

高等学校法学专业  
研究生教学用书

# 民事诉讼法学研究

Research on Civil  
Procedure Law

田平安 主编

高等学校法学专业  
研究生教学用书

# 民事诉讼法学研究

Research on Civil

Procedure Law

田平安 主编

撰稿人（以撰写章节先后为序）

徐 昕 李祖军 廖中洪

田平安 黄 宣 唐 力

李 龙 吴 杰 汪祖兴

丁宝同

 高等教育出版社

### 图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼法学研究/田平安主编. —北京: 高等教育出版社, 2008.1

ISBN 978 - 7 - 04 - 022284 - 5

I. 民… II. 田… III. 民事诉讼法 - 法的理论 - 中国 - 研究生 - 教材 IV. D925.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 123769 号

策划编辑 李文彬 责任编辑 李江泓 封面设计 刘晓翔  
版式设计 史新薇 责任校对 殷然 责任印制 朱学忠

---

出版发行 高等教育出版社  
社 址 北京市西城区德外大街 4 号  
邮政编码 100011  
总 机 010 - 58581000

经 销 蓝色畅想图书发行有限公司  
印 刷 北京明月印务有限责任公司

开 本 787 × 960 1/16  
印 张 20  
字 数 370 000

购书热线 010 - 58581118

免费咨询 800 - 810 - 0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>  
<http://www.hep.com.cn>

网上订购 <http://www.landaco.com>  
<http://www.landaco.com.cn>

畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2008 年 1 月第 1 版

印 次 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价 35.00 元

---

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 22284 - 00

## 内容简介

本书是培养了25届民诉研究生的西南政法大学老师们提供给法学研究生的一本试验教材。

全书以专题形式成文，共十六讲。全书涵盖民事诉讼法的总则、分则内容，以总则内容为主。专题虽专但不深奥，内容略高于法学本科层次；专题虽多但未超出民诉视野，从体系上仍遵循民事诉讼法学的完整性。

全书既有民事诉讼法精义之阐释，也有最新司法解释之引用；有深奥理论之剖析，也有实践经验之论证；有课余思考题目以供学子研习之用，也有参考文献资料附录于各讲之后。应当说，本书颇具西南法学特色。

## 作者简介

**田平安** 西南政法大学教授、博士生导师。重庆市重点学科——诉讼法学科学术带头人，全国精品课程《民事诉讼法学》领头人，中国法学会民事诉讼法学研究会副会长。其事迹被载入《世界名人录》、《中国大学校长名典》、《当代法学名家》。

主要著作有：《程序正义初论》、《民事诉讼证据初论》、《中国民事诉讼法》；主编本科生、研究生用民事诉讼法、行政诉讼法、证据学教材30余部。其中，主编的司法部统编教材《民事诉讼法学》荣获第三届部级优秀教材二等奖，主编的《民事诉讼法原理》荣获司法部全国第二届优秀法学教材与科研成果一等奖。先后在《法学研究》、《现代法学》、《中外法学》等刊物上发表论文70余篇，主持国家级、省部级、校级科研课题多项。撰写本教材第五讲、第十讲。

**李祖军** 西南政法大学教授、博士生导师，主要研究民事诉讼法、行政诉讼法、证据法和律师学。

主要著作有：《民事诉讼目的论》、《民事诉讼法导论》、《仲裁法论》，参编《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等教材十余部；在《现代法学》、《诉讼法学论丛》等刊物上发表《论程序公正》、《诉讼效益论》、《论民事再审程序》等论文40余篇。撰写本教材第二讲、第四讲。

**廖中洪** 西南政法大学教授，博士生导师。

主要著作有：《中国民事诉讼程序制度研究》，主编《侵权损害赔偿诉讼证据运用研究》、《民事诉讼程序改革热点问题研究》等多部；公开发表《人权保障与我国民事诉讼法的修改》、《自由心证与法官心证来源》、《检察机关提起民事诉讼若干问题研究》、《民事程序立法中的国家本位主义批判》等多篇论文。撰写本教材第三讲、第十二讲。

