

论国际金融仲裁 的运用和发展

陈 艳

摘 要: 仲裁作为国际上解决民商事争议的一种行之有效的方式,近年来更是得到了迅速发展。然而,金融争议采取仲裁方式解决却不多见。本文讨论了仲裁和传统的法院诉讼在解决国际金融争议上各具的利弊,着重指出仲裁在解决金融过程中所具有的优势。同时进一步认为,在中国加入世界贸易组织后,国际金融仲裁将具有一个更广阔的发展前景。

关键词: 仲裁;金融仲裁;国际金融争议

中图分类号:F 831 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-1894(2003)04-0041-05

一、诉讼与国际金融争议的解决

近半个世纪以来,人们认为金融从业者更爱法官,而不是仲裁员。如遇金融争议,总偏向于法院诉讼解决,特别是在借贷、保险等领域,表现得更为明显。其原因主要有以下几点:

(1)简单法律争议和简易程序理论。在国际金融领域,特别是国际借贷领域,争议大多数是源于债务人不能或不愿意履行协议,支付本金和利息,而非对复杂的或模糊的合同术语的解释发生争议。此种情形中,贷款人的目的在于获得法院的执行令从而强制债务人履行义务,由此,各国法院也设置了相应的简易程序,如诉前财产保全程序,督促程序,以保证此类争议的迅速解决。

(2)严格法律理论。法院的判决是必须严格按照法律规定作出,但在仲裁中,合同有可能依据“公平和善良”原则,而非法律明确规定作出,由于金融活动对一国经济的重要性和其敏感性,可预见性的后果在国际金融交易中是十分重要的。但仲裁裁决结果由于受仲裁员公平考虑的影响,很难确切预料。

(3)公开理论。诉讼程序的公开性能给借款人造成一定压力,促使其履行合同义务。

(4)灵活管辖理论。在商定诉讼管辖条款时,资金优位方可以利用自己的优势,要求订立“多重管辖条款”,从而使他能在自己本国、借款人本国、担保财产所在国、可供执行财产所在国、国际金融中心所在地法院等等之间游刃有余,而选择最有利于自己的法院诉讼。相比之下,仲裁地点往往是确定的、单一的,裁决极可能涉及到外国的承认和执行问题。

二、仲裁与国际金融争议的解决

随着仲裁制度在全球范围内的发展成熟、国际上法院对仲裁的支持态度及仲裁本身所具有的优势,金融仲裁在理论界和实务界都崭露出合理和生机。试述原因如下。

(1)简单法律争议和简易程序理论分析。现代国际金融交易不再是简单的借与贷,而是融入了许多以前没有的情况。如结构金融的增加;无论是国际商业银行贷款、银团贷款还是复杂的国际项目融资,它们正变得越来越结构化。在这些结构化的安排中,贷方所面临的问题往往远远超出了支付问题,如复杂的履行标准以及主要合同的相互关系问题等。同时,金融形式不断创新;股票、债券的异国发行及其衍生产品层出不穷;担保形式的多样化等等,这些都要求精密的法律规则或丰富的金融交易经验来判断相关争议。所以,由具有相关技能和经验的仲裁员来负责解决比采用诉讼方式由法院来解决更为有效。同理,对于这些复杂的国际金融争议,督促程序是无法适用的。所以,法院诉讼程序上所具有的优势不能被复杂的国际金融争议利用,而显然,这样“高级的”金融争议会越来越多。

(2)在金融交易中,可预见性十分重要。但是仲裁庭按公平原则作出裁决的情况并非任意的,而是受到严格限制。大多数国家规定,仲裁庭必须依照法律作出裁决,在当事人的明确授权下,才可按照公平和善良原则作出裁决。但有个别国家,如阿根廷、玻利维亚规定,当事人的协议对仲裁员友好仲裁未做规定的,则推定当事人同意友好仲裁。从理论上来说,友好仲裁有利有弊,如有学者认为,“在当事人感觉到其合同关系的国际性质和技术性质过于复杂以至于选择适用某个特定国家国内法有一定困难时,往往倾向于授权仲裁员以友好调解人身份行事”。所以无当事人明确协议授权,金融争议运用公平善良原则解决的情况是相当有限的,且其不可预测性并非那么可担忧,相反一些复杂的争议以友好仲裁解决还具有一定的优点。但是,为了完全消除金融行业对于不可预测性因素的顾虑,可以在金融交易协议中订立“严格法律条款”,要求仲裁庭严格按照法律作出裁决。

