

行政院國家科學委員會專題研究計畫 期末報告

中國大陸的社經變遷與法制發展--子計畫二：社會經濟之變遷與紛爭解決途徑(第2年)

計畫類別：整合型
計畫編號：NSC 100-2420-H-004-024-MY2
執行期間：101年01月01日至101年12月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：姜世明
共同主持人：劉宏恩
計畫參與人員：學士級-專任助理人員：邱彥禎
碩士班研究生-兼任助理人員：黃子盈
碩士班研究生-兼任助理人員：廖泉勝
碩士班研究生-兼任助理人員：王韻茹

報告附件：移地研究心得報告

公開資訊：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，2年後可公開查詢

中華民國 102年01月02日

中文摘要： 隨著中國大陸經濟、社會之變遷，民事紛爭類型愈加廣泛而複雜，難以藉由傳統的訴訟制度有效解決人民紛爭。2004年，中國大陸共產黨第十六屆中央委員會第四次全體會議提出「構建社會主義和諧社會」之目標，其後，中國大陸在法律制度的發展上進行許多改革。為貫徹「和諧社會」之目標，中國大陸近年來在法律制度方面加強「訴訟外紛爭解決途徑」(alternative dispute resolution, ADR)的發展與改革，其中以調解與仲裁最為重要。本計畫介紹「和諧社會」的意義、緣由與功能，並簡述中國大陸近年 ADR 制度的發展；分析關於中國大陸於「和諧社會綱領」的實踐，尤其在「調解」與「仲裁」此兩大領域。除了制度具體內容的介紹，更結合中國大陸的社會、經濟變遷，並評估此項法律制度展之實踐成果。希望藉由此項研究，為台灣提供建構完善訴訟外紛爭解決機制之參考。

中文關鍵詞： 和諧社會、多元糾紛解決機制、調解、仲裁

英文摘要： Following the economic and social development in People Republic China, the variety of civil dispute has been more complicated and broader, making the traditional adversary system difficult to put in use effectively. In 2004, 16th Central Committee of China Communist Party raised the idea to 'Constructing a peace society under Socialism' at the fourth general congress, and since that, PRC's legal system has reformed gradually. To fulfill the target to 'harmonize domestic social environment', PRC has emphasized and improved 'Alternative Dispute Resolution (ADR)' in recent years, especially the mediation and arbitration. We would like to introduce the meaning of social harmony, its origin and function in this project, and outline the development of PRC's ADR in the past few years. Also, we want to analyze the execution of Society Harmonize Creed, particularly about the two areas of mediation and arbitration. Besides presenting the content of the ADR system, we discuss it under the framework about social and economic changing in PRC, evaluating results of the legal system promotion. By means of this research, we try to offer reference for Taiwan to construct a concrete mechanism solving dispute beyond lawsuits.

英文關鍵詞： alternative dispute resolution、ADR、Mediation、
Arbitration

中國大陸的社經變遷與法制發展

—子計畫二：社會經濟之變遷與紛爭解決途徑

計畫類別：個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：NSC 100-2420-H-004-024-MY2

執行期間：2012年1月1日至2012年12月31日

執行機構及系所：國立政治大學

計畫主持人：姜世明教授

共同主持人：劉宏恩副教授

計畫參與人員：邱彥禎、王韻茹

本計畫除繳交成果報告外，另含下列出國報告，共2份：

移地研究心得報告

出席國際學術會議心得報告

國際合作研究計畫國外研究報告

處理方式：除列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權，一年二年後可公開查詢

中華民國101年12月31日

目錄

目錄	2
摘要.....	3
壹、前言.....	4
貳、和諧社會政策之意義及緣由.....	4
參、和諧社會之內容及功能.....	4
一、ADR 制度的概述.....	4
二、ADR 在現代法治社會的重要作用.....	5
三、「和諧」是對法治秩序的一種質的規定和描述.....	5
肆、和諧社會之具體實踐面向.....	5
一、和諧社會之具體實踐面向.....	5
二、多元化糾紛解決機制的型態.....	6
伍、大陸調解制度之介紹.....	7
陸、大陸調解制度之實施成果.....	7
一、鄉鎮區公所的調解.....	9
二、法院調解.....	9
三、法院調解制度改革的成果及存在的問題.....	10
柒、其他特殊調解制度.....	10
一、金融.....	10
二、家事糾紛與調解.....	10
三、勞動爭議.....	11
四、醫患糾紛非訴訟調解現狀.....	11
捌、大陸調解制度之評估.....	12
一、人民調解（鄉鎮區公所的調解）.....	12
二、法院調解.....	13
玖、大陸仲裁制度之介紹.....	14
拾、大陸仲裁制度之具體內容.....	18
一、仲裁協議效力認定主體.....	18
二、仲裁當事人協議擴大司法審查範圍之效力.....	19
三、仲裁證據之收集、質認及認定.....	20
拾壹、大陸仲裁制度之實施成果.....	22
一、仲裁裁決之執行.....	22
二、仲裁裁決之撤銷.....	23
拾貳、大陸仲裁制度之評估.....	25
拾參、結語.....	26
計畫成果自評.....	27

摘要

隨著中國大陸經濟、社會之變遷，民事紛爭類型愈加廣泛而複雜，難以藉由傳統的訴訟制度有效解決人民紛爭。2004年，中國大陸共產黨第十六屆中央委員會第四次全體會議提出「構建社會主義和諧社會」之目標，其後，中國大陸在法律制度的發展上進行許多改革。為貫徹「和諧社會」之目標，中國大陸近年來在法律制度方面加強「訴訟外紛爭解決途徑」(alternative dispute resolution, ADR)的發展與改革，其中以調解與仲裁最為重要。本計畫介紹「和諧社會」的意義、緣由與功能，並簡述中國大陸近年ADR制度的發展；分析關於中國大陸於「和諧社會綱領」的實踐，尤其在「調解」與「仲裁」此兩大領域。除了制度具體內容的介紹，更結合中國大陸的社會、經濟變遷，並評估此項法律制度發展之實踐成果。希望藉由此項研究，為台灣提供建構完善訴訟外紛爭解決機制之參考。

關鍵字：和諧社會、多元糾紛解決機制、調解、仲裁

Following the economic and social development in People Republic China, the variety of civil dispute has been more complicated and broader, making the traditional adversary system difficult to put in use effectively. In 2004, 16th Central Committee of China Communist Party raised the idea to “Constructing a peace society under Socialism” at the fourth general congress, and since that, PRC’s legal system has reformed gradually. To fulfill the target to “harmonize domestic social environment”, PRC has emphasized and improved “Alternative Dispute Resolution (ADR)” in recent years, especially the mediation and arbitration. We would like to introduce the meaning of social harmony, its origin and function in this project, and outline the development of PRC’s ADR in the past few years. Also, we want to analyze the execution of Society Harmonize Creed, particularly about the two areas of mediation and arbitration. Besides presenting the content of the ADR system, we discuss it under the framework about social and economic changing in PRC, evaluating results of the legal system promotion. By means of this research, we try to offer reference for Taiwan to construct a concrete mechanism solving dispute beyond lawsuits.

Keyword：alternative dispute resolution、ADR、Mediation、Arbitration

壹、前言

法治之下的和諧社會並非以法律為解決紛爭唯一方法，而是透過與其他社會規範、調解機制等，相互協調互補，使社會通過糾紛解決回歸和諧。法治的目標在於建立一套良好的運行系統，以及多元化的社會治理和糾紛解決機制，不斷適應社會需求。而司法的重要性，並非在於推崇其為社會糾紛解決中的優先方式，而應認為其是解決糾紛的最後手段¹。

貳、和諧社會政策之意義及緣由

中國於第十六屆四中全會²提出「建構社會主義和諧社會」。其認為只有在理性和法治的秩序中，才能有效地保護權利，解決糾紛。社會和諧是法治所追求的目標。這種和諧是有序、穩定和合理的，同時也充滿了差異、分歧、矛盾、活力和發展的契機。司法判決存在一些固有缺陷或局限性，其基本上體現的是一種依靠權力和非此即彼的思維方式，對當事人之間的關係，親情、道德、習慣的維繫，乃至社區和社會的和諧都存在某些不利之處，且司法成本最高，糾紛解決的效果卻未必最佳。相比之下，調解和仲裁則有可能獲得雙贏的結果，糾紛解決的效果和效益往往勝於司法判決。

「民事司法危機」，諸如：訴訟遲延、訴訟費用高昂以及裁判不公等現象，使各國的司法制度相繼陷入了困境。為緩解日益嚴重的訴訟壓力與危機，各國除了從訴訟制度內部著手推動改革外，還紛紛開發、增設新的替代性糾紛解決方式，以減輕民事訴訟機制的壓力，促進民事糾紛解決機制的合理化、多元化³。

參、和諧社會之內容及功能

一、ADR 制度的概述⁴

ADR (Alternative Dispute Resolution, 訴訟外紛爭解決機制) 的概念源於美國，最初是指 20 世紀逐步發展起來的各種訴訟外糾紛解決方式，現已引申為 ADR 為法院審判之外存在的一系列多樣化民事糾紛解決方式的統稱，例如有和解、調解、仲裁，還有新興發展中所出現的簡易陪審團審判、早期中立評價等方式。當事人最清楚其利益所在，因此自願選擇的處理結果應能最符合其利益需求，亦最接近其追求的實體公正⁵。其中利用率最高的是調解與仲裁。

ADR 可以劃分為司法性、行政性和民間性 ADR：司法 ADR 通常為社會人士和律師進行，強調靈活的程序；行政性 ADR 是指國家的行政機關或準行政機關所設非訴訟程序，包括行政申訴、行政調解、行政裁決、勞動爭議仲裁以及申訴和信訪之類的機構等；民間性 ADR 是指由民間團體或組織主持的 ADR，

¹ 張開超，家事糾紛調解與和諧社會構建，商業文化，2011 年第 01 期，頁 95。

² 第十六屆中央委員會第四次全體會議。

³ 齊樹潔，和諧社會困境下我國糾紛解決機制之重構，毛澤東鄧小平理論研究，2011 年第 2 期。

⁴ 整理自徐合琦，淺談我國的 ADR—我國 ADR 體系中關於人民調解制度的探析，商業文化，2010 年第 6 期，頁 72。

⁵ 王秀平，構建和諧社會進程中的法院調解制度，第 16 卷第 3 期，2010 年 5 月，頁 139。

人民調解委員會、公證等機構都屬於民間性 ADR。

ADR 在中國歷史上有其淵源。中國文化儒家「無訟」之思想，源於孔子的「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎！」西周官府中設有「調人」、「胥吏」等官職，專門從事調解工作；秦漢時期，官府中的調解制度發展為鄉官治事的調解機制；中華民國在區、鄉、鎮設立了調解委員會；土地革命戰爭時期，人民調解制度開始萌芽；新中國成立後，人民調解的制度已成為司法制度建設和社會主義基層民主政治制度建設的重要內容，並得到正式確立。

二、ADR 在現代法治社會的重要作用⁶

訴訟外紛爭解決機制可以分散法院積案的壓力，節約行政成本和訴訟資源。其更是建構和諧社會的重要要素。其終極目標為解決、減少，甚至預防糾紛，此與建構和諧社會的要求是一致的。更甚者，透過多元協商模式，調解、仲裁等制度亦有利於推動經濟發展。

