

■ 国际法

比照适用抑或特别规定:从国际商事仲裁的法律适用谈起

宋 连 斌

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 宋连斌(1966-), 男, 湖北恩施人, 武汉大学国际法研究所副教授, 法学博士, 主要从事国际私法研究。

[摘 要] 国际私法传统上的以法院为惟一视角的“诉讼中心主义”存在诸多弊端, 忽视法律适用问题阻碍了中国国际商事仲裁的国际化, 现代国际私法立法应对国际商事仲裁问题作出特别规定。根据《中华人民共和国民法(草案)》第九编的体例和宗旨, 建议对仲裁协议和国际商事仲裁实体问题的法律适用作出规定。

[关键词] 国际商事仲裁; 法律适用; 国际私法立法; 诉讼中心主义

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)06-0837-06

长期以来, 解决国际民商事争议的法律途径, 得到普遍接受者有二: 国际民事诉讼与国际商事仲裁。20 世纪中后期随着 ADR (Alternative Dispute Resolution) 的勃兴, 尤其是 2002 年联合国大会通过《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》后, 此种状况已在改变。但总体上, 国际民商事争议解决领域的“双峰对峙、二水分流”, 仍占主导地位, 至少从制度化的程度上看是如此。当今世界上, 国际民事诉讼制度的发达为题中应有之义, 而国际商事仲裁的日益诉讼化, 尽管颇具争议, 却也是不争的事实。这就需要人们考虑, 在法律适用方面, 国际商事仲裁有无特殊性; 在国际私法立法及研究上, 奉行“诉讼中心主义”是否合适。本文拟结合“《中华人民共和国民法(草案)》第九编”(下称草案第九编)加以阐述。

一

在仲裁与诉讼的互动关系中, 究竟是仲裁摹仿诉讼, 还是诉讼起源于仲裁, 类似于“鸡生蛋、蛋生鸡”的问题。但不可否认的是, 法律意义上仲裁制度的完善, 就是一个诉讼化的过程。起码自近代以来, 诉讼居中心, 仲裁在边缘, 仲裁是诉讼的有益补充。事实上, 诉讼程序和仲裁程序形式上是相似的, 法官和仲裁员都是在判案。所以, 各国通常对国际商事仲裁的法律适用不作单独规定, 甚至也不明文提及参照国际私法的有关规定执行。显然, 并非国际商事仲裁不涉及法律适用, 而是一个隐含的惯常作法在起作用: 处理国际民商事事件时, 如仲裁法没有特别规定, 则仲裁员像法官一样做。诚然, 各种仲裁立法、仲裁规则并非以逻辑严密见长, 之所以能运转自如, 这是一大原因。

从立法体例看, 大陆法系国家通常在民事诉讼法中对仲裁作出特别规定, 典型的如法国《新民事诉讼法典》第 4 卷第 5 编、德国《民事诉讼法典》第 10 编。实践中, 若特别规定不够详尽, 仲裁员会自然而然地援引其它内容。一些法规也明确规定可以准用诉讼法的规定。英美法系国家虽然采用单行法的形

式制订仲裁法,但心理上常认为仲裁系基于衡平而非严格的法律规范,如 1925 年《美利坚合众国仲裁法》、英国《1950 年仲裁法》都没有法律适用条款。在当代,两大法系之间的这种分歧已渐趋和缓。一些大陆法系国家制定了单行法,而英美法系国家的仲裁,法律性的因素也越来越多。受 1985 年《联合国国际商事仲裁示范法》(第 19、28 条分别规定了仲裁程序、实体问题的法律适用规则)的影响,新近颁布的仲裁法或仲裁规则都有明确的法律适用条款。

从现代仲裁立法及实践看,国际商事仲裁的法律适用并不是国际民事诉讼的简单翻版,其特殊性表现在以下几个方面:

(一)程序问题的法律适用

在程序问题的法律适用上,国际民事诉讼是铁板一块:程序问题适用法院地法。这是国际私法上最没有争议的一条规则,当事人和法官均没有挑选的余地。在国际商事仲裁中,早期人们认为仲裁地与法院地性质类同,因而仲裁程序适用仲裁地的法律。20 世纪中以来,情况则完全不同:首先,越来越多的仲裁法和仲裁规则规定,当事人有权选择支配仲裁程序的法律,也就是说当事人可以选择仲裁法。其次,若当事人未选择仲裁法,则仲裁庭有权确定。最后,当事人和仲裁庭还可以使仲裁不依赖于任何国家的仲裁法,这就是所谓的国际商事仲裁的非仲裁地化。

无论哪种情况,国际商事仲裁可以脱离特定国家程序法的倾向是十分明显的。纵向比较更能说明问题。国际商会 1955 年规则第 11 条规定:“仲裁程序受本规则管辖,本规则没有规定的,受当事人约定的,或当事人未约定时,受仲裁庭举行程序的国家的程序法管辖。”1988 年规则第 11 条则规定:“仲裁庭审理案件的程序适用本规则。本规则没有规定的,适用当事人约定的,或当事人未约定时仲裁庭确定的规则,无论仲裁庭是否援用国内程序法。”

1998 年规则第 15 条也有类似规定。在国际商会的仲裁中,虽然没有统计资料,但据估计,仅有少部分当事人或仲裁员选择适用某一国家的程序法^[1](第 273 页)。

(二)实体问题的法律适用

在国际民事诉讼中,法官通常按照当事人选择的法律或者本国的冲突规范来决定实体问题。特殊情况下,还有所谓直接适用的法。如相关问题上存在可以适用的国际统一实体私法,同样也是处理实体问题的依据。总之,法官无论是通过判决还是调解的方式解决争议,法院地法的制约是无法避免的。

从法律适用的角度看,国际商事仲裁可分为依法仲裁和友好仲裁(amicable composition)。在实体问题的法律适用上,依法仲裁与诉讼最为接近,但其灵活性却是后者无法企及的,两者的差异也极为明显。其一,在国际商事仲裁中,对于当事人选择准据法的权利,一般没有什么限制,至少从各种仲裁立法和仲裁规则中的法律适用条款看是如此。在国际民事诉讼中,对当事人意思自治有所限制则是普遍作法^[2](第 525-534 页)。其二,在当事人没有选择准据法的情况下,国际民事诉讼中,如无例外,法官将根据法院地的国际私法规则来确定实体问题的准据法。而在国际商事仲裁中,至少存在以下 4 种做法。(1)传统上,仲裁员像法官一样分两步走,依照仲裁地的冲突规范确定准据法。如 1975 年之前,国际商会的仲裁员在这种情形下像法官一样,适用仲裁地的冲突规范确定实体问题的准据法。国际法学会 1957 年的一个决议明确提到:“争议实体问题准据法的确定必须依据仲裁庭所在地的冲突法规则。”现代国际商事仲裁实践中,适用仲裁地国际私法规则的情形虽不少见,但普遍认为,仲裁员这样做,并非出于法律义务。(2)随着国际商事仲裁的契约性、国际性日益得以彰显,人们不再错误地将仲裁员类比于法官。以 1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 33 条为代表,仲裁员在确定争议实体问题的准据法时,虽然还在“两步走”,但不必再受制于仲裁地的冲突规范,而是适用其认为适当的冲突规范。1961 年《欧洲国际商事仲裁公约》第 7 条、1985 年《联合国国际商事仲裁示范法》第 28 条等都有类似规定。(3)仲裁庭径直适用最密切联系原则来确定仲裁实体问题的准据法,1987 年瑞士《关于国际私法的联邦法》第 187 条、1998 年《德国仲裁协会仲裁规则》第 23 条等即如此规定。(4)20 世纪 80 年代以来,国际商事仲裁实体问题的法律适用出现了一种实体化的趋向,仲裁庭在当事人没有选择准据法时,适用其认为适当的法

律。这种做法虽然没有排除冲突法的作用,但毕竟为仲裁员绕过冲突法打开了方便之门。如1998年《国际商会仲裁规则》第17条规定:“当事人得自由约定仲裁庭处理案件实体问题所应适用的法律规则。当事人没有约定的,仲裁庭适用其认为适当的法律规则。”这一实体化趋向甚至明显地超过了前述三种实践。当然,这种做法太过灵活,仲裁员被认为赋予了过大的权力,因此,稳健的第2、3种做法也得到较为普遍的支持。

