仲裁机构民间化的境遇及改革要略

汪祖兴*

内容提要：仲裁机构的民间性问题在立法和理论上业已论定。重提这一问题，原因在于实践操作上的行政化倾向。中国的仲裁机构民间性必然受中国“处境”的影响，行政推进性的社会传统使仲裁机构遭遇了行政异化的危机，实证地表现为人事任免、财权掌控与仲裁运作等三个方面具有深重的行政化痕迹。仲裁机构的行政异化历史地形成，也该当历史地解决。变革之道首在于转变行政监护的传统，以司法监督的制衡结构取代之；次在于以行业监护置换行政监护；同时推进仲裁行政管理的内化，提高仲裁的案件管理效率。仲裁机构在实践维度的民间化进程还必须把握好改革的力度、向度和进度。建立一种兼顾理论与实践、变通传统与未来的中庸方略值得赞许。

关键词：仲裁机构　民间化　行政监护　司法监督　仲裁协会

关于仲裁机构的性质厘定及其相应的法律地位之甄别，有一种艰难的言说，这就是仲裁机构的民间性问题。其艰难缘由不在于问题本身的复杂。相反，言说的艰难在于言说之外，在于此种言说赖以生发的法律环境。这充分说明，关于仲裁机构民间性的问题之争并不是纯粹的“言说”问题，而是言说的“实践”问题。〔1〕事实上，仲裁机构的性质问题在仲裁的性质得到定位之后便已尘埃落定，不再存在理论上的分歧，“如果说诉讼是公力救济的产物，是对自力救济的否定的话，那么，从某种意义上讲，仲裁则是对自力救济的否定的否定”。〔2〕仲裁权作为社会性的司法权便天生具有一副民间风骨。〔3〕之所以在中国仲裁法颁布施行业已逾 14 年之久的今天相关争

* 西南政法大学法学研究员。

〔1〕 国务院法制办协调司卢云华司长在 2007 年“仲裁机构民间组织建设座谈会”上发言反复指出：“仲裁机构建设问题，从本质上说，不是理论问题，而是仲裁法的贯彻实施问题。换言之，这个问题仲裁法颁布时就已经明确了。当前乃至今后一个时期，全国仲裁机构建设的任务就是要结合我国仲裁界的实际情况把仲裁法的有关规定落实得更好更彻底。”“如果抛开通过社会组织归类而获取相应政策的考虑不谈，仅就仲裁机构的性质而言的话，问题是比较简单的，也是比较容易谈清楚的，同志们相互之间也是比较好谈拢的。换句话说，只要大家依法论‘性’，仅就仲裁机构的根本属性而讨论，问题远没有那么复杂和深奥。”详见卢云华：《在仲裁机构民间组织建设座谈会上的发言》，刊发于“仲裁机构民间组织建设座谈会”内部资料，2007 年 7 月。

〔2〕 详见汪祖兴：《浅谈仲裁的公正性——兼论中国仲裁的监督机制与国际惯例的接轨》，《仲裁与法律通讯》1998 年第 2 期。

〔3〕 有观点指出，仲裁权在性态上依其作用的相对主体而呈现出权利与权力的二元性。相对于国家行政权力与司法权力而言，仲裁权具有与之平行的可供选择的权利属性，是社会性权利；相对于案件本身而言，该权利则又具有裁决的终局性力量，是为司法性权力。仲裁权因此作为一种社会司法权力具有纯正的民间性格。详见张春良：《论国际商事仲裁权的性态》，《西南政法大学学报》2006 年第 2 期。

论仍然缠绵热烈，其症结已不在目标定位之主义之争，而是如何抵达此一目标定位的路线、方案之争。各种路线、方案在践行相同目标上的“相对合理主义”，竟导致各种论争有相对化之弊缺。在传统、时势与目标三位一体的时序结构之中，必须从我国仲裁机构立足其中的处境出发解读其行政异化的当代遭遇，方能提出兼顾理论与实践、过去与将来的变通之道。

一、处境：行政推进的传统与背景

处境是一种意义氛围，它通常多多少少暗含着某些变异的发生，即事物的纯粹本性在某种意义语境之中不得不发生些许偏差。引申到仲裁机构而言，仲裁机构所置身其中的处境使它作为民间性机构的纯粹本性必然会发生“处境化”变异。中国的社会处境乃是行政推进的政体传统，整个中国仲裁体制包括仲裁机构的定位在内都必然受到此种传统的干涉。关于仲裁机构性质的当代争论表明，导致仲裁机构在民间性与行政性之间暧昧不明的不在于逻辑的模糊，而在于仲裁机构行政化或者说仲裁的行政监护本身能够为其带来强大的背景优势。

（一）社会处境：行政推进的政体传统

国人业已习于通过西方的观点来评判中国的一切，〔4〕是为西化的进路。国家政治体制也难逃此种西式批判的命运。我国宪法第1、2、3条已经大致勾勒出我国的政治框架，即以人民代表大会为一切权力的渊源，国家行政机关、审判机关和检察机关均应由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。按照这一治理方略，以立法活动为主要功能的人民代表大会超越于行政机关和司法机关之上。这种政治体制显然不能通过西方的立法、司法和行政三权分立的尺度来解释和把握。尽管西方宪政的三权分立被认为是“人类智慧所能发明的最精致和最科学的机制”，〔5〕但基于中国处境化的问题，这一精致而科学的机制在中华炎黄文明的土壤之中结出的很可能只是一种“恶果”。在中国源远流长的治理模式中，占据核心的力量不是立法、司法与行政之间的制衡，而是行政主导的大趋势。此种趋势即便在当代政治体制之中得到缓减，也依然如故。其原因在于：

第一，行政主导的政体框架存在法理依据。根据宪法第85条之规定，国务院即中央人民政府作为国家的最高行政机关是最高国家权力机关的执行机关。这意味着，我国的行政机关不再是西方政治格局之中与立法机关抗衡的行政机关，而是代表国家权力机关履行职责的机构。国家权力机关只能表达意志，它作为一种抽象的整体无法亲自参与意志的实现，其意志必须通过一个实体机构作为执行机关付诸实践。此种实体机构在我国即为行政机关。作为权力机关的执行机关，行政机关的此种身位使它在国家和社会生活之中发挥着更为主动和积极的作用。尽管国家审判机关和检察机关在行使职权的时候不受行政等干涉，不对行政负责，但是由于它们的社会功能乃在于纠错与护航，而不在于积极地主导社会生活，因此，行政主导的传统风格在当代依然得到了民主化的延续。

第二，行政主导的政体框架具有经济基础。我国在上世纪70年代末开始启动的改革开放，其中一项核心的任务是建设社会主义市场经济。这意味着国家干预经济的方式应当从传统的行政计划向市场调控转轨。传统的计划经济强调的是通过行政的高度大一统实现资源的配置和物资的流通，行政权力在其中乃是宰制一切的力量。市场经济则要求国家抓大放小，转变经济干预方式，但这并不意味着行政力量的完全退出，毋宁说是一种宰制力量的淡化，而非虚无。它要求的

〔4〕 有观点指出，应当着力倡扬“以中解中”，反对一切形式的“以西解中”并进而导致的“以西非中”。详见邓曦泽：《合法性、方法论、格义与演说方式之牵挂》，台湾《鹅湖》2005年第8期。

〔5〕 John H. Wigmore, *Roscoe Pound's St. Paul Address of* 1906, 20 J. Am. Judicature Soc'Y 176, 177 (1937).

