

# 仲裁程序争议司法审查制度比较与借鉴

张圣翠

(上海财经大学法学院, 上海 200433)

**摘要:** 仲裁程序争议司法审查制度的合适性对促进仲裁的健康发展是十分重要的。仲裁程序争议的司法审查对象主要可分为是否违反约定仲裁程序和是否违反仲裁程序强行法两大类型的争议,其所依据的制定法不仅体现为国内法或域内法,而且有国际条约的统一约束。然而,个别国家或地区历史上或当今在违反约定仲裁程序的司法审查中作出了有违国际主流实践的解释。可喜的是,这种情况越来越少和越来越受到严厉批评。在违反仲裁程序强行法争议司法审查所依据的制定法方面,仲裁强国或强区不仅有突出的原则规定,而且陆续发生了很细致丰富的判例实践,对相关当事人的行为具有很好的指导作用。我国仲裁程序争议司法审查所依据的制定法存在着较大的缺陷,具体的表现包括《仲裁法》中大部分条款的放置位置不妥、没有明确当事人有约定程序的权利和自由、强行的仲裁正当程序要求不完整、其他的程序规范不合理或缺位,我国应在借鉴仲裁强国或强区的先进制度的基础上结合国情,主要通过修订相应规则予以弥补。

**关键词:** 仲裁程序; 约定程序; 正当程序; 司法审查

**中图分类号:** DF75    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1009-0150(2017)02-0113-16

## 一、前言

仲裁是现代社会中解决民商事争议的一种重要手段。世界很多国家或地区的经验与教训表明,仲裁程序争议司法审查制度适当与否是能否成为仲裁强国或强区的关键因素之一。

长期以来,我国的民商事一审案件与所有仲裁案件约有80-100倍的巨大差距,我国的国际或涉外仲裁案件更是少得可怜。<sup>①</sup>我国仲裁服务的这种较弱局面是与我国的理论界对仲裁程序及仲裁程序争议司法审查问题研究的深度和宣传的广度及相关的法律制度较大欠缺密切相关的。通过知网和万方数据库的搜索可发现,我国学界发表仲裁程序方面的论文至今只有几十篇,其中大多只涉及仲裁程序中的拖延、取证、非国内化理论等某一方面的问题,且很少采用理论联系实践的实案论证法<sup>②</sup>,仅少数学者有些例外<sup>③</sup>。即便如此,对仲裁程序争议司法审查制度方面的专门或较系统研究的论文却是一篇也没有。

**收稿日期:** 2016-12-06

**作者简介:** 张圣翠(1965-),女,安徽合肥人,上海财经大学法学院教授、博士生导师。

<sup>①</sup>刘加良:《论仲裁保全程序中的诉讼谦抑》,《政治与法律》2009年第1期。同时参见:张维的《年收案量从十三万余件到百万件》,《法制日报》2016年10月20日版,宫辉的《2015年法院司法统计数据新鲜“出炉”》, [http://www.360doc.com/content/16/0321/00/22419104\\_543944065.shtml](http://www.360doc.com/content/16/0321/00/22419104_543944065.shtml), 2017年1月11日最后访问。

<sup>②</sup>如徐前权与王宜萍的《谈在仲裁程序中对当事人消极行为的处理》(载《荆州师专学报》1998年第3期)、丁颖的《国际商事仲裁中仲裁员拖延仲裁程序问题研究》(载《法学》2000年第6期)、张建的《国际商事仲裁程序的证据规则及其法理分析》(载《河南牧业经济学院学报》2016年第2期)、严黎与张建的《国际商事仲裁程序中的证据披露问题刍议》,《绥化学院学报》2016年第11期。

<sup>③</sup>邓杰:《伦敦海事仲裁中的多方当事人争议仲裁程序》,《武汉大学学报》(人文社会科学版)2000年第6期。

上述局面也导致了境外不时出现我国大陆的当事人获得的有利仲裁裁决在境外司法审查中因违反相关的程序制度而被撤销或拒绝执行的后果,美国第10巡回法院2016年7月19日对CEEG(上海)太阳能科技有限公司诉Lumos LLC案的判决<sup>①</sup>和香港高等法院2016年9月21日对Sun Tian Gang诉中国天然气(吉林)有限公司案的判决<sup>②</sup>等都是最近发生的例证。从内容上看,其中的程序争议主要可分为是否违反约定仲裁程序争议和是否违反仲裁程序强行法争议两大类型。本文分两部分论述这两种争议的境外司法审查制度及其运作实践,在此基础上进一步探讨我国仲裁程序争议司法审查所依据的制定法制度的完善问题。

本文研究的创新之处首先在于较系统详实地比较了境外违反约定仲裁程序争议和违反仲裁程序强行法争议的制定法规范及其运作实践,从而不仅对我国相应规范的改进具有重要的参考价值,而且在我国当事人不得不选择境外仲裁或执行仲裁裁决的情况下能够更准确地评估可能的司法审查相关的结果以便更好地预先决策。其次,本文大量地运用实案论证法更令人印象深刻和明晰。再次,本文提出和论证了至今最为详实的完善我国仲裁程序制度的建议,这对我国未来《仲裁法》相应修订是有积极意义的。

## 二、是否违反约定仲裁程序争议的司法审查制度

### (一)所依据的制定法规范

除了其他各种优点以外,可以对程序进行约定也是当事人选择仲裁的主要原因之一,这种约定通常平衡了当事各方的情况需求及相应利益。<sup>③</sup>当事人能约定仲裁程序的权利也较早地受到了国际条约的承认,如1923年的《日内瓦议定书》第2条规定:“仲裁程序……应遵循当事人的意志和仲裁举行地国的法律。”当今的国际仲裁条约大多确认了此点,如《欧洲仲裁公约》第9条第1款(d)项、《美洲仲裁公约》第3条及第5条第1款(d)项与最为重要的《纽约公约》第5条第1款(d)项<sup>④</sup>等。无疑,这些公约中的规范是其涵盖范围内违反约定仲裁程序争议司法审查的首要依据。

对于国际条约所不涵盖的违反约定仲裁程序争议的司法审查,很多国家或地区提供了制定法的规范依据,其基本内容一般都是:在不违背这些强制性规定的情况下,境外的仲裁制定法普遍地规定当事人有约定仲裁庭进行仲裁时所应当遵循程序的自由,如1985年版和2006年版《国际商事仲裁示范法》第19条和第34条第2款第1项第1目、瑞士1987年《联邦国际私法法规》第182条、英国1996年《仲裁法》第34条、韩国1999年《仲裁法》第20条、德国1998年《民事程序法典》第1042条和第1059条第2款第1项第1目、瑞典1999年《仲裁法》第21条、日本2003年《仲裁法》第44条第1款第1-2项、挪威2004年《仲裁法》第43条第1款第1项、丹麦2005年《仲裁法》第19条和第37条第2款第1项、奥地利2006年《民事程序法典》第594条和第611条第2款第1项、香港2010年《仲裁条例》第47条和第81条第1款第2项第1目、法国2011年《民事程序法典》第1464条、葡萄牙2011年《自愿仲裁法》第30条、荷兰2015年《民事程序法典》第1036条等。

### (二)违反约定仲裁程序争议司法审查制度的实践

不少国家或地区都出现过这样的实践。例如,在Polimaster有限公司诉RAE Sys.公司案中,

<sup>①</sup>van den Berg A. J., Yearbook Commercial Arbitration, Volume 42, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 1-14.

<sup>②</sup>[2016] HKCFI 1611.

<sup>③</sup>Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p.1525 & pp. 2125-2126.

