

# 仲裁裁决既判力案例研究与中国民事诉讼法的精细化

卜元石\*

**内容摘要** 仲裁裁决的既判力是中国仲裁法一直尚未解决的问题。实践中通常适用“一事不再理”原则来处理相关的重复仲裁案件，但该原则未涉及仲裁裁决在后续司法程序中的效力。以《仲裁法》为出发点，本文认为仲裁裁决应具有与法院判决等价的既判力。该既判力只涵盖仲裁裁决结果中涉及仲裁标的的部分，事实认定与仲裁理由不产生既判力。特别是在同时履行的裁决中，被申请人提出的抗辩即便在仲裁结果中出现，也不属于既判力的客观范围。由此可以认定矛盾裁决只包括仲裁结果发生矛盾的情形，进而肯定矛盾裁决的可撤销性。针对重复仲裁问题，可以类推适用民事诉讼法司法解释对重复诉讼的规定。仲裁裁决既判力的最终解决则需要明确立法的同时，完善民事诉讼法的基本理论研究。

**关键词** 仲裁既判力 一事不再理 裁决理由 公共利益 矛盾裁决 重复仲裁

## 一、引言

仲裁裁决是否具有既判力是仲裁法中颇为重要的问题，但在中国现行法中并未明确规定。至今，仲裁界对此给予的关注尚还有限。<sup>[1]</sup>与此形成鲜明对比的是，仲裁

\* 德国弗莱堡大学法律系教授、东亚法研究所所长。

[1] 近年来对这一问题进行深入研究的文章主要包括邓建民、马静：《论仲裁裁决的既判力》，第一届中国仲裁与司法论坛暨中国仲裁法学研究会2006年年会论文集，<http://www.cdac.org.cn/news-view/611>，2016年12月1日访问；肖建华、杨恩乾：《论仲裁裁决的既判力》，载《北方法学》2008年第6期；宋明志：《仲裁裁决争点效之否定》，载《仲裁研究》（第16辑），法律出版社2008年8月版，第12-20页；高薇：《论诉讼与仲裁关系中的既判力问题》，载《法学家》2010年第6期；丁伟：《一事不再理：仲裁制度中的“阿喀琉斯之踵”》，载《东方法学》2011年第1期。

实践中涉及既判力的案件时有发生，<sup>〔2〕</sup>特别是在纠纷一次解决不彻底，一方当事人多次提起仲裁的情况中尤为如此。基于仲裁的保密性，无法从公开资料中检索到相关案例，使得这些问题出现的频繁程度和具体情形难以为外界所知悉，导致相关研究数量偏少、研究内容过于抽象，可操作性不强，无法跟上实践发展的步伐。而正是因为缺乏法学理论的支持，仲裁机构对这一问题的处理宽严不一，难以实现当事人所期望达到的可预见性，这对仲裁分担纠纷解决的功能造成了一定的冲击。加之仲裁裁决既判力问题与法院判决既判力的确立息息相关，而法院判决既判力制度还未明确上升为法律，尚存在一些未解问题，也直接阻碍了仲裁裁决既判力理论在中国的发展。此外，对于仲裁既判力的问题，尽管最高人民法院曾在其审判实践中有所涉及，但相关案件并未在学术界引起相应的回应，没有起到推动相关研究进一步深入的作用。

仲裁裁决既判力问题虽然并不是一个新话题，但因一直未得到解决和足够重视，在法院判决既判力理论近几年取得长足进步的大背景下，有必要再度拾起。本文试图探讨下面几个基本问题：一是根据中国现行法，仲裁裁决是否具有既判力？二是如果第一个问题的答案是肯定的，那么仲裁裁决既判力的范围如何界定？裁决中事实认定与裁判理由是否也具有既判力？三是如何处理发生既判力的仲裁裁决之间或仲裁裁决与法院判决之间彼此冲突的问题？四是如何对重复仲裁进行规制？

在研究过程中可以发现，学术界在仲裁裁决既判力这个大主题下所进行的讨论，不仅仅针对真正的既判力问题，也涉及诉讼系属和预备性诉讼请求等相关概念，而《仲裁法》因为本身条文的缺失，还不能为这些问题的充分解决提供必要的法律依据。本文试图在对现行法律和法院判决进行分析的基础上，通过对实践中已出现案例的讨论，在现行法框架下寻找可能的处理办法，最后对《仲裁法》与《民事诉讼法》之间的衔接以及两部程序法未来的发展方向提出一些初步的想法。

## 二、仲裁裁决的既判力

### （一）仲裁裁决效力、一事不再理与仲裁裁决既判力

在民事诉讼法学界，虽然既判力并未入法，但其概念并不陌生，反观仲裁领域，既判力并不是一个通用的术语，取而代之的是“仲裁裁决的效力”<sup>〔3〕</sup>或“一事不再理”这两个更为经常使用的表述。这种概念差异或许是源于仲裁学界更加偏重强调仲裁裁决与法院判决的不同，因此对二者的共性未做深究；或许是因为中国现有法律并未像

〔2〕 前引〔1〕，丁伟文。

〔3〕 宋朝武主编：《仲裁法学》，北京大学出版社2015年版，第156-157页；江伟、肖建国主编：《仲裁法》，中国人民大学出版社2012年版，第184页；江伟、肖建国：《论既判力的客观范围》，载《法学研究》1996年第4期。