(3)法院诉讼过程的公开性并不能成为金融业不欢迎仲裁的理由。首先,如果金融交易涉及到商业秘密,同样有不公开审理之必要。其次,如果贷款人认为公开程序可以给借方造成一定的压力,也同样可利用自己的优势地位,在协议中约定仲裁的公开进行。再次,就金融业的敏感性来说,稳定性是金融业首先要考虑的。仲裁程序的保密有利于维护双方当事人的声誉,避免在金融形势不稳定下引发挤兑等不利后果。所以说,诉讼程序的公开性是一把双刃剑。

(4)灵活管辖理论所借重的是法院选择条款。就不同的国家来说,法院选择条款的效力在有些国家得到承认,而有些国家是不承认这种条款的效力,认为国家司法主权不能因为当事人协议而被限制、剥夺。甚至就那些承认法院选择条款的国家来说,其国际私法制度也对其施加许多限制,如要求被选择的法院与所提交的事项在一定程度上联系;两外国人不能在第三国法院诉讼,不管他们的此种愿望有多么强烈。“不方便法院”原则也为法院拒绝管辖权提供了依据。所以,相对于法院管辖条款的不确定性来说,仲裁庭、仲裁地的相对确定性是显而易见的。且因为仲裁裁决易于得到承认和执行,使得仲裁的整个程序从申请仲裁到执行裁决都是十分明确的。

(5)主权豁免原则及国家行为理论。在国际金融交易中,常常会涉及到国家政府、国有

商业银行或其他国有金融机构、国有企业成为当事人的情况,这就涉及到主权豁免问题。在法院诉讼中,基于主权平等原则,一国主权不能处于他国司法管辖权下。而在仲裁制度中,国家签定了仲裁协议,被视为放弃了管辖豁免,国家应受到仲裁协议约束,接受仲裁管辖,在国际上已得到普遍承认。虽然国家签定仲裁协议是否意味着放弃了执行豁免在国际上还存在较大争议,但已有国家拒绝在承认和执行仲裁裁决中适用国家豁免,如美国 1976 年《外国主权豁免法》取消了“被执行的国家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;从法国近 10 年的判例看,所呈现的一种趋势是对外国执行豁免主张加以较严格的限制,同时被申请执行财产的用途和性质又有较严格的要求,即如果被申请执行的财产属于公法用途,执行豁免的主张才能够成立。国家参与金融活动日益增多,如作为借款人从商业银行贷款或到国际债券市场上发行债券筹集资金等;国有银行的产权制度在许多国家是不清晰的,因而也存在被视为主权者的情况。这些情况对于追求可预见性结果的国际金融交易来说,是很不利的。而这种不确定的情况可以因为选择仲裁的方式而加以避免。

国际金融交易很容易涉及到“国家行为”如外汇管制等。国家行为原则通常指一国法院不得对外国政府就该外国领域内的财产采取的措施进行质疑和评判。据此,法院除在特殊情况下,如财产保全位于立法国外、虚假外汇管制、歧视性行为等,一般意义上都应承认相关国家的国家行为,而作出相应判决。而就仲裁来说,国家行为一般不能构成抗辩理由。例如,美国国会通过 1988 年对《联邦仲裁法》和《外国主权豁免法》的修正案明确规定,不得基于国家行为说拒绝执行就确认仲裁裁决作出的判决,也即不得基于国家行为说拒绝执行仲裁裁决。因此,仲裁使国际金融争议的解决更具有保障性。

(6) 仲裁员的素质。仲裁其最古老的产生形态就是争议双方推举共同信任的具有一定威望的第三人迅速解决争议。仲裁员之所以具有威望,正是源自于自身素质,包括其教育程度、知识结构、道德水准等等。在国际商事交易中,当事人可以选择那些长期从事金融业务、具有丰富经验且口碑较好的国际金融家、律师等担任仲裁员,以解决越来越专业化、复杂化的金融争议。这一点优势是法院法官所无法比拟的。

