

工程争端与解决系列丛书

工程合同 仲裁实务

第 5 版

[英] 道格拉斯·斯蒂芬 著
路晓村 穆怀晶 译

中国建筑工业出版社

工程争端与解决系列丛书

工程合同仲裁实务

第5版

[英] 道格拉斯·斯蒂芬 著

路晓村 穆怀晶 译

中国建筑工业出版社

著作权合同登记图字：01-2003-3319号

图书在版编目(CIP)数据

工程合同仲裁实务(第5版)/[英]斯蒂芬著;路晓村,穆怀晶译
—北京:中国建筑工业出版社,2003
(工程争端与解决系列丛书)
ISBN 7-112-06082-6

I.工… II.①斯…②路…③穆… III.建筑工程—经济合同
—经济纠纷—仲裁 IV.D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第093637号

Arbitration Practice in Construction Contracts, by Douglas A. Stephenson,
5th Edition

© 1982, 1987 Douglas Stephenson and International Thompson Publishing; 1993, 1998, 2001 Douglas Stephenson

本书的出版得到英国 Blackwell Publishing Ltd., Oxford 的大力支持。

责任编辑:丁洪良

责任设计:刘向阳

责任校对:赵明霞

工程争端与解决系列丛书

工程合同仲裁实务

第5版

[英]道格拉斯·斯蒂芬 著

路晓村 穆怀晶 译

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)

新华书店经销

北京市密东印刷有限公司印刷

*

开本:787×1092毫米 1/16 印张:17 字数:412千字

2004年2月第一版 2004年2月第一次印刷

定价:35.00元

ISBN 7-112-06082-6

TU·5348(12095)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题,可寄本社退换

(邮政编码100037)

本社网址: <http://www.china-abp.com.cn>

网上书店: <http://www.china-building.com.cn>

序

本书第 5 版提供了十分有价值的信息和指南，囊括了解决工程合同引发的争端的各个方面。

1996 年仲裁法试图从逻辑上并且以容易阅读的方式为我们确立起仲裁基本法律，希望通过这种途径，使得国内和国际争端解决方法得以改善和提高。因此我们在以前立法的基础上，对这个法律进行了很多修改。这些修改及其理由已经在我们的两份报告中进行了讨论，它们分别在 1996 年 2 月和 1997 年 1 月成为议案和立法。这些报告的副本可以通过工商部索取。

阅读仲裁法的人们会发现，根据第 33 条仲裁庭有职责根据具体案件的实际情况采取适当的程序，避免不必要的延误或开支，因此提供了确定解决事件方法的公平的手段。如果没有仲裁员的勤奋工作，仲裁庭是不可能实现这种职责的。本书正是侧重在这方面提供帮助。

在这个方面，我想针对一些工程仲裁杂志的一些评论说几句话。他们从很多方面对仲裁法提出了批评。正如他们设想到的，我没有接受这种批评。在此我希望简单扼要地阐述为什么我采取这种立场。这不但是因为我把仲裁法视为自从切片面包出现以来的最重要事件，而且还因为我认为对那些有关问题提出批评的人们并没有全面地理解这个法律，并且他们似乎没有认真研究过我所依据的两份报告。

第一个批评是针对这种事实，即没有保留国内仲裁和国际仲裁的区别，因为有关这方面的条款已经被删除了。这样做的直接原因

是我们认为这些条款对非英语的欧洲国家存在歧视，所以与欧洲法律是矛盾的。这个观点得到 1996 年上诉法院判决的支持，因此上议院拒绝接受上诉。对于不愿意放弃国内原则的人们，根据这些原则可以赋予法庭有决断权，决定是否不必考虑仲裁条款，停止司法程序，但是现在他们肯定地无法提出任何论点，希望公正区分出国内仲裁和其他地区仲裁，而后者是以同样可能约束我们的欧洲法律为基础。尽管如此，事实是我们在仲裁法中还是加入了一些条款，以便让那些关心这个问题的人们有机会说服我们完全存在着这种区别，然而这种机会没有被利用上。

