



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第二集

Vol. 2

本集主编 熊世忠

Chief Editor Xiong Shizhong

本集执行主编 唐云峰

Chief Executive Editor Tang Yunfeng



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第二集

Vol. 2

本集主编 熊世忠

Chief Editor Xiong Shizhong

本集执行主编 唐云峰

Chief Executive Editor Tang Yunfeng



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁. 第2集/熊世忠主编. —北京:法律出版社,
2007.6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7425 - 9

I. 商… II. 熊… 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(2007)第 075647 号

©法律出版社·中国

责任编辑/马珊珊

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/莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/880 × 1230 1/16

印张/6.75 字数/150 千

版本/2007 年 7 月第 1 版

印次/2007 年 7 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

苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7425 - 9

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	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	唐云峰	陈 迈	许 敏	张 翔
	王惠卉	侯 芳		

目 录

专 论

论确认仲裁·····	熊世忠 唐云峰 / 1
------------	-------------

探索研究

船舶公海碰撞法律适用问题新解·····	张湘兰 高翔 / 8
---------------------	------------

ADR 的最新发展及启示

——以美、日、英 ADR 的发展为例·····	余先予 梁莎莎 / 17
-------------------------	--------------

《国际商事合同通则》在国际仲裁中的适用之实证分析·····	陈彬 叶世宝 / 27
-------------------------------	-------------

仲裁实务

内地与香港《安排》实施六周年之回顾

——兼论香港法院执行内地仲裁裁决中存在的几个问题·····	王承志 李剑强 / 38
-------------------------------	--------------

浅析首席仲裁员应具备的六项能力·····	张杰 / 53
----------------------	---------

关于合并仲裁问题的探讨·····	郑文姣 / 58
------------------	----------

简论仲裁规则的修订

——以武汉仲裁委员会仲裁规则修订为例·····	徐伟功 / 64
-------------------------	----------

论法院对仲裁裁决的适度监督

——以新中国仲裁司法监督制度的演进为视角·····	洪浩 刘文鹏 / 69
---------------------------	-------------

英文特稿

International Arbitration: When “Second Choice” is Best·····	Louise Barrington / 75
--	------------------------

资料选登

武汉仲裁委员会仲裁规则(武汉仲裁委员会 2006 年 12 月 28 日修订并通过, 2007 年 1 月 1 日起施行)·····	/ 84
---	------

TABLE OF CONTENTS

Monograph

- A Study on Validation Arbitration Xiong Shizhong & Tang Yunfeng / 1

Theoretical Studies

- A New Study on the Law Application of the Ship Collision in High Sea
..... Zhang Xianglan & Gao Xiang / 8
- The Latest Development of ADR and Its Revelation: The Cases of America,
Japan and England Yu Xianyu & Liang Shasha / 17
- Positive Analysis of the Application of the PICC in International Arbitration
..... Chen Bin & Ye Shibao / 27

Arbitration Practices

- Retrospecting Six Years Implementation of CIPA-and Some Issues in
Mainland Arbitral Award Enforcement by HKSAR Courts
..... Wang Chengzhi & Li Jianqiang / 38
- Brief Discussion on the Six Indispensable Abilities of Presiding Arbitrators
..... Zhang Jie / 53
- A Discussion of Consolidated Arbitration Zheng Wenjiao / 58
- Brief Discussion on the Amendment of Arbitration Rules: A Case Study of
Amendment of the Arbitration Rules of Wuhan Arbitration Commission
..... Xu Weigong / 64
- Discussion on Appropriate Judicial Supervision over Arbitral Awards
..... Hong Hao & Liu Wenpeng / 69

Special Essay in English

- International Arbitration: When “Second Choice” is Best Louise Barrington / 75

Regulations

- Arbitration Rules of Wuhan Arbitration Commission (Amended and Passed on
December 28 ,2006 ,Applied from January 1 ,2007) / 84

专 论

论确认仲裁

熊世忠* 唐云峰**

内容提要 确认仲裁是仲裁实务中一种重要的解决争议方式或服务方式。本文从确认仲裁的概念、法律属性、确认仲裁与普通仲裁的区别、确认仲裁的案件类型、确认仲裁的审理方式等方面进行了论证和阐述,为读者勾画了确认仲裁理论与实践的初步轮廓。

关键词 确认仲裁 概念 属性 类型 审理

确认仲裁的提法也许较为陌生,但在仲裁实践中,通过确认仲裁这种方式已处理了大量的仲裁案件,并因其高效、便捷,深受当事人好评。据不完全统计,武汉仲裁委员会受理、处理的争议中,有大约 30% 的仲裁案件可以归入确认仲裁案件的范畴。^① 其他仲裁机构也有大量的确认仲裁的案例。因此,加强对确认仲裁的研究,剖析其内在的本质属性,研究其法律程序和仲裁庭处理此类案件的基本理念和应把握的技巧,不仅具有重要的理论意义,而且对于指导仲裁实践也具有非常重要的现实意义。笔者结合多年对此问题的探索和体会,就确认仲裁的相关问题谈点认识。

一、确认仲裁的概念及属性

(一) 确认仲裁的概念

多数学者认为,仲裁是指争议双方在自愿的基础上达成协议,将其争议交由中立的第三者处理并作出有约束力裁决的一种争议解决方式。^② 仲裁以其高效、亲和以及当事人意思高度自治等特点受到了人们的重视和推崇。自 20 世纪中叶以来,仲裁逐渐成为解决商事争议尤其是国际商事争议的主要方式。

