

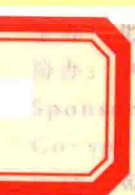
北京仲裁

BEIJING ARBITRATION QUARTERLY



第85辑 (2013年第3辑)

Vol.85 (2013, No.3)



北京仲裁委员会

中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission,

Sponsored by the China Society of Private International Law

Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

第 85 辑 (2013年第3辑)

Vol.85 (2013, No.3)

主 办：北京仲裁委员会
协 办：中国国际私法学会
武汉大学国际法研究所

编委会：

主 任：梁慧星

委 员：（按姓名音序排序）

Emmanuel Gaillard 黄 进 Loukas Mistelis

Michael Hwang Michael J. Moser 宋连斌

陶景洲 Thomas Stipanowich 王利明

王亚新 吴志攀 张月姣 郑若骅

编辑部：

主 编：陈福勇

副主编：张皓亮

编 辑：翟雪明 孙 伟 张霁爽 孙 琦

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第 85 辑 / 北京仲裁委员会组编. —北京:

中国法制出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5072 - 0

I. ①北… II. ①北… III. ①仲裁 - 司法监督 - 中国 - 文集 IV. ①D925.7 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 006546 号

策划编辑 马 颖

责任编辑 李连宇

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第 85 辑

BEIJING ZHONGCAI DI 85 JI

组编/北京仲裁委员会

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2014 年 1 月第 1 版

印张/10.5 字数/154 千

2014 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5072 - 0



定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66026587

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

目 录

特 载

1 2012 年度中文期刊仲裁研究文献综述 / 陈 胜 谢日曦

17 2012 年度关于中国仲裁的英文研究文献综述 / 张 舒

专 论

43 重新仲裁制度运行的实证分析

——以北京仲裁委员会重新仲裁的 27 个案件为样本 / 张霖爽

63 仲裁司法审查实践中的共识?

——2012 年申请撤销北京仲裁委员会裁决之民事裁定的实证
分析 / 章杰超

79 国际商事仲裁裁决司法监督新论 / 黄忠顺

97 论我国仲裁裁决“不予执行”制度对一裁终局的影响 / 胡 荻

116 建设工程合同纠纷案件审理情况分析 & 审判理念探讨 / 林文学

比较研究

127 执行地主管机关审查仲裁庭管辖权的界限

——以英国最高法院 *Dallah v. Pakistan* 案为视角 / 陈 辉

144 美国集团仲裁制度研究 / 马红海

征稿启事

Contents

Special Report

- 001 A Review on Articles Concerning Arbitration Study from Chinese journals in 2012
Chen Sheng & Xie Rixi
- 017 A Review of English Literatures on the Study of Arbitration in China in 2012
Zhang Shu
-

Monograph

- 043 An Empirical Analysis on the Operation of Re-Arbitration System
——Taking 27 Re-Arbitrated Cases of Beijing Arbitration Commission as Samples
Zhang Jishuang
- 063 Consensus on the Practice of Arbitral Judicial Review?
——the Empirical Analysis of Civil Ruling on Application for Revocation of BAC awards in 2012
Zhang Jiechao
- 079 New Theory on Judicial Supervision over International Commercial Arbitral Awards
Huang Zhongshun
- 097 The Effect of Non-enforcement on the Finality of Arbitration Awards
Hu Di
- 116 Analysis of Trial Practicality and Discussions on Judicial Philosophy of Construction Contract Disputes
Lin Wenxue
-

Comparative Law Study

- 127 The Boundary of the Judicial Review of the Arbitral Tribunal Ruling on Its Own Jurisdiction
——From the Judgment of *Dallah v. Pakistan* by the UK Supreme Court
Chen Hui
- 144 A Study on American Class Arbitration
Ma Honghai

