



当代国际法 论丛

· 第8卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编

知识产权出版社

上海市教委重点学科国际法学(J51103)



世界无疆 知识无边

当代国际法 论丛

第8卷

华东政法大学国际法学院 ©主编

ISBN 978-7-80547-391-1/D · 751

知识产权出版社

内容提要:

本书收集了华东政法大学国际法学院的老师的论文,内容涉及国际法的各个领域,从不同角度对国际法进行解读、阐释、探究、评述,这些论文对研究、从事国际法务工作的人不乏借鉴参考意义,对学习国际法的师生也有启发、指导作用。

责任编辑: 国晓健

封面设计: 春天书装

图书在版编目(CIP)数据

当代国际法论丛. 第8卷 / 华东政法大学国际法学院主编.
—北京: 知识产权出版社, 2008.12

ISBN 978-7-80247-391-1

I. 当… II. 华… III. 国际法—文集 IV.D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 201002 号

当代国际法论丛 (第8卷)

DANGDAI GUOJIFA LUNCONG

华东政法大学国际法学院 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000860-8101

责编电话: 010-82000860-8240

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2009年3月第1版

字 数: 314千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000893

责编邮箱: anxuchuban@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 11

印 次: 2009年3月第1次印刷

定 价: 28元

ISBN 978-7-80247-391-1/D · 751

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换

目 录

- 丁 伟 / 论国际商事仲裁中适用司法解释的悖论性现象 1
- 周洪钧 / 积极应对台湾当局的国际空间企求 15
- 司平平 / 《联合国反腐败公约》第 42 条评述 22
- 司平平 / 联合国宪章第 12 条的扩大解释
——联合国大会维和职能的扩展 30
- 丁成耀 / 论民族自决原则
——兼谈西藏地位问题 43
- 丁成耀 / 柬埔寨与泰国间柏威夏寺归属争端的国际法分析 62
- 管建强 / 论国际人道法中的战争受害者的救济 75
- 管建强 / 论政治手段解决受害劳工对日索赔的
可行性和存在的问题 90
- 顾百忠 / 欧盟宪法性条约的发展基础和前景 97
- 王 勇 陆雅丽 / 论条约在加拿大执行的状况和特点 118
- 甘 瑛 / WTO 法律体系中的比例原则探究 131
- 李 娟 / 试述 WTO 框架下保障措施之实施程序 146
- 李 娟 / WTO 保障机制设置之基础理论问题探讨 156
- 陈宪民 / 船舶物权法律问题研究 166
- 李 泳 / 试析跨国电子商务对各国转移定价立法的冲击与挑战 187
- 张国元 / 金融全球化及其对国际金融法的影响 203

施海渊 / 竞争政策与日本海运业的规制改革 213

李 泳 / 试论各国税务机关在税收上获取银行信息的
有效途径和方式 235

王 勇 陆雅丽 / 国有股权转让决策程序及其完善的思考 256

Gan Ying / An Empirical Analysis and Legal Assessment of
China's FDI in Africa 265

