

docsriver.com
商家本本店

工程争端与解决系列丛书

工程合同 仲裁实务

第 5 版

[英] 道格拉斯·斯蒂芬 著
路晓村 穆怀晶 译

中国建筑工业出版社

工程争端与解决系列丛书

工程合同仲裁实务

第5版

[英] 道格拉斯·斯蒂芬 著
路晓村 穆怀晶 译

中国建筑工业出版社

著作权合同登记图字：01-2003-3319号

图书在版编目(CIP)数据

工程合同仲裁实务(第5版)/[英]斯蒂芬著;路晓村,穆怀晶译
—北京:中国建筑工业出版社,2003
(工程争端与解决系列丛书)
ISBN 7-112-06082-6

I.工… II.①斯…②路…③穆… III.建筑工程—经济合同
—经济纠纷—仲裁 IV.D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第093637号

Arbitration Practice in Construction Contracts, by Douglas A. Stephenson,
5th Edition

© 1982, 1987 Douglas Stephenson and International Thompson Pub-
lishing; 1993, 1998, 2001 Douglas Stephenson

本书的出版得到英国 Blackwell Publishing Ltd., Oxford 的大力支持。

责任编辑:丁洪良

责任设计:刘向阳

责任校对:赵明霞

工程争端与解决系列丛书

工程合同仲裁实务

第5版

[英]道格拉斯·斯蒂芬 著

路晓村 穆怀晶 译

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)

新华书店经销

北京市密东印刷有限公司印刷

*

开本:787×1092毫米 1/16 印张:17 字数:412千字

2004年2月第一版 2004年2月第一次印刷

定价:35.00元

ISBN 7-112-06082-6

TU·5348(12095)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题,可寄本社退换

(邮政编码100037)

本社网址: <http://www.china-abp.com.cn>

网上书店: <http://www.china-building.com.cn>

序

本书第 5 版提供了十分有价值的信息和指南，囊括了解决工程合同引发的争端的各个方面。

1996 年仲裁法试图从逻辑上并且以容易阅读的方式为我们确立起仲裁基本法律，希望通过这种途径，使得国内和国际争端解决方法得以改善和提高。因此我们在以前立法的基础上，对这个法律进行了很多修改。这些修改及其理由已经在我们的两份报告中进行了讨论，它们分别在 1996 年 2 月和 1997 年 1 月成为议案和立法。这些报告的副本可以通过工商部索取。

阅读仲裁法的人们会发现，根据第 33 条仲裁庭有职责根据具体案件的实际情况采取适当的程序，避免不必要的延误或开支，因此提供了确定解决事件方法的公平的手段。如果没有仲裁员的勤奋工作，仲裁庭是不可能实现这种职责的。本书正是侧重在这方面提供帮助。

在这个方面，我想针对一些工程仲裁杂志的一些评论说几句话。他们从很多方面对仲裁法提出了批评。正如他们设想到的，我没有接受这种批评。在此我希望简单扼要地阐述为什么我采取这种立场。这不但是因为我把仲裁法视为自从切片面包出现以来的最重要事件，而且还因为我认为对那些有关问题提出批评的人们并没有全面地理解这个法律，并且他们似乎没有认真研究过我所依据的两份报告。

第一个批评是针对这种事实，即没有保留国内仲裁和国际仲裁的区别，因为有关这方面的条款已经被删除了。这样做的直接原因

是我们认为这些条款对非英语的欧洲国家存在歧视，所以与欧洲法律是矛盾的。这个观点得到 1996 年上诉法院判决的支持，因此上议院拒绝接受上诉。对于不愿意放弃国内原则的人们，根据这些原则可以赋予法庭有决断权，决定是否不必考虑仲裁条款，停止司法程序，但是现在他们肯定地无法提出任何论点，希望公正区分出国内仲裁和其他地区仲裁，而后者是以同样可能约束我们的欧洲法律为基础。尽管如此，事实是我们在仲裁法中还是加入了一些条款，以便让那些关心这个问题的人们有机会说服我们完全存在着这种区别，然而这种机会没有被利用上。

然而我拒绝接受这种批评还有另一个原因。仲裁协议是一份合同，通常附在某种类型的商业交易中。英国的商法是建立在这样的原则上面的，即除了极为例外的情况以外（例如合同无效等），当事人应该实施自己的交易。因此为什么要求仲裁协议与诉讼协议的处理方法不同？为什么法庭事后具有权力，如果觉得这种情况进行诉讼要比仲裁更为方便，就可以不考虑协议的规定内容？消费者当然应该得到保护，因此他们可以引用有关消费者保护的“欧洲指导”（European Directives）的规定内容。

有人认为 1996 年仲裁法意味着当事人将无法使用仲裁条款，因为不再有权利试图说服法庭最好应该采用仲裁方法。我不这么认为，在我看来这种批评带有某种混淆概念的味道。当事人有权利确定他们喜欢的仲裁协议。如果他们愿意，也可以不选择仲裁协议，而选择到法庭上解决问题的方式，或者选择某种替代形式的仲裁协议。我们所能做的是告诉人们，如果你选择了仲裁协议，而不是诉讼，就应该这么去做，除非仲裁协议被证明无效或者无法实施。换言之，你的仲裁协议将起到应该起的作用。

还有人认为法庭无法让诉讼代替仲裁的现实给多方当事人的案件带来很多困难，因为不能采取一次听证，这里需要很多仲裁，很多情况可能出现相互矛盾的结果。此外，当事人和起草标准合同文

本的人士可以采取某些补救，因为仲裁法第 35 条允许（如果当事人同意）采用合并等方法。协议是至关重要的；一些小型分包合同的当事人计划在出现问题的时候与他们的承包商进行小型仲裁，但是为什么他们在数年之后还是违背了自己的初衷，又回到了法庭，采取某些繁琐的诉讼过程，涉及很多当事人，花费大量时间和费用？

