



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第四集

Vol.4

本集主编 刘健勤

Chief Editor Liu Jianqin

本集责任主编 唐云峰

Chief Executive Editor Tang Yunfeng



法律出版社
LAW PRESS CHINA

商事仲裁



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第四集

Vol.4

本集主编 刘健勤

Chief Editor Liu Jianqin

本集执行主编 唐云峰

Chief Executive Editor Tang Yunfeng

本集责任编辑 许敏 母祺春 陈迎 张翔

王惠卉 谭立



法律出版社

LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据。

商事仲裁. 第4集/武汉仲裁委员会编. —北京:法律出版社, 2008. 10
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8771 - 6

I. 商… II. 武… III. 国际商事仲裁—丛刊 IV.
D997.4 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 138379 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制/陶 松

开本/880 × 1230 毫米 1/16

印张/6.25 字数/146 千

版本/2008 年 10 月第 1 版

印次/2008 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8771 - 6

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

商事仲裁

主 办

武汉仲裁委员会
湖北省法学会仲裁法研究会

编 委 会

顾 问	高顺龄	江 平	吴汉东	黄 进
主 任	熊世忠			
副 主 任	刘健勤	闵 锐	李登华	
委 员	肖永平	宋连斌	刘仁山	乔新生
	吕诗超	万 飞	李章波	彭志凡
	苏 勤	唐云峰		

本集责任编辑	许 敏	母洪春	陈 迈	张 翔
	王惠卉	谭 立		

目 录

仲裁论坛

- 美国仲裁背景下的禁诉令制度..... 李庆明 / 1
- 我国农村土地承包纠纷仲裁解决机制研究..... 李长健 曹俊 / 6
- 论 ICCA 在中国内地仲裁的可行性及法律障碍
——《仲裁法》司法解释施行后的审视 李 霖 谭 立 / 16

思考与争鸣

- 合意合并仲裁问题研究 刘 鑫 王 晶 / 35
- 论“安排”之成为我国正式的法律渊源 高俊华 / 41

案例评析

- 突破涉外产品质量侵权案件法律适用的困境
——三峡民工讼案调解经验的启示 徐伟功 杨 凯 / 51

英文特稿

- Comparing Chinese Mainland Arbitration Law with Taiwan's and Drawing
Lessons from it Ma Decai / 57

仲裁员手记

- 是否认定股权转让对价已付 黄雁明 / 65

书 评

- 逍遥与拯救:《公民的权利》读后 宋连斌 张 琮 / 76

域外撷英

- 斯德哥尔摩商会仲裁院加速仲裁规则 董文琪译 王瀚校译 / 80

TABLE OF CONTENTS

Arbitration Forum

- The Anti-suit Injunction in the Context of U. S. A. Arbitration
..... Li Qingming / 1
- A Study on the Arbitration Mechanism of China's Rural Land Contract Disputes
..... Li Changjian&Cao Jun / 6
- On the Possibility and Barrier in Law for ICCA to Arbitrate in P. R. China
——Some Reflections after the Enforcement of the Judicial Interpretation of Chinese Arbitration Law in 2006 Li Ji & Tan Li / 16

Contemplation & Contention

- Research on Consolidation of Arbitration with Consent
..... Liu Xin&Wang Jing / 35
- On the Arrangement to be a Type of Formal Law Resource in P. R. China
..... Gao Junhua / 41

Case Studies

- Overcoming Dilemma of Application of Law in Foreign Product Torts Cases
——Inspirations of Mediation Experience of Three Gorges
Peasant Workers' Case Xu Weigong&Yang Kai / 51

Special Essay in English

- Comparing Chinese Mainland Arbitration Law with Taiwan's and
Drawing Lessons from it Ma Decai / 57

Notes in Arbitration

- Whether the Tribunal Should Confirm That the Consideration Has
Been Paid Huang Yanming / 65

Book Review

- Book Review to *Civil Rights* Song Lianbin&Zhang Qiong / 76

Essence Under Foreign Jurisdiction

- Rules for Expedited Arbitration of the Stockholm Chamber of Commerce
..... Dong Wenqi interpret & Wang Han proofread / 80

仲裁论坛

美国仲裁背景下的禁诉令制度

李庆明*

内容提要 为了防止当事人规避仲裁协议、保障仲裁程序和仲裁裁决,美国法院常常通过发布禁诉令的方式来支持仲裁。在支持仲裁和国际礼让原则的背景下,是否发布禁诉令,法院一般要根据利益衡量的方法,考虑当事人的主体资格是否相同、当事人的实体请求、美国的公共政策和法院的管辖权。

关键词 禁诉令 支持仲裁 礼让 仲裁

禁诉令(anti-suit injunction)指的是一国法院对系属该国法院管辖的当事人发出的,阻止他在外国法院提起或者继续进行已经提起的、与在该国法院未决的诉讼或者仲裁程序相同或者相似的诉讼的限制性命令。^① 禁诉令制度源于英国,早期是一种衡平救济,用来禁止当事人向普通法院提起诉讼,之后传入美国,成了美国处理管辖权冲突的司法实践的一部分。它是涉及挑选法院以及由此而产生的平行诉讼的一种最重要、最极端的对抗做法。^② 关于美国司法实践中的禁诉令制度,我国学者从诉讼角度研究得比较多,而从仲裁的背景研究得就比较少了。事实上,国外学者将禁诉令与仲裁相结合研究的文献倒不少。下面,笔者结合美国的文献与案例对禁诉令制度与国际商事仲裁的关系进行分析。

