



普通高等教育“十一五”国家级规划教材



黄进 宋连斌 徐前权 著

仲裁法学

ZHONG CAI FA XUE

中国政法大学出版社

· 普通高等教育“十一五”国家级规划教材 ·

仲 裁 法 学

黄 进 宋连斌 涂前权 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁法学/黄进,宋连斌,徐前权著. -北京:中国政法大学出版社,2008.2

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

ISBN 978-7-5620-3171-0

I. 仲... II. ①黄... ②宋... ③徐... III. 仲裁法-法的理论-高等学校-教材

IV. D915.701

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 023274 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 15.25 印张 320 千字

2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5620-3171-0/D·3131

印 数:0 001-5 000 册 定 价:20.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

黄 进 法学博士，武汉大学国际法研究所教授，武汉大学国际法研究所所长，兼任国务院学位委员会法学学科评议组成员、教育部社会科学委员会委员、中国国际私法学会会长、中国国际法学会副会长、中国法学会体育法研究会副会长、国际体育仲裁院（CAS）仲裁员、国际投资争议解决中心（ICSID）仲裁员、中国国际经济贸易仲裁委员会委员和仲裁员、武汉仲裁委员会委员和仲裁员。1995年获中国法学会授予的首届中国十大“杰出青年法学家”称号。主要著作有：《国家及其财产豁免问题研究》、《区际冲突法研究》、《中国国际私法》、《澳门国际私法总论》、《国际私法》（主编）、《中国的区际法律问题研究》（主编）、《仲裁法学》、《国际私法与国际商事仲裁》（主编）等。

宋连斌 法学博士，武汉大学国际法研究所教授，中国国际私法学会常务理事、副秘书长，武汉、北京、上海、海口、湘潭等仲裁委员会及中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，《北京仲裁》顾问。主要著、译作有：《国际商事仲裁管辖权研究》、《国际商事仲裁新资料选编》、《国际商事仲裁资料精选》、《信息技术法》、《国际商事仲裁法律与实践》、《仲裁理论与实务》（主编）等，单独或合作发表、出版《理念走向规则：仲裁法修订应注意的几个问题》、《中国仲裁的国际化、本土化与民间化：基于2004年〈北京仲裁委员会仲裁规则〉的个案研究》、《再论中国国际私法的实践困境及出路》等论文、译文多篇。

徐前权 长江大学政法学院副教授、法学系主任，武汉大学法学院访问学者，武汉仲裁委员会仲裁员，荆州仲裁委员会委员、仲裁员暨专家咨询委员会主任委员，阜阳仲裁委员会专家咨询委员会委员，湖北

楚都律师事务所律师，荆州市人民检察院人民监督员，荆州市人民政府律师顾问团成员，湖北省律师协会民事委员会委员，湖北省法学会仲裁法研究会常务理事。主持过省级科研项目5项，校级科研项目多项，出版专著（合著）1部，发表《论仲裁监督体制》、《中国仲裁制度的沿革、现状及前瞻》等论文50余篇，其中多篇被中国人民大学报刊资料中心全文复印。2004年8月，获全国优秀仲裁员称号；2003年11月，获荆州市十佳律师称号；2002年，获荆州市首届精神文明建设“五个一”工程奖；2001年获荆州市人民政府首届社科优秀成果二等奖。

出版说明

中国政法大学出版社是国家教育部主管的,我国高校中唯一的法律专业出版机构。多年来,中国政法大学出版社始终把法学教材建设放在首位,出版了研究生、本科、专科、高职高专、中专等不同层次、多种系列的法学教材,曾多次荣获新闻出版总署良好出版社、国家教育部先进高校出版社等荣誉称号。

