

# 21 世纪中国国际仲裁法律制度现代化与国际化的发展方向

赵秀文

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

**内容提要:** 本文在阐述我国现行的仲裁立法与实践的基础上, 对完善我国的仲裁立法与实践和加快我国仲裁立法与实践的现代化和国际化的步伐, 提出了一些具体的建议。作者认为, 与国际上通行的做法相比, 我国现行仲裁立法与实践仍然有一些尚待改进与完善的地方。为了使我国的仲裁事业融入国际仲裁市场, 加快我国仲裁事业的现代化和国际化的进程, 应当参照《示范法》的规定, 对我国现行的仲裁法进行修订, 以便使我国国际仲裁法律制度不断地加以完善。

**关键词:** 中国; 国际仲裁法律制度; 现代化与国际化; 发展方向

## 一、中国仲裁立法的现状

中国仲裁立法是中国立法机关制订的或者中国缔结和参加的关于调整仲裁关系的法律规范的总称。这些法律规范主要表现在两个方面: 一是我国调整涉外经济关系的有关的国内仲裁立法中, 二是表现在我国缔结或参加的双边或多边国际公约中。

### (一) 国内仲裁立法

我国调整国际商事仲裁关系的法律主要是 1994 年颁布的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)。此外, 我国《民事诉讼法》和其它一些法律中, 如《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《合同法》等, 也有关于通过仲裁解决中外当事人之间争议的规定。

我国《仲裁法》于 1994 年 8 月 31 日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议一致通过, 1995 年 9 月 1 日起施行。该法是新中国成立以来首次颁布的专门调整仲裁关系的法律, 是在加快建立我国社会主义市场经济体制的过程中出台的。该法

在制订的过程中, 充分考虑了我国建立社会主义市场经济体制的要求, 借鉴了国外成功仲裁制度的有益经验和国际上通行的做法, 特别是《纽约公约》和联合国贸法会制订的 1985 年《国际商事示范法》。从整体上看, 是一部水平较高的符合国际通行的仲裁法。主要表现在以下几个方面:

首先, 该法体现了国际上通行的当事人意思自治原则。当事人之间业已存在的有效的仲裁协议, 是仲裁机构取得对仲裁案件管辖权的唯一的依据。如果不存在此项协议, 或者该协议依据《仲裁法》为无效仲裁协议, 仲裁机构就不能取得对仲裁案件的管辖权。此外, 当事人可自行选定受理争议的仲裁委员会(第 6 条)和审理仲裁案件的仲裁员(第 31 条)。当事人申请仲裁后, 也可以自行和解(第 49 条)或通过调解的方式解决他们之间的争议(第 51 条)。

其次, 该法还充分地体现了仲裁独立原则。具体

\* 收稿日期: 2001-04-16

作者简介: 赵秀文(1951-), 女, 中国人民大学法学院教授、法学博士, 中国国际经济贸易仲裁委员会和世界知识产权组织仲裁与调解中心等仲裁机构仲裁员。主要研究方向为国际经济法、国际商事仲裁等。

《仲裁法》第 4 条。

《仲裁法》第 16、17 条。

表现在: 第一, 仲裁条款的独立性。对于近年来国际上普遍认可的仲裁条款可独立于它所依据的合同的原理和做法, 在《仲裁法》中也得到了充分的体现。根据该法第 19 条的规定, 仲裁协议独立存在, 合同的变更、解除、终止或者无效, 不影响仲裁协议的效力。第二, 仲裁机构的独立性。该法特别明确了负责审理争议的仲裁委员会的法律地位: 这些仲裁委员会独立于国家行政机关, 与行政机关没有隶属关系。就这些仲裁委员会之间的关系而言, 他们之间的法律地位也是平等的, 相互之间也不存在隶属关系(第 14 条)。

再次, 该法就在我国进行的涉外仲裁在第七章作了特别的规定, 就涉外仲裁机构的设立、仲裁员的聘任和涉外仲裁裁决的撤销与执行, 作出了专门规定。特别是法院在根据当事人请求对涉外仲裁裁决进行司法复审的问题上, 作出了与国内仲裁机构的仲裁裁决不同的规定。

最后, 法院在仲裁中的作用, 包括协助和监督两种作用。法院对国际商事仲裁的协助, 具体表现在: (1) 如果当事人订有仲裁协议, 则法院不受理据此协议产生的争议。按照我国《民事诉讼法》第 257 条的规定, 涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷, 当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议, 提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其它仲裁机构仲裁的, 当事人不得向人民法院起诉。(2) 协助仲裁中的财产保全, 根据《民事诉讼法》第 258 条, 当事人申请采取财产保全的, 中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请, 提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。(3) 协助执行仲裁裁决。只有在法律规定不予执行的条件下, 法院才可裁定拒绝承认与执行仲裁裁决。另一方面, 法院对涉外仲裁的监督, 主要表现在对仲裁裁决所进行的司法复审。当事人申请撤销或强制执行仲裁裁决的过程中, 法院只是按照《民事诉讼法》第 260 条(1) 款的规定进行程序上的审查, 而不对涉外仲裁裁决所涉及的实体问题进行审查, 这一点与国内仲裁机构作出的仲裁裁决所进行的审查是有所区别的: 法院在对国内仲裁裁决的审查, 所适用的是《民事诉讼法》第 217 条。

