

1.1 源起與演化

有人的地方就有江湖，有江湖的地方就有紛爭。人類社會是一個紛爭不斷的社會。從某種角度來講，人類的歷史就是一部爭議和解決爭議的歷史。爭議幾乎亙古未變，爭議的解決方式卻時有更新。爭議解決方式，就是體現社會發展程度的縮影之一。有些方式產生了新的爭議，有些方式與文明時代的行為準則頗有不符，有些隨著社會的進步已經消亡，有些依舊在社會生活中發揮著重要的作用。

在商事領域產生的社會衝突即是商事爭議。商人之間為了實現某種目的而簽訂合同、進行交易，但由於某種原因交易無法依照原來的安排持續、合同不能履行或不能適當履行，於是就產生了商事爭議。與產生於其他領域的衝突相比，商事爭議通常具有如下幾個特點：一是內容涉及商事權利義務；二是主體地位平等；三是爭議可以通過和解的形式解決。商事爭議的解決可以通過兩種渠道：自力救濟和公力救濟。自力救濟即指爭議主體依靠自身的力量自行解決爭議，從而維護自身的權益。公力救濟是指爭議主體依靠社會或國家的力量解決爭議，維護自己的權益。前者如自決、和解等；後者如訴訟。隨著社會的發展，這兩種渠道中的某些方式漸趨式微，而某些方式又方興未艾。

在現代社會，商事爭議主要通過四種方式得以解決：協商、調解、仲裁、訴訟。此外，兼有多種因素的替代性爭議方式也同時存在。除訴訟作為以國家強制力為保障的固有的爭議解決方式外，近些年，以仲裁方式解決商事爭議在世界範圍內獲得普遍的運用，商事仲裁制度也已日趨完善。

仲裁這個詞，從詞義來解讀，有居間、裁斷之義，兼具古風和俠義，但同時又混合了獨斷和中庸。仲裁作為一種爭議的解決方式，從何時產生、如何發展，學者各有論述，但並沒有統一的認識。事實上，正如一切有發展屬性的事物一樣，對於起源問題，總是會引起很多爭論。而且，就概念本身而言，往往是發展到一定階段才形成的，這也就增加了考證起源的難度。

作為一種爭議解決方式，仲裁很早就已經出現。據稱，早在公元前350年，柏拉圖就提出：“首先，法院應當有推選出來的裁判者，他們應當由申請人和被申請人共同選擇；他們應當是仲裁員而非法官。”¹

就爭議解決方式而言，在人類社會發展過程中，無論是中國或是在國際上，都曾經出現過類似仲裁的方式。²然而仲裁或者說類似仲裁的爭議解決方式最早起源於何時已不可考。學者或實務界所論述的也僅限於在自己所佔有的史料上發表的自己的觀點。³通說認為，仲裁作為一種處理商事糾紛的制度，是隨著商品經濟的發展而發展的。⁴羅馬法《民法

1 Adrian Baron, “The Australian International Arbitration Act, the Fiction of Severability and Claims for Restitution”, (2000) *Arbitration International*, 16 (2).

2 Neil Kaplan,, Jill Spruce, Michael J Moser, “A Short History of Arbitration”, *Hong Kong and China Arbitration* (London:Butterworths, 1994), pp.xxxiii-lxv. 該節從希臘羅馬的神話開始，主要敘述了仲裁在英國的發展歷史。Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, *Commercial Arbitration* (London:Butterworths, 1989), pp.32.

3 如有人認為，仲裁的最早起源於應是村莊中遇到糾紛時請年老者決斷。見聯合國國際貿易法委員會執行秘書赫爾曼先生於1994年6月27日在上海所作關於國際商事仲裁的講話，載於《仲裁與法律通訊》，1994年第5期，第27頁。推斷爭議解決方式的歷史發展，似乎於訴訟、調解、仲裁或其他爭議解決方式，這一觀點都可適用。

