

FIDIC合同DAB争议解决方式的法律适用问题造价工程师考试
PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/544/2021_2022_FIDIC_E5_90_88_E5_90_c56_544831.htm

FIDIC合同DAB争议解决方式的法律适用问题 争端仲裁委员会（Dispute Adjudication Board,简称DAB）在FIDIC国际工程合同中首次提出，目的是为了

避免耗时费钱的国际仲裁和诉讼，公正合理地解决争议，已在国内外大型工程建设中广泛应用，取得了巨大成功。对DAB争议解决方式加以研究，有助于改革我国目前的建筑纠纷解决机制，促进对外承包工程事业的发展。在国际工程合同中，选择适用法律是十分重要的，因为争议的裁决需要根据所适用的法律作出。法律适用通常是指法院将法律适用于某一具体的案件，而DAB专家裁决方式作为第三方居中裁判争议的诉讼外纠纷解决方式，将会在法律适用上较诉讼或仲裁方式更具特点

DAB协议的法律适用 DAB协议是已签订工程合同的当事人与DAB成员协商确定委托DAB解决工程纠纷的协议。在FIDIC合同中，DAB协议一般以争议裁决协议书的方式附在工程合同文件后面。DAB协议与工程合同不同，工程合同作为主合同主要规定合同当事人在履行合时的权利义务，而DAB协议作为从合同并不涉及工程合同当事人之间的实体权利和义务，只是作为主合同不能履行或不能完全履行时的一种救济手段而存在。传统法学理论认为，从合同是以主合同的有效存在为前提，主合同终止，从合同亦终止；主合同无效，从合同也不可能发生效力。由此认为，从合同的法律适用应遵从主合同的法律适用。而现代法律界人士从“仲裁条款的自治权理论”出发认为，从合同具有相对的独立性，

主合同的变更、解除、终止或者无效，不应在法律上影响从合同的效力。“当事人选择支配合同的准据法不一定是仲裁协议的准据法。”因此，通过主合同的适用法律条款不能当然地推断出从合同适用的法律。当事人选择的适用于DAB协议的法律可以不同于DAB程序和实体问题的法律。DAB协议作为工程合同的从合同，其法律适用主要是解决依据哪一国法律来确定DAB协议的效力问题。基于DAB协议与主合同相分离的独立性原则，DAB协议的效力并不受工程主合同效力的影响。那么，如何解决DAB协议的法律适用问题呢？笔者认为可以借鉴1961年《关于国际商事仲裁的欧洲公约》对仲裁协议的法律适用的规定。该公约第6条第2款规定：“当缔约国的法院对仲裁协议的存在或有效性予以判决时，它们应：（1）根据当事人将仲裁协议交付管辖的法律；（2）在缺乏这方面规定时，根据应作出裁决的仲裁地的法律；（3）在缺乏当事人将其仲裁协议受何法律管辖的说明，而在问题已提交某个法院又未能明确裁决将在何地作出时，根据受案法院的冲突规则具有管辖权的法律。”国际工程合同争议一般采用仲裁而非诉讼方式解决，FIDIC合同在《争议裁决协议书一般条件》中规定“因本争议裁决协议书或与之有关的、或因对其违反或其终止或失效而引起的任何争议或索赔，应根据国际商会仲裁规则，由一位按这些仲裁规则任命的仲裁员最终解决”。既然按照仲裁方式解决，那么在当事人没有选择仲裁协议管辖法律的情况下可适用仲裁地法律。因此，DAB协议的法律适用应按照以下步骤选择：（1）DAB协议中规定的管辖法律。如FIDIC合同规定：“本争议裁决协议书应受哪一国法律管辖”。（2）在没有法律管辖说明时，应按

照国际商会仲裁机构所在地的法律管辖。DAB程序法的法律适用按照国际私法“场所支配行为”的原则，一般认为仲裁行为应受仲裁地法律的支配（“场所支配行为”原则本来适用于诉讼方式，通常认为在某个国家进行的诉讼必须适用法院地国的程序法，后推广为仲裁）。但DAB方式不同于仲裁方式。一是目前还没有发现有哪个国家和地区制定有DAB程序法，而许多国家和地区都制定有仲裁法（又称仲裁程序法），以规范本国或地区的仲裁行为。二是DAB方式没有固定的裁决地点，通常变动较大，一般在工程现场所在地，也可能在其它地方。三是DAB成员与法官不同，法官是国家公权力的象征，负有忠于本国法律的义务，而DAB成员是基于当事人的委托而行使裁决权，一般没有忠于裁决地法律的义务，可以不拘泥于工程所在国的法律进行裁决，同样也没有遵循工程所在国的诉讼法或仲裁法的义务。所以不能按照“场所支配行为”的原则简单地作出“DAB方式必须受裁决地法律支配”的论断。为了规范DAB方式的运作，FIDIC合同在其附件中专门规定了《程序规则》，对DAB成员的一般权限、证据、裁决形式等做了详细的说明。这一情况符合现代国际商事仲裁“非国内化”（de-nationalised）或“非本地化”（de-localization）理论的趋向。按照这一理论，“当事人可以在其合同中约定，仲裁不依从任何特定的国家程序法、任何特定国家的冲突法规则或任何特定法律体系的实体法，以达到当事人意思自治和符合当事人利益的目的”。《法国民事诉讼法典》第五篇第1494条规定：“仲裁协议可以通过直接规定或援引一套仲裁规则来明确仲裁应遵循的程序；它也可以选择特定的程序法为准据法。”既然仲裁方式可以不遵