就确认仲裁而言,目前还没有确切的定义。笔者认为,确认仲裁是指仲裁庭根据当事人的请求和仲裁规则,对当事人之间签订的合同或就解决争议达成的和解协议进行审查和认定,依法评判该合同或和解协议的效力并决定是否给予法律确认的仲裁行为。

在有的文章中,类似的仲裁行为被称之为和解裁决或合意裁决(award by consent, agreed award),^③认为该裁决主要是基于当事人的合意而形成的裁决。但严格说来,和解裁决(或合意裁决)和本文所述确认仲裁不仅仅是提法上的不同,两者在内涵和外延上也略有差别。和解裁决或合意裁决强调的是仲裁结果的表现形式,突出的是“裁决”,而确认仲裁则强调的是仲裁的过程,

* 武汉仲裁委员会常务副主任,湖北省法学会仲裁法研究会常务副会长,中国仲裁法研究会常务理事、副秘书长。

** 武汉仲裁委员会工作人员。

① 武汉仲裁委员会案件统计分析表,为内部资料。

② 车丕照主编:《仲裁法学》,吉林大学出版社 1999 年版,第 2 页。

③ 董纯钢、董莉:“论和解裁决”,载《仲裁与法律》(第 100 辑),法律出版社 2006 年版,第 108 页。

突出的是仲裁“程序”。

(二) 确认仲裁的属性

1. 确认仲裁符合仲裁的契约性特征,是当事人意思自治的重要体现

当事人意思自治,是指当事人在不违背社会公共利益,不损害其他人的合法权益的前提下,有权根据自己的意愿,自主地处分其民商事上的实体权能和程序权能,而不受外来干涉的权利。意思自治原则是仲裁区别于诉讼的重要特征。在仲裁中,当事人约定具体的某一仲裁机构,约定仲裁所适用的实体和程序法律,选择其信任的仲裁员进行审理等,都是当事人意思自治和行使自治权的重要体现。同样,当事人选择比普通仲裁更简捷的仲裁程序,选择将双方或多方都达成了一定合意但仍存有部分疑虑的和解协议或合同通过仲裁程序予以确认,在法律上寻求保护和保障,是当事人意思自治的进一步体现。仲裁只有适应市场主体的需求,尊重当事人的意愿,才能更好地保障当事人充分行使处分权,自愿、公平地处分自己的民商事权利。

2. 确认仲裁顺应了对“争议”内涵进行宽泛解释的国际仲裁发展趋势和法律实践

根据我国仲裁法第1条的规定^④,仲裁对象主要是“经济纠纷”,因此,一般认为,只有在当事人之间发生了经济纠纷且不能私下解决时,当事人才会申请仲裁,仲裁机构才拥有对案件的管辖权。确认仲裁中,当事人是否存在纠纷或争议呢?这涉及对纠纷或争议的理解问题。

何为纠纷或争议?学者们提出了许多观点。何兵在其《现代社会的纠纷解决》中认为,“纠纷对于社会是一种中性的存在,是社会主体间的一种利益对抗状态”。还有学者认为,“在经济交往过程中,经济主体的物质利益要求及经济行为一旦与对方不相平衡和协调,交往双方就可能发生冲突而引起争议,这种争议就是我们所说的经济纠纷。从本质上来说,经济纠纷是经济主体之间的一种利益冲突”。^⑤

两位学者的观点既有相似之处,也略有不同。相似之处在于两位均强调纠纷是利益的冲突,是利益冲突带来的一种状态。两者的不同之处在于前者强调纠纷是一种“对抗状态”,认为纠纷是“暴露的或显形的”争议,而后者则认为纠纷是物质利益要求及经济行为的“不相平衡和协调”,没有使用“对抗”的措辞,认为纠纷包括“潜在的或者隐性的”争议。从理论与实践的发展趋势来看,越来越多的人认为纠纷或争议既有潜在的、隐性的,也有暴露的或显形的。著名国际仲裁专家杨良宜先生在1997年就指出,“虽然是有争议才会有仲裁,近期一连串的案子显示法院对何谓争议是作越来越宽泛的解释,这应是配合大趋势来支持国际仲裁”,“仲裁员常会对一些表面看来没有什么争议的债务去出裁决书”。^⑥

在国内司法实践中,早已出现了对合同争议进行宽泛解释的司法解释。最高人民法院于1987年10月19日发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答的通知》第2条对何谓“合同争议”作了如下界定:“凡是双方当事人对合同是否成立、合同成立的时间、合同内容的解释、合同的履行、违约责任,以及合同的变更、中止、转让、解除、终止等发生的争议,均应包括在内。”

从学者的观点及司法和仲裁实践来看,对争议进行宽泛理解,是符合时代精神的。确认仲裁

④ 《中华人民共和国仲裁法》第1条规定:“为保证公正、及时地仲裁经济纠纷……”

