

ZHONGCAICHENGXU
RUOGANWENTIYANJIU
JIYU LILUNQIANYAN HE
SHIWUGUIFAN DE SIKAO

邓建民 曾青◇编著

仲 裁 程 序 若 干 问 题 研 究

——基于理论前沿和实务规范思考

出版社

邓建民 曾青◇编著

仲裁程序 若干问题研究

——基于理论前沿和实务规范思考

ZHONGCAICHENGXU
RUOGANWENTIYANJIU
-JIYU LILUNQIANYAN HE
SHIWUGUIFAN DE SIKAO

民族出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

仲裁程序若干问题研究：基于理论前沿和实务规范思考/
邓建民，曾青编著. —北京：民族出版社，2014. 3

ISBN 978 - 7 - 105 - 13148 - 8

I. 仲… II. ①邓… ②曾… III. ①仲裁—诉讼程序—
研究—中国 IV. ①D925. 718

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 045689 号

仲裁程序若干问题研究：基于理论前沿和实务规范思考

策划编辑：欧光明

责任编辑：赵 朝

出版发行：民族出版社

地 址：北京市东城区和平里北街 14 号 邮编：100013

网 址：<http://www.e56.com.cn>

印 刷：北京佳顺印务有限公司

经 销：各地新华书店

版 次：2014 年 7 月第 1 版 2014 年 7 月北京第 1 次印刷

开 本：640 毫米×960 毫米 1/16

字 数：330 千字

印 张：23.625

定 价：50.00 元

ISBN 978 - 7 - 105 - 13148 - 8/D · 2575 (汉 392)

该书如有印装质量问题，请与本社发行部联系退换

编辑室电话：010 - 64228001 发行部电话：010 - 64224782

目 录

导 论	1
第一章 仲裁调解	3
第一节 仲裁中调解制度的基本理论	4
一、仲裁中调解制度概述	4
二、仲裁中调解制度的理论争论	8
三、仲裁中调解的正当性分析	14
第二节 仲裁中调解制度的起源与发展状况	17
一、仲裁中调解制度的起源及在我国的发展状况	17
二、仲裁中调解制度在国际社会的发展状况	22
三、域外仲裁调解制度对我国的借鉴意义	27
第三节 我国现行仲裁中调解制度的问题分析	29
一、《调解法》中缺失专门针对仲裁中调解制度的规定	29
二、受案范围过于狭窄	30
三、调解主体的身份受限	31
四、调解书的法律效力存在争议	32
五、调解模式的单一	32
第四节 我国仲裁中调解制度的完善	33
一、在现行《调解法》中增加专门规范仲裁中调解的相关规定	33

2 || 仲裁程序若干问题研究——基于理论前沿和实务规范思考

二、建立仲裁调解的专门机构和具体规则·····	38
三、构建多元化的仲裁调解模式·····	41
第二章 缺员仲裁 ·····	45
第一节 商事仲裁中的缺员仲裁制度概述 ·····	45
一、缺员仲裁制度的含义·····	46
二、关于缺员仲裁的学界争议·····	47
第二节 商事仲裁中缺员仲裁制度的现状考察 ·····	49
一、缺员仲裁制度存在的原因和现状·····	49
二、国际仲裁规则中关于缺员仲裁相关规定的比较·····	52
三、缺员仲裁存在的必要性和正当性分析·····	65
第三节 域外缺员仲裁的实践考察 ·····	71
一、哥伦比亚共和国诉考卡公司案及评析·····	71
二、美国和美国联邦储备银行诉伊朗和伊朗国家银行案 及评析·····	72
三、某公司申请承认与执行伦敦海事仲裁裁决案及评析·····	74
四、域外考察给我们的启示·····	76
第四节 建立我国商事仲裁领域缺员仲裁制度的设想 ·····	78
一、我国仲裁规则中关于缺员仲裁条款的设计·····	78
二、在《仲裁法》中增加缺员仲裁的授权条款·····	81
三、关于缺员仲裁裁决承认与执行的问题·····	83
第三章 合并仲裁 ·····	86
第一节 合并仲裁概述 ·····	87
一、合并仲裁的概念与特征·····	87
二、合并仲裁的分类·····	88

