



西南政法大学

六十周年校庆系列文库·西南政法大学学术文库

·庚戌·

中国仲裁制度的境遇及改革要略

The Status Quo of China's Arbitration System and the Reform Kernels

汪祖兴·著

法律出版社



西南政法大学

六十周年校庆系列文库



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国仲裁制度的境遇及改革要略

汪祖兴 著

图书在版编目(CIP)数据

中国仲裁制度的境遇及改革要略/汪祖兴著. —北京:法律出版社, 2010. 9
(西南政法大学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0893 - 6

I. ①中… II. ①汪… III. ①仲裁—制度—研究—中国 IV. ①D925. 704

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第116159号

西南政法大学
学术文库

中国仲裁制度的境遇及
改革要略

汪祖兴 著

责任编辑 刘文科 钱小红
装帧设计  ilovee

© 法律出版社·中国

开本 720×960毫米 1/16

版本 2010年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.25 字数 316千

印次 2010年9月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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 - 0893 - 6

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学六十周年校庆系列文库

西南政法大学学术文库

西南政法大学六十周年校庆系列文库

编 委 会

主 任：付子堂

委 员（以姓氏笔画为序）：

付子堂 田平安 卢代富 孙长永 李昌麒
李 珮 赵万一 徐 泉 崔 平

西南政法大学六十周年校庆系列文库

总 序

六十周年,六十部作品。

2010年是西南政法大学六十华诞。为总结办学经验,醇化学术氛围,凝聚西政情缘,学校定于2010年9月19日至20日举行六十周年校庆活动。经过认真筹备和严格筛选,我们谨向学术界和社会公众呈上自己的作业——西南政法大学六十周年校庆系列文库。

这六十部作品,集中体现了西政学术的传承和创新。全套文库共分为四个系列和两个单品,简称为“4+2模式”:即西南政法大学学术文库(此次共收录15部)、西南政法大学博士文库(此次共收录15部)、西南政法大学学子文库(此次共收录15部)和西南学术大讲坛(此次共收录13部)四个系列,共计58部作品;另有《西南政法大学校史(1950—2010)》和《当代中国转型期的法学教育发展之路》各1部。各个品牌项目在持续性出版中通过六十周年校庆活动得到整合和提升。其中,“学术文库”涉及法学、经济学、管理学和哲学等多个领域;“博士文库”则集中展示我校近年来的博士研究生培养水准,此次入选的15部作品皆为各自学科和领域中具有问题性、前瞻性、深刻性和现实性的研究成果;“学子文库”的作者主要来自1980级西政校友,意在同时纪念他们入学三十周年;“学术大讲坛”则汇集了西南法学论坛、金开名家讲坛、名人论坛及我校教师的精彩讲座,将声音固化为文字,将瞬间凝结成历史。《西南政法大学校史(1950—2010)》和《当代中国转型期的法学教育发展之路》两书,是西政对于自己及中国法学教育发展历史的一次认真整理和回顾。

这六十部作品,是我校学术实力的又一次整体亮相,也是对我校新近学术成就的一次盘点。她既是法学名家和新锐指点江山、激扬文字的历史见证,也承载着西政校友回报母校、奖携后学的温热期许。尤其是,鉴于西政目前已由法学单科性院校转向为“以法学为主多学科发展”的综合性大学,因此就学术成果展示而言,今年校庆较之以往的校庆最大的不同就在于学科成果多元化,而不再仅限于原来法学单科性院校视阈中的学术成果之展示。

这六十部作品,刻录下在我国改革开放的历史进程中,特别是在我国社会主义民主法治建设进程中,西南法学及其他相关学科发出的一种声音、沉淀的一种思考,与时人共鸣,更让后人知晓并体悟一代又一代西政人为国家的发展、社会的进步与人民的福祉,负责地思考过什么、呼吁过什么。这是西南政法大学为建校六十周年所提交的一份学术答卷,也是西政人为中国民主法治发展献上的累累教研发果和片片赤诚之心!

我们真切地期待着学术界对西南政法大学六十周年校庆系列文库进行庄重批阅,更真切地期盼当下和未来的读者们细细品味、神思交游,一同探索、领悟中国法学教育、中国法治建设、中国社会发展的理念和正道!

