



中国国际经济贸易仲裁委员会
CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND
TRADE ARBITRATION COMMISSION

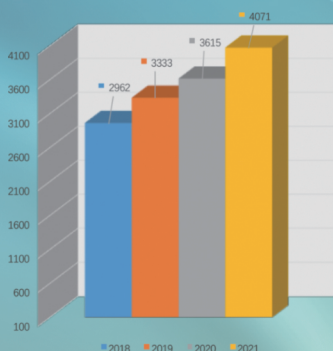
国际仲裁的 CHINESE 中国经验 EXPERIENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION

中国仲裁的 国际品牌 INTERNATIONAL BRAND OF CHINESE ARBITRATION

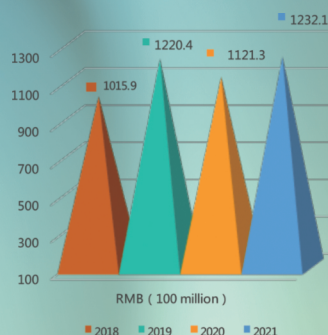
贸仲委被评为全球最受欢迎的 五大仲裁机构之一

—业界权威《2021年国际仲裁调查报告》，英国伦敦玛丽女王大学和美国伟凯律师事务所共同发布
—中国内地仲裁机构首次在全球权威仲裁机构调研报告中跻身前五

案件数量持续增长

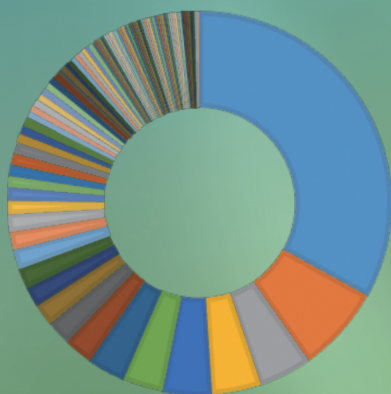


争议标的连续四年突破千亿元



国别数实现再增长

案件涉及 53 个国家和地区
其中当事人来自 74 个国家和地区
涵盖 36 个“一带一路”国家和地区



中国香港	美国	新加坡	德国	韩国
台湾地区	日本	泰国	英国	意大利
俄罗斯	加拿大	英属维尔京	澳大利亚	阿联酋
南非	印度	巴拉圭	开曼群岛	老挝
瑞士	哈萨克斯坦	柬埔寨	西班牙	白俄罗斯
芬兰	荷兰	墨西哥	孟加拉	马来西亚
萨摩亚	印度尼西亚	埃塞俄比亚	埃及	法国
菲律宾	科威特	卢森堡	摩洛哥	蒙古
挪威	智利	中国澳门	阿尔及利亚	阿根廷
阿曼	安圭拉	比利时	巴西	厄瓜多尔
斐济	刚果	克罗地亚	利比里亚	罗马尼亚
毛里求斯	马耳他	马绍尔群岛	尼泊尔	斯洛文尼亚
塞拉维	塞拉利昂	沙特阿拉伯	塔吉克斯坦	突尼斯
乌克兰	新西兰	叙利亚	越南	伊朗
以色列	约旦	赞比亚	巴基斯坦	文莱
哥斯达	缅甸	古巴	瑞典	牙买加
巴拿马	马达加斯加	伊拉克	毛里塔尼亚	哥伦比亚
尼日利亚	委内瑞拉	奥地利	喀麦隆	巴哈马
纳米比亚	乌兹别克斯坦	中国内地 (图表未显示)		

示范条款

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。

地址：中国北京市西城区桦皮厂胡同 2 号国际商会大厦 6 层 邮编：100035

Address: 6/F, CCOIC Building, No.2 Huapichang Hutong, Xicheng District, Beijing, 100035, P.R. China Tel: (86-10) 8221 7788 Fax: (86-10) 8221 7766, 6464 3500 Email: info@cietac.org

WWW.CIETAC.ORG



广州仲裁委员会

塑公信、重创新、勇争先、树品牌

2021年案件受理量高居全国首位

打造南沙国际仲裁先行区

打造广州全球互联网仲裁首选地

奋力做好六个“一”

► 聚焦一个标准

制定发布推广全球首个互联网仲裁
“广州标准”

► 打造一个平台

搭建亚太经合组织跨境商事争议
在线解决APEC-ODR平台

► 构建一个机制

首创庭审标准、仲裁庭室、仲裁员名册、
服务窗口“四个共享”仲裁协作机制

► 创设一个模式

创设发展3+N为核心的多元化民商事
仲裁“广州模式”

► 办好一个“广州仲裁日”

着力办好每年8月29日“广州仲裁日”
普法宣传推广活动

► 共建一个学院

联合国内一流院校共建全国首家
粤港澳大湾区国际仲裁学院、共建
华南仲裁创新与法治发展研究院

地址：广州市越秀区沿江中路298号江湾新城C座14楼（案件受理部）

电话：(020) 8328 7919

官方网站（网上立案）：<https://www.gzac.org>

跨境商事纠纷在线争议解决平台（ODR）：<https://odr.gzac.org>



□ 高端访谈

贸仲委：守正创新铸公信，奋发有为开新局·····	5
海仲委：创新驱动 开拓进取 积极参与中国国际仲裁中心建设·····	11
北仲：改革创新，追求卓越，奋力创建国际一流仲裁机构·····	17
广仲：“三个创新”助力广州打造国际一流仲裁中心·····	22

□ 实践研究

国际投资仲裁中的电子证据出示：挑战及其应对·····	崔起凡	27
国际商事仲裁协议效力之司法认定		
——兼评《仲裁法（修订）（征求意见稿）》第二十一条·····	崔宵焰 嵇钰涵	43
仲裁裁决在香港承认与执行中的公共政策问题·····	陈锦淦	54
论我国紧急仲裁员临时措施之执行·····	黄志鹏	71

□ 理论研究

仲裁法诚实信用原则的规则化研究·····	张 润	84
主合同仲裁条款扩张适用于从合同问题研究		
——兼评《仲裁法（修订）（征求意见稿）》第 24 条·····	王伟斌 邱冬梅	97
国际商事仲裁复裁制度的法理基础与实践逻辑·····	庄 可	106

□ 案例分析

评梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案·····	黄可而	126
国际投资仲裁中环境保护与外资保护之间的冲突与协调		
——以“Renco 诉秘鲁案”为例·····	李 捷	138
评 MTD 股权私人有限公司和 MTD 智利公司诉智利仲裁案·····	范晓宇	148

上述三起案例均为中国贸促会法律部编写

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 1 , 2022 (Serial No. 11)

January 10, 2022

CIETAC: Stick to Intergrity and Innovation to Build Credibility, Open a New Situation with Hard Work and Enthusiasm·····	(5)
CMAC: An Innovation-Oriented Industry Leader in China's Construction of an International Arbitration Hub·····	(11)
BAC/BIAC: Advancing Innovation, Pursuing Excellence, Striving to Build a World-Class Arbitration Institution ·····	(17)
GZAC: "Three Innovations" Help Guangzhou Build a World-Class Arbitration Center···	(22)
Production of E-Document in International Investment Arbitration: Challenges and Its Countermeasures ·····	<i>CUI Qifan</i> (27)
Judicial Determination of the Validity of International Commercial Arbitration Agreements —with Comments on Article 21 of the Draft Arbitration Law ·····	<i>CUI Xiaoyan JI Yuhan</i> (43)
Public Policy in the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in Hong Kong ·····	<i>CHEN Jinsong</i> (54)
On the Implementation of Interim Measures of Emergency Arbitrators in China ·····	<i>HUANG Zhipeng</i> (71)
A Study on the Regularization of the Principle of Good Faith in Arbitration Law ·····	<i>ZHANG Run</i> (84)
Study on the Arbitration Clause of the Principle Contract Governing the Collateral Contract —From the Perspective of the Article 24 of the Arbitration Law (Revision) (Draft for Comments) ·····	<i>WANG Weibin QIU Dongmei</i> (97)
Jurisprudential Basis and Practical Logic of Appellate Arbitration in International Commercial Arbitration·····	<i>ZHUANG Ke</i> (106)
Case Comment on Metalclad Corporation v. the United Mexican States ·····	<i>HUANG Keer</i> (126)
Conflict and Coordination Between Environmental Protection and Foreign Investment Protection in International Investment Arbitration —The Case of "Renco v. Peru" ·····	<i>LI Jie</i> (138)
Review of MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile ·····	<i>FAN Xiaoyu</i> (148)

The above three cases are edited by the Legal Department of CCPIT

贸仲委:守正创新铸公信,奋发有为开新局

本刊采访中国国际经济贸易仲裁委员会

副主任兼秘书长王承杰实录

2021年,中国国际经济贸易仲裁委员会(简称贸仲委)积极拓展高质高效服务,夯实制度规范基础,加强高水平国际化专业化仲裁员队伍和秘书管理团队建设,广泛传播中国法治建设新进展,主要业绩指标再创新高。本刊编辑部记者对贸仲委副主任兼秘书长王承杰进行了专访。以下是采访实录。

记者:承杰秘书长,非常感谢您拨冗接受采访。2021年,贸仲委业务指标继续保持行业领先,可喜可贺,可否请您给读者作个简要介绍?

王承杰:谢谢期刊一直以来对贸仲委工作的大力支持。

2021年,贸仲委主要业务指标可以概括为以下五方面特点。

一是受理和审结案件双双保持大幅增长。2021年,共受理案件4071件,同比增长12.61%,审结案件4306件,同比增长48.89%,历史上首次双双突破四千件。新收案件中,国内案件3435件,涉外案件636件,其中双方均为境外当事人案件61件,涉“一带一路”案件136件。

二是争议金额保持高位且涉外案件争议金额猛增。2021年,受理案件争议总金额人民币1232亿元,同比增长9.88%,连续四年突破千亿元大关。其中,涉外案件争议金额人民币573.5亿元,同比增长51.78%,占总争议金额46.55%,个案平均争议金额超过人民币9000万元,相当于全部案件均值的3倍。全部案件中,争议金额超亿元案件182件,超十亿元案件16件。

三是受理案件的国际化因素和复杂性增加。2021年,新收案件涉及93个国家和地区,其中当事人来自74个国家和地区,包括36个“一带一路”国家和地区。当事人约定适用中国香港地区和英国、荷兰、希腊、菲律宾、柬埔寨、哈萨克斯坦等境外法律处理争议。涉及多份合同案件579件,占比达14.2%;涉及多方当事人案件980件,占比达24%。

四是新兴领域案件增长迅猛。21类争议类型中,货物买卖、机电设备、服务合同、股权转让等传统类型案件仍占据较大比重,金融创新类案件增幅达50%以上,建筑工程案件增幅达36%,特许经营、文娱产业等类型案件数量均翻番。

五是国际声誉进一步提升。根据英国伦敦玛丽女王大学和美国伟凯律师事务所联合发布的《2021年国际仲裁调查报告》,贸仲委被评为全球最受欢迎的五大仲裁机构之一,比2020年报告提高1个位次。这是中国内地仲裁机构首次在全球权威仲裁机构调研报告中跻身前五,体现了业界对贸仲委仲裁的广泛认可,也彰显了中国仲裁的影响力。

记者:承杰秘书长,贸仲委作为行业龙头,一直是服务国家、服务地方、服务行业的表率,2021年,在服务社会方面,采取了哪些新举措,有哪些新进展?

王承杰:贸仲委始终把与自身发展与国家经济社会建设和地方、行业发展紧密结合,助力地方与行业发展是贸仲委提供仲裁服务的应有之义和义不容辞的责任,也是我们自身业务不断发展壮大的不竭动力。2021年,主要做了以下工作:

一是服务国家重大战略实施,支持地方涉外营商环境建设。设立贸仲委雄安分会,助力雄安新区高质量营商环境建设。海南仲裁中心正式运营,助推海南自贸港高质量发展和高水平对外开放。

二是服务行业健康发展,推动建立多元纠纷解决机制。坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,完善经济、便捷多元化争议解决服务,首例适用贸仲委《建设工程争议评审规则》涉及上百亿元项目的26亿元争议的案件得到成功解决,广受建筑行业关注。成立贸仲委上海证券期货金融国际仲裁中心,积极探索资本市场行业仲裁制度建设,为开展证券期货行业仲裁试点工作示范探路。与中小企业合作发展促进中心加强战略合作,建立健全调仲对接机制,满足中小企业多元化纠纷解决需求。

三是服务中国仲裁国际竞争力建设,积极开展涉外纠纷解决实践。发布《贸仲香港仲裁案件适用内地与香港〈保全安排〉实务指引》,促进粤港澳大湾区争议解决机制发展。作为首批纳入最高院“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的仲裁机构,积极参与最高院“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台建设。2021年,我很荣幸地被推选为亚洲域名争议解决中心轮值主席,在此期间,我们通过深度参与国际组织管理事务,积极推动互联网域名知识产权保护,贡献了中国方案。

记者:承杰秘书长,案件管理水平体现仲裁机构的“内功”,也是加强仲裁服务的重要基础工作,贸仲委采取了哪些措施来完善案件管理、提升当事人的服务体验?

王承杰:贸仲委作为全国最早设立的仲裁机构,长期以来始终秉承为中外仲裁当事人提供优质高效仲裁的宗旨,致力于不断提高管理和服务水平,让当事人在参与办理仲裁案件的每一个细节中都能感受到公平公正,这也是提升仲裁公信力的重要基础。2021年,我们在加强案件管理、健全工作机制方面做了以下几方面工作:

一是完善制度体系。把制度挺在前面,制订修订《仲裁员守则》《仲裁员行为考察规定》《授予仲裁员资格规定》《机构工作人员与管理服务对象廉洁交往规范(试行)》《违规打听干预案件的信息登记和责任追究办法(试行)》《〈裁决书草案核阅办法〉补充规定》《进一步提高仲裁效率暂行办法》等十余部规范仲裁员和内部人员管理的重要

制度文件,严格实行规范化管理,加大监督力度,优化业务流程,确保仲裁员依法办案,强化秘书人员履职尽责,形成有效管理监督制约机制,保证办案质量和效率。

二是强化技术保障。建成运行电子证据交换平台,满足远程提交证据材料和审理案件需求,实现办公办案全流程电子化,完善“云上”仲裁服务。全年当事人网上立案 870 件,已达到受理案件总数的 21.37%。

三是提高仲裁员案件参与度。完成 3898 件案件组庭工作,指定 / 选定仲裁员 6298 人次,共有 908 名、超过半数名册内的仲裁员参与案件审理,其中外籍仲裁员 96 人次参与审理案件 89 件。

四是克服新冠肺炎疫情影响纾困开庭难。网上开庭 434 次,涉及 62 起案件,来自美国、英国、德国、西班牙、意大利、比利时、澳大利亚、加拿大、俄罗斯、白俄罗斯、日本、新加坡、印度尼西亚、韩国、文莱、马达加斯加、开曼群岛、中国台湾、中国香港等境外 19 个国家和地区的当事人线上参加庭审。

五是加强仲裁程序管理和监督。把严流程关口,全年发出中英文程序管理函件近 20 万份,作出管辖权决定 154 件,作出仲裁员回避 / 不予回避决定 47 件,保障仲裁程序依法依规高效推进。把严裁决关口,就重大疑难复杂案件 12 次召开专家咨询委员会会议研究讨论处理意见,核阅裁决书草案 4438 份,在尊重仲裁庭独立办案的前提下,就发现的有关问题提请仲裁庭注意,保证仲裁的独立公正。

记者:仲裁人才特别是涉外人才的培养是当前仲裁业界的焦点和难点问题,贸仲委在强化人才队伍建设、抓好后继有人这个根本问题上,做了哪些工作?

王承杰:中国仲裁高质量发展,仲裁机构长期健康发展,根本在人才。长期以来,贸仲委不仅坚持五湖四海、聚天下英才为我所用,还主动担当,尽我所能为国家培养仲裁人才。2021 年着力做了如下工作:

一是着眼于国际性、权威性、代表性,面向全球选聘新一届仲裁员。2021 年 5 月,贸仲委完成了新一届仲裁员队伍的换届工作,发布了新的仲裁员名册,名册中现有仲裁员 1698 名,其中,中国内地仲裁员 1215 名,首次实现中国内地各省、自治区、直辖市全覆盖;外籍及港澳台仲裁员 483 名,来自 85 个国家和地区,包括 47 个“一带一路”沿线国家和地区。总的看,仲裁员队伍的全球化结构和专业化水平进一步提升,国际性更显著、权威性更高、专业性更强、覆盖领域更广,能够更好满足当事人高质高效仲裁服务的需求。

二是完善内部引才育人机制,不断提高团队整体素质。出台《总分会干部短期互相交流学习规定》,推动干部多岗位交流锻炼,培养复合型人才。针对办案秘书上升通道窄、发展空间小的问题,制定实施多项制度,加快培养适应案件管理要求和业务发展需求的办案秘书队伍,建立招得来、用得上、留得住的用人机制,稳固案件流程管理人才队伍。

三是谋篇布局涉外法治人才培育机制,积极为社会培养大批德法兼修的高素质涉外法治人才。成功举办第十九届“贸仲杯”商事仲裁辩论赛,首次吸引了英国、马来西亚、乌兹别克斯坦等境外法学院校参赛,中外学子共 75 支队伍近 800 名选手同台激辩,并有

来自22个国家和地区的200余名中外仲裁专家作为评委,30余万人次在线观看决赛等场次直播,赛事规模和国际化程度再创新高,国内外影响力进一步扩大。成功举办第二届“贸仲杯”国际投资仲裁赛,本次比赛是国际知名投资仲裁模拟法庭赛事首次在我国举办的预选赛,共有来自全国33个高校法学院系的39支队伍报名参赛,并有来自多个国家和地区的仲裁员、法学教授、律师等71名投资仲裁领域的专业人士担任仲裁员和评委。创办“贸仲杯”之声赛前培训课程,共举办5场活动,5万余人踊跃参与。创设“贸仲杯之友”涉外法治人才交流平台,汇聚以往近20届“贸仲杯”参赛选手,凝聚智慧力量,发挥人才聚集效应。与北京大学、中国人民大学、对外经济贸易大学等6所高校深入合作,设立硕士联合培养项目或委派资深专家担任联合导师。突出系统性、专业性、实用性与创新性,开设国际投资仲裁系列课程,面向港澳及内地首期班400余名学员开展为期8周的授课培训。

记者:仲裁事业的发展要靠理论支撑和规则引领,贸仲委有哪些好的经验和做法?

王承杰:我们一直坚持,贸仲委不仅是行业领先的仲裁机构,同时也应当是代表中国仲裁行业理论和实证研究水平的应用型智库。2021年,主要做了以下工作:

一是建立研究平台,构建内部调研工作机制。为了加强综合性研究,专门成立了贸仲委国际仲裁研究院,打造集仲裁课程教学、仲裁人才培养、仲裁科学研究、仲裁法治建设“四位一体”的全新工作平台。

二是积极建言献策,参与国内国际规则制订。配合做好《仲裁法》修订工作,向主管部门提出100多条修改意见和建议;还为各类立法修法草案提供书面建议10余份。多次作为观察员参加联合国贸法会关于仲裁与调解/争议解决、投资者与东道国争端解决机制改革、电子商务工作组会议,积极参与国际规则制定和文件审议,提升中国在相关领域的国际影响力和规则话语权。

三是聚焦国际仲裁理论与实务问题,开展重点课题研究。参与国家社科基金重点项目研究课题《境外投资促进与保障法律问题研究》,参与编写高校教材《涉外法律实务教程》(英文),组织研究并出版《“一带一路”沿线国家国际仲裁制度研究》《中国国际商事仲裁年度报告2020》《涉外仲裁年刊》《仲裁与法律》等研究课题及书刊。特别值得一提的是编辑出版的《〈联合国国际货物销售合同公约〉在中国仲裁的适用》被联合国贸法会图书馆收录,这也体现了国际仲裁的中国智慧和中国贡献。

记者:作为具有国际声誉的仲裁机构,贸仲委在发挥自身影响力,加强中国法治的国际传播方面,做了哪些工作?

王承杰:提高中国仲裁国际影响力,推动中国仲裁更快更好走向世界,贸仲委责无旁贷、义不容辞。2021年,我们主要做了三方面工作:

一是做大做强国际性品牌交流宣传活动。成功举办第九届“中国仲裁周”系列活动,在全国20余个城市以及加拿大、西班牙、奥地利、科特迪瓦等国共举办39场线上线

下研讨活动,国别、人数、场次规模比上年又有增加。成功举办 2021 中国仲裁高峰论坛暨第二届“一带一路”仲裁机构高端论坛,40 个国家和地区的约 241.2 万人次在线收看,论坛已成为国际仲裁法律交流高规格盛会。贸仲委与国内 15 家仲裁机构和 32 家境外仲裁机构联合发布了《“一带一路”仲裁机构北京联合宣言合作机制》,推动“一带一路”仲裁机制化合作落地见效。

二是围绕重要时间、重大事件节点开展涉外交流宣传。与联合国贸法会共同举办纪念《联合国国际货物销售合同公约》通过 40 周年国际研讨会,分享贸仲委适用公约的丰富裁判经验。成功举办中欧投资协定与国际投资仲裁高峰论坛,助力我国国际投资争端仲裁机制建设。与泰国仲裁机构联合举办“一带一路”项目争议解决研讨会,积极探索中国-东盟商事争议解决服务新机遇。在进博会、服贸会、广交会等国际展会设置展台宣传仲裁服务,以各分会/中心为依托在全球举办百余场线上线下研讨会、专题座谈等宣传交流活动,不断扩大中国仲裁影响力。

三是依托权威媒体加强宣传推广。积极参与中央电视台《仲裁在中国》第二季及国际版摄制工作,展现中国仲裁与国偕行、与世界相通的发展历程。通过官方网站发布中英文新闻等 241 条,通过微信公众号等渠道推送动态 422 条。接受法治日报、民主与法制等多家媒体平台采访,在《商法》(China Business Law Journal)、《亚洲法律杂志》(ALB)等刊载十余篇介绍国际仲裁和我国仲裁发展的专业稿件,向国内外仲裁法律界和工商界广泛宣传仲裁制度。

记者:2022 年,新冠肺炎疫情仍将对全球经济特别是供应链造成较大影响,面对世界经济发展给多元争端解决服务带来的不确定性,贸仲委有什么工作考虑?

王承杰:2022 年,贸仲委将牢记初心使命,不断增强干事创业的使命感责任感紧迫感,以建设公信力强、权威性高、辐射面广、影响力大的国际一流仲裁机构为目标,在新时代新征程上展现新气象新作为。

一是积极拓展业务领域,更好服务构建新发展格局。聚焦贸易投资、金融、建筑、碳交易、知识产权、数字经济等重点行业领域,着力加大宣传推广力度,不断扩大服务范围。深耕证券期货等重点行业市场,积极布局新业务增长点,加快完善证券期货仲裁中心及配套制度建设,为防范化解金融风险、保障证券期货行业健康发展提供高标准、专业化争议解决服务。

二是积极发挥业务专长,助推更高水平对外开放新格局建设。高质量高标准服务共建“一带一路”,积极参与海丝中央法务区建设。紧抓《区域全面经济伙伴关系协定》新机遇,探索粤港澳大湾区和横琴粤澳深度合作区争议解决融合发展。

三是强化仲裁员和秘书队伍建设,夯实事业发展人才根基。进一步提升仲裁员国际化专业化水平,不断提高重点领域专业服务能力 and 市场引领力。加强仲裁员队伍监督管理,强化执纪问责,确保廉洁公正依法办案。加强秘书人员职业操守和行为规范建设,切实打造高素质专业化秘书队伍。

四是完善制度和手段,加强和改善内部管理。加快推进“数字贸仲”建设,不断提升案件管理效率和质量,完善治理体系,提高治理能力,加强机构全面风险防范,强化细化各项制度建设,以规范的制度、从严的管理筑牢机构公信力。

五是加强仲裁规则和智库建设,引领行业健康发展。结合仲裁业发展和当事人需求,研究修订更加先进的仲裁规则,制定专业仲裁规则,不断提升仲裁服务能力,满足中外当事人多样化争议解决需求。强化仲裁理论与实务研究,发布有影响力的研究成果,推动完善我国仲裁法律制度和仲裁业健康发展。

六是广泛开展国际交流合作,讲好中国法治故事。继续办好中国仲裁周、中国仲裁高峰论坛、贸仲全球仲裁员大会、“贸仲杯”辩论赛、国际投资仲裁高峰论坛等有影响力的重大品牌活动,做大国际仲裁“朋友圈”,宣传我国法治建设新成果和仲裁事业新进步。

七是积极参与国际仲裁治理,贡献中国方案。继续积极参与联合国贸法会等国际组织相关工作,发出中国声音,贡献中国智慧,不断提高中国仲裁在国际争议解决领域和国际仲裁规则制定中的话语权。

浩渺行无极,扬帆但信风。新的一年,贸仲委将秉持与时俱进的精神,踔厉奋发、笃行不怠,奋力开创新局面,挥毫谱写新篇章,一起向未来!

(责任编辑:谭 剑)

海仲委:创新驱动 开拓进取 积极参与中国国际仲裁中心建设

本刊记者采访中国海事仲裁委员会副主任李虎实录

近年来,新加坡、中国香港等国家和地区纷纷出台支持政策措施,大力推进建设区域国际仲裁中心的战略目标。作为我国仲裁机构最集中的城市,北京、上海在持续打造市场化、法治化、国际化营商环境,推动形成国际仲裁中心的进程中奋发有为,相继跻身全球最受欢迎十大仲裁地,对于我国参与国际合作和竞争,增强我国涉外法治话语权和全球经济治理能力具有重要的意义。中国海事仲裁委员会(以下简称中国海仲)作为我国成立最早的两家仲裁机构之一,积极发挥业务专长参与国际竞争,参与中国国际仲裁中心建设,探索形成了明确的工作思路和措施。本刊记者专门采访了中国海仲副主任李虎博士。

记者:推动形成国际仲裁中心,是当前我国仲裁业界的一项重要任务,是增强中国仲裁公信力竞争力的重要内容,每一家仲裁机构都责无旁贷。关于“国际仲裁中心”这一概念的解读,将在很大程度上影响仲裁机构的发展定位与工作思路。在您看来,衡量国际仲裁中心的标准是什么?

李虎:推动形成国际仲裁中心,既是中国仲裁更高水平对外开放的重要举措,又是中国仲裁更高质量发展的重要成果,对于中国仲裁行业参与国际竞争尤为重要。这是一项复杂的系统工程,既要加强统筹,从战略高度完善顶层设计,同时又要在落实的层面加强协同,确保具备必要的软硬件支持。具体而言,衡量的标准主要包括以下几个方面:

一是健全的法律制度。这是必不可少、非常重要的基础工作,既包括程序法也包括实体法。根据联合国1958年《关于承认与执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)等相关国际公约以及绝大多数内国仲裁法规定,仲裁程序适用仲裁地法。如果我们国家的仲裁法律制度不够先进,则势必会影响外方当事人选择将我国作为仲裁地,选择将北京、上海等我们建设国际仲裁中心的目标城市作为仲裁地。当事人还可以约定解决争议的相关实体法,如果我们国家的贸易投资等实体法律不够健全发达,当事人即使来到北京仲裁也会约定选择外国法作为实体法。在仲裁界尤其是海事仲裁中,大家都知道“在伦敦仲裁适用英国法”。伦敦作为国际海事仲裁地有其历史原因。“在伦敦仲裁”就是选

择伦敦作为仲裁地,仲裁活动要适用英国仲裁法,受其管辖调整,“适用英国法”则明确了以英国法作为实体法,来裁判案件争议。贸易投资合同仲裁条款一旦如此约定,仲裁中的程序法和实体法都会被英国法所“垄断”,英国法“包打天下”。如果国际范围内都逐步认可选择“在北京仲裁适用中国法”,那就意味着北京国际仲裁中心或中国国际仲裁中心基本形成了。

二是友善的司法环境。仲裁要依法接受法院的司法监督,法院对仲裁在给予支持的同时,可应当事人请求,对仲裁裁决裁定予以撤销或不予执行,对仲裁活动进行有限的法定司法审查。国际公认的准则是,法院对仲裁给予最大程度的支持和最小程度的干预。友善的司法环境非常重要,如果一个国家的法院、一个地区的法院,动辄不当地撤销裁决,或者裁定不予执行仲裁裁决,势必会影响国内外当事人选择在这个国家、这个区域进行仲裁的信心。

三是完备的政策体系。仲裁是法律服务,属于服务贸易范畴,而涉外仲裁涉及法律服务市场开放、跨境人员流动、跨境资金支付及汇划等,相关政策措施是否配套,对于国际仲裁中心的形成非常重要。比如,国外的当事人、仲裁员和律师要来开庭办案,其出入境是否便利,可享受什么样的居留许可?境外仲裁员所得报酬可否方便快捷地汇往境外?仲裁所得能不能按国际惯例享有优惠的税率?这些都是非常重要的政策支持。同时,相关交通便利服务的硬件设施等,也都是必要的配套要素。

四是国际化的仲裁机构。作为国际仲裁中心,这个地方的仲裁机构是否具备足够的国际竞争力?对境外当事人是否具有足够的吸引力?其仲裁管理是否与国际接轨?是否拥有业务精湛、职业操守良好的仲裁从业人员?仲裁机构的管理团队是否具有国际视野或者国际仲裁管理经验?是否具备公道正派的国内外仲裁员队伍以供当事人在个案中自由地选定?是否拥有国际仲裁实战经验的律师群体?这些都是国际仲裁中心建设的必备要素,仲裁事业最基本的支撑一定来自于强大的人力资源,来自于专业人才的保障。

记者:打造国际仲裁中心绝非一日之功,需要多方配合,形成合力。中国海仲作为我国最早设立的两家涉外仲裁机构之一,在构建新发展格局中无疑应当主动承担创新发展先行者的使命。结合自身的业务特色以及实践经验,中国海仲在创新驱动推动业务升级发展以及推进国际仲裁中心建设方面开展了哪些探索实践?

李虎:作为以解决海事海商争议为主的专业仲裁机构,成立60多年来,中国海仲已审理裁决各类案件数千件,公正性得到国内外广泛认可,其丰富的仲裁实践和理论研究,为中国制定修订海商法、仲裁法等作出了突出贡献;中国海仲代表中国海事仲裁界积极参与国际仲裁事务,与国际仲裁界始终保持着密切交流和友好合作,共同促进国际航运业以及国际经济贸易健康发展。近年来,中国海仲确立“大交通、大物流”发展方向,持续推动仲裁服务精品化、专业化、国际化发展,受案量逐年递增。2021年受理的海事海商案件数量继续位居世界仲裁机构前列,涉外案件占比达50%以上,案件当事人涉及24个

国家和地区,仲裁国际化程度不断提升,以仲裁为主的多元化纠纷解决服务日益受到欢迎,向世界展示了中国海事仲裁的国际公信力和影响力。

具体而言,我们主要在以下五个方面进行了实践探索并取得了一定成效。

一是深化机构仲裁改革,修订机构仲裁规则,有效提升机构仲裁透明度,推动机构仲裁向“轻管理”过渡。

2021年,我们再次修订了《中国海事仲裁委员会仲裁规则》,新规则于2021年10月1日起实施。基于涉外仲裁机构的定位,着眼于国际仲裁考量,整体而言,在国内层面,2021版仲裁规则实现了一系列新突破,创设了若干个第一,可谓亮点纷呈。具体而言,2021版仲裁规则回应新冠肺炎疫情给国际仲裁带来的深刻变化,就信息技术在常规仲裁中的广泛应用,对电子送达、视频开庭、视频作证、电子签名以及网络安全和隐私及数据保护作出了系统规定。首次突出网络安全和隐私及数据保护的重要性,规定仲裁庭可视必要决定与当事人讨论网络安全、隐私和数据保护,作出必要的程序安排,为仲裁程序安全合规提供适当保障。首次对包括证人、查验人或鉴定人“质询”(询问、盘问)等在内的证据规则作出较为全面的规定,填补我国现行法律法规及司法解释有关仲裁证据规则系统性不足的空白,便于仲裁庭正确查明案件事实真相,顺利推进仲裁程序,保障当事人正当权益。首次区分案件经办人(Case Manager或Case Administrator)和仲裁庭秘书(Tribunal Secretary),进一步厘清机构和仲裁庭之间的职责范围,防范潜在利益冲突,提高仲裁透明度。案件经办人代表机构为仲裁案件提供管理服务,仲裁庭秘书为仲裁庭提供秘书协助。仲裁庭可以指定秘书,机构人员可以担任仲裁庭秘书,但不得担任同一仲裁案件的经办人。仲裁庭秘书职责由仲裁庭确定,但不得参与案件表决,不得参与撰写裁决书的实质内容;将实践中行之有效、已为中办国办《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》确认的专家咨询委员会制度纳入规则,就重大疑难案件可以提请机构下设的专家咨询委员会研究讨论,但专家咨询意见由仲裁庭决定是否接受。首次以公开透明的方式明确专家咨询意见的性质及其与仲裁庭的关系,有利于充分发挥我国机构仲裁的优势,提高仲裁公信力。首次规定经征得当事人同意,机构在对裁决进行脱密处理后可以公开发布裁决书,接受社会监督。首次明确仲裁庭可以采取必要措施,以避免因当事人代理人变化而产生的利益冲突,包括全部或部分排除当事人新委任的代理人参与仲裁程序,确保程序公平。首次明确将向当事船舶船长送达作为仲裁文书送达的方式之一,进一步丰富仲裁文书送达手段,适应海事仲裁实践的特别需求。首次明确以“仲裁地法”为基准和前提,引入责任限制条款,规定“除非仲裁地法另有规定”,仲裁机构及其工作人员、仲裁员、仲裁庭秘书以及仲裁庭指定的专家不就仲裁相关行为向当事人承担责任,妥善处理规则条款和仲裁地法律规定之间的关系,使得规则规定具有现实意义和实际可操作性。

其中,有关案件经办人和仲裁庭秘书,以及专家咨询委员会咨询意见与仲裁庭关系的规定,和原有的裁决书核阅制度相辅相成,有利于提高仲裁的质量和效率,对于进一步厘清机构和仲裁庭之间的职责边界,有效防范潜在利益冲突,构建机构管理和仲裁庭独

立裁决的有机结合机制,充分发挥我国机构仲裁的优势,切实提升机构仲裁的竞争力和公信力,具有十分重要的意义。

另一方面,2021版仲裁规则在进一步尊重当事人意思自治的同时,赋予仲裁庭更为自主的权限,强化其审慎裁判义务,推动机构仲裁向“轻管理”过渡。一方面,对仲裁庭组成及仲裁员回避更换进行系统优化规定。当事人可以自行约定仲裁庭的组成与人数,可以在机构仲裁员名册外选定仲裁员。为保障仲裁质量,同时规定首席和独任仲裁员应从仲裁员名册中产生。当事人无法共同指定首席仲裁员的,由双方当事人所选定的两位仲裁员共同指定,在期限内无法指定的,方由机构指定。机构在作出是否更换仲裁员或仲裁员是否回避的决定时,必须说明理由。另一方面,强化仲裁庭的职责权限和责任担当。规定仲裁庭在组成后应立即组织召开案件管理会议,以决定可能采取的程序措施、审理裁决的路线图和时间表,明确仲裁庭有权要求当事人就案外人对仲裁程序的资助或对仲裁结果所具有的经济利益予以披露,要求仲裁庭在确定开庭审理日期时,应慎重考虑庭前文件交换是否充分以及开庭审理的条件是否具备,明确规定在通常情况下举证和证据交换应在仲裁庭就实体争议进行开庭审理之前完成,以切实提高庭审裁判质效。

在程序设计上,2021版仲裁规则采纳快速程序的表述,将“简易程序”(Summary Procedure)改为“快速程序”(Expedited Procedure),既与国际通行做法保持一致,又体现出其高效、便捷、经济的特点,同时将适用快速程序的争议金额上限由人民币200万元提高到人民币500万元,进一步节省仲裁资源,提高效率。

在仲裁费用方面,明确当事人可特别约定选择将机构管理费和仲裁员报酬分开的收费办法,进一步与国际接轨,更好地满足当事人需求,激发仲裁活力。

二是与中国海商法协会共同在国内率先开展临时仲裁服务,推动建立健康有序的仲裁生态圈。

临时仲裁作为国际商事仲裁尤其是海事仲裁最早采用的争议解决方式,以其灵活、快捷、经济的优点具有很强的生命力,至今仍被世界各国法律和国际公约(《纽约公约》)所普遍认可,在我国也具备了成长的土壤。近年来,经过积极探索,我国临时仲裁得到显著发展。自2015年以来,最高人民法院、上海自贸试验区、北京自贸试验区陆续发布司法解释和政策性文件,支持临时仲裁服务的开展。同时,在我国仲裁法修法进程中,“临时仲裁”作为重点关注问题之一,被纳入司法部就仲裁法向社会公开的《征求意见稿》之中。即便在我国现行法律框架下,只要当事人约定的仲裁协议准据法认可临时仲裁,临时仲裁仍然可以在我国得以进行。

有鉴于此,中国海商法协会(“海协”)依循临时仲裁规则多由商协会制定的国际惯例,研究制定并在国内首次对外发布示范性的《中国海商法协会临时仲裁规则》(《海协临时仲裁规则》),供海协会员及中外当事人约定选择适用,中国海仲则配套制定服务提供操作性的《中国海事仲裁委员会临时仲裁服务规则》(《海仲临时仲裁服务规则》),与《海协临时仲裁规则》相互衔接,规范临时仲裁服务,以顺应我国仲裁市场逐步对外开放的趋势,紧跟仲裁行业发展新业态,抢占行业制高点,充实仲裁服务内容和手段,创新驱

动,促进仲裁业务深入发展,有效推进临时仲裁落地,助力构建健康有序的仲裁生态圈,积极融入国际仲裁实践,满足中外当事人多元化仲裁服务需求,推动我国服务贸易高质量发展。

三是对标对表国家战略部署,加快推进分支机构建设,完善健全服务网络,更好提供专业仲裁服务。

中国海仲注册地在北京,设有上海总部,在天津、重庆、深圳、福州、舟山、海口、大连、青岛设有分会/仲裁中心,在香港特别行政区设有香港仲裁中心,在宁波、广州、南宁等国内主要港口城市设有办事处。为积极支持青岛和大连东北亚及全球海洋中心城市建设,中国海仲青岛仲裁中心2021年11月19日揭牌运营;东北亚国际仲裁中心已完成司法登记;上海分会已经司法核准升格为上海总部,全面融入上海“两个中心”建设和长三角一体化发展战略;福建分会应邀入驻厦门海丝中央法务区;华南分会和香港仲裁中心深度参与粤港澳大湾区建设;浙江自贸试验区仲裁中心和海南仲裁中心就近为自贸港(区)提供法律服务,支持当地优化营商环境。

依托遍布全国及重点行业领域的服务网络,中国海仲与上海、天津、广州、南京、宁波、青岛、武汉等地高级人民法院或海事法院签署海事纠纷委托调解合作协议,与北京市西城区人民法院和相关协会签订《关于建立健全金融业诉源治理及纠纷解决协作机制的框架协议》,2021年与上海海事法院共同发布《海事案件委托调解白皮书(2011—2021)》,总结实践经验,夯实工作基础,推动多元纠纷化解机制稳健运行。

四是参与重要行业研讨交流,打造高端会议品牌,宣介中国仲裁法律制度与实践。

近年来,中国海仲牵头主办中国海事商事仲裁高级别对话会、自由贸易港(区)国际海事法律论坛、中国海事司法与仲裁高峰论坛,以我为主与北京大学、清华大学、香港大学等20家知名高校共同发起“海仲杯”中国海事商事仲裁征文大赛及配套研讨活动,承办首届北外滩国际航运论坛司法与仲裁分论坛、第三届上海国际仲裁高峰论坛以及环太平洋律师协会东亚法律论坛,应邀参加首届北外滩国际航运论坛、首届世界航商大会、厦门海丝中央法务区启动大会暨首届论坛、服贸会首届跨境服务贸易法律论坛、首届中欧班列法治论坛、环太平洋律师协会第30届年会,广泛搭建交流合作平台,深度开展行业研讨,宣传介绍中国仲裁法律制度与实践,传播中国仲裁文化,持续扩大中国仲裁、贸促会涉外仲裁以及中国海仲的影响力。

五是广泛开展国际交流,积极参与国际仲裁治理和规则制定。

截止目前,中国海仲已与温哥华海事仲裁员协会、新加坡海事仲裁院、秘鲁利马商会仲裁中心、塔什干国际仲裁中心、巴拿马海事调解/调停及仲裁中心、墨西哥仲裁中心、澳门世界贸易中心仲裁中心、香港一邦国际网上仲调争议解决中心等诸多“一带一路”沿线国家和地区仲裁机构,以及波罗的海航运公会等国际组织签署友好合作协议,持续深化与开罗区域国际商事仲裁中心、巴西瓦加斯基金会仲裁中心、亚洲多元争议解决研究院等机构的合作交流,协同推进国际争议解决规则完善与实践发展。中国海仲作为国际商事仲裁机构联合会会员,海协作为国际海事委员会会员,积极参加该等国际组织,以及

联合国贸法会仲裁工作会议和国际海事仲裁员大会等活动,推动以我为主的《关于船舶司法出售国际效力的公约(草案)》(《北京公约》草案)的公约化进程,积极参与国际仲裁治理和规则制定。

记者:下一步,中国海仲在推动我国海洋强国以及国际仲裁中心建设等国家及区域发展战略的进程中还有哪些工作考虑?

李虎:面对新形势新任务新要求,中国海仲始终立足新发展阶段,完整、准确、全面贯彻新发展理念,把握国际航运经济发展新趋势,坚持需求导向和问题导向,推动机制改革与规则创新,深化仲裁服务供给侧结构性改革,加强国际交流与合作,积极服务构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局。

一是增强大局意识,不断提高服务国家战略和对外开放新格局的能力。深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大、十九届历次全会精神,认真学习贯彻习近平法治思想,落实国家重大战略决策和贸促会工作部署,自觉服务经济社会发展大局;深入推进仲裁体制机制改革,进一步推动完善仲裁法律制度以及相关的配套措施,更好地适应扩大对外开放和海洋强国建设的新要求。

二是加强基础研究,积极推动国际海事规则发展。中国作为全球航运经济的重要参与者,在国际规则制定中应当发挥更大更积极的作用,中国海仲具有广阔的工作空间。无论是国际海事公约下各国面临的共同问题,还是中国法律制度下的特有问题的,我们都应当秉持互补兼容、开放自信的态度,遵循国际航运贸易和全球治理的普遍规则,广泛吸纳国际业界共识,正确处理国际航运标准与中国法治文化之间的关系,积极为国际海事规则制定贡献“中国智慧”和“中国方案”。

三是构建合作机制,充分释放产业联动优势。以海事司法、海事仲裁为代表的法律软实力,早已成为海洋经济发展的重要评价指标。我们要将海事仲裁的发展置于全球航运贸易经济的坐标系中,不断加强行业、产业间的协同协作,推动构建中外仲裁合作机制,努力形成更加包容、更为务实、积极有效的交流合作平台,深化仲裁行业伙伴关系。大力倡导构建海事法律服务共同体,使海事海商、金融保险、诉讼仲裁、理算公估等行业之间的结合更为紧密,为中外当事人提供高质量的一站式、体系化服务。

四是要加强涉外法治人才培养,服务对外经济贸易发展。海事商事仲裁服务的质效最终取决于人才储备。我们要不断完善人才培养和选用机制,多渠道推动涉外法治人才“走出去”与“引进来”,吸引更多国际仲裁人才到中国实践国际先进做法,同时鼓励支持更多中国仲裁和调解专家参与国际仲裁事务,互学互鉴,展示能力水平,实现共同提高,培养造就一支能够站在国际仲裁前沿、勇于开拓创新的高素质人才队伍。

北仲:改革创新,追求卓越, 奋力创建国际一流仲裁机构

本刊采访北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心秘书长林志炜实录

北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心（简称北仲）作为改革最为成功的仲裁机构之一，建立了较为先进的仲裁规则体系和较为完善的管理制度体系，在全国仲裁机构中率先闯出了一条新路。近 10 年北仲主要业务指标高速增长，为业内所瞩目。本刊编辑部对北仲秘书长林志炜进行了专访。以下是采访实录。

记者：志炜秘书长，近十年北仲保持高速发展势头，有哪些好的做法和经验？特别是在坚持保障当事人获得独立、公正、专业、高效、卓越的仲裁服务上，有哪些重要举措？

林志炜：“独立、公正、专业、高效、卓越”是北仲一直以来秉持的价值观。近十年来，北仲管理仲裁案件的数量及争议金额不断创新高，在全国乃至国际上服务当事人的范围持续扩大，办理案件的质量和效率保持了较高的水平。2021 年，共受理案件 7737 件，涉案标的总额为 1042.26 亿元，案件量和标的额均创历史新高。北仲的快速发展，离不开以下几方面的原因：

第一，坚持不断创新仲裁规则，引领仲裁业务与服务当事人水平持续提升。北仲在仲裁案件处理和仲裁规则改革上的经验和实践方面，敢为人先，勇于打破旧有框框，近年来，结合行业发展和仲裁实践需要，不断完善仲裁规则，保障当事人程序权利，为当事人通过仲裁方式专业高效解决纠纷持续努力。2019 年 9 月 1 日起施行的仲裁规则对以往的收费方式进行了调整，在中国大陆首次明确将仲裁费用区分为仲裁员报酬和机构费用，使仲裁收费更加公开透明，体现了对仲裁员专业价值的肯定。2022 年 2 月 1 日起施行的仲裁规则，明确开庭方式包括网上开庭，仲裁庭有权根据案件具体情况确定开庭方式，这能够极大缓解诸如新冠肺炎疫情等特殊情况下对案件正常审理特别是开庭环节的冲击。在程序管理方面，北仲创新地开展程序主导权移交试点工作，积极推广仲裁员主导推进仲裁程序的模式，提升仲裁员的程序管理水平。北仲还进一步完善了改革后的仲裁收费办法配套机制，公布了《关于采用小时费率计收仲裁员报酬的操作指引》，在鼓励当事人及仲裁员通过按小时费率计酬从而提高办案效率、改善当事人体验方面，积累了丰富的实践经验。

第二,坚持高标准严要求,打造独立、公正、专业化的仲裁员队伍。北仲一直强调仲裁员队伍的廉洁性和专业性,不断完善仲裁员相关制度,建立合理的仲裁员激励和约束机制,加强仲裁员的培训、考核、监督工作,并不断提高仲裁员选聘标准。通过制定严格的《仲裁员聘用管理办法》《仲裁员守则》,对所聘仲裁员的职业操守、道德规范、独立性和公正性等作出详细规定。北仲建立了监督长效机制,每一起案件办结后,该案的当事人、其他仲裁员、仲裁秘书将对组庭仲裁员进行360度“无死角”的评价与反馈。《仲裁员聘用管理办法》专门规定,凡有证据使北仲有理由怀疑仲裁员违反公正、独立之规定的,在北仲纪律监督委员会查证核实情况前,暂不将其列入仲裁员名册,且在未得到合理解释之前不会恢复;最终如查证属实且情节严重的,便会对其予以解聘。北仲还通过编制仲裁员办案手册、办案必读、裁决书自查清单等一系列规范,对仲裁员办案质量与效率提出高标准的明确要求。北仲将仲裁员的业务培训作为重中之重,通过定期举办仲裁员沙龙、专业仲裁员小组等培训活动,组织不同专业领域高峰论坛,引进国际知名仲裁专家开展讲座、业务交流等,提升仲裁员的专业水平和国际化视野。

第三,坚持以建设多元争议解决平台为目标,为当事人提供更加丰富的多元争议解决手段。北仲在中国内地率先制定独立的《调解规则》提供商事调解服务,并积极推进调解与仲裁融合以促进纠纷化解。截至目前,北仲已与多家商事调解机构建立了调仲衔接机制并获得成功运用。调仲衔接机制的建立和运行,可以有效引导当事人选择适当的纠纷解决方式,畅通纠纷解决渠道,降低纠纷解决成本。2009年,北仲施行了《建设工程争议评审规则》,方便当事人采用争议评审的方式预防和解决建设工程争议。2019年,北仲施行了《投资仲裁规则》,并于2021年发布了《国际投资争端仲裁员名册》和《国际投资争端仲裁员行为守则》,向当事人提供投资仲裁服务。鉴于北仲在多元争议解决方面的努力和成绩,2018年,最高人民法院将北仲纳入首批“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的仲裁机构名单。

第四,坚持市场化运行,遵循商事仲裁客观发展规律发展业务。首先,北仲始终秉持市场化理念。仲裁的本质是通过专业方式为当事人提供争议解决服务,仲裁业是法律服务业的重要组成部分。北仲自成立伊始,即将自身明确定位为面向市场的争议解决机构,强调服务是机构立身之本。其次,北仲实行市场化运营模式。1999年,北仲办公室实现了自收自支。自2002年起,北仲办公室实行“事业单位企业化管理”,按照工商企业标准依法向国家纳税,开始实行企业财务制度,不再实行“收支两条线”管理,并从企业化管理出发,制定了严格、高效、规范的财务、信息化、人力资源、行政等内部管理制度。为迎接市场科技发展变化,北仲充分运用信息化和大数据分析等现代化手段开发案件管理系统、行政等系统,提高机构运行效率。最后,北仲坚持市场化的选才用人机制,采取“能进能出”的方式。北仲秘书多数是毕业于国内外著名高校的法学专业硕士及以上研究生,并且一律公开招聘、择优录取,签订聘用合同,既从源头上保证了人才队伍的高质量,又有利于牢固树立北仲业务团队的服务意识,有效地提升了服务水准。

