

T H E



A P P L I C A T I O N

# 国内仲裁 法律适用

O F

田有赫◎著

D O M E S T I C

The Application of Domestic Arbitration Law

A R B I T R A T I O N

L A W



法律出版社 | LAW PRESS

法律出版社

T

H

E

2016年度青岛市社会科学规划研究项目  
山东省仲裁发展促进会专项课题

A

P

P

L

I

C

A

T

I

O

N

# 国内仲裁 法律适用

O

F

田有赫◎著

D

O

M

E

S

T

I

C

The Application of Domestic Arbitration Law

A

R

B

I

A

T

I

O

N

L

A

W



法律出版社 | LAW PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

国内仲裁法律适用 / 田有赫著. -- 北京 : 法律出版社, 2018(2018.4 重印)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2074 - 2

I. ①国… II. ①田… III. ①仲裁法—法律适用—中国 IV. ①D925.705

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 049930 号

国内仲裁法律适用

GUONEI ZHONGCAI FALÜ SHIYONG

田有赫 著

策划编辑 李 群

责任编辑 李 群 李 璐

装帧设计 汪奇峰

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

印刷 天津嘉恒印务有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 20

字数 336 千

版本 2018 年 3 月第 1 版

印次 2018 年 4 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱/ [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱/ [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071010/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2074 - 2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 序

《中华人民共和国仲裁法》于1995年9月1日起正式实施,经过二十多年的推行,全国已成立251家仲裁机构,年受理案件数20多万件,涉案标的额达4000多亿元。各地仲裁机构在保障我国社会主义市场经济健康发展、妥善解决社会矛盾特别是化解商事领域的纠纷方面发挥了重要作用。但关于仲裁的理论研究,相较于其他法律学科而言可谓寥若晨星。

山东省政府法制办按照省委全面深化改革的部署要求,于2016年6月牵头组建了全省仲裁机构的自律管理组织——山东省仲裁发展促进会。促进会成立以来,以“完善仲裁制度,提高仲裁公信力”为指导,以“大力发展仲裁事业,依法加强仲裁体系建设,创新仲裁工作机制,努力扩大仲裁覆盖面”为工作目标,创造性地开展各项工作。在新时代山东仲裁事业发展的新阶段,仲裁理论研究也蔚然成风。

本书作者为国内仲裁机构学者型管理人员的优秀代表,有着丰富的仲裁实务工作经验和深厚的理论功底,作者刻苦钻研、深入思考总结,经过两年打磨形成了读者手头上的这本《国内仲裁法律适用》。初读之后,深为作者的见识和水平所打动,因此,欣然推荐给仲裁界的同仁们。

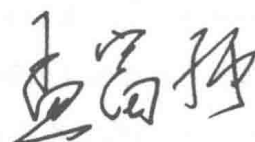
这本书充满着令人耳目一新而又富有说服力的亮点,如仲裁执业者从事仲裁实务工作的“二八定律”、仲裁员裁判案件的“五定法”等,通俗易懂而又准确深刻。作者对一些理论问题也进行了大胆探讨并提出了自己的观点,如关于“仲裁标的”有别于“诉讼标的”通说“民事法律关系”的界定;特别是作者提出的与“诉与诉权”对应的仲裁理论“请与请权”,将为仲裁制度弥补长久以来欠缺的基础理论,解决了仲裁实践中只能借鉴诉讼理论来解读仲裁程序法的弊端,为界定仲裁案件审理范围以及解决一事不再理、裁决的既决力等问题提供了依据。这都是作者构建的基础理论体系,其探索的勇气值得嘉许。

当然,由于作者擅长于仲裁实务,因此在理论探讨方面还存在一些不足,所提出的观点特别是那些一家之言也还需要仲裁界专家学者和实务工作者批评指正;但瑕不掩瑜,我们相信,本书会为国内的绝大多数仲裁机构提供极其有益的帮助。

