

ARBITRATION IN BEIJING

北京仲裁

第72辑 (Quarterly) No.72
(2010年第2辑)

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

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission,

Co-sponsored by the China Society of Private International Law

& the Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

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

本期执行主编: 陈福勇

编辑: 陈福勇 张皓亮 孙 晶

顾问: 江 平 王利明 黄 进 宋连斌

王 军 邓 杰 吴志攀

编辑部地址: 北京市朝阳区建国路118号

招商局大厦16层

邮 政 编 码: 100022

电 话: (010) 65669856

传 真: (010) 65668078

电子信箱: bjzhongcai@bjac.org.cn

网 址: <http://www.bjac.org.cn>

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第 72 辑/北京仲裁委员会编. —北京:
中国法制出版社, 2010. 7
ISBN 978 - 7 - 5093 - 1753 - 2

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 (2010) 第 029024 号

策划编辑 马颖

责任编辑 唐鸥

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第 72 辑

BEIJINGZHONGCAI DI 72 JI

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/2010 年 7 月第 1 版

印张/12.25 字数/190 千

2010 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1753 - 2

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.zgfs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

本书所刊载的文章只代表作者个人观点，不必然反映本书编辑部或其他机构、个人的观点，谨此声明！

征稿启事

《北京仲裁》由北京仲裁委员会主办，以关注、探讨我国仲裁制度建设中的重大理论和实务问题为宗旨。《北京仲裁》为季刊，每年出版四辑，下设“专论”、“仲裁讲坛”、“比较研究”、“调解专栏”、“仲裁实务”、“案例分析”、“办案札记”等栏目。

本刊编辑部欢迎广大读者向本刊投稿，投稿前请仔细阅读以下注意事项：

1. 来稿请参照《北京仲裁》写作规范，并写明作者姓名、职称、职务、所在单位的详细名称、通信地址、邮政编码；来稿请附英文标题、不超过200字的内容提要及3-5个关键词；

2. 来稿应严格遵守学术规范，如出现抄袭、剽窃等侵犯知识产权的情况，由作者自负责任；

3. 为扩大本刊及作者信息交流渠道，本刊已被CNKI中国期刊全文数据库收录，作者著作权使用费与本刊稿酬将由本刊编辑部一次性给付。若作者不同意文章被收录，请在来稿时书面声明，以便本刊做适当处理；作者未书面声明的，视为同意本刊编辑部的上述安排；

4. 投稿方式：将电子文本发送至本刊投稿邮箱 bjzhongcai@bjac.org.cn。由于编辑部人手有限，来稿一般不予退还。如在两个月内本刊未发出用稿或备用通知，请作者自行处理；

5. 所有来稿一经采用，即奉稿酬（100元/千字，特约稿件150元/千字）。

《北京仲裁》编辑部

2010年7月

目 录

特 载

- 001 我们信赖仲裁吗?
——关于中国仲裁研究的英文文献综述 / 顾维遐
027 有哪些仲裁研究值得关注?
——2009 年中文法学期刊仲裁研究论文综述 / 张潇剑 韩 辉

专 论

- 048 论 CISC 在一些国际商事案件中的应用 / 黄雁明
085 论仲裁员面临的欺诈问题 / Michael Dunmore

调解专栏

- 108 调解的现状回顾与理论发展 / 颜杰雄译 宋连斌校
139 联合调解实务指南
——两人智慧胜一人 / 方健译

案例评析

- 152 论对涉及违反管理性强制性规范合同所作出的外国仲裁
裁决的承认和执行
——利夫糖果(上海)有限公司申请承认和执行新加坡
国际仲裁中心仲裁裁决案评析 / 崔学杰 何 云
160 论英国仲裁法下法律问题可上诉原则
——厦船重工案评析 / 李洪积 马 杰 崔 强

