

论国际商事仲裁制度中的 意思自治原则

丁丽柏,王 瑋

(西南政法大学 经贸法学院,重庆 400031)

摘要:在私法领域,意思自治原则历经几个世纪的嬗变依然活跃。而作为国际商事仲裁乃至整个国际私法制度的基本原则之一,意思自治原则也显示出旺盛的生命力。它贯穿于整个国际商事仲裁的过程中,既是实质要件又是重要原则;即是骨架又是灵魂。而我国的仲裁制度中同样也贯穿了意思自治原则,在即将修改的《仲裁法》中应进一步体现意思自治原则的灵魂作用并加以灵活应用,以便在新的环境条件下与国际商事仲裁制度接轨。

关键词:意思自治原则;国际商事仲裁;仲裁法

中图分类号: D99 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-5831(2006)01-0081-05

一位著名学者曾这样诠释意思自治原则:“意思自治作为私法自治的核心和灵魂,既是经济自由在法律上的必然要求,也是社会基本伦理要求在法律上的反映。作为私法鲜活精灵的意思自治对促进现代私法制度的构筑和完善发挥了重大作用。”从这样的评述中,我们不难看出它是民商事法律制度中私法自治的体现,是自由精神在私法领域的反映。同时在国际商事仲裁制度中,意思自治原则经过几个世纪的变革,不仅比较完善,亦成为该领域解决法律适用问题的一项基本和重要原则。

一、意思自治原则溯源

对意思自治之理解,不同的学者对其有不同认识。有的学者认为意思自治原则是指民事主体在进行民事活动时意志独立、自由和行为自主,即民事主体在从事民事活动时,以自己的真实意思来充分表达自己的意愿,根据自己的意愿来设立、变更和终止民事法律关系。^[1]有的学者认为意思自治原则之核心是合同自由原则,其指参加民事活动的当事人在法律允许的范围内享有完全的自由,按照自己的自由意思决定缔结合同关系,为自己设定权利或对他

人承担义务,任何机关、组织和个人不得非法干涉。^[2]德国学者将意思自治称为“私法自治”,他们认为意思自治乃法律制度赋予并确保每个人都具有在一定范围内,通过法律行为特别是合同来调整相互之间关系的可能性。^[3]

意思自治无疑是一项较古老的原则。目前,大多数学者在论述当事人意思自治问题时,认为该原则的正式提出源于法国学者查理·杜摩兰(Domoulin)。但是,就当事人能够在一定范围内自由选择某些事项的准据法并不是一个全新的概念,而是有其历史源流的。作为一种思想萌芽,当事人意思自治的产生可以追溯到公元前120至118年间的古希腊——然而,在合同领域内的当事人意思自治的观念则始现于14世纪意大利波伦亚大学教授萨利塞(Salicut)的著作中。到15世纪,巴黎大学教授罗朱斯·库尔蒂乌斯(Rochus Curtius)明确指出,合同之所以适用行为地法,是因为“当事人默示同意适用该法”,虽然它同现代意义上的当事人意思自治的概念相差甚远,并且在当时未引起人们较多的注意;然而却为当事人选择法律的观念,即现代的自治法观念开辟了道路。直到16世纪,杜摩兰才在库尔蒂乌斯思想的基础上,明确提出了当事人意思自治原则,从

收稿日期:2005-09-22

作者简介:丁丽柏(1965-),女,壮族,广西靖西人,西南政法大学经贸法学院副教授,硕士生导师,主要从事国际法研究。

而在这方面做出了创造性的贡献。当时,他通过对适用缔约地法进行解释得出这样一种结论:既然适用缔约地法是因为当事人意图适用该法,当事人也可以意图适用其它法律。

理论上最先接受意思自治原则的是荷兰法学家胡伯,他在1689年曾指出合同形式和内容都应适用缔约地法,但是当事人另有表示的除外。随后,德国法学家萨维尼、意大利法学家孟西尼、美国法学家斯托雷也都接受了这一学说。在普通法国家第一个采用意思自治原则的判例出现在英国,1760年曼斯菲尔德勋爵在罗宾逊诉布兰得(Robinson V. Bland)指出,作为一种例外,当事人可以选择缔约地以外的法律。1865年在英国法院通过利比亚半岛-东方海运公司诉香德(P. & O. Steam Navigation Co. V. Shand)案和劳埃德诉吉伯特(Lloyd V. Guibert)案,最终放弃缔约地法而确立了意思自治原则在英国法律适用领域的支配地位。此后美国1825年,马歇尔(Marshall)法官在韦曼诉索沙德(Wayman V. Southard)案中引入意思自治原则。1953年最高法院法官杰克逊(Jackson)毫不犹豫地接受了意思自治原则。此后,法国、德国、比利时、荷兰、瑞士等国家的法律,都相继承认了这一原则。