有些情况值得惋惜，法庭不再有权力进行既决判决，只要某些案件存在仲裁条款，而且法庭认为不存在正当的申请辩护理由，其根据是这将意味着这些无法争辩的申请会造成拖延，而申请人必须通过仲裁解决。我完全不同意这种观点。

首先，允许法庭决定的事宜仍然无视当事人已经进行的交易，即他们出现的争端应该进行仲裁，而不是诉讼。批评者则说，“对的，但是情况不是这样，因为如果没有正当的辩护理由，按照仲裁条款的解释，也就不存在争端或分歧了。”

这么说是不对的。其重要的思路是认为假定如此，那么仲裁员只能在存在正当辩护理由的情况下才能公断（Adjudication）案件，但是如果不存在正当理由，仲裁条款将不属于这个范畴。这里更为荒谬的事实是，败诉的被申请人可以拒绝接受裁决，其理由是他不存在正当辩护理由，因此仲裁员不能进行公断，对他做出裁决。

其次，没有可靠的理由证明为什么仲裁庭在实施仲裁法赋予的权力的时候，不能比法庭更快地处理此类案件。如果事实上没有辩护理由，根据第 33 条职责行事的仲裁员就可以立即进行某种裁决。

对于仲裁和公断之间的内在关系方面也存在某些批评。首先我同意这的确是一个十分重要的问题，但是在我看来，对仲裁法的批评是不对的。如果公断得到认真考虑和正确使用，这个法律也是适合的并且是有效的。现在公断已经有了很大的发展，我希望在未来这两个不同的概念能够合理地一同运作。

最后，现在有些人认为我们错误地赋予仲裁员某些权力，以便适应需要解决的某些争端的仲裁程序。有些人坚持一种理论，特别

是在建筑业中，他们认为实际上只有一种方法可以解决任何形式的建筑工程争端。我认为这是错误的，我很高兴地介绍王室法律顾问 Margaret Rutherford 在《仲裁实践杂志》中的一篇文章《诉讼方式的继承》，人们接受这个事实，广泛的辩护、告知、询问、对证人、专家的无限范围的口头询问反询问，以及阅读提交给仲裁庭的无限量的文件，这些都不再被认为是实施仲裁的最佳且惟一的途径；而且它会给当事人带来巨额的开支，经常花费的时间超过了出现问题工程的工期。

在我看来，仲裁优于诉讼的最大优势就是前者可以非常方便地根据实际情况制订工作程序，因此避免了不必要的拖延和开支。毫无疑问，在有些情况下是需要进行辩护、全面告知等程序的。仲裁法并没有禁止采用实施仲裁的任何具体方法，只要这种方法可以实现仲裁法第 1 条中阐述的第一原则，这就是仲裁的目的在于通过公正的审判机构找出争端解决的合理方法，避免不必要的拖延和开支。那些不顾实际情况，盲目效仿陈旧方式的、昂贵的且费时的程序，近些年来在参与者中间已经给仲裁造成十分不利的影响。仲裁法试图去纠正事件的原有状态；并且向关心它的人们表明，正确地使用它将成为争端解决替代方法中的一种良策。本书在此方面表达了相同的观点，我谨向所有关心仲裁的人士推荐此书。

Mark Saville 大法官

第五版前言

本书的第 1 版于 1982 年出版，当时的书名有一定的局限性，叫做《承包商仲裁》。后来已经认识到，即使是在最初阶段，这部专著也不应该只是针对一方当事人（通常是作为申请人）关心的内容，这部专著应该包括全面的仲裁内容，成为工程合同争端的重要参考资料。第 2 版、第 3 版和第 4 版分别在 1987 年、1993 年和 1998 年出版，第 3 版和第 4 版已经纠正了它的书名。修订版考虑了很多成文法和案例法方面的发展，更为重要的是这时 1996 年仲裁法已经实施（在此我们把它收录在本书的附录 B 中）。

自从本书第 4 版 1998 年出版以来，涉及合同争端方面的成文法和案例法的变化步骤并没有减慢。成文法方面的变化基本上能够与 1996 年仲裁法第 1 条定义的目的相一致：“通过公正的审判机构找出争端解决的合理方法，避免不必要的拖延和开支。”这个目标也已经被 1998 年《民事诉讼程序原则》和 1996 年《住宅许可、建造和重建法》第 2 部分所采纳。在 1998 年，这些成文法将公断引入成文法要求，并且可以与涉及这方面内容的《施工合同裁决纲要》一道实施。这些改革同时促成工程合同标准文本的修改，大多数标准文本已经修改了关于公断和其他成文法发展方面的规定。此外 1998 年工程仲裁员协会还出版了《建筑业示范仲裁原则》（CIMAR），并且已经得到两个主要工程组织的承认。对于这个原则将在本书第 2 章中进行讨论。有关争端避免和解决的内容已经成为很多标准合同文本的标准内容，我们也将第 2 章中介绍。

本书第 11 章还将进一步介绍更为常见的争端预防和管理等方面

的内容，包括减少某些争端发生的措施以及争端发生时的处理程序等。

过去一些年中的成文法改革，特别是与之有关的《住宅许可、建造和重建法》和《施工合同裁决纲要》中有关公断的规定，已经产生了很多案例法。第 11 章将综合介绍这方面的十分重要的判例。另一个重要判例是 1998 年确立的，上议院在 Beaufort Developments (NI) v. Gilbert Ash NI 案例推翻了上诉法院对 Northern Regional Health Authority v. Derek Crouch Construction (1984) 案的判决。这方面的判决及其影响将在第 4 章中讨论。

自从本书第 1 版出版以来，已经 18 年了，本书最初的目标始终没有改变，这就是采用通俗的语言说明如何把仲裁作为解决合同争端，特别是工程合同争端的手段。幸运的是使用简捷的语言近些年来已经成为一些专著的各种特点之一，从而避免再将法律用语翻译成普通英语。

1996 年仲裁法（参阅本书附录 B）已经实施很长时间，足以体现出来它的优点，同时产生一些案例法，证明起草人的初衷。它明确、简明且有逻辑性地说明了仲裁方面的英国法律，替换了 1950 年的仲裁法以及各种名目的、有些并没有明示涉及仲裁法的修正案。