一、仲裁背景下禁诉令的产生

随着国际民商事交往的增多,鉴于国际商事仲裁的优越性,为了预防和解决由此而产生的争议,当事人常常签订仲裁协议、利用仲裁机制来解决纠纷。然而,出于各种各样的考虑,不时出现当事人试图规避仲裁的情形。

在签订仲裁协议后,一方当事人要求仲裁,而另外一方当事人则希望通过法院寻求救济,则前者可能要求仲裁地法院或者本国法院强制后者参与仲裁,而后者可能同时在仲裁地法院或者外国法院提起诉讼,此时,前者就可能要求法院发布禁诉令,禁止后者在外国法院提起诉讼。

在仲裁庭作出裁决后,胜诉方当事人申请承认并执行该仲裁裁决,而败诉方当事人要求仲裁地之外的其他法院撤销该仲裁裁决;胜诉方当事人在美国法院提起诉讼,要求美国法院颁布禁诉令,禁止败诉方当事人在其他法院提起撤销之诉。

* 武汉大学国际法研究所2006级国际私法专业博士研究生。

① 欧福永:“论美国法院审查国际禁诉令的两种传统路径”,载《2007年中国国际私法学会年会论文集》,第441页。

② 杨良宜、杨大明:《禁令》,中国政法大学出版社2000年版,第492页。

二、发布禁诉令的原则

关于是否发布禁诉令,美国各个法院的做法是不同的,概括起来主要有两种:自由主义路径和保守主义路径。按照自由主义路径,只要当事人和系争点相同,并且同时进行诉讼会阻碍案件判决的速度和效率,就可以签发国际禁诉令。按照保守主义路径,法院只对危害法院所属国管辖权或对重大国家政策造成威胁的外国平行诉讼签发禁诉令。^③

在与仲裁相关的实践中,美国各个法院之间仍然存在着自由主义与保守主义的分歧。因为关于涉及承认或者执行仲裁条款或者仲裁裁决的平行诉讼,《联邦仲裁法》和《纽约公约》均没有规定法院应如何处理。这就意味着法院在保护仲裁程序或者仲裁裁决上具有自由裁量权。那么,法院是否应授予禁诉令来保护仲裁程序免受外国诉讼的干涉,或者禁诉令是否适于保护裁决免于外国的攻击。对此,如果涉及仲裁的案件时,美国法院一般都要考虑如下两个原则:第一,支持仲裁的原则;第二,国际礼让原则,认为法院尊重其他法域的法律和判决会使美国的利益和国际体制的利益得到最大满足。考虑到这两个原则,美国法院应尊重外国法院正在进行的诉讼,但也应保护当事人的仲裁协议。因此,关键就在于对二者的利益权衡,然后再决定是否应发布禁诉令。

(一) 支持仲裁原则

在很长的一段时间内,由于敌视仲裁的政策,美国法院一般都拒绝发布禁诉令。早期,英国普通法认为仲裁协议违反了公共政策因而是不可强制执行的。受英国普通法的影响,早期的美国法院也倾向于敌视仲裁。美国法院的这种司法态度深深地影响了相关的判决,^④甚至在19世纪大多数州通过立法将这种否定政策成文化。

可喜的是,进入20世纪以后情况在不断好转。首先,纽约州在20世纪初就开始废除这种敌视仲裁的政策,转而认可仲裁协议的效力,承认并执行仲裁裁决。之后,其他各州的态度也有了相同的改变。其次,1925年颁布的《美国仲裁法》(the United States Arbitration Act)开始支持仲裁,明确规定,无法定理由不得撤销仲裁协议;有效的仲裁协议排除法院的管辖权;法院对裁决的撤销与监督在于仲裁员行为及仲裁程序的正当性,不涉及案件实体。在实践中,法院也对《美国仲裁法》作宽泛的解释,消除对仲裁的疑虑和敌意。然而,美国仍然不情愿创建一个国际仲裁框架。在批准《纽约公约》前,美国法院认为,如果有成文法对某一事项作了规定,则拒绝承认相应的仲裁协议。典型的例子就是 *Wilko v. Swan* 案,^⑤美国联邦最高法院以1933年的《证券法》为由而否定了当事人的仲裁协议。此外,在 *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.* 案中,第二巡回法院认为美国的反垄断法优于仲裁法,因而拒绝承认关于反垄断请求的仲裁协议。^⑥

幸运的是,在1970年批准《纽约公约》以及《联邦仲裁法》(FAA)的修订后,司法机关对涉及国际贸易的仲裁的态度有了新的转变,在1974年的 *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 案,^⑦美国联邦最

③ 欧福永:“论美国法院审查国际禁诉令的两种传统路径”,载《2007年中国国际私法学会年会论文集》,第440页。

④ See John R. Allison, *Arbitration of Private Antitrust Claims in International Trade: A Study in the Subordination of National Interests to the Demands of a World Market*, 18 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 361, 369-370 (1986).

⑤ 346 U. S. 427, 438 (1953).

⑥ 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968).

⑦ 417 U. S. 506 (1974).