一些大陆法系国家一样<sup>[4]</sup>把仲裁裁决的既判力问题与法院判决相挂钩,学术界缺少研究的契机。无论是何种原因,既判力概念在中国《仲裁法》中的缺位,直接导致实践中对这一问题产生了认识分歧,这主要体现在:第一,通说肯定了仲裁裁决的终局性,<sup>[5]</sup>并以《仲裁法》第9条“仲裁实行一裁终局制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或人民法院不予受理”和第57条“裁决书自作出之日起发生法律效力”为依据来论证,但这种“终局性”是否就是一般所认为的既判力尚存疑义;第二,与通说相反,有个别观点把仲裁裁决直接否定了仲裁裁决产生既判力的可能性。<sup>[6]</sup>这里笔者尝试首先回答第一个问题。

根据民事诉讼法的基本理论,法院判决的既判力包含两个方面,即形式上的既判力与实体上的既判力。<sup>[7]</sup>前者是指法院判决产生既判力后,当事人就此再次上诉;后者是指当事人不得再次就同一争议提起诉讼,法院也不能受理这一诉讼,而且该判决对于当事人之间权利义务、法律关系的确定构成另外一个在同一当事人之间涉及同一诉讼标的诉讼中的先决问题时,对审理法院具有拘束力。在现有文献中,仲裁裁决的效力通常被认为包涵三个方面:实体关系的确定力、程序上的终结力以及强制执行力;<sup>[8]</sup>也有学者把仲裁裁决的效力总结为裁决的不可更改性(稳定性)和权威性,进而推导出排他性、免证性、程序终结性、强制性等派生特征。<sup>[9]</sup>将仲裁裁决与法院判决相比较可以发现,判决形式上的既判力与仲裁裁决的程序终结力同样是禁止法院或仲裁庭重复审理。判决实体上的既判力包括判决内容方面的确定力以及对后续法院的拘束力。在仲裁裁决的实体关系确定力方面,主流观点仅肯定了仲裁裁决对于当事人之间法律关系的最终认可与确定,对于仲裁裁决在后续司法程序中的效力却没有明确涉及。但就法条而言,完全可以从《仲裁法》第57条“裁决书自作出之日起发生法律效力”中推导出仲裁裁决对后续仲裁程序的拘束力,毕竟民事诉讼法中法院判决的既判力也是从《民事诉讼法》表述相同的条文第155条推导而出的“最高人民法院的判决、裁定,以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定,是发生法律效力的判决、裁定。”笔者认为,仲裁裁决在既判力问题上实现与法院判决完全的等价性也是《仲裁法》第57条的应有之义。

[4] 具体法国、德国以及荷兰民事诉讼法中条文可参见前引〔1〕,肖建华、杨恩乾文。

[5] 前引〔3〕,宋朝武书,第156页;前引〔3〕,江伟、肖建国书,第184页;前引〔3〕,肖建华、杨恩乾文,第66页。

[6] 刘贵祥:《执行程序变更、追加被执行人若干问题之检讨》,载《人民法院报》2014年7月2日第8版。

[7] 张卫平:《既判力相对性原则:根据、例外与制度化》,载《法学研究》2015年第1期。

[8] 前引〔3〕,宋朝武书,第156-157页;前引〔3〕,江伟、肖建国书,第184-185页;前引〔1〕,肖建华、杨恩乾文,第66页。

[9] 前引〔1〕,邓建民、马静文;王建敏:《论法院对仲裁裁决效力的认定》,载 <http://fy.xjbt.gov.cn/c/2015-09-11/1749604.shtml>, 2016年12月15日访问。

同样的,“一事不再理”虽然在仲裁界认知度更高,但它与裁决既判力的含义也是有差异的。一般说来,“一事不再理”原则是指在诉讼进行中或诉讼判决产生既判力后,当事人不得就同一纠纷再次诉诸法院。<sup>[10]</sup>将这一原则适用到仲裁程序中,则要求当事人不得就同一纠纷重复仲裁或诉讼,无论前一仲裁程序还在进行中还是已经产生生效裁决。也就是说,“一事不再理”包含了诉讼系属的阻碍效力和既判力在内的双重含义。在这个意义上,“一事不再理”原则比既判力适用的范围要广。但“一事不再理”同样不涉及裁决内容的拘束力问题,在这个意义上,这一原则又比既判力适用的范围要窄。

## (二) 仲裁裁决既判力的否定

多数学者在仲裁裁决是否具有既判力的问题上并无分歧,仅对裁决既判力的范围,尤其是否与法院判决的既判力存在差别有争论。也有观点认为仲裁的民间性决定了仲裁裁决的效力是不可能与法院判决等同的。<sup>[11]</sup>这种观点忽视了仲裁的民间性是得到国家的认可与支持的,因此不应构成阻碍其裁决既判力产生的因素。可以说,对仲裁裁决既判力的正当性已经不存在太大争议。<sup>[12]</sup>

另外一个要解决的问题是,仲裁裁决的可撤销性与既判力之间的关系。实践中除了涉及管辖权的裁决不能为法院所撤销之外,<sup>[13]</sup>绝大多数的仲裁裁决既可能被法院撤销也可能被宣布不予执行,是否可以依此否定仲裁裁决的既判力?笔者认为,生效的法院判决可以在再审程序中被推翻,但不能因此认为法院判决没有既判力,而仅仅认为这是判决既判力的例外。同样的,仲裁撤销程序与不予执行程序不同于上诉程序,法院的审查权限是非常有限的。所以,生效仲裁裁决效力的可丧失性并不影响对其既判力的肯定。至于哪种仲裁裁决可以产生既判力,判断的标准应为裁决的终局性。中国的仲裁法律与实践中承认部分裁决,但部分裁决就其所审理的部分也是一种终局裁决,因此部分裁决也完全可以产生既判力。<sup>[14]</sup>