办案札记

- 175 庭审杂谈
——国际仲裁庭审二三题 / 马志华
184 从办案秘书的视角看仲裁庭审若干细节问题 / 王学权

征稿启事

Contents

Special Report

001 In Arbitration We Trust ... Not?

——A Review of English Literatures on the Study of
Arbitration in China

Gu Weixia

027 A Review on Articles Concerning Arbitration Study

from Chinese Legal Journals in 2009

Zhang Xiaojian & Han Hui

Monograph

048 Notes on the Application of the CISG to Some

International Commercial Cases

Yanming Huang

085 Issues Faced By Arbitrators Relating to Fraud

Michael Dunmore

Themed Discussion on Mediation

108 Mediation: A Current Review and Theory

Development

Translated by Yan Jiexiong

139 Practice Guidelines for Co-Mediation: Making

Certain That “Two Heads Are Better Than One”

Translated by Fang Jian

Case Study

152 On Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

reached from contracts violating managed and compulsory regulations

——Comment on the case of Leaf Candy Limited Corporation
of Shanghai's Application of Recognition and Enforcement of
the Arbitral Award given by SIAC

Cui Xuejie & He Yun

160 The Principle of Appealability on Questions of Law Arising

Out of Awards under the Arbitration Act of the UK

——An analysis on the case of Xiamen Shipping Building
Industry Co., Ltd.

Li Hongji & Ma Jie & Cui Qiang

Notes on Case Handling

175 Some Thoughts on Hearings in International Arbitration

——A Personal View

Ma Zhihua

184 On Practical Issues Concerning the Arbitration

Hearing from the Perspective of Case Manager

Wang Xuequan

Notice for Submission

特 载

我们信赖仲裁吗？

——关于中国仲裁研究的英文文献综述

顾维遐*

● 内容摘要

本文回顾了关于中国仲裁制度及其发展的研究。在总结相关的法律法规之后，笔者分析了国内和国际学者的评论（主要是英文文献中关于中国仲裁理论和实务的评论），并以此为基础探讨了中国仲裁在外国用户和国际评论人眼中备受质疑的主要原因。为了解决这些问题，本文提出包括立法上和其他具体操作规则上的一揽子建议：譬如借鉴先进的国际仲裁惯例从立法上进行《仲裁法》的改革，将仲裁委员会以市场为导向进行民间化和专业化重

* 作者系香港大学法律学院助理教授和普通法硕士项目副主任，曾为美国纽约大学和康耐尔大学法学院富布莱特访问学者（Email: guweixia@hkucc.hku.hk）。主要研究领域为仲裁法、商事争端解决、区际司法合作。本文系作者承担的香港大学人文社会科学研究项目“中国仲裁的实务缺陷和未来发展”（Practical Constraints and Prospective Reforms for Chinese Arbitration）阶段性成果的中译本（项目号：10400772.50213.18100.301.01）。本文以英文原作，在写作过程中，作者曾与北京仲裁委员会的陈福勇博士多次探讨，对本文的完善颇多助益，谨致谢意。培普丹大学（Pepperdine University）争议解决专业的研究生陈聿文为原作部分内容的翻译提供了帮助，在此一并致谢。

组,由各仲裁委员会共同组建中国仲裁协会并强调其在仲裁员管理方面的作用,以及授权人民法院对仲裁进行独立、专业和行之有效的司法审查。

● 关键词

仲裁 制度 中国 改革

一、简介

随着九十年代经济的蓬勃发展,为了更好的服务市场经济和吸引外资,中国于1994年首次制定了《仲裁法》。^①值得注意的是,在众多解决商事纷争的方法中,仲裁因其具有自治性、私密性、灵活性、高效性、终局性等诸多优势,在解决中国当事人和外国当事人的贸易和投资争端时尤其受到青睐。^②

