

飞亚科技诉中荣达合同无效案

——民商事仲裁中律师代理活动、既判力原则适用及合同无效的认定

摘要

本案例以一起真实的商事仲裁案件为蓝本,围绕仲裁程序各环节,涉及知识点和执业技能内容包括,代理律师如何参与商事仲裁活动,仲裁案件的提起、事实认定与法律适用等。本案例涵盖两次仲裁裁决和仲裁执行环节,涉及程序法问题包括一事不再审原则、仲裁中仲裁申请的撤回和变更,实体法问题包括合同合法无效的认定、合同解除的认定,涉及证据和事实问题包括,合同无效案件的证据收集及其相关证据的分析判断等。本案例对于解决类似案件具有反思意义。

关键词

合同无效 商事仲裁 代理律师技能 既判力 一事不再审的认定 证据分析

教学目标

- (1)在当事人不服已有的生效仲裁裁决时,律师接受委托可以为当事人提供哪些服务;
- (2)代理律师在提起仲裁申请以及之后的仲裁阶段应如何从事各项法律活动,如何撰写代理词;
- (3)以合同无效认定为例,了解掌握签订合同的技能,明确合同合法有效、合同可变更可撤销等问题,培养处理具体案件的思路、分析步骤、事实认定与法律分析之间基本框架的能力;
- (4)正确认识既判力及一事不再审原则的适用。

教学案例

第一部分:案情介绍

一、仲裁申请人与被申请人概况

上海飞亚科技有限公司(以下简称“飞亚科技”)于2001年成立,注册资金1.1亿人民币,主要从事网络通信设备的研发、营销、生产与服务,是上海市高新技术企业。公司主要与中国电信、中国移动、中国联通等各大运营商紧密合作,国内最大的 ADSL 终端设备提供商,在中国通信业有一定的知名度。

中荣达集团进出口公司(以下简称“中荣达”)是一家建材行业国际贸易综合服务商和集成供应商,现为国资委管辖的某集团有限公司旗下国际贸易平台。中荣达集团进出口公司拥有五家全资子公司,七家控股子公司,主营业务涵盖建材产品、钢材、木材、建筑机械、机电产品、新能源产品、矿产品、煤炭等商品的贸易,大型成套装备出口及国际工程总包,电子商务和 e 物流等领域。

二、飞亚科技(申请人,买方)与中荣达(被申请人,卖方)产品购销合同概况

2010年4月28日,“鉴于卖方与思维贝特科技有限公司的合作关系,且买方作为思维贝特科技有限公司指定的行业代理商”,申请人与被申请人签订《货物购销合同》,约定被申请人向申请人出售由美国 ServGate Technologies Inc(以下简称“思维贝特”或“生产厂商”)生产的网络安全产品,合同号 05ABGRSG47197,合同金额 11,031,619.50 元人民币。合同约定:买方向卖方购入合同附件中列明的货物,由生产厂商提供设备的质量保证;(合同第2条第2项约定“生产厂商保证提供的产品系全新的符合国际标准的原生产厂家认证的原装正品……生产厂商对合同货物的正常使用给予 360 天的保证期,此保证期从货物到达开始。如果发现货物质量和规格与合同规定不符,或货物在本合同规定的保证期内证明有缺陷,买方有权依据有关机构的检验报告向生产厂商索赔。”)买方先向卖方预付金额 440 万元人民币作为预付款,卖方则应在“买方向卖方支付全部预付款即 440 万之后的 15 天内”交货,而在卖方向买方交货前 3 个工作日内,买方将剩余合同金额即人民币 6,631,619.50 元人民币,开出一张以卖方为受益人的 60 天商业承兑汇票,以汇款或支票方式支付给卖方;双方还就货物包装、索赔、售后服务及交货地点、方式、运输、保险、支付条款、延期和罚款、解决合同争议方法、不可抗力、免责条款等其他事宜做了规定。合同附件中的内容是:每一项产品的名称,如 EF1-ALL-AVSF-PLF-1Y、EF-PRO、EFPI-PM 等 17 种;每一种的数量;每一种的单价及总价。合同签订后,申请人支付了预付款 440 万元人民币后未再履行付款义务。2011 年 8 月 4 日,被申请人向中国国际经济贸易仲裁委员会提交仲裁申请,声称其已按合同约定通过思维贝特香