(7) 仲裁之程序交易成本低于诉讼。在节省使用法律程序的成本方面,仲裁要比诉讼低。以证券争议解决为例,通过有关对纽约证券交易所的调查显示,在 1987 年 10 月 1 日至 1988 年 6 月 30 日之间,使用证券仲裁的平均法律成本比诉讼要低 12 000 美元。在节省费用中,直接成本主要在于免除了诉讼程序中有关开庭前审理的各项开支;另一项使用证券仲裁而节省的直接成本是当事人获得裁决或判决的时间,1988 年证券诉讼案件在法院审理的时间平均为 599 天,而在各个证券仲裁机构的仲裁时间,平均仅为 168 天。证券仲裁也可以降低当事人可能支付的间接成本。如公众投资人自仲裁所获得的赔偿额,为他们所主张的 20%,远远优于通过诉讼而获得的赔偿,只占其所主张的 2.6%。

(8) 仲裁裁决的承认和执行优势。1958 年《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》(《纽约公约》)已成为仲裁界的“宝典”,被反复吟颂。相比之下,法院判决承认和执行则显得不那么容易。海牙国际私法会议的《关于承认和执行外国国民商事判决的公约》只有 3 个小国参加。许多国家不是一些地区性的判决承认和执行公约的缔约国,却是《纽约公约》的 140 个缔约国之一。

三、金融仲裁的现状与遗憾

正因为仲裁在国际金融争议解决方面具有如此大的优越性,如今仲裁在直接贷款、辛迪加贷款、融资租赁、保函、跟单信用证、证券等方面应用得已较为广泛;UCP500 也有一个标准仲裁条款,当事人可选择是否将其加入;在世界银行体系下,《国际复兴开发银行(IBRD)贷款协议和担保协定通则》第 10 条第 4 款对仲裁作了规定:“(a):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;”《国际开发协会(IDA)开发信贷协定通则》第 10 条第 3 款也对仲裁做了类似的规定;一些区域性的开发银行如《欧洲复兴开发银行标准条件》第 8 条第 4 款也规定,贷款协议和担保协议的当事人不能通过协商解决争端时,应根据仲裁程序开始时有效的联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则以仲裁加以解决。

现阶段,我国金融仲裁也在逐步发展。CIETAC 即将推出的《银行贷款争议简易程序规则》即是配合有关银行案件逐渐增多的趋势而制定的,它体现了程序简捷、时间控制严格、专家审理以及收费较低的特点。从 1991 年上海证券交易所成立证券仲裁委员会到 1994 年国务院证券委发布指定 CIETAC 为证券争议仲裁机构的通知,证券仲裁已适用于当事人之间约定的与股票发行和交易有关的纠纷和证券经营机构之间或证券经营机构与证券交易所之间因股票发行和交易有关的纠纷。CIETAC2000 年规则也对国内仲裁规定了特别的程序和费用,确保了仲裁方式在证券争议解决方面的推广。1999 年 8 月 30 日,中国保险监督管理委员会发出《关于在保险条款中设立仲裁条款的通知》,要求保险公司规范保险合同中的仲裁条款,各大保险公司均已在保险条款中加入规范的仲裁条款。

值得一提的是,金融仲裁体系中仍存在一些亟待发展之处。(1)可仲裁性。在许多国家,涉及证券法、破产法、反垄断法的事项仍属于不可仲裁的事项,且一些国家,如墨西哥考虑到国际资本流动对一国金融、经济、国际稳定的重要性,政府为一方当事人的金融交易不属于联合国贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》所谓的“商事交易”的范围。因此,在有些国家,金融仲裁的可行性及裁决的承认和执行上还存在障碍。(2)仲裁中一般只存在申请人与被申请人两方,而没有如诉讼中的第三人制度的规定,这给涉及到多方当事人利益的争议仲裁解决带来困难,而在金融交易关系中,常常涉及到三方甚至更多方的利益,虽有如《IBRD 贷款协议和担保协定通则》中规定,仲裁一方当事人为银行,另一方为借款人和担保方,可以解决部分问题,但还有一些如项目融资中,会涉及到贷款人、借款人、担保人、项目主办人、托管人等等各方面的利益,并不能通过象 IBRD 那样的仲裁条款解决:整个项目贷款需要的所有合同中的某一或某些合同的仲裁条款不能溯及其他未明确包含进合同但却与争议有关的第三方。但是,应该相信,随着对当事人仲裁意思的尊重、可仲裁事项范围的不断扩大以及仲裁的“多方化”,仲裁在金融争议解决领域必然会起到越来越重要的作用。