1996 年仲裁法推出的这些实质性变化其主要目的是体现公正性和当事人自主权，避免法庭行使权力推翻有效的仲裁协议，同时加强仲裁员的权力进行公正的、快捷的及经济的裁决。在 1996 年仲裁法的第 49 条的明示权力中，仲裁员的权利从对单利的裁定扩大到可以裁定单利或复利，认识到商业交易的现实性，增加鼓励快速解决债务的内容，确定了一些诉讼中可以明确遵循的例证。该法律不鼓励法庭的干预，同时加强了仲裁员的权利，使之可以处理以前本应该由法庭判决的一些情况，特别是可以处理当事人反对执行仲裁员指示（通常是被申请人）的一些情况。著者希望工程仲裁员和其他涉及工程争端解决的人士能够学习 1996 年仲裁法，充分利用这些增

强的权利，提高仲裁的知名度，使之成为解决这类争端的最佳方法。

著者十分感谢 Saville 大法官为本书写序，Saville 大法官接替 Mustil 大法官和 Steyn 大法官担任负责起草 1996 年仲裁法的仲裁法顾问委员会主席，并且在最后起草议案阶段一直担任这个委员会的主席。为此 Saville 大法官利用这个机会答复了人们对 1996 年仲裁法提出的一些批评，并且根据这个法律简明扼要地说明了理由。读者特别是参与仲裁员实践的人们应该特别注意 Saville 大法官的说明，并且自觉地进行实践，以实现该法第 1 条中明确阐述的目标：“通过公正的审判机构找出争端解决的合理方法，避免不必要的拖延和开支。”如果本书能够做到这些，也就达到了著者的目的。

在本书第 2 章著者撰写关于很多工程合同标准文本的内容的时候，在涉及它们的未来发展和现状的内容上得到了很多朋友和同事有意义的帮助，特别是王室法律顾问 John Uff、Geoffrey Hawker、Arthur Appleton、Tracey Donaldson 和 John Pape 等，在此特别感谢他们的帮助。

在本书中，当涉及到仲裁员和其他涉及仲裁过程的人士时，我使用了阳性名词，这不是因为他们一定是男性，只是因为有时十分麻烦，在著者看来没有必要考虑转换。读者应该接受我的观点，在法律上，和我的生活一样，阳性包容了阴性。

最后，我十分感谢 Julia Burden 和她的工作人员，在这个版本的整个酝酿阶段中为著者提供的帮助和鼓励以及他们在出版阶段的高效工作。

Douglas A. Stephenson

2000 年 10 月

目 录

序	vii
第五版前言	xi
第 1 章 概论	1
1.1 概述	1
1.2 定义	1
1.3 法律框架	2
1.4 英国法律的仲裁	3
1.5 仲裁的优点	6
1.6 仲裁的缺点	9
第 2 章 仲裁协议	14
2.1 概述	14
2.2 定义	14
2.3 可分性	15
2.4 根据协议裁判	15
2.5 临时协议	15
2.6 法庭诉讼的中止	15
2.7 有关程序	16
2.8 合同标准文本中的仲裁协议	18
第 3 章 仲裁员指定	39
3.1 概述	39
3.2 仲裁庭的组成	39
3.3 指定程序	39
3.4 仲裁员资格	41

3.5	指定仲裁员条款	43
3.6	空缺提供	44
第 4 章	仲裁员的公断	45
4.1	概述	45
4.2	仲裁员对自身公断的管辖权	45
4.3	仲裁员权限的撤销	46
4.4	解除仲裁员的法庭权力	46
4.5	仲裁员的辞职	47
4.6	仲裁员死亡或任命人的死亡	47
4.7	实施程序的权力	48
第 5 章	初审	55
5.1	概述	55
5.2	英国法律	55
5.3	预备会议	56
5.4	程序化命令	67
5.5	案件陈述	67
5.6	对案件陈述的修正	69
5.7	进一步和更好的补充	70
5.8	苏格兰方案	71
5.9	文件披露	71
5.10	豁免权	72
5.11	听证记录	72
5.12	听证会安排	73
5.13	中间各阶段行为	73
5.14	最初的法律问题	74
5.15	小型申请	75
第 6 章	证据	77
6.1	概述	77
6.2	成文法	77
6.3	证据种类	77

6.4	可接受性	81
6.5	豁免权	81
6.6	证人证词	82
6.7	传唤证人	83
6.8	证明的义务和标准	83
第7章	听证会	84
7.1	概述	84
7.2	出席	84
7.3	许可	85
7.4	拒绝仲裁员的公断	85
7.5	展示	86
7.6	程序	86
第8章	裁决	91
8.1	概述	91
8.2	程序	91
8.3	裁决类型	95
8.4	裁决格式	97
8.5	裁决通知	105
8.6	偶然错误的纠正	106
8.7	其他裁决	107
第9章	费用	108
9.1	概述	108
9.2	成文法规定	108
9.3	裁决费用基本构成	109
9.4	要约解决	111
9.5	未能裁决费用	113
9.6	可回收费用确定	114
9.7	仲裁员酬金和开支	115
9.8	费用利息	116

第 10 章	法院与裁决有关的权力	117
10.1	概述	117
10.2	强制执行	117
10.3	对仲裁裁决的异议	118
第 11 章	争端的避免和管理	122
11.1	概述	122
11.2	合同文件	122
11.3	合同法律基础	125
11.4	施工阶段：记录	128
11.5	申请	130
11.6	裁决	131
11.7	争端	136
11.8	仲裁员的指定	136
11.9	辩护人的选择	137
11.10	解决要约	138
附录		141
附录 A	范本文件	142
附录 B	1996 年仲裁法	178
附录 C	1950 年仲裁法（第二部分）	225
附录 D	1998 施工合同法规纲要（英格兰和威尔士）	228
附录 E	1999 消费者合同中的不公平条款管理规定	238
附录 F	1999 不公正的仲裁协议（规定数额）命令	247
附录 G	利率表	248
参考文献		256
案例表		257

