



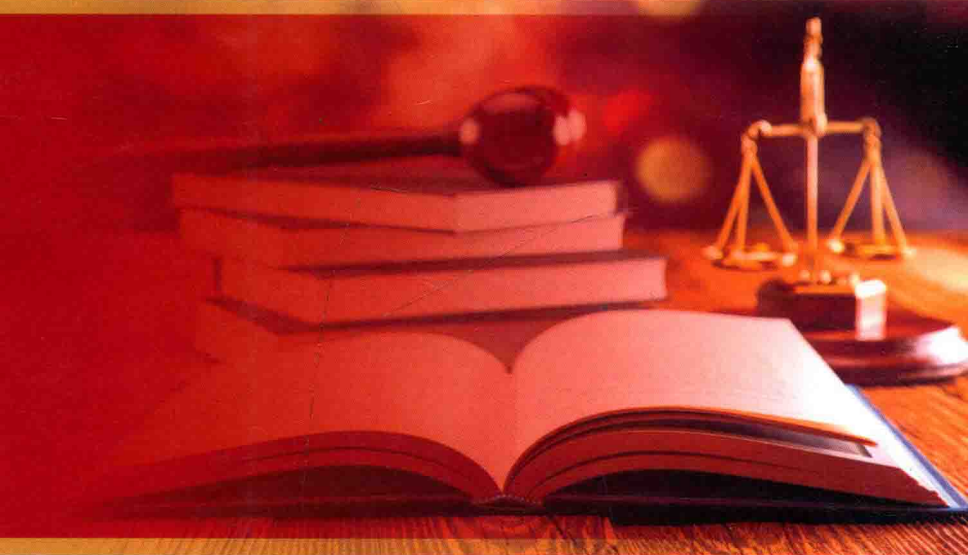
杭州仲裁实务丛书

仲裁员实务

ARBITRATOR PRACTICE



杭州仲裁委员会 主编
HANGZHOU ARBITRATION COMMISSION



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社



杭州仲裁实务丛书

仲裁员实务

ARBITRATOR PRACTICE



杭州仲裁委员会 主编
HANGZHOU ARBITRATION COMMISSION



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁员实务 / 杭州仲裁委员会主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2015. 11
ISBN 978-7-308-14927-3

I. ①仲… II. ①杭… III. ①促裁—基本知识—中国
IV. ①D925.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 171567 号

仲裁员实务

杭州仲裁委员会 主编

责任编辑 孙秀丽(sunly428@163.com)
封面设计 续设计
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 杭州星云光电图文制作有限公司
印 刷 富阳市育才印刷有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 12
字 数 348 千
版 次 2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-14927-3
定 价 45.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

丛 书 编 委 会

主 任:徐祖萼

副 主 任:魏 民 张东涛 徐 前 刘凤泉

编 委:(按姓氏笔划排序)

丁天舒 于世忠 王斐弘 包 立

卢建华 李再丽 陈 桓 陈勇强

金 茵 周红煜 赵 亮 侯作前

黄 静

本书编写人员

主 编:魏 氏

副 主 编:刘凤泉

执行主编:侯作前 赵 亮

撰 稿 人:(按姓氏笔划排序)

易继松 侯作前 翁晓斌 黄加宁

戴梦华

序

相比民事诉讼,仲裁不实行级别管辖和地域管辖,一裁终局,程序上有较大的透明度和自主性,仲裁员由公道正派的专家、学者担任。正因为仲裁具有便利、高效、专业、公正、自主性等特点,在我国已被越来越多的当事人所信任和采纳,成为争议解决的重要手段之一。仲裁在我国社会主义市场经济和民主法治建设中发挥着越来越重要的作用!