三、「和諧」是對法治秩序的一種質的規定和描述⁷

其基本要求是：(1) 公平與正義；(2) 有序和高效；(3) 共存、寬容與發展；(4) 社會的協調能力：使糾紛與衝突能夠通過協商對話、調解、協調、仲裁和司法程序等多元化糾紛解決方式得到及時妥善的解決和處理。

肆、和諧社會之具體實踐面向

和諧社會不會自然地實現，而必須藉助於制度的推動⁸。

一、和諧社會之具體實踐面向

(一) 因應社會變遷和多元化的利益衝突

除了制定相對公正的法律，也需要在糾紛解決時兼顧不同群體的特殊利益，進行協調，而非僅簡單地作出非此即彼的判斷。傳統的訴訟制度日益暴露出其內在的諸多弊端，為有解決糾紛、建構和諧社會，可以借鑒外國 ADR 制度的經驗，建立一個包括協商、調解、仲裁、訴訟等多元糾紛解決方式。

(二) 現代各國的民事司法改革的共同點

1. 加強法院或法官對案件的職權管理。2. 簡化訴訟程序或擴大簡易程序適用範圍，構建小額訴訟程序或設立小額法院。3. 重視訴訟中的和解與加強法院調解職能。4. 發展各種非訴訟糾紛解決機制，包括民間調解、仲裁等，減輕法院的壓力，並為當事人提供更多的選擇。

(三) 各種 ADR 方式的共同點⁹

1. 意思自治：透過當事人自願協議，自由地處理爭議。
2. 靈活性：當事人可以自由設計其認為合適的程序。
3. 談判結構：透過談判，使當事人取得一致的共識。
4. 以利益為中心：以當事人的利益（而非權利）作為糾紛解決的焦點。
5. 運用管理技巧：把法律爭議轉化為商業問題，援用管理技巧達成「雙贏」。

⁶ 整理自陸璐，論人民調解制度的發展與完善，法制與社會，2011年2月，頁35。

⁷ 整理自徐合琦，同註4，頁72-73。

⁸ 王秀平，同註5，頁139。

⁹ 整理自齊樹潔，同註3。

6. 降低交易成本：不僅將低直接成本，也包括糾紛過程所派生的間接成本。

（四）中國 ADR 與調解制度現狀（以農村現況為中心）

中國民眾的司法意識普遍不高，向來有「厭訟」的情形，尤在農村多認為當被告很不光彩，加上經濟不發達、地域局限，大部分當事人或為鄰居、或為親屬，為不把矛盾擴大、關係僵化，2002 年，最高人民法院制訂《關於審理涉及人民調解協議的民事案件的若干規定》，開始重視調解。2004 年實施的《關於人民法院民事調解工作若干問題的規定》，開始重視調解。

目前，人民調解委員會已延伸到廣大農村，深入基層群眾，在解決民間糾紛、加強基層民主法治建設等方面發揮了重大作用¹⁰。但在部分人力、財力等資源匱乏的農村，鄉鎮人事改革後，鄉鎮政府無力支持人民調解工作。而人民調解員往往由村幹部選舉產生，經常發生流動和變動，調解隊伍欠缺專業。另外，有些鄉鎮對人民調解工作不夠重視，村級人民調解員受農村「多一事不如少一事」傳統思想的影響，是目前調解制度在中國的困境。

二、多元化糾紛解決機制的型態

（一）公力救濟、私力救濟和社會救濟

權利救濟是指當法律賦予的權利無法正常實現，而發生糾紛時，通過特定的機制和程序消除障礙，給予救濟，權利及法律預期的目的得以實現。包括公力救濟、私力救濟、社會救濟，後者係指國家容許社會組織，包括公益組織、社會團體和中介機構提供的一種救濟或糾紛解決方式，一般可分為公益性和盈利性兩大類。

（二）協商、調解和仲裁：

1. 協商：指當事人雙方自己談判解決糾紛，強調當事人雙方的合意。
2. 調解：由中立第三者主持糾紛解決。但第三者不作處理決定，而係由雙方當事人掌握最終的處分。
3. 仲裁：由中立第三者主持的糾紛解決。於雙方達無法達成協議時，由糾紛解決機構作出處理決定。裁決者的權限源於雙方當事人的共同委託。

（三）地方或區域糾紛解決機制的多元化

多元化具有因地制宜的意義，應允許和鼓勵各地創立適合地方實際的多元化糾紛解決機制，也包括允許各地司法機關及其人員素質存在一定差異，最終將形成國家法的統一性與地方差異性結合的格局。二例如下¹¹：

1. 廈門市人大常委會通過《關於完善多元化糾紛解決機制的決定》（下稱《決定》）。這是中國第一個以地方立法形式對糾紛解決機制進行規範的法律文件。《決定》明確了協商、調解、仲裁、行政處理等不同的糾紛處理機制的地位、作用及其與訴訟之間的關係，提倡和鼓勵當事人自願選擇糾紛解決方式，並且將構建多元化糾紛解決機製作為政府的責任。
2. 河南省推行「社會法庭」、「社會法官」制度。「社會法官」由村民選舉產

¹⁰ 徐合琦，同註 4，頁 73。

¹¹ 齊樹潔，同註 3。

生，主要運用公序良俗、倫理道德、村規民約等民眾熟悉、尊重的民間規範，參與矛盾糾紛調處化解工作。目前全省已建立「社會法庭」1897個，選聘「社會法官」16120名，成功調處各類矛盾糾紛15426件。

(四) 糾紛解決程序的多元化¹²

1. 司法程序本身也應是多元化的。程序設計應充分考慮到當事人的利益、司法成本，以及社會公共利益等因素。包括繁簡分流、訴訟與非訟程序的區分、法院調解和裁判機制的銜接，普通程序、簡易程序和小額程序等多元化機制。
2. 民間社會性糾紛解決程序則更應多元化。民間調解應特別重視其社區化、地方化的特點，以區別於國家權力機關的處理；行政調解處理應強調可以主動介入，以區別於司法的消極中立。公益性糾紛解決機制則應與營利性的市場化服務機構嚴格區分開來。為此，應避免簡單地採取單一化傾向，如制定統一的法制化標準、一律實行法庭化程序等。
3. 提供專門化糾紛解決機制，如消費者糾紛、環境糾紛、勞動爭議、人事糾紛、醫療糾紛、交通事故糾紛、稅收與社會保障爭議等，鼓勵有關機構進行實踐探索、積累經驗。

伍、大陸調解制度之介紹

一、調解 (Mediation) 的意義

在中立第三方的協助下，由當事人相互諒解、友好協商、消除紛爭的糾紛解決活動。調解制度對訟審判制度的固有缺陷進行補偏救弊，降節約司法資源，調整了社會和人際關係¹³。中國第十六屆四中全會所通過的「中共中央關於加強黨的執政能力建設的決定」中，「調解」被作為正確處理人民內部矛盾的重要方法之一¹⁴。

二、調解制度的立法價值¹⁵

調解可以省卻證據審查、認定事實和法律適用辯論的時間；相較於審判必須嚴格依照法律規範，調解中合意的達成，以當事者考慮是否對己有利為基礎，貼切反映實際情況，使當事人在發生民事衝突後，本著友好合作關係的維護，不至於傷害長期建立的經貿關係、朋友關係、商業夥伴關係；並能節約司法資源，降低當事人在糾紛解決中的時間、金錢、勞力耗費。

三、中國傳統調解制度¹⁶：

(一) 類型：

1. 民間調解：

¹² 齊樹潔，同註3。

¹³ 張開超，同註1，頁95。

¹⁴ 董小紅、高宏貴，論人民調解制度的重構—基於人民內部矛盾新變化的視角，社會主義研究，2010年第1期，頁49。

¹⁵ 整理自宋平、張露，醫患糾紛非訴訟調解機制研究，黑龍江省政法管理幹部學院學報，2010年第4期，頁135-136。

¹⁶ 整理自寇杪，中國傳統調解制度初探，東山師範學院學報，第25卷第9期，2010年9月。

(1) 宗親調解：中國傳統崇尚宗親等級、血緣關係，故宗親調解為民間糾紛解決最普遍的方式。宗族首領為調解主體，先進行說理、教育，再依家規、族規裁判。

(2) 鄉里調解：自漢代以降，便設立許多鄉里民事調解人。經調解達成的協議對雙方當事人具有法律上拘束力，當事人並不得以同一理由和同一事實重新提起訴訟。

(3) 鄰里調解：由地方上有威望的長輩出面協助解決紛爭。

2. 基層組織的糾紛調解：

糾紛當事人將訴狀投向官府，則糾紛的解決就此進入司法程序。若官府認情節輕微或不宜公開傳訊者，便交由鄉保等基層組織進行調解。此與民間調解之不同為，調解人非出於民間的自發權威，而係固定之基層組織負責人，並具有半官方色彩。

3. 官方調解：

又稱司法調解，係指官府主持下對民事案件或刑事輕微案件所進行的裁決，其中又以官府裁判最具權威性。「調解息訟」為考察政績的重要指標，故地方官吏於處理紛爭時，多以調解先行於訴訟程序。缺點：調解程序較耗時、成本較高。

(二) 傳統調解制度的價值

傳統調解制度係傳統小農經濟與宗族社會的體現，對於傳統中國社會的生產、生活發揮保護作用，易於為中國人心理所接受。而其保留許多傳統社會的思想及價值觀，為建設現代法治社會的精神資源。

四、法院調解

(一) 歷史沿革¹⁷

中日抗戰及革命軍解放時期，人民司法機關在民事審判工作中，就已經建立調解制度。著名的馬錫五審判方式¹⁸，就是在審判民事案件時，將審判與調解緊密結合起來，實行巡迴就地審判。

中華人民共和國成立後，逐漸發展出「依靠群眾、調查研究、就地解決、調解為主」的民事審判十六字方針。先後通過制定一系列法律、法規，確立了訴訟調解制度，注重人民調解與訴訟調解的有機結合。1982年制定「中華人民共和國民事訴訟法（試行）」時，將「巡迴審理、就地辦案」和「著重進行調解」規定為民事訴訟法的兩項基本原則。2004年8月，最高人民法院更頒布了「關於人民法院民事調解工作若干問題的規定」。

但從調解的歷史看，調解制度也出現過危機。1990年代，民事審判調解在中國進行市場經濟和法治建設的進程中出現逐漸萎縮的趨勢，在全國法院普遍被淡化。但現在，人民法院從「構建和諧社會」的角度要求法官強化審判

¹⁷ 整理自孫玉芹，論法院調解制度的整合，黑龍江生態工程職業學院學報，2009年3月，第22卷第2期，頁92-93。

¹⁸ 參中國法院網文章：弘揚馬錫五審判方式，再創特色調解之路。
<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=137684>

調解，尊重當事人的處分權，努力實現以較小的審判資源換取最大的法律效果。中國已經把法院調解納入了法制化、規範化的軌道。

（二）特徵：

法院調解的性質是審判權和處分權相結合。在自願性和規範性的基礎上，其特徵：一是由審判人員主持；二是在進入訴訟程序之後；三是當事人達成協議後由法院確定；四是法院調解中雙方當事人達成協議¹⁹。

