

国际商事仲裁中的“软法”适用问题研究

陈洁

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2024年3月25日; 录用日期: 2024年4月10日; 发布日期: 2024年5月27日

摘要

在国际商事仲裁领域, 以各类仲裁规则、程序指南为代表的软法常常因其制定成本低和效率高的特征以及回应国际商事仲裁各领域当事人典型需求的功能而成为当事人所偏好的选择, 在国际商事仲裁发挥着广泛的影响力。但同时软法也在发挥其效用的过程中面临着挑战, 包括当事人意思自治的局限和仲裁庭自由裁量权的局限。因此, 在推进国际商事仲裁领域软法建设的过程中, 需要警惕软法不当适用导致的陷阱, 明确软法制定的必要性的同时需要审慎权衡软法的适用, 将软法与硬法相结合, 使国际商事仲裁可以更好地满足当事人的需求, 使国际商事仲裁中的软法成为公平公正解决当事人之间争议的有效途径。

关键词

国际商事仲裁, 软法, 法律适用

Research on the Application of “Soft Law” in International Commercial Arbitration

Jie Chen

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 25th, 2024; accepted: Apr. 10th, 2024; published: May 27th, 2024

Abstract

In the field of international commercial arbitration, soft law, represented by various types of arbitration rules and procedural guides, is often preferred by the parties due to its low-cost and high-efficiency features, as well as its function of responding to the typical needs of the parties in various areas of international commercial arbitration, and it exerts a wide range of influence in international commercial arbitration. However, at the same time, soft law also faces challenges in realizing its usefulness, including the limits of party autonomy and the limits of arbitral tribunal dis-

cretion. Therefore, in promoting the construction of soft law in the field of international commercial arbitration, it is necessary to be alert to the pitfalls caused by the improper application of soft law, to clarify the necessity of soft law and at the same time weigh the application of soft law carefully, to combine soft law with hard law, so as to make international commercial arbitration better satisfy the needs of the parties, and to make soft law in international commercial arbitration become an effective way of resolving the disputes between the parties in a fair and just manner.

Keywords

International Commercial Arbitration, Soft Law, Application of Law

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 国际商事仲裁中的软法概述

(一) 国际商事仲裁软法的概念

软法一词最初在国际公法领域出现,随后才扩展到国际商事仲裁领域。但是关于软法的概念问题,最为典型的是上世纪九十年代法国学者弗朗西斯·施耐德(Francis Snyder)对其的定义,他认为,软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则[1]。在我国,由于我国商事仲裁起步晚,我国国内对商事仲裁领域的软法的研究文献数量较为稀少且研究集中于具体软法规范,对于软法概念提及并不多。严红提出,国际商事仲裁软法是指一些国际组织和仲裁机构针对国际商事仲裁中容易产生冲突和分歧的程序法律空白,制定的规则、指导原则或指南[2]。王徽认为,仲裁“软法”是指主要由非国家主体制定的,旨在调整国际商事仲裁程序性事宜,自身虽不享有外部强制力保障,但却依旧具有某种规范性的文本[3]。

可以发现,学者们多将国际商事仲裁领域中的软法强调为程序性事项下的规则,但是事实上商事仲裁软法涉及的不止程序问题。在国际商事仲裁的程序软法的存在有其不可或缺性。究其原因,在国际商事仲裁语境下,当事人意思自治原则是作为仲裁制度赖以存在的基石和理论内核存在,当事人自愿授权是仲裁解决争议的权力基础,在实际运行中这种意思自治体现在当事人在有权选择仲裁机构和仲裁地点、决定是否开庭等一系列事项,显示出仲裁制度具有在诉讼程序中无法实现的程序性自由度。仲裁程序法和仲裁规则对某些程序性事项不进行具体规定正是出于上述原因,规则制定者特意在一些事项上留下意思自治的空间,实则是为仲裁当事人填补仲裁程序留下的缺口,以免仲裁走向类诉讼化而损害其灵活性。但是,给程序留下意思自治的空间并非全是益处,当意思自治的空间过大时可能被当事人滥用而造成仲裁程序拖延、仲裁费用较高等不利后果。例如,预期仲裁结果不利的当事人一方以提出仲裁员中立性的质疑、多次提出延期申请、提出不合理证据披露要求等方式来阻碍仲裁程序的正常进行,导致仲裁程序产生不必要的延迟和过高的费用,这种情况甚至可能对最终的仲裁结果产生负面影响。除此之外,由于国际商事仲裁的“国际性”,所以受到的程序法约束相对较少,这导致了程序延迟和高昂费用问题的严重性进一步加剧。为了实现灵活性和确定性之间的平衡、填补立法和仲裁规则的刻意留白[4],所谓的“软法”就此出现。

