

论国际商事仲裁实体问题的法律适用

裴 普

(西南政法大学 经济贸易法学院, 重庆 401120)

摘要:仲裁作为一种社会冲突的解决机制,是司法外解决争议的一种最为制度化的形式。仲裁适用的实体法,是确定争议双方当事人权利义务、判断争议是非曲直的主要法律依据,对争议的最终裁决结果有着决定性的意义。在实践中,深为当事人和仲裁庭所关注。

关键词:意思自治;实体问题;准据法

中图分类号:DF7

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2008)06-0102-06

现代仲裁制度的建立,始于14世纪之后,发展、成熟于19世纪,至此世界各国逐渐开始对仲裁进行立法加以规范,使其成为一种由法律确认的解决当事人之间争议纠纷的合法方式。从此,商事仲裁已然成为国家法律体系的一部分,其性质也由原始早期的完全民间性转变为国家法律制度,包括仲裁进行的程序以及作出裁决的实体依据在内的整个仲裁都逐渐纳入法制,严格依法办事。特别是如何确定和适用仲裁的实体法,事关仲裁的核心问题,它直接制约着仲裁的结果,影响着仲裁当事人的切身利益。当然,现代仲裁制度强调依法仲裁,并不否认民间性仍然是仲裁的一个重要特征。毕竟相比国家诉讼,仲裁仍然保留了作为司法外解决社会纷争的相对灵活、便捷的基本属性。

在解决争议实体问题的过程中,采用什么标准判定当事人之间争议的是非曲直,确定争议双方当事人权利义务,是每一个仲裁庭在解决争议的过程中不可回避的重要问题。既然现代仲裁制度已经纳入法制化轨道,适用法律以解决争议应属题中基本要义。尽管现代仲裁制度仍然承认基于当事人自主意愿以“非法律性”的公平善意以及衡平原则,即所谓“友好仲裁”判明是非,作出裁决,但相比依法仲裁这种基本仲裁形式而言,友好仲裁究竟属于现代仲裁制度的一种补充形式而已。研讨仲裁实体法律适用,当是以依法仲裁为中心展开。

一、当事人选择仲裁实体法

依据当事人意思自治选择准据法在国际私法中得到了普遍认可。从理论上说,国际商事仲裁中当事人意思自治原则应得到较国际民事诉讼更加有力的支持:仲裁归根结底是当事人协议创设并得到法律确认的一种争端解决机制,仲裁员的权限不是来源于国家,而是当事人协议授予。无疑,仲裁员有义务尊重当事人的合法意志,包括当事人协议选择的法律。如果仲裁员漠视这一点,其作为仲裁员的资格也会因当事人之间的协议而被撤销,他所作出的裁决便不具有可执行性,在大多数国家都必将面临被拒绝承认与执行的境遇。正因为如此,当事人意思自治原则在国际商事仲裁公约和国际性仲裁规则中普遍得到了承认。如1961年《欧洲公约》第7条第1款规定:“双方当事人应自行通过协议决定仲裁员适用于争议实体适用的法律……”1965年《华盛顿公约》第42条第1款规定:

收稿日期:2008-09-21

基金项目:国家社科基金项目“海峡两岸商事仲裁制度比较研究”(01BFX026)

作者简介:裴普(1964-),男,重庆人,西南政法大学经济贸易法学院副教授,硕士生导师,主要从事国际

“仲裁庭应根据当事人双方协议选择的法律规则判定争端。”1985年《国际商事仲裁示范法》(以下简称示范法)也采纳了这一做法,规定仲裁庭应按照当事人各方选定的适用于争议实体的法律规则对争议作出裁决(第28条第1款)。近年来,一些国家仲裁立法中也直接规定当事人可以选择法律,解决仲裁的实体争议。如英国1996年《仲裁法》和德国1998年《民事诉讼法典》都规定:仲裁庭应依照当事人选择的解决实体问题所应适用的法律对争议做出裁决。法国、瑞士、荷兰、埃及、保加利亚及采纳1985年《示范法》的国家和地区(如加拿大大部分省和美国有些州)等,均对争议实体问题的法律适用作出了明确规定,要求仲裁根据当事人选择的法律判定争议。可以说,当事人意思自治原则已成为世界各国普遍接受的决定仲裁实体法的首要原则。