仲裁员是仲裁的重要办案主体,其水平、素质如何,直接影响乃至决定仲裁的办案质量。所以,对仲裁员的有效培训是加强仲裁审理、提升仲裁员办案水平和能力,并进而提高仲裁质量的重要措施。但目前的问题是仲裁员培训缺乏有针对性的好教材,影响了仲裁培训效果。在这个意义上说,杭州仲裁委员会组织浙江大学城市学院法学院等单位联合编写的《仲裁员实务》一书,填补了国内空白,具有很强的现实意义。

《仲裁员实务》一书不同于一般的仲裁法教科书或仲裁理论专著,而是以仲裁员的视角为出发点编写。根据仲裁实践需要,该书分为仲裁与仲裁员、仲裁协议、仲裁当事人、仲裁程序、仲裁证据制度和司法对仲裁的支持与监督等六部分,体系完整,章节合理,重点突出,理论实践兼顾,基础与前瞻提高结合,较好地响应和体现了党的十八届三中全会提出的“一切从实际出发,总结国内成功做法,借鉴国外有益经验,勇于推进理论和实践创新”的精神。

本书的作者队伍既有大学教授,又有资深律师等实务工作者,教授是有实务经验的教授,律师是有理论素养的律师,两者都

做到了理论与实践相结合,这也保证了本书的实践性、有效性和理论深度。在国内尚没有系统、完整、创新的仲裁员培训方面的参考用书的情况下,本书的编写、出版确实在中国仲裁界是一件新事,更是一件好事。作为一名资深仲裁员和法律工作者,我要感谢杭州仲裁委员会及作者们的辛勤努力!

本书为仲裁员办案提供了有效指引,对从事仲裁研究的学者、实务工作者及仲裁办案秘书均具有较强的参考价值。相信本书出版使用后,定能促进我国仲裁培训工作有序展开,提升仲裁员的理论素养、实务能力和办案水平!

是为序。



教授 博士生导师

中国仲裁法法学研究会副会长

澳门科技大学法学院院长

上海大学 ADR 与仲裁研究院院长



目 录

第一章 仲裁与仲裁员	(1)
一、什么是仲裁	(1)
二、仲裁的特征	(3)
三、仲裁与民事诉讼之比较	(7)
四、仲裁与 ADR 之比较	(13)
五、国际仲裁立法	(14)
六、我国的仲裁立法	(17)
七、仲裁机构	(21)
八、仲裁员与仲裁庭	(29)
第二章 仲裁协议	(36)
一、仲裁协议概说	(36)
二、仲裁协议的构成要件	(45)
三、仲裁协议与仲裁管辖权	(57)
四、仲裁条款(协议)的独立性	(61)
五、仲裁协议效力扩张	(62)
六、仲裁协议的法律适用	(65)
七、网上仲裁协议的相关法律问题	(67)
第三章 仲裁当事人	(70)
一、仲裁当事人概述	(70)
二、仲裁当事人的变更	(72)
三、仲裁当事人的适格	(74)
四、多方当事人	(76)
五、继受当事人	(81)
六、派生请求权	(83)



七、仲裁第三人	(86)
第四章 仲裁程序	(90)
一、审理前的准备	(90)
二、庭审的进行	(104)
三、法律适用	(115)
四、仲裁庭评议与裁决	(118)
五、庭审秩序维护与特殊事项的处理	(124)
六、仲裁调解与和解	(129)
第五章 仲裁证据制度	(135)
一、相关的基本概念	(135)
二、证据的种类	(137)
三、证据收集与提供	(144)
四、质证和认证	(151)
五、举证责任	(156)
第六章 司法对仲裁的支持与监督	(163)
一、司法对仲裁的支持	(163)
二、司法对仲裁的监督	(167)
附 录	(183)
中华人民共和国民事诉讼法	(184)
中华人民共和国仲裁法	(235)
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	(247)
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	(251)
联合国国际商事仲裁示范法	(265)
承认及执行外国仲裁裁决公约	(278)
杭州仲裁委员会仲裁规则	(283)
杭州仲裁委员会金融仲裁规则	(300)
杭州仲裁委员会仲裁调解规则	(314)
中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则	(319)
中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则	(341)
后 记	(371)