(二) 国际商事仲裁软法运用的主要领域

制定国际商事仲裁软法的主体主要有国际律协和联合国国际贸易法委员会等,这些组织通过制定软法规范和指南为国际商事仲裁提供了重要的法律基础和指导。除此之外,各大国际商事仲裁机构也根据

具自身程序特点制定相应程序软法。仲裁规则是各仲裁机构制定的对具体的仲裁程序进行规范的规则，仲裁机构可以制定一般的仲裁规则，也可以制定专门性的仲裁规则，例如针对金融、知产等领域的仲裁规则。某种意义上仲裁规则是提升仲裁机构的核心竞争力的有效载体，一个受欢迎的仲裁规则有利于仲裁机构被更多当事人选择，因此仲裁规则的意义不仅仅只是仲裁纠纷解决的程序指南。除了机构仲裁规则外，《示范法》是国际商事仲裁领域中举足轻重的软法之一，其对于不同社会制度、法律制度的国家建立一个统一商事仲裁法律规则体系提供了重要的参考。从仲裁软法运用的领域来看，主要涉及证据、程序管理、职业道德伦理等领域。笔者主要从证据规则以及职业道德两个领域中影响最大的软法规范进行简要阐述。

在证据规则领域，国际律协制定的《国际商事仲裁取证规则》(简称《IBA 取证规则》)具有毋庸置疑的显要地位。尽管该规则以英美法系的证人制度为基础，但也吸纳融合了来自不同法系专家的意见和建议，确保其具备广泛适用性和普及性。至少从 2020 版参与制定的人员可以看出中英美法系与大陆法系背景的专家学者律师大致上处于平衡状态，目的是能够为广泛的仲裁实践提供证据规则的指南。但由于《IBA 取证规则》毕竟在英美法证据制度的基础上进行构建，因此其中证据开示、交叉盘问等冗长程序以及高居不下的费用问题饱受诟病。正是在这样的背景下，《国际仲裁程序有效行为规则》(简称《布拉格规则》)得以制定出现，它有着大陆法系的理念内核因而赋予仲裁庭作为程序引导和管理者的角色地位，仲裁庭可以积极采取积极主动的举措，包括但不限于引导证据收集、听证会安排等行动，来提高仲裁的效率。这些规则旨在为所有涉案当事人提供更多便利和保障，以确保公平、高效和顺利的仲裁过程，尤其对于来自大陆法系的仲裁参与者而言更为有利。

在职业道德伦理规范领域，国际律协发布的《关于国际仲裁中利益冲突问题指南》(简称《IBA 利益冲突指南》)是最具影响力的软法规范。这一指南旨在统一规范国际商事仲裁员在处理利益冲突问题时的行为准则，即解决国际商事仲裁中的仲裁员独立公正与否的问题，为职业道德伦理规范领域的国际商事仲裁实践提供了重要的标准。根据《IBA 利益冲突指南》，仲裁员与一方或双方当事人利益冲突问题可以概括为一个标准、两种义务和三个清单。一个标准指第三人合理怀疑标准，两种义务指仲裁员披露和仲裁员回避义务，三个清单指对于披露义务标准列明的红色、橙色、绿色清单。《IBA 利益冲突指南》已经在仲裁披露义务和披露标准方面进行了规定，其对仲裁员的公平与独立的判断有着重要的参考意义，受到国际商事仲裁活动各方的广泛运用，也是国际商事仲裁活动中最重要的软法规范之一。

