

国际商事仲裁一裁终局的相对性

石现明

(云南财经大学 法学院, 云南 昆明 650221)

摘要:鉴于国内学术界普遍视一裁终局为国际商事仲裁的主要优点并将其绝对化,《中华人民共和国仲裁法》第9条规定仲裁实行绝对的一裁终局制度,运用比较分析法考察世界上主要国家和地区的国际商事仲裁立法及国际商事仲裁机构的仲裁规则。分析认为,当争议标的额较大而裁决又有错误时,以效率为价值取向的一裁终局制度会给当事人带来难以承受的损失;世界上许多国家和地区的仲裁立法以及一些国际仲裁机构的仲裁规则都在规定仲裁裁决终局性的同时,允许当事人作出相反的约定和安排。分析结果表明,《中华人民共和国仲裁法》应当在涉外商事仲裁中摒弃绝对的一裁终局制度。

关键词:国际商事仲裁;《中华人民共和国仲裁法》;一裁终局;相对性

中图分类号:DF974

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2009)04-0061-07

在中国仲裁学界有一种根深蒂固的认识:一裁终局是包括国际商事仲裁在内的所有商事仲裁相对于法院诉讼的主要优点,是一切商事仲裁的本质特征和基本原则,不实行一裁终局就不成其为仲裁。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第9条明确规定:“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理”。据此规定,一裁终局是中国仲裁制度必须遵循的基本原则,该原则既适用于国内商事仲裁又适用于在中国进行的国际商事仲裁,当事人不得协议排除其适用。一裁终局原则得以建立的理论基础是,假定当事人选择仲裁就是为了快速解决彼此争议,当事人选择仲裁就意味着愿意承担错误裁决带来的风险和损失。这一假定在国内商事仲裁中能够成立,因为如果当事人不是为了快速解决争议而是为了公平

和公正,他们完全可以将争议诉诸法院,法院在理论上不会偏向于同属本国国民的任何一方当事人。但正如笔者曾经撰文指出的那样,国际商事交易当事人之所以选择仲裁,往往主要是为了避免到可能会对其不公正的对方当事人所属国法院进行诉讼,是为了获得公平、公正的争议解决结果^[1]。

对于追求公平、正义的国际商事仲裁当事人来说,一裁终局使得其在仲裁裁决确有错误时难以得到有效的救济,使其可能由此遭受重大的损失,有违其选择仲裁的目的和初衷。是故,本文旨在论证国际商事仲裁的一裁终局相对于法院诉讼的优点之相对性。在此基础上,本文考察世界上主要国家和地区的国际商事仲裁立法及国际商事仲裁机构的仲裁规则,论证一裁终局作为国际商事仲裁的一项基本原则之相对性,并就修改和完善本国相关仲裁制度提出政策性建议。

收稿日期:2009-06-17

基金项目:云南财经大学科学研究课题(80025092009)

作者简介:石现明(1968-),男,四川南充人,副教授,法学博士。

一、国际商事仲裁一裁终局 优点之相对性

关于仲裁相对于诉讼究竟有何优点,不同学者往往会有不同的答案。有学者认为,仲裁具有自愿性、专业性、灵活性、保密性、快捷性、经济性和独立性等特征和优点^[2]。也有学者认为,国际商事仲裁的特点可以归纳为管辖权的非强制性、自治性与执行裁决的强制性、灵活性和专业性^[3]。还有学者将国际商事仲裁的优点概括为当事人意思充分自治、管辖权的稳定性、裁决的国际执行力、独立、一裁终局、专家断案和保密^[4]。但学界一般认为,国际商事仲裁具有仲裁庭的中立性、仲裁裁决的公正性、裁决较法院判决容易得到他国的承认与执行、效率高、成本低、专业性和保密性等优点。就国际商事仲裁而言,仲裁地点和仲裁庭的中立性以及由此带来的仲裁裁决的公正性、仲裁裁决的国际可执行性、仲裁服务的专业性和保密性等优点是绝对的,只要是仲裁就具有这些优点。相比之下,国际商事仲裁裁决的终局性以及由此带来的快捷性和经济性等优点是有条件的、相对的,是以牺牲仲裁裁决的准确性和公正性为代价。有论者指出,只有在仲裁员永远不犯错误,或者仲裁标的额很小以致裁决错误是可以承受的或当事人对效率和终局性的渴求胜过错误裁决的风险成本这2个假设前提中的任何一个得以满足时,终局性才可能是国际商事仲裁的普遍肯定性优点^[5]。换言之,只有在仲裁裁决是正确的,或者仲裁裁决虽有错误但其所导致的损失小于终局性带来的利益时,终局性及由此带来的快捷性和经济性才是国际商事仲裁的优点。

