

国际商事仲裁中的实体法的选择

韩 健

在国际合同中,实体法的选择是一个很关键的问题。合同当事人不订立一条决定实体法的法律选择条款似乎不大可能。然而,这类事却屡见不鲜。造成这一情形主要有两种可能:一是当事人只注重合同中的商事条款,认为订合同是为了做生意,又不是为了打官司,对选择可适用法律问题掉以轻心;二是当事人来自于经济和政治制度不同的国家,对对方国家的法律既不熟悉又不信任,于是先行订立合同,把法律选择问题搁置起来。这样,一旦发生争议提交仲裁,由于当事人之间缺乏明示的法律选择,仲裁员就不得不担负起确定可适用的实体法的工作。

一、依冲突规则确定实体法

(一)适用仲裁地的冲突规则

领域理论的支持者们提出,应该依仲裁地的冲突规则确定实体法。

国际法协会的报告员索瑟—霍尔强调仲裁与仲裁地冲突规则之间的必然联系以及仲裁地对仲裁的有效管辖。1952年,他在对国际法协会的报告中提出,如果合同当事人没有选择可适用于合同的法律,仲裁员应适用仲裁庭所在地国的法律。1957年国际法协会阿姆斯特丹决议第11条采纳了索瑟—霍尔的这一主张。

根据领域说选择仲裁地法律冲突规则,其优点是具有可预见性和统一性。另外,有人认为,这也是尊重当事人的意愿的结果。因为当事人可自由地选择仲裁地,由此也就间接地选择了可适用的冲突规则。

波恩大学教授F. A. 曼是极力支持索瑟—霍尔所持主张的。F. A. 曼反对任何非国内化仲裁的趋势。他认为,仲裁条款如同私人当事人间的其他合同一样,不能悬在空中,其根据必须源于国内法,这个国内法就是仲裁地国法。F. A. 曼把仲裁庭视为一种等同于法院的国家司法机关,得出如下结论:“正象法官必须适用法院地的国际私法,仲裁员也必须适用仲裁地的国际私法。任何其他解决方式都将导致仲裁员无视法律的结论。”

对F. A. 曼的观点,许多学者持有异议,并提出了批评。一种异议是,仲裁员依仲裁地的冲突规则确定准据法,将产生若干不易解决的问题。其一,合同当事人有时并没有指明仲裁员进行仲裁的国家,仲裁地点和所适用的冲突法体系都将由仲裁员确定。在这种情况下适用仲裁地冲突规则确定准据法,所谓尊重当事人意愿的优点将不复存在;其二,特定仲裁地的识别有时也很困难。出于某些实际原因,仲裁员可能在两个或多个国家进行听审。例如,第一次听审是在巴黎进行,后因在英国取证便利,第二次听审在伦敦进行。那么仲裁员应该适用法国冲突法还是应该适用英国冲突法呢?另外,仲裁有时通过当事人和仲裁员之间信件往来进行,这种情况下又如何确定仲裁地呢?诸如此类的问题会使仲裁地理论失去其可预见性和统一性的优点。国际法协会为了解决这些问题,曾在协会决议中提出,如仲裁在多个地点进行,优先适用第一次举行听审会的所在地国的冲突规则;如果仲裁通过信件进行,则参照仲裁员的住所或居所确定仲裁地。但持异议者认为,这些方法没有说服力,不足为取。

关于仲裁地理论的另一批评,则从根本上否定以仲裁地作为适用冲突规则必然连结因素的正确性,认为无论是当事人选择的仲裁地还是仲裁员选择的仲裁地都具有偶然性;就可适用的法律体系而言,仲裁地的选择与当事人或其合同之间不存在任何主观或客观上的连结。例如,一名意大利人和一名日本人订立的国际贸易合同中规定,任何争议应通过仲裁解决。由于意大利同日本相距甚远,出于经济上的考虑,他们决定把两国