**汪祖兴** 西南政法大学教授，博士生导师，中国经济贸易仲裁委员会仲裁员。

主要著作有：《公民的诉讼权利》、《司法制度的过去、现在和未来》、《比较民事诉讼法》（参编）等。撰写本教材第十三讲、第十四讲。

**徐昕** 法学博士，西南政法大学教授，博士生导师。获司法部、教育部、中国法学会、重庆市政府奖励若干，重庆市宣传文化首批“五个一”理论类市级人才。

主要著作有：《私力救济与中国社会》、《迈向社会和谐纠纷解决》、《论私力救济》、《英国民事诉讼与民事司法改革》（独著）；《中世纪神判》、《比较法视野中的司法程序》、《公共知识分子》、《证据法的经济分析》、《英国民事诉讼规则》、《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》（译著）；《影像中的司法》、《中国司法制度》、《英国民事司法改革》、《外国民事证据制度研究》、《外国证据法》、《民事证据法专论》（合著）等；在《法学研究》、《中国法学》、《香港社会科学学报》等刊物上发表论文70余篇；主持课题十余项。撰写本教材第一讲。

**唐力** 西南政法大学教授，民事诉讼法博士，硕士生导师。

主要著作有：《民事诉讼构造研究》、《比较民事诉讼法学》（合著）、《民事诉讼法学》（参编），《民事诉讼法精要与依据指引》（主编）等；发表了《对话与沟通：民事诉讼构造之法理分析》、《辩论主义的嬗变与协同主义的兴起》等20余篇论文。撰写本教材第七讲、第八讲。

**李龙** 法学博士，西南政法大学教授，硕士生导师。

主要著作有：个人专著2部，参编教材5部，教辅材料2部；在《现代法学》、《法律科学》、《法学》等学术刊物上发表学术论文30余篇；代表作有：《民事诉讼标的理论研究》（个人专著）、《民事诉权论纲》、《论民事判决的既判力》、《论民事诉讼客观的诉的合并》、《外国民事诉讼标的理论纵览及研讨》、《民事诉讼当事人适格刍论》、《医疗事故“无过错”赔偿》（学术论文）等。撰写本教材第九讲、第十六讲。

**吴杰** 西南政法大学副教授，法学博士，硕士生导师。

主要著作有：参编学术著作与教辅材料十余部；发表《大陆法系民事诉讼证明标准基础理论研究》，《网络时代与民事诉讼变革》，《论我国行政化民事裁判监督权结构》等30余篇论文。撰写本教材第十一讲。

**黄宣** 西南政法大学副教授，硕士生导师。

主要著作有：《执行法律精要与依据指引》、《民事诉讼实践理性导论》（合著）；参与写作《法学概论》、《民事诉讼法学》等15部工具书和教材；发表《论民事诉讼的发生与预防》，《论我国民事诉讼再审程序的改革》等论文十余篇。撰写本教材第六讲。

**丁宝同** 西南政法大学教师，博士生。

主要著作有：参与撰写《民事诉讼法学》；发表《证明责任规则的华而不实和自认规则的功能缺失》，《价值视角的转变与正义模式的演绎》，《新的正义模式：美国〈ADR法〉》，《论民事诉讼简易程序的程序保障问题》，《再评最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉》等论文。撰写本教材第十五讲。

# 目 录

<b>第一讲 民事纠纷及其解决机制</b> .....	(1)
一、纠纷及其解决机制 .....	(1)
二、中国的纠纷及其解决状况的简要特征 .....	(2)
三、完善司法救济机制 .....	(3)
四、完善行政救济机制 .....	(4)
五、完善仲裁制度 .....	(4)
六、完善民间调解机制 .....	(10)
<b>第二讲 民事审判权</b> .....	(16)
一、民事审判权的含义 .....	(16)
二、民事审判权的历史渊源 .....	(20)
三、法院行使民事审判权的基本原则 .....	(21)
<b>第三讲 诉与诉权</b> .....	(30)
一、诉 .....	(30)
二、诉权 .....	(38)
<b>第四讲 民事诉讼目的论</b> .....	(53)
一、民事诉讼目的的概念 .....	(53)
二、研究民事诉讼目的的现实意义 .....	(55)
三、民事诉讼目的论学说评述 .....	(57)
四、利益保障目的论解说 .....	(60)
<b>第五讲 民事诉讼法律关系</b> .....	(68)
一、民事诉讼法律关系界定 .....	(68)
二、民事诉讼法律关系的构成 .....	(73)
三、民事诉讼法律关系发生的条件 .....	(76)
<b>第六讲 民事诉讼主体论</b> .....	(80)
一、人民法院 .....	(80)

