



【第四辑】

民事程序法研究

ON CIVIL PROCEDURE

- 主 编 张卫平
- 执行主编 程春华 郭 翔
- 东莞法官协会 协办



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

【第四辑】

民事程序法研究

ON CIVIL PROCEDURE

- ▣ 主 编 张卫平
- ▣ 执行主编 程春华 郭 翔
- ▣ 东莞法官协会 协办

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究·第四辑/张卫平主编. —厦门:厦门大学出版社,
2008.8

ISBN 978-7-5615-3172-3

I. 民… II. 张… III. 民事诉讼法-中国-文集 IV. D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 136954 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2008年8月第1版 2008年8月第1次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:24.25 插页:1

字数:461千字 印数:1~3000册

定价:32.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

卷首语

——“小改”的意义

■张卫平

21世纪初,《民事诉讼法》的修改成为学界关注的热点问题,民事诉讼法的学者为本次修改纷纷摩拳擦掌,跃跃欲试,表现出了极大的热情和亢奋。但与学界的高度期望不同,本次《民事诉讼法》修改,没有大改,甚至中改,而仅仅是小改,这多少让人有些失望,也让人有些看不懂。我个人原来的预计是,民事诉讼法的修改过程至少应当有五年的时间,之所以有这样的预计,当然是按照大改的思路来考虑的。称为小改,是因为仅仅涉及两个部分——再审和执行,即使是执行,也只是一部分。虽然这样的修改不少学者觉得难以理解,但细想一下,在特定的环境和时间里,这一小改方案还是比较明智的,也许就是经济学家所说的“霍布森的选择”(即没有选择的选择)。大改只能存在于研究当中,立即实施面临着以下问题:

其一,虽然民事诉讼法学的研究已经取得长足的进步,但学界对于民事诉讼法修改所进行的理论准备却依然不够充分。无论对民事诉讼法的宏观结构,还是对微观制度的研究都尚未达到充分的程度。从已经公开发表的关于民事诉讼法草案来看也尚存许多问题需要研究和探讨。

其二,对民事诉讼实务或者现行民事诉讼法的实施问题还缺乏应有的调查和研究,对于我国民事诉讼实务中的问题和制度需求缺乏足够的实证支持。修改一部法律必须对该法律实施的实际状况有所了解,知道实践中的问题所在,没有充分、全面的实务调查研究,就不可能真正修改好民事诉讼法。至今,我们还没有看到关于民事诉讼法实施状况的调查报告。学者尽管可以从理论上提出民事诉讼法修改的依据,但这些理论观点需要实际调查加以印证,且学者也不可能完成如此宏大的调查工作。

其三,要进行全面的修改,尤其是进行体制性和结构性的调整,需要有一定的认识基础,在人们的观念和认识尚未转换的情况下,进行这种体制性和结构性

的调整,往往可能导致过于超前,而影响法律实施的实效性。

其四,立法或法律修改也是一种人力和物质投入,在人力和物力准备不足的情况下,也就难以展开全面的修改。我们可能有一种误解,认为立法无须大量投入,或者说为了立法和修改法律,这点投入是没有问题的,我们也可以不计成本,其实不然。立法和法律修改好比建一栋大楼或修缮一栋大楼,成本都非常高,尤其是调查和论证、草案的形成。在已经启动修改日程的情形下,对民事诉讼法进行小改,以临时应对社会的要求是一种明智之举。

既然人大已经将民事诉讼法修改纳入了修改计划,而要在短期内对民事诉讼法进行修改,无论从时间、人力、物力、理论研究等各个方面,显然都不具备大改,甚至中改的条件,要完成任务就只有进行修改,原来学者想象的写一篇“长篇小说”的构想,就只能最终递交一篇“散文”了事。我的确是一直主张调整我国的民事诉讼体制,作为一种体制性调整,当然是一种大改的态势,但我主张的体制转换是一种学术研究视角,要实现这种转换,尤其是彻底的转换需要有一个过程,并非一蹴而就,通过一次修改就可以完成。体制性转换要通过各种具体的制度建构来加以实现,不仅在理论上、观念上,在法律修改的时间和环境方面都是一个与之适应的过程和时机。这是我想特别强调的。民事诉讼法的修改若要大改需要长时间的调查和研究。

