



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第三辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第三辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究.第三辑/广州仲裁委员会主办.一北京:
法律出版社,2005.3
ISBN 7-5036-5434-1

I.仲… II.广… III.仲裁—文集
IV.D915.704-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 017736 号

©法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/于佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/880×1230 1/16
版本/2005年3月第1版

印张/7 字数/157千
印次/2005年3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

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5434-1/D·5151

定价:13.00元

仲裁研究(第三辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 吴汉东 苏泽群 杨良宜 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:马占军 邹世发 罗洁琪 张小建 赵 庆 冯 捷

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号广信江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283925 83282220 83283897

传 真:(020)83283905

E-mail:gzzcw@126.com

目 录

专 论

- 论仲裁的机密性(中) 杨良宜 莫世杰/1
建构主义学习理论视野下的中国仲裁发展 陈忠谦/11

探索与争鸣

- 论仲裁协议效力的确定与扩张 常 英 吕 豪/16
论仲裁制度中的意思自治原则 宋朝武 张晓霞/25
“中间裁决”的概念有待明确
——兼与部分裁决、先行裁决、临时裁决比较 钟 妙/31

比较与借鉴

- 内地与澳门仲裁法律制度的比较(下) 邓伟平 杨敬轩/37
反垄断请求的可仲裁性问题研究
——以美国为视角 张潇剑/45
区际商事仲裁裁决的相互承认与执行
——从执行内地与香港《安排》若干问题谈起 詹思敏/53

临时仲裁

- 从理念到实践:临时仲裁制度构建初探 邓 茗/60
对临时仲裁制度的法律思考 陆 炯/70

仲裁实务

- 关于重新仲裁及其中新证据问题的思考 赵庆/78

域外仲裁

- 英国仲裁司法年度评论—2002 Stewart Shackleton 著 罗洁琪 编译/84

案例评析

- 违约责任涉及第三人时该约定是否有效
——对一起仲裁案件的评析 张小建/96

ARBITRATION STUDY
Guangzhou Arbitration Commission(GZAC) Vol. 3
Guangzhou, China Mar.2005

CONTENTS

Review on Confidentiality of Arbitration	Yang Liangyi, Mo Shijie/ 1
The Development of Arbitration in China in The Eyeshot of Construcivism Theory Relative with Study	Chen Zhongqian/ 11
Review on the Confirmation and Dilatation of Arbitration Agreement	Chang Ying, Lü Hao/ 16
The Rule of Autonomy of the Will in the Arbitration System	Song Chaowu, Zhang Xiaoxia/ 25
The Concept of Interlocutory Award Must Be Clarified —— Comparison with Partial Award and Interim Award	Zhong Miao/ 31
Comparison on Arbitration Systems of Mainland China and Macao	Deng Weiping, Yang Jingxuan/ 37
Study on the Arbitrability of Antitrust Claims: An American Perspective	Zhang Xiaojian/ 45
Mutual Recognition and Enforcement of Arbitral Awards ——the Practice of Enacting the <i>Arrangement Concerning Mutual Enforcement of Arbitral Awards Between Mainland China and Hong Kong Special Administrative Region</i>	Zhan Simin/ 53
From Theory to Practice: Exploration of Ad Hoc Arbitration Establishment	Deng Ming/ 60
Thinking Legally on Ad Hoc Arbitration System	Lu Jiong/ 70
Consideration on the New Evidences in Re-arbitration	Zhao Qing/ 78
Annual Review of English Judicial Decisions on Arbitration—2002	Stewart Shackleton Translated and Edited by Luo Jieqi/ 84
Is It Effective? An Arbitration Agreement Involving the Interest of Third Party in Its Liability for Breach of Contract	Zhang Xiaojian/ 96

专 论

论仲裁的机密性(中)

杨良宜* 莫世杰**

二、英国普通法下的仲裁机密

.....

(四)除外情况

若严格看待这保密责任,所有仲裁的材料/资料以及仲裁裁决书都不能向无关的第三者披露或用于与该仲裁无关的用途上,这会带来一连串实务上的困难,因此法律在承认仲裁的机密性的同时,亦容许了除外情况,但由于这方面的法律还处在发展阶段,不排除将来法院碰上合适的案子,会规定更多的除外情况。被法律接受的除外情况不多,主要有关的先例可见 *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Steuart J. Mew* (1993)2 Lloyd's Rep 243; *Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate* (1995)1 Lloyd's Rep 272; *London & Leeds Estates Ltd. v. Paribas Ltd. (No 2)* 2 EG 134。在 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998)1 Lloyd's Rep 643 这一上诉庭权威的案例中, Potter 大法官综合过去的先例,列出下列 5.1 小段至 5.5 小段的除外情况。而 5.6 小段的除外情况则是源于仲裁法下容许的情况。

1. 除外情况之一: 双方同意(consent)。

既然仲裁的机密性源自仲裁双方同意的仲裁条款,在尊重当事人自决(*party autonomy*)的大原则下,仲裁双方当然可以在事前或事后明示或默示同意对第三者披露某些仲裁的文件或资料。这种情况经常发生,例如同意让第三者在开庭审理中旁听。

2. 除外情况之二: 法院指令(*order of the court*)。

法院在合适的情况下可指令披露仲裁的文件,尽管它属于机密。Potter 大法官在 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998)1 Lloyd's Rep 643 一案中举例说法院可强制一方在法院诉讼中披露在先前的仲裁所产生的文件。法院作出指令,当然要考虑到仲裁文件的机密性,正如 Parker 大法官在 *Dolling Baker v. Merrett* (1990)1 WLR 1205 一案中说:

“... When a question arises as to production of documents or indeed discovery by list or affidavit, the court must, it appears to me, have regard to the existence of the implied obligation, whatever its precise limits may be...”

