


十三五 高等院校“十三五”规划教材

仲裁法学

马德才 编著

 南京大学出版社



高等院校“十三五”规划教材

ISBN 978-7-305-17081-4

马德才 编著

前言

2016.8

南京

ISBN 978-7-305-17081-4

仲裁法学

马德才 编著

仲裁法学是研究仲裁活动的法律规范及其适用问题的法学学科。仲裁作为一种解决民商事争议的机制，源远流长。早在原始社会，就出现了仲裁的雏形和萌芽。而在法律意义上的仲裁制度，则是在古希腊和古罗马时代，著名的《荷马史诗》和《十二铜表法》中有所记载。从17世纪开始，世界各国逐渐对仲裁制度进行了系统的整理和总结。从此开始，仲裁作为一种社会的调整器在现代社会中得到了广泛的发展。现代仲裁制度进入19世纪末至20世纪初之后，仲裁制度本身又发生了新的飞跃性发展和创新，即现代仲裁的成熟和完善阶段。在此阶段，各国逐渐开始修改和制定仲裁立法，专门规定国际商事仲裁中的有关问题，设立常设性仲裁机构，并且为了适应国际商事仲裁实践的需要，颁和各国仲裁立法的精神，统一各国仲裁立法的国际仲裁立法工作。此后，对国际商事仲裁进行国际立法的国家条约逐渐增多。此外，一些重要国际组织的示范法在统一和协调各国国际商事仲裁立法方面也起到了关键的作用。总之，仲裁的历史发展大致经历了三个阶段，即14世纪之前的早期仲裁阶段、14世纪至19世纪的现代仲裁制度时期和19世纪末至20世纪初的现代仲裁制度成熟与完善阶段。在现代仲裁

我国仲裁制度的正式仲裁制度和涉外仲裁制度。内仲裁制度经历了一个较不审阶段、生效后审阶段。1991年《民事诉讼法》和《仲裁法》的颁布，真正和国际接轨。当然，在尚存在一定差距，需要加强的仲裁法的理论发展和立法进程以及司法实践问题的研究。

本书在编排体系上分为九章，第一章为总论，第二章至第八章为分论，第九章为附论。本书力求做到理论性与实务性相结合，力求做到知识性与实用性相结合。本书可作为高等院校法学专业及相关专业的教材，也可供从事仲裁工作的实务人员参考。

(1) 前沿性。本书在编写过程中，力求做到理论性与实务性相结合，力求做到知识性与实用性相结合。本书可作为高等院校法学专业及相关专业的教材，也可供从事仲裁工作的实务人员参考。



图书在版编目(CIP)数据

仲裁法学 / 马德才编著. — 南京 : 南京大学出版社, 2016. 8

高等院校“十三五”规划教材

ISBN 978-7-305-17061-4

I. ①仲… II. ①马… III. ①仲裁法—法的理论—高等学校—教材 IV. ①D915.701

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 128594 号

出版发行 南京大学出版社

社 址 南京市汉口路 22 号

邮 编 210093

出版人 金鑫荣

丛 书 名 高等院校“十三五”规划教材

书 名 仲裁法学

编 著 马德才

责任编辑 曹 芳 王抗战

编辑热线 025-83597087

照 排 南京南琳图文制作有限公司

印 刷 南京鸿图印务有限公司

开 本 787×1092 1/16 印张 21.75 字数 543 千

版 次 2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-305-17061-4

定 价 48.00 元

网址: <http://www.njupco.com>

官方微博: <http://weibo.com/njupco>

官方微信号: njupress

销售咨询热线: (025) 83594756

* 版权所有, 侵权必究

* 凡购买南大版图书, 如有印装质量问题, 请与所购
图书销售部门联系调换

前 言

作为解决民商事争议的方式之一,仲裁可谓历史悠久,源远流长。早在人类社会的原始阶段,就出现了仲裁的雏形和萌芽。而法律意义上的仲裁则起源于奴隶制社会的古希腊和古罗马时代,著名的古罗马《十二铜表法》中就有多处关于仲裁的记载。从14世纪开始,世界各国逐渐对仲裁进行立法,赋予仲裁以一种法律制度的性质。从此时起,仲裁作为一种社会的调整器在其发展的历程中,进入了一个全新的阶段,即现代仲裁制度时期。现代仲裁制度进入19世纪末20世纪初之后,仲裁制度本身又发生了新的飞跃性发展和创新,即现代仲裁的成熟和完善阶段。在此阶段,各国逐渐开始修改和制定仲裁立法,专门规定国际商事仲裁中的有关问题,设立常设性仲裁机构,并且为了适应国际商事仲裁实践的需要,缓和各国仲裁立法的冲突,国际社会开始了统一各国仲裁立法的国际仲裁立法工作。此后,对国际商事仲裁进行国际立法的国家条约逐渐增多。此外,一些重要国际组织的示范法在统一和协调各国国际商事仲裁立法方面也起到了关键的作用。综上,仲裁的历史发展大致经历了三个阶段,即14世纪之前的早期仲裁阶段、14世纪至19世纪的现代仲裁制度时期和19世纪末20世纪初之后现代仲裁的成熟与完善阶段。在现代仲裁的成熟与完善阶段,仲裁表现出十分明显的自愿性和国际性。