## 三、仲裁裁决既判力的范围

无论是法院判决还是仲裁裁决,在研究既判力问题时,一定会涉及其适用范围的

[10]张卫平:《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015年第2期。

[11]前引〔1〕,邓建民、马静文;认为仲裁裁决无既判力。

[12]前引〔1〕,肖建华、杨恩乾文,第64页;前引〔1〕,江伟、肖建国书,第180页。

[13]可从最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2006〕7号)第13条“仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后,当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的,人民法院不予受理”中推导出所有仲裁裁决均具有既判力的观点,具体见前引〔1〕,高薇文,实际上说服力有限。

[14]具体条文可参见前引〔1〕,肖建华、杨恩乾文,第65页。

问题。就仲裁裁决而言,其主观、时间、客观范围,特别是最后一项,都存在一定程度的不明确之处。

### (一) 仲裁裁决既判力的主体与时间范围

如果把仲裁裁决与法院判决在既判力问题上相等同,根据既判力的一般理论可以认为,就主体范围仲裁裁决的既判力限于参与仲裁的当事人及和当事人等同视之的人,包括为当事人利益占有标的物的人,诉讼代表人,诉讼承继人,诉讼担当人与被担当人。<sup>[15]</sup> 是否可以将既判力扩张到这一范围以外的第三人,有学者主张采纳相对宽泛的解释,把分包合同中的分包方、保证人、母公司和子公司全纳入进来。<sup>[16]</sup> 笔者认为这种观点不当地扩大了既判力的范围,因为这类第三人实际上只与一方当事人存在法律关系,而且这种法律关系与仲裁标的中的法律关系并不一致,如果未赋予该第三人参加诉讼的机会,无法保障其诉权。当然,目前《仲裁法》中没有关于仲裁程序中追加第三人的规定,实务界及学术界大多也反对在缺乏相应协议下追加第三人。<sup>[17]</sup> 这的确会造成纠纷无法一次解决的难题,但承认裁决既判力对第三人的扩张比追加第三人对于其诉权的侵犯更为严重,至少在后一情形中第三人还有机会行使诉权。所以,解决仲裁程序中第三人的问题应该与仲裁裁决的既判力区分开来。

在仲裁裁决既判力的时间范围上,根据既判力一般理论可以认为限于裁决形成之日,如果在裁决形成后出现新事实,当事人可以就此提起新的仲裁,后续司法程序可以对同一问题做出不同于已生效裁决的判断。实践中常出现的一个问题是,判决裁决后败诉一方不履行,是否可以视为新事实。<sup>[18]</sup> 对于该问题,可考虑将能否强制执行裁决作为判断标准,<sup>[19]</sup> 如果裁决无法强制执行,比如因执行标的的灭失,应该允许一方以变更仲裁请求的方式再次仲裁。

### (二) 仲裁裁决既判力的客观范围

在确定仲裁裁决既判力的客观范围时,会遇到这样一个问题:在民事诉讼法中,法院判决既判力的客观范围是由诉讼标的所决定的;但在仲裁法中,则缺乏与诉讼标

[15] 前引〔10〕,张卫平文,第54页;前引〔7〕,张卫平文,第78-80页;夏璇:《论民事重复起诉的识别及规制》,载《法律科学》2015年第2期;段文波:《日本重复起诉禁止原则及其类型化析解》,载《比较法研究》2014年5期;沈德咏编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年3月版,第633-634页。

[16] 前引〔1〕,肖建华、杨恩乾文;在德国法学界,这一问题也有定论,参见[德]Gaul, Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs, in: Berger et al (Hrsg.), Festschrift für Sandrock, 2000, 298 ff.

[17] 前引〔3〕,宋朝武书,第120页;邓和军、郑令晗:《论仲裁程序中“一事不再理”的适用》,载中国仲裁法研究会网站。

[18] 就此问题的详细讨论参见曹云吉:《论判决生效后之新事实》,载《甘肃政法学院学报》2016年第3期。

[19] 类似观点谢泳玲文:《一事不再理原则的实践分析》,载《仲裁研究》2015年第1期。

的相对应的术语,现有文献中使用较多的是“仲裁标的”的概念,<sup>[20]</sup>也有观点认为仲裁法中无需“仲裁标的”的概念,根据“仲裁请求+事由”就可以解决因裁决既判力客观范围所引起的问题。<sup>[21]</sup>考虑到与民事诉讼相对接的问题,为了讨论的便利性与准确性,本文认为有必要在仲裁法中引入相应概念,这一概念可以是比较中性的“争议标的”,也可以是前述更为明确的“仲裁标的”。“仲裁事项”一般用来指代仲裁范围,<sup>[22]</sup>因这一概念已有固定含义,故不适合再赋予新的内容来指代仲裁中的争议标的,尽管最高人民法院在《关于不承认日本商事仲裁协会东京 07-11 号仲裁裁决一案的请示的复函》([2010]民四他字第 32 号)中使用“仲裁事项”来指代“仲裁标的”。

在解决了“仲裁标的”基本概念问题后,又会遇到另外一个难点,即诉讼标的理论。长期以来,虽然我国学术界不断探索,<sup>[23]</sup>但至今尚未形成通说。司法实践中遵循的是旧实体法说,但是,不仅法院对此的理解和适用常发生偏离,而且旧实体法说的确切内容尚无定论,这就导致仲裁法学界无法简单地从民事诉讼法学界借鉴一个已有的明确识别标准,从而不得不在各种理论之间进行艰难的选择。尽管仲裁法学界对“仲裁标的”的概念显示了初步的兴趣,但鉴于研究的规模、力度以及对其重要性的认同度,这一问题的最终解决需依赖于民事诉讼法的发展。在此之前,沿袭旧实体法说,并把法律关系作为判断仲裁标的的标准也不失为一种可行的途径,至少在一定程度上保障了仲裁法与民事诉讼实践的对接以及法律适用的统一。当前的仲裁实践中,一般多回避了“仲裁标的”这一问题,而以“一事不再理”作为解决问题的基础,但这不过是把针对“仲裁标的”的争议转移到“一事”的确定标准究竟是两同、三同或四同论上而已。<sup>[24]</sup>实践中曾出现过下面这样的案例:<sup>[25]</sup>

