

意思自治原则与我国仲裁法的完善*

肖 珍

(西北政法大学,陕西 西安 710063)

[摘要]意思自治经过几个世纪的发展依然活跃,在仲裁领域尤其具有强大的生命力,作为仲裁法的灵魂贯穿其始终,在我国仲裁法中意思自治原则虽然随处可见,但是在现有条件下体现得不够完美,为了使仲裁法在新的环境下与国际接轨有必要对其不足之处加以完善,使意思自治原则更加凸显。

[关键词]意思自治原则;仲裁协议;完善

[中图分类号]D922 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)03-0063-03

一、意思自治原则渊源以及在仲裁法中的发展历程

对意思自治的理解不同学者有不同的认识,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。^[1]梁慧星教授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承担义务,任何机关、组织和个人不得非法干涉^[2]。对于意思自治原则的渊源大多数学者认为该原则正式提出是在16世纪法国的杜摩兰。但是作为一个古老的原则当事人意思自治的思想可以追溯到公元前120至118年间的古希腊。在合同领域内的意思自治则发端于14世纪意大利,波伦亚大学教授罗朱斯、库尔蒂乌斯明确指出: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,尽管该观念离现代意义上的意思自治相差甚远,但是它为现代意义上的意思自治观念开辟了道路。直到16世纪,真正意义上的意思自治原则由杜摩兰在库尔蒂乌斯的基础上得以提出。意思自治原则在仲裁中的发展是在私立救济的否定过程中产生的,早在古罗马时期就有用仲裁方法解救贸易纠纷,最初的表现形式双方共同邀请彼此信任,办事公道、熟悉情况的第三人居中裁判。可见仲裁的民间性,自愿性已经很明确的得以体现。随着商

品经济的不断发展,仲裁的一些观念制度逐步法律化,并成为一种制度定型。仲裁裁决的履行也不再单纯依靠当事人对裁决的信赖和道德观念的约束,而是与司法裁判具有相似的裁判力。观察世界各国的立法,都将意思自治在立法中规定为仲裁法的基本原则之一。在英国当事人协议将纠纷提交仲裁的原则很早就普通法中得以确立。在1996年的仲裁法更是将意思自治作为一种重要原则专门规定。1998年德国仲裁程序改革法及1999年瑞典仲裁法等也到处充斥着“除当事人另有约定外”、“当事人得自由约定”等体现尊重当事人意思自治的条款,处处体现出充分尊重当事人意思自治的理念^[3]。

二、意思自治原则在我国仲裁法中的突出表现

(1)是否选择仲裁方式解决纠纷由当事人双方自行确定。当事人在选择仲裁方式时必须在合同中订立仲裁条款或达成书面的仲裁仲裁协议,是否选择仲裁完全由当事人自己掌握当事人。我国《仲裁法》第四条明确规定:当事人在采用仲裁方式解决纠纷应当双方自愿达成仲裁协议,把是否订立仲裁协议的决定权完全交给当事人,体现了对当事人意思自治的基本尊重。

(2)将纠纷提交哪个仲裁机构仲裁,由双方当事人自行确定。仲裁不同于诉讼的特点之一就是不行级别管辖和地域管辖限制。当事人可以选

* [收稿日期]2007-03-20

[作者简介]肖珍(1982-),女,湖北洪湖人,西北政法大学,研究生,主要研究方向:民事诉讼法学。

择共同信任且方便的仲裁机构仲裁,不像诉讼那样受案发地、当事人住所地以及案件的繁简、标的的影响。比如在西安发生的纠纷当事人可以选择北京的仲裁机构仲裁,涉外仲裁还可以选择外国的仲裁机构仲裁,这充分体现当事人意思并且有利于纠纷的迅速解决。

(3) 仲裁员的选定当事人有自由权。组成仲裁庭的仲裁员由当事人在仲裁员名册中自主选定,也可以委托仲裁机构主任代为指定。当事人选择仲裁方式解决纠纷,除了仲裁本身所固有的优点外,更主要的原因在于当事人相信仲裁员能公正地处理他们之间的争议。因此,挑选公道正派、具有相关的专业素质的仲裁员,就成为当事人自主权利的重要内容。

