

The Study on the Improvement of
Chinese System of Judicial Review on
International Commercial Arbitration



中国国际商事仲裁 司法审查制度 完善研究

朱科 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The Study on the Improvement of
Chinese System of Judicial Review on
International Commercial Arbitration



中国国际商事仲裁 司法审查制度 完善研究

朱科 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究 / 朱科著

— 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2182 - 4

I. ①中… II. ①朱… III. ①国际商事仲裁—司法监督—研究—中国 IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 077531 号

中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究
ZHONGGUO GUOJI SHANGSHI ZHONGCAI SIFA
SHENCHA ZHIDU WANSHAN YANJIU

朱 科 著

策划编辑 沈小英
责任编辑 张泽华
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 21

字数 276 千

版本 2018 年 5 月第 1 版

印次 2018 年 5 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2182 - 4

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

随着经济全球化的深入发展,国际商事交往日益频繁,商事争议不可避免。国际商事仲裁是解决国际商事争议最普遍采用的方式,而法院对国际商事仲裁进行司法审查(以下简称仲裁司法审查),是世界各国普遍坚持的一项基本原则。它通过对仲裁监督违法、匡正错误、协助采取临时措施和执行仲裁裁决等,来维护仲裁裁决的正当性,增强人们对仲裁公平解决争议的信心,保障和促进仲裁健康、顺利发展和仲裁解决商事争议功能的充分发挥,进而为国家扩大对外开放、发展对外贸易服务。

无论是国际商事仲裁还是仲裁司法审查,仲裁法都是基本的法律依据。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)制定于1994年。该法制定时,虽然吸收了《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》(又称《纽约公约》)、《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的一些精神,借鉴了一些国家的仲裁立法,但当时我国提出“建立社会主义市场经济体制”还不久(1992年提出“建立社会主义市场经济体制”),世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)还远未加入(我国2001年加入WTO),因而该法难免受到时代的局限,已经远不能适应20多年后我国进一步扩大对外开放和国际商事贸易的需要,不能适应“一带一路”发展战略的需要,与当今世界范围国际商事仲裁和仲裁司法审查的发展趋势相比就更显滞后。虽然,最高人民法院于2005年制定的《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》对《仲裁

法》中的一系列问题作出了尽量使其适应新形势的解释,全国人大常委会 2012 年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》也对《仲裁法》的某些内容作了修改。但由于《仲裁法》的基本原则、基本内容、基本精神没有改,因而可能会制约我国国际商事仲裁业的发展,制约仲裁为对外贸易和经济建设服务作用的充分发挥。因此,研究我国国际商事仲裁司法审查制度的完善,很有必要。

朱科博士的《中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究》一书,就是在这样的大背景下撰写的。她结合在最高人民法院从事的本职工作,利用在职攻读博士学位的机会,针对国际商事仲裁司法审查中遇到的仲裁法律制度和司法审查体制、机制与新形势不相适应的问题,围绕“中国国际商事仲裁司法审查制度的完善”这一专题,做了十分系统、深入的研究。该书论述了国际商事仲裁司法审查与仲裁的关系及国际商事仲裁司法审查的必要性、性质、功能、基本原则、标准等一系列基本理论,分析了我国国际商事仲裁司法审查制度的现状、问题,以及当今国际商事仲裁和仲裁司法审查的发展大趋势,提出了完善我国国际商事仲裁司法审查制度的总体思路、基本原则和应正确处理的若干重大关系,并对我国国际商事仲裁协议、仲裁程序、仲裁裁决司法审查制度的完善,以及法院对国际商事仲裁进行司法审查体制、机制的完善,提出了颇有价值的建议,是专门研究我国国际商事仲裁司法审查制度完善的一本力著。

该书有以下特点:

一是理论联系实际。既注重深化理论研究特别是仲裁司法审查基本理论的研究,又突出问题意识,利用自己在实务部门工作、比较了解仲裁司法审查实务的优势,针对仲裁司法审查制度中存在的突出问题,研究提出完善建议,并尽量使所提出的完善建议切实可行。

二是立足本国与借鉴外国相统一。既立足我国国情、我国当前所处发展阶段和仲裁业发展的实际来谋划完善建议;又面向世界,根据国际商事仲裁在世界范围具有“流通性”这一特点,借鉴世界各国仲裁法律制度的有益

