

国际商法经典案例系列丛书

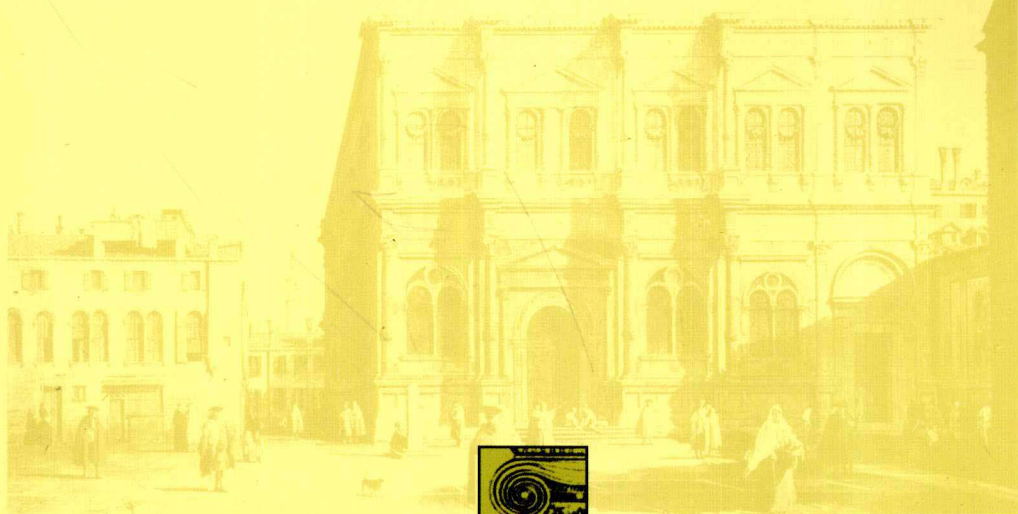
国家
“211工程”
课题项目

国际商事

案例选评

(第二版)

朱建林 主编



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

国家“211工程”课题项目
国际商法经典案例系列丛书

国际商事案例选评

(第二版)

朱建林 主编

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国际商事案例选评 / 朱建林主编. —2 版. —北京:
对外经济贸易大学出版社, 2010
(国际商法经典案例系列丛书)
ISBN 978-7-81134-788-3

I. ①国… II. ①朱… III. ①国际商事仲裁 - 案例 -
分析 IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 161749 号

© 2010 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

国际商事案例选评 (第二版)

朱建林 主编

责任编辑: 王 煜

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 157mm × 230mm 24.5 印张 414 千字

2010 年 8 月北京第 2 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-788-3

印数: 0 001 - 5 000 册 定价: 37.00 元

总 序

我们对外经济贸易大学法学院，作为财经类院校中的法学院，其主要任务就是为两个市场，即国内市场和国际市场培养高级实用性法律人才。市场和社会的需要就是我们教学的目标。财经类院校的法学专业，历史短，经验少，但专业对口，置身于市场经济之中，社会需要量大，就业率高，容易办出特色，能满足市场和社会的需要，这是办好此类院校法学教学的强大动力。他们将在建立我们社会主义市场经济的过程中，在建立社会主义的法治过程中起着重要的生力军作用。

为了达此目的，即为了使该类院校的法学教学能担负起上述任务，其教学内容和教学方法都应具有自身特点。

我们经贸大学法学院，自建立国际法专业以来（1984 年）就长期坚持具有特色的教学方向和教学方法。经过近二十年的努力，已经取得了一些成果，尤其在培养适应市场要求的三会人才方面，即培养我们的学生既懂法律，又懂经贸，还能熟练运用外语（英语）的综合性人才方面，积累了一些经验，经住了社会和市场的验证，本院的毕业生，特别是硕士生的就业率一直居高不下。2002 年我院的这一专业被评为全国重点学科；经过激烈的招投标竞争，该专业也荣幸地承担了欧盟法律专业人士的法律培训任务。在该专业的博士生中，来自美国、英国、法国、韩国、日本等国及香港、台湾地区的学生正在日益扩大。

