

国际商事仲裁
丛书

丛书主编 / 韩德培 黄进

国际商事仲裁 的法律适用

*Applicable Law
in
International
Commercial Arbitration*

朱克鹏/著

2

法 律 出 版 社

D996.1

25

国际商事仲裁

丛书

丛书主编 / 韩德培 黄 进

国际商事仲裁 的法律适用

*Applicable Law
in
International
Commercial Arbitration*

朱克鹏/著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁的法律适用/朱克鹏著. — 北京:

法律出版社, 1999. 4

(国际商事仲裁丛书/韩德培、黄进主编)

ISBN 7-5036-2590-2

I. 国… II. 朱… III. 国际商事仲裁—法律适用
IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 00824 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶 松

责任校对/杜 进

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/11.25 字数/280 千

版本/1999 年 4 月第 1 版 1999 年 4 月第 1 次印刷

印数/0,001—6,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2590-2/D·2200

定价: 18.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

《国际商事仲裁丛书》总序

自有人类社会以来,由于利益的冲突,各种矛盾、纠纷、争议、争端时有发生。为了解决社会上不可避免的各种矛盾、纠纷、争议、争端,人们发明了许多方法,比如神明裁判、协商、谈判、调停、斡旋、仲裁和司法诉讼等。由于司法诉讼以国家强权为后盾,辅以相对来说较为完备的组织和程序,具有其他方法所不具有的权威性,故这种方法成为最具权威、最为严格和最为正统的争议解决方法。当然,司法诉讼这种争议解决方法没有必要也不可能完全取代其他争议解决方法。事实上,在现实生活中,大量的争议是通过非司法诉讼的方法解决的。目前的趋势是,争议解决方法向多样化方向发展,而非司法诉讼的争议解决方法越来越多,越来越受到重视。现在,人们习惯把非司法诉讼的争议解决方法叫做 ADR,它是英文“Alternative Dispute Resolution”的缩写,直译为“替代争议解决方法”。而在运用替代争议解决方法的实践中,最受到重视、最有效用、最制度化并被广泛使用的方法是仲裁。

在国际商事交往中,同样难免有这样或那样的争议发生。当有争议发生时,通常,当事人首先会通过自己协商和谈判而寻求和解。不然,再就在第三者调解下解决争议。在和解与调解均不奏效的情况下,当事人只得通过仲裁或司法诉讼来解决争议。通过仲裁这种方法解决国际商事争议一般称之为国际商事仲裁。由于国际商事仲裁具有当事人自治,仲裁员独立、中立和专业化,程序较为灵活,时间较为快捷,费用较为经济以及司法适当支持等特性,所以,这种争议解决方法有不少其他争议解决方法所不具有的

HD36/06

优势。因此,国际商事交易的当事人在缔结合同时或在争议发生后寻求第三者参与的争议解决方法时,常常选择仲裁,较少诉诸司法诉讼或其他第三者参与的争议解决方法。实践证明,国际商事仲裁作为一种行之有效的解决国际商事争议的方法,已被广泛用于解决国际商事交往中的各种争议。

仲裁是一个古老的制度,早在古希腊以及中世纪时欧洲国家就用过仲裁这种争议解决方法。从18世纪末到19世纪,仲裁方法开始在国际上广泛采用。本世纪以来,国际商事仲裁得到了长足的发展。这主要表现在如下几个方面:首先,随着国际商事交往日益频繁以及国际商事活动向深度和广度发展,提交仲裁解决的国际商事争议事项的范围逐渐扩大,并已十分广泛。其次,各国纷纷建立自己的国际商事仲裁机构,跨国性的国际商事仲裁机构逐渐增多,国际商事仲裁由临时仲裁向常设仲裁机构仲裁发展,常设仲裁机构仲裁已成为现代国际商事仲裁的主要形式。其三,许多国家都制定了自己的国内仲裁法来规范国际商事仲裁,要求在进行国际商事仲裁时遵守法律规定,并赋予法院在一定程度上支持和监督仲裁的权力,以增强仲裁的法律效力,这表明国际商事仲裁的法律性正在逐步增强。最后,随着关于仲裁的国际条约和国际性规则逐渐增多,各国关于国际商事仲裁的国内立法日益趋同,以及各国常设仲裁机构的交流与合作更加密切,国际商事仲裁日趋国际化和统一化。