当然,仲裁的机密性只是法院考虑是否指令披露的因素,而不可作为拒绝披露的原因。Colman 大法官在 *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Steuart J. Mew* (1993)2 Lloyd's

* 香港国际仲裁中心主席,国际著名海商法专家、仲裁员。

** Goldbeam 国际有限责任公司合同部负责人、伦敦海事仲裁员协会会员。

Rep 243 一案这样说:

“... the documents engendered by or in the course of an arbitration to which an obligation of confidence attaches, cannot in principle have any different status from any other documents which are the subject of a duty of confidence. Accordingly, the approach adopted to such documents by the House of Lords in *Scientific Research Council v. Nasse*, [1980] A. C. 1028 must equally apply to arbitration documents.

It is thus clear that, as Lord Wilberforce put it at p. 1065: ... there is no principle in English law by which documents are protected from discovery by reason of confidentiality alone. However he added: But there is no reason why, in the exercise of its discretion to order discovery, the tribunal should not have regard to the fact that the documents are confidential, and that to order disclosure would involve a breach of confidence.”

有关“机密内容”的考虑,请阅杨良宜先生及杨大明先生合著的《英美证据法》第二章 6.4.4.2 小段,不赘述。

3. 除外情况之三: 法院批准披露(leave of the court)。

在 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998) 1 Lloyd's Rep 643 一案中, Potter 大法官提到另一除外情况是法院批准披露仲裁材料/资料或仲裁裁决书,但法院基于什么理由作出批准,则没有详细解释。可以肯定的是,法院支持批准披露的其中一个原因是下述的“合理地有需要”(reasonably necessary)的考虑。

4. 除外情况之四: 合理地有需要(reasonably necessary)。

由于仲裁的机密性,仲裁双方有责任对仲裁的材料/资料以及仲裁裁决书保密,这保密的责任是双向的,因此,即使其中一方想披露某些仲裁文件或仲裁裁决书予第三者,藉此说服或证明该第三者在某争议上的法律地位、权利或责任,但基于仲裁本身属于机密,如果得不到仲裁的另一方同意,作出有关披露会违反保密责任。但明显地,如果能够向第三者作出披露,对解决仲裁方与该第三者的争议很可能有很大的帮助。比如在一个再保险合同(re-insurance contract),被保险人亦是原保险合同的承保人(insurers),要证明他在原保险合同下对被保险人(assured)的索赔负有法律责任,才可向再保人(reinsurers)依据再保险合同提出索赔,而这证明会是原保险合同下的仲裁裁决书。又或是承租人与货主因货物损坏而仲裁,仲裁有关货损是由于船舶不适航所致,承租人按合约需要向货主赔偿损失,这时承租人当然希望拿着该仲裁裁决书向船东要求补偿(seeking for indemnity),先不说船东是否受该仲裁裁决书约束或船东与承租人在租约中是否有 Inter-Club Agreement,单是在保密的责任下,如果货主反对,承租人是否能向船东披露该仲裁裁决书? 再举一例,仲裁的当事方希望披露他在以前的相类似的仲裁案件中有关仲裁员发出的特定披露的指令(order of specific discovery),藉此尝试影响仲裁员就披露的决定;又或是在之前的一个仲裁对相类似的争议作出了对当事方有利的裁决,他当然想利用该仲裁裁决书来说服另一方或影响仲裁员的裁决。

在没有仲裁的另一方的首肯下,希望作出披露的一方只好向法院求助,要求法院批准披露该仲裁的材料/资料或仲裁裁决书。这情况常发生于仲裁的一方与第三者进行的诉讼或仲裁。面对有关申请,法院应以什么准则作出决定? 总不能只要申请人有丁点需要,便批准申请。

在 *Dolling Baker v. Merrett* (1990) 1 WLR 1205 一案中, Parker 大法官认为在考虑仲裁保密

这默示责任的同时,若有关披露对公平处理诉讼有需要,则应优先考虑,但作出决定前也要看其他情况,如是否有其他途径获得有关资料而不用违反保密责任:

“... If it is satisfied that despite the implied obligation, disclosure and inspection is necessary for the fair disposal of the action, that consideration must prevail. But in reaching a conclusion, the court should consider amongst other things whether there are other and possibly less costly ways of obtaining the information which is sought which do not involve any breach of the implied undertaking.”

在Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Steuart J. Mew (1993)2 Lloyd's Rep 243一案中,涉及再保人与被承保人通过保险经纪人签订多份再保险合同(re-insurance contracts),因发生争议而仲裁,再保人在仲裁中作出多项抗辩,包括没有披露(non-disclosure)、误导(misrepresentation)、承保范围及更正合约(rectification)等。在仲裁中双方提交了文书控辩,作出了大量的文件披露,交换了证人证词及开庭誊本,不难想象当中会有针对保险经纪人的资料。结果仲裁员在其附有理由的中间裁决书(interim award including reasons)中,不接受被承保人对再保人的索赔。被承保人转移向保险经纪人索赔,指保险经纪人有疏忽(negligence)及违反作为投保经纪人的职责(breach of duty as placing brokers)。明显地,再保人与被承保人之间的中间裁决书以及在仲裁时披露的材料/资料,对被承保人针对保险经纪人而作出的指控有关及有帮助,被承保人自然希望向保险经纪人披露,但基于仲裁的机密性,再保人只允许被承保人披露仲裁裁决书及部分理由,反对披露全部理由及其他仲裁材料如文书控辩、证人证词及有关誊本,并向法院申请禁令;被承保人则要求法院批准披露。

Colman大法官确认仲裁的机密性后,认为在此责任下,仲裁裁决书及其理由与其他在仲裁中产生的文件有别,要分开考虑,因为前者有如下特性,有需要向第三者披露:(1)仲裁裁决书及其理由对有关争议作出判定,界定当事双方的权责,双方有一独立的合约责任去履行仲裁裁决书中的裁决;(2)仲裁裁决书受仲裁法管理/监督,在仲裁法容许的情况下对仲裁裁决书作出撤销(set aside)或发回重审(remit)的指令,例如按仲裁法向法院上诉;(3)在法院执行仲裁裁决书。因此,他认为若仲裁当事方合理地有需要(reasonably necessary)去披露仲裁裁决书及其理由,从而保护他对第三者的权利,这种披露不违反仲裁保密的责任:

“... Accordingly, I conclude that the exception to the duty of confidentiality which I have held to apply by implication to arbitration awards applies equally to the reasons. If it is reasonably necessary for the protection of an arbitrating party's rights vis-à-vis a third party that the award should be disclosed to that third party, so to disclose it, including its reasons, would not be a breach of the duty of confidence. That Counsel has advised the arbitrating party of such reasonable necessity should in practice normally be conclusive of the matter.”

随后在Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir (1998)1 Lloyd's Rep 643一案,Colman大法官所提到的“合理地有需要”(reasonably necessary)这适用于仲裁裁决书的验证(test)被上诉庭伸展至仲裁材料/资料。Potter大法官在该案中说:

“... Although to date this exception (指 'reasonably necessary for the establishment or protection of an arbitrating party's legal rights viz-a-viz a third party') has been held applicable only to disclosure of an award, it is clear... that the principle covers also pleadings, written submissions, and the proofs of witnesses as well as transcripts and notes of the evidence given in the arbitration...”

也就是说,普通法容许仲裁的当事方为了保护或证明他对第三者的法律权利,在合理地有需要情况下向第三者披露仲裁材料/资料及仲裁裁决书,从而对该第三者建立诉讼原因(cause of action)或对该第三者提出的索赔或反索赔抗辩(defend)。

何谓“合理地有需要”? Potter 大法官认为法院在考虑是否容许披露时,应给予一定程度的灵活性,如要考虑有关被要求披露材料的诉讼的目的与本质、仲裁的程序及仲裁员的权力、导致要求披露的争议及从其他渠道获取该仲裁材料的内容所需花费及可行性。这“合理地有需要”的验证排除了一些情况如要求披露本身只是从商业角度看对第三者具说服力的影响(commercially persuasive impact on the third party),又或者是有关披露只对仲裁的当事方带来帮助(merely helpful),而这些情况都不是真的有需要去对一方的法律权利作出保护或证明。典型的例子如前述的一方希望披露以前相类似的仲裁案件,来说服另一方或影响仲裁员的判决。

在 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998) 1 Lloyd's Rep 643 一案,原告向法院申请禁令禁止被告造船厂披露他们在仲裁产生的材料及仲裁裁决书予另一个仲裁庭。该案涉及 6 家公司向造船厂签订造船合约建造 6 艘船只。这 6 家公司的成立主要是与造船厂签约及作为将来新船的船东,它们由一控股公司拥有,并通过该控股公司拥有的另一家公司作为代理及经理人,与造船厂联系。这是典型航运公司的营运模式,可以说,它们全是一家人。由于造船厂未能按其中一份合约完成建造船舶,合约的买方,亦即是本案的原告,解除合同并向造船厂展开仲裁索赔损失。在该仲裁中,造船厂辩称它为原告造船的责任完全依赖其他同系的买方履行合约,但其中 3 个买方没有支付首期款项,因此造船厂应有权以该欠款对原告的索赔作出对冲(set-off)。但仲裁员不接受造船厂的论点,他认为尽管该 3 个买方没有按各自与造船厂的合约付款是违反合约,而它们提出的借口看来是没有希望成立的,但这与造船厂按合约替原告造船无关,判造船厂要对原告的损失负责。造船厂没有支付原告的损失,而是向另外 3 个买方展开仲裁,追讨合约欠款。造船厂认为这 3 个买方根本没有理由不去付款,为了支持它向仲裁庭申请中间裁决书(interim arbitration award),造船厂希望向该仲裁庭披露在先前与原告仲裁时产生的材料及仲裁裁决书,以便对 3 个买方的抗辩作出反驳,并指出有关问题已在先前的仲裁处理了,属一事不理(issue estoppel)。原告知悉造船厂披露的意图后(它当然知道,因为这些公司本来就是一家人,由同一个代理代表),便向法案申请禁令。上诉庭推翻高院的判决,认为原先的仲裁员对这 3 个买方没有理由不付款的看法是建基于它们是独立的法律个体,与原告的索赔无关,不足以在现在的仲裁中对这三个买方构成一事不理(issue estoppel);加上,判定这 3 个买方不去付款的解释/论据是否有理,是现在的仲裁庭的责任。因此,造船厂的请求不符合“合理地有需要”的验证,在仲裁的机密性下,先前的仲裁材料及仲裁裁决书,不能在现在的仲裁中向仲裁庭及 3 个买方披露。

