

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

第132辑



主办

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



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

第132辑

主办

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



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁与法律. 第132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.
—北京: 法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9944 - 6

I. ①仲… II. ①中…②中…③中… III. ①仲裁—
研究—丛刊 IV. ①D915. 704 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 216143 号

仲裁与法律·第132辑

主 编 岳 洁

副主编 杨 帆

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 戴 伟

责任编辑 程 岳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任印制 胡晓雅

责任校对 郭艳萍

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 13

字数 178 千

版本 2016 年 9 月第 1 版

印次 2016 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9944 - 6

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁与法律

第 132 辑

主 编:岳 洁

副主编:杨 帆

编 委:陈 波 姚俊逸 陆 菲 贾 坤

赵 英 湛 玲 卢雅函 邓 纯

编辑部地址:北京市西城区桦皮厂胡同 2 号国际商会大厦 6 层

邮 政 编 码:100035

电 话:(010)82217788 64646688

传 真:(010)82217766 64643500

电 子 信 箱:law@cietac.org

网 址:<http://www.cietac.org>

目 录

· 专 论 争 鸣 ·

浅谈仲裁中的保全制度	毛惠刚(1)
关于仲裁去行政化的思考	赵 平(7)

· 第三届“中伦杯”获奖论文选登 ·

论国际商事仲裁中的紧急仲裁程序

——兼谈程序本土化过程中的若干思考与建议	王 徽(21)
论《纽约公约》项下的“非本国裁决”	宋淑芳(44)
广东涉外商事仲裁司法审查的回顾与展望	李民韬(59)
拒绝撤销仲裁裁决后的再救济:可上诉还是不可上诉	

——以香港《仲裁条例》第 81(4) 条违反《基本法》审查案切入

.....	沈永东(81)
我国涉外仲裁协议效力认定的现状与问题	张语轩(100)
论无涉外因素的纠纷约定境外仲裁的仲裁条款效力问题:	
规则·实证·学理	张 建(118)
依公允及善良原则在国际商事仲裁中的适用	田雨酥(130)

· 海 事 仲 裁 ·

对《二〇一六年约克——安特卫普规则》的评介	叶伟膺(146)
-----------------------------	----------

· 域外 研究 ·

论争议解决条款影子下法律的选择和《国际商事合同通则》条款的选择

——建立跨境合同一致基础的根本方面

..... Eckart Brödermann(著)郑 蓉(译)(167)

专论 争鸣

浅谈仲裁中的保全制度

毛惠刚*

摘要:本文就三项保全制度在仲裁活动的具体适用中遇到的法律问题进行研究和分析,并结合联合国贸法会国际商事仲裁示范法的相关规定和国内仲裁机构进行的探索,对临时措施和仲裁庭的临时措施决定权进行了讨论,并就仲裁中保全制度的完善提出了相应的建议。

关键词:保全 临时措施 仲裁

作为人民法院对仲裁的四大监督与支持途径之一的仲裁中保全制度,一直是理论界和实务界关心的话题。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)于2012年8月31日修改,该法所规定的三项保全制度与仲裁程序如何衔接?仲裁机构是否在任何情况下都没有作出保全决定的权力?本文将就这两个问题进行一定的探索。

2012年《民事诉讼法》规定了三项保全制度,分别是证据保全(第六章第81条)、财产保全和行为保全(第九章第100条、第101条)。其中,行为保全是该次《民事诉讼法》新规定的保全制度。按照该法第100条规定,人民法院可

* 毛惠刚,中国国际经济贸易仲裁委员会等仲裁机构仲裁员,上海市金茂律师事务所主任。

以根据当事人的申请,裁定对对方当事人的财产进行保全,或责令对方当事人作出一定行为或者禁止其作出一定行为。当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。在该次《民事诉讼法》修改之前,中国已经按照 TRIPs 协议,在《专利法》、《商标法》、《著作权法》三部知识产权法律中规定了诉前行为保全措施,^①这次《民事诉讼法》修改,将行为保全扩大适用到法院受理的所有民商事诉讼案件,并且将提出时间从诉前扩展至诉中,为当事人提供了极大便利。

那么,这三项保全制度对仲裁案件当事人来说,是否都可以适用呢?