(三) 国际商事仲裁软法的功能

国际商事仲裁中，最为典型、且被普遍采用的软法包括职业道德和证据规则领域的《IBA 利益冲突指南》和《IBA 取证规则》，它们的出现正好反映了软法具有应对国际商事仲裁程序中利益冲突和证据问题的功能，不仅为国际商事仲裁提供了如何应对这些问题的指引，更为仲裁从业者提供了规范行为的标准，以促进争议解决。

1) 回应国际商事仲裁程序对判定利益冲突的需求

国际商事仲裁程序下，仲裁员的公正性和独立性是至关重要的因素，直接影响着仲裁裁决的合理性和权威性，应当受到特别的重视。而仲裁员的公正性和独立性又取决于是否存在利益冲突。国际律师协会制定的《IBA 利益冲突指南》是回应国际商事仲裁程序对判定利益冲突的需求而出现并被广泛应用的典型软法。国际商事仲裁实践中如何判断存在利益冲突、仲裁员需要披露哪些相关信息，这些问题在仲裁程序法的文本上无法找到相应的答案，因此《IBA 利益冲突指南》作为软法规范，就可以协助相关当事人评估仲裁员的公正性、中立性以及披露相关重要事项。指南提供了明确的标准和指引，帮助当事人和仲裁庭就仲裁员的行为进行客观、全面的评估。依据国际律师协会公布的利益冲突指南适用情况总结，大部分国际商事仲裁委员会参考该规则以判断利益冲突以及具体的披露义务^[5]。尽管即使违反了该指南并

没有什么强制性责任承担, 仲裁员也不一定会被撤换、裁决也不一定必然被撤销, 为了裁决被撤销或无法执行的风险最小化, 审慎的仲裁员通常会依据该指南来评估自身利益冲突情况并主动进行披露行为。因此完备细致的判断利益冲突的软法规范起着至关重要的作用。

2) 回应国际商事仲裁程序对统一证据认定规则的需求

国际商事仲裁中, 各国立法对于仲裁证据规则几乎均没有作出详细的规定, 因此只能参照诉讼证据规则。然而不同法系国家的证据规则由于历史和理念等因素呈现出较大的差异, 例如英美法系国家和大陆法系国家在证据开示规则中的披露要求就相去甚远, 大陆法系国家对证据的披露要求相较于英美法系低得多。在国际商事仲裁程序中, 对于证据披露的问题存在一种平衡的考量。一方面不应简单地采纳英美法系诉讼程序中的全面证据披露规则, 因为这可能导致程序的冗长和费用的高昂, 这与商事仲裁作为一种更高效、灵活和经济合理的争议解决机制相矛盾的。另一方面, 即使是大陆法系在国际商事仲裁程序中适度的证据披露是必要的, 只不过证据披露的程度可能因案件的性质、争议的复杂程度以及相关各方的请求而有所不同。因此, 在国际商事仲裁中, 需要权衡各方的利益和需求, 制定适当的证据披露规则。这样可以确保仲裁程序既能充分考虑各方的权利, 又能高效地解决争议, 使仲裁成为一种可信赖和可接受的争议解决方式。国际律协正是为了创造这样一套平衡公允又高效的证据规则, 在 1983 年就制定了《国际商事仲裁出示证据的补充规则》并多次修订, 最新一次修订进行于 2020 年。2020 年版规则的名称为《国际律师协会国际仲裁取证规则》, 不再局限于商事仲裁, 适用范围更加广泛。可以说, 《IBA 取证规则》是平衡的产物, 这一方面体现在规则前言所确立的取证程序的基本原则, 即高效、经济和公平; 另一方面, 考察起草工作组人员组成可知, 来自大陆法系和英美法系的专家、学者、律师数量和资历方面基本呈现势均力敌的现象。2018 年的《布拉格规则》中的证据披露更加灵活, 以相对披露为导向, 强调仲裁庭的积极作用, 赋予仲裁庭更多的权力来管理证据程序, 并要求仲裁庭与当事人密切合作, 以确保证据的公正和适度披露。这些软法规则的制定和推广旨在国际商事仲裁中实现一种平衡的证据披露制度, 解决证据披露所带来的挑战, 平衡当事人的权益和程序效率, 同时保持仲裁的迅速性和成本效益。

