

北京仲裁

ARBITRATION IN BEIJING



第**73**辑 (Quarterly) No.73

(2010年第3辑)

主办：北京仲裁委员会

协办：中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission,

Co-sponsored by the China Society of Private International Law

& the Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

ARBITRATION IN BEIJING

北京仲裁

第73辑 (Quarterly) No.73
(2010年第3辑)

主办: 北京仲裁委员会

协办: 中国国际私法学会

武汉大学国际法研究所

编辑部地址: 北京市朝阳区建国路118号
招商局大厦16层

邮政编码: 100022

电话: (010) 65669856

传真: (010) 65668078

电子邮箱: bjzhongcai@bjac.org.cn

网址: <http://www.bjac.org.cn>

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第 73 辑/北京仲裁委员会编. —北京:
中国法制出版社, 2010. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2377 - 9

I. ①北… II. ①北… III. ①仲裁 - 司法监督 -
中国 - 文集 IV. ①D925. 7 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 222141 号

策划编辑 马 颖

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第 73 辑

BEIJINGZHONGCAI DI 73 JI

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2010 年 11 月第 1 版

印张/10.5 字数/190 千

2010 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2377 - 9

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

目 录

特 载 北仲成立十五周年与《仲裁法》实施十五周年纪念

- 001 现代商事仲裁理念与原则在中国的实践
——以《北京仲裁委员会仲裁规则》的修改
为例 / 王红松
- 028 《仲裁法》实施后中国仲裁制度的新发展 / 宋连斌
- 043 回归本原：中国仲裁发展路径探析 / 叶永禄 李 琴
- 059 中国仲裁员职业群体的发展和自我定位 / 傅郁林
- 069 仲裁制度和仲裁员品德的一点历史随想 / 邓 峰

专 论

- 086 仲裁程序中管辖权异议的理论与实践 / 张皓亮
- 100 试论仲裁程序中案外利害关系人之保护 / 潘勇锋
- 115 仲裁第三人的内涵界定与理论定位 / 孙 琦

比较研究

- 129 国际商事仲裁中的书证出示
——评《国际商事仲裁取证规则》相关
规定 / Hilmar Raeschke - Kessler 著 崔起凡译 丁伟校

案 例

- 159 一个容易出错的问题：被告提出案件应当由仲裁机构
仲裁，法院应当如何处理？ / 罗发兴

征稿启事

Contents

Special Report: 15th anniversary of the founding of BAC and the enforcement of Arbitration Law

- 001 *The Practice of Concepts and Principles of Modern Commercial Arbitration in China: Using the Amendments of Arbitration Rules of BAC* Wang Hongsong
- 028 *Recent Developments of Chinese Arbitration after the Enactment of Arbitration Act 1994* Song Lianbin
- 043 *Return To The Origin: An Analysis To Chinese Arbitral Development Path* Ye Yonglu & Li Qin
- 059 *The Self – recognition and Motivation of Chinese Arbitrators* Fu Yulin
- 069 *Notes On History of Arbitration and Arbitrators' Enthics* Deng Feng
-

Monograph

- 086 *Theory and Practice of Challenging the Arbitral Tribunal's Jurisdiction in Arbitration* Zhang Haoliang
- 100 *Discussion on the Protection of the Interested third party in Arbitration Procedure* Pan Yongfeng
- 115 *The Definition and Theory of The Third Party in Arbitration* Sun Yu
-

Comparative Law Study

- 129 *Art. 3 IBA – Rules of Evidence – a Commentary on the Production of Documents in International Arbitration* Hilmar Raeschke – Kessler
- 150 *Research on United State's patent arbitration* Chen Jian
-

Cases

- 159 *A Fallible Matter: How to Deal With the Jurisdiction Objection of Defendant on the Ground of Presence of an Arbitration Agreement* Luo Faxing
-

Notice for Submission

特 载

现代商事仲裁理念与原则在中国的实践

——以《北京仲裁委员会仲裁规则》的修改为例*

王红松**

● 内容摘要

现代商事仲裁理念与原则是否符合中国国情、能否应用于中国实践并获得成功一直是被担忧、质疑并争论不休的问题。本文以《北京仲裁委员会仲裁规则》的修改为例，从仲裁庭独立仲裁、当事人意思自治以及程序简便、快捷，提高仲裁效率三个方面具体展现一个仲裁机构如何通过改革创新将现代商事仲裁理念与原则创造性地应用于本土仲裁实践的过程。研究表明，现代商事仲裁理念与原则不仅可以应用于中国实践而且能够取得成功，关键在于仲裁机构的追求和选择。