但是,上述2个假设前提在现实中往往都是无法满足的。第一,仲裁员像法官一样会犯错误。和法官一样,仲裁员也是人,其在作出裁决的过程中也会受到知识水平、经验、情感、喜好、价值观念和意识形态等诸多因素的制约和影响。事实上,不管仲裁员有多么深厚丰富的专业知识,也不管其内心多么希望做到客观公正,他都可能会像法官一样,在认定事实和适用法律时犯这样或那样的错误,从而作出错误的裁决。特别是在现代国际商事仲裁中,提交仲裁庭仲裁的国际商事案件不仅涉及复杂的法律问题,往往会涉及到外国法律的适用,有时还会涉及到同时适用多个国家的法律,而且涉及日益复杂的技术、经济和金融等方面的问题,而仲裁员不可能既是

法律专家又是经济技术方面的专家,这无疑会增加仲裁员犯错误和作出错误裁决的可能性。因此,即使是最狂热的仲裁支持者也不可能断言仲裁员永远不会犯错误^[5]。第二,错误仲裁裁决所带来的损失不会总是比终局性带来的利益要小。不可否认,如果争议金额相对较小,而且双方当事人都希望继续维持合作关系和尽快恢复正常生产经营活动,错误裁决所造成的损失可能会比快速解决争议带来的利益要小,他们会愿意承担错误裁决带来的风险和损失。然而,现代国际商事交易标的额往往非常巨大,动辄数百万乃至数亿美元,对于这些标的额巨大的国际商事争议案件的当事人来说,一旦裁决不公正或有错误而又因为一裁终局而难以上诉,选择仲裁就意味着将要承受巨大的风险损失,甚至可能倾家荡产。因此有学者认为:“只有当你赢了官司时,快捷性和终局性才是仲裁的优点。如果仲裁员犯有重大错误,快捷性和终局性就不再是优点”^[6]。著名国际商事仲裁学者马丁·亨特也认为:“在国际交易中,人们对仲裁的普遍偏爱与经常在仲裁会议上强调的速度和节省成本之优点毫无关系……我们之所以在国际商事合同中见到仲裁条款的主要原因是从事国际贸易的公司和政府机构全都不愿意到另一方当事人的‘本国’法院进行诉讼……国际环境中的仲裁之另一有益特点在于跨越国境执行仲裁裁决的条约义务”^[7]。这也就是说,国际商事交易当事人之所以选择仲裁,是因为他们可以选择中立的仲裁地从而避免到一国法院诉讼可能遭受的不公正以及仲裁裁决可以在其他国家得到承认与执行,而不是因为仲裁实行一裁终局,仲裁比诉讼的效率更高、成本更低。因此笔者认为,这是国际商事仲裁与国内商事仲裁的最大不同之处,国际商事仲裁因此不必然以效率为其基本价值取向,不应奉行绝对的一裁终局制度。2000年对606名美国大公司的律师所做的调查显示,54.3%的不选择仲裁的律师认为仲裁裁决太难上诉。对50名欧美律师、仲裁评论员和公司执行官所做的调查显示,1/3的人认为没有上诉机制并非仲裁的优点,另有1/3的人主张终局性是民间争端解决机制的一个“极其相对”的优点^[5]。

即使假定终局性和快捷性是国际商事仲裁的一大优点,是吸引国际商事交易当事人选择仲裁的一个重要因素,一裁终局制度也不能必然保证国际商事仲裁终局性目标的实现,仲裁裁决的作出也不必然意味着争议的最终解决。在出现错误裁决时情况更是如此,因为败诉方往往会转而寻求内国法院的

