肯定地说,本书是目前国内有关国际商事仲裁理论和实践研究方面有相当质量的学术专著。

目前,本书作者张美红并没有止步于此,她正在中国政法大学进行博士后研究。我真诚地期待,在不远的将来,她会有更为丰硕的学术成果呈现给大家。

徐崇利

2014年6月

目 录

序	1
引言	1
一、论题的源起及意义	1
二、研究现状	3
三、研究框架	5
四、研究方法	6
五、创新之处	7
第一章 国际商事仲裁程序“非国内化”原理	9
第一节 国际商事仲裁程序“非国内化”的产生	9
一、国际商事仲裁程序“非国内化”产生的内在驱动	10
二、国际商事仲裁程序“非国内化”产生的外在驱动	23
三、国际商事仲裁程序“非国内化”产生的合力驱动	29
第二节 国际商事仲裁程序“非国内化”的样态	31
一、影响国际商事仲裁程序“非国内化”样态的内在因素	32
二、影响国际商事仲裁程序“非国内化”样态的外在因素	43
三、小结	52
本章小结	53
第二章 国际商事仲裁程序法适用的“非国内化”	55
第一节 国际商事仲裁程序法适用的基本问题	55
一、国际商事仲裁程序法及其相关概念的澄清	55
二、仲裁程序法在国际商事仲裁中的功能	57
三、国际商事仲裁程序法的独立性与范围	61

第二节 国际商事仲裁程序法适用理论	63
一、国际商事仲裁程序的价值目标	64
二、本座理论:一种传统的国际商事仲裁程序法适用理论	65
三、“非国内化”理论:一种后起的国际商事仲裁程序法 理论	78
四、“非国内化”理论对传统本座理论的挑战及争议	83
第三节 国际商事仲裁程序法适用的“非国内化”样态的实践 分析	95
一、国际商事仲裁程序法适用的“非国内化”样态的实践	95
二、国际商事仲裁裁决撤销的“非国内化”样态的实践	103
三、对国际商事仲裁程序法适用“非国内化”相关制度的 支持	109
四、小结	114
本章小结	115
第三章 “非国内化”国际商事仲裁裁决的承认与执行	117
第一节 “非国内化”裁决承认与执行的基本问题	117
一、“非国内化”裁决的内涵	117
二、“非国内化”裁决的产生	120
三、“非国内化”裁决的国籍	124
第二节 “非国内化”裁决承认与执行的国际法律依据	125
一、“非国内化”裁决可执行性的争议	126
二、“非国内化”裁决撤销权的归属	128
三、“非国内化”裁决承认与执行的国际法律依据分析	131
第三节 “非国内化”国际商事仲裁裁决承认与执行样态的实践 分析	147
一、被认可的“非国内化”裁决承认与执行样态的实践	147
二、已撤销的“非国内化”裁决承认与执行样态的实践	152
本章小结	193

第四章 国际商事仲裁程序“非国内化”趋势下中国的对策研究	195
第一节 我国实行国际商事仲裁程序“非国内化”的必要性	195
一、适应贸易自由化和促进市场经济的进一步发展	195
二、提升我国国际商事仲裁程序的自由化程度	197
三、增强我国在国际商事仲裁市场的竞争力	206
四、适应国际商事仲裁实践的发展趋势	209
第二节 我国国际商事仲裁程序“非国内化”的样态选择	
——兼论《仲裁法》的修改	210
一、我国国际商事仲裁程序“非国内化”的样态选择	210
二、《仲裁法》的修改与国际商事仲裁程序“非国内化”	
条款的设计	216
本章小结	221
结论	223
一、国际商事仲裁程序“非国内化”的现状分析	223
二、国际商事仲裁程序“非国内化”的未来图景	228
参考文献	233
后记	254

引言

一、论题的源起及意义

国际商事仲裁程序是国际商事仲裁的重要组成部分,对国际商事争议的解决至关重要。传统国际商事仲裁程序制度由于过分强调仲裁地法对仲裁程序的绝对适用和法院对仲裁的司法监督,因而严重制约了全球化背景下国际商事争议的自由和高效解决,进而不利于国际商事交易的顺利进行。

