论国际商事仲裁实体法选择

段 哲 敏
(埃默里大学 法学院,美国 亚特兰大)

[摘 要] 国际商事贸易的不断发展,一方面造成国际贸易纠纷的大量出现,另一方面也推动了相关纠纷解决机制的兴起与完善,作为 20 世纪以来最为成功的、最为完善的解决争端的国际商事仲裁扮演着十分重要的角色。文章综述了中国及其相关文献研究及其实践现状;研究了国际商事仲裁实体法的法律适应问题;探讨了国际商事仲裁实体法选择的价值考量问题;最后,针对目前中国涉外仲裁实体法选择的法律规定,借鉴国际商事仲裁实体法的法律适应问题提出了完善中国涉外仲裁实体法的建议:一是要明确中国涉外商事仲裁的价值取向;二是要规定中国涉外商事仲裁实体法选择的具体内容;三是进一步推动当事人意思自治原则的适用;四是尽快确立友好仲裁制度等,以有效地维护中国国际商事仲裁当事人的合法利益。

[关键词] 国际商事仲裁; 实体法; 法律适应; 启示
[中图分类号] D997.4 [文献标识码] A [文章编号] 1673 - 0755(2014)06 - 0076 - 05

一 文献回顾

随着经济全球化的发展,不少学者、机构组织对国际商事仲裁中实体法选择问题都进行了涉猎,对该领域各方面内容都进行了深入的研究。

中国以外的学者对国际商事仲裁实体法有较早和较深入的研究。杰出代表有 C. M. Schmitthoff (1988)在《国际贸易法的统一性研究》一文中充分地阐述了国际贸易法的重要理论[1];Gray B. Bron (1994)在《国际商事仲裁》文中从国际仲裁、国际仲裁协议和程序三个专题在国际仲裁进行了深入的探讨[2];Emmanuel Gaillard、Jan Paulsson、John Savage 等也是国际商事仲裁相关研究的突出学者。此外,Alan. Redfern 等人合著的《国际商事仲裁法与实践》,它在国际仲裁界具有广泛的影响,是国际仲裁员们的重要读物[3]。可见,国际学术界已经在国际商事仲裁的研究方面取得了卓越的成果。国际学术界的深入研究有效地推动了国际机构组织的实务发展,诸如国际商事仲裁院、国际贸易法委员会等国际组织或机构都作出国际商事仲裁的相关研究报告,例如《国际商事仲裁》(2012 年生效)。同时,为促进商事仲裁的国际统一化,许多国家也成立了专门的商事仲裁院裁决仲裁法案,并积极成为国际贸易法委员会的成员国。

中国学者对国际商事仲裁进行了不同程度的研究,陈翔(2010)通过对英国、法国、美国与中国的当代国际商事仲裁实体进行了比较研究与分析,并据此提出立法建议[4];申黎(2012)则从仲裁制度的性质等基础理论入手,分析了国际商事仲裁司法介入制度的不同理论认知和实践[5];宋建立(2012)以国际商事仲裁规则(2012 年版)为例,分析了国际商会国际仲裁院规则的独特之处,并指出中国司法实践对国际商事仲裁协议效力的认识[6]。中国实务界,1956 年的对外贸易仲裁委员会(1988 年改称“中国国际经济贸易仲裁委员会”)的成立,标志着中国第一个国际商事仲裁机构的正式形成。其后,中国颁布了一系列的法律条文,如《涉外经济合同法》(1985)等,《中华人民共和国仲裁法》(1994)的颁布则奠定了中国仲裁的基础,它对涉外商事仲裁提供了法律解释,是中国国际商事仲裁发展的一个里程碑。

相比而言,中国学者对国际商事仲裁的研究比中国外学者相对晚些,研究的成果还不成体系。中国机构组织对实务的推动发展也相对滞后。但随着国际商事贸易的不断发展,一方面造成国际贸易纠纷的大量出现,另一方面也推动了相关纠纷解决机制的兴起与完善。国际商事仲裁院(The ICC Court of Arbitration,简称 ICCCA)作为世界上解决国际商事争议的最重要、最公平、最有效的仲裁机构之一,在其个案当中对于纠纷解决的法律依据的选取理由