2. 国际商事仲裁软法的适用

(一) 软法的适用途径及效力

1) 软法的适用途径

制定软法的直接目的是为解决仲裁实践中的问题提供规则指引, 因此软法功能的实现离不开其在实践中的适用。主要有如下几种适用途径:

a) 当事人明确选择适用

在国际商事仲裁中, 当事人意思自治是一个基本原则。因此, 在仲裁协议中明确约定软法的适用是一种常规的适用途径, 例如《IBA 取证规则》第 1 条的规定, 又如《示范法》第 19 条第 1 款和第 28 条第 1 款都是此种适用方式的明确规定。

b) 仲裁庭推定适用

在某些情况下, 仲裁庭也可能根据当事人对仲裁机构的选择来推定某一软法——例如该仲裁机构的仲裁规则——可以得到适用, 前提是仲裁当事人不曾在仲裁协议之中明确选择适用的仲裁规则。这一做法可以被视为当事人默示选择了某软法规范的适用, 看似超出了仲裁协议的范围, 但实质上仍是当事人意思自治下仲裁协议的延伸。这些规定以及实践中的操作旨在解决当事人在仲裁协议中未明确约定仲裁规则时的不确定性问题。通过推定适用相关仲裁机构的仲裁规则, 来填补仲裁协议中的空白, 为仲裁程序提供明确的指引, 保证程序的顺利进行。这种推定适用同样明确规定在一些软法规范当中且并不少见, 例如 2021 版《ICC 仲裁规则》第 19 条的规定。

c) 仲裁庭决定适用

仲裁庭对软法的决定适用也称自裁适用，当当事人之间不存在约定适用某一软法规范时仲裁庭可以自由裁量决定适用或者不适用、部分适用或者全部适用某一软法规范。其中当事人之间不存在约定适用是指没有提及任何软法规范的情形。这一适用途径与当事人对仲裁庭的授权有关，只要当事人在仲裁协议中的约定表达了同意仲裁庭使用自由裁量权作出一些程序事项的决定，那么仲裁庭由于当事人的全面授权而在事实上获得了决定适用合适的软法的权力。这引起了一些学者的质疑。有学者提出仲裁庭的自裁适用的正当性存疑，认为其与仲裁的基本原则相背离，超出了当事人意思自治的界限，此种情形下做出的仲裁裁决可能产生被撤销或者不予执行的负面结果。但仲裁庭自裁适用并未越过当事人意思自治的界限，相反，仲裁庭自裁适用某软法的结果正是当事人意思自治的结果。原因在于，只有在当事人协议授权仲裁庭时，仲裁庭才有权决定适用某一软法规范。因此，这一适用方式并不违反仲裁的自治性原则。

2) 软法的效力

若软法被当事人协议选择，则其显然具有适用于此的强制性效力。但是若其并未被当事人协议选择，却不能直接完全否定其事实上的规制作用，从某种程度上说，其具有一种“软”效力[6]。

