doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2024.01.005

中国仲裁机构的功能定位 ——以优化营商环境的对外吸引力为视角*

宋连斌 武振国

(中国政法大学国际法学院, 北京 100088)

摘要: 为了维护内外公平的营商环境, 国际同行普遍认为, 仲裁活动的中心应是由当事人出资聘请并基于多样化考虑所选择的仲裁庭, 由当地出资设立的仲裁机构只具有私行政功能。但在中国, 仲裁机构类似法院, 被赋予了决定仲裁管辖权、确定裁决籍属、查明外国法以及批准仲裁裁决等四项准司法功能。这些准司法功能肯定了带有属地色彩的仲裁机构对仲裁裁决的控制力, 但有可能使得境外投资者担心其在仲裁案件中的利益无法得到公平保护, 进而危及营商环境的对外吸引力。为了打消境外投资者的顾虑, 仲裁机构不宜行使准司法功能, 只应保留私行政功能。

关键词: 仲裁机构; 营商环境; 准司法功能; 私行政功能

中图分类号: D997.4/DF974 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2024)01-0068-11

在打造一流营商环境的大背景下, 仲裁机构功能国际化是确保境内外商事主体交易安全和投资信心的重要一环。特别是, 为了实现内外当事人的平等保护, 摆脱属地因素对仲裁结果的不当影响, 国际商事仲裁制度常常将当事人出资聘请, 且基于多样化考虑所选择的仲裁庭作为仲裁活动的中心, 并认为与当地存在资金、人员、场地等方面联系的仲裁机构只宜辅助行使私行政功能。例如, 在高度国际化的临时仲裁中, 仲裁庭既需要对实体问题进行审理, 行使民间裁判的功能, 还需要处理仲裁中的行政性事务, 行使私行政功能。在机构仲裁中, 仲裁庭专注于“定纷止争”, 繁杂的私行政工作则交由仲裁机构处理。可以说, 在仲裁国际化的背景下, 出于公平营商环境的考虑, 仲裁机构主要行使私行政功能, 并不具备准司法功能(何悦涵, 2018)。与国际实践不同, 中国仲裁机构类似法院, 具备准司法功能, 且在一定程度上成为了仲裁活动的中心。从法律规定上看, 1994年的《中华人民共和国仲裁法》(下称《仲裁法》)、2011年的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(下称《法律适用法》)和2023年的《中华人民共和国民事诉讼法》(下称《民诉法》)为仲裁机构赋予了四项准司法功能:(1)仲裁机构有权决定仲裁管辖权,(2)仲裁机构所在地是裁决籍属地,(3)仲裁机构是外国法的查明主体,(4)仲裁机构加盖印章是裁决的生效条件。从司法实践上看, 主审法院在“深圳市银盛小额贷款有限公司与深圳市京

*基金项目: 本文受北京市社会科学基金规划项目“北京自动驾驶示范应用中的人工智能关键技术法律规制问题及对策研究”(项目编号: 20FXC028)和中国社会科学院青年科研启动项目“国际商事仲裁裁决既判力问题研究”(项目编号: 2021YQNQD0045)的共同资助。

佰建设工程有限公司借款合同纠纷执行案”（下称“银盛案”）^①中认为，仲裁机构是与法院相似的公权力机关，具有准司法功能且构成仲裁活动的中心。因此，仲裁分支机构的违法设立将导致裁决效力在根源上被消灭。

国内外对仲裁机构功能的认知分歧，来源于对仲裁本体的理解差异。“银盛案”中对仲裁本体的理解符合“司法权论”，即仲裁的正当性源于国家对仲裁机构所作的司法权让渡。按照此种逻辑，仲裁机构和法院一样，也属于公权力机关，具有准司法功能。而国际仲裁制度对仲裁本体的理解则更适合通过“契约论”进行解释，仲裁是私人之间自发生成的争议解决机制，其正当性主要来源于仲裁员和当事人签订的以提供公正裁判为内容的特殊合同（傅攀峰，2020）。也就是说，国际仲裁制度的中心是仲裁庭作出的民间裁判，裁判性功能只能由仲裁庭行使，仲裁机构不容置喙。显然，对于仲裁机构的功能定位而言，这两种理论一公一私，表现出一定的冲突性，代表着不同的发展方向。面对理论上的分歧，如何明确中国仲裁机构未来的功能定位，对于提高仲裁制度的国际化水平，具有重大且紧迫的现实意义。

一、仲裁机构功能定位的理论争议

仲裁机构之所以存在不同的功能定位，源于对仲裁本体的理解差异，特别是司法权论和契约论之间的冲突。司法权论认为仲裁的本体是由国家让渡的司法权，仲裁活动的运行应该仿照诉讼进行。具体而言，仲裁机构是类似于法院的公权力机关，具有准司法功能并可授权内设仲裁庭行使裁判功能。契约论认为仲裁的本体是当事人与仲裁庭、仲裁机构分别签订的合同，仲裁活动的进行应该参照合同的履程序。例如，仲裁庭一般是根据当事人与仲裁员签订的合同提供民间裁判服务，仲裁机构是根据当事人选择的仲裁规则提供私行政服务。对于上述两种理论，何者更能体现仲裁机构功能定位在未来的发展方向，值得进行深入比较分析。

