

# “一带一路”商事仲裁中国国际商事惯例适用研究

宋 阳\*

**摘 要:**在涉“一带一路”商事纠纷解决实践的过程中,如何正确地适用实体法律规则是一个重要的法律问题。通过对《国际商事仲裁年鉴》所收录的 2010 年到 2018 年的 66 起典型仲裁裁决进行梳理和研究后发现,在国际商事仲裁中,案件当事人对于准据法的协议选择并无对国际商事惯例这类自治性规则的明显偏好,但是适用国际商事惯例却可以在很大程度上可以给仲裁员带来增加自由裁量权、避免不熟悉的外国法的适用等巨大利益。根据仲裁员是争议当事人代理人的理论,从利益配置视角来看,仲裁员不能脱离当事人的利益而去追求自身利益的实现。因此,过度拔高国际商事惯例的适用地位可能不利于仲裁庭合理行使仲裁权限。要增强我国仲裁机构的国际影响力,使我国成为“一带一路”国家的商事仲裁服务中心,应该理性地认识和控制国际商事惯例的法律作用和功能。

**关键词:**国际商事仲裁 国际商事惯例 协议选择准据法 代理人理论 仲裁员利益

2018 年 6 月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《意见》),期望通过我国相关裁判机构的能力建设进而确立我国在“一带一路”建设中的争端解决中心地位。其中商事仲裁作为最为重要的争端解决方式之一,被给予特别的重视与强调。《意见》明确提出“支持具备条件、在国际上享有良好声誉的国内仲裁机构开展涉‘一带一路’国际商事仲裁。鼓励国内仲裁机构与‘一带一路’建设参与国仲裁机构合作建立联合仲裁机制。吸引更多海内外优秀仲裁员,为‘一带一路’建设参与国当事人提供优质仲裁法律服务”。可见将我国建设成为“一带一路”商事仲裁服务中心已然成我国未来法律服务工作的中心任务目标,这在很大程度上体现出我国法律制度的世界向度,进一步推进我国对世界共同繁荣的法律制度供给。<sup>①</sup>但同时我们也应该冷静地认识到“中心”的地位不是自封的,而是自然选择的结果,这取决于跨国商事交易主体对我国提供的法律服务的认可和主动选择。<sup>②</sup>目前,我国商事仲裁的影响力和竞争力在世界范围

\* 河北大学法学院研究员

基金项目:国家社会科学基金项目(16BFX195)

① 参见赵庆寺:《试论构建人类命运共同体的制度化路径》,《探索》2019 年第 2 期。

② 参见初北平:《“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来》,《中国法学》2017 年第 6 期。

来看是有限的。<sup>①</sup>从法律适用角度来看,仲裁庭能否科学、专业地选择和适用准据法以满足商事仲裁案件当事人的需要和预期在很大程度上标志着我国仲裁行业竞争力水平的高低。诚然,仲裁竞争力的高低是由仲裁服务的许多方面决定的,对于实体法的选择和适用的能力水平只是诸多评价因素中的一个方面。但不可否认的是,仲裁机构选择最为合适的准据法并能够准确地予以适用,很大程度上能够反映某个国家或地区的“制度竞争力”。

仲裁程序的最大特色在于其保密性和灵活性。这导致仲裁员在裁决时基本不存在任何外来监督力量的约束,同时仲裁员对准据法的选择权限过大。<sup>②</sup>这会在很大程度上降低仲裁程序的仪式感和程序感,为弥补这种程序感的缺失,似乎就应该在实体法的选择范围上加以限制和控制。假若仲裁庭适用的实体法过于灵活和不确定,甚至实体法被仲裁员任意解释的话,仲裁程序显然会传达给当事人一种严重的不严肃的信息暗示。<sup>③</sup>这种信息暗示将在很大程度上降低当事人的安全感和信任感,最终影响当事人对仲裁结果的满意度。由于国际商事仲裁服务的对象是从事跨国商事交易的商人,这种负面信息传播的速度会非常快而且很可能被进一步地放大,这样势必对仲裁机构的竞争力产生负面影响。跨国商事仲裁中的实体法渊源大体可以分为两种类型,一类与法院所适用的相同即国家制定法,另外一类则被称为国际商事惯例。学界对于国际商事惯例的范围界定稍有差别,称谓也有所不同,如有学者称之为国际贸易习惯法也有学者称之为商人法。<sup>④</sup>国际商事惯例自发地产生于国际商事主体的实践,为从事该类交易的当事人所“共同接受”的“民间规则”。<sup>⑤</sup>国际商事惯例自20世纪60年代开始形成概念体系而稳步发展,<sup>⑥</sup>并影响到某些国家的仲裁法和仲裁规则。支持优先适用国际商事惯例的学者认为,籍由国际商事仲裁这种通过契约的方法来解决争端的争议解决方式,裁判者可以脱离国家主权立法之束缚,也可以不再受制于通过冲突法规则寻找国内成文法的传统路径,寻找一种真正国际化的实体统一法律规则,并适用这种规则解决某一商事交易领域内来自不同国家当事人之间的纠纷争议。<sup>⑦</sup>

可见,国际商事惯例的适用具有相当的灵活性,对仲裁结果的影响是巨大的。因此,在服务“一带一路”商事仲裁解决的过程中,如何科学地适用国际商事惯例规则应成为我国商事仲裁制度中最为重要的环节。

## 一、国际商事仲裁之国际商事惯例适用的理论纷争

在涉“一带一路”商事纠纷解决的实践过程中,由于沿线国家的政治、法律以及文化传统差异较

① See LCIA, 2018 Annual Casework Report, <https://www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx>, 2019-04-02.

② See Emmanuel Gaillard, the Legal Theory of International Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp.110-112.

③ See Emmanuel Gaillard, General Principles of Law in International Commercial Arbitration—Challenging the Myths, 5 World Arbitration & Mediation Review, 167 (2011).

④ See Roy Goode, Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law, 46 International Law and Comparative Law Journal, 1 (1997).

⑤ 参见孙希尧:《国际海事商人法断思——一个民间法的角度》,《甘肃政法学院学报》2007年第6期。

⑥ See David J. Bederman, Custom as a Source of Law, Cambridge University Press, 2010, pp.118-120.

⑦ See Ross Cranston, Theorizing Transnational Commercial Law, 42 Texas International Law Journal, 610 (2007).