Peng Xu / The 'Trade and ...' Linkage 290

李俊义 / 析论我国外资法如何应对当今跨国公司并购我国上市企业的
新趋势——以“可口可乐并购汇源果汁案”为视角 299

陈国军 / 期前违约规则基本问题辨析两题
——以英美法和 CISG 为研究对象 319

罗小莹 / 浅析无单放货的承运人责任 334

论国际商事仲裁中

适用司法解释的悖论性现象

丁伟^①

一、问题的提出

在我国国际私法领域,最高人民法院对如何适用法律规范所作的解释,以及在法律规范适用于具体案件、事项时所作的解释,都被视为司法解释的范畴。由于我国立法与司法在国家权力问题上具有根本的一致性,司法解释在不违背宪法与法律的前提下,对各级审判机关具有普遍的约束力。尽管司法解释并非立法机关按照法定的立法程序制定的法律规范,在理论上难以将其纳入“法律”之列,但在现行法律明显滞后的情况下,司法解释在很大程度上能够及时、有效地弥补法律的缺漏。鉴于此,国内有学者认为,司法解释实际上已成为中国法律的一种渊源,这一观点也为国内权威国际私法的教材所采纳。^②鉴于司法解释事实上已扮演了中国国际私法渊源的角色,在我国涉外审判实践中,人民法院以司法解释为依据作出判决自不待言。然而,在国际商事仲裁中,如果当事人以司法解释为依据提出仲裁请求或发表抗辩意见,仲裁庭在应当适用中国法律而相关法律未作具体规定的情形下,将无法回避是否应当适用相关司法解释的难题。^③笔者曾就这个问题与多位国内著名学者及资深仲裁员进行探讨,出乎意料的是,学术界与仲裁实务部门对这一问

^① 上海市人大法制委副主任委员、上海市人大常委会法工委副主任、华东政法大学教授、博士生导师。

^② 黄进,主编,《国际私法》[M],法律出版社,1999。

^③ 在笔者审理的多起涉外仲裁案件中,已出现当事人以最高人民法院的司法解释为依据提出仲裁请求或提出抗辩意见,或当事人以《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》为依据对相关证据材料的合法性提出质疑的情形。

题的看法高度一致，即：理论上仲裁庭无须适用司法解释，但实践中仲裁庭难以摆脱司法解释的羁绊。笔者认为，在仲裁庭是否应当适用司法解释这一问题上，理论与实践相悖的现象值得引起关注，这一问题深究下去，将引发仲裁实践中颇为棘手的一系列难题：仲裁庭适用司法解释作出裁决是否符合当事人选择仲裁方式解决争议的本意？仲裁庭在程序上或实体上的处置不适用司法解释（可能表现为与司法解释的规定不完全吻合），是否会导致裁决被人民法院撤销或不予执行？如果仲裁庭适用司法解释作出的裁决需要到国外执行，是否会导致该裁决被国外法院撤销或不予执行？倘若当事人双方选择在国外仲裁，并约定适用中国法，在中国法律未作具体规定的情形下，国外仲裁庭是否应当适用中国司法解释？倘若在该情形下国外仲裁庭未适用中国相关的司法解释，而裁决需要在中国执行，是否会导致裁决被人民法院撤销或不予执行？诸如此类看似虚拟的问题，在实践中迟早会发生。对此，我国理论界与仲裁实务部门应当未雨绸缪，积极开展对相关问题的前瞻性研究。笔者不揣浅陋，拟对国际商事仲裁中适用司法解释的悖论性现象作一学理层面的透析，以期对这些问题的深入研究起到抛砖引玉的作用。

二、国际商事仲裁是否适用司法解释的应然性分析

从应然角度来探讨国际商事仲裁是否应当适用司法解释的问题，答案显然是否定的，这一结论取决于仲裁有别于诉讼这一基本事实。从理论层面来分析，主要基于以下几方面的理由。

其一，从我国现行法律规定来看，仲裁适用司法解释于法无据。各国有关国际商事仲裁法律适用的制度不尽相同，归纳起来，大致有三种模式：一是在仲裁法中明确规定法律适用规则，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，还规定仲裁协议的准据法、仲裁实体法的适用规则；二是在国际私法中

专门规定仲裁的法律适用规则;^①三是在民事诉讼法中规定仲裁的法律适用规则。^②我国1995年9月1日施行的《仲裁法》未对仲裁的法律适用作出规定,《民法通则》、《合同法》等相关法律既没有专门规定国际商事仲裁的法律适用规则,亦没有规定其所包含的冲突规范是否适用于国际商事仲裁。此外,现行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第四十三条第(一)项规定:“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。”此条规定显然不属于法律适用的规定。由此可见,我国现行法律及相关仲裁机构的仲裁规则均未对仲裁的法律适用作出专门规定,更与仲裁适用司法解释无涉。笔者认为,尽管从理论上讲仲裁与诉讼的法律适用规则存在差异,在我国立法未对仲裁的法律适用作出专门规定的情况下,可以推定国际商事仲裁与国际民事诉讼在法律适用上采用同一套规则,但是,即便仲裁庭根据冲突规范的指定将中国的实体法作为准据法,也不能合乎逻辑地得出仲裁庭应当适用于该准据法相关的司法解释的结论。