对财产保全来说,没有大的问题。按照《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第 28 条第 2 款规定,“当事人申请财产保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院”。《民事诉讼法》第 101 条规定,“利害关系人因情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施”。而按照最高人民法院发布的《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第 11 条规定,国内仲裁过程中的财产保全,由被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的基层人民法院裁定并执行。涉外仲裁则由中级人民法院裁定并执行。仲裁案件当事人申请财产保全,如果是在申请仲裁之前,可以直接向被保全财产所在地或被申请人住所地法院提出,如果是在仲裁程序进行之中,可以由仲裁委员会转递法院,作出和执行财产保全裁定法院的地域管辖和级别管辖都有明确清晰的规定。可以说,财产保全是三项保全制度中与仲裁衔接得最严密的。

就证据保全而言,按照《仲裁法》第 46 条规定,“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院”。《民事诉讼

^① 参见《著作权法》第 50 条、《商标法》第 65 条、《专利法》第 66 条。

法》第80条第2款规定,“因情况紧急,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据”。而按照最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第12条的规定,国内仲裁过程中的证据保全,由证据所在地的基层人民法院裁定并执行。涉外仲裁则由中级人民法院裁定并执行。可见,仲裁案件当事人申请证据保全,如果是在申请仲裁之前,可以直接向法院提出,如果是在仲裁程序进行之中,可以由仲裁委员会转递法院。就国内仲裁案件中的证据保全管辖法院,其地域管辖的规定比较清晰,在级别上明确是基层人民法院管辖。但是,就涉外仲裁案件中的证据保全管辖法院的级别,《仲裁法》与前述最高人民法院司法解释存在冲突,《仲裁法》规定是基层人民法院,而前述最高人民法院司法解释要求是中级人民法院。从效力等级而言,当然是《仲裁法》高。从生效时间先后来看,《仲裁法》该条款是1995年9月1日生效的,最高人民法院的司法解释是1998年7月18日实施的,最高人民法院司法解释生效在后。对此问题实务中如何解决,各地法院观点并不统一。

在行为保全方面,问题就更加复杂一些。《民事诉讼法》第100条并未涉及仲裁,而该法第101条的规定,“利害关系人因情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施”。本条与《民事诉讼法》第100条属于第九章,^①本条所称之保全应包括财产保全和行为保全。以本条规定内容而言,仲裁当事人在申请仲裁之前,可以直接向被申请人住所地的人民法院申请行为保全。但应向哪一级法院申请,该条并未明确。此外,仲裁当事人在仲裁程序进行过程中,是否可以申请行为保全,目前也无法律规定。对仲裁案件当事人来说,如果在仲裁进行程序中希望申请行为保全,将会遇到相当大的挑战。

^① 第九章章名为“保全和先予执行”。

最高人民法院在2015年2月26日发布了《关于审查知识产权与竞争纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿)》,该意见稿第1条明确提出,知识产权与竞争纠纷的当事人在判决或者仲裁裁决生效之前,可以向人民法院申请采取行为保全措施,即责令被申请人作出一定行为或者禁止被申请人作出一定行为。如果该意见稿得以正式实施,知识产权仲裁案件当事人在仲裁进行过程中申请行为保全就有了依据,而且这个司法解释开创了仲裁案件审理过程中,当事人无须仲裁委员会转递即可直接向法院申请保全的先河。但是,其他类型商事仲裁案件当事人是否可以在仲裁进行过程中申请行为保全,仍然是悬而未决的问题。

在中国的法律体系中,保全决定的作出和执行,都集中于法院,仲裁委员会对当事人的保全申请,只有转递之责,而无作出决定之权。那么,在其他法律体系中,是否有类似的保全制度,在仲裁案件中,仲裁庭是否有权作出保全决定呢?