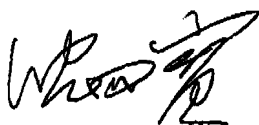
实践证明，在法学教学中实行案例教学，对于培养学生的综合分析问题能力，分清主次和识别真伪能力以及理论联系实际的能力方面起着直接的促进作用。通过案例教学，力求使在校的学生能有更多机会贴近社会，接触实践，使我们的教学能够做到下述宗旨，即研究理论为了解决实际问题，研究外国经验是为了解决中国问题的方向前进。

我们法学院的国际法专业有两个教学和研究方向：一个就是以 WTO 为主的国际经济法（公法）方向；另一就是以比较商法为主的国际商法（私法）方法。我们现在出版的系列案例教材，主要就是这两个教学方向上的研究成果。

在我们编写的系列案例评析中也包括相对成熟的英语案例，目的是为在本院的双语教学中有所依托。

最后要说明的是，本系列案例教材是对外经贸大学法学院 211 工程建设的一个组成部分，这里不仅凝结了法学院广大师生的心血，也包含了整个对外经贸大学从事“211 工程”建设工作的教职员和领导们的心血，作为现任法学院院长的我，在此向所有支持我院发展的同仁们表示最衷心的感谢。

对外经济贸易大学
法学院



前 言

本书精选了英国法院一些典型的国际商事案件判例和中国仲裁案例，以英国判例为主、中国案例为辅，对所选案例进行整理和分析。其目的是让从事仲裁与诉讼的有关人士，例如律师、仲裁员和法官，通过阅读本书得到某种借鉴，从而进一步提高分析问题、解决问题以及草拟法律文书等方面的能力。

本书包括 29 个案例。其中案例 17 由张烨同志撰写，案例 18、案例 19、案例 20 由姚俊逸同志撰写，案例 21 由曹丽军同志撰写，案例 22 由寇立耘同志撰写，案例 23 由潘燕峰同志撰写，案例 24 由曲竹君同志撰写，案例 25、案例 26、案例 27 由刘郁武同志撰写，案例 28 由解常晴同志撰写。朱建林同志承担了本书其他案例的撰写及全书的统稿工作。

目 录

案例一	能否以文件未披露为由撤销仲裁裁决？	(1)
案例二	是否应当追认合资协议包括遗漏的专利事项？	(18)
案例三	是否存在仲裁不公正的严重不符情形？	(52)
案例四	是否书面同意仲裁？	(70)
案例五	能否撤销或暂缓裁决执行令？	(84)
案例六	单据拒收是否符合《跟单信用证统一惯例》(400号) 第16条？	(94)
案例七	派船条款是否属于一项条件？	(106)
案例八	是否应支付利息？	(115)
案例九	信用证项下的单据是否存在欺诈？	(118)
案例十	FOT 买方是否有义务指定交付地点？	(132)
案例十一	CIF 与 FOB 合同项下几个单证要求	(140)
案例十二	开证行单据不符点通知及单据处置是否足以构成拒收 的通知？	(154)
案例十三	买方能否以基础交易合同的欺诈为由获得制止开证行 支付已经承兑的信用证项下单据的禁令？	(161)
案例十四	银行能否过问其客户与受益人的基础合同争议？	(168)
案例十五	受益人提示一份发票是否符合信用证规定提示 “发票/提单”的要求？	(178)
案例十六	协议担保是否缺乏对价？	(190)
案例十七	卖方指示承运人无单放货给第三人是否构成 违约？	(204)
案例十八	如何认定情势变更？	(224)
案例十九	如何处理后合同义务？	(230)
案例二十	如何确定演艺经纪合同的性质及违约责任？	(244)
案例二十一	买方以卖方设备存在缺陷而请求减价能否成立？ ...	(254)
案例二十二	谁来承担仓储合同项下的短重责任？	(266)