是为序。

山东省人民政府法制办公室主任

山东省仲裁发展促进会会长



|                                       |                                                                                                                                          |
|---------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>绪 论</b>                            | <p>第一节 仲裁法律制度实施现状 / 3</p> <p>第二节 仲裁法律制度理论研究不足的后果 / 13</p> <p>第三节 国内仲裁法律适用研究的必要性 / 15</p> <p>第四节 国内仲裁法律制度的前景 / 20</p>                     |
| <p>第一章</p> <p><b>国内仲裁法律制度概述</b></p>   | <p>第一节 纠纷及其解决方式 / 24</p> <p>第二节 国内仲裁法律制度的原则及制度体系 / 28</p> <p>第三节 仲裁的制度属性及法律实施 / 46</p> <p>第四节 关于国内仲裁模式的建议 / 55</p>                       |
| <p>第二章</p> <p><b>国内仲裁法律制度基本理论</b></p> | <p>第一节 相关理念和概念 / 62</p> <p>第二节 仲裁协议 / 93</p> <p>第三节 请与请权 / 103</p>                                                                       |
| <p>第三章</p> <p><b>仲裁法律适用的基础理论</b></p>  | <p>第一节 法律规范 / 114</p> <p>第二节 法律概念和法律技术 / 119</p> <p>第三节 法律适用应遵循的原则 / 132</p> <p>第四节 法律适用应遵循的规则 / 136</p> <p>第五节 法律思维、法律推理和法律论证 / 138</p> |
| <p>第四章</p> <p><b>国内仲裁法律适用方法</b></p>   | <p>第一节 国内仲裁法律适用存在的问题 / 148</p> <p>第二节 法律适用统一问题 / 159</p> <p>第三节 实体法律适用的具体方法 / 164</p>                                                    |

|          |     |                  |
|----------|-----|------------------|
| 第五章      | 第一节 | 程序法与实体法的关系 / 181 |
| 仲裁程序法的价值 | 第二节 | 程序法的价值 / 185     |
|          | 第三节 | 仲裁程序法的价值 / 196   |

|      |     |                 |
|------|-----|-----------------|
| 第六章  | 第一节 | 仲裁程序及特点概述 / 217 |
| 仲裁程序 | 第二节 | 仲裁程序流程 / 221    |
|      | 第三节 | 简易程序 / 251      |
|      | 第四节 | 送达与期间 / 254     |

|        |     |                  |
|--------|-----|------------------|
| 第七章    | 第一节 | 仲裁证据的概念和分类 / 260 |
| 仲裁证据制度 | 第二节 | 仲裁中的证明 / 268     |
|        | 第三节 | 证据的收集与审查采信 / 270 |
|        | 第四节 | 自由心证 / 274       |
|        | 第五节 | 仲裁证据保全 / 275     |

|         |     |                            |
|---------|-----|----------------------------|
| 第八章     | 第一节 | 审判解释的概念及其作用 / 278          |
| 审判解释的适用 | 第二节 | 关于仲裁的审判解释 / 282            |
|         | 第三节 | 审判解释的一种分类 / 291            |
|         | 第四节 | 审判解释在国内仲裁中的适用 / 293        |
|         | 第五节 | 审判解释与《仲裁法》原则出现冲突时的适用 / 296 |

|            |     |                     |
|------------|-----|---------------------|
| 第九章        | 第一节 | 交易习惯的性质、特征及构成 / 301 |
| 交易习惯与法理的适用 | 第二节 | 交易习惯的认定 / 305       |
|            | 第三节 | 适用交易习惯的规则 / 309     |
|            | 第四节 | 法理的适用 / 310         |

## 绪 论

---

本书所谓的仲裁,是指当事人在自愿的基础上,就将来可能发生或已经发生的合同纠纷或其他财产权益纠纷达成书面意思表示,将纠纷提交依法设立的仲裁机构,由仲裁机构居中审理,并作出对纠纷各方均有法律效力的处理结果的一种纠纷解决制度或方法。<sup>①</sup>所谓国内仲裁,就是指解决本国当事人之间没有涉外因素的国内民商事纠纷的仲裁;<sup>②</sup>换言之,国内仲裁系指一国国内的仲裁机构对该国的当事人在该国国内经济贸易活动中发生的争议所进行的仲裁。<sup>③</sup>

虽然仲裁不是中国原有的词汇,但由当事人自行选定权威的中间人居中裁断解决纠纷,却是中国民间由来已久且广泛运用的方式。最为常见的是“外甥分家舅舅主事”,其在裁决者的选择(选择哪位舅舅来主事)、对程序规则和实体规则的决定、裁决者意见的终局性等诸方面,已经高度接近现代仲裁制度了。其他如农村家族内的纠纷由族长或年长者裁断等也都是广泛运用且卓有成效的纠纷解决办法。<sup>④</sup>

但在中国传统社会,这种与现代仲裁相似的解决纠纷的民间智慧之果迟迟没有成为法律制度,而从清末民初开始的使之制度化的努力也一直成效不大。新中

---

① 参见黄进、宋连斌、徐前权:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第1页;江伟主编:《仲裁法》,中国人民大学出版社2009年版,第1页;张斌生主编:《仲裁法新论》(第四版),厦门大学出版社2010年版,第1页。

