



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二十辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第20辑/广州仲裁委员会编著. —北京:法律出版社, 2009. 9

ISBN 978-7-5036-9903-0

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(2009)第159400号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗 何海刚

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/880×1230毫米 1/16

印张/7.25 字数/155千

版本/2009年9月第1版

印次/2009年9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 978-7-5036-9903-0

定价:13.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第二十辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 刘想树 吴汉东

苏泽群 杨良宜 杨树明 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:钟晓东 张小建 王林辉 朱应铭 吴晓辉 王 栋 郭涟涟

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 12 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83283650 83282240

传 真:(020)83283773

网 址:www.ccarb.org

E-mail: gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2008年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4050件,案件总标的额63.9亿元,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支600多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员70余名,其中博士研究生3人,硕士研究生29人,90%以上人员拥有本科以上学历,有25人通过了律师资格考试或国家司法考试。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度降低仲裁成本,提高仲裁效率;本会拥有近5000平方米的办公场所和仲裁庭室,仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性的培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个职能部门,并根据发展需要,先后成立了东莞分会、中山分会。2008年,本会还与广东省社会科学院合作,成立了广州仲裁研究院,专门从事仲裁理论与实务研究。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12—14楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org、www.ccarb.org

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为:www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大、覆盖面最广且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委员会2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

2007年11月,网站进行了改版升级,优化了栏目设置,增设了“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热聚焦”等内容。改版后的网站内容更加丰富:既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本会相关动态的完整记录;既有针对一般民众的、深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士、较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约、仲裁示范文本等实用信息、网上咨询等互动版块,等等。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士,了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见、建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: (020)83282961 联系人:周家福

目 录

专 论

仲裁员自由裁量权探析 陈忠谦/ 1

探索与争鸣

论并入提单仲裁条款对提单持有人的效力 邓 瑾/ 10

商事仲裁制度的完善与和谐社会的构建(上) 马占军/ 19

撤诉与诉讼时效中断

——一则法结构主义分析的实例 梁文生/ 28

课题研究

建设工程施工合同法律风险与防范(下) 钟晓东 王林辉/ 33

国际商事仲裁

国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响 李叶丹/ 47

仲裁实务

我国重新仲裁制度若干问题探析 王小莉/ 56

论仲裁员的素质 吴慧琼/ 61

确认仲裁与金融风险防范 张 杰/ 69

仲裁法修改整体建议

《中华人民共和国仲裁法》修改建议稿(中) 郑金波/ 75

案例精析

嘉能可公司申请承认及执行英国伦敦金属交易所仲裁裁决案法律问题探析

——兼评最高人民法院《关于英国嘉能可有限公司申请承认和执行

英国伦敦金属交易所仲裁裁决一案请示的复函》 齐湘泉/ 85

CONTENTS

An Analysis of Arbitrator's Right of Discretion	Chen Zhongqian / 1
On Incorporated Arbitration Clause Has Binding Force to the Third Party	Deng Jin / 10
Perfection of Commercial Arbitration System and Building of Harmonious Society	Ma Zhanjun / 19
Withdrawal of the Case and Discontinuance of Limitation of Action —an applying example of legal structuralism	Liang Wensheng / 28
Legal Risk and Precaution Measures of Construction Contracts	Zhong Xiaodong, Wang Linhui / 33
The Influence of Insolvency upon the Jurisdiction of the Tribunal	Li Yedan / 47
An Analysis on Problems of the Re – Arbitration System in China	Wang Xiaoli / 56
Study on the Capabilities of Arbitrators	Wu Huiqiong / 61
Thoughts on Confirmation Arbitration in Financial Field	Zhang Jie / 69
“Arbitration Law of the PRC” Amended Suggestion Draft	Zheng Jinbo / 75
On the Legal Issues Concerning Application for Recognition and Enforcement of London Metal Exchange Arbitral Award by Glencore International AG —Concurrently on the Supreme Court's official Reply for this Case	Qi Xiangquan / 85