案例二十三	违约损害赔偿的范围是什么?	(270)
案例二十四	设备合同为什么要约定明确的技术标准?	(290)
案例二十五	受托人根据《合同法》第 402 条是否应承担 责任?	(302)
案例二十六	是变更合同还是附解除条件?	(316)
案例二十七	仲裁是否是保密的?	(324)
案例二十八	仲裁庭聘用裁决起草人而发生的费用是否合理、 适当?	(335)
案例二十九	仲裁当事人的行为是否已经构成异议权的放弃? ——Minmetals 案概要和原则	(345)
主要参考书目		(382)

案例一 ● ● ●

能否以文件未披露为由撤销仲裁裁决？

英国王座法院商事庭法官穆尔·比克先生于2001年1月23日就上诉人 Profilati Italia S. R. L. 诉被告 Painewebber Inc. and Another 一案作出判决，裁定上诉人以被上诉人没有披露文件构成违反公共政策为由要求撤销仲裁裁决的上诉不成立，予以驳回。

【要点】

仲裁——裁决——申请撤销——声称裁决的获得系违反公共政策——“买进选择权和期货”的买卖合同——争议交付仲裁——仲裁员的认定有利于被上诉人——上诉人对裁决提出异议称被上诉人没有披露重要文件系错误——能否以不适当手段获得裁决为由予以撤销或发回重审。

【案情】

上诉人系一家意大利公司，专门从事铝品业。该公司属于 Fineleader 集团中的一员。该集团实际由 Leonardo Rossetto 博士负责经营，他是 Profilati 公司的惟一董事和集团成员 Alnor Alluminio Nord S. p. A. 公司的总裁。被上诉人是在伦敦金属交易所经营有色金属的经纪人和生意人。Simon Underhill 先生为被上诉人公司的董事，主要负责上诉人与被上诉人之间的交易。

在1992年，Alnor通过其经纪人被上诉人在伦敦金属交易所订立了买进卖出“选择权”和“期货”的金属交易合同，其中“选择权”5000吨，自1993年7月至1995年12月每月都有。1992年12月，Rossetto博士与Underhill先生达成协议，以背对背合同形式将这些每月“选择权”由Alnor转给Profilati（上诉人），即由Alnor转给Painewebber，再由Painewebber转给Profilati。

1993年6月，“买进选择权”中的第一笔交易的交割日期即将临近。所有1993年交割日期的“选择权”已经“没有钱”，变得一文不值。但双方约定，1993年的“选择权”滚动到1995年的12月份。“滚动交易”涉及1993年“选择权”价值与1995年12月的费用之间的差价达到

435 000 美元。为了推迟产生于滚动交易的债务，当事人之间作了整套复杂安排，名为“变相交易”，其即刻意义是给 Profilati 一个立刻有利的信贷，同时给 Painewebber 一个有利的债务。

Alnor 和其他集团中的成员公司也通过 Painewebber 在伦敦金属交易所进行交易。但是市场不景气、下滑，整个 1993 年的 8 月和 9 月，市场更恶化。Painewebber 要求 Profilati 作差价付款，但是 Profilati 没有作任何支付。于是，Painewebber 于 1993 年 10 月 6 日停止与 Profilati 的所有业务。之后，Profilati 与 Painewebber 之间产生争议，最终在 1998 年 3 月按伦敦金属交易所仲裁规则交付仲裁。

【仲裁】

Profilati 在仲裁时就转让所产生的争议提出若干诉求，称 Rossetto 博士行为不当，与 Underhill 之间存在勾结，但这些均被仲裁庭所驳回。Profilati 还要求由 Painewebber 向其补偿违约（即不适当地停止交易）所造成的损失。诉求中称，Painewebber 事实上同意不要求为因滚动交易而产生的将于 1993 年 12 月份到期偿付的债务提供部分款项支付的担保，而其他交易属长期“买进选择权”，不可能产生负面价值，所以 Painewebber 无权要求支付差价或因不支付而停止交易。事实上，1994 年和 1995 年期间，铝金属市场价确有回升，所以，Profilati 在这些年当中的“买进选择权”应该会有相当的价值回报。由此，Profilati 要求追回因 Painewebber 出于和停止交易的行为而蒙受的损失。