第五,积极争取中央和地方党委、政府的政策支持,自觉接受科学、健康、良性的司法

监督。司法监督能够促使仲裁庭更加严格地按照法律和仲裁规则推进庭审、作出裁决，及时对当事人的异议作出回应，提高自身专业水平，确保裁决质量。司法监督还促使北仲从机构层面不断优化仲裁规则和案件管理水平，加强仲裁员和仲裁秘书的业务培训，持续提升仲裁服务水平。近年来中央有关部门和北京市委、市人民政府都陆续研究出台相关政策文件，改革优化仲裁行业发展环境，支持和培育具有国际影响力的仲裁中心，进一步完善仲裁制度、提高仲裁公信力。这些政策对北仲的发展起到了至关重要的促进和保障作用。

总之，过去十年，北仲发展迅速，取得了相应的成绩。未来北仲还将继续秉持独立、公正、专业、高效、卓越的理念，以过硬的专业水准、国际化的视野、良好的服务意识和深耕细作的态度，进一步提升仲裁参与人在北仲的服务体验。

记者：您认为中国仲裁机构如何获得国际当事人的青睐？北仲作为“仲裁国际化探索的先行者”，在这方面有哪些经验？

林志炜：中国仲裁机构参与国际竞争，核心竞争力应是仲裁服务水准的国际化。这既需要仲裁机构“因地制宜”地确定塑造国际化品牌的战略、具备处理国际案件的实力，还需要在实践中经过大量案件的打磨。

第一，中国仲裁机构“走出去”服务于中国企业“走出去”战略，因此需要仲裁机构“因地制宜”地确定塑造国际化品牌的战略。过去，我国内地仲裁机构以处理国内案件为主，国际案件占比较少，更少见双方当事人均为外国主体的案件。在国内主体签订的涉外商事合同中，选择境外仲裁机构作为争议解决机构的合同仍占较高比例。我国企业在参与境外仲裁案件时往往面临不熟悉仲裁地法律、语言的困扰以及不精通仲裁规则和仲裁程序的困难。针对这种情况，中国的仲裁机构既要在国际上充分树立自身的品牌为国际当事人所知晓，又要积极地提升中国企业对国际仲裁的认知水平以及参与国际仲裁的能力。北仲在 2002 年就确立了国际化的目标并多年来坚持不断地提高自身的国际声誉，同时积极地与政府部门、行业协会、社会组织共同提升中国企业的国际商事争议解决能力。如今，我国企业在“走出去”过程中正逐渐转变思路，逐步重视争议解决条款的约定，在合同谈判时努力将争议解决机构约定为中国仲裁机构并细化争议解决条款的约定，争取在争议解决过程中获得“主场优势”。

第二，仲裁机构需要具备处理国际案件的实力。能够提供一流的国际仲裁服务始终是仲裁机构吸引国际当事人的根本保障。北仲通过多次修订和完善仲裁规则、聘用国际仲裁员、完善案件管理机制等一系列的探索，逐步做到了与国际商事仲裁通行做法的接轨。近十年来，北仲三次修订仲裁规则，及时纳入国际先进的仲裁实践和经验，突出仲裁意思自治、灵活简便、经济高效的特点，最大限度地满足国际当事人的争议解决需求。在聘用国际仲裁员方面，北仲目前共有 693 名仲裁员，其中有来自中国香港特别行政区的仲裁员 17 名、中国澳门特别行政区仲裁员 2 名、中国台湾地区仲裁员 12 名及外籍仲裁员 139 名，境外仲裁员占比接近 30%。北仲积极打造具有国际水准的案件管理体系：北

仲是第一家引入仲裁员信息披露制度的内地仲裁机构；北仲受理了中国内地首例适用紧急仲裁员程序的仲裁案件，该案紧急仲裁员作出的临时措施决定顺利获得了香港高等法院原讼法庭的执行命令；北仲在所有的国际案件均采用程序令。北仲还发布了与国际主流实践接轨的指引性文件，包括《国际案件裁决书格式规范指引》《关于国际案件中裁判货币及其利率、汇率问题的指引》《关于网上开庭的工作指引》《关于当事人申请仲裁的材料准备指引清单》《关于仲裁保全申请的材料准备指引清单》等，并在办案实践中广泛适用。

第三，参与国际竞争离不开实际案件的锤炼。近年来，北仲受理的国际案件保持较高速度增长态势。2020年首次突破200件，达到215件，2021年为249件。北仲倡导积极创新、累积经验，广泛适应国际当事人多元的争议解决需求。仅2021年，就有11个案件约定用英文作为仲裁语言，10个案件约定适用国际公约或境外法律，83次选定或指定外籍仲裁员。在新冠疫情的背景下，2021年度共有398个案件进行了线上庭审，有效节约了当事人的时间和差旅成本。经过这些实际案件的打磨，北仲积累了宝贵的实践经验，国际案件的质量和效率持续上升，为参与国际竞争奠定了坚实的基础。

记者：学术研究是业务发展的重要基础，北仲作为一家国内领先、并在国际具有较高知名度的仲裁机构，在贡献知识成果、引领行业发展方面有哪些好的做法？

林志炜：仲裁机构的研究能力和研究水平也是推动仲裁机构乃至仲裁行业发展的强大力量，进而能够为仲裁机构塑造专业化品牌。北仲致力于建设学习型、研究型仲裁机构，积极在国际争议解决领域发出中国声音。

第一，不断推动知识的实践转化与实践经验的总结提炼推广，助力行业前沿探索，形成体系化的研究布局，致力于打造多元争议解决研究中心。北仲目前已成功打造了“北仲有约”直播课程、北仲科研基金、北京仲裁季刊、北仲“争议解决新探索”文库、北仲“争议解决新视野”译丛、《中国商事争议解决年度观察》、中国仲裁文库裁决书精读系列丛书、“北仲杯”全国高校商事仲裁有奖征文大赛、学术新人论文大赛等品牌项目。尤其是2020年初开始推出的“北仲有约”系列公益课程，邀请了行业内有丰富理论和实践经验的专家，系统化地就相关行业内关注的热点、难点及有争议的法律问题进行深入的分析和讲解，充分实现了理论与实践的融合，体现了法律实践机构的作用。上述项目将研究者、仲裁从业者的知识经验转化为智力成果，指导仲裁行业发展，丰富了行业研究，推动仲裁在行业协会、企业、高校的推广与使用。

第二，通过发布学术报告、举办论坛、参与重要国际会议等多种途径，持续打造中国仲裁品牌，积极在国际争议解决行业发出中国声音。自2013年起，北仲以《中国商事争议解决年度观察》为学术载体，坚持每年在欧洲、北美、亚洲等地主办或在线主办中国商事争议解决年度高峰论坛，搭建中外业界交流的重要平台，向外国从业者提供了解中国争议解决行业的窗口。同时，北仲持续参与国际商事仲裁理事会举办的国际仲裁大会，作为观察员参与联合国国际贸易法委员会争议解决工作组会议，在国际争议解决领域贡

献了优秀的中国经验,展现了多年来中国争议解决行业的发展成果。此外,北仲参与中非联合仲裁机制,设立“中非联合仲裁中心—北京中心”;与亚洲国际仲裁中心、开罗地区国际商事仲裁中心共同发起“一带一路”仲裁行动计划;与新加坡国际仲裁中心、新加坡国际调解中心、巴厘岛国际仲裁和调解中心、加拿大仲裁服务机构等组织开展战略合作,与国际同行共享案件管理、宣传拓展的资源与经验,促进北仲争议解决服务进一步国际化。

第三,着力培养国际商事仲裁人才,为涉外法治人才战略推进贡献力量。为了鼓励高校学生积极研究并投身商事仲裁,将北仲打造成为中国仲裁人才培养基地,北仲为中国各高校在校生提供大量实习机会,自2005年至今共计招收在校实习生2700余人次。北仲还设置有国际实习生项目,累计有来自全球18个国家和地区知名法学院校的80余名学生参加了北仲实习,近距离观察了中国的争议解决实践。2018年至今,北仲已在11所高校开设了国际商事仲裁实务系列课程,课程包括《国际商事仲裁理论与实务》《英国合约》《证据法》等。此外,北仲还在武汉大学等10所中西部高校设立奖学金,助力法学人才成长。

北仲将继续秉持独立、公正、专业、高效、卓越的价值观,坚定不移地沿着市场化方向,不断深化体制机制改革,强化仲裁员队伍和自身能力建设,完善仲裁规则和管理制度体系,让当事人在每一起争议案件的解决中感受到公平公正,为中国仲裁高质量发展作出应有贡献。

(责任编辑:谭 剑)

广仲：“三个创新”助力广州打造国际一流仲裁中心

本刊采访广州仲裁委员会党组书记、主任陈思民实录

广州仲裁委员会（简称“广仲”）认真贯彻落实习近平法治思想，顺应国际仲裁发展态势，在“理念创新、模式创新、方法创新”上先行先试发挥商事仲裁的独特优势，创设“3+N”为核心的多元化民商事仲裁“广州模式”，打造亚太经合组织线上争议解决平台，不断加快建设国际一流仲裁中心的步伐，优化国际化营商环境，服务“一带一路”和粤港澳大湾区建设，致力于打造南沙国际仲裁先行区和广州全球互联网仲裁首选地。司法部发布权威数据显示，2021年，广仲受理涉外案件在全国城市仲裁机构排名第一。积极推广的“广州标准”入选国务院全面深化服务贸易创新发展试点第二批“最佳实践案例”，并获联合国国际贸易法委员会官网英文专版推介。本刊编辑部记者对广州仲裁委员会党组书记、主任陈思民进行了专访。以下是采访实录。

记者：思民主任，广仲地处我国改革开放的前沿，改革创新理念已深入广仲的基因中，我们欣喜地看到，近几年，广仲大力推进业务改革创新，积极探索多元化民商事仲裁新理念、新模式、新方法，开创了“广州模式”，请您简要介绍广仲改革创新的主要成效。

陈思民：谢谢期刊对广仲工作的关心和支持。

习近平总书记在多个场合就仲裁工作作出重要指示，要求推进和完善矛盾纠纷多元化解机制，注重培育一批国际一流的仲裁机构，把涉外法治保障和服务工作做得更有成效。广仲深刻体会到，构建矛盾纠纷多元化解机制，是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要内容，是促进社会公平正义、维护社会和谐稳定的必然要求，仲裁作为多元化解机制中的关键一环正在发挥越来越重要的作用。同时，仲裁也是统筹国内法治和涉外法治工作的重要领域。广仲积极推进理念创新、模式创新、方法创新，推动仲裁业务高质量发展，助力广州国际一流仲裁中心建设。

近日，广仲“首创互联网仲裁广州标准”案例入选国务院全面深化服务贸易创新发展试点第二批17个“最佳实践案例”，这是继2020年获司法部疫情防控和企业复工复产公共法律服务十大典型案例后，广仲再次获得“国字”号荣誉。广仲互联网仲裁“广州标准”获国际同行肯定，2022年3月底，联合国国际贸易法委员会官网英文以APEC

— Stocktake of APEC ODR Technologies 为题专版推介。广仲的“标杆打造 ODR 争议解决平台”被评选为广州市法治领域改革“十大创新项目”，入选人民日报社《民生周刊》“2021 年民生示范工程”20 个案例，仲裁系统仅此一家。2022 年 2 月，广仲连续第二年作为中国内地仲裁机构的唯一代表参加 APEC 在线争议解决研讨会介绍经验。

记者：思民主任，在三个创新中，理念创新是前提，广仲采取了哪些措施来推进理念创新？

陈思民：是的，广仲把深化理念创新作为推动改革创新的前提，从三个方面推进。

一是创新服务理念，提升仲裁服务质效。全球范围看，仲裁已逐渐成为现代社会法律服务的重要方式之一，对地方政府而言，仲裁是多元化纠纷解决机制的重要内容，大力发展仲裁是优化营商环境的重要举措。广仲在长期的仲裁实践中深刻认识到，仲裁过程服务化、服务内容市场化是仲裁发展的必然选择，忠诚受托的服务理念也是商事仲裁的本质属性之一，提升服务理念、拓展服务空间、提高服务质量成为仲裁永恒的追求。要让当事人在每一起具体的仲裁案件中，不仅感知到法律的公正与神圣，而且体味到服务的热诚与尊重，法律适用不再冰冷无情。广仲不断强化服务经济社会发展意识，牢牢把握“一带一路”、粤港澳大湾区建设等历史发展机遇，以创新服务理念、完善仲裁制度、提升仲裁公信力为抓手，着力化解商事纠纷，推动实现老城市新活力，为广东、广州经济社会发展贡献仲裁力量。仲裁理念的提升，为仲裁事业发展注入新的活力。为助力“战疫情稳经济”两不误，广仲迅速出台“为民办实事八项措施”，实现仲裁服务“不见面”“不打烊”，努力搭建公共法律服务最便捷通道。2021 年 8 月，广州市委全面深化改革委员会审议通过《关于更好发挥商事仲裁独特优势推动广州打造全球互联网仲裁首选地的行动方案》，明确支持广仲发挥优势打造全球互联网仲裁首选地。

二是注重创新实践，首创多个广州仲裁品牌。近两年来，广仲陆续开创全球首个民商事仲裁跨国远程庭审、发布全球首个互联网仲裁标准、首倡“四个共享”仲裁协作机制。创新实践进一步提升了广仲的影响力和公信力，2021 年全年共受理案件 28204 件，居全国前列，同比增长 7.1%，争议金额 536.1 亿元，同比增长 62.1%，其中包括 4 件标的额超 20 亿元的案件。仲裁案件数量与质量同步提升，2021 年办结的案件中，仅有 1 件被撤裁，远远低于国际公认的 1% 的可接受撤裁率，达到国际一流仲裁机构水平。注重打造独具特色的“广仲文化”，开展“每月之星”评选，设置历史、廉洁、文化、综合四个长廊，打造文化、党风廉政建设阵地，凝聚人心塑造形象。与广东外语外贸大学等高校合作，为国际留学生提供实习机会，主动搭起国际商事仲裁的沟通之桥，营造国际化的办公文化，让更多的人了解广仲，认同广仲。跨区域整合优质法律服务资源，特邀王利明、沈四宝等法学大家及港澳知名专家学者担任新组建的第六届委员会委员，按照专业分工组建专家咨询委员会，延揽包括数字经济、金融投资等行业专家。开展仲裁员全球选聘，与珠海、泰国、白俄罗斯等多家仲裁机构实现仲裁员共享，吸纳来自 23 个国家和地区近 200 名通晓国际经贸规则的境外仲裁员，人数较上一届翻番。

三是创新宣传方式,提升社会对仲裁的认知度和信任感。2020年广州市人大常委会确定每年8月29日为“广州仲裁日”,广仲以此为契机,在2021年成功举办首次“广州仲裁日”宣传活动,创新宣传方式,依托交通工具“移动”普法,点亮城市景观地标“生动”普法,借助微信公众号和小程序“双向互动”普法,发布多语种的官方形象片,建设全省首座仲裁主题公园“零距离”普法,在广州白云国际机场T1航站楼滚动播放宣传片。活动获新华社广东分社宣传报道,发布当日浏览量超百万。仅2021年,在各类媒体刊发新闻信息123篇,中央媒体刊发41篇,省级媒体刊发35篇,电视媒体发布新闻5条。广州仲裁委探索提升国际商事仲裁话语权的做法被撰文刊登在新华社内参,供省部级领导参阅,反响强烈。

记者:模式创新是三个创新中的核心内容,广仲推进模式创新的思路 and 措施主要有哪些?

陈思民:作为粤港澳大湾区唯一一个在三个地级以上市设有受案办案窗口的仲裁机构,广仲立足于粤港澳大湾区经济基础和跨境商事纠纷多发的客观实际推进模式创新,充分尊重当事人意思自治,结合临近港澳的区位优势,开创多元化庭审模式先河,努力推动粤港澳大湾区仲裁合作,促进内地与港澳台地区经贸协同发展。

一是扎根粤港澳大湾区,开创仲裁“广州模式”。2018年,广仲牵头成立粤港澳大湾区仲裁联盟,将秘书处设在广仲南沙国际仲裁中心,发挥其区位优势和开放性合作平台的枢纽功能,制定和完善《南沙国际仲裁中心仲裁通则》,首创民商事仲裁“广州模式”,同步运行内地、香港、澳门三套庭审模式,叠加远程庭审的技术优势,利用港澳地区丰富的法律、经贸等专业服务资源化解相关经贸纠纷,同时把涉“一带一路”商事纠纷导入粤港澳大湾区解决。仲裁“广州模式”不断扩大在全球的应用推广,先后获泰国驻穗总领事、巴拿马驻穗总领事、巴基斯坦司法部前部长等高度好评。2021年8月,在中美贸易摩擦的背景下,广仲的一份仲裁裁决获得美国联邦法院认可执行,引发媒体广泛关注。2022年,粤港澳大湾区仲裁联盟将由香港举办年会,进一步促进联盟内仲裁机构之间的交流合作,共同服务“一带一路”国家战略和粤港澳大湾区建设,真正帮助中国企业实现“走出去投资,引进来仲裁”。

二是充分尊重当事人意思自治,创设发展3+N庭审新“广州模式”。该模式充分尊重当事人的意思自治,当事人在选择广仲的同时,还可以选择更为熟悉的仲裁庭审模式。“广州模式”开启了多元化庭审模式的先河,充分满足了来自不同法域当事人的需要,也坚定了广仲进一步丰富和拓展“广州模式”的信心和决心。2021年,广仲受理一宗标的额24亿元的涉港澳案件并在24天内成功结案,“广州模式”起到了决定性作用,得到了仲裁庭和当事人的高度赞许。广仲不断丰富和完善“广州模式”的内涵,针对粤港澳大湾区台资企业大量聚集,两岸经贸往来频繁和密切,台商和台胞对于运用仲裁化解纠纷需求大的特点,专门出台关于深化两岸融合发展提供优质仲裁服务的十条措施,多维度积极提供优质的涉台仲裁服务。增设“涉台案件仲裁模式”,更加倡导尊重当事人

意思自治,由双方当事人选定的仲裁员共同推选首席仲裁员,将争议解决前置,有效促进当事人和解。2021年,广仲受理涉台案件同比增长30%,首家由海峡两岸共同出资组建的富邦华一银行将近30件涉台企的金融纠纷案交给广仲审理。广仲聘用台湾地区仲裁员人数相比2020年增加接近一倍,台湾地区仲裁员2021年参与的案件同比增长150%。东莞市台商投资企业协会负责人表示,“广州模式”发挥着越来越重要的作用,促成了大陆与台湾地区首宗远程视频庭审并达成和解的案件,极大便利协会在台湾地区的会员,在广大台商心目中留下了良好的印象,为台商在疫情期间解决纠纷作出了突出贡献。

三是着眼于业务国际化,拓展延伸多元化仲裁庭审模式。为了适应多元化庭审模式和国际仲裁的发展形势,结合我国仲裁业的自身特点,广仲根据国际化发展的需要,继续拓展3+N新的“广州模式”的适用范围,形成以内地、香港、澳门3种庭审模式为基础,不断加入符合各地区、世界各国仲裁法特点以及仲裁程序的N种庭审模式,引领国际商事仲裁庭审模式的深化发展。在不断拓展的同时,广仲还发挥莅临香港、澳门的优势,积极与英联邦国家和地区、葡语系国家和地区仲裁机构开展交流与合作,包括与巴西外贸协会调解中心签订合作备忘录,积极探索“一带一路”跨境商事争议解决机制,推动两国之间经贸发展等。

记者:要把理念创新、模式创新落到实处,关键要有高效、便利、可靠的工具,广仲在强化工作保障、完善工作手段方面做了哪些?

陈思民:社会发展和国际交流呼唤古老法律文明与现代科技有机融合,通过新技术促进法律体系的进一步发展。广州是海上丝绸之路的发祥地,也是我国历史上从未关闭过的通商口岸。作为粤港澳大湾区发展核心引擎之一的广州,是全国互联网产业聚集区和电商交易中心,2021年快递业务量居全国第二位。互联网产业和电商的蓬勃发展,也为相关领域的纠纷化解带来了巨大的需求。

多年互联网仲裁领域的深耕和丰富的成功经验,让广仲获司法部唯一推荐参与APEC-ODR平台建设。广仲以打造全球互联网仲裁首选地为目标,充分发挥广州在互联网产业的独特优势,积极推进纠纷化解方法创新,将新一代信息技术巧妙运用到纠纷化解中,打造全球首个亚太经合组织线上争议解决(APEC-ODR)平台,树立国际互联网仲裁的标杆,努力从仲裁领域的追随者成为引领者,从标准参与者成为规则制定者。

2021年1月,广仲正式上线全球首个APEC-ODR平台,为来自21个APEC成员经济体的商事主体提供高效、易用、低成本的一站式商事争议在线解决服务,实现纠纷的“无障碍、无差别、无界限”多元化解。通过在ODR平台上先行先试部分国内案件,广仲积累了APEC-ODR框架下纠纷的解决经验,在运用APEC-ODR平台为当事人提供优质的国际化仲裁服务的同时,注重仲裁模式和平台机制的融合创新,把更多广仲在互联网仲裁方面的成功经验融入ODR平台的建设中,进一步优化和完善ODR平台,引领全球ODR机制国际化、规范化发展。ODR平台自上线以来,已收案180多宗,调解率达67%,远超传统案件解决方式20%的调解率,平均结案周期由4个月压缩至23天,结案

效率较传统方式提升三倍,曾在 10 天内解决涉粤港澳三地 4 亿元的关联案,收到良好反响。ODR 平台的成功搭建和运行进一步提升了广仲的影响力和公信力,2021 年广仲共受理涉外、涉港澳台案件 466 件,位列全国前三,同比增长 65.84%,总标的额约 73.9 亿元,同比增长 2.9 倍。涉外案件从以东南亚为主扩展到覆盖世界六大洲。受理涉巴西、泰国案件实现了从无到有,涉欧美国家案件同比增长 1 倍多,涉马来西亚、新加坡案件同比上升 10 倍、15 倍。2021 年通过远程庭审处理仲裁案件超过 1300 多宗,增幅明显,尤其是 2021 年 6 月广州新冠肺炎疫情严峻时期,远程庭审案件数达到前 5 个月的 4 倍多。2021 年,广仲就一起具有广泛社会影响的网红直播案件作出裁决,案涉赔偿金额达到 3035 万元。该裁决为规范网络直播行为提供了先例,促进了网络直播行业的良性发展,经《人民日报》报道后获广泛关注。

日前,广仲先后与华南理工大学、广东外语外贸大学合作建立粤港澳大湾区暨“一带一路”仲裁事务研究院和粤港澳大湾区国际仲裁学院,进一步发挥广仲在仲裁实践和国际规则制定方面的优势,以及高校在涉外法学和多语种人才培养、学术科研方面的优势,汇集国内与国际仲裁业权威专家和高层次人才,进行人才培养、学术科研、对外交流等活动。

“海纳百川,有容乃大”。展望未来,广仲将切实遵循总书记关于“一带一路”建设的重要指示,正确认识和把握共建“一带一路”面临的新形势,持续推动理念创新、模式创新、方法创新,更有效地将“一带一路”国家和地区民商事纠纷引入粤港澳大湾区解决,努力打造南沙国际仲裁先行区和广州全球互联网仲裁首选地,推动大湾区仲裁业高质量国际化发展。

(责任编辑:谭 剑)

国际投资仲裁中的电子证据出示：挑战及其应对

崔起凡^{*}

内容提要 在国际投资仲裁实践中,电子证据被作为特殊的书证对待。电子证据出示具有特殊性,给国际投资仲裁实践带来了挑战。对于电子证据出示问题,从国内民事诉讼到国际仲裁均有不同程度的回应,不过在具体国际投资仲裁中如何予以处理尚存在较多的不确定性。国际投资仲裁中的电子证据出示主要涉及出示的范围、特免权、出示形式、电子证据搜索的方法、费用负担等具体问题。在国际投资仲裁中,为应对电子证据出示的特殊性带来的挑战,首先可以适用书证出示的一般原则与规则;其次,在具体案件程序中尽早商定电子证据出示具体规则是明智的;最后,国际投资仲裁界应进一步达成共识,谨慎制定适当的相关规则。

关键词 书证出示 电子证据 书证 国际投资仲裁

随着现代企业和政府无纸化运作的推广,许多经营与管理活动仅以电子形式进行并留下相应的记录,这使得各方当事人平时保存以及将来在争端解决中出示的大量证据很可能是电子文件。而且,在争端解决过程之中,仲裁庭有时可能为了方便,会要求当事方提交纸质文件的电子版本。大量甚至是海量的电子证据在国际投资仲裁中的运用正在变得普遍。在国际仲裁领域,仲裁庭有权命令当事人以某种标准(比如《IBA 证据规则》第3条规定的特定性、相关性和重要性)出示或披露对本方不利的证据,在这一点上是具有共识的。大量电子证据出示的问题严重地挑战了程序效率,而且这种挑战日趋明显。同时,国际投资仲裁中的电子证据出示问题尚未被充分探讨,尤其在我国仲裁界对此尚缺乏关注。本文从电子证据出示的特殊性及其带来的挑战入手,基于国际投资仲裁的规则与实践,分析相关具体问题,并提出应对挑战的建议。

一、国际投资仲裁中电子证据的属性：特殊的书证

对于电子证据的证据属性,各国在理论立场与立法态度上不尽一致。比如,在英、美

^{*} 崔起凡,浙江万里学院法学院副教授,硕士研究生导师。本文系浙江省社会科学规划项目(项目编号:18NDJC090YB)的阶段性成果之一。

等普通法国家民事诉讼的立法和司法实践中,电子证据通常被作为一种书证对待,在大陆法国家,电子证据作为准书证或者书证;^①而在民事诉讼领域,我国理论上曾存在诸多学说,包括“视听资料说”“书证说”“物证说”“混合证据说”“独立证据说”等,^②我国民事诉讼立法最终明确将电子证据作为独立的证据形式对待,称之为“电子数据”。从相关规则与实践看,国际仲裁中电子证据被看作是一种书证,这种定位更侧重于电子证据与普通书证的共性。

(一) 仲裁规则的考察

《IBA 证据规则》在“定义”部分将“书证”界定为“以纸面、电子、音频、视频或任何其他方式记录或保存的书面材料、通讯、图片、图画、程序或数据。”可见,在该规则之中书证包括了电子证据,书证的收集与提出规则适用于电子证据。美国仲裁协会国际争议解决中心制定的《关于信息交换的仲裁员指南》统一适用于电子证据和普通书证。国际冲突预防与解决协会制定的《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》中的书证披露部分专门规定了电子证据的披露规则。国际组织或国际仲裁机构制定这些国际仲裁规则的出发点是试图尽量体现国际化的“最佳实践”和尽量协调不同法律文化的冲突,以便为国际仲裁“用户”所普遍接受。^③所以,不难推知,在国际仲裁实践中电子证据作为特殊书证对待已获得了广泛认可。

(二) 相关实践的考察

事实上,随着电子文件在企业管理或政府政务活动中应用的增加和推广,国际投资仲裁的当事人要求的书证出示往往不限于纸质形式,通常也包括电子形式,在 Lion 诉墨西哥案等一系列国际投资仲裁案件中,“书证”或“文件”被解释成书面和电子两种形式。^④另外,在 Bridgestone 案中,申请人要求开示的书证包括“记录任何描述信息的一切东西,包括但不限于文件和包含元数据的原始格式的电子邮件和电子文件”。被申请人也类似地界定了“书证”范围,包括“任何书写、通信、图像、绘画、程序或任何类型的数据,无论是以电子、印刷、音频、视频或任何其他格式保存或记录。”^⑤实际上,国际投资仲裁实践上电子证据被作为特殊书证对待并没有产生太多争议。

二、电子证据出示的特殊性及其挑战

与传统纸质形式的书证相比,电子证据具有特殊性,并在国际投资仲裁中给书证出

① 沈德咏:《民事诉讼法司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2015年3月版,第381-382页。

② 常怡、王健:《论电子证据的独立性》,载《法学》2004年第3期,第58-59页。

③ 崔起凡:《论国际商事仲裁证据规则的成文化》,载《国际经济法学刊》2013年第3期,第245-261页。

④ See e.g., Lion v. Mexico, Case No. ARB(AF)/15/2, Procedural Order No. 6 on Document Production, 3 Sep. 2018, para.12; Mobil v. Canada, Case No. ARB(AF)/07/4, Procedural Order No. 4, 18 May 2016; Cortec v. Kenya, Case No. ARB/15/29, Procedural Order No. 1, 29 March 2016; Churchill v. Indonesia, Case No. ARB/12/14 and 12/40, Procedural Order No.16, 6 April 2015; Apotex v. USA, Case No. ARB(AF)/12/1, Procedural Order, 5 July 2013, para.18.

⑤ Bridgestone v. Panama, Case No. ARB/16/34, Procedural Order No. 7, 15 Jan. 2019, Annex A, preface and Annex B, para.4.

示带来了诸多挑战。

首先,电子文件容易被复制,产生更为庞大的文件数量,对于书证出示的影响是可能涉及同一文件的多个版本的提交,从而带来更多麻烦,影响仲裁程序的效率。在 *Grand River* 案中,申请人指责对方当事人,称其书证出示“包括数百页的重复文档”。^⑥ 这种有意或无意的重复出示带来了不可忽视的成本与负担。

其次,电子文件可以通过网络传输与共享,可能被存储于不同的设施与位置,比如网络服务器、电脑硬盘、备份磁带, CD 或 DVD,并且由不同的保管人保管。而且,电子文件比起纸质文件更难处理掉,而且不易彻底删除,往往有恢复的可能。电子文件处于不同的位置,收集和出示的成本也会不同。其中,备份磁带包含了因复制而产生的海量信息,相比于其他数据如在线数据,从备份磁带数据恢复和获取信息的成本极高。比起纸质文件,当事方必须在出示请求中描述和界定电子文件的信息,包括文件名称、特定的检索词和特定的管理者或制作者。

例如,在 *Windstream Energy* 案中,被申请人拒绝披露申请人请求出示的电子邮件,理由是那些曾在总理办公室工作的政府官员的相关电子邮件账户已停用,申请人进一步提出恢复备份磁带并在这些磁带上搜索被恢复的相关文件,被申请人辩称,备份磁带用于灾难应对 (disaster relief),对包含上述电子邮件账户文件的备份磁带的任何恢复都将是“一个极其昂贵、耗时且不确定的过程”,并会造成不合理的负担,^⑦ 仲裁庭最终拒绝了申请人关于恢复备份磁带的请求。^⑧

其三,电子文件创建以后可以不断地被修改,以及非人为原因而自动地变动。而且,文件的打开或移动本身也可能影响它的变更时间,这带来了文件的创建时间如何确定以及后来有何变动的问题。在国际投资仲裁中,证据的连续性 (chain of custody)^⑨ 构成了很大的问题,即当电子数据被用作证据,对证据连续性的证明需要排除电子数据被变更或篡改的可能性。

比如, *Lighthouse* 案中的一个争议事项是,某些邮件是否曾被特定个人发送、接收,或者是否被完全伪造。^⑩ 当事方聘请专家以鉴定各种电子邮件的真实性。被申请人东帝汶辩称,证人 Jacobs 的第二封电子邮件存在多处技术反常,包括这封电子邮件与其发送的真实的同期电子邮件之间存在一些差异,比如电子邮件地址的格式、语言 (美式英语而非澳式英语)、时区和字体。电子邮件的基本元数据显示,该电子邮件的附件于 2016 年 4 月 21 日附上,这显然与声称发送的日期不一致。^⑪ 仲裁庭也认为与电子邮件相关的

⑥ *Grand River v. America*, UNCITRAL, Final Award, 12 Jan.2011, para. 43.

⑦ *Windstream Energy v. Canada*, NAFTA/UNCITRAL/PCA, Procedural Order No.3, 21 Jan. 2015, paras.2.6, 2.17.

⑧ *Id.* at para.3.26.

⑨ 作为电子取证的主要原则,“证据连续性 (chain of custody)”,即在证据被正式提交给法庭时,必须能够说明在证据从最初的获取到在法庭上出示之间的任何变化,当然最好是没有任何变化。

⑩ *Lighthouse v. Timor-Leste*, Case No. ARB/15/2, Award, 22 Dec.2017, paras.169ff.

⑪ *Id.* at para.174.

时间线 (timeline) 显示出异常,因此不能认定申请人已经证明某特定文件如声称的那样已经发送给了被申请人。^⑫类似地,在 EDF 案中仲裁庭指出,现代复杂的技术导致录音材料容易被做手脚,所以“事实上,真实性被证明是此类证据可采性的必要条件”。不过,仲裁庭发布程序令,规定电子文件的真实性在遭遇质疑之前,推定真实。^⑬在未来争端解决中,电子文件出示可能导致更多关于真实性的争议,往往需要聘请专家进行鉴定。这种争议会进一步推迟程序和增加成本。

其四,电子文件包含元数据 (metadata),元数据的信息包括电子文件创建的时间和方式、它的创建者,上一次被修改或进入的时间以及变动的内容等等。元数据包含跟踪性信息或者说“电子指纹”,当事人往往不愿意出示。如果要求出示元数据,会造成较重的负担或成本以及因为涉及保密性或特免权而产生的其他问题。^⑭这些元数据无法采用统一形式,并且在不同的仲裁程序中,不能在证据价值、相关性和有用性方面同样对待。^⑮在书证出示程序中,对于元数据以及电子文件本身应否出示的问题,当事方和仲裁庭往往会面临分歧。

最后,由于受特免权保护的信息很难从备份数据识别开来,因而电子文件的审查成本也相当之高。在国际投资仲裁中,电子文件中受特免权保护的信息容易在无意中被披露,这可能被解释为特免权的放弃;而且,如果这些信息不能回收,可能会严重损害利害关系人的利益。比如,在 Bilcon 案中,涉及如何解决电子证据出示程序中意外披露的特免权资料的问题。^⑯

总之,电子证据的特殊性导致证据出示的复杂性、高成本性以及高度技术性,对投资仲裁实践尤其是程序效率造成挑战。比如,在 Bilcon 案中,涉及复杂的电子证据出示问题。Bilcon 案程序经历了两次程序性会议、先后发布十多个程序令,花费了 35 个月的时间,最终才完成文件出示。^⑰

三、规则的回应:从国内民事诉讼到国际仲裁

面对电子证据出示带来的挑战,国内民事诉讼尤其是普通法国家的民事诉讼首先对此作出了回应,同时,这个问题也延伸到国际仲裁实践领域并引发了关注。

(一) 国内民事诉讼立法

由于普通法国家诉讼程序中证据披露 (开示) 范围非常广泛,电子证据所带来的挑战更为严重。同时,许多大陆法国家一定程度地借鉴普通法证据开示制度,相应地确立

^⑫ *Id.*, at paras. 277-278.

^⑬ EDF v. Romania, Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 3, 29 Aug. 2008, para.29.

^⑭ ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production, 2012, paras.4.8-4.10.

^⑮ Sedona Conference, *Commentary on Ethics and Metadata*, Sedona Conference Journal, 2013, Vol.14, p.173.

^⑯ Bilcon v. Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, paras.69, 75.

^⑰ *Id.*, at paras.52-80.

了文书（或勘验物）提出命令、信息权以及“确立事物现状型”证据保全等证据披露制度，^⑮因而海量电子证据在各国民事诉讼中不同程度地带来了麻烦。为应对电子证据出示的挑战，普通法国家尤其是英国和美国陆续确立了相应的修法议程。在2002年国际性的塞多那（Sedona）会议上，法官、律师以及IT专家集思广益，寻求解决诉讼中的电子数据披露问题的方法，后于2004年发布了电子证据的披露原则，并于2007年、2018年先后发布了该原则的第2版和第3版。这些来自实践的研究成果后来被英国的立法所吸收，体现在2005年11月的《英国民事诉讼法第31条实践指南》之中；在美国，2006年12月《联邦民事诉讼规则》进行的修订也相应地涉及这一问题。电子证据的出示涉及海量的数据以及高昂的成本，如何平衡事实查明和程序效率之间的关系成为英国和美国司法改革试图解决的核心问题。

（二）国际仲裁规则的编纂

同样面临电子证据出示的问题，国内民事诉讼的经验具有一定的参考价值。不过，在国际仲裁与国内诉讼中，书证披露的要求存在较大差异，国际仲裁的诉讼化或“美国化”一直是国际仲裁界试图避免发生的情况。美国仲裁协会《关于信息交换的仲裁员指南》在序言中指出：“应当注意防止不同法院系统的程序性措施及机制的引入。它们在相关的法律体系下可能被认为有助于公平，但对于在国际环境下实施的仲裁是不适当的，且与更为简单、经济、快捷的替代性争议解决方式不相符。”有关组织的研究报告也明确指出，仲裁庭应避免宽泛的、美式的证据开示，它在国际仲裁中是不合适的，除非双方明确同意。^⑯比如，在美国民事诉讼中，通常会确立特别程序来保存和检索电子证据，因为仅仅访问或复制电子文件的行为就会导致元数据的更改，这极大地增加了美国诉讼中的证据开示成本；国际仲裁庭应避免从其他制度引入保存证据的规则，以免引发不必要的不便或费用。

国内民事诉讼中的电子证据披露规则，在国际投资仲裁中不能简单地套用；而且，投资仲裁具有国际性，仲裁参与者来自不同国家，适用某一国家的证据披露规则往往难以获得认可。

《ICSID公约》、《ICSID仲裁规则》以及《UNCITRAL仲裁规则》等国际投资仲裁适用最多的基本规则几乎都未直接规定电子证据出示，各国仲裁法也是如此。另一方面，许多仲裁员往往并不熟悉电子证据出示规则，以及涉及的相关技术与原理。制定国际仲裁中的电子证据出示规则可以为仲裁员提供一个可供参考的指南，因此，近些年来已有一些规则涉及这一问题。

为应对电子证据出示问题给国际仲裁带来的挑战，一些国际仲裁机构，比如美国仲裁协会，国际冲突预防与解决协会，英国特许仲裁员协会，国际商会仲裁院以及国际律师协会都已经制定了指导原则或规则。其中有专门的电子证据披露规则，比如有2008年

^⑮ 崔起凡：《论知识产权诉讼中的证据收集——基于比较法的视角》，上海交通大学出版社2020年9月版，第70-74页。

^⑯ *Supra* note 14, at paras.5.30-5.31.

英国特许仲裁员协会《仲裁电子披露指南》和2011年国际商会《国际仲裁电子文件出示的管理方法》,在另外的一些规则中,电子证据披露问题只是主题之一或者有限的涉及,比如国际冲突预防与解决协会《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》和《IBA证据规则》。

这些规则之中,《IBA证据规则》在国际投资仲裁中获得广泛认可,在许多投资案件中被援引或者作为确定具体证据规则的指南。不过,它仅有三处涉及电子证据(“定义”;第3条第3款涉及电子证据的搜索方式;第3条第12款规定了电子证据的出示形式)。其他规则的制定目的主要服务于国际商事仲裁,它们作为软法是国际仲裁中电子证据出示“最佳实践”的总结,可以作为投资仲裁庭处理电子证据出示问题的参照,在国际投资仲裁中的可适用性无须置疑。不过,从投资仲裁的裁判文书来看,它们在国际投资仲裁实践中较少被直接援引,在实践中的适用与作用尚缺乏共识。总之,在国际投资仲裁中,关于如何处理电子证据出示问题,尚存在较大的不确定性。

四、国际投资仲裁中电子证据出示的具体问题

在国际投资仲裁书证出示中,电子证据的特殊性所带来的挑战,具体表现为以下几方面的具体问题,关于如何予以处理,以下结合相关规则与实践进行理论分析。

(一) 出示范围

《英国民事诉讼法》和《联邦民事诉讼规则》在民事诉讼中电子证据披露上强调比例原则,即权衡证据出示对查明事实的帮助、争议数额与证据出示的负担和成本,这一理念在国际投资仲裁中同样适用。不过,比例原则在国内诉讼和国际仲裁的适用效果差异较大。由于英美证据披露范围的广泛性以及缺乏特定性要求,国际投资仲裁证据披露的范围在很大程度上不能搬用它们的具体标准。为避免电子文件在某些法域造成的问题,主要解决办法在于当事方和仲裁庭在书证出示的适当范围方面遵循国际仲裁中的现行惯例。^{②0}

《IBA证据规则》第3条规定的出示要求(即特定性、相关性与重要性)同样适用于电子证据。《仲裁电子披露指南》对于电子证据出示也有类似的规定。考虑到电子证据披露可能带来的沉重负担与巨大成本,电子证据披露的请求一般应当满足更高的特定性和重要性标准。对于电子证据,提出请求的一方当事人可以指明,或仲裁庭可以要求当事人指明具体的文档、检索词、人名以及可以高效、经济地搜索该文件的其他方式。^{②1}《IBA证据规则》第9条第2款c项也规定,当出示被请求的文件构成不合理负担时,仲裁庭可以拒绝请求方的出示请求,它也是比例原则的体现。《仲裁电子披露指南》第6条也规定了仲裁庭在发布电子证据披露命令时应当考虑合理性与比例性。

^{②0} *Supra* note 14, at para.5.6.

^{②1} 《IBA证据规则》第3条第3款。

关于决定是否命令某些电子证据的出示应考虑的因素,英国民事诉讼法的经验可以借鉴。英国法下这些考虑因素包括:数据的可访问性(accessibility of data),数据所在位置,确定相关性数据位置的可能性,搜索、披露以及审查该数据的成本,电子证据在复原过程中被变动的可能性等。^②《仲裁电子披露指南》主张应依据电子证据所处的不同位置而区别对待:电子证据披露的主要来源应当是可合理访问的数据,即动态数据、近线数据^③或者磁盘上的下线数据^④。在缺乏某种正当性理由时,命令披露恢复备份磁带的数
据,被删除、粉碎以及破坏的数据,存档的数据(archived data)或者在正常的商业运营过程中例行删除的数据,一般来说是不适当的,除非能证明电子证据的相关性和重要性超过恢复和出示它的费用与负担。^⑤

元数据的出示问题也容易引发争议。《英国民事诉讼法第31条实践指南》第2A段规定了元数据的问题,而《联邦民事诉讼规则》并未直接涉及。由于元数据涉及当事人的自身背景信息,来自大陆法国家比如法国的当事人很可能无法接受。^⑥在跨法律文化背景下的国际仲裁中,元数据的出示也应当受到限制。依据《仲裁电子披露指南》第9条,比例原则再次成为作出相关决定的依据,即请求方如果要求出示关于电子文件的元数据,通常应证明被请求的元数据的相关性与重要性在价值上超过提交该数据的费用和负担。^⑦通常显性元数据(visible metadata)可用来理解出示的电子文档,但隐性元数据(hidden metadata)通常与争议无关,因此无须出示。即使元数据具有潜在相关性,出示的负担也可能超过其潜在的证据价值。仲裁庭可以适用一项反对要求出示隐性元数据的推定,除非请求方证明了其相关性和重要性超过负担和成本,才能予以推翻。此时考虑的因素包括:(a)特定类型元数据的重要性;(b)所需元数据的可访问性;(c)元数据请求的时间安排;(d)元数据的生成和使用的方便性和效率。

除了运用特定性要求对文件出示进行限制,也可通过设定相关电子证据的有限数量的特定保管人、电子文件的来源、日期限制,以及适当的情况下使用特定的检索词来帮助查找相关的和重要的文件。^⑧为了增强电子证据出示范围的可预见性,《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》附表2依据电子披露范围宽窄不同所提供的四种模式有较高的借鉴价值,(这些模式中包含日期限制,检索词以及管理人员的数量等几个方面的宽窄要求),可供当事人选择适用。

在Michael Ballantine案中,多米尼加共和国要求申请人提供从2005年起使用了大

^② 《英国民事诉讼法第31条实践指南》第2A.4段。

^③ 近线数据是指存取于可移动媒介如光盘的自动存储设备的数据。

^④ 下线数据是指手动存取的光盘或磁盘上的数据。

^⑤ 《国际商事仲裁中书证披露与证人提供指南》第1(d)(1)条对这个问题进行了稍许不同的规定,可供当事人或仲裁庭选择使用。

^⑥ Cher Seat Devey, *Electronic Discovery/Disclosure: from Litigation to International Arbitration*, Arbitration, 2008, Vol.74, p.375.

^⑦ *Supra* note 14, at paras.5.11-5.12.

^⑧ *Id.* at para.5.9(b).

约12年时间的“社交媒体网站、互联网网站和博客”,理由是这些信息对于认定申请人移居多米尼加并获得国籍的动机以及他们对于居住在该国并获得国籍的一般态度具有相关性和重要性,当考虑这对夫妇是否更应被视为美国人或是多米尼加人时,这些信息有助于仲裁庭作出判定。仲裁庭整体上认同被申请人的异议理由,但指出出示请求“范围太广,负担太重”,并予以拒绝。^{②⑨}

(二) 特免权的保护

特免权是指拒绝向仲裁庭提供证言或书证的权利,包括阻止他人披露上述证据的权利,比如律师—当事人特免权,律师可以据此拒绝披露与当事人之间沟通的信息。^{③⑩} 电子证据披露过程中,往往难免涉及海量的数据,包括在所适用的法律或程序中受特免权保护的数据。比起纸张形式的书证,出示电子证据的当事人更可能会不慎披露受特免权保护的信息,并可能会导致被视为弃权,而如果进行仔细全面的审查予以确认,那么成本又会非常之高。

对于这个问题可以采取合同途径解决。证据的出示方和请求方可以订立快速浏览(quick peek)协议或取回(claw back)协议,在快速浏览协议下,当事人同意披露信息,但保留后来在披露程序中主张特免权的权利;在取回协议中,当事人之间通过协商确立在披露后的合理时间内返还因疏忽出示的文件的程序。当事人可以请求在仲裁庭的指示中体现这样的内容。《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》第1条(b)项明确规定了,因他人疏忽披露而获得的信息不得作为证据,并且应当依据当事人的要求随即返还,除非该当事人明确放弃该特免权。不过,这个规则只涉及律师—当事人特免权。《英国民事诉讼规则》第31条第20款对于这个问题也有明确规定,值得仲裁庭借鉴。

(三) 出示形式

最初创建文档的格式通常被称为“原始格式”(native format)。不过,文档一般可以转换为不同格式。在出示电子证据的情况下,存在着一种风险,那就是文件因格式原因不方便打开或无法打开,因此涉及把数据转换成可访问的形式。原始格式的数据,如数字电子流(streams of digital electrons)需要转化成可以输出的格式,如WORD文件或者PDF文件。

不过,如果对格式作出特定要求,那么就可能会给被请求方带来较高的负担或成本,这样就需要对两方面进行适当平衡。《联邦民事诉讼规则》要求以“当事人通常保存或合理可用的方式”披露电子信息,除非法院另有要求,这样的做法值得借鉴。依据《关于信息交换的仲裁员指南》第4条,“当被交换的文件以电子形式维护,持有该文件的当事人可以以最方便和经济的形式(包括纸质形式)出示,除非仲裁庭依据申请并具备充分理由的情况下判定,存在着有说服力的以不同方式访问该文件的必要。”《IBA 证据

^{②⑨} Michael Ballantine v. Dominica, PCA Case No. 2016-17, Procedural Order No. 5, 17 July 2017, Annex 2 (the “Redfern Schedule”).

^{③⑩} 关于国际投资仲裁中特免权一般问题的论述,参见崔起凡:《国际投资仲裁中的特免权》,载《国际经济法论刊》2018年第3期,第97-108页。

规则》第 3.12 (b) 条：“一方当事人以电子形式保存的文件应以收件人合理使用的最方便或最经济的形式提交,除非双方当事人另有约定,或在没有此种约定的情况下,仲裁庭另有决定”。根据该条规定,电子文件应由一方以“最方便或最经济的形式”提交,此外,还有两点需要强调:其一,无论文件以何种形式交付,它都必须能“被接收方合理使用”。第二,双方当事人可以另行约定,或者(在没有任何此类约定的情况下)仲裁庭可以另行决定。以电子形式获取证据的费用可能因提交文件的形式而有差异,因此,在没有各方同意或仲裁庭以另一种形式作出决定的情况下,《IBA 证据规则》规定电子证据的默认出示形式应为接收方合理使用的最方便或最经济的形式。这种格式通常不是包含完整元数据的原始格式,因为以这种原始格式提交可能会过于昂贵和不便。^{③①}

不过,也有规则的规定略有不同,比如《仲裁电子披露指南》第 8 条规定,被命令披露的电子文件应当以该信息通常维护采用的格式或以合理可用的形式出示,请求方可以要求电子文件以其他形式出示。如果当事人之间没有达成协议,仲裁庭应决定被命令披露的电子文件应以原始格式或其他格式出示。可见,原始格式在一定程度上具有默示出示形式的地位。

在 South American Silver 案中,玻利维亚要求对方披露数据库和“计算机生成的三维模型或地图”。它指出:“玻利维亚的独立专家和律师必须能够以原始电子格式(原始文件)获取这些信息,以便能够应对申请人提交并作为其结论基础的证据。”仲裁庭指出,除了纸质版本以外,以电子格式获取这些信息,让被申请人的外部律师和专家适当分析该信息,使其能够对申请人的专家报告进行相应的验证和评论,可能是必要的。^{③②}

各方不妨在程序早期阶段向法庭提出一些问题,作为协商程序的一部分。^{③③} 如果一方希望从其他方获得具有部分或全部可用元数据的原始格式的文档,则谨慎的做法是在仲裁的早期阶段提出。在这一阶段,各方可能会认为这是互利的,并且有可能就电子出示问题协商一致。

(四) 搜索方法

1. 检索方法

当争端涉及海量的电子证据,全部依靠手动搜索或审查这些证据不经济或者不可行,这时需要技术辅助审查。其中,非常常见的方法是通过使用检索词和其他检索参数来识别可能用于回应出示请求的电子证据,以此提高效率。

《IBA 证据规则》第 3.3 (a) (ii) 条明确规定:“对于以电子形式保存的文件,请求方当事人可以指明,或者仲裁庭可以要求其指明具体的文件、检索词、人名以及可以高效、经济地搜索该文件材料的其他方式。”

^{③①} Giovanni Ughi et al., *Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p.14, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>, last visited Jan.7, 2022.

