

—
谢新胜
著

法学新思维 **文丛**

On Application of the Lex Arbitri in
International Commercial Arbitration

国际仲裁本身就是个不恰当的名称，因为仲裁必然从属于某个特定法律体系。仲裁庭作出的任何决定如果不与任何一个特定国家的法律体系相联系，就没有法律效力，任何人所享有的权利或权力，都是由一国国内法赋予的，更确切地说，在涉及仲裁时则来源于仲裁地国的法律。换句话说，仲裁法就是仲裁地法。

——[美]马恩 (Mann)

中国检察出版社

国际商事仲裁程序法 的适用

Faxue Xinsiwwei Wencong

法学新思维 文丛

中国检察出版社

国际商事仲裁程序法的适用

■ □ — 谢新胜 著



图书在版编目 (CIP) 数据

国际商事仲裁程序法的适用/谢新胜主编. —北京: 中国
检察出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0120 - 2

I. 国… II. 谢… III. 国际商事仲裁—程序法—法律适
用—研究 IV. D997. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 116385 号

国际商事仲裁程序法的适用

谢新胜 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路5号 (100080)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcchs. com)

电子邮箱: zgjcchs@vip.sina.com

电 话: (010) 68658767 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京画中画印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8.625 印张

字 数: 248 千字

版 次: 2009年9月第一版 2009年9月第一次印刷

号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0120 - 2

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

国际商事仲裁制度的发展由来已久，特别是在自由贸易的环境下，它更受到了商人的青睐。这在很大程度上是仲裁的价值观念在起作用。对于仲裁的价值，理论界和实践部门都存在不同看法，其中既包括关于仲裁价值取向的构成问题，也包括仲裁价值取向构成因素的先后顺序问题。我们认为，最重要的莫过于分析仲裁价值取向中的制度性观念，这并不有助于解决仲裁法改革中的制度性问题。

从仲裁制度的形成和发展来看，自治性的观念起到了基础性作用。在跨国贸易发展的初期，由于建立在农业经济基础之上的封建法和教会法不能适应跨国贸易的发展，所以，商人们就试图脱离国家的控制，自治地确立跨国贸易的规则，即商人法（*lex mercatoria*），在国家法院体制外由商人自身组织的法庭、仲裁庭来解决其争议，仲裁庭适用的是自治性的商人法规范。因此，从其发展之初，仲裁制度和法院制度之间就存在着一种矛盾的张力，法院对仲裁庭存在着一种根本性的不信任。而国家权力的作用是通过法院对仲裁的司法干预得以实现的，但这里存在一个两难问题，国家既要保证对仲裁的控制权力，又要确保仲裁制度历史形成的自治性价值不至于丧失殆尽。

不过，在经济全球化的环境下讨论保证仲裁自治性问题时，并不完全是出于一种理念的幻象，在很大程度上是从经济利益的角度来

考虑的，在仲裁日益成为一种产业的形势下，国家权力对仲裁的过度干预，必然会挫败仲裁制度的自治性，使得案件审理的结果增加了不确定性，损害了当事人对仲裁的信赖利益，使便捷和有效率的仲裁程序变得繁杂、冗长，从而使仲裁的相对优越性受到削弱，最终损害的仍然是国家自身的利益。此外，关于法院对仲裁司法审查的范围，出现了当事人可以协议变更的立法和实践，这在一定程度上也说明了仲裁的自治性。所以，在制度架构层面上尽量减少国家权力对仲裁的干预，并将其限制在适度的范围内；在制度运作的层面上，将法院对仲裁的司法审查限制在法律明文规定的框架内。

从这个角度来说，如何处理私人仲裁与国家制定的仲裁法之间的关系对于构建和谐、良好的国际商事仲裁环境就显得尤为重要。令人欣喜的是，谢新胜博士从国际商事仲裁程序法的适用这一问题切入，比较系统地探讨了非国内仲裁、仲裁地、国际法以及当事人意思自治等多种要素在调整仲裁程序中的作用。就目前而言，国内学界有关仲裁实体法的研究已经汗牛充栋，但就仲裁程序法适用问题的专门探讨尚不多见。因此，虽然其文章观点或有商榷之处，论证也仍有待进一步完善，但作为本书作者的硕士与博士研究生期间的导师，我非常乐意向学界同仁推荐此书，并祝愿他在今后的学术道路上取得更大的成绩。

