

北京仲裁

ARBITRATION IN BEIJING



第53辑

(Quarterly) No.53

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



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

北京仲裁.第53辑/北京仲裁委员会主办.—北京:法律出版社,2004.12
ISBN 7-5036-5247-0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 122264 号

©法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/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/中国人民大学出版社印刷厂

责任印制/陶 松

开本/880×1230 1/16

印张/7 字数/163 千

版本/2004 年 12 月第 1 版

印次/2004 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5247-0/D·4964

定价:13.00 元

本书所刊载的文章只代表作者个人观点，
不必然反映本书编辑部或其他机构、个人的观点。

北京仲裁(第 53 辑)

主 编:魏 超 姜秋菊

顾 问:江 平 王利明 黄 进 宋连斌
郭玉军 邓 杰 郑成思 吴志攀

编辑部地址:北京市朝阳区建国路 118 号招商局大厦 7 层

邮 政 编 码:100022

电 话:(010)65669856

传 真:(010)65668078

电 子 信 箱:jiangqiuju@bjac.org.cn

weichao@bjac.org.cn

网 址:<http://www.bjac.org.cn>

目 录

主题研讨 仲裁的特色与优势

- 国际商事仲裁成本优势初探 郭玉军 李 洁 / 1
- 仲裁协议之法理基础及其对仲裁公正的影响 侯登华 / 11
- 也论仲裁的价值取向 王定贤 / 21
- 仲裁程序呼唤诚信 蒋 滨 / 27

专 论

- 争议可仲裁性研究(下) 乔 欣 李 莉 / 35
- 证据规则在仲裁实践中的运用(下) 毕玉谦 / 41
- 斯德哥尔摩国际商事仲裁的理论及实践
- 在斯德哥尔摩国际商事仲裁院担任访问学者的体会 贾 惊 / 49
- 关于我国债权人代位权制度的思考
- 实体法与程序法双重视野下的观察与分析 何 畔 葛 玲 / 61
- “非国内化”仲裁裁决的承认和执行问题研究 肖 威 / 70

仲裁员札记

- 审理仲裁案件的几点体会 迟少杰 / 77

法律资料选

- 最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释 / 82

特 载

- 第三届北京仲裁委员会工作总结 王红松 / 85
- 北京仲裁委员会章程 / 99
- 第四届仲裁委员会主任、委员的基本情况 / 102
- 北京仲裁委员会第四届纪律委员会名单 / 102
- 北京仲裁委员会加强仲裁员培训、考核工作的决定 / 103
- 关于《北京仲裁委员会加强仲裁员培训、考核工作的决定》的说明 / 104

仲裁动态

征稿启事

Contents

Theme Discussion: The Character and Advantage of Arbitration

- Preliminary Study on the Cost Advantage of International Commercial Arbitration Guo Yujun Li Jie / 1
- The legal Principle of Arbitration Agreement and Its Effect to Arbitration Justice Hou Denghua / 11
- Comment on the Value Orientation of Arbitration Wang Dingxian / 21
- The Principle of Good Faith should be Used in Arbitration Jiang Bin / 27

Monograph

- Study on Arbitrability of the Disputes Qiao Xin Li Li / 35
- The Application of Evidence Rules in the Arbitration Practice Bi Yuqian / 41
- The Theories and Practices of the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce Jia Liang / 49
- Research on the Subrogation in China He pan Ge Ling / 61
- Research on the Recognition and Enforcement of the de-localized Arbitration Awards Xiao Wei / 70

Reading Notes of Arbitrators

- Essay on Arbitrating Chi Shaojie / 77

Legal Materials

- "the Explanation to the Law Application when Dealing with the Cases of Construction Projects"* by the Supreme People's Court / 82

Special Report

- Work Summary of the third Committee of Beijing Arbitration Commission Wang Hongsong / 85

Current Development

主题研讨:仲裁的特色与优势

编者按:仲裁制度及机构要获得持续的进步和发展,根本的一点仍是基于仲裁自身独有的特点及其比较优势的充分发挥,深入认识仲裁的特色与优势,进而在实践中充分体现仲裁的特色与优势,也就成为每一位仲裁机构工作人员和仲裁员应当认真思考的问题。也只有从这一根上入手,才能为解决现在社会上所关注的仲裁诉讼化、仲裁机构行政化等问题找到良方。

国际商事仲裁成本优势初探

郭玉军* 李洁**

【内容摘要】 国际商事中存在着各式各样的纠纷与冲突,不同的纠纷解决机制有着不同的成本,或诉或裁的选择便显得十分重要。本文试从仲裁自身着手,用经济分析方法比较仲裁程序与诉讼程序的特点,得出了在国际商事领域内选择仲裁的替代效应及其付出的机会成本优于诉讼的结论。