既不是行政主宰，也不是行政不作为，而是行政范导。关于市场经济的失灵与宏观调控的必需在上世纪90年代曾有过热烈而富有积极成果的辩论。宏观调控彰显的就是行政主导的推进力量。可以说，在中国的政治经济和社会生活中从来就不曾有过完全不受行政影响的纯然自立的民间生活。在中国如此，在外国同样如此，市民社会与国家之间的截然二分与将市民社会完全为国家所吞并的一元化极端观点同样偏执。〔6〕更切合真理的分析手法乃是将国家生活与市民社会的叠加看作一张有孔的网，在网与孔的格致之上体现的是国家行政的范导与市民社会有限的自由之间的辩证关系。网不能脱离孔否则就不成其为网，孔不能脱离网否则就不成其为孔。网与孔的相互依存展示的正好是行政主导的内涵，即主导而不宰制。

第三，行政主导的政体框架具有国情特色。中国是一个单一政体的国家，不是联邦制。联邦制通过各独立之邦的治理实现一种相对致密的结合。中华文明的传统强调向心力，56个民族之间的紧密结合是实现中华文明史上各种奇迹的根本保证。当代中国经济发展的奇迹，重新实现民族复兴和和平崛起的梦想，〔7〕都必须举全国之力以赴之。这就要求有一种实体的力量来承担这一时代使命的重任，作为全国人民力量的凝聚点和聚焦点，向民族复兴的伟大使命发出最强劲有力的冲击。这一挽千钧之力的支点与轴承便具体落实到了行政机关的肩上。由此，考虑到传统的历史惯性与未来的使命召唤，行政主导的政体框架契合了我国的国情特色。

（二）仲裁处境：行政监护的时代背景

行政主导的社会处境作为仲裁机构的立足基地不可避免地会为其披上一层行政化的色彩。即便经过1995年仲裁法的明确定位，也依然未能完全褪尽仲裁机构的行政属性，以至于关于仲裁机构的性质定位在现今仍然是一个不无争议的问题。有人在2007年便指出："仲裁法颁布至今已经12个年头了，我具体从事仲裁也已经10个年头了。有关仲裁机构性质的说法和明确仲裁机构性质的要求几乎从来就没有停止过，包括近年来的民间化主张。"〔8〕一个如此自明的问题竟会产生如此巨大的分歧，其原因必须得到清理。可以说，如果不对这一问题进行最彻底的澄清，追根溯源，那么仲裁机构的民间化便不会得到最终极的解决，各种关于仲裁机构行政化的思潮与实践也会以或明或暗的方式对仲裁体制的改革纠缠不清。时下之国人多致力于攻击仲裁机构行政化的种种弊端，以反向彰显仲裁机构民间化改革的必要性和历史进步意义，但是这种观点终究显得有些浅显，他们不曾关怀和体贴过仲裁机构行政化的内衷，此种内衷既有仲裁机构不得已的"苦衷"，更有仲裁机构乐不思蜀的"乐衷"。不深入检讨仲裁机构性质定位的苦乐之道，便是导致仲裁机构在民间性与行政化之间反反复复的症结。

简单地说，仲裁机构行政化的苦衷在于两点：第一点宏观缘由是它所寄生的土壤并非纯然市民社会的"一方净土"，相反，中国的社会处境乃是源远流长的行政主导。第二点则是由于一种不得不如此的历史机缘，首先是因为新中国成立之后建设起来的仲裁体制是从前苏联借鉴移植进来、契合当时时代背景的行政仲裁机制，〔9〕这为仲裁机构的行政定位奠定了基调；其次则是因

〔6〕 如有学者便断言，初显于19世纪末并在20世纪中叶炽盛的"国家主义"，在现实中表征为国家以不同的形式，从不同的向度对市民社会的渗透或侵吞。参见邓正来：《市民社会与国家——学理上的分野与两种架构》，《中国社会科学季刊》1993年第3期。在其另外一篇文章中，该作者继续指出：面对"国家主义"日渐"猖獗"的态势，"市民社会理念"开始在全球范围内复兴，"人们开始诉诸市民社会理念，试图对国家与社会间极度的紧张做出检讨、批判和调整。"详见邓正来：《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》，载邓正来、J·C·亚历山大编：《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》，中央编译出版社2002年版，第3页。

〔7〕 国务院新闻办公室：《中国的民族政策与各民族共同繁荣发展》白皮书，2009年9月27日发布，http://www.cnr.cn/gundong/200909/t20090927_505490075.html，2009年10月6日访问。

〔8〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔9〕 参见周江：《也谈仲裁机构的民间性》，《北京仲裁》2009年第62辑。

为1995年仲裁法在脱行政化的“手法”上“不干净”，导致仲裁机构的行政化“祸根深种”。[10]也就是说，适时推进的仲裁改革乃是行政主导下的改革，即由地方政府组建和登记仲裁机构。由地方政府、更准确地说是设区的市来组建和登记仲裁机构在两个方面为仲裁机构之诞生打下了行政属性的“胎记”：其一，使仲裁机构的活动范围在现实层面上与行政区划相勾连，尽管仲裁法明确规定各仲裁机构在全国统一的市场范围内平等竞争；其二，行政机构按照自己的模样生造了仲裁机构。国务院办公室曾就地方政府如何建构仲裁机构下发了一个专门的文件，要求各有关人民政府“参照”事业单位的规定，解决仲裁机构的人员编制、经费和用房等问题。“由于在实际工作中‘参照’的尺度确实拿捏不易，更不好统一掌握，又是在特定的历史条件下，这就在全国范围内逐渐形成了对仲裁机构‘按照’而非‘参照’事业单位的规定进行管理而非办理的情况。这种情况的出现，是当年研究对仲裁工作给予支持时所始料未及的。”[11]

如果说“生不逢时”是仲裁机构不得不行政化的时代处境、时代局限性，那么继续沉迷于行政监护的仲裁机构在现时代仍然“执迷不悟”，就不再是苦衷的问题了，而是因为躺在行政母体的“襁褓”之中会给仲裁机构带来独立之后无法享有的“好处”。具体而言，行政监护能够产生如下利益增量：

第一，借力行政体制的制度优势，提升仲裁机构的工作效率。必须指出，行政系统的高效性是极度满足仲裁效率价值的，这是立法系统与司法系统无法堪比之处。甚至美国晚近的司法改革也强力为司法系统注入行政性的运作逻辑，以期提升美国司法审判的效率，应付诉讼洪水或诉讼爆炸的难题。[12]行政系统能凭借强有力的整合力量实现各种资源的优化配置，藉以最有效和最有针对性地解决问题。[13]而在仲裁的若干价值体系之中，仲裁效率价值乃是其“本位”，“仲裁的价值目标必须与市场经济的要求保持一致，为市场主体解决争议提供高效率服务；同时，在众多的纠纷救济手段中，仲裁制度要以比较优势比肩国家正统诉讼，只能以比诉讼更低的成本在社会冲突救助机制中获取一席之地，维系其生存和发展，由此决定了在仲裁的价值取向上必须定位为效率本位”。[14]这使仲裁机构在行政系统的肌体之上寻找到了行政化的最佳对接口，并在适时的时代背景下能够有效地提高仲裁工作的效率。