本次民事诉讼法的修改作业虽然是提交一篇“散文”,但也不是随便可以交差的,也应当是一篇优美、漂亮的“散文”。问题首先是,我们的“散文”写什么?即民事诉讼法的修改作为小改,我们改什么好?法律的修改也是一种经济理性行为,也必然要追求效益的最大化,以小的修改获得最大的“修改效益”,民事诉讼法的修改当然也不会例外。具体而论,现行《民事诉讼法》虽然存在许多不足,人们对现行民事诉讼制度有诸多不满之处,但最为突出的似乎是“三难”,即“起诉难”、“再审难”(或“申诉难”)以及“执行难”。关于这一点无论是新闻媒体,还是司法机关官方的讲话都经常提到这“三难”。从这个意义上讲,化解“三难”问题也就成为《民事诉讼法》修改最迫切的任务。但由于“起诉难”的化解涉及许多政策性问题,且不是司法问题的“终端”问题,相对“起诉难”而言,“再审难”和“执行难”这样的“终端问题”就显得更为突出,社会反映也更为强烈。当然,也可以有这样的解释,即“起诉难”不是一个问题,或者说从某种意义上讲或从某个角度讲可能还是一个“伪问题”。之所以说不是一个问题或者说是一个“伪问题”,是因为从某个角度讲(例如从“息讼”、“防讼”的角度讲),起诉本身就应该难,起诉难是基于受理难,起诉单纯作为诉讼行为而言实际上不存在难与易的问题,起诉难实际上指的是启动民事诉讼程序难,也就是受理难的问题。但如果把受理看成是一道门槛,是一道具有政策把关的门槛,防止将所有的争议都提交法院最终解决,并引发大量的司法信访的一道闸门,那么,对于当事人的所谓“起诉难”可

能恰恰是司法者的愿望。如果要解决起诉难,相应的就要使起诉不难,这就意味着受理的门槛要降低,这就可能与设置这道门槛的意愿冲突了。

除了这“三难”以外,诉讼效率问题,包括不能及时处理和解决纠纷和低成本解决纠纷也是相对比较突出的问题之一,但如果这一问题纳入民事诉讼法修改议题,则可能使得修改无法加以集中。且相对再审难与执行难而言,其问题的社会性尚有所不如。因此《民事诉讼法》在小改的思想指导下被最终锁定在再审制度和执行制度两个方面。虽然将修改锁定在再审制度和执行制度这两方面,能够很好回应社会的要求,能够以较小的投入取得最大的修改效益,不过,从另一个方面讲,也同时具有很大的风险,这就应了经济学上的一个道理,收益总是与风险成正比。因为再审制度和执行制度中的申诉难和执行难本身并非或者准确地讲并非再审制度和执行制度本身的问题。关键还是再审和执行的大环境问题,是司法体制的问题。简单地通过修改再审制度和执行制度也许依然不能解决问题。

首先,我们看看申诉难的问题。申诉难的一种理解是应当受理的申诉没有受理,应当再审的案件没有再审,错案没有得到纠正。那么,什么是“应当受理,应当提起再审,应当予以纠正”的案件呢?我们可以抽象地讲凡是错案都应当予以纠正,对已经生效的错误判决和裁定就应当予以受理、提起再审。一方面,我们过去也是要对再审申诉进行审查,并非对申诉完全不予理睬,简单拒之门外。之所以没有提起再审,是因为法院认为不符合再审的条件,从法院审查的角度,原判决没有错误,或者不能判断确有错误。那么,就这一点而言,修改以后与修改之前就没有实质上的变化。如果我们说应当将再审事由明确化,明确在具有哪些事项的情形下应当提起再审,不过是将“确有错误”这一抽象的规定进一步具体化,便于操作而已。但再审事由的具体化与解决申诉难之间并不对称,没有多大的因果联系。再审事由的具体化与再审制度的有效救济,防止再审适用的扩大化有直接联系。社会对申诉难的反映主要是来自申诉当事人,是申诉的当事人将申诉难的具体反映带到了社会上,形成了一种社会反映。对于当事人所认为的申诉难与起诉难的原因是一样的,是从当事人的角度,认为原判决、裁定确有错误,但没有提起再审。这里当事人认为确有错误的情形,却无法通过再审解决有多方面的原因:一是当事人对法律规定有不同的理解;二是原判决、裁定是基于某种政策方面的原因所致,通过司法裁判是无法解决的;三是原判的处理有当时的背景,无法完全按照现在的情形加以处理,即所谓历史遗留问题;四是许多案件是在当时的司法水平和环境下作出的,如果要加以全面纠正不具有现实性。总而言之,这些问题的解决不是通过修改再审制度能够加以解决的。