● 关键词

仲裁理念 本土化 仲裁规则 仲裁庭独立 当事人自治

* 转载自《中国建设工程法律评论》（第一辑），法律出版社2010年7月第1版。

** 北京仲裁委员会秘书长。

1995年9月1日《中华人民共和国仲裁法》开始实施。仲裁法是一部改革的法,更是一部“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”^①的开放的法。仲裁法规定的仲裁庭独立仲裁、当事人协议管辖以及或裁或审、一裁终局制度等,体现了现代商事仲裁理念与原则的核心内容。回顾仲裁法实施后,有关部门对该法理解与执行上的反复与倒退,使我们对贯穿于仲裁法的改革精神及其对现行体制带来的振荡与冲击有了更深的体会。从理论上讲,商事仲裁理念与原则是各国在长期仲裁实践中总结发展出来的,反映了仲裁的内在规律和本质特征,是人类共同智慧的结晶,是文明社会的共同财富。无论一国国情有何“特殊”,偏离这些理念和原则,仲裁将不成其为仲裁。但在实践中,由于长期计划经济下行政仲裁体制形成的思想观念、思维习惯、管理制度、运作模式所具有的惯性作用^②和权力背后的利益考量,现代商事仲裁理念和原则是否符合“国情”、能否应用于中国实践以及能否获得成功却一直是被担忧、质疑并争论不休的问题。这里,笔者试图以北京仲裁委员会(以下简称“北仲”)仲裁规则的修改为例,具体展现一个仲裁机构如何将现代商事仲裁理念和原则应用于中国仲裁实践的过程。

北仲成立于1995年9月28日,在当年制定《北京仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《规则》)之后,分别于1996年、1997年、1998年、1999年、2001年、2004年和2008年对《规则》进行了7次修改(以仲裁规则实施日期为准,下同),现行文本是2008年《规则》。

综观北仲《规则》的历次修改,总体上有三个特点:一是实践需要和客观形势变化是促使规则修改的动力;二是从2002年北仲提出创建国际化仲裁机构的战略目标^③后,“仲裁规则已经逐步由被动的弥补程序缺陷转为主动地为实现先进的仲裁理念而服务”^④;三是尽管每次修改的内容不同,修改的条

① 全国人大常委会法制委员会:《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。

② 王红松:“北京仲裁委员会十周年回顾”,载《商事仲裁理论与实务》,人民法院出版社2006年版,第253页。

③ 王红松:“在2002年春节茶话会上的发言”,载北仲网站(<http://www.bjac.org.cn/rule/2002sm.htm>)。

④ 王红松:“2004年《北京仲裁委员会仲裁规则》修改说明”,载北仲网站(<http://www.bjac.org.cn/rule/2004sm.htm>)。

款有多有少,但方向始终不变——就是以现代商事仲裁理念和原则为指导,与仲裁实践紧密结合。特别是2004年《规则》的修改不仅在内容上大量借鉴示范法和各国立法的先进经验,在条文和体例上也参考了国际知名仲裁机构的仲裁规则的表述。从内容上看,《规则》修改主要围绕三条主线进行:一是仲裁庭独立仲裁;二是当事人意思自治;三是程序简便、快捷,提高仲裁效率。具体分述如下:

一、仲裁庭独立仲裁

根据仲裁法,仲裁机构“独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系”;仲裁员从法律和经济贸易领域中的专家、学者中选聘,与仲裁机构没有隶属关系;仲裁员由当事人选定或当事人委托仲裁委员会主任指定;仲裁裁决由仲裁庭独立做出等。这种仲裁机构与行政机关、仲裁员与仲裁机构之间彼此独立的关系,仲裁庭仲裁统一、权责一致的模式,以及当事人对仲裁员、仲裁员机构的选择和制约,形成商事仲裁独特的运行机制^①。其中,仲裁庭独立仲裁是基础、是前提。有人认为仲裁庭独立的目的是为了仲裁公正,因此,只要达到公正的目的,可以采取其他相应措施——包括某种程度的审核,以防止仲裁庭独立仲裁权力过大所带来的风险。北仲认为,首先,仲裁庭独立仲裁是仲裁法确立的基本原则,仲裁员由当事人选择其信赖的专家、学者担任,基于当事人意思自治的原则,如果由仲裁庭以外的人参与审理,当事人没有机会直接与这些判断者进行陈述或辩论,这就违背了法律规定和自然公正原则。其次,仲裁庭成员要在裁决书上签名,其独立仲裁也独立承担责任。如果由外人审核,就直接打破了这种权责一致的对应关系,反而造成约束机制的软化。其三,即便参与审核的外人比仲裁员更专业,但其是在没有参加审理的情况下,依据汇报对案件发表意见,而这种经过加工的汇报会过滤掉许多有价值的信息,依据这种汇报形成的判断难免产生偏差。其四,审核会助长依赖,从长远看不利于提高仲裁员的专业素质和能力。其五,实践看审核权更集中,权力更大,审核者同样存在道德风险,而且,这种权力出了问题纠正起来更困难。如果真是出于仲裁庭专业判断上的担心,解决的方法就

^① 王红松:“北京仲裁委员会十周年回顾”,载《商事仲裁理论与实务》,人民法院出版社2006年版,第253页。

是在仲裁员聘用和使用上对仲裁员品行、能力严格把关,“对正义的实现而言,操作法律人的质量比操作法律的内容更重要”^①。因此,保障仲裁庭独立仲裁,是北仲历次修改《规则》的重要内容,北仲是从完善对仲裁员监督制约机制和扩大仲裁庭程序中权力两个方面进行的:

(一) 完善对仲裁员的监督制约机制

1. 完善仲裁员回避制度

北仲是国务院重新组建仲裁机构的7个试点城市之一^②。1995年成立伊始,由于缺乏实践经验,七个试点城市新组建的仲裁机构的仲裁《规则》基本按照国务院《仲裁委员会仲裁暂行规则示范文本》(下称示范文本)制定。但北仲在其制定的《规则》中就增加了仲裁员回避方面有针对性的内容,如示范文本规定:仲裁员有下列情形之一的,必须回避,当事人也有权提出回避申请:(一)是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属;(二)与本案有利害关系;(三)与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的;(四)私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的(见文本第十九条)。北仲1995年《规则》在此基础上增加一款规定,即“在前款(三)中‘其他关系’系指:(一)对于承办的案件事先提供过咨询的;(二)与当事人、代理人在同一单位工作的;(三)曾任或者现任当事人法律顾问或代理人的;(四)因介绍案件谋取利益的;(五)其他可能影响公正仲裁的事项”(1995年《规则》第二十条),反映了北仲对可能发生的问题的预见和警觉。同时,北仲1995年仲裁员守则(以下简称守则)规定,仲裁员有《规则》所列情形之一的,“应当向仲裁委员会说明,并主动请求回避”(见1995守则第四条)。从1996年开始,北仲实行仲裁员公正声明制度。即仲裁员在接受指定或选定后,要签署一份仲裁员声明书,要仲裁员向仲裁委员会声明自己“在收到选/指定通知前未向本案件的任何一方当事人或代理人就争议发表过自己的意见,与当事人、代理人之间无任何其性质足以影响案件审理的亲属、财产、职业关系,与本案的结果无私人的利害关系,亦无《北京仲裁委员会仲裁规则》和《北京仲裁委员会仲裁员守则》规定的其他必须回避的情形”,并保证“独立、公正、勤勉、高效地履行仲裁员职责,不与当事

① 转引自王利明:《司法改革研究》,法律出版社2000年版,第20页。

② 《国务院办公厅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号文件)七个试点城市为:北京、上海、天津、广州、深圳、西安、呼和浩特。