其二,从司法解释的性质来看,所谓司法解释是立法机关授权特定司法机关所作的一种有权解释,司法解释权是司法权的重要组成部分,其来源与司法权的来源是一致的。^③根据《监督法》第三十一条的规定,司法解释是指最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发[2007]12号)第二条也规定:“人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,由最高人民法院作出司法解释。”这些规定清晰地表明,司法解释的制定主体是国家最高审判机关和最高检察机关,所涉内容限于审判、检察工作中具体应用法律的事项,适用主体是各级人民法院/人民检

① 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条则规定了仲裁裁决适用实体法的规则。美国1971年《冲突法重述》(第二次)第八章合同部分在立法模式上区分商事仲裁与一般合同的法律适用;第186条、第188条规定了合同之债准据法确定的原则;第218条规定商事仲裁的准据法。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。

② 丁伟. 国际民事诉讼与国际商事仲裁法律适用比较研究[J]. 私法研究:第2卷. 中国政法大学出版社,2002:425-426.

③ 董皞. 司法解释论[M]. 中国政法大学出版社,1999:8-11.

察院。即使是有关仲裁的司法解释,其适用主体也是人民法院。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》开宗明义规定:“根据《中华人民共和国仲裁法》和《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定,对人民法院审理涉及仲裁案件适用法律的若干问题作如下解释……”有鉴于此,司法解释对于不属于审判机关的仲裁机构不具有普遍的约束力。

其三,从仲裁的性质来看,尽管学界对于国际商事仲裁的法律性质尚无定论,但自20世纪60年代发展起来的自治论(autonomous theory)已逐渐成为主流观点,该理论主张仲裁实际上是超越司法权或契约的一种独创的自治体系。^①国际商事仲裁机构与法院相比,无论是管辖权来源、审理案件的权力来源,还是负责对象,都存在显著区别。仲裁机构的管辖权源自当事人的协议而非仲裁地法律,仲裁员的权力亦是由当事人授予的,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。^②在法律适用方面,仲裁与诉讼相比,当事人选择准据法的自由达到了极限,众多的国际商事仲裁裁决都允许当事人选择与争议无联系的法律。我国有的学者断言:“在国际商事和海事仲裁中,流行的观点和现实的实践是,仲裁在法律适用方面根本不承认当事人选择法律的‘法律规避’限制”。^③不言而喻,在当事人双方没有就适用司法解释达成合意的情形下,具有高度自治色彩的仲裁庭很难适用司法解释。

其四,从仲裁制度的发展趋势来看,当代国际商事仲裁领域出现了强烈的“非国内化”(de-nationalised)或“非本地化”(de-localization)的趋势。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。根据非内国化理论,国际商事仲裁应当服从当事人意思自治的原则,不必受仲裁地国法律的限制,而且,据此

① 丁伟,主编:《国际私法》[M],上海人民出版社,2004:542-544.

② 韩德培,主编:《国际私法新论》[M],武汉大学出版社,1997:745.

③ 高非,谈谈仲裁案件的法律适用[J],仲裁与法律通讯,1998(2):26-27.

作出的裁决不受仲裁地国法律或态度的影响。^①鉴于在国际商事仲裁中“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^②,这意味着从理论层面讲,凡在中国进行的国际商事仲裁,在法律适用上可以逸出包括司法解释在内的仲裁地法律体系的控制,当事人可以自主地选择程序法、冲突法与实体法。值得一提的是,仲裁程序法通常被称为仲裁的“法庭法”(curial law)或“仲裁法”(lex arbitri)^③,泛指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。鉴于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,对于中国仲裁机构审理的涉外仲裁案,即使仲裁庭适用中国的实体法并且适用中国仲裁机构的仲裁程序规则,司法机关能否以裁决在程序上与中国法律及相关司法解释不符为由撤销该裁决,也值得商榷。