我国仲裁制度的正式建立始于20世纪初。新中国成立以后,我国分别建立了国内仲裁制度和涉外仲裁制度。其中,涉外仲裁制度基本上是按照国际惯例设立和运行的,但国内仲裁制度经历了一个较为曲折的发展过程。具体而言,大体经历了如下四个阶段:只裁不审阶段、先裁后审阶段、可裁可审阶段与或裁或审和一裁终局阶段。其中,第四阶段以1991年《民事诉讼法》和1994年《仲裁法》的颁布施行为标志,这表明我国的仲裁制度才真正和国际接轨。当然,相比仲裁制度比较发达国家或地区的仲裁法而言,我国《仲裁法》尚存在一定差距,需要加以弥补。本书沿着仲裁法的上述发展脉络,阐述了包括我国在内的仲裁法的理论发展和立法进程以及司法实践的景象。

本书在编排体系上分为九章,涵盖了仲裁法的各个领域。本书在编写过程中,针对仲裁法学是一门理论性与实务性结合紧密的学科,坚持理论和实务并重,具有前沿性、实务性和体例上的创新性等突出特点。

(1) 前沿性。本书的撰写过程恰好与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》2015年修正案的起草、讨论和最终通过同步进行,所以本书能够及时、全面反映2014年12月18日最高人民法院审判委员会第1636次会议通过并自2015年2月4日起施行的上述民事诉讼法司法解释所涉及仲裁的36个条文,同时也充分吸纳了近年仲裁法学的最新理论研究成果和各仲裁机构最新修改的仲裁规则,力求做到在现有基础上有所创新和突破。

(2) 实务性。仲裁是解决商事争议的一种方式,而仲裁法则是以仲裁关系为调整对

象的法律部门,不言而喻具有较强的实务性,所以,本书在对基础理论进行阐述的同时,也特别关注对实务问题的提炼和解决:一方面,以短小精炼的案例作为辅助工具和分析素材,以求原理叙述与案例解说并进和互补;另一方面,在有关仲裁领域辅之以真实仲裁案例,并结合基本理论和原理对之进行评析,使理论和实际进一步相结合,也有利于增强学生的实务感;再一方面,在仲裁申请书、仲裁调解书、仲裁裁决书等仲裁文书方面,附具了仲裁委员会的各种仲裁文书的样本,从而增加学生的仲裁实务认识和经验。

(3) 体例上的创新性。本书首先在每章开头对本章基本内容进行概括,同时对其重要性和地位作说明,引导学生进入本章主要知识点的学习;其次,在有关仲裁领域辅之以真实仲裁案例,并结合基本理论和原理对之进行评析;再次,每章后设置“司法考试真题链接”,为学生提供检验其学习成效的处所,引导学生有目标地跟进阅读。

总之,本书采用法学理论与司法实务相结合的模式,紧密结合司法考试的要求,较为全面、系统、准确地阐述了仲裁法的基本理论、基础知识、基本规则和有关司法实践,适合高等学校法学本科教学,也可作为法学专业研究生、国内和涉外法律工作者的参考书。该书的编辑出版,将会使我国仲裁法教科书的整体水平进一步提升,同时将为培养既具有仲裁法基本理论素养,又具备一定司法实践操作能力的仲裁法学人才提供有益的帮助。

本书由马德才教授编著,其提纲、初稿、统稿和定稿一并由本人完成。尽管本人做出了很大的努力,但不完善之处仍在所难免,尚祈读者批评指正。

本教材得以出版,承蒙江西省法学会、南京大学出版社及责任编辑的大力支持,在此表示感谢。

马德才

2016年5月于江西财经大学法学院



教学资源下载

目 录

338	第一章 仲裁基本问题	1
338	第一节 仲裁的概念和特征	1
338	第二节 仲裁的性质	4
338	第三节 仲裁的分类	8
340	第四节 仲裁和民事诉讼的关系	10
340	第五节 仲裁的历史沿革	15
340	第二章 仲裁法一般问题	21
340	第一节 仲裁法的性质及立法体例	21
340	第二节 仲裁法的适用范围	25
340	第三节 仲裁法的基本原则	28
340	第四节 仲裁法的基本制度	38
340	第三章 仲裁机构、仲裁员和仲裁庭	45
340	第一节 仲裁机构	45
340	第二节 仲裁员	63
340	第三节 仲裁庭	91
340	第四章 仲裁协议	104
340	第一节 仲裁协议概述	104
340	第二节 仲裁协议的内容	107
340	第三节 仲裁协议的效力	111
340	第四节 仲裁协议的无效和失效	121
340	第五节 仲裁条款的独立性	128
340	第五章 仲裁程序	138
340	第一节 仲裁当事人及其资格认定	138
340	第二节 仲裁申请和受理	145
340	第三节 仲裁答辩和反请求	152
340	第四节 仲裁中的财产保全和证据保全	157
340	第五节 仲裁审理	175
340	第六节 仲裁裁决	199
340	第七节 简易程序	210
340	第六章 申请撤销仲裁裁决	217
340	第一节 申请撤销仲裁裁决概述	217
340	第二节 申请撤销仲裁裁决的理由	220

