

21世纪法律教育互动教材·专业课系列

# 仲裁法学

乔欣 著

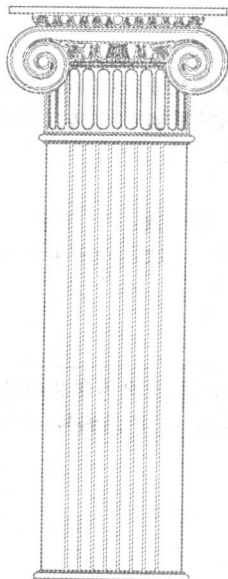


清华大学出版社

21世纪法律教育互动教材·专业课系列

乔欣 著

# 仲裁法学



清华大学出版社  
北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13501256678 13801310933

### 图书在版编目(CIP)数据

仲裁法学/乔欣著.—北京：清华大学出版社，2008.1

(21世纪法律教育互动教材·专业课系列)

ISBN 978-7-302-16576-7

I. 仲… II. 乔… III. 仲裁法—法的理论—教材

IV. D915.701

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 188408 号

责任编辑：张德军

责任校对：宋玉莲

责任印制：何 芊

出版发行：清华大学出版社 地 址：北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编：100084

[c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

社 总 机：010-62770175 邮购热线：010-62786544

投稿咨询：010-62772015 客户服务：010-62776969

印 装 者：北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：185×230 印 张：14.75 字 数：281千字

版 次：2008年1月第1版 印 次：2008年1月第1次印刷

印 数：1~3000

定 价：24.00元

---

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题，请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话：(010)62770177 转 3103 产品编号：023089-01

# 目 录

<b>第一章 仲裁概述</b> .....	1
第一节 仲裁制度的产生和发展 .....	1
第二节 仲裁的含义和类型 .....	5
第三节 仲裁的性质 .....	10
第四节 仲裁与民事诉讼 .....	16
◆配套测试 .....	19
<b>第二章 仲裁法概述</b> .....	22
第一节 仲裁法的含义及特点 .....	22
第二节 仲裁范围 .....	25
第三节 仲裁法的基本原则与制度 .....	32
◆配套测试 .....	36
<b>第三章 仲裁组织与仲裁员</b> .....	39
第一节 仲裁协会与仲裁委员会 .....	39
第二节 仲裁庭 .....	43
第三节 仲裁员 .....	54
第四节 仲裁规则 .....	62
◆配套测试 .....	65

<b>第四章 仲裁协议</b> .....	68
第一节 仲裁协议概述 .....	68
第二节 仲裁协议的有效要件 .....	72
第三节 仲裁协议的内容 .....	75
第四节 仲裁条款的独立性 .....	81
第五节 仲裁协议的效力 .....	88
◆配套测试 .....	92
<b>第五章 仲裁程序</b> .....	100
第一节 仲裁当事人与代理人 .....	100
第二节 仲裁的申请与受理 .....	107
第三节 仲裁请求与反请求 .....	111
第四节 仲裁保全 .....	115
第五节 仲裁审理 .....	124
第六节 仲裁中的简易程序 .....	135
◆配套测试 .....	138
<b>第六章 申请撤销仲裁裁决</b> .....	147
第一节 申请撤销仲裁裁决的含义及条件 .....	147
第二节 申请撤销仲裁裁决的理由 .....	149
第三节 申请撤销仲裁裁决的法律后果 .....	154
◆配套测试 .....	159
<b>第七章 仲裁裁决的执行与不予执行</b> .....	164
第一节 仲裁裁决的执行 .....	164
第二节 不予执行仲裁裁决 .....	172
第三节 仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行 .....	178
◆配套测试 .....	180
<b>第八章 涉外仲裁</b> .....	184
第一节 涉外仲裁的概念 .....	184
第二节 涉外仲裁机构 .....	185
第三节 涉外仲裁程序 .....	187

第四节 对涉外仲裁裁决的撤销和不予执行 .....	190
第五节 对涉外仲裁裁决的执行 .....	193
◆配套测试 .....	200
配套测试参考答案 .....	204
后记 .....	228

