



江西省法学教材系列

主编 马德才

仲裁法



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



江西省法学教材系列

仲裁法

主 编 马德才

副主编 黄洪强 彭丽明

► 撰稿人（按撰稿章节顺序）：

马德才 李叶欣 栗 明

黄洪强 彭丽明 邱润根



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

仲裁法/马德才主编. —厦门:厦门大学出版社,2014.5

(江西省法学教材系列)

ISBN 978-7-5615-5068-7

I. ①仲… II. ①马… III. ①仲裁法—中国—高等学校—教材 IV. ①D925.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 091647 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

南平市武夷美彩印中心

2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:15.5 插页:2

字数:377 千字 印数:1~3 000 册

定价:30.00 元

如有印装质量问题请寄本社营销中心调换

总序

党的十八大根据全面建成小康社会的新形势和新要求,作出了“全面推进依法治国”的重大决策和战略部署。习近平同志在中央政治局就全面推进依法治国进行集体学习时强调,要坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。江西省第十三次党代会根据建设富裕和谐秀美江西的发展战略,提出了加快推进依法治省进程的明确要求。党中央、江西省委为新时期法学研究和法学教育事业发展提出了新的要求并指明了方向。

法律的进步和法治的完善,是一项综合性、系统性的社会工程。全民法律意识、法律素质的提高,是实现全面推进依法治国战略关键的、决定性的因素。在推进法律进步和法治完善进程中,法学教育无疑处于基础地位。江西省的法学教育自20世纪70年代末恢复开展以来,取得了长足的进步。时至今日,开设法学本科教育的大专院校就有二十余所,培养了大批优秀的法律专业人才。随着国家的发展、社会的进步和法治建设的深入推进,高等法学教育日益面临新的任务。这就需要全省高校各法学院(系)加强合作与交流,共同推进我省高等法学教育事业发展,以适应全社会对法律专业人才的多样化需求。要搞好法学教育,自然离不开一套好的法学教材。为了适应新形势下我省高等法学教育和民主法治实践发展的需要,提升法学本科教学和研究水平,江西省法学会组织全省高校各法学院(系)联合编写了这套适应法学本科教育,具有江西特色,符合社会主义法治理念要求的法学系列教材。

本套教材以我省高校主要法学院(系)的师资力量为依托,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授领衔主编,约请全省二十余所高校法学专业骨干教师联袂参编,作者权威,阵容强大。在内容和体例上,教材特别强调以学生为本,从法学本科生的知识需要出发,既注重保留传统教材的精华,又力求有所突破和创新。首先,各册教材根据巩固基础、够用好学的要求,对相应领域的法律知识进行了高度整合,形成一个逻辑严密、便于理解掌握的知识体系,帮助学生打下扎实的法律专业基础。其次,突出理论与实践的结合,在各章之前增设了“引例”,通过案例激发学生的学习动力和兴趣,切入相关知识体系,从而进一步理解抽象的法律专业知识。同时,根据当前法科学生必须通过

司法考试方能取得司法从业资格的实际需要,注意理论教育与职业教育之间的衔接,在各章之后增加了“司法考试真题链接”,帮助学生将理论知识与司法考试有机结合起来。在学术观点上,为了避免给学生学习上带来过多困惑,通篇采用了我国法学界公认的理论观点,对存有争议的部分不作深入探讨。

本套教材既是江西省各高校法学院(系)通力协作、共同努力的结果,集中体现了我省法学教学与科研的最新成果,凝聚了广大教师的心血和智慧,也是一套面向新时期、反映我省当今高等法学教育最新状况的法学教材。相信本套教材的出版,一定能够为新时期我省高等法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

本套教材的编写,由厦门大学出版社策划并提供大力支持,得到了中共江西省委政法委的指导。在此,谨致深切的谢意。由于水平和经验有限,错误和不当之处在所难免,敬请读者批评指正,以助日后不断修改完善。

江西省法学教材系列编委会

2013年3月



前 言

作为解决民商事争议的方式之一,仲裁可谓是历史悠久,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。亦是从此时起,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际条约逐渐增多。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。综上所述,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,第四个阶段以1991年《民事诉讼法》和1994年《仲裁法》的颁布施行尤其是《仲裁法》的颁布施行为标志,表明我国的仲裁制度由此才真正地和国际接轨。当然,相比仲裁制度较发达国家或地区的仲裁法而言,我国的《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,恰当地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情景。