其次,是执行难的问题。执行难是一个典型的“中国问题”。在国外,同样也存在不能执行的情形,但未形成我国这样的执行难的问题。没有财产可供执行

当然就无法执行,但我们所说的执行难的问题,在于虽然有财产却不能执行。在国外的语境下这一问题显然是无法理解的。就现行执行制度而言,虽然也存在缺陷,但不是根本的问题。想想民工讨薪的问题,这是目前一大社会问题,但这一问题在多大程度上是通过司法来加以解决的?虽然我们可以说,如果诉讼将会耗费许多时日,一审二审,也会因为诉讼费用以及证据问题而使民工讨薪问题难以解决,但实际上这些问题在民事诉讼中均不是问题,关于及时救济问题,民事诉讼法中规定有先予执行制度,完全没有必要等到作出最终裁判后,就可以要求资方事先支付民工的薪酬;诉讼费用方面也有减免缓的相应制度,同样不是问题,证据问题也不是大问题,法院可以根据民工的申请收集证据,可以说这些问题都不是法律问题,在法律制度上并没有障碍,真正的障碍在于司法体制的问题,是由此导致的司法无力的问题,地方保护主义的问题。这是司法环境的问题,而这一问题是无法通过执行制度本身的修改最终加以解决的。造成执行难还有司法体制外的原因,如经济运行的问题(例如,信贷紧缩政策所导致的货币链断裂的问题)。

笔者所说的这样的修改也存在着风险,是在于关于再审制度和执行制度的修改如果不能在较大程度上解决问题,那么将大大降低法律修改的权威性,反衬出立法的无效性,对于司法权威和立法权威都将是一种消极影响。当然,我们这里面临这样一个两难的境地:不修改,社会有意见,人们不满意;修改了,但不能收到较大的效果将加剧人们的失望情绪。在已经改了的情况下如何在实施中实现修改的最大效益是一个值得认真研究的问题。

笔者认为,对民事诉讼法的“小改”可以作为今后民事诉讼法调整的经常性作业,国外也是如此操作,对于一些小问题,可以不必动“大手术”,但对于大的制度修正问题恐怕还应考虑大改加以协调解决,在立法程序上也需要通过全国人民代表大会,使其更加慎重。总之,如何实现科学修法、民主修法同样是一个需要认真对待的问题。

目 录

	■ 卷首语	
1	张卫平	“小改”的意义
	■ 基本理论研究	
1	韩 波	仲裁当事人制度:缺失与构建
32	林剑锋	新堂民诉理论的特色及解释论方法的创新
42	许 可	要件事实论的实体法基础:证明责任理论
89	陈洪杰	论“一事不再理”与“既判力”之区分 ——从罗马法到现代民事诉讼理论体系
97	张 昌	论民事诉讼中的一事不再理制度
	■ 证据理论研究	
142	刘品新	论证据法的范畴与我国的证据立法
161	程春华	确定民事诉讼证明对象之意义
170	许少波	法国证据保全制度初探
	■ 审判理论研究	
186	张晋红 梁智刚	完善民事审判流程管理机制的动因、目的与目标 ——以我国民事审判流程管理机制改革的背景与 进路为基础
201	彭书红	民事诉讼中优先审理的实证研究
214	戴俊勇	按份共有人优先购买权的理论与实务探析

■ 纠纷与纠纷解决

- 224 徐 昕 暴力与不信任
卢荣荣 ——转型中国的医疗暴力研究:2000—2006
- 282 蒋 超 现阶段中国纠纷解决机制的总体评价
- 290 刘锐锋 诉讼调解的价值基础初探
——兼析民事诉讼调解难的成因与对策建议
- 301 齐 玳 返券促销与消费者权益保护
胡 蓉 ——基于北京大型商场的调研报告
唐新茗
董惠瑶

■ 诉讼程序变革

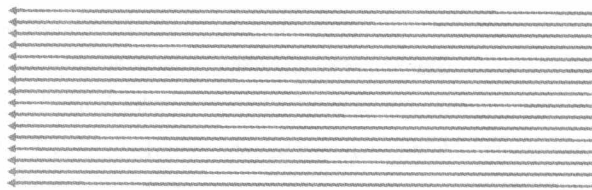
- 318 冷罗生 导入三审终审制的思考
- 332 詹伟雄 论民事再审程序之重构
——以司法实践为视角

■ 域外传译

- 358 佩·亨利克·林得贝鲁著 个别诉讼和群体正义:以瑞典
奉晓政译 为视角对民事诉讼程序之
群体诉讼的建议

- 381 ■ 征稿启事

基本理论 研究



仲裁当事人制度:缺失与构建

■ 韩 波*

仲裁是仲裁机构解决特定范围内的纠纷的活动。依据我国《仲裁法》进行的仲裁是针对合同纠纷和其他财产权益进行的仲裁,依据《劳动法》进行的劳动争议仲裁是针对劳动争议进行的仲裁,依据《农业承包合同法》进行的仲裁是针对农业承包合同纠纷进行的仲裁。每种仲裁都要由一定的主体提出申请来启动仲裁,提出申请的主体的相对方来参加仲裁,仲裁裁决或者调解书对提出申请的主体与其相对方产生法律上的约束力。这些仲裁因之而起,仲裁结果对其产生约束力的主体就是仲裁中的当事人。关于仲裁当事人,我国《仲裁法》中没有直接的规定,不过,仲裁当事人问题并非一个不言自明的问题,在实践和理论上有多需要探讨和研究的问题。

