



经济法文库 (商法系列)

Economic Law Library



国际商事仲裁 强行规则研究

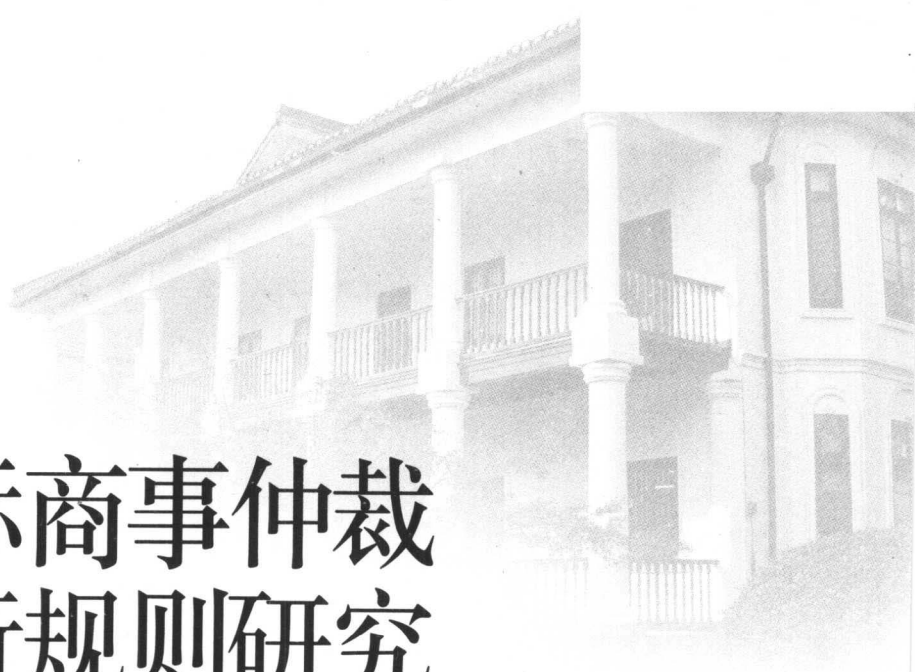
STUDIES ON MANDATORY RULES FOR
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

© 张圣翠 著

7.4
6



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国际商事仲裁 强行规则研究

STUDIES ON MANDATORY RULES FOR
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

© 张圣翠 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁强行规则研究/张圣翠著. —北京:北京大学出版社,2007.4
(经济法文库·商法系列)

ISBN 978-7-301-12010-1

I. 国… II. 张… III. 国际商事仲裁-研究 IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 044219 号

书 名: 国际商事仲裁强行规则研究

著作责任者: 张圣翠 著

责任编辑: 丁传斌 朱 彦 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-12010-1/D·1723

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 14.25 印张 264 千字

2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其在面对未来逐步建立起的完善的市场经济时,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

2005 年国庆节

前 言

一、本书的研究背景及价值

在当代货物、服务、技术产品和资本市场全球化的环境下,跨国交易者在程序上以国际商事仲裁而不是以诉讼手段解决争议的情形越来越普遍。一份统计数据显示,当今 90% 的重大国际交易合同中均含有仲裁条款。^① 这些交易的当事人一旦发生争议,若不能通过协商或调解解决,往往即进入仲裁程序并由仲裁员作出裁决。但是,自 20 世纪初开始,各国便以“市场失灵”、“维护公共利益”、“确保公民福利或安全”等理由制定了大量的公法性强行实体法,同时在传统的私法领域也吸收了很多实体的强行规则以保护协议中弱方当事人利益或防止民事欺诈等行为。另一方面,为了促进公正和效率,很多国家或地区的仲裁法及仲裁机构的仲裁规则中也含有不少与国际商事仲裁程序有关的强行法或强行规则。

