

北京仲裁

ARBITRATION IN BEIJING



第52辑

(Quarterly) No.52

主办：北京仲裁委员会

协办：中国国际私法学会·武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission,
Co-sponsored by the China Society of Private International Law
& the Wuhan University Research Institute of International Law



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

北京仲裁.第52辑/北京仲裁委员会主办.—北京:法律出版社,2004.9
ISBN 7-5036-5101-6

I.北… II.北… III.仲裁—司法监督—中国—文集 IV.D925.7-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 089942 号

©法律出版社·中国

责任编辑/伍远超	装帧设计/温 波
出版/法律出版社	编辑/法律应用出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/中国人民大学出版社印刷厂	责任印制/陶 松
开本/880×1230 1/16	印张/6 字数/135 千
版本/2004 年 9 月第 1 版	印次/2004 年 9 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
法律应用出版分社/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/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	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
书号:ISBN 7-5036-5101-6/D·4819	定价:13.00 元

北京仲裁(第 52 辑)

主 编:魏 超 姜秋菊
顾 问:江 平 王利明 黄 进 宋连斌
郭玉军 邓 杰 郑成思 吴志攀

编辑部地址:北京市朝阳区建国路 118 号招商局大厦 7 层

邮 政 编 码:100022

电 话:(010)65669856

传 真:(010)65668078

电 子 信 箱:jiangqiuju@bjac.org.cn

weichao@bjac.org.cn

网 址:<http://www.bjac.org.cn>

目 录

主题研讨	仲裁法颁布十周年——聚焦仲裁法修改	
	理念走向规则:仲裁法修订应注意的几个问题	宋连斌/1
	《仲裁法》存在的问题及修改建议	王红松/20
	从仲裁诉讼化看仲裁法的修改	孔 媛/28
专 论		
	争议可仲裁性研究(上)	乔 欣 李 莉/35
	证据规则在仲裁实践中的运用(上)	毕玉谦/42
	民事诉讼审前准备程序研究	
	——兼对仲裁案件审前程序的一些思考	蒋 滨/49
	试论友好仲裁的价值取向及其影响因素	杜焕芳 王吉文/56
	论国际商事仲裁裁决承认与执行中的公共政策问题	张 贝/63
	略论国际商事仲裁与法治的互动	黄 丽/72
域外撷英		
	国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突	
	指导原则(下)	初丛艳/80
仲裁员札记		
	仲裁员良知与仲裁程序中实体公正的实现	王家路/85
仲裁动态		
征稿启事		

Contents

Theme Discussion: the Tenth Anniversary of the Enactment of the
Arbitration Act 1994——Focusing on the Revisions

Approaches to the Revision of the Arbitration Act 1994: Ideas into Rules *Song Lianbin* / 1

The Problems of the Arbitration Act 1994 and Revisions *Wang Hongsong* / 20

On Revisions of the Arbitration Act 1994: from the Angle of Imitation of

Litigation *Kong Yuan* / 28

Monograph

Study on Arbitrability of the Disputes *Qiao Xin* / 35

The Application of Evidence Rules in the Arbitration Practice *Bi Yuqian* / 42

Study on Pre-Trial Procedure of Civil litigation: Reflections on

Pre-Arbitration Procedure at the same time *Jiang Bin* / 49

On Value Orientation of the Amiable Composition and Its Influential factors

..... *Du Huanfang* *Wang Jiwen* / 56

On the Public Policy in the Recognition and Enforcement of International

Commercial Arbitral Award *Zhang Bei* / 63

Discuss the Mutual Influence Between the International Commercial

Arbitration and the Rule of Law *Huang Li* / 72

Quintessence of Foreign Materials

The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration

(continue) *Chu Congyan* / 80

Reading Notes of Arbitrators

Conscience of the Arbitrators Which Decides on the Substantial Justice

of Arbitration *Wang Jialu* / 85

Current Development

Notice

主题研讨:仲裁法颁布十周年——聚焦仲裁法修改

编者按:1994年仲裁法的颁布标志着中国仲裁制度现代化进程正式起步,历经十年发展,选择仲裁解决商事争议已经获得越来越多商事主体的认同。然而不可否认的是,现行仲裁制度距离人们的期望以及与国际商事仲裁惯例的差距仍然不小。究其原因,现行仲裁法先天的不足与发展中衍生的一些问题不能不说是根源所在。随着十届全国人大将民事诉讼法、仲裁法的修改列入立法日程,有关仲裁法修改的探讨日益升温。本期主题研讨也围绕这一主题,选择了来自理论界与实务界三篇分析重点各异的文章献给读者。本刊编辑部真诚希望对这一问题有兴趣的读者能够继续参与探讨,为仲裁法修改创造一个良好的民间探讨氛围。

理念走向规则:仲裁法修订应注意的几个问题

宋连斌*

【内容摘要】 我国在修订1994年《仲裁法》时,应注意七大问题:支持仲裁的理念要转变为规则、盲目地与诉讼类比有违仲裁的精神、仲裁法按照当事人意思自治原则应暗含两套程序、应高度重视仲裁员问题、促使国际社会进一步认同我国仲裁法、仲裁法的修订要重实证以及仲裁改革应从方便当事人出发。在此基础上,仲裁法的修订应予加速。