(一)当事人法律选择的范围

尊重当事人对法律的选择,已成为国际商事仲裁中最普遍的作法,然而可供当事人选择的法律有无范围上的限制,这是一个目前在国际商事仲裁领域尚存争议的问题。

1. 所选法律与合同的联系——国内法抑或非国内法体系

近几十年,当事人选择实体法时表现出一种趋势就是支持当事人选择非国内法。这与传统国际私法所主张的当事人所选法律应是国内法的作法大相径庭。实践表明,当事人大多是选择一个特定国家的法律,如当事人一方国家法律或第三国法律。当事人之所以普遍选择特定国内法律体系,原因可能很多,或认为国内法系统、完备、明确,易于适用,有利于预见争议的处理结果等,或认为它与合同或合同当事人有某种联系。

与当事人选择法律范围相关的另一个问题是,当事人能否选择与合同无实际联系的法律?对此,各国在其冲突法中有不同的规定。少数国家允许当事人自由选择法律,而不要求彼此间存在实际联系,如英国、法国和前南斯拉夫等。但多数国家只允许合同当事人选择与合同有一定联系的法律,在欧洲大陆法系国家,学说和实践大都主张当事人不能选择与合同毫无联系的法律。如1966年波兰《国际私法》规定,合同债权,依当事人所选择的法律,但所选法律与该法律系要有一定的联系。1971年美国《第二次冲突法重述》要求当事人在选择某一法律时,必须有一种合理的根据。这种合理的根据主要表现在所选择的法律必须与合同以及当事人之间存在着重要联系。美国《统一商法典》也规定,有关货物买卖合同,只有在某一国家或州与交易有“合理的关系”的情况下,当事人选择适用该国或州的法律才有效。

不过,在国际商事仲裁中,允许当事人自由选择实体法而不受合理联系的限制已比较普遍。至今,少有案例报告仲裁庭会以当事人选择法律与争议问题无实际联系为由拒绝接受当事人的法律选择。国际商会作为国际上享有盛名的国际仲裁机构,在许多裁决中都确认了当事人选择的与合同无联系的法律。如在一起有关许可证协议的争议中,当事人是一家纽约公司和一家法国公司,协议缔结地和履行地在法国和德国,仲裁员用瑞士法裁决了争议,因为

当事人已协议选择瑞士法为准据法^[1]。当事人之所以选择与争议无任何联系的某国法律为准据法,原因是多方面的:当事人各自不愿依据对方当事人的本国法,认为选择中立的法律对他们来说更为平等;或者因某国的法律更容易理解,对某个具体问题有更为详尽的规定而选择该国法。

不难看出,在国际商事仲裁领域,允许当事人享有广泛的法律选择自由,已成为当今国际商事仲裁法律适用理论和实践的发展趋势。这种意思自治原则的扩张,能否延伸到中国国内仲裁领域?由于中国现行仲裁立法采用二元立法体系,分为国内仲裁和涉外仲裁,在国内仲裁案件中当事人能否像涉外仲裁那样选择非国内法,目前立法尚无明确规定。就此问题,笔者认为伴随经济全球化的日渐发展,各国立法和实践关于可仲裁事项的范围不断扩大和拓展,支持仲裁,尊重当事人意愿已成为仲裁制度发展的潮流和趋势,同时,世界经济全球化和一体化极大地促使调整经济秩序的商事法律规范出现了趋同化,在此背景下,应当承认并肯定国内仲裁当事人亦享有这种权利,除非这种选择违背国内强行法的规定。