其五,从当事人选择仲裁这一解决争议方式的本意来看,可能就是为了摆脱包括司法解释在内的“司法因素”的窠臼。在国际商事仲裁领域,法律适用可以不囿于国内实体法,仲裁庭可以适用国际法、一般法律原则、并存法、现代商人法。在当代国际商事仲裁实践中,还存在适用非法律标准的情形。仲裁制度发轫于以自愿和公平原则解决民事或商事纠纷的民间方式,其本质属性为当事人的意思自治,早期的仲裁制度并不需要法律确认其合法性。经过数个世纪的嬗变,仲裁的法律适用制度出现了回复,在一些特定的仲裁案件中,出现了适用非法律标准的情形。如在一些合同争议中,仲裁庭并不考虑争议适用的实体法,而是以

① Theodore C. Theofrastous, International Commercial Arbitration in Europe; Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, Western Reserve Journal of International Law. 1999 (31 Case).

② 高菲. 仲裁案件的法律适用[M]. 仲裁与法律通讯. 1997(6):16.

③ A. Redfern and M. Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration (2nd ed., 1991):72, 朱克鹏. 国际商事仲裁的法律适用[M]. 法律出版社, 1999.

④ 有关仲裁程序法与仲裁程序规则的区别详见韩健. 现代国际商事仲裁法的理论与实践[M]. 修订版. 法律出版社, 2000.

当事人意思表示一致的合同的特定条款为标准判案争议,一些重要的国际公约以及一些国家的仲裁立法中均有类似的规定。^①与此同时,在国际商事仲裁实践中,仲裁庭经双方当事人授权,在认为适用严格的法律规则会导致不公平结果的情形下,可依照公平善意原则作出对当事人双方有约束力的裁决。这种不依法律而依仲裁庭认为符合公平善意标准作出裁决的“友谊仲裁”(amiable composition)方式,亦为许多国际公约、国内立法和国际常设仲裁规则所承认。^②笔者认为,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不愿受到过多的法律制约。在仲裁无须适用法律的情形下,依附于该法律的司法解释在个案中无疑成为无源之水、无本之木。在当事人没有明确选择中国法律及其司法解释的情况下,仲裁庭径直适用司法解释不但可能与当事人选择仲裁这一解决争议方式的本意不符,而且可能超越了当事人授权的范围。倘若仲裁在程序上、实体上都受制于司法解释,其有别于诉讼的特性势必荡然无存。

三、国际商事仲裁是否适用司法解释的实然性分析

上述应然性分析表明,国际商事仲裁理论上不应当适用司法解释,换言之,适用司法解释存在法律上的障碍。然而,从实然性角度分析,国际商事仲裁实践中很难摆脱司法解释的掣肘。笔者认为,产生这一悖论性现象的原因是多方面的。

其一,从仲裁制度的运行机制来看,仲裁是国家法律所认可的一种社会冲突解决方式,其权威性取决于有关国家法律的认同和司法权力的保障。尽管仲裁通常被称为司法外解决争议的一种制度化形式,仲裁制

① 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第33条第3款规定:“无论属于何种情况,仲裁庭应按照合同条款进行仲裁,并应考虑到适用于该项交易的贸易惯例。”

② 丁伟. 国际民事诉讼与国际商事仲裁法律适用比较研究[J]. 私法研究:第2卷. 中国政法大学出版社, 2002:429-431.

度所具有的鲜明的意思自治性和民间性特征,使仲裁制度呈现出超越和摆脱国家法律和国家司法权的特点和倾向,但是这种表象的特点和倾向却是以国家法律的认可为前提的,无论是仲裁协议的效力,还是仲裁员的权力以及仲裁裁决的承认与执行,都取决于有关国家法律的认可。国家法律对仲裁的意思自治性和民间性的确认,实质上就是国家司法权的一种表现。从这个意义上说,仲裁制度就是与法院并列的实现国家司法权的一种争议解决机制。^①由于仲裁庭不具有法院所拥有的可用于强制执行仲裁裁决的国家主权权力,又没有足够的权力确保仲裁程序的适当和有效地进行,仲裁的有效性在很大程度上有赖于仲裁庭与法院之间的一种“伙伴关系”,而这种关系的确立及其具体的实现,取决于仲裁地国或裁决作出地国以及请求承认与执行裁决地国的国内法的有关规定。^②在中国这一司法解释与成文法融于一体的国度,司法解释充斥各个部门法领域且自成体系,在这一现实条件下,对于在中国进行的仲裁活动,仲裁庭旨在避开司法解释的主观愿望与客观结果往往相距遥远。