第三节	申请撤销仲裁裁决的程序	223
第四节	申请撤销仲裁裁决的法律后果	226
第七章	仲裁裁决的执行和不予执行	236
第一节	仲裁裁决的执行	236
第二节	仲裁裁决的不予执行	240
第三节	仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行	250
第八章	涉外仲裁	256
第一节	涉外仲裁概述	256
第二节	涉外仲裁机构	261
第三节	涉外仲裁协议的法律适用	270
第四节	涉外仲裁程序的法律适用	274
第五节	涉外仲裁裁决中实体法的法律适用	284
第六节	涉外仲裁裁决的执行	292
第七节	申请撤销和不予执行涉外仲裁裁决	311
第八节	我国涉外仲裁报告制度及其主要内容	316
第九章	仲裁时效和仲裁费用	322
第一节	仲裁时效	322
第二节	仲裁费用	326
附录	仲裁法相关法律法规	338
参考文献		339

第一章 仲裁基本问题

作为解决民商事争议的方式之一,仲裁可谓历史悠久,源远流长。从仲裁的历史进程来看,仲裁从无到有、从小到大,发展非常迅速,这是由仲裁相比诉讼和其他争议解决方式具有的特质亦即优势所决定的。那么,仲裁有哪些特征或优势呢?仲裁和诉讼的关系表现在哪些方面呢?这是仲裁法学的初学者首先需要了解的基本仲裁知识,对此,本章将加以详述。另外,本章还将对仲裁的性质、分类及仲裁的历史沿革等内容作深入的论述。

第一节 仲裁的概念和特征

在人类社会各个不同的历史发展时期,人们都要基于这样或那样的原因进行交往,在交往的过程中,不可避免地会产生这种或那种争议,而争议的存在自然会妨碍人们彼此之间的交往,甚至可能危及整个社会生活与秩序,因此争议必须得到解决。这样,争议的解决方式就显得至关重要。而争议不同,其解决的方式也各异。例如,关于国家分歧的国际公法争议自然要通过国际公法有关和平解决国际争端的规则来解决,其方式包括谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域办法等^①;WTO成员之间的争议解决方式包括磋商、专家组、上诉机构、仲裁程序等^②。其中,民商事争议的解决方式主要有协商、调解、仲裁和诉讼等,而仲裁^③又以其独有的特点或优势^④成为一种非常普遍且行之有效的争议解决方式。

何谓仲裁?这是我们首先要明了的一个最基本的问题。从字面上看,汉语的“仲裁”包含“仲”和“裁”两层意思。其中,“仲”是“居中”的意思;“裁”是“衡量、裁判”的意思。因此,《现代汉语词典》对“仲裁”解释为“争执双方同意的第三者对争执事项做出决定。”^⑤在英语中,“仲裁”是“arbitration”,其汉语意思是“居中裁决”。所以,综合仲裁的汉语和英语字面上的意思,仲裁又称公断。从法律专业名词的角度而言,所谓仲裁一般是指争议当事人在争议发生前或争议发生后自愿达成协议,将争议提交非司法机关的第三者审理,由第三者居中裁断,并做出对争议当事人具有约束力的裁决,以解决当事人之间争议的方式

① 见《联合国宪章》第33条。

② 见《WTO关于争议解决规则与程序的谅解》第4条、第17条、第21条、第22条、第25条。

③ 仲裁有广义、狭义之分。广义的仲裁包括国际仲裁、劳动争议仲裁、人事争议仲裁、农业承包合同纠纷仲裁和民商事仲裁等;狭义的仲裁仅限于民商事仲裁。本书取其狭义,并为简便起见,将“民商事仲裁”简称为“仲裁”。

④ 关于仲裁的特点或优势见本章本节“仲裁的特征”部分。

⑤ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(增补本),商务印书馆2002年修订第3版。

或方法。简言之,仲裁是指通过中立第三者对双方当事人的争议作出裁决的过程^①。

可见,相对于协商而言,仲裁是由第三者参与解决争议的方式,而协商是由当事人自己解决争议的方式,无须第三者参与;相对于调解^②和诉讼而言,仲裁和它们均是由第三者参与解决争议的方式,只不过第三者不同,其中仲裁的第三者是仲裁员,调解的第三者是调解员,诉讼的第三者是审判员;相对于协商和调解而言,仲裁裁决的结果对双方当事人均具有拘束力,而协商的结果对双方当事人无拘束力,调解的结果对双方当事人一般也无拘束力。

相比其他民商事争议解决方式,特别是诉讼方式,仲裁有其独特之处,这也正是仲裁的优势所在。

一、自愿性

争议发生前或者争议发生后,当事人完全可以协商决定是否将争议提交仲裁、提交给哪个仲裁机构仲裁、仲裁庭如何组成、仲裁适用何种程序规则以及实体法等。所以,相比其他争议解决方式,仲裁充分体现了当事人的意思自治,具有自愿性。这正是仲裁法基本原则之一的当事人自愿原则^③的集中体现。1994年8月31日由第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过,经1994年8月31日中华人民共和国主席令第31号公布,自1995年9月1日起施行的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)有关条款规定体现了仲裁的自愿性特点。例如,《仲裁法》第4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。”《仲裁法》第6条规定:“仲裁委员会应当由当事人协议选定。”当然,实践中经常有强制仲裁的做法,例如我国的劳动争议仲裁就属强制仲裁,但是它的存在并不能因此而否定仲裁的自愿性,因为强制仲裁一般不存在于民商事领域而存在于其他领域。