（一）司法权论及其局限性

司法权论强调国家对仲裁的积极干预，认为仲裁的正当性源于主权者让渡的司法权（谢石松，2022）。可以说，仲裁机构类似法院，是裁判权的行使主体，能够在公法授权的范围内具备准司法功能。根据公法领域“法无授权即禁止”的基本理念，如果仲裁机构非法设立，仲裁裁决必然无效，这便是“银盛案”的裁判逻辑。此种观念之存留，源于中国继受的工商行政仲裁传统。在《仲裁法》生效前，中国曾仿照苏联的法律观念，建立了工商行政仲裁制度。彼时，中国国内仲裁机构设置于行政机关内部，在性质上属于公权力机关。由于仲裁庭的组成人员系仲裁机构的公职人员，必须服从上级的领导，裁判权的行使主体实际上是仲裁机构。在工商行政仲裁模式下，

^① 参见深圳市银盛小额贷款有限公司与深圳市京佰建设工程有限公司借款合同纠纷执行案，广东省深圳市中级人民法院执行裁定书（2019）粤03执1869号。

仲裁庭没有独立于仲裁机构的主体地位，经公权力机关授权方可代为行使准司法功能（张圣翠，2018）。根据司法权论，仲裁机构的功能需要与法院保持高度的相似性，这一特征也被中国当前的法律规定所证明。从管辖权上看，法院有权决定自身的管辖权，仲裁机构也有权决定仲裁管辖权。从仲裁裁决或者法院判决的籍属上看，法院地是判决的籍属所在地，仲裁机构的所在地也是裁决的籍属所在地。从外国法的查明主体上看，法院是外国法的查明主体，仲裁机构也是外国法的查明主体。从仲裁裁决或者法院判决的生效条件上看，法院盖章是判决的生效条件，仲裁机构盖章也是裁决的生效条件。在《仲裁法》修订之后，虽然工商行政仲裁模式得以取消，但中国新设立的商事仲裁机构主要由政府出资设立，且具有一定的行政级别，仲裁机构的准司法功能有所沿袭。实际上，这也是《仲裁法》《民事诉讼法》和《法律适用法》仍然为仲裁机构保留四项准司法功能的理论依据和历史经纬（杨玲，2016）。

从国内法的角度看，司法权论似有道理，被一国司法权所接纳是仲裁裁决受到公权力保护的前提。然而，被司法权所接纳并不意味着仲裁本身具有司法权属性，毕竟契约也可受到司法权的保障和监督。实际上，1994年启动的《仲裁法》改革，其目的在于确立仲裁机构的民间性定位，去除中国仲裁机构的行政化和司法化色彩，而不是继续坚持司法权论（李虎，2020）。首先，改革之后，仲裁机构无法被定性为司法机关，这是由于司法机关是从事公共管理活动的国家机关，自成立之日起就具有法人资格，无需核准登记。《仲裁法》第10条规定，设立仲裁机构，需要经过省级司法行政部门批准。其次，仲裁机构不是行政机关，只能提供私主体内部的行政管理服务，无法行使公法意义上的行政权。《仲裁法》第14条规定，仲裁机构与行政机关没有隶属关系，仲裁机构独立于行政机关，不能代为行使公权力。最后，仲裁机构与行使裁判权的仲裁庭相互独立，无法行使裁判功能。《仲裁法》第31条规定，仲裁庭成员由当事人选定或共同委托仲裁机构主任选定，不受任何机关或个人的强行指派。之所以如此设定，主要是因为仲裁机构天然缺乏行使裁判权的能力。从组庭方式上看，仲裁员来自当事人直接或间接的选定，而非仲裁机构的安排；从职业关系上看，仲裁员多为兼职，既非仲裁机构的雇员，也不受仲裁机构领导；从工作名义上看，仲裁庭在审理过程中主要以自身名义行使职权，无须借助仲裁机构的名号即可与当事人交流；从工作条件上看，仲裁员主要依靠自己的知识和能力解决争议，可以在网上进行审裁，有时甚至无须依赖仲裁机构提供的工作条件。除此之外，法律之所以将仲裁裁决的强制执行权赋予法院，而非仲裁机构，也恰能说明立法者已经下定剔除仲裁机构准司法功能的决心（顾维遐和唐艺，2020）。

从国际法的角度看，司法权论并不适应国际仲裁实践的发展。首先，司法权论认为，仲裁的正当性来自主权国家让渡的司法权，实际上是将仲裁视为特定司法管辖区内法律秩序的一部分。从这个意义上看，所有的仲裁都是国内仲裁，没有国际仲裁的发展空间。其次，司法权论认为仲裁具有地域性，其正当性完全取决于是否得到特定司法管辖区法律体系的认可，这与1958年的《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下称