肖永平

2009年7月12日于武汉大学国际法研究所

目 录

序	/1
导 论	/1
第1章 国际商事仲裁程序法适用的一般理论	/7
第一节 国际商事仲裁程序法适用概说	/8
一、国际商事仲裁程序法的定义	/8
二、国际商事仲裁程序法的范围	/11
三、国际商事仲裁程序法适用的概念及分类	/12
四、确定仲裁程序法的必要性	/16
第二节 国际商事仲裁的“本地化理论”	/23
一、马恩 (Mann) 教授的“本地化理论”	/23
二、豪尔 (Sauser-hall) 教授的拟制仲裁地选择理论 (imputed forum-selection theory)	/26
三、地域适用规范所体现的仲裁“本地化”	/28
第三节 国际商事仲裁的“非本地化理论”	/33
一、仲裁“非本地化理论”的含义	/33
二、仲裁“非本地化理论”的具体内容	/35
第四节 国际商事仲裁程序法适用的其他理论	/44
一、程序规范标准 (the procedure law criterion)	/44
二、仲裁协议准据法说 (the legal continuum theory)	/45

国际商事仲裁程序法的适用

On Application of the Lex Arbitri in International Commercial Arbitration

三、管辖权替代标准 (the displacement of jurisdiction criterion)	/45
第2章 国际商事仲裁裁决撤销制度的效力	/47
第一节 已撤销国际商事仲裁裁决的承认与执行问题	/48
一、《纽约公约》第5条第1款约文的解释	/50
二、执行已撤销国际商事仲裁裁决的实践考察	/56
第二节 国际商事仲裁裁决撤销制度的存废	/64
一、取消仲裁地国对仲裁裁决司法监督的两种观点	/64
二、执行国的司法监督无法取代仲裁地国的司法监督	/67
三、国际商事仲裁裁决的效力来源	/71
四、内国法院撤销国际商事仲裁裁决的权力边界	/75
五、结论	/80
第3章 意思自治与国际商事仲裁程序法的适用	/81
第一节 国际商事仲裁程序法选择适用概说	/82
一、国际商事仲裁程序法选择适用的概念	/82
二、国际商事仲裁程序法选择适用的理论	/86
第二节 国际商事仲裁程序法选择适用的立法与司法实践	/91
一、若干国家仲裁法修订前的情况	/92
二、若干国家新修订国际商事仲裁立法后的基本态度	/99
三、国际商会的有关仲裁实践	/107
四、国际公约对当事人选择仲裁程序法的立场	/110
第三节 国际商事仲裁的程序自治	/113
一、若干仲裁立法中的仲裁程序自治	/113
二、仲裁庭决定仲裁程序规则时的仲裁程序自治	/122
三、当事人仲裁程序自治与强制性规则	/124
第4章 仲裁地与国际商事仲裁程序法的适用	/134
第一节 适用仲裁地法概述	/135
一、仲裁地法的适用与仲裁程序法的选择适用	/135

二、适用仲裁地法的理论基础	/141
第二节 法律意义上的仲裁地	/147
一、仲裁地的概念	/147
二、若干仲裁立法中的“仲裁地”	/149
三、仲裁地与仲裁国籍	/159
四、仲裁地与仲裁程序法的适用	/164
五、我国仲裁立法与实践中应确立的仲裁地	/165
第三节 仲裁地法适用的具体途径	/175
一、仲裁法的适用范围条款规定仲裁地法的适用	/175
二、仲裁规则规定仲裁地法的适用	/180
三、仲裁地法院通过对仲裁的司法干预适用仲裁地程序法	/184
 第5章 国际法与国际商事仲裁程序法的适用	 /193
第一节 国际法作为国际商事仲裁程序法	/196
一、当事方均为国家的国际商事仲裁程序法适用	/196
二、ICSID 仲裁的程序法适用	/202
三、以国际法为程序法的仲裁具有的特征	/206
第二节 并存法作为仲裁程序法	/206
一、并存法的概念	/206
二、国际法主体与私人主体仲裁的程序法适用	/207
第三节 国际公共政策与国际商事仲裁程序法的适用	/215
一、与国际商事仲裁程序法相关的国际人权法规则	/216
二、国际人权规则对国际商事仲裁程序法的具体影响	/217
 结 论	 /227
 附录：美国法院有关已撤销国际商事仲裁裁决效力的 三个标志性判例	 /230
1. 克罗依马依公司诉埃及阿拉伯共和国	/230
2. 贝克海运（尼日利亚）有限责任公司诉切夫伦	