第二，借光行政机构的权威性，提升仲裁裁决的威权与执行力。行政机关不仅有相对于社会机构的主导地位，而且还具有相对于司法系统的主导地位，这不仅是通过制度框架的形式表现出来，更是通过财政制度安排体现出来的。[15]在仲裁文化尚欠发达的情况下，仲裁机构如果强走

---

〔10〕 1995年仲裁法为避免从行政仲裁向民间仲裁的硬性转轨产生衔接不适的消极影响，采取了行政主导性的改革措施。行政主导的做法一方面有可能有意或无意地融入了行政色彩的考虑，另一方面也难脱行政风范的改革思路。按照卢云华司长的说法，“仲裁法设置了由地方政府组建和登记仲裁机构的制度，这是必要的，也是当时唯一正确的选择”。前引〔1〕，卢云华文。

〔11〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔12〕 例如美国司法会议下设一个名为“法院行政与案件管理委员会”的分支，该委员会周期性地出台《民事诉讼管理手册》，其目的旨在通过强化法院地行政管理和法官的案件管理措施来强力推进司法效率，以帮助联邦法官们获得“在每一诉讼中公平、快速和低廉的裁判”。See The Judicial Conference of the United States of Committee on Court Administration and Case Management, *Civil Litigation Management Manual*, 2001, p. 1.

〔13〕 Sue K. Dosal, Mary C. McQueen and Russell R. Wheeler, “*Administration of Justice Is Archaic*”—*The Rise of Modern Court Administration: Assessing Roscoe Pound's Court Administration Prescriptions*, 82 Indiana Law Journal 1293 (2007).

〔14〕 汪祖兴：《效率本位与本位回归——论我国仲裁法的效率之维》，《中国法学》2005年第4期。事实上，1997年日本京都大学法学部的一次舆论调查就支持了这一论调。详见宋连斌：《国际商事仲裁管辖权研究》，法律出版社2000年版，第31页。

〔15〕 事实上，各级地方法院的法官（尤其是从薪水领取角度来看）隐约地受制于财政系统，而财政系统则内属于行政系统的组成部分。这也是当代中国要求司法改革的一个重要方面。

民间化的路线很可能会在司法监督方面遭受过于严苛的不公正待遇。而寄生在行政机关的佑护之下，能在一定程度上使仲裁裁决具有行政裁决的力量，从而利用行政系统相对于司法系统的抗衡力量来变相提升仲裁裁决的威权与执行力。

第三，借助行政编制的平台，保有各种行政福利，这是具有中国特色的仲裁外利益诱惑。由于享有行政编制即可以在社会地位、财政乃至养老方面享有行政福利，〔16〕这形成了仲裁的民间化改革始终无法跨越的旧有利益格局。有观点指出："仲裁机构体制改革涉及仲裁机构内部上下之间，仲裁机构之间，仲裁机构与行政部门之间，仲裁机构与仲裁员以及与未来的仲裁协会之间的关系和利益。"〔17〕因此，仲裁机构的行政化和民间化的两种倾向都将形成不同的利益分配状态，在现有的行政格局之下要推行民间化改革无异于一场利益"革命"。既得利益者当然会竭力维持或者深化现状，而那些未得利益者竟也想方设法挤进行政系统的行列，以期获得仲裁体制外的"不当得利"。

因此，在理解历史地形成的仲裁机构行政化的反常现象时，要注意分析行政化背后的优劣利弊，而不只是关注其中的弊端，以西非中，以今非古。〔18〕只有同情地理解仲裁机构行政化的时代背景，深入体会仲裁的时代处境，才能明白其背后的社会思潮与运动，针对仲裁机构的异化作出理性的反思与调整。

二、遭遇：仲裁机构的行政异化

中国仲裁机构生于斯、长于斯的文化语境具有绵实的行政底蕴，这使仲裁机构在设立与运作等方面有偏离其逻辑本性的变异，体现出中国特色。必须指出的是，中国特色并不是一种无原则的妥协，相反，它乃是一种本土化的要求，是纯粹理性与实践磨合的产物，蕴含的是一种更高程度的智慧即实践理性。但仲裁机构行政化的氛围已经时过境迁，特别是在中国融入世界的进程中，行政化的仲裁机构开始遭遇种种危机。

（一）仲裁机构的逻辑本性

仲裁机构的逻辑本性决定性地取决于仲裁的性质。尽管关于仲裁性质的论定仍然存在多种学说，〔19〕但是将仲裁定位为民间性的私力救济已是大势所趋。可从如下两个根本方面见证仲裁性质的民间本性。

第一，从功能定位的角度看，仲裁属于民间性救济机制。按照多元化解纷机制的布局来分析，无外乎两种类型的性质，即公权救济与私力救济。两种救济机制各有其不可替代的功能优势。仲裁救济机制的功能定位在于为当事人提供一种自主、自决和高效的选择路径，它的功能支撑是当事人的自决，它的功能目标则在于解纷的高效。因此，对于需要高效地裁决纠纷而对所谓

〔16〕 谙熟我国运行体制者指出："在那个历史时期，许多事业单位及其工作人员特别是领导人员是列入国家行政编制的，是有行政级别的，或者享有与行政级别相应的待遇，这对退休后的养老保障等事宜也是有影响的。"参见前引〔1〕，卢云华文。

〔17〕 参见王红松：《关于〈关于社会仲裁机构体制改革试点方案（讨论稿）〉的说明》，刊发于"仲裁机构民间组织建设座谈会"内部资料，2007年7月。

〔18〕 邓曦泽：《自我观之与自他观之——"中国哲学"言说方式之反思》，《文史哲》2005年增刊。

〔19〕 See W. Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., Oceana Publications, INC. / Dobbs Ferry, N. Y., 2000, p. 37.

