

《仲裁專論》

國際商務仲裁中強制性規則 之適用

張曼隆*

摘要

國際上普遍承認當事人意思自主原則，但是，如果該原則沒有適當地被約束，可能就會違反了國家的強制性規則。強制性規則為當事人意思自主原則與國家法律規範體系提供了一種平衡的機制。

本文介紹強制執行規則與公共政策之異同，進而探討強制性規則在仲裁及執行地所扮演的角色，及其對仲裁判斷效力可能影響。另外，強制性規則與仲裁人及法院之關係為何？仲裁程序上有哪些強制性規則在適用上容易引起爭議？本文試從各國仲裁法律、國際仲裁規約及學者間之意見，提出不同角度探討。

關鍵字

仲裁 & 強制法規

前言

當事人意思自主原則已在大陸法、英美法和社會主義國家被廣泛使用，我們可以瞭解到該原則對國際私法、民法和國際商務仲裁非常重要。但是，當事人意思自主原則並非是不可侵犯的，仍然要接受強制性規則和公共政策之約束¹。

* 張曼隆：英國Stirling大學法學博士；眾望法律事務所律師／所長；國家文官學院講座；國立台北商業大學兼任教授；中華民國仲裁協會仲裁人；中華不動產仲裁協會仲裁人兼涉外仲裁事務委員會委員。經歷：考試院律師高等考試閱卷委員、全國律師雜誌編輯委員、律師公會全聯會律師倫理委員會暨法規委員會委員、國立台北教育大學助理教授、台灣省政府社工人員研習中心講座。

¹ LEW, J. APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 87 (2nd ed. 1978)

強制性規則一般會排除當事人的意願和適用外國法的效力，因而體現了國家基本政策及社會經濟政策²。公共政策明顯反映了每個國家或地區的基本經濟、法律、道德、政治、宗教和社會標準³。當事人意思自主原則之適用與強制性規則及公共政策之被適用，在國際商事仲裁中始終維持相互增減關係。當強制性規則和公共政策被更多的適用，當事人意思自主原則適用的空間就減少。相反的，當事人意思自主原則被更充分的尊重和執行，並削弱國家對仲裁的干預和控制。即使如此，在國際商務仲裁中仍然無法逃脫強制性規則和公共政策的約束。

考量到若同時論述強制性規則及公共政策之議題，文章篇幅恐過於冗長，因此本文先行就強制性規則之議題提出論述，公共政策部分將另文討論。本文擬分析強制性規則在現行國際間一些法律規定、司法判決及學者間的觀點，以探討強制性規則在仲裁程序中的作用及強制性規則與國際商業仲裁之角色。

一、強制性規則

強制性規則（Mandatory Rules）是一項強制性的法律規定，並且必須適用於國際關係，而與管轄該關係的法律無關⁴。強制性規則是考量公共利益而制定的規則，它的適用與法律制度相連接，任何法律或規則與強制性規則相抵觸時，該強制性規則仍都必須被適用⁵。例如，《法國民法典》第3條規定：“有關警察與公共治安的法律，約束所有居住於法國境內的居民⁶。”該規定

² Final Award of 20 July 1992, No. 1491, reported in (1993) 18 Y. Comm. Arb. 80 at 85.

³ *Id.* at 532.

⁴ Erauw, Johan, “Observations about Mandatory Rules Imposed on Transatlantic Commercial Relationships”, HOUST. J. INT. LAW 20, note 5 (2004), <http://www.articlearchives.com/legal-system/international-law/640187-1.html> (last visited Oct. 18, 2021)

⁵ RUBINO-SAMMARTANO, M., INTERNATIONAL ARBITRATION LAW AND PRACTICE, 505 (2nd ed. 2001)

⁶ Art. 3 of Code civil des Francais provides that “The laws of police and public security bind all the inhabitants of the territory.”

間接排除了與這些強制性規則相牴觸的外國法律的適用。聯合國國際貿易法委員會在“國際工業工程建設契約的起草指南”(Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works)中規範：“除了根據當事人選擇的法律或根據國際私法規則適用的法律規則外，在當事人所在國和其他國家／地區生效的某些行政或其他公共性質的規則（例如，轉包商的國家）可能會影響施工的某些方面。這些規則通常是強制性的，其通常是針對所有居住在發佈規則的國家或其公民，有時是針對在該國領土內進行某些商業活動的外國人。強制性規則，可能主要由行政官員執行。執行該規則之目的是確保遵守國家的經濟、社會、金融或外交政策。因此，雙方在起草合同時應考慮到這些因素⁷。”而這些規則的產生，源於國家的國家主權的作用，其目的是為了滿足公共利益。它們也有可能源於國際公法，該法規範了強制性的規則，即使國家本身也不得違反⁸。

⁷ Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works provides that “In addition to legal rules applicable by virtue of a choice of law by the parties, or by virtue of the rules of private international law, certain rules of an administrative or other public nature in force in the countries of the parties and in other countries (e.g. the country of a sub-contractor) may affect certain aspects of the construction. These rules, which are often mandatory, are usually addressed to all persons resident in or who are citizens of the State which issued the rules, and sometimes to foreigners transacting certain business activities in the territory of the State. They may be enforced primarily by administrative officials. Their purpose is to ensure compliance with the economic, social, financial, or foreign policy of the State. The parties should therefore take them into account in drafting the contract.” prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) United Nations, New York, 1988; Guide on Drawing Up International Contracts on Industrial Co-operation by Economic Commission for Europe, Geneva, United Nations, New York, 1976 (ECE/TRADE/124), para. 59 “Applicable Law”, p24; Guide for Drawing Up International Contracts On Consulting Engineering (including some related aspects of technical assistance) by Economic Commission for Europe, Geneva, United Nations, New York, 1983 (ECE/TRADE/145), para. 138 “Applicable Law and Related Matters”, p35; Guide on Drawing Up Contracts for Large Industrial Works by Economic Commission for Europe, Geneva, United Nations, New York, 1973 (ECE/TRADE/117), para. 45 “Determination of the Applicable Law”, p28