以笔者所知,保全并非中国法律独有的制度,在英国法律体系中,就有与财产保全相近似的 Mareva Injunction,^①与证据保全相近似的 Anton Piller Order,^②与行为保全相近似的 Mandatory Injunction 和 Prohibitory Injunction^③等。理论界一般将这些在紧急情况下采取的临时性救济措施统称为 Interim Measures (临时措施)。

按照联合国国际贸易法委员会1985年制定、2006年修订的 UNCITRAL

① Mareva Injunction 的名称出自英国法院在20世纪70年代审理的 Nippon Yusen Kaisha v. Karageorffis 和 Mareva v. International Bulkcarriers 两案,此项禁令的内容是禁止一方当事人转移法院管辖范围内的财产,有时也包括从外国转移财产,或者对这些财产进行处分,致使最终的法院判决不能执行。参见赵秀文:《国际商事仲裁法》(第3版),中国人民大学出版社2012年版,第173页。

② Anton Piller Order 的名称出自英国法院1976年受理的 Anton Piller KG v. Manufacturing Processes 一案,该项禁令要求被告允许原告或者其代理人进入被告住所并调查、复印或取走重要证据,以防止被告可能的毁灭或隐匿证据行为,又名为 Search Order。参见 Oxford Dictionary of Law (Sixth Edition),牛津大学出版社2006年版,第482页。

③ Mandatory Injunction 指要求某人一定行为的法庭命令,Prohibitory Injunction 指禁止某人为或持续为一定行为的法庭命令。参见 Oxford Dictionary of Law (Sixth Edition),牛津大学出版社2006年版,第274页。

Model Law on International Commercial Arbitration(《国际商事仲裁示范法》)第17条第2款,临时措施分为四种,分别是“在争议得以裁定之前维持现状或恢复原状”;“采取行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害,或不采取可能造成这种危害或损害的行动”;“提供一种保全资产以执行后继裁决的手段”;“保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据”。从以上条款内容可见,第一种和第二种临时措施和行为保全近似,第三种临时措施与财产保全近似,第四种临时措施则是直接以证据保全为名称了。中国法律中的财产保全、证据保全和行为保全,与上述《国际商事仲裁示范法》的描述是相吻合的。

按照上述《国际商事仲裁示范法》第17条第1款,“除非当事人另有约定,仲裁庭经一方当事人请求可以准予采取临时措施”,即仲裁庭有权作出临时措施决定。在采用《国际商事仲裁示范法》的国家和地区,仲裁庭的临时措施裁决一般能够得到当地法院的承认和执行,如香港和瑞士。值得注意的是,近年来,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲)、北京仲裁委员会(以下简称北仲)等国内仲裁机构,相继发布新的仲裁规则,引入了仲裁庭有权作出临时措施决定的内容。

贸仲2015年1月1日施行的《仲裁规则》在第六章“香港仲裁的特别规定”第77条第1款规定,“除非当事人另有约定,应一方当事人申请,仲裁庭有权采取适当的临时措施。”由于该章适用于贸仲香港仲裁中心接受仲裁申请并管理的仲裁案件,且依据该章第74条规定,香港仲裁中心仲裁程序适用香港仲裁法,裁决为香港裁决。如前文所述,香港作为《国际商事仲裁示范法》采用地区,是支持仲裁庭的临时措施决定权的,故上述规则具有实际操作基础。

北仲2015年4月1日实施的《仲裁规则》第八章“国际商事仲裁的特别规定”第62条中规定:“根据当事人申请,仲裁庭可以依据有关法律决定采取其认为适当的临时措施。采取临时措施的决定可以以仲裁庭决定、中间裁决或者有关法律认可的其他方式作出。如果必要,仲裁庭有权要求申请临时措施的当事人提供适当的担保。”虽然该章以国际商事仲裁为名,但北仲不像贸仲在香港有分支机构,北仲作出的裁决应为国内裁决。由此也可见北仲的探索走得