自2007年起,我社有幸承担了教育部普通高等教育“十一五”国家级规划教材的出版任务,本套教材将在今后陆续与读者见面。

本套普通高等教育“十一五”国家级规划教材的出版,凝结了我社二十年法学教材出版经验和众多知名学者的理论成果。在江平、张晋藩、陈光中、应松年等法学界泰斗级教授的鼎力支持下,在许多中青年法学家的积极参与下,我们相信,本套教材一定会给读者带来惊喜。我们的出版思路是坚持教材内容必须与教学大纲紧密结合的原则。各学科以教育部规定的教学大纲为蓝本,紧贴课堂教学实际,力求达到以“基本概念、基本原理、基础知识”为主要内容,并体现最新的学术动向和研究成果。在形式的设置上,坚持形式服务于内容、教材服务于学生的理念。采取灵活多样的体例形式,根据不同学科的特点,通过学习目的与要求、思考题、资料链接、案例精选等多种形式阐释教材内容,争取使教材功能在最大程度上得到优化,便于在校 生掌握理论知识。概括而言,本套教材是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的集中体现。

中国政法大学出版社始终秉承锐意进取、勇于实践的精神,积极探索打造精品教材之路,相信倾注全社之力的普通高等教育“十一五”国家级规划教材定能以独具特色的品质满足广大师生的教材需求,成为当代中国法学教材品质保证的指向标。

中国政法大学出版社

2008年2月

| 目 录 |

第一章 导论	1
第一节 仲裁的概念 /1	
第二节 仲裁的性质和特点 /7	
第三节 仲裁的历史沿革 /13	
第二章 中国仲裁法概述	19
第一节 仲裁法的概念 /19	
第二节 中国仲裁法上的仲裁范围 /21	
第三节 中国仲裁法的基本原则 /24	
第三章 仲裁机构和仲裁协会	28
第一节 仲裁机构概述 /28	
第二节 仲裁委员会 /29	
第三节 中国仲裁协会 /38	
第四节 仲裁规则 /39	
第五节 著名仲裁机构简介 /41	
第四章 仲裁员	51
第一节 仲裁员的资格条件 /51	
第二节 仲裁员的聘任与指定 /54	
第三节 仲裁员行为的性质及规范 /57	
第四节 仲裁员的责任 /62	
第五章 仲裁协议	72
第一节 仲裁协议概述 /72	
第二节 仲裁协议的内容 /80	
第三节 仲裁协议的效力 /85	
第四节 仲裁庭管辖权自决问题 /88	

第五节	仲裁协议的无效和失效	/90
第六节	仲裁条款的独立性问题	/95
第六章	仲裁程序	101
第一节	仲裁当事人	/101
第二节	申请和受理	/105
第三节	仲裁庭的组成	/112
第四节	仲裁审理和裁决	/116
第五节	简易程序	/134
第六节	仲裁程序与民事诉讼程序比较	/136
第七章	申请撤销仲裁裁决	141
第一节	概述	/141
第二节	申请撤销仲裁裁决的条件和理由	/146
第三节	申请撤销仲裁裁决的后果	/150
第八章	仲裁裁决的执行	153
第一节	执行仲裁裁决的条件和程序	/153
第二节	仲裁裁决的不予执行	/156
第三节	仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行	/158
第九章	中国内地与港澳台地区相互执行仲裁裁决	160
第一节	内地执行港澳台地区的仲裁裁决	/160
第二节	港澳台地区执行内地的仲裁裁决	/164
第十章	涉外仲裁	168
第一节	涉外仲裁概述	/168
第二节	涉外仲裁机构	/173
第三节	涉外仲裁协议	/177
第四节	涉外仲裁程序	/181
第五节	申请撤销涉外仲裁裁决	/188
第六节	涉外仲裁裁决的执行	/191
第七节	中国涉外仲裁中的报告制度	/193

第十一章 仲裁时效和仲裁费用	199
第一节 仲裁时效 /199	
第二节 仲裁费用 /200	
第十二章 仲裁监督	205
第一节 仲裁监督概述 /205	
第二节 中国仲裁监督体制 /208	
第三节 进一步完善中国的仲裁监督体制 /210	
附录一 主要参考书目	216
附录二 1994 年《中华人民共和国仲裁法》	219
附录三 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	227

第一章

导 论

学习目的与要求 本章讲述仲裁的基本理论。通过本章的学习,应重点理解仲裁的含义,了解仲裁的分类、特性及其优势与局限性,对仲裁的性质和仲裁的历史发展有初步理解。其中,仲裁的性质是本章的难点。

