

试论国际商事仲裁制度的特性

——兼论仲裁与调解的关系

卢 绳 祖

国际商事仲裁是以争议各方当事人自愿为基础的。担任仲裁任务者大多是精通国际贸易业务及行业习惯的专业人员。他们凭借其专业知识不仅便于了解、分析和判断案情，作出公平合理的裁决，而且在受理过程中，有较多促成和解而结案的机会。因此国际贸易和技术转让等方面，属于不同国籍的双方当事人之间，在发生争议时往往不愿接受对方当事人所属国的法院和法律的管辖，而宁愿采取为双方所接受的仲裁方式以解决双方的争议。除一些国际性的和地区性的仲裁组织外，目前在所有经济发达的国家中也都已制定各自的仲裁规则，并设立了各自的仲裁机构，以处理国际商事仲裁事宜。这些仲裁机构不仅受理以各该国商业实体或个人为一方当事人的仲裁案件，也可以受理双方当事人均属外国的贸易实体或个人而自愿提交仲裁的案件。以目前情况来看，设立在瑞典斯德哥尔摩商会内的仲裁院，由于历史较为悠久，並由于该院参加了1927年的日内瓦公约和1958年的纽约公约等国际协定，在其主持下的仲裁庭所作出的仲裁裁决在世界上广泛地区得到承认並予执行等原因，因此已成为国际商事仲裁主要机构之一。

早在五十年代，在我国国际贸易促进会内设立了对外贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会以处理外贸和海事方面的争议。为了适应我国对外经济贸易关系不断发展的需要，我国对外贸易仲裁委员会自1980年2月26日起改称为对外经济贸易仲裁委员会，其受理范围由一般外贸争议扩大到有关中外合资经营企业、外国来华投资建厂及转让知识产权等各种对外经济合作方面所发生的争议。近年以来，我国的工商组织和一些西方国家的公司、企业签订的经济合同，有些明文规定，发生争议未能通过友好协商解决时，归我国仲裁委员会进行仲裁。由于我国仲裁委员会在进行仲裁时坚持平等互利、公平合理、实事求是的原则，已日益获得了国际经济界人士的信赖，在开展国际商事仲裁业务中作出了一定的贡献。但在具体实践中，有时也会发生外方当事人坚持要在设立于其所在国或第三国的仲裁机构进行仲裁的情况。由于我方有些当事人对仲裁的性质缺乏完整的认识，在订立合同时未能正确规定仲裁条款，在发生争议时，因为不熟悉仲裁程序，以致未能有效地运用仲裁这个制度，甚至遭受原来完全可以避免的损失。看来无论从弄清仲裁这个概念，还是更有效地利用外国的仲裁机构，都有必要对仲裁制度的理论和实践加以广泛的探讨和研究。

当前世界各国实行的国际商事仲裁制度，在具体做法上，各有若干不同之处，但总的方面，具有共同特性，即：自主性、公正性、实事求是或灵活性、迅速性、保密性及节约性。我们如果要有用地和正确地掌握仲裁这个手段而不致由于不谙手续而处于被动的地位，首先要充分理解仲裁的这些特性。

一、自主性

仲裁制度不同于一般司法制度，首先表现于它的自主性。在国际贸易中，订立合同的双

方当事人，拟将因违背合同或终止合同而发生的任何争议交付仲裁解决时，必须在合同中规定仲裁条款，或在合同以外，另行签订单独的仲裁协议。仲裁条款与仲裁协议虽具有同样的性质，但仲裁条款只是为了解决某一特定合同所产生的争议，而仲裁协议则往往涉及到贸易双方当事人一定时期内的所有争议，其范围要广泛得多。由于交付仲裁系出于双方当事人的自愿，各国仲裁规则都以仲裁条款或协议作为实行仲裁的唯一的法律依据，这就不同于带有强制性质的法定管辖权。因此，没有有效的仲裁条款或协议是不能进行仲裁的。

当然，在仲裁过程中，双方当事人原则上应遵守适用于仲裁程序的某些有关规定，但实际上，除少数涉及仲裁地所属国的公共政策部分系属强制规定外，其中绝大部分规定是属于任意规定性质，也就是说都可以根据当事人的意旨排除使用的。《瑞典仲裁条例》中就不时出现“除当事人另有约定者外”这个词句，足以说明仲裁的自主性，即它与一般司法程序不同之处。