经验,使自己提出的完善建议符合我国实际和国际大趋势。如对于临时仲裁问题,作者没有照搬学界多数学者主张的全面施行临时仲裁的观点,而是提出了分步走的方案:第一步,对海事纠纷和在“自贸区”注册的商事主体间发生的商事纠纷允许临时仲裁,以此作为试点,待取得试点经验后,再走第二步,即全面放开临时仲裁。又如,仲裁裁决国籍确定标准,作者明确提出改现行的仲裁机构地标准为仲裁地标准,同时提出先在自贸区进行试点。再如,对于仲裁司法审查标准问题,不少学者主张对国内仲裁和国际仲裁的司法审查实行同一标准(实行单轨制),以统一仲裁法制;但作者认为世界上不少国家包括一些仲裁发达国家实行的是双轨制,而我国仲裁历史不长、经验欠缺,不宜仓促并轨,可以采取渐进式修法、逐步并轨的方法。

三是注重理论创新。本书的主题是“国际商事仲裁司法审查制度的完善”,但作者没有就“完善”写“完善”,而是先从研究国际商事仲裁司法审查的基本理论,即国际商事仲裁司法审查与国际商事仲裁的关系及国际商事仲裁司法审查的必要性、性质、功能、基本原则、标准等一系列基本理论问题入手。以往的国际商事仲裁的论著,大多重视对仲裁基本理论和制度的论述,但疏于对仲裁司法审查基本理论的研究,故对仲裁司法审查与仲裁的关系、仲裁司法审查的性质、功能、基本原则、标准等问题,前人基本没有涉及。本书对这些问题都作了开创性的研究,初步构建了仲裁司法审查的理论体系。又如,书中提出的关于仲裁司法审查与司法审判区别的观点,仲裁司法审查所形成的两种关系、所形成的两种构造的观点,当事人异议权默示放弃的观点,仲裁司法审查有关体制、机制的观点,成为国际仲裁强国所取决的五个方面因素的观点,都具有很强的创新性,读后都颇感新意。

四是注重论证。全文论述了国际商事仲裁司法审查中4个方面26项具体制度的完善,对这26个问题,都围绕为什么要完善、怎样完善、为什么要如此完善等方面,理论和实践相结合,进行了较为充分的阐述和论证。如关于将最高人民法院规定的内部请示报告制度改为有限上诉制度方面,笔者在

充分肯定内部请示报告制度作用的同时,阐述了该制度4个方面缺陷和将该制度改为有限上诉制度的3条理由,提出了有限上诉制度设计的4点意见,并对制度修改后如何保证国际商事仲裁司法审查案件的质量提出了4点建议。可以说,注重观点的论证,是本书的一个重要特色。

该书既有总论,又有分论;既有“完善”的总体目标要求,又有各项具体制度完善的对策建议。全书布局合理,结构、体系完整,思路清晰,符合学术规范,语言精练、流畅。

本书由于研究范围涉及国内、国际两大地域,立法、司法及仲裁几大领域,法律制度涉及国际条约、外国法、我国法律及港、澳、台地区相关规定。研究内容涉及20多项制度、体制和机制,可谓涉及面广、内容丰富、法律关系复杂,研究难度确实较大,因而有些问题尚需更为深入的研究,有些观点也还可以进一步斟酌。但是,瑕不掩瑜,相信此书的出版,对于国际商事仲裁人员、司法人员和立法人员都有重要参考价值,对于我国国际商事仲裁司法审查制度的修改完善必将发挥积极的作用。

自2015年4月起,我在最高人民法院涉外商事海事审判庭(民四庭)挂职副庭长,朱科博士就在该庭工作。在共同工作中,我与该庭同志结下了深厚友谊。这次朱科博士请我为该书作序,我深感荣幸、欣然同意。在认真阅读全书后,作此文为序。学位有涯、学习无涯。希望她日后在完成繁重工作任务之余,能一如既往地坚持学习法学理论、追踪学术前沿、研究本职业务、破解实践难题,取得工作、研究双丰收,并有更多的研究成果问世!

是为序。

刘敬东*

2018年2月18日

* 中国社科院国际法所国际经济法室主任、研究员、中国法学会WTO法研究会副会长。

目 录

Contents

绪 言	1
一、研究背景和意义	1
二、研究思路	3
三、研究范围	4
第一章 国际商事仲裁司法审查的基本理论	7
第一节 国际商事仲裁概述	7
一、国际商事仲裁的概念	7
二、国际商事仲裁的特点	12
三、国际商事仲裁的优势	15
第二节 国际商事仲裁司法审查概述	20
一、国际商事仲裁司法审查的概念	20
二、仲裁司法审查与仲裁的关系	22
三、国际商事仲裁司法审查的必要性	24
四、国际商事仲裁司法审查的内容	28
第三节 国际商事仲裁司法审查的性质	31
一、从“司法审查”的含义看仲裁司法审查的性质	32