尽管《仲裁法》的颁布被认为是中国仲裁发展史上的里程碑,但历经十五年的法律实践,该法因其地方色彩浓重和缺乏对当事人及仲裁庭自治性的保护而饱受诟病。在最近于香港出版的两册《中国仲裁实务指南》中,一部分常年致力于中国仲裁理论和实践的外国作者们对《仲裁法》的上述缺陷展开讨论。譬如,尽管中国的投资纠纷越来越多,并由此引发外国投资者对中国仲裁制度兴趣的与日俱增,但当事人亦发现他们的仲裁协议常常因微小瑕疵而被中国法官判定为无效。此外,临时仲裁在中国仍然是个禁区,这也成为国际仲裁参与者普遍忧虑的一个问题。另一种常见的批评指出,虽然越来越多的外籍人士被选入中国仲裁机构的仲裁员名册,但仲裁员的选任过程往往没有满足当事人根据法律条文而想往的对独立性,中立性和透明性仲裁庭组成的期待。^③

二、具有“中国特色”的仲裁

1. 立法上的先天不足

^① Katherine Lynch, "The New Arbitration Law", 16 (1996) *Hong Kong Law Journal*, 104.

^② Daniel R. Fung and Wang Shengchang (ed), *Arbitration in China: A Practical Guide* (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2004), para. 2-03.

^③ Jerome A Cohen, Neil Kaplan, Peter Malanczuk, "Preface by the Advisory Editors", in Fung and Wang (ed), *Arbitration in China: A Practical Guide*, p. xiv.

与众不同与僵化是中国仲裁十分显著的特点。这些特点经常让不了解中国仲裁制度的从业者感到意外和无措。有观点指出,中国《仲裁法》的先天不足主要反映在两个方面。第一,一些条文的规定过于苛刻死板,以致于极大地限制了当事人的意思自治,进而束缚了仲裁庭的自主权。^① 第二,《仲裁法》对一些重要机制规定的缺失,如当事人和仲裁庭在仲裁程序中应享有的管理和自治,导致中国仲裁在某些制度方面的严重实务空白。^②

首先,在中国,仲裁必须在选定的仲裁委员会框架下进行。^③ 法律不允许仲裁协议对仲裁委员会没有约定或约定不明,尤其是不允许在协议中约定临时仲裁。Song、Zhao 和 Li 批评中国有关仲裁协议法律要件的规定过于严格。对比国际商事仲裁的法理和实践,但凡当事人请求仲裁的意思表示是明确的,仲裁协议就可被认定为有效和可执行。^④ 事实上,在中国进行仲裁的当事人并不享有积极灵便调整仲裁程序的权利。此外,《仲裁法》禁止仲裁庭决定仲裁协议是否有效及其自身有否管辖权,而这种做法严重背离了国际上通行的管辖权—管辖权原则 (competence - competence)。^⑤ Kang 质疑道,由两个不同的机构去管理案件的程序管辖权和实体权利义务往往造成程序的拖延以及人力资源的浪费。^⑥

同时,有批评之声指出,中国《仲裁法》采用的“双轨制”立法模式歧视对待了国内仲裁案件的当事人利益。^⑦ 根据《仲裁法》的规定,国内纠纷中的当事人不能在仲裁协议中指定中国国际经济贸易仲裁委员会(贸仲)和中

① Ge Liu and Alexandar Lourie, “International Commercial Arbitration in China: History, New Developments and Current Practice”, 28 (1995) *John Marshall Law Review*; John Mo, “Dilemma of Chinese Arbitration System”, 6 (1999) *Arbitration and Dispute Resolution Journal*; Song Lianbin, Zhao Jian and Li Hong, “Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the PRC”, 20 (2003) *Journal of International Arbitration*, 174.

② Kang Ming, *A Study on Commercial Arbitration Service (Shangshi Zhongcai Fuwu Yanjiu)* (Beijing: China Law Press, 2005), pp. 3 - 4.

③ Articles 16 and 18, Arbitration Law (AL).

④ Song, Zhao and Li, “Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the PRC”, 20 (2003) *Journal of International Arbitration*, 175.

⑤ Articles 19 and 20, AL.

⑥ Kang, *A Study on Commercial Arbitration Service* (2005), 27.

⑦ Chapter VII, AL.