4 據考察，作為解決爭議的方式，遠在公元前六世紀的希臘，城邦國家即已經開始利用仲裁解決他們之間的爭議。

大全》第二編記載了當時五大法學家之一保羅的論述：“為解決糾紛，正如可以進行訴訟一樣，也可以進行仲裁。”¹³ 14 世紀意大利已出現國際性的商事仲裁。14 世紀瑞典編的一部地方法典中，承認仲裁是解決爭議的方式。⁵ 英國在 1347 年就有關於仲裁的史料記載。某些從事對外貿易的公司如東印度公司，在其章程中訂有仲裁條款，規定如果公司成員間發生爭議，應通過仲裁解決。1697 年，英國頒佈了第一部仲裁法案，正式承認了仲裁制度，並於 1889 年制定了第一部仲裁法。瑞典也於 1887 年正式制定了第一部有關仲裁的法律。從 19 世紀起，德國、法國、日本等，也都採用了仲裁制度，並通過在民事訴訟法典中專章規定⁶ 或單獨立法的方式，制定了仲裁法規。近代以來，仲裁的形式和內容有了極大的發展。特別是進入 20 世紀後，由於國際經濟貿易往來的縱深發展，世界上許多國家都普遍地建立和發展了仲裁制度，設立常設性仲裁機構，締結了國際性的條約，或是訂立具有示範作用的法律規則。

在我國，仲裁制度的正式建立始於 20 世紀初。⁷ 中國傳統上將仲裁稱為公斷。國民政府建立以後，1912 年頒佈了《商事公斷處章程》，1913 年頒佈了《商事公斷處辦事細則》。章程及細則規定：商事公斷處在商會內設立，“對於商人之間商事之爭議，立於仲裁地位，以息訟和解紛為主旨”。這應該算是中國第一個關於仲裁的專門規定。1930 年，國民黨政府頒佈實施了《勞資爭議處理法》，規定了勞動爭議的調解和

5 參見程德均主編：《涉外仲裁與法律》，第一輯，北京：中國人民大學出版社 1992 年版，第 271 頁。The Stockholm Chamber of Commerce (ed), *Arbitration in Sweden*, second (revised) edition, (1984), p.3.

6 如法國 1807 年的民事訴訟法典、德國 1877 年的民事訴訟法典、日本 1890 年的民事訴訟法典，都有關於仲裁的專章規定。2004 年 3 月 1 日，日本依聯合國國際商事仲裁示範法，制訂了單獨的仲裁法。

7 早在清朝康熙年間（1661–1722），就存在此種與仲裁類似的制度。見 William W. Park：《仲裁的多變性：規則的價值和自由裁量的風險》，載林一飛主編：《商事仲裁法律報告》，第一卷，北京：中信出版社 2004 年版。

仲裁程序。1942年，晉察冀邊區頒佈的《晉察冀邊區租佃債息條例》和《關於仲裁委員會的工作》指示中，就已經規定了仲裁委員會的性質、任務和權限。1949年，天津市政府頒佈了《天津市調解仲裁委員會暫行組織條例》，對仲裁機構的設置、收案範圍和工作原則作了規定。

中華人民共和國成立以後，首先是發展了涉外仲裁制度。中央人民政府政務院在1954年5月6日舉行的第215次政務會議上通過的《中央人民政府政務院關於在中國國際貿易促進委員會內設立對外貿易仲裁委員會的決定》。1981年，我國頒佈了《中華人民共和國經濟合同法》，對合同糾紛規定了“一裁兩審”制。1987年，我國頒佈了《中華人民共和國技術合同法》，該法規定了“協議仲裁”和“或裁或審”制，但是沒有規定“一裁終局”制度。1990年，我國頒佈了《中華人民共和國著作權法》，承認了一裁終局制。1993年頒佈的《中華人民共和國消費者權益保護法》規定，消費者和經營者發生消費者權益爭議的，可以“根據與經營者達成的仲裁協議提請仲裁機構仲裁”。⁸

在各種類型的仲裁並存的局面下，存在和不斷產生的問題使得制定一部專門的仲裁法顯得非常有必要。1994年8月31日《仲裁法》正式公佈，自1995年9月1日起施行。雖然該法尚存在一些缺陷，但與原來的仲裁制度相比，其結束了多頭仲裁各自為政的局面，建立了統一的商事仲裁制度，明確界定了仲裁的範圍，使仲裁與國際上通行的商事仲裁制度在大的原則方面能夠接軌。2025年9月12日，新修訂的中國《仲裁法》經十四屆全國人大常委會第十七次會議表決通過，並將於2026年3月1日起施行（後文《仲裁法》指原《仲裁法》，新《仲裁法》指修訂後的《仲裁法》）。

以上只是近現代以來中國仲裁制度的發展。事實上，翻開中國的歷

8 第三十四條。該條規定，消費者和經營者發生消費者權益爭議的，可以通過下列途徑解決：（一）與經營者協商和解；（二）請求消費者協會調解；（三）向有關行政部門申訴；（四）根據與經營者達成的仲裁協議提請仲裁機構仲裁；（五）向人民法院提起訴訟。