首先，某一软法被立法者所参考制定出一部硬法，则该软法也发生了事实上的规制效力。例如《示范法》本意是作为一种为立法者提供指引的标本，若其被立法者所用，则其就转变成“硬法”，也就是说，《示范法》虽没法律约束力，但它通过发挥范本作用，最终可能变成具有法律约束力的法律。其次，软法的作用对于在仲裁员对于软法的接受与认可有关。例如举证程序等方面，软法的影响通常会反映在仲裁庭的程序命令或具体裁决中。以《IBA 取证规则》为例，由于该规则的普遍接受程度和认可程度较高，已经成为类似于行业惯例的标准，因此在实践中，仲裁员会倾向于参考该规则，即使没有明确规定需要适用该规则。这是因为从业人员普遍了解《IBA 取证规则》的影响力，并认可其在解决举证等程序性问题上的重要性。最后，软法在实践中的效力还与法院有紧密联系。例如，法院在评估仲裁员是否独立和公正时，难以通过一国的仲裁法进行准确的判断，原因在于一国的仲裁法往往只有概括性的指引而没有具体详细的规定。因此当实践中出现需要具体判断仲裁员公正性的情形时，《IBA 利益冲突指南》作为软法规范，不仅为法院实施评估提供了详细标准的罗列和具体有效的参照，而且为整个国际商事仲裁领域在处理利益冲突问题上的规范化和一致性作出了贡献。因此尽管该指南没有所谓的“硬”效力，但它所产生的“软”效力具有重要功能，不仅体现在对仲裁机构的仲裁实践的影响上，还体现在对法院的审理实践的工具性作用上。

从上述分析可以得出，软法的效力并不依赖于强制的法律约束力，而是来源于其广泛认可度和影响力，它的重要性在仲裁实践中解决各种程序问题时得到了验证，充分证明了软法在实践中的效力。

(二) 软法适用时存在的问题

1) 当事人意思自治存在局限

软法在实践适用的过程中，可能出现当事人协议选择的仲裁程序软法与当事人通过仲裁规则授权的仲裁机构决定的软法相冲突的情形。出现这种情况的原因之一在于软法被仲裁机构和仲裁庭过度适用。进一步讲，当事人意思自治存在局限性，仲裁机构和仲裁庭易对当事人约定或者仲裁协议中的条款产生不同于当事人内心真意的理解，从而造成软法适用上的冲突。有学者指出应当建立仲裁机构管理权与当事人意思自治之间的“冲突指引”[7]。笔者认为仲裁机构在没有明确授权条款的情况下，仲裁机构和仲裁庭应当尽可能尊重当事人真实意思表示，综合理解当事人意思，在软法的适用上保持谦抑性。

2) 仲裁庭自由裁量权的行使存在局限

商事仲裁最大的特征之一就是其灵活性，这也决定了仲裁员自由裁量权。但也恰恰因为仲裁程序的

灵活性,使得仲裁员的自由裁量权行使的界限并不明晰。倘若仲裁员自由裁量权的行使出现偏差或者超出了界限,可能会导致仲裁裁决被撤销或者被拒绝承认和执行。仲裁员的自由裁量权与商事仲裁软法规范之间存在着互动关系。这种互动关系意味着仲裁员在行使裁量权时必须更加审慎。一方面,当事人如果选择了相应的程序软法,程序软法作为专业性的指导原则可缓解仲裁自由裁量权的风险[8];另一方面,程序软法的过度适用同样可能导致仲裁诉讼化,失去其优势特征。

3. 完善国际商事仲裁软法建设

(一) 保持软法的谦抑性,平衡硬法与软法的关系

首先,国际商事仲裁实践中对于软法规范的需求决定了软法规范的地位。在国际商事仲裁的规范体系中,软法是不可或缺的。从软法对国际商事仲裁发展的意义角度来说,除了发挥其自身约束力填补程序空白以外,软法规范还作为一种非正式的规则体系,在治理全球化和仲裁社会化的进程中逐渐显现出更为强大和普遍的规范性,塑造出一种更加具有约束力和引导性的规范体系。具体而言这种规范性的表现在于,在个案中对仲裁活动管理者产生直接影响,在立法时为立法者提供可供参考的范本从而间接影响仲裁活动。但同时软法在国际商事仲裁体系中发挥作用尚需硬法的支撑,软法也应保持适当的谦抑性,二者应保持良性的互动关系,维持一种动态的平衡。软法与硬法相互补充相互转化,充分发挥各自的优势,进一步满足国际商事仲裁实践的需要。