顺带一提,在该案中被告辩称由于原告及这 3 个买方由同一控股公司拥有及管理,披露仲裁文件给予这 3 个买方,不算违反仲裁的保密责任,因为它们本质上不是“陌生的第三者”(third party strangers)。Potter 大法官认为没有必要为此再添加一个除外情况,况且,其后的仲裁庭本身就是无关系的第三者,他这样说:

“... First, whatever the position in this case, it is possible to envisage a situation where, despite the feature of common beneficial ownership between them, one entity may wish to keep private from another the details of materials generated in an earlier arbitration. Second, where the problem arises in relation to disclosure in later proceedings, to propound such an exception is to leave out of account that

(as appears to be the position in this case) the real interest of objecting party is to withhold disclosure of such materials from the subsequent decision maker. In this context the latter is the 'third party stranger' in respect of disclosure to whom the objecting party seeks protection. While such motives may not be 'worthy' in the broad sense, and certainly do not assist the course of justice, they may yet be a permissible tactic in advancing or protecting the interests of the objecting party. . . ."

从判词中可见,即使关系是多么密切的公司(如母公司与子公司),在仲裁的机密性下,仲裁当事方如子公司都不能随便向关系密切的母公司披露仲裁的文件或资料,否则属违反仲裁保密的责任。

在另一个案例 *Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate* (1995) 1 Lloyd's Rep 272 中,原告再保人与被告承保人订立再保险合同承保某百分比的风险,余下部分则由其他再保人承保。被告承保人之后向原告再保人及其他再保人按再保合约提出索赔,原告再保人拒绝赔付,理由是该索赔包括一些风险是原告再保人在订约时不知悉的,指称被告承保人没有作出披露(non-disclosure),该再保合约应被视作无效。被告随后向原告展开仲裁,结果仲裁庭裁定被告胜诉。被告于是希望把该仲裁裁决书送给其他再保人。原告拒绝同意,认为仲裁裁决书属于机密,不可向其他再保人披露。法院认为原告与其他再保人虽然同时承保被告的风险,但他们之间没有任何关系,再保合约亦没有条款明示其他再保人须跟随原告对被告索赔作出的决定或仲裁的结果,该仲裁裁决书对其他再保人没有约束力,即使容许披露亦不见得其他再保人会同意该仲裁裁决。况且,拒绝披露对被告不会带来困难,因有关争议涉及再保合约的解释,被告大可以请律师或大律师提供意见支持其论点。因此,对被告来说,作出披露只是用来说服其他再保人,不是“合理地有需要”去保护或证实其法律权利。在仲裁当事方对仲裁有保密责任的原则下,作出披露会违反机密。

上述两先例说明,若仲裁的一方向无关的第三者披露仲裁的材料及仲裁裁决书,除非能通过“合理地有需要”这验证,否则只是对向第三者索赔或抗辩带来帮助或加强说服力,例如仲裁当事方希望披露的仲裁裁决书就类似争端作出裁决,明显地,有关披露不是为了保护或证明仲裁当事方对第三者的法律权利,而只是加强仲裁当事方对争议的看法,披露实属违反机密责任,不应容许。

在本章起首曾提及,争议涉及一连串的合约链(chain of contracts)或多位当事人同一争议(multi-parties dispute)的情况下,夹在中间的一方要保护或证明其对合约链另一方的权利,往往只能依赖并披露他在另一仲裁中所获得的文件,其中尤以仲裁裁决书至为重要,因它判定中间方的权责。针对这合约链(chain of contracts)或多位当事人同一争议(multi-parties dispute)的情况,英国普通法容许一方依赖先前的一个仲裁裁决书,向另一方提出补偿(indemnity)索赔,而不用就争议再重新争辩一次。有关先例见 *The Sargasso* (1994) 2 Lloyd's Rep 412,该案船东把船期租予承租人,承租人随后以程租形式把船转租给分承租人,在航次中有货物受到污染,分承租人向承租人索赔损失并展开仲裁,仲裁判承租人须赔付分承租人的损失。承租人之后依赖该仲裁裁决要求船东补偿他对分承租人赔付的损失及费用。法院判船东与承租人签订期租合约时应合理预计到船东的违约会导致承租人在程租合约中违约,故此船东应向承租人补偿仲裁判定的损失、利息及费用。该案确立了以下法律:

(i) 甲、乙双方之间有一个仲裁裁决书确定了一方(假设是乙方)对另一方(假设是甲方)因某违约而应负的法律責任。

(ii) 合约双方一般都可以预计到其中一方(假设是乙方)会与第三者(假设是丙方)另有一个合约,当中的条款与原合约(指甲、乙之间的合约)相同(这里尤指被违约的条款),而且同样有一伦敦仲裁条款。这情况经常出现在租船合约、商品买卖合约等。

