



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第三十二辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第三十二辑

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32辑 / 广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2013. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4891 - 8

I. ①仲… II. ①广… III. ①仲裁—文集
IV. ①D915. 704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 085289 号

©法律出版社·中国

责任编辑/程 岳

装帧设计/汪奇峰

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/880 毫米×1230 毫米 1/16

印张/7.75 字数/164 千

版本/2013 年 6 月第 1 版

印次/2013 年 6 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4891 - 8

定价:20.00 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(第三十二辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

吴汉东 齐树洁 刘想树 葛洪义

杨良宜 杨树明 顾功耘 宋连斌

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 王小莉

本期执行编辑:冯国鸿

责任编辑:钟晓东 冯国鸿 周 博 周 浩 余蕊桢 叶 峰

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83282109

传 真:(020)83283773

网址:www.ccarb.org

E-mail:gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2011年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4685件,案件总标的额71.9亿元,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支700多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员80余名,绝大多数工作人员通过了律师资格考试或国家司法考试。所有办案秘书都是从社会公开招聘,层层选拔,择优录用。现有的办案秘书多数是从国内知名高等院校毕业和海外留学归来的硕士研究生,他们具有良好的专业知识水平,有着认真负责的敬业精神,广受社会各界赞誉。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度地降低仲裁成本,提高仲裁效率。本会拥有近5700平方米的办公场所和仲裁庭室。仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性的培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个职能部门,并根据发展需要先后成立了东莞分会、中山分会。2008年,本会还与广东省社会科学院合作,成立了广州仲裁研究院,专门从事仲裁理论与实务研究。2011年7月,本会还分别成立了金融仲裁院、知识产权仲裁院,采取全新的探索模式,为当事人提供专业、优质、高效的仲裁服务。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12-14楼/A座6楼、8楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org、www.ccarb.org

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为:www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识、发布仲裁动态、推进仲裁研究、交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大,覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委员会2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

网站创建后,根据仲裁发展需要进行了多次改版升级,优化了栏目设置,现网站设有“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热点聚焦”等栏目。网站内容既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本会相关动态的完整记录;既有针对一般民众的,深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士,较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约,仲裁示范文本等实用信息、网上咨询等互动版块等。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020-83282775

联系人:丁鸿

目 录

探索与争鸣

- 推动粤港澳仲裁合作,创造国际化营商环境 陈忠谦/ 1
- 仲裁员的监督和保护问题探讨 王小莉/ 6
- 意思自治的弘扬与我国仲裁法的完善 余保福/ 15
- 证券行业纠纷解决机制的程序正当性
——以美国的交易所调解与仲裁程序为中心 吴伟央/ 23
- 中国仲裁协会法律问题初探 程 莹/ 36

国际商事仲裁

- 国际商事仲裁的身份、去身份化及其属地性(中) 张春良/ 44
- 经济全球化背景下的国际仲裁
——未来的挑战…… Bernard Hanotiau 著 傅攀峰 译 宋连斌 校 / 54
- 刍议国际商事仲裁裁决司法监督的最新趋势
——以英国达纳案件为切入 毛海波/ 66
- 简述澳门仲裁法律制度 郭颖玫/ 75

仲裁实务

- 商业特许经营合同的法律风险及防范对策 喻晓明/ 86
- 证券投资基金“老鼠仓”的民事责任研究 胡鹏翔 谢 琛/ 92
- 浅议商事仲裁“一事不再理”原则 周 博/ 99

CONTENTS

Promote Guangdong, Hong Kong and Macao Arbitral Cooperation, Create International Business Environment	Chen Zhongqian / 1
Study on Supervision and Protection to the Arbitrator	Wang Xiaoli / 6
Carry forward the Autonomy of Will and Consummate the Arbitration Law of China	Yu Baofu / 15
Procedures Legitimacy of the Dispute Settlement Mechanism of the Securities Industry —Exchange Mediation and Arbitration Procedures of the U. S. as the Center	Wu Weiyang / 23
Research on Legal Issues of China Arbitration Association	Cheng Ying / 36
On Identity, De-Nationalization and Territoriality of International Commercial Arbitration	Zhang Chunliang / 44
International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future	Bernard Hanotiau / 54
The Recent Trend of Judicial Supervision to International Commercial Arbitrations —Taking the Dallah Case as the Point of Penetration	Mao Haibo / 66
The Arbitration System of Macao Resume	Guo Yingmei / 75
The Legal Risk and Countermeasure of Franchise Contract	Yu Xiaoming / 86
Research on The Civil Liability of Rat Trading in Securities Investment Funds	Hu Pengxiang & Xie Chen / 92
Non Bis in Idem Principle of Commercial Arbitration	Zhou Bo / 99

