



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第五辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第五辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究.第五辑/广州仲裁委员会主办.一北京:
法律出版社,2005.9
ISBN 7-5036-5810-X

I.仲… II.广… III.仲裁—文集 IV.D915.704-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 097991 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王耀琪

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/陶松

开本/880×1230 1/16

印张/7.75 字数/180 千

版本/2005 年 9 月第 1 版

印次/2005 年 9 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5810-X/D·5527

定价:13.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第五辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 吴汉东 苏泽群 杨良宜 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:马占军 张小建 冯 捷 潘长春

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号广信江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283925 83282223 83283650

传 真:(020)83283905

E-mail:gzzcw@126.com

目 录

专 论

二次创业:中国仲裁发展的必由之路 陈忠谦/1

合并仲裁问题初探 齐树洁、顾 佳/9

探索与争鸣

论仲裁第三人 宋连斌、杨 玲/17

论仲裁制度的诉讼化 王小莉/28

浅析仲裁员之责任制度(上) 黄雅屏/34

仲裁与司法

论我国仲裁司法监督制度的完善 李祖军、王嘎利/44

试论仲裁裁决的撤销(上)

——兼论我国相关立法的完善 杨秀清、李 琳/52

仲裁实务

关于广州仲裁委员会近十年被撤销案件的思考 马占军/58

论仲裁员制度的相关问题(上) 唐云峰/72

仲裁专业化

网上仲裁总论(上) 李 虎/78

域外仲裁

南非法院对外国仲裁裁决的承认和执行 朱伟东/84

中国仲裁之窗

International Commercial Arbitration in the People's Republic of China 冯 捷/89

ARBITRATION STUDY
Guangzhou Arbitration Commission(GZAC) Vol. 5
Guangzhou, China Sept.2005

CONTENTS

A Second Carving Out: the Certain Path for Development of the Arbitration in China	Chen Zhongqian/ 1
A Study of Consolidated Arbitration	Qi Shujie, Gu Jia/ 9
A Study of the Third Party in Arbitration	Song Lianbin, Yang ling/ 17
A Study of the System of Litigious Arbitration	Wang Xiaoli/ 28
Research on the Liability of Arbitrators	Huang Yaping/ 34
A Study of Perfecting Judicial Supervision of Arbitration in China	Li Zujun, Wang Gali/ 44
A Study of a Reversal of Arbitration Award—Development of Concerning Legislation in China	Yang Xiuqing, Li Lin/ 52
Thoughts on the Set-aside Arbitral Awards of Guangzhou Arbitration Commission in the Last Decade	Ma Zhanjun/ 58
A Study of Issues concerning the System of Arbitrators	Tang Yunfeng/ 72
A Study of Online Arbitration	Li Hu/ 78
The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in South African Courts	Zhu Weidong/ 84
International Commercial Arbitration in the People's Republic of China	Feng Jie/ 89

专 论

二次创业:中国仲裁发展的必由之路

陈忠谦*

内容提要 新仲裁机构组建已近十年,在过去十年取得了辉煌的成就,基本完成了一次创业,目前正开始更为艰苦的“二次创业”。本文首先简单回顾了一次创业向二次创业转变的过程,然后从仲裁融入市场经济、服务市场经济;扩大规模,提高质量、树立品牌;走仲裁专业化和国际化发展之路;重视网上仲裁以及仲裁理论研究等几个方面对二次创业的主要内容进行了详细论述,最后对二次创业的前景进行了展望。

关键词 二次创业 中国仲裁 发展

仲裁法实施十年来,我国仲裁事业取得了丰硕成果,截至目前为止,我国共建立仲裁机构 185 家,选聘了近 3 万名仲裁员,累计办理仲裁案件 14 万件,标的额达 2300 多亿元。但我们同时也清醒的看到,我国仲裁事业还面临着案件类型单一、市场化程度不高、发展规模有限、体制创新不足、仲裁诉讼化倾向等诸多问题。国务院法制办审时度势提出,“中国仲裁要围绕二次创业,坚持发展是第一要务,实现持续发展”,可谓正中当下中国仲裁问题之要害。中国仲裁在第二个十年的首要任务不是“守业”,而仍要进行艰苦卓绝的“二次创业”,惟有从头做起、从零开始的创业精神,我们才能在仲裁发展的第二个十年把我国仲裁事业推向一个更高的发展平台。二次创业是在继承一次创业基础上的再创业,因而其不可避免的会遇到与一次创业所面临的同样情况和问题;但二次创业毕竟又是在仲裁发展十年后的创业,因而其又面临着一些不同于一次创业时的新问题和新机遇。因此,我们有必要在分析仲裁过去十年发展经验的基础上,就如何进行我国仲裁的“二次创业”作一思考。

一、从一次创业到二次创业

所谓“创业”,就是指“创办事业”,自 1995 年仲裁法实施以来,仲裁人草创仲裁事业已近十个年头。我国国内仲裁制度具有明显的植入性,普通民众对仲裁几无所知,各地仲裁机构在过去十年里最重要的一项工作就是利用各种媒体,举办各种宣传活动以及散布在各个行业和部门的仲裁员大力宣传仲裁法,扩大仲裁法律知识的普及面和仲裁机构的社会影响力和公信力,仲裁事业取得了较大发展。国务院法制办提出,“从仲裁法实施到 2005 年,是我国仲裁法律制度的生成阶段。”^①我国仲裁创业的前十年,亦即一次创业,是我国仲裁法律制度的生成阶段。我们认为,衡量各地仲裁机构是否完成“一次创业”最基本的几个指标是:1. 仲裁机构体制的构建是否能够满