⁸ Maniruzzaman, A. F. M., “International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview”, Vol. 7, No.3, J. INT. ARBITR. 54 (1990)

儘管強制性規則也可以涵蓋國家的基本利益和政策，但是它們通常反映相當具體的利益和政策。另一方面，所有公共政策都不可避免地具有強制性，因為它們反映了道德和正義的基本概念。但是，並非所有強制性規則都等同於公共政策，因為它受保護的利益可能與社會的基本價值無關⁹。每個公共政策規則都是強制性的，但並非每個強制性規則都包含公共政策的一部分¹⁰。只有基於這種區分才能理解仲裁庭和法院何以對公共政策做某些限縮解釋，因為兩者是有區別的，而這種區別已在1983年奧地利《民事訴訟法》第595（6）條規定：“如果仲裁判斷不符合奧地利法律制度的基本原則，或者如果它違反了法律的強制性規定，即使是涉及《國際私法》第35條規定的涉外契約案件，當事人選擇的法律不能擱置其適用¹¹。”

強制性規則具有明確而具體的法律法規，公共政策通常具有普遍性和抽象性的法律原則。公共政策比強制性規則的概念更廣泛，而公共政策與強制性規則的內容實際上是有重疊的，因此很難明確地認定強制規則是否代表了公共政策的原理；對公共政策含義的解釋也不是一成不變的，而是反映時代和客觀的情況¹²。因此，一些學者認為強制性規則與明確的公共政策相同，並且在使用上是可以互換的¹³。如果適用外國法律導致違反公共政策，則訴諸於使用強制性規則來決定是否排除外國法律的適用。因此，有學者認為，強制性

⁹ Committee on International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, (International Law Association, London Conference, 2000), p30 ; ZHILSOV, A.N., MANDATORY AND PUBLIC POLICY RULES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 88 (1995)

¹⁰ Böckstiegel, Karl-Heinz, *Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*, Special Issue IBA Journal of Dispute resolution, 123 seq., (2008) http://www.arbitration-icca.org/media/0/12277202358270/bckstiegel_public_policy...iba_unconference_2008.pdf (last visited Oct. 19, 2021)

¹¹ Article 595(6) of Austrian Code of Civil Procedure provides that “if the award is incompatible with the basic principles of the Austrian legal system or if it infringes mandatory provisions of the law, the application of which cannot be set aside by a choice of law of the parties even in a case where a foreign contact according to Article 35 of the International Private Law Act is involved.”

¹² Bockstiegel, K-H., *Public Policy and Arbitrability*, in *COMPARATIVE ARBITRATION PRACTICE AND PUBLIC POLICY IN ARBITRATION*, 179-180 (P. Sanders edn,1987)

¹³ Maniruzzaman, A. F. M.*supra* note 8, at 100-101.

規則是排除適用外國法律的第一個障礙，而公共政策則是第二個障礙¹⁴。

二、仲裁地之強制性規則

仲裁程序適用仲裁地法，最早被1923年日內瓦《仲裁條款議定書》及《紐約公約》採用¹⁵。之後，歐洲公約及美洲公約亦仿紐約公約之規定，就仲裁庭的組成或仲裁程序，在無當事人協議時，如與仲裁地法律不符，即被列入拒絕承認與執行仲裁判斷的理由之一。1985年《模範法》亦採用之¹⁶。影響所及，1989年瑞士聯邦國際私法典第176條第1項即規定：“如果仲裁庭所在地在瑞士，並且在訂立仲裁協議時至少有一方當事人在瑞士既無住所也無慣常居所，則本章規定適用於仲裁。”足見該國已要求在其國內舉行的仲裁，必須遵守該國的仲裁法，但同條第2項規定“當事人以書面形式排除其適用，同意僅適用州法有關仲裁程序規定的，本章規定不適用¹⁷。”可見，除非當事人以書面約定僅適用州法有關仲裁的程序性規定的，則可不適用該章規定。

通常情況下，一個國家會要求仲裁由仲裁地法和仲裁地的強制性規則所約束¹⁸。每個國家的法律制度都有自己適用於仲裁程序的法律或規則，有些是

¹⁴ Mayer, P., *Mandatory rules of law in international arbitration*, (1986), ARBITR. INT. 299-300 Volume 2, No. 4.

¹⁵ Art. 2 of the Geneva Protocol 1923 ; Art.v.1(d) of the New York Convention

¹⁶ Art.IX 1(d) of the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961; Art.5.1(d) of the American Convention on international commercial arbitration, 1975 ; Art.36(1)(a)(iv) of the Model Law.

¹⁷ Art. 176 of Switzerland's Federal Code on Private International Law provides that: “1 The provisions of this chapter shall apply to arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if at least one of the parties at the time the arbitration agreement was concluded was neither domiciled nor habitually resident in Switzerland. 2 The provisions of this chapter shall not apply if the parties have excluded its application in writing and agreed to the exclusive application of the cantonal rules of procedures concerning arbitration.”