【关键词】 仲裁理念 仲裁立法 仲裁法修订 仲裁员

随着第十届全国人大常委会五年立法规划的公布,仲裁法的修订与完善已提上日程,^①关于仲裁立法的讨论成了新一轮的热门话题。法学界和仲裁实务界的快速反应十分必要。仲裁法的修订主要是指1994年《仲裁法》、1991年《民事诉讼法》相关内容的完善,还包括其他法律中有关规定的改进,其目的在于制定一部新的仲裁单行法。在这个全球化、信息化步伐咚咚作响的时代,经济及社会关系的变化迅捷异常,我们至少是过了10年才正式获得在立法上重新审视仲裁法的机会,而按照立法规划,我们很可能还要等待10年才会有新的仲裁法。仲裁是一个注重国际化并敏于适应商业变迁的领域。上个世纪最后十几年,源起欧洲并席卷全球的仲裁法改革,使得当代仲裁迈上了前所未有的新高度。这表明,我国的新仲裁法一方面要赶上现在的潮流,另一方面要对未来国际仲裁立法和实践的动态有所预测。鉴此,为避免“刻舟求剑”之误与“沉舟侧畔千帆过”之憾,有必要牢记:要真正地对待仲裁法的修订。

一、支持仲裁:理念要变成规则

理念(英语:idea,德语:idee,源自古希腊文 eidos)是近几年的中文流行词,但却不是新词。柏

* 武汉大学国际法研究所副教授、WTO学院讲座教授,法学博士。

① “全国人大五年立法规划出台,76件项目涵盖六领域”,http://www.people.com.cn/GB/14576/14957/22529_97.html,2004年7月4日访问。

拉图(Plato, 428/7-348/7 B.C.)以降,理念一词尚无统一、确定的含义,但这不妨碍人们将其引入法律领域及仲裁领域。显然,仲裁的理念亦很难界定。大致说来,仲裁的理念是对仲裁的本质及其发展规律的一种宏观认识,事关仲裁的宗旨、指导思想与根本原则,也涉及人们对待仲裁的态度与立场。所以,在进行仲裁立法时,仲裁理念怎么强调也不过分。

仲裁理念固然重要,但其如何转变成具体的行为规则,则更为重要。理论上,理念是规则的灵魂,规则是理念的物化。但实际上,理念并不当然化约为规则,规则也不必然表达理念。在修订《仲裁法》时,应该充分注意到二者之间的距离,使新仲裁法尽可能成为先进仲裁理念的产物。这也可以说是修订仲裁法关键之所在。

尽管对仲裁的理念见仁见智,1994年《仲裁法》颁布后,无论是理论界还是司法实践,支持仲裁越来越成为共识。将支持仲裁作为我国仲裁立法的理念,相信不为人们所反对。支持仲裁不仅是对仲裁的态度,更是一种价值取向,意味着一切有关仲裁的事宜应作有利于仲裁的处理。学者早就观察到,法院与仲裁之间大的争夺多以后者取胜而告终。^②这是仲裁的社会和经济功能所决定的。衡诸国际、国内仲裁立法及仲裁规则,尤其它们在1995年后的最新发展,不难看出,支持仲裁如同鼓励国际贸易、吸引外资的政策,已成为国际共识。

形成共识难,将共识落实到法律的制定与运作则更难。要避免将支持仲裁流于口号,就必须将其转化为法律规范。也就是说,仲裁法应贯彻支持仲裁的精神。然而,理念与规则之间即使只有一步之遥,有时候也是很难跨越的。如,支持仲裁是最高人民法院提倡的司法政策,^③但仅就司法解释而言,未必都做到以支持仲裁为本位。以2003年12月31日最高人民法院公布的《关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定(征求意见稿)》为例,^④其第20条第4款规定,当事人达成或仲裁或诉讼的协议是无效的。这一规定就值得研究。我国的司法实践中,当事人的仲裁协议选择了两个以上的仲裁机构,一般是有效的。但是,如果当事人约定将争议提交仲裁或诉讼,则一律认定为无效。如无法律规定的其他情形,选择两个仲裁机构,或者既选择诉讼也选择仲裁,就当事人的意思表示而言,本质上没有区别。简单地否认“或仲裁或诉讼”协议的效力,不但与国际上的普遍做法相反,也很难说体现了支持仲裁的精神。类似的情形,在1994年《仲裁法》、其他的司法解释和法院裁判中,并不少见。这足以说明,在修订仲裁法时,理念走向规则是一个不容忽视的问题。

支持仲裁是一连串的事,但主要表现为如何处理仲裁与法院的关系。比如,一国的出入境制度、财政制度、交通状况等因素,虽然不是仲裁法直接调整的,也会影响该国能否成为国际仲裁中心。但一切的一切,最基本的应是确立仲裁与法院的适度关系。何谓适度?当今仲裁领域,司法对仲裁应给予更多的支持,更少的监督,且司法监督应尽可能限于形式监督和事后监督,更充分地尊重当事人意思自治,倾向于执行仲裁裁决,不轻易撤销仲裁裁决,等等,已成为关于仲裁的知识。修订仲裁法,不能不注意这些。

^② See A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U. S. and West German Law*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1989, p. 22.

