

我国商事仲裁机构章程制度的检视与完善

龙 迎 湘^{*}

摘 要: 为了保障仲裁的独立性,仲裁机构必须具有独立性。但政府的出资和为公众解决纠纷的设立目的决定了公立非营利性的仲裁机构的自治度远低于私立营利性机构的自治度。为了避免政府支持最终演变成行政干预,仲裁机构章程的内容应由法律明确规定并进行合理限制,以保障其独立性。从我国现有法律规范体系出发,仲裁法对仲裁机构章程进行规范最符合我国仲裁法律制度的需求。具体而言,仲裁法应通过区分必须记载事项和任意记载事项的方式对仲裁机构章程的制定和修改主体、仲裁机构的性质、内部组织架构等内容进行强制性规定。除此之外,仲裁法还应明确仲裁机构章程的效力和外部监督方式。为了对仲裁机构章程进行有效的社会监督,仲裁机构的章程应对公众公开。

关键词: 仲裁机构 章程 仲裁法 决策机制 监督机制

一、问题的提出

2018年,为了提高仲裁的公信力,中共中央办公厅和国务院办公厅联合下发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》(以下简称《若干意见》)。为了落实《若干意见》,各地仲裁机构纷纷进行改革,仲裁机构章程的修订成了改革成果最直观的体现。2020年,广东省深圳市率先以地方立法的形式展现深圳国际仲裁院章程的主要内容。^① 2021年,司法部发布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),该《征求意见稿》增加了两条关于仲裁机构章程的规定,即第16条“按照决策权、执行权、监督权相互分离、有效制衡、权责对等的原则制定章程”和第17条要求仲裁机构章程公开的规定。^② 但与实际需求相比,《征求意见稿》中关于仲裁机构章程的规定还是过于抽象,对不同类型的仲裁机构的区分也不够明确。商事仲裁

^{*} 湖南大学法学院副研究员、博士后研究人员
基金项目:湖南省哲学社会科学基金项目(20YBA052)

^① 参见《深圳国际仲裁院条例》。

^② 参见《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第16条、第17条。

机构章程的制度由章程的制定和修改、章程的内容、章程的效力以及章程的监督 4 部分组成。《征求意见稿》第 16 条涉及章程的内容,第 17 条涉及章程的监督,但章程的制定和修改以及章程的效力都未涉及。2022 年,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)的修订被纳入全国人大常委会预备审议项目,由相关的起草部门开展调研和起草工作。

我国学术界对《仲裁法》的修改早有讨论,^①但对仲裁机构章程制度的完善尚未开启探讨。笔者以仲裁机构章程制度的完善为切入点,通过梳理相关权利义务关系,搭建内部治理架构,厘清章程对内对外效力,区分必须记载事项(以下简称“必载事项”)和任意记载事项等,对《仲裁法》提出一些修改建议,以为我国商事仲裁制度的健康发展抛砖引玉。

二、仲裁机构章程制度的检视

《仲裁法》第 11 条规定仲裁机构必须有章程且依该法制定章程,但除第 12 条关于委员会人员构成的规定外,再无关于章程内容的进一步规定。这使得相关的权利义务处于混沌状态,依法制定章程成为空谈。1995 年 7 月,国务院办公厅发布《仲裁委员会章程示范文本》(以下简称《示范章程》)作为全国各地仲裁委员会设立时的章程范本,但《示范章程》不仅对诸如仲裁机构性质等基本问题缺乏规定,而且不具有法律约束力。《若干意见》除规定仲裁机构章程的制定原则外,还对仲裁机构决策机构的决策机制和议事程序作了简单的规定。就总体来说,仲裁机构章程以政策文件规范为主,法律规范虽作了原则性规定,但还未形成系统的法律制度。

(一) 仲裁机构章程制度的现状及缺陷

1. 仲裁机构章程的制定有法难依

以登记机关为划分标准,我国仲裁机构现有 3 种类型。第 1 类为事业单位,由政府提供场地经费,是我国仲裁机构的主流类型。^②除《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 87、88、89 条的规定外,事业单位的设立和内部治理主要受行政规章和政策规范,并无专门法律规定。该类型的仲裁机构章程的制定有法难依,仅有《示范章程》作为参考。第 2 类是以西安仲裁委员会金融仲裁院为代表的仲裁机构,在当地民政局注册登记,为民办非企业单位,即所谓民间组织。由于我国民间组织法长期缺位,故此种类型的仲裁机构章程的制定无法可依。第 3 类是以中国国际经济贸易仲裁委员会浙江分会有限责任公司(即中国国际经济贸易仲裁委员会浙江分会)为代表的仲裁机构,在当地市场监督管理局注册登记,为其他有限责任公司。此类仲裁机构应根据《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)设立,仲裁机构章程依《公司法》制定。但《若干意见》中规定仲裁机构应为非营利法人,这与《民法典》第 76 条规定的有限责任公司为营利法人的指导思想相左,此类仲裁机构未来是否能被修订的《仲裁法》认可有待探讨。但“其他有限责任公司”中的“其他”二字令人费解,《公司法》中并未出现“其他有限责任公司”这种类型的有限责任公司,如果其是一种特别的有限责任公司形式,那么其内部架构如何、有何特点应该明示。综上,目前我国仲裁机构的登记状况比较混乱,上述 3 类仲裁机构依何法制定章程也成了问题。

^① 参见宋连斌、黄进:《〈中华人民共和国仲裁法〉(建议修改稿)》,《法学评论》2003 年第 4 期;张圣翠:《中国仲裁法制改革研究》,北京大学出版社 2018 年版,第 185~333 页。

^② 参见姜丽丽:《论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》,《比较法研究》2019 年第 3 期。