探索与争鸣

推动粤港澳仲裁合作,创造国际化营商环境*

陈忠谦**

内容提要 国务院在2012年批准《广州南沙新区发展规划》,南沙新区正式跻身国家级新区。为了将南沙新区建设成为“粤港澳全面合作示范区”,构建由粤港澳共同组建的南沙国际仲裁合作平台,广州仲裁委员会联合香港、澳门仲裁机构在南沙新区设立南沙国际仲裁中心,粤港澳三地仲裁机构优势互补、强强联合,共同推广仲裁品牌,旨在为南沙新区的经贸发展提供高效、优质的仲裁服务,本文正是出于对这种全新合作模式的思考,希望对仲裁的发展有所裨益。

关键词 南沙新区 粤港澳仲裁 合作与发展

一、粤港澳合作与南沙新区发展

广东和港澳的关系由来已久,源远流长,港澳80%的人口祖籍都是广东,地缘相邻、血脉相连,岭南文化一脉相承,三地之间的交流往来亲密。随着改革开放和港澳回归,三地的交流合作更加紧密,特别是这几年,在各方共同努力下,推动合作的节奏明显加快,效果更加明显。其中有几个方面尤其引人注目:

第一,中央政府高度重视。2008年年底,中央政府批准实施《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》,第一次把粤港澳合作上升为国家战略。同年,中央政府批准在CEPA框架下推出服务业对港澳开放在广东先行先试的措施。2009年、2010年中央先后批复同意了《横琴总体发展规划》和《前海总体发展规划》。2010年和2011年,中央政府又先后批复同意实施粤港、粤澳合作框架协议,这是内地省份与港澳签署的第一个综合性文件,协议里面有相当大的政策含金量。2011年,在国家出台的“十二五”规划纲要里面,专节阐述了粤港澳合作,这是国家中长期发展规划中篇幅最长的一个有关粤港澳合作的论述。今年10月份,国家重点推出《南沙新区发展规划》,提出将南沙建设成为“粤港澳全面合作示范区”。中央政府密集出台重大文件,凸显了粤港澳合作在国家发展中的战略地位和作用。

第二,粤港澳三地政府高度重视。2009年广东省政府出台《推进与港澳更紧密合作的决定》,从基础设施、服务业、优质生活圈等8个方面提出了推进合作的具体措施和要求。同时,港澳特区政府在近几年的施政报告里专门论述和广东及内地其他地方的合作,而且相应提出了推进合作的一些重点领域和具体项目。另外,每年一次的粤港、粤澳合作联席会议制度,是政府间非常重要的合作机制。联席会议通过签署协议的形式来明确双方的责任,确保双方推进的每一个项

* 来自作者于2012年12月5日在广州南沙新区“粤港澳合作与发展论坛”的讲话稿,有所改动。

** 陈忠谦,广州仲裁委员会主任,法学博士。

目都能够落实到位。

第三,粤港澳三地社会各界高度重视。不论是《规划纲要》、两个框架协议的出台,还是横琴和前海的政策批复,社会各界都有强烈的反响,从而也反映了粤港澳合作是大势所趋,符合社情民心。

关于粤港澳合作,如今从国家层面而言,三地合作选择以南沙新区作为突破口,要建设成为合作示范区,这是南沙新区的一个机遇。南沙新区地处珠江出海口,距香港、澳门仅 38 海里和 41 海里,是珠江流域通向海洋的重要通道。新区规划面积 803 平方公里,方圆 100 公里范围内囊括了广东经济最发达的珠三角城市群以及港澳地区,周边 75 公里范围内有广州、深圳、珠海、香港、澳门 5 大国际机场。广州南沙新区是国家为了进一步推动改革开放、加快现代化建设步伐、提升东部沿海地区科学发展水平而设立的重要的国家级新区,承担着探索新型城市化道路、推动珠三角发展转型、深化粤港澳全面合作的重大使命,必将对构建我国开放型经济新格局、促进港澳长期繁荣稳定产生深远影响。南沙新区的活力在于大胆创新,只有大胆创新、先行先试,勇于突破发展的瓶颈,争创体制机制的优势,才能增强发展的动力;南沙新区的生命力在于开放合作,只有深化合作、进一步扩大开放,才能实现资源要素的高效集聚和优化配置,有效提高集聚辐射能力;南沙新区的竞争力在于错位发展,只有错位发展,才能充分发挥自身的比较优势,实现与周边区域的优势互补和共同发展。