大,因此在决定适用准据法方面存在颇多难题。为解决这种法律适用和选择的困境,一种代表性的观点认为,适用非国家制定的国际商事惯例能够很好地调和“一带一路”国家的法律冲突,使准据法的选择更具有“中立性”,进而构建一套新丝路的“万民法”体系。<sup>①</sup>而且从程序规则层面来看,“一带一路”沿线主要商事仲裁机构的仲裁规则也给适用国际商事惯例留下了充分的制度空间。这是由于与法院的司法裁判的选法方式不同,在仲裁的过程中仲裁庭会考虑当事人对实体法的协议选择。如果缺乏这种选择,仲裁庭可以根据案件的具体情况直接决定适合的准据法,而不必受相对机械的冲突规范的指引。例如,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第49条第2款规定:“当事人对于案件实体适用法有约定的,从其约定。当事人没有约定或其约定与法律强制性规定相抵触的,由仲裁庭决定案件实体的法律适用”,《国际商会仲裁院仲裁规则》(以下简称《国际商会仲裁规则》)第17条第1款规定:“当事人有权自由约定仲裁庭处理案件实体问题所应适用的法律规则。当事人对此没有约定的,仲裁庭将决定适用其认为适当的法律规则”。<sup>②</sup>在学理上这种准据法的选择方法被称为“准据法直选法”。<sup>③</sup>换言之,如果仲裁员认为国际商事惯例是解决国际商事交易更为适合的准据法,可以直接援引并适用之。有学者认为这是仲裁法律制度的一大根本转变,意味着国际商事惯例已然被各个国家和仲裁机构所接受并成为实体法的主要来源。<sup>④</sup>特别是在解决“一带一路”商事纠纷的过程中,能够更好地协调来自不同法系和文化的商人之间在实体规则层面的利益纷争。但是,仍然有学者持完全相反的立场,认为在不考虑冲突法规则的情况下就武断选择交易当事人的准据法是一种“仲裁沙文主义”的表现,根本无法得到司法实践的支持。<sup>⑤</sup>

对于上述争论,笔者认为有必要改变现有对国际商事惯例适用地位的探讨思路,传统从概念到概念的论证方式已然过时,应该考虑将已有的案例作为分析样本,通过实证性的类型化梳理来构建相应的分析方法框架。在笔者看来,不论是成文法还是不成文的国际商事惯例若想获得更为高阶的适用地位,关键是要获得当事人的认可。从这个意义上来说,国际商事交易的核心根本在于当事人的意思自治,但这种意思自治并不是说那些不成文的自发产生的商事规则即国际商事惯例就能够直接被视为当事人意思自治的产物,真正的当事人意思自治应该主要是源于两个方面:(1)当事人可以通过意思自治选择他们希望适用的实体法,(2)当事人可以自由选择他们更乐于接受的争端解决程序。后者似乎超出了本文的研究范围,但对于前者来说则需要对当事人的实在选择进行统计和归纳后才能得到相对科学的结论。

## 二、国际商事仲裁之国际商事惯例适用的类型化分析

为了弄清国际商事惯例在国际商事仲裁中的适用地位和功能,应该从已有的商事仲裁裁决出发进行实证统计研究。仲裁裁决最重要的特点之一便是保密性,因此本研究不可能对所有的仲裁机构

① 参见李刚:《“一带一路”建设中跨国工伤保险问题的国际私法解决方法》,《陕西师范大学学报》2019年第2期。

② 需要特别说明的是,法律规则和法律在仲裁法的语境下是不同的概念,其中前者应视为包含国际商事惯例、非国家制定的示范性规则以及国际统一法的广义实体法律范畴,而后者则只以国内法为限。

③ See Filip De Ly, Conflicts of Law in International Arbitration—An Overview, in Franco Ferrari & Stefan Kröll ed., Conflict of Laws in International Arbitration, Sellier Publishing, 2011, pp.3—12.

④ See Joseph Lee, Court—Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of UK, Singapore and India, 6 Contemporary Asian Arbitration Journal, 231(2013).

⑤ See Alex Mill, Party Autonomy in International Private Law, Cambridge University Press, 2018, pp.271—273.

的仲裁裁决进行调研和统计,只能退而求其次地寻求可获得且具有代表性的仲裁机构公布的仲裁裁决数据库。庆幸的是,在荷兰著名的克鲁尔国际出版公司的支持下,国际商事仲裁理事会收集和整理了世界各主要仲裁机构自1976年至今的典型性国际商事仲裁裁决,分年度汇编成册出版为系列丛书,并将其命名为《国际商事仲裁理事会仲裁年鉴》(ICCA Arbitration Years Book),业内通常将该系列丛书简称为《国际商事仲裁年鉴》(以下简称《年鉴》)。该丛书的出版为本研究提供了丰富的研究素材和可靠的研究基础。诚然,《年鉴》收录的典型仲裁案例并不能涵盖所有的仲裁机构的所有仲裁案例样本,但是鉴于国际商事仲裁理事会的高度专业性和权威性,其精心选择并公布的仲裁裁决无疑颇具代表和示范意义。同时考虑到样本量的合理性,特选取《年鉴》2010年至2018年收录的全部共计66个案例为分析样本。在这66个案例中,绝大部分当事人都来自“一带一路”沿线国家,可以说裁决的类型分布对于预测“一带一路”商事仲裁的准据法适用规则非常具有借鉴意义。

从争议事项来看,这些案例可归类为:货物买卖合同争议案47个,投资合作协议争议案7个,工程承包协议争议案5个,技术转让协议争议案5个,行政特许协议争议案2个。当事方既包括私人企业,也包括个别国家的国有企业,也有少量的国家政府接受了仲裁庭的管辖。在全部66个案例样本中,涉及当事人通过协议明示选择准据法的案例有46个。其中当事人明示选择国内法的案例有42个,占了样本将近70%的比例;也有当事人选择《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)为准据法,这种情况相对于选择国内法的情况而言偏少,只有4个案例,<sup>①</sup>还有1个案例的当事人选择了《海牙代理冲突法公约》这种间接模式来确定准据法。<sup>②</sup>而当事人选择国际商事惯例、商人法以及《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)等非国家制定的规则的案例仅有2个,其中还包括1个案例涉及当事人明示授权仲裁庭进行友好裁判的情况。<sup>③</sup>此外,当事方未选择准据法的案例有13个,未涉及准据法选择的案例有4个。可见,当事人在选择准据法上有着明显的偏好,在绝大多数情况下,当事人都会选择成文的国家制定法作为交易的准据法。

事实上在国际商事交易中,当事人对准据法选择的根本动机在于规避他们不愿意适用的某些特定国家法律中的强制性规定,因此才故意制造连接点来规避这些国家法律。<sup>④</sup>如此,选择适用所谓的

① See Distributor Z (US) v. Company A (Mexico), Subsidiary B (US), Final Award, ICC Case No.13184, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2011, Kluwer Law International, 2011, pp. 96—118. Seller (Italy) v. Buyer (US) & Consignee and Guarantor (Ukraine), Final Award, ICC Case No. 14792, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2012, Kluwer Law International, 2012, pp. 110—125. Buyer (Germany), Seller (Denmark), Final Award, ICC Case No. 16561, 2010, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2015, Kluwer Law International, 2015, pp. 206—235. Buyer (Taiwan) v. Seller (Germany), Final Award, ICC Case No. 18671, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2017, Kluwer Law International, 2017, pp. 204—250.