仲裁机构章程的制定无具体规则可以遵循,不仅导致仲裁机构的自治权与外界干预权之间的界限不清,而且为仲裁机构内部治理结构的随意性和不合理性埋下隐患。从理论维度分析,无具体的法律规则可依据的状态会让仲裁机构的自治权不受监督限制,容易产生仲裁机构滥用自治权的现象。但在我国的实践中,行政机构深度参与仲裁机构的各类事务,^①造成仲裁机构行政色彩浓重,难以独立,^②出现了外界干预权不受限制的相反效果。

2. 仲裁机构章程制度的缺陷

仲裁机构章程制度的缺陷包括相关主体的权利义务不清和内部治理结构不完整两个方面。相关主体的权利义务不清又可以细分为仲裁机构与外部主体的关系不清以及内部主体的职责不清两个方面。一方面,仲裁机构与作为设立人和管理人的政府之间的权利义务关系不明确。《仲裁法》第14条规定仲裁机构和政府是不同的法律主体,但在实践中仲裁机构的决策权由政府指派的委员享有,并且执行机构对人、财、物的管理也需要不同程度地向政府主管机关请示。因此,仲裁机构及其设立人和管理人的权利义务存在极大比例的重叠,使得仲裁机构缺乏独立性。此外,仲裁机构与公众之间的权利义务也不明确。按照仲裁机构的公立非营利性质,我国仲裁机构应该接受公众监督。但监督范围和方式未被明确,所以公众享有何种监督权而仲裁机构又有何义务配合也未可知。另一方面,内部主体的职责不明确,如仲裁机构委员会的委员享有决策权,但决策权的内容以及决策程序并不明朗,委员享有决策权的同时承担何种义务也未见说明。

内部治理结构不完整主要体现为监督机构的缺乏。仲裁机构在设立后很长一段时间内由政府按照事业单位的模式进行管理,其业务规模小、人员较为简单,导致仲裁机构的内部组织结构并不完善,日常只有执行机构负责运营。决策机构流于形式,监督机构长期缺位。但随着仲裁机构的发展壮大以及其独立性的加强,仲裁机构内部治理结构的完善应被提上议事日程。^③

就整体而言,当仲裁机构制定章程的时候,需要明确章程包含的内容、章程的对内对外效力以及制定的原则等。但我国现行仲裁法对仲裁机构章程的规定过于简略,对这些都缺乏明确的规则,因此完善章程制度可以从明确规定仲裁机构章程的必载事项开始。

(二) 仲裁机构章程制度缺陷的成因分析

我国仲裁机构章程制度的不完善根源于仲裁法是对外开放过程中的舶来品,既缺乏原生土壤又缺乏完善系统的理论指引。仲裁法不同于其他法律部门,如民法、刑法具有鲜明的国内法特征,完全依据本国的经济社会发展需要制定;涉外民事法律制度则完全以国际交往的需求为导向。由于仲裁法需要同时满足两者的需求,因此仲裁机构章程制度的缺陷是我国社会对仲裁机构不同需求之间的矛盾集中体现。

1. 准司法性的仲裁制度与契约性和自治性需求之间的矛盾

仲裁法领域的经典理论包括司法性理论、契约性理论、混合性理论、自治性理论。后续的新理论也是以司法性、契约性以及自治性理论为基本要素发展起来的不同组合方式,所以笔者就以这三要素为基础进行分析。司法性理论认为当事人自由选择仲裁的权利是国家(仲裁地)通过制定法律赋予的,因此,仲裁是一种由国家强制力保障和赋权的准司法活动,仲裁庭履行的是一种

^① 参见汪祖兴:《仲裁机构民间化的境遇及改革要略》,《法学研究》2010年第1期。

^② 参见蔡元培:《仲裁机构“去行政化”的两种模式》,《北京仲裁》2015年第1期。

^③ 参见涂卫:《我国商事仲裁机构内部治理结构的不足及完善》,《中国青年社会科学》2015年第6期。

公共职能。^① 契约性理论认为当事人在合同中达成的仲裁合意是仲裁的基础,仲裁庭并不具有公共职能,只是根据当事人的合意定制提供服务,当事人的意愿可以排除任何实体法律规范和程序法律规范。^② 自治性理论与混合性理论类似,认为仲裁既不是完全由当事人的合意决定的,也不是完全由国家制定法律赋权的,而是两者的结合。两者不同之处在于自治性理论还认为仲裁仅仅是为了满足商贸需求,具有自治性,^③当事人可以通过协议排除任何国家法律法规的适用。

通过以上阐述可以推断,从不同的理论出发,仲裁机构在创设主体的选择和组织机构的性质上呈现不同的状态。如果采用司法性理论,强调国家公权力对仲裁的管理和支持,则仲裁机构应由政府设立,是准司法机构,并由相关公权力机构对其进行管理并支持其发展,此时仲裁机构主要是公立非营利性机构。根据《仲裁法》第 10 条和 1995 年国务院发布的《重新组建仲裁机构方案》的规定,我国仲裁机构由政府牵头,在设立初期参照事业单位的建制提供人员编制、经费和办公用房。并且,根据《若干意见》的规定,我国仲裁机构为非营利性法人。因此,从目前我国仲裁机构设立的状况看,我国明显是采用这种观点的。如果采用契约性理论,强调当事人的意思自治,则仲裁机构提供的仅仅是一种商业服务,可以由任何私人设立,英国、美国等英美法系国家大多采此种观点,此时仲裁机构可以是私立营利性公司、私立非营利性公司甚至合伙等各种形式。若采用自治性理论,强调商贸自治,则仲裁机构应该由各种商贸协会即商贸自治组织设立,可以独立于商贸自治组织成为独立法人,也可作为商贸组织的内设机构,如瑞典的斯德哥尔摩商会仲裁院以及总部设在巴黎的国际商会仲裁院。