② 宋连斌主编:《仲裁法》,武汉大学出版社2010年版,第5页;谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第69页。

③ 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编:《中华人民共和国仲裁法全书》,法律出版社1995年版,第135页。

④ 参见罗兴佐等:《纠纷解决与基层治理》,上海三联书店2015年版,第105~107页。

国成立后,我国建立了以行政仲裁为主的仲裁制度,并取得了相当的成绩。<sup>①</sup>但标志着中国的民商事仲裁事业开始走上与国际接轨的现代化之路的,是1994年8月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》,本书中所引用的其他所有法律亦均不再使用法律全称而仅用简称)。该法于1995年9月1日实施,由此揭开了中国仲裁事业新的一页。

20余年的实践证明,《仲裁法》为保障我国社会主义市场经济健康发展、妥善解决社会矛盾特别是工商领域的矛盾发挥了重要作用。但平心而论,仲裁制度显然还远远没有发挥其应有的作用。<sup>②</sup>找到制约仲裁制度发挥作用的主要原因并尽可能地提出分析解决的观点,是仲裁工作者的责任。本书试图采用内部视角(仲裁机构内部工作人员的角度)来提出自己的观点。事实上,采用外部视角(包括外聘仲裁员在内的非仲裁机构工作人员的角度)来分析仲裁制度所存在问题的探讨一直在进行,许多学者和仲裁员以及关心仲裁事业的各界人士都提出了自己的观点。但由于采用外部视角更容易首先从宏观的角度去看问题,而且外部视角有其客观的一面,也有其不够全面的一面,因此对仲裁机构难以发挥很大作用。采用内部视角则更容易从自身的微观层面考虑问题,针对性较强地提出一些解决现实中存在的难题的办法;当然内部视角也可能有全面但不够客观的问题。鉴于采用内部视角研究国内仲裁法律适用问题在国内尚属罕见,笔者忝为仲裁机构管理人员,虽学识短浅,但不揣浅陋,提出自己的观点,期待能够抛砖引玉。笔者希望能够写得“深者不觉其浅,浅者不觉其深”,学者和大家可以更多地了解实务中的问题及实务工作者的思考,普通的仲裁员和仲裁机构工作人员则可以通过本书掌握较为系统的民商事仲裁知识体系,并了解笔者所提出的对具体问题的处理意见。而“揭穿那些伪装成共识的错误思想”(美国塔夫茨大学弗莱彻法律外交学院国际政治教授丹尼尔·德雷兹纳语)以利于仲裁事业发展自然也是笔者的奢望。

---

① 1983~1995年,经济合同仲裁委员会共收案208万件,同期法院一审合同案件1219万件,商事仲裁数量是法院合同案件数量的17.9%。参见龙飞:《论国家治理视角下我国多元化纠纷解决机制建设》,载《法律适用》2015年第7期。

② 1997~2009年,全国各仲裁委员会收案43万件,而1983~1995年间的官方经济合同仲裁委员会收案为208万件;也就是说,在相同的13年间,官方仲裁期间的仲裁案件总量是《仲裁法》实施后受理仲裁案件总量的4.81倍,而且后13年还是在市场经济快速发展、纠纷急剧增多的情况下。同时期,法院1997~2009年间受理一审合同案件3282万件,仲裁案件数量只占法院合同案件数量的1.32%。参见龙飞:《论国家治理视角下我国多元化纠纷解决机制建设》,载《法律适用》2015年第7期。

## 第一节 仲裁法律制度实施现状

成文法国家的法律实施离不开具体机构。我国《仲裁法》规定的是机构仲裁而未设立临时仲裁制度,<sup>①</sup>因此仲裁制度的实施主要依靠仲裁机构。

### 一、制度设计

在计划经济向市场经济转型这一特定时代背景下,作为一部较好地借鉴了国际上经验和做法的法律,<sup>②</sup>《仲裁法》对中国仲裁事业的发展起到了不可低估的作用。由《仲裁法》确立的机构仲裁、或裁或审、当事人意思自治、一裁终局、仲裁独立以及司法适度监督等原则和制度体现了先进的仲裁理念,改变了原有国内仲裁的行政性质,确立了中国特色纠纷解决制度之重要组成部分的民商事仲裁制度。加上此前全国人大常委会《关于我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的决定》以及《民事诉讼法》有关仲裁的规定、<sup>③</sup>《合同法》等实体法中关于仲裁的规定、<sup>④</sup>1994