<sup>④</sup>《纽约公约》的该项很示范地将“违反约定仲裁程序”优先地列为缔约国法院可拒绝承认和执行有关仲裁裁决的理由之一。

上诉方Polimaster有限公司以仲裁庭在仲裁程序中处理被上诉方RAE Sys.公司的反索赔请求要求拒绝执行该仲裁裁决,美国联邦第9巡回法院在判决上诉方胜诉时指出:尽管通常情况下反索赔请求可以在同一仲裁程序中解决而分开在不同仲裁程序中解决是不经济的,本案当事人的仲裁协议却明确地规定仲裁在“被索赔人所在地(at the defendant's site)”进行,该仲裁庭的合并两种请求的仲裁程序做法违反了当事人之间的约定程序。<sup>①</sup>

又如,在德国最高法院2007年5月21日所作的一项司法审查判决中,美国的供应方当事人与白俄罗斯买方的拖拉机零部件交易合同含有争议提交白俄罗斯明斯克商会国际仲裁院仲裁的条款。双方当事人后来的付款争议提交了按约定仲裁机构规则选定的三名仲裁员仲裁,最后的仲裁裁决由仲裁庭主席和美国当事人任命的仲裁员签署,白俄罗斯方任命的仲裁员签名处被仲裁庭主席称其在度假的文字所取代。白俄罗斯方当事人的分支机构所在地的德国最高法院判决拒绝执行该仲裁裁决请求时指出:有证据表明第三名仲裁员没有参加仲裁裁决的决策程序,出现这种情况时应按当事人约定的仲裁机构规则程序替换一名仲裁员,本案中剩余的仲裁员却没有如此行事。<sup>②</sup>

再如,在Osuskunta METEX Andelslag V.S. 诉Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü General Directorate案中,土耳其上诉法院1996年2月1日判决拒绝执行该仲裁裁决时认为:当事人的仲裁协议约定以瑞士的苏黎世为仲裁地且仲裁庭应以“本合同规定和现行的土耳其法律为依据,为此当事人不仅选择了土耳其法为合同实体问题的准据法,而且选择了土耳其法为仲裁程序法;土耳其《国际仲裁法》第10(a)条要求仲裁庭必须在仲裁庭开始后一年内做出仲裁裁决,本案仲裁庭没有满足这时间限制而属于《纽约公约》第5条第1款(d)项中违反当事人约定仲裁程序的行为。<sup>③</sup>

土耳其法院上述适用不是普遍承认的仲裁地程序法拒绝承认仲裁裁决的判决受到了学者们的批评,他们称这样的判决违背了《纽约公约》的初衷并增加了仲裁裁决的不确定性。学者们的这种批评已被一些国家的立法和印度最高法院等所采纳。<sup>④</sup>笔者支持这些学者们的批评。

### 三、是否违反仲裁程序强行法争议的司法审查制度

#### (一)所依据的制定法规范及其法理依据

从内容方面来看,仲裁程序强行法规范主要涉及所有当事人在仲裁程序中接近仲裁庭的平等待遇及陈述机会等,其核心内容是要确保仲裁庭组建后的仲裁程序符合当代正义的仲裁正当程序要求。<sup>⑤</sup>

上述正当程序要求属于公共政策性质的强制性要求,当事人不能通过协议事先予以排除,违背这种强制性要求会导致仲裁裁决被拒绝执行,《纽约公约》第5条第1款(b)项和第2款等对

<sup>①</sup>van den Berg A. J., Yearbook Commercial Arbitration, Volume 36, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, pp.381-383.

<sup>②</sup>van den Berg A. J., Yearbook Commercial Arbitration, Volume 34, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, pp.504-509.

<sup>③</sup>van den Berg A. J., Yearbook Commercial Arbitration, Volume 22, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1997, pp.807-811.

<sup>④</sup>Born G B., International Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, pp.1526-1531.

<sup>⑤</sup>Mantilla-Serrano F., Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International, No. 4, 2004, p.342.

此进行了确认。

众多国家或地区的制定法不仅载明了上述强制性要求且将违反行为列为拒绝执行由此导致的仲裁裁决理由之一,而且将发生在该国家或地区的此种违反行为归入由此导致的仲裁裁决的一项可撤销理由,如1985年版和2006年版《示范法》第18条和第34条第2款第1项第1-2目、英国1996年《仲裁法》第33条和第36条、德国1998年《民事诉讼法典》第1042条和第1059条及第1065条、瑞典1999年《仲裁法》第21条、尼泊尔1999年《仲裁法》第21条第2款、韩国1999年《仲裁法》第19条、美国2000年修订的《统一仲裁法》第16条、克罗地亚2001年《仲裁法》第17条、孟加拉2001年《仲裁法》第23条和第48条、日本2003年《仲裁法》第44条、挪威2004年《仲裁法》第43条、丹麦2005年《仲裁法》第18条、柬埔寨2006年《商事仲裁法》第26条、奥地利2006年《民事诉讼法典》第594条和第611条、美国佛罗里达2008年《仲裁法》第20条、香港2010年《仲裁条例》第46条和第81条、澳大利亚2010年《国际仲裁法》第29条、澳大利亚南威尔士2010年《商事仲裁法》第18条和第24A条、葡萄牙2011年《自愿仲裁法》第30条、荷兰2015年《民事诉讼法典》第1038条和第1065条等。

是否违反仲裁程序强行法争议司法审查的法理依据有以下几类:

#### 1. 人权法说

1950年制定的《欧洲保护人权与基本自由公约》第6条第1款规定:在决定其民事权利和义务或刑事指控中,任何人有权得到由法律建立的有能力、独立和公正的法庭在合理时间内进行的公平和公开的审理,判决应当公开宣布。1966年通过的联合国《关于公民和政治权利国际公约》也规定:在法院和法庭面前所有人都是平等的,在针对任何人的任何刑事指控、法律诉讼下权利和义务的决定中,任何人有权得到由法律建立的有能力、独立和公正的法庭公平和公开的审理。其后制定的《美洲人权公约》等区域性人权公约都有类似的条文规则。

人权法说学者根据区域性或全球性人权公约中的以上规定,主张有关国家或地区的仲裁必须遵循正当程序要求是其作为人权公约缔约国的义务。人权法说学者认为,私人当事人及由私人当事人组建的法人等选择仲裁不能放弃公平审理权,国家有责任为仲裁程序提供足够与适当的救济措施和实体法规则以确保国际人权法中的公平审理要求得到贯彻,国家也有义务不认可违背人权公约的仲裁程序且不执行该违法程序所导致的仲裁裁决或不赋予其效力。<sup>①</sup>法国、瑞士、荷兰、英国等一些国家或地区的法院在司法实践中也宣示过支持人权法说。<sup>②</sup>

然而,也有很多欧洲学者反对直接将以上人权公约中的公平审理原则适用于仲裁,他们的理由是:尽管基于各国法律允许仲裁员存在而可以认为仲裁庭是根据法律(according to law)组建的,但是,仲裁庭完全是由私人建立和排他控制的,根本不是人权公约中规定“由法律(by law)”建立的法庭;仲裁庭的非国家行为性质而不是仲裁裁决的可执行性(或法律上的有效性)是决定仲裁不适用人权公约的关键因素;法律也赋予其他行为如某些公证行为的可执行性,但这些公证行为不能与法院的司法判决相比较;人权公约要求裁判程序和裁判结果公开,公开程序不是仲裁的性质。反对者们还以根据《欧洲保护人权和基本自由公约》建立的欧洲法院对1962年X诉西德案、1983年Bramelid and Mamstrom诉瑞典案、1986年Lithgow et al.诉英国案、

<sup>①</sup>Giunio M., Arbitration and the right to a fair trial: Right to a Fair Trial and Efficiency of Arbitration Proceedings, Croatian Arbitration Yearbook, 2000, pp.31-34.

<sup>②</sup>Fouchard P., Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, On International Commercial Arbitration, 中信出版社2004年影印版, p.467.

