

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

中国国际经济贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会 主办
中国国际商会仲裁研究所



仲 裁 与 法 律

第 94 辑

中国国际经济贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会
中国国际商会仲裁研究所
主 办

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁与法律.第94辑/中国国际经济贸易仲裁委员会等
主办. —北京:法律出版社,2004.11
ISBN 7-5036-4775-2

I.仲… II.中… III.仲裁法—研究 IV.D915.704

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第113259号

法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/4.5 字数/127千

版本/2004年11月第1版

印次/2004年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0577-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-4775-2/D·4493 定价:10.00元

目 录

· 仲裁动态 ·

让仲裁融入市场经济之中

——《仲裁法》颁布 10 周年宣传活动隆重举行 (1)

2004 年度贸仲委“三地”秘书人员工作会议顺利召开 (4)

美国法院:仲裁条款约定不明确时,仲裁庭有权适用仲裁规则
..... (5)

· 专 论 争 鸣 ·

立足服务谋发展 融入市场创未来

——新时期我国仲裁制度的定位与作为
..... 王生长 赵 健(7)

仲裁规则比较研究及贸仲规则的修改 王文英(16)

论仲裁的性质

——兼论中国《仲裁法》的修改 罗国强(44)

仲裁第三人制度刍议 刘卫华(53)

涉外代理下仲裁协议当事人的确定 叶 玉(62)

· 海 事 ·

公正、高效,适应市场经济的需要

——中国海事仲裁委员会第五次仲裁规则修改
内容介绍 蔡鸿达(75)

关于提单仲裁条款效力若干问题的思考 李 海(83)

仲裁动态

让仲裁融入市场经济之中

——《仲裁法》颁布 10 周年宣传活动隆重举行

1994 年 8 月 31 日,第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过了《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》),自 1995 年 9 月 1 日起施行。《仲裁法》的颁布实施,是中国特色的社会主义仲裁事业发展史上的重要里程碑,标志着我国仲裁事业进入了崭新的历史发展阶段。《仲裁法》颁布 10 年来,我国的仲裁事业取得了长足进步,现代化的仲裁理念初步形成,仲裁的社会功能初见成效,仲裁法律服务在社会主义市场经济中日益发挥重要作用。

今年是《仲裁法》颁布 10 周年。在国务院法制办的领导和支持下,全国 173 家仲裁委员会联合提议,成立了“《仲裁法》颁布 10 周年宣传活动组织委员会”,中国贸促会副会长、中国国际经济贸易仲裁委员会(以下称中国贸仲委)副主任刘文杰担任组委会主任。中国贸仲委作为这次《仲裁法》宣传活动的主要承办者,与全国其他仲裁委员会一道,开展了一系列仲裁法宣传活动,认真总结过去 10 年来我国仲裁事业取得的成就,以创新的精神筹划仲裁发展的未来,普及仲裁知识,让仲裁融入市场经济之中,取得了预期的宣传效果。

主要宣传活动有:

一、纪念《仲裁法》颁布 10 周年座谈会

本次宣传活动的重中之重是 8 月 31 日下午在北京人民大会堂隆重召开的“纪念《仲裁法》颁布十周年座谈会”。全国人大常委会副委员长王兆国、李铁映,全国政协副主席罗豪才,全国人大常委会法律委员

会主任杨景宇,全国人大常委会法制工作委员会主任胡康生,国务院法制办主任曹康泰,中国国际贸易促进委员会会长万季飞,最高人民法院副院长万鄂湘,全国人大法制工作委员会副主任王胜明和司法部副部长张军等领导出席了座谈会。全国173家仲裁委员会的代表和社会各界代表350多人与会。

座谈会由贸促会副会长刘文杰主持。贸促会会长、中国贸仲委主任万季飞首先致辞,武汉仲裁委员会主任高顺龄、上海仲裁委员会主任乔宪志、中国贸仲委副主任王生长等汇报了各自所在的仲裁委员会贯彻落实《仲裁法》和开展仲裁工作情况,法学界代表徐杰教授就我国仲裁法学教育作了发言,杨景宇主任、胡康生主任、曹康泰主任和万鄂湘副院长等领导相继作了重要讲话。