¹⁸ Mann, F.A., *England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration*, I.C.L.Q, Volume 33, 193 (1984); *James Miller v. Whitworth Street Estates* [1970]1 All E.R. 796(H.L.); Mann, F.A., *Lex Facit Arbitrum*, in INTERNATIONAL ARBITRATION: LIBER AMICORUM FOR MARTIN DOMKE, 157 (P. Sanders edn, 1967)

強制性的，有些不是強制性的¹⁹。當事人不能以違反任何仲裁地強制性規則的方式進行仲裁程序。因此，仲裁當事人必須遵守仲裁地的強制性規則，以確保最終仲裁判斷可以被執行。例如，國際商會仲裁規則也承認仲裁地強制性規則的重要性，特別於第7(6)條規定：“當事人沒有另行約定的，仲裁庭按照第8.9條和第10條的規定組成²⁰。”此反映出，當事人得約定委託第三國之人擔任仲裁人，並得在任何一方當事人所在國進行。但是一旦仲裁地所在國的法律有禁止外國人擔任仲裁人者，則該強制性規則可以排除指定外國人擔任仲裁人的協議，除非該國有容許當事人為如此約定²¹。一旦違反該強制性規則，其中一方當事人可主張當事人不遵守仲裁地法的強制性規則為由，主張撤銷或停止該仲裁判斷之效力²²。類似地，英國仲裁法第33條規定：“(1)仲裁庭應：(a)公平及公正地對待當事人，給予雙方當事人合理陳述案件的機會，並為抗辯之陳述，並(b)根據特定案件的具體情況採取適當的程序，避免不必要的延誤或花費，以對待決定事項提供公平的解決方式。(2)仲裁庭應在進行仲裁程序過程中、在其對程序和證據事項的決定中以及在行使授予它的所有其他權力時，都應遵守該一般義務²³。”有學者評論，該條款約制了仲裁人在仲裁中的權力，亦即仲裁人必須始終根據本條款將其應承擔的義務放在首位²⁴。

制定國際商事仲裁程序的強制性規則，聯合國《模範法》是這一類型的

¹⁹ Sec. 4, 12,13,24, and 26 of the English Arbitration Act 1996

²⁰ Art.7(6) of RULES OF ARBITRATION OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE provides that “insofar as the parties have not provided otherwise, the Arbitral Tribunal shall be constituted in accordance with the provisions of Article 8.9 and 10.”

²¹ Art. 6-8 of the UNCITRAL Arbitration Rules 1976

²² Art. 1.(e) of the New York Convention

²³ Section 33 of the English Arbitration Act 1996 provides that “(1) The tribunal shall -(a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and (b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined. (2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it.”

²⁴ LORD, RAND SALZEDO, S., GUIDE TO THE ARBITRATION ACT 1996, 30 (1996)

典型代表²⁵。之後，一些國家也採用《模範法》的相關強制性規則之立法²⁶。這些條款都是強制性的，當事人的契約約定一旦違反了這些規定，則這些契約約定將是無效的。

三、強制性規則與法院關係

法院的管轄權源於國家的主權，基於國家政策和利益考慮，國內法院不僅有義務適用自己的強制性規則和公共政策，而且有權適用外國法律或承認並執行外國判決或仲裁判斷。相反地，法院在公共政策的考慮下，也有權力拒絕適用外國法律及拒絕執行外國判決和仲裁判斷²⁷。但法院也不能讓法官爲了個人方便和主張，而隨心所欲地拒絕外國的相關權利，同時也不能關起門來而拒絕提供協助，除非這些協助會違背國家一些基本的正義原則、普遍的良好道德觀念和一些根深蒂固的傳統價值²⁸。

理論上，當事人選擇自己仲裁程序規則進行仲裁，似乎與法院無關，但實際上，大多數國家都對在其境內舉行的仲裁或多或少地施加一定監督和控制。何況，仲裁程序的進行，常常又需要仲裁地法院的協助。法院對境內仲裁的監督與協助，主要針對仲裁協議、仲裁程序和仲裁判斷等事項。法院就仲裁協議的監督主要是根據當事人的請求，對仲裁協議的有效性作出決定。此項監督可能發生在仲裁程序開始之前或者之後，也可能發生在仲裁判斷作出之後。在仲裁程序開始之前，一方當事人可以主張仲裁協議無效而向法院起訴解決。在這種情況下，法院若認定仲裁協議有效，則令當事人將爭議提交仲裁解決；若法院認仲裁協議爲無效，則法院必須做判決²⁹。

法院對仲裁程序的協助，係爲指定仲裁人、採取臨時性保全措施及撤銷

²⁵ Art. 12 (2), 18, 34 (2) (b), 36 (1) (b), 36 (1) (a) (iv) of the Model Law

²⁶ Sec. 1059, 2 (a) (b), Sec. 1060, (2), Sec. 1061 of the German Code of Civil Procedure ; Sec. 33 of the English Arbitration Act 1996

²⁷ CHUKWUMERIJE, O., CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 181-182 (1st edn 1994)

²⁸ Loucks v. Standard Oil Co. (1918) 224 N.Y. 99.

²⁹ Art. 2 of the New York Convention

對仲裁人的指定。指定仲裁人，係指另一方當事人請求法院為其作出指定，許多國家的仲裁法也對此作了規定³⁰。採取臨時性保全措施，係指仲裁庭有權作出此項決定，並令一方當事人提供相應的擔保³¹。撤銷對仲裁人的指定，在仲裁程序進行中，如果當事人發現了某一仲裁人有營私舞弊等不法情事等事實，可以請求法院撤銷該仲裁人的指定³²。

法院對仲裁判斷作出後的監督，係指法院可依法撤銷仲裁判斷、拒絕承認與執行仲裁判斷。如果當事人一方舉證當事人之他方為無行為能力者，或者為無效協議者，法院可以撤銷和拒絕承認與執行該仲裁判斷³³。法院對仲裁給予支持與協助的職權，本身即來自仲裁地國法律的規定。在仲裁程序進行中，無論法院的支持與協助，還是控制與監督，其法律依據均為仲裁地的強制性規定³⁴。

四、強制性規則與仲裁人關係

目前，國際商事仲裁人是否應該採用外國強制性規則？在仲裁學者和實踐中仍存在著爭議。有些學者對採用此類外國強制性規則持敵對態度，另有些學者則表示認同³⁵。反對的學者認為國際仲裁人不需要忠於任何主權國家，也沒有義務適用強制性規則³⁶。理論上，即使仲裁程序發生在特定國家，國際仲裁人也沒有義務適用和尊重該國的強制性規則³⁷。

但是現實上，仲裁人可以完全無視相關國家法律的強制性規則嗎？恐怕

³⁰ Sec.19 of the English Arbitration Act 1996 ; Sec.1035(3)-(5)of the German Code of Civil Procedure ; Art. 11 of the Model Law °

³¹ Art. 17 of the Model Law ; Art.1041(1) of the German Code of Civil Procedure

³² Sec.18 of the English Arbitration Act 1996

³³ Art. 34, 2 (A) (a) of the Model Law ; Art.5 1 (A) of the New York Convention

³⁴ Lew,J., *supra* note 1, at 556.