的公正但可能付出高昂成本的解纷机制并不敏感的当事人来说，[20] 仲裁的功能优势是公权救济无法企及的。公权救济无论如何进行改革，无论如何强调和突出当事人的自主、自决和自治，它都必须有一个关于公共秩序对于基本公平正义的底线考虑，而这个底线考虑在仲裁体制下可以仅仅满足于当事人的需要即可。也就是说，公权救济的公平底线是社会的平均线，而仲裁的公平底线只是当事人之间的平均线。只要这点功能优势无法为公权救济机制所兼容，那么以此为功能定位的仲裁机制便必然是游离于其外的私力救济。

第二，从权力生成的角度看，仲裁属于民间性救济机制。公权救济的权力起点在于公民的“公意”，因此可谓是最广义的公民意思自治，卢梭称之为社会契约。但仲裁救济机制的权力生成基础则端赖于纠纷当事人之间的“共意”，是纠纷当事人之间的小社会契约论。公意毕竟不等于共意，公意是天下大事，而共意则只是民间小事。诸如行政裁决与司法判决的力量渊源都在于公意，而仲裁当事人的共意与之截然有别。

（二）逻辑本性的行政异化

基于时势所限，我国仲裁机构的民间本性不可避免地发生了行政异化，这在当时被认为是“唯一正确的选择”。[21] 由此便形成如下格局：“很多地方规定由政府法制部门‘归口管理’仲裁机构，给政府法制部门配置了包括仲裁机构的人员调配权、中层干部任免权、财务收支决定权、首席仲裁员的实际确定权等等权力在内的全方位管理权，把‘没有隶属关系’的法律规定改成了‘有隶属关系’的现状”。[22] 简言之，仲裁机构建立方式的行政推进理路为行政意志和色彩的渗入提供了便利。扼要言之，仲裁机构行政异化之所以可能，主要在于其人事、财权与运作逻辑三大“命门”为行政机构所控制。

第一，人事任免方面，仲裁机构大部分人员属于行政人员或具有行政编制。据实证调查数据显示：目前“党政机关领导”在占50％以上的仲裁机构有相当数量。有的仲裁委员会主任由地方行政领导兼任，“政府办公会议”成员多是仲裁委员会委员，使仲裁机构事实上成了“二政府”。[23] 不仅如此，在由一家仲裁机构联合一科研课题组对仲裁机构进行的专业问卷调查中，[24] 调查结论表明，即便是专业性的仲裁机构对自身的定位，在观念上也压倒性地倾向于“行政性事业单位”。[25]

行政人员大量涌入并主导仲裁机构归根结底还是在于历史的需要。根据1995年仲裁法第10

〔20〕 有学者便指出：“无论审判能够怎样完美地实现正义，如果付出的代价过于昂贵，则人民往往只能放弃通过审判来实现正义的希望。或许也能说正义的实现是国家或社会的使命，所以无论如何花钱也必须在所不惜，但是作为实际问题，实在是花费高昂的审判，与其他有紧迫性和优先性的任务相比较，结果仍然是不能容许的。”［日］棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第266页。

〔21〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔22〕 罗应龙：《仲裁机构与行政机关的关系》，引自中国仲裁网 http://www.china－arbitration.com/readArticle.do? id＝ff80818111e41e450111ea2ba24e001a，2009年9月30日访问。

〔23〕 参见王红松：《仲裁行政化的危害及应对之策》，引自中国仲裁网 http://www.china－arbitration.com/readArticle.do? id＝ff8081811209effd01120a3c4c5d0002，2009年9月30日访问。

〔24〕 该问卷调查是由北京仲裁委员会与教育部“多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建”课题组、清华大学“司法制度完善和多元化纠纷解决体系”课题组合作完成的。对此问卷调查的优劣得失，范愉教授首先肯定其必要性，但提出了两点意见：一是该统计调查反映的是仲裁机构内部的判断，是内部视角，不代表社会判断；二是仲裁机构的民间化不等同于市场化。详见《仲裁机构民间组织建设座谈会会议综述》，刊发于“仲裁机构民间组织建设座谈会”文件，2007年7月。

〔25〕 根据问卷调查的结果显示，在被调查机构中，有2.5％明确选择“行政机关”，5％选择了“其他”，48.8％选择“行政性或行政支持类事业单位”，30％选择“公益性或社会公益类事业单位”，13.8％选择“经营性或经营开发服务类事业单位”。换言之，92.6％的被调查机构目前被定为“事业单位”，这个比例“反映了仲裁机构的现实情况”。参见前引〔17〕，王红松文。

条之规定，仲裁机构的设立由相关政府组织有关部门和商会统一组建。国务院随后颁发了《国务院办公厅关于印发〈重新组建仲裁机构方案〉、〈仲裁委员会登记暂行办法〉、〈仲裁委员会仲裁收费办法〉的通知》（国办发［1995］44号），其主旨内容是要求“第一届仲裁委员会的组成人员，由政府法制、经贸、体改、司法、工商、科技、建设等部门和贸促会、工商联等组织协商推荐，由市人民政府聘任”。此后，有关部门又发文表示可以在仲裁机构中增加市台湾事务办公室与建设行政主管部门的领导。〔26〕因此，人事方面的行政化在于行政主导性的仲裁机构建设方略，而之所以会有此种建设方略乃是基于历史的需要。适时的历史需要行政机关对仲裁机构“扶一程”，但或许行政机关过于热情，又或者仲裁机构自身还缺乏坚强成熟起来的主客观条件，以至于行政机关在“扶一程”之后不得不继续“送一程”，送至今日竟然有欲罢不能的状态。

第二，财权资助方面，仲裁机构的收支被纳入行政收费系列。没有独立的经济自主权就不可能有独立的人格和操守。从本质上讲，仲裁机构并不是以营利为目的的实体，其所收费用主要用于对仲裁员开庭审理劳动的补偿和维持仲裁机构对案件裁决提供帮助所必要的运转。由于仲裁案件增加，不可避免会产生一些剩余，此种收费及其剩余也被财政部等国家部委机构定性为行政性收费，〔27〕并被纳入国家财政收支体制之中，进行行政性预算的统筹安排。尽管财政部在2007年10月回应一政协委员的质询函中认识到了这一错误，〔28〕但实践的惯性运作依然是难脱行政性收费的色彩。经济命脉的控制使仲裁机构始终如同得了“软骨病”的行政“奴仆”，缺乏应有的坚强自决的“骨气”。

当然必须考虑到问题的反面，尤其是要注意其中的利益导向因素。例如，有人敏锐地指出，现在对仲裁机构民间化提出要求的主要是经济发达地区的仲裁机构。〔29〕这在很大程度上是因为这些仲裁机构的收入不仅能够实现“自收自支”，而且还能获取更大的剩余积累，如果还是在行政预算的范围之内，这意味着它们的劳动报酬会被行政“没收”。而之所以在经济总体欠发达的过去不曾有今天如此强烈的民间化呼声，不是因为国人不明白仲裁法规定的精神和仲裁的本性，毋宁说其是谙熟一套潜规则的结果使然，即在经济欠发达的时候如果独立出去，就会失去国家财政支持，这无异于自找死路。正因为某些仲裁机构开始“富裕”起来并强烈要求自身在人事和财权方面脱离曾经的保护伞，也引起了行政系统某些人士的不满。“有人认为，仲裁机构成立时政府曾给予财政及各方面大力支持，现在机构‘翅膀硬了’，强调其民间性质就是想搞私有化，是‘过河拆桥’、‘忘恩负义’行为。”〔30〕更有甚者，此种利益最大化的思维导向还反映在仲裁机构

〔26〕 国务院台湾事务办公室、国务院法制办公室联合下发的《〈关于聘请台湾地区专业人士担任仲裁员试点工作的意见〉的通知》（国台发［1998］9号）规定，“试点仲裁委员会所在地的省或者市人民政府台湾事务办公室主管经贸工作的副主任根据对台工作的需要，经市人民政府聘任，可以参加仲裁委员会。”建设部与国务院法制办公室联合下发的《关于在全国建设系统进一步推行仲裁法律制度的意见》（建法［2001］91号）规定：“要在建设行政主管部门、建设类行业协会和建设企业负责人中选聘一批专家担任仲裁委员会委员或者专家委员会委员。”