# 第一章 仲裁概述

## 本章导读

仲裁是现代社会的不可或缺纠纷解决机制,是与民事诉讼并行的纠纷解决方式。它是随着商品经济的发展,社会主体平等地位的确立,自由意志得到认可,以及人与人之间的身份关系逐步转变为理性的契约关系而相应产生和发展的。这种纠纷解决机制以当事人意思自治为首要原则,以仲裁协议为前提条件;以国家法律为依据,以国家司法机关的支持、监督为后盾;以程序的规范性、灵活性和保密性以及裁决者中立的地位作为仲裁公正性的保障,并以仲裁裁决的强制执行性,使当事人之间的纠纷得以最终解决。本章是关于仲裁的概述,在了解仲裁制度的产生与发展的基础上,重点掌握仲裁的含义及特点,以及仲裁与民事诉讼的关系等内容。

## 第一节 仲裁制度的产生和发展

### 一、仲裁制度产生的基础

纠纷的产生是纠纷解决机制设立的基础。在人类历史的不同发展阶段,由于人们的观念不同,社会对解决冲突的要求不同,因而解决社会冲突的手段也不完全相同。人类社会开始以后的相当长时期内,人们所实行的是自力救济,即当人们受到他人侵害时,往往是通过自身的武力迫使对方停止侵害。在这种最原始、最简单的纠纷解决方法无法适应和满足社会的发展时,统治者们便通过法律禁止自力救济,逐步确立了公力救济的纠纷解决模式,诉讼便成为

这种公力救济的象征。诉讼机制的设立,使纠纷的解决更具规范性、权威性和强制性,并成为纠纷解决的最主要方式。

然而,诉讼机制的局限性和人们对纠纷解决机制的更高要求又孕育着新的纠纷解决机制。在否定了原始的自力救济的今天,在冲突双方无法自行消除他们之间的矛盾的情况下,尤其是在人们饱尝了诉讼带给他们的程序烦琐、费时、费力、费钱和由于裁判者不了解某些专业知识而造成不公正裁决的痛苦后,公正、迅速、灵活、经济的纠纷解决方式便成为人们的迫切需求。同时,随着社会商品经济的发展,社会主体的平等地位得到确立,自由意志得到认可,人与人之间原来的身份关系也逐步转变成为理性的契约关系。与此相适应的纠纷解决方式——仲裁,越来越得到人们的承认并予以接受,仲裁制度便由此产生和发展起来了。

虽然仲裁制度的产生在“很大程度上根源于诉讼及其暴力强制的存在”,因为“正是诉讼及其暴力强制的威胁力促成了冲突主体对非诉讼手段的选择”<sup>①</sup>,但更主要的原因还是社会冲突带来了解决冲突的仲裁机制的产生,是社会冲突的加剧和复杂化推动了仲裁机制的发展。当商品经济不断发展,契约自由原则被广泛遵从,尊重当事人的意愿,肯定当事人的主体地位成为民事主体交往中的主流时,要求根据双方当事人的自由意志解决纠纷已成为一种必然。社会环境、经济机制必然造就与之相符合的法律制度,包括纠纷解决制度。商品经济是仲裁制度产生和发展的重要背景,没有商品经济就不可能有仲裁机制,脱离一定的社会环境和经济机制的仲裁机制必然与仲裁的本质相背离。现代仲裁制度也就是在这种大的社会环境和经济环境中得以发展的,它已经不是仅靠道德规范的约束力来解决冲突,更不是乡里族长式的仲裁所能胜任的,它是一种新的更趋于科学和完善的仲裁机制。这种仲裁机制体现出如下几个特点:

- (1) 以当事人意思自治为仲裁的首要原则,以仲裁协议为仲裁的前提条件;
- (2) 以国家法律为仲裁的依据,以国家司法机关的支持、监督为其后盾;
- (3) 以仲裁程序的规范性、灵活性和保密性使其成为公正、及时、迅速地处理社会矛盾和冲突的有机系统,并能有效地维护当事人的合法权益;
- (4) 以双方当事人地位平等,权利义务对等,裁决者中立的仲裁结构作为仲裁公正性的保障;
- (5) 以仲裁裁决的强制执行性,即仲裁裁决所具有的与法院判决同等的法律效力,来保证当事人之间的纠纷得以最终解决。

## 二、西方仲裁制度的确立和发展

仲裁作为一种解决纠纷的方式已有悠久的历史。早在古罗马时期,人们就已经采用仲裁

<sup>①</sup> 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,49页,成都,四川人民出版社,1991。