(iii) 若因为丙方在他与乙方的合约中违反某条款,而使无辜的乙方在其与甲方的合约中作出相同的违约,那么乙方因违约而需对甲方负上仲裁裁决书判定的责任(如损失金额、利益及费用),以及因为在仲裁中抗辩而产生的费用,全都是由于丙方的违约所导致的后果。因此,丙方需对其违约的后果向乙方负责,这包括乙方需对甲方负上仲裁裁决书判定的责任及乙方的费用。

(iv) 除非丙方能够证明乙方没有减轻损失(failed to mitigate their loss),又或者是没有一个合理的仲裁庭会得出这么的一个罔顾事实的仲裁裁决书(the arbitrators have acted perversely or have reached a conclusion which no reasonable arbitrators could have reached on the evidence before them)。

有关法律对夹在中间的乙方带来保障及方便,他只需通知丙方他与甲方的仲裁,以便将来向丙方要求补偿。当然,乙方可以要求丙方提供资料及证据,以便乙方在与甲方的伦敦仲裁中作出抗辩,甚至要求丙方接手代为抗辩。若乙方抗辩失败,乙方只需要依赖该仲裁裁决书向丙方要求补偿。这时,丙方不能再就违约争议重新抗辩(reopen any of the issues raised in the arbitration),即使是丙方拥有一些在该仲裁庭中没有提出来的证据,否则这样做对乙方带来不公,因为乙方在仲裁时没有丙方拥有的证据;而丙方亦应向乙方提供有关证据以协助乙方抗辩,若丙方因某些原因没有这样做,而乙方在处理整个仲裁中的表演合理,乙方应可把仲裁裁决书判定的责任转到丙方身上。

明显地,该仲裁裁决书对乙方来说是十分重要的,因为关系到乙方对违约方丙方的法律权利,向丙方披露是合理地、有需要的,甲方应不能以仲裁的机密性阻挠披露。

对丙方而言,他只有在两个除外情况下可以否定乙方按仲裁裁决书提出的补偿请求,一是乙方没有减轻损失,另一是没有一个合理的仲裁庭会得出这么的一个罔顾事实的仲裁裁决书请求。后者或许还能够从仲裁裁决书中看出端倪,但前者涉及的是乙方在处理与甲方的仲裁有否失当,这包括乙方是否已提供他应该可以提供的证据,又或者是乙方是否已充分作出法律上容许的抗辩,这些都未必能够从仲裁裁决书中看出来。如果丙方当初得悉有关仲裁的展开时,没有积极响应及参与伦敦仲裁,例如要求乙方知会他仲裁推展的每一步,将来面对乙方的补偿请求,丙方很难指称乙方没有减轻损失或仲裁裁决书有问题,所以不接受该仲裁裁决书判定的责任,反而要就相同的违约再审一次。在这种情况下,丙方是否可以要求乙方把整个仲裁的文件全都作出披露,以便他作出衡量甚至证明其原先属于空泛的指控?要知道,仲裁文件尽管属机密,但不代表不能披露。在 *The Sargasso* (1994) 2 Lloyd's Rep 412 一案,Clarke 大法官提到丙方应该对该仲裁有足够的认识去决定乙方是否没有减轻损失或没有一个合理的仲裁庭会得出这么的一个罔顾事实的仲裁裁决书请求,在个别例外情况下,法院未必不能作出合适的程序或披露指令(In the exceptional case where that might not be so it is I think most unlikely that the court does not have power to make an appropriate order for interrogatories or discovery)。那么,在什么例外的情况下,法院或仲裁庭可指令要求披露? 申请指令与仲裁的机密性如何取得平衡? 若乙方在仲裁展开的初期已要求丙方协助,而丙方却不闻不问,当乙向丙方提出补偿请求的诉讼或仲裁时,丙方才要求披露该仲裁文件,从公道出发[*The Sargasso* (1994) 2 Lloyd's Rep 412 一案对补偿请求的判决本来就是从公道方面作出考虑的],丙方的请求应否被接受?

看来,身为丙方,为了避免上述情况的出现,还是在仲裁的初期便积极参与并协助乙方,尤其是那些有经济实力或有声誉的公司,说到底,既然他是始作俑者,对违约争议理应最清楚,既然跑不掉,倒不如与乙方合作。假若丙方有心协助,但仲裁的另一方甲方却以机密为由,禁止乙方向甲方透露仲裁的每一步,那又如何是好?事实是就该仲裁来说,丙方是无关系的第三者,他不应对仲裁的文件,不应与乙方讨论案情,更不应参与开庭聆讯。否则,这岂不是把丙方拉进该仲裁,变相行使另类“合并”审理/“同步”开庭这1996年英国仲裁法下仲裁员不能享有的权力?在 *Dolling Baker v. Merrett* (1990) 1 WLR 1205 一案, *Parker* 大法官指出: “... there must, in my judgement, be some implied obligation on both parties not to disclose or use for any other purpose any documents prepared for and used in the arbitration, or disclosed or produced in the course of the arbitration, or transcripts or notes of the evidence in the arbitration or the award, and indeed not to disclose in any other way what evidence had been given by any witness in an arbitration...” 但不是说在合理地有需要的情况下,乙方可以披露仲裁文件以保护及证明他的法律权利吗?而按 *The Sargasso* (1994) 2 Lloyd's Rep 412 一案, *Clarke* 大法官不是提到丙方应该对该仲裁有足够的认识去作出判断吗?那么,这合理地有需要的除外情况应否扩展至丙方参与该仲裁或针对该仲裁而要求的披露?看来,这方面的法律还有待发展及澄清。