【关键词】 经济分析方法 国际商事仲裁 机会成本

随着社会的发展,新的利益冲突不断出现,人们探索并创造出了新的更为有效的纠纷解决方式。20世纪以来,当代社会的一系列重大变化带来了纠纷解决机制的新发展。在诉讼方面,世界范围的司法改革运动如火如荼。与此同时,非诉讼纠纷解决方法也以蓬勃生机迅猛发展。仲裁作为一种重要的纠纷解决方式受到了大多数人的青睐。在中国,中国国际经济贸易仲裁委员会的受案数量年年递增(见表1)。从表中可以看出,1992年到2001年这10年间,中国国际经济贸易仲裁委员会的受案率提高了3倍左右,香港国际仲裁中心的受案率也增长了近一倍。2002年,中国国际经济贸易仲裁委员会共受理案件684件,其中涉外案件468件,国内案件216件,且案件争议金额再创新高,达到人民币112.83亿元,比2001年的105.5亿元略有增加。^①而北京仲裁委员会受案率的增长也异常迅猛——1995年北京仲裁委员会受理案件7件,案件标的额人民币4000多万元;2003年,受理案件1029件,案件标的额人民币48亿元。截至2003年年底,北京仲裁委员会共受理案件3918件,共审结3308件。北京仲裁委员会受理的涉外合同纠纷案件近年来不断增长(见图1)。

* 武汉大学国际法研究所教授、法学博士。

** 武汉大学国际法研究所硕士研究生。

① 引自中国国际经济贸易仲裁委员会2002—2003年工作报告, <http://www.cietac.org.cn/jieshao/jieshao.asp?type=js2>, 2004年7月5日访问。

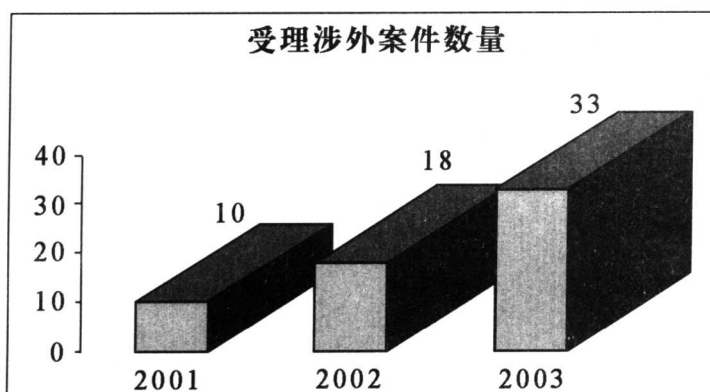
表 1^②

受案数 \ 年 份	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
CIETAC	267	486	829	802	778	723	645	669	663	731	684	
HKIAC	185	139	150	184	197	218	240	257	298	307	330	
BJAC				7	149	168	233	326	449	666	891	1029

注:CIETAC 即 China International Economic and Trade Arbitration Commission, 中国国际经济贸易仲裁委员会

HKIAC 即 Hong Kong International Arbitration Commission, 香港国际仲裁中心

BJAC 即 Bei Jing Arbitration Commission, 北京仲裁委员会

图 1^③

面对纠纷,人们必须考虑要么诉讼,要么仲裁,要么选择其他解决方式来解决纠纷。而在国际商事领域中选择仲裁作为解决纠纷方式的兴起与发展,有力地说明了仲裁制度所具有的自身优势。下面本文拟从经济学的角度分析仲裁所具有的成本优势。

从经济学的角度来看,选择仲裁较诉讼的机会成本优势要大得多。

所谓的机会成本(opportunity cost),又称作出“任何选择”的总成本,即实施该行为时必须放弃的其他东西,也是人们在制定决策时或者分析别人的决策时应该使用的成本。事实上,对于双方当事人来讲,机会成本源于时间与货币的稀缺性。每种行为都会耗费稀缺的时间或是资金,甚至两者都要同时耗费。因为每种选择行为都需要牺牲其他可享受的商品活动——用钱或是时间换得。那也就是说,在双方当事人面临着或裁或诉的选择时,都要考虑到他作出的决策是否会使自己的机会成本降到最低。也许你选择仲裁来解决纠纷,但实际上你可用参与仲裁的时间和金钱来做以下的事情:(1)选择诉讼;(2)采用其他 ADR 方式来解决;(3)寻求私力救济;(4)不用理

^② See Sally A. Harpole, *Factors Affecting the Growth (or Lack Thereof) of Arbitration in Asia Region*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, No. 1 (2003), pp. 89—104.

