

论宏观仲裁法学的构建^{*}

鲁 洋

(中国政法大学 国际法学院,北京 100088)



摘 要:宏观仲裁法学研究全部仲裁法律现象,讲求宏观研究思维和方法,是一门包含所有仲裁分支法学的整体学科。构建宏观仲裁法学因能避免仲裁研究的局部化和碎片化、确保仲裁分类的周延性和科学性、实现研究成果在不同分支间的类比和转化以及顺应分支趋同化、立法宏观化、案件多元化、类别新型化的仲裁实践趋势而具有必要性,并在外部法治环境和内部基本要素两方面具备可行性。构建宏观仲裁法学应通过找准学科定位、确立范畴架构、搭建学科结构构建其学科体系,通过以实践问题为导向、以学术传承和创新为宗旨、以科学合理的学术评价为助力构建其学术体系,通过内修话语思想与话语内容、外修传播途径与传播能力构建其话语体系。

关键词:宏观仲裁法学;必要性;可行性;总体路径

在线杂志:http://skxb.jsu.edu.cn **中图分类号:**D990 **文章编号:**1007-4074(2018)04-0119-10

基金项目:国家留学基金委联合培养博士生项目(201707070101)

作者简介:鲁 洋,男,中国政法大学国际法学院(与美国匹兹堡大学法学院联合培养)博士研究生。

引用本文:鲁 洋.论宏观仲裁法学的构建[J].吉首大学学报(社会科学版),2018,39(4):119-128.

2013 年初,菲律宾共和国依据《联合国海洋法公约》(以下简称《海洋法公约》)以我国为被申请人提起的南海仲裁案引起了国际法学界的广泛关注,有关该案的法学论文一时间层出不穷。然而,大部分文章都针对仲裁庭的实体认定展开分析,鲜有文章针对仲裁程序问题进行考察;并且研究该案的法学学者以长期从事国际公法学(尤其是海洋法学)研究的学者为主,致力于仲裁法学研究的学者则很少发声。对此,有必要反思法学界割裂仲裁法学的做法。这种割裂主要表现在法学学科设置上。比如在教育部划定的 14 门法学核心课程中,国际商事仲裁主要是国际私法的教学内容,而以《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)为代表的国际投资仲裁和以解决国家之间争端为要务的国际公法仲裁则被分别划入国际经济法和国际(公)法的教学内容。这种割裂在相关教材中也有体现,比如一些以“仲裁法学”为题的教

材实际上仅涉及某一仲裁分支法学^[1]。虽然割裂仲裁法学并进行分工研究在一定程度上促进了相应仲裁分支法学的理论深入和实践运作,但其局限性也随着仲裁的发展而逐步显现。笔者认为应当构建宏观仲裁法学,并从分析何为宏观仲裁法学出发,就其构建的必要性、可行性和总体路径进行论述。

一、何为宏观仲裁法学

由于法学是以法律现象为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称^{[2]3},故可以认为仲裁法学就是以仲裁法律现象为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称。与仲裁法学相比,宏观仲裁法学最显著和最本质的特征在其宏观性,所以明确宏观性的具体表征至关重要。笔者认为,这种

^{*} 收稿日期:2018-03-22

宏观性主要表现为其以全部仲裁法律现象为研究对象,讲求宏观的研究思维和研究方法,并且是一门包含所有仲裁分支法学的整体学科。

(一)宏观仲裁法学以全部仲裁法律现象为研究对象

法学的研究对象是以法理、法条、法案为表现形式的法律现象^[3]。仲裁作为一种独特的争端解决方式,无论在争端发生前、争端处理过程中还是争端解决后,都存在大量的法律现象。它们本因皆源自仲裁而共同构成仲裁法学的研究对象,但由于仲裁处理的争端之性质经常不同且这种不同在以往乃至当下的仲裁法学研究中似乎更受关注,所以当今主流的仲裁法学往往仅对某类特定争端仲裁过程中产生的法律现象进行研究,其实质属于仲裁分支法学。比如,商事仲裁法学和国际投资仲裁法学分别仅以商事争端仲裁过程中产生的法律现象和国际投资争端仲裁过程中产生的法律现象为研究对象。如果将对仲裁具体制度和具体规范的研究视为微观层面的话,那么这些仲裁分支法学至多属于中观层面。宏观仲裁法学的研究对象应当包括所有与仲裁相关的法律现象:不仅涵盖现有乃至将来可能出现的所有仲裁分支法学的研究对象,而且涵盖它们之上具有共通性、规律性的内容(如确保当事人意思自治和仲裁庭独立公正等所有仲裁普适的制度)以及它们之间相互关联、相互渗透的部分(如某一仲裁分支项下的理论或制度能否以及如何引入其他仲裁分支的问题)。

(二)宏观仲裁法学讲求宏观的研究思维和研究方法

1. 宏观的研究思维。该思维主要包括四个维度:(1)整体思维。当前仲裁法学的割裂与仲裁分支法学的繁荣证明仲裁法学研究者早已习惯于划分仲裁后进行精细化研究的还原思维,相比之下整体思维显得不足。因此,宏观仲裁法学呼吁重视和运用整体思维,强调把仲裁法学视为整体予以考量,以便准确理解其有机结合的体系特征,充分发挥其作为整体而具有的涌现性^①。(2)开放思维。学科要有发展张力,就要避免研究领域故步自封、研究方法单一、研究视野狭窄^[4]。仲裁的发展历程证明新的仲裁类型可能不时出现,而法学自身发展也会引起各种新概念、新范畴、新理论、新方法层出不穷,交叉学科兴起还可能促使法学向其他学科博