司法救济,以推翻对其不利的仲裁裁决或拖延仲裁裁决的执行。第一,在败诉方不主动履行仲裁裁决时,胜诉方必须申请败诉方财产所在地国法院承认和执行该仲裁裁决。执行地国法院承认仲裁裁决是该仲裁裁决获得强制执行的前提条件。但按照现行国际商事仲裁法律体制,在承认和执行程序中被申请人可以提出拒绝承认和执行仲裁裁决的抗辩。第二,败诉方还可以向裁决作出地国或据以作出该裁决的法律所属国法院申请撤销仲裁裁决。当今各国的仲裁法大多规定了仲裁裁决撤销程序和撤销仲裁裁决的具体事由。虽然《承认及执行外国仲裁裁决公约》和各国仲裁立法规定的拒绝承认与执行外国仲裁裁决和撤销仲裁裁决的理由主要是仲裁程序方面的缺陷和错误,不包括事实认定错误和法律适用错误等实体性理由,但当事人往往会将其对仲裁裁决实体的不满归咎于程序性错误,而主张撤销或拒绝承认与执行仲裁裁决。因此不难设想,如果仲裁裁决确有错误并给一方当事人带来无法承受的损失,败诉方是不会轻易善罢甘休的,他会转而求助内国法院的司法救济程序,并设法证明存在应当撤销或应当拒绝承认和执行该仲裁裁决的情形,以抗拒对其不公正的仲裁裁决。即使仲裁裁决是正确、公正的,败诉方有时也可能仅仅为了拖延对其不利的仲裁裁决的执行而滥用上述救济途径,实施拖延战术使得国际商事仲裁的快捷性优点不复存在。不管是败诉方主动向裁决作出地国法院申请撤销仲裁裁决,还是在胜诉方申请承认和执行仲裁裁决时请求拒绝承认和执行仲裁裁决,对于双方当事人的争议解决而言,仲裁裁决的作出仅仅是解决争议的第一步,只不过是将双方当事人争斗的场所从仲裁庭转移到他们当初并不愿意面对的法院。所以,香港国际仲裁中心前主席开普兰说:“在仲裁中取得胜利仅仅是第一场战役的胜利,接下来要做的是使裁决变成现实的金钱”^[8]。笔者认为,至少在仲裁裁决确有错误时,不允许对仲裁裁决提起上诉并不能保证国际商事仲裁终局性目标的实现,一裁终局仅仅是仲裁的一裁终局而不是整个争议解决程序的一裁终局。内国法院司法审查的介入,有时可能会使当事人陷入 Hilmarton 噩梦而难以解脱。(Hilmarton 诉 Omnium 一案先后经过了 2 次仲裁、1 次裁决作出地国法院的撤销程序(2 个审级的审理)、2 次在法国的承认和执行程序(每次都经过了 3 个审级的审理),前后耗时近 10 年,当事人为此耗费的时间、精力和金钱难以估算,被称为 Hilmarton 噩梦。——笔

者注)

