

林一◎著

ON PRINCIPLE OF PARTY AUTONOMY OF
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
BASED ON MODERN COMMERCIAL SOCIETY



国际商事仲裁中的 意思自治原则

——基于现代商业社会的考察



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书出版得到“国家级卓越法律人才培养教学实践基地”“2015年中央高校基本科研业务费青年骨干项目和基础培育基金项目‘仲裁第三人引入程序规则研究’（3132015120）”资助。

国际商事仲裁中的 意思自治原则

——基于现代商业社会的考察

ON PRINCIPLE OF PARTY AUTONOMY OF
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
BASED ON MODERN COMMERCIAL SOCIETY

林一◎著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁中的意思自治原则：基于现代商业社会的考察 / 林一著. -- 北京：法律出版社，2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2095 - 7

I. ①国… II. ①林… III. ①国际商事仲裁—研究
IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 058562 号

国际商事仲裁中的意思自治原则

——基于现代商业社会的考察

GUOJI SHANGSHI ZHONGCAI ZHONG DE

YISI ZIZHI YUANZE

—JIYU XIandai SHANGYE SHEHUI DE KAOCHA

林 一 著

策划编辑 刘 旭

责任编辑 刘 旭 彭 雨

装帧设计 汪奇峰

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 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律考试·职业教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 23.25

字数 379 千

版本 2018 年 4 月第 1 版

印次 2018 年 4 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5197 - 2095 - 7

定价：58.00 元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

序

这是一个经济全球化的时代,这是一个关系互联经济共享的时代,这是一个商业社会现代化发展的时代,这也是一个国际商事仲裁制度被赋予更多期待、在变革中创新繁荣的时代。纵观国际商事仲裁近 10 年的发展历程,可以发现不仅各主要国际组织和国际仲裁机构频繁修订规则以适应国际经贸领域对争议快速高效解决的诉求,许多国家也在修订仲裁法以促进本国仲裁市场发展、服务全球经济,并借助国际商事仲裁的平台向国际经贸活动当事人输出本国的法律思想和制度文化。国际商事仲裁已经不仅是国际经济纠纷最重要的争议解决方式,它也在通过裁判的力量日益成为国际商业社会治理系统的重要组成部分。

商业先天的国际性,决定了争议解决的跨国性。国际商事仲裁作为商业社会最重要的争议解决机制,表达了商人自治性解决商事争议并建构自治性商业秩序的诉求。当事人意思自治无疑是国际商事仲裁的根基和灵魂。只是在进入国家法律调整阶段之后,国际商事仲裁在得到国家法律的强力支持的同时也受到来自国家法律的严格规范和管控。当事人意思自治也因此受到前所未有的挑战。诸如仲裁协议效力、合并仲裁或仲裁第三人、快速程序、证据规则、法律选择、软法的适用、紧急仲裁员、临时措施、临时仲裁、第三方资助、裁决的撤销与执行等关涉国际商事仲裁各个方面的重要制度规则,究竟在多大程度上能够得到支持和实现,看似取决于国家法律对当事人意思自治的宽忍程度,更深层次上取决于国家对意思自治原则在国际商事仲裁领域作用力的理解。事实上,近来国际社会已经传递出对仲裁程序化或诉讼化并可能被其他 ADR 方式替代的隐忧,更突显出在理论上深入探讨意思自治原则的价值功能,

并在实践中引领立法、司法和仲裁活动的必要性。林一博士的专著《国际商事仲裁的意思自治原则——基于现代商业社会的考察》，无疑为国际商事仲裁理论研究的深化发展锦上添花，甚至以我之“私见”，不啻浓墨重彩。