⑤ 刘西林:《经济纠纷的解决与仲裁制度》,上海财经大学出版社1997年版,第3页。

⑥ 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第73~74页。

是对仲裁实践中争议宽泛理解的具体体现和实际运作,顺应了市场主体的需求。

3. 确认仲裁对合同效力的确认权来源于法律授权

仲裁庭对和解协议或合同的效力进行审查和确认的权利,来源于法律的授权性规定。在程序法方面,我国仲裁法第19条第2款规定,“仲裁庭有权确认合同的效力”;在实体法方面,仲裁确认权主要源于我国合同法第54条、第96条。合同法第54条规定,对因重大误解或显失公平的合同,以及以欺诈、胁迫手段或乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,“当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”;第96条第1款对当事人行使合同解除权规定,“对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”。上述法律规定赋予了仲裁对合同/协议效力的确认权。

二、确认仲裁与普通仲裁的区别

确认仲裁是仲裁程序的特殊形式,具有仲裁的基本特征,如经济、高效、便捷、一裁终局、裁决具有强制执行力等。但由于确认仲裁的特殊性,它又具有相对于普通仲裁而言不同的特征,两者的区别主要体现在以下几个方面:

第一,确认仲裁所涉案件的争议既包括潜在的或者隐性的争议,也包括暴露的或显性的争议,但以解决潜在的或隐性的争议为主,通常在确认仲裁程序启动时,当事人的分歧或矛盾还处于萌芽状态或非对抗状态。而普通仲裁则是以解决暴露的或显性的争议为主,通常在申请仲裁时,当事人的矛盾已有一定的积累,一般都具有对抗性特征,双方的私下协商和协调已经难以处理。

第二,确认仲裁的成本更低,更能体现仲裁经济性的特点。就和解协议而言,即使它是有效的,但它并没有强制执行力,因而只能靠当事人自觉履行,如果当事人在履行过程中反悔或不诚信履行,另一方当事人将不能要求法院强制执行以维护自己的权利,而只能通过诉讼或仲裁途径来实现自己的权利,这必然要增加诉讼或仲裁费用。而在确认仲裁中,当事人之间共同利益点较多,因此双方比较容易达成合意和妥协,在这种状况下要求仲裁庭对其和解协议或者合同进行审查,并以裁决的形式予以确认,所需要的时间和精力及其他成本比较小。一般来说,在普通仲裁中,当事人之间的矛盾已经爆发或升级,情绪较为对立,不太容易达成合意,当事人在普通仲裁中所付出的成本,包括机会成本要大得多。

第三,确认仲裁更符合当事人意思自治原则。如前所述,仲裁是当事人意思自治的产物,当事人拥有相对于法院诉讼而言更大的自治权,例如,是否选择仲裁,选择哪个具体的仲裁机构,选择组庭方式和其信任的仲裁员等。对这些程序权利,在确认仲裁中,当事人同样拥有,而且确认仲裁与普通仲裁相比,当事人的主动权、决定权体现得更为充分和明显,可以进一步约定某些程序权利,简化仲裁程序,变更仲裁规则规定的某些程序性。

第四,确认仲裁进一步提高了仲裁效率。确认仲裁一般适用简化的仲裁程序,当事人在立案时可以签订协议,放弃部分仲裁程序上的权利(如答辩期限、开庭、质证等),很多确认仲裁案件在立案当天就可以结案。因此它减少了部分仲裁环节,具有灵活、简便、快捷的特点,能及时、有效地化解民商事争议,不仅降低了成本,也提高了仲裁效率。

第五,确认仲裁气氛更和谐,更利于维护当事人之间的合作关系。一般的商业纠纷,都是在问题已经深化或变得复杂后才去处理,结果很可能是赢了官司输了生意。双方的关系已经破坏,

重新建立生意上的伙伴,相对的机会成本将会增多。确认仲裁是在互相尊重的基础上,营造一种比较友好的氛围,寻找共同的目标,探讨解决问题的方式、方法,平衡各方的利益和需要,从而达到双赢的结果。

综上所述,从资源效益的角度来看,确认仲裁通常要比普通仲裁及其他争议解决方式更有效和便捷,更能省时、省力和省心,更能节约解决争议的成本。正因为如此,近年来,确认仲裁日益受到当事人尤其是商人的重视,已成为仲裁程序中一种重要的争议解决方式或仲裁服务的新产品。

三、确认仲裁的案件类型

确认仲裁案件主要有三种类型:

(一)对当事人在仲裁机构之外达成的和解协议的仲裁确认

仲裁机构之外达成的和解既包括当事人自行达成和解,也包括当事人在其他机构、组织如行政机关、社区组织主持、协助下达成的和解。当事人在达成和解协议后,由于对对方的履行能力或诚意还存有疑虑,或者对和解协议本身的效力还不能确信,从而提起仲裁,请求仲裁庭根据仲裁规则和有关法律规定对其达成的和解协议进行审查,进而获得一份具有强制执行力的仲裁调解书或仲裁裁决书,这是确认仲裁中较为常见的一种案件类型。

(二)对当事人在仲裁程序进行中达成的和解协议或调解协议的仲裁确认

我国仲裁法对仲裁程序中的和解和调解作了区分,赋予了不同的内涵并对仲裁程序作了不同的规定。

1. 对在仲裁程序中当事人签订的和解协议的仲裁确认

我国仲裁法第49条规定,“当事人申请仲裁后,可以自行和解。达成和解协议的,可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书,也可以撤回仲裁申请。”该法第50条规定,“当事人达成和解协议,撤回仲裁申请后反悔的,可以根据仲裁协议申请仲裁”。