有学者指出,既然一裁终局不必然是国际商事仲裁的优点,如果国际商事仲裁服务提供者不提供对错误仲裁裁决进行有效救济的机制和途径,他们就可能因为如下原因而无法充分发挥仲裁解决国际商事争议的优势和潜力。第一,因为担心仲裁裁决出现实体性错误和没有有效的救济途径修正错误而带来难以承受的损失,部分交易标的额较大的当事人可能会放弃选择仲裁,他们或者选择到一国法院进行诉讼,或者如果有切实可行的解决争议的替代方式,他们便不可能就不能接受的条件达成和解协议。这样,国际商事仲裁将会因为实行一裁终局而失去部分潜在的消费者。第二,对于那些选择仲裁的国际商事交易当事人来说,国际商事仲裁服务提供者可能没有提供他们最需要的服务项目。如果这些消费者虽然对一裁终局制度感到不安,但出于对仲裁地的中立性和仲裁裁决的可执行性等因素的考虑而被迫“购买”国际商事仲裁服务提供者提供的“规格划一”的产品,他们的希望亦会因为他们认为是不公正的仲裁裁决而落空。其结果将是双方当事人到内国法院展开无休止的诉讼,从而破坏国际商事仲裁的终局性和准确性,危害整个国际商事仲裁制度^[5]。美国公共资源中心争议解决协会在 2000 年颁布的《仲裁上诉程序规则》的序言和其后的评论都指出,大多数选择仲裁而不选择诉讼的当事人都认识到仲裁裁决的终局性是其诱人之处,但一些重大案件的当事人担心不正确裁决的可能性并希望能够就裁决向由杰出的上诉仲裁员组成的仲裁庭提出上诉;如果争议的标的额非常巨大,一些当事人就会担心不合理裁决的可能性,一裁终局制度就会阻止其选择使用仲裁^[9]。著名国际贸易法专家施米托夫指出:“对于仲裁员所处理的日趋复杂的争议,凡涉及难以解决的法律问题或具有普遍意义的仲裁,原则上采用两审程序是符合需要的,实行上诉庭的制度也是可能的”^[10]。不仅如此,施米托夫还主张:“最终必须建立起一个国际上诉仲裁庭。但该上诉庭的管辖权无论如何也不应该是强制性的,它应自愿地适用于全世界的商事仲裁。它应有适当的、最大限度的灵活性。如果国际上诉仲裁庭向所有当事人开放并深得他们宠爱,又不存在其他复审的可能性时,它将对商事仲裁的国际化 and 现代商人习惯法的发展作出重要的贡献”^[10]。建立统一的国际上诉仲裁庭的设想和建议在理论上是可行的,但它需要国际社会的协调和共同努力,在短期内难以实现。

笔者认为,其前一种主张更加切实可行,即由仲裁机构在其仲裁规则中设立选择性仲裁内部上诉机制,供有此需求的当事人选择使用,以更好地发挥仲裁解决国际商事争议的优势和潜力。

二、国际商事仲裁一裁终局原则之相对性

中国学界一向将“一裁终局”等同于英文中的“仲裁裁决的终局性(finality of arbitral awards)”。一般认为,仲裁裁决的终局性是指仲裁庭对当事人提交仲裁的争议进行审理后所作出的裁决对双方当事人都具有法律约束力,当事人不得再就同一争议申请仲裁或向法院提起诉讼。中国学者大多主张一裁终局是国际商事仲裁的一个基本原则。“仲裁庭一旦作出裁决,即对双方当事人产生约束力,即使当事人对裁决不服,也不得向任何行政机关或法院申诉或上诉试图变更裁决;若败诉方拒不自动执行裁决规定的义务,胜诉方有权提出申请,请求有管辖权的法院承认裁决的效力,并且予以强制执行”^[10]。但是,综观世界上大多数国家的仲裁立法和仲裁机构的仲裁规则,一裁终局或仲裁裁决的终局性只是相对的,并不是国际商事仲裁的绝对制度或原则。

第一,仲裁裁决的终局性是相对于司法审查的有限性而言的,并不是说仲裁就只能一裁终局。“一裁终局”之概念确实给人“仲裁只能进行一级审理,作出一次裁决”之感觉,但笔者在英文文献中未能找到与之相对应的表述,英文中的“finality of arbitral awards”不能完全等同于汉语中的“一裁终局”。在世界各国都在一定程度上保留了法院对仲裁裁决进行司法审查的情况下,当事人虽然不能就争议本身再向法院起诉,但是可以根据法律规定就仲裁裁决向法院提出异议,请求撤销、变更仲裁裁决或者要求仲裁庭重新仲裁。既然如此,怎么能说仲裁裁决一定是终局呢?笔者认为,仲裁裁决的终局性或一裁终局是一个相对的概念,是相对于司法审查范围的有限性而言,司法审查的范围越大,仲裁裁决的终局性就越低;反之,司法审查的范围越小,仲裁裁决的终局性就越高。例如,美国《联邦仲裁法》和《统一仲裁法》都没有对仲裁裁决的终局性直接作出规定,但美国学者认为,为了增强已经为人们意识到的仲裁优势和防止与该法之政策不相容的实体司法审查,它们的起草者通过有限的司法审查确立了仲裁的终局性^[11]。施米托夫也曾指出:“仲裁裁

