

# 强行规则对国际商事仲裁的规范

张圣翠\*

---

**内容提要：**为了实现公正、效率及当事人合理期望等目标，国际商事仲裁的少部分重要方面必须采用强行规则予以规范，对于其他事项则应出于尊重当事人意愿而选择非强行规则调整。从现状和趋势来看，境外各国家或地区强行规则规范的对象大多限于国际商事仲裁协议效力要件、根本性程序及司法审查等事项。我国仲裁法中关于这些事项方面的强行规则都或多或少地存在着缺陷，非常有必要予以修订。

**关键词：**强行规则 国际商事仲裁 仲裁法

---

我国现行的《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）对促进我国仲裁业的发展及履行《纽约公约》义务起到过重大作用。然而，由于历史的局限性，该法已到了不得不修订的地步。目前，该法的修订已列入全国人大常委会立法规划，由国务院法制办调研并适时提出修改草案。<sup>〔1〕</sup>很多学者发表了针对国内仲裁各种问题的修改观点，但对其中强行规则系统修改问题的深度论文不多。<sup>〔2〕</sup>

据 Albert Jan van den Berg 和 Pierre Mayer 等权威学者的考证，国际商事仲裁在国际商务活动中是比诉讼更常用的争议解决手段。<sup>〔3〕</sup>国际商事仲裁本身还是国际服务贸易的重要对象，从而为有关国家带来相当多的就业机会和外汇。然而，从实际效果来看，各国的国际商事仲裁法制应当合理构架，特别是其中的强行规则应当适度 and 适当，否则，既不利于涉及本国当事人的国际商事争议的有效解决，也会大大地减少本国应有国际商事仲裁服务贸易收入。英国和比利时先前的仲裁法中强行规则方面的缺陷所造成的后一类结果就是一个很好的例证。<sup>〔4〕</sup>

---

\* 上海财经大学法学院副教授。

〔1〕 倪静：《〈中华人民共和国仲裁法〉修改暨中国仲裁协会章程起草研究工作座谈会综述》，载《仲裁研究》第八辑，法律出版社2006年版，第90页。

〔2〕 笔者是通过对中国期刊网上论文成果全面搜索及对《法学研究》2007年论文全面翻阅的方式得出此看法的。

〔3〕 See Catherine A. Rogers, *The Vocation of The International Arbitrator*, *American University International Law Review*, 2005, p. 959. See Also Andrew T. Guzman, *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, *Duke Law Journal*, March, 2000, p. 1281.

〔4〕 在1979年仲裁法颁行之时，英国采用较多的强行规则对国际商事仲裁的争议进行规范，特别是对公共政策规则之外的实体法律争议也纳入司法审查范围，因此，当事人大多不愿意选择英国为仲裁地，使得英国每年至少失去5亿英镑的外汇收入。参见杨良宜：《国际商务仲裁》，中国政法大学出版社1997年版，第41页以下。为了吸引国际商事仲裁生意，比利时曾尝试着另一个极端，采用强行规则禁止其法院受理无涉其本国当事人的国际商事仲裁裁决撤销之诉，结果却事与愿违。该规则施行后的10多年时间内，只有一份国际商事仲裁协议的当事人因不了解真相误选了比利时为方便、中立的仲裁地，并在得知比利时法院根据以上规定拒绝受理撤销裁决请求时表现了非常失望。为此，比利时1998年的《司法法典》只得废弃该强行规则。See Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, *Oxford Private International Law Series*, 2004, p. 87. See also Martina Prpic, *Setting Aside Recourse and Enforcement of Awards Annulled in the Country of their Origin*, *Croatian Arbitration Yearbook*, 2003, pp. 16-17.

从已有的学术成果来看，〔5〕目前我国学者关于《仲裁法》的修改存在着是否将国内仲裁与国际商事仲裁同样对待以及是否应当借鉴或在多大程度上借鉴其他国家的经验教训的争论。笔者认为：我国《仲裁法》中关于国内和国际商事仲裁规则的修订都应当以科学的法学理论为指导；根据法国、美国等世界上争议解决制度完善国家的仲裁法制仍然区别对待的经验以及自身的特殊情况，我国修订的《仲裁法》对两类仲裁的很多方面也应当作出不同的规定；对于《仲裁法》中国际商事仲裁规则的修订，应当尽可能地参照世界上国际商事仲裁强国相应规范的技巧和实质内容，同时吸收一些谋求成为国际商事仲裁中心地位或维护自身其他根本利益的国家或地区近几年制定法中好的创新性规定，从而推动我国成为世界上最具有吸引力的国际商事仲裁场所。据此，本文从强行规则对国际商事仲裁合理规范的法理基础出发，为有效借鉴之目的考察强行规则对国际商事仲裁规范的域外现状和趋势，然后结合我国实情及规范方法方面的缺陷论证《仲裁法》中国际商事强行规则的修订思路。

## 一、强行规则对国际商事仲裁规范的法理基础

本文中讲的强行规则是以当事人为视角的，即当事人不能协议排除的法律规则。关于强行规则对国际商事仲裁规范的法理基础，不同的学者存在不同的看法，原因在于他们对国际商事仲裁性质存在差异。

认为国际商事仲裁具有司法性的学者们主张，有关当局应尽可能广泛地采用强行规则对国际商事仲裁进行规范。其法理基础是：国家具有控制和管理其域内所有仲裁的权力，虽然国际商事仲裁来自于当事人的合意和协议，但其性质属于诉讼契约，应当受到诉讼法（公法）范畴内的强行规则规范；判案通常是国家法院实施的主权或公共职能，国际商事仲裁来自国家审判权的授予，仲裁员和法官相似，仲裁庭、仲裁程序、仲裁裁决的承认和执行等都必须符合法定条件才具有法律效力。这些学者主张的实质是使国际商事仲裁司法化。

以上理论的代表人物有 Mann、Lainé、Klein 和 Pillet 等。〔6〕他们的主张在国际商事仲裁法历史上曾一度处于支配地位，很多现代国家或地区的仲裁法和司法判决在对某些国际商事仲裁问题适用强行规则时依然以它们为指导，1958 年的《纽约公约》等国际条约中对仲裁地或执行地国家某些强行规则控制作用的承认也体现了对此的确认和支持。然而，很多当代学者对该论持强烈的批评态度。他们认为该种理论过于强调强行规则特别是仲裁地强行规则的作用，而国际商事仲裁与仲裁地未必具有实质联系，同时考虑其自身特征，国际商事仲裁不应采用过多的强行规则，尤其不应采用仲裁地强行规则予以规范。不过，多数批评者也没有声言国际商事仲裁不受任何强行规则的控制，他们一般也承认仲裁裁决寻求执行地少量的强行规则对仲裁协议效力、至关重要的仲裁程序和裁决的约束作用。〔7〕

以 Merlin、Foelix 等为代表的另一些学者们认为，国际商事仲裁只具有契约性。首先，仲裁协议在当事人签署时生效，不需要国家行为使之存在，无仲裁协议则无仲裁可言，任何一方当事人不能强迫另一方当事人参与仲裁。其次，仲裁的组成体系是当事人协议确定的，权力来自于当事人的仲裁员实际上是所有当事人的代理人，他们无需遵循对由国家公共机构所授权的司法机关所定的强

〔5〕 参见黄瑞：《我国涉外仲裁司法监督制度的缺陷及其完善》，《南昌大学学报》（哲学社会科学版）2007 年第 2 期；另参见沈四宝、薛源：《论我国商事仲裁制度的定位与改革》，《法学》2006 年第 4 期。

〔6〕 参见韩健：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社 2000 年版，第 34 页。See also Hong-lin Yu, *Explore the Void - An Evaluation of Arbitration Theories*; Part 1, *International Arbitration Law Review*, 2004, pp. 181-184.

〔7〕 Pippa Read, *Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium*, *American Review of International Arbitration*, 1999, pp. 185-186.