我国仲裁制度植根于中国特色社会主义经济制度之中,其服务的主体中公有制经济主体占了很大的比例,仅就国内的仲裁需求而言,其必然与主要服务于私有制经济主体的西方仲裁制度存在很大的差异。^④ 我国以国有经济为主导,虽然遵循市场经济规律,但是不同于以私营经济为主导的国家。因此,纯粹的民间仲裁机构是否有能力处理国有企业之间或国有企业与私营企业之间的案件是值得怀疑的。综上所述,我国的国情和社会经济体制决定了仲裁法律制度的性质在我国不同于他国,采用司法性理论建立准司法性的仲裁制度符合我国的国情。除解决纯国内经济纠纷对商事仲裁服务的需求外,我国商事仲裁机构设立的初衷还包括满足与国际规则接轨的需求。^⑤ 根据以上分析,采用不同理论的国家对仲裁本质的理解以及仲裁机构的设立模式皆有不同。相应地,不同国家的当事人对仲裁规则的期待也会有所不同。因此,为了让各国当事人更愿意选择我国仲裁法律以及仲裁机构,促进我国对外商贸的发展,我国仲裁机构章程制度必须在坚持准司法性的基础上,揉进更多的契约性和自治性因素。

2. 机构性质不明确现状与明晰的内部治理结构需求之间的矛盾

我国现行仲裁法并未明确仲裁机构的性质,但仲裁机构性质不明确就无法确定仲裁机构的内部治理结构。内部治理结构不明晰就难以从制度层面保障仲裁机构的自治权,继而无法有效保证仲裁机构设立目的的实现。继《若干意见》之后《征求意见稿》增加了仲裁机构为非营利性法

① See Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, p. 2.

② See Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, pp. 2—

3.

③ See Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, p. 3.

④ 参见孙巍:《中国仲裁立法的二元模式探讨》,《中国法律评论》2022 年第 3 期。

⑤ 参见文正邦:《〈仲裁法〉与市场经济裁判制度的改革》,《中国法学》1995 年第 6 期。

人的规定,但单一的性​​质定位并不符合我国对仲裁机构性​​质多样化的需求。

在我国现行仲裁法颁布以前,我国仲裁机构是行政机关的一部分。^①目前我国仲裁机构依然是政府出资的公立机构,但不再是行政机关的一部分,而是一个独立的机构,与行政机关之间没有隶属关系。^②随着我国经济实力的不断提升,提高我国仲裁制度国际认可度的需求越来越强烈。在此背景下,又赶上事业单位分类改革的进行,深化仲裁机构改革成为必然,但改革方向却并无定论。^③因为行政机关对仲裁机构的管控既有约束其独立发展的一面,也有支持其稳定渡过仲裁服务需求尚未完全形成的艰难期的一面。^④同时,对不同的仲裁机构而言,官方背景是对公信力的加持还是减损,并不能简单论之。

对那些发展比较成熟、想要在国际仲裁市场上与西方国际仲裁机构竞争的仲裁机构而言,与政府紧密的关系会影响它们在国际市场上的公信力。因为仲裁机构由政府设立不符合西方国家设立仲裁机构的习惯,并且中国官方背景让外国当事人怀疑中国仲裁机构在处理与中国相关的案件时会偏袒中方利益。^⑤但对主要向国内当事人提供仲裁服务的仲裁机构而言,官方背景反而会增加它们在当事人心目中的公信力。因为国人更信服官方的权威性,并且在同是本国国民的情况下,当事人也不用担心具有官方背景的仲裁机构会天然偏袒自己的国民。^⑥所以,我国仲裁机构的发展需求和方向是多样的,一部分仲裁机构希望通过民间化来增强自己的国际竞争力;^⑦一部分仲裁机构则希望强化自己的官方背景得到更多的支持。^⑧我国仲裁机构走出去步伐不断加快的同时,国际仲裁机构入驻我国境内开展仲裁业务也已屡见不鲜。2015年,国务院首次提出“支持国际知名商事争议解决机构入驻”,^⑨目前已在北京、上海的自由贸易试验区内进行入驻试点。^⑩随着境外仲裁机构在我国开展仲裁业务的逐步开放,与涉外仲裁机构相关的法律制度必然会成为我国仲裁机构法律制度的一部分,^⑪给我国统一建制的仲裁机构性​​质带来冲击。

综上所述,仲裁机构性​​质的明确包含两个层面的内容:一是仲裁法对仲裁机构的性​​质进行明确规定,但由于我国对仲裁机构的需求较为多样和复杂,仲裁法虽应明确仲裁机构的性​​质,但不可统一为一种性​​质;^⑫二是仲裁机构在设立时须在章程中明确选择一种机构性​​质,并基于此种选

① 参见潘剑锋:《我国仲裁法的新突破》,《中外法学》1994年第6期。

② 参见《中华人民共和国仲裁法》第14条。

③ 参见姜丽丽:《论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》,《比较法研究》2019年第3期。

④ 参见屈茂辉、刘君之:《论仲裁机构外部治理法治化》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2020年第5期。

⑤ See Pat K.Chew, Opening the Red Door to Chinese Arbitrations: An Empirical Analysis of CIETAC Cases 1990—2000, 22 Harvard Negotiation Law Review, 241 (2016).