^③ 引自北京仲裁委员会宣传手册中文本,第 5 页。

会,只当没事发生。为了测试机会成本,只能考虑肯定会被选择的替换方案(实际上,它们是被我们放弃了的)。对一方当事人来说,假设仲裁的次优行为是去诉讼,那仲裁的机会成本就是放弃诉讼而损失的收益。究竟是仲裁的成本高还是诉讼的成本大?下面笔者试用经济分析方法对此作出初步比较与探索。

一、仲裁速度的快捷性

速度之快,时间之短,是仲裁一大优势。大多数当事人放弃诉讼选择仲裁,很大程度是源于仲裁的快捷性。在早期的商事仲裁中,两个商人一起找到第三方(类似或本身就是商人)陈述争议;第三方凭借自己对仲裁领域或是案件所涉及事件的了解,仅经过一次开庭或是听证,即可迅速作出抉择,达成公正的决定,这就是一个完美的快捷仲裁程序。从仲裁产生至今,“快捷”这一特点延续不变,相对于永远都有着迟延问题的法院诉讼来说,选择仲裁不能不说是双方当事人的理性偏好(rational preference)。

在国内案件中,如果双方当事人有充分的时间和资金,选择诉讼而放弃仲裁,则他们所付出的机会成本很小。但如果涉案的是业务繁忙的大商人,那他们在或诉或裁上的选择便有所不同了。比如:为什么高收入者很少去廉价商店购物,相反却在提供全面服务、但价格更高的商店里购物?这并不是因为高收入者喜欢为他们的物品支付高价,而是因为廉价商店通常会人手不足、顾客拥挤,因此在那里购物会花费他们更多的时间。尽管廉价商店有更低的货币成本,但是它们征收了更高的时间成本。对高收入者来说,廉价商店比高价商店的实际成本更高。依此理论,将目光投向仲裁与诉讼这两个争议解决方式,我们就会发现仲裁有以下优势:

第一,从审级制度上看,法院就像廉价商店一样,无论是中国法院还是外国法院都面临着对其工作效率的指责。尽管美英等法律发达国家投入很大的人力、物力、财力,但无法从根本上解决因案件过多积压致使法院迟延的问题,当事人不得不等待着法院开庭审判时间的重新分配与判决结果的最终确定。如果标的额很大或影响面很广的案件,往往会从一审到二审到再审,从起诉到最终判决一般要经过一个漫长的等待过程。^④然而,仲裁没有审级划分,无论案件重要与否,一裁终局就意味着一锤定音。

而诉讼系统中的审级限制与等级划分往往限制着当事人的选择自由,为了获得一个权威、公平且具有最终约束力的判决,很容易产生迟延。然而在仲裁中,无论是仲裁机构还是仲裁员并没有这种严格等级区分,双方当事人是程序的主宰者。

第二,从规章制度来看,法院一般只在法定工作日内工作,法官并不因为当局、法官、当事人认为这个案子独一无二、重要非凡,或是双方当事人的同意,就会在非工作日进行开庭听证审判。一切都要例行公事,按法定程序进行。

而仲裁是一种私人程序,可以在任何时刻开始,也可以在任何时刻结束。只要当事人同意,仲裁员方便,无论白天、晚上、周末还是假日,都可以开庭审议。尽管仲裁员不能像法官那样强制要求当事人双方到庭,但是现在有些国家的法律法规赋予了仲裁员一种权力,可以在一方当事人

^④ 有时,当事人向法院申请仲裁裁决执行也是要经过一个漫长的时间。可见最高人民法院发布的案例:中国银行等五家银行与奥林匹克饭店有限公司仲裁裁决执行案;See *Taylor Woodrow of NIG. LTD. v. S. E. mbh* (1993) 4 NWLR, (pt 286) 127.

无故拖延时间的情况下,继续仲裁并作出裁决。^⑤

第三,从审理时间来看,仲裁庭结案所需时间一般较短。如 ICC 仲裁规则规定:“仲裁庭必须在受案后的 6 个月内作出裁决”,而不像同等法院那样会拖延到两年或是更久。我国的仲裁和审判的期限也不同,北京仲裁委员会仲裁规则第 61 条规定:“仲裁庭应当在仲裁庭组成后 4 个月(不包括鉴定期间和公告期间)内,作出仲裁裁决。”实践中仲裁程序往往十分简便,如深圳仲裁委员会的大多数案件能在一个多月时间内结案,最快的只有几天。^⑥而依我国民事诉讼法有关规定,普通程序的案件,法院一审的审限是 6 个月,如果一方当事人不服提出上诉的话,则二审的审限为 3 个月。即民事案件的期限可长达 9 个月(还不包括特殊情况下经批准延长的时间)。两者相比较,仲裁具有简便、迅速的显著特点。特别值得一提的是,有些国家或地区的仲裁法还规定,当事人可以自行约定结案的期限。^⑦