* 广州仲裁委员会主任、中国政法大学博士。

① 卢云华:“中国仲裁的特色与发展”,载《法制日报》2005 年 5 月 11 日网络版。

是市场经济主体解决纠纷的需要;2. 仲裁机构是否建立起一支符合仲裁法规定的、以市场经济专家为主的素质较好的仲裁队伍;3. 仲裁机构受案数量和标的额是否达到一定规模;4. 仲裁机构是否具备再发展的能力;5. 仲裁机构在公正与效率方面是否树立起较好的影响力和公信力。由于各地社会经济条件的差异,我国仲裁地区发展极不均衡,2004年,全国仲裁机构全年受案共计37304件,标的额近515亿元。其中,受案数量超过1000件的只有5家,占总数近3%。这5家仲裁机构受案量共计12381件,占全国受案总量的34%;案件标的191.19亿元,占全国总标的额的37%。^②也就是说,全国3%的仲裁机构占有全国仲裁市场的近一半份额。而有不少仲裁机构自成立以来受案量没有起色,完全依靠国家财政拨款维持生计。因此依据上述五项衡量指标,只有部分仲裁机构完成了所谓“一次创业”,而相当数量的仲裁机构依然还徘徊在这一阶段。即使那些已经完成第一阶段创业的少数仲裁机构,由于受到案件类型单一、管理体制不顺等因素制约,受案数量和标的亦会出现大幅波动,其发展亦不很稳定。因而,对于全国绝大多数仲裁机构来说,今后十年的首要任务仍是创业,而不是“守业”。“二次创业”对于处于不同发展水平和阶段的仲裁机构提出了不同要求。受案数量较小、受案标的不大,起步较晚的仲裁机构在二次创业阶段的工作重点是继续完成一次创业阶段尚未完成任务;基本完成“一次创业”的仲裁机构,一方面要继续强化“一次创业”的成果,另一方面,要在“二次创业”时有新的突破和发展。

“二次创业”既是“一次创业”的继续和延伸,又是仲裁的一次新的飞跃和发展。我们认为,未来十年的仲裁“二次创业”至少要满足下述几个指标:1. 仲裁机构完全摆脱行政色彩,成为真正的市场主体,经得起市场的考验,成为当地民商事纠纷解决的重要方式;2. 仲裁案件质量进一步提高,仲裁机构的公信力得到大众的普遍认同;3. 突显仲裁专业化优势,仲裁机构能够满足市场主体解决纠纷的专业化和个性化需要;4. 仲裁实现规模化和国际化发展,仲裁机构得到持续发展;5. 仲裁实现无纸化、信息化、远程化办案,仲裁机构利用现代信息装备实现新的飞跃。我们可以把上述五个方面的指标简单概括为“五化”,即“市场化”、“专业化”、“规模化”、“国际化”、“信息化”。二次创业的重点在于“五化”的实现,而“五化”的实现则需仲裁机构在今后十年采取更新颖、更强有力的措施。

二、仲裁二次创业的主要内容

1. 融入市场经济,服务于市场经济

仲裁作为处理民商事纠纷的重要方式是商品经济发展到一定阶段的产物。我国经济经历了从建设初始的计划经济到计划经济指导下的市场经济以至今天确立的社会主义市场经济的转变,充分反映了经济发展的规律。我国仲裁法律制度的确立同样也反映了社会主义市场经济发展的客观需要。市场是仲裁法律制度的载体,仲裁只有融入市场经济,才能求得自身的发展。自2000年长沙会议以来,国务院法制办多次在全国仲裁工作会议上强调,“当前发展我国仲裁事业,推行仲裁法律制度是根本,融入市场经济是关键”。在我国完善市场经济体制的今天,从社会分工的角度分析,商事仲裁服务作为一种服务行业已为人们所接受,其服务性的属性和特征将逐渐被认识。商事仲裁机构就是为市场主体解决纠纷提供便利的一个服务机构。在商事仲裁活动中,仲裁机构提供服务是基于争议当事人向其支付仲裁费,双方的关系是商品交易关系。当然,

^② 参见国务院法制办政府法制协调司编:“2004年全国各仲裁委员会受理案件情况”,载中国商事仲裁网。

由于仲裁服务标的——处理争议的特殊性,因此这种服务又带有一定的公益性服务的提供者——仲裁机构不应单纯以追求营利为目的。^③从这个意义上讲,为当事人提供解决纠纷服务的仲裁机构无疑也是一个参与法律服务市场的市场主体。因此,在二次创业过程中,仲裁机构要牢牢把握自己是市场主体的角色而不是什么权力机关,绝不能坐等要靠,而要积极参与法律市场竞争,融入市场经济,在为市场经济服务的过程中不断壮大。仲裁融入市场经济的目的是为市场经济服务,而服务市场经济就要使仲裁工作紧紧围绕国家经济大局展开,密切关注经济发展的方针和产业政策以及经济形势,根据市场的变化,及时捕捉市场主体的需要,为市场主体提供高质量的纠纷处理服务。

