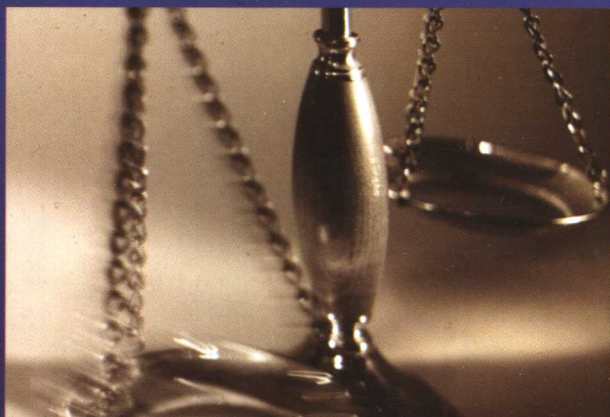


中国政法大学民事诉讼法学系列教材

丛书主编：宋朝武

仲裁法学



ARBITRATION
LAW

杨秀清 史飏 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

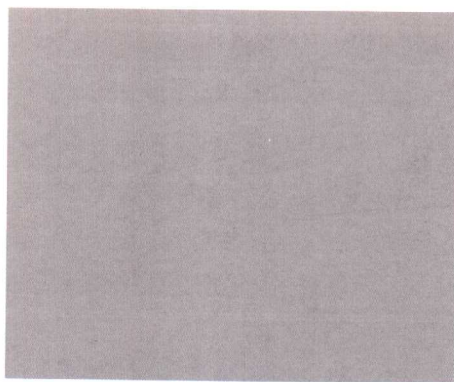
中国政法大学民事诉讼法学系列教材

丛书主编：宋朝武

仲裁法学

ARBITRATION LAW

杨秀清 史 飏 著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

仲裁法学/李秀清,史飏著. —厦门:厦门大学出版社,2007.8

(中国政法大学民事诉讼法学系列教材/宋朝武主编)

ISBN 978-7-5615-2856-3

I. 仲… II. ①杨…②史… III. 仲裁法-法的理论-中国-高等学校-教材
IV. D915.701

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 132905 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门昕嘉莹印刷有限公司印刷

2007年8月第1版 2007年8月第1次印刷

开本:787×960 1/16 印张:17 插页:2

字数:292千字 印数:0001~3000册

定价:23.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

丛书主编简介

宋朝武，男，1952年12月23日出生，山东省陵县人。1986年毕业于中国政法大学研究生院，获法学硕士学位，后获法学博士学位，现系中国政法大学教授，博士研究生导师，中国政法大学民事诉讼法研究所所长，中国政法大学法律专家咨询委员会委员，《中华人民共和国残疾人保障法》修改工作专家组专家，北京市人民检察院第二分院专家咨询委员会委员。主要著作：《民事诉讼法学》、《应用民事诉讼法学》、《民事证据法学》、《民事诉讼法教学案例》、《仲裁法学》、《中国仲裁制度：问题与对策》、《仲裁法理论与适用》、《仲裁法学案例教程》，并在《中国法学》、《法学评论》、《政法论坛》等刊物上公开发表论文50余篇。

丛书总序

21世纪是知识经济的时代,是信息爆炸的时代,这为21世纪中国高等法学教育提供了机遇。中共十六大提出要培养数以亿计的高素质劳动者、数以千万计的专门人才和一大批拔尖创新人才。将军是伟大的,士兵也是可爱和必需的;没有大众支撑的天才和精英,又岂能对社会有所贡献?高等法学教育也应通过阶梯结构的法学人才培养贡献于国家人才战略。近年来,高等法学教育的性质是通识教育还是职业教育的争论陷入二元对立的误区。这二者不是互相对立、不可调和的,而是互相支持、彼此吸收的关系。唯其建构通识为基础,职业为目的的法学教育,才能培养出健全、有用的法律人才。

经过改革开放以来的快速发展,目前我国已有600多家法学院(系),每年培养出超过5万名的法学本科专业毕业生。可以说,我国培养法律人才数量之巨、速度之快堪称世界之最。我们看到,法律职业已经变成人口过于膨胀的职业领域。法律人才供给与市场需求之间的矛盾、数量与质量之间的矛盾是我们目前面临的严峻挑战。要应对挑战,就得转变教育理念,从素质教育出发培养法律人才。更为根本的是提高法律人才质量、优化法律人才知识结构。