方式解决纠纷。在罗马法《民法大全》“论告示”第2编中记载了古罗马五大法学家之一保罗的著述：“为解决争议，正如可以进行诉讼一样，也可以进行仲裁。”但仲裁作为一种法律制度却始于中世纪。14世纪地中海各港口所采用的商事法典中已经出现以仲裁解决纠纷的方式。英国在1347年的一部年鉴中也有关于仲裁的记载。14世纪中叶，瑞典的地方法规对仲裁作了明确规定。17世纪末，英国议会制定了第一个仲裁法案，正式承认仲裁制度，并于1889年制定了《仲裁法》，1892年在伦敦成立了伦敦仲裁院。瑞典于1887年制定了第一个仲裁法令，1929年通过了《瑞典仲裁法》和《瑞典关于外国仲裁协议和仲裁裁决的条例》。法国的1807年《民事诉讼法典》、德国1877年的《民事诉讼法典》、日本的1890年《民事诉讼法》也都对仲裁进行了规定。同时，许多国家还相继成立了仲裁机构，如1922年美国成立了美国仲裁协会，1923年法国在巴黎成立了国际商会仲裁院等。就这样，在19世纪末20世纪初仲裁制度逐渐被世界各国的法律所确立，仲裁制度普及于世界各国。

20世纪以后，随着现代工业的发展，科学技术的进步，国际贸易的大幅度增长，特别是契约自由原则在民商事活动中被普遍遵从，商业纠纷迅速增多并且出现国际化、多样化的趋势，这无疑进一步促进了仲裁制度的迅速发展。因此，许多国家通过专门立法或以在民事诉讼法典中作专章规定的形式，先后制定了仲裁法，并很快得到国际社会的承认。但由于各国在仲裁立法上的差异，因此采用仲裁方式解决国际经济贸易争议受到很大阻力。为了缓和这种矛盾，一些国际组织提出了统一各国仲裁法的措施，出现了仲裁立法国际化的趋势。1923年在国际联盟主持下签订的《日内瓦仲裁条款议定书》，第一次在国际上承认仲裁协议的效力；1958年联合国关于《承认和执行外国仲裁裁决公约》即《纽约公约》（以下简称为1958年《纽约公约》）成为有关承认和执行外国仲裁裁决的主要国际公约；1976年在第三十一届联合国大会上正式通过了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》；1985年联合国制定的《国际商事仲裁示范法》已经成为各国制定或修改本国仲裁法的范本。

### 三、中国仲裁制度的建立与发展

中国仲裁制度的建立始于20世纪初，1912年国民政府颁布的《商事公断处章程》被看作我国第一个关于仲裁的专门规定。革命根据地时期和解放区时期也制定了一些有关仲裁的法律。1933年颁布的《中华苏维埃劳动法》确立了以仲裁方式解决劳动争议的法律制度；1943年晋察冀边区行政委员会公布的《晋察冀边区租佃债息条例》也设有“调解与仲裁”的规定；同年发布的《关于仲裁委员会的工作指示》全面规定了仲裁委员会的性质和任务、仲裁委员会的权限及仲裁委员会本身的工作制度等问题。新中国成立后，我国逐步建立了涉外仲裁制度和国内仲裁制度。

我国的涉外仲裁包括国际经济贸易仲裁和海事仲裁。新中国成立初期，为了适应经济发

展的需要,1954年5月,中央人民政府政务院通过了《中央人民政府关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》,对即将成立的对外贸易仲裁委员会的组织、任务、受案范围、程序等作了原则性规定。1956年3月,中国国际贸易促进委员会通过了《中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》,1956年4月对外贸易仲裁委员会正式成立。1958年11月,国务院通过了《中华人民共和国国务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》,1959年1月,贸促会通过了《中国国际贸易促进委员会、海事仲裁委员会仲裁程序暂行规则》,并成立了海事仲裁委员会。这两个涉外仲裁机构在处理国际经济贸易和海事纠纷中发挥了不可替代的作用。

在仲裁法单独立法之前,我国并没有统一的仲裁立法和仲裁制度,国内仲裁制度主要是经济合同仲裁制度,这也成为我国迄今为止历史最长的国内仲裁制度。根据新中国成立后国家所颁布的一系列有关仲裁的条例和仲裁实践,我国的经济合同仲裁先后经过了以下发展阶段。

