

■ 国际法

国际商事仲裁中的法律适用的若干问题探析

张 江 敏

(澳门科技大学 法学院, 澳门)

[作者简介] 张江敏(1964-), 男, 河北乐亭人, 澳门科技大学法学院副教授, 主要从事国际私法、国际经济法研究。

[摘 要] 随着国际经济贸易交往的日益频繁, 使用国际商事仲裁的方法解决国际贸易、投资、知识产权等领域的纠纷也日益增多。国际商事仲裁领域中的法律适用问题, 即涉及到国际私法中有关冲突法的理论, 又关涉各国的国内有关涉外民商事案件法律适用以及国际民事诉讼的实体法。

[关键词] 国际商事仲裁; 冲突法; 准据法; 强行法规则

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)06-0738-05

当今世界, 解决国际民事商事争议的途径不外乎诉讼与仲裁两种方法。鉴于各国实体法非出一源, 以何国特定的实体法(即准据法)作为处理争议的依据直接决定了当事人法律上的命运, 因此, 无论是国际民事诉讼还是国际商事仲裁, 均将实体法的适用作为核心问题。有关国际民事诉讼中实体法的适用是国际私法的基本制度, 经过国际私法 700 多年的嬗变, 这一制度已基本定型。然而, 有关国际商事仲裁中实体法的适用, 各国立法与实践迥然不同。一些国家在本国国际私法中专门规定仲裁的准据法, 而更多的国家则未在立法中专门规定仲裁的准据法。这就向人们提出这样一个法律问题: 在国际民事诉讼与国际商事仲裁中, 实体法的适用是采用同样的原则, 抑或各自采用不同的原则? 各国国际私法的规定除了适用于国际民事诉讼的法律适用外, 是否当然适用于国际商事仲裁的法律适用?

国际商事仲裁的法律适用应有别于国际民事诉讼。然而, 这一问题并非如此简单。如: 我国《民法通则》第 145 条、《合同法》第 126 条有关涉外合同的法律适用规定是否必须适用于国际商事仲裁? 如果答案是否定的, 那么《合同法》第 126 条第 2 款、《中外合资经营企业法实施条例》第 15 条关于在中国境内履行的中外合资经营企业合同一律适用中国法的规定是否适用于国际商事仲裁? 在触及这些敏感问题时, 理论界较为激进, 不少人持否定态度, 而仲裁实务部门人士大多犹豫不决, 或持保留态度, 但提出的法律依据难以令人信服。笔者认为, 国际商事仲裁制度在中国实施至今已近半个世纪, 一些表面看来似乎已成定论的问题, 深究下去, 可能是似是而非的。作为法学工作者, 应该本着实事求是的态度, 直面实践中存在的难题, 积极探索学术真谛。有鉴于此, 本文拟对国际商事仲裁法律适用中存在疑议的一些问题进行学理探讨。

—

在国际民事诉讼中, 法律适用相对简单, 无例外地适用法院地的程序法与冲突法, 并且按照法院地的冲突规范确定所应适用的实体法。而在国际商事仲裁中, 法律适用可以逸出仲裁地法律的控制, 当事人可以自主地选择程序法、冲突法与实体法。一起国际商事仲裁通常面临 3 个方面的法律适用问题:

1. 仲裁协议的法律适用问题

仲裁协议是当事人自愿接受仲裁的惟一书面证据,也是仲裁机构取得管辖权的法律依据^[1](第324—325页)。根据1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称1958年《纽约公约》)第2条的规定,仲裁协议主要有两种,一种是当事人在合同中载入的表示愿意把将来可能发生的争议交付仲裁解决的仲裁协议。有关仲裁协议的法律适用事关仲裁协议是否有效、仲裁机构是否能够行使管辖权,主要涉及当事人的缔约能力、仲裁协议形式上的有效性、仲裁协议实质上的有效性等问题。仲裁协议法律适用的难点在于:当仲裁协议是以主合同中的仲裁条款的形式出现时,能否适用主合同的准据法?传统占主导的做法是“用一根线将主合同与仲裁条款拴在一起”^[2](P. 14),仲裁条款顺理成章地适用主合同的准据法。然而,按照正常的仲裁程序,主合同的准据法应当是仲裁机构受理案件后确定的,在尚未确定仲裁协议是否有效的情形下,仲裁机构何以确定合同的准据法?随着仲裁协议独立性(Severability of Arbitration Agreement)原则的确立,这种“主从关系说”已被当代仲裁立法所摒弃。即使是传统做法的集大成者英国也顺应了时代潮流,以立法方式接受了仲裁协议独立性的原则。

