

ARBITRATION IN CHINA:
A LEGAL AND CULTURAL ANALYSIS

仲裁在中国:
法律与文化分析

樊埏 著 樊埏等 译

ARBITRATION IN CHINA:
A LEGAL AND CULTURAL ANALYSIS

仲裁在中国：
法律与文化分析

樊埏 著 樊埏等 译

图书在版编目(CIP)数据

仲裁在中国:法律与文化分析 / 樊埜等译. —北京:法律出版社, 2016.12
ISBN 978-7-5197-0073-7

I. ①仲… II. ①樊… III. ①仲裁法—研究—中国
IV. ①D925.704

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第236067号

仲裁在中国：法律与文化分析
樊埜 等 译

策划编辑 赵明霞
责任编辑 赵明霞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 710毫米×1000毫米 1/16
版本 2017年1月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 21 字数 311千
印次 2017年1月第1次印刷
经销 新华书店
责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话：

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号：ISBN 978-7-5197-0073-7

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)

©Kun Fan 2013

This is a Chinese translation from the original English book entitled Arbitration in China: A Legal and Cultural Analysis by Kun Fan published by Hart Publishing in 2013 in U.K. through arrangement with the original author.

《北仲争议解决新视野译丛》

编委会及编辑部名单

编委会

主 任：梁慧星

委 员（按姓氏音序排列）：

范 愉	傅郁林	李仕春
潘剑锋	乔 欣	沈四宝
宋连斌	陶景洲	王红松
王亚新	赵秀文	郑若骅

编辑部

主 编：林志炜

执行主编：陈福勇

成 员：丁建勇 姜秋菊 陈亮宇
张皓亮 许 捷

总序

北京仲裁委员会(以下简称北仲)成立于1995年9月28日。作为首批依据《中华人民共和国仲裁法》设立的仲裁机构,北仲励精图治,在商事仲裁领域精耕细作十八载,逐渐成为在国内享有广泛声誉、在国际上亦有一定地位和影响力的仲裁机构。截至2012年12月31日,北仲累计受理案件20,407件,案涉金额近千亿元。长期的争议解决实践促使我们不断深入地了解各类社会矛盾的成因,急剧增长的争议解决需求也鞭策我们加快革新固有争议解决机制的步伐。面对不同处境的争议当事人,争议解决服务能否量体裁衣?什么样的争议解决服务才能有效协调、满足愈加多元化的利益诉求?一个争议解决机构又应该如何长久地保持活力和竞争力?

北仲从设立之初就清楚地意识到,能够不断满足当事人日益增长的争议解决需求,是仲裁机构的核心竞争力。这意味着北仲不仅在争议解决过程中要努力实践“独立、公正、专业、高效”的价值追求。而且,也意味着北仲还要在争议解决机制、方式、程序上不断创新,尽量满足当事人节约争议解决成本、维护信誉、保持伙伴关系,乃至拓展商业合作等多种需求。在当下社会矛盾愈加复杂、争议利益愈加重大的历史转型时期,北仲多元化争议解决事业的发展有赖于贴近实践的理论研究基础。北仲人不断地引进国际最前沿的多元化争议解决理念、推动着业界乃至社会对诸多理论和实践问题的探讨,皆旨在力求以最优的争议解决方式及时、有效、彻底地化解社会矛盾。从这个意义上来说,北仲从成立之日起,就带有强烈的使命感和社会责任感。

十八年来,北仲一直以其期刊《北京仲裁》(前身为《北仲通讯》)为平台,进行多元化争议解决的理论研究、学术探讨和经验交流。无论是推出独立的商事调解程序,还是制定建筑工程仲裁案件鉴定程序规范、制定建