《纽约公约》)的实践不符。《纽约公约》为执行地法院赋予了自由裁量权,确保已被撤销的仲裁裁决可在其他司法管辖区获得承认和执行。也就是说,仲裁并不是一种地域性的制度,而是具有某种超国家属性的制度,可以根据当事人的选择被并入到不同的法律体系中。最后,国际主流仲裁规则多认为仲裁机构的主要任务是对案件管理提供私行政服务,不能涉足实体问题的处理。例如,《国际商会仲裁规则》(2021年版)第1条第2款规定,仲裁机构本身并不解决争端,而是为仲裁庭解决争端提供管理服务(宋连斌和陈曦,2021)。

由上可知,不管是从国内法的角度,还是从国际法的角度,司法权论都不能代表仲裁制度未来的发展方向。因此,通过司法权论对仲裁机构进行功能定位,认为仲裁机构应该具有准司法功能,并不符合时代要求。

(二) 契约论及其解释力

契约论认为,仲裁的正当性源于当事人的意思自治,其本质属于通过契约所进行的私权让渡(宋连斌和孙舒,2022)。在机构仲裁中,当事人与仲裁庭、仲裁机构分别签订的合同相互独立,仲裁庭和仲裁机构的功能也各有不同。当事人指定或者委托仲裁机构代为指定仲裁员的过程,实际上是和仲裁员签订了以民间裁判为标的的合同。与律师等专业人士的代理行为不同,仲裁员不是受某一方的委托行事,而是按照全体当事人的委托,根据自己的专业知识和办案经验对当事人提交的争议作出公正的判断。为了行使裁判权,仲裁庭有权确定自身的仲裁管辖权,有权确定合适的仲裁地并将其作为裁决籍属地,有权查明外国法,仲裁庭的签字也是裁决的生效条件。至于当事人与仲裁机构之间,签订的则是以提供私行政为主要内容的服务合同。仲裁机构需要按照当事人选定的仲裁规则,提供协助组庭、决定仲裁员异议、裁决书核阅以及其他私行政服务。可以说,在契约论项下,仲裁庭是仲裁活动的中心和民间裁判功能的行使主体。仲裁机构只能行使私行政功能,无法分享裁判权(杜焕芳和李贤森,2020)。

在裁决作出前,契约论可以很好地解释当事人对仲裁活动进行安排的权利。首先,仲裁协议的订立与否,完全由当事人自由选择,既不必被他人干涉,原则上也不必获得公权力的许可。其次,仲裁管辖权的取得,来源于当事人将特定争议提交仲裁解决的协议。最后,仲裁过程中的程序性和实体性事项,均受制于当事人的合意,包括但不限于仲裁地、开庭地、组庭人数、实体合同准据法、程序规则以及仲裁员人选的确定,可以说,当事人意思自治是仲裁的基石(李贤森,2022)。

在裁决作出后,仲裁裁决的承认与执行问题也可以通过契约论进行解释。一方面,大多数仲裁裁决可得到当事人的自动履行,是当事人信守承诺、主动履约的体现。另一方面,如果将仲裁裁决理解为契约,按照私法领域“法无禁止即自由”的理念,仲裁裁决受到有限的司法审查并得到法院的强制执行是一种常态。从这个意义上看,法院对仲裁裁决的承认与执行,与法院对契约的执行,在逻辑上是相通的。

（三）二者的关系

回归到契约和司法权的原始状态，如果当事人都能遵守仲裁承诺并积极配合执行，司法权实际上无须对仲裁投入过多的资源。实际上，司法权主要是为仲裁程序的顺利进行和仲裁裁决的承认和执行提供事后保障，这是维修者而非生产者的角色，显然不是仲裁正当性的主要来源。当然，在涉及公共利益的情况下，司法权也可以对仲裁裁决主动进行审查，但根据契约领域“法无禁止即自由”的理念，公共秩序保留只是一种例外，当事人的意思自治依旧是仲裁的主旋律。这意味着，只要契约在仲裁的效力来源中具备了根本地位，仲裁裁决在作出之后便可以具备一定的法律效力。除非存在阻止仲裁裁决顺利执行或继续保持效力的因素，否则司法权便无须进行过多干涉（范志勇，2022）。由此观之，司法权对仲裁裁决的监督，与其说是公权力的主动担当，不如说是保障当事人意思自治的消极工具。

契约和司法权均可影响仲裁的正当性，只是二者的重要性有所不同。契约是仲裁正当性主要的积极来源，司法权是仲裁效力主要的消极来源。积极来源决定了仲裁正当性的有无，是仲裁的效力根源。消极来源决定了仲裁是否可以并入特定司法管辖区的法律体系，并不能阻止其他司法管辖区的法院承认与执行仲裁裁决，是仲裁效力的辅助。由此可见，将契约作为仲裁本体，更符合实际情况（许志华，2023）。