仲裁机构融入市场经济的关键在于向市场主体推广仲裁理念,使其在了解和认识仲裁的基础上,认同仲裁作为解决民商事纠纷的重要方式,从而选择这种运用市场的专家解决市场问题的纠纷解决机制。从推广的内容上讲,应包括仲裁制度、仲裁机构以及知名仲裁员,三者的推广相互联系,相辅相成的。^④经过前十年的仲裁法律宣传,市场主体对仲裁虽开始有所了解和认识,但远未能达到认同仲裁的程度,因而在后十年的二次创业过程中,仍需进一步加强对仲裁法的宣传力度,使市场主体更加充分认识仲裁的特色和优势,从而选择仲裁作为解决他们纠纷的方式,进而加强他们对仲裁机构和仲裁员的了解和认识,树立仲裁机构和仲裁员的威信;同时,仲裁法和仲裁机构的宣传又有赖于在社会上有声望和影响的仲裁员,他们的推荐和示范效益会极大的影响当事人对纠纷方式的选择;而仲裁机构作为仲裁法实施和仲裁员进行仲裁活动的载体,可以更有组织、有计划的宣传仲裁法,同时要增强仲裁员的社会声望。在今后十年,随着市场主体对仲裁法律制度的更深认识,对仲裁机构和仲裁员的更大认同,对仲裁这种解决民商事纠纷方式的更多选择,仲裁法律制度必将在未来十年与市场经济的融合中成为解决市场经济主体纠纷最重要的方式之一。

过去十年的经验表明,在市场主体所签订的格式合同中加入仲裁条款是宣传仲裁并为市场主体提供仲裁服务的一种最为有效的方式。作为仲裁机构受理案件依据的仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他方式订立的仲裁协议书。^⑤双方当事人纠纷发生后由于利益对立等原因很难达成事后的仲裁协议,由此事前在合同中订立的仲裁条款就成为仲裁机构受理案件的主要依据。因此,二次创业的十年,仲裁机构要更加重视在金融、保险、证券、期货、房地产等专业领域的格式合同中加入仲裁条款的工作,使市场主体所签订的合同中尽可能多的出现仲裁条款,这不仅可起到宣传仲裁的作用,还可增强市场主体选择仲裁作为纠纷解决方式的可能性,从而更好的使仲裁融入市场经济,为市场经济服务。

2. 扩大规模,提高质量,确保效率,树立品牌

市场经济的发展是经济规模化发展的结果,市场主体只有具备相当的规模才能在市场上立于不败之地。仲裁机构同样是参与市场竞争的主体,只有将自身的规模作大,才能树立品牌、扩大知名度、提高公信力,为广大人民群众所接受。仲裁的规模化发展主要体现在两个方面:一是仲裁案件的数量和标的;二是仲裁机构自身的硬件建设。经过前十年的发展,我国仲裁机构的受

③ 康明著:《商事仲裁服务研究》,法律出版社2005年版,第32页。

④ 陈忠谦:“论现代仲裁发展理念”,载高菲主编:《中国特色社会主义仲裁理论研究文集》,法律出版社2004年版,第66页。

⑤ 《中华人民共和国仲裁法》第16条。

案数量和标的额有了大幅增长,甚至个别仲裁机构的受案数量达到几千件,受案标的达到几十个亿;绝大多数仲裁机构扩大了办公场所、改善了办公装备,硬件建设方面有了很大提高,我国绝大多数仲裁机构已具备一定规模。然而,若与全国法院办理民商事诉讼的同口径相比,仲裁的办案数大致相当于法院同期办案数的4.1%;仲裁案件的标的额约相当于法院同期案件标的总额的4.5%。^⑥ 上述数据一方面说明,仲裁还有很大的发展潜力和空间,同时也说明仲裁的规模还十分有限。没有规模的仲裁难以赢得当事人的信任,而离开了当事人的信任和选择的仲裁就无法生存。二次创业要在一次创业初具规模的基础上进一步扩大仲裁规模,在案件数量和标的以及硬件建设方面都要有新的提高。

仲裁规模主要体现为案件数量,而案件数量则又是案件质量的基础。仲裁机构只有拥有相当数量的案件,才能通过办案培养一批懂专业更懂办案的仲裁员,而仲裁员作为案件的裁判者显然对案件质量有着重要影响。因此案件数量和案件质量呈现出一种正态发展趋势,即案件数量有利于案件质量的提高,而案件质量的高低反过来又会影响到市场主体对仲裁的选择,从而影响到案件数量的增长。前十年仲裁案件数量的不断增长显示仲裁案件质量总体上说是有保障的。在“二次创业”的后十年,我们更要重视决定仲裁兴衰的质量问题。首先,提高仲裁案件质量的关键是仲裁员水平的高低。在生产力的三要素中,人是最重要也是最积极的因素。仲裁作为高知识含量的劳动,也是生产力,仲裁员作为生产力的一大因素,是向社会提供仲裁服务的劳动者,进行的不是简单的劳动,而是复杂的脑力劳动,是运用法学、哲学以及某些方面的专业知识为劳动对象——当事人提供案件所涉及的法律问题和专业问题服务的劳动者。^⑦ 因此仲裁机构在聘任仲裁员时一定要把公道正派、懂法律、懂专业作为聘任仲裁员的主要标准;要对现任仲裁员进行定期培训,通过组织办案经验交流、典型案例分析活动等形式,不断提高仲裁员的业务素质和实际能力;对仲裁员建立考评制度,每年至少要对仲裁员进行一次考核。其次,提高仲裁质量要保证庭审质量,注重庭前准备等工作。再次,提高仲裁质量必须保证裁决书的制作质量,裁决书质量是仲裁质量的外在表现形式,对裁决书的制作要规范与灵活并重,强调说理,增强说服力,树立仲裁的公信力。^⑧ 我们还应对裁决书进行改革,将仲裁员的不同意见在裁决书中予以反映,增强裁决过程的透明度。