国海事仲裁委员会(海仲)作为仲裁机构,因为它们被认定为“涉外仲裁机构”。^①该做法一直到1996年和1998年才在中国的仲裁实践中得以解冻。1996年,国务院办公厅颁布《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》,规定非涉外仲裁机构亦可受理涉外案件;此后,1998年,贸仲和海仲相应修改其仲裁规则,将管辖权延伸至国内争议。^②实际上,《民事诉讼法》所规定的“涉外纠纷”与《仲裁法》所规定的“涉外仲裁机构”在“涉外”概念的内涵和外延上并不统一,并由此导致在实践中处理仲裁案件管辖时的混乱。外国投资者对这个问题更感困惑。Xu和Wilson就曾指出,中外合资合作经营企业和外商独资企业都被认定为中国国内法人,这意味着当事人只能选择“非涉外仲裁机构”,即地方仲裁委员会来解决纠纷,这种做法加剧了仲裁案件管辖权混乱的局面。贸仲在1998年将其管辖权延至国内纠纷,外国投资者的困惑始得缓解。^③《仲裁法》的另一个主要缺陷是,国内仲裁的裁决必须经过实质性的司法审查才可获得承认和执行。^④而且,中国绝大部分的仲裁机构要求当事人必须从该仲裁机构的仲裁员名册中选定仲裁员。^⑤1988年之前,贸仲的仲裁员名册中没有一个外籍人士;此后,越来越多的外籍仲裁员被载入名册,但是地方仲裁委员会选任外籍仲裁员的步伐仍十分缓慢。^⑥

《仲裁法》缺乏对当事人程序自治的考量也受到了广泛批评。Lynch和Cohen都对这种法律机制的缺失提出质询,认为当事人应当享有修改仲裁机构规则并自由设计自己争议解决程序的权利,并质疑《仲裁法》的默示究竟应视为拒绝抑或许可。^⑦法律规定上的缺失引致了实务上的空白,并且这种规范

① Articles 66-70, AL.

② 国务院于1996年颁布的通知及随后贸仲和海仲规则在1998年的修改使国内案件和涉外案件的管辖权不再采取双轨制。

③ 根据国务院于1996年颁布的《通知》中的统一国内仲裁和涉外仲裁管辖权的规定,贸仲相应地于1998年更新了它的仲裁规则,从而将它的管辖权扩展到了国内纠纷。See more discussions by Xiabin Xu and George D. Wilson, “One Country, Two - International Commercial Arbitration - Systems”, 17 (2000) *Journal of International Arbitration*, 48.

④ Articles 63 and 71, AL.

⑤ Articles 11 and 13, AL.

⑥ Figures provided by CIETAC (on file with the author).

⑦ Lynch, “The New Arbitration Law” (1996), 2; Jerome A. Cohen, “Time to Fix China's Arbitration” (2005) *Far Eastern Economic Review*, 25.

上的缺失直至贸仲 2005 年版仲裁规则的修改才始得改善。^① Zhao, Song, Li 和 Kong 进一步指出,《仲裁法》对于简易程序和当事人通过仲裁协议来灵活处理仲裁过程中产生的具体问题等都没有明确规定,这让当事人和仲裁庭的程序自治权不得不受到仲裁委员会的把持。^② 在这一方面,虽然仲裁委员会的地位举足轻重,并可通过制定仲裁规则来直接影响当事人在仲裁程序中的权利义务,但法律却没有立下任何措施去保证它们的品质。Gu 和 Morgan 认为,《仲裁法》虽憧憬在中国引导独立、专业、和高效的仲裁委员会,但是未能制定出具体可操作的实施细则来实现此愿。^③

2. 相关辅助规范的不协调

由于《仲裁法》自身固有的缺陷,与仲裁制度相关的其他规范性文件,如司法解释、行政法规、以及仲裁机构的规则等等,也出台了不少规定。遗憾的是,这些出处不同的规范性文件纷繁复杂,甚至在内容上前后矛盾,不少外商投资者指责这些辅助规范不仅没有弥补《仲裁法》的缺陷,反而使原本不足的中国仲裁实践变得更加难以捉摸。