② See Agent (US) v. Principal (Russian Federation), Final Award, ICC Case No. 13756, 2008, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2014, Kluwer Law International, 2014, pp. 126—128

③ See Joint Venture (US) v. State W, Final Award, ICC Case No. 14108, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2011, pp. 135—201; Seller (Liechtenstein) v. First Buyer (Spain), Final Award, ICC Case No. 13009, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2011, Kluwer Law International, 2011, pp. 70—95.其中,“列支敦士登某销售商诉西班牙某第一购买商仲裁案”[Seller (Liechtenstein) v. First Buyer (Spain)]中当事人明示授权仲裁庭友好裁判,最终仲裁庭适用了“公正、公平、公认的原则”进行了裁决。

④ See Larry E. Ribstein, Choosing Law by Contract, 18 Journal of Corporate Law, 248—253 (1993).



国际商事惯例意义不大。因为国际商事惯例大多是涉及国际商事具体模式的任意性规则而非强制性规则。<sup>①</sup> 因此,当事人对国际商事惯例的选择偏好可能并没有有些学者所宣称的那样大。事实上,当事人直接选择《公约》的情形也相对较少。在当事人没有明示排除《公约》适用的情况下,仲裁庭直接依据职权选择适用国际商事惯例的,在 66 个案例样本中只有 8 个,仅占总量的 12%,有着非常明显的例外特征。而且通过对涉及适用国际商事惯例的案例的具体案情分析,不难发现仲裁庭选择适用国际商事惯例都有着明确且偶然的特殊原因,具体表现如下:

1. 因当事人的特殊身份和争议的特殊性而不愿以国内法作为准据法。在“美国某有限公司与 W 国政府纠纷仲裁案”<sup>②</sup>中,美国一家企业与 W 国政府签署了一项特许石油勘探开发协议,但后来 W 国政府的经济政策发生改变,不愿意履行已经生效的协议。在法律适用问题上,W 国政府认为自己作为主权国家不应受到作为平权者的美国的国内法的管辖,而申请仲裁的企业也不愿意适用缺乏透明性且随时可能被更改的东道国国内法。最终,双方经过妥协在仲裁程序中达成协议适用双方都能接受且相对中立的《通则》作为裁判的准据法。《通则》被认为是具有自治性的国际商事惯例的汇编的产物。<sup>③</sup> 虽然也有部分学者并不认同这一观点,<sup>④</sup>但可以确定的是,具有政府代表这一特殊身份的当事人很难接受一个已然怀有敌意国家的法律作为“管辖”他们之间争议的准据法。

2. 根据准据法或仲裁规则对国际商事惯例参酌适用。有时仲裁庭会依据《国际商会仲裁规则》第 17 条第 2 款等类似的规定对相关国际商事惯例予以考虑或参照适用。<sup>⑤</sup> 此外,在以《公约》作为准据法的情况下,仲裁庭也会依据《公约》第 9 条的规定适用对当事人有约束力的惯例。但在已有的案例样本中,无论是前述哪种情形,惯例似乎都不能单独地发挥裁判依据的作用。例如,在“希腊买方与法国卖方合同纠纷仲裁案”<sup>⑥</sup>中,希腊的买方当事人申请仲裁并指责法国的卖方没有尽到妥善交付货物的义务,而法国的卖方抗辩说双方的合同选择了成本加保险费和运费(CIF)贸易术语,货物是在买方承担风险的区间内发生毁损灭失的。仲裁庭在裁决中虽然确认:既然双方在合同中选择了成本加保费和运费贸易术语,就应当依据《国际贸易术语解释通则》的规定来确定成本加保险费和运费贸易术语对买卖双方所施加的义务;但同时也指出:“虽然成本加保险费和运费贸易术语决定了买卖双方在货物离开装运港后的风险转移,但是根据本合同准据法即法国法的规定,贸易术语并不能排除卖方销售货物后的附随义务。卖方必须尽一切可能的谨慎安排运输,尽一切努力按照合同规定保留运费并选择能够保证船舶适航的承运人。在本案中,卖方没能保证他选择的承运人的船舶适航性,因此必

① 参见左海聪:《从国际商法特质看〈民法典(草案)〉中的国际商法渊源条款》,载中国国际法学会主办:《中国国际法年刊》2013 年卷,法律出版社 2014 年版,第 310~314 页。

② See Joint Venture (US) v. State W, Final Award, ICC Case No.14108, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2011, Kluwer Law International, 2011 pp. 135 -201.

③ See Michael Pryles, Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, 31 U.N.S.W.Law Journal, 323 (2008).

④ See Celia Wasserstein Fassberg, Lex Mercatoria—Hoist with Its Own Petard?, 5 Chicago Journal of International Law, 79 (2004).

⑤ See Distributor Z (US) v. Company A (Mexico), Subsidiary B (US), Final Award, ICC Case No.13184, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2011, Kluwer Law International, 2011, pp. 96 -118.

⑥ See Buyer (Greece) v. Seller (France), Final Award, CAP Award No. 3174, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2013, Kluwer Law International, 2013, p.53.

须承担违约责任”。无独有偶,在“瑞士某公司与佛得角某公司谷物买卖纠纷仲裁案”<sup>①</sup>中,虽然当事人并没有选择准据法,但是仲裁庭认为根据当事方在履行合时的表现必须依据成文法来裁决该案。这是因为在纠纷出现以前瑞士公司履行合同依据的法律是法国法律,而佛得角公司履行合同依据的则是佛得角的法律。据此仲裁庭必须从这两种准据法中选择出与案件有最密切联系的唯一的准据法。最终,仲裁庭以《谷物贸易标准格式合同》是谷物贸易的“一般贸易惯例”且该格式合同第19条规定:“除非双方另有协议,否则应以法国法作为交易合同的准据法”为由,确认双方当事人已经选择了法国法律作为其合同的准据法。

3. 因法律关系跨域而不能适用具体国家的准据法。在“美国某项目经理与中国某项目客户纠纷仲裁案”<sup>②</sup>中,来自法国的独任仲裁员认为在双方当事人没有选择准据法的情形下,仲裁庭有充分的自由裁量权决定该纠纷所应该适用的法律。而在本纠纷中,双方当事人来自完全不同的两个文化圈,而且合同的履行也分别在中国和美国进行,《通则》作为一种自治性的商事惯例反映了中美双方当事人的共同意图,理应成为当事人之间法律关系的准据法。