四、金融仲裁在 WTO 协议下的发展

1. GATS 下特殊金融争议仲裁

司法审查是 WTO 法律框架中重要的内容。就涉及

到金融业的《服务贸易总协定》(GATS)来说,体现在第6条第2款(a)项规定:每个成员应维持或按照实际可能,尽快地建立司法的、仲裁的或行政的法庭或程序,在受影响的服务提供者的请求下,对影响服务贸易的行政决定作出迅速审查,并在请求被证明合理时给予适当的补救。

由此可见,无论其他协议(如 TRIPS 协议第 41 条、第 32 条)如何规定,在 GATS 协议下,司法审查明确包括以仲裁方式解决争议。中国在加入 WTO 的《入世议定书》中承诺:中国应设立或指定并维持裁判机构、联络点和程序,以便迅速审查有关实施普遍适用《1994 年关税与贸易总协定》第 10 条 1 款、GATS 第 6 条和 TRIPS 协定有关条款所指的法律、法规、司法判决和行政裁决的所有行政行为。这些裁判机构应公正并独立于被授权的行政执行机构,且对审查事项的结果不应有任何实质利益。

WTO 协议下金融争议有其特殊性质,它是政府与公民、法人和其他组织之间的就国家法律规定是否符合 WTO 相关协议的规定而发生的争议。对寻求司法审查的当事人来说,诉讼和仲裁相互补充,且仲裁在国内救济与争议上升到 DSB 解决之间形成了一个缓冲地带;对国际金融仲裁制度来说,无疑具有了更广阔的发展空间。

2. 入世后我国金融仲裁的发展与完善 商事交易中,一个完整的契约包括对事后争议的解决的约定,它对减少交易的不确定性有着极为重要的保障作用。中国在加入 WTO 后,在激烈的金融市场竞争中,面对金融机构与客户之间、中外金融机构之间日益频繁、复杂的纠纷,金融仲裁作为争议解决一种专业、效率、保密的方式,使得金融机构能够在解决争议中效率与安全并得,其发展时机已经成熟,发展空间相当广大。我国应该逐步尽快建立起一个公正合理,高效便利,与世界金融仲裁体系相融合的金融仲裁制度。

2002 年中国国际经济贸易仲裁委员会正在制定《金融争议仲裁规则》,预计不久将出台。在制定这样一个规则的过程中,要充分考虑到金融争议的特点。(1)金融合同大部分是格式合同,我国现行仲裁法律未能体现对格式合同中弱势群体的一定保护。如《仲裁法》17 条明确列举的仲裁协议无效的情况中,无采取欺诈手段(注:非胁迫)或乘人之危订立仲裁条款此种情形,已经遭到很多学者的批评,所以在制定《金融争议仲裁规则》过程中,可考虑加强这方面的规范。(2)在金融仲裁中考虑采用惩罚性赔偿手段。在美国,对于由欺诈与合谋而引起的民事上的损害赔偿,仲裁员可以作出惩罚性赔偿判决。就金融领域的证券业而言,由于有价证券的无形性、投资者对证券经营机构的依赖和证券经纪公司靠佣金获利,这样为金融欺诈和违反诚信原则的活动提供了土壤。我们需要惩罚性赔偿以减少和预防肆无忌惮的、恶意的行为在该行业的泛滥。因此,在金融业赋予仲裁员作出惩罚性赔偿判决的权利具有可行性,它既不违反公平合理原则,相反是出于我国公众利益的考虑。(3)对追求高效率的金融业来说,明确各个程序时限是十分必要的。针对金融案件中那些数额较小、案情简单的争议,可以设立快速金融仲裁程序,缩短时间,简化程序。

综上所述,诉讼并非解决国际金融争议的唯一方式,所谓的“传统”也失去了其今日存在的价值,仲裁在解决金融争议方面有诉讼不可比拟的优势。但无论选择什么样的方式解决争议,都应该尽力结合具体案件,扬长避短。入世之后的中国与世界的联系必然会更加紧密,中国金融业必须顺应世界金融发展的趋势,发展和完善金融仲裁制度。

(作者单位:华东政法学院)