三、关于合并仲裁的理论纷争·····	91
四、合并仲裁相关的问题·····	94
第二节 合并仲裁制度的域外考察·····	99
一、域外合并仲裁制度的现状·····	99
二、域外合并仲裁给我们的启示·····	106
第三节 我国合并仲裁的实践及存在的问题·····	108
一、我国合并仲裁缺乏足够的法律依据·····	108
二、理论界对于能否采取强制合并仲裁没有共识·····	110
三、不同仲裁机构关于合并仲裁的具体规则差异较大·····	111
第四节 我国合并仲裁制度的完善·····	113
一、合并仲裁的前提条件·····	114
二、合并仲裁的程序设置·····	117
三、合并仲裁的裁决·····	126
第四章 重新仲裁·····	131
第一节 重新仲裁制度概述·····	133
一、重新仲裁制度的概念与特征·····	133
二、重新仲裁制度设立的理论基础与实践需要·····	135
三、重新仲裁法律制度中的法律关系·····	137
第二节 重新仲裁制度理论问题探讨·····	139
一、重新仲裁与仲裁司法监督·····	139
二、重新仲裁裁决与原仲裁裁决的效力分析·····	144
三、重新仲裁与“一裁终局”基本原则之间的关系·····	147
第三节 重新仲裁制度的域外考察·····	148
一、联合国《国际商事仲裁示范法》·····	148
二、英美法系国家的立法与实践·····	149

4 || 仲裁程序若干问题研究——基于理论前沿和实务规范思考

三、大陆法系国家的立法与实践	151
四、域外重新仲裁制度考察的启示	154
第四节 我国重新仲裁制度现状与问题	156
一、现行法律对重新仲裁制度的规定及其缺陷	156
二、重新仲裁制度在仲裁实践中的运作及其存在的问题	161
第五节 我国重新仲裁制度的完善	165
一、转变观念，确立重新仲裁的优先地位	165
二、重构可发回重新仲裁的标准和具体情形	166
三、重新仲裁制度中具体程序的完善	171
第五章 仲裁第三人	174
第一节 仲裁第三人基本理论	174
一、仲裁第三人概念辨析	174
二、仲裁第三人制度的理论发展	179
三、缺失仲裁第三人制度在实践中造成的问题	182
第二节 仲裁第三人制度的域外考察	184
一、国外仲裁第三人制度的立法概况	184
二、国外仲裁规则对第三人的规定	188
三、域外仲裁第三人制度考察的启示	189
第三节 建立仲裁第三人制度的基础和原则	190
一、建立仲裁第三人制度的基础	190
二、建立仲裁第三人制度应该遵循的原则	196
第四节 仲裁第三人制度之程序构建	198
一、仲裁第三人界定及分类	198
二、当事人意思自治及仲裁庭决定权	203
三、仲裁第三人的权利及义务	208

四、相关制度的建立和完善	212
第六章 仲裁财产保全	216
第一节 仲裁财产保全制度概述	216
一、仲裁财产保全的概念、属性及分类	216
二、仲裁当事人申请仲裁财产保全的构成要件和功能	226
三、仲裁财产保全和民事诉讼财产保全的异同	231
四、我国仲裁财产保全制度的特点	233
第二节 仲裁财产保全制度的中外比较	234
一、国外有关仲裁财产保全的相关立法	235
二、我国仲裁财产保全的相关立法	239
三、中外比较给我们的启示	241
第三节 我国仲裁财产保全制度的问题分析	242
一、没有仲裁前的财产保全制度的相关规定	242
二、财产保全裁决权的主体规定不合理	246
三、仲裁财产保全的裁决机关与执行机关不一致	250
第四节 我国仲裁财产保全制度的完善	254
一、完善仲裁财产保全制度的必要性和紧迫性	254
二、应赋予仲裁机构财产保全裁决权	255
三、仲裁财产保全裁决执行管辖的完善建议	256
第七章 商事仲裁证据规则	260
第一节 商事仲裁证据规则概论	261
一、商事仲裁证据规则的概念与特征	261
二、商事仲裁证据规则应体现的基本原则和价值追求	266
第二节 商事仲裁证据规则的域外考察	269