第一节 仲裁的概念

一、仲裁的定义

在人类社会发展的各个阶段,都有不同程度的社会交往存在。有交往就有可能产生纠纷。为了顺利进行交往,人们必须解决彼此之间的纠纷。随着人们相互间的交往越来越多、越来越复杂,纠纷也越来越多、越来越复杂,纠纷的解决及其方式因而日益受到重视。从法律的角度看,解决纠纷的方式主要有协商、调解、仲裁和诉讼等。其中,仲裁是一种非常重要和有效的纠纷解决方式,在民商事领域,其作用尤为显著。

在汉语里,“仲”就是居中的意思,“裁”就是衡量、裁判的意思。根据《现代汉语词典》的解释,“仲裁”就是“争执双方同意的第三者对争执事项作出决定”。^{〔1〕}因此,仲裁在中国也曾被称为公断。但现在则通用“仲裁”一词。在英语里,与之相对应的词是 arbitration,基本含义也是居中裁决。作为一个法律概念,“仲裁”一词在学术界有不同的界定,^{〔2〕}但基本意思是相似的。一般认为,仲裁就是指纠纷当事人在自愿的基础上达成协议,将纠纷提交非司法机构的第三者审理,第三者就纠纷居中评判是非,并作

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆 1996 年修订第 3 版,第 1633 页。

〔2〕 参阅邵景春:《国际合同法律适用论》,北京大学出版社 1997 年版,第 434 页;王裴弘:“仲裁概念考”,载《中国仲裁》2002 年第 6 期。

出对争议各方均有拘束力的裁决的一种解决纠纷的制度、方法或方式。

基于上述定义,仲裁具有如下要素:①各方当事人自愿采用仲裁方式解决相互间的争议;②当事人选择解决争议的第三者是非司法机构;③第三者为解决争议所作出的裁决,对各方当事人都具有法律上的拘束力。

根据仲裁的这几个要素,不难看出仲裁与诉讼以及其他非诉讼解决争议方式的异同。法院是行使审判权的国家司法机关,诉讼管辖权的确立不以当事人是否愿意接受为必要条件;诉讼制度的价值取向、原则及判决方式与仲裁不同,如诉讼以公开审理为原则,而仲裁审理则以不公开进行为原则。但另一方面,仲裁管辖权、仲裁的进行及仲裁裁决离不开特定法院的支持和监督;诉讼程序和仲裁程序在形式上是相似的;仲裁员居中裁决与法官判案也是类似的;而且,有效的法院判决和仲裁裁决对当事人的法律效力亦是相同的。至于非诉讼的其他争议解决方式,20世纪60年代以来被统称为替代司法诉讼的争议解决方式(alternative dispute resolution,简称ADR)。对于这个集合概念,迄今还没有公认的定义,其包含的种种方法在不同的国家乃至不同的人眼里也不完全一致,无法一一列举。一般认为,传统上就有的协商、调停、斡旋、调解等争议解决方法,以及新兴的专家评判、中立的案件评价、“小型审判”等方式都属于ADR。由于现代仲裁程序已高度制度化,当代的实践倾向于将仲裁排除在ADR之外。^[1]不过,就ADR的字面含义看,仲裁显然是一种替代诉讼的争议解决方式。而且,虽然国际上普遍支持采用ADR方式,但实际上只有仲裁得到广泛接纳。在ADR各种方法之中,除仲裁外,几种传统方法在这里无须赘言,对新兴方法则略予介绍。所谓专家评判,系指争议当事人选择某方面的专家由其依专业知识为当事人提供解决争议的方案,其过程不受法院控制,但除非双方自愿履行,没有进一步的诉讼,方案不可强制执行。在中立的案件评价方式中,争议双方向中立的第三人,通常是有经验的律师,咨询己方在案件中的地位及建议,第三人审慎、公平地作出评价,促使双方抛弃不现实的想法,帮助他们不通过审判而解决问题。在“小型审判”中,各方均像参加法院审判一样,但“法官”是当事人自己,由律师和专家向纠纷双方的高层管理者提出意见,使其看到各自的优势和劣势,如同局外人一样清醒地把握案情,从而为双方合作地解决争议提供条件。由此可见,ADR其他方法与仲裁有许多共同之处:以当事人自愿为基础、居中的第三者都不是司法机构。但二者的不同点更为显著:ADR其他方法中,当事人任何一方可随时终止甚至根本就拒绝启动程序;而仲裁协议一旦达成,任何一方不能单方面撤回其同意。ADR其他方法的当事人享有完全的自主性,但整个过程缺乏必要的法律控制,可能失之于任性;而仲裁过程中,法院的干预并不鲜见,有时甚至是必不可少的。ADR其他方法所形成的解决方案不具备强制执行力,而仲裁裁决具有终局的法律效力。ADR其他方法的这些特点表明,其更适合于具有相同或相似民族、文化背景的当事人,其实效取决于当事人诚信、善意合作的程度,道义力量是其后