行程序标准,其裁决相当于代表所有当事人订立的一种协议,当事人有义务自动执行之。第三,由于仲裁协议的约束力,当事人有义务参加仲裁并承认和自动履行仲裁裁决,否则,另一方当事人可以申请有管辖权的法院强制执行。但是,当事人诉诸法院执行仲裁协议或裁决并不使争议解决转变成公共职能,而仅仅为强制执行一项未履行的合同。<sup>〔8〕</sup>这些学者们一般被称为契约论者。他们大多主张,采用强行规则对国际商事仲裁进行规范没有法理基础,有关国家的仲裁法只是补充和填补当事人仲裁协议中的某些空白,为国际商事仲裁的顺利进行提供某些便利的准则。

从实践的角度来看,不少国家的司法判决承认仲裁员与当事人之间在某些方面存在契约关系,如英国法院1986年对Cereals公司诉Tradax出口公司案的判决等。同时,不少国家现代仲裁法中的大部分规则反映了契约论者的观点,表现为供当事人自由选择的任意规则。<sup>〔9〕</sup>然而,契约论者并未能全面反映国际商事仲裁的其他实际情况,在很多国家的现代仲裁立法中,关于国际商事仲裁协议效力、仲裁程序或裁决中的不少问题要受到超越当事人契约意志的强行规则规制。

以Surville和Sauser-Hall为代表的第三类学者认为,国际商事仲裁具有司法和契约的双重属性。鉴于其司法性一面,国际商事仲裁部分领域应当采用强行规则规范。但是,考虑到国际商事仲裁兼具的契约性,强行规则对其规范不应过宽。这种观点一般被称为混合论,在实践中有不少支持者。不过,也有学者对混合论持批评的态度。他们指责该论不适当地割裂了仲裁中的司法性和契约性要素,对这两种要素的范围也没有特别地划定,从而无法为仲裁法中的缺口问题及仲裁法的改革提供指南。批评者同时指出了该论的其他缺陷,如过分强调仲裁地强行规则及冲突规范的作用,却忽略了仲裁地、寻求执行地以外的其他相关可适用法的重要性等。<sup>〔10〕</sup>

还有一类以Rubellin-Devichi为代表人物的学者认为,国际商事仲裁的性质既不是司法、契约,也不是二者的混合,而是自成一类。对国际商事仲裁进行规范的制度应当是一种超国家的独创自治制度,国际商事仲裁界应当立足于其效用和目标,关注创造友好的仲裁环境。尽管如此,从很多具体内容来看,自治论者也没有否定国际商事仲裁契约与司法的二重性质,他们只是认为该二重特征交织为一体,对之难以划定界限。自治论的实质是主张国际商事仲裁的非国内化以及当事人具有控制仲裁的无限自治权,各国不应当采用任何强行规则予以规范。<sup>〔11〕</sup>这种理论遭到了Mann等学者的强烈批评。后者认为,国际商事仲裁必须根植于一国的法律制度,多数国际商事仲裁的使用者也偏好使其争议根据一国的国内法而不是跨国的商人自治法解决;该论没有提出关于国际商事仲裁制度的清晰框架,更没有为解决当事人自治与有关国家公共政策规则和其他强行规则的冲突问题提供明晰的指南;该论过于强调跨国商人自治法的作用,现实的情况却是不少国家明确反对这种法律的适用并拒绝承认或执行根据这种法律作成的仲裁裁决;即使是在那些不反对跨国商人自治法适用的国家,其中的绝大多数也仍然坚持对国际商事仲裁实施某些强行法的控制。<sup>〔12〕</sup>

以上的各种观点为我们思考强行规则对国际商事仲裁规范的问题提供了非常有参考价值的法理依据,因为它们相应地反映了国际商事仲裁不同事项或某些方面的特征。但是,正如这些理论的批评者所言,它们将所有国际商事仲裁事项定性为单一的司法、契约、司法与契约的简单混合或与任何其他因素无瓜葛的“自成一类”等都是非常偏颇的,并且它们在论述强行规则与国际商事仲裁关

〔8〕 Sarah Rudolph Cole, *Arbitration and State Action*, Brigham Young University Law Review, 2005, pp. 43-45. 同时参见前引〔6〕, Hong-Lin Yu文, 第186页以下。

〔9〕 前引〔6〕, Hong-Lin Yu文, 第185页以下。

〔10〕 Philippe Fouchard (etc.), *On International Commercial Arbitration*, 中信出版社2004年影印版, pp. 600-626. See also Hong-Lin Yu, *Explore the Void - An Evaluation of Arbitration Theories: Part 2*, International Arbitration Law Review, 2005, p. 14-16.

〔11〕 参见前引〔6〕, 韩健书, 第40页。

〔12〕 前引〔10〕, Hong-Lin Yu文, 第18页以下。

系时忽视了二者之间应有的逻辑原理。遗憾的是,我国学者的批评理论如上文描述一样浅尝辄止;不完全同意上述理论的国外学者或批评者可能是出于论题的侧重点或论证方法方面的考虑而没有正面提出非常有说服力的系统理论。然而,国外学者近年来出现相当丰富的关于国际商事仲裁中一个或几个事项性质分析的理论成果。<sup>[13]</sup>笔者在广泛阅读这些文献及多国制定法与大量国际商事仲裁纠纷案裁决或判决的基础上,经过认真思索之后得出结论:具备如下内容并姑且定名为“分项区别说”的理论既可以准确地说明与实践相符的国际商事仲裁性质,也可以适当地作为强行规则对国际商事仲裁规范的法理基础。

首先,国际商事仲裁应当被区分为仲裁协议、仲裁程序、仲裁员或仲裁机构、司法审查等诸多事项及其诸多分项。此一事项或其某一分项可能具有司法、契约、自成一类中的一种或几种性质,彼一事项或其某一分项却具有另一种或几种性质。某一事项或其分项究竟具有何种性质应当具体分析。

其次,应当根据正义、效率、当事人合理期望等价值目标进一步地分析不同性质的国际商事仲裁事项以确定其是否适合或者在哪些方面适合采用强行规则予以规范。

以国际商事仲裁协议事项为例。其契约性是不容置疑的,任何国家或地区都不能以司法手段强迫任何当事人缔结这种协议。但是,契约性并不能使仲裁协议完全不受任何强行规则规范。各国家或地区的契约法或合同法中的大部分条款是或可以是任意性规范,允许当事人协议排除,然而,至少是其中的合同效力要件问题却必须由强行规则解决。如未成年人不得与任何人协议排除无行为能力者签订的合同无法律约束力的强行规则,任何人之间也不能协议排除合同必须在内容上具有合法性的强行规则,等等。国际商事仲裁协议是合同中的一种,因此,其效力要件当然应无例外地受到强行规则的规范。

又如,国际商事仲裁程序事项是在不同环节上分别具有司法、契约或自成一类等多重性质。没有当事人之间有效的仲裁协议一般便不能启动仲裁程序,即使一方当事人依靠无效仲裁协议启动了仲裁程序,该仲裁协议被裁决或判决无效后,仲裁程序仍会终止。很多其他仲裁程序环节,当事人也可以协议安排,这便体现了仲裁程序的契约性一面。但是,如果当事人对仲裁程序中的所有问题都可以协议处置,则仲裁与协商或调解等便没有任何区别。这与当事人选择仲裁的目的也不相符。当事人进行仲裁的目的实际上是要通过客观的仲裁庭采用正式的裁判程序对相关事实适用既定的规则。<sup>[14]</sup>因此,仲裁中的某些根本性程序必须具有司法性且由强行规则予以规范。此外,当事人避开诉讼而选择仲裁解决争议的另一个原因便是后者具有更大的灵活性和更高的效率,因此,仲裁的所有程序不能实行诉讼式的完全司法化,更不能在大多数环节上采用强行规则进行规范。

再如,在对国际商事仲裁争议的司法审查方面,法院进行司法审查的程序无疑是具有司法性的。但是,正如契约性并不绝对地排除强行规则一样,某些司法性特别是具有国际因素的司法性活动也可以不采用强行规则进行规范。这也是当代世界上很多国家或地区允许当事人协议决定某些国际民商事诉讼程序问题的原因之一,有关当局承认当事人诉讼选择条款即是一个例证。由于国际商事仲裁争议的特殊性,对于其中的某些争议或争议司法审查的某一个或几个方面采用任意性规则也同样具有科学的根据,下文中提及的瑞士和瑞典对特种类型的国际商事仲裁裁决争议实行任意法上的撤销管辖规则并没有影响它们的国际商事仲裁中心的地位就能说明这一点。但是,美国、英国和

[13] 如 Philippe Fouchard 等在论述国际商事仲裁员与当事人关系问题时即指出,其某些方面具有司法性质,另一些方面则属于自成一类的服务契约性质。前引 [10], Philippe Fouchard 等书, pp. 560—523. Ferlando Mantilla-Serrano 在探讨国际商事仲裁程序时也申明:考虑到契约性的突出特征,该类程序中的强行规则应降到最低限度。See Ferlando Mantilla-Serano, *Towards a Transnational Procedural Public Policy*, *Arbitrational International*, No. 4, 2004.

[14] See Catherine A. Rogers, *Emerging Dilemmas in International Economic Arbitration: The Vocation of the International Arbitrator*, *American University International Law Review*, 2005, p. 984—989.