座谈会指出,仲裁法颁布十年来,我国仲裁事业取得了大发展,我国重新设立的仲裁机构已达171家,加上原有的中国贸仲委和中国海事仲裁委员会,全国仲裁机构共计173家,10年来受理仲裁案件达9万多件,涉案标的达人民币1800亿元,案件当事人涉及50多个国家和地区,仲裁作为诉讼之外的争议解决途径,已成为我国市场主体解决民商事纠纷的重要方式之一,为维护社会主义市场经济健康有序的发展作出了重要贡献。人民法院依法行使职权,支持和监督仲裁,对于维护仲裁裁决的权威性和确保仲裁质量起到了积极的促进作用。各仲裁机构坚持为当事人服务,在独立公正地解决经济纠纷同时,还勇于承担社会公益责任。座谈会也指出,商事仲裁的本质属性是民间性,仲裁必须摆脱行政干预,仲裁机构不能总是靠政府“输血”生存。仲裁的发展要依靠提高仲裁服务质量,打造出优质服务的仲裁品牌,增强仲裁活力。

会前,国家领导人与全体与会代表合影留念。

二、优秀仲裁员表彰大会

为树立仲裁员公正形象,促进仲裁发展,纪念《仲裁法》颁布10周年“优秀仲裁员表彰大会”于8月31日上午在北京二十一世纪中心国际会议厅隆重召开。国务院法制办等相关部门领导出席了会议,严思忆等5名优秀仲裁员代表讲话,《仲裁法》颁布十周年宣传活动组委会向优秀仲裁员颁发了证书。

《仲裁法》颁布 10 年来,在全国仲裁员队伍中涌现出了一大批优秀仲裁员。此次评选出的 721 名优秀仲裁员,是从全国仲裁机构聘任的 3 万多名仲裁员中脱颖而出的优秀仲裁专家,他们廉洁公正,品格高尚,专业水平突出,仲裁业绩卓著,是我国仲裁员队伍中的中坚力量。

中国贸仲委及中国海事仲裁委员会 22 位仲裁员在《仲裁法》颁布十周年活动中,按组委会的要求被评为优秀仲裁员:

中国贸仲委:沈达明、邵循怡、董有淦、唐厚志、曹家瑞、尹铁瓯、费宗祯、姚壮、汤礼智、严思忆

中国海事仲裁委员会:朱曾杰、高隼来、孟于群

另外,中国贸仲委的 8 位仲裁员被其他仲裁机构评选为优秀仲裁员,他们是:

毕武卿	保定仲裁委员会
陈正伟	长春仲裁委员会
马锐、梁瑞麟	上海仲裁委员会
齐树洁、廖益新	厦门仲裁委员会
张继涛	福州仲裁委员会
黄进	武汉仲裁委员会

三、“仲裁之声”文艺晚会

本着弘扬《仲裁法》、宣传《仲裁法》、总结和发扬仲裁文化的宗旨,由中国歌剧舞剧院承办的纪念《仲裁法》颁布 10 周年“仲裁之声”文艺晚会,于 8 月 30 日晚在北京世纪剧院举行,全国人大、最高人民法院和国务院法制办等部门领导与全国仲裁机构的代表一同观看了精彩的文艺演出。演出结束后,贸促会副会长刘文杰和国务院法制办副司长卢云华上台向演出单位赠送了锦旗。

四、全国仲裁工作年会

9 月 2 日至 9 月 5 日,全国仲裁机构在西安召开了全国仲裁工作年会,会议主题为“仲裁的定位与作为”。

会议主要内容是:专题演讲;颁发中国仲裁创业纪念;发表《中国仲裁公正宣言》;植建“中国仲裁林”;举办仲裁论坛;编印出版会议交流材

料:《特色铸就辉煌——中国仲裁十年文集》;召开第二次全国仲裁发展工作座谈会;研究部署仲裁发展工作,研究开展非公有制企业民商事纠纷仲裁工作。

全国人大法工委民法室副主任贾东明、国务院法制办副司长卢云华及各省级法制办的有关负责同志和全国仲裁机构的主要负责人等 300 多人参加了会议。西安市委副书记、常务副市长、西安仲裁委员会主任陈宝根在开幕式上致欢迎词,卢云华副司长发表了讲话,著名法学家江平等在研讨会上作了专题发言,对我国仲裁理论和实践中存在的问题作了深刻的论述。