1987年R.诉瑞士案等数起判决证明人权公约不直接适用于私人自愿仲裁的观点。<sup>①</sup>不过,这些反对者一般也承认,仲裁员应当尊重以上人权公约中的公平审理原则,缔约国法院对仲裁员违背该原则的行为听之任之的应当承担违反人权公约的国家责任。可见,反对者的观点与国际人权法说学者的观点并没有实质性的区别,二者均主张缔约国应当确保仲裁程序符合人权公约中的公平审理原则。<sup>②</sup>

总的来说,人权法说主要在欧洲学者中广泛流行,且只有欧洲的一些国家法院支持此种理论,欧洲以外的学术界和实务界对国际人权法说依然较为陌生。不过,笔者认为,正如欧洲最早通过国际人权公约十几年后才会有其他全球性或国际人权公约一样,国际人权法说可能以后会在全球流行起来。

## 2. 宪法依据说

宪法是一国的根本大法,除了对国家的权力分配、经济制度作出基本规定外,现代宪法对私人的基本权利及解决这些权利争议的法律程序作出具有最高强制力的原则规定。就法律程序而言,各国宪法相关规定的核心也是公平审理程序。宪法依据说的学者们认为,仲裁程序应当遵循仲裁地或执行地宪法中的公平审理程序要求。

宪法依据说的学者们从不同的角度对其观点进行了论证。有些学者的论证方法非常直截了当,他们认为,当事人的公平审理权是一项宪法权利,仲裁法必须予以尊重和强化。<sup>③</sup>另一些学者则采用历史考察的方法指出,某些国家或其所属联盟成员宪法曾明确地将仲裁庭视为自我管理的法院(self-management courts),归入司法制度的组成部分,从而使其承担遵循宪法下公平审理程序的义务。后来即使这些国家出于种种因素考虑而在新修改的宪法中废除了该种规定,但是,这种废除行为并没有改变仲裁庭的性质,仲裁员能对财产或商事自由等宪法保护的对象作出与法院判决类似的具有约束力的处分裁决,因此仲裁庭所进行的仲裁程序仍然必须符合宪法下的公平审理要求<sup>④</sup>。德国有些学者截至目前都认为仲裁与任何国家的司法程序一样应产生独立和公平的结果,其决断者的独立性与公正性由德国宪法予以保障。<sup>⑤</sup>在仲裁类型极其丰富的美国,很多学者主张应对仲裁类型加以区别考察,他们一致认为由法院主导的强制仲裁当然必须要适用美国宪法第5和第14修正案中的正当程序要求。但是,对其他类型的仲裁,美国学者们却有不同意见。一些美国学者认为一概不应直接适用宪法中适当程序规则,因为该宪法规则只对符合其界定范围的联邦及州的国会或议会组织、行政部门及法院等官方机构适用。<sup>⑥</sup>

其他国家或地区也有不少学者反对对私人自愿仲裁直接适用宪法中的公平审理程序规则,他们的观点与人权法学说反对者的观点十分相似,即主要理由是私人仲裁庭并不是宪法规则中所要求的司法机构或其他官方机构,不能仅根据仲裁裁决具有可执行性或已决效力而将

<sup>①</sup>Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004, p.153.

<sup>②</sup>Giunio M., *Arbitration and the right to a fair trial: Right to a Fair Trial and Efficiency of Arbitration Proceedings*, *Croatian Arbitration Yearbook*, 2000, pp.36-38.

<sup>③</sup>Bassiri N., Draye M., *Arbitration in Belgium. A practitioner's Guide*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, pp.158-164.

<sup>④</sup>Giunio M., *Arbitration and the right to a fair trial: Right to a Fair Trial and Efficiency of Arbitration Proceedings*, *Croatian Arbitration Yearbook*, 2000, pp.36-38.

<sup>⑤</sup>Böckstiegel K H., Kröll S., Nacimiento P., *Arbitration in Germany: The model law in practice*, Kluwer Law International, 2015, p.180.

<sup>⑥</sup>Margaret M. Harding, *The Limits of the Due process Protocols*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2004, pp.392-394.

仲裁程序等同于可以对之直接适用宪法的司法程序,实际上,仲裁法中关于在有仲裁协议的情况下国家法院对争议不得管辖的规范,即证明了仲裁员与国家司法制度相分离的事实。<sup>①</sup>

### 3. 自然正义论

自然正义论(natural justice)原为英国法官和学者们所倡导,现已在全球盛行。不过,程序方面的“自然正义”一词在不同国家往往有不同的称谓,在大陆法国家或地区,学者或法官们更经常地使用“程序公共政策”(procedural public policy),而美国等其他国家或地区的学者则多选用“正当程序”(due process)、“正义”或“程序公正”等指称实际上相同的概念。<sup>②</sup>

自然正义论者认为,要求仲裁遵循正当程序要求主要是由仲裁的本身性质决定的,仲裁不同于其他由当事人基于政治或现实等因素考虑而对结果自我作主的和解方式,当事人选择仲裁的目的即是选择客观的仲裁员通过正式的裁判程序对相关的事实合理地适用既定的规则解决争议。<sup>③</sup>自然正义论长期以来一直得到很多国家或地区法院的明确支持,如在一审所判决的Methanex Motonui有限公司诉Spellman的仲裁纠纷案中,新西兰法院的Fisher法官以很大的篇幅复述了以上自然正义论的内容,该法官重点以仲裁员不是调解者而是决定者及自然正义为仲裁固有特性为由判决仲裁员必须符合自然正义的严格要求。新西兰上诉法院2004年6月17日作出的终审判决完全支持一审关于仲裁不能排除强行自然正义的判决理由。<sup>④</sup>

### 4. 综合依据说

综合依据说的学者们认为,人权法中的公平审理要求、宪法中的正当程序规则和程序正义的公共政策理念等都是对要求仲裁必须遵循正当程序要求的理论依据。可能是为了使判决理由更充足,一些国家的法院在司法审查实践中有时也综合地引用以上各种理论观点。<sup>⑤</sup>

笔者认为,公平审理权确实是已生效的全球性或区域性人权公约所确定一项基本人权,立法和实践中这一项人权的保护程度常被西方一些发达国家或地区用来评估特定国家是否符合所谓的国际标准以及是否融入国际社会的重要尺度之一。有鉴于此,很多国家的现代宪法都将之吸收为一项宪法权利,具有高于国内其他法律权利一般法律权利的效力。但是,对仲裁直接适用人权公约或宪法中的公平审理规则是很牵强的,因为人权公约或宪法对该公平审理规则都明确界定了适用主体,即缔约国或制定国的法院或其他官方机构,而非官方的私人仲裁庭显然不是这样的主体。相比之下,自然正义论则很具有说服力,除了有意欺骗交易对方以获取不当利益的当事人外,商事纠纷中正常有理智的诚实当事人之所以舍弃不计公正或正义结果的协商或和解等方式而选择了仲裁,当然是为了求取由客观公正的仲裁员按照正当的程序作出正义的裁决。可见,自然正义论不仅准确地表明了仲裁的特别性质,而且也切实地反映了商事交易当事人的合理期望。当然,我们也应当看到,随着仲裁越来越普遍地成为国际和国内民商事争议的解决手段,仲裁必须符合正当程序要求的问题也会受到社会大众及当局的更加关注,在此情况下,新制定或修订人权公约及有关国家的宪法则很可能对之进行直接规范。

## (二)司法审查实践

是否违反仲裁程序强行法争议的司法审查实践历史悠久,涉及仲裁员不得与当事人及其

<sup>①</sup>Cole S R., Arbitration and State Action, Brigham Young University Law Review, 2005, pp.4-5.

<sup>②</sup>Haris P. Meidanis, Public Policy and Order Public in the Private International Law of The EU, European Law Review, 2005, p.96.

<sup>③</sup>Rogers C A., The Vocation of the International Arbitrator, American University International Law Review, 2005, pp.984-989.

<sup>④</sup>Williams D., Recent Developments in Arbitration in New Zealand, International Arbitration Law Review, 7(5), 2004, p.128.

<sup>⑤</sup>Giunio M., Right to a Fair Trial and Efficiency of Arbitration Proceedings, Croatian Arbitration Yearbook, 2000, p.37.

