



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第六集

Vol.6

本集主编 闵锐

Chief Editor Min Rui

本集责任主编 唐云峰

Chief Executive Editor Tang Yunfeng



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第六集

Vol.6



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁. 第6集 / 武汉仲裁委员会, 湖北省法学会
仲裁法研究会主办. —北京: 法律出版社, 2010. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0730 - 4

I. ①商… II. ①武…②湖… III. ①国际商事仲裁
—丛刊 IV. ①D997. 4 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 069508 号

商事仲裁 主编 闵 锐	编辑统筹 法律应用出版分社 责任编辑 何海刚 装帧设计 汪奇峰
© 法律出版社·中国	
出版 法律出版社 总发行 中国法律图书有限公司 经销 新华书店 印刷 北京北苑印刷有限责任公司 责任印制 陶 松	开本 880 × 1230 毫米 1/16 印张 6.25 字数 146千 版本 2010 年 5 月第 1 版 印次 2010 年 5 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) 电子邮件/info@lawpress.com.cn 网址/www.lawpress.com.cn	销售热线/010 - 63939792/9779 咨询电话/010 - 63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) 全国各地中法图分、子公司电话: 第一法律书店/010 - 63939781/9782 重庆公司/023 - 65382816/2908 北京分公司/010 - 62534456	西安分公司/029 - 85388843 上海公司/021 - 62071010/1636 深圳公司/0755 - 83072995
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0730 - 4 (如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	定价:15.00 元

商事仲裁

主 办

武汉仲裁委员会
湖北省法学会仲裁法研究会

编 委 会

顾 问 江 平 吴汉东 黄 进
主 任 刘健勤
副 主 任 闵 锐 李登华
委 员 肖永平 宋连斌 刘仁山 乔新生
吕诗超 万 飞 李章波 彭志凡
苏 勤 唐云峰
本集责任编辑 许 敏 张 翔 谭 立 谭 恒

目 录

专 论

- 再论《纽约公约》中的“非内国裁决” 钟 澄 / 1
- “非当地化”仲裁视角下国际商事仲裁程序法律适用的再审视
..... 郭小卿 李会文 / 7

理论研究

- 我国法律解释的理论、实务与立法构想 高俊华 / 14

仲裁实务

- 标准文件中合同争议条款解读
——以 FIDIC 合同条件 1999 年第 1 版为角度 李继忠 李菡君 / 29
- 纠纷发生后仲裁协议达成的终点确定及其效力 孙瑞玺 / 42
- 我国台湾地区“保险法”与内地《保险法》告知义务规定的比较 邱锦添 / 47

仲裁员手记

- 当事人身份是否适格等重大问题的忽略与后果 黄雁明 / 63

案例选登

- 从三起案件的裁决与履行看仲裁机制在防范金融风险中的地位与作用
..... 张 靖 张道德 / 80

资料选登

- ADAPTATION OF CONTRACTS / 86

TABLE OF CONTENTS

Monograph

Re-comment on the Non-domestic Award in New York Convention
..... Zhong Cheng / 1

Applicability of the Procedural Law of International Commercial
Arbitration—Reconsidered under the Delocalization Arbitration
..... Guo Xiaoqing & Li Huiwen / 7

Theoretical Studies

In Retrospect of 60-year People’s Justice: Theory, Practice and
Legislative Ideas of China’s Legal Interpretation Gao Junhua / 14

Arbitration Practices

Review on Settlement of Disputes clause of the Standard Documents
—With Perspective from the FIDIC First Edition 1999 Contracts
..... Li Jizhong & Li Hanjun / 29

Defining the Terminal Point and Effectiveness of an Arbitration
Agreement Concluded after Disputes Arise Sun Ruixi / 42

Comparison of the “Insurance Regulations” in Chinese Taiwan area and
“Insurance Law” inland China on the Duty of Disclosure Qiu Jintian / 47

Notes in Arbitration

Oversight of Some Critical Issues such as the Capacity of a Party to a
Case and the Consequences Thereof Huang Yanming / 63

Case Studies

A Study on the Role of Arbitration in Reduing Financial Risks from
Three Cases Zhang Jing & Zhang Daode / 80

Arbitration Rules

ADAPTATION OF CONTRACTS / 86

专 论

再论《纽约公约》中的“非内国裁决”

钟 澄*

内容提要 “非内国裁决”标准被纳入《纽约公约》，是由于德、法两国允许当事人选择非仲裁地的仲裁法来对仲裁进行管辖，并以仲裁适用的仲裁法来判断仲裁裁决国籍，因此国外学者就此给出了其“原始适用”的两个限制条件，但实践中对其适用出现了异化。由于我国现行法律依据仲裁机构的国籍判断仲裁裁决国籍，该标准恰巧可以用来解决在我国执行外国仲裁机构以我国为仲裁地作出的裁决的法律适用问题，但此非长策，应尽快引进仲裁地标准。