其次,软法与硬法面向的需求不同,立法者和制定者在进行设计时的内在逻辑和目的自然不同。必须明确二者的制定方向。通过对国际商事软法规范的研究可见,商事仲裁软法通常针对该领域内的各种专门的程序性问题进行具体规定。硬法的制定宜侧重于建立顶层制度框架,将一些具体的细节问题交由商事仲裁软法去处理。

(二) 改善软法的自治性,充分发挥软法的效力

当事人意思自治存在局限,因此,在当事人意思自治的基础上,需要发挥软法自身的自治性。如前文所述,在国际商事仲裁中,由当事人“授权”的仲裁机构的某一仲裁规则与当事人意思自治所达成的仲裁协议之间的衔接可能会存在冲突,如果仲裁庭通过自由裁量权适用某一仲裁程序软法,一方面可能与当事人意愿不符,另一方面可能为了程序效率而牺牲程序正当性,对当事人造成更难以弥补的损失。然而,仲裁的根本立足点在于当事人意思自治,国际商事仲裁中任何问题的解决都应基于当事人意思自治,减少双方冲突。至于具体如何发挥软法的自治性,可以借鉴在软法中设置冲突指引条款的做法,来解决当事人授权的仲裁机构管理权与当事人意思自治之间的衔接问题,发挥软法自治的作用。例如《LCIA仲裁规则》中提及凡以书面形式作出或证明有书面形式的任何协议或提交仲裁或委托仲裁的协议以任何方式规定由 LCIA 仲裁或根据其规则仲裁,构成当事人之间仲裁协议的一部分。这一规定避免了法院等主体再对冲突问题作出判断或者制度冲突规则的情况出现,是发挥软法自治性的体现,也是实现国际商事仲裁效率与公平相结合的有效途径。

4. 结语

国际商事仲裁软法在解决利益冲突、证据认定等程序性问题上发挥着关键作用。软法规范了仲裁员行为,提高了裁决的合理性和权威性,同时,通过平衡各方利益和需求,制定适当的证据披露规则,确保了仲裁程序的高效性和公正性。这些规则为从业者提供了行为标准,促进了国际商事仲裁的发展,成为解决跨国商事争议的有效机制。国际商事仲裁软法的适用主要通过当事人明确选择、仲裁庭推定和仲裁庭自裁决来实现。在国际商事仲裁中,软法的适用存在一些问题需解决。首先,当事人意思自治存在局限,可能导致软法与仲裁机构规则之间的冲突。其次,仲裁庭自由裁量权的行使可能超出界限,影响

程序公正性。因此，需要保持软法的谦抑性，平衡软法与硬法的关系，并改善软法的自治性，以充分发挥其效力。建议制定冲突指引条款来解决软法与仲裁机构规则的衔接问题，确保仲裁程序的顺利进行，同时维护当事人意思自治的原则。

参考文献

- [1] Snyder, F. (1994) *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. In: Martin, S., Ed., *The Construction of Europe*, Kluwer Academic Publishers, 198.
- [2] 严红. 国际商事仲裁软法探究[J]. 社会科学战线, 2016(10): 200-207.
- [3] 王徽. 国际商事仲裁“软法”之治的多维思考[J]. 中国国际私法与比较法年刊, 2018(2): 284-312.
- [4] 尹伟民. 仲裁中的证据能力规则——以诉讼与仲裁机制的差异为视角[J]. 学术界, 2011(6): 87-93.
- [5] 李垒. 国际商事仲裁程序的软思考[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2021(2): 34-42.
- [6] 何志鹏. 逆全球化潮流与国际软法的趋势[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2017(4): 54-69.
- [7] 杜焕芳, 李贤森. 国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡[J]. 法学评论, 2020(2): 167-174.
- [8] 王徽. 论我国国际商事仲裁证据制度的症结及完善——以国际商事仲裁证据“软法”为切入点[J]. 上海对外经贸大学学报, 2018(4): 48-58.