依照《瑞典仲裁条例》和《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（以下简称《联合国仲裁规则》）的规定，凡属仲裁庭的组成、仲裁的地点、仲裁程序所使用的语言以及适用于争端实质的法律，均可由双方当事人在仲裁条款或以后的协议中加以规定。

申诉人请求仲裁的内容以及被诉人提出任何反诉或旨在抵销的抗辩，均以仲裁协议所规定范围为限（《瑞典斯德哥尔摩仲裁院规则》第8条第2款第4项、第9条第4款）。这就是说，向仲裁院提出的仲裁要求必须限定在仲裁协议规定的范围以内，向仲裁庭提出申诉的要点也必须限定在仲裁要求范围以内，而仲裁裁决则必须针对申诉和反诉的要点。这四者围绕同一中心，其中心就是仲裁条款或协议。没有合法的条款或协议或超越协议范围所作出的裁决，其结果不是全部无效，就是超越的部分无效（《瑞典仲裁条例》第20条第1款、第21条第1款第2项）。

根据《联合国仲裁规则》第34条第1款的规定，“如在作成裁决前，双方当事人就争端取得一项解决办法，仲裁庭可以发出终止仲裁程序的命令；如经双方要求并为该庭接受时，亦可用仲裁裁决的形式根据同意的条款将协议解决作成纪录”。这和《瑞典仲裁条例》“仲裁院应尽可能遵照当事人的指示进行仲裁”的精神是相一致的。所有这些规定都充分反映了对双方当事人自主性的尊重。

二、公正性

力求公正是国际商事仲裁的又一特性。《瑞典仲裁条例》特别规定应以公正的……方法处理之（第13条）。能否达到公正的目的，首先取决于仲裁员在处理案件时是否能保持公正态度。因此，不少仲裁规则在仲裁员的任命或充当仲裁的资格方面作了详尽的说明。在仲裁员系独任的情况下，有些规定应由仲裁院指定；有些规定应由双方当事人协商指定，如不能达成协议，由双方同意的指派机构采取列具名单进行征询的办法，征询双方当事人意见，并按照双方指出的优先选择次序任命一名独任仲裁员。如仍不能按此项办法作出任命，则一般由该指派机构决定任命一名独任仲裁员（《联合国仲裁规则》第6条）。为了保证独任仲裁员的公正性，《联合国仲裁规则》规定，指派机构“在作出任命时应尽可能考虑到确保任命一名独立的和公正的仲裁员，并应同时注意到任命一名不属于双方当事人国籍的仲裁员的适当性”（第6条第4款）。在仲裁员为三人时一般由双方当事人各指定一人，并由双方指定的仲裁员或由仲裁院指定第三名仲裁员。应特别指出，由当事人一方指定的仲裁员，一经指定，即作为当事人双方的受托人，应当采取对双方不偏不倚的态度，绝不应视为是其指定者的代理人或代

表。仲裁员不能从一方当事人收取比另一方当事人更多的报酬，任何相反的协议应属无效，其不应收的金钱应立即退还，曾接受或约定此项酬报者即失去充当仲裁员的资格（《瑞典仲裁条例》第23条第1款、第5条第1款第3项）。此外，仲裁员在仲裁过程中，不应单独会见任何一方当事人，甚至其指定者，除非他方当事人到场或有代表在场。

为了确保仲裁员的公正性，《瑞典仲裁条例》对充当仲裁员的资格作了极其严格的规定。例如：（仲裁员）与一方当事人有足够使法官回避的血亲或姻亲关系，对该案件有个人重要关系，和可预期的任何重大利益或损失者；曾为该案件提供证据或作出专家鉴定者；曾帮助一方当事人准备或进行这一案件或有任何其他特殊情况足以减低对其诚实或公正的信任者等等，均丧失充当仲裁员的资格（第5条第2、3、4款）。《联合国仲裁规则》对不具备充当仲裁员资格的情况，虽没有具体规定，但却规定“预期充任仲裁员的人应当向就可任命问题同自己联系的人，透露对本人的公正性及独立性可能产生有理由的怀疑的任何情况。仲裁员一经任命或选定，应将此项情况向双方当事人透露”（第9条）。如一方当事人认为某一仲裁员不具备充当仲裁员资格，而该仲裁员亦未自动离职，得向仲裁院或指派机构提出异议，由该院或指派机构作出决定。《瑞典仲裁条例》还规定某一仲裁员不符合参加仲裁的条件而继续参加裁决时，经一方当事人提出诉讼，法院得将仲裁裁决搁置起来。