2. 当事人选择的法律中是否包括冲突规则

国际商事仲裁中当事人选择的法律在适用时,原则上应排除反致,即在适用当事人选择的某一国家的法律时不应包括该国法律中的冲突规范或国际私法规范。这与“反致不适用于合同”的国际私法规则是一致的。在国际商事仲裁实践中,有关仲裁规则使用的措辞,实际上已经排除了当事人选择法律中冲突规则的适用。1976年联合国国际贸易法委员会仲裁规则、美国仲裁协会国际仲裁规则、欧洲经济委员会仲裁规则、联合国亚洲及远东经济委员会仲裁规则等,均指明仲裁庭应依据当事人指定的实体法或适用于争议实体的法律判定争议,这就排除了仲裁庭适用当事人选择法律中冲突规则的可能性。1985年《示范法》第28条第1款首次明确规定,除非当事人另有规定,否则,规定适用某一国的法律或法律制度,应认为是直接指该国的实体法,而不是指该国的法律冲突规则。采纳《示范法》或受《示范法》影响的国家或地区多采用了这一规定,如《保加利亚国际商事仲裁法》第38条第1款、埃及《国际商事仲裁法案》第42条第1款,均采用了与《示范法》基本相同的措辞。中国在司法实践中,也拒绝在合同领域内适用反致。当然,对于该问题,目前国内学界尚存不同的看法和观点。有学者基于对当事人自由意志的尊重以及根据国际商事仲裁的“非本地化”或者“非国内化”理论,提出在涉外商事仲裁中当事人既可直接选择仲裁实体法,也可通过选择冲突规范来间接选择仲裁实体法^[2]。

(二)当事人选择法律的方式

当事人选择法律的方式有明示选择和默示选择。明示选择方式已得到各国的普遍接受。但对默示选择方式,各国的态度却并不一致^[3]。在国际商事仲裁实践中,仲裁员通过案件的相关情况或合同所使用的语言来判定当事人默示选择法律的情况是非常罕见的,他们大多依据当事人选择的仲裁地来推定当事人意图适用仲裁地国法。这一推定来源于拉丁格言“选择法院即选择法律”(qui indicem fo-

rum elegitius)。这种方法在国际商事仲裁实践中曾得到长期和普遍的采用。随着实践的发展,它逐渐暴露出不合理和不正确的一面:第一,当事人之所以选择某仲裁机构仲裁,是因为或出于便利、或出于中立、或出于信赖的考虑,并不意味着当事人同意或期望适用仲裁地国法律解决争议;第二,若仲裁地不是由当事人选择而是由仲裁员指定的,则仲裁地可能与争议没有多大联系,当事人甚至可能对仲裁地法毫无所知,更无从谈反映当事人的意图;第三,仲裁可能在不同地点举行,或在仲裁过程中变更仲裁地点,仲裁地点的这种变化性和不确定性,使当事人默示法律选择的意图难以确定。由此,对默示选择法律的推定就逐渐失去了理论依据与实践的支持。尽管如此,仍然有一些国家如美国承认默示选择方式。

(三)当事人选择法律的时间

当事人在最初订立合同、协议以仲裁作为解决争议的方式时,可以自由选择解决他们之间争议的法律。对于当事人在订立合同、发生争议以后能否选择仲裁实体法,从各国的立法来看,多数国家允许当事人在合同订立之后对原来支配合同的法律进行变更的选择。在仲裁实践中,一般认为,当事人在将争议提交仲裁时或在仲裁过程中就仲裁实体法作出选择,其目的是为了选择支配其相互间关系的法律规则,为仲裁员选择评判是非曲直的准则,那么,仲裁员就应该尊重当事人的选择,即使当事人对原已作出的法律选择作出更改,仲裁庭、仲裁员也都应尊重当事人更改原有选择的意愿。

从国际商事仲裁实践发展的趋势看,当事人的意思自治权在国际商事仲裁中应得到充分的尊重。即使是要对当事人法律选择加以限制,也应充分考虑到国际商事仲裁的性质和特点,并与国内法院审理国际民事诉讼案件中对当事人法律选择的限制区别开来。因为与作为司法活动的国际民事诉讼不同,国际商事仲裁是由民间机构所主持,仲裁员的权限主要来自当事人的授权,而非来源于国家。因此,除了受公共政策以及合法、善意原则的一般限制外,仲裁当事人选择仲裁实体法的自治权并不应像在国际民事诉讼中那样,受到诸多严格的制约。

二、仲裁庭确定仲裁实体法

在当事人没有法律选择的场合,仲裁员则肩负起选择仲裁实体法的任务。在仲裁当事人未选择应适用的法律时,仲裁员或仲裁庭如何确定案件应适用的实体法呢?对此在理论和实践中有许多不同主张和作法。这些不同主张和作法概括起来可分为两类。第一类主张和作法是由仲裁员先选择冲突规范,然后再根据冲突规范确定实体法。这种方法可称为“两步走”的办法。与此不同的另一类作法则是由仲裁员根据案件情况直接确定实体法而不再依据冲突规范。这就是所谓“一步到位”的办法。