采众长。所以宏观仲裁法学要讲求开放思维,只有不断注入与其相关或可为其所用的“新鲜血液”,才能确保其具有强劲的生命力。(3)多向思维。宏观仲裁法学是一个体系,我们既要由上而下地考察仲裁整体理论对仲裁分支理论的指导和引领,又要由下而上地反映仲裁分支理论对仲裁整体理论的需求和提炼;既要由内至外地研究仲裁核心价值与基础形态对仲裁具体制度与实际规则的解释和规范,又要由外至内地分析仲裁具体制度与实际规则对仲裁核心价值与基础形态的强化和完善;既要由古到今地厘清仲裁发展的历史脉络,又要由今到古地寻求仲裁理论的历史渊源。所以,多向思维也是宏观研究思维的主要维度之一。(4)动态思维。求真 是人类思维的永恒追求,任何知识或理论都可能在求真过程中进行自我修正、自我完善,从而变化可能随时发生。宏观仲裁法学亦不例外,其知识体系或理论建构始终处在随时可能推陈出新的过程之中。可以说,任何抱陈守旧、畏变惧新的思维方式都是狭隘的。因此,宏观仲裁法学还应讲求动态思维,即不受教条主义的桎梏、不畏固定思维的藩篱,勇于接受其自身需要革故鼎新的现实,并积极思辨可能导致变化的因素,以求在变化中逐步接近真理。

2. 宏观的研究方法。主要包括两种方法:(1)系统方法。宏观仲裁法学坚持系统方法的整体原则,主张从仲裁整体切入进行分析,基于整体得出的结论可运用于各分支。比如,仲裁的基础形态是当事人约请第三方居中裁判,因此当事人同意就是仲裁的整体特征,有关当事人同意的合理制度即可成为仲裁整体制度而运用于各分支。宏观仲裁法学也坚持系统方法的要素原则,主张将作为要素的仲裁各分支的理论成果和制度设计上升为仲裁整体理论成果和制度设计的必要性和可能性。比如,对目前仅在国际投资仲裁中采用的以“新发现实质性影响的事实”为由请求修改裁决的制度(《华盛顿公约》第51条)进行论证后,作为仲裁整体制度予以运用。宏观仲裁法学还坚持系统方法的层次原则,主张仲裁体系具有层次性,各层次有固定的划分标准,处于同一层次的不同分支共享该层次的特点和规律,应当充分发现各层次仲裁的共性并挖掘其研究价值。比如,将“仲裁”这一体系顶点作为第一层次,第二层次可分为私人与私人之间的仲裁、

① 整体的涌现性是指整体所具有的各组成部分不具有且各组成部分之总和也不具有的特性。

私人与国家之间的仲裁、国家与国家之间的仲裁,而商事仲裁、国际投资仲裁、国际公法仲裁则相应地归于第三层次。(2)辩证方法。宏观仲裁法学主张整体方法和还原方法的辩证统一,虽然强调整体地认识和理解仲裁,但并不否认还原方法对仲裁法学研究的作用,只是需要将整体方法与还原方法有机结合以达最佳效果。宏观仲裁法学也主张理论与实践运用的辩证统一,认为仲裁理论研究应以指导仲裁实践为重要目标,仲裁实践也对仲裁理论予以促进。宏观仲裁法学还主张独立性与关联性的辩证统一,认为仲裁各分支间既相互独立又相互关联,所以既要充分辨别它们因不同特性而具有的不同研究价值以促进研究的深入,又要关注它们因密切联系而共通的诸多理念和制度以实现成果转化、融会贯通。

(三)宏观仲裁法学是一门包含所有仲裁分支法学的整体学科

虽然法学界将不同的仲裁分支法学划入不同的法学传统二级学科的做法已颇具共识,但笔者依然认为应当将所有仲裁分支法学整合成一个整体学科。这是因为:一方面,全球化的深入带来此起彼伏的国际争端,各种涉华争端也伴随中华民族伟大复兴而连绵不绝地发生,一些国际争端还事关我国核心利益,必须高度重视。现实证明,仲裁方式解决国际争端在国际社会有广泛的市场,因此妥善运用仲裁方式处理我国崛起过程中的国际矛盾十分必要。然而,将仲裁割裂后进行分工式研究容易引起研究力度的不协调和研究成果的不均衡,而将不同仲裁分支划入不同法学传统学科的做法也容易导致仲裁成为一些传统学科中较受冷落的对象。这种偏科式的仲裁法学研究将不利于指导我国应对各类不同的仲裁实践,尤其是新型或冷门的仲裁实践,建立整体的仲裁法学科已成为实践所需。另一方面,虽然要成为整体学科需具备足够广度和深度的研究范围,但是通过系统整合各仲裁分支法学并提炼它们之上具有共通性、规律性的内容和它们之间相互关联、相互渗透的部分以开创新的理论和制度后,宏观仲裁法学的研究范围也相当可观,足以支撑其作为独立学科而存在。此外,习近平总书记在2017年5月3日考察中国政法大学时明确指出目前法学学科结构不合理、学科体系不完善、新兴学科开设不足、学科交叉融合不够等问题^[5],党的十九大报告也重申了加快构建中国特色哲学社会科学的要求。因此现阶段着手构建宏观仲裁法学科正当其时、正逢其势,如若顺势而为,容易顺势

而就。

最后需要说明的是,本文虽然主张构建宏观仲裁法学,但并非要以此作为该学科的准确名称。相反,该学科仍应以“仲裁法学”命名,只不过其本质上是宏观的仲裁法学而已。

二、构建宏观仲裁法学的必要性

早在古希腊时期,仲裁就经常被用于解决城邦国家之间以及私人之间的争端^{[6]8-10,25-26}。虽然那时有关仲裁的法律就已存在,但相对简单的立法难以将两类仲裁严格区分并各自细化。随着仲裁制度逐步分化与精细,人们开始关注不同争端主体或性质的仲裁。然而,无论仲裁制度如何分化,其委托第三方居中裁判的基础形态从未发生根本改变,否则就无法称其为仲裁了。仲裁基础形态的维持性决定了其必须自成体系,从仲裁体系顶点出发按照一定的标准衍生出诸多分支,但无论各分支如何演进,均始终归根于“仲裁”。所以,宏观仲裁法学以体系化视角认知所有仲裁更加符合仲裁的本质属性,更能达到全面准确认知仲裁的目的。