二、专业性

以仲裁方式解决的争议,常常涉及复杂的法律、经济贸易和技术性问题,而这些问题只有有关领域的专家才能处理好,因此各个仲裁机构均备有专业的仲裁员名册,以供当事人根据自己的需要选择作为某一领域专家的仲裁员。即使是有些仲裁机构不设仲裁员名册或进行临时仲裁时,当事人也会从所涉领域的专家中选定仲裁员。只有这样,才能保证仲裁的专业性和权威性。一些国家的仲裁法对仲裁员资格条件的规定也体现了仲裁的专业性^④。例如,《仲裁法》第13条^⑤的规定即如此。

① 樊莹:《仲裁的全球本土化——国际标准和本土文化的挣扎》,载《北京仲裁》第86辑(2013年第4辑)。

② 调解,是指通过中立第三者协助双方当事人达成一个双方都能接受的解决办法的过程。参见樊莹:《仲裁的全球本土化——国际标准和本土文化的挣扎》,载《北京仲裁》第86辑(2013年第4辑),第106页。

③ 关于“当事人自愿原则”见本书第二章第三节“仲裁法的基本原则”部分。

④ 参见黄进等著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第51-52页。

⑤ 《仲裁法》第13条规定:仲裁员应当符合下列条件之一:①从事仲裁工作满八年的;②从事律师工作满八年的;③曾任审判员满八年的;④从事法律研究、教学工作并具有高级职称的;⑤具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。仲裁委员会按照不同专业设仲裁员名册。

三、保密性

诉讼以公开审理为原则,而仲裁则正好相反,以不公开审理为原则,案情不公开,裁决不公开,这是仲裁保密性的表现之一。《仲裁法》第40条对此作了规定,即“仲裁不公开进行。当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。”同时,《仲裁法》第54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。”此外,仲裁的保密性还表现在各国仲裁法律和仲裁规则都规定了仲裁员及仲裁秘书人员的保密义务。例如,2014年11月4日中国国际贸易促进委员会、中国国际商会修订并通过,自2015年1月1日起施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2015年版)(以下简称《贸仲规则》)第38条第2款规定:“不公开审理的案件,双方当事人及其仲裁代理人、仲裁员、证人、翻译、仲裁庭咨询的专家和指定的鉴定人,以及其他有关人员,均不得对外界透露案件实体和程序的有关情况。”因而,当事人的商业秘密和经贸活动一般不会因仲裁活动而泄露。正是因为如此,仲裁乐于为商人所采用。不过,仲裁的保密性并非绝对,存在除外情况,这些除外情况包括:双方同意、法院指令、法院批准披露、合理的需要、公正利益、仲裁法容许的情况。^①

四、独立性

诉讼具有独立性,但相比之下,仲裁显示出更大的独立性。对此,各国有关仲裁的法律均规定,仲裁机构独立于行政机关,各种仲裁机构之间也没有隶属关系;仲裁可以独立进行,不受其他机关、团体和个人的干涉,具有完全的独立性;甚至在机构仲裁的情况下,仲裁庭审理和裁决案件时也不受仲裁机构的干涉。例如,《仲裁法》第8条规定:“仲裁依法独立进行,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”该法第14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。”显然,此种规定体现了仲裁的独立性。

五、灵活性

诉讼程序法定,具有较严格的程式,灵活性不足,而仲裁的灵活性则较强,程序较民事诉讼简单,当事人享有较大的自主权,可以协商选择仲裁规则,即使在机构仲裁的情形下也是如此。例如,《贸仲规则》第4条第3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。”当事人享有在仲裁程序方面较大的自主权还体现在可以协商确定仲裁审理的方式,例如《仲裁法》第39条规定:“仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。”可见,当事人

^① 参见杨良宜等著:《仲裁法——从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》,法律出版社2006年版,第1083-1095页。

有权自主协商确定仲裁书面审理方式。当事人甚至还可以自定程序,同时当事人委托的代理人可以不必具有本国律师的身份,而且在管辖上也不实行级别管辖和地域管辖,对此《仲裁法》第6条规定:“仲裁不实行级别管辖和地域管辖。”

六、快捷性

诉讼实行两审终审甚至三审终审,而仲裁则实行一裁终局,即当事人不得对仲裁裁决上诉,因此仲裁较之诉讼更为快捷、高效,有利于当事人迅速、及时地解决争议。《仲裁法》第9条的规定就体现了这一特点。该法第9条第1款规定:“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。”这正好符合了商事主体选择仲裁作为争议解决方式,所寻求的正是仲裁是一种快速、低成本且可靠的争议解决方式。^①