我们都知道,世界经济发展中心都设置有最先进的仲裁中心,比如说美国仲裁协会是世界上最大的冲突处理和争议解决机构,总部就设在纽约市,还有英国的伦敦国际仲裁院、瑞士苏黎世商会仲裁院、法国巴黎的国际商会仲裁院、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院、新加坡国际仲裁中心、日本东京的商事仲裁协会等也是如此,在经济发展最好的地方必定会设置仲裁机构,仲裁在经济发展过程中要起一个重要作用。现在我们在南沙打造粤港澳合作平台,必然引入更多的国际化要素,吸引更多的外资企业。企业的跨国经营将越来越依赖高效而商业化的途径来解决各种商事纠纷,仲裁作为一种成熟的、国际通行的解决纠纷的途径,必须在此要有一席之地,仲裁的加入将为南沙营造国际化的营商环境提供必不可少的法制保障。

二、粤港澳三地仲裁合作的优势

(一)集中世界三大法域的优势

香港地区的法律移植英国的普通法和衡平法,经过 100 多年的发展,历史悠久。根据“一国两制”的原则,香港特区的法律制度以普通法为依归,并由本地法例作补充。澳门地区由《基本法》、澳门原有法律和当地制定的法律构成,经过葡萄牙大陆法系 400 多年的熏陶,具有浓厚的大陆法系氛围。中国则是具有中国特色的社会主义法律体系。现在这三个生机勃勃、充满活力的先进法律体系将在南沙接轨,三种典型法系汇合、整合、融合,在同一平台上大合唱,形成合力,必将对南沙的发展起到关键性影响。三地仲裁机构加强交流与合作,求同存异、互相借鉴、取长补短,深入研究三地服务贸易自由化、营商环境法治化、国际化进程中的法律问题,为进一步完善相关法律政策和制度框架提供强有力的理论支持和决策服务。

(二)三地仲裁机构和人才强强合作具有现实优势

香港国际仲裁机构既受理香港本地仲裁案件,又受理国际商事仲裁案件,是世界上著名的国际商事仲裁机构。澳门以博彩业闻名,域内商业交往频繁,近年来,澳门的仲裁机构已经在推广

仲裁上作了很多的努力,仲裁法律制度与机构设置也日益完善。广州仲裁委员会经过 17 年的发展,从小到大,业务量逐年成倍递增。据国务院法制办公室的统计资料显示,截至 2012 年 10 月底,广州仲裁委员会累计受理各类仲裁案件将近 40000 件,受案数量、标的以平均每年 60% 的速度递增,远远超过国内仲裁机构的平均增长水平。无论受案的数量、标的还是裁决质量,广州仲裁委在中国大陆仲裁机构中都处于领先地位,是同行的标杆。三地仲裁机构合作是珠联璧合,优势巨大。

(三)南沙国际仲裁中心具有开放优势

香港商人可以在南沙选择香港仲裁员,选择适用熟悉的香港法律、程序和规则,澳门也是一样,就像使用自己家里熟悉的物件一样。其他国家商人可以选择适用联合国国际商事仲裁示范法。仲裁收费方面,由于三地的仲裁制度有区别,香港有临时仲裁,内地没有,所以我们明确规定案件审理如果适用香港、澳门仲裁规则的,按照港澳地区的标准进行收费,如果当事人约定不明确,适用最密切联系地原则。仲裁语言方面,可以选择英语、粤语、普通话、葡语等多种语言,我们还将适当考虑决定使用一种或数种语言进行仲裁。各法域仲裁机构无论大小、历史是否悠久,法律地位一律平等,无论是根据内地、香港还是澳门仲裁机构作出的裁决,都应该获得一致尊重。我们希望,外地企业过来南沙投资就像在本地投资一样,没有任何差别,大家选择熟悉的法域,有归属感,有认同感。只有这样,才能够推动一个公平公正、诚实守信、高效透明、宽松有序的国际优化营商环境的形成。