一、仲裁当事人的实体与程序内涵

关于仲裁当事人,学界有如下几类代表性界定:

1. 仲裁当事人,是指因可仲裁地的商事法律关系发生纠纷,以自己的名义参加到仲裁程序并接受仲裁裁决拘束的直接利害关系人。^①这种对仲裁当事人的界定,以是否与争议的法律关系具有直接利害关系来作为判定是否当事人的标尺,可将其概括为仲裁当事人的“直接利害关系说”。

2. 仲裁当事人,是指因仲裁协议约定事项发生争议,为维护自身的合法权益,基于仲裁协议以自己的名义独立地提起或者参加仲裁程序,并接受仲裁裁决

* 韩波系中国政法大学副教授,法学博士。

① 谭兵主编:《中国仲裁制度的改革与完善》,人民出版社2005年版,第188页。

约束的公民、法人和其他组织。^① 这种对仲裁当事人的界定,强调仲裁协议对确定仲裁当事人的基础性作用,可将其概括为仲裁当事人的“协议基础说”。

3. 仲裁当事人,简称当事人,是指在协商一致的基础上以自己的名义独立提起或者参加仲裁,并接受仲裁裁决约束的地位平等的自然人、法人或其他组织。^② 这种对仲裁当事人的界定,与“协议基础说”很相近,强调协商一致对确定仲裁当事人的基础性作用,可将其概括为仲裁当事人的“协商一致说”。

概而言之,上述三种对仲裁当事人的界定是从实体争议解决的结果角度,对仲裁当事人进行的界定。从实体争议解决的结果角度看,上述三种观点虽然强调的侧重点不同,但都是恰当的。它们都概括性地表述了有权参加仲裁并接受仲裁裁决约束的主体的基本特征。这实际上是正当仲裁当事人的内涵。仅有正当仲裁当事人的内涵,并不能解决仲裁过程中的所有当事人问题。当事人确定是仲裁过程中的基础环节,直接决定仲裁过程的走向。仲裁中首要的问题是,申请仲裁的当事人的申请会被仲裁机构接受还是被仲裁机构驳回。这就是仲裁受理问题。围绕仲裁受理问题形成的常规性的规则就是仲裁受理制度。仲裁受理制度包括仲裁申请与仲裁机构对仲裁申请的审查两方面的内容。仲裁受理制度妥当与否直接关系到仲裁过程中的程序保障程度和仲裁被应用的程度。仲裁机构对仲裁申请的审查是一种形式审查,是在仲裁庭构成前的一种审查。这种审查由仲裁机构的办事机构来完成。申请人是否有权来提出仲裁申请或者被申请人是否有权参加仲裁,是审查的重要内容。这项审查直接决定仲裁申请人和被申请人能否进入仲裁程序。因此,仲裁委员会的办事机构究竟持怎样的当事人界定标准,关系到仲裁过程中的程序保障程度和仲裁的被采用的程度。如果仲裁办事机构以正当当事人的概念和标准来审查仲裁申请人与被申请人的资格,虽然在仲裁效率上有很大提高,但是,存在以下问题:

第一,仲裁委员会的办事机构作为审查主体是否适格? 仲裁委员会作为社会组织,之所以取得仲裁权,是因为当事人双方通过协议的授权。不过仲裁委员会并不直接行使仲裁权,直接行使仲裁权的是仲裁庭,而仲裁庭得以直接行使仲裁权又来自当事人的选择。一般而言,仲裁委员会的办事机构有明确的职责定位,主要办理仲裁送达、仲裁档案保管以及其他事务性的仲裁工作。其他事务性的仲裁工作可以包括仲裁申请主体的审查。不过,进行主体资格实质审查属于直接行使仲裁权的内容。如果由仲裁委员会的办事机构来行使这项权力不具有正当性。由于审查主体的不适格,该审查结果很难得到申请者与被申请者的认同。