二、从仲裁司法审查与司法审判的区别看仲裁司法审查的性质	33
三、从仲裁司法审查的关系和构造看仲裁司法审查的性质	36
第四节 国际商事仲裁司法审查的功能	37
一、规制功能	38
二、支持功能	40
三、引导功能	41
四、保障促进功能	41
第五节 国际商事仲裁司法审查的基本原则	42
一、正当性原则	43
二、程序审查为主原则	44
三、支持仲裁原则	50
第六节 国际商事仲裁司法审查的标准	54
一、仲裁司法审查应当适用“仲裁标准”	55
二、适用“仲裁标准”的必要性	55
本章小结	60
第二章 我国国际商事仲裁司法审查制度的问题和完善思路	62
第一节 我国国际商事仲裁与司法审查制度的现状和问题	63
一、现状	63
二、问题	69
第二节 当代国际商事仲裁与司法审查制度的发展趋势	75
一、仲裁与司法审查制度发展动因	76
二、当代仲裁制度的发展趋势及其对司法审查制度的影响	77
三、当代仲裁司法审查制度的发展趋势	82
第三节 完善我国国际商事仲裁司法审查制度的总体思路	84
一、总体要求	85

二、基本原则	85
三、应正确理解和处理的关系	86
本章小结	91
第三章 仲裁协议司法审查制度的完善	92
第一节 仲裁协议司法审查制度概述	93
一、仲裁协议的重要性	93
二、仲裁协议的独立性	94
三、仲裁协议司法审查的内容	96
四、仲裁协议司法审查的环节	99
第二节 仲裁协议要件的完善	101
一、仲裁协议要件概述	101
二、我国仲裁协议要件的规定及存在的问题	103
三、完善我国仲裁协议要件的建议	109
第三节 仲裁协议效力准据法确定制度的完善	120
一、仲裁协议效力准据法确定制度概述	120
二、我国确定仲裁协议效力准据法的实践及存在的问题	126
三、完善我国仲裁协议效力准据法确定制度的建议	131
第四节 仲裁协议效力扩张制度的完善	135
一、仲裁协议效力扩张的由来和界定	136
二、我国仲裁协议效力扩张的内容	138
三、仲裁协议效力扩张的理论依据	150
第五节 自裁管辖权制度的完善	158
一、自裁管辖权概述	159
二、完善我国自裁管辖权制度的建议	164
本章小结	170

第四章 仲裁程序司法审查制度的完善	172
第一节 仲裁程序概述	172
一、仲裁程序的概念和意义	173
二、仲裁程序的基本原则	176
三、仲裁程序与民事诉讼程序的区别	180
第二节 保全制度的完善	183
一、赋予仲裁庭保全措施决定权	184
二、设立紧急仲裁员制度	190
三、规定当事人可直接向法院申请保全	193
第三节 设立法院协助取证制度	195
一、我国设立法院协助取证制度的必要性	195
二、域外法院协助取证的立法情况	196
三、法院协助取证的原则	197
第四节 设立合并仲裁制度	199
一、合并仲裁的意义	199
二、域外合并仲裁立法情况	200
三、合并仲裁的条件设计	202
四、合并仲裁的程序设计	206
五、合并仲裁的司法审查	207
第五节 仲裁第三人权利保护制度的完善	208
一、完善仲裁第三人权利保护制度的必要性	208
二、域外仲裁第三人权利保护的措施	210
三、完善我国仲裁第三人权利保护的制度框架	213
四、第三人加入仲裁程序的制度设计	215
五、第三人撤销仲裁裁决之诉的制度设计	219
六、第三人执行异议之诉的制度设计	221

本章小结	222
第五章 仲裁裁决司法审查制度的完善	224
第一节 仲裁裁决司法审查制度概述	224
一、仲裁裁决的效力	225
二、仲裁裁决司法审查的类型	226
三、仲裁裁决司法审查的特点	227
四、我国对仲裁裁决司法审查的法律依据	230
第二节 仲裁裁决国籍确定标准的完善	234
一、确定仲裁裁决国籍的意义	235
二、改革我国仲裁裁决国籍确定标准的理由	235
三、改革我国裁决国籍确定标准的具体设计	244
第三节 当事人异议权默示放弃制度的完善	247
一、当事人异议权默示放弃制度的概念及完善该制度的意义	248
二、域外当事人异议权默示放弃制度的立法与实践	250
三、当事人异议权默示放弃制度的理论根据	254
四、完善我国当事人异议权默示放弃制度的建议	257
第四节 重新仲裁制度的完善	264
一、规定重新仲裁优先适用原则	265
二、进一步明确重新仲裁的适用范围	266
三、完善重新仲裁的程序	270
第五节 仲裁裁决司法审查其他制度的完善	274
一、明确“违背社会公共利益”属于撤销和不予执行涉外裁决的 事由	274
二、完善“没有仲裁协议”事由	276
三、将“仲裁机构无权仲裁”规定为法院主动查明事项	277
四、协调好撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决的关系	278