特 载

2012 年度中文期刊仲裁研究文献综述

陈 胜* 谢日曦**

• 内容摘要

本文研究了 2012 年的中文文献中关于商事仲裁事业的讨论,选取了其中比较有学术深度和角度较为新颖的部分文献进行概括综述,包括当事人合意变更司法审查范围的讨论,股东派生仲裁,仲裁机构发展的“北仲经验”,对 2012 年伦敦海事仲裁员协会新规则、ICC 新规则等仲裁规则变化的分析,对金融仲裁的讨论等方面。本文试图通过对这些文献的综述,揭示 2012 年度仲裁界关注的热点和理论研究新动向,从而为业界与学术界把握商事仲裁新动向、新问题提供帮助,也希望为我国仲裁实务提供一定索引指南。

* 陈胜,中央财经大学金融仲裁与 ADR 研究中心执行主任,清华大学法学院联合导师,北京仲裁委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际仲裁中心、深圳国际仲裁院及香港国际仲裁中心仲裁员。

** 谢日曦,清华大学法学院民商法学 2011 级硕士研究生,清华大学法学院国际仲裁纠纷解决项目学员。

• 关键词

2012 年 中文期刊 仲裁研究 文献综述

Abstract: This paper studies articles of Chinese journals concerning commercial arbitration and summarizes the ones which are of greater academic depth and relatively new perspective, including but not limited to discussions about the party autonomy to change the scope of judicial review, shareholder derivative arbitration, discussion about “BAC experience”, analyses about 2012 LMAA rules, ICC arbitration rules, discussions on financial arbitration, etc. By summarizing these articles, we try to reveal the widely concerned issues and new academic trends of the arbitration community in 2012, so as to help anyone interested in arbitration get a quick understanding of the status quo and set a base for their further study in the future.

Key Words: 2012 Chinese journals arbitration study review on articles

本文收集、整理了2012年内地中文期刊上发表的仲裁类文献200余篇,并将《仲裁与法律》、《北京仲裁》也包含在阅读、整理的范围之内。在消化吸收各家争鸣的基础上,对其中一些具有较高学术价值或提出较新颖观点或问题的文章作简单介绍,以供业内人士了解2012年我国仲裁理论研究动态或在从事仲裁领域研究探索时参考。

一、仲裁的特征

关于保密性。在实践中,多数国际商事仲裁规则都没有明确规定仲裁中保密性的范围及保密主体的范围的问题。焦英智^①认为,保密性(confidentiality)不同于隐私性(privacy),应将保密义务视为当事双方的约定义务。不能想当然地认为与仲裁有关的一切文件、证据都是保密的。对仲裁事实,实践中要进行完全保密是很难做到的。对于证据等文件,实践中常常

① 焦英智:《国际商事仲裁中的保密性分析》,载《法制博览》2012年第5期。

采取个案分析的原则,一般不涉及公共利益的、纯粹商业或私人的文件,受保护的度较高;而涉及公共利益的,则可能被公开。对于普通证人证言,由于普通证人不是仲裁协议的一方,其没有义务依据当事双方的仲裁保密协议对仲裁程序进行保密。由于专家证人是受委托而进入仲裁程序的,因此仲裁庭或当事人完全可以在委托协议中约定专家证人的保密义务。当然,有学者对此提出反对意见。商业秘密应当受到保密义务的保护。仲裁裁决也受到保密义务的保护,除非当事双方同意公开或者披露裁决是合理且必须的。保密义务的例外情形为:(1)与公共利益相冲突;(2)当事人启动司法程序。

关于仲裁与诉讼之间的选择。洪祥星^①以顾客让渡价值^②为分析的理论框架,解析了当事人在仲裁或诉讼之间进行选择时所涉及的各种影响因素。经分析后作者认为,对卷入商事争议的双方当事人(尤其是商事公司)来说,如果案件的金额较大,双方对立程度较低,善于运用仲裁程序,又都有较强的举证能力,而且当事人用于解决纠纷的精力有限,注重解决纠纷效率,信任仲裁员的专家权威,那么仲裁将是他们的首选。而对于争议金额较小、经济状况不甚理想、不太善于控制纠纷程序、主要依赖裁判者“主持公道”的自然人而言,选择诉讼可以通过保护弱势群体的特殊规则缩减成本,同时得到较满意的服务价值。