法国等国际商事仲裁大国及其他众多的国家和地区对相同的问题却适用强行规则解决,并且对其他大部分司法审查活动也采用强行规则进行规范。此现象表明,在国际商事仲裁争议的司法审查领域,司法性较强,契约性较弱。同时,由于国际商事仲裁中某些争议的自成一类的特性,因此,对其司法审查也应当有别于对行政争议或下级法院判决争议的司法审查。具体而言,除了涉及本国公共利益或其他公共政策之外,仲裁争议的司法审查及其所适用的强行规则应主要地限于仲裁协议的效力和根本性仲裁程序方面的问题。

总之,国际商事仲裁的不同事项或其不同的分项既可能具有简单的一元性,也可能表现为复杂的多元性。对于它们应当深入地逐项和逐分项分析,综合考虑各种价值目标和各国家或地区经验教训之后,再决定对哪些事项采用强行规则以及何种内容的强行规则。

## 二、强行规则对国际商事仲裁规范的域外现状与趋势

鉴于我国《仲裁法》中特别需要修改的条款主要集中于国际商事仲裁协议的效力要件、根本性仲裁程序和司法审查等事项,这里仅简要介绍强行规则对这些事项规范的域外现状与趋势。

### (一) 国际商事仲裁协议的效力要件

域外的立法与司法共识是:与普通合同一样,国际商事仲裁协议必须在相关要件方面符合最低的强行规则时才会具有效力;仲裁庭只有根据有效的仲裁协议才能对争议行使管辖权和作出裁决;在因违反有关的强行法而使仲裁协议无效或不能执行的情况下,当事人可以拒绝参加仲裁、请求撤销或拒绝承认和执行相关的仲裁裁决。概括而言,强行规则对仲裁协议效力要件的规范涉及主体可仲裁性、客体可仲裁性、仲裁协议形式和内容有效性等内容。

#### 1. 对主体可仲裁性的规范

国际商事交易的当事人可以被分成自然人、法人和作为公法法人的政府机构等三大类。

绝大多数国家或地区的制定法对自然人或法人主体可仲裁性问题并没有特别的规定,这意味着这两类当事人的主体可仲裁性问题适用具有强行规则性质的订约能力一般规范,即具有资格订立其他合同的自然人或法人才具有订立国际商事仲裁协议的能力。从近几年西班牙、丹麦和马来西亚等国新制定的仲裁法内容来看,上述方式在近期内不会发生改变。<sup>[15]</sup>

关于政府机构是否具有缔结国际商事仲裁协议能力,各国的立法很不一致。英国、保加利亚等国家没有强行规则对公法法人缔结此种仲裁协议的能力作出任何限制。<sup>[16]</sup>另一类国家则以强行规则规定,只有在特定的情况下公法法人才具有订立此种仲裁协议的能力。特定的情况包括遵守特别的法律、争议具有特别的性质、经过国家特别法令或特定部门授权等。如比利时现行的《司法法典》第1676条和第1700条分别规定:公法法人只有对合同成立或履行所引起的争议才可以缔结仲裁协议;在公法法人为仲裁协议一方当事人的情况下,仲裁员必须一直适用法律。<sup>[17]</sup>

少数区域性的国际条约对公法法人的主体可仲裁性问题作出了划一的规范。如1961年《关于国际商事仲裁的欧洲公约》第2条第1款规定:“依照应适用的法律,公法法人有权达成仲裁协

[15] 西班牙2003年仲裁法的英文版可见于:David J. A. Cairns (etc.), *Spain's New Arbitration Act*, *International Arbitration Law Review*, 2004。后两国2005年仲裁法的英文版可见于<http://www.voldgiftsinstituttet.dk/en/Materiale/Files/Danish+Arbitration+Act+2005>和[http://www.eurasialegalnetwork.com/library/pdfs/nl\\_ArbitrationAct2005.pdf](http://www.eurasialegalnetwork.com/library/pdfs/nl_ArbitrationAct2005.pdf)。

[16] 英国1996年的仲裁法对此问题无任何规定。保加利亚2001年新国际仲裁法第3条则明确:国家或国家机构也可以是国际商事仲裁的当事人。前一法律的英文版可见于[www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga\\_19960023\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1)。后一法律的英文版可见于[http://www.globalarbitrationmediation.com/bulgaria\\_arbitration.shtml](http://www.globalarbitrationmediation.com/bulgaria_arbitration.shtml)。

[17] 该法的英文版可见于挪威奥斯陆大学法学院的法规收录网址:[www.jus.uio.no/lm/belgium.code.judicature.1998/toc.html](http://www.jus.uio.no/lm/belgium.code.judicature.1998/toc.html)。

议。”<sup>[18]</sup>但是，由于不少缔约国根据同条第2款在加入时做出了内容各异的保留声明，因此该公约的上述原则性规定实际上大打折扣。由16个欠发达国家组成的非洲商法协调组织（OHADA）制定的1999年《仲裁统一法》在公法法人主体可仲裁性问题上有所创新，其第2条第2段规定：“国家、地方当局和公共实体也可以是仲裁程序的当事人，但是不可以声称具有质疑争议的可仲裁性、自身进行仲裁的能力或仲裁协议有效性的权利。”然而，由于该《仲裁统一法》只适用于仲裁地在OHADA成员国境内的仲裁，所以其影响性更是微不足道。<sup>[19]</sup>可见，很多国家短期内不会缔结国际条约放弃其采用强行规则对主体可仲裁性问题规范的自主权。

## 2. 对客体可仲裁性的规范

此方面的内容是划定当事人有权将国际商事争议提交仲裁的范围。

大体上而言，当今世界上发达的经贸或仲裁大国大多将不可仲裁的法律争议限于少数几个领域。尽管这些国家立法和司法的趋势是倾向于放宽对争议事项可仲裁性的限制，但它们关于客体可仲裁性范围的规定却仍然有一定的差异，如美国法院即通过30多年前的一项判决确立了国际证券争议的客体可仲裁性，德国法院却仍然对证券交易法下证券索赔争议的可仲裁性持敌视态度。<sup>[20]</sup>

《北美自由贸易协定》（NAFTA）等晚近达成的一些国际条约中包含了成员方必须将投资等争议提交仲裁的义务。这意味着成员方不得对指定争议的客体可仲裁性进行强行法限制。不过，从总体上看，各国对客体可仲裁性范围实施强行法限制的自主权目前仍然很大，并且从NAFTA等条约关于必须将某种公法争议提交仲裁的规定在实施过程中所显示出的影响缔约国保护公益法律施行等弊端来看，各国在今后相当长的一段时间内不会广泛地采用国际条约的方式束缚自己的自主权，同时仍然会保留一些法律争议不具有可仲裁性。<sup>[21]</sup>

## 3. 对仲裁协议形式有效性的规范

世界上绝大多数国家长期以来一直对国际商事仲裁协议形式适用要式的强行规则。学者们认为，如此规范的原因在于：该种协议是一种特殊的合同，需要以能强有力证明其存在的方式确保当事人确实是明白无误地同意了该合同，并使当事人意识到该合同的重要性，同时避免裁判人就该问题进行弹性裁断所导致的不确定性及滥诉等。<sup>[22]</sup>

目前，各国都要求国际商事仲裁协议必须采取书面形式，但是对书面形式的类型都普遍地进行宽松化的界定。约有50个国家或地区的仲裁法基本上采用了1985年的联合国《国际商事仲裁示范法》（下称《示范法》）第7条第2款的界定内容，即仲裁协议应是书面的；协议如载于当事人各方签字的文件中，或载于往来的书信、电报或提供协议记录的其他电讯手段中，或在申诉书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认即为书面协议；如果援引载有仲裁条款一项文件的合同是书面的且这种援引足以使该条款构成该合同的一部分，则该合同中所援引的载有仲裁条款的文件即构成仲裁协议。<sup>[23]</sup>

[18] 该公约的英、中文版可见于赵秀文等编著：《国际商事仲裁法参考资料》，中国人民大学出版社2006年版。

[19] Cited from Thierry M. Lauriol, *Enactment of a New Arbitration Law in Africa*, *International Arbitration Law Review*, 2001, p. 43.

[20] Dora Marta Gruner, *Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, pp. 943-944.