³⁵ Mayer, P. *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, 2 ARB. INT. 274-293 (1986)

³⁶ Schmitthoff,Glive M., "Finality of Arbitral Awards and Judicial Review", in Schmitthoff's *Select Essays on International Trade Law* (Chia-Juicheng ed.,1988), p.654.

³⁷ BOYDAN, M., *SOME ARBITRATION-RELATED PROBLEM OF SWEDISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW*, 76 (1990)

未必。因為仲裁人如果可以無視國外的強制性規則，那麼仲裁人所作的仲裁判斷，可能就有效力的問題。而且，如果每一個仲裁程序都涉及強制性規則的爭議，無疑很容易耽誤仲裁程序的進度，進而導致當事人不願以仲裁來解決爭議，而寧願將爭議事件訴諸法院³⁸。換言之，仲裁人若無法從仲裁地所在國的法律中獲得支持，相對的，仲裁程序可能無法獲得法院地法的保護。為防止仲裁判斷被仲裁所在國的法院撤銷，仲裁人不得不考慮該國強制性規則的適用³⁹。

另一方面，仲裁人必須考量他們的權力是來自於當事人，當仲裁協議之雙方將爭議提交仲裁，而非向法院起訴時，他們即期望仲裁人能迅速地作出公正的仲裁判斷，並希望該仲裁判斷日後能被有效的強制執行。在這一點上，仲裁人即應尊重和實現當事人的合理期望，否則日後仲裁判斷萬一不能被執行，仲裁判斷就會變成毫無意義。因此，仲裁人就必須盡力避免會影響仲裁判斷效力的一切因素⁴⁰。再者，國家之所以會允許當事人得選擇仲裁，主要仍是考慮當事人即使將爭議提交仲裁，其強制性規則仍將會得到仲裁庭的尊重。否則，試問國家豈願允許當事人將爭議提交仲裁？因此，仲裁人應確保仲裁是不以逃避國家強制性規則及公共政策為目的，否則對仲裁之聲譽將造成損害⁴¹。

然而，就適用仲裁判斷執行地的強制性規則並非沒有任何困難，因為仲裁人在作出仲裁判斷時可能不知道仲裁判斷將在何處執行，因此，他也可能不知道強制執行地點的強制性規則。其次，仲裁人若事先能預測了執行地點，則他必須事先知道誰是獲勝方，如此也必須決定適用或拒絕適用強制性規則。準此，仲裁人是否適用強制性規則，等同可以決定當事人仲裁判斷之勝訴與否。如果是這樣，就會造成適用強制性規則所產生的不良循環，何況如果仲裁判斷需要在多個國家執行時，仍然會存在可能多個國家之強制規則

³⁸ Lando, O, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 I.C.Q 760 (1985)

³⁹ New York Convention 1958, Art.V. (1).(e).

⁴⁰ New York Convention 1958, Art.V. (1).(d),(e).

⁴¹ Lando, O, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration* 34 I.C.L.Q., 766 (1985)

適用之可能衝突⁴²。

如今，國際商事仲裁已經普遍接受了適用仲裁判斷所在地強制性規則，以提高仲裁判斷的效力。因為從各個重要仲裁公約、國家法律和一些仲裁規則來看，可以推斷出仲裁人已經衍生出適用強制性規則這個義務⁴³。從而主張仲裁人可以完全不考慮強制性規則者，顯然是不切實際的。

五、各種強制性的法律原則

現代仲裁法的重要趨勢為，採用當事人自治的原則，而且逐漸降低對仲裁程序中的強制性法律規則的關注。即使如此，每個國家仍然保留一些強制性規則，這些規則與國際商事仲裁的行為有密切關聯。因此，下面擬就仲裁人獨立公正的規則、當事人公平陳述的權利、平等選擇仲裁人權利、適當通知雙方當事人等仲裁程序適用問題，從各國國內仲裁法強行規則、國際公約及相關司法判決，對這些議題提出研討。

(一) 獨立與公正原則

有些學者認為，仲裁人在進行仲裁時，依法應保持獨立和公正，並且認為獨立和公正性其實是同義詞，都是描述相同的現象。換句話說，獨立和公正性是審視同一件事的兩種方式。因此，基於相同的事實，對仲裁人違反獨立性和公正性的質疑及挑戰所產生的結果，可能是相同的，那就不足為奇了⁴⁴。相反的，有些學者提出，獨立性和公正性彼此之間，是可以互相替代的⁴⁵。亦有

⁴² *Id.* at 112.

⁴³ Art.1(e) of the 1927 Geneva Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards; Art. V(2)(b) of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; Art. 36(1)(b)(ii) of the UNCITRAL Model Law; Art. 1498 of the French Code of Civil Procedure; Art. 1076 of the 1986 Netherlands Arbitration Act; Art.59 of the 1988 Spanish Arbitration Law; Art.194 of the Swiss Federal Statute of Private International Law; Art.26 of the 1988 ICC Rules of Arbitration.