三、南沙国际仲裁中心将以先进运作理念推动合作

南沙国际仲裁中心的设立也是南沙贯彻今年 10 月召开的省委省政府广州南沙新区开发建设现场会精神,按照市委、市政府“率先形成与港澳营商环境接轨的融合区”的要求,营造与国际接轨的营商环境的重大举措和体制机制创新的重大突破。仲裁中心将充分发挥仲裁法律制度服务和促进国际贸易的纽带作用,公正、及时地解决各种商事纠纷,为南沙新区创造更好的投资和营商环境,努力把南沙新区打造成珠三角乃至全国最具国际竞争力的区域。南沙国际仲裁中心的成立,将为南沙新区的开发建设提供更好的法律服务,具有深远的战略意义。南沙国际仲裁中心前期由广州仲裁委员会派员开展相关工作,同时,引导投资企业在签订合同时加入相应的仲裁条款,选择国际仲裁方式解决贸易纠纷。为体现国际化、专业化特色,仲裁中心采用与国际惯例接轨的运行模式,依据《联合国国际商事仲裁示范法》,结合香港、澳门的仲裁规则,制定南沙国际仲裁中心的仲裁规则,并建立国际化的专业仲裁员名册。

(一)仲裁中心的运作引入现代公司治理理念

仲裁中心实行“三权分立与制衡”的运作模式,由理事会、仲裁员和监事会组成。理事会行使决策权,由粤港澳三地的仲裁机构及相关法律界、经济界人士共同组成。仲裁员行使裁决权,负责具体办案工作。监事会行使监督权,对仲裁员进行监督和考核,确保仲裁员依据法律规定及国际惯例公平、公正并高效地处理案件。决策权、监督权、裁决权三权之间互相配合,互相制约,权力在阳光下运行,保证仲裁中心高效运行,为创造国际化营商环境提供最好的机制保障。

(二)南沙国际仲裁中心坚持民主、开放、平等原则

在仲裁员的选择上,我们给予当事人自由选择各法域仲裁员的机会,除了首席仲裁员依照制度拥有程序掌控权之外,在进行仲裁程序中享有同等的法律地位。仲裁员独立办案,民主投票,

每一票都是平等的,按照少数服从多数原则确定裁决意见。仲裁中心审理案件过程中涉及准据法的适用时,应该严格按照中心规则的指引适用,对各法域的实体法同等对待。如果没有足够的法律依据,不能拒绝适用当事人协商选择的实体法。总之,国际仲裁中心按照国际标准组建,国际化程度高于其他地区的国际仲裁中心,辐射面也更广,外地企业完全可以放心投资、放心将案件交给仲裁中心办理。

四、粤港澳仲裁合作,创造营商环境的几点思考

作为投资者而言,决定其投资的因素很多,而营商环境无疑是其考虑的一个重要指标。借助良好的营商环境,企业的发展更是如虎添翼。而作为城市管理者来说,建设并完善好软硬环境,是吸引投资十分必要的条件。当前,我省正处于加快转型升级的关键时期,一方面,当今世界人才、资源、资金、技术、市场竞争日益激烈,营商环境的优劣决定了高端要素资源的流向与集聚,成为能否在全球经济技术竞争中获胜的关键因素;另一方面,随着我国全方位改革开放不断深入拓展,我省原有的许多先发优势正逐步丧失,改革步入深水区,转型升级到了爬坡越坎的关键阶段。要重塑广东的竞争优势,必须在推进产业、技术等方面硬转型的同时,更加重视软转型。营造法治化、国际化营商环境就是推进软转型的核心内容。在营商环境方面,无论是企业的管理、行业协会的建立,还是廉政建设,南沙都应向香港学习。年初,广东省第十一次党代会提出“力争通过五年努力,基本形成法治化、国际化营商环境的制度框架”。为贯彻会议精神,省委省政府决定制定《建设法治化国际化营商环境五年行动计划》,提出“建设公平正义法治环境、透明高效政务环境、竞争有序市场环境、和谐稳定社会环境、互利共赢开放环境”五大任务,为建设法治化、国际化营商环境指明了努力方向。

当然,任何一个成功的营商环境的塑造都不是一朝一夕的事情,南沙新区在粤港澳合作平台之上要形成法治化、国际化的营商环境,离不开仲裁这样一种国际化解决纠纷的途径,居中裁判,为守信的企业、商人提供法治保障。朱小丹省长在《发展规划》发布会上说过“在建设法治化、国际化营商环境上,我们争取在南沙形成一个新的、具有普遍指导意义的好的典范”,为了实现这个理想和抱负,各方已经先行先试,成立了南沙国际仲裁中心,接下来还有很多工作需要努力尝试。