二、仲裁费用的可承受性

仲裁之所以受到商人们的欢迎,是因其可省去很多不必要的环节与开支。相比之下,在民事诉讼中当事人所支付的诉讼费用比较昂贵,在国内进行诉讼所花费的案件受理费、律师费、鉴定费等也是一笔不小的数目。而在跨国诉讼中这些费用有时就是一个天文数字,特别是有些国家,律师费通过小时计算,食宿等消费水平很高,很明显选择国际民事诉讼成本会更贵。下面我们就具体分析一下在国际民事诉讼中当事人所要多花费的机会成本。

第一,从证据上看,国际民事诉讼案件的取胜关键是证人证言、当事人陈述或是其他证据。若是证人离起诉国法院十分遥远,证人来一次,当事人就要为此支出相应的工资费用、住宿费用、生活费用、差旅费用等,不仅开庭审理相当不便,而且当事人为此所付出的成本也相当高。此外,在取证时若要进行司法协助,不仅所耗时间长、经历环节多,而且当事人的费用单上又会添上一笔。法院的管辖权受到严格的地域限制和主权限制,本国法院绝不可能在外国领土上行使管辖权与审判权。

第二,从诉讼的具体环节而言,在文件、资料翻译上双方当事人会花费大量的时间与金钱。首先,翻译是必不可少的一个环节,任何一个国家的民事诉讼法都规定了在诉讼审理时应用本国语言;其次,翻译出来的文件与案件胜诉与否有相当大的关系。找一个译者也会耗费当事人极大的精力,如当事人要考虑这个译者水平的高低和素质的好坏。

第三,从诉讼判决书的实现来看,国际民事诉讼判决书的承认与执行需要很长一段时间,这种成本的耗费不是每个当事人都能承受的。因为这关系到每个国家的官方政策,有的国家对这一方面管制得比较紧,两国间没有签订互惠条约时,判决书的承认与执行所要经过的环节更复杂、交纳的费用更多,甚至完全拒绝承认与执行来自没有互惠关系的国家法院的判决。

以上这三方面对仲裁来说是不成问题的,因为仲裁本身是一种私人程序,双方当事人能够自由选择仲裁员、仲裁地、仲裁的准据法,仲裁程序也相当灵活,这样就可以节约大量的时间与费用。

^⑤ 参见《国际商事仲裁示范法》第 25 条;英国 1996 年仲裁法第 41 条。

^⑥ 邹处平:“对仲裁的六个误区”,引自 <http://www.gzlaw.net/Article>, 2004 年 7 月 5 日访问。

^⑦ 参见澳门政府法令第 29/96/M 号第 26 条;英国 1996 年仲裁法第 50 条。

三、仲裁员的专业性和广泛性

一旦双方当事人选择仲裁或参与仲裁,就意味着双方当事人可以在仲裁机构所列出的名单中任意选择仲裁员。^⑧一般而言,当事人会选择不仅懂得并能熟练运用法律,而且所学知识与案件联系紧密的人作为仲裁员,这样双方当事人才相信自己能得到公正又满意的争议解决结果。^⑨

第一,自由选择仲裁员可以排除“本国倾向主义”。商人、公司、企业等民商事主体并不太习惯适用对方当事人所在国法律来调整他们之间的商业关系,也不太希望一个他并不信任的外国法院解决由此所产生的争议或纠纷,笔者称此为“本国倾向主义”。美国及欧洲人似乎对此更为敏感,虽说他们大多会与社会主义国家的企业打交道、做生意,但他们并不十分相信这些国家的司法制度,对社会主义国家的法律充满质疑。有些欧美商人不愿意在中东或伊斯兰教国家的法院进行诉讼,他们认为这些国家的法律只能是野蛮法不能算是文明法。^⑩撇开种族歧视与制度差异,我们不得不说选择仲裁能避开当事人因选择诉讼而带来的诸多考虑。现今的每个仲裁机构将当事人各自的偏好考虑得很周全,仲裁员名单上有着来自世界各地的仲裁员,当事人有很大的选择余地。如中国国际经济贸易仲裁委员会的544名仲裁员的组成就来自30多个国家和地区(见表2),北京仲裁委员会为了满足国际商事仲裁案件日益增长的需要,逐渐增加选聘不同国家和地区的专业人士担任仲裁员(见图2)。人数之众,地域之阔,足见其广泛性。