更远。

随着我国仲裁事业的发展,仲裁中的保全的决定和执行的各个方面也在经受着考验。以上言及的仲裁中财产保全、证据保全、行为保全不尽如人意的现状,笔者建议可以通过三条途径逐步改善。首先,于保全决定方面,在保留法院裁判权的基础上,可以考虑在《仲裁法》修改中引进仲裁庭作出保全决定的机制,以方便当事人解决争议,从法院分流部分程序性案件,减少法院存案压力,这也是世界上大多数国家的立法和司法实践。当然,仲裁庭作出的保全决定,也可以参照法院作出的保全裁定复议机制,^①允许仲裁当事人向法院申请撤销决定或者申请裁定不予执行,但是在法院审理期间不应停止仲裁庭保全决定的执行。其次,现存的涉外仲裁证据保全法院级别管辖的法律冲突,以及仲裁前行为保全的法院级别管辖的明确,可以通过最高人民法院出台更具有可操作性的司法解释予以解决。最后,仲裁审理过程中是否可以申请行为保全,在《仲裁法》、《民事诉讼法》均未提供法律依据的前提下,最高人民法院愿意接受知识产权与竞争纠纷的仲裁当事人无须仲裁委员会转递即向法院直接提出申请,笔者以为确实体现了最高人民法院的责任感和使命感,但这仅是临时性的解决办法。为了让所有商事仲裁案件的当事人都能享受到在仲裁中申请行为保全的救济权利,为中国仲裁的发展创造更加良好的环境,建议可在《仲裁法》修改中加入行为保全的专项条款,真正建立仲裁中行为保全的法律位阶的依据,以便在实际工作中再予以发扬推广。

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》第108条,“当事人对保全或者先予执行的裁定不服的,可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行”。

关于仲裁去行政化的思考

赵 平*

摘要:仲裁行政化以及如何去行政化是近十年来探讨比较多的一个问题,现在大部分的文章对仲裁行政化持否定的观点。目前主流观点是“这种行政化的趋向既违背了我国《仲裁法》的规定,也与国际仲裁实践格格不入,成为阻碍我国仲裁发展的瓶颈”。结论是“借鉴国外的仲裁经验,探索全国范围内有效地仲裁去行政化的路径,势在必行”。笔者认为,过去对于行政化对仲裁的推动作用认识不够,去行政化的药方没有充分考虑到当前中国仲裁事业的现状。我们探讨仲裁改革的目的是促进仲裁事业的发展,是否去行政化要取决于仲裁发展的需要。目前的仲裁去行政化思路应该改变,调整为“改变政府和行政机关对仲裁管理的思路 and 方式,大力支持仲裁事业的发展,推进商事仲裁与国际接轨,大力发展国际商事仲裁,增强中国在国际仲裁界的话语权”。

关键词:仲裁 去行政化 政府 支持 国际商事仲裁

仲裁行政化是近十年以来探讨比较多的一个问题。在1994年《仲裁法》刚刚制定之时,大家都忙于宣传《仲裁法》,研讨《仲裁法》对于现代仲裁制度建设的意义。仲裁界忙着组建新的仲裁机构,制定仲裁规则,进行仲裁的宣传和推广,办理仲裁案件。在新仲裁制度运行了十年以后,人们才逐步回头看《仲

* 赵平,北京金诚同达(上海)律师事务所主任、高级合伙人。

裁法》本身存在的一些问题,仲裁行政化的问题进入了人们的视野。北京仲裁委员会(以下简称北仲)的王红松副主任2007年在《北京仲裁》第62期发表的“仲裁行政化的危害及应对之策”对于仲裁行政化的问题作了非常详尽的描述。此后,很多文章开始探讨仲裁行政化的问题及去行政化的路径。^①主流观点是“这种行政化的趋向既违背了我国《仲裁法》的规定,也与国际仲裁实践格格不入,成为阻碍我国仲裁发展的瓶颈”。^②结论是“仲裁行政化是影响我国仲裁事业发展的一个根本性问题,严重制约着我国未来仲裁制度的发展方向”,“借鉴国外的仲裁经验,探索全国范围内有效地仲裁去行政化的路径,势在必行”。^③