（三）價值

法院調解的價值除了歷史文化的價值、訴訟成本的價值，尚有社會效果的價值。法院調解貫穿整個民事訴訟的過程，當事人得進行庭前調解、庭中調解、庭後調解，可以在一審程序進行調解，也可以在二審、再審程序中進行。在司法實踐中，大多數是調解結案，因此，法院調解不僅是訴訟活動的主要方式，也是人民法院結案的一種重要方式²⁰。

五、法院調解的三種基本形式：

（一）法院外的非訴訟調解

即由民間團體、社會組織或基層法院、行政單位支持進行。當事人達成和解或雙方同意以其他非訴訟方式解決爭議並自願達成協議；如，婦聯、工會等社會團體。

（二）法院附設的訴訟前調解

為專門的調解程序，其特點以非公開和非對抗的斡旋與和解方式解決糾紛，能緩解法院的受案壓力，提高糾紛解決的效率。調解過程簡潔便捷、不拘泥於法律規定的權利義務，而重在對當事人的情感調解和心理矯正，體現了意思自治原則。

（三）法院的訴訟中調解

法官依職權通過法律規定的調解義務和程序對糾紛進行的調解活動。例如，中國民事訴訟法第 25 條第 2 款之規定「人民法院在審理離婚案件時應當進行調解。」該條中的「應當」是訴訟中的必經程序，把調解作為必經程序是基於離婚案件本身作為身份關係訴訟的特點，通過調解結案有利於解決雙方當事人之間的矛盾，減輕精神創傷，協調處理好各種關係²¹。

陸、大陸調解制度之實施成果

一、鄉鎮區公所調解

截止 2000 年底，全國 99% 的村民委員會、85% 的居民委員會，近十萬國有大中型企業都建立了人民調解委員會。各類調解委員會的總數達到 96 萬多個，共有調解人員 840 多萬人。2000 年，人民調解組織共調解各類民間糾紛 502 萬件，調解成功 476 萬件，成功率為 94.8%；防止因民間糾紛引起的自殺 2.7 萬件；涉及 3.6 萬人；防止因民間糾紛可能轉化的刑事案件 5.7 萬件²²。

¹⁹ 孫玉芹，同註 17，頁 92。

²⁰ 孫玉芹，同註 17，頁 93。

²¹ 張開超，同註 1，頁 96。

²² 董小紅、高宏貴，同註 14，頁 49。

二、法院調解²³

1991年民事訴訟法施行後，人民法院的調解結案的比重雖逐年有小幅下降，但與判決相比仍處於絕對多數。1998年開始調解結案率逐年銳減，司法政策中也開始出現否定和冷落調解的趨勢。其原因在於訴訟調解程序設置有問題、法官對調解態度及能力不高、當事人不願進行調解、民事案件數量大增、1998年開始推行的審判方式的改革及法院評價機制的導向直接相關。近幾年，在「構建和諧社會」的重大歷史背景下，最高人民法院針對人民法院積案壓力日益增大、涉訴信訪日益增多的實際，重新審視「訴訟調解」在實現社會穩定的功能，開展了以加強訴訟調解工作，規範訴訟調解程序為目的的訴訟調解制度改革。2004年始，全國民事案件判決率呈逐年小幅下降趨勢，而調解率逐年穩步上升，訴訟調解制度改革初顯成效。

三、法院調解制度改革的成果及存在的問題²⁴

（一）主要改革成果

與先前的訴訟調解制度相比，近年來調解制度的改革主要集中在以下幾點：

1. 調解貫穿於訴訟各個階段。
2. 當事人可以自願選擇調解協議的生效方式。
3. 透過協助調解和委託調解，實現訴訟調解的適度社會化。
4. 對以往立法沒有涉及或爭議性比較大的調解的期限、行為、程序和內容等，作了比較明確的規定。

（二）存在的主要問題

1. 某些法院和法官對訴訟調解仍存在認識上的偏差。
2. 法律和司法解釋中之原則以及程序性規定影響訴訟調解的發展。如《民事訴訟法》中「事實清楚、分清是非」的調解原則，混淆了判決和調解的界限，造成審判實踐中的不同理解。又如《調解規定》中「調解協議案外人擔保條款」，有利於保護權利人的利益，樹立誠信意識，促進調解成功。但由於缺乏具體程序性規定，大部分法院在缺乏明確法律及司法解釋的情形下，並不敢大膽嘗試和運用，從而使這一規定成了「休眠條款」。
3. 辦案經費不足、法官缺乏調解能力等問題，限制了調解工作的展開。隨著國務院《訴訟費交納辦法》的施行，調解、撤訴、和解案件所產生的退費情況，極易影響法院對調解的支持態度。
4. 當事人流動性大、下落不明或拒不到庭造成客觀上無法開展調解工作。

柒、其他特殊調解制度

一、金融²⁵

（一）金融消費糾紛解決機制

²³ 整理自吳偉華，和諧社會下訴訟調解制度改革現狀與發展，河北經貿大學學報，第10卷第4期，2010年12月，頁25-26。

²⁴ 整理自吳偉華，同註23，頁26-28。

²⁵ 整理自邢會強，金融消費糾紛多元化解決機制的構建與對北京的建議，法學雜誌，2011年第2期。

1. 企業內部的糾紛處理機制
2. 社會組織的糾紛處理機制：調解、仲裁、FOS²⁶、和解協議²⁷等。
3. 法院訴訟。

(二) 中國及北京金融消費糾紛處理機制的現狀與不足

1. 金融機構系統內部很少為消費者投訴、維權，解決爭議提供適當的途徑，或金融機構內部受理投訴的服務意識不強；法律法規亦鮮有金融機構投訴處理制度方面的規定。

2. 中國沒有金融督察服務機構(FOS) 等類似的組織。

3. 中國缺乏專門機構的調解。惟，在訴訟或仲裁程序中並不缺乏。例如：

(1) 中國國際經濟貿易仲裁委員會推行之「仲裁中調解」(Arb-Med)。其具體內容為：若當事人先進行仲裁程序，並得在仲裁過程中由仲裁員進行調解，若調解成功，則由仲裁員依據調解協議作出同樣內容的裁決；若調解不成，則恢復仲裁審理。其最大特點為，仲裁員和調解員由同一人擔任，調解程序為仲裁程序所包容。

(2) 北京仲裁委員會於 2007 年 9 月制定「北京仲裁委員會調解規則」，其特點為：調解員與仲裁員身份不重合；調解得在仲裁前進行，亦得與仲裁程序同時進行。若雙方欲先進行調解，則得先中止仲裁程序。若調解成立，當事人可撤回仲裁；若調解不成，則繼續仲裁程序。

4. 缺乏專門負責金融消費者投訴的行政主管機構，對金融消費者的保護在信息不對稱方面沒有發揮作用。

二、家事糾紛與調解

以維護當事人之間情感和諧為首要考慮。調解顯然是行之有效的解決方式之一。在「構建和諧社會」口號下，家庭作為社會的基本構成要素，故家事糾紛調解機制在和諧社會的構建中發揮著不可忽視的作用²⁸。

三、勞動爭議²⁹

中國現行勞動爭議處理機制的主要缺陷：

1. 勞動爭議處理過程冗長繁雜，現行「一調一裁兩審」體制，勞動爭議案件經過基層調解、仲裁和訴訟中的一審、二審，時間過長，對尚未發生的爭議或已經發生還未進入爭議處理程序的爭議也會有巨大的潛在的影響。
2. 2007 年實施的《勞動爭議調解仲裁法》仍未真正落實「三方原則」³⁰。
3. 勞動爭議處理機構人員素質欠缺、勞動爭議仲裁員配置不足，以及勞動訴訟

²⁶ 英國的「金融督察服務公司」(Financial Ombudsman Service)。

²⁷ 類似台灣所謂的「調解協議」。如同一份合約，具有法律效力，並對各方有約束力；惟不能強制執行。若通過調解達成和解，該和解為最終的解決，當事人不能再就和解條款涵蓋的事項尋求訴訟。若調解無法達成和解，則仍可選擇進行仲裁和訴訟。如一方違反協議條款，無過失之一方可根據協議起訴對方。

²⁸ 整理自張開超，同註 1。

²⁹ 李華武、夏旭麗，論和諧社會背景下勞動爭議多元化糾紛解決機制之完善，南昌高專學報，2010 年第 1 期。

³⁰ 「三方」，指國家、工會和用人單位團體。

中的法官專業化程度偏低。

四、醫患糾紛非訴訟調解現狀³¹

大多數醫患糾紛由於醫患雙方對於醫療行為有無過錯爭議較大，針對醫患爭議焦點的醫學專業性特質，醫患糾紛的解決不得不借助於享有醫學專業性知識的第三者。

1. 衛生行政部門應當對所有的醫患糾紛進行調解，不應設置任何前提。
2. 調解的過程也是醫患雙方合意訂立終結醫患糾紛之契約的過程。
3. 醫療行政部門的調解結果應賦予民事契約的效力。

捌、大陸調解制度之評估

一、人民調解（鄉鎮區公所調解）

（一）經濟、政治、文化體制改革日益深化³²

1. 糾紛的主體多元化

市場競爭機制，矛盾點增多，糾紛主體呈現出多元化，不僅發生在公民之間，亦發生在公民與法人、非法人團體之間。

2. 糾紛的類型多樣化

主要有「三跨」糾紛，即跨地區、跨行業、跨單位的糾紛；「三勞」糾紛，即勞動、勞務、勞資糾紛。

3. 糾紛的性質複雜化

如行政、治安和刑事案件交織；群體性事件，已成為當前社會經濟生活中的突出矛盾。1994年至2003年間，群體性事件年均增長達17%，規模不斷擴大。這種群體性利益矛盾，往往都是由於政策因素引起，如，拖欠農民工工資、土地承包、徵地拆遷安置等，這些問題往往涉及多數人的利益。

4. 利益性矛盾

經過30多年的改革開放，受市場作用的驅使，人們更重視和追求與自己密切相關的個人利益，從而使經濟利益矛盾和物質利益衝突成為引發矛盾糾紛的核心內容。

5. 糾紛的對抗性強，處理難度大

隨著經濟體制改革的不斷深入，以上述群體矛盾為例，其極易以停工停業、集體上訪、聚眾示威、阻擾或者抗拒執法等方式轉化成激烈的群體糾紛和暴力衝突。在偏僻農村，素質低的村官橫行鄉里，釀成惡性對抗事件。

（二）人民調解制度缺乏固定的資金來源

2007年7月9日，中國財政部、司法部聯合下發《財政部、司法部關於進一步加強人民調解工作經費保障的意見》。其明確指出，司法行政機關指導人民調解工作之經費，列入財政預算；地方財政可根據當地經濟社會發展水平和財力狀況，安排人民調解委員會補助經費和人民調解員補貼經費³³。

³¹ 宋平、張露，同註15，頁頁136-138。

³² 整理自董小紅、高宏貴，同註14，頁49-50。

³³ 陸璐，同註6，頁35。

(三) 人民調解制度的完善構想³⁴

1. 提升人民調解組織的法律地位

現行的基層人民調解委員會大都隸屬於「村委會」、「居委會」，不具有獨立性。調解人員往往是「村官」、「行政人員」或「準行政人員」。為保障人民調解協議的權威性和約束性，可將人民調解委員會上升為國家司法行政機關的派出機構，確立其「法律地位」。