专 论

仲裁员自由裁量权探析

陈忠谦*

内容提要 本文认为,法律本身的局限性、法律语言的模糊性和抽象性、法律适用的性质、公平正义的要求以及仲裁的特点使仲裁员自由裁量权的存在成为必然性。仲裁员的自由裁量权主要体现在仲裁程序、证据和事实的认定以及法律适用三个方面,其行使要符合法律的基本原则,遵守法定程序。最后,文章对仲裁员自由裁量权的保障和规制提出了相应的建议。

关键词 自由裁量权 仲裁员 保障 规制

最高人民法院在新近颁布的《人民法院第三个五年改革纲要(2009~2013)》中指出,要改革和完善刑事审判制度,规范裁量权。近日,广东省高级人民法院颁布了《关于规范民商事审判自由裁量权的意见(试行)》,以规范民事审判中的法官自由裁量权。这使得法官的自由裁量权成为社会关注的热点。但在仲裁实务界和理论界,似乎缺乏对仲裁员自由裁量权的关注,有关的研究也处于比较空白的状态。本文试对仲裁员的自由裁量权做初步探析,以便抛砖引玉,供大家共同探讨。

一、仲裁员自由裁量权概述

(一)自由裁量权的含义

何为自由裁量权,因其外延的广泛性,对其内涵一直没有一个统一、权威的界定。《牛津法律大词典》将其定义为:“是对案件酌情作出决定的权利,并且这种决定在当时特定情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官以权力或责任,确保其在某种情况下可以行使自由裁量权。有时是根据情势所需,有时则仅仅是在规定的限度内行使这种权力。”^①我国许多学者也对法官自由裁量权的含义提出了自己的观点。^②结合仲裁的特点,笔者认为,仲裁员的自由裁量权可以理解为:仲裁员在审理案件时,在法律或仲裁规则没有规定或规定不够明确时,对案件做出符合法律原则的灵活裁量的权力。

(二)存在的必要性

虽然“历史上,尤其是在理性主义盛行的19世纪,许多法学家都试图把所有的个性化因素从法律适用中切割掉;他们还信奉一种按照刚性的逻辑机械地建立并实施的封闭的规则体系”。^③

* 广州仲裁委员会主任、法学博士。

① 转引自秦旺:“法理学视野中的法官自由裁量权”,载《现代法学》2002年第2期,第86页。

② 参见李正华:“论自由裁量权”,载《当代法学》2000年第4期,第18页;陈兴良主编:《刑事司法研究》,中国方正出版社1996年版,第461页。

③ 梁迎修:“法官裁量权的法哲学思考”,载《人民法院报》2009年6月2日第5版。

但在实践中,人们逐渐认识到这只是一种理想主义,无法成为现实。即使强调成文法的大陆法系,也早已承认裁判人员自由裁量权的存在。仲裁员自由裁量权的存在有其必然性和必要性,主要原因在于:

1. 法律本身的局限性

稳定性、滞后性、不周延性既是条文法的特点,也是其缺陷所在。社会生活是复杂的,法律条文的有限性使其不可能规定社会生活的每个方面、每个内容。特别是中国目前正处于计划经济到市场经济的转型阶段,社会经济生活处于剧烈变化中,新生事物层出不穷,法律很难完全适应社会发展的需要,在某些新生领域必然出现法律的空白。而法律的制定、修改需要一定时间和程序,一旦出现有关的纠纷,在不能拒绝裁判的要求下,仲裁庭审理案件时就不得不借助自由裁量权的行使;另一方面,引入自由裁量权,可使法律保持开放性和灵活性,仲裁员可根据社会生活发展的需要,把经济、政治、哲学等方面的要求及时补充到法律中去,使法律随时代的发展而与时俱进。