高法院的态度发生了改变,并且在1985年的 *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 案^⑧中得到确认。现在,支持仲裁已经成了美国各界的共识。

在仲裁背景下,美国法院决定是否发布禁诉令时一般首先都是从支持仲裁的政策面来考虑的,考虑禁诉令是促进还是妨碍国际仲裁机制的利益。

(二)国际礼让原则

国际礼让说起源于17世纪荷兰著名法学家胡伯。他的国际礼让理论集中体现在他提出的三项原则中:(1)每个主权国家的法律在境内发生效力并约束其所有臣民,但无域外效力;(2)凡在其境内居住的人,无论是长期的或临时的,都应视为其臣民;(3)主权国家对于一个国家已在其本国有效实施的法律,出于礼让,应保持其在境内的效力,只要这样做不损害自己国家及臣民的权益。这就是著名的“胡伯三原则”。之后,斯托雷将胡伯的第三原则引入美国,认为一国适用外国法完全是基于礼让,而不是基于义务。这也就是说,适用外国法是一种互利的要求,一国适用了外国法,公平对待了他国国民,也是本国的法律在外国得到公正的适用和本国的公民也能够在国外得到平等的待遇。^⑨ 在1895年的 *Hilton v. Guyot* 一案中正式在美国判例法中确立了礼让原则。^⑩

现在,美国法院认为之所以要考虑礼让,是因为尊重其他法域的法律和判决会使美国的利益和国际体制的利益得到最大满足。在仲裁背景下,国际礼让所要考虑的因素中,包括不同的冲突法之间不一致的程度、当事人的国籍或者地点、该裁决可以执行的可能性、对美国和外国的影响以及在美国行为的相对重要性。^⑪ 当然,美国法院对礼让的考虑仍然是基于个案的,因而存在一定的混乱,缺乏足够的明确性和预见性。甚至有人提出要限制适用礼让,理由是该原则模糊不清、难以捉摸。^⑫ 尽管如此,由于礼让原则能在尊重其他国家的利益的基础上促进本国的利益,而且能在实践中解决一些实际问题,所以美国法院在实践中仍然还是会对礼让原则加以考虑的。

在司法实践中,美国法院认为,国际礼让要求美国法院应对干涉外国法院的诉讼保持警惕。同时,由于在促进国际仲裁作为解决国际争议的方法时存在国内和国际利益。所以,在美国的司法实践中,国际礼让原则也是与利益分析方法结合起来的,在权衡国内利益与国际礼让后,再决定是否要尊重国际礼让,是否发布禁诉令。^⑬

总之,礼让并不仅仅考虑所涉及的国家的利益。真正的礼让要求法院考虑国际体制的需要,例如《纽约公约》中支持国际仲裁的重要政策。国际仲裁应该提供超越个别国家和当事人利益的争议解决方法。法院的判决必须考虑解决国际争议的有效的普遍机制。

⑧ 473 U.S. 614, 629 (1985).

⑨ 黄进主编:《国际私法》,法律出版社2005年第2版,第74~76页。

⑩ 159 U.S. 113, 163-164 (1895).

⑪ 549 F.2d 597, 614-615 (9th Cir. 1976).

⑫ See Brian Pearce, *The Comity Doctrine as a Barrier to Judicial Jurisdiction: A U.S.-E.U. Comparison*, 30 Stan. J. Int'l L. 525, 527 (1994).

⑬ *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003). 该案基本案情如下:印度尼西亚当事人Pertamina在瑞士的仲裁中败诉,之后向瑞士法院申请撤销仲裁裁决也败诉,而仲裁程序中胜诉的当事人Karaha在美国申请承认与执行仲裁裁决并且得到美国联邦地方法院的认可,之后,Pertamina在印度尼西亚法院提起诉讼,要求撤销该仲裁裁决并禁止Karaha申请执行该仲裁裁决。而在印度尼西亚法院判决作出前,Karaha在美国联邦地方法院提起诉讼,要求禁止Pertamina在印度尼西亚的诉讼,联邦地方法院发布了禁诉令,然而上诉法院则推翻了地方法院的判决。

三、仲裁背景下美国禁诉令制度的最新进展

在 *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Medical Systems Information Technologies, Inc.* 案中,^⑭双方签订的合同中包含有涵盖范围广泛的仲裁条款,在合同履行过程中双方发生争议,GE Medical Systems Information Technologies, Inc. (以下简称 GEMS-IT) 根据仲裁协议向泛美仲裁委员会 (Inter-American Commercial Arbitration Commission, 简称 IACAC) 申请仲裁,而 Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. (遵从美国法院的判决书,简称为 Tecnimed) 则分别在巴西和纽约州法院提起诉讼,要求永久性地中止 GEMS-IT 的仲裁请求,而 GEMS-IT 成功地向纽约州法院申请将案件移送到联邦地方法院,要求 Tecnimed 将争议事项提交仲裁,并要求联邦地方法院发布禁诉令,禁止 Tecnimed 在巴西的诉讼。联邦地方法院作出判决,要求 Tecnimed 参与仲裁并且发布了禁诉令。为此, Tecnimed 向第二巡回法院提起上诉。与此同时, Tecnimed 通知泛美仲裁委员会,认为仲裁庭没有审理争议的管辖权,而且 Tecnimed 不会参与仲裁程序。然而,泛美仲裁委员会指定了 3 名仲裁员,分别来自美国、巴西和加拿大。这 3 名仲裁员组成的仲裁庭裁定仲裁申请人提出的请求是可仲裁的。

第二巡回法院认为,虽然联邦法院可以发布禁诉令,但是国际礼让要求保守地执行这些措施。在决定是否发布禁诉令时,首先需要满足下面的两个标准:(1)当事人相同;(2)发布禁诉令的法院对案件的最终判决将会处理其他法院正在解决的争点。在满足了上面的要求后,法院要考虑外国诉讼是否侵犯了美国法院的强公共政策或者干涉了美国法院的管辖权。