---

① 2016年12月30日,最高人民法院发布了《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(法发〔2016〕34号),该意见第9条第3款内容为:“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的,可以认定该仲裁协议有效。”这被认为是对临时仲裁的有条件的支持。2017年3月23日,珠海市横琴新区管委会和珠海仲裁委员会发布了《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》,并于2017年4月15日起施行。但这二者只是试点,且局限于试验区内,不能据此认为我国大陆有临时仲裁制度。

② 时任全国人大常委会法工委主任的顾昂然在向第八届全国人大常委会作立法说明时,特别强调是“借鉴国外仲裁制度的有益经验和国际通行做法,起草了《仲裁法》(征求意见稿)”,并在仲裁范围、实行或裁或审和一裁终局制度、法院对仲裁的监督部分均提到对国际上和一些发达国家做法的借鉴;其说明中提到的立法目的之一是“发展社会主义市场经济和开展国际经济贸易往来”。参见顾昂然:《立法札记》,法律出版社2006年版,第497~499页。另外,立法机关的法律释评称,我国的《仲裁法》是一部“吸收国外现代仲裁制度”“使中国的仲裁制度与国际现代仲裁制度同步发展”的法律。参见全国人大常委会法制委员会编著:《中华人民共和国仲裁法法律释评》,法律出版社1997年版,第6页。

③ 《民事诉讼法》关于仲裁方面的内容主要是不予执行仲裁裁决以及涉外仲裁问题的规定。2012年《民事诉讼法》修订时又对涉及仲裁的六个部分作了修订,包括增加了仲裁前的财产保全和证据保全等内容。

④ 参见《合同法》第54条、第96条等的规定;《物权法》第28条的规定,等等。

年至1996年国务院办公厅关于仲裁工作的四个通知、<sup>①</sup>国务院法制办公室(原国务院法制局)有关意见和通知、<sup>②</sup>《涉外民事关系法律适用法》第18条关于法律适用的规定、最高人民法院关于仲裁的司法政策和审判解释90余件,<sup>③</sup>以及饱受争议的《刑法》第399条关于“枉法仲裁罪”的规定等,再加上各仲裁机构的仲裁规则,共同构成了中国大陆的仲裁法律制度。

作为一种移植而来的法律制度,<sup>④</sup>首先,仲裁制度的形成是强制性制度变迁(自上而下的供给主导型,由权力中心提供新的制度安排并决定制度变迁方向、时间和形式)而非诱致性制度变迁(自下而上的需求主导型,由非正式制度缓慢演进),<sup>⑤</sup>因此虽然有速度和力度的优势,但自然也会存在相当多的不适甚至冲突,需要磨合后才能真正适应现实并发挥作用。“我国仲裁制度自始就是国家意志的产物,处于国家权力的完全支配之下,成为诉讼之外的另一类公力救济模式。这使我国的仲裁制度不可避免地具有公力救济方式的一些弊端”。<sup>⑥</sup>其次,正如学者所言,“世界上很少有一个法律或一项制度就能改变一种制度局面的”,<sup>⑦</sup>《仲裁法》颁布实施以前的行政性质的、由设在行政机关内部的仲裁机构进行仲裁的仲裁制度和构成这一制度的法律、行政法规和地方性法规所产生的制度逻辑不会随着新的仲裁法律规

① 国务院办公厅《关于做好重新组建仲裁机构和筹建中国仲裁协会筹备工作的通知》(国办发[1994]99号)、《关于进一步做好重新组建仲裁机构工作的通知》(国办发[1995]38号)、《重新组建仲裁机构方案》(国办发[1995]44号)和《关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》(国办发[1996]22号)。参见国务院法制办公室、广州仲裁委员会编:《中国仲裁大事记》,广东人民出版社2010年版,第842~847页。

② 参见国务院法制办公室、广州仲裁委员会编:《中国仲裁大事记》,广东人民出版社2010年版,第848~859页。

③ 审判解释即通常所称的司法解释,本书为强调仅指由最高人民法院单独制定的司法解释,故用审判解释一词。

④ 张斌生主编:《仲裁法新论》(第四版),厦门大学出版社2010年版,第3页。另参见沈四宝、沈健:《中国商事仲裁制度的特征与自主创新》,载《法学》2010年第12期。

⑤ 刘茂亮、黄幼园、聂贤彬主编:《仲裁营销研究》,中国法制出版社2005年版,第172~174页;另参见宋连斌、杨玲:《我国仲裁机构民间化的制度困境——以我国民间组织立法为背景的考察》,载《法学评论》2009年第3期。