在契约论项下，仲裁是一种以私权让渡为建构基础的自发性机制，并不是对诉讼的复制，该机制的中心是当事人向仲裁庭作出的私权让渡，而非公法规范对仲裁机构让渡的司法权。为了保证仲裁庭公正地作出裁决，仲裁庭在身份上被定位为独立的临时性组织，能够行使民间裁判功能。当然，仲裁庭独立于仲裁机构，并不是要求仲裁机构无所作为，而是指仲裁机构需要具备私行政功能，与仲裁庭的民间裁判功能之间形成一种制衡关系，以防止仲裁庭恣意行使权力。例如，如果仲裁员和当事一方可能在亲属关系、业务往来、职业关系、经济收入等方面存在关联，且这种关联足以使理性第三人质疑仲裁员的独立性或公正性时，经当事人申请，仲裁机构可以要求仲裁员回避。为了避免仲裁庭合议变成“一言堂”，在仲裁庭内部存在同学关系、上下级关系、师生关系、亲属关系且影响仲裁员自主发表意见的情况下，经当事人申请，仲裁机构也可以提供更换或重新选定仲裁员的服务。此种做法不是为了改变仲裁庭的中心地位，而是为了辅助仲裁庭提高裁判质量（宋连斌，2010）。

二、“契约论”项下仲裁机构准司法功能之消解

根据“契约论”，裁判权来源于当事人对仲裁庭授权的私权，而非公法层面司法权的让渡。在此情况下，如果依然按照中国工商行政仲裁的传统将仲裁机构视为公权力机关，并赋予其准司法功能，将与《仲裁法》所确立的现代商事仲裁体制格格不入。这也意味着，《仲裁法》《民事诉讼法》和《法律适用法》为仲裁机构所保留的四项准司法功能，应该逐步予以消解。

（一）仲裁机构不宜决定仲裁管辖权异议

在诉讼程序中，管辖权关系着裁判权的有无，是司法功能的一个重要组成部分。作为得到公法授权的司法机关，法院是行使裁判权的主体，有权决定管辖权异议（江伟和肖建国，2016）。然而，《仲裁法》第20条赋予仲裁机构决定仲裁管辖权异议的准司法功能，则会遇到诸多问题。第一，契约论项下的仲裁机构并非裁判权让渡的对象。在传统的司法权论模式中，仲裁机构是公权力机关，其准司法权来源于国家让渡的司法权，必须由公法进行严格规定。而在契约论模式中，裁判权源于当事人的私权让渡，让渡的对象是仲裁庭，而非仲裁机构。第二，仲裁机构缺乏决定仲裁管辖权异议的能力。与法院和法官的关系不同，仲裁机构的雇员只包括仲裁秘书，不包括仲裁员，前者显然无力处理仲裁管辖权异议。第三，仲裁机构决定管辖权异议，违反了“仲裁自裁管辖”原则，不利于提高仲裁效率。所谓“仲裁自裁管辖”，也称“管辖权/管辖权”原则，是指作为裁判权的行使主体，仲裁庭有权对裁判权的有无，即管辖权问题，作出认定。实际上，不管当事人是否提出管辖权异议，仲裁庭都可以重新审查自身的管辖权。例如，在一起工程设备进出口合同纠纷案中，被申请人在“背靠背”调解阶段向兼任着独任仲裁员的调解员表示，被申请人之所以不付尾款，是因为该设备系申请人走私入境。调解失败后，因慑于刑事制裁，双方当事人在随后的仲裁程序中均未提及走私问题。尽管仲裁机构在立案时认定仲裁协议有效，但如果独任仲裁员支持申请人的主张，可能会导致自身承担刑事责任。如果支持被申请人的主张，已有的证据材料又不充足。为了打破这种进退两难的局面，仲裁庭对本案做出无管辖权裁定。由此可见，即使仲裁机构认定仲裁管辖权成立，仲裁庭仍然可以拒绝行使管辖权。为了提高仲裁效率，不妨删去仲裁机构有权决定仲裁管辖权异议的规定，确立以仲裁庭为中心的“管辖权/管辖权”原则（毛晓飞，2021）。

鉴于仲裁机构不具有准司法功能，无力对仲裁管辖权异议作出认定，国内主流的仲裁规则纷纷对《仲裁法》第20条的规定进行变通，将管辖权异议的认定权交还当事人选择的仲裁庭。例如，《北京仲裁委员会仲裁规则》（2021年版）第6条第4款规定：“本会授权的仲裁庭有权就仲裁案件的管辖权作出决定。仲裁庭的决定可在裁决书中作出，也可在此前作出。”除此之外，《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2015版）第6条、《深圳国际仲裁院仲裁规则》（2022年版）第10条、《上海仲裁委员会仲裁规则》（2022年版）第13条等也进行了类似规定。

（二）机构所在地不宜作为仲裁裁决籍属的判断标准

在诉讼程序中，法院地是判决籍属的认定标准，决定了法院的司法功能所嵌入的法律体系，也关系着司法功能的内容和限度。在《民事诉讼法》的条款编排中，立法者也类比“法院地”设置了“机构所在地”，并将其作为裁决籍属的认定标准，意在表明仲裁机构具有准司法功能（杜涛和朱德沛，2021）。不管是1991年《民事诉讼法》的第217、260、269条，还是2007年《民事诉讼法》的第213、258、267条，抑或是2012年