[收稿日期] 2014 - 10 - 12
[作者简介] 段哲敏(1988 -),女,湖南衡阳人,埃默里大学(Emory University)法学院硕士研究生。

和确定基础,无论是对于仲裁理论界,抑或是仲裁实务界都有十分现实和深远的影响。依托于实务的不断丰富和理论研究的深入,国际商事仲裁制度也越来越接近于一种自我完善的状态,也越来越得到国际商事活动主体的青睐。作为国际商事活动的后起之秀和积极参与者,中国国际商事活动主体必将也理应更为重视该种纠纷解决机制的完善。相应地,这一现实情况也对中国国际商事仲裁理论研究提出了新的挑战。本文立足中国对外贸易不断活跃的现实,探讨如何在面临国际商事贸易纠纷的背景下、对国际商事仲裁院的层面来更加切实而有效地维护中国当事人的权利;并试图以此为基础,进一步从中国国内法、国际法两个方面来探讨如何在国际商事仲裁活动中确立真正符合当事人利益及有效解决纠纷的实体法律的选取问题。

二　关于国际商事仲裁实体法选择的法律适应

(一)国际商事争议解决机制

国际商会 1923 年成立了仲裁院,国际商会仲裁院共处理了 19,000 多件国际商事纠纷,案件涉及全球 180 多个国家的商事活动主体。国际商会仲裁院凭借来自全球各地的仲裁员(目前有来自 90 多个国家的 100 多个仲裁员),专业、公正、有效地服务于全世界的商事活动主体。国际商会的宗旨在于促进国际经济和平稳定地发展,为达到这一目标,国际商会的创立者们意识到需要逐渐将国家间的贸易惯例与立法全球统一化,加大惯例与法律的国际认可,同时也要建立并发展公平有效的国际商事争议解决机制。

国际商事仲裁所选择的实体法律规范,理论上应当与当事人自行选择的解决合同权利义务冲突的实体法一致,在此基础上其对合同争议的裁决才有可能更便于被当事人接受和执行,所以实体法的选择毫无争议地成为了国际商事仲裁必须予以谨慎对待的工作之一。

在各国和国际社会的立法实践中,当事人自主选择仲裁所适用的实体法已经得到了普遍认可。1961 年《欧洲国际商事仲裁公约》第 7 条第 1 款规定,“当事人可通过协议自行决定仲裁员就争议所适用的实体法。”1985 年《示范法》第 28 条第 2 款也规定:“仲裁庭应当依照当事人选择的适用于争议实体的法律规则对争议作出决定。传统观点认为,在当事人未作法律选择的情况下,仲裁员应根据其认为可以适用的冲突规则确定实体法”。联合国国际贸易法委员会、国际商事仲裁院都在其仲裁规则中规定了,仲裁庭可以在当事人对法律选择没有约定时,由仲裁庭选择适用“可适用的(applicable)”或“合适的(appropriate)”的冲突规则确定实体法。

仲裁庭不考虑冲突规则也可以直接确定仲裁实体法,可以避免“双重冲突法”问题的产生。例如,英国学者韦斯特莱克提出,选择国内实体法以解决合同的法律适用问题,还应选择最贴近的法律。1981 年法国《民事诉讼法典》第 1496 条规定,当事人对法律没有选择时,仲裁员应当根据其认为适当的规定决定争议。加拿大、荷兰等国也采取了相同的规定。