决的终局性问题是国际仲裁中最主要的悬而未决的问题,涉及的问题是法院应该在什么时候干预仲裁员的裁决以及干预到何种程度”^[10]。显然,施米托夫不是从仲裁审级的多少来谈论仲裁裁决的终局性,而是将其与仲裁裁决的司法审查联系在一起。他进一步将司法审查分成2种不同的类型。第一种司法审查涉及的问题是仲裁程序是否遵守了自然正义的要求以及仲裁协议按照对当事人适用的法律是否有效。第二种司法审查是对仲裁裁决的是非曲直的审查,即审查仲裁员是否犯有错误。他认为:“对于第二种司法复审,即对仲裁裁决的是非曲直的审查,国际商业界舆论明确赞成仲裁裁决的终局性。然而,这并非意味着在所有情况下都排除对仲裁裁决的审查”^[10]。施米托夫的论述表明:仲裁裁决终局性的程度与司法审查范围密切相关;在国际商事仲裁中,仲裁裁决的终局性和司法审查的范围应当受到当事人意思自治的约束,当事人有权作出他们认为适当的约定和安排。

第二,许多国家和地区的仲裁法都没有将仲裁裁决的终局性当作仲裁的一项基本原则或制度加以规定。这其中有2种不同的立法例。一是有些国家的仲裁法在规定仲裁裁决终局性的同时允许当事人另外作出约定。例如,1996年的《英国仲裁法》第58条规定:“除非当事人另有约定,依据仲裁协议作出之裁决是终局的,对当事人以及通过当事人或其名义提出请求者都具有约束力。本条之规定不影响任何人依据可资利用的仲裁上诉或复审程序或本编之规定对仲裁裁决提出异议的权利”。根据该条之规定,仲裁裁决的终局性受到如下几个方面的限制:(1)如果当事人另有相反的约定,如当事人在仲裁协议中约定可就仲裁裁决中的任何问题向仲裁机构提出上诉,则原仲裁裁决就不具有终局性;(2)如果当事人选择适用的仲裁规则有关于仲裁上诉或复审的规定,当事人就有权利利用这些规定和程序对仲裁裁决向原仲裁机构提出上诉,原仲裁裁决也不具有终局性;(3)当事人可以根据该法第67条和第68条的有关规定向法院就实体管辖权和仲裁裁决提出异议,当事人还可以根据该法第69条的规定就法律问题向法院提出上诉,在当事人提出异议或上诉的情况下,仲裁裁决亦不具有终局性。1996年的《中国香港仲裁(修订)条例》亦作出了类似的规定:“除非仲裁协议表明相反的意图,否则在下述规定适用于所提交的仲裁的情况下,每项仲裁协议均应视为包含这样约定:仲裁员或公断人所作之裁决是终局

裁决,对各方及在各方之下提出申诉之人都具有约束力”。这就是说,只有当事人没有相反约定时,仲裁裁决才是终局的;如果当事人有相反的约定,仲裁裁决就不是终局的。二是有些国家和地区的仲裁法不仅没有规定仲裁裁决的终局性,而是明确规定当事人可以约定就仲裁裁决向仲裁机构或法院上诉。这其中最典型的当数荷兰仲裁法的规定。1986年的《荷兰民事诉讼法典》第1050条规定:“只有当事人已经达成协议,才能对仲裁裁决向另一仲裁庭提出上诉。除非当事人另有约定,就部分裁决向另一仲裁庭的上诉只能同对最终裁决的上诉一并提出。除非当事人另有约定,就临时裁决向另一仲裁庭的上诉也只能同对最终裁决或部分终局裁决的上诉一并提出。”该条规定表明,荷兰法律允许当事人协议就仲裁裁决向另一仲裁庭提出上诉,仲裁不实行绝对的一裁终局。澳门特别行政区政府第29/96/M号法令第34条第1款亦规定:“当事人可以在仲裁协议或随后签署的书面协议中确定一上诉仲裁审级,但必须订明提起上诉的条件及期间、上诉的方式及审理上诉之仲裁实体之组成,否则其规定无效。不过,当事人引用的仲裁机构规章对上述事宜已有规定者不受此限制”。虽然该法令只适用于澳门本地仲裁而不适用于国际商事仲裁,但是适用于涉外仲裁的澳门特别行政区政府第55/98/M号法令第35条第1款规定:“凡本法无明文规定者,均补充适用第29/96/M号法令”。由于第55/98/M号法令对该问题未作明文规定,因此,当事人对于国际商事仲裁仍然可以根据第29/96/M号法令第34条的规定在仲裁协议中确定上诉仲裁审级或向法院上诉。