为了预防有过偏袒行为的仲裁员，未能以适当方式执行任务，《瑞典仲裁条例》规定执行长得依据一方当事人的申请撤销该仲裁员；如该仲裁员系由仲裁协议指定者，并应宣告该仲裁协议失效（第9条第2项）。其理由是一个人如果错误地处理了一次仲裁案件，就很有可能错误地处理其他仲裁，因此，不应该在产生其他争议时，再浪费时间来试验他是否适宜担任仲裁工作。《瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院规则》同样规定了仲裁院应以不具备充当仲裁员资格的理由，撤销其仲裁员的职务（第13条第3款）。

除上述规定以外，还设有种种其他规定。例如《瑞典仲裁条例》规定在仲裁过程中，“仲裁员应给予双方当事人充分机会以口头或书面形式陈述案情”（第14条）。《联合国仲裁规则》在其第15条第1款中也强调：“必须对各方当事人给予公平待遇”。为了保障双方当事人的利益，“一方当事人提供仲裁庭的一切文件或资料应同时由该方送达他方”（《联合国仲裁规则》第15条第3款）。有时合同双方属于使用不同语言的国家，因此除当事人另有约定外，一般在平等基础上使用两种语言，因为这要比使用一种语言公平得多。

三、迅速性

仲裁的优点在于程序简便，各个阶段大多附有限期，和一般法院程序相比，要迅速得多。仲裁的迅速性也是其特点之一。

各国的仲裁规则对当事人参加仲裁各个阶段的活动都有法定的限期，也有些是授权仲裁庭指定限期。例如规定当事人于限期内提出申请书、答辩书或其他书面文件。《联合国仲裁规则》规定：“仲裁庭规定送达书面陈述文件（包括申诉书和答辩书）的限期不得超过四十五日；对仲裁无管辖权的抗辩至迟应该在答辩书中提出，或者在有反诉的情况下，在对反诉答复中提出”（第23条、第21条第3款）。有些仲裁规则对当事人因仲裁员不符合资格而提出异议也设有限期的规定（《联合国仲裁规则》第11条第1款）。在仲裁程序中，仲裁庭得要求一方当事人在该庭规定的期限内提供有关文件、证物或其他证据。对不遵守法定或仲裁庭决定的限期，仲裁庭得根据不同情况分别对待。例如申诉人无正当理由未于限期内将申诉书送达，仲裁庭可发出终止程序的命令；如被诉人无正当理由未于限期内将答辩书送达，仲裁庭应命令

仲裁程序继续进行；如一方当事人经合法通知后无充足理由，拒不出庭，仲裁庭得继续进行该仲裁程序；又如一方当事人无充足理由不于规定限期内提供证据，仲裁庭可根据已有的证据作出裁决（《联合国仲裁规则》第28条第1、2、3款）。《巴黎国际商会仲裁院规则》第15条第2款规定了仲裁员在一方当事人无故缺席时仍有权进行仲裁程序，只要他们已被适当通知。《瑞典仲裁条例》也规定了如一方当事人无正当理由而不利用口头或书面陈述案情的机会，则仲裁员得根据已有资料对案件进行裁决（第14条）。凡此种种，总的精神在于迅速处理争议而不让案件长期拖延下去。

另一方面，许多仲裁规则同时也规定了仲裁庭作出裁决的限期。《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》第17条规定裁决应在仲裁庭组成后一年内作出，但仲裁院在一方当事人或仲裁庭的要求下认为具有正当理由时得延长其期限。《瑞典仲裁条例》规定当事人双方得规定必须作出裁决的限期，如未能于限期内作出，仲裁协议就业经提交仲裁员决定的争议部分失效；如当事人未于协议中规定作出裁决的限期时，则裁决应自订立仲裁协议之日起于六个月内为之，但如仲裁协议系涉及未来的争议或尚未以书面对争议的具体争论点作出清楚的说明时，则裁决限期应自当事人提请仲裁时起算。如案件的双方当事人或一方当事人为瑞典境外居民，由于情况与双方当事人均系瑞典境内的居民不同，不适用条例规定的作出裁决的限期（第18条第2款）。以上各节既反映了仲裁程序的迅速性，也体现了仲裁程序的实事求是性。