其二,从主观上看,仲裁庭存在强烈的确保裁决与司法解释并行不悖的潜意识。长期以来,仲裁裁决的撤销及不予执行制度犹如一把高悬于仲裁人头顶的达摩克利斯之剑,处于这种紧张焦虑状态之中的仲裁庭对于适用司法解释通常具有敏锐的主观直觉。为保证仲裁裁决得以顺利执行,仲裁庭在法律适用上谨小慎微,惟恐因程序上、实体上与司法解释相悖导致裁决被撤销。今年年初笔者作为首席仲裁员审理了[2007]中国贸仲深裁字第XX号股权转让纠纷案,该案争议焦点之一是股权转让的条件是否成就。股权转让合同规定转让方(申请人)有义务向受让方(被申请人)提供董事会及股东同意股权转让的决议和文件。申请人以股东未同意股权转让为由,主张股权转让的条件未成就。被申请人在第一次庭审结束后,提交了补充证据(被申请人证据十九至证据二十一以及《关于其他股东均已同意股权转让并放弃优先购买权的特别说明》),该证据十九、证据二十、证据二十一主要用于证明目标公司三个股东同

① 石育斌.国际商事仲裁研究[M].总论篇.华东理工大学出版社,2004:38-39;198-199.

② 韩健.现代国际商事仲裁法的理论与实践[M].修订版.法律出版社,2000:220-226页.

意股权转让并放弃优先购买权。被申请人称:此前申请人一直声称不同意股权转让的三个股东,即交通银行股份有限公司深圳分行(以下简称交通银行)、南京汽轮机电(集团)有限责任公司(以下简称汽轮集团)和深圳市能源集团有限公司(以下简称能源集团),均已声明同意股权转让并放弃优先购买权。被申请人认为,上述事实说明股权转让合同订立以后,申请人未能尽职尽责履行合同约定的义务和法律规定的义务,未能作出足够的努力去说服其他股东同意股权转让;其他股东既然已经同意股权转让,申请人所声称的履行障碍均已消除,股权转让合同理应继续履行。申请人则对证据的真实性、合法性不予认可,理由是该三份证据分别加盖着交通银行、汽轮集团、能源集团的公章,按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的要求,被申请人要证明这三个公章的真实性,必须在法定的开庭前七天内申请这三个单位作为证人出庭作证,但被申请人在第二次开庭时并没有申请这三个单位出庭作证,对此,被申请人应承担这三份证据真实性无法确定的法律后果。笔者起草裁决书时,在仲裁庭的分析与认定意见部分写道:仲裁庭认为,无论是《仲裁法》还是本会的仲裁规则,均未明确规定被申请人必须申请这三个单位出庭作证,证明公章的真实性。为确保本案公正审理,仲裁庭已就该三份证据开庭审理,听取双方质证意见。鉴于被申请人提供了三份证据的原件,且这三份证据与被申请人庭后提供的证据二十五至证据二十八(证明三个单位的股东出具同意股权转让并放弃优先购买权的声明后,在董事会决议上签字,同意股权转让——笔者注。)的内容能够相互印证,在申请人未提供相反的证据对其质证意见加以佐证的情况下,仲裁庭对被申请人提交的证据十九、证据二十、证据二十一真实性予以采信。由于裁决稿只提及《仲裁法》及贸仲的仲裁规则,回避了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》,裁决存在因与司法解释不符而被撤销或不予执行之虞,笔者权衡再三,删除了上述表述,仅采信与《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》相符的被申请人证据二十五至证据二十八,同时说明该部分证据与证据十九、证据二十、证据二十一的内容相互印证。