[1] See M. Huleatt - James et al, *International Commercial Arbitration: A Handbook* (1996), p. 10.

盾,本质上是自力救济的现代版。正因为如此,ADR 其他方法的适用范围有限,涉及产权界定、公共权利等问题时无能为力,当事人还可能利用这些方法规避法律,或损害第三人的利益甚至公共利益。仲裁则不一样,它虽以当事人的约定为基础,但结合了法律权威和民间公信力,从而完成了对自力救济的否定之否定。

另需指出的是,除民商事领域外,仲裁还广泛地应用于其他方面,如中国常见的劳动争议仲裁、人事争议仲裁等。在国际关系中,仲裁亦是和平解决国际争端的重要法律手段之一。但就本书而言,以下讲述的仲裁,如无特别说明,均指解决财产权益纠纷的民商事仲裁,特别是商事仲裁。

二、仲裁的分类

根据不同的分类标准,仲裁可以分为不同的类型。这里,主要介绍几种在理论和实践中具有重大意义的分类。

(一) 国内仲裁(domestic arbitration)和国际仲裁(international arbitration)

现代仲裁法的显著特征之一,是对国际仲裁和国内仲裁作出区分,^[1]而且通常情况下,一国的仲裁制度是由国内仲裁和国际仲裁两部分组成。从一个国家的角度看,所谓国内仲裁,就是指解决本国当事人之间没有涉外因素的国内民商事纠纷的仲裁;而国际仲裁,亦可称为涉外仲裁、国际商事仲裁,泛指处理具有涉外因素的民商事争议或国际性民商事争议的仲裁。但严格说来,各国涉外仲裁只构成国际商事仲裁的一部分,国际商事仲裁还包括一些国际组织的仲裁制度和区域性的仲裁制度,如解决投资争端国际中心(ICSID)、国际商会(ICC)仲裁院、美洲国家间商业仲裁委员会等机构的制度,但人们一般并不特别地区别使用这一对范畴。

(二) 临时仲裁(ad hoc arbitration)和机构仲裁(institutional arbitration)

根据仲裁组织产生和存续的状态,仲裁可分为临时仲裁和机构仲裁。临时仲裁亦称为特别仲裁、临时性仲裁,它是一种在事先并不存在仲裁管理组织的情况下,当事人根据仲裁协议,将争议交给他们临时组成的仲裁庭进行审理并作出裁决的仲裁。仲裁结束,仲裁庭即自行解散。机构仲裁也称为制度性仲裁、常设仲裁,是当事人根据仲裁协议,将他们之间的纠纷提交给某一常设仲裁机构所进行的仲裁。需要说明的是,仲裁机构本身并不审理案件,实际审理案件的仍是为特定案件临时组建的仲裁庭,仲裁程序终结后仲裁庭即告解散。这两类仲裁,各有短长。临时仲裁的优点在于当事人享有较大的自主权,仲裁程序也有相当的灵活性,仿佛量体裁衣,能最大限度地给当事人以便利;常设仲裁机构要对当事人收取管理和服务费用,临时仲裁则可省却这笔开支。但临时仲裁因缺乏固定的管理机构和仲裁规则,仲裁的进行完全依赖当事人的合作,

[1] See Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law (1988), p. 628; See also A. Redfern, M. Hunter, Nigel Blackaby & Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration (2004), p. 22.