Tecnimed 认为诉讼当事人并不相同,因为在巴西法院的诉讼中,其将巴西 GE 作为诉讼的共同被告,而巴西 GE 不是本案诉讼的当事人。对此,联邦地方法院认定 GEMS-IT 和巴西 GE 具有实质性的类似,第二巡回法院也同意这一点,并且认为 Tecnimed 对巴西 GE 的请求基本上是完全基于巴西 GE 与 GEMS-IT 的关系基础上的,以致利益相关的当事人实质上是同样的。因此,本案满足了发布禁诉令的第一个标准,即当事人相同。

至于地方法院对可仲裁性的判决是否处理了在巴西法院所进行的请求,第二巡回法院认为当事人之间的实体请求将通过仲裁来解决,而不是在美国地方法院解决。然而,联邦地方法院的诉讼迫使仲裁处理巴西的诉讼,因为在巴西所面对的实体问题必须通过法院命令的仲裁来决定。Tecnimed 提出,在巴西诉讼中寻求道德赔偿,而这在仲裁中很可能不被理解或者适用,但第二巡回法院认为有一名仲裁员是巴西人,所以驳回了此项论据。而且关于道德损害赔偿的可仲裁性问题,第二巡回法院重申了支持仲裁的联邦政策,推定道德损害赔偿问题具有可仲裁性。由于当事人所存在的仲裁条款涵盖面非常广泛,可仲裁性问题也不成问题了。

在满足了上面的两个条件后,现在需要考虑的就是 Tecnimed 在巴西的诉讼是否违反了美国的公共政策或者侵犯了美国法院的管辖权。第二巡回法院认为,在本案中, Tecnimed 在巴西的诉讼是在接到仲裁通知的 31 天后提起的,很明显是有意规避仲裁。虽然不能认为所有规避仲裁的行为都会导致法院发布禁诉令,但是在本案这样的案件中,法院已经作出了判决,就更需要发布禁诉令来保护法院自身的管辖权。第二巡回法院认为,虽然国际礼让要求美国法院应对干涉外国法院的诉讼保持警惕,但考虑到外国法院可能不会承认美国法院的判决的既判力,而且如果

^⑭ 369 F.3d 645 (2d Cir. 2004).

美国法院已经作出判决了,则礼让就相对不重要了。因此,法院支持地方法院发布禁诉令的判决。

相反,在 *LAIF X SPRL v. Axtel, S. A de C. V.* 案中,^⑮第二巡回法院认为,如果外国诉讼是为了规避仲裁的话,则发布禁诉令是合适的。然而,在本案中,当事人虽然寻求中止仲裁,但仍然在仲裁庭前出庭并且提交答辩,这就不是当事人拒绝仲裁并寻求司法救济的案件。而且本案中存在一个需要根据墨西哥法律来决定的重大问题尚未解决。同时根据利益分析可以看出,墨西哥在诉讼结果上具有很多利益,而美国对比利时股东和墨西哥公司之间的关系的联系不那么紧密。此外,当事人仍然在仲裁,这就将规避仲裁和美国支持仲裁的政策关注最小化了。所以第二巡回法院认定没有必要发布禁诉令。

另外,需要注意的是,如果对仲裁协议没有最终的认定,法院一般不会发布禁诉令。^⑯

四、结语

由于仲裁自身的优越性,支持仲裁、发展仲裁已经成了美国的共识。体现在司法实践中就是法院禁止从属于仲裁的当事人规避仲裁,通过禁诉令制度来保障仲裁协议、维护仲裁程序、承认并执行仲裁裁决。在利用禁诉令制度来促进仲裁发展的过程中,美国法院在支持仲裁原则的大前提下,结合利益分析方法和国际礼让原则,以达到维护仲裁有序健康发展的目的,使仲裁能更好地成为一种妥善的争议解决方法。目前,我国已经基本确立了支持仲裁的政策,那么适当的时候我们也可以考虑借鉴美国的禁诉令制度来保障仲裁的发展。

Abstract: In order to prevent the parties from avoiding arbitration agreement, safeguard the arbitral proceedings and awards, the courts of USA usually issue anti-suit injunction to support the arbitration. In the context of pro-arbitration and international comity, as to whether or not issue anti-suit injunction, the courts generally make use of interest balancing method, taking into account the parties' identical subject, the substantive claims, the public policy and the jurisdiction of the courts.

Key Words: Anti-suit Injunction Pro-Arbitration Comity Arbitration

(责任编辑:母洪春)

^⑮ 390 F.3d 194 (2d Cir. 2004).

^⑯ Steven R. Swanson, *Antisuit Injunction in Support of International Arbitration*, 81 Tul. L. Rev. 395, 433 (2006).