20世纪六七十年代两个著名的国际商事仲裁案件,即 *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco)* 案(以下简称 *Saudi Arabia v. Aramco* 案)和 *Texaco Overseas Petroleum Company (US) and California Asiatic Oil Company (US) v. The Government of the Libyan Arab Republic* 案(以下简称 *Texaco v. the Libyan Arab Republic* 案)^①突破了传统国际商事仲裁程序制度要求仲裁程序绝对适用仲裁地法的限制。以此为先导,越来越多的国家纷纷对本国国际商事仲裁程序制度进行以扩大当事人意思自治和弱化法院司法监督为核心内容的改革,以期促进本国国际贸易投资的发展、提升在国际商事仲裁领域的竞争力、适应国际商事仲裁实践的发展等。在此情形下,国际商事仲裁程序“非国内化”产生了。

国际商事仲裁程序“非国内化”是指国际商事仲裁程序可以摆脱仲裁地国法律,甚至任何特定国家法律的支配或控制,减少甚至脱离仲裁地国法院对仲裁的司法监督,而由相关执行国法院行使司法监督权的一种趋势。它具体体现在三个方面^②:一是在国际商事仲裁程序法的适用上,允许当事人

^① 这两个案件将在第二章第三节详细探讨。

^② 梅尔(Mayer)教授从“非国内化”的不同程度出发,将国际商事仲裁“非国内化”分为两个阶段:第一阶段是地理上的“非国内化”(geographical delocalization),其主要指仲裁寻求避免仲裁程序进行地国规则的适用和法院的控制。但这并非意味着仲裁程序不适用任何国家的规则,也不意味着任何国家的法院都不控制仲裁,只是意味着当事人被允许在众多国家规则和国家法院之间进行选择。第二阶段为法律上的“非国内化”(legal delocalization),仲裁程序不适用任何国内规则,在仲裁裁决被寻求执行前,没有任何国家法院控制。MAYER, PIERRE, *Trend Toward Delocalisation* (转下页)

选择非仲裁地国的法律或规则,包括任何非特定国家的法律规则(又称为非国内规则),例如国际法、一般法律原则、国际商事习惯法、公允和善良原则以及标准合同条款等;二是在国际商事仲裁裁决的撤销上,当事人可以约定排除仲裁地法院撤销权的协议;三是在国际商事仲裁裁决的承认与执行上,相关执行国对“非国内化”国际商事仲裁裁决(以下简称“非国内化”裁决)予以承认与执行。

需要说明的是,在国际商事仲裁实体法的选择适用上,由于绝大多数国家的立法和实践都肯定了当事人或仲裁庭选择适用非国内规则的权利,已经呈现出“非国内化”的趋势^①,而且并不存在太多争议,因此本书将不对其予以考证,而将笔墨主要集中于对国际商事仲裁程序“非国内化”问题的研究上。

国际商事仲裁程序“非国内化”旨在解决仲裁地法对仲裁程序绝对控制的不合理性,力图实现最大的程序自治和尽可能地排除仲裁地法院的司法监督,因而对传统的国际商事仲裁制度、理论及实践都造成了很大冲击,成为国际商事仲裁程序领域的一种新发展。

国际商事仲裁程序“非国内化”不仅得到西方国家立法和实践的肯定,同时也得到了《承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)、《国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)、《国际商会仲裁规则》(以下简称《ICC 仲裁规则》)等重要国际硬法和软法的支持。

我国以《仲裁法》为核心的国际商事仲裁程序制度奉行的是属地主义。它强调仲裁地法对仲裁程序的绝对控制,既不能适应国际商事仲裁实践的发展,也不利于保护我国当事人的利益,同时也缺乏“制度竞争力”或“服务竞争力”。更为重要的是,我国仲裁实践中已出现了涉及“非国内化”的案例。因此,对国际商事仲裁程序“非国内化”进行深入系统的研究,从中找出

(接上页) in the Last 100 Years [A]. HUNTER, MARTIN ed., *The Internationalisation of International Arbitration The LCIA Centenary Conference* [C]. London: GRAHAM & TROTMAN, 1995. 38.