第一章 仲裁与仲裁员

一、什么是仲裁

(一) 仲裁概念

在我国,广义的仲裁包括劳动仲裁、人事仲裁、农业承包合同仲裁和民商事仲裁等。狭义的仲裁仅指民商事仲裁。本书中的仲裁指的是狭义仲裁,即双方当事人自愿达成协议,将民商事纠纷交由第三方评判、调解或者裁决,调解或裁决生效后,对双方当事人均有法律约束力的纠纷解决制度。

(二) 仲裁分类

1. 机构仲裁和临时仲裁

依据是否存在常设仲裁机构,可以将仲裁分为机构仲裁和临时仲裁。机构仲裁是指当事人双方将争议提交给仲裁协议所约定的常设仲裁机构(根据国际公约或国内法设立),由其居中解决民商事争议的仲裁方式。机构仲裁有自己的名称、固定的办公地点、仲裁规则、仲裁员名册和相对完备的管理和服务机构。机构仲裁具有相应的优势,比如仲裁的程序相对完善、仲裁员具有较高的专业水平和道德水平、常设机构为当事人申请仲裁提供便利等。临时仲裁是指无固定仲裁机构介入而由当事人各方通过仲裁协议直接组织仲裁庭进行的仲裁。临时仲裁的优势在于程序灵活、费用低廉、更符合当事人意思、效率也更高,但是,临时仲裁通常缺乏仲裁规则,在一方当事人不愿意合作时,常常使得仲裁无法继续进行。

《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第十八条规定:

“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”显然，我国国内立法没有正式承认临时仲裁。但是，《纽约公约》第一条第二款规定：“仲裁裁决一词不仅指专案选派之仲裁员所作裁决，亦指当事人提请仲裁之常设仲裁机关所作裁决。”此处的“专案选派之仲裁员所作裁决”即指临时仲裁的裁决，而我国是《纽约公约》的缔约国，依据公约优先适用的原则，我国应承认和执行《纽约公约》缔约国做出的临时仲裁裁决。

2. 国际仲裁和国内仲裁

依据民商事纠纷是否具有涉外因素，可以将仲裁分为国际仲裁和国内仲裁。国际仲裁是指民商事纠纷中具有涉外因素的仲裁。涉外因素是指具有下列情形之一：

(1) 仲裁当事人具有涉外因素，即仲裁一方或者双方当事人是外国人、无国籍人或者外国法人和组织。

(2) 法律事实具有涉外因素，即仲裁双方当事人之间的民商事法律关系产生、变更、消灭的事实发生在国外。

(3) 仲裁所涉及的标的物具有涉外因素，即仲裁当事人之间争议所涉及的标的物在国外。

国内仲裁是指民商事纠纷中不具有涉外因素的仲裁。区分国际仲裁与国内仲裁的意义在于，对仲裁申请的答辩期限、对仲裁裁决的撤销和不予执行依据的情形等的规定会有所不同。如《杭州仲裁委员会仲裁规则》第十七条规定：“被申请人应当在收到仲裁通知书之日起十五日（有涉外，涉港、澳、台案件当事人的为三十日）内向仲裁委员会提交答辩书。”^①

3. 依法仲裁和依原则仲裁

依据仲裁裁决的规则，可以把仲裁分为依法仲裁和依原则仲裁。依法仲裁是指仲裁庭在审理案件时，在程序和实体方面均应严格依据法律规定办理。依原则仲裁也称为友好仲裁，是指仲裁庭依据当

^① 2013年6月3日第五届杭州仲裁委员会第三次修订，自2013年9月1日起施行。下文未作特别说明者，均为该《仲裁规则》版本。

事人的授权,可以不根据法律规定而按照公允善良等原则和商业惯例裁决纠纷,但不得违背仲裁地的相关法律和公共秩序。我国《仲裁法》未明确规定依原则仲裁,依国际惯例,各仲裁机构可以在不违背法律规定的情况下,引入依原则仲裁。