首先,鉴于中国“机构仲裁”的特点,仲裁委员会的仲裁规则成为了《仲裁法》之外可规范仲裁程序的重要法律渊源。若仲裁庭的组成或仲裁程序违反了仲裁规则,人民法院可以撤销或不予执行该仲裁裁决,这一点也从侧面反映了仲裁委员会规则的重要性。^④ 作为中国最早建立和经验最为丰富的仲裁机构,贸仲这些年来不断改进其仲裁规则。^⑤ 同时,随着《仲裁法》于 1995 年的实施,将近 200 个地方仲裁委员会在中国各主要城市纷纷设立。每个地方仲裁委员会依据《仲裁法》的规定,并结合地方实际情况都相应制定了各自的仲裁规则。因此,北京仲裁委员会的仲裁规则与上海仲裁委员会和

① Article 4, Section 2, CIETAC Rules (2005) .

② Zhao Jian, “Reviews and Prospects: Chinese International Commercial Arbitration at the Turn of the Century (Huigu yu Zhanwang: Shiji Zhijiao de Zhongguo Guoji Shangshi Zhongcai)”, 51 (2001) *Arbitration and Law (Zhongcai yu Falv)*, 72; Song, Zhao and Li, “Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the PRC” (2003), 174; Kong Yuan, “Revision of China’s 1994 Arbitration Act – Some Suggestions from a Judicialization Perspective”, 4 (2005) *Journal of International Arbitration*, 22.

③ Gu Weixia and Robert Morgan, “Improving Commercial Dispute Resolution in China”, 1 (2005) *Asian Dispute Review*, 6.

④ Article 58 of the AL.

⑤ 贸仲分别于 1994 年、1998 年、2000 年和 2005 年修改了仲裁规则。

深圳仲裁委员会的规则都有所不同;他们的仲裁规则与贸仲的规则也有所区别。^① Potter 强调,中国缺乏仲裁规则制定的统一标准,这为仲裁委员会实施其自由裁量权大开方便之门。而且,仲裁规则的修改往往是由仲裁委员会的秘书处各自保密处理,这更进一步加剧了规则的不一致性和不确定性。^②

其次,中央司法机构和地方司法机构经常性发布相互平行的关于仲裁的司法解释,这令外国仲裁使用者经常疑惑不解。中国是大陆法系的国家,案例并非法律的主要渊源,但最高人民法院享有事实上的立法权,其制定的司法解释被视作“准法律”并具有普遍的司法效力,以帮助弥补立法上的不足。^③ 在《仲裁法》实施后的十五年间,最高人民法院先后颁布了大量关于仲裁协议效力认定的司法解释。这些司法解释本身的内容并未造成太大的实务困扰。然而,最高法院颁布仲裁司法解释的方式于外国仲裁参与者显得零乱无章,譬如对于与仲裁协议有关的许多重要问题采用批复、通知、规定、解答等等不同载体断断续续的来释明;而且最高法院与地方法院分别平行发布仲裁意见,其相互关系也不甚明确。^④ 绝大部分最高院的司法解释是以回答下级人民法院具体问题的批复形式发布的,这些“一案一复”的逐条意见直到2006年下半年才得到整合,收录于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》之中。^⑤ 因此,Tao 和 Mo 认为,分散的和零星的司法批复及其他司法解释性文件导致在仲裁实践中参与人很难充分了解,

① See the Arbitration Rules of the BAC, available at <http://www.bjac.org.cn/program/rule.htm>; Rules of the SAC, available at <http://www.accsh.org/accsh/node5/index.html>; Rules of the SZAC, available at <http://www.szac.org/guide.asp>; and CIETA Rules, <http://www.cietac.org.cn/help/index.asp?hangye=10>.

② Pitman B. Potter, *The Chinese Legal System: Globalization and Local Legal Culture - Series of Routledge Studies on China in Transition* (London & New York: Routledge, 2001), 38.

③ *Resolution on Strengthening the Works for Interpretations of Laws* by the Standing Committee of National People's Congress in 1981, under which the SPC was given the power to interpret national laws in relation to issues arising from the application of law to concrete issues. See also Article 33 of the *Organic Law of the People's Court of the PRC* (1981).