设工程争议评审规则,抑或是建立仲裁员信息披露制度,北仲都依赖于深入的调查和丰富的研究成果;同时,随着实力的增长,北仲越来越多地赞助、支持全社会的多元化争议解决及与其相关的各类专题研究项目、课题、培训课程,其涉及的领域之广泛、研究的问题之深入、学术探讨之专业、对社会需求的判断之前瞻,既显示了北仲视野的开阔和心态的开放,也反映出北仲传播多元化争议解决理念,引领业内快速发展,并逐步推动中国多元化争议解决机制更加完善的愿景与热忱。

由于国内传统法学教育缺乏多元化争议解决实践的内容,同时也与国际通行的实践教育有一定的脱节,导致了国内缺乏熟悉国际多元化争议解决规则、惯例的人才,并造成国内法律服务滞后于中国改革开放需要的情况。因此,北仲于二零一三年设立了“争议解决新视野译丛”(以下简称北仲译丛),采编收录的书籍以对中国多元化争议解决有指导借鉴意义的域外专业书籍为主,尤其关注那些对中国转型时期亟待解决问题非常有帮助的书籍,以期借“他山之石”以攻自家之“玉”。北仲译丛的推出有意改善多元化争议解决译著相对匮乏的局面,力求引入“原汁原味”的多元化争议解决理论教材和实践指南,介绍国际多元化争议解决领域的创新动态,切实提高国内法律人才在国际多元化争议解决实践中的实战经验和技能,提升中国商事争议解决行业的国际竞争力。

众所周知,法学书籍翻译工作非常艰辛、译者收益相对微薄,优秀的法学类翻译作品能够顺利出版已属不易。加之多元化争议解决在浩繁的法学门科内尚属冷门,即便是想要对仲裁这一相对成熟的多元化争议解决机制有所了解,可供选择的优秀译作也远不能满足实践者的不同需求。这种困境若不能改变,将不利于国内多元化争议解决事业的长远发展。北仲译丛将借助北仲现有的丰富资源,组织国内外权威专家组成丛书编委会,鼓励并支持优秀译者为国内读者选译一批有关多元化争议解决理论与实践操作的高水准域外作品。我们衷心希望,北仲译丛能够为从事多元化争议解决理论研究、教育培训和实务工作者提供更多、更新、更有实际效用的信息和素材,促进行业从业者素质和能力的提高,从而推进中国社会的和谐发展、文明进步。

编委会

二零一三年九月二日于北京

中文版序

樊埏博士的著作《Arbitration in China, A Legal and Cultural Analysis》的中文版即将出版。她问我能否为该书作序,我当然乐意。能有机会向读者介绍一些我所了解的这位在国际仲裁界崭露锋芒的新人,我觉得很高兴。

—

印象中我初次接触樊埏是在2003年,那时她还任外交学院读本科,大概是大四学生。中国国际经济贸易仲裁委员会(“贸仲”)为了在中国内地推广国际仲裁,从2002年起借助 Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot(“Vis Moot”)的案例,在内地组织“贸仲杯国际商事仲裁模拟仲裁庭辩论赛”。辩论赛的冠军得到贸仲的赞助,参加2003年4月在维也纳举行的国际比赛。2004年,Vis Moot首次在香港设立东方赛场,称作 Willem C. Vis (East) International Commercial Arbitration Moot。于是,“贸仲杯”的亚军也得到贸仲的赞助,前往香港参加次年的东亚赛场比赛。

我从第一届“贸仲杯”开始带领学生参加比赛。樊埏是2003年外交学院队的3名参赛选手之一。那年比赛我们获得了亚军,贸仲于是赞助我们队参加2004年春天在香港举行的第一届 Vis Moot 东亚赛场的比赛。这段经历显然对樊埏后来对仲裁和争议解决的兴趣产生了影响。

樊埏毕业后,我有几年没有见过她。后来得知她在新加坡从事了一段时间的法律实务工作,接着去美国读书,并且获得纽约大学的法学硕士学位和纽约州的律师资格。大约是在2007年年底或2008年年初,樊埏带着日内瓦大学法学院的 Kaufmann - Kohler 教授来外交学院见我。会见中,我得知她正与该教授一起从事一项关于中国争议解决制度的项目