在前一个仲裁程序中,仲裁庭裁决合作双方共同办理股权转让的报批手续,但被申请人未履行该义务,故原申请人再次提起仲裁。在程序进行过程中,相关的司法解释出台了,允许一方自行办理审批手续,该申请人以此为由变更仲裁请求,要求裁决由申请人自行办理审批手续。这里的问题是,申请人在前后两个仲裁程序中提出了相同的仲裁请求,即要求被申请人支付股权转让款,在前仲裁裁决驳回该请求的情况下,后仲裁庭是否可以再次受理、甚至支持该仲裁请求呢?笔者认为,在原申请人再次提

[20]王龙奎:《论仲裁程序适用“一事不再理”中“一事的”认定标准》,网址:<http://www.hnjitian.com/subnews.aspx?id=541>,2016年12月15日访问;罗剑雯:《仲裁中的“一事不再理”新探》,载《广东社会科学》2014年第1期;前引〔1〕,丁伟文;前引〔17〕,邓和军、郑令晗文。

[21]前引〔17〕,邓和军、郑令晗文。

[22]前引〔1〕,江伟、肖建国书,第157页。

[23]最新的观点参见陈杭平:《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》,载《法学研究》2016年第4期;郗伟明:《论诉讼标的与请求权规范之竞合——以旧诉讼标的理论的两岸实践为视点》,载《法商研究》2016年第3期。

[24]具体参见前引〔1〕,丁伟文。

[25]案情详见前引〔1〕,丁伟文。

起仲裁时,法律规定未发生变化,因此就相同的仲裁请求,仲裁庭应该不予受理。在司法解释出台后,申请人如果提出了自行办理审批的申请,因仲裁请求不同,仲裁庭可以考虑允许再次仲裁。针对支付股权转让款项的再次请求,在法律变动后,如果申请人审批成功,仲裁庭也可以再次受理。因此时,可以认为第一个仲裁裁决发生既判力的部分是“(在支付转让款的法定条件未成就的前提下)申请人的支付请求被驳回”,而因第二次仲裁时,支付转让款的条件已经成就,故第二个仲裁庭可以再次独立就整个争议做出裁决。这里支付义务条件的成就可视为新事实的产生。

### (三) 仲裁裁决的裁判结果与裁决既判力

根据大陆法系的理论,仲裁裁决既判力的客观范围应该同法院判决一样限于裁判结果,<sup>[26]</sup>事实认定与仲裁理由<sup>[27]</sup>不能产生既判力。但在中国,仲裁裁决在这两个方面的拘束力实际上部分得到了认可,这对仲裁裁决既判力的相对性原则构成了一定的干扰。

在事实认定的问题上,根据《民事诉讼法解释》第93条第6项的规定,在民事诉讼中,已为仲裁机构生效裁决所确认的事实,当事人无须举证证明,除非有相反证据足以推翻该事实。无论这种“预决(效)力”的法律性质为何,其在很大程度上发挥了既判力的作用。这主要是基于以下三方面的原因:第一,虽然预决力可以被相反证据推翻,但实际上这一例外条款的实用性不大,在公开判决中基本查询不到预决力被推翻的案例,这从反面再次确认了实践中的做法,即只有通过再审程序撤销认定事实的判决才能阻却预决力的发生;<sup>[28]</sup>第二,虽然有学者认为,事实认定的预决力原则上应局限在已发生效力的裁决所涉及的当事人之间,<sup>[29]</sup>但在实践中预决力的适用早已突破了这一限制,不少案件在援引《民事诉讼法解释》第93条第6项以及《证据规定》第9条时,涉案当事人并非生效判决的当事人;<sup>[30]</sup>第三,实践中另外一个倾向是把先决性法律问题及事实问题的法律定性有意无意地都归结为事实认定,进而无形中扩大了预决力的适用范围,甚至导致争点效理论在实践中的间接吸收。比如,在仇福宪与其汇国际投资(香港)有限公司合同纠纷案中((2014)民申字第272号),最高人民法院认为“仲裁裁决对《合作协议书》的签约主体问题、其汇香港公司的违约事实等均已做出认定,再审申请人未能提供相反证据推翻,一、二审判决对仲裁裁决的相关认定予以确认并无不当”。这里所称的事实,实际上也牵扯到法律问题。

在仲裁理由的问题上,仲裁法学界不少人主张仲裁理由可以被赋予既判力,论据

[26]前引〔1〕,丁伟文;承认判决理由具有既判力的少数观点:张榕、达理纳嘉:《民事既判力客观范围理论研究之反思》,载《法律科学》2012年第5期。

[27]曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,载《中国法学》2015年第4期,一文中指出,部分学者以及现行法认为事实认定和法律适用都属于裁判理由。