关键词 《纽约公约》 非内国裁决 仲裁地

被誉为“国际商事立法中最成功”^①的《联合国关于承认和执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）第1条第1款规定：“公断裁决，因自然人或法人间之争议而产生且在申请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者，其承认及执行适用本公约。本公约对于公断裁决经申请承认及执行地所在国认为非内国裁决者，亦适用之。”可见，判断一项仲裁裁决是否属于公约项下的仲裁裁决有两类标准：第一类标准是仲裁裁决在申请承认和执行地国以外的国家作出，也即仲裁地位于申请承认和执行地国以外，可称为“外国裁决”；第二类标准是在申请承认和执行地国作出，但该国不视为本国裁决的仲裁裁决，可称为“非内国裁决”。关于第二类标准，无论是在国外还是国内，都引起了一些争议，本文将结合公约的立法史，比较各国对“非内国裁决”的态度和我国学者的解释，以期对这一标准进行澄清。

一、“非内国裁决”标准的由来

“非内国裁决”标准是如何被纳入《纽约公约》的呢？联合国经济和社会理事会于1955年起草的公约草案中的第1条第1款规定，“本公约适用于在申请承认和执行地以外作出的仲裁裁决的承认和执行，且仲裁由自然人或者法人之间的争议所引”，^②可见，公约草案中没有采用“非内国裁决”标准。然而，某些民法法系国家，特别是法国和当时的联邦德国，允许当事人选择非仲裁地的仲裁法来对仲裁进行管辖，并以仲裁适用的仲裁法来判断仲裁裁决国籍。比如，如果当事人选择法国仲裁法来管辖在德国进行的仲裁，则德国法院会认为据此作出的仲裁裁决是外国裁决，而法国法院认为其是本国裁决。因此，法国和联邦德国代表在1958年的纽约会议上强烈要求引入

* 中国人民大学博士研究生。

① Mustill, *Arbitration: History and Background*, Journal of International Arbitration (1989)6, p. 49.

② UN DOC E/2704.

“非内国裁决”标准,并且获得了成功。^③为了配合这一概念的适用,最后的案文还进行了两处修改,一是第5条第1款(甲)项,即仲裁协议应适用当事人选择的法律,如无选择适用仲裁地法;二是第5条第1款(戊)项,即规定如果仲裁裁决被其所依据法律的國家的主管机构撤销,则不得被承认和执行。

通过对《纽约公约》立法史的回顾,可以发现“非内国裁决”被纳入公约的条文中是两大法系妥协的结果,代表着少数国家的观点。

二、国外学者对“非内国裁决”标准的研究

范·登·伯格教授在对“非内国裁决”进行研究时认为适用这一标准有两个限制:

一是只有在裁决作出地申请执行在当地作出的仲裁裁决时才考虑这一标准,“‘非内国裁决’标准只是对‘外国裁决’标准的补充”,^④“外国裁决”标准应适用于所有在申请执行地国以外作出的仲裁裁决,无论裁决受何仲裁法的调整。举例来说:当事人约定在A国仲裁,而适用B国仲裁法。如果A国允许在本国进行的仲裁适用他国仲裁法,则A国法院将认为该仲裁作出的裁决是“非内国裁决”,适用《纽约公约》对其承认和执行,^⑤但反过来说,如果B国也允许适用本国仲裁法在外国(A国)仲裁,则仲裁裁决在B国申请执行时,B国应根据“外国仲裁”标准来适用《纽约公约》,而不能将在A国作出的裁决当作本国裁决而不适用《纽约公约》,因为第二项标准只是第一项标准的例外。此外,A、B国以外的其他缔约国在承认和执行根据B国仲裁法在A国作出的仲裁裁决时,他们应根据“外国裁决”标准来适用《纽约公约》,而不是根据“非内国裁决”标准。^⑥

二是法院有权决定是否适用这一标准。这是因为这一标准本来就是协调的产物。根据这一标准的初衷,如果某一国家像德国或者法国一样愿意将《纽约公约》适用于在本国作出而受他国仲裁法调整的仲裁裁决的承认和执行,则这是他们自己的事情,其他国家没有义务这么做。只有在法院认为一项裁决是“非国内裁决”时,第二个标准才可以被适用,法院对此有自由裁量权。在上文所举的例子中,当事人应首先查明A国法院是否适用第二项标准,其次要确认B国是否允许适用其法律在外国仲裁,因为这涉及由哪个国家的法院来对仲裁进行支持和监督,特别是哪个国家的法院有权撤销仲裁裁决的问题。如果A国法院不承认外国仲裁法对在本国进行的仲裁的效力,则其会认为裁决为本国裁决,自己有权撤销,如果此时B国允许适用其法律在外国仲裁,则B国法院也会认为自己有权撤销仲裁裁决,这就可能导致撤销程序在两国进行。相反,如果A国允许适用外国仲裁法在本国仲裁,而B国不允许,则没有法院行使撤销权。不过,别的缔约国在承认和执行仲裁裁决时是不存在障碍的。^⑦

根据范氏的描述,根据“非内国裁决”标准适用《纽约公约》的“典型模型”如下图:

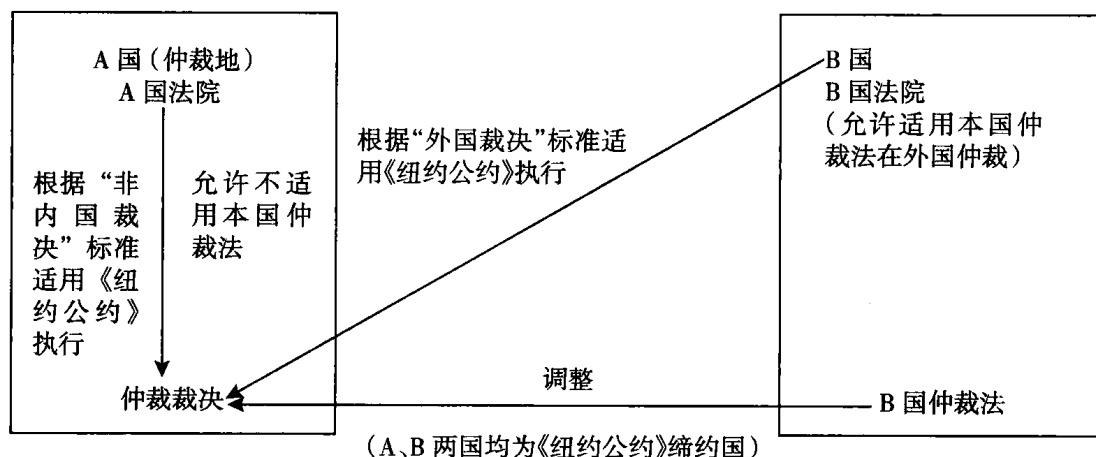
^③ See Report of Working Party No. 1 concerning Art. 1, para. 1 (UN DOC E/CONF. 26/L. 42) and discussion at the Sixteenth Meeting of the Conference (UN DOC E/CONF. 26/SR. 16).

^④ Albert Jan Van Den Berg, “New York Convention of 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII(1997)—XXVII(2002)”, Yearbook Commercial Arbitration. Vol. 28, 2003, pp. 569–571.

^⑤ 如果《纽约公约》没有规定“非内国裁决”标准,则不能适用于这种情况,所以“非内国裁决”标准扩大了公约的适用范围。

^⑥ Albert Jan Van Den Berg, the New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers (1981), pp. 280–281.

^⑦ Albert Jan Van Den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers (1981), pp. 281–282.



在所有的《纽约公约》缔约国中,只有德国在其执行公约的法律^⑧中规定了对第二种标准的适用,其第2条规定:“(1)如一项公约范围内的裁决系根据德国程序法在另一缔约国内作出,则撤销该项裁决的诉讼可在德国进行。《民事诉讼法典》第1041条、第1043条、第1045条,以及第1046条适用于撤销裁决之诉。(2)如第一段所指仲裁裁决的强制执行之诉根据公约第5条的规定被驳回,则如《民事诉讼法典》第1041条撤销裁决的理由适用时,仲裁裁决同时即被撤销。”可见该条只规定了根据德国仲裁法在外国作出仲裁裁决的情况,没有规定根据外国仲裁法在德国作出仲裁裁决的情况。这也说明了虽然根据德国仲裁法在外国作出仲裁裁决被德国法院视为国内裁决,其可以对其行使撤销权,但在执行该种裁决时仍应适用《纽约公约》。

截至1981年,在实践中还没有出现上图中“典型模型”的情况,原因是没有当事人明确选择适用一国仲裁法在另一国仲裁。因此,范氏认为第二类标准是“形同虚设的(dead letter)”^⑨。

三、外国法院对“非内国裁决”标准的解释

虽然在实践中还未出现过范氏所描绘的关于适用“非内国裁决”标准的“典型模型”,但德国法院的法官们一直在案件的判决书中强调导致“非内国裁决”标准产生的原因——视在外国适用德国仲裁法进行仲裁作出的裁决为德国国内裁决。在1968年的一起案件中,^⑩一家罗马尼亚公司和一家德国公司将争议交由罗马尼亚商事仲裁委员会仲裁,罗马尼亚公司在德国申请执行仲裁裁决时,德国联邦最高法院以仲裁程序不公为由拒绝执行,法官在判决书中写到“德国法院有权撤销《纽约公约》项下的仲裁裁决之一是在别的缔约国根据德国仲裁法作出的仲裁裁决”。在“SpA Ghezzi v. Jacob Boss So.”一案^⑪中,意大利公司 SpA Ghezzi 与德国公司 Jacob Boss So. 通过国际商会仲裁院在比利时仲裁解决纠纷,在申请执行仲裁裁决时,德国联邦最高法院认为“本案中的仲裁裁决是比利时仲裁裁决,因为是根据比利时仲裁法作出的,即便按照仲裁地标准,其也是比利时仲裁裁决,因为其在比利时作出”。在另一起案件中,^⑫一家德国肉商与一家荷兰船商之间签订了租船协议,租船合同适用“金康”条件,其中包含仲裁条款。后合同未能履行,荷兰船商

⑧ 《德国关于承认与执行外国仲裁裁决的1958年公约的法律》(自1961年3月15日起施行)。

⑨ Albert Jan Van Den Berg, *the New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers (1981), p. 282.

⑩ Yearbook Commercial Arbitration. Vol. 3, 1977, pp. 243-244. 当事人名称未披露。

⑪ SpA Ghezzi v. Jacob Boss So., Yearbook Commercial Arbitration, Vol. 15, 1990, pp. 450-455.