[21] 参见拙文：《NAFTA投资规则及其影响》，《政治与法律》2005年第2期。

[22] 赵健：《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社2000年版，第69页。

[23] 一些国家在采纳时对该款作了少许修改。如新西兰的1996年新法特别地增添了对消费合同的争议必须采用经证实消费者已阅读和理解的单独仲裁协议方式缔结的规定。德国1998年的新法第1031条不仅吸收了新西兰的这一规定，而且还明确提单明示援引租船合同中仲裁条款的形式为有效地书面形式。《示范法》的中、英文版可见于www.uncitral.org。新西兰仲裁法的英文版可从新西兰的官方网站上获得。德国仲裁法的中文版可见于宋连斌等译：《国际商事仲裁资料精选》，知识产权出版社2004年版。

另一些国家仲裁法中的规定更为宽松。如英国1996年《仲裁法》第5条第1款虽然规定当事人之间就任何问题订立的仲裁协议都只有在书面的情况下才有效,但按照该法同条第3—5款,采取以下各种形式皆符合书面要求:(1)书面形式(无论当事人签署与否)、互换书面通讯、以书面形式证实;(2)非以书面形式同意援引书面条件;(3)非书面形式的协议由当事人授权之一方当事人或第三者录制;(4)在当事人之间的书面交换过程中,或在仲裁、诉讼程序中,一方当事人声称他们之间存在一个非书面形式的协议,而另一方当事人在答辩中不作否认表示;(5)援引任何书写的或书面形式的材料包括其任何方式的录制形式。

2006年修订的《示范法》第7条,采用了两种备选的案文,其一便是吸收了包括英国在内的国际社会关于书面形式类型的各种代表性新发展。可见,在依然采用强行规则要求仲裁协议必须采取书面形式的国家中,一个明显的发展趋势是:将越来越多真实地反映当事人提交仲裁意愿的多样性协议形式归入书面形式范畴,从而尽可能地避免仲裁协议因形式正式化的欠缺而变得无效或不能执行。不过,除了丹麦、瑞典等少数国家以外,其他多数国家在近期立法中一般不会取消关于仲裁协议必须采取书面形式的强行规则。当然,在世界范围内流行越来越宽松书面形式规则的大背景下,某些国家新立法中又添加一项或几项书面形式新品种的现象也是不足为怪的。

#### 4. 对仲裁协议内容有效性的规范

这方面的强行规则可以分成两类:规定必要内容的强行规则和规定不得包含非法内容的强行规则。

总体而言,当今大多数国家的仲裁法已不再明确规定国际商事仲裁协议必须具体包含哪些内容才具有法律上的效力。但是不可据此认为,这些国家不存在关于仲裁协议必要内容的强行规则。实际上,在所有以确定的方式对仲裁协议作出法定定义的国家里都存在这样的强行规则,该强行规则的要旨即是仲裁协议必须具备该法定定义中所描述的内容,否则无效或不得视为仲裁协议。

《示范法》第7条第1款及其2006年修订的同条两个案文都以确定的方式对国际商事仲裁协议作出法定定义,即为当事各方同意将他们之间确定的不论是契约性或非契约性的法律关系上已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。不少没有采用《示范法》的国家的仲裁法也对仲裁协议作出了类似的界定,如英国仲裁法第6节第1款、俄罗斯仲裁法第7条第1款等。<sup>[24]</sup>

以上规则意味着能使一份协议被称为产生约束力或可执行性的“国际商事仲裁协议”必须具备两项内容:提交仲裁的意思表示和指定提交仲裁的对象即所要仲裁的争议。为了更明确起见,西班牙新仲裁法未采用法定定义的方式,而是在第9条第1款中直接规定仲裁协议必须具备以上两项内容。

即使在那些既无专门条文强行规定仲裁协议应当必备哪些内容也没有以确定的方式作出法定定义的国家或地区如瑞典和中国的台湾地区等,<sup>[25]</sup>根据仲裁的意思自治原则,提交仲裁的意思表示和指定提交仲裁的对象也可以被推定为其默示的强制性要求,因为当事人没有提交仲裁意思表示的协议根本不能视为仲裁协议。同样,没有指定提交仲裁对象的协议使仲裁的一切活动无从谈起。由此不难得出的一个结论是,提交仲裁的意思表示和指定提交仲裁的对象是有仲裁法的国家对仲裁协议内容的共同强行法要求。

对于国际商事仲裁协议内容上合法性问题,一些国家的法律采用对非法性内容明确列举的方法作出反向界定。如荷兰《民事诉讼法典》第1028条规定,在仲裁协议给一方当事人任命仲裁员特

[24] 俄罗斯1993年仲裁法的英文版可见于[http://www.globalarbitrationmediation.com/russian\\_arbitration.shtml](http://www.globalarbitrationmediation.com/russian_arbitration.shtml)。

[25] 瑞典1999年仲裁法第1条和中国台湾地区1998年仲裁法第1条以允许包含内容的方式描述的仲裁协议不能视为本文中“确定的方式”界定具有最低内容标准的仲裁协议。上述材料可见于前引[23]中宋连斌等所译的文献。

殊地位的情况下，另一方当事人可以寻求法院指令背离该仲裁协议。<sup>[26]</sup> 德国《民事程序法典》第1034条第2款不仅吸收了这一规则，而且进一步地规定：不得排除律师充当授权代理人。内容上违背了诸如此类强行规则的国际商事仲裁协议显然是无效的。可以预见，在很多国家或地区采用强行法整治一般合同中不公平条款的大背景下，荷兰等国的这种基于公平正义的目标规范仲裁协议中不公平条款的强行规则会推动一些国家采取相同的立场和方法。

## （二）国际商事仲裁根本性程序

域外各国家或地区的强行规则对根本性程序规范的实质是要求国际商事仲裁程序必须具备最低限度的正当性。

就目前的现状而言，各国家或地区立法层面上根本性程序强行规则的字面内容仍存在一些差异。不少国家制定法形式的根本性程序强行规则包含着国际商事仲裁员应当具备公正性和独立性、国际商事仲裁员必须披露利害冲突情况、当事人在仲裁庭组建过程中享有平等待遇、向当事人发出各种仲裁程序的适当通知、给予当事人陈述案情及提交证据与评论的适当机会等内容。另一些国家或地区虽然没有上述要求中的某项，但它们的判例法或司法实践却进行了弥补。从目前趋势看，前一类国家的上述要求不仅具有世界公认性，而且在较长一段时间的未来也不会被废弃。

### 1. 国际商事仲裁员应当具备公正性和独立性

一些学者指出，从字面上说，独立性意味着仲裁员不存在或没有保持事实上或法律上的外部依赖关系。这种依赖关系意味着来自一方当事人、一方当事人的雇员、顾问或咨询人或代理律师、未卷入案件但与一方当事人有联系者及其他仲裁员等外部人因为存在经济上、专业上或个人等方面的密切联系因素而对仲裁员产生的影响。该种影响或联系在习惯上经常被称为“利益冲突”，它的存在可能导致仲裁员不能公正地对待当事人。与此相对应，学者将公正性解释为仲裁员主观上能公平地进行仲裁程序并只根据相关事实和法律作出裁决而对每一方当事人没有任何偏袒或对案件没有偏见的思想状态。为了确保正义，这些学者们主张，对国际商事仲裁员应同时坚持独立性和公正性的两项强行法要求。<sup>[27]</sup> 上述观点得到了采纳《示范法》第12条的众多国家或地区的支持。

另一些学者认为，独立性和公正性应被作为同义语考虑。<sup>[28]</sup> 这种观点也得到了瑞士和瑞典等国的肯定。前者在其《国际私法规》第180条第1款（c）项对仲裁员作出独立性要求，后者在其仲裁法第8节第2款中仅提及了公正性要求。不过，瑞士和瑞典等国的此种法律规则与前一类国家的法律规则在实质上并没有多大区别。如瑞典仲裁法第8节第2款最后所列举的第一种和第二种仲裁员不公正形态在其他很多国家却被视为不独立的问题。

比较而言，同时要求独立性和公正性的规则胜于实际运行中相同却在立法字面上单一的规则，因为前者更明确。此优点也导致了前者在新近的仲裁法中更流行并成为一种趋势。<sup>[29]</sup>

### 2. 国际商事仲裁员必须披露利害冲突情况

此种规定对确保当事人信任仲裁公平审理是至关重要的，这种强行规则也被广泛地认为是贯彻仲裁员独立性和公正性强行法要求的首要措施。<sup>[30]</sup> 因此，很多现代的仲裁法都明确规定了强行的

[26] 荷兰仲裁法英文版可见于 [www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986](http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986).

[27] Mauro, *International Arbitration Law and Practice*, 中信出版社 2003 年影印版, p. 330. See also Henry Gabriel, Anjanette H. Raymond, *Ethics for Commercial Arbitrators: Basic Principles and Emerging Standards*, Wyoming Law Review, 2005, p. 457.

[28] Christopher Koch, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*, Journal of International Arbitration, 20 (4), 2003, p. 332.