4. 仲裁庭在双方选择的准据法之外另行选择替代适用。在“阿拉伯联合酋长国某主经销商与分经销商合同纠纷仲裁案”<sup>③</sup>中,尽管双方当事人选择“对欧洲经济共同体有效的法律”作为准据法,但仲裁员认为在欧洲经济共同体已然不存在的情况下应该重新对双方的选择进行审视,而《公约》则是对大多数欧洲经济共同体国家合同法律关系有效的法律文件。此外,仲裁员还提出阿拉伯联合酋长国(以下简称阿联酋)不是《公约》缔约方这一事实对适用《公约》不构成障碍,因为仲裁规则赋予了仲裁员充分的选择准据法的自由裁量权限。当事人选择的“对欧洲经济共同体有效的法律”不具备唯一性,因此需要转换适用现今欧盟所有国家共同接受的普遍的法律规则。《公约》是为绝大多数欧盟国家和世界贸易大国接受的国际公约,当然可以视为国际商事交易中绝大多数商人所接受的国际商事惯例,这就导致仲裁庭有权超越《公约》自身的适用范围,将《公约》中的规则适用于同属一个国家的当事人的分销协议,甚至当事人所属国不是《公约》缔约方也不能构成仲裁庭适用《公约》的保障。最终,仲裁员驳回了仲裁申请人应根据欧盟《罗马条例 I》中的冲突规则的指引而适用阿联酋法的主张,坚持认为仲裁庭不必根据冲突法规则去选择相应的准据法,而应该直接适用具有普遍约束力的国际商事惯例。很明显,仲裁员此举的根本动机是规避他不愿意适用的阿联酋法律而使用的一种法律替代方法。该案在裁决后引发了极大争议,阿联酋政府对该案裁决表达了极大的不满,最终该国法院拒绝承认和执行该仲裁裁决。<sup>④</sup>

可见,以当事人自主选择的偏好来看,没有任何证据能够表明国际商事惯例或商人法更容易为当事人所接受和选择,更没有证据能够证明这类规则更能体现现代国际商事交易当事人的共同利益倾向。恰恰相反,当事人在进行准据法选择的时候大多会选择国内法,甚至类似《公约》这样成功的国际商事公约也不能成为当事人的主流选择。因此,没有任何证据能够表明国际商事惯例是更加贴近交

① See Seller (Switzerland) v. Buyer (Cape Verde), Final Award, CAP Case No. 3203, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2015, Kluwer Law International, 2015, p.39.

② See Project Manager (US) v. Project Client (PR China), Final Award, ICC Case No.16816, 2011, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2015, Kluwer Law International, 2015, p.240.

③ See Principal (UAE) v. Distributor (UAE), Final Award, ICC Case No. 18203, 2013, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2016, pp.279-280.

④ See Final Annulment Arbitration Decision of UAE High Court No.142, 2018.

易当事人真实意思的规则体系。在一般情况下,这类规则更多地起到辅助裁判者判断和补充成文法不足的作用。不过可以肯定的是,有相当一部分仲裁员在不遗余力地宣传、鼓吹国际商事惯例的功能与作用,试图将这类规则替代国内法予以适用。<sup>①</sup>而且从案例样本中可以看出,绝大多数适用国际商事惯例的发起者和主导者都是仲裁庭的仲裁员,没有他们的劝诱和引导,适用各种类型的国际商事惯例的案例数量还会进一步降低甚至消失。因此,笔者认为应当在未来“一带一路”国际商事仲裁实践中对国际商事惯例的适用持审慎态度。

### 三、国际商事仲裁之国际商事惯例限制适用分析

通过对于来自“一带一路”沿线国家当事人之间的仲裁裁决的类型化研究后,不难发现从沿线国家当事人的选择倾向上来看,对于选择国际商事惯例似乎并不是那么热衷,反倒是“一带一路”沿线国家的国内成文法成为他们选择的主要准据法类型。这种结果在很大程度上驳斥了国际商事惯例当事人偏好优先论者的观点。事实上,有学者指出强调在国际商事仲裁中应当将准据法“去国家化”而使用所谓的国际商事惯例的主张可追溯到20世纪60年代西方国家石油公司与新独立的国家政府之间的投资争议。<sup>②</sup>这类投资争议与一般的商人间的争议不同:东道国往往不愿意选择适用被殖民国家的法律;另一方面投资者的母国政府(往往是西方发达国家)同样认为东道国法律是带有偏见且不可靠的,特别是在被殖民国家独立后有明显社会主义倾向的情况下,西方国家政府和投资者的这种排斥心理表现得更为明显。<sup>③</sup>因此,出现了大量经过当事方协议授权,仲裁庭根据独立于国内法的一般法律原则或者国际习惯法做出的裁决。不过事后证明,根据这些原则做出的裁决往往不利于东道国政府,由此招致了发展中国家的强烈反对。在之后的投资协议中,发展中国家与西方投资者逐渐摒弃了上述做法,转而使用法律冻结条款的方法来解决准据法选择的问题。<sup>④</sup>但令人意想不到的是在国际商事仲裁领域,适用国际商事惯例的呼声却日渐提高。这也解释了为何前述那些仲裁机构的仲裁规则以及《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》都强调仲裁庭除了适用法律以外还可以适用法律规则。很明显,这种制度安排应该就是为了给国际商事惯例的适用留下空间。有学者指出,出现如此情形在很大程度上是国际商会等机构的仲裁人员的大力游说的结果。<sup>⑤</sup>换言之,仲裁人员试图使用国际商事惯例这一工具来创造一种“一般性法律体系”,这种完全自治的法律系统将不依附于任何一个国家的国内法制度,成为一种真正的“中立法”。<sup>⑥</sup>从这个意义上来说,与其说适用国际商事惯

<sup>①</sup> See Gunther Teubner, Breaking Frames Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria, 5 European Journal of Social Theory, 210 (2002).

<sup>②</sup> See Adaora Okwor, Lex Mercatoria as Transnational Commercial Law: Is the Lex Mercatoria Preferentially for the “Mercatocracy”, in Mads Andenas and Camilla Baasch Andersen ed., Theory and Practice of Harmonisation, Edward Elgar Publishing, 2011, pp.394—397.

<sup>③</sup> See Nikitas E. Hatzimihail, The Many Lives—and Faces—of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law, 71 Law & Contemporary Problems, 182 (2008).

<sup>④</sup> See Ivar Alvik, Contracting with Sovereignty: State Contract and International Arbitration, Hart Publishing, 2011, pp.30—31.

<sup>⑤</sup> See Gilles Cuniberti, Three Theories of Lex Mercatoria, 52 Columbia Journal Transnational Law, 407 (2014).

<sup>⑥</sup> See Emmanuel Jolivet, Giacomo Marchisio & Fabien Gélinas, Trade Usages in ICC Arbitration, in Fabien Gélinas ed., Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration, Oxford University Press, 2016, pp.223—227.