研究,而且她已经成为日内瓦大学的在读博士生。也是在那次会见过程中,Kaufmann-Kohler教授邀我到她刚刚设立的、日内瓦大学和日内瓦高级研究院共同举办的国际争议解决硕士班(MIDS)讲授中国仲裁法。接下来,Kaufmann-Kohler教授邀请我作为樊堃的博士学位论文的答辩组成员。2013年,我们在日内瓦大学听取了樊堃对她的论文所做的口头答辩。答辩非常成功,其论文写作和答辩两项均获得了日内瓦大学法学院历史上几乎是最高的分数。樊堃的博士学位论文,就是这部她请我写序的、将要以中文在国内出版的专著。

二

樊堃博士这部专著的特点之一是其从中国历史和文化传统的角度,分析中国仲裁现状的成因。这一分析不仅是纵向的,而且超出了仲裁制度本身,从更为广阔的中国传统文化、中国古代的哲学思想以及中国商业发展史中寻找那些对中国仲裁及争议解决制度的形成产生影响的因素。比如,她对中国古代的“礼”和“法”对当代中国仲裁制度、特别是中国独特的仲裁与调解相结合的实践的影响所做的深刻分析,是很有益的尝试。

这部专著还从横向的比较来看待当代中国的仲裁制度。其中,樊堃博士将中国的制度放到全球化的背景下,与西方发达国家(例如法国、瑞士、英国等)的仲裁实践、与以联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》为代表的当今国际商事仲裁的通行实践加以比较,找到两者的差别,总结出当今中国仲裁实践的特点为:《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)与国际仲裁实践的不完全一致、法律执行中的不统一、政府干预现象、当事人意思自治原则体现不足,以及仲裁与调解相结合在中国争议解决制度中的重要性。该书同时指出,当今世界各国仲裁实践显现出逐渐协调一致的发展趋势。

这部专著对中国的仲裁法律制度和实践做了深入的研究。据我了解,樊堃博士用了一年左右的时间,完成了对专著所涉及的文献资料的检索研究。其对于该论文完成之前的有关该题目的检索相当全面,不仅是对于国际法律资料(英文和法文)的检索,而且对中国仲裁法律包括司法实践的检索,在当时的条件下,也是相当充分的。在此基础上,其研究所得出的结论也是准确的和具有启发性的。这一点,我在阅读她的博士学

位论文时印象相当深刻。

这部专著对仲裁所涉及的范围十分广泛,包括中国仲裁立法的历史发展史,现行的中国司法制度,仲裁协议,仲裁管辖权,仲裁庭的组成,机构仲裁的实践,裁决的承认与执行等方面的问题,对中国仲裁实践与国际通行标准之间的异同做了剖析和阐述。仲裁与调解相结合作为中国独特的争议解决实践和“东方经验”,在书中有相当篇幅的论述。

总而言之,樊埏博士的这部专著为读者提供了有关中国仲裁的宝贵资料和富有见地和启迪性的观点,是对中国仲裁有兴趣的专业人士的重要参考书。

三

自樊埏博士这部专著的英文版面世后,虽然只有3年时间,中国的仲裁又看到了新的发展。

比如,以最高人民法院为代表的中国司法机构,成为中国仲裁发展的火车头。在最近3年中,通过对下级法院关于个案请示的批复,最高人民法院明确《仲裁法》第16条第(3)项中“选定的仲裁委员会”,并非专指依照《仲裁法》在中国行政机关登记成立的仲裁委员会,而是泛指常设的仲裁机构,包括ICC国际仲裁院这样的外国仲裁机构;在根据《承认与执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》)决定是否应支持有关执行外国仲裁裁决的请求时,对于“公共秩序”的这一理由作出严格的限缩性解释;对于中国法律要求的“涉外因素”的解释有限的放宽;探讨对于是否在内地的特定区域试验允许临时性仲裁的实践;研究在一定程度上将在涉外仲裁中行之有效的“事先报告”制度适用于国内仲裁;准备再次发布关于《仲裁法》的司法解释等,都显示出最高人民法院执行支持仲裁发展的政策,得到了国内和国际仲裁界的一致赞誉。