仲裁作为民商事争议解决的有效方式,在我国社会主义经济建设中发挥着重要作用,中国贸仲委 50 年的实践和 10 年来陆续设立的地方仲裁机构所发挥的积极作用,充分地证明了这一点。此次举行的纪念《仲裁法》颁布 10 周年活动,必将为促进我国仲裁事业的发展产生深远的影响。

2004 年度贸仲委“三地” 秘书人员工作会议顺利召开

9 月 25 日,中国国际经济贸易仲裁委员会(简称贸仲委)2004 年度“三地”秘书人员工作会议在风光旖旎的南国汕头召开。贸仲委副秘书长朱建林主持会议。贸仲委北京总会、华南分会(深圳分会)和上海分会的秘书人员 70 余人与会。

贸促会副会长、贸仲委、中国涉外仲裁委员会副主任刘文杰出席了会议。汕头市常务副市长罗仰鹏出席开幕式并致词。罗副市长在致词中代表市委、市政府欢迎贸仲委秘书工作会议在汕头召开,他表示,贸仲委秘书工作在汕头召开对促进当地经济发展,维护公平有序的贸易秩序将起到积极作用。

本次会议的主题为“完善规则、提高办案质量”，贸仲委副主任兼秘书长王生长首先就“当前的形势和任务”作了讲话，会议还听取了仲裁研究所王文英就“仲裁规则的比较和改进”和仲裁监督部李云和康义分别就“裁决书核阅中存在的问题”和“投诉批转异议案件情况”的汇报。

与会人员还就有关案件实体和程序方面的问题进行了认真研讨，并形成了倾向性的意见。此次研讨会快速解决了在办案过程中遇到的一些实际问题，收到了很好的效果。

最后，刘文杰副会长作了总结发言，他鼓励全体秘书人员努力钻研，不断提高业务水平和能力，树立开拓和创新精神，为我会的仲裁事业增光。

（仲裁研究所供稿）

美国法院：仲裁条款约定不明确时， 仲裁庭有权适用仲裁规则

美国第九巡回上诉法院 8 月 16 日裁定仲裁庭在裁决一家美国进口公司 (Apex Digital Inc.) 与中国出口公司 (China National Metal Products Import/Export Co.) 的纠纷中适用其仲裁机构 (中国国际经济贸易仲裁委员会, 简称 CIETAC) 的仲裁规则的做法, 没有违当事人仲裁协议。该上诉院支持了美国加州中区地方法院的一份裁定, 该裁定确认了一份有利于中国公司的仲裁裁决书。

上诉法院法官 Bybee 认为, 该美国公司没有能够证明其所认为的 CIETAC 的仲裁程序没有按照当事人的协议进行的主张; 在当事人合同中的仲裁条款不能解决程序争议的情况下, CIETAC 转而适用其仲裁规则的做法是正确的。

该案中的中国公司与美国公司签订了一系列 DVD 播放机销售合

同。2000 年,美国公司以大量 DVD 播放机存在质量缺陷及中国公司没有为这些播放机使用的技术支付知识产权税为由通知中国公司其违反了销售协议,并因此拒绝支付货款。

2001 年 3 月 6 日,美国公司以该中国公司为被申请人向 CIETAC 上海分会提请仲裁;3 月 12 日,中国公司向 CIETAC 北京总会提请仲裁。CIETAC 认为这两个仲裁案件为不同的案件,两个仲裁案件的程序分别进行。

仲裁庭驳回了美国公司不断提出的对其管辖权的异议,认为这个问题已由 CIETAC 作出了决定。仲裁庭同时认为美国公司拒绝支付所有“有质量缺陷及没有质量缺陷”货物的货款的行为是不合理的。

美国公司认为 CIETAC 允许这两个仲裁案件分别进行是对当事人仲裁条款的漠视。

2002 年 5 月,CIETAC 北京的仲裁庭裁决美国公司支付中国公司一千多万美元(\$ 10.7million)及其利息。仲裁庭从中国公司索赔的未付款中扣除了美国公司的反请求数额,这笔数额将由 CIETAC 上海分会仲裁庭裁定。

2003 年 1 月,美国地方法院确认了 CIETAC 北京的裁决。

美国公司上诉称 CIETAC 决定同时分别进行两个仲裁程序是违反规则的行为(irregularity),因此,其可以依据纽约公约第 5 条第 1(d)款对抗对该裁决的确认。该公约第 1(d)款规定如果仲裁程序没有按照当事人的协议进行,该裁决可以被拒绝承认和执行。美国公司辩称,“这对(twin)仲裁违反了当事人定购单中约定的仲裁程序”,因此,纽约公约第 5 条第 1(d)款阻止了 CIETAC 北京裁决的执行。