以上概括了目前关于仲裁行政化的主要观点。这种观点把中国现在的仲裁制度或仲裁体制与国际上通行的商事仲裁制度进行比较,从而得出仲裁行政化的倾向与国际通行的仲裁制度并不接轨,继续持续下去会成为中国仲裁发展的严重障碍。因此,结论是,我们的主要任务就是消除行政对仲裁的干预,全面去除行政对仲裁的各种影响,从而为商事仲裁的发展扫清障碍。

在过去的这些研究中,对于仲裁行政化的成因、表现等都作了深入的分析,非常具有参考价值。但在分析中,大多数文章并未对行政化对仲裁的推动作用作客观的分析,即使提到过去行政机关对仲裁有推动作用,也简单地认为当前阶段行政化也已经成为仲裁的障碍。笔者认为,过去研究的一大不足是对于行政化对仲裁的推动作用认识不够,而且在当前的情况下就开出去行政化的药方,没有充分考虑到当前中国仲裁事业的现状,按照去行政化的思路来改革中国仲裁未必能对仲裁的发展,甚至是融入国际仲裁大家庭起到完全正面的作用和效果。我们探讨仲裁改革的目的是促进仲裁事业的发展,是否去行政化要取决于仲裁发展的需要,尤其是现在在发展国际仲裁的情况下更是如此。笔者认为,目前的仲裁去行政化思路应该改变,调整为“改变政府和行政机关对仲裁

① 参见吕娜娜:《我国民商事仲裁去行政化路径探析》,载《柳州师专学报》2014年第29卷第2期。

② 同上。

③ 同上。

管理的思路 and 方式,大力支持仲裁事业的发展,推进商事仲裁与国际接轨,大力发展国际商事仲裁,增强中国在国际仲裁界的话语权”。下面对这个问题作一个具体的分析。

一、仲裁行政化问题的由来

仲裁行政化问题由来已久,1994年8月《仲裁法》通过以后,仲裁行政化问题就开始存在了,但对于仲裁行政化的探讨是近十几年才开始的。《仲裁法》对于原来行政体制下的仲裁是一个巨大的改革,奠定了中国现代商事仲裁的基础。

新中国成立后,1956年中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲)成立,它的前身是对外贸易仲裁委员会,是中国国际贸易促进委员会根据中央人民政府政务院1954年5月6日的决定于1956年4月设立的;中国海事仲裁委员会(以下简称海仲)是根据中华人民共和国国务院1958年11月21日的决定于1959年1月22日设立。1994年《仲裁法》颁布以前,中国仅有的两个商事仲裁委员会,分别是贸仲和海仲。另一种仲裁是根据《经济合同仲裁条例》建立的经济合同仲裁委员会,它是附设在各个工商局下面的,工商局下设的经济合同仲裁委员会是典型的行政仲裁,这个仲裁委员会相当于内设的处室,人员是工商局内部工作人员,案件处理方式是行政案件的处理方式,对于经济合同仲裁没有仲裁协议的要求,并且对于仲裁结果是可以到法院起诉。因此,经济合同仲裁不是现代意义上的仲裁。现代意义上的仲裁是1994年《仲裁法》颁布后建立起来的,《仲裁法》确定了现代中国仲裁的特征,例如建立独立的仲裁委员会、必须有仲裁协议才可以作为提起仲裁的前提、一裁终局、各方在三名仲裁员的情况下可以各指定一名仲裁员、保密性等。从1995年开始各省、自治区、直辖市和部分地级市根据《仲裁法》建立仲裁委员会,到目前已有二百三十多家仲裁委员会,都是按照1994年《仲裁法》规定组建的。