然而我拒绝接受这种批评还有另一个原因。仲裁协议是一份合同，通常附在某种类型的商业交易中。英国的商法是建立在这样的原则上面的，即除了极为例外的情况以外（例如合同无效等），当事人应该实施自己的交易。因此为什么要求仲裁协议与诉讼协议的处理方法不同？为什么法庭事后具有权力，如果觉得这种情况进行诉讼要比仲裁更为方便，就可以不考虑协议的规定内容？消费者当然应该得到保护，因此他们可以引用有关消费者保护的“欧洲指导”（European Directives）的规定内容。

有人认为 1996 年仲裁法意味着当事人将无法使用仲裁条款，因为不再有权利试图说服法庭最好应该采用仲裁方法。我不这么认为，在我看来这种批评带有某种混淆概念的味道。当事人有权利确定他们喜欢的仲裁协议。如果他们愿意，也可以不选择仲裁协议，而选择到法庭上解决问题的方式，或者选择某种替代形式的仲裁协议。我们所能做的是告诉人们，如果你选择了仲裁协议，而不是诉讼，就应该这么去做，除非仲裁协议被证明无效或者无法实施。换言之，你的仲裁协议将起到应该起的作用。

还有人认为法庭无法让诉讼代替仲裁的现实给多方当事人的案件带来很多困难，因为不能采取一次听证，这里需要很多仲裁，很多情况可能出现相互矛盾的结果。此外，当事人和起草标准合同文

本的人士可以采取某些补救，因为仲裁法第 35 条允许（如果当事人同意）采用合并等方法。协议是至关重要的；一些小型分包合同的当事人计划在出现问题的时候与他们的承包商进行小型仲裁，但是为什么他们在数年之后还是违背了自己的初衷，又回到了法庭，采取某些繁琐的诉讼过程，涉及很多当事人，花费大量时间和费用？

有些情况值得惋惜，法庭不再有权力进行既决判决，只要某些案件存在仲裁条款，而且法庭认为不存在正当的申请辩护理由，其根据是这将意味着这些无法争辩的申请会造成拖延，而申请人必须通过仲裁解决。我完全不同意这种观点。

首先，允许法庭决定的事宜仍然无视当事人已经进行的交易，即他们出现的争端应该进行仲裁，而不是诉讼。批评者则说，“对的，但是情况不是这样，因为如果没有正当的辩护理由，按照仲裁条款的解释，也就不存在争端或分歧了。”

这么说是不对的。其重要的思路是认为假定如此，那么仲裁员只能在存在正当辩护理由的情况下才能公断（Adjudication）案件，但是如果没有正当理由，仲裁条款将不属于这个范畴。这里更为荒谬的事实是，败诉的被申请人可以拒绝接受裁决，其理由是他不存在正当辩护理由，因此仲裁员不能进行公断，对他做出裁决。

其次，没有可靠的理由证明为什么仲裁庭在实施仲裁法赋予的权力的时候，不能比法庭更快地处理此类案件。如果事实上没有辩护理由，根据第 33 条职责行事的仲裁员就可以立即进行某种裁决。

对于仲裁和公断之间的内在关系方面也存在某些批评。首先我同意这的确是一个十分重要的问题，但是在我看来，对仲裁法的批评是不对的。如果公断得到认真考虑和正确使用，这个法律也是适合的并且是有效的。现在公断已经有了很大的发展，我希望在未来这两个不同的概念能够合理地一同运作。

最后，现在有些人认为我们错误地赋予仲裁员某些权力，以便适应需要解决的某些争端的仲裁程序。有些人坚持一种理论，特别

是在建筑业中，他们认为实际上只有一种方法可以解决任何形式的建筑工程争端。我认为这是错误的，我很高兴地介绍王室法律顾问 Margaret Rutherford 在《仲裁实践杂志》中的一篇文章《诉讼方式的继承》，人们接受这个事实，广泛的辩护、告知、询问、对证人、专家的无限范围的口头询问反询问，以及阅读提交给仲裁庭的无限量的文件，这些都不再被认为是实施仲裁的最佳且惟一的途径；而且它会给当事人带来巨额的开支，经常花费的时间超过了出现问题工程的工期。

