

国际商事仲裁一裁终局的困境与出路

孟昭华

(四川师范大学 法学院, 成都 610068)

摘要:传统观点认为,一裁终局是仲裁相对于诉讼的主要优点之一。但随着国际商事交往规模的日益扩大,一裁终局在国际商事仲裁领域内除了效率性结果外,还带来了公正性缺失的可能性,并且现行的司法审查制度也不能从根本上消除这一问题。因此,应当将商事仲裁视为主要是契约因素与裁决权威性因素的结合,增设当事人协议进行的“二次仲裁”,同时,尽可能回退司法因素,以利于仲裁的发展。

关键词:国际商事仲裁;一裁终局;二次仲裁;契约因素;司法因素;裁决权威性因素

中图分类号:DF974 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2007)04-0015-06

仲裁裁决的一裁终局性是指仲裁裁决在当事人间的效力等同于终审的法院判决,对当事人有着严格的约束力。传统理论认为,一裁终局性相对于法院二审三审的多级审程序来说是符合商人的逐利趋向的。对于商人来说,进行缓慢而又耗费金钱的上诉程序,进行旷日持久的诉讼,对当事人来说不见得是个明智的选择。自然,裁决具有终局性,就意味着当事人丧失了通过上诉程序纠正裁决可能出现错误的机会和权利,但裁决终局性所给当事人带来的潜在利益,显然比上诉程序所带来的利益大得多。依据此种理论推断,以放弃上诉权利为代价而获取裁决的终局性是完全值得的,法律应当对当事人这种谋求裁决终局性的合理期待予以保护。从这个意义上理解一裁终局,我们可以设想,当一纸裁决书下达,胜者欢欣,败者沮丧,不得不履行裁决所书事项,一场纠纷得到圆满解决。然而,这个假设却过于乐观。正如前香港国际仲裁中心(HKCIAC)主席开普兰(Neil Kaplan)先生所言,“在仲裁中取得胜利仅仅是第一场战役,下面要做的是使裁决成为现实的金钱”^{[1]170}。使裁决变现,当然需要失败方的配合,但在裁决公正性缺失的情况下,失败方还会如此合作

吗?因此,裁决的首要任务必然是寻求公正。

一 一裁终局面临的困境

(一)本质困境:公正性保证的缺失

传统理论支持一裁终局的原因,是建立在裁决终局性给当事人带来的潜在利益相较于进行上诉可能获得的利益大得多这一假设基础之上。即终局性只有在以下两个基本假设为真的情况下,才是仲裁绝对积极的一个优点:一是仲裁员永远不会出现错误;二是即使仲裁员犯了错误,但这些错误如此微小以至于可以容忍,而且错误的风险被对于速度和效率的追求所掩盖^{[2]531}。

然而,在目前国际商事交往不断扩大的情况下,跨国纠纷中涉及的利益并不是我们想像中的小额数目,而是动辄以百万美元计算的巨额款项。在每一宗仲裁案件中,也许对于仲裁庭来说这仅仅是个数字,但对于当事人来说,一场仲裁的失败就可能导致一个商人的破产。对于裁决获胜者而言,裁决书上的数字就是他手中的金钱,有总胜于无;可是对于失败方而言,在他确信裁决有误的情况下,怎么能确定现在的损失大还是上诉后的损失大呢?何况以对抗制为主的仲裁程序所得的结果并非就是胜者想要

收稿日期:2006-11-18

作者简介:孟昭华(1980—),女,黑龙江佳木斯人,教师,西南政法大学国际法硕士研究生。

的。由于仲裁庭的裁断而非和解性(在此,仅指无调解方式存在的纯正仲裁),不少裁决做出后,败方固然不满,胜方也未必是全盘接受。因而,追求效率并不等同于放弃自己要求公正的权利。

基于上述理由,一裁终局性在国际商事仲裁中并不是它的根本优点。当然,也许有人反驳,如果不是因为一裁终局的效率性结果,为什么那么多国际商事争议以仲裁方式解决呢?根据艾伦·雷德芬、马丁·亨特等学者的论述,这主要因为两点:一是仲裁庭相对于一国法院来说其中立性更能被双方当事人信服;二是仲裁裁决相对于法院判决来说,更易在国际范围内得到承认与执行^{[3]23-24}。

