

财富最大化理论 在国际商事仲裁中的适用

田雨酥*

内容摘要:波斯纳效率至上的财富最大化理论能够为法律制度的正义性提供客观可计算的度量方法,是法经济学领域的重大理论突破,它为正当程序的实现提供了一个可量化的标准。但是,该理论“社会一致同意”的适用前提无法实现且部分事项违反了人们的正义观,因此长期受到法学界、伦理学界的批评。通过探索国际商事仲裁正当程序的内涵、其制度的经济属性、内部竞争机制和国际仲裁自治法律秩序的表现形式,能够发现国际商事仲裁制度具有避免上述道德伦理指责所针对事项的天然优势,对财富最大化理论有天然兼容和治愈性,因此财富最大化理论在国际商事仲裁中具有更高的可适用性,并具有通过进一步实践以促进仲裁程序实现更高效率的研究价值。

关键词:财富最大化 正当程序 国际商事仲裁 程序效率

一、波斯纳的经济学正义观:财富最大化理论

作为当代法经济学最知名的学者之一,理查德·波斯纳法官通过惊人数量的著作将经济分析的方法输出到法学诸多领域。在他以经济理论分析社会问题的言论中,最广为国内外学者讨论的当属以“社会财富最大化”为判断标准、以实现经济效率为目标的正义观。他提出“判断行为和制度是否公正或良好的标准就是这些行为和制度是否最大化了社会的财富”^①。财富最大化理论将效率视为法律所追求的价值,并以此作为判断法律制度是否公正或良好的标准。在波斯纳之前,另一位杰出的经济学家科斯发现并阐明了社会交易成本在经济组织和制度结构中的作用及其在经济活动中的重要性。在追求效率的指导思想下,社会财富最大化理论正是在吸取了科斯“交易成本”学说的基础上,通过分析制度中的交易成

* 清华大学法学院2018级博士研究生,中国国际经济贸易仲裁委员会工作人员。

① [美]理查德·波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第115页。

本而构造出来的。波斯纳认为社会经济效率是对正义的可计量描述和具体化,认为法律制度中的许多原则和规范应当被解释和理解为促进资源有效率配置的努力。在财富最大化理论中所使用的卡尔多—希克斯效率,要求社会制度或标准的改进使获益者增加的财富足以弥补受害者减少的财富即可达到效率标准。法律制度在该种效率改进下能够实现法律资源使用者对于该资源的支付意愿总和之最大化,这种最大化就是波斯纳追求的经济效率,也即实现正义的途径。具体到程序法律制度中,最小化法律程序的两类成本之和(错误司法判决的成本以及诉讼制度的运行成本)^①,就可以实现法律程序中的社会财富最大化,也即实现法律程序的效率和正义。简言之,在波斯纳的正义观中,程序正义的效率内涵与程序精确性具有同等重要的位置:恰当的法律程序不能仅致力于提高法律的精确性,而必须在效率与精确性之间谋求一个最大的交换值。^②美国1976年马修斯诉埃德里奇案^③所创设的“利益衡量标准”就是践行法律程序中财富最大化原理的经典案例,联邦最高法院在判断是否应当进行特定程序事项时以如下三个因素作为衡量标准:(1)程序事项影响到相对人权益的大小;(2)由于该程序相对人利益被错误剥夺的风险以及其他程序可能对应获得的价值;(3)进行该程序所产生的财政负担和支出。在该案中联邦最高法院的判断因素正是前文波斯纳实现社会财富最大化的方式:最小化法律程序的两种成本。

在提出效率至上的理念后,波斯纳意识到经济分析的解释力和改进力都可能具有广泛的限制,承认一些“不是明显无效率”但因冒犯了现代人正义观从而违法的一些行为得不到经济学的解释,^④并对财富最大化理论进行了道德伦理层面的架构和改进,即试图通过达成了“社会的一致同意”的卡尔多—希克斯式效率改进去论证效率即正义的道德正当性。^⑤这种架构是波斯纳论述效率改进之伦理性的部分理论,是其试图论证效率概念不仅可以解释法律制度,而且能为改善法律制度提供有效的伦理指导的论点之一。他指出,社会一致同意原则包括明示的同意及默示的同意:明示的同意就是指在市场交易中,每个人都同意某种交易安排;默示的同意就是指在市场交易中,个人虽然没有明确表示同意,但他们通过行为默

① 参见[美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社2012年版,第289页。

② 参见桑本谦:《法理学主题的经济学重述》,《法商研究》2011年第2期,第25-26页。

③ See *Mathews v. Eldridge*, 424 L. S. 319 (1976). 该案是一位残疾人因政府事先未经过正式听证程序而直接作出终止对其发放津贴的决定而提起诉讼。在本案中,联邦最高法院衡量当事方的收益与成本,并根据程序中各方收益的最大化原则作出了判决。