意思自治作为国际商事仲裁的重要原则，为诸多著述所论及并作为研讨开展之铺陈。本书的可贵之处在于，第一次将对国际商事仲裁的意思自治原则的诠释置之于现代商业社会，通过探索社会行动与法律发展之间的交互关系，全面展示了作者对商业社会经济实践的敏锐洞察力和对国际商事仲裁意思自治理论的独创性理解。作者从意思自治的私法“根性”出发，在深入分析自由与自治、自治与秩序、权威与秩序以及自治秩序与特定国家之间的关系的基础上，对国际商事仲裁意思自治的基本内涵、地位和价值诉求进行全新解读，提出：国际商事仲裁意思自治是私法世界最大宽度和深度的意思自治，是以当事人对裁判权威的选择为核心的，可以从特定法律秩序中分蘖出自我的自治秩序的意思自治；通过国际商事仲裁意思自治原则所勾勒出的国际商事共同体的法律理想或自治型法律秩序，能在与特定国家的法律秩序之间保持适度竞争，提高法律秩序整体的科学化和正当化水平。作者进而全面挖掘了国际商事仲裁意思自治原则的法哲学基础、社会基础、经济学基础、法律基础和方法论基础，尤其借助德国法社会学家韦伯和卢曼的理论框架，揭示出国际商事仲裁作为沟通商业与法律、个体与社会、国家与国际的桥梁的功能价值，重新定义了国际商事仲裁与司法之间的关系，即在意思自治的作用下使二者从竞争走向合作。沿着这样的思想脉络，作者考察了国际商事仲裁意思自治原则在现代商业社会的发展，认为国际商事仲裁中的意思自治在国家法的框架下究竟能够走多远，除了需要解决自身理论问题外，还取决于现代商业社会自身发展特点和各种力量的博弈。尤其体现为经济集团与政治集团在社会整体利益平台上的较量，个人权利与国家秩序之间的牵掣，以及现代商业社会结构性改变导致的各种主体关系的改变。作者由此发现并深入论述了二十世纪合同领域的一个非常重大的理论——关系契约理论可能对国际商事仲裁意思自治原则具有的深远意义。在此基础上，作者进一步认识到国际商事仲裁意思自治原则在现代商业社会的发展，必然对国际商事仲裁概念、性质、类型化以及功能价值等基本范畴产生影响。而国际商事仲裁若想保持其在现代商业社会争议解决方面的独特功能和价值，就必须坚持以意思自治为价值取向。特别是应该以主体意思实现能力的差异作为国际商事仲裁类型建构的基础，使国际商事仲裁当事人以“活的法”建构起一种为国际社会

所接受或遵循的商业社会正当运行秩序。最后,作者将对意思自治原则的理论阐释,落实到具体制度实现中,提出了对仲裁协议效力和仲裁第三人的制度重构,对仲裁员的法律地位和职权范围的解读,以及对司法审查态度和标准的辩证理解。

通览全书,立意深远、思路缜密,分析入木、论证有力。随处可见作者思想的火花和创新的勇气,严谨求实的学术风格与宽阔独到的理论视域。而作者许多新奇的观点,如以权威理论解读国际商事仲裁意思自治原则的内涵和价值、以关系契约理论中“选择理性”对“合意”的替代来诠释“关系”与“契约性团结”对国际商事争议解决及仲裁的重要意义、以法社会学的视角研判国际商事仲裁意思自治所具有的结构耦合功能和桥梁作用、透视律师与仲裁员可能对国际商事仲裁当事人意思自治的挤压,以及符号资本主义与仲裁市场化要求司法审查具有辩证理性等,非常具有启发性,值得深思。特别值得一提的是,在研究方法上,作者以马克思主义政治经济学基本原理为指导,将马克思主义历史唯物主义和辩证唯物主义方法贯彻始终,并综合运用法哲学、法史学、法经济学、法社会学等分析方法,条分缕析,深刻透彻。

本书作者林一副教授长期从事商事基础法律理论和制度研究,并兼任律师和仲裁员,参与商事争议的解决和仲裁案件的实际审理。这些均为本书写作奠定了坚实的理论和实践基础。为完成本书写作,林一博士还曾赴美国威斯康星大学(麦迪逊)访问学习,收集国际商事仲裁相关资料,选修相关课程,并与关系契约理论的奠基人之一麦考利教授进行深入交流,以夯实其研究基础,确保本书的学术价值。当前,我国正在积极推进“一带一路”建设和自贸区建设,努力向世界传达“开放、包容、共享、均衡”的经济发展新理念,国际商事仲裁作为传递中国声音和中国理念的重要路径,其理论和制度建设无疑备受期待。最高人民法院在2017年底最高人民法院颁布的《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》以及《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》,其内容基本与本书的观点契合。相信本书的出版,能够推动我国国际商事仲裁的理论研究和实践发展,并对仲裁法修改发挥积极作用。