第 1 章 概 论

1.1 概述

所谓仲裁的基本原则即由合同当事人选定的第三方来确定双方当事人之间合同发生的争端，特别是在其中很多问题具有技术性质的情况下，例如在工程合同中。仲裁在其效率方面取决于法律框架，因为它必须承认，没有这个框架，一旦败诉方选择无视这项裁决，仲裁员的裁定可能失去任何价值。仲裁裁定的强制性已经被英格兰法庭和大多数其他文明国家的法庭所承认：但是英国法律(本书主要涉及的内容)要求必须根据法律实施仲裁程序，并且做出裁定。

1.2 定义

“仲裁员在当事人之间是一个极具个性化的法官，他是由当事人共同选定，负责决定他们之间的分歧。之所以被称为仲裁员是因为他们具有一种专制权力：因为如果他们审查了提交文件并且认为完全属于其范围，他们的审判应该是明确的，不能进行上诉。”

Raymond LCJ 在 18 世纪的这个表述仍然提供了有效的定义：如果“完全属于其范围”这句话就是指“法律”，于是对于仲裁员的裁定的确是不能上诉的。可以提出上诉的有限理由包括某些法律问题以及仲裁员没有按照自然公正原则行事的情况：这也就是行为公正（参阅第 10 章）。

最近的更为简洁的仲裁定义可以说是《牛津简明英语词典》(Shorter Oxford English Dictionary) 中的定义：

“由当事人同意裁判他们的申请的某人对待裁定事件的解决，以便得到衡平的结果。”

仲裁是一种自愿的程序，可以采用诉讼作为替代方法，在当事人签署了有效的仲裁协议的情况下，可以通过法庭产生强制性。在这种情况下，任何当事人对仲裁解决的争端都有权要求法庭根据1996年仲裁法第9条进行确认（后称1996年法，参阅附录B），为此法庭有职责对违反仲裁协议的行为授权一项终止令。

1.3 法律框架

本书涉及英国法律适用的仲裁，根据1996年法第2条规定适用范围为英格兰、威尔士和北爱尔兰，但是不包括苏格兰；其任何仲裁应该是在1996年法的主要内容实施之日或其后，即1997年1月31日，虽然所发生的仲裁协议可以是在这个日期之前签署。在仲裁是在1997年1月31日之前开始的情况下，涉及的相关成文法有1950年、1975年和1979年的仲裁法，这些法律会涉及很多修正案。这些法律适用在英格兰和威尔士，不包括北爱尔兰[这个地区的相关法律是1937年仲裁法（北爱尔兰）]和苏格兰。

然而英国法律的仲裁其影响面远远大于上面提到的默示范围。它已经被作为很多前身为英国殖民地国家和保护国仲裁法律的基础；它还经常被采用作为一些国际合同中的争端解决程序，经常可能遇到的特别是诸如合同语言采用英语的情况。在国际合同中选择英国法律的仲裁作为争端解决的程序不一定涉及选择适用合同法的问题，虽然在合同中没有具体规定此方面问题的情况下，可以假定有效。

在国际合同中选择英国法律的仲裁有一些很好的理由，即使是在适用合同法不是英国法律的情况下。首先，英国商法与其他任何法律体系相比发展更快、更成熟。其次，它已经成为世界很多其他

法律体系的基础，因此会比其他体系更容易被接受和理解。第三，国际合同一般采用英语，如果采用英国法律的仲裁可以减少翻译问题。

1.4 英国法律的仲裁

在英国，仲裁已经被自 17 世纪开始的判例法所承认，的确这个体系和法律历史一样具有悠久的历史。第一个涉及仲裁内容的成文法是 1697 年的仲裁法；自那时起，这个法律已经有了很多次的重新制订。近代的最重要的重新制订的版本之一是 1950 年仲裁法，它集中了早期判例法和成文法的精华，其基本内容直到 1996 年法实施之前一直没有改变，除了上诉程序方面的修改以外。1950 年法已经产生一个主要修订和很多小修订，分别以 1975 年和 1979 年仲裁法，以及 1981 年最高法院法（Supreme Court Act）和 1982 年司法行政法（Administration of Justice Act）的形式推出；其结果这些立法因为凌乱且不容易使用而受到批评，特别是对于外行的争端人和仲裁员。

这种形势一直持续到 20 世纪 80 年代末期，这时出现了一个问题，即是否将联合国的国际贸易法委员会（UNCITRAL）的国际商业仲裁示范法律（Model Law on International Commercial Arbitration）作为英国仲裁法律的基础。以 Mustill 法官（现在是大法官）为主席的仲裁法部门顾问委员会（DAC）在 1989 年 6 月的报告中反对这么做，同时建议应该有一个针对英格兰、威尔士和北爱尔兰的新的经过修改的仲裁法。

新立法的目的已经明确地界定，包括的目标有作为体现现有成文法和判例法原则的新颁布的立法，它应该有按照逻辑顺序排列，广泛采用使局外人更明确的语言，能够适用于国内和国际有关仲裁，具有与 UNCITRAL 示范法律类似的结构等。然而实现这些目标并非易事：直到 1996 年 2 月，经过对几个草案的起草和讨论，在后

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



任主席 Saville 法官（现在是大法官）领导下的 DAC 提出了自己的报告和仲裁议案，能够得到仲裁的从业者和使用者的几乎一致的称赞。议案在议会中的通过是很快的，皇室于 1996 年 6 月 17 日批准。

虽然起草议案的目的不是对仲裁法进行实质性的修改，但是仍然做出了很多相对比较小的、但是有价值的修改。不同的是 1996 年法开始部分是对基本原则的说明；其第 1 条定义了仲裁的目的应该是：

“通过公正的审判机构找出争端解决的合理方法，避免不必要的拖延和开支；其当事人应该完全同意他们的争端需要如何解决，它的目的只能是对公共利益的必要保护；……其法庭不应该进行干预，除本部分另有规定情况之外。”