二、人民检察院 .....	(83)
三、民事诉讼当事人 .....	(86)
四、诉讼代理人 .....	(98)
<b>第七讲 民事诉讼基本原则 .....</b>	<b>(102)</b>
一、民事诉讼基本原则的功能与体系 .....	(102)
二、当事人诉讼权利平等原则 .....	(104)
三、法院调解原则 .....	(105)
四、辩论原则 .....	(107)
五、处分原则 .....	(110)
六、诚实信用原则 .....	(113)
<b>第八讲 民事案件的法院主管与管辖 .....</b>	<b>(122)</b>
一、民事案件的法院主管 .....	(122)
二、民事案件管辖 .....	(123)
三、管辖权异议 .....	(135)
<b>第九讲 民事诉讼标的理论 .....</b>	<b>(137)</b>
一、诉讼标的理论的实践意义 .....	(137)
二、民事诉讼标的基本概念 .....	(139)
三、我国诉讼标的理论透视及反思 .....	(148)
<b>第十讲 民事诉讼证据制度概论 .....</b>	<b>(163)</b>
一、民事诉讼证据概述 .....	(163)
二、民事诉讼证据种类 .....	(166)
<b>第十一讲 举证与证明 .....</b>	<b>(187)</b>
一、证明对象 .....	(187)
二、自由心证主义 .....	(190)
三、证明责任 .....	(193)
四、推定 .....	(196)
五、证据调查程序 .....	(199)
<b>第十二讲 民事诉讼程序设置的一般法理 .....</b>	<b>(204)</b>
一、民事诉讼程序设置一般法理的由来 .....	(204)



---

二、民事诉讼程序设置的基本理论 .....	(206)
三、我国现行民事诉讼程序设置中的问题 .....	(220)
<b>第十三讲 特别程序论 .....</b>	<b>(229)</b>
一、民事诉讼特别程序的基本问题 .....	(229)
二、民事诉讼特别程序的调整范围 .....	(234)
<b>第十四讲 涉外民事诉讼论 .....</b>	<b>(243)</b>
一、涉外民事诉讼概述 .....	(243)
二、涉外民事诉讼管辖权的确定原则 .....	(248)
三、涉外民事司法协助 .....	(253)
<b>第十五讲 既判力 .....</b>	<b>(266)</b>
一、判决的效力：既判力理论的外在环境 .....	(266)
二、既判力的本体性理论：本质论和根据论 .....	(268)
三、既判力的实用性理论：既判力作用理论 .....	(272)
<b>第十六讲 民事执行制度 .....</b>	<b>(283)</b>
一、民事执行权的性质与执行原则 .....	(283)
二、执行措施 .....	(288)
三、执行过程 .....	(298)
<b>写在后面 .....</b>	<b>(310)</b>

# 第一讲 民事纠纷及其解决机制

## 重点提示：

- 纠纷及其解决机制：理论框架与个案分析
- 中国的纠纷及其解决状况的特征
- 完善司法救济机制
- 完善行政救济机制
- 完善仲裁制度
- 完善民间调解机制

## 一、纠纷及其解决机制

### （一）纠纷：概念、类型和结构

纠纷，指特定主体基于利益冲突而产生的一种双边或多边的对抗行为。它又常被称为冲突、争议、争执，其本质可归结为利益冲突，即有限的利益在社会主体间分配时，因出现不公平或不合理而产生的一种对立、不和谐状态，包括紧张、敌意、竞争、暴力冲突以及目标和价值上的分歧等表现形式。

纠纷可从不同角度分类。根据是否受到法律的评价，纠纷可分为自然状态的纠纷和作为法律事实的纠纷。根据是否可诉诸法院加以解决，纠纷可分为可司法纠纷和非司法纠纷。根据涉及当事人的数量，纠纷可分为非群体性纠纷和群体性纠纷。