例对交易当事人更为有利,不如说对仲裁员更有利,是为仲裁员“量身定做”的获取相应利益的利器。<sup>①</sup>因此,对仲裁适用国际商事惯例所带来的利益分配进行理性分析,制定相应的平衡方案以完善我国仲裁机构准据法选择的规则体系极有必要。

### (一)仲裁员视角的考察

1. 适用国际商事惯例能增加仲裁员的自由裁量权。与国家制定的成文法相比,国际商事惯例一个重要的特征是具有模糊性和不确定性。例如,英国迈克尔·穆斯提尔大法官对国际商事交易的规则内容进行了总结,他将10项模糊的法律原则称为国际商事惯例的“摩西十诫”:(1)契约必须信守;(2)善意原则;(3)合同缔结不得显失公平;(4)不可抗力免责;(5)根本违约时非违约方的合同解除权;(6)减损义务;(7)沉默不表示同意;(8)在解释合同时必须尽量使合同有效;(9)合理时间内不行使权力即为放弃权力;(10)违约方的合理责任。<sup>②</sup>类似模糊的原则性规定无形之中给了仲裁员过于充裕的自由裁量权,使他们可以凭直觉上的“对”与“错”来裁决争议。<sup>③</sup>那么,这种自由裁量权的扩大,究竟会给仲裁员带来什么具体的好处呢?众所周知,与法院的法官依照职权出庭审理案件不同,组成仲裁庭的仲裁员中的两位边裁人员是争议双方分别选择的,这就决定了仲裁庭的治理结构和利益架构与法院有本质上的区别。当事人选择的两名仲裁员有强烈的动机去为选择他们的当事人争取更多的裁决利益。虽然首席仲裁员的地位相对比较中立,但也不能改变他也是由当事人选择的事实。如此一来,仲裁员在进行仲裁时很可能达成一种“无声的默契”,他们会有意无意地排除相对确定的国家制定法的适用,而采用一种相对灵活方法做出裁决,这种裁决更倾向于一种结果主义,通过仲裁员之间的相互交易和妥协来达成一个不至于让任何一个当事方不能接受的结果。此时相对模糊和原则的国际商事惯例或商人法就成了对于仲裁员来说最佳的裁判依据。但这种通过仲裁员之间“交易”的方式做出的仲裁裁判极可能会造成个案不公,也在很大程度上会减损仲裁裁决的可预测性。

2. 适用国际商事惯例可避免“外国法”适用以减轻仲裁员压力。对于仲裁员来说,适用国际商事惯例的另外一个好处就是可以规避开他们不太熟悉的外国国内法。在国际商事仲裁中,仲裁员并非都是法律专家,其中相当一部分是从事同类或者相关交易的商人或专业工程技术人员。因此,有时很多仲裁员甚至没有受过专业的法学训练。即便是首席仲裁员是否熟悉仲裁所涉及的法律也仅仅是需要考虑的众多因素中的一个而已。此外,国际商事仲裁之所以受欢迎,在很大程度上得益于其相对于法院的中立性,可是这种中立并非天然的,而是取决于仲裁员的身份组成。通常在一项仲裁中为了尽量保证仲裁人员的中立性,会尽量让首席仲裁员与当事人指定的仲裁员具有不同国籍,此时就会出现这样一种风险:三位仲裁员可能都不熟悉该案件涉及的准据法。即便是有仲裁员可以查阅到准据法的字面内容,但国内法的复杂性以及不同国籍的仲裁员对相关某个具体国内法所必然产生的理解上的认知偏差,会让仲裁陷入一种关于准据法内容的无休止的争论之中。此时,降低仲裁员裁决压力的最佳途径之一便是适用内容相对模糊且国家特征不那么明显的国际商事惯例。

3. 适用国际商事惯例还可以增加仲裁法律适用的“容错率”。假设仲裁本应当适用英国法作为

<sup>①</sup> See Christopher R. Drahozal, Contracting out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant, 80 Notre Dame Law Review, 531 (2005).

<sup>②</sup> See Michael Mustill, The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, 4 Arbitration International, 112 (1988).

<sup>③</sup> See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin H. Hunter ed., Redfern And Hunter On International Arbitration, Oxford University Press, 2016, p.179.



准据法,那么根据仲裁程序仲裁员就应该查询英国的相应判例,但此时恰巧是一个仅具有大陆法知识背景的人作为首席仲裁员,那么他忽略某些判例中的具体事实细节进而发生误判的可能性就非常高。<sup>①</sup> 这样做出的裁决,胜诉一方自不多言,但是败诉一方如果正好雇佣了一个熟悉英美法的专家,就很可能对仲裁员的这种不够专业的做法提出质疑甚至诟病。更为严重的是,如此适用准据法在一些非《纽约公约》缔约方还可能导致法院直接拒绝承认和执行仲裁裁决,这无疑会给仲裁员的声望带来严重的损失。为避免上述尴尬局面的出现,仲裁员很自然地会偏好选择难以找到具体成文根源的国际商事惯例。此时,便会出现即便在当事人选择了国内法的情况下,仲裁庭也会主动适用国际商事惯例或自治性商事规则,<sup>②</sup>并刻意模糊其裁决依据。仲裁庭这样做事事实上很可能是一种“先发制人的回应”,借此封住对裁决不满的当事方的发声道。因为任何人都无法直接寻找到具体和成文的规定来质疑他们裁决的合法性和合理性。<sup>③</sup> 可见,适用内容相对模糊的国际商事惯例的最大好处是可以增大仲裁员进行裁决的“容错率”和正当性,让当事人难以直接对准据法的适用进行非难,达到维护自己业务形象的根本目的。可从另外一个角度看,如果我们偏重仲裁机构的能力建设,这种“走捷径”的法律适用模式将不利于仲裁多元化的发展。

4. 适用国际商事惯例可以强化仲裁服务高收费的“合理性”。从经济合理性层面来说,适用国际商事惯例还可以让仲裁员得到额外的经济上的好处。虽然国际商事仲裁在收费上远远高于司法诉讼,但从事国际商事交易的企业仍然对之趋之若鹜。除了其程序相对快捷以外,维系国际商事仲裁高收费合理性的因素在于,国际商事仲裁一直强调其作为一种法律服务具有“国际性”的优势。为了印证这种优势,一种聪明的选择就是在整个仲裁裁决过程中尽可能体现出与传统司法诉讼的差别。除了仲裁庭人员的组成要体现国际性这一特征以外,适用的实体法律规则也绝对不能雷同于国内法院所适用的法律。在此思路的指引下,仲裁员就要在他们的当事人面前表现出其技能的“与众不同”,此种不同最为集中的表现就是他们熟悉真正国际化的规则,这种规则至少从表面上来看是必须独立于国内法的。这种独立于国内法的“国际规则”的适用将大大地提高商事仲裁的服务层次。从某种意义上来说,适用与国内法完全不同的国际商事惯例可以给当事人以下的暗示:(1)国际商事仲裁高收费的原因是其与收费低廉的司法诉讼模式有巨大差别;(2)国际商事仲裁更为高端的服务层次是高收费的根本原因;(3)国际商事仲裁服务层次更高的集中体现是适用的实体法与国内司法诉讼适用的实体法有着本质的区别。由此推论,仲裁员掌握国际商事惯例成为国际商事仲裁获得与法院竞争优势的核心竞争力。即便这些仲裁员不能掌握仲裁所需要的国内法知识也不要紧,因为他们从事的是真正的“国际性”法律服务。

## (二)当事人视角的考察

没有任何证据能够表明适用这类规则能够给从事跨国交易的当事人带来仲裁员们宣传那样的巨大利益。在美国第七巡回法院审理的“乔治·瓦特公司与蒂凡尼公司上诉案”<sup>④</sup>中,法兰克·伊斯特

<sup>①</sup> See Randy J. Kozel, the Scope of Precedent, 113 Michigan Law Review 187,192(2014).