[29] 如本世纪的西班牙新仲裁法第 17 条、丹麦新仲裁法第 15 条、马来西亚新仲裁法第 11 条、日本新仲裁法第 18 条等。其中日本 2003 年新法的英文版可见于 <http://www.simic.net.cn/upload/2008-03/20080314091821618.doc>.

[30] Hong-Lin Yu (etc.), *Independence, Impartiality, and Immunity of Arbitrators*, International & Comparative Law Quarterly, October, 2003, pp. 940-942.

披露义务。如以《示范法》为范本的国家一般都包含了与该《示范法》第12条第1款相同的披露要求,即某人在可能被任命为仲裁员时,应当披露对其公正性或独立性引起正当怀疑的任何情况;仲裁员自其被任命开始时及整个仲裁期间应当毫不延迟地披露任何这类情况,但是仲裁员已向当事人告知了这些情况的除外。

没有采用《示范法》的国家则采用其他方式表达同样的要求。如法国《新民事程序法典》第1456条第2段对国内仲裁员规定了披露义务。在最近的案件中,法国法院已不再援引以上国内法规则,而是将披露义务作为国际仲裁中直接适用的规则。<sup>[31]</sup>美国1925年《联邦仲裁法》没有明确规定披露要求,但是,在1968年 Commonwealth Coatings 公司诉 Continental Casualty 公司案中,美国联邦最高法院以判例的形式确立了仲裁员“向当事人披露可能产生可能偏袒的任何交易情况”的强行法义务。这种披露义务与联邦法官和行政官员一样广泛。<sup>[32]</sup>

鉴于国际商事仲裁员披露义务的普遍性,数位学者得出的结论都是:国际仲裁员的披露义务是完全无争议的,这是构成国际商事仲裁一般原则的一项义务。<sup>[33]</sup>

### 3. 当事人在仲裁庭组建过程中享有平等待遇

任命仲裁员过程中享有平等待遇对当事人而言具有十分重要的意义。仲裁员是仲裁争议的裁判者,不仅能决定当事人在仲裁中的程序权利,而且在多数情况下还能决定当事人的实体权利,同时仲裁员的能力、经验和技巧等素质对顺利高效地解决相关问题也是必不可少的。在当今国际社会中,由于种种原因,仲裁员的质量和品行仍然参差不齐。各国对仲裁员的品行或能力等方面的缺陷所提供的事后救济不仅非常有限,而且成本高昂。仲裁员任命方面的平等待遇可以使当事人有平等的机会选择高素质的仲裁员,或者至少可以使对方当事人失去选择具有偏袒性的仲裁员的机会,从而在源头上控制或减少对己不利的因素。

由于任命仲裁员方面的平等待遇具有重要意义,一些国家采取了制定法形式的强行规则予以确认,如前述的德国《民事程序法典》第1034条第2款和荷兰《民事程序法典》第1028条中的规定即属于此类。很多其他国家的仲裁法只笼统地规定当事人在仲裁中应享有平等待遇而没有以法条的形式进一步明确当事人在任命仲裁员过程中的平等待遇,但他们却通过司法实践给予确认。<sup>[34]</sup>

### 4. 向当事人发出各种程序的适当通知

此种强行规则在很多国家或地区实行了很长一段时间,《纽约公约》(第5条第1款b项)等条约也以国际统一法的形式将“没有收到仲裁程序的通知”特别明确地规定为缔约国可以拒绝承认和执行仲裁裁决的一项理由。很多国家和地区最近的立法如同《示范法》第24条第2款一样继续保留着此项强行规则。

根据有关国家的司法实践,通知的适当性意味着仲裁庭应当在足够的时间之内通过仲裁机构或仲裁庭秘书等向每一位当事人发出内容描述清晰的通知,并给予每一位当事人异议的合理机会,即使有充分证据证明某一位当事人根本不会参加该程序时也不例外。要求通知在足够的时间之内发出的目的主要在于使当事人能为程序的进行做出充分的准备。就通知事项而言,应当包括各种诉状和证据的提交程序、任何口头听证程序、证据审理程序以及为了检查货物、其他财产或文件而举行的

[31] 前引〔10〕, Philippe Fouchard 等书,第578页。

[32] Lee Korland, *Proposing a New Test for Evident Partiality under the Federal Arbitration Act*, Case Western Reserve Law Review, Spring, 2003, p. 823.

[33] 前引〔10〕, Philippe Fouchard 等书,第578页。See also Otto L O de Witt Wijnen (etc.), *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, International Business Lawyer, September, 2004, n. 13.

[34] Matthias Scherer, *Equal Treatment of the Parties*, International Arbitration Law Review, 2003, p. 47.

会议等。<sup>[35]</sup> 如果就以上各种仲裁程序没有向当事人发出适当通知甚至根本没有发出通知, 则由此做成的裁决很可能会被有关国家以违反正当程序强行规则为由撤销或拒绝承认和执行。俄罗斯莫斯科商法院 2003 年 9 月 12 日对 Forever 海事有限公司与 Economic Association Mashinimport 纠纷案所作出的判决即是一个近期发生的实例。该案缘起仲裁地在伦敦的一个仲裁庭 2002 年 10 月 30 日作出的一项裁决。该仲裁庭没有举行口头听证而是根据当事人提交的文件进行审理。鉴于索赔方 Forever 海事有限公司未能证明仲裁庭曾向被索赔方发出过关于仲裁的地点和时间的通知, 莫斯科商法院拒绝承认和执行该裁决。<sup>[36]</sup>

#### 5. 给予当事人陈述案情的机会

在立法层面上, 采用了联合国《示范法》第 18 条的国家在该“机会”之前加上了“充分的”修饰语, 而英国 1996 年的《仲裁法》第 33 节添加了“合理的”限定词。不过, 这种扩充或限制之词并没有导致实践中的“机会”范围有实质性差别。如在英国, “合理的”机会范围也非常广泛, 不仅包括给予当事人陈述案情和提交证据的机会, 而且也包括在仲裁庭对证据证明的事实具有不同的观点或避开当事人的证据与主张而依据自己观点的情况下赋予当事人就此问题进行评论的权利, 同时仲裁庭还有义务适当地确保当事人理解案情。采用了联合国《示范法》第 18 条的德国等国仲裁法中“充分的”机会范围实际上也只有这么广。<sup>[37]</sup>

总而言之, 在发展趋势方面非常明朗的迹象是: 根本性程序强行规则内容会在更多国家的立法或司法层面上取得更大范围的一致, 在性质上进一步牢固地保持为公认的国际公共政策规则地位, 并被越来越多的国际商事仲裁机构吸纳为当事人不能删除的“弱强行规则”, 在这些机构受理的以任何地点为仲裁地的案件中严格适用。<sup>[38]</sup>

#### (三) 国际商事仲裁司法审查

这里的司法审查是在一般意义上使用的, 指一国法院基于一方或数方当事人的请求, 对国际商事仲裁协议是否存在或有效、仲裁庭是否有效组建或是否具有管辖权、仲裁程序是否具有合法性、仲裁裁决应否撤销或承认与执行等众多问题所作的审查。不过, 这方面应当主要关注国际商事仲裁协议效力争议介入的阶段、撤销或拒绝承认和执行国际商事仲裁裁决方面的强行规则。

##### 1. 司法介入国际商事仲裁协议效力争议的阶段

从现状来看, 不同国家的法院处理该问题所依据的规则在性质上并不都是强行的。如法国和瑞士等国禁止或限制法院在仲裁裁决作成之前介入审查仲裁协议效力问题的规定具有强行性, 英美相应的规定却无强行性。<sup>[39]</sup> 在优缺点方面, 它们各有千秋。法国和瑞士等国的强行规则模式既能支持仲裁的“自裁管辖”原则, 又能通过仲裁裁决之后的司法审查规则维护仲裁正义。但其缺点也是很明显的。该模式不仅忽视了当事人的共同意愿, 而且也使一些在裁决作成之前明显无效的仲裁协议延后。英美模式可能导致不知情或恶意的当事人无意或有意陷入多重平行程序, 浪费仲裁或司法

[35] 前引 [13], Fernando Mantilla-Serrano 文, 第 342 页。

[36] Diana Tapola, *Recent Case Law on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia*, *Journal of International Arbitration*, 22 (4), 2005, pp. 333-334.

[37] Christoph Liebscher, *Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration*, *Croatian Arbitration Yearbook*, 1999, pp. 91-93.