我国农村土地承包纠纷仲裁解决机制研究^{*}

李长健^{**} 曹 俊^{***}

内容提要 农村土地承包纠纷事关农民土地承包经营权的保护和农村社会的稳定。仲裁解决机制的优势,使其成为当前农村土地承包纠纷首选的解决机制,对于合理化解土地承包矛盾,促进农村社会的稳定,经济、文化与社会事业的和谐发展起着重要作用。构建农村土地承包纠纷仲裁解决机制,需要从原则、内容、程序等方面着手进行具体安排,并通过环境策略的完善从制度层面、组织层面、发展层面进行宏观策应。

关键词 农村土地承包纠纷 仲裁机制 制度架构 环境优化

土地兼有生产和保障的双重功能,不仅是农民最基本的生产资料,也是最基本的生活保障,而实现土地资源的可持续有效利用和统筹协调发展,是解决我国“三农”问题、构建社会主义和谐社会的现实要求,^①这就决定了它承载着农民的根本利益,基于农民对土地具有的生存性、依赖性,中央相继出台了《农村土地承包法》等一系列法律法规,标志着我国的农村土地承包将进入一个相对稳定期。但是随着农村改革的不断深入和农村经济的发展,农村土地承包纠纷仍然会大量出现。而农村土地承包仲裁作为一种解决纠纷的途径,不仅省时、省钱,而且程序简便,处理争议较快,同时有利于维护双方之间的合作关系,是农民群众最愿意选择的解决方式之一。积极开展农村土地承包纠纷仲裁,可以缓解各级政府的信访压力,切实改善干群关系,既维护了法律的权威性与严肃性,又达到了普法、学法、守法的社会效果,是解决农村土地承包纠纷的有效途径。然而由于没有出台与《农村土地承包法》相配套的《农村土地承包法实施办法》、《农村土地承包纠纷仲裁法》等法律法规,使得农村土地承包纠纷仲裁工作的开展存在种种困难。农业部于2006年开始起草《农村土地承包纠纷仲裁法》,广泛征求意见后于2007年正式提交送审稿。该法旨在为农村土地承包纠纷仲裁提供法律依据,为高效率、低成本地解决农村土地承包纠纷、切实维护农民的土地承包合法权益提供可能。因此探讨建立、完善农村土地承包仲裁机构,开展土地纠纷调解与仲裁工作,对稳定农村土地承包关系,保护农民土地承包经营权,维护农村稳定与和谐发展将起到特别重大的作用。

一、农村土地承包纠纷仲裁解决的法制化、规范化解读

纠纷成为一种日常话语,人们将其等同于争议、争执、冲突等。国内外学者对其概念深入研

^{*} 本文为国家社会科学基金项目《我国农民权益保护与新农村社区发展基本法律问题研究》(07BFX0003)的阶段性成果。

^{**} 华中农业大学法学系主任,教授,武汉大学法学博士生,武汉仲裁委员会仲裁员,主要研究经济法、国际经济法和“三农”法律问题。

^{***} 华中农业大学经济法学专业硕士研究生。

^① 李长健、伍文辉:“土地资源可持续利用中的利益均衡:土地发展权配置”,载《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2006年第2期,第63页。

究的并不多。从字面上看,纠纷即“争执的事情”。国内青年学者何兵认为,纠纷是指社会主体间的一种利益对抗状态。^② 日本法律社会学家六平家将纠纷定义为:当事人 A 对于当事人 B 施加某种影响力,试图妨碍对方 B 对自己不利的行为,而使其做对自己有利的行为;而对方 B 则采用同样的行为对抗 A 的行为。此时,由于双方当事人的这种对抗行为导致的社会过程就称为“纠纷”。^③ Miller 和 Sarat 从纠纷的发生学来阐释纠纷,认为“当基于不满而产生的要求被部分或者全部拒绝时,就产生了纠纷”。在实际操作中,当被访者说有不满意,并且寻求第三方帮助的时候,就可以认为问题进入了纠纷阶段。^④ 无疑土地纠纷就是基于土地的一种社会主体间的利益对抗状态。

仲裁,从字面含义上看,“仲”就是居中,“裁”就是裁决,合起来就是居中裁决。从法律制度上看,仲裁,是指纠纷双方在纠纷发生前后达成协议或者根据有关法律规定,将纠纷交给中立的组织进行审理,并作出约束纠纷双方裁决的一种解决纠纷机制。关于农村土地承包纠纷仲裁性质的定位,由于农村土地承包合同现在是发包方与承包方根据平等、自愿原则订立的民事合同,围绕农村土地承包权发生的权属争议、侵害农村土地承包权以及农村土地承包权的流转争议都无疑应当是民事权益纠纷,故有必要明确农村土地承包纠纷仲裁的性质是民事仲裁,而不是行政仲裁。^⑤ 同时还应当确立农村土地承包纠纷仲裁的准司法性。当然我们不否认这种民事仲裁具有自身的特殊性,具有与其他民事仲裁不同的特征,然而应当认识到,正因为这种特殊性的存在才导致制定该条例具有现实意义。

从我们近期调研情况看,当前农村土地承包纠纷情况非常复杂,主要表现在以下几个方面:一是土地承包纠纷问题普遍,矛盾突出。由于“土地热”,原来不愿耕种土地、弃耕撂荒耕地的农民纷纷争要土地承包权,承包纠纷、流转纠纷、承包权纠纷比较普遍。二是导致纠纷的原因比较复杂。有的由于部分地方对于中央和省关于土地承包的一系列政策落实不到位,导致土地承包关系不稳定。尤其是在二轮延包过程中,部分地方自行制定了一些延包政策,现在看,都不同程度地存在与省和中央政策相违背的问题,或者是自行规定的一些细则违背了有关法规政策的主要精神,造成事实上的违法;有的由于执行政策存在偏差和工作失误等原因,产生了一些遗留问题;有的由于规划和区划调整等历史原因,产生遗留问题,主要表现在土地承包纠纷方面,农民世代耕种的土地后来被规划成为林地、草地、水库等,或被乡村无偿占用,在一定时期内,矛盾冲突没有显现,现在随着农民对土地的关注,上升为突出矛盾。三是各地在处理纠纷时普遍缺乏统一明确的政策规定。由于同一个问题,不同时期可能有不同的规定,农民依据对其有利的政策,要求解决问题。基层政府和干部在处理纠纷时,对有关政策把握不准,普遍感到无所适从。现今,因农村土地承包纠纷问题而引发的上访案件急剧增多,群体性上访、越级上访、重复上访问题明显增多,部分上访群众的情绪激动,矛盾十分突出,甚至发生恶性事件,影响了各级政府正常办公秩序和农村社会稳定。