国际商事仲裁程序法的适用

On Application of the Lex Arbitri in International Commercial Arbitration

尼日利亚公司	/241
3. 特莫里奥公司诉爱特兰提科电气化公司	/245
参考文献	/259
后记	/267

导 论

仲裁作为解决商事争议的方式之一，日益赢得有关各方的青睐，尤其在国际间，由于仲裁裁决的广泛执行力，商人们莫不以仲裁作为定纷止争的重要手段。正因如此，仲裁实务界普遍将仲裁视为一种产业加以经营，努力供给高质量的仲裁服务产品；一些国际贸易发达的国家或地区更是致力于营造良好的法制环境，从而支持本地仲裁业的发展。实践引领理论的方向。为完善仲裁法制，学者们积极撰写论文、专著，对仲裁实践问题予以思考、探索，形成理论界和实务界的良性互动，甚至不少出色的仲裁理论家本身即是高明的仲裁实践家。理论的进展必须根植于实践的沃土，仲裁法学以研究实际问题为中心，这也正是仲裁法学生命力之真正所在。

笔者选择国际商事仲裁程序法的适用问题作为论题，主要有两点考虑：从研究现状看，国际商事仲裁的管辖权问题、仲裁裁决的承认与执行问题以及国际商事仲裁的法律适用问题都有学者予以专门研究，而且均为非常优秀的专著。所以，从宏观上讲，国际商事仲裁中仅有程序方面尚未有人进行系统研究，在这方面着手应该有一定的发挥空间，且可尽量避免研究重复。从个人条件看，由于我从未从事过仲裁实践工作，而仲裁程序问题实务色彩非常浓厚，笼统地研究什么“仲裁程序法的若干问题”，有缘木求鱼、不自量力之嫌，难免记成一本“流水账”。因此，必须选择一个恰当角度对

国际商事仲裁程序法的适用

On Application of the Lex Arbitri in International Commercial Arbitration

仲裁程序法问题进行阐释。综合以上两点考虑,再加上一直以来,对法律适用问题有一定的兴趣,于是笔者确定了这个论题。

论题确定之后,通过初步的查找资料,笔者发现这个题目在理论上和实践上都有一定的研究价值。从理论上看,学术界对仲裁实体法的适用问题虽有较多论述,但争论不大;更重要的是,在此问题上,理论研究本身与实践做法也基本吻合。反观有关仲裁程序法适用问题的研究,成果数量较少不说,而且比较分散。譬如,朱克鹏博士、韩健教授以及赵秀文教授的相关著作中,均对该问题以一章的篇幅加以论述,不够充分和全面。另外,在有限的研究成果中,学者们对仲裁程序法适用的具体问题也有相当多的分歧,例如对“lex arbitri”一词,就有“仲裁法”、“仲裁地法”等含义不同的翻译,其他诸如“seat of the arbitration”等术语应当如何准确阐释等问题,歧见就更加严重。关键的问题还在于,实践中仲裁庭通常避免明确指明支配仲裁的仲裁程序法,而以仲裁机构的仲裁规则解决问题,当事人在仲裁协议中选择仲裁程序法,尤其是选择非仲裁地仲裁法的情形也实在罕见,但理论研究似乎更热衷于构造仲裁程序法的冲突规范,而缺乏对仲裁实践的考察,一定程度上造成理论与实践的脱节。从实践上看,探讨仲裁程序法的适用问题也为亟须。首先,我国《仲裁法》在颁布十周年后面临修改的问题,如何恰当地规定仲裁法的适用范围,必须对各国立法及仲裁实践进行较为系统的梳理,以为我国立法所借鉴。其次,随着我国对WTO所作承诺逐渐生效,法律服务贸易的国际化程度越来越深,真正的国际商事仲裁将越来越多,有关仲裁程序法适用的一些具体问题将走向我国仲裁实践的台前,例如,实务界讨论比较热烈的国际商会能否在中国仲裁的问题、中国仲裁机构在境外仲裁或外国仲裁机构在中国仲裁的仲裁地问题、仲裁的“本地化理论”与“非本地化理论”问题以及仲裁程序法中强制性规则对当事人意思自治限制问题等,都与仲裁程序法的适用密切相关。所以,笔者认为,从仲裁程序法适用这个问题切入能够紧扣理论和实践的热点,并且可以进行有一定广度和深度的研究。