[38] “弱强行规则”(weakly mandatory rules) 用语来自于印第安拉大学 David V. Snyder 教授和牛津大学 Roy Goode 教授的创造。他们认为, 包括仲裁机构规则在内的很多非官方规定中有一部分内容是使用这些非官方服务的当事人所不能逃避的, 因而该部分内容具有正式法律中的强行规则同样性质, 只是其非为正式法律且不能与正式法律相违背、当事人也可采用完全不使用这些非官方服务的方式回避其适用, 才以此命名之。See Roy Goode, *International Restatements of Contract and English Contract Law*, *Uniform Law Review*, 1997-2, p. 246. See also David V. Snyder, *Private Lawmaking*, *Ohio State Law Journal*, 2003, p. 410.

[39] See Alan Scott Rau, *The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR*, *Texas International Law Journal*, Spring 2005, p. 461.

资源,但却可以令诚信、明智的当事人有效地选择避免对仲裁协议审查的平行程序,从而有助于提高争议解决的效率并减少仲裁庭与法院的不一致决定。从纯理论意义上说,荷兰、比利时、德国和瑞典等仲裁法中的规范要完美一些,它们一方面确认“自裁管辖”原则,另一方面却采用强行规则的形式,对法院在仲裁裁决作成之前审查仲裁协议的行为不加禁止或限制。如瑞典仲裁法第2条第1款规定:仲裁员可以决定其解决争议的管辖权;前述规定并不妨碍法院经当事人请求对此类问题作出裁定;在法院作出裁定之前,仲裁员可以继续仲裁程序。然而,由于传统的惯性及多元化的理念,很难说后一类模式在趋势上具有取代前两类模式的吸引力。

## 2. 撤销国际商事仲裁裁决

基于认识上的差异,少数国家在这一问题的某些事项上也选择了非强行性规范。如瑞士《国际私法规》第192条的规定:任何一方当事人在瑞士没有住所、惯常居所或营业机构的情况下,可以在仲裁协议或随后的书面协议中明示排除所有撤销程序,也可以将撤销程序限为该法所列举的一项或数项理由。比利时和瑞典等国的仲裁法采用了相同或相似的立场。然而,从瑞士法院对1990年Conatrach案、1991年Clear Star案及1997年L公司诉U公司案等判决来看,上述规则的适用要求是非常严格的,即当事人必须采用书面形式明确无误地表示裁决为绝对终局。否则,单纯引用包含了“法律允许放弃撤销裁决司法审查权时推定当事人作出此类弃权”的仲裁规则或单纯在仲裁协议中作出仲裁裁决为终局的表示等,一般不会产生排除任意性司法审查权的效果。<sup>[40]</sup>因此,在以上各有关国家中,排除撤销裁决司法审查的特有书面表达方式规则是强行的。这些国家认为:排除撤销裁决司法审查权是一种重大事项,因此一定要采取明白无误的方式反映当事人的真实意愿;撤销裁决司法审查权具有维护当事人正当权益等功能,因此,对以本国国民、居民或法人为当事人的国际商事仲裁裁决,强行的司法审查制仍然必须保留。

除了以上几个国家,很多其他国家司法审查撤销裁决争议管辖权、理由和时限的规则皆表现为强行规则。但是,英国和美国比较特别。英国仲裁法的关于仲裁裁决中法律问题的审查规则具有任意性,而关于仲裁庭超越管辖权和缺乏公正仲裁程序等撤销裁决理由的规则却为强行规则。美国联邦仲裁法中关于撤销裁决司法审查理由规则一直被美国法院解释为强行的。但是,美国一些法院允许当事人约定司法审查仲裁裁决中的其他问题进行司法审查,另一些法院却拒绝接受联邦仲裁法中司法审查强行理由之外的其他任意性理由。<sup>[41]</sup>

在管辖权方面,强行规则规范的现状和趋势都是:由仲裁地法院对撤销裁决的司法审查请求行使排他的管辖权。对于司法审查理由问题,各有关国家的强行规则在字面上或实质上仍有不少差异。世界上约有10多个国家全面或大部分地吸收《示范法》第34条第2款中列举的7项内容。<sup>[42]</sup>新加坡、埃及等很多其他国家的强行规则规定了比《示范法》更广的撤销裁决司法审查理由。在国际商事仲裁大国中,只有法国等少数国家的强行规则规定的撤销裁决司法审查理由较窄。不过,上述各国规则的差异不仅在实质上没有文字表现上那么大,而且具有明显的趋同性,即在原则上普遍地将仲裁裁决中的实体问题排除在强行的司法审查理由之外。

在司法审查的时限方面,虽然各国均选择了强行规则,其具体内容却并不完全相同。采用了《示范法》第34条第3款的国家一般规定为自提出请求的当事人收到裁决书之日起3个月,而另一些国家规定的时限更为短促。对此,一些学者提出了批评意见。他们认为,对于欺诈、贿赂或贪污等严重违反公共政策规则的撤销裁决理由有时可能会在裁决作出3个月以后才知道,因此,3个月

[40] 前引[10], Philippe Fouchard等书,第911页。

[41] 前引[32], Lee Korland文,第820页以下。See also William W. Park, *The Interaction of Courts and Arbitrators in England: The 1996 Act as a Model for the United States*, *International Arbitration Law Review*, 1998, p. 55.

[42] Hamid G. Gharav, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, *Kluwer Law International*, 2002, pp. 12-15, 31-33.

或更短时限以内的规定对违反公共政策规则的撤销裁决理由是不合适的。<sup>[43]</sup>从立法实践来看,爱尔兰等国在采用《示范法》第34条第3款的同时,规定该规则不适用基于违反公共政策规则提出的撤销裁决司法审查请求。<sup>[44]</sup>

### 3. 承认与执行国际商事仲裁裁决

此方面司法审查的现状是:1958年的《纽约公约》第5条共以2款7个分项的规定为众多缔约国拒绝承认与执行仲裁裁决提供了划一的理由。国际商事仲裁的理论界和实务界形成的共识是,缔约国有义务不以任何理由拒绝承认和执行符合其界定范围的某一外国裁决。对于该公约第5条中的各种拒绝承认和执行理由,各缔约国当然有权采取强行规则全部予以吸收。在立法实践中如此行事的缔约国占了很大比例。有些缔约国的强行规则中仅包含该公约第5条中的大部分理由。如法国《新民事程序法典》第1052条关于拒绝承认与执行裁决的司法审查请求理由中就删除了该公约第5条第1款e项的规定。

值得注意的是上述规则的实践运作趋势。尽管很多缔约国或其所属地区采用的强行规则全部或大部分地吸收《纽约公约》第5条中的各项理由,但是这些国家或其所属地区的法院在实践中并非一经确立其中的一项或几项理由就一概地拒绝承认或执行裁决,而是结合案件的其他情况自由裁量地决定是否拒绝承认或拒绝执行裁决。如在1999年河北进出口有限公司诉Polytek工程有限公司案的判决中,中国香港特别行政区终审法院认为:《纽约公约》第5条第1款的英文文本采用承认与执行“可以(may)被拒绝”而不是“应当(shall)被拒绝”措辞,表明即使存在所列举的理由,执行地法院也可以在特殊情况下执行裁决;鉴于该案中请求拒绝承认与执行裁决的当事人在仲裁进行期间对所声称的程序异常情况没有提出任何异议,当事人的拒绝承认与执行请求应被驳回。在对2001年Karah Bodas有限责任公司诉Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara案的判决中,美国第5巡回法院也采用自由裁量的方法承认了一起仲裁员的选择方法和仲裁庭的组建违背了仲裁条款的裁决。<sup>[45]</sup>

不过,应予说明的是,有关缔约国家或地区法院的上述做法并没有使本国或本地区关于拒绝承认和执行理由的强行规则变成任意法性质,因为违反这些规则的结果从法院的角度来看尽管可以自由裁量,对当事人而言却仍然是强行的,当事人不可以采用协议排除这些规则的适用。

## 三、我国仲裁法中国际商事仲裁强行规则的修订思路

### (一) 规定仲裁协议有效性强行规则的改进

首先,主体可仲裁性强行规则的改进问题。现行《仲裁法》第17条第2款只是简单地规定,无民事行为能力人和限制行为能力人订立的仲裁协议无效。其最主要的缺陷是:没有明确在适用于国际商事仲裁协议时,我国的国家机关、政府部门等是否具有主体可仲裁性问题。笔者认为,为便利争端解决方式的选择,修订后的《仲裁法》不必禁止性地宣告它们不具有订立国际商事仲裁协议的资格。但考虑到这些部门在国际商务活动中所扮演的角色大多涉及重要的国家利益,将有关纠纷交由私人仲裁庭解决存在着可能不利的风险,可以效法前述一些国家的保守做法,对该原则施加限制性条件。具体办法可以是,在以上第17条第2款最后添加一句内容为:“作为一方当事人的国家

[43] Pirter Sanders, *UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future*, Arbitration International, No. 4, 2005, p. 465.