从国际社会和各国的法律法规中可以看出,由于各个国家的法律法规不同,对仲裁的最终结果会产生不同的影响,所以如何确定国际商事仲裁中适用的实体法,至关重要。

(二)国际商事仲裁选择实体法的倾向

笔者查阅了从 1985 年至 2012 年关于买卖合同的一些经典 ICC 案例,当然主要是关注仲裁员在选择应适用的实体法时的一种思维模式。笔者发现,国际商事仲裁院的仲裁员们选择实体法的倾向是因时而异的。大概在 1985 年至 1995 年这段时间里,由于世界经济处于摸索着向前迈进的年代,商人们在订立跨国性的商业合同时也不是很有经验。于是,国际买卖合同在发生纠纷时,买卖合同中的条款很少提到应该适用什么实体法来解决,即当事人在订立合同之时,很少会想到要在合同条款里选择一个实体法,来解决未来发生的因合同引起的商事纠纷。所以,在这个时间段里,仲裁员们在处理涉及法律适用问题的时候,一般多用密切联系原则、仲裁地法、CISG 或者仲裁员认为合适的法律,而仲裁员认为合适的法律一般是指其认为合适的冲突规则,然后再适用该冲突规则来确定实体法。

虽然从 1985 年起,都能找到在合同中约定实体法的案例,即“意思自治”原则一直都被 ICC 仲裁员们运用于实践,不过正如前所述,由于种种原因,当事人在合同中一般很少会用条款列明选择适用何法作为合同的准据法。21 世纪以后,由于“意思自治”原则在实践中给当事人带来了意想不到的便利,以及世界经济也发展到了一个成熟的阶段,不同国家间的商人往来变得非常密切,所以,商人们订立国际买卖合同的经验也明显丰富,因此,合同当事人在订立合同之时,往往会在条款中约定本合同受哪国法约束,或者约定因本合同引发的纠纷应适用哪国法来解决。正因为如此,在这个时间段里,仲裁员在仲裁裁决里会经常写上这样一句话:“对于实体法适

用的问题,合同里某某条是这样规定的:本合同受某某法约束,因此,仲裁庭适用该法来裁决案件。”也就是说在这个时间段里,ICC 仲裁庭多适用“当事人意思自治原则”来裁决仲裁案件。

这一现实情况表明,原本应由当事人主动选择的实体法,在国际商事仲裁当中却由仲裁员代劳了,而仲裁员的首选似乎仍然是当事人的共同意思表示。由于当事人对于国际商事合同迅速缔结的期望,以及对于对方国家法律制度不熟悉而产生的不安全感,在国际商事实践中,当事人热衷于追求合同的成立,加之纠纷解决条款的非必备性,故而被有意地忽略和回避了争议解决的实体法依据,而仅仅是选择纠纷解决方式(其中国际商事仲裁脱颖而出)。所以一旦在履约的过程中产生纠纷,当事人能做的只是运用当初选择的纠纷解决方式来处理双方的冲突,而解决纠纷的实体法只能临时选择。从上文对于国际商事仲裁院对仲裁实体法选择的倾向来看,虽然当事人事先留有疏漏,但是其自由意志还是能够得到尊重和承认的。不过问题在于,如果纠纷当事人无法达成共同意志(在冲突比较严重时表现尤为突出),那么实体法的选择就只能采取其他的标准和方法了,这时仲裁员们的意志和智慧便开始发挥令人期待的作用,使其担负起选取能够公平、合理、有效解决争议的实体法的重任。

三 关于国际商事仲裁实体法选择的价值考量

国际商事仲裁院对于实体法选择所表现出的倾向,实质上反映的是有关国际商事仲裁的价值取向问题。所谓国际商事仲裁的价值取向,是国际商事仲裁理论研究中最基本的问题,它从目标层面上决定和影响着仲裁制度的相关立法以及实践运作,并为开展仲裁实务涉及的仲裁行为提供了法律规制、原则和依据。作为 20 世纪以来最成功的代替诉讼纠纷解决机制,国际商事仲裁自身所追求的和通过仲裁裁决所彰显的、为纠纷当事人所接受和遵行的,均可由公平、自由、效率、平等等价值理念予以涵盖。而也正是由于这些价值理念同样为各国国内法所推崇和维护,使得当事人无论在国内经济生活抑或国际经济生活中能够没有障碍地享受这些价值理念所营造的良好法律氛围。不过值得注意的是,虽然世界经济一体化逐渐深化,但是由于国籍、历史文化、生活习惯和思维方式差异的客观存在,导致国际商事主体对于价值的含义、外延及其表现形式的理解可能存在差异,那么,如何从这种差异化的认识中找到当事人各方能够普遍接受的共性内容,成为了一个新的问题。因此,无论从何角度研究国际商事仲裁制度,都必须对其价值取向给予足够的关注,正如美国学者博登海默所言:“我们应该‘像关注法律规范和法律制度的起源一样去关注法律制度所追求的价值目标。”[7]