(4) 在开庭和裁决程序中,当事人还可以约定审理方式、开庭形式等有关的程序事项。例如,仲裁一般应当开庭进行,但当事人协议不开庭的,仲裁庭也可以对案件只进行书面审理;仲裁一般不公开进行,除涉及国家秘密的案件以外,当事人协议公开仲裁的,也可以公开进行;仲裁庭对需要鉴定的专门性问题,可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定;裁决书应当写明争议事实及裁决理由,但当事人如果协议不愿写明的,可以不写。这些内容都是仲裁制度赋予当事人的一系列自治性权利。^[4]

三、意思自治原则在仲裁法中的不足表现及其完善

(1) 对仲裁客体的限制即解决方案。仲裁的客体是当事人双方之间发生的一定范围的争议,实际上就是仲裁机构受案范围。我国仲裁的客体在《仲裁法》的第 2 条有所规定:平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷可以仲裁。同时《仲裁法》第 3 条又从反面规定了不可仲裁的纠纷范围,明确规定婚姻,收养,监护,扶养、继承纠纷及依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。笔者认为我国仲裁法将仲裁范围限定在平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的范围太窄,并不包含侵权纠纷,又没有将侵权纠纷明确排除,因为很多侵权纠纷既有财产权益纠纷,也有非财产权益纠纷,那么仲裁的受案范围就会面临尴尬境地。因此为了弥补《仲裁法》第 2 条的漏洞笔者认为应将侵权纠纷纳入仲裁范围之内,在民事侵权纠纷中双方当事人都有充分的处分权,如果进行仲裁就会使纠纷迅速解决,以进一步体现意思自治原则的价值观。相对来说 1958 年的《纽约公约》第 2 条第一款《示范法》第 7

条将仲裁范围规定为契约性与非契约性争议期外延性就大得多,也不容易产生歧义。再者就是对我国仲裁法第 3 条规定的对与人身关系有关的纠纷排除在仲裁范围之内,有没有违反意思自治原则之嫌?况且在排除范围中规定婚姻,收养,监护,扶养,继承纠纷排除在外,这里就出现了问题,为什么只规定“扶养”而没有规定“抚养”与“赡养”了?这三者都是与人身关系密切联系的。是否意味着抚养和赡养可以仲裁,不知道立法者当初的本意是什么?是否是将抚养作广义解释?对于与人身关系密切有关的纠纷笔者也倾向于排除在仲裁范围,但对于继承纠纷中与财产有关的纠纷应该纳入仲裁的范围。如果说相互有继承关系的人员对于继承人的适格没有异议只是对继承财产的多少有争议笔者认为此类纠纷是可以仲裁的。

(2) 对仲裁程序规定过于死板缺乏灵活性,没有体现当事人意思自治。赋予双方当事人协议选择仲裁程序是大势所趋。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,^[5]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》在程序方面有明显诉讼化倾向。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。^[6]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,所以笔者认为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,也使意思自治原则的作用更加彰显。

(3) 强制仲裁员名册制度不利于意思自治的体现。由于实行强制名册制,当事人只能在仲裁委员会提供的仲裁员名册中选择仲裁员,不能在名册外

选定这就难免造成资源浪费和仲裁的封闭性,在某种情况下也可能与当事人的意愿相冲突,正如国外专家对我国仲裁强制名册制度的评价,尽管 CIETAC(中国国际商事仲裁委员会)名册中有许多中外技术专家,但这个名册无论如何也不可能包括所有方面的专家。CIETAC 要成为一个真正的国际仲裁机构,其仲裁员名册制度应该终止,或者该名册至少是建议性的。^[7]笔者对此观点持赞成态度,突破强制名册制度的局限给予当事人在名册外选定仲裁员的权利,在保证当事人选定仲裁员具备法定资格的情况下,最大限度地尊重了当事人的意愿。