仲裁法的上述规定是对当事人和解权利的法律确认,是对仲裁和解程序的原则规定。为便于在仲裁实践中具体运作,一些仲裁机构的仲裁规则还对当事人达成和解后的程序处理、结案方式作了明确、具体的规定。如贸仲、^⑦北仲、^⑧武仲^⑨等仲裁规则。

为了及时、友好地解决争议,当事人在仲裁中互谅互让从而达成和解的情形较多。和解协议达成后,当事人对结案方式有两种选择,或者撤销仲裁案件,或者由仲裁庭依据和解协议制作裁决书。但是,由于当事人达成的和解协议不具有的强制执行力,对不能及时履行完毕的和解协

⑦ 2005年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第40条第5款:“在仲裁庭进行调解的过程中,双方当事人可在仲裁庭之外达成和解的,应视为是在仲裁庭调解下达成的和解”;第6款规定:“经仲裁庭调解达成和解的,双方当事人应签订书面和解协议;除非当事人另有约定,仲裁庭应当根据当事人书面和解协议的内容作出裁决书结案”。

⑧ 2004年《北京仲裁委员会仲裁规则》第37条第1款:“申请仲裁后,双方当事人自行达成和解,可以请求仲裁庭根据和解协议的内容制作裁决书,申请人也可以撤回仲裁申请”;第2款:“组庭前申请人撤回仲裁申请的,撤销案件的决定由本会作出;组庭后申请人撤回仲裁申请的,撤销案件的决定由仲裁庭作出”。

⑨ 2004年《武汉仲裁委员会仲裁规则》第60条第2款:“经仲裁庭调解达成和解的,当事人应签订书面和解协议;除非当事人另有约定,仲裁庭应当根据当事人书面和解协议的内容作出裁决书结案”;第61条:“当事人达成和解协议,撤回仲裁申请后反悔的,可以根据仲裁协议重新申请仲裁。是否受理,由仲裁委员会主任决定。”2006年《武汉仲裁委员会仲裁规则》则进一步进行了细化,具体内容可参见该规则第55条。

议,如撤销仲裁案件后当事人一方反悔,另一方又得另行提起仲裁。因此,当事人在达成和解协议后,通常希望仲裁庭能确认其和解协议的法律效力,愿意仲裁庭以裁决书的形式对其和解协议进行仲裁确认。

2. 对在仲裁程序中当事人达成的调解协议的仲裁确认

我国仲裁法规定,“调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力”,^⑩“调解书经双方当事人签收后,即发生法律效力”。^⑪实践中,我国仲裁机构基本上都沿用了仲裁法的上述规定,一些仲裁机构还在规则中对调解的程序、法律后果、结案方式进行细化和明确。^⑫在仲裁庭主持下达成调解协议后,当事人对结案方式通常有三种选择:第一是要求仲裁机构制发调解书,双方签收后即生效。在当事人签收前,有一个考虑的缓冲时间。第二是通过制发裁决书结案,自裁决书作出之日起生效。上述两种方式都是仲裁法规定的结案方式。在仲裁实践中,通常还有第三种结案方式,即当事人可以撤回仲裁申请,撤销仲裁案件。

确认仲裁是否包括仲裁中的调解呢?笔者认为,当事人达成调解协议后撤回仲裁申请,是当事人行使处分权的行为,通常不发生仲裁庭准许或不准许的问题(这和民事诉讼法的规定有所不同),^⑬申请人撤回仲裁申请后,仲裁庭无须对此调解协议的内容进行审查和确认,因而不发生确认仲裁的情形。但对于需要通过裁决书或调解书形式结案的调解协议,需要仲裁庭对协议的内容和效力进行审查,因而也属于确认仲裁的范围。

(三)对合同效力及合同的变更、补充、转让、解除的仲裁确认

一些重大合同诸如标的额大、履约时间长、法律关系复杂的合同,当事人往往承担较其他合同更大的商业风险和法律风险,在合同的履行过程中,又经常涉及合同的变更、补充、转让、解除等,可变因素较多,因此当事人特别希望寻求法律保护,以确保合同的顺利履行。

对合同效力及合同的变更、补充、转让、解除的仲裁确认,涉及合同的可仲裁性问题,这类合同看似没有争议,实际情况却并非如此。在仲裁实践中,通过仲裁庭的审理,会发现当事人之所以启动确认仲裁程序,是因为这类合同存在潜在争议,主要表现在以下几个方面:

1. 因某种情形的出现或基于某种判断,对交易伙伴签约、履约的诚信存有疑虑或不安。
2. 因某种情形的出现或基于某种判断,对交易伙伴的履约能力存有疑虑或不安。
3. 因某种情形的出现或基于某种判断,对影响合同履行的其他外界因素存有疑虑或不安。

疑虑和不安,正是本文前述的潜在的或者隐性的争议,符合确认仲裁的争议属性。在这类案件中,确认仲裁通常会与合同的风险管理联系起来。以银行与客户的贷款合同为例。首先,对银行而言,贷款人的还款信用即对方能否诚信还贷往往难以准确预测。其次,即使贷款人有诚信履约之意,但是其还贷能力特别是贷款人在还款时的还款能力,可能会受到贷款方的决策经营能力、市场行情及国家政策等诸多因素的影响。银行审贷委员会即使可以审查当事人的诚信级别,对其还贷能力也不可能未卜先知。因此,将可能存在潜在风险的某些合同提交仲裁机构作出确