二、仲裁协议

关于提单仲裁条款问题。蔡滢炜^③指出,提单仲裁条款问题,包括租约仲裁条款的并入问题,一直以来并无定论。当今,伦敦海事仲裁可谓一枝独秀,甚至呈现垄断态势,客观上对各国法院的海事争议管辖权构成了巨大威胁。有些国家采取立法手段排除外国海事仲裁条款的效力,以保护本国收货人的利益;有些国家则采取严格审查的方法,尽量维护本国法院的海事争议管辖权。我国法律对于提单仲裁条款的效力问题并无明确规定,各地法院则做法不一,最高人民法院的逐级层报制度也未得到严格执行,且最高人民法院自

① 洪祥星:《仲裁抑或诉讼?——基于顾客让渡价值的分析》,载《北京仲裁》第80辑。

② 该理论认为,消费者在挑选各种商品和服务时,主要以顾客让渡价值为判断标准,从他们认为能够提供最高顾客让渡价值的厂商出购买商品或服务。顾客让渡价值是顾客预期评估的某一商品或服务的总顾客价值与总顾客成本之差。

③ 蔡滢炜:《近年来最高人民法院对提单仲裁条款效力认定》,载《仲裁与法律》第123辑。

身的观点也并不明确。文章对近年来最高人民法院的若干请示答复进行归纳总结,指出了现行审查制度的缺陷,提议我国仿效加拿大、澳大利亚等国,通过立法方式解决提单仲裁条款问题。

三、仲裁程序

韩成军^①认为,国际商事仲裁规则所涉及的庭审问题较多,但颇具代表性的问题主要是仲裁程序通则以及仲裁审理范围书问题。仲裁程序通则所确定的平等对待当事人以及适当进行仲裁的原则,对于贯彻仲裁当事人意思自治原则以及推动仲裁程序的顺利进行均具有重要意义和价值,因而仲裁机构在制定或者修订仲裁规则时,应补充相关规定,以增强仲裁规则对仲裁程序的指引和规范作用。而对于 ICC 所独创的仲裁审理范围书问题,作者认为,其在 ICC 的适用证明了其是有价值的,至于仲裁机构与仲裁庭权力的分配问题,依然是一个可以进一步探讨的问题。

关于仲裁程序的开始。国际商事仲裁程序开始,不仅是一个客观事实,而且具有法律上的多重效果:争议案件系属于仲裁庭、仲裁时效中断、索赔计算的起算点。杨玲^②指出,尽管仲裁程序何时开始,各国立法与仲裁机构的仲裁规则不尽一致,但大体可分为当事人约定、被申请人收到申请人的仲裁通知之日、仲裁机构收到仲裁请求之日、以仲裁员不同选定方式来确定。考察中国仲裁机构的相关实践,仲裁机构“受理”仲裁案件成为唯一标准。这种作法不但有违仲裁程序自治,且仲裁机构有越权之嫌。作者建议《仲裁法》可以规定仲裁程序由当事人向仲裁机构提交仲裁申请时开始,但当事人另有约定的除外。

关于送达。李彩萍、刘爱玲^③通过比较《国际商事仲裁示范法》(本文以下简称《示范法》)与中国各仲裁机构的仲裁规则,发现我国的送达方式借鉴了《示范法》中的有关规定,约定送达、直接送达、邮寄送达和推定送达等方式都已在我国仲裁规则中得以确立。但是由于我国的《仲裁法》没有对送

① 韩成军:《国际商事仲裁规则中庭审程序法律问题研究》,载《河北法学》2012年第7期。

② 杨玲:《论国际商事仲裁程序的开始——兼评中国仲裁机构的实践》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2012年1月。

③ 李彩萍、刘爱玲:《送达方式的完善——〈示范法〉与中国仲裁规则比较》,载《法制与社会》2012年11月(下)。

达方式作出明确规定,许多仲裁规则直接借用《民事诉讼法》送达的相关规定,如留置送达、公告送达、委托送达等。各仲裁委员会对送达方式存在不同认识,特别是推定送达标准的不一致,一方面造成了仲裁实践的混乱,另一方面使法院以送达不当为由撤销仲裁裁决的标准具有不确定性。作者建议在《仲裁法》中明确送达的方式种类,取消委托送达和公告送达,同时明确“视为送达”的标准。