本章小结	279
第六章 仲裁司法审查体制机制的完善	282
第一节 仲裁司法审查办案制度的完善	282
一、健全仲裁案件统一归口审查制度	283
二、改革仲裁司法审查案件内部请示报告制度	286
三、健全外国法查明和研究制度	294
四、完善裁判文书说理和公开制度	295
第二节 仲裁司法审查工作机制的完善	296
一、完善仲裁司法审查案件数据统计分析制度	297
二、健全与仲裁部门沟通联系机制	297
三、健全与立法工作部门沟通联系机制	299
四、建立国际交流合作机制	300
第三节 仲裁司法审查管理体制的完善	300
一、推进人财物省级统一管理	301
二、推进司法人员分类管理	302
三、完善司法责任制	304
本章小结	306
参考文献	308
后 记	319

绪 言

一、研究背景和意义

国际商事仲裁是国际商事纠纷解决中最普遍采用的方式,法院对国际商事仲裁进行司法审查(以下简称仲裁司法审查)是国际商事仲裁的重要保障。我国自 1986 年加入《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》),特别是 1995 年《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)实施以来,国际商事仲裁司法审查制度呈现较快发展、不断完善的良好势头。主要体现在:国际商事仲裁法律体系已经形成,仲裁司法审查体制机制基本创立,仲裁和司法审查的机构、队伍具备相当规模,相关理论研究蓬勃发展,仲裁与仲裁司法审查成绩巨大。据统计,2015 年全国 244 家仲裁机构共受理仲裁案件 13 万多件,案件标的总额 4000 多亿元(人民币)。其中,受理涉外和涉港澳台仲裁案件 2085 件,比上一年分别增加 20%、55% 和 16.81%,^①从而为及时解决商事纠纷,改善我国贸易投资环境,保障贸易投资活动的顺利开展,促进我国对外开放和经济发展,作出了积极贡献。

但是,我国商事仲裁特别是国际商事仲裁和仲裁司法审查工作,与我国

^① 参见中国仲裁法学研究会:《中国国际商事仲裁年度报告》(2015),第 8 页。

在世界经济贸易中的地位很不相称:一是我国已是世界第二大经济体和第一大外贸国,进出口总额在国内生产总值(GDP)中的比重占36.3%,但我国国际商事仲裁在全球国际商事仲裁大格局中所占份额少。国际商事仲裁案件数仅占全国商事仲裁案件总数的1.52%,且在国际商事仲裁案件中,多数为涉港澳台案件(占62.75%),涉外的仅占37.25%。^①二是全国仲裁机构受理的仲裁案件数仅占全国法院一审受理的商事案件数的4.1%;^②全国法院审结的涉外(含涉港澳台)商事仲裁案件数仅占涉外商事案件总数的2.98%。^③这说明,国内大多数当事人还不愿意选择以仲裁方式解决纠纷,而愿意寻求法院审判;国外的许多当事人也不愿意选择中国仲裁机构仲裁,不愿意由中国法院进行仲裁司法审查。三是我国仲裁机构多而不强,高端人才较少,除少数仲裁机构外,国际竞争力较弱,在国际上影响力不够、话语权不足,尚未深度融入全球仲裁治理体系。

造成上述问题的原因是多方面的,但国际商事仲裁司法审查制度不够完善是重要原因。我国仲裁法颁布于1994年,它“开创了新型的国内仲裁体制,肯定了我国涉外仲裁在长期实践中积累的经验,奠定了中国特色社会主义市场经济仲裁法律制度的基础”,^④但囿于当时的思想观念和客观条件,该法也存在历史局限性,它与20年以后我国进一步扩大对外开放、进一步融入国际经济体系的新形势,与全球商事仲裁发展的新趋势不相适应。在这20多年间,虽然最高人民法院于2005年制定的《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(以下简称《仲裁法解释》)对《仲裁法》的某些内

