

中国法学会邮件系统

用户名 密码

信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式

一月信息排行

Commun

法学论坛 >> 论坛专题 >> 国际法

本层分类: | 法制史 | 行政法学 | 刑法学 | 民商法学 | 诉讼法学 | 法理学 | 宪法学 | 劳动法 | 知识产权法 | 投稿须知 | 经济法 | 探索争鸣 | 国际法

[→ 国际法](#)

缪因知：试论国际商事仲裁在金融争议解决中的运用

阅读次数: 2264 2007-5-9 9:06:00

概要：近年来有关国际商事仲裁的实践表明，其作为一种争议解决方式在金融领域得到了越来越多的适用。除对其在金融领域适用时的一些传统理论障碍予以了有效地克服以外，国际商事仲裁作为一种争议解决方式的优越性也正得到进一步的体现。虽仍存有一些不足，但在国际和国内机构的推动下，国际商事仲裁方式在国际金融争议及我国涉外金融争议中，都有着良好的发展前景。

关键词：国际商事仲裁 金融争议 解决机制

近年来，随着国际经济交往的加深和金融全球化的逐渐形成，在金融领域，人们对国际商事仲裁作为解决纠纷的一种选择方式的态度，出现了一个从排斥到逐渐接受，并进而成为一种优先选择的趋势。仲裁之于金融的优点正在不断显现，并得到各国及国际立法的配合与支持。实践的演化，赋予了理论研究以丰富的启示。故本文拟就国际商事仲裁在金融争议解决中的运用前景中的若干理论问题略作阐述。

需要指出的是，在进行有关论述时，鉴于本文主要立足于对仲裁这种方式本身特点的论述，因此，在其适用性并不受争议是国际性还是国内性影响的时候，本文可能将直接借用有关国内仲裁对于金融的优越性的有关论证。因为事实上，在跨国民商事活动频繁的今天，国际金融纠纷与国内金融纠纷，国际商事仲裁与国内商事仲裁，在本质上有着许多相通之处，一项争议或解决方式是否具有国际色彩，对其内部的权利义务关系的处理往往未必有实质性的影响。更何况，仲裁方式在解决国际金融纠纷时，可能比解决国内金融纠纷更为适宜（详见文中分析）。

一、国际商事仲裁方式在金融领域中运用的若干传统理论障碍

金融活动中的争议，本是国际商事仲裁应有的对象。1985年联合国国际贸易法委员会制定的《国事商事仲裁示范法》（包括一些更早的国际仲裁法律文件）中就认为可进行国际商事仲裁的事项范围是“契约性与非契约性争议”，包括但不限于融资、银行业、保险等金融活动。

[1] 即使是当时还反对把证券争议纳入国内仲裁事项的美国，也在1974年的Scherk v. Alberto-culver co.案中就先行认为证券争议在国际商事仲裁活动中是可行的。 [2]

然而，传统国际经济交往活动中，人们往往很少把金融纠纷和国际商事仲裁联系起来，这一方面可能因为国际商事交往中的金融活动的规模扩大和结构复杂化只是近些年的事情；而另一方面，也和人们过去认为仲裁方式不适于解决金融纠纷的偏见有关，具言之，包括如下几方面[3]：

1、简单法律争议和简易程序理论。该理论主要受过去以传统国际借贷为典型的简单金融活动的影响，认为对于国际借贷这样的纠纷的发生，往往是债务人不能或不愿履行支付本金和利息，而不是由于合同条款的模糊或复杂导致的分歧。[4]因此，贷款人在庭上明辨是非是很容易，确保使债务人履行义务才是关键，而法院诉前财产保全程序、督促程序等可以有力保证金融债务快速实现。与之相比，在国际商事仲裁中，债权人很难寻求到临时性的法律保护救济。

2、严格法律理论。该理论认为，法院的判决会严格依法作出。而商事仲裁员有时会根据“公平善良”原则而非法律的明确规定来解决纠纷，即所谓“友好裁决”（amicable composition）。而金融活动中，可预见性在交易中十分重要，因此如果仲裁规则不确定是一个很大的消极因素。