^③ 支持这一判断的证据不仅有最高人民法院的一系列司法解释、判决或裁定,也包括最高人民法院领导人在公开场合发表的言论。关于后者,可参阅高菲:“中国法院对仲裁的支持与监督——访最高人民法院院长肖扬”,载《中国涉外仲裁年刊(2000—2001)》,法律出版社,第73页以下。

^④ 见 <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=97517&show-all-img=1>, 2003年12月31日访问。

支持仲裁的正当性并非完全决定于逻辑,更不是因为仲裁绝对不会损害程序正义或实体正义。支持仲裁来源于人们对多元争端解决机制的理性认识。上帝造人的神话故事或可说明一二:上帝准备造亚当之初,已经看见亚当的后代中既有圣人,又有恶人。上帝自忖:如果我造他,恶人就会出现;但如果不造他,世上便不会有圣人。问:上帝怎么办?答:上帝决定,心里不去想那些恶人,暂且不管他们;先把亚当造了,给人类一个机会。^⑤

是的,人类的经济生活少不了需要定纷止争,而支持仲裁不就是给仲裁一个机会,归根结底,不就是给社会以自我调节的机会吗?

二、盲目地与诉讼类比有违仲裁的精神

理想的仲裁法应符合仲裁自身的特点。这也可以说是厘清仲裁与诉讼历史关系的问题。就案件具体审理的程序、形式与方法而言,时至今日,很难说哪些是专属于诉讼的,哪些是仲裁独有的。仲裁吸收诉讼的技巧,诉讼也接纳仲裁的有益成分。前者单单比较各国仲裁法与诉讼法条文,即不难看出。而仲裁的过分诉讼化,则是学者们批评仲裁、支持 ADR (alternative dispute resolution) 的一个理由。^⑥后者可在近期各国司法改革方案中觅其芳踪,如著名的伍尔夫报告《走向司法》(Access to Justice)。^⑦尽管如此,理论上认为,诉讼程序存在弊端的方面,如拖沓、僵硬及成本高,恰好是仲裁程序展现其特色之所在。^⑧事实上,仲裁程序的自主性、灵活性及注重效率,正是仲裁法具有的几个特点。比较一下某个国家的诉讼法与仲裁法,这不难找到实证依据。

然而不可否认的是,人们生活的国内法环境,从程序法角度看,何尝不是诉讼法环境?而仲裁向诉讼看齐,也是仲裁法律化、制度化的捷径。后发国家尤其可能如此。这样,就很容易形成诉讼中心主义:以诉讼为当然的视角,似乎正义只出于法院,一切以诉讼为判断的基准,仲裁程序是诉讼程序的翻版,甚至变相否定仲裁的终局性。立法者受此影响,当然不可能制定出合乎仲裁精神的仲裁法。故此,立法者应立足于冲突的社会控制系统,树立多元争端解决观念,充分认识到仲裁的独立价值,克服下意识诉讼中心主义,不要将仲裁盲目地类比为诉讼。当然,这不是反对仲裁吸取诉讼的长处,而是主张,好的仲裁法应是诉讼法否定之否定的产物。

1994 年《仲裁法》在此方面存在严重的不足。呆板的仲裁协议的生效条件(第 16 条)、审理程序缺乏灵活性(未赋予仲裁员适当进行仲裁的权力,未给予当事人选择的自由,第四章)、严厉的司法监督(第 58、63 条等),等等,民事诉讼一审普通程序的痕迹,处处可见。这使得《仲裁法》有仲裁之形,无仲裁之神,实践证明,对仲裁束缚较多。如《仲裁法》第 39 条:“仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。”仲裁庭没有适当进行仲裁程序的权力,不能主动采用书面审理形式,颇像 1991 年《民事诉讼法》第 12 章第 3 节(开庭审理)规定之下的法院。只要案情允许,书面审理被仲裁界认为是节省成本、提高效率的好方法,小额案件尤其如此。在互联网时代,一些仲裁庭还采用视频技术在线开庭。可见,《仲裁法》的这一规定导致仲裁程序变得僵硬了。再如《仲裁法》第 45 条:“证据应当在开庭时出示,当

⑤ 转引自冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社 2004 年版,第 142 页。

⑥ See, eg, Fali S. Nariman, *The Spirit of Arbitration*, (2000) 3 *Arbitration International* 263—264, 268.

⑦ Lord Woolf, *Access to Justice (Final Report)*, July 1996, Chapter 8, available at <http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>, July 11, 2004.

⑧ 参阅宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社 2000 年版,第 22 页以下。

事人可以质证。”这里不仅一脉相承地继续否定书面审理,而且由于《仲裁法》没有规定证据必须在开庭前提交或收集完毕,似乎当事人在开庭后只要提交了新材料,仲裁庭就得再次安排开庭。显然,仲裁程序之僵硬、仲裁效率之低、仲裁庭之束手束脚,难以避免。而且,这一规定也为一方当事人恶意拖延仲裁程序,打开了方便之门。实践中,亦有法院以此为由撤销或不予执行仲裁裁决。^⑨ 这一不好的规定,就是立法者从审判实践中引进的。^⑩

可以这么说,如果未来的仲裁法依然有如此之多的不考虑仲裁自身特点的规定,那么仲裁法的修订就没有成功。

三、“一法两制”:仲裁法内含两套程序

仲裁的进行,涉及仲裁机构、仲裁庭及当事人、代理人的相互关系,事关仲裁功能的实现,历来是仲裁法的焦点。立法者如何抉择,不妨设身处地,考虑当事人在仲裁程序中的心态。^⑪