西南毓秀,桃李芬芳。

西南政法大学一直被誉为“中国政法界的黄埔军校”。其学术成就和人才群体,是新中国法学教育、法治建设和社会发展的一个重要推动力之一。

西南政法大学原名西南政法学院,其前身是1950年成立的由刘伯承元帅担任校长的西南人民革命大学。“革大”的爱国情怀是西政精神的源头。1953年,以西南人民革命大学为基础,合并重庆大学、四川大学、贵州大学、云南大学、重庆财经学院的法律院(系),正式挂牌成立西南政法学院。建院伊始,学校得到了时任西南局负责人邓小平、刘伯承等老一辈无产阶级革命家的亲切关怀,原东北抗日联军第二路军总指挥周保中将军出任西南政法学院首任院长。西南政法学院建院之初即选择歌乐山下红岩烈士殉难之所作为校址,更是为着“以先烈们的革命精神教育青年、培养政法干部”。1958年,中央公安学院重庆分院又并入西政。特殊的建校背景,使我校既会聚了法学名流又吸纳了实务精英,既秉承了深厚的法学传统又融入了公安教学的特色。学校也因此被誉为新中国法学教育的

“西南联大”。

学校先后经历了由西南大区、司法部、四川省、最高人民法院、司法部、重庆市等多次管理隶属关系的变更。回首往昔,“文革”期间曾一度被迫停办,1977年经中央批准率先恢复招生。1978年,经国务院批准为全国重点大学,是司法部部属政法院校中唯一的重点大学。1995年,学校更名为西南政法大学。2000年,由司法部直属划转重庆市人民政府管理,实行“中央与地方共建、以地方为主”的管理模式。2008年,成为教育部和重庆市重点建设高校。

六十年来,西南人民革命大学、西南政法学院、西南政法大学一脉相承,生生不息;

六十年来,创业的艰辛、曲折的磨难、探索的迷惑,起伏跌宕;

六十年来,从化龙桥、歌乐山披荆斩棘到渝北校区破土拓荒,从复办的艰苦卓绝到三次创业的宏图大展,几代西政人薪火相继,矢志前行,一次次成就骄人的辉煌,共同书写了中国法学教育史上浓墨重彩的一页;

六十年来,西南政法大学发展中的每一个点滴和大小时刻,凝聚、塑造了独特的西政学人风格与学术品格;

六十年来,变化的是历史,不变的是精神。

——心系天下的责任意识。《老子》曰:“圣人无常心,以百姓心为心。”西政人对国家、对社会始终有着强烈的责任感和使命感。巍巍歌乐山,激发了西政人昂扬的浩然正气;泱泱嘉陵水,滋养了西政人强烈的家国情怀。他们或悉心研究,探求法魂,传播法义;或积极践履,敢为人先,奔走在法治实践的第一线;或运送正义,为社会进步鼓与呼。在众多的西政校友中,既有偏居基层或边远地区任劳任怨、默默奉献的法律工作者,也有为人类和平民众平安勇于献身的时代英烈。在诸多历史关头,西政人总是挺身而出,不畏艰险,为国分忧,为民请命。西政人爱校如家,对学校深厚的感情和强烈的凝聚力常令他人感叹不已。西政发展曾屡遭磨难,“文革”期间更是一度停办,但老一辈西政人奔走呼号,反对撤校,为保留西政家园而不屈斗争终获胜利,为后来的“西政现象”奠定了基础。六十年来,西政人风雨同舟,和衷共济,挺过无数难关,熔铸了西政品牌。当学校遇到波折或困难时,西政学子总是发出“天佑西政,生生不息”的共同

呼声。心系天下又爱校如家,这种家国情怀是西政人奉献国家社会的动力源泉,也是学校发展的宝贵财富。

——自强不息的克艰气魄。西政的发展历程,是一部百折不回、逆境崛起的拓荒史,也是一部披荆斩棘、克服万难的励志片。初创时期,在荒山野地上建校,西政人以拓荒者的精神,筚路蓝缕,以启山林。十年浩劫,学校面临灭顶之灾,险被撤销,西政人通过不屈不挠的斗争,赢得率先复办的先机,并成为全国重点大学。刚从“牛棚”中返归讲坛的老师们,怀着对国家命运的忧患意识和学术虔诚,将压抑了十多年的激情转化为传道授业的热心,学生们则为了弥补失去的青春,与时间赛跑,共同创造了“西政现象”;20世纪90年代末管理体制的突然划转和改变,让学校的发展出现波折,但西政人在逆境中不屈服,不气馁、不言败,百折不挠,把困难当磨练,视危机为转机,克服各种困难和不利因素,锐意推动学校发展进步。在任何困难面前,西政人始终表现出一种不屈的抗争精神,一种百折不回的浩然正气。这种勇于面对问题、直面挑战竞争的气魄,这种自强不息、励精图治的奋斗精神,成为一代又一代西政人传承的优良传统,成为西政继续发展的不竭动力和源泉。我们偏居西南一隅,并无太多地利可言,环境条件也曾落后于不少兄弟院校。但莘莘学子正是在偏远之地祛除浮躁之气,砥砺气节情操,潜心研习学问。虽处江湖之远,反得学问之先。这亦是孕育产生光耀中国法学界的“西政现象”的重要因素。