人及其代理人进行任何形式（包括电话、电传、E-mail等）的单方面的联系、不向当事人透露对案件的看法和仲裁庭合议的情况。本人将平等地对待各方当事人，毫不偏袒，始终如一，确保办案时间，尽可能迅速审结案件。”（见北仲“仲裁员公正声明书”）。这说明北仲在当时条件下，不仅对仲裁员公正仲裁问题有很深的研究和思考，而且，已在力所能及的范围内采取了相应防范措施。为了加大仲裁员披露及回避的力度，1997年《规则》修改，将这一条修改为仲裁员“应自行向仲裁委员会披露并请求回避”（第二十二條），从《规则》上增加仲裁员向委员会披露的要求。仲裁机构成立初期由于缺乏经验，《规则》有些条款脱离实际的情况在所难免。例如《规则》中关于“与当事人或其代理人在同一单位工作”和“曾任或者现任当事人法律顾问或代理人”的规定，“在仲裁员与当事人或者当事人的代理人具有上述关系的情况下，不论仲裁员离任时间的长短均构成其回避事由。在实践中发现这种规定过于宽泛，易造成实际操作中的困难”^①。因此，北仲在1999年《规则》修改时，将此款改为“现任当事人的法律顾问或代理人，或者曾任当事人的法律顾问且离任不满两年的”（1999年《规则》第二十三条第二款第（二）项）。同时，“考虑到仲裁员‘与当事人或其代理人在同一单位工作’的影响不亚于其担任‘当事人法律顾问或代理人’，为保证仲裁的公正，将该项改为‘与当事人或其代理人在同一单位工作，或者曾在同一单位工作且离开不满两年的。’”^②（1999年《规则》第二十三条第二款第（三）项）。这等于将仲裁员披露回避的情形扩大到其与当事人、代理人“曾在同一单位工作且离开不满两年”的情况。由此可以看出北仲在仲裁员回避问题上，一直本着实事求是的精神，试图在保障仲裁员公正仲裁与保障当事人选择仲裁员的权利之间保持一种平衡。

上述措施，还停留在仲裁委员会对仲裁员监督制约，属于内部制约机制。但是，仲裁员是由当事人选的解决争议的服务者。仲裁员在仲裁过程中表现如何当事人心里最清楚。因此，如何提高仲裁员纪律要求的透明度，从外部加强监督制约作用，成为北仲考虑的新的问题。尽管北仲的《规则》、守则对外公布并且在立案时，守则与《规则》同时送达当事人，但2001年北仲修改《规则》

^① 王红松：“1999年关于《北京仲裁委员会仲裁规则》修改说明”，载北仲网站（<http://www.bjac.org.cn/rule/1999zs.htm>）。

^② 同上注。

时,又进一步明确“仲裁员在接受选定或指定时应签署声明书以保证公正、勤勉审理案件,仲裁员声明书应当转交各方当事人”(见2001年《规则》第二十六条),以使当事人了解仲裁员承诺的内容,强化外部的约束力量。同时,在披露回避事项中删去1999年《规则》中“因介绍案件谋取利益”的规定。在借鉴2000年1月30日《最高人民法院关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第二条第二款和第一条第三款的规定内容基础上,增加两款“为本案当事人推荐、介绍代理人”与“担任过本案或与本案有关联的案件的证人、鉴定人、勘验人、辩护人、诉讼代理人”(2001年《规则》第二十八条第二款第四、五项),即不论仲裁员是否“谋取利益”,只要有上述行为即可。

2. 设置仲裁员披露制度

仲裁员披露制度是保障仲裁程序公正,维护当事人对仲裁庭信赖关系的重要制度。国外许多国家允许临时仲裁,虽然立法上对仲裁员的资格没有限制,但都设有仲裁员披露制度进行某种制衡,实现仲裁的公正。可见,仲裁员披露制度是防止利益冲突,保障当事人权利和仲裁程序公正的重要制度。联合国贸易法委员会的《国际商事仲裁示范法》(以下简称示范法)、德国的《民事诉讼法典》、国际商会仲裁《规则》、伦敦国际仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院、意大利仲裁协会等机构的仲裁《规则》均有关于仲裁员披露的规定。我国仲裁法规定了仲裁员回避制度,但没有规定披露制度。虽然,北仲2001年《规则》规定仲裁员签署声明书送交双方当事人,并规定仲裁员“应自行向仲裁委员会披露并请求回避”(2001年《规则》第二十八条),出现了仲裁员的“披露”的字样。但这种“披露”与国际通行的仲裁员披露制度有较大区别:一是这种“披露”是仲裁员向仲裁机构披露,国际的披露制是仲裁员向当事人披露,透明度高,披露的目的“在于允许当事人判断他们是否与仲裁员的判断相一致”^①,满足当事人了解仲裁员这方面情况的权利要求;二是这种“披露”仅限于《规则》列举的回避情形,而国外披露的披露范围要宽得多。三是国外披露采取的是第三人的标准,即“如果一位有正当理性的、了解情况的第三人认为,仲裁员可能受到当事人为达成其结论而提交的争议陈述以外的其他事实的影响,则其怀疑是正当的”^②,而不是仲裁员的主观认