法院认为,如果只有美国公司或中国公司作为申请人提请仲裁,则依据该仲裁条款就足以明确争议解决的地点。然而,本案中双方当事人都声称自己是申请人。由于两个公司都声称自己是申请人,合同中的仲裁条款没有能够解决这个问题。法院同时认为,通过签订订购单中的仲裁条款,当事人已经同意了 CIETAC 对其规则的解释。

专论 争鸣

立足服务谋发展 融入市场创未来

——新时期我国仲裁制度的定位与作为

王生长* 赵健**

1994年《中华人民共和国仲裁法》(下称《仲裁法》)的颁布,是我国仲裁制度发展史上的重要里程碑,掀开了我国仲裁事业崭新的一页。10年来,我国仲裁事业取得了巨大成就,国内仲裁迅猛发展、涉外仲裁继续辉煌。《仲裁法》颁布以来的10年,既是成就的10年,也是风雨的10年。10年的风雨,让我们清醒地认识到,在发展的道路上,尽管已经取得了长足的进步,但在仲裁理念和仲裁政策等方面,还有一些深层次矛盾没有解决,困扰着我国仲裁事业的健康发展。《仲裁法》的第二个十年,恰逢我国全面发展的重要战略机遇期和我国改革开放的战略攻坚期,社会主义市场经济体制改革的深化、政治体制改革的积极推进以及对外开放的不断扩大,必将对我国仲裁事业的发展带来重大而深远的影响。在新的历史条件下,我们有责任站在历史的高度,认真研究制约我国仲裁发展的深层次原因,明确仲裁的定位,提升仲裁的社会公信力和认知度,牢固树立市场主体选择仲裁的信心,推进我国仲裁事业全面、协调、可持续地发展。

* 法学博士,中国国际经济贸易仲裁委员会副主任兼秘书长。

** 法学博士,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁监督处处长、仲裁员。

一、仲裁定位,服务为本

现代仲裁制度是市场经济发生发展的必然产物,本质上,它是市场主体在尽量避免国家权力干预的前提下,利用市场资源,自主了结争议的一种民间性的纠纷解决机制。在市场经济条件下,仲裁是一种法律服务,这就是仲裁的基本定位。

在市场经济条件下,市场主体创设仲裁制度,是因为仲裁能够满足解决市场经济纠纷的需要;仲裁员的权力主要来源于当事人私权的让渡,仲裁机构和仲裁员行使的仲裁权,既非司法权,也非行政权,仲裁权的私权性本质,决定了仲裁必然是一种服务;当事人选择仲裁的仲裁协议,是给仲裁员的一纸服务授权书;当事人向仲裁机构和仲裁员支付费用,期待和换取的是仲裁服务。

既然仲裁是一种服务,以服务为本的仲裁机构是市场服务主体,它就应当与其他市场主体一样享有独立的地位,可以自主决策、自主管理,不受外来的干预。在市场经济中,仲裁机构也是“经济人”,同样具有“追求自身利益最大化”的“利己之心”,接受市场经济“无形之手”的调整,与市场机制“心有灵犀”。

仲裁是服务,但又不是普通的服务,而是一种特殊的法律服务。回顾仲裁发展史,在仲裁制度与国家公权的博弈中,国家最终选择了容忍仲裁、承认仲裁,乃至支持和发展仲裁。国家立法给予仲裁员类似法官的地位,赋予仲裁员一定的权力,在承认仲裁协议的同时,赋予仲裁裁决可以强制执行的效力,从而为仲裁制度装上了“利齿”。仲裁制度所具有的一定的司法权性的特征,使得仲裁服务不同于律师业务、调解业务等其他法律服务。仲裁机构不仅是“经济人”,还是“公益人”。仲裁服务的特殊性,客观上决定了仲裁机构应当具有一定的不同于其他市场主体的地位。由于仲裁机构的权力需要国家法律的认可,在一定程度上也有国家公权让渡的性质,仲裁机构要承担较之于一般市场主体更多的社会责任,承担着公正解决纠纷、维护市场交易安全和交易秩序的重要任务。作为仲裁舞台的一支重要力量,仲裁员不仅是居中裁判者,在履行服务义务时可以获得与其劳动量相适应的报酬,同时在一定程度上也要甘于奉献,勇于牺牲,履行崇高的社会公益职责。

二、满足需求,大有可为

当今的仲裁服务要融入市场经济,遵从市场法则。在激烈的市场竞争中,仲裁机构要生存、要发展,就必须做好仲裁服务,满足当事人的正当期待与需求。仲裁机构惟有在此用心、用功、用力,才有可能立于不败、发展壮大。“上帝”对仲裁的正当期待与需求是什么呢?