<sup>②</sup> See Distributor Z (US) v. Company A (Mexico), Subsidiary B (US), Final Award, ICC Case No.13184, in Albert Jan van den Berg ed., Yearbook Commercial Arbitration 2011, Kluwer Law International, 2011, pp. 96—118

<sup>③</sup> See Charalambos Pamboukis, Lex Mercatoria Reconsidered, in Paul L'garde ed., Le droit international privé : esprit et methods, Dalloz Editeur, 2015, p.657.

<sup>④</sup> See United States Court of Appeals, Seventh Circuit, George Watts & Son, Inc. v. Tiffany and Company, No.00—3231, 2001.

布鲁克大法官指出:“仲裁庭是案件当事人的代理人,其只能为了当事人的利益在授权范围内行事”。笔者认为,这是对仲裁性质和仲裁员地位的最佳概括,仲裁从本质上来说就是当事人通过协议将争议提交给更具专业知识和专业技能的争议解决专家来解决他们自己不能解决的纠纷的一种法律服务。从法学理论层面分析,虽然我国仍将仲裁机构视为非营利性事业单位,但也已将其从行政机构中剥离出来,这就意味着仲裁机构不享有任何公共权力,当然也不直接具有对案件的管辖权。仲裁机构的管辖权完全来自当事人之间的仲裁协议的授予,仲裁员也是由当事人选择任命出来的。相对应地,仲裁员的报酬、仲裁的各种费用也完全由当事人承担。从这个意义上来说,是当事人雇佣了仲裁员来帮助他们解决纠纷。正如美国著名法理学家汤姆·金斯伯格教授所指出的那样:“是当事人选择和雇佣了仲裁员来解决争端,那么仲裁员就必须在仲裁实务的安排上满足当事人对他选择时所抱有的默示的预期,这种对预期的满足也构成仲裁员对当事人职业伦理上的承诺,只有在违背公共秩序的情况下仲裁员才能打破这种承诺。”<sup>①</sup>当然,作为代理人的仲裁员不是不能做出独立于当事人的意思表示,而且也不是不能在审理案件的过程中附带性地实现自己的利益,但是这种独立和自利必须以为实现作为被代理人的当事人利益最大化为根本前提。

因此,在笔者看来不加限制地鼓励使用国际商事惯例的裁判思路很可能会减损商事仲裁的权威性与严肃性。在一般的商事仲裁中,当事人选择仲裁作为他们之间出现的争议的解决途径,并不是因为他们对适用国内成文法的恐惧,而是看重商事仲裁庭的相对中立特性。从这个意义上来说,作为当事人代理人的仲裁员就更不应该为了一己私利而抛却具有确定性特征的国内法而去适用所谓具有国际特征的国际商事惯例。因为这样做至少会从两个层面减损当事人的仲裁利益:(1)抛开当事人的准据法选择的意愿适用国际商事惯例,事实上等于不顾当事人的预期与意愿来进行法律适用。这不仅从本质上背离了仲裁制度尊重当事人意愿的初衷,而且扩大了仲裁员对于模糊的国际商事惯例与确定的成文法的认知差异,并加大了仲裁中同案不同判结果的失衡可能。这种认知差异还会由于仲裁中的保密原则无法如同司法判决一样可以互相参照以达到补充弥合的效果,从而使商事交易当事人缺乏对不公正裁决的辩驳能力,降低了裁决的可预测性。<sup>②</sup>(2)仲裁的“一裁终局”特性使得仲裁员在借助适用国际商事惯例不恰当地发挥自由裁量权的情况下,由于《纽约公约》第5条的存在,而使得不恰当的裁决很难得到监督和纠正。事实上,仲裁制度在设计之初就意识到必须限制仲裁员过大的自由裁量权,大部分仲裁机构的仲裁规则都从程序上对友好仲裁(即依据“公允善良的原则”这种低可预测度规则进行的仲裁)设定严格的前置程序条件,规定只有在获得争端当事人明示许可的前提下才可为之。据此,笔者认为在“一带一路”国际商事仲裁实践中,仲裁庭在直接选择适合的准据法时,不宜先验地将国际商事惯例视为优先适用的准据法选择。

### (三)国际商事仲裁准据法选择的合理方法

需要再次申明的是,笔者强调在涉“一带一路”国际商事仲裁程序中控制国际商事惯例的适用的根本目的在于阻止仲裁员为一己之私,先验地以一种推定选择方法在没有合理依据的情况下直接优先适用国际商事惯例。在当事人没有明确选择准据法时,仲裁员应从一个代理人的立场出发,努力发现当事人的“默示选择”以及通过交易中的客观要素综合判断是否应该适用国际商事惯例。换言之,

<sup>①</sup> See Tom Ginsburg, the Arbitrator as Agent: Why Deferential Review is Not Always Pro-arbitration, 77 University of Chicago Law Review, 1018 (2010).

<sup>②</sup> See Maria Hook, the Choice of Law Contract, Hart Publishing, 2016, p.73.

在仲裁过程中仲裁员进行准据法直接选择时,仲裁员只有拿出令当事人信服国际商事惯例相对于国内法与争议的法律关系有“更密切联系”时才可以适用国际商事惯例。反之,则必须适用国内法作为仲裁准据法。<sup>①</sup>

为证明上述观点,笔者援引国际商会仲裁院裁决的两个经典案件作为论证证据:(1)“叙利亚某公司与加纳某公司货物买卖纠纷仲裁案”<sup>②</sup>。在该案中,争议双方对于准据法的适用展开了激烈的争论。仲裁申请方叙利亚某公司坚决主张适用叙利亚法,被申请人加纳某公司则主张适用加纳法或者英国法。尽管双方不能就准据法选择达成一致,但独任仲裁员并没有直接以当事人无法就准据法达成一致为由直接将相关的国际商事惯例作为适合的准据法规则,而是通过双方庭审辩论的主张以及合同文本的表述分析和研判出双方并无完全排除对方国家法律适用的态度。然后仲裁员分析了合同中所包含的客观情境要素,在该买卖合同中双方当事人明确选择成本加运费(C&F)贸易术语作为合同的履行条件,而根据成本加运费贸易术语的内涵,涉案货物所有的运输装船都由卖方也就是加纳公司来履行。据此,仲裁庭认为加纳法律更能体现合同的“履行特征”,因此与合同有“更紧密的联系”,遂判决该合同应适用加纳法律作为最终的准据法。(2)“伊朗空军与西屋公司合同纠纷仲裁案”。<sup>③</sup>在该案中,仲裁庭首先探查双方对于与案件有实际联系的两个国家的法律(即美国法律和伊朗法律)呈现出完全的“负面选择意向”。双方在庭审中表露出完全不能接受适用对方国家法律的立场。仲裁庭尊重了当事人的这种法律选择态度,认为不论是美国法还是伊朗法在本案中都不应适用。然后,仲裁庭巧妙地发现双方签订合同中的客观信息点,即双方当事人都是长期从事军事设备买卖的主体,对于军事设备买卖的规则十分熟悉,因此认为双方当事人客观上存在于同一个“相关商业群体”之中,相关行业内的国际商事惯例与争议合同的联系相对于美国法律和伊朗法律来说有更为紧密的联系。最终,仲裁庭认为相关国际商事惯例是解决该合同纠纷最为合适的准据法规则。