#### (一) 只裁不审阶段

这一阶段的仲裁主要依据1961年9月中共中央颁布的《国营工业企业工作条例(草案)》、1962年8月国家经济委员会《关于各级经委仲裁国营工业企业之间拖欠债款的意见(草案)》和1962年12月中共中央和国务院《关于严格执行基本建设程序、严格执行经济合同的通知》等相关规定,各级经委主管经济合同仲裁,法院不具有管辖权。仲裁一般是实行两级仲裁体制,但对于特殊的重大项目合同纠纷实行三级仲裁体制,即当事人不服省、自治区、直辖市经委二级仲裁的,还可以向国家经委请求三级仲裁。

#### (二) 先裁后审阶段

结束了十年动乱,特别是党的十一届三中全会以后,处于停滞状态的经济合同仲裁制度得以复苏和发展。1978年国务院发布了成立工商行政管理总局的通知,明确规定工商行政管理部门的主要任务之一是“管理全民和集体企业的购销合同、加工订货合同,调解仲裁纠纷”。1979年8月,国家经委、工商行政管理总局、中国人民银行发出了关于管理经济合同若干问题的联合通知,规定当事人因经济合同发生的争议在协商不成时,任何一方当事人均可以按照合同管理的分工,向对方所在地的县(市)和大中城市的区经委或相应机关、工商行政管理局申请仲裁,对仲裁不服的,可以向上一级合同管理机关申请复议,对复议不服的,当事人还可以向人民法院起诉寻求司法救济。由于仲裁实行的两级仲裁制和诉讼实行的两审终审制,使得先裁后审阶段也被称为两裁两审阶段。

#### (三) 一裁两审阶段

随着1983年《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国经济合同仲裁条例》的颁布实施,我国经济合同仲裁制度得到了进一步的发展。不仅将多头分工仲裁改为了由工商行

政管理局设立的经济合同仲裁委员会统一仲裁,并扩大了经济合同仲裁的范围,而且当事人所发生的纠纷,或裁或审,可以由当事人自己选择。即对所发生的纠纷,当事人既可以请求仲裁,也可以直接向人民法院起诉。同时,对申请仲裁的纠纷,实行一次裁决制,但如果当事人对仲裁裁决不服的,仍然可以向人民法院提起诉讼。

#### (四) 或裁或审,一裁终局阶段

1993年9月,我国对《中华人民共和国合同法》进行了修订,使经济合同仲裁制度发生了根本性的改变。该法规定经济合同关系中的双方当事人可以基于仲裁协议向仲裁机关申请仲裁,仲裁协议具有排除法院管辖权的效力。同时,仲裁实行一裁终局制,即仲裁裁决具有终局的效力,当事人不得就同一争议事实再向其他仲裁机构申请仲裁,也不得向人民法院提起诉讼。当事人双方只有在没有订立仲裁协议的情况下才可以直接向人民法院提起诉讼。

在经济合同仲裁发展的同时,从20世纪80年代开始,我国依据1987年6月颁布的《中华人民共和国技术合同法》、1988年国家科委发布的《技术合同管理暂行条例》、1989年发布的《技术合同法实施条例》和1991年发布的《技术合同仲裁机构管理暂行规定》等发展了技术合同纠纷仲裁;基于1987年7月国务院发布的《国营企业劳动争议处理暂行规定》、1993年颁布的《企业劳动争议处理条例》等使劳动争议仲裁得以确立和发展;基于《中华人民共和国著作权法》以及有关房地产、消费者权益保护的法规,规定了著作权纠纷仲裁、房地产纠纷仲裁和消费者纠纷仲裁等,使我国的仲裁制度不断发展和完善。但是,以往的国内仲裁实质上还是一种行政性质的仲裁,其主要表现为由设在政府行政部门内部的仲裁机构行使仲裁裁决权,解决当事人之间的纠纷。这不仅违背了仲裁的独立性、自愿性、快捷性等特点,也与仲裁的性质相去甚远。

## 第二节 仲裁的含义和类型

### 一、仲裁的概念和特点

#### (一) 仲裁的概念

在汉语中,“仲裁”一词,从字义上讲,“仲”表示居中的意思,“裁”表示衡量、评断、作出结论的意思。按照《现代汉语词典》的解释,“仲裁”就是“争执双方同意的第三者对争执事项作出决定”。

仲裁作为一个法律概念有其特定的含义。尽管在学术界还没有形成统一的概念,但基本含义是一致的。即仲裁是指发生争议的双方当事人,根据其在争议发生前或争议发生后所达成的协议,自愿将该争议提交中立的第三者进行裁判的争议解决制度和方式。根据这一概