二、仲裁的特征

(一)仲裁具有自主性

1. 仲裁自主性的含义及依据

仲裁的自主性特征贯穿于整个仲裁程序当中,是仲裁的基石,是仲裁得以产生并蓬勃发展的最强劲动力。

仲裁的自主性是指当事人可以自主选择是否把仲裁作为民商事纠纷的解决方式。这种选择可以在争议发生之前,也可以在争议发生之后,但必须是当事人双方自主做出的选择。我国《仲裁法》第四条规定:“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。”我国《仲裁法》第五条规定:“当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉的,人民法院不予受理,但仲裁协议无效的除外。”

2. 自主选择的范围

第一,当事人可以自主选择仲裁委员会。我国《仲裁法》第六条规定:“仲裁委员会应当由当事人协议选定。”

第二,当事人可以自主选择仲裁员。我国《仲裁法》第三十一条规定:“当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员,第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的,应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。”

第三,当事人可以自主选择仲裁规则。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2012版)》第四条第(三)款规定:“当事人约定将争议提交仲裁委员会仲裁但对本规则有关内容进行变更或约定适用其



他仲裁规则的,从其约定,但其约定无法实施或与仲裁程序适用法强制性规定相抵触者除外。当事人约定适用其他仲裁规则的,由仲裁委员会履行相应的管理职责。”《杭州仲裁委员会仲裁规则》第五条规定:“当事人协议向仲裁委员会申请仲裁的,即视为同意按照本规则进行仲裁。但当事人对仲裁程序另有约定且征得仲裁委员会同意的,则从其约定。”

(二)仲裁具有民间性

作为解决民间争议的重要方式,仲裁与行政和司法的一个重要区别就是其民间性。没有民间性的仲裁就是行政性仲裁。

第一,从仲裁的产生、发展的角度来看,仲裁具有民间性的特征,自治观念起到了关键作用。仲裁产生的直接起源就是民间交易发生纠纷需要一种解决争议的方式。从古罗马开始到其后的漫长历史过程中,仲裁完全是民间性质的。当事人自己选择仲裁员,仲裁结果也由当事人自觉履行,并无公权力介入的痕迹。意思自治作为仲裁的最基本原则贯穿于仲裁程序的始终,渗透于仲裁制度的各个方面,决定了仲裁制度的本质。可以说,没有当事人的合意,也就没有仲裁的发生。当事人具有订立仲裁契约的自由,可以选择他们之间合同所适用的法律;在将相关争议提交仲裁的情况下,当事人还可以就仲裁地点、仲裁规则、所适用的法律做出选择。仲裁作为解决社会争议的机制是当事人自己选择、自主控制的一种程序,在不违反国家强制法的情况下,表现出显著的自治性。^①

第二,从仲裁机构设立和权限的角度来看,仲裁具有民间性的特征。我国《仲裁法》第十条规定:“仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立,不按行政区划层层设立。”第十四条规定:“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。”此外,仲裁委员会没有直接进行证据保全、财产保全的权限,仲裁委员会也不具有直接执行仲裁裁决的权限。当事人如果需要采取

^① 参见季立刚:《论仲裁的民间性》, <http://www.110.com/ziliao/article-269551.html>, 2013-11-10 访问。



证据保全、财产保全措施的,或需申请强制执行仲裁裁决的,则需要通过法院等公权力介入。

第三,从仲裁员的身份角度来看,仲裁具有民间性的特征。仲裁员不属于国家工作人员编制,这是仲裁员与法官的本质不同。仲裁员来源于民间,即使有些国家工作人员担任仲裁员,在其担任仲裁员时也与其国家工作人员的身份无关。