代表单方联系、对各种程序作出通知、给予当事人陈述案情和提供证据的充分机会、仲裁员合审合议符合规范等丰富内容。

### 1. 仲裁员不得与当事人及其代表单方联系

在当事人具有单方任命一名仲裁员的情况下,某人在接洽能否被任命为这种仲裁员的过程中往往无法不与当事人或其代表进行有限的单方联系。为了防止正式任职后遭到偏袒性指控,一些预选的仲裁员除了提供诸如简历、费用、是否有时间任职并询问是否存在利益冲突等相关信息外拒绝与接洽的当事人进行其他单方联系。不过也有一些学者认为,在面谈做成记录并在正式任职后传给对方当事人和同案仲裁员的情况下,预选的仲裁员可以更详细地询问案情。<sup>①</sup>应该说,预选的仲裁员进一步地询问案情也是无可厚非的,因为这非常有助于预选的仲裁员评估自己是否胜任该案的仲裁审理。从现有资料来看,笔者尚未发现仲裁员因事先进行过这些必要的单方联系而被当事人成功质疑过的司法审查判例。

正式接受当事人单方选任之后,仲裁员仍然可以就尚未选定的首席仲裁员问题与当事人或其代理人进行单方协商。但是,从仲裁庭自最后一名仲裁员接受任命而正式成立之时起,当事人任命的仲裁员和首席仲裁员都应当完全独立于当事人或其代理人,不得与当事人或其代理人单独联系,<sup>②</sup>否则即有偏袒性嫌疑并构成对仲裁程序中给予当事人平等待遇等强行正当程序规则的违反,随后做成的裁决很容易被当事人成功质疑。从实践的角度来看,仲裁员不得与当事人及其代表单方联系的强行法义务主要体现在以下几个方面:

#### (1) 仲裁员不应与当事人或其代理人单独直接接触

这里的“单独直接接触”是指有意的异常接触。如在1990年2月14日的某国法院的一起判决中,索赔方的女律师与首席男仲裁员共享一个旅馆房间即被视为有意的异常接触,该法院毫不犹豫地撤销了对索赔方有利的裁决。<sup>③</sup>但是,如果在仲裁听证期间或与仲裁案件无关的研讨会期间,仲裁员与当事人或其代理人共同入住一家旅馆的不同房间,偶尔碰到同乘电梯等无意行为皆不违反仲裁正当程序强制性义务。

#### (2) 仲裁员不应接受一方当事人或其代理人的不当馈赠

仲裁员在仲裁中除了按照各方当事人约定的仲裁规则收取仲裁费用以外,接受任何一方当事人或其代理人的馈赠或礼待皆为不当行为。澳大利亚法院在Pacific & Arctican案中明确地将这类行为谴责为功能上的欺诈行为。在该案中,仲裁庭主席与一方当事人任命的仲裁员是关系密切的朋友,即便在审理期间双方共餐而由该方当事人买单,仲裁庭主席就此事拒绝另一方当事人的评论而被制成录音。仲裁庭最后做出了对买单当事人有利的裁决,结果,该裁决被澳大利亚法院愤然撤销。很多其他国家的法院也持同样的立场。<sup>④</sup>

#### (3) 仲裁员不应单方接受和保留一方当事人提交的文件或信息

根据得给予当事人平等待遇的正当程序原则,仲裁员应当将一方当事人单方提交的陈述、文件或信息毫无保留地传给所有其他当事人。联合国的《国际商事仲裁示范法》(第24条第2款)和很多国家或地区的仲裁法还将传达文件或信息的义务扩大到仲裁庭可能据之作成裁决的任何专家报告或证据性文件。仲裁员违背上述义务,单方接受和保留一方当事人提交的文件或信

<sup>①</sup>Onyema E., Selection of Arbitrator in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review, 8(2), 2005, p.52.

<sup>②</sup>Ibid, pp.52-53.

<sup>③</sup>Mauro, International Arbitration Law and Practice, 中信出版社2003年影印版, p.335.

<sup>④</sup>Ibid, pp.339-340.

息的行为本身即可能成为有关国家或地区法院撤销或拒绝承认和执行裁决的理由。如在1989年St Kilda城市诉Evindon有限公司案的判决中,澳大利亚的维多利亚州最高法院即引用英国一位法官的以下名言撤销了在仲裁中仲裁员从一方当事人处收到的信息没有向另一方当事人传达的仲裁裁决:法律的基本原则不仅是要实施正义,而且必须以清晰和明显的方式实施正义。<sup>①</sup>

另一些国家或地区在实践中,倾向于对仲裁员单方接受和保留一方当事人提交的文件或信息的行为作出进一步考察,如果仲裁员日后的裁决以该文件或信息为主要依据,则撤销或拒绝承认和执行该裁决。德国汉堡上诉法院1975年对某案的判决<sup>②</sup>即是这种司法审查态度的典范。该案经常为学者们所引用,<sup>③</sup>它涉及仲裁地在纽约的一项根据美国仲裁协会仲裁规则作成的仲裁裁决。在仲裁期间独任仲裁员没有举行口头听证而是进行书面审理,并且对美国当事人有利的裁决主要依据为美国当事人提交的一封德国当事人根本不知其存在的信件内容。汉堡上诉法院在拒绝承认和执行该裁决的判决中指出:只有在极端的案件中才能认定德国法律秩序原则被违反;美国仲裁协会的仲裁规则第31节第2段最后一句规定,应向所有当事人提供研究文件的机会;仲裁员和美国仲裁协会不仅违反了公平审理原则,而且在没有给予知悉另一方当事人提交信件机会的情况下做成裁决,这种行为不能排除没有单方信件联系会产生对德国企业更有利结果的可能性,从而使本案成为违反德国法律秩序原则的极端的案件。

## 2. 向当事人发出各种程序的适当通知

很多国家或地区的法院在司法审查实践中,主要强调通知的适当性和通知应当能实际收到的事实。

通知的适当性是指仲裁庭应当在足够的时间之前通过仲裁机构或仲裁庭秘书等向每一位当事人发出内容描述清晰的通知,并给予每一位当事人异议的合理机会,即使有充分证据证明某一位当事人根本不会参加该程序时也不例外。要求通知在足够的时间之前发出的目的主要在于使当事人能为程序的进行做好充分的准备。根据一些国家或地区司法审查实践,应当发出适当通知的仲裁程序包括各种诉状和证据的提交程序、任何口头听证程序、证据审理程序以及为了检查货物、其他财产或文件而举行的会议等。<sup>④</sup>如果对以上各种仲裁程序没有向当事人发出适当通知甚至根本没有发出通知,则由此做成的裁决很可能会被有关国家或地区的法院以违反正当程序强行规则为由撤销或拒绝承认和执行。法国巴黎上诉法院2013年1月15日对Otkrytoye Aktsionernoye Obshestvo “Tomskneft” Vostochnoi Neftyanoi Kompanii诉Yukos Capital的判决等都是这类典型的司法审查实例。该案起因于国际商会仲裁院在美国作出的一项裁决,巴黎上诉法院给出的拒绝执行该裁决的理由包括:执行人没有提供证据证明被执行人收到修改仲裁日程的程序指令、仲裁听证指令、仲裁庭终止程序决定等;被执行人在法国没有财产与拒绝执行没有关系。<sup>⑤</sup>

正是由于“没有收到仲裁程序的通知”可以使获得不利裁决的当事人轻而易举地通过法院

<sup>①</sup>Ibid, p.340.

<sup>②</sup>Grantham W., The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes, Berkeley Journal of International Law, 1996, p.118.

<sup>③</sup>Sikiric H., Arbitration proceedings and Public Policy, Croatian Arbitration Yearbook, 2000, pp.89-90 & pp.109-110. See also Tibor Vardy, International Commercial Arbitration, West Group, 2003, pp.427-428.

<sup>④</sup>Mantilla-Serrano F., Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International, Number 4, 2004, p.342.