港代理商分两次进口了全部货物并支付了全部货款,但申请人未按合同约定如期向被申请人履行付款义务,致使货物长期滞压在被申请人委托的仓库,给被申请人造成严重的经济损失,要求仲裁委裁决申请人继续履行合同,立即支付拖欠的货款及赔偿被申请人仓储费、律师费等损失。仲裁委受理了本案,案件编号为 DG20110288,并于 2012 年 2 月 9 日作出了(2012)中国贸仲京裁字第 0083 号仲裁裁决书。裁决书裁定:货物购销合同系申请人与被申请人双方当事人之间的买卖合同,合同成立并已生效,双方当事人应诚实信用地履行本合同,申请人应当支付拖欠的货款,被申请人应在申请人支付全部货款后 15 天内,向申请人交付本案合同项下的全部货物。如果交货后的货物与合同约定不符,申请人可根据合同及法律规定主张相关权利(见裁决书第 33 页)。裁决书对买方代理律师提出的合同不成立、合同无效(买方当时的代理律师从《销售许可证》的时效和许可证包含的商品范围角度提出合同效力存在问题)、合同主体应包括生产商思维贝特公司以及买方有权行使不安抗辩权等观点均不予采纳。据此,仲裁庭作出了申请人向被申请人支付拖欠的货款、违约金、仓储费、律师费等裁决。同年,被申请人向上海市第二中级法院申请强制执行。对此,申请人向上海市第二中级人民法院提出执行异议,申请不予执行,该院在随后的民事裁定书中驳回了申请人的请求。2014 年 3 月 24 日,申请人与被申请人在法院主持下签订了执行和解协议,申请人同意在签字后三个工作日内支付被申请人剩余款项 5,678,957.70 元人民币,被申请人在收到该款项后于 2014 年 4 月 8 日或 9 日将合同约定的产品交付申请人。其后,申请人按执行和解协议的约定将剩余款项 5,678,957.70 元人民币支付给了被申请人,被申请人也于 2014 年 4 月 8 日将合同产品交付给了申请人,并由上海市东方公证处对交货过程进行了现场公证。申请人从交付产品中各取出一件,由公证处加贴封签后另行存放,其余产品由公证处封存于上海市控江路 1555 号上海信息技术大厦 2304 室。至此,(2012)中国贸仲京裁字第 0083 号仲裁裁决书履行完毕。

三、申请人的仲裁申请

2014 年 12 月 7 日,申请人向中国国际经济贸易仲裁委员会提出申请,要求撤销申请人与被申请人之间 2010 年 4 月 28 日签订的《货物购销合同》。理由是:被申请人交付的合同产品合计 16 款(注:合同附件是 17 款,但第 5 项与第 10 项产品名称相同,故实际为 16 款),其中 5 款为集成化安全平台设备,10 款为软件模块产品,1 款为专业模块产品。上述产品经国家密码管理局商用密码检测中心检测,5 款集成化安全平台设备均属于密码产品,另外 10 款软件模块和 1 款专业模块须通过集成化安全平台设备才能使用、目的为扩展集成化安全平台设备功能,因此无需检测,也无法检测。根据国务院 1999 年 10 月 7 日发布的《商用密码管理条例》第 13 条关于“任何单位或个人不得销售境外的密码产品”的规定,被申请人向申请人出售的合同产品系违禁产品。申请人认为,被申请人向申请人销售合同产品,应该是合法的并可以自由流转的产品。然而,被申请人向申请人销售的产品是境外密码产品,违反了《商用密码管理条例》的规定,构成了根本性违约。申请人采购大量的合同产品,目的是对外销售而非自用,由于合同产品为境外密码产品,根据《商用密码管理条例》第 13 条“任何单位或个人

不得销售境外密码产品”的规定,申请人签订合同的目的无法实现,致使系争合同产品至今仍保存在申请人处。根据《中华人民共和国合同法》第94条之规定,申请人有权解除《货物购销合同》。同时根据《中华人民共和国合同法》第97条“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失”的规定,申请人有权要求被申请人赔偿损失。本案在审理过程中,申请人申请变更仲裁请求,向法院提出了合同无效的仲裁申请。变更理由是:根据《中华人民共和国合同法》第52条之规定,违反法律、行政法规强制性规定的,合同无效;而《商用密码管理条例》第13条:“任何单位或个人不得销售境外密码产品”规定属于行政法规的强制性规定。同时,根据该《合同法》第58条之规定,“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。”故被申请人应返还所有货款。

申请仲裁所依据的仲裁协议:

申请人与被申请人于2010年4月28日签订的《货物购销合同》第7条“解决合同争议办法:凡因执行本合同所发生的或与本协议有关的一切争议,买卖双方应通过友好协商解决。如三十(30)天以内协商不能解决,应提交中国国际经济贸易仲裁委员会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行裁决,仲裁的裁决是终局的,对双方具有约束力。败诉方除应承担仲裁费用外,还应承担胜诉方为实现债权所发生的律师费、公证费、交通费等在内的全部实际支出。”

申请人的仲裁申请:

1. 裁定申请人与被申请人于2010年4月28日签订的《货物购销合同》无效;
2. 裁定被申请人退还申请人已支付的购货款11,031,619.50元人民币;
3. 裁定被申请人返还申请人已支付被申请人的违约金809,057.579元、仓储费25,000.00元、律师费180,000.00元、仲裁费72,846.60元及逾期付款利息300,000.00元,合计1,386,904.18元人民币;
4. 裁定被申请人赔偿申请人本次仲裁发生的产品检测费182,400.00元、公证费11,000.00元、律师费150,000.00元,合计343,400.00元人民币;
5. 裁定被申请人承担本案全部仲裁费用。