^{③②} South American Silver v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No. 3, 14 Jan. 2015, para.7.

^{③③} *Supra* note 31.

许多投资仲裁庭积极鼓励各方以这种方式指明文件,要求它们在文件出示请求中指定关键词,以供制作方用于搜索所请求的文件。^{③④}比如, Lion 案仲裁庭指出,对于文件请求,“如果该类别可能包括电子邮件信息,则出示请求应指定所请求文件的保管人和检索词”。^{③⑤}

通过适当地设定搜索参数,可以确定合理的搜索范围,并高效地完成搜索目标。电子证据的搜索参数往往包括以下几个方面:(1)日期范围,其设定应与可能创建所述特定类别文件的时间段相关联;(2)保管人,可以通过姓名或电子邮件地址予以确定,可以是所请求文件的发送者、接收者或制作者,或因职责而持有文件的人;(3)检索词,确定可能出现在特定文件中的特定单词或短语非常有用,可以单独使用,也可与其他单词或短语组合使用;(4)文件类型,指出请求方希望优先收到的标准文件类型,比如, Word 文件、PDF 文件、PPT 文件或者 JPG 文件。^{③⑥}在 Glencore 案中,当事方请求出示的电子文件为“.msg”格式的电子邮件或出示“.xls”格式的数据表。^{③⑦}

2. 预测编码

预测编码(predictive coding)是使用“人工智能软件,训练计算机优化搜索算法,将检索词缩小到自动产生最有用结果的检索词”的技术。^{③⑧}作为一种技术辅助审查方法,可先审查一小部分文件的“种子集”,然后由软件程序进行分析,并用于生成进一步的文件样本供审查。通过迭代优化过程,用于获取相关文件的软件中的算法可以达到可应用于整个数据集的审查精度,从而更高效地识别相关文件。^{③⑨}

预测编码的使用通常成本高昂,需要审查海量电子证据的情况下才符合比例原则。有学者建议,作为使用预测编码的最低要求,总量需要达到 50000 份文件。^{④①}

以预测编码为代表的较为复杂的技术辅助审查方法的应用,在国际投资仲裁中可能会引发搜索方法及过程是否需要披露的争议。比如,在 Windstream Energy 案中,申请人要求对方披露其用于识别潜在文件的搜索过程,以及“搜索过程中导致一些文件未能提交的缺陷”,而被申请人提出异议,指出这些信息受到“律师-当事人特免权和诉讼特免权的保护”。^{④②}仲裁庭驳回了披露请求,理由是“这似乎涵盖了特免权信息,而且在任何情况下都不会帮助申请人获得相关文件”,而且,依据《信息自由与隐私保护法》的程序,申请人似乎已经拥有了所有相关文件。^{④③}尽管该案中,仲裁庭否定了搜索过程的披露申

^{③④} See e.g., Apotex v. USA, Case No.ARB(AF)/12/1, Procedural Order, 29 March 2013, para.25.

^{③⑤} Lion v. Mexico, Case No. ARB (AF)/15/2, Procedural Order No.6 on Document Production, 3 Sep. 2018, para.15.

^{③⑥} Roman Khodykin et al., A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, U.K.: Oxford University Press, 2019, pp.229-231.

^{③⑦} Glencore v. Colombia, Case No. ARB/16/6, Award, 27 Aug. 2019, para.103.

^{③⑧} Susan H Nycum, *eDiscovery: Arbitration's 800-Pound Gorilla*, Dispute Resolution Magazine, 2014, Vol.21, p.15.

^{③⑨} *Supra* note 36, at 185.

^{④①} James R Hietala, *Linguistic Key Words in E-Discovery*, American Journal of Trial Advocacy, 2014, Vol.37, pp.604, 607.

^{④②} *Supra* note 7, at para.2.20.

^{④③} *Id.*, at paras.3.29 and 3.32.

请,不过这种潜在的争议仍可能会发生。至少为了获得任何一方对此类技术的预期使用的透明度,各方可谨慎地将其作为协商程序的一部分进行讨论。^{④③}

(五) 费用负担与其他救济

对于电子证据披露程序中当事人非善意的行为,在国内民事诉讼法中可以采取费用负担或者其他救济措施。相同的理念和措施在国际投资仲裁中也值得予以借鉴,事实上有些国内民事诉讼的经验已体现于仲裁规则之中。

由于电子证据数量庞大,当事人可能通过滥用书证出示程序,即过多地请求对方出示电子证据以试图消耗对方的时间和金钱。在美国司法实践中,当法院认为要求一方当事人出示某些电子证据可能会给他造成较高成本时,费用转移(即由请求方来承担相应的费用)成为处理这种情况的一种方法。^{④④}

对于违反证据开示命令的当事人,普通法国家的法院还可以采取不利推定,甚至可以判定藐视法庭或直接作出终局判决。当事人有义务保存具有相关性或潜在相关性的证据,毁灭(spoliation)对方依赖的电子文件,会面临上述惩罚措施。不过,电子文件保存的特殊性,对于电子文件保存义务的要求有所放松。《联邦民事诉讼规则》第37(f)条“安全港规则”规定,除非在极其特别的情况下,法院不能因为当事人未出示因例行的和善意的电子信息系统操作而丧失的电子存储信息对该方当事人施加处罚。

在国际仲裁中,仲裁庭有义务通过行使自由裁量权迅速高效地推进程序。^{④⑤}当事人、代理人应遵守善意原则,否则导致的程序延迟可以施加费用负担方面的惩罚。《IBA 证据规则》第9条第8款规定,如果仲裁庭认为一方当事人在取证程序中缺乏善意,仲裁庭可在决定仲裁费用(包括任何因取证而产生的或与取证有关的费用)的分配时对该情形予以考虑。因此电子证据披露费用的负担可以作为针对非善意当事人的惩罚措施。当涉及大量的电子证据被请求出示,仲裁庭可以考虑由请求人承担相应费用。比如,当事人和仲裁庭应注意,要求将电子文件转换为特定格式进行出示可能会导致成本增加,甚至可能会大幅增加。在这种情况下,出示方可以承担转换的一般成本,而请求方应当承担将文件转换为另一种格式从而进一步增加的成本。^{④⑥}

依据《IBA 证据规则》第9条第6款,如果当事人未出示被要求的书证,且没有给出合理的解释,则仲裁庭可以作出不利推定。事实上,在国际仲裁中,仲裁庭对于拒不履行证据出示义务的当事方作出不利推定被视为其固有权力。

美国民事诉讼法中的“安全港规则”值得借鉴。在国际仲裁中,由于当事方计算机网络的日常操作而对电子文件进行的无意破坏或更改通常不反映任何应受谴责的行为,也不应受到任何此类制裁。^{④⑦}

^{④③} *Supra* note 36, at 185-186.

^{④④} *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 217 F.R.D. 309 (SDNY, 2003).

^{④⑤} 参见《ICC 仲裁规则》第22条第1款,《LCIA 仲裁规则》第14条第1款,《AAA 国际仲裁规则》第16条第2款。

^{④⑥} *Supra* note 14, at para.5.25.

^{④⑦} *Id.*, at para.5.31.

五、国际投资仲裁中电子证据出示特殊性的应对

（一）书证出示的一般原则与规则的适用

1. 书证出示一般规则的整体适用

关于国际仲裁中电子证据出示问题,曾有些学者主张制定规则或指南以应对它所带来的挑战,也有些学者认为已有规则已包含了电子证据出示的规则,制定另外的规则不必要也不适当。^{④⑧}

《关于信息交换的仲裁员指南》工作组在制定该规则时考虑到,如果制定专门的电子出示规则,那将鼓励这样的论点,即电子证据出示应当区别于在任何其他文件出示请求中产生的相似问题。单独制定规则这个事实可能会被认为该指南中的一般原则不一定适用于电子披露。因此工作组决定对电子披露问题不另外单独制定指南。^{④⑨}

事实上,国际仲裁中的书证出示规则整体上仍然适用于电子证据出示,这些原有规则作为一般规则而存在;电子证据出示具有特殊性,只是意味着它在某种程度需要一些特殊规则,或者在适用原有规则时进行特殊处理即可。《IBA 证据规则》中书证的定义包括电子文件,其书证出示一般规则同样适用于电子证据,比如,在确定书证出示的范围和形式(无论是纸质文件还是电子文件)时,都应遵循特定性、相关性、重要性等基本原则。同样地,《仲裁电子披露指南》第4条和《国际仲裁电子文件出示的管理方法》第3.12段都规定电子证据的出示应当遵循特定性、相关性和重要性等书证出示的一般要求。

2. 书证出示一般原则的适用

应对国际投资仲裁中电子证据的出示问题,同样可以充分利用国际仲裁书证出示规则中所体现的比例原则、善意原则以及早期协商确定具体规则之原则。

比例原则是英、美等国内民事诉讼应对电子证据开示问题的成功经验。《IBA 证据规则》第9条第2款c项也规定,当出示被请求的书证构成不合理负担时,仲裁庭可以拒绝请求方的出示请求,这是比例原则的体现。其他规则也体现了相同的精神,在满足书证出示的特定性、相关性和重要性等要求后,仲裁庭应该考虑所要求的出示是否可能对出示方施加不合理的负担。这一过程要求仲裁员考虑书证出示对当事人和仲裁员的可能利益,与书证出示可能带来的潜在成本、延迟和其他负担之间的平衡。^{⑤⑩}比如,《仲裁电子披露指南》第6条也要求,在作出任何电子披露命令或指示时,仲裁庭应考虑其合理性和比例性。

^{④⑧} Michael E. Schneider, *A Civil Law Perspective, Forget E-discovery!*, in *Electronic Disclosure in International Arbitration*, David J Howell (ed.), Juris Publishing, 2008, p.30.

^{④⑨} John Beechey, *the ICDR Guidelines for Information Exchanges in International Arbitration: An Important Addition to the Arbitral Toolkit*, *Dispute Resolution Journal*, 2008, Vol.63:3, p.88.

^{⑤⑩} *Supra* note 14, at para.3.13

美国司法实践中对于恶意请求证据出示而进行的费用转移、对于违反证据开示命令的惩罚,都体现了善意原则。在国际投资仲裁中也应贯彻善意原则。事实上,《IBA 证据规则》序言第 3 款要求任何当事人在取证过程中,都应遵循“善意原则”,这是一般性规定。在此基础上,该规则第 9 条第 6—7 款规定,如果当事人违反善意原则,拒绝证据出示命令,可能面临不利推定的消极后果。第 8 款规定,如果仲裁庭认为一方当事人在取证程序中缺乏善意,仲裁庭可在决定仲裁费用(包括任何因取证而产生的或与取证有关的费用)的分配时对该情形予以考虑。需要强调的是,电子证据的重复出示也会给另一方当事人造成实践和资源的浪费,在认定违反善意原则的情况下,仲裁庭也可以决定由出示方承担费用。

早期协商确定规则作为国际仲裁中应对程序不确定性的有效方法,在《IBA 证据规则》等诸多规则中得到确立,下文将予以专门论述。

此外,国际投资仲裁实践在应对电子证据出示问题时,也应当适当平衡效率与公正之间的冲突,这是国际仲裁的基本价值追求。由于仲裁参与者具有不同法律文化背景,在具体案件的程序中,仲裁庭往往也需要适当平衡不同法律文化之间的冲突。

(二) 电子证据出示规则的早期确定

一些国家的立法明确规定,当事人在程序早期会面并商谈电子披露事项,其中以美国和英国的民事诉讼立法最为典型。^{⑤1}

在国际商事仲裁中,在程序早期(如审前程序阶段)仲裁庭与当事人就证据规则的确定进行协商通常是明智的,这可以减少或避免仲裁程序进行中因当事人之间不合作而导致的程序拖延。在 2010 年修订《IBA 证据规则》时已明确鼓励仲裁庭与当事人就证据规则的确定进行协商,以便减少或避免仲裁程序进行中当事人之间的不合作而导致的程序拖延。^{⑤2}

电子证据出示的高成本、复杂性以及作为较新出现的问题而缺乏成熟的仲裁实践,加之仲裁参与者来自不同国家,当事人有可能缺乏足够善意,因此国际投资中电子证据出示事项及早进行协商更是必要的。对此,近年来制定的涉及电子证据出示的许多仲裁证据规则也都予以明确规定。比如《仲裁电子披露指南》第 3 条明确规定了电子证据披露是适合于程序早期考虑的事项。《国际商事仲裁书证披露与证人提供指南》第 1(d)(3) 条规定,“考虑到保存书证,尤其是以电子信息形式存在的书证的高昂成本和负担,关于当事人为潜在的仲裁披露而保存书证的义务范围应当在一个早期日程会议上,或者此后的尽早时间进行处理。”同时该规则的附表 2 中根据披露范围的宽窄提供了四种电子证据出示的模式,对于投资仲裁而言也具有一定的参考价值,可供当事人和仲裁庭选择适用。

需要尽早考虑的相关事项包括电子证据保存与保全的措施,电子证据的出示的程度

^{⑤1} 参见《联邦民事诉讼规则》规则 26(f) 和《英国民事诉讼法第 31 条实践指南》第 2A.2 和第 2A.3 段。

^{⑤2} 《IBA 证据规则》第 2 条。

与范围(比如是否包括元数据),电子证据的出示形式,电子证据出示的时间表,用来降低电子证据出示的成本与负担的工具与方法,比如使用检索词或软件,特免权以及数据保密义务等等。这样的做法也被一些国际投资仲裁实践所采纳,比如,在 *Bilcon* 案中,法庭召开了几次会议,讨论他们正在进行的书证出示程序,并探讨如何缩小双方的分歧,就有关书证出示的未决问题,例如根据日期参数和搜索词编制索引和自动搜索,向各方提供指导。^{⑤③}

(三) 规则的进一步编纂: 终极的解决方法?

明确的规则或指南可以提升程序的可预见性,也积极影响着程序的效率与公正,尤其可为投资者和较小国家提供公平的赛场,因为来自不熟悉或不适应书证开示程序的地区,这些投资者或国家可能会遭受更多的不利和风险。^{⑤④}

有关国际组织比如 UNCITRAL 或 ICSID 可以基于逐渐和已经形成的共识为国际投资仲裁制定电子证据出示规则。事实上,在 ICSID 仲裁规则修订过程中,国际商事仲裁委员会(ICC)在 2017 年曾建议 ICSID 秘书处就如何提供证据提供规则(具体以实践指南或示范程序令的形式),包括如何处理电子文件和元数据,以便促进 ICSID 案件中证据处理更大的一致性,并提升仲裁程序的效率。^{⑤⑤}

灵活性是仲裁的灵魂,相关机构或组织比如国际律师协会、国际商会在已制定的仲裁规则中都充分认可和尊重这一点。而且,对电子证据出示问题的处理仍然有探索的空间,过于僵化的规则对于规则的进一步完善并无益处。所以,国际投资仲裁中电子证据出示的成文规则应当寻求可预见性和灵活性的平衡,而且仍然保持如类似《IBA 证据规则》的软法形式为宜。可见,制定电子证据出示的成文规则无法一劳永逸,当事方在电子证据出示问题上的合作,尤其是仲裁庭积极管理程序对于解决这一问题仍然至关重要。

前文提及的国际仲裁电子证据出示规则,除了《IBA 证据规则》外,其他规则的制定并未明确言及适用于国际投资仲裁。不过,毫无疑问,它们本身在投资仲裁中可以作为仲裁庭或当事人确定具体规则时的指南或者直接选择适用;同时制定国际投资仲裁专门电子出示规则时也应汲取这些规则的经验,甚至还可以参考国内民事诉讼的电子证据披露规则或者相关组织的相关指南或建议,前者如《英国民事诉讼法第 31 条实践指南》,后者如“塞多那会议电子披露的基本原则”。

此外,在国际投资仲裁领域的利益相关方,包括国际组织比如国际律师协会或者国际仲裁机构,可以研发程序令样本或者指南,以促进这一领域中电子证据出示方法的协调化。

^{⑤③} *Supra* note 16, at paras.56, 61.

^{⑤④} Daniel B Garrie & Maureen Duffy-Lewis, *Conquering the Tower of E-Discovery Babel: New Age Discovery for the 21st Century*, SCRIPTed, 2009, Vol.6, p.128.

^{⑤⑤} Loretta Malintoppi et al., *ICCA Proposals on the Revision of the ICSID Rules*, 12 Dec. 2017, p.4. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/21.%20International%20Council%20for%20Commercial%20Arbitration.pdf>, last visited Jan.7, 2022.

六、结 论

国际投资仲裁中海量电子证据的运用正日益变得普遍。由于国际仲裁中一般都认可当事人负有相当范围的书证出示（披露）义务，电子证据的特殊性为投资仲裁实践带来了挑战。国际投资仲裁中电子证据的出示涉及出示范围、特免权、出示形式、搜索方法的应用、费用负担等具体问题。为应对国际投资仲裁中电子证据出示的特殊性带来的挑战，首先可以适用书证出示的一般原则与规则；其次，在仲裁程序中尽早商定电子证据出示具体规则是明智的，这可以提升程序的效率和可预见性，当事方的善意合作尤其是仲裁庭从一开始就积极管理程序对于电子证据开示问题的妥善处理系关键所在；最后，国际投资仲裁界就相关规则应进一步形成共识，基于这种共识和已有经验，谨慎制定相关规则。不过电子证据开示的规则制定仍应强调其“软法”属性，以维护仲裁应有的灵活性。

我国民事诉讼中的证据披露（主要是书证提出命令^{⑤6}）制度处在改革过程之中，尚待完善，也缺乏成熟的司法实践。整体而言，在国际仲裁中我国法律实务人士难免缺乏书证披露程序的相关经验，而电子证据的出示问题必然会在攻守两端带来更多挑战，需要认真对待。我国仲裁界应当加强研究电子证据的出示，而且眼界最好不限于国际仲裁中的电子出示问题，一定程度上掌握英美法国家的立法与司法实践也是有益的，需要尽可能地熟悉；应当对我国国际投资仲裁界的实务人士有针对性地加强培训；最后，为妥善解决电子证据的出示问题，也应重视相关领域的技术专家的潜在作用，能够在仲裁程序中合理使用IT专家，并在其协助下充分理解相关技术问题，并妥善应对电子证据出示问题的挑战。

Abstract: in the practice of international investment arbitration, e-documents are treated as special documentary evidence. The particularity of e-document has brought challenges to the practice. There are different responses to the issue of e-document production from domestic civil litigation to international arbitration, but there are still many uncertainties about how to deal with it in specific investment arbitration. The production of e-document in international investment arbitration mainly involves the issues such as the scope of production, privilege, the form of production, search method, cost distribution. In international investment arbitration, in order to meet the challenges from the particularity of e-document, we can first apply the general principles and rules of document production; Secondly, it is wise to agree on the specific rules of e-document production as soon as possible in the specific procedure;

^{⑤6} 参见2015年“民事诉讼法司法解释”第112条和2020年“新民事证据规定”第45-48条。关于比较法视野下我国该项制度不足的相关论述，参见前注^{④8}，第81-84页。

Finally, the international investment arbitration circles should further reach consensus and formulate appropriate rules carefully on production of e-documents.

Keywords: production of document; e-document; documentary evidence; international investment arbitration

(责任编辑: 刘 纲)

国际商事仲裁协议效力之司法认定

——兼评《仲裁法(修订)(征求意见稿)》

第二十一条

崔宵焰 嵇钰涵*

内容提要 对国际商事仲裁协议效力的认定是我国法院对仲裁司法审查的重要内容之一。国际商事仲裁协议效力认定涉及仲裁协议“国际性”认定、准据法确定以及法律适用等多个阶段,随着我国国际商事仲裁事业的发展,现行规则已不能完全满足实践的需求,司法实践也呈现出诸多需要反思与完善的问题。2021年7月30日,司法部发布《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),其中第二十一条涉及仲裁协议构成要件,鉴于该条款或将成为法院认定国际商事仲裁协议效力的重要依据,本文也将结合国际立法及司法实践对该条款作以评述。

关键词 国际商事仲裁 仲裁协议效力 司法审查 仲裁法修订

仲裁是国际通行的纠纷解决方式,也是我国多元化纠纷解决机制和社会治理体系的重要组成部分。仲裁的发展,离不开司法的监督与支持。自2017年以来,最高人民法院出台了多个与仲裁司法审查相关的司法解释,细化了此前争议较大的裁判规则,同时创设了国内仲裁司法审查归口审理制度及报核制度,提升了我国司法对仲裁的支持力度。依据《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》(以下简称《仲裁司法审查规定》)第一条的规定,法院对仲裁的司法审查职能包括:确认仲裁协议效力、执行、撤销内地仲裁裁决、认可和执行港澳台地区仲裁裁决、承认和执行外国仲裁裁决等。统计数据显示,2018年至2020年,中国各级人民法院共审结仲裁司法审查案件66301件,其中申请确认仲裁协议效力案件有7884件。^①作为司法审查的重要内容,法院对仲裁协议效力的认定通常发生在两种场景下:一是当事人在管辖权异议阶段提请法院确认仲裁协议效力,法院对仲裁协议效力的确认既关系到当事人是否能够提起仲裁、仲裁机构能

* 崔宵焰,南京海事法院海商审判庭法官;嵇钰涵,南京海事法院海商审判庭法官助理。

① 张维:《加强海事仲裁建设需坚持规范化专业化国际化》,载法治网, legaldaily.com.cn/index/content/2021-08/03/content_8569929.htm,最后访问时间:2021年8月10日。

否获得管辖权,也是区分人民法院与仲裁机构主管权的依据;^②二是在承认和执行外国仲裁裁决时审查仲裁协议效力,若仲裁协议被认定无效,法院可依据《纽约公约》五条第一款甲项拒绝申请执行人的请求。

一、国际商事仲裁协议之“国际性”认定

只有当仲裁协议具有“国际性”时,仲裁协议效力的认定才需要依据冲突规则来确定准据法,而选择不同的法律又直接关系到仲裁协议效力的认定结果。依据《仲裁司法审查规定》第十二条,符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《涉外民事关系法律适用法解释》)第一条规定的,可认定为涉外仲裁协议或涉外仲裁裁决。^③由于该条款是为“涉外民事关系”的认定而设计的,实践中法院经常会遇到难以依据该条认定仲裁协议是否具备“国际性”的情形。例如,在上海黄金置地案中,^④西门子国际贸易(上海)有限公司、上海黄金置地有限公司签订协议,由前者向后者供应、安装设备。后因协议履行产生争议,西门子按照协议仲裁条款在新加坡国际仲裁中心提起仲裁,并最终获得胜诉裁决。西门子遂向上海市第一中级人民法院申请承认与执行该仲裁裁决。上海市第一中级人民法院向最高人民法院请示本案仲裁协议是否有效以及应当如何认定本案仲裁协议的性质。最高人民法院在复函中采用了扩大解释的方法,把本案仲裁协议解释为具有涉外因素的仲裁协议,并认定协议有效。^⑤最高人民法院认为,本案双方均为中国法人,合同标的物所在地均在我国境内,该合同表面上看并无典型涉外因素,但本案为涉自贸区案件,本着支持自贸区法治建设可先行先试的精神,可认定本案仲裁协议符合《涉外民事关系法律适用法解释》第一条(五)“可以认定为涉外民事关系的其他情形”。

参考国际实践,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《国

② 季境:《仲裁协议效力认定及解释原则》,载《人民司法》2019年第26期,第14页。

③ 《涉外民事关系法律适用法解释》第一条规定:“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:

(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;
(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;
(三)标的物在中华人民共和国领域外;
(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;
(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”

④ 参见上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第2号民事裁定书。案发时,法院适用的是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》2012年版本第1条,该条经2020年修订后未发生变化。

⑤ 《最高人民法院关于西门子国际贸易(上海)有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》(2015)民四他字第5号。基于此,上海一中院进一步解释道,双方均为在上海自贸试验区内注册的外商独资企业,此类公司无论是资本来源、最终利益归属、公司的经营决策均与其境外投资者关联密切。另外,从合同的签订和履行过程看,该合同标的物设备系先从我国境外运至自贸试验区内进行保税监管,再根据合同履行需要适时办理清关完税手续、从区内流转至区外,至此货物进口手续方才完成,故合同标的物的流转过程也具有国际货物买卖特征,上海一中院最终认定双方仲裁协议为涉外仲裁协议,依据《纽约公约》承认了新加坡的仲裁裁决。

际商事仲裁示范法》)中并无“涉外仲裁协议”或“国际性仲裁协议”这类概念,而是定义了何谓“国际仲裁”。相比于我国《涉外民事关系法律适用法解释》第一条认定“涉外性”的三要素标准,《国际商事仲裁示范法》引入“仲裁地”标准作为界定仲裁“国际性”的第四个维度。其第一条第三款规定:“符合以下条件,可以认定该仲裁为国际仲裁:(a)双方当事人在订立仲裁协议时,在不同的国家有经营场所或者(b)下面任何一个地点与当事人的经营场所分属不同国家(i)双方约定或依仲裁协议可确定的仲裁地(ii)主要商业义务的履行地或纠纷密切联系地或者(c)双方当事人以明示方式约定仲裁协议标的涉及超过一个国家。”我国学界有观点认为,仲裁地相比于仲裁机构所在地与仲裁裁决有更为密切的关系,因此仲裁地可作为判断仲裁裁决国籍的标准,^⑥最高人民法院对此也予以确认。^⑦结合《国际商事仲裁示范法》的规定,将仲裁地作为认定仲裁协议“国际性”的标准之一无可厚非。

自2013年起,最高人民法院逐渐改变了不认可约定外国仲裁机构在中国内地仲裁的立场。^⑧在“龙利得案”中,^⑨安徽省龙利得包装印刷有限公司与江苏苏美达国际技术贸易有限公司约定有关销售合同纠纷提交国际商会仲裁院在中国上海仲裁,最高人民法院在复函中直接将该仲裁协议称为“涉外仲裁协议”,似乎说明了“仲裁机构”具有涉外因素也可作为认定仲裁协议“国际性”的标准。

笔者认为,随着我国对外贸易和国际商事仲裁业的发展,未来我国内地当事人会日益广泛地约定或被动参与到境外仲裁或是约定或被动参与由境外仲裁机构仲裁。《涉外民事关系法律适用法解释》第一条作为目前司法实践认定仲裁协议“国际性”的唯一依据,无法完全满足现实需求。立法者亟需对国际商事仲裁协议界定标准及内涵予以明确,确保司法者有法可依,也可避免司法者因对“国际仲裁协议”的模糊理解造成矛盾裁判。

二、审查国际仲裁协议效力之准据法

(一) 管辖权异议阶段仲裁协议效力认定之准据法

在管辖权异议阶段国际仲裁协议效力认定通常依据法院地的冲突规则来确定准据法。依据《涉外民事关系法律适用法》第十八条^⑩、《最高人民法院关于适用〈中华人民

⑥ 李庆明:《境外仲裁机构在中国内地仲裁法律问题研究》,载《国际法研究》2016年第3期,第187-188页。

⑦ 《最高人民法院关于申请人DMT有限公司(法国)与被申请人潮州市华业包装材料有限公司、被申请人潮安县华业包装材料有限公司有效公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》(2010)民四他字51号。

⑧ 李庆明:《境外仲裁机构在中国内地仲裁法律问题研究》,载《国际法研究》2016年第3期,第181页。

⑨ 《最高人民法院关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人BP Agnati S.R.L.申请确认仲裁协议效力案的请示的复函》(2013)民四他字第13号。

⑩ 《涉外民事关系法律适用法》第十八条规定:“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”

共和国仲裁法》若干问题的解释》(以下简称《仲裁法解释》)第十六条^⑪以及《仲裁司法审查规定》第十四条及第十五条,^⑫形成了以当事人意思自治为原则、仲裁机构所在地法、仲裁地法和法院地法为补充的规则体系。为了尽可能地让仲裁协议发挥效力,《仲裁司法审查规定》第十四条要求法院在法律选择过程中需遵循“使其有效”原则。^⑬即在当事人未明确约定仲裁协议适用的法律时,法院可以在仲裁地法和仲裁机构所在地法中,选择能让仲裁协议有效的法律来确认仲裁协议的效力。有观点指出,“使其有效”原则运用多个连接点对仲裁协议的效力进行判断,能够避免某一国法律对仲裁协议效力认定产生不利影响。^⑭该原则是一种以结果为导向的法律选择方法,它使法律选择和法律适用这两个本应独立的过程相互交织。

不同于我国的做法,在 Enka 一案中,英国最高法院认为,如果当事人没有明确约定仲裁协议准据法,法院可依照当事人主合同约定适用的法律来判断仲裁协议的效力;如果主合同也未约定适用的法律,法院应当判断与仲裁协议最密切联系的法律;通常而言,仲裁地与仲裁协议有较为密切的联系,因此应选择仲裁地法判断仲裁协议的效力。^⑮对于主合同准据法能否成为认定仲裁协议效力的准据法,英国法院认为,主合同中所约定适用的法律是当事人希望采用该法律作为仲裁协议准据法的“昭示”。^⑯而我国《仲裁司法审查规定》第十三条明确排除了依照合同准据法确认合同中仲裁条款效力的可能性。^⑰笔者认为,我国的做法更体现了对仲裁协议独立性的尊重。

(二) 承认和执行外国仲裁裁决阶段审查仲裁协议效力之准据法

《纽约公约》第五条第一款甲项规定,如果双方当事人的仲裁协议“依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效”时,法院可以拒绝承认仲裁裁决。有学者认为该条是关于一国法院在承认和执行外国仲裁裁决时审查仲裁协议效力所应依据的冲突规则,首先应依据当事人以明示或默示方式选择的法律,如无前者则依据仲裁地法律。^⑱但也有学者表示,该条仅是“不彻底”的冲

^⑪ 《仲裁法解释》第十六条规定:“对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。”

^⑫ 《仲裁司法审查规定》第十四条规定:“人民法院根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十八条的规定,确定确认涉外仲裁协议效力适用的法律时,当事人没有选择适用的法律,适用仲裁机构所在地的法律与适用仲裁地的法律将对仲裁协议的效力作出不同认定的,人民法院应当适用确认仲裁协议有效的法律。”第十五条规定:“仲裁协议未约定仲裁机构和仲裁地,但根据仲裁协议约定适用的仲裁规则可以确定仲裁机构或者仲裁地的,应当认定其为《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十八条中规定的仲裁机构或者仲裁地。”

^⑬ 陈卫佐:《国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心》,载《比较法研究》2016年第2期,第162页。

^⑭ 杨语涵:《我国涉外仲裁协议效力认定的‘使其有效’原则》,载《北京仲裁》2019年第4期,第138页。

^⑮ Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb, [2020] UKSC 38, para. 170.

^⑯ Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA and ors v. Enesa Engenharia SA and ors, [2012] EWCA Civ 638, para. 26.

^⑰ 《仲裁司法审查规定》第十三条规定:“当事人协议选择确认涉外仲裁协议效力适用的法律,应当做出明确的意思表示,仅约定合同适用的法律,不能作为确认合同中仲裁条款效力适用的法律。”

^⑱ 陈卫佐:《国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心》,载《比较法研究》2016年第2期,第160页。

突规则,一国法院仍应当根据法院地法确定审查仲裁协议效力的准据法。^{①⑨}

近期判决的 *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* 一案中,^{②⑩} 英国最高法院对《纽约公约》第五条第一款甲项的性质以及应当如何适用予以明确。英国最高法院认为,该项规定具有“统一的国际冲突规则”的性质,但该项规定并不要求所有缔约国在理解和适用时达成一致,因此不能排除英国法院根据自身对该项的理解来选择审查仲裁协议效力的法律。^{②⑪} 根据英国最高法院的理解,当事人在主合同中约定的法律足以构成条款中所规定当事人的“表示”(indication),因此可作为审查仲裁协议效力的准据法。^{②⑫} 英国最高法院还认为,无论仲裁裁决未作出还是已作出,认定仲裁协议有效性所依据的冲突规则应当相同,以维护法律的确定性及同一性。英国法院通过《纽约公约》第五条第一款甲项进行扩张解释,将《纽约公约》第五条第一款甲项的理解与适用与其普通法下认定仲裁协议效力的冲突法规则作以统一,实现了在仲裁不同阶段用同一标准认定仲裁协议效力的效果。不可否认,英国的做法有利于巩固其国际仲裁中心地位,维护英国法在世界范围内的影响力,但作为被请求承认和执行外国仲裁裁决的法院,将自身的冲突法规则强加于外国仲裁协议之上,也略有违背《纽约公约》司法互助精神之嫌。

相比之下,我国司法实践在管辖权异议阶段和承认和执行外国仲裁裁决阶段认定仲裁协议效力的冲突规则并不一致,并且两者之间存在明显差异。在管辖权异议阶段,准据法的确定主要以意思自治为原则,法院会结合仲裁机构所在地法、仲裁地法、法院地法,秉持使仲裁协议有效的目的进行法律选择。而在承认和执行外国仲裁裁决阶段,我国法院通常依照《纽约公约》第五条第一款甲项将审查仲裁协议效力的准据法限定在当事人选择的调整仲裁协议的法律以及仲裁地法范围内。对于何谓《纽约公约》第五条第一款甲项中规定的当事人“指明”的法律,笔者尚未发现有判例对此作出解释。未来我国司法实践是否可尝试围绕《纽约公约》第五条第一款甲项中当事人“指明”的法律进行适度扩张解释,形成一套既符合我国仲裁立法又符合审查外国仲裁裁决要求的有关仲裁协议效力的冲突法规则,是值得研究的问题。

三、我国仲裁协议效力认定规则及实践

（一）现行法律规定

在依据我国法律认定仲裁协议效力时,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第十六条及第十八条是主要的法律依据。第十六条规定了仲裁协议的四个形式要件,分别为:书面订立、当事人请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会。而

^{①⑨} Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, New York: Kluwer Law International, 1981, p.277.

^{②⑩} *Kabab-Ji SAD v. Kout Food Group*, [2021] UKSC 48.

^{②⑪} *Kabab-Ji SAD v. Kout Food Group*, [2021] UKSC 48, para.32.

^{②⑫} 本条原文为“failing any indication thereon”.

第十八条明确将仲裁事项、仲裁委员会（也称仲裁机构）的选定作为仲裁协议的效力要件，如果当事人对该两者无明确约定，仲裁协议当然无效。例如在德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司一案中，由于当事人之间签订的仲裁条款未包含“仲裁机构”，最高人民法院复函中认定该协议无效。^{②③}

鉴于实践中出现的难以认定的情形，最高院发布多个复函以个案释法，《仲裁法解释》第一条至第六条也着力阐释实践中出现的诸类难以认定的情形，使《仲裁法》第十六条中仲裁协议的内涵得以延展。^{②④}首先，仲裁协议并不局限以传统书面的形式订立，当事人还可以以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成仲裁协议。其次，当事人概括约定仲裁为合同争议解决方式的，基于合同成立、效力、变更、转让、履行、解除、违约责任及合同的解释等事项都可以认定为仲裁事项。再次，针对约定仲裁机构名称不准确、仅约定仲裁规则未约定仲裁机构、约定两个以上仲裁机构以及仅约定仲裁地但未明确仲裁机构的情形，《仲裁法解释》也给出了确认仲裁协议效力的基本思路。

（二）司法实践

1. 以形式与实质审查结合方法认定仲裁协议效力

司法实践中，无论是形式构成要件还是效力要件的缺失或有瑕疵都会影响到法院对仲裁协议效力的认定。除了依据《仲裁法》第十六条对仲裁协议构成进行形式审查以外，我国法院还会围绕该四个形式要件的具体内容进行实质性审查，比如订立仲裁协议的当事人是否为有民事行为能力人、^{②⑤}约定仲裁事项是否超越法定可仲裁范围、否定了仲裁协议的效力等情况。^{②⑥}

相比于国际实践，我国有关仲裁协议构成要件的规定较为严苛。例如，《国际商事仲裁示范法》第七条^{②⑦}和《纽约公约》第二条第一款^{②⑧}中，仲裁协议均不要求约定仲裁委员会（或仲裁机构），而仅由三要件构成，分别为：书面订立、当事人请求仲裁的意思表示

②③ 《最高人民法院关于德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函》（2003）民四他字第23号。

②④ 参见《最高人民法院关于如何确认仲裁机构名称约定不明确的仲裁协议的效力的请示的复函》（2005）民立他字第55号；《最高人民法院关于德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函》（2003）民四他字第23号。

②⑤ 北京市第四中级人民法院（2020）京04民特77号民事裁定书。

②⑥ 广州市中级人民法院（2019）粤01民特1458号民事裁定书。

②⑦ 《国际商事仲裁示范法》第七条规定：“（1）‘仲裁协议’是指当事各方同意将在他们之间确定的不论是契约性或非契约性的法律关系上已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。仲裁协议可以采取合同中的仲裁条款形式或单独的协议形式。（2）仲裁协议应是书面的。协议如载于当事各方签字的文件中，或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中，或在申诉书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认，即为书面协议。在合同中提出参照载有仲裁条款的一项文件即构成仲裁协议，如果该合同是书面的而且这种参照足以使该仲裁条款构成该合同的一部分的话。”

②⑧ 《纽约公约》第二条第一款规定：“当事人以书面协定承诺彼此间发生或可能发生之一切或任何争议，如涉及可以仲裁解决事项的确定法律关系，不论为契约性质与否，各缔约国应承认此项协定。”第二条第二款规定，“‘书面协定’指当事人所签订或在互换函电中所载明之契约仲裁条款或协定……”

以及仲裁事项。鉴于我国现行规定与国际通行实践的差异,有关仲裁协议构成要件的规定也成为了《仲裁法》修订的重要内容之一。

2. 以协调司法与仲裁关系为理念认定仲裁协议效力

自2017年以来,最高人民法院出台了多个与仲裁司法审查相关的司法解释,其中包括有关国内仲裁司法审查归口审理制度及报核制度,彰显了司法支持仲裁的态度。在具体认定仲裁协议效力时,我国法院本着支持仲裁的原则,在仲裁协议符合满足效力要件的基础上,尽可能地将仲裁条款解释为有效。例如,在一岛公司与天津机械公司、世通公司船舶建造合同纠纷一案中,一岛公司基于《船舶建造合同》要求天津机械公司、世通公司承担未能依约定交船与擅自出售船舶的违约责任。^{②⑨}天津机械公司提出管辖权异议,认为本案仲裁协议有效,纠纷应提交仲裁解决,法院不具有管辖。本案中,法院通过对《船舶建造合同》争议和仲裁条款进行了合理的解释,认定双方仲裁协议中约定的“the Arbitration Committee of China Marine Court”能够明确指向中国海事仲裁委员会“China Maritime Arbitration Commission”,因此本案仲裁条款中有关仲裁机构的约定明确,仲裁协议有效,纠纷应当由仲裁解决。

司法支持仲裁的理念也影响着司法审查过程中对于法院管辖和仲裁管辖的冲突解决。我国现行司法体制下,法院管辖仍为主导,法院管辖相较于仲裁具有优先级,仲裁仅是国家公权力救济的补充。如果合同既有法院管辖权条款又有仲裁条款,我国法院会依据《仲裁法解释》第七条,认定该种“或裁或仲”的约定会导致仲裁协议无效,进而确认法院的管辖权。^{③⑩}但近期BY.0与豫商集团公司服务合同纠纷一案,^{③⑪}法院似乎在弱化当事人同时约定法院管辖和仲裁对仲裁协议效力的影响。本案中,当事人在合同中约定纠纷“先提交仲裁,后由法院管辖”。审理法院认为,该种“先裁后审”的约定,并非“或裁或仲”的约定,因此不影响仲裁协议的效力。

关于司法管辖和仲裁冲突的解决,国际上近年来较为倡导的做法是,如果合同中同时约定了法院管辖权条款和仲裁条款,在没有任何证据证明某一条款无效的情况下,法院应当尽可能地尊重提交仲裁的意思表示,确认仲裁协议的效力,同时将法院管辖作为补充性的监督仲裁管辖法院。^{③⑫}未来我国能否实现在这一问题上的突破,一方面取决于我国仲裁事业的发展需求以及相关配套制度的建立,比如建立相关制度降低当事人恶意排除法院管辖权的可能性;另一方面也取决于我国立法者是否能够以更为包容开放的心态承认仲裁与司法管辖的同等地位,甚至在国际商事领域有限度地给予仲裁超越司法管辖的特殊对待。

^{②⑨} 参见南京海事法院(2020)苏72民初858号民事判决书。

^{③⑩} 《仲裁法解释》第七条规定:“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。但一方方向仲裁机构申请仲裁,另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间内提出异议的除外。”

^{③⑪} 参见2021年第11期《最高人民法院公报》案例。

^{③⑫} BXH v. BXI, [2019] SGHC 141, para. 49; Axa Re v. Ace Global Markets Ltd, [2006] EWHC 216, para. 26.

四、《征求意见稿》第二十一条对仲裁协议效力认定之影响

2021年7月30日,司法部发布《仲裁法》修订的《征求意见稿》。该《征求意见稿》在2017年《仲裁法》的基础上进行大幅修订和新增,体现了我国营造“仲裁友好型”司法环境的目标。其中《征求意见稿》第二十一条是有关仲裁协议构成要件的规定,^③这一条或将成为未来司法机关认定仲裁协议效力的主要依据。

(一) 仲裁协议构成要件的简化

对比《仲裁法》第十六条,《征求意见稿》第二十一条将仲裁协议的四个构成要件简化至两个,仅包括书面订立与请求仲裁的意思表示,突出了当事人请求仲裁的意思表示对仲裁协议成立的核心价值。依该条规定,仲裁协议并不需要双方当事人约定仲裁委员会(即仲裁机构),由于《征求意见稿》同时删除了《仲裁法》第十八条有关仲裁协议效力要件的内容,如果第二十一条最终获得通过,它可以有效地减少实践中当事人因约定仲裁事项及仲裁机构不明确、不准确等情形,同时减少提出申请确认仲裁协议效力的纠纷。

《征求意见稿》第二十一条与英国《1996年仲裁法案》第六条如出一辙。^④这一做法看似是对实践中仲裁协议通常极为概括的回应,比如提单或租船合同中,经常仅约定“伦敦仲裁”。但由于该条不要求仲裁协议包含仲裁事项,它其实也突破了现阶段国际通行做法。这意味着司法机关未来可能需要在当事人未约定仲裁事项的情况下,对仲裁事项的范围进行合理解释,以便审查仲裁协议是否涵盖双方当事人争议的事项。例如,如果当事人签订的租船合同中仅概括地约定由“伦敦仲裁”,此时法院需要通过解释来确定究竟哪些事项可交由仲裁庭仲裁。对此,英国上诉法院在 *Tritonia Shipping Inc v. South Nelson Forest Products Corporation* 一案中,采用了基于当事人之间的交易行为来合理推定仲裁事项的做法。^⑤该法院认为,如果租船合同中仅约定“伦敦仲裁”,那么租船合同中“伦敦仲裁”的意思是当事人将“租船合同下的纠纷”交由伦敦仲裁。英国法院在解释这种概括型仲裁条款时,融入了对当事人之间已形成的租船合同关系的考量。

随着《征求意见稿》第二十一条对仲裁协议构成要素的简化,英国法院所面临的对概括性仲裁协议解释的问题也将成为我国司法实践中难以回避的问题。如果未来仲裁协议多采用不约定仲裁事项的方式订立,仲裁协议的不确定性势必增加。法院审查仲裁

^③ 《征求意见稿》第二十一条规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的具有请求仲裁的意思表示的协议。一方当事人在仲裁中主张有仲裁协议,其他当事人不予否认的,视为当事人之间存在仲裁协议。”

^④ 英国《1996年仲裁法案》(Arbitration Act 1996)第六条规定:“‘仲裁协议’是指(1)将现在或未来纠纷提交仲裁的协议(无论纠纷是否为合同纠纷);(2)在协议中原因书面形式的仲裁条款或包含仲裁条款的文件,构成仲裁协议,只要该援引旨在使上述条款成为协议的一部分。”

^⑤ *Tritonia Shipping Inc v. South Nelson Forest Products Corporation*, [1966] 1 Lloyd's Rep 114, p.116.

协议效力的过程中需要结合具体案情去理解仲裁协议的内容,并逐步形成与解释概括性仲裁协议相匹配的解释方法。

（二）默示仲裁协议的引入

对于默示仲裁协议这一概念的理解,理论界和实务界存在多种观点。有观点认为,默示仲裁协议是当事人一方对于另一方用书信或者其他书面形式向其表示仲裁的意思,在没有明确给予答复的情况下构成的该方对于仲裁意思的默示接受。^{③⑥}也有观点认为,默示仲裁协议是相对于明示仲裁协议而言的,当事人提交仲裁的意思表示采用了不同的方式。^{③⑦}即便上述观点都存在一定的合理性,但笔者认为,两种观点都没有阐明默示仲裁协议的实质。

《国际商事仲裁示范法》第七条第二款涉及默示仲裁协议的规定,即“在申请书和答辩书的交换中当事人一方声称有协议而当时他方不否认即为书面协议”。对比第七条第二款前部分的内容可知,《国际商事仲裁示范法》默示仲裁协议是书面仲裁协议的一种形式,一方当事人可以通过在申请书和答辩书中提出存在仲裁协议的主张,只要另一方当事人未予否认,即可认为双方存在仲裁协议。笔者认为,这里一方当事人在申请书和答辩书中主张存在的仲裁协议,既可以为非书面形式的仲裁协议,比如口头协议,也可以是存在效力瑕疵的仲裁协议。对比可以发现,英国《1996年仲裁法案》第五条第五款中规定的默示仲裁协议,仅在当事人之间已存在非书面仲裁协议时,允许一方当事人在申请书或答辩书中主张存在仲裁协议,若另一方未予否认,法院可认定当事人之间存在书面仲裁协议。

2016年,针对彭某与中国人民财产保险股份有限公司杭州市分公司(以下简称人保杭州公司)一案,最高人民法院就双方之间是否存在仲裁协议给出了答复意见。^{③⑧}本案中,彭某为其车辆购买了保险,但投保单上彭某的签名非本人所签。保险单由人保杭州公司单方签发。彭某在收到保险单后,在知晓保险单所记载的仲裁条款的情形下,依据保险单中的仲裁条款向杭州仲裁委员会提起仲裁。最高人民法院据此认定彭某主动提请仲裁的行为构成其提请仲裁的意思表示,仲裁协议有效,即便彭某在仲裁庭开庭后撤回了仲裁申请,彭某与人保杭州公司之间达成的仲裁协议并不因此失效。

虽然该答复意见中未涉及“默示仲裁协议”这一字眼,但笔者认为,该答复意见体现了我国对默示仲裁协议的立场。本案由于彭某并未亲自签署保险单,从严格的意义上说,彭某和人保杭州公司之间的仲裁协议虽然以书面形式存在,但其效力存有瑕疵。彭某通过向杭州仲裁委员会提请仲裁(势必要提交仲裁申请书),并在申请书中主张与人保杭州公司仲裁协议的存在(也即提请仲裁的依据),人保杭州公司未予否认,双方的行为构成了对原本有效力瑕疵仲裁协议的补救。因此,可认定当事人之间存在形式完备的

^{③⑥} 张建华:《仲裁新论》,中国法制出版社2002年版,第105页。

^{③⑦} 杨文升、张虎:《论〈纽约公约〉下仲裁协议效力的确定》,载《法学杂志》2015年第4期,第93页。

^{③⑧} 《最高人民法院关于申请人彭某与被申请人中国人民财产保险股份有限公司杭州市分公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案请示的答复》(2016)最高法民他40号。

书面仲裁协议。该案彭某和人保杭州公司达成仲裁协议方式完全符合《国际商事仲裁示范法》中默示仲裁协议达成的方式。

《征求意见稿》第二十一条引入默示仲裁协议,即一方当事人在仲裁中主张有仲裁协议,其他当事人不予否认的,视为当事人之间存在仲裁协议。但基于上述讨论,笔者认为,《征求意见稿》中默示仲裁协议的内容并未把握住默示仲裁协议的实质。默示仲裁协议本质上是书面仲裁协议的一种形式,它需以一种书面文件为基础,例如向仲裁机构提交仲裁的申请书或向法院提交的答辩书。只有在这种特定文件的基础上,一方当事人表达出请求仲裁的意思表示,另一方当事人未予否认,才能使当事人之间原本存在的口头仲裁协议或有效力瑕疵的仲裁协议补救成具备完全效力的书面仲裁协议。因此,如果《仲裁法》确需引入默示仲裁协议,第二十一条的措辞有待完善。

另外需要注意的是,虽然默示仲裁协议可以扩大我国法律下仲裁协议的外延,但它也可能增加法院在审查仲裁协议效力以及在决定是否执行仲裁裁决的过程中的困难。比如,如何准确认定哪些事项属于默示仲裁协议的仲裁事项、仲裁裁决是否超裁。不仅如此,如果我国法律明确承认默示仲裁协议,那么被申请人只有通过在仲裁程序开始前积极进行管辖权抗辩,才可以避免仲裁庭启动程序。否则,被申请人不予抗辩的行为将构成其接受仲裁的意思表示。

五、结 语

从仲裁协议国际性的认定,到准据法的选择,再到依据法律认定仲裁协议的效力,各个环节,环环相扣,影响着国际商事仲裁协议效力的认定。只有把握现实发展,践行监督和支持仲裁的基本理念,充分理解相关法律法规及最高人民法院司法解释文义后的价值取向,准确适用法律,才能对国际商事仲裁协议效力进行准确认定。随着《仲裁法》修订工作的全面开启,未来司法实践中认定仲裁协议效力会出现许多新问题、新挑战。通过对仲裁进行合法且适度的司法认定,我国法院会在促进国际商事仲裁发展中发挥更大作用,为“一带一路”营造稳定、公平、透明、可预期的法治环境贡献力量。

Abstract: One of the important aspects of the judicial supervision towards arbitration is to determine the validity of international commercial arbitration agreements. It involves several stages, from the determination of the “international” character of an arbitration agreement, to the choice of law and to the application of law. With the development of the Chinese international commercial arbitration industry, current laws cannot fully meet the ends of the practice, and the judicial practice also reveals several issues for reflection and improvement. On 30 July 2021, the Ministry of Justice published a draft of Arbitration Law for public comments. Article 21 of this draft changed a lot when compared with its counterpart

in the current Arbitration Law. Due to the fact that Article 21 will be an important legal basis for courts to decide the validity of international commercial arbitration agreements, the author will also make some comments in combination with the latest international legislation and judicial practice.