<sup>⑤</sup>van den Berg A J, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 38, Kluwer Law International, 2013, pp.373-375.



推翻裁决,实践中很多当事人便以通知方式不当为由声称没有收到通知。对此,各个国家或地区法院的态度一般是:只要获得有利裁决的当事人能证明存在对方当事人应当能实际收到通知的事实,发出通知的技术手段便是不可指责的。这意味着在既不经济也不现实的情况下,仲裁员或仲裁案件的其他行政管理人员完全不必亲自将有关通知当面交给当事人。不过,为了使获得有利裁决的当事人日后能成功地证明存在对方当事人应当能实际收到通知的事实,仲裁员或仲裁案件的其他行政管理人员确实应当考虑通知所采用手段或方法的可靠性。意大利米兰上诉法院1981年对Bruder Gossing诉Franco Vacchelli案的判决显示,采用带有回执挂号信邮寄或通过法警官送达等不失为一种可靠的足以证明对方当事人能实际收到通知的方式。1982年西班牙最高法院对Cominco France公司诉Soquiber公司案的判决则表明,获得通过权威机构寄送以获得有力的通知拒收证明非常关键。在该案中,仲裁庭同时以电报和信件两种方式向抗辩的当事人发出了仲裁程序开始和在瑞士日内瓦进行口头听证程序的通知。西班牙最高法院指出,西班牙邮局的“拒收”回执证明抗辩的当事人能有效地收到通知,该当事人缺席日内瓦听证程序是由自己的不作为造成的。<sup>①</sup>

此外,从俄罗斯莫斯科商法院2004年对the consortium Codest Engineering案的判决来看,在当事人授权书指定的范围内,以当事人代理律师能实际收到的方式发出的通知视同向当事人发出了同样效果的通知。<sup>②</sup>

### 3. 给予当事人陈述案情的机会

#### (1) 给予当事人陈述案情的机会的常见实践

给予当事人陈述案情的机会有时被一些学者称为“提供被倾听的机会”(the opportunity to be heard),实际上后一概念更能精确地反映仲裁庭在仲裁审理中的义务,即仲裁庭不仅应当给予当事人陈述案情的机会,而且应当倾听和重视这些陈述。不过,为了概念上的一致性,这里使用我国学者偏好的前一普遍性提法。

涉及是否给予陈述案情或提交与评论证据充分或合理的机会判决很多,其中认定没有给予陈述案情或提交与评论证据充分或合理的机会的非常闻名的判决包括前述的德国汉堡上诉法院1975年对某案的判决、1978年法国最高法院对Ste Groupement pour l'Industrialisation du Batiment诉Ste Industries et Techniqu案的判决、1998年荷兰海牙上诉法院对Rice Trading有限公司诉Nidera Handelscompagnie案的判决和1992年美国第2巡回上诉法院对Iran Aircraft Industries诉Avco公司案的判决等。在上述第一项判决中,汉堡上诉法院拒绝承认与执行仲裁裁决的另一个理由是:仲裁庭没有注意德国当事人提交的一份德国部长的信件,而该部长信件的内容与仲裁庭据之作成裁决的美国当事人信件内容正好相反。<sup>③</sup>一般而言,陈述案情或提交证据的充分机会不仅指当事人应当被允许陈述或提交证据,而且还意味着当事人陈述或提交的证据应受到认真对待,否则陈述或提交证据的机会再充分也毫无意义。当然,仲裁庭并没有义务必须采信某一方当事人的陈述或提交的证据,但是,仲裁庭不予采信时应当给予当事人评论的机会并对不予采信的立场说明理由。汉堡上诉法院所遇到的该起仲裁案件中,仲裁庭却没有做到这一点,因此,该法院将之视为程序不正常完全是正当的。在上述第二项和第三项判决中,法国最

<sup>①</sup>Sikiric H., Arbitration proceedings and Public Policy, Croatian Arbitration Yearbook, 2000, p.106.

<sup>②</sup>Tapola D., Recent Case Law on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia, Journal of International Arbitration 22(4), 2005, pp.334-335.

<sup>③</sup>Vardy T., International Commercial Arbitration, West Group, 2003, p.427.

高法院和荷兰海牙上诉法院分别指出:仲裁庭对裁决所依据的专家意见没有给予当事人表达观点的机会是一种违反正当程序的行为;没有给予当事人对另一方当事人最后提供的新文件进行口头或书面评论的机会违背了属于公共政策范畴的对抗程序中的基本权利。<sup>①</sup>在Iran Aircraft Industries诉Avco公司案中,仲裁地在荷兰海牙的伊朗—美国求偿仲裁庭主席在审前会议(pre-hearing conference)上建议Avco公司不必提交数公斤重的发票,Avco公司可以提交经审计可接受的账目报告。随后,Avco公司提交了由独立审计师宣誓出具的声称反映原始发票账目的审计报告。在进行实体问题听证程序中,原仲裁庭主席因辞职而被取代。面对对方当事人代理律师的没有提交发票的质疑,Avco公司重申了审前会议上的要求。但是,仲裁庭根据多数仲裁员意见作出的裁决没有采信单纯由Avco公司账目簿和宣誓的审计报告证明的索赔额。美国第2巡回上诉法院判决拒绝执行该裁决,理由是:仲裁庭在已经使Avco公司确信自己采用了适当的方法证实其主张的情况下又以缺乏证据为由驳回其主张,如此误入歧途的行为剥夺了Avco公司以有意义的方式陈述其主张的机会。<sup>②</sup>

同样,由于获得有利裁决当事人的举证充分或适当,也有不少司法审查判决驳回了没有给予陈述案情及提交与评论证据充分或合理机会的指控。其中著名的判决包括俄罗斯莫斯科区法院1996年对Paul Wurth诉V/O Tyazhpromexpoert案的判决和1997年美国第7巡回上诉法院对Generica有限公司诉Pharmaceutical Basics公司案的判决等。在Paul Wurth诉V/O Tyazhpromexpoert案中,V/O Tyazhpromexpoert表面上以通知不当为由质疑裁决,实际上却是指责仲裁庭没有给予在最后一次斯德哥尔摩举行的仲裁听证会上陈述的机会。获得有利裁决当事人通过成功地证明以下各种事实使莫斯科区法院驳回了抗拒裁决的V/O Tyazhpromexpoert抗辩:最后的仲裁听证会日期是由所有当事人商定的;在听证会前的某一时期,V/O Tyazhpromexpoert通知仲裁庭称,由于签证问题其代表不能按时出席斯德哥尔摩的听证会,仲裁庭主席在与瑞典大使馆联系加速签证问题时却被告知该方代表根本没有申请入境签证;后来仲裁庭收到了一份声称该方当事人所有代表生病的声明,却未提及医院证明的号码;该案自1991年开始一直悬而未决已达3年,该方当事人没有正当理由不出席最后一次听证会。<sup>③</sup>

在Generica有限公司诉Pharmaceutical Basics公司案中,针对关于仲裁员拒绝次日举行对某证人交叉询问(cross-examination)的行为构成否定正当程序的指控,美国第7巡回上诉法院指出:仲裁中的当事人不能期望获得司法诉讼中相同的程序,仲裁员仅仅必须给予每一位当事人提交证据和主张的“适当机会”(adequate opportunity);只有在当事人能证明排除证据的行为“实际上剥夺了对其公平审理”的情况下,该排除证据的行为才构成对正当程序的剥夺,本案的当事人却没有被阻止陈述案情;该当事人尽管对仲裁员不进行进一步的听证提出了及时的异议,却在知道该证人正计划离开听证会时没有在巴黎寻求强迫该证人滞留的官方命令。不过,从整个判决来看,美国第7巡回上诉法院也认为仲裁员没有在裁决中考虑该证人证词的相反内容是不妥的,只是经综合评判后,该法院认为仲裁员没有在实质上违反正当程序规则。<sup>④</sup>

此外,瑞士联邦法院2004年对某案的判决也很值得关注。在该案中,原告方声称,根据应予

<sup>①</sup>Sikiric H., Arbitration proceedings and Public Policy, Croatian Arbitration Yearbook, 2000, pp.110-111.