(一)构建宏观仲裁法学具有重要的理论价值

首先,它能避免仲裁研究的局部化和碎片化。体系化研究是法学研究的重要方法。19世纪著名法学家萨维尼就提出法学是一门体系性的科学^[7]。法学的体系性决定了其往下延伸出的各分支法学也具有体系性,并且随着各分支法学体系不断开枝散叶,纷繁复杂的内容导致研究分工不可避免地细化,法学也就难逃被进行学科划分的宿命。这种学科划分在缔造部门法学繁荣的同时,也带来更高层面的法学体系被割裂、研究呈现局部化和碎片化的负效应。相比之下,仲裁法学研究的局部化和碎片化更为显著,不仅体现在不同仲裁分支法学被分别划入不同法学传统二级学科的客观事实,也从不同学者各自研究特定仲裁分支法学所形成的大量学术作品中得以佐证。然而,仲裁实际上是体系化的,对其进行法学研究不能偏废体系化视角。若过于专注一隅,难免盲人摸象,出现只见树木、不见森林的情形。为了克服研究的局部化和碎片化,宏观仲裁法学应被构建,因为要研究全部仲裁法律现象就必然离不开体系化视角,而其所讲求的整体思维和多向思维以及系统方法和辩证方法都有利于从多角度、多层面、多方向地开展仲裁研究,促进全面综合地认知仲裁。

其次,它能确保仲裁分类的周延性和科学性。

周延和科学的分类是法学研究的基本要求,划分标准同一则是确保分类周延和科学的前提^[8]。然而,当前最为普遍研究的商事仲裁、国际投资仲裁和国际公法仲裁并非基于固定标准进行的周延分类,因为与商事相对应的类别当属民事、刑事、行政等,与国际投资相对应的类别应为国际贸易、国际金融、国际知识产权等,与国际公法相对应的类别则是国际私法、国际经济法等。这种主流分类方式虽不周延,但往往导致学者们忽略以某些其他标准对仲裁进行划分,从而不利于指导或因应新型或冷门的仲裁实践。比如,若以仲裁合意的形式为标准,把依据私人间契约发生的仲裁称为契约仲裁,依据国家间条约发生的仲裁称为条约仲裁,那么将有利于运用条约相关理论分析和阐释南海仲裁案等条约仲裁实践,但这种分类方式未获得应有的重视。宏观仲裁法学之所以能够确保仲裁分类的周延性与科学性,是因为其在将所有仲裁整合成体系的过程中具备立足点至高的突出优势。换言之,在宏观仲裁法学立足体系顶点进行延伸的构建路径下,只要从体系顶点向下审视,任何不周延、不科学的分类都会因逻辑无法自恰或不具现实意义而格外明显,从而促使人们反思和修正,直至达到周延和科学为止。

最后,它能实现仲裁法学研究成果在不同分支间的类比和转化。当前仲裁法学的研究成果无论数量还是质量均呈现出商事仲裁成果居首、国际投资仲裁成果次之、国际公法仲裁成果居末的状况。若不积极将某一仲裁分支研究成果向另一仲裁分支进行类比和转化,也可能导致应对新型或冷门仲裁实践时捉襟见肘,力不从心。

这里以南海仲裁案管辖问题的应对为例。中国国际法学会曾就仲裁庭为何不具有管辖权提出了铿锵有力的六大理由^{①[9]}。但无奈《海洋法公约》第 288 条第 4 款规定:“对于法院或法庭是否具有管辖权如果发生争端,这一问题应由该法院或法庭以裁定解决。”因此,无论仲裁庭如何认定其管辖权,都可以打着公约授权的旗号而宣示表面合法性。这也是国际主流的仲裁庭自裁管辖原则的体现。那么,是否仲裁庭自裁管辖错误时当事人投诉

无门呢?事实并非如此。由于 2015 年荷兰民事诉讼法规定,虽然仲裁庭享有自裁管辖权(第 1052 条第 1 款),但仲裁地所在司法区的上诉法院仍然可在裁决作出后根据当事人申请以不存在有效的仲裁协议为由撤销仲裁裁决(第 1064a 条第 1 款和第 1065 条第 1 款),所以我国其实能依此向仲裁地海牙的上诉法院申请撤销该案裁决。

或许存在这样的质疑:即便 2015 年荷兰民事诉讼法有此规定,但《海洋法公约》第 296 条第 1 款“根据本节具有管辖权的法院或法庭对争端所作的任何裁判应有确定性,争端所有各方均应遵从”的规定,是否排除了申请撤销基于该公约所作南海仲裁案裁决的可能性?这个问题实质上是仲裁裁决的确定性与法院司法审查权的相互关系问题。在仲裁理论和实务中,两者并非天然排斥的关系,而要看相关法律或条约如何具体规定。比如,《华盛顿公约》第 53 条第 1 款明确规定“裁决对双方具有约束力,不得进行任何上诉或采取除本公约规定外的任何其他补救办法”以排除法院的司法审查权。但其第 52 条专门设计了一套程序以内部审查仲裁裁决。所以《华盛顿公约》的独特做法并非表示因裁决具有确定性就不得对其进行审查,只不过是内部审查取代了仲裁地法院的外部审查而已。与之相比,《海洋法公约》未明确剥夺仲裁地法院的司法审查权,其自身也未规定任何内部审查制度,故不能以第 296 条第 1 款的规定当然地排除法院的司法审查权。

或许还存在这样的质疑:虽然众所周知当事人有权向法院申请撤销商事仲裁裁决,但是何以证明当事人也有权申请撤销基于国际条约作出的南海仲裁案之裁决呢?该问题就需要回到 2015 年荷兰民事诉讼法的具体规定中寻找答案。该法第 1073 条第 1 款规定:“本篇的规定应适用于仲裁地位于荷兰的仲裁。”显然,该法并未像《联合国贸易法委员会商事仲裁示范法》那样将适用范围限定为国际商事仲裁,故第 1073 条中的“仲裁”应被理解为包括契约仲裁和条约仲裁在内的所有仲裁,海牙上诉法院也因此有权对南海仲裁案的裁决进行司法审查。