当事人意思自治是仲裁的基石。依此推理,当事人参与仲裁程序应该是自觉自愿,善意合作的。在这种理想的情形下,当事人通常能就仲裁程序达成一致。仲裁过程或长或短,只要不损害公共秩序,都是符合程序公正和效率的。如情况许可,仲裁庭可以在立案的当天或者三五天内结案,看不出仲裁法有什么必要为仲裁的各个环节规定具体的标准,如立案审查必须多少天、答辩至少多少天、第一次开庭须提前多少天通知当事人,等等。同理,如当事人需要有一个重整彼此关系的机会,仲裁法也没有必要规定仲裁庭一定要在审限内作出裁决。当然,这种理想的无程序的程序,只是少数情形。实践中,多数情况下,尽管当事人都订有仲裁协议,但双方无法就仲裁的进行达成协议,甚至有一方还借故拖延。这就需要仲裁法对仲裁程序勾勒出一个框架,即使一方当事人不配合,仲裁也能顺利进行。同时,为防止一方当事人的恶意或消极行为阻碍仲裁优势的发挥,赋予仲裁庭充分的自由裁量权必不可少。而为防止仲裁庭滥用权力,作为平衡,仲裁法就需要规定最低限度的正当程序标准。

基于上述,好的仲裁法应暗含两套程序,具有高度的灵活性。为达到这一目的,在立法技巧上应注意到:

第一,以当事人意思自治为本位。为保持灵活性,冲突法中有很多逃避方法,如反致、公共秩序保留、最密切联系原则、外国法的查明,等等。^⑫ 仲裁立法借鉴这一技巧,则应以当事人意思自治原则为优先或例外。首先,应该确定一个原则,即关于仲裁的进行,以当事人的选择为优先。如1985年《联合国国际商事仲裁示范法》第19条第1款规定:“以服从本法的规定为准,当事各方可以自由地就仲裁庭进行仲裁所应遵循的程序达成协议。”其次,在具体环节上,一般应依法进行,但当事人另有约定的除外。再以前述示范法为例,其第21条规定:“除非当事各方另有协议,特定争议的仲裁程序,于上诉人收到将该争议提交仲裁的请求之日开始。”

^⑨ 这方面的实例可参阅王莉:“国内仲裁司法监督实证研究——以北京仲裁委员会为例”,载《北京仲裁》(第51辑),法律出版社2004年版,第13页以下。

^⑩ 如最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2001]33号,2001年12月21日)第47条明文规定:“证据应当在法庭上出示,由当事人质证。”这一司法解释虽然比《仲裁法》后出台,但却建立在以前司法实践的基础上。另需说明的是,本文引用的法律、条约、仲裁规则等文件,除特别注明者外,均出自宋连斌、林一飞译编:《国际商事仲裁资料精选》,知识产权出版社2004年版。

^⑪ 本节的论述同样也适合于制定仲裁规则。

^⑫ See Symeon C. Symeonides, ed., *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Kluwer Law International, 2000, pp. 41—42.

第二,仲裁庭有权适当地进行仲裁。在缺乏当事人约定的情况下,法律授予仲裁庭以宽泛的自由裁量权,是确保仲裁灵活性、维护仲裁效率所必需的。前述示范法第19条第2款即规定,“如未达成这种协议,仲裁庭可以在本法的规定的限制下,按照它认为适当的方式进行仲裁。”而比该示范法更胜一筹的英国《1996年仲裁法》第34条亦明确规定:“在不违背当事人有权商定任何事项的前提下,仲裁庭得决定所有程序和证据事项。”

第三,确定最低限度的正当程序标准。这是约束仲裁庭的强制性规定。如英国《1996年仲裁法》第33条规定了仲裁庭的一般义务:“(1)仲裁庭应:(a)公平及公正地对待当事人,给予各方当事人合理的机会陈述案件并抗辩对方当事人的陈述,并(b)根据特定案件的具体情况采取合适的程序,避免不必要的延误或开支,以对待决事项提供公平的解决方式。(2)仲裁庭应在进行仲裁程序过程中、在其对程序和证据事项的决定中以及在行使授予它的所有其他权力时,都应遵守该一般义务。”^⑩这表明,仲裁庭权力扩大的同时当事人的权利仍有保障,无疑有助于增加公众选择仲裁的信心。

通过这样的—个“三脚架”,仲裁程序与审判程序就有了显著区别。1994年《仲裁法》缺少的就是“三脚架”支撑的“—法两制”,导致其无仲裁之神。过去,理论界关注的“—法两制”是涉外仲裁与国内仲裁的区别,这当然很正确,今后还应根据当事人意思自治的程度研究仲裁程序。

四、仲裁的好坏取决于仲裁员

国际仲裁界有一句名言,“The arbitration is only as good as its arbitrators”,仲裁的好坏取决于仲裁员。确实,由于仲裁员在仲裁过程中的作用,没有当事人满意的仲裁员制度,就绝不会有令人满意的仲裁制度。仲裁员被认为是活的仲裁法,是仲裁的水源,毫不过分。^⑪

关于仲裁员的资格条件,各国立法大致可分为两类:严格资格条件与普通资格条件。前者的典型是中国内地和台湾地区,后者是大多数国家的做法,仲裁发达的国家往往如此。仲裁员主要是靠自觉和荣誉感仲裁纠纷,前述分野值得深挖文化根源。

1994年《仲裁法》第13条规定了仲裁员的资格条件:“仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。仲裁员应当符合下列条件之一:(一)从事仲裁工作满八年的;(二)从事律师工作满八年的;(三)曾任审判员满八年的;(四)从事法律研究、教学工作并具有高级职称的;(五)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……”实践中,一些

^⑩ 这一规定和1999年英国《民事诉讼规则》的首要目标类似,也可用于说明仲裁与诉讼的交互影响:

The Civil Procedure Rules are a procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.