本书在编排体系上分为十章,涵盖了仲裁法的各个领域。各章采取传统兼创新的形式编写:各章前使用“引例”部分,通过简单的案例及其解答和说明吸引学生的注意力,引导学生进入本章主要知识点的学习。全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得以进一步提升,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型人才提供有益的帮助。

本书由马德才教授任主编,并负责全书的最后统稿和定稿;由黄洪强、彭丽明任副主编。具体撰写分工如下(以撰写章节先后为序):

马德才(江西财经大学法学院教授,法学博士):第1章、第2章、第5章。

李叶欣(江西理工大学文法学院讲师,法学硕士):第3章。

栗明(东华理工大学文法学院讲师,法学硕士):第4章。

黄洪强(赣南医学院人文社科学院讲师,法学硕士):第6章、第10章。

彭丽明(江西科技师范大学法学院讲师,法学硕士):第7章、第8章、第9章。

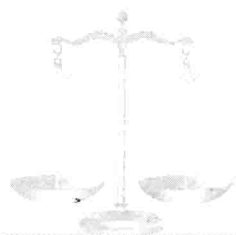
邱润根(南昌大学法学院教授,法学博士):第10章。

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

尽管各位撰写者作出了很大的努力,但不完善之处仍在所难免,尚祈读者批评指正。

马德才

2014年1月于江西财经大学法学院



目 录

第一章 仲裁概论/1

- 第一节 仲裁的概念和特征/1
- 第二节 仲裁的性质和分类/5
- 第三节 仲裁和民事诉讼的关系/11
- 第四节 仲裁的历史沿革/16

第二章 仲裁法概述/23

- 第一节 仲裁法的概念/23
- 第二节 仲裁法的适用范围/27
- 第三节 仲裁法的基本原则/30
- 第四节 仲裁法的基本制度/36

第三章 仲裁机构和仲裁协会/42

- 第一节 仲裁机构概述/42
- 第二节 著名仲裁机构纵览/45
- 第三节 仲裁委员会/49
- 第四节 中国仲裁协会/55

第四章 仲裁员和仲裁庭/58

- 第一节 仲裁员的资格条件/58
- 第二节 仲裁员的聘任和指定/62
- 第三节 仲裁员的权利、义务和责任/68
- 第四节 仲裁员的回避/75
- 第五节 仲裁庭/79

第五章 仲裁协议/86

- 第一节 仲裁协议概述/87
- 第二节 仲裁协议的内容/89
- 第三节 仲裁协议的效力/93
- 第四节 仲裁协议的无效和失效/100
- 第五节 仲裁条款的独立性/103

第六章 仲裁程序/111

- 第一节 仲裁当事人及代理人/112
- 第二节 仲裁申请和受理/120
- 第三节 仲裁财产保全和证据保全/126
- 第四节 仲裁审理/131
- 第五节 仲裁和解与调解/136
- 第六节 仲裁裁决/138
- 第七节 简易程序/140

第七章 申请撤销仲裁裁决/145

- 第一节 申请撤销仲裁裁决概述/145
- 第二节 申请撤销仲裁裁决的程序/150
- 第三节 申请撤销仲裁裁决的法律后果/153

第八章 仲裁裁决的执行和不予执行/157

- 第一节 仲裁裁决的执行/158
- 第二节 仲裁裁决的不予执行/161
- 第三节 仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行/167

第九章 涉外仲裁/172

- 第一节 涉外仲裁概述/172
- 第二节 涉外仲裁机构/175
- 第三节 涉外仲裁协议/179
- 第四节 涉外仲裁程序/187
- 第五节 申请撤销和不予执行涉外仲裁裁决/196
- 第六节 涉外仲裁裁决的执行/201
- 第七节 我国涉外仲裁中报告制度的主要内容/207
- 第八节 “一国两制”下仲裁裁决的相互认可和执行/208

第十章 仲裁时效和仲裁费用/216

第一节 仲裁时效/217

第二节 仲裁费用/220

附录一 中华人民共和国仲裁法/229**附录二 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/236****附录三 中华人民共和国民事诉讼法(节选)/239**