中国的国际商事仲裁实践始于本世纪50年代。根据当时中央人民政府的决定,“中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会”和“中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会”分别于1956年和1959年正式成立。前者曾于1980年改名为“中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会”,到1988年,两者又同时分别更名为“中国国际经济贸易仲裁委员会”和“中国海事仲裁委员会”。四十多年来,这两个委员会仲裁了大量的国际商事案件,数

度修改其仲裁规则,不断完善其仲裁体制,为中国的国际商事仲裁制度的建立和完善积累了丰富的经验。1986年12月2日,全国人民代表大会常务委员会决定中国加入1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》,这标志着中国在国际商事仲裁方面开始走上国际化和统一化的道路。特别值得一提的是,1994年8月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国仲裁法》不仅对一般仲裁制度作了规定,而且对涉外仲裁作了特别规定,进一步健全和完善了中国涉外仲裁法制,成为中国涉外仲裁法制建设的重要里程碑。

不过,应该看到,中国现行涉外仲裁法制同其已经确立的国际化和现代化目标尚有一定的距离,在理论和实践中还存在着不少问题。作为仲裁机构,虽然中国国际经济贸易仲裁委员会1990年后的受案数量在各国国际商事仲裁机构中名列前茅,但其对国际商事仲裁理论与实践的影响并不太大。在国外的国际商事仲裁文献中,提及中国涉外仲裁立法和实践的亦不太多。究其原因,其中很重要的一点就是我们对国际商事仲裁的理论研究和对国际商事仲裁的实践总结不够。有鉴于此,我们组织出版这套国际商事仲裁专题研究丛书,以期推动中国法学界和仲裁界对国际商事仲裁理论和实践的深入研究,并提升中国对国际商事仲裁问题的理论研究水平。

本丛书的作者已先后获得武汉大学法学博士学位,而丛书收入的各专著都是在其博士学位论文的基础上增删整理而成的。这些专著对国际商事仲裁问题没有泛泛而论,而是就国际商事仲裁的具体专题,比如国际商事仲裁的管辖权、国际商事仲裁的法律适用、国际商事仲裁裁决的承认与执行以及国际商事仲裁与法院的关系等,进行深入的比较研究。它们均具有较高的理论水平和学术价值,在我国实属创造性的和开拓性的研究成果。我们相信,这套丛书的出版,不仅可以在一定程度上提高我国在国际商事仲裁

4 国际商事仲裁的法律适用

研究方面的理论水平,而且对我国国际商事仲裁的立法和实践也具有一定的指导作用和参考价值。

这套丛书得以顺利出版与法律出版社的大力支持是分不开的。在此,我们表示衷心的感谢。

韩德培

黄 进

1999年1月于珞珈山

作者简介

朱克鹏,男,1964年9月出生,安徽省砀山县人。1988年7月毕业于安徽大学法律系,先后获法学学士、法学硕士学位。后从事专职律师工作,先后任安徽对外经济律师事务所副主任、安徽省第三经济律师事务所副主任等职。1993年9月考入武汉大学法学院攻读国际私法专业博士学位,1996年7月毕业并获法学博士学位。现就职于交通银行深圳分行。参与编写《国际私法新论》、《律师学》等著作,先后在国内报刊公开发表学术论文三十余篇。