① 六大理由具体包括:南海仲裁庭错误认定菲律宾所提诉求构成中菲两国有关《公约》解释或适用的争端;南海仲裁庭管辖本质上属于领土主权问题的事项,超出了《公约》授权;南海仲裁庭罔顾中菲之间存在海域划界的事实,曲解《公约》第 298 条规定,越权管辖与海域划界有关的事项;南海仲裁庭否定中菲两国存在通过谈判解决相关争端的协议,曲解《公约》第 281 条规定,错误行使管辖权;南海仲裁庭错误裁定菲律宾就所提仲裁事项的争端解决方式履行了“交换意见”的义务;南海仲裁庭有违客观公正,背离了《公约》争端解决机制的目的和宗旨,破坏了《公约》的完整性和权威性。

对于上述质疑的回应,著名的“尤科斯诉俄罗斯联邦”投资仲裁案也可以佐证。2005年,尤科斯石油公司的三个股东分别依据《能源宪章条约》以俄罗斯联邦为被申请人提起国际投资仲裁(三案编号分别为PCA Case No. AA 226、227、228,以下合称尤科斯案)。三案中,俄罗斯联邦均以仲裁庭不具有管辖权为由提出抗辩,但仲裁庭自裁其对三案都享有管辖权并裁决俄罗斯联邦分别向三个申请人进行赔偿,总赔偿额高达500亿美元^[10]。随后,俄罗斯联邦依据当时有效的2004年荷兰民法向海牙地区法院申请撤销三案裁决。法院审理后认为其作为仲裁地法院有权依据荷兰民法审理俄罗斯所提撤销裁决的请求,并最终“以仲裁庭错误地认定其有权审理该案并作出裁决”为由撤销了该三案裁决^[11]。尤科斯案同样属于条约仲裁案件,并且《能源宪章条约》第26条第8款也就仲裁裁决的确定性进行了明确规定:“仲裁裁决,可能包括利益裁定,应是终局的,对争议双方均具有约束力……各缔约方应立即执行该裁决,并应为该等裁决在其区域有效实施作出规定。”由此可见,笔者对上述两个问题的回答与荷兰法院的态度是一致的。

其实,关于仲裁庭自裁管辖不当时当事人的救济途径,商事仲裁领域早已形成惯例,许多商事仲裁法学者对仲裁庭自裁管辖原则也颇有研究。但从笔者掌握的资料看,未发现学者从该角度对南海仲裁案提出应对策略。这在一定程度上反映出商事仲裁领域的研究成果向国际公法仲裁领域的类比和转化不足,也在一定程度上归咎于僵化的分工式研究。为了解决该问题,宏观仲裁法学同样应被构建,因为当所有仲裁被视为体系后,研究者就会自然而然地试图提炼所有仲裁具有共通性、规律性的内容,而不同仲裁分支研究成果的类比和转化作为达此目标的重要手段就会顺其自然地发生。

(二)构建宏观仲裁法学具有充分的现实意义

仲裁作为一门带有准司法性质的解决实际争端的方式,对其进行法学研究理应立足实践并服务实践。而现代仲裁实践的发展呈现出仲裁分支趋同化、仲裁立法宏观化、仲裁案件多元化和仲裁类别新型化四个重要趋势。首先,仲裁分支趋同化主要表现为仲裁理念互通和仲裁程序共享。比如,无论何种仲裁分支,独立、公正、高效都是其追求的基本价值,尊重当事人意思自治都是其秉持的基本原则,约请第三方居中裁判都是其遵循的基本模式。这些理念的互通使得某一仲裁分支的优秀制度创新可以成为其他仲裁分支参考与借鉴的范本,并在

相互扬弃中实现制度趋同。又因为仲裁制度主要以仲裁程序为载体,所以各种趋同的仲裁制度组合起来就形成了趋同的程序规范。《联合国贸易法委员会仲裁规则》在商事仲裁、国际投资仲裁和国际公法仲裁中都得以适用的事实就是明证。其次,仲裁立法宏观化则主要表现为一些国家或地区的仲裁立法不以特定仲裁分支而以所有仲裁为调整对象,比如前述2015年荷兰民法第1073条第1款之规定。2005年丹麦仲裁法第1条第1款也规定:“本法适用于仲裁,包括国际仲裁,只要仲裁地位于本国。”这些立法所调整的仲裁已被摘掉了“商事”和“国际”的标签,应被理解为包括所有仲裁,相应的立法也就属于宏观化的立法。再次,仲裁案件多元化的特征主要从不同仲裁分支的案件数量和影响力得以体现。长期以来,仲裁案件主要集中在商事仲裁领域,国际投资仲裁和国际公法仲裁的案件数量始终处于低位。然而,近年来国际投资仲裁案件数量明显增长,国际公法仲裁案件数量增长虽不明显,但也时有发生且因其常涉及国家主权或重大经济利益而影响深远。这些现实情况促成了仲裁案件多元化的趋势。最后,仲裁类别新型化主要表现在诸如体育仲裁、环境仲裁、教育仲裁、网上仲裁等以新领域、新行业、新方式为特色的仲裁实践正逐渐活跃于仲裁舞台。

仲裁案件多元化和仲裁类别新型化趋势要求仲裁法学的研究力度和研究成果不能过分集中于某些特定的仲裁分支,否则当遇到一些理论储备不足的仲裁案件时,理论对实践的指导就会乏力。而面对这一要求,仲裁法学研究应当如何改进思路和方法,做到既不降低对已受重视的仲裁分支和传统仲裁类别的研究力度,又逐步提高对未受重视的仲裁分支和新型仲裁类别的研究力度,同时尽量避免研究强度的激增和研究精力的分散,无疑是值得思考的问题。为此,构建宏观仲裁法学可谓良方善策,并进而彰显出其充分的现实意义。

首先从观念角度看,仲裁研究历史表明将仲裁法学的研究对象进行割裂势必导致那些有丰富案源或者较易实现经济效益的仲裁分支法学更受青睐,其他分支法学则较受冷落;同时,将不同仲裁分支法学划入不同法学传统学科的做法也会因受“重实体、轻程序”思想影响而迫使一些仲裁分支成为所在学科中比较边缘的领域。长此以往,仲裁研究力度不协调和研究成果不均衡的状况就会自然形成甚至积重难返。欲根除以上流弊,需借助宏观仲裁法学,因为它将全部仲裁法律现象纳入研究并系