以上强行实体法和程序法(以下统称为“强行规则”)的存在,经常使国际商事仲裁协议或裁决是否有效及应否撤销或承认与执行等成为当事人之间争议的焦点。为了能通过一国诉讼渠道解决争议,一方当事人有时以仲裁协议触犯相关的强行规则作为抗辩理由否定国际商事仲裁协议的效力,进而拒绝参与国际商事仲裁程序。一些当事人即使参与了国际商事仲裁程序,也常常以违背相关的强行规则为由要求更换仲裁员,撤销或拒绝履行仲裁裁决。瑞士著名的仲裁员、学者 Marc Blessing 博士曾指出,超过 50% 的国际商事仲裁案件涉及强行规

^① See Catherine A. Rogers, *Emerging Dilemmas in International Economic Arbitration: The Vocation of the International Arbitrator*, *American University International Law Review*, 2005, p. 959. See also Andrew T. Guzman, *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, *Duke Law Journal*, March, 2000, p. 1281.

则问题。^①从其著述上下文的内容可以判断,这个数字只是针对涉及强行实体规则的争议案件而言的,如果我们将涉及程序强行法争议的案件考虑在内,这个数字可能会更高一些。

另一方面,国际商事仲裁中所涉及的强行规则问题由于常常与国家利益或公共利益及国际商事仲裁服务业的自身利益等密切相关,因而也受到了很多国家的立法机关、执法部门、法院,以及国际组织、非政府机构及国际著名仲裁机构等组织的高度关注,进而引发了这些组织各种参与解决的行动。如在美国的 *Mitsubishi v. Soler-Chrysler Plymouth* 案中,就国际反垄断争议是否具有可仲裁性这一强行规则问题,美国司法部、美国仲裁协会和总部设在巴黎的国际商会仲裁院即以法庭之友的身份积极地向美国法院提供说服的解决方案。^②

本书将对国际商事仲裁中这些强行规则的立法、执法、仲裁和司法等方面的解决实践、国际协调及其趋势进行系统全面的探讨与评估并提出科学的改进方案,不仅有助于未来相关争议问题的适当解决,维护国际商事交易当事人的合理期望与利益,而且有助于保护相关国家正当的公共利益,同时也有助于促进国际商事仲裁服务业的健康发展和国际社会的福祉,并对完善我国的相关制度提供有价值的理论参考成果。

二、本论题的研究现状

近年来,我国学术界对国际商事仲裁中的很多理论和实践问题进行了广泛深入的探讨,发表了大量很有见地的学术论文和著作。然而,我国学者对国际商事仲裁强行规则的研究却处于十分薄弱的状态。目前,在公开刊物上发表的由我国学者撰写的相关的专门性论文较少,如肖永平、朱克鹏的《论强制性规则与公共政策对国际商事仲裁的影响》(载《国际贸易问题》1997年第1期),侯宁的《论国际商事仲裁中强行法对意思自治的影响》(载《中国对外贸易商务月刊》2002年第12期),薛非的《论强行法对国际商事仲裁实体法律适用的影响》(载《华东政法学院学报》2001年第5期)。另外还有一篇发表于中国期刊网上的优秀硕士论文,即李晓玲的《论国际商事仲裁中强制性规则的适用》。应予肯定的是,这四篇论文是我国学者对国际商事仲裁与强行规则关系进行专门性研究的开创性成果。当然,我国其他学者在国际商事仲裁的相关论著中也有一些关于强行规则的相关论述,特别是一些学者对国际商事争议可仲裁性、国际商事仲裁

^① See Marc Blessing, *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, Swiss Commercial Law Series, Volume 9, 1999, p. 5.

^② See Dora Marta Gruner, *Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, p. 923 & pp. 937—941.