至于友好仲裁,则与诉讼有霄壤之别。友好仲裁意味着仲裁员可依据公允及善良(*ex aequo et bono*)原则或衡平(*aequitas*)观念,而不必严格依照法律,作出裁决。无疑,法官是不能这样判案的。友好仲裁的进行,大多数情况下是依照当事人的明示授权,但也有个别国家或机构规定,只要当事人未明确授权仲裁员根据法律作出裁决,仲裁庭即可进行友好仲裁。友好仲裁起源于欧洲大陆,现在国际商事仲裁中得到普遍运用。以前英国是不承认友好仲裁的典型,但其《1996年仲裁法》第46条规定,仲裁庭依照当事人选择的适用于实体问题的法律,或者当事人所约定的或仲裁庭所决定的其他因素,对争议作出裁决。这说明,在该国进行友好仲裁也是可能的^[3](第4页)。

值得注意的是,国际商事仲裁庭所适用的“法”与法官所适用的“法”概念上也有所区别。法官所用的法是“本地法”,以及纳入本地法的外国法、国际条约、国际惯例等,而仲裁庭所用的法是“法律规则”(rules of law),除了严格意义上的国家法外,还包括其他规范,尤其是现代商人法(*lex mercatoria*)。如法国《新民事诉讼法典》第1496条规定,当事人未选择法律时,仲裁员应适用他认为适当的法律规则决定争议。显然,若当事人未选择法律,仲裁员可以适用国内法,也可以适用国际法,直至商人法。尽管在这一问题上还有不同的看法,但普遍认为,国际商事仲裁中,仲裁员受到法律形式主义和概念主义的束缚要小得多,仲裁与商人法的互动使两者都获得了新的活力,并趋于完善^[4](第343页)。

(三)仲裁协议的法律适用

虽然仲裁协议的性质存在争论,但除了违约救济,仲裁协议和普通商事合同大致无异。1994年《意大利民事诉讼法》第807条明文规定:“仲裁合同应适用支配一般业务活动的合同有效性的规定。”事实上,仅为数不多的仲裁法和仲裁规则对仲裁协议的法律适用单独作出规定。《纽约公约》第5条第1款第1项在规定拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由时,间接限定了仲裁协议的准据法。这一普遍做法,和普通商事合同准据法的确定并无本质区别,仲裁地法就是与仲裁协议有最密切联系的法律,也是仲裁协议特征性履行地的法律。

关于仲裁协议,仲裁立法和仲裁规则的重点在于:对仲裁协议的书面形式进行宽松的规定和扩大解释,以在新的时代适应《纽约公约》的要求;在仲裁协议的效力认定上,力图进一步体现支持仲裁的政策,统一强制执行仲裁协议的方式。也正因为如此,仲裁协议的法律适用表现出特别之处:仲裁庭或法官还会依跨国法律观念,如一般法律原则、保护当事人的正当期望、国际商事惯例等,或者依尽量使其有效的原则(*in favorem of validitatis*),来确定仲裁协议的效力。较为典型的是瑞士《关于国际私法的联邦法》第178条第2款的规定:“如果仲裁协议符合当事人所选择的法律或适用于争议事项的法律特别是主合同的准据法或瑞士法律的规定,即在实质上为有效。”法律规定数种标准,仲裁协议只要符合其中一种即为有效,这种做法更有利于国际商事仲裁。

通过以上论述,不妨得出以下结论:

1. 国际商事仲裁的法律适用一般包括三个方面的内容:仲裁协议的法律适用、仲裁程序的法律适用以及实体问题的法律适用。由于仲裁协议的效力认定是法院和仲裁员共有的权力,法官在认定仲裁协议效力时,可能不存在相应的仲裁,故国际商事仲裁的法律适用仅指后两者。在国际私法立法中,是否针对这三个方面作出特别规定,各国的作法不尽相同,但对后两个方面作出规定的,则较为常见。