第一,要完善营商法规规章,提高民商事合同纠纷仲裁效率,健全商事纠纷非诉讼解决机制,完善不动产物权登记制度,加强知识产权保护,完善企业退出机制,弘扬营商法治精神。特别是知识产权保护方面,要加强对知识产权的主动、适时的认定和保护。在进行有关知识产权仲裁时,可以加强粤港澳律师之间的相互合作或协助,建立长期的合作或协助机制,节约仲裁成本,在最大的范围内维护有关知识产权纠纷当事人的利益。

第二,要通过粤港澳三地的仲裁合作,互通有无,取长补短,从而实现标杆引领、规则对接,坚持借鉴香港、澳门先进经验与南沙本地实践相结合,积极对接国际先进理念和通行规则,使营商环境更规范、更透明、更便利。当然,三地仲裁机构还可以彼此开展互相沟通、互相交流、互相访问的活动,通过学术、实践案例研讨,通过开展模拟仲裁庭研讨、互派专家讲授仲裁经验等方式加强合作。

第三,要充分利用南沙国际仲裁中心这个平台为当事人提供公平合理、满意周到的服务,这是最为现实和最为有效的宣传推广。要继续宣传南沙国际仲裁中心,落实签订仲裁示范条款,争取不让南沙的经济纠纷走出南沙,千方百计展示仲裁平台在处理民商事矛盾中的魅力。练好内

功的同时,我们也要不断注重吸收先进经验,完善仲裁机构自身建设,可以借鉴联合国国际贸易法委员会的做法,加强涉外仲裁在内的仲裁机构建设。

第四,要重点推进在财产保全和执行等领域的沟通和协助。我国新修改的《民事诉讼法》对有关执行程序做出了一定的修改,但还有待进一步完善。如何使内地与港澳地区可以相互委托送达民商事仲裁文书、判决可以相互认可与执行等,是有效保护当事人权益的亟待解决的法律问题。现在我们要充分利用粤港澳仲裁合作平台,着重确定和解决有关民事管辖权的冲突与协调的问题、相互委托送达民商事仲裁文书和调取证据的问题、仲裁裁决的相互认可与执行的问题。

总而言之,三地仲裁机构应该团结一心,努力建设南沙新区法治化、国际化营商环境,努力将粤港澳合作推向一个新的台阶。

Promote Guangdong, Hong Kong and Macao Arbitral Cooperation,

Create International Business Environment

By Chen Zhongqian

Abstract: The State Council approved the “Guangzhou Nansha New Area Development Planning” in 2012, The establishment of the Nansha New Area was officially became state-level development area. In order to make the construction of Nansha New Area becomes the “Hong Kong, Macao and Guangdong comprehensive cooperation demonstration zone”, Nansha International Arbitration Centre is jointly established by the Guangzhou Arbitration Commission and Hong Kong, Macao arbitration institutions. Three arbitration institutions of the combination of the strong and the complement of the advantages has been jointly promoted arbitration brand, aimed to provide efficient, high-quality arbitration service for economic and trade development at the Nansha New Area, based on the new idea of cooperation mode, it is hoped to benefit the development of arbitration.

Key words: Nansha New Area Guangdong, Hong Kong and Macao Arbitral Cooperation and Development

(责任编辑:叶 峰)

仲裁员的监督和保护问题探讨

王小莉*

内容提要 权力制衡理论,仲裁自身的特点,裁决结果的协调统一,仲裁员素质的良莠不齐以及现实中存在的仲裁员不公正行为,使得对仲裁员的监督成为必然。为了消除仲裁员在接受委任和仲裁过程中的顾虑,激发仲裁员裁决的创造性和灵活性以及遏制当事人的滥诉现象,对仲裁员的保护也理应受到重视。仲裁员自律和他律机制的缺失是仲裁员监督和保护问题的困境所在,因此需要从理论研究、立法、仲裁机构内部约束和保护、仲裁员行为规范统一制定、仲裁协会成立、仲裁文化氛围培育这几个层面来解决和应对仲裁员的监督和保护问题。

关键词 仲裁员 监督 保护 自律 行为规范

法院可以通过程序的透明性以及外在的仪式或程式来获得其正当性,仲裁的生命力则在于当事人对仲裁的信赖与信心,而仲裁员就是当事人信心的重要来源。香港著名仲裁员杨良宜先生有一段经典的比喻,经常被拿来引用,借以说明仲裁员的好坏决定着仲裁质量的高低,他说伦敦国际仲裁院是国际商事仲裁中心,如果把伦敦国际商事仲裁院里的优秀仲裁员拉到撒哈拉大沙漠办公,撒哈拉大沙漠也会成为国际商事仲裁中心。可见,仲裁员在仲裁中占有举足轻重的地位。