⑫ Yearbook Commercial Arbitration. Vol. 29, 2004, pp. 701-714. 当事人名称未披露。

以德国肉商为被申请人,在伦敦海事仲裁员协会提起仲裁,裁决对申请人有利。1997年12月5日,申请人向德国法院申请执行仲裁裁决,1998年4月2日,德国拉芬斯堡一审法院以独任仲裁员是申请人指定的,这会导致其不公正,从而违反德国法的基本原则为由拒绝执行,斯图加特上诉法院认同了一审法院的判决,而联邦最高法院推翻了这一判决。联邦最高法院法官在论及本案中裁决的国籍时说道:“本案中的仲裁裁决是外国裁决,因为其是受外国(英国)程序法管辖的,即便是采用仲裁地标准来判断,其仍是一个英国裁决,因为仲裁地在伦敦。”

可见,德国法官仍然是以仲裁适用的仲裁法来判断仲裁裁决的国籍,但是,他们也注意到了别的国家以仲裁地来判断仲裁裁决的国籍。然而无论他们如何强调,事实是没有当事人在一国仲裁时又另选外国仲裁法来调整仲裁。

美国法院则自创了一套“非内国裁决”理论。在“*Bergesen v. Joseph Müller Corp.*”一案^⑬中,美国法院根据《纽约公约》的第二种标准适用公约执行了一项在纽约根据纽约州法律作出的仲裁裁决。法院认为“非内国裁决”并非指在外国作出的仲裁裁决,而是指与外国法律体系有关的仲裁裁决,如适用了外国法,或者当事人的住所或主营业地在外国等。可见,美国法院的观点是,任何在美国作出的仲裁裁决都是《纽约公约》项下的“非内国裁决”,除非仲裁不涉及任何外国因素。随后,第九巡回法庭在“*Ministry of Def. of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc.*”一案^⑭中,第一巡回法庭在“*Ledee v. Ceramiche Ragno*”一案^⑮中,第七巡回法庭在“*Jain v. de Mere*”一案^⑯中,第十一巡回法庭在“*Indus. Risk Insurers v. M. A. N. Gutehoffnugshütte GmbH*”一案^⑰中都持相似观点。

在最近的“*Jacada v. IMS*”一案^⑱中,法官再次“信心十足”地重申了这一观点,该案中Jacada是一家欧洲软件开发公司,其与IMS(一家美国国际市场战略公司)达成了分销协议,协议受密西根州的法律调整,争议在密西根的卡拉马祖,由美国仲裁协会(AAA)根据其仲裁规则仲裁。后双方发生争议,仲裁裁决有利于IMS。在执行仲裁裁决的程序中,第六巡回法庭法官认为该仲裁裁决属于《纽约公约》下的“非内国裁决”。在分析原因时其指出,普通法系国家和民法法系国家在对于“非内国裁决”的判断标准上是不一致的:法国认为根据调整仲裁的程序法来判断仲裁裁决的国籍,根据这一观点,在美国根据荷兰法作出的仲裁裁决只有在荷兰才是国内裁决,在其他国家,包括美国,都是“非内国裁决”;而英、美等国家认为仲裁裁决只有在裁决地国才是本国裁决,而在其他国家都是外国裁决。根据美国联邦仲裁法(FAA)第202条的规定,在两个美国公民之间作出的仲裁裁决不属于公约项下的裁决,“除非涉及位于外国的财产和在外国的履行和执行,或者与外国有其他联系。如一家公司在美国成立或者主要办事机构在美国,就视为美国公民”。本案中的仲裁裁决在美国作出而又含有涉外因素,因此不属于《纽约公约》下的“外国裁决”,而是“非内国裁决”。

可见,德国仲裁法和美国仲裁法以及两国的法院在对“非内国裁决”标准的看法上完全不同。

^⑬ *Bergesen v. Joseph Müller Corp.*, 710 F.2d 928, 931(2d Cir. 1983).

^⑭ *Ministry of Def. of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc.*, 887 F.2d 1357, 1362(9th Cir. 1989).

^⑮ *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F.2d 184, 186-187(1st Cir. 1982).

^⑯ *Jain v. de Mere*, 51 F.3d 686,689(7th Cir. 1995).

^⑰ *Indus. Risk Insurers v. M. A. N. Gutehoffnugshütte GmbH*, 141 F.3d 1434, 1441(11th Cir. 1998).

^⑱ *Jacada v. IMS*, 401 F.3d 701 (6th Cir. 2005).

四、国内学者对“非内国裁决”的解释

中国尚未出现依据“非内国裁决”标准适用《纽约公约》的案例,有学者分析了麦考公司案和旭普林公司案后认为,“非内国裁决”“仅指申请人向裁决地法院申请执行在法院地国境内作出的国际商事仲裁裁决。从这个意义上说,非内国裁决既不是本国裁决,也不是外国裁决或者无国籍裁决”。^{①⑨}中国的现行法律也没有根据仲裁地来区分仲裁裁决的国籍,而是以仲裁机构的国籍来判断,中国仲裁机构作出的仲裁裁决为内国裁决,而外国仲裁机构作出的仲裁裁决为外国裁决,^②这就导致了外国仲裁机构在中国作出的仲裁裁决在我国法院申请执行时“既不是我国裁决,也不是外国裁决或者无国籍裁决,而是《纽约公约》项下的非本国裁决”。^③也有学者认为“非内国裁决”属于《纽约公约》项下的“外国裁决”,外国裁决包括“在外国作出的裁决”和“非内国裁决”,^④不过他们都一致认为当这种仲裁裁决在中国申请执行时,“中国法院亦应依据《纽约公约》第2项标准(即非内国裁决标准)将《纽约公约》适用于该种裁决在我国的承认和执行”。^⑤