快捷高效是仲裁有别于诉讼的一个优点,也是当事人选择仲裁作为其纠纷解决方式的重要因素。“迟到的公正等于不公正”,离开了效率的仲裁质量造成的不经济对于仲裁当事人也是不公平。提高效率的途径,首先是要继续完善仲裁规则,修改影响仲裁效率的规定,比如对于仲裁举证,仲裁法规定过于简单,有些当事人利用仲裁法在这方面规定不足,人为拖延案件进度,影响案件效率,这就需要在未来加大对仲裁规则的研究,明确仲裁举证期限,消除影响仲裁效率的不利因素;其次,仲裁规则虽然规定了短于诉讼的审限,提高了仲裁的效率,但关键在于落实这些提高仲裁效率的审限规定。因此仲裁机构内部要通过各种途径加强审限管理,对受理案件后的组庭、仲裁庭庭前准备、开庭、制作裁决书的每一个环节进行量化管理,加强仲裁庭的责任心和时间观念,对因个人原因造成办案迟延的仲裁员达到一定数量的,仲裁机构不再指定其做仲裁

^⑥ 张斌生:“十年仲裁发展思考”,载《法制日报》2005年6月14日。

^⑦ 高菲:“关于中国特色社会主义仲裁理论思考”,载《中国特色社会主义仲裁理论研究文集》第1卷,法律出版社2004年版,第39~41页。

^⑧ 陈忠谦:“论现代仲裁发展理念”,载高菲主编:《中国特色社会主义仲裁理论研究文集》第1卷,法律出版社2004年版,第67~68页。

员,情况严重,要予以解聘。

仲裁只有不断强化质量管理,提高仲裁效率,实现规模化发展,才能赢得市场主体的青睐和信任,才能在市场竞争中树立起自己的品牌。品牌对于服务行业来说至关重要,是服务企业的最具价值的无形资产。仲裁作为一种法律服务行业,自然也存在一个品牌推广的问题。品牌是仲裁公信力的外在表现,而案件数量、质量和效率则是仲裁公信力的内在依据。因而树立品牌的关键仍然在于办好案件、多办案件、提高效率三个方面,当然,也应重视对仲裁的品牌宣传,要善于利用报纸、电视、网络等现代传媒,最大可能的宣传仲裁,推广仲裁理念,树立仲裁品牌。二次创业的仲裁机构在当地大多已有一定的品牌效益,因而今后十年仲裁机构的重点是强化这种品牌意识,尤其是个别具备相当发展规模的仲裁机构,更是要放眼国际,将中国仲裁推广到世界,打造几个属于中国自己的具有国际影响的仲裁品牌。

3. 凸显仲裁专业化优势,走仲裁专业化发展之路

现代社会的一个特征就是社会分工日益精密,技术分工和专业化市场的存在和发展客观上要求专业化市场的存在和发展。市场经济日益发达,交易规则日益复杂,社会分工越来越细,正是这种社会分工的专业化导致了社会纠纷的专业化。^⑨商事仲裁作为一种解决民商事纠纷的专业化服务目前已为社会所广泛接受。香港地区已明确把商事仲裁定义为一项法律服务领域中的专业服务。^⑩世界著名的仲裁机构如斯德哥尔摩商事仲裁院、伦敦国际仲裁院无一不是规模大,分工细的仲裁机构。一次创业的十年,中国仲裁机构处于起步阶段,大都在为生存而奋斗,因此仲裁专业化的优势发挥的并不充分。二次创业这十年,仲裁机构要凸现仲裁专业化的优势,走仲裁专业化发展之路。仲裁规模化是必然导向,仲裁专业化是必然趋势,仲裁品牌化是必然选择,仲裁规范化是必由之路。而这一切的基础都在于明确仲裁专业的定位。依据市场经济规则,仲裁机构应当有自己的专业定位和发展方向。在过去十年,多数仲裁机构已开始尝试改变仲裁案件类型单一化的状况,在金融、证券、知识产权、电子商务、房地产、医疗、体育竞技等方面展开专业化探索,取得了一些初步的成果。二次创业的这十年,仲裁机构首先要积极运用当事人赋予的权利,作为组织者、管理者、服务者,将相关专业领域的专家和法律界专家组织起来,以仲裁的方式在诸多专业领域为当事人提供优质而高效的法律服务。其次,按照仲裁员专业建立专业仲裁员名册。由于仲裁机构仲裁员数量的有限,因而很多仲裁机构都未能按照仲裁员专业建立专业仲裁员名册。因而,在后十年,我们一方面要积极扩大专业仲裁员队伍,在此基础上,按照仲裁员专业,设立专业仲裁员名册,便于当事人选择。现在有仲裁机构试图打破封闭名册,给予当事人更多选择仲裁员的权利。仲裁法虽未明确封闭名册制,但从其对仲裁员资格的高规格规定来看,立法本意是封闭式名册,即当事人只能在仲裁委员会提供的仲裁员名册中选择仲裁员。尽管打破封闭式名册的做法本身还缺乏充分的法律依据,但毕竟在当事人选择仲裁员方面迈出了一步。如在不久的将来,当事人在名册外选择仲裁员能够得到法律认可的话,仲裁机构在制订专业仲裁名册时,要充分考虑到如何建立起一套评价仲裁员专业水平的体系。第三,加强专业型仲裁员的仲裁业务培训。在本领域有影响力的专家固然对该领域的专业知识有着深刻的造诣,然而却缺乏相关仲裁背景知识,因此有必要对这些专家进行必要仲裁业务培训,以使仲裁法律知识与专业