⑥ 参见陈福勇:《我国仲裁机构现状实证分析》,《法学研究》2009年第2期。

⑦ 参见王红松:《仲裁机构应定位为民间组织》,《理论前沿》2008年第20期。

⑧ 参见陈福勇:《模糊化还是明确化——也谈仲裁机构的性​​质问题》,《北京仲裁》2007年第2期;姜丽丽:《论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》,《比较法研究》2019年第3期。

⑨ 参见2015年国务院印发的《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》。

⑩ 参见2019年10月上海市司法局发布的《境外仲裁机构在中国(上海)自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法》、2020年12月北京市司法局印发的《境外仲裁机构在中国(北京)自由贸易试验区设立业务机构登记管理办法》。

⑪ 参见刘晓红、冯硕:《制度型开放背景下境外仲裁机构内地仲裁的改革因应》,《法学评论》2020年第3期。

⑫ 参见沈四宝、沈健:《中国商事仲裁制度的特征与自主创新》,《法学》2010年第12期。

择明晰该仲裁机构的内部治理结构。

三、仲裁机构章程制度的应然选择

法律制度的设计需要保持规则体系的协调一致,仲裁机构章程制度的构建应遵循统一的章程制定原则并明确仲裁机构章程的内外效力。

(一)仲裁机构章程的制定原则

仲裁机构章程的制定原则是所有仲裁机构章程规则都应遵循的要求。《仲裁法》第 8 条和第 11 条及《征求意见稿》第 16 条和第 17 条对这些原则进行了规定。

1. 独立性原则

独立性原则已在《仲裁法》第 8 条中予以明确。我国仲裁机构采用司法性理论设置因而具备准司法的特性,考虑到我国的司法(审判)机关也是独立于行政机关之外的组织机构,因此,即便认定仲裁机构是准司法机构,也不能质疑它的独立性。但在实践中,由于仲裁机构是由政府直接牵头设立的,更容易受到行政机关的影响。例如,根据《仲裁法》和《重新组建仲裁机构方案》的规定,政府作为设立人有对仲裁机构进行出资和筹建的义务,同时享有向委员会推荐和聘任组成人员的权力。因此,很多仲裁机构的委员会成员基本是各行政机关的领导,导致法律、经贸专家的占比无法达到 2/3 的法定要求。仲裁机构的负责人也当然由负责筹建的政府选聘,通常是所在市的市政领导。并且,根据《示范章程》的规则,决策机构组成人员换届时,新的组成人员由“上一届仲裁委员会主任会议商市人民政府有关部门、商会后提名,由市人民政府聘任”。因此,行政机关领导主导仲裁机构决策权的情况得以延续。此外,从 2003 年开始,仲裁机构的财务管理模式是“收支两条线”的行政事业性收费管理模式,^① 2010 年以后有些仲裁机构调整为经营性收入,但依然有不少仲裁机构保留了“收支两条线”的模式。^② 根据独立性原则,仲裁机构章程应该制定规则,让作为设立人的政府逐步将仲裁机构的决策权和管理权让渡给仲裁机构。

2. 决策、执行、监督分立制衡原则

根据独立性原则的要求将决策权和管理权让渡给仲裁机构后,作为设立人的政府不应完全退出仲裁机构的运营机制。根据司法性理论的逻辑,政府让渡给仲裁机构决策权和管理权后,还应该有权对仲裁机构的决策和管理进行监督,以保证仲裁机构不会滥用自治权,仲裁机构的运营符合当初的设立目的。由此,《若干意见》规定了“决策权、执行权、监督权相互分离、有效制衡、权责对等”的原则用以指导制定仲裁机构的章程。尽管决策权、执行权和监督权三权分立制衡的模式是营利性公司和非营利性法人的共同特点,但仲裁机构还有些不同的特点需要考虑。例如,不同于有限责任公司股东通过转让出资财产的所有权获得该公司的决策权,仲裁机构的设立人政府不仅需要让渡人、财、物的使用权,还须将决策权也让渡给仲裁机构以保证仲裁机构的独立性。另外,公司可以通过各种利益激励手段帮助管理层保持驱动力,但我国仲裁机构目前还不能以利

^① 参见 2003 年《财政部 国家发展改革委 监察部 审计署关于加强中央部门和单位行政事业性收费等收入“收支两条线”管理的通知》第 5 条。

^② 参见 2010 年《财政部 国家发展改革委关于调整仲裁收费管理政策有关问题的通知》。

益驱动管理层。^①

3. 外部监督与内部监督相结合原则

除了内部监督外,仲裁机构还应接受外部监督。仲裁机构的外部监督包括主管机关监督、司法监督、行业监督以及社会监督,司法监督主要集中在对仲裁案件的监督,本文不做讨论。行业监督和主管机关监督将在后面详细论述,此处仅讨论社会监督。社会监督源于保证仲裁机构设立目的的实现和避免国有资产流失的需求。《征求意见稿》第17条将仲裁机构应该接受社会监督的范围确定为仲裁机构章程、登记备案情况、收费标准、年度工作报告及财务等信息,但本文仅讨论章程。因为仲裁机构在我国是以准司法机构存在的,所以此处以人民法院作为比较对象进行讨论。根据《中华人民共和国民事诉讼法组织法》第11条的规定,人民法院接受“人民群众监督,保障人民群众对人民法院工作依法享有知情权、参与权和监督权”。但仲裁机构不同于人民法院,仲裁机构所提供的仲裁纠纷解决方式以保密性为原则,因此其业务部分不宜接受社会监督,社会公众仅能监督仲裁机构本身的运营状态。虽然我国仲裁机构具有非营利性,但是并不能排除其作为商主体的资格。^②其所提供的纠纷解决服务也不同于人民法院提供的诉讼,是一种具有市场商品属性的服务产品。^③所以对其监督方式也不太一样,仲裁机构接受社会监督的范围比人民法院窄,处理案件的具体程序阶段不接受公众监督。