从对《纽约公约》第1条第1款的字面理解来看,中国学者的观点是完全行得通的。如果我国法院根据“非内国裁决”标准适用《纽约公约》,无疑为“非内国裁决”标准的适用增加了一种情形。

五、结论

通过以上分析,笔者可以得出以下几点结论:

第一,《纽约公约》中的“非内国裁决”标准是两大法系斗争的结果,其原意只适用于申请人向裁决地法院申请执行在法院地国境内根据外国仲裁法作出的国际商事仲裁裁决,然而实践中并没有出现这种情形。美国法院将其解释为在美国作出的具有涉外因素的仲裁裁决,与公约的原意并不相同。

第二,目前中国法院应依据“非内国裁决”标准将《纽约公约》适用于外国仲裁机构在我国作出的仲裁裁决在我国的承认和执行。

第三,“非内国裁决”之所以会在国内外的理论和实践中造成不同的解释,是因为并不是所有的《纽约公约》缔约国都以仲裁地来判断仲裁裁决的国籍,而这正是公约所倡导的。鉴于大多数国家都已采用仲裁地来区分内国裁决和外国裁决,我国应在仲裁法中引进“仲裁地”概念,以合理地行使对仲裁裁决的监督权。^⑥

Abstract: The adoption of “non-domestic” in New York Convention is the result of internal standard of France and Germany; its original application which must meet two requirements has

^{①⑨} 赵秀文:“非内国裁决的法律性质辨析”,载《法学》2007年第10期。

^② 自2008年4月1日起施行的《民事诉讼法》第267条规定:国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。

^③ Jacada v. IMS, 401 F.3d 701 (6th Cir. 2005).

^④ 黄亚英:“外国仲裁裁决论析——基于《纽约公约》及中国实践的视角”,载《现代法学》2007年第1期。

^⑤ 同上注^{①⑨}、^②。

^⑥ 包括撤销、执行内国裁决和执行外国裁决。

evolved to different forms. The non-domestic standard happens to be used as a legal basis to enforce arbitral award made in Mainland of China by foreign arbitral institution, however, the problem can only be solved by judging nationality of arbitral award by its “arbitral place”.

Key words: New York Convention non-domestic award place of arbitration

(责任编辑 许 敏)

“非当地化”仲裁视角下国际商事仲裁程序 法律适用的再审视

郭小卿* 李会文**

内容提要 本文通过阐述仲裁程序法的含义,国际商事仲裁中仲裁程序法适用原则的发展变化证实了“非当地化”仲裁理论与国际商事仲裁自由化发展趋势的统一性,程序法选择相对自由化本身就是国际商事仲裁自由化发展趋势的一种表现,进而在很大程度上调和了“本座论”与“非当地化”理论之间的矛盾。

关键词 仲裁程序法 当事人意思自治理论 仲裁程序“非当地化”理论

一、仲裁程序法的含义解析

仲裁程序法是指一国制定或多国订立国际公约所指定的支配仲裁程序的法律原则和规则的总和。这种支配仲裁庭存在及程序进行的法律规则,在西方法学文献中,常被称为仲裁的“法庭法”或“仲裁法”。^①我国学者则一般将之称为“仲裁程序法”,一方面区别于仲裁中的实体法,另一方面也区别于一般统称的仲裁法。适用于国际商事仲裁程序事项的法律既包括仲裁程序法(或称仲裁法),也包括仲裁规则。前者通常表现为单独的仲裁法,又或者包含在民事诉讼法典等程序法中,英美法系国家判例法和大陆法系国家司法机关作出的相关解释也构成仲裁程序法的组成部分。而后者则仅指各仲裁机构根据其本国仲裁法制定的关于如何进行仲裁所遵循的程序规则。

仲裁程序法与仲裁规则是两个既有区别又互有关系的概念。仲裁程序法是本国仲裁机构制定仲裁规则的依据,两者在通常情况下是不会发生矛盾的。但是,当仲裁在适用了当事人自行约定仲裁地以外的仲裁规则进行仲裁时,该仲裁规则就有可能与仲裁地的仲裁程序法产生冲突,此时,仲裁庭只有服从于仲裁地程序法的强制性规定,才能避免其作出的裁决被判无效的后果。在机构仲裁的情况下,当事人选择将争议提交某一特定的仲裁机构仲裁,则意味着愿意适用该机构的仲裁规则,除非当事人另有约定。同时,当事人约定适用特定的仲裁规则时,还可对所适用的规则作出修改。这显然表明了仲裁规则的契约性特征,这一特征使仲裁规则的适用不得违反或规避仲裁所应适用的仲裁程序法的规定,特别是其中的强制性规定成为一种客观上的必然。

仲裁程序的法律适用与诉讼程序相比,有着本质的区别。对于诉讼程序问题,国际上的习惯

* 装备指挥技术学院士官系政教室助教,法学硕士。

** 装备指挥技术学院士官系政教室讲师,法学硕士。

① See Alan Redfern, Law And Practice Of International Commercial Arbitration, fourth edition, LONDON SWEET & MAXWELL . p. 71.