并在很大程度上与仲裁地法的支持与否密切相关,常会导致争议久拖不决。而机构仲裁在吸收临时仲裁尊重当事人自主权和仲裁程序灵活之优点的基础上,有固定的备用庭审场所、仲裁规则乃至仲裁员名册,有较完整的行政管理机构和办事制度,有利于争议得到快捷、公正的解决。当然,机构仲裁的高度制度化、司法化倾向有时也导致其染上程序拖沓、僵硬等诉讼中的痼疾,如同购买成衣,虽很方便,但当事人只能被动适应,在某些方面可能令人感到不便。尽管如此,相比于临时仲裁,机构仲裁的优势是显而易见的,因此在当今仲裁领域占主导地位,临时仲裁作为现代仲裁制度的原初形态已处于边缘地位,一些国家如中国不存在临时仲裁。

(三) 依法仲裁(arbitration by law)和友好仲裁(amicable composition)

以仲裁裁决的依据为标准,仲裁可分为依法仲裁和友好仲裁。依法仲裁是指仲裁庭必须依据一定的法律对纠纷进行裁决。友好仲裁,或称友谊仲裁、依原则仲裁,则是指仲裁庭依当事人的授权,不根据严格的法律规定,而按照它所认为的公允及善良原则和商业惯例对纠纷进行裁决。依法仲裁是现代仲裁制度的主要形态,也是各国对仲裁的一般要求。友好仲裁的采用通常取决于当事人的明示同意,但不得违背仲裁地的公共秩序和强制性规定。^[1] 相比于依法仲裁,友好仲裁所作裁决主观性较强,缺乏依法仲裁的客观性和公正性,一些国家,如《1996年仲裁法》施行前的英国、现在的中国,没有明文规定甚至排斥友好仲裁。但友好仲裁对产生于法律盲区的纠纷的处理有合理之处,况且在民商事领域,有时当事人也并不要求明确双方在法律上的对错,采用友好仲裁更为灵活简便。因此,依法仲裁和友好仲裁可以优势互补而不必互相排斥,而且给予当事人在仲裁类型上以多种选择也没有什么坏处,这也是近代仲裁立法自由化趋势的表现之一。西班牙、法国、瑞士、荷兰、比利时、德国、瑞典、美国等国都明确承认友好仲裁,1961年《欧洲国际商事仲裁公约》第7条、1985年联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》第28条等国际性文件亦明确规定了友好仲裁。英国以前不承认友好仲裁,《1996年仲裁法》的颁布为在该国进行友好仲裁扫除了障碍。^[2]

三、仲裁的优势和局限性

作为一种民商事争议解决方式,仲裁既有其优势,也有不足之处。正确认识这一点,既有助于适当理解仲裁的含义,也有助于形成适当的仲裁意识。这个问题不仅具有理论价值,而且对仲裁实务亦有积极的影响。

(一) 仲裁的优势

实践中,常常遇到这种情况:人们因民商事争议不能自行解决而诉诸法院时,如判决需在国外执行,限于法院地国和执行地国没有司法协助条约及国家主权观念,判决成为一纸空文,当事人的权益落空,有关争议也因此没有真正地得到解决。同样的争

[1] 在阿根廷等少数国家,当事人如没有明确反对进行友好仲裁,仲裁员即可充任友好仲裁人。

[2] Arbitration Act 1996, Sec. 46.

议如求助于仲裁方式,情况则大不相同,由于1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)及区域性国际商事仲裁条约、大量包含仲裁合作的双边司法协助协定的存在以及仲裁的民间性,仲裁裁决较容易得到外国法院的承认与执行。特别是《纽约公约》,有一百多个参加国,涵盖了所有在仲裁和国际经济交往上的重要国家。仲裁裁决的这种在执行上的国际性优势,法院判决难以企及。在国际商业交易中,只要这一现实不改变,倾向于选择仲裁方式解决争议就不难理解。