(4) 仲裁协议有瑕疵时应该最大限度体现当事人意思自治。仲裁协议是仲裁机构取得仲裁权的前提,也是当事人意思自治的结果,关于仲裁协议的有效要件,各国仲裁法也大都作了明确规定。如果符合仲裁协议的要件,协议的效力是不容置疑的,问题在于实践中有很多当事人由于欠缺法律知识或者疏忽大意使仲裁协议出现瑕疵,主要表现在以下几个方面:1、当事人在合同中约定在发生争议时,同意将争议提交仲裁机构或向法院起诉,2、当事人在仲裁协议中没选定具体的仲裁机构只约定发生争议时提交仲裁。3、当事人在仲裁协议中选定的仲裁机构并不存在,4、当事人在仲裁协议中同时选定两个或两个以上仲裁机构仲裁。5、当事人在仲裁协议中约定以仲裁方式解决争议,但是对规定不服仲裁可以向法院起诉或上诉。6、当事人在仲裁协议中中队仲裁事项的约定不明确。如果将此种仲裁协议一律规定为无效,显然有违意思自治原则。各国对仲裁瑕疵的处理,一般均基于当事人意思自治原则加以考虑。正如著名的国际贸易法专家施米托夫教授所言:商事仲裁法中的首要原则是当事人意思自治。他在评述有严重缺陷的仲裁条款时指出,即使在英国 1950 年《仲裁法》使仲裁制度严格受制于法院环境下,英国法院意思到

仲裁条款愈合同中其他条款的性质不同,因此在解释该条款时,将比对合同其他条款的解释更为宽容,只要可以这样做,他们就试图赋予该仲裁条款以商业上的效力。^[8]在仲裁协议不完备或对其是否有争议的情况下,解读当事人是否有仲裁合意是关键所在,在解决仲裁瑕疵问题笔者认为可以从以下两个方面加以完善。第一、也是最完美的解决方案就是在仲裁协议发生瑕疵时给当事人一次弥补的机会,双方当事人经过合意取得一致意见及以弥补,如果双方当事人无法达成一致意见的话就出现下一种解决方案。第二、求助于仲裁机构或法院,仲裁机构的帮助主要是厘清当事人的仲裁意愿,其作用比较有限,更多有求于法院根据司法监督权来对有瑕疵的仲裁协议进行效力认定,是否体现当事人意思自治,此种情况需要法官的观念转变消除诉讼有限以及仲裁必须服从诉讼的观念。所以笔者认为,对仲裁协议只要能体现出双方当事人申请仲裁的共同意思表示,就不应轻易否定仲裁协议的效力。

[参考文献]

- [1] 卡尔·拉伦茨,王晓晔,邵建东,等译. 德国民法通论[M]. 北京:法律出版社,2003. 54.
- [2] 梁慧星. 民法总论[M]北京:法律出版社,2001. 59.
- [3] 宋连斌,林一飞译编. 国际商事仲裁新资料选编[M]. 武汉:武汉出版社,2001.
- [4] 江伟. 当事人意思自治与现代仲裁法[J]. 研究生法学,北京,1996,(5).
- [5] 陈桂明. 仲裁法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1993. 6.
- [6] 宋朝武. 我国仲裁制度:弊端及其克服[J]. 政法论坛,2002,(6):91—98.
- [7] Michael j. moser, CIETAC arbitration: a success story? international arbitration 1998, NO. 1, 30.
- [8] (英)施米托夫著,赵秀文译. 国际贸易法文选[M]. 中国大百科全书出版社 1993. 611, 614.

(责任编辑:杨 睿)

Intent autonomous principle and China's arbitration law perfection

XIAO Zhen

(Northwest University of Politics and Law, Shaanxi Xian 710063, China)

Abstract: The intent autonomous rule is still active after several centuries development and has strong power in arbitration field and is the soul of arbitration law. In China's arbitration law, although the intent autonomous rule is popular, its embodiment is not perfect under current condition. In order to make China's arbitration law consistent with international law under new condition, it is necessary to perfect the intent autonomous rule to highlight intent autonomous rule.

Keywords: intent autonomous rule; arbitration agreement; perfection