中国学术界对国际商事仲裁制度的价值取向进行了激烈的论争和探讨。如学者谭兵教授认为:“仲裁两大目标是公平和经济(或者效益),其中首要目标便是公平,这是因为仲裁作为一种程序制度,其价值目标必须与后者相契合;而程序被信奉和追求的生命基础只在于它的公平性,因此公平便成为了程序制度的首要价值目标,并进而在仲裁制度当中居于同等地位。仲裁的第二价值目标是经济(或者效益),这是因为仲裁所解决的商事纠纷,主要源自市场经济活动,而这些活动所依附的市场经济是一种要求必须对社会资源进行合理化配置、高效率、公平性的经济形式,这种经济形式对于自身范畴内的纠纷解决机制提出了同样的要求,即这些纠纷解决机制不仅要信奉公平公正的基本价值目标,还应当追求与市场经济提高资源优化配置水平的理念相契合的新的价值目标,也就经济(或者效益)。”[8]杨荣新教授认为:“国际商事仲裁的价值目标是程序公平和程序主体性,而程序的主体性是仲裁的特有价值目标,因为这是区分仲裁与其他纠纷解决机制的最为重要的标准。”[9]在公平与效益两个价值目标的抉择问题上,肖永平教授在探讨了如何维持仲裁制度的效益和公平之间的平衡之后指出:“国际商事仲裁制度应以效益作为价值取向。”[10]而陈安教授则认为:仲裁制度的价值取向应该以公平为先,而并非效益为先。”[11]宋连斌教授则指出:“从根本上讲,仲裁之所以发扬光大,是因为它以效益为价值准则,即通过当事人自愿选择的私人中介,在不违背社会公共的利益和尽量不动用公共权威情况下解决纠纷,从而实现市场的有序运转及社会资源的合理配置,使当事人和社会都能得到较大利益或避免较大损失。”[12]效益在一定程度上得到了更多的关注。

从上述中国学界相关研究成果可知,无论具体的价值取向是什么,国际商事仲裁所秉持的无非是公平与效率的博弈。在早期的国际商事仲裁活动中,由于国际商事贸易当事人之间广泛存在的社会、政治、经济差异,各方都希望选择对己方最为有利的法律予以适用的意愿经常陷入无解的境地,使得仲裁机构在选择纠纷解决的实体法依据时大伤脑筋,进而拖延了纠纷解决的时间。虽然在表面上尊重了

双方当事人的意愿,但是实质上却造成纠纷解决效率的低下,这与国际商事活动固有的逐利本性不相适应。因此,为了提高纠纷解决的效率,国际商事贸易当事人主动放弃了可能与对方相冲突的自由意志诉求,转而在国际商事仲裁机构的帮助下通过寻求其他的、能够最大程度为对方所接受的实体法律选择的规制、原则和方法。但是这种让步与妥协是否会造成当事人一方的二次伤害,进而影响当事人对于国际商事仲裁的信心,值得探讨。值得认同的是,国际商事活动发展需要和国际商事贸易当事人利益诉求两方面因素协同作用,共同推动国际商事仲裁活动的发展,尤其是国际商事仲裁价值取向的发展。无论是国际商事仲裁院,抑或是其他的国际仲裁机构,在进行仲裁活动之前都必须认真考量其仲裁活动的价值取向问题,从而切实地回应国际商事贸易进一步发展的客观要求,也是为自身赢得进一步发展和完善的空间。