④ John Shijian Mo, *Arbitration Law in China* (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2001), 87; Jingzhou Tao, *Arbitration Law and Practice in China* (The Hague: Kluwer Law International, 2004), 32; Fung and Wang (ed), *Arbitration in China: A Practical Guide* (2004), para. 2-47.

⑤ *Judicial Interpretation on the Application of the Arbitration Law*, issued by the SPC in August 2006 and took into effect in October 2006.

更不要说穷尽。^① 另一方面，虽然地方法院缺乏正式的司法解释权力，但经济发达地区的高级人民法院为了促进商事仲裁在当地的发展和应用，纷纷发布更为开放自由的司法意见。譬如，北京、上海和四川的高级人民法院分别于1999、2001和2003年各自颁行了涉及当地司法机构处理仲裁案件的指导意见。此外，Fung和Wang指出，在中国，司法权和仲裁权的分配极不平衡，因为人民法院可以通过制定司法解释来授权自己剥夺仲裁庭的管辖权和对裁决做出撤销。^②

最后，国务院颁布的行政法规被指责为不仅没有纠正《仲裁法》的缺陷，反而使问题愈演愈烈。在这些行政法规中，1995年国务院发出了《关于进一步做好重新组建仲裁机构工作的通知》（1995《通知》），^③ 规定各级政府要负责指导、协调、重新组建仲裁机构的工作，充分落实《仲裁法》的统一规范，尽快组建本地区的仲裁机构。^④ 1995《通知》遭到了Chua和其他外国仲裁实践者的批评，他们指出该《通知》从立法上明确地方政府“干预”仲裁委员会的组建，使《仲裁法》憧憬的非政府民间仲裁机构的目标落空。^⑤ 一年后，国务院又颁布了《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》（1996《通知》），明确规定新组建的地方仲裁委员会可以受理涉外仲裁案件。^⑥ 1996《通知》试图通过取消贸仲和海仲对涉外仲裁案件管辖的垄断来补救《仲裁法》双轨制歧视待遇的缺陷。但Mo强调，管辖权的模糊忽视了一个重要问题，即大部分地方仲裁委员会缺乏处理涉外仲裁案件的经验。^⑦ 由行政法规对中国仲裁制度，尤其是仲裁委员会组建进行规制一直存在

① Supranote 26.

② Fung and Wang (ed), *Arbitration in China: A Practical Guide* (2004), para. 2 - 65.

③ Notice Concerning the Improvement of the Work on the Re - Organization of Arbitration Commissions, issued by the General Office of the State Council on in April 1995.

④ Ibid.

⑤ Chua Eu Jin, "Arbitration in the People's Republic of China", 1 (2005) *Asian International Arbitration Journal*, 128; Yang Lin, "On the Legal Status of Arbitration Institution - Revisiting the Arbitration Law of Our Country (Lun Zhongcai Jigou de Falv Diwei - Jianji Woguo Zhongcaifa de Xiugai)", 6 (2005) *Arbitration and Law (Zhongcai yu Falv)*, pp. 52 - 3.

⑥ Notice Concerning Several Issues to be Clarified for the Purpose of Implementing the PRC Arbitration Law (the "Clarification Notice"), issued by the General Office of the State Council in June 1996.

⑦ Mo, *Arbitration Law in China* (2001), 35; Fung and Wang (ed), *Arbitration in China: A Practical Guide* (2004), para. 2 - 26.