5. 除外情况之五: 公正利益 (the interests of justice)。

另一除外情况是基于公正利益 (the interests of justice) 的考虑,向第三者披露仲裁材料/资料不应被视为违反对仲裁保密的责任。在 *London & Leeds Estates Ltd. v. Paribas Ltd.* (No. 2) (1995) 2 E. G. 134 一案,涉案的专家证人在一连串的租金评估仲裁中提供的专家意见,在其中一个仲裁被仲裁当事方指其意见与他在先前的仲裁中提供的不同,要求法院指令该专家证人披露他在先前的仲裁提供的报告。可以想象,若仲裁庭依赖该专家意见而作出裁决,但该专家在不同的仲裁就类似的争议作出不同甚至互相矛盾的看法,仲裁庭如何能作出公正的裁决?该案有趣的地方是仲裁当事方之所以能知悉该专家证人在先前的仲裁提供不同的专家意见,是由先前的仲裁员透露给仲裁当事方,法律上该仲裁员已违反了对仲裁保密的责任。另外,反对作出披露的是该专家证人本身而非先前的仲裁当事方。*Mance* 法官在该案中判有关指控比维护仲裁的机密性更为重要,他说:

“... if a witness were proved to have expressed himself in a materially different sense when acting for different sides, that would be a factor which should be brought out in the interests of individual litigants involved and in the public interest.”

但他提到的公众利益 (public interest), 实为公正利益 (the interest of justice), 不然给人以错觉,以为凡涉公众利益者皆可避开仲裁的机密性而向外披露,事实上该案考虑的是公正的问题。*Potter* 大法官在 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998) 1 Lloyd's Rep 643 一案对 *Mance* 法官所指的公众利益有以下看法:

“... It seems to me clear that, in that context, Mr. Justice Mance was referring to the ‘public interest’ in the sense of ‘the interest of justice’, namely the importance of a judicial decision being reached upon the basis of the truthful or accurate evidence of the witnesses concerned.”

这里可以带出一个仲裁的现实值得大家去思考,就是仲裁当事方委任的专家就某争议作出的意见,他的意见无可避免地是会倾向委任他的当事方,否则请他做甚?这意见当中的可信性又

有多高? 仲裁员应如何去芜存菁地接受这些专家的意见? 当然, 仲裁法容许仲裁庭去委任专家向仲裁庭提供意见, 这种做法理应可获得比较独立的专家意见, 但实行起来仍是困难重重, 因为仲裁当事方仍会委任自己的专家去审阅仲裁庭的专家意见, 新的观点/看法/论据自然地又会提出来, 费用大增及延误当然是免不了。同一争议, 代表不同当事方的专家总有自己的看法, 但若把他们代表的角色调换, 他们又能够说出另一套可信性高的意见。当然, 一些复杂的争议有不同的看法是可以理解, 这可能难比前述的租金评估案例中前后不一致的专家意见更容易看出是否有违公正。对一些专业知识或技术要求很高的争议, 能够提供专家意见的人不多, 这些有能力的人中常代表不同的当事方就类似的争议提供意见, 他们的意见很有可能是不一致的, 例如在海事仲裁中常见涉及装硫磺后导致船舱严重损坏的争议, 对硫磺特性及船壳有认识及能详细地说出两者间在不同的环境/因素下产生不同的化学反应的专家不多, 在伦敦, 这类争议通常都是由两家十分有名的海事顾问公司担当专家证人, 时而为船东说话, 时而为承租人说话, 不一致的看法总会有, 区别在于程度及表达技巧, 及处理方法上的小心程度。但在 *London & Leeds Estates Ltd. v. Paribas Ltd. (No. 2)* (1995) 2 E. G. 134 的先例下, 在公正利益的前提下, 他们有可能被要求披露为先前客户提供的意见。问题是, 这不一致的程度要多大? 是否需要十分明显?

有关专家证人这方面的探讨, 请阅杨良宜先生及杨大明先生合著的《英美证据法》第四章。

6. 除外情况之六: 仲裁法下容许的情况。

除了上述的情况外, 仲裁的材料/资料及仲裁裁决书的内容亦有机会透过 1996 年英国仲裁法所容许向法院寻求协助的情况而向公众公开, 这包括以下常见的情况:

(i) 如依据 section 67 向法院申请挑战仲裁庭在其仲裁裁决书就管辖权作出的裁决; 或宣告因仲裁庭没有管辖权, 其裁决书的全部或部分无效。

(ii) 如依据 section 68 所述的“严重不正常”的事项向法院对仲裁裁决书作出挑战[在近期一个英国高等法院案例 *Tame Shipping Ltd. v. Easy Navigation Ltd. (The Easy Rider)* (2004) EWHC 1862 (Comm), 该案涉及二手船买卖仲裁, 仲裁是依照伦敦海事仲裁员协会的小额索赔程序 (Small Claims Procedure) 进行。按照该程序, 仲裁双方同意放弃上诉的权利, 因此仲裁裁决书不会附有理由, 而仲裁员的理由通常会以另外一份文件出现, 文件的起首一般都会标示该理由是在裁决之后发出, 是独立于仲裁裁决书, 并不属于它的一部分, 不适用于与仲裁裁决书有关的诉讼程序。可以说, 这是仲裁员的机密理由。该案的买家不满意仲裁裁决, 向法院上诉, 所持的其中一个理由是仲裁有“严重不正常”。但由于有关指控只能从仲裁员的机密理由中看出, 但机密理由不属于仲裁裁决书的一部分, 若不容许披露, 买家根本不能举证。法院认为由于这机密理由是惟一的证据, 法院应该去看并加以考虑, 不去这样做会容许由于“严重不正常”而可能造成的“重大的不公正”(substantial injustice)得不到纠正]。