裁决的承认和执行方面的强行规则作出了较多很有价值的研究。但是,从总体上说,我国学者对国际商事仲裁法中的强行规则研究的系统性、广度和深度等还很有限。

在过去的二十多年中,国外学者将国际商事仲裁中的强行规则作为一大热点进行探讨并取得了较多的研究成果。这些成果大多以论文的形式发表于世界三大权威仲裁杂志及其他法学类期刊中,也有一些分布于有关国际商事仲裁法的著作中,内容分别涉及公共政策、可仲裁性、仲裁协议、仲裁程序、仲裁裁决的承认和执行等一项或数项问题。但是,国外学者的研究成果的主要缺陷在于缺乏以专门论著的方式对这一问题进行全面系统的研究。

三、本书的结构安排及研究方法

强行规则广泛应用于可仲裁性、仲裁协议、仲裁程序、仲裁裁决的撤销或承认与执行等诸多领域或环节之中,对其进行系统的综合探讨有助于提高对该问题研究的深度和广度。因此,本书除了在第一章导论部分对相关的基本用语等问题作出基础性探讨之外,还用另外四个章节分别对上述国际商事仲裁各领域或环节中的强行规则作出较为系统的全面分析。鉴于本书研究的主要目的在于通过对现有的较为零散的立法规则、仲裁、执法或司法实践及研究成果进行归纳与总结,为我国相关制度的完善提供有说服力的对策建议,从而便于我国参与国际商事仲裁活动的当事人、仲裁机构及相关机构更好地处理强行规则争议问题,因此笔者在最后单独安排一章以促成这一目的的实现。

本书主要采用以下三种研究方法:

(一) 理论与实践相结合

为了处理国际商事仲裁强行规则问题,学者们提出了很多理论与方法,这些理论为本书的研究提供了较为丰富的素材和极具价值的启示。但是,这些理论的可靠性不仅需要其他相关理论和逻辑推论加以论证,而且更需要立法或司法等实践的检验和推广。国际商事仲裁强行规则问题本身也具有很强的实践性和操作性,出现了很多具有重大影响性的立法规则、仲裁或司法案例,对其进行研究就必须充分依赖这些实例。

(二) 比较方法

“比较的方法能扩大和丰富问题的解决方案,……并为学者们提供其时代或环境下问题较佳解决的机会”^①,而对各种法律规则进行比较的比较法学既可

^① Koen Lenaerts, *Interlocking Legal Orders in the European Union Comparative Law, International & Comparative Law Quarterly*, October, 2003, p. 879.

以是纯科学,也可以是应用科学。比较法学中所描述的法律解决方案犹如“一块巨大的试验田,使立法者可以观察到不同的文明国家里所尝试改革的效果”^①。因此,本书将根据不同的情况和上下文的需要对强行规则在国际商事仲裁各领域或环节中的表现进行纵横向的比较研究。横向比较主要在各同领域相关强行规则、司法实践及学者们的学术理论观点之间进行,有时也对不同国际公约中的相关强行规则进行比较分析;纵向比较则主要包含针对特定问题的仲裁实践与司法实践比较分析、历史时空上的对比研究以及国际公约与缔约方不同效力层次强行规则之间从属关系比较等。

(三) 交叉学科研究方法

这是由本书的研究对象所决定的。国际商事仲裁强行规则问题涉及当事人、仲裁机构、仲裁员、国家或其他第三人等众多的利益主体,并被置于跨国环境之中,因此不仅与国际商法学、公法学、仲裁法学、国际私法学和国际公法学等法学学科紧密相关,而且也与经济学和国际政治学等非法学学科丝丝相连。因此,本书在以法学学科研究方法为主的基础上,于必要时也引入经济学等一些非法学学科的研究方法,以提高对复杂问题透视的全面性。

^① Paul R. Dubinsky, Human Rights Law Meets Private Law Harmonization: The Coming Conflict, Yale Journal of International Law, Winter 2005, pp. 219—220.