^⑨ 陈忠谦:“仲裁专业化问题初探”,载《仲裁研究》第1辑,法律出版社2004年版,第67页。

^⑩ 参见《香港特区政府2001年实施报告》第75项。

知识相结合更好地为当事人服务。第四,组织专家学者,实务工作者展开对仲裁规则的研究。目前,多数仲裁机构只有一套仲裁规则供当事人选择适用。对于普通的、专业性不强的仲裁案件来说,这种具有普遍适用性的仲裁规则完全能够满足当事人的需要。然而对于那些诸如金融、证券、期货等专业领域来说,其对仲裁程序有更为特殊的要求,比如更短的审限、更具保密性的措施等等,因而有必要为这些专业领域的纠纷量身定做更适合解决此类专业纠纷的仲裁规则。仲裁未来十年发展的关键在于仲裁专业化实现的程度。仲裁专业化的实现有赖于仲裁员的专业化水平、仲裁员名册的专业化设置、专业仲裁规则的制定。只要我们在二次创业的后十年将这三项紧密联系的事情做好,我们就一定可以利用仲裁专业化这一优于诉讼的法宝,将我们的二次创业推向一个更高的发展阶段。

4. 放眼国际市场,实现中国仲裁的国际化发展

仲裁法颁布之前,中国能够受理涉外案件的仲裁机构只有中国国际贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会两家。随着仲裁的颁布以及各地仲裁机构的重组,新组建的仲裁机构亦可受理涉外仲裁案件。2000年修订的贸仲仲裁规则规定,贸仲的受案范围不局限于涉外案件,其亦可受理国内仲裁案件。至此,仲裁机构之间受理案件范围的界限被彻底打破。新组建仲裁机构由于规模有限,缺乏办理涉外案件的经验,因而长期以来受理涉外案件数量有限,涉外业务发展缓慢。经过十年的发展,以广仲、北仲等为代表的新组建仲裁机构已在涉外业务的开拓方面取得初步成效。以广仲为例,2004年涉外案件已占总受理案件的10%。这固然是一个可喜的成绩,但与实现国际知名仲裁机构的目标相比,仍有很大差距。我国已加入WTO,中国经济与世界经济的一体化进程大大加强,可以预见,在未来十年,涉外纠纷将呈现出大幅增长之势。因而,二次创业的十年,应该是仲裁机构在国际业务有所突破和发展的十年。仲裁机构要在未来十年实现国际化发展:首先,抛却狭隘的地域仲裁观念,树立国际化发展思路。新组建仲裁机构从名称上看似乎都具有一定的地域性,因而长期以来,仲裁机构亦将仲裁业务局限于本地区。仲裁不实行地域管辖,与法院地域管辖相比,仲裁没有属于自己的地盘,但没有地盘往往就是最大的地盘,仲裁可以在更为广阔的空间和舞台上发挥自己解决民商事纠纷的作用。仲裁机构要打破地域羁绊,放眼世界,将仲裁业务从地区拓展到全国,从全国发展到世界。其次,培养一支熟悉涉外仲裁业务的专家型仲裁员队伍。新组建的仲裁机构虽已聘有少量外籍和熟悉涉外业务的仲裁员,但绝大多数仲裁员还只是熟悉国内仲裁业务的仲裁员,这与仲裁国际化业务发展需求是很不相称的。在二次创业的未来十年,仲裁机构一方面可以通过互通有无的方法,实现现有涉外仲裁员资源的共享,另一方面,可以实施“走出去”的战略,通过国外考察、网上宣传等方式,聘任一批具有丰富涉外仲裁经验的仲裁员。再次,培训一支能够开展涉外业务的办案秘书队伍。在仲裁机构中,办案秘书几乎承担了所有仲裁程序方面的工作,因而必须加强对办案秘书的外语口语培训,使其能够与涉外当事人正常交流,要对他们进行外语写作的训练,以使他们可以保质保量的完成开庭笔录的记录工作。拥有熟悉涉外业务的仲裁员和精通外语的办案秘书这两支队伍还只是开拓涉外业务的基础工作,而提高涉外仲裁案件的质量以及开拓涉外仲裁市场则是更为重要的工作。当前,仲裁机构的涉外案件数量还很有限,因此我们更要将有限的涉外案件办成高质量的精品案件,从而产生示范效益,吸引更多的涉外当事人选择仲裁作为解决他们纠纷的方式。各地仲裁机构还要根据当地外资企业资本构成的不同特点,拓展涉外仲裁业务。以珠江三角洲和长江三角洲为例,珠三角外资企业主要为港、澳、台地区的企业,而长三角则主要为美、日等外国企业,因而珠三

角地区的仲裁机构应将涉外业务的发展主要集中在港、澳、台地区的企业方面,而长三角地区的仲裁机构则可将重点放在外国企业方面。当然,这种划分也不是绝对的,随着涉外仲裁业务的拓展,在不同的时期亦可调整发展的重点方向。仲裁机构只要树立起国际化发展思路,打造好仲裁员和办案秘书两支适应涉外业务发展的队伍,积极开拓涉外仲裁市场,我们就一定可以在二次创业的十年里初步实现我国仲裁发展的国际化。