3、公开理论。该理论认为，诉讼活动的公开性能对当事人形成一定的压力和声誉影响，促使债务人尽早履行义务。而仲裁审理的保密性削弱了对违约借款人不利的宣传，对保护贷款人不利[5]。

4、（仲裁的）排他管辖理论（或曰“（诉讼的）灵活管辖”理论）。该理论认为，国际金融活动中，当事双方往往处于实质上的不平等状态，资金提供者往往能利用自身优势订立多重管辖条款，使它能在本国、担保财产所在国、资金使用人的可供执行财产所在国、国际金融中心所在地等多处选择，到最有利于自己的法院诉讼。相比之下，仲裁地点往往是在资金使用方既无财产又无住所的中立国，且是确定、单一、不易变更的，并且会有排他管辖条款以排除当事人到法院起诉或者在其他仲裁机构提起仲裁的权利，这会使资金提供方感到不能有效保障其资金的安全。

此外，仲裁是一裁终局的，而国际商业贷款人往往认为上诉的救济手段的存在是必需的，否则风险过大。

二、现代金融活动和国际商事仲裁实践的发展对上述障碍的克服

然而，随着国际商事仲裁制度本身的发展成熟、以及各国法院对仲裁的愈发支持，国际商事仲裁本身优越性的不断体现，前述种种不利都得到了-一定的克服，其身影在金融纠纷解决中也越来越多的出现。与此同时，诉讼机制的一些不足之处却逐渐变得明显。

（一）金融纠纷从简单法律争议演化为复杂的法律和技术争议

现代国际金融交易已经远远超出了简单借贷关系，融入了许多新的结构性因素，如在借贷领域，出现了结构繁复的国际商业银行贷款、银团贷款和国际项目融资。当事人除了支付问题，还面临着复杂的履行标准确定问题和多个合同的相互关系处理问题等。而且，履行往往是一个长期的过程，如融资租赁中，出租方的收益是通过租金的持续收取实现的。此外，金融产品的不断创新，证券及其衍生产品的跨国发行，担保形式的多样化，外汇管制、国家行为与商业互动的交织等都要求裁判者了解日趋复杂精密的金融知识。这种争议的解决，带上了高度的专业化和技术化色彩，即使法官的法律知识精湛，恐怕也不能保证深刻领会其中的微妙之处。所以，由兼具金融知识和法律知识，在业内受到普遍尊敬的专家组成的仲裁庭，显然更能做出更具有合法性和经济合理性的裁决，从而保证了裁决更能为当事人的尊重和自愿执行。

与此同时，对于这些争议，支付令等适用于债权债务关系明确情形的简易程序也都不再适用了。

（二）仲裁结果不确定的风险可以有效的得到控制

虽然国际金融活动中的可预见性对能否有效规避化解风险至关重要。但国际商事仲裁按照公平善良原则来进行裁决的情况并不常见。根据《国际商事仲裁示范法》第28条第3款，只有在“当事人明确授权仲裁庭”时，仲裁庭才能作为友好仲裁人或以公平与善良原则裁决。各国仲裁法也大都有类似规定，甚至做出进一步的限制性规定，如比利时仲裁法规定，当事人只有在争议发生后才能授权仲裁员进行友好仲裁，目的即防止当事人在没有认识其争议的性质和重要性之前就盲目答应进行友好仲裁。[6]事实上，也只有少数国家规定当事人未协议明示排除的，才推定适用友好仲裁。因此，国际金融活动的参与方只要在仲裁协议中订入“严格法律条款”，即可防止友好仲裁的出现。

而且，有学者认为，在证券仲裁中，当法律不是很清晰和完善，或过于复杂时，仲裁员不是使用已过时的法律规定，而是根据自己对合理原则的理解来裁决，可能会实际上创造弥补损失的机会，即使这种机会本身的结果是不可预料的。[7]