⑥ 江平:《关于仲裁法的若干问题》,载江平:《江平文集》,中国法制出版社2000年版,第662页。

⑦ 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第181页。

定的出台而摇身一变为新制度的组成部分,<sup>①</sup>恰恰相反,旧有的规定反而时不时地会对新制度的核心内容(如一裁终局或裁或审等)产生不可避免的干扰。时至今日,仍然有相当多的市场主体的决策层并不了解民商事仲裁完全不同于劳动仲裁。再次,法律是实践的,法律制度不等于法律条文规定的制度,法治系统由大量的正式制度和非正式制度共同构成,相互协调才能有效运转,法律运作除了靠法律还要靠包括道德、习俗和信用等在内的一系列因素,<sup>②</sup>而其中最为值得重视的则是交易惯例和交易习惯。市场经济环境是仲裁制度发挥作用的合适地方,较少承担(甚至基本不承担)公共政策职能的仲裁机构应当充分发挥仲裁法律制度灵活高效、尊重惯例和习惯的特色,以不同于诉讼的法律适用方式公正及时地解决纠纷。但在我国的多数地方,仲裁机构的法律适用基本是与人民法院保持一致的,甚至仲裁程序不折不扣地按照一审诉讼程序进行,致使仲裁机构被视为可有可无的“二法院”。最后,仲裁制度是为以工商社会为主的城市服务的,因此《仲裁法》第10条第1款规定仲裁机构的设置是“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”。我们能够理解,仲裁法律制度的实践是在中国追求现代化的历史语境中进行的,自然会打下这一具体时空和情境的印记。1994年出台这部法律时,中国的城市化率仅为28.26%,<sup>③</sup>因此其作用的发挥难免会滞后。

上述问题不可避免地会影响到仲裁法律制度的建设、实施和评价。从积极的角度讲,虽然这一移植的制度需要时间来磨合并逐渐开始发挥作用,但由于这一制度的进步性,加之各方面(特别是众多的地方仲裁机构)摸着石头过河的努力,其实施已经取得了相当可观的成绩,并在市场经济尚不发达的国情下发挥了促进经济社会发展的重要作用。而从消极的角度讲,在一个被公认为先进的纠纷解决制度实施20余年后,全国仲裁机构受理的案件总数不足全国人民法院受理的大致同类的一审民商事案件的1.5%,<sup>④</sup>表明一定有特殊的制约因素导致这样的结果。这其中,仲裁理论体系特别是仲裁法律适用研究的欠缺是重要的原因之一。

① 据不完全统计,当时有14部法律、82部行政法规和190部地方性法规都规定了仲裁这种解决争议的方式,亦可谓洋洋大观。参见顾昂然:《立法札记》,法律出版社2006年版,第497页。

② 苏力:《制度是如何形成的》(增订版),北京大学出版社2007年版,第76页。

③ 国家统计局:《中国城市化率历年统计数据(1949~2010)》,载 <http://wenku.baidu.com/view/d4a365f4f61fb7360b4c6560.html>。

④ 参见国务院法制办公室协调司每年公布的全国仲裁机构办案统计数字和相应年份的最高人民法院工作报告所披露的一审商事审判案件数字。

## 二、实际运作

一种法律制度要在实践中发挥作用,成为社会生活中体现的规则,首先是要通过宣传使民众知晓其大致内容,并通过教育培训产生相应的人才储备;其次是要有执行法律的机构,通过执行机构的具体行为实现立法的目的。作为程序性法律的《仲裁法》自然也应遵循这一规律,才能在社会实践中发挥作用。但前述关于全国仲裁机构受理案件数与人民法院对比的结果表明,仲裁制度的作用发挥远没有到位。据权威专家分析:“中国仲裁业发展至今,仍然属于‘小众化’;作为社会纠纷解决方式,服务产品也并不被视为‘重点’;主要还局限于传统商事范畴。小众化、非重点、过于传统这三个特点目前已经是中国仲裁业发展中的突出问题,将来极有可能形成严重制约。”<sup>①</sup>此外,“仲裁的社会地位还没有显著的提升,长期制约我国仲裁事业发展的先进的仲裁法律制度与相对滞后的社会仲裁意识以及初始的仲裁工作水平之间的矛盾,仲裁工作发挥的作用与经济社会发展要求还不相适应的矛盾还没有得到有效的解决”。

除此之外,从以下两个方面可以更清楚地观察到仲裁制度实际运作的情况:

### (一) 教育培训

《仲裁法》实施之初便存在学习培训方面的缺陷,这一缺陷在 20 余年后的今天还在严重制约着全国仲裁事业的发展。《仲裁法》虽然不是凭空出世,但是作为一种即将在全国实施的全新的、完全有别于以前已有的行政性质仲裁制度的争议解决机制,显然需要一个社会认可的过程,其从业人员特别是仲裁机构工作人员、仲裁员应当是经过必需的培训教育的。<sup>②</sup>但遗憾的是,我国仲裁法律的实施恰恰欠缺了这一步——客观点看,当时也并没有多少人可以担任《仲裁法》的培训教师。因此,从 1995 年开始设立的各地仲裁机构事实上面临的情形就是:没有经过专业性培训的机构工作人员按照《仲裁法》的要求组织起一批受到培训更少、更欠缺仲裁理

---

① 张维:《中国仲裁业迈入二次跨越时期 标的额增长 55% 实现完美开局》,载《法制日报》2016 年 3 月 31 日。文中所引内容系中国仲裁协会筹备领导小组副组长卢云华先生的观点。

② 当然,当时在全球已经有相当影响力的中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会事实上是符合《仲裁法》要求的仲裁机构,这可以说为我国新的仲裁制度的实施打下了一些基础。

念的仲裁员(有时机构工作人员也就是仲裁员),开始了仲裁案件。<sup>①</sup> 裁决的结果当然不仅仅要接受当事人的评判,还要接受同样很不了解《仲裁法》的法律人共同体——主要是律师和法官们的评判。在这样的背景下,早期的仲裁委员会(特别是其仲裁庭)除了参照一审法院的民事诉讼程序进行审理并按照其法律适用模式仲裁案件之外,确实也难有别的选择。

但这一教育培训方面的缺陷造成的更严重的后果是,关于仲裁制度的共识至今也未达成——无论是仲裁理念<sup>②</sup>还是仲裁制度的本质<sup>③</sup>以及仲裁法律适用诸方面。从法学教育的角度看,虽然有学者在2005年就认为,法学博士生的招生和培养已经专设了仲裁法学研究方向,仲裁理论和教学科研工作得到了繁荣发展,<sup>④</sup>但据观察,绝大多数法学院的课程设置、师资力量都根本无法兼顾到仲裁这一领域。国内仲裁通常是在民事诉讼法学里包含的一小部分内容,学生们能够从大学教育中得到的仲裁知识极其有限。北京仲裁委员会2010年曾经对即将成为执业律师的实习律师进行过问卷调查,结果是90%的实习律师对仲裁不甚了解,其余10%的了解程度尚不得而知。<sup>⑤</sup> 教师们的仲裁法学知识到底如何也难以判断。正如学者所言:“至少中国的法学院基本无力提供这种帮助。法学院的教授传授的只是一些与法律有关的系统知识……(中国法官)最需要的,其实更是实践的司法经验和判断,而

---

① 王红松:《离任感言》,载 <http://www.bjac.org.cn/news/view?id=2131>。文中明确提到:“我作为一名仲裁新兵,对仲裁毫无了解和经验”,“从一个建设兵团的插队知青成长为北仲的秘书长,亲历了北仲筹建发展的全过程”。作为首都北京的仲裁委员会办事机构的主要负责人尚且如此,其他省市的情形大致可想而知。

② 汪兴祖:《仲裁程序理念与特征研究——兼及我国仲裁程序“公正—效率”结构性迷失及其矫正》,载韩健、林一飞主编:《商事仲裁法律报告》(第一卷),中信出版社2005年版,第71~82页;宋连斌:《理念走向规则——〈仲裁法〉修订应注意的几个问题》,载韩健、林一飞主编:《商事仲裁法律报告》(第一卷),中信出版社2005年版,第93~104页。

③ 张斌生主编:《仲裁法新论》(第四版),厦门大学出版社2010年版,第269~270页;江伟主编:《仲裁法》,中国人民大学出版社2009年版,第16~22页;宋连斌主编:《仲裁法》,武汉大学出版社2010年版,第8~14页;史飏:《商事仲裁监督与制约机制研究》,知识产权出版社2011年版,第11~15页;涂卫:《仲裁机构监管与治理机制研究》,法律出版社2015年版,第87页(该书作者将对仲裁性质认识不清归结为仲裁文化的落后,亦是一说)。