2. 国际商事仲裁的独立价值愈来愈得到充分的认识。当代各国的仲裁立法已充分显示,在法律适用上,仲裁同于诉讼的观点已不合时宜。国际商事仲裁的法律适用明显更灵活、更尊重当事人意思自治,非法律标准的适用也得到认同。即使是实体问题的法律适用,国际商事仲裁也有着鲜明的个性,绝

非简单套用而已。可见,仲裁作为商人社会自治的手段,其商业、社会、文化功能日益为人们所发现。也正因为如此,各国仲裁立法越来越趋于宽松,以期成为或继续保持国际仲裁中心的地位。

3. 在法律适用上,仲裁地的作用在淡化。当代国际商事仲裁实践中,当事人常常需要确定仲裁地,但仲裁地的选择可能仅仅出于方便、经济及仲裁管理质量、仲裁法律环境等因素,仲裁地甚至只是满足《纽约公约》要求的符号。尽管仲裁员有适用仲裁地法的天然倾向,而且可能是仲裁员最熟悉的法律,但不难看出,仲裁地不可能与法院地相提并论,更不可能承载法院地在国际私法上的意义,仲裁员也没有适用仲裁地法的绝对义务。现代仲裁法与其说是国家控制仲裁的工具,不如说是当事人和仲裁员据以解决争议的自由平台。

4. 国际商事仲裁法律适用上的种种特性,体现了支持仲裁或曰有利仲裁的价值取向。仲裁地作用的淡化与仲裁地主义的回归,看似二律背反,却是仲裁自由政策在现实国际法律环境尤其是《纽约公约》背景下的最大化含括,人们既享受到仲裁进程中的高度自治,又不至于丧失强制执行的后盾。不从仲裁自身的特点看待仲裁,将仲裁类比于诉讼,恰恰就是背离这一政策的表现。

正因为国际商事仲裁在法律适用上的特色,随着仲裁实践的发达,瑞典仲裁专家 Gillis Wetter 指出,类似于美国普通法的产生,现今世界已出现了仲裁国际法(the international law of arbitration)。而商人法的复兴,正如 W. Laurence Craig、William W. Park 与 Jan Paulsson 等专家主张,使得仲裁正义(arbitral justice)的概念不容忽视^[1](第 605 页)。

二

或许传统的影响衰而不绝,或许仲裁正义尚属自发演进,还未成为人们的自觉追求,现在的国际私法中,尤其是在冲突法领域,规则的制定、适用及解释,以诉讼为当然视角,形成了所谓的“诉讼中心主义”,且称国际私法是“法官法”(Richterrecht)。这种情形中外皆有。以全国高等学校法学专业核心课程教材《国际私法》(韩德培主编,高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版)为例,该书第 8 章“冲突法的一般问题”,涉及识别、反致、先决问题、法律规避、外国法内容的查明与公共秩序保留等制度,无一不是从诉讼的角度进行论述。而这些问题在仲裁领域,都是有其特殊性和复杂性的。

“诉讼中心主义”并非没有考虑到法官以外的执法者,而是潜意识里以为,通过类推即可将国际私法规则适用于国际商事仲裁以及其它可能的领域,从而造成了有意无意的忽略。之所以如此,是因为早期国际商事仲裁处于边缘地位,影响力及法律化程度不及今天,况且,当时的仲裁范围局限于国际贸易方面的合同纠纷,稍加变通,法律适用问题就能解决,不足以形成自己的特色,难以引起重视。再者,从造法技术上看,为少量的国际商事仲裁案件而节外生枝,也是不合算的,类推实在不失可取之处。然而时至今日,仍然继续这个“有意无意的忽略”,则不是萧规曹随,而是墨守成规了。草案第九编诞生于 21 世纪初,没有理由不注意到国际商事仲裁法律适用的特殊性。

草案第九编共 94 条,7,000 余字,提及“仲裁”二字的,仅第 12 条:“依照本法规定应当适用的法律为某外国法律,当事人不能提供或者法院、仲裁机构、行政机关无法查明该外国法律,可以适用中华人民共和国相应的法律。”单从这一条看,起草者视野宽广,但遗憾的是,未能贯彻始终。这可能是因为上文提及的“忽略”,更可能是因为起草者考虑到修订《仲裁法》时再规定国际商事仲裁的问题。而且,从立法体例上看,倘若未来的民法典是由一系列单行法组成,岂不是法规汇编?这也从一个侧面说明,中国国际私法立法选择法典化的路径更为可取,否则难免顾此失彼。