[44] 该规定体现于爱尔兰仲裁法第3节,该法的英文版可见于 [http://www.globalarbitrationmediation.com/ireland\\_arbitration.shtml](http://www.globalarbitrationmediation.com/ireland_arbitration.shtml).

[45] See Eckhard R. Hellbeck (etc.), *The Enforcement of Foreign Arbitral Awards under the New York Convention: Recent Developments*, International Arbitration Law Review, 2002, p. 139 & n. 23.

机关或政府部门没有得到指定部门批准的仲裁协议无效。”

其次,完善《仲裁法》第3条中关于客体可仲裁性强行规则。目前的主要缺陷是:(1)该条没有考虑到依法应当由人民法院排他地行使管辖权的争议也是不能仲裁的。(2)该条第2款“依法应由行政机关处理的行政争议”不能仲裁的规定非常不妥。因为该款对“行政争议”没有做出任何的界定,容易使圈外人误以为由行政机关处理的争议都属于不可仲裁的“行政争议”。随着小政府行政模式的出现,将来的某些争议如特定类型的竞争法争议可能既适合行政机关处理也适合私人仲裁庭处理。竞争法提供了行政处理的渠道,其立法原意也不禁止私人仲裁庭处理这类争议,如果将此类行政机关依法有权处理的争议视为该款中的“行政争议”则等于排除了未来的竞争法争议的客体可仲裁性。(3)该条第1款也是值得改进的。众所周知,婚姻、收养、监护、抚养和继承等纠纷中财产权益的大部分是可以私自处分的。我国此类涉外关系及纠纷越来越多,在不损害第三人利益的前提下,赋予其中财产权益纠纷的客体可仲裁性可能会便于纠纷更快地解决。鉴于上述情况,《仲裁法》第3条可以规定下列纠纷不能提交仲裁:一是依法应由行政机关或人民法院排他地行使管辖权的争议;二是其他法律、法规规定不得提交仲裁的争议。

第三,改进仲裁协议形式有效性的强行规则。目前,该规则只体现于《仲裁法》第16条第1款。该款中不仅使用了“包括”这种非穷尽的弹性用语,而且对“书面形式”的含义也没有具体的规定。《合同法》第11条倒是能补救其中“书面形式”认定规则的缺项。然而,该条毕竟存在不能针对国际商事仲裁协议书面形式的特别性问题,因此,《仲裁法》第16条的修订也是势在必行。该条第1款在修订时可以将“包括合同”几个字改成“指书面合同”,同时可以增加一款全面地吸收2006年《示范法》第7条备选案文一的内容。

鉴于我国当事人组织、控制仲裁的能力状况等,对于《仲裁法》中关于仲裁协议内容强行规则进行修订时仍然可以要求该协议必须包含仲裁机构这一内容。但应当借鉴法国、美国和意大利等国通过法院支持有仲裁意愿的当事人进行仲裁的做法,将第18条改成两个款项。<sup>[46]</sup>第1款可以表述成:如果仲裁协议对仲裁事项没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。第2款则可以写明:如果仲裁协议对仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,由被申请人所在地基层人民法院指定仲裁委员会。

## (二) 约束仲裁程序强行规则的调整

我国《仲裁法》中约束国际商事仲裁程序强行规则的主要缺陷是:(1)没有将强行规则降到最低限度。如前所述,在程序方面,国际商事仲裁大国强行规则规范的事项一般只限于根本性事项方面。我国的《仲裁法》却对仲裁申请书中载明的内容(第23条)、仲裁委员会决定是否受理及通知(第24条)、当事人举证责任(第43条)等非根本性的程序事项采用强行规则予以规范,使得仲裁程序的灵活性大大削弱。(2)没有吸收国际主流的做法,采用强行规则授权仲裁庭决定其管辖权,而是在第20条中规定了仲裁委员会处理仲裁庭管辖权纠纷之职权,造成了裁审职能分离的不公正或不经济局面。(3)对根本性程序的强行规范不周全。如仅有第34条和第47条提及仲裁员回避的几种情形和当事人最后辩论权利及最后陈述意见的权利,对仲裁员的其他应回避情形却无涵盖规则,也没有以肯定的方式规定仲裁员承担披露利害关系、自始平等地对待当事人及确保他们充分拥有陈述案情和提供证据机会等完全的正当程序权利等。

对于上述第一项缺陷,可以通过变更相关规则的强行性质或删除的方式进行校正。对于第二项和第三项中的问题,则应当采用以下各项调整办法:

首先,修改《仲裁法》第20条第1款,赋予仲裁庭直接的自裁管辖权。当然,我国仍可以保留人民法院在仲裁过程中的司法介入权。同时考虑到仲裁庭可能并不开庭审理,以及当事人可能在

[46] 前引[10], Philippe Fouchard等书,第269页。

开庭后才发现导致仲裁协议效力缺陷的情形，该法第 20 条第 2 款也应当一并修改。修改后的第 20 条内容可以是：当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁庭或人民法院裁决；当事人先向提出仲裁庭异议的，由仲裁庭裁决；当事人对仲裁庭的裁决不服的，可以向人民法院申请撤销；当事人对仲裁协议的效力有异议的，应当在知道或理应知道可异议理由时立即提出。

其次，完善国际商事仲裁员回避义务的强行规则，同时添加披露义务的强行规则。回避是仲裁员独立性与公正性规则中的必有内容。如前所述，披露义务也是贯彻仲裁员独立性与公正性规则的首要措施。回避和披露义务具有密切的关联性。实际上，从规范技巧来看，很多国家的仲裁法将国际商事仲裁员在具体案件中不能任职的回避事项与其任职时和仲裁过程中披露利害冲突的事项相挂钩或规定得完全一致，且常常将回避和披露义务放在同一条文中进行规定。我国也应当吸收这种科学简明的整合规范法。具体而言，修订第 34 条，将它变成 3 个条款。其中的第 1 款可以效法联合国《示范法》第 12 条第 1 款，总括性地规定仲裁员必须承担披露对其公正性或独立性引起正当怀疑的任何情况义务，同时规定仲裁员自其被任命时开始及整个仲裁程序期间都必须承担这种义务，但是仲裁员已向当事人告知了这些情况的除外。第 2 款则可以呼应第 1 款，概括地规定当事人有权对存在不独立或不公正情形的仲裁员提出回避请求的权利，从而弥补第 34 条原条文中列举不全的缺陷。不过，为了更明确起见，第 34 条原文中列举的 4 项仲裁员必须回避的情形可以保留下来作为第 3 款，只是要注意不与第 1 款和第 2 款总括性规则相冲突，因此，原条文中的第 1 句话必须修改。实际上，第 3 款可以效法 1999 年瑞典仲裁法第 8 条等概括规定加明确的非穷尽列举的文字措辞，同时也可以借鉴该条中概念的精确表达方法，从而避免原条文中的“有（可能影响公正仲裁）其他关系”之类的含混概念。

第三，作为第 34 条修改的配套，修订第 36 条。尽管对国际商事仲裁纠纷当事人严格地限制起诉权是世界各国的通例，但只有在确保仲裁员具有独立性或公正性的情况下，仲裁才能区别于协商或调解等而作为公正的争议解决手段生存，为此，世界上多数国家对国际商事仲裁员披露或回避这类涉及独立性或公正性的敏感问题提供了司法救济手段，允许当事人就仲裁机构对仲裁员违反披露或回避义务问题的决定向法院提起诉讼。<sup>[47]</sup>不过，这些国家的法律一般要求当事人就仲裁员违反披露义务而必须回避的问题先向仲裁机构请求决定以提高仲裁效率。对于很多国家的这些有益经验，我国当然应当吸收。具体办法可以是：该法第 36 条的原文保留下来作为第 1 款，另增一款作为第 2 款，规定在仲裁裁决作成之前，当事人对仲裁员是否违反披露或回避义务问题的决定不服的，可以向有管辖权的人民法院起诉。之所以要在第 2 款的开头做出“在仲裁裁决作成之前”的限制，是因为仲裁裁决一旦作成之后，仲裁程序已告结束，就仲裁员是否违反披露或回避义务问题的决定起诉以求推翻该决定、更换仲裁员等已变得毫无意义。在这一阶段，如果发现仲裁员违反披露和回避义务，明智的当事人应当据此起诉要求撤销或拒绝承认和执行仲裁裁决，并在法律允许的情况下追究仲裁机构和该仲裁员的责任。