正是由于作为起草委员会成员之一的孟西尼的推动,1865年的《意大利民法典》最早在立法上明确接受意思自治原则。此后,日本、西班牙、葡萄牙、匈牙利、土耳其、秘鲁、波兰、德国、瑞士、以色列等国家也都在立法上确立了意思自治原则的地位,美国1971年《第二次冲突法重述》也接受了该原则。时至今日,它已为世界各国普遍接受。而我国的一些民商事法律中也已出现了对意思自治原则的认可和确立,如1985年《涉外经济合同法》第五条就确立了意思自治原则在合同法律适用中的首要原则地位。

二、国际商事仲裁中的意思自治原则

在国际私法上的意思自治原则即当事人意思自治原则,是指合同当事人可以通过协商一致的意思表示自由选择合同准据法的一项法律选择原则。在有关国际商事仲裁的法规中,“自愿”二字贯穿始终,自愿的原则是国际商事仲裁的最基本原则,是整个仲裁制度赖以存在和发展的基石,这里的自愿原则就是意思自治原则的内核和精髓。

在国际商事仲裁活动中,首先选择仲裁方式,当

事人享有最大限度的自主权。一项纠纷产生后,是否将其提交仲裁、交与谁仲裁、仲裁庭的组成人员如何产生等,都是在当事人意思自治的基础上,由当事人协商确定的。意思自治是启动仲裁程序的重要条件,一起纠纷要进入仲裁程序,应当出于当事人双方的共同意愿即共同的意思表示。具体表现为在合同中约定了仲裁条款或订立单项的仲裁协议。双方自愿达成仲裁协议(含仲裁条款)的,一方向法院起诉,法院不予受理,即一个有效的仲裁协议(或条款)可以排除法院的管辖权;双方之前没有达成协议,而一方申请仲裁,仲裁委员会也不予受理。其次,当事人的纠纷交由哪个仲裁委员会解决,这些都是由当事人在意思自治的基础上协商确定的,即当事人可以在表意一致的情况下确定管辖权的来源,现实表现就是可以在一定范围内选择他们共同信任的仲裁机构进行仲裁。进入仲裁程序后,意思自治原则仍然随处可见。当事人是自己在仲裁员名册中选定仲裁员还是请仲裁委员会主任指定仲裁员,选择何种仲裁庭组成方式,是否选择适用简易程序,开庭审理还是书面审理等问题,当事人都可以根据自身的需求做出适当的选择。如果双方当事人达成一致,那么仲裁程序就会依照当事人的一致意见进行下去。仲裁的继续也以申请人自愿为前提,如果在仲裁庭做出裁决前,申请人自愿撤回申请的,仲裁庭经审查认为撤回申请不违背法律法规的,则应予同意,仲裁活动终止。最后,双方当事人在自愿达成和解或调解协议的基础上,还可以协商确定是根据协议制作调解书还是裁决书,裁决书中是否要写明事实与理由。同时,仲裁协议还是使仲裁裁决具有强制执行力的法律前提,如果仲裁裁决不是以有效仲裁协议为基础做出的,则裁决在生效后就不能作为强制执行的依据。

“当事人意思自治”是整个国际商事仲裁制度的核心,“自愿”的灵魂指挥着仲裁的一举一动。而我们也知道,国际商事仲裁之所以在现今的商事交往中被使用如此频繁和广泛,受到世界各国当事人的青睐,与以意思自治为基础的特有的仲裁程序有比较密切的关系。正因为有了意思自治的光芒在仲裁程序中处处闪烁,使整个程序具有了快捷、简便以及人性化的特征。因为意思自治原则为当事人双方提供了许多选择的空间,这非常符合当代人注重个体