④ 参见[美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社2012年版,第40页。

⑤ 参见[美]尼古拉斯·麦考罗、斯蒂文·曼德姆:《经济学与法律——从波斯纳到后现代主义》,吴晓露、潘晓松译,法律出版社2005年版,第77页。

认了这次市场交易可能为其带来的负面后果,波斯纳将其比喻为“只要没有欺诈或胁迫,那么一个购买彩票然后输掉的人就已经‘同意’了这一输赢;至少是,他已经放弃了对结果的任何反对”。^①在伦理架构之外,波斯纳还多次在不同场合指出“正义并不仅仅具有效率的涵义”“在经济学后面还有正义”^②,尝试增加财富最大化理论的完整性,并强调财富最大化理论与功利主义的区别以减少来自伦理学界就人性尊严和道德层面的指责。

尽管为财富最大化理论作出了诸多但书和解释,波斯纳的正义观仍然持续遭到诸多学者的批判和质疑。他对法律问题进行的经济分析被总结为“一切法律问题归结起来都是经济问题,都是解决如何提高经济效率的问题”^③。其著作中的“正义的第二种涵义——也许是最普通的涵义——是效率”,^④这句话是如此直白而著名,众多本就长期陷于正义与效率价值取向辨析泥潭的法学家、社会学家和伦理学家们无数次讨论它、引用它、批判它,波斯纳的著作长期在法经济学乃至法学领域引用率排名名列前茅,与他的正义观引起的巨大争议不无关系。尽管没有出现更加有力或更加有用的学说或逻辑推翻它,但该理论的缺陷或限制被人们不断指出。以德沃金为代表的法学家站在正义和道德的高地以及分析进路的角度批判波斯纳正义观是狭隘和功利的,认为财富最大化并不是“社会价值的一个组成要件”——不仅不是组件,甚至不属于“社会诸多价值组件之一”;财富最大化理论指导的社会制度不大可能“比其他的、更多妥协的经济和政治结构产出更多的总体为他人谋福利的活动”;以“效率”“财富最大化”为依据进行司法活动会破坏社会的公平与正义;波斯纳的主张“没有假定法官们意识到了自己判决的经济价值……相反的见解倒更为真实”^⑤。

对波斯纳正义观的质疑和批评林林总总。总结而言,这些质疑可以总结为两个方面:一方面,认为总有一些法律制度安排是符合自然正义观念而不符合经济效率的,财富最大化的目标无法解释一切法律规则的目标,或者说一些“邪恶”但符合经济效率的法律制度无法为人们所接受;另一方面,波斯纳正义观的伦理基础——通过事前补偿从而获得社会一致同意的效率改进在实践中无法达成,因而

① [美]理查德·波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 93 页。

② [美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社 2012 年版,第 288 页。

③ 钱弘道:《经济分析法学》,法律出版社 2005 年版,绪论。

④ [美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社 2012 年版,第 289 页。

⑤ [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 130-134 页。

该伦理基础被视为处于缺省状态。在与对立的观点进行长期辩论并反复斟酌之后,波斯纳承认财富最大化有局限性,提出并非法律遇到的所有问题都能不费吹灰之力地转化为经济学问题,承认财富最大化理论确实存在一些“让人不满意的地方”^①。长期以来,无论波斯纳本人或是与其持相同学术立场的学者都未能对前述两个批评作出完美回应,不仅如此,在整个法经济学领域,效率和正义的冲突问题始终未能在逻辑、进路等方面得以根本解决,法经济学学科也因为这个长久的命题而受到一些质疑。

法律制度的设计一直是复杂而永远无法尽如人意的。财富最大化理论给法律制度的设计提供了一个从未有过的“简单”方法:计算出法律程序的最低成本之和,并将得出该最低成本的计算方法作为公式嵌入到法律程序的设计中。如果真的能够计算出这样一个全能且可以适用的公式,则无疑会将法律本身以及法律制度的设计带入一个全新的时代。而它的局限性是否能够完全否定它的可适用性,则应当结合具体法律制度领域进行分析。

二、法律程序的相似命题:程序效率和程序正义

程序法律是与实体法律对应的研究领域,在多位知名法学家、伦理学家对法律价值取向的不断发现和阐明后,法律程序自身的价值在法律实体价值之外成为一个独立的法学研究领域,该领域的研究成果表现为程序正义理论体系。人们对法律程序制度进行一切设计和改进,归结起来都是对程序正义和正当程序的探索。在程序正义之下,人们对法律程序优良品质的期待还包括程序所花费成本的低廉、程序专业性、程序灵活性和稳定性等。在众多法律程序优秀品质的探求过程中,最广为讨论并产生最丰富理论成果的,莫过于程序正义和程序效率这两个对立又统一的价值取向之辨析。需要明确的是,此处语境下的“效率”,一般仅指法律程序的时间和费用成本,而与“效率”对应语境下的“正义”,则应为法律程序的公平、公正及精准性。而这与严格学理意义上的程序正义观念并不完全一致。