“面向市场,春暖花开。”要提高法律人才质量、优化法律人才知识结构,必须面向市场经济的发展,必须面向市场经济对法律职业的期待与需求。作为法学教师,我们所能做的就是在教学方法、教学手段、课程建设和专业设置上作出我们的贡献。我们努力着,也期待着,我们所培养出来的学生,既具有较扎实的理论功底、人文素养,又具有将来从事多种法律职业应当具备的知识结构和把法律问题放到复杂的社会环境和交织的观点冲突中去思辨的能力。他们应当能够运用所学法律知识解决实际问题,以适应建设社会主义法治国家和市场经济的需要。

这些年,法学教学改革步子很大。在教学方法上,正在由传统课堂讲授向案例教学、法律诊所式教学等灵活多样的教学方法上发展。在教学手段上,多媒体教学正在发挥越来越重要的作用。相比而言,课程建设和专业设置

上的工作更为根本。

覆盖面广、结构合理是我们在课程建设和专业设置上的基本考虑。所谓覆盖面广,就是所设专业课能够覆盖到目前各法律职业的需求;所谓结构合理,就是专业课设置上遵循由抽象到具体、由本土到域外的认知规律,遵循相邻学科相互支撑规律。这一基本思路在我们这一套教材构成上有充分体现。

民事诉讼法学是研究民事诉讼法的产生、发展及其实施规律的一门重要的法学学科,是教育部规定的法学本科教育十四门核心主干课程之一,是法学专业本科生的一门必修课程。本课程的教学目的是让学生掌握民事诉讼法的基本理论、基本知识和基本诉讼技能,正确理解民事诉讼各种程序的规定,熟悉各种民事诉讼规范,提高运用所学民事诉讼法学知识解决、处理民事纠纷的能力。民事诉讼法学是一门范围广泛、体系完整、内容丰富、综合性高、实务性强的法律学科。为此,本课程还辅之以“民事诉讼实务”、“民事证据法”、“外国民事诉讼法”以及“仲裁制度”和“民事执行法”等选修课程。民事诉讼法学作为法学高等教育的一个重要组成部分,是一门应用性很强的学科,其内容不仅丰富、涉及面广,而且规定明确、具体,具有相应的科学性和系统性。为了深入推进民事诉讼法的教学改革,提高本科教学质量,中国政法大学民事诉讼法研究所组织长期从事民事诉讼法学一线教学的骨干教师,精心编写了《民事诉讼法学》、《民事证据法学》、《外国民事诉讼法》、《民事诉讼法案例教程》、《仲裁法学》、《调解法学》、《强制执行法学》、《公证与律师制度》八本本科生法学教材。

本套教材绝非重复劳作,一方面,它是对教学内容的系统更新。近年来,民事诉讼法学理论研究的势头日渐强劲。本套教材捕捉学科发展的前沿问题,反映最新理论研究动态,以我国现行民事诉讼法和仲裁法等法律、法规、条例及有关司法解释为基础,力图完整、准确地阐明民事诉讼法学的基本概念和基本原理,并本着理论与实践相结合的原则,注意吸收国内外民事诉讼法学教育、科研的最新成果,注意运用比较生动的案例来阐释民事诉讼法学的理论与制度,力求有所创新。近年来,民事诉讼领域的司法解释出台的速度很快,而且大都是自20世纪80年代以来的民事审判方式改革的“结晶”,对这些司法解释的准确阐释是新的研究对象和新的教学内容。本套教材吸纳《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》、《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》等最新司法解释,力图准确、系统、全面地传达最新的信息。另一方面,这套教材是中国政法大学民事诉讼法研究所老师们教学实践的总结、教学心得的升华。中国政法大学民事诉讼法研究所现有在职教师18人,开设了

“民事诉讼法学”、“民事证据法学”、“民事执行法”、“民事诉讼实务”、“仲裁制度”、“外国民事诉讼法”等课程。这个堪称国内最大的民事诉讼法学教学、科研群体每学年要承担近2000名本科生的教学任务。这个群体具有较高的职称结构与学历层次,也具有高度的责任心与奉献精神,多年来兢兢业业,苦心琢磨教学规律,深受学生的肯定与好评。