2. 仲裁程序的法律适用

仲裁程序的法律适用即指仲裁程序法的适用。仲裁程序法通常被称为仲裁的“法庭法”(curial law)或“仲裁法”(lex arbitration)^[3](第62页),系支配仲裁庭与仲裁程序的法律。仲裁程序法有别于仲裁程序规则,仲裁法不但调整仲裁机构或仲裁庭的内部程序,而且确立进行仲裁的外部标准,而仲裁程序规则只是调整仲裁内部程序的规则^[4](第248页)。当代国际仲裁立法与实践普遍承认仲裁程序法体系的独立性,即仲裁程序法所属的法律体系可以独立于实体法所属的体系。从仲裁程序法的发展来看,更是出现了强烈的“非国内化”(de-nationalized)或“非本地化”(de-localization)趋向。

3. 仲裁实体法的适用

仲裁实体法是确定当事人权利与义务、判明是非曲直、解决争议的法律依据,实体法的适用无疑是国际商事仲裁法律适用的核心问题。在国际商事仲裁中,实体法适用中令人关注的问题是:仲裁与诉讼在实体法适用方面究竟有哪些不同?仲裁实体法的适用是否可以不受仲裁地冲突法的掣肘?当事人是否可以通过意思自治排除强行法规则的适用?

在一起仲裁案件的审理中,上述3种法律既可以是同一国家的法律,也可以是分属不同国家的法律,这就使得国际商事仲裁的法律适用远比国际民事诉讼的法律适用复杂、多变。本文着重探讨国际商事仲裁实体法适用的有关问题,有关仲裁协议、仲裁程序方面的法律适用问题不作进一步的展开。

国际商事仲裁法律适用另一复杂问题是,各国有关国际商事仲裁法律适用的立法规定极为分散,归纳起来,大致有以下几种模式:

第一,在仲裁法中明确规定法律适用规则。尽管国际商事仲裁制度在世界范围内得到广泛的运用,但并非所有国家都制定专门的仲裁法对具有高度自治色彩的国际商事仲裁制度作出立法规定,即使是专门制定仲裁法的国家,在仲裁法中规定法律适用规则的国家也为数不多。我国1995年9月1日施行的《仲裁法》亦未对仲裁的法律适用作出规定。当然,也有部分国家在仲裁法中对有关法律适用问题作出相应的规定,其中有的国家的仲裁法仅规定仲裁程序法的适用规则,有的国家的仲裁法除仲裁程序法以外,还规定了仲裁协议的准据法、仲裁实体法的适用规则。

第二,在国际私法中专门规定仲裁的法律适用规则。有些国家在本国的国际私法中专门规定了国际商事仲裁的法律适用规则。如1989年1月1日生效的《瑞士联邦国际私法》不但在第九编债权部分详尽规定了合同、侵权行为等债权、债务关系的法律适用规则,而且另辟专编,在第十二编“国际仲裁”中系统规定了国际商事仲裁事项,其中第182条规定了仲裁程序的法律适用规则,第187条规定了仲裁裁决适用实体法的规则。这种法律适用的“双轨制”规定显示了国际商事仲裁的法律适用有别于国际民事诉讼。

第三,在民事诉讼法中规定仲裁的法律适用规则。一部分国家未制定单行的仲裁法,而是在民事诉讼法中对仲裁制度作出规定。如经修订于1998年1月1日生效的德国《民事诉讼法》第十编关于仲裁

程序的规则具有独立的体系,共分十章,其中第 1042 条第 3 款规定了仲裁程序法的适用规则,第 1051 条规定了仲裁实体法的适用规则。

除了国内立法以外,一些重要的有关国际商事仲裁的国际公约、各主要国际商事仲裁机构的仲裁规则大都就国际商事仲裁的法律适用问题作出详尽的规定。

国际商事仲裁法律适用的多样性以及法律规定的分散性,无疑使其比国际民事诉讼的法律适用更为繁复。

二

在对国际民事诉讼与国际商事仲裁的法律适用作了比较研究的基础上,本文转而探讨我国《合同法》第 126 条第 2 款是否必须适用于国际商事仲裁的问题。该条款规定:在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同适用中国法律。我国一些学者在其著述中认为这一条款适用于国际商事仲裁,理由是该条款为中国法律的强制性规定,属于意思自治原则的限制或例外^[5](第 233 页)。然而,遗憾的是这些著述未对该问题作详尽、系统的论述。笔者认为,如果认同本文上述对有关诉讼与仲裁实体法适用的区别所作的论述,那么在国际民事诉讼中,我国人民法院在审理上述 3 类合同纠纷时无条件适用《合同法》第 126 条第 2 款自然已成定论,但在国际商事仲裁中,中国涉外仲裁机构在审理这 3 类合同纠纷时是否同样必须适用这一条款,这一问题值得商榷。