这部分的規定見 1996 年法第 1 部分，其实际目的在整个法律中都能够体现。

仲裁机构（本书中使用“仲裁员”）具有明确的职责，根据 1996 年法第 33 条，他们要能够“避免不必要的拖延和开支”；仲裁员明示被赋予权力，根据自己的公断进行裁决（起到保护的作用）；裁定单利或复利率率；驳回指控请求；命令申请人提供仲裁费用的安全保护等。在此应该强调公正性和当事人独立性。在 1996 年法第 1 部分第 84 条中间，有这样的规定，“除非当事人另有约定”（或者具备类似效果的文字），在没有约定的情况下，他们应该遵守适用的备用协议。这方面的协议意味着书面协议；这方面的规定已经在 1996 年法的第 5 条中做了定义，它应该包括来往信件以及可以有书面证据的协议等。

另一个改革是根据 1996 年法的第 29 条和第 74 条分别规定仲裁员和指定机构所享有的免于起诉的权利，这属于司法方面享受的豁免权。在本书第 4 版中，对于这种变化的原则提出一些保留，著者认为这样可能会降低仲裁员能力方面的标准。但是结果自从这个法律实施以来，似乎还没有出现这种担心情况。由于明确的起草语言

产生的积极效果并且拓宽了仲裁员的权利，避免涉及司法等似乎都导致了其行为标准方面的基本改善，它们已经远远可以弥补因为赋予豁免权可能产生的任何副作用。

也许十分奇怪的是，在推出仲裁员和指定机构豁免权的 4 年期间，在法庭中民事和刑事诉讼中赋予的豁免权已经 30 多年了，应该由上议院撤消。在 *Arthur J. S. Hall & Co. v. Simons*、*Barratt v. Woolf Seddon* 和 *Harris v. Sholfield Roberts* 案例中（泰晤士报 2000 年 7 月 21 日），由 7 名大法官组成的上诉庭裁决在现今变化的世界中，豁免权已经不再需要。他们一致裁决，这个判决应该适用于民事诉讼，但是在刑事诉讼程序中只能在大多数赞同的情况下才适用。大法官 Hoffman 指出：

“公共政策是不能豁免的，这在过失、律师界的作用、司法行政和公共利益方面的法律中间已经有很大的变化。时代一再反复地检验整个事件……

……在修改有关律师的豁免权法律的时候，上议院不应该干预应该留给下议院解决的问题。法官已经享受了豁免权，然而法官们应该承认保留这种权利的理由已经不复存在了。”

根据以前的立法，仲裁员是否享有审判人员行事权力的问题已经有很多不同意见了：赞同这个观点的论点之一引用 1950 年法第 12 条的内容，其中规定“当事人……应该向仲裁员提交……进行询问。”然而权威机构则一致认为在英国法律中对抗制程序已经根深蒂固，现在没有必要去修改这个程序。根据第 34(2)(g) 条，1996 年法明确授权仲裁庭可以像审判官那样行事，该条款规定，在涉及当事人有权同意任何事宜的情况下，仲裁庭应该决定“其自身是否应该介入确定事实和有关法律的问题，以及这种介入的深度。”根据第 37 条，再次涉及当事人有权同意任何事宜的情况，仲裁庭有权力“指定专家或法律顾问向他们和当事人报告，或者指定评价人帮助解决技术问题。”

1979年法推出的经过修改的上诉程序在1996年法中得以保留，没有实质性修改。然而，机会已经使1996年法的第69条的内容家喻户晓并且简称为Nema原则。这个原则明确地规定了在涉及仲裁员裁定涉及的法律问题上，法庭授权准许上诉。

1.5 仲裁的优点

经常将仲裁作为诉讼的替代方法这是因为它具备了很多优点，特别是在涉及工程合同引发的争端方面。

1.5.1 自由选择仲裁员

仲裁协议涉及的当事人可以自由选择适当人士作为他们的仲裁员。情况经常是因为工程合同引发的争端涉及到某些问题，例如根据签署合同时承包商可以得到的基本资料，遇到的地下条件是否可以合理地被视为有经验的承包商可以预见的情况；变更是否可以根据合同费率估价，或者根据合同规定的其他某些方法定价。正确理解这些问题和经常发生的很多其他问题通常需要有丰富的建筑业从业经验，特别是根据合同作为承包商和工程师两方面的经验。因此最为理想的是仲裁员应该是一名有经验的工程师（或者如果可能，也可以是建筑师或测量师）；为达此目的，如果当事人的协议没有规定有关选择仲裁员事宜，可以将有关专业机构主席作为指定机构。如果当事人能够同意适当人士作为他们的仲裁员，情况可能很顺利，但是对同意指定的通知也可能产生某种怀疑，通常涉及不公正性，通知的发出人希望通过建议指定人员得到某些不公平的优势。

如果认识到在法庭中需要通过指定专家解决技术问题，这时真正危险的是，非技术专家的法官可能产生的影响作用更大，他可以利用权力要求展示和曲解专家的意图，而不是依靠证据中的

技术含量。

1.5.2 灵活性

工程合同产生的争端可能涉及到的金额从数千英镑到数百万英镑不等。这方面涉及到法律问题或事实问题，或者两者都有，法律问题可能引发自工程标准合同文本或者一次性的合同条款；然而事实问题可能简单地是一些施工过程中发生的问题，或者对于有经验专业人士可能预见的问题。事实证人的可信度可能存在问题，也可能没有问题。所有这些问题都可能影响到当事人适当地选择程序，如果需要还有展示的方式和等级。

在仲裁中，当事人可以通过协议自由地确定这些问题。虽然任何当事人都不能强求对方接受展示的选择，但是当事人可以提请仲裁员注意，对方发生的费用没有必要，也可以要求将此纳入到仲裁员裁定的费用当中。