Keywords: international commercial arbitration; validity of arbitration agreements; judicial supervision; Amendments of Arbitration Law

（责任编辑：黄晨亮）

仲裁裁决在香港承认与执行中的公共政策问题

陈锦淞*

内容提要 通过分析典型案例可以看出,为了处理好“裁决作出地和承认执行地”与“仲裁和诉讼”这两组关系,中国香港法院在审判中坚持终局性原则、国际礼让原则和狭义解释原则,只对仲裁裁决是否违反执行地的公共政策进行审查,同时强调不能使承认与执行阶段成为败诉方争取第二次辩论的机会,并在审判中尽量避免对裁决认定的事实问题进行审理。在具体案件审理中,中国香港法院重视程序正义及其与裁决作出地的文化差异,并试图在程序正义与仲裁目的之间寻求平衡。在中国香港高度重视程序正义的背景下,面对涉港案件,仲裁庭和仲裁当事人都应对仲裁程序的正当性予以重视。在承认与执行阶段,内地法院应当向中国香港法院学习,尽量避免对公共政策进行抽象解释并在裁决中写明推理过程。

关键词 中国香港 公共政策 承认与执行

一、引言：问题缘起

1999年,内地与香港特别行政区签订了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(下称《安排》)。随后,内地最高人民法院以司法解释的形式颁布并实施了《安排》,而香港则在《仲裁条例》中加入“内地裁决的强制执行”这一部分。《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》第七条规定了内地法院可以裁定不予执行香港仲裁裁决的情形,其中在最后一项规定“内地法院认定在内地执行该仲裁裁决违反内地社会公共利益,或者香港特区法院决定在香港特区执行该仲裁裁决违反香港特区的公共政策,则可不予执行该裁决”,而《仲裁条例》第95条第3款第2项也规定,如果强制执行该裁决会违反公共政策,可以拒绝执行该裁决。两地的相关条款都规定了相似的拒绝执行的兜底条款,只是具有表述上的不同。这一规定赋予了法院对相关仲裁裁决进行司法监督与审查的权利,保证了内地与香港对违反其根本利益的仲裁裁决的最终否决权,体现了在坚持仲裁裁决终局性的同时尊重内地与香港公共利

* 陈锦淞,深圳大学法学院硕士研究生。

益的司法态度。^①自《安排》签订后,仲裁申请执行人依照《仲裁条例》相关规定向香港法院请求执行内地仲裁裁决的案件增多,在这些案件中,被执行人常以公共政策为由要求法院拒绝执行相关仲裁裁决。

作为一个抽象性概念,公共政策一直是理论研究中的热点问题。但目前我国对于公共政策的研究,主要集中在以下几个方面:其一,对其法律内涵以及相关立法规定加以讨论,结合国际上经典的案例,对其适用内涵进行分析;^②其二,对我国法院适用公共政策以拒绝承认与执行国际民商事仲裁裁决进行实证研究;^③其三,对个别香港典型案例进行研究^④对中国大陆与港澳台地区的典型案例进行研究,为推动中国大陆与港澳台地区的司法协助提供建议。^⑤通过总结可以发现,少有围绕仲裁裁决在香港承认与执行中的公共政策问题展开的实证研究。公共政策作为具体的法律制度,只有在审判实践中才能真正发挥作用。了解香港法院对公共政策的态度,可以为内地当事人在承认与执行、乃至整个仲裁程序中面对公共政策问题提供指导。在处理涉港仲裁案件时,内地仲裁机构应该对香港法院在处理公共政策问题中注意的问题予以重视,避免仲裁裁决被香港法院以违反公共政策为由不予承认与执行。了解香港法院对公共政策的态度,对内地法院处理承认执行阶段的公共政策问题也具有借鉴意义。因此,对仲裁裁决在香港承认与执行中的公共政策问题进行研究,无论对于理论还是实践,都具有重要意义。

本文选取香港法院涉及公共政策的典型案例,^⑥结合文献介绍香港法院在处理公共政策问题中体现的基本原则以及对基本问题的回答,对公共政策在香港承认与执行仲裁裁决案件中的适用进行具体分析,尝试对香港法院对公共政策问题的态度进行总结,并对香港法院的态度为内地仲裁审理以及内地法院承认执行仲裁裁决带来的启示进行分析。

二、仲裁裁决承认与执行中公共政策的内涵

不同于法律适用阶段的公共政策问题,在承认与执行阶段,公共政策问题存在两个方面:一方面,涉及两个法域,即裁决作出地以及裁决执行地,在承认与执行阶段处理公

① 徐琳:《国际商事仲裁裁决承认与执行中的公共政策》,载《河北法学》2009年第7期,第16-18页。

② 徐琳:《国际商事仲裁裁决承认与执行中的公共政策》,载《河北法学》2009年第7期,第16-18页;张贝:《论国际商事仲裁裁决承认与执行中的公共政策问题》,载《北京仲裁》2004年第2期,第63-71页;江保国:《国际商事仲裁中的国际公共政策的识别与适用》,载《仲裁研究》2008年第2期,第89-96页。

③ 何其生:《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》,载《中国社会科学》2014年第7期,第143-163页;徐春龙、李立菲:《〈纽约公约〉中“公共政策”的理解与适用——以最高人民法院批复的8起案件为样本》,载《中国海商法研究》2014年第4期,第60-66页;郭浩:《我国国际商事仲裁裁决的司法审查中公共政策运用的实证研究》,载《北京仲裁》2016年第1期,第77-92页;宋建立:《公共政策在仲裁司法审查中的适用》,载《人民司法》2018年第1期,第61-64页。

④ 李剑强:《香港与内地相互执行仲裁裁决制度之发展》,载《武大国际法评论》2006年第2期,第344-358页。

⑤ 顾维遐:《〈纽约公约〉下的公共政策解读:两岸四地的区域性发展与合作》,载《比较法研究》2010年第1期,第90-99页。

⑥ 案件来源于 HKLII 资料库及香港司法机构“判决书查询系统”: <https://www.hkllii.hk/chi/>、<https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/judgment.jsp>, 最后访问时间:2022年1月13日。

共政策问题时,对于其他法域已经作出审理的案件,出于礼让,应当尊重其效力,也需要尊重裁决作出地与承认执行地的文化差异;另一方面,涉及仲裁和诉讼两种不同的争端解决机制,需要处理好两者间的关系。

当前,国际贸易逐渐成为国际交往中最活跃的环节,作为不同国家间私人间或经济实体间利益的博弈,贸易双方的摩擦不可避免,国际民商事争议应运而生。由于国际民商事诉讼存在送达程序繁复、判决承认困难等问题,争端双方更倾向于通过仲裁解决相应的争端。但是作为当事人约定的争议解决机构,仲裁庭通常只关注当事人之间利益的冲突,很少顾及一国的国家利益和公共政策,^⑦因此需要法院在承认与执行阶段对国家利益与公共政策进行考量。而将公共政策作为拒绝承认与执行外国仲裁裁决的抗辩理由已是国际普遍做法,在《纽约公约》等国际条约中都有规定。

“公共政策”本身是一个飘忽不定、备受争议的概念。在仲裁判例法中最常引用的 Joseph Smith 法官在 Parsons & Whittemore 一案中的评论,即“只有执行会违反法院地国有关道德和正义最基本的观念时,才应拒绝执行一项外国裁决”。^⑧在 Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd (下称“河北进出口公司案”)一案中,香港终审法院也同意这一观点,其认为公共政策一词具有多方面的内涵。这一概念包含了一项原则,即法院应承认外国仲裁庭裁决的有效性,将其视为礼让事项,并予以执行,除非这样做会违反最基本的道德和正义概念。^⑨由上文的论述可以得知,尽管各国法院在判例中试图确定公共政策的内容,但实际上并不可能对其做出精确的定义。公共政策概念的不确定是理论界与实务界普遍关注的问题,具有重要的研究意义。

三、公共政策在香港承认与执行仲裁裁决中的实证研究

(一) 香港法院承认与执行仲裁裁决中涉及适用公共政策的典型案例

《仲裁条例》第 86 条、第 89 条和第 95 条分别对拒绝承认执行香港仲裁裁决、《纽约公约》仲裁裁决与内地仲裁裁决的情形进行了规定。由于这些规定基本相似,在相关案件中,香港法院对于公共政策的态度也一致,相关论述可以相互适用,因此本文选取的典型案例不仅涉及内地仲裁裁决,也涉及香港仲裁裁决和《纽约公约》下的国际商事仲裁裁决。本文选取的案例主要是从香港司法机构官网^⑩以及 HKLII 资料库中检索得到。笔者以“public policy”和“enforce arbitration”为关键词在香港司法机构官网进行

⑦ 何其生:《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》,载《中国社会科学》2014年第7期,第143-163页。

⑧ 国际法协会:《国际法协会2002年新德里大会国际商事仲裁委员会以“公共政策”拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》,鲍冠艺、黄伟译,载《仲裁研究》2006年第1期,第88-97页。

⑨ Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd, FACV10/1998, Court of Final Appeal, 1999, para.9.

⑩ 香港司法机构“判决书查询系统”,<https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/judgment.jsp>,最后访问时间:2022年1月13日。HKLII是香港大学计算机科学系与香港大学法律学院的联合研究项目,并得到 Australasian Legal Information Institute (AustLII) 的下注。HKLII是一个免费、独立及非牟利的网页,目的是推广及支持香港的法治精神,让公众取得所需的法律资料。香港法律资讯研究中心支持并参与免费取览法律资讯运动。

检索,可以得到 352 个结果。由于香港是判例法地区,在判决书中经常会引用先前的判例进行论证,在梳理之后,可以看出,在承认与执行仲裁裁决案件中,对于公共政策问题,香港法院已经形成了一套较为完善的处理机制。在 *Xiamen Xingjingdi Group Ltd v. Eton Properties (Holdings) Ltd & Eton Properties (Holdings) Ltd* (下称“厦门新景地集团有限公司诉裕景兴业有限公司”)一案中,香港法院也指出,在承认与执行阶段,法院的作用应当尽可能机械化。^⑪ 因此本文按照以下方法对典型案例进行选择: 1. 剔除当事人提起公共政策抗辩,但判决中明显不涉及对公共政策问题进行讨论的案例后,挑选出 2016 年—2021 年间的所有案例,并选取 2020 年最高人民法院与香港特别行政区政府律政司共同发布的内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的典型案例中涉及公共政策问题的香港案例; 2. 在对上述案例判决进行阅读之后,对判决中所引用的判例进行标注,通过案号在 HKLI 资料库中检索到对应案例并进行阅读,再研读相关案例中引用的判例,多次循环,筛选出其中具有代表性的判例; 3. 以筛选出来的案例全称为关键词在香港司法机构官网进行检索,浏览引用筛选案例的相关案件,验证是否有遗漏阅读的案件; 4. 最终选取以下典型案例: (1) 舆论关注度高、庭审交叉引证程度高以及香港各界对判决结果认同度高的案例、(2) 近两年内作出的较有代表性的案例。按照以上案例选取标准,本文共选取香港法院对公共政策的 17 个典型案例进行分析。

表 本文选取典型案例

序号	案号	案例名称
1	HCMP1150/1992	<i>Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company & another v. Million Basic Company Limited</i>
2	FACV10/1998	<i>Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd</i>
3	HCCT 83/2000	<i>Shanghai City Foundation Works Corporation v. Sunlink Limited</i>
4	CACV 106/2008 & CACV 197/2008	<i>Xiamen Xingjingdi Group Ltd v. Eton Properties (Holdings) Ltd & Eton Properties (Holdings) Ltd</i>
5	HCCT 54/2008	<i>A v. R</i>
6	HCCT 32/2011	<i>R v. F</i>
7	CACV 79/2011	<i>Gao Haiyan & Xie Heping v. Keeneye Holdings Limited</i>
8	CACV 136/2011	<i>Pacific China Holdings Limited (in liquidation) v. Grand Pacific Holdings Limited</i>
9	HCCT 5/2012	<i>Granton Natural Resources Co Limited v. Armco Metals International Limited</i>

^⑪ *Xiamen Xingjingdi Group Ltd v. Eton Properties (Holdings) Ltd & Eton Properties (Holdings) Ltd*, CACV 106/2008 & CACV 197/2008, High Court, 2009, para.28.

序号	案号	案例名称
10	HCCT 48/2012	Shanghai Fusheng Soya-food Co, Ltd & Shanghai Zhangxiaobao Green Food Development Co, Ltd v. Pulmuone Holdings Co, Ltd
11	HCCT 40/2014	A v. B
12	HCCT 13/2015	KB v. S
13	HCCT 34/2016	U v. A & Others
14	HCMP 1771/2017	Z v. Y
15	HCCT 62/2020	G v. S
16	HCCT 50/2020 & HCCT 51/2020	H v. L
17	HCCT 70/2020	W v. AW

（二）香港法院审理公共政策体现的基本原则与基本问题

1. 基本原则

正如前文所说,法院在承认与执行阶段处理公共政策问题时,需要处理好裁决作出地与承认执行地之间的关系,也需要平衡仲裁和诉讼两种不同的争端解决机制之间的关系。香港法院在判例中确认了终局性原则、国际礼让原则以及狭义解释原则,对上述关系的处理均起到了指导性作用。

（1）终局性原则和国际礼让原则

仲裁的终局性是指国际商事仲裁裁决一经作出,即对当事人产生约束力,非经法定程序不得撤销。相较于诉讼过程中的多级审理程序,仲裁的终局性符合争议双方追求效率的目标要求。国际礼让原则在此指的是在不损害国家及公众的权利或利益的前提下,对于其他国家已经做出审理的案件,出于礼让,应当尊重其效力。法院在对仲裁裁决的承认与执行进行司法审查的过程中,必须坚持终局性原则和国际礼让原则,慎重适用公共政策拒绝承认与执行仲裁裁决。2002年国际法协会发布的《关于以公共政策为由拒绝承认与执行国际仲裁裁决的最终报告》(下称《最终报告》)第2条指出,除有例外情形,国际商事仲裁裁决的终局性应当得到尊重。执行法院必须在终局性和正义之间做出平衡。在“河北进出口公司案”中,终审法院在裁判文书第9段指出法院应当承认外国仲裁裁决的有效性,将其视为礼让事项,除非这样做会违反最基本的道德和正义概念。在裁判文书第82段指出,无论是《仲裁条例》还是《纽约公约》都通过禁止拒绝承认与执行相关仲裁裁决,使终局性原则和国际礼让原则生效,除非出现法定情形。^⑫

^⑫ Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd, FACV10/1998, Court of Final Appeal, 1999, para.9.

（2）狭义解释原则

为了最大程度尊重国际商事仲裁裁决的终局性,调和“承认外国仲裁裁决的终局性”与“法院地国保护其基本正义”两者间的矛盾,世界许多国家通过立法、判例或学者学说,对外国仲裁裁决承认与执行程序中的公共政策进行狭义的解释,^⑬各缔约国以限缩解释公共政策、限制适用公共政策为最大原则。^⑭国际法协会在2002年发布的《最终报告》中就指出,在承认仲裁裁决时,有些国家的立法和法院通过适用“国际公共政策”标准来限定或限制“公共政策”的范围。权威的评论者赞同对“公共政策”例外情形作狭义解释并使用“国际公共政策”这一概念,委员会也采纳了适用“国际公共政策”标准的观点。^⑮香港虽然没有在相关法律和判决中采用“国际公共政策”的说法,但在判例中明确提及在承认与执行仲裁裁决的过程中应当进行狭义解释。在 *Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company & Another v. Million Basic Company Limited* 一案中,香港法院指出“不得将公共政策视为包罗万象的概念,它的范围有限,应谨慎应用”。^⑯在 *A v. R* 一案中,香港法院指出,作为礼让的问题,公共政策本身倾向于执行其他法域的仲裁裁决。^⑰在 *Granton Natural Resources Co Limited v. Armco Metals International Limited* (下称“格兰顿自然资源有限公司案”)一案中,香港法院认为,仲裁裁决的终局性和礼让性决定了对于“公共政策”一词必须作狭义解释。^⑱在“河北进出口公司案”中,终审法院也指出,《纽约公约》的目的是鼓励在国际合同中承认和执行商业仲裁协议,并统一遵守仲裁协议和执行仲裁裁决的标准,《仲裁条例》的目的之一是促进仲裁以公平、迅速的方式解决争议,为了确保在不过度干预执行法院的情况下达到这一目标,对第5条的规定,特别是关于公共政策的规定作了狭义的解释。^⑲

2. 基本问题

如何处理好“裁决作出地和承认执行地”与“仲裁和诉讼”这两组关系,落实到具体实践中,需要对以下基本问题进行回答:(1)公共政策是否包括裁决作出地的公共政策;(2)执行法院扮演什么角色;(3)是否应该对仲裁裁决的事实问题进行审查。在终局性原则、国际礼让原则和狭义解释原则的指导下,香港法院在审理有关于仲裁裁决承认与执行的公共政策案件时,对上述基本问题做出了回答。不同于下文对公共政策在香港司法审查中的具体适用问题进行讨论,这三个基本问题无法成为被申请人提出的抗辩理由,这三个问题的答案也无法直接为具体仲裁裁决能否适用公共政策予以拒绝承认与

^⑬ 同前注①,第16-18页。

^⑭ 徐春龙、李立菲:《〈纽约公约〉中“公共政策”的理解与适用——以最高人民法院批复的8起案件为样本》,载《中国海商法研究》2014年第4期,第60-66页。

^⑮ 同前注⑧。

^⑯ *Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company & Another v. Million Basic Company Limited*, HCMP1150/1992, High Court, 1993, para.19.

^⑰ *A v. R*, HCCT 54/2008, High Court, 2009, para.22.

^⑱ *Granton Natural Co Limited v. Armco Metals International Limited*, HCCT 5/2012, High Court, 2012, para.12.

^⑲ *Supra* note 12, para.79.

执行提供答案。但是这三个基本问题是法院在具体案件中作出裁决时必须考虑的问题,其答案对具体案件裁决的作出具有一定的指导意义。

(1) “公共政策”指的是执行地的公共政策

以公共政策为由拒绝承认执行仲裁裁决中的“公共政策”指的是执行地的公共政策,这是由国际礼让原则决定的。《纽约公约》第5条规定,承认和执行仲裁裁决有违该国公共政策时可以拒绝承认和执行。尽管《仲裁条例》第86条和第95条都仅规定了如果强制执行该裁决会违反公共政策,可以拒绝执行该裁决,但由于仲裁条例第95条是依据《安排》第7条做出,而第7条规定,“若香港特区法院决定在香港特区执行该仲裁裁决违反香港特区的公共政策,……”。从文义上很容易就能得出,在香港,以公共政策为由拒绝承认执行仲裁裁决中的“公共政策”指的是执行地的公共政策。尽管有人认为,在执行时也应当对裁决作出国的“公共政策”、争议问题准据法所属国的“公共政策”或基础债务履行地的“公共政策”进行考虑,但是《最终报告》指出,主流的观点是只应适用被请求国的“公共政策”。^{②③}由于香港是中国的一部分,在U v. A & Others一案中,被申请人认为涉案合同和附件因未经当局批准而无效,而该案的香港独任仲裁员未接受这一观点,违反内地法律和内地公共政策,并提出“一国两制”的概念,要求香港法院拒绝执行相关仲裁裁决。对此香港法院指出,仲裁庭在事实或法律上的错误不能成为拒绝执行的理由,而香港法律是香港法院在拒绝执行中所依据的唯一的法律,被申请人律师所依赖的“一国两制”概念对被申请人并无帮助。^{②③}

(2) 执行法院不能作为上诉法院

执行法院不能成为仲裁裁决的上诉法院是由仲裁的终局性、礼让原则决定的,执行法院必须调和国际商事仲裁裁决的终局性、裁决作出地法院的管辖权与执行地的公共政策之间的矛盾。因此,执行法院必须尊重仲裁庭及仲裁裁决作出地法院作出的决定。在“河北进出口公司案”中,终审法院通过文义分析,认为仲裁的主要监督职能属于具有监督管辖权的裁决作出地法院,而不是执行法院,《仲裁条例》和《纽约公约》赋予执行法院的是拒绝执行的剩余酌情权。^{②③}而在A v. R中,香港法院更是明确指出,通过选择仲裁,各方必须被视为承担了仲裁员可能在其决定中出错的风险。仲裁员在裁决中的错误(无论是法律错误还是事实错误)本身并不能抵消公共政策对执行的偏向。如果要提出公共政策的理由,就必须有更多的理由,即一项裁决所产生的实质性不公正对法院的良心来说是如此令人震惊,以致于使执行仲裁裁决令人反感。执行法院必须保持警惕,不能滥用公共政策来为败诉方争取第二次辩论的机会,成为监督法院的上诉法院,认为这种情况的发生将会损害仲裁的效力,本身不利于公共利益。^{②③}因此在Gao Haiyan & Xie Heping v. Keeneye Holdings Limited(下称“高海燕案”)一案中,香港法院指出,当裁决

^{②③} 同前注⑧。

^{②③} U v. A & Others, HCCT 34/2016, High Court, 2017, paras.2, 64, 65.

^{②③} *Supra* note 12, para.8.

^{②③} *Supra* note 17, paras.22, 8.

作出地法院已经对撤销仲裁裁决的请求作出裁定,执行法院应当对裁决作出地法院的裁决予以重视。^{②④}

(3) 尽量避免对仲裁裁决认定的事实问题进行审查

狭义解释原则决定了在承认与执行仲裁裁决阶段,法院应当尽量避免对仲裁裁决认定的事实问题进行审查。在 *H v. L* 案中,香港法院指出,在裁定是否拒绝执行仲裁裁决时,执行法院不能将公共政策作为托词或者借口,以审查裁决的实体方面或审查仲裁庭所作事实或法律认定的正确性。事实上,不仅仅是针对公共政策抗辩,在整个承认与执行阶段,法院都应当尽量避免对仲裁中认定的事实问题进行审查。在 *Pacific China Holdings Limited (in liquidation) v. Grand Pacific Holdings Limited* 一案中,香港法院就明确指出,在承认与执行阶段,法院将不会实质处理争议的是非曲直,也不会处理裁决的正确与否,无论是关于事实或法律的错误。在厦门新景地集团有限公司诉裕景兴业有限公司一案中,香港法院也明确指出,在判断是否拒绝执行仲裁裁决时,法院并不需要对仲裁裁决的是非曲直或者对涉案的交易进行考虑。在 *KB v. S* 一案中,香港法院也在判决中再次提及这一内容。^{②⑤}

尽管上文提到的案例在提及审查仲裁裁决认定的事实问题时运用了“不能”“不需要”等字眼,但这并不意味着在承认与执行阶段,法院完全不能对仲裁裁决中的事实问题进行审查。在“格兰顿自然资源有限公司案”一案中,香港法院就明确指出“腐败、贿赂或欺诈行为肯定会违反世界司法体系的共同正义理念”。只是在该案中,没有任何证据证明涉案证书的颁发与腐败活动有关,且被申请人未在向仲裁裁决作出地法院申请撤销仲裁裁决中提出这一问题。^{②⑥}从本案论述可以看出,如果将来在承认与执行仲裁裁决的过程中,案件具体内容涉及腐败问题,香港法院有可能对仲裁裁决认定的事实问题进行审查。而在 *Shanghai Fusheng Soya-food Co, Ltd & Shanghai Zhangxiaobao Green Food Development Co, Ltd v. Pulmuone Holdings Co, Ltd* 一案中,被申请人指出仲裁庭没有重视相关联案件中法院所确认的“被申请人未证明申请人挪用了合资公司资金”这一事实,违反争议解决的终局性,该裁决违反公共政策,应予撤销。香港法院在阅读相关法院判决后认为“申请人夸大了相关判决的影响”,指出仲裁庭认为申请人和被申请人实际上都涉嫌挪用资金,并表示即使考虑相关判决内容,法院也不认为仲裁庭会得出不同的结果,更何况根据裁决内容可以看出“仲裁庭已经考虑了相关问题”。^{②⑦}本案中法院对仲裁庭认定相关事实问题时是否考虑关联诉讼的判决内容进行了考量,对仲裁庭做出的事实认定进行了肯定,一定程度上对仲裁裁决认定的事实问题进行了审查。

^{②④} Gao Haiyan & Xie Heping v. Keeneye Holdings Limited, CACV 79/2011, High Court, 2011, paras.67, 68.

^{②⑤} KB v. S, HCCT 13/2015, High Court, 2011, para.49.

^{②⑥} Granton Natural Resources Co Limited v. Armeo Metals International Limited, HCCT 5/2012, High Court, 2012, para.30.

^{②⑦} Shanghai Fusheng Soya-food Co, Ltd & Shanghai Zhangxiaobao Green Food Development Co, Ltd v. Pulmuone Holdings Co, Ltd, HCCT 48/2012, High Court, 2014, paras.13, 35.

（三）公共政策在香港司法审查中的具体适用

通过对上述典型判例的总结分析,香港法院关于公共政策的论证主要可以分为两个部分:一是针对被申请人提出的问题进行审查,二是不对申请人提出的理由进行审查,而是通过其他程序性问题进行论证,最终得出承认与执行该仲裁裁决是否违反公共政策的结论。

1. 针对被申请人提出的问题进行审查

（1）仲裁庭有失公正

将仲裁庭的公正性纳入公共政策的范畴应当是毫无疑问的,在“高海燕案”中,Reyes法官就指出支持一项带有偏见的裁决是错误的,支持这样一个裁决将会使正义得不到伸张,执行这一裁决将是对法院正义感的侮辱。^{②⑧}在“河北进出口公司案”中,高等法院法官也指出,执行仲裁庭具有明显偏见的仲裁裁决会违反香港的公共政策。^{②⑨}但是“公正”本身是一个模糊性的概念,如何判断仲裁员有失公正是实践中不可忽视的问题。

①明显的偏见和实际的偏见

在“河北进出口公司案”“高海燕案”“格兰顿自然资源有限公司案”这三个案件中,香港法院对在何种程度上仲裁庭的偏见能够导致仲裁裁决因违反公共政策而被拒绝承认与执行这一问题进行了完善。在“河北进出口公司案”中,Bokhary常任法官区分了明显的偏见(apparent bias)和实际的偏见(actual bias),其中提到:“But short of actual bias, I do not think that the Hong Kong courts would be justified in refusing enforcement of a Convention award on public policy grounds as soon as appearances fall short of what we insist upon in regard to impartiality where domestic cases or arbitration are concerned.”^{③①}Bokhary常任法官似乎认为明显的偏见不足以成为执行法院拒绝执行的理由。但本案中另非常任法官梅森爵士却未区分明显的偏见和实际的偏见。在“高海燕案”中,上诉庭法官认为,两位法官的观点并不构成矛盾,认为Bokhary常任法官所强调的是,一个人不应在自己认为存在明显的偏见时就立马拒绝承认执行相关仲裁裁决。^{③②}非常任法官梅森爵士的判断中没有任何东西可以反驳这一点。在“格兰顿自然资源有限公司案”中,法官进一步明确二者并不冲突,偏见可以以不同的形式存在。在某些情况下,明显的偏见和实际的偏见之间的界线是不容易划定的,明显的偏见可以作为拒绝承认与执行裁决的理由。但是,相比实际的偏见,需要一个更有力的理由来证明基于明显的偏见做出拒绝的正当性。^{③③}

尽管香港法院通过上述三个案件对如何确定仲裁庭公正与否给出了相应指导,但评价标准仍较为抽象。

^{②⑧} *Supra* note 24, para.4.

^{②⑨} *Supra* note 12, para.59.

^{③①} *Id.*, at para.33.

^{③②} *Supra* note 24, para.110.

^{③③} *Supra* note 26, para.21.

②具体评价标准

在“河北进出口公司案”中,被申请人提出首席仲裁员及仲裁庭聘请的专家在申请人的工作人员在场的情况下,对涉案机器进行了检验,还与申请人的工作人员进行了讨论,而另外两名仲裁员及被申请人当时并不在场,被申请人无法陈述自己的观点,就此被申请人认为本案中仲裁庭有失公正,执行涉案仲裁裁决将违反《仲裁条例》第44条第3款所规定的公共政策,要求香港法院拒绝执行。对此,终审法院 Litton 法官认为高等法院对“首席仲裁员和专家们在检验时听取了申请人工作人员对设备的介绍”这一情况过分看重, Litton 法官认为这只会影响首席仲裁员的第一印象,而专家组是应被申请人的要求由仲裁庭指定的,目的是查看被申请人“可以对设备进行修改以符合合同规格”的主张是否正确。而首席仲裁员在场是为了保证专家们行为得当,并非要对机器设备的状态做出判断,也不是听取一方陈述,最终仲裁结果也是依据专家报告的内容作出的。梅森爵士的论证则更具有代表性,他指出,根据《中国国际经济贸易委员会仲裁规则》(下称《仲裁规则》)第38条,仲裁庭应当有权安排独立专家进行调查,且无需通知双方到场。根据《仲裁规则》该条规定,梅森爵士指出似乎只有在法庭认为必要的时候,才要求当事方出席检查过程。而在仲裁裁决作出之后,被申请人曾向西安中级人民法院要求撤销裁决,西安中级人民法院得出的结论是“仲裁裁决符合法律规定,仲裁程序符合《仲裁规则》”。梅森爵士认为,法庭没有任何理由可以作出与西安中级人民法院结论相反的判断。在此,梅森爵士似乎已经简要得出涉案仲裁并不存在仲裁员有失公正的行为。除此之外,梅森爵士指出,被申请人没有在发现不遵守仲裁规则的行为存在的时候及时,或者至少在违规行为可能得到纠正的时候,提出异议,根据禁止反言原则,足以证明执行法院做出执行裁决的决定是合理的,因此梅森爵士认为即使根据香港法律,相关程序可能被认为是不可接受的,也不能适用公共政策拒绝执行相关案件。^{③③}在“高海燕案”中,被申请人指控申请人、申请人指定的仲裁员及仲裁委员会秘书长三者存在串通勾结,主要理由是在仲裁的两次开庭期间,仲裁庭通知当事人进行调解,但却并未联系被申请人,调解在饭局上开展,且仲裁庭在调解中建议被申请人向申请人支付的数额与最终裁决的数额相差巨大。尽管申请人与被申请人相继拒绝了调解结果,但被申请人认为仲裁庭的调解行为违反公共政策。香港高等法院初审法庭 Reyes 法官认为调解的程序、地点、参与调解的人员存在不规范的地方,调解建议与调解结果的重大差距也表明仲裁庭存在不公正的现象,拒绝执行该仲裁裁决。但香港高等法院上诉法庭法官却认为虽然他可能会与 Reyes 法官一样,对调解的方式感到不安,因为在香港,调解通常会以更正式的方式进行,但是要判断相关调解是否不当从而体现仲裁庭存在不公正的问题,则取决于调解当地对调解的理解。据此,上诉庭法官认为必须对该地法院拒绝撤销的决定给予重视,而该地中级人民法院认为,根据该地仲裁委员会仲裁规则第37条的规定,“调解可以由仲裁庭或者仲裁庭委托其成员、案件秘书(下称调解人)主持。经当事人同意,也可以

^{③③} *Supra* note 12, paras.13, 39, 64, 66, 72, 93-95.

邀请有关单位或人员协助调解,或者作为调解人主持调解”。因此不能证明仲裁庭存在不公正的现象。^{③④}

在这两个案件中,我们能够看到香港法院对于以“仲裁庭具有偏见”这一理由适用公共政策拒绝承认执行仲裁裁决的谨慎态度。在认定仲裁庭是否有失公正的时候,香港法院坚持国际礼让原则,重视裁决作出地法院的决定,同时,在考虑仲裁庭是否公正的情况下充分尊重裁决作出地与香港的差异,以裁决作出地的标准考量公平与否,只要相关程序根据裁决作出地法律及文化是合理的,即使相关程序按照香港法律可能被认为是不能接受的,也不能运用公共政策拒绝执行相关裁决。香港法院这一态度实际上在上文所提到的“执行法院不能作为上诉法院”以及“‘公共政策’指的是执行地的公共政策”两者间做出了权衡,这是因为争议双方在选择仲裁与在何处仲裁的时候,不仅应当被视为承担了仲裁员可能在其决定中出错的风险,还应当被视为同意仲裁裁决作出地相关的法律和程序以及其仲裁文化。

(2) 履行障碍问题

除了将仲裁庭有失公正视为违反公共政策的一部分为由向执行法院申请拒绝承认执行仲裁裁决,被申请人还经常以履行具有障碍为由要求香港法院拒绝承认与执行仲裁裁决。在 *Shanghai City Foundation Works Corporation v. Sunlink Limited* 一案中,被申请人认为其与申请人之间存在口头的“压倒一切的协议”,根据该口头协议,在仲裁程序开始之前,双方已经同意,无论仲裁程序的结果如何,未支付的合同款项与停工损害赔偿只能在最终账目出具后,在第一被告结清最终账目后支付,被申请人认为“压倒一切的协议”的存在使得执行该仲裁裁决会违反公共政策。^{③⑤} 在厦门新景地集团有限公司诉裕景兴业有限公司一案中,被申请人指出涉案股份因被申请人重组无法转让,且涉案土地开发已完成,其中99%的房产已出售,因而被申请人无法履行仲裁裁决,如果香港法院作出执行仲裁裁决的决定,被申请人会因不能执行而面临藐视法庭的风险,因此请求香港法院以违反公共政策为由拒绝执行涉案仲裁裁决。^{③⑥} 在 *G v. S* 一案中,被申请人指出在仲裁开始之后他们才发现其他可以终止涉案协议的证据,而仲裁庭并未对这一问题进行审理,如果强迫被申请人履行协议,被申请人就无法依靠其合法权利终止协议,被申请人认为这违反了公共政策。^{③⑦} 上述三个案件中被申请人提出拒绝承认与执行的理由均可总结为履行仲裁裁决具有障碍。在厦门新景地集团有限公司诉裕景兴业有限公司一案和 *G v. S* 一案中,香港法院均指出,履行障碍不能作为在公共政策理据上拒绝承认执行涉案仲裁裁决的充分理由^{③⑧}。这是因为在判断是否拒绝执行仲裁裁决时,法院并不需要对裁决的

^{③④} *Supra* note 24, paras.2, 70-85, 102.

^{③⑤} *Supra* note 27, para.3.

^{③⑥} *Xiamen Xingjingdi Group Ltd v. Eton Properties (Holdings) Ltd & Eton Properties (Holdings) Ltd*, CACV 106/2008 & CACV 197/2008, High Court, 2009, para.21 & para.29.

^{③⑦} *G v. S*, HCCT 62/2020, High Court, 2021, para.4.

^{③⑧} *Xiamen Xingjingdi Group Ltd v. Eton Properties (Holdings) Ltd & Eton Properties (Holdings) Ltd*, CACV 106/2008 & CACV 197/2008, High Court, 2009, para.33; *G v. S*, HCCT 62/2020, High Court, 2021, para.6.

是非曲直或者对涉案的交易进行考虑。^{③⑨} 在厦门新景地集团有限公司诉裕景兴业有限公司一案中,香港法院还指出,如果被申请人真的不能履行,也不会产生蔑视法庭的后果。^{④①} 而在 G v. S 一案中,被申请人还指出,申请人在香港申请香港法院执行仲裁裁决的同时,在内地基于同一问题提起了新的仲裁,要求被申请人赔偿未能履行仲裁裁决造成的损失,被申请人认为申请人的行为构成重复救济,在这种情况下执行仲裁裁决将违反公共政策。对此香港高等法院初审法庭指出根据《仲裁条例》,申请执行仲裁裁决是救济形式的一种,但申请执行仲裁裁决不能与提出要求被申请人赔偿因未能履行仲裁裁决造成的损失诉讼并存,申请人必须做出选择。但在本案中,香港法院认为该仲裁是在内地提出,而不是在香港提出,申请人是否有权在寻求执行仲裁裁决的同时在新仲裁中提出索赔,是内地法律的问题。^{④②}

由此,我们可以得出,香港法院一般不会因为履行存在障碍而拒绝承认与执行仲裁裁决,除非申请人在申请承认执行仲裁裁决的同时向香港法院就被申请人拒不执行仲裁裁决提出索赔。

2. 通过审理程序性问题作出决定

(1) 禁止反言原则

所谓“禁止反言原则”,指的是人们在进行民事活动、民事诉讼行为时,应当对自己的言辞及其他表示负责,不得随意对自己的言辞和表示进行否定。禁止反言原则在香港法院处理以公共政策为由拒绝承认与执行仲裁裁决的案件中发挥了重要作用,主要表现为如果被申请人在仲裁裁决过程中与仲裁裁决作出地法院对裁决进行监督的过程中未能提出违反公共政策的事项存在,而只向执行法院提出这一问题,那么根据禁止反言原则,仲裁庭与仲裁裁决作出地法院作出的裁决合理,执行法院执行该仲裁裁决的行为也合理。禁止反言原则适用于多个案件,无论被申请人以何理由^{④③} 提出执行涉案仲裁裁决违反公共政策,只要被申请人已知相关违反公共政策的理由存在却未在之前的程序中提出,香港法院就可以根据禁止反言原则,做出承认执行涉案仲裁裁决的决定,而不用对被申请人提出的违反公共政策的理由做出审理论证。如果仲裁裁决作出地法院在监督的过程中以禁止反言原则驳回撤销仲裁裁决的申请,香港法院也应当予以重视。^{④④}

香港法院同样通过案例对“禁止反言原则”的具体内涵进行了丰富。在“河北进出口公司案”中,梅森爵士指出即使被申请人没有以这一理由向仲裁裁决作出地法院提

^{③⑨} Xiamen Xingjingdi Group Ltd v. Eton Properties (Holdings) Ltd & Eton Properties (Holdings) Ltd, CACV 106/2008 & CACV 197/2008, High Court, 2009, para.28.

^{④①} *Id.*, at para.32.

^{④②} *Supra* note 37, paras.10-12.

^{④③} 如在 Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd 一案中被申请人以仲裁庭不公正为由提出抗辩,在 A v. R 一案中被申请人指出仲裁庭适用决定赔偿金额的合同条款因违反丹麦或香港法律无效,裁决所规定的赔偿金额远超合理水平,认为根据公共政策,香港法院应当拒绝执行相关裁决,在 Shanghai City Foundation Works Corporation v. Sunlink Limited 一案中以履行障碍为由提出抗辩。

^{④④} H v. L, HCCT 50/2020; HCCT 51/2020, High Court, 2021, para.16.

出撤销仲裁裁决,并不意味着被申请人不能在另一司法管辖区以公共政策为由向执行法院申请拒绝承认执行仲裁裁决,这是因为每个司法管辖区都有自己的公共政策。尽管梅森爵士提出了这样一种可能性,但是却未用于处理本案,在后续的案例中这一观点也基本未得到适用。在下一段,梅森爵士指出他并没有排除这样一种可能性,即一方未向具有监督管辖权的法院以相关理由提出撤销仲裁,因而不能以这一理由向执行地法院提出拒绝执行,否则就违反了禁止反言原则。^{④④}根据这一理由,梅森爵士认为即使根据香港法律,相关程序可能是被认为不可接受的,也不能适用公共政策拒绝执行相关案件。这一论证在后续案件中被频繁适用。^{④⑤}在“高海燕案”中,高等法院上诉法庭进一步指出,即使被申请人曾经向仲裁裁决作出地法院以相关理由提出撤销仲裁裁决的申请,但只要被申请人在仲裁过程中已经发现违反公共政策的事项存在却未提出,那么根据禁止反言原则,香港法院就不应适用公共政策拒绝执行相关案件。高等法院初审法庭 Reyes 法官认为被申请人未能在仲裁裁决的过程中对仲裁庭不公正提出异议并不构成禁止反言,因为被申请人提出异议就会面临与仲裁庭对抗的风险,如果仲裁庭真的不公正,那么仲裁庭必然会驳回其请求。上诉法庭反驳了 Reyes 法官这一观点,认为被申请人在裁决作出前并没有任何担忧,如果被申请人对裁决满意,被申请人应该不会再对仲裁庭的公正性提出异议。上诉法庭进一步指出,诉讼当事人不能等到仲裁结果出来后,视满意程度决定是否以仲裁庭不公正为由向仲裁裁决作出地法院要求撤销仲裁裁决,否则就构成禁止反言。^{④⑥}

从香港法院对于禁止反言原则的态度可以发现,尽管香港法院在审理案件时坚持只能因执行地即香港的公共政策拒绝承认与执行仲裁裁决,但是在实践中却很少以仅在香港的文化社会背景下产生的公共政策为由拒绝承认与执行仲裁裁决,而更多地将一些普适性问题纳入公共政策的范围内。

(2) 裁决未能说理

“裁决未能说理”的争论归根结底源于仲裁本身的价值和司法审查之间的斗争。从仲裁本身的价值来看,其目的是满足将争端提交仲裁的争议双方,只要争议双方满意,仲裁庭在裁决中能否说理并不重要。但从司法审查的角度上看,仲裁裁决是否说理可以为仲裁庭审慎履行自己的职责起到反推作用,有利于争议双方理解与承认仲裁裁决,更是为执行地法院提供判断资料。^{④⑦}从香港法院的判例来看,香港法院将裁决是否说理视为重要的公共政策。

在 A v. B 一案中,高等法院初审法庭指出关键和实质性问题应当得到公平的考虑和处理,裁决应当在合理充分且当事人可以理解的范围内说明理由。^{④⑧}在 W v. AW 一案

^{④④} *Supra* note 12, paras.87-88.

^{④⑤} 如 Gao Haiyan & Xie Heping v. Keeneye Holdings Limited 和 A v. R。

^{④⑥} *Supra* note 24, paras.63, 68, 69, 86.

^{④⑦} 参见张贝:《论国际商事仲裁裁决承认与执行中的公共政策问题》,载《北京仲裁》2004年第2期,第63-71页。

^{④⑧} A v. B, HCCT 40/2014, High Court, 2015, para.33.

中,对于同一事实问题,仲裁庭对两关联案件作出了不同的裁决,而先后担任两个关联案件仲裁员的陶先生并没有对裁决结果提出异议,被申请人认为仲裁庭忽略了生效裁决中确定的内容,在关联案件中对同一问题作出不同的认定,违反了公共政策,要求法院撤销仲裁裁决。在这一案件中香港法院并未解释仲裁庭“在关联案件中对同一问题作出不同认定”是否会导致仲裁裁决违反公共政策,而是以“仲裁员陶先生未对其为何在其担任仲裁员的关联案件中对同一问题作出不同的认定作出解释”为由认定该仲裁裁决违反公共政策,因此决定撤销第二个仲裁裁决。^④在 *Z v. Y* 一案中,被申请人以双方当事人以买卖合同掩盖实际上的贷款合同,构成合同欺诈,违反了中华人民共和国法律,构成合同诈骗罪,符合《仲裁条例》第 95 条“公共政策”项下的“违法理由”,要求执行法院拒绝执行。高等法院初审法庭并未对争议双方是否构成合同诈骗罪进行审理,而是以这一重要问题在裁决中没有得到充分的解释为由认定提交仲裁庭裁决的重大问题没有得到适当的考虑和裁决,与双方的合理期望相反,执行该裁决将违反执行法院的公平和正义理念,从而拒绝执行该仲裁裁决。^⑤但是,香港法院以仲裁庭未能说理为由拒绝承认与执行仲裁裁决的情况仍在少数,呈现出一种审慎的态度。对于如何判断仲裁庭是否说理这一问题,在 *R v. F* 一案中,高等法院初审法庭指出,必须在适当的背景下阅读和理解仲裁裁决,因为仲裁是保密的,裁决旨在由熟悉背景和争议问题的各方当事人进行阅读,只要争议双方能够理解仲裁庭是如何就某一特定问题得出结论,裁决理由就不必详尽或冗长。^⑥在 *Z v. Y* 一案中,高等法院初审法庭指出仲裁裁决的理由可能很短,只要解释事实 and 法律依据,并表达推理,使各方能够理解仲裁庭是如何得出结论的即可。^⑦

(四) 香港法院在承认与执行仲裁裁决阶段适用公共政策的标准

上文所提及的案例中,只有在 *Z v. Y*、*A v. B* 和 *W v. AW* 三个案件中,香港法院以仲裁庭未能说理为由,认定承认与执行涉案仲裁裁决会违反公共政策,体现了香港法院对公共政策问题的谨慎态度。尽管国际商事仲裁带有诸多国际因素,但其运作毕竟要受仲裁员和当事人等特定的知识体系与文化背景的影响,因此不可避免地带有某种地方性,导致与承认与执行地公共政策相冲突。^⑧对于这种情况,尽管香港没有像奥地利、澳大利亚、英国等国采用结果标准对公共政策进行审查,但仍采取了尊重仲裁裁决作出地文化背景差异的态度,即使相关程序在香港可能是不被认可的,但只要相关程序符合仲裁裁决作出地的法律及文化背景,香港法院就不会以违反公共政策为由拒绝承认执行相关仲裁裁决。而香港法院不采用结果标准审查公共政策,是其平衡程序正义与仲裁自身价值的结果。承袭普通法的特色,香港法院长期关注程序问题,因此,重视境外所作出的仲裁

^④ *W v. AW*, HCCT 70/2020, High Court, 2021, paras.52-56.

^⑤ *Z v. Y*, HCMP 1771/2017, High Court, 2018, paras.4-16.

^⑥ *R v. F*, HCCT 32/2011, High Court, 2012, para.18.

^⑦ *Z v. Y*, HCMP 1771/2017, High Court, 2018, para.12.