(一)有关强行法规则是否适用于国际商事仲裁存在争议

主张 3 类合同适用中国法律的规定应该适用于国际商事仲裁的主要依据是《合同法》第 126 条第 2 款的规定属中国的强行法规则。所谓强行法规则(mandatory rules)最早可以追溯到罗马法。《罗马法学说汇纂》确定了一项法律规则:“私人的契约不能改变公法”。此处所指的“公法”既包括规范国家与国民关系的法律,也包括个人不得根据契约背离或排除适用的法律规则。简言之,强行法规则即指不得由个人通过协议加以损抑、排除的法律。各国国内立法对强行法规则都有明确规定,如《法国民法典》第 6 条规定:“有关公共秩序和善良风俗的法律,不得以私人的契约背离之。”一国的强行法规则具有排除当事人意思自治和外国法适用的效力,对于维护该国的根本利益与公序良俗无疑具有重要意义。但是,强行法规则本身具有不确定和富有弹性一面,在意思自治原则的适用具有异常广阔空间的国际商事仲裁领域与体现一国司法主权的国际民事诉讼领域中,毫无区别地适用仲裁地/法院地的强行法规则是令人怀疑的。

第一,仲裁机构与法院的管辖权来源、仲裁员与法官的权力来源及负责对象不同。仲裁机构的管辖权源自当事人的协议而非仲裁地法律,仲裁员的权力亦是当事人授予的,而非基于法律规定,仲裁员主要是对当事人和国际商事交易负责,而不是对任何主权国家或国内法负责^[6](第 743 页)。除非当事人运用国际仲裁规则规避强行法规则,否则仲裁员不必去考虑内国公共政策^[3](第 298 页)。然而,正如前文所述,流行的观点和现实的实践是在国际商事仲裁的法律适用方面不存在法律规避问题。

第二,《合同法》第 126 条第 2 款是否属于强行法规则尚有疑义。尽管不同法律体系对强行法规则的概念表述与理由各不相同,但从各国立法规定与司法实践来看,被视为一国强行法规则的几乎均为该国的实体法规则,而《合同法》第 126 条第 2 款无疑是中国冲突法规则。

第三,按照众多的国际商事仲裁公约与各国国内仲裁立法规定,违反特定国家强行法规则和公共秩序的仲裁裁决将被拒绝执行。这一点正是视《合同法》第 126 条第 2 款为中国强行法规则的重要依据。笔者毫不怀疑中国涉外仲裁机构不适用中国法律处理 3 类合同争议的裁决被中国人民法院拒绝执行。但是,在我国利用外资的实践中,相当多的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同约定由瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院等国外或国际商事仲裁机构仲裁,这些仲裁机构在审理这些纠纷时是否必须适用中国法?如果不适用中国法是否一律被中国法院拒绝执行?答案是不言而喻的。倘若同属国际商事仲裁机构的中国国际经济贸易仲裁委员会与国外商事仲裁机构同样未遵守中国的“强行法规则”,却在

裁决执行上命运截然不同,这种现象是否公平合理?如果中国法院承认和执行国外仲裁机构违反中国“强行法规则”而作出的裁决,依据何在?

第四,在国际商事仲裁实践中不乏绕开特定国家强行法规则的先例。在国际商事仲裁中即便存在强行法规则,仲裁庭在适用这种强行法规则时也不宜绝对化。仲裁庭出于公平合理及当事人负责的考虑,可以绕开强行法规则而适用更合理的法律规则。在伊朗——美国索偿案的审理中,仲裁庭结合《联合国国际货物销售合同公约》与《国际商会合同通则》有关利息的规定,将利息请求视为赔偿总额的一部分,以“赔偿代替利息”的原则,成功地绕开了伊斯兰教禁止利息的规则,为裁决在伊斯兰法制环境下的执行扫除了障碍^[7](第78页)。

第五,在国际民事诉讼中,各国都在诉讼法中将与本国公共利益密切相关的法律关系无条件地隶属于本国法院专属管辖的范围之内^[6](第619页)。我国《民事诉讼法》第246条规定上述3类合同争议由中华人民共和国法院管辖,这种管辖通常被视为专属管辖。即使是中国法院专属管辖,我国法律也允许当事人以仲裁协议加以排除,毫不顾忌中国的社会公共利益会得到损害,这种确定3类合同争议管辖权的“双轨制”无疑是3类合同争议可以排除适用《合同法》第126条第2款的有力佐证。

第六,在国际商事仲裁中不适用《合同法》第126条第2款并不必然损害我国社会公共利益。强行法规则与公共政策密切相关,甚至视视为是公共政策的具体表现形式之一。在经济全球化浪潮的冲击下,各国外资立法的趋同化倾向日益明显。为适应加入WTO的需要,我国外资立法经过一系列的“废”、“改”、“留”、“立”的改造,与以WTO规则为基轴的多边贸易法律体制已融为一体,因此,在通常情况下无论适用中国法或非中国法,结果大致相同。换言之,不适用中国法并不必然损害中国的社会公共利益。值得注意的是,我国学者早在10年前就提出:为适应社会主义市场经济的新体制,促进3类利用外资的形式在中国进一步的发展,我国应该考虑3类合同适用中国法这条规定的存废问题。