(二)现有的司法审查机制不能保证公正性

对于裁决进行司法审查是目前国际条约、国际示范法及各国立法的通常作法。《纽约公约》、联合国贸法会的《国际商事仲裁示范法》、英国1996年《仲裁法》、2000年《美国统一仲裁法》、德国《民事诉讼法典》第十编及我国1994年《仲裁法》都规定了对于仲裁裁决进行司法审查的条件与程序。

规定对仲裁裁决进行司法审查,一是由司法最终解决原则的需要,该原则要求一切争议以司法方式为最终解决方式,其理论依据来源于“司法是社会公正的最后一道防线”的说法;二是国家主权的需要,即任何民间活动和社会活动最终都要受到国家权力(在此表现为国家司法主权)的调整;第三点原因,也是一个很现实的原因,在仲裁被法律确认之初,以1899年英国法律为例,当时王座法院法官因为担心争议过多依赖于仲裁方式,以至法官自身收入无保障,故而敌视仲裁,这一主观原因现在虽已不存在,但却从一个侧面印证了当时仲裁业的蓬勃发展。

司法审查的产生与发展固然有其依据,但据司法审查的结果来看,它并不像人们预期的那样完美,达到弥补仲裁可能出现的公正性缺失之目的。其缺陷体现在以下方面。

第一,根据现行通例,司法审查的范围不包括争议的事实问题。所以,如果仲裁员出现错误,在事实认定上产生问题,则根据现有的司法审查机制,没有相应办法予以纠正。仲裁员尽管因其专业性与经验备受当事人信赖,但正如波斯纳所指出的那样,仲裁员相对于法官来说,也并不是永无过失、一贯正确的。他们也会犯下错误,出现偶然性的疏忽,留下很

多想像与推理的空间。当仲裁员在认定事实问题上出现错误时,对于纠纷解决的公正性很可能是致命的。而司法审查的排除事实审查,使受损当事人求告无门。

第二,各国司法审查在世界范围内可能产生冲突。根据《纽约公约》第五条关于拒绝承认与执行裁决的规定,被请求承认和执行裁决的管辖当局仅仅是“可以”拒绝承认和执行,而非是强制性的“应该”二字,这就导致了一个裁决可能会在一个国家被拒绝承认与执行,而在另外一个国家却被承认与执行。这一点实践中已有案例,这就是引起仲裁界广泛关注的克罗罗马罗依案^[4]。与此同时,《纽约公约》第七条第一款又被称为“更优权利条款”,根据此款,如果承认与执行地国家法律或承认与执行地国家所签订的双边、多边条约中所规定的承认与执行仲裁裁决的条件优于公约的规定,则该法院可以不考虑公约的规定,而根据国内法或其他条约对外国的仲裁裁决予以承认与执行。此款规定的目的是为了便利裁决的承认与执行,但在实践中却引发了当被请求国的国内法或所签订的国际条约没有将“仲裁裁决已被撤销”列为拒绝承认与执行外国仲裁裁决的事由时,一个已经被仲裁地国法院或特定国家法院撤销的裁决经一方当事人申请承认与执行时,该法院就可以根据“更优权利条款”适用国内法或其他条约承认与执行该裁决^{[5]26}。以上两款规定,在实际司法审查中,导致一个已被撤销的裁决又得到承认与执行,使当事人无法合理预期纠纷解决的结果,破坏了法律秩序的确定性,与传统的仲裁裁决撤销的对世效力产生了冲突,从而使当事人权利的行使受到破坏,影响了争议解决的公正性。

二 在国际商事仲裁的历史轨迹中寻求出路

通过上述分析,我们可以看到,国际商事仲裁一方面因其特有的相对优越性(主要是中立及执行便利),在国际商事纠纷解决机制中占有重要地位;另一方面却因其一裁终局可能引发公正性的缺失而备受困扰。如何解决目前的困境呢?笔者认为,可以回溯溯流,在商事仲裁的历史发展中寻求出路。