Dealing with a case justly includes, so far as is practicable -

- a. ensuring that the parties are on an equal footing;
- b. saving expense;
- c. dealing with the case in ways which are proportionate -
 - i. to the amount of money involved;
 - ii. to the importance of the case;
 - iii. to the complexity of the issues; and
 - iv. to the financial position of each party;
- d. ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and
- e. allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.

^⑪ 参阅宋连斌:“中国仲裁员制度改革初探”,载《中国国际私法与比较法年刊》(第四卷),法律出版社2001年版,第575页。

仲裁机构为了保证仲裁质量,以《仲裁法》第13条的规定为最低标准,有针对性地对仲裁员资格条件提出了更高的要求。如2004年3月1日起施行的《北京仲裁委员会仲裁员聘用管理办法》第2条明文规定,“北京仲裁委员会的仲裁员应符合《仲裁法》第13条的规定,同时还应满足下列条件……”这表明,一方面《仲裁法》只用一个条文规范仲裁员的资格条件,失之简单,另一方面,在信用缺失的社会,公众和法院对仲裁还没有建立起足够的信心之前,对仲裁员提出更高要求无可非议。

尽管规定了世界上最严格的条件,但1994年《仲裁法》对仲裁员问题重视不够。这很可能是立法者对中国仲裁实践了解不多造成的。理论上讲,仲裁员是仲裁制度的枢纽,如没有合格的仲裁员,仲裁法就会成为空中楼阁。正如法国贵族、心理学家和社会学家勒邦1895年(Gustave Le Bon, 1841—1931)所指出,“灾难的发生是由于人民的素质差”。为此,在修订1994年《仲裁法》时,立法者应记住仲裁的好坏取决于仲裁员,并考虑以下问题:

1. 现行的强制名册制应否改为推荐名册制,让当事人对仲裁员的产生也承担一定的责任。
2. 仲裁法除了规定仲裁员的积极条件外,还应否规定必要的消极条件,即在何种情况下,一个人不能担任仲裁员。
3. 除了静态的仲裁员条件,仲裁法如何规范仲裁员的行为。
4. 仲裁法应否确立仲裁员责任制度。

五、提升中国仲裁法的国际认同

仲裁天生就具有普遍性。这是社会的深层需求所决定的。仲裁一般用于解决商事争议,而商事争议起源于商业交易。商人要顺利交易,降低交易成本,不同程度的共同交易规则就是必不可少的。在争端解决上,仲裁的采用是现代商人法的内容之一。尤其是,1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)已适用于150个国家或地区,仲裁的普遍性在各种争议解决方式中独占鳌头。二战后仲裁的勃兴,某种意义上也是因为商人们厌倦诉讼的冗长及各国诉讼规则的复杂与歧异。里斯曼(W. Michael Reisman)、克雷格(W. Laurence Craig)、派克(William Park)和波尔松(Jan Paulsson)正确地指出:“在国际交易中,当事人订立仲裁协议的首要动机是避免将案件交给国内法院、尤其是对方当事人所属国的法院处理,因为对方当事人将享有许多本国法院带来的好处。即使是将争议提交到第三国法院,当事人也将面临着生疏的语言、陌生的程序以及不甚明了的司法观点等困窘。”^⑤ 比较一下当今各大仲裁中心的商事仲裁规则,如国际商会仲裁院、伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会、斯德哥尔摩商会仲裁院,包括中国的北京仲裁委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会,其基本制度没有原则性区别,你很难发现民族特色是什么。因此,仲裁被喻为商界的共同语言、万民法,并非是文学上的夸张。

便利的民商事争议解决机制,是一个国家商业环境和法律环境的晴雨表。世界银行及一些经济学家的初步研究证明,一国增长率的15%~20%左右,是由该社会的司法机制贡献的。^⑥ 至少到目前为止,仲裁是该机制中惟一得到广泛国际认同的。当今世界各大仲裁中心所在地,其国民

^⑤ 引自赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第10页。

^⑥ See Martin Odams de Zylva & Reziya Harrison, ed., *International Commercial Arbitration: Developing rules for the new millennium*, Jordan Publishing Limited, 2000, p. 3.

素质、投资环境、法治状态也是一流的。这绝非事出偶然。一个国家的仲裁法,即使在本国十分受欢迎,但没有国际认同,不能吸引外国人,只算成功一半。拥有一家与国际商会仲裁院并驾齐驱的仲裁机构,胜过制定无数的外商优惠措施,何况仲裁本身就是一个产业。

全球化意味着竞争的加剧,仲裁领域也不例外。专家总结的选择仲裁地应考量的各种基本因素,可说明仲裁立法国际认同的重要性:

1. 该地是 1958 年《纽约公约》的缔约方;
2. 该地已采纳《联合国国际商事仲裁示范法》,或其立法系以示范法为基础;
3. 该地法官支持仲裁,并认识到其作用主要是给予仲裁程序以支持;
4. 该地有仲裁中心,能以合理的价格提供仲裁所必需的设施,能为仲裁程序提供管理服务;
5. 该地有必要的基础设施(如便利通讯、旅行、住宿等);
6. 入境制度适于国际仲裁(如仲裁员、代理人和证人进出境而无不必要的行政障碍、费用和延迟);
7. 开放的法律代理体制,亦即外国律师与非律师在国际仲裁中代理其当事人,而免于当地的阻碍或其他限制。^⑦