第四,在仲裁发展的“国家法介入阶段”,仲裁的民间性并未受到颠覆,反而受到国家法的确认和肯定。随着商品经济的日益发展,仲裁制度逐渐被纳入法制体系中。一方面,仲裁制度成为一国法律制度的重要组成部分,如同诉讼制度一样,成为法律所认可的解决争议的一种方式,通过国家法的方式确认仲裁裁决的效力,以国家强制力保证仲裁裁决的执行。另一方面,虽然许多国家的法律及国际公约都确立了对仲裁进行司法监督的制度,通过司法权的行使,评判仲裁员在裁决中是否独立与公正、争议事项是否具有可仲裁性、裁决结果是否违反一国的实体法及公共政策,但这种监督和审查并非是对仲裁民间性的否定,而是在贯彻国家法共同意志的层面上使各部法律的适用求得协调,避免出现违反一国的基本法律准则及强行性规范的仲裁行为及裁决;而且,各国法及国际公约都对这种司法监督设定了必要的限制;从各国的司法实践上看,许多国家的法院在行使该等权力时也保持着相当的谨慎与克制,从而避免侵害仲裁的民间性、独立性,避免侵害仲裁制度存在的基础。^①

(三)仲裁具有保密性

在仲裁的过程中,除了当事人、当事人的代理人、证人、仲裁员、办案秘书以及双方当事人均同意的人以外,其他人不能进入仲裁庭的审理,参加仲裁的程序。我国《仲裁法》第四十条规定:“仲裁不公

^① 参见季立刚:《论仲裁的民间性》, <http://www.110.com/ziliao/article-269551.html>, 2013-11-10 访问。令人遗憾的是,我国的仲裁制度仍然具有较为浓厚的行政色彩,这种行政色彩在我国刚刚颁布《仲裁法》后的一段时间内是有必要的。但在《仲裁法》实施了 20 年后,在各地仲裁机构组建完毕并实施了较长时间后,仲裁的行政色彩应当日趋淡化。



开进行。当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。”此外,仲裁过程中展示的证据、仲裁裁决等仲裁中的信息也属于保密的内容。

仲裁的保密性有利于保护当事人商业秘密和其他具有经济价值的信息。企业在经营过程中产生许多的商业信息,比如销售渠道、进货渠道、定价策略、经营计划、客户信息等,这些信息对于企业生存、发展都具有重要的意义,甚至构成企业的核心竞争力。如果通过民事诉讼的方式进行,基于诉讼的公开性原则,当事人的这些信息存在外泄的可能性。

(四)仲裁具有国际性

在经济的区域一体化和全球化过程中,资本、生产要素、商品等流动性日益频繁,在流动性过程中,当事人发生矛盾纠纷不可避免。如果这些纠纷是发生在一国国内,则当事人可以采取民事诉讼或国内仲裁的方式进行救济,但如果民商事纠纷当事人属于不同国家,则一方当事人通常不愿意到另一国家通过民事诉讼的方式进行救济。诉讼方式通常涉及国家的司法主权问题,而任何一个国家对于涉及国家司法主权的问题通常不愿意做妥协。从实践层面来看,目前存在一些双边条约和区域性的国际条约,所涉及的有关民事诉讼方面的内容比较简单,而且不同国家的民事诉讼程序和内容区别很大,在不同法系之间这种区别尤为明显,故直到目前仍没有一个大多数国家都能接受的有关民事诉讼方面的国际公约。

仲裁本身起源于民间,在其发展过程中,国家权力开始介入仲裁,但仍采取相对宽松的制约,并且因仲裁本身并无强制的执行力,国家权力介入反而促进了仲裁的健康发展。正因为仲裁的民间特性,各国在国内立法时并没有赋予仲裁过多的政治色彩和传统习惯,而是尽量使国内仲裁立法与其他国家或世界通行做法相一致。同时,国际组织也为仲裁在全世界范围内的推行做了大量的工作并取得了有效成果。1923年国际联盟主持制定了《日内瓦议定书》,1927年国际联盟主持制定了《日内瓦公约》,1958年联合国主持制定了《承认与执行外国仲裁裁决公约》,1966年世界银行主持制定了《解