念,仲裁具有以下三要素:

- (1) 仲裁是以双方当事人自愿协商为基础的争议解决制度和方式;
- (2) 仲裁是由双方当事人自愿选择的中立第三者进行裁判的争议解决制度和方式;
- (3) 经由当事人选择的中立第三者作出的裁决,对双方当事人具有法律的约束力。

与人民调解和民事诉讼一样,仲裁也是解决争议的一种方式,但仲裁却是非经司法诉讼途径即具有法律约束力的争议解决方式。这一方式不仅广泛运用于民商事争议解决过程中,也同时成为解决劳动争议和农业承包合同纠纷的重要方式,即对于劳动争议和农业承包合同纠纷可以通过仲裁的方式予以解决,而且在我国现在已经形成了劳动争议仲裁和农业承包合同纠纷仲裁。由于劳动争议仲裁和农业承包合同纠纷仲裁与民商事仲裁所存在的差异,根据《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)的规定,上述两种仲裁不受《仲裁法》的调整。因此,在这里我们所讲述的仲裁,如无特别说明,均仅指民商事仲裁。

## (二) 仲裁的特点

作为一种解决财产权益纠纷的民间性裁判制度,仲裁既不同于解决同类争议的司法、行政途径,也不同于人民调解委员会的调解和当事人的自行和解。仲裁具有以下特点:

### 1. 自愿性

当事人的自愿性是仲裁最突出的特点。仲裁以双方当事人的自愿为前提,即双方当事人之间的纠纷是否提交仲裁,交与谁仲裁,仲裁庭如何组成,由谁组成,以及仲裁的审理方式、开庭形式等,都是在当事人自愿的基础上,由双方当事人协商确定的。因此,仲裁是最能够充分体现当事人意思自治原则的一种争议解决方式。

### 2. 专业性

民商事纠纷往往涉及特殊的知识领域,仲裁中会遇到许多复杂的法律、经济贸易和有关的技术性问题,故专家裁判更能体现专业的权威性。因此,由具有一定专业水平和能力的专家担任仲裁员,对当事人之间的纠纷进行裁决,是仲裁公正性的重要保障。根据我国《仲裁法》的规定,各仲裁机构都备有分专业的,由专家组成的仲裁员名册供当事人进行选择,专家仲裁由此成为民商事仲裁的重要特点之一。

### 3. 灵活性

由于仲裁充分体现当事人的意思自治,仲裁中的诸多具体程序都可以由双方当事人自愿协商确定与选择。因此,与诉讼相比,仲裁程序更加灵活,更具有弹性。

### 4. 保密性

仲裁以不公开审理为原则。有关的仲裁法律和仲裁规则也同时规定了仲裁员及仲裁秘书人员的保密义务。因此当事人的商业秘密和贸易活动不会因仲裁活动而泄露。仲裁由此表现出极强的保密性。

### 5. 快捷性

仲裁实行一裁终局制,仲裁裁决一经仲裁庭作出即产生法律效力,当事人不得再提起诉讼或者再申请仲裁。这使得当事人之间的纠纷能够迅速得以解决。快捷性也因此成为仲裁的显著特点。

### 6. 经济性

仲裁的经济性主要表现在:第一,时间上的快捷性使得仲裁所需费用相对减少;第二,仲裁无须多审级收费,使得仲裁费用往往低于诉讼费用;第三,仲裁的自愿性、保密性使当事人之间通常没有激烈的对抗,且商业秘密不必公之于世,对当事人之间今后的商业机会影响较小。

### 7. 独立性

仲裁机构独立于行政机构,仲裁机构之间也无隶属关系。在仲裁过程中,仲裁庭独立进行仲裁,不受任何机关、社会团体和个人的干涉,亦不受仲裁机构的干涉,显示出最大的独立性。

## 二、仲裁的类型

根据不同的分类标准,仲裁可以划分为不同的类型。将仲裁进行分类,对于当事人双方正确选择仲裁机构以及仲裁机构正确运用法律和仲裁规则,具有重要意义。

### (一) 国内仲裁与涉外仲裁

根据仲裁当事人、所发生纠纷提交仲裁的法律关系等要素是否具有涉外因素,仲裁可以划分为国内仲裁和涉外仲裁。

国内仲裁是指本国仲裁机构对不具有涉外因素的国内民商事纠纷的仲裁,即基于一国公民、法人或其他组织之间以及其相互之间在本国内发生的纠纷,由该国仲裁机构进行的仲裁。例如,北京仲裁委员会受理的当事人双方均为中国公民,并发生于国内的合同纠纷仲裁即为国内仲裁。