着争议,这令仲裁的独立性蒙上阴影。

3. 中国仲裁领域的近期改革

中国仲裁体系近年来发生了一系列重要的发展,譬如贸仲在2005年对其仲裁规则的修改。^① 贸仲规则采取了一些列重大的变革,以赋予仲裁庭更大的案件管理权力和当事人更多的程序自主空间。这些变化中最为吸引眼球的当属贸仲第一次允许当事人可以在其仲裁员名册之外选定仲裁员,而且首席仲裁员也可产生于双方当事人推荐名单中的共同人选。^② 中国籍仲裁员在贸仲的仲裁员名册中占主导地位,其中的大部分又是贸仲内部的工作人员或者具有政府背景的本地人士,他们往往彼此熟悉。在这种情况下,贸仲对于仲裁员选任的放宽极大地扩大了双方当事人的选择范围,也显著拓展了在贸仲担任仲裁员的专家和外籍人士的数量和地域范围,因此对加强当事人程序自治权产生重要的实践性影响。但是,对于仲裁员选择权的放开并不意味着当事人享有绝对的自由,因为当事人选定的名册外人士只有经过贸仲主任确认后才能担任仲裁员或者首席仲裁员。^③ 恰恰在这一个重要环节上,贸仲的05版仲裁规则并未规定贸仲主任应如何酌情处理名册外仲裁人员的审批。Gu因此质疑,没有具体的执行规则去指导和影响仲裁委员会主任的自由裁量,这种不透明的操作很可能抹杀之前提及的当事人程序自治的加强。^④ 贸仲变革的另一个关键性变化是第一次授权仲裁庭可以直接作出管辖权的决定。凭此规定,贸仲可以将原来由秘书处独占的决定仲裁案件管辖权和管辖权异议的权力,在适当时候下放给仲裁庭。^⑤ 但是,如同仲裁委员会主任对名册外仲裁员选任操作细则的缺失,针对管辖权下放的改革亦缺乏必要的细节规定。新的规则因此招致了不少批评之声。考虑到目前中国的《仲裁法》仅规定了仲裁委员会有权对管辖权作出决定,贸仲规则“故意”遗漏仲裁庭管辖权授权的实施细则,这种谨慎的做法被认为一是力图自我保护,二是确保不违背强行法的规定。^⑥

① 贸仲的仲裁规则于2005年1月修改和通过,并于2005年5月1日起生效。

② Article 21, Section 2, and Article 22, Section 3, CIETAC Rules (2005) .

③ Article 21, Section 2, CIETAC Rules (2005)

④ Weixia Gu, “The China – style Closed Panel System in Arbitral Tribunal Formation: Analysis of Chinese Adaptation to Globalization”, 1 (2008) *Journal of International Arbitration*, pp. 140 – 4.

⑤ Article 6, CIETAC Rules (2005) .

⑥ This view is expressed by the current CIETAC secretary – general, Mr. Yu Jianlong, in his talk on the conference “Managing Business Disputes in China”, held at Harvard Club, New York, 26 March 2007.

中国仲裁领域近年来另一个让人印象深刻的发展是最高人民法院于2006年发布的关于《仲裁法》的司法解释。^① 该司法解释大力放宽了对瑕疵仲裁协议效力认定的法律限制，令当事人拥有更广泛的缔约自由。因此，大多数仲裁协议的表述缺陷，如“约定仲裁机构不明”或“同时约定两个以上仲裁机构”，现被明确认定为有效和可执行。^② 并且，若当事人仅约定了纠纷适用的仲裁规则但未约定仲裁机构，该仲裁规则的选择会被认定为是对执行此仲裁规则的仲裁机构的约定。^③ 新的规定彰显了中国最高司法机关对仲裁的支持。值得一提的是，在该司法解释出台之前，一些更为开放和自由的观点在2003年最高院推出的《关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定（征求意见稿）》中被提及。^④ 最为激进的当属第27条，规定若仲裁协议双方当事人的属人国（或注册地国）均为《纽约公约》的缔约方，并且都未禁止临时仲裁的运用，该临时仲裁协议在中国也可得到承认。^⑤ 虽然该规定当时被指责为过于死板，因其仍然将中国当事人和外国当事人之间的临时仲裁协议排除在外，但无疑，第27条会对临时仲裁在中国仲裁实践中的破冰产生深远的影响。因此，国际仲裁界对最高院的这份《征求意见稿》，尤其是其中的第27条抱有高度期望，认为中国正式部分认可临时仲裁的契机已经到来，并以此为临时仲裁在中国得到普遍认可的开端。^⑥ 令人抱憾的是，这种期待并没有成为现实，而中国的临时仲裁亦仍然滞留在由最高院主导的仲裁改革的十字路口上。