[28]翁晓斌:《论已决事实的预决效力》,载《中国法学》2006年第4期。

[29]邵明:《论法院民事预决事实的效力及其采用规则》,载《人民司法(应用)》2009年第15期。

[30]王亚新、陈晓彤:《前诉裁判对后诉的影响》,载《华东政法大学学报》2015年第6期。

也不尽相同。有学者认为,这是为了避免矛盾判决和保证仲裁灵活性的需要;<sup>[31]</sup>另有学者把既判力限制在争议焦点的裁判理由上;<sup>[32]</sup>也有学者明确反对裁决理由产生既判力,其重要依据是仲裁员的独立性,认为承认裁决理由的既判力将与仲裁员自由心证发生矛盾,为了避免一错再错,故应否定裁决理由的既判力。<sup>[33]</sup>笔者支持最后一种观点。比如,在某一个合同纠纷中,A提起仲裁,要求B支付对价,该案仲裁庭以A未完全按期履行合同义务为由,裁决A只可以主张一部分对价。因为B未履行裁决,A再次提起仲裁,请求确认A未逾期履行,第二个仲裁庭完全支持了A的主张。<sup>[34]</sup>这就一个典型的不承认判决理由既判力的情形。

在另外一个未公开的合同纠纷中,申请人A要求被申请人B返还某物,仲裁庭支持其请求,但要求A向B赔偿损失,具体损失数额待定,A与B两方应同时履行各自义务。仲裁程序结束后,B提起新的仲裁申请,要求确定赔偿金额并支付该金额。B主张第二个仲裁庭只能确定金额,而不能对损害赔偿请求权是否存在以及具体法律依据再次做出判断。这里同样产生了一个问题,即第一个裁决中关于B的损害赔偿请求权的部分是否也产生了既判力?在这个问题上,中国法的处理方式与德国法有一定差异。

德国法原则上不承认抗辩权与防御手段的既判力,<sup>[35]</sup>因此,如果损害赔偿请求权是被申请人作为抗辩提出的,那么,裁决虽然对此做出了判断,但这种判断不发生既判力,因为它所涉及的内容不属于该案的诉讼标的。初看上去,这种做法对于中国法律人来说并不容易理解。判决或裁决主文的内容怎么可能不产生既判力呢?如果不产生既判力,是否B可以就此部分提出新的诉讼或仲裁呢?答案是肯定的。在判决双方同时履行的情形下,如果B只是以抗辩的方式主张了损害赔偿请求权,那么,该损害赔偿请求权即便被法院判决或仲裁庭裁决所认可,也不产生既判力。因此,如果A不要求B履行,B不能以该判决、裁决作为对A进行强制执行的依据,而只能就此向法院或仲裁庭再次起诉或申请仲裁。<sup>[36]</sup>如果B希望在第一个仲裁程序中就可以对其赔偿请求权作出有既判力的裁决,B必须以反请求,而不是抗辩的方式提出。

但在中国法的语境下,即便B只是提出抗辩、未提起反诉,法院也完全可能做出如下裁判:“双方当事人应当在裁决生效之日起xx日之内履行各自义务”,并且该

[31]前引[1],肖建华、杨恩乾文。

[32]前引[19],谢泳玲文。

[33]前引[1],宋明志文,第18页。

[34]具体案情参见前引[1],宋明志文,第18页。应该指出的是,因为前后两个案件申请人仲裁请求不同,也并非彼此矛盾,因而不构成重复仲裁。

[35]Rosenberg/Schwab/Gottwald: Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 153 Rn. 16; 例外情形包括诉讼中的抵销,这一点也已为中国学者所熟知和接受。

[36][德]MüKoBGB/Emmerich BGB, 7 Aufl., 2016, § 322 Rn. 7; 前引[18],曹云吉文。



判决可以作为B申请强制执行的依据。<sup>[37]</sup>严格来说,这种裁判方式并不符合民事诉讼法中的辩论原则,因法院判决的部分超出了当事人的请求范围。如果否认裁决,那么,就对待给付的部分已经产生了既判力,故可以得出如下结论:第二个仲裁庭可以对赔偿的法律依据进行不同的判断,并据此计算赔偿金额。这样可能导致的结果是,第二个仲裁庭根据其对法律的理解判定不存在该损害赔偿请求权,进而造成在是否存在赔偿请求权的问题上与第一个裁决发生冲突。但是,这种冲突并不构成矛盾裁决。因为原则上只有仲裁裁决结果才可以发生既判力,所以,只有当仲裁结果与其他已发生既判力的判决、裁决的主文、裁决结果发生冲突时,才能认定存在所谓的矛盾裁决。如果仅是内容其他部分发生冲突,那么,还不能构成真正意义上的矛盾裁决。

#### 四、矛盾裁决的撤销

如果确实出现了矛盾裁决,比如在同一纠纷中,后案仲裁庭不承认前案裁决及法院判决的既判力,做出了与之相反的新裁决,当事人是否可以以此为由撤销后一个裁决呢?最高人民法院在关于北京康卫医药咨询服务中心有限公司申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁裁决案件的请示的复函([2012]民四他字第57号)曾经处理过这样一个案件:就一个合同纠纷在之前进行的一次诉讼及一次仲裁中,法院及仲裁庭均认定合同有效,但因第一次仲裁中的被申请人未履行裁决生效后新产生的支付义务,第一次仲裁的申请人再次以同一合同为依据就新的支付义务提起仲裁,而第二个仲裁庭以合同无效为由驳回了申请人的请求。该申请人因此请求法院撤销第二个仲裁裁决。在该复函中,最高人民法院认为《仲裁法》第9条中的“一局仲裁”仅指同一纠纷不能两次被受理,至于仲裁裁决是否与在先的法院判决、仲裁裁决在先决问题的认定上有所不同则属于实体法问题,法院无权审查。