事实上,草案第九编确有很多规定是通用的。如第 36 条:“运输中的动产所有权,适用运输目的地法律。”当然既适用于诉讼,也适用于仲裁。但有些规定则不尽然。如第 6 条:“对于连结点的认定,除自然人和法人的国籍外,适用法院所在地法律。”谁也不能断言,国际商事仲裁中不涉及到对连结点的认定。第 84 条:“船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿,适用受理案件的法院所在地法律。”该条想必不是意

在否定此种损害赔偿案件的可仲裁性。衡诸本文的主旨,草案第九编第1条就值得推敲:“下列情形之一的,为涉外民事关系:(1)民事关系的一方是外国人、无国籍人、外国法人、国际组织、外国国家;(2)民事关系一方的住所、经常居住地或者营业所位于中华人民共和国领域外;(3)民事关系的标的在中华人民共和国领域外,或者争议标的物移转越出一国国界;(4)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外。中华人民共和国的自然人之间、法人之间或者自然人和法人之间的民事关系,其标的物以及履行地不在中华人民共和国领域外的,不得选择适用外国法律。”姑且不论第1款第3项后半段与第2款可能有抵触,仅看第2款,就与1985年《联合国国际商事仲裁示范法》第1条第3款(C)项(“当事各方明确地同意,仲裁协议的标的与一个以上的国家有关”)、2002年《国际商事调解示范法》第1条第6款(“本法也适用于双方当事人约定其调解是国际调解的或者约定适用本法的商事调解”)不同。中国当然可以不采纳这两个示范法的做法,但鉴于草案第九编未规定国际商事仲裁,《仲裁法》尚待修订,调解还未立法,现在留有余地,应更为妥当。而完全依靠草案第九编第16条“其他法律对涉外民事关系的法律适用另有规定的,依照其规定”这个总的逃避条款,不够明确。

众所周知,草案第九编借鉴了《中华人民共和国国际私法示范法》(中国国际私法学会主持起草,法律出版社2000年版),后者不能说没有遗珠之误,但前者也不是青出于蓝而胜于蓝,似不避讳买椟还珠。该示范法共166条,明确提及仲裁的,有7条。数量当然不能完全说明问题,而该示范法一些规定的内涵更值得重视。如第18条规定:“程序问题,适用法院地法,但本法另有规定的除外。”这就与第152条关于仲裁程序的法律适用遥相呼应。不可否认,很多法律适用问题是法院独有的,但某些法律关系,法院不是惟一的处理器,立法者对此不能一概而论。就本文而言,要而言之,草案第九编的缺失不在于只有一条涉及仲裁,而在于没有自觉的仲裁视角。

三

细究起来,国际民商事事件的法律适用,诉讼中遇到的问题,仲裁中同样也可能遇到,且其中相当部分有着自己的特殊性,类推或者将仲裁员与法官类比不能完全解决问题。理论上讲,立法者甚至可以为国际商事仲裁制定一部法律适用法。当然,这样做是不必要的。正如前文所述,国际民事诉讼与国际商事仲裁中的法律适用规则,共同之处不在少数,尤其是合同的法律适用,二者较为相似,而合同纠纷是国际商事仲裁的主要对象。因此,单独立法技术上存在困难。其次,国际商事仲裁的发展必须在寻求制度化和避免诉讼化的悖论之间求得平衡。在法治语境下,仲裁的现代化就意味着制度化,而制度化,也就意味着必须重视“诉讼的技巧”(arts of litigation),仲裁员仅仅“发现公正”(discovery of right)是不够的。事实上,现代国际商事仲裁实务中,没有律师参与,倒是例外情形。如果在法律适用上对国际商事仲裁规范过多,仲裁的诉讼化倾向会得到加强,其灵活性亦会丧失殆尽。仲裁界早就有专家警示:仲裁员不必模仿法院;诉讼化的结果是仲裁面临“恐龙的命运”(the fate of the Dinosaur)。为免ADR重蹈覆辙,甚至有人称:律师及仲裁员离ADR越远,和解的机会就越大;商事争议解决中,越少“法律工作”(lawyering),就越好^[5](第263页)。