(一)依冲突规范确定实体法

比较上述两种作法,“两步走”的方法是较为传统的作法。这种作法实际上导致了双重的法律冲突和法律选择,即第一步是选择出某一国家的冲突规范,第二步再依照冲突规范去确定实体法。这一点与法院选择准据法的作法有所不同。因为法官只涉及和考虑解决实体法的冲突,而在冲突规范方面只能适用法院地国的冲突规范,不存在去选择适用其

它国家冲突规范的问题。

大多数学者主张,在当事人未作法律选择的情况下,应赋予仲裁庭广泛的自由裁量权,由仲裁庭选择其认为适当的或可适用的冲突规则来确定仲裁实体法。这是有关仲裁实体法适用方面一种新的理论和实践。这种做法不要求仲裁庭必须适用仲裁地的冲突规则,而是给予仲裁庭较大的自主权和灵活性,由仲裁庭综合考虑各方面的因素决定可适用的冲突规则。这种作法打破了传统上固定适用某种冲突规范的僵化格局,使仲裁庭(员)可根据案件实际情况更加灵活地选择冲突规范,从而也使最终确定的实体法更加公平合理。《示范法》第28条第2款的规定便是采用这一作法的典型例证。该条款指出,如果当事各方没有选择实体法的任何约定时,“仲裁庭应适用它认为可适用的冲突规范所确定的法律”。仲裁庭可以选择的冲突规则的范围是非常广泛的,只要仲裁庭认为某冲突规则是合适的或依据该冲突规则指定的准据法是合适的,它就可以适用。一般说来,仲裁庭可适用的冲突规则主要有以下几个。

1. 适用仲裁地国的冲突规则

虽然仲裁庭并没有义务适用仲裁地冲突法,但并不排除仲裁庭可根据案件的实际情况认定仲裁地国的冲突规则是可适用的冲突规则。在国际商会的仲裁案件中,仲裁员曾多次适用仲裁地国的冲突规则确定仲裁的实体法。

2. 适用仲裁员本国的冲突规则

一些学者提出,当事人未作明示的法律选择时,由于仲裁员对其本国法律较为熟悉,适用其本国的冲突规则对仲裁员来讲是方便的,可以使仲裁任务简单化,因此可以适用仲裁员本国的冲突规则。

但这种方法具有不确定性,实际适用起来也会出现不少麻烦:第一,“仲裁员的本国”究竟是仲裁员的国籍国,还是仲裁员的住所或居所或惯常居所所在地国,是一个不确定的问题;第二,国籍是一个可变性连接因素,仲裁员的国籍出现冲突无论是积极的国籍冲突,还是消极的国籍冲突都会对选定冲突规则造成困难;第三,仲裁员的本国与争议可能并没有实际或重要联系;第四,在国际商事仲裁中,仲裁庭可能由不同国籍的仲裁员组成,适用哪一个仲裁员所属国的冲突规则,各国并没有一致的实践。如遇独任仲裁员被撤换,仲裁庭适用的冲突规范是否也要随之发生变更,也是一个问题。由于这些缺陷所致,在国际商事仲裁实践中,依仲裁员本国冲突规则确定仲裁实体法的做法并不多见。

3. 适用裁决执行地国的冲突规则

有些学者主张,应当适用承认和执行裁决地国家的冲突规则决定实体争议的准据法。其理由是,依裁决执行地国冲突规则确定的实体法作出裁决,可以保证仲裁裁决的可执行性。

这一主张有其现实性的考虑,但也有不尽合理之处。其一,虽然根据1958年《纽约公约》的规定,各缔约国在承认和执行裁决时,可援引公共秩序条款拒绝承认和执行外国仲裁裁决,但对公共秩序的解释都是非常严格的,一般不会将是否适用了执行地国的冲突法规则作为公共秩序条款加以援引,也就是说各缔约国对仲裁庭适用的冲突规则并不审查,是否适用了执行地国的冲突法规则,并不影响裁

决的可执行性;其二,要求仲裁员在确定争议实体法时就考虑执行地国的冲突规则也不现实。因为,在裁决作出之前的阶段,仲裁员一般难以预料裁决将在哪一国被申请承认与执行,并且仲裁裁决要在两个或两个以上的国家执行时,适用执行地国冲突规则,对于仲裁员来说也是十分困难的事情。