鉴于上述,我国在修订仲裁法时,应以提升国际认同度为目标。从国际经验看,实现这一目标的捷径是国内立法采纳《联合国国际商事仲裁示范法》,如俄罗斯、克罗地亚及我国的香港、澳门特别行政区。即使不采用示范法的国家和地区,也会以示范法为蓝本,这方面成功的典范是英国《1996 年仲裁法》。法律传统相近的国家或地区,还可以直接移植法律,如香港 1996 年《仲裁(修订)条例》与英国《1996 年仲裁法》如出一辙。当然,仲裁法不是一国法制中的孤岛,其实效同样受限于宪政和经济体制。从我国的情况看,直接采纳示范法及法律移植的方法,难度较大。像英国一样,以示范法为基础,力图有所超越,克服无谓的国别特色,应为上上之选。

六、仲裁法的修订要重实证

立法本质上是知识的厚积薄发。法律的制定与修改,都应该委托专门的专家小组调研,收集资料,进行实证分析。仲裁领域最显著的例子出自英国。《1996 年仲裁法》出台前后,贸易和工业部的咨询委员会(Departmental Advisory Committee, DAC)的调研报告对于确定改革思路、立法原则功不可没;1999 年《民事诉讼规则》^⑧实施的背后,是伍尔夫勋爵(Michael Malterer, Lord Woolf)的《走向司法》及相关的一系列报告。上述报告的一个特点是实证胜于设想,让事实说话。这也是英国的一贯传统。关于仲裁改革,1978 年以唐纳森(John F. Donaldson)勋爵为主席的一个委员会指出,由于英国法院干预仲裁过严,使得英国一年失去关于大工程、大投资的仲裁案件约 500 个,保守估计失去外汇收入 5 亿英镑。^⑨正是这个报告,直接导致英国《1979 年仲裁法》的制定。而观察英国仲裁立法的历史即不难发现,《1979 年仲裁法》堪称英国法院弱化干预、支持仲裁的转折点。英国的做法反映了立法活动的规律。立法的前提是把握其拟调整的社会关系和问题,不作实证分析而只是贯彻一群人或某个人的意图,轻言之是立法者理性的自负,重则是不称职。

^⑦ See Neil Kaplan, *Roundtable on Arbitration and Conciliation Concerning China: HKIAC's perspective*, 17th ICCA Conference: 16—18 May 2004.

^⑧ Available at <http://www.dca.gov.uk/legalsys/civilproc.htm>, July 13, 2004.

^⑨ 参阅杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 46~47 页。

仲裁的立法准备要重实证,是和仲裁的实践性分不开的。不了解仲裁员及法官怎么处理仲裁事件,很难体会仲裁程序的得失,这方面常常是经验胜过逻辑,数字强于教条。仲裁不涉及艰深的法学原理,入门不难,但就像下围棋一样,易学难工。不看一份仲裁裁决书、法院的裁定书,也可以写出仲裁论著,但没有实证而有深入研究的,则未尝得见。我国已积累了丰富的仲裁实践,而最近十几年又正是中国经济高速发展的社会转型时期,修订仲裁法有必要诉诸实证。立法机关因其地位,也最有能力获得较为全面的资料。对于各种需要权衡的问题,与其务虚,不如让数据发言。

七、仲裁改革应从方便当事人出发

仲裁的契约性客观上要求仲裁的进行要方便当事人。这也就是说,仲裁改革应以不给当事人增加不适当的心理和物质负担为前提,仲裁的进行要便于当事人。仲裁领域的竞争以及仲裁与其他争议解决方式的共处,说到底,都有一个吸引当事人的问题。这一情况,借用IT业“界面友好”的说法,仲裁应做到“用户友好”(user-friendly)。

“用户友好”,既是对仲裁机构和仲裁庭的基本要求,也是制定仲裁法和仲裁规则的出发点。它意味着,进行仲裁要更多地考虑当事人的方便,而不是仲裁机构或仲裁庭的方便,突出仲裁的服务功能。就此而言,仲裁程序首先应奉行当事人意思自治的,前面提到的所谓“三脚架”,在很大程度上可以确保仲裁是“用户友好”程序。其次,在缺乏当事人约定的环节,仲裁法和仲裁规则的规定应考虑到当事人的便利。这方面最常见的例子是仲裁时限的规定,比如,有的仲裁规则对当事人提出推迟开庭的时间规定很短,对外地当事人可能就很不方便。再次,仲裁机构和仲裁庭应根据案件的具体情形,善意地从有利于当事人的角度加以处理。比如,仲裁庭的组成、审理方式、仲裁费用的预付、取证方式应与案情相称。最后,仲裁庭应保护当事人为办理仲裁案件所支付的实际开支,尤其是律师费。仲裁的用户是当事人,律师是依赖当事人的授权而进入仲裁程序的,二者在仲裁中的期望有所区别。但无论如何,补偿胜诉方为办理本案支付的费用,是符合他们的愿望的。类似的细节还有很多。总之,尽可能避免当事人在仲裁程序中感到困窘,最大限度地考虑其合理期望,应是仲裁改革考虑的立场。

对于方便当事人,1994年《仲裁法》和我国的仲裁机构作了很多努力,但从案件的受理、费用的收取到裁决书的送达,值得改进之处仍然很多。值此仲裁法修订的机会,有必要从方便当事人的角度梳理一下仲裁的各个环节。

八、结语

仲裁法的技术性使其远离政治。但这并不是说,仲裁法不反映集团利益的折冲。20世纪90年代初,我国的国内仲裁百废待兴,而涉外仲裁刚崭露头角,1994年《仲裁法》制定时这个问题并不明显。而今天,我国仲裁业的规模和增长速度举世罕见,立法者保持价值中立就十分重要了。

法律乃天下公器。仲裁法修订过程中的不同观点,只能依竞争而不是通过打压来决定胜负,规则的制定者更不宜直接介入仲裁业。如同其他社会科学一样,仲裁法修订中的不同主张不可能用科学的方法来做对照实验,只能由立法者权衡取舍。而权衡,就需要考虑理念走向规则的种种问题。这一过程是慎重的,但未必是漫长的。一万年太久,何不只争朝夕?