<sup>②</sup>Mantilla-SERRANO F., Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International, Number 4, 2004, pp.345.同时参见赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第163-164页。

<sup>③</sup>Sikiric H., Arbitration proceedings and Public Policy, Croatian Arbitration Yearbook, 2000, pp.106-107.

<sup>④</sup>Mantilla-SERRANO F., Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International, Number 4, 2004, pp.344-345.

适用的苏黎世商会 (the Zurich Chamber of Commerce) 仲裁规则, 仲裁员应当提供适当的口头质证程序, 仲裁员却仅根据书面诉状作出了裁决, 从而违背了原告的被倾听权利。瑞士联邦法院指出, 仅仅违反约定的程序规则不足以撤销裁决, 撤销裁决的理由应当是违反《瑞士国际私法典》第182条第3款中的强行要求, 即“无论选择何种程序, 仲裁庭应当确保当事人的平等待遇和对抗程序中被倾听权利”, 本案裁决依据了当事人在其诉状中所附的书面证据文件, 并且原告也没有向仲裁庭适时申请许可进一步提供特别证人证言形式的实质性证据。<sup>①</sup>

#### (2) 特殊情况下陈述案情机会的实践

这里的特殊情况是指当事人支付仲裁成本义务。

在仲裁实践中, 各仲裁机构一般要求当事人平等地垫付仲裁庭和仲裁机构的成本, 如果当事人不垫付仲裁成本, 各仲裁机构可以指令仲裁庭中止仲裁程序。不过, 平等地垫付仲裁成本并不是一项强制性要求, 各仲裁机构一般允许仲裁申请人垫付仲裁所有成本启动正式的仲裁程序, 然后再通过仲裁指令或裁决等方式向另一方当事人索讨。同时, 面临对方当事人拒绝垫付仲裁成本局面的情况下, 当事人也可以主张对方当事人违约而要求仲裁庭或相关法院正式地解除仲裁协议。然而, 瑞士联邦法院2003年所作出的一项判决表明, 仲裁庭只有在就这种可能的后果充分和正式通知缺席当事人的情况下才可以宣告解除仲裁协议。<sup>②</sup>

司法审查实践中有时也发生没有履行垫付仲裁成本义务的当事人是否享有陈述案情等强行权利问题。2003年纽约州法院在Coty公司诉Anchor公司案判决中对此问题作出了肯定的回答。在该案中, 仲裁地在纽约的一个仲裁庭遇到了被申请人无辜地不能支付根据美国仲裁协会建筑仲裁规则发生的仲裁成本, 申请人拒绝垫付对方的成本并建议在没有被申请人参与的情况下继续仲裁。根据上述仲裁规则的相关规定, 仲裁庭可以中止或终止仲裁程序, 也可以继续仲裁。这两种方法仲裁庭都没有采用, 而是仿照纽约州《民事程序法》而非仲裁法进行类似于缺席审理的仲裁。纽约州法院撤销了该裁决, 理由是未付仲裁成本的当事人被否决了基本的公平审理权, 被错误地否定了得到倾听、询问证人、提供证据及律师协助的权利。<sup>③</sup>

#### 4. 遵循仲裁员合审合议的原则

合审合议的原则 (the principle of collegiality) 的基本内容是所有仲裁员拥有共同执掌审理和合议裁决的权力, 仲裁的目的即是通过仲裁审理获得解决所有争议的一项或多项仲裁裁决。除一人仲裁庭外, 多人仲裁庭在作出裁决时皆存在合审和合议 (Deliberations) 问题。其中的合议是指多人仲裁庭中所有仲裁员集体讨论作出裁决的过程。很多国家或地区的制定法对仲裁中的合审合议问题不仅没有直接作出的规定, 而且也没有明确地将缺乏合审合议过程作为撤销或拒绝仲裁裁决的理由之一。但是, 不少国家或地区法院的司法审查判例却将合审合议视为强行正当程序的基本组成部分, 并将缺乏适当的合审合议认定为构成程序公共政策的违反, 从而判定其为撤销或拒绝承认与执行仲裁裁决的一个正当理由。<sup>④</sup>

从实践的角度来看, 遭到合审合议不当指控的裁决主要为所谓的缺损仲裁庭 (truncated tribunals) 继续审议后作成的裁决。多人仲裁庭中某一位仲裁员有时可能由于辞职、死亡、疾病或受到滞留地禁令约束等原因而不再任职, 如果这种情况发生在仲裁程序开始阶段, 则一般会按照先前任命该仲裁员的方式重新任命一名仲裁员替补。然而, 如果仲裁程序进入了仲裁审理

<sup>①</sup>Matthais Scherer, Due Process and Right to Be Heard, *International Arbitration Law Review*, 2005, p.26.

<sup>②</sup>Petrochilos G., *Procedural Law In International Commercial Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp.125-126.

<sup>③</sup>Ibid, p.127.

<sup>④</sup>ouchard P., Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 中信出版社2004年影印版, p.746.

程序的尾部甚至合议阶段出现了以上情形,则重新任命一名仲裁员替补可能就不是最佳办法,因为新仲裁员不了解先前审理中发现的情况,而重新开始一遍审理程序也是极大的浪费。因此,一些国家或地区的仲裁法和不少机构的仲裁规则允许剩余仲裁员组成的仲裁庭继续仲裁。如瑞典1999年《仲裁法》第30条第1款规定:如果某仲裁员没有正当理由而未能参加仲裁庭就某个事项作出决议,并不妨碍其他仲裁员就该事项作出决议。这种由剩余仲裁员组成的仲裁庭即是学术界所称的缺损或缺员仲裁庭。

有关这种缺损仲裁庭运行仲裁程序和合议纠纷涉及针对程序问题的司法审查著名的判例除了前述的德国最高法院2007年的一项判决<sup>①</sup>以外,瑞士联邦法院1991年作出判决的Ivan Milutinovic诉Deutsche Babcock案<sup>②</sup>及法国巴黎上诉法院2005年判决的Malecki诉Long案等也十分震动世界仲裁理论界和实务界。

以上述法国巴黎上诉法院作出的司法审查判决为例,在该案中双方当事人先按照美国仲裁协会的“商事仲裁规则”各自任命了一名仲裁员,与由美国仲裁协会任命的一名首席仲裁员共同组成了以费城为仲裁地的仲裁庭。该仲裁庭组建后不久,当事人Malecki家族辞退了其律师Brownstein先生并将此事通知了美国仲裁协会,同时还将其正由美国迁往法国的情况告诉了后者,从而要求后者将以后的联络信息寄往其在法国的新地址。美国仲裁协会知悉这些变化后的第2天即通知所有当事人称日后的仲裁将由其国际争议解决中心管理,同时邀请所有当事人对管理者变化一事进行评论。当事人对该变化都没有作出评论。2001年2-3月, Malecki家族通知仲裁庭和美国仲裁协会,声称不参加首次听证会及其后的所有程序。在2001年4月的首次听证会前一天, Malecki家族任命的仲裁员De Vito先生写信给Malecki家族的前律师Brownstein先生、其他仲裁员和美国仲裁协会称自己将不参与其后的任何仲裁程序,因为Brownstein先生在被辞退时即以Malecki家族没有为其仲裁服务提供付费保证为由指示自己不要再参与任何仲裁程序。Malecki家族对De Vito先生的信件皆一无所知,剩余的仲裁员和美国仲裁协会对此事也无任何反应。2001年6月29日,由剩余的2名仲裁员作成的裁决指令Malecki家族向对方当事人赔偿617 458美元及其利息。2002年5月2日巴黎一审法院作出了承认此裁决的判决。巴黎上诉法院却推翻了该判决并指出:尽管本案应当适用美国仲裁协会的国际仲裁规则,该规则没有明确规定在由剩余多数(2名)仲裁员继续仲裁和做出裁决的情况下应当向当事人发出通知并向当事人提供表达观点的机会,本案的仲裁庭并不存在违反该规则的行为,但是由剩余仲裁员组建的仲裁庭是不正常的,因为De Vito先生的信件没有传给当事人,剩余仲裁员在没有关注当事人观点且没有任何说明的情况下作出裁决违背了合审合议的原则;仲裁员必须对每一项程序步骤和每一个事件向包括缺席当事人在内的所有当事人作出通知并给予表达观点的机会,适用美国仲裁协会的国际仲裁规则及Malecki家族没有参与仲裁都不等于放弃这些权利。<sup>③</sup>

#### 四、我国司法审查依据的制度及其完善

##### (一)我国司法审查依据的制度及其缺陷

我国司法审查仲裁程序争议所依据的制定法制度主要体现于现行《仲裁法》第四章第一节与第三节部分条款、第五章第58条、第六章第63条和第七章第70-71条。

<sup>①</sup>van den Berg van den Berg A J., Yearbook Commercial Arbitration, Volume 34, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, pp.504-509.