程序正义观念的古典表述在英国与美国分别称为“自然正义”和“正当法律程序”。在英国,“自然正义”是英国法治的核心概念之一,它除要求任何人不得担任自己案件的法官之外,还要求法官在裁判时应听取双方的陈述。自然正义就是法律程序本身的正当性以及合理性的标准。在美国,正当法律程序分为实体性正当程序和程序性正当程序两个概念,其中前者是一种宪法限制,它要求法律应当符合公平、正义、理性等基本理念,而不能是不合理、任性或反复无常的;后者则要求实现社会实体正义的法律程序本身是公正、合理的,即要求实现法律程序自身的

^① 参见[美]理查德·波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第24-26页。

独立价值,因此,程序性正当程序是实际表达公平正义的程序原则的理念,它反映了程序公正和程序正义^①。在一般语境下,程序正义与程序性正当程序并行,具有相同的内涵,而当人们提到正当程序时,也多指程序性正当程序。前文与“正义”对立统一的“效率”意指法律程序的时间费用成本,是程序正义与正当程序的下位概念,它被包含在程序正义中,是法律程序自身被期待具有的优良品质之一。

长久以来,尽管效率和正义久为学者所讨论,但纵观诸多学术成果,结论几乎是一边倒的“正义优先,兼顾效率”,无论对效率给予表面上多么重要的地位,一旦效率与正义发生冲突,总是以效率为正义让步作结。人们之所以如此热衷讨论效率和正义的辩证关系,实质上是为了将方便快捷但不精准的程序和周详完整但时间费用消耗巨大的程序作为一个横轴的两端,并试图在横轴上进行完美的选点。但花费如此多学术资源得出的“正义优先”结论,并没有实质上为程序费用成本和程序精准性划分法律资源分配的涇渭线,也没有提供在横轴上具体选取哪一个点的实用性建议。将处于下位概念的“效率”与处于上位概念的“程序正义”相对比,不适当地降低了效率的重要性,也不适当地模糊了程序正义的清晰内涵。

即使理清概念上的混淆,也须为程序正义寻求一个可以客观评价的标准,方不致使对正义的研究陷入进一步混沌。将蕴含财富最大化理论的经济学效率放置到与程序正义同位,就可以消除长期概念混淆产生的迷思。在更新后的效率与正义辨析中,程序法所要实现的最优效率是最小化法律程序错误造成实体错误的成本和程序运行成本之和,也即法律程序全部参与者的财富最大化,而实现财富最大化的法律程序,就是符合程序正义的,也就符合正当程序的标准。程序正义的表现形式和衡量尺度都应当是财富是否实现最大化,也即是否实现程序效率,至此,程序正义和程序效率才实现了真正的统一,效率和正义之间的辨析就转化为如何计算法律程序的最小化成本以及这些成本如何在程序参与主体中进行分担的问题。最小化的成本及其分配并不存在绝对的先后顺序,同样的程序义务分配到不同主体会产生不同的程序成本。在诉讼程序中,程序成本的负担分配由国家法律、法官决定等确定;在商事仲裁程序中,程序成本的负担分配更为灵活,这为借由财富最大化通往程序正义奠定了良好的基础。

财富最大化所实现的经济学效率是与法律程序正义同位的概念。为行文表述更加清晰,后文将涉及程序正义、正当程序的概念和表述统一称为“正当程序”。

三、国际商事仲裁的正当程序:程序理念差异带来可适用性差异

国际商事仲裁制度自中世纪雏形时期就表现出对程序效率的特别追求。在

^① 参见陈瑞华:《程序正义理论》,中国法制出版社 2010 年版,第 12-15 页。

传统仲裁理论中,国际商事仲裁程序设计被期待或被认定为“避免与众多国家的诉讼制度相关”,为了“使当事方可以通过简化的程序高效地获得专业的裁判”^①。当事人在仲裁中放弃了上诉、复审的权利和诉讼程序中为当事人施加的程序保障,用以获取仲裁经济性以及终局性,这既反映出商人们对裁判结果确定性和程序效率的渴望,也反映出他们对经过法院多层上诉审查来产生所谓“正确”或“完美”结果的可放弃意愿^②。国际商事仲裁的核心和基石是当事人意思自治,这进一步使其具有极大的灵活性。结合仲裁庭被赋予的广泛自由裁量权,仲裁制度允许、更促使来自不同国家不同文化的当事人、律师和仲裁庭相互配合以推进一个不太“司法”和“标准”的程序。国际商事仲裁程序的灵活性常常被误解为简化和降低程序事项及标准,但实际上被精心设计从而显得更复杂或更“司法”也是程序灵活性的另外一面。尽管受到一些关于费用 and 时间的批评,但很多时候这些复杂的程序基于当事人在特定案件情况下的需求,或者基于处理仲裁争议最适合性的需求,是为实现正当程序所必需的。

无论是在国内层面还是在国际层面,国际商事仲裁程序与法院诉讼程序存在基础与本质的不同,因而在面对效率和正义辩证关系这一问题上,它们给出的答案是不同的^③。在法院刑事诉讼程序中,正当程序蕴含的精神是公民与公权力部门之间的平等,尊重人的价值和尊严是刑事正当程序的基础观念。刑事诉讼制度的主要目标在于确保被告人免受公权力滥用等不当行为的侵害以及审判程序的公正,诉讼程序的各个阶段也为被告人施加了“特殊的程序保护措施”,以维护被告人的尊严、隐私和自由。^④在国际刑事诉讼中,保障人权是联合国刑事司法准则的核心内容之一。在法院民事诉讼程序中,正当程序更多偏重于形成有公示效力的、具有正当性的民事法律程序。其本质是社会冲突的司法救济,因此仍然需要

① Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2123 (Kluwer Law International 2014).