和2017年《民事诉讼法》的第237、274、283条，仲裁裁决的执行均被划分为“国内仲裁机构裁决”“涉外仲裁机构裁决”“国外仲裁机构裁决”三类。也就是说，在《民事诉讼法》的语境下：国外仲裁机构只能受理外国仲裁案件，作出的是外国仲裁裁决；中国涉外仲裁机构只能受理含有涉外因素的案件，作出的是中国涉外仲裁裁决；中国国内仲裁机构只能受理无涉外因素案件，作出的是中国国内仲裁裁决。《仲裁法》虽然试图摆脱这种划分方式，但由于仲裁裁决的执行程序规定在《民事诉讼法》中，中国法律实际上还是接受了“机构所在地标准”（李庆明，2016）。

中国根据机构所在地判断裁决籍属标准的做法，与国际通行标准并不一致，也与《仲裁法》的改革方向相去甚远。在契约论项下，仲裁裁决籍属关系着仲裁裁决所并入的法律体系，应该根据当事人选择的仲裁地进行判断，或者由仲裁庭根据当事人的授权确定仲裁地。在此情况，根据机构所在地认定仲裁裁决籍属，会产生诸多问题（高晓力，2017）。第一，仲裁机构所在地与当事人选择的仲裁地不一致，容易导致法律冲突。《纽约公约》采用的是仲裁地标准，这种标准并不一定是客观意义上的连接点，而是尊重当事人意思自治的产物。如果偏离主流标准，中国仲裁机构作出的裁决在不同的司法管辖区便可能获得不同的籍属，这将增加中国仲裁裁决被撤销的概率。第二，涉外仲裁机构和国内仲裁机构的区别早已不复存在。在历史上，“涉外仲裁机构”指的是中国海事仲裁委员会（下称海仲）和中国国际经济贸易仲裁委员会（下称贸仲）。1996年《国务院办公厅关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》（下称《通知》）指出，“新组建的仲裁机构主要受理国内案件，涉外案件的当事人自愿将争议提交新组建仲裁机构的，该机构亦可受理”。在立法未修改的情况下，有学者质疑《通知》会带来不确定性。但随后的实践表明，内地所有仲裁机构受理涉外仲裁案件，并无不妥。第三，机构仲裁在内地一统天下的局面已经终结。2016年《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第9条规定，“自贸区注册的企业，相互间可以约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对特定争议进行仲裁”，这给临时仲裁的落地打开了大门。同年，《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》颁布，内地出现了首部临时仲裁规则。随后，广州仲裁委员会承认了中国互联网仲裁联盟公布的《临时仲裁与机构仲裁对接规则》，并据此受理了内地临时仲裁第一案。2023年11月22日通过的《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》，以地方立法的形式，其第20条明文规定了临时仲裁相关条文。这些实践意味着，随着临时仲裁的逐步落地，仲裁机构所在地不再是内地仲裁程序中必须出现的连结点。

（三）仲裁机构不宜成为外国法的查明主体

在诉讼程序中，外国法查明关系着法律的正确适用，是法院行使司法功能的重要一环。然而，《法律适用法》第10条赋予了仲裁机构以查明外国法的准司法功能，却会遇到诸多困难。一方面，仲裁机构没有查明外国法的义务。法院在审理涉外民商事案件时，需要按照法院地冲突规范的指引适用外国法，故有查明外国法义务。然而，

仲裁过程中应适用的合同准据法都来源于当事人的约定或者仲裁庭的确定，仲裁机构并无适用和查明外国法的义务。另一方面，仲裁机构没有查明外国法的能力。仲裁机构的雇员是仲裁秘书，不参与案件的实际审理，难以判断哪些问题需要查明外国法，更无法就查找外国法、解释外国法以及已查明外国法的适用问题给出专业判断（马明飞和蔡斯扬，2018）。

鉴于仲裁机构无力查明外国法，《法律适用法》第10条的规定应该进行变通。在契约论项下，当事人可以提供外国法，对自身的权利进行处分。作为裁判权的行使主体，当事人选择的仲裁庭有权查明外国法。除此之外，当事人选择的仲裁规则也可以进行完善，通过引入专家证人制度查明外国法。