七、经济性

仲裁的经济性主要表现在以下三个方面:(1) 仲裁方式解决争议的快捷性使得各项费用相应减少;(2) 仲裁的收费标准一般低于民事诉讼;(3) 由于仲裁具有自愿性和保密性的特点,因此当事人之间通常没有像诉讼那样激烈对抗的态度,而且商业秘密不必公之于众,对当事人之间今后的商业机会影响较小。^② 所以,采用仲裁方式解决争议更符合经济原则。

八、民间性

法院在性质上属于国家机关,而仲裁机构在性质上则属于民间组织,它不受国家机关的行政干预,也不是代表国家解决争议,因而仲裁具有民间性。

正是因为仲裁具有上述优势,当事人在缔结合同时或在争议发生后寻求第三者参与的争议解决方法时,常常选择仲裁,较少诉诸司法诉讼或其他第三者参与的争议解决方法。于是,仲裁便成为一种非常普遍且行之有效的争议解决方式。实践证明,仲裁作为一种行之有效的解决民商事争议的方法,已被广泛用于解决民商事交往中的各种争议。^③

第二节 仲裁的性质

仲裁的性质既是仲裁理论中不能回避且较复杂的问题,又是和仲裁实务直接相关联的问题,因此长期以来一直受到国内外学者的关注,并进行过广泛研究,但是却众说纷纭,无法形成共识。概括起来,主要有四种观点,即司法权论、契约论、混合论和自治论。

^① 参见芮安牟著,陈宛宁、张然译:《迈向有竞争力和符合成本效益的争议解决制度》,载《北京仲裁》第86辑(2013年第4辑),第121页。

^② 参见黄进等著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第13页。

^③ 参见韩德培、黄进:《〈国际商事仲裁丛书〉总序》,载宋连斌著:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第1-2页。

一、司法权论

司法权论认为,国家具有控制和管理发生在其管辖领域内的所有仲裁的权力。该理论一方面认为仲裁源于当事人之间的仲裁协议,但又认为仲裁员作出裁决、仲裁协议的效力以及仲裁员的权力和裁决的执行,其权威完全有赖于执行地国的法律。除非国内法承认当事人有权提交仲裁,授权仲裁员审理和裁决争议,并使仲裁员的裁决具有强制性,否则仲裁是毫无意义也是无效的。仲裁的权限和效力是执行地国法的一种让与。^①因此,仲裁具有司法权性质。在仲裁实践中,采此观点的国家主要有德国、意大利、奥地利和埃及等。

该理论的主要根据是:裁判权是一国司法主权的一部分,一般只能由一国法院行使;没有仲裁地国法律的许可和主管机关的授权,仲裁员就没有受理争议并作出裁决的权力,否则仲裁员即使作出裁决也无法律约束力。^②因此,仲裁员与法官相似,二者都有义务依法作出裁定,都必须尊重和确认本地法的基本原则。法官和仲裁员之间的不同之处仅在于法官的任命和权力直接来自于国家主权,而仲裁员的权力虽然也来自于国家主权,但是仲裁员的任命是由当事人作出的。既然仲裁员的权力和权威与法官极为相似,仲裁庭作出的裁决就应该具有与普通法院作出的判决同样的效力。^③

司法权论有两大派别。一派被称为“判决论”,它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的必然结果,故被称为“代表论”;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都是由国内法赋予或来源于国内法体系,故被称为“国内法论”。^④

司法权论反映了人们早期对于仲裁作为一种法律制度的本能认识,对仲裁发展过程中的最重要变化作出了积极的反应。^⑤同时,司法权论揭示了仲裁的司法属性,这种司法属性主要体现在有关仲裁的法律制度中,因为各国在承认仲裁作为解决争议方式的时候,均以成文法的形式认可并规定仲裁权的取得、行使及其实现的保障,即仲裁权来源于国家法律授权;仲裁程序受到国家法律的约束;仲裁裁决是与法院判决具有同等效力的法律文书。^⑥但是,司法权论的缺陷也是明显的:第一,它对仲裁协议的重视不够,过分强调仲裁地法的作用,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了较大的限制;第二,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独特性,对仲裁的国际性造成了危害。^⑦

① 韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》(修订版),法律出版社2000年版,第34-35页。

② 朱克鹏著:《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社2000年版,第2-3页。

③ 韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》(修订版),法律出版社2000年版,第35页。

④ 参见宋连斌著:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第11-13页。

⑤ 参见王生长著:《仲裁与调解相结合的理论与实务》,法律出版社2001年版,第64页。

⑥ 参见乔欣主编:《比较商事仲裁》,法律出版社2004年版,第14-15页。

⑦ 黄进等著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第8页。

二、契约论

契约论认为,仲裁是一种契约,具有契约的属性和特征,即仲裁是基于双方当事人之间的协议而设定的,仲裁程序也是基于当事人在协议中的约定而确定的,仲裁就是履行当事人之间所订立的关于解决争议的协议的结果。这种理论之所以强调仲裁的契约性,是认为仲裁员的权力不是来自于法律的规定,而是来自于当事人之间的协议。^① 法国学者尼波耶(Niboyet)就持此观点。他认为:“仲裁裁决具有契约性质,这是因为仲裁员权力的取得不是来自于法律或司法机构,而是来自于当事人之间的协议。仲裁员是按照当事人在协议中的意愿去裁定争议的。当事人让仲裁员以公断人的身份仲裁裁决是一种真正的委托,由此,裁决也被注入了契约性……如同所有协议一样,裁决必然具有法定效力,而且具有终审判决的权威。”^②在仲裁实践中,采纳此观点的国家有法国、荷兰和斯堪的纳维亚半岛的各个国家。

