

论国际商事仲裁的几个基本理论问题

李五泉 谭 蕾 郑琪琨

仲裁与诉讼,是解决国际商事争议的两种基本方式。从目前世界各国的司法实践来看,国际商事争议主要是以仲裁方式解决的。本文通过分析和比较的方法,阐述了国际商事仲裁的定义、性质和特点等重要问题,并对我国在改革开放的新形势下如何完善我国的国际商事仲裁制度提出了自己的见解。

随着国际经济贸易的迅速发展,世界各国普遍把仲裁作为解决国际商事争议的一种有效方式,纷纷修改或制定仲裁法,设立常设仲裁机构,专门受理国际商事仲裁案件。与此同时,为了协调各国仲裁制度的冲突,统一仲裁条款的效力,国际社会先后制定了一系列国际公约,从而使得国际商事仲裁制度日趋完备。但是,关于国际商事仲裁的定义、性质和特点等基本理论问题,在各国的立法、司法实践和有关国际公约中仍有很大的差异。这势必影响到争议事项能否通过仲裁方式解决、仲裁协议是否有效、仲裁裁决能否得到承认和执行等重要问题。

一、国际商事仲裁的定义

一般来说,国际商事仲裁是指在国际经济贸易活动中,当事人双方依事先或事后达成的仲裁协议,将有关争议提交给某临时仲裁庭或常设仲裁机构进行审理,并作出具有约束力的仲裁裁决制度。我们认为,要明确国际商事仲裁的定义,关键是要弄清国际商事仲裁中“国际”和“商事”这两个词的含义。

(一)关于“国际”的含义

绝大多数国家都将国际商事仲裁与国内仲裁严格区分开来,并分别适用不同的法律规定与仲裁规则。然而各国在判断商事仲裁是否属于“国际”仲裁时的标准是不同的,归纳起来,主要有以下两种类型。

1. 以实质性连结因素为认定标准

在一些国家,认定商事仲裁的国际性是以实质性连结因素为根据的。这些实质性连结因素主要包括地点、当事人的国籍、住所或居所。以实质性连结因素为认定标准的,又被称为法律标准或地理标准。一般说来,上述实质性连结因素中,当事人的国籍和仲裁地点是较为重要的。如果当事人是个人,还必须考虑其住所或惯常居住地;如果当事人是法人,则不能简单地完全以

该法人的注册或登记地为依据,还必须考虑其中心管理地这一因素。采用该标准的主要有英国、丹麦、瑞典、瑞士和叙利亚、埃及、利比亚、科威特等一些阿拉伯国家和有关国际公约。

根据英国 1979 年《仲裁法》的规定,如果仲裁在英国国外进行,或者当事人一方或双方不是英国国民或惯常居民,或者作为当事人一方或双方的法人团体的组建或中心管理地不在英国,该仲裁可以被认定为国际商事仲裁。1988 年公布的《瑞士联邦国际私法法规》第 12 章第 176 条第 1 款规定:“本章的规定适用于所有仲裁庭在瑞士的、并且至少有一方当事人在缔结仲裁协议时在瑞士既没有住所也没有习惯居所的仲裁。”1961 年《欧洲国际商事仲裁公约》第 1 条第 1 款规定:“本公约适用于自然人或法人为解决其相互间在国际贸易中发生的争议而缔结的仲裁协议,但以签订协议时,该自然人或法人的惯常居住地或所在地在各缔约国家中为限。”

应该注意的是,许多跨国公司、特别是涉及金融、航运和建筑业的跨国公司,为了便于贸易往来,在一些国家设立了分公司,并与当地的个人或法人订立了合同。如果这些分公司是在当地对其业务活动进行管理,那么依实质性连结因素中的管理中心地标准,该分公司与当地自然人或法人间因合同争议引起的仲裁将属于国内仲裁;如果分公司的业务活动受国外总公司的控制,则有关仲裁将被视为国际商事仲裁。

2. 以争议的性质作为认定的标准

以争议的性质作为认定的标准,是因为在国际商事十分复杂的情况下,仅仅基于仲裁地点、当事人的国籍、住所或营业地等这样简单的连结因素来确定商事仲裁的国际性还无法解决有些具体问题。国际商会在其颁布的说明手册中指出:“仲裁的国际性质并不意指当事人必须具有不同的国籍。例如,当同一国家的两个公民订立了在另一国家履行的合同或者当一个国家与该国外营商业的外国公司的子公司订立了合同,由于客体的缘故,合同仍然可以超越国界。”