4. 适用与争议有最密切联系国家的冲突规则

“最密切联系”原则是 20 世纪 50 年代以后逐渐发展、完善的一项国际私法原则,各国均不同程度地接受了该原则。通过诉讼解决争议时,由于法官有义务适用本国的冲突规则,不存在冲突规则的选择问题,因此,不可能把“最密切联系”适用于选择冲突规则上。但在国际商事仲裁中,当事人未作法律选择时,则可以适用与争议有最密切联系国家的冲突规则确定仲裁实体法。如巴黎国际商会在仲裁一起案件时,仲裁员即以意大利法律体系与争议有密切联系为由,适用了意大利的冲突规则^[4]。

概而言之,根据冲突规则确定仲裁的实体法,是一种传统的方法。尽管这种方法被世界各国普遍采用,但它也存在着一定的缺陷。首先,在仲裁中适用冲突规则确定争议的实体法,必须要对冲突规则本身作出选择,而这会增加仲裁员的负担。其次,选择冲突规则并不存在可资援引的统一标准,很难避免仲裁员主观擅断,这种方法无疑赋予了仲裁员选择冲突规则极大的自由裁量权,以致造成实体法选择上的不确定性、缺乏预见性等不合理因素的增加,最终导致仲裁结果的确定性和可预见性难以实现。最后,冲突规则所指引的法律往往限于国内法的范畴,也就是说,冲突规则的适用,排除了非国内实体规则的适用。难以为仲裁提供充足的可适用的实体规则资源。

(二) 直接确定仲裁实体法

1. 理论的提出

鉴于根据冲突法规则确定仲裁的实体法带来了实体法和冲突规范的双重法律冲突和选择问题,仲裁中实体法的选择比诉讼中准据法的确定更加复杂和难以预见。于是,有学者认为与其赋予仲裁庭自由适用冲突规则确定实体法的权力,还不如赋予仲裁庭直接确定仲裁实体法的自由裁量权,以保证仲裁实体法的合理性和正当性。就是说仲裁员可不依任何冲突规则,直接运用其所选择的国内法解决合同争议的案件。最早提出不依冲突规则选择国内实体法以解决合同法律适用问题的是英国学者韦斯特莱克(Westlake),他曾提出:“决定一个合同的真正有效性和它的效力的法律,在英国应该根据实质性的考虑加以选取,它应是那个与行为有着最真实联系国家的法律。”^[5]对于这种作法,英国著名国际仲裁法专家雷德芬和亨特(A. Redfern & M. Hunter)明确指出:“如果仲裁员或仲裁庭能够被委派裁决争议,则可同时认为他们也被授权去确定作出裁决应依据的法律。如果当事人不希望仲裁庭(员)有此项自由权,则制约的方法仍在他们自己手中即事先或事后必须作出对法律的一致选择。”^[6]

最近几十年,在仲裁实践中亦出现了“直接适用国内法实体规则”的方法,即仲裁员不必确定和依靠任何冲突规则,而是根据案情需要,直接确定应适用的实体法规则。这既可以使仲裁员摆脱确定和适用

冲突规则的烦累,又能满足国际商事仲裁自身对仲裁实体法的需要,扩展适用实体规则的范围。而且,约定仲裁的当事人希望程序简化,并且可适用的法律能够具有确定性,从而能够尽快得到有确定法律效力的裁决,而不是期待复杂的重重法律适用的过程,“直接适用实体法规则”恰恰能实现当事人的这一愿望。

2. 直接适用方法的具体运用

(1) 直接适用国内实体法规则

仲裁员直接适用国内法的实体规则,主要有两种方法:一是比较的方法。即对与争议有联系国家的实体法规则进行分析比较,若发现其实体规则没有什么不同,且适用结果完全相同,仲裁员便可直接适用这些实体法规则,但这种方法只能适用于各国实体法规则“虚假冲突”的有限场合。二是最密切联系方法。当与争议有联系的数个国家的实体法规则内容不同,即仲裁员面临的法律冲突是“真正的法律冲突”时,最常用的方法就是最密切联系方法,即仲裁员通过对与争议有关联的诸多因素加以分析,确定其中与案件有最密切联系的国家的法律,直接适用于争议的实体问题。