⁴⁴ Koch, Christopher, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*, Volume 20, No.4, J. INT. ARBITR. 332 (2003)

⁴⁵ Gearing, Matthew, *A Judge in His Own Cause?: Actual or Unconscious Bias of Arbitrators*, INT. ARBITR. LAW REV. 50 (2000)

學者認為，獨立性是一種比較寬廣的概念，指的是仲裁人與任何當事人之間存在聯繫，但不被影響自己的判斷。而公正性則是指仲裁人在審理案件時，必須保持開放的胸懷並完全排除先入為主或有偏見的觀念。仲裁人在審理案件時，是應該完全保持開放的態度面對兩造當事人，但是一旦與當事人之一方有所聯繫，就有可能影響他的獨立性⁴⁶。另一方面，獨立性和公正性的概念在某些情況下可能會重疊的，而在某些情況下，它們可能是平行存在的。有時，即使仲裁人可能與兩造當事人沒有任何的聯繫，但仲裁人也有可能居於自己主觀的意思及價值觀，而偏袒某一方的當事人，而造成仲裁判斷的不公正⁴⁷。

對於獨立性和公正性的概念，法國法院在 *Consorts Ury v. SA des Galeries Lafayette* 一案中⁴⁸，表示了它的見解。最高法院在判決中表示「無論行使何種司法權，獨立的思想是行使權力不可或缺的重要因素，它也是仲裁人的必須具備的基本素質之一⁴⁹。」巴黎上訴法院在幾個國際仲裁的判決也認同這個見解⁵⁰，而且在其它類似的判決案例，也凸顯獨立的思想對仲裁及判決的重要性⁵¹。

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Consorts Ury v. S.A. des Galeries Lafâchette*, Cass. 2e civ., Apr. 13, 1972, JCP, Edn G., Pt. II, No. 17,189 (1972) Cited by Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel, and Goldman, Berthold, E. GAILLARD & J. SAVAGE FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 562 (edn. 1999), This case had originated from a domestic arbitration.

⁴⁹ Cass. 2e civ., Apr. 13, 1972, *Consorts Ury v. S.A. des Galeries Lafayette*, JCP, Edn G., Pt. II, No. 17,189 (1972), and P. Level's note; Dalloz, Jur. 2 (1973), and J. Robert's note; 1975 REV. ARB. 235, and E. Loquin's note Cited by Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel, and Goldman, Berthold, E. GAILLARD & J. SAVAGE FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 562 (edn. 1999)

⁵⁰ CA Paris, Dec. 12, 1996, *Commercial Agraria Hermanos Lucena v. Transgrain France*, 1998 REV. ARB. 699, and observations by D. Bureau Cited by Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel, and Goldman, Berthold, E. GAILLARD & J. SAVAGE FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 562 (edn. 1999)

⁵¹ TGI Paris, réf., Sept. 21, 1989, *La Belle Créole S.A. v. The Gemtel Partnership*, 1990 REV. ARB. 176, 2d decision, and P. Kahn's note; Cass. 2e civ., Nov. 8, 1989, Editions Médicafrique v. *Le Concours médical*, No. 88-18.035, unpublished Cited by Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel, and Goldman, Berthold, E. GAILLARD & J. SAVAGE FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 562 (edn. 1999)

當事人期待在仲裁中，仲裁人必須並且保持公正和獨立性。一般而言，仲裁人應該會是獨立公正的，但有些仲裁人仍然可能無法平等對待雙方當事人，換言之，仲裁人也有可能偏袒某一方當事人⁵²。例如，在英國的 *Catalina (Owners) v. Norma (Owners)* 一案中⁵³，審理案件的仲裁人之公正性即遭到強烈質疑，因為這位仲裁人曾經在公開場合不經意的說，我審理的那個案件提供證據的兩位證人幸好是挪威人，而不是義大利人。像這種案件，如果證人是義大利人，他們可能都是說謊者，不可能從他們嘴巴說出甚麼真話來；我認為葡萄牙人也是這樣子的。可見這位仲裁人對於義大利人及葡萄牙人主觀上是有偏見的。另一方面，他個人主觀上，對於挪威人似乎比較有好感，如此一來，他在仲裁審理中，就不可能保持客觀公正。因此當事人之一就引用《1996年英國仲裁法》第24條第1項(a)款規定：“基於下列理由，仲裁程序的一方當事人（經通知另一方當事人、相關仲裁人和其他仲裁人後）可聲請法院撤換仲裁人：(a)存在當事人對該仲裁人的公正性產生具有正當理由的懷疑事由⁵⁴。”聲請法院撤換該名仲裁人。法院最終認定該名仲裁人確實具有國籍歧視，而免除該名仲裁人。

假如無強制性的公正規則賦予當事人，能夠檢驗仲裁人在仲裁程序藏有

⁵² In the last version of its Rules in 1998, the LCIA provided that impartiality instead of independence was the appropriate test, because an arbitrator who lacked “independence” in the most limited sense might still be impartial. Likewise, an arbitrator who would pass the independence test might be short of the necessary quality of impartiality, see Fn 1, at p1-36, (<http://www.kluwerarbitration.com>.

ezproxy.stir.ac.uk/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=26308), (last visited Oct 18, 2021)

⁵³ *Catalina (Owners) v. Norma (Owners)* (1938) 61 Ll. L. Rep. 360

This was a act by the claimants, the owners, master and crew of the Portuguese steamship *Catalina*, and the owners of the cargo, for the removal of Sir William Norman Raeburn, Bart., K.C., the arbitrator appointed involving between the claimants and the respondents, the owners of the Norwegian motor vessel *Norma*, regarding a collision between those vessels near Ushant on Sept. 28, 1937, by the reason that he had misconduct himself by acting not fairly and short of impartiality between the parties.