〔27〕 财政部等四个部委曾经在2003年联合发文将仲裁费定性为“代行政府职能、强制实施、具有垄断性质”的“行政事业性收费”。参见财政部、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》（财综［2003］29号）。

〔28〕 在2007年3月“两会”期间，有政协委员提交了《关于纠正将“仲裁收费”作为“行政事业性收费”错误》的议案。财政部在2007年10月27日回文：“委员们反映的问题和情况非常重要，已经引起了我部及相关部门的高度重视。……由于历史原因，我国仲裁体制改革尚未完全到位，相当一部分仲裁机构仍然作为事业单位管理，不仅影响了仲裁机构独立开展仲裁工作，而且不利于与国际惯例接轨。……为推动我国仲裁管理体制改革，切实解决目前仲裁管理工作中存在的突出问题，我部将积极配合有关部门，在深入调查的基础上，按照国际惯例和我国入世谈判的承诺，对现行仲裁机构的设置以及财务管理体制等问题进行认真研究，充分考虑委员们提出的意见和建议。”

〔29〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔30〕 王红松：《坚持仲裁民间性 深化仲裁体制改革——论仲裁法修改应重视的问题》，引自中国仲裁网 http://www.china-arbitration.com/readArticle.do? id=ff808181107945f20110f8545dce011a，2009年9月30日访问。

要求在自立之后仍然享受或者保持原来较高的行政优惠。据调查问卷反馈信息显示：仲裁机构在回答“贵委希望改革中实行的财务体制”这一问题时，有60.3%的机构选择了“自主管理，不实行收支两条线制度”；而同时在回答“仲裁机构实现自收自支后，贵委认为应享受哪些优惠待遇”时，有73%的机构选择了“免税或减税”。[31] 这在很大程度上反映了仲裁机构对自身定位的不切实际，用相关人士的精辟见解来说，“在考虑仲裁机构建设问题时，不要期望仲裁机构能够把各类社会组织的优势集于一身，如社会地位要像国家机关，权威要像司法机关，自主度要像企业，自由度要像中介组织，政治地位属于上层建筑，经济利益属于经济基础等等”。[32] 一言以蔽之，只要权力，不要责任；只要利益，不要负担。主张财政“断脐”并不难，难就难在“断脐”的火候拿捏。

第三，仲裁的运作逻辑方面，有行政垄断与区划分割之嫌疑。从本性上讲，仲裁机构一经地方政府成立，其服务市场便不应存在条块分割或者行政垄断，只要是符合仲裁法规定的可仲裁范围的案件，都可受理。但是我国立法和实践至少存在两个方面的逆动，有违背仲裁自身规律的征兆。

首先是1995年仲裁法的市场分割。仲裁法设立了两大系列的仲裁机构，一是涉外仲裁机构，即中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会，二是国内仲裁机构。并规定，涉外案件都属于涉外仲裁机构专属管辖范围，而国内仲裁机构只能受理国内案件。这就导致国际市场与国内市场的割裂。虽然符合实在法，但是却违背仲裁自身的“自然法”，是反仲裁本性的做法。虽然有关部门颁发文件打通了国际市场与国内市场的分割，允许所有仲裁机构平权受理案件，但这又从一个极端走向了另一个极端，即虽然尊重了仲裁的“自然法”，但由于1995年仲裁法并未修订，因此又产生了以“自然法”干犯“实在法”的嫌疑。

其次是各地方政府在实践中的市场分割。据反映，有的地方政府甚至“以市政府名义或者由市政府某个部门牵头、若干有关部门联合发文，用‘红头文件’作出明确规定，要求与自己有隶属关系或者管辖关系的民商事当事人要首选‘仲裁’解决纠纷，要使用具有‘在某地申请仲裁’甚至‘申请某某仲裁机构仲裁’条款的格式合同。其实质，是用行政手段来保证仲裁案源”。[33] 这不足为怪，其病症关节在于仲裁机构的设立区域问题。按照1995年仲裁法的规定，仲裁机构可以依照行政区划设立。[34] 这导致各地方政府纷纷按照自己的行政辖区进行牵头设立仲裁机构的工作，迄今仲裁机构的数量已达一百八十多家。市场容量是一定的，仲裁机构如此之多，导致各仲裁机构之间的竞争堪称惨烈。各行政机关也由于利益考虑或者其他方面的因素而纷纷插手干预案件的管辖，由此形成地方政府或明或暗、或直接或间接的垄断指定管辖的现象。当然，有了地方政府的支持和指定，其必然结果便是在地方法院对仲裁裁决的监督与支持方面、在仲裁裁决的认可与执行方面具有了更有利的保障，这也是民间个体选择仲裁机构时“花落谁家”的必然参考因素。

由此看来，不仅仲裁机构的人事、财权被行政机关所控制，而且在管辖权、裁决及其监督和执行等等运作过程中也无不能明显感受到行政力量的左右，仲裁裁决沦为行政裁决。这也难怪政府的监护心理，“在许多时候，国家干预往往都伴随着某种支持和保障，甚至是因为支持而产生

〔31〕 参见前引〔17〕，王红松文。

〔32〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔33〕 前引〔22〕，罗应龙文。

〔34〕 仲裁法第10条第1款规定：“仲裁委员会在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立。”

的。例如对仲裁机构，如果不是给予了财力、物力和人力的支持，就不会有财务、资产和编制及有关福利待遇方面的管理和监督”。[35] 换言之，仲裁机构在行政异化过程中“痛并快乐着”，如果不是仲裁机构贪恋行政干预的快乐，就不会有行政干预的痛苦。

（三）行政异化的仲裁危机

如果仲裁的行政异化能够为仲裁自身带来足够好的支持，甚至能够衍生出远比仲裁自身更好的一种新型解纷机制，那么行政干预下的仲裁就是一种好的制度创新，而仲裁自身也就没有了存在的必要性。然而，事实证明，行政异化后的仲裁机制不但没有整合仲裁与行政的优势，反倒是集中了两者的劣势。况且在市场全球化过程中，还原仲裁的民间本性已经是国家必须承担的全球性义务。由此形成对行政异化的仲裁机构进行溯本还原、拨乱反正的需要，以消解仲裁的三大危机。

第一，异化当事人的自决意志，丧失民间仲裁的合理性。纠纷的解决按照在其中起主导力量的性质进行分类实可划分为三大类属：一是当事人完全自主的解决，如对话、磋商以及有第三者介入的民间调解等，无论何种形式，纠纷解决的方案决定性地操控在当事人手中。二是他者主导的解决，如远古的神明裁判、近世的行政裁断、司法判决等。尽管在当代各国的司法改革和行政改革进程中，逐步融入当事人的意志已经是主流的导向，但是裁决仍然主要地滞留在他者而非当事人的手中。三是当事人自主与他者的裁断相结合的间性状态，典型者即如仲裁机制。仲裁机制以自治为“神”，[36] 同时为避免完全由当事人自主可能产生的“不集中”，辅以他者的裁断参与。在整体精神气质上，仲裁机制无疑是私人间、民间化的，这使整个仲裁的运作都建基于当事人的自由处分之上，以追求当事人所合意的各种不同的仲裁价值，[37] 避免行政裁决的单调性。如果以行政化的作用机理改造仲裁机制，无异于将仲裁转变为一种变相的行政裁决，既导致行政解纷机制的制度重叠，又完全泯灭了当事人的自决空间。