根据我国法律的规定,依照我国法律成立的三资企业是中国的法人或组织,因此,当属于三资企业性质的法人或组织与国内主体在国内经济活动中发生纠纷,所进行的仲裁为国内仲裁。

涉外仲裁则是指涉及外国或外法域的民商事纠纷的仲裁,即基于公民、法人或其他组织之间以及其相互之间,在涉外经济贸易和海事活动中发生的纠纷而进行的仲裁。例如,中国国际经济贸易仲裁委员会受理的当事人一方是中国公司,另一方是外国公司的仲裁,或者双方当事人均为中国公司,但法律关系的发生、变更或者消灭于外国的仲裁,即为涉外仲裁。这里需要强调的是涉及香港、澳门和我国台湾地区的仲裁案件,即当一方当事人是香港,或者澳门,或者台湾地区的自然人、法人或者其他组织时,该仲裁案件为涉外法域的仲裁案件,视为

涉外仲裁,而非外国仲裁。

涉外仲裁属于国际仲裁,除此之外,国际仲裁还包括外国仲裁。1958年《纽约公约》,将在由一国领土内作出,在另一国请求承认和执行的仲裁裁决称为外国仲裁裁决。<sup>①</sup>

## (二) 机构仲裁和临时仲裁

以仲裁机构的组织形式为标准,即基于当事人是否在常设的专门仲裁机构进行仲裁,可以将仲裁划分为机构仲裁和临时仲裁。<sup>②</sup>

### 1. 机构仲裁

机构仲裁是指当事人协商一致选择常设性的仲裁机构解决其民商事争议的仲裁,即由某一常设的仲裁机构按照固定的仲裁规则(通常是本机构的仲裁规则)来管理和进行仲裁程序。在这种仲裁方式中,有固定的仲裁地点、组织章程、仲裁规则、仲裁员名册以及完备的办事机构和管理制度。机构仲裁拥有一套经过实践检验的成文的仲裁规则,为当事人提供了公开的、可以预见的仲裁机制。另外,机构仲裁还具备管理和监督的功能,一些仲裁机构还对仲裁程序是否正常进行,以及仲裁裁决书的格式进行严格的审查,为当事人提供了一定的组织保障。很多机构仲裁依照既定的仲裁规则和严格的仲裁程序进行,加之规范的管理和合格可信的仲裁人员,在当事人中赢得了良好的声誉,也在客观上增强了当事人对机构仲裁的信任。机构仲裁的出现虽然晚于临时仲裁,但随着仲裁制度的不断发展,机构仲裁已经成为当今世界上最主要的仲裁方式。总的来说,机构仲裁体现了如下优势:

(1) 机构仲裁便于当事人进行仲裁。从事经济贸易活动的主体在协议仲裁条款时只需直接援引常设仲裁机构中固定的、完善的仲裁规则,而不必再重新创造一种新的仲裁规则。

(2) 机构仲裁使仲裁程序的效率具有保障。常设仲裁机构一般都备有供当事人选择的仲裁员名册,方便当事人选择仲裁员,在一方当事人不配合或仲裁员需要替换的情况下,常设仲裁机构可以提供协助。而在临时仲裁中,则只能求助于法院。

(3) 基于机构仲裁,仲裁裁决的质量更具可信性。列入常设仲裁机构名册的仲裁员通常都是经济贸易、技术和法律等方面的专家,在以仲裁方式解决商事争议上有丰富的经验,能够最大限度地保证裁决的质量。另外,如一方当事人经适当通知而拒绝参加仲裁时,仲裁庭可以依据仲裁规则缺席审理并作出裁决。因此,机构仲裁往往比临时仲裁更能取得司法机关的信任,这对于仲裁裁决的执行是有好处的。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 《纽约公约》第1条。

<sup>②</sup> 按照我国《仲裁法》的规定,我国不承认国内仲裁中临时仲裁的合法性,机构仲裁是我国仲裁的唯一合法形式。即在我国当事人只能通过选择仲裁机构申请仲裁。但是对于在外国通过临时仲裁方式作出的仲裁裁决,需要在我国承认和执行时,由于我国是《纽约公约》的参加国,因此不能以上述理由拒绝承认和执行。