表2 中国国际经济贸易委员会仲裁员来自的国家或地区^⑪

国家(地区)	人数	国家(地区)	人数	国家(地区)	人数	国家(地区)	人数
中国	353	香港	23	新加坡	4	马来西亚	2
泰国	1	澳门	1	韩国	6	巴基斯坦	1
沙特阿拉伯	1	台湾	4	美国	39	加拿大	9
俄罗斯	1	波兰	1	澳大利亚	9	埃及	1
尼日利亚	1	英国	23	德国	11	法国	7
意大利	4	瑞典	4	荷兰	4	西班牙	1
奥地利	2	比利时	21	瑞士	5	阿拉伯联合酋长国	1
菲律宾	1	日本	3				

^⑧ 参见《国际商事仲裁示范法》第11条第2款规定。

^⑨ See Andrew I. OKEKEFER, *Commercial Arbitration as the Most Effective Dispute Resolution Method: Still a Fact or Now a Myth?* Journal of International Arbitration, Vol. 15, No. 4 (1998), pp. 81—105.

^⑩ 这些严重的理解分歧曾经出现在中国的法院判决中, see S. C. Peck, *Playing by a New Set of Rules: Will China's New Arbitration law and Recent Membership in the ICC Improve trade with China?* Journal of International Arbitration, Vol. 12, No. 4 (1995), p. 59.

^⑪ 引自中国国际经济贸易仲裁委员会网站: <http://www.cietac.org.cn/jieshao/jieshao.asp?type=js2>, 2004年7月5日访问。

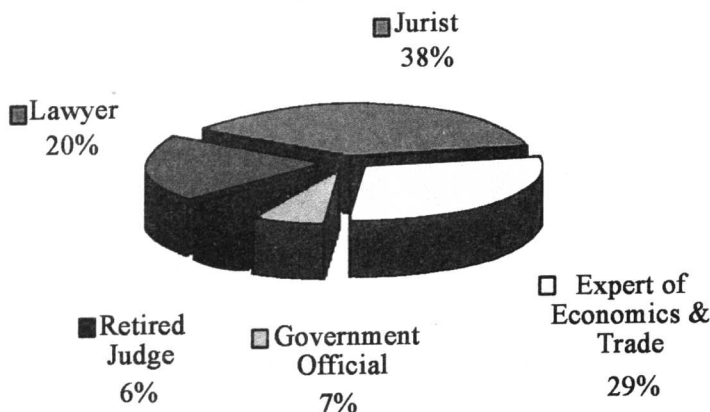
第二,自由选择仲裁员可以高度信任其所选仲裁员的人品与能力。品性高尚,是做好仲裁工作的最基础、最起码的要求。因此,每个仲裁机构都有自己的标准来衡量仲裁员,选择一个仲裁员要经过严格的资格认证,同时,仲裁机构也会规定行业自律条例来规范仲裁员行为,当事人可以对仲裁员的素质和品格高度放心。如:伦敦国际仲裁院(LCIA)对仲裁员的认定就有以下规定(见表3):

表3

个人素质	中立、诚实、忠诚
国籍	无特殊要求(至少熟知英美法)
交流与沟通技巧	在合议庭能自由表达自己的观点 能与双方当事人沟通 有一定的领导能力 有主导庭审的能力
语言能力	懂得双方当事人的语言 懂得双方当事人提交的文件语言 懂得合议其他成员的语言
国际仲裁经验	机构经验、职业经验、参与国际仲裁的经验
专业性	个人的熟练程度、职业交易
公正性	国际信誉、智慧、正直

第三,自由选择仲裁员,可以通过仲裁员本身的专业性,使当事人节约成本费用如翻译费、鉴定费等。在法院诉讼程序中,双方当事人没有权利选择法官,只能由法院指定从而组成合议庭。技术性、专业性较强的案件或其中的技术性问题有时会令法官难以胜任。例如,没有石油开采的经历,对于类似案件中的技术性问题甚至是一些常识性问题就会无力招架,如何计算钻孔,分离过程中的危险状况及预防措施就会无法涉及。法庭辩论中双方各执一词,法官就根本无法凭借自身的力量解决。由于这方面的知识与资料太过细致,法院只有聘请专家来解决专业问题,费用则由双方当事人负担,不可避免地在双方当事人的成本上大大地加上了一笔。但若选择仲裁可通过仲裁员本身的专业素质将双方当事人成本降到最低。北京仲裁委员会为了满足国际商事仲裁案件日益增长的需要,逐渐增加选聘不同国家和地区的专业人士担任仲裁员(见图2)。