① “国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突指导原则”,载《北京仲裁》第51辑。

② 同上注。

识。正如英国大法官丹宁所说“在考虑是否存在偏袒的现实可能性时……法院不考虑一个人是否会或事实上会作出牺牲一方而有利于另一方的事情的可能性。他考虑的是给其他人造成的印象。即使他尽可能地做到不偏不倚，但是如果正直的人认为在这种情况下他可能有偏袒，那么他也不应审案……法院不会去调查他偏袒一方是否是事实，只要有判断能力的人这样想就足够了。原因很简单，正义必须来源于信任：而当正直的人认为‘法官偏袒’时，信任即遭到破坏”^①。四是这种“披露”时间仅限于“仲裁员在接受选定和指定时”，而国外披露则是从仲裁员接受指定或选定至案件审理的全过程。五是国外披露制仲裁员披露后是否回避，由当事人决定，而我们的“披露”，虽然规定的是“必须”回避，看似严格，但实际上回避的落实取决于仲裁员的自律和诚信。

其实，北仲在组建之时，其负责筹建工作的领导曾考察过美国和日本等国的仲裁情况，对国外仲裁员披露的做法略有了解。但在当时情况下：一是法律没有规定；二是，国内未有仲裁机构进行过这方面的探索和实践，对于如何搞仲裁员披露制毫无经验，心中无底，不敢贸然实行；三是担心当事人，尤其是负有债务的当事人利用披露程序拖延程序，影响仲裁效率；四是由于国内实行机构仲裁，当事人只能从机构的仲裁员名册中选仲裁员，而仲裁员人员有限，担心实行披露制后，出现名册中无人可选的情况。因此，在当时没有实行仲裁员披露制度。

2002年，经过7年实践，北仲在仲裁员披露问题上有了一定经验，对国外披露制的了解更为深入。在当年北仲也提出创建国际仲裁机构的战略目标^②。为提高国内外当事人对《规则》的认同度，北仲决定参考国际商事仲裁的规则、惯例，全面修改仲裁《规则》。增加仲裁员披露程序是《规则》修改的重要内容。虽然国际仲裁员披露制度实行了漫长的时间，有丰富经验和成熟做法。但将这套制度运用于国内实践还需解决好三个问题：第一是披露的范围。中国是机构仲裁，仲裁员资源有限，披露范围过宽，仲裁员回避过度，当事人可能面临无人可选的境地；过窄又失去披露的意义。而且，披露问题十分复杂，存在多种不确定因素。因此，稳妥的做法是在实施披露制度初期，