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 “国际商事仲裁”的界定	(1)
第二节 强行规则的识别与定性	(6)
第三节 强行规则与相近术语的关系	(10)
第四节 国际商事仲裁强行规则的渊源	(15)
第五节 国际商事仲裁强行规则的基础理论	(20)
第二章 规范国际商事仲裁协议效力的强行规则	(25)
第一节 约束主体可仲裁性的强行规则及其适用	(26)
第二节 限制客体可仲裁性的强行规则	(35)
第三节 规范国际商事仲裁协议形式有效性强行规则	(49)
第四节 确定仲裁协议内容有效性强行规则	(55)
第三章 约束国际商事仲裁程序的强行规则	(60)
第一节 根本性程序强行规则概述	(60)
第二节 仲裁员独立性和公正性规则	(70)
第三节 当事人平等待遇与正当程序规则	(96)
第四节 其他仲裁程序性质的强行规则	(118)
第四章 国际商事仲裁实体强行规则	(132)
第一节 实体强行规则的识别与适用标准	(132)
第二节 仲裁庭适用实体强行规则的权力与义务	(137)
第三节 确定实体强行规则适用方法的理论与实践	(144)
第四节 促进仲裁庭适用实体强行规则方案的评述	(154)

第五章 国际商事仲裁司法审查强行规则	(162)
第一节 概述	(162)
第二节 仲裁协议的司法审查强行规则	(164)
第三节 裁决撤销的司法审查强行规则	(168)
第四节 裁决承认与执行的司法审查强行规则	(176)
第六章 我国国际商事仲裁强行规则及其完善	(184)
第一节 概述	(184)
第二节 我国国际商事仲裁强行规则评述	(187)
第三节 我国国际商事仲裁强行规则的完善对策	(198)
参考文献	(206)
后记	(218)

第一章 导 论

第一节 “国际商事仲裁”的界定

一、“仲裁”的含义

“仲裁”可以说是国际商事仲裁及学术研究中的首要用语。我国学者大多对“仲裁”作出简单定义,即各方当事人根据其争议发生前或争议发生后达成的协议,将他们之间的争议交由法院以外的第三人作出有约束力裁断的行为。

当然,我国也有不少学者在其学术论著中通过对仲裁的“优点”、“特征”进行描述或将其与协商、调解及诉讼的区别等进行描述,对上述定义作出进一步的补充说明。应该说,我国学者的这种定义方法和国外很多学者关于“仲裁”定义的高度概括基本上是一致的,^①关于仲裁的“优点”或“特征”的描述也是国外多数学者的通识。

然而,随着国际商事争议解决新手段或方法的增加,以上定义是否非常准确或周全值得我们进一步思考。在这方面,发达国家某些学者的更详细的研究成果以及某些法院的具体司法实践为我们的思考提供了很有价值的线索。一法国学者在其最近的著述中即指出:根据当事人的自愿协议而由第三人单独就争议商品品质是否符合合同作出有约束力决定的行为就不能视为仲裁,因为当事人之间就应否减价及减价数额等违约救济问题可能仍然存在争议;此外,第三人根据当事人的协议指定就条款不完整的合同或视情势变更改变合同作出约束力

^① See Hrvoje Sikiric, Arbitration and Public Policy: Arbitration proceedings and Public Policy, Croatian Arbitration Yearbook, 2000, p. 85. See also Maureen A. Weston, Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration, Minnesota Law Review, February, 2004, p. 452.

的填补或修改定夺也不应视为仲裁,英国和加拿大也有法院判例肯定了这一点。^①然而,美国的一些学者和法院却采取了相反的态度。如美国得克萨斯州立大学的 Alan Scott Rau 教授便很倾向于认为就某些事实、价格等作出终局性评估或决定的评估人或专家的评估或决定行为也应视为仲裁,这些评估人或专家也应被视为仲裁员而受到法律保护。支持该教授的判例包括 1952 年第八巡回法院对 *Sanitary Farm Dairies v. Gammel* 案的判决和 1987 年第九巡回法院对 *Wasyly v. First Boston* 案的判决等。不过,在 *Smithson v. United States Fidelity & Guaranty* (1991) 等案件中,美国法院也以具体的争议协议中所规定的评估目的较窄、缺乏对证据的听证等为由而拒绝将某些评估或专家决定视为仲裁。^②