关于纠纷的基本结构，千叶正士提炼了一个包括基本要素和关联要素两大方面的分析框架。<sup>①</sup> 第一，纠纷的基本要素：（1）纠纷关系人，包括当事人、纠纷的参加人（直接或间接帮助一方解纷的人）、纠纷的介入人（解纷第三人）；（2）纠纷对象，即当事人争执的对象；（3）纠纷行动，即双方为损害或防止对方损害而采取的行动，包括纠纷行为（通过实施积极或消极的行为意图损害对方的行动）、纠纷手段（为实施纠纷行为所采取的策略、战术、攻防御武器等）、纠纷主张（向对方提出的具体要求）、纠纷的相互影响（当事

<sup>①</sup> 转引自刘荣军：《程序保障的理论视角》，法律出版社1999年版，第1~33页。

人之间的影响以及纠纷的社会影响)。第二, 纠纷的关联要素: (1) 纠纷的社会结构;<sup>①</sup> (2) 纠纷原因; (3) 纠纷的社会价值; (4) 纠纷解决机制。

## (二) 纠纷解决机制的类型

纠纷解决机制, 指争议当事人用以化解和处理纠纷的手段和方法, 可分为公力救济、社会型救济和私力救济三种。公力救济包括司法救济与行政救济, 社会型救济包括仲裁、调解和部分 ADR (代替性纠纷解决机制), 私力救济包括强制与交涉。

美国学者约翰·格雷认为, 社会提供的利益保护方法即纠纷解决机制大致有五种: 自助; 请求法院颁发禁令; 请求法院判令损害赔偿; 请求行政机关保护; 刑法惩罚。<sup>②</sup> 埃尔曼将纠纷解决的方法概括为: 一是冲突的当事人通过协商自行确定后果, 这并不排除作为调解人的第三人介入; 二是将冲突交付裁决, 这意味着一位理想的不偏不倚的第三人来作出裁决; 两种方式有时交叉。<sup>③</sup>

社会人类学家常把纠纷解决机制分为审判、仲裁、调解、交涉、强制、回避、忍受等各种具体形式。布莱克把纠纷解决或冲突管理机制分为私力救济、回避、交涉、通过第三方解决和忍让。<sup>④</sup> 劳拉·纳德尔主张, 区分各种纠纷解决机制类型——审判、仲裁、调解、交涉、强制、回避、忍受——最关键的变量为, 第三方是否介入, 以及(如果第三方介入)所导致结果的类型。<sup>⑤</sup> 还有人参照社会控制机制的分类, 将纠纷解决机制概括为第一方、第二方、第三方的纠纷解决。

## 二、中国的纠纷及其解决状况的简要特征

总体而言, 中国的纠纷及其解决具有如下特征:

1. 从纠纷数量来看, 总体上呈不断攀升之势, 部分大中城市出现“诉讼爆炸”, 法院等解纷机构的负担越来越重, 正面临着前所未有的挑战。
2. 从纠纷的形式和原因来看, 纠纷日益多样化, 纠纷的起因和内容日益复杂, 冲突焦点相对集中。诸如城镇拆迁安置, 农村征地, “三农”问题, 企

① 按布莱克的解释, 谁控告谁, 谁处理纠纷, 谁与纠纷相关, 谁是双方可能的支持者, 这些人的社会性质构成案件的社会结构。[美] 布莱克: 《社会学视野中的司法》, 郭星华等译, 法律出版社 2002 年版, 第 5~6 页。

② John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., New York: Macmillan Company, 1931, p. 21.

③ [美] 埃尔曼: 《比较法律文化》, 贺卫方、高鸿钧译, 清华大学出版社 2002 年版, 第 132 页。

④ [美] 布莱克: 《社会学视野中的司法》, 郭星华等译, 法律出版社 2002 年版, 第 82 页。

⑤ Laura Nader & Harry F. Todd, Jr ed, *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, pp. 9, 14-15.