最后，保留该法第 47 条规定的同时，借鉴《示范法》第 12 和 18 条，以强行规则方式要求仲裁员在国际商事仲裁程序中平等地对待当事人并自始至终给予其陈述案情和提供证据的适当机会。

### （三）规定仲裁裁决撤销的强行规则的完善

我国《仲裁法》规定仲裁裁决撤销的规则主要体现于第 58、59、60 和 70 条，涉及撤销申请的受理法院、时限、理由、程序等内容。主要缺陷在于：只对我国仲裁机构的涉外裁决提供了撤销依据，对以我国为仲裁地的外国仲裁机构的仲裁裁决没有作出提供撤销救济的明文规定；没有明确地将违

[47] 如瑞士《国际私法法规》第 180 条第 3 段、意大利《民事诉讼法典》第 836 条以及采用了《示范法》第 13 条的国家等。

反程序或实体公共政策列为撤销理由,从而导致了理论上的分歧及未来实践上的不确定性;〔48〕对仲裁裁决撤销请求规定的时限太长;对于人民法院是否撤销仲裁裁决规定的决定权缺乏弹性。此外,我国仲裁裁决撤销的强行规则还存在一些细节上的问题,如没有明确规定仲裁协议无效或已失效也是仲裁裁决撤销的理由之一等。对此,应当对《仲裁法》实施下列各种修订的办法:

第一,增加允许人民法院受理以我国为仲裁地的外国或跨国仲裁机构裁决的当事人提请撤销该机构裁决的法律条款。英国、瑞士、比利时、西班牙等国立法内容与沿革皆证明,争取以本国为仲裁地将可能为本国带来仲裁服务收入,因此,我国应当向与我国无其他关系的当事人选择我国为仲裁地提供法律依据。同时,鉴于比利时等国历史上的排除某些类型的仲裁裁决撤销管辖权强行规则反而导致失去众多仲裁客户的教训,〔49〕我国也应当为那些选择我国为仲裁地的当事人提供撤销仲裁裁决的救济渠道。提供这类救济渠道不仅可以提高我国国际商事仲裁环境的吸引力,而且会增加我国法律服务的收入,因为在我国当前的法律制度下,包括撤销仲裁裁决之诉在内的所有法律诉讼当事人在需要律师代理时,都必须聘请我国律师代理。对于这类规则的形式,我国最好仿照其他大多数国家的做法,对以我国为仲裁地的所有国际商事仲裁裁决采用同一强行的撤销标准规则。

第二,在修订的《仲裁法》中增加“违反我国国际公共政策”事项作为撤销以我国为仲裁地的国际商事仲裁裁决的强行法理由。这是保障我国根本利益所必需的,并且也不违反我国承担的国际条约义务。当然也要一并完善其他撤销理由。具体而言,现行《仲裁法》第70条应当全部重写,不再与《民事诉讼法》第261条挂钩,而是将撤销裁决的事由限定地列举为以下几项:(1)国际商事仲裁协议不存在或无效、失效;(2)提出申请的一方当事人未被给予有关委任仲裁员或进行仲裁程序的适当通知,或者因其他不属于当事人负责的原因而未能陈述案情;(3)裁决处理了不是仲裁协议范围内的争议,但裁决的事项部分超出仲裁协议范围时,仅可撤销该部分裁决,除非裁决的事项不可分离;(4)在没有违背本法不能背离规则的情况下,仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人的协议不符,或者在当事人没有协议时与本法不符;(5)争议的标的依法不能提交仲裁解决;(6)裁决违反我国国际公共政策。考虑到前述的英美法院结果公正的判例具有较大的合理性,新修订的《仲裁法》应当规定,在出现上述一种或几种情形时,人民法院可以裁定撤销,以使人民法院在适当的场合自由裁量地借鉴英美同行的经验。不过,为了防止下级法院违反立法宗旨的司法造法等弊端,新《仲裁法》可以吸收国际惯例,在第70条的最后增加一句:当事人不服裁定的,应当在收到裁定之日起15日内提出上诉。

最后,除“违反我国国际公共政策”的事项外,新《仲裁法》应当缩短以其他事由提请撤销国际商事仲裁裁决的时限,以提高仲裁的效率。不过,考虑到我国采用6个月时限已有10多年时间,因此借用英、法等国很短的时限规定是很不合适的。我国在修订《仲裁法》时倒是可以吸收很多国家采用的《示范法》第34条第3款规定及爱尔兰等国的做法,将根据“违反我国国际公共政策”事项以外其他法定理由提请撤销裁决的时限规定为3个月。

#### (四) 规范仲裁裁决承认与执行强行规则的调整

较为完善的仲裁法应当以强行规则对仲裁裁决国籍、申请仲裁裁决承认与执行的时限和拒绝承

〔48〕 一些学者认为,由于没有明确列举,一些国家公认的“违反公共政策”事项不能作为我国国际商事仲裁裁决的撤销理由。但是,另一些学者持相反的看法,他们主张“违反公共政策”事项作为我国国际商事仲裁裁决撤销理由仍然是于法有据的。他们认为《民事诉讼法》第260条第1款列举的事项是需要当事人证明的,而是否存在“违反公共政策”的事项是由法院主动审查,《仲裁法》第70条没有援引这一理由并不能排除法院维护我国社会公共利益的固有权力和义务。从实践的角度来看,我国尚无以这一理由撤销国际商事仲裁裁决的实例。参见陈琳:《论国际商事仲裁裁决撤销程序的双重制约》,《现代法学》2004年第5期。See also Li Hu, *Setting Aside an Arbitral Award in the People's Republic of China*, *The American Review of International Arbitration*, 2001, pp. 5-6, 25-26.

〔49〕 见前引〔4〕,后半部分内容。

认与执行的理由等问题作出明确的规定。

我国《仲裁法》及其他制定法对国际商事仲裁裁决的国籍的确定标准没有明确的规定。对于仲裁裁决申请承认与执行的时限问题，由于《民事诉讼法》第 219 条作出了规定，因此《仲裁法》空白对待。然而，前者所定的有自然人为当事人时 1 年否则是 6 个月的时限规则，对于复杂的国际商事仲裁裁决承认及执行案件而言，过于短促。从法理的角度来看，国际商事仲裁裁决作成之后，获得有利裁决的当事人便与对方当事人形成了裁决所确定的债权债务关系，前者在这种关系中所享有权利的消灭时效应当与普通人享有的其他法律权利的消灭时效相同。我国《民事诉讼法》第 219 条规定了如此短促的时限，这便在实际剥夺了获得有利裁决的当事人根据普通法律时效保有的权利。

拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决理由的强行规则体现于《仲裁法》第 71 条。该条通过援引《民事诉讼法》第 260 条第 1 款的方式，使得我国拒绝承认与执行仲裁裁决理由与上述撤销仲裁裁决的理由完全相同。《民事诉讼法》第 260 条第 2 款还将“违背社会公共利益”规定为拒绝执行仲裁裁决的一个理由。从我国已有的一例司法判决来看，《仲裁法》第 71 条对该理由规则只字不提并没有妨碍人民法院主动地拒绝承认和执行“违背社会公共利益”的仲裁裁决。<sup>[50]</sup>但是，我国目前拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决理由的强行规则内容仍然是不完善的，主要表现在：与撤销裁决理由的缺陷一样，没有将仲裁协议失效、仲裁员违反公正性和独立性义务、仲裁裁决违反我国的国际公共政策等列为拒绝承认和执行的理由。

可见，《仲裁法》修订时至少应当完成国际商事仲裁裁决承认与执行中三个方面的强行规则调整。其一是需要澄清仲裁裁决的国籍确定标准，其二是应当延长仲裁裁决的申请承认与执行时限，其三是完善拒绝承认和执行仲裁裁决的理由。就第一个方面的内容而言，我国的立法应当与世界上绝大多数国家的共同做法一致，以仲裁地作为确定裁决国籍的唯一标准，从而使当事人在申请承认与执行仲裁裁决时对是否适用有关条约具有可预见性。最后一个方面也较简单，只要把前述的撤销仲裁裁决理由全搬过来即可。

对于延长国际商事仲裁裁决的申请承认与执行时限问题，我国可以考虑在《仲裁法》中增加一个条款予以解决。具体内容可以是：宣告废止《民事诉讼法》第 219 条的规定，将申请承认与执行国际商事仲裁裁决的时限延长到与一般诉讼时效的期限一致，即为 2 年。

[50] 李梦园、宋连斌：《论社会公共利益与商事仲裁的司法监督——对我国法院若干司法实践的分析》，《北京仲裁》2006 年第 1 期。