## 二、国际仲裁立法

---

根据该法第 70 条和 71 条的规定, 涉外仲裁裁决的撤销和拒绝执行适用我国《民事诉讼法》第 260 条(1) 款的规定, 据此规定, 法院不对仲裁裁决进行实体审查。法院在对国内仲裁裁决进行司法复审时, 适用第 217 条的规定, 据此规定, 法院除了对程序问题进行审查外, 还对某些实体问题进行审查, 如仲裁庭认定事实的主要证据不足, 适用法律上的错误, 以及仲裁员在仲裁案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁决等行为, 均属法院的审查范围。

我国与其他国家订立的或者签署的调整国际商事仲裁关系的双边或多边国际公约, 也是我国国际仲裁立法的重要内容。主要表现在:

### 1. 双边条约

我国与其他国家之间订立的含有通过仲裁解决争议的规定的双边条约主要有:

#### (1) 贸易协定

如 1979 年《中华人民共和国和美利坚合众国贸易关系协定》第 8 条规定:

(一) 缔约双方对两国的商号、公司和贸易组织间签订的合同所引起的或与其有关的任何争议, 鼓励其通过友好协商、调解或其它双方均可接受的方式, 迅速解决。(二) 如果此类争议按上述方式之一不能迅速解决, 争议双方可以根据合同规定的条款或仲裁协议, 提请仲裁解决。此类仲裁可以由中华人民共和国、美利坚合众国或第三国的仲裁机构进行。仲裁采用各该仲裁机构的仲裁程序规则, 也可以在争议双方和仲裁机构同意的情况下, 采用联合国推荐的联合国国际贸易法委员会仲裁规则, 或其他仲裁规则。(三) 缔约各方应设法保证由被申请执行仲裁裁决的国家主管当局, 根据适用的法律和规章, 承认与执行仲裁裁决。目前, 我国已经与包括欧盟在内的一百多个国家和地区订立了此项贸易协定。

#### (2) 投资保护协定

自我国施行改革开放政策以来, 我国已经与世界上 90 多个国家订立了此项协定。在这些协定中, 详细规定了通过仲裁解决由于执行双边投资保护协定, 包括对协定的解释和适用中产生的争议; 以及缔约任何一方与缔约另一方的投资者之间关于投资争议的解决, 特别是在征收和国有化补偿问题上而产生的争议, 提交国际仲裁庭解决。这些双边协定还就仲裁庭的组成、仲裁规则的适用、仲裁裁决的效力、仲裁费用的分担等, 作出了具体的规定。

### 2. 多边国际公约

一些主要的调整国际商事仲裁的国际公约, 我国均为缔约国。这些公约是:

#### (1) 《纽约承认与执行外国仲裁裁决公约》

我国于 1987 年 1 月 22 日成为《纽约公约》的缔约国。我国在加入该公约时作出了两点公约允许的保留声明: 1) 互惠保留声明, 即我国仅对在另一缔约

国领土内作出的仲裁裁决承认与执行上适用公约；  
2) 商事保留声明，即我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事关系所引起的争议适用该公约。所谓“根据中国法律属于契约性和非契约性商事关系”，按照最高人民法院于1987年4月10日“关于中国加入《纽约公约》的通知”中所作的解释，具体是指“由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利与义务关系，例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”

## (2)《华盛顿公约》

该公约由世界银行主持制订，全称为1965年《华盛顿解决国家与他国国民之间投资争议公约》，故简称《华盛顿公约》。据此公约，设立了解决投资争议国际中心(International Center for the Settlement of Investment Dispute, 以下简称中心或ICSID)。专门处理国家与他国国民之间的投资争议。该中心的宗旨是为解决《华盛顿公约》各缔约国与其它缔约国的国民之间的投资争议提供调解与仲裁的便利。截至1997年7月14日，签署该公约的国家已达138个，其中有127个国家已经批准了该公约。ICSID的设立，对于创造一个良好的投资环境，促进国际经济技术合作与交往，发挥着重要的作用。ICSID自1965年成立以来的三十多年间，共受理了三十多件仲裁案，其中形成终局裁决的只有十件。尽管ICSID受理的案件数量有限，但其作出的裁决有着重要的影响。因为ICSID所受理的案件的范围有限，且仅限于法律方面的争议，其中许多问题还涉及国家主权和国际法的适用问题，它的裁决不同于世界上任何一个仲裁机构的裁决，它相当于各国法院的终局判决，国家法院无权对它进行任何形式的审查，包括形式上的审查。

我国于1990年2月签署了《华盛顿公约》，1993年2月6日正式加入此公约。因此，我国与该公约缔约国国民之间的投资争议，在双方订有书面仲裁协议的情况下，也可提交ICSID仲裁解决。但根据我

国政府在加入此公约时所提出的保留条件，中国政府在加入时已经向ICSID发出通知：根据公约第24条(4)款，中国政府只考虑将由于征收和国有化而产生的赔偿争议交由ICSID管辖。由于我国良好的投资环境，至今尚无此先例。

此外，我国还参加了《多边投资担保机构公约》，该公约对于由于公约的解释或执行过程中产生的争议，也可通过仲裁的方式解决。

在此还应当指出的是：除了中国现行的仲裁法和中国缔结或参加的双边或多边国际公约外，最高人民法院为执行仲裁法而发布的司法解释，以及人民法院和中国仲裁机构的司法实践中所形成的法院判决或仲裁裁决，以及中国各仲裁机构的仲裁规则，均可作为了解与研究中国涉外仲裁法的重要参考资料。