（四）机构盖章不宜作为仲裁裁决的生效条件

在诉讼程序中，法院是司法权的真正行使主体，将加盖法院印章作为判决书的生效条件，也是法院行使司法权的具体体现。与之相比，《仲裁法》第54条也要求仲裁裁决加盖仲裁机构印章，其措辞与《民事诉讼法》第155条几乎一致。在2012年的贸仲分家事件中，《中国国际经济贸易仲裁委员会声明》中指出，“贸仲管理的仲裁裁决必须加盖贸仲印章，否则无效”。上述举措似乎表明仲裁机构盖章是仲裁裁决的生效条件，并表明加盖仲裁机构印章的行为蕴含着准司法功能。然而，此举若真正推广，则会面临学理上的障碍。一方面，仲裁机构无力批准仲裁裁决。法院是公权力的行使机关，其加盖印章是对判决书的确权，显示了公权力运行过程中的严肃性和权威性。而仲裁机构是协助管理仲裁程序的民间性组织，其主要雇员是仲裁秘书，不仅无力审查仲裁裁决的实质正确性，也无权对仲裁裁决的合法性进行司法确认。另一方面，仲裁机构无需批准仲裁裁决。在临时仲裁程序中，仲裁裁决经仲裁庭签字即生效。至于机构仲裁，不过是机构提供管理服务的临时仲裁庭，仲裁裁决的生效条件也应当是仲裁庭成员签字，而非仲裁机构盖章。

在契约论项下，当事人选择的仲裁庭在仲裁裁决上签字便是仲裁裁决的生效条件，无须经过仲裁机构或者公权力者的批准。在此背景下，加盖仲裁机构印章，仅能代表裁决出处，不是裁决生效的必要条件。除了仲裁机构盖章之外，在商会或仲裁地法院登记裁决，也能证明裁决的出处。由此可见，仲裁机构盖章不能成为裁决生效的实质性要件（傅攀峰，2019）。

三、“契约论”项下仲裁机构私行政功能之厘清

虽然仲裁庭是作出裁决的主体，但为了克服组庭困境，提高仲裁效率和仲裁质量，仲裁机构需要对仲裁程序进行必要的监督和管理。根据契约论，仲裁机构提供的案件行政管理（administration and management）服务，不涉及公法层面的行政权，也不能对裁决结果造成实质性干扰。因此，此类功能不是公共行政功能，而是私行政功能。

（一）协助组庭职能不影响裁决结果

与法官的自由裁量权相比，仲裁员的权限要大得多。仲裁庭可以适用仲裁地之外的实体规则和程序规则，有时甚至可以不参考任何法律规则，仅凭“善良与公允”原则作出裁决。可以说，仲裁员的选择能够对案件结果产生重要影响，并直接决定了仲裁的好坏。既然如此，仲裁机构协助组庭的行为，是否意味着其有权通过指定仲裁员的行为影响裁决结果？回答这一问题，需要对仲裁机构协助组庭的过程进行分析。

一般而言，仲裁机构在该过程中需要完成两项工作，即设置仲裁员名册和代为指定仲裁员。第一项工作是组庭的前置条件，目的是确保仲裁员具备《仲裁法》所规定的资质，同时兼顾专业、社会、地域、文化、语言、办案经验以及工作时间等方面的因素，使当事人能够在短时间内充分了解备选仲裁员的各项能力，扩大选择余地。为了进一步照顾当事人的特殊需求，防止仲裁员名册对当事人意思自治造成的不当影响，不少仲裁规则规定，当事人可以在名册之外选任仲裁员。第二项工作通常在组庭遇到困境时实施，目的是按照当事人的约定推进仲裁程序。一般而言，当事人选择仲裁机构的同时，便将该机构的仲裁规则并入仲裁协议中。因此，机构按照仲裁规则代为指定仲裁员，并不是自作主张，而是双方当事人授权的结果。为了避免瓜田李下之嫌，消除机构代为指定仲裁员所带来的负面影响，不少机构规则通过候选名单制提高当事人直接选任首席仲裁员或独任仲裁员的成功率。例如，《厦门仲裁委员会仲裁规则》（2020年版）第22条规定，“可以由仲裁机构提出仲裁员的候选名单，按照先后排序的办法挑选出双方接受程度最高的仲裁员”。综上，仲裁机构协助组庭的行为，不能在根本上影响当事人对仲裁员选定的控制权，更不意味着仲裁机构因此获得了影响裁决结果的权力（陈磊，2020）。

（二）决定仲裁员异议职能不影响裁决结果

仲裁员任职后，如果当事人质疑仲裁员的独立性和公正性，可以提出异议，由仲裁机构决定是否更换仲裁员。这种足以影响仲裁员去留的权力，是否意味着仲裁机构能够借此影响裁决结果？回答这一问题之前，首先需要关注的是权力来源。

由于仲裁机构和仲裁规则并非必然出现在商事仲裁中，决定仲裁员去留的权力只能由当事人最终享有。在临时仲裁中，对仲裁员独立性和公正性提出的异议，既可以由当事人共同决定，也可以交由各方共同选定的指定机构解决。在机构仲裁中，仲裁机构能够根据仲裁规则决定仲裁员异议，并不是自我授权，而是借由仲裁规则获得了当事人的授权。实际上，仲裁机构作出回避决定之后，新仲裁员的产生仍然由当事人决定。这充分表明，仲裁机构始终是按照当事人的意愿行事。其次，这种权力的行使具有偶然性，不会使仲裁庭重组成为常态。在大部分情况下，当事人对仲裁员的独立性和公正性抱有信心，不会提出异议，仲裁机构根本没有机会决定仲裁员是否应该回避。最后，这种权力的本质是案件管理服务，与裁判权存在本质区别。仲裁是一种民间裁判，与当事人的实体权益息息相关，行使裁判权的过程中必须遵守正当程序，但