2. 注重組織建設

除根據社會需求，設立特殊性、專門性糾紛解決機構外，應建立鄉鎮、縣、市調解委員會等，彼此互不隸屬，並可參照仲裁機構的設立原則來建構。

3. 提升調解人員的素質

將具備較高科學文化知識、受過較系統的法律專業教育或者具有從事法律工作經歷、熟悉法律和政策、掌握一定的調解程序、具有一定的調解技能與技能的人選任到調解員隊伍中；可模擬公務員招考的方式，每年錄用一定數量的大學畢業生來充實調解人員隊伍。

4. 注重當事人之程序主體權

是否申請調解、到哪裡調解、選擇哪個調解員進行調解、調解是否繼續，都應基於當事人的自主自願。

5. 明確調解協議的效力

為防止調解協議徒具一紙空文，應「有條件賦予其一定拘束力」。2002年11月1日，最高人民法院發布「關於審理涉及人民調解協議的民事案件的若干規定」，明確了人民調解協議具有「民事契約性質」，當事人不得隨意撕毀或拒絕履行，人民法院應當予以肯認，以防止再訴，節約司法資源。儘管最高人民法院明確了人民調解協議的合同性質，但人民調解協議仍然不具有強制執行的效力。若一方不履行，另一方則不能申請人民法院強制執行，對當事人的約束仍然是很有限的。中國目前人民調解協議可以無條件反悔；然而，美國、日本、挪威、菲律賓等一些國家賦予調解協議與判決同等的效力³⁵。

二、法院調解

1. 調審合一的「調解型」審判模式³⁶

民事訴訟法將調解與判決兩種性質迥異的解決糾紛的方式，共同作為人民法院行使審判權的方法，將它們一同規定在民事訴訟中，形成了調審合一的模式。法院調解在整個審判過程中都可進行，調解人員和審判人員在身份上也是競合的。此造成調解功能的擴張和判決功能的萎縮，形成了「調解主導型」的審判體制。

³⁴ 整理自董小紅、高宏貴，同註14，頁49-50。

³⁵ 美國「解決糾紛法」鼓勵各地成立民間調解組織、實行民間調解制度。挪威「糾紛解決法」，規定訴訟外調解是訴訟的必經程序，經調解達成的協議可強制執行。瑞典95%的民事糾紛都依靠調解（含訴訟外調解和訴訟內調解）來解決。日本「民事調解法」規定調解協議書具有與判決書同等的法律效力。澳洲「全國非訴訟調解理事會」協助政府制定調解政策。菲律賓把調解作為初步的訴訟程序，調解不成，始將糾紛交法院審理。

³⁶ 王璇，和諧社會構建與法院調解制度改革，科學發展觀研究理論月刊，2010年第2期，頁38。

這種「調解型」審判模式的主要特徵是以調解結案為訴訟目標，以法官的職權調查及調解活動為中心來展開審判程序，與現代民事訴訟制度之間存在深刻尖銳的矛盾，這些矛盾的存在和發展使得法院調解原則難以貫徹執行³⁷。

2. 法院調解中賦予當事人「反悔權」，並不合理。中國民事訴訟法規定：「調解書經雙方當事人簽收後，即具有法律效力」。也就是說，儘管調解協議已經達成，但只要雙方當事人還沒簽收，任何一方當事人都可無條件反悔。此乃有違誠實守信的「帝王原則」³⁸。

3. 將「查明事實」作為調解原則並不恰當。民事訴訟法第 85 條規定：「人民法院審理民事案件，根據當事人自願的原則，在事實清楚、分清是非的基礎上進行調解。」因此在事實未查的情況下，即使當事人已經達成調解協議也不能結案³⁹。

4. 調解程序單一，限制了調解制度的功能發揮。根據現行⁴⁰民訴法的規定，調解雖然可以在訴訟的任何階段進行，但並沒有根據不同的訴訟階段作出不同的程序性規定⁴¹。

5. 變相剝奪了當事人的上訴權，限制了上級法院的司法監督功能⁴²。

玖、大陸仲裁制度之介紹

一、法理基礎：當事人意思自治原則

(一) 仲裁與當事人意思自治原則

仲裁是根據「當事人意思自治原則」，以當事人的合意為基礎，授權第三人以「一裁終局」的方式解決財產類民事糾紛的制度。仲裁裁決充分體現當事人意思自治，也蘊含著高效率及高滿意度的優勢。此外，裁決還具有一經作出立即生效的特點。依據仲裁協定向仲裁機構申請仲裁是仲裁發生的起點，其內在動力是當事人糾紛解決方式選擇上的意思自治，而仲裁裁決也體現著當事人在實體方面充分的處分權。

意思自治原則發端於契約自治原則，是 16 世紀法國法學家杜摩蘭首先明確提出的，杜摩蘭認為對於契約的成立及效力問題應該適用當事人雙方都願意接受支配的法律。學界一致地認為在當事人是否選擇仲裁的形式解決糾紛、仲裁機構選定、仲裁地點及仲裁實體法、仲裁程式法選定這五個大的方面，體現了意思自治原則⁴³這五個方面下更加細緻的規定則因具體國家對仲裁當事人意思自治認可程度的

³⁷ 「調解程序的任意性」與「審判程序的規範性」相衝突。根據中國民事訴訟法，調解程序與審判程序二者平行運行並貫穿於民事訴訟始終，但二者卻有本質區別。調解程序具有任意性，調解過程較民事訴訟具流動性；審判程序中，法官自由裁量範圍小，且整個過程受到嚴格監督，在一定意義上說可能有更大的公正性。又如，「自願原則」往往難以落實、對當事人的合法權利保護不力，以及法院調解中實體法和程序法對法官的約束均被軟化。

³⁸ 王璇，同註 36，頁 38。

³⁹ 馮文義，論司法調解制度在維穩工作中的問題及思路，現代商貿工業，2010 年第 3 期，頁 44。

⁴⁰ 當時中華人民共和國調解法尚未通過(2010.08)，故有關調解之規定，都散見於中國的民事訴訟法與其他法律中。

⁴¹ 馮文義，同註 39，頁 45。。

⁴² 馮文義，同註 39，頁 45-56。。

⁴³ 整理自韓健，現代國際商事仲裁法的理論與實踐，法律出版社，1993 年。劉秀鳳，商事仲裁與訴訟，人民法院出版社，1999 年。譚兵，中國仲裁制度研究，法律出版社，1995 年。轉引自

大小而有所差異。

當事人意思自治原則經歷了從當事人意思自治完全自由到當事人意思自治絕對限制再到當事人意思自治相對限制三個時期。當事人意思自治相對限制時期始發於1970年代，其肇因於國際貿易繁榮浪潮，伴隨急劇增多的貿易糾紛帶給民事訴訟沉重的壓力⁴⁴。具有終局性效力的仲裁，為破解訴訟劇增之難題帶來了希望。在現代社會中，政府對市場經濟的干預需要有法律的根據和充足的理由。當事人自由意思自治的原則仍然是市場經濟契約下必需遵循的原則，公權力對意思自治的干預只能是在必要的範圍內。這也突顯了在成熟的市場下，民間和官方力量是處於博弈的局面⁴⁵。

當事人意思自治原則一直被作為仲裁的基本原則，當事人的意願在整個仲裁過程中都應受到充分的尊重。在仲裁中應尋求強行法、當事人意思自治和仲裁員裁量權三者的動態平衡。綜上所述，可歸納為以下四點⁴⁶。

- 1、當事人意思自治原則在仲裁中的基本地位毋庸置疑，但該原則的適用並不是毫無約束的，存在一定的界限。
- 2、當事人的意願高於仲裁員的裁量權，仲裁員應遵守當事人的約定；同時，仲裁員也應巧妙地利用自己的影響力引導當事人約定合理、高效的仲裁程式。
- 3、雖然各國有權制定強行法維護本國的公共秩序，以此作為當事人意思自治原則的限制，但為了避免強行法的濫用，《紐約公約》提供了統一的國際標準，同時也借助仲裁裁決的相互承認和執行機制使各締約國彼此牽制，只有互相禮讓才能保證仲裁裁決的普遍承認和執行。
- 4、強行法優於當事人意思自治、當事人意思自治優於仲裁員裁量權，這是三者的優先次序，這種次序看似簡單，實則微妙。仲裁員裁量權雖然排在最後，但是仲裁員卻可以運用排在首位的強行法來限制當事人的約定，當事人進行約定時也可以吸收仲裁員的意見，而強行法也不是某個國家任意制定的，要考慮是否符合國際標準，因此，三者的理想狀態是達到一種動態的平衡。

（二）中國現行《仲裁法》對仲裁裁決規定存在的不足⁴⁷

中國現行的《仲裁法》是在1994年制定的，時值市場經濟在中國提出之年代。學界當時對當事人意思自治原則的研究還處於原始階段，實務界對該原則的運用也是處於起步階段。

張科，仲裁裁決若干問題思考——以當事人意思自治原則為視角，法制與社會，2012年25期。

⁴⁴ 喬生，當事人意思自治原則在國際商事仲裁領域的地位與發展趨勢，法學研究，2003年。楊良宜，國際商務仲裁，中國政法大學出版社，1997年。轉引自張科，同註43。

⁴⁵ 廣州仲裁委員會研究所，尊重當事人意思自治鼓勵和支持仲裁發展——解讀最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題解釋》，仲裁研究，2004年第4期。饒傳平，焦海濤，仲裁理論探微——意思自治及其限制的特點，華中科技大學學報（社會科學版），2004年第4期。

⁴⁶ 整理自劉俊霞，國際商事仲裁當事人意思自治原則的界線，新疆社科論壇，2012年3期，頁41-46。

⁴⁷ 整理自張科，同註43。

1、沒有規定先行裁決當事人的申請程式及仲裁庭的處理義務

《仲裁法》第五十五條規定：「仲裁庭仲裁糾紛時，其中一部分事實已經清楚，可以就該部分先行裁決。」其該項請求是涉及例如關於先予執行中包含的緊急情形、對時令性物件處理和對締約合同過失、不安抗辯權、先訴抗辯權等前置性事項的認定，當事人應該有權請求仲裁庭先行作出裁決。現行仲裁法對先行裁決沒有程式操作的規定，使這一條文的運用幾乎處於停頓狀態。

2、當事人協議不願寫明爭議事實和裁決理由有細化的規定

《仲裁法》的第五十二條規定：「當事人協議不願寫明爭議事實和裁決理由的，可以不寫」，仲裁庭的權利來自當事人雙方的授權，那麼在裁決書中不寫明事實和理由當然也屬於當事人處分裁決內容方面享有權利的一部分。為保證當事人此項例外性權利的充分、圓滿行使，仲裁庭應該有義務提醒當事人該權利的存在並且聽取當事人的意見。

3、少數人的意見處置的規定尚待完善

《仲裁法》第五十三條規定：「少數仲裁員的不同意見可以記入筆錄」。從此法條可知，對少數仲裁員的意見是否記入筆錄採用的是「可以」的態度，即最終由何主體決定記入筆錄是沒有明確的。

4、對於仲裁員不簽名的情況規定粗糙

《仲裁法》第五十四條規定：「對裁決持不同意見的仲裁員，可以簽名，也可以不簽名」。對於不簽名的仲裁員當事人應該有要求其說明理由的權利。當事人意思自治的平行面是仲裁庭要尊重、實踐當事人意思自治的內容並且在非有充分理由的時候不能拒絕。