(一)国际商事仲裁历史发展的模式

笔者认为,国际商事仲裁应当是三种因素的混合产物:契约因素、司法因素及仲裁裁决自身的权威性因素。它的发展基本上可以分为传统与现实两种模式。

1. 传统模式

众所周知,仲裁是当事人合意的产物。作为一种纠纷解决方式,其历史可以上溯到古埃及^[6]、希腊及罗马时代。古罗马的《十二铜表法》中就已经有了关于仲裁的具体规定。从那时起直到中世纪末期,政治国家将商事仲裁完全视为是私人领域内的事项,法律无意过问,法院也不加干涉,仲裁处于一种绝对的自治状态。

此时的商事仲裁,在三项因素中掌控全局的是契约因素与裁决自身权威性因素。之所以如此,固然是因为当时的商事交易规模尚小,城邦国家更多重视的是对外政治关系,忙于外交与武力争战,无暇顾及商事领域。但更重要的、更深层次的原因在于,当时的世界处于“熟人社会”。在这样的社会里,仲裁裁决的权威性仅凭德高望重的仲裁员即可予以保证,裁决一旦做出,以其经验和专业性就得到了当事人的信任,而且当事人间也是“熟人”,参与相关交易的商人也大体固定,人们更加讲究诚信。所以仲裁裁决天生的软弱性(自身无强制力保证实行)被“熟人社会”的权威与诚信弥补。

进入中央集权的君主专制时代后,政治国家的权力开始扩张至社会生活的各个方面。集权性对于纠纷处理制度中民间性的仲裁极为敌视,认为其发展削弱了国家的司法主权,所以对仲裁进行了立法上的严格规制。最典型的范例就是英国的“法院管辖权不容夺原则”,对一切仲裁裁决法院均有权予以重新审查。这一时期,司法因素完全占据了上风,仲裁在夹缝中艰难生存。

2. 现实模式

20世纪70年代以来,政治国家对于商事仲裁的敌意逐渐消除。一方面是因为世界局势的缓和,各国开始把经济发展作为国家生活重心,商业活动得到了前所未有的重视;另一方面是因为各国诉讼压力日益增大,有其他途径予以分劳,利多害少。在这样一种国际大氛围下,商事仲裁迎来了前所未有的春天。但是,国家司法主权始终是不容侵犯的,而且法官不信任仲裁的倾向并未发生太大变化。尽管现今支持仲裁是国际大势所趋,国际条约与各国立法都表现出限制司法审查仲裁裁决的姿态,但我们也要注意在司法审查程序进行时,权力又发挥了其惯于扩张的本性。如《美国仲裁法》明文规定的撤销裁决条件实质上等同于《纽约公约》的规定,但

这并不妨碍美国各地法院通过判例形式扩张司法审查的范围,其典型范例即为通过美国最高法院对于Wilko v. Swann一案和First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan一案的判决,许多法院和学者从中提取出司法创造的“明显漠视法律原则”^[7]。

现代时期,仲裁中的司法因素虽然并非是专制集权时代的模式,但其在国际商事仲裁中的地位也是极为重要的,甚至可以说是司法因素与契约因素分庭抗礼,裁决已经无法仅凭自身权威性得到当事人的尊重与履行了。当然,裁决权威性的降低,有其自身原因,如人们生活模式已由“熟人社会”转变为“陌生人社会”,商事交易的舞台日益广阔,交易当事人的诚信无法保障等等。但不得不指出的是,正是因为司法审查中的程序性要求使得仲裁程序日益趋于诉讼化,其灵活性有所减损,而且司法审查撤销裁决必然使裁决的权威性降低,当事人无法取得合理预期的效果。

(二) 理想模式

1. 契约因素: 允许当事人间协议进行“二次仲裁”

仲裁是当事人协议的创造物,当事人同意把他们之间已经发生的或是将要发生的争议提交给他们自己选定的(并不排除仲裁委员会等类似机构的代选)个人解决。作为这样一种契约安排,自然,仲裁应当受到当事人意思自治原则支配。那么,理论上,当事人间就应该可以自由规定仲裁的种种作法,也就不排除当事人可以约定对于经过一裁的案件重新仲裁,或称“二次仲裁”。“二次仲裁”对于习惯于“一裁终局”的人来说,可能很不入耳,但事实上,实践中早已有这样的做法。实践中,一是已有国内法规定允许“二次仲裁”。如《希腊民事诉讼法典》第八百九十五条就允许当事人协议安排新的仲裁庭对于已经裁决过的争议重新裁决;《英国1996年仲裁法》中“裁决”部分第四十八条第一款“当事人可自由约定仲裁庭在救济上可行使的权力”,同时在该部分第五十八条第一款规定“除非当事人另有约定,依据仲裁协议作出之裁决系终局的”,这也说明了英国1996年仲裁法并不以“一裁终局”为仲裁的本质属性,是允许当事人自由约定的。二是国际组织中也有先例。如公共资源中心(CPR)争议解决机构设立了仲裁裁决的二次仲裁程序^[8]。CPR的“二次仲裁程序”既可以是当事人在原始仲裁协议