第三,有些国际商事仲裁机构或组织的仲裁规则中设有仲裁内部上诉程序,当事人只要对仲裁裁决不服就可以向该仲裁机构内部的常设或临时上诉仲裁庭提出上诉。一直以来,许多国际商品协会的商品争议仲裁规则中都包含独立的、缺省性仲裁上诉程序,在当事人没有相反约定时适用。例如,根据伦敦谷物饲料贸易协会,国际油、油籽和油脂协会,咖啡贸易联合会,伦敦稻谷经纪人协会等仲裁规则的规定,在这些协会中进行的仲裁都实行两级仲裁制,除非当事人另有相反约定,任何一方当事人如对一审仲裁裁决不服,均可向这些协会中设立的仲裁上诉机构提出上诉。同国际商品协会的仲裁一样,许多海事仲裁机构的仲裁规则中也有上诉仲裁程序。例如,《劳合社救助契约标准格式》第13条规定:“第8条所指的任何人可以在劳合社委员会宣

布裁决之日后14天内……向劳合社委员会作出上诉通知,对裁决提出上诉”。作为解决国家和他国国民投资争议的ICSID仲裁,其特点是设立了ICSID内部的裁决撤销制度。虽然ICSID撤销裁决的理由仅限于程序性问题,但实际上仍然属于一种仲裁内部上诉程序或准上诉程序^[13]。ICSID秘书处还于2004年10月发布了《ICSID仲裁制度之可能改进》的讨论稿,提出了建立包括实体审查在内的ICSID上诉机制之改革设想^[14]。此外,为保证仲裁裁决的程序和实体公正,美国近年来也在新签订的双边投资协定和自由贸易区协定中明确提出要设立投资仲裁上诉机制,由重新组建的仲裁庭对原仲裁裁决进行程序和实体审查^[15]。

综上所述,国际商事仲裁裁决的终局性只是一个相对概念,是通过有限的司法审查来加以保证和实现的,受到法律所允许的司法审查范围的影响和制约。仲裁裁决的终局性亦与仲裁本身审级的多少没有关系。同时,仲裁是否实行一裁终局还取决于当事人的意思自治,取决于当事人选择适用的仲裁规则是否有不同的规定。那些主张一裁终局是国际商事仲裁的本质特征、是国际上普遍采用的仲裁原则之观点是片面的,值得商榷。

三、修改与完善《仲裁法》 第9条的建议

一裁终局可能会使国际商事仲裁当事人遭受重大损失因而不必然是国际商事仲裁的优点,国际商事仲裁裁决的终局性主要是相对于内国法院的司法审查及其范围而言的,与仲裁本身审级的多少并无关系,一裁终局也不是国际商事仲裁的本质特征和绝对原则。因此笔者主张,为了充分发挥仲裁解决国际商事争议的独特优势,增强中国涉外商事仲裁对具有不同需求和关切的国际商事交易当事人的吸引力,需要修改和完善《仲裁法》第9条关于“一裁终局”的僵硬规定,使中国的涉外商事仲裁法律制度具有灵活性。如何修改和完善《仲裁法》第9条,笔者提出以下思考和建议。

第一,是否实行一裁终局的制度应当区别国内商事仲裁和国际商事仲裁。对国际仲裁和国内仲裁作出区分是国际社会的普遍做法^[16]。笔者一贯主张,应当将国际商事仲裁与国内商事仲裁严格区别开来,因为国际商事仲裁和国内商事仲裁产生的原因和当事人选择仲裁的目的和动机等不一样,从而