仅就结论而言,笔者赞同最高人民法院的处理结果。但从论证的角度,该复函还有待进一步解析。之所以这样说,是因为在该案中关于合同效力的认定并不属于判决主文、仲裁结果的内容,<sup>[38]</sup>而是判决理由。而判决理由不为既判力所涵盖,所以,第二个仲裁庭完全可以就此做出不同的判断。因此,即便承认法院的审查权,这里也不存在真正的矛盾裁决。但如果关于合同效力的判断出现在之前的判决主文或第一次仲裁的仲裁结果中,那么,这一判断就对第二个仲裁庭产生了拘束力,导致第二个仲裁庭无权对此再次进行裁判。因此,第二个裁决不能被撤销并不是因为涉及实体结果是否正确的问题,而是因为该实体结果并不存在错误。反之,如果第二个裁决的确与某

[37]前引〔18〕,曹云吉文。

[38]虽然因为该案的判决、裁决也都未公开,无法准确得知对于合同有效性的判断到底是出现在哪个部分,但根据复函对案件的总结可得出合同有效的判断未出现在主文及仲裁结果中。

一裁决、判决既判力所涵盖的部分发生了冲突,那么,法院也不能因为涉及到仲裁实体结果而放弃审查。否则,在此讨论能否承认仲裁裁决的既判力的问题,其现实意义就变得十分有限,如果仲裁庭完全可以根据自己的好恶来决定是否尊重已有的裁决、判决的话,这显然是令人难以接受的结果。笔者认为,处理矛盾裁决有以下两个思路:

第一,可以考虑根据《仲裁法》第70条与《民事诉讼法》第274条第1款第4项“裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的”来撤销后一裁决。虽然通常适用这一条是为了解决纠纷的可仲裁性问题,以排除一些不具备客观可仲裁性的纠纷,但对于已产生既判力的仲裁裁决或法院判决的部分,实际上已经失去了再次仲裁性,仲裁庭同样也是没有管辖权的。

第二,可以考虑根据《民事诉讼法》第274条第2款以“违背社会公共利益”为由撤销后一裁决。如果我们认为法院判决与仲裁裁决的既判力是中国民法的基本原则,那么,违背这一原则的仲裁裁决显然也有悖于社会公共利益。德国法在处理彼此矛盾的仲裁裁决与法院判决之间采取这一方式。<sup>[39]</sup>

在复函所涉及的案件中,北京康卫公司提出了这两项主张,但均被法院(北京一中院、北京高院与最高人民法院)所驳回。尽管这一结果无可指责,三级法院对于撤销仲裁裁决持有的审慎态度本应值得赞同,但对撤销理由的限缩性解释是否必要,不无疑问。该案中,三级法院都承认“一局终裁”是《仲裁法》的一项基本制度,此处的“同一纠纷”的概念,笔者认为应该理解为同一仲裁标的,而不是通常所理解的同一案件。<sup>[40]</sup>

## 五、重复仲裁的规制

除了解决矛盾裁决,仲裁既判力的另外一个功能是规制重复仲裁。所谓的重复仲裁,既包括前一个仲裁程序已经终结,一方当事人再次申请仲裁的情形,也包括前一个仲裁程序还在进行,一方当事人另行要求仲裁的情形。类似问题也产生在仲裁裁决生效后,一方当事人就同一争议到法院提起诉讼的情形。当前,在仲裁实践中,处理重复仲裁通常依据“一事不再理”原则。但是,该原则在运用过程中对于“一事”的解释还未统一,特别是就当事人、仲裁标的、争议、仲裁请求、事实、理由、争点、责任等等在确定“一事”中所起的作用,分歧较大。<sup>[41]</sup>因此,在“一事不再理”原则已经为《民

[39] Gaul, a.a.O. S. 313.

[40] 前引[18],曹云吉文,指出我国对于诉讼标的“从一开始就是用了最大单位的识别标准,即案件”。

[41] 前引[1],丁伟文,认为一事被认为是同一当事人、同一事实、同一请求;最高人民法院在香港帕拉沃工业有限公司与北京昆泰房地产开发集团有限公司股东代表诉讼纠纷案,(2013)民四终字第46号,中以“同一事实、同一争议,同一民事责任”来确定“一事”;前引[19],谢泳玲文,则列出了包括诉的类型等多个判断标准。

司法解释》第247条固定下来的背景下，可以认为该条文没有包括仲裁裁决在内是一个计划外的漏洞，原则上可以参照适用来解决重复仲裁的问题，这样可以减少法律适用中的不确定性。

(一) 在前一仲裁程序还未终结时的重复仲裁

根据《民事诉讼法》第247条的规定，“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：(一)后诉与前诉的当事人相同；(二)后诉与前诉的诉讼标的相同；(三)后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。”在仲裁法没有类似明文规定的情况下，重复仲裁的规制完全可以考虑参照适用《民事诉讼法》第247条。特别是考虑到在《民事诉讼法》中虽然也没有引入诉讼系属的概念，但至少可以从相应的规定（比如《民事诉讼法》第124条）中推导出来，而仲裁法对于诉讼系属（更为准确地说是仲裁系属）的理念还比较陌生，根据目前的法律规定（《仲裁法》第9条：“裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或人民法院不予受理”）尚无法禁止这一类重复仲裁。所以有学者认为，在前一个仲裁程序还在进行过程中，一方当事人就同一纠纷再次申请仲裁时，后一个仲裁庭应该根据表面证据受理，然后实体审理判断是否构成一事不再理。<sup>[42]</sup>如果参照适用《民事诉讼法》第247条，也可以不予受理第二个仲裁申请。

