

国际商事仲裁法律适用问题研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_9B_BD_E9_99_85_E5_95_86_E4_c122_479883.htm

内容摘要：本文以国际商事仲裁的法律适用为研究主题，以分析国际商事仲裁的法律适用的基本理论为基础，从国际商事仲裁协议的法律适用、国际商事仲裁程序问题的法律适用和国际商事仲裁实体问题的法律适用三个方面展开详尽论述。关键词：仲裁 国际商事仲裁 法律适用 仲裁（Arbitration）作为解决民商事争议的一种有效的方式，早在古希腊以及中世纪时欧洲国家就已经出现。随着交通和通讯手段的不断发达，国际经济贸易交流日益频繁，国际经济贸易模式越发复杂化、专门化，国际商事争议也相应大幅度增加。自19世纪末20世纪初以来，国际商事仲裁制度作为一种解决国际贸易纠纷的常用方式，在国际社会得到普遍认可和长足发展。各国纷纷制定仲裁法，专门规定国际商事仲裁的有关问题，设立常设仲裁机构受理或专门受理国际商事仲裁案件。所谓国际商事仲裁是指在国际商事活动中，当事人依据事先或事后达成的仲裁协议，自愿将他们之间产生的或可能产生的契约性或非契约性商事争议交由临时仲裁庭或常设仲裁庭进行审理，并作出有拘束力的仲裁裁决的制度。国际商事仲裁制度早在13、14世纪的欧洲就出现了，但真正的发展和完善是在19世纪末20世纪初，并已日益发展成为现代国际经济交往的重要工具。19世纪末以来，国际商事仲裁出现统一化趋势，1958年《纽约公约》和1985年联合国国际贸易法委员会通过的《国际商事仲裁示范法》是这种统一化趋势在不同发展阶段的典型代表。国际

商事仲裁的法律适用，是指在国际商事仲裁中，适用何种法律来判定国际商事仲裁协议的有效性、国际商事仲裁的程序规则和仲裁当事人的实体权利义务。各国关于国际商事仲裁的法律适用的立法模式主要有三种：在仲裁法中明确规定法律适用规则；在国际私法中专门规定仲裁的法律适用规则；在民事诉讼法中规定仲裁的法律适用规则。经济全球化的发展、网络时代的到来、仲裁第三人的理论和实践，使得国际商事仲裁中的仲裁协议、仲裁程序等基本制度都面临着巨大的挑战。国际商事仲裁的统一化趋势将使国际商事仲裁的法律适用以统一实体规范为主，但是冲突规范仍将在一个漫长的时间内继续发挥其特有的调整效用。基于当事人自治而建立起来的国际商事仲裁制度及其实践的发展更加奠定了意思自治原则在法律适用领域的重要地位。在国际民事诉讼中，法律适用相对简单，无例外地适用法院地的程序法与冲突法，并且按照法院地的冲突规范确定所应适用的实体法。而在国际商事仲裁中，法律适用可以不必拘泥于仲裁地法律的限制，仲裁当事人具有更大的自主性来行使意思自治，可以选择仲裁协议所适用的法律、仲裁程序法、仲裁实体法。而这也就是一起国际商事仲裁通常所面临三个方面的法律适用问题：一、仲裁协议的法律适用问题 仲裁协议是当事人自愿接受仲裁的唯一书面证据，也是仲裁机构取得管辖权的法律依据。根据1958《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称1958年《纽约公约》）第2条的规定，仲裁协议主要有两种，一种是当事人在合同中载入的表示愿意把将来可能发生的争议交付仲裁解决的仲裁条款，另一种是在主合同之外，当事人双方另行签订的或包含在往来函电中有关将争议交付仲