刘晓红*

2017年岁末

* 上海政法学院教授、博士生导师;兼中国国际私法学会副会长,上海市法学会副会长,国际商会(ICC)仲裁与ADR委员会副主席。

目 录

导 言 国际商事仲裁意思自治原则论纲	
——基于现代商业社会的考察	1
一、问题的提出	1
二、研究价值及意义	2
三、文献综述	4
四、主要研究方法	9
五、本书结构	10
六、论文主要创新及不足	11
第一章 国际商事仲裁意思自治原则概念界定与价值诉求	13
第一节 国际商事仲裁意思自治概念析解	13
一、意思自治概念的哲学溯源	13
二、意思自治的私法根性	15
三、国际商事仲裁意思自治的一般界定	16
第二节 国际商事仲裁意思自治的基本内涵	17
一、自由与自由的实现:嵌入特定法律秩序的自由	18
二、自治:以次生秩序实现自由	20
三、裁判权的自决:司法权与选择权威	23
第三节 国际商事仲裁意思自治原则的地位及价值诉求	27
一、作为国际商事仲裁本质的“原则”:以史为鉴	28
二、作为国际商事仲裁规则基础的“基本原则”:必然性 和必要性	31
三、作为“法律理想”的国际商事仲裁意思自治原则	33

四、国际商事仲裁意思自治原则的具体表现	35
本章小结	40
第二章 国际商事仲裁意思自治原则的理论基础	42
第一节 国际商事仲裁意思自治原则的法哲学基础:自然法的“人本”精神	42
一、自然法“人本”思想的发展脉络	43
二、自然法人本思想对国际商事仲裁意思自治原则的意义	47
第二节 国际商事仲裁意思自治原则的社会基础:商人共同体的自治力量	48
一、商业的群体性特征与商人共同体:解释的方法	49
二、商人共同体与国际商事仲裁意思自治的生展:具体表现	50
第三节 国际商事仲裁意思自治原则的法经济学基础:经济人假设的实现	54
一、经济人假设的三重含义	54
二、国际商事仲裁意思自治的经济学分析:商人的经济理性	56
三、国际商事仲裁意思自治原则的经济学分析:国家的经济理性	58
第四节 国际商事仲裁意思自治原则的法律基础:商人习惯法	60
一、商人习惯法的性质	61
二、商人习惯法法律秩序与国际商事仲裁法律秩序:意思自治原则何以立基	67
第五节 国际商事仲裁意思自治原则的方法论基础:一个社会学的视角	68
一、多元价值与法律多元性	70
二、法律与社会经济秩序:自治秩序何以可能	74
三、理解与沟通:自治秩序如何可能	78
本章小结	83
第三章 国际商事仲裁意思自治原则的现代发展:现代商业社会的考量	87
第一节 国际商事仲裁的近现代法制化轨迹	87
一、近现代国际商事仲裁制度的国别法演进:从敌对到支持	88
二、现代国际商事仲裁制度的统一化发展	99