(二) 仲裁机构章程的效力

仲裁机构章程的效力范围包括对内和对外两个方面。仲裁机构章程作为机构内部的“宪法”,对机构内部人员具有法律约束力是不证自明的,^④应该在我国仲裁法中予以明确规定。仲裁机构章程是否具有对外效力是由仲裁机构章程内容是否会涉及仲裁机构外部主体的利益决定的,既有约束效力,也有赋权效力。首先,我国仲裁机构由政府牵头设立,其决策机构中有很多成员是行政机关的领导,而《仲裁法》第14条规定,仲裁机构独立于行政机关,因此仲裁机构章程的对外效力主要体现为约束行政机关对仲裁机构的管理和干预权,防止行政机关滥用其管理权。其次,我国仲裁机构的设立经费为国有资产,设立目的又是为了给公众提供多元化的纠纷解决方式,仲裁机构章程的对外效力还体现为赋予社会公众对仲裁机构进行监督的权利。再次,与公司章程的效力相比,仲裁机构是对外提供仲裁服务的机构,除购置办公场地、办公用品等消费行为外,不会发生购买原材料、出售成品等经营活动,因此在一般情况下不存在法定代表人在交易中超越章程赋予的权限给市场带来不稳定性因素的问题,无须特意赋予善意第三人豁免权。最后,根据《若干意见》和《民法典》第683条第2款的规定,我国仲裁机构作为以公益为目的的非营利法人不得对外进行保证。因此,仲裁机构对外担保即属无效,章程中无须对此进行单独规定,但仲裁法应对此予以明确。类似地,仲裁法还应规定违反仲裁法强制规定和损害公共利益的章程条款无效。

(三) 仲裁机构章程的立法规制

仲裁机构章程制度最终需要落实到切实可行的法律规范上,这需要明确法律规范的模式和

① 参见涂卫:《我国商事仲裁机构内部治理结构的不足及完善》,《中国青年社会科学》2015年第6期。

② 参见金锦萍:《论作为商主体的非营利法人》,《法治研究》2021年第3期。

③ 参见康明:《论商事仲裁的专业服务属性》,博士学位论文,对外经济贸易大学,2004年,第32~39页。

④ 参见石冠彬:《论公司越权担保的认定标准及法律效果》,《法商研究》2020年第2期。

法律规范的层面及具体的法律规范名称。

1. 仲裁机构章程立法规制范式

立法规制的范式可分为强制性规制范式与任意性规制范式。法律规范的强制性与任意性的设置源于立法者对该法的公、私法属性的认识,具体到仲裁机构章程法律规范,即是对仲裁性质的认识,对仲裁性质的认识不同可以直接影响一国仲裁法制定的内容和形式。具体而言,认为仲裁属于司法性质的立法者会在规范方式上使用强制性规定,以强调国家对仲裁的干预和控制;而认为仲裁属于契约性质的立法者会更偏向于使用任意性规范给予引导,制定的仲裁法会赋予当事人更多的自主权。我国目前采司法性理论,仲裁机构章程的制定涉及仲裁机构组织架构的设置和机构的运营模式,其合理程度不仅关系到单个当事人是否能够获得想要的仲裁服务,而且关系到所有可能选择这个机构仲裁的当事人的整体利益是否可以实现。再者,由于我国仲裁机构是由政府出资设立的,因此其机构的运营效果也会影响到社会公众对政府使用国有资产功效的评价。综上,从理论上分析,在我国,仲裁机构属于司法的性质决定了国家公权力对仲裁机构的赋权、管理和监督等的干预更多一些,应以强制性规范为规范主体。尽管通说认为强制性法律规范限制了主体的选择权,但实际上强制性规范也为行为人的选择提供了范围。^① 即强制性规定既可以理解为国家对仲裁机构权利的限制,也可以理解为国家赋予仲裁机构的自治权范围。

2. 由仲裁法全面规制的必要性

如前所述,我国仲裁机构的性质虽可明确,但不宜统一。各种类型的仲裁机构章程应在强制性法律规定的基础上具有鲜明的特色,即不同类型的仲裁机构章程的必载事项范围各有不同,并为任意记载事项预留足够的空间。为了让强制性法律规定具有最高的权威性,应该由法律而非行政法规对仲裁机构章程进行规定。以下对其他立法模式的可能性进行分析排除。

以单独立法的形式将仲裁机构的宗旨、性质、内部组织架构、退出机制等仲裁机构章程包含的内容以法律条文的形式加以规定,是一种可能方案,类似《中华人民共和国村民委员会组织法》和《中华人民共和国城市居民委员会组织法》。但我国仲裁法律体系的特殊之处在于,我国已经制定《仲裁法》,其第二章对仲裁机构进行了单章规定,没有必要再单列仲裁机构组织法,以免浪费立法资源。并且,仲裁机构不同于村民委员会和居民委员会,虽然同由政府机构牵头设立,但是仲裁机构毕竟提供的是在当事人合意选择下的有偿服务。因此,仲裁机构的自治性程度应远高于村民委员会和居民委员会。在法律约束之余应该给予其更多的自治权(即必载事项外还须有任意记载事项),并且任意记载事项范围比较宽。全国性的统一单独立法如果对仲裁机构的组织架构规定过细,那么就会禁锢仲裁机构的多样发展空间。

另一种可能方案是在不同层级的法律法规中对仲裁机构章程分层分类进行规定。我国仲裁机构与我国主流高等教育机构相似度高。《中华人民共和国高等教育法》(以下简称《高等教育法》)第 28 条对大学章程的必载事项进行了规定,教育部《高等学校章程制定暂行办法》第 7 条对公立大学章程的必载事项进行了规定。《中华人民共和国民办教育促进法实施条例》(以下简称《民办教育条例》)第 19 条对民办大学章程的必载事项进行了规定。但这种方式的最大缺陷是上位法的规定形同虚设。例如,在实践中要设立公立高等教育机构则按照《高等学校章程制定暂行办法》第 7 条制定该教育机构的章程;而设立私立的高等教育机构时则按《民办教育条例》第 14