除此之外,仲裁还有如下优势:①自主性。从外观看,仲裁与诉讼最为相似,然而,仲裁以充分的当事人意思自治为基础,要否选择仲裁以及仲裁机构的选定、仲裁员的指定、仲裁地和仲裁语言文字的确定、仲裁程序的确定、提交仲裁的争议范围、仲裁的法律适用、是否和解,等等,均优先由当事人自行决定,当事人可以对仲裁程序起支配作用,对争议的解决也可发挥最大的影响,使得仲裁程序较为灵活。这在诉讼中是难以实现的。②专业性。民商事争议特别是国际民商事争议常常涉及较复杂的法律、经贸和技术问题,仲裁员不像法官是一个相对固定的群体,当事人可以指定来自各行业的行家和专家作为审理案件的仲裁员,在认定案件的事实上有明显优势,这就有利于争议得到公平合理的解决。③保密性。对案件不公开审理、裁决是仲裁的原则,可以说是国际性的习惯做法,而诉讼则以公开审理为原则,即使案件因涉及国家机密或当事人隐私不公开审理,判决也是公开的。仲裁的这一特性有利于当事人保护自己的商业秘密和经营秘密,也有利于当事人在小范围内平和地解决争议,为下次合作留下可能性。④管辖权的确定性。一个国际性的案件,经常出现管辖权冲突问题,当事人在订立跨国合同时很难预料如出现争议哪个国家法院有管辖权,但又对方国家的法院缺乏信任,即使协议管辖也会发生判决的执行等问题。在合同中加入仲裁条款或订立仲裁协议,则可较好地解决这一问题,排除法院管辖权而确立仲裁管辖权,确保一旦发生争议时不会面对管辖权的冲突。

费用低、速度快也是常被提及的仲裁的优势,但这具有相对性,即和哪一种或哪一国的诉讼制度比较。如费用问题,发展中国家的当事人到斯德哥尔摩、伦敦、巴黎等地去仲裁,会发现成本比在其本国诉讼昂贵得多;而在中国,同一纠纷,当事人到法院提起诉讼包括上诉,费用可能不会高于仲裁。不过在英、美等国,一般的案件如到法院起诉,费用高于申请仲裁。仲裁中没有法律援助制度,难以支付仲裁费用的当事人可能较难求诸仲裁以寻求救济。再如速度,仲裁是一裁终局,诉讼是两审或三审终审制,后者自然时间长,但这也要看是在哪个国家。一般情况下,马拉松式案件在仲裁中较少出现。不过,由于仲裁制度不适当的诉讼化或受司法程序的过分干预,或者因其他缘故,结案速度也可能不像当事人想像的那么快。

(二) 仲裁的局限性

仲裁的自主性特点是一柄双刃剑,有时当事人尤其被诉方出于种种原因如拖延履行债务、逃避责任等,不善意利用程序权利,从而形成程序侵权,而仲裁机构乃至仲裁庭对此却难以采取强有力的对策。这种情况从仲裁程序一开始就可能出现,如在指定

仲裁员阶段,故意指定仲裁机构很难联系的、高龄或其他情况特殊的仲裁员,甚至不得不让其几次指定仲裁员,这样仅组建仲裁庭的时间就可能耗去数月;被诉方利用程序规则的缺陷,不按时提交答辩,直到开庭前才提交各种材料,让仲裁庭和申请人措手不及,降低庭审效率;无论有无合法理由,直到可提出管辖权异议的期限的最后一天才提出异议以中断仲裁程序;仲裁程序中的任何一个期限,无论有无理由,均拖到最后一天,并找出种种理由要求延期,等等。可以说,如果一方当事人滥用程序,仲裁庭的效率要大打折扣,另一方当事人必然会受到一些损失。这些手法或许律师们情有所钟,但应引起广泛的警觉,滥用仲裁程序是不道德、不诚实的小伎俩,应为商业界和法律界所唾弃。另一方面,仲裁程序的顺利进行客观上要求仲裁参与人熟悉甚至精通仲裁制度,当事人通常不会是法律专家,聘请律师特别是有专门仲裁经验的律师显然有利于获得更好的仲裁结果,这对经济上处于弱势地位的当事人而言,无疑是一个难题。