关于仲裁第三人制度。郭剑伟^①赞成在仲裁制度中引入第三人,并且在此基础上对我国如何建立仲裁第三人制度的具体问题进行初步的探讨。具体讨论了仲裁第三人的范围、仲裁第三人的加入方式、第三人加入仲裁后仲裁庭的组成、仲裁第三人的法律地位、第三人加入仲裁后仲裁裁决的执行五个关键问题。

关于临时措施。吕悦、彭剑波^②通过从临时措施发布权、临时措施财产担保制度、临时措施适用条件、临时措施承认与执行四个方面对《国际商事仲裁示范法》与中国仲裁法关于临时措施的比较,提出了中国仲裁法应赋予仲裁庭以决定临时措施的权力、应当完善临时措施的担保问题、增加对第三人临时措施的规定、应对临时措施的域外执行作出规定等四方面建议。

关于自裁管辖权问题。黄安武、曹志高、范军志^③运用比较各仲裁机构规则和各法域仲裁法的方法,结合我国实践,逐一分析了我国商事仲裁管辖权异议的基本要素(提出异议的主体、提出时限、异议的主要依据和理由、异议的受理和确认机构、处理管辖权异议适用的准据法),建议:(1)我国仲裁管辖权异议法律制度应当确立仲裁机构的自裁管辖权,并明确仲裁机构和法院对仲裁管辖的司法监督两者的关系;(2)应当把争议事项的可仲裁性和仲裁机构受理范围明确列入管辖权异议的范围;(3)异议提出时限应当分情况明确;(4)对管辖权异议的受理和裁定应当不再执行集中管辖,应由相应的中级法院管辖;(5)保持民事诉讼司法制度和仲裁司法审查制度的统一,废止法发[1995]18号。

① 郭剑伟:《浅析仲裁第三人制度的构建》,载《长春教育学院学报》2012年第1期。

② 吕悦、彭剑波:《〈国际商事仲裁示范法〉与中国仲裁法关于临时措施的比较研究》,载《法制与经济》2012年第12期。

③ 黄安武、曹志高、范军志:《国际视野下我国商事仲裁管辖权异议的现实和完善》,载《法制与社会》2012年第28期。

姜茹娇^①回顾了自裁管辖权原则的历史,总结了各国对自裁管辖权原则的具体规定,分析了自裁管辖权原则的理论基础,在此基础上建议:(1)取消我国人民法院直接处理仲裁庭管辖权争议的优先权力,同时有条件地引入仲裁庭管辖权的优先规则;(2)应当采用《示范法》的做法,在法院审查管辖权异议时不中止仲裁程序;(3)取消仲裁委员会的自裁管辖权,将决定仲裁庭管辖权问题的权力由仲裁委员会交还给仲裁庭;(4)加入法院对中间裁决的司法监督权,即当事人可以请求人民法院对仲裁庭作出的管辖权决定进行审查,明确肯定法院的及时监督权;(5)完善现有法律对仲裁管辖权异议范围的规定,认为应当包括仲裁协议的存在与否、可仲裁性问题和管辖范围的异议等;(6)关于管辖权提出异议时限,建议将管辖权异议期限限制在实体答辩期限内。

关于仲裁中强行性法律规定的适用。华倩^②指出,虽然在理论和实践上对国际商事仲裁中应适用的强行法还存在很大的争议,但在某些方面也形成了一定的共识,比如跨国公共政策、当事人选择准据法中的强行规则、仲裁地强行性程序规则等强行规则的适用。但随着经贸关系的发展,仲裁地法院作出的撤销仲裁裁决的判决不一定具有域外效力,如果这种新发展被越来越多的国家接受的话,那么在国际商事仲裁中考虑仲裁地强行规则的可能性就会越来越小。