——和衷共济的团队情怀。西政人之间情深义重,亲如家人。西政校友“聚成一团火,散为满天星”,他们虽散布于大江南北,但都有着同一个名字——“西政人”,有着同一份情怀,那就是“爱西政”!无论岁月流逝,无论天南海北,他们情系母校,矢志不渝。聚散离合处,西政情永存。每当母校发展的关键时刻,西政人都会发扬团结协作、和衷共济、共渡难关、奋力拼搏、敢为人先的团队精神,“西政精神”就会得到令人感动的彰显,迸发出强大的精神和物质力量。特别是2003年,经过全校上下的共同努力,西政在全国首批获得法学一级学科博士学位授予权,从此我校所有的法学二级学科均可以招收博士研究生;同时我校法学以外的所有学科也都获得硕士学位授予权,均可以招收硕士研究生;也是在这一年,为迎接西政校庆(当时仍以1953年西南政法学院为建校起点,故为五十年

校庆),全国各地各年级校友众志成城,在短时间内一举推出“西南政法大学学子学术文库”五十部,形式之创新,品质之高端,赢得各界一片好评。2004年,我们在西部地区率先设立法学博士后科研流动站。2005年,整合众多学科的力量,强强联合,集体攻关,获得了国家社科基金A级重大项目“改革发展成果分享法律机制研究”,成为重庆市第一所承担此类项目的高校。2007年,全校上下精诚团结,奋勇争先,在教育部本科教学工作水平评估中获得“优秀”成绩,教育部专家对我校办学成就和办学特色给予了高度评价,进一步鼓舞了士气,增强了凝聚力。2008年,学校成为教育部和重庆市重点建设高校,再次赢得发展机遇,并且借“恢复招生三十年”的契机举办了一系列活动;2009年、2010年,我们将“转型升格”提炼为全体西政人的共识和奋斗目标,开启了创建研究型高水平大学的新征程。

——严谨求实的诚信校风。当年“西南革大”蕴蓄的艰苦朴素的作风、严谨扎实的教风,在西政的发展过程中逐步凝结为“论辩文化”和“实务教育”两个鲜明的办学特色。其源于学校特殊的建校背景,在学校长期的办学过程中积淀形成,又融入了现代教育观念。它看似两个方向,实则高度统一:尚思善辩,才能目光高远;厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式,也是“西政人”的一个标签。“严谨求实、知行合一”,成为是西政的教学特色,赢得了社会的广泛赞誉。学校历来将以“务实”为基点的学生思想素质教育作为提高教学质量和人才培养质量的首要任务。在改革大潮和依法治国方略的大背景下,学校秉承“务实”的学术传统,将学术研究、人才培养与社会服务密切结合,将培养符合社会需要、社会适应能力强的“务实创新”型高素质专门人才作为育人目标。学校地处西南,偏居一隅的地缘劣势却辩证地造就了一方学术净土。《论语·卫灵公第十五》云:“主忠信,行笃敬。”正是厚德、尚思、笃行的理念,培育了西政人严谨诚信、厚积薄发的学术精神和做人风格。

此次隆重推出的这套西南政法大学六十周年校庆系列文库,正是上述“西政精神”的再一次体现。这种精神,很多人追寻过,希望论证清楚、阐释明白,然而,只有真正拥抱过这片土地和被西政拥抱过的人,才能真

正体悟。“西政精神”——在每一个爱西政的人心中。

总结历史的意义,既在于反思过去,更在于指引未来。

今日的西政人,正走在“第三次创业”的大道上,承继西南革大传统,弘扬“西政精神”,推进高水平大学建设。

六十周年纪念,标志着西政历史的首卷已然浓墨重彩,同时意味着一轴新卷正徐徐展开。我们有理由相信,西政人所拥有的,不仅是六十年无比辉煌的历史让我们自豪;更重要的是,还有着无限美好的未来让我们期待并等待我们描绘!