2. 法律语言的原则性和抽象性

法律是用文字来表达的,而文字处于不同的语境时可能会有不同的含义,特别对于许多事务细微之处的精确描述,文字也时常会无可奈何。所以,文字本身具有不确定性的局限性。同时,基于立法技术的原因,为了在有限的条文中对所规范的法律关系做出更加全面的规定,法律语言还具有抽象性、原则性的特点,这个特点在中国的法律中体现得尤其明显。所以,如何理解和界定抽象性、原则性的语言,成为仲裁员审理案件时必须面对的问题,这也需要仲裁员的自由裁量。

3. 法律适用的特点

无论法律如何规定,对案件的审理和裁决,都是仲裁员将法律适用于具体个案的结果。“裁量权的运作是法律适用活动必然衍生的社会现象。”^④如何将原则性的法律规定适用于纷繁复杂的个案,体现的是仲裁员的主观能动性和判断能力,水平、经验、道德等的不同都会影响证据的认定、法律的适用。

4. 公平、正义的要求

公平和正义是法律的基本价值所在。正义有一般正义和个别正义之分,二者之间存在矛盾。自由裁量权正是沟通一般正义和个别正义的桥梁。仲裁员根据个案的具体情况,行使自由裁量权,可以变通僵硬的法律,以避免因法律规定与特殊情况不相适应而产生不公平的结果,力求使每个案件获得正当、合理的解决。在曾经出现的案例中,法官避开具体法律条款而援引一般条款处理案件,便是公平、正义对自由裁量权的需求的最好明证,这也得到了社会的好评。

5. 仲裁本身的要求

相比于法院,仲裁制度在我国是一种新生事物。《仲裁法》是1995年才颁布实施的,仲裁实践中适用的法律法规还不完善。而法律规定的越原则、越不完善,留给仲裁员自由裁量的余地就越大。这决定了仲裁员在适用法律时,必须享有自由裁量权。同时,和诉讼相比,仲裁的形式更加灵活。为适应商事纠纷的复杂性和快速解决的要求,法律、商业习惯、善良风俗等都可作为仲裁员裁决的依据。仲裁的这个特点也要求仲裁员审理案件时应当行使自由裁量权;反过来,它也更适应经济发展的需要,促进仲裁的发展。

^④ 周长军:《刑事裁量权论——在划一性与个别化之间》,中国人民公安大学出版社2006年版,第16页。

综合上述原因,我们必须承认仲裁员自由裁量权存在的价值。“正是借助于裁量,普遍正义和个案正义、稳定的法律与变动的事实之间的紧张才得以缓解,相互冲突的法律价值才得以协调。”^⑤在此基础上,下文进一步讨论自由裁量权的原则、范围,以及如何保障和规范自由裁量权的行使。

(三)行使的原则

仲裁员的自由裁量权是裁判权在法定范畴内合法的自由余地,那么这种自由必然受到一定的限制,才能保证裁量结果符合社会公众的合理期待。它需受制于整体的法律规范体系和法律精神,并且要遵循法定程序的要求。

1. 符合法律的基本原则

德沃金认为:“一个官员享有裁量权,并不意味着他可以不顾情理和公平的准则,可以随心所欲地裁决。”^⑥仲裁庭对案件的管辖是基于当事人的选择,其审理案件是为了定分止争。所以,仲裁员在行使自由裁量权时,应以妥善解决当事人的纠纷为目的。无论对证据的判断、事实的认定还是对法律的诠释、选择适用,甚至创设新规范,都不能违反法律的基本原则,应当公正地进行裁量。仲裁案件一般都是民商事纠纷,因此,仲裁员自由裁量权应当符合的法律基本原则包括公平原则、诚实信用原则、平等原则、自愿原则等。

2. 遵守法定程序

程序的公开和公正是预防权力滥用和行为任意而为的最有效的保障,没有程序正义,实体正义也难以实现。现代司法理念最重要的要求之一就是司法行为的程序性,任何司法行为都必须按照法律规定的程序进行,自由裁量行为当然不能例外。因此,仲裁员在行使自由裁量权时,不能违反法定的程序。在仲裁中,法定的程序不仅包括法律的规定,还包括当事人选择的仲裁规则。