第二,仲裁委员会办事机构进行主体资格的实质审查是否有充分的程序保

① 宋朝武主编:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2006年版,第103页。

② 黄进、宋连斌、徐前权著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2007年版,第109页。

障?关于仲裁委员会办事机构如何审查仲裁申请人与被申请人的程序没有明确、细致的规定。申请人与被申请人主体资格问题本身是比较复杂的问题。在没有严密程序保障前提下进行审查,对仲裁的申请人与被申请人都存在明显不利影响,对仲裁权的权威性也会产生不利影响。

第三,仲裁委员会办事机构进行主体资格的实质审查是否会使接近仲裁的难度增加?如果在仲裁申请受理时就由仲裁委员会的办事机构按照正当当事人的标准来审查申请者与被申请者是否合格,必然导致仲裁受理条件的“高阶化”。这种做法的弊端在民事诉讼受理制度的检讨中已经引起充分的关注。仲裁作为当代最为重要的替代性纠纷解决方式,应该在受理方面体现出更为便捷的特点。否则,难以发挥其应有功能。

综合以上三方面的因素,仲裁当事人的界定应该考虑到仲裁委员会办事机构的仲裁受理和仲裁庭的仲裁审理两个环节,关照到程序和实体两个方面的因素。仲裁当事人的界定应该能够涵盖、统摄受理和审理两个环节。易言之,仲裁当事人的概念应该进一步分为两个层次,即正当当事人与程序当事人。

仲裁当事人的“直接利害关系说”、“协议基础说”、“协商一致说”对正当仲裁当事人的内涵作出全面的界定,并对正当仲裁当事人的特征从不同角度作出准确描述:

第一,正当的仲裁当事人与争执的可仲裁民商事案件有着直接的利害关系。所谓直接的利害关系,系指当事人对该争执的民商事法律关系享有权利或者承担义务。正是存在着这种直接的利害关系,该主体才有用自己名义进行仲裁的心理基础和内在动因,才乐意用自己的名义提起或者介入仲裁程序中。此外,这种直接的利害关系也是该主体承担仲裁结果的实体基础,因为仲裁结果是仲裁主体根据争执的法律关系的客观状况作出的法律评价,并由此引起对原实体法律关系的强制恢复或强制补偿,显然,这种仲裁结果只能归咎于与原实体法律关系有直接利害关系的社会主体,否则,仲裁结果中所确定的权利义务将无法找到归宿。因此,是否与争执的可仲裁地民商事法律关系有直接的利害关系是识别真伪仲裁当事人的实质标志。^①

第二,正当的仲裁当事人必须是仲裁协议的当事人。仲裁与诉讼的重要区别在于,仲裁程序的开始必须以仲裁协议的有效存在为基础。与此相对应,提起或者参加仲裁程序的当事人必须是仲裁协议的当事人。如果没有仲裁协议,任何人均不得成为仲裁程序的当事人。另外,仲裁正当当事人之间必须发生了仲裁协议所约定事项的争议。发生约定事项的争议是进行仲裁的另一项条件,有仲裁协议但是并未发生约定争议事项,相关主体也并不能成为仲裁中的正当当事人。^②

① 谭兵主编:《中国仲裁制度的改革与完善》,人民出版社2005年版,第189页。

② 宋朝武主编:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2006年版,第103页。

第三,当事人的法律地位必须是平等的。进行仲裁是为了解决民商事纠纷,在民商事法律关系中,当事人的法律地位是平等的,这就必然要求各方当事人在仲裁中的法律地位平等。如果发生争议的是上下级关系或者管理与被管理的关系,或者行政法律关系或者其他公法关系,相关主体就不能成为仲裁当事人。^①

上述三点正当当事人特征,印证了确定仲裁中的正当当事人问题应由仲裁庭来进行判断的必要性。因为这三点特征或者三项判断标准,很可能涉及复杂的事实问题与法律问题。

第一,是否与争议的实体法律关系有直接利害关系,或者说是否争议实体法律关系的主体,涉及争议实体法律关系的定性问题。以民事诉讼作为参照,最高人民法院制定并颁布了《民事案件案由规定》。但是,民事法律关系是复杂的,不同争议涉及的法律关系可能区别细微但又不能完全等同,有的争议涉及的法律关系可能并未引起注意,有的争议可能因为缺乏相应的法律规定而难以对涉及的法律关系准确定性。因此,案由并不能等同于法律关系,它只能对法律关系的确定起到一定的指示作用。《民事案件案由规定》并不能解决民事诉讼实践中的所有民事法律关系的确定问题。相当多的案件还需要审判组织对争议的实体法律关系在庭审后进行确定。上述列举的非人身权性质、非劳动争议的纠纷也是可以进行仲裁的纠纷。与确定民事诉讼实践中的民事法律关系一样,仲裁实践中的民事法律关系的确定也是一个复杂的问题,不能由非专业的仲裁委员会办事机构根据相关书面材料就加以确定。那么,根据发生争议的实体法律关系确定正当当事人,对于仲裁委员会的办事机构来说也是难以承担的职责。仲裁委员会的办事机构毕竟得决定一个仲裁申请是否能得到受理,这个决定也不可避免地会涉及一个当事人判断的问题。在这组矛盾中,需要明确仲裁委员会的办事机构在进行立案审查时审查判断的当事人不是正当当事人,而是程序当事人,判断的标准也不是争议的实体法律关系。唯其如此,才能解决这一矛盾。