<sup>③</sup> 《临时仲裁与机构仲裁》,兰阳译,载《仲裁与法律通讯》,1991(3),50~54页。

(4) 机构仲裁中所涉仲裁费用明确而合理。常设仲裁机构一般都有明确的仲裁费用表,而不像临时仲裁的仲裁费用由仲裁员自己临时决定。

(5) 服务水平较高。常设仲裁机构一般都设有秘书处或类似的机构,提供与仲裁有关的管理与服务,如收转仲裁文件、代为收取仲裁费用、负责安排庭审、提供翻译、通讯、交通等方面的服务。

尽管如此,我们也不能忽视机构仲裁中存在的弊端。如有些机构仲裁的仲裁规则过于死板,程序也显得有几分官僚化,不能根据所面临的具体情况进行调整,在一定程度上有碍于当事人意愿的充分实现。另外,机构仲裁相对于临时仲裁来说,还会收取额外的手续费,有些仲裁机构还不把仲裁预付金(有时这笔金额很大)的利息裁给当事人,而是将这笔款项留为己用,支付其日常开支。这使当事人将纠纷提交仲裁解决的成本大大地提高了,必然会影响当事人选择仲裁的积极性。<sup>①</sup>

## 2. 临时仲裁

临时仲裁是指不由任何已设立的仲裁机构进行程序管理,而是由当事人双方将他们之间的争议提交给他们选定的仲裁员,根据他们自己设计或选定的仲裁规则进行审理并作出裁决的商事仲裁。临时仲裁是仲裁的原始形态,在固定的仲裁机构出现之前,临时仲裁是唯一的仲裁方式。它不依赖于任何常设的仲裁机构和仲裁组织,仲裁庭的组成人员由双方当事人协商确定,在仲裁裁决作出后,临时仲裁庭的使命也就随之终结,继而宣告解散。临时仲裁具有非常突出的特点,具体体现为:

(1) 程序灵活,能够最大限度地满足当事人的意愿,这是其他仲裁形式无法比拟的。在临时仲裁中,双方当事人有较大范围的自主权,可以通过约定使仲裁方式更加适合自己的实际需要。临时仲裁的程序也因为没有固定规则的限制而更能凸显出其灵活性和便捷性。通常与商事仲裁有关的所有事项都可由争议的双方当事人协商约定。

(2) 如果争议双方合作,加上灵活的程序,能够提高仲裁效率和减少仲裁费用的开支,从而使仲裁的经济成本得以有效地降低,更加符合纠纷解决的效率性和经济性的要求。因为双方当事人可以商定省去很多程序或手续,也不需要像机构仲裁那样收取管理服务费。

(3) 更为重要的是,在临时仲裁中,不会出现仲裁所在地仲裁法的规定与某仲裁机构仲裁规则之间的冲突,这为仲裁的顺利进行和仲裁裁决的承认和执行都提供了便利。

但是,临时仲裁也有其难以克服的缺陷。主要表现在:

(1) 临时仲裁虽然给了当事人较大的自主权,但由于缺乏必要的仲裁程序管理和监督,使仲裁中的很多重要事项对当事人之间的合意及协作产生了依赖性。如果当事人在仲裁中

<sup>①</sup> 参见比烈兴:《论仲裁协议——法律和实务中的重要问题》,载《国际商事仲裁文集》,62~63页,北京,中国国际经济贸易出版社,1998。

不能充分合作,临时仲裁就很难顺利地进行下去。

(2) 在仲裁员的选任上,虽然当事人可以完全依照自己的意愿进行,但是,对于绝大多数当事人来讲,很难完全准确地判断仲裁员进行仲裁的资质。这极易造成仲裁裁决的不公正。久而久之,还会使当事人对仲裁裁决的公正性产生怀疑,从而影响仲裁的积极效能的发挥。

为了弥补这一缺陷,1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》正式通过,该规则供临时仲裁庭和从事国际商事活动的当事人选择适用,由于该规则对国际商事仲裁的程序问题规定得比较系统,因而对发挥临时仲裁的优势具有重要作用。