附:

《中华人民共和国仲裁法》(建议修改稿)

第一章 总 则

第一节 一般规定

第一条 为保证由公平的仲裁庭及时、有效地仲裁纠纷,保护当事人的合法权益,制定本法。

第二条 仲裁地在中华人民共和国领域的仲裁,适用本法的规定,但当事人另有约定的除外。仲裁地没有确定,或者仲裁地在中华人民共和国领域之外的,下列各条仍予适用:

(一)第十六条、第十八条;

(二)第八十三条。

第三条 当事人有权和解的任何财产性纠纷,可以提交仲裁解决。下列纠纷不能仲裁:

(一)婚姻、家庭、继承、收养、抚养、赡养、扶养、监护纠纷;

(二)应当由行政机关处理的争议。

第四条 当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当达成仲裁协议,但法律、法规或行政规章另有规定的除外。

第五条 仲裁依法独立进行。

仲裁机构之间没有隶属关系。仲裁不实行级别管辖和地域管辖。

第六条 仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人不得就同一纠纷再次申请仲裁或向法院起诉。

第七条 仲裁开始后,除非各方当事人另有协议,任何书面通讯,如经当面递交收件人,或者投递到收件人的营业地、住所、惯常居所或邮政通信地址,或者经合理查询仍不能找到前述任一地点,而以挂号信或能提供作过投递企图记录的其他方式投递到收件人最后一个为人所知的营业地、住所、惯常居所或邮政通信地址,即应视为已于以前述方式投递之日收到。

第八条 当事人一方知道或应该知道本法中各方当事人可以排除的任何规定或仲裁协议的任何要求未得到遵守,但仍继续进行仲裁而没有不过分迟延地或不在规定的时限内提出异议,视为已放弃提出异议的权利。

第九条 由本法管辖的事项,任何法院均不得干预,但本法另有规定的除外。

第二节 仲裁机构和仲裁协会

第十条 仲裁机构可以在直辖市、省、自治区政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立,不按行政区划设立。

设立仲裁机构,应当报直辖市、省、自治区的司法行政部门备案,并按照社会团体登记管理法在国家社会团体登记管理机关予以登记。

第十一条 仲裁机构应当具备下列条件:

- (一)有必要的财产;
- (二)有自己的名称、住所和章程;
- (三)有必要的组成人员;
- (四)能够独立承担民事责任。

仲裁机构的章程应当依照本法制定。

第十二条 仲裁机构由主任一人及副主任、委员若干人组成。前述人员为法律、经济贸易、工程、技术专家和有实际工作经验的人员,法律和经济贸易专家不得少于三分之二。仲裁机构的主任应具有法律专业的学历且从事民商事争议解决工作五年以上。

仲裁机构在不违背本法及其他法律的情况下,制订各类仲裁规则。

第十三条 中国仲裁协会是社会团体法人。仲裁机构是中国仲裁协会的会员。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制订。

中国仲裁协会是仲裁机构的自律性组织,根据章程对仲裁机构及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。

第二章 仲裁协议

第十四条 仲裁协议是各方当事人同意将他们之间的契约性或非契约性的特定法律关系上已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。仲裁协议可以采取合同中的仲裁条款或者单独协议的形式。仲裁协议应当具备以下内容:

- (一)请求仲裁的意思表示;
- (二)仲裁事项;
- (三)能据以确定仲裁机构。

第十五条 仲裁协议应当以书面形式达成。具备下列情形之一即为书面仲裁协议:

- (一)载于各方当事人签署的文件中;
- (二)无论当事人签署与否,载于各方当事人往来的书信、电子讯息或其他能提供记录并可读取的通讯中;
- (三)有书面证据证实;
- (四)由各方当事人授权的一方当事人或第三人予以记录;
- (五)在仲裁或诉讼程序的文件交换中,一方当事人宣称存在仲裁协议,对方当事人在答复中没有提出异议;
- (六)通过援引符合上述规定的书面仲裁协议的形式达成。

在仲裁程序中,对争议实体进行答辩或讨论即可弥补仲裁协议形式上的任何缺陷。

第十六条 当事人达成仲裁协议,一方就该协议的标的向法院起诉的,法院不予受理。如原告在起诉时未声明订有仲裁协议或法院在立案时不能根据表面证据确定仲裁协议的存在,法院在受理后查明存在有效或可以执行的仲裁协议,除非相对方当事人明确表示放弃仲裁协议,应驳回原告的起诉。

当事人就财产性纠纷向法院起诉,同时要求法院认定争议所涉的仲裁协议不存在、无效或失效,法院应予受理。

第十七条 有下列情形之一的,仲裁协议无效:

- (一)约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;
- (二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;
- (三)当事人选择仲裁的意思表示不真实的。

第十八条 当事人选择了仲裁但仲裁协议内容不明确或不完善的,可以补充协议;达不成补充协议的,由如果无仲裁协议则对争议有管辖权的法院决定相关争议提交适当的仲裁机构仲裁。