5、仲裁法對在仲裁中達成的調解書的執行沒有規定

《仲裁法》僅在第五十一條第二款規定，調解書與裁決書具有同等法律效力。在仲裁法的其餘部分以及民事訴訟法、關於執行的司法解釋中都找不到仲裁中所達成調解書執行的規定。既然仲裁法賦予了調解書與仲裁裁決同等的法律效力那就意味著調解書的履行狀態應該如正常的裁決書一樣獲得法院強制執行的保障。

二、仲裁協議之要件

仲裁協定是指當事人之間達成的、將已經發生或將來可能發生的一定的實體法律爭議，提交仲裁機構仲裁的意思表示。基於仲裁自主性原則的要求，對於仲裁協議也不應該有過於苛刻的要求，只要足以證明當事人一致同意利用仲裁來解決糾紛，就應承認仲裁協議的有效性。只有這樣，才能充分發揮仲裁自主性原則的作用。有學者認為，基於仲裁自主性原則，放寬對仲裁協議不必要的形式限制是大勢所趨⁴⁸。

（一）仲裁協議的形式

仲裁協定作為契約的一種特殊形式，是約束雙方當事人的憑證，也是仲裁機構進行仲裁的前提。因此，一項有效的仲裁協議必須具有合法的形式，這是各國仲裁法和仲裁機構對仲裁協議有效要件的共同要求。在仲裁實踐中，仲裁協議必須以

⁴⁸ 吳超，仲裁協議研究，湖南農機，2012年9月，第39卷第9期，頁290-291。

書面形式為之，但在具體操作上卻常常遇到一些實際問題。

1、口頭仲裁協議之效力

對於仲裁協議的合法形式，大多數國家以書面要求作為其形式要件，即仲裁協議必須以書面形式訂立，如果以口頭方式或其他方式訂立，仲裁協定無效。中國《仲裁法》也只承認以書面形式訂立的仲裁協議。仲裁協議的書面形式包括在契約中訂立的仲裁條款和以其他書面方式在糾紛發生前或者糾紛發生後達成的請求仲裁的協定⁴⁹。

口頭形式的仲裁協議是否有效，應具體問題具體分析。如果在雙方當事人一致認可，或有證據證明口頭仲裁協議存在的前提下，應該肯定該口頭仲裁協議的有效存在。因為仲裁是以當事人的自願為原則，雙方當事人以證據或者以其行為證明了原有的口頭協議。這種「口頭協議」實際上應當認定為對「書面形式」的擴大解釋。反之，如果雙方當事人不能就一方當事人所提出的已存在的口頭協議達成一致，即使有口頭仲裁協議的存在，也不能確定它的有效性⁵⁰。

對於通過傳真等達成的仲裁協定的效力的確定，現已基本趨於一致，即「凡在簽署的檔，交換的信函，傳真，電傳，電報中含有仲裁協定，或者仲裁協定以其他方式達成（包括電子信箱傳遞或其他現代化通訊方式）並有書面證據，現在都普遍認為是達成了有效的仲裁協議」。但仍有相反的觀點認為，如果不經當事人對傳真等上的仲裁協定的特別簽字，無法斷定其是否當事人的真實意思表示，所以雖經互換但沒有簽字的仲裁協議不能認為符合書面形式的要件⁵¹。

有學者認為在電子商務廣泛運用的今天，對於仲裁協議「書面形式」應做擴大解釋，不能僅僅局限於傳統的紙張合同的狹義解釋範圍，應充分肯定網上交易中仲裁協議為「書面形式」的合理性與有效性⁵²。

2、默示仲裁協議之效力

所謂默示仲裁是指一方當事人向另一方當事人發出仲裁的「要約」後，對方當事人沒有明確表示是否同意，或者沒有將是否接受仲裁要約的意向傳遞給發出要約的這一方當事人，其主要涉及到仲裁協定是否須經雙方當事人的「交換」才有效。一般來說，仲裁協議應該經過雙方當事人的書面交換才能被確定為有效，因為如果沒有這種互換，就很難斷定一方當事人的真實意願。學者認為應當以當事人的行為來加以判斷⁵³。首先，如果當事人是對包含有仲裁條款的默示，應看當事人是否實際履行了該契約，即履行契約就意味著對接受契約，當然也包括接受仲裁條款。其次，如果當事人是對專門仲裁協議的默示，則要看糾紛發生後，當事人是否對實質問題進行答辯，只要當事人實際參加了仲裁程式，應該認為當事人接受該仲裁協議。

⁴⁹ 比烈興，論仲裁協議—法律和實務中的重要問題，中國對外經濟貿易出版社，1998。轉引自吳超，同註 58，頁 291。

⁵⁰ 吳超，同註 58，頁 290。

⁵¹ 張斌生，仲裁法新論，廈門大學出版社，2004。

⁵² 吳超，同註 58，頁 290-291。

⁵³ 比烈興，同註 59。

(二) 小結

一項有效仲裁協議的存在，是仲裁得以有效進行的基礎。仲裁協議在仲裁制度中的地位也越發重要，其中仲裁協議是否合法有效，是決定能否進行仲裁的根本保證。大多數國家以書面要求作為仲裁協議的形式要件，但科技發展已經對傳統的書面形式要求提出挑戰，如果堅持傳統的書面形式要求，法律將難以滿足現實生活的需要。目前可對傳統書面形式作出擴大解釋，待將來條件成熟時再修改相關法律，重新界定書面形式⁵⁴。

拾、大陸仲裁制度之具體內容

一、仲裁協議效力認定主體

(一) 中國關於仲裁協議效力認定主體的立法規定

中國《仲裁法》第二十條規定：「當事人對仲裁協議的效力有異議的，可以請求仲裁委員會作出決定或者請求人民法院作出裁定。一方請求仲裁委員會作出決定，另一方請求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。」

(二) 由仲裁委員會認定的利弊分析

在中國，仲裁委員會決定仲裁協議效力，有以下優點：第一，當事人選擇仲裁可能出於對某個仲裁機構及其仲裁規則的信任，賦予仲裁委員會認定權，顯然尊重當事人的意願。第二，裁決一經作出即生效力，對仲裁協議的處理保持一致性，避免了不同的仲裁庭對此作出衝突性裁決。第三，有利於發揮仲裁高效、快捷的優勢。實踐中，在仲裁庭尚未成立，仲裁委員會一般根據表面證據作出初步決定⁵⁵，使之在得到決定結果後能快速進入仲裁程式，體現仲裁的迅速快捷。另外，能避免因啟動一個新的司法程式而耗費大量的時間、金錢，有效防止一方惡意拖延程式。

然而，國外大多數國家規定仲裁庭而非仲裁機構具有仲裁協議效力的認定權，中國卻以仲裁委員會作為認定主體（明確一點，在中國，仲裁委員會即仲裁機構），明顯剝奪了仲裁庭的權力，使仲裁解決糾紛的公正性受到懷疑，與國際商事仲裁的宗旨背道而馳。從仲裁機構和仲裁庭的關係上，兩者是相輔相成、互相配合的有機整體，各司其職，各盡其能。仲裁委員會不具有裁決權，它對案件的審查受理權只是一種限於形式上的程式性權力，而非實質性審查。仲裁委員會不應越俎代庖。仲裁委員會作為商事仲裁事務管理機構⁵⁶，其主要任務是負責對整個機構的日常工作和仲裁程式的管理，權力主要是一種事務管理權，而非裁決權。

(三) 由人民法院認定的利弊分析 法院對仲裁協議效力的認定，體現了法院對仲裁的支持與監督，其發揮法院的糾錯功能，提高人們對仲裁的認知。在人們依賴公權力的傳統下，作為代表公權力的法院，其作出的裁決權威性強於民間的仲裁機構。法院在早期認定仲裁協議無效，可及時終止仲裁程式，以免浪費大量的時間精力。

⁵⁴ 吳超，同註 58，頁 291。

⁵⁵ 孔雲龍，論國際商事仲裁協議效力的認定，安徽大學，2006 年。

⁵⁶ 鄧傑，商事仲裁法理論與實務，蘭州大學出版社，2005 年，頁 89。

然而，法院理應尊重當事人的真實意思，另一方面，法院較仲裁機構享有優先管轄權卻又根本否定了仲裁庭自裁管轄權，而且仲裁是一種民間性的糾紛解決方式，其裁決權應由仲裁員組成的仲裁庭享有，法院的司法審判權不應妨礙體現私權的仲裁權的行使，法院的介入，將中斷仲裁程式的繼續進行，無疑會使仲裁受制於法院的審判權，可能成為當事人拖延仲裁程式的一種訴訟策略，使對方遭受不公平待遇⁵⁷。

二、仲裁當事人協議擴大司法審查範圍之效力

近年來，當事人試圖在仲裁協議中約定擴大對仲裁裁決的司法審查範圍，這些條款可能基於契約自由而獲得認可。然而，允許當事人協議擴大司法審查範圍可能會損害仲裁程式的完整性。這種協議本身是否有效是存在問題的，形成了兩派相互對立的觀點。

美國司法實踐在當事人是否有權擴大司法審查範圍案件中折射出的問題也引起了中國學者的關注。有學者認為，在堅持司法對仲裁程式監督的原則下，允許當事人協議擴大司法審查作為一種有限的例外存在是可行的⁵⁸。也有學者持否定觀點，認為中國今後的仲裁立法修改時不應允許當事人自行擴大對仲裁裁決的司法審查範圍⁵⁹。有論者贊同後一種觀點，可以從以下幾個角度進行論證⁶⁰：

1、從國際仲裁制度的發展趨勢來看

世界上主要國家和地區的仲裁立法和司法實踐以及有關國際公約，都不允許當事人協議擴大司法審查範圍。

2、從合理配置中國司法資源的角度

司法審查意味著對司法資源的消耗，司法資源的配置應由政治實體而非當事人決定。因此，只有政治實體才能確定對仲裁裁決的司法審查範圍，當事人擴大司法審查的協議與此無關，因為當事人無權決定司法資源如何被消費⁶¹。

3、從保障中國仲裁「一裁終局」效力角度

中國《仲裁法》第九條明確規定：「仲裁實行一裁終局的制度。裁決作出後，當事人就同一糾紛再申請仲裁或向人民法院起訴的，仲裁委員會或人民法院不予受理」。然而，中國由於仲裁制度的不完善，除司法對仲裁的過度監督導致的對仲裁「一裁終局」效力的危害之外，還存在著其他對仲裁裁決終局效力的危害情形。當事人往往在敗訴後利用現有的制度，如利用撤銷仲裁裁決、重新仲裁、不予執行仲裁裁決、一事兩訴等挑戰仲裁裁決的終局性效力。

⁵⁷ 喬欣，比較商事仲裁，法律出版社，2004年。

⁵⁸ 宋連斌、黃進，〈中華人民共和國仲裁法〉建議修改稿，法學評論，2003年第4期，頁96-97。左海聰、胡永攀，美國仲裁當事人協議擴大司法審查探析，法治論叢，2006年第3期，頁127。

⁵⁹ 丁穎，論當事人對仲裁裁決司法審查範圍的合意變更，法學評論，2006年第5期，頁43。胡秀娟，美國Lapine·V·Kyocera案件評析，理論月刊，2007年第7期，頁154。石現明，國際商事仲裁錯誤裁決司法審查救濟的缺陷和克服，南京師範大學學報(社會科學版)，2011年第1期，頁45。

⁶⁰ 李鳳琴，仲裁當事人協議擴大司法審查範圍的效力，雲南大學學報法學版，2012年7月第25卷第4期，頁115-120。

⁶¹ Hans Smit, Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Award, The American Review of International Arbitration, Vol. 8, 1997, p. 151.