二、仲裁员自由裁量权的范围

《仲裁法》第7条规定:“仲裁应当根据事实,符合法律规定,公平合理地解决纠纷。”《民事诉讼法》第7条规定:“人民法院审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。”可见,仲裁员比法官对争议案件有更大的自由裁量权,其范围主要体现在以下几个方面:

(一)仲裁程序

人们在讨论法官自由裁量权的范围时,一般都限定在证据的认定、法律适用方面,而较少关注程序中的自由裁量权。笔者认为,仲裁员在仲裁程序中的自由裁量权同样重要,“在顺利进行的国际商事仲裁中,对于程序的控制权从当事人平稳地转移到仲裁庭。……随着程序的进展,仲裁庭对于争议事项越来越熟悉。它开始自己决定何种事实具有相关性、哪个法律问题很重要”。^⑦仲裁程序中的自由裁量权是仲裁顺利进行,公平、合理地进行裁决的有效保证。

和诉讼相比,仲裁程序具有更大的灵活性。《民事诉讼法》及相关司法解释对民事诉讼的程序做了详尽的规定。而《仲裁法》只是对仲裁的基本程序进行了规定,仲裁程序更多的体现在仲

^⑤ 沈光:“简述对法官自由裁量权的程序制约”,载《今日南国》2009年第1期,第161页。

^⑥ 转引自秦旺:“法理学视野中的法官自由裁量权”,载《现代法学》2002年第2期,第86页。

^⑦ [英]艾伦·雷德芬、马丁·亨特等:《国际商事仲裁法律与实践》,林一飞、宋连斌译,北京大学出版社2005年版,第251页。

裁规则的规定上。综观各仲裁机构的仲裁规则,除了体现当事人根据意思自治对程序的选择外,也较多地规定了仲裁员在仲裁程序中自由裁量的权力,主要表现为对程序规范的适用以及对程序的指挥和管理,具体包括:(1)程序管理权,比如证据过多是否进行庭前质证,案件是否合并审理,当事人逾期提出变更请求或反请求是否接受,举证期限的规定,逾期证据是否采纳等;(2)证据调查权;(3)程序的释明权,如要求当事人对其请求进行解释和明确,当事人自行调解的时间等;(4)填补程序空缺,即当事人未约定,仲裁法和仲裁规则也未规定时,仲裁员确定仲裁程序所应适用的规定。

(二) 证据和事实的认定

仲裁庭裁决案件的前提是根据相关法律事实,而法律事实的认定需要以证据为基础,事实是证据审核的必然结果。所以,仲裁员对于事实认定的自由裁量权主要体现在证据的审核上。在这方面,仲裁员的自由裁量权大于法官。诉讼一般都有严格的证据规则,比如最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》。而仲裁中,没有专门法律对证据规则做出规定,虽然有的仲裁机构在仲裁规则中对证据有一定的规定,但一般都没有明确详细的证据规则。^⑧这是商事仲裁程序灵活性的体现,有其优越性。以当事人逾期提交的证据为例,在民事诉讼中,除非是“新的证据”,否则法官是不予接受的;而在仲裁中,对于某些当事人出于过失(如疏忽大意,以为自己已如期提交了证据但实际上并非如此)而迟延提交的证据,仲裁庭结合各种因素综合判断,如迟延提交证据的主、客观原因,当事人的举证能力、举证态度、受教育程度,相关政府部门的保密制度,对方当事人的态度,证据提交的时间,是否影响仲裁裁决在规定时间内做出等,一般情况下会予以接受。这不仅有利于查清案件事实,也符合我国长期以来追求客观真实的法律传统。但这种做法无疑也扩大了仲裁庭的自由裁量权。