② See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2124-2126 (Kluwer Law International 2014).

③ 尽管在一些程序事项,特别是重大程序事项上,复杂的商事仲裁案件程序具有“准司法程序”的特征,具体环节(例如证据交换、文书的制作、交叉盘问证人环节等)常常与诉讼程序并无二致,但这种趋同是仲裁制度参与者基于对保障裁决可执行性的需求而产生的执着,是商事仲裁制度内生而来的自我严苛约束,是一种程序标准的主动提升。这种复杂性的自我提升建立在仲裁程序灵活性的基础之上,是仲裁程序的末端、最表面的程序执行结果。在自我提升复杂性之后,仲裁程序的一些环节与诉讼程序存在趋同,并不是仲裁制度与诉讼制度具有基础相同的证明,而是仲裁制度自身具有实现正当程序、程序正义的效率机制的表现。这一点将在后文进行说明。

④ 参见陈瑞华:《正当法律程序与美国刑事被告人的权利保障》,《检察理论研究》1994年第3期,第67-68页。

以公权力为依托,并需要考虑个案对社会的影响。这种对实质性平等和社会公正的追求必然要求法院介入程序管理。^①无论是刑事诉讼程序还是民事诉讼程序,都需要考虑效率之外的因素对正当程序的影响。而在国际商事仲裁程序中,双方当事人均为具有商业、法律专业知识的商主体,因而在基于仲裁协议产生的法律程序中具有绝对的平等地位,这与个人面对国家权力的悬殊地位是截然不同的。正当程序在国际商事仲裁中没有基于程序对抗力量悬殊而产生的权利正义保护之需要。国际商事仲裁被广泛适用的保密性使得仲裁案件具有极高的独立性,当事人与仲裁庭在程序中所做的安排都被视为针对当下情况的具体应对,结合仲裁裁决判例性的缺失,^②仲裁程序作为具体案件不负有需要建立社会信任认同秩序的校正正义义务。在仲裁实践中,仲裁程序的所有事项都可以由当事人意思自治而完成。因此回避了基于此点针对财富最大化理论展开的质疑,以经济效率衡量正当程序的方法在国际商事仲裁程序中具有天然契合性。财富最大化理论在国际商事仲裁程序中的可适用性也远远高于法院诉讼程序。

波斯纳本意为财富最大化理论建立道德正当性基础而提出的“社会一致同意”条件,因缺乏可操作性反而成为该理论的另一被攻击点。在法院诉讼程序中,法院诉讼是具有威严和震慑力,法官拥有“训诫”当事人的权力,法官和当事人之间本质上是“不和谐”的,程序中的一致同意都须在法律授权的框架下,离开法律允许,即使达成一致也未必具有法律效力。例如,刑事诉讼法律中存在的法院为被告人指定法律援助律师的制度,是对弱势被告人的特殊保护,公诉部门应当接受。法律援助制度的建立并非基于程序参与者的一致同意。在国家力量支持的程序法律之下,参与者的身份是具有权利和权力的人,以及承担义务和服从的人。在这样的关系之下,很难说何种安排是真正通过“社会一致同意”而改进的。国际商事仲裁的基本特征和主要优势之一是当事各方具有自主权,可以不预先制定详细的程序安排而授权适用的仲裁规则对程序进行管理,如果各方愿意在商议程序上花费精力,也可以将仲裁程序的每一个事项都进行约定。基于对事前协商成本的考虑,当事人很少在仲裁协议中进行详细的程序安排,因此很多商事仲裁规则和指引性文件都要求仲裁庭和当事人尽早就管理程序的规则性文件进行一

① 参见徐昕:《当事人权利与法官权力的均衡分配——兼论民事诉讼的本质》,《现代法学》2001年第4期,第80页。

② 关于仲裁裁决是否具有既判力,学界通常得出的结论是否定的。虽然随着仲裁制度的发展和国际仲裁社会对仲裁统一规范性期待的提升,已有关于公开仲裁裁决书以及出版案例集等活动的进行。但仲裁个案程序因当事人、仲裁庭不同而风格迥异,这仍是当事人普遍接受并乐于促成的。