① 这是2014年的数据,参见中国仲裁法学研究会《中国国际商事仲裁年度报告》(2014),第14页。

② 据中国仲裁法学研究会《中国国际商事仲裁年度报告》,2015年全国仲裁机构受理仲裁案件136,924件。2015年全国法院审结一审商事案件334.7万件,参见《最高人民法院工作报告》(2016),法律出版社2016年版,第4页。

③ 据中国仲裁法学研究会《中国国际商事仲裁年度报告》,2015年全国法院审结各类涉外仲裁案件181件。2015年全国法院审结涉外商事案件6079件,参见《最高人民法院工作报告》(2016),法律出版社2016年版,第4页。

④ 万季飞:《在纪念仲裁法颁布十周年座谈会上的讲话》,载《中国仲裁与司法》2004年第5期。

容作了尽量使其适应新形势的解释,2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)又对仲裁的某些内容作了修改,但仲裁法的立法理念、基本制度未作修改,国际商事仲裁司法审查制度与新形势不相适应的问题仍较突出。如果想要把我国建设成国际商事仲裁强国和国际商事仲裁中心,就必须完善我国的国际商事仲裁司法审查制度。

研究我国国际商事仲裁司法审查制度的完善,对于修改、完善我国国际商事仲裁司法审查法律制度和仲裁司法审查的体制、机制,促进我国仲裁业的繁荣发展,实现把我国建设成为国际商事仲裁强国和国际商事仲裁中心的目标,进一步改善我国商贸投资环境,提升我国的软实力和国际竞争力,无疑具有重要意义。

二、研究思路

本书论述了国际商事仲裁司法审查的基本理论,分析了我国国际商事仲裁司法审查制度的现状和问题,提出了完善我国国际商事仲裁司法审查制度的总体思路和基本原则。同时,对我国国际商事仲裁协议、仲裁程序、仲裁裁决司法审查法律制度的完善,以及法院对仲裁司法审查体制、机制的完善提出了建议。

本书采章节制,共6章27节,其中第一、二章是总论部分,第三章至第六章是分论部分,共对国际商事仲裁司法审查4个方面制度中的15项法律制度和11项体制、机制的完善作了研究。

第一章是“国际商事仲裁司法审查的基本理论”,共6节,论述国际商事仲裁的概念、特点和优势,国际商事仲裁司法审查与国际商事仲裁的关系,国际商事仲裁司法审查的必要性、性质、功能、基本原则和标准。这些内容都是仲裁司法审查的基本理论,通过论述这些内容,为分论各章奠定理论基础。

第二章是“我国国际商事仲裁司法审查制度的问题和完善思路”,共3

节,主要分析我国国际商事仲裁司法审查制度的现状和问题,阐明当代世界范围国际商事仲裁与司法审查的发展趋势,提出完善我国国际商事仲裁司法审查制度的总体要求、基本原则和应正确理解和处理的6个关系,回答了我国国际商事仲裁司法审查制度为什么要完善、朝什么方向完善、怎样完善的问题。它为分论各章论述仲裁司法审查各项具体制度的完善提出了总的要求,并开启了分论各章。

第三章至第六章是分论部分,阐述我国国际商事仲裁司法审查各项具体制度的完善。其中第三章是“仲裁协议司法审查制度的完善”,第四章是“仲裁程序司法审查制度的完善”,第五章是“仲裁裁决司法审查制度的完善”,第六章是“仲裁司法审查体制机制的完善”。第三、四、五章完善的是国际商事仲裁的法律制度,其目的是为我国国际商事仲裁司法审查制度提供“良法”。第六章完善的是仲裁司法审查的体制机制,其目的是为我国国际商事仲裁司法审查提供“善治”。通过“良法”和“善治”的有机结合,为建成国际商事仲裁强国和国际商事仲裁中心提供良好的制度保障。

三、研究范围

本书以“中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究”为题,研究的重点是“完善”,研究的范围主要是两大方面:

1. 作为仲裁司法审查法律依据的国际商事仲裁法律制度的完善。“国际商事仲裁司法审查制度的完善”决不仅指法院自身对仲裁司法审查制度的完善,它首先应当包括作为司法审查法律依据的仲裁法律制度的完善。因为仲裁是仲裁司法审查的对象,仲裁法律制度是仲裁司法审查的法律依据,法院对仲裁的司法审查,是依据仲裁法律制度进行的。因此,凡是作为司法审查法律依据的仲裁法律制度中需要完善的内容,都是本文研究的范围。易言之,本文研究的不是仲裁法律制度的全部,而是国际商事仲裁法律制度中作为仲裁司法审查法律依据的那部分法律制度。作为仲裁司法