中间地的莫斯科作为仲裁地。在这种情况下,苏联与当事人或合同均无任何联系。再如,一名德国人和一名法国人订立的仲裁条款把瑞士选择为仲裁地。选择瑞士的原因不是出于经济上的考虑,而是因为瑞士是一个中立地。在这两起例子中,仲裁地的选择并不是默示选择该国的冲突法体系。当事人可能并不知道要受或者并不想受该管辖地的国际私法规则的约束,他们作出的选择完全是由另一种不同的动因所促成。如果仅仅因为当事人选择了仲裁地而适用仲裁地冲突规则显然是不够合理的。

尽管仲裁地理论遭到较广泛的批评,但在实践中,仲裁员仍经常适用仲裁地的冲突规则。例如,在国际商会主持下的一起解决德国人与比利时人货物销售争议的仲裁中,法国仲裁员裁定:“依照支配案件的一般原则,不仅仲裁员适用的程序规则须来自于法国法,其适用的国际私法规则也必须来自于法国法,该原则正被提倡,特别是为1957年9月16日国际法决议第2条所提倡。”在另一起涉及意大利人和德国人的仲裁案中,位于瑞士的国际商会仲裁庭就可适用法律陈述道:“在此,如果必须考查法律冲突规则的话,适用仲裁庭所在地有效法律体系的标准是适当的。因此,应根据瑞士国际私法的规则和实践作出决定。”

在美国和英国,时常把仲裁地的选择解释为默示选择了仲裁地法,从而适用仲裁地的法律冲突规则确定准据法。

东欧国家一向坚持仲裁领域理论,主张在仲裁中依仲裁地冲突规则确定准据法。例如,在解决苏联申诉人和斯里兰卡被诉人之间的争议时,苏联商会设立的对外贸易仲裁委员会曾陈述道:“既然合同中没有提及准据法,这一问题则必须按照《苏维埃联邦民法纲要》第126条的规定予以确定。”至于为什么适用苏联法中的冲突规则,仲裁员没有解释。同样,在一起奥地利与捷克的货车租赁仲裁案中,位于布拉格的捷克商会仲裁庭也适用了捷克法律冲突规则。

以上确定准据法所采用的领域导向方式看来是基于以下理论而采用的,即仲裁庭是行使与法院同样的职能,特定管辖地的冲突规则不仅适用于司法诉讼也适用于国际仲裁。不过,应该承认的是,仲裁与司法诉讼之间毕竟存在着差异。仲裁是基于当事人协议而不是基于国家权力的强制性进行的。仲裁员不是国家法院的法官,他不是代表国家作出裁决的。因此,在任何情况下,特别是在争议与仲裁地国无重大利害关系时,要求仲裁员必须遵循所有约束法院法官的规则,似无必要,在适用冲突规则确定准据法方面亦是如此。国际商事仲裁的实践表明,依仲裁地冲突规则确定准据法对仲裁员并不是一项有约束力的一般规则。仲裁实体法的确定与仲裁地冲突规则之间并不存在必然的联系。仲裁员可以选择适用仲裁地法以外的冲突规则或以其他方式确定实体法。

(二) 适用非仲裁地的冲突规则

1. 仲裁员本国的冲突规则 有人曾提议,可以适用仲裁员本国(home state)的冲突规则确定准据法。采用这一方法,首先要解决以什么标准判定“仲裁员的本国”,是以仲裁员的国籍为标准,还是以仲裁员的住所或习惯居所为标准。仲裁员的国籍,住所或习惯居所的确定有时会引起一些相当复杂麻烦的法律问题。

主张适用仲裁员本国冲突规则的一条主要理由是,仲裁员最熟悉其属人法。有学者对此观点提出反驳意见,认为如果把仲裁员所具有的法律学识作为适当解决争议的相关因素来考虑,其目的所在应该是对实体法作出选择而不是对冲突法作出选择,因为是实体法确立了当事人的权利和义务。再者,以熟悉或学识为由,要求仲裁员适用其本国的冲突规则,似乎认为仲裁员没有能力理解和正确适用他国冲突规则,则是过低估计仲裁员的能力了。在实践中,很少有适用仲裁员本国冲突规则确定准据法的。