决国家与他国国民之间投资争端公约》，1966 年欧洲理事会成员国签订了《规定统一仲裁法的欧洲公约》，1975 年美洲国家主持制定了《美洲国家间国际商事仲裁公约》以及 1979 年的《美洲国家间关于外国判决和仲裁裁决域外效力的公约》，1987 年阿拉伯地区十四个国家签订了《阿拉伯商事仲裁公约》。除了具有强制性的国际公约外，联合国还主持制定了《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》，这进一步协调了各国国内有关仲裁的立法，进一步促进了仲裁立法在全世界范围内的统一。

经济贸易、投资、金融、生产的全球化，极大地促进了仲裁的发展。各国国内的仲裁立法、国际组织主持制定的国际公约或示范法又为仲裁的国际化提供了催化剂，仲裁的国际性特征在经济全球化过程中将日趋明显。

三、仲裁与民事诉讼之比较

(一) 仲裁与民事诉讼的共性

在仲裁和民事诉讼的发展历史上，经历了诉讼基本不干预仲裁时期、诉讼严厉干预仲裁时期，以及现在的诉讼适度干预仲裁、适度监督仲裁、支持仲裁时期。仲裁与民事诉讼虽有区别，但其共性也非常之多，归纳起来主要有以下几点：

1. 仲裁和民事诉讼都是争议的解决方式

市场经济的日益发展，人们之间的交易日趋频繁，发生争议纠纷的可能性也越来越大。民事纠纷的解决方式主要有和解、调解、仲裁和民事诉讼四种。其中，仲裁是民事诉讼之外规范性和程序严格性最为明显、与民事诉讼最为相近、最可能与民事诉讼形成实质性竞争关系的民事纠纷解决机制。平等主体之间发生民商事争议后，在符合仲裁受理范围条件的情况下，当事人既可以达成仲裁协议并提起仲裁处理纠纷，也可以不达成仲裁协议而向法院提起诉讼处理纠纷。因此，仲裁和民事诉讼在功能上有相同之处。

2. 仲裁和民事诉讼的一般规定相同

第一，中立客观、依法办案的规定相同。仲裁和民事诉讼都是由

第三方居中处理争议,第三方应当保持中立客观。仲裁员和法官与当事人有利害关系的,应当回避;仲裁员和法官均不能徇私舞弊,不能从当事人或其代理人处取得利益。仲裁员和法官处理案件时,均应独立自主办案,且不能违背法律规定。

第二,仲裁和民事诉讼处理争议的逻辑方式也基本相同,都是先对事实加以认定,而后对事实予以法律评价并确定双方权利义务关系和法律责任。

第三,仲裁和民事诉讼处理争议的程序规则基本相同。在立案时,仲裁委员会和法院都要求申请人(或原告)提交自己身份资料、被申请人(或被告)的身份资料、明确的诉讼请求和相关的证据等。在审理案件时,仲裁庭和审判庭都按照调查、辩论、最后陈述的程序审理。在举证责任的分配上,原则上都依照谁主张谁举证为基本原则,举证不能的则承担相应的不利后果。

第四,在裁决书的形式上,两者也基本相同。我国《民事诉讼法》第一百五十二条规定:“判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由。判决书内容包括:(一)案由、诉讼请求、争议的事实和理由;(二)判决认定的事实和理由、适用的法律和理由;(三)判决结果和诉讼费用的负担;(四)上诉期间和上诉的法院。”我国《仲裁法》第五十四条规定:“裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的,可以不写。裁决书由仲裁员签名,加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员,可以签名,也可以不签名。”

3. 仲裁裁决或调解书和民事判决或调解书一样具有法律效力

我国《民事诉讼法》第二百二十四条第二款规定:“法律规定由人民法院执行的其他法律文书,由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。”此外,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条也规定了已经为仲裁机构生效裁决所确认的事实无需由当事人举证证明。因此,仲裁裁决或调解书和民事判决或调解书一样具有法律效力,生效的仲裁裁决和调解书具有约束力和执行力。一方当事人不履行生效文书确定的法律义务的,则另一方当事人可以申请强制执行。