本系列丛书比较完整地体现了“大”民事诉讼法学的教学体系与课程结构,就其特色而言:

《民事诉讼法学》是本系列教材的核心与基础,由绪论、总论、民事诉讼通常审理程序、民事诉讼特殊审理程序、民事执行程序、涉港澳台民事诉讼程序与区际民事司法协助、涉外民事诉讼程序七篇构成。该书以简洁明快、通俗易懂的语言阐释我国民事诉讼的理论和制度。该书内容体现了民事诉讼法规范最新的变化与发展,反映了当前民事诉讼法学理论研究的前沿动态,具有前沿性、启发性。

《民事诉讼法案例教程》在案件素材所构建的特定话语系统中,辅之以焦点问题,以期给读者更大的分析与思考的空间,并通过精当的法理精析,旨在使读者能够正确理解民事诉讼法理、立法背景以及民事诉讼程序的基本运行规律。基于以案促教、以案说法、以案释理的要旨,本书所选案例,时效性强、涵盖面广,且兼顾典型性、针对性、适用性和生动性。

《外国民事诉讼法》有三大特点:第一,本书以不同法系典型国家的民事诉讼法为主线,选取了英、美、法、德、日、俄的民事诉讼制度,学生可以以此为基础了解同一法系中其他国家民事诉讼的相关程序制度;第二,突出了各国民事诉讼制度的改革,使学生了解世界民事诉讼制度改革的发展趋势,并与我国的民事诉讼制度改革相联系;第三,选取了最新的各国民事诉讼的资料。在全国范围内,有关外国民事诉讼法的本科教材少而又少,本教材的编写是一次有益的尝试。

《民事证据法学》秉持学以致用原则,凝聚了我国证据法学研究的最新理论成果,系统阐释了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》所带来的民事证据规范的发展与更新。本书体现了实用性和理论性的结合,凸显了民事诉讼证明实践中的流程和关键环节。

《仲裁法学》以仲裁制度为主线,系统阐释了仲裁制度的基础理论、仲裁程序、仲裁的执行与监督、国际商事仲裁。本教材既反映了我国仲裁立法的基本内容,又兼顾了仲裁理论界的最新研究成果;既涉及对仲裁理论制度的阐释,又涉及对仲裁实践中具体问题的分析,有利于高等法学专业的教学与学生学

习。

《调解法学》系统阐述了解调解学(包括诉讼调解和非诉讼调解)的原理、特点、规则、应用等方面的内容,对我国现行诉讼调解和非诉讼调解进行了比较全面的梳理和总结,对与调解学相关的概念、制度进行了区分和比较,对与调解相关的纠纷解决制度作了介绍,并对它们之间的关联关系进行了阐述和分析,将调解置于传统的纠纷解决方式和现代ADR(替代性纠纷解决方式)体系中观察,具有时代意义。

《强制执行法学》以我国现有的强制执行法律规范为基础,吸收强制执行理论研究的最新成果,详尽阐述了强制执行法的理论、原则、程序与方法,同时借鉴国外和其他地区的立法经验,对我国强制执行法的完善提出了立法建议。该书法理阐释深刻,对现行法律规范的分析全面,理论与应用并重,现实与前瞻结合,是一本专著性教材。

《公证与律师制度》一书主要具有三个特点:一是内容新。本书以全国人大常委会2005年颁布的《公证法》和2001年修订的《律师法》为依据,结合司法部新近发布的行政规章,对法律规定的最新内容作了详细具体的介绍。二是内容全。本书对公证、律师制度的各个方面都作了简明扼要的介绍,有利于读者全面、准确地掌握相关法律知识。三是注重理论联系实际。公证、律师制度均分为制度和实务两个部分,既具有理论性,又具有较强的实用性,便于读者理解和运用。