一、商事仲裁取证中的证据规则	269
二、商事仲裁举证中的证据规则	275
三、商事仲裁质证中的证据规则	278
四、商事仲裁认证中的证据规则	280
第三节 我国商事仲裁证据制度存在的主要问题	284
一、仲裁证据规则在立法上存在的主要问题	284
二、取证规则方面存在的主要问题	286
三、举证规则方面存在的主要问题	287
四、质证规则方面存在的主要问题	291
五、认证规则方面存在的主要问题	292
第四节 构建和完善我国商事仲裁证据规则的几点建议	294
一、仲裁立法上的建议	294
二、取证规则方面的建议	296
三、举证规则方面的建议	297
四、质证规则方面的建议	300
五、认证规则方面的建议	301
第八章 仲裁与诉讼的衔接机制	303
第一节 仲裁与诉讼相衔接的基本理论	303
一、仲裁与诉讼的法律特点与功能	303
二、仲裁与诉讼相衔接的现实意义	306
三、司法对仲裁监督的基础	307
第二节 仲裁程序中仲裁与诉讼的衔接	310
一、仲裁管辖权的衔接	310
二、仲裁证据保全中的衔接	314
三、仲裁财产保全中的衔接	318

第三节 撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决中的衔接机制	324
一、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决	324
二、重新仲裁	332
第四节 仲裁与诉讼的其他衔接机制	338
一、建立裁决前的沟通机制	338
二、法院支持调解与仲裁相结合	344
三、建立司法建议仲裁制度	348
四、加强法院与仲裁机构的定期意见沟通，提高仲裁的 办案质量	349
参考文献	351
后 记	368

导 论

仲裁程序正义既是实体正义的重要保证，也是仲裁法律制度的一个基本价值目标，探索仲裁程序的完善和健全，是仲裁法学研究的一个重要内容。

仲裁作为一种非公力的社会纠纷解决机制，它的存在及其裁决的执行效力来源于当事人的自主选择，仲裁从管辖、程序适用、准据法的选择等均充分贯彻当事人意思自治的原则。因此，仲裁程序不能像诉讼程序一样，由国家法律给予统一的具体规定，国家仲裁法只是针对仲裁的申请、受理、组庭、审理、裁决等基本的程序环节做出原则性的规定，而具体的程序规则则授权仲裁机构自行做出规定。如《中华人民共和国仲裁法》第75条就规定：“中国仲裁协会制定仲裁规则前，仲裁委员会依照本法和民事诉讼法的有关规定可以制定仲裁暂行规则。”这就为我们对仲裁程序的理论研究和实践探索提供了广阔的空间。

本书涉及了仲裁实务中8个具体的程序问题。其中一部分是我国仲裁法根本没有规定，对其是否可以在我国商事仲裁中适用理论上争论较大，没有形成共识，实践中还没有正式规则化的程序，如：缺席仲裁、合并仲裁、仲裁第三人制度等；一部分是我国仲裁法有原则性规定，但对其功能定位、适用原则等存在理论上的分歧，在实践操作中各地差异很大，缺乏应有的规范和统一的程序规则，如：仲裁调解、仲裁财产保全制度、仲裁证据规则、重新仲裁、仲裁与诉讼的衔接机

制等。对于前一类问题，我们的重点在于从理论上和域外立法方面论证其存在的合理性、必要性及其可行性，所以对其在学术上争论的梳理和辨析相对较多；对于后一类问题，我们则侧重于具体操作规则规范化方面的论证。

本书的研究思路是：首先是对该程序的概念界定、法理依据、功能定位等进行理论上的辨析；其次是相关的域外立法和实务考察，包括联合国的有关法律文件、相关国际条约和相关国际组织的仲裁规则（如：《联合国国际商事仲裁示范法》《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》《纽约公约》《国际商会仲裁规则》等），以及世界各国、各地区的仲裁立法和仲裁实践基本情况的归纳分析；再次是该程序在我国的立法及其具体仲裁实务中适用状况及其问题的分析；最后我们根据该程序的特点和功能，依据我国现行法律系统，参考国际商事仲裁和世界各国各地区国内仲裁的成功经验，针对我国仲裁实务中的具体问题，提出我们对该程序在我国的建立或完善的设想。

基于我们自身管见的认识，我们认为本书的创新意义或学术价值主要在于：对多年来我国仲裁法学界和实务界关于仲裁程序的理论研究和实践探索的主要问题进行了一次系统的梳理，做出了我们的诠释，并且在中外比较的基础上对仲裁程序的完善提出了我们的一些见解和意见。它对相关问题的理论研究和实务上的规则完善以及实践操作均有一定的参考意义。