Read 教授将国际商事仲裁“非国内化”划分为仲裁过程的“非国内化”和仲裁裁决的“非国内化”两个阶段。前者指国际商事仲裁过程摆脱侵犯仲裁庭功能的强制性的仲裁地法的限制;后者指即使国际商事仲裁裁决被仲裁地法院撤销了,也并非意味着该已撤销裁决在别的地方不具有可执行性,仲裁地法院的撤销决定对其他国家的执行没有影响。READ, PIPPA, *Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium* [J], *American Review of International Arbitration*, 1999, 10: 186.

① CREMADES, BERNARDO M., & CAIRNS, DAVID J.A., *The Brave New World of Global Arbitration* [J]. *The Journal of World Investment*, 2002, 3(2): 182—183; JANIČIJEVIĆ, DEJAN, *Delocalization in International Commercial Arbitration* [J]. *Law and Politics*, 2005, 3(1): 64.

可资借鉴之处,有助于改革和完善我国国际商事仲裁程序制度,增强我国国际商事仲裁的竞争力以及为我国法院灵活应对“非国内化”裁决提供充分的法律依据,具有较强的实际应用价值。

近年来,中国学界对有关国际商事仲裁程序某些问题的研究发展较快,但对“非国内化”问题的研究则较为匮乏和零散,且很少进行理论上的探讨。因此,本课题的研究可以充实国内理论研究。同时,也可国内学界和相关人士对国际商事仲裁程序问题的研究向纵深方向发展提供一定的研究基础。

二、研究现状

国际商事仲裁程序“非国内化”是国际商事仲裁程序领域一种新的发展趋势,是国内外仲裁实务界和学术界无法回避的研究课题。

由于国际商事仲裁程序对于国际商事争议的解决至关重要,因此国外学者对国际商事仲裁程序进行了大量的研究,如 Born(2001, 2009)、Gaillard & Savage(1999)、Redfern & Hunter(1986, 1991, 1999)、Rubino-Sammartano(2003)等学者的研究。这些学者的研究所涵盖的程序问题较为广泛,其中也有涉及“非国内化”问题的,但较为分散,缺乏深入系统研究,且在一些问题上争议较大。就连国际商事仲裁程序“非国内化”的范围都没有形成共识,如学者 Read 等认为,“非国内化”包括仲裁程序法适用上的“非国内化”、仲裁裁决撤销上的“非国内化”以及已撤销“非国内化”裁决的承认与执行三个方面;而学者 Hirsch 等则认为,“非国内化”是指仲裁裁决撤销上的“非国内化”;还有些学者认为“非国内化”指的是程序法适用上的“非国内化”,如 Mayer 等。

此外,在国际商事仲裁程序“非国内化”的某些具体方面也存在较大争议。例如关于国际商事仲裁程序法适用上的“非国内化”问题,多数学者的研究主要围绕仲裁程序能否脱离仲裁地法的问题展开,并且形成支持和反对两种不同的观点。支持的观点为仲裁裁决的有效性并不需要来自于仲裁地国的国内法律秩序的认可(Paulsson, 1981、1983),仲裁地的选择通常出于方便和中立的原因,脱离仲裁地法的规制意味着当事人可以避免不可预见的当地程序法的影响(Read, 1999),仲裁程序“非国内化”确保了仲裁场所的中立性、限制了国内法庭对仲裁过程的干预以及克服了当地仲裁法的局限性、消除了法律冲突、创造了最适合交易和当事人利益的程序规则(Janićijević, 2005),等等。反对的观点为仲裁过程的有效性、仲裁庭裁决的有效性以及私人当事方的权利或权力都是由仲裁地法赋予的(Mann, 1967),仲裁地国内法院的监督可确保裁决的公正、对第三方当事人权利的

尊重(Park, 1983),规范仲裁程序的法律脱离国内程序法不能确保仲裁的正常进行(Van Den Berg, 1986),也缺乏合法性(Lionnet, 1991),等等。