② 何兵:《现代社会的纠纷解决》,法律出版社 2003 年版,第 1 页。

③ 刘荣军:《程序保证的理论视角》,法律出版社 1999 年版。

④ 郭星华、王平:“中国农村的纠纷与解决途径——关于中国农村法律意识与法律行为的实证研究”,载《江苏社会科学》2004 年第 2 期,第 72 页。

⑤ 陈小君、高飞:“关于《农村土地承包经营纠纷仲裁条例(第四次讨论稿)》的修改意见”,载 <http://hi.baidu.com>,2007 年 10 月 11 日访问。

农村土地承包纠纷问题的提出以及国家层面的重视,都在一定程度上反映了新时期农民对土地发展的利益诉求,如何使土地承包纠纷合理解决,是新时期处理农村社会矛盾的关键问题之一。农业部已于2007年正式提交《农村土地承包经营纠纷仲裁法》送审稿。该法旨在为农村土地承包经营纠纷仲裁提供法律依据,促进仲裁过程的法制化、规范化,为高效率、低成本地解决农村土地承包纠纷、切实维护农民的土地承包合法权益提供可能。

二、理性分析:农村土地承包经营纠纷仲裁解决的应然之理

当前,根据《农村土地承包法》第51条及其他相关法律、法规的规定,在土地承包经营发生纠纷时,当事人可以通过以下四种不同途径解决:双方当事人之间协商解决;请求村民委员会、乡(镇)人民政府调解;向农村土地承包仲裁机关申请仲裁;向人民法院提起民事诉讼。本文暂且将其归纳为协商途径、行政途径、司法途径与仲裁途径。然而,由于农村土地承包纠纷的现实特点决定了通过协商、行政、司法途径解决具有自身的局限性。

(一)认识不一:协商途径解决土地承包纠纷之局限性

就构建和谐社会的本身而言,矛盾的自行化解无疑是最好的选择,而农村纠纷的解决模式也大多倾向于协商解决。但是就解决土地承包纠纷而言,协商解决和调解两种方式本身都存在不可避免的缺陷。第一,土地承包纠纷具有特殊的复杂性。因为,关于土地承包纠纷的产生原因来说,如历史遗留问题、政策变迁问题是土地承包纠纷产生的一个重要原因,因此,当事人对历史遗留问题和政策变迁导致的权利归属问题可能存在无法消除的分歧,协商解决或调解成功的可能性不大。对土地制度和土地政策的不同理解会得出不同的结论。在这种情况下,仅仅依靠当事人协商的解决方式,还不能从根本上解决问题。另外,土地承包纠纷还涉及一系列复杂的技术性问题,需要相当的专业知识才能对土地权利的归属有一个全面而明确的了解,而这些技术性方法和知识是很难为争议方所全面掌握的,因而这种认识和理解上的分歧也会阻碍当事人有效地达成相互谅解。第二,土地承包纠纷经常涉及政府的土地权属管理行为。在纠纷当中,当事人可能会对政府的土地登记或其他的土地确权行为产生分歧。而且在协商解决或调解的过程中会出现当事人在解决自己的权益问题时针对政府管理行为的争议,如一方或双方指出政府在土地登记中存在瑕疵,损害其权益。这种争议是不可能由当事人协商解决和调解解决的。第三,协商解决存在着不稳定性。当事人协商达成一致意见后,可能不会签订协议,或者虽然签订有协议,但没有到土地管理部门进行登记,当一方反悔时,协商解决的目的就无法实现。

(二)“局中人”^⑥地位:行政途径解决土地承包纠纷之局限性

服务型政府的构建,在很大程度上取决于政府对公民增量权利的支持与存量权利的维护。通过行政裁决确实是行政权司法化趋势中的一个明显体现,而且行政裁决制度的建立也确实能够在很大程度上减轻法院的负担,能够在更低的成本上运作,能够更便捷地解决纠纷。但是,行政裁决土地承包纠纷仍然具有十分明显的局限性,即政府本身可能就是土地承包纠纷的当事人,就产生了回避机制,从而使得有些土地承包纠纷在本质上是不宜通过行政裁决的方式来解决的,而需要通过其他的法律制度和其他形式的解决途径来弥补。同时,由于土地承包纠纷在我国具

^⑥ 对于“局中人”的界定,主要是基于政府在签订农村土地承包合同中所处的地位而言,由于地位的特殊性,在一定程度上约束了政府作为管理者和服务者所应有的判断。

有特殊的复杂性。例如,国家作为土地所有者与土地承包经营者就同一块土地的权益发生争议的时候,是一种宪法上的争议。我国土地管理法确定了国务院统一行使土地所有者权利的制度,因此,在法律上,政府代行土地所有者的权能,根据“不能做自己案件的法官”原则,为了确保最低限度的程序正义,此时政府不适合作为解决此类纠纷的“法官”,而应该引入宪法诉讼的模式。另外,如果是因为土地管理部门的事前土地确认行为(土地地籍管理行为或土地登记行为)存在瑕疵而产生的权属争议,政府也不能通过行政裁决的方式来处理争议。因为,地籍管理行为和土地登记行为是一种事前的行政确认,而土地承包纠纷的行政裁决可以说是一种事后的行政确认,这两者在法律性质上是一样的。如果针对事前确权行为的瑕疵,当事人之间产生了纠纷,行政机关再用事后的裁决行为予以弥补的话,将出现如下两种结果:第一,此时的行政机关级别并没有改变,土地管理部门在调处此类纠纷时已然成为“自己案件的法官”;第二,在裁决结果与事前确权行为的结果不一致的情况下,说明同一行政主体针对相同的管理事项作出了相反的结论,这样不仅会极大影响行政机关的权威性,而且会导致行政管理中更多的任意行为。所以,我们认为,对于这类纠纷的处理,要么通过行政复议,要么通过行政诉讼的途径来解决。