在仲裁庭审中，Profilati 的律师依赖于 1993 年 6 月 28 日函，该函作为这部分诉求的依据。尽管该函本身提及 Rossetto 博士与 Underhill 先生之间 6 月 23 日的面谈，但是 Profilati 并不想究其背后什么原因，而是利用这份证据证明他们两个人的面谈情况而已。之所以如此，是因为 Profilati 不能让 Rossetto 作为证人作证言，但无论出于何种原因，应当将诉称问题简单地视为对 6 月 28 日函的解释。另一方面，Underhill 先生确实代表 Painewebber 先生作证，否认没有达成 Profilati 建议的那种协议。

Painewebber 律师在其最终的陈述中作了涉及这部分的若干主张，特别是，他主张称，就这类交易而言，不太可能由 Painewebber 当面同已通过由原来的差价支付安排转为变相交易来延长给 Profilati 的无担保的信贷。根据 Underhill 先生的证据以及 1993 年 6 月 28 日函中的有关条文，他提请仲裁庭驳回 Profilati 所谓 Painewebber 于 10 月 6 日停止交易系违约行为的主张。

仲裁庭在这一问题上作出了有利于 Painewebber 的决定。仲裁庭对此作了简单的交待，其认定如下：

仲裁庭认为，Painewebber 要求的支付差价是正确无误的。这些都是因由先前 1994 年/1995 年期间到期的“现金选择权”给予保护的未付差价的向前滚动而导致的。

由于“选择权”的价值下跌，所以所谓的保护也出现问题，而 Painewebber 的信贷部门坚持撤回信贷。这就说明了损失，并使支付差价款项的要求变得尤为必要。

如果 Profilati 予以了支付，而不是将未偿付的债务进行向前滚动，则要求支付差价就不必要了。换言之，支付了差价亦就不会出现停止交易了。

没有任何更为详细的讨论很可能会反映这样一个事实：针对这个特别具体问题，没有许多周详的辩论。

仲裁裁决于 1999 年 9 月 21 日作出。2000 年 4 月 11 日，Profilati 逾期按照 1996 年《英国仲裁法》第 68 条申请撤销裁决或发回仲裁庭重审，其申请理由之一是裁决获得的方式违反了公共政策。上诉人辩论点的关键在于 Painewebber 不披露两份重要文件是错误的，因为这两份文件定会支持 Profilati 在停止交易问题点上的有利地位，假如披露了，上诉人律师可以以另一种方式向仲裁庭提出主张。为此，仲裁庭在客观效果上受到误导，被上诉人裁决的获得纯系不当行为所致。

【上诉】

本案申请撤销裁决或发回仲裁庭重审的上诉主体主要涉及两份文件未披露问题，以及围绕此问题而又涉及其他相关的三个问题，即法律、披露和实质性公正。

1. 文件

被 Painewebber 不当扣住不予披露的两份文件，其一系日期为 1993 年 7 月 31 日交易账目的汇总，涉及 Bluhara 公司为 Painewebber 保存的账目；其二系 Bluhara 和 Rossetto 经营的另一公司称 Essex Overseas S. A. 在 1998 年 7 月提供的申诉状（他们作为仲裁的一方在美国按照全国证券交易人协会的规定诉 Painewebber，下称 NASD 仲裁，其中，一份有关 NASD 仲裁的申诉状）。Rossetto 博士安排 Essex 和 Bluhara 来保证 Alnor 向