该理论又有传统契约论和现代契约论。前者认为仲裁裁决是仲裁员当事人的代理人或代表所订立或完成的合同,因而仲裁被看作是合同性质的关系。后者认为仲裁权利属私法或债法而非民事诉讼法的范畴,本质上仍属私权,合同性质的仲裁协议和裁决均属于合同约束力的范畴即“合同必须信守”。同时,摒弃了传统契约论的仲裁员是当事人的代理人的论调。^③

契约论的主要根据是:(1) 仲裁是基于当事人之间的协议而设定的。当事人之间如果没有仲裁协议,则无仲裁可言,任何一方当事人不能强迫另一方当事人参与仲裁。(2) 仲裁的组成体系是双方当事人通过协议自己确定的。(3) 当事人承认仲裁员的裁决,并自动履行裁决,乃是由于仲裁协议的约束力。^④

契约论反映了仲裁的另一个深层次的本质特征,即仲裁来源于当事人之间的协议和合意,同时,仲裁作为解决争议的一种手段,也不过是当事人自由处分其民事权利的一个方面,属于当事人契约自由的范畴,因此,契约论具有它的正确性和现实意义。但是,契约论也存在其不足之处,它忽视了国家法律对于仲裁的强大影响;即使当事人有权处分其民事权利,但当事人的处分权并不是无限延伸的,要受到法律的限制和影响,特别是不能违反法律的基本原则和公共政策;此外,仅有当事人的意思自治还不足以使得仲裁能够成为一种强有力的解决争议的机制,要保证裁决书的实现,由国家司法机关利用国家机器的强制手段来支持和监督是必不可少的。^⑤

三、混合论

混合论的倡导者是法国学者索瑟-霍尔(Sauser-Hall)。他认为,仲裁起源于私人契约,仲裁员的人选和支配仲裁程序的规则的确定,主要取决于当事人之间的协议。但是,

① 乔欣主编:《比较商事仲裁》,法律出版社2004年版,第14-15页。

② [法]Niboyet, *Traite de droit international privé francais*, 1950, para. 1284.

③ 参见宋连斌著:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第14-16页。

④ 韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》(修订版),法律出版社2000年版,第36页。

⑤ 参见王生长著:《仲裁与调解相结合的理论与实务》,法律出版社2001年版,第65-66页。

仲裁却不能超越所有的法律体系,实际上总是存在着一些能够确定仲裁协议的效力和裁决可执行性的法律。因此,仲裁契约和司法因素相互关联,不可分割。他提出,仲裁是一种混合性的特殊的司法制度,它来自于当事人之间的协议,同时又从民事法律中获取司法上的效力。^①

可见,混合论认为仲裁具有混合性,既具有司法权的属性,又具有契约权的属性,是当事人的意志和仲裁地法的一种协调。这是因为:一方面,仲裁庭的权限取决于当事人之间的协议;另一方面,仲裁庭在裁决争议的过程中应遵守仲裁地国家的法律。

混合论的根据是:国家司法权和当事人的契约权并不是相互对立的,而是可以调和的。亦即当事人有权在法律规定的范围内订立契约,自然也有权在法律规定的范围内构建仲裁的形式和内容,反之,当事人依法约定的仲裁形式,必然会得到法律的支持。这种互动关系保证了仲裁能够符合当事人意愿的契约性特征或体现国家意志的司法权特征,也保证了仲裁的生命力。^②

混合论较有吸引力,因为从一般国际实践来看,的确如此:没有当事人的协议就没有仲裁,但仲裁过程一旦展开,法院尤其仲裁地法院的干预也随之而来,有时还是必不可少的。比如,没有法院强制执行仲裁裁决,仲裁所涉及的主要争议很难说已彻底解决。但是,在理论上,混合论并没有解释清楚仲裁协议与国家合同的规制以及和仲裁中的法院干预之间的关系,仲裁中的各种因素是否等量齐观也令人怀疑,毕竟没有仲裁协议就没有仲裁存在的基础。^③

四、自治论

自治论的提出者是法国学者拉伯林·戴维丝(Rubellin·Devichi)女士。她认为,仲裁制度是一种独创的制度,它摆脱了契约权和司法权的观念,因此是一种超国家的自治体系;不能把仲裁绝然分为司法的和契约的,仲裁也不是一种混合制度。“问题是应当知道仲裁是否在这两种构成之外形成了一种自治体系。确定该体系的性质不应参照合同或司法体系,而应根据仲裁的目的以及不愿诉诸国家法院的当事人所作的保证或许诺对仲裁的法律权威进行论证。”^④

可见,自治论的主要观点是:为求得仲裁应有的发展,同时对它施以必要的限制,人们应当认识到仲裁的性质既非司法性、契约性,亦非混合性,而是自治性的。仲裁是法律秩序的诸多机制之一,研究的重点应当放在其目的和作用上,仲裁法应以满足当事人的愿望为目标,其功能是发展商人法;尽管还应保留最低限度的公共政策为限制,完全的当事人意思自治是仲裁充分发展所必需的。^⑤

^① [法]Sausser-Hall, L'arbitrage en droit international prive, Annuaire L'institut de droit international, 1952, p. 469.