四、被申请人提出的主要抗辩观点

1. 本案合同已经仲裁委员会既往裁决认定为合法有效,且履行完毕,根据《仲裁法》第9条确立的一裁终局原则,应依法不予受理或予以驳回;

2. 申请人作为专业从事信息网络工程的企业和思维贝特公司的地区总代理,应在合同签订时即知产品性质和相关行政法规的有关规定,故申请人基于同一事实、同一当事人和同一法律关系无权再次提出仲裁申请要求确认既往裁决确认的本案合同的效力问题;而且申请人主张无效的事实和理由并非新发生的事实和理由,如果再次裁判违反一事不再审原则。法律更没有赋予仲裁机构对自身作出的生效仲裁裁决否定和变更的权利。

3. 被申请人系接受申请人之委托代理进口相关货物,根据《合同法》第 402 条规定,系争合同应当直接约束申请人和思维贝特,同时,根据《货物购销合同》第 2 条第 2 款有关质量保证的条款,申请人应该向生产商思维贝特公司索赔,而不应向中荣达提起诉讼;

4. 被申请人取得《计算机信息系统安全专用产品销售许可证》,并根据当时的法律法规向海关申报且海关予以放行并交纳所有税费,已尽到谨慎注意义务;且《商用密码管理条例》系管理性规范,并不导致合同必然无效;被申请人作为进口代理商接受申请人的委托通过思维贝特指定的香港执行伙伴进口货物并无主观过错。

5. 申请人自行委托鉴定机构,相关密码产品的检验报告并不能充分证明被检产品系被申请人进口之货物。

五、针对被申请人的抗辩,申请人提出的补充意见

1. 本案与 DG20110288 仲裁案件是基于不同事实引发的不同诉请的纠纷,不是基于同一事实引发的同一诉讼,没有违反“一事不再审”原则。

理由如下:两个案件提起的诉讼主体不同;两个案件适用的法律不同;仲裁请求不同,本案的诉讼请求是合同无效,而 DG20110288 号案的请求是合同履行;两案依据的事实亦不同,而且本案依据的事实是申请人在履行(2012)中国贸仲京裁字第 0083 号仲裁裁决书并收到货物后才发现的新事实。

申请人强调由于之前合同附件约定简单,没有样品,且产品为非通用货物,该合同标的物乃禁止流通之产品是申请人在履行仲裁裁决书并收到货物后才发现的新事实。合同履行前,产品一直在被申请人掌握之中,申请人只有在收到合同产品后才有条件有能力确认合同产品是否为境外密码产品。同时,在之前的 DG20110288 号仲裁过程中,双方均未提及合同产品为境外密码产品这一事实。

《最高人民法院知识产权案件年度报告(2009)》第 10 条明确了“一事不再理原则”的判断和适用标准。如有新的事实或理由,就不属于“一事不再理”范畴。

2. 申请人和被申请人之间是合同买卖关系,而不是产品进出口代理关系

被申请人在 DG20110288 号案中曾提交两份《国际货物买卖合同》,用以说明其为履行与申请人之间的购销合同而进口合同项下产品,但上述两份合同采购的货物与本案合同附件约定的数量和型号出入很大。被申请人的解释是,其可以将采购货物进行拆分或组装,不足部分以其库存满足。同时,中荣达在 DG20110288 仲裁案中提交了一份北京市崇文区公证处 2010 年 8 月 11 日对仓库内货物予以证据保全的公证书,该公证书上显示的合同产品与两份《国际货物买卖合同》采购的产品相比较,也有明显的不一致:

①EF1 - ALL - AVSF - PLF - 1Y 产品,《国际货物买卖合同》共采购了 120 个,但到 8 月份公证时,公证书显示只有 110 个。②EF1 产品,《国际货物买卖合同》共采购了 86 个,但到 8 月份公证时,公证书显示只有 25 个。③EF1 - PRO - AV - PLF - 1Y 产品,两份《国际货物买卖合同》上并没有采购,但公证书上显示有 25 个;同样,EF1 - PRO - PM - AV - PLF - 1Y 产

品,两份《国际货物买卖合同》上也没有采购,但公证书上显示有 43 个。④EFP1 产品,《国际货物买卖合同》共采购了 52 个,但到 8 月份公证时,公证书显示只有 22 个。⑤EFP1 - ALL - AVSF - PLF - 1Y 产品,《国际货物买卖合同》共采购了 58 个,公证书上没有显示。

上述证据说明被申请人在与申请人签订合同前自行大量采购本案合同项下的产品用于经营,而非如其抗辩中所称只是接受委托代为进口而已,否则将会严格按合同附件约定的数量和型号进货。