但是,近年来,一方面仲裁员违背中立立场偏袒当事人等不公正行为屡见不鲜,严重破坏了仲裁在当事人心目中的崇高地位;另一方面仲裁员依法裁决却遭到当事人无休止的投诉的情形,也是层出不穷,严重影响了仲裁员接受仲裁的积极性,甚至影响到了仲裁员的本职工作。对此,仲裁立法、仲裁机构、仲裁自律性组织都应采取积极措施对仲裁员进行监督和保护,赢得当事人的信赖。

一、对仲裁员进行监督的理论和现实依据

(一) 凡享权力者必受制约

孟德斯鸠在《论法的精神》中说:“一切有权力的人都易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人适用权力一直到有界限的地方才终止。”要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。仲裁员在仲裁过程中,拥有对案件的审理程序和实体裁决的决定权,在仲裁程序中处于重要的地位,具有较大的权力,当这种权力未受到控制时,可将它比做自由流动、高涨的能量,其效果往往具有破坏性。

* 王小莉,广州仲裁委员会副主任,法学博士。

（二）仲裁的独立性并不完全等同于仲裁庭的独立性

《中华人民共和国仲裁法》第8条规定：“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”该条规定是仲裁独立性的法律依据，强调的是仲裁不受行政机关、社会团体和个人等可能对案件施加影响的各种外来因素的干扰，强调的是仲裁裁决一定要保持客观公正。诚然，仲裁庭是仲裁裁决作出的主体，当然享有独立办案的能力，但是并不能将仲裁庭的独立性无限夸大，从而否定仲裁机构对仲裁员的监督。因为在机构仲裁中，仲裁庭不可能独立于仲裁机构：首先，仲裁庭的组成离不开仲裁机构的工作；其次，仲裁庭主要负责仲裁案件实体审理和部分程序问题的处理，而仲裁机构则要负责大部分程序问题的处理和案件的管理，为仲裁案件的顺利进行提供良好的支持和协助；再则，仲裁裁决作出后，仲裁庭的法定义务就已经履行完毕，除非法院裁定由原仲裁庭重新仲裁，但是仲裁机构的法定义务此刻则还没有完成，需要对仲裁文书进行送达，当事人如果申请撤销、执行或不予执行仲裁裁决时，仲裁机构需要给予必要的协助，除此之外，仲裁机构还要负责接待当事人的投诉和案件的归档等后续工作，有时后续工作的持续时间甚至比案件审理花费的时间还要长。

由此可见，仲裁的独立性不是仅仅指仲裁庭的独立性，也不是单靠仲裁庭的力量就能完成的。没有仲裁机构的组织，仲裁庭就不能成立，其运作也因缺乏法律和理论依据，没有存在的意义和空间，反之，没有仲裁庭，仲裁机构也就失去了存在的意义，为保证仲裁庭独立办案，仲裁机构应创造条件，顶住外来压力，使仲裁庭能不受干扰的审理案件。所以，仲裁庭行使职权，在加强自律和道德修养的同时，必须接受仲裁机构对程序的管理和监督，这是仲裁机构权力和职责平衡的需要，同时也已经为一些国际仲裁机构所认同和实践，如伦敦国际仲裁院仲裁规则第11条规定，明显违反职业操守的仲裁员，该机构可以撤换其仲裁员职务。^①

（三）仲裁本身的特点决定了对仲裁员监督的必要性

1. 仲裁是一裁终局，而且目前法院对仲裁裁决的司法监督的主流趋势是仅仅进行程序性事项的审查，这就要求仲裁员必须具有较高的专业水平和公正性，也正因为仲裁的一裁终局，当事人必然通过老同事、老朋友、老乡等来拉关系，如何保证仲裁员的公正性和高水平，这需要在仲裁员的聘任环节以及仲裁程序进行过程中对其进行适度的把关和监督，这样才能为司法的不干预提供正当性的理由。

2. 仲裁程序具有不公开性的特点，这不同于法院的诉讼程序。法院可以通过程序的透明性以及外在的仪式或程式来获得其正当性，仲裁程序的合法正当进行除了依靠仲裁员的良知外，必须依靠当事人和仲裁机构对仲裁员的监督实现，从而博得当事人的信赖。