## 二、我国仲裁立法的完善

就中国仲裁立法而言，应当说基本上符合国际上有关仲裁的一般做法：国际商事仲裁的一般原则，如当事人意思自治原则、公正独立地解决争议等，均在现行仲裁立法中有所体现。然而，中国国际仲裁立法与以联合国国际贸易法委员会制订的1985年《国际商事仲裁示范法》(简称为《示范法》)为代表的国际商事仲裁立法相比，尚有一定的差距，仍然有待于进一步的完善。笔者认为，中国仲裁立法与《示范法》的差距和尚需完善之处，主要表现在以下六个方面：

### (一) 关于机构仲裁与临时仲裁

我国现行的仲裁立法，除了我国政府与其他一些国家在双边投资保护协定中有关于通过临时仲裁机构组成的仲裁庭解决有关争议的规定外，《仲裁法》中尚无关于临时仲裁机构解决争议的规定，故至此在我国尚无这方面的实践。我国《仲裁法》上只有常设仲裁机构存在的余地，而并无临时仲裁的地位，这不能说不是立法上的一个缺憾。随着我国仲裁事业的逐步普及与深入，临时仲裁也会逐步地为国家法律所认可，应当说这是我国仲裁立法的发展趋势。

在国际商事仲裁立法与实践上，仲裁的概念既包括机构仲裁，也包括临时仲裁。联合国贸法会在1976年制订的《仲裁规则》，其本意主要是为了满足

程德钧 涉外仲裁与法律(第一辑)[M] 北京:中国人民大学出版社,1992 15

Yearbook Commercial Arbitration, XXII, 1997, pp. 1067-1072

Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur Marriott and Derek Wook, Handbook of Arbitration Practice, Sweet & Maxwell, 1998,

临时仲裁的需要, 尽管许多仲裁机构均允许当事人选择适用该规则。在国际商事仲裁实践上, 尽管机构仲裁发挥着重要的作用, 但临时仲裁也有方便快捷、为当事人节省费用的特点, 特别是一些争议金额不大, 当事人有希望尽快解决的案件, 他们更希望找到一位双方均信赖的专家, 在最短的时间内, 如几个小时或几天内, 使他们之间的争议得以了结。在机构仲裁的情况下, 从申请人在仲裁委员会立案、仲裁庭组庭、开庭审理, 到仲裁裁决的作出, 在最快的情况下, 至少也需要 1- 2 周, 甚至更长的时间, 其中有些案情比较复杂的案件, 1- 2 年才能结案。因此, 临时仲裁庭对于那些争议金额不大、当事人迫切要求及时解决的案件中所体现的方便、及时、节省费用的特点, 是机构仲裁所无法比拟的。在国际商事仲裁实践上, 特别是某些海事仲裁案件, 如有关海上货物运输中由于船舶滞期而发生的争议, 许多都是通过临时仲裁机构解决的, 为的是节省时间和减少费用, 提高经济效益。

从另一个方面来说, 《纽约公约》中规定的承认与执行外国仲裁裁决, 既包括常设仲裁机构作出的仲裁裁决, 也包括临时仲裁机构作出的仲裁裁决。我国法院执行的外国仲裁裁决, 也包括由临时仲裁机构在外国作出的仲裁裁决。目前, 除了我国与一些国家订立的双边投资保护协议中有的有关于通过仲裁方式解决我国政府与外国投资者之间的争议外, 现行的国内仲裁法中没有临时仲裁的地位本身, 即造成中国当事人与外国当事人之间的不平等。因为如果外国当事人与中国当事人就某一商事纠纷约定在国外进行临时仲裁, 而且这一临时仲裁机构按照约定的仲裁规则作出了中方败诉的裁决, 如果中方当事人未能自动执行这一在《纽约公约》缔约国境内作出的裁决, 则外方当事人即可依照《纽约公约》向中方当事人所在地的人民法院申请强制执行该裁决。中国法院应当依据公约中的规定进行审查, 如果

裁决不存在第 5 条规定的情形, 法院就应当承认该裁决的效力, 并予以强制执行。另一方面, 如果当事人约定在中国进行临时仲裁, 且临时仲裁庭按照当事人之间的约定的仲裁规则进行了仲裁, 作出了外方败诉的裁决。则外方当事人既可以根据我国仲裁法的规定, 以当事人在仲裁协议中没有约定仲裁机构而导致仲裁协议无效为由, 向裁决地中级人民法院申请撤销该裁决, 也可以在中方当事人向该外方当事人所在地法院申请执行该裁决时提出抗辩: 根据裁决地法——中国仲裁法第 18 条关于当事人在仲裁协议中没有约定仲裁机构为由, 该仲裁协议无效, 而根据无效仲裁协议作出的仲裁裁决不能得到执行地法院的承认与执行。

我国有的论著认为, 中国法律不承认临时仲裁, 不仅造成我国当事人与外当事人之间的不对等, 也造成国家内部不同地区之间的不对等。例如, 香港《2000 年仲裁(修订)条例》于 2000 年 2 月 1 日开始实施, 正式落实内地与特区之间先前达成的相互执行仲裁裁决的安排, 有利于内地和香港两地仲裁工作的进行。按照内地与香港特别行政区之间相互执行仲裁裁决的安排, 内地应当执行香港地区的仲裁裁决, 包括临时裁决。而香港法院则只承认与执行国务院法制办公室提供的内地仲裁委员会名单中指定的仲裁委员会的仲裁裁决, 显然不会承认与执行在内地作出的临时仲裁裁决。