通过以上分析,我们可以看出正是由于仲裁员来源的广泛性与仲裁员本身的高素质和专业性,可以有效地保证快捷、公正地作出仲裁裁决。

图 2^⑫

四、仲裁程序的灵活性

灵活性是仲裁最突出的特征之一,正因为它,仲裁作为一种争议解决方式才会如此受商人们的欢迎。具体而言,仲裁的灵活性主要体现在以下几个方面:

第一,双方当事人可以选择仲裁的准据法与仲裁方式。双方当事人可以选择仲裁的实体法与程序法,甚至选择任何一个中立国家的法律,而并不要求所选法律与案件有真实联系;同时,双方当事人可以自由选择仲裁方式,如友好仲裁或临时仲裁,在友好仲裁中由双方当事人约定正义、公允的原则,然后仲裁员据此原则对案件作出评判。通过选择中立国家的法律或仲裁规则,双方当事人就不用顾虑“本国倾向主义”了。而在诉讼中,法院的诉讼程序固定且严格,双方当事人虽也可以选择所诉案件的准据法,但与在仲裁中相比,其选法行为受到了较多限制。

第二,双方当事人可以自由选择仲裁程序。以中国为例,我们可以看到在程序方面仲裁与诉讼有着明显的区别,主要有:(1)开庭与否不同。一般情况下仲裁应当开庭进行,但如果当事人双方协议不开庭的,仲裁庭亦可以不开庭,而仅根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。而人民法院审判民事案件,无论公开审理还是不公开审理,都必须开庭进行,不能仅根据起诉书、答辩状以及其他材料作出判决或裁定。(2)开庭辩论方式不同。仲裁庭开庭仲裁,未明确区分调查和辩论两个阶段,当事人在仲裁过程中都有权进行辩论,即仲裁开庭采用分散辩论的方式。人民法院开庭审判案件,依法必须先进行法庭调查然后再组织法庭辩论,即法庭审判采用集中辩论的方式。^⑬

第三,双方当事人可以自由选择仲裁地。在诉讼中,起诉法院所在地便是审判地,这是一国司法主权的象征,不允许变更。但在仲裁中,双方当事人能自由选择仲裁所在地,既可以选择到离证人距离最近的地点进行仲裁,也可基于安全考虑到一个偏远、中立的国家进行仲裁。这样就解决了挑选法院(forum shopping)的问题,选择一个仲裁庭便会得到独一无二的裁决,而不会因选择不同法院而得到不同结果,甚至进一步避免了“未决诉讼”(lis pendens)、“平行诉讼”(parallel

^⑫ 引自北京仲裁委员会宣传手册中文本,第8页。

^⑬ 李荣珍:“论仲裁与诉讼的关系”,载《现代法学》1998年第6期,第23页。

litigation)情况的出现。显而易见,又为当事人节约了巨大的稀缺时间与资金。

第四,双方当事人能自由选择仲裁程序中所使用的语言。而在诉讼程序中所用语言与律师的资格要求都有严格规定。如我国民事诉讼法涉外程序编特别规定:“人民法院审理涉外民事案件,应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的,可以提供,费用由当事人承担。”“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,需要委托律师代理诉讼的,必须委托中华人民共和国的律师。”“在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼,从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书,应当经所在国公证机关证明,并经中华人民共和国驻该国使领馆认证,或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后,才具有效力。”

当然,尽管仲裁具有极大的灵活性,但是灵活不等于放任。仲裁的确定性体现在大多数案件的审理过程中,仲裁员适用确定的法律法规,在作出裁决时要严格依照法条行事,以确保仲裁结果不因灵活过度而有失公允。

五、仲裁裁决承认与执行的简易性

仲裁优于诉讼的一个决定性方面就是仲裁裁决承认与执行的简易性。解决争议归根结底是希望裁决或判决的实现,能真正带给当事人公平与正义。一般说来,同是国内案件,执行法院判决比执行仲裁裁决要有效、快捷得多。一旦法院对此案(国内案件)作出判决,当事人拿着判决书就可以申请执行。对于一份国内的仲裁裁决书来说,仲裁机构与仲裁员均无强制执行能力,当事人须向法院申请强制执行,才能实现仲裁裁决的结果。