^① 参见郭锐:《商事组织法中的强制性和任意性规范——以董事会制度为例》,《环球法律评论》2016 年第 2 期。

条制定章程,如此一来,《高等教育法》第28条的规定形同虚设。下位法架空上位法是法律制度发展的过渡阶段,应该尽量避免。^①

目前,在实践中已出现以地方立法的形式将仲裁机构章程法规化的趋势。例如,2020年深圳市出台《深圳国际仲裁院条例》,是深圳国际仲裁院章程的法规化。如果全国所有地区都按这种模式依据自己的立法权对仲裁机构进行单独立法,那么虽然可以满足各地仲裁机构多样化发展的需求,但因为地方法规效力层级较低、地域局限性强,可能会进一步增强仲裁机构与地方政府的紧密关系,加深仲裁机构的地域性垄断和局限,^②不利于当事人的自由选择,也不符合我国仲裁业进一步发展的需求。综上所述,仲裁机构章程只能由仲裁法对不同类型的仲裁机构区分主次进行规定,类似公司法中主要对有限责任公司和股份有限公司两种公司类型的章程必载事项进行列举,对一人公司和国有独资公司进行特殊规定。

四、仲裁机构章程制度完善的具体路径

根据以上分析,对我国仲裁法进行修订是完善我国仲裁机构章程制度的关键。具体路径包括明确仲裁机构章程必载事项的内容,对任意记载事项进行授权规定,明晰仲裁机构的内部治理结构,并构建完善的外部监督体系。

(一)明确仲裁机构章程的必载事项

仲裁法应将仲裁机构章程的具体内容划分为必载事项与任意记载事项,对必载事项进行强制性规定,对任意记载事项进行任意性规定。

1.必载事项的范围由仲裁机构性质决定

在仲裁机构章程中必载事项的范围应由仲裁机构性质决定。根据《若干意见》的要求,仲裁委员会为公立非营利性机构,与公共利益相关性高。当仲裁机构的自治权与公共利益相冲突时,就会受到公共利益的限制。此种限制由法律进行强制性规定,即为仲裁机构章程的必载事项。公立非营利仲裁机构的必载事项内容较私立营利性仲裁机构的要多。

除了与公共利益的相关性外,设立人也是影响仲裁机构章程必载事项的因素之一。例如,同样是以向公众提供教育服务为宗旨的大学,由民间资本设立的私立大学章程必载事项为9项,^③而由政府出资设立的公立大学章程必载事项为10项。^④民间资本为私人所有,该所有人通过让渡自己的所有权进入学校的理事会、董事会等决策机构参与决策管理,出资人的权利比较容易得到实现和满足,因此,其对章程必载事项要求较低。但公立大学的设立资金来自政府,政府代表人民,人民由很多个体组成,这些个体无法单独作出意思表示,由政府代为行使权利。在不影响公立大学正常运作和发展的情况下,政府除了直接对这些公立大学进行监督外,还需要让作为个体的公众知道权利行使的情况。根据《高等学校章程制定暂行办法》第3条、第27条的规定,大

^① 参见屈茂辉:《我国上位法与下位法内容相关性实证分析》,《中国法学》2014年第2期。

^② 参见梅傲:《仲裁机构地域性困局究因》,《河北法学》2020年第9期;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。

^③ 参见《中华人民共和国民办教育促进法实施条例》第19条。

^④ 参见《高等学校章程制定暂行办法》第7条。

学章程需要对社会公众公开,公众对大学运作的部分知情权可通过阅读大学章程得到实现。在此种情况下,公立大学章程必载事项越详细,公众的知情权就能得到越大规模的实现。

2. 仲裁机构章程必载事项的具体范围

笔者通过访问各仲裁机构官网以及查阅仲裁机构的宣传和培训资料等方式,共获得 68 份仲裁机构章程(以下统称“样本章程”),通过对该 68 份样本章程与《示范章程》进行对比发现,除 1954 年中国国际贸易促进委员会设立的中国国际经济贸易仲裁委员会因为成立的时间早于《示范章程》颁发的时间外,其他仲裁机构的章程皆是在《示范章程》体例上进行修改所得,都包括总则、组织机构、财务、终止清算及附则。

综合各方面因素,笔者认为公立非营利性仲裁机构章程的必载事项应包含以下内容:(1)仲裁机构的名称和地址;(2)设立宗旨、目的以及机构的性质;(3)仲裁机构的设立者;(4)仲裁机构决策机构的人员构成(包括产生方式、任期、权利和义务)、决策程序以及决策事项范围;(5)仲裁机构执行机构及其主要管理人员产生方式、任期、主要职能;(6)仲裁机构监督机构的人员构成(包括产生方式、任期和权利义务)、监督方式;(7)资金来源;(8)财产和财务制度;(9)终止和清算。

对未来可能出现的非公立的仲裁机构,也应按此必载事项制定章程,但第 6 项的监督机构以及第 8 项的财产和财务制度由于其非公立性,可以由仲裁机构的设立人自行决定是否载入公开的章程。未来如果有私立仲裁机构,则第 3 项“仲裁机构的设立者”还应规定设立者的权利转让或退出方式。境外仲裁机构在我国境内设立的业务机构,若在中国法上不具有法人地位的,则无须按照我国仲裁法制定新的章程,只需将原机构章程在登记机关进行备案即可。但若是按我国仲裁法享有独立法人地位的,可以比照非公立仲裁机构的必载事项范围进行规定。