首先,证据证明能力的自由裁量。证据的证明能力即合法性,只有合法的证据,才能作为仲裁员认定事实以及裁决的依据。所以,仲裁员对证据证明能力的自由裁量权主要体现在非法证据的排除。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第68条对法官在非法证据的判断标准和排除规则做出了规定。对于仲裁员来说,最高人民法院的司法解释不是必须要适用的规范。但上述规定确立的法官关于特定取证手段是否侵害他人合法权益的自由裁量权,也可以适用于仲裁员。

其次,对证据证明力的自由裁量。证据的证明力,也称证据的价值,其意义在于证据与案件的关联性。虽然法律可以规定证据的种类、证据能力等,但法律不可能对证据的证明力事先做出规定,证据也不具有自我证明的能力,必须由仲裁员根据案件的具体情形才能对证据的证明价值做出判断。这个判断的过程需要仲裁员发挥主观能动性,是仲裁员在审查证据和认定事实上的裁量权,也可称为自由心证。“自由裁量权是自由心证的权力基础,而自由心证可视为法官在事实认定中享有自由裁量权的基本表现”。^⑨

最后,举证责任分配的自由裁量。仲裁庭在审理案件时,如果申请人的证据足够充分可以支持其主张,或者被申请人的证据足够充分可以反驳申请人的主张时,仲裁庭运用自由心证能顺利对事实做出认定并裁决。但当申请人和被申请人就各自主张分别提供的证据难以达到证明的效

^⑧ 参见《广州仲裁委员会仲裁规则》第五章。

^⑨ 程春华:《民事证据法专论》,厦门大学出版社2002年版,第237页。

果而使争议事实处于真伪不明的状态时,仲裁员就需要判断哪方当事人对争议事实具有举证责任,但其没有举证或者举证不充分,进而做出其主张不成立的结论。这就是举证责任的分配,仲裁员认定负有举证责任的一方当事人应承担举证不能败诉的风险。它是案件事实真伪不明时的基本裁判方法,而其功能的发挥也与仲裁员行使自由裁量权相关联。仲裁员在行使该裁量权时应考虑:当事人的主张;当事人的举证能力和举证成本;待证事实发生的盖然性程度等。

(三)法律适用的自由裁量

1. 法律规范的选择

仲裁员根据证据对事实进行认定后,就需要依据相关的法律规范对案件做出裁决。法律规范的选择也是仲裁员自由裁量权的结果。每一部法律都是规范一定法律关系的,仲裁员进行裁决,需要判断认定的事实属于什么法律关系,才能选择适用的法律规范。特别当纠纷涉及多重法律关系和多个法律规范,或法律规范之间相互冲突时,更需要仲裁员的自由裁量。而在选择法律规范后,仲裁员的自由裁量权继续存在,因为法律可能规定仲裁员从几种法定情形中选择其一裁量,或者规定仲裁员在法定的范围、限度内裁量。这都需要仲裁员根据案件情况进行选择,做出裁决。比如《合同法》第114条关于违约金调整的规定,需要仲裁员对违约金是否过分高于损失或过分低于损失做出判断。

值得注意的是,在国际商事仲裁中仲裁员对准据法适用的自由裁量。我国仲裁法对此没有规定,一些仲裁机构和国际组织均在其仲裁规则中,对仲裁员选择法律问题做出了规定。一般来讲,在当事人没有做出法律选择的情况下,这些仲裁规则都对仲裁员选择准据法尽量赋予最大的自由。例如,《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(1976年)第33条第1款规定:“仲裁庭应适用当事人双方预先指定的适用于争端实质的法律,当事人未有此项指定时,仲裁庭应适用法律冲突法所决定的认为可以适用的法律。”《国际商会仲裁规则》(1988年)第13条第13款规定:“当事人双方得自由确定仲裁员裁决争议所适用的法律。当事人双方未指明应适用的法律时,仲裁员应适用他认为合适的根据冲突法规则所确定的准据法。”