第二节 国际商事仲裁意思自治原则的现代发展:实践观察·····	103
一、国际商事仲裁意思自治原则的基本内容·····	104
二、国际商事仲裁意思自治原则的限制·····	118
第三节 现代商业社会对国际商事仲裁意思自治原则的影响·····	128
一、现代商业社会的契约化进程:律师的作用·····	129
二、现代商业社会的结构性变化:非商人对意思自治原则的挑战·····	142
三、关系契约理论对国际商事仲裁意思自治原则的影响·····	152
本章小结·····	169
第四章 意思自治原则对国际商事仲裁基本范畴的影响·····	173
第一节 意思自治原则对国际商事仲裁概念与类型化建构的影响·····	174
一、意思自治原则对“国际商事仲裁”内涵和外延的影响·····	174
二、意思自治原则对国际商事仲裁类型化建构的影响·····	189
第二节 意思自治原则对国际商事仲裁性质的决定·····	203
一、意思自治原则与司法性:对“准”司法性的诠释·····	204
二、意思自治原则与契约性:因与果的关系·····	207
三、意思自治原则与自治性:全面契合·····	210
第三节 意思自治原则对国际商事仲裁制度功能价值的影响·····	213
一、意思自治原则对国际商事仲裁功能定位的影响:现代商业社会自治 秩序的自主塑造和维护·····	214
二、意思自治原则对国际商事仲裁制度价值取向的重塑·····	227
本章小结·····	235
第五章 国际商事仲裁意思自治原则的具体制度实现·····	237
第一节 从“合意”到“同意”:意思自治原则与管辖权确定·····	237
一、仲裁管辖权扩张与“合意”的衰落·····	238
二、“同意”模式:“选择权威”对强制仲裁的拒绝·····	245
三、以“第三人同意”构建仲裁第三人制度:应用解读·····	258
第二节 国际商事仲裁自治与仲裁员的法律地位·····	273
一、仲裁员在国际商事仲裁中的法律地位·····	274
二、仲裁程序自治与程序主体性理论·····	283

三、仲裁员的权力与实体法律适用:以惩罚性裁决为例	290
第三节 国际商事仲裁意思自治原则与司法支持	299
一、公共政策与意思自治原则:寻找意思自治限制的正当性边界	300
二、国际商事仲裁市场化与司法监督理念转变	316
本章小结	329
结 语	332
参 考 文 献	336
附 录	354
后 记	358

导 言

国际商事仲裁意思自治原则论纲

——基于现代商业社会的考察

一、问题的提出

耶鲁大学约瑟夫(Karim Youssef)博士在2009年完成的博士学位论文“Consent in Context: Fulfilling the Promise of International Arbitration”中宣称,复杂管辖权已经导致仲裁的“合同帝国”走向衰落,并得出“为了全球商业正义,必须将当事人的自由边缘化”的结论。

2010年著名国际商事仲裁专家伊曼纽尔·盖拉德(Emmanuel Gaillard)教授出版了*Legal Theory of International Arbitration*(《国际商事仲裁的法理思考和实践指导》),倡导国际商事仲裁自治法律秩序,却认同仲裁员意志可以“凌驾”于当事人之上——“仲裁员可以以更高的道德理念自由忽视当事人选择的法律”(p. 40)。

在2012年出版的一本名为*Discourse and Practice in International Commercial Arbitration*的文集中,有学者撰文道,“最令人震惊的假设(devastating hypothesis)已经在最近几年内出现,就是仲裁,如同诉讼一样,将很快被作为争议解决方式的调解所压倒(p. xii),因为现代国际商事仲裁在自由程序方面的优势已经被裁剪成适合于所有案件的一般的正式化、程式化和诉讼化”(Kimberly R. Wagner, 2012);“国际商事仲裁因此通常持续超过四年并且花费甚巨”(Winston Stromberg, 2007)。甚至就在最近,国际商事仲裁界最杰出的两位权威专家保尔森(Jan Paulsson)和范增伯格教授(Albert Jan van den Berg)撰文质疑

当事人任命仲裁员的可靠性 (Charles N. Brower & Charles B. Rosenberg, 2013)。

2012年10月17日在香港国际仲裁中心举办的“亚洲ADR研讨会”上,提出了这样的问题:当事人意思自治是帮助还是阻碍了仲裁程序 (Party Autonomy: Does Party Autonomy Help or Hinder the Arbitrating Process?) 国际商事仲裁中充斥着当事人自治与强行法规则的对决 (Olena Perpelynska, 2012), 当事人规定在合同中的惩罚性赔偿条款成了“无事生非”的东西, 无法获得裁决也很难获得执行; 当事人不得不在强行法和仲裁庭权力的夹缝中生存。国际投资领域投资者强迫国家仲裁, 消费者争议领域商人强迫消费者仲裁。近年来, 备受关注的仲裁第三人制度、第三方资助及临时性保全措施等, 使一些学者认为国际商事仲裁与意思自治原则渐行渐远。