1.5.3 经济性

对仲裁的批评经常涉及其总费用可能会超过诉讼的费用，因为后者情况中，法官和法庭设施都属于公共开支，而在仲裁中，仲裁员及其听证需要的设施都应该由当事人支付。情况的确如此，但是通常这不能成为整个程序费用中的主要因素，仲裁员的费用通常要比为其出庭的律师费用少很多。其次，在涉及技术问题的情况下，专家需要向法官解释这些问题的技术因素，但是没有必要向具备了一定技术背景的仲裁员进行说明。第三，法官采取的程序往往很长，所以费用也比仲裁员高，因为仲裁员已经具备了了解这些技术问题所需要的知识。

然而这种经济性不会因为在仲裁与诉讼二者中优先采用仲裁而自动体现出来，但是可以通过当事人谨慎地选择仲裁员、程序类型以及展示等因素来体现出来。如果当事人希望谨慎行事，但是另有

其他目的的人士反对，也许可能延长裁判，因此延缓了判决日期，这种情况应该提请仲裁员注意，他们可以根据 1996 年法第 41 条和第 42(2)(a) 条有权力处理这种行为，并且在裁定费用中予以考虑。

1.5.4 快捷

工程合同争端中最为重要的有，因为它们涉及众多的文件证据，需要索取其他口头证据，所以应该避免解决过程中发生延误。任何延误可能造成文件丢失、消失或者被毁。同时口头证据也会因为记忆减退、消失或者证人死亡等情况变得不可靠。建筑物、结构或者其他工程的真实证据也可能被后来的开发所覆盖或修改，从而增加了分辨和评价举证缺陷的困难。如果正确采用仲裁，可以提供一种方式，在工程合同发生争端情况下比诉讼方式更快捷地得到解决。

1.5.5 私密性

仲裁程序与法庭程序不同，它们对新闻界或者公众是不公开的。只有涉及程序的人士才有权参加有关听证和会议。不是直接涉及程序的其他人士可以根据当事人的协议应邀出席；例如这种邀请可以扩大到希望积累经验的仲裁员实习生。然而出席者是有条件的，这类学生或者其他人士将遵守程序的保密原则。

在很多情况下，仲裁程序涉及的当事人不希望向公众公布他们争端的细节情况。有时情况往往是因为争端损坏了他们以前建立的融洽关系（也许是在总承包商和分包商之间），如果避免公开信息，也许更容易尽快使得这种和睦关系得到恢复。

1.5.6 终结性

英国法律中的仲裁传统上强调符合法律规定，然而在某些公断方式中，可以给仲裁员有更大的自由使用他们自己的公正概念。其结果，在 1979 年仲裁法被替代之前，根据英国法律在很多重要仲裁

中几乎变成一种标准惯例，败诉的当事人希望通过法庭结构重提一些法律问题（有时属于某种怀疑），然而因此延了解决时间，有时可能延误数年时间。1979年法和后来的案例法在很多方面都对这种滥用做了纠正。特别是上议院在 *BTP Tioxide v. Pioneer Shipping and Armada Marine (The Nema)* [1981] 2 Lloyds Rep 239 案的判决，赋予法庭绝对限制授权允许上诉。1996年法在第 69 条中已经确认援引 *Nema* 原则的这种局限性，并且特别强调公正的概念。

1.5.7 便利性

在诉讼程序中，当事人可以根据仲裁员协议自由安排听证和会议的日期、时间和地点。如果当事人是根据协议或者他们可以按照协议，就有权利请求仲裁员满足他们的安排要求。当然如果当事人没有这种协议，仲裁员采取控制方法也是必要的；在进行控制的时候，根据 1996 年法第 33(1)(b) 条的规定仲裁员有职责避免不必要的延误和开支。然而在大多数情况下，方便当事人应该是首要的：他们可以期望有关日期和时间能够满足方便的因素，并且仲裁员同意或决定的日期不能有任何后续性变更。

这个立场也可以转换到诉讼上面，这时听证的日期和时间是由法庭根据当事人的申请来决定，可以考虑存在后续撤消或延期的情况。这是因为法庭知晓大部分或者是绝大部分民事诉讼都是通过谈判解决的，经常是在法庭听证马上就要开始的时候，因此为了争端的解决，需要允许再次或者多次调整预定法庭日期。

1.6 仲裁的缺点

1.6.1 仲裁员和仲裁庭设施的费用

与诉讼比较，在此法官和法庭设施都是由公共开支支付的，但是仲裁的当事人或者他们其中之一最终需要承担仲裁员和仲裁庭设

施的费用的。然而在大多数情况下，这些费用与诉讼发生的费用比较还是很小的。

1.6.2 无法得到法律援助

在使用仲裁作为解决很小的争端手段的情况下，特别是在消费者行业中，无法得到法律援助是应该考虑的一个重要因素。1988年消费者仲裁协议法（Consumer Arbitration Agreement Act 1988）（在1996年法中再次重复）针对供应商在交易条款中使用仲裁协议的情况，曾经试图保护消费者免于遭受不利的效果。在1999年10月1日生效的替代法律1999年消费者合同中不公平条款法规（Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999）中，希望通过法庭确定小额申请来保护消费者权利，尽管合同中存在仲裁条款。1996年法第91条规定了一个条件，只要涉及的申请没有超过定单确定的金额：目前是5千英镑，就可以构成仲裁协议不公平。

然而1999年的法规是否可以应用到建筑工程合同还是个疑问，这要取决于建筑业主是否被看作是消费者。在建筑业主对工程收集了很多报价的情况下，很可能不能认为他是消费者，并且因此就不能得到1999年法规的保护。

但是工程合同发生的很多小型争端（例如涉及建筑物、双层玻璃、塑料、采暖和通风等情况）都被纳入特许仲裁员协会管辖的仲裁方案范围之内了，它的目的是建立和管理争端涉及金额比较小的情况下仲裁费用的程序。

1.6.3 合并诉讼困难

在有关争端涉及到两个以上当事人的情况下，例如业主、总承包商和分包商等，没有法定权力，像诉讼那样，所有的当事人联合进行合并诉讼，或者同时进行听证。1996年法中是否考虑了这种权利的问题还需要逐字进行研究，得到的答复表明对于这个问题赞同