在我看来，仲裁优于诉讼的最大优势就是前者可以非常方便地根据实际情况制订工作程序，因此避免了不必要的拖延和开支。毫无疑问，在有些情况下是需要进行辩护、全面告知等程序的。仲裁法并没有禁止采用实施仲裁的任何具体方法，只要这种方法可以实现仲裁法第 1 条中阐述的第一原则，这就是仲裁的目的在于通过公正的审判机构找出争端解决的合理方法，避免不必要的拖延和开支。那些不顾实际情况，盲目效仿陈旧方式的、昂贵的且费时的程序，近些年来在参与者中间已经给仲裁造成十分不利的影响。仲裁法试图去纠正事件的原有状态；并且向关心它的人们表明，正确地使用它将成为争端解决替代方法中的一种良策。本书在此方面表达了相同的观点，我谨向所有关心仲裁的人士推荐此书。

Mark Saville 大法官

第五版前言

本书的第 1 版于 1982 年出版，当时的书名有一定的局限性，叫做《承包商仲裁》。后来已经认识到，即使是在最初阶段，这部专著也不应该只是针对一方当事人（通常是作为申请人）关心的内容，这部专著应该包括全面的仲裁内容，成为工程合同争端的重要参考资料。第 2 版、第 3 版和第 4 版分别在 1987 年、1993 年和 1998 年出版，第 3 版和第 4 版已经纠正了它的书名。修订版考虑了很多成文法和案例法方面的发展，更为重要的是这时 1996 年仲裁法已经实施（在此我们把它收录在本书的附录 B 中）。

自从本书第 4 版 1998 年出版以来，涉及合同争端方面的成文法和案例法的变化步骤并没有减慢。成文法方面的变化基本上能够与 1996 年仲裁法第 1 条定义的目的相一致：“通过公正的审判机构找出争端解决的合理方法，避免不必要的拖延和开支。”这个目标也已经被 1998 年《民事诉讼程序原则》和 1996 年《住宅许可、建造和重建法》第 2 部分所采纳。在 1998 年，这些成文法将公断引入成文法要求，并且可以与涉及这方面内容的《施工合同裁决纲要》一道实施。这些改革同时促成工程合同标准文本的修改，大多数标准文本已经修改了关于公断和其他成文法发展方面的规定。此外 1998 年工程仲裁员协会还出版了《建筑业示范仲裁原则》（CIMAR），并且已经得到两个主要工程组织的承认。对于这个原则将在本书第 2 章中进行讨论。有关争端避免和解决的内容已经成为很多标准合同文本的标准内容，我们也将第 2 章中介绍。

本书第 11 章还将进一步介绍更为常见的争端预防和管理等方面

的内容，包括减少某些争端发生的措施以及争端发生时的处理程序等。

过去一些年中的成文法改革，特别是与之有关的《住宅许可、建造和重建法》和《施工合同裁决纲要》中有关公断的规定，已经产生了很多案例法。第 11 章将综合介绍这方面的十分重要的判例。另一个重要判例是 1998 年确立的，上议院在 *Beaufort Developments (NI) v. Gilbert Ash NI* 案例推翻了上诉法院对 *Northern Regional Health Authority v. Derek Crouch Construction* (1984) 案的判决。这方面的判决及其影响将在第 4 章中讨论。

自从本书第 1 版出版以来，已经 18 年了，本书最初的目标始终没有改变，这就是采用通俗的语言说明如何把仲裁作为解决合同争端，特别是工程合同争端的手段。幸运的是使用简捷的语言近些年来已经成为一些专著的各种特点之一，从而避免再将法律用语翻译成普通英语。