所谓以争议的性质作为认定标准,是指对争议的性质加以分析,当争议涉及到国际商事利益时,则将其仲裁视为国际商事仲裁。采用该标准的主要有法国、美国、加拿大等国家和有关国际公约。1981 年法国新的《民事诉讼法典》第 1492 条规定,凡涉及到国际商事利益的仲裁是国际仲裁。”该法典在认定仲裁的国际性质时,把经济方面的标准置于十分重要的地位。根据该定义,只要争议涉及到国际商业利益,有关的仲裁便属于国际商事仲裁。在实践中,该定义意指某一具体仲裁的国际性质将根据对国际商业利益涉及与否的评价来确定,即确定仲裁的国际性除需要考虑当事人的国籍、营业地、合同的履行地、可适用的法律以及国际机构的介入等因素外,还应当从经济角度进行考查。美国目前关于国际商事仲裁的理解也是建立在法律和经济双重考虑基础上的。它与法国关于国际商事仲裁的观念十分接近,因此,有人称其为法国的翻版。1983 年 8 月 29 日至 9 月 9 日,联合国国际贸易法委员会在讨论《国际商事仲裁示范法》的第六次会议上美国代表提出了一个国际商事仲裁定义方案:1. 本法适用于国际商事仲裁,但国际之间有双边或多边协定的不在此内;2. 一项仲裁,如果仲裁协议涉及的问题是含有国际商事利益的一种交易,这一仲裁可视为国际的;3. 在签订仲裁协议或开始仲裁时,如果下面所列各项都不在同一国家之内,那么这种交易将视为含有国际商事利益:(1)住所、居所、国籍或一方当事人的公司注册地或居所地;(2)双方当事人的营业地;(3)双方当事人进行管辖或控制中心所在地;(4)双方当事人的主要财产;(5)带有仲裁条款的合同签订地、或专门仲裁协议签订地、或双方达成协议地;(6)合同义务履行地或与合同义务有关的事务履行地和仲裁协议中指定的仲裁地。”^⑩美国代表提出的上述方案,正是美国国内对国际商事仲裁定义采用以争议的性质作为认定标准的集中反映。

由于种种原因,1985 年联合国国际贸易法委员会的《国际商事仲裁示范法》最终还是采用

了在一定范围内将实质性连结因素认定标准和争议国际性质认定标准结合起来的混合标准。该法第1条第3款规定:“符合下述条件之一者为国际商事仲裁:1. 仲裁协议的当事人双方签订仲裁协议时其营业所处于不同的国家境内;2. 如下任何一个地点不在当事人双方营业所在地国家境内:(1)由仲裁协议确定或依据仲裁协议确定的仲裁地;(2)商事关系中重要债务的履行地,或与争议标的联系最为密切的地方;3. 当事人双方已明确表示仲裁协议的标的与一个以上的国家有关。”

我国的有关法律和司法实践,对国际商事仲裁中“国际”一词虽未有过明确定义或解释,但国际商事利益和双方当事人的国籍或住所一直都具有决定性的意义。因此,凡属中国当事人或外国当事人或两个不同国籍的当事人在任何国家境内或相同国籍的双方当事人在外国为国际商事利益而进行的仲裁,都属于国际商事仲裁。

(二)关于“商事”的含义

“商事”一词是国际经济贸易交往中的一个重要的惯常用语,在国际商事仲裁中具有特别重要的意义。有些国家仅允许对商事合同争议进行仲裁,法国《商法典》第631条规定,只有关于商事问题的仲裁条款才是有效的;美国《联邦仲裁法》第2条规定,只有“海事交易”或者“证实属商事交易”合同的仲裁协议才是有效、不可取消和执行的。1923年的日内瓦《仲裁条款认定书》规定,各缔约国应承认不同缔约国管辖权下的合同当事人间签订的仲裁协议,不论它是商事问题还是其他可以用仲裁方法解决的问题,但该《认定书》进一步规定,各缔约国可以把履行认定书限于“依照本国法律属于商事范围的合同。”1958年《承认和执行外国仲裁公约》(简称《纽约公约》)中也有类似商事保留的规定。公约第1条规定,任何缔约国可以声明,“本国只对根据本国法律属于商事的法律关系,不论是不是合同关系,所引起的争执适用本公约。”