业改制，工程建设，劳资纠纷，拖欠工资，职工下岗，基本医疗无保障，环境污染，等等。纠纷产生的原因是多方面的，如经济快速发展，社会结构发生重大变化，社会流动明显加快，保障社会秩序的制度不健全，社会诚信程度降低；改革过程中社会利益格局严重失衡，贫富差距不断加大，城乡之间、区域之间、经济与社会之间的发展极不和谐，就业、教育、医疗、社会保障等公共需求和服务方面的缺口极大；社会不公和权力腐败现象日益突出，弱势群体日益被边缘化。

3. 从冲突程度来看，群体性纠纷和事件频繁发生，对抗性和组织性日益明显，暴力冲突、暴力抗法现象屡见不鲜。

4. 从纠纷的当事人来看，弱势群体的境况及表现突出，其权益往往被系统性、政策性地大肆侵犯，而其权益表达和救济因遭遇较多体制性障碍而往往诉诸非常规性纠纷解决途径。

5. 从纠纷解决机制来看，多元化纠纷解决机制尚不完善，各种解纷机制皆有较大缺陷，防控、遏制及处理冲突尤其激烈冲突和群体性突发事件的能力较弱，难以公正、及时、有效地化解纠纷。

6. 从纠纷解决人员来看，法官、检察官和律师的总数不少，警察偏少；人民调解人员的数量较多，司法助理员偏少，公证人员的数量萎缩。

### 三、完善司法救济机制

司法救济机制对于民众的权利保护至关重要，应改进其所存在的种种缺陷，提升司法解决纠纷的能力和司法服务的素质。基本思路如下：

#### 1. 降低诉讼成本，提高诉讼效率，提升司法救济的实效性

(1) 降低法院的司法成本。简化诉讼程序，提升司法程序的弹性和灵活性，缩短诉讼期间。提升司法服务的质素，降低司法的错误成本。

(2) 降低当事人的诉讼成本。降低法院的诉讼收费；规范律师收费；扩大法律援助和司法救助的范围，完善制度，保障贫穷的当事人利用司法。

(3) 提高诉讼效率。第一，改革庭前程序，设立争点整理程序，探索建立规范的民事诉讼简化程序和小额诉讼制度，扩大简易程序的适用，设立简易开庭制度。第二，大力促进和解与法院调解。第三，提高法官的办案效率。

#### 2. 不断完善司法程序

完善的主要方向包括：程序的简便化和科学化。改革民事管辖制度，克服跨地区民事案件中的不当干扰问题；扩大审判公开的范围，增加法院各项工作的透明度；改革民事审判监督制度，维护司法既判力等。

#### 3. 消除司法的体制性弊端

(1) 确保司法独立，消除司法的等级化、行政化、商业化、地方化、非

职业化及政治化。

- (2) 改革和完善司法人事管理制度。
- (3) 改革和完善审判组织与审判机构。

#### 四、完善行政救济机制

行政救济机制可理解为行政性纠纷解决机制,即行政机关依法律规定,遵循一定的程序,运用行政权对行政、民事、甚至刑事纠纷的解决,主要包括行政调解、行政裁决、行政仲裁、行政复议以及申诉、信访。行政救济具有公力救济的规范性、权威性和效力性等特征。而与司法救济相比,行政救济效率高,成本低,具有快捷性、主动性(行政机关可主动介入纠纷处理)、灵活性(即便需遵循法定程序,也远远比不上诉讼程序的复杂)、综合性(案件有可能涉及民事、行政等多重性质的争议,行政机关可一并处理)、专业性(特定行政部门处理专门性纠纷有优势)等优势。

各种行政救济机制皆需从多方面进行完善。以行政调解制度为例。应赋予行政调解一定的法律效力。健全行政调解的法律体系,将其纳入规范化的法制轨道。清理行政调解的职权范围;扩大行政调解的范围;明确行政调解的原则;规定行政调解的程序、方法、时限(以3个月为限)、调解协议的内容和效力、救济、法律责任等。

#### 五、完善仲裁制度

中国的仲裁制度始于1956年,但在初期其受案量小,纠纷解决能力不强。1995年9月中国《仲裁法》颁行,全国仲裁制度统一,改变了原有涉外仲裁和国内仲裁的双轨制格局,结束了多头部门仲裁的局面。《仲裁法》实施10年来,取得了显著成绩。全国依法重组185家仲裁机构,建立了一支由4万名专业人士组成的仲裁员及其工作人员队伍,仲裁案件逐年增长,10年达157000多件,标的额2720多亿元,仲裁案件质量的总体水平不断提升,全国仲裁机构的裁决被司法监督撤销、不予执行的平均比率低于1%。<sup>①</sup>但仲裁解决纠纷的绝对量还很小,远比不上诉讼和调解。仲裁的巨大潜能尚未得到充分发挥的原因是多方面的,主要是还存在诸多缺陷。