2. 将要执行裁决的国家的冲突规则 另一种主张是,适用可能执行裁决的国家的冲突规则。此主张的提出是基于以下考虑:仲裁员依裁决执行地国冲突规则确定实体法,可保证仲裁裁决的可执行性;否则,仲裁员依其他方式确定之实体法作出的裁决,有可能因某些原因而被裁决执行地国的法院拒绝。这一考虑看来是不够充分的。首先,适用将要执行裁决国的冲突规则是一种很不确定的选择。在多数情况下,当仲裁员要适用冲突规则确定实体法时,行将作出的裁决可能会在哪一国家请求予以执行是不清楚的。何况,裁决有时需在两个国家或多个国家执行。其次,从有关国际商事仲裁的条约和各国仲裁实践看,尽管违反公共政策是拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由之一,但各国对公共政策的解释和适用范围均取谨慎态度,并施以一定限制,一般不会据公共政策条款拒绝承认和执行仲裁裁决。此外,仲裁庭为保证裁决能依法得到执行,在作出裁决时,对它推测可能成为裁决执行地国的冲突规则以及有关公共政策的解释,一般都会进行必要的考

查。因此,依裁决执行地以外的其他国家的冲突规则确定实体法,不会妨害仲裁裁决的可执行性。

3. 与争议有最密切联系国的冲突规则 受美国现代法律选择方式的影响,一些仲裁员适用与争议有最密切联系的国家的冲突规则。在法院选择实体法方面,最密切联系方法经证明是成功的,是目前国际上通行的方法。但是在国际商事仲裁中,采用这一方法选择可适用的冲突规则是否妥当尚存在歧异。

在巴黎依国际商会仲裁规则进行仲裁的一起案件中,仲裁员适用了意大利冲突规则,理由是意大利法律体系与争议有最密切联系。该案中,一家瑞士公司在墨西哥和英国销售其合伙人(一家意大利公司)的货物。瑞士公司同意大利公司之间的货物买卖合同是在意大利缔结的。货物由意大利公司运往意大利的热那亚港。在热那亚港,货物的所有权转移给了瑞士公司。显而易见,意大利与争议确实有最密切联系。问题是,意大利与争议有最密切联系并不足以说明适用意大利的冲突规则是合理的,倒是更能说明适用意大利实体法较为合理。因为争议是非曲直的判定依据是实体法,而不是冲突规则。当然,在某些案件中,适用与争议有最密切联系国的冲突规则,也可能指向适用该国的实体法,最终达到适用与争议或与合同有最密切联系国家的法律,比如上述意大利和瑞士当事人之间的仲裁案便是这种结果。该案中依最密切联系原则适用了意大利冲突规则。由于依意大利冲突法,合同准据法为合同缔约地法,仲裁员最后适用的实体法也是意大利法。然而,实践中出现的情况并非总是如此,适用与争议或与合同有最密切联系的国家的冲突规则,所确定的实体法不一定就是该国的法律。例如,假定意大利和瑞士的当事人在巴黎缔结了一份合同,根据该合同的规定,意大利当事人将把一些机器运往瑞士当事人在意大利开设的工厂,用这些机器生产出来的产品将被用以供应意大利市场。不言而喻,意大利与争议或合同的关系最为密切。但依照意大利的冲突规则,合同争议依合同缔结地法,所以仲裁员将适用法国实体法,而不是适用意大利法。在该案中,法国实际上与争议没有什么联系,在法律适用方面,法国不存在任何利害关系。虽然,从准据法的中立性考虑,适用法国法也许可为双方当事人所接受。但是应该看到,仲裁员是从最密切联系这一角度试图解决准据法问题的,结果所确定的准据法却与争议毫无联系。严格地说,这是不尽合理的。