第 0083 号仲裁裁决书也已认定本案合同系申请人与被申请人之间的货物买卖关系。

3. 本案违反的是法律、行政法规的效力性强制规定。

《最高人民法院〈关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见〉》第 15 条规定,人民法院应当注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的,人民法院应当认定合同无效;违反管理性强制规定的,人民法院应当根据具体情况认定其效力。第 16 条规定,效力性强制规范规制的是合同行为本身,即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的,人民法院应当认定合同无效。密码产品的使用会给国家安全、社会安全带来极大危害,据此可以认定被申请人的此销售行为违反的是效力性强制性规定,依法应当宣告无效。

4. 被申请人辩称的申请人应向生产商思维贝特索赔的观点不成立。

本案是合同无效之诉,而不是因产品质量问题引起的赔偿之诉;且本案合同是申请人和被申请人之间作为买卖双方签订的,无效之诉的主体只能是合同的双方当事人。

5. 申请人是本合同项下交易的受害者,被申请人应对本合同无效承担全部责任。

被申请人在与申请人签订本合同之前就已经在经营合同产品,因此被申请人理应了解产品性能。且作为销售方,被申请人有义务确保合同产品不得为禁止流通物。然而在签订合同时,被申请人向申请人保证合同产品,可以正常销售,在 DG20110288 号案中也反复声称合同产品可以销售。如上述第 2 点中提及的,被申请人在签订本案合同之前就已向思维贝特采购了大量产品,无法消化,形成大量库存,为消化库存才恶意隐瞒产品不能流通之事实,与申请人签订了该买卖合同。

第二部分:仲裁庭意见及裁决

一、争议合同效力认定问题

仲裁庭认为,中国国际经济贸易仲裁委员会在(2012)中国贸仲京裁字第 0083

号仲裁裁决书中已经对本案争议合同作出有效的认定。即认定,合同订立和履行期间,被申请人拥有有效的《销售许可证》,且“合同也不存在《合同法》规定的合同无效的其他情形,因此,合同有效。”另外,上海市第二中级人民法院在其作出的(2012)沪二中执字第 414 号民事裁定书中,依法驳回了申请人的不予执行申请。由此表明该合同的效力得到上海市第二中级人民法院的认可。此后,在法院主持下,双方当事人于 2014 年 3 月 24 日签订了执行和解

协议,并于2014年4月8日将上述裁决履行完毕。

“鉴于业已生效的仲裁裁决书及人民法院的裁定书均已确认本案合同的效力,仲裁庭认为,不应由仲裁庭在本案中对于本案合同的效力问题作出裁决。因此,仲裁庭对于申请人的第一项仲裁请求无法予以裁决。”

“对于申请人关于确认本案合同无效的请求不予裁决。”

二、申请人关于返回已支付货款、违约金、仓储费、律师费、仲裁费、逾期付款利息以及赔偿申请人因本次仲裁发生的产品检测费、公正费的请求

根据上述分析,仲裁庭未对本案合同作出无效认定。对于申请人基于合同无效主张被申请人返还申请人已支付的货款、违约金、仓储费、律师费、仲裁费、逾期付款利息以及赔偿申请人因本次仲裁发生的产品检测费、公正费的请求,仲裁庭不予支持。

三、双方因本次仲裁发生的律师费、仲裁费

根据《仲裁规则》第46条的规定,综合考虑本案的实际情况,仲裁庭认为,双方因本次仲裁发生的律师费均由双方各自承担。仲裁费人民币173,645.00元由申请人承担。同时,申请人选定的仲裁员因办理本案发生的费用共计人民币2,754元应由申请人全部承担。

第三部分:争议焦点的归纳总结和评析

一、争议焦点总结

通过对申请人及被申请人的代理意见的分析,我们对本案的争议焦点归纳如下:

1. 本案与DG20110288仲裁案件是否是基于同一事实引发的同一诉请,有没有违反《仲裁法》的“一裁终局”原则,是否适用“一事不再理”原则。
2. 申请人自行委托鉴定机构,相关密码产品的检验报告能否作为证据使用,证明被检产品系被申请人进口之货物且该货物为禁止流通之商品。
3. 申请人和被申请人之间是合同买卖关系还是产品进出口代理关系。
4. 本案是否违反法律、行政法规的效力性强制规定,使得争议合同因标的物违法而归于无效。
5. 被申请人应否对本合同无效承担全部责任。

二、评析

对于本案而言,争议焦点第1项具有决定性的作用。事实上仲裁庭在对这一项作出肯定回答后,后面的几个问题都已无需分析。要判断一事不再理原则是否适用问题,应先了解既判力理论。