和反对的理解数量相同。支持引入法定权力的人们同样也赞同限制一种或其他种类的文本。在这种情况下，根据第 35 条规定，1996 年法已经包括了在其他仲裁程序中合并仲裁程序以及联合听证的的规定，但是只限于当事人有协议的条件。然而当事人可以自由授权仲裁庭进行合并或联合听证。

有些合同标准文本，明显的是 CECA 分包合同文本，规定了在具体情况下可以进行一定程度的合并。CECA 文本的具体规定如下：

“承包商……可以……要求分包合同引发的任何争端可以与总包合同以及其他合同引发的争端联合进行处理。”

然而这种形式的规定本身就可能造成进一步的困难和引发争端。CECA 的规定对于只与业主有协议的总承包商是有约束力的，但是有些情况是有区别的，或者可能有区别，这时业主可能希望与总承包商进行仲裁，如果加入了分包合同的争端可能造成复杂化和拖延。在很多情况下，希望进行合并或联合听证的当事人（通常是总承包商）的主要目的是保证不会遇到不一致的裁定。这种考虑一般可以避免，只要总包合同和分包合同争端都指定相同的仲裁员即可，当时即使采用这种安排，也不能肯定一定会达到希望的结果。这是因为仲裁的成功不但取决于案件的事实，而且还要取决于证明这些事实的证据，以及展示的方法。这很可能是不确定的，如果总承包商被认为对分包商的申请有责任，他不一定就能够在针对业主的相应的申请中获胜，即使这时指定相同的仲裁员听证两项争端，并且根据总包合同这个申请是有效的（参阅本书第 5 章第 5.3.3 节）。

Saville 大法官在本书的前言中已经注意到仲裁庭程序中合并的某些缺点，特别是拖延问题，对于小型分包商可能会因为需要等待到事件之后数年的“大块诉讼”完成之后而遭受了损失。这种情况在一定程度上通过 1996 年《住宅许可、建造和重建法》的规定可以得到缓解，根据这个法律，按照 Saville 大法官的观点，小型分包商至

少可以得到仲裁员的有约束力的阶段决定，使他可以在等待被拖延仲裁的时候继续进行商业运作。相对的上诉法庭在 *Redland Aggregates v. Shepherd Hill Civil Engineering* 案的判决（参阅第 2 章第 2.8.6 节）应该可以避免分包合同仲裁程序的无法预期的延误风险。

1.6.4 不胜任的仲裁员

法官只有在已经掌握广泛的知识 and 经验之后才可以得到任命，通常法庭都是如此，但是有时指定机构或当事人可能会无视指定要求，而指定一些缺乏资质和经验的仲裁员。

现在很多指定机构都保持一个合格仲裁员的委员会；在进行专业机构的自身考核之前，这个委员会提供的候选人需要通过特许仲裁员协会的资格认证。当事人根据协议进行指定时应该完全知晓只能指定已经列在适当名单中的人士，并且他们具备了必要的知识和经验，虽然这种预防措施也不一定十分充分。

在 *Pratt v. Swanmore Builders and Baker* (1980) 15 BLR 37 案中，特许仲裁员协会指定的仲裁员“被证明本人完全不适合进行仲裁”并且已经“得到许可进行仲裁，造成无法实现预期的公正的状态”，根据 1950 年法第 23 条的高等法院命令，他被排除出去。更近一些的案例有 *Fairclough Building v. Vale of Belvoir Superstore* (1990) 56 BLR 74 案，其中由 RIBA 指定的仲裁员在裁定的时候出现三处违法错误，这时他只批准了 43000 英镑的申请，而根据官方鉴证人的判断应该判决没有争端的申请至少 40 万英镑，因此免除了他的指定，根据 1950 年法第 22 条进行重新考虑。幸运的是这种情况是非常少见的，特别是在指定机构管理着十分严格的考试系统，以保证仲裁员的水准的情况下，例如 ICE 的模式等。

没有经验的当事人，包括某些指定机构的不足，有时认为 ACIArb 的资质（特许仲裁员协会准会员）默示已经具备了实施仲裁的能力。事实上准会员的资质可以通过业余培训课程来获得，这仅仅是

学习仲裁程序和实践的起点，通常还需要数年正式课程的学习和实践才能晋升到高级别的资深会员。在 1999 年御准特许（Royal Charter）授权特许仲裁员协会，同时 1999 年 6 月 22 日生效之前，已经合格被纳入到协会仲裁员委员会中的协会资深会员从称号上不能区分出是否属于不合格的资深会员。经过 1999 年的御准特许的规定，现在已经使得这种不正常现象得到缓解，根据规定（a）只有已经合格成为胜任仲裁的资深会员才可以有权使用特许仲裁员的称号；（b）今后的成员中在获得这种资质之前不能晋升成为资深会员。已经晋升成为资深会员但是没有完全获得仲裁员资质的人士将保留权利，可以使用这个称号，但是这部分“无资质”的资深会员可能将在持续数年时间中不断减少其数量，他们或者取得资质成为仲裁员，或者不再作为特许协会的会员。

新的称号将对根据协议指定仲裁员和指定机构的当事人有利，可以提供明确的标记，分辨特许协会会员中已经获得该机构完全资质的人士，可以作为仲裁员。然而直到那时，所有现有的“无资质”的资深会员已经或者获得资质作为仲裁员，或者不再作为会员的时候，希望指定仲裁员的人士才可能确保他们的候选人都是特许仲裁员。

第 2 章 仲裁协议

2.1 概述

仲裁协议无论是在争端发生之前签署还是之后签署，都必须是书面形式，或者其他可记录形式，这样才能够适用 1996 年法的规定。该协议将一直有效，即使协议涉及的合同是或者成为无效合同，或者已经不复存在，它还应该包括涉及有关程序的协议。大多数工程合同的标准文本都包括了有关仲裁协议的内容。