### (三) 依法仲裁和友好仲裁

根据作出仲裁裁决所依据的实体规范的不同,可以将仲裁划分为依法仲裁和友好仲裁。

依法仲裁是指在民商事仲裁中,仲裁庭严格依据一定的实体法律规范对当事人之间的纠纷进行裁决。依法进行仲裁,是世界各国普遍使用的仲裁方式,依这种方式进行仲裁,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,当事人对仲裁程序及仲裁结果具有预见性,仲裁裁决也易被双方当事人接受并得到自觉履行。在仲裁实践中,不论是国内仲裁还是涉外仲裁,机构仲裁还是临时仲裁,其裁决的依据通常都是依法仲裁。因此,依法仲裁是最主要的仲裁类型。

友好仲裁,亦称友谊仲裁、依原则仲裁。是指依据双方当事人的授权,仲裁庭不以严格的法律规范为依据,而是以其所认为的公平的标准作出对当事人具有约束力的裁决。这种公平的标准包括自然公正的原则、商业惯例、公平善良的精神等。尽管友好仲裁具有很大程度的灵活性,但是友好仲裁必须以双方当事人的授权为前提,必须遵循仲裁地法的公共政策和强制性规定。同时,由于仲裁员是以“友好仲裁人”的身份出现,是根据他们所理解的公正、公平原则进行的仲裁,因此,仲裁裁决不可避免地带有一定的主观倾向性。而友好仲裁这种特有的缺陷是一些国家排除或限制这种方式适用的重要原因。

## 第三节 仲裁的性质

### 一、关于仲裁性质的各种理论

仲裁的性质是长期以来一直争论不休的问题。概括起来,在国内外的仲裁理论和实践中,主要有以下几种观点。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,34~41页,北京,法律出版社,2000;乔欣:《仲裁权研究——仲裁程序公正与权利保障》,28~43页,北京,法律出版社,2001;杨荣新主编:《仲裁法的理论与适用》,152~154页,北京,中国经济出版社,1998。



### （一）仲裁的司法权理论

仲裁的司法权理论是强调国家对于仲裁所具有的控制权和调整功能。该理论认为,仲裁虽然来自于当事人的协议,但仲裁协议的效力、仲裁员的仲裁行为、仲裁裁决的承认与执行等方面,其权威性来自于国家的法律,来自于国家授权以及对国家司法权力的分割和让与。因此仲裁具有司法权的性质。

根据该理论,由于司法权是国家所有的权力,是国家授权法院行使的一种权力,因此仲裁具有司法权的属性,实质上就是认为仲裁庭是国家司法组织的一个组成部分。仲裁员的权力来自于当地的法律,仲裁裁决与法院的判决具有同等意义。该种观点的理由是判案通常是由国家设立之国家法院实施的一种主权职能。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。如果没有法律的授权,仲裁员就没有进行仲裁的权力。因此,仲裁制度内在本质的理论依据,来源于国家审判权的授权,从这种意义上说,仲裁裁决也是一种经过授权的法院判决。由此可以看出,主张仲裁具有司法属性,实质上是认为仲裁是司法权的一部分,是国家司法权的一种让与。

### （二）仲裁的契约理论

仲裁的契约理论认为,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,仲裁程序也是根据当事人在协议中的约定确定的,仲裁就是履行当事人之间所订立的关于解决纠纷的协议的结果。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。

仲裁的契约性是基于仲裁来源于双方当事人的授权,即当事人之间存在着一种协议即契约,双方当事人依据自己的愿望和合意使仲裁庭获得仲裁权,从而作出裁决,解决纠纷。同时该理论认为,在仲裁庭与当事人之间也存在着一种契约,这种契约是一种委托代理契约。法国学者尼布耶那(Niboyet)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身份作出裁定是一种真正的委托。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。

仲裁具有契约性的观点与仲裁的司法权观点相对抗,它否认国家对仲裁的影响,否认仲裁权来源于国家法律或司法机构的授权,也否认司法权对仲裁的影响。认为仲裁的本质是根据当事人的意志设立的,法律只是对当事人协议的补充,对仲裁程序的规范。因此,仲裁权的唯一来源是当事人的协议,当事人授权仲裁庭对他们之间的争议进行裁决,所以仲裁员实质上是当事人的“代理人”,仲裁裁决相当于代理人代表当事人订立的一种协议。仲裁庭之所以要按照当事人的意愿行使仲裁权,当事人之所以能够服从仲裁权,履行仲裁裁决,正是由于当事人之间,以及当事人与仲裁庭之间存在着契约的约束。因此这种观点是对当事人自治权