决定了当事人的价值追求可能存在差异^[1]。对于国际商事仲裁当事人与国内商事仲裁当事人的不同价值追求,施米托夫曾经指出:“避开公开审理和非正规性当然是商人们喜欢仲裁而不是诉讼的原因,但在国际商事仲裁中,他们喜欢仲裁的主要原因在于它是唯一适合于解决国际交易争议的方法。目前我们还没有国际商事法院。因而除国际仲裁以外的唯一选择是在一国国内法院涉诉,但这种做法具有很大的不确定性”^[10]。国内商事交易当事人选择仲裁的目的主要是为了避免法院诉讼程序烦琐僵硬、效率低下的弊端,而国际商事交易当事人选择诉讼的原因则主要是为了避开一国法院对外国当事人可能不公正。既然国内商事交易当事人和国际商事交易当事人选择仲裁的原因和动机不同,国内商事仲裁法律制度和国际商事仲裁法律制度也就应当有所区别。因此笔者建议,在是否实行一裁终局的问题上,国内商事仲裁和国际商事仲裁应当采用不同的立法模式。对于国内商事仲裁,应当坚持一裁终局的原则,因为如果当事人不是为了效率而是为了公平,他们完全可以选择诉讼而不选择仲裁,法院在理论上对同属本国人的争议双方是不会有偏向的。对于涉外商事仲裁,则应当在实行一裁终局的同时允许当事人协议作出相反的约定,因为如果实行绝对的一裁终局的制度,当遇有仲裁裁决错误或是不公正的情况而当事人又难以承受时,他就不得不到有关国家法院寻求司法救济,违背其选择仲裁的初衷。

第二,在涉外商事仲裁中是否实行一裁终局的制度应当取决于当事人的意思自治。笔者之所以建议对于国际商事仲裁应当在实行一裁终局的同时允许当事人协议作出相反的约定,是基于有些当事人选择仲裁是为了追求争议解决结果的公平和公正之认识和考虑。正如万鄂湘教授所指出的那样,当事人选择仲裁解决纠纷的主观原因多种多样、不一而足,很难说当事人都自愿以牺牲终局性换取实体正义,或者说当事人都愿意以牺牲实体正义换取终局性,推想所有的当事人都愿意以牺牲终局性换取实体正义或者推想所有的当事人都愿意以牺牲实体正义换取终局性都不免有些武断^[17]。一裁终局承载的是仲裁的效率价值,允许当事人协议排除一裁终局而就包括实体错误在内的错误裁决向仲裁机构提出上诉则是尊重和体现当事人的公平价值追求,二者之间不可避免地存在对立和冲突,片面地强调一个方面而忽视另一个方面都会使国际商事仲裁失去对一部分当事人的吸引力。解决二者之间的对立与冲突的出路在于采取灵活的立法模式,尊重当事人

的意思自治,不要让当事人在一裁终局与实体正义之间做两难选择。施米托夫在论及是否应对仲裁裁决的实体问题进行司法复审时指出:“仲裁是一项合同安排,而合同法的基本原则是当事人的意思自治。因此,应该由当事人自己决定他们是否愿意对裁决的是非曲直进行司法复审。国际法规应该规定仲裁裁决是终局的,除非当事人另有约定”^[10]。中国学者在论及与一裁终局密切联系的司法审查的范围时,虽然彼此观点相互对立,但是他们事实上也都承认应当尊重当事人的意思自治。全面监督论的代表人物陈安教授在主张法院应监督仲裁实体内容的同时也认为:“除非当事人间另有明文协议‘各自自愿放弃任何上诉权利’,否则绝不应推断:当事人一旦选择仲裁方式之后,即使面临错误的或违法的涉外终局裁决,也自愿全盘放弃向管辖法院提出申诉和请求以监督和纠正的权利”^[18]。程序监督论的代表人物肖永平教授亦从不同的角度表达了相同的观点:“考虑到仲裁的契约性和当事人意思自治原则,也可以允许当事人在仲裁裁决的终局性和实质性审查之间作出自己的选择,即允许当事人授权法院对裁决进行实质性审查”^[16]。基于同样道理,笔者建议,涉外商事仲裁应以一裁终局为原则,以当事人另有相反约定为例外。也就是说,只有在当事人没有相反约定的情况下,涉外商事仲裁才实行一裁终局;如果当事人另有约定,应遵从当事人的约定。

基于以上考虑并借鉴国外立法,《仲裁法》第9条可修改为:“(1)仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。(2)对于涉外仲裁,除非当事人另有约定,依据仲裁协议所作之裁决是终局的,对双方当事人都具有约束力。本款之规定不影响任何一方当事人依据可资利用的仲裁上诉或复审程序或者本法规定的司法审查程序对仲裁裁决提出上诉或异议的权利”。