致同意。^①例如,2017年国际商会国际仲裁院(ICC)仲裁规则第23.1.g条要求仲裁庭应“拟定一份文件界定其审理范围”,其中应包括“可适用的程序规则的详细说明”;2014年伦敦国际仲裁院(LCIA)仲裁规则第14条同样鼓励当事方和仲裁庭在仲裁庭成立后的21日之内进行联系,以共同商定仲裁如何推进。在程序安排方面,实践的趋势是参考机构仲裁规则并依靠仲裁庭自由裁量权来填补规则上的空白。这也是为什么程序令会出现在几乎所有的国际商事仲裁案件中,甚至在某些情况下被视为双方仲裁协议的一部分。仲裁庭自由裁量权来自于法律和当事人的授权,而如果仲裁庭不遵循当事人的约定,即可能产生裁决无法被执行的后果。在仲裁程序中形成的“自治+被授权的自由裁量权”模式,结合与法院诉讼程序中程序法律同样地位的国际商事仲裁程序规则,形成了完全符合程序范围内的“社会一致同意”闭环,使程序的每一个环节都已事先获得了“社会一致同意”,这种同意一部分是明示的(例如,对仲裁程序安排的共同确认),即波斯纳所指“事先明确同意”;一部分是默示的(例如,同意仲裁庭决定某程序事项,或对某仲裁规则、证据规则的全部接受),即波斯纳所指“放弃了对结果的任何反对”。

财富最大化理论久为人诟病的是当为最小成本进行效率改进时牺牲了部分人的利益因而产生了道德困境,而得到该部分被牺牲利益人群的明示或默示同意即可以达到“社会一致同意”从而解除该困境。^②在国际商事仲裁程序中,经常出现因推动程序需要而由一方当事人主动承担程序成本,程序成本因此转移到“同意”的一方而保证仲裁程序总成本最低,从而实现程序总体“财富最大化”的安排。例如,ICC2017年仲裁规则规定仲裁费用由双方预缴,但一方有权为对方代预缴该部分费用。实践中,经常出现申请人全额预缴全部仲裁费用,以节省仲裁机构寻找告知被申请人预缴仲裁费用而产生的时间和管理成本。相似的情况也常出现在仲裁程序启动鉴定、审计、调查取证等程序中。这些程序性事项由仲裁庭决定开展,其需要预缴的费用本应安排双方当事人按比例预缴或共同预缴,但实践中常由某方当事人(经常是主动申请开展程序或更希望借由某项程序来主张权利的那方)进行全额预缴,以最大化便利程序的管理和最小化时间成本。该类程序走向是当事人在程序进行中进行博弈的必然结果,在双方博弈中,一方的行为需要考虑对方如何行为。例如,在承包方为申请人、发包方为被申请人的案件

^① See Pallavi Shroff, *Due Process in International Arbitration: Balancing Procedural Fairness and Efficiency*, in Andrea Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, 19 ICCA Congress Series 803-804 (2017).

^② 理性的人当然会接受社会对已有利的改进,因此当某效率改进获得了因改进而产生不利后果的人的同意时,应当认为该效率改进已经获得了“社会一致同意”。

中, 申请人向被申请人主张欠付工程价款, 而被申请人主张工期拖延而产生损失。申请人的程序诉求为鉴定其已完成的工程量价值, 被申请人的程序诉求为鉴定工期是否存在拖延。在程序博弈中, 被申请人没有动机配合申请人进行工程量价值的鉴定, 申请人亦无动机配合被申请人进行工期的鉴定。^①在博弈中, 一方考虑到对方的无配合动机后, 采取缴纳全额预付金等方式推动程序, 可以节约大量仲裁机构/仲裁庭安排程序的时间与金钱成本, 即为成本最小化, 也即财富最大化的仲裁程序进行了效率改进。

由此可见, 国际商事仲裁由于在程序表面特征上不具有法院诉讼程序必须实现的价值, 而这些缺少或可以被简化掉的部分正是学界对财富最大化理论进行质疑的领域。但仅仅靠“回避”了质疑是不够的, 打消存在质疑的空间不足以使财富最大化理论得到认可, 去发掘以经济效率衡量正义的方式是否在国际商事仲裁制度中具有深层扎根成长的土壤, 才能真正解决该理论的适用问题。

四、国际商事仲裁程序对财富最大化理论的兼容和修正

(一) 国际商事仲裁正当程序的内容

正当程序原则在国际商事仲裁中已被人们普遍接受, 并在与仲裁有关的国际法律文件以及国家仲裁法中被隐含或明确地承认。举例而言, 2006 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下称《示范法》) 第 18 条“当事人平等待遇”规定, “当事人应当受到平等待遇, 并应当被给予充分的机会陈述其案情”。2013 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下称《UNCITRAL 仲裁规则》) 第 17 条第 1 款规定, “须平等对待各方当事人, 并在仲裁程序适当阶段给予每一方当事人陈述案情的合理机会”, 并要求“仲裁庭行使裁量权时, 程序的进行应避免不必要延迟和费用, 并为解决当事人争议提供公平有效的程序”。1958 年《承认和执行外国仲裁裁决公约》(以下称《纽约公约》) 第 5 条规定, 如果未能满足“适当通知”“申辩”“仲裁机关之组成或仲裁程序”与“各造间之协议”相符的正当程序条件, 仲裁裁决将面临不被承认和执行的危险。