第一章 仲裁概论

【引例】

2011年8月22日傍晚,刘某驾驶轻型厢式货车途经某加油站附近路段,与对面来车会车时因视线不好,将前方从左向右横过道路的行人李某撞倒,造成李某受伤经抢救无效死亡的道路交通事故。经县公安局交通警察大队认定,刘某负该事故的主要责任,李某负该事故的次要责任。由于刘某的轻型厢式货车在某保险公司处投保了机动车交通事故责任强制保险和机动车第三者责任商业保险,保险期限为2011年5月5日0时起至2012年5月4日24时止。上述事故发生在保险期限内。事故发生后,刘某积极进行了赔偿,并与李某家属暂时达成谅解协议,同时,及时向该保险公司报了案。之后,刘某根据保险合同多次要求保险公司赔偿未果,于是他想到通过仲裁的方式来解决他与保险公司之间的争议,但是他并不知道仲裁有何优点以及仲裁和诉讼有何区别,所以他带着这两个问题找到某律师事务所李律师进行咨询。

本案涉及两个主要问题:一是相比诉讼和其他争议解决方式,仲裁有哪些优点?二是仲裁和诉讼的主要区别表现在哪些方面?对于第一个问题,李律师给出的咨询意见是:民商事争议的解决方式主要有协商、调解、仲裁和诉讼等,但与诉讼和其他争议解决方式特别是诉讼相比,仲裁具有独特的优势,具体为:(1)自愿性;(2)专业性;(3)保密性;(4)独立性;(5)灵活性;(6)快捷性;(7)经济性;(8)民间性。正是因为仲裁所具有的这些独特的优势,仲裁遂成了一种非常普遍且行之有效的争议解决方式。而对于第二个问题即仲裁和诉讼的主要区别,李律师又给出了如下的咨询意见:(1)性质不同;(2)仲裁机构和法院的性质不同;(3)受案范围不同;(4)受案方式不同;(5)案件管辖不同;(6)审级制度不同;(7)审判庭组成不同;(8)审理方式不同;(9)监督方式不同。刘某对李律师提供的咨询意见非常满意,当场表示选择仲裁方式,准备和保险公司签订仲裁协议,将其争议提交本市仲裁委员会。

仲裁的特点或优势及仲裁和诉讼的区别是仲裁法学的初学者首先需要了解的基本仲裁知识,对此本章将详细说明,在引例中不予赘述。另外,本章还将对仲裁的性质和分类、仲裁和诉讼的相同点和联系、仲裁的历史沿革等内容作详细的叙述。

第一节 仲裁的概念和特征

一、仲裁的概念

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

进行交往的过程中,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,甚至可能会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、区域办法等等;^①WTO 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。故此,《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作出决定。”^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来讲,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,并作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或方法。

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,无需第三者参与;相对于调解和诉讼而言,仲裁和它们均是由第三者参与解决争议的方式,只不过第三者有所不同罢了;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。

二、仲裁的特征

与其他民商事争议解决方式相比,特别是诉讼方式,仲裁有其独特之处,这也正是仲裁所具有的优势之所在。

(一) 自愿性

争议发生前或者发生后,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,与其他争议解决方式相比,仲裁充分体现了当事人的意思自治,具有自愿性。《中华人民共和国仲

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、狭两义之分。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:《现代汉语词典》(增补本),商务印书馆 2002 年修订第 3 版。

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。唯有如此,才能保证仲裁的专业性权威性。一些国家的仲裁法对仲裁员的资格条件的规定也体现了仲裁的专业性。^① 例如,《仲裁法》第13条^②的规定就是如此。

(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。”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,2012年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(以下简称2012年《贸仲规则》或《贸仲规则》)第36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,所以商人多乐于采用仲裁方式。不过,仲裁的保密性并非绝对,存在例外情况,这些例外情况包括:双方同意、法院指令、法院批准披露、合理地有需要、公正利益、仲裁法容许的情况。^③

[案例]申请人张某与被申请人湖北某公司签订了技术合作合同。在履行合同的过程中,双方产生纠纷。经双方协商达成仲裁协议将该纠纷于2011年9月12日提请武汉仲裁委员会仲裁,并且共同选定独任仲裁员王某。在仲裁的过程中,双方在独任仲裁员的主持下达成了调解协议,一致要求不写明争议事实及裁决理由依调解协议内容制作