第一章 仲裁调解

我国正处于社会转型时期，社会经济发展迅速，商业活动不可避免地产生诸多纠纷矛盾，仅通过诉讼这种方式解决纠纷已经无法满足现实需要，整个社会需要多元化的纠纷解决方式，让当事人解决纠纷时可以有更多的选择。有纷争就一定要解决，怎样才能有效化解纷争，真正做到为民服务，已经成为整个社会关注探索解决的热点问题。实践中，商事仲裁、调解等多种替代性非诉纠纷解决机制已经发挥了不可或缺的作用。其中商事仲裁在替代纠纷解决途径（ADR）中居于显著地位，其有着相对成熟的法律制度且仲裁裁决具有终局性，是一种非常有效的社会救济途径；调解是一种由当事人协商且同意共同选择的纠纷解决方式，它的操作方式相当灵活，易于缓和当事人的对立情绪，且若是调解成功了，达成调解协议，当事人更容易履行义务，避免了执行难的问题。因此，仲裁中调解制度吸收了仲裁与调解的优点，发挥它们的整体价值功能有效地化解了当事人之间的纠纷，使得争议得以及时、有效地解决。由此仲裁中调解制度，在世界范围内被予以重视。它是双方当事人合意选择的纠纷解决方式，在调解成功后，不仅避免了双方当事人的对立情绪，使其可能仍保持其良好的合作关系，也确保了案件可执行性。除解决当事人纠纷外，仲裁中调解制度还实现了其他多种价值：客观上帮助法院减少诉讼压力、有效化解社会矛盾避免冲突、缓和当事人关系促进了社会和谐等。特别是针对对外贸易规模壮大与快速发展所引发的国际纷争，与作为公立救济手段的民

事审判相比，商事仲裁中调解利用的是民间力量来解决私人纠纷，有利于回避政府对国内外的政治风险和冲突，促进了国际间经济贸易的发展和社会的和谐稳定。随着社会经济的发展，这种纠纷解决模式已经走出行业、跨越了地域和行政级别限制，显示出越来越强大的生命力。但是，由于相应规则、制度的缺失和滞后，在实践中面对纷繁复杂的纠纷，商事仲裁中调解的缺陷也日趋显露，阻碍了其优势功能的发挥。因此，为了适应现实中国内外对这一多元化纠纷解决机制的需求，更好地发挥商事仲裁中调解的优势和作用，完善商事仲裁中调解的相关规则和制度便迫在眉睫。

第一节 仲裁中调解制度的基本理论

一、仲裁中调解制度概述

仲裁中调解制度是替代性纠纷解决办法（Alternative Dispute Resolution 简称ADR^①）的其中一种，在纠纷解决的实践中发挥着重要的作用，目前已经被广泛运用到国际社会的经贸往来中，其逐渐趋于规范化、制度化。

（一）仲裁中调解制度的含义

一般来说，学者将仲裁中调解制度的概念区分为广义和狭义，所指向的具体含义是不同的。仲裁中调解制度，从广义上讲，泛指多种仲裁和调解相结合的非诉讼制度。例如：仲裁程序之外的调解、仲裁

^① 泛指除了诉讼审判外解决纠纷的各种方法、程序和制度。

程序中的调解等；从狭义上讲，专门指启动仲裁程序后，在仲裁程序中进行的调解，即双方当事人为了解决他们之间的纠纷，依照仲裁协议将案件提交仲裁机构申请仲裁，在启动了仲裁程序之后，取得双方当事人的一致同意，由仲裁庭对当事人进行调解。调解成功，那么当事人既可以选择撤销仲裁申请，亦可向仲裁庭申请据双方达成的调解协议内容制作仲裁调解书或裁决书；调解没有成功，则回归仲裁程序由仲裁庭对争议做出裁决。

本书研究的“仲裁中调解制度”指的是把仲裁和调解两种程序结合起来的多种 ADR 制度，不局限于指在启动仲裁程序后进行的调解。仲裁中调解制度是在实践中被使用最多的纠纷解决方式，它取长补短、充分发挥了仲裁和调解的综合价值效能。它在实践中的常态形式表现为：

1. 先调解后仲裁 (Med - Arb)，这是一种将调解程序前置于仲裁程序的纠纷解决方式。指当事人为了解决纠纷合意决定先行尝试通过调解程序化解纠纷，若是调解失败就进入正常的仲裁程序由仲裁员做出仲裁裁决；或者调解成功后可直接转入仲裁程序向仲裁庭申请依调解协议制作仲裁调解书或裁决书。

2. 影子调解 (Shadow Mediation)^①，这种调解方式同时启动了仲裁和调解两种程序，程序相对繁琐，从一定程度上说，容易造成仲裁机构仲裁资源的浪费。