到目前为止,我国学术界对仲裁程序法的适用问题已经有了初

步的探讨。从研究对象看,这些研究成果大致可分为两类:其一,有的学者将仲裁程序法的适用问题统一进行研究,试图归纳出仲裁程序法适用的冲突规范,主要有刘想树的《仲裁程序法的适用及在我国的实践》(载《广东社会科学》2001年第2期)、乔生的《国际商事仲裁程序的法律适用及新发展》(载《现代法学》2003年第5期)、高菲的《仲裁案件的法律适用》(载《仲裁与法律通讯》)、朱克鹏的《国际商事仲裁的法律适用问题研究》(法律出版社1998年版)等。这些论著观点大体一致,即遵循这样一幅路线图:适用当事人明示选择的仲裁程序法→适用当事人默示选择的仲裁程序法→适用仲裁地法,逻辑上可以达到自治。但这些研究的角度都是从仲裁庭应如何适用法律出发,很少从仲裁法本身的适用范围以及仲裁裁决的效力究竟来源于哪个法律体系进行探索,得出的结论往往过于理想化。与此对应的是,赵秀文教授的专著《国际商事仲裁及其法律适用》(北京大学出版社2002年版),运用晚近西文资料较多,抓住了国际商事仲裁裁决效力来源这个关键问题,作了别有新意的研究。由于研究角度不同,不同研究者得出的结论有些差异:前者更关注理论上仲裁程序法的适用应有一个逻辑严密的理论体系;赵秀文教授则更偏重于国际商事仲裁程序法适用的本然面貌,指出当事人对仲裁程序法的选择一般通过对仲裁地的选择来完成,国际商事仲裁裁决的效力即来源于仲裁地法。笔者认为,这两种研究范式都有其积极意义,但似乎也都缺乏对现有影响较大的仲裁立法与仲裁实践的考察。在这一点上,杨良宜先生的新著——《仲裁法:从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》(法律出版社2006年版),以英国《1996年仲裁法》的立法与仲裁司法为分析对象,有效地避免了仲裁研究“空降兵”^①的尴尬。当然,这些研究的结论间可能并没有根本性冲突,但侧重点还是有明显差异的。其二,更多的学者则对与仲裁程序法适用有关的一些具体问题和理论加以研究。例如,赵秀文教授的《论法律意义上的仲裁地及其确定》(载

^① 参见宋连斌:《再论中国国际私法的实践困境与出路》,载《中国国际私法与比较法年刊》2003年卷。

《时代法学》2005年第1期)对仲裁地问题进行了研究;还有一些学者则对公共秩序及强制性规则对仲裁程序法适用的影响进行了研究,如朱克鹏的《论公共政策在国际商事仲裁中的运用》(载《安徽大学学报》1997年第2期),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9期)以及张潇剑的《强制性规则在国际商事仲裁中的适用》(载《现代法学》2006年第3期)、张圣翠的《国际商事仲裁强行规则研究》(北京大学出版社2007年版)等;还有更多的学者对近年来的热点问题——仲裁“非本地化理论”进行了探讨,代表性的有郭玉军、陈芝兰的《国际商事仲裁中的非本地化理论》(载《法制与社会发展》2003年第1期)等。这些研究均得出一些有价值的结论,但对有些问题的争论依然激烈。以仲裁“非本地化理论”为例,究竟何谓仲裁的“非本地化”或“非国内化”,是否仲裁追求更自由、更国际化的方向必然要走向仲裁的“非本地化”,而且与仲裁“非本地化”问题密切相关的已撤销仲裁裁决是否可继续执行^①以及仲裁裁决制度是存是废等一系列问题,都有讨论的价值。