史，還可以看到其他一些淵源，例如居中調解的記錄。這些記錄不會明確表明仲裁在中國的歷史，但是，作為爭議解決方式的演變過程，或者說，作為近代中國接受仲裁這層外衣其所原本具有的實質內容，也頗為有趣。此處稍提及一點，更多地應當由其他的著述來作更加專門和深入的探討。發生糾紛後請鄰里居中主持調解這樣的民間案例沒有記錄，文字歷史之初的事例已經不可考。不過，早在西周的司法實踐中，即已經有了調解息訟的案例。《習鼎》⁹是一個典型的民事調解息訴的案例。限兩次違約，司法官在聽了習的訟辭後，就對限說，“你是王室之人，不應該悔約。”限的代理人之後則遵守前約，爭訟也就停息了。該案的司法官並沒有做出任何正式的判決、沒有對違約者處於刑罰，而是利用調解的方法息訟。筆者大膽推斷，民間發生爭訟不直接請求官方裁斷而只請德高望重的人居中調處的，不在少數，古今亦然，應也是早期民間爭議解決方式的來源之一。漢恆帝的時候，陳寔¹⁰任太丘長，為人公正平和，忠厚誠懇。每次鄉里有人爭吵，都請陳寔出來公斷，而陳寔每次都能公正判決，清楚詳細地說明正確和錯誤的兩個方面，百姓都很尊敬他，故當有“寧為刑罰所加，不為陳君所短”這句話流傳。

關於調解制度，還有更多的記錄：春秋戰國之際，設有專門調解復仇案件的官員“調人”，“調人掌司萬民之難而諧和之”；¹¹唐朝鄉里的訴訟，要先由里正、村正、坊正來進行調解；明初在各鄉設有“申明亭”，由本鄉推舉公直老人三五名，報官備案，本鄉有糾紛小事，由

9 清乾隆年間於西安出土的一件西周時期青銅器，該器上的銘文第二段記載著一起奴隸買賣爭訴案。參見胡留元、馮卓慧：《夏商西周法制史》，北京：商務印書館2006年版，第572-573頁。

10 范曄：《後漢書》有傳。“梁上君子”典故的由來與此君相關。

11 《周禮·地官·調人》。

里甲、老人主持，在申明亭調解；¹² 清朝也是發展出鄰里調解、親族調解、基層保甲調解、州縣官府調解等各種調解制度。老舍先生在《茶館》第一幕寫道：“三五十口子打手，經調人東說西說，便都喝碗茶，吃碗爛肉麵……就可以化干戈為玉帛了。”當然，這些調解制度不同於仲裁，主要是為了調解息訟，“必也使無訟乎”，但現代商事仲裁制度發展更具有訴訟的特徵，三司會審，兩造具在，各執一端，最後仍需一裁了之，無訟的理想僅僅只能是夢想。不過，各式各樣的調解制度，因其具有的民間性而可以被視為仲裁制度化之前的預備制度。

我們還可以把仲裁的歷史這本賬繼續往前翻，從野史裏挑，在小說裏找。我們可能會發現，仲裁與行會、協會甚至綠林有一定的淵源，也可能會發現其他一些有意思的東西。這裏不再叨敘，讀者盡可往這些線索裏去深挖狠探，並且若有新料，歡迎隨時與筆者共享。

1.2 利與弊

仲裁來源於當事人意思自治，是通過當事人之間的私人安排產生的程序，但並非屬於不依靠其他外來力量或者不產生對外影響的私力救濟。仲裁裁決具有公權力的效果，是可以通過法律程序得到強制執行的有約束力的決定。這種模式導致仲裁在兼具私人程序以及公力救濟程序的優勢的同時，又可能具有相應的缺陷。

仲裁發展至今的大概路徑是：先出現了類似當前調解的仲裁雛形，依賴於當事人的自願進行和自願履行；隨著爭議解決方式的發展，仲裁

12 明太祖教民榜文第一條：民間戶婚、田土、鬥毆、相爭一切小事，不許輒便告官，務要經由本管里甲、老人理斷。若不經由者，不問虛實，先將告人杖斷六十。仍發回里甲、老人理斷。第三條：凡老人、里甲，剖決民訟，許於各里申明亭議決。其老人，須令本里眾人，推舉平日公直、人敬服者，或三名、五名、十名，報名在官，令其剖決。若事干別里，須會該里老人、里甲，公同剖決。其坐次，先老人，次里長，次甲首，論齒序坐。如里長年長於老人者，坐於老人之上，如此剖判民訟，抑長幼有序，老者自然尊貴。