从1994年《仲裁法》颁布时就已经出现仲裁行政化问题,但这个问题当时

并没有引起重视。这个问题的出现是在仲裁委员会尤其是地方仲裁委员会运行一段时间后,才意识到仲裁行政化的问题。根据《仲裁法》组建的仲裁委员会从设立、运行、管理、经费以及体制上已经不能满足现代意义上商事仲裁的要求,因此出现了变革的呼声。变革所指向的对象就是所谓的仲裁机构的行政化,认为行政化是阻碍仲裁委员会适应现代商事仲裁发展的重要因素,因此,行政化成为应该改革的对象,并且把仲裁出现的很多问题都归咎于仲裁行政化所致。北仲在去行政化方面的改革比较彻底,从设立时就注意去行政化的影响,从财务管理、人员管理、案件管理、经费管理等问题上都注意避免行政化的影响,北仲改革的成功使人们更加认为行政化阻碍了仲裁机构的发展。

仲裁行政化问题的探讨已近十年,但一直没有实质性的改变。从去行政化的呼吁转变为政府和仲裁机构的行动之间有很长距离,很多学者期望于通过仲裁机构的改革、行政机关的改革、仲裁法的修改等方式来解决这个问题,但这个问题依然存在。这时,我们也应该思考,即仲裁行政化是否真正成为阻碍仲裁发展的一个问题,在现有体制下能否被解决,大家开出的去行政化的药方是否能够奏效,有没有严重的副作用。

二、仲裁行政化的表现

关于仲裁行政化的表现,大家的论述很多,例如有的文章把仲裁机构的行政化分为三个方面,即仲裁机构的组织结构行政化、管理方式行政化、运作机制行政化。^①应该说,政府和行政机关对仲裁的管理和干预是大家都认可的一个现象。尤其是根据仲裁法组建的仲裁委员会,仲裁行政化的现象尤其明显。

笔者作为前法官、现任律师和仲裁员,将从各个视角来看仲裁行政化的表现。具体为仲裁委员会的设立、机构人员组成、仲裁员的选任和组成、财务管理、内部事务管理、案件管理等方面。

^① 参见程新桐:《论我国仲裁机构的去行政化》,中国社会科学院2011年硕士学位毕业论文。

《仲裁法》在中国建立了现代意义上的商事仲裁制度,但是由于历史条件的局限,又深深地打上了时代的烙印。《仲裁法》第10条规定:“仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民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,不按行政区划层层设立。仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。设立仲裁委员会,应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。”此规定包括与行政有关的三个含义:(1)仲裁机构只能按照行政区划设立,即直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,或根据需要在其他设区的市设立,即其他地方,如县、直辖市的区不能设立仲裁机构。现在流行的一个观点,一个地区只能设立一个仲裁委员会也与《仲裁法》的此项规定有关。(2)仲裁机构由市人民政府组织有关部门和商会统一组建,即由市政府组织,有关部门与商会统一组建。现在很多地方根本没有商会,即使有商会,很多也变相论为政府的一个部门。这种情况下,仲裁机构是否设立、怎样设立实际还是由政府来主导。(3)仲裁委员会应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记,即仲裁机构的设立以司法行政部门的登记为标志。《仲裁法》遗漏了一个问题,设立时的“有关部门”是否是司法行政部门。现在来看,各地均以法制部门为仲裁业务的主管部门,设立时也以法制部门主导。在政府主导设立的情况下,司法行政部门的登记成为摆设。仲裁委员会的设立应根据《仲裁法》由有关政府部门与商会共同设立,但在中国,独立意义的商会在很多地方是不存在的,这就变成了地方人民政府及政府有关部门发起设立仲裁委员会。设立的整个过程都由政府来主导,这决定了诸多行政特征的存在。

仲裁委员会的组成机构、权限分工等应该由章程来决定,仲裁委员会的理事会或者委员会是仲裁机构的最高决策机构。由于组建时的政府主导地位,仲裁委员会的委员或理事的人员组成中行政人员占有重要地位,典型表现在政府官员兼任仲裁委员会主任、秘书长或原来行政机构的官员调任到仲裁委员会担任主任或者秘书长。仲裁委员会的主任和秘书长在机构中的地位非常重要,实践中除极个别情况外基本都是由有行政级别的官员来担任。很多地方由政府直接任命仲裁委员会主任或秘书长,没有任何职级和国字背景的人员占比很