(三) 偏好选择:司法途径解决土地承包纠纷之局限性

一般认为通过司法途径解决纠纷是最直接、有效的,并且是终局性的化解策略选择。但是由于我国特殊的土地承包制度发展状况,在很大程度上阻碍了司法程序的有效进行。“息诉”、“厌诉”等偏好选择是我国民间形成的悠久传统,民间显性与隐性法文化的发展本身就在一定程度上截断了诉讼的可能性。^⑦同时由于土地承包纠纷的发生大多存在地缘因素以及农民弱势因素,这些都使得司法途径即使从表面上解决了纠纷,但也将面临执行困难,甚至是引起更大的纠纷,这与和谐社会的发展是相背离的。同时,土地承包纠纷的司法途径解决本身也存在着一定的困难。例如,在调查取证方面,现行法律体制下,我国关于证人作证的相关法律规定极不完备,《刑法》规定的伪证罪只适用于刑事诉讼过程中发生的作伪证的行为,在其他程序中证人所作虚假陈述的行为,法律只是规定了应当承担法律责任,但承担什么样的法律责任却没有明确的规定。而土地承包纠纷由于形成的历史性、复杂性,书证、物证保存不全,要准确查明事实,通过询问证人,获得证人证言是重要的途径。但由于对证人作证的行为缺乏必要的强有力约束,许多证人在作证时,基于各种原因,所作证言极为不实。在无其他证据证明的情况下,对争议的事实很难作出准确的认定和判断,这就导致所作裁决缺乏准确性。此外,通过司法途径作为土地承包纠纷解决的最优机制也不符合我国农村社会的基本情况。基于我们的调研资料显示,通过司法途径解决问题,会增加诉求的显性成本与隐性成本,而这些都与农民已有的“理性偏好”相违背。当前农村社会发展中,基于“经济人”的假设,在纠纷解决机制的博弈中,司法途径显然不是农村土地承包纠纷解决的最先选择模式。

(四) 纵横考量:仲裁途径解决土地承包纠纷之必要性与可能性

农村土地承包纠纷仲裁解决是通过设立基层仲裁庭来进行相应土地承包纠纷仲裁的一种新模式。由于农村土地承包纠纷具有复杂性、多样性等特点,解决起来难度大、政策性强。以往由于政府部门没有法律授权很难“插手”;让村级组织自行解决又难以通过村民代表大会这道门槛;让法院解决又因一些纠纷案件缺乏法律依据难以受理。农村土地纠纷的解决一度陷入政府部门

^⑦ 李长健:“我国农村法治的困境与解决方略研究”,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2005年第5期,第625页。

难插手、村级组织难协调、法院难受理的“三难”境地。因此,积极开展农村土地承包纠纷仲裁工作,成为现行法律框架内摆脱上述困境最为便捷、最有效的选择。我们认为农村土地承包纠纷仲裁解决是化解农村土地承包矛盾的现实需要,建立稳定和完善农村土地承包关系长效机制的需要,也是政府职能转变的需要。

首先,土地问题已成为农村矛盾和纠纷产生的主要根源。土地问题解决不好,农村社会就不会稳定,经济就不会发展。通过建立专门的仲裁机构来解决土地承包纠纷,不仅能够快捷地解决问题,而且能够把农村发展中的共性问题迅速反馈到决策层,为完善农业和农村政策提供真实可靠的依据。采取仲裁方式快速及时有效地解决土地纠纷,对维护农村土地承包政策的连续性、保证相关法律法规的贯彻执行、巩固农村土地制度具有重要意义。通过开展纠纷仲裁工作,还可以引导纠纷当事人运用法律手段解决问题,缓解各级政府的信访压力,切实改善干群关系,维护农村社会稳定,既维护了法律的权威性和严肃性,又达到了普法、学法、守法的社会效果,是解决农村土地承包纠纷问题的治本之策。可以说,仲裁解决土地承包纠纷更能维护农村土地承包政策、化解农村土地承包矛盾。

其次,中国“三农”问题的关键是农民问题,农民问题的核心问题是农民利益问题,^⑧而土地正是承载着农民的根本利益。虽然我们党的土地承包政策始终要求稳定和完善农村土地承包关系,赋予农民长期而有保障的土地承包经营权,但是由于历史原因,我国的农村土地承包问题错综复杂。《农村土地承包法》实施后,虽然我国的农村土地政策将进入一个相对稳定期,保证了政策的连续性、稳定性和严肃性。随着农村改革的不断深入,城镇化、工业化的发展,农村土地承包纠纷矛盾将日益突出。而依法建立完善农村土地承包仲裁机构,依据法律的基本精神,结合农村土地承包政策,开展调解和仲裁,建立解决农村土地承包纠纷问题的长效机制,对于稳定农村土地承包关系,维护农民利益,促进农村改革、发展和稳定,都将具有特别重要的意义。