裁的仲裁协议。有关仲裁协议的法律适用事关仲裁协议是否有效、仲裁机构是否能够行使管辖权，主要涉及当事人的缔约能力、仲裁协议形式上的有效性、仲裁协议实质上的有效性等问题。仲裁协议法律适用的难点在于：当仲裁协议是以主合同中的仲裁条款的形式出现时，能否适用主合同的准据法？传统占主导的做法是“用一根线将主合同与仲裁条款栓在一起”，仲裁条款顺理成章地适用主合同的准据法。然而，按照正常的仲裁程序，主合同的准据法应当是仲裁机构受理案件后确定的，在尚未确定仲裁协议是否有效的情形下，仲裁机构何以确定主合同的准据法？随着仲裁协议独立性（Severability of Arbitration Agreement）原则的确立，这种“主从关系说”已被当代仲裁立法所摈弃。即使是传统做法的集大成者英国也顺应了时代潮流，以立法方式接受了仲裁协议独立性的原则。一般认为，国际商事仲裁协议的有效性是由五个方面的因素所决定的：仲裁协议的形式必须合法；争议各方的意思表示一致；仲裁协议的当事人必须是合格主体；仲裁协议的内容必须合法；仲裁协议双方当事人提交仲裁的意思表示真实自愿。不同因素的法律适用规则并不完全相同。原则上，首先应适用当事人意思自治原则，但实践中仲裁当事人的意思自治权往往行使得不够充分。若当事人未选择仲裁协议的准据法，则适用仲裁地国法，但仲裁地法并不能解决上述所有因素的法律适用问题。当事人的行为能力应适用其属人法和协议缔结地法；可仲裁事项除按一般原则确定其准据法外，还需考虑当事人住所地、财产所在地等裁决可能被申请承认和执行国的法律。需要注意的是，为了促进国际商事交往，保障国际商事仲裁的顺利进行，国际上对仲

裁协议的法律规制呈现宽松化的趋向，除了以公共政策的理由对其进行控制外，在其他方面均逐步放宽限制。只要当事人有进行仲裁的意愿，各国仲裁立法都尽量保障其实现，而不轻易判定仲裁协议无效。在仲裁协议内容不完备时，各国法律都允许当事人进行补正，而不当作无效的仲裁协议来处理。从国际商事仲裁条约和各国仲裁立法对仲裁协议的法律适用规则少有直接明文规定的事实，我们也可看出，世界各国对仲裁协议的存在或有效性并不特别苛求。充分尊重当事人以仲裁方式解决争议的意愿，比以严格的法律规则审查仲裁协议的存在或有效性更为重要和具有意义

二、仲裁程序的法律适用

国际商事仲裁中程序法的适用，是指仲裁庭如何确定仲裁所适用的程序法。仲裁程序法通常被称为仲裁的“法庭法”（curial law）或“仲裁法”（lex arbitri），系指支配仲裁庭与仲裁程序的法律。仲裁程序法有别于仲裁程序规则，仲裁程序法不但调整仲裁机构或仲裁庭的内部程序，而且确立进行仲裁的外部标准，而仲裁程序规则只是调整仲裁内部程序的规则。当代国际仲裁立法与实践普遍承认仲裁程序法体系的独立性，即仲裁程序法所属的法律体系可以独立于实体法所属的体系。从仲裁程序法的发展来看，更是出现了强烈的“非国内化”（de-nationalised）或“非本地化”

（de-localization）趋向。在某些情况下，仲裁程序并不绝对从属于一国的司法制度，仲裁所依据的程序法不仅仅是仲裁地法。仲裁程序法所属法律体系可独立于仲裁实体法所属法律体系。国际商事仲裁程序法的确定规则有：第一，当事人选择仲裁程序法；第二，当事人未选择时，由仲裁庭选择仲裁程序法或者程序规则。仲裁庭据以选择仲裁程序法或者仲

裁程序规则的方法主要包括：推定当事人未明示的默示选择；适用仲裁地法；适用外国程序法；适用仲裁机构的程序规则。20世纪60年代以来，随着仲裁国际化进程的加快，在国际商事仲裁的理论和实践中，涌现出一种否定“所在地理论”，力图使国际商事仲裁程序完全摆脱仲裁地法的控制和支配的发展趋向，即“非内国仲裁”。其目的旨在尽可能摆脱仲裁地法院的干预，最大限度地尊重当事人选择适用仲裁程序法和仲裁规则的自治权。实践中，仲裁程序非国内化已成为一种不可忽视的趋势；但在理论上，学者们对此的观点则褒贬不一。笔者认为，随着仲裁国际化要求的提高和电子商务的发展，“非内国仲裁”理论将得到广泛的关注，尤其在网仲裁领域将备受重视。

三、国际商事仲裁实体法的适用

仲裁实体法是确定当事人权利与义务、判明是非曲直、解决争议的法律依据，实体法的适用无疑是国际商事仲裁法律适用的核心问题。在国际商事仲裁中，实体法适用中令人关注的问题是：仲裁与诉讼在实体法适用方面究竟有哪些不同？仲裁实体法的适用是否可以不受仲裁地冲突法的掣肘？当事人是否可以通过意思自治排除强行法规则的适用？由于国际商事仲裁具有高度的自治性，并且没有固定适用的冲突法规则体系来约束，因此，与国际民事诉讼相比，在争议实体法的选择上，国际商事仲裁要灵活、特殊和复杂得多。从国际商事仲裁的实践和各国国内立法以及国际条约的规定来看，国际商事仲裁中实体法的确定主要有如下几种方法：第一，当事人选择仲裁实体法 当事人意思自治原则是国际私法中被普遍接受的原则之一，同时也被广泛地用来指导国际商事仲裁员确定应适用于国际商事合同的法律。国际公约如1961年