实务中有这样的案例：<sup>[43]</sup>在一个买卖合同纠纷中，买方A提起仲裁要求卖方B交付货物，在B已经交付后，仲裁庭认定合同有效，A对质量不合格的主张不成立，B确有履行迟延，双方责任相抵，A仍需向B支付人民币79万多元。在该仲裁裁决作出前一天，A却提出新的仲裁申请，并以质量不合格为由要求退货并向B主张其他赔偿责任。这里的问题是，第二个申请是否应该被受理。答案取决于两个仲裁的标的是否相同，如果以实体法关系来定义仲裁标的，那么两个仲裁中的仲裁标的一致，因为第二仲裁的请求实质上否定了第一个仲裁的裁决结果。因此，仲裁庭可以驳回第二个仲裁申请。在另外一个类似案例中，<sup>[44]</sup>A在第一个仲裁程序中要求确认股权转让合同有效，并要求B把股权过户给A。在仲裁接近尾声时，B提起新的仲裁，要求解除A与B的股权转让合同。根据《民事诉讼法》第247条，即便认定前后程序中仲裁标的相同，但仲裁请求并不相同，也不相互否定，所以可以允许B再次提起仲裁。但从纠纷解决的经济性及避免矛盾裁决的角度来看，B通过提出反请求的方式来处理更为合适。但是，中国仲裁实践对反请求的提出时间有限制，导致被申请人可能会因为

[42] 前引〔1〕，丁伟文。

[43] 杨永波、张悦：《一事不再理原则在我国民事诉讼中的适用》，载《法律适用》2005年第9期。

[44] 前引〔1〕，丁伟文。

期限的关系失去提出反请求的权利,那么也只能通过再次提起仲裁来解决问题。

除了诉讼标的外,《民诉法解释》第247条中的“诉讼请求”含义也多有分歧,限于篇幅这里不能对其深入讨论。笔者认为这一条文中的“诉讼请求”就是所谓的“诉的声明”,也就是一方当事人请求法院判决的结果,不包含事实与理由在内。<sup>[45]</sup>最高人民法院对此条的解释是“诉讼请求是建立在诉讼标的基础上的具体声明”,其中便暗含了这一观点。<sup>[46]</sup>在仲裁法中,仲裁请求的含义相对明确,即“申请人(…)提出的具体要求或主张,如给付货款、赔偿损失。”<sup>[47]</sup>

## (二) 在前一仲裁程序已经终结时的重复仲裁

以现有文献为基础,可以把在前一仲裁程序已经终结时的重复仲裁再细分为下面几种情形:

1. 前一仲裁程序中,被申请人提出新的仲裁申请,其内容直接否定前一仲裁裁决。这种情形比较简单,因为《民诉法解释》第247条涵盖了主体对换的情况,从而统一了这方面的不同意见。<sup>[48]</sup>

2. 已终结仲裁程序只覆盖了当事人纠纷的一部分。比如在合同纠纷中,一方当事人以另一方当事人违约为由申请仲裁,要求解除合同。申请被驳回后,该同一申请人可否以同样理由要求赔偿损失?根据《民诉法解释》第247条,因为仲裁请求不同,二者也不存在包含关系,可以认为不存在重复仲裁,所以后一个仲裁申请应该被受理。如果申请人在前一个仲裁程序中提出了赔偿损失的要求,但该要求仅限于违约期间的某一个时间段,同一申请人是否可以再次申请仲裁,就未请求的时间段提出赔偿要求呢?这个问题与民事诉讼中的部分之诉原理是一样的,根据《民诉法解释》第247条,也可以认为这种情形不构成重复仲裁,但仲裁界在这个问题上通常持否定观点。<sup>[49]</sup>如果未请求的时间段发生在仲裁裁决作出之后,就当然应当允许原申请人再次提出申请,因为裁决既判力的时间范围止于裁决形成之时。

从仲裁界对于部分仲裁持怀疑、否定的态度来看,似乎其更强调纠纷的一次解决。由于我国《仲裁法》并没有集中仲裁的要求,所以这种对诉权一次耗尽、未主张权利即视为放弃的看法,实际上并没有法律依据。在双方当事人没有特别约定的情况下,

[45]任重:《论中国民事诉讼的理论共识》,载《当代法学》2016年第3期,认为诉讼请求与诉讼标的是等同的;前引〔10〕,张卫平文,认为诉讼请求是诉讼标的上位概念;周翠:《现代民事诉讼义务体系的构建》,载《法学家》2012年第3期,引用王洪亮:《实体请求权与诉讼请求权之辨》,载《法律科学》2009年第2期,认为诉讼请求应该与实体请求相分离,而且认为中国诉讼法中应该引入德国法意义上的诉讼请求概念,即我们通常说的“诉的声明”。

[46]前引〔15〕,沈德咏主编,第635页。

[47]前引〔3〕,江伟、肖建国书,第157页;前引〔1〕,宋朝武书,第123页。

[48]相同观点:前引〔19〕,谢泳玲文;前引〔21〕,罗剑雯文,认为地位互换不可能构成一事。

[49]前引〔21〕,罗剑雯文;前引〔19〕,谢泳玲文;前引〔43〕,杨永波、张悦文。

其正当性也是值得商榷的。

3. 前一仲裁程序与后一仲裁程序的诉讼请求相同,但法律依据不同。比如,前案中,申请人要求根据形式缺陷确认合同无效败诉后,申请人又以内容违法要求确认合同无效,这种情况是否属于重复仲裁?换句话说,当事人是否可以根据《合同法》中不同的理由来分别要求仲裁确认合同无效?这里问题的关键是如何认定仲裁标的。无论是以实体法律关系来判断,还是以实体的诉讼请求权来判断,都可以认为因为标的相同而构成重复仲裁。如果采纳二分肢说,则取决于两个案件是否同属一个生活事实。即便仲裁理由不同,但案件事实一致,那么,根据二分肢说同样前后案则构成重复仲裁。