^⑧ 江保国:《国际商事仲裁中的国际公共政策的识别与适用》,载《仲裁研究》2008年第2期,第89-96页。

裁决的程序公正已经成为香港仲裁司法审查的特色之一。^{⑤4}从仲裁本身的价值来看,其目的是满足将争议提交仲裁的争议双方。争议双方在选择仲裁的过程中,就已经对仲裁裁决作出地的法律及文化背景做出选择。在对公共政策进行审理的过程中,香港法院对仲裁裁决是否说理进行了实体审查,以保证争议双方能理解与承认仲裁裁决,从而实现仲裁的目的,同时维护了程序正义。同样,香港法院在适用禁止反言原则审理涉及公共政策案件时也考虑了程序正义和仲裁目的的实现,在仲裁裁决过程中以及具有管辖权的仲裁裁决作出地法院行使其管辖权的过程中放弃提出异议的权利,体现了申请人对裁决结果的默示同意。

四、香港法院适用公共政策标准对内地的启示

(一) 对内地仲裁庭和当事人的启示

1. 对内地仲裁庭的启示

香港法院长期关注程序正义,对于境外仲裁裁决的程序问题予以高度重视。在这一背景下,在涉港仲裁裁决过程中,应当高度重视仲裁程序的正当性。

在“高海燕案”中,虽然高等法院上诉法庭认为应当尊重仲裁裁决作出地的文化背景,承认与执行涉案仲裁裁决,但初审法庭的判决也同样具有积极意义。仲裁与调解相结合是中国仲裁的特色之一,《仲裁法》第五十一条就规定“仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当进行调解。调解不成的,应当及时作出裁决。”各仲裁机构的仲裁规则都规定了仲裁与调解相结合的程序。尽管其他国家也对仲裁与调解相结合有所规定,但是在人情社会的背景下,内地仲裁的调解往往呈现出一种不够正式的状态。在法治社会的背景下,内地的仲裁机构在调解时应当更加重视调解的规范性,在调解时严格遵守仲裁规则,规范仲裁调解程序,必要时修改仲裁机构的仲裁规则,避免因调解程序不规范而导致仲裁裁决因违反公共政策被拒绝承认与执行,这样才能更好地保护当事人的权利。

从仲裁本身的价值来看,其目的是满足将争议提交仲裁的争议双方,因此只要争议双方满意,仲裁庭在裁决中能否说理并不重要,但这并不意味着仲裁庭可以不做任何说理直接得出结果。内地仲裁庭在作出裁决的过程中必须注意,得出仲裁裁决的理由不必详尽或冗长,但需要解释事实和法律依据,并表达推理,使各方能够理解仲裁庭是如何做出结论的。

2. 对内地当事人的启示

除了仲裁机构与仲裁庭,内地当事人在涉港仲裁裁决作出的过程中以及仲裁裁决作出地法院对裁决进行监督的过程中也要注意程序问题,一旦发现违反公共政策的事由,就需要立即提出,否则即使违反公共政策的事由真的存在,香港法院也可能会因违反禁

^{⑤4} 同前注^⑤,第90-99页。

止反言原则而拒绝以公共政策为由拒绝承认与执行涉案仲裁裁决。

（二）对内地承认与执行仲裁裁决的启示

1. 尽量避免对公共政策进行抽象解释

从最高人民法院审理承认与执行仲裁裁决的案件中来看,最高人民法院倾向于使用不同的模糊术语界定和描述公共政策。“GRD Minproc 有限公司申请承认并执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决”一案指出,公共政策是指中国的“社会根本利益、法律基本原则或者善良风俗”。^{⑤⑤}在“韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决”一案中,最高人民法院指出只有“违反我国法律基本原则、侵犯我国国家主权、危害国家及社会公共安全、违反善良风俗等危及我国根本社会公共利情形的”,才能援引公共政策予以拒绝承认和执行外国仲裁裁决。^{⑤⑥}“善良风俗”“社会根本利益”“法律基本原则”等术语本身就比较模糊,无法为实践提供很好的指导。而香港法院在审理有关公共政策的案件时较少使用抽象性解释,而是将一些较为具体的问题划入公共政策的范围内,例如将“仲裁员不公正”界定为违反公共政策的事项,并尽量通过审理程序性问题作出裁定。香港法院的这一做法不同于内地法院,香港法院的这种做法,避免了抽象术语导致的相关含义和范围不清晰的问题。在狭义解释原则的指引下,内地法院应当学习香港法院的这一做法,以避免不当扩大公共政策的适用范围。

2. 尽量在裁决中写明推理过程与具体理由

在判断一个国际商事仲裁裁决所涉及的法律问题是否违反我国的公共政策时,法院通常会迅速得出相关结论,但缺乏推理过程展示和具体理由的释明。^{⑤⑦}例如,在“ED&F 曼氏(香港)有限公司申请承认与执行伦敦糖业协会仲裁裁决”一案中,最高人民法院认为,被申请人未经批准擅自从事境外期货交易的行为,依照中国法律无疑应认定为无效。之后,法院就直接得出结论:“违反我国法律的强制性规定不能完全等同于违反我国的公共政策。”^{⑤⑧}与之相比,香港法院在面对公共政策抗辩时,强调解释和说理,重视判例法的作用,尽量根据已有判例法形成的机械化的处理体系对公共政策抗辩进行处理。虽然内地属于大陆法系,但是最高人民法院的判决一定程度上会影响下级法院的判断。因此,在面对公共政策抗辩或者下级法院对香港问题的请示时,最高人民法院应当重视说理作用。

五、结 语

作为拒绝承认及执行国际仲裁裁决的重要理由,公共政策问题一直是理论界研究的热点。但作为具体的法律制度,公共政策只有在审判实践中才能真正发挥作用,因此有

^{⑤⑤} 最高人民法院(2008)民四他字48号复函。

^{⑤⑥} 最高人民法院(2012)民四他字12号复函。

^{⑤⑦} 同前注⑦,第143-163页。

^{⑤⑧} 最高人民法院(2003)民四他字3号复函。

必要通过实证研究对公共政策问题进行分析。《安排》签订后,被申请人常常在向香港法院请求执行内地仲裁裁决的案件中以公共政策为由进行抗辩,了解对香港法院面对公共政策问题的态度,有利于完善两地仲裁裁决相互认可和执行的机制,从而促进仲裁裁决在内地与香港间自由流通,以降低两地民众的纠纷解决成本,从而密切两地人员的往来和经贸合作。

Abstract: By analyzing typical cases, it can be seen that in order to deal with the relationship between "the place where the award was made and the place of enforcement" and the relationship "arbitration and award" as well as to balance the relationship between "arbitration and litigation", the Hong Kong courts have adhered to the principles of finality, international comity and narrow interpretation, only reviewing whether the arbitral award violates the public policy of the place of enforcement, while emphasizing that the losing party cannot seek a second argument at the recognition and enforcement stage, and avoiding as much as possible the trial of factual issues found in the arbitration. In specific cases, Hong Kong courts attach importance to procedural justice, respect the cultural differences between Hong Kong and the place of enforcement, and try to find a balance between procedural justice and the purpose of arbitration. Under the background that Hong Kong attaches great importance to procedural justice, both the arbitral tribunal and the parties should pay attention to the due process of arbitration in cases involving Hong Kong. At the recognition and enforcement stage, the mainland courts should learn from Hong Kong and try to avoid abstract interpretations of public policy and write down the reasoning process in their decisions.

Keywords: Hong Kong; public policy; recognition and enforcement

(责任编辑: 吕 辉)

论我国紧急仲裁员临时措施之执行

黄志鹏^{*}

内容提要 各主要仲裁机构都将紧急仲裁员制度规定在仲裁规则之中,但实际实施效果却不如人意,究其原因主要在于紧急仲裁员发布的临时措施是否具有可执行性,在大多数国家或地区的立法上仍无定论。紧急仲裁员所作的临时措施可否执行与紧急仲裁员的地位、所作的临时措施是否可以认定为终局性有关。我国《仲裁法(修订)(征求意见稿)》只是简单规定了当事人可以向紧急仲裁员申请临时救济措施,但对于紧急仲裁员的地位以及事后执行的问题并没有加以规定,为使我国紧急仲裁员制度在未来实施过程中减少执行方面的阻力,建议参考各国或地区的实践做法,明确规定紧急仲裁员法律性质以及其所作出的临时措施具有终局性等内容。

关键词 紧急仲裁员 临时措施 《仲裁法(修订)(征求意见稿)》 执行

紧急仲裁员制度,自诞生以来就备受学界关注,诸如斯德哥尔摩商会仲裁院(下称SCC)、新加坡国际仲裁中心(下称SIAC)、国际商会仲裁院(下称ICC)等主要仲裁机构都将紧急仲裁员制度规定在仲裁规则之中。此外,我国《香港国际仲裁中心机构仲裁规则(2018年)》(下称HKIAC规则)、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015年)》(下称《贸仲规则》)、《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则(2015年)》(下称《上海自贸区规则》)、《北京仲裁委员会仲裁规则(2019年)》(下称《北仲规则》)等规则也对紧急仲裁员制度作出了较为具体的规定。我国此次《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(下称《征求意见稿》)也将紧急仲裁员制度纳入条文当中。虽学界对于紧急仲裁员的界定各一,但实质都大体相同——紧急仲裁员制度是在仲裁庭组成之前,由当事人申请任命紧急仲裁员对证据、财产或行为作出临时措施决定的制度。^①该制度虽得到广泛的推广,但在实践中仍面临着许多问题,其中最显著的是制约紧急仲裁员临时措施执行的问题:紧急仲裁员这一身份该如何定性;紧急仲裁员所作的临时措施是否可以认定为终局性,若仲裁一方当事人不履行紧急仲裁员所作出的决定时,是否可以适用公约的规定强制执行。本文将基于以上问题,分析相关国际公约、各仲裁机构仲裁规则以及司法实

^{*} 黄志鹏,中南财经政法大学法学院国际法硕士研究生。

^① 韩思睿:《国际商事机构仲裁视角下的紧急仲裁员制度》,载《北京仲裁》2014年第4期,第13页。

践,尝试完善我国紧急仲裁员临时措施的执行问题。

一、紧急仲裁员制度及适用现状

临时措施作为一种救济方式早已存在,目前全球大多数国家的立法和仲裁规则都赋予仲裁庭作出临时措施的权利。但临时措施的发布大多规定为在仲裁庭组成之后,对于当事人在仲裁前提出的临时措施申请并没有得以解决。囿于仲裁庭的组成十分耗时,当事人在仲裁庭组成前的合法权益无法得到保障等缺陷,紧急仲裁员制度应运而生。紧急仲裁员制度保障了当事人在仲裁程序的启动至仲裁庭组成期间的权利问题,是对仲裁庭发布临时措施的补充。此外,紧急仲裁员无论是在受理案件的时限亦或是指定仲裁员的时间方面都耗时较短,能有效防止当事人实施转移资产、隐匿证据等不当行为,提高仲裁的效率。

紧急仲裁员制度虽代表着国际商事仲裁领域的一个新方向,但具体实施情况如何,有待进一步观察。笔者根据2021年伦敦大学玛丽皇后学院和国际仲裁学院颁布的《2021国际仲裁调查:仲裁适应变化中的世界》报告,选取了报告中所提及的几个最受欢迎的仲裁机构——SIAC、HKIAC以及SCC——进行分析。^②根据SIAC在其官网上公布的2010—2020年数据(见图1),以受理仲裁案件数量最高的年份为例,2020年该仲裁机构受理案件1080件,当事人申请适用紧急仲裁员制度的案件仅有20件,占比约为2%;^③但值得注意的是,SIAC在2013年适用紧急仲裁员制度的案件数量的增比较前一年高约171.43%。

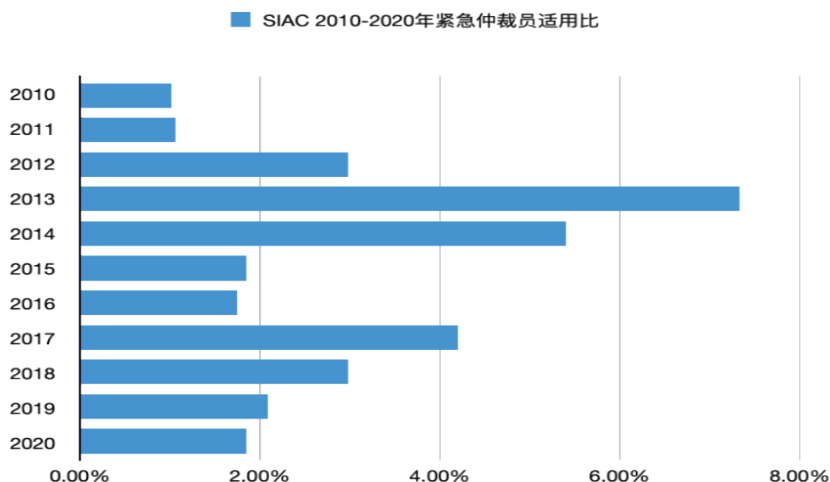


图1 新加坡国际仲裁中心(SIAC)2010—2020年紧急仲裁员适用比(数据来源见注释③)

^② 2021 International Arbitration Survey: *Adapting Arbitration to a Changing World*, <https://www.whitecase.com/sites/qumil-international-arbitration-survey-2021-web.pdf>, p.10, last visited Jan.9, 2022.

^③ 参见 <https://siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/annual-reports>, 最后访问时间:2022年1月9日。

HKIAC 在官网上发布了 2009—2020 年的数据,但因其紧急仲裁员制度于 2013 年 11 月 1 日才生效,故只查阅了 2014—2020 年的数据(见图 2)。^④2020 年, HKIAC 受理仲裁案件在这 7 年内最高,达到 318 件,但适用紧急仲裁员制度的案件仅有 14 件,占比约为 4.4%;但在 2019 年适用紧急仲裁员案件的数量为 0, 2014—2018 年数量都只有 2 件左右,适用率并不高。

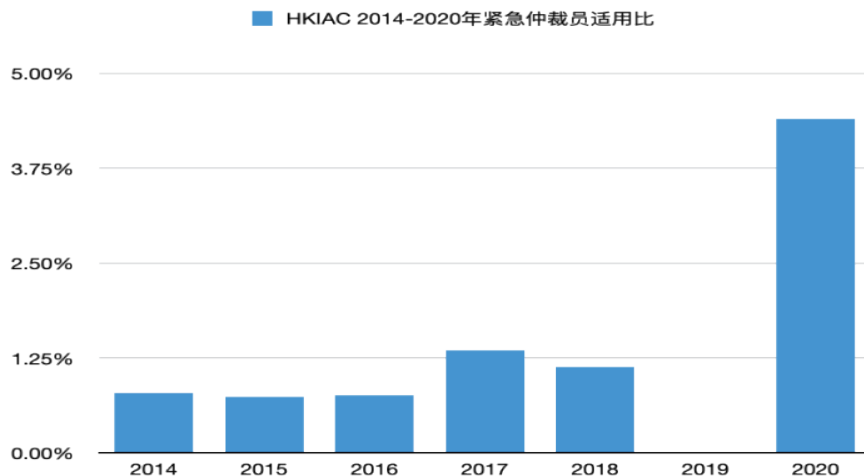


图 2 香港国际仲裁中心 (HKIAC) 2010—2020 年紧急仲裁员适用比 (数据来源见注释④)

根据 SCC 在官网上发布的 2010—2019 年数据可以看出(见图 3), 2013 年是 SCC 受理仲裁案件最多的一年,案件达 203 件,但是当事人提出适用紧急仲裁员制度申请的只有 1 件,占比约为 0.49%;^⑤2016 年, SCC 受理紧急仲裁员案件数量属 10 年来最多,为 13 件,约占 10 年适用紧急仲裁员制度数量的 31.71%。



图 3 斯德哥尔摩商会仲裁院 (SCC) 2010—2019 年紧急仲裁员适用比 (数据来源见注释⑤)

④ 参见 <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>, 最后访问时间: 2022 年 1 月 9 日。

⑤ 参见 <https://sccinstitute.com/chi/%E7%BB%9F%E8%AE%A1%E6%95%B0%E6%8D%AE/>, 最后访问时间: 2022 年 1 月 9 日。

通过分析以上机构官网所发布的年度报告,可以发现紧急仲裁员所适用的比率并不是很高。相比于各仲裁机构受理仲裁案件的数量,其受理申请适用紧急仲裁员制度的案件数量微乎其微。除了案件不宜适用紧急仲裁员程序以外,紧急仲裁员所作的临时措施在执行方面得不到保障,所作决定是否具有执行力这一问题在各个国家或地区还处于悬而未决的状态也是原因之一,当事人基于此便会在选择紧急仲裁员制度时望而却步。

二、紧急仲裁员中临时措施执行之困境及原因

由于境外引入紧急仲裁员制度的大多数仲裁机构未对紧急仲裁员作出临时措施的裁判是否具有执行力进行规定,因而会引起法院实际操作中认定不一的情况。下面将以印度和美国两个国家的司法实践为例。

在 Amazon.com NV Investment Holdings LLC v. Future Retail Limited & Others (下称 Amazon v. Future) 一案中,印度最高法院在 2021 年 8 月 6 日的判决中认定紧急仲裁员作出的临时措施命令具有可执行性。^⑥ Amazon 投资了印度第二大线下零售商 Future,并分别在 2019 年 8 月 12 日和 8 月 22 日与 Future 零售和其旗下的 13 家关联公司签订了《股份协议》和《股份认购协议》,协议约定争议由仲裁解决,仲裁地在新德里,适用《SIAC 规则》;同时协议还约定 Amazon 的全部投资必须在 Future 零售内部流动,没有经过 Amazon 的同意,Future 零售不得转移零售资产,包括 Mukesh Dhrubhai Ambani group (Reliance Industries group) 在内的法人也被列为限制交易对象。2019 年 12 月 26 日,Amazon 支付了投资款后,Future 零售在 2020 年 8 月 29 日与 Reliance Industries group 进行交易。2020 年 10 月 5 日,亚马逊依据《SIAC 规则》向紧急仲裁员申请临时救济,在听取各方口头陈述后,紧急仲裁员于 2020 年 10 月 25 日作出了禁售令:在最终的仲裁裁决作出前,Future 零售不得继续前述交易行为。Future 零售向法院申请临时措施禁止 Amazon 就紧急仲裁员作出的临时措施向有权机关申请执行,但是并没有得到法院支持。法院认为,紧急仲裁员作出的裁决属于印度《仲裁法》第 17 条第(1)项所说的命令;此外,法院强调,仲裁程序的措辞不应当被任何定义局限,应包含紧急仲裁员程序,将“仲裁庭”解释为包含紧急仲裁员在内的所有仲裁员是毋庸置疑的。因此,紧急仲裁员作出的临时措施具有可执行性。

但在 Raffles Design International India Private Limited & Anr. v. Educomp Professional Education Limited & Ors. (下称 Raffles v. Educomp) 一案中,德里高等法院却认为紧急仲裁员作出的临时措施不能依据印度《仲裁法》获得执行。^⑦ 作为申请人的母公司 Raffles 与作为被申请人的母公司 Educomp 在 2008 年 5 月 16 日签订了一份合资协议,根据协议,

^⑥ Amazon.com NV Investment Holdings LLC v. Future Retail Limited & Others, LNIND 2021 DEL 547, pp.4-7, 89-93.

^⑦ Raffles Design International India Private Limited & Anr. v. Educomp Professional Education Limited & Ors., LNIND 2016 DEL 4636, pp.2-7, 61-64.

Educomp Raffles Higher Education Limited (下称 ERHEL) 成立为一家合资公司,在印度各地提供管理和设计方面的教育课程,Raffles 和 Educomp 持有 ERHEL 相等的股份比例。2015 年 3 月 12 日,双方签订了股份购买协议。当事人约定双方争议将根据新加坡法律进行管辖和解释,并依据《SIAC 规则》在新加坡进行仲裁。2015 年 9 月 25 日申请人向 SIAC 申请任命紧急仲裁员,紧急仲裁员于 2015 年 10 月 6 日通过了申请人临时紧急救济的请求,裁令被申请人不得采取任何剥夺申请人在协议中的权利的行动。被申请人拒绝执行,未果,上诉至高等法院。法院认为紧急仲裁员所作出的命令并不等同于仲裁员所作出的裁决,且申请人已经与新加坡仲裁庭进行了接触,此后也从新加坡获得了关于临时命令的判决,在这种情况下,仲裁庭通过的紧急裁决不能得以执行,执行该裁决的唯一方法是申请人另行提起诉讼。

从以上两个案件可以看出,印度对于紧急仲裁员是否可以解释为仲裁员意见不一,在国内法没有明文规定的情况下,紧急仲裁员所作出的命令能否执行便成为司法实践中的难题。实际上,不仅印度法院出现不同的判决,美国法院亦是如此。

在 *Vital Pharmaceuticals, d/b/a VPX Sports v. Pepsico, Inc.* (下称 *VPX v. Pepsi*) 一案中,美国佛罗里达州南区地方法院对于紧急仲裁员作出临时措施的执行命令予以确认,因为其认为紧急仲裁员的临时措施是最终命令。^⑧ 2020 年 3 月,原告 VPX 与 Pepsi 签订了一份《经销协议》,约定由 Pepsi 在美国经销 VPX 的 Bang 品牌的能源产品。2020 年 10 月 23 日,VPX 无故终止了《经销协议》。VPX 指控 Pepsi 未尽“商业上合理的努力”来经销 VPX 的产品。Pepsi 则认为 VPX 所提出的要求并未约定在《经销协议》中,根据《经销协议》的条款,如果任何一方寻求无故终止《经销协议》,该方必须在终止生效前 3 年发出通知,并且在 3 年内双方都必须遵守合同义务。2020 年 11 月 23 日,Pepsi 在美国仲裁协会对 VPX 提起仲裁,并请求仲裁机构指定紧急仲裁员授予紧急救济。2020 年 12 月 7 日,紧急仲裁员认为 Pepsi 有充足的理由证明如果缺失紧急救济,它将立即遭受不可弥补的损失。于是作出了支持 Pepsi 的临时命令,宣布在 2023 年 10 月 24 日之前,Pepsi 依旧是 VPX 的独家经销商,并命令 VPX 在接下来的近三年内继续遵守《经销协议》的条款,停止向 Pepsi 拥有独家经销权的客户销售产品。2020 年 12 月 8 日,Pepsi 向本案法院提出动议,请求对紧急仲裁员命令予以确认。法院认为,依据《联邦仲裁法》第 9 条规定的执行仲裁裁决的门槛程序要求已得到满足,其第三点理由指出“授予 Pepsi 衡平救济的紧急仲裁员命令是最终命令,能够根据《联邦仲裁法》予以确认。虽然该命令具有临时性质,但紧急仲裁员的裁决是‘初步禁令,确认禁令是使最终救济有意义的必要条件’”。因此,法院支持了 Pepsi 的请求,对紧急仲裁员做出的临时措施予以执行。

然而,美国各法院对于紧急仲裁员所作出的临时措施是否具有终局性态度不一。在 *Al Raha Grp. For Tech. Servs. v. PKL Servs. Inc.* (下称 *Al Raha v. PKL*) 一案中,美国佐治亚州北部地区法院认为紧急仲裁员所发布的临时措施并不是终极裁决,法院缺乏管辖权

^⑧ *Vital Pharmaceuticals, d/b/a VPX Sports v. Pepsico, Inc.*, 528F.Supp.3d1295, S.D. Florida. 2020, pp.4-10.

基础,因而拒绝执行。^⑨ 申请人沙特 Al Raha 公司与被申请人美国 PKL 公司签订了分包合同。PKL 试图终止与 Al Raha 签订的分包合同,而 Al Raha 却尝试阻止 PKL 终止合同,由此双方引发了争议。Al Raha 对此发起仲裁并根据仲裁规则申请紧急仲裁员作出紧急禁止令救济,禁止 PKL 在仲裁庭组建之前终止分包合同。PKL 拒绝执行紧急仲裁员的命令,并认为地区法院对该申请没有标的物管辖权,因为紧急裁决尚未就所涉争议点的实体做出任何裁决,不具有终局性;此外, PKL 依据仲裁规则中的条文“一旦仲裁庭成立,则其可以重新考虑、修改或撤销紧急裁决”来支撑自己的主张。而作为回应, Al Raha 向地区法院申请初步禁制令,以确认紧急裁决并禁止 PKL 终止分包合同。法院最终裁定支持 PKL 的主张,认为其不具有管辖权,因为该紧急裁决并没有解决当事人提交仲裁的任何争议问题而只是临时保持现状的手段,以待该问题最终提交仲裁解决,而法院只对终局性裁决有标的物管辖权。因此,法院拒绝执行紧急仲裁员的临时措施。

由于美国国内法律并没有规定紧急仲裁员所作出的临时措施能否认定为含有终局性因素,所以在司法实践中法官的观点并不一致。在 VPX v. Pepsi 案中,法院认为紧急仲裁员作出的决定虽然具有临时性,但这并不影响其可以具有终局性。为了保持效率,紧急仲裁员制度避免了司法审查的程序性决定或初步裁定,它解决了当事人在仲裁未决期间是否需要维持现状并继续履行合同义务的问题,因此,地方法院必须有权确认和执行这样的“最终”禁令救济,使其具有效力。但在 Al Raha v. PKL 案中,法院认为紧急仲裁员作出的决定未涉及实体问题的结局,不是最终裁决,因此法院无权管辖。

通过对以上 4 个案件的对比分析,笔者认为紧急仲裁员临时措施的执行困境主要基于以下两方面的原因:一是对于紧急仲裁员能否被包含在仲裁庭中,是否属于仲裁员并不明确。许多国家对仲裁庭的定义一般是援引仲裁员的概念。^⑩ 因此,界定仲裁庭或者仲裁员的性质是定性紧急仲裁员的前提。通说认为,仲裁员的权力具有契约与司法属性。^⑪ 若按照此逻辑,如果认为紧急仲裁员不是仲裁员,那么其作出的决定仅具有契约性质,在这种情况下法院不会审查紧急仲裁员的决定,自然也不会执行该决定;若将紧急仲裁员定位为仲裁员,那么紧急仲裁员的决定具有司法性,可以得到法院的执行。由此可以看出,对于紧急仲裁员认识的不同将会影响其决定的执行情况;二是紧急仲裁员作出的决定是否具有终局性难以被认定。正如文章开篇提及,大多数仲裁机构的仲裁规则中都规定仲裁员有权推翻紧急仲裁员所作的决定。此外,有学者指出 ICC 规则第 29 条对紧急仲裁员裁判的形式作出明确规定,紧急仲裁员只能以命令而非裁决的形式作出临时救济措施,这更体现了紧急仲裁员所作出的临时措施不具有终局性。^⑫ 但也有学者对上述观点并不赞同。正如 VPX 案中法官的判决理由所指出:“紧急仲裁员命令的临时性并

^⑨ Al Raha Grp. for Tech. Servs. v. PKL Servs., N.D. Georgia, Atlanta Division. No.1:18-cv-04194, 2019, pp.2-4.

^⑩ Jason Fry, *The Emergency Arbitrator—Flawed Fashion or Sensible Solution*, Dispute Resolution International, 2013, Vol.7:1, p.186.

^⑪ 桑远棵:《国际仲裁中紧急仲裁员程序研究》,载《中财法律评论》2018年第10期,第129页。

^⑫ 连俊雅:《国际商事仲裁中紧急仲裁员的决定的执行性问题研究》,载《商事仲裁》2016年第1期,第76页。

不妨碍该命令的终局性。它解决了当事人在仲裁未决期间是否需要维持现状并继续履行合同义务的问题。地方法院必须有权确认和执行这样的‘最终’禁令救济,使其具有效力。”

三、我国紧急仲裁员临时措施执行之现状及展望

(一) 我国紧急仲裁员临时措施执行之现状

《中华人民共和国民事诉讼法》(下称《民诉法》)和《中华人民共和国仲裁法》(下称《仲裁法》)是调整我国商事仲裁临时措施的法律,其条文主要规定在《民诉法》第84条和104条,《仲裁法》第28条、第46条和第68条。根据条文的规定可以看出,目前我国不论是仲裁前的临时措施还是仲裁中的临时措施的发布权都由法院专属,仲裁庭并未被赋予发布临时措施的资格,对于当事人提出的临时措施申请,仲裁庭需要转交给法院,最后由法院作出裁定。紧急仲裁员临时措施执行的一个基础是仲裁庭有发布临时措施的权力,但我国法律并未对此加以规定。当我国的仲裁机构或者其他国家仲裁机构的紧急仲裁员根据当事人的申请作出临时措施时,由于立法空白的存在,我们将无法在法律框架下积极应对此类问题。随着仲裁事业的蓬勃发展,我国在紧急仲裁员制度设计上的缺失已无法适应国际仲裁发展的趋势,当事人的需求也无法得到满足。为了顺应国际仲裁的趋势,满足仲裁各方当事人的需求,我国各主要仲裁机构的仲裁规则——《上海自贸区规则》《贸仲规则》《北仲规则》相继规定了紧急仲裁员程序。如《上海自贸区规则》第21条第1项、《贸仲规则》第23条、《北仲规则》第63条第1项规定当事人在仲裁庭组成之前申请临时措施的,可以依据执行地国家或地区的有关法律规定向仲裁委提出申请。即使根据仲裁规则的规定,紧急仲裁员有发布临时措施的权力,但最终能否得到强制执行取决于执行地国家或地区的规定。当事人可以根据选择的中国仲裁机构的仲裁规则在中国申请紧急仲裁员发布临时措施,并可以在赋予紧急仲裁员临时措施的决定具有强制执行力的国家或地区得到强制执行,但若当事人选择适用的法律为中国内地法律,那么当事人对于仲裁庭组成前所申请的临时措施需要转交有管辖权的人民法院作出裁定。

虽然目前我国立法尚未规定紧急仲裁员程序,但我国仲裁机构在引入紧急仲裁员程序后,也受理了有关紧急仲裁员的案件。2017年9月,北京仲裁委受理了中国内地第一个适用紧急仲裁员的案件。^⑬案件争议起源于两名申请人的一项投资协议,两方申请人公司的注册地都在香港,两个被申请人之间有股权控制关系,一方被申请人是公司,另一方是中国内地公民。紧急仲裁员根据当事人的申请颁布了临时措施,禁止被申请人分散资产,最后申请人向香港高等法院申请执行紧急仲裁员颁布的临时措施,法院予以认

^⑬ 孙巍:《中国大陆首例紧急仲裁员仲裁程序:从程序与实体角度看如何审理紧急仲裁员案件》,载“北京市仲裁委员会”公众号,最后访问时间:2022年1月9日。

可。2019年4月,上海仲裁委受理了当事人股权转让协议纠纷案。^⑭本案双方当事人是中国台湾地区的自然人,双方对注册在中国香港特别行政区的某企业股权签订股权转让协议。上海仲裁委根据当事人的申请任命紧急仲裁员,紧急仲裁员于2019年9月作出《紧急仲裁员决定书》,决定冻结标的股份1,000股。临时措施决定作出后,申请人将《紧急仲裁员决定书》提交至香港高等法院,并于2020年11月获得了香港高等法院的认可。2021年3月,香港高等法院作出命令,要求被申请人履行上仲裁决。但试想,若这两类案件的当事人申请中国大陆法院执行,那么紧急仲裁员作出的临时措施将无法得到执行,当事人的合法权益不能得到保障。

(二) 我国紧急仲裁员临时措施执行之展望

我国此次《征求意见稿》中将紧急仲裁员这一制度进行了规定,不仅顺应了国际商事仲裁的趋势,也结合了我国仲裁的实际情况。^⑮但纵观《征求意见稿》,其只在第49条第2款中规定了当事人申请紧急仲裁员的内容,对紧急仲裁员制度进行了一个简单的规定,并没有触碰紧急仲裁员临时措施的执行问题。笔者认为,既然我国有意将此制度纳入我国的法律中来,那么应充分认识到该制度引进后可能随之带来的执行问题,应汲取域外司法实践中的经验,使我国紧急仲裁员制度尽可能完善。有必要在条款中增加有关紧急仲裁员临时措施执行的内容——紧急仲裁员的定位以及其所发布的临时措施是否具有终局性的问题,因此笔者试图新增两个条文,以期完善我国紧急仲裁员临时措施的执行制度。

1. 紧急仲裁员与仲裁员地位相同

笔者认为,可在条文中新增一条有关紧急仲裁员法律地位的规定,即仲裁庭不仅包括独任仲裁庭或合议仲裁庭,还包括由当事人协议选择或仲裁机构选择的紧急仲裁员。

紧急仲裁员能否与仲裁员具有同一地位不仅是学界激烈争论的问题,正如前文所提及的2个案例,它也关系着紧急仲裁员所作出的决定能否被执行的司法实践。^⑯因此,该问题意义重大,在我国的立法当中应予以明确。

有学者认为紧急仲裁员并不属于传统意义上的仲裁员。从《SIAC规则》附件一第10条、《ICC规则》第29条第3款、《北仲规则》第63条第10项等仲裁规则来看,大多仲裁机构都规定紧急仲裁员的裁决对仲裁庭不具有约束力。而恰恰是由于紧急仲裁员与仲裁员的性质不同,仲裁员才有权修改、撤销紧急仲裁员所作出的决定。^⑰虽然紧急仲裁员制度纳入在仲裁规则之中,但这并不会对紧急仲裁员的性质造成实质影响,ICC

^⑭ 《上海仲裁委员会首例涉紧急仲裁员程序仲裁案件进入香港高等法院执行程序》,载“上海市司法局”微信公众号,最后访问时间:2022年1月9日。

^⑮ 徐伟功:《论我国商事仲裁临时措施制度之立法完善——以〈国际商事仲裁示范法〉为视角》,载《政法论丛》2021年第5期,第146页。

^⑯ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2014, p.2520.

^⑰ 郝飞:《紧急仲裁员制度程序论》,载《法治论坛》2018年第2期,第255页。

规则明确指出紧急仲裁员并不是传统意义上的仲裁员。^⑮还有学者从仲裁员的特点出发,认为紧急仲裁员不是仲裁员。第一,根据各仲裁机构的仲裁规则规定,紧急仲裁员是由仲裁机构指定的,当事人无法选定,但是当事人可以自主选择仲裁员;第二,紧急仲裁员只解决程序性问题,而仲裁员既可以解决实体问题也能解决程序问题。^⑯除此之外,如果紧急仲裁员是仲裁员,那么紧急仲裁员便对当事人申请的紧急仲裁案件拥有独立的裁判权,其作出临时措施的决定也应像仲裁员所作出的裁决一样具有终局效力。但这时则会出现法院执行困难的问题。当紧急仲裁员作出的临时措施决定与随后组成的仲裁庭作出的裁断不同时,若当事人寻求法院执行临时措施,法院将会陷入执行紧急仲裁员还是仲裁员所作出裁决的尴尬境地。这会影响当事人及时获得救济,使得紧急仲裁员制度设立意义落空。因此可以从逻辑上推导出紧急仲裁员并不是仲裁员的结论。^⑰

持紧急仲裁员是仲裁员观点的学者认为,仲裁员是根据法律解决争议的,并且其作出的决定具有效力,^⑱根据文义解释,仲裁员解决的争议应包括一切争议。在这方面,可以认为紧急仲裁员属于仲裁员,因为紧急仲裁员所作出临时措施的决定解决了当事人的争议,且对仲裁各方当事人都具有拘束力。ICC 前秘书长 Jason Fry 从理论上分析了紧急仲裁员与仲裁员,其认为无需质疑紧急仲裁员与仲裁员是否不同。^⑲首先,仲裁规则赋予了紧急仲裁员所作决定的效力,紧急仲裁员作出临时措施有规则依据,因此在这方面,紧急仲裁员与仲裁员地位等同;其次,紧急仲裁员与仲裁员均是为了解决当事人之间的争议而作出临时救济。因此,紧急仲裁员属于仲裁员。

尽管紧急仲裁员不是仲裁员的观点有一定的说服力,但是其仍存在漏洞。因此,笔者支持紧急仲裁员是仲裁员的观点。第一,从形式上看,仲裁员能够修改或废止紧急仲裁员的临时措施的确会造成一种仲裁员的权利比紧急仲裁员权利要大的假象,但实际情况并非如此。在当事人申请紧急救济时,由于仲裁庭尚未组成,此时仲裁员无法受理当事人的请求,在此期间只有紧急仲裁员才能予以处理。在仲裁庭组成之后,由仲裁员处理,紧急仲裁员和仲裁员在不同阶段履行各自的职责,他们仅仅是分工不同。第二,以紧急仲裁员不是由当事人指定进而认为紧急仲裁员不是仲裁员的观点也并不可取。紧急仲裁员是在当事人时间紧迫、形势严峻,不立即采取措施会导致财产或证据损失的情形下申请的,若此时还由当事人任命人选,难以解决当事人的燃眉之急。况且,“合意排除”模式是仲裁机构规定适用紧急仲裁员制度的一种模式,在此情况下,当事人选择紧急仲裁员的权利实则已经让渡给了仲裁机构,除非当事人明确不适用该制度。第三,紧急仲

^⑮ Baruch Baigel, *The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis*, Journal of International Arbitration, 2014, Vol.31:1, p.17.

^⑯ 王徽:《论国际仲裁中的紧急仲裁程序——兼谈程序本土化过程中的若干思考和建议》,载《仲裁与法律》2016年第132期,第33页。

^⑰ 傅攀峰:《论 ICC 仲裁规则中的紧急仲裁员制度》,载《北京仲裁》2015年第1期,第48-57页。

^⑱ Jean-Francois, Poudret, Jean-Francois and Sebastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ed., Sweet & Maxwell, 2007, p.9.

^⑲ 同前注^⑱。

裁判员的紧迫性决定其只针对程序性事项,他与仲裁员的目的并不相同。如果紧急仲裁员可以像仲裁员一样对实体性问题进行审查,这会造成程序上的延迟,与设立紧急仲裁员制度南辕北辙。而且实体与程序的划分标准是相对的。紧急仲裁员和仲裁员恰如线段的两端,在前一部分,紧急仲裁员受理当事人的请求属于程序性事项,但对于整个仲裁程序而言可以认为是实体事项。第四,既然紧急仲裁员和仲裁员都能发布临时措施,那么可以将仲裁员和紧急仲裁员视为单一仲裁主体的组成部分,在程序上两者仅是互补的关系,并不冲突。^{②③}第五,对于运用反证方法得出的紧急仲裁员非仲裁员的结论也存在逻辑上的困境。仲裁的特点之一是仲裁裁决具有终局性,但是我们不能就因此得出如果作出的裁决不具有终局性就不是仲裁员的结论,因为仲裁员作出的裁定也会面临被修改的情况。另外,不能因为仲裁员可以撤销紧急仲裁员的裁决就认为两者不具有平等性。在我国司法体系中,法院也有层级之分,上级法院可以推翻下级法院的判决,但不能因此就认为他们的性质不同。^{②④}最后,部分国家和地区的实践均明确了紧急仲裁员属于仲裁员的范畴。如在上文所提及的 Amazon v. Future 案中,法院直接执行了紧急仲裁员所作出的临时措施,其认为仲裁庭包含紧急仲裁员在内的所有仲裁员,在司法上对于两者的关系予以明确。2017年,我国台湾地区“中华仲裁协会”制定的仲裁规则也规定了紧急仲裁员是仲裁员。在立法上,新加坡2012年生效的《新加坡国际仲裁法》规定,仲裁庭不仅仅是指单独的仲裁员或常设的仲裁机构,还包括经由当事人合意选择或仲裁规则指定的紧急仲裁员。

2. 紧急仲裁员临时措施具有终局性

对于临时措施的终局性问题也可新增一条,即紧急仲裁员所作出的临时措施是否具有终局性应根据案件的实际情况予以认定,不可因其具有临时性的特征就断定其不具有终局性。紧急仲裁员应当以裁决的形式作出临时措施的决定,在符合执行地国家或者地区的法律规定时,可以向有管辖权的法院申请强制执行。

大多数学者从仲裁规则的条文规定出发,得出紧急仲裁员所发布的临时措施不具有终局性的观点。如仲裁规则中规定仲裁庭不受紧急仲裁员所作出的临时措施的约束,仲裁员可以推翻、否认前者作出的决定;还有学者将目光关注在紧急仲裁员作出临时措施的裁判形式上。如 ICC 规则中规定,紧急仲裁员的裁判只能以命令的形式发布,而 SIAC 规则可以命令或裁决的形式作出。对此,ICC 规则修订任务组起草成员 N. Voser 解释道,为了突出紧急仲裁员的决定不具有终局性,故而将紧急仲裁员作出的临时措施命名为命令以与仲裁庭作出的裁决相区分。^{②⑤}由于紧急仲裁员作出的临时措施不具有终局性,因而其不能适用《国际商事仲裁示范法》及《纽约公约》的规定。虽然《国际商事仲裁

^{②③} Lye Kah Cheon, Yeo Chuan Tat and William Miller, *Legal Status of the Emergency Arbitrator under the SIAC 2010 Rules Neither Fish or Fowl?* Singapore Academy of Law Journal, 2011, Vol.23:1, pp.109-110.

^{②④} 贾咏华:《国际商事仲裁紧急仲裁员制度探析》,华东政法大学硕士学位论文,2017年。

^{②⑤} Nathalie Voser, *Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules*, ASA Bulletin, 2011, Vol. 29:4, pp.783-871.

示范法》在第 17H 条中规定了临时措施的可执行性,但是该条文规定的主体是仲裁庭作出的临时措施,由于紧急仲裁员并不属于仲裁庭,故而其无法适用该法予以执行;此外,即使承认紧急仲裁员,由于其作出的决定不具有终局性也无法适用。^{②6} 还有学者从裁判形式出发,认为根据现有法律规定,判断紧急仲裁员的决定是否具有执行力要视裁判的性质决定,若可以看作裁决的,可以得到执行。^{②7} 另外,《纽约公约》的宗旨是使得司法裁决的权利义务得以实现,而紧急仲裁员的决定只能是司法裁判过程中的一部分,其决定可以变更、撤销,不具有终局性,不符合《纽约公约》所规定的“确定法律关系”的要求。况且,紧急仲裁员的临时措施并没有涉及实体性问题而只针对程序性问题,因此其裁判不属于《纽约公约》事项下可被执行的仲裁裁决,不能依据公约得以执行。^{②8}

对上述观点持反对意见的学者认为,单从紧急仲裁员作出的临时措施对仲裁庭不具有约束力,进而否认其终局性质并不可取,实际上两者是同一个程序,紧急仲裁员解决了临时救济的程序问题,与仲裁庭组成后解决实体问题相互补充。虽然紧急仲裁员根据当事人的申请所作出的救济措施具有临时性,但是它解决了当事人的需求,就整个仲裁程序而言,其具有终局性。此外,依据紧急仲裁员作出临时措施的裁判形式来判断是否具有终局性过于草率。在司法实践中,法院对于仲裁决定的终局性审查采用的是实质大于形式的标准,着重关注仲裁决定的实体内容,如在 *Braspetro Oil Services Company* 一案中,巴黎上诉法院认为仲裁决定并不取决于当事人或仲裁庭使用的术语,虽然仲裁裁判的形式是命令,但案件事实表明命令是可以受审查的。^{②9} 为此,考量紧急仲裁员的决定是否可以执行,应看临时措施的实质内容是否解决了当事人的请求而不应局限于形式。此外,《纽约公约》的条文对于裁决一词未进行解释,只要求裁决对仲裁各方具有约束力即可,而未规定裁决需要具有终局属性。^{③0}

笔者亦支持紧急仲裁员所作临时措施具有终局性的观点,也可以依据公约的规定得以执行。在整个仲裁程序当中,紧急仲裁员所作的临时措施可以认定为具有终局性,因为仲裁庭在组庭之后,是根据紧急仲裁员的临时措施决定进行审查,后一阶段是前一阶段的延续,两者是一个整体。如在 *VPX v. Pepsi* 案中,法院指出虽然紧急仲裁员的命令具有临时性,但却是最终救济有意义的必要条件,具有终极意义,它解决了当事人在仲裁未决期间是否需要维持现状并继续履行合同义务的问题。在 *Yahoo Inc. v. Microsoft Corp* 一案中,^{③1} 美国法院亦执行了紧急仲裁员所作的临时措施。同样地,紧急仲裁员的裁判形式并不能作为判断是否具有终局性的条件。在 *Publicis Communication v. True North*

^{②6} 同前注④。

^{②7} 沈志韬:《从国际经验看我国紧急仲裁员制度的完善》,载《仲裁研究》2015年第38期,第83页。

^{②8} 秦红媛:《我国引入紧急仲裁员制度之反思》,载《中国国际私法与比较法年刊》2016年第19期,第194页。

^{②9} Amir Ghaffari & Emmylou Walters, *The Emergency Arbitrator: The Dawn of New Age?*, *Arbitration International*, 2014, Vol.30:1, p.163.

^{③0} Stefan Kroll, *The Non-Enforceability of Decision Rendered in Summary Arbitral Proceedings Pursuant to the NAI Rules Under the New York Convention*, *American Review of International Arbitration*, 2012, Vol.75:23, p.94.

^{③1} *Yahoo Inc. v. Microsoft Corp*, 983F. Supp.2d310, S.D.N.Y. 2013, pp.1-3.

Communications 一案中,^②被申请人 Publicis Communication 以临时措施的裁判形式不是裁决而是命令为由申请拒绝执行,第七巡回法院认为仲裁庭的命令已经解决了争议,一个单独的、时间紧迫的事项可以是终局的。紧急仲裁员所作出的临时措施是否具有终局性不应拘泥于裁判的形式,而应着重考察其实体内容。而学界之所以有学者将目光聚焦于紧急仲裁员所作裁判的形式,是出于紧急仲裁员临时措施能够基于《国际商事仲裁示范法》和《纽约公约》得以执行的考虑。如果紧急仲裁员的决定能在形式上命名为裁决,那么紧急仲裁员临时措施可以得到较为顺畅得执行,在当事人不自觉履行的情况下可以适用《纽约公约》要求当事人强制执行。

通过《国际商事仲裁示范法》和《纽约公约》的规定寻求执行是方法之一,但目前大多数学者都认为只有终局性裁决才能适用公约,当出现紧急仲裁员作出临时措施的裁判形式采用的是非裁决这一术语时,也会面临拒绝执行的困境。为了使得紧急仲裁员的临时措施可以得到顺利地执行,可行的办法之一是从裁判形式上入手。在我国立法的条文中规定,对于临时措施应采取裁决的形式,这有利于临时措施的裁决得到其他国家的承认与执行。此外,对于判断紧急仲裁员的决定是否具有终局性时,要贯彻“实质大于形式”的理念,不可仅凭裁判的形式加以判断,这在多个国家的司法实践中已得到检验。从立法上来看,我国香港地区《仲裁条例》第 22B 条规定,不管是在香港地区或者以外的地方,紧急仲裁员根据有关仲裁规则作出任何提供紧急救助的决定,可以获得强制执行。从仲裁机构方面而言,我国《贸仲规则》明确规定当事人可以依据执行地国家或地区有关法律向有管辖权的法院申请强制执行。

四、结 语

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“完善仲裁制度,提高仲裁公信力”的重要任务。《征求意见稿》将紧急仲裁员制度纳入未来新的《仲裁法》当中,不仅仅迎合了国际商事仲裁制度的发展趋势,也是改革完善仲裁制度的体现。通过对各主要仲裁机构适用紧急仲裁员制度的现状、境外立法与司法实践的观察发现,早期引入紧急仲裁员制度的国家或地区在适用紧急仲裁员程序时面临执行难的困境,究其原因主要在于学界对于紧急仲裁员的认识不一:一方面,紧急仲裁员是否属于仲裁员;另一方面,其所作出的临时措施决定是否具有终局性。面对此类问题,各国或地区的实践值得我们借鉴。在紧急仲裁员的地位上,可以参考新加坡的立法例,明确紧急仲裁员的地位,将紧急仲裁员视为仲裁员;在判断紧急仲裁员的临时措施是否具有终局性时,不应注重裁判的作出形式,可参考美国法院的司法实践,贯彻“实质大于形式”的理念,只要紧急仲裁员作出的临时措施解决了当事人之间的争议,便可以视为具有终局性;在执行方面,可参考我国香港地区的仲裁条例,直接规定紧急仲裁

^② Publicis Communication v. True North Communications, 206F.3d725, 7th Cir., 2000, pp.4-8.

员发布的临时措施具有执行力。虽然我国《意见稿》规定了紧急仲裁员制度,但是结合境外实践,仍存在不足,应予以完善。故而笔者认为可以在修订意见稿原来基础上新增如下条款以使我国紧急仲裁员制度在未来实践中更为通畅:仲裁庭不仅包括独任仲裁庭或合议仲裁庭,还包括由当事人协议选择或仲裁机构选择的紧急仲裁员;紧急仲裁员所作出的临时措施是否具有终局性应根据案件的实际情况予以认定,不可因其具有临时性的特征就断定其不具有终局性;紧急仲裁员应当以裁决的形式作出临时措施的决定,在符合执行地国家或者地区的法律规定时,可以向有管辖权的法院申请强制执行。

Abstract: All the major arbitration institutions have stipulated the emergency arbitrator system in the arbitration rules, but the actual implementation effect is not satisfactory. The main reason is whether the interim measures issued by the emergency arbitrator are enforceable or not, and the legislation of most countries or regions is still inconclusive. Whether the interim measures made by the emergency arbitrator can be implemented is related to the status of the emergency arbitrator and whether the interim measures can be regarded as final. China's Arbitration Law (Amendment) (Draft for Comment) simply stipulates that the parties can apply to the emergency arbitrator for interim relief measures, but there is no provision on the status of the emergency arbitrator and the issue of subsequent implementation. In order to reduce the implementation resistance in the future implementation of China's emergency arbitrator system, it is suggested to refer to the practices of countries or regions, and clearly stipulate the legal nature of the emergency arbitrator and the finality of the interim measures made by the emergency arbitrator.