由此, 我们不由要问: 那个曾经由商人们意思自治创造并以意思自治为基本原则的国际商事仲裁制度究竟怎么了? 意思自治原则在国际商事仲裁中究竟居于何种地位? 假若失去了意思自治原则, 国际商事仲裁还是国际商事仲裁制度吗? 正是这样的问题引导我们去思考: 国际商事仲裁意思自治原则是什么, 它从哪里来, 经历了怎样的演进过程, 发挥过什么样的价值和作用, 受过什么样的艰难和阻逆, 又缘何于现代商业社会似盛亦衰; 它终究将何去何从, 又将引导国际商事仲裁制度走向何方?

二、研究价值及意义

意思自治原则是国际商事仲裁制度的本质和灵魂。意思自治原则决定了国际商事仲裁制度的整体和全貌, 决定国际商事仲裁制度在实践中的应用和走向。国际商事仲裁的“灵魂”出现了问题, 这就足够引起我们的重视, 并探究问题之所在。对国际商事仲裁意思自治原则的研究价值或意义, 体现在以下几个方面:

第一, 现代商业社会发展之现实经济需要。毫无疑问, 全球经济一体化使国际商事仲裁成为最重要的争议解决方式。伴随全球化日益发展, 人们可以预期未来将有更多的商业进入国际商事浪潮。寻求将进入外国领域的不确定性最小化, 在商业条款中增加仲裁条款以限制风险和保护投资是非常可能的。这种结论, 在过去十年中有相关的调研报告支持, 在使用仲裁解决国际商事争议方面有着惊人的增长。事实上, 经验主义的研究表明大约 90% 的国际经济合同包含商事仲裁条款。类似地, 最近, 在世界范围内仲裁机构的数量也在增加, 在许多世界性商事争议中

涉及数十亿美元的仲裁(Winston Stromberg, 2012)。但如果国际商事仲裁继续朝着诉讼化的方向前进或者在程序和法律适用方面受到更多的限制,那么过去十年中,非仲裁的替代性争议解决方式(alternative dispute resolution, ADR)的使用,尤其是调解和和解的使用也在急剧上升,就会成为未来的发展趋势。

第二,国际商事仲裁制度规则设计需要进一步明确意思自治原则的地位和功能价值。法律原则,尤其是基本原则,是贯穿于整个法律制度的精神理念,决定着法律制度的性质和规范设计。显然,如果仲裁越来越像诉讼,那么仲裁将丧失它的生命力。意思自治原则在现代商业社会受到的挤压,部分是人们对意思自治原则过于理想化的误解,部分是意思自治原则真实地受到了限制。通过对国际商事仲裁意思自治原则的系统研究,将有助于我们获得正确的认识,并得出正确的结论。进而,我们会在这些正确的结论的基础上,设计出能够更妥当实现当事人意思自治要求,满足现代商业社会发展需求的制度规则设计。

第三,有关国际商事仲裁意思自治原则的系统性研究不足。正如我们在接下来的文献综述中所看到的,意思自治在国际商事仲裁领域已经成为一种根深蒂固的习惯性表达,人们在讨论各种国际商事仲裁问题时都或多或少地提及意思自治,并通过或支持或否定意思自治来完成自己结论的论证,却很少有人仔细辨别意思自治在国际商事仲裁制度体系中究竟以怎样的姿态存在,发挥何种功能、何以发挥这种功能,以及在多大程度上发挥这种功能。更少有人意识到国际商事仲裁中的意思自治是如何彻底地实现了私法的“人本主义”价值。因此,在对待意思自治原则问题时,人们或多或少显得有点随意,认为国际商事仲裁在今天的发展是国家支持仲裁的结果,从而将所有的制度设计基础依赖于国家的支持性态度。但实际上,意思自治原则具有它自身的内在规定性,它不仅由国家政策决定,也影响着国家政策。相对于国家法院体系的相对封闭性,国际商事仲裁是一个开放的系统,它在全世界的法律制度中游刃有余,它在全世界当事人对于法律制度的选择中发现何种法律秩序最有助于经济秩序的良性建构。因此,国际商事仲裁既是世界经济秩序的调节剂,也是世界政治秩序的晴雨表。如果我们对意思自治缺乏系统的研究,就只能在实践中摸索出意思自治的大概模样,好像瞎子摸象,摸到哪里算哪里,难免在理论和实践中捉襟见肘。只有准确界定国际商事仲裁意思自治原则的内涵以及其对国际商事仲裁制度所具有的决定性影响,才能有助于国际商事仲裁制度的实践发展和理论完善。