目 录

导 论	1
一、国际商事仲裁的概念与性质	1
二、国际商事仲裁的法律结构	16
三、UNCITRAL《国际商事仲裁示范法》	20
第一章 国际商事仲裁协议的法律适用	24
第一节 仲裁当事人行为能力的法律适用	24
一、自然人与法人民事行为能力的法律冲突及其解决	25
二、仲裁协议当事人行为能力的法律适用	26
三、国家及其机构缔结仲裁协议的能力问题	28
四、缔结仲裁协议中的“授权”(authority)问题	35
第二节 争议事项可仲裁性的法律适用	38
一、确定争议事项可仲裁性的法律意义	38
二、有关国家的立法和司法实践	40
三、争议事项可仲裁性的法律适用	44
四、争议事项可仲裁性与国际公共政策	50
第三节 仲裁协议的准据法	52
一、确定仲裁协议准据法的理论与方法	52
二、仲裁庭确定的仲裁协议准据法	56
三、有关国家法院确定的仲裁协议准据法	57

第二章 国际商事仲裁程序法的适用	60
第一节 仲裁程序法的概念及适用范围	61
一、仲裁程序法的概念	62
二、仲裁程序法在国际商事仲裁法律结构中的地位	63
三、仲裁程序法适用的独立性	66
四、仲裁程序法的适用范围	68
第二节 当事人选择的仲裁程序法	70
一、有关国际公约的比较分析	70
二、有关仲裁规则的基本立场	73
三、UNCITRAL《国际商事仲裁示范法》的态度	74
四、各国立法及司法实践的考察	75
五、当事人选择仲裁程序法的时间、范围、方式与 限制问题	76
第三节 仲裁地法的适用	83
一、适用仲裁地法的理论依据	84
二、仲裁地法适用的实践	87
三、仲裁地法对裁决有效性的影响	89
四、“非当地化”(delocalisation)理论——对仲裁 地法适用的挑战	91
五、仲裁地法在仲裁程序法律适用结构中的地位 与作用	95
第四节 国际商事仲裁“非国内化”的理论与实践	97
一、国际商事仲裁“非国内化”理论的产生与发展	98
二、国际商事仲裁“非国内化”的实践	100
三、关于国际商事仲裁“非国内化”的论争	104
四、对国际商事仲裁“非国内化”理论的基本评价	108
第五节 “非国内仲裁裁决”的承认与执行	110

一、“非国内化”仲裁与“非国内裁决”	110
二、“非国内仲裁裁决”的概念与类型	111
三、对“非国内裁决”可执行性的实践考察	115
四、对“非国内裁决”可执行性的理论分析	119

第三章 国际商事仲裁实体法的适用(一)

——确定仲裁实体法的方法	122
第一节 当事人选择仲裁实体法	123
一、当事人意思自治原则	123
二、当事人法律选择的范围	125
三、国内法中冲突规则的适用	129
四、当事人法律选择的方式	131
五、当事人法律选择的限制	134
第二节 依冲突规则确定仲裁实体法	138
一、适用仲裁地国冲突规则	139
二、适用仲裁员认为适当或可适用的冲突规则	143
三、适用最密切联系原则	150
第三节 直接确定仲裁实体法	153
一、直接适用方法的理论与实践	154
二、直接适用方法的运用	159
三、对直接适用方法的基本评价	160

第四章 国际商事仲裁实体法的适用(二)

——非国内法规则与非法法律标准的适用	164
第一节 国际法的适用问题	165
一、国际法在一般国际商事仲裁中的适用	165
二、国际法在跨国仲裁中的适用	167
第二节 一般法律原则的适用问题	176