^⑩ 仲裁法第51条第2款。

^⑪ 仲裁法第52条第2款。

^⑫ 如2005年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第40条第5、6、7、8款;2003年《广州仲裁委员会仲裁规则》第71、72、73条;2004年《武汉仲裁委员会仲裁规则》第62、63条。

^⑬ 《中华人民共和国民事诉讼法》第131、140条。

认仲裁裁决,以防范缔约过失,增强合同约束力,强化当事人之间的权利义务关系,并在对方履约信誉、履约能力以及在外在因素不确定的情况下避免产生争议或风险,是当事人选择确认仲裁的初衷所在。

四、确认仲裁的程序和实体审理

(一) 确认仲裁的程序

仲裁作为一项解决争议制度,必须遵循法定程序,依照仲裁法和仲裁规则的规定审理案件,做到程序的公正、公平。通常情况下,普通仲裁程序包括申请和受理、组庭、审理、裁决四个阶段,涉及诸多环节,申请、立案、答辩、反请求、变更仲裁请求、财产/证据保全、选定或指定仲裁员、庭前准备、交换证据、开庭、仲裁庭调查、专家咨询、鉴定、调解、裁决等。在审理期限上,虽然仲裁法没有规定,但各仲裁机构的仲裁规则弥补了此不足,并根据一定的标准分为简易程序和普通程序,对国内仲裁案件,简易程序的审限通常为组庭后2个月,普通程序的审限通常为组庭后4个月。

在确认仲裁中,当事人已通过合意对其实体权利义务进行了处分,这种处分通常以合同或者协议表现出来,当事人之间往往经过磋商,分歧已大为减少,并就许多问题达成共识。此种情形下如仍按普通程序进行审理,不仅不能提高效率,反而违背了当事人选择确认仲裁的本意。因此,作为仲裁审理的特殊形式,确认仲裁在程序上应充分体现仲裁灵活、便捷的特点,充分体现当事人的意思自治,在不违反法律强制性规定的情况下,简化有关程序。如一方放弃答辩期,放弃提出管辖异议的权利,简化送达程序等。为了保证当事人达成的简化仲裁程序协议符合仲裁规则和法律规定,仲裁机构通常会给当事人提供必要的帮助,指导他们签订简化程序协议,^⑭甚至指导签订标准的仲裁条款^⑮。

(二) 确认仲裁的实体审理

一般情况下,确认仲裁中仲裁庭是对和解协议或合同实行表面审查或形式审查。限于确认仲裁的特殊情况,仲裁庭可能无法透视案件的详情,因此,仲裁庭对和解协议或合同的实体审查及合法性审查是不能忽略的。如仲裁庭认为必要,可以对协议或合同提出修改建议或要求当事人提供相关证据。如果当事人没有合理理由拒绝仲裁庭的修改建议或不提供证据,仲裁庭可以拒绝确认或驳回当事人的仲裁请求。

确认仲裁中仲裁庭对当事人所达成的和解协议或签订的合同主要审查其“三性”:真实性、有效性和可执行性。

1. 真实性。主要指审查核实主体身份、意思表示以及事实证据的真实性。就主体身份而言,仲裁庭通过审查发现自然人没有相应的行为能力而无法定代理人参与仲裁的、法人没有相应的

^⑭ 此举主要是因为,在确认仲裁中,仲裁程序经常进行得相对快捷和简单,如果当事人事后反悔可能会以程序上存在瑕疵为由挑战确认仲裁裁决的效力。比如,在某仲裁案件中,双方当事人立案后5天就提交了和解协议,独任仲裁庭组成后即根据和解协议作出了确认裁决。事后在法院强制执行裁决的程序中,被申请人向法院提出不予执行仲裁裁决的请求,理由是仲裁庭没有根据仲裁规则的规定给予其10天的答辩期,“剥夺”了其权利。为了避免这种情况的发生,签订比较规范的简化程序协议是较好的办法。该《简化仲裁程序协议》构成当事人之间的宣誓性协议,法院不能因为某些仲裁程序没有严格执行而撤销或不予执行该裁决的效力。同时,如有必要,仲裁庭可以要求当事人对简化或变更仲裁程序予以书面确认,声明放弃对仲裁程序提出异议的权利。

^⑮ 推荐的确认仲裁示范条款为:“双方一致同意将本协议(合同)提交××仲裁委员会,依照该会现行有效的仲裁规则进行审查和确认,并制作仲裁调解书或裁决书。”

权利能力的,当事人与仲裁标的无权利义务关系的,都将驳回申请,拒绝作出确认裁决。就意思表示而言,如果当事人的意思表示不真实,存在欺诈、胁迫、乘人之危、恶意串通和重大误解等情形,仲裁庭将拒绝对其和解协议或合同进行确认。对当事人所提交的事实证据真实性的审查一般实行形式审查的原则,在必要的时候,仲裁庭也可以自行调查取证。

2. 有效性。对和解协议或合同有效性的审查主要指审查该和解协议或合同是否合法,是否违反了国家法律、法规的强制性规定,是否损害了公共利益或第三人利益,是否以合法形式掩盖非法目的,是否符合交易规则或习惯等。