^① 黄进等:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第51~52页。

^② 《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8年的;(2)从事律师工作满8年的;(3)曾任审判员满8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。

^③ 杨良宜等:《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。

裁决书。独任仲裁员依据《仲裁法》第 51 条、第 54 条和《武汉仲裁委员会仲裁规则》的相关规定以及双方的调解协议作出了裁决：(1)申请人与被申请人于 2010 年 6 月 19 日签订的技术合同及 2011 年 6 月 1 日签订的补充协议至 2011 年 9 月 30 日终止履行；(2)申请人与被申请人就本案均不再追究对方的赔偿责任；(3)被申请人自愿补偿申请人差旅费 1500 元，该补偿应于 2011 年 9 月 30 日前履行完毕。本案仲裁费 400 元，申请人承担 300 元，被申请人承担 100 元。请问本案体现了哪一仲裁特征？

[解答]仲裁具有保密性，本案当事人正是利用了仲裁的这一特点。仲裁庭依据《仲裁法》第 54 条的规定：“当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。”依调解协议内容制作的裁决书没有写明争议事实及裁决理由，这是仲裁保密性的具体体现，从而实现了仲裁保护商业信誉和商业秘密的目的。

(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，我国《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。”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 2012 年《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，对此我国《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

诉讼实行二审终审甚或三审终审，而仲裁则实行一裁终局，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。我国《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。”

(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。^① 所以,采用仲裁方式解决争议更符合经济原则。

[案例]2010年12月24日,中国工商银行海南省信托投资公司驻A市的办事处签订了一份《委托流动资金借款合同》。合同规定工行海南省信托投资公司A市办事处贷款60万元人民币给A市高新技术开发区东方机车配件公司,贷款期限为3个月。上述贷款本金由A市电力机车厂提供担保。借款人一直未归还该笔贷款,且借款人已被吊销营业执照,债权债务依法由其主管单位A市高新技术开发区东方实业总公司承接。另查明,该笔贷款的债权已由原贷款人依法移交给工行A市分行营业部,工行A市分行营业部根据国家规定将该笔贷款的债权转让给中国H资产管理公司海口办事处。申请人中国H资产管理公司海口办事处与被申请人A市电力机车厂于2012年6月19日就该笔贷款的担保事项的处理达成协议,含有仲裁条款。双方当事人同意将他们之间的贷款担保纠纷提交海口仲裁委员会对本案实行独任仲裁。独任仲裁员于受理案件后当天根据《仲裁法》第21条、第51条的规定以及双方当事人达成的仲裁条款作了如下仲裁:(1)被申请人代借款人归还本息60万元。归还后,本申请人的担保责任承担完毕。(2)被申请人代还期限为裁决书生效之日起一个季度内,被申请人代为归还后有权向借款人的债务承接人追偿。本案仲裁受理费10000元,处理费1000元,申请人与被申请人各承担5500元。请问仲裁庭裁决本案体现了仲裁的哪一个特征?

[解答]仲裁具有快捷性和经济性,本案仲裁庭充分利用了仲裁的这一特点,从受理案件到作出裁决仅用了一天的时间,为申请人和被申请人节省了时间和金钱,完完全全体现了仲裁的快捷性和经济性,有利于保护当事人的利益。

(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。

第二节 仲裁的性质和分类

一、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

^① 黄进等:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第13页。

的问题,因此长期以来一直受到国内外学者的关注,并进行过广泛的研究,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。

(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

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

② 朱克鹏:《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:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年修订版,第35页。

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

⑤ 王生长:《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 乔欣:《比较商事仲裁》,法律出版社2004年版,第14~15页。

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。^①

(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。^② 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。”^③在仲裁实践中,采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等。

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。^④

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。^⑤

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,即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。^⑥

① 黄进等:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第8页。

② 乔欣:《比较商事仲裁》,法律出版社2004年版,第14~15页。

③ [法]Niboyet, *Traite de Droit International Prive Francais*, 1950, para. 1284.

④ 宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第14~16页。

⑤ 韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年修订版,第36页。

⑥ 王生长:《仲裁与调解相结合的理论实务》,法律出版社2001年版,第65~66页。