(三)重叠适用与争议有关的冲突规则

确定实体法的另一方式是对与争议有关联的所有管辖地的冲突规则进行重叠分析。这一方式发展于现代美国冲突法。在现代美国冲突法中,常采用重叠分析方法直接确定可适用的实体法。国际商事仲裁中已有采用这一方式解决“二级冲突”的先例,以此避免选择单一的冲突规则体系。仲裁员采用这一方式,首先考查所有与争议有关的法律体系的冲突规则,如果这些规则都指向同一实体法,即出现所谓的“虚假冲突情况”时,则无需确定可适用的法律体系,仲裁员可直接用所有冲突规则指向同一实体法。

在一起关于西德人与希腊人之间争议的国际商会仲裁案中,仲裁员在瑞士作出了裁决。裁决指出:为了裁定所申诉的实质问题是否正当合法,首先有必要确定可适用于争议的实体法。如果当事人之间没有明示这一问题,则必需先研究依何冲突规则解决这一问题。德国法中的国际私法原则,同希腊法和瑞士法一样指向了同一结果,这一事实使该问题得到了合理的解决。该案中,经推定与争议有关联的管辖地有希腊(缔约地、合同履行地,买方居住地)、德国(卖方住所地)和瑞士(仲裁地)。这三个国家的冲突规则都指向了同一结果,即适用买方的惯常居所地法。所以仲裁员据此选择希腊法为可适用的实体法。

类似的方式在一起意大利申诉人与西班牙被诉人之间的仲裁案中也曾被采用过。该争议涉及到不合理竞争问题。在确定可适用于侵权行为的法律时,仲裁员陈述:“在这方面,应该提到《意大利民法典》第25条第2款中的冲突法规则,该规则把支配非契约之债的依法执行权威赋与引起非契约之债的事实发生地法。这一解答同西班牙国际私法的一般原则是一致的”。

重叠适用方式在实践中是一种比较有效的方式。在考查与争议有关的所有冲突法体系的基础上作出实体法的选择,双方当事人一般不会有异议。另外,由于考查范围往往包括了可能执行裁决的国家的法律,亦可保证裁决执行地国承认和执行依该实体法作出的裁决。不过,采用重叠适用方式存在两个不够确定的问题。一个问题是,仲裁地国是否属于与争议有关联的管辖地国。一些仲裁员认为,仲裁地冲突规则是重叠适用方式中需加以分析的一个必不可少的因素。另一些仲裁员则将仲裁地冲突规则排除在外,除非该地不单纯是仲裁庭所在地,还与争议存在其他联系。这两种方法实际上反映了国际上关于仲裁性质的不同观点。认为仲裁是国家司法制度的外延的司法权论者把仲裁地看作是重叠适用方式之目的相关的管辖地,而认为仲裁属契

约性质的契约论者则否定仲裁地具有这一地位。再一个问题就是重叠适用方式的局限性,该方式能否有效用将取决于有关案件是否存在“虚假冲突”的情况。如果若干个与争议有关联的国家法的冲突规则规定不同,未指向同一结果,重叠适用方式将是不合用的,正如一位学者所言,重叠适用方式的效用是相对的和巧合的。

(四) 适用一般冲突规则

与重叠适用方式不同,适用冲突法一般规则的仲裁员不是把他们的分析限于与争议有关的管辖地的冲突规则,而是对许多或所有的国际私法体系进行比较分析,以图确立在国际上得到普遍承认的一般冲突规则,即一种具有国际性质的冲突规则。英国学者梅伦在其法律选择理论中曾提出过类似的方式,认为可以“从竞争性的国内法规则中导出特殊的实体规则。”当然,梅伦只是试图在不同的实体法中作出协调,而此处谈到的是不同冲突法体系之间的协调,属“二级冲突”这一层次的问题。