第二,按照仲裁协议的当事人标准,在仲裁委员会立案审查时很可能会涉及仲裁协议的有效性。因为确定相关主体是否仲裁协议当事人的一个前提是相关主体签订的协议是否仲裁协议,这个协议是否从内容到形式都符合仲裁协议的法定要件。不判断仲裁协议的有效性,很难说判断仲裁协议中的当事人有实质意义。众所周知,仲裁协议的效力问题是仲裁实践中的难题之一。仲裁协议的效力问题的判断显然不能由仲裁委员会的办事机构来进行。另外,相关主体之间是否发生了仲裁协议所约定事项的争议也是一个复杂的问题。以相关主体在合资协议中概括约定争议事项为例,如果相关主体在协议中仅约定“合同事项,在某仲裁委员会仲裁解决”,后来因为股权转让发生争议,是否属于协议约定的争议事项呢?

^① 黄进、宋连斌、徐前权著:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2007年版,第109页。

类似问题在仲裁实践中层出不穷,于是,最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第2条中就加以明确。既然与当事人相关的协议审查如此复杂,对与当事人相关的协议审查显然不应在仲裁立案审查阶段完成。如果在仲裁立案审查阶段也要求按照协议当事人的标准来判断当事人并进而决定是否立案,势必对公众接近仲裁构成强烈影响,从而影响仲裁的有效进行。既然如此,在仲裁立案审查阶段确立一个区别于正当当事人标准的判断标准就势在必行。

第三,判断当事人的法律地位是否平等往往和实体法律关系的定性交织在一起。与确定相关主体是否与争议法律关系具有直接利害关系相同,判断相关主体的法律地位是否平等,也因为法律关系本身的复杂性、多变性,生活事实的非规范性、个别情况下法律事实的特殊性和隐蔽性而不能作为仲裁立案审查阶段的当事人判断标准。

综上所述,仲裁当事人的确定是直接关系到争议主体能否进入仲裁争议实质审理阶段的基本问题,而仲裁过程分为仲裁立案审查和仲裁审理两个阶段,这两个阶段都涉及仲裁当事人的判断问题,由于相应机构的职责和功能以及资格问题和程序保障的程度问题,有必要关照这两个阶段的特点,确立完整的可适用于两个阶段的仲裁当事人概念,并明确两层次仲裁当事人的审查标准。

根据以上分析,仲裁当事人是指以自己名义进行仲裁并受仲裁裁决(包括仲裁调解书)约束的公民、法人和其他组织。仲裁当事人分为正当当事人和程序当事人。正当当事人概念应用于仲裁庭进行仲裁审理阶段,程序当事人概念应用于仲裁委员会办事机构进行仲裁立案审查阶段。在仲裁立案审查阶段,仲裁委员会的办事机构对仲裁当事人进行形式审查,仅审查申请人是否以自己名义进行仲裁申请,是否有明确的被申请人。在仲裁审理阶段,仲裁庭运用正当当事人概念,对仲裁当事人的适格性进行实质审查。审查的内容包括:是否与争议的实体法律关系有直接的利害关系、是否协议的签订者、发生争议的当事人是否约定争议事项的当事人、当事人是否属于平等主体间的关系。

二、仲裁当事人的权利能力与行为能力

(一)我国仲裁当事人的权利能力与行为能力

作为当事人参加仲裁,应该有相应的资格要求。在民事诉讼中,民事诉讼的权利能力与民事诉讼行为能力是当事人参加民事诉讼的资格底线。作为解决民事纠纷的仲裁,对于当事人也应有相应的资格要求。这种资格要求就是仲裁权利能力与仲裁行为能力。

在我国民事诉讼中,对民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力有明确的规定。民事诉讼法规定,公民、法人和其他组织可以进行民事诉讼,易言之,公民、法人和其他组织具有民事诉讼的权利能力。公民从出生到死亡都具有民事诉讼