中达成,也可以是争议产生之后达成。无论是否依据 CPR 规则仲裁,都不影响向 CPR 申请“二次仲裁”,并且“二次仲裁”的审查范围很广泛,没有限制任何错误类型。

除了有实践作法予以支撑,当事人意思自治进行“二次仲裁”,在理论上也是成立的。前已述及,在现今世界中,一裁终局并非是国际商事仲裁颇得当事人青睐的主要原因,故而认为一裁终局是国际商事仲裁根本特性以至于不可变更的说法就缺乏依据。时移则事易。如果说,仲裁在产生之初确是以一裁终局保证的效率性为人喜爱,那么现今已不是此种情形,我们也就没有必要抱着过时的“优点”不放手了。而且,根据边沁的功利主义原则,个人是自身福利的最好判断者,那么我们没有理由不相信当事人自己的决断的。值得注意的是,“二次仲裁”仅仅是给当事人提供一个选择机会而已,如果当事人经过利益权衡,认为没有必要多此一举,那么不做此种选择则可。

也许有人质疑:没有必要再增加一个“二次仲裁”,只要将司法审查的范围扩大,让其也包括对于事实的审查,一切问题不就迎刃而解了吗?但这样会引发一个根本性的问题,即仲裁的意义完全消失了。试想一下,如果允许法院审查仲裁中已经做出裁决的一切问题,那么岂不是将仲裁变成了诉讼的序曲,这样的仲裁在实质上与诉讼审级中的一审没有区别,也完全违背了当事人因为仲裁独到的优点选择以仲裁方式解决纠纷的初衷。而且,在现今司法资源本就紧张的情况下,主张司法权力适当回退是有必要的。按照通常的理解,市场解决的效率要高于非市场解决或由国家出面解决,因为后者是被视为前者成本过高时的替代办法。更进一步说,市场解决的成本高低取决于规范市场行为的非市场解决(即广义政府)的有效性或质量;同时,市场解决和非市场解决各自有自身的效率领域,它们之间也是互动的^[9]。所以,应当让仲裁(市场解决)与诉讼(国家解决)各司其职,司法审查只应当起一个适度的支持仲裁的作用。

2. 司法因素:削弱消极司法审查

各国对于司法审查的条件与程序规定大同小异,在此仅以《纽约公约》第五条为例。《纽约公约》第五条规定的是被请求承认或执行裁决的管辖当局拒绝承认与执行该裁决的条件。其第一款的规定是

只有在当事人提出相关证明时,该管辖当局才可以拒绝承认与执行裁决。这是一种消极的司法审查方式,必须当事人提请,法院没有义务主动审查。第二款的规定是“管辖当局如果查明有下列情况,也可以拒绝承认与执行”。在这种情况下,法院是依据自身职权主动进行审查,属于积极司法方式。

司法审查尽管存在前文所述缺陷,但是因为仲裁这种纠纷解决方式的民间性,它不可能有强制执行力,这种天生的软弱性就不得不求助于司法协助。但笔者认为,根据《纽约公约》第五条的规定,再加上各国适用时的习惯性扩张(如美国的“明显漠视法律”),尽管司法审查极力表现它的有限审查性质,实际上却常常具有攻击性,成为裁决对其不利的一方当事人用以拖延裁决执行的工具。所以,目前关于司法审查的规定并不像表面那样温和。