2. 法律解释的自由裁量

法律语言抽象性、原则性的特点,使仲裁员在适用法律时必须进行解释。也就是说,“法律之解释乃成为法律适用之基本问题。法律必经解释,始能适用。”^⑩在法律解释的过程中,就体现出仲裁员对法律的理解和价值的判断,不可避免地打上自由裁量的痕迹。法律解释的自由裁量表现在:(1)对专业术语的解释,比如何为格式条款,何为要约、承诺;(2)规范概念的外延,比如,当事人在合同中约定买卖“原装进口设备”,什么是原装进口,需要仲裁庭的判断;(3)不确定的法律概念的解释,比如什么是“重大误解”或者“显失公平”。

3. 法律没有规定时的自由裁量

前文已阐述,法律不可能对所有社会问题做出规定。而仲裁员审理案件的目的是解决当事人纠纷,其不能因法律没有规定拒绝裁决。因此,当纠纷的处理缺乏法律依据时,仲裁员应当行使自由裁量权,这也是仲裁员自由裁量权最明显的体现之一。至于如何行使,瑞士民法典第1条规定:“法律问题,在文字及解释上,法律已有规定者,应适用法律。法律所未规定者,依习惯法,

^⑩ 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第300页。

无习惯法时,法院遵立法中所拟制定之原则,予以裁判。于此情形,法院务恪遵稳妥之学说及判例。”^①笔者认为,对于仲裁来说,其裁判的依据比法官更加广泛和自由。比如,美国法律允许仲裁员按照自己的司法见解做出仲裁裁决,而不必完全局限于法律,除非当事人在仲裁协议中限定仲裁人必须按照法律规定进行仲裁。而在当事人未限定仲裁人必须按照法律原则进行仲裁时,他可以撇开法律,根据自己的司法见解进行裁决。因此,案件裁决没有法律依据时,仲裁员可以类推适用其他相关规定,或者适用民商事法律的基本原则,或者可以依据学理、商业习惯、善良风俗等做出裁决。

4. 回避恶法

随着社会的发展,有些法律的规定会逐渐不符合实际需要,如果适用,可能会违背公平原则。在法律没有修改或者废除的情况下,仲裁员是否一定要适用该“恶法”?笔者认为,仲裁员此时应有自由裁量的权力,可以通过法律的解释或适用其他法律来排除适用“恶法”以保证裁决的正当性、合理性,符合公平正义原则。

5. 造法

在大陆法系国家,立法权属于权力机关,法官或仲裁员只能适用法律,不能创造法律。但法律本身规定的局限性,无法避免使法院或仲裁员为寻求合理答案而根据某种标准运用自由裁量权创造新的裁判规则,这是弥补法律漏洞的有效方法。这种新的裁判规则,有可能被后来的法律所采用,一定意义上成了“法官造法”。比如,2000年10月迁安市孙有礼诉造纸厂、化工厂等环境污染的损害赔偿案中,法院综合考虑加强环保的国际立法趋势、对受害人的特殊保护、受害人举证能力等因素判定由造成污染的被告就自己免责举证,开创了环境污染侵权案中举证责任倒置的先例。^②可能因为仲裁的不公开审理等原因,国内还没有出现仲裁员创设新的裁判规则引起重大反响的案例,但笔者认为,应对仲裁员在该方面的自由裁量权予以支持和鼓励。

三、仲裁员自由裁量权的保障和监督

(一) 自由裁量权的保障

无论法官还是仲裁员,其自由裁量权都有存在的价值。但从国内对自由裁量权的研究和讨论来看,一般都是从如何对其规制出发,而很少阐述如何保障。笔者认为,我们应当认识到仲裁员的自由裁量权不是洪水猛兽;相反,必须采取必要的手段予以鼓励和支持,才能更好地发挥自由裁量权的作用。