在大多数情况下, 法院对仲裁程序的审查并不依照仲裁地法律, 而是依据仲裁裁决执行国(大多数情况下是审查法院所属国)的法律审查一个仲裁裁决的作

^① 在仲裁本请求中, 申请人主张其已完成工程量价值, 其应完成己方的举证责任; 在仲裁反请求中, 被申请人主张申请人拖延了工期, 其亦应完成相应举证责任。因此, 在举证责任和举证能力上, 双方均对对方的主张在举证方面处于“被动”地位, 从而会普遍出现一方对另一方证据全盘否定的僵局。在此种情况下, 鉴定就成为工程案件中常见的处理举证僵局的方法。而否定一方主张的对方, 自然没有动机去配合该鉴定程序。

出是否符合正当程序。^①在现有的商事仲裁实践和理论研究中,甚少出现不同法系国家针对同一种类程序出现不同正当程序审查结论的案例。学界对于正当程序的研究,也甚少有关具体程序安排是否符合正当程序原则的争论。反观《纽约公约》中拒绝承认执行仲裁裁决的事由——仲裁裁决违反公共政策,则有长期、大量的案例及研究成果。这说明在国际社会中,国际商事仲裁的正当程序内容已经获得了普遍性的认知。一般认为,当事人在国际商事仲裁中的正当程序权包括根据双方协议进行仲裁的权利、获得适当通知的权利、提出己方案件陈述的权利、由公正和独立的仲裁庭裁决争议的权利以及各方享有平等待遇的权利。^②这种标准的普遍性反映出国际商事仲裁正当程序的另一维度特征是其标准相较于法院诉讼程序相对宽松,即无须使用复杂严谨的解释,仲裁程序达到一般性文字清楚明确所表述的正当程序内涵即为国际社会所普遍接受。在高度清晰普适的标准下,正当程序的审查在各国法院基本不会因法律制度、法律文化差异而产生不同结果,故而程序参与方经济效率的最大化衡量方式存在全球范围内统一化的可能,在国际商事仲裁程序中计算“财富最大化”取值具有实际可操作性。

(二)国际商事仲裁的竞争机制和表现形式

无论是当事人意思自治促成“社会一致同意”的实现,还是仲裁正当程序内涵的普适性较低标准,这些都仅为适用财富最大化理论实现国际商事仲裁正当程序扫除了部分理论和前提障碍,仍不足以使该理论的可适用性具备足够说服力。在其他实体法及程序法领域,波斯纳与其他持相同学术立场的学者为该理论能够成立作出了比本文多及千万倍的努力,但依旧没有得到法学界、伦理学界的根本认同。一些持赞同倾向的学者也主张将该理论“关进道德的笼子里”,这样似是而非的评论无异于是另一种对该理论的约束和阻碍。财富最大化理论成功得以立论的最大出口是找到道德伦理风险的治愈方式,这种治愈方式应当是以制度体系为视角的根本性、整体性治愈,这种兼容和治愈甚至应当具备长期的自我校正机制,以确保当社会文化和环境发生变化时,该制度仍然可以适用财富最大化理论追求正义。断历史章节而取当下之义,可能会引发新的疑问:国际商事仲裁的“灵活”

^① See Barbara Steindl, *The Arbitration Procedure - The Development of Due Process under the New York Convention*, in Christian Klausegger, et al. (eds.), *Austrian Arbitration Yearbook* 260 (*Austrian Yearbook on International Arbitration* 2008). 在德国、美国、法国、荷兰、奥地利等国家均有法院在相关法律文书中作出此类明确的陈述。

^② See Sarah Grimmer, *Three Scenarios That Raise Due Process Issues*, in Andrea Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, 19 ICCA Congress Series 142 (2017). Charles Nairac, *Due Process Considerations in the Constitution of Arbitral Tribunals*, in Andrea Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, 19 ICCA Congress Series 122 (2017).

“自治”“低标准”制度,会否在适用经济效率标准后,将仲裁正当程序带向无法控制的危险边缘?这个问题的答案在国际商事仲裁制度内部蕴含的竞争机制和国际商事仲裁制度的表现形式中或许得窥一二。

