

论在我国建立临时仲裁制度的必要性

——以当事人意思自治及相关私权利为主线之探讨

李爽¹, 陈海涛²

(1 厦门大学法学院, 福建 厦门 361005; 2 广东商学院, 广东 广州 510320)

[摘要]以当事人的意愿为基础的仲裁制度,既包括机构仲裁,也包括临时仲裁,其中,临时仲裁最能体现当事人的意愿。但是,我国虽然经历了 20 多年的改革开放,经济的市场化水平总体来讲仍然不是很高,当事人的意思自治仍无法被大力张扬。在这种大背景下,通过建立临时仲裁制度,允许当事人在解决纠纷时拥有更多的自主权,无疑对于培育和提高当事人的意思自治意识和能力具有重要的作用。

[关键词]仲裁; 机构仲裁; 临时仲裁

[中图分类号] D925.7 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1003-7608(2007)02-0077-03

一、我国现行法律对建立临时仲裁制度的态度

仲裁,是指纠纷当事人自愿达成仲裁协议,将纠纷提交非司法机构的第三人审理,并做出对纠纷当事人具有拘束力的裁决的争议解决方式或制度^[1]。仲裁的核心要素包括以下几点:(1)纠纷当事人自愿协商通过仲裁方式解决争端;(2)当事人自愿选择由非司法机构的第三人解决争议;(3)当事人自愿接受第三人裁决的约束。无论是“当事人自愿协商”,还是“当事人自愿选择”,抑或是“当事人自愿接受”,都充分表明了当事人的意思自治在仲裁中的地位与作用。事实上,当事人的意思自治是仲裁制度赖以存在的基石,是仲裁权产生、行使的重要原则,它贯穿于仲裁制度发展的全过程。随着人类社会经济的不断发展,产生于商人社会的仲裁制度发挥的作用也将会越来越大,同时,赋予当事人更广泛的自主权,亦是各国仲裁法律制度发展的共同趋势。目前,法国、英国、意大利、香港等多个国家或地区的仲裁制度中都规定和承认了临时仲裁制度,而在希腊、葡萄牙等少数国家中临时仲裁制度甚至成了主要的仲裁形式^[2]。我国《仲裁法》虽在仲裁程序的启动、仲裁协议的订立、仲裁机构以及仲裁员的选定等方面都体现了对当事人意思自治的尊重,但我国《仲裁法》毕竟是在计划经济向市场经济转型时期制定的,并不具备完全的自由贸易的社会背景,仍然带有浓厚的行政权力色彩。与国外一些发达国家相比,该法对当事人的意思自主权的肯定并不充分,在某些方面仍存在着缺失,如我国现

行《仲裁法》第十六条规定:“仲裁协议应当具有以下内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定的仲裁委员会。”第十八条规定:“仲裁协议对仲裁事项或仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的仲裁协议无效。”按照有关司法解释,对于当事人约定的机构不是仲裁委员会,则约定的仲裁机构不存在,或只约定了仲裁地点(即使该约定的地点设有常设仲裁机构)的,则仲裁协议无效,即我国将仲裁协议中是否约定或者是否明确约定了仲裁机构作为认定仲裁协议是否有效的标准之一。仲裁协议是仲裁的基石,仲裁机构或仲裁庭的管辖权来源于当事人的仲裁协议,如果仲裁协议无效,所进行的仲裁和做出的仲裁裁决也就随之无效。由此可见,我国《仲裁法》的这些规定实际上排除了临时仲裁存在的可能性,因为临时仲裁是不通过常设机构进行的仲裁,绝大多数情况下在临时仲裁协议中是对仲裁机构做出约定的。因此,我国现行《仲裁法》对临时仲裁协议的有效性也同样是持否定态度的。所以,在我国建立临时仲裁制度是充分完善并尊重当事人意思自治乃至相关私权利行使的内在要求。