(二) 仲裁机构内部治理结构的完善

1. 决策机制的完善

决策机制的完善要明确决策权行使的主体、客体以及程序。在仲裁机构以仲裁委员会命名的情况下,委员会是仲裁机构的决策机构和决策权行使的主体。《仲裁法》第 12 条对仲裁机构委员会的组成人员进行了规定。《征求意见稿》第 16 条第 2 款延续了这一规定,只是将其限定为当决策机构是委员会的情况下才适用。但如此规定容易让人产生仲裁机构可以通过给决策机构更换名称的方式规避该款规定的嫌疑,也易让人产生其他仲裁机构的决策机构的组成人员应如何设置的疑问。建议将此处改为以任意性规定为主的方式进行规定。例如,该规定可改为“仲裁机构的决策机构可由……组成,机构和头衔名称可由仲裁机构另行拟定……仲裁机构有特殊需求的,须在章程中予以明确”。在实践中,几乎所有样本章程都依法律规范规定了委员会的人员构成,但实际上能够满足法律和经贸专家达到委员会成员 2/3 以上的尚未发现。^① 为避免行政机关领导因本职工作繁忙难以履行仲裁机构委员会成员的职责,还应避免仲裁机构的主任、副主任以及秘书长等职位由行政领导担任的情况。我国仲裁法应对必须由委员会进行决定的事项予以明确规定,并区分特殊事项与一般事项的决策程序。

2. 执行机制的完善

^① 这个结论可能与其他调研结果有出入,如有的学者的调研结果显示,符合标准的仲裁机构达 60%。参见陈福勇:《我国仲裁机构现状实证分析》,《法学研究》2009 年第 2 期。

仲裁机构的执行机构也是仲裁机构的必设机构之一,负责机构的日常工作。我国仲裁法对执行机构的负责人缺乏规定,《征求意见稿》增加了执行机构主要负责人在任期间禁止担任仲裁员的规定,并且禁止在职公务员担任执行机构的主要负责人,以保障仲裁机构的独立性。但《征求意见稿》依然没有明确规定主要负责人的职责。2020年《深圳国际仲裁院条例》第18条规定的院长职责包括:“(1)组织实施理事会决议;(2)负责仲裁院日常管理;(3)提名副院长人选;(4)决定调解专家、谈判促进专家以及其他争议解决专家的聘用和解聘;(5)组织培训、考核仲裁员以及其他争议解决专家;(6)组织编制年度工作报告、财务预决算报告、内设机构和分支机构设立以及变更方案,提请理事会审议;(7)决定内设机构和分支机构工作岗位设置以及工作人员聘用条件,聘任或者解聘工作人员;(8)仲裁院章程、仲裁规则和其他争议解决规则规定以及理事会赋予的其他职责。”2021年《大连仲裁委员会(大连国际仲裁院)管理办法》第18条对院长职责也作了类似的规定,但总体来说,大连仲裁委员会(大连国际仲裁院)院长的权力较深圳国际仲裁院院长的权力要小些,职责可能更重些。如前所述,规定执行机构及其负责人的职责范围是章程的必载事项,但权责大小可由各仲裁机构自行决定。

3. 内部监督机制的构建

笔者调研发现,因为《示范章程》中未包含监督机制,即使是设在省会城市的仲裁机构,也有24%的仲裁机构章程中根本未涉及监督机制的概念,更遑论设立与决策机构、执行机构相互监督制约的监督机构。在涉及监督机制的仲裁机构章程中,有30%的仲裁机构明确规定监督机制只针对仲裁员或仲裁员与办事机构人员,不涉及决策层面,并且监督模式不清。^①这说明我国仲裁机构在总体上缺乏内部监督机制,即使有,在功能上也非常有限。随着仲裁机构改革的推进,这个问题逐渐得到重视。例如,2021年大连仲裁委员会就设立了监事会。^②监事会制度并不是仲裁机构特有的制度,公司的监事会制度已发展多年但仍存在大量的监督机构失灵的情况,除去一些公司特有外,监事会在机构内部地位低下、资源匮乏以及缺乏适当的考核和激励机制、受制于执行机构主管的问题^③也是可能出现在仲裁机构中的。因此,笔者建议首先应明确仲裁机构监督机构人员的任职条件,对其专业性作硬性要求,如从事法律工作8年以上、从事财会工作8年以上、从事审计工作8年以上等。这样可以保证主体的适格性。但监督机构人员的背景无须特别排除行政机关人员。这是因为:一方面,监督机构本身就代表了作为设立人的政府的利益;另一方面,监督机构的人员不具体参与运营,不会导致仲裁机构行政色彩浓厚。另外,与委员会一样,监事会应该定期开会,时间应该与委员会保持一致,并定期向委员会和政府主管机关提交相关监察报告。并且,除了规定监事会的职责外,还应规定相应部门的配合义务。

《征求意见稿》第16条最后一款规定“仲裁机构应当定期换届,每届任期5年”,但其中的“仲裁机构”未明确是指仲裁机构的决策机构,还是仲裁机构的决策机构加监督机构,抑或包括执行机构在内。在一般情况下,仲裁机构的决策机构、监督机构以及执行机构的负责人都应该定期换届,但执行机构中的其他工作人员应保持稳定。因此,《征求意见稿》还需要进一步完善。

① 参见龙迎湘:《论我国商事仲裁机构内部治理的法治化》,《湖湘法学评论》2021年第2期。

② 参见大连市人民政府办公室发布的《大连仲裁委员会(大连国际仲裁院)管理办法》第19、20、21条。

③ 参见郭雳:《中国式监事会:安于何处,去向何方?——国际比较视野下的再审视》,《比较法研究》2016年第2期。

(三)外部监督机制的完善

仲裁机构章程涉及的监督既包括内部监督也包括外部监督。外部监督除了司法监督不在此处讨论外,还有主管机关监督、社会监督以及行业监督。由于中国仲裁协会至今还未设立,因此行业监督部分在本文中不作讨论。