3. 当事人和仲裁员之间存在着指定与被指定的关系。在仲裁案件中，三人仲裁庭是最通常的形式，仲裁规则一般都会授权当事人选定仲裁员，最常见的规定是：双方当事人各自选定或者各自委托仲裁机构指定一名仲裁员。第三名仲裁员是首席仲裁员，由当事人共同选定或者委托仲裁机构指定。而在实践中，双方当事人一般都会各自选择一名仲裁员，首席仲裁员达成一致意见共同选定的情况很少，往往由仲裁机构来指定首席仲裁员。因此，仲裁员与指定方当事人之间的关系就显得敏感而微妙。国际上目前仍然存在着一种特殊的三人仲裁庭制度，在这种制度中，当事人所指定的仲裁员并非中立，而是从指定方的立场出发考虑问题。经常有人说“被指定的仲

^① 唐云峰：“论仲裁员制度的相关问题（上）”，载《仲裁研究》第5辑，第76～77页。

裁员适当地替指定一方当事人的利益多考虑一些是人之常情”等言论,但是我国的仲裁制度不存在“非中立仲裁员”的方式,仲裁员只应当根据事实,依据法律和合同约定,参考国际惯例,公正的审理案件,不应该让天平有所倾斜。

但是,仲裁员毕竟不是专职人员,仲裁员的来源具有多元性,有的是老师,有的是律师,还有的是商界人士、行政官员,所以通常仲裁员与当事人之间的关系远比法官与当事人的关系复杂。由于自己本职工作原因,仲裁员要接触大量的方方面面的人士,很可能与当事人之间有着各种各样的关系,如师生关系、上下级关系等。这些关系并不一定构成严格意义上的回避事由,一旦在具体案件中,仲裁员由于与当事人存在上述关系而被指定为仲裁庭成员时,虽不能肯定的说,这种情况一定会导致该仲裁员的偏袒和不公正,但至少谁也无法排除这种关系对案件影响的可能性。因此我们需要设定一些监督程序,如仲裁员披露制度等来彻底消除当事人的疑虑,为仲裁创造一个良好的环境。^②

(四)为了仲裁裁决的协调和统一

仲裁庭独立办案意味着各个仲裁庭之间均是独立的,仲裁庭能独立办案不受外来因素的干扰是必要的,追求个案的公平也是仲裁庭裁决案件的目标所在,这就有可能导致同一类型和情形的案件,有时甚至是同一份合同引发的纠纷,由于仲裁庭的不同而出现完全不同的裁决结果。因为在我国这种将判例排除在法律的正式渊源之外的国家,仲裁庭在裁决时很少会考虑到将之前类似案例进行系统研究,往往还是根据本案的案情作出最后的判断。仲裁裁决的不一致甚至冲突是不利于维护仲裁的权威的,也与法律的可预见性相抵触,因此在这种情况下,仲裁机构作为知悉所有案件情况的机构应当对仲裁庭进行适当的提示,这里需要指出的是,提示以必要为前提,即如果不进行提示,可能导致完全不同的两份裁决结果从而引发执行的障碍。另外,仲裁机构要加强总结和调研,认真收集、研究、解决仲裁工作中遇到的热点、难点问题,对仲裁实践中形成和积累的审理经验和共识及时固定下来,通过出台指导意见或操作规程,积极运用规范性文件促进审理程序和裁决标准的统一。^③

(五)现实中确实存在仲裁员不公正的现象

近年来,确实出现了一些因仲裁员在仲裁程序中出现违背中立立场的行为而屡遭当事人投诉的现象。众所周知的案例有“富士施乐仲裁案”,仲裁员因违规接触富士施乐委托代理人并接受请吃被除名,该仲裁员成为了我国《仲裁法》实施以来首个被仲裁界“终身禁入”的仲裁员。其实,在实践中,仲裁员因与指定方私下频繁联系或者庭审时出现不规范行为引起当事人怀疑而遭到投诉的事件还是时有发生。虽然这些事例不能必然推出仲裁员一定实施了不公正的行为,但是确实让当事人产生了合理的怀疑。如果在仲裁过程中,有相关制度或者仲裁机构能对仲裁员行为进行必要的监督,将当事人的合理怀疑消除在仲裁开始阶段,就不会在仲裁裁决作出后,还要去面对一系列投诉,从而可能引发又一轮的仲裁或诉讼,造成了司法资源的浪费。