适用一般冲突规则已附诸于某些仲裁案。例如,在一起违约争议中,瑞士仲裁员首先查看了瑞士的法律选择规则。他注意到,瑞士冲突规则导出的结果与多数国家在这一领域里所承认的一般规则一样,于是依照为普遍所接受的冲突规则作出了决定。在另一起巴基斯坦银行和印度公司的国际商会仲裁案中,仲裁员阐释道:“国际仲裁员没有可借以适用其冲突规则的法院地法。当提出各种解决方法时,在学术理论上常会就该问题发生争执……不过,就仲裁员适用的各种国际私法体系而言,在本案中可能有3种或4种方法会导出同一实际结果。因为不仅在起源于英国冲突法的各种法律体系中,而且更为普遍的是,在世界上的主要冲突法体系中,关于契约的法律适用问题,在很大程度上存在着一致性和同一性。”

一般规则方式避免了重叠适用方式中的一个问题,即它无需确定与争议有关的管辖地。不过,该种方式在实际运用中受到一定限制,因为除了若干基本规则外,能被普遍接受的冲突规则尚不多。

二、不依冲突规则确定实体法

大多数从事商事交易的人把仲裁看作是“一种实用的程序……,依照按程序(他们)能够迅速地得到一项关于争议的决定而不存在任何法律上的复杂性。”约定仲裁的当事人希望程序简化,并且可适用法律能够具有确定性。如果仲裁员适用冲突规则,则常常无法实现当事人的这一愿望。如果适用冲突规则确定准据法,准据法的选择范围将被限制在国内法规则的范围内,因为没有哪一国的冲突规则会指向适用非国内规则。如果仲裁员决定不依冲突规则直接确定可适用的实体法,那么除了适用有关的国内法的实体规则外,还可能适用合同条款、贸易惯例或习惯商法等。

(一) 直接适用国内法的实体规则

直接适用国内法实体规则的方式在国际商事仲裁中已被循用,采用这一方式可分为两种情况。

1. 当有虚假法律冲突时 如果与争议有关的管辖地的实体规则或其解释没有什么不同,便出现了所谓实体规则的“虚假冲突”。在这种情况下,仲裁员只消直接适用实体法规定,无需根据任何冲突规则去确定实体法。例如,在一起德国人与瑞士人之间的货物销售合同争议中,双方当事人曾就适用德国法或瑞士法而争执不下。最后仲裁员没有适用任何冲突规则,而是根据德国法和瑞士法中的共同规定作出了裁决。因为德国法和瑞士法就债权和商事法律问题有类似的规定和解释。仲裁员在该案中明确指出,如果当事人本国法律体系之间存在着真实的法律冲突,可适用法律问题则属于一种利害关系问题。由于德国法和瑞士法就解决该争议有相似的解释,作为一般规则,仲裁员对可适用法律的问题可不予探究。

2. 当有真实法律冲突时 在与争议有关的各管辖地的实体法有不同规定,并导致对解决争议的不同解释时,仲裁员面临的法律冲突是真正的法律冲突。在国际商事仲裁中,已有仲裁员不依任何冲突规则,直接适用其所选择的国内法解决合同争议的案例。如此选择的法律在国际私法中被称为合同的自体法。

最早提出的不依冲突规则选择国内实体法以解决合同法律适用问题的是英国学者韦斯特莱克(Westlake)。韦斯特莱克主张:“决定一个合同的真正有效性和它的效力的法律,在英国应该根据实质性的考虑加以选取,它应是那个与行为有着最真实联系的国家法律。”在这里,韦斯特莱克展示出了一种具有可选择性的方法,用以代替合同领域里解决法律冲突的两个传统的系属公式,即合同缔结地法和合同履行地法。英国学者戴西进一步提出了合同自体法的概念,并和莫里斯将合同自体法定义为:在合同当事人未明示其关于支配法的意愿,且无法依情况推定当事人的意愿时,合同受与交易有最密切和最实际联系的法律支配。