做法是只适用法院地国的诉讼程序法。这已是国际私法中一项公认和普遍适用的原则。^②而仲裁的性质决定了仲裁较诉讼相比是一种更加温和、更能体现当事人意思自治的解决争议的方式。由于仲裁的特点表现为当事人的自愿性和仲裁庭的民间性,因此,当事人的意思自治便构成仲裁的基础。而且最为重要的是,当事人能够较为自由地选择仲裁适用的法律,这其中也包括适用于程序事项的诉讼法和程序规则。仲裁过程中,当事人各方可以在法律许可的范围内,最大限度地融入自己的意愿,在争议解决过程中求得争议的圆满解决。当事人选择实体法的自治权早已得到了公认,而选择仲裁程序法和仲裁规则的自治权也得到了有关国际商事仲裁重要国际公约和多数国家的仲裁法或仲裁规则的肯定。许多国家立法与实践允许国际商事仲裁中的双方当事人合意选择仲裁程序法。

在此,本文只讨论仲裁程序的法律适用。虽然在国际仲裁中适用仲裁举行地法的理由,似乎不如司法诉讼中适用法院地程序法的理由更为有力。但是,仲裁程序地法对支配仲裁程序的进行,仍然具有十分重要的作用。在仲裁程序法的适用问题上,如何在当事人的选择和仲裁地法适用之间确定恰当的平衡点,以及如何看待日益盛行的仲裁“非当地化”理论,是笔者在此所要探讨的两个主要问题。

二、“非当地化”仲裁程序法律适用的基本理论

(一)仲裁程序法“本座论”

国际商事仲裁程序适用仲裁地法,通常被称为仲裁法的“本座论”或“所在地论”。这一原则根源于“诉讼程序依法院地法”的冲突规则,并且在国际商事仲裁长期实践中得以运用和发展。世界上大多数国家仲裁立法专家和学者认为,如果当事人只在仲裁协议中规定了仲裁地,而未另作其他约定,那么仲裁程序应当适用仲裁地国的法律。国际商事仲裁的司法权理论是主张适用仲裁地法的主要理论依据。根据这一理论,国家具有控制和管理发生在其管辖领域内所有仲裁的权力。^③英国著名学者曼因是传统理论的积极倡导者和坚决支持者,他对此作出了较为精辟的论述。他认为,仲裁庭作出的任何决定,如果不与一个特定国家的法律体系相联系,就没有法律上的拘束力,因为任何人所享有的权利或权力,都是由一国的国内法赋予的,更确切地说,传统上来源于法院地国家的法律,在涉及仲裁的情况下则来源于仲裁地国的法律。^④

虽然近几年来“本座论”受到了“非当地化”理论的挑战,仲裁地作为确定仲裁程序法联结因素的重要性已有所降低,但是在目前,仲裁程序适用仲裁地法的做法仍占主导地位。究其原因,主要有以下几个方面:

第一,“仲裁程序依仲裁地法”原则是国家领域管辖权的必然结果。基于国家领域管辖权,发生在一国领域内的仲裁活动显然属于该国主权管辖的范围。所以,除非仲裁地法有例外的规定,仲裁活动理应受仲裁地国仲裁程序法的约束。^⑤

第二,不管一国是否赋予当事人协议选择仲裁程序法的权利,也不论当事人选择了何国仲裁程序法,仲裁活动均不能完全逃避仲裁地法的控制。换言之,即使经仲裁地法允许,当事人选择

^② 参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年修订版,第419~420页。

^③ 参见韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社1993年版,第27页、第199页。

^④ 转引自赵秀文:《国际商事仲裁及其适用法律研究》,北京大学出版社2002年版,第97页。

^⑤ 参见朱克鹏:《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社1999年版,第85页。

了外国仲裁程序法,它作出的裁决也有可能被仲裁地国法院撤销,仲裁地法中的强制性规则不会因当事人的选择而失去约束力。^⑥

第三,仲裁地国不仅对其领域内的仲裁活动实施全面有效的控制,而且还可以提供最切实有效的支持与辅助。对仲裁活动而言,虽然控制是不能摆脱的,但支持与辅助往往也是必需的。然而,基于司法主权的考虑,仲裁地法院在进行控制、提供支持与辅助时,适用非仲裁地的法律几乎是不可能的事。^⑦

第四,“本座论”提供了一个确定仲裁裁决“国籍”的客观标准。^⑧依仲裁地法进行仲裁,可以使仲裁裁决取得仲裁地国的国籍,从而可以作为外国仲裁裁决,依1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》在有关国家顺利地得到承认和执行。