又如关于“非国内化”裁决承认与执行问题的研究,国外学者的研究主要集中于“非国内化”裁决(尤其是已撤销的“非国内化”裁决)的效力及其获得承认与执行的法律依据等问题的研究,并且也呈现两种不同的观点。支持“非国内化”裁决可以获得承认与执行的学者,其主要观点为国际商事仲裁裁决可以“漂浮”,“非国内化”裁决不受程序进行地国家法律的限制(Lalive, 1976);《纽约公约》应该成为“非国内化”裁决执行的国际法律依据(Avanessian, 1991);承认外国的撤销“非国内化”裁决的决定与《纽约公约》目标相悖(Sampliner, 1997);除非有国际公认的撤销理由,否则仲裁地国作出的撤销决定不具有国际效力(Paulsson, 1998);赋予当地法院撤销国际裁决的决定以国际效力缺乏正当性,也不公平(Lastenouse, 1999; Janićijević, 2005),等等。否定“非国内化”裁决的可执行性的学者,其主要观点为仲裁裁决的效力来源于仲裁地法,已撤销的外国仲裁裁决不具有可执行性(Smit, 1989);承认与执行已撤销的外国仲裁裁决违反外国判决既判力原则(Reisman, 1992; Goode, 2001; Lazic, 2006);承认与执行已撤销的外国仲裁裁决缺乏国际法律依据(Wahl, 1999);《纽约公约》并非是已撤销的外国仲裁裁决获得承认与执行的法律依据(Van Den Berg, 1998, 2010),等等。

除在某些问题上存在较大争议外,国外多数学者在研究国际商事仲裁程序某个具体方面的“非国内化”时,往往以某单个国家为视角对“非国内化”在该国立法、仲裁和司法实践中的体现进行实然考察,而缺乏对众多国家的相关问题进行实然比较并进行应然分析,等等。这些研究显然还不够深入系统。

与国外学者相比,我国学者对国际商事仲裁程序问题的研究相对较少,而对国际商事仲裁程序“非国内化”问题的研究就更少了,只有几篇学术论文和几本有关国际商事仲裁的著作涉及这一问题,并且也只是初步研究,深度与广度尚未超越西方学者。主要有许光耀(1995)、朱克鹏(1996)、王瀚(1998)、郭玉军和陈芝兰(2003)、肖威(2004)、赵秀文(2009)等。

通过上述对国内外研究现状的分析可知,国际商事仲裁程序“非国内化”作为国际商事仲裁程序领域的一种新发展,已经引起国际仲裁学界的广泛关注,并引发较大争议。同时也说明国际商事仲裁程序“非国内化”虽然在实践中已经存在,但由于其对传统国际商事仲裁程序制度、理论和实践形成的巨大挑战,其在实践中会呈现怎样的样态还有待于全面深

入的研究。

总的来说,国内外学者对国际商事仲裁程序“非国内化”问题的研究虽然已取得一些成果,但缺憾仍然很明显:其一,专门系统涉及国际商事仲裁程序“非国内化”问题的成果极少;其二,目前已有的关于国际商事仲裁“非国内化”问题的研究又存在如下一些问题:

(1) 侧重于从理论角度探讨国际商事仲裁程序“非国内化”的可行性,缺乏从实然层面对国际商事仲裁程序“非国内化”在立法、仲裁和司法实践中的样态进行深入的国际比较研究;

(2) 就内容而言,偏重于对国际商事仲裁程序“非国内化”在实践中体现的概括性介绍,呈现分散性,缺乏整体性和全面性,尤其缺乏剖析不同国家国际商事仲裁程序“非国内化”不同程度和维度差异的原因;

(3) 对我国学者而言,缺乏对国际商事仲裁程序“非国内化”问题的足够关注。

三、研究框架

本书的研究依循以下路径:首先,分析国际商事仲裁程序“非国内化”的产生和影响其样态的诸多因素;其次,考察国际商事仲裁程序法适用上的“非国内化”以及“非国内化”裁决的承认与执行的实践,进而梳理目前国际商事仲裁程序“非国内化”的样态;最后,在前文研究的基础上,结合国情并借鉴国际先进立法和实践经验,提出我国在国际商事仲裁程序“非国内化”趋势下的对策,从而为改革和完善我国国际商事仲裁程序制度提出建议,并就如何在《仲裁法》中纳入“非国内化”条款进行探讨。除引言和结论外,正文共分为四章。