虽然在这两个案件中准据法的选择结果完全不同,但仲裁员所展现出的选择准据法的推理标准是高度一致的。国际商事惯例也好,国内成文法也罢,都不应先验地认为何者在国际商事仲裁中就当然具有优先适用地位,而是应该从机会均等的起点出发,<sup>④</sup>以当事人的真实意思和商事交易中所呈现出的客观要素为连接点,通过科学的推理过程和程序来判断国际商事惯例或国内法是否与争议的法律关系具有“天然且更为紧密的联系”。总之,作为当事人的代理人,仲裁员不应越俎代庖地根据自己的主观认知代替当事人进行准据法的选择。此种认知对于我国未来“一带一路”国际商事仲裁实践具有非比寻常的意义,理应在我国完善相应商事仲裁规则时予以重视。

#### 四、国际商事仲裁之国际商事惯例直接适用情形

当然,在服务“一带一路”实践的过程中,如果符合特定的条件,也可以直接参酌适用国际商事惯例,而不考虑这种规则与争议法律关系之间的实际联系。例如,目前罗马统一私法协会正在酝酿通过使用法律重述的方式构建相对独立于国内法的商事交易规则,一些学者也试图通过“渐进编纂”的方

① See Orsolya Toth, *Lex Mercatoria: in Theory and Practice*, Oxford University Press, 2017, pp.223—237.

② See *Buyer (Syria) v. Seller (Ghana)*, Final Award, ICC Case No. 4237, 1985.

③ See *Iran Air Force v. Westinghouse Corp.*, Final Award, ICC Case No. 7375, 1996.

④ 参见许皓:《我国竞争中立的应然之路》,《湖北大学学报》2019年第1期。



式将各种类型的国际商事惯例具体化和成文化。<sup>①</sup> 这些成文规定是有独立于国家制定法的性质。在当事人没有选择准据法或相关准据法没有相关规定的情况下可以起到补充法律漏洞以及充当说理工具的功能。美国著名国际私法学者弗里德里希·荣格教授就曾经在给《俄罗斯联邦民法典》草案的建议稿中建议在当事人没有选择合同准据法的情况下直接适用国际商事惯例或者其他中立机构编纂的自治性商事规则。<sup>②</sup> 虽然他的意见没有得到俄罗斯政府立法正式的采纳,但这种思维模式早已影响到国际商事仲裁的法律解释和法律适用。

#### (一) 承认国际商事惯例对成文法的补充功能

在一些仲裁案件中,仲裁庭虽然强调必须要适用成文法,但在潜移默化中也掺杂进国际商事惯例的一些元素,以体现对这些非成文规范的考虑。例如,在“利比亚国家石油公司与太阳石油公司仲裁案”<sup>③</sup>中,享有管辖权限的仲裁机构虽然根据法律选择条款适用利比亚法律作为合同履行的准据法,但对于“不可抗力”规则的解读与识别却引入了相关的国际商事惯例来明确相关法律概念的外延边界。该案件起因是美国太阳石油公司和利比亚国家石油公司签订了一项石油资源勘探开发合同,但后来美国政府因与利比亚政府的政治关系急剧恶化而宣告对利比亚进行单方面的经济制裁和严格的技术管控。在此背景下,美国太阳石油公司为执行美国政府禁令,遂单方宣告解除与利比亚国家石油公司的合同,并援引合同以及合同准据法中的不可抗力规则试图排除掉自己的违约责任。但是,利比亚国家石油公司对美国的贸易制裁和技术禁令属于可以免除违约责任的不可抗力的观点并不认可。对此,太阳石油公司辩称根据石油行业通常的商业交易惯例,石油公司必须使用自己的技术和公司在编人员来完成石油勘探开发合同,现在美国政府的禁令使得按照这种方式履行合同已然不可能,因此他有权援引合同以及利比亚法律中的不可抗力规则免除自己的违约责任。仲裁庭在审理后认为:“目前还没有证据表明,一家在国际范围内开展业务的大型石油公司只能通过使用持有该公司母国护照的技术人员以及该公司自身拥有的技术来履行其勘探义务。事实上,有很多专家证词倾向于表明存在相反的惯例。”由此,仲裁庭裁决太阳石油公司必须承担没有履行勘探合同的违约责任。该案件正是将自治国际商事惯例的实践作为一种“事实依据”来解释法律中的某个概念的真正含义,并依据这种解释确定当事人的权利和义务。但需要特别强调的是,此时相关国际商事惯例所发挥的规范作用是依托于国内法规定的基础而实现的,只是仲裁庭根据仲裁规则将这种成文法以外的惯例作为解释法律规定的依据,并不能把这种补充功能解读为国际商事惯例能够脱离相关国家的国内法而“自成体系”地发挥调整作用。

#### (二) 国内法对国际商事惯例的直接准用

此外,我们还必须认识到在一些具有高度技术性的专业领域,如在信用证交易中,国内法在很大程度上已经被相关的国际商事惯例所取代。以我国为例,最高人民法院于2006年颁布实施《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》(以下简称《规定》)来处理信用证领域的商业纠纷。《规定》对《跟单信用证统一惯例》(以下简称《惯例》)的内容几乎完全准用。《规定》第6条规定:“在审理信用证纠纷案件中涉及单证审查的,应当根据当事人约定适用的相关国际惯例或者其他规定进行;当事人没有

① See Peter Berger, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*, Kluwer International, 2010, pp.436—462.

② See Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, 60 *Louisiana Law Reviews*, 1148 (2000).

③ *Libyan Sun Oil Company v. National Oil Corporation*, Final Award, ICC Case No. 4462, 1985.