然而,“仲裁程序依仲裁地法”原则并不是完美无缺的。其一,不完善的仲裁法律制度将成为国际商事仲裁的障碍。其二,由于国际商事仲裁的国际性和复杂性,仲裁地难以确定的情况并不罕见,此时仲裁地法自然就无法确定了。其三,当事人选择仲裁地并不必然有选择仲裁地程序法的意思,将当事人纯属出于偶然选择的仲裁地作为确定仲裁程序法的联结因素是不适当的。从当事人对仲裁地的选择推出当事人有选择仲裁地程序法的意思,显然是牵强的。尤其是在当事人出于偶然或由仲裁庭确定仲裁地的情况下,更不宜作出这样的推论。“本座论”存在的这些缺陷,成为“当事人意思自治理论”和“非地方化”理论产生的主要根源。

(二)仲裁程序法中的当事人意思自治理论探析

传统“所在地理论”固然存在这样或那样的缺陷,但是有一点在目前还是得到普遍认同的,即特定国家的仲裁程序法,对于国际商事仲裁的顺利有效进行具有重要意义。那么如何确定某一特定国际商事仲裁案件应适用哪一特定国家的仲裁程序法?或者国际商事仲裁程序的进行应适用哪些国家的仲裁程序法呢?

传统“所在地理论”的缺陷促使人们去寻找一种更为灵活、更能体现仲裁本意的方法,意思自治原则便应运而生,并以其对当事人意愿的充分尊重而受到青睐。在宽泛的意义上,当事人意思自治原则也可以称为契约自由原则。意思自治原则在成为契约法上的一项普遍的原则之前,首先是在冲突法上针对合同的法律适用问题提出的。^⑨与合同法上当事人契约自由原则一样,冲突法上当事人决定合同法律适用的意思自治也不是没有任何限制的。^⑩仲裁法上的当事人意思自治使契约自由原则从合同法和冲突法领域扩展到解决民商事纠纷的程序法领域。意思自治原则在民商事纠纷解决过程中的作用,主要表现为双方当事人对纠纷解决方式和内容的合意,而根据双方当事人的仲裁合意,确定通过仲裁方式解决特定范围内的纠纷,更是意思自治原则最充分的体现。^⑪

主张由当事人自行选择仲裁程序法的学者们认为,当事人意思自治原则是整个仲裁制度赖

⑥ 参见赵秀文:《国际商事仲裁及其适用法律研究》,北京大学出版社2002年版,第98页。

⑦ 参见温树斌:“论国际商事仲裁中法院的作用”,载《河北法学》1999年第2期;朱克鹏:《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社1999年版,第42页。

⑧ 参见朱克鹏:《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社1999年版,第89~91页。

⑨ 参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年版,第147页。

⑩ 参见丁伟:《冲突法论》,法律出版社1996年版,第180~182页。

⑪ 参见乔欣:《仲裁管辖权研究——仲裁程序公正与权利保障》,法律出版社2001年版,第70页。

以存在的基石。当事人意思自治原则在各国仲裁立法中均有所体现,只是程度有所不同。有的国家仅赋予当事人有限的自由,即当事人只有在遵守仲裁地法中强制性规则的前提下才可以选择仲裁程序法,显然这种自治是有限的自治,是地域原则下的自治。而有的国家则将当事人意思自治原则作为确定仲裁法适用的首要原则,在这种情况下的自治便是无限的自治,当事人的自治发展到极限就产生了意欲完全摆脱传统“所在地理论”的“非当地化”理论。当事人意思自治原则于仲裁程序法的适用上体现在以下两个方面:

第一,当事人协议选择特定国家的仲裁程序法。在理论上,当事人双方协议选择将他们之间的商事争议提交仲裁。仲裁本身的契约性,体现了当事人的意思自治,因而当事人双方可以就仲裁涉及的事项,当然也包括对仲裁程序可适用的法律作出约定和选择,即由当事人协议选择仲裁的程序法。在各国国内立法和司法实践中,依当事人意思自治原则决定仲裁适用的程序法或程序规则,这种做法十分普遍。^⑫

第二,当事人对仲裁程序法未作选择时仲裁程序法的确定。当事人一旦在仲裁协议中选择了仲裁程序法或仲裁规则,仲裁庭一般都会尊重当事人的该项自治权而直接适用其所选定的仲裁程序法或仲裁规则。然而,在许多情况下,当事人并没有行使该项选择权。为了解决这一问题,许多国际商事仲裁立法已明确赋予仲裁庭确定仲裁程序应当适用的程序法或仲裁规则的权力。根据各国国内立法和有关国际公约以及常设国际商事仲裁机构的仲裁规则的规定,大致有两种方法可行:其一,由仲裁庭直接确定或援引有关法律或仲裁规则来间接确定应适用的某一特定国家的仲裁程序法。^⑬其二,直接适用仲裁地国家的仲裁程序法。国际商事仲裁立法和实践之所以承认和肯定仲裁地仲裁程序法对在该国境内进行仲裁的作用,主要原因在于传统“仲裁地理论”有其合理的部分。^⑭

当事人有权选择适用于仲裁的程序规则,已获得了广泛的承认。但是,当事人的这一权利并不是不受任何限制的。当事人能否完全按照自己的意愿决定仲裁适用的程序?当事人能否协议排除仲裁地国强制性规则的适用?仲裁究竟在何种程度上、在什么范围内尊重当事人的意思自治和仲裁地的强制性规则?明确上述问题,才可以真正发挥当事人意思自治原则在仲裁中的作用,赋予当代国际商事仲裁意思自治论以新的内涵。