统整合所有仲裁分支法学以形成整体学科的做法,不仅使仲裁成为了这门学科的主角,而且在宏观的仲裁体系下,任何重此轻彼的研究都会引发体系的失衡,从而促使研究者改进。如同在一张名为仲裁的白纸上作画,若画者仅将视角锁定在纸张一隅,那么其他部分的空洞并不会影响他眼中的美感。但若画者将视角扩大到整张画纸,就会轻易发现一隅的精美难掩全画的单调,于是求美之心就会自然推动画者填补其他部分的空白。

其次从方法角度看,仲裁分支趋同化和仲裁立法宏观化趋势都可能导致不同仲裁分支案件的仲裁庭在程序推进时适用相同或相近的程序规范,在实体认定时秉持相同或相近的价值取向。所以,相比于分别针对不同仲裁分支进行研究,如果能够利用以上特点提炼所有仲裁普适的理论和制度并实现仲裁分支法学研究成果的有效类比和转化,无疑会极大地提高仲裁研究效率,避免研究强度的激增和研究精力的分散,达到事半功倍的效果。宏观仲裁法学正是这种高效的研究进路得以孕育和生长的土壤,不仅因为它将各仲裁分支法学共通性、规律性的内容和相互关联、相互渗透的部分纳入研究范围,而且因为它主张将某一仲裁分支法学的研究成果上升为仲裁整体成果及向其他仲裁分支法学进行类比和转化的必要性和可能性。

三、构建宏观仲裁法学的可行性

如果说必要性是探寻人们是否有构建一门新学科的主观意愿的话,那么可行性则是分析构建这门新学科的客观基础是否存在。本文认为构建宏观仲裁法学已在外部法治环境和内部基本要素两方面具备可行性。

(一)构建宏观仲裁法学具备外部法治环境的可行性

新中国成立后至改革开放前,法学先是依附于政治学而存在,后又在文化大革命期间因法律丧失作用而全面消沉^[12]。这段时期由于欠缺独立的法学整体学科地位和自由开放的学术争鸣环境,试图根据研究需要来构建法学新学科的想法只可能是天方夜谭。1978年后,法学获得了独立学科地位并取得了长足迅猛的发展。大约从1981年起法学界就有了关于创建法学新学科的探讨^[13]。虽然学者们在不同时期主张创建的法学新学科并不一致,但他们一般都以顺应国家与社会法治实践的现实需要为出发点。比如,20世纪70年代末80年代

初,一些学者感受到对外经济交往中对于相关法律研究的迫切需要,于是着手创建了国际经济法学^[14];而随着我国步入老龄化社会,加强对老年人权益的保护成为社会所需,于是有学者开始主张构建老年法学科^[15]。

新中国法学的发展历程表明,构建法学新学科受到外部法治环境的重要影响,而首要环境是国家对法治的态度。正如建国后到改革开放前的历史所证明的那样,若国家对法治持消极或否定态度,那么法治不可能昌明,法学也必然消沉,创建法学新学科自然是无源之水、无本之木。所以,法学新学科的构建以法治昌明、法学繁荣为前提和保障,从根本上则有赖于国家对法治的重视和支持。此外,国家和社会的法治实践需要也是法学新学科得以诞生的助产师。因为构建新学科必然对现有学科体系造成一定的变动,所以只有以法治实践需要作背书,才能获得充分的合理性并得到学界响应和落实。

以史为鉴,鉴古知今。笔者认为,当今中国的法治环境为宏观仲裁法学科的构建提供了得天独厚的有利条件:一方面,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,党的十九大报告再次强调了全面依法治国的主张。这充分表明全面依法治国得到国家决策层的高度重视和坚定实施。不仅如此,决策层提出的构建中国特色哲学社会科学的要求也为中国法学指明了方向和进路,激发了法学者研究中国特色法学的热情和动力。国家对法治和法学的重视必定促成法学的繁荣,也为法学新学科的创建提供了前提。另一方面,中华民族伟大复兴离不开国际法治,运用法治思维和法治方式处理国际事务也已在国家核心领导人的思想中扎根^[16]。所以,在中国崛起已然并必将继续引发各种涉华国际争端,而以仲裁方式解决国际争端在国际社会有着广泛市场的现实背景下,若既要树立遵守国际法、崇尚国际法治的良好形象,又要在国际争端解决中不失主动地位,中国就不能忽视对国际仲裁的把握与运用,中国仲裁法学研究也不能脱离“更好地指导中国仲裁实践”这一根本宗旨。正因如此,宏观仲裁法学对仲裁实践趋势的顺应实际上为其构建奠定了充分的合理性,并使其获得法学界响应和落实成为可能。

(二)构建宏观仲裁法学具备内部基本要素的可行性

学者们普遍认为,一门学科的存在需要具备一

些基本要素。但这些要素具体包括哪些,各家观点并不一致。徐永康认为:“如果将构成一门学科的基本要素加以归纳的话,大致有基本原理、研究方法、研究对象和研究内容以及研究体系等几项。”^[17]舒国滢认为:“一个学科的存在,须具备以下条件或因素:(1)以本学科名称开设专门的课程;(2)标志本学科存在的权威教科书的出版;(3)确立本学科地位的学术人物的产生。”^[18]刘剑文则认为:“学科不是一个法律概念,无须注册,也不需要官方的认可,它是一种客观事实。学科反映的基本事实是,一个学术共同体在研究同一个问题,发表了一批有价值的成果,形成了较完整的理论体系,同时具有很大的发展空间。如果成就了这几个因素,事实上就形成了一个学科。”^[19]⁶其实,诸如“是否有以本学科名称开设的专门课程”“是否有标志本学科存在的权威教科书的出版”等要素,实则属于学科成熟之必需,或者说学科建设之目标,而并非构建新学科的前提。