最后,随着市场经济体制改革的不断深入,对政府职能转变也提出了更多的新要求。农业部门作为负责农村土地承包工作的政府部门,在以往处理农村土地承包纠纷工作中,一直缺乏有效手段和有效机制,处理意见缺乏执行性,很多纠纷案件往往在反复调解的情况下也无法彻底解决。开展土地承包仲裁是《农村土地承包法》赋予农业部门的重要职责,通过成立仲裁委员会,利用调解仲裁这一法律手段,为农业主管部门搭建了依法行政的平台,在事实调查清楚,有关法律法规和政策规定明确的前提下,由仲裁机构对纠纷当事人进行调解,调解不成的通过仲裁程序给予仲裁裁决,这样就把原来的行政程序转变为法律程序,把原来的行政调解和行政裁决转变为法律裁决,防止因行政处理引发行政诉讼,从而适应了职能转变的要求。

可以说,开展土地承包纠纷仲裁,妥善解决农村土地承包纠纷,是当前进一步落实党的农村政策,稳定和完善农村土地承包关系的重要任务;是贯彻当前中央各项决策,保护农民生产积极性的重要基础;是维护农民合法权益,促进农业健康发展的重要举措。

三、制度架构:农村土地承包纠纷仲裁解决机制的微观选择

经过近年来的试点实践,我国农村土地承包纠纷仲裁工作已经取得了初步成效。它有效维护了农村社会稳定和保护农民的土地承包合法权益;促进了党在农村政策的贯彻落实、农村土地

^⑧ 李长健:“论农民权益的经济法保护——以利益与利益机制为视角”,载《中国法学》2005年第3期,第120页。

承包和土地流转行为的规范;转变了政府部门的行政职能、提升了农经部门的工作权威与仲裁人员的素质;维护了农村社会稳定,推进了农村法制化进程,日益成为上级各部门关注的解决土地承包纠纷的重要措施。但仲裁途径解决土地承包纠纷作为实践模式,还需要明确仲裁过程中的基本要点,并进一步完善和发展。

(一)仲裁途径解决土地承包纠纷应遵循的原则

任何一项社会制度、法律制度的变革,都不是一帆风顺的,总会遇到各种阻力和障碍,但必须坚持正确的指导思想,方可事半功倍,早日到达胜利与希望的彼岸。土地承包纠纷仲裁解决机制的建立必须坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,坚持以人为本,全面落实科学发展观为统领,尊重人权为保障,促进社会公益为目的,合理补偿与法律救济为手段,促进社会和谐、人民幸福,经济发展为依归。农村土地承包纠纷仲裁解决除了坚持以事实为依据、以法律为准绳,公开、公平、公正、合理等基本原则外,还要坚持把握好以下原则:

一是依法独立仲裁的原则。为了保证仲裁工作的公正性、独立性,需要规定除疑难纠纷和仲裁庭不能形成多数意见的裁决,需要提交仲裁委员会讨论决定外,其他一般纠纷均由仲裁庭负责审理。同时要求,仲裁申请、送达文书等事务性工作,由仲裁委办公室负责办理,在组成仲裁庭后,案件审理就全权交给仲裁庭,这样,就将立案与审案相对分开,减少仲裁员与纠纷当事人直接接触,提高案件审理的公正性。同时,仲裁的结论要符合事实真相,符合国家法律、法规的要求,经得起历史的检验。

二是实地调查取证的原则。首先,当事人提出仲裁申请后,仲裁委办公室对承包纠纷进行调查,主要了解当事人申请仲裁是否符合受理条件,如果不符合,及时作出不予受理通知书。其次,在纠纷开庭审理前,仲裁庭根据需要,依法进行调查取证,这主要考虑到,纠纷当事人通常是普通农户,不容易收集到由村组保管的土地承包原始档案资料,证据难以取得,仲裁庭为了掌握和了解案情的真实情况,就有必要直接调查取证。

三是坚持调解为主、裁决为辅的原则。调解与裁决,虽然形式不同,但是最终目的都是解决问题。通过调解能够提高办案效率,降低办案成本,有利于化解当事人之间的矛盾。所以在仲裁活动中,我们始终要贯彻落实好这一原则,把调解工作贯穿于整个案件始终,积极引导双方当事人达成调解协议。对确实无法调解的,依法果断裁决,在调解中要坚持做到依法调解,不但在实体上合法,而且程序上也要合法。

四是及时便民原则。及时,就是对土地承包纠纷及时立案、及时审理、及时执行。土地承包纠纷发生后,要求得到解决的时间很紧迫,特别是由于农作物的生长、管理有很强的季节性,如不及时处理就会延误农时,同时当事人之间也会因损失增大而使矛盾激化、事态扩大,增加审理案件的难度。便民就是仲裁的方式可以灵活多样,可以走出仲裁庭,进行人性化操作。

(二)仲裁途径解决土地承包纠纷应实践的内容

首先,要明确仲裁的受案范围。农村土地承包纠纷快速攀升,而且争议内容也日趋复杂化,纠纷主体也呈多元化,因此,有必要对农村土地承包纠纷仲裁机构受理案件的范围进行明确规定。我们认为应当增加关于受理案件的范围,采取具体列举主义规定的模式,即做到具体列举与抽象概括的规定相结合。抽象概括为:土地承包经营权取得纠纷、土地承包及流转合同纠纷、土