Keywords: emergency arbitrator; interim measures; Arbitration Law (Amendment) (Draft for Comment); implementation

(责任编辑:佟 尧)

仲裁法诚实信用原则的规则化研究

张 润^{*}

内容提要 在仲裁法中确立诚信原则,既有提升仲裁公信力的时代逻辑,也有诚信道德法定化的理论逻辑,更有规制失信仲裁的实践逻辑。域外国家和地区诚信仲裁立法、民事程序法诚信原则立法以及仲裁规则规定诚信原则的实践为仲裁诚信原则立法提供了条件。鉴于诚信原则的抽象性和概括性,有必要对其规则化和具体化。仲裁法诚信原则的规则体系可从仲裁目的、仲裁进程和仲裁结果三个层次进行构建,即确立仲裁目的上的善意义务、仲裁进程上的程序促进与合作义务以及仲裁结果上的公正裁决义务。当事人违反诚信原则将面临仲裁行为被否定、承担仲裁费用和侵权损害赔偿赔偿责任。仲裁员违反诚信原则,将面临纪律责任、民事责任和刑事责任的法律后果。

关键词 仲裁法 诚信原则 诚信仲裁 虚假仲裁 仲裁秩序

一、仲裁法诚实信用原则的规则化诉求

2021年7月3日,司法部组织起草的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)向社会公开征求意见。现行仲裁法颁布于1994年,分别于2009年、2017年对个别条款进行修正。此次修订从总则制度、仲裁机构制度、仲裁员和仲裁协会、仲裁协议、仲裁程序、撤销裁决及其重新仲裁制度、裁决执行制度、涉外仲裁和临时仲裁制度等方面进行了修订和完善建议,比现行仲裁法增加了19条。其中,《征求意见稿》第四条规定:“仲裁应当诚实善意、讲究信用、信守承诺。”修订草案确立诚实信用原则,是诚信仲裁明文化、法定化的体现,同时是回应仲裁实践诉求的体现。

诚信原则作为法律的一项基本原则,区别于法律规则的地方在于其内涵的抽象性、概括性、模糊性和开放性,在适用上要求具体化、规则化和制度化。为了避免诚信原则立

^{*} 张润,中国人民公安大学法学院讲师。本文为2021年国家民委民族研究项目“乡村振兴背景下民族地区涉农纠纷调解资源整合路径研究”(项目编号:2021-GMC-017)的阶段性成果、中央高校基本科研基金项目“中国医疗纠纷解决机制的实效性研究”(项目编号:2019JKF402)的阶段性成果、中国人民公安大学高水平非在编机构建设项目“涉众型纠纷解决智能化路径研究”(项目编号:2021FZB07)的阶段性成果。

法后出现“空洞化”问题,借鉴民法和民事诉讼法诚信原则规则化的经验,^①对仲裁法诚信原则的规则进行体系性的塑造,从而增强诚信原则的适用功效。有鉴于此,本文立足广义意义上民事程序诚信原则内涵的理论共识,结合仲裁的本质以及仲裁实践,^②从仲裁目的、事实查明、程序进行、仲裁结论等几个层面来塑造仲裁法诚信原则的规则体系。

二、仲裁目的上的善意义务

在仲裁实践中,恶意仲裁、仲裁欺诈、虚假仲裁等现象都是严重违反仲裁目的上善意义务的表现。其中,恶意仲裁是指“仲裁当事人(特殊情况下还可以包括权利义务的继受人及代理人等)在仲裁进行中滥用程序性权利,或者在裁决生效后滥用司法救济损害对方当事人利益,以及当事人之间以虚构事实、伪造证据等方式合谋损害案外人利益的行为的总称。”^③而虚假仲裁是恶意仲裁的主要类型之一,是指“双方当事人之间不存在真实的民商事纠纷却恶意串通,虚构法律关系、捏造事实,利用合法的仲裁程序,获取生效的法律文书,侵害国家利益、社会公共利益或者案外人合法权益的违法行为”。^④仲裁欺诈是指“仲裁申请人与被申请人之间恶意通谋,通过虚构法律事实等方式,非法设定法律关系或改变原有的民事权利状态,申请仲裁和骗取仲裁裁决,以达到诈骗案外人财产权利的目的”。^⑤

从上述概念界定可知,这些现象的本质是滥用仲裁请求权,即利用合法的仲裁程序谋求非法的利益,不仅侵害了他人的合法权益、社会公共利益和国家利益,同时也是对仲裁秩序、仲裁公信力的严重破坏。从仲裁目的上塑造善意仲裁义务规则,有助于为规制虚假仲裁、恶意串通提请仲裁、仲裁欺诈等仲裁不诚信行为提供法理依据。

三、事实查明上的真实完全义务与证明协力义务

仲裁的本质在于契约精神和当事人意思自治,但这不等于就可以放任当事人在仲裁程序中的失信和不实行为,这也是真实完全义务的要求。此外,为了使仲裁裁决更趋于案件事实,同样有必要确立证明协力义务。

(一) 真实完全义务规则

真实义务的渊源可以追溯至罗马法上的善意宣誓制度,但真实义务法律化的标志则

① 关于民法诚信原则的规则化研究,可参见杨明:《论民法原则的规则化——以诚信原则与情势变更原则为例》,载《法商研究》2008年第5期,第74-82页;民事诉讼法诚信原则的规则化的内容,具体包括引入真实义务、完善自认制度、完善证明妨碍制度、禁止恶意诉讼和禁止滥用诉讼权利等。具体参见翁晓斌:《民事诉讼诚信原则的规则化研究》,载《清华法学》2014年第2期,第35-46页。

② 蒋滨:《仲裁程序呼唤诚信》,载《北京仲裁》2004年第3期,第27-34页。

③ 李冰洁:《论恶意仲裁的法律规制》,黑龙江大学硕士学位论文,2015年,第8页。

④ 王瑞华:《仲裁实务中虚假仲裁的识别与应对》,载《北京仲裁》第109辑,第30-31页。

⑤ 于锐:《论仲裁欺诈法律规制的理论困境与思维进路》,载《学术交流》2009年第10期,第61页。

是1933年修正通过的《德国民事诉讼法》第138条第1款的规定,即双方当事人应当承担事实陈述的真实完全义务。^⑥真实义务有广义和狭义概念之分。狭义的真实义务,是指禁止当事人故意作不真实的陈述或否认对方真实的陈述;广义的真实义务,除了狭义的真实义务内涵外,还包括完全义务,即当事人就主张或抗辩的基础事实关系所知的事实,应当作出完全或完整的陈述。^⑦真实义务的制度功能在于防止当事人作出虚假或不真实的陈述,是诚信原则具体化和规则化的体现,也是回应社会诉求规制诉讼或仲裁失信行为进而满足当事人追求程序正义的本质需求。^⑧

真实义务规则是仲裁法诚信原则的核心内容,是仲裁程序有序高效运作的保障。仲裁法真实义务规则体系的内容主要包括:(1)真实义务的主体,从仲裁法律关系来看,仲裁参与人包括仲裁当事人及其代理人、其他仲裁参与人(包括证人、专家、翻译人员)以及仲裁第三人等。真实义务适用于所有的仲裁参与人;(2)真实义务的客体,真实义务一方面要求仲裁当事人就仲裁申请、答辩、反请求所根据的事实进行真实完整的陈述,不能作虚假陈述;另一方面要求证人、专家、翻译人员等其他仲裁参与人在仲裁程序中遵循诚信善意;(3)真实义务的效力,《深圳国际仲裁院仲裁规则(2019)》第7条第3款规定“当事人及其代理人确保其所作陈述和提交材料的真实性,否则该当事人应承担相应的后果”。此外,《海南国际仲裁院仲裁规则(2020)》(以下简称《海仲规则》)第6条第3款也作出了类似规定。当事人违反真实义务,作出不实陈述、不完整陈述、虚假否认等虚假陈述时,将会影响仲裁庭对案件事实的认定、仲裁费用负担的裁决等;(4)真实义务的履行,为了确保仲裁当事人在仲裁程序中能够真实陈述,有必要赋予当事人充分的调查取证权,强化当事人的出庭义务,合理构建真实义务履行的激励和惩罚机制。^⑨

(二) 证据协力义务规则

证据协力义务是证据调查协力义务的简称,也称为证明协力义务,是指不负举证责任之当事人以及当事人以外的第三人协助受诉法院进行证据调查之义务。^⑩在证据调查领域,当事人及第三人的证据协力义务实际上成为民事诉讼诚信原则外化出的具体的行为规则。^⑪证据协力义务在我国证据规则中主要表现为证明妨碍行为的禁止。在我国民事诉讼中,尽管立法没有明确使用证明妨碍和证据协力义务等概念,但现行《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第111条关于伪造、毁灭重要证据,妨碍人民法院审理案件的,以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证等妨碍民事诉讼行为的规定,可视为对证据协力义务的确认。^⑫

⑥ 《德国民事诉讼法》第138条第1款规定:“当事人应就事实状况作出完全而真实的陈述。”

⑦ 骆永家:《民事诉讼法(一)》,台北三民书局股份有限公司1999年版,第124页。

⑧ 周艳波:《论民事诉讼的真实义务》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2015年第4期,第120-122页。

⑨ 纪格非:《我国民事诉讼中当事人真实陈述义务之重构》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第1期,第168-169页。

⑩ 占善刚:《证据协力义务之比较法研究》,中国社会科学出版社2009年版,第8页。

⑪ 翟宏丽:《医事民事诉讼证据协力义务研究》,中国政法大学出版社2014年版,第14页。

⑫ 傅郁林:《论民事诉讼当事人的诚信义务》,载《法治现代化研究》2017年第6期,第138-139页。

在仲裁领域,同样存在适用的情形。例如,现行《仲裁法》第58条第6款将“对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”作为撤销仲裁裁决的事由之一。可见,“对方当事人隐瞒证据”的行为本质上是违反了证据协力义务的表现,其后果是据此作出的裁决面临撤销的可能。而此次《征求意见稿》第77条将此项事由予以删除,主要是受到仲裁司法审查模式完善的影响,但这并不否定当事人应当承担的证据协力义务。^⑬诚然,简单粗暴式地规定当事人应当提出于己不利的证据,显然不具有正当性与合理性。

为了使仲裁裁决更趋于案件事实,同样可以通过其他符合程序正义的方法和手段。一是实体法手段。例如,现行《公司法》第33条关于股东要求公司提供自己有权查阅、复制由公司持有的书证资料等规定。二是程序法手段。例如,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第112条以及2019年修改的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)第45条至第48条关于书证或文书提出命令制度的具体规定。^⑭在理论研究和司法实践的不断探索下,证明妨害和书证提出命令制度在民事诉讼领域得以确立,并在仲裁领域也得到确认和发展。

其一,证明妨害规则。例如,《海仲规则》第43条第(六)款确立了证明妨害规则,即当一方当事人控制证据无正当理由拒不提交,对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的,可以推定该主张成立。

其二,文书提出命令规则。《广州仲裁委员会仲裁规则(2021)》(以下简称《广仲规则》)第46条则直接规定了书证提出命令制度。具体内容包括:一是申请条件(第1款),即在举证期限届满前向仲裁庭提交申请书。申请书应当记载所申请的书证名称或者内容、需要以该书证证明的事实及事实的重要性、对方当事人控制该书证的根据以及应当提交该书证的理由。二是对方当事人是否控制书证的判断标准(第2款),即仲裁庭应当根据法律规定、习惯等因素,结合案件的事实、证据,进行综合判断。三是对申请的处理(第3款),即经审查申请符合条件成立的,作出要求控制书证的当事人提交书证的决定;对于申请不成立的,应当将不成立的理由通知申请人。四是不宜由对方当事人提交书证的范围(第4款),即当事人申请提交的书证不明确、书证对于待证事实的证明无必要、待证事实对于裁决结果无实质性影响、书证未在对方当事人控制之下等情形。遗憾的是,《广仲规则》第46条并未规定书证提出命令的客体范围和不遵守文书提出命令的后果。对此,可通过法解释学的路径适用《民事证据规定》第47条关于书证提出命令客体范围的规定和第48条关于不遵守书证提出命令后果的规定。

^⑬ 张卫平:《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》,载《经贸法律评论》2018年第1期,第111-112页。

^⑭ 关于民事诉讼法上的书证提出命令制度的相关研究,可参见张卫平:《当事人文书提出义务的制度建构》,载《法学家》2017年第3期,第31-44页;曹建军:《论书证提出命令的制度扩张与要件重构》,载《当代法学》2021年第1期,第128-139页;熊跃敏:《日本民事诉讼的文书提出命令制度及其对我国的启示》,载《诉讼法论丛》2002年第1期,第453-468页;袁中华:《文书提出义务的实践与反思——以劳动争议为视角》,载《当代法学》2015年第2期,第126-135页等。

四、仲裁进程上的程序促进与合作义务

在民事诉讼中,诉讼促进义务已成为现代民事诉讼义务体系的重要内容。^⑮ 当事人的诉讼促进和程序合作义务是指当事人在法定或合理期间内实施和完成诉讼行为、积极推动诉讼进程、不得拖延诉讼义务。具体包括诉答环节的及时答辩义务、审前准备环节的及时举证义务,不得滥用诉讼权利以拖延诉讼的义务。^⑯ 仲裁程序具有灵活性,相较于民事诉讼更具弹性。事实上,在程序促进与合作问题上,仲裁的要求更甚。仲裁进程中的程序促进与合作义务主要包括当事人及时答辩与举证义务规则、禁止实施前后矛盾行为、禁止滥用仲裁程序权利等内容。

(一) 当事人的及时答辩与举证规则

在民事诉讼中,作为法院裁判基础的事实和证据分别称为诉讼资料和证据资料。关于诉讼资料和证据资料提出的时间是否有限制,分为同时提出主义、随时提出主义和适时提出主义三种原则。其中,适时提出主义是指根据诉讼的进行状况,当事人必须在适当的时机提出诉讼资料和证据资料的原则。^⑰ 适时提出主义已成为理论界共识和司法实践的选择。^⑱ 例如,《民事诉讼法》第65条第1款规定了“当事人对自己的主张应当及时提供证据”;《民事证据规定》第2条规定了法院要“促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚信地完成举证”。在仲裁法修订之际,从立法上采行仲裁资料适时提出主义,确立当事人及时答辩和举证等促进义务既有必要,也具可行。《征求意见稿》第63条第1款规定“证据应当及时送达当事人和仲裁庭”。该条对证据的送达要求进行了规定。现行《仲裁法》第43条第1款规定“当事人应当对自己的主张提供证据”。基于随时提出主义转向及时或适时提出主义,建议修订为“当事人应当对自己的主张及时提供证据”。此外,《征求意见稿》第39条第2款规定“被申请人收到仲裁申请书后,应当在仲裁规则规定的期限内向仲裁机构提交答辩书”。从立法上确立当事人及时答辩和举证等促进仲裁的义务,对于彰显仲裁的快捷性、经济性等特征,增强当事人对仲裁的信赖具有重要的作用。

(二) 禁止实施前后矛盾行为规则

禁止实施前后矛盾的行为,也称为禁止反言。我国《仲裁法》并没有明确规定禁反言规则,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第13

^⑮ 周翠:《现代民事诉讼义务体系的构建——以法官与当事人在事实阐明上的责任承担为中心》,载《法学家》2012年第3期,第131-132页。

^⑯ 傅郁林:《论民事诉讼当事人的诚信义务》,载《法治现代化研究》2017年第6期,第139-141页。

^⑰ 朱刚:《从同时、随时到适时:民事诉讼资料提出主义之嬗变》,载《武汉理工大学学报(社会科学版)》2016年第1期,第95页。

^⑱ 马登科:《民事证据随时提出、同时提出抑或适时提出——兼评〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉第65条》,载《西南政法大学学报》2012年第3期,第118页。

条第1款关于“仲裁协议效力异议应在首次开庭前提出,而后主张无效者法院不予受理”的规定,被理论界视为仲裁协议效力层面的禁反言。2018年2月23日,最高人民法院制定的《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第14条第3款全面确立了仲裁程序禁反言规则,具体包括以下构成要件:一是前提要件,即适用的仲裁程序或仲裁规则经过特别提示;二是主观要件,即当事人知道或应当知道法定仲裁程序或选择的仲裁规则未被遵守;三是行为要件,即仍然参加或继续参加仲裁程序且未提出异议;四是效力要件,即裁决作出后以违反法定程序为由申请不予执行仲裁裁决不予支持。

(三) 禁止滥用仲裁权利规则

关于滥用仲裁程序或程序滥用的概念,有实务界人士进行了界定,认为程序滥用是指仲裁程序的参与人,为了实现自己的目的,超越合理范围地行使法律、当事人协议或仲裁规则所赋予的程序权利,阻碍仲裁案件审理的顺利推进,产生仲裁程序过度拖延,引起仲裁费用的额外增加,导致仲裁程序其他参与人权利受到损害的行为。仲裁过程中当事人程序滥用的表现形式包括:(1)利用管辖权异议拖延程序;(2)利用仲裁庭的组成拖延程序;(3)利用仲裁员回避制度拖延程序;(4)在发表意见、提交文件、证据等环节的程序滥用;(5)利用仲裁庭无临时措施决定权,肆意申请财产保全、证据保全;(6)与申请人假意和解,诱使申请人撤回仲裁申请后,便拒绝和解,逼迫申请人不得不再次提起仲裁;(7)寻找借口或中途更换代理人,以申请仲裁程序中止;(8)变更邮寄地址而不通知仲裁机构导致送达程序受阻等。^{①⑨}事实上,滥用仲裁程序现象也在我国台湾地区的仲裁实务中存在。仲裁程序中常见的程序滥用形态包括:(1)仲裁权抗辩之滥用;(2)拒绝或拖延选定仲裁人;(3)申请仲裁人回避之滥用;(4)拒绝或拖延提出文书;(5)无故缺席或离席等。^{②⑩}《征求意见稿》第52条第3款规定了当事人在收到仲裁员披露事由后逾期没有申请回避,不得以仲裁员曾经披露的事项为由再次申请回避。可见,规定了当事人不得滥用申请回避的权利。

五、仲裁结果上的公正裁决义务

仲裁法的修改与完善应当围绕促进程序公正与效益价值顺利实现以及当事人程序主体地位的充分保障等目标进行。诚信原则要求仲裁员在作出仲裁结果上负有公正裁决的义务,具体体现为保障当事人的程序主体地位、禁止滥用自由裁量权和禁止实施突袭性裁决。

(一) 保障当事人的程序主体地位

程序主体性是现代程序法的重要价值取向,是正当法律程序的重要内容。仲裁员的

^{①⑨} 董箫:《商事仲裁中的程序滥用与规制》,中国仲裁法学研究会主编,《中国仲裁法学研究会2014年年会暨第七届中国仲裁与司法论坛论文集》,2014年12月2日。

^{②⑩} 伍伟华:《仲裁程序中的程序滥用》,载《仲裁季刊》(台北)2016年第103期,第25-58页。

公正裁决义务要求充分保障仲裁当事人的程序主体地位。仲裁程序当事人的主体性主要体现在充分尊重当事人的意思自治,同时也体现为在整个仲裁过程中公正平等地对待当事人。^{②①}仲裁要确保当事人的程序权利得到充分实现,就要在动态的程序中给当事人创造对话和交流的情境,参与对事实证明和法律运用或公平处理等问题的讨论和辩论。充分尊重程序主体在程序中的意思自治,并不意味着仲裁权的式微,相反,更有助于实现理性化的公正,也为一裁终局提供更为充分的正当性资源。^{②②}

从考察联合国示范法、各国仲裁立法和仲裁规则实践来看,各方均非常重视保障当事人的程序主体地位。例如,联合国贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》第18条规定应给予当事人平等待遇,确保当事人充分享有陈述案情的机会;《日本仲裁法》第25条、《民事诉讼法典(第十编 仲裁程序)》第1042条第1款也规定,仲裁程序应当平等对待当事人,仲裁程序中应给予当事人充分说明案情的机会;《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则(2017版)》第23条第2款规定应给予各方当事人平等、合理的机会陈述案件。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015)》第24条规定仲裁员应当平等地对待各方当事人。可见,保障当事人程序主体地位,不仅在仲裁规则中予以认可,同时也得到立法的确认。

在保障当事人平等待遇、程序参与权以及程序主体性地位方面,此次仲裁法修改草案也有一定的体现。例如,《征求意见稿》第29条就明确规定“仲裁应当平等对待当事人,当事人有充分陈述意见的权利”。此外,《征求意见稿》第34条关于合理善意送达的规定、第64条关于辩论终结征询当事人最后意见的规定以及第77条第3款新增违背法定程序的撤销事由的规定等,对于保障当事人的程序参与权和程序主体性地位具有重要作用。

(二) 禁止滥用自由裁量权

仲裁员的自由裁量权,是指在仲裁案件的审理过程中,当法律或仲裁规则没有规定或规定不够明确或该规定为一定幅度或一个区间时,仲裁员对案件的实体问题及程序问题根据符合法律基本原则酌情作出决定的权力。^{②③}法律本身的局限性、法律语言的模糊性和抽象性、法律适用的性质、公平正义的要求以及仲裁的特点使仲裁员自由裁量权的存在成为必然。^{②④}事实上,仲裁员的自由裁量权贯穿于仲裁程序、证据评价、事实认定和法律适用过程中。^{②⑤}

其一,禁止在仲裁程序中滥用自由裁量权。仲裁员在仲裁程序中的自由裁量权主要表现为对仲裁程序规范的适用以及对仲裁程序的指挥与管理。对此,有必要对仲裁员的

②① 江伟:《当事人意思自治与现代仲裁法》,载《研究生法学》1996年第3期,第5-6页。

②② 肖建华:《仲裁程序的公正观与主体性价值》,载《河南政法管理干部学院学报》2002年第1期,第36-37页。

②③ 沈四宝、蒋琪:《浅论仲裁员的自由裁量权》,载《河北法学》2017年第3期,第17页。

②④ 陈忠谦:《仲裁员自由裁量权探析》,载《仲裁研究》2009年第20辑,第2-6页。

②⑤ 有观点认为我国当前仲裁员的自由裁量权过大,如果监督不到位,容易产生不公正的裁判。参见蒋琪:《仲裁员自由裁量权与违法仲裁的司法救济》,载《法人》2014年第3期,第51页。

程序管理权、证据调查权、程序释明权以及程序空缺的填补等自由裁量权进行合理规制,进而确保仲裁程序顺利进行和公正作出仲裁裁决。

其二,禁止在证据与事实认定中滥用自由裁量权。证据与事实认定层面的自由裁量权又体现在证据能力的有无、证明力的大小、举证责任分配以及证据的认证等方面。其中,举证责任分配环节的自由裁量权尤其受到关注。例如,《劳动人事争议仲裁办案规则》第14条以及《重庆仲裁委员会仲裁规则(2018)》第46条第2款均规定仲裁庭应当坚持公平和诚实信用原则,根据法律的规定或惯例,综合当事人举证责任能力等因素合理分配举证责任。可喜的是,《征求意见稿》第63条第3款进行了类似规定,即“仲裁庭有权对证据效力及其证明力作出判断,依法合理分配举证责任”。

其三,禁止在法律适用中滥用自由裁量权。仲裁员在法律适用过程中的自由裁量权主要体现在法律规范的选择、法律解释、法律没有规定时的裁决依据选择、“恶法”的回避与“创造新法”等环节。

(三) 禁止实施突袭性裁决

突袭性裁判概念发源于德国,被认为是“司法之癌”,后在日本和我国台湾地区得到发展。^{②6}从仲裁的裁判逻辑来看,突袭性裁判不仅在民事审判中存在,同样存在于仲裁裁决中。借鉴民事诉讼学界关于裁判突袭的概念界定,笔者将仲裁中的裁判突袭界定为仲裁庭违反事实上和法律上的释明义务,在事实认定上和法律适用上超出当事人合理预期的裁决。^{②7}仲裁程序中的裁判突袭具体包括事实认定的突袭和法律适用的突袭两种类型。其中,事实认定上的突袭是指仲裁庭在事实争点、证据采信、举证责任分配以及证据认证评价等方面未公开心证超出当事人的合理预期的裁判行为;而法律适用上的突袭是指仲裁庭在请求权基础、法律条文和法律观点等方面超出当事人的合理预期的裁判行为。

为了防止仲裁庭实施突袭性裁判,一方面需要规范和加强仲裁庭释明权的行使,^{②8}另一方面也需要充分保障当事人的程序参与权。^{②9}此外,现代庭审理论主要包括集中审理、协同主义、真实义务、争点整理、心证公开、释明义务、裁判突袭的防止等内容。现代庭审

^{②6} 我国台湾地区学者邱联恭先生在20世纪末将“突袭性裁判”翻译并引入学界,台湾庭审方式改革也是以“突袭性裁判防止”理论为基础。我国台湾地区的民事诉讼法研究会曾以程序选择权之法律、心证公开论、处分权主义、辩论主义之新容貌与机能演变、集中审理与阐明权之行使、突袭性裁判防止之研究等主题进行研讨。可参见“台湾民事诉讼法研究会”编:《民事诉讼法之研讨(一)》,三民书局1986年版,第27-62页;《民事诉讼法之研讨(十八)》,元照出版公司2012年版,第229页。

^{②7} 在民事诉讼中,突袭性裁判是指法官违反事实上和法律上的释明义务,没有公开自己的心证,从而剥夺了受不利裁判之当事人就相关事实与法律适用表明自己意见从而影响法官的机会,并在此基础上做出的超出当事人合理预期的裁判。参见杨严炎:《论民事诉讼突袭性裁判的防止:以现代庭审理论的应用为中心》,载《中国法学》2016年第4期,第269页。

^{②8} 曾艳、郭志勇:《论仲裁庭释明权的行使——基于驳回当事人撤销仲裁裁决申请之裁定的分析》,载《仲裁研究》第46辑,第127-128页。

^{②9} 事实上,现行《仲裁法》第47条也规定了“仲裁辩论终结时,首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见”。此次《征求意见稿》第29条规定“仲裁应当平等对待当事人,当事人有充分陈述意见的权利”。这些规定无疑为保障当事人的程序参与权,制约仲裁庭滥用自由裁量权以及实施突袭裁判具有重要作用。

理论与仲裁文化和理念高度融合,对于提升商事仲裁的国际化程度具有重要作用。^⑩因此,仲裁制度有必要以现代庭审理论为指引,构建争点整理制度,加强仲裁庭释明义务的行使,完善仲裁员心证公开制度,充分保障当事人的程序参与权。^⑪

六、违反仲裁法诚信原则的法律后果

关于违反仲裁法诚信原则的法律后果,应当从当事人、仲裁员等不同主体的行为进行分析和认定。在民事诉讼中,诚实信用原则适用于法官曾引起广泛争议和讨论,但诚信原则规制法院的审判行为最终形成一种理论共识和司法行为范式。从仲裁实践考察来看,诚信原则适用于当事人、仲裁员以及其他仲裁参与人已成为共识。^⑫

(一) 当事人违反诚信原则的法律后果

在民事诉讼中,民事诉讼立法及相关司法解释对当事人实施恶意诉讼、虚假诉讼、虚假陈述、拖延诉讼、伪造证据等违反诚信原则的诉讼行为进行了相应的规制。例如,《民事诉讼法》第111条、第112条以及第113条对非诚信的诉讼行为规定了驳回诉讼请求、罚款、拘留以及刑事责任等法律后果。从仲裁的民间性等本质来看,仲裁庭虽不享有法院那样的权力,不能对仲裁当事人的非诚信行为实施罚款、拘留,但可采取程序性的法律责任和利用仲裁费用承担制度予以规制。此外,失信仲裁行为还面临承担侵权责任和刑事责任的可能。

1. 实体上的法律后果

当事人违反诚信原则实施失信的仲裁行为,例如虚假仲裁、恶意仲裁、仲裁欺诈等失信行为的,在民法上可能面临侵权的可能;在刑法上,则面临承担刑事责任的风险。

其一,侵权损害赔偿。根据我国《中华人民共和国民法典》关于侵权责任的规定,通过对“权益保护”进行目的性限缩解释,在相关司法解释的基础上,可以对滥用诉讼的行为课以侵权责任。^⑬对于虚假仲裁的处理可以参照虚假诉讼损害赔偿的相关规定,^⑭构建虚假仲裁侵权损害赔偿制度。^⑮即在民事实体法上,赋予虚假仲裁案外人享有侵权损害赔偿权,要求实施虚假仲裁行为人承担相应的民事法律责任。^⑯当事人通过恶意串通、捏造事实等方式提请仲裁骗取仲裁裁决,在结果上侵害了国家利益、社会公共利

^⑩ 章武生:《现代庭审理论在我国商事仲裁中的应用》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第156-157页。

^⑪ 丁朋超:《论提升我国商事仲裁公信力的路径选择——以民商事仲裁庭审理规则改良为切入点》,载《河南财经政法大学学报》2019年第4期,第141-145页。

^⑫ 囿于篇幅,本文主要讨论当事人和仲裁员违反仲裁法诚信原则的法律后果,事实上其他仲裁参与人的行为违反诚信原则的后果相对明确,无需专门讨论。

^⑬ 张红:《滥用诉讼之侵权责任》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第4期,第105页。

^⑭ 《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》第12条规定:“虚假诉讼行为侵害他人民事权益的,虚假诉讼参与人应当对此承担损害赔偿责任。”

^⑮ 王晓琴:《论虚假仲裁成因及案外第三人权益救济》,载《中北大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第103-104页。

^⑯ 易晓东:《虚假仲裁中的案外第三人权益保护》,载《山西师大学报(社会科学版)》2018年第1期,第36页。

益或他人合法权益,本质上是一种特殊的侵权行为。^{③7}

第二,虚假仲裁的刑事责任。2015年《刑法修正案(九)》增加第307条之一第1款规定了虚假诉讼罪。关于虚假诉讼罪中的民事诉讼是否包含仲裁行为的问题,理论上存在否定论和肯定论两种观点。^{③8}否定论认为,“准司法”的概念并不意味着仲裁就是司法,属于一种“拟制”,法律拟制应当以刑法的明文规定为前提,在《刑法》第307条之一以及其他条文没有明确将仲裁“视为”司法的前提下,司法机关不能将虚假诉讼扩大至虚假仲裁。^{③9}肯定论认为,基于仲裁具有准司法的性质,属于广义的司法活动,并且仲裁裁决的执行以国家强制力为后盾,虚假仲裁的行为与虚假诉讼的行为在性质上无异,对仲裁机构的严重侵犯应动用刑法进行规制,因此虚假诉讼的情形在一定程度上还存在于仲裁程序中。也有观点认为,延展适用虚假诉讼罪不足以遏制虚假仲裁行为,有必要单独设立虚假仲裁罪。^{④0}笔者认为,对于虚假仲裁的行为予以刑法规制,必须严格遵循罪法定原理。

2. 程序上的法律后果

借助日本学者谷口安平教授关于与效性诉讼行为与取效性诉讼行为的分类理论,可以对仲裁当事人的行为进行分析。对于仲裁中当事人的与效性行为,例如,当事人在仲裁中作出的自认系与对方当事人恶意串通,企图通过仲裁侵害他人合法权益,则仲裁庭可认定其无效,不产生自认的效果。^{④1}《海仲规则》第43条第5款规定“自认的事实与已经查明的事实不符的,仲裁庭不予确认”,为规制不真实的自认提供了依据。

对于仲裁中的取效性行为,例如当事人向仲裁庭提供虚假或伪造证据的行为,仲裁庭可以将其排除或者不予认定。《贸仲证据指引》第18条规定,仲裁庭有权对某项证据是否采纳以及证据的关联性、重要性和证明力作出决定。《沈阳仲裁委员会仲裁规则(2021)》第38条第2款规定,仲裁庭认定证据,可以根据相关法律、行政法规,参照司法解释,结合行业惯例、交易习惯等,综合案件整体情况进行认定。这些规定为仲裁庭在认定当事人提供虚假证据等仲裁行为的效力提供了依据。此外,对于当事人虚构事实、恶意串通等提请仲裁,企图通过仲裁侵害他人合法权益的,仲裁庭应当驳回仲裁申请。^{④2}

^{③7} 刘迎霜:《恶意诉讼规制研究——以侵权责任法为中心》,载《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第97页。

^{③8} 王志祥、刘婷:《虚假诉讼罪:概念界定与学理分析》,载《南阳师范学院学报(社会科学版)》2016年第1期,第4页。

^{③9} 张明楷:《虚假诉讼罪的基本问题》,载《法学》2017年第1期,第156-158页。

^{④0} 李德恩、胡瑾倩:《救济与制裁:虚假仲裁司法规制之二元路径》,载《天中学刊》2021年第3期,第29-30页。

^{④1} 在民事诉讼中,与效性诉讼行为是指一方的单独行为造成诉讼法上的效果发生的情况,如果违反诚信原则的话,将被判断为无效,同时,已经发生的效果将被取消。而取效性诉讼行为,是指双方诉讼行为的结合方能引起一定法律效果的情况,尤其是向法院提出的申请如果被认定为违反诚信原则,法院就不会对其内容进行研究而会驳回其申请。参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第174页。

^{④2} 参见《天津仲裁委员会仲裁暂行规则(2014年版)》第61条规定:“经审查,本院认为当事人提交的纠纷属于虚构事实、恶意串通等情形,企图通过仲裁侵害国家、集体或者他人合法权益的,应当驳回仲裁申请。仲裁庭在审理期间发现纠纷属于前款规定的情形应当予以驳回仲裁申请的,应当提请本会作出决定。”

3. 仲裁费用的承担

裁决各方当事人如何承担仲裁费用是仲裁庭行使仲裁权的重要内容。关于仲裁费用的承担,当事人有约定从约定,如果没有约定,则原则上由败诉的当事人承担。对于部分败诉部分胜诉的情形,则按照当事人的责任大小确定各自承担的比例。在当事人自行和解或经仲裁庭调解结案的情形,则由当事人自行协商各自承担的比例。此外,对于当事人违反诚信原则,仲裁庭有权通过仲裁费用的承担予以规制。例如《厦门仲裁委员会仲裁规则(2020)》第56条第2款以及《海仲规则》第55条第3款规定,因当事人未遵循诚实信用原则或因当事人的其他原因导致仲裁程序迟延、费用增加的,增加的相关费用由有过错的当事人承担。

(二) 仲裁员违反诚信原则的法律后果

1. 纪律责任

所谓纪律责任,是指仲裁员在仲裁过程中严重违背仲裁行为规范,从而受到仲裁机构内部处罚的责任。值得注意的是,纪律责任主要是机构仲裁下的监督模式,临时仲裁则不涉及。仲裁员违反诚实信用原则的行为,根据情节轻重一般会面临提醒、提出建议、警告以及解聘仲裁员责任。例如,《贸仲行为考察规定》第10条、第11条详细规定了警告和解聘仲裁员的具体情形。此外,现行《仲裁法》第38条规定了仲裁机构解聘仲裁员的事由,即仲裁员私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的,或者仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为。仲裁机构通过设置纪律责任的方式,能够有效规制仲裁员的怠权、滥权等不诚信行为,对于规范仲裁员行为、提升仲裁员的素质、增强仲裁公信力具有重要意义。

2. 民事责任

所谓民事责任,是指仲裁员在仲裁过程中,因仲裁员的不当仲裁行为致使当事人遭受损失,仲裁员就该损失进行赔偿的责任。从比较法考察来看,绝大多数国家并未对仲裁员的民事责任进行明确规定,而是将因仲裁员不当行为引起的赔偿之争交由一般民法规则或合同法进行解决。^④也有少部分国家立法明确规定了仲裁员的民事责任,例如《阿根廷民事诉讼法》第745条、第746条以及《奥地利民事诉讼法》第594(4)条以及《意大利民法典(第八编 仲裁)》第813(3)条等进行了规定,即仲裁员因故意或严重过失拒绝或迟延履行职责造成当事人损失应承担赔偿责任。^⑤此外,追究仲裁员严重违反诚信原则的民事责任,需要考虑仲裁员民事责任豁免的问题。基于仲裁具有准司法性,法官的司法豁免论则运用到仲裁员责任豁免中。在仲裁员责任豁免论与责任论都难以服众的情况下,仲裁员有限责任豁免论成为有力观点。即仲裁员必须对其过错行为给当事人造成的损失承担法律责任。^⑥

^④ Susan D. Franck, *The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*, 20 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 1 2000.

^⑤ 胡获:《国际商事仲裁权研究》,法律出版社2015年版,第195-197页。

^⑥ 宋朝武主编:《仲裁法学》,北京大学出版社2013年版,第66-68页。

3. 刑事责任

仲裁员严重违反诚信原则,在仲裁过程中的不当行为触犯刑法而应当承担的责任。追究仲裁员的刑事责任,主要针对的是仲裁员严重的违法行为。关于仲裁员刑事责任的立法例主要有两种,一种是在刑法典中规定,例如德国、新加坡、韩国、巴西等国家的刑法典规定了仲裁员利用职务之便、收受贿赂,枉法裁决的行为应承担刑事责任。另外一种是以单行立法的方式对仲裁员的刑事责任进行规定,例如日本在《仲裁法》第50条至第55条详细规定了仲裁员实施受贿、间接受贿等犯罪行为应承担的刑事责任。《刑法修正案(六)》第20条新增刑法第399条之一,规定依法承担仲裁职责的人员,在仲裁活动中故意违背事实和法律枉法裁决,根据情节轻重面临拘役和有期徒刑的刑罚。尽管有学者对枉法仲裁罪的立法提出质疑和批判,^{④6}但从仲裁实践来看,各地也出现了枉法仲裁罪的案例。^{④7}

七、结 语

“法院不能让自己被用作不公平和不公正的工具。”^{④8}仲裁机构和仲裁庭也同样如此,不能被当事人利用为牟取不当利益的工具。将诚信原则作为仲裁法的一项基本原则,有助于规制滥用仲裁程序、恶意仲裁、虚假仲裁、枉法仲裁等失信仲裁行为,对提升仲裁公信力具有重要的现实意义。为了充分发挥诚信原则在仲裁程序中的道德调节和法律调节的作用,这就需要加强诚信原则在仲裁中的具体适用。^{④9}关于诚信原则在仲裁中适用的范围、方法、限度等问题,既是理论研究的重点,也将是仲裁实践面临的难点,有待进一步探索与实践。诚然,诚信原则功能的发挥,一方面有赖于仲裁机构完善失信仲裁行为识别机制和仲裁员行为考察等制度,另一方面需要仲裁员深入理解诚信原则的内涵与精髓,严格要求自己准确适用该原则诚信善意仲裁。

Abstract: Establishing the principle of good faith in arbitration law has the logic of the times to enhance the credibility of arbitration, the theoretical logic to legalize the morality

^{④6} 宋连斌:《枉法仲裁罪批判》,载《北京仲裁》2007年第2期,第35-38页;徐前权:《枉法仲裁罪之批判》,载《广西民族学院学报(哲学社会科学版)》2006年第3期,第122-124页;谈中正:《刑法介入商事仲裁的理论反思——对“枉法仲裁罪”的立法批判》,载《北京仲裁》2010年第1期第65-79页等。

^{④7} 参见薛冰峰、舒忠良枉法仲裁、受贿二审刑事判决书,云南省昆明市中级人民法院(2018)云01刑终703号刑事判决书;方虎受贿、枉法仲裁一审刑事判决书,安徽省桐城市人民法院(2019)皖0881刑初31号刑事判决书;刘智明贪污、枉法仲裁二审刑事裁定书,山东省滨州市中级人民法院(2019)鲁16刑终305号刑事裁定书;胡法志枉法仲裁罪二审刑事裁定书,浙江省台州市中级人民法院(2012)台天刑初字第653号刑事裁定书;邓某某枉法仲裁一审刑事判决书,河北省邢台市桥西区人民法院(2018)冀0503刑初93号刑事判决书;杨永红涉嫌非国家工作人员受贿罪、枉法仲裁罪刑事指定管辖的决定书;吉林省长春市中级人民法院(2020)吉01刑辖2号刑事裁定书等。

^{④8} [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第44页。

^{④9} 梁慧星:《诚实信用原则与漏洞补充》,载《法学研究》1994年第4期,第25-29页。

of good faith, and the practical logic to regulate arbitration for breach of trust. Foreign and regional legislation on good faith arbitration, legislation on the principle of good faith in civil procedure law and the practice of stipulating the principle of good faith in arbitration rules have provided conditions for legislation on the principle of good faith in arbitration. In view of the abstract and general nature of the good faith principle, it is necessary to standardize and make it concrete. The system of rules on the principle of good faith in arbitration law can be constructed at three levels: the purpose of arbitration, the process of arbitration and the outcome of arbitration, i.e., establishing the duty of good faith in the purpose of arbitration, the duty of procedural promotion and cooperation in the process of arbitration, and the duty of fair award in the outcome of arbitration. A party that violates the principle of good faith will face liability for repudiation of the conduct of the arbitration, for costs of the arbitration, and for tort damages. Arbitrators who violate the principle of good faith will face legal consequences such as disciplinary action and civil and criminal liability.

Keywords: arbitration law; principle of good faith; good faith arbitration; fraudulent arbitration; arbitration order

(责任编辑: 刘 纲)

主合同仲裁条款扩张适用于从合同问题研究 ——兼评《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第24条

王伟斌 邱冬梅*

内容提要 通过仲裁程序解决争议以当事人达成仲裁协议为前提。根据现行法律规定,主合同的仲裁条款无法扩张适用于从合同。实践中,确实导致主合同、从合同无法在同一仲裁程序中得到全面、高效地审理和解决,因此仲裁效力扩张论的支持者主张应当赋予主合同仲裁条款扩张适用于从合同的效力,该观点亦在《仲裁法(修订)(征求意见稿)》中有所体现。笔者认为,主合同仲裁条款在一定情形下扩张适用于从合同有其现实需求及合理性,但仍应当尊重当事人意思自治,如果从合同当事人明确约定选择诉讼方式解决争议,则不宜将主合同仲裁条款直接扩张适用于从合同的当事人。

关键词 仲裁 管辖 效力扩张 意思自治

一、问题的提出

仲裁是国际上通行的解决商事纠纷的一种方式,这些年随着我国国际地位的提升,国际交往的增多,仲裁无论在解决国际纠纷还是国内商事纠纷领域,都发挥着非常重要的作用。我国《仲裁法》实施27年来,全国共依法设立组建270多家仲裁机构,办理仲裁案件400多万件,涉案标的额5万多亿元,解决的纠纷涵盖经济社会诸多领域,当事人涉及全球100多个国家和地区。^①仲裁基于其自身优势,在争议解决中发挥着越来越突出的作用。

随着越来越多的案件进入仲裁程序,28年前颁布的《仲裁法》在应对日趋复杂的案件时已跟不上仲裁扩张的速度,因此《仲裁法》的修订被提上日程,2021年7月30日,司法部发布了《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)。《征求意见稿》的亮点之一即积极扩张了仲裁的适用范围,如放宽了仲裁协议的生效要件、引入仲裁地概念、确立自裁管辖原则、赋予主合同仲裁条款的扩张效力等等,为当事人选择仲裁方式解决争议、为仲裁机构扩大受案范围,创造更加有利的条件。但具体到个别条文

* 王伟斌,上海市锦天城律师事务所高级合伙人;邱冬梅,上海市锦天城律师事务所律师。

① 《关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉的说明》,载司法部官网, http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lffyjzj/202107/t20210730_432967.html,最后访问时间:2021年8月31日。

的制定,《征求意见稿》的规定较之复杂的司法实践,仍有需要细化探讨的问题,如从合同中争议解决条款与主合同不一致时,如何确定从合同的争议解决方式,从合同当事人的合意是否完全被主合同当事人的合意所吸收?司法实践中有纷繁复杂的情形。本文以主合同、从合同的仲裁管辖为切入点,对《征求意见稿》中关于主合同仲裁条款的扩张效力进行探讨,通过列举分析不同的管辖冲突情形,以期对确定从合同纠纷的主管、管辖有所助益。

二、从合同的概念与特性

按照两个或多个合同之间的主从关系进行分类,可以将合同分为主合同与从合同。主合同,是指不需要以其他合同的存在为前提即可独立存在的合同;从合同,是指以其他合同的存在为其存在前提的合同。^②以借贷关系为例,借款合同即为主合同,为债务提供抵押、质押、保证的担保合同即为从合同。《民法典》第388条规定,担保合同是主债权债务合同的从合同;第682条规定,保证合同是主债权债务合同的从合同。

从合同的特点在于其受到主合同的制约,必须以主合同的有效存在为前提,从合同是不能独立存在的。仍以借贷关系为例,如果借款合同不存在,则该借款提供担保的担保合同就失去了存在的意义。主合同不成立,从合同就不能有效成立;主合同变更或转让从合同也不能单独存在,依具体情况相应地可能发生变更、随同转让或者消灭的效果;主合同被宣告无效、撤销或者终止,从合同便失去存在的意义。

从合同的从属性还表现在从合同主体的责任范围受限于主合同的责任范围。根据最高人民法院发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》(简称“九民纪要”)中关于担保合同相关问题的阐述,再次强调了担保合同的从属性,并将担保责任的范围限缩至主债务的范围。此外,对于主债权诉讼时效届满的效力是否能构成从合同当事人的抗辩理由,“九民纪要”也是采取了支持态度,即抵押权人未在主债权诉讼时效届满前行使抵押权,抵押人在主债权诉讼时效届满后请求涂销抵押权登记的,人民法院应予以支持。^③

由此可见,从合同依附于主合同,从合同纠纷的处理与主债权债务事实密不可分,审查确认从合同当事人的合同责任时,必然要以审查确认主合同履行情况为前提。

三、从合同的仲裁管辖现状

既然从合同与生俱来的从属性,从合同纠纷处置不可避免要涉及主合同债权债务的审查,那是不是意味着主合同的仲裁约定就一定能扩张适用于从合同?——并非如此。

^② 韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第66页。

^③ 最高人民法院民事审判第二庭:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第360页。

当前的司法实践中,主合同的仲裁条款效力的扩张存在诸多障碍,如果从合同并没有设置与主合同一致的仲裁管辖约定,基本难以将主合同的仲裁条款扩张适用于从合同。

（一）受限于现行的法律规定

1. 法院对存在仲裁条款的纠纷没有管辖权

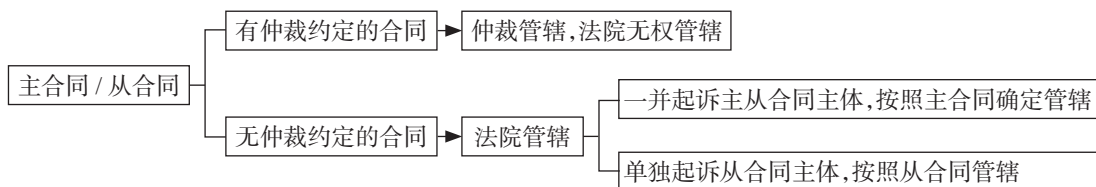
根据《民事诉讼法》第127条规定,双方当事人达成书面仲裁协议的,不得向人民法院起诉,如果向法院起诉,法院应当告知原告向仲裁机构申请仲裁;第278条规定,涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷,当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议,提交我国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的,当事人不得向人民法院起诉。可见,在选择争议解决方式的问题上,法律充分尊重当事人的意思自治。如果当事人约定通过仲裁解决纠纷,该纠纷也属于仲裁主管的案件,则法院不得受理;反之,如果当事人约定通过诉讼解决纠纷,则仲裁机构不得受理。因此,即使主从合同之间关系密切,一并审理更加高效便捷,但如果主合同约定由法院主管,从合同中约定仲裁主管,法院则无权主管合同纠纷,同样,仲裁也无权一并处理主合同内容。

2. 现有法律没有赋予主合同仲裁条款扩张效力

主合同约定仲裁管辖,从合同存在:(1)没有任何管辖约定;(2)约定诉讼管辖;(3)约定仲裁管辖但该仲裁约定与主合同不一致等不同情形。对于第(2)种情形,在本节第一部分中已有阐述,法律尊重当事人的意思自治,无论选择仲裁还是诉讼互不扩张,严守当事人的约定。对于第(1)种情况与第(3)种情况,现行《仲裁法》没有对主合同约定仲裁管辖,该管辖约定是否扩张适用于从合同进行规定。在没有法律依据赋予主合同仲裁条款具有扩张效力的情况下,仲裁协议就成为当事人确定仲裁管辖的唯一依据。

3. 法律仅对主合同的诉讼管辖赋予了扩张效力

诉讼管辖是国家公权力介入,定分止争的法定程序,基于主从合同的紧密关系,从有助于查明事实、高效审理案件、节省司法资源的角度,法律赋予了主合同诉讼管辖具有扩张效力。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第21条第1款规定,主合同或者担保合同约定了仲裁条款的,人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权;第2款规定,债权人一并起诉债务人和担保人的,应当根据主合同确定管辖法院;第3款规定,债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的,应当根据担保合同确定管辖法院。由此可见,当主合同、从合同均没有约定仲裁条款的,主合同、从合同争议均属于法院主管的案件时,债权人一并起诉主合同、从合同义务人,主合同的诉讼管辖可以扩张适用于从合同。一旦主合同或者从合同约定了仲裁条款,则受限于法院无权管辖存在仲裁约定的合同而无扩张效力。



4. 仲裁机构若管辖无仲裁协议的纠纷存在被撤销的风险

根据《仲裁法》第58条规定,参加仲裁的当事人如果没有达成仲裁协议,属于依法可以申请撤销仲裁裁决的情形。^④因此,对没有仲裁管辖协议的纠纷或主体进行管辖,仲裁裁决面临被撤销或不予执行的风险。《民事诉讼法》第244条规定,被申请人提出证据证明当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的,经人民法院组成合议庭审查核实,应当裁定不予执行仲裁机构的裁决。也就是说,如果主合同有仲裁条款,从合同并无仲裁约定,仲裁机构如果将从合同当事人及法律事项纳入仲裁程序进行审理,将因为从合同当事人之间并无仲裁协议而构成可以撤销或不予执行仲裁裁决的情形。

(二) 仲裁协议效力扩张的法理障碍

仲裁作为一种国际上公认的争议解决方式,有其自身与生俱来的属性,比如仲裁意思自治、终局性、保密性等。这些公认的属性让仲裁独具魅力。若要赋予主合同仲裁条款具有扩张适用于从合同的效力,则首先要面临仲裁合意、合同相对性等基础理论的质疑。

1. 缺少从合同当事人的仲裁合意

仲裁与诉讼最大的不同是仲裁是当事人合意而启动的纠纷解决程序。1958年的《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》第II条^⑤、1961年的《欧洲国际商事仲裁公约》第I条^⑥、1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第7条^⑦均约定了仲裁需要存在书面的仲裁条款或仲裁协议,仲裁以当事人之间达成仲裁方式解决争议的合意为前提,这是国际通行做法。我国现行《仲裁法》第4条也约定“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理”。也就是说,仲裁合意是当事人申请仲裁的前提条件。

④ 《仲裁法》第58条规定:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的。”

⑤ 《承认及执行外国仲裁裁决公约》第二条规定:“一、当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系,不论为契约性质与否,应提交仲裁时,各缔约国应承认此项协定。二、称‘书面协定’者,谓当事人所签订或在互换函电中所载明之契约仲裁条款或仲裁协定。三、当事人就诉讼事项订有本条所称之协订者,缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造之请求,命当事人提交仲裁,但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”

⑥ 《欧洲国际商事仲裁公约》第一条规定:“公约的范围(二)在本公约中:1.‘仲裁协议’一词既指合同中的仲裁条款,也指仲裁协议;该合同或仲裁协议,是指经当事人签订的,或包括在当事人交换的书信和电报中或电传通讯中的。如在法律并不要求仲裁协议必须以书面形式签订的国家,则指依该国法律所许可的形式所订立的一切仲裁协议。2.‘仲裁’一词不仅指为每个案件指定仲裁员解决争议(临时仲裁),而且指由常设仲裁机构解决争议。3.‘所在地’一词是指签订仲裁协议的企业所在的地方。”

⑦ 《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第七条规定:“仲裁协议的定义和形式(1)‘仲裁协议’是指当事人各方同意将他们之间的契约性或非契约性的特定法律关系上已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。仲裁协议可以采取合同中的仲裁条款形式或单独协议的形式。(2)仲裁协议应是书面的。协议如载于当事各方签字的文件中,或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中,或在申请书和答辩书的交换中当事人一方声称有协议而当事人方不否认,即为书面协议。在合同中援引载有仲裁条款的一项文件即构成仲裁协议,但该合同须是书面的而且这种援引足以使该仲裁条款构成该合同的一部分。”

因为主合同的当事人与从合同的当事人并不完全一致,如果从合同没有约定仲裁条款,或者从合同当事人没有签订仲裁协议,主合同的仲裁约定直接扩张适用于从合同的当事人,则意味着从合同当事人在没有仲裁合意的情况下被纳入了仲裁程序,这显然与仲裁应以当事人合意而发生的基础理论和国际通行做法不符。