一般来说,绝大多数国家对“商事”一词都是尽可能作广义的解释。美国《联邦仲裁法》中有关实施《纽约公约》的第262条规定,因商事法律关系所产生的仲裁协议或仲裁裁决,属于本公约仲裁范围内。这类商事法律关系是指该法规第2条中所规定的海事交易或证明属商事合同。在印度,商事范围涉及所有形式的商业和贸易交易,包括不同国家公民间的商品运输、买卖、销售和商品交换。《纽约公约》对商事一词的含义未能作出统一解释,而是依法院地法来确定何种法律关系属于商事关系。联合国国际贸易法委员会在起草《国际商事仲裁示范法》过程中,曾就商事定义问题展开讨论,但却难以形成一致意见,最后因无法形成正式条文,只好对商事一词作了注释说明,并列了一系列被认为是商事关系的交易事项:“商事一词应作广义的解释,以便包括产生于所有具有商业性关系的事项,不论这种关系是否为契约关系。具有商业性质的关系包括但不限于下列交易:提供或交换商品或劳务的任何贸易交易,销售协议,商事代表或代理,保付代理,租赁、建造工厂、咨询、设计、许可证、投资、融资、银行业、保险、开采协议或特许权,合营企业或其他形式的工业或商业合作,货物或旅客的航空、海洋、铁路或公路运输。”^②

我国关于商事的解释也是采用广义的,根据我国在加入1958年《纽约公约》时所作商事保留的声明,我国仅对按我国法律属于契约性和非契约性的商事关系所引起的争议适用《纽约公约》。所谓契约性和非契约性的商事关系,具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、咨询服务和海运、航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

二、国际商事仲裁的性质

不少著作在论述国际商事仲裁的性质时,往往把它与国际商事仲裁的特点混为一谈。事实上,国际商事仲裁的性质是指其最本质属性;而国际商事仲裁的特点,则是相对于司法诉讼和其他仲裁而言的。

关于国际商事仲裁的性质,一直颇有争议,至今尚无一种能为国际社会所普遍接受的观点,归纳起来,主要有以下四种。

(一)司法权说(Jurisdictional Theory)

这种学说认为,国家对其管辖范围内进行的仲裁都具有监督和管理权力。虽然仲裁源于当事人之间的协议,但在仲裁协议的效力、仲裁员的权力和仲裁行为以及仲裁裁决的承认和执行等方面,其权威性都取决于有关国家的法律。这种学说还认为,裁判权是一种国家主权,只有国家才能行使这种权力。只有在仲裁地法允许当事人提交仲裁时,仲裁员才可以象法官一样从本国法中取得权力,仲裁裁决才能发生法律效力。因此,仲裁员类似法官,仲裁裁决与法院判决具有同等意义。这种理论使仲裁员的自主权受到很大限制,其实质是要求仲裁裁决服从裁决作出地国的法律,从而导致仲裁必须适用仲裁地国的程序法和冲突规则。在实践中,奉行此说的主要是德国、奥地利、意大利和埃及等国家。

(二)契约说(Cotractual Theory)

这种学说认为,整个仲裁都是基于当事人的意志而创立的,它具有完全自愿的特征。没有仲裁协议就没有仲裁,当事人双方不仅可以协议选择仲裁机构和仲裁地点,而且在仲裁规则和仲裁实质问题准据法的确定上,当事人也享有较大的自主权。仲裁员是由当事人直接或间接选定的,其权力不是源于法律,而是从当事人那里获得的。仲裁员是当事人的代理人,他所作出的裁决就是代理人为当事人所订立的契约,对当事人具有约束力。当事人有义务自动执行,否则胜诉方可将仲裁裁决作为一种合同之债向法院申请强制执行。在实践中,采用此说的主要有法国、荷兰和斯堪的那维亚半岛诸国。

(三)混合说(Mixed Theory)