西政雄风犹在!

是为序。

付子堂

2010年7月31日

于重庆歌乐山下

序 言

本书是在我的博士后出站报告《中国仲裁制度改革与完善——与国际商会仲裁制度之比较研究》的基础上经过修改、添加和完善而成,是博士论文《国际商会仲裁研究》(法律出版社 2005 年版)思考的延续,两者应称为姊妹篇。

早在申请入站之时即已向合作导师孙宪忠教授申报这一研究课题,当时选择这一课题作为研究对象,其主旨和初衷主要出于两个方面的考虑:其一,由于国际商会仲裁规则代表着当今世界仲裁制度的发展颠峰,大体上预示着世界各国未来仲裁制度的发展方向和趋势;其二,反思我国仲裁制度的缺陷与差距的“中国问题”意识,促使我们必须把一切研究的出发点归结于对这些“中国问题”的克服与完善之上。需要指出的是,本书对国外先进商事仲裁理念和制度的考察已远远超越了国际商会仲裁院仲裁规则的范畴,主流国家与其他一些国际知名仲裁机构的仲裁规则同样有理由引起我们的重视,这样做目的在于为我国仲裁制度的完善提供更为广阔的横向视野。

长期从事涉外经贸与仲裁实务工作的经历,使我深刻地理解对于法学这样一门实践性很强的学科,理论研究脚踏实地、紧密联系实际而不玄虚空谈的重要性,特

别是在我国这样一个与西方发达资本主义国家相比法治处于“初级阶段”的背景状况之下尤为如此。诚如顾培东先生所云,“这种背景和格局,决定了这一代学者的学术特质应当是实践性、建设性和基础性的。实践性体现于:学术视野应当聚集于中国法治建设的具体过程,从法治的具体实践中寻求学术的生命力;建设性在于:学者的思维倾向应更多地偏于创设社会所需要的制度与理念,也包括对某些现实状态的合理宽容;而基础性则在于,学术研究所涉及的内容主要是与实践运作相关的中、低端知识,学术精力和学术重心也只能放在这一层次”。^{〔1〕}

本书立足于仲裁制度的基本理论,借鉴在商事仲裁领域处于领先地位国家的商事仲裁规范立法经验、丰富实践和先进理念,细致梳理我国仲裁制度的一般机理,检讨我国仲裁立法和实践中的种种问题,并提出改进和完善我国仲裁立法的基本路径和对策。

本书为母校西政六十华诞奉上的薄礼,以感念母校的培养。

虽然作者尽了最大努力,也付出了相当的时间,但由于本人目前认识水平的局限以及我国立法和理论的高速发展,本书不可避免地存在挂一漏万抑或谬误之处,作者衷心希望能够得到广大读者的批评指正。

汪祖兴

2010年7月于歌乐山麓西政校园

〔1〕 顾培东:《从经济改革到司法改革》,法律出版社2003年版,“代序”第10页。

目 录

引言 / 001

第一章 我国仲裁制度发展概略及仲裁理念的现代化 / 003

第一节 我国仲裁制度发展概略 / 003

一、仲裁制度的起源及其在我国发展的一般考察 / 003

二、现行《仲裁法》的贡献与不足 / 006

三、完善我国仲裁立法所应遵循的基本原则 / 009

第二节 仲裁理念的现代化 / 011

一、仲裁理念的现代化与仲裁制度的非诉讼化 / 011

二、仲裁理念的现代化与仲裁制度的自足性 / 011

第二章 仲裁协议制度的一般理论及其在我国的不 足与完善 / 023

第一节 仲裁协议的一般理论 / 023

一、仲裁协议概述 / 023

二、仲裁协议的要素 / 029

三、仲裁协议的效力 / 040

四、仲裁协议的自治性 / 047

第二节 我国仲裁协议制度存在的主要问题 / 057

- 一、仲裁协议的形式要求不宽容 / 058
- 二、仲裁协议的要素构成不科学 / 061
- 三、仲裁协议效力认定的权限分配不合理 / 063

第三节 完善我国仲裁协议制度的主要思路 / 065

- 一、弹性处理仲裁协议之形式要求 / 065
- 二、完善仲裁协议的要素体系 / 068
- 三、合理配置仲裁协议效力的认定权限 / 080

第三章 仲裁主体制度的一般理论及其在我国的不 足与完善 / 084

第一节 仲裁主体制度的一般理论 / 084

- 一、当事人制度 / 084
- 二、仲裁员制度 / 089

第二节 我国仲裁主体制度存在的主要问题 / 126

- 一、仲裁协会与仲裁机构的构建问题 / 126
- 二、仲裁员制度问题 / 130
- 三、当事人制度问题 / 134

第三节 完善我国仲裁主体制度的主要思路 / 135

- 一、加快组建我国仲裁协会的步伐 / 135
- 二、强化仲裁机构的民间属性 / 138
- 三、完善仲裁员制度 / 144
- 四、完善当事人制度 / 152