##### (一) 仲裁制度存在的主要问题

##### 1. 仲裁的公正性不足

仲裁是由当事人基于对仲裁机构能公正处理纠纷的信心而自愿选择。但现实中,权力腐败的弊病渗入社会生活的各方面,包括仲裁领域,当事人收买仲

<sup>①</sup> 卢云华:《中国仲裁的特色与发展》,载《法制日报》2005年5月11日。

裁判员、仲裁员索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决之类的情形并不少见，仲裁腐败已成为影响仲裁公信力、制约仲裁事业发展的重大障碍。

## 2. 仲裁的独立性缺乏保障

民间性和独立性是仲裁的重要特征。中国《仲裁法》第8条规定：“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第14条规定：“仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。”但事实上，仲裁机构行政化和官僚化严重，独立性明显不足。例如，仲裁委员会由有关人民政府组织有关部门和商会统一组建，导致仲裁机构在设立之初就在人员编制、经费、用房等方面依附于行政机关。仲裁委员会设立后，仍按行政体制定级定编，仲裁委员会的主任和副主任也往往由政府分管领导或法制部门领导兼任，甚至在重大案件的裁决前，仲裁委员会或仲裁庭还要向党政部门汇报。<sup>①</sup>仲裁机构的非独立性与仲裁的契约与司法双重性质不相配，影响了仲裁效用的发挥。

## 3. 涉外仲裁与国内仲裁的二元化体制不合理

尽管《仲裁法》改变了原涉外仲裁和国内仲裁分由不同机构处理的双轨制格局，但涉外仲裁与国内仲裁仍被区别对待，中国《仲裁法》第7章专门就涉外仲裁作出特别规定。涉外仲裁的当事人有更大的自由，仲裁裁决被赋予更高效力。法院对国内仲裁与涉外仲裁的司法审查采取双重标准，法院在执行国内仲裁裁决时，既审查裁决的程序事项，也审查实体事项；而对涉外仲裁，法院只审查程序事项。如此区别对待，违反了国民待遇和平等原则。

## 4. 临时仲裁和专业仲裁制度缺位

临时仲裁与机构仲裁相对，它在仲裁庭的组建、仲裁程序的进行等方面更具自主性（仲裁按当事人的意愿和特定争议事项来进行）、灵活性（可免除各种机构内部程序的时限，更快捷高效）和经济性（更节省费用），更能体现当事人的意思自治。<sup>②</sup>在希腊、葡萄牙等少数国家，临时仲裁是主要的仲裁形式。1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1985年联合国《国际商事仲裁示范法》、《欧洲国际商事仲裁公约》等国际公约都规定了这一制度，但中国的《仲裁法》尚未作此规定。机构仲裁依受理案件的类型和性质分为一般性和专业性机构仲裁。随着社会分工的发展，纠纷日益呈现出专业化和技术化特征，专业仲裁对专业性纠纷的处理具有明显优势。目前，中国虽在金融、粮

<sup>①</sup> 张艾清：《中国国内仲裁制度及其存在的问题与立法完善》，载《贵州民族学院学报》2002年第2期。

<sup>②</sup> 郝海青：《在我国建立临时仲裁制度的法律思考》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2003年第2期。

食等领域出现专业或行业仲裁机构，但现行法律尚未就专业仲裁制度及其相应机构作出明确规定。

#### 5. 仲裁机构与仲裁庭的职权划分不合理

仲裁权本质上属于仲裁庭和仲裁员，但根据现行法律，这种权力大部分被仲裁委员会侵夺。仲裁协议的有效性、仲裁案件的管辖权、仲裁员的回避等许多程序事项皆由仲裁委员会决定。中国《仲裁法》也未赋予仲裁庭适当地决定仲裁程序如何进行的权力，仲裁员和仲裁机构应如何行事，谁来推动仲裁程序的规定都不甚明确。