5. 仲裁实现信息化、远程化办案,利用现代装备实现新的飞跃

当今世界已处于信息化时代,电脑和因特网成为信息化时代的两大标志。一次创业的十年,由于条件所限,多数仲裁机构还停留在手记、手写的传统办案阶段。办案人员的大量时间都耗费在了文字书写过程中,办案效率较为低下,而且无法对办案情况进行更为精确和全面的统计。个别仲裁机构在仲裁办公自动化方面已作出了初步尝试。以广仲为例,其目前已实现开庭笔录与电脑同步记录,并完善了内部网络建设,可实现对办案全流程的监控,极大的提高了仲裁效率。二次创业的十年,仲裁机构要继续利用好现代技术,加强装备,真正实现无纸化、信息化办公,从而提高仲裁效率,增强仲裁对当事人的吸引力。

网上仲裁已成为仲裁发展的一个新亮点,仲裁不同于诉讼的最大特点就在于保障当事人意思自治的最大体现,当事人可就仲裁庭的组成甚至于仲裁程序的进行作出自己的选择,仲裁比诉讼更易实现远程办案。现代远程电子传输技术的发展为仲裁远程办案提供了充分技术保障,使仲裁异地远程办案成为一种可能。电子签名法的颁布实施,使网上法律文书的确认问题得到了初步解决。网络化远程办案的推行有助于节省仲裁开支,降低仲裁费用,对于跨地区甚至跨国的当事人无疑具有很大的吸引力。目前,网上仲裁还存在着证据质证等一系列法律难题,仲裁机构要投入力量对网上仲裁法律问题进行研究,力争在第二个十年发展阶段初步实现仲裁的网络化远程办案。

6. 重视仲裁理论与仲裁实践的相结合,实现仲裁的持续、良性发展

没有完善的仲裁制度,就不可能有仲裁事业的进一步发展,而没有科学的仲裁理念和系统的仲裁理论,就不可能有完善的仲裁制度。一次创业的十年,全国仲裁机构共办理仲裁案件达到14万件,在仲裁实务方面可谓积累了丰富的经验。但同时也在仲裁实践中也遇到了很多新情况和新问题。因此,一方面需要对仲裁机构积累的实践经验进行深加工,使之上升到理论高度,从而更好地指导实践;另一方面也需要以理论的先行研究来及时化解经济纠纷中出现的疑难问题。^①然而,多数仲裁机构却忽视了对这些实务经验的研究和深加工。贸仲历史悠久,其对仲裁研究较为重视,已相继出版了一批仲裁研究方面的成果。其他仲裁机构比如广仲、北仲亦开始重视和加强对自身仲裁实务经验的研究。以广仲为例,我们创办的季刊《仲裁研究》已连续出版四辑,在仲裁研究界已有一定的影响。我们还对以往的仲裁案例进行汇编和分析,并将各地仲裁实务界的成果汇编出版。所有这些都足以说明,我们完全有能力在办好案件的同时搞好仲裁研究。仲裁理论研究对于中国仲裁的后十年发展至关重要,其是仲裁获得进一步发展的强大推动力,因而仲裁机构二次创业的关键之一就是将对仲裁实务经验进行充分研究。

仅有研究成果还不够,重要的是使这些研究成果在具体的办案实践中发挥指导作用,只有这样才能进一步提高我们的办案水平。将仲裁理论与仲裁实践结合起来说起来好像是很容易的事

^① 陈忠谦:“主编寄语”,载《仲裁研究》第1辑,法律出版社2004年版。

情,但做起来却是难上加难。这需要仲裁机构采取有力措施强化这种结合,比如一线办案人员在时间允许的情况下,要撰写相关的实务经验报告,然后在报告的基础上形成学术论文;仲裁理论研究定期办理案件,与仲裁实务密切联系,在实务中发现问题,然后研究实务的问题,得出解决的办法。通过上述措施,仲裁机构一定可以较好的解决理论与实务相脱节的问题,从而在理论与实务的有机结合中在后十年实现仲裁的持续和良性发展。

三、对仲裁二次创业的展望(代结语)

中国仲裁制度的改革、司法行政部门的支持以及各地经济的发展为仲裁机构的发展提供了良好外部环境,而仲裁机构锐意改革、大胆开拓则是仲裁机构过去十年取得大发展的根本原因所在。因而,在二次创业的未来十年,仲裁机构仍要立足自身的优势和特点,在融入和服务市场经济、扩大仲裁规模、提高仲裁质量、实现仲裁专业化、国际化发展等方面艰苦奋斗,实现仲裁的持续和良性发展。仲裁机构的二次创业,不是个别仲裁机构的创业,而是全体仲裁机构的共同创业,因此二次创业的仲裁机构要加强合作、互通有无,资源共享,共同打造仲裁航母,实现中国仲裁的规模化发展。规模化发展是我国作为仲裁大国的保障,二次创业的十年,我们至少要产生几个案件数过万、标的过百亿的仲裁机构。二次创业的十年,我们还要实现从仲裁大国到仲裁强国的转变,要努力打造几个像斯德哥尔摩商事仲裁院、伦敦国际仲裁院等在世界上颇具影响的仲裁机构。仲裁制度是一种先进的法律制度,仲裁事业是一项朝阳的事业,仲裁机构在过去的十年里创造了属于自己的成功和辉煌,只要坚持仲裁市场化、专业化、规模化、国际化的发展,仲裁机构定能在下一个十年里创造更加辉煌的未来。