对上述论著中提到的关于“中国法律不承认临时仲裁”的看法, 笔者不敢苟同, 理由是: 第一, 对于由外国临时仲裁庭作出的裁决, 我国法院依法按照《纽约公约》或根据互惠原则, 作为外国仲裁裁决予以执行。第二, 我国与其他一些国家订立的《投资保护协定》中规定的解决政府之间或者东道国政府与外国投资者之间由于投资而产生的争议, 同样也可以提交临时仲裁庭解决。第三, 如果我国当事人与外国当事人或者外国当事人之间订立的一般国际商事

例如, 中国与荷兰之间订立的《关于相互鼓励和保护投资协定》中的第 9 条规定, (1) 缔约一方与其领土内投资的缔约另一方投资者之间关于投资的争议, 如可能, 应友好解决。(2) 如果该争议从任何一方要求友好解决之日起 6 个月内未能依照本条第(1)款的规定解决, 且双方又未商定其他解决办法, 有关投资者可以选择以下一种或两种解决办法: 1. 向接受投资缔约一方的行政主管机关申诉并寻求救济; 2. 向接受投资缔约一方有管辖权的法院起诉。(3) 征收、国有化或其他类似措施发生后, 有关将要支付的补偿金额的争议, 从任何一方要求友好解决之日起 6 个月内未能依照本条第(1)款的规定解决, 若投资者愿意, 应提交接受投资缔约一方有管辖权的法院或国际仲裁。根据上述协定的议定书的规定, 如果投资者选择将争议提交国际仲裁, 该争议应提交专设仲裁庭(ad hoc arbitration)解决。此项仲裁庭应由三名仲裁员组成, 双方各委派一名仲裁员, 该两名仲裁员共同委派一名非缔约任何一方国民为首席仲裁员。仲裁员应在收到仲裁要求后两个月内委派, 首席仲裁员应在第二名仲裁员委派之后 3 个月内委派。若某项委派未能在上述期限内作出, 任何一方可以请求斯德哥尔摩商会仲裁院主席进行必要的一项或多项委派。仲裁程序由仲裁庭制订, 仲裁庭在制订该程序规则时, 应参考《华盛顿公约》中的规定, 并依据本协定、有关的国内法和缔约双方均接受的国际法原则的基础上作出裁决。裁决由多数票作出, 为终局裁决, 对双方当事人均有拘束力。应任何一方的要求, 仲裁庭应陈述其裁决的法律依据, 并提供作出裁决的理由。各方承担各自委派的仲裁员的费用。首席仲裁员及仲裁庭的有关费用由双方平均负担。

《纽约公约》第 5 条(1)款(a)项。

康明 临时仲裁及其在我国现状和发展(下)[J]. 仲裁与法律, 2000, (4): 14

合同中规定通过临时仲裁庭解决他们之间的争议,同时约定仲裁地点在中国,仲裁庭作出的裁决,应当视为中国裁决,这样的裁决应当受我国法院的监督。

然而,上述论著中关于“中国法律不承认临时仲裁”的观点也有一定的法律依据。这是因为我国《仲裁法》明文规定,仲裁协议必须就仲裁选定的仲裁委员会作出约定,否则无效。因此,在我国目前状况下,临时仲裁机构的存在只是极为偶然的现象,就我国仲裁法项下意义上的仲裁而言,的确没有临时仲裁存在的余地,这一点与国际上多数国家的通行做法显然不符。因此,完善我国国际仲裁的法律制度,就应当在对《仲裁法》进行修订时,将临时仲裁庭的法律地位列入议程。当然,我国对临时仲裁未予规定,可能有其他的考虑,如仲裁解决争议的方法尚未深入人心,仲裁员的素质也有待于进一步的提高等。然而,从中外当事人对等的角度出发,我国法律应当给临时仲裁予一席之地,因为我国根据《纽约公约》承担了承认与执行外国仲裁裁决的义务,而此外国仲裁裁决也包括临时仲裁庭作出的裁决。如果我国法律上无临时仲裁的地位,则当事人约定的临时仲裁庭在我国境内作出的仲裁裁决,依据我国法律为无效,而该无效仲裁裁决依据《纽约公约》就可能遭到外国法院的拒绝执行。反之,如果该裁决由临时仲裁庭在中国境外的《纽约公约》缔约国领土上作出,当事人向我国法院申请执行时,我国法院就不能以该裁决所依据的仲裁协议依据我国仲裁法为无效仲裁协议为由,拒绝承认与执行该临时仲裁裁决。

## (二) 关于仲裁协议有效性的认定

关于仲裁协议的有效性,我国法律对此作出了比较严格的规定,而这个问题与临时仲裁也有一定的联系。按照《示范法》和其他一些国家和地区有关调整国际商事仲裁关系的法律,只要当事人在仲裁协议中就通过仲裁解决他们之间的特定争议及仲裁地点或者该仲裁应当适用的法律作出约定,这样的仲裁协议就是有效的。其余不完善的地方,可以由法院加以完善。如果当事人仅就在北京仲裁作出约定,并未具体说明北京的哪一个仲裁机构,中国国际经济贸易仲裁委员会还是北京仲裁委员会?在这种情况下,如果双方当事人就此不能达成协议,法

院就可根据一方当事人的申请,指定其中的一家仲裁机构仲裁,而不认定当事人之间的仲裁协议无效。但按照现行的法律,如果当事人不能就选定的仲裁委员会达成一致,仲裁协议即为无效。