#### 6. 当事人意思自治原则未得到充分体现

首先，仲裁范围的规定过窄。多数国家及国际公约均将“契约性与非契约性争议”纳入仲裁的范围，而中国《仲裁法》仅规定了平等主体之间发生的“合同纠纷和其他财产权益纠纷”（第2条）。其次，仲裁协议的要件过于严格。《仲裁法》第16条规定，仲裁协议应采取书面形式，并具有请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会3项内容。最后，仲裁程序过于繁琐和严格，且仲裁庭和当事人均无权灵活推动仲裁程序的进行。

#### 7. 仲裁员制度存在较多缺陷<sup>①</sup>

(1) 中国《仲裁法》关于仲裁员资格的道德条件仅规定“公道正派”，过于简单；就专业条件而言，过于强调法律专业，忽略其他专业；而第13条第2款第5项规定“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”的人也可担任仲裁员，弹性大，易导致“鱼龙混杂”。

(2) 20世纪50年代以来，中国始终实行仲裁员强制名册制，当事人只能从仲裁机构提供的仲裁员名册上挑选仲裁员。实施名册制有利于保证仲裁员的质量，但谁来保证列入名册者符合法定条件？另外，仲裁员名册的资料过于简单，信息量不够。而强制名册制既不利于吸纳专业人才和培养仲裁人才，也限制了当事人委任仲裁员之自由。

(3) 未聘任外籍人士担任仲裁员，尽管这样做有助于提高仲裁的公信力。目前大多数国家的法律都确认外国人具有被聘任为仲裁员的资格。但中国只规定涉外仲裁机构可聘任外籍仲裁员，《仲裁法》未就国内仲裁机构可否聘请外籍人士担任仲裁员作出明确规定，尽管国内仲裁机构也可受理涉外案件。

(4) 依中国《仲裁法》，重新组建的仲裁机构不设专职仲裁员。但中国的仲裁机构普遍拥有驻会仲裁员，他们数量较大，还往往担任一定的职务，实际上就是变相的专职仲裁员。其职业特征与法官类似，会导致仲裁程序的诉讼化

<sup>①</sup> 部分内容参见宋连斌：《中国仲裁员制度改革初探》，载《北京仲裁》2002年第6期。

及仲裁的内部监督缺位。

(5) 仲裁机构未分别按管理费、仲裁员报酬及实际开支计收仲裁费用。大部分收益为仲裁机构获取, 仲裁员所获报酬只占仲裁费用的很小部分。其收益微薄不合常理和国际惯例, 可能因此诱发仲裁员“寻租”。

(6) 中国目前尚无一套适用于全国的仲裁员道德准则, 多数仲裁机构也未制定此类准则。

#### 8. 司法对仲裁的监督制度不合理

(1) 按百余年来国际通行规则, 法院对仲裁的司法审查只能是程序审查。但国内仲裁的司法审查却包含程序和实体审查两方面。

(2) 法院审查后的裁定形式不科学。中国《仲裁法》设定了不予执行和撤销裁决两种形式。当事人申请撤销符合法定理由时裁定撤销裁决, 而申请执行裁决时对方当事人提出法定理由并成立时裁定不予执行。后者会导致仲裁裁决效力的不确定。因为裁定“不予执行”意味着只是不强制执行, 但裁决仍有效。“如果不予执行只能阻却仲裁裁决的执行效力而不能否定仲裁裁决本身的法律效力, 在当事人重新仲裁或向法院起诉的情况下会出现同时存在、相互冲突却又都具有法律效力的仲裁裁决和法院判决的混乱局面。”<sup>①</sup> 而由于上述两种司法监督方式的级别管辖和地域管辖不同, 申请撤销仲裁裁决由仲裁委员会所在地的中级法院管辖, 不予执行仲裁裁决由被执行人住所地或被执行的财产所在地的基层法院管辖。这就使中级法院驳回撤销仲裁裁决的申请后, 基层法院还可裁定不予执行仲裁裁决, 从而出现基层法院否定中级法院裁决的混乱。

(3) 当事人对司法审查的结果缺乏救济途径。当事人对法院撤销仲裁裁决或驳回当事人申请的裁定, 无权上诉或申请再审。法院裁定不予撤销, 因仲裁之特性, 不得上诉完全具有正当性。但对于撤销仲裁裁决的裁定, 若无救济机会, 则可能导致仲裁效力和独立性的减损。