引言部分介绍了本论题的源起和重要意义、研究现状、研究框架、研究方法以及创新之处。

第一章是总论,解析国际商事仲裁程序“非国内化”原理。主要涉及两个方面的问题:第一,分析国际商事仲裁程序“非国内化”的产生。国际商事仲裁程序“非国内化”的产生并非偶然,而是诸多因素合力促成的。总体上可分为内在和外在两种驱动力因素。内在驱动主要指当事人意思自治原则在国际商事仲裁程序领域的扩张;外在驱动主要指全球化对国际商事仲裁程序“非国内化”的推动、国际法律文件对国际商事仲裁程序“非国内化”的支持以及各国为提升在国际商事仲裁领域的竞争力的需要,等等。第二,影响国际商事仲裁程序“非国内化”样态的因素分析。主要从内外两方面因素进行分析。内在因素指当事人意思自治的局限性、国际商事仲裁对仲裁地法院的依赖、非国内规则作为国际商事仲裁程序法的缺陷等;外在因素主要

有世界经济发展形势和各国市场经济发展水平、各国法律文化的差异以及立法本位主义观等。最后在分析内外影响因素的基础上,得出“有限的”国际商事仲裁程序“非国内化”的结论。本章的分析为下文深入考察国际商事仲裁程序“非国内化”样态的实践进行铺垫。

第二章和第三章是分论,对国际商事仲裁程序“非国内化”展开实践比较。其中,第二章比较分析了国际商事仲裁程序法适用上的“非国内化”实践以及仲裁裁决撤销上的“非国内化”实践;第三章比较分析了“非国内化”裁决的承认与执行实践。这两章的研究路径基本一致:首先是对相关基本理论进行探讨,接着考察相关具体规则和仲裁或司法实践,最后梳理国际商事仲裁程序“非国内化”在总体上和各个方面的样态。

最后一章研究的是国际商事仲裁程序“非国内化”趋势下我国的对策。主要集中于我国国际商事仲裁程序要不要“非国内化”以及应该实行何种样态“非国内化”的探讨。本章首先分析我国实行国际商事仲裁程序“非国内化”的必要性,其次探讨面对国际商事仲裁程序“非国内化”的发展,我国应采取何种样态的“非国内化”,同时对未来《仲裁法》中相关条款的修改提出建议。

结论部分,首先总结了国际商事仲裁程序“非国内化”的现状,指出目前的“非国内化”是一种有限的“非国内化”;其次预测了国际商事仲裁程序“非国内化”未来的发展图景,认为未来的“非国内化”无论如何扩张,都只能是一种有限的“非国内化”,我国也不例外。

四、研究方法

本书主要采用历史分析、比较分析、立法文本分析、案例分析等研究方法。

1. 历史分析方法

“在科学中,一个世纪里发生的事情也有其在以前世纪里的先声和以后世纪里的余绪”^①。国际商事仲裁程序“非国内化”是一种发展进程,因而只有放在历史的宏大背景下才能透彻地了解其产生的原因、发展的脉络,以及发展过程中遇到的困境。本论题将采用历史分析方法分析研究国际商事仲裁程序“非国内化”的产生发展过程。

2. 比较研究方法

任何可以被称为“国际”的东西都离不开“比较”,国际商事仲裁程序制

^① [英]亚·沃尔夫:《十六、十七世纪科学、技术和哲学史》(全两册),周昌忠等译,商务印书馆1984年版,第1页。

度更是如此,其“本土性”和“国际性”特征更凸显利用比较方法研究的必要性。比较研究方法的目的是“确定关联与认识异同”^①,进而对国际趋势进行及时回应,使本国法律在不丧失必要的“本土性”的前提下兼具开放性,吸收和借鉴他国法律中的先进和合理成分,以顺应世界发展趋势。本书的比较研究方法主要运用于对国际商事仲裁程序上述三个方面的“非国内化”样态的考察和研究。通过考察比较西方有关国家在国际商事仲裁程序法的适用、仲裁裁决的撤销以及“非国内化”裁决的承认与执行等方面的实践,梳理其样态,分析其成因,从而最终为我国国际商事仲裁程序制度的改革提出建议。同时,通过比较,分析西方有关国家在国际商事仲裁程序“非国内化”上所体现的样态的异同及其原因,最终为探讨我国在国际商事仲裁程序“非国内化”趋势下应采取的对策提供依据。