意志发展实现的趋势。该原则可以让双方在纠纷产生之前预先通过协商尽量选择与我方利益更加接近的解决方式,从而避免了诉讼中生硬的管辖带给当事人实际与心理上很多的不便和抗拒。而在纠纷产生正式进入仲裁程序后,意思自治的使命也并未终结,双方当事人也可以在此过程中充分表达自我意志,促成尽量协商解决问题,这也是仲裁较于诉讼一个最大的特点所在,可以使纠纷双方在独立表达自我意志的同时又为双方提供了一个通过协商达成一致、最终尽快解决问题的平台。

在整个国际仲裁制度的演进中,虽然意思自治原则并不是矗立在此领域中巍然不动,它也曾被怀疑和动摇过,但笔者始终认为意思自治的宗旨和精神影响了并正在影响着整个仲裁制度的发展与蓬勃。它是整个仲裁制度的灵魂和基石,如果一旦意思自治原则从根本上被动摇或者改变,那么国际仲裁乃至整个仲裁制度将会失去原有的优势和魅力。

三、我国仲裁制度与意思自治原则

随着第十届全国人大常委会五年立法规划的公布,我国《仲裁法》的修订已提上日程。《仲裁法》的修订主要是指1994年《仲裁法》、1991年《民事诉讼法》相关内容的完善,还包括其他法律中有关规定的改进,其目的在于制定一部新的仲裁单行法规。在这个全球化、信息化大步迈进的时代,经济及社会关系的变化迅捷异常,我国亦作为WTO的一员融入到整个国际贸易和国际市场中,原有的仲裁制度已不能完全适应新的情况和挑战。而仲裁,是一个注重国际化并敏于适应商业变迁的领域,上个世纪最后十几年,源起欧洲并席卷全球的仲裁法改革,使得当代仲裁迈上了前所未有的新高度。这表明,我国的新仲裁法一方面要赶上现在的潮流,另一方面对未来十年国际仲裁动态要有所预测。^[4]我国仲裁法律制度作为国际商事仲裁制度的参与者,意思自治原则无论在1994年的《仲裁法》还是即将新修订的《仲裁法》中都需要保持基础作用。

(一)我国在现行《仲裁法》中确立了意思自治原则

我国《仲裁法》确立了意思自治为一项基本原则并在相应内容上得以全面体现:第一,当事人采用仲裁方式解决纠纷,以双方自愿并为书面表现为前提。将双方合意作为仲裁程序启动的重要条件。《仲裁

法》第4条规定“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理”。第二,双方当事人共同约定仲裁事项、仲裁地点和仲裁庭。按照《仲裁法》的规定,当事人可自行约定除婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷以及依法应当由行政机关处理的行政争议以外的因执行合同所发生的与合同有关的一切争议。没有约定或者约定事项超出法律规定范围的,仲裁机构无权仲裁。此外,当事人均可自由地确定仲裁地点和仲裁机构。第三,仲裁员由当事人选定和委托指定。我国《仲裁法》第31条规定:“当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员,第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第四,由当事人协商仲裁是否开庭与公开进行。仲裁法规定仲裁庭并且不公开进行,当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料做出裁决。同时,当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外(见《仲裁法》第39、40条)。除此之外,当事人还可在仲裁过程中自行和解和自愿调解,并可就裁决书是否写明争议事实和裁决理由达成协议。由此可见,意思自治原则在我国仲裁制度上的建立,适应了国内仲裁与国际商事仲裁的趋同趋势。^[5]

(二)我国仲裁法律制度在适用意思自治原则中出现的相关问题

虽然我国现行《仲裁法》用较详尽的规定将意思自治原则贯彻其中,但是仍有些问题随着时代的变迁和发展进入到我们的视野,值得探讨和商榷。

首先,关于我国仲裁的受案范围问题。意思自治原则应贯穿整个仲裁制度,所以凡是当事人享有处分权的争议均可提交仲裁。此原则已被现今世界各国在仲裁实践中承认,而我国的仲裁界及法律界也已早有认同,但面向今日高速发展的社会、经济局势以及国际法律环境的变化,仲裁的受案范围还应适当拓宽以进一步体现意思自治原则的指导作用:

其一是将因民事侵权行为所引起的纠纷纳入到仲裁受案范围中。因为在民事侵权案件中,当事人双方均有相应的处分权,因此若该类案件以仲裁方式解决,通常较快捷有效,且有利于社会经济的稳定和发展。另外,我国已成为1958年《纽约公约》的成