④ 徐杰:《发展中国特色的仲裁法学理论》,载国务院法制办公室、广州仲裁委员会编:《中国仲裁大事记》,广东人民出版社2010年版,第495页。

⑤ 王学权:《从办案秘书的视角看仲裁庭审若干细节问题》,载《北京仲裁》2010年第2期。

这种知识或能力根据其定义就是无法传授的。”<sup>①</sup>法官面临的这种问题更是仲裁员面临的难题。

仲裁员和仲裁秘书培训的情况更加令人失望。笔者曾与近百名受聘于国内受理案件数前十名的仲裁机构的资深仲裁员就此进行过交流,从交流所了解到的情况看,开始仲裁案件前平均接受仲裁知识培训的时间不到十课时,甚至一些来自大学和法律研究机构的学者根本没有参加任何培训就开始作为仲裁员审理和裁决案件。这当然也与纠纷解决制度的特殊性质有关——纠纷中的80%以上无须特殊知识和专门训练而凭中立第三者的良知就可以分辨是非,从而得到较为公正和及时的解决,因此培训不足甚至未经培训并不必然影响到个案的解决。但仲裁机构的公信力其实恰恰取决于那不足20%的案件部分,该部分案件需要较高的法学专业素养、较强的程序掌控能力、严密的逻辑思维能力和良好的表达能力才能查明案件事实并正确适用法律,最终作出令人信服的裁决。

令人欣慰的是,目前国内已经有专门的仲裁学院和仲裁培训机构了。<sup>②</sup>前者的成果还需要些时间才能形成,后者已大致能够进行近20个课时的集中培训。但如果比起对仲裁员的要求来,这样的培训显然是远远不够的。

## (二) 办事机构定位

仲裁机构的法律地位是一个存在很多争议的问题,<sup>③</sup>本书出于实务考虑,特别是考虑到仲裁委员会办事机构的重要性,在这里只探讨仲裁委员会办事机构——通常被称为仲裁委员会秘书处(局)或办公室的定位问题。需要说明的是,仲裁机构出于种种考虑而设置的“仲裁院”或“仲裁中心”大多为仲裁机构内设部门或分支机构,抑或是仲裁机构与别的组织或机构联合成立的提供仲裁服务的仲裁平台(平台意味着不能以自己的名义仲裁案件),不是本书所称的仲裁机构。

有学者认为,仲裁机构实际上包含三种不同机构:仲裁庭、仲裁委员会和仲裁

① 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第241页。

② 西南政法大学中国仲裁学院已经于2016年6月20日成立,并于2017年开始招生。培训机构,如中国政法大学仲裁研究院和清华大学法学院,前者对青岛仲裁委员会和武汉仲裁委员会仲裁员候选人进行了培训,并举办了数期仲裁业务培训班;后者为北京仲裁委员会举行仲裁员培训班并已经举办了十余期。

③ 袁发强主编:《中国商事仲裁机构现状与发展趋势研究》,复旦大学出版社2011年版,第15~17页;袁忠民:《仲裁机构的学理与实证研究》,法律出版社2008年版,第30~41页;涂卫:《仲裁机构监管与治理机制研究》,法律出版社2015年版,第50~75页。

委员会办事机构。<sup>①</sup>《仲裁法》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”;与之衔接,国务院办公厅《重新组建仲裁机构方案》规定:“仲裁委员会设立初期,其所在地的市人民政府应当参照有关事业单位的规定,解决仲裁委员会的人员编制、经费、用房等。仲裁委员会应当逐步做到自收自支。”上述规定的目的便是使仲裁机构与行政机关分开。实际上各地的仲裁委员会虽然在省级司法行政管理部门登记,但这一名称主要在裁决案件和对外宣传时使用,平时基本上是虚化的,不能视为一个法人实体,如并没有机构代码,作为法人(机关法人或事业单位法人)并拥有机构代码的是其办事机构,即其办公室或秘书处。<sup>②</sup>在实践中,由于设立仲裁机构是地方城市政府的职责,在仲裁委员会办事机构定位并无明确法律规定的情况下,各仲裁委员会办事机构的性质便由各市政府自行决定:既有全额拨款的事业单位,也有自收自支的事业单位,也有纳税的企业化管理的事业单位,还有努力追求改制为企业的仲裁机构,更有参照国家公务员法管理的体制。<sup>③</sup>按照学者的一种分类,仲裁委员会办事机构大致分三类:行政事业化模式、民间化模式和法定机构模式。<sup>④</sup>这种分类方式还可再细分。仅仅一个事业单位模式,根据其收支性质,以山东省的情况为例就可再分三类:<sup>⑤</sup>17家仲裁委员会的办事机构,既

① 黄亚英编著:《商事仲裁前沿理论与案例》,中国民主法制出版社2013年版,第55页。但笔者认为,仲裁庭作为仲裁委员会内部的组织,不宜称为独立的仲裁机构。另外,立法过程中,1994年8月30日,全国人大法律委员会主任薛驹在作《关于仲裁法(草案修改稿)和审计法(草案修改稿)修改意见的汇报》中说明:根据一些委员的审议意见和有关部门的意见,建议把“仲裁机构”明确规定为“仲裁委员会”。可见立法者在当初已经明确了仲裁机构的含义。河山、肖水:《仲裁法概要》,中国法制出版社1995年版,第158页;该书笔者是参与《仲裁法》立法的全国人大法工委的专家。因此本书不将仲裁庭视为仲裁机构。