首先,仲裁必须是公正的。公正是仲裁制度赖以存在的基础。做到仲裁公正,要保证程序公正,程序公正既是仲裁公正的重要内容,更是实现实体公正的手段。但是,单纯程序公正是远远不够的,还必须达到实体公正。只有实现实体公正,才能真正实现当事人选择仲裁的目的,树立仲裁的权威。

为了追求效率,满足当事人快速解决纠纷的需要,增加解决纠纷的可预见性,仲裁制度放弃了上诉程序和审判监督程序。英国法学家施米托夫说,仲裁的最大好处在于取消了纠正司法错误的上诉程序,能尽快了结当事人的争议,因为裁决终局性给当事人带来的潜在利益比上诉程序带来的利益大得多。上诉程序取消了,但实体公正依然要实现,实现实体公正,更多地依赖于仲裁员的素质和良知。这无疑对仲裁机构和仲裁员提出了更高的要求。仲裁机构须是“伯乐”,善于发现仲裁员、培养仲裁员;仲裁员必须“德艺双馨”、“厚德载物”,必须是仲裁公正的“忠实守望者”。十次违法,损害的不过是公正的支流;一次不公正的审判,却足以污染公正的源头。不公正的裁决,虽然仍可能执行,但实体公正的缺失,必然打击社会对仲裁的信心,葬送仲裁的未来。因此,仲裁机构和仲裁员承载着更多的责任和义务,应该提高仲裁员和仲裁机构工作人员的素质,完善内部制度,确保仲裁程序公正和实体公正的实现。

仲裁的公正首先取决于仲裁员的公正人格和业务水准,但是仲裁机构对仲裁员的适度监督也是非常必要的。仲裁员有独立裁判的权力,仲裁机构的监督原则上不能演化为对仲裁员裁判权的干预和篡夺。然而,仲裁不是在真空中成长的,纷繁复杂的社会生活无时无刻不在考验仲裁的公正性。仲裁机构对仲裁员的适度监督有助于切断不正当地影响仲裁员公正行使裁判权的各种外界因素,切断污染源,保持仲裁一泓净水,这在客观上有利于达到通过监督促公正、通过监督保公正之

效。监督和公正之间存在着奇妙的对立统一关系。

第二,仲裁是高效的。公正是讲求效率的公正,迟到的公正是不公正。对于仲裁制度,效率具有格外重要的意义。在程序设计并不如诉讼制度完善的前提下,高效是仲裁得以存在的主要理由和生命力所在。同时,在追求效益的市场经济时代,市场主体对效率提出了更高的要求。因此,不断提高仲裁效率,是仲裁机构和仲裁员的天职。

制约仲裁发挥效率优势的因素很多,既有制度的缺陷,如《仲裁法》和仲裁规则设计的仲裁程序低效、呆板、苛刻,也有人为的原因,如仲裁员能力不足、未尽勤勉,仲裁秘书办事拖拉,机构管理不到位,当事人故意拖延程序等等。因此,提高仲裁效率,应当多管齐下、综合治理,既要完善制度设计、改进办案流程,又要提高仲裁员和仲裁秘书素质,同时,要防止和妥善处理当事人拖延、破坏仲裁程序。

提高仲裁效率,还应当倡导创新。当事人提交仲裁的最终目的是解决争议,在当事人同意的前提下,仲裁员可以运用灵活的、多元的、复合的争议解决方式,例如仲裁与调解相结合、仲裁与专家裁判相结合、平行调解等灵活的方式,共奏最终解决争议之谐音。近年来,国外 ADR 发展迅速,仲裁应当学习和吸收其他 ADR 方式的长处,提高解决争议的效率,避免为其他争议解决方式所“替代”。