本套教材的出版得到厦门大学出版社的大力支持和帮助,在此表示衷心的感谢。

尽管我们编写这套民事诉讼法学教材时经过长期酝酿和反复推敲,但由于作者水平有限,缺点、错误在所难免,恳请同行、读者批评指正。

宋朝武

2007年8月1日

目 录

丛书总序

第一编 仲裁制度的基础理论

第一章 仲裁法学导论	(1)
第一节 仲裁的概念与法律性质	(1)
第二节 仲裁制度的演进	(9)
第三节 仲裁制度的理论基础	(17)
第四节 仲裁的基本分类	(20)
第五节 仲裁法学与仲裁制度	(26)
第二章 仲裁法	(31)
第一节 仲裁法概述	(31)
第二节 仲裁范围	(33)
第三节 仲裁法的基本原则和基本制度	(39)
第三章 仲裁规则	(44)
第一节 仲裁规则概述	(44)
第二节 仲裁规则的内容与作用	(45)
第三节 仲裁规则的确定	(47)
第四节 仲裁规则与仲裁法的关系	(49)
第四章 仲裁组织	(51)
第一节 仲裁协会	(51)
第二节 仲裁机构	(53)
第三节 仲裁庭	(58)
第五章 仲裁员	(62)
第一节 仲裁员的任职资格	(62)
第二节 仲裁员的行为	(65)
第三节 仲裁员的回避	(72)
第四节 仲裁员的责任	(74)

第六章 仲裁协议	(80)
第一节 仲裁协议概述	(80)
第二节 仲裁协议的形式	(88)
第三节 仲裁协议的内容	(94)
第四节 仲裁协议效力的认定	(105)
第五节 仲裁协议的法律效力	(112)
第六节 仲裁协议的独立性	(121)

第二编 仲裁程序

第七章 仲裁程序的启动	(125)
第一节 仲裁参加人	(125)
第二节 仲裁申请	(131)
第三节 仲裁受理	(133)
第四节 仲裁答辩与反请求	(135)
第五节 仲裁庭的组成	(137)
第六节 仲裁管辖权异议	(140)
第八章 仲裁的审理程序	(144)
第一节 仲裁审理概述	(144)
第二节 审理的方式	(145)
第三节 仲裁审理中特殊情形的处理	(147)
第四节 仲裁调解与和解	(151)
第五节 仲裁审理程序与民事诉讼审理程序的比较	(156)
第九章 仲裁裁决	(158)
第一节 仲裁裁决概述	(158)
第二节 仲裁裁决的作出	(163)
第三节 仲裁裁决的效力	(166)

第三编 仲裁的司法支持与监督

第十章 仲裁司法支持与监督概述	(169)
第一节 仲裁司法支持与监督的含义与必要性	(170)
第二节 仲裁司法支持与监督的范围	(174)
第三节 仲裁司法监督的法律后果	(186)

第十一章 仲裁保全	(189)
第一节 仲裁财产保全.....	(189)
第二节 仲裁证据保全.....	(195)
第十二章 仲裁裁决的执行	(198)
第一节 我国仲裁机构的仲裁裁决在中国大陆的执行.....	(198)
第二节 仲裁裁决在中国大陆与香港、澳门、台湾之间的协助执行.....	(201)
第三节 仲裁裁决承认与执行的国际司法协助.....	(208)
第四节 仲裁裁决的不予执行.....	(211)
第十三章 撤销仲裁裁决	(218)
第一节 申请撤销仲裁裁决概述.....	(218)
第二节 审理撤销仲裁裁决案件的程序.....	(223)
第三节 撤销仲裁裁决的法律后果.....	(227)
第四节 现行撤销仲裁裁决制度的缺陷以及完善.....	(228)
第五节 撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决的关系.....	(230)
第十四章 国际商事仲裁导论	(234)
第一节 国际商事仲裁概述.....	(234)
第二节 国际上的主要商事仲裁机构.....	(238)
第三节 国际商事仲裁中的法律适用.....	(248)