四　国际商事仲裁实体法选择对中国的启示

(一)中国涉外仲裁实体法选择的法律适用

根据前文所述,国际商事争议双方可以协商选择其认为最符合自身利益(法律权益、经济利益抑或社会影响)的国内法来作为仲裁裁决的实体法依据。作为世界经济的重要一极和国际商事活动重要的参与者,中国完全有可能成为其国内实体法的重要候选国之一。这一点,通过中国国际经济贸易仲裁委员会经过短短几十年的发展已经成为世界上年受理仲裁案件最多的国际商事仲裁机构,就可以窥见一斑。那么,中国有关实体法选择的法律规定是否能够满足可能面临的需求呢?

中国涉外立法目前没有专门涉及国际商事仲裁的实体法法律适用的相关规定,只是《仲裁法》第 7 条极为原则性地规定:“仲裁应当根据事实,符合法律规定,公平合理地解决纠纷”,除此之外,也没有做出任何具体规定。比较有代表性(同时极具争议性)的法律规定就是《合同法》第 126 条:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和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,适用中华人民共和国法律。”2007 年 8 月起实施的最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的决定》要求:适用中国法律的上述三类合同补充为八类合同。除此之外,中国的《民法通则》第 150 条规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《示范法》)的总则第 5 条规定:“在中华人民共和国法院和仲裁机构审理国际民商事案件,必须遵守其规定。”《示范法》第 1 节仲裁中专门有:“有关仲裁协议和仲裁程序的法律适用。但是在具体仲裁实体的法律适用问题上,则需要遵循其他部分的有关规定。”

中国涉外仲裁机构仲裁规则方面,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2005)》也仅第 43 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,独立公正地做出裁决。”该条只原则性地说明了规则,没有提供必要的规则或指引却赋予仲裁庭充分自由裁量权。相比之下,《中国国际经济贸易仲裁委员会金融争议仲裁规则(2005)》有的规定相对比较完备,体现了国际商事仲裁领域实体法适用的潮流。根据该仲裁规则第 21 条规定:“涉外仲裁的案件,争议双方当事人可以约定案件实体法适用的法律。如果当事人没有约定,仲裁庭则可以根据具体合同条款、相关行业惯例、行业标准,在公平合理原则下适用其认为合适的法律。”需要注意的是,上述规定是要在没有强制性规定的情况下才能适用的。

(二)中国涉外仲裁实体法选择的完善

1、明确确立中国涉外仲裁活动的价值取向

法律价值是一个由诸价值构成的严密体系,一种价值的实现往往会以另一种价值的牺牲为代价。在法律层面,这种牺牲并非毫无意义,甚至从某种意义上来说,是人为选择的结果。前文已述,国际商事仲裁主要追求的两大价值诉求就是公平与效率。而考察国际商事仲裁实践经验可知,这两种价值诉求的本质、诉求着眼点、评价目标体系、实现路径均存在差异,在现实仲裁活动当中其实现机会确实存在着不均等的情况。那么,牺牲一种价值诉求以满足另一种价值诉求的客观实际情况便决定了仲裁活动参与者只能选择追求某一种价值诉求的实现。比如国际商事仲裁制度以国际公约的形式出现在国际立法的进程中,就是体现这一现实的证明。虽然通过此一活动保障了国际商事仲裁的公平性,却易导致失之于价值的效益性。

当然,如果可以寻求两大价值诉求的协同作用,那么无疑是最理想的状态。从理论上来讲,虽然这两大价值诉求存在差异,但是它们之间同样存在着共性和联系。它们都是指导和修正法律活动开展的

目标性评价体系,都对于调整法律关系主体的行为而言具有非常大的影响力,一般也都是各国立法、执法和司法活动的惯常性价值目标。由于价值诉求实现的不确定性,法律关系主体在不能保证自身利益必然最大化的前提下,反而有可能采取让步和妥协以实现他方能够接受和认可的利益次最大化(当然,他仍然随时准备着抛弃这种让步和妥协,以实现利益最大化,因而使得价值诉求时刻处于一种不稳定的状态)。在这一假设下,如果有一种沟通机制能够连接各方的利益诉求,那么此种机制就是一种协同作用机制,甚至其本身带有的不确定性也不是一种缺陷。仲裁机制调整的就是时刻处于变化中的经济关系,其与生俱来的不确定性在这里恰恰符合此一要求。