3. 立法文本分析

由于立法文本是国际商事仲裁程序“非国内化”样态的具体体现,因此,对重要国际条约、国际商事仲裁规则、各国国内立法文本的分析和研究必不可少。本书拟重点分析和研究《纽约公约》、《示范法》、《ICC 仲裁规则》,以及法国、英国、美国、瑞士、瑞典和荷兰等国的相关立法、仲裁和司法实践。在对立法文本进行分析时,重点对相关法条的含义进行深入剖析,并进行国别比较和评析,为第四章我国应该如何设计和引入国际商事仲裁程序“非国内化”条款作铺垫。

4. 案例分析法

案例分析是学习和研究法律最重要的方法之一。本书主要考察国际商事仲裁程序“非国内化”的样态,因此,它是一个具有很强实践性的课题,只有深入分析和研究相关国家的仲裁和司法实践,才能准确把握“非国内化”立法在实践中的具体适用情况,并对其作出准确的认识和评价。本书的案例分析主要体现于第二章和第三章。

五、创新之处

本书在选题、研究视角及观点三个方面都具有一定的创新性。如前所述,在有关国际商事仲裁程序“非国内化”的问题上,前人虽然取得了一些研究成果,但多是一些分散的研究,真正以国际商事仲裁程序“非国内化”为题展开系统研究的成果尚未得见。因此,本书以“国际商事仲裁程序‘非国内化’”为课题进行系统研究本身就是一大创新;在研究视角上,多数学者往往以某个或某些国家为视角,对有关国际商事仲裁程序“非国内化”的规则和

^① [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,朱景文校,法律出版社1999年版,第98页。

实践进行介绍,而缺乏对众多国家的相关规则和实践的实然比较和应然分析。本书拟将国际商事仲裁程序“非国内化”作为一种现象、事实或趋势,对其在实践中的样态,从宏观和微观两个层面展开国际比较,是本书的又一亮点。

在研究观点上,本书认为,国际商事仲裁程序“非国内化”的样态总体上呈现一种普遍的国际趋势,但其程度却是有限的,无法彻底摆脱仲裁地法的支配或控制。这种有限性不仅体现宏观层面,而且也体现在微观层面:就宏观层面而言,目前国际商事仲裁程序只是在程序法的适用上呈现出“非国内化”的趋势,而在其他两个方面,即仲裁裁决的撤销上和“非国内化”裁决的承认与执行上尚未出现普遍的国际趋势,而只是在某些国家出现了“非国内化”的现象或事实;从微观层面来看,绝大多数国家都只在程序法的适用上实行了“非国内化”,只有极少数国家在仲裁裁决的撤销上也实行了“非国内化”,而在“非国内化”裁决的承认与执行上,尤其在已撤销“非国内化”裁决的承认与执行上,更极少有国家出现执行此类裁决的实践。在我国面对国际商事仲裁程序“非国内化”的趋势应采取怎样的策略问题上,本书提出应采取有限的“非国内化”仲裁程序的观点。

在具体的改革建议中,本书提出可在以下三个方面实行“非国内化”并设定适当的限度:第一,在国际商事仲裁程序法的选择适用上实行“非国内化”,但需要对当事人的选择设定必要的界限,比如当事人的选择是否违反我国的强行规则、社会公共利益等;第二,在国际商事仲裁裁决的撤销上实行“非国内化”,但需要对约定排除协议的当事人进行严格的限制,比如当事人是否与我国没有实质性联系或没有任何联系等;第三,在已撤销的“非国内化”裁决上实行“非国内化”,但需要对我国法院承认与执行的标准进行明确规定,比如外国(仲裁地)法院的撤销决定是否违反了公认的正当程序、公平正义等理念,或其撤销理由是否属于我国法律关于国际商事仲裁裁决的撤销理由等。此外,本书还提出,在未来修改《仲裁法》时,应当将上述三个方面转化为具体的“非国内化”条款引入在该法中。这些观点具有前瞻性和现实指导性。