第二，异化行政职权的公益性，有伤行政威权。应该辩证地看到仲裁机构行政化之后对行政机关的反向消极冲击。一方面，行政机关作为国家权力机关的执行机关具有很高的威权与地位，是代表人民意志并践行人民意志的机构。倘若行政机关介入仲裁，干预仲裁的运作，在地位上有自贬身份、不务正业的嫌疑。另一方面，行政裁决的价值定位与仲裁的价值定位并不总相协调，在大多数情况下，二者往往是相背的。在仲裁中，当事人可能注重仲裁员的专业素质，也可能考虑仲裁员的权威与公正，这些都可以在仲裁制度中得到兼容，端赖于当事人的喜好。但是在行政裁决之中，它始终必须考虑到裁决本身具有的公益属性，其可能对社会舆论、公共秩序产生的导向作用，因此，公平与正义的考虑要远胜于效率和妥协的需要。也就是说，仲裁机制的民间性能满足当事人的不同价值偏好与弹性滑动的需要，而行政裁决本身的价值定位是较为固定和单一的。将仲裁作为行政裁决予以处理，很可能导致当事人对仲裁裁决不服，并频繁产生司法方面的救济努力，间接导致行政与司法之间的对抗。

第三，违背WTO之规定，不符合中国承担的条约义务。世界经济一体化的发展与国际市场的形成，使得中国与外国之间不再是“炊烟相望，老死不相往来”的局面。中国仲裁不仅仅面向中国，而且也必须面向国际。同样地，外国仲裁也不仅仅固守外国，也更要求开拓中国市场。国际仲裁机制的民间本性要求消化掉中国仲裁历史地形成的行政属性，要求中国仲裁通过放弃自身

〔35〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔36〕 前引〔3〕，张春良文。

〔37〕 关于仲裁价值的多维取向及其辩证关系的论述，参见张春良：《论国际商事仲裁的价值》，《河北法学》2006年第6期。

的“民族性”而体现出一种“融通性”的开放胸襟。[38] 根据 WTO 基本框架，仲裁被明确地纳入《服务贸易总协定》的调整范畴，作为一种“中介服务”类项目，其收费具有中介服务费的性质。相应地，我国在 2001 年 10 月 1 日入世谈判中，承诺“仲裁、检验、鉴定、公证等中介服务的收费，将按照国家计委等六部门 1999 年颁布的《中介服务收费管理办法》进行”，并被载入《WTO－中国加入工作组报告书》之中。为此，中国作为负责任的大国，就必须遵守“有约必守”的原则，恪守自身承担的义务，还中国仲裁以民间属性的真面目。

由此看来，仲裁机构的行政化已经展现出内忧外患的三重危机。内忧有二，仲裁机构行政化一方面丧失了仲裁自身的合理性，另一方面贻害了行政机关的威权性；外患则是国际义务的承担。危机本身应当得到尊重，因为危机不仅仅消极地是“病变”的征兆，更应该积极地被视为是自我保护、自我调整的“曙光”。

三、变通：仲裁机构民间化的改革要略

为化解仲裁危机，必须在顾及中国仲裁特色的历史基础之上建设出一种从行政依附状态中突围的变通之道。简单地大刀阔斧地切断仲裁与行政之间的人事、财权等方面的关联，固然是一劳永逸的做法，但中国国情的转轨需要一个消化的时期。也就是说，中国仲裁机构的行政化既然是历史地形成，也就应当历史地去除。窃以为，仲裁机构民间化的改革要略可从如下四个方面着手：

（一）转变制衡结构：从“行政－仲裁”之监护关系转变为“司法－仲裁”之监督关系

在宏观尺度上，不应继续维持当下行政与仲裁之间的行政监护关系。行政监护固然能够为仲裁机构的运作和社会地位带来某些好处，尤其能够提升仲裁裁决在中国的礼遇，但是，这些好处和礼遇既然依赖于行政机关，也就必然地会受制于行政机关。在根本意义上讲，仲裁机构必须尽快成长起来，不要再看行政机关的“脸色”行事。只有依靠仲裁机构自身的独立骨气、公平高效的裁决服务，才能真正改善仲裁裁决的社会地位以及与之相关的认可和执行程度。

行政机关也必须放权，不能让仲裁机构永远沉溺在监护人的“慈爱”之中，使它成为行政机关永远长不大的“孩子”。当然，行政机关没有必要担心仲裁机构在离开行政佑护之后自身的生命力和自律理性能力。在中国仲裁环境日渐改善、仲裁文化氛围日益浓烈的当代，[39] 国人的仲裁意识已经逐渐成熟健全，仲裁机制的生命力绝对不在于行政机关的监护，而恰恰在于社会理性主体的培养和国家仲裁法制、文化的支撑。[40] 相应地，只要建立起仲裁与司法之间的监督制衡关系，仲裁机构就必然地会趋向于自律与理性。

应当转变仲裁的管理模式，而不应该由行政机关从仲裁机构的设立、管辖、运作、裁决与其执行等方面事无巨细进行“手把手”的帮扶，为此而将仲裁机构纳入行政系统的范围之内。相反，它要求完全放开仲裁机构的运作及其管理，由其完全自主，只需要由司法机关根据法定尺度对仲裁进行监督即可。当然，司法监督仲裁也是敏感的问题。由于法定尺度的弹性，司法解释的张弛度必然存在，可能使仲裁机构从行政依附一下子转变到司法依附，从一个“火坑”跳入另一个“火坑”，遭遇都是一样的，不同的只是谁在操控。因此，仲裁机构的管理模式不仅要抵御行政监护的强势干预，更要防止司法过度监督的阴柔力量。总的来说，在仲裁机构的监督方面，

〔38〕 刘想树：《国际私法民族性与融通性论纲》，《云南大学学报》2000 年第 3 期。

〔39〕 潘俊星等：《仲裁文化概论》，西安出版社 2003 年版，第 67 页。

〔40〕 William F. Fox, Jr., *International Commercial Agreements*, Kluwer Law International, 1992, p. 243.