（三）审理的公开性对金融纠纷解决的利弊是不一定的

首先，跨国金融活动往往涉及到国家机密或者商业机密，所以即使

以诉讼方式解决，在很多情况下也是不开庭审理的。

其次，仲裁的不公开审理也不是绝对的，如果当事人认为公开能给她带来好处，也可以在仲裁协议中约定采用公开仲裁的方式。

第三，鉴于金融行业具有对信息的敏感性和自身的系统脆弱性，仲裁的不公开审理有助于维护双方的声誉。比如在金融局势不是很稳定的情况下，如果银行涉讼、败诉的消息广为人知，则其很可能面临挤兑的危险。而证券市场的价格对信息敏感性更是众所周知，各国证券法又往往把涉及公司的重大诉讼作为重大事件而要求公告（如我国现行《证券法》第六十七条），采用仲裁方式可以避免这一点。

（四）现代国际商事仲裁活动同样可以借助法院的临时性保护程序

法院可采取临时性救济曾被认为是诉讼优于仲裁的一个重要方面，而资金、账户能否被成功冻结等也的确对金融争议中当事方的权利保障至关重要。因此，现代国际商事仲裁活动已经注意到了对临时性法律保护程序的利用。各国立法大都规定了仲裁当事人可以同时寻求财产保全等司法措施，如我国《仲裁法》第二十八条规定：“一方当事人因另一方的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。”国际规则也明确了当事人寻求临时性司法保全措施的，不妨碍对仲裁活动性质的认定。如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第26条第3款规定：任何一方向司法当局发出的采取临时性措施的要求，不得视为与仲裁协议不符，也不得视为放弃该项协议。《国际商会调解与仲裁规则》第8条第5款也规定：在案卷移送仲裁员之前，例外情况下甚至在案卷移送仲裁员之后，当事人双方应有权向任何主观司法当局申请临时性的保全措施，并不得因此认为违反仲裁协议或侵犯仲裁员的有关权利。总之，人们对司法保护的享受，已经不再被视为和国际商事仲裁方式相冲突了。这无疑大大提高人们采用国际商事仲裁方式的可能性和积极性。

（五）国际商事仲裁方式更能确保金融争议裁决结果的执行

有关诉讼方式的“排他性管辖”优势的理论依据是不足的。

首先，既然国际金融活动中的优势方能要求签订有利于自己的选择管辖条款，那其自然也能在条款中要求在他认可的国家进行仲裁。

其次，如前所述，当事人可以在仲裁的同时，向对对方财产有管辖权的法院提出采取临时性保全措施。

第三、不少国家并不承认任意的选择法院的条款，认为此种约定限制、剥夺了国家司法主权，因而是无效的。还有许多国家要求被选择的法院与合同事项在一定程度上联系。而“不方便法院”原则也为国家拒

绝当事人的管辖约定提供了依据。[8]

最后，虽然仲裁裁决在全世界范围内的可执行性显然更强。截至1999年5月底，全球已经有148个国家或地区参加了《承认及执行外国仲裁裁决的公约》（《纽约公约》）[9]，而法院判决的域外执行效力，虽然有1971年海牙《民商事外国判决承认与执行公约》等的推动，但显然没有这么得到如此普遍的承认。

三、国际商事仲裁方式在金融争议解决中的特殊优越性

上述分析表明，国际商事仲裁方式在国际金融争议解决中丝毫不逊色于诉讼机制，不光如此，实践表明，国际商事仲裁运用于金融纠纷领域，还有一些诉讼所无法比拟的特殊优越性。

（一）国际商事仲裁方式能克服金融纠纷中主权豁免因素带来的不确定性与不公正

当下，随着各国尤其是发展中国家对资金的渴求的日益增长，国际金融活动时常涉及到一国政府或国有企业成为当事人的情况，虽然国有企业不应当享受国家的主权豁免已渐成共识。但许多发展中国家的国有银行产权不清、与国库财产界分不明的情况仍很不少，这就使如何防止主权豁免给国际金融活动造成不确定性，成为了一个重要的问题。