若是涉外案件,情况则正好相反,国际民事诉讼判决与国际商事仲裁裁决的承认与执行的难易程度一清二楚。在一个国际商事案件中,法院作出判决很简单,但在承认与执行方面却阻挠重重。但是若选择仲裁,其结果就大不相同了。首先,许多外国法院倾向于承认与执行外国仲裁机构所作出的裁决书。世界大多数国家是《纽约公约》的成员国,基于《纽约公约》,只要是成员国作出的仲裁裁决就很容易在其他成员国得到执行。其次,一些国家已在国内法中并入且实施《国际商事仲裁示范法》,这样在这些国家执行仲裁裁决不仅会更方便,而且很难对一个仲裁裁决提出质疑。^⑭ 再次,有的国家特别颁布了法令,使仲裁裁决的承认与执行进一步得到简化。^⑮ 还有一些国家如西班牙,允许本国最高法院来判断外国仲裁裁决的执行。从整体来说,最高法院一般将重点放在有效推行仲裁裁决的承认与执行上,而并非法院判决的承认与执行。^⑯

实践中,两国间法院判决的承认与执行是通过双边或多边互惠条约来规定的,如果两国间没有法院判决承认与执行的互惠条文规定时,申请执行的一方当事人通常必须在对方当事人所在国法院再次提起诉讼,请求对方法院承认自己已获得生效的法院判决的事实,然后才能申请法院判决的承认与执行。如果两国关系由盟国变成敌国,则法院判决的承认与执行更是难上加难。

通过以上分析,我们可知:仲裁裁决承认与执行的方便性使得当事人在时间与资金两方面都

^⑭ 如瑞士就有这样的法律环境。同时还可以参考 Per Kaplan J. 香港最高法院判决:中国南海石油合资公司深圳分公司 v. 吉泰有限责任公司, ADRLJ(1995), 第 127 页。

^⑮ 如英国 1996 年仲裁法第 60 条的规定。

^⑯ see A. I. Okekefere, *International Commercial Arbitration and the UNCITRAL Law Under Written Constitution: Necessity Versus Constitutionality in the Nigerian Legal Framework*, American Review of International Arbitration, Vol. 17, No. 4 (1997) p. 86.

得到了最大的利用效益,这两项稀缺资本都发挥了自己的最大优势,其边际效益也可窥见一斑。

六、仲裁程序的保密性

仲裁涉及的是双方当事人的私人事务,公众、社会、传媒等被排斥在仲裁程序之外;而法院审判却常常是在公众的眼光下进行,^{①⑦}比如因青少年犯罪或其他极端案子所进行的刑事或民事审判往往是社会关注的焦点,媒体会跟踪调查报道,人们也会议论纷纷,官方有时也会插手,这无疑会对法官造成无形的社会压力。^{①⑧}有时,好心也会办坏事!复印法院的判决书、从网上下载或是上传判决书,这都是轻而易举可做的事情。若一方当事人的商业秘密在判决书中出现,我们无法预计其他同业竞争者是否会利用这个秘密为自己谋利。相反,在仲裁中所提交的证据与最后所作出的仲裁裁决除非当事人同意绝对不会对外公布。

仲裁员和律师都负有对仲裁程序保密的责任。^{①⑨}例如 ICC 仲裁机构规定:“裁决书中不会提及双方当事人的姓名,以及双方当事人产生纠纷的原因、细节等任何会对双方当事人利益产生损害的细节”,特别在知识产权领域,ICC 仲裁院的保密工作做得更细致;再如 WIPO 仲裁院在保密性方面有着很清晰的规则和制度,其仲裁规则第 45 条第 6 款规定:“仲裁员签字后的仲裁裁决应送交各方当事人。仲裁庭应同时通知国际局。裁决已经作出,国际局应当密存仲裁裁决,并且除非在第 56 条第(2)项规定的情况下,不得向任何人透露裁决是否存在和裁决结果等情况。”我国《仲裁法》第 40 条也规定:“仲裁不公开进行。当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。”

七、小结

通过以上对国际商事仲裁具体环节的经济分析,仲裁所具有的优势可以通过下表说明(见表 4):

表 4

项目	仲裁(解决纠纷取向)	诉讼(对抗取向)
速度	↑ 省时、快捷	↓ 冗长、迟延
律师费用	↑ 一倍	↓ 二倍
翻译费	↑ 可以省去	↓ 当事人承担
保密性	↑ 秘密审理	↓ 公开审判
仲裁政策	↑ 国家支持	↓ 国家主权
承认与执行	↑ 轻松容易	↓ 阻挠重重

^{①⑦} 例如我国民事诉讼法第 120 条第 1 款的规定:“人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开进行。”