权利能力。这种以自己的名义进行民事诉讼的资格与其智力状况、社会地位、经济状况以及是否受到刑事处罚无关。这是作为公民的一项基本权利能力。一种人可以为人基本资格。法人从成立到终止的阶段都享有民事诉讼权利能力。其他组织是指不具有法人资格,但是有一定的组织机构和财产并合法成立的组织。如果是营利性组织需要领取营业执照,如合伙组织、银行、保险公司、法人的分支机构;如果是社团需要领取社会团体登记证;三资企业中的中外合作经营企业、外商独资企业,如果不具有法人资格,也属于其他组织;村办、街道办的企业如果不属于法人,也可以是其他组织。在民事诉讼实践中,村民委员会被赋予了民事诉讼权利能力。随着《物权法》的施行,城市中的业主委员会也具有了民事诉讼权利能力。这两类组织也属于其他组织。

仲裁权利能力是当事人基于仲裁协议以自己的名义进行仲裁的资格。仲裁权利能力与当事人的民事诉讼权利能力极为相似,但也存在明显差异。其差异性体现在它们与当事人民事权利能力的关系上。当事人的民事诉讼权利能力与当事人的民事权利能力的关系,可以概括为一种包含关系。这种包含关系指,有民事诉讼权利能力的主体范围包含有民事权利能力的主体。具体而言,不具有民事权利能力的当事人在一定情形下会具有民事诉讼权利能力。典型情形是银行、保险公司、法人的分支机构,这类分支机构在民法意义上并非民事权利能力的享有者,它们不具备以自己的财产独立承担民事责任的能力,但是在民事诉讼中,为了诉讼进行的便利性,民事诉讼法赋予了这类分支机构以自己的名义进行民事诉讼的权利。死者不具有民事权利能力,但是为了维护死者的名誉权、著作权、遗产,法律上赋予对争议的权利或者争议的法律关系有管理权的相关者以诉讼担当权。诉讼担当者以自己的名义参加诉讼,他们的民事诉讼权利能力可以理解为是死者诉讼权利能力的延伸。概而言之,享有民事诉讼权利能力的主体范围包含享有民事权利能力的主体的范围,是在享有民事权利能力的主体范围之外的延伸和扩展。当事人的仲裁权利能力与当事人的民事权利能力恰好是一种反包含的关系。这种反包含的关系是指,享有民事权利能力的人并不一定享有仲裁权利能力。根据我国仲裁法,仲裁作为一种替代性纠纷解决方式,并非一种面向所有民事纠纷的纠纷解决方式。仲裁活动的基本特征是契约性、民间性与自治性。作为仲裁机构的仲裁委员会,之所以能享有审理并裁决纠纷的权力,是因为当事人的授权,当事人的授权又是通过仲裁协议来体现和完成的。每一个国家对仲裁协议签订者的资格限制不同。可以说,有仲裁协议签订资格的人才有仲裁权利能力,无权签订仲裁协议的人则无仲裁权利能力。根据我国《仲裁法》第17条的规定,只有有民事行为能力的人才有权签订仲裁协议。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议属于无效的仲裁协议。仲裁协议无效则不得进行仲裁。这一条款确定了仲裁权利能力的享有者的条件是具

有完全民事行为能力。因此,仲裁权利能力享有者的范围被圈定在民事权利能力享有者的范围之内,而且更进一步被圈定在完全民事行为能力享有者的范围之内。

我国《仲裁法》第17条的规定确立了我国仲裁中仲裁权利能力与仲裁行为能力一体化的格局。仲裁行为能力是指当事人通过自己的行为进行仲裁的资格。在民事诉讼中,有民事诉讼权利能力的当事人不一定具有民事诉讼的行为能力,不过,因为民事诉讼活动比一般民事活动复杂得多,我国民事诉讼对民事诉讼行为能力的要求很高,无民事行为能力人和限制民事行为能力人都不具有民事诉讼行为能力,都需要法定代理人代理进行民事诉讼。在仲裁中,由于仲裁协议订立者的资格限制,仲裁行为能力的要求进一步提高,也进一步简化,具有完全民事行为能力的人才具有仲裁行为能力。根据《仲裁法》,我国仲裁中没有可与民事诉讼中的无民事诉讼行为能力人相对应的无仲裁行为能力人,只有有仲裁行为能力人。

根据我国《仲裁法》,仲裁中当事人以自己的名义进行仲裁的资格与当事人以自己的行为进行仲裁的资格是一致的,那就是具有完全民事行为能力。从目前仲裁实践看,这种仲裁权利能力与仲裁行为能力一体化的格局,虽有简便易行、效率高的好处,但是,在一定程度上限制了公众对仲裁程序的应用。