二、国内学者对建立临时仲裁制度的不同态度及其评析

顺应社会经济不断向前发展的潮流,在我国建立临时仲裁制度逐渐成为多数人的共识。然而在多元化的社会里,对临时仲裁制度持反对意见的人也是存在的,

[收稿日期] 2006-11-05

[作者简介] 1 李爽(1981—),女,河南省郑州市人,厦门大学法学院民商法专业硕士研究生; 2. 陈海涛(1982—),男,陕西省西安市人,广东商学院诉讼法专业硕士研究生。

虽然这并不多见。一般来说,支撑其观点的理由从宏观上来讲主要是认为目前我国经济发展水平和市场化水平还比较低,社会信用制度还远未形成,人们普遍不具有信用意识,而临时仲裁又恰是建立在完善的社会信用机制之上的。从微观层面上讲,反对者认为在仲裁员由当事人任意选定的临时仲裁中,当事人对仲裁员进行仲裁的能力往往难以独立作出判断,因此,当事人未必能够选出资格合适的仲裁员,从而可能影响仲裁机制功效的正常发挥。

诚然,我国目前的市场化水平还比较低,社会信用机制相对还比较匮乏,这是事实。其实西方发达国家的发展史表明,它们也都曾无一例外地经历过这一段缺乏信用的艰难岁月,这可以说是早期市场经济发展不可避免的副产品。随着市场经济的不断发展,信用机制的建立是必然的趋势。如果仅以信用机制不健全来反对在我国建立临时仲裁制度,那么临时仲裁制度的建立反而是必然的事情了,因为,社会信用的形成必然会随着社会文明的发展而最终形成,区别只是时间的早晚而已。而且,信用问题不仅仅是临时仲裁的问题,机构仲裁又何尝不需要信用。建立临时仲裁制度之后,当事人双方迫于解决纠纷的迫切性而选择了临时仲裁之后,会逐渐发现双方越是诚信,解决纠纷的效率就越高,双方获利就更大。所以,建立临时仲裁制度除了法律层面上的意义之外,对当事人双方树立信用的观念和信心也是一种教育和鼓励。

在当事人对仲裁员的选定方面,当事人在任意选择时确实可能会选出能力不足的人来担任仲裁员,但这并不妨碍临时仲裁制度的建立。因为在仲裁之中(无论是临时仲裁还是机构仲裁)当事人选定某位仲裁员首要考虑的往往是信任,而不是能力。在意思自治之下当事人自愿选择哪位仲裁员完全属于当事人自己的私权利,只要当事人愿意并信任其选定的仲裁员,仲裁的程序是可以进行的。而且,哪怕最终出现了不利的后果,只要当事人接受,任何第三人也就无可厚非,因为毕竟这是当事人行使私权利的结果,不应受任何干涉。关于仲裁员能力的问题,即使是在拥有仲裁员名册制度的机构仲裁中,也未必就能够保证当事人从中选出的仲裁员就是有能力足够的仲裁员。因为列于名册之中的仲裁员,只能说明他具备了当仲裁员的资格,而不能说明他具备了裁决案件的能力。毕竟具有了做某事的资格和是否就具备了相应的能力完全是两回事。

三、在我国建立临时仲裁制度的必要性

临时仲裁制度是仲裁法发展的必然产物,临时仲裁制度的建立,是适应社会经济发展和与国际接轨的需要。具体而言,在我国建立临时仲裁制度,其必要性体现在以下几个方面:

1 建立临时仲裁制度是我国仲裁法自身发展和完善的需要。仲裁法是一部以当事人意思自治为主线的偏重于保护当事人私权利的法,完善仲裁法就意味着对当事人私权利以及意思自治权的进一步保护。我国现行《仲裁法》只规定了机构仲裁制度,机构仲裁一般来说都是按照仲裁机构的仲裁规则来进行仲裁程序的。对于机构仲裁来说,程序是仲裁的生命线,所有的仲裁案件都必须严格遵守仲裁规则,除非当事人同意,一般不能改变^[3]。这样,对每一个仲裁案件来说就不能根据其本身的情况采取灵活的办法来处理,其程序规则常缺乏弹性。例如硬性规定在限定的地点举行庭审;为便于仲裁员的指定,将人选限定于预定的名单,而这些人可能不具备处理特定案件的能力^[4]。仲裁机构审理仲裁案件的权力来源于争议当事人双方的授权,然而,仲裁机构本身的组织架构以及长期从事处理大量案件实践的过程,会使仲裁机构变得官僚化,忽略了权力的来源,使当事人的权利不能得到切实的保护。而且,在机构仲裁中,仲裁规则所限定的时限也往往会使得当事人感到太短、不切合实际,这就使得一些小额仲裁案件的纠纷当事人望而却步。机构仲裁制度既然存在于仲裁法之中,那么,该制度的缺陷也就是《仲裁法》的缺陷。所以,要完善我国《仲裁法》就得弥补机构仲裁存在的各种缺陷,而弥补此缺陷的最佳途径就是建立临时仲裁制度。

2 对当事人合法权益的全面保护必然要求临时仲裁制度的建立。一个理性的国家不仅不应当干涉公民个人在私权领域内的合法行为,而且也不应当允许该国家内的任何组织或者第三人对他人的私权行为进行干涉。而我国现行《仲裁法》又规定了机构仲裁而未规定临时仲裁,立法上的这种规定实际上使得当事人无任何选择的余地,如果一定要仲裁的话,当事人除了选择机构仲裁外别无他法。这就意味着当事人各方“自愿”接受其他社会组织或者第三人仲裁的权利丧失,这种私权利的丧失是与法律对公民个人私权保护的原则相悖的。同时,对临时仲裁制度的限制也是对当事人各方选择仲裁者的限制,这亦与仲裁的基本性质相违背。

临时仲裁无需仲裁机构的参与,在临时仲裁中仲裁当事人还可以通过约定限制仲裁员对外透漏仲裁结果以及违反该约定仲裁员应承担的赔偿责任来减少当事人争议有关事项的知情人范围,这非常有利于对当事人商业秘密及个人隐私的保护。

另外,我国加入的承认和执行外国仲裁裁决的《纽约公约》以及我国与一些国家签订的双边司法协助协定中所指的仲裁都包含两种仲裁形式,即机构仲裁与临时仲裁。因此,确立临时仲裁制度,一方面,有利于加快我国法制建设与国际接轨;另一方面,有利于当事人合法

权益的平等保护。

3 建立临时仲裁制度是我国社会文明不断向前发展的内在要求。在现代文明中,经济朝着市场化的方向迈进是不可阻挡的潮流,也是经济发展的必然规律。市场化的经济是效益化的经济,不仅当事人要计算效益成本,国家同样也需要计算效益成本。而提高效益则意味着要以最小的投入获得最大的产出。就仲裁制度而言,国家需要付出的效益成本即投入包括:(1)国家为组成仲裁机构所要支出的费用;(2)国家为支持仲裁(如财产保全、证据保全等)所付出的物质耗费;(3)国家为监督仲裁所付出的物质耗费(包括人力耗费)。而国家的仲裁效益收入即产出包括:(1)仲裁为社会间接挽回的经济损失;(2)仲裁为不堪积案重负的法院分忧解愁,与法院共同担负社会控制的任务;(3)仲裁对国家法律秩序的维护、对合法社会关系的保护、对冲突行为的预防和抑制作用等为社会带来无形的巨大收益。在国家效益层面上对机构仲裁与临时仲裁这两种仲裁制度进行效益比较时我们可以发现,对于机构仲裁而言,国家的此三项投入均不可避免,而产出仍只是上述三项。然而对于临时仲裁而言,首先,在投入中的第一项,即国家为组成仲裁机构所需的费用可以省去。其次,由于临时仲裁中当事人的高度合意性,一般在仲裁的过程中纷争较少,当事人往往更加追求解决纠纷的效率,而且也较容易接受裁决的结果,一般无需财产保全、证据保全等程序保障措施,所以在仲裁投入的第二项即国家为支持仲裁所付出的物质耗费将会减少。由此我们可以得出结论,临时仲裁相对于机构仲裁而言,在产出相同的情况下,国家的投入相对却要少得多,换句话说,临时仲裁可以比机构仲裁给国家带来更大的效益。在当事人个人效益层面上,当事人临时仲裁的选择,也就意味着自身对仲裁投入的大量节省。例如,由于大多数仲裁机构收取管理服务费用(仲裁费),选择机构仲裁就得向其缴纳管理服务费用,而当事人选择临时的仲裁就会节省此项费用。而且一般的仲裁机构是根据仲裁的标的大小按比例递减收取仲裁费用,这样对于标的较小的仲裁案件就很不合算。再者,在有些仲裁案件中,机构仲裁中的仲裁机构的办公地点总是距当事人的营业场所、争议发生地有相当的距离。如果去仲裁机构立案,由仲裁庭开庭审理案件,进行实地调查等,就会让当事人付出相当大的费用,这样,不如当事人就近共同选择有关人士快速解决争议,节省费用。在临时仲裁中,当事人不必预付仲裁费用,一般而言临时仲裁的仲裁员都会通过留置裁决书来保证当事人的缴费,也往往一开始就能给当事人带来良好的感觉,不惧怕仲裁^[5]。