(二)适用《合同法》第126条第2款有悖于当代国际商事仲裁的发展趋势中国涉外商事仲裁肇始于20世纪50年代中期,从一开始就遵循国际通行的民间仲裁、自愿仲裁、一裁终局的原则。以中国国际经济贸易仲裁委员会为例,在将近半个世纪的历程中,其名称多次更改,仲裁规则几经修订,日益走向国际化。中国仲裁制度的发展应该追随当代国际商事仲裁制度的发展潮流已成为中国仲裁界的共识。在这一背景下强调3类合同在国际商事仲裁中强制适用中国法不啻不适时宜,更有悖于当代国际商事仲裁制度的发展趋势。

第一,国际商事仲裁实体法的适用无需受制于仲裁地冲突规范已得到广泛的认同,如我国亦认同这一点,则作为冲突规范的《合同法》第126条第2款必须适用于中国国际商事仲裁的法律依据无疑将发生动摇。我国《民法通则》、《合同法》等法律规范没有规定其所包含的冲突规范是否适用于国际商事仲裁,《仲裁法》中也无法律适用的条款,但是,2000年10月1日起施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第53条规定:“仲裁庭应当根据事实,依照法律和合同的规定,参考国际惯例,并遵守公平合理原则,独立公正地作出裁决。”这一规定令人联想起一些国家国际商事仲裁法律适用的“双轨制”。我国有学者根据这一规定得出了我国肯定新商人法在我国涉外商事仲裁中适用的结论。

第二,当代国际商事仲裁领域出现了强烈的“非国内化”或“非本地化”的趋势,使国际商事仲裁得以逸出仲裁地法律制度的控制。尽管各国学者对“非国内化”褒贬不一,但这种“非国内化”在国际商事仲裁实践中不断得到承认与支持,并且在不少国际条约、国内立法及仲裁规则中反映出来了。在国际商事仲裁中,“非国内化”不但适用于程序法的适用,而且也适用于实体法的适用^[8](第16页)。中国CIETAC1995年仲裁规则以及在此之前的所有规则都规定:凡当事人同意将争议提交CIETAC仲裁的均视为按CIETAC仲裁规则仲裁,但1998年仲裁规则、2000年仲裁规则第7条将这一规定修改为:“凡当事人同意将争议提交仲裁委员会的,均视为同意按照本仲裁规则进行仲裁。当事人另有约定且仲裁委员会同意的,从其规定。”这一修改显示了我国涉外仲裁制度“非国内化”的发展趋向。而3类合同强制适用中国法的硬性规定适用于国际商事仲裁与仲裁程序规则“非国内化”的倾向极不和谐。

第三,国际商事仲裁以民间性、自愿性为基础,当事人选择以仲裁方式解决争议的初衷之一就是

愿受到过多的法律制约。在解决 3 类合同争议的各个环节中,实体法的适用至关重要,直接决定了当事人的命运,倘若国际商事仲裁实体法的适用与国际民事诉讼实体法的适用毫无二致,何以体现仲裁与诉讼的区别?因此,在国际商事仲裁中强制适用《合同法》第 126 条第 2 款似与仲裁制度的性质及当事人选择以仲裁方式解决争议的初衷不符。

[参 考 文 献]

- [1] 丁 伟.冲突法[M].北京:法律出版社,1996.
- [2] NYGH, Peter. Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration[M]. Klumer, 1997.
- [3] 朱克鹏.国际商事仲裁的法律适用[M].北京:法律出版社,1999.
- [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,2000.
- [5] 陈治东.国际商事仲裁法[M].北京:法律出版社,1998.
- [6] 韩德培.国际私法新论[M].武汉:武汉大学出版社,1997.
- [7] 薛 非.论强行法对国际商事仲裁实体法律适用的影响[J].华东政法学院学报,2001,(5).
- [8] 高 菲.仲裁案件的法律适用[J].仲裁与法律通讯,1997,(6).

(责任编辑 车 英)

Some Legal Issues in Application International Arbitration

ZHANG Jiang-min

(Law School, Macaw University of Science and Technology, Macaw, China)

Biography: ZHANG Jiang-min (1964-), male, Associate professor, Law School, Macaw University of Science and Technology, majoring in international law & international economical law.

Abstract: Along with the growth of international business and exchange, cases requiring international arbitration to solve dispute arising from international trade, investment, and title intellectual property are increasing. However, application of law in international arbitration issues of involves complicated private international law, including conflict laws, and civil laws regulating foreign-related disputes, and the use of substantive law in civil proceeding for foreign cases.

Key words: international arbitration; conflict laws; proper laws; mandatory rule