一些学者担心仲裁员运用最密切联系原则时的自由裁量权会使案件的处理失去可预见性和结果的确定性,在实践中可能导致仲裁员的主观任意专断。依笔者看,就价值衡量来讲,仲裁裁决的公正性和有效性,较之法律适用的确定性和结果的可预见性显然更值得追求。另外,仲裁员享有广泛的自由裁量权,并不意味着他们可以肆意妄为,其仍要受到诸如道德等方面的约束,加之很多仲裁机构都制定了详细的仲裁员行为及道德规范,并有相应的惩戒措施。此外,多数国家仲裁立法和仲裁规则均要求仲裁员在裁决中说明理由,仲裁员必须表明其法律选择的合理性,这也在一定程度上减少了仲裁员法律选择的主观随意性。

(2) 适用现代商人法

20 世纪 50 至 60 年代,随着国际贸易的迅猛发展,在国际商事仲裁实践中,人们越来越多地谈论商人法的适用问题。为了与欧洲中世纪商人法相区别,学者冠之以“现代商人法”或“新商事习惯法”,或称之为“国际贸易法”、“国际商法”、“国际合同法”、“跨国法”等^[1]。关于现代商人法的概念,学者的表述不一,一般把它界定为“从事国际商事交易的人们普遍遵守的原则和规则”。具体说,则是指第二次世界大战以后,一些学者因不满国际贸易合同受制于内容彼此相异的各主权国家国内法的状况,而积极寻求的一种适用于日益发展变化着的国际贸易关系,并且能够反映国际贸易活动特征的法律制度^[7]。现代商人法的形式主要有国际条约、国际贸易惯例、标准格式合同等形式,如 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》、1924 年《海牙规则》、1968 年《维斯比规则》、1978 年《汉堡规则》、2000 年《国际贸易术语解释通则》、1993 年《跟单信用证统一惯例》(UCP500)以及各类标准合同。

在现代国际商事交往中,由于科学技术的进步和交通通讯工具的迅猛发展以及电子计算机的广泛应用,调整国际商事交易的法律规范也在许多方面日趋协调和统一。所以,现代商人法在国际商事仲

裁中的广泛适用乃是大势所趋。

三、“非法律标准”的适用

国际商事仲裁实践表明,在大多数情况下,仲裁庭(员)应依法确定当事人的实体权利与义务,判定争议的是非曲直。然而,在某些仲裁案件中,仲裁员则不必确定争议适用的实体法,仅依据合同条款或者公平善意原则,即可作出裁决。国际商事仲裁的性质和其在国际贸易中的作用,使仲裁员可以在当事人授权的情况下,适用“非法律标准”处理争议。这种作法已获得国际社会的普遍认同,并被国际、国内立法和仲裁实践所广泛采用。

(一) 契约条款和国际商事惯例的适用

1. 契约条款

合同条款作为当事人意思表示一致的直接反映,对当事人具有约束力,是法院或仲裁庭判定争议的重要依据,这是几乎所有法律体系都承认的,完全符合当事人意思自治原则。的确,为了保证当事人商业目的的实现,当事人总是设法以明晰的语言规定如何履行合同以及何时履行合同。然而,不论合同拟订得如何详细和周全,争议仍有可能发生。这时,审理合同争议的仲裁员就会像法官一样,首先从合同的目的、条款和签订的背景情况来考虑合同本身是如何规定的。从这一客观的立场出发,仲裁员总是力图使当事人约定的合同得以实施。作为表达当事人意愿的合同条款是仲裁员进行裁决的依据。合同的实际规定为解决合同争议提供了重要的根据。我们已经知道当事人意思自治在确定合同准据法中的突出地位,但是,除非法律规则带有强制性,必须直接适用,否则它们只是在“填补合同空白”时才被适用。在合同含有清楚和明白的规定的场合,当事人意思自治原则要求这些合同规定应被尊重和执行。因此,审理争议的仲裁员将力图根据合同的措词确定当事人实际表达的意愿并付诸实施。契约条款作为“当事人法”,是当事人意思自治权最直接和最充分的体现。在不违背有关国家强行法规范的前提下,仲裁庭自然应予以优先适用。尤其是在仲裁实体法对当事人之间的有关争议未作规定或规定含糊不清时,契约条款的作用更是无可替代的。