制度需要法律制度進行規範，於是，國內仲裁立法和國際立法相繼產生，仲裁具有了法律的外衣。進一步，隨著法律和商業社會的發展，各種具體的仲裁配套制度隨之出現，大量的司法實踐開始產生並且對仲裁制度的發展產生了推動和完善作用。今天我們所談的仲裁，是指在社會交往中，當事人各方依據合同中的仲裁條款或單獨的仲裁協議，自願將現在或將來的爭議提交給當事人自行選定的仲裁庭進行審理，並作出有約束力的裁決的一種爭議解決方式。

業界關於商事仲裁的性質，提出了司法權論、契約論、混合論以及自治論等幾種觀點。從這幾種觀點的名字可以大致理解各自的內核。應當看到，現代商事仲裁程序，其主流是源於自治的契約，表現為自治的程序，但其本質上，依賴於國家強制力，無論是仲裁員的指定、仲裁程序的進行、仲裁裁決的自動履行或強制執行，均以國內立法或國際立法作為最終依據和來源，並只是作為法律的體現。因為契約本身是可能被違反的，而法律保障有效契約不被違反。仲裁法律制度的發展、完善從一個側面說明仲裁契約性的不足。仲裁起源階段的契約性已經被淹埋在司法性的湧流中，並為其所替代，或者仲裁的契約性至少已經不能單獨構成仲裁的性質，而必須與司法性相伴相生，必須得到司法性直接或間接的確認才可以有效存在。不過，由於仲裁並非國家固有的解決爭議的方式，而是一種後天創設出的爭議解決方式，仲裁的司法性受到一定限制。目前，就性質而言，其來源於當事人的授權，但從保障仲裁協議的執行、仲裁員權力行使和裁決執行的角度，則又依賴於司法權，但又與司法性不同。換言之，仲裁的性質是一種準司法權的性質。這種準司法性與上述各種理論存在或多或少的交叉，但又不能完全等同任何一種。

無論是國際商事仲裁或者國內商事仲裁，作為一種爭議解決方式，仲裁都是優點和缺點並存。同時，也應該看到，優點和缺點都是相對的，並且不一定適用於所有的情形。對於個案而言，仲裁優劣應具體情況具體判斷。某種原本有利的因素，完全可能在不同的處境下變成對一

方不利的因素，故在選擇仲裁作為爭議解決方式時，應當全面考慮。以下僅舉出仲裁的幾個主要特點和利弊考量。

（一）當事人意思自治

仲裁最主要的特點就是意思自治，通常這也被認為是仲裁的第一優點。仲裁採取自願原則，以當事人自願為前提，當事人享有充分的意思自治，包括自主決定是否採用仲裁方式來解決爭議以及採用仲裁方式解決爭議的事項、選定仲裁機構、指定仲裁員、約定仲裁規則、約定庭審方式、約定仲裁地和開庭地等。意思自治也體現為程序的非形式性和靈活性。

但是，充分意思自治再往前邁一步，就是意思自治的濫用。當事人之間可以通過仲裁協議約定所進行的仲裁程序，但所約定的仲裁程序可能最終無法適當執行而犧牲仲裁本應具有的爭議解決的屬性，或者所約定的程序可能導致仲裁無法公平公正地解決爭議。如何協調意思自治和效率之間的矛盾，如何平衡意思自治和公正合法之間的衝突，有時候也大費腦筋。

此外，意思自治形成於各方當事人之間，仲裁協議作為一種協議，具有合同相對性，不約束合同外的第三人，這就可能使得相關爭議的解決方式和結果不一致，導致當事人處於尷尬境地，或者導致可能有利害關係的第三人無法加入仲裁程序。例如，國內買方與外貿公司的爭議通過訴訟解決，而外貿公司與國外賣方的爭議通過仲裁解決，外貿公司可能處於兩頭都要承擔責任的窘境。再如，總承包合同和分包合同約定不同的爭議解決方式，也可能產生類似的問題。這也成為仲裁作為一種準司法程序的弊端。