第一编 仲裁制度的基础理论

第一章 仲裁法学导论

第一节 仲裁的概念与法律性质

一、仲裁的概念与特征

(一) 仲裁的概念

自有人类社会以来,各平等主体之间在进行社会交往的过程中,由于各种利益的冲突以及观念的差异,必然导致各种社会纠纷特别是民商事纠纷不断发生。大量而经常的民商事纠纷的存在,不仅极大地损害了人们之间的和谐与社会秩序的稳定,导致人们的权益无法正常实现;而且如果纠纷得不到及时解决,则可能导致矛盾激化,影响人们之间的正常社会交往,甚至可能引发社会动荡。因此,为了解决民商事纠纷,回复正常的社会秩序,纠纷的解决方式日益受到社会的广泛关注和重视。就解决民商事纠纷的方式而言,人类社会早期主要是自力救济方式,随着社会的发展,纠纷所涉及的利益越来越复杂,当自力救济难以适应纠纷解决的社会需要之时,人们便转而寻求社会救济或者公力救济。其中,作为社会救济的主要形式,仲裁不仅是一种古老的制度,而且是一种非常重要和有效的纠纷解决方式,特别是在民商事领域,其作用尤为显著。

在汉语中,从字义上讲,“仲”即地位居中,“裁”即衡量、判断。可见,“仲裁”二字的基本含义为“居中判断”,即由地位居中的人对争议事项公正地作出判断。因此,仲裁在中国亦称“公断”,但现在则通用“仲裁”一词。在英语里,

与之对应的词是 arbitration,基本含义也是居中裁决。作为一个法学概念,仲裁是指当事人各方通过自愿协商,合意将有关争议提交非司法机构的第三者居中进行审理,并作出对争议各方均有约束力的裁决的一种纠纷解决制度。

(二)仲裁的特征

仲裁作为一种解决民商事纠纷的具有民间性的古老而重要的法律制度,现在已经被世界大多数国家的国内立法以及一些国际条约所确认,这是因为仲裁与和解、调解、诉讼等其他纠纷解决方式比较,具有以下特征:

1. 自主性

自主性也称为自愿性,是仲裁最主要的法律特征。当事人的自主性具体体现在以下诸多方面:第一,一项争议发生之前或者争议发生之后,是否将其提交仲裁解决由当事人自主决定;第二,将哪些争议事项提交仲裁解决由当事人自主决定;第三,将争议事项提交哪一个仲裁机构进行仲裁由当事人自主选择;第四,仲裁庭的组成形式以及具体组成人员由当事人自主选定;第五,仲裁审理方式可以由当事人自主协商选择。此外,在仲裁实践中,当事人还可以自主协商选择仲裁地点以及仲裁所适用的法律等。自主性也是契约自治原则在仲裁活动中的必然要求和充分体现,对此,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《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。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。

2. 灵活性

作为解决民商事纠纷的民事程序制度之一,仲裁不像诉讼那样需要受到各种各样法律程序的严格约束,基于自愿原则,当事人可以协议选择仲裁庭的组成形式、仲裁审理的方式以及开庭的方式等,并且仲裁程序中很多具体环节,如裁决书的内容等也可以依当事人的自愿协议而被简化。此外,在仲裁程序中,各种时限以及法律适用等方面也都具有很大的灵活性。

3. 专业性

由于仲裁所解决的纠纷属于民商事纠纷,往往会涉及各种不同领域专业技术性极强的经济贸易和技术问题,因此,各仲裁机构都聘任法律、经济贸易、保险、运输和海事等专业领域的专家作为仲裁员,并按专业设置仲裁员名册,供当事人选择。这样既可以保证仲裁案件得到及时、公正的解决,又可以维护当事人的合法权益。

4. 快捷性与经济性

仲裁的快捷性即仲裁具有迅速、及时的特点,而仲裁的经济性即仲裁具有费用低廉的特点。首先,仲裁实行一裁终局的制度,相对于实行多审级的诉讼

制度^①而言,由于仲裁简化了解决有关争议的程序,缩短了审理期间,加快了裁决速度,从而在提高争议解决效率的同时大大降低了解决争议所需要的费用。其次,仲裁所具有的专业性可以保障双方当事人及时选定具备解决争议所需相关专业知识的仲裁员,有利于加快对争议案件事实的认定以及裁决的作出,提高仲裁效率的同时也就降低了仲裁的成本。再次,仲裁费用一般要比诉讼费用低。

5. 保密性

仲裁所解决的纠纷案件属于商事纠纷,这就决定了许多纠纷案件可能涉及当事人的商业秘密。仲裁的保密性主要表现为:首先,仲裁审理案件,以不公开审理作为原则。其次,实行协议仲裁制度国家的有关仲裁立法和仲裁规则基本上都规定了仲裁员以及相关人员的保密义务。这样,一方面可以保护当事人的隐私、商业秘密等,另一方面可以避免因仲裁程序的进行而引起的敌对情绪,使双方当事人能够继续保持友好的关系,以便他们今后的继续交往与合作。