笔者赞同不必过多苛求法学新学科确立条件的观点^[17],特别是在分析可行性时,应严格限制基本要素的范围,仅纳入构成学科必不可少的要素即可,否则将会阻断必要新学科的问世。有学者认为这样的基本要素包括独特的研究对象和据之建立的学科体系^[20]。笔者拟补充一项,即一定的研究成果。具体说来:(1)确定的研究对象。这是限定学科研究范围的标准,是划定此学科与彼学科界限的依据,是回答一门学科为何不同于其他学科的关键。如果没有确定的研究对象,新学科就无法与其他学科相区别,也就无法独立存在。(2)初步的学科体系。体系是学科的立身之本,也是学科基本理论和研究内容的寄托^[17],所以任何学科都应当具备体系。虽然学科体系始终伴随着学科的成长而不断完善,但如果连初步体系都不具备,那么拟构建的新学科将难被认为已成熟到可以独立于学科之林。(3)一定的研究成果。开展相关学术研究是构建任何学科的重要使命。但凡有价值的学术研究都不可能凭空臆造,而需以某些在先的研究为基础。因此,一定的研究成果对构建新学科起着奠基作用,没有根基,学科就会成为空中楼阁。

从上述三项基本要素审视宏观仲裁法学:首先,它有确定的研究对象,即全部仲裁法律现象。这既不同于其他非仲裁法学的研究对象,也不同于仲裁分支法学的研究对象,从而清晰地划定了宏观仲裁法学同其他法学学科的界限。其次,它有初步的学科体系和一定的研究成果,两者分别来源于被

它整合的仲裁分支法学业已形成的内部体系和研究成果。因此,构建宏观仲裁法学也已具备内部基本要素的可行性。

四、构建宏观仲裁法学的总体路径

党的十九大报告强调加快构建中国特色哲学社会科学。中国特色法学是中国特色哲学社会科学的重要组成部分,仲裁法学又是法学的重要分支,因此构建宏观仲裁法学应以构建中国特色哲学社会科学为最根本的指导思想,具体应从学科体系、学术体系和话语体系三个方面展开。

(一)构建宏观仲裁法学的学科体系

学科体系关乎学科内容的全局,体现着学科理论的原则、精神和实质^[21]。如果学科体系不清,那么学科便会成为一盘散沙,其他体系也就无从构建。构建宏观仲裁法学的学科体系应当如下推进:

首先,应当找准宏观仲裁法学的学科定位。中国特色法学学科可分为传统学科、新兴学科和交叉学科。其中,法学传统学科是承载着学界和实务界普遍认同的专门知识,在长期发展的历史进程中形成了稳定的研究对象和研究方法,并在基本内容方面已达成共识的学科;法学新兴学科是回应社会发展与法律实践中产生的新问题与新需求并在传统学科基础上进一步衍化、发展而来的学科;法学交叉学科则是法学与其他学科在研究对象或研究方法上交叉形成的学科^[22]。在以上法学学科类型中,宏观仲裁法学应定位为法学新兴学科:一方面,它是因应仲裁法律实践发展的新需要,并主要通过系统整合原本归属于不同法学传统学科的仲裁分支法学而建立的学科,具有法学新兴学科的特点。另一方面,作为独立的仲裁整体学科,它既不具备长久的历史发展进程和大量的共识性基本内容,也不具备典型的研究对象或研究方法交叉的特质,故不能归于法学传统学科或法学交叉学科之列。此外,由于法学新兴学科属于领域法学,与法学传统学科立基的部门法学具有不同的划分标准和逻辑脉络,不存在相互取代、彼此排斥的关系^[23],所以将宏观仲裁法学定位为法学新兴学科可以避免其与传统学科“抢山头”“争地盘”,从而为其赢得生存与发展空间。

其次,应当确立宏观仲裁法学的范畴架构。若将宏观仲裁法学比作一幢大厦,范畴就如同砖石瓦砾、横梁竖柱,是大厦的组成部分和基本材料,重要

性不言而喻。笔者根据张文显关于法学范畴分类的观点,认为宏观仲裁法学的范畴可分为普通范畴、基本范畴、中心范畴和基石范畴。其中,普通范畴是对仲裁法律现象的某个具体侧面、某种具体联系、某一具体过程的比较简单的抽象;基本范畴是以仲裁法律现象的总体为背景,对其基本环节、基本过程或初级本质的抽象;中心范畴是对仲裁法律现象总体的普遍联系、普遍本质、一般规律的高度抽象;基石范畴则是中心范畴中的主导范畴,构成整个宏观仲裁法学范畴架构的逻辑起点^[24]。至于这些范畴具体包括哪些,本文无意妄加论断,留待学界进一步探讨。但需强调的是,宏观仲裁法学的范畴架构应是对现有范畴成果的继承与发展,不仅要是对现有仲裁分支法学中已经产生并广为接受的范畴予以辨别式吸收(如自裁管辖原则的范畴),而且要基于建设仲裁整体体系和指导仲裁实践运用的需要创设新的范畴(如条约仲裁的范畴)。

最后,应当搭建宏观仲裁法学的学科结构。正如砖石瓦砾、横梁竖柱需要特定的建筑工艺和安装技巧进行衔接和固定才能构成大厦一般,宏观仲裁法学的学科体系在范畴架构之外,还要有衔接和固定范畴的学科结构。搭建宏观仲裁法学的学科结构,应在系统整合现有仲裁分支法学的同时,预留新的仲裁分支产生和发展的空间。为达此目标,首先应当明确宏观仲裁法学的逻辑主线,即得以成为仲裁的“当事人约请第三方居中裁判”的基础形态。所有仲裁分支能被有机整合成整体就在于它们都保有这一基础形态,因此也只有这条逻辑主线能够将各仲裁分支和主要范畴进行串联,使其无论如何演进都始终抱成一团。其次,应当提炼出所有仲裁分支共同的概念、范畴、制度等,并以此形成宏观仲裁法学的总论部分。再次,应当进行标准统一且有实际意义的类别划分,并归纳和拓展各类别特有的概念、范畴、制度等,以此形成宏观仲裁法学的分论部分。最后,应对初具雏形的学科结构进行逐步细化、修正和完善,促使其内容更加全面、逻辑更加清晰、结构更加科学。