从国际学术界的研究来看,学者们对如何适用仲裁程序法的问题研究较为成熟。2003年由牛津大学出版社出版作为国际私法论著系列之一的 *Procedural Law in International Arbitration*^② 一书是这一领域的扛鼎之作,该书是在 Georgios Petrochios 先生的博士论文基础上修改完成的,它从理论与实践两个层面,全方位、多角度地对仲裁程序法的适用问题作了系统阐述。另外,英国律师著名艾伦·雷德芬与马丁·亨特等先生合著的 *Law and Practice of International Commercial Arbitration*^③ 第四版,也对国际商事仲裁程序法的适用问

① 参见张潇剑:《被撤销之仲裁裁决之承认与执行》,载《中外法学》2006年第1期。

② Georgios Petrochios, *Procedure Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2003.

③ [英] 艾伦·雷德芬、马丁·亨特等著:《国际商事仲裁法律与实践》(第四版),林一飞、宋连斌译,北京大学出版社2005年版。

题作出了精到的评论,并对热点的仲裁“非本地化理论”作出非常客观的评价。此外,马恩、波尔森以及范·登·博格等著名学者也对仲裁程序法的适用问题有深入研究,虽然他们彼此观点不同,甚至对立。

在梳理前人研究的基础上,笔者的论著主要想从以下几个方面拓展这些研究:第一,在研究角度上应尽量避免单一化,笔者拟从仲裁庭如何适用仲裁程序法以及仲裁法的适用范围或仲裁裁决的效力来源两个方面研究仲裁程序法的适用问题,这两条线索虽然各有侧重,但始终是互相交织的,忽视任何一方面都难以将问题研究清楚。另外,仲裁程序法的适用也不仅限于仲裁庭适用仲裁法的问题,它还包括仲裁裁决的撤销以及法院支持仲裁等程序规范的适用,这必然涉及哪些法院对这些事项有管辖权的问题,研究时虽应偏重仲裁庭适用程序法产生的问题,但后者也绝不可偏废。第二,在研究时必须结合实践,以往我国学者对该问题的研究中有一个明显的缺点,即缺乏仲裁实践研究,而仲裁实践的主要表现就是仲裁规则和仲裁裁决;另一个需要避免的问题是研究必须要有根据,不能搞“空降兵”式的研究,有的研究没有具体的指向,如研究仲裁地时,常以某个国家的做法代替普遍的做法,且不予指明。第三,在研究对象上,仲裁程序法的适用不仅限于国内法的适用,在涉及国际法主体的仲裁案例中也有一些适用国际法的情形,当然这些案例一般涉及国家或国际组织,但这些仲裁仍然属于国际商事仲裁的范畴应当没有疑义,所以,如果不对这部分国际商事仲裁程序法的适用问题加以研究,也是不完整的。此外,由于人权意识的普遍高涨,人权法逐渐渗透到很多法律部门中,国际商事仲裁法也须遵从国际人权规则所代表的国际公共秩序,最近国外不少文章探讨人权法对国际商事仲裁程序法的影响,笔者的论文也想反映这一时代特征。

笔者在研究国际商事仲裁的法律适用问题时准备主要采取以下几种方法:

1. 比较的方法

比较法是国际私法之母,法律适用问题的研究不通过比较是无

法说清楚的。首先,应对各国不同立法以及司法实践进行比较,找出其中异同之处,争取能归纳出一些具有共性的东西。其次,同为民商事争议的解决方式,仲裁与诉讼有很多相似之处,诉讼往往将所要解决的问题区分为程序问题和实体问题,程序问题直接适用法院地法,但仲裁中是否有“法院地法”,仲裁地法与法院地法的适用有什么不同,为什么会产生这些不同?这些问题只有通过对比诉讼与仲裁进行比较才能阐述清楚。