国外学者的上述不同表述及有关法院不一致的判决表明:单纯地将法院以外的第三人作出有约束力裁断的行为界定为“仲裁”,并将该裁断之前、之中或之后的所有问题都视为仲裁争议问题而全部对应地适用相关的仲裁制度可能是错误的。应予承认的是,如果某些评估人或专家的评估或决定行为之前、之中或之后所遵循的规则都与仲裁法中规定的规则是一致的,所遇到争议问题的解决手段或方法也都与仲裁法中规定的手段或方法完全一致,则这些评估人或专家的评估或决定行为应视为仲裁。但是,如果那些在某些方面不必遵循仲裁法中的相关规则的评估人或专家的评估或决定行为,不必遵循使所有当事人都有机会参加仲裁审理对抗程序的规则,或评估等行为所依据的协议没有排除法院对当事人权利与义务的争议进行管辖的规则等,则至少不能完全视为仲裁。据此,笔者将我国学者所采用的以上通用定义放在以下一段文字之前以界定本书中没有特别指明之处的“仲裁”含义:但是在某些方面不必遵循仲裁法规则或纯粹就某一事实定性作出有约束力裁决而对当事人之间法律上的权利与义务争执未作出决定的除外。

二、“商事”的概念

长期以来,很多国家或地区只允许当事人将“商事”性质的争议提交仲裁。近年来,不少国家也允许或强制要求当事人将劳工争议、消费合同争议或行政管理争议等所谓的非“商事”争议提交仲裁,但适用特别的法律。有鉴于此,1958 年的《纽约公约》允许缔约国作出商事保留的声明。据统计,在一百三十多个缔

^① See Fouchard Gaillard Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 中信出版社 2004 年影印本, pp. 23—24.

^② See Alan Scott Rau, *The Culture of American Arbitration and the Lesson of ADR*, *Texas International Law Journal*, Spring 2005, pp. 487—502.

约国中约有 1/3 宣布了保留立场。^①

然而,《纽约公约》本身并没有对“商事”一词作出统一解释,从而使拥有保留权的缔约国得以根据自己的法律界定“商事”的范围。多数国家对“商事”的范围界定得很广,如美国仅将婚姻、个人和雇佣事务的争议排除在“商事”争议范围之外,而印度、突尼斯等少数国家则采用狭义解释的方法将含技术转让的合同争议或建筑合同争议等认定为非“商事”性质的争议。

鉴于多数国家的立场,同时考虑到少数国家的不同意见,联合国 1985 年《国际商事仲裁示范法》(以下简称 1985 年《示范法》)利用脚注解释的方式向各国的立法和司法机关提供了有益的指南,即“商事”并不限于狭义上的商业活动,而是包括买卖、代理、租赁、建造工厂、咨询、工程、许可证交易、投资、银行、保险、项目开发、合营和其他形式的工商业合作、货运或旅客运输等起因于商事性质合同或非合同关系的一切事务。

我国 1986 年加入《纽约公约》时也作出了商事保留声明。根据最高人民法院 1987 年 4 月 1 日发布的《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》,与货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权等有关的契约性和非契约性争议皆属于“商事”性质的争议,但外国投资者与东道国政府之间的争端除外。我国在其后包括 1991 年《民事诉讼法》和 1995 年《仲裁法》等正式的相关立法中,采用的不是“商事”而是“涉外经济贸易、运输和海事”的用语。但是,实践中,“涉外经济贸易、运输和海事”的含义亦如以上最高人民法院关于“商事”司法解释一样宽泛。因此,我国现行法律及司法实践对“商事”范围的认定基本上与世界上多数国家是接近的。

不过,很多发达国家的学者持更广义的观点,认为商事仲裁不仅是指纯私人之间所有货物、服务、知识产权和其他财产等经济交易争议的仲裁,而且还包括私人与政府或国际组织之间跨界经济交易争议的仲裁,如根据 1965 年《关于解决国家和他国国民之间投资争端的公约》(以下简称《华盛顿公约》)建立的“国际投资争端解决中心”(ICSID)管辖下的大部分争议。这些学者只是将政府或国际组织之间在国际公法下争议的仲裁排除在商事仲裁的范围之外。持上述观点的学者认为,政府或国际组织等国际公共实体日益经常地卷入国际贸易,交易中的另一方当事人可能不知道其公法地位,且其公法地位并不总是影响他们所

^① See Fouchard Gaillard Goldman, On International Commercial Arbitration, 中信出版社 2004 年影印本, p. 39.