1. 保证仲裁员的独立性

《仲裁法》第8条规定:“仲裁依法独立进行,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这从法律上确认了仲裁员的独立性。但在具体案件中,不法因素的干扰多多少少会影响仲裁员的裁决。所以,必须强调仲裁活动不受任何非法的干预,仲裁员有最终裁决权。仲裁机构及其他机构、个人都应应为仲裁员独立审理创造条件,不能随意干涉案件的裁决。

2. 仲裁员树立自由裁量的意识

仲裁员在处理程序、认定事实,特别在法律适用上应有自由裁量的意识。在面对法律没有规

^① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社1998年版,第33页。

^② 参见肖建华主编:《民事证据法理念与实践》,法律出版社2005年版,第54~58页。

定或规定不明确时,不要担心没有依据而拒绝行使自由裁量权进行裁决。仲裁机构也可对仲裁员进行培训,让仲裁员知道什么情况下应当行使自由裁量权,如何合理地自由裁量,以提高仲裁员的自由裁量意识。

3. 仲裁员聘用上的高要求

传统仲裁的特点之一是专家断案,仲裁员通常须具有某一领域的专业技能。《仲裁法》第13条规定了仲裁员应当具备的条件。仲裁员聘用上的高要求,可以使仲裁员在案件审理中正确地行使自由裁量权,公平合理地解决纠纷,也能为当事人所信任,为仲裁员自由裁量权的存在和行使获得更大的空间,形成良性循环。

4. 司法监督的规范化

仲裁虽然是一裁终局,但仍然需要接受法院的司法监督。裁决做出后,当事人可以向法院申请撤销裁决或者不予执行,法院可以做出撤销裁决、不予执行裁决或者建议重新仲裁的裁定。司法监督既是对仲裁的监督,也是对仲裁的保障。我国《仲裁法》和《民事诉讼法》对法院撤销裁决和不予裁决的情形做出了规定,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》也规定了重新仲裁的情形。仲裁员对案件处理做出的自由裁量不包括在上述法定情形之中,这是司法监督的规范,有利于仲裁员自由裁量权的行使。但是,如果法律进一步限制撤销裁决、不予执行或者重新仲裁的范围,对仲裁员的自由裁量权将是更加完善的保障。

5. 立法的完善

相关法律的不完善会对仲裁员的自由裁量权产生消极的影响。比如,《仲裁法》虽然规定了仲裁庭的调查取证权,但没有像《民事诉讼法》那样,对调查取证的配套行为做出规定。再比如,《仲裁法》规定了仲裁庭可以做出财产保全和证据保全等临时保障措施,但缺少行为保全的临时保障措施规定,这限制了仲裁员为公平合理处理案件而做出行为保全的自由裁量。所以,法律的完善也是对仲裁员自由裁量权的有效保障。

(二) 自由裁量权的规制

仲裁员自由裁量权在获得存在价值的同时,也不可避免地带来了一些副作用,主要表现在自由裁量权的被滥用,有时甚至成为裁决不公的借口。这不但会损害当事人的权益,更会影响仲裁机构的声誉,进而影响仲裁的二次创业。所以,在承认自由裁量权客观存在的前提下,必须采取一定途径对仲裁员的自由裁量权进行规制。

1. 法律的完善

自由裁量权范围的大小是与法律规范的完善程度成反比的,“立法规制是从法官自由裁量的结果着眼,通过详尽而完备的实体规范来实现自由裁量滥用的控制”。^⑬具体体现在:增强立法预测的科学性和前瞻性,最大限度地缩小法律规范与社会生活间的距离,力争法律规范严谨完备。同时,立法上应重视法律原则的指导作用,并予以明确,使仲裁员自由裁量权受法律原则及法律准则的约束。

2. 提高仲裁员的素质

法学家弗兰克认为:“法官的个性是法官自由裁量权的中枢因素,判决结果可能要依碰巧审理个案的法官的个性而定,法官的自由裁量结果由情绪、直觉、预感、偏见、脾气以及其他非法律