第四章 仲裁证据制度的一般理论及其在我国的不 足与完善 / 159

第一节 仲裁证据制度的一般理论 / 159

- 一、仲裁证据制度界定 / 160
- 二、仲裁证据形式规则 / 165
- 三、仲裁证据实体规则 / 174
- 四、仲裁证据规则何以应当“柔性” / 186

第二节 我国仲裁证据制度存在的主要问题 / 188

- 一、缺乏仲裁证据规则,仲裁庭无收集证据的强制力 / 188
- 二、仲裁证据保全制度不完善 / 189
- 三、仲裁举证责任不完善 / 191
- 四、仲裁证据运用中的自由裁量权欠缺约束机制 / 191
- 第三节 完善我国仲裁证据制度的主要思路 / 192
 - 一、建立完善的仲裁证据规则体系,赋予仲裁庭收集证据的强制力 / 192
 - 二、完善仲裁证据保全制度 / 193
 - 三、设置举证责任分配制度 / 196
 - 四、设置仲裁证明的经验规则 / 197

第五章 仲裁程序制度的一般理论及其在我国的不 足与完善 / 198

- 第一节 仲裁程序制度的一般理论 / 198
 - 一、程序理念与仲裁程序 / 199
 - 二、申请与受理 / 208
 - 三、开庭与裁决 / 222
- 第二节 我国仲裁程序制度存在的主要问题 / 230
 - 一、司法干预过强而支持不足,程序刚性化 / 230
 - 二、临时仲裁与简易仲裁的缺失减损仲裁效率 / 231
 - 三、仲裁财产保全问题存在明显缺陷 / 232
 - 四、仲裁管辖权的决定机构不当 / 234
 - 五、仲裁员回避的时间与仲裁第三人问题有待立法明确 / 235
- 第三节 完善我国仲裁程序制度的主要思路 / 235
 - 一、强化司法的支持,软化程序的刚性 / 235
 - 二、增设临时仲裁和简易仲裁程序以提高仲裁效率 / 237
 - 三、赋予仲裁庭财产保全的权力 / 238
 - 四、确立仲裁庭的自裁管辖权 / 239
 - 五、立法明确仲裁员回避时间与仲裁第三人问题 / 239
 - 六、庭审实践中妥善处理两个特殊问题的建议 / 241

第六章 仲裁监督制度的一般理论及其在我国的不 足与完善 / 243

第一节 仲裁监督制度的一般理论 / 243

一、仲裁监督的正当性基础 / 243

二、仲裁监督的结构 / 248

三、仲裁监督的范围 / 251

四、仲裁监督的标准 / 258

第二节 我国仲裁监督制度存在的问题 / 265

一、仲裁监督立法不协调 / 265

二、仲裁监督体系残缺 / 268

三、仲裁监督层次不清 / 270

第三节 完善我国仲裁监督制度的主要思路 / 274

一、完善仲裁机构内部监督 / 274

二、完善法院系统司法监督 / 286

三、完善仲裁协会行业监督 / 300

四、完善社会舆论民间监督 / 306

第七章 我国涉外仲裁制度的一般理论及其不足与 完善 / 308

第一节 涉外仲裁制度的一般理论 / 308

一、涉外仲裁的界定 / 309

二、国内仲裁与涉外仲裁进行区别的内在逻辑 / 312

三、现代涉外仲裁制度的发展趋势 / 313

第二节 我国涉外仲裁制度的历史评价与面临的新环境 / 319

一、我国涉外仲裁制度的历史评价 / 319

二、我国涉外仲裁制度面临的新环境 / 324

第三节 我国涉外仲裁制度的现状与完善 / 328

一、CIETAC2005 年仲裁规则的创新 / 329

二、CIETAC2005 年仲裁规则的不足 / 334

三、CIETAC2005 年仲裁规则的完善 / 336

岁月如歌 感念师恩——后记 / 339