其三,从客观上看,仲裁庭具有适用司法解释的现实需要。鉴于我国现阶段立法明显缺位,实践中常常出现现行立法未能涉及的新问题,^①而多年来最高人民法院陆续出台了一系列司法解释,其内容几乎涉及国际私法的各个领域,一些司法解释及时填补了立法缺位而出现的真空地带^②。在无法可依或有法难依的情况下,仲裁庭适用司法解释不啻为一种无奈之举。在笔者曾审理过的多起合同争议案中,申请人主张逾期付款违约金,但是申请人有关逾期付款违约金的计算标准明显过高,或未提供计算标准,在此情况下,仲裁庭最终以法释[1999]8号《关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》、法释[2000]34号《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复〉的批复》等司法解释为依据计算逾期付款违约金的金额。在仲裁实践中,还经常遇到有关时效问题的争议,当事人双方各执一词。由于《民法通则》关于诉讼时效制度的规定过于原则,最高人民法院先后颁布了最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》、法复[1994]3号最高人民法院《关于债务人在约定的期限届满后未履行债务而出具没有还款日期的欠款条诉讼时效期间应从何时开始计算问题的批复》、法复[1997]4号最高人民法院《关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》、法释[1999]7号最高人民法院《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》以及2008年9月1日颁布实施的最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》等司法解释。这些司法解释对司法实务中涉及的诉讼时效起算点、中断、中止、效力等问题做了相对明确的规定,无疑是确定仲裁时效的依据。

① 黄进,等.中国国际私法司法实践述评[R].中国国际私法与比较法年刊:2002-2006.

② 丁伟.我国涉外民事诉讼管辖权制度的完善[J].政法论坛.2006(6):154.

四、消除理论与实践相悖现象的几点思考

国际商事仲裁中是否适用司法解释应然性和实然性的悖论性现象,实际上表现为我国仲裁领域理论与实践相悖的现象。笔者认为,我们应当积极面对,慎重应对,既要直面矛盾,勇于正视这一现象,对于国际商事仲裁适用司法解释的必要性、合法性、合理性等问题积极开展研究,及时作出理论阐述,同时又要勇于实践,积极探索,努力破解仲裁实践中是否适用司法解释、如何适用司法解释的难题,对于如何消除这一悖论性现象及时作出实践总结。

为此,本文结合相关立法及仲裁实践就该问题提出以下几点思考,以求教于学界与仲裁界的同行。

(一) 以理性的态度,积极应对理论与实践相悖的现象

从哲学层面分析,应然是指在可能的条件下事物应该达到的状态,或者说基于事物自身的性质和规律所应达到的状态,实然则是事物存在的实际状况。在现实生活中,作为事物的现实表现状态的实然,总是与其应然之间存在着某种程度的脱节或悖离,而作为事物客观存在本性及其理性要求的应然,也可能经常超越其外在的表现状态。因此,国际商事仲裁中适用司法解释的应然性与实然性相悖本身是正常的现象。然而,唯物辩证法认为,物质决定意识,物质是意识的基础,在应然与实然这一矛盾统一体中,应然作为人类理性思维的结果,自然受到作为客观物质现实的实然的限制,在两者的关系中,实然决定应然。从法理层面分析,应然性与实然性相悖的现象反映了法的主观性与客观性的矛盾。法的应然模式为我们指明应当努力追求的目标,而法的实然状态则要求我们通过将法的应然模式加以实证化、具体化而达到应然的目标。为此,有关国际商事仲裁是否应当适用司法解释的问题,不宜过分纠缠于理论层面的争论,而应更加注重实证研究,确保仲裁个案中应然性与实然性的统一。

(二) 以科学的态度, 正确诠释理论与实践相悖的现象

国际商事仲裁中适用司法解释的应然性与实然性相悖从表象看是明显的, 但实质上是否相悖尚存在进一步推敲的余地, 如果仅仅基于表面相悖的现象而一概排除司法解释未免过于武断。我们应当秉承由此及彼、由表及里的科学态度, 深入分析国际商事仲裁中适用司法解释的各种现象, 合理地诠释理论与实践相悖的现象。笔者认为, 理论界似有必要对以下问题作深入的研究。

其一, 根据《仲裁法》第七条规定, “仲裁应当根据事实, 符合法律规定, 公平合理地解决纠纷”。该条款中的“法律”是否可以作广义的理解, 其中包括司法解释?