“没有监督管理肯定是不行的，但是过多的监督管理也是不必要的；能够通过机构、行业内部监督管理解决的，就不要用外部监督管理的方式和手段，能够靠软监督就可以解决的，就不要用硬监督。总之，不要监督管理是不行的，太多太滥也是影响活力的。不仅对仲裁机构，就是对任何社会组织都是一样的”。[41]

（二）重建保佐体制：从行政监护到行业监护

中国仲裁机构业已一百八十多家，不可不谓“人丁兴旺”，但称得上行业中的翘楚、够得上业绩卓越者却颇为难寻，即便个中一二业绩显著，也难脱背后行政监护的功绩。群龙无首，容易滋生不正当竞争，因此需要规范和监管，这也是行政机关不愿放权的积极层面。但是事实也证明，行政机关进行监护本身也是政出多门，因地域不同而各异，并且正因为仲裁机构按行政区划设置，反而恶化了仲裁机构之间的竞争。这从正反两方面说明：第一，必须要有规范或者监管；第二，必须要有全国统一性的规范机构。这样的机构既不适合由行政机关来担任，也不适合由司法机关来胜任，因此必须要有一个行业自律组织来承担自治、自理和自律的责任，这就是人们期待的仲裁协会。

仲裁协会是仲裁机构的共同家园，家园中的每一个成员都是平权的主体，仲裁协会作为服务性、指导性机构从本性上言也不应当建设成为一个强势、强权和实体化的机构。但是从中国现有国情来看，由于源远流长的行政监护传统，人事财权等等方面与行政机关的种种牵连不断，因而在推进仲裁机构民间化的过程中不宜采取暴风骤雨式的“阵痛式”革命，而应当给仲裁机构和行政系统一些缓冲，在行政化与民间化之间建立一个中介性的过渡状态，给予仲裁机构自身自我启蒙和独立发展的必要回旋时间。由此看来，笔者赞赏一种中庸之道，即尽速建立中国仲裁协会，并赋予中国仲裁协会以一定程度的行政力量，统一管理中国仲裁机构，使仲裁机构从传统的行政监护平稳地过渡到行业监护，并逐步培养自主理性。待到时机成熟之际，放开行业监护，仲裁协会从半实体状态完全转变为服务性、联系性机构，而仲裁机构则独立成长为法律主体。

需要注意的是，笔者提倡的半实体性的仲裁协会并非大权独揽、宰制一切的独裁机构。这种大一统的仲裁协会显然是违背仲裁本性的，是对仲裁法的逆动，也是众多仲裁机构所致力抵抗的。[42] 而且，大一统的仲裁协会还会给行政机关或者司法机关重新控制仲裁系统提供极佳的机会，降低其操控难度，因为只要控制了仲裁协会，便足以“挟天子以令诸侯”。笔者提倡的半实体仲裁协会不在于对仲裁机构面面俱到地提供决定和命令，而是在传统仲裁协会的功能的基础之上提供加强力度的管理，如制定并出台仲裁员行为守则等规范。[43]

此种方案具有可行性，其原因在于：第一，中国仲裁机构的确还不具备健全成熟的独立能力，更别奢谈与外国仲裁机构同台竞技，“与狼共舞”。第二，从行政强力监护到完全不管的过程中，容易导致过快过激的狂躁弊端，引发一系列的问题，需要一个缓冲阶段。第三，中国仲裁协会是最适合的监护机构，一方面它是民间性的组织，而且是仲裁机构的自律性组织，另一方面，

〔41〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔42〕 据调查问卷显示：在回答“贵委认为仲裁协会应为会员提供哪些服务”的选项中，选择“宣传推广仲裁法”的占98.7%；选择“与国务院有关部门协调”的占92.4%；选择“与法院协调”的占94.9%；选择“反映仲裁界的要求”的占88.6%；选择“仲裁员、机构工作人员培训”的占83.5%；选择“为仲裁机构争取财政支持”的占74.7%。这反映了仲裁机构对协会提供上述服务工作的高度期待。另一方面，在“贵委认为仲裁协会应有哪些监督职能”选项中，选择“对仲裁委员会成员的任命进行审批”的占19.2%；选择“对仲裁员聘用进行审批”的占9%；选择“对外事活动进行审批”的占20.5%；选择“对仲裁员报酬标准进行审批”的占14.1%；选择“对仲裁机构财务收支管理进行审批”的占7.7%；选择“对仲裁机构工作人员分配方案进行审批”的占7.7%。详见前引〔17〕，王红松文。

〔43〕 如美国仲裁协会AAA便是如此。

仲裁协会本身具有的监管职能与传统的行政监护内容之间具有较强的衔接性，可实现仲裁机构从行政监护到行业监护的稳定接管。第四，强化仲裁协会的行政管理职能，促进仲裁机构之间的合作与自律，也是全球范围内仲裁界的一大发展趋势。[44] 因此，从上述几个方面来看，建立一个半实体性的仲裁协会，是适合中国国情特色且有效兼容国际义务和国际实践的变通之道。

（三）实现行政内化：仲裁机构内部的行政管理

实现仲裁机构与行政机关之间的脱钩、放权并不意味着仲裁机构不需要监管，也不意味着只需要仲裁协会的外部监管，一个更需要强调的方面乃是实现行政的内化，即强化仲裁机构内部自身的行政管理。

仲裁机构与仲裁庭之间本来只是服务与被服务、协调与被协调之间的关系，为保证仲裁庭的独立裁决，仲裁机构不应对其实施行政管理的职权。这是仲裁通理。但是，除了将仲裁裁决的实质性决定权保留给仲裁庭之外，允许仲裁机构对仲裁庭的裁决进行管理却成为目前一些在世界范围内享有盛誉的仲裁机构的先进经验，国际商会仲裁院即是如此。[45] 国际商会仲裁院现行仲裁规则第 27 条规定："仲裁庭应在签署裁决书之前，将其草案提交仲裁院。仲裁院可以对裁决书的形式进行修改，并且在不影响仲裁庭自主决定权的前提下，提醒仲裁庭注意实体问题。在裁决书形式经仲裁院批准之前，仲裁庭不得作出裁决。"这一体制希望确保带有国际商会标记的裁决具有国际流通性，并有资格在尽可能多的国家获得执行。由于国际商会仲裁程序原则上可能在任何国家进行，而作出裁决的仲裁员的国籍和背景又是多种多样的，所以存在一个在裁决的认可和执行方面拥有丰富实践经验的中枢权威机构帮助仲裁员作出可靠的裁决，就具有非常重要的意义。谨慎分析国际商会仲裁规则第 27 条的遣字用句，会得到有益的结论。总的说来，国际商会仲裁院内部监督职能包括两个方面：一是建议职能，二是核阅职能，尤以后者为重。而从管理的内容来看，只要保证一个前提，即不损害仲裁庭的独立判断，国际商会仲裁院对仲裁裁决的监督范围几乎是全面的，从形式到内容，从实体到程序。归纳起来，国际商会仲裁院除了对仲裁裁决的形式进行修改、对仲裁裁决的实体内容进行评论以外，还包括审核可能的程序过失。

事实上，不独仲裁机构内部在强化行政管理，即便在法院内部于晚近时期也泛起了世界范围内的"司法行政与案件管理"（Judicial Administration and Case Management）思潮。[46] 其要旨是借助行政的向心力量强化管理、推进效率。也就是说，行政性手段并不是行政机关的标记，非行政机关的司法机关、仲裁机构都可以享用之。行政理路是一种手段，并不意味着仲裁机构采取了行政管理的手段就演变成行政机关。因此，借鉴国际商会仲裁院等先进仲裁机构的做法，在仲裁机构内部强化管理，实现行政内化，既符合仲裁经验的发展趋势，也可承接仲裁机构的民间化，强化仲裁机构的管理与自律。

（四）稳步突围：仲裁机构民间化节奏的拿捏

稳定压倒一切。中国仲裁机构的民间化必须采取稳步推进的节奏，"历史形成的问题只能在历史发展过程中解决。仲裁工作体制完善是一个客观历史进程，绝不是一朝一夕就可以一蹴而就

〔44〕 Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Klawer Law International, 2004, p. 8.