① [英] 丹宁勋爵：《法律的训诫》，杨百揆等译，法律出版社1999年版，第99页。

② 王红松：“在2002年春节茶话会上的发言”，载北仲网站（<http://www.bjac.org.cn/rule/2002sm.htm>）。

可先将披露的范围控制在一定程度,等有经验,可视形势发展不断调整。第二是关于披露范围的表述,如果采取列举的方式,难免挂一漏万,况且有的情形表述不准,产生理解上的歧义,带来实践中的扯皮。弄不好,会拖延审理,影响裁决的终局性。但表述得过于笼统的,又缺乏操作性,不利于制度的执行。第三是披露与回避的关系。国外是仲裁员披露后,除违反自然公正原则的极少数情况,只要双方当事人同意,仲裁员可以继续审理。但按我国仲裁法规定,我国的回避情形是刚性的,还需将国外这种仲裁员披露与国内法定的仲裁员回避制度衔接。为解决这一问题,2004年《规则》二十条第(二)款笼统规定“仲裁员决定接受选定或者指定的,知悉与案件当事人或者代理人存在可能导致当事人对其独立性、公正性产生怀疑的情形,应当书面披露”,以及“仲裁员在审理案件过程中知悉应予披露情形的,应当立即书面披露”(20条第(三)款)。同时,把披露事项列在守则中。守则列了十一种情形,而且,在守则第一条第二款规定“本守则属于仲裁员道德准则,不是《北京仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《仲裁规则》)的组成部分”。增加披露制度的弹性,避免歧义与扯皮。针对国内仲裁员回避制度与国外的差别,《规则》也采取了区别对待的做法。《规则》第二十一条规定,仲裁员有仲裁法规定的回避事项,必须回避,当事人也有权提出回避申请;不属于仲裁法规定的回避事项,仲裁员披露后,《规则》规定当事人必须在收到之日起5日内就是否申请回避提出书面意见。否则,不得再以仲裁员曾经披露的事项申请回避。而且,双方同意,或者一方提出且仲裁员同意退出的,该仲裁员不参加审理,但不意味回避理由成立。仲裁员的退出是尊重当事人的意思,便于仲裁审理的顺利进行。如果一方提出,另一方及仲裁员不同意退出的,由主任决定。该决定是终局的。这样使披露程序与仲裁法规定的回避制度衔接,同时保持一定的弹性和灵活度。既尊重当事人对仲裁员的知情权,又使仲裁程序不至因披露程序而拖延。

为防止当事人滥用程序权利,2004年《规则》在第二十一条第(七)款规定:“当事人在获知仲裁庭组成情况后聘请的代理人 与仲裁员形成本章规定的应予回避情形的,视为该当事人放弃就此申请回避的权利,但另一方当事人就此申请回避的权利不受影响。因此导致仲裁程序的序拖延的,造成回避情形的当事人承担由此增加的费用。”

总之,2004年《规则》关于仲裁员披露制度的设置,既贯彻了“每一位

仲裁员接受选任时都应是公正并独立于当事人的,而且这种公正和独立应贯穿于整个仲裁程序,直至作出裁决或程序终止”这一披露制的基本原则,又与中国仲裁实际情况紧密结合,在保证仲裁公正,提高当事人对仲裁制度的信心方面发挥了积极作用。

3. 规定仲裁机构对仲裁员的更换权

虽然,仲裁员披露和回避制度能够解决仲裁员不独立、不公正的一些问题。但实践中也出现了“仲裁员虽不具备回避事由,但却没有按照《规则》的规定履行勤勉公正的职责或者存在其他不称职的情形,从而导致当事人对仲裁庭不满”^①的情形。2004年仲裁《规则》修改时,在借鉴了一些国际仲裁机构的经验后规定“本会认为仲裁员在法律上或者事实上不能履行职责或者没有按照本《规则》的要求履行职责时,也可以主动更换仲裁员”(2004年《规则》第二十二条第二款),强化了机构对仲裁员履行职责的监督,从效果方面强调了仲裁员认真履行职责,恪尽职守。当然,“考虑到主动更换仲裁员可能对当事人选择仲裁员的权利造成消极影响”,《规则》“对更换权的行使规定了严格的替换程序,以保证在实践中谨慎适用”^②。

4. 规定拒绝签字的仲裁员必须出具书面意见并送达双方当事人

实践中,仲裁庭就裁决出现意见分歧并不少见,也是正常。仲裁法根据示范法和国际仲裁普遍实践规定,持不同意见的仲裁员有权拒绝在裁决书上签名。这是保障仲裁员独立仲裁以及仲裁庭内部制衡的重要措施。但仲裁员拒绝签字应以诚信善意为基础。针对“个别仲裁员拒绝签字又拒绝说明任何理由的情况”^③,2001年《规则》规定不签名的仲裁员“应当通过书面形式向仲裁庭表明自己的意见及理由”(第六十二条第三款)。但由于这仅限于向仲裁庭说明,而“赋予仲裁员权力的当事人来说却无从知晓该仲裁员的意见”^④,执行力度还是有限。2004年《规则》将此修改为“不签名的仲裁员应当出具个人意见,个人意见将随裁决书送达当事人”,拒绝出具书面意见将被视为“无正当理由拒签”(第四十一条第三款)。一方面提高了仲裁裁决对当事人透