### (三) 在同一仲裁程序中提出选择性仲裁请求

所谓选择性仲裁请求,是指申请人在一个仲裁程序中先后提出了不同的、彼此冲突的不同仲裁请求的情况。比如,在合同纠纷中,申请人主张确认解约无效,被申请人继续履行,但如果仲裁庭不支持此项主张,则请求仲裁庭裁决被申请人赔偿因违约所产生的损失。这种选择性仲裁请求与民事诉讼中的预备性诉讼请求类似,但因为民事诉讼法还未承认这项制度,且仲裁法学界对此也不熟悉,结果出现了将其定性为一种异常仲裁申请的情况。<sup>[50]</sup>实际上,这种选择性仲裁请求有利于纠纷的一次解决,而且因为仲裁庭对在第二位的仲裁请求的处理是以驳回第一位仲裁请求为前提的,因此,也不会造成仲裁标的的不确定。特别是在责任竞合情况下,采取选择性仲裁请求不失为一种避免重复仲裁的捷径。

## 六、结论及展望

从上文的论述可以看出,仲裁裁决的既判力在理论上和实践中都已在一定程度上得到了承认,但这种承认主要是通过“一事不再理”原则来进行的。仲裁裁决内容上对后续法院与仲裁庭的拘束力及其范围目前尚不明确,而“一事不再理”中“一事”认定标准的不统一则影响了该原则在适用中的可预见性。解决仲裁裁决既判力的问题当首推《仲裁法》自身的完善,但要彻底解决仲裁标的、既判力等基本问题,期待通过修改《仲裁法》并不现实,因“《仲裁法》条文过于简单,存在制度性空白”<sup>[51]</sup>,《联合国贸法委仲裁示范法》也没有关于仲裁既判力的明确规定。鉴于仲裁法与民事诉讼法的紧密联系,深入解决上述问题更多地要依托于民事诉讼法精细化的推进。在未修法前,可以考虑参照适用《民诉法解释》第247条,以保障法律适用的统一性。

精细化已经成为了民诉法学界对于本学科发展方向的共识。一方面,《民事诉讼法》

[50]前引〔1〕,丁伟文。

[51]前引〔3〕,宋朝武书,第25页。

篇幅虽然有限，但《民诉法解释》已多达 550 多条，条文数量非常可观，内容也逐渐细致化，而且此前颁布的大量司法解释并未废除，并不断有新的司法解释产生。因此，精细化的规范基础已经就位。另一方面，司法实践中产生了大量的细碎问题，也积累了相当的处理办法，都要求有学术上的回应。如何实现民诉法的精细化，学者们已经提出了许多建设性意见，这里笔者仅从比较法的角度谈一点初步感受：

（一）在处理理论与实践的关系上，学者们公认的理想状态是一种良性互动——理论为实务提供必要的指导与支持，实务为理论提供素材与操作的经验。但是，现实中民事诉讼法学界面对学术研究与实践的脱节常常存在一种无力感。学者对于司法政策中对于民事诉讼法基本理念的偏离无法认同并予以抗拒，实践操作的巨大惯性常常与学者们认为更为科学的理论产生抗衡，有时会以不具有操作性来否定理论研究成果。民事诉讼法的实践性要求其理论研究必须联系实际，但学术与实践的要求与理想境界毕竟是不同的。学术强调体系性、逻辑性，实践更重视有效性、易操作性，因此不能完全以实践的需求来衡量理论研究的意义。一些超越实践具体问题的课题，比如中国诉讼救济制度的整体设计，<sup>〔52〕</sup>也需要深入研究，否则无法从根本上解决民事诉讼的体系缺陷。实践与理论隔阂的缩小需要一些沟通的媒介。合理定位的期刊、判决评论、法律评注或是学院风格的判决，都是可以考虑的选项。

（二）如何对待外国理论引入的问题。中国民事诉讼法虽然借鉴了美国法的一些内容，在基本概念、概念上应该还是以大陆法为基础。但长期以来，中国民事诉讼法的知识谱系是日系的，而日本民事诉讼法又脱胎于德国民事诉讼法，德国民诉法理论很多是间接通过日本或者台湾“二传”甚至“三传”到了中国大陆，实在难以保证时效性与准确性。随着一批留德年轻民诉学者的归国，德国民诉理论的研究力量有了很大的增强。即便为了丰富知识储备和促进研究的深入，也没有必要在引入外国理论方面自我设限。更何况，随着中国经济与世界经济的融合，由于中国民事诉讼法条文中缺乏相应概念，在日益增多的跨境纠纷中出现法律适用困难已是常事，这一问题也只能通过吸收新的民诉制度来解决。在中国，很多民诉基本制度的研究才刚刚开始，比如诉讼系属、主张的具体化、答辩失权、执行异议之诉，但研究外国民事诉讼法的难度要远远大于民事实体法。民事诉讼法的体系性、实践性、制度的关联性导致就制度谈制度很难达到对外国制度的充分理解，因此笔者建议更多关注外国的诉讼实践。比如在诉讼标的这个问题上，我们的主要精力都投入到对德、日各种学说的梳理，基本没有关注过这些理论究竟是否曾经在其来源国的法院中曾经被运用过。对于既判力相关概念如何落实到当事人的法律文书中和法院的裁决中，也还有待于进一步研究。■

（责任编辑：廖宇羿）

〔52〕潘剑峰：《论建构民事程序权利救济机制的基本原则》，载《中国法学》2015年第2期。