目前我国的合同法就合同形式要件中关于口头合同的效力问题作出了明确规定,包括通过电子邮件订立的合同,只要当事人提出证据证明他们就合同内容所达成的意思,这样的合同就应当受到我国法律的保护。就仲裁协议的效力而言,特别是国际仲裁协议,如果当事人在协议中表达了通过仲裁解决他们之间特定争议的意思,并且就进行仲裁的地点或者仲裁应当适用的法律作出约定,这样的协议就应当认定其为有效,尽管没有就仲裁机构作出约定。仲裁协议中的某些不完善之处,可以通过法律加以完善,由法律规定当事人可向有管辖权的法院提出申请,由法院通过作出裁定的方式,对仲裁员、仲裁地点或仲裁机构等作出指定。为此,对我国现行仲裁法作出修订,是必要的。

我国现行仲裁法对仲裁协议有效性的规定过于严格,这一点也与现行法律不允许我国临时仲裁机构的存在有关,在对仲裁法进行修订的过程中,如果法律允许我国临时仲裁机构的存在,当事人约定将争议提交该临时仲裁机构解决的情况下,即便仲裁协议不是很完善,只要双方当事人通过仲裁解决争议的意思表示时明确的,就可以由法院通过审判实践,对仲裁协议加以完善。如法院可根据一方当事人的请求,令当事人将争议提交仲裁解决,或者对审理案件的仲裁员作出指定等。

## (三) 仲裁员名册制度

仲裁员是仲裁案件的直接审理者,素有“民间法官”之称。被指定为审理某一特定案件的仲裁员,能否秉公断案,独立、公正地审理当事人所提交的争议,进而作出公正、合理的裁决,与该仲裁员的个人修养、道德、人品、相关业务、法律和独立解决争议的能力有着直接的关系。因此,仲裁员本人所具有的上述各种综合素质的高低,直接决定着(她)能否独立、公正地审理仲裁案件。对于仲裁员的资格及其指定,我国《仲裁法》作出了比较严格的规定。按照

《中华人民共和国仲裁法》第 16、18 条。

我国仲裁法第 16 条规定,仲裁协议应当包括下列内容:(1)请求仲裁的意思表示;(2)仲裁事项;(3)选定的仲裁委员会。根据第 18 条的规定,仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。

根据我国《仲裁法》第 13 条(2)款的规定,仲裁员应当符合下列条件之一:(1)从事仲裁工作满八年的;(2)从事律师工作满八年的;(3)曾任审判员满八年的;(4)从事法律研究、教学工作并具有高级职称的,(5)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。

《示范法》和各国有关仲裁的立法,一般对仲裁员的资格和条件并无规定,其基本条件是有完全的行为能力,是由当事人自行选择的他们认为能够独立公正地处理当事人之间争议的与争议无利害关系的本国或外国国民。当然,在我国现行条件下,对仲裁员的资格规定的严格一些,并没有坏处,即便如此,当事人的选择余地还是很大的。笔者认为,在仲裁员的资格和指定的问题上,目前存在的问题不是法律对仲裁员的资格规定得过于严格,而是我国法律规定的仲裁员名册制度和各个仲裁委员会以此规定所实施的仲裁员名册制度。按照我国现行的《仲裁法》,仲裁委员会应当具有专门的仲裁员名册,只有那些列入名册的人,才有可能被指定为仲裁员。其结果,每个仲裁委员会都有自己的仲裁员名册,当事人或仲裁机构在指定仲裁员时,只能在该仲裁机构的仲裁员名册中指定,而不能指定其他仲裁机构的仲裁员名册中的仲裁员。于我国的上述做法形成鲜明对照的是:在其他许多国家设立的国际商事仲裁机构,包括国际商会国际仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院、美国仲裁协会等,这些机构或者没有专门的仲裁员名册,或者即便有名册,当事人在指定仲裁员时,也不受此名册的限制,他们可以在名册中指定仲裁员,也可指定在名册之外的人作为解决他们之间争议的仲裁员。一些国外的专家学者对我国国际经济贸易仲裁委员会的名册制度作出了如下评论:“尽管CIETAC名册中有许多中外技术方面的专家,但这个名册无论如何也不可能包括所有方面的专家。CIETAC要成为一个真正的国际仲裁机构,其仲裁员名册制度应当终止,或者该名册至少应当是建议性的。”

笔者认为,在我国现行制度的基础上,可以实行仲裁员资格认定和注册制度。凡是符合我国仲裁法规定的条件的人士,经过一定的有关解决争议课程的培训,考试合格者,可由专门的机构颁发仲裁员资格证书。凡是取得该证书的人士,当事人或者仲裁委员会主任均可指定其为仲裁员。换言之,凡是在我国境内取得仲裁员资格的自然人,经当事人、仲裁机构或法院指定,均可作为某一特定案件的仲裁员,在常设仲裁机构或临时仲裁机构的仲裁庭中,作为合议仲裁庭或独任仲裁庭的仲裁员,主持或者参与对某

一特定案件的审理。

#### (四) 仲裁管辖权的决定机构

管辖权问题与仲裁协议的有效性密切相关:凡是法律上有效的仲裁协议,仲裁庭就可以决定该协议项下的管辖权;而对于无效仲裁协议,则不能获得协议项下的管辖权。我国现行法律规定仲裁委员会和法院均有权对仲裁协议的有效性作出决定。也就是说,除法院外,仲裁委员会,而不是仲裁庭,有权对仲裁协议的有效性作出决定。应当说,仲裁庭是仲裁案件的审理者,在决定仲裁协议有效性问题上,不可避免地涉及争议案件的具体内容。仲裁委员会行使的主要是管理职能,在受理仲裁案件时,可以对仲裁协议有效性问题作出初步认定。即如果认为仲裁协议表面上有效,就可以受理。如果另一方当事人在仲裁审理中继续对仲裁庭的管辖权提出异议,在仲裁庭组庭后,仲裁庭的管辖权决定就应当由仲裁庭对其管辖权问题作出裁定。