① 王红松:“2004年《北京仲裁委员会仲裁规则》修改说明”,载北仲网站(<http://www.bjac.org.cn/rule/2004sm.htm>)。

② 同上注。

③ 同上注。

④ 同上注。

明度,维护双方当事人了解不签名仲裁员意见的权利,同时也督促仲裁员谨慎行使仲裁权力。

5. 在《规则》中增加对仲裁庭正当程序的要求

程序正当是仲裁制度贯穿始终的价值取向,仲裁员的行为“对于程序正当性的实现起着至关重要的作用”。北仲在仲裁实践中非常注重程序正当要求并在有关仲裁员办案规范中提出指导性建议。“考虑到正当程序对整个仲裁过程的重大意义”,2004年北仲修改《规则》时,增加一款规定“无论采取何种审理方式,仲裁庭均应当公平、公正地对待双方当事人,给予双方当事人陈述和辩论的合理机会”(2004年《规则》第二十三条第三款)。

为了使《规则》对仲裁庭的约束机制进一步落实,北仲还采取了其他相应措施:(1)北仲从仲裁委员会成立起,就设立了“仲裁员纪律监察机构”,该机构由“仲裁委员会和仲裁员的代表组成”。纪律委员会的权力不断扩大,先是负责查处仲裁员违反仲裁员守则等违纪行为——“仲裁员有私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼,或在仲裁案件时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决以及其他严重违反仲裁《规则》或者仲裁员守则情形的”,由“纪律监察机构提出处理意见,报委员会会议决定”^①,而后扩大到“负责仲裁员资格评审”^②。目前,北仲正在起草纪律委员会工作条例,在进一步发挥该机构监督作用的同时提高其运作的透明度和规范性。(2)不断提高仲裁员聘用标准,对不符合标准的,不予续聘。北仲成立14年,经历5次换届,共聘用仲裁员679人,没有续聘的达308人。当然,不予续聘的仲裁员并非是因为违纪问题,而是由于身体、工作时间或者知识、能力等其他原因。这种与时俱进地吐故纳新,对提高仲裁员队伍的纯洁性、专业性产生了重要作用。(3)为了保障仲裁机构管理的超脱性、公正性,北仲在成立之初期,就采取委员会主任及工作人员不担任仲裁员的做法,在仲裁员内获得好评。2003年北仲在章程修改时明确规定“本会主任及办公室工作人员不兼任仲裁员;本会副主任及委员不接受一方当事人选定担任仲裁员,本会不指定其担任仲裁员,双方当事人共同指定其担任仲裁员的除外”(2003章程第十

^① 见2001年《北京仲裁委员会章程》第22条,载北仲网站(<http://www.bjac.org.cn/organize/2004.html>)。

^② 见2008年《北京仲裁委员会章程》第18条,载北仲网站(<http://www.bjac.org.cn/organize/2008.html>)。

一条),使这一做法制度化、经常化。(4)2003年北仲修订仲裁员守则,规定“仲裁员不得在本会的仲裁案件(包括申请撤销或不予执行本会仲裁裁决的案件)中担任代理人,亦不得代人打听案件情况或代人向仲裁庭成员实施请客送礼或其他提供好处和利益”,以防止出现仲裁员之间互为指定,形成特殊利益群体,影响仲裁公正。虽然这种做法在国际范围内比较罕见,可能因此影响案源,但公正仲裁永远是北仲最高的价值取向,即便因此会失去某些利益。实践证明,这些做法,增强了当事人对仲裁的认同度,得到广大仲裁员的理解和认同。