<sup>②</sup>Mauro, International Arbitration Law and Practice, 中信出版社2003年影印版, p.349.

<sup>③</sup>Bensaude D. Truncated Tribunals and Waivers of Dutco Rights, Journal of International Arbitration 23(1), 2006, pp.81-83 & pp.86-87.

上述法条中的制度规范存在着以下诸多缺陷:

### 1. 大部分条款的放置位置不妥

我国司法审查仲裁程序争议所依据的制定法制度主要放在现行《仲裁法》第四章“仲裁程序”的名称下。这名称本身没有问题,但是该章名目下混杂着很多不是仲裁程序的规范条文。

例如,该章第一节中的第26条涉及仲裁协议与仲裁机构及法院的关系,境外其他国家或地区的仲裁制定法一般都放在“仲裁协议”章目之下。

又如,该章第二节是关于“仲裁庭的组成”规范。仲裁员或仲裁庭确实是仲裁程序不可或缺的重要主体之一,然而,其组成方式或过程等本身并不属于仲裁程序。同时,有了仲裁员或仲裁庭这样的主体以后才有仲裁程序和仲裁裁决等,为此,境外的仲裁制定法一般将我国大陆现行《仲裁法》第二章中唯一涉及仲裁员任职资格的第13条和第四章仲裁程序第二节“仲裁庭的组成”名目下规定的主要事项放在以“仲裁员”<sup>①</sup>、“仲裁庭”<sup>②</sup>、“仲裁员与仲裁庭”<sup>③</sup>、“仲裁庭的组成”<sup>④</sup>或“仲裁庭之组织”<sup>⑤</sup>(下文中以“仲裁员”之类统称)为标题的单独一章或部分中进行规范,并置于前述的“总则”和/或“仲裁协议”之外的其他各章或部分之前,如1985年版和2006年版的联合国《国际商事仲裁示范法》的第3章、德国1998年《民事诉讼法典》第10编第3章、瑞典1999年《仲裁法》第2部分、日本2003年《仲裁法》第3章、意大利2006年《民事诉讼法典》第3章、亚美尼亚2006年《商事仲裁法》第3章、台湾2009年修订的《仲裁法》第3章等。

再如该章第三节以“开庭和裁决”命名,将仲裁开庭等程序与仲裁裁决方面的规范混在“仲裁程序”章目之下不仅名不符实而且也是境外所没有的,同样不利于境外的仲裁消费者熟悉和选择适用我国的仲裁法。

### 2. 没有明确当事人有约定程序的权利和自由

我国现行《仲裁法》中没有条文明确宣布当事人可以在强制性法律允许的范围内对仲裁程序事项作出自由约定的原则,只是在第39条和第40条规定当事人有协议不开庭的与仲裁公开进行的自由。然而,从一些国家或地区仲裁制定法的规定和一些学者的研究成果来看,仲裁程序事项还包括仲裁程序开始时间的决定、申请书和答辩书提交时限、专家的指定及参与仲裁活动的方式等,在符合享有平等待遇和陈述案情充分机会等强制性法律规定的条件下,当事人也应当在这些程序事项上享有自主决定权,而我国现行的《仲裁法》既无具体规定又未作总体的原则表态显然是严重地无视当事人的这些程序自治权。

### 3. 强行的仲裁正当程序要求不完整

我国现行《仲裁法》第四章只有第45条与第47条的规定与境外普遍的强行的仲裁正当程序原则有点关联性。这两条不仅在“仲裁程序”章中位置非常靠后,而且只规定了当事人在仲裁过程中有权进行辩论、在开庭时有权质证证据以及辩论终结时首席仲裁员或者独任仲裁员有义务征询当事人的最后意见。该章其他条款根本未明确提及当事人在所有的仲裁程序中应当受到平等待遇,也没有要求给予当事人陈述其案情和提交证据<sup>⑥</sup>等的机会必须达到合理的程度,

①如日本、意大利等国的仲裁制定法。

②如新加坡2002年《仲裁法》。

③如葡萄牙2011年《自愿仲裁法》。

④如亚美尼亚2006年《商事仲裁法》。

⑤如台湾2002年《仲裁法》。

⑥如下文中阐释,现行《仲裁法》第43条的举证规则并不是赋予当事人提交证据的权利而是一种在某些情况下可能很不妥当的义务。

可见我国现行《仲裁法》强行的仲裁正当程序要求是很不完整的,以至于出现了某些仲裁案件中仲裁员敢与一方当事人的律师吃饭的问题。<sup>①</sup>

#### 4. 其他的程序规范或存在缺陷或为空白

我国现行的仲裁制定法中还存在仲裁调解程序规则不完善、无仲裁地确定规则、无仲裁程序合并规则等缺陷或为空白的情况。

### (二)我国司法审查依据的制度完善建议

#### 1. 将仲裁程序问题单独集中规定为一章

1985年版和2006年版《国际商事仲裁示范法》和以上境外的仲裁制定法的单独集中规定为一章的这种主流结构已为我国境内和涉外仲裁使用者十分熟悉,进行引入无疑会便于其查阅和掌握。为此,首先将我国现行《仲裁法》中上述第26条及前述第28条保全措施规范移出置于其他章目下进行完善改造。<sup>②</sup>其次将该法第四章第二节的内容全部移出修改。然后将该章第三节裁决方面部分规则移出至另一章中进行修改。<sup>③</sup>据我们考察,除我国台湾2009年修订的《仲裁法》之外,境外其他的现行仲裁制定法一般都没有将仲裁裁决方面规则与仲裁程序规则混同在一章或部分之中,而是将仲裁裁决方面规则单独作为一章或部分,或者与仲裁程序终止规则合为一章或部分。属于前一种情况的如法国2011年《民事程序法典》等,选择后一种安排的则如1985年版和2006年版的联合国《国际商事仲裁示范法》、德国1998年《民事程序法典》等。我国已有学者认识到了将仲裁裁决方面规则混同在“仲裁程序”章目下的不合适性,并进而在其建议稿中做出了移出处理。<sup>④</sup>笔者深为赞同且认为按上述方法调整后剩下的仲裁程序规则就是需要修改,也不会多到要分节的地步,从而不仅使修订后的《仲裁法》中的“仲裁程序”章与国际模式相似,也与其另外各章一样无分节情况而在体例上更协调。

#### 2. 明确当事人有约定仲裁程序的权利和自由

对于弥补现行制定法中以上第(二)项缺陷,我国无疑应在以后修订的《仲裁法》中明确当事人有约定仲裁程序的权利和自由。在具体条文设计上不宜照搬《国际商事仲裁示范法》第19条的规定,也不必采用德国与奥地利等国将之与正当仲裁程序要求的规则合并宣示的模式。主要原因是前者的规定太简单,应当借鉴或吸收数个国家或地区的仲裁制定法中更合理的添加规范予以补充,如此一来再采用德、奥等合并宣示的模式将会使前条下的重要原则大大淡化,而采取两条分开规定的方式就可以避免这种缺陷。