⁵⁴ Section 24.1(a) of the English Arbitration Act 1996 provides that “A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds— (a)that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality;”

此類偏見等過分行爲，則仲裁程序將有可能會違背自然正義原則⁵⁵。基此，瑞士國際仲裁規則第9條第1款除了規定「獨立性」規則外，還闡明「公正性」的重要性⁵⁶。該條規定：“1.依照本規則進行仲裁審理的所有仲裁人均應爲公正的並獨立於當事人，並且應在任何時候都保持該種公正和獨立。2.仲裁人候選人在一方爲指定仲裁人和他接觸時，應向其披露可能對該仲裁人候選人的公正和獨立產生合理懷疑的任何情形。一旦仲裁人已經被指定或選定，該仲裁人應向當事人各方披露該等情形，除非他事先已告知當事人該等情形⁵⁷。”，該規則第13條第1項進一步規定：“任何仲裁人都可被聲請迴避，只要存在能對該仲裁人公正或獨立性產生合理懷疑的情形⁵⁸。”可見上揭法律嚴格規定仲裁人對當事人應公正並獨立的，並且應在任何時候都保持公正和獨立的立場。

(二) 當事人公平陳述的權利

當事人被賦予權利提出仲裁時，此時當事人不僅有權利陳述自己的案件，而且還要讓仲裁人聽取、重視和評估他的陳述，而且要能使當事人有機會提交自己和檢視對方的證據。此原則已被各國的仲裁法所接受，例如：《德國民事訴訟法》第1042條第(1)項即規定：“各方當事人應平等對待，並應給予每一方充分陳述案件的機會⁵⁹。”類似地，《1996年英國仲裁法》第33條

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Scherer, Matthias, *New Rules on International Arbitration in Switzerland*, Volume 7, No.4, INT. ARBITR. LAW REV. 121 (2004)

⁵⁷ Art.9(1) of the Swiss Rules of International Arbitration provides that “1.All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties. 2. A prospective arbitrator shall disclose to those who approach him in connection with his possible appointment any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, once appointed or chosen, shall disclose such circumstances to the parties unless they have already been informed by him of these circumstances.”

⁵⁸ Art.13(1) of the Swiss Rules of International Arbitration provides that “any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence.”

⁵⁹ Section 1042(1) of the German Code of Civil Procedure provides that “the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.”

第1項a款亦規定：“(1)仲裁庭應：(a)公平及公正地對待當事人，給予各方當事人合理的機會陳述案件並抗辯對方當事人的陳述⁶⁰。”此外，仲裁庭應選擇適合於具體情況的仲裁程序及公正的手段來處理案件，以避免不必要之時間拖延或費用支出⁶¹。換言之，仲裁庭在行使它的權力時，應遵守上揭所示之義務以決定相關仲裁事項⁶²。

有些國際仲裁案例，對於當事人是否有平等的機會陳述案件，或是否有足夠的機會提交和接受證據的問題，提供了具有啓示性的見解。例如，在 *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie B* 案⁶³，國際海牙上訴法院於1998年4月28日的判決中即表示，當事人之一方為最新的口頭陳述或提供書面文件時，仲裁庭如果未能給他方當事人發表最新意見的機會，則違反仲裁程序中當事人的基本權利，此權利其實也是涉及有無違反公共政策之問題⁶⁴。然而，有些案例對此議題有不同的看法⁶⁵。例如，在 *Generica v. Pharmaceutical Basics* 一案中⁶⁶，該案件是由於國際仲裁法院的一名仲裁人於1995年8月所作的最終仲裁判斷所引起的爭議。亦即該仲裁判斷得出結論為，*Pharmaceutical Basics, Inc.* (“PBI”) 違反了與 *Generica Limited* (“Generica”) 所簽訂的契約，因為PBI未履行該契約之義務，而造成Generica重大損失。該案原始事實為，Generica在地方法院提出聲請，要求法院發布命令確認外國仲裁判斷。而PBI提起反訴，要求法院撤銷仲裁判斷，其所持之理由為，根據紐約公約第五條的規定，該仲裁判斷是不能被執行的。但是，地方

⁶⁰ Section 24.1(a) of the English Arbitration Act 1996 provides that “arbitrators must act fairly and impartially between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case forward and dealing with that of his opponent.”

⁶¹ Section 1(b) of the English Arbitration Act 1996

⁶² Section 2 of the English Arbitration Act 1996

⁶³ *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV*, Yearbook XXIII (1998) p731-734 (Netherlands no. 24)

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ For example, *Generica Limited, Plaintiff-Appellee, v. Pharmaceutical Basics, Inc.*, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, September 29, 1997, 125 F.3d 1123; Moscow District Court Paul Wurth v. V/O Tyazhpromexpoert, May 24 1996

⁶⁶ *Generica Limited, Plaintiff-Appellee, v. Pharmaceutical Basics, Inc.*, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, September 29, 1997, 125 F.3d 1123

法院駁回了PBI之反訴，並確認該最終之仲裁判斷應該被維持。但是在此案，地方法院拒絕PBI聲請對仲裁人的事實調查，及排除審查相關證據的聲請，因為法院發現仲裁庭實際上並未剝奪PBI的公正審理權。法院進一步認為PBI具有足夠的機會在仲裁程序中能充分陳述自己的意見，PBI表示其未具陳述意見的機會，是不足採信的，因此地方法院作出了對Generica有利的判決。PBI不服，並上訴至美國第七巡迴上訴法院，上訴法院表示，仲裁人在仲裁程序中應該提供每一當事人充分的機會提交證據和陳述自己的意見。並表示，如果能證明仲裁人捨棄了有利一方當事人的證據，而導致了不公平的仲裁結果，如此即違反正當程序規則。然而，在此案件中，仲裁人在駁回PBI聲請調查證據時，並未濫用仲裁人之裁量權，因為仲裁人其實已充分考量是否有必要調查該證據來確認爭議，上訴法院經過評估，縱然仲裁人當初未調查該證據，但是對於仲裁判斷的結果並無影響，最終仍駁回PBI之上訴。