(iii) 如依据 section 69 向法院申请就仲裁裁决书中涉及的法律问题上訴。

(iv) 其他 1996 年英国仲裁法容许向法院寻求协助的事项如 section 24。

一直以来, 法院诉讼是公开的, 即容许公众旁听, 法院判决会向公众公开。因此, 若仲裁的一方按 1996 年仲裁法, 针对仲裁本身或仲裁裁决书而向法院寻求协助, 有关的法院聆讯及判决便需公开, 这样便与当事方希望透过仲裁私下解决争议的原意不符。有鉴于此, 英国的民事诉讼规则 (Civil Procedural Rules) 的第 62.10 条, 把仲裁请求 (arbitration claim) 应私下或公开开庭的决定, 交给法院衡量, 该条文如下:

“(1)The court may order that an arbitration claim be heard either in public or in private.

...

(3)Subject to any order made under paragraph (1) —

(a)the determination of —

(i)a preliminary point of law under section 45 of the 1996 Act; or

(ii)an appeal under section 69 of the 1996 Act on a question of law arising out of an award, will be heard in public; and

(b)all other arbitration claims will be heard in private.

(4)Paragraph (3)(a)does not apply to —

(a)the preliminary question of whether the court is satisfied of the matters set out in section 45 (2)(b); or

(b)an application for permission to appeal under section 69(2)(b). ”

按照以上条文,若涉及法律争议的上诉,应作出公开聆讯;至于其他的仲裁请求,则需私下聆讯。当然,大前提还是法院有权作出公开或私下聆讯的决定。这条文只针对公开或私下开庭,但有关仲裁请求的法院判决,一般还是要向公众公布/刊登。这样一来,原先仲裁可享有的保密,无可避免地被削弱。现实中,读者随便翻开英国的劳氏法律报告(Lloyd's Law Report),不难发现很多被报道的海事案件,都是源自仲裁请求,例如 The Hill Harmony (2001)1 Lloyd's Rep 367 一案船东就仲裁裁决书中期租承租人的指定航行路线属于航行的指令或雇用的指令这个法律问题向法院上诉; The Pamphilos (2002)2 Lloyd's Rep 681 一案期租承租人声称仲裁有“严重的不正常”(serious irregularity)而向法院作出申诉。

问题是,当事方选择仲裁来解决争议的其中一个原因就是其机密性,若因寻求法院协助而被迫放弃机密,是值得商榷的。但另一方面,公开判决的做法是要法院接受公众的监督,并由此建立法院的公信力,确立法院权威,同时推进法律的发展。这两者应如何取得平衡呢?

在近期的一个英国上诉庭的案例 Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow and The Government of Moscow v. Bankers Trust Company and International Industrial Bank (2004)EWCA Civ 314; LMLN 637,原告莫斯科政府与被告银行因一笔债务索赔而在伦敦仲裁,与此同时,莫斯科政府透过金融机构发行债券,在认购书中对该伦敦仲裁略有提及,指莫斯科政府从没有收过被告的贷款,又指该贷款可能被一家俄罗斯银行不恰当地挪用;而被告则在仲裁完结后,向有关参与贷款的金融机构,暗示它在仲裁中未能指出原告有过失而败诉,是由于仲裁员令人惊奇地采用俄罗斯法律。被告随后向法院申请,指称仲裁有“严重不正常”(见 1996 年英国仲裁法的 section 68),有关申请在法院私下聆讯。Cooke 法官向当事双方宣判,其时双方同意申请的结果可向公众披露,但不同意把判决完完整整地公开公布。但此时一家专门把法院判决放在网上供订阅人士观看的法律出版公司,已把该判决放置在线数据库(on-line database)中,并向订户发出电邮摘要(summary)。当知悉公布判决有争议时,该公司适时把有关的判决从数据库清除。

该案原告认为应公开判决,可能希望向投资者就该贷款产生的争议作出澄清,但被告反对公开判决。上诉庭指出仲裁请求的判决应否公开,需要衡量所有情况,包括支持公开的因素以及保护仲裁机密性的愿望。仲裁请求在私下聆讯,不等于有关判决就不能公开;而一方对公开判决表

示关注或担心亦不是一个主要考虑的因素。若公开判决会对一方带来实质的损害或披露一些一方或双方都认为十分机密的事情,这将会是一个重要的考虑。至于该案本身,上诉庭支持高院的不公开的判决,认同法院就仲裁请求作出的判决,当中存在敏感及十分机密的事情,而公开判决会损害机密。至于以电邮发放的判决的摘要,由于内容简述有关争议及当中的法律问题,没有涉及案中的机密事情,因此法院容许公开。