相比之下,《仲裁法》自从1994年颁布以来,已经历了22个年头,其内容有些已经明显滞后于时代的要求,但其修改方案迄今仍未能列入立法机关的立法日程。在对2012年贸仲的前上海与深圳两个分会独立事件的处理上,人们未能看到主管仲裁的行政部门的任何积极作为。倒是最高人民法院表现出敢于担当的气魄,以审委会讨论通过的对下级法院请求的答复方式,明确了解决上述3家机构之间的管辖权冲突的各项

规则。

近两年来,有关仲裁的宣传和研讨会议等活动的频率大幅提高,几乎每周都有相关的报道。其中,中国仲裁机构的集体努力成为中国仲裁发展的另一个重要引擎。除此之外,中国仲裁法学会、中国政法大学仲裁研究院均相当活跃。由若干从事国际仲裁业务的律师和仲裁员发起的“北京国际仲裁论坛”(Beijing International Arbitration Forum, BIAC),作为一个民间的、公益性的仲裁交流平台,吸引了内地、港澳台以及若干在外国仲裁机构工作的专业人士参与,对推动内地了解国际仲裁的理论与实践起到了积极的作用。中国内地的仲裁界正以前所未有的热情期盼新的发展。虽然仲裁在内地的发展面临一些阻力,包括一些制度性的问题,但人们对中国仲裁的未来仍然充满希望。

最后,让我再回到本书的作者身上来。樊堃博士在完成和出版了其博士论文后,到香港中文大学执教。最近,她又获聘到加拿大 McGill 大学担任副教授。她的英文和法文都非常好,这使她具有明显的优势,能够直接了解国际仲裁的各种新信息,在理论研究和仲裁实务方面具有巨大的潜力。对能够在地对仲裁发生兴趣的过程中起到了一点作用,我感到很荣幸。我相信在不久的将来,她将成为国际仲裁界一颗令人瞩目的新星。

卢 松

2016 年 9 月于北京

中文版序言

在全球化趋势之下,现代仲裁机制正在创立自己的体系,使其法律和实践朝向一个不断增强的国际统一化的方向发展。有人主张,仲裁制度正在形成一个“跨国法律秩序”。在这个迈向法律统一化的运动中,本土文化差异会在多大程度上依然显现?本土规范与跨国仲裁将如何相互作用?在多大程度上仲裁能够作为“跨国制度”而可以被轻松地移植到不同社会中去?跨国仲裁的前景是怎样的?

与西方在古罗马的市民法以及中世纪欧洲商人法基础上建立起来的法律传统不同,中国的法律传统在很大程度上是受强调和谐和息诉的儒家思想影响的。如今,中国法律体系经过了巨大的变革,在何种程度上这种非对抗性的文化传统依旧影响着中国当代仲裁的立法和实践呢?

此外,当今世界已经进入全球化的新时代,全球化已经不等同于西方化,而东方国家正在国际商贸以及金融市场中扮演着越来越重要的角色。在国际仲裁的研究中需要解决的一个重要问题就是,这些新的经济参与者将对法律全球化的趋势做出何种反应。他们是将会跟随以及适应此种融合趋势?还是他们将尝试重塑跨国仲裁制度以使其适应他们自身的法律背景以及经济的需求?中国,作为国际商贸的主要经济参与者之一,再一次成为研究该问题的一个非常好的案例。中国是否会选择适应跨国仲裁的现有趋势?还是中国法律文化会反过来影响国际商事仲裁的实践?