三、文献综述

(一) 国内研究文献综述

虽然绝大多数学者都接受施米托夫教授关于“国际商事仲裁中的首要原则就是当事人意思自治原则”的论断,但就国际商事仲裁意思自治原则问题研究现状而言,目前国内还没有直接以国际商事仲裁意思自治原则为题的专著或博士学位论文。只是在国际商事仲裁领域的著作或教材都会或集中或零散地论及意思自治原则问题,或将之表达为自愿性原则或契约性问题,有的从仲裁性质的角度着眼,有的从原则的角度分析。前者如《现代国际商事仲裁法的理论与实践》(韩健,2000)、《国际商事仲裁的司法监督》(赵健,2000)、《国际商事仲裁裁决的承认与执行》(宋航,2000)、《国际商会仲裁研究》(汪祖兴,2005)、《国际商事仲裁理论与实践专题研究》(杜新丽,2009)、《仲裁权论》(乔欣,2009)、《国际商事仲裁现代化研究》(赵秀文,2010)等;后者如《国际商事仲裁的法律适用》(朱克鹏,2000)、《国际商事仲裁法》(陈治东,1998)、《比较商事仲裁论》(乔欣主编,2004)、《国际商事仲裁的司法监督与协助》(于喜富,2006)、《仲裁法新论》(张斌生主编,2004)、《仲裁裁决抗辩的法律与实务》(林一飞,2008)、《国际商事仲裁程序法的适用》(谢新胜,2009)、《国际商事仲裁程序法》(杨玲,2011)等;还有的学者专门以集中体现国际商事仲裁意思自治原则的仲裁协议或管辖权为研究对象,如《国际商事仲裁管辖权研究》(宋连斌,2000)、《国际商事仲裁协议的法理与实证》(刘晓红,2005)、《仲裁协议法理制度研究》(侯登华,2012)等。此外,石育斌博士在其博士学位论文《国际商事仲裁第三人制度研究》(2007)、许军珂博士在其博士学位论文《国际私法的意思自治》(2005)中也分别专门讨论了国际商事仲裁的意思自治问题。与此相对,绝大多数涉及国际商事仲裁领域的学术论文中都或多或少地论及意思自治原则,尤其体现在国际商事仲裁第三人制度(林一飞,2000;郭玉军,2001;宋连斌,2005等)、仲裁协议或管辖权基础、国际商事仲裁裁决承认与执行(陈治东,1998)方面的讨论中,但专门以国际商事仲裁意思自治原则或类似表述为题或主要内容的论文相对而言也不多见,主要有《论意思自治原则与国际商事仲裁制度的完善和发展》(郑远民,1994)、《当事人意思自治与现代仲裁法》(江伟,1997)、《论国际商事仲裁中的当事人“意思自治”》(娄丙录,1999)、《论国际商事仲裁中强行法对意思自治的影响》(侯宁,2002)、《论当事人意思自治原则在国际商事仲裁领域的地位与发展趋势》