四、结 语

国际商事交易当事人选择仲裁的目的不同于国内商事交易当事人。对于追求公平与公正的国际商事仲裁当事人而言,一裁终局制度使得他们在裁决有错误时难以得到有效的救济,可能给他们造成难以承受的损失,一裁终局不必然是国际商事仲裁的优点。综观世界主要国家和地区的仲裁立法以及一些国际仲裁机构的仲裁规则,一裁终局也不是国际商事仲裁必须遵循的绝对原则。基于国际商事仲裁

一裁终局原则之优点及其相对性,中国应当摒弃奉行绝对的一裁终局制度,在涉外商事仲裁中允许当事人就是否实行一裁终局作出符合其需要的约定。

参考文献:

- [1] 石现明. 国际商事仲裁价值取向之检讨:以当事人的价值追求为视角[J]. 学术论坛, 2007, 30(9): 133-139.
- [2] 乔欣. 比较商事仲裁[M]. 北京:法律出版社, 2004.
- [3] 韩健. 现代国际商事仲裁法的理论与实践[M]. 修订本. 北京:法律出版社, 2000.
- [4] 林一飞. 国际商事仲裁法律与实务[M]. 北京:中信出版社, 2005.
- [5] William H K, Noah D R. Betting the farm on international arbitration: is it time to offer an appeal option? [J]. The American Review of International Arbitration, 2002, 11(4): 531-577.
- [6] Thomas J K. The transnational arbitration of high-tech disputes[R]. Dallas: The Seventh Annual Transnational Commercial Arbitration Workshop, 1996.
- [7] Martin Hunter. International commercial dispute resolution: the challenge of the twenty-first century [J]. Arbitration International, 2000, 16(4): 379-392.
- [8] Neil Kaplan. Arbitration in Asia: developments and crisis [J]. Journal of International Arbitration, 2002, 19(2): 160-181.

- [9] CPR Institute. CPR Arbitral Appellate Procedures[S].
- [10] 施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 赵秀文, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- [11] 陈治东. 国际商事仲裁法[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [12] Amy J S. Ending a mud bowl: defining arbitration's finality through functional analysis [J]. Georgia Law Review, 2002, 37: 123-204.
- [13] 魏艳茹. ICSID 仲裁撤销制度研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2007.
- [14] ICSID secretariat. Possible improvements of the framework for ICSID arbitration [R]. Washington DC: The World Bank, 2004.
- [15] David A G. An appellate mechanism for review of arbitral decisions in investor-state disputes: prospects and challenges [M]. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 2008.
- [16] 肖永平. 内国、涉外仲裁监督机制之我见: 对《中国涉外仲裁监督机制评析》一文的商榷[J]. 中国社会科学, 1998, 19(2): 94-97.
- [17] 万鄂湘, 于喜富. 再论司法与仲裁的关系: 关于法院应否监督仲裁实体内容的立法与实践模式及理论思考[J]. 法学评论, 2004, 25(3): 60-69.
- [18] 陈安. 再论中国涉外仲裁的监督机制及其与国际惯例的接轨: 兼答肖永平先生[J]. 仲裁与法律通讯, 1998, 5(1): 45-48.

Relativities of finality of arbitral award of international commercial arbitration

SHI Xian-ming

(School of Law, Yunnan University of Finance and Economics, Kunming 650221, Yunnan, China)

Abstract: In Chinese academic circle, finality of awards is commonly and absolutely reputed as the most virtue and fundamental principle of international commercial arbitration, and *The Arbitration Act of China* stipulate that finality of arbitral award be absolutely observed in arbitration. Through analysis, this paper holds that when the stake of dispute is huge and the award is erroneous, the efficiency-oriented regime of finality of arbitral award may cause unendurable losses for the parties the legislation on arbitration in many countries and areas in the world and the arbitration rules of some international arbitration institutions allow the parties to make otherwise agreements and arrangements while stipulating finality of arbitral awards. This paper suggests that *The Arbitration Act in China* should abolish the absolute regime of finality of arbitral awards.

Key words: international commercial arbitration; *The Arbitration Act of China*; finality of award; relativity