3. 可执行性。对可执行性的审查主要是审查和解协议或合同的内容在执行环节中是否具有可执行的内容,是否存在执行障碍等。

五、结语

确认仲裁的产生和发展顺应了市场主体的需求,它更加尊重当事人意愿,实现当事人意思自治,最大限度地体现平等协商的精神,以充分沟通、平和磋商的庭审方式,公平合理地解决纠纷或争议,及时、有效地化解社会矛盾,充分体现了和谐仲裁理念,创新了仲裁服务方式,丰富和发展了我国的仲裁理论与实践。随着时间的推移,其生命力将逐渐显现出来。

但我们也应清醒地看到,确认仲裁制度还处于发展初期,在确认仲裁程序中,如何防范可能出现的仲裁风险,如何提高仲裁质量,还有许多理论和实践问题需要我们去探索和回答。

Abstract: Validation Arbitration is used as an important resolution in disputes solution practice. This paper analyzes from the following aspects of its conception, its legal properties, the differences between validation arbitration and ordinary arbitration, its case styles and hearing means to outline the theories and practice of validation arbitration.

Key Words: Validation Arbitration Conception Property Style Hearing

(责任编辑 侯 芳)

探索研究

船舶公海碰撞法律适用问题新解

张湘兰* 高翔**

内容提要 法律适用问题在国际海事商事仲裁中有着十分重要的地位,直接决定争议实体问题的解决。随着我国国际贸易的持续发展,海上货物运输中的侵权问题越来越多,而船舶公海碰撞是一种十分特殊的海上侵权行为。对于该问题,国际上的一般做法是:对于相同国籍船舶,适用共同国籍法;对于不同国籍船舶,则适用法院地或仲裁地法。然而,这一做法本身有着固有理论缺陷,只是一种缺陷状态下的次优选择。而采用全新的船舶公海碰撞法律适用三层漏斗模型则能够更好地平衡碰撞各方当事人利益关系,在保证理论完整性的同时发挥对实践的灵活指导作用,是值得推广的。

关键词 船舶公海碰撞 法律适用 准据法 连接点 漏斗模型

一、船舶公海碰撞之法律特性

关于船舶碰撞之概念,各国学者及立法实践均有不同观点。我国学者司玉琢认为:“船舶碰撞系指船舶间相互接触,致使一方或双方发生损害。”^①台湾学者郑玉波认为:“船舶碰撞是船舶冲突,致使一方或双方发生损害之谓。”^②国际海事委员会(CMI)1987年《船舶碰撞损害赔偿公约草案》第1条规定:“船舶碰撞系指船舶间,即使没有实际接触,发生的造成灭失或损害的任何事故。”我国《海商法》第165条规定:“船舶碰撞,是指船舶在公海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故。”

海运业自古便是一个充满风险的特殊行业,船舶碰撞便是海上营运中不可预测的危险和意外之一。法律对船舶碰撞问题的规范调整,主要在两个方面:一是立法设定船舶海上航行规则,以尽量减少碰撞之发生;^③二是立法规定如何妥善解决船舶碰撞后导致的一系列复杂法律问题。一般认为,船舶碰撞是一种典型的海上侵权行为,这一行为又是一系列侵权之债产生之原因。^④“船舶碰撞是债的产生原因,在民法上应属于侵权行为之债,但由于海上运输引起碰撞的原因颇为复杂,对其责任关系的判别亦非易事,靠民法的侵权行为法来调整船舶碰撞引起的各种关系已

* 武汉大学国际法研究所教授,法学博士,博士生导师,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员,中国海事仲裁委员会仲裁员,主要研究国际经济法和海商法。

** 法学硕士,深圳市福田区人民法院助理。

① 司玉琢、吴兆麟:《船舶碰撞法》,大连海事大学出版社1995年第2版,第6页。

② 郑玉波:《海商法》,台湾三民书局,第90页。

③ 如CMI、IMO有关国际海上避碰规则的系列立法与修订工作,参见司玉琢、吴兆麟:《船舶碰撞法》,大连海事大学出版社1995年第2版,第330~336页。

④ 如由船舶碰撞引起的船舶/货物财产损失、船上旅客/工作人员人身伤亡、责任限制、海损费用等一系列复杂法律问题。

很感不足,所以在各国海商法中,对船舶碰撞都有专章予以规定”。^⑤而又由于各国海商法法律传统,法律发达程度不同,因而在船舶之外延、船舶碰撞之种类、碰撞地点、承责原则、损害赔偿范围、碰撞诉讼时效等诸多方面存在很大差异,^⑥因而,船舶碰撞究竟适用哪一国家法律便有十分重要意义,它直接决定着船舶碰撞产生的各项法律问题的实体解决。法律适用的任务便在于厘清这些复杂的法律关系,选择适当的准据法,尽量寻求各方利益之平衡保护,达成法律之公正。