其二, 根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第四十三条第(一)项的规定, “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”。隐含了“公平合理”原则的司法解释是否可视为“公平合理”原则而予以适用?

其三, 作为国家权力机关的人大将法律解释权赋予司法机关, 并对司法解释实行备案审查制度, 使司法解释获得了仅次于法律的效力。在法律适用上更具自由度的仲裁庭可否将司法解释作为次要的法源, 在法律没有明文规定的情况下予以适用?

其四, 仲裁的自主性赋予了仲裁机构处理争议的权限, 在当事人双方没有相反意思表示的情况下, 能否推定当事人默示仲裁庭适用司法解释的权力?

(三) 以务实的态度, 柔性处理理论与实践相悖的矛盾

过多依赖司法解释弥补立法缺陷固然存在很多弊端^①, 但在现行《民事诉讼法》、《仲裁法》等法律已经日渐暴露出其不适应社会发展的弊端, 立法职能明显缺位的情况下, 最高人民法院的司法解释确实有助于弥补

^① 宋连斌. 再论中国国际私法的实践困境与出路[J]. 中国国际私法与比较法年刊. 法律出版社, 2003: 79-87; 丁伟. 我国对涉外民商事案件实行集中管辖的利弊分析——评《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖权若干问题的规定》[J]. 法学. 2003(8): 117-123.

立法缺位及普遍存在的原则性强,操作性弱的不足^①。在国际商事仲裁实践中,尽管仲裁庭无适用司法解释的义务,但我们面对的现实是,剔除了司法解释以后,立法性规定很有限,确实需要适当适用司法解释的规定。正是基于这一原因,司法解释的一些合理因素正在国际商事仲裁实践中被潜移默化地借鉴与吸收,成为一种“隐形规则”。为此,我们应本着实事求是的态度,对仲裁中适用司法解释的现象不应过于苛责,并在仲裁实践中采用灵活的方式,对适用司法解释作出柔性化的处理。

其一,鉴于司法解释的适用主体应是司法机关,仲裁不宜直接适用司法解释,而应间接适用或参照适用司法解释。仲裁实践中如确需适用司法解释,可以适当阐明司法解释的法意,裁决书中一般不宜冠以司法解释的名称。与此同时,裁决书如需阐明司法解释的法意,应限于“仲裁庭的分析与认定意见”部分,不宜扩展至“裁决”部分,更应防止将司法解释与法律并列,作为裁决的法律依据。

其二,在双方当事人均援引司法解释,或一方当事人援引司法解释,另一方当事人未提出异议的情形下,可以推定当事人双方对于适用司法解释达成了合意。

其三,在仲裁实践中,经常出现当事人援引最高人民法院作出的生效判决作为仲裁请求或抗辩意见依据的情形,笔者认为这一现象值得关注。目前理论界与实务部门对于最高人民法院公布的案例是否具有法律拘束力,是否可以成为司法解释,中国是否应承认判例的法律地位众说纷纭。^②尽管有学者主张承认司法判例在我国国际私法中的渊源地位有助于推动我国国际私法的立法进程^③,但是迄今为止我国并不承认司法判例构成中国法律的渊源。《人民法院第二个五年改革纲要》虽然第一次提出了建立和完善我国特有的案例指导制度,充分发挥指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面

① 丁伟. 司法解释与立法的耦合: 中国国际私法和谐发展的时代要求: 中国国际私法和谐发展的时代要求[J]. 时代法学, 2007(5): 3-7.

② 董皞. 迈出尊重案例通向遵循判例的困惑之门——我国实现法律统一适用合法有效之路径[J]. 判例与研究, 2007(1): 7-15.

③ 韩德培, 主编. 国际私法[M]. 高等教育出版社, 北京大学出版社, 2000: 24-25.