(乔生,2003)、《论国际商事仲裁制度中的意思自治》(丁丽柏、王琤,2006)、《意思自治原则在国际商事仲裁中的地位评析》(白红平,2002)、《国际商事仲裁中当事人意思自治领域的新发展》(齐飞,2006)、《论我国仲裁制度中的意思自治原则》(董连和,2006)、《国际商事仲裁价值取向之检讨》(石现明,2007)、《论国际商事仲裁中的当事人意思自治原则》(许军珂,2008)、《国际商事仲裁中的当事人意思自治与司法审查》(谢菁菁,2009)、《论国际商事仲裁庭管辖权自治原则》(周江,2009)、《国际投资争端中的无默契仲裁初探》(杨彩霞、秦泉,2011)、《国际商事仲裁中当事人意思自治的界限》(刘俊霞,2012)、《国际商事仲裁“意思自治”的适用》(刘燕霞、冯丽,2012)等。硕士学位论文以此为题专门讨论的,从 CNKI 数据统计来看,总数不超过 10 篇。

总体来看,在所有论及国际商事仲裁意思自治原则的著述中,均对意思自治原则在国际商事仲裁中的基础地位表示认同。在对国际商事仲裁意思自治原则进行专题论述时,通常会将国际商事仲裁意思自治原则追溯到杜摩林时代,但也有学者认为该原则源自公元前 120 ~ 前 118 年的古希腊。在合同领域的当事人意思自治观念始于 14 世纪伯伦亚大学教授萨利赛的著作,到 15 世纪罗朱斯·库尔蒂乌斯(Rochus Curtius)指出合同之所以适用行为地法,是因为当事人默示统一适用该原则,为后来当事人选择法律的观念开辟了道路(丁丽柏,2006)。或将国际商事仲裁意思自治原则归宗于契约自由,认为意思自治原则具有确认当事人在不违反法律的限度内为自己设定仲裁方式、从事相应法律行为的意思自治,并且承认其行为具有法律效力;确认依法成立的仲裁协议具有优先于仲裁法的推定条款或任意性规范而适用的效力(江伟、董连和等)。此外,还有学者从相对抽象的意义上对意思自治原则对国际商事仲裁的价值取向的影响进行探讨,并认为公平和效率的关系应基于当事人意思自治进行衡量。但也有学者持反对意见(石育斌,2007)。大多数专题论述着力于意思自治原则在国际商事仲裁领域的具体应用或具体表现,如选择仲裁方式及程序的自由、选择实体法的自由以及仲裁协议中的意思自治等,并对意思自治在国际商事仲裁中的特点进行总结(郑远民、许军珂、白红平等)。有一些学者观照到晚近时期意思自治原则正在遭受管辖权扩张的限制性影响,有学者认为应该以公平价值为先(刘晓红等);有学者认为应该以效率价值优先(石育斌等);有学者注意到现代发展中的保护弱者利益的应用(乔生等)、国际投资仲裁中仲裁协议的变化(杨彩霞等);还有一些学者注意到强行法对意思自治的影响(侯

宁、刘俊霞、张圣翠等),并试图采取“分项区别”的方法发现其中的规律(张圣翠,2008),或者在仲裁员裁量权、当事人意思自治与强行法适用之间寻找平衡。(侯宁、刘俊霞等)。另有一些学者关注裁决的承认与执行问题,认为《承认及执行外国仲裁裁决公约》(Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards,1958,以下简称《纽约公约》)的一些规定已经阻碍了当事人意思自治,因此应该予以修订(齐飞,2006);也有学者从国际社会公共政策客观化发展趋势的角度认为实践已经在纠正《纽约公约》的不足,并认为公共政策的确定化揭示了各国对国际商事仲裁基本态度变化的深层次动因是——各国司法机构更加尊重当事人的意思自治(陈治东,1998)。在国际商事仲裁晚近的发展中,有学者注意到了它的诉讼化倾向并以当事人意思自治作为克服的力量(从雪莲、罗楚湘、彭丽明等)。因为国际商事仲裁本质是一种市场化的服务(杨玲等,2011),在国际商事仲裁市场竞争机制下,保持良好的竞争优势需要尊重当事人意思自治(于喜富等,2014)。意思自治原则是国际商事仲裁的基本原则,国际商事仲裁制度的各个方面都与意思自治原则有直接或间接的关联性,此处列举不过以国际商事仲裁意思自治原则为专题或主题。不过管中窥豹,可以发现,目前我国国际商事仲裁学界对于国际商事仲裁意思自治原则的研究处于非系统的零散状态;更加重视具体的制度规则与意思自治原则的互动性研究,而不关注国际商事仲裁意思自治原则本身的理论基础研究。这不仅使研究的结论有时显得欠缺说服力,也使因此而进行的制度设计显得随意而不具有内在一致性,似乎意思自治原则也成了如同公共政策一样的“万金油”,而这并非意思自治原则的本质。更有甚者,因为对意思自治原则缺乏系统研究,许多学者认为意思自治原则来自契约自由,并将意思自治建立在契约自由的基础上,严重制约了意思自治原则在国际商事仲裁中的作用和价值,也使国际商事仲裁制度在发展中备受掣肘。