结合扩大当事人意思自治,笔者认为的理想模式,应当是提供“二次仲裁”的选择机会,同时“二次仲裁”的结果应该得到各国法院的大力支持,积极履行。考虑到各国国家司法主权,要求“二次仲裁”裁决完全不受任何审查是肯定行不通的。但是,我们可以依据前面对于《纽约公约》第五条的分析,对两款规定进行区别对待,以形成现实中仲裁裁决承认与执行过程中可能会出现两种情形。

第一,仍按现有模式进行。在此种情况下,当事人选择一裁终局。裁决做出后,如果不服,可以向相关机构申请撤销与执行。

第二,选用“二次仲裁”。在此种情况下,当事人一旦选用“二次仲裁”,必须同时明了自己所做的选择就排除了法院的消极司法审查方式。消极司法审查的目的是为了保障程序公正,而“二次仲裁”就其实质来说相当于诉讼中的上诉审机制。审级增加是为了公正起见,尽管增加一级不可能就保证绝对的公正,但我们可以通过详细的制度设计来保证相对公正。既然有了相当于上诉机制的“二次仲裁”,自然没有必要再要求法院进行消极司法审查,而且法院在此干涉过多,只会造成程序结果确定性的缺失,不利于当事人的心理预期。

“二次仲裁”因为仍然遵守普通仲裁程序中选择仲裁员的规定,所以它仍然能保证在二裁中仲裁庭相对于法院的中立性、程序的灵活性和裁断人士的专业性。由于是重新组成仲裁庭进行仲裁,对于案件的事实问题也可以重新裁断,并且因为裁断的

结果仍是仲裁裁决,其可执行性也就大有保障。

至于《纽约公约》第五条第二款的积极司法审查方式,涉及争议的可仲裁性和各国公共秩序保留的问题,与各国司法主权关系极为密切,考虑到国家主权的不可剥夺性,我们不能允许当事人协议排除。如此规定,也可以解决当事人意思自治的范围必须受到限制这个问题。有人反对当事人协议“排除司法管辖”^{[10][123]},理由就是司法机构所能管理的范围应当是由立法机关通过国家正式立法予以规定,如果允许当事人协议规定司法机构如何行事,是对国家立法主权的侵害,私权力僭越公权。而采用只允许当事人协议排除消极司法审查,就不会出现这个问题了。并且由于当事人已经协议决定“二次仲裁”,根据契约法上的“禁止反言”原则,也不允许裁决对其不利的一方再去寻求积极司法方式以外的救济,避免了争议在仲裁庭与法院之间来来回回的乒乓游戏。

3. 裁决权威性因素:保证仲裁裁决权威性

采用“二次仲裁”这一机制,必须同时保证的是除了上述相对于诉讼方式的优点,还要尽可能设计一些附随制度来保证裁决的公正性,否则裁决做出,依然无法让当事人信服,因而要加强仲裁裁决的权威性。

第一,裁决应以附理由为原则。一个好的裁决应当是有理有据。首先,有理有据的裁决书可以让双方当事人明白自己为何会得到这样的判决结果,从而使获胜方心安理得,失败方心服口服,真正从心灵层次上消除纠纷。其次,有理有据的裁决书容易得到外国法院的执行,因为法官在决定是否执行一个裁决时,也是要审查裁决书的,没有充分且相对正确的理由,法官会说服不了自己使用国家权力依从裁决,何况法官与仲裁员间另有一种同业竞争的微妙关系。再次,对仲裁员提出了很高的素质要求。作为一种非国家权力的纠纷解决方式,仲裁员在仲裁中的地位如此重要,以至于人们认为仲裁员是仲裁的“灵魂”,所以仲裁员的素质高低,也是纠纷解决公正与否的一个关键因素。能写出一篇让人从心理上接受的裁决书,要求裁决作出人除了专业知识以外,还要有很好的逻辑判断能力;同时,如果理由