〔45〕 国际商会仲裁院 ICC 无疑是当今世界上最杰出的仲裁机构，无论从仲裁员的阵容还是仲裁案件的数量与额度来看，都是任何国家或者地方仲裁机构所无法企及的。特别是，国际商会仲裁院由于其得天独厚的原因，能够兼容并蓄世界各大文化、各大法系、各大洋洲的优势，真正成为一个世界性的仲裁机构。参见前引〔19〕，W. Laurence Craig 等书，第 8 页。

〔46〕 前引〔13〕，Sue K. Dosal 等文，第 1293 页。

的”。[47] 中国除了少数几个仲裁机构具有立即与行政脱钩的条件以外，绝大多数仲裁机构与行政机关可谓是“骨肉相连”。不顾中国国情实际而断然推进仲裁机构的民间化，将会在全国范围内掀起一场改革的风暴，严重影响设立仲裁机构的政府的正常工作。必须考虑到仲裁机构民间化推进工作的长期性、复杂性和艰巨性。

扼要言之，如下因素的存在既是我国国情特色，又是中国仲裁机构改革必须面对的实际，这些国情特色和实际要求仲裁机构的民间化改革必须“恰如其分、恰到好处，拿捏好火候”。

其一，历史节奏的扭转。前文业已指出，中国的传统是行政主导或行政推进的政统，历史节奏的转换需要较长的时间方可完成。

其二，现实惯性的缓冲。仲裁机构的行政化操作已是全国范围内的主要运作模式。尽管仲裁法的规定和理论上的界定已经为仲裁及其机构的民间性作出了论定，但是实践自有其作用理路和模式，要扭转实践的行政习尚，显然是不可能凭借几分书生意气，发出几声呐喊就能变革得了的。它依赖于观念的先行，而观念的先行则决定于社会中仲裁文化氛围的铺垫。

其三，仲裁文化氛围的营造。“仲裁文化是以人类仲裁实践活动的总体精神和宏观模式为其主要研究对象的领域。仲裁文化虽不研究现实具体的仲裁问题，但却与仲裁活动息息相关，并试图为现实仲裁制度建设提供宏观性整体性的策略和方针，从而让仲裁制度建设自觉沿着人类仲裁实践活动的共同规律顺利发展。”[48] 文化是一种软实力，更是一种氛围，它的力量不在于通过命令或者其他强迫的方式要求相关人士如何行为，而是无声无息地潜入人的心灵与思维，潜移默化地改变着他们的行为模式。要真正扭转历史节奏、化解现实惯性的冲击，以硬制硬不是上策，通过仲裁文化的熏陶和浸润，无声地改写现实做法才是最有效的长效机制。

其四，社会理性基础的渐成。仲裁文化的培养和生长离不开理性基础。仲裁始终是以当事人自治为底蕴的机制，因此它必须先行要求存在理性的自治能力。国人最缺乏的就是理性的主体意识，简单地说就是自己抉择、自己行为、自担责任的能力。只要主体意识不能树立，就谈不上自治、自决，也就更谈不上意思自治和建立在意思自治基础之上的仲裁。所以，中国仲裁机构的民间化问题最终还是得落脚到理性公民的塑造和培养上。而行政机关之所以不愿放权、仲裁机构之所以不愿自立，很可能就在于对理性公民何以可能这一个问题的不同思考。只有真正的理性主体才能成就得了真正民间化的仲裁机构。但这是一个二难命题：一方面，真正的理性主体依靠启蒙；另一方面，启蒙人民的又是行政推进的力量，从而使启蒙很可能转变成为行政启蒙和行政性意识的启蒙。这个问题之所以会成为难题，是因为它只是纸上谈兵而忽视了实践的力量，“靠发展解决发展中的问题，是最靠得住的，也是最能经得起历史检验的”。[49] 更何况，世界经济、文化、仲裁机制的交融与碰撞最终会促成理性基础的健全。

四、结语：监护、监督与仲裁自立

在行政监护、行业监护、司法监督之间，我们业已反复斟酌了仲裁机构民间化的现实方略。事实上，不管是行政监护、司法监督抑或行业监护，其核心直指仲裁机构的民间化及民间化后的自立性，这些监护或监督的方式在功能目标上本来只是以不同的形式辅佐仲裁机构的民间化。遗憾的是，一方面由于这些监护或者监督机构很可能过于热心而成为主宰或者左右仲裁机构的异化

〔47〕 前引〔1〕，卢云华文。

〔48〕 前引〔39〕，潘俊星等书，第17页。

〔49〕 前引〔1〕，卢云华文。

力量，使后者成为无灵魂的傀儡，或者质变为行政性附属，或者异化为司法的皮影；另一方面则因为仲裁机构自身的寄生惰性、贪恋“便利”使其以自身的民间独立性作为了对价。因此，现在来检讨仲裁机构的行政化问题就不能单纯地指责行政机构对仲裁机构的干预和控制，而应更多地在仲裁机构自身寻找理由。无论如何，如同人的理性及其自治的最终决定性力量不在于他人的教导，而在于自我的养成，仲裁机构的民间化与独立性最终也只能依靠自己的成长与完善。

Abstract: The issue of non－governmentalization of arbitration institutes has reached a conclusion in legislation and theory. The reason why this issue is discussed again in the contemporary ethos is the tendency of administration in practice. The nature of arbitration institutes in China has to be affected by the “situation” of China. Arbitration institutes have faced the crisis of the administrative alienation because of the social tradition of administrative promotion, which is shown in several aspects. In the view of personnel appointment, most of persons in arbitration institutes are executive staff. As to the case of finance, the income and expenditure of arbitration institutes are characterized as public finance. In the operation of arbitration, the arbitration institutes are built up according to the administrative divisions, and the management of cases has administrative attributes.

The administrative alienation of arbitration institutes has been formed historically, so it also should be resolved in a historical way. In primary stage of the administrative alienation, arbitration institutes benefit a lot from the tendency of administration. Arbitration institutes not only profit from the high efficiency of administrative system in the arbitration efficiency, but also advance the social acceptance of arbitral awards with the help of the authority of administrative organizations. What’s more, the tendency of administration can also bring various administrative welfares to the staff of arbitration institutes. However, the arbitration institutes which have been aliened administratively appear to breach the arbitration principle of self－determination by parties, and to execute judiciary authority beyond the administrative power, which run counter to the obligation of the WTO agreements China bears.

The first step to reform is to replace the tradition of “administrative guardianship” by “judicial supervision”, so as to cut off the relationships between the government and arbitration institutes. The second is to transfer the “administrative supervision” into “association supervision”, so that the arbitration association will safeguard the arbitration institutes. At the same time, the administrative management of arbitration should be internalized to promote the efficiency of arbitration. Besides, the intensity, dimension, and progress of reform should be properly held in the practice of the non－governmentalization of arbitration institutes.

Key Words: arbitration institute, non－governmentalization, administrative guardianship, judicial supervision, arbitration association