第十九条 仲裁协议的效力应当独立判断。仲裁协议如构成合同的一部分,则合同的存在与否、变更、解除、终止、无效或失效,不影响仲裁协议的效力。

第二十条 在仲裁程序开始前或进行期间,一方当事人请求法院采取临时保全措施和法院准予采取此种措施,与仲裁协议不相抵触。

第三章 仲裁员

第二十一条 仲裁员必须是具有完全行为能力的自然人。

具有法律、经济贸易、工程、技术或其他知识或经验,社会声望良好的公道正派人士,具备下列条件之一的,可担任仲裁员:

- (一)从事仲裁工作五年以上的;
- (二)任审判员或检察员五年以上的;
- (三)从事律师、会计师、工程师或其他与商务有关的专门职业八年以上的;
- (四)从事法律研究、教学工作并任讲师以上职务五年以上的;

第二十二条 有下列情形之一的,不得担任仲裁员:

- (一)曾经法院判决确定犯有刑法上的故意犯罪的;
- (二)曾经任何专门机构确定有不良信用记录的;
- (三)曾受政纪处分被开除公职的;
- (四)曾因违反仲裁员义务被国内外仲裁机构除名或撤换的;
- (五)其他可确定为有严重道德缺陷的。

第二十三条 在接受委任参与仲裁之前未曾从事过仲裁实务的仲裁员,应经中国仲裁协会进行适当培训。未曾担任国内外仲裁案件仲裁员的,第一次接受委任时不得担任首席或独任仲裁员。前述两种情形,当事人可以通过书面协议作出相反约定。

第二十四条 仲裁机构按照不同专业设置仲裁员名册,供当事人委任仲裁员时使用。当事人可以在名册之外委任仲裁员。

当事人在名册之外委任仲裁员的,应当向仲裁机构、仲裁庭的其他成员及其他当事人证实不存在违背本法第二十一至二十三条的情形。该候选人如决定接受委任,必须向全体当事人、仲裁机构及仲裁庭其他成员声明其符合本法规定的仲裁员资格条件。如对该候选仲裁员的资格条件产生争议,由仲裁机构作出决定。

第二十五条 中国仲裁协会的任何工作人员不得在中华人民共和国领域内依据本法进行的仲裁程序中担任仲裁员,或者出任当事人的代理人或顾问;仲裁机构的任何工作人员不得在由本机构管理的仲裁程序中担任仲裁员,或者出任当事人的代理人或顾问。

第四章 仲 裁 庭

第二十六条 当事人可以约定仲裁庭由三名或一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的,设首席仲裁员。当事人未作约定的,仲裁庭由一名仲裁员组成,除非仲裁机构基于案件的复杂程度及标的等因素,确定仲裁庭应由三名仲裁员组成。

第二十七条 仲裁庭由三名仲裁员组成的,当事人双方应当各自选定或委托仲裁机构主任指定一名仲裁员,第三名仲裁员由双方共同选定或共同委托仲裁机构主任指定。第三名仲裁员担任首席仲裁员。

仲裁庭由一名仲裁员组成的,应由全体当事人共同选定或共同委托仲裁机构主任指定。当事人一方为二人或二人以上的,应当共同选定或共同委托仲裁机构主任指定仲裁员。当事人一方未共同选定或共同委托仲裁机构主任指定仲裁员或各方当事人未就仲裁庭的组成方式达成一致意见的,仲裁机构主任可委任仲裁庭的全部成员。

第二十八条 任何情况下,当事人没有在仲裁规则规定的时间内选定仲裁员的,由仲裁机构主任指定。

仲裁机构主任应在考虑本法的规定、当事人的约定及具体案件的特性的基础上指定仲裁员。

第二十九条 除了通告争议的一般性质与商讨候选人的资格及其是否接受委任外,当事人或代其行事的任何人不得就案件与仲裁员或候选仲裁员进行单方联系。

第三十条 仲裁庭组成后,仲裁机构应将仲裁庭的组成情况书面通知当事人,并立即将案件移交仲裁庭。

仲裁庭可以要求仲裁机构提供秘书服务。

第三十一条 任何与案件有利害关系的人,不得担任该案的仲裁员。所有仲裁员在接受委任前,必须向仲裁机构和各方当事人披露可能对其公正性或独立性产生正当怀疑的任何情况。

在仲裁的任何阶段,如发生可能引起此类怀疑的新情况,仲裁员应当迅速向各方当事人和仲裁机构予以披露。

第三十二条 当事人一方对仲裁员的公正性或独立性产生正当怀疑的,可要求该仲裁员回避。当事人提出回避申请,应当说明理由,在收到仲裁庭组成通知后十五日内提出。回避事由在仲裁过程中知道的,可以立即提出,但不应迟于最后一次开庭终结前提出。

第三十三条 收悉回避申请后,无论当事人提出的回避理由成立与否,当事仲裁员可以主动退出仲裁庭。如未退出,仲裁员是否回避,由仲裁机构主任在听取全体当事人及当事仲裁员的意见后作出决定。主任的决定是终局的,并可以不说明理由。

第三十四条 仲裁员死亡、辞职、回避或经全体当事人或仲裁庭其余成员的要求,仲裁员应予替换。被替换的仲裁员有权根据工作量获得报酬。

仲裁机构如认为仲裁员在法律上或事实上不能履行职责时,该仲裁员应予替换。除仲裁机构另有决定外,该仲裁员不能获得报酬。

第三十五条 决定替换仲裁员后,应当依照适用于被替换的仲裁员的委任程序选定或指定仲裁员。

重新委任仲裁员后,当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行,是否准许,由仲裁庭决定;仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序重新进行。