最高人民法院关于确认仲裁协议效力的几个问题的批复中指出:“当事人对仲裁协议的效力有异议的,一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议效力,另一方当事人请求人民法院确认仲裁协议无效,如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定,人民法院不予受理;如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定,人民法院应予受理,同时通知仲裁机构中止仲裁。”笔者认为,只要有一方当事人对仲裁协议的效力有异议并将此异议提交法院裁定的,无论仲裁委员会是否已经受理,是否已经作出决定,法院都应该受理。因为如果仲裁委员会在先于人民法院接受申请并已作出决定的情况下,如果该方当事人对仲裁机构的决定不服,对仲裁协议的有效性仍然有异议,如果不允许该方当事人向法院起诉,则即便仲裁庭继续审理该案并作出裁决,对协议有异议的一方当事人势必以该裁决所依据的仲裁协议无效为由,向法院申请撤销该裁决。到那时,法院还要对该有争议的仲裁协议的有效性重新进行审理并作出裁定,如果法院对该协议的效力的认定与仲裁机构的认定正好相反,法院就会依法撤销该仲裁裁决。因此,与其在仲裁裁决作出后法院对有争议的仲裁协议的效力作出认定,不如在仲裁开始之前或者在仲裁程序进行之中对该协议的有效性作出裁定。如

仲裁法第13条(3)款

Russell Thirgood, Critique of Foreign Arbitration in China, *J. Int'l Arb.* 2000, No. 3 at 98; Michael J. Moser, CIETAC Arbitration: A Success Story? *Int'l Arb.* 1998 No. 1, at 30  
1998年10月26日,法释(1998)27号。

果法院认定该仲裁协议有效,仲裁庭继续进行仲裁程序并作出裁决,当裁决作出后,当事人不得在就该仲裁协议的有效性问题的再次向法院提出申诉。如果法院认定该仲裁协议无效,则仲裁机构就不应当再对该案进行审理。在修订仲裁法的过程中,是否应当考虑应当准许法院受理当事人提出的有关仲裁协议异议的申诉,同时,如果仲裁机构先于法院受理了该案并作出了有管辖权的决定,当事人如果不服此项裁定,可以在此项决定作出后的一定期限内,比如15天或30天内,向仲裁机构所在地的中级人民法院起诉,由法院作出决定。法院的决定是终局的,不得上诉。如果法院认定该仲裁协议有效,仲裁机构进行仲裁程序并作出仲裁裁决,当事人在裁决作出后不得再向法院提出仲裁协议无效的抗辩。如果法院认为该仲裁协议无效,仲裁庭就应当终止对该仲裁案件的审理,进而避免仲裁庭作出裁决后,相关当事人以仲裁协议无效为由,申请撤销仲裁裁决。

#### (五) 临时性保全措施的规定

按照世界上多数国家的立法与实践,仲裁庭和法院均可作出临时性保全措施的决定,临时性保全措施只是为了防止一方当事人在裁决作出之前将其财产转移,旨在防止裁决作出后无法执行。在国际商事仲裁实践上,一方面,仲裁庭作出的临时性保全措施的决定有待于法院的执行,另一方面,法院作出此项裁定,与仲裁解决争议无悖。

为了更好地保护各有关当事人的合法权益,我国不妨借鉴这些国家的立法经验,规定法院和仲裁庭均有权就仲裁协议项下的事项作出临时性保全措施的决定。

法院在仲裁程序开始前作出此项裁定时,应当附具当事人应当在裁定作出后若干天内申请仲裁的条件,这样作可以更好地协调仲裁和法院的关系,发挥两个积极性,也符合国际上的一般做法。如果当事人在仲裁程序开始后请求对争议标的采取临时性措施,仲裁庭也可以作出采取此项措施的决定。当然,对此项决定的执行,必须取得执行地法院的协助。

从我国现行国际经济贸易仲裁的实践看,CIETAC在1998年修订的仲裁规则,已经允许当事人

申请在CIETAC仲裁而同时选择适用其它仲裁规则的情况。根据1998年5月10日起实施的CIETAC仲裁规则第7条的规定,凡当事人同意将争议提交CIETAC仲裁的,均视为同意按照本仲裁规则进行仲裁。但当事人另有约定且仲裁委员会同意的,从其约定。据此规定,如果当事人同意在CIETAC仲裁,而选择适用联合国贸法会的仲裁规则,仲裁委员会也可同意当事人选择适用联合国贸法会的仲裁规则。在这种情况下,根据该适用的规则,仲裁庭可以根据一方当事人的请求,对争议标的作出采取临时性措施的裁定。而这种做法本身,尽管与我国现行民事诉讼法和仲裁法中的规定不符,但也无碍大局。况且,CIETAC的前身——中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则,允许仲裁委员会主席作出保全措施的裁定。只是在1988年的仲裁规则中,为了使该仲裁规则与我国民事诉讼法的规定保持一致,才作出了相应的修改。

因此,在对我国现行法律进行修订的过程中,可以考虑参照联合国贸法会的《国际商事仲裁示范法》和《仲裁规则》中的有关规定,以及其他一些国家的有关立法与实践。一方面,即便当事人之间订有仲裁协议,在仲裁程序开始之前,一方当事人可以率先向法院申请对争议标的采取临时性措施,法院可以对此作出决定;另一方面,在仲裁程序开始之后,仲裁机构或仲裁庭也可以根据当事人的申请,作出对争议标的采取临时性措施的决定。