三、是否信赖改革后的中国仲裁

这一节主要探讨对中国仲裁体系和上文提及的最近由贸仲和最高院推动的仲裁改革的评价。这部分论述试图通过分析国际仲裁界对此次改革的评价来剖析中国近年来仲裁改革的实际效果。

① *Interpretation on Certain Issues Relating to Application of China Arbitration Law*, issued by SPC in August 2006, and with the effect from 8 August 2006.

② Articles 1-9, SPC Interpretation (2006).

③ Article 4, SPC Interpretation (2006).

④ *Interpretations to Several Issues on the Application of the China Arbitration Law (Draft Provisions for Opinion Solicitation)*, issued by SPC on 22 July 2004.

⑤ Article 27, SPC Draft Provisions (2004).

⑥ Fung and Wang (ed), *Arbitration in China: A Practical Guide* (2004), para. 4-01.

1. 仲裁委员会的机构缺陷

中国的仲裁委员会专业吗, 经验丰富吗, 独立吗? 他们有足够的的能力推行由贸仲倡导的扩展当事人和仲裁庭程序自治权的改革吗? 从 1995 年仲裁法施行以来, 除贸仲和海仲外, 中国成立了 200 多个仲裁委员会。^① 这些新成立的仲裁委员会被称为地方仲裁委员会, 他们基本上以其注册地所在城市而命名。在 2005 年贸仲改革其规则后, 中国大多数地方仲裁委员会似乎并未步贸仲之后。Wang 声称, 尽管地方仲裁委员会与贸仲之间并不存在隶属关系, 但由于贸仲在中国仲裁实践中的领导地位, 历史上贸仲的仲裁规则和实践活动对地方仲裁委员会往往产生直接的影响。^② 然而, 绝大部分的地方仲裁委员会在财政运作、人员编制、甚至案源方面依赖于地方政府, 他们缺乏机构的专业化和独立性的特点, 这让他们的改革饱受地方行政化影响的拖累, 也间接反映了地方仲裁委员会改革途上的困难重重。

根据国务院 1995 年颁布的《通知》, 中国仲裁机构的组建和活动应受到其注册地的地方人民政府的法制局(办)的监督。^③ 地方政府的法制局(办)因此成了牵头部门, 他们可以决定相关地方仲裁委员会人员的选用和其他重要的发展事项, 包括经费的收支和工资的发放。^④ 在此背景下, 地方仲裁委员会能否独立运作很大程度上取决于地方行政机关对于仲裁的态度。换言之, 如果地方政府能将仲裁视为一种独立的争议解决机制, 那相应的地方仲裁委员会就可以享有更多的空间去建立和发展自身的机构独立性。在这点上, 北京仲裁委员会(北仲)极大地受益于北京市政府的“不干预”政策, 这项政策帮助北仲成为中国仲裁产业中一颗冉冉升起的新星。^⑤

地方仲裁委员会顶着“事业单位”的头衔而接受地方财政的拨款。如果仲裁委员会有充足的案源并保证从其仲裁费的收取来实现自给自足甚至盈利,

① Figures by CIETAC (on file with the author) .

② Wang Shengchang, "Towards A Higher Degree of Party Autonomy and Transparency: CIETAC Introduces New Rules", *International Arbitration Law Review*, 6 (2005), 118.

③ Notice on Further the Work of Restructuring the Arbitration Institutions, issued by the General Office of the State Council, 22 May 1995.

④ Wang Hongsong, "Existing Problems of the Arbitration Law and Its Reform Suggestions", *Arbitration in Beijing*, 2 (2005), 21.

⑤ Secretary - General Wang Hongsong, "Decade Review of Beijing Arbitration Commission", available at the BAC website, <http://www.bjac.com.cn/introduce/2007.htm>.