^② 参见王生长著:《仲裁与调解相结合的理论与实务》,法律出版社2001年版,第67页。

^③ 黄进等著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第11页。

^④ [法]Rubellin·Devichi, L'arbitrage. Nature Juridigue. Droit interne et droit international prive, 1965, para. 14.

^⑤ 宋连斌著:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第20-21页。

从强调仲裁的目的和功用及当事人意思自治这个角度来说,自治论有合理的元素,反映了仲裁某个方面的发展趋势;而且,自治论者强调注重仲裁的实际功能而不是其结构的性质,重视仲裁能创造商业和社会机遇的作用,值得法律界和经济界关注。但是,自治论也有其不合理的地方。具体表现在它的一些看法未免过于理想化和简单化。这些看法是把商事仲裁的发展归结于商人注重实效的实践结果,是商人们首先在法律之外发展了仲裁,而后才得到法律的承认;仲裁协议和裁决之所以有拘束力,既不是因为它们是契约,也不是因为执行仲裁协议和裁决是国家的特许,而是各国商人顺利处理商事关系所必须遵守的惯例。同时,离开社会和经济制度的背景就仲裁而论仲裁,方法论上存在疑问。实际上,自治论要求仲裁非仲裁地化,使仲裁具有超国家的特性,这或许反映了商业界的愿望和某种非仲裁地化现象,但与当前的国际实践不符。法院介入仲裁过程,有时可能会对自由而宽松的仲裁环境造成一些威胁,有时却是必要的,如法院强制执行仲裁协议、代指定仲裁员、采取保全措施、指示合并审理等,缺少这些环节,仲裁程序有时无法有效进行,或者对当事人的权益保护不够。不断改进仲裁地法使其更适合仲裁的发展是必要的,但因此全面否定仲裁地法的作用总体上尚不可行。此外,按照自治论,仲裁和其他诉讼外争议解决方式也很难区分。^①

综上所述,在仲裁性质问题上的各种观点的侧重点不同,既有可取之处,也不同程度地存在其片面性。所以我们认为,应当综合理解仲裁的性质,即仲裁是一种兼具司法性、契约性、自治性和民间性的争议解决方式,因为只有这样才能更符合仲裁制度的发展历史及其本身的特质。

第三节 仲裁的分类

根据不同的标准,仲裁可作多种分类。仲裁的分类,无论是对双方当事人正确选择仲裁机构而言,还是对仲裁机构正确运用法律和仲裁规则来讲,都至关重要。

一、国内仲裁和国际仲裁

这是以仲裁解决的争议案件是否具有涉外因素为标准所作的分类。

国内仲裁,是指一国仲裁机构对本国当事人之间的国内民商事争议而非涉外民商事争议进行的仲裁,即国内仲裁解决的争议案件是不具有涉外因素的案件。例如,南昌仲裁委员会受理的双方当事人均为中国人且发生在国内的合同纠纷即为国内仲裁。

国际仲裁,亦称涉外仲裁,是指具有涉外因素的民商事争议或国际性民商事争议的仲裁。例如,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲委”)受理的一方当事人是中国公司,另一方当事人是外国公司的仲裁即为国际仲裁。《贸仲规则》第3条第2款第1项明确规定,贸仲委受理国际或涉外争议案件。值得一提的是,国际仲裁的范围要比涉外仲裁的范围广,它包括但不限于涉外仲裁。

^① 黄进等著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第11页。

二、临时仲裁和机构仲裁

这是以是否有仲裁机构参与为标准所作的分类。

临时仲裁,是指没有仲裁机构的参与,双方当事人根据其达成的仲裁协议,将争议直接交给临时组成的仲裁庭进行审理并作出裁决的仲裁。一旦仲裁结束,仲裁庭即自行解散。它是最早的仲裁形式,机构仲裁也是从临时仲裁逐渐演化而来的。尽管现今机构仲裁占据主导地位,但是临时仲裁仍然具有相当大的影响,这是由临时仲裁所具有的优势所决定的。临时仲裁具有如下优势:更充分地体现当事人的自主性;具有更多的灵活性;效率可能更高;更节省费用。^①正是因为如此,临时仲裁仍为相当多的国家所采用,但是我国却不承认临时仲裁。

机构仲裁,又称制度性仲裁、常设仲裁,是指双方当事人根据其达成的仲裁协议,将争议提交给某一常设仲裁机构所进行的仲裁。机构仲裁虽是从临时仲裁演化而来,但是它却能克服临时仲裁的诸多缺陷^②,具有较大的优势,所以指定适当的仲裁机构解决商事争议是比较普遍的做法。机构仲裁具有如下优势:便于当事人进行仲裁;使仲裁程序的效率具有保障;仲裁裁决的质量更具可信性;所涉仲裁费用明确而合理;服务水平较高。^③因此,现在除西班牙、挪威等少数国家外,几乎所有的国家都承认这种形式的仲裁。^④