2.2 定义

1996 年法第 6(1)条对仲裁协议的含义定义如下：

“对当前争端或未来争端（无论属于合同争端还是其他争端）进行仲裁的一种协议。”

第 6(2)条还规定：

“涉及书面格式的仲裁条款或者包含仲裁条款文件的协议中的裁判构成了仲裁协议，如果这种裁判可以认为就是协议的条款部分。”

根据 1996 年法第 5 条，该法律第 1 部分的规定（实际上就是整个法律）只能适用书面仲裁协议的情况。书面协议被认为存在的条件为：（a）当事人是否签署书面协议；（b）协议通过书面通信交换形成；（c）协议被证明是书面的。根据 1996 年法第 5(3)条，此外如果当事人同意，但是不是采用确立书面条款或者包含仲裁条款的文件方式，也应该存在书面协议。如果当事人一方或者第三方与当事人协议的权威机构同时记录了口头协议，应该可以证明书面协

议存在。此外有关仲裁或法律程序的来往书面信函，如果其中存在一方当事人举证的口头协议，同时另一方在回复中没有拒绝，应该构成了书面协议。最后对于成为“书面”的协议或以书面格式的协议的裁判包括以任何方式的记录内容。

2.3 可分性

在与之有关的协议是无效的或没有作用的或者不复存在的情况下，仲裁协议可以从与之有关的协议中分离出来，但是它不会变成无效、不存在或者没有效力（1996年仲裁法第7条）。

2.4 根据协议裁判

在争端发生之前形成的仲裁协议，包括很多工程合同文本中插入的协议，例如 ICE、FIDIC 和 JCT 文本以及 CECA 分包合同文本等，经常有这样的文字规定“根据协议裁判”，因为它们规定了对合同后来发生的任何争端的仲裁进行裁判的内容。

2.5 临时协议

在合同发生争端，但是没有 1996 年法第 6 条意义上的仲裁协议的情况下，也可以允许当事人签署一份针对这个争端的临时仲裁协议（参阅附录 A 范本 SD/1）。然而在实际中，一旦争端发生，有时对于一方当事人可能很难说服对方签署这种协议。

2.6 法庭诉讼的中止

在仲裁协议的一方当事人选择不采取该协议，而是开始法庭诉讼程序的情况下，对于另一方根据 1996 年法第 9(4)条可以选择向法庭申请程序中止令。然而这种申请（参阅附录 A 范本 SD/2）必须满

足一定的要求，即：

(1) 申请人必须知晓针对他的法律诉讼程序，同时必须通知另一方他向法庭提交的申请；

(2) 申请人针对实质性的申请，一定没有采取任何法律诉讼程序的步骤。

合同中存在要求争端在提交仲裁之前必须提交其他争端解决程序（例如 ICE 合同条件第 6 版和第 7 版中包含的调解程序）裁判的规定并不禁止根据 1996 年法第 9(4)条提出的申请。

法庭有职责授权这种中止令，但是必须认为仲裁协议已经无效。然而在法庭拒绝授权中止的情况下，合同中认为裁决应该是法律诉讼程序的先决条件的任何规定（被称为 Scott v. Avery 条款）都应该是无效的。

1996 年法第 86(2)条规定，对于法庭应该有任意决定权，在涉及国内仲裁的情况下，可以确定是否需要授权中止令，只要存在“充分理由不要求当事人执行仲裁协议。”然而这个条款是没有约束力的，似乎随时它都可能被撤消。目前法庭根据第 9 条有职责可以进行上诉裁定，即在任何情况下授权中止令，除非仲裁协议无效。

2.7 有关程序

如果达成协议仲裁裁判当事人之间合同引发的任何争端，根据 1996 年法，当事人可以自由地决定如果争端发生，具体采用什么程序。仲裁法第 1 条定义了强制性条款。其他条款（被纳入“非强制性条款”范畴）包括下列适用当事人之间没有协议情况下的某些附属规定。

2.7.1 仲裁庭的构成

根据第 15 条，仲裁庭完全应该由仲裁员组成，除非当事人另有约

定。如果当事人不合法地同意由两名仲裁员或其他任何偶数数量的仲裁员组成，仲裁法规定应该指定另一名仲裁员作为主席。仲裁法的第 16、17、18、20、21 和 22 条包括了具体规定，涉及到各种错误指定程序和可能发生的其他一些困难等，特别是在仲裁庭由一名以上人员组成的情况下。

幸运的是在实际的国内仲裁工程合同争端的情况下，如果英国法律适用仲裁程序法律，是可以指定一名单独仲裁员的。如果选择了这种方式，可以不必采取任何步骤，因为只要没有与之矛盾的协议存在即可自动实现。在这种情况下，如果采用上述条款，可以避免很多复杂问题。当争端发生需要进行仲裁裁判的时候，当事人可以自由地同意任命单独仲裁员，或者在一方当事人申请提交 28d 中没有达成协议，可以申请由协议中规定的一个指定机构负责任命。如果当事人没有在协议中规定指定机构，根据 1996 年法第 18 条可以由法庭行使权力，下达命令进行任何必要的指定。在下达这种命令的时候，根据第 19 条规定，法庭应该考虑当事人的任何涉及仲裁员有关资质要求的协议。

大多数工程合同标准文本都包含了仲裁协议的内容，但是不是所有文本都有，国际工程合同除外，人们可以满意地通过这些协议指定单独的仲裁员，并且还规定了在没有协议的情况下有权指定仲裁员的机构（有关专业协会的主席）。所以如果这些文本适用，就不必签署其他协议了。

2.7.2 填补空缺

根据当事人的其他协议，1996 年法第 27 条详细地规定了如果发生仲裁员不能执行公务时填补空缺的内容。总之，这条补充规定反映了原始指定的有关规定，要求不应该有特别修改。在发生需要填补空缺的情况下，即在当事人否定了仲裁员机构的情况下，或者在仲裁员辞职、死亡或者停止进行公断的情况下，具体参阅第 4 章。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>