(二)仲裁当事人的权利能力与行为能力的比较分析

对国外仲裁法和仲裁实践中的仲裁当事人权利能力与行为能力进行比较,是希望在仲裁当事人仲裁权利能力和仲裁行为能力的相互关系上找到可资参照的准据框架,因此,从仲裁当事人仲裁权利能力与仲裁行为能力一体化、仲裁权利能力与仲裁行为能力适度分离、仲裁权利能力与仲裁行为能力完全分离三重关系出发来进行比较分析。

1. 仲裁权利能力与仲裁行为能力一体化

意大利在其民事诉讼法典和民法典及其他有关法律法规中规定,有能力参加仲裁的人为:有完全行为能力的自然人;无须司法机构协助可独立行事的自然人;通过其机构的代表参加仲裁的公司(至少应具有法人资格);对于不同于商业公司的法人(如国家行政机构),在获得专门批准的条件下可以签署仲裁协议;对于拥有必要权限的委托人可以签署仲裁协议。^①挪威1915年民事诉讼法规定,一切具有司法能力的人均可以缔结仲裁协议继而参加仲裁。1928年芬兰仲裁法令也规定,无行为能力的人,尤其是未成年人不能签订仲裁协议。^②当然,没

^① 丁建中著:《外国仲裁法与实践》,中国对外经济贸易出版社1992年版,第208页。转引自谭兵主编:《中国仲裁制度的改革与完善》,人民出版社2005年版,第191页。

^② 谭兵主编:《中国仲裁制度的改革与完善》,人民出版社2005年版,第192页。

有资格签订仲裁协议就没有资格以自己的名义进行仲裁,也没有资格通过自己的行为进行仲裁。总体而言,上述仲裁法规范对仲裁权利能力和仲裁行为能力的定位是一致的,要求具有完全民事行为能力。要求仲裁当事人具有完全民事行为能力,就没有必要区分仲裁权利能力和仲裁行为能力,因为以自己的名义进行仲裁和通过自己的行为进行仲裁的资格完全可以统一起来。

2. 仲裁权利能力与仲裁行为能力适度分离

1996年颁布的《巴西仲裁法》第1条明确规定,凡可以订立合同的人都可以通过仲裁解决争议。1972年丹麦政府颁布的仲裁法规定:一切成年人、一切国家机关、市政府机构或法人均可参加仲裁。可见其并没有排除精神病人进入仲裁程序的可能性。值得注意的是,1894年苏格兰仲裁法令规定,一切拥有财产权利的自然人可将争议提交仲裁。该权利仅受有关仲裁能力的一般规则的限制。未成年儿童(男孩14岁以下,女孩12岁以下)没有仲裁能力,仅由其监护人以未成年人监护人的名义参加仲裁。监护人多为父母或直系亲属。当孩子进入结婚年龄或18岁时,可以自己签署仲裁协议,不过应取得父母或监护人的同意,他们还可以在父母及监护人的同意下,撤销或修订在他们未成年时签署的合同,只要他们能证明他们未成年前的四年中,合同给他们造成明显损失。在司法诉讼过程中破产的人没有仲裁能力。精神失常的人没有仲裁能力,但可以通过由法庭指定的监护人参加仲裁。另外,该仲裁法令还规定,公司的合伙人(除非公司明文禁止)、司法清算人以及遗嘱执行人和持有人、授受代理人可以签署仲裁协议,遗嘱执行人可以参加仲裁。^①上述国家的仲裁法规范区分了仲裁权利能力和仲裁行为能力,最具有代表性的是巴西仲裁法的规定,有签约能力者就可以进行仲裁。有签约能力并不等同于具有完全民事行为能力,无民事行为能力人、限制行为能力人也可以以自己的名义签订民事合同,不过,这种签约行为不能由他们独自完成,而应该由监护人代理进行。历史久远的苏格兰仲裁法令比较清楚地表述了在仲裁权利能力和仲裁行为能力分离的情况下如何进行仲裁。

3. 仲裁权利能力与仲裁行为能力完全分离

瑞士的仲裁法及有关仲裁条款规定:当事人请求仲裁的能力根据“当事人的能力及进行诉讼的规则来决定”。德国仲裁法规范和法国仲裁法规范都属于本国民事诉讼法中的一编,都没有对仲裁权利能力和行为能力作出明确规定,可以推断为这两个国家对当事人仲裁权利能力和仲裁行为能力都准用诉讼权利能力与诉讼行为能力的标准。

^① 丁建中著:《外国仲裁法与实践》,中国对外经济贸易出版社1992年版,第170~171页。转引自谭兵主编:《中国仲裁制度的改革与完善》,人民出版社2005年版,第191~192页。