1996 年仲裁法（参阅本书附录 B）已经实施很长时间，足以体现出来它的优点，同时产生一些案例法，证明起草人的初衷。它明确、简明且有逻辑性地说明了仲裁方面的英国法律，替换了 1950 年的仲裁法以及各种名目的、有些并没有明示涉及仲裁法的修正案。

1996 年仲裁法推出的这些实质性变化其主要目的是体现公正性和当事人自主权，避免法庭行使权力推翻有效的仲裁协议，同时加强仲裁员的权力进行公正的、快捷的及经济的裁决。在 1996 年仲裁法的第 49 条的明示权力中，仲裁员的权利从对单利的裁定扩大到可以裁定单利或复利，认识到商业交易的现实性，增加鼓励快速解决债务的内容，确定了一些诉讼中可以明确遵循的例证。该法律不鼓励法庭的干预，同时加强了仲裁员的权利，使之可以处理以前本应该由法庭判决的一些情况，特别是可以处理当事人反对执行仲裁员指示（通常是被申请人）的一些情况。著者希望工程仲裁员和其他涉及工程争端解决的人士能够学习 1996 年仲裁法，充分利用这些增

强的权利，提高仲裁的知名度，使之成为解决这类争端的最佳方法。

著者十分感谢 Saville 大法官为本书写序，Saville 大法官接替 Mustil 大法官和 Steyn 大法官担任负责起草 1996 年仲裁法的仲裁法顾问委员会主席，并且在最后起草议案阶段一直担任这个委员会的主席。为此 Saville 大法官利用这个机会答复了人们对 1996 年仲裁法提出的一些批评，并且根据这个法律简明扼要地说明了理由。读者特别是参与仲裁员实践的人们应该特别注意 Saville 大法官的说明，并且自觉地进行实践，以实现该法第 1 条中明确阐述的目标：“通过公正的审判机构找出争端解决的合理方法，避免不必要的拖延和开支。”如果本书能够做到这些，也就达到了著者的目的。

在本书第 2 章著者撰写关于很多工程合同标准文本的内容的时候，在涉及它们的未来发展和现状的内容上得到了很多朋友和同事有意义的帮助，特别是王室法律顾问 John Uff、Geoffrey Hawker、Arthur Appleton、Tracey Donaldson 和 John Pape 等，在此特别感谢他们的帮助。

在本书中，当涉及到仲裁员和其他涉及仲裁过程的人士时，我使用了阳性名词，这不是因为他们一定是男性，只是因为有时十分麻烦，在著者看来没有必要考虑转换。读者应该接受我的观点，在法律上，和我的生活一样，阳性包容了阴性。

最后，我十分感谢 Julia Burden 和她的工作人员，在这个版本的整个酝酿阶段中为著者提供的帮助和鼓励以及他们在出版阶段的高效工作。

Douglas A. Stephenson

2000 年 10 月

目 录

序	vii
第五版前言	xi
第 1 章 概论	1
1.1 概述	1
1.2 定义	1
1.3 法律框架	2
1.4 英国法律的仲裁	3
1.5 仲裁的优点	6
1.6 仲裁的缺点	9
第 2 章 仲裁协议	14
2.1 概述	14
2.2 定义	14
2.3 可分性	15
2.4 根据协议裁判	15
2.5 临时协议	15
2.6 法庭诉讼的中止	15
2.7 有关程序	16
2.8 合同标准文本中的仲裁协议	18
第 3 章 仲裁员指定	39
3.1 概述	39
3.2 仲裁庭的组成	39
3.3 指定程序	39
3.4 仲裁员资格	41