不当,就会使裁决更易受到质疑,为保证裁决的确定性,必然要求裁决作出人具有很高的水平,这就于无形中保证了仲裁的质量。

纵观各国仲裁法,《英国1996年仲裁法》相对于1979年的一个重要改变就是仲裁裁决书须附理由,除非是以和解方式达成或当事人约定不必给出(第五十二条第四款)。我国1994年《仲裁法》第五十四条、《中国澳门核准仲裁制度》第三十条第五款、《德国民事诉讼法典(第十编)》第一千零五十四条第二款、《韩国仲裁法》第三十二条第二款作出同样规定。与此同时,《美国统一仲裁法(2000年)》和《瑞典仲裁法》则没有要求仲裁给予理由。存在这种情况,是因为有些学者相信不给理由的裁决书不利于仲裁另一优点,即保密性。因为提请执行裁决时要提交裁决书,申请撤销与执行裁决也是以裁决书提交为条件,而司法程序是公开进行的,如果涉及商业秘密,保密性就会遭到破坏。但实际上这种考虑有杞人忧天之嫌。每个人都是自己最大利益的最佳评判者。如果纠纷确实涉及商业秘密,则当事人自然会考虑到这一点,提请仲裁人不注明理由。即使当事人起初并没有考虑到保密性问题,也可以在裁决进行时提请。这也是上述各国法律明文规定之意,实际上,就是以裁决附具理由为原则,允许当事人考虑提出特殊要求。

第二,加强行业自律。任何行业的发展都应当是良性竞争的结果,并不是仲裁机构越多越能体现行业的蓬勃发展。与之相反,如果仅仅因为目前国际商事仲裁发展态势较好,便一窝蜂地抢办仲裁机构,抢办国际商事纠纷,反而会出现“劣币驱逐良币”的现象,进而损害整个行业的正常发展。在成立全国性或国际性的仲裁协会时,尤其应考虑对于违规的仲裁机构和仲裁员予以处罚。此类处罚应当不仅仅是经济处罚,更要注意的是其公开性。应当利用现代发达的信息技术,尽可能使仲裁员的职业素养、道德品质被相关当事人熟知,打破“陌生人社会”的坚冰,使仲裁界回复到“熟人社会”时期的裁决自身权威性。如此,有助于仲裁员的优胜劣汰,同时,也为当事人选择仲裁员扫清一些障碍,进而有利于裁决在国际范围内得到承认与执行。

参考文献:

[1] Neil Kaplan. Arbitration in Asia: Developments and Crises[J]. Amsterdam: *Journal of International Arbitration*, 19(2), 2002.

- [2] William H. Knull, III and Noah D. Rubins. Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option? [J]. *The American Review of International Arbitration*, 2000, (11).
- [3] (英) 艾伦·雷德芬, 马丁·亨特, 等. 国际商事仲裁法律与实践(第四版) [M]. 林一飞, 宋连斌译. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- [4] 赵秀文. 从克罗罗马案看国际仲裁裁决的撤销与执行[J]. 法商研究, 2002, (5).
- [5] 申琳. 从《纽约公约》“更优权利条款”谈国际商事仲裁裁决撤销的对世效力[J]. 濮阳职业技术学院学报, 2004, (4).
- [6] 古埃及的仲裁[J]. 陈正伟, 李芳译. 仲裁与法律, 2004, (1).
- [7] Peter Bowman Rutledge. On the Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors[J]. Amsterdam: *Journal of International Arbitration*, 2002.
- [8] CPR Institute for Dispute Resolution, CPR Arbitration Appeal Procedure (December 22, 1999) [EB/OL]. Http://www.cpadr.org/.
- [9] 张宇燕. 过河的中美故事[N]. 南方周末, 2005-11-24 (D26).
- [10] Cecilia M. Di Cio. Dealing with Mistakes Contained in Arbitral Awards[J]. *The American Review of International Arbitration*, 2001, (12).

Dilemma and Solution of Final Ruling of International Commercial Primary Arbitrament

MENG Shao-hua

(Law Institute, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610068, China)

Abstract: A traditional view holds that one of the advantages of arbitrament as opposed to lawsuit is final ruling of primary arbitrament. However, along with the increasingly enlarged scale of international commercial activities, this advantage entails, besides its efficiency, possibility of fairness deficiency, which the existent judicial review system cannot eliminate fundamentally. Therefore, it is a must to regard commercial arbitrament principally as a combination between contractual factors and arbitrating authority factors, to set up “secondary arbitrament” of involved parties bargaining, and for the arbitrament to turn to judicial factors with the chief goal of facilitating its development.

Key words: international commercial arbitrament; final ruling of primary arbitrament; secondary arbitrament; judicial factors; arbitrating authority factors

[责任编辑: 苏雪梅]