在经济学分类上,社会产品可以分为公共产品和私人产品。具有非竞争性和非排他性的产品是公共产品;具有竞争性和排他性的产品是私人产品。从这个角度看,仲裁制度在法律市场上是与其他争议解决方式具有竞争性的私人产品,在仲裁制度中,仲裁员、仲裁代理人、仲裁机构所提供的仲裁服务,也都是具有竞争性的私人产品。这种竞争性保障了仲裁程序在当事人合意约定之外部分的正当程序,在竞争性下仲裁机构将推出更合理的仲裁规则、仲裁代理人将提供更优质的法律服务,而对程序推进影响最大的是仲裁庭对自由裁量权的使用。在实践中,当事人签订的仲裁协议往往对程序细则留有空白,而将其交由所适用的仲裁规则以及仲裁庭去安排。法律允许仲裁庭在决定仲裁程序事宜方面享有最大程度的自由裁量权,以确保仲裁当事人获得公正、迅速、经济和终局性的争议解决。^①仲裁庭可以以其认为合适的任何方式进行仲裁,当然,前提是不侵害当事人的正当程序权利。^②但拥有自由裁量权的仲裁庭往往不敢将其真正视为一种权力,反而会基于其在仲裁市场中所面临的竞争而愈发将其视为一种负担和约束,因为一旦不能正当地(无论有意或无意)实施这种权力,当事人即可能以仲裁裁决违反正当程序为由向法院提出不予承认和执行,而在国际商事仲裁中,任何一位仲裁员都不会希望自己的裁判记录上有此“污点”。世界范围内很多知名仲裁机构在其仲裁规则中要求仲裁庭应尽力为当事人提供可以执行的仲裁裁决,^③这个要求也已被公认为仲裁庭所要承担的义务之一。^④在这样的制度下,几乎没有出现过仲裁庭滥用自由裁量权从而破坏仲裁正当程序的倾向,反而在长期的实践中形成了一种“正当程序偏执”的现象。这种偏执描述了仲裁庭因为担心一方当事人认为其没有机会充分陈述而对仲裁裁决提出质疑,进而使仲裁庭成员在个人裁判历史上存有不良记录,而面临某些程序决断时不愿采取果断的行为,转而尽一

^① See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3169 (Kluwer Law International 2014).

^② 类似规定,参见《示范法》第 19(2)条、荷兰民事诉讼法典第 1036 条、英国仲裁法第 34(1)条、法国民事诉讼法典第 1509 条、德国民事诉讼法第 1042(4)条、瑞士关于国际私法的联邦法第 182(2)条等。

^③ 参见 2014 年伦敦国际仲裁院仲裁规则第 32.2 条、2013 年新加坡国际仲裁中心仲裁规则第 37.2 条。

^④ See Martin Hunter & Alan Philip, *The Duties of an Arbitrator*, in Lawrence W. Newman & Richard D. Hill (eds.), *Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration* 485 (Oxford University Press 2014).

切努力寻求对正当程序的过度维护。最典型的行为反映在仲裁员在程序中过分宽容地允许双方以各自希望的任何方式陈述己方案件观点的情况。^①可见,对仲裁庭程序控制力的放权,在国际商事仲裁制度的竞争性中最终发展成为对正当程序的严格甚至过度维护。这是国际商事仲裁制度内部机制对实现程序正义的天然维护,也是对以追求效率实现正义方式的正当程序治愈和兼容。

最后,国际商事仲裁制度的表现形式,有时也被称为仲裁的性质,是其能够对财富最大化理论进行兼容和治愈的法理基础。在法理上,有关仲裁性质的学说主要有司法权论、契约论、混合论以及自治论几种。其中,自治论认为商事仲裁制度特别是国际商事仲裁制度,是一种由商人们自创的制度,已经超越了契约原则和司法权的限制,成为一种超国家的自治体系。^②自治论在前三个理论之后随国际仲裁的发展而产生,认为国际仲裁的法律效力基于一个独特的跨国法律秩序,它可以被称为仲裁法律秩序,且不同于仲裁地和单个或多个裁决执行地的国家法律秩序。^③由于国际仲裁被广泛接受的基础来自于国际社会和众多国家之间的共识,而非某一主权国家对仲裁的偏爱,因此,仲裁员不代表任何国家主持正义,而是为了国际商业社会的利益发挥司法作用。仲裁协议和仲裁裁决之所以具有强制性,并非当事人的契约或某国法律和法院的授权或让与,而是因为这种可执行性是国际商业关系的现实需求。在仲裁自治理论体系下,依商人习惯法仲裁、依公允及善良原则仲裁、当事人意思自治等制度体系均具有法理基础。国际商事仲裁自治论的经济学内核是供需关系和博弈理论,与实体商业经济特征相契合,符合经济学法律市场理论。在仲裁自治论中,可以很容易地解释为什么仲裁制度没有全球统一立法机关,却在制度架构上不断推陈出新,不断趋同化并随实体经济的全球化而全球化。国际商事仲裁制度作为自治的法律秩序,在外部竞争关系以及内部长期反复博弈中实现规则的优胜劣汰,是一个具有自我效率提升的制度。这与波斯纳对普通法的判例体系提出的自我效率提升功能假说不谋而合,波斯纳认为普通法制度具有其自身经济逻辑,能够通过自动清除掉体系内部非正确的法律规则,逐渐发展成为一个使社会达到最大经济效率的、完美的法律体系。^④仲裁服务的提供者——仲裁机构以及提供临时仲裁服务的仲裁员——在全球范围内

① See Queen Mary University and White & Case, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html>, visited on 12 December 2020.