3. 仲裁中调解 (Arb - Med)，此种方式即为上文提到的对“仲裁中调解制度”的狭义理解，具体表现形式见上文陈述。相关法律、仲裁规则对这种纠纷解决方式的规定相对来说较为完善，保障了其程序的规范、公正。这一方式在实践中的运用很广泛，它更易于被当事人

^① 指当事人为解决争议，先启动仲裁程序，在仲裁程序进行的适当阶段，启动平行的调解程序，由调解员对争议进行调解。调解成功，则了结纷争；调解失败，则该争议经仲裁程序做出仲裁解决。

接受并选择。

4. 仲裁与调解共存 (Co - Med - Arb), 这种方式是把仲裁、调解、影子调解等多种程序结合形成的一个变体。此种方式中虽然调解员与仲裁员角色是不同的, 但是他们必须同时参加仲裁的开庭, 且规定调解员要全程旁听仲裁员开庭, 寻找他们觉得的恰当时机随时对当事人做调解工作; 奇怪的是仲裁员却被禁止出席调解员的私下调解会谈, 但是调解员在调解中获得的秘密却要告知仲裁员。笔者认为整个程序相对复杂, 难以保障仲裁中调解的正义性, 不利于纠纷及时高效地解决。

(二) 仲裁中调解制度的基本原则

一个制度要想得以有效运行, 与其相应的指导原则是必不可少的, 以下即为仲裁中调解制度在实践中顺利进行所遵循的基本原则, 对其起宏观指导的作用:

1. 自愿原则。作为仲裁中调解制度的首要原则, 其充分尊重当事人的意思自治。具体表现为当事人在发生纠纷之后, 是否愿意选择仲裁机构进行调解、什么时候开始调解, 调解的范围、方式以及调解失败后是否继续进行调解程序, 是否可以达成调解协议, 都由双方当事人共同协商决定, 仲裁机构无权且不得进行强迫。

2. 公正原则。仲裁中调解制度追求的公正不仅仅是指程序方面而且也指实体公正, 具体为: 其一, 程序正义。指仲裁机构在解决当事人纠纷时, 确保程序正义是前提, 只有保证了程序公正, 才能给当事人提供一个和谐、公正的调解环境, 促使他们相互谦让, 最终和解。其二, 实体公正。指进行仲裁中调解时应当以满足各方当事人的利益需求为出发点, 同时最大限度减少各方的损失, 不过分倾向于一方, 损害另一方当事人的利益; 调解成功后, 调解协议的内容应该是在公平合理的基础之上。

3. 合法原则。仲裁中调解制度所指的合法包含了程序合法与实体

合法双重内涵，具体为：其一，程序合法。指在解决纠纷运行仲裁中调解程序时应当依照相关法律、法规及规则所规定的方法、步骤、方式等，不得进行违法操作，损害当事人的合法权益。其二，实体合法。指调解人员在权衡当事人利益时，依自身判断所得出的结论应同现行法律追求的价值一致，不得违反现行国家法律，损害国家、集体以及他人的利益。

（三）仲裁中调解制度的价值目标

仲裁中调解制度结合了仲裁和调解的优点，能够实现其更大的价值目标：公正、效益、和谐，最大程度地维护了当事人的利益。与其他调解方式相比，在构建和谐社会中发挥了更为积极的重要作用。

1. 效益价值

仲裁中调解制度在给了当事人处理自己纠纷最大自主权的同时也实现了法律所追求的自由价值和效率价值。其通过较小的成本及时地化解了纠纷，当然地增进了纠纷解决的程序效益价值。首先，与仲裁程序严格强调仲裁要依据事实，符合法律规定公平合理地进行相比较，调解对程序的要求相对来说没有那么严格，它是双方当事人自愿选择协商的。仲裁中调解制度吸收了二者的优点，在调解成功之后达成调解协议就不再需要进行仲裁程序，如此一来显然为当事人节约了仲裁的费用，又避免了转入仲裁程序后为了查明事实、调查证据等而可能增加的费用。再者，调解协议是基于双方当事人自愿协商形成的，当事人更容易认同并且接受调解书的内容，进而自觉履行义务。因此同仲裁员直接做出的仲裁裁决比，调解书的自觉履行率相对较高，从而又为当事人减少了申请强制执行的花费。也避免了对方当事人故意拖延履行义务甚至拒绝履行仲裁裁决所带来的风险。把仲裁与调解两种纠纷解决方法联系起来的仲裁中调解制度使得整体的功能比单独使用其中任何一种都要更有效率，充分体现了其存在的效益价值。