由此可见,无论从保护国家利益还是当事人个人利益的角度出发,临时仲裁都能够比机构仲裁带来更大的

效益。临时仲裁的这种效益价值不仅可以使单个仲裁案件审理过程的经济耗费下降到最低程度,同时也使国家能够从宏观上更合理地配置司法资源,符合制度运作上整体投入最小化、产出最大化的原则。对于一个国家而言,以最佳投入产出比为基础的制度完善以及与此相关的思维方式的养成,对于该国而言不仅仅具有经济意义,更重要的是它所具有的政治意义。目前我国所提倡的建设节约型社会、效益型社会以及实行可持续发展战略,莫不与此思维方式有着共通之处。

同时,临时仲裁制度对于我国的市场经济建设的积极意义还有另一深层次的含义。随着经济的全球化、网络化的发展,经济交往的方式日益多元化,解决纠纷的方式也日益自治化、任意化,临时仲裁的灵活性正符合了这一趋势。市场经济是开放型经济,而开放一方面要求我们要对外发展贸易,另一方面也要求对内要吸引外部投资。在对外贸易方面,有很多临时仲裁的案件存在,尤其是我国与外国企业和经济组织在有关石油勘探方面的合同中常有临时性仲裁条款,这说明在某些领域,临时仲裁的灵活性是更受涉外当事人的欢迎的。然而,我国《仲裁法》将未明确约定仲裁机构的仲裁协议认定为无效,司法实践中有些法院往往将“未明确约定仲裁机构”作扩大解释。这种做法显然违背了当事人最初选择仲裁的意愿,不符合市场经济的价值理念。

临时仲裁制度自身所拥有的独立价值和与机构仲裁相比较而言的众多优势,使得其在实践中具有广泛的应用前景。我国《仲裁法》中临时仲裁制度的缺失,是与市场经济的发展和国际立法的趋势相背离的,而且,立法上的缺失实际上是对当事人仲裁选择权的限制,压缩了当事人意思自治选择权的范围,这也是有悖于法律对公民私人自主权的保护精神的。临时仲裁的存在,满足了当事人在解决纠纷时的选择机会,也赋予了当事人充分行使私权利的机会。总之,尽快在我国建立临时仲裁制度,既是我国市场经济向前发展的需要,也是完善对公民私权利保护乃至推进我国法治建设的内在需求。

[参 考 文 献]

[1]黄进.仲裁法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999:1

[2]李广辉.入世与中国仲裁制度的构建[J].政治与法律,2004(4).

[3][5]张斌生.仲裁法新论[M].厦门:厦门大学出版社,2004:186,190

[4]韩健.现代国际商事仲裁法的理论与实践[M].北京:法律出版社,1993:29

[责任编辑:向长艳]