另一方面，當事人提起仲裁，仲裁庭就必須提供雙方當事人充分陳述的機會，以保證仲裁是在當事人得到公平對待的情況下作出判斷的。但是，如果仲裁庭已給予一方適當和充分的通知，但一方未提出自己的意見或未參與仲裁，則將被視為放棄其提出陳述的機會和權利⁶⁷。例如，在Biotronik v. Medford Medical Compa⁶⁸案件，為美國紐澤西州地方法院判決案。該案仲裁當事人之一方即美國相對人，根據國際商會仲裁規則其已被通知到瑞士參加仲裁。但是，這位相對人並沒有依照該通知參加仲裁，最終仲裁庭給予聲請人勝訴之仲裁判斷。當勝訴的仲裁人聲請執行仲裁判斷時，當初未參加仲裁判斷的相對人提出異議，主張當初他在仲裁程序中「無法陳述其案件」，而他之所以不能依通知時間參與仲裁的原因，係因為本件仲裁中的其中一項契約涉及到他的權利和債務糾紛，亦即契約中之一項商品之銷售佣金，因買賣雙方尚未終止契約故無法在契約終止前清算賬目，因此他主張當初拒絕參加仲裁是有理由的。他異議的另一個理由為，該仲裁判斷是欺詐性的，因為仲裁

⁶⁷ Van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 1981, p306

⁶⁸ *Biotronik v. Medford Medical Company*, U.S. Yearbook Commercial Arbitration, P. Sanders (ed.) Volume II, 1977, p250

的聲請人當初未向仲裁庭誠實告知兩造之間有上開契約約定。但是，這位相對人上開之異議理由，不被法院採納而駁回他的請求，法院所持的理由為，因為根據紐約公約第五條第1項（b）款的規定，所謂仲裁的正當程序的最重要涵義，係指仲裁庭對當事人有適當的通知，而且當事人亦有公平參與仲裁之聽證機會。亦即當仲裁當事人之一方收到仲裁庭的通知時，他不僅可以參與仲裁，而且也應該參與仲裁，兩者兼具。法院進一步表示，這位仲裁相對人即訴訟中之當事人誤解了所謂「正當程序」一詞的涵義。如前所述，這位當事人當初確實有收到仲裁庭之適當通知，且沒有外在阻礙他參與仲裁之事實，亦即客觀上他實際上是可參與仲裁的，但他卻未依通知之時間參加仲裁程序，縱然他有提出上開異議的理由，但這僅是他主觀考量，與有無公平參與仲裁程序無關，因此法院駁回他的請求。

（三）平等選擇仲裁人權利

當事人在仲裁程序享有受到平等對待及都有充分陳述其案件的機會時，一個值得信賴的仲裁庭便被建立了，從而減少了當事人對仲裁人的公正性以及由此引起所有可能的爭議及產生的懷疑。可見，當事人在仲裁程序是否獲得平等的對待，攸關仲裁程序是否合法。

有的國家就當事人是否具有公平的權利去指定仲裁人，做了一些強制性的規定，以便保障雙方當事人公平的權利。例如，《德國民事訴訟法》第1034（2）條即有類似的規定：“如果仲裁協議授予一方當事人在仲裁庭組成方面的優勢，使另一方當事人處於不利地位，則另一方當事人可以請求法院不依據已作出的提名或原已同意的提名程序指定仲裁人⁶⁹。”可見，如果當事人在仲裁協議約定，一方之當事人可以優先指定仲裁人的組成，其實意味著另一方當事人在指定仲裁人的權利處於較不利地位，因為一方之當事人可以優先指定仲裁人的組成，隱含該當事人與仲裁人之間，可能具有認識、深

⁶⁹ Section 1034 (2) of the German Code of Civil Procedure provides that “If the arbitration agreement provides for one party to be more strongly represented in the composition of the arbitral tribunal, and this places the other party at a disadvantage, the latter party may file a petition with the court that it appoint the arbitral judge(s) in derogation from the appointment(s) made or the appointment provisions agreed.

交、利益或其他可能的好感或信賴關係，則該仲裁庭在仲裁程序或仲裁判斷時，偏頗該當事人的可能性相對較高，因此，另一方陷於不利之當事人，得不受該仲裁協議的約束，可以聲請法院另行指定一名或多名之仲裁人，促使雙方當事人在指定仲裁人的組成都具有公平的權利⁷⁰。同樣地，《荷蘭仲裁法》第1028條亦有類似規定：“如果仲裁協議給予一方當事人在指定仲裁人方面的特權地位，另一方當事人可以不顧協議規定的指定方式，請求地方法院院長在仲裁開始後的一個月內指定仲裁人。另一方當事人應給予表示意見的機會。第1027條第4款的規定相應的予以適用⁷¹。”意即，如果仲裁協議給予一方當事人指定仲裁人的特權，另一方當事人即可不顧該協議的指定方式，而得聲請地方法院院長在仲裁開始後的一個月內另行指定仲裁人，對此聲請案，應給予另一方當事人表示意見的機會。國際商會（ICC）仲裁規則第8條第（3）及（4）項條亦規定：“3.當事人約定由獨任仲裁人解決爭議的，可經協商共同提名一位仲裁人以供確認。如果在聲請人的申請書為另一方當事人收到之日起30日內，或在秘書處許可的延長期內，當事人沒有共同提名一位獨任仲裁人，應由仲裁院委任獨任仲裁人。4.爭議由三名仲裁人審理的，各方當事人應分別在其聲請書或答辯中提名一位仲裁人供仲裁院確認。如果一方當事人未能提名，仲裁院將代其委任一名仲裁人。第三名仲裁人由仲裁院委任並擔任首席仲裁人，除非當事人對其委任程序另有約定，但即使如此，委任仍需按照第9條的規定經過確認。若當事人約定的委任程序未能在當事人約定或仲裁院規定的期限內產生提名人選，第三名仲裁人應由仲裁院委任⁷²”可見該規則對於指定仲裁人，亦有平衡性的規定，其本旨與上揭《德國民事訴訟

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Art.1028 of Civil procedure code of the Netherlands provides that “If the arbitration agreement gives one of the parties a privileged position with regard to the appointment of the arbitrator or arbitrators, the other party may, despite the method of appointment laid down in that agreement, request the President of the District Court within one month after the commencement of the arbitration to appoint the arbitrator or arbitrators. The other party shall be given an opportunity to be heard. The provisions of Article 1027(4) shall apply accordingly.”