既判力是指民事判决实质上的确定力,即形成确定的终局判决内容的判断,所具有的基

准性和不可争性效果。终局判决一旦获得确定,简而言之,不允许对该判断再起争执的效力就是既判力。如今既判力出现了扩大化现象,比如人们认为,法律赋予其强制执行力的生效的调解书(包括法院制作和非法院制作)、确定的支付令、放弃和承认诉讼请求、破产程序中记载确定破产债权的债权表、(我国和国外的)仲裁裁决(在我国劳动仲裁裁决除外)等等,也具有既判力。其主要理由是,既然对民事纠纷的实体问题已经做出了终局解决,并且这种解决获得国家正式制度上的承认,就不该对此案件由民事诉讼再次解决,这种做法不仅符合既判力的精神,而且也是在民事诉讼制度上对其他解决纠纷方式的尊重和支持。

既判力既然是对后诉的拘束,实际上就是对后诉诉讼标的的拘束,因此就存在着对哪些法律关系或实体请求权有拘束力的问题,这就是既判力的客观范围问题。既判力客观范围的原则是:对终局判决中已经确定的诉讼标的有既判力。除了客观范围,既判力还有主观范围需要确定。按照既判力相对性原则,既判力对提出请求及相对的当事人有拘束力。既判力理论还有一个重要组成部分是既判力的时间范围,它是指确定判决的既判力作用的时间界限,也称为既判力标准时。因为权利义务关系往往是在不断变化之中的,法院判决所确认的只能是某一个时间点上的权利义务关系,也就是说,按照既判力理论,既判力标准时以后发生的关于该法律关系的事实应该能够在后诉中主张,而既判力标准时之前已经存在的事实,当事人在后诉中不能加以主张。在我国,辩论终结之时为判决既判力的标准时。这种不发生既判力排斥作用的标准时以后出现的事实,在理论上统称为“新事由”;而既判力所具有的使当事人无法在后诉中再提出标准时以前存在的事实主张的效果,在法律上被称为“失效权”。

本案作为仲裁案件,如前所述,其第一次仲裁裁决具有既判力效力。而分析第二次仲裁申请,其当事人是同一的;申请裁判的标的也是同一的,因为对于确认合同无效的请求,在第一次仲裁中申请人(指买方飞亚科技)就已提出,仲裁庭也已就此作出裁决(见上文);至于合同标的物违反法律法规强制性规定的事实,尽管申请人强调“由于之前合同附件约定简单,没有样品,且产品为非通用货物,该合同标的物乃禁止流通之产品是申请人在履行仲裁裁决书并收到货物后才发现的新事实。合同履行前,产品一直在被申请人掌握之中,申请人只有在收到合同产品后才有条件有能力确认合同产品是否为境外密码产品。同时,在之前的DG20110288号仲裁过程中,双方均未提及合同产品为境外密码产品这一事实。”但显然该项事实并不是“新发生”的事实,而是在合同签订履行时就已存在(发生在标准时之前),最多是“新发现”的事实罢了。(申请人代理律师亦是用“新发现的事实”来表述的。)由此可见,从客体、主体、时间三个方面考察,本案申请人的仲裁申请完全在第一次仲裁裁决的既判力范围内。如果仲裁庭再次受理裁决确实违背既判力理论派生出来的“一事不再理”原则。结合2015年5月实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》来看,可能会更清楚。该《解释》第247条中规定,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。同时,该《解释》第 248 条规定,裁判发生法律效力后,发生新的事实,当事人再次提起诉讼的,人民法院应当依法受理。注意第 248 条针对的是“发生新的事实”的情形,而非“发现新的事实”。

当然,有人会认为申请人关于履行前无法发现合同标的物违法事实更无法举证的辩解不无道理,但按照我国目前仲裁的程序法在本案情形中确已救济。撇开仲裁协议,如果该案是法院诉讼案件,则当事人虽同样不能另案起诉,但完全可以申请再审,因为《民事诉讼法》第 200 条第(一)项就规定,有新的证据,足以推翻原判决、裁定的,人民法院应当再审。再审是既判力原则的例外。

这也是仲裁和诉讼在司法实践中不同效果的直接表现,作为起草合同的公司律师和纠纷发生后代理仲裁申请的律师都不可不重视。不过,本人认为仲裁裁决仅有的均基于程序审查的撤销和不予执行救济途径确实过于严苛,不利于保护当事人合法权益,维护公正,应当予以修改。

对于争议焦点 2,我们认为,应申请人申请,上海市东方公证处对交货过程进行了现场公证,申请人从交付产品中各取出一件,由公证处加贴封签后寄往北京国家密码管理局商用密码检测中心检测,其余产品由公证处封存放置在指定仓库,国家密码管理局商用密码检测中心检测作为具有检测资格的第三方依法作出鉴定意见,这一系列的行为程序完全合法,相关密码产品的检验报告应该可以作为证据使用。当然被申请人如果对该鉴定意见有异议,可以要求鉴定人出庭作证,也可申请重新鉴定。