A Second Carving Out: the Certain Path for Development of the Arbitration in China By Chen Zhongqian

Abstract: The system of institutional arbitration in China has been developed for almost 10 years. During such 10 years, the Chinese arbitration has made great accomplishment and carved out its way already. Shaping the second set of arbitration plans has been a substantial undertaking. This paper first briefly looks back the process of arbitration in China from first development to second development, then analyzes the second set of arbitration plans by examining such points, such as arbitration entering the market economy, serving the market economy, broadening its scope, building up its image, developing specialization and internationally, E-commercial arbitration and arbitration theories, finally, this paper gives the prospect of the second carving out of arbitration in China.

Key words: the second carving out of arbitration in China, arbitration in China, development

(责任编辑 马占军)

合并仲裁问题初探

齐树洁* 顾 佳**

内容提要 在国际商事纠纷日渐复杂的背景下,合并仲裁作为解决多方当事人争议的一种方式,逐渐引起仲裁实务界和理论界的关注。在双方之间签订有多个合同而发生争议的情况下,也存在合并仲裁问题。考察商事仲裁的实践,应当对合并仲裁加以提倡,支持合意合并仲裁,对非合意合并仲裁予以有限支持,并在仲裁法中对合并仲裁制度加以规定。

关键词 仲裁法 合并仲裁 意思自治

一、问题的提出

合并仲裁(consolidated arbitration),是指将两个或者两个以上已经开始、相互独立但是又有联系的仲裁程序加以合并审理。^①

先从“Vimeira”案讲起。该案是一个关于不安全港口引致船舶受损的争议案件,涉及两个租船合同。原船东将一条名为 Vimeira 的船租给了一个租船人(二船东),二船东又把船租给了分租船人。该船后来在 Rodenhuizedok 港受损,原船东根据其与二船东之间的租船合同的仲裁条款提起仲裁,以该港口为不安全港口为由向二船东索赔,二船东按照背靠背条款(back to back clause),根据其与分租船人签订的租船合同中的仲裁条款对分租船人提出同样的索赔请求。在前一个仲裁程序中,二船东由于不了解实际航运过程,无法举证证 Rodenhuizedok 港为安全港口,因而被仲裁庭裁定应负赔偿责任;但在后一个仲裁程序中,分租船人得知了前一裁决的原因,举证证明 Rodenhuizedok 港曾被许多比 Vimeira 号更大的船舶安全使用过。仲裁庭由此认定 Rodenhuizedok 港码头不足以构成不安全港口,分租船人不负赔偿责任。^②

Vimeira 案反映了当今国际商事仲裁实践中的一个趋势:多方当事人的争议(multi-party dispute)不断出现并逐渐增多。随着国际商事交往日渐复杂,中间商(middleman)广泛存在,一个纠纷可能涉及众多当事人,他们之间往往有多个合同,乃至分散于不同国家。这种现象在海事、保险、建筑行业都相当普遍。^③一旦发生争议,由于跨国商事合同中仲裁的普遍应用,可能产生多个仲裁程序,涉及共同的事实和法律问题。但由于仲裁一般只能在签订有仲裁协议的双方之间进行,这样一来,各个相互独立的仲裁程序所作出的裁决就可能相互矛盾。中间商在两个仲裁程

* 厦门大学法学院教授,法学博士。

** 厦门大学法学院诉讼法专业硕士研究生。

① [意]莫鲁·鲁比诺-萨马塔诺:《国际仲裁法律与实践》(英文影印本),中信出版社2003年版,第297页。

② 参见 The “Vimeira” (1984), Lloyd’s Rep. 66. 转引自杨良宜著:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第451页。

③ See Thomas J. Stipanowich, Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions, 72 Iowa L. Rev. 473, 481-82 (1987).

序中得到了互相矛盾的裁决,最后要承担损失。这显然是不合理的。在上例中,如果能够将两个程序合并起来,让分租船人进行举证,就可以避免这样的现象。合并仲裁,正是作为解决多方当事人争议的对策之一而逐渐得到重视。

此外,在传统的双方当事人契约关系的场合,双方当事人订有多个相互独立又相互有联系的公司,基于这些公司发生纠纷时,也可能产生多个仲裁程序,将它们一并审理自然也有利于纠纷的解决。这也产生了对合并仲裁的需要。但这个问题我国仲裁法没有涉及,其理论和实践在世界范围内也有极大的争议。

二、合并仲裁的理论和实践

(一)合并仲裁的理论

合并仲裁在理论上存在着很大的争议,主要有反对说和赞成说。

反对论者认为,仲裁在许多方面具有不同于诉讼的特殊性,不宜把诉讼中的做法贸然引入到仲裁中来。合并仲裁违反了仲裁得以存在的基础和仲裁所维护的基本价值,是不可行的。

第一,合并仲裁违反了当事人意思自治原则。由于仲裁的契约性^④,仲裁自愿被认为是仲裁制度的基石。而合并仲裁,除非出于当事人自愿,否则无论是由法院还是由仲裁庭来决定都显然违反了当事人意思自治原则。