从这个案件可以看到:

(i)英国法院尊重仲裁的机密性质,因此,若要保护此特征,在有需要的情况下,法院除了对仲裁请求的聆讯可私下进行外,更扩展到其判决亦不需要向公众公开。

(ii)1996年英国仲裁法 section 69 容许一方就仲裁裁决书内法律的问题上诉,但批准与否的其中一项验证是该法律问题对普通大众来说是重要的(the question is one of general public importance)。因此,涉及法律问题的仲裁请求,通常都会公开聆讯,而法院的判决也会向公众公布,理由是这些法律问题,对公众十分重要,公开判决有助于对同类争议释疑,属公众利益,况且,有关判例是英国普通法的一部分,怎能避免公开?例如 The Happy Day (2002)2 Lloyd's Rep 487 一案,涉及船长递交无效的备妥通知书的情况下,装卸货的时间能否起算及何时起算,争议原先由伦敦的仲裁庭裁决,其后就该法律问题一直上诉至上诉庭。这一法律问题对计算装卸货的时间十分重要,法院的判决不单影响案中当事方的利益,还直接影响市场对此课题的争论。据悉,当时已有多个类似争议等候上诉庭对 The Happy Day 的判决。不难想象,该判决一公布,这些类似的争议便容易解决。

(iii)其他仲裁请求,一般都会私下聆讯,至于有关判决是否公开,则由法官衡量所有情况后作出决定。但单单因为仲裁的机密性,不足以影响对法院公开判决。

(iv)法院不公开其判决令人担心会阻碍针对仲裁的先例的建立,尤其是那些透过 1996 年英国仲裁法 section 68 有关“严重不正常”而提请法院干预的案件,因为它们多数涉及事实的问题。这些忧虑未必不对,但正如上诉庭指出,有关“严重不正常”的判决,法官在撰写理由时,一般只会针对指控的要点,尽量避免披露与此无关的资料,因此会从判决中看出的机密资料十分有限。从上诉庭在本案的判决态度,看来还是支持向公众公布,除非在衡量所有的情况后,认为公布会带来实质伤害。

除了上述情况外,仲裁裁决书也会因为到法院执行(不论在英国或其他国家或地区的法院执行)而需要披露。

(责任编辑 罗洁琪)

建构主义学习理论视野下的中国仲裁发展

陈忠谦*

内容提要 仲裁持续发展与学习有着密切关系。本文从仲裁学习的含义、动机、内容以及方法四个方面,运用建构主义学习理论对两者的关系作了较为深入的分析。

关键词 建构主义 学习理论 中国仲裁发展

从1995年9月1日《中华人民共和国仲裁法》正式施行至今,我国仲裁事业走过了十年辉煌的历程。在此期间,我国仲裁界同仁艰苦创业、锐意进取,仲裁队伍不断扩大和优化,市场主体的仲裁意识不断增强,仲裁专业、高效等优势逐步彰显,仲裁案件快速增长,仲裁事业取得了飞速的发展。但同时我们也应该清醒地认识到,我国的仲裁机构与斯德哥尔摩商事仲裁院、伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会等国际知名仲裁中心相比,在学习意识的强化、学习内容的更新、学习效果的提高、学习型人才的储备等方面还存在较大差距,要实现我国仲裁事业的专业化、规模化、国际化的目标仍是任重而道远,因此不断的学习与更新知识已成为我国仲裁发展的关键所在。我们要在学习中造就一支思想水平高、业务素质强的学习型仲裁团队,从而在竞争日趋激烈的知识经济时代,推动我国仲裁事业规模化、国际化的发展。本文正是要以建构主义学习理论来分析研究如何在学习中促进我国仲裁事业的发展。

一、仲裁学习的含义

建构主义^① (Constructivism)认为,知识并不全部通过教师传授得到,而是学习者在一定社会文化背景下,借助他人的帮助,利用必要的学习资料,通过意义构建的方式而获得。^② 因此建构主义学习理论认为“情境”、“协作”、“会话”和“意义构建”是学习环境中的四大要素。同样仲裁人所获得的仲裁知识也不是全部由教师传授所得,而是仲裁人在我国特定仲裁文化背景下,借助其他仲裁人的帮助,利用已有的仲裁知识成果,通过意义构建方式而获得的。从这个意义上讲,仲裁学习与一般学习并无本质区别,亦要包括“情境”、“协作”、“会话”和“意义构建”这四大因素。所不同的是,由于仲裁本身所具有的特点,这就使得仲裁学习在体现这四大因素时,又表现出一些个体性的差异:

1. 情境。学习环境中的情境必须有利于学习者对所学内容的意义构建。也就是说,要为学生创设一种情境。因此在教学型学习中,教师要尽可能地为学生提供一种有利学习的模拟情境。就仲裁学习而言,其与教学型学习的不同是,学习情境不需拟制,仲裁活动实践本身就提供

* 广州仲裁委员会副主任、中国政法大学法学博士。

① 建构主义,也译作结构主义,是认知心理学派的一个分支。建构主义源自儿童认知发展理论,能够比较好地说明人类学习过程的认知规律,因此目前在西方开始逐渐流行。

② 陈越:“建构主义与建构主义学习理论综述”,载 www.beijing.org.cn/sikao/constrctivism.htm。