关于证据。崔起凡^③指出,国际商事仲裁不同于普通的民事诉讼,其对于证据可采性的要求比较宽松,仲裁庭在认定证据的可采性时,除了考虑相关性,还可能考虑效率、仲裁费用等因素。文章讨论了延迟证据、书证的复印件、言词证据(包括传闻证据)可采性的国际一般实践,认为我国国际商事仲裁证据认定规则过度依赖诉讼证据规则,忽视仲裁证据规则应有的灵活性;对于逾期证据,我国国际商事仲裁应与国际一般实践接轨;在我国国际商事仲裁中,对特免权应予以适当尊重和保护;在域外证据的可采性问题上,我国的相关实践违背国际商事仲裁的灵活性特征以及相比于诉讼应突出的效率

① 姜茹娇:《国际商事仲裁的自裁管辖权原则探析——兼议我国〈仲裁法〉的完善》,载《重庆师范大学学报(哲学社会科学版)》2012年第4期。

② 华倩:《论国际商事仲裁中强行法的适用》,载《云南财经大学学报(社会科学版)》2012年第5期。

③ 崔起凡:《论国际商事仲裁中证据的可采性》,载《西南政法大学学报》2012年第4期。

价值。

关于仲裁员责任。王传薇^①指出,在适用仲裁员有限责任论的多个国家中,对仲裁员在何种情况下应当承担民事责任缺乏统一的认识和标准。文章提出,由于仲裁员的行为具有契约性和司法性,对于违反契约义务的行为,仲裁员应当按照合同的无过错归责原则承担民事责任;而对于司法性行为,仲裁员享有民事责任豁免,除非其是故意滥用权力损害当事人的权益。

关于调解—仲裁制度。张圣翠^②指出,我国内地的仲裁调解长期存在着十分严重的问题,其根本原因在于现行《仲裁法》中有关仲裁员与调解员身份互换的规范很不妥当。境外已有数个国家或地区的仲裁制定法对仲裁员与调解员身份互换作出了操作性强的详细规范,其中的仲裁员与调解员的身份互换必须以当事人书面协议授权为前提、调解员转换为仲裁员参加仲裁程序前应当向所有当事人披露通过调解中单方接触方式获得的对裁决有实质性影响的信息等属于共同规定,且与其他国家或地区的仲裁制定法默示要求一致,因而很值得我国借鉴。同时,我国还应当效法境外仲裁制定法中关于记录成功调解达成的和解协议的裁决书在不违反公共政策的条件才具有法律效力等规范。

四、仲裁裁决

张科^③从当事人意思自治的视角出发,对《仲裁法》关于仲裁裁决的规定进行了反思,认为存在以下不足:(1)《仲裁法》第55条规定,仲裁庭仲裁纠纷时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行裁决,但没有规定当事人的申请程序及仲裁庭的处理义务。(2)《仲裁法》第54条规定,“当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的,可以不写”。建议在最后一次仲裁开庭结束前应该询问当事人是否愿意在裁决书上写明事实和理由。(3)《仲裁法》第53条,“少数仲裁员的不同意见可以记入笔录”。应当在征求当事人的意见的基础上决定是否记入笔录。(4)《仲裁法》第54条规定,“对裁决持

① 王传薇:《仲裁员责任之法理思考》,载《法制与社会》2012年第10期。

② 张圣翠:《仲裁员与调解员身份互换规范的比较与借鉴》,载《政治与法律》2012年第8期。

③ 张科:《仲裁裁决若干问题思考——以当事人意思自治原则为视角》,载《法制与社会》2012年第25期。

不同意见的仲裁员,可以签名,也可以不签名”。应规定,对于仲裁员不签名的,当事人可以要求仲裁员说明理由。(5)《仲裁法》仅在第 51 条第 2 款规定,调解书与裁决书具有同等法律效力。在《仲裁法》的其余部分以及《民事诉讼法》、关于执行的司法解释中都找不到关于仲裁中所达成调解书的执行的规定。

五、仲裁裁决司法审查

仲裁司法审查程序对仲裁予以支持的同时进行适度的监督,以保证仲裁的正当性和公正性。杨眉^①从立法现状、司法现状和制度弊端三个方面介绍了我国仲裁司法审查程序的现状,认为我国仲裁司法审查制度存在缺少系统完善的规定、审查模式(“双轨制+全面审”)与国际做法偏离以及程序救济措施的空缺三方面问题。建议应当确立有限公开、有限处分的审查原则,同时完善司法审查程序的立法体例,并把现有审查模式变更为对国内外裁决一致采取“程序审”的模式,另外允许当事人对法院作出的撤销仲裁裁决或驳回撤销申请的裁定提起上诉。