2. 历史的方法

国际商事仲裁程序法的适用问题不仅要考察现在的做法,还需要考察已经废止的立法以及历史上其他有影响的理论与实践,厘清其中的演变过程。我们知道国际商事仲裁在 20 世纪八九十年代有立法的浪潮,新立法与旧立法之间有什么不同,为什么会发生变化,仲裁实践层面有什么发展,这些都需要历史地看待。

3. 实证的方法

国际商事仲裁是以研究实际问题为主的,如果没有对具体仲裁规则及仲裁裁决的考察,所有的研究都只能是隔靴搔痒,所以国际商事仲裁的案例实证研究必不可少。

4. 注释的方法

法条注释和概念注释是大陆法系国家研究法律的一个基本路径,本论题的始终也将贯彻这一研究方法,对各种有关概念进行分析,对所涉及的如英国《1996 年仲裁法》、《联合国国际商事仲裁示范法》以及《纽约公约》重点法律条文予以剖析。

值得说明的是,本书所研究的仲裁程序法适用乃是狭义上的仲裁程序法适用、整体以上的仲裁程序法适用,对应于西文中的“lex arbitri”或“curial law”,而不包括仲裁规则等广义上的仲裁程序“法律”,虽然对后者的研究在本书中也必不可少。

国际商事仲裁程序法 适用的一般理论

从国际商事仲裁法制的发展状况来看，尽管各国对国际商事仲裁的相关立法着力甚多，但在实践中，人们发现这些法律只起很小作用，许多仲裁裁决都由仲裁庭简单援引民间性规则作出，仲裁庭完全可以少关注甚至不关注国家制定的仲裁法。^①然而，“这并不意味着国际商事仲裁在法律真空中运行，虽然在仲裁程序进行过程中，当事人和仲裁庭首先关注的是他们所选择或确定的仲裁规则，但这些规则的效力，需要得到法律的批准；仲裁庭所作裁决的效力也不能凭空产生，必须来源于一定的法律体系，这一法律体系就是

① [英] 艾伦·雷德芬、马丁·亨特等著：《国际商事仲裁法律与实践》（第四版），林一飞、宋连斌译，北京大学出版社2005年版，第82~83页。

国际商事仲裁适用的程序法”。^①

第一节 国际商事仲裁程序法适用概说

一、国际商事仲裁程序法的定义

对于国际商事仲裁程序法的概念，学者们多有不同看法，大致可形成广义与狭义两种观点。广义仲裁程序法认为：“国际商事仲裁程序法的渊源是指国际商事仲裁程序法的各种表现形式，即由不同主体制定或认可，调整国际商事仲裁法律关系的，具有不同法律效力和法律地位的各种类别的规范性法律文件的总称。”^②可见，依广义观点，民间性的仲裁规则也属于仲裁程序法的范畴。狭义的仲裁程序法认为，“仲裁程序法系指一国制定或多国通过订立国际公约所制定的支配仲裁程序的法律原则和规则的总和”，强调国际商事仲裁程序法的立法主体只能是国家，私人制定的仲裁规则不属于国际商事仲裁程序法。^③笔者赞同狭义仲裁程序法的观点。所谓仲裁程序法，是指支配仲裁的法律规范，它既包括裁决作出前如何进行仲裁的法律规范，也包括裁决作出后裁决的撤销以及承认与执

① 这正如艾伦·雷德芬先生所说，这就如同当事人自己创设了法律，就认为不需要合同法一样。世界上每一天都有成千上万的合同被签订，许多都是通过口头而非书面形式。合同各种各样，简单的如买公共汽车票或乘坐出租车，复杂的如贷款买车。大多数的合同被签订了、履行了，然后就忘记了。争议很少，聘请律师的更少。但是法律仍然适用于这些情况。和合同一样，仲裁也不存在于法律真空之中。参见〔英〕艾伦·雷德芬、马丁·亨特等著：《国际商事仲裁法律与实践》（第四版），林一飞、宋连斌译，北京大学出版社2005年版，第81页。

② 石育斌：《国际商事仲裁研究》，华东理工大学出版社2004年版，第125页。

③ 朱克鹏：《国际商事仲裁的法律适用》，法律出版社1999年版，第62页。