(二) 通过《规则》修改逐步扩大仲裁庭权力

仲裁员是当事人自己选择的解决其争议的公断人,尊重并保障仲裁庭在仲裁程序中的各项权力,是尊重当事人意愿的体现,也是仲裁庭独立仲裁的重要基础。晚近以来,各国仲裁立法实践表明,仲裁庭的权力呈逐渐扩大的趋势。联合国国际贸易法委员会制定的国际商事仲裁示范法(下称示范法)第十九条规定“在不违背本法规定的情况下,当事各方可以自由地就仲裁庭进行仲裁所应遵循的程序达成协议。如未达成此种协议,仲裁庭可以在本法规定的限制下,按照它认为适当的方式进行仲裁”,赋予仲裁庭广泛的程序上的权力。我国仲裁法在这方面比较保守,并未充分赋予仲裁庭上述程序权力。一方面可能是因缺乏经验,另一方面可能是出于对仲裁员可能滥用权力的担心。其实,为了防止仲裁员滥用权力,可以通过建立仲裁员监督制约机制来解决,如果因此限止、削弱仲裁员仲裁的权力,不仅解决不了所想解决的问题,反而会延缓仲裁审理的进程,使仲裁无法发挥其应有的功能和作用。有鉴于此,北仲在《规则》修改过程中,借鉴国际上仲裁立法的先进经验,参考最高人民法院相关司法解释从以下几个方面扩大仲裁庭的权力:

1. 授权仲裁庭对案件管辖异议做出决定

现代国际商事仲裁的主导观点认为,仲裁庭有权对当事人提出的管辖权异议作出决定^①。示范法、英国、德国等许多国家仲裁立法均有这方面规定。仲裁法仅规定仲裁委员会和法院对仲裁协议效力异议的决定权,没有规定仲裁庭的相应权力,这不能不说是一种遗憾。实践中,仲裁委员会只能是针对协议表面反映出的问题对协议效力作出决定。但涉及争议性质、当事人主体

^① 宁敏、宋连斌:“评国际商事仲裁中的管辖权原则”,载《法学评论》2000年第2期。

是否适格,请求的内容是否属于协议的范围,以及是否涉及一事不再理这些管辖权异议问题,必须经过实体审理方能查清,而仲裁委员会对案件进行实体审查,缺乏法律依据。因此,北仲早在 1996 年就通过《规则》修改明确“当事人对争议是否涉外有异议的,由仲裁庭作出决定”(1996 年《规则》第七条)。在 2001 年《规则》修改时,就在《规则》增加“当事人对仲裁案件的管辖权提出异议的,可以由仲裁委员会或仲裁委员会授权仲裁庭作出决定”的规定。一方面扩大了仲裁庭的权力,另一方面,由仲裁委员会授权仲裁庭作决定,从根本上说并没有突破仲裁法的规定。

2. 扩大仲裁庭决定程序事项的权力

其一,赋予仲裁庭决定案件合并审理的权力。2001 年《规则》第三十八条规定:“两个或两个以上的仲裁案件,其仲裁标的为同一种类或者有关联的,经一方当事人申请并征得其他当事人同意后,可以申请合并审理。是否合并审理,由仲裁庭决定”。

其二,赋予仲裁庭采取庭前准备程序的权力。2001 年《规则》第四十八条规定:“仲裁庭认为有必要的,可以在正式开庭前委托首席仲裁员召集双方当事人交换证据,共同确定双方争执点和审理范围,并由秘书记录在案”(第四十八条)。2004 年《规则》进一步规定为“仲裁庭认为必要时可以在开庭审理前或者审理进行中的任何阶段,要求当事人提供证据、回答问题”(第三十二条)

其三,赋予仲裁庭限期当事人举证回答问题的权力。2004《规则》第三十二条第二款借鉴伦敦国际仲裁院仲裁《规则》的做法,规定“仲裁庭认为有必要的,也可以在开庭审理前或者审理进行中的任何阶段,要求双方当事人提供证据、回答问题”。

其四,赋予首席仲裁员“经当事人同意或者其他仲裁员授权”,“可以就程序事项作出决定”的权力(2004 年仲裁《规则》第三十九条第二款)。这样规定可以保证仲裁程序不会因个别仲裁员的原因而出现障碍,有利于提高庭审效率。

其五,赋予仲裁庭裁定“败诉方应当补偿胜诉方因办理案件所支出的合理费用”(2001 年《规则》第六十八条第二款),以及仲裁费以外“实际发生的其他费用”(2004 年《规则》第四十二条第(一)款),这其中也包括“当事人在获知仲裁庭组成情况后聘请的代理人与仲裁员形成本章规定的应予