Painewebber 履行债务，为确保债务履行，分别为 Painewebber 存入两笔款项，即 1 600 000 美元和 400 000 美元。根据账目汇兑，1993 年 7 月左右，Bluhara 为 Painewebber 存入“关于差价款”400 000 美元。在停止交易时，Alnor 已经对 Painewebber 欠下超出 Essex 和 Bluhara 存入的款项数目（Painewebber 可以用这些款项冲抵对方的欠款数）。在美国进行 NASD 仲裁的目的是为了确立 Essex 和 Bluhara 在他们作出的担保中不承担责任，或者如果他们承担责任，则通过赔偿从 Painewebber 获得等额的补偿。他们诉求的要点是，Painewebber 的停止交易不仅违反了与 Profilati 的合同义务（从商业上讲其行为也不合理），而且也违反了对作为担保人 Essex 和 Bluhara 负有的责任。Alnor 和 Profilati 已经相互作出交易责任担保，所以 Painewebber 可以利用 Profilati 的账目作为有用的地位来冲抵 Alnor 的债务。Essex 和 Bluhara 主张称，如果 Painewebber 没有错误地停止交易，则“选择权”的价值一定会超过 Alnor 的债务，并且没有必要要求他们来履行其担保义务。

申诉状描述了 Finleader 公司与 Painewebber 之间的交易关系历史，其中包括 1993 年“选择权”滚动和最终确定的债务 435 000 美元。其中有一段如下：

1993 年 6 月协议的关键是，被上诉人特别同意 Profilati 要到 1993 年 12 月向被上诉人支付 Profilati 账目外的 450 000 美元额外债务。经被上诉人同意，允许 Profilati 到 1993 年 12 月才支付债务是因 Profilati 财务状况和世界铝业市场不景气而达成 1993 年 6 月协议的重要因素。鉴于 1993 年 6 月协议和被上诉人同意让 Profilati 的付款延期到 1993 年 12 月 15 日，Rossetto 先生同意以 400 000 美元作为抵押存入受 Painewebber 控制的 Bluhara 的账号（下称“Bluhara 账号”），并由 Rossetto 先生促使 Bluhara 为 Alnor 债务作出担保。

由此，上诉人诉称停止 Profilati 的交易属于违反 1993 年 6 月协议，因为 Painewebber 被上诉人已经同意 Profilati 所欠款项的支付延迟到 1993 年 12 月 15 日。最后，Essex 和 Bluhara 在其第六项请求中称，1993 年 6 月，Painewebber 表示说：如果 Bluhara 为 Profilati 的交易提供担保，则 Profilati 支付 435 000 美元的义务履行期延到 1993 年 12 月 15 日而并不会寻求对担保物的清偿。

Profilati 的律师 Geoffrey Vos 先生声称，错误地将账目汇总和申诉状扣

留不予披露使得 Painewebber 的律师在毫无顾虑的情况下主张 Painewebber 绝不会同意在没有担保条件下延期支付 435 000 美元，对于债务没有要求担保而只是享有通常情况下要求支付差价的权利。他认为，如果披露了这两份文件，那些主张不仅不用申诉，而且还有一个非常的可能性，Underhill 先生一定会在交叉质问程序中接受确有 Profilati 所称的一份协议，一笔 400 000 美元的款项的确专门作为支付 435 000 美元的担保已经存入银行账号。因此，Profilati 在这一点上的陈述很可能会得到仲裁庭的支持。

2. 法律

1996 年《英国仲裁法》第 68 条有如下的规定：

(1) 仲裁程序的一方当事人（经通知其他当事人和仲裁庭）可在仲裁程序中以存在影响仲裁庭、仲裁程序或裁决的严重不当行为为由就裁决向法院提出异议。

.....

(2) 严重不当行为是指下列一种或几种不正常行为，且法院认为对申请方已造成或将造成实质性的不公正。

.....