最高人民法院發佈的第 36 批指導性案例第 198 號¹³案例中，實際

13 中國工商銀行股份有限公司岳陽分行與劉友良申請撤銷仲裁裁決案，湖南省岳陽市中级人民法院，（2018）湘 06 民特 1 號。

施工人主動接受了承發包人之間的仲裁協議管轄，而發包人以與其“不存在仲裁協議”為由提出異議。法院明確了實際施工人並非發包人與承包人簽訂的施工合同的當事人，亦未與發包人、承包人訂立有效仲裁協議，不應受發包人與承包人的仲裁協議約束。該案例裁判規則進一步明確了仲裁協議高度的意思自治原則，不及於案外第三人。

（二）一裁終局

一般的商事仲裁中，裁決一旦作出，就發生法律效力，不像訴訟程序實行兩審甚至三審終審制。有些商事仲裁機構在其規則設計上，也設定有內部的上訴制度，但這不影響仲裁終局性的基本設定。一裁終局使得爭議解決程序簡化，有利於當事人之間的爭議迅速得到解決。但正如一枚硬幣有兩面，一裁終局在某些時候是仲裁的缺點。在實務當中，不少當事人放棄選擇仲裁方式的原因，是仲裁使得爭議解決的風險增加。不同於訴訟程序，在發生不公正的時候，仲裁很難有再次從實體上進行救濟的機會。對個案的當事人而言，終局性有時候意味著致命性。

當然，一裁終局並非完全喪失了實體和程序上的救濟權。除了通常認為的通過撤銷或不予執行享有的程序上的救濟權利外，部分國家在立法事實上是規定了實體上訴的權利。例如，根據英國 1996 年《仲裁法》，當事人可以就仲裁裁決中的法律問題向法院提起上訴，法院有權對裁決的內容進行更改。法國 2011 年《仲裁法》同樣保留了國內仲裁情況對裁決上訴的可能。

近年來，業界開始反思仲裁的一裁終局原則，試圖從公正的角度儘可能尋找一種保護當事人權益的方式，例如，某些仲裁機構通過仲裁規則，規定了在仲裁機構內部提起複裁或上訴的權利。

（三）裁決具有國際執行力

仲裁裁決和法院判決一樣，同樣具有法律約束力，可由法律保障執行。當事人可以憑生效的仲裁裁決，向有管轄權的法院申請執行。特別要指出，國際商事爭議通過仲裁解決，其裁決較之法院判決，更易於在

國際上得到執行。事實上，在司法判決在他國的承認和執行沒有普遍共識的今天，這是國際商事交易中需要重點考慮的因素。不過，由於各國法院的理解存在差異，仲裁的國際執行力也可能存在相同情形但不同結果的可能性。同時，執行力與既判力上存在的不同理解，也可能影響仲裁程序和裁決的效力。

此外，另外一種擔憂是，仲裁不同於訴訟，相對於法院的判決而言，裁決屬於外來戶，是否執行會判決優先而裁決劣後。至少在目前，即便存在執行難的問題，這個問題也不會專屬仲裁。

（四）保密和不公開

保密涉及庭審、裁決或整個仲裁程序是否具有保密性的問題。普遍的觀點是，仲裁程序具有保密性，不公開進行，這是大多數國家的仲裁法的規定，中國也是如此規定。許多仲裁規則，例如《國際商會仲裁院仲裁規則》《貿法會仲裁規則》均規定審理不公開進行。¹⁴ 仲裁程序包括裁決的結果不對外公開，有利於當事人之間某些商業秘密不被洩露，並且對於當事人的商業信譽也是一種保護，也使雙方當事人在感情上容易接受，有利於日後繼續業務往來。

但有一個問題是，保密是否等同於不公開，二者涵蓋的範圍是否相同？嚴格上講，應該是。但這種情況總有例外，也總有不嚴格的時候。例如，部分仲裁機構採用的公告送達仲裁文書的方式，其後果至少是仲裁庭審、文件等不公開進行，但仲裁存在的信息已經對外公開。

第三方資助問題，可能也會構成仲裁信息向非案件當事人的披露。在瑞麗航空公司等訴國銀飛機租賃（天津）有限公司案中¹⁵，瑞麗航空一方以第三方資助機構參與仲裁，知悉實體和程序情況為由，認為違反保密性原則。北京市第四中級人民法院，認為仲裁保密性的關鍵在於案

¹⁴ 分別見《國際商會仲裁院仲裁規則》第 21 條和《貿法會仲裁規則》第 25 條。

¹⁵ （2022）京 04 民特 368 號。