参与的合同和任何国际仲裁所适用的规则。^①

以上学者的观点在实践中有时也得到了一些发达国家法官的支持。如1997年1月2日开始的墨西哥与Metalclad公司在NAFTA协议下投资争议仲裁案中,仲裁庭根据ICSID的《额外便利程序规则》作出了裁决,并要求墨西哥向Metalclad公司赔偿1668.5万美元。对此裁决深怀不满的墨西哥向加拿大的不列颠哥伦比亚最高法院提起了撤销裁决的诉讼。墨西哥在诉由中声称起因于成员国一项立法争议的NAFTA仲裁不具有“商事”性质,法院应适用司法审查范围很广的其他法律而不是该省的《国际商事仲裁法》(International Commercial Arbitration Act)对NAFTA下的仲裁裁决进行审查。法院驳回了墨西哥的这一主张,认为该案由于“起因于投资关系”因而具有“商事”性质。^②

笔者无意建议我国将外国投资者与东道国政府之间争端的仲裁也视为商事仲裁,但从比较或反映世界上关于国际商事仲裁代表性的观点及有影响的实践角度出发,本书在适当的地方将会涉及私人与政府之间在ICSID下的争议仲裁,偶尔甚至会提及政府与政府之间在WTO下的争议仲裁等,但重点在于研究纯私人之间跨界经济交易争议仲裁中的强行规则问题,并且其他有关研究也是为这一主题服务的。

三、“国际”的含义

很多国家将商事仲裁严格区分为国际商事仲裁和国内商事仲裁,并在可仲裁性、仲裁协议效力的认定、仲裁员资格要求、仲裁程序及仲裁裁决的司法审查等诸多方面对两者适用不同的强行规则。^③此外,从国际私法角度看,如果商事仲裁具有“国际”性质,则会面临法律冲突问题,从而需要仲裁庭或法院决定有关的争议问题应当适用哪一个国家或地区包括强行规则在内的程序法或实体法。由于适用的法律不同,案件最终自然会产生不同的结果。因此,确定“国际商事仲裁”中“国际”一词的确切含义在许多商事仲裁案件中对当事人具有特别重要的意义。

然而,对于何种商事仲裁为国际商事仲裁,在国际上尚无普遍接受的统一定义。不过,多数国家的制定法或国际公约分别或同时采用以下两种标准界定商事仲裁的“国际”或“国内”性质:

^① See Ray August, *International Business Law*, Prentice Hall, 2000, pp. 54—57.

^② See William W. Park, *Amending the Federal Arbitration Act*, *The American Review of International Arbitration*, 2002, pp. 142—143, n 281 & n 284.

^③ *Id.*, p. 94. See also Oliver Browne, *London v Paris: Territorial Competition in International Commercial Arbitration*, *International Arbitration Law Review*, 2004, p. 4.

(一) 实质性连结因素(material connecting factors)

商事仲裁案件中,可能的连结因素很多,包括:仲裁员的国籍和住所地;当事人的国籍、住所、居所或公司的总部所在地;合同的缔结地、履行地;财产所在地和损害发生地;仲裁机构的国籍或总部所在地;仲裁地和裁决执行地;仲裁程序选择适用的法律所在地;争议实体选择适用的法律所在地等。^①

以上连结因素指向同一国家时,商事仲裁无疑是该国的国内商事仲裁,并且只适用该国的法律。但是,以上连结因素中的一个或多个指向多个国家时,很多国家也并不当然地视之为国际商事仲裁,而是考察有关的连结因素是否很重要,这便是实质性连结因素的原则。一般说来,仲裁地点和当事人的国籍属于实质性连结因素范畴。不过,也有些国家将自然人的惯常居住地或公司法人的中心管理地等视为实质性连结因素。如瑞士1988年《联邦国际私法法规》第176条第1款规定:仲裁庭在瑞士,但在缔结仲裁协议时当事人至少有一方的住所或习惯居所位于瑞士境外的一切仲裁为国际仲裁。除瑞士外,采用实质性连结因素标准的国家还有英国、意大利,以及叙利亚、埃及、利比亚和科威特等一些阿拉伯国家。^②