(g) 裁决因欺诈获取，或裁决或获取裁决的方式违背公共秩序。

在 Deutsche Schachtbau und Tiefbohr-Gesellschaft m. b. H. v. Shell International Petroleum Co. Ltd. , [1987] 2 Lloyd's Rep. 246; [1990] 1 A. C. 295 一案中，John Donaldson 爵士就以公共秩序为由而拒绝执行仲裁裁决进行评论时说道：

公共秩序的考虑因素不可能完全加以规定，但应极为谨慎地予以考虑。必须证明存在某种非法因素或执行裁决将显然有害公共秩序，或者很可能执行裁决将完全伤风败俗。

我认为要想以公共政策为由将裁决撤销或发回重审的情形加以限制是不明智的，但是按照上述评论和第 68 条 2 款 (g) 项的整个文字内容，我想如果称仲裁胜诉方通过违背公共政策来获取裁决，通常来说有必要向法院说明胜诉方存在应受指责的或缺乏信心的行为实质性地导致这种裁决的获得。而且，我还认为法院不应匆匆忙忙按照本条规定予以介入。

在这些涉及的第 68 条的情形中，法院所强调的是只有在极端情形下才运用这一条款。Painewebber 律师 Goldsmith 先生提醒我仲裁法部门咨询委员会报告第 280 段中非常眼熟的内容。该委员会在涉及第 68 条时说道：

既然选择仲裁，当事人就不能有效地抱怨实质不公正，除非所发生的情形在任何人看来都是不能接受的。简言之，第 68 条实际上只有在极端情形下才能加以适用，即仲裁庭的行为非常不当，只有拿公正才能加以纠正。

这一段已被若干个案例得以采纳和适用，其中有：Egmatra A. G. v. Marco Trading Corporation, [1999] 1 Lloyd's Rep. 862; Conder Structures v. Kvaerner Construction Ltd., [1999] 1 Lloyd's Rep. 826; Sanghi Polyesters Ltd. V. International Investors (KCFC) Ltd., [2000] 1 Lloyd's Rep. 480; Hussmann (Europe) Ltd. V. Al Ameen Development & Trade Co., [2000] 2 Lloyd's Rep. 83。

所有以上的判决涉及第 68 条（2）款（g）项，但是每一个判决主文都强调一个事实：“严重不符”和“实质性不公正”的表述旨在针对只是极为严重的情形。

根据这种背景，Vos 先生认为本案情况足以证明（1）仲裁的胜诉方没有披露作为对方可以得到的一份文件是错误的，而法院认为这可能会对程序的结果产生实质性或重要影响；（2）在明知应当披露此份文件的情况下，故意扣住不予披露，或胜诉方说服仲裁庭对未披露的文件很可能产生实质性作用或重要影响的重要事实作出认定。

如果一份重要文件应当被披露但被故意扣住而未披露，结果不予披露的一方获取了一份有利于他的仲裁裁决书，则法院很可能认为他所获得裁决的方式有违公共政策。总之，这种行为与欺诈离得不远，但是，没有披露文件系因过失或纯粹是判断有误所致，这种情形则更令人头痛，不易处理。Vos 先生认为这种情形亦应视为裁决获取的方式有违公共政策，其错误在于不仅仅是没有披露文件而且不披露文件涉及到可以利用缺漏文件的好处进行案由陈述的问题，换言之，利用自己的过错来获得一份有利于自己的仲裁裁决书。

Goldsmith 先生则认为，Vos 先生提出的衡量标准大得过分，所以我（法官本人）认为这种异议很有道理。鉴于人们可以合理地断定每方当事人根据材料向仲裁庭陈述自己的案由，因此可以断定胜诉方作出的主张

不会具有相同质量的主张；假如披露了文件其可以作出相同质量的主张。所以，在事实上的每一个案件当中，没有披露一份重要文件，错误行为的一方就可以利用文件的缺漏作出有利于自己的陈述和主张。这会无情地导致一个结论：法院在没有披露该种文件的情形下就可以并且确实应当将裁决发回或撤销，有时尽管胜诉方的行为是无故的，亦应如此。