第二,违反了仲裁私密性原则(privacy)。私密性是仲裁的一大优点,因此也是仲裁所维护的一种基本价值取向,而合并仲裁把其他当事人拖进来就使得仲裁失去了应有的私密性,破坏了仲裁的一大基本价值。

第三,合并仲裁可能增加仲裁的费用与程序上的延误。例如中间商要先有最后被申请人的抗辩才能够提出自己对申请人的抗辩,这样一来仲裁程序势必拖得很久,浪费了其他当事人的时间。

此外,合并仲裁会带来一系列的实践问题,最突出的就是仲裁庭的改组问题。一旦同意进行合并仲裁,仲裁庭的成员人数势必要增加。此时如果当事人无法达成协议,具体的程序事项由谁决定?如何决定?这都会增加合并仲裁的难度。

支持论者则认为:多方当事人争议由于其自身的特性,不适宜分割开来解决,通过几个独立的仲裁程序解决多方当事人争议往往会带来无法克服的困境,而将各个仲裁程序合并就可以很好的解决这一问题。

第一,合并仲裁可以化解举证上的困难。对中间商来说,索赔或抗辩需要的材料和文件证据、证人证词等都是头尾的两位当事人才有,无法有效举证。如果分开来解决多方当事人争议,中间商可能处于非常不利的位置,而且无法以公正有效的方式解决争议。

第二,合并仲裁可以避免产生矛盾裁决,尊重了实体正义。由于当事人的举证能力有差别、裁决的机构不同,若干相互有联系的仲裁程序有可能产生互相矛盾的裁决,当事人往往还必须诉诸法院,这无异于时间金钱上的浪费,而且也对仲裁机制的权威有不利影响。上述“The Vimeira”案件就是如此。

^④ 仲裁的性质在我国是有争议的,主要有司法权说、契约说、混合说和自治说四种。参见陈治东著:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第6~9页。我们倾向于将仲裁的本质认定为一种契约。

第三,合并仲裁把很多步骤合并在一起来进行,不仅有利于一次性解决争议,而且显然能够降低当事人解决纠纷的成本,比如专家证人的出庭费用就能因为出庭次数的减少而降低。^⑤

(二)合并仲裁的外国法实践

1. 英国

英国法律对合并仲裁的态度非常保守,即完全尊重当事人的意思自治。英国《1996 年仲裁法》第 35 条规定:“(1)当事人可自由同意:仲裁程序可与其他仲裁程序合并;当事人一致同意时进行同步开庭;(2)除非当事人将(同意合并仲裁和同步开庭的权利)授权给仲裁庭,仲裁庭无权命令合并仲裁或者同步开庭。”^⑥

在著名的“Eastern Saga”案中,Leggatt 大法官在判决书中指出,仲裁的私密性、当事人意思自治是仲裁不能超越的原则。^⑦由此,英国法律并不支持无当事人一致同意的合并仲裁。

英国的仲裁机构则通过其仲裁规则表示了对合并仲裁的肯定态度。英国仲裁员协会 2000 年的仲裁规则第 7 条第 3 款规定:“根据本规则在两个或者两个以上的仲裁案件中选定同一个仲裁员,而这些案件的事实或者法律问题相同,不论是否涉及相同的当事人,该仲裁员可以决定对这两个或者两个以上的仲裁案件、或者由此产生的具体请求或事项进行联合程序或合并审理”。伦敦海事仲裁员协会(LMAA)的仲裁规则也有类似规定。^⑧

2. 美国

美国的《联邦仲裁法》(FAA)对合并仲裁没有规定。对于合并仲裁的态度,联邦法院之间、联邦法院和州法院之间,以及各州的态度有很大的差别。但是总体上来说,美国法近年来对合并仲裁的态度在日渐放宽。试举联邦法院的几个案例加以说明。

(1)第二巡回庭所判决的“Nereus”^⑨案件。

该案的案情如下:Nereus(利比里亚船东)和 Hideca(委内瑞拉租船人)是一个租船运货协议的双方,此协议中有一纽约仲裁条款,但没有对合并仲裁问题作出约定。后来在双方同意的前提下增加了 Hideca 的保证人 Cepsa(西班牙),三方在同一个附录上签了字,该附录包含有 Hideca 的权利和义务“遵照原合同的条款”的约定。Hideca 违约之后,Nereus 先后向 Hideca 和 Cepsa 提起仲裁。应 Nereus 申请,纽约的地方法院命令合并这两个仲裁程序。二审中联邦第二巡回庭维持了地方法院的判决。

第二巡回庭的判决理由是:在合同对合并仲裁问题没有约定的情况下,法院有权命令将涉及相同法律或者事实问题的仲裁程序加以合并,以免分开仲裁出现矛盾的仲裁裁决;此外,认为

^⑤ 参见杨良宜著:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 454~455 页;范愉主编:《ADR 原理与实务》,厦门大学出版社 2002 年版,第 415 页。

^⑥ 原文为:“35(1) The parties are free to agree.

(a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or.

(b) that concurrent hearings shall be held, on such terms as may be agreed.

(2) Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings.”

^⑦ (1984)2 Lloyd's Rep. 373.

^⑧ 参见邓杰:“伦敦海事仲裁中的多方当事人争议仲裁程序”,载《武汉大学学报》2000 年第 6 期,第 820 页。

^⑨ Compania Espania Espanola de Petroleos S. A. v. Nereus Shipping S. A. 527F, 2d 966 (2d Cir, 1975) cert. denied, 426 U.S. 936 (1976).