(二) 争议性质

由于实质性连结因素原则仅仅简单机械地考虑少数几项所谓的“实质性因素”,不足以全面地说明或涵盖国际商事仲裁的多样性,一些国家便转而根据争议的性质认定商事仲裁是否具有国际性,如果争议涉及国际商事利益,则将其仲裁视为国际商事仲裁。

法国是采用争议性质原则的最有代表性的国家之一。根据法国1981年新《民事诉讼法典》第1492条的规定,一宗依法国仲裁程序法在法国进行的仲裁,尽管双方当事人均为法国公司,但是争议源于国际销售等国际商事利益活动,该仲裁便属于国际仲裁。不过,法国法院在实践中也并不纯粹依据争议性质原则认定国际商事仲裁,而是同时“注意考虑当事人国籍、合同缔结地等因素”^③。

紧随法国之后,意大利、比利时、瑞典和美国等国也通过立法或司法判例采用了争议性质原则。但是,这些国家同时也保留了原实质性连结因素原则。如1994年意大利《仲裁法》第832条规定,意大利的国际仲裁特别规则适用于至少一方当事人为国外居民或在国外有事实上的总部的争议,或法律关系的实质部分必须在国外履行的争议。

^① See Fouchard Gaillard Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 中信出版社2004年影印本, pp. 46—47.

^② 参见韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第4页。

^③ 同上书,第8页。

兼采争议性质和实质性连结因素两项原则确定商事仲裁国际性质的方法也为一些国际公约和1985年《示范法》所吸收。如对国际商事仲裁协议、程序和裁决皆加以规范的1961年《关于国际商事仲裁的欧洲公约》第1条明确规定,其宗旨在于“解决自然人或法人之间进行的国际贸易所引起的争议,并且在达成协议时,该自然人和法人在不同的缔约国内有其惯常居住地或所在地”。1985年《示范法》第1条第3款规定:“一项仲裁是国际性的,如果(a)仲裁协议双方当事人签订该协议的时候,它们的营业地位于不同的国家;或者(b)下列地点之一位于双方当事人营业地国家之外:(i)仲裁协议中或根据仲裁协议确定的仲裁地,(ii)商事关系主要义务将要履行的任何地点或与争议的客体具有最密切联系的地点;或者(c)双方当事人已明示约定仲裁协议的客体与一个以上的国家有联系。”

1985年《示范法》的上述(a)项和(b)项规定为加拿大、匈牙利、塞内加尔和西班牙等很多国家其后制定或修改的仲裁法所采用。然而,由于上述(c)项规定使当事人有机会规避本应适用的国内法,因此只有突尼斯等极个别的国家及中国澳门等少数地区一并加以吸纳。^①

目前,我国商事仲裁立法中与“国际”一词界定有关的规定分别体现于1991年《民事诉讼法》第257条和1994年《仲裁法》第65条,即我国将所有具有涉外因素的经济贸易、运输和海事纠纷视为国际商事仲裁。此外,我国在实践中还将涉及港澳台商事争议的仲裁视为涉外或国际商事仲裁。

在本书中,笔者采用广义的观点,将具有跨国连接因素和争议性质具有国际性的商事仲裁作为国际商事仲裁对待,并研究其所适用的强行规则。

第二节 强行规则的识别与定性

一、强行规则的识别

罗马法中有个著名的法律谚语:“私人协议不得变通公法。”这一法律谚语便是当今学者使用的“强行法”术语的来源。^②这一谚语表明,法律规范整体由

^① See Francisco Ramos Mendez, International Arbitration in the New Spanish Arbitration Act, International Arbitration Law Review, 2004, p. 173.

^② 参见孙国华主编:《中华法学大辞典·法理学卷》,中国检察出版社1997年版,第337页。