同样,因协议不能约束第三人,仲裁中常有以下现象:①争议与第三人有利害关系,但仲裁法上通常没有类似于诉讼法上的第三人制度,因而不能一揽子平息全部争议。如常见的连环购销合同中,因某一环节发生争议而申请仲裁,尽管结果可能和前后手交易者有利害关系,但仲裁庭只能解决这一环的争议。中国司法实践中曾有当事人以争议涉及第三人为否定仲裁管辖权的理由,如江苏省物资集团轻工纺织总公司诉(香港)裕亿集团有限公司、(加拿大)太子发展有限公司上诉案中,^[1]江苏省物资集团轻工纺织总公司在答辩中提出该案涉及第三人,只有法院审理才能查清事实,保护当事人的合法权益。但最高法院否定了这一观点,认为该案即使涉及第三人,仲裁协议仍是有效的,在仲裁庭不能追究第三人责任的情况下,仲裁当事人可以以第三人为被告向法院起诉以维护自己的利益。②因数个合同发生争议,申请人或被申请人甚至双方当事人都是相同的,但多数国家仲裁法上没有合并审理或类似“集团诉讼”的做法,仲裁机构一般都分别立案,反而增加了处理争议的成本、降低了效率。如果案件分别由不同的仲裁庭审理,同类的案件可能裁决结果不一致,也有负面影响。

此外,不是所有类型的民商事争议都最适宜于仲裁。如国际借贷争议,案情不复杂但可能涉及复杂的法律问题,普通法国家的金融界通常认为仲裁裁决基于平衡而非严格的法律规则,仲裁员的优势在认定事实上,而这种优势在借贷争议中无关紧要;相反,贷款方利用自己在交易中的优势地位,择地诉讼可能更为方便。^[2]另外,如需要采取某种强制行动如人身强制才能解决的争议、多方当事人的争议、可通过简易判决快速清理债务等情况下,选择仲裁未必总是合适的。^[3]另一方面,仲裁还被认为可能具有以下缺陷:欠缺法的安定性和预测性、由当事人选定的仲裁员有成为该当事人代

[1] 参阅《最高人民法院公报典型案例全集(1985.1~1999.2)》,警官教育出版社1999年版,第575页。

[2] See O. A. R. DEL Rio, Arbitration Clause in International Loans, in (1987) 3 Journal of International Arbitration, Vol. 4, pp. 48~49.

[3] See M. Huleatt - James et al, International Commercial Arbitration: A Handbook (1996), pp. 9~10.

理人的心理倾向而影响公正裁决、无上诉制度使失误难以甚至无法得到救济,等等。^{〔1〕}

仲裁员当然享有履行其职责的足够权力,但和法官相比,仲裁员的权力又是有限的,如仲裁地法对仲裁的支持不够充分时,情况尤甚。通常,仲裁员不能强制证人出庭作证,某些证据须通过法院提取,一些国家也不允许仲裁庭自行采取保全措施,等等。如果仲裁地的仲裁法不尽人意,或者实践中法官对仲裁不是很支持,仲裁庭为避免裁决被撤销或不予执行,在处理案件时会异常谨慎,仲裁机构的秘书处在管理案件程序时趋于保守,使本来以灵活见长的仲裁程序实际上变得僵化,以致有些仲裁员或仲裁机构认为程序是仲裁的生命。在《纽约公约》大行于世的情况下,这种观点对仲裁机构或仲裁员有现实的价值,但无疑本末倒置。假如某个仲裁员或者仲裁机构在案件的程序处理上万无一失,但裁决结果却屡屡难以做到公正合理,水平低下,或者效率低下,裁决虽不致被撤销或不予执行,其信誉却令人担忧,长此以往,仲裁的生命力显然不容乐观。

■ 第二节 仲裁的性质和特点

一、仲裁的性质

仲裁的性质,是仲裁理论中不能回避而又较为复杂的问题,又和仲裁实务息息相关。近300年来,国内外不少学者对此进行过广泛的研究,但众说不一,概括起来主要有四种观点。

(一) 司法权论(Jurisdictional Theory)