第三,最大限度地尊重当事人的意愿。契约性是仲裁的本质,当事人意思自治原则是仲裁的基本原则。因此,仲裁应以当事人为中心,当事人的意愿应当得到最大的尊重。仲裁员与当事人之间的关系,不仅仅是决定与服从的关系,还存在着相互配合、相互支持的关系。无论是在仲裁制度设计还是在具体程序运作过程中,仲裁机构和仲裁员应当摆正位置,充分保障当事人意愿的实现。

第四,力争做到法律效果和社会效果的统一。原则上,情、理、法是统一的,法律应合乎人情、符合理性。但在实践中,合法不合理、合法不合情的例子并不鲜见。优秀裁判者的高明之处,就在于在保证裁判合法的前提下,妥善解决情与法、法与理的矛盾,追寻法、情、理的平衡,力争达到裁判法律效果和社会效果的统一。

毫无疑问,仲裁应当遵循法律。但是,生活在丰富多彩现实世界的仲裁员不应当是冷漠呆板的裁决“自动售货机”,输入事实和法律,吐出

来的就是冷冰冰、千篇一律的裁决。在法律的框架内,仲裁员要讲世故人情、讲生活常理,叙事无偏漏、分析入情理,法言要中听、裁决要中意。一个情、理、法相互交融的裁决,才能真正打动人、赢得人。

与法官相比,仲裁员在程序和适用法律上享有更大的自由裁量权。在诉讼制度朝着以人为本、追求社会效果方向迈进的时代,仲裁员应当也更有条件做到情理法的融合,达到仲裁法律效果和社会效果的统一。

第五,确保仲裁裁决的执行。裁决不是法律白条,否则,法律无权威,仲裁无市场。仲裁机构和仲裁员有义务确保裁决得以执行。为此,裁决首先要公正合法、合情入理,惟有此,当事人才会服判息讼,自愿履行;其次,仲裁程序应无瑕疵,无懈可击。当然,裁决的最终执行还依赖于法院,有赖于法院对仲裁采取的司法政策。关于司法政策问题,我们将在后文中讨论。

第六,保持仲裁的个性。仲裁制度是特殊的社会关系调节器。与诉讼相比,仲裁有其独特之处,如仲裁的自主性和灵活性,仲裁以当事人为核心,仲裁员享有更多的自由裁量权等等。仲裁的独特之处,正是仲裁的优势、仲裁的“立身之本”。

目前,存在一种值得警惕的倾向,就是主张仲裁司法化,以诉讼套仲裁、仲裁向诉讼靠拢。由于诉讼制度的强势地位,一国的仲裁制度不可能不受到该国诉讼制度的影响,仲裁要向诉讼学习的地方很多。但是,仲裁毕竟不同于诉讼,盲目与诉讼类比有违仲裁的精神,如果仲裁司法化了,仲裁的个性被湮灭,等待仲裁的,难免是被淘汰的厄运。国外的实践已经表明,仲裁的过分司法化,正是当事人选择其他 ADR 方式“替代仲裁”的一个重要理由。

当前,主要有三种力量在推动仲裁走向司法化。一是,习惯于诉讼程序的法官出于职业惯性,自觉或不自觉地以诉讼中的做法来约束和限制仲裁,迫使仲裁不得不向诉讼靠拢。例如,有些法官苛刻地要求仲裁中的所有证据不论轻重大小必须当庭质证,不合理地要求涉外仲裁中的文书送达必须遵循法院诉讼中文书送达的方式(公告送达本身即与仲裁的保密性相冲突)等等,仲裁庭和仲裁机构不得已而为之,导致仲裁与诉讼之间的做法在趋同;二是,部分仲裁界人士基于不同的考虑存在走向诉讼的冲动;三是,随着律师更多地参与仲裁,把越来越多在

法院诉讼中的做法带入仲裁,不可避免地使仲裁接近诉讼。

为了仲裁的生存,为了仲裁的发展,我们应当高度警惕仲裁司法化倾向,保持仲裁的个性、光大仲裁的优势。

最后一点,也是要特别强调的一点,就是增强仲裁的透明度。权力具有扩张和变腐的本性。防止权力腐败,除了以权制权、权力制衡外,重要的是将权力运作袒露在阳光下,以公开促公正,防止权力“恶性”地发作。