根据一般的国际法实践，基于主权平等、“平等者之间无管辖权”原则，一国政府不受另一国法院约束，因此，人们很难通过法院起诉其他国家来解决金融纠纷。

而仲裁本身即意味着当事人双方的自愿和平等。国家签订仲裁协议，会被视为放弃了管辖豁免，从而受到仲裁协议的约束和接受仲裁管辖。这已在国际上得到了普遍承认，如英国《国家豁免法案》规定，若国家已经同意将已发生或可能发生的争议提交仲裁，则国家不再免于与仲裁有关的在英国法院的诉讼。因此，一些法院无法审查的外国政府行为，如外汇管制等，在仲裁中仍然能作为追究当事人责任的依据。

此外，虽然国家签订仲裁协议未必意味着放弃执行豁免，但已有一些国家的法院认为在承认和执行仲裁裁决中不得将国家豁免作为拒绝理由。美国1976年《外国主权豁免法》即取消了“被执行的财产必须与产生请求的行为有联系，一项针对外国的判决只能执行该国在该商业行为中所使用的财产”的限制，从而意味着只要是依据有效地被承认的仲裁，就能主张执行任何国家财产。1988年美国《联邦仲裁法》和对《外国主权豁免法》的修正又进一步的明确规定，不得基于国家行为不受管辖理论拒绝执行为确认仲裁裁决做出的判决或仲裁裁决。法国近十年的判例也对豁免主张采取了愈发严格的态度，只有被申请执行的财

产属于公法用途，执行豁免的主张才能成立。

（二）国际商事仲裁方式在解决金融纠纷时成本更低

总的来说，国际商事仲裁在解决金融纠纷时耗费的成本要低于诉讼方式，这一是其简化了法律程序，保证了快捷处理，从而为当事人节省了大量的时间、资金和机会成本。二来虽然仲裁费用未必很低廉，但一裁终决也保证了总体上较之一审、二审甚至再审的诉讼的成本更低。

一般各常设仲裁机构的仲裁规则均规定，当事人可通过意思自治，迅速的自行协商决定仲裁庭组成人员，开庭地点、时间、方式，证据交换方式和时限等。而且特别的，在金融仲裁中，如当事人不能按期达成有关上述事项的协议，仲裁机构可能还可依规则主动推进，如《中国国际经济贸易仲裁委员会金融争议仲裁规则》便有不少此类突破传统的灵活性规定，如2003年版和2005年版的第二十条都规定“除非当事人另有约定，仲裁庭可以在其认为适当的任何地点进行开庭审理等活动”。不少实践中的真实例子生动地都说明了仲裁在节省各方成本上的优越性[10]。

争议解决的迅捷性对现代金融的意义是不可估量的，因为现代金融通常都是依靠加速资金流动和增加资金融通的渠道来获得利润的。存在于这个行业的时间成本、资金成本和机会成本要大大高于其他行业。因此，一场悬而未决的纠纷有时候对金融机构的影响甚至比一场失利的纠纷还要大。[11]

（三）国际商事仲裁中当事人可以通过更适合的规则来解决争议

以《中国国际经济贸易仲裁委员会金融争议仲裁规则(2005版)》为例，其第二十一条规定：“除非法律另有强制性规定，涉外案件的当事人可以约定适用于案件实体问题的法律。当事人未作约定的，仲裁庭可以适用其认为适当的法律。无论在何种情形下，仲裁庭均应考虑合同条款、相关行业惯例和行业标准实务，并遵循公平合理原则。”

不仅如此，鉴于金融领域的争议一向以复杂和特殊著称，国际上的各主要常设仲裁机构，还往往根据实际需要而制定特别的仲裁规则。如中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称CIETAC）颁布了特别的《金融争议仲裁规则》（现已有2003年版和2005年版），并且“针对银行借贷发生的争议中主张债权多被追索少、债务人认帐多而履约少，标的额大、部分争议法律关系单纯以及争议产生后到法院提起诉讼的多，不提起诉讼的少，依靠诉讼方式解决的多而依靠仲裁解决的少等具体情况”，还将制定专门的《银行贷款争议简易程序规则》，以“突出了程序简捷（简易程序）、时间控制严格、专家审理以及收费较低等特点。”[12]