显而易见,申请人与被申请人之间是一个买卖合同关系,而《商用密码管理条例》鉴于密码产品的使用会给国家安全、社会安全带来极大危害,在第 13 条中规定“任何单位或个人不得销售境外密码产品”,此条款应为效力性强制性规定,故违反此条款的合同,结合《中华人民共和国合同法》第 52 条之规定,依法应当宣告无效。在此要注意区分该《条例》主要性质和具体条款的性质的区别,就《商用密码管理条例》而言总体上可以说是一个管理性强制规定,但不排除其中有些条款属于效力性强制规定。

最后,根据《合同法》第 58 条之规定,“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。”故被申请人应返还所有货款。

教学手册

教学对象及目标

本案例供法律硕士案例教学使用,法学本科(大四)、民法学硕士、民事诉讼法学硕士也可以参酌试用。

本案例主要就仲裁程序、代理律师在商事仲裁中从事的法律活动和一事不再审等程序问题的认定进行讲授。具体要解决的问题包括:(1)仲裁的程序规定以及在仲裁裁决后,当事人

不服仲裁裁决,代理律师接受委托还可以为当事人提供哪些法律服务;以本案为例,讨论民事诉讼或仲裁中的一事不再审原则如何适用问题,并找出相关司法解释和其他案例。(2)代理律师在仲裁申请提起阶段、仲裁阶段以及仲裁执行阶段应如何从事各项法律服务,如何撰写仲裁申请、代理词。(3)结合本案具体情况,从民事实体法角度分析合同有效、无效、可撤销可变更的认定,提出处理具体案件的思路和分析步骤。

教学内容

1. 仲裁和诉讼的关系?与诉讼相比其有何特点?

仲裁和诉讼都是解决民商事纠纷的重要途径之一,针对两者的联系问题,仲裁法和民事诉讼法都作出了规定。《民事诉讼法》第124条第2项规定,依照法律规定,双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的,告知原告向仲裁机构申请仲裁。《仲裁法》第26条规定,当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议,人民法院受理后,另一方在首次开庭前提交仲裁协议的,人民法院应当驳回起诉,但仲裁协议无效的除外;另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的,视为放弃仲裁协议,人民法院应当继续审理。《仲裁法》第20条规定,当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议,应当在仲裁庭首次开庭前提出。

仲裁的特点主要有:1.当事人意思自治。从是否提交仲裁,交由哪个仲裁机构仲裁,到仲裁员、仲裁规则乃至实体法的适用等当事人均有较大的自主选择权。2.裁决具有准司法效力。我国仲裁法第62条规定:“当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的,另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。”在仲裁庭主持下通过调解解决的,所制作的调解书与裁决书也具有同等法律效力。3.一裁终局。即裁决一旦作出,就发生法律效力,并且当事人对仲裁裁决不服是不可以就同一纠纷再向仲裁委员会申请仲裁或向法院起诉的(一事不再审原则),仲裁也没有二审、再审等。4.不公开审理。我国仲裁法第40条规定:“仲裁不公开进行。”此举可以防止泄露当事人不愿公开的专利、专有技术、商业秘密等,还可使当事人的商业信誉不受影响,也使双方当事人在感情上容易接受,以便今后再度合作。

2. 对于仲裁裁决的效力和执行相关的程序法是如何规定的?在仲裁裁决作出后,当事人不服并愿履行的情况下,还可以采用什么救济方法?

首先,《仲裁法》第9条规定,仲裁实行一裁终局的制度。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,仲裁委员会或者人民法院不予受理。但裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的,当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁,也可以向人民法院起诉。其次,《民诉法》第237条第1款规定,对依法设立的仲裁机构的裁决,一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人

民法院应当执行。由此可见,仲裁裁决已经作出,除法律规定情形外,立即具有类似于终审判决的法律效力,当事人可以向法院申请强制执行。从上述规定中亦可看出,向法院申请裁定撤销或不予执行是对不公仲裁裁决的重要救济方式。对此,相关法律又是如何规定的?

第一,《仲裁法》第58条规定,当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。该法第59条规定,当事人申请撤销裁决的,应当自收到裁决书之日起六个月内提出。第二,《民事诉讼法》第237条第2款规定,被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)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;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的,裁定不予执行。该条最后一款同时规定,仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的,当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁,也可以向人民法院起诉。

在穷尽上述救济方式后,当事人还可以根据新发生的事实和证据提出新的仲裁申请。但在本案中作为买方的代理律师此时提出的事实和证据是否是新发生的事实和证据?是否违反既判力原则?