盟国,为了与国际条约一致、并与国际商事仲裁制度接轨,我国应在受案范围方面有所考虑和扩大。

其二是将犯罪行为引起的损害赔偿纠纷纳入仲裁的受案范围。可以看到该类纠纷的当事人也拥有相应的处分权,同时为了使被害人以更快捷更便利的渠道获得充分救济,也是仲裁体现出的特征之一和优势所在。并且,这在国际惯例中也较常见,获得公认并有部分国家,例如荷兰已将该类纠纷纳入了仲裁范围之内。

其次,赋予仲裁中双方当事人协议选择仲裁程序规则的权利。按我国现行的《仲裁法》,仲裁双方当事人是无权协议选择仲裁程序规则的,但德国、日本、美国等国家的仲裁立法与仲裁规则都允许双方当事人通过仲裁协议自行选择仲裁程序,^[6]双方当事人之间的约定只要没有违背仲裁地有关法律的强制性规定,没有侵害第三人或者社会公共利益,就应得到认可与尊重。但我国《仲裁法》在程序方面的规定繁琐而又较为严格,带有诉讼的色彩。比如,根据我国《仲裁法》第45条的规定,证据应在开庭时出示,并由当事人进行质证。这一规定不仅排斥了在仲裁活动中的其他质证方式,而且对于采用书面审理案件的形式制造了法律障碍,因无法当庭质证而不能推进程序的进行。这都与仲裁体现当事人意思自治、经济快捷的仲裁价值背道而驰,并且使我国仲裁程序在操作上缺乏一定灵活性,在某些方面几乎成为诉讼程序的翻版。^[7]

意思自治原则在仲裁中具有灵魂作用,关系到双方当事人切身利益的问题都应尽可能地考虑该原则的适用。而关于仲裁程序规则的选择将影响到整个诉讼的进程,所以应尽可能使双方当事人在一定范围内自由地进行协商和选择,并尊重当事人的选择和意愿。而由双方当事人自由协商选择程序规则已在世界范围内得到认同和适用,这从一个方面可以看到该种制度是有利于仲裁的发展和完善,以及是向更加科学、人性化的方向发展的一个必经步骤。若我国能将该制度纳入新的仲裁法的立法范围之内,对我国与国际商事仲裁制度,以及世界范围内法律制度的合作都有较大促进,并可以尽可能地减少磨合,对贸易、经济的发展亦有深远的影响和作用。同时,我国加入的1958年《纽约公约》已对该规则予以了肯定,确定了当事人选择程序规则的权利。该

公约第5条第4款规定,如果仲裁的组成或仲裁程序同当事人协议的不相符合,被请求承认或执行裁决的主管机关可以根据当事人的请求,拒绝承认和执行有关裁决。当然我们必须明确的是,当事人协议选择的程序规则决不能与我国其他法律、法规相抵触和违背,否则选择的程序规则也是无效的。当事人未能达成协议或未做出选择的,仍适用仲裁地程序规则。

再者,我国应适当放宽对当事人选择的争议解决适用的实体法的限制。根据1958年《纽约公约》第5条第2款(甲)项规定,当事人有权选择仲裁适用的实体法律。对此,我国原则上允许当事人进行选择,但是限制较多,这不利于我国与国际商事仲裁接轨,同时还有可能束缚我国仲裁制度的进步。依照意思自治原则的精神,和国际上通行的惯例与公约要求,对该问题提出以下意见:

可以允许当事人在任何时候(不限于开庭前)做出对实体法的选择或变更以前已经做出的选择。依照意思自治原则的目的是为了让当事人选择最终将适用的准据法,以便更好地保护当事人的权益。既然已经允许当事人进行选择,那么同样也应该允许当事人对当初做出的选择进行改正,重新选择,只要后选择的实体法不违背公序良俗或是对当事人一方显失公平。同时,也应允许当事人在任何时候放弃开始选择的法律,而不是要求仅在开庭前确定选择的法律而不允许再行更改,如果这样,其实也是对意思自治原则执行的不彻底。

可以减少对选择法律方式的限制,有条件的承认默示选择。意思自治原则中强调的是当事人完整的意思表示自由,而默示也是当事人的一种意思表示方式,所以,也不能轻易放弃对这种方式的肯定。因此在当事人签订的仲裁条款或协议中,引用了某国的特殊的法律条款,或者提到了某国特有的法律理论,甚至是使用了特有的法律术语,都可以推定该当事人默示选择了某国的法律。当然,我们还应强调的是有条件地承认,不能轻易地推定当事人选择的法律,而应该把注意力集中在当事人对某个法律的选择时都处于其真实意图或缘于需要的内心渴望,是否只是一种作为论据的引用而不是对法律适用的指引,这都是在承认默示选择过程中必须要注意的。