(四) 国际商事仲裁审理气氛更友好, 适宜解决金融纠纷

仲裁具有低对抗性, 审理的气氛一般会比诉讼缓和, 还时常伴以调解, 宜于双方的交流、沟通和达成谅解。“这种不伤和气的争议解决方式非常适用于处理金融纠纷尤其是金融机构之间的纠纷” [13]。

(五) 国际商事仲裁方式更适宜解决不易确定责任的金融纠纷

金融法本身都仍处于发展中, 许多问题如因市场波动造成的损失的计算方法、违约行为和损失的因果关系证明办法等都未得到很好地解决, 在诉讼中, 各方常为此争论不休, 而法院也很难做出精确的裁定, 因而常常成为诉讼活动推进时的瓶颈。而仲裁裁决由于不需要写出理由等, 所以能不必拘泥于案件细节, 而根据结果采取更为灵活的处理方式来分配责任。

四、国际商事仲裁处理金融争议的不足与化解

目前, 金融仲裁也有一些难以克服的缺陷, 其中最大的问题是无法解决涉及第三人的纠纷。而在现代金融关系中, 三方关系甚至多方关系是很常见的, 如信用证、融资租赁、有担保的金融交易、次位债权人等。如果当事人选择多次仲裁或者仲裁以后再诉讼的方式, 不仅成本高、还可能出现结果不一致的问题。这的确是和法院的共同诉讼机制不能比拟的一个重要弱点。

但对多方当事人仲裁不是不能解决, 现实中已经有了一定的解决办法: [16]

1、在由多方当事人签署的合同中, 可在仲裁条款中做出专门规定, 如果在履行中发生争议, 所有与争议有利害关系的当事人均可自愿参加。

2、在涉及连环合同争议的情况下, 可在争议各方同意的情况下, 由一个仲裁庭合并审理与此有关的争议。

3、由法院发布关于合并审理的裁定。如荷兰1986年《民事诉讼法》第1046条: “除当事人另有约定者外, 如果荷兰境内已经开始的一个仲裁庭的仲裁程序的标的与在荷兰境内开始的另一个仲裁庭的仲裁程序的标的有联系, 任何当事人可以请求阿姆斯特丹地方法院院长发布合并程序的命令”。

而且我们可以相信, 随着实践的发展, 必然还会逐渐探索出更多适宜的解决办法。

五、国际商事仲裁方式在金融争议解决领域的现状与发展前景

如今, 国际商事仲裁方式已经在直接贷款、辛迪加贷款、融资租

赁、保函、跟单信用证等方面得到了广泛地运用。

许多国际经济组织对国际商事仲裁在金融争议解决中的运用提供了大量便利。《国际复兴开发银行贷款协议和担保协定通则》第10条第4款规定：“贷款协定或担保协定双方对该协定所产生的任何争议，以及任何一方对另一方根据贷款协定或担保协定而提出的任何权利主张，如不能通过双方协商解决，应提交下文所规定的仲裁法庭，通过仲裁来解决”。这边需要指出的是，与一般的国际商事仲裁的不同，在解决该类国际借贷担保争议中，只要一方接到另一方提出仲裁的通知，仲裁即可成立。[17]《国际开发协会开发信贷协定通则》第10条第3款也规定：“开发信贷协定双方对该协定产生的任何争议，以及任何一方对另一方根据开发信贷协定提出的任何权利主张，如双方不能协商解决，应提交下文所规定的仲裁法庭，通过仲裁来解决。”[18]其他一些地区金融机构如欧洲复兴开发银行在《欧洲复兴开发银行标准条件》第8条第4款也规定了类似内容。而涉及到金融业的《服务贸易总协定》（GATS）第6条第2款（a）也把仲裁方式作为对影响服务贸易的行政决定作出迅速审查的一种方式。为了顺应这一潮流，国际商会也以第627号出版物《仲裁、金融和保险》（ARBITRATION, FINANCE AND INSURANCE）的形式列举了很多仲裁在解决金融、保险方面争端的案例。