^{①⑧} 另外还可能还有其他因素造成社会压力。如:在美国种族因素起着很重要的作用,辛普森一案中,刑事审判与民事审判就得出截然不同的结果。

^{①⑨} 有关仲裁保密性的法律问题参见郭玉军、梅秋玲:“论仲裁的保密性”,载《法学评论》2004 年第 2 期。

续表

项目	仲裁(解决纠纷取向)	诉讼(对抗取向)
纠纷处理人员的选择	↑ 自主选择	↓ 法院指定
专家鉴定费	↑ 可以省去	↓ 当事人分担
程序	↑ 自由协商	↓ 固定严格
证人费用	↑ 可以省去	↓ 花费极大
仲裁地	↑ 自由选择	↓ 即法院地
目标	寻求互利	最大限度争取自身利益
行为	促进性利益权衡	竞争性实质利益
对结果的理解	综合性(integrative)	分配性(distributive)
	非零总和(non-zero sum)	零总和(zero-sum)
	双赢(win-win)	胜负分明(win-lose)

从该表中,我们不仅能看到仲裁所具有的绝对优势(即与其他纠纷解决机制相比,用更少的资源来解决纠纷的能力),也可以看出仲裁本身所具有的比较优势,即如果一种纠纷解决机制与其他纠纷解决机制相比在某个程序上所耗费的机会成本比较少,那么这个纠纷解决机制就是具有节约成本的比较优势。我们可以看出,一方面,仲裁的灵活性、仲裁裁决的承认与执行、对仲裁员的自由选择,是仲裁这种纠纷解决机制所具有的绝对优势,在这点上诉讼是无法与它匹敌的;另一方面,仲裁的保密性、仲裁费用的可承受性、仲裁程序进行的快捷性,就是仲裁的比较优势。将国际商事仲裁所涉及的每一个环节的机会成本综合起来,可以清楚地看出仲裁比诉讼有着更多的优势。

仲裁协议之法理基础及其对仲裁公正的影响

侯登华*

〔内容摘要〕 仲裁协议对仲裁制度的基石作用,不仅体现在使仲裁程序能够顺利进行,而且更体现在它对仲裁公正的保障方面。仲裁协议以私法领域中的契约自由原则、纠纷解决的多元化为其法理基础,它是公、私法相互渗透的必然产物。本文在详细论述了仲裁协议法理基础之后,认为仲裁制度的产生和发展有其必然性,并且与诉讼公正相比较而言,当事人的合意使得仲裁程序获得了诉讼程序无法企及的、独特的正当化源泉,也即仲裁公正更多地通过当事人的合意获得。

〔关键词〕 仲裁协议 契约自由 纠纷解决机制 仲裁公正

以当事人合意为核心的仲裁制度作为多元化纠纷解决机制中的一种,之所以为人类社会普遍予以法律承认并日益受到重视,是因为它具有其他程序不可替代的独特的合理性。在仲裁的诸多合理因素中,最重要一点,即:它符合人类社会所追求的公正解决纠纷的价值目标。但仲裁的民间、契约属性使得它不可能像诉讼那样过多依赖国家强制力来保障公平,那么仲裁公正性的根源来自何处呢?从实体法的角度看,早期仲裁约定(协议)在被各国法律所普遍接纳之前,就因为其蕴含着契约自由、契约平等古典自然法则的精髓而受到民间的广为推崇。此外,从程序法的角度看,随着社会的不断发展进步,单一的诉讼方式已不能满足社会主体对纠纷的快速、经济解决的需求。由于社会主体的利益和追求也呈现出日益多元化的倾向,民事纠纷的多元化解解决机制理念备受世界各国青睐,包括仲裁在内的多元化的纠纷解决机制得以逐步发展和建立起来。下面从实体法和程序法的角度对仲裁协议制度的基本理念进行阐述。

一、契约自由的理念——实体法角度的考察

(一)契约自由理念的产生

实体法领域的契约自由理念是仲裁协议制度得以产生的一个重要的理论依据。考察契约自由的起源可以追溯到古罗马法中古典契约理论中蕴含着的契约自由的思想,但通常认为,契约自由理念最终形成于18、19世纪。在契约自由理念的形成过程中,16世纪法国法学家杜莫林(Charles Dumoulin)提出的当事人意思自治理论功不可没。当事人意思自治理论始于国际私法中对合同准据法的确认,该理论认为,在合同关系中,应该把当事人双方都愿意让自己的合同受其支配的那个习惯法适用于合同,来决定合同的成立和效力问题;而在当事人未直接表明适用何种习惯法时,法院也应推定其默示的意向。^①由于该理论符合资本主义经济发展的客观要求和国际

* 北京科技大学文法学院教师、法学博士。

① 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年版,第147页。