(二)构建宏观仲裁法学的学术体系

学术体系与学科体系既相互联系又相互区别。论联系,学科体系在整体面向上为学术体系确立了大框架、大范围,学术体系则要借用学科体系的范畴架构并适当考虑学科体系的结构。论区别,学科体系偏于逻辑导向并以知识传承和传播为要务,注重逻辑的自恰性和知识的完整性;学术体系则偏于问题导向并以理论研究和阐释为要务,注重理论研

究围绕实际问题展开并对实际问题提供解释路径和解决方案。诚如部门法学不仅要深入研究法律规范、法律制度等知识内容,而且要注重研究法理依据和法理支点等理论问题一样^[25],宏观仲裁法学不能忽视对仲裁法学理论的深耕细作,其构建也不能疏于学术体系部分。在构建学术体系时,应当始终坚持以下理念:

第一,以仲裁实践问题为导向。构建宏观仲裁法学学术体系的关键是开展相关理论研究。由于法学理论不仅直接反映或描述实践,而且主要致力于对实践的解析和引导^[26],所以法治实践问题意识对法学理论研究具有重要的导向作用。这一规律对宏观仲裁法学理论研究尤为明显,除了因为专注仲裁领域而内含领域法学以问题为导向的特征之外^[23],更因为仲裁高度的实践性强烈要求理论研究围绕实践问题展开,否则研究的意义就会荡然无存,宏观仲裁法学构建的合理性也将烟消云散。

第二,以学术传承和创新为宗旨。宏观仲裁法学有许多理论版块已在仲裁分支法学中形成丰硕成果。对这些理论成果,特别是其中被国际公认、体现人类共同价值的成果,构建学术体系时应有所传承。但这种传承不是盲目和不加鉴别的,尤其是在仲裁法学理论和仲裁法学话语分别以西学东渐和西强东弱为特征,西方各种法治理论或学说成为人们分析和论述理论问题以及考量与评价社会现象的重要理据与判准^[27]的历史背景和现实环境下,我们更应当强调仲裁法学理论的创新,注重将仲裁法学理论与中国文化相结合、与中国智慧相交融、与中国实践相呼应,推动中国仲裁法学理论走向世界。

第三,以科学合理的学术评价为助力。学术研究与学术评价相辅相成,学术研究内在要求学术评价,而学术评价则促进学术研究,学术评价的缺失必将损害并阻碍学术研究与学术进步^[28]。所以,构建宏观仲裁法学的学术体系还应当兼顾学术评价体系的构建,通过科学合理的学术评价激发学术热情,引领学术方向,助力学术研究。

(三)构建宏观仲裁法学的话语体系

当前,中国法学正经历从西方法治话语向中国法治话语转变,即逐步结束长期以来的法学知识引进运动,确立中国法学和法治思想自主性的历史阶段^[29]。中国法学界越来越重视构建法治话语体系,因为它不仅可以使我国社会主义法治理念转化为或体现于具体的法律思想、法学理论、法律原理、法律文化、法律知识以及法律思维,从而实际指导

我国法治实践^[27],而且可以通过不断再生法治话语权并反复渲染合法性为我国崛起及参与全球治理提供话语支持。由于法学话语体系是法治话语体系的关键部分,所以构建宏观仲裁法学的话语体系自然也是构建法治话语体系必不可少的版块。

笔者主张内外兼修积极构建宏观仲裁法学的话语体系:一方面,应内修话语思想与话语内容。言语若想表达得体且反响良好就必须言之有物、言之成理;话语体系若想行之有效也必须话语思想深湛、话语内容切实。话语思想是话语内容的精神内核与价值源泉,话语内容是话语思想的理论总结与系统诠释。话语思想的感染力、影响力和号召力取决于其时代性、先进性和原创性,话语内容的表达力、传播力和渗透力则有赖于其系统性、清晰性和全面性。相比于发达国家大量创造仲裁理论并借普适性理论之名和仲裁国际化之势向全球推送,我国自产并输出的仲裁理论明显不足,从而导致国际仲裁领域的话语权主要由发达国家攫取,我国则更多地扮演听众的角色。但事实上,中国仲裁实践并不乏原创的有益制度(比如被誉为“东方经验”的仲裁中调解的制度),中华悠久文明更为仲裁理论创新提供了充分的文化给养和智慧因子(比如以中华和平思想审视“仲裁国家核心利益争端能否真正促进和平”的问题)。所以,我们理应在积极总结中国仲裁经验和深入挖掘中华优秀传统文化的基础上,通过仲裁理论创新形成话语思想和话语内容,对宏观仲裁法学话语体系予以填充。

另一方面,应外修传播途径与传播能力。思想不碰撞无以滋火花,话语不传播无以生共鸣。如果传播途径缺失或者传播能力不足,无论话语思想如何入理切情、话语内容多么丰富充实,话语体系的功效和意义都将大为折损。因此,构建宏观仲裁法学的话语体系还应拓展外部传播途径,提升外在传播能力。具体可从适度地增设仲裁法学相关的学术议题、增办仲裁法学相关的学术期刊、增开仲裁法学相关的学术会议、增加仲裁法学相关的学术培训、增进仲裁法学相关的学术交流等方面多管齐下,并注重对仲裁领域共同兴趣点的探求、惯常表达方式的探索以及高效或新型传播机制的探寻等。

五、结语

南海仲裁案的程序虽已终结,但它对我国带来的负面影响和别国仿效的潜在危机仍未消散殆尽。作为我国核心利益维护能力的一次真实检验,该案

反映出我国在国际仲裁理论阐释与实践运用方面存在短板。前车之鉴,后车之师。后南海仲裁案时期,中国仲裁法学应当如何调整与完善,颇值深思。

笔者建议构建宏观仲裁法学,运用宏观研究思维和宏观研究方法对全部仲裁法律现象展开体系化研究。当然,构建宏观仲裁法学无疑是一项复杂的系统工程,笔者也只是提出些许初步设想和简单思路,妥当与否尚待法学界深入探讨和不吝雅正。但正如任何法学形态的进步都必然关注现实社会中的重大问题一样^[30],反思南海仲裁案,笔者期望本文的浅知拙见能够引起法学界对仲裁法学现有模式的自省和对理想模式的探寻,并推进仲裁法学研究视角的升级和研究方法的改进,使中国仲裁法学更好地指导中国仲裁实践、更有效地维护我国国家权益。