3. 如何正确认识民事诉讼法中的既判力及一事不再理原则

一事不再理原则起源于罗马法的“诉权消耗”理论。所谓“诉权消耗”,是指所有诉权都会因诉讼系属而消耗,对同一诉权或请求权,不允许二次诉讼系属。(诉讼系属是指因为诉的提起,在特定的当事人之间,就有争议的法律关系受有管辖权的法院审判的状态。)

一事不再理原则实际上包含了诉讼系属效力和判决的既判力双重内涵。在古罗马法中,案件的审理分为“法律审理”和“事实审理”两个阶段。原告先向法官提出告诉,就讼争进行陈述,被告进行申辩,然后由法官决定诉讼在法律上是否成立,是否应当受理,这就是“法律审理阶段”;如果是应当受理的讼争,就进入“事实审理阶段”,由选定的承审员进行审理,查明事实,作出判决。法律审理的终点是“证讼”,经过“证讼”,诉讼才能正式成立,案件才能系属于法院,同时原告的诉权即行消灭,不得再对同一案件起诉。此即“一案不二讼”,是一事不再理的第一重内涵。

当然,虽然“证讼”产生的“一案不二讼”的效力可以制止原告对同一案件再次起诉,却不能阻止败诉的被告另行起诉,由于其在前诉中未行使诉权,“证讼”并不能消灭其权利,所以其败诉后可另行起诉,控告胜诉的原告,从而导致判决的不稳定。于是,为了维护判决的稳定,

古罗马法学家在“一案不二讼”效力的基础上发展了判决的“既决案件”效力。“既决案件”效力发生在案件的事实审理阶段,以判决作为终点。判决作出后,当事人对案件均不得再起诉。这是一事不再理原则的第二重内涵。

民事诉讼中,一事不再理原则包括两个方面的含义:第一,当事人不得就已经向法院起诉的案件重新起诉;第二,一案在判决生效之后,产生既判力,当事人不得就双方争议的法律关系,再行起诉。从法院角度讲,就是不得再受理。所谓“一事”是指同一当事人,就同一法律关系,而为同一的诉讼请求。因为这个同一事件已在法院受理中或者已被法院裁判,当然就不得再起诉,法院也不应再受理,避免作出相互矛盾的裁判,也避免当事人纠缠不清,造成讼累。一事不再理原则有利于实现诉讼经济,节约有限的司法资源,维护法律秩序的稳定和司法的权威与公信。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第247条中规定,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。同时,该解释第248条规定,裁判发生法律效力后,发生新的事实,当事人再次提起诉讼的,人民法院应当依法受理。

4. 律师如何进行调查和证据的诉前或者是仲裁申请前的收集、固定?

仲裁法和民事诉讼法都规定了当事人对自己的主张有提供证据的责任,即谁主张,谁举证。作为民事案件的代理人及其律师,在民事诉讼活动中就应高度重视调查取证工作,运用专业技能,在法律规定和当事人授权范围内运用各种途径收集并向人民法院提供证据。律师收集证据与当事人相比,有许多有利条件。本案中,申请人代理律师十分积极而全面地进行了各种调查取证活动。律师在调查取证中,寻找案件突破口,确定哪些证据材料需收集,如何收集、固定使证据不存在瑕疵而具有最大强度的证明力,是从事代理工作的难点。教师在授课中,应为学生提出基本的注意要点。如本案中,从货物的接收,到封存,到选取部分样品打包邮寄至北京相关鉴定部门,每一环节都需有公证机关的公证,这样鉴定报告才具有相应有效的证明力;另外鉴定机构的联系、选择等也必须遵循法律规定。

5. 商事仲裁是如何进行的(仲裁的程序)? 律师如何撰写仲裁申请书以及代理词?

我国仲裁法对仲裁案件的申请与受理、仲裁庭的组成、开庭与调解裁决等程序都有明确规定。在实务中仲裁员的选择和首席仲裁员的指定对当事人相当重要。律师首先要撰写仲裁申请书,使仲裁委员会能受理本案。而在之后的仲裁庭代理活动中,重要内容是举证质证,发表代理意见并向仲裁庭提交一份有说服力的代理词。代理词的要求:第一部分,首部。注明文书名称;称呼语,即审理本案的首席仲裁员和仲裁员;前言:简要说明代理律师出庭代理诉讼的合法性、代理权限范围、出庭前准备工作概况。第二部分,正文。从具体案情出发,就案件涉及的实体法和程序法问题逐点展开分析;代理词往往是在开庭后提交的,所以撰写时

应根据庭上双方的争议焦点展开。最后要概括总结己方结论。第三部分,尾部。代理律师署名;代理词发表日期。总之,撰写代理意见要重点突出,层次分明、逻辑顺畅,篇幅得当、语言简练易懂,法律分析要有权威的论理根据和法条依据。

6. 在仲裁过程中,一方当事人是否可以申请变更请求?相关的法律是如何规定的?