船舶碰撞是一种特殊的海上侵权行为,因之将产生复杂的法律问题。又由于各国对这些问题立法倾向和解决模式不同,因而船舶碰撞之法律适用问题便显得十分重要。而船舶公海碰撞更是船舶碰撞这一特殊海上侵权行为之尤为特殊方面。公海属全人类之共有财产,任何国家法律效力均不及于公海之上,但各国船舶在公海上均有航行之自由。然而,公海上船舶在传统国际法上又常被视为一国拟制领土或移动领土,该国法律效力及于该船之上。那么,受不同国家法律调整之不同船舶在属于全人类共有之公海上发生碰撞,究竟应该适用何种法律来确定不同国籍当事方的权利义务呢?目前并没有具有排他性管辖权的国际海事法庭来专门审理公海上船舶碰撞问题,所以只能由某一国法院或仲裁庭来对案件进行管辖。这一管辖法院或仲裁庭可能与船舶碰撞有这样或那样的关系,或者仅是船舶扣押地,^⑦这些法院或仲裁庭在受理案件适用法律时又会受制于众多复杂因素,这些都使得船舶公海碰撞及其法律适用问题显得更为特殊,也更为重要。

二、船舶公海碰撞法律适用之一般规则及评价

船舶碰撞属于海事侵权之一种。侵权行为适用行为地法是一项古老的原则,现已为各国侵权立法(包括海事侵权立法)所普遍采用。^⑧然而,由于公海不属于任何特定国家领土,侵权行为地法的一般原则在船舶公海碰撞时便显得毫无用武之地。

船舶公海碰撞可分为两种情形,一种是同一国籍船舶在公海上发生碰撞;另一种是不同国籍船舶在公海发生碰撞。以下分别对这两种情形下国际通行的法律适用规则进行阐述和评价。

(一)同一国籍船舶公海碰撞法律适用规则

此种情形下的法律适用,在国际私法理论和实践上,有两种不同观点,即法院地法或仲裁地法主义和共同船籍国法主义。

1. 法院地或仲裁地法主义

该观点认为:“基于公海自由原则,其与陆地或领海受一国主权绝对管辖不同,应统一适用法院地法。”^⑨英国和美国均采用这一原则。但在目前国际私法立法中,几乎没有哪一国家在同一国籍船舶公海碰撞上采取绝对的法院地或仲裁地法主义,因其存在以下弊端:(1)会造成当事人择地行诉,规避本该适用的法律。原告会居于其行使起诉权的便利地位,在数个有管辖权的法院中选择对自己最有利的法院起诉,来实现对其有利的法律的适用。“把法庭地法作为惟一的衡量标准,将侵权行为的成立和结果完全依赖法庭地法,在某种程度上放任了原告的‘择地行诉’,使原

⑤ 司玉琢、吴兆麟:《船舶碰撞法》,大连海事大学出版社1995年第2版,第6页。

⑥ 赖来焜:《海事国际私法学》,台湾神州图书出版有限公司2002年版,第318页。

⑦ 司玉琢、吴兆麟:《船舶碰撞法》,大连海事大学出版社1995年第2版,第283~287页。

⑧ 如我国《海商法》第273条第1款即明确规定:“船舶碰撞的损害赔偿,适用侵权行为地法。”

⑨ 肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第282页。

告有可能适用对自己最为有利的法律”。^⑩ (2) 法院地法或仲裁地法适用于此类案件也常常带有偶然性, 缺乏与案件的真实联系, 这就很有可能造成不公正的判决结果; (3) 船舶碰撞的法律事实发生在前, 选择法院的事实发生在后, 如果采取法院地法, 就意味着用后发生事实的法律来支配先发生的事实, 这样做有悖于法律不溯及既往的原则, 也不符合逻辑, 会对审判带来诸多不便。鉴于同一国籍船舶之间的碰撞直接适用法院地法存在种种不足, 所以采纳法院地或仲裁地法的国家并不多见。

2. 共同船籍国法主义

大陆法系学者一般主张, 对于公海上同一国籍船舶碰撞应适用共同船籍国法。该学说的理论基点在于: 因船舶公海碰撞引起的侵权责任不涉及他国利益, “由于他们的共同船籍国比其他国家与船舶碰撞有更重要的利害关系, 应专一适用当事船舶的本国法”。^⑪ 另外, 当事船舶具有同一国籍, 船籍国法也是他们共同熟悉和习惯于遵守的法律, 符合当事人对法律结果的合理预期, 所以应该是较为合理的法律适用。然而, 这也是仅在一般意义上而言; 在特定情况下, 该理论也有自身无法克服的缺陷: (1) 船旗国法原则的一个重要理论依据就是同一船舶在公海上发生的民事赔偿责任主要涉及船旗国的利益, 很少涉及其他国家的利益。但是事实往往并非如此。船舶碰撞是典型的海事侵权行为, 在一宗案件中, 所涉及的利害关系人不仅仅是船舶本身, 还涉及运送的旅客、货物托运人、船舶保险人、船舶所运输的货物、旅客的保险人等, 这些众多的利害关系人一般都属于不同的国家, 应当说, 他们的利益与处理争议所要适用的准据法也关系密切。如果只适用船舶共同的国籍法, 而不顾其他可适用的法律来处理船舶碰撞中产生的所有纠纷, 显有不公平之嫌。(2) 在各国法院的司法实践中, 常常会出现以外国法(可能就是船舶碰撞的共同国籍法)违反公共秩序而排除适用, 转而适用法院地法的特殊情况。结果是部分纠纷适用了共同国籍法, 部分纠纷适用了法院地法, 这使得所适用的法律缺乏确定性。(3) 在光船租赁情况下, 如未更换船旗, 船旗国对船舶的控制和与船舶的利益联系大大减弱。尤其对于碰撞案件, 适用船旗国法的理由更加不充分, 因为大多数碰撞事故乃光船承租人雇佣的船员的过失所引起。因此, 如果要寻求国籍联系的话, 应当是承租人国籍比船舶所有人国籍与碰撞案件具有更密切的联系。(4) 在碰撞船舶悬挂方便旗的情况下, 船舶旗帜并不能真实地表达该船舶与船旗所属国之间固定的法律联系和其有效的身份地位。依此标志确定准据法自然无法排除法律确定上的偶然性。此外, 当事人也可利用一些开放性船舶登记国家更换船旗以实现法律的规避。