^⑬ 雷鑫:“司法改革视野下法官自由裁量权的规制与监督”,载《行政与法》2006年第2期。

因素所决定。”^⑭所以,仲裁员的素质高低、能力大小、阅历深浅、品质好坏都可能成为影响裁决的关键。要防止滥用自由裁量权,最终取决于仲裁员本身。仲裁员的专业能力和人格素养是防止自由裁量权滥用的最终保证。因此,对于仲裁机构来说,应严格仲裁员遴选的条件和程序,结合专业水平、道德品质等多方面因素聘任仲裁员。同时,加强现任仲裁员的培训,提高其道德水平和业务水平。

3. 健全仲裁机构的内部监督机制

我国目前都是机构仲裁,仲裁员是由仲裁机构聘任的。当自由裁量权被滥用时,声誉受损更多的是仲裁机构。所以,仲裁机构应认识到对仲裁员自由裁决权进行监督的重要性,采取多方面措施防止自由裁量权的滥用:

(1) 判决书裁决理由的公开。诉讼的公开原则是对法官自由裁量权监督的重要手段,它包括公开审判、裁判文书的公开等。而仲裁的一个主要特点是不公开,即不经过当事人同意,案件的审理过程和结果都不能公开。但在仲裁中,仲裁机构在仲裁员起草裁决书时,可以而且必须要求仲裁员在裁决文书中对裁决理由公开,因为“查阅一个不写明理由的判决,等于使用没有灵魂的躯体”。^⑮ 裁决理由的公开可以帮助当事人正确理解法律的基本精神,理解仲裁员运用自由裁量权的真实意图,较好地促使当事人接受和自觉履行裁决书。裁决理由的公开应包括:认定案件事实所依据的证据,采信证据的理由,选择的法律规范及理由,特别应对自由裁量的方法和理据,以及正当性和合理性进行详细阐述。

(2) 对案件程序进行监督。如果仲裁员在案件程序中行使自由裁量权不符合《仲裁法》和仲裁规则的规定时,仲裁机构的工作人员应及时提醒仲裁员;仲裁员坚持意见的,仲裁机构可与仲裁员进行沟通,防止因案件程序问题导致裁决被法院撤销或不予执行。

(3) 发挥专家咨询委员会的作用。我国仲裁机构内部一般都设有专家咨询委员会。对于有重大分歧,需要行使自由裁量权的案件,可以提交专家咨询委员会进行咨询,并将咨询意见提供给仲裁员参考。

(4) 加强对仲裁员的监督管理。仲裁机构要加强总结调研,认真收集、研究、解决仲裁工作中遇到的热点、难点问题,对仲裁实践中形成和积累的审理经验和共识及时地固定下来,通过出台指导意见或操作规程,积极运用规范性文件来促进审理程序和裁决标准的统一,缩小自由裁量空间;仲裁过程中要监督仲裁员按照仲裁法和仲裁规则的规定办案,确保办案程序符合法律及仲裁规则的要求;裁决做出后,对于滥用自由裁量权,对仲裁机构声誉造成不良影响的仲裁员可以予以解聘,以对仲裁员滥用自由裁量权进行威慑。

An Analysis of Arbitrator's Right of Discretion

By Chen Zhongqian

Abstract: The limitation of law, the vagueness and abstractness of legal language, the nature of application of law, the requirement of equity and justice, and the characteristics of arbitration have

^⑭ 转引自陈文丽:“浅析法官的自由裁量权”,载《南通职业大学学报》第22卷第2期,第14页。

^⑮ 沈达明:《比较民事诉讼初论》,北京中信出版社1991年版,第34页。

made the existence of arbitrator's right of discretion become necessary. Arbitrator's right of discretion is mainly reflected in three aspects: arbitration procedure, ascertainment of evidence and facts, and application of law. The exertion of discretion right must conform to basic legal principles and abide by legal procedure. Relevant suggestions on how to safeguard and regulate arbitrator's right of discretion are made at the end of the article.

Key words: right of discretion, arbitrator, safeguard, regulate

(责任编辑:朱应铭)