国际商事仲裁意思自治原则一般认为来自私法自治或国际私法中的意思自治。从私法视角研究意思自治原则的论述,主要有:《私法理念研究》(刘美西,2006)、《理念—功能—技术:意思自治原则的伸展与评鉴》(高宇,2007)、《私法自治的历史演变与民法体系的完善》(韩伟,2009)等。此外,还有学者从法哲学的角度撰文《意思自治的法哲学研究》(胡伟),从国际私法的角度研究意思自治(许军珂,2005)。相较而言,无论从私法还是国际私法的角度,对意思自治原则的研究都远丰富于国际商事仲裁领域。应该说这些研究对于国际商事仲裁领域意思自治原则

的深入研究具有重要的基石作用,但正如我们所了解的,一方面,意思自治在国际商事仲裁中的重要性丝毫不逊于其在实体法律制度中或者决定当事人实体权利的法律选择制度中的重要性;另一方面,国际商事仲裁中的意思自治原则相对于民法或纯粹私法意义上的意思自治原则有重大不同,甚至与国际私法意义上的意思自治原则也有很大差异。而目前我国并无专门著述深入阐释这一国际商事仲裁领域最为核心、重要且基础的问题。在此方面的缺失不可不谓国际商事仲裁理论研究的缺憾。

(二) 国外文献研究综述

“意思自治”的英文表达可能为 *will of parties*, *private autonomy*, *autonomy of parties* 或者 *party autonomy*, 英美法传统法律术语中并没有上述表达的准确定义, *Black Law Dictionary* 中仅收录了 *autonomy of parties* 的词条,但其解释参见“合同自由”(freedom of contract)。 *A Dictionary of Legal Theory* (牛津法律理论词典, Brian H. Bix) 中则没有相关词条。不过这不影响学者在他们的著述中使用这些表述,例如,“will of parties”出现于 1896 年《第一本学生用的普通法法理教材》(*A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, Pollock, Frederick, 1896), 作为“法律分类”的组成部分“个人义务来自于当事人的意志(will of parties)和法律的规定”;发表于 1941 年的被引用了 4000 余次的 Lon Fuller 的《对价与形式》一文就是以 *principle of private autonomy* 为立意基础的。

虽然就一般意义上的意思自治(*party autonomy*)原则经常在大陆法系使用,在国际商事仲裁领域,却高度一致地采用了“意思自治”(party autonomy)的术语表达,即使英美法系也不例外。在 Westlaw 以“party Autonomy”为关键词的检索中(标题中含有“party autonomy”的 110 个文件,以“party autonomy”为任意检索词的有 3734 个文件),涉及的领域几乎都集中于国际商事仲裁。可见意思自治已经成为国际商事仲裁领域根深蒂固的概念表达。

国际商事仲裁意思自治原则在国外被一般性地表达为 *fundamental principle of party autonomy van den Berg*。^① 在 Westlaw 2006 年 9 月的一个调查显示“仲裁是合

^① “London Court of International Arbitration The New 1998 LCIA rules”, *Yearbook Commercial Arbitration* 1998 Volume 23(1998); *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Asserts, L. P. v. Argentina*, Decision on Application for Annulment of the Argentine Rep. ICSID Case No. ARB/01/3. July 2010.