4、從中國目前對仲裁裁決進行司法審查的現狀角度分析

中國目前《仲裁法》對仲裁裁決的司法審查實行雙軌制，即對中國國內仲裁裁決既審查仲裁程式，也審查仲裁的實體內容，而對涉外仲裁裁決則只進程式審查，不審查實體問題。然而，世界各國仲裁立法的普遍趨勢是對內國仲裁裁決和外國仲裁裁決的司法審查一視同仁，由此看來，較之各國仲裁立法的趨勢，中國仲裁法對國內仲裁裁決的司法審查範圍較為廣泛，司法對仲裁的干預過多。

三、仲裁證據之收集、質認及認定

(一) 仲裁證據的收集

一般來說，仲裁證據的獲取主要有三種方式：當事人提交證據、仲裁庭自行調查證據和法院協助收集證據。根據「誰主張，誰舉證」的原則，一般情況下由當事人向仲裁庭提交證據。

爭議雙方當事人必須披露他所依賴的並處於其控制下的所有檔案，無論對他有利還是不利。在仲裁程式中，當事方不能依賴由仲裁庭強制披露命令披露的任何文件。仲裁庭可以視情況進行不利的推論，也可以根據已有材料作出裁決，並最後做出它認為適當的費用方面的命令⁶²。由此可見，在仲裁中不披露承擔的僅是不利的推論，不及訴訟中藐視法庭的後果嚴重。而事實上，在仲裁程式中，不披露對自己極為不利的文件很少會帶來不利，而仲裁推論的不利程度經常是不可預測的⁶³。因此，當事人一般更願意隱瞞證據，使仲裁庭不能依據該證據做出相反的推定以不利於自己，如此贏得仲裁的機會更大一些。

中國《仲裁法》第四十三條第一款規定，當事人應當對自己的主張提供證據。從該規定來看，中國在證據收集方面主要還是由當事人舉證，而當事人對不能舉出證據證明自己的主張，將承擔不利的後果。仲裁庭收集證據主要有兩種方式，一是經過當事人的申請，二是完全由仲裁庭主動收集。而當事人不能自行收集的證據中主要包括以下幾種情形：掌握在對方當事人手中的證據、不願作證的人證、掌握在案外自然人、組織手中的證據。根據現行的民事訴訟法與仲裁法，人民法院為收集證據所提供的支援僅限於證據保全，並不包括對後兩類證據的收集，故此仲裁當事人收集這兩類證據非常困難⁶⁴。另有學者認為，仲裁庭要求當事人或案外個人和單位提供證據，而有單位和個人拒不提供，仲裁庭是無能為力的。在實踐中，仲裁庭「自行收集」證據往往陷入十分尷尬的境地。這就突顯出《仲裁法》在授予仲裁庭「自行收集證據」權力上的立法缺陷⁶⁵。由於仲裁制度的契約性和仲裁機構的民間性，仲裁庭缺乏強制性權力，仲裁庭收集證據的許可權也非常有限，不能就此採取強制性措施，在一定情況下需要法院的協助。如果當事人約定授予仲裁庭享有採取證據保全的權力，則仲裁庭可以決定是否採取證據保全

⁶² 楊良宜、楊大明，國際商事仲裁中的證據—問題領域及最新發展，中國海商法年刊，2002，頁87。

⁶³ 楊良宜、楊大明，同註72，頁88。

⁶⁴ 徐繼軍，完善仲裁證據收集制度，2004年9月，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=18158>。

⁶⁵ 顏湘蓉，我國仲裁證據制度的若干法律問題探討，仲裁研究，2004年第2期，頁10。

措施，但是法院能否執行該裁定，卻並沒有法律依據⁶⁶。中國在仲裁立法上對收集證據的三種主要途徑都作出了相關規定，但是，其規定不夠具體完善導致在實踐中的不一致，而仲裁制度本身的特性決定了其不能完全適用訴訟證據的相關規定，因此，有必要為仲裁證據收集制度探尋新的出路，完善仲裁證據的收集以更好地達到仲裁公平、公正的目標。論者認為，仲裁庭自行收集證據的方式在實踐中起不到作用，亦無存在必要⁶⁷，其反對賦予仲裁庭自行調查取證的公權力。民間性是仲裁機構一個很突出的特點，如果賦予仲裁機構自行調查的公權力，其民間性的特點將被嚴重削弱。

（二）質證

在仲裁中，質證的主體只能是當事人，而不包括仲裁庭。質證的方式一般是詢問和交叉詢問。仲裁庭應是質證中的旁觀者，經過雙方當事人的利益對抗使得仲裁庭成員形成內心確信，從而認定某項事實。因此，仲裁庭中的仲裁員與此應該沒有任何利益。質證的物件不僅限於證人證言，任何形式的證據一般都應經過質證這一程式。即使是仲裁庭聘請的專家作出的專家意見也應經過質證。質證的基本形式是直接詢問和交叉詢問。質證具體包括庭前交換證據中的質證、開庭審理中的質證和書面質證。當庭進行質證是主要方式⁶⁸。

《中國海事仲裁委員會仲裁規則》、《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則》和《北京仲裁委員會仲裁規則》都對質證進行了規定。其中《北京仲裁委員會仲裁規則》第34條規定的相對更具體，中國在仲裁立法中關於質證僅作了一般性規定，規定當事人有質證的權利。質證中存在的主要問題是對證人的質證，包括一般證人和專家證人。立法中僅簡單規定了當事人有質證的權利，有的仲裁規則中還規定了質證的簡單程式，但對於質證中的重要問題還是未提及。

首先應該明確的是律師對證人的作用，律師對證人應該起到積極的作用，協助證人獲得信心，整理好清晰的思路⁶⁹。有論者認為沒有必要對律師在仲裁審理前會見當事人進行限制。首先，會見有利於發揮律師的積極作用，使證人理清思路從而查明事實真相。其次，從反面來看，若是律師對證人是消極作用，則可以通過仲裁員的嚴格審理排除證言中的虛假成分⁷⁰。

（三）仲裁庭對證據的認定

認證是仲裁庭對各種證據進行審查、判斷，確認其證據能力和證明力的活動。認證的主體是仲裁庭，仲裁庭對證據資格和證明力有決定權。仲裁經驗規則是指仲裁庭有權決定某些事實無須通過一般舉證程式加以證明，這些事實可能是常識性的，也可能由於某些原因當事人無法提供通常所需的證據，此時仲裁庭可以依經

⁶⁶ 趙秀文，同註47，頁241。

⁶⁷ 張曉茹、肖賢書，論仲裁證據的收集、質證與認定，北京航空航天大學學報（社會科學版），第25卷第4期，2012年7月，頁45-46。

⁶⁸ 趙秀文，同註47，頁234。

⁶⁹ 黃璦，論國際商事仲裁程式中的證據規則，經濟與社會發展，2007年第五期，頁120。

⁷⁰ 張曉茹、肖賢書，同註77，頁47。

驗規則認定這些事實的存在⁷¹。由於仲裁的程式沒有訴訟的嚴格，仲裁庭在認證時擁有的自由裁量權的範圍也較廣，而內心確信的形成必然離不開經驗法則的運用，因此仲裁庭在認證時不可避免地用到經驗法則。

對證據的認證是仲裁員一個心證的過程，中國《仲裁法》對仲裁員的心證並沒有太多的限制。中國仲裁法中關於證據規則的適用，過多地參照了民事訴訟程式的相關規定，過於嚴格、缺乏契約性。其賦予仲裁員相關的自由裁量權，卻又沒有相關立法和司法解釋對此約束，使得經驗規則的濫用成為可能。在當事人沒有約定的情況下，可以賦予仲裁庭適當的自由裁量權，使其在公平正義的原則下，憑借自由心證對證據進行審查認定。對仲裁證據的認證，有學者提出，中國的仲裁證據規則應當由粗放型向密集型轉化⁷²。另有學者認為，可以在立法中對基本的仲裁證據認定規定進行細化，為仲裁員認定證據進行合理判定、確立內心確信提供指導與依據。仲裁證據認定的細化規定有利於證據認定的操作、預期結果的確定性以及當事人權益的保障⁷³。在仲裁庭認證仲裁證據的自由裁量權沒有相關立法和司法解釋約束的情況下，經驗規則成為了惟一的約束。因此，可以通過明示經驗規則的運用方式和條件來具體化仲裁經驗規則。也有學者建議，在中國修改仲裁法時，可以借鑒一些英美國家的立法模式，由最高人民法院以公報的形式公佈一些具有普遍、典型意義的案例，以便仲裁員在審查認定證據時參考借鑒⁷⁴。

拾壹、大陸仲裁制度之實施成果

一、仲裁裁決之執行

隨著執行案件的逐年增多，當事人依仲裁裁決書申請法院執行的仲裁裁決案件也逐年增多。特別是對於涉案標的額較小的仲裁裁決案件，該類案件往往因涉案標的額小而被中院指定由基層法院執行（以下簡稱指定執行案件），該類案件，被執行人絕大多數會提出不予執行申請書，以此來推遲法院執行，或逃避執行，或隱匿財產，這就給執行該類案件的基層法院執行法官審查和執行均增加了非常大難度。該類案件儘管標的額較小，但大多案情複雜，被執行人大多會提出不予執行申請等，使得執行法官在執行過程中面臨不少問題。

（一）指定執行案件的管轄問題

根據《仲裁法解釋》第二十九條的規定，當事人申請執行仲裁裁決的案件，由被執行人住所地或者被執行的財產所在地的中級人民法院管轄，顯然這是一種專屬管轄。但由於有些仲裁裁決案件涉案標的小，被執行人住所地及財產在基層法院所屬轄區，因此，大多數中級法院都將一些涉案標的較小的仲裁裁決案件指定基層法院執行。

（二）不予執行審查的法院問題

儘管基層法院因上級法院指定而獲得了仲裁裁決案件的執行管轄權，學者認為，對於該類案件的不予執行審查應由中級法院進行為宜。雖然有些案件因涉案標的

⁷¹ 齊玓，仲裁程式中的證據認證規則初探，仲裁研究，2009年第1期，頁40。

⁷² 卞建林，證據法學，中國政法大學出版社，2000年，頁466。

⁷³ 張曉茹、肖賢書，同註77，頁48-49。

⁷⁴ 齊玓，同註81，頁45。

額小，被執行人住所地或財產所在地的原因，為方便案件的執行而由中級法院指定由基層法院負責執行，但這並不就說明對於不予執行的審查也能由基層法院來負責⁷⁵。學者認為，對於指定執行案件，基層法院在執行過程中，如果被執行人不提出不予執行申請，則由基層法院按仲裁裁決執行。反之，應由基層法院將案卷移送中級法院，由中級法院負責審查處理，繼而做出相應裁決⁷⁶。