关于重新仲裁。刘群芳^②认为,我国重新仲裁制度规定过于简单,导致司法实践中出现偏差。文章着重讨论了重新仲裁的启动条件、适用范围、仲裁庭的组成、新证据问题,并针对性提出解决问题的意见。

关于撤销仲裁裁决和不予执行。应俊^③指出,我国在仲裁裁决的司法监督方面,仲裁裁决撤销和不予执行两种监督方式并存,这一制度存在不合理之处。首先,两种司法监督都对裁决实行全面审查,监督范围过宽。其次,民事诉讼法和仲裁法中关于司法监督的事由有很多的重叠之处,导致当事人可以就同一事实重复进行撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决的司法救济;另外,撤销仲裁裁决事由仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖,由审判庭进行审理,不予执行仲裁裁决由执行法院管辖。最后,程序设置也不尽合理。民事诉讼法中没有对不予执行的申请期限作出规定;另外,在不予执行仲裁裁决程序中,提起的一方只能是被执行人,申请执行人并不能提起,在救济途径上存在不公平之处。

① 杨眉:《论我国仲裁司法审查程序的现状及其完善》,载《法制与社会》2012 年第 10 期。

② 刘群芳:《我国重新仲裁的若干法律问题探讨》,载《北京仲裁》第 81 辑。

③ 应俊:《论仲裁裁决的司法监督》,载《法制与社会》2012 年第 27 期。

关于仲裁机构与法院的关系。陈新华^①认为我国台湾地区仲裁立法中仲裁机构与法院关系的相关规定可以为大陆民事诉讼法和仲裁法的未来修改提供借鉴。文章从台湾地区仲裁法出发,审视其在法院和仲裁机构的关系处理上值得借鉴的地方和尚存在的问题。建议大陆改变仲裁协议效力确认的规则,赋予仲裁庭自裁管辖权;增加法院协助搜集证据的规定;增加仲裁前财产保全的规定;缩短撤销仲裁裁决申请的时间;取消不予执行的实体审查,统一撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决的事由。

关于当事人合意变更司法审查范围。国内理论界和实务界关于当事人合意变更涉外仲裁裁决司法审查范围的争论不多,但该类问题在美国已经争论多年,并已由联邦最高法院形成全联邦适用的判例。王显荣^②通过梳理美国联邦巡回法院及最高法院对于当事人合意扩大、缩小商事仲裁裁决的司法审查范围的不同判决意见,归纳出产生分歧是由于对以下两个问题的认识不同:(1) 商事仲裁裁决的司法审查属于整个仲裁程序之一部分,还是完全分离的程序?(2) FAA 所规定的司法审查条款属于强行性法,还是仅仅在仲裁协议没有具体规定司法审查的标准时才默认适用?由于我国司法解释已确认《仲裁法》第 70 条和《民事诉讼法》第 274 条第 1 款规定为强行性规则,且司法审查程序与仲裁程序相互独立,因此,法院应据此对当事人合意变更涉外仲裁裁决司法审查的范围裁决无效。在法院判定变更司法审查范围的合意无效后,应借鉴美国法院的几个判决的处理方式,即首先应当考虑该变更司法审查的仲裁条款是否具有可分性,在该条款没有渗透到整个仲裁协议的情况下,该条款才存在可分的可能,否则,应判决整个仲裁协议无效。

石现明^③对当事人协议扩大司法审查范围的原因作出分析,搜集了美国、英国、法国、瑞典、香港对于这一问题的态度,并整理了反对和支持这一问题的理论,在此基础上,作者认为,原则上应当否定当事人协议扩大司法审查范围。首先,该协议实具有创设司法管辖权之功效;其次,当事人在仲裁