一、一般法律原则的含义	176
二、一般法律原则适用的实践	179
三、对一般法律原则适用的基本评价	184
第三节 “非法律标准”的适用	187
一、合同条款(Contract Per Se)	188
二、公平善意(ex aequo et bono)	194
第五章 商事习惯法的适用	201
第一节 商事习惯法的概念	202
一、施米托夫的理论	202
二、戈尔德曼的理论	207
三、兰杜的理论	208
四、“商事习惯法由国际贸易惯例构成”的理论	209
第二节 商事习惯法理论的发展及其影响	211
一、英国学者的态度	212
二、法国学者的态度	213
三、瑞士学者的态度	215
四、德国学者的态度	216
五、荷兰、比利时学者的态度	217
六、美国学者的态度	219
七、发展中国家学者的态度	220
八、中国学者的态度	221
第三节 商事习惯法的立法与实践	222
一、国际公约和统一法	222
二、UNCITRAL《国际商事仲裁示范法》	225
三、UNCITRAL 仲裁规则与机构仲裁规则	227
四、有关国家的立法与司法实践	228
五、国际商事仲裁实践——基于仲裁裁决的分析	234

第四节 商事习惯法的性质与地位	237
一、对商事习惯法理论的批判与反思	237
二、商事习惯法的性质与地位	241
三、关于适用商事习惯法的几个问题	244
第六章 <u>ICSID 仲裁的法律适用</u>	247
第一节 “中心”仲裁适用的程序法	248
一、公约规定的仲裁程序规则	248
二、当事人协议选择或创设的程序规则	250
三、“中心”仲裁规则	252
四、仲裁庭决定的程序规则	252
第二节 “中心”仲裁适用的实体法	253
一、当事人同意适用的法律	254
二、补充规则确定的法律	270
三、禁止拒绝裁决规则——一般法律原则的适用	277
四、公平善意原则——非法律标准的适用	279
五、“中心”仲裁法律适用规则简评	281
第七章 <u>强制性规则与公共政策的适用</u>	284
第一节 强制性规则与公共政策的概念	285
一、强制性规则的概念	285
二、公共政策的概念	287
三、强制性规则与公共政策规则之间的关系	292
第二节 强制性规则与公共政策对国际商事仲裁的 影响	293
一、强制性规则与公共政策对法院的影响	294
二、强制性规则与公共政策对仲裁员的影响	295
三、强制性规则与公共政策对仲裁法律适用的影响	298

第三节 强制性规则的适用	302
一、合同准据法中强制性规则的适用	302
二、其他法律体系中强制性规则的适用	304
第四节 公共政策的适用	313
一、不同层次的公共政策	314
二、1958 年《纽约公约》中的公共政策抗辩	321
三、公共政策抗辩理由适用的实践	326
<u>主要参考文献</u>	330
一、中文部分	330
二、英文部分	335
<u>后 记</u>	344

导 论

仲裁亦称公断,是一种比较古老的争议解决方法,其最初形态可以追溯到古希腊。^①利用仲裁方式解决国际商事争议由来已久。它在解决商事争议中具有种种司法诉讼不可比拟的优点,因此倍受商事交易当事人的青睐,已成为当代世界各国解决国际商事争议最为普遍的方式之一。

一、国际商事仲裁的概念与性质

对于国际商事仲裁的概念,国内外学者有不同表述。^②笔者认为,从国际商事仲裁的性质、目的和特点出发,可以将国际商事仲裁定义为:一项高度自治的解决国际商事争议的法律制度。这一概念主要包括三个基本含义:

(一)国际商事仲裁是一项法律制度

1889年英国第一部仲裁法的颁布,标志着商事仲裁已进入了国家法律调整的阶段。它作为一种商事争议解决方法,已丧失了纯粹民间的、习惯的性质。国家法律对仲裁的全面调整与控制,使之成为国家司法制度一个不可分割的组成部分。主要表现在:(1)

① 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年修订版,第452页。

② 参见李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社1990年版,第511页;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2页;R. David, *Arbitration in International Trade* (1985), p. 5; A. Redfern and M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd ed., 1991), pp. 2-3.