除临时性的、中间的或部分的裁决外，仲裁裁决应是终局性的并对双方当事人均有与法院确定判决同样的效力。双方当事人均负有立即履行裁决的义务。倘在程序上无不合常规的情事，即如没有有效的仲裁协议、裁决的内容超越于仲裁协议范围、某一仲裁员不具备参加仲裁的资格或仲裁程序不应在这个国家内进行等等，即使法院受理此项已经仲裁裁决的案件，也只审查仲裁程序是否合法而不再审查该案件的实质性问题。这就是说只审查有无违反法律规定的或当事人双方约定的仲裁程序，而不再审查确定当事人权利、义务的结论是否正确。因为如果法院对仲裁机构已经裁决的实质性问题还可以再进行审查，那就形同双重的程序，有失交付仲裁从速解决的意义了。

此外，《瑞典仲裁条例》还规定当事人如已参加了仲裁程序而未提出异议或由于其他情事而被认为已放弃其异议权利时，则该当事人不得再以存在上述性质不合常规为理由而提出要求（第21条第2款）。《联合国仲裁规则》对此也有类似的规定，其第30条规定：“如一方当事人明知本规则规定的任何条款或条件未被遵守，他仍继续参加仲裁并未立即对此种不符合规定的情况说明本人反对意见时，应视为已放弃其反对的权利。”其用意是在防止当事人已自动接受仲裁程序以后，又节外生枝，旧事重提，以达到故意拖延的目的。因此，在发现仲裁程序不合常规时，如不准备放弃表示反对的权利，应立即以口头或书面向仲裁庭提出反对的意见，以免因继续参加仲裁程序而被认为已放弃提出异议的权利。

四、保密性

国际贸易争议往往涉及到合同双方当事人的业务机密和信誉问题，因此双方当事人在发生争议时都不愿把案件内容泄露出去，这在一般诉讼程序中是难以办到的。但以仲裁的方式来解决双方的争议，就可以更好地达到保密的效果。《联合国仲裁规则》规定，“除双方当事人有相反的协议外，应不公开进行审查。仲裁庭在某一证人提供证词时可以要求任何其他证人或所有证人退庭”（第25条）。其目的是避免证人们在到庭提供证词时，通过旁听的机会了解到当事人不愿透露的情节。《巴黎国际商会仲裁院规则》也规定必须取得仲裁员和双方当事人

人的同意，局外人才得被允许到庭旁听(第15条第4款)。《瑞典仲裁条例》及《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》对此虽无明文规定，但在实践上都是同样遵守这些保密原则的。

五、实事求是性或灵活性

以实事求是的方法进行仲裁为《瑞典仲裁条例》明文规定的几种方法之一(第13条)。所谓实事求是就是对不同情况的案件采取不同的方法处理。换句话说，目的在于力求合理，方式则可视具体案情而定。例如，在进行仲裁时，仲裁庭应适用它认为可以适用的法律冲突规则所决定的法律，但如当事人双方曾指定适用于争端实质的法律时，则从其指定。仲裁庭既要遵照当事人双方所订合同的条款，也要参照适用于该项交易的贸易惯例；既要依照有关法律规定办事，但如双方当事人同意，亦可按公平善良的原则(ex aequo et bono)进行裁决(《联合国仲裁规则》第33条第1、2、3款)。从某一角度来看，仲裁程序有时发挥了类似英美法制度下原来的平衡法的作用。

如上所述，仲裁庭经双方当事人的要求可用仲裁裁决的形式根据双方同意的条款，将协议解决作成记录。这种灵活机动的做法，易于使争议双方达到和解的目的。

在仲裁过程中如发生更替仲裁员的情况，新组成的仲裁庭应否、并在何种程度上、重复进行仲裁程序，取决于具体案件的实际情况。如过去已进行的程序并未涉及重要问题，或另有详细记录，则可不重复进行；如已进行的程序涉及到关键性问题对以后作出裁决有重大影响，则必须重复进行。总之，重复与否由仲裁庭自行决定之(《联合国仲裁规则》第14条、《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》第13条第5款)。

仲裁院有时对某些问题，适用折衷的规则(Majus includit minus)。例如，关于付给仲裁员的报酬，各方意见不一致，有高、中、低三档意见，一般倾向于采纳中档的意见，因为估计多数仲裁员和有关当事人都有准备接受这一意见的可能。

为了尽速完成仲裁任务，在同一案件中有数项要求，如无损于双方当事人的权利，虽双方就案件的其余要求尚有争议，仲裁员得就上述要求中的一项或数项先行裁决。如一方当事人对部分要求已经同意接受，仲裁员也得就已同意接受的部分先行作出单独的裁决(《瑞典仲裁条例》第19条)。《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》对各别裁决也有类似的规定，但增加“如任何当事人表示反对，除另有特别理由外，不得进行分别裁决”(第18条)。上述这些规定反映了仲裁的迅速性和自主性，也体现了仲裁的灵活性。