⁷² Article 8(3)(4) of ICC Rules of Arbitration 1998 provides that “Where the parties have agreed that the dispute shall be settled by a sole arbitrator, they may, by agreement, nominate the sole arbitrator for confirmation. If the parties fail to nominate a sole arbitrator within 30 days from the date when the Claimant's Request for Arbitration has been received by the other party, or

法》第1034（2）條規定相似。

（四）適當通知雙方當事人

如果當事人之一方未收到適當的通知時，則將喪失機會參與仲裁程序，如此，對該當事人在仲裁程序中處於不利地位。因此，仲裁人為了作出公正的仲裁判斷，則仲裁人必須在仲裁程序中，對每一當事人發出適當的通知。所謂「適當通知」之「適當」一詞，可以解釋為已充分了解任命了仲裁人，或者仲裁之程序已經通知每一仲裁當事人⁷³。在*Presse Office S.A. v. Centro Editorial Hoy S.A.*⁷⁴乙案，一方當事人抗辯，根據國際商會的仲裁規則和美國仲裁協會仲裁規則，應該以郵件通知仲裁程序的進行，但是這個規則違反了墨西哥民事訴訟法第605條第4項之規定，因為根據該規定，第一次仲裁通知必須親自送達給仲裁當事人，而且這項規定攸關是否符合公共政策。但是，法院引用紐約公約第五條第（1）項（b）款之規定，駁回了此位當事人之抗辯。法院所持的理由為，當仲裁當事人在契約中約定了仲裁條款，這意味著訂約時當事人有意放棄《墨西哥民事訴訟法》第605條第4項之規定，因此該爭議仍應回歸適用紐約公約為準。

在這個案例，反映了三個明顯的問題，一、法院認為根據紐約公約，仲裁之通知要求並不需要遵循一種特定的正式形式，而是只要符合當事人雙方協商之通知方式即可。二、法院認為，根據紐約公約第五條第（1）項（b）款正當程序之規定，其實應屬於公共政策的一部分。三、該判決意味著要適用國內和國際公共政策，兩者是有區別的，在拉丁美洲的法院更是明顯。在此情況下，墨西哥法院認為，只要遵守當事人雙方之間達成的協議方式為通知即

within such additional time as may be allowed by the Secretariat, the sole arbitrator shall be appointed by the Court. Where the dispute is to be referred to three arbitrators, each party shall nominate in the Request and the Answer, respectively, one arbitrator for confirmation. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court. The third arbitrator, who will act as chairman of the Arbitral Tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment.”

⁷³ VAN DEN BERG. A.J., THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958, 304 (1981)

⁷⁴ *Presse Office S.A. v. Centro Editorial Hoy S.A. (Mexico no.1) Tribunal Superior de Justicia*, 18th Civil Court of First Instance of Mexico, D.F. February 24, 1977

可滿足「適當通知」的要件，而不必以特別或正式的方式通知才算合法⁷⁵。

六、結論

國際上普遍承認，根據當事人意思自主原則，當事人可以自由選擇適用於程序的法律⁷⁶。但是，如果當事人的法律選擇沒有適當地被調整，那可能就會違反了國家的強制性規則。因此，當事人選擇程序法的自由應被國家的強制性規則和公共政策所制約。換句話說，每個國家都將施加自己的“due process”的標準，該標準可能因國家而異⁷⁷。這些強制性規則確實限制了當事人意思自主原則的適用範圍。每個國家都有一些程序規則，這些規則是當事人及仲裁庭都必須遵守，它們至少保證了仲裁程序的公正性和有效解決程序的爭端。

此外，強制性規則為當事人意思自主原則與國家法律規範體系提供了一種平衡的機制；而且它建構了每一國家的社會結構和法律基礎的基本標準⁷⁸。在這種情況下，當勝訴方聲請國內法院承認和執行外國判斷時，則法院必須審查仲裁程序和仲裁判斷，以確認它們是否違反了法院所在地的基本政策，然後決定是否給予承認及執行⁷⁹。

同時，進行仲裁的國家的法院根據其本國法律制度授予的權力，有權監督和審查仲裁判斷。如果當事人對仲裁判斷提出異議，並向法院提起撤銷仲裁判斷之訴，此時法院必須審查仲裁判斷是否違反強制性規則和公共政策⁸⁰。可見仲裁人通常必須遵守仲裁地的強制性規則，以便作出有效的仲裁判斷，以符合當事人的期待⁸¹。

⁷⁵ Article V(1)(b) of the of the New York Convention

⁷⁶ Redfern, A. and Hunter M, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th edn (London: Sweet & Maxwell Ltd., 2004), p315.

⁷⁷ BORN, GARY B., *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: COMMENTARY AND MATERIALS*, 436 (2nd edn, 2001)

⁷⁸ RUBINO-SAMMARTANO, M., *INTERNATIONAL ARBITRATION LAW*, 291 (1990)

⁷⁹ Article V(2)(b) of the New York Convention

⁸⁰ Article V of the New York Convention

⁸¹ Article V(1)(e), (2)(b) of the New York Convention