(六)仲裁员聘任条款缺乏可操作性,导致仲裁员素质良莠不齐

我国《仲裁法》第13条对仲裁员的资格条件做出了明确规定:仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。仲裁员应当符合下列条件之一:(一)从事仲裁工作满8年的;(二)从事律师

② 侯登华:“论仲裁员的公正性保障”,载《仲裁与法律》2002年第3期,第52~53页。

③ 陈忠谦:“仲裁员自由裁量权探析”,载《仲裁研究》第20辑,第8页。

工作满8年的;(三)曾任审判员满8年的;(四)从事法律研究,教学工作并具有高级职称的;(五)具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。仲裁委员会按照不同专业设仲裁员名册。其实,在英美,包括香港地区,担任仲裁员是没有法定资格限制的。根据英国《1996年仲裁法》的规定,任何自然人都可能被任命为仲裁员。非英国公民或者在英国没有住所的人完全可以在英国担任仲裁员。也就是说,除非当事人另有约定,仲裁员基本上不需要具备特别的资格。^④ 相比之下,我国法律对仲裁员资格的规定可谓相当严格了,可是为什么还会出现仲裁员素质良莠不齐的现象呢?这里既有法律本身规定的缺陷,也有一些客观因素:其一,我国《仲裁法》虽然对仲裁员的聘任实体资格做了规定,但是对仲裁员的聘任、解聘、除名等具体条件和程序均没有提及,立法的本意是将此问题留给各个仲裁机构自己解决,可是因为缺乏统一的标准和尺度,导致仲裁机构在聘任仲裁员时有很大的随意性,从入口上造成了仲裁员素质的良莠不齐。其二,《仲裁法》第13条的规定也过于弹性,如“从事法律研究,教学工作并具有高级职称的;具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的”,往往成为规避仲裁员资格的突破口。^⑤ 其三,虽然所聘的仲裁员符合《仲裁法》规定的条件,但由于职业、年龄、学识、实践、价值观、道德观、担任仲裁员的动机不同等,造成了仲裁员之间的差别。另外,还有一点原因在于,仲裁机构在组建的过程中,有的因为考虑案源的因素,照顾方方面面的关系而放低门槛;有的因为来不及对每个仲裁员人选的责任心和办案能力等进行详细考察就聘任了,结果聘任的仲裁员有的业务能力不强,有的品格不高,有的责任心不强,有的甚至不熟悉仲裁立法,这样导致仲裁员整体素质不理想,对仲裁机构声誉的影响极大。仲裁机构面对这种情况,规制和监督必不可少。

二、仲裁员保护的必要性

纵观当今理论界和实务界,对仲裁员监督的讨论热情远远大于对仲裁员保护问题的讨论热情,这一方面是由于仲裁的基础来源于当事人的信任,鲜有当事人对仲裁员无端挑衅的情形出现,但归根到底还是仲裁观的问题。观念不开明,禁忌就会滋生。人们更关注的是对仲裁员的监督规制而不是保护。2010年6月1日,湖南永州零陵区人民法院庭审过程中,三名法官遭到枪杀,法官的保护尚且如此薄弱,而况仲裁员乎?这是个案,但是法律人的保护问题的确应该引起重视。

(一)枉法裁决罪的设立导致仲裁员接受案件产生顾虑

众所周知,仲裁的好坏取决于仲裁员,通常仲裁员都是各个行业的精英,枉法裁决罪的规定,使得他们在接受仲裁员的委任时开始顾虑到当事人滥用刑事控告权,以致损害自己的名誉及本职业的事业发展。一些谨慎的精英仲裁员可能因此就尽量不接受委任。^⑥ 如果不对仲裁员采取相应措施进行保护,消除这种顾虑,就会失去优秀的仲裁员,对仲裁的前途产生非常不利的影响。

(二)仲裁员的崇高地位没有得到确立

仲裁的一裁终局,是仲裁效率优势的体现。在诉讼程序中,如果当事人认为判决结果对他不公平,还可以提出上诉,但是在仲裁程序中,除了法律规定的极其有限的几种特殊情况,仲裁裁决

^④ 张恩思:“中英海事仲裁制度若干法律问题的比较研究”,上海海运学院2003年硕士学位论文,第26页。

^⑤ 唐云峰:“论仲裁员制度的相关问题(上)”,载《仲裁研究》第5辑,第73页。

^⑥ 宋连斌:“枉法仲裁罪批判”,载《北京仲裁》第62辑,第35页。