虽然国际上没有一部仲裁的法律适用法,但在各种立法中特别规定国际商事仲裁法律适用的却越来越多,而国际私法中规定仲裁问题的,也不少见。定稿于1969年的美国《第二次冲突法重述》主要是法律适用法,也设专节规定国际商事仲裁的问题。仲裁发达的国家,较好地规定国际商事仲裁法律适用的立法是很多的,近期颁布的一些国际仲裁规则则更有创新,如英国《1996年仲裁法》、《国际商会仲裁规则》,乃至《联合国国际商事仲裁示范法》,可以为借镜。总的来说,为协调国际民事诉讼与国际商事仲裁在法律适用上的复杂关系,当事人意思自治原则被提升到一个新的高度。关于国际商事仲裁程序问题和实体问题的法律适用,若当事人未作选择,则可由仲裁庭确定。对于后者,仲裁庭的做法有所区别,一种是适用仲裁庭认为适当的冲突规范,一种是适用仲裁庭认为适当的法律规则。仲裁庭的这种权力,

是当事人意思自治的延伸。

中国的涉外立法中,还没有涉及国际商事仲裁的法律适用。仲裁规则中,以中国国际经济贸易仲裁委员会为例,其 2000 年规则仅第 53 条涉及法律适用:“仲裁庭应当根据事实,依照法律和合同规定,参考国际惯例,并遵循公平合理原则,独立公正地作出裁决。”很明显,该条不是国际私法规范,内容单一,缺乏层次,在依法仲裁与友好仲裁上含混其辞。新组建的仲裁委员会中,北京仲裁委员会、武汉仲裁委员会等参照国际经验作了有益的尝试。但总的来说,关于国际商事仲裁的法律适用,在法律界没有引起足够的重视。这既和中国没有太多真正的国际仲裁案件有关,也和仲裁界的忽视有关,10 年前涉外仲裁机构的裁决书还几乎不交代法律适用。这一点,已严重阻碍了中国国际商事仲裁的国际化。在 WTO 体制下的开放环境中,中国仲裁还得直面国际竞争。

有鉴于此,将来的民法典决不可对国际商事仲裁的法律适用只字不提,而且基于仲裁对有关条文予以梳理亦有必要。限于体例和宗旨,草案第九编全面规定国际商事仲裁的问题已不可能。但至少可在“债权”部分规定仲裁协议的法律适用,最好当然是在草案第九编“侵权”部分之后另设一章“国际商事仲裁”,分别规定仲裁协议、仲裁实体问题的法律适用。其他问题以及需要进一步详细规定的问题,可留待《民事诉讼法》、《仲裁法》修订时规定。

[参 考 文 献]

- [1] W. L. Craig. International Chamber of Commerce Arbitration[M]. New York: Oceana Publications. Inc., 1990.
- [2] 李双元. 国际私法(冲突法篇)[M]. 武汉:武汉大学出版社,2001.
- [3] 黄进,宋连斌,徐前权. 仲裁法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
- [4] 郑远民. 现代商人法研究[M]. 北京:法律出版社,2001.
- [5] Fali S. Nariman. The Spirit of Arbitration[J]. Arbitration International, 2000, (3).

(责任编辑 车 英)

Analogous Application or Specific Provisions: from the Perspective of the Applicable Law of International Commercial Arbitration

SONG Lian-bin

(Research Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: SONG Lian-bin (1966-), male, Doctor, Associate professor, Research Institute of International Law, Wuhan University, majoring in private international law.

Abstract: This paper discusses the particularity of applicable law in international commercial arbitration, with the conclusion that it is not advisable to stick to the traditional Litigation-centralized Doctrine of private international law, and that the internationalization of China international commercial arbitration has been hampered by the overlook of applicable law issue. With reference to Part Nine of Civil Code of P. R. C (draft) and considering the structure and purposes thereof, this paper suggests that only applicable law of arbitration agreement and of substance aspect of international commercial arbitration be provided in the Code.

Key words: international commercial arbitration; applicable law; legislation of private international law; litigation-centralized doctrine