2、充实中国涉外仲裁实体法选择的具体内容

(1)应当切实转变思维模式和认识误区。饱受争议的《合同法》第 126 条,就是首当其冲应当改变的立法内容。此立法本意确实是为了保护中国企业在涉外经济活动当中的正当利益,从国家保护的角度来说是无可厚非的。但是,随着中国社会主义市场经济建设不断发展,市场经济所要求的公平、透明、效率的市场环境,与该法条的规定就存在着很大的隔阂。如果不及时修改,中国政府实行区别对待的印象只会越来越深刻,这也将成为中国改革开放和市场经济深入发展的阻碍。

(2)进一步推动当事人意思自治原则的适用。充分尊重并切实保障当事人实体法律规范选择的权利,为了真正尊重并维护当事人的利益诉求,在国际商事仲裁活动中将不断实践、不断完善仲裁这种纠纷解决方式的宗旨。根据《示范法》第 28 条之规定:“仲裁庭应按照当事人各方选定的适用于实体的法律规则对争议做出决定;除非另有约定,否则规定使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。”这种经过实践检验的规定,中国相关仲裁立法中应吸收借鉴,以弥补中国国际商事仲裁实体法适用法律立法的空白。

(3)尽快确立友好的仲裁制度。确立友好的仲裁制度,一方面是借鉴国际商事仲裁优秀成果的现实需要,更重要的是体现当事人意思自治原则的必要途径。前文已述,基于仲裁庭的权力来源于当事人的基本理论,仲裁庭解决纠纷、做出裁决都必须充分尊重当事人的意愿,即不论是当事人自由选择裁决实体应适用的法律问题,还是当事人接受并履行仲裁庭做出的裁决,当事人意思自治都是无法回避的问题;那么出于对于公平合理价值的追求,确立友好仲裁制度就应当提上日程。目前国际商事仲裁当中实行的友好仲裁机制,已经取得了比较良好的效果,中国完全可以借鉴该先进成果,立足其蓬勃发展的国际商事活动需要,加大国内外仲裁机构的交流和合作,积极寻求更为灵活地解决国际商事仲裁争端的方式,以促进其仲裁制度能够更好地适应国家发展的需要,更好地为世界各国的商事活动者们提供所需要的服务。

[参考文献]

[1] Schmitthoff C M. ‘The unification of the Law of International Trade’[J]. in Cheng, C. J. (Ed.), Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law Graham & Trotman, 1988.

[2] Gary B Born . International Commercial Arbitration[M]. Commentary and Materials Kluwer Law, Transnational Publishers,1994.

[3] Redfern A M, Hunter. Law and Practice of International Commercial Arbitration (Student Ed.) [M]. Sweet & Maxwell, 2003.

[4] 陈 翔. 当代国际商事仲裁实体法适用之比较研究[D]. 上海:华东政法大学,2010.

[5] 申 黎. 国际商事仲裁的司法介入制度研究[D]. 上海:华东政法大学,2012.

[6] 宋建立. “选择仲裁规则等于选择仲裁机构”原则——以 2012 年版国际商会仲裁规则为例[J]. 法律适用,2012(12):56-58.

[7] [美]E. 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999.

[8] 谭 兵. 中国仲裁制度研究[M]. 北京:法律出版社,1999.

[9] 杨荣新. 仲裁法理论与适用[M]. 北京:中国经济出版社,1998.

[10] 肖永平. 也谈我国法院对仲裁的监督范围[J]. 法学评论,1998(1):42-49.

[11] 陈 安. 中国涉外仲裁监督机制评析[J]. 中国社会科学,1995(4):19-30.

[12] 宋连斌. 国际商事仲裁管辖权研究[M]. 北京:法律出版社,2000.