3.5	指定仲裁员条款	43
3.6	空缺提供	44
第 4 章	仲裁员的公断	45
4.1	概述	45
4.2	仲裁员对自身公断的管辖权	45
4.3	仲裁员权限的撤销	46
4.4	解除仲裁员的法庭权力	46
4.5	仲裁员的辞职	47
4.6	仲裁员死亡或任命人的死亡	47
4.7	实施程序的权力	48
第 5 章	初审	55
5.1	概述	55
5.2	英国法律	55
5.3	预备会议	56
5.4	程序化命令	67
5.5	案件陈述	67
5.6	对案件陈述的修正	69
5.7	进一步和更好的补充	70
5.8	苏格兰方案	71
5.9	文件披露	71
5.10	豁免权	72
5.11	听证记录	72
5.12	听证会安排	73
5.13	中间各阶段行为	73
5.14	最初的法律问题	74
5.15	小型申请	75
第 6 章	证据	77
6.1	概述	77
6.2	成文法	77
6.3	证据种类	77

6.4	可接受性	81
6.5	豁免权	81
6.6	证人证词	82
6.7	传唤证人	83
6.8	证明的义务和标准	83
第 7 章	听证会	84
7.1	概述	84
7.2	出席	84
7.3	许可	85
7.4	拒绝仲裁员的公断	85
7.5	展示	86
7.6	程序	86
第 8 章	裁决	91
8.1	概述	91
8.2	程序	91
8.3	裁决类型	95
8.4	裁决格式	97
8.5	裁决通知	105
8.6	偶然错误的纠正	106
8.7	其他裁决	107
第 9 章	费用	108
9.1	概述	108
9.2	成文法规定	108
9.3	裁决费用基本构成	109
9.4	要约解决	111
9.5	未能裁决费用	113
9.6	可回收费用确定	114
9.7	仲裁员酬金和开支	115
9.8	费用利息	116

第 10 章	法院与裁决有关的权力	117
10.1	概述	117
10.2	强制执行	117
10.3	对仲裁裁决的异议	118
第 11 章	争端的避免和管理	122
11.1	概述	122
11.2	合同文件	122
11.3	合同法律基础	125
11.4	施工阶段：记录	128
11.5	申请	130
11.6	裁决	131
11.7	争端	136
11.8	仲裁员的指定	136
11.9	辩护人的选择	137
11.10	解决要约	138
附录		141
附录 A	范本文件	142
附录 B	1996 年仲裁法	178
附录 C	1950 年仲裁法（第二部分）	225
附录 D	1998 施工合同法规纲要（英格兰和威尔士）	228
附录 E	1999 消费者合同中的不公平条款管理规定	238
附录 F	1999 不公正的仲裁协议（规定数额）命令	247
附录 G	利率表	248
参考文献		256
案例表		257

第 1 章 概 论

1.1 概述

所谓仲裁的基本原则即由合同当事人选定的第三方来确定双方当事人之间合同发生的争端，特别是在其中很多问题具有技术性质的情况下，例如在工程合同中。仲裁在其效率方面取决于法律框架，因为它必须承认，没有这个框架，一旦败诉方选择无视这项裁决，仲裁员的裁定可能失去任何价值。仲裁裁定的强制性已经被英格兰法庭和大多数其他文明国家的法庭所承认：但是英国法律(本书主要涉及的内容)要求必须根据法律实施仲裁程序，并且做出裁定。

1.2 定义

“仲裁员在当事人之间是一个极具个性化的法官，他是由当事人共同选定，负责决定他们之间的分歧。之所以被称为仲裁员是因为他们具有一种专制权力：因为如果他们审查了提交文件并且认为完全属于其范围，他们的审判应该是明确的，不能进行上诉。”

Raymond LCJ 在 18 世纪的这个表述仍然提供了有效的定义：如果“完全属于其范围”这句话就是指“法律”，于是对于仲裁员的裁定的确是不能上诉的。可以提出上诉的有限理由包括某些法律问题以及仲裁员没有按照自然公正原则行事的情况：这也就是行为公正（参阅第 10 章）。