可以允许当事人选择与合同没有客观联系的法律。因为当事人选择的法律多数情况下是由双方通过本着善良愿望的协商而达成合意选择的,这样选择的法律通常是比较完备、易于使用甚至是便于适用后执行的,同时这也极有可能是双方当事人及律师等相关人员所熟知的、常用的法律。特别是双方当事人处于一种不平等地位的时候,这样的选择通常更有利于公平原则的贯彻和适用。所以,对于当事人选择的与合同没有客观联系的法律,不能毫无理性地一味摒弃,如果这样做与意思自治原则有背道而驰之嫌。^[18]

最后,应解决仲裁协议形式要件过于僵化的问题。根据我国《仲裁法》第16条、第18条的规定,一个有效的仲裁协议必须同时具备三个形式要件,即请求仲裁的意思表示、仲裁事项和选定的仲裁委员会。如果仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以达成补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效,不能履行。这一规定与目前国际上通行作法相差甚远。在国际仲裁实践中,一般是要求当事人在仲裁协议中能够有提交仲裁的意思表示即可,而且允许临时仲裁形式的存在。而根据我国《仲裁法》的上述规定,如果在仲裁协议中当事人约定的仲裁事项及选定的仲裁委员会不明确,将导致仲裁协议无效。这就使许多双方当事人均有将纠纷提交仲裁意愿的仲裁协议因非关键性内容的欠缺而无效,既缩小了我国仲裁机构受理案件的范围,严重阻碍了我国仲裁事业的迅速发展,又违背了双方当事人申请仲裁的意愿,成为与意思自治原则相悖的一种表现。更为严重的是在仲裁协议有效要件问题上与国际社会规定的不一致,已

经对我国国际仲裁事业产生了极为不利的影响,引发了一系列问题。

四、结语

意思自治原则是国际商事仲裁乃至整个仲裁领域的首要原则,它在过去几个世纪的考验中被越磨越亮,经受住了时间与现实的磨砺,为整个仲裁制度的演进发展做出了不小的贡献,使仲裁制度始终散发着特殊的魅力与光彩。我国现今的仲裁制度已在许多方面适用了意思自治原则的基本精神,但仍有僵硬、死板之处,与意思自治的最终目标和理想有一定差距,同国际商事仲裁制度有一定的脱节现象,这就需要通过今后长久的仲裁实践以及理论总结来加以弥补和完善,使我国的仲裁法律制度取得更加长远的进步。

参考文献:

- [1] 马俊驹,余延满.民法原理[M].北京:法律出版社,1998:59.
- [2] 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2001:59.
- [3] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].王晓晔,邵建东,等译.北京:法律出版社,2003:54.
- [4] 宋连斌.理念走向规则:仲裁法修订应注意的几个问题[J].北京仲裁,2004,(52):1-19.
- [5] 吴莲.中国仲裁制度与国际商事仲裁制度的发展与趋同[J].广西公安管理干部学院学报,2000,(3):32-34.
- [6] 陈桂明.仲裁法论[M].北京:中国政法大学出版社,1993:6.
- [7] 宋朝武.我国仲裁制度:弊端及其克服[J].政法论坛,2002,(6):91-98.
- [8] 徐保福.完善我国仲裁制度的若干构想[J].广西法学,1996,(1):34-34.

Autonomy of Will Principle in International Commercial Arbitration System

DING Li-bai, WANG Cheng

(Institute of Economic and Trading Laws, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: In the private law area, the Autonomy of Will Principle has been active over several centuries. As one of the basic principles of the international commercial arbitration rules, the principle also shows its outstanding vitality. The Autonomy of Will Principle, which goes through the process of international commercial arbitration rules, is not only its essential prerequisites, but also its important principle. Furthermore, the principle also goes through our own arbitration system. And the Arbitration Law that should be amended soon, should further reflect this principle and apply it agilely, in order to catch up with the rapid development of international commercial arbitration.

Key words: autonomy of will principle; international commercial arbitration; arbitration law