确认仲裁协议的效力和仲裁庭的管辖权。从表面上看,仲裁庭的管辖权来自当事人间的仲裁协议,但从实质上看,则来自国家法律的授权和认可。仲裁协议倘没有国家法律赋予的法律效力,只不过是一纸空文,对当事人、法院、仲裁庭均无任何约束力,既不能排除法院管辖权,也不能使仲裁庭的管辖权有效确立。(2)国家法院对仲裁程序的监督与控制。仲裁程序的进行,并不能存在于法律真空之中。各国仲裁法均赋予本国法院对仲裁程序的监督与控制权力,如撤换仲裁员、最低正当程序要求、撤销裁决或拒绝执行裁决等。(3)仲裁的有效性,在很大程度上依赖于法院的支持与协助。如法院基于本国法律规定,强制执行仲裁协议,支持仲裁庭行使管辖权;应当事人或仲裁庭的请求,采取证据、财产保全或其他临时措施等。(4)赋予仲裁裁决强制执行效力。如一方当事人不自动履行仲裁裁决,另一方当事人可向法院申请强制执行仲裁裁决。为了实施对国际商事仲裁具有针对性的法律调整,多数国家均颁布了专门的仲裁立法。为了统一各国仲裁立法,各国还缔结了一些区域性和全球性的国际商事仲裁条约。

国际商事仲裁的“司法权理论”(Jurisdictional Theory)在一定程度上揭示了商事仲裁的这一法律性质。^①该理论认为,国家具有控制和调整发生在其管辖领域内所有仲裁的权力。虽然仲裁起源于当事人间的协议,但仲裁员的裁判行为、仲裁协议的有效性、仲裁员的权力和裁决的执行,其权威都有赖于执行国的法律。除非国内法承认当事人有权提起仲裁,授权仲裁员审理和裁决争议,并强制执行裁决,仲裁将既无意义,也是无效的。这种权威和效果,是基于执行地国法律的承认,而不是其本来就具有的权利。这一理论的主要依据是,裁判权是一国司法主权的一部分,一般只能由一国法院行使;没有仲裁地国法律的许可和主管机关的授权,仲裁

^① J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Law* (1978), pp.52—53.

员就没有受理争议并作出裁决的权力,否则,仲裁员即使作出裁决,也无法律约束力。

这一理论没有被仲裁的一些表面特征所迷惑,看到了仲裁的本质,即它是由国家法律所调整并以国家强制力来保证的一种争议解决方法。仲裁协议的形式和效力、仲裁当事人的行为能力、争议事项的可仲裁性、仲裁的基本正当程序、仲裁裁决的效力等,均受特定国家法律及有关国际条约的支配。那种脱离现行法律轨道、完全自治的仲裁,根本就不存在。明确了仲裁的这一司法性质,即可把仲裁与协商、调解、斡旋等争议解决方法区别开来。调解与斡旋,也是由第三者参与或促成争议的解决,但以这两种方式所达成的协议,均不具有强制执行效力。虽然各国法律并不否认这些争议解决方法的合法性与实际作用,但并未建立起一套相应的法律制度,对这些争议解决方法实施全面的法律调整,更未以国家强制力作后盾保证通过调解或斡旋所达成调解协议的执行。依这些方法所达成的协议,如一方当事人不自动履行,另一方当事人仍需通过诉讼或仲裁方式解决争议。

有的学者基于仲裁的某些表面特征,如仲裁起源于仲裁协议、当事人在仲裁中享有广泛的自由等,认为仲裁具有“准司法”的性质,这是不正确的。就国际商事仲裁的现状而言,从双方当事人达成仲裁协议至裁决的最后承认与执行,整个仲裁程序无不在仲裁法的调整范围之内。仲裁制度作为国家司法制度的一个组成部分,存在于各国法律体系之中,它与司法诉讼并无本质上的区别,两者都是由国家法律认可并以国家强制力保证实施的争议解决机制,两者的区别是形式上的、非本质的。因此,仲裁是一种完全的、典型的司法制度,当事人和仲裁庭在仲裁中所享有的广泛自由,以及仲裁基于当事人协议而发生等,都不足以改变或影响仲裁的司法性质。

有的学者认为,仲裁来自于当事人的协议,仲裁的进行也取决