《关于国际商事仲裁的欧洲公约》、1965年《解决国家与他国国民之间投资争议的公约》和机构仲裁规则如《国际商会国际仲裁院仲裁规则》，都普遍采用当事人意思自治原则。当事人选择法律的方式有明示选择和默示选择。明示选择方式已得到各国的普遍接受。但对默示选择方式，各国的态度不一致。在国际商事仲裁实践中，仲裁员通过案件的相关情况或合同所使用的语言来判定当事人默示选择的情况是非常罕见的，而大多采用的是依据当事人选择的仲裁地来推定当事人意图适用仲裁地国法。这一推定来源于拉丁格言“选择法院即选择法律”(qui indicem forum elegit ius)。这种方法在国际商事仲裁实践中曾得到长期和普遍的采用。随着时代的发展，它逐渐暴露出不合理和不正确的一面：第一，当事人之所以选择某仲裁机构仲裁，是因为或出于便利、或出于中立、或出于信赖的考虑，并不意味当事人同意或期望适用仲裁地国法律解决争议；第二，若仲裁地不是由当事人指定而是由仲裁员指定的，则仲裁地可能与争议没有多大联系，也不能反映当事人的意图；第三，仲裁可能在不同地点举行，或在仲裁过程中变更仲裁地点，这样就难以确定当事人默示法律选择的意图。由此，对默示选择法律的推定就失去了其理论依据与实践的支持。尽管如此，仍然有一些国家如美国承认默示选择方式。第二，依冲突规则确定仲裁实体法 当事人未选择仲裁实体法时，由仲裁员选择仲裁实体法。仲裁员或者依冲突规则确定仲裁实体法。与法官不同，仲裁员在运用冲突规则方法确定仲裁实体法时，可以在多种冲突规则之间进行选择。这些冲突规则包括：仲裁地国冲突规则、仲裁员本国的冲突规则、裁决执行地国的冲突规则、最密切联系

国家的冲突规则等。除依据上述规则确定实体法外，在国际商事仲裁中，还可能涉及一些特殊原则和规则的适用，包括：国际法规则、契约条款和国际商事惯例、公允及善良原则、强行法。第三，直接确定仲裁实体法在当事人未作法律选择时，传统的方法是依冲突规则确定仲裁实体法，这种方法仍然是当今仲裁庭确定仲裁实体法的主要方法。但这种方法赋予了仲裁员选择冲突规则的广泛的自由裁量权，导致仲裁结果的确定性和可预见性难以实现。于是，有学者认为与其赋予仲裁庭自由适用冲突规则确定实体法的权力，还不如赋予仲裁庭直接确定仲裁实体法的自由裁量权，以保证仲裁实体法的合理性和正当性。这种“直接适用的方法”为众多学者所接受，有关国家的仲裁实践、仲裁立法、机构仲裁规则以及国际条约也都反映了这一方法，并成为当代国际商事仲裁法律适用理论的发展趋势之一。仲裁员直接确定仲裁实体法，他所考虑的不仅包括国内实体法，而且还会考虑到有关的国际法、一般法律原则等。参考文献：1、参见朱克鹏著《国际商事仲裁的法律适用》，法律出版社1999年4月第1版184 - 186页。2、参见丁伟主编《冲突法论》，法律出版社1996年9月第1版，第324 - 325页。3、李双元主编《国际经济贸易法律与实务新论》，湖南大学出版社1996年出版，第424 - 426页。4、韩德培主编《国际私法新论》，武汉大学出版社1997年出版，第743 - 745页。5、参见李浩培所著《国际民事程序法概论》，法律出版社1996年版123 - 130页。6、高菲《仲裁案件的法律适用》，载《仲裁与法律通讯》1997年第6期。7、戚燕方：《仲裁实体法初析??兼论非国内规则的适用》，《中外法学》1998年第2期。8、肖永平：《中国

冲突法立法问题研究》，武汉大学出版社1996年版，第287～288页。9、刘仁山：《“意思自治原则”在国际商事合同法律适用中的适用限制》，《武汉大学学报》1996年第4期。10、参见姚梅镇主编：《国际经济法概论》，武汉大学出版社1989年版，第400～401页。11、参见徐国建：《现代商人法论》，《中国社会科学》1993年第3期。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com