② 特殊的例子是广州仲裁委员会,其本身(而不是其办事机构)就是广州市政府设立的正局级事业单位。此外,也有极个别地方的仲裁委员会与广州相似,如河南省的焦作仲裁委员会等。

③ 林建文、黄伟民:《我国仲裁机构性质浅析》,载韩健、林一飞主编:《商事仲裁法律报告》(第一卷),中信出版社2005年版,第83页。另见袁发强主编:《中国商事仲裁机构现状与发展趋势研究》,复旦大学出版社2011年版,第15~16页;涂卫:《仲裁机构监管与治理机制研究》,法律出版社2015年版,第50~52页。

④ 黄亚英编著:《商事仲裁前沿理论与案例》,中国民主法制出版社2013年版,第55~57页。

⑤ 山东省是国内拥有仲裁机构最多的省份,根据《山东省参照〈中华人民共和国公务员法〉管理的单位审批办法》(鲁发〔2006〕19号)的规定,该省的全部仲裁委员会办事机构均列入参照《中华人民共和国公务员法》管理范围。参见袁发强主编:《中国商事仲裁机构现状与发展趋势研究》,复旦大学出版社2011年版,第123页。但事实上如同国内仲裁制度的其他规定一样,该文件并未得到完全落实。

有参公管理的作为市政府办事机构的事业单位,也有全额拨款或差额拨款的事业单位,还有自收自支的事业单位,其中有的是作为市政府法制办管理的事业单位。当前正在进行的事业单位改革在各地的仲裁机构中引起较大波动,部分原因就在于仲裁委员会办事机构的定位缺乏统一。

在一个行政主导的大环境下,作为专司纠纷解决的仲裁机构往往愿意向行政机关靠拢(有学者甚至称为寻求“行政监护”),<sup>①</sup>虽然与《仲裁法》相违,但也是事出有因。更何况在某些地方,仲裁委员会办事机构也是安排干部、享受级别和待遇的地方,包括军队转业干部和晋升进城的县(市)级干部。客观地看,这种局面下,仲裁委员会办事机构是被严重边缘化的官方机构,去本已紧张的公共财政分一杯羹是要付出很大代价的——包括损害事业本身。江平先生一针见血地指出:“短时期内,仲裁难以依靠社会自觉发展,只能依靠国家行政力量强行扶持。国家行政权力的强行扶持,又使仲裁委员会事实上难以真正独立,免受行政机关的干涉。仲裁的公正性难以确保,又需要加强对仲裁的监督范围和力度。加强对仲裁监督范围和力度,又抑制了仲裁制度迅速、经济的优点。丧失了迅速、经济的优点,又加深了民间社会的不理解、不信任、不选择,造成国内大多数仲裁委员会没有能力自我生存、自我发展壮大。如此恶性循环,使我国的仲裁事业在建立社会主义市场经济体制过程中长期处于低谷状态。”<sup>②</sup>

仲裁委员会办事机构行政事业化的一个后果就是财务实行“收支两条线”,这被认为是影响仲裁事业发展和仲裁工作人员积极性的原因。<sup>③</sup>虽然将仲裁收费定性为行政事业性收费并实行“收支两条线”管理的确会对仲裁事业发展产生影响,但从全国的范围看,应当承认,国内多数仲裁机构尚无能力实现收支平衡,只能想方设法挤入行政事业性单位序列,如作为行政机关内设机构(或合署办公)、事业单位参公管理、全额拨款及差额拨款或自收自支事业单位。调动积极性的问题还不是全国仲裁机构普遍面临的主要问题,让已经成立的仲裁机构能够生存才是当前的主要矛盾。笔者对全国仲裁机构的统计资料进行估算并对数十家仲裁机构调查后得到的结果是:以受案数计,平均大致一起仲裁案件收费1万元(受案标的额越大则收费越高,收费1万元案件的标的额大约为30万元)。每位仲裁委员会办事机

① 涂卫:《仲裁机构监管与治理机制研究》,法律出版社2015年版,第84~85页。

② 江平:《江平文集》,中国法制出版社2000年版,第662~663页。

③ 詹安乐、叶国平:《以仲裁权的性质为视角论我国仲裁机构的改革方向》,载《北京仲裁》2011年第2期。