#### (六) 法院对仲裁裁决的司法复审标准

在法院对仲裁裁决进行的司法复审问题上,我国法律对国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决实施不同的审查标准:对涉外仲裁裁决的审查只是程序性的,而对国内仲裁裁决的审查则涉及实体问题。如认定事实的错误和适用法律上的错误,均构成撤销和不予执行仲裁裁决的理由。随着我国社会主义市场经济和仲裁事业的发展,可以在适当的时机,将国内仲裁与涉外仲裁融入一体,适用相同的审查内容,均不对裁决的实体问题进行审查。

我国法院应当继续对在我国境内作出的仲裁裁

例如,被几十个国家立法机构采纳的联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》第17条,被包括中国国际经济贸易仲裁委员会和其他许多国际商事仲裁机构准许适用的,以及被许多国际商事交易当事人在国际商事仲裁中选择适用的由该会制定的《仲裁规则》第26条,就规定了仲裁庭作出对争议标的采取临时性措施的决定的权力。

《国际商事仲裁示范法》第26条。

《暂行规则》第15条:“仲裁委员会主席依一方当事人申请,对同当事人有关的物资、产权可以规定临时办法,以保全当事人的权利。”

1988年仲裁规则第13条的规定是:“仲裁委员会可以根据当事人的申请和中国法律的规定,提请被申请人财产所在地或者仲裁机构所在地的中国法院作出关于保全措施的裁定。”

决依据我国的法律实施必要的监督,特别是在撤销和拒绝执行国际商事仲裁裁决方面,应当加强执法力度,尽管我国目前已经建立了撤销涉外仲裁裁决和拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决的报告制度,笔者认为,为了保证执法的质量,避免和防止地方保护主义,应当提高受理上述案件的法院的档次,如可以通过立法的方式,将上述案件的受理法院从各级中级人民法院提高到各省、市和自治区的高级人民法院。

### 三、中国仲裁实践的国际化与现代化发展方向

1994年后,随着《仲裁法》的颁布与实施,计划经济条件下原有的工商行政管理局所属的经济合同仲裁委员会已经不复存在,依据仲裁法在全国范围内设立了新的仲裁委员会,这些仲裁委员会均为独立的机构,不隶属于任何行政机关,他们之间也没有隶属关系,均依照当事人之间立的仲裁协议和一方当事人提交的仲裁申请,受理有关的仲裁案件。目前,全国已经有近150家这样的仲裁委员会。这些仲裁委员会主要受理国内经济仲裁案件,对于涉外经济案件,如果当事人之间订有将争议提交其中的某一仲裁委员会的规定,这些仲裁委员会也有权受理涉外仲裁案件。

#### (一)关于国内仲裁机构与涉外仲裁机构

在中国国际商事仲裁实践上,尽管国内的仲裁机构可以分为国内仲裁机构和涉外仲裁机构,国内仲裁机构主要受理国内案件,而涉外仲裁机构以受理国际仲裁案件为主,但从目前的发展趋势看,在实施仲裁法的过程中,无论是哪一个仲裁机构,其所受理的仲裁案件的管辖权,均以当事人在仲裁协议中所约定的仲裁机构为依据。换言之,仲裁协议是仲裁机构确定其对仲裁案件的管辖权的唯一的依据。从这一实际出发,中国现行的仲裁实践与国际上的一般做法也是相符的。现行仲裁实践总的发展趋势是淡化国内仲裁与国际仲裁的区别,中国关于仲裁的立法与实践,无疑也是与此项趋势相符的。

随着科学技术的迅速发展和因特网和电子商务在世界范围内的应用于发展,我国加入WTO进程的加快,我国现行的仲裁制度与我国社会主义市场经济一样,同样也面临着机遇和挑战。为了抓住这一千载难逢的机遇,迎接新世纪的挑战,必须加快我国仲裁制度的现代化和国际化的进程。为此,就要对我国现行的仲裁法中那些与《示范法》和国际仲裁立法

与实践中的一般做法不一致的条文进行修订。包括笔者在上面所提到的对我国现行仲裁法从六个方面加以完善的立法建议。

#### (二)关于我国仲裁机构制度的创新问题

在仲裁实践方面的改进,有些学者提出通过建立专业性仲裁机构的方式进行所谓仲裁制度的创新,由专业性的仲裁机构受理与其行业有关的仲裁案件,如农产品、纺织品贸易等仲裁委员会。笔者认为,与其在现有的一百多家仲裁委员会的基础上再设立新的专业性仲裁机构,不如实行仲裁员登记注册制度,并就注册仲裁员的专业特长分门别类,供全国乃至全世界的当事人或仲裁机构从中作出选择。

当然,由了解法律的相关专业人士解决其专业范围内的争议,比不了解该专业的仲裁员在解决特定领域内的争议方面更有其特定的优势,如便于使该特定领域内的争议得到更加公正、合理和迅速解决等,但不一定通过设立新的专业仲裁委员会的方式解决。在全国范围内实行仲裁员资格登记或认证制度,可以使我国的仲裁市场更加开放和自由竞争,凡是依法取得仲裁员资格的自然人,经当事人、仲裁机构或法院指定,均可作为某一特定案件的仲裁员,进而打破现行的各个仲裁委员会所实行的各自的仲裁员名册制度。当事人可在全国范围内,甚至世界范围内选择仲裁员。这样一来,当事人的选择余地就大多了,当事人可根据所涉及的案件的具体情况,从获得仲裁员资格的认证中选择具有特定业务知识、为人正派,并具有相关法律知识和解决争议经验的作为他们的仲裁员。