参考文献:

- [1] 王彦,殷洁. 仲裁法学[M]. 北京:中国财政经济出版社,2002;蔡虹,刘加良,邓晓静. 仲裁法学[M]. 北京:北京大学出版社,2009;周庆. 仲裁法学[M]. 郑州:郑州大学出版社,2010.
- [2] 吕鹤云,黄新民. 法学概论[M]. 北京:高等教育出版社,2007.
- [3] 肖海军. 从法学的研究对象与论证思路看法学研究方法[J]. 时代法学,2016(6).
- [4] 苏彩霞. 提倡刑法学研究的“开放性思维”[J]. 法学杂志,2003(4).
- [5] 马怀德. 构建中国特色法学学科体系[J]. 中国高校社会科学,2017(4).
- [6] Gary B. Born. International Commercial Arbitration [M]. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International (second edition), 2014.
- [7] 杨代雄. 萨维尼法学方法论中的体系化方法[J]. 法制与社会发展,2006(6).
- [8] 王长发. 法学分类方法的局限性及其克服[J]. 黑龙江社会科学,2007(4).
- [9] 中国国际法学会. 菲律宾所提南海仲裁案仲裁庭的裁决没有法律效力[M]//中国国际法年刊:南海仲裁案管辖权问题专刊. 北京:法律出版社,2016.
- [10] PCA Case No. AA 226 Interim Award on Jurisdiction and Admissibility [EB/OL]. (2009-11-30) [2018-3-20]. <http://www.pccases.com/web/sendAttach/419>; PCA Case No. AA 227 Interim Award on Jurisdiction and Admissibility [EB/OL]. (2009-11-30) [2018-3-20]. <http://www.pccases.com/web/sendAttach/421>; PCA Case No. AA 228 Interim Award on Jurisdiction and Admissibility [EB/OL]. (2009-11-30) [2018-3-20]. <http://www.pccases.com/web/>

- sendAttach/423; PCA Case No. AA 226 Final Award [EB/OL]. (2014-7-18) [2018-3-20]. <http://www.pccases.com/web/sendAttach/418>; PCA Case No. AA 227 Final Award[EB/OL]. (2014-7-18) [2018-3-20]. <http://www.pccases.com/web/sendAttach/420>; PCA Case No. AA 228 Final Award[EB/OL]. (2014-7-18) [2018-3-20]. <http://www.pccases.com/web/sendAttach/422>.
- [11] The Hague District Court. Judgements (cases number / causes list number: C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2, C/09/481619 / HA ZA 15-112) [EB/OL]. (2016-4-20) [2018-3-20]. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230>.
- [12] 王利明, 常鹏翱. 从学科分立到知识融合——我国法学学科 30 年之回顾与展望[J]. 法学, 2008(12).
- [13] 徐永康. 十年来我国法学新学科发展的回顾与前瞻[J]. 法律学习与研究, 1989(4).
- [14] 张辉. 中国国际经济法学三十年(1978—2008 年)[J]. 武大国际法评论, 2010(1).
- [15] 肖辉, 孙文胜. 构建我国老年法学学科和老年法体系初探[J]. 河北法学, 2017(1).
- [16] 黄进. 习近平全球治理与国际法治思想研究[J]. 中国法学, 2017(5).
- [17] 徐永康. 简论界定法学新学科的标准[J]. 社会科学, 1988(3).
- [18] 舒国滢. 法理学学科的缘起和在当代所面临的问题[J]. 法学, 1998(10).
- [19] 刘剑文. 走向财税法治: 信念与追求[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [20] 马抗美. 人才法学: 一门亟待建立的新兴学科[J]. 政法论坛, 2015(1).
- [21] 袁曙宏. 论建立统一的公法学[J]. 中国法学, 2003(5).
- [22] 蔡立东. 加快构建中国特色法学学科体系[J]. 中国大学教学, 2017(5).
- [23] 刘剑文. 论领域法学: 一种立足新兴交叉领域的法学研究范式[J]. 政法论丛, 2016(5).
- [24] 张文显. 论法学范畴体系[J]. 江西社会科学, 2004(4).
- [25] 张文显. 法理: 法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017(4).
- [26] 顾培东. 法学研究中问题意识的问题化思考[J]. 探索与争鸣, 2017(4).
- [27] 顾培东. 当代中国法治话语体系的构建[J]. 法学研究, 2012(3).
- [28] 姚建宗. 当代中国法学学术评价基准的构造与阐释[J]. 中国社会科学评价, 2015(1).
- [29] 朱振. 中国特色社会主义法治话语体系的自觉建构[J]. 法制与社会发展, 2013(1).
- [30] 何勤华. 新中国法学发展规律考[J]. 中国法学, 2013(3).

(责任编辑: 栗世来)

On the Construction of Macro-Arbitration Jurisprudence

LU Yang

(School of International Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Macro-Arbitration Jurisprudence (MAJ) studies all legal phenomena of arbitration and emphasizes the thinking and methods of macroscopic research. It is a whole discipline including all branches of arbitration law. It is necessary to construct MAJ, because it can avoid the localization and fragmentation of arbitration studies, ensure comprehensive and scientific arbitration classifications, realize the analogy and transformation of academic outcomes of different branches, and conform to the arbitration practical trends like the assimilation of branches, macroscopic legislation, diversification of cases and the new-type categories. Additionally, it is also possible to construct MAJ in the external legal environment and the internal basic elements. The discipline system of MAJ should be focused on discipline orientation, category framework, and discipline structure, oriented by practical problems, aiming at academic inheritance and innovation, assisted by scientific academic evaluation. The discourse system of it can be constructed through enhancing discourse ideas and discourse content internally and promoting transmission routes and transmission capacity externally.

Key words: macro-arbitration jurisprudence; necessity; feasibility; general paths