最近的更为简洁的仲裁定义可以说是《牛津简明英语词典》(Shorter Oxford English Dictionary) 中的定义：

“由当事人同意裁判他们的申请的某人对待裁定事件的解决，以便得到衡平的结果。”

仲裁是一种自愿的程序，可以采用诉讼作为替代方法，在当事人签署了有效的仲裁协议的情况下，可以通过法庭产生强制性。在这种情况下，任何当事人对仲裁解决的争端都有权要求法庭根据 1996 年仲裁法第 9 条进行确认（后称 1996 年法，参阅附录 B），为此法庭有职责对违反仲裁协议的行为授权一项终止令。

1.3 法律框架

本书涉及英国法律适用的仲裁，根据 1996 年法第 2 条规定适用范围为英格兰、威尔士和北爱尔兰，但是不包括苏格兰；其任何仲裁应该是在 1996 年法的主要内容实施之日或其后，即 1997 年 1 月 31 日，虽然所发生的仲裁协议可以是在这个日期之前签署。在仲裁是在 1997 年 1 月 31 日之前开始的情况下，涉及的相关成文法有 1950 年、1975 年和 1979 年的仲裁法，这些法律会涉及很多修正案。这些法律适用在英格兰和威尔士，不包括北爱尔兰[这个地区的相关法律是 1937 年仲裁法（北爱尔兰）]和苏格兰。

然而英国法律的仲裁其影响面远远大于上面提到的默示范围。它已经被作为很多前身为英国殖民地国家和保护国仲裁法律的基础；它还经常被采用作为一些国际合同中的争端解决程序，经常可能遇到的特别是诸如合同语言采用英语的情况。在国际合同中选择英国法律的仲裁作为争端解决的程序不一定涉及选择适用合同法的问题，虽然在合同中没有具体规定此方面问题的情况下，可以假定有效。

在国际合同中选择英国法律的仲裁有一些很好的理由，即使是在适用合同法不是英国法律的情况下。首先，英国商法与其他任何法律体系相比发展更快、更成熟。其次，它已经成为世界很多其他

法律体系的基础，因此会比其他体系更容易被接受和理解。第三，
国际合同一般采用英语，如果采用英国法律的仲裁可以减少翻译问
题。

1.4 英国法律的仲裁

在英国，仲裁已经被自 17 世纪开始的判例法所承认，的确这个
体系和法律历史一样具有悠久的历史。第一个涉及仲裁内容的成文
法是 1697 年的仲裁法；自那时起，这个法律已经有了很多次的重新
制订。近代的最重要的重新制订的版本之一是 1950 年仲裁法，它集
中了早期判例法和成文法的精华，其基本内容直到 1996 年法实施之
前一直没有改变，除了上诉程序方面的修改以外。1950 年法已经产
生一个主要修订和很多小修订，分别以 1975 年和 1979 年仲裁法，以
及 1981 年最高法院法（Supreme Court Act）和 1982 年司法行政法
（Administration of Justice Act）的形式推出；其结果这些立法因为凌
乱且不容易使用而受到批评，特别是对于外行的争端人和仲裁员。

这种形势一直持续到 20 世纪 80 年代末期，这时出现了一个问
题，即是否将联合国的国际贸易法委员会（UNCITRAL）的国际商业
仲裁示范法律（Model Law on International Commercial Arbitration）作
为英国仲裁法律的基础。以 Mustill 法官（现在是大法官）为主席的
仲裁法部门顾问委员会（DAC）在 1989 年 6 月的报告中反对这么
做，同时建议应该有一个针对英格兰、威尔士和北爱尔兰的新的经
过修改的仲裁法。

新立法的目的已经明确地界定，包括的目标有作为体现现有成
文法和判例法原则的新颁布的立法，它应该有按照逻辑顺序排列，
广泛采用使局外人更明确的语言，能够适用于国内和国际有关仲
裁，具有与 UNCITRAL 示范法律类似的结构等。然而实现这些目标
并非易事：直到 1996 年 2 月，经过对几个草案的起草和讨论，在后