② 参见韩健:《现代商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第29-32页。

③ 参见韩健:《现代商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第29-32页。

④ See Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law* 268 (Stanford Economics and Finance 2004).

的法律市场进行竞争,这种竞争性促使他们产生自我效率改进和自我纠错的意愿及能力,并促使国际商事仲裁制度不断自我优化。如果某种规则或程序的设定偏离了正当程序价值,那么它将首先在仲裁裁决的承认和执行方面受到阻碍,进而很快在国际仲裁法律秩序中被使用者抛弃。因此,国际商事仲裁自治法律秩序本身可以自动清除掉非正当程序规则及安排,从而保证以经济效率衡量正义的方式不会走向“危险”的方向,这是国际商事仲裁制度对财富最大化理论在法理学上的支持和在分析进路上的根本治愈,也是破除波斯纳正义观在其理论体系内部无法完成自洽的哥德尔定理^①之出口。财富最大化理论长期无法在多种质疑声中进行完美自证与回击,正是因为法律实践中很少存在可供该理论试验并收集数据的领域。国际商事仲裁制度的经济性与“理性”恰能提供这样一个理想适用空间,给理论的实践层面提供强有力的支持。

五、结论

正义和追求正义所付出的成本是法律的永恒论题。波斯纳财富最大化理论的优势广为人知,它为法律制度设计提供了客观、清晰、可计算的提升效率方式,不仅清楚描画了正义的面容,也将画笔交到了法经济学家的手中。但时至今日这支画笔并没有被使用,它的每一次挥舞都依然饱受法学家及伦理学家的质疑。财富最大化理论存在一些“令人不满意的地方”并不是该理论被认定毫无价值或者被全面批评的理由,相反,如果从其他进路解决这些令人不甚满意的部分,使它至少在某个具体的、具有实践基础的领域中得以成立,那么不仅仅是对该领域制度改进的良机,也是财富最大化理论自身的进步。从解决法律实际问题的角度出发,国际商事仲裁制度为财富最大化理论提供了广阔的可适用空间,它天然具备“社会一致同意”的前提,并为该理论扫除了对正义性的担忧。国际商事仲裁制度的竞争性和自我效率提升性可以实现在适用财富最大化目标进行制度的效率改进时不会偏离正当程序目标,因此,无论是在适用前提上还是在适用边界上,国际商事仲裁是现有法律制度中对财富最大化理论的适宜土壤。可贵的是,这种兼容并非来自于对正当程序标准的放松,而是来自于国际商事仲裁参与者所具有的对正当程序内容的共同认知。虽然具有高度的共同认知,国际商事仲裁程序中正

^① 哥德尔定理由美国著名数学家哥德尔提出。该定理证明了任何一个形式系统,只要包括了简单的初等数论描述,而且是自洽的,它必定包含某些系统内所允许的方法既不能证明真也不能证伪的命题。波斯纳提出财富最大化理论后,基于外界的质疑对其进行多种伦理及前提的修复,但这些理论即使在其自身的理论体系中能够自洽,却依旧无法打消外界的批评,系因一直没有一个足够适合的环境来对其进行证真。仲裁制度,特别是国际商事仲裁制度,是财富最大化理论非常好的证真实践环境。

义、时效、成本等价值如何取舍依然需要在成本最低也即财富最大这个数轴上艰难取舍,去寻找最优的一个点,但较之于其他法律程序领域而言,国际商事仲裁已经有能力被划定这样一个数轴。如果说科学进步的标志之一是将没有解决的问题转变为已经解决的问题^①,那么法经济学学科长期没有解决的效率与正义冲突问题虽然目前仅仅只在国际商事仲裁程序中得以重述,但对这一门社会科学而言,也许这能成为往前行进一小步的开始。

The Application of Wealth Maximization Theory in International Commercial Arbitrations

Abstract: Posner's efficiency-oriented Wealth Maximization Theory provides an objective and calculable measurement method for the justice of the legal system. This is a major theoretical breakthrough in the field of law and economics, and it also provides a measurable standard for the realization of due process. However, this theory has been criticized for a long time because it violated people's view of justice and the application premise of "social consensus" in some matters. By exploring the connotation of due process of international commercial arbitration, the economic nature of the system, the internal competition mechanism and the manifestation of the autonomous legal order of international arbitration, it can be found that the international commercial arbitration system has the natural advantage of perfectly avoiding the issues targeted by these moral and ethical accusations. It is naturally compatible and curative to wealth maximization theory. Therefore, the wealth maximization theory has higher applicability in international commercial arbitration, and has the research value of further practice to promote the arbitration process to achieve higher efficiency.

Key words: wealth maximization; due process; international commercial arbitration; procedural efficiency

(责任编辑:乔雄兵 钱静)

^① 参见[美]拉里·劳丹:《进步及其问题——科学增长理论刍议》,方在庆译,上海译文出版社1991年版,第11页。