仲裁庭一般应举行口头听证。但如案情简单，如仅涉及物品的质量问题，听取专家意见即可作出决定，经当事人的同意亦得简化程序采用书面仲裁的方式，以减少双方当事人为此所花费的时间和费用(《联合国仲裁规则》第15条第2款)。

此外，仲裁庭在一方当事人的请求下，亦得采取任何临时性的保全措施，诸如提前出售易损货物等等(《联合国仲裁规则》第26条)。

六、节约性

仲裁由于手续简便和有较大的灵活性，其所收仲裁费用往往有一定限制，而且双方当事人还可以协议的方式预先规定应支付的仲裁费用。

仲裁费用原则上应由败诉一方当事人负担，但仲裁庭在考虑到案件的具体情况以后，认为以分摊为合理时，可决定由双方当事人摊付其费用。《联合国仲裁规则》特规定胜诉一方当事人支付的法律事务代理人 and 辅助人的费用，其数额不得超过仲裁庭认为合理的限度。并和

仲裁费用一样，仲裁庭根据案件的具体情况，可以自由决定应由何方负担其费用；如认定分摊为合理时，仲裁庭可以决定由双方当事人摊付其费用（《联合国仲裁规则》第40条第1、2款）。依据《瑞典仲裁条例》第25条的规定：“如一方当事人对于仲裁员作出有关其报酬的决定不满意时，得于收到裁决六十日内向法院就此事提出诉讼”。此外，该条例也规定如在裁决作出以前已经取得解决，当事人只要对仲裁院和仲裁庭支付合理的金额作为补偿费，而毋须支付全部费用。

近年来，我国在对外贸易方面接触面不断扩大，过去在发生争议时，侧重于用协商的方式解决双方之间的争议。实践证明，这样做有时有困难。目前统一国际商事仲裁趋势发展很快，而我们在这方面的研究显然不足以适应客观形势的需要。为此，借助于比较和分析的方法就国际商事仲裁的基本特性，进行初步探讨和介绍。

最后，还要附带谈一下仲裁与调解的关系。我们认为不管是国内商事仲裁还是国际商事仲裁，在这两者之间不是互相对立的，而是一种有机的结合，起着相互配合和补充的作用。为了友好解决争议，既可于进行仲裁以前先试行调解，也可在仲裁过程中，随时进行调解，以争取在相互体谅和协作的气氛中迅速而妥善地解决争议，使双方当事人能保持友好的关系，有利于双方合作的继续和发展。调解必须在双方自愿的基础之上，不带有任何强制性。当然，也不是所有仲裁都必须经过调解程序。如调解不能取得一致意见或有一方不愿再继续调解时，调解即应终止，并按仲裁程序进行仲裁。我国一向有重视以调解方式解决争议的传统，因此，我国对外经济贸易仲裁委员会在受理仲裁案件时，一贯采取调解与仲裁相结合的方针。这可以说是我国仲裁制度的特点。最近该会在实践中创造了联合调解的办法：在我方当事人与外国当事人之间在经济贸易方面发生争议时，由双方当事人各向所属仲裁机构请求各派出一人或各方数目相等的人员作调解员共同进行调解，调解成功，争议结束；调解无效，再按照合同的规定进行仲裁。从1978年至1980年，中美两国曾经运用联合调解方式解决了两个争议金额较大的案件。这一经验已受到国际经济界的重视。国际商事仲裁委员会邀请我国在参加1982年在汉堡召开的第七届国际仲裁大会上介绍我国仲裁与调解相结合以及联合调解的经验。

联合国除于1976年通过了《联合国国际贸易法委员会仲裁程序规则》外，鉴于国际商事争议双方当事人如属于不同法律、社会和经济制度的国家，在提请仲裁或涉讼法院以前，以调解方式友好解决此种国际商事争议，既有可能做到灵活地和迅速地达成和解协议，也将有利于促进国际经济关系的和谐发展，因此，于1980年12月4日第35次会议上以35/52号决议一致通过《联合国国际贸易法委员会调解程序规则》。从该规则的内容来看，显然和我国对外经济贸易仲裁委员会所采取的仲裁与调解相结合的方针有类似之处，也很有可能是借鉴我国在这方面的经验而制订的。虽然调解与仲裁不同，但两者都是试图在诉讼程序以外解决争议的，因此，上述仲裁的特性也基本上适用于这些调解程序。