司法权论认为,国家对在其管辖范围内进行的所有仲裁都具有监督和管理权力。虽然仲裁源于当事人之间的协议,但在仲裁协议的效力、仲裁员的权力、仲裁员的审理行为以及仲裁裁决的执行方面,其权威性都取决于有关国家的法律。同时,这种学说还认为,裁判权是一种国家主权,只有国家才能行使这种权力,如果没有仲裁地国的授权,仲裁员就不能行使通常只能由法官才能行使的权力。如果法律允许当事人提交仲裁,则仲裁员就像法官一样,从本国法律中取得裁判权。因此,仲裁员类似于法官,而仲裁裁决则与法院判决相同。在仲裁实践中,奉行此说的国家主要有德国、奥地利、意大利和埃及等。

司法权论有两个差异较大的派别。一派被称为判决论(the judgment theory),认为仲裁员的任务是判案,所作出的裁决是行使司法权的产物。另一派则进一步认为仲裁员的权威来源于其履行职责地的国家,其中,一些学者认为这是仲裁员代行判案职责

〔1〕 参阅杨崇森:《商务仲裁之理论与实际》,台湾1984年版,第7~9页。

的必然结果,被称为代表论(the delegation theory);另一些学者则认为这是因为仲裁员所享有的每一项权利或权力无疑由国内法赋予或来源于国内法体系,被称为国内法论(the municipal law theory)。^[1]

在判决论者看来,仲裁裁决在外国是比照外国判决还是按普通合同被执行,是一个极为重要的问题。他们认为,尽管裁决不是合同,没有仲裁协议,裁决就没有法律意义,但这并不意味着仲裁员不是法官,他行使的不是司法权,裁决不是判决;仲裁员的责任在于评价当事人提交的争议,也就是判案,这是当事人通过仲裁协议给予的任务;仲裁协议对裁决没有什么影响,虽然仲裁程序是因其提起的,但两者是基于不同的事实。仲裁的这一性质在仲裁实践中显而易见,法国民事诉讼法典把仲裁裁决亦称为“仲裁判决(jugement arbitral)”,且使用了与关于法院判决的条文相似的表述,特别是对裁决的司法审查更使人相信外国裁决是判决而不是合同。

代表论认为,仲裁是国家出于公共利益需要而授权仲裁员在其领域内行使部分国家独有的司法权力,与判决论不同,代表论者认为仲裁员在某种意义上是行使公共职能,是临时法官,是法律准予行使原则上保留给国家的职能的个人。这种观点的主要后果是过于强调仲裁地的作用以及仲裁地法对仲裁的控制,裁决的可执行性取决于其按仲裁地法是否有效。国内法论的主要论点认为,是仲裁地法给予仲裁员以判案的权力,主权国家有权禁止或允许在其领域内进行的任何行为,仲裁必须服从仲裁地法,如果一国禁止仲裁,所谓的“仲裁员”就违反了尊重国家主权的义务,假如他试图去解决争议的话。仲裁员尊重当事人的意志,是因为仲裁地的法律要求他这么做;因为每一仲裁均受制于国内法,严格地说,没有国际仲裁(国际关系除外),甚至适用于仲裁的国际条约也是其并入国内法的结果。总之,仲裁的性质不在于国家牢牢地控制仲裁,而是在于国家通过国内法来控制仲裁的进行。

司法权论对仲裁协议的重视是不够的,它强调的是仲裁地法的作用,仲裁员在适用实体法时不能比法官有更大的自由,从而对当事人和仲裁员的自主权作出较大的限制。同时,这种理论不适当地把仲裁与司法主权连在一起,忽视了仲裁的民间性和它作为一种解决争议的制度的独特性,对仲裁的国际性造成危害。经常有中国学者从法院对仲裁支持和监督的情形中得出结论,称仲裁必然有司法性,这实际上是片面地理解了司法权理论,除了现代法律禁止的原始自力救济,任何救济方式都离不开法律的制约,不能因此认为所有的救济方式都有司法性。应该注意到,没有当事人的协议就没有仲裁,法院之所以支持和监督仲裁,与其说是在行使“司法最终决定”权,不如说是在私法范围内,承认并保障当事人在不违背强行法及公共政策的情况下适当地行使选择争议解决方式的自由。

[1] See A. Samuel, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U. S. and West German Law (1989), p. 50.