必须指出,完全依据合同条款判定争议,只能适用于有限的场合,并不具有普遍性。这种适用是建立在两个假定的基础之上的,即合同条款有效和合同条款充分详尽,足以解决争议。实际上,合同条款是否有效,本身就取决于它是否符合相关法律所规定的法定要件,如当事人是否有行为能力、当事人意思表示是否真实、合同条款是否违反强制性规则等。这只有依据仲裁所适用的法律,才能作出判断。此外,固然合同条款可以尽可能地详细,但若想包罗无遗,也不大可能。何况,某些合同法上的概念,如不可抗力、解除合同、损害赔偿等,其确切含义必须依据特定法律,才能予以确定。因此,完全依据合同条款作出裁决,属于一种例外情况,并非在所有情况下都能取代法律的选择和适用。

2. 国际商事惯例

除了契约条款之外,有关国际商事惯例也是仲裁员必须予以考虑的。国际商事惯例是在长期的国际商事实践中形成的习惯做法或特定方式,是国际商事实践中为大家所遵循的类似于行为规范的准

则。这些惯例是在国际贸易和经济交往中产生和发展起来的商业习惯,是一些在私人 and 私人团体间形成的作用上类似于法律的规则。这些惯例往往经过某些专业行会的编纂而表现为书面的规范,如经国际商会编纂出版的《国际贸易术语解释通则》及《跟单信用证统一惯例》等。

国际商事惯例对当事人的效力则通常基于当事人的明示的同意。在通常情况下,国际经济交往的当事人不仅可以决定是否采用及采用何种国际商事惯例,而且可以在采用某一惯例时对其内容加以修改。所以说国际商事惯例经常起着一种标准合同条款的作用。但也有例外的情况:有时当事人没有选择适用国际商事惯例,但法官或仲裁员却可能主动地依其认为应适用的国际惯例来确定当事人之间的权利义务关系,这时所适用的国际商事惯例便更具法律规范而不是合同条款的性质了。

(二) 公允及善良原则

在国际商事仲裁中,仲裁庭基于当事人明确授权,可以依据它所认为的公正与善意或衡平与善良标准对案件作出有约束力的仲裁裁决,而无须适用任何法律。据此进行的仲裁通常被称为“友好仲裁”或“友谊仲裁”。这是国际商事仲裁中的一种特殊仲裁方式,是不根据任何法律而依仲裁人自认为符合公平合理的要求作出的有约束力的裁决。依公平善意原则解决国际争议,最早见之于1907年《关于和平解决国际争端的日内瓦公约》,后被广泛适用于解决国际商事争议。目前这种作法已被许多国际公约、国际常设仲裁机构仲裁规则以及许多国家尤其是大陆法系国家所接受⁽²⁾。

应当指出,公平善意原则本身是一个主观、抽象的标准,在实践中主要取决于仲裁员的判断,并无客观标准可循。当事人授权仲裁员作为友好调解人行事时,并非没有意识到这一点。但在当事人感觉到其合同关系的国际性和技术性过于复杂,以至于选择适用某特定国家国内法有一定困难时,为求案件获得公平解决,当事人还是愿意授权仲裁员基于公平和正义的观念行事,那么,即使仲裁员作出了背离法律的裁决,当事人也应当接受这一裁决结果。实际上,由于仲裁员来自不同的国家,所处的政治、经济、文化、法律环境及所受教育的不同,所持公正、公平、正义等观念肯定有所不同,具体到个案的判定,必然会有差异,难以避免仲裁裁决的主观随意性。为此,许多国家对友好仲裁持十分谨慎的态度就不难理解了。

关于友好仲裁,中国现行仲裁立法尚无明确规定。在学界,对当事人授权仲裁庭适用公平善意原则进行仲裁多持否定态度,尤其是在涉及国际投资争议的仲裁中,学者认为其概念含糊,客观上无一定标准,往往因人而异,根据这种原则作出的判断很难预料。

不过,中国2005年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第43条第1款规定,“仲裁庭应当根据事实,依据法律和合同规定,参考国际惯例,并遵循公平合理原则,独立公正地作出裁决”。从该条规定看,“公平合理原则”尽管只是一个辅助的法律适用原则,但该仲裁规则第44条又规定:“当事人在仲裁庭之外自行达成和解的,可以请求仲裁庭根据其