(4) 《仲裁法》第 61 条赋予仲裁庭自行纠正裁决错误的机会, 但未对重新仲裁制度作出具体规定, 缺乏可操作性。

### (二) 仲裁制度的改革与完善

#### 1. 确保仲裁的民间性、独立性和公正性

仲裁效用的充分发挥, 首先, 应保障其民间性, 它不是国家设立的法庭或行政裁判机构, 而是自治性的“私人裁判”。其次, 要确保仲裁的独立性, 使之不受行政机关、社会团体或个人的不当干预, 不受地方或行业保护主义的不当影响。最后, 积极预防和有力打击仲裁腐败, 切实保障仲裁的公正性。

<sup>①</sup> 罗飞云:《论仲裁的司法化限度》,载《行政与法》2004年第3期。



这就要求：仲裁应坚持民间性和独立性，摒弃行政化和诉讼化的色彩，仲裁机构的建立和运作应在人、财、物等方面摆脱政府控制，应对仲裁实行行业管理；仲裁的程序规则应明确具体，具有科学性和可操作性；严格约束仲裁员的行为，仲裁监督机制应切实有效；建立和完善追究仲裁责任的机制，除刑事责任和行政责任外，在民事责任方面对仲裁采取有限豁免的原则，当事人可就仲裁机构、仲裁员在仲裁过程中故意或重大过失请求损害赔偿等。

### 2. 国内仲裁与涉外仲裁实行一元化体制

世界各国通行的做法是国内仲裁与涉外仲裁一体化，美国、法国、日本等国都没有区分国内仲裁与涉外仲裁，德国对国内仲裁和涉外仲裁裁决的撤销适用同一司法审查标准。中国的仲裁制度应与国际接轨，改革现行规则，逐步淡化并最终消除涉外仲裁与国内仲裁的二元化体制，对当事人适用国民待遇原则和平等原则，赋予其同等的自由，裁决的效力一致，法院对仲裁的司法审查标准应相同。

### 3. 建立临时仲裁和专业仲裁制度

临时仲裁具有一些特殊优势，也为世界多数国家及有关国际公约所认可，有必要建立临时仲裁制度，在《仲裁法》及有关法律规则中就临时仲裁明确规定仲裁员产生办法、仲裁庭组成、仲裁地点和仲裁程序等事项。同时，适应社会分工和专业化不断发展的需求，积极推进专业仲裁，对证券、保险、期货、体育、医疗、建设等行业设立专业仲裁制度。

### 4. 明确仲裁机构与仲裁庭的职权划分，扩大仲裁庭的权力

仲裁庭是案件的裁判者，仲裁委员会仅是管理服务性机构。仲裁机构的职责，在仲裁庭成立前主要是受理案件、送达、协助组成仲裁庭并通知仲裁员及当事人。在仲裁庭成立后，仲裁机构只应承担管理服务性工作。目前，应大力扩张仲裁庭的权力。仲裁庭应拥有“自裁管辖权”、<sup>①</sup> 仲裁程序的决定权及独立的裁判权。仲裁机构只能协助仲裁庭适当地进行仲裁，确保裁决的有效性和可执行性。具体措施如：仲裁裁决书和仲裁调解书由仲裁员签名即可生效；严格限制仲裁委员会的程序决定权，仲裁庭组成后，有权决定有关仲裁程序的一切事项；仲裁程序的规定应充分简化，仲裁程序只需满足最低“正当程序”的要求即可，仲裁如何进行由仲裁庭视个案情况自主决定等。<sup>②</sup>

### 5. 更充分体现和贯彻当事人意思自治原则

<sup>①</sup> 仲裁庭可对自己的管辖权包括对仲裁协议的存在或效力的任何异议作出裁定，这一权力源于双方当事人的仲裁协议和对仲裁员的选任，并为国际公约和绝大多数国家的立法所确认，如联合国《国际商事仲裁示范法》第16条。

<sup>②</sup> 宋连斌：《中国仲裁员制度改革初探》，载《北京仲裁》2002年第6期。