而我国加入世界贸易组织后，金融市场得到了进一步开放。金融活动日趋国际化，外国机构和个人参与我国金融活动的机会也越来越多和普遍化。而国际商事仲裁在我国金融争议领域中运用的机会也将越来越多。从仲裁机构的角度看，以CIETAC为代表的中国仲裁机构已经做出了很多努力，如CIETAC《金融争议仲裁规则》，同时还将尽快着手“推出银行贷款争议简易程序规则，并于适当时机推出有关证券争议解决等的其它行业性仲裁规则”[19]。各金融监管部门也为推动仲裁方式的使用做出了各种规定。证监会和国务院法制办于2004年1月联合印发了《关于依法做好证券、期货合同纠纷仲裁工作的通知》，要求只要是证券、期货市场主体之间发生的与证券、期货交易有关的合同纠纷，都适用仲裁方式解决。

所以，国际商事仲裁要作为我国金融领域中涉外纠纷的一项争端解决机制，其优势和作用将会是巨大而明显的，但要使其切实地得到更多地运用，还需要社会各界有识之士付出更多的努力！

出处：《政法论丛》2006年第3期。

参考文献：

- [1] 曹建明、陈治东主编.国际经济法专论（第六卷）[M]，北京，法律出版社2000年版，424-426。
- [2] 对此案介绍可参见何震、方菲.关于美国证券仲裁发展的几个重要判例之评析[J]，河北法学，2003（6），117。
- [3] 参见温树英.论国际仲裁在国际借贷领域的运用[J]，当代法学，2002（3），124-126。陈艳.论国际金融仲裁的运用和发展[J]，国际商务研究，2003（4），41。
- [4] William Park, Arbitration in Banking and Finance, Yearbook of International Financial and Economic Law, 1997, Kluwer Law International, p143
- [5] P Wood, Law and Practice of International Finance, Sweet & Maxwell, London, 1980, p73.
- [6] 曹建明、陈治东主编.国际经济法专论（第六卷）[M]，北京，法律出版社2000年版，588。
- [7] Barbara Black & Jill Gross, Making It up as They Go along: The Role of Securities Arbitration, 23 Cardozo Law Review (2002), p1047.
- [8] 陈艳.论国际金融仲裁的运用和发展[J]，国际商务研究，2003（4），42。
- [9] 曹建明、陈治东主编.国际经济法专论（第六卷）[M]，北京，法律出版社2000年版，645。
- [10] 参见金赛波.从一宗金融争议看仲裁的优势[J]，国际融资，2004（7）。
- [11] 顾军锋.论金融仲裁[A]，载吴志攀、白建军主编.金融法路径[C]，北京，北京大学出版社，2004，592。
- [12] 贸仲举办银行信贷争议解决与仲裁研讨会[EB/OL]，中国国际经济贸易仲裁委员会网站<http://www.cietac.org.cn/readnews.asp?NewsID=303> 2004-8-29。
- [13] 王津成.金融仲裁.解决金融纠纷的有效方式[J]，经济导刊，2004（5）。
- [16] 余劲松、吴志攀主编.国际经济法[M]，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2000，474-475。
- [17] 对此条的详细介绍可见温树英.论国际仲裁在国际借贷领域的运用[J]，当代法学，2002（3），126-127。
- [18] 引自法律教育网法规中心国际条约惯例库http://www.chinalaw.edu.com/news/2003_9/5/2039297820.htm

[19] 贸仲举办银行信贷争议解决与仲裁研讨会[EB/OL]，中国国际经济贸易仲裁委员会网站<http://www.cietac.org.cn/readnews.asp?NewsID=303> 2004-8-29。

[【返回】](#)

欢迎光临**中国法学会**官方网站

Thank you for visiting www.chinalawsociety.org.cn

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 [联系方式](#)
(浏览中国法学会网，建议将显示器的分辨率设为1024*768) 网站制作与维护：北京长城宏业网络信息科技有限公司