循仲裁地国的程序法，当事人可以自由选择仲裁适用的程序法，那么，作为准仲裁的DAB方式完全可以选择自己适用的程序法，即FIDIC合同规定的程序规则，该程序规则参照了国际商会（ICC）仲裁规则的规定，遵循该程序规则符合现代商事争议解决理论发展的方向。DAB实体法的法律适用 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DAB方式法律适用的核心问题。首先，DAB方式实体法的法律适用应尊重当事人的选择。这是当事人“意思自治原则”的要求。所谓“意思自治原则”是指“涉外合同的当事人有权在协商一致的基础上选择某一国家或地区的法律来支配其间的权利义务关系，一旦当事人之间产生争议，受案法院或仲裁机构应当以当事人选择的法律作为合同准据法，以确定其间的权利义务”。FIDIC合同第1.4款规定：“合同应受专用条件中所述国家（或其他司法管辖区）的法律管辖”。这里专用条件规定管辖合同的法律即为该工程合同的准据法。工程合同选择准据法时，国际上一般多主张适用工程实施所在国的法律，由当事人通过协商一致的意思表示，在合同投标函附录中予以规定。当事人在选择实体法时须注意以下二个方面：一是选择实体法的范围。各国立法以及国际规则一般都规定当事人选择适用于实体争议的法律，应为某一特定国家的实体法，而不是冲突规范。这是因为“不同的国家可能规定有不同的冲突规范，不同的冲突规范将导向不同国家的实体法律，这样，当事人选择法律的预期愿望或预见性就难以实现”。二是选择实体法的限制。主要是不得违反有关国家的强制性规定和公共政策，不得规避法律。对这一点有学者予以赞同，认为：“使

用FIDIC合同应指明所适用的国家法律，但并不能完全排除所在国法律或他国法律。所在国法律或他国法律可能会冲击以下领域：工作日和小时、雇佣法律、设备、材料等的进出口、税务和关税、规划、安全条例、保险、履约保函、仲裁程序法、现场外的制造、运输中的物件。”由此说明，当事人选择实体法的自由不是绝对的，将会受到不同程度、不同内容的限制。其次，在当事人未选择实体法时DAB方式如何确定实体法？这是一个比较复杂的问题。对于仲裁来说，通常采用由仲裁庭来决定案件的法律适用，一般适用仲裁地所在国、仲裁员本国、裁决执行地国或者与争议有最密切联系国的法律。而DAB方式与仲裁相比有较大差异。首先，DAB裁决没有固定的裁决地，通常在工程的现场，也可能在其它地方，由于地点变动较大，不能适用裁决所在国法律。其次，DAB成员一般来自与工程当事人不同的国家，具有不同的国籍，这就很难按照DAB成员本国法确定。第三，由于国际工程涉及争议繁多、争议当事人可能处于多个国家，裁决执行地会非常分散，按照裁决执行地进行选择将难以统一。最后，就是“最密切联系原则”的确定问题。所谓“最密切联系原则”是指“当事人未选择法律时，法院即根据与合同有关的一切情况，确定哪一个国家与合同有最为密切的关系，就适用该国的法律。”但工程合同的联系因素很多，如何确定与合同有“最密切联系”的因素，国际上产生了一种根据合同的“特征性履行”来确定法律适用的方法。所谓合同的“特征性履行”，是指“能够使此种合同区别于其他各种合同，即能够反映出合同本质特征的一方当事人的履行行为。”哪一方的给付是“特征性给付”就依照哪一方的法律作为

合同的准据法。我国吸收了“特征性履行”方法，根据“最密切联系原则”确定了13种涉外合同的法律适用。其中规定工程承包合同适用工程所在地的法律。我国《合同法》第126条以及原《涉外经济合同法》第5条规定涉外合同适用当事人协议所选择的法律，如果当事人未选择合同所适用的法律时，对于工程承包合同，人民法院按照最密切联系原则确定所适用的法律，在通常情况下也是工程所在地的法律。为此，DAB方式可参照诉讼或仲裁法律适用中的“最密切联系原则”选择工程所在地国家的法律。总之，DAB方式的法律适用问题非常复杂，也非常重要，该法律问题的解决有助于国际工程承包行业选择DAB专家裁决方式解决工程建设中出现的各种争议和纠纷，节约诉讼成本，寻求合同当事人之间的友好合作关系，建立国际工程市场有序竞争的共赢机制。百考试题推荐：百考试题造价工程师最新考试辅导课程免费听 >>> 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