6. 独立性

依主要国家仲裁立法的通行做法,仲裁机构独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系;而且仲裁机构相互之间也彼此独立,相互不隶属。此外,这种独立性还表现在仲裁庭作为争议案件的审理与裁决者具有独立的地位,也就是说,即使在机构仲裁的情况下,仲裁庭独立于仲裁机构而对争议案件进行审理并作出裁决。

二、仲裁的法律性质

(一) 国际社会关于仲裁法律性质的理论

仲裁的性质,即仲裁所具有的本质属性,是仲裁理论中非常重要而又复杂的问题之一,因为对仲裁如何定性,往往直接影响一国法律对仲裁的态度。因此,自从现代意义上的仲裁制度诞生以来,仲裁的性质一直是中外学者关注和探讨的问题。早在1937年,A·贝尔纳曾述及三种理论:依第一种学说,是将仲裁协议书和裁决分开,将裁决看做普通法院作出的判决;依第二种学说,把仲裁协议和裁决看做是同一协议的两个方面,裁决具有契约性,不能看做判决(judgement);第三种学说可被认为是前两种学说的中介说,该学说认为,在裁

^① 我国实行两审终审的审级制度,而英美法系与大陆法系的主要国家,如英国、美国、德国、日本等均实行三审终审的审级制度。

决需要普通法院下达执行令予以执行的范围内,裁决才可归属于法院的判决。^① 虽然关于仲裁的法律性质,至今尚未形成一种能够为国际社会所普遍接受的观点,但是,在 A·贝尔纳学说的基础上,经过学者们的探讨与发展,关于仲裁的法律性质主要形成以下几种较为有代表性的理论。

1. 司法权理论

司法权理论(Jurisdictional Theory)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。仲裁虽然源自当事人之间的仲裁协议,但是仲裁协议的效力、仲裁员的权力和仲裁裁决的效力及执行等则只能源自国家立法的认可。如果没有国家立法的认可与国家司法权的让与,不承认仲裁协议的效力以及仲裁庭对于当事人提请仲裁的争议事项所作出仲裁裁决的效力,则仲裁是无意义的。由此可见,该理论在承认仲裁源自当事人之间仲裁协议的同时,又主张仲裁的效力源于仲裁进行地和仲裁裁决执行地国家的司法权。

司法权理论的根据是:判案(adjudication)通常是由国家设立之国家法院实施的一种主权职能(sov^{er}ign function)。当事人只能在仲裁地法明示允许或默示接受的范围内提交仲裁。同理,在仲裁员拟进行仲裁的国家里,如果没有该国家主权权力的授权,仲裁员则无权行为,在没有这种授权的情况下,该裁决将没有效力。^② 因此,进行仲裁是基于法律的授权,仲裁庭是国家司法组织的组成部分之一,仲裁裁决与法院判决具有同样的法律效力。仲裁员和法官都必须根据法律和良知作出判断,都必须尊重和坚持本国法的基本原则,两者唯一的区别就在于前者的任命直接来自于国家主权,而后者的任命则是由当事人作出的。

司法权理论的提出和实行,促进了仲裁的法律化,使仲裁协议的效力、仲裁员的权力以及仲裁裁决的执行均得到了国家法律的有效保障。但是,该理论过分强调仲裁地法的作用,对当事人和仲裁员的自主权作出了较大的限制,因为该理论要求仲裁裁决的作出均必须遵从仲裁进行地国家的法律,其结果是仲裁必须适用仲裁地国的程序法和冲突规则,这就势必将仲裁与司法主权不适当地连在一起,忽视了仲裁作为一种民间性纠纷解决制度的独特性。

^① [英]J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1973, pp. 51~52. 转引自韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社 2000 年版,第 34 页。

^② 韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社 2000 年版,第 35 页。

2. 契约理论

契约理论(Contractual Theory)认为,仲裁是一种契约性质的行为。仲裁员的权力不是源自法律授权,而是源自当事人的协议授权,因为当事人之间的争议是否通过仲裁方式予以解决以及仲裁地点、仲裁语言、仲裁庭的组成、仲裁程序的进行、仲裁所适用的法律等,都是由当事人之间协商决定的。当然,契约理论也经历了一个由传统理论到现代理论的逐渐发展与完善的过程。