纯粹的案件管理服务却不必如此。在“法国奥芬特公司诉达科梅斯公案”中，^①法国最高法院指出，根据当事人选用的仲裁规则，仲裁机构不行使裁判权，不能作出准司法行为。因此，在对仲裁员异议作出决定时，仲裁机构无须按照正当程序的要求听取当事双方的意见，法院亦无须审查仲裁机构的决定（侯鹏，2018）。

（三）裁决书核阅职能不影响裁决结果

有学者认为，最后一次实体辩论终结后，裁决书草稿面临的审查和批准，是产品出厂前的质检工序。这里的问题是，工厂的质检员对产品的好坏享有一票否决权，仲裁机构是否也具有这样的权力呢？若确实如此，这是否意味着仲裁机构有权干预裁决结果呢？解答上述疑惑，可以结合仲裁机构的工作内容进行分析。

审查仲裁裁决，是指仲裁机构对裁决书草稿的程序内容和实体内容进行检查的过程。这种做法，既是对仲裁庭的制约，又是对仲裁庭的保护。一方面，仲裁机构之所以需要制约仲裁庭，恰恰是因为作出裁决的主体不受仲裁机构控制。在裁决书核阅的过程中，仲裁庭的独立审判权更是不能被侵犯。一般而言，仲裁机构可以就发现的问题提请仲裁庭注意，如果仲裁庭依旧坚持原来的意见，仲裁机构只能要求仲裁庭作出解释和澄清，不能直接修改裁决的内容。另一方面，部分仲裁员起草的裁决书格式、程序性内容不统一，甚至出现“同案不同判”的情况，放任下去，必将危及仲裁公信力。而仲裁机构的审查行为就像一个过滤器，能够及时筛查出存有明显瑕疵或缺陷的仲裁裁决，及时预警，使仲裁员免于承担因裁决被撤销或不予执行所导致的民事责任（杨玲，2016）。

（四）其他私行政功能不影响裁决结果

为了提高仲裁效率，仲裁机构还会提供一些必要的私行政服务。例如，仲裁机构可以代为收发往来邮件，代收仲裁员报酬和仲裁中可能产生实际费用开支，提供开庭室，提供庭审记录、同声传译、复印、传真等技术性服务，提供差旅订票、代办签证等后勤服务。与上述管理和监督职能相比，这些服务既不涉及仲裁员选定，也不涉及仲裁裁决的具体内容，对裁决结果的影响更是微乎其微。

实际上，仲裁机构之所以提供额外的私行政服务，并不是为了干预仲裁庭的民间裁判，而是为了提高自身信誉。例如，裁决作出后，国际商会继续会为当事人提供额外的法律援助，甚至利用自身影响力推动国际商事仲裁裁决的承认和执行。这种服务模式，虽然已经超越了仲裁机构的本职工作，却能够帮助实现裁决确定的合法权益，使当事人享受到法治社会的人文关怀。如果某机构管理的仲裁裁决总是能够顺利得到法院的执行，该机构对仲裁当事人的吸引力一定也能大大提升（孟伟和黄启蒙，2022）。

^① *Opinter France Ltd v. Dacomex Ltd*, [1987] Rev Arb 479.

四、结论

目前,中国共有270多家仲裁机构,但数量上的领先并不意味着美誉度更高。由于在实践中过于强调仲裁机构的准司法功能,反而给人留下了仲裁庭所做裁决易被仲裁机构操控的消极印象,不利于营造良好的营商环境。为了赋能实体经济,将中国打造成为有吸引力的仲裁高地,有必要消除仲裁机构的准司法功能,厘清仲裁机构的私行政功能。因此,本文建议取消仲裁机构决定管辖权异议的权力,确立以仲裁庭为中心的“管辖权/管辖权”原则,将仲裁地作为确定裁决籍属的主要依据,弱化仲裁机构查明外国法的主体地位,明确仲裁裁决的生效要件仅为仲裁庭成员签字,仲裁机构的盖章只能证明裁决出处。与此同时,应该明确仲裁机构所享有的协助组庭、决定仲裁员异议、裁决书核阅以及其他案件管理服务,不是公法意义上的行政性职能,而是私行政功能,不能对裁决结果造成影响。