① 陈新华:《台湾地区仲裁机构与法院关系的相关规定及其启示——以〈民事诉讼法〉和〈仲裁法〉的修改为视角》,载《学术探索》2012 年第 2 期。

② 王显荣:《合意变更商事仲裁司法审查范围在美国的发展和嬗变——兼论对我国法院处理同类案件之启示》,载《河北法学》2012 年第 3 期。

③ 石现明:《国际商事仲裁当事人扩大司法审查范围之协议及其效力探析》,载《北京交通大学学报(社会科学版)》2012 年第 1 期。

中所享有的意思自治并不及于司法审查,司法审查发生于仲裁程序之后,已经不再是仲裁本身;最后,扩大司法审查范围的协议虽可克服司法审查范围的有限性,但无法克服司法审查的效力不确定性及其与国际商事仲裁的不相容性。

关于仲裁裁决的撤销。张圣翠^①建议修改仲裁裁决撤销制度:将有权受理的人民法院由“仲裁机构所在地人民法院”改为“仲裁地人民法院”;将可申请撤销裁决的时限缩短为3个月、将人民法院审理是否撤销仲裁裁决的审限延长为4个月;建议完善撤销理由,认为2006年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》将重新仲裁限定为两种列举的情形非常不合适,法院只有综合考虑所有情况都适合且至少有当事人主动请求的情况下才能指令重新仲裁;撤销裁决的司法审查程序、决定形式与效力规则也需要修改,应当在《仲裁法》中赋予撤销申请人以外的裁决当事人以司法审查程序相对人的资格,并明确规定各方当事人可以通过开庭或听证方式行使陈述和辩论权;涉外仲裁裁决撤销前的内部层报制度异常不透明,且违反了独立审判原则,因此建议修改《仲裁法》,明确规定允许对撤销裁决的裁定上诉。

六、仲裁裁决的承认与执行

关于承认与执行外国仲裁裁决的程序。蔡滢炜^②指出,《纽约公约》并未对各国法院承认与执行外国仲裁裁决的程序作出统一规定,而是将这一问题留给各缔约国的国内立法。文章对当前中国法院审理承认与执行外国仲裁裁决案件的有关程序做了介绍,指出了目前中国实践在申请人的身份限制、申请期限、期限的起算、申请资料不全、管辖法院、申请应提交的法律文书、立案程序的具体办理、诉前财产保全、听证程序设置收费和审查期限、裁决书的内容、上诉制度等12个方面存在不明确之处,亟待通过立法或司法解释方式澄清。

① 张圣翠:《论我国仲裁裁决撤销制度的完善》,载《上海财经大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期。

② 蔡滢炜:《承认与执行境外仲裁裁决的若干程序性问题》,载《北京仲裁》第81辑。

刘贵祥、沈红雨^①对 2000 年以来我国法院适用《纽约公约》的司法实践情况进行了回顾,深入剖析了主要案例,并从公约的裁决范围、适用公约的程序条件以及拒绝承认和执行的事由三大方面总结司法实践中建立起来的具体规则,同时指出现存的问题。

关于不予执行。王亚新、陈福勇^②通过对北京仲裁委员会 1995 ~ 2010 年仲裁裁决被不予执行的 42 份裁定进行分析发现,影响不予执行的因素是多元的,有历史因素、法院司法审查可能出现误区的因素、当事人行为的因素、仲裁庭裁决需要改进的因素、有关仲裁文书送达的制度或程序的因素、牵涉到纠纷获得根本解决的因素等。文章从实务的视角出发,提出至少应把原《民事诉讼法》第 213 条第 2 款第 4 项牵涉事实认定的事由统一到《仲裁法》第 58 条作为撤销仲裁裁决事由的“伪造或隐瞒证据”的规定上去。

卓炜^③法官对不予执行案件在各地法院审查实践中的指定管辖问题、不予执行审查的法院层级问题、审查时应遵循的原则问题(重程序而轻实体的原则)、不予执行审查的法律程序问题及证据审查问题做出了评论。