(二) 不同国籍船舶公海碰撞之法律适用规则

此种情形下, 法律冲突与法律适用问题颇为复杂。由于与争议存在牵连的事实要素众多, 各国立法和判例实践所强调的影响法律选择的连接根据的重心很不一致, 造成此方面的海事冲突规范立法不够统一, 归纳起来, 主要有以下四种主张: 一般海事法理主义、法院地法主义、行为地法主义和船籍国法主义。兹分述如下:

1. 一般海事法主义

英国学者戴西和莫里斯在其《法律冲突法》一书中曾揭示了一般海事法的基本含义。他们指出, 一般海事法是指针对海事法范围中的法律问题文明国家的国民基于同等利益长期相沿适用

^⑩ 司玉琢、吴兆麟:《船舶碰撞法》, 大连海事大学出版社1995年第2版, 第316页。

^⑪ 肖永平:《国际私法原理》, 法律出版社2003年版, 第282页。

良久而曾被认为成一种普遍接受的国际惯例。^⑫不少学者强调,因公海上不同国籍船舶发生的碰撞不能使用侵权行为地法和船旗国法,此种场合可直接采用一般海事法作为一项特殊的法律适用方法。这种主张听起来很具有吸引力,适用各国共同的一般的海事法,符合国际私法统一的理想。但是很显然,这只能是一种理想。一般海事法中的概念和含义是相当抽象的,并不存在明确的内容和法律规则,在审判实践中完全依赖于法官的良知和理性,并借助其经验来影响和实现法律适用,没有任何客观的标准,极易造成专断与不公正的发生。另外,法官在衡量自然法则、公平以及理性时依赖的是本国的法律理念,这必然会有形式上遵循和适用一般海事法而实质则适用法院地法之虞。

2. 法院地或仲裁地法主义

该学说认为:“由于没有共同船籍国法可适用,一般海事法理主义有时欠明确,法院适用自己的法律(法院地法)是公平、合适的。”^⑬另外,这一原则还有一个突出的优点便是法院或仲裁庭毋须解决外国法的证明问题,给适用法律带来方便。当然,这一理论也存在不可避免的缺陷,基本上与前文所述相同国籍船舶公海碰撞之法院地法主义弊端相同,此处不再赘述。

3. 侵权行为地法主义

该学说又被称为船舶领土说,认为“由于船舶可视为本国领土的一部分,在船舶上发生的事实等于在本国领土上发生的事实,故应适用侵权行为地法”。^⑭然而,一般情况下,侵权行为发生在加害船上,而损害结果发生在被害船上,此时如何确定侵权行为地?况且很多碰撞属于互有过失碰撞,侵权行为地更是无法确定。持此观点者认为此时可由法官自由裁量,这极易导致法官的专断和结果的不公正。同时,此说将船舶拟制为法律上的领土,将本来单纯的法律选择问题上升为国家主权效力之争问题,人为地加重事端,不利于问题的解决。正因如此,我国学者司玉琢指出:“正确的观点应当是:对于在公海上发生的碰撞案件,侵权行为地法的主张不能在理论上得以成立,这是因为‘船舶领土说’已成为过时的旧学说。在实践中,不同国家之间的船舶相互碰撞,不论主张适用加害船所属国法还是受害船所属国法,都是有弊端的,更何况大多数情况中每一船舶既是加害船又是受害船。”^⑮

4. 船籍国法主义

该学说认为,国家对悬挂其本国国旗的船舶具有管辖权是一项国际法原则。在没有“属地性”连接因素的情况下,以船籍国法作为一条法律原则,有明显优点:(1)多数情况下,容易确认船舶所悬国旗,因而易于确定相应的船旗国法律;(2)船舶所有权变更一般均要求登记公示,故不会太频繁,因而所悬国旗和船旗国具有较大稳定性,适用船旗国法有利于当事人预见自己的法律后果。^⑯然而,在不同船籍船舶公海碰撞时究竟以哪一船舶国籍为连接点呢?对此又有所谓“被害船籍国法主义、加害船籍国法主义、当事船舶国籍选择适用法主义、当事船舶国籍法累积适用主义”等不同主张。^⑰由此可见,这一理论本身便各执一端,无法统一,不利于对各方当事人利益的

^⑫ [英]J. H. C. 莫里斯:《法律冲突法》,李来东等译,中国对外翻译出版公司1990年版,第450页。

^⑬ 肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第282页。

^⑭ 肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第282页。

^⑮ 司玉琢、吴兆麟:《船舶碰撞法》,大连海事大学出版社1995年第2版,第314页。

^⑯ 司玉琢、吴兆麟:《船舶碰撞法》,大连海事大学出版社1995年第2版,第314页。

^⑰ 肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第282页。