1.主管机关监督机制的完善

《仲裁法》第 14 条规定仲裁机构属于独立机构,因此章程是其自治性规范,应首先体现仲裁机构的意思自治。依此推断,外部监督应以公共利益和必要为限。《仲裁法》第 10 条规定仲裁机构设立应到司法行政部门进行登记。《征求意见稿》第 12 条规定,由国务院制定具体的仲裁机构登记管理办法。但现行的《仲裁委员会登记暂行办法》是国务院于 1995 年制定的,其中要求仲裁机构进行登记时提供章程,但并未明确是否需要章程进行实质审查,登记完成之后也没有后续的监督管理规定。笔者建议我国仲裁法明确规定仲裁机构章程条款无效的情形,主管机关的形式审查应严格以仲裁机构章程的必载事项和禁止性规定为限,否则即构成对仲裁机构意思自治的侵害。审查的章程中如有无效条款或者未规定必载事项的应退回修改。除仲裁机构设立时对仲裁机构章程进行审查外,仲裁机构设立后章程若作修改,也应及时向主管机关汇报,主管机关对无效的条款应享有限令纠正的权力。另外,我国仲裁机构还有在事业单位登记管理局、民政局、市场监督管理局等单位登记注册的,由于仲裁机构是提供法律服务的特殊机构,因此由司法行政机关统一管理更能体现其特点,其他主管机关仅需备案即可。

2.社会监督机制的构建

社会监督的前提是仲裁机构章程对公众公开。根据目前仲裁机构的登记状况,笔者在“事业单位在线”网站查询按事业单位登记的仲裁机构信息,公开的登记信息中无章程提供;在“社会组织政务服务平台”和“中国法律服务网”查询按民间机构模式定位的仲裁机构,也未见章程;在市场监督管理局注册的仲裁机构,其章程属于内档,需本公司的介绍信或律师才可查询,并不对公众直接开放。这说明仲裁机构章程在我国并不是一个对公众公开的文件,获取难度较高。仅有少量仲裁机构通过自己的官网或其他的宣传方式发布自己的章程。^① 仲裁机构章程对公众公开有利于保障公众的知情权,便于当事人对仲裁机构进行选择和社会公众对仲裁机构进行监督。但这种公开也限制了仲裁机构的自治权,^② 仲裁机构章程一旦对公众公开,即意味着仲裁机构对公众作出了在章程规定范围内作为和不作为的承诺。如果仲裁机构章程由管理机关对公众提供查询服务,则还有官方背书的效果,即该仲裁机构章程是经过相关部门认可的。^③ 目前,我国仲裁机构为公立非营利性仲裁机构,公法特性突出,仲裁机构的自治权理应接受社会监督,因此我国仲裁法应强制其对公众公开章程。在此基础上,我国仲裁法还需要赋予利益相关者对仲裁机构章程的内容提出异议的权利,该异议权应以向相关主管机关提出行政异议作为支撑,即利益相关者可以到相关登记管理机关对仲裁机构章程的内容提起异议,要求相关仲裁机构修改违反法

① 笔者通过访问各仲裁机构官网以及查阅仲裁机构的宣传和培训资料等方式,共获得 68 份仲裁机构章程,约占中国法律服务网发布的全国 259 家仲裁机构的 26.3%。参见 <http://12348.moj.gov.cn/#/publicities/zc/zcfw>, 2021-04-01。

② 参见朱慈蕴:《公司章程两分法论——公司章程自治与他治理念的融合》,《当代法学》2006 年第 5 期。

③ 当然,由于我国仲裁机构章程都要经过相关设立政府部门的认可才能通过,因此虽然并未通过官方登记机关公布,但是实际上也是有官方背书的。

律禁止性规定的条款或添加必载事项。该异议权也应在我国仲裁法中予以原则性规定,为了保障该异议权的实施,还应赋予权利人提起行政诉讼的权利,督促主管机关给予及时的回应。

五、结 语

对仲裁组织机构进行规定是我国仲裁法的特色。由于我国仲裁机构是由政府牵头设立的,因此其必然具有公立非营利性。但随着我国市场经济的不断发展和开放境外仲裁机构在内地提供仲裁服务,仲裁机构的多样性发展不可避免,我国仲裁法在对公立非营利性仲裁机构章程进行规定的同时还须为未来其他性质仲裁机构的设立预留空间。

仲裁机构的章程应由其决策机构按照独立性原则,决策、执行、监督分立制衡原则以及外部监督与内部监督相结合的原则制定和修改,具体修改程序由章程进行规定。除了必载事项之外,仲裁机构还可以任意添加或减少其他的事项进入章程。这属于仲裁机构自治权的一部分。仲裁机构章程对内有最高效力,对外效力主要体现为限制行政权的干预以及明确社会监督权的范围。章程的监督分为内部监督与外部监督。内部监督通过构建内部监督机制实施,外部监督通过统一主管机关为司法行政机关以完善主管机关监督、强制章程对公众公开并设立相应的异议权、构建社会监督机制的方式来实施。

Abstract: Arbitration institutions shall be independent to ensure the independence of arbitration. Nonetheless, the autonomy of public non-profit arbitration institutions is far lower than that of private for-profit institutions because of the government's funding and the purpose of benefiting the public. To avoid that the support of local governments eventually turned into administrative intervention, the articles of association of arbitration institutions should be clearly stipulated and reasonably restricted by law, in order to protect the independence of arbitration institutions. From the perspective of China's existing legal system, regulating the articles of association of arbitration institutions the Arbitration Law is the most suitable way to satisfy the needs of Chinese arbitration legal system. Specifically, the Arbitration Law should make mandatory provisions on the subjects who are entitled to formulate and modify the articles of association of arbitration institutions, the nature of arbitration institutions, and the internal organizational structure by distinguishing the mandatory from arbitrary items. In addition, the Arbitration Law should also clarify the effectiveness of the articles of association of arbitration institutions and the ways of external supervision. To effectively supervise the articles of association of arbitration institutions by the public, the articles of association of arbitration institutions shall be open to the public.

Key Words: arbitration institution, the articles of association, Arbitration Law, decision making mechanism, supervision mechanism