参考文献

- [1] 陈磊.临时仲裁程序僵局及其机构介入[J].新疆大学学报(哲学·人文社会科学版),2020(4):42-50.
- [2] 杜焕芳,李贤森.仲裁员选任困境与解决路径——仲裁员与当事人法律关系的视角[J].武大国际法评论,2020(2):39-59.
- [3] 杜涛,朱德沛.《仲裁法》修订背景下境外仲裁机构准入问题研究[J].商事仲裁与调解,2021(6):3-21.
- [4] 范志勇.论仲裁与破产程序的调适[J].西南政法大学学报,2022(2):85-99.
- [5] 傅攀峰.法国商事仲裁二元立法模式及其启示[J].国际法研究,2019(1):86-100.
- [6] 傅攀峰.商事仲裁:一种“去剧场化”的司法方式[J].重庆理工大学学报(社会科学版),2020(10):92-104.
- [7] 高晓力.司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属[J].人民司法(案例),2017(20):68-74.
- [8] 顾维退,唐艺.中国的“一带一路”发展和亚洲的国际商事仲裁融合[J].国际法研究,2020(1):105-128.
- [9] 何悦涵.中国建设自由贸易港临时仲裁制度问题研究[J].上海对外经贸大学学报,2018(6):59-71.
- [10] 侯鹏.商事仲裁中的第三方出资及其规制[J].国际法研究,2018(5):87-101.
- [11] 江伟,肖建国.仲裁法(第三版)[M].北京:中国人民大学出版社,2016.
- [12] 李虎.试论仲裁机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合[J].商事仲裁与调解,2020(1):28-44.
- [13] 李庆明.境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究[J].环球法律评论,2016(3):181-192.
- [14] 李贤森.国际商事仲裁意思自治的保障与限制问题——兼评《仲裁法》的修改[J].法学,2022(4):179-192.
- [15] 马明飞,蔡斯扬.“一带一路”倡议下外国法查明制度的完善[J].法学,2018(3):124-134.
- [16] 毛晓飞.法律实证研究视角下的仲裁法修订:共识与差异[J].国际法研究,2021(6):110-126.
- [17] 孟伟,黄启蒙.论仲裁机构对临时仲裁的协助——《深圳国际仲裁院条例》第二十五条评述[J].商事仲裁与调解,2022(3):101-112.
- [18] 宋连斌,陈曦.仲裁案外人权利救济制度的反思与再造——从案外人申请不予执行仲裁裁决制度切入[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2021(2):89-96.
- [19] 宋连斌,孙舒.中国国际法研究方法转向实证的必要性与路径[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2022(4):128-136.
- [20] 宋连斌.仲裁法学[M].武汉:武汉大学出版社,2010.
- [21] 谢石松.商事仲裁法学(第二版)[M].北京:高等教育出版社,2022.
- [22] 许志华.中国批准《新加坡调解公约》的问题与对策[J].中国法律评论,2023(2):204-217.
- [23] 杨玲.仲裁机构法律功能批判——以国际商事仲裁为分析视角[J].法律科学(西北政法大学学报),2016(2):175-181.
- [24] 张圣翠.中国仲裁法制改革研究[M].北京:北京大学出版社,2018.

(下转第109页)

The International Standard Approach for China to Promote Global Governance on Digital Trade from the Perspective of Soft Law

ZHANG Ming

(Law school, China Jiliang University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: In the current situation where international hard law rules are increasingly being formulated, exploring the path of international soft law to promote global governance of digital trade can be a realistic consideration for China. In this process, China should promote the joint participation of government and market players in international standard-setting, and explore a standardization layout that takes into account both technical needs and market demands, as well as a standardization path that combines global and regional aspects. From the perspective of the participating parties, while the government actively promotes the development of international standards, market players can consider promoting both the international export of domestic standards and the international standardization of domestic standards. From the perspective of standards areas, while actively exploring technical standardization in response to digital technology development, the layout of international standards for digital trade should also respond to market demand, focusing on the development of standards in key areas such as data classification and classification, cross-border data flow and data privacy protection. From the perspective of the development path, while relying on global international organizations such as ISO, China should continue to rely on the “One Belt, One Road” initiative to promote the international export of digital trade standards from the regional trade level.

Keywords: international soft law; international standards; digital trade; global governance

(责任编辑: 马莹)

(上接第78页)

【作者简介】 宋连斌: 中国政法大学国际法学院教授, 法学博士, 博士生导师。研究方向: 国际私法、仲裁法。

武振国: 中国政法大学国际法学院博士研究生。研究方向: 国际私法、仲裁法。

A Study of the Orientation of the Functions of Chinese Arbitration Institutions: Centered on Enhancing the Attractiveness of the Business Environment to Foreign Investments

SONG Lian-bin & WU Zhen-guo

(School of International Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: In order to maintain a fair business environment both internally and externally, the international community widely believes that the center of arbitration activities should be the arbitration tribunal based on parties' diverse considerations. Arbitration institutions established with local contributions should only possess private administrative functions. In contrast, China's legal analogy assigns four quasi-judicial functions to arbitration institutions, including determining arbitration jurisdiction, identifying the nationality of the award, ascertaining foreign law, and approving arbitration awards. These quasi-judicial functions affirm the territorial influence of arbitration institutions over arbitration decisions, potentially causing foreign investors to be concerned about the fair protection of their interests in arbitration cases and thereby jeopardizing the international attractiveness of the business environment. To allay the concerns of foreign investors, arbitration institutions should refrain from exercising quasi-judicial functions and should only retain private administrative functions.

Keywords: arbitration institution; business environment; quasi-judicial function; private administrative function

(责任编辑: 马莹)