以理论结合实践的研究方法,本书为读者提供了了解中国仲裁实践的独特视角。有社会,必有法;有法,斯有社会(*ubi societas ibi jus, ubi jus ibi societas*)。本书把中国仲裁的发展放到中国不断变化的经济、社会以及司法制度中去研究。

首先,为了理解国际规则和本土传统之间的互动,有必要将中国在全球化背景下的仲裁实践与跨国仲裁进行比较研究。“跨国标准”代表了广

泛被各国国内法律接受的法律原则和司法实践。本书从立法和法院司法实践、仲裁机构的仲裁实践以及仲裁员在促进和解中所扮演的角色等方面进行了比较研究。基于上述比较研究,读者将有机会了解中国仲裁系统的独特性。此外,上述比较研究也可以阐述中国作为国际商贸参与者之一将在跨国仲裁的发展中扮演何种角色。

其次,鉴于中国立法和司法实践中存在的差距,实证研究有利于把“纸上的法”和“实在的法”进行比较。本书在针对中国仲裁的现行法律制度的理论分析的基础之上,对中国的许多仲裁相关的司法判例以及仲裁裁决进行了分析、以期能够更好地理解中国法院以及仲裁机构的真实仲裁实践。本书所涉及的实证研究由一部分是基于笔者与 Kaufmann - Kohler 教授与 2007 年 3 月到 4 月在中国(包括香港特别行政区、北京和武汉)进行的一系列研究访谈。这些第一手的研究资料不仅向我们阐明了中国现行的仲裁机制,还告诉了我们该机制中存在的问题。

最后,本书对于法律的全球化中和本土化的互动这一重要理论问题进行了讨论。虽然本书的研究视角为仲裁制度在中国的移植,但是,对该问题的讨论展现了纵使法律全球化的一般趋势不可避免,传统和文化在法律制度的接受和重塑之中仍然扮演着非常重要的角色。笔者认为,跨国仲裁的发展是一个“全球本土化”(glocalisation)的过程,该过程体现了法律全球化以及本土文化传统的双重影响;而该观点预测了法律全球化的发展前景,即历史与现代、东方与西方的和谐共存。从文化和历史的角度对现代法律系统进行分析将使读者理解传统对于现代法律实践的影响,进而更好地理解现代仲裁制度发展过程法律障碍的历史缘由,并预测制度发展的未来趋势。

笔者希望拙作能够对于研究跨国仲裁在中国以及其他区域的发展具有积极的功用。这本书或许会对于仲裁实践者、国际商事比较法的学者、纠纷解决专家以及仲裁和调解课程的学生具有助益。与此同时,本研究所使用的跨学科的研究方法也可能会吸引来自法律移植、法律与社会及法律全球化以及其他更为宽泛的学科范畴的学者或者研究人员的关注。

樊 堃

2016 年 7 月于香港

英文版序

中国已经成为世界经济的主要参与者。中国与全球化相互作用引起了学术和实践上的极大兴趣。这本书的出版十分适时,因为它涉及这个重要议题,并在其历史发展和现代背景中,探讨当代中国仲裁法律和其实实践。有别于其他国际仲裁的书籍,这本书以跨学科的角度和比较的方法切入。它检视仲裁在全球仲裁法律和实践的一统下的背景下的发展,并考虑到中国的具体法律、文化、社会、政治和经济条件。

在中国的法律框架和仲裁制度的概述之后,该书从以下几个方面把中国的法律框架和仲裁实践与国际上普遍接受的标准(我称为“跨国标准”)进行比较:仲裁协议、仲裁庭、仲裁裁决的承认和执行、仲裁机构的实践,以及调解仲裁的结合。每个主题进行进行了深入的理论分析和案例研究。本书把仲裁在中国的法律特征,尤其是那些与跨国标准不同之处清晰的展现给读者。

作者的亲身仲裁经验和她的实证研究对理论分析有极大的帮助。实证研究是作者与我在日内瓦大学工作时在做中国仲裁研究时进行,而研究由瑞士国家研究基金资助。在此期间,我们一起前往中国香港地区和中国内地进行了一系列与仲裁专家,包括学者、仲裁员、仲裁委员会官员,法官和立法者的采访。这使我们看到了仲裁在中国是如何运作的,并在机构报告和文献以外,发现与跨国标准的差异。