（三）不予執行審查的原則問題

從中國民事訴訟法的規定看，不予執行制度對仲裁裁決的監督是從實體和程式的雙重進行的，這種規定與國際上通行的司法權僅對仲裁裁決作程式性審查的原則相違背。在法院的執行實踐中大量裁決被裁定不予執行，一定程度上削弱了仲裁機構及仲裁工作的權威性，對於仲裁的發展十分不利。因此，學者認為，在目前的司法工作中，不予執行的審查應遵循重程式而輕實體的原則，如果裁決沒有嚴重的程式瑕疵，即使在實體認定上有一些輕微的不當，法院也不應作出不予執行的裁定⁷⁷。

（四）不予執行審查的法律程式問題

我國民事訴訟法第二百一十七條及仲裁法第六十三條僅規定人民法院對於符合法定情形的，經組成合議庭審查核實，裁定不予執行。但對於審查程序的其他方面如審查部門、審查程式、審查期限、救濟權，以及法律文書的製作等問題均缺乏明確的規定，實踐中各地法院的做法極不統一，亟需統一。

（五）不予執行的證據審查問題

中國民事訴訟法第二百一十七條第二款第四項規定了對「認定事實的主要證據不足的」仲裁裁決應不予執行。原則上只要仲裁裁決認定事實的主要證據不足，人民法院即應裁定不予執行，不應審查當事人提供的新證據。但對於確屬影響事實認定的關鍵證據，且屬仲裁裁決作出後出現的，或當事人在仲裁期間因客觀原因而無法收集到的證據，法院也應當實事求是，對該「新證據」進行審查認定。否則，在作出不予執行的裁定後，當事人勢必會重新仲裁或提起訴訟程式，只會增加當事人的訟累和經濟負擔。

二、仲裁裁決之撤銷

作為一種非訴訟爭端解決方式，仲裁在國際交往中發揮著越來越重要的作用。仲裁裁決撤銷制度作為仲裁司法監督制度之一，與仲裁裁決不予執行制度一起構成了仲裁司法監督體系。但由於中國仲裁裁決撤銷制度建立時間較晚，立法和司法經驗不足，因此，仍然存在著諸多不足，亟待予以完善⁷⁸。

（一）中國撤銷仲裁裁決之管轄法院

2002年最高人民法院《關於涉外民商事案件訴訟管轄若干問題的規定》中，對管轄法院作了新規定，即第一審涉外民商事案件（包括承認與執行外國仲裁裁決）

⁷⁵ 卓煒，仲裁裁決的執行問題研究，山東社會科學，2012年5月，頁212。

⁷⁶ 卓煒，同註85，頁212。

⁷⁷ 卓煒，同註85，頁213。

⁷⁸ 黃進、宋連斌、徐前權，仲裁法學，中國政法大學出版社，2007年，頁151。宋朝武，中國仲裁制度：問題與對策，經濟日報出版社，2002年，頁179。

由下列人民法院管轄：(1) 國務院批准設立的經濟技術開發區人民法院；(2) 省會、自治區首府、直轄市所在地的中級人民法院；(3) 經濟特區、計劃單列市中級人民法院；(4) 最高人民法院指定的其他中級人民法院；(5) 高級人民法院。

(二) 中國現行仲裁裁決撤銷制度

中國現行仲裁裁決撤銷制度主要包括申請撤銷仲裁裁決條件、申請撤銷仲裁裁決法定理由或情形、申請撤銷程式和仲裁裁決撤銷的法定後果等內容。

- 1、申請撤銷仲裁裁決的條件根據我國《仲裁法》相關規定，申請撤銷仲裁裁決必須符合以下幾個條件：申請主體為仲裁案件的當事人。當事人須在法律規定的期限內提出申請。當事人須向特定人民法院提出申請。當事人向人民法院提出申請時，所述事項須符合《仲裁法》第五十八條所規定的特定情形。
- 2、中國《仲裁法》規定，當事人申請撤銷仲裁裁決時，除了必須符合上述條件外，還應具備申請撤銷仲裁裁決的法定理由。

(三) 中國現行仲裁裁決撤銷制度之缺陷分析

1、仲裁裁決撤銷制度的存廢之爭

關於仲裁裁決撤銷制度的存廢，自《仲裁法》頒行以來就存在很大爭議。一種觀點認為：仲裁裁決撤銷制度與仲裁裁決不予執行制度之間存在著很強的相似性，且相比之下，仲裁裁決撤銷制度具有事後性，不利於及時高效地解決當事人之間的衝突，因而仲裁裁決撤銷制度無須存在，僅有仲裁裁決不予執行制度便已足夠；另一種觀點認為：應當將兩者合二為一，而不需要並行存在。實際上，兩者特徵和作用並不完全相同，甚至存在較大差異。兩者不同之處在於：第一，仲裁裁決撤銷的後果在於否定裁決本身效力，使仲裁裁決歸於無效；而仲裁裁決不予執行僅僅針對仲裁裁決執行程式，並不否定仲裁裁決本身效力，該仲裁裁決仍然能夠在其他國家得到承認和執行。第二，仲裁案件雙方當事人均有權申請啟動仲裁裁決撤銷程式；而在仲裁裁決不予執行案件中，該程式只能由一方當事人申請啟動，也就是由在仲裁裁決中獲得不利於己方的裁決當事人啟動；第三，對於仲裁裁決的撤銷，通常是對仲裁程式進行合法性審查；而對於仲裁裁決不予執行，法院通常要從實體上和程式上進行合法性審查⁷⁹。第四，管轄法院不相同。通常情況下，一國法院只能管轄本國仲裁裁決撤銷問題，而不能撤銷外國仲裁裁決；相比之下，一國法院拒絕承認和執行仲裁裁決，無須區分仲裁裁決作出地是本國還是外國，對其管轄區域內的仲裁裁決承認和執行問題均享有管轄權⁸⁰。因此，既不能將兩者混為一談，也不能僅存其一，而應將兩者統籌起來，並進一步完善仲裁司法監督制度，

⁷⁹ 張斌生，同註 61，頁 224。

⁸⁰ 趙健，國際商事仲裁的司法監督，法律出版社，2000 年，頁 239。

為仲裁制度的發展提供有力的司法保障。

2、法定理由“雙軌制”的缺陷分析

中國針對仲裁裁決撤銷制度中關於撤銷法定理由部分實行「雙軌制」，即將中國國內仲裁裁決撤銷制度與涉外仲裁裁決撤銷制度分離，各自形成一種制度，而並非類似國外仲裁裁決撤銷制度的一體化模式，對於國內仲裁還是涉外仲裁的撤銷理由不作區分。可見，與涉外仲裁裁決撤銷審查相比，中國法院對於國內仲裁裁決撤銷審查顯然更為嚴格，審查範圍也更為廣泛和具體。有學者言：「將一國仲裁劃分為涉外仲裁和國內仲裁並據此作出態度不一的司法監督，這一做法屬於低級階段的做法，在特定歷史條件下具有合理性。但是隨著經濟全球化和一體化加強，國民待遇原則所宣導的普世平等性要求打破內外有別的一切規制，內外之間應處於同一公平競爭之水準⁸¹」。「雙軌制」也使得在司法實踐中法院工作難度加大，容易造成司法資源浪費、成本提高和易產生司法監督錯誤等問題，妨礙我國仲裁司法監督體系的進一步健全和完善。

拾貳、大陸仲裁制度之評估

中國現行《仲裁法》從施行至今已近二十年，中國對市場經濟的接納程度以及內外部經濟環境與仲裁法制定之時是不能同日而語的。民事訴訟法正致力於當事人主義為主導的改革，仲裁法同樣需要實行改革，以適用現代經濟在糾紛解決領域中所呼喚的仲裁制度獨特價值的發揮。

一、中國仲裁要件要求之改善⁸²

- 1、賦予當事人對仲裁請求事項可以要求先行裁決的請求權
- 2、在最後一次仲裁開庭結束前應該詢問當事人是否願意在裁決書上寫明事實和理由
- 3、少數意見的仲裁員意見應該在徵求當事人的意見的基礎上決定是否記入筆錄
- 4、對於仲裁員不簽名的，當事人可以要求仲裁員說明理由

二、完善仲裁協議效力認定主體⁸³

1、確立自裁管轄權的必要性

學者們普遍認為，中國尚未認可自裁管轄權。自裁管轄權的核心內容是仲裁庭基於當事人之間的仲裁協議，享有對它自身的管轄權包括對仲裁協議的存在或效力等問題做出裁定的權力，而不需要事先的司法決定權⁸⁴。從仲裁庭與仲裁機構的關係看，仲裁機構處於「家長式」的強勢地位，具有較強的行政色彩，容易受外界干擾，濫用或破壞仲裁程式。而自裁管轄權本質在於讓仲裁庭成為自己管轄權的裁判者，是與國際接軌之必需。

2、相關立法的完善

⁸¹ 汪祖興，中國仲裁制度的境遇及改革要略，法律出版社，2010年，頁290。

⁸² 仲裁協議研究，吳超，湖南農機，第39卷第9期，2012年9月。

⁸³ 仲裁協議效力認定主體探討，潘綺甜，韶關學院學報，2012年5月第33卷第5期，頁90-93。

⁸⁴ 劉曉紅，國際商事仲裁專題研究〔M〕，北京：法律出版社，2009：204

第一，確立仲裁庭自裁管轄權原則。對未來仲裁法作修訂時，建議增加「仲裁庭有權對仲裁協議內容、效力或仲裁案件管轄權進行審查」。仲裁員是當事人自由選擇的裁判者，當然有權決定當事人約定的一切事項，包括程式性和實體性事項。仲裁庭理應擁有充分的決定仲裁協定的程式性權力，且仲裁庭是仲裁權的唯一主體，任何主體均不可替代行使，否則將是對仲裁權的扼殺，對國家認可的仲裁糾紛解決方式的否定。

三、中國仲裁裁決撤銷制度之建議⁸⁵

- 1、現行《仲裁法》中有關仲裁裁決制度的內容包括申請理由、申請程式、處理常式和裁決結果等規定，都相對較少，且內容單薄，並不能夠很好地適應現代仲裁制度和司法實踐的需要
- 2、建議刪除《民事訴訟法》有關仲裁的規定，轉由《仲裁法》作全面規定。
- 3、中國仲裁制度立法改革應首先取消對國內仲裁裁決的實質性審查，摒棄「雙軌制」審查模式，而採取國際通行的一體化審查方式，不應再就國內和涉外仲裁裁決作區分，這樣既有利於提高司法效率，節省司法資源，也有利於提高當事人選擇仲裁方式進行爭端解決的積極性，有利於維護社會穩定和法治進步，符合國際立法潮流。
- 4、廢除既撤銷又不予執行的雙重嚴格監督機制。
- 5、完善撤銷涉外仲裁裁決的救濟途徑。
- 6、明確「公共政策」條款的適用，完善仲裁裁決撤銷的法定理由。
- 7、縮短申請撤銷仲裁裁決的期限，提高仲裁裁決撤銷制度的效率。

拾參、 結語

在強調構建和諧社會和社會管理創新的背景下，中國各地法院在探索訴前調解機制中推陳出新，此代表著司法ADR在中國的興起。在中國訴前調解制度化構建方面，法院主導型訴前調解模式應當成為基本走向，在此基礎上實行調解審判分離制度，實現審判與調解的良性互動。