从我国仲裁法颁布后组建的常设仲裁机构看,遍及全国各地的仲裁机构已经够多了,堪称世界之最。而这些仲裁机构之间的发展也不平衡,有的仲裁机构每年受理的案件达几百件,而有的只有几件或几十件。每个仲裁委员会都有自己的仲裁员名册,当事人或仲裁委员会在指定仲裁员时,也只能在该特定的名册内指定,而不得超出名册的范围。而列入名册的仲裁员的水平也参差不齐,在全国范围内并没有形成统一的仲裁市场,这与WTO世界统一大市场的精神是不符的。随着经济全球化进程的加快,世界经济作为一个大市场,而仲裁作为服务贸易的一个产业,同样属于全球竞争的一个市场。当事人选

何敏,王娟“入世”与我国仲裁制度的创新[J].法学杂志,2000,(5):23

截至2000年底,全国共有仲裁委员会150多家。而美国仲裁协会在各地的分会,大约有40家。

择在哪一个仲裁机构仲裁,或者由哪一个或哪几个仲裁员组成仲裁庭审理他们之间的争议,完全出于对某一特定仲裁机构或仲裁员的信任。在一些比较知名的国际仲裁机构中,如国际商会国际仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院、美国仲裁协会等,有的虽然有仲裁员名册制度,但这些名册仅供当事人参考,设立仲裁员名册制度完全是为了方便当事人,以供当事人从中选择仲裁员。而当事人在选择仲裁员的过程中,并不受该名册的限制,他们可以在名册中选择受理他们之间争议案件的仲裁员,也可以不在此名册中选择,他们可以在全世界范围内选择他们所信赖的人作为其仲裁员。既然中国的经济要参与世界范围内的竞争,包括我们的服务产业,仲裁作为一种解决当事人之间争议的一种服务,也不应当局限于特定的地区。我国现行仲裁法允许当事人在仲裁协议中就解决他们之间争议的仲裁机构作出选择,各个仲裁机构的法律地位是平等的,且相互之间是独立的,不存在任何隶属关系。在不同地区设立仲裁机构,也是为了方便不同地区的当事人。但在仲裁员指定问题上,笔者认为不应当局限于该特定仲裁机构的仲裁员名册。而应当由当事人所信赖的、懂业务、懂法律、能够公正、独立地解决争议的具有仲裁员资格的人,作为审理某一特定案件的仲裁员。实行在全国范围内的仲裁员资格认证制度,可以使更多的专业人士不断地参加到仲裁员的队伍之中,对于特定领域内的争议的仲裁,可以通过从有仲裁员资格且具备该特定领域的专业知识的人员中进行选择,这样做比建立新的专业仲裁机构更为科学,由具备特定资格的仲裁员审理特定领域内的仲裁案件的争议会比专门设立新的专业仲裁委员会更加经济、迅速、高效。

(三)我国加快仲裁事业的现代化和国际化的方向

为了实现由具备特定资格的仲裁员实施对特定领域内的争议的公正、迅速的审理,加速我国仲裁事业的现代化和国际化的进程,笔者主张:

首先,对我国现行的仲裁法进行修订,允许临时仲裁庭(机构)的存在,即允许当事人选择具备仲裁

员资格的人员作为审理他们之间特定争议的仲裁员。临时仲裁庭根据当事人之间的仲裁协议作出的仲裁裁决,与在仲裁委员会管理之下的仲裁庭作出的仲裁裁决,具有同等的法律效力。

其次,打破现行的各仲裁委员会各自为政的现状,实行全国范围内的仲裁员资格认证和注册制度,设立仲裁员人才库,并利用现代化的信息技术和技术手段,将所有具备仲裁员资格的人列入该人才库,并在因特网上公布,供相关仲裁委员会和当事人选择。

第三,加强法院对仲裁的作用和监督机制。当事人在仲裁协议中如未能对仲裁员或仲裁机构作出约定的情况下,不应当简单地认定仲裁协议无效,而应当尽量满足当事人通过仲裁解决他们之间争议的愿望,当事人如果不能就解决他们之间争议的仲裁机构或仲裁员达成一致,由法律规定法院对解决此项争议的仲裁机构或仲裁员作出指定的权利。法院在指定仲裁员时,应当考虑到该特定案件的性质和各方当事人的愿望,在全国范围内的仲裁员人才库中为当事人指定适当的仲裁员。

#### 四、结论

通过上述分析,我们可以得出如下结论:

1. 尽管我国现行有关调整国际商事仲裁的法律已成体系,并且体现了一般国际商事仲裁中关于当事人意思自治、仲裁条款独立、法院依法实施监督等现代国际商事仲裁法的一般基本原则,但仍然有一些尚待改进与完善的地方。

2. 与国际上通行的做法相比,我国现行仲裁立法与实践尚有改进的余地。与其设立更多的行业性仲裁机构,不如从法律上允许临时仲裁的存在,伴之以仲裁员注册制度,以便充分发挥仲裁作为快速、经济、公正地解决当事人之间争议方法的优越性。

3. 为了使我国的仲裁事业融入国际仲裁市场,加快我国仲裁事业的现代化和国际化的进程,应当参照《示范法》的规定,对我国现行的仲裁法进行修订,以便使我国国际仲裁法律制度不断地加以完善。