契约理论的传统观点认为,仲裁员的权力源自于双方当事人之间的协议,所以,仲裁员实际上是双方当事人的代理人。仲裁裁决是双方当事人授权仲裁员作出的,换句话说,仲裁裁决就相当于作为代理人的仲裁员代表双方当事人订立的一种协议,该协议对双方当事人均有约束力。

20世纪后,现代契约理论对传统观点进行了扬弃,摒弃了仲裁员是当事人的代理人的说法,认为仲裁属私法或债法领域而非公法领域,本质上仍然是私权、是合同性质的。仲裁协议和仲裁裁决均属合同约束力的范畴,来自“当事人的合约必须守信执行”这一原则。^①法国学者尼布耶那曾就此评述道:“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身份作出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

契约理论反映了仲裁的本质特征,即仲裁来源于当事人之间的合意。以仲裁方式解决当事人之间的纠纷,实际上是当事人对其民事权利的自由处分,属于私法的范畴。契约理论肯定了当事人在选择支配其关系的法律方面具有高度的自治性,合理揭示了仲裁的本质特征,具有现实意义,特别是现代契约理论。但是,该理论忽视了国家法律对于仲裁的强大影响,因为各国法律不仅对仲裁的范围进行了一定的限制,同时,仲裁裁决的强制执行等也需要得到有关国家司法的支持和监督。

3. 混合理论

^① 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11~12页。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64~65页。

^② [法]Niboyet, *Traite de droit international prive francais* (《法国国际私法论》), 1950, para 1284. 转引自韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第36页。

混合理论(Mixed or Hybrid Theory)试图克服司法权理论和契约理论的片面性,认为绝对的司法主义或绝对的契约主义都不能全面地揭示仲裁的本质并解释仲裁所具有的特征,因此主张仲裁兼具有司法和契约的双重性质。这一观点得到许多学者的支持,在仲裁理论中具有较大的影响。

该理论认为,仲裁起源于双方当事人之间的契约,仲裁的提起、仲裁员的选定、仲裁庭的组成、仲裁程序的进行、仲裁裁决的执行等都依赖于双方当事人之间的协议;但与此同时,仲裁又不能超越有关国家的法律,需要从仲裁协议执行地和仲裁裁决执行地国家获取司法效力。索瑟·霍尔在阐述混合理论时认为,仲裁不能超越所有法律体系,总存在一些能确定仲裁协议的效力和裁决可执行性的法律。同时他也现实地承认,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。因此他认为仲裁契约和司法因素是相互关联和不可分割的。索瑟·霍尔将仲裁的性质确定为“一种混合的特殊司法制度。它起自于当事人的协议,并从民事法律中获取司法效力。”^①可见,国家司法权和当事人的契约权并非相互对立,而是可以协调的。当事人有权在法定范围内订立契约,当然有权在法定范围内构建仲裁的形式与内容,如果当事人依法约定仲裁,则当事人的契约行为必然受到法律的保护和支持。这种互动的关系体现了仲裁的契约性因素与司法性因素的有效结合,保证了仲裁的生命力。^②

4. 自治理论

仲裁具有独立性质是由鲁贝林·德维丝提出并继而发展起来的理论,他认为只有考察仲裁的效用和目的,才能确定仲裁的真实性质。鲁贝林·德维丝评述道:“问题是应该知道仲裁是否在司法性和契约性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和约或司法体系,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

^① [法] Sauser-Hall, *L'arbitrage en droit international privé* (国际私法上的仲裁), *Annuaire de L'institut de Droit International* (载于《国际法协会年鉴》), 1952, p. 469. 转引自韩健著:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》, 法律出版社 2000 年版, 第 38 页。

^② 混合理论得到了许多学者的支持, 具有较大的影响。在我国, 持该观点的学者也占大多数。See A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1991, p. 8; A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U. S. and West German Law*, 1989, p. 60. 黄进主编:《国际私法与国际仲裁》, 武汉大学出版社 1994 年版, 第 137~139 页。