作为法官的我不能这样接受第 68 条（2）款（g）项的这种情形。这里的部分原因是，我认为程序中没有披露的一份甚至重要的文件系无故的，就不能适当地视为有违公共政策行为。如果要那么说的话，在这种情形下不披露可以几乎等同于在某些情形下被视为“程序舞弊”，以及之后的披露等于新证据的披露。根据 1950 年《英国仲裁法》，法院对裁决撤销或发回重审享有较宽的管辖权，所以有时会这样做，例如发生新证据或一些误解并非构成不当行为。根据 1950 年《英国仲裁法》第 23 条（2）款，法院享有撤销一份通过“不当方式获取”的仲裁裁决书的明示权力。

而 1996 年《英国仲裁法》第 68 条的精神则有很大不同。对裁决异议的申请，只能基于第（2）款规定的严重不符情形予以提出。法院对仲裁程序进行干预的管辖权不属泛泛的，而且以前法院据以作出裁定的某种情形在第 68 条已经不复存在。与本案有关的类似的情形（申请异议的理由）是新证据的披露。现在按照第 68 条，法院不再有权仅凭新证据的发现就将裁决发回重审。我同意 Goldsmith 先生的观点，基于不披露系无故行为而提出对于这种裁决的异议开绿灯，则既与仲裁法精神相违背，又与该法的文字措词相违背。

3. 披露

现转到披露问题在本案中 Painewebber 是否违反了正当披露文件的义务，如果回答是肯定的，那么是故意的还是无故的。近些年来，有一个趋势，一般来说限制民诉中披露义务的范围，如今不再认为有必要要求一方当事人披露对案件没有直接影响的文件。本案的仲裁是按照伦敦金属交易所规则进行的，每方当事人送达文件时附有其依据的证据材料。虽然规则允许当事人向仲裁庭申请作进一步的披露，但当事人可以书面往来处理这一问题。1998 年 12 月 3 日，Profilati 的律师 Theodue Goddard 先生给 Painewebber 的律师 Richard Butlor 先生写信，提出若干具体的要求以及涉及答辩中明确的段落的制作。

这些要求包括要求 Theodore Goddard 先生推定 Painewebber 接受的平衡“变相交易”与市场交易扣得住的证据。1999 年 1 月 8 日，Richard

Butlor 先生同意提供他们能提供的情况，但是说 Painewebber 没有与市场交易相吻合的任何文件，因为没有达成过这样的交易。1999 年 1 月 13 日，Theodore Goddard 先生作了回复，注意到没有市场交易并要求提供有关副本如下：

所有文件……记载或设计 1993 年 6 月和 7 月的交易和 1993 年 10 月停止交易。

在同一函中，Theodore Goddard 先生拒绝 Richard Butler 提出披露“所有涉及有问题的交易文件”的要求，属于“不恰当地扩大范围”及“一种摸鱼行为，旨在发现我们的客户是否还有进一步有利于你方客户陈述案由的材料”。当问题于 1999 年 1 月 14 日由仲裁庭作出指示令时，律师双方能够就仲裁庭的程序令形式达成一致意见，根据这个程序令，Painewebber 要披露“记载或设计 1993 年 6 月和 7 月的交易和 1993 年 10 月停止交易的文件”，“所有”一词在 Theodore Goddard 先生 1993 年 1 月 13 日的函中已经被删去了。

Vos 先生主张称，在 NASD 仲裁中的申诉状是一份“涉及”1993 年 6 月交易的文件，当时曾建议过由 Richard Butler 先生拥有的那些文件不能说明事实，因为他们说了，他认为这个文件与此无关。然而，为了这个异议申请，由所有代表 Painewebber 准备案件的人员作出起誓，确认没有予以披露不是明知想扣住一份被视为有关或可以披露的文件。没有申请进行交叉质证，根据 Vos 先生完全承认的那份证据，他不能使我认定 Richard Butler 或 Painewebber 没有披露系故意的违反义务。所以，他明确放弃一项认为裁决系通过欺诈或类似性质的手段获取的提议。