这种学说认为,尽管司法说和契约说相互对立,但事实上,这两种理论可以协调,契约因素和司法因素是仲裁相互关联、不可分割的两个方面。一方面,仲裁起源于私人契约(仲裁协议无疑是一种契约),仲裁员的任命、仲裁的组织形式、仲裁程序规则和仲裁实质问题准据法的确定主要取决于当事人的协议;另一方面,仲裁不可能超越于所有法律制度之外,仲裁协议的有效性以及仲裁裁决的可强制执行性最终取决于有关法院的裁定,因此,仲裁兼具契约性和司法性。混合说在现代国际商事仲裁理论中占有较大优势,许多国家的著名学者都支持这种学说。

(四)自治说(Autonomous Theory)

自治说是晚近才发展起来的一种学说。这种学说认为,只有实事求是地考查仲裁的目的和作用,才能确定仲裁的真实性质,既不能把仲裁定性为纯契约性或纯司法性,也不能认为它是一种混合制度。仲裁超越于契约和司法权,具有自治性。商事仲裁的产生和发展,是商人们注重实效实践的结果,确定仲裁实体法和程序法的当事人意思自治原则,不是基于仲裁的契约性或司法性,而是由于仲裁制度的实际需要;仲裁协议和仲裁裁决之所以具有强制性,也不是因为它们是契约,更不是有关国家法律的特许和授权,而是国际商事关系顺利发展的内在要求。

上述种种理论,由于它们均未能抓住仲裁的最本质属性,即使得出了正确结论,如契约说,

也未能作出科学的论证。古往今来,仲裁作为解决争议的一种方法,最初起源于人民群众之中;在当事人之间发生某种民事争议,如果不能自行协商解决时,便请一位或几位公正的第三者协助评理。评理的第三者是在周围群众中德高望众的人。这种评理活动,往往是调解和仲裁相结合而存在和发展的。评理活动要评出是非曲直,要有评定结果。如果双方当事人评定结果意见一致,即为调解,如不一致,只好依靠第三者的威信来最后裁定,同时也靠第三者的威信来执行其裁决。可见,仲裁最早是在人民群众的生产和生活实践中自发产生、约定俗成的。自仲裁被法律规定为解决争议的一种方法之后,才形成了法律上的仲裁制度,仲裁裁决便具有法律上的强制力。早在古罗马时代,人们便已采用仲裁的方法来解决商业贸易往来中的纠纷。此后,仲裁制度在世界各国均有很大发展,其适用范围也从国内当事人之间的贸易纠纷扩大到国际间的经济纠纷。于是仲裁已不再是依道德规范上的约束力使当事人自愿服从裁决,而是借法律上的强制力来保证强制实现裁决。当然这种强制力并非来自仲裁本身,而是依靠国家的立法,借用法院的力量来实现的。如果一方当事人不执行生效的裁决书,对方当事人可以请求法院用法律的强制力来执行。但是无论从仲裁的产生来看,还是从世界各国的普遍实践来看,仲裁制度的最根本属性在于尊重当事人的自主意志,实行当事人自愿原则,当事人在仲裁全部过程中享有充分的自主权。因此,我们认为仲裁具有明显的契约性。1. 仲裁是基于双方当事人之间的协议而设立的,当事人之间若无仲裁协议,则无仲裁可言;2. 仲裁的组成体系是双方当事人通过协议自己确定的。如仲裁的组织形式,仲裁员的人选以及仲裁的时间和地点,双方当事人可合意选择,双方当事人还可在协议中约定仲裁所依据的程序等;3. 当事人承认并自动履行仲裁员的裁决,在某种程度上也是由于协议的约束力;4. 仲裁协议和仲裁裁决的约束力均属于合同约束力的范畴。由于每项仲裁协议源于合同,那么仲裁协议与合同一样,其约束力来自“当事人的合约必须守信执行”这一原则,这和其他普通合同一样,不存在任何国家的授权。整个协议是基于当事人的合意而确立的。国家对国际商事仲裁无甚影响,因内仲裁法只是补充和填补当事人协议中关于仲裁程度的空白,并提供调整仲裁进行的某些准则而已。^③

三、国际商事仲裁的特点

国际商事仲裁与司法诉讼和其他仲裁相比,有其自己的特点:

(一)国际商事仲裁不同于国际仲裁

国际仲裁属于国际公法的范畴,它主要是指主权国家之间发生争端时,由各当事国选出一个或几个仲裁员组成仲裁庭,依据国际法或公平原则处理该项争议的一种制度,是国际社会和平解决争端的一条重要途径。1899年第1次海牙会议通过了《和平解决国际争端公约》,1900年根据公约在海牙成立了国际常设仲裁院。国际仲裁主要涉及对有关条约的解释和金钱支付等方面的问题,由于主权国家享有司法豁免权,因此,国际仲裁裁决对当事国只具有道义上的约束力,除自动履行外,不能予以强制执行;而国际商事仲裁则属于国际私法的范畴,其所要解决的争议往往是发生于私人(包括法人)之间以及私人和国家之间的商事争议。一般可由争议双方提交双方同意的仲裁机构进行仲裁,仲裁裁决对争议双方均有法律上的约束力,如一方不履行,另一方可以申请有关法院予以强制执行。

(二)国际商事仲裁不同于国内仲裁

国内仲裁是一种只适用于国内当事人之间的仲裁制度,一般只涉及国内经济贸易方面的争议,而且仲裁裁决都是在内国境内执行的,有的国家还规定只有法人或其他经济实体之间的

争议才能提交仲裁;而国际商事仲裁则是一种具有国际因素的仲裁制度,双方当事人或者具有不同的国籍或者在不同的国家有住所,或者相同国籍的双方当事人在国籍国以外的仲裁机构进行仲裁,它一般涉及国际经济、贸易、运输、海事以及国际劳务出口等方面关系中所发生的争议。其裁决还会遇到需要外国予以承认和执行的问题。目前在西方国家,某些行业商人间在合同发生争议时,往往根据行业惯例将争议交付行业组织,以仲裁方式解决同行业之间的争议,其格式合同也常订有此类条款。如果争议双方当事人均具有仲裁地所属国的国籍,此种仲裁不属于国际仲裁。

(三)国际商事仲裁不同于司法诉讼

1. 法院是国家机器的重要组成部分,具有法定的管辖权,当一方向法院起诉时,无须事先征得对方的同意,可由有管辖权的法院发出传票传唤对方出庭;而国际商事仲裁机构都是民间组织,它没有法定的强制管辖权,只能受理双方当事人根据仲裁协议提交给它的案件,因而是在自愿的基础上进行的,如果双方当事人没有达成仲裁协议,任何一方都不能强迫对方同意仲裁。2. 法院审理民事案件,除极少数涉及个人隐私外。都必须公开进行;而仲裁一般都不公开的,仲裁程序一般都处于保密状态下进行的。3. 当事人虽然可以对法院第一审判决提起上诉,但是法院生效的判决具有强制执行的效力,当事人如不自动履行可由法院强制执行;仲裁裁决一般都是终局性的,不允许再向任何机构提出变更的要求。虽然裁决也具有一定的强制性,但在一般情况下都是由双方当事人自愿执行的,如当事人不主动执行,须重新向法院提出申请,由法院审查后发布强制执行的命令。

应该注意的是,虽然当事人也可通过协议选择管辖法院,但与当事人选择仲裁庭还是有区别的:(1)当事人选择管辖法院后,有关法庭的组成人员和审判程序,当事人都无权选择,必须依法院地国的程序审理案件,而仲裁庭的组成人员是由当事人指定的,其仲裁程序也可由当事人选择。(2)当事人的协议管辖不能排除属于法院专属管辖的案件;而仲裁则不同,只要双方当事人同意,任何案件(一般管辖或专属管辖)都可以交付仲裁庭。(3)当事人选择法院可以是明示的,也可以是默示的。所谓默示的,就是指法院根据客观情况,推定某种争议已由当事人选择某法院管辖,如合同使用某国常用的格式,有时就可认为当事人已默示同意该国为合同争议管辖国。而在选择仲裁机构时必须以当事人在争议发生前或发生后所签订的仲裁协议为基础,不存在此种所谓的默示管辖。

注 释:

① 马丁·亨特:《国际商事仲裁》,《外国法学评丛》1984年第4期,第14—15页。

② Alan Redfern & L. Martin Hunter, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", P13—16, 1986.

③ 李玉泉:《论中国仲裁制度的发展》,《武汉大学学报》(社会科学版)1993年第1期,第64页。

(责任编辑 车 英)