更重要的是,这本书超越了以法律来解释这种差异。作者考察了中国社会纠纷解决的文化,哲学和历史方面的层面。这样的跨学科分析凸显了中国仲裁法律和实践的特点背后的原因。在这个层面上,这项研究为我们研究商事争端解决和法律与社会之间关系展现出新的视角。本书的研究着眼从全球,又同时注意到文化的差异。这把作者的研究放在平衡的位置,并让她的论点对各学科的学者都更具吸引力。

本书不仅得益于作者的实证研究,也得益于她在国际商事仲裁上获得的学术和实践经验。她在国际商会仲裁院做律师的经验也有助于她了解仲裁的实际运作情况。近年来,她也接触了不同法律文化,包括中国、美国、法国、瑞士,这为她从事比较研究奠定了良好的基础。

总而言之,这本书对中国的仲裁和跨国仲裁的理解都有显著的贡献。国际仲裁、比较研究和全球化的学者及学生,都会发现这本书对他们有益。本书还对参与仲裁的从业者和对中国仲裁有兴趣人士提供有益的指导。

Gabrielle Kaufmann – Kohler

鸣 谢

此书的完成得益于很多支持我和机构,在此表示感谢。

首先要感谢的是我的博士学位论文导师,日内瓦大学的 Gabrielle Kaufmann - Kohler 教授。她对我在法律调研和国际仲裁的比较研究上给予了很大启发。我也很幸运能有机会在她主持的“国际仲裁在中国”这一研究项目中工作,本书的很多想法是在该项目的研究中形成的。同时也要感谢我的另一位论文导师,外交学院的卢松教授。卢老师是我在国际仲裁方向的启蒙老师,也是带我们去中国香港特别行政区参加国际仲裁模拟比赛的教练。他对我论文的指导使我对中国仲裁有了更深层次的了解。另外要感谢日内瓦大学的 Jacque de Werra 教授、Gian Paolo Romano 教授、康乃尔大学的於兴中教授。作为我论文答辩的评委,他们对我论文的修改提出了十分宝贵的意见。

特别感谢众多接受我们采访的仲裁专家学者们,他们的经验分享让我更进一步的了解中国仲裁的实际操作情况。这些专家包括包冠乾先生、车丕照教授、董世忠教授、冯华健大律师、高晓力法官、Simon Greenberg 先生、黄进教授、贾东明先生、江平教授、Andrew Jeffries 先生、科恩教授、李登华先生、陆菲女士、宋简立法官、宋连斌教授、孙华伟女士、苏国良先生、唐厚志教授、陶景洲先生、王文英女士、王贵国教授、王允法官、王红松女士、魏耀荣先生、肖永平教授、熊世忠先生、郑若骅大律师(按姓氏首字母顺序排列)。

此外,还要感谢日内瓦大学和瑞士国家研究基金为我提供的奖学金来完成此项研究。也要感谢北京仲裁委员会和法律出版社的支持能够把本书的英文版翻译成中文。同时要感谢国际商会仲裁院,在其巴黎总部的工作使我了解了国际顶级仲裁中心的实践情况,并使我能够更好地把中国的实践和国际标准进行比较。最后,要感谢翻译小组成员杨雪女士、

左岚女士、刘昕霞女士、张璐女士、徐嘉捷先生,以及韩思睿女士和 Caroline Wong 女士对于中文翻译工作的支持和校验。特别感谢法律出版社的赵明霞女士和其同事对于该书的编辑和校验。

最后,我也要特别感谢我的父母、先生和女儿一直以来的关心和支持。本书是献给他们的。

再次感谢以上提及的和可能疏忽而忘记提及的各位所给予的大力支持,才使得本书的中文版得以发行。

樊 莛

2016 年 7 月于香港