三、依法仲裁和友好仲裁

这是以仲裁庭是否必须严格依据法律规则作出裁决为标准所作的分类。

依法仲裁,是指仲裁庭经过庭审后,必须严格依据一定的法律规则对当事人之间的争议进行裁决。由于依法仲裁必须有明确的法律依据,必须严格遵守由法律认可的仲裁规则所确定的仲裁程序,因此,这种仲裁方式的当事人对仲裁程序和仲裁结果具有可预见性,其仲裁裁决也容易为当事人所接受并得到其自觉履行。所以,在仲裁实践中,无论是国内仲裁还是国际仲裁,无论是临时仲裁还是机构仲裁,都主要表现为依法仲裁。故而,依法仲裁为各国所普遍适用,依法仲裁也因此而成为一种最主要的仲裁类型。

友好仲裁,又称友谊仲裁、依原则仲裁,是指仲裁庭不必严格依据法律规定,而是依据当事人的授权,并按照它所认可的公允及善良原则和商业惯例对当事人之间的争议进行仲裁。由于友好仲裁制度具有诸多优点,即友好仲裁的设立是仲裁制度意思自治原则的体现、友好仲裁克服了依法仲裁的缺陷、友好仲裁具有“友好性”,^⑤因此,现今友好仲裁已为德国、西班牙、法国、瑞典等大陆法系国家以及英国、美国等国家的立法所明确肯定,例如1998年德国《民事诉讼法》(第十编)第1051条第3款规定,只有在当事人明确授权的情况下,仲裁庭才能按照公平合理原则或作为友好调解人解决争议,当事人应当在仲裁庭

① 参见康明著:《商事仲裁服务研究》,法律出版社2005年版,第14-16页。

② 参见张斌生主编:《仲裁法新论》,厦门大学出版社2010年版,第137-138页。

③ 参见江伟主编:《仲裁法》,中国人民大学出版社2009年版,第24页。

④ 参见丁建忠编著:《外国仲裁法实践》,中国对外经济贸易出版社1992年版,第345-367页。

⑤ 参见石育斌著:《国际商事仲裁研究》(总论篇),华东理工大学出版社2004年版,第103-105页;马育红:“友好仲裁”制度在我国的借鉴与完善,载《法学杂志》2010年第1期。

作出决定之前予以授权。同时,友好仲裁也为有关国际公约和仲裁机构的仲裁规则所承认,前者如1965年《关于解决国家与他国国民之间的投资争端的公约》(简称《华盛顿公约》)第42条第3款规定:“仲裁庭在双方当事人同意下,有权以公平和善良的原则对争议作出决定。”后者如《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第22条第4款规定:“只有在当事各方书面明示同意的情况下,才能按‘公平合理’、‘友好公断人’或‘善意’等原则和方式解决争议的实体问题。”可见,无论是有关仲裁的国内立法和国际公约,还是仲裁机构的仲裁规则,都确立了友好仲裁作为一种仲裁方式的合法地位。^①但是,相比依法仲裁,友好仲裁有其自身的缺陷,诸如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等,正因为如此,包括我国在内的一些国家没有明文规定,甚至排斥友好仲裁,而且即使是承认友好仲裁的国家,也都对友好仲裁的适用进行了一定程度的限制。

四、民间仲裁和行政仲裁

这是以仲裁机构是否是民间组织为标准所作的分类。

民间仲裁,是指仲裁机构作为非官方的民间组织根据双方当事人之间的仲裁协议对争议所进行的仲裁。这种仲裁的突出优点是强调当事人的意思自治,充分尊重当事人的意愿,它遂成为一种最普遍的仲裁类型。一般而言,我们所说的仲裁指的就是民间仲裁。

行政仲裁,所指由行政机关或附设于行政机关的专门机构并非根据双方当事人之间的仲裁协议而是根据或主要根据其行政权力对争议所进行的仲裁。它不同于民间仲裁,其主要表现为:(1)行政仲裁不具有民间性,而是一种具有官方性质的仲裁制度;(2)行政仲裁机构属于行政机关,其仲裁管辖权并非源于当事人之间的仲裁协议而是由法律明文规定,具有完全的强制性;(3)行政争议发生后,当事人无须签订仲裁协议,而是可以直接向法律所规定的特定的行政机构提请仲裁;(4)行政仲裁裁决不具有一裁终局性,它不能终结有关行政争议的所有程序,如果当事人对行政仲裁裁决有异议,那么他们就可以向人民法院提起行政诉讼程序,以便最终解决有关争议。我国《仲裁法》颁布以前,在各级工商行政管理机关和经济委员会设立的经济合同仲裁委员会以及在科委和房地产主管部门设立的技术合同仲裁委员会和房地产合同仲裁委员会等进行的仲裁活动,其性质均属行政仲裁。而《仲裁法》则确定的是民间仲裁。

第四节 仲裁和民事诉讼的关系

一、仲裁和民事诉讼的相同点

(一) 所属程序体系相同

仲裁和民事诉讼都是民事程序的重要组成部分。因为,作为解决平等主体之间的民

^① 参见石育斌著:《国际商事仲裁研究》(总论篇),华东理工大学出版社2004年版,第101-102页。