具体而言,可在1985年版和2006年版《国际商事仲裁示范法》基础上进一步细化的内容主要参考英国1996年《仲裁法》第33条第2款(b)项、瑞典1999年《仲裁法》第21条、香港2010年《仲裁条例》第46条第3款(c)项等基础上使用专门的一条规定:(1)在不违背本法强制性规定的情况下,当事人可以自由约定仲裁庭进行仲裁时所应当遵循的程序。当事人无约定的,仲裁庭应当在不违背本法强制性规定的情况下,采用适合个别案件的程序进行仲裁,避免不必要的拖延或开支。(2)在符合前款规定的条件下,授予仲裁庭的权力包括对任何证据的可采性、相关性、实质性和重要性的决定权。以上制定法中更详细规定的参考价值及应如此规定的合理性也已

<sup>①</sup>张圣翠:《我国仲裁市场竞争法律制度的困境与突破》,《政治与法律》2015年第7期。

<sup>②</sup>张圣翠:《论我国仲裁保全措施制度的重构》,《上海财经大学学报》2016年第2期。

<sup>③</sup>笔者将另行撰文探讨这两节规范的移出完善问题。

<sup>④</sup>⑤武汉大学国际法研究所“《仲裁法》修改”课题组:《中华人民共和国仲裁法(建议修改稿)》,《仲裁研究》2006年第2期。

得到了我国一些学者的承认。<sup>①</sup>

### 3. 完善强行的仲裁正当程序要求

针对前述强行的仲裁正当程序要求不完整等缺陷,今后修改时我国不仅既应将第45条与第47条的位置大幅度地提前,而且还更应仔细地推敲其内容。

就位置而言,我国完全可效法如1985年版和2006年版《国际商事示范法》,英国、德国、瑞典、韩国、奥地利、香港、澳大利亚、苏格兰等国家或地区仲裁制定法将这种强行要求的条文放在“仲裁程序”章目下的首要或第二位的位置。

在内容方面,我国修订的《仲裁法》可以总括性地规定:当事人应当受到平等待遇,并应当被给予合理机会陈述其案情、提供证据和评论对方当事人陈述与证据;当事人可以授权律师或其他人行使前款下的权利。

应予以说明的是,境外仲裁制定法的相应条款中的“机会”一词前分别使用了“充分”或“合理”两个不同的修饰语。在仲裁实践中,这两个修饰语具有通用的含义,即达到合理程度就被认为已够“充分”,或者“充分”只能具有“合理”之意而不是没完没了的顶级之巅。<sup>②</sup>可见,我国很适合采用文与意更相符的“合理”一词。

同时,需要特别指出的是,上述境外的仲裁法中只有克罗地亚、孟加拉和苏格兰等极少数国家或地区的仲裁制定法额外地添加了“每一方当事人有权回应对方当事人的陈述与主张”<sup>③</sup>或“每一方当事人应有合理的机会研究所有文件和其他相关资料”<sup>④</sup>等文字,其他一般都是简洁地规定“当事人应当受到平等待遇,并应当被给予充分(合理)机会陈述其案情”。但是,这些更简短的规定在仲裁实践中都被解释为包括了“当事人应被给予提供证据和评论对方当事人陈述与证据”的“合理机会”。考虑到我国现行《仲裁法》第43条第1款中关于“提供证据”为当事人一项义务而不是权利的宣示既不符合国际惯例又可能不符合我国其他法律规定的情况,同时鉴于我国协议仲裁发展的时间不长以致简短的“陈述案情”用语可能会使很多仲裁使用者误作狭义的理解,笔者建议在该用语之后明确添加了“提供证据和评论对方当事人陈述与证据”。

### 4. 完善其他仲裁程序的规范

笔者已发表了一篇涉及其他仲裁程序规则完善的论文<sup>⑤</sup>,还将另行撰文对更多仲裁程序规则提出重构建议。

## 五、结 语

仲裁程序在仲裁法中具有核心之一的价值,仲裁程序争议能否依据合理的司法审查制度予以解决十分关乎当事人对仲裁的信心,境外不少国家或地区的仲裁程序纠纷的司法审查制度具有较大的竞争力,对这些国家或地区成为仲裁强国或强区功不可没,该种制度的要点是一方面承认当事人有约定仲裁程序的自由,另一方面对各种仲裁参与主体施加强行的正当程序要求。

我国是世界上第二大经济体,又参加了100多个国家为缔约国的关于承认和执行仲裁裁决的《纽约公约》,我国涉外商事纠纷在协商或调解不成的情况下一般也是选择仲裁解决,在多半被迫选择境外仲裁及不时地需要去境外执行裁决的背景下研究和了解境外仲裁程序纠纷的

<sup>①</sup>Liebscher C. Global developments: Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration, Croatian Arbitration Yearbook, 1999, pp.91-93.

<sup>②</sup>克罗地亚2001年《仲裁法》第17条。苏格兰2010年《仲裁法》规则24第(2)款后半段也添加了类似意思的文字。

<sup>③</sup>孟加拉2001年《仲裁法》第23条。

<sup>④</sup>张圣翠:《仲裁员与调解员身份互换规范的比较与借鉴》,《政治与法律》2012年第8期。

司法审查制度是非常必要的。

我国仲裁程序纠纷的司法审查所依据的制定法制度存在着严重的缺陷,主要是:(1)立法归类技术的欠缺;(2)忽视当事人选择仲裁的主要原因之一是能约定仲裁程序的合理期望;(3)忽视仲裁必须遵循正当程序才有公信力的这种不同于协商或调解的关键性特征。这些缺陷的完善尽管要考虑我国的国情,但更重要的是必须借鉴有关国家或地区的先进规则,亦如我国当初引进马克思理论和后来的改革开放思想及加入世界贸易组织制度一样,这对我国仲裁的健康发展与繁荣将是有利而无害的。具体而言,我国必须通过修订《仲裁法》的方式突出当事人确定仲裁程序的自由和同时受强行的正当程序规则约束的原则。

我国制定法得以完善之后,理论界的研究即应关注其运作实践和运作效果,其主旨应是有益于我国仲裁的推广、当事人解决争议成本的下降、仲裁公信力的提升、对人民法院化解民商事矛盾压力的分摊及仲裁全球竞争力的提升等。

## Comparison of Legal Mechanism for Judicial Review of Arbitration Proceedings & Its Reference to China

Zhang Shengcui

(Law School, Shanghai University of Finance & Economics, Shanghai 200433, China)

**Abstract:** The appropriateness of legal mechanism for judicial review of arbitration proceedings is very important to the healthy development of arbitration. The objects of judicial review of arbitration proceedings can be mainly divided into issues concerning the breach of agreed arbitration proceedings and ones concerning the breach of mandatory due process requirements, and its statute law not only embodies domestic law or local law, but also has unified binding of international treaties. However, some countries or regions in history or at present make some interpretations that deviate from international mainstream practices. The good news is that this situation is getting less and less and is more and more severely criticized. In terms of statute law that judicial review concerning the breach of mandatory due process requirements of arbitration proceedings is based on, strong arbitration countries or regions not only have prominent principle stipulation, but also have made very detailed and rich case practices in succession and play the better guidance role in the behavior of related litigants. The legal provisions in China's Arbitration Law for judicial review of arbitration proceedings are comparatively defective, reflecting unreasonable location of most articles, no clear rules about the rights and freedom for the parties to tailor arbitration proceedings for themselves, incomplete requirements of mandatory due process, and so on. China should revise, delete or add relevant articles in the above-mentioned Arbitration Law by mainly referring to overseas advanced legal system.

**Key words:** arbitration proceedings; agreed proceedings; due process; judicial review

(责任编辑:海林)