國際上，多元化糾紛解決機制的探索正在如火如荼地進行，在有些國家和地區的實踐中，調解根本不是替代的，而是成為多種形式糾紛的主導性解決方式。對於中國來說，調解機制在從傳統模式向現代轉變的過程中，通過立法方式，在多元化糾紛解決機制整體推進的框架內形成司法救濟、社會救濟、私力救濟等多種糾紛方式協調並存的、穩定長效的機制。

另外，隨著經濟全球化和一體化進程的加快，國際民商事交流及經濟活動日趨頻繁，國際商業貿易糾紛不斷湧現，使國際商業仲裁出現了更廣闊的發展空間。其憑藉法律適用靈活性、高度自治性、裁決執行的有效性及簡便快捷的特點在當今被廣泛運用，並呈現出前所未有的繁榮景象。

未來中國相關法律修改、制度設計中，可期待其借鑒更多國際的成熟理論，與國際自由多元之立法趨勢接軌，俾有利於兩岸經貿往來、社會互動之發展。

⁸⁵ 仲裁裁決撤銷制度之比較研究—兼談我國仲裁裁決撤銷制度之完善，李廣輝，河南大學學報(社會科學版)，第52卷第4期，2012年7月，頁53-60。

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文：已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利：已獲得 申請中 無

技轉：已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值：

中國在 2004 年的中央委員會第四次全體會議提出「建構社會主義和諧社會」，實務及學界紛紛提出各種訴訟外紛爭解決辦法，至 2012 年為止，調解及仲裁程序作為解決紛爭之手段，已逐漸為人們所接受。其當然亦衍生一些問題，然整體而言是向著提倡、修正、精進的方向前進，甚至亦有不少學者借鏡台灣的經驗。

兩岸經貿往來互動頻繁，尤其在這個社會變遷急遽的時代，有必要了解中國大陸目前有關紛爭解決機制的實施概況，除了傳統訴訟外，本研究著重注意中國的 ADR 制度，即訴訟外紛爭解決制度之實施，並將重點放在調解和仲裁方面，俾利兩岸經貿交流、往來溝通之程序制度保障。

國科會補助專題研究計畫移地研究心得報告

日期：101年12月31日

計畫編號	NSC 100-2420-H-004-024-MY2		
計畫名稱	中國大陸的社經變遷與法制發展 —子計畫二：社會經濟之變遷與紛爭解決途徑(第二年)		
出國人員 姓名	姜世明	服務機構 及職稱	國立政治大學
出國時間	2012年8月21日至 2012年8月23日	出國地點	北京

一、移地研究過程

參加兩岸法學研討會、發表我國程序法之發展等議題，蒐集資料及與清華大學王洪亮等會談。

二、研究成果

(一) 大陸之仲裁制度

根據「當事人意思自治原則」，以當事人的合意為基礎，授權第三人以「一裁終局」的方式解決財產類民事糾紛。仲裁裁決充分體現當事人意思自治，也蘊含著高效率及高滿意度的優勢。

(二) 中國現行的《仲裁法》於1994年制定迄今，學界、實務界對當事人意思自治原則的研究發展漸趨成熟，逐漸有聲音欲修正現行仲裁法之規範，例如：

1、 仲裁協議效力認定主體

在中國，仲裁委員會決定仲裁協議效力，當事人選擇仲裁可能出於對某個仲裁機構及其仲裁規則的信任，賦予仲裁委員會認定

權，顯然尊重當事人的意願。然而，國外大多數國家仲裁庭而非仲裁機構具有仲裁協議效力的認定權，中國卻以仲裁委員會作為認定主體（在中國，仲裁委員會即仲裁機構），明顯剝奪了仲裁庭的權力，使仲裁解決糾紛的公正性受到懷疑，與國際商事仲裁的宗旨背道而馳。

2、 仲裁當事人協議擴大司法審查範圍之效力

當事人在仲裁協議中約定擴大對仲裁裁決的司法審查範圍，這些條款可能基於契約自由而獲得認可。然而從合理配置中國司法資源的角度，司法審查意味著對司法資源的消耗，司法資源的配置應由政治實體而非當事人決定。又，中國仲裁制度的不完善，司法對仲裁的過度監督導致的對仲裁「一裁終局」效力的危害之外，還存在著其他對仲裁裁決終局效力的危害情形。當事人往往在敗訴後利用現有的制度，如利用撤銷仲裁裁決、重新仲裁、不予執行仲裁裁決、一事兩訴等挑戰仲裁裁決的終局性效力。

三、 建議

中國現行《仲裁法》從施行至今已近二十年，中國對市場經濟的接納程度以及內外部經濟環境與仲裁法制定之時是不能同日而語的。民事訴訟法正致力於當事人主義為主導的改革，仲裁法同樣需要實行改革，以適用現代經濟在糾紛解決領域中所呼喚的仲裁制度獨特價值的發揮。

（一） 中國仲裁要件要求之改善

1、 賦予當事人對仲裁請求事項可以要求先行裁決的請求權。

- 2、 在最後一次仲裁開庭結束前應該詢問當事人是否願意在裁決書上寫明事實和理由。
- 3、 屬於少數意見的仲裁員意見應該在徵求當事人的意見的基礎上決定是否記入筆錄。
- 4、 對於仲裁員不簽名的，當事人可以要求仲裁員說明理由。

（二）中國仲裁裁決撤銷制度之建議

- 1、 現行《仲裁法》中有關仲裁裁決制度的內容包括申請理由、申請程式、處理常式和裁決結果等規定，都相對較少，且內容單薄，並不能夠很好地適應現代仲裁制度和司法實踐的需要。
- 2、 中國仲裁制度應取消對國內仲裁裁決的實質性審查，摒棄「雙軌制」審查模式，而採取國際通行的一體化審查方式，不應再就國內和涉外仲裁裁決作區分，這樣既有利於提高司法效率，節省司法資源，也有利於提高當事人選擇仲裁方式進行爭端解決的積極性，有利於維護社會穩定和法治進步，符合國際立法潮流。

國科會補助專題研究計畫移地研究心得報告

日期：101年12月31日

計畫編號	NSC 100-2420-H-004-024-MY2		
計畫名稱	中國大陸的社經變遷與法制發展 —子計畫二：社會經濟之變遷與紛爭解決途徑(第二年)		
出國人員 姓名	姜世明	服務機構 及職稱	國立政治大學
出國時間	2012年8月21日至 2012年8月23日	出國地點	北京

一、移地研究過程

參加兩岸法學研討會、發表我國程序法之發展等議題，蒐集資料及與清華大學王洪亮等會談。

二、研究成果

(一) 大陸之仲裁制度

根據「當事人意思自治原則」，以當事人的合意為基礎，授權第三人以「一裁終局」的方式解決財產類民事糾紛。仲裁裁決充分體現當事人意思自治，也蘊含著高效率及高滿意度的優勢。

(二) 中國現行的《仲裁法》於1994年制定迄今，學界、實務界對當事人意思自治原則的研究發展漸趨成熟，逐漸有聲音欲修正現行仲裁法之規範，例如：

1、 仲裁協議效力認定主體

在中國，仲裁委員會決定仲裁協議效力，當事人選擇仲裁可能出於對某個仲裁機構及其仲裁規則的信任，賦予仲裁委員會認定

權，顯然尊重當事人的意願。然而，國外大多數國家仲裁庭而非仲裁機構具有仲裁協議效力的認定權，中國卻以仲裁委員會作為認定主體（在中國，仲裁委員會即仲裁機構），明顯剝奪了仲裁庭的權力，使仲裁解決糾紛的公正性受到懷疑，與國際商事仲裁的宗旨背道而馳。

2、 仲裁當事人協議擴大司法審查範圍之效力

當事人在仲裁協議中約定擴大對仲裁裁決的司法審查範圍，這些條款可能基於契約自由而獲得認可。然而從合理配置中國司法資源的角度，司法審查意味著對司法資源的消耗，司法資源的配置應由政治實體而非當事人決定。又，中國仲裁制度的不完善，司法對仲裁的過度監督導致的對仲裁「一裁終局」效力的危害之外，還存在著其他對仲裁裁決終局效力的危害情形。當事人往往在敗訴後利用現有的制度，如利用撤銷仲裁裁決、重新仲裁、不予執行仲裁裁決、一事兩訴等挑戰仲裁裁決的終局性效力。

三、 建議

中國現行《仲裁法》從施行至今已近二十年，中國對市場經濟的接納程度以及內外部經濟環境與仲裁法制定之時是不能同日而語的。民事訴訟法正致力於當事人主義為主導的改革，仲裁法同樣需要實行改革，以適用現代經濟在糾紛解決領域中所呼喚的仲裁制度獨特價值的發揮。

（一） 中國仲裁要件要求之改善

1、 賦予當事人對仲裁請求事項可以要求先行裁決的請求權。

- 2、 在最後一次仲裁開庭結束前應該詢問當事人是否願意在裁決書上寫明事實和理由。
- 3、 屬於少數意見的仲裁員意見應該在徵求當事人的意見的基礎上決定是否記入筆錄。
- 4、 對於仲裁員不簽名的，當事人可以要求仲裁員說明理由。

（二）中國仲裁裁決撤銷制度之建議

- 1、 現行《仲裁法》中有關仲裁裁決制度的內容包括申請理由、申請程式、處理常式和裁決結果等規定，都相對較少，且內容單薄，並不能夠很好地適應現代仲裁制度和司法實踐的需要。
- 2、 中國仲裁制度應取消對國內仲裁裁決的實質性審查，摒棄「雙軌制」審查模式，而採取國際通行的一體化審查方式，不應再就國內和涉外仲裁裁決作區分，這樣既有利於提高司法效率，節省司法資源，也有利於提高當事人選擇仲裁方式進行爭端解決的積極性，有利於維護社會穩定和法治進步，符合國際立法潮流。

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2012/12/28

國科會補助計畫	計畫名稱: 子計畫二: 社會經濟之變遷與紛爭解決途徑
	計畫主持人: 姜世明
	計畫編號: 100-2420-H-004-024-MY2 學門領域: 當代中國政經社會文化整合型研究
無研發成果推廣資料	

100 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：姜世明		計畫編號：100-2420-H-004-024-MY2				計畫名稱：中國大陸的社經變遷與法制發展--子計畫二：社會經濟之變遷與紛爭解決途徑	
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	1	1	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	1	1	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	3	3	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	1	1	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%	章/本	
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	研究成果將於補充後發表於期刊。
--	-----------------

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

研究報告將研擬是否發表。

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

兩岸經貿往來互動頻繁，尤其在這個社會變遷急遽的時代，有必要了解中國大陸目前有關紛爭解決機制的實施概況，除了傳統訴訟外，本研究著重注意中國的 ADR 制度，即訴訟外紛爭解決制度之實施，並將重點放在調解和仲裁方面。

中國在 2004 年的中央委員會第四次全體會議提出「建構社會主義和諧社會」，實務及學界紛紛提出各種訴訟外紛爭解決辦法，至 2012 年為止，調解及仲裁程序作為解決紛爭之手段，已逐漸為人們所接受。其當然亦衍生一些問題，然整體而言是向著提倡、修正、精進的方向前進，甚至亦有不少學者借鏡台灣的經驗。

台灣與大陸的交集日趨密集，了解中國大陸當前的 ADR 制度將更有助於兩岸的互動，也能為台灣人民前往中國大陸從商、發展，甚至定居等提供一定制度上的保障，俾可使兩岸交流更加互助互利，達成雙贏的局面。