约定的,应当按照国际商会以及国际商会确定的相关标准,认定单据与信用证条款、单据与单据之间是否在表面上相符。信用证项下单据与信用证条款之间、单据与单据之间在表面上不完全一致,但并不导致相互之间产生歧义的,不应认定为不符点。”该条款不但将《惯例》中的实质相符吸收入作为审单的实质标准,还进一步明确规定在当事人没有约定的情况下直接按照国际商会所编纂的相关国际商事惯例来进行处理。这毫无疑问是我国法律准用国际商事惯例的一个重要证据。<sup>①</sup>

事实上,世界上绝大多数国家在信用证的立法上几乎完全准用《惯例》的相关规定。匈牙利法律明确规定:“巴黎国际商会制定的跟单信用证统一惯例对于任何跟单信用证均有约束力。”<sup>②</sup>玻利维亚法律规定:“本法未尽事宜,一律适用国际商会制定的最新之惯例来解决。”<sup>③</sup>埃及法律则规定:“除非本法有相反规定,信用证一律优先适用国际商会制定的统一习惯和实践。”<sup>④</sup>《洪都拉斯商法典》第910条规定:“在当事人合同没有规定或本法前文没有规定的,国际商事惯例和国内的惯例将适用于信用证的所有事项并具有同等效力。”《美国统一商法典》第5篇的修改过程更能证明这一观点,2004年修改的《美国统一商法典》第5篇第116条c款明确确立了一套规则的“冲突等级制度”。该制度将《惯例》的效力等级摆放在几乎最高的位置,明确规定:除非有相反规定,否则信用证的开出人、指定付款人以及提示人的责任均受制于各种商业习惯尤其是《惯例》规定的限制;当有其他可以适用的规则与《惯例》的规定相冲突时,优先适用《惯例》的规定。此外,《美国统一商法典》还反复强调当事人必须遵守信用证的一般性实践。国际商会也认为,《惯例》是出现不同实践时的仲裁人和规则的最后决定者,即便是信用证的本身条款不同于《惯例》所认定的“一般实践”也要按照“一般实践”来确定双方当事人的权利义务。《美国统一商法典》第5篇大量借鉴了《惯例》的语言表述和法律概念。此外,在《美国统一商法典》的序言中,统一州法全国委员会和美国法学会的成员将该法典的修改与“统一的需要”挂钩,指明在美国使用信用证与“国际贸易中使用信用证”具有一致性,因此美国关于信用证的立法也必须与国际通行的做法保持协调一致。探其缘由,主要是因为修改《美国统一商法典》第5篇的人员与制定和修改《惯例》的专家委员会的人员高度重合。在这种情况下出现有关信用证的国内成文法与国际商事惯例高度一致的“异花受精”现象也就毫不奇怪了。<sup>⑤</sup>沿此思路出发,在仲裁中遇到类似于信用证法律关系这类特殊领域的案件时,仲裁庭直接考虑适用相关的国际商事惯例来替代相关国家的国内法规定则无不妥。

### (三)允许当事人对国际商事惯例进行选择适用

是否允许当事人明示选择国际商事惯例也是一个重要的问题。笔者通过梳理国际商会仲裁院已有的仲裁案例,发现争议当事人一方为某国政府或者被政府控制的大型企业的案件中,当事人暴露出非常不愿意接受案件所涉及的相关国内法管辖的意愿。此时,我们就不得不在仲裁中对当事人的这种倾向予以顾及,在这类案件中充分满足当事人明示或默示选择国际商事惯例的要求。例如,2005年欧盟曾经提出一个立法动议试图对欧盟合同法律适用法规则即《罗马条例I》进行修改。《罗马条例I》(修改建议稿)第3条在规定“允许交易当事人选择为国际商业社会所公认的原则和规则作为合

① 参见最高人民法院:《〈关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定〉的说明》,《人民法院报》2005年12月9日。

② Hungary, Decree No. 6/97, § 14.

③ Bolivia, Decreto—Ley, No. 14379.

④ Egypt Law No. 17/1999.

⑤ See Janet Koven Levit, Bottom—up Lawmaking Through a Pluralist Lens: The ICC Banking Commission and The Transnational Regulation of Letters of Credit, 57 Emory Law Journal, 1182 (2008).

同的准据法”<sup>①</sup>的同时也规定这一规定不得被解释为允许法官依职权选择上述规则和原则来进行断案。遗憾的是,该条款被欧盟成员国直接否决了。不过,上述情形是针对法院而言的,在仲裁中显然不必绝对否决当事人对国际商事惯例的主动选择,只不过应该在仲裁规则中对国际商事惯例的范围进行明确规定,如可以考虑规定:“当事人如明示选择公认的商业或行业规则与原则作为交易准据法时,仲裁庭将……视为当事人的主动选择予以适用”。这样既尊重了当事人的意愿又增加了适用实体规则的明确性。同时,笔者建议对国际商事仲裁中国际商事惯例的具体适用过程进行具体化、成文化的编纂。比较可行的路径是,通过对既有的国际法案例进行总结,建立相应的国际法适用判例制度,同时构建国际习惯或一般法律原则的内容数据库,以帮助就国际商事仲裁案件做出稳妥且有切实法律依据的裁决。

国际商事仲裁员在进行仲裁时应时刻不忘自己只是当事人的代理人的“初心”,同时要不断告诫自己并非居高临下的法官,从而牢记自己服务于当事人争议解决的“使命”。仲裁员必须在仲裁的过程中坚决克制自己代替当事人“构建”合同的欲望,只有在前述几种特定的条件下才能在不考虑国际商事惯例与争议的商事交易之间的实际联系的前提下直接依据国际商事惯例来裁决案件。不宜过分拔高国际商事惯例的法律地位,应该明确公认的国际商事惯例的范围和种类,在仲裁规则或者仲裁法中规定哪些成文规则属于自治性规则以及这些规则的适用方法和适用范围。如果在当事人有明确选择国内法的情况下,应考虑进一步限制国际商事惯例的适用。

## 五、结语

我国仲裁机构必须清晰地认识到自己只是为来自不同“一带一路”沿线国家当事人提供争端解决的辅助人而非居高临下的主权管辖者。仲裁机构对于国际商事争议的管辖权从法律基础上来看乃是源于“一带一路”沿线国家当事人之间通过签订的仲裁协议。这决定了仲裁机构的法律适用必须受到案件当事人“默示选择”法律意思的制约。如果超越这种默示的授权,过度追求仲裁机构的自由裁量权限很可能被视为对“一带一路”沿线国家商事交易当事人的一种“背叛”,进而影响和阻碍我国仲裁机构服务“一带一路”倡议的大局。在我国仲裁行业起步较晚且在全球范围来看竞争力并不突出的大背景下,在当事人没有明示或默示授权的情况下就直接适用当事人并不偏好的国际商事惯例,只会让当事人远离我国的仲裁机构,进而弱化我国仲裁行业的“制度竞争力”。将我国打造为“一带一路”沿线国家的商事仲裁服务中心是我国未来法律服务业发展的一个重要战略目标,为实现此目标就必须加强我国仲裁机构以及仲裁人员自身的法律掌握和运用的能力建设,能否快速地查明当事人选择的外国法并精准地加以适用是衡量我国仲裁能力水平高低的重要指标,不应该为了仲裁员和仲裁庭的个别利益去有意弱化法律查明和法律适用的能力建设。当然,我们也不能忽略对国际商事惯例的研究和适用,但应该将其框定在合理的作用范围内以发挥这类规则的积极功能以服务“一带一路”倡议的实践。

责任编辑 何 艳

<sup>①</sup> See Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), COM (2005) 650, Art. 3.