目前,采用最密切联系原则解决合同的法律适用问题在各国比较通行。许多国家在其国内法中均有明确规定。在不少仲裁裁决中,可以看到仲裁员采用了最密切联系原则解决了真实法律冲突问题。例如,在有名的ARAMCO仲裁案中便是如此。争议起因于一家美国石油公司与沙特阿拉伯缔结的一项租让协议。合同约定某些争议问题依沙特阿拉伯法解决,其他有争议的问题则由仲裁员确定可适用的法律。仲裁庭称,受国际私法中关于意思自治最新近之学说的影响,法庭决定不考查当事人默示的或经推测的意愿,而是适用与当事人之间法律关系性质最为一致的法律,即与合同有最密切联系的国家的法律。该案中的仲裁庭相信,从客观考虑,准据法应与营业地的经济环境相符,故营业地法为准据法。

循用最密切联系方式,仲裁员从案件的各个方面对可能适用的各法律体系进行考查,而不是通过一种可能过于僵化的冲突规则选择可适用的法律。无论是从当事人的角度看,还是就有争议的问题本身而言,所作出的关于实体法选择的决定,将不具偶然性,从而为确定最合适的实体法提供了一定保证。不过,最密切联系方式也有潜在的弊端。在分析争议与法律体系之间的连接因素时,仲裁员拥有很大的自由裁量权。尤其在供判断因素较多的情况下,依何种标准判定是否存在最密切联系,很大程度上将取决于仲裁员的主观分析。不同连接因素在被用以判定某一法律体系是否具有最密切联系时,其分量的轻重容易掺入仲裁员的主观意见,甚至带有任意性。因此,最密切联系方式的合理采用,关键在于必须考虑全面的情况,找出那些最具本质意义的连结因素。

(二) 适用非国内的实体规则

所谓适用非国内的实体规则是指,仲裁员不考虑任何冲突法规则,也不直接适用国内法,而是适用非源于任何国内法的规则解决争议。非国内规则主要是指国际法、一般法律原则和商法。诸多学者又把体现于或源于国际公约、贸易惯例、习惯以及公平、有效和合理交易之概念中的统一法归属到商法的范围。关于商法的地位和性质,各国学说和司法实践不尽一致。多数学者认为,不能把商法看作是完美的和独立的法律体系,商法的存在不能排除选择国内法的必要性。因为除了少数领域外,还未从国际习惯或为所有或多数国家所共有的法律原则中产生一套确定的规则,可为解决国际经济贸易中出现的复杂法律问题提供明确的指导。但是,将商法与某一国内法体系结合起来适用在国际上却是相当通行的作法。例如,《法国民法典》第1160条规定:“习惯上的条款,虽未载明于合同,解释时应补充之。”日本《商法典》第1篇第1条规定:“关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法,适用民法。”此外,我国立法也不排除补充性地适用商法。关于国际惯例补缺问题,我国《涉外经济合同法》第5条3款和《民法通则》第142条3款都作了规定,指出我国法律和我国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。在国际公约和一些近期制定的国际文件中,也都确认仲裁员在适用国内法的同时,辅之适用商法的权力。例如,1965年《解决国家与其他国家国民间投资争端的公约》第42条1款规定,在当事人双方没有协议可用以裁断争端的法律规则时,“仲裁庭应适用作为争端当事国的缔约国的法律(包括它的法律冲突规范)以及可适用的国际法规则。”《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第33条3款以及《国际商会仲裁规则》第13条5款也都规定仲裁员应考虑有关的贸易惯例。

三、结论

在国际商事仲裁中,仲裁员所据以作出裁决的实体法将被用以解决当事人之间的利害冲突,直接关系到当事人的利益。适用何种实体法解决商事争议,是整个仲裁过程中一个极为重要的问题。在当事人未明示选择可适用实体法的情况下,仲裁员选择实体法的方式主要有两种,一是依冲突规则选择实体法,二是不依冲突规则选择实体法。为了使仲裁在解决国际商事争议方面起到有效、迅速和简便的效用,现今国际商事仲裁实践呈不依冲突规则直接确定实体法的发展趋势,而且在适用国内法体系的同时,越来越强调补充性地适用贸易惯例或商法,以达到合理解决复杂的商事争议的目的。