在实践中,除非立法已明确规定某项规定是必须遵守的,否则,当事人正确判断某项规则是否具有强制性质并不总是一件容易的事情。一般来说,某项规则涉及基本的公平、正义观念,并构成一国公共政策的一部分,即可视为具有强制性质。既然一国仲裁法明确规定某些规则是当事人必须遵守的,那么当事人就不能协议排除此类规则的适用。因此当事人选择适用的程序规则,既不能违反仲裁地法律的强制性规则,也不能违反仲裁所适用程序法的强制性规则。当事人意思自治只能在有关国家法律强制性规则允许的框架内发挥作用,否则,仲裁的有效性将受到严重影响。仲裁庭所作出的裁决就有可能被有关国家裁定撤销,从而丧失强制执行的效力。

此外,当事人选择仲裁程序规则还要受到被请求承认和执行裁决地国家程序方面公共政策的控制。如果当事人的选择违反了该国的公共政策,裁决就会被拒绝承认与执行。但是,由于当

^⑫ 参见朱克鹏:《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社1999年版,第75页。

^⑬ 参见韩敏:“国际商事仲裁程序的法律适用”,载《仲裁研究》2000年第3期。

^⑭ 参见乔生:“国际商事仲裁程序的法律适用及其新发展”,载《现代法学》2003年第5期。

事人在选择仲裁程序规则时很难预见到裁决将会在何国执行,如果要求当事人在选择程序规则时就考虑到这一问题,未免过于苛刻,也不太现实,但这不妨碍仲裁的专业人士参与到仲裁协议的制定过程中,以减少纠纷发生后由于协议有效性及特定条款存在的问题给仲裁程序顺利进行带来的诸多不便。

三、仲裁程序“本座论”与“非当地化”仲裁理论提出的分歧

“非国内化”理论的兴起和当事人意思自治原则被普遍接受现状,对传统的“所在地”理论产生了巨大的冲击。仲裁法的“非国内化”(denationalized)或称“非地方化”(delocalization)理论产生于欧洲大陆,目前已成为国际商事仲裁中令人注意的一种趋势。仲裁程序的“非国内化”和仲裁裁决的“非国内化”是仲裁“非当地化”理论的两个主要组成部分。在此,笔者重点介绍仲裁程序的“非国内化”对仲裁程序“本座论”的影响。由于“非当地化”仲裁理论最先针对仲裁程序的法律适用问题而提出,因此,仲裁程序领域内“非当地化”范围之广、程度之深,远非其他领域所能比拟。^⑮

国际商事仲裁的“非国内化”或“非地方化”理论是指国际商事仲裁可以超脱仲裁所在地国家法律的控制,当事人可在其合同中约定,仲裁不受任何特定国家程序法或者任何特定法律体系实体法以及任何特定国家冲突规则的调整,仲裁程序规则将由当事人自由选定,或者由仲裁庭根据符合当事人利益之目的而选择适用于仲裁程序的法律而非仲裁地的强制程序规则。^⑯按照这种理论,国际商事仲裁程序可以完全由当事人协议约定,而不必非要受制于某一特定国家的法律。因此,有无法律或用何国法律对国际商事仲裁活动施加影响和控制,取决于当事人之间的协议。

在现代国际商事仲裁实践中,当事人多来自不同国家。为了保证仲裁的中立,这些当事人选择与争议联系比较少的第三国作为仲裁地。在这种情况下如果仍机械地坚持所谓“选择了仲裁地点就等于选择了仲裁地的仲裁法”,则难免会给争议的处理带来不确定性,会给当事人带来不公正、不合理的结果。这既会影响到仲裁裁决的效力,也违背了当事人付诸仲裁的愿望,使他们的合理期待落空。^⑰

国际商事仲裁中的“非当地化”仲裁理论主要是为了克服各国仲裁立法的不统一性、不充分性以及千篇一律地适用仲裁地法的不合理性。^⑱该理论顺应了尊重当事人意思自治,促进国际商事仲裁国际化、现代化总的发展趋势,具有一定的合理性。但该理论仍存在一些其自身难以克服的缺陷,如果国际商事仲裁完全摆脱特定国家国内法的控制,国际商事仲裁程序的进行以及裁决的承认与执行都会相继出现一系列问题:首先,如果裁决不是依照任何一国的法律作出,在仲裁程序进行当中极有可能出现任何国家的法院都无权对该仲裁实施管辖的情况。本文在前一部分介绍的法国法院在“Gotaverken”案的判决中所表现出的“非当地化”倾向就遭到了一些著名学者的批评。^⑲其次,国际商事仲裁中的财产保全、证据保全等行为,需要仲裁地国法院的支持和协助,

^⑮ 参见许光耀:“论非仲裁地化对国际商事仲裁法律适用的影响”,载《法学评论(双月刊)》1995年第2期。

^⑯ 参见郭玉军:“论国际商事仲裁中的‘非国内化’理论”,载《法制与社会发展(双月刊)》2003年第1期。

^⑰ 参见赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第40页。

^⑱ 参见朱克鹏:《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社1999年版,第105页。

^⑲ See Jan Paulsson, *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters*, 32 Int'l & Comp. L. Q. 53 (1983).