正如我已说的，在此情况下，这一申请在我看来注定失败。不过，既然这涉及本案重要的部分（双方在我面前进行全力辩论），我认为有理由就双方在披露义务上的辩论作全面的分析与处理。我可以立即指出，上诉人没有说服我，我不能裁定 Painewebber 违反了披露义务。仲裁庭的决定反映并必须按照双方之间的往来加以解释。本案不是一个一方必须披露，另一方期待获得披露的案件，这与 Peruvian Guano 案中确立的宽范围的披露完全不同。相反地，双方均接受的处理方法是，要求披露的一方有义务至少以一般方式证实其要求披露的文件。Richard Butler 先生将 Theodore Goddard 先生在 1999 年 1 月 13 日函中提到的披露要求非常恰当地理解为与变相交易有关的市场安排。Theodore Goddard 先生可以要求提

供这样的文件，即对 Rossetto 博士和 Underhill 先生 1993 年 6 月 23 日会谈和据以产生滚动交易债务而得以延期的条件均将产生影响，但是没有这样做，毫无疑问，这是因为 Profilati 的理由认为，事情完全看 6 月 28 日函的条款。在涉及 Bluhara 账目汇总（自然不属要求披露的文件种类）时，这种辩论甚至更难以成立。在此情况下，我就不认为 Painewebber 或 Richard Butler 先生处理披露要求的方式应受到任何指责。

4. 实质性的不公正

即使故意不披露两份文件，Profilati 仍然有必要向法院说明其因此而蒙受实质性的不公正。正如双方均承认，它要求仲裁庭对该文件的可能影响作一些考虑。众所周知，导致申请人不需要费那么大的精力来说服法院，相信文件必然会导致仲裁庭得出一项不同的结论；考虑到评价证据最终只有仲裁庭来进行，我认为这亦必然如此。但是双方就采取恰当的方式存在分歧意见。Vos 先生认为有一个“很有可能性”的说法足够了，即在适用 Ladd v. Marshall [1954] 1 W. L. R. 1489 一案中确立相似衡量标准时，该文件定会导致仲裁庭得出不同的结论。Goldsmith 先生则从另一方面主张称，应适当采用 Hunter v. Chief Constable of the West Midlands [1982] A. C. 529 一案中适用的更为严格的衡量标准，因为申请中的这类情形，与其说是重新审理方式进行上诉，不如说更接近于对裁决进行双重攻击。在不同的情形下，可以对出示新证据提出多个衡量标准。参见 Waller 法官在 Westacre Investments Inc. v. Jugimport-SPDR Holding Co. Ltd., [1999] 2 Lloyd's Rep. 65; [2000] 1 Q. B. 288 一案中所提出的观点。第 68 条款是新规定，但是按我的看法，我认为最好不要笼统地适用而是仅仅问问自己在某一具体案件情形下申请上诉人是否蒙受了实质性的不公正。

Vos 先生主张称，Profilati 同 Painewebber 没有披露文件给仲裁庭肯定会带来决定性的后果而使其在本案中蒙受实质性的不公正。他没有将此问题点以那种措词进行陈述，但确定他辩论的实质，因为他认为如果 Profilati 能够在交叉质证中就 NASD 仲裁申诉状面对 Underhill，他就会不仅确认其与 Rossetto 博士一致同意滚动债务的偿付应当延期到 1993 年 12 月 15 日，而且还会确认，如果 400 000 美元汇入 Finleader 的某一账号，作为对从 Profilati 差价款项中免除的变相交易债务的担保。但是，这项辩论不仅依赖一项推断：Underhill 先生一定会在交叉质证中说出真相，而且认为重要的是，依赖另一项推断：他与 Rossetto 博士之间事实上就 Profilati 诉称的条款达成协议。然而，几乎或没有证据证明这一情况。