黄文艺^④法官对新《民事诉讼法》关于不予执行仲裁裁决事由修改的背景及修改过程主要讨论的问题进行了系统介绍,并就实务中人民法院理解与适用本条规定进行了探讨。

左银刚^⑤分别从区际仲裁裁决的“域籍”、管辖法院、拒绝执行的理由、中止执行和财产保全、公共秩序保留等维度讨论了内地与香港、澳门、台湾地区仲裁裁决的承认和执行。

关于仲裁裁决的国籍。杨桦^⑥对“外国裁决”、“非内国裁决”这一《纽约公约》命题进行了系统全面的思考,分析了程序法标准和裁决作出地标准

① 刘贵祥、沈红雨:《我国承认与执行外国仲裁裁决的司法实践评述》,载《北京仲裁》第 79 辑。

② 王亚新、陈福勇:《〈民事诉讼法〉修改与不予执行仲裁裁决——以北京仲裁委员会为对象的实证分析》,载《法学杂志》2012 年第 5 期。

③ 卓炜:《仲裁裁决的执行问题研究》,载《山东社会科学》2012 年 5 月。

④ 黄文艺:《新〈民事诉讼法〉对不予执行仲裁裁决事由修改的理解与适用》,载《北京仲裁》第 81 辑。

⑤ 左银刚:《我国区际仲裁裁决的认可与执行制度比较分析》,载《山东人大工作》2012 年第 2 期。

⑥ 杨桦:《论〈纽约公约〉中仲裁裁决的国籍问题》,载《河北法学》2012 年第 2 期。

以及《纽约公约》的标准。同时提出我国法律框架下国内裁决分为“涉外裁决”和“国内仲裁裁决”，以仲裁机构所在地作为划分构成“国际仲裁”与否的标准。对于二者的合理性，作者都与《纽约公约》和《示范法》进行对比，提出了分析改进意见。

曾祺玮^①指出，浮动仲裁理论存在浮动裁决的效力和承认与执行两方面困境。对于浮动仲裁裁决的效力的质疑，作者认为其效力来源于被申请执行地的法律体系的认可，而和仲裁地的法律体系几乎没有关系。对于浮动仲裁的承认和执行，作者认为虽然《纽约公约》对浮动仲裁的态度是暧昧的，但是在平衡各国利益的基础上也给浮动裁决的适用提供了可能。文章还对浮动仲裁理论在美国、法国、比利时、瑞士、瑞典的实践进行了梳理，并对该理论的未来进行了正面展望。

关于国家豁免。主权国家在国际商事仲裁裁决执行中享有多大程度豁免，是主权国家参与仲裁实践带来的新问题。涉主权国家的国际商事仲裁裁决执行，要同时适用《纽约公约》和法院地的国家豁免规则。杨玲^②指出，理论上，由于管辖豁免与执行豁免的分立，国家享有豁免的程度仍存有分歧。实践中，由于执行地法院只适用本国的国家豁免规则，同一仲裁裁决在不同国家法院的命运不尽相同。总体上，因限制豁免论的广泛采纳和支持仲裁政策的影响，涉主权国家的国际商事仲裁裁决有被执行的趋势。坚持绝对豁免论、分散而简单的立法、缺少规则积累的实践是目前我国在国家豁免领域的主要特点。理论上采纳限制豁免论、在不超出国际条约义务下尽快立法、实践注意规则的积累乃解决之道。

关于公共政策。齐伟华^③阐述了公共政策的含义和类别，归纳出公共政策在国际商事仲裁中的具体适用主要体现在仲裁争议事项的可仲裁性、仲裁程序的正当性、仲裁裁决的约束力、仲裁裁决的附带理由五个方面。

邱婧婧^④指出，公共秩序这一概念长久地影响着仲裁争议事项的可仲裁性问题。文章通过分析可仲裁性的概念、各国关于可仲裁性问题的立法例以及

① 曾祺玮：《论浮动仲裁理论的困境和实践》，载《法制博览》2012年第6期。

② 杨玲：《论国际商事仲裁裁决执行中的国家豁免》，载《当代法学》2012年第5期。

③ 齐伟华：《国际商事仲裁裁决承认与执行中的公共政策问题》，载《法制博览》2012年第8期。

④ 邱婧婧：《国际商事仲裁中的可仲裁性问题与公共秩序》，载《北京仲裁》第80辑。