和解协议的内容作出裁决书结案……当事人在仲裁委员会之外通过调解达成和解协议的,可以凭当事人达成的由仲裁委员会仲裁的仲裁协议和他们的和解协议,请求仲裁委员会指定一名独任仲裁员,按照和解协议的内容作出仲裁裁决。”其实,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的这两条规定似乎还可以从中国现行的1994年《仲裁法》中找到依据。《仲裁法》第7条“仲裁应当根据事实,符合法律规定,公平合理地解决纠纷”;第54条“裁决书应当写明仲裁请求、争议事项、裁决理由……当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的,可以不写”。笔者认为,应把这有限的法律条文看作是在中国现行法制条件下,为仲裁庭实际上按公允及善良原则裁决案件保留了适度空间。时下,中国正在讨论修订已施行10年之久的《仲裁法》,从顺应仲裁制度发展趋势和满足仲裁实践需要的角度,在立法上确认公平善意原则应当成为新修订的《仲裁法》的重要内容。

在授权仲裁员依据公平善意作出裁决的问题上,中国台湾地区1998年颁行的《仲裁法》则作出了明确的规定:“仲裁庭经当事人明示合意者,得适用衡平原则为判断(第31条)。”在此,衡平原则就是公平善意原则。从历史上看,这也是中国台湾地区自1961年颁行《商务仲裁条例》以来,第一次立法确认“衡平原则”,亦即友好仲裁的效力。综观中国台湾地区现行《仲裁法》,应该看到中国台湾仲裁法不仅广泛借鉴英、美、德、日等国仲裁制度,而且注重吸收《示范法》的先进立法经验,其立法思想和具体规范基本符合仲裁制度的最新发展趋势,尤其确立了效率优先的基本价值取向,既注重扩大当事人意思自治的范围与程度,又赋予仲裁庭较大权力,把仲裁机制中权利与权力的平衡推向新的高度,保障并促进了仲裁程序的便捷进行。确立“衡平原则”便是这一趋势的重要体现。

参考文献:

- (1) 据《牛津法律大辞典》解释,商人法是指产生于中世纪西欧商人中间,调整他们彼此间关系的一系列习惯和法律。参见(英)戴维·M·沃克《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第524页。
- (2) 如1961年《欧洲公约》、1965年《华盛顿公约》;UNCITRAL仲裁规则、国际商会仲裁规则、美国仲裁协会国际仲裁规则;瑞士、荷兰、法国、罗马尼亚、比利时、葡萄牙、印度尼西亚、埃及以及采纳1985年《示范法》的国家和地区,均允许仲裁员基于当事人授权,而依公平善意裁决。参见:程德钧主编《涉外仲裁与法律(第一辑)》,中国人民大学出版社1992年版;程德钧、王生长主编《涉外仲裁与法律(第二辑)》,中国统计出版社1994年版;卢峻主编《国际私法公约集》,上海社会科学院出版社1986年版。

参考文献:

- [1] 韩健著. 现代国际商事仲裁法的理论与实践[M]. 北京:法律出版社,2000:286.
- [2] 刘想树. 中国涉外仲裁裁决制度与学理研究[M]. 北京:法律出版社,2001:140-141.
- [3] 刘仁山. “意思自治原则”在国际商事合同法律适用中的适用限制[J]. 武汉大学学报(人文社会科学版),1996(4):62-67.
- [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,1993:231-232.
- [5] 李双元. 国际私法(冲突法篇)[M]. 武汉大学出版社,1987:350.
- [6] REDFERN A, HUNTER M. Law and Practice of International Commercial Arbitration[M]. SWEET&MAXWELL, 1991:126-127.
- [5] 徐国建. 现代商人法论[J]. 中国社会科学,1993(3):101-108.

On the Legal Application of Substantial Issues in International Commercial Arbitration

PEI Pu

(School of Economic and Trade Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Arbitration, as a solution to social conflicts, is a most institutionalized approach to conflicts outside judicial domain. The substantive law applicable to arbitration is the main legal authority in determining the disputed rights and obligations of both parties, and adjudicating the merits of the case. Such applicable substantive law is critical to the outcome of the arbitration in the disputed matter, and in practice, it is paid great attention by the relevant parties and the arbitration forum.

Key words: intended autonomy; substantial issue; criterion act

(责任编辑 胡志平)