早期的仲裁制度植根于“熟人社会”,当事人之间、当事人与仲裁员之间彼此熟悉、相互信任,人性恶的一面受到抑制,权力运作不需过多的外在监督。市场经济则不同,市场经济条件下的市民社会是“陌生人社会”,人与人之间更多的是以契约为纽带进行连接,在此基础上的仲裁制度,其公正的实现,既依赖于人性善的一面,也依赖于有效的监督。当前,在我国仲裁实践中,由于各种内外不良因素的介入,灰色区域、暗箱操作是存在的。因此,为了保证仲裁公正的实现,给仲裁制度引入阳光,增强仲裁的透明度,使仲裁运作过程在阳光下进行是必要的。此外,按照现代的法律理念,公正不仅要实现,而且还要以看得见的方式来实现,也就是说,仲裁公正不仅要有一颗公正的“内心”,还要具备公正的“外观”,结果虽然公正,过程一片漆黑,难免令人忐忑。增强仲裁的透明度,对于树立当事人选择仲裁的信心,是十分重要的。

针对当前我国仲裁的实际,这里所讲的“引入阳光,增强透明”,主要包括以下四个方面的含义:一是仲裁员信息公开。仲裁员的信息向当事人公开,特别是向当事人公开仲裁员的教育背景、工作经历等信息,既便于当事人在具体案件中选择合适的仲裁员,也利于当事人对仲裁员的公正性和独立性进行监督;在具体的案件中,还可以根据当事人的要求,进一步披露仲裁员的有关信息;二是仲裁裁决公开。裁决在执行期满后经必要的技术处理后向社会公开,一方面便于社会各界对仲裁进行监督,另一方面,当事人通过了解以前的裁决可以增强对仲裁结果的预见性;第三,在仲裁程序设计上,规范仲裁操作规程,尽量减少仲裁规则中灰色区域,特别是制定适合于仲裁的证据规则;第四,在具体案件中,主动及时地向当事人公开仲裁庭关于程序的安排;涉及开庭、材料提交、证据关门等重要程序事项,仲裁庭征询和听取当事人的意见

后再决定;改进裁决书制作,增强裁决理由的阐述,更好地公开仲裁庭的“内心确信”;裁决依多数意见作出的,少数意见可以向当事人公开等等。

在仲裁制度中“引入阳光,增强透明”,并不是否定仲裁的保密性。仲裁的保密原则,是指仲裁机构、仲裁员、仲裁秘书、当事人和其他仲裁参加人不得向外界透露仲裁信息。我们讲的“增强透明”,是仲裁机构和仲裁庭向案件当事人透明,与仲裁保密原则并不抵牾。仲裁机构向外界公布裁决等信息,也是在经过技术处理后进行的,绝不会、也不应损害和侵害有关案件当事人的商誉和秘密。

在上述各方面,仲裁机构目前的工作有待进一步提高,只有不断满足当事人正当的期待与需求,仲裁才有可能进步发展。

三、融入市场,持续发展

回顾各国仲裁发展历史,现代商事仲裁,是市场经济发生、发展、发达的产物,仲裁制度与市场经济是相融的,市场经济的荣辱兴衰决定着仲裁的命运。在我国,现代国内仲裁制度带有一定的“植入性”,是在由计划经济向市场经济转型的过程中,将预先设计好的仲裁模式直接植入社会的;我国国内仲裁制度从行政性仲裁到民间性仲裁的改革,是由政府主导的、自上而下的改革,而非社会自发的、自下而上的自然生成。因此,社会主义市场经济体制的确立和不断发展,虽然为我国仲裁事业的发展提供了广阔的空间,是推动仲裁列车滚滚向前的不竭的动力;但是“植入性”的、“由上而下”的仲裁制度能否发展,关键取决于它能否真正割断与计划经济“剪不断、理还乱”的脐带,真正融入市场经济的大潮。所以,走市场之路,仲裁融入市场经济,是发展我国仲裁事业的根本道路、不二法门。

发展仲裁,应当树立科学的发展观。首先,要牢固树立市场观念,融入市场谋发展。立足市场,掌握市场经济的规律,把握市场经济的脉搏,服务市场经济的需要,真正与市场经济融为一体,在市场竞争中,运用市场经济的办法,谋生存求发展,不断壮大。第二,眼睛向内看,练好内功求发展。打铁还须自身硬。市场竞争,难免大浪淘沙。只有苦练内功,办出特色,创出品牌,方能在激烈的市场竞争中取胜。第三,着眼