2. 主从合同亦应遵从合同相对性原则

合同相对性原则是合同法律关系中基本原则,最早源于罗马法中“任何人不得为他人缔约”,后来发展为《法国民法典》原第1165条“契约仅在诸缔约当事人之间发生效力;契约不损害第三人,并且仅在本法典第1121条规定的情形下,才能使第三人享有利益。”^⑧实践中,无论是专家学者、法律工作者亦或是普通当事人,对合同相对性原则都有普遍的认知与共识。我国立法层面也认同合同相对性原则,并在《民法典》第465条直接确立了合同相对性原则。^⑨根据合同相对性原则,主合同中的内容仅约束主合同的当事人,仲裁条款效力亦只能及于主合同的当事人。从合同虽然以主合同的存在为前提,但从合同也是一份独立的合同,从合同的当事人、合同内容、权利义务均与主合同内容不同。因此,主合同约定的内容不能对从合同产生约束力。

综上,基于现有法律规定的约束和法律基础理论原则,目前主合同的仲裁条款无法扩张适用于从合同的当事人。

四、主合同仲裁协议效力向从合同扩张的突破

目前的法律规定契合了仲裁法、民法等方面的基本原则,但却无法与快速发展的社会实践相匹配。因从合同而引发的争议,在其争议解决方式与主合同出现不同的约定时,根据现有规定,将陷入从合同争议解决效力低下,重复审查主合同债权债务关系的情况。因此,赋予主合同仲裁协议向从合同扩张效力呼之欲出。

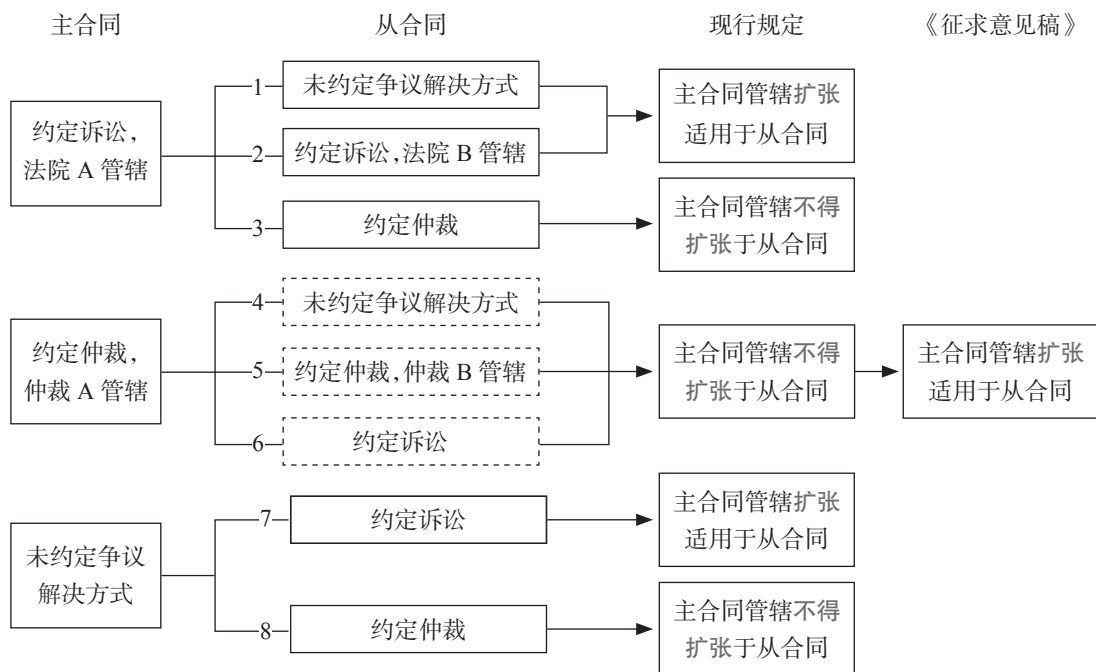
（一）主合同与从合同管辖约定不一致情形分析

主从合同一旦引发纠纷,在进入实体审理之前,当事人首先要解决的就是确定纠纷的主管机关。以主合同对应一份从合同为例(实践中一份主合同往往对应存在多份从合同,本文中不作展开分析),主合同与从合同管辖不一致的情形分为下图所示8种:

^⑧ 杨浦:《论合同相对性原则的适用边界》,载《交大法学》,2020年第3期,第100页。

^⑨ 《民法典》第465条规定:“依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但是法律另有规定的除外。”

主合同与从合同管辖约定不一致情形



1. 主合同约定诉讼方式解决争议, 从合同未约定仲裁条款。如上图中的第 1、2 种情形。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 21 条, 可以将主合同管辖扩张适用于从合同, 由法院一并处理主从合同纠纷, 也可以按照从合同的管辖约定单独处理从合同纠纷。例如借款合同 (主合同) 约定将争议提交 A 法院解决, 为该借款提供连带责任保证的保证合同 (从合同) 没有约定争议解决方式或者约定将争议提交 B 法院解决, 借款合同的债权人在债务未得到清偿时, 其可以向 A 法院一并起诉债务人与保证人, A 法院有权受理。

2. 主合同约定诉讼方式解决争议, 从合同约定仲裁方式解决争议。如上图中的第 3 种情形。法律基于当事人意思自治原则等规定主合同的诉讼管辖不得扩张适用于约定了仲裁条款的从合同。当主合同约定诉讼方式解决争议, 从合同约定仲裁方式解决争议时, 主合同争议由法院主管, 从合同争议由仲裁机构处理。以借款合同为例, 如果借款合同约定将相关争议提交法院解决, 为该借款提供连带责任保证的保证合同约定将争议提交某仲裁委员会裁决, 按照现行有效的法律规定, 法院不得一并处理借款纠纷和保证合同纠纷, 保证合同纠纷应当依据仲裁条款交由仲裁机构裁决。

3. 主合同约定仲裁方式解决争议, 但与从合同的约定不一致。如上图中的第 4、5、6 种情形。主合同的仲裁约定能不能扩张适用从合同问题, 现行《仲裁法》没有规定。因为既无法律规定, 又受法学基础理论学说的限制, 因此当前司法实践中, 此种情况下主合同的仲裁条款效力未能扩张至从合同。比如, 借款合同约定将争议提交 A 仲裁委裁决, 但是为该借款提供保证担保的保证合同约定将争议提交法院诉讼解决, 或者将争议提交

B 仲裁机构裁决,抑或没有任何关于争议解决机构的约定,都将导致 A 仲裁委因为缺乏受理依据而无法同时处理担保合同纠纷,借款合同纠纷与担保合同纠纷将由不同的争议解决机关受理,从而影响争议解决效率、重复审查主合同事实的情况。

4. 主合同没有约定争议解决方式。如果主合同没有约定争议解决方式,从合同约定通过仲裁方式解决争议,如上图中的第 8 种情形,则主合同与从合同只能分别由法院和仲裁机构主管;如果从合同亦约定通过法院诉讼解决争议,如上图中的第 7 种情形,则《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 21 条,可以将主合同管辖扩张适用于从合同,一并解决主从合同争议。

（二）《征求意见稿》明确主合同仲裁条款扩张适用从合同

如前一部分列举的主从合同所涉纠纷解决方式的约定不一致的情形,当主合同或者从合同约定仲裁解决方式时,主债权人往往需要针对主合同债权、从合同债权分案解决争议,而无法在同一仲裁案件中一并处理,确实有损争议解决的效率,浪费司法资源和社会资源。随着仲裁的迅速发展,主张主合同仲裁协议效力扩张的观点认为,仲裁协议不仅对仲裁协议的签字方有约束力,在某些特殊情况下,还需要或应该使仲裁协议对非签约的第三人产生约束力,也就是说仲裁程序可以由第三人或向第三人提起。^⑩主合同仲裁约定对未签约的从合同当事人的这种效力扩张在本轮《仲裁法》修订中得到充分地体现,《征求意见稿》第 24 条规定“主合同与从合同的仲裁协议约定不一致的,以主合同的约定为准。从合同没有约定仲裁协议的,主合同的仲裁协议对从合同当事人有效”,也就是说无论从合同如何约定,只要主合同中达成了的提交仲裁解决争议的合意,主从合同所涉争议应以主合同仲裁约定为准,赋予主合同仲裁条款的扩张适用所有从合同的效力。

（三）主合同仲裁条款扩张适用于从合同的合理性分析与修改建议

为了使修订后的《仲裁法》适应现实发展的需要,本轮修订拟赋予主合同仲裁条款扩张适用从合同的效力,笔者认为在当事人意思自治原则基础上兼顾纠纷解决效率,是顺应经济贸易快速发展需要,对主合同仲裁条款效力进行一定程度的扩张确实是顺应社会发展的需要、具有合理性,但主合同仲裁条款效力扩张时不应强行否定从合同当事人选择法院诉讼解决争议的意愿。

1. 主合同、从合同均约定通过仲裁方式解决争议,但主合同与从合同在仲裁机关的选择上存在差异时,即上图中第 5 种情形,《征求意见稿》第 24 条将主合同仲裁条款扩张适用于从合同,符合从合同选择仲裁管辖的意思表示,也有利于争议的全面解决,该修订既尊重从合同当事人仲裁的意思表示,又兼顾效率原则,修订具有合理性,应予支持。

2. 主合同约定通过仲裁方式解决争议,从合同没有关于争议解决的约定时,即从合同既没有约定仲裁、也没有约定诉讼,即上图中第 4 种情形。此种情况下,从合同当事人至少没有作出拒绝仲裁的意思表示,基于主从合同的特殊关系,及有利于查明主债权、快

^⑩ 杨秀清、韦选拾:《仲裁协议效力扩张若干问题研究》,载《仲裁研究》,第 11 辑,第 8-9 页。

速高效解决纠纷角度考虑,《征求意见稿》第24条赋予主合同仲裁条款扩张适用于从合同也具有一定合理性。

3. 主合同约定通过仲裁解决争议,从合同明确选择法院诉讼解决争议,即上图中第6种情形,按照《征求意见稿》第24条,此种情况也属于“从合同没有约定仲裁协议的”情况,从字面理解也应按照主合同的仲裁条款确定争议解决机关。但笔者认为,这种情况下允许主债权人依据主合同中的仲裁条款将从合同当事人纳入仲裁程序,则明显有悖于从合同当事人将纠纷提交法院解决的意思表示,不应为之。

法律规定并不限制主合同、从合同分别约定不同的争议解决方式,而且从合同的当事人与主合同的当事人并不一致,法律应当尊重当事人的意思自治,包括从合同当事人的意思自治。而且,仲裁的基本原则也是以当事人的仲裁合意为前提。目前国际上也鲜有法律将主合同当事人的仲裁管辖约定凌驾于从合同当事人之上。在美国,法院虽然在很多方面都同意仲裁条款的扩张适用,但是对于担保问题上,还是持较为保守的态度,倾向于认为除非存在担保人明确的同意或者可以证明担保人默示同意接受主合同仲裁条款,则担保人不受主合同仲裁条款的约束,这样的结论可以在 *Grundstad v. Ritt* 一案裁决中看到,法院认为担保人并不受一个缺乏他明确同意仲裁意思表示的仲裁条款的约束。^⑪ 笔者认为,既然从合同当事人明确选择诉讼方式解决争议,而没有任何仲裁的意思表示,就不应当将主合同的仲裁效力扩张适用于从合同,否则对从合同当事人不公平,剥夺了从合同当事人的权利。而且,《民事诉讼法》亦规定,如果主合同约定诉讼管辖,但是从合同有仲裁约定的,法院对此种情况无权管辖。也体现了法律优先尊重当事人意思自治,而不是将效率完全凌驾于当事人意思自治之上。因此,对于主合同约定仲裁方式解决争议,从合同明确约定了法院诉讼管辖时,不应强行否定从合同的约定,笔者建议主合同、从合同仍应当分别依据各自管辖约定处理,相较于仲裁效率,笔者认为仲裁自愿原则更为重要,不应为了满足个别类型案件的仲裁效率而破坏仲裁自愿原则。

五、结 语

适当扩大仲裁协议的效力范围,有助于建设多元化纠纷解决机制,缓解法院的审判压力,符合当前社会经济发展的需要。主合同仲裁条款在从合同选择仲裁解决争议或者没有就争议解决作出约定时,扩张适用于从合同,有助于提高争议解决效率,节省社会资源,应予支持。但仲裁以当事人的合意为基础、仲裁过程中也贯穿着当事人的自由意志,因此,主合同仲裁条款效力扩张仍应以尊重当事人的意思自治为前提,当从合同明确约定通过法院诉讼解决争议时,主合同中的仲裁条款不应扩张适用于从合同,应当尊重从合同当事人的选择,否则虽追求了解纷效率,但却从根本上侵害了仲裁的自愿属性,进而动摇仲裁的根基。

^⑪ 葛黄斌:《担保人是否受债权人与债务人仲裁协议约束问题研究》,载《中国合同法论坛论文汇编》,第176页。

Abstract: The resolution of disputes through arbitration proceedings is based on the premise that the parties have reached an arbitration agreement. According to current laws and regulations, the arbitration clause of the principal contract cannot be expanded to apply to the collateral contract, which in practice, makes the principal contract and the collateral contract unable to be fully and efficiently tried and resolved in one arbitration proceeding. Therefore, the proponents of the expansion theory of arbitration argue that the arbitration clause of the principal contract should be expanded and applied to the collateral contract, which is reflected in the Arbitration Law (Revision) (Draft for Comments). The author believes the theory that expanding and applying the arbitration clause of the principal contract to the collateral contract under certain circumstances has its practical requirements and rationality, but the parties' autonomy should be respected. If the parties to the contract specifically agree to choose litigation to resolve disputes, it is not appropriate to apply the principal contract arbitration clause directly to the parties to the collateral contract.

Keywords: arbitration; jurisdiction of arbitration; validity expansion; autonomy of will

（责任编辑：佟 尧）

国际商事仲裁复裁制度的法理基础与实践逻辑

庄可*

内容提要 “一裁终局”之观念在商事仲裁界由来已久,随着国际经贸交往日益频繁,在国际商事仲裁中,这一观念逐渐暴露出救济渠道缺失的局限性,为错误裁决留下了喘息的空间。为及时纠正错误的国际商事仲裁裁决,有效保障当事人的仲裁裁决救济权利,立法应赋予当事人追求公正价值的申诉权利,并通过制度设计来减少对效率价值以及裁决终局性的损害。对此,建议设立由仲裁机构主导的选择性复裁制度,通过明确复裁程序的提起条件,严格复裁庭成员选拔,规范复裁审理事项,加强期限和费用限制,实现对仲裁传统价值的延续。

关键词 仲裁复裁 一裁终局 意思自治 实质正义

提到商事仲裁,很多人会联想到“一裁终局”,但在国际交往日益频繁的今天,随着纠纷标的规模日趋扩大,“一裁终局”所带来高效率的绝对优势地位受到了一些质疑。学术研究领域,国内外学者就是否应对仲裁裁决进行实质性审查并未达成一致意见,支持建设复裁制度的学者,也提出了不同的审查机制构想,或赋权于法院,^①或赋权于仲裁机构,^②或主张建立统一的国际仲裁法院^③对裁决进行审查。本文通过比较分析法、价值分析法、数据分析法、案例分析法等方法,在阐明设立复裁制度必要性的基础上,分析复裁制度的法理基础,提出健全仲裁复裁制度的设想,为国际商事仲裁领域裁决的救济规则提供新思路。

* 庄可,武汉大学国际法研究所硕士研究生。

- ① Sampath, Priya, *The Need for a Transnational Appellate Arbitral Review Body*, LLM Theses and Essays, 2007, p.85; 参见万鄂湘、于喜富:《再论司法与仲裁的关系》,载《法学评论》2004年第3期,第60-69页。
- ② 宋肇屹:《告别“一裁终局”?——中国大陆商事仲裁实体上诉机制研究》,载《北京仲裁》2017年第4期,第105-131页;石现明:《国际商事仲裁当事人权利救济制度研究》,人民出版社2011年版,第279-357页;石现明:《国际商事仲裁一裁终局的相对性》,载《长安大学学报(社会科学版)》2009年第4期,第61-67页;石现明:《效率与公正之平衡:国际商事仲裁内部上诉机制》,载《仲裁研究》2007年第2期,第12-18页;Axay Satagopan, *Conceptualizing a Framework of Institutionalized Appellate Arbitration in International Commercial Arbitration*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2018, Vol.18:3, pp.324-390.
- ③ Sammartano, Rubino, *The Fall of a Taboo*, Journal of International Arbitration, 2003, Vol.20:4, pp.387-392; Mauro Rubino-Sammartano, *An International Arbitral Court of Appeal as an Alternative to Long Attacks and Recognition Proceedings*, Journal of International Arbitration, 1989, Vol.6:1, pp.181-188.

一、复裁制度概述

（一）仲裁复裁的概念

2019年2月21日,选择性复裁程序^④出现在了深圳国际仲裁院最新版仲裁规则中。“Appellate Arbitration Procedure”并未被直接译为“上诉仲裁程序”,而是创新性地译为“仲裁复裁”,类似的英文表述有“Arbitration appeal procedure”“Two-tier arbitration proceedings”“Review of arbitration award”。本文认为,理解“仲裁复裁”这一概念可以从狭义与广义两个角度考虑。狭义的仲裁复裁制度,也即本文所采的概念,是指在不违反仲裁地法以及仲裁规则的前提下,当事人根据既有约定,就其仲裁裁决中的实体问题,向仲裁机构提出审查原裁决的申请,并由复裁庭对原裁决进行审查的内部救济制度。而广义的仲裁复裁制度,依据受理申诉的主体不同,不仅包括向仲裁机构申诉,也包括向法院就裁决申诉,而就裁决的实体事项向法院提出异议即为“仲裁上诉”。

（二）仲裁复裁的发展现状

仲裁框架内实体申诉机制的缺乏已经成为了一个较为普遍的现象,并且这种“缺乏”也得到了大多数受众的容忍,甚至是推崇,被学者视为商事仲裁的一大优点。^⑤但国际范围内,无论是国内立法还是机构规则,都有复裁制度的先例可供参考。

1. 各国立法现状

我国《仲裁法》第9条明确了“一裁终局”依旧是我国仲裁制度现行原则,2021年司法部颁布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》也并未对此作出调整。但是放眼全球其他国家和法域的仲裁立法和司法实践,“一裁终局”并非仲裁领域的绝对制度或原则。

相关研究数据显示,目前全球范围内最受欢迎的五个仲裁地(seats of arbitration)依次是伦敦、新加坡、中国香港、巴黎和日内瓦。^⑥上述五个仲裁地分别位于英国、新加坡、香港、法国和瑞士。其中,英国《仲裁法》默认当事人就仲裁裁决,享有向法院提起实体上诉的权利,除非另有约定。^⑦与英国不同,香港《仲裁条例》第73条,确定了仲裁裁决默认的终局性效力,除非当事人选择法定的情况通过复裁程序来申请否定一裁裁决,也即纠纷主体有权就仲裁协议选择上诉或复裁。^⑧相较而言,新加坡和法国则采国内国外

^④ 《深圳国际仲裁院仲裁规则》第68条规定:“选择性复裁程序(一)在仲裁地法律不禁止的前提下,当事人约定任何一方就仲裁庭依照本规则第八章作出的裁决可以向仲裁院提请复裁的,从其约定。适用本规则快速程序的案件,不适用本条规定的选择性复裁程序。(二)选择性复裁程序按照《深圳国际仲裁院选择性复裁程序指引》的规定进行。”

^⑤ Rowan Platt, *The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality?*, Journal of International Arbitration, 2013, Vol.30:5, p.531; Cole, Sarah Rudolph, *Revising the FAA to Permit Expanded Judicial Review of Arbitration Awards*, Nevada Law Journal, 2007, Vol.8:1, p.216.

^⑥ 2021 International Arbitration Survey: *Adapting arbitration to a changing world*, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021/>, last visited Jan.8, 2022.

^⑦ Arbitration Act 1996, Section 69:“(2) An appeal shall not be brought under this section except... 69(3) Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied (a)...(b)...”

^⑧ 《香港仲裁条例》第73条、99条,附表2第5至7条。

双轨制的审查标准。例如,新加坡《仲裁法》第49条、第50条规定了仲裁上诉问题,其将仲裁分为国内、涉外两种,并对裁决上诉问题采取了不同态度。具体而言,国际仲裁中,法院不能受理当事人的实体上诉,而对于国内仲裁的实体审查权力则与英国相似。^⑨ 法国《民事诉讼法典》中规定国际仲裁只能就程序性事项和国际公共政策申请撤销,而国内仲裁可以协议约定提起仲裁上诉。^⑩ 瑞士《联邦国际私法》第190条规定仲裁裁决一经作出即生效。^⑪ 综合上述,部分国家已经开始注意到一裁终局的弊端,在国内立法中为复裁留下空间。

2. 仲裁机构内部复裁制度发展现状

国际范围内,尽管采用“一裁终局”模式的仲裁机构仍占大多数,诸如伦敦国际仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心等知名仲裁中心都持此态度,但与之相对,国际商会在其关于金融机构和国际仲裁的报告中提到“一些金融机构希望在仲裁中有一种上诉手段^⑫”,并且有部分仲裁机构,尤其是行业协会仲裁中^⑬,已经存在较为成熟的仲裁复裁之经验。商品行业协会设置复裁机制的重要原因之一是争议的复杂性,与普通的商事仲裁相比,其中涉及的质量及技术问题相对更为复杂,值得二次审视。除此之外,在某一行业中,行业仲裁就货物质量的裁决对生产商的声誉有着举足轻重的影响。^⑭

虽然大部分国家和地区的立法没有允许就裁决进行实体申诉,但不得不承认:部分当事人真实存在的复裁需求,促使少数仲裁机构开始制定复裁规则,为当事人提供更加便利的、成系统的复裁程序,甚至依据当事人的需求来调整自己的规则布局。现阶段国际商事仲裁倾向于经济学上的“买方市场”概念,当事人作为仲裁市场的“消费者”享有主动地位,可以根据自己的需求选择仲裁机构,或者说选择相应的仲裁规则。事实上,从越来越多的机构开始增加特别的复裁程序就能看出,这一趋势是不可阻挡的。

二、仲裁复裁制度的必要性

新制度设立之前需要对现有秩序能否满足需求进行考量,由浅入深三个层次分别是有没有需求、需求是否是真实存在的以及有没有其他替代性途径。基于此,本部分拟从

^⑨ Singapore INTERNATIONAL ARBITRATION ACT, Section 49.

^⑩ 法国《民事诉讼法典》法文版, <https://www.legifrance.gouv.fr/>, 最后访问时间: 2022年1月8日。

^⑪ Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 190, The award is final from the time when it is communicated.

^⑫ International Chamber of Commerce, 2018 Financial Institutions and International Arbitration-ICC Arbitration & ADR Commission Report, <https://iccwbo.org/publication/financial-institutions-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report/>, last visited Jan.8, 2022.

^⑬ 如谷物与饲料贸易协会,国际油、籽油和油脂协会、国际棉花协会。

^⑭ William H. Knull III & Noah D. Rubins, *Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option*, American Review of International Arbitration, 2000, Vol.11:4, pp.570-571.

三个角度——市场的需求、出错的可能性、现有救济措施的不足,来阐明国际商事仲裁领域构建复裁制度的必要性。

(一) 当事人对于仲裁复裁的需求

商事仲裁的发展离不开市场主体的需求,而仲裁市场中,最主要的“消费者”就是市场主体及其律师团队,申诉制度的需要与否,应当交由其来判断。目前对于此问题进行研究的直接数据并不多,但是也可以从部分国外学者研究中的间接数据体察端倪。

早在上世纪末,有学者就美国公司对于 ADR 的使用情况进行研究时发现,受访的 606 名法律顾问和律师中,有高达 54.3% 的人表示,不会选择仲裁作为纠纷解决方式的原因是其难以申诉,^⑮ 这一因素排在所有阻碍仲裁发展因素的第二位(见图一)。该调查还反映出,对使用仲裁频率不同的人来说,申诉机制的缺乏都是一大障碍,占比从 40% 到 64% 不等(见图二)。

Table 22
Barrier to ADR Use(in percent)

Barrier	Mediation Arbitration	
No desire from senior management	28.6	35.0
Too costly	3.9	14.8
Too complicated	4.6	9.9
Nonbinding	40.9	—
Difficult to appeal	—	54.3
Not confined to legal rules	28.1	48.6
Lack of corporate experience	24.7	25.9
Unwillingness of opposing party	75.7	62.8
Results in compromised outcomes	39.8	49.7
Lack of confidence in neutrals	29.0	48.3
Lack of qualified neutrals	20.2	28.4
Risk of exposing strategy	28.6	—

图一：1998 年使用 ADR 障碍调查数据图

Table 24
Barriers Preventing Frequent versus Infrequent Users of Arbitration(in percent)

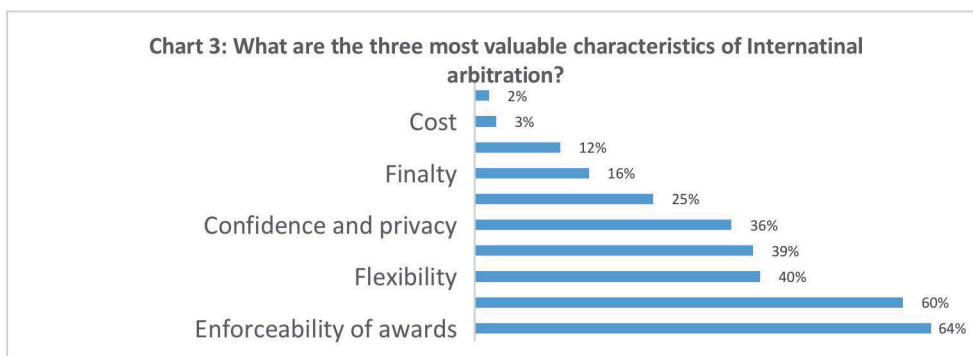
Barrier	Frequency of Arbitration Use				
	Very frequently	Frequently	Occasionally	Rarely	Not at all
No desire from senior management	14	32	32	42	10
Too costly	0	14	14	18	0
To complicated	3	5	7	15	0
Difficult to appeal	49	64	55	52	40
Lack of corporate experience	6	16	22	32	11
Unwillingness of opposing party	83	70	74	62	65
Results in compromised outcomes	34	55	51	55	48
Lack of confidence in arbitrator	29	44	45	53	48
Lack of qualified arbitrators	20	30	26	29	35

图二：1998 年经常使用仲裁的人与不经常使用仲裁的人使用仲裁的障碍数据图

^⑮ Lipsky, David B., and Ronald L. Seeber. The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations, Cornell University, 1998, p.26.

2006年,伦敦大学玛丽皇后学院的调查表明,有91%的受访者反对仲裁申诉。^{①⑥}随着大标的纠纷所占比例的提升,当事人理应关注到错误裁决可能带来的灾难性后果,这一数据似乎与时代发展并不完全契合。有学者直接发文质疑了上述数据能否代表公司律师的普遍看法。^{①⑦}在此之后,2015年,同样在玛丽皇后学院的仲裁调查中,有23%的受访者表示支持商事仲裁复裁机制的设立,^{①⑧}相较于之前的数据,更多的当事人开始愿意考虑仲裁申诉的可行性。

2018年玛丽皇后学院的调查结果显示,吸引当事人选择仲裁作为纠纷解决途径的前三大因素分别为裁决的可执行性、避免受制于某一特定国家法院或法系、灵活性,与之相较,仅有16%受访者认为终局性(finality)为仲裁最有价值三个特点之一。^{①⑨}图三中数据显示,国际商事仲裁裁决的国际可执行性,避免某一国家司法体系偏袒,以及仲裁的专业性和保密性得到了较为普遍的认可。与这些绝对性优点相比,裁决的终局性以及由此生发出的高效率,并非“得来全不费工夫”,是放弃裁决的准确性为筹码换来的。^{②⑩}对终局性追求的下降,从侧面反映出了当事人对仲裁实体申诉容忍程度的上升趋势。



图三：2018年国际商事仲裁最有价值的三大特征统计数据图

(二) 仲裁裁决出现错误的可能性

诚然,“一裁终局”在一定程度上保证了商事主体对纠纷解决效率的追求,但与此同时,救济渠道的缺失直接导致纠纷主体失去了申诉错误裁决追求正义的权利。

在诉讼中,无论大陆法系还是英美法系,上诉审查制度在其司法系统内几乎得到了普遍的认可。有学者曾指出,“纠错和发展法律之间的区别一直是我们(美国)整个上

^{①⑥} *International arbitration: 2006 Corporate attitudes and practices*, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2006/>, last visited Jan.8, 2022.

^{①⑦} Axay Satagopan, *Conceptualizing a Framework of Institutionalized Appellate Arbitration in International Commercial Arbitration*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2018, Vol.18:3, pp.324-390.

^{①⑧} *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>, last visited Jan.8, 2022.

^{①⑨} *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, last visited Jan.8, 2022.

^{②⑩} 参见石现明:《国际商事仲裁—裁终局的相对性》,载《长安大学学报(社会科学版)》2009年12期,第61页。

诉法院系统建立的基石”。^{②①} 数据表明,美国下级法院的判决有相当大的比例被上级法院部分或全部推翻,^{②②} 也即民事案件中法官出错的可能性是存在的。与诉讼中普遍存在上诉机制相比,确实存在几种理论有助于解释仲裁申诉程序的缺位。首先,商事仲裁不承担“造法”职能。其次,仲裁员大多是由当事人选任的具有丰富知识和经验的专业人士,需要保持良好的声誉。^{②③} 但是正如美国联邦上诉法院法官波斯纳所言:“仲裁员并非比法官更不容易犯错误,他们也会依据推测和假设做出裁决”。^{②④}

美国最高法院也曾经表示过对“一裁终局”的担忧。在 *AT&T Mobility LLC v. Concepcion ET UX* 一案中,法院意见包括这样的陈述,“类似集体诉讼这类高风险案件不适合仲裁”。在该案判决中,最高法院的法官还就 *Hall Street Associates LLC v. Mattel Inc.i* 一案表示:“很难相信被告方选择仲裁这一完全没有有效审查程序的纠纷解决方式。”^{②⑤} 有学者曾表示,要想使终局性(finality)成为仲裁的普遍性优点,则需要保证仲裁员永不犯错,或者当事人愿意牺牲对错误裁决的上诉机会来换取高效率。^{②⑥} 这两点都是难以实现的,第一点的原因不必赘述。关于第二点,如果说在争议标的较小案件中,当事人还愿意做出上述牺牲,在巨额纠纷中,错误的仲裁裁决动辄导致当事人倾家荡产,对效率的渴求程度不至于支撑其冒着错误裁决的风险。^{②⑦}

(三) 实践中仲裁裁决救济措施的不足

实践中,对于国际商事仲裁裁决的救济措施可分为两大类:司法审查以及其他措施。其中,司法审查是不同于仲裁机构内部的救济措施的申诉手段,又可细分为两种:第一种是向仲裁地法院申请撤销仲裁裁决,仲裁地法院通常将根据仲裁地法进行审查,判断是否使裁决全部归为无效;第二种涉及仲裁裁决的承认与执行阶段,目的在于使裁决在被申请承认、执行国家不被认可。上述两种司法救济途径依据不同,阶段不同,申诉的对象也不尽相同,但在操作过程中存在一些共性问题,如审查范围有限,缺乏全球效力。第二大类,司法救济外其他对裁决更正的救济渠道,诸如裁决的更正、解释和补充,裁决的“发还”等,同样难以满足当事人对于裁决所涉实体事项上诉的需求。

^{②①} David Frisch, *Contractual Choice of Law and the Prudential Foundations of Appellate Review*, *Vanderbilt Law Review*, 2003, Vol.56:1, p.74.

^{②②} Bowie, Jennifer Barnes, Donald R. Songer, and John Szmer, *The View from the Bench and Chambers: Examining Judicial Process and Decision Making on the U.S. Courts of Appeals*, 1 ed., University of Virginia Press, 2014, p.63.

^{②③} Steven Shalvel, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, *Journal of Legal Studies*, 1995, Vol.24:2, p.423.

^{②④} Glass, Molders, Pottery, Plastics and Allied Workers International Union, Afl-Cio, Clc, *Local 182b v. Excelsior Foundry Company*, 56 F.3d 844, 947, 7th Cir, 1995, para.7. 转引自石现明:《国际商事仲裁 当事人权利救济制度研究》,人民出版社 2011 年版,第 179 页。

^{②⑤} *AT&T Mobility LLC v. Concepcion ET UX* No. 09-893, 2011, pp.12-18.; *Hall Street Associates LLC v. Mattel Inc.i*, 128 S Ct. 1396, 2008. p.7.

^{②⑥} William H. Knull III & Noah Rubins, *Betting the Farm on International Arbitration: Is It Time to Offer an Appeal Option?* *American Review of International Arbitration*, 2000, Vol.11:4, p.531.

^{②⑦} Christopher R. Drahozal, *Why Arbitrate? Substantive Versus Procedural Theories of Private Judging*, *American Review of International Arbitration*, 2011, Vol.22:2, pp.177-178; *Id.* at 531.

1. 司法审查范围有限

国际商事仲裁领域内,司法审查作为外部救济措施,一贯表现得十分克制,这种克制有助于保证商事裁决的全球可执行性,也被视为商事仲裁的一大优点。但随着国际商贸的发展,由于现阶段司法审查的克制,对仲裁裁决的审查并不能使当事人的权利得到应有的救济。在裁决的撤销、承认和执行阶段都存在这一问题。

联合国国际贸易法委员会于1985年6月21日通过的《联合国国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》),第34条第2款规定了法院撤销仲裁裁决的事项,为各国国内立法提供参考。各国关于撤销仲裁裁决的规定不尽然相同,但大多对《示范法》的相关规定全盘接受或对其进行本土化调整,大多数国家的仲裁立法都仅对仲裁裁决只进行程序审查而不涉及实体问题。^②

国际范围内,仲裁裁决的承认与执行主要围绕《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)^③展开,截止2021年6月,该公约共有168个缔约国。^④《纽约公约》第5条规定了不予承认和执行仲裁裁决的情况,并将其限定为“只有在作为裁决执行对象的当事人提出有关下列情况的证明时”,几种情况分别为:协议无效,缺乏适当通知,裁决事项与仲裁协议不符,裁决未生效或已被撤销,依该国法律属于不可仲裁事项,或与该国公共秩序相抵触。《纽约公约》严格限制了承认和执行阶段各国对于仲裁裁决的审查范围,为裁决承认和执行提供了便利,但公约规定的上述拒绝理由是穷尽无遗的^⑤,当事人不能以任何其他理由主张拒绝承认和执行对其不利的裁决,即使是明显的事实认定错误和法律适用不当等实体方面的错误。

事实上,国际商事仲裁出现错误的情况是多种多样的,比如仲裁协议的瑕疵,管辖权,仲裁员的违法或不当行为,甚至事实判断和法律适用等实体问题。然而大多数国家都只允许对其中的管辖权和程序性错误给予司法救济,仅仅能够保证程序事项的公正,但是程序公正并非实体公正的充分条件,现有的司法审查范围是不充分的。

2. 司法救济措施缺乏全球效力

学界的主流观点认为,有权法院撤销仲裁裁决后,裁决便不复存在,也即不存在后续的承认或执行问题。“仲裁裁决在法律上根植于其本国仲裁法中,仲裁裁决在其本国被撤销,他国法院如何能认定这一裁决仍然有效?”^⑥这种观点在《纽约公约》第5条第1

^② 英国1996年《仲裁法》第67、68、69、70、87条;德国1998年《民事诉讼法典》第1059条;瑞士《联邦国际私法》第190-192条;美国《联邦仲裁法》第10条。

^③ 《承认及执行外国仲裁裁决公约》(the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)是在1958年6月10日在纽约召开的联合国国际商业仲裁会议上签署的。该公约处理的是外国仲裁裁决的承认和仲裁条款的执行问题。

^④ *New York Arbitration Convention: Contracting States*, <https://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>, last visited Jan.8, 2022.

^⑤ 参见[英]艾伦·雷德芬、马丁·亨特:《国际商事仲裁法律与实践》(第四版),林一飞、宋连斌译,北京大学出版社2005年版,第476页。

^⑥ 赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第250页。

款第5项^{③③}也有体现,值得注意的是,该条措辞为 may be refused,有学者将其解读为,按照字面规定,被申请人或执行国法院可以拒绝,也可以承认或执行该裁决,该国法院具有相当的自由裁量权,并根据公约第7条主张公约只是设立了最低条件,而不反对各国根据实际情况自由裁量。^{③④}

另外,20世纪中期以后,由于涉外因素的丰富,以波尔森等一批学者所主张的“非内国化理论”也对传统的地域原则发起挑战。所谓“非内国化理论”认为国际商事仲裁程序可以不受仲裁地国的法律的限制,仲裁裁决的法律效力也不必由仲裁地国的法律赋予。^{③⑤}该理论将国际商事仲裁视为执行地法律秩序的组成部分,裁决在申请强制执行之前,不受任何国家法院的监督,任何国家都不具有撤销仲裁裁决的权利。^{③⑥}不过该理论并未得到普遍认可,在司法实践中,其影响力也未能使各国完全放弃对仲裁的司法监督,但不可否认的是,非当地理论贡献了承认和执行已被外国法院撤销的仲裁裁决的新思路。近30年来,在某些国家,例如法国,出现了法院承认并执行已被撤销的仲裁裁决的案例。^{③⑦}如 *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation* 一案中,仲裁程序的胜诉方申请在法国执行在瑞士作出的一项仲裁裁决,但该裁决已被仲裁地瑞士法院撤销,法国法院和上诉法院都认为这一裁决可以在法国得到执行。仲裁程序中的败诉方继续上诉至法国最高法院,得到的回复是“即使裁决被撤销,仅代表其未被瑞士法律体系认可,仍为具有承认与执行效力的国际裁决,法国予以执行无悖于国内公共秩序。”^{③⑧}

承认与执行阶段司法措施的效力局限性更为明显,一国法院作出的拒绝承认或执行裁决仅在该国领域内有效,仲裁程序中的胜诉方仍可以申请其他国家承认和执行仲裁裁决。

3. 其他救济渠道不能满足当事人的诉求

司法救济渠道以外,大多数国家和地区的立法以及仲裁机构的规则,也规定了一些更正机制,比如裁决的更正、解释和补充,以及将裁决发还给原仲裁庭。但是,前者针对的并非裁决中实体事项错误,而是裁决明显有错不符合仲裁员本意,而后者“发还”实际鲜少启用,效果有限。

^{③③} 《纽约公约》第5条第1款第5项规定:“一、裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行:(戊)裁决对各造尚无拘束力,或业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销或停止执行者。”

^{③④} Emannual Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Beijing: CITIC Publishing House, 2004, p.978. 转引自石现明:《国际商事仲裁 当事人权利救济制度研究》,人民出版社2011年版,第263页。

^{③⑤} 聂咏青:《非内国仲裁理论评论》,载《法律适用》2005年第9期,第22-25页。

^{③⑥} 参见祁壮:《论国际商事仲裁裁决的国籍属性》,载《江西社会科学》2018年第9期,第194-202页。

^{③⑦} Francisco Gonzalez de Cossio, *Enforcement of Annulled Awards: Towards a Better Analytical Approach*, 32(1) *Arbitration International*, 2016, Vol.32:1, pp.17-27. 转引自傅攀峰:《未竟的争鸣:被撤销的国际商事仲裁裁决的承认与执行》,载《现代法学》2017年第1期,第156-169页。

^{③⑧} *Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)* / 92-15.137., 1994, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=134&opac_view=6, last visited Jan.8, 2022.

关于裁决的更正、解释和补充,《示范法》第33条规定了“裁决出现计算错误、笔误、打印错误等类似性质的错误”可以更正;“当事人有约定的,可以请求仲裁庭对裁决的某一点或某一部分做出解释”,更正和解释的期限都限制在当事人收到裁决书后30天内;第3款允许仲裁庭对“已在仲裁程序提出但在裁决书中遗漏的事项补充裁决”,申请同样需在收到裁决书的30天内提出,60天内仲裁庭需作出补充裁决。大多数仲裁机构与《示范法》态度类似,必要的更正程序可以允许,但并不鼓励,且无论是更正、解释还是补充,都可以视为与原裁决为同一裁决。

关于裁决“发还”给仲裁庭,《示范法》第34条第4款规定,在当事人提出撤裁申请后,在适当且一方当事人请求时,法院可以暂停撤销程序,允许仲裁员有机会进一步裁决。“发还”的目的在于使仲裁庭有权修正其裁决中的瑕疵,我国现行《仲裁法》第61条规定的“重新仲裁”与之类似。“发还”后仲裁庭能否对实质性问题进行全面审查尚无定论,但可以确定的是,“发还”程序的路径是当事人申请撤销仲裁裁决——法院决定是否发还——发还/不发还,仲裁案件是否发还由法院裁定,很大程度上难以满足当事人对于裁决所涉实体事项的申诉需求。

根据现有实践,国际商事仲裁裁决一旦作出,对于错误裁决的纠正路径虽有多条,但对于裁决出现实质性错误的情况,很难实现有效纠正,难以满足当事人对裁决进行实质性审查的现实需求,构建复裁程序不失为一种可能。

三、仲裁复裁制度的法理分析

“无限的权力会摧毁它的占有者”,商事仲裁机制同样需要监督纠正,当事人也有对仲裁裁决上诉的现实需要。表面上看,选择性复裁制度在一定程度上突破了“一裁终局”的传统原则。但复裁制度构建在理论上也具有相关法理依据支持其成长,具体理由有三:首先,复裁制度顺应了商事仲裁的基石——当事人意思自治原则;其次,复裁制度有助于维护公正价值,且对效率的有限损害可通过制度设计缓和;最后,复裁制度对终局性的损害程度可以容忍。

(一) 复裁制度顺应当事人意思自治

意思自治原则,最早见于合同领域,指合同双方当事人可以约定规制其法律关系的准据法。该原则最初是由16世纪法学家杜摩林提出,逐渐发展成为确定合同准据法的最主要原则,后其影响力不断扩展,涉及诸如侵权、物权、婚姻家庭等非合同民事活动领域。^③ 意思自治理论也是商事仲裁的活力源泉,是商事仲裁独立于诉讼之根本,反映了纠纷当事人共同达成了一种合意,将纠纷提交仲裁机构仲裁,且自愿受生效裁决拘束。商事仲裁植根于仲裁协议,而仲裁协议本质上讲就是一种特殊的“合同”。即使对此比喻

^③ 参见徐伟功:《法律选择中的意思自治原则在我国的运用》,载《法学》2013年第9期,第24页。

持否定意见,其想要强调的在于仲裁实际上不仅仅是合同的产物,也是程序的支柱。^{④①}

仲裁领域的发展,经常围绕当事人对纠纷解决机制的新需求。换言之,仲裁范围内制度的更新也应考量意思自治的因素。国际范围内重要规范性文件,也有体现当事人意思自治在仲裁领域的重要地位。例如,《示范法》第19条关于仲裁程序事项的安排指出,“在本法的框架基础上,纠纷主体对仲裁庭具体程序规则所达成的协议是有效的”。^{④②}

仲裁程序自治已得到较为广泛的认可,但目前来看,各国立法为仲裁程序自治所留空间较为逼仄,应及时予以变革。^{④③} 仲裁领域内当事人的意思自治至少包含两个层面的内容,第一是提交仲裁的意思表示,包括提交仲裁的范围,第二是确定管辖仲裁程序的规则。^{④④} 传统民法上的当事人意思自治原则不是无边无界的,例如公共政策、不得对无关第三人产生不利影响等等。从形式上看,当事人约定仲裁裁决可上诉,似乎与其他仲裁程序性事项,诸如仲裁员的选任等没有大的差别,属于当事人对仲裁程序的安排。美国法院曾表态,在限制性要求之外,当事人有权选择任何方式解决其争议。^{④⑤} 但是,当事人恣意拟定的多层争议解决条款,也会带来一系列问题。例如,如果在复裁中当事人选择更换仲裁地,由于法律制度的巨大差异,似乎复裁不再是错误的纠正,而更像是重新仲裁;如果当事人没有约定复裁的时限,裁决的拘束力就难以真正落地。仲裁上诉事项的约定有可能动摇仲裁的其他根本性原则,如后文将提到的效率原则、终局性原则,在各要素中寻求平衡,对于仲裁申诉机制的构建至关重要。

既然仲裁员同法官一样会犯错误,且当事人对仲裁实体申诉有现实需要,在与仲裁地强制性法律不相冲突的情况下,当事人约定的由仲裁机构组织内部复裁审查未尝不可,这也符合仲裁的契约性本质要求。^{④⑥} 值得注意的是,复裁条款最好采用仲裁机构提供的示范条款,这类既具有规范性,又建立在当事人意思自治之上的复裁制度更符合市场要求。另外,机构提供允许当事人合意安排设立仲裁复核选项,不会对国家社会秩序等强制性规范产生不良影响,尽管可能引起效率的减损,但当事人在约定时应已预见到该影响,复裁的合意不应该被忽视。

(二) 复裁制度协调公正与效率价值

在一系列不同价值构成的体系中,公正与效率的纠葛一直为法律人津津乐道。一个理想的法律制度应当兼顾公正和效率,有机结合二者自然是最优选项。但是在实践中,价值主体的多元化,使社会需求也趋于复杂,又加之司法资源有限,如果将其用于满足某

^{④①} Hiro N. Aragaki, *Arbitration: Creature of Contract, Pillar of Procedure*, Yearbook on Arbitration and Mediation, 2016, Vol.8, pp.18-19.

^{④②} 《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》是联合国国际贸易法委员会于1985年主持制定的。该《示范法》没有强制执行力,供各成员国制定国内法时参考之用。

^{④③} 谢新胜:《论国际商事仲裁实现程序自治的路径》,载《法学评论》,2012年第6期,第64-71页。

^{④④} Reinmar Wolff, *Party Autonomy to Agree on Non-Final Arbitration?* ASA Bulletin, 2008, Vol.26:3, p.632.

^{④⑤} Baravati v. Josephthal, Lyon & Ross, Inc., 28 F.3d 704, 709, 7th Cir. 1994, para 15.

^{④⑥} Allen Blair, *Is Less Really More? Hall Street Associates, Private Procedural Ordering and Expanded Review of Arbitral Awards in State Courts*, Yearbook on Arbitration and Mediation, 2013, Vol.5, p.198.

一价值,另一价值的保障将被削弱。与法律制度面临的价值取舍类似,公正与效率孰优孰劣在仲裁领域也需要权衡。^{④6}此部分将首先讨论公正和效率的价值排序问题,基于此,再确定复裁是否能够有利于公正的实现,以及复裁程序对效率的影响能否有效解决。

第一,关于仲裁中公正优先还是效率优先的争论。价值取向是仲裁存在之依据及仲裁发展之逻辑点,无论是仲裁法律制度的编排,抑或如何指导法律之外的仲裁行为,都受到仲裁价值取向的影响。同诉讼类似,仲裁运行过程中存在公正、效率、自由等诸多价值目标,至于谁优谁劣,在学术界该问题存在诸多不同的声音。一是以陈安教授为代表的公正本位说。在阐述中国司法对仲裁裁决监督的情况时,陈安教授认为,当事人选择仲裁的原因是纠纷主体渴望一个更为高效的裁决,但这并不代表放弃对公正的渴求,是在不破坏公正大前提的基础上做出的选择。若二者产生冲突,当事人期待申请法院或仲裁机构获得纠错的机会^{④7}。持该观点的学者认为,公正是仲裁毋庸置疑的第一价值,若各价值不可兼得时,应当以公正优先。二是以肖永平教授为代表的效率本位说。在谈及司法审查范围时,肖永平教授指出世界范围内,仲裁立法之趋势为减少法院的干预,即在公正与效益的取舍中,效益应处于优先地位。^{④8}刘晓红教授对仲裁制度的经济基础、政治基础以及与诉讼的对比后分析认为,如若仲裁沿袭诉讼采取公正为首位价值取向,有违诉讼与仲裁区分的初衷。^{④9}三是协调论。该观点认为不必将主要精力分配在争孰先孰后,而应尽可能将公正与效率的协调作为终极追求。^{⑤0}

价值,是主体以“自身内在的尺度”来评价客体对其产生的积极意义程度,^{⑤1}没有了主体需求,价值也缺失了存在的意义。具体到仲裁复裁制度,应在充分尊重价值主体意思自治的前提下,再谈价值排序,仲裁的价值取向应由个案当事人来决定。

第二,关于复裁是否比原裁决更公正,学界观点也未统一。支持复裁的学者认为,当事人对实体争议的追求是复裁制度所要实现的主要目的。反对者对此也有提出质疑,理由是:法院的上诉审中,通常等级较高的法院作出的判决被认为比等级较低的法院所做裁决更为“正确”。而仲裁中并不存在类似等级制度,很难证明对裁决审查的仲裁庭能够作出更为公正的裁决。^{⑤2}

事实上,申诉制度带来的不仅仅是“等级”的区别。法院和仲裁处理争议的过程都是一个三方参与的模型,争议双方+法官/仲裁员,在“三方模型”短暂存在之后,当第

^{④6} 汪祖兴:《效率本位与效率回归——论我国仲裁法的效率之维》,载《中国法学》2005年第4期,第113-122页。

^{④7} 参见陈安:《英、美、德、法等国涉外仲裁监督机制辨析——与肖永平先生商榷》,载《法学评论》1998年第5期,第25-39页。

^{④8} 参见肖永平:《也谈我国法院对仲裁的监督范围》,载《法学评论》1998年第1期,第42-49页。

^{④9} 刘晓红:《仲裁“一裁终局”制度之困境》,法律出版社2016年版,第26-30页。

^{⑤0} 武兰芳:《完善仲裁司法监督制度的现实价值评析——以构建多元化纠纷解决机制为视角》,载《河北法学》2009年第9期,第39-46页。

^{⑤1} 参见卓泽渊:《法的价值的诠释》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2005年第5期,第13页。

^{⑤2} Irene Ten Cate, *International Arbitration and the Ends of Appellate Review*, New York University Journal of International Law and Politics, 2012, Vol.44:1, pp.1109-1110.