《民事诉讼法》和司法解释均认可诉的变更,但什么是诉的变更,是否所有的诉的变更都应当被允许,理论界和实务界有争议。从纠纷解决的效率出发,司法解释认可当事人诉讼请求的变更,但理论上,诉讼请求质的变更面临着程序正义问题。我国《仲裁法》第27条规定,“申请人可以放弃或者变更仲裁请求。被申请人可以承认或者反驳仲裁请求,有权提出反请求。”

7. 结合本案分析合同无效的条件。

本案主要涉及合同法的规定,本案实体方面核心问题在于:(1)大亚信息与中建材之间是合同买卖关系,还是产品进口代理关系?(2)合同是否无效?合同无效的责任应由谁承担?根据《中华人民共和国合同法》第52条之规定,有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。本案中还有一个需回答的问题是《商用密码管理条例》是否属于法律、行政法规强制性规定,如果回答肯定,则为无效合同;至于合同无效的法律后果,根据该《合同法》第58条规定,“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。”

教学计划

本案例可以作为专门的案例教学课来进行,整个案例课的课堂安排6个课时,每课时45分钟。同时安排两组学生分别代表双方当事人进行对抗。

课堂时间安排

如下课堂设计,供参考。

1. 安排学生仔细阅读案例及相关法律法规,对案例所涉及问题进行思考,撰写思考题答案。(可以先隐去被申诉人的抗辩观点和申诉人的反抗辩。)

2. 介绍教学目的,明确讨论主题;

按照仲裁程序中地位角色的不同分组讨论,回答各项思考题,讨论实践题的撰写要点;

小组代表提出撰写要点,学生讨论和分析,互相辩论;

教师归纳总结。

3. 拓展:要求学生进一步思考律师在民商事活动中的法律服务功能,以及如何在纠纷解决中发挥其作用。

思考题和实践题

思考题

(1) 仲裁和诉讼的关系? 与诉讼相比其有何特点? 在什么样的情况下可以建议当事人选择仲裁作为纠纷解决的方式?

(2) 我国主要的商事仲裁机构有哪些? 如何选择具体的仲裁机构和仲裁员?

(3) 仲裁申请的程序规定?

(4) 如何理解一事不再审原则, 对于本案而言, 买方提起的仲裁申请是否属于一事不再审的情形? 其提出的是否属于新事实、新理由?

(5) 在仲裁过程中, 一方当事人是否可以申请变更请求? 相关的法律是如何规定的? 如何撰写变更申请?

(6) 当事人的代理律师应如何进行调查和证据的收集? 申请人自行委托对产品进行鉴定得出的鉴定意见是否可以作为证据使用? 实务中在程序上应该注意什么?

(7) 本案购销合同的签订是否存在瑕疵? 在哪些方面? 为什么?

(8) 本案中思维贝特公司是否应该成为当事人? 当事人之间是买卖合同关系还是产品进口代理关系? 合同有关条款以及案情介绍最后一节关于 DG20110288 案中的两份《国际货物买卖合同》以及被申请在 2010 年所做公证内容对此问题的认定有何作用?

(9) 《商用密码管理条例》是否属于合同法中所规定的“法律、行政法规的强制性规定”? 是否必然导致合同无效? 被申请人拥有产品的销售许可证以及海关报关纳税凭证对合同定性有何意义?

(10) 本案中的合同是合法有效的? 还是可变更、可撤销的, 或是无效的? 为什么?

(11) 解除合同和认定合同无效的法律后果是什么? 如何分配责任? 如何看待合同当事人的谨慎注意义务?

(12) 在民事诉讼或仲裁中, 律师应如何帮助当事人确定诉讼标的和诉讼请求? 如何撰写仲裁申请书?

(13) 对于仲裁裁决的效力和执行相关的程序法是如何规定的? 在仲裁裁决作出后, 当事人不服并不愿履行的情况下, 还可以采用什么救济方法? 对此法律有何规定?

(14) 本案的争议焦点有哪些?

(15) 对于本案仲裁机构应如何裁决?

实践题

(1) 如果你是申请人飞亚科技的代理律师, 在仲裁时应该做哪些工作? 在当事人不服且不愿履行仲裁裁决时该怎么办? 请根据以上案情, 编写工作计划。撰写执行异议申请书、仲裁申请书、仲裁申请证据目录、仲裁申请变更申请书、代理词。

(2) 如果你是被申请人的代理律师, 应如何来进行抗辩? 撰写答辩状和代理意见。

(3) 针对被申请人的抗辩观点, 申请人律师如何来应对? 撰写补充意见。

(4)如果你是仲裁员,如何对该案在程序上和实体上作出裁决?撰写裁决书。

参考文献

1. 江伟:《民事诉讼法》(第四版),高等教育出版社2014年版,第85~87页,第362~368页。
2. 徐兴明:《对“一事不再审”的理解》,载《市场周刊:理论研究》2012年第10期。
3. 王传巍:《律师以案说法之 一事不再审(理)原则》载中顾法律网 <http://news.9ask.cn/ml-sp/201411/354.shtml>,2014-11-15
4. 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。
5. 刘雪芹:《无效合同的认定和处理原则》,载《学园》2013年第9期。

(洪波,同济大学法学院讲师,hongbo_sh@hotmail.com)