三人也就是法官或仲裁员,选择“支持”争议中的一方时,这种三方参与的结构对于败方而言似乎转变成了二对一。^{⑤③} 由于没有法官或仲裁员可以保证永不犯错,因此无论是大陆法系还是英美法系都允许法院内部设置上诉程序,^{⑤④} 申诉程序可以使败诉方获得重新争取支持的机会。这一点在复裁中是可以实现的,败方当事人基于对实质正义的追求,提出申诉可以重新获得三方参与的架构审查其争议。

第三,关于效率价值的减损能否解决。仲裁复裁制度符合价值主体对公平正义的追求,给予了当事人对错误仲裁裁决救济的机会,但由此难免会对效率价值有所减损。在商事仲裁实务中,高效率一直是仲裁相较于诉讼的一大闪光点,众多国际仲裁机构,为顺应商事主体对高效率的需求,提出了快速仲裁程序。^{⑤⑤} 由此,复裁机制是否会对仲裁效率的减损而被否定呢?笔者认为并非如此,通过对复裁机制的制度设计,能够“缓和”其对效率的负面影响。现行各机构的复裁启动模式,充分尊重当事人意思自治原则,并非所有的仲裁都需“二裁终局”,而是有选择地纳入。当事人在约定纳入复裁机制时,即表明其愿意牺牲部分效率来到达对实体正义的追求,效率的损失,也是由当事人行使申诉权引起的^{⑤⑥}。另外,复裁阶段的审理事项以及期限、费用等也受到一定限制,从而尽可能保证仲裁时间不至于过分拖沓。值得注意的是,这里强调的“高效率”是与诉讼相较而言的,在各类措施的严格把控下,复裁程序运作时间仍会少于司法程序中上诉的时间。并且,允许复裁制度化、标准化,很可能会节约后续当事人在法院申请撤销仲裁裁决以及拒绝承认或执行的时间。^{⑤⑦}

(三) 复裁制度对裁决终局性损害较小

终局性是指,仲裁庭对当事人提交仲裁的争议进行审理后所作出的裁决,对双方当事人都具有法律约束力,当事人不得再就同一争议申请仲裁或向法院提起诉讼。^{⑤⑧} 终局性帮助仲裁成为商事交易中当事人的较优选择,对终局性的破坏应该是反对复裁最充分的理由。^{⑤⑨} 仲裁的终局性原则源于商事主体希望尽快解决纠纷,终局性也是被广泛接受

^{⑤③} Noam Zamir and Peretz Segal, *Appeal in International Arbitration—an efficient and affordable arbitral appeal mechanism*, Arbitration International, 2019, Vol.35:1, pp.79-93.

^{⑤④} Peter D Marshall, *A Comparative Analysis of the Right to Appeal*, Duke Journal of Comparative & International Law, 2011, Vol.22:1, pp.1-46.

^{⑤⑤} 如 CIETAC《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2015)第56条-第63条、SCIA《深圳国际仲裁院仲裁规则》(2020)第56条-第61条、HKIAC《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》(2018)第42条、ICC《国际商会仲裁条款》(2021)第30条、附件6、“仲裁条款”部分、WIPO《世界知识产权组织快速仲裁规则》第9条、SIAC《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》(2016)第5条、SCC《瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院加速仲裁规则》(2020)第39条、AAA ICDR《国际争议解决程序》(2021)等。

^{⑤⑥} Karon A. Sasser, *Freedom to Contract For Expanded Judicial Review in Arbitration Agreements*, Cumberland Law Review, 2001, Vol.31, p.337.

^{⑤⑦} Mateus Aimore Carreteiro, *Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration*, 33(2) Mateus Aimore, 2016, Vol.33:2, p.214.

^{⑤⑧} 参见石现明:《国际商事仲裁一裁终局的相对性》,载《长安大学学报(社会科学版)》2009年第4期,第62页。

^{⑤⑨} *Supra* note 26, at 536.

的仲裁独有特性,类似“仲裁裁决为终局性的”表述在众多仲裁条款中都可以见到。^{⑥0}

中国学界和仲裁实务界普遍认为,仲裁的“终局性”即等同于“一裁终局”,裁决一旦做出,任何一方均不得向仲裁机构或法院提请再审或上诉。但从二者的英文表述可以体察其中区别,裁决的终局性一般表述为 finality of decisions^{⑥1},而一裁终局是 finality of single-instance arbitration。^{⑥2}支持仲裁终局性的学者,真正反对的是司法审查范围的扩大,认为审查范围的扩大将威胁到仲裁程序的完整性,而且会造成仲裁沦为法院诉讼的“前奏”^{⑥3},使仲裁庭变成初级法院。^{⑥4}

终局性是相对于司法审查权限而言的。仲裁裁决相对于一国司法系统的独立性,仲裁机构的内部复裁机制并没有突破仲裁终局性,在特定机构仲裁规则的框架下,内部复裁机制使第一次仲裁裁决并非生效裁决。以 SCIA 的规则为例,规定原裁决在提请复裁期限届满前不具有终局效力,期限届满后,当事人未提出复裁申请的,一裁裁决才是终局性的。类似向同一机构申请复裁的制度设计,既能保证当事人的实体上诉权利,在错误裁决发生后有纠错的机会,又没有对仲裁终局性造成突破,因为复裁的裁决是最终且有约束力的,仲裁程序的终局性得到了维护。

四、复裁程序构建的建议

国际商事仲裁案件复杂、标的较大,只要不与仲裁地法相冲突,仲裁复裁不失为一种选择。深圳国际仲裁院的尝试为我国仲裁裁决的救济布局打开了窗口,也为仲裁机构提供了新思路,尽管我国《仲裁法》尚不允许复裁,且短时间内难以彻底改变,但随着征求意见稿中“仲裁地”概念的明确,国际商事仲裁案件中,只需仲裁地法不禁止复裁即可。

针对我国仲裁机构处理的国际商事仲裁案件,可以引入系统的复裁规则,仲裁地法允许的前提下,为案件当事人提供“双重保障”。另外,需要在复裁制度设计中尽可能保留仲裁的传统优势,尤其是减少对效率价值的减损。本文支持由仲裁机构承担复裁职责,针对机构复裁程序设计的重点环节,提出以下建议。具体涉及复裁的提起条件、复裁庭的组成、复裁审理事项、相关期限及费用限制措施,以及复裁裁决的承认与执行问题。

(一) 承担复裁职能的主体

为防止司法监督过分干扰仲裁,保证仲裁的独立性,国内法规通常对司法审查的权限做了严苛限制。与此同时,也造成了对仲裁庭实体裁决监督的“真空”状态,因事实

^{⑥0} Sarosh Zaiwalla, *Challenging Arbitral Awards: Finality is Good but Justice is Better*, 20(2) Journal of International Arbitration, 2003, Vol.20:2, pp.199-204.

^{⑥1} Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2 ed., Kluwer Law International, 2014, p.83.

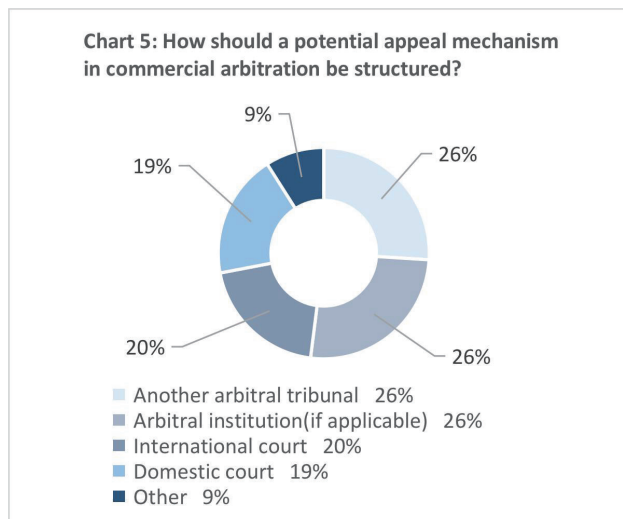
^{⑥2} 沈四宝:《中国仲裁复裁机制在深圳的创新实践》,《法制日报》2019年11月5日,第10版。

^{⑥3} Kevin A. Sullivan, *The Problems of Permitting Expanded Judicial Review of Arbitration Awards under the Federal Arbitration Act*, Saint Louis University Law Journal, 2012, Vol.46:2, pp.509-511.

^{⑥4} National Wrecking Co. v. International Bhd. of Teamsters, Local 731, 990 F.2d 957, 970, 7th Cir. 1993, p.10. as cited in *Supra* note 26, at 349.

认定或法律适用错误导致败诉的当事人难以获得救济。在论证复裁制度的设立必要性基础上,需判断承担复裁职能的主体。有学者指出,不必纠结法院的“程序监督”抑或“实体监督”,可以通过当事人意思自治,来协商扩大司法审查范围,^{⑥5}持同样观点的学者认为应由司法机构承担对裁决的实质性审查,所谓司法机构复裁的缺陷是可以克服的,^{⑥6}也有学者提出建立跨国上诉仲裁复审机构(Transnational Appellate Arbitral Review Body)^{⑥7},还有学者提出建立国际仲裁法院(International Appellate Court),由其负责对仲裁裁决进行审查,^{⑥8}当然更多数的学者都支持建立仲裁内部复裁机制。^{⑥9}

2015年伦敦大学玛丽皇后学院数据统计显示,有52%的受访者认为复裁程序应交由仲裁系统内部安排,20%认为应交由国际法庭,19%认为可以交由国内法院。^{⑦0}(见图四)



图四：2015年构建申诉机制主体调查图

本文建议在实践中应当由仲裁机构承担复裁职能,首要原因是对仲裁高效率、保密性、中立性等传统优势的有效继承。以我国为例,2020年全国法院受理案件超过3000万件,其中民事案件占比达55%,法官年人均办案数量达到225件,^{⑦1}可以想见仲裁案件处理速度优于司法案件。跨国经贸往来中,任何一方当事人都不愿意将其争议交由某特定国家法院处理,把复裁程序交由一国法院,很有可能打破这种平衡,这也是主张建立跨国仲裁复审机构或国际仲裁法院的学者担忧之处。

除了商事仲裁的传统优点,由仲裁机构承担复裁职能还有一个关键的经济优势,在公共利益和私人利益之间达成良性平衡。私人仲裁由当事人出资,而司法系统的介入导

^{⑥5} 参见万鄂湘、于喜富:《再论司法与仲裁的关系》,载《法学评论》2004年第3期,第60-69页。

^{⑥6} Hyuk Hwang, *Party Autonomy and Lawmaking: The Case For Opt-In Substantive Appellate Review By the Judiciary in International Commercial Arbitration*, Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, 2021, Vol. 28: 1, p. 4.

^{⑥7} Sampath, Priya, *The Need for a Transnational Appellate Arbitral Review Body*, LLM Theses and Essays, 2007, p. 85.

^{⑥8} *Supra* note 3.

^{⑥9} 宋肇屹:《告别“一裁终局”?——中国大陆商事仲裁实体上诉机制研究》,载《北京仲裁》2017年第4期,第105-131页;石现明:《国际商事仲裁当事人权利救济制度研究》,人民出版社2011年版,第279-357页;石现明:《国际商事仲裁一裁终局的相对性》,载《长安大学学报(社会科学版)》2009年第4期,第61-67页;石现明:《效率与公正之平:国际商事仲裁内部上诉机制》,载《仲裁研究》2007年第2期,第12-18页;*Supra* note 17.

^{⑦0} *Supra* note 18.

^{⑦1} 《最高人民法院关于民事诉讼程序繁简分流改革试点情况的中期报告》,2021年2月27日,第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十六次会议。

致了额外的公共成本,这种私人纠纷费用的外部化是不合理的,^⑫某一仲裁案件裁决只涉及双方当事人而无关公共利益。^⑬另外,复裁费用的承担方式,也可以威慑恶意申诉当事人,所以由仲裁机构来提供错误纠正机会,能够避免因为某些特定主体的纠纷损及社会利益。

(二) 复裁制度的提起条件

本文所支持的仲裁复裁模式,不是将仲裁完全“诉讼化”,应由仲裁内部完成对裁决的审视,并且这种“审视”不是强制的。最终实现的形式是:在“一裁终局”的基本原则建构之上,形成某些例外规则,给予当事人第二次救济的机会。

表一 各仲裁机构对复裁期限的限制

GAFTA	《仲裁规则第125号》第10.1条规定,除该法令第6.4、8.1(b)、8.2、19和21条规定外,任何一方可就裁决向上诉委员会提出上诉,但须遵守法定条件。GAFTA采取协议排除式复裁模式,即默认当事人有向仲裁机构提起实体上诉的权利。
CPR	《CPR仲裁复裁程序规定》第1.1条规定,依照CPR规则,且在美国进行的仲裁,经当事人约定,可以向该仲裁机构提起上诉。CPR采取协议选择式复裁模式。
AAA	《AAA选择性复裁规则》规定允许当事人通过协议选择方式提起仲裁复裁申请,与CPR不同的是,不再受美国范围限制。
FOSFA	FOSFA作出一裁裁决后,其上诉委员会可以接收各方的复裁申请,即在FOSFA的仲裁语境下,允许申请复裁是当事人默认之选择,只有在当事人另有约定的情况下,才不可以向该机构申请复裁,复裁模式采用协议排除式。
SCIA	采用协议选择式。《SCIA仲裁规则》第68条规定:在仲裁地法律不禁止的前提下,当事人约定任何一方就仲裁庭依照本规则第八章作出的裁决可以向仲裁院提请复裁的,从其约定。 当事人进行了约定(即双方均同意),才可能适用复裁程序,且仅针对同一仲裁机构的案件。

从上表中各个机构的复裁启动条件可以看出,虽然不同机构的复裁启动模式不同,但相对统一的是,并非所有的仲裁都需“二裁终局”,无论是协议选择(opt-in)还是协议排除(opt-out),两种方式均体现了对当事人意思自治原则的尊重,把是否纳入复裁程序的决定权交到当事人手中。

^⑫ L. Ali Khan, *Arbitral Autonomy*, Louisiana Law Review, 2013, Vol.74:1, pp.10-11. “For the most part, taxpayers rather than litigants bear the cost of judicial ... services available for the resolution of civil disputes”; Richard Reuben, *Personal Autonomy and Vacatur After Hall Street*, Penn State Law Review, 2009, Vol:113, pp.1103, 1140. as cited in Supra note 66, at 23.

^⑬ Jan Paulsson, *The Public Interest in International Arbitration*, 106 Am. SOC'Y. INT'L. L. PROC. 300, 2012. “There can be no such general interest in the findings of fact of a particular tribunal in a particular case. They may be wrong, even badly wrong, but that is likely to be of interest only to the parties.”

除了当事人意思自治外,有学者按照争议标的的大小,为仲裁案件设置了两个“数值标准”,在争议金额达到较低数值前无论当事人约定如何,均不提供复裁选项;在数值一与数值二之间时,当事人可以通过协议选择的方式纳入复裁程序;在数值二以上时,将强制提供复裁程序(见图五)。^⑦类似的制度设计,既可以在多数仲裁案件中保持较高效率,又可以为有复裁需求的当事人提供合理申诉框架。

TYPE	QUANTUM OF AiC	ABAILABILITY OF APPELLATE ARBITRATION
1	$A_iC < T_1$	Not available, irrespective of contractual provision
2	$T_2 > A_iC > T_1$	Available, only if contractual permitted
3	$A_iC > T_2$	Compulsorily available, unless contractually waived

图五: NAAM 新型仲裁申诉模式

(三) 复裁庭的组成

复裁的意义在于对原裁决的纠错,复裁庭组成人员的素质,对于复裁程序能否发挥既定功能有着重要意义。

表二 不同机构复裁庭人员比较

GAFTA	《仲裁规则第 125 号》第 11 条复裁庭的组成 (Boards of Appeal) 规定, 上诉庭成员由当事人或仲裁庭指定, 复裁庭组成人员整体上多于一裁, 比一裁更正式, 若一裁庭由一名仲裁员组成, 则复裁庭由三名仲裁员组成, 一裁三名, 则复裁庭需五名仲裁员。
CPR	《CPR 仲裁复裁程序规定》第 4 条 复裁庭选定 (Selection of Appeal Tribunal) 规定, 除非当事各方同意法庭应由一名小组成员组成, 否则法庭应由三名小组成员组成。CPR 收到复裁通知和任何一方当事人的复裁申请后, 双方可以拿到一份仲裁机构提供的人员名单, 通常为 7 人, 独任仲裁员的情况下, 为 3 人。CPR 本身也有选定复裁仲裁员的权利, 但只有在当事人未能完成选任的情况下才能行使。
AAA	《AAA 选择性复裁规则》第 A-4、A-5、A-6 条规定了复裁仲裁员的任命规则, 当事人和仲裁机构均有权选任仲裁员。
FOSFA	《FOSFA 仲裁复裁规则》规定在复裁阶段, 复裁庭由五名贸易领域的高级会员组成, 由协会选定。
SCIA	《复裁程序指引》第 5 条复裁庭的组成规定: (一) 复裁庭由三名仲裁员组成, 设首席仲裁员。复裁庭全部成员在原仲裁庭成员之外产生, 由仲裁院院长在《深圳国际仲裁院仲裁员名册》中指定。(二) 两个以上当事人就同一原裁决提出复裁申请的, 由同一复裁庭复裁。

^⑦ *Supra* note 17, at 339.

不同机构的复裁庭人员组成不完全相同,总体上来看,大多数机构规则均映射出对复裁阶段的重视,相较于一裁庭审,均增加了仲裁员的数量。复裁过程虽然不能完全实现类似诉讼中,上级法院对下级法院的纠错模式,但可以通过严格选拔、增加人数来实现优化仲裁庭成员的素质。并且一裁过程中的仲裁庭组成成员,不宜再加入复裁庭,避免先入为主的思路干扰案件裁判。另外,当事人未能及时指定复裁庭成员情况下,仲裁机构可以代替其完成指定,避免程序的拖延。

(四) 复裁审理事项范围及审理形式

为确保仲裁的可预见性,防止当事人通过申请复裁拖延履行,无论是采协议排除式的商品仲裁规则,还是以 AAA 为代表的采取协议选择式之规则,都对上诉过程和可上诉的问题作了明确规定。不同机构对重审事项规定有相似之处,类似实质性法律错误、明显的事实错误均在上诉范围之内。

表三 各仲裁机构对复裁审理事项的规定

GAFTA	GAFTA 的仲裁规则第 10 条规定,除该法令第 6.4、8.1(b)、8.2、19 和 21 条规定外,任何一方可就裁决向上诉委员会提出上诉,该条明确了 GAFTA 之重申范围,排除了“达到时完好”和“裸麦条款”(RYETERMS CLAUSE)
CPR	CPR 不鼓励广泛的仲裁裁决上诉。《CPR 仲裁复裁程序规定》第 8.2 条在联邦仲裁法第 10 条规定的法定撤销仲裁裁决理由之外确立了相对狭窄的上诉理由,诸如原裁决包含实质性和有偏见的法律错误,其性质不取决于任何适当的法律依据,或而事实调查结果显然没有记录支持。
AAA	《AAA 选择性复裁规则》A-10 条规定了可上诉的问题 (Issues Subject to Appeal),一方当事人因以下原因可以上诉 (1) 实质性的、有偏见的法律错误下产生的裁决;或 (2) 事实认定明显错误产生的裁决。
SCIA	《复裁程序指引》第 58 条关于快速程序的规定,目前其复裁程序限于规定的大额和复杂案件。为了限制当事人滥用复裁程序,深圳国际仲裁院复裁程序的适用以争议金额超过人民币 300 万元且不适用快速程序为前提。

另外,复裁审查形式的把控也有助于节约时间并控制复裁成本, JAMS 为申请人提供了只通过书面材料审查的复裁程序选择,在《JAMS 选择性上诉程序》第 (b)(iv) 段规定:“双方可选择依靠先前提交给仲裁员的备忘录或简述”“开场简述不得超过 25 页。”并且 (b)(v) 提到:“如果所有当事方要求进行口头辩论,上诉委员会将进行口头辩论,或者在复杂的案件或不寻常的情况下,可主动进行口头辩论。”复裁程序通过书面形式进行,能够尽可能降低当事人的时间和金钱成本,即使需要口头陈述,也可利用电子信息技术手段进行,除非当事人有特殊要求。^⑦

^⑦ Noam Zamir and Peretz Segal, *Appeal in International Arbitration—an efficient and affordable arbitral appeal mechanism*, Arbitration International, 2019, Vol.35:1, pp.79-93.

（五）期限、费用限制

可以预见,复裁程序会耗费额外的审查时间。时间对于商事主体的重要性不言而喻,复裁所带来的额外审查时间尤其需要严格把控。结合目前推出复裁制度的机构规则,对期限的把控主要涉及两个方面:复裁程序的启动期限和裁决作出的期限。

表四 各仲裁机构对复裁期限的限制

	启动期限	裁决作出期限
GAFTA	《仲裁规则第125号》第10.1(a)规定了复裁的申请期限为30天,截至裁决作出后第30日中午12时。	
CPR	《CPR 仲裁复裁程序规定》第2.1条规定,复裁应在双方收到原始裁决之日起30天内以书面形式通知对方和CPR,除非另有约定。	第9条:关于避免复裁拖沓条款,复裁期限为6个月
AAA	《AAA 选择性复裁规则》第A-3(i)条规定基础裁决的任何一方可以在基础裁决提交给双方之日起30天内向AAA提出复裁申请。	“简介”部分提到上诉规则预计上诉程序可以在大约3个月内完成。
FOSFA	《FOSFA 仲裁复裁规则》第125条当事人需在裁决作出后的28日内作出复裁申请,协会需将该申请通知另一方当事人。	
SCIA	《复裁程序指引》第3条规定:复裁申请人应于收到原裁决之日起15日内提出复裁申请。	
JAMS	《JAMS 选择性上诉程序》第(b)(i)条规定:上诉必须在裁决后的14日内以书面形式送达机构工作人员和对方当事人。	
AMINZ	《AMINZ 复裁规则》5.1.(a)条收到裁决书后15个工作日内提出上诉。	
CIMA	《CIMA 仲裁规则》第55.1条规定:审查裁决的请求只能在裁决通知之日起20天内提交。	59.3条:复裁庭将在一裁结束后的45日内作出裁决,可以以合理的方式延长这一期限,最多延长15日。
ECA	《ECA 仲裁规则》28.2条规定:应在一审裁决书送达后40天提起上诉。	28.7条:如果没有取证阶段,应在6个月内作出裁决,否则应在9个月内作出裁决。

有学者担心仲裁中的败诉方,会利用申请复裁来拖延执行事实上并不存在错误的裁决,^{⑦⑥}这种恶意申诉的行为无疑对仲裁的高效率造成损害,而且这种损害是不必要的。实践中,已经机构通过“败方付费”^{⑦⑦}的模式来限制恶意的复裁申请,一旦复裁对原裁决予以确认,则复裁申请人将承担被申请人因复裁花费的费用,包括律师费等等。也有机构要求提出复裁申请的当事人需要提前交存原裁决中的全部金额,作为复裁申请的前提条件。^{⑦⑧}

(六) 复裁裁决的承认与执行问题

仲裁裁决的承认与执行是整个仲裁流程的最后环节,正如国际商会国际仲裁院的成员嘉柏伦所说:“获得有利的仲裁裁决只是赢下了第一场竞争,后续须要换来金钱才是真正的关键所在。”^{⑦⑨}全球可执行性是吸引当事人选择仲裁作为纠纷解决途径的第一大优点,^{⑧①}经过复裁程序之后,裁决是否会遭遇到承认和执行的困难也值得关注。《纽约公约》为仲裁裁决在全球执行扫平了很多障碍,把拒绝承认或执行的理由限缩在了第5条的框架内,保证复裁之后,裁决的性质仍然是“仲裁裁决”,全球可执行性不会遭到损害。

仲裁的内部复裁机制,尤其是向作出一裁的同一仲裁机构提出复裁申请,可以化解承认或执行阶段的潜在困难。允许仲裁复裁的机构,通常会对一裁裁决的效力予以明确,即一裁裁决在申请复裁期限届满前,不具有终局效力,^{⑧②}由此避免了不同仲裁机构对于一裁裁决的效力规定差异产生的执行问题。以中国为例,(2015)浙甬仲确字第5号、(2016)鲁02协外认3号、(2014)二中执字第265号,都是经仲裁庭复裁后的外国仲裁裁决在我国申请承认和执行的案件。这些案件中,法院在进行了形式审查后,确认不存在《纽约公约》第5条规定的情形,均认可复裁裁决的效力。

五、结 论

目前实践中对仲裁裁决的救济措施主要集中在司法审查领域,但无论是裁决的撤销还是承认和执行阶段,都存在着审查范围有限以及缺乏全球效力等弊端。而仲裁中,尤其是国际商事仲裁纠纷,是有出错可能性的,有必要设置复裁选项。仲裁复裁的法理

^{⑦⑥} Kate Kennedy, *Manifest Disregard in Arbitration Awards: A Manifestation of Appeals Versus A Disregard For Just Resolutions*, Journal of Law & Public Policy PUBLIC POLICY, 2008, Vol.16, pp.417, 443.

^{⑦⑦} CPR Appellate Arbitration Procedure, Rule 12.

^{⑦⑧} Arbitration Rules of the European Court of Arbitration Rule 21.2.

^{⑦⑨} Neil Kaplan, *Arbitration in Asia: Developments and Crises*, Amsterdam: Journal of international Arbitration, 2002, Vol.19:2, p.145.

^{⑧①} 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, last visited Jan.8, 2022.

^{⑧②} 如《深圳国际仲裁院选择性复裁程序指引》第六条规定:“原裁决的效力(一)适用本《指引》申请复裁的,原裁决在提请复裁期限届满前不具有终局效力。(二)当事人在本《指引》第三条规定的期限内未提请复裁或提出撤回复裁申请的,原裁决自该期限届满之日起具有终局效力。(三)复裁申请人在本《指引》第三条规定的期限届满后提出撤回复裁申请的,原裁决自撤回申请之日起具有终局效力。”

依据有当事人的意思自治原则、对实质正义的追求,阻力有对效率和终局性价值的减损。当事人对于仲裁复裁确有需求的背景下,相较于法院和国际统一复裁机构,笔者支持建立由仲裁机构内部主导复裁模式,并非采强制性的“二裁终局”,仅为当事人提供复裁选项,即“一裁终局”仍为基本原则,并在此基础上确定意思自治或大金额纠纷强制二裁等例外。在制度细节上,确定相应的复裁提起条件,严格复裁庭成员选拔,限缩复裁审查事项的范围,简化审理方式,对于提起复裁期限和裁决作出期限予以明确规定,通过提前交存或者“败方付费”的模式来限制恶意的复裁申请,从而既可以保留仲裁的全球可执行性、保密性等传统优点,又可以节约社会资源,并尽可能减少对效率价值的损害。

Abstract: The finality of single-instance arbitration has a long history in commercial arbitration. With the rapid development of international trade, this concept has gradually revealed the lack of remedial channels in international commercial arbitration, leaving breathing space for erroneous awards. In order to correct erroneous international commercial arbitration awards in a timely manner and to safeguard the parties' right appeal, the legislation should give parties the right to appeal in pursuit of just values. And the system can be designed to reduce the damage to the efficiency value and finality of the award. In this regard, it is proposed to establish an Optional Appellate Arbitration Procedure led by arbitration institutions, and to continue the traditional value of arbitration by clarifying the conditions for initiating the appellate process, strictly selecting the members of the appellate arbitral tribunal, regulating the matters to be heard by the tribunal, and strengthening the time limit and fee limit.

Keywords: appellate arbitration in international commercial arbitration; finality of single-instance arbitration; party autonomy; substantive justice

(责任编辑:范卫国)

评梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案

中国贸促会法律部编 本篇作者黄可而*

内容提要 梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案是国际投资仲裁实践中的标志性案例。该案仲裁庭认定东道国地方政府所采取的系列措施违背了《北美自由贸易协定》投资章下的公平与公正待遇条款及征收条款,由此引发了各界对于国际投资争端解决机制下公私利益失衡的广泛讨论。仲裁庭在公平与公正待遇标准、间接征收认定等问题上所持观点对后续条约实践与仲裁实践产生了深远影响。本文对梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案的事实背景、争议焦点、裁决结果进行梳理,并作简要评析。

关键词 国际投资仲裁 公平与公正待遇 间接征收 环境争端 规制权

梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案是国际投资仲裁实践中的标志性案例。作为国际投资仲裁早期实践的缩影,梅特克莱德公司诉墨西哥合众国一案不但触及国际投资法的关键议题,也因案件裁决具有显著倾向性而广受评议。在梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案裁决发布二十多年后的今天,重新审视这一经典案例,可以看到国际投资仲裁中利益平衡的困境与症结,也有助于理解目前仍在推进的国际投资争端解决机制改革进程。本文首先对梅特克莱德公司诉墨西哥合众国一案案情进行简要概括,其次梳理案件核心争点,最后就本案对后续仲裁实践及条约实践的影响作简要评析。

一、案件概要

(一) 投资事实

1993年,墨西哥合众国(以下简称“墨西哥”或“被申请人”)工业固废技术股份有限公司(Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V.,以下简称“COTERIN”)先后从墨西哥国家环境资源局、圣路易斯波托西州(San Luis Potosi,以下简称“SLP州”)州政府获得了建设危险废物填埋场(以下简称“填埋场”)的联邦许

* 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由武汉大学国际法研究所博士研究生黄可而编写,中国贸促会法律部舒襄、顾涛、耿鹏鹏审核。

可证、州土地使用许可证及运营填埋场所需的联邦许可证。^①

墨西哥国家生态环境股份有限公司（Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V.）是美国梅特克莱德公司（Metalclad Corporation, 以下简称“梅特克莱德”或“申请人”）的间接全资控股子公司。^②1993年9月,在获得墨西哥联邦官员和地方官员支持填埋场建设的表态后,梅特克莱德通过墨西哥国家生态环境股份有限公司,根据期权协议收购COTERIN,从而获得COTERIN持有的财产和许可证,计划在SLP州瓜达尔卡萨尔市（Guadalcazar, 以下简称“G市”）开展填埋场的建设与运营工作。^③

（二）被诉行为

地质研究表明,填埋场建设地系地震多发地,且设施选址位于蓄水层,建设填埋场可能危及G市公共卫生安全。受此影响,自COTERIN被收购以来,当地民众针对填埋场建设的抗议活动经久不息。梅特克莱德称,墨西哥联邦官员曾向其保证,梅特克莱德已拥有所有建设和运营填埋场所需的授权,市级建设许可并非必要,且地方官员不可能拒绝批准市级建设许可。然而,1994年10月,G市政府以梅特克莱德缺少G市建设许可证为由命其中止建设。同年11月,梅特克莱德向G市政府提交了建设许可申请,继续开展填埋场建设工作。^④

1995年3月,梅特克莱德完成填埋场建设并举行开幕式。然而,开幕式遭到示威者阻挠,SLP州政府和G市政府也参与了示威活动的组织。为保障填埋场顺利运营,经过数月协商,梅特克莱德与墨西哥联邦政府在1995年11月达成填埋场运营协议（以下简称“协议”）。协议制定了填埋场环境审计方案,并规定了梅特克莱德开展投资应履行的系列义务,包括设立用于保护当地物种的缓冲地带、建立环境监管委员会和公众监督委员会、为当地群众提供就业机会、为地方政府提供危险废物处理价格优惠等。^⑤可惜该协议未能获得墨西哥地方政府的认可。SLP州政府拒绝参与协议谈判,并对协议达成表示反对。^⑥G市政府在1996年1月就墨西哥联邦官员与梅特克莱德达成的协议向墨西哥法院提起宪法保护诉讼,法院随后出台禁令禁止梅特克莱德继续运营填埋场,该禁令直到1999年5月方被解除。^⑦

1995年12月,G市政府在市议会会议上否决了梅特克莱德此前递交的市级建设许可申请,认为梅特克莱德未经许可开展建设构成不当行为,驳回了梅特克莱德针对建设许可的复议请求。就此,梅特克莱德主张墨西哥相关法律或行政程序并未规定填埋场建设须获得G市政府建设许可证,G市政府则称梅特克莱德应履行投资者负有的尽职调

^① Metalclad Corporation v. the United Mexican States, ARB(AF)/97/1, ICSID, 2000, Award, paras.28-36.

^② *Id.* at para.2.

^③ *Id.* at para.30.

^④ *Id.* at paras.37-42.

^⑤ *Id.* at paras.45-48.

^⑥ *Id.* at para.49.

^⑦ *Id.* at para.55.

查义务,通过对先例的考察梅特克莱德理应知晓市级建设许可是开展填埋场项目的必要条件。^⑧

祸不单行,在G市政府否决梅特克莱德的建设许可申请后,1997年9月,SLP州颁布了一项关于保护珍稀仙人掌的生态法令,将填埋场所在地纳入自然保护区,从而永久地排除了梅特克莱德在保护区内运营填埋场的可能。^⑨

经数月磋商无果,1997年1月,梅特克莱德向国际投资争端解决中心(以下简称“ICSID”)提交仲裁申请,并在SLP州生态法令出台后作出补充申请,主张墨西哥SLP州政府和G市政府干扰填埋场建设的行为违反了北美自由贸易协定(North American Free Trade Agreement,以下简称“NAFTA”)第1105条公平与公正待遇和第1110条征收补偿之规定。^⑩

(三) 程序时间轴

- 1996年10月2日,梅特克莱德向墨西哥发出仲裁意向通知。同年12月30日,梅特克莱德根据NAFTA第1121条第2款向墨西哥递交了书面仲裁同意和放弃其他救济的弃权声明。^⑪
- 1997年1月2日,梅特克莱德向ICSID提交仲裁申请。同年1月13日,ICSID秘书长根据《ICSID附加便利规则》对仲裁请求进行登记。
- 1997年5月19日,仲裁庭组成。
- 1997年9月10日,墨西哥向仲裁庭申请不公开进行仲裁程序。同年10月27日,仲裁庭对此作出决定:NAFTA或《ICSID附加便利规则》均未规定任一仲裁当事方反对则仲裁程序不得公开进行。因此,除非双方约定保密,任一方有权公开。此外,梅特克莱德作为一家美国上市公司,对其股东负有一定的主动披露义务,尤其是在仲裁结果可能显著影响公司股价的情境下。同时,为便于案件管理、保障仲裁程序有序开展,双方当事人宜将关于本案的公共讨论控制在最小程度,即在双方的法定披露义务范围内公开案件相关内容。
- 1997年10月14日,梅特克莱德提交起诉状。1998年2月17日,墨西哥提交答辩状。在1998年8月21日和1999年5月3日,梅特克莱德和墨西哥分别提交了第二次书面意见。
- 1999年7月28日,作为NAFTA缔约方之一,加拿大根据NAFTA第1128条向仲裁

^⑧ *Id.*, at paras.50-54.

^⑨ *Id.*, at paras.59-61.

^⑩ *Id.*, at paras.58, 64-69.

^⑪ 《北美自由贸易协定》第1121条第2款规定:“诉诸仲裁的先决条件争端投资者仅在其和其所代表的企业同时满足下列条件时,可以根据第1117条诉诸仲裁:

(a) 同意按照本协定规定的程序进行仲裁;

(b) 放弃他们就争端缔约方被指控违反第1117条的措施而根据任一缔约方法律在任一行政法庭或法院、或依据其他争端解决程序提起或继续进行诉讼的权利;依据争端缔约方法律在行政法庭或法院进行的不涉及损害赔偿的禁令救济、确权救济或其他特别救济程序除外。”

庭递交书面意见,就 NAFTA 第 1110 条征收和补偿的解释发表意见。^⑫同年 11 月 9 日,同为 NAFTA 缔约方的美国也向仲裁庭提交了书面意见,美国认为地方政府的行為受 NAFTA 规则约束,并指出 NAFTA 第 1110 条同时适用于直接征收和间接征收,“等同于征收”的表述并非旨在创造一个未被习惯国际法所认同的征收行为种类。^⑬

- 1999 年 8 月 30 日至 9 月 9 日,庭审在华盛顿举行,双方及各自证人出席庭审。
- 2000 年 8 月 30 日,仲裁庭发布裁决。^⑭
- 裁决作出后,墨西哥向加拿大不列颠哥伦比亚省最高法院请求撤销本案仲裁裁决。2001 年 5 月 2 日,加拿大法院作出判决,认为仲裁庭关于公平与公正待遇条款和 G 市政府拒绝许可构成间接征收的认定超出了仲裁审理的范围,但法院并未发现仲裁庭关于 SLP 州生态法令构成间接征收的认定明显不合理。最后,法院部分撤销了仲裁裁决。^⑮

(四) 仲裁请求

1. 申请人的仲裁请求

(a) 认定被申请人的行为构成直接或间接征收,征收行为违反正当程序,并非出于公共目的,且未按公平市场价值作出补偿;

(b) 认定被申请人的行为违反公平与公正待遇条款和充分保护与保障原则;

(c) 认定被申请人的行为违反了国民待遇条款和最惠国待遇条款;

(d) 责令被申请人向申请人支付 9000 万美元的金钱赔偿及利息。^⑯

2. 被申请人的反对意见

(a) 驳回申请人所有仲裁请求;

(b) 责令申请人支付被申请人的所有仲裁费用,包括代理费用和专家费用等。^⑰

(五) 仲裁庭结论

1. 被申请人的行为违反了 NAFTA 第 1105 条关于公平与公正待遇和第 1110 条关于征收补偿的规定;

2. 被申请人应在裁决作出之日起 45 日内向申请人支付 1668.5 万美元。^⑱

^⑫ 《北美自由贸易协定》第 1128 条规定:“经书面通知争端各方,其他缔约方也可就协定相关条文的解释向仲裁庭递交书面意见。”

^⑬ Metalclad Corporation v. the United Mexican States, ARB(AF)/97/1, ICSID, 1999, Submission of the Government of Canada, paras.1-9; Metalclad Corporation v. the United Mexican States, ARB(AF)/97/1, ICSID, 1999, Submission of the United States of America, paras.1-15.

^⑭ *Supra* note 1, at paras.7-27.

^⑮ The United Mexican States v. Metalclad Corporation, 2001BCSC0664, BCSC, 2001, Judgement, paras.133-137.

^⑯ Metalclad Corporation v. the United Mexican States, ARB(AF)/97/1, ICSID, 1997, Claimant's Memorial, pp.167-169.

^⑰ Metalclad Corporation v. the United Mexican States, ARB(AF)/97/1, ICSID, 1998, Respondent's Counter-Memorial, paras.938-940.

^⑱ *Supra* note 1, at paras.101, 112, 131.

二、主要法律争议

（一）被申请人的行为是否违反公平与公正待遇标准

仲裁庭指出,依据习惯国际法和 NAFTA 规定,墨西哥政府应对其地方政府(包括 SLP 州政府和 G 市市政府)的行为负责。^{①⑨} 仲裁庭从透明度要求、投资者合理预期、正当程序等三方面展开分析,认为墨西哥政府行为违反了 NAFTA 第 1105 条第 1 款规定的公平与公正待遇标准。^{②⑩}

1. 墨西哥未向投资者的投资提供透明、可预测的法律框架,违反了透明度要求

首先,仲裁庭从条约目的出发,指出 NAFTA 旨在促进和增加跨境投资机会、保证投资计划顺利实施。其中,透明度是 NAFTA 最突出的原则与规则之一。为满足透明度要求,东道国应使投资者易于知悉与投资项目启动、落地、成功运营等各个环节有关的所有法律规定,相关规定不得具有不确定性。当联邦政府机构知悉投资者对相关事项存在任何误解或疑惑时,政府有义务就相关事项向投资者作出明确说明,以使投资者确信其投资活动符合东道国相关法律,进而继续开展投资活动。^{②⑪}

其次,仲裁庭结合本案案情展开分析,关于填埋场的建设是否需要获得 G 市政府的建设许可证,^{②⑫} 墨西哥认为市政府有权干预填埋场建设,梅特克莱德对此则持反对意见。仲裁庭基于下述三方面认为,墨西哥未能给梅特克莱德在墨西哥的投资提供具备透明度和可预测性的法律框架:其一,根据联邦官员的说辞,梅特克莱德有理由相信填埋场建设与运营许可的授予权限归墨西哥联邦政府所有;^{②⑬} 其二,根据墨西哥法律,市政府权力边界仅及于填埋场建筑缺陷的管理;^{②⑭} 其三,关于填埋场建设是否需要获得市政府建设许可证这一问题,既无明确的法律规则进行规制,也缺乏相关的实践可以支撑。^{②⑮} 综上,仲裁庭认为,墨西哥法律对于市政府许可权限的规定未予明确,且墨西哥联邦政府与地方政府的行为和态度存在一定矛盾,投资者未能在墨西哥获得透明、可预测的投资环境。^{②⑯}

2. 墨西哥政府的行为损害了投资者的合理预期

早在梅特克莱德收购 COTERIN 前,墨西哥联邦政府便授予了 COTERIN 填埋场建设和运营许可,SLP 州也就填埋场运营向 COTERIN 颁发了运营许可证。梅特克莱德收购 COTERIN 后,墨西哥联邦政府还将许可期限延长了十八个月。此外,墨西哥联邦官

^{①⑨} *Id.* at para.73.

^{②⑩} 《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款规定:“最低待遇标准:每一缔约方应当给予缔约另一方投资者的投资以符合国际法规定的待遇,包括公正与公平待遇和充分保护与保障。”

^{②⑪} *Supra* note 1, at paras.75-76.

^{②⑫} *Id.* at para.79.

^{②⑬} *Id.* at para.80.

^{②⑭} *Id.* at paras.81-84.

^{②⑮} *Id.* at para.88.

^{②⑯} *Id.* at para.99.

员曾告知梅特克莱德,若其向 G 市递交建设许可申请, G 市没有任何法律依据可以否决该申请。基于墨西哥国内法相关规定和墨西哥联邦官员的允诺,作为投资者,梅特克莱德得以确信,其在获得墨西哥联邦政府和州政府的许可后得以顺利开展填埋场建设和运营,从而一直审慎地从事投资活动。^{②7}

然而,在市政府权力范围仅限于建筑缺陷审查的情况下, G 市以环境因素为由否决了填埋场建设许可申请,并针对梅特克莱德与墨西哥联邦政府达成的协议提起宪法保护诉讼。更有甚者, SLP 州在 1997 年 9 月所颁布的生态法令将填埋场所在地划入自然保护区范围内,永久地排除了填埋场的运营可能。^{②8} 仲裁庭指出,墨西哥地方政府前述行为导致了投资者的合理期待落空。^{②9}

3. G 市否决填埋场建设许可申请的行为违反了正当程序

填埋场竣工不久后, G 市政府在市议会会议上否决了填埋场的建设许可申请,而梅特克莱德未收到任何关于该会议的通知,也没有机会陈述其关于建设许可申请的立场。而后,梅特克莱德就 G 市政府否决建设许可申请的决定提出复议申请,该申请被 G 市政府驳回。仲裁庭指出,市政府否决填埋场建设许可申请的行为不仅超出市政府的权限范围,且有违正当程序。^{③0}

仲裁庭强调,东道国不得以国内法中的相关规定对抗国际法上的条约义务。^{③1} 综上所述三方面分析,仲裁庭认为墨西哥政府的行为违反了 NAFTA 第 1105 条公平与公正待遇条款。^{③2} 此外,仲裁庭指出,认定墨西哥政府违反公平与公正待遇条款与 NAFTA 第 1114 条关于环境保护之规定^{③3} 并不矛盾,后者允许东道国在其境内采取、维持或执行使投资者的投资活动符合环境保护要求的措施。关于环境保护问题,仲裁庭认为,墨西哥联邦政府授予梅特克莱德的许可及梅特克莱德与墨西哥国家环境资源局所达成的协议均能证明,案涉投资项目已然满足墨西哥法律规定的环境保护标准。^{③4}

(二) 被申请人的行为是否构成直接或间接征收

根据 NAFTA 第 1110 条,^{③5} 仲裁庭指出,征收不仅包括剥夺财产所有权的直接征收,

^{②7} *Id.* at paras.87-89.

^{②8} *Id.* at paras.90-96.

^{②9} *Id.* at para.99.

^{③0} *Id.* at paras.91, 97, 99.

^{③1} *Id.* at para.100.

^{③2} *Id.* at para.101.

^{③3} 《北美自由贸易协定》第 1114 条规定:“1. 本章的任何规定不得被解释为阻止成员方在为环境保护时所采取的、维持或执行的与本章不一致的措施; 2. 缔约方认识到为鼓励投资而放松对国内健康、安全或环保的要求是不适当的……。”

^{③4} *Supra* note 1, at para.98.

^{③5} 《北美自由贸易协定》第 1110 条第 1 款规定:“任何缔约方不得直接或间接对缔约另一方投资者在其境内的投资实行国有化或征收,或者对该投资采取相当于国有化或征收的措施,除非:

- (a) 出于公共目的;
- (b) 以非歧视为前提;
- (c) 符合法律正当程序和第 1105 条第 1 款之规定;
- (d) 按照第 2 款至第 6 款的规定支付补偿。”

也包括间接征收,即隐蔽地或附带地干涉财产的使用,且此种干涉将使财产所有者丧失对全部或关键财产的使用权或丧失对财产的合理预期利益。^{③⑥}仲裁庭从两个方面展开,认为墨西哥政府的行为对梅特克莱德的投资构成间接征收,且未向梅特克莱德支付相应补偿,违反了 NAFTA 第 1110 条关于征收补偿之规定。^{③⑦}

其一,G 市政府否决填埋场的建设许可。仲裁庭指出,授予填埋场建设和运营许可证为墨西哥联邦政府专属职权,而 G 市政府在梅特克莱德未被通知出席的市议会会议上以环保因素为由否决了填埋场建设许可,又针对梅特克莱德与墨西哥国家环境资源局达成的协议提起宪法保护诉讼,致使梅特克莱德无法运营填埋场。^{③⑧}

其二,SLP 州政府颁布生态法令,禁止任何可能对环境造成污染的活动,从而永久地排除填埋场运营的可能。对此,仲裁庭认为其无需决定或考虑 SLP 州颁布该生态法令的目的或动因,因为生态法令的实施本身便构成间接征收。^{③⑨}

(三) 赔偿数额的计算标准

仲裁庭指出,本案中因被申请人违反 NAFTA 第 1105 条公平与公正待遇条款所产生的损害赔偿和因被申请人违反 NAFTA 第 1110 条征收条款所产生的损失补偿并无区别,二者都涉及填埋场项目的投入成本和预期利益。然而,双方当事人在赔偿数额的计算标准上各执一词,对于申请人所遭受损失的数额意见不一。^{④⑩}

1. 申请人的主张

梅特克莱德提出了两种赔偿数额计算标准:一是通过贴现现金流(DCF)方法分析填埋场的未来利润,从而确定投资的公平市场价值,此方法下赔偿数额约为 9000 万美元;二是评估梅特克莱德在填埋场项目中的实际投资价值,此方法下赔偿数额约为 2000 万至 2500 万美元。除前述赔偿请求外,梅特克莱德还以公司其他业务因墨西哥政府不当行为遭受负面影响为由,主张获得 2000 万至 2500 万美元的额外赔偿。^{④⑪}

2. 被申请人的主张

墨西哥认为,贴现现金流方法在本案中并不可取,因为被征收的企业 COTERIN 并非持续经营企业。对于赔偿数额的计算,墨西哥也提出了两种计算标准:一是基于 COTERIN 的资本市值确定投资的公平市场价值,此方法下赔偿数额约为 1300 万至 1500 万美元;二是通过直接投资价值认定赔偿数额,此方法下赔偿数额约为 300 万至 400 万美元。^{④⑫}

^{③⑥} *Supra* note 1, at para.103.

^{③⑦} *Id.* at para.112.

^{③⑧} *Id.* at paras.104-108.

^{③⑨} *Id.* at paras.109-111.

^{④⑩} *Id.* at para.113.

^{④⑪} *Id.* at paras.114-115.

^{④⑫} *Id.* at paras.116-117.

3. 仲裁庭的裁定

首先,仲裁庭驳回了梅特克莱德以其他业务遭受负面影响为由提出的额外索赔请求。仲裁庭认为,梅特克莱德其他业务受损存在多重原因,不必然是墨西哥政府行为所致,墨西哥的行为与梅特克莱德其他业务价值受损之间的因果关系过于遥远,因此申请人的额外赔偿请求未能成立。^{④③}

其次,仲裁庭就本案赔偿数额的计算标准展开分析。根据 NAFTA 第 1135 条第 1 款第 a 项,仲裁庭有权裁定违反条约的当事方支付金钱赔偿及利息。NAFTA 第 1110 条第 2 款进一步明确,征收补偿应等同于征收行为实施前一刻被征收投资的公平市场价值,且不得反映因征收意图被先行知晓而导致的投资财产的变化,估值标准应包括持续经营价值、资产价值(包含有形财产的申报税收价值)及其他适合于确定公平市场价值的标准。^{④④}

通常情况下,国际投资仲裁庭可通过对未来利润的贴现现金流量分析,确定某一具有盈利记录的持续经营企业的公平市场价值。^{④⑤}然而,当企业运营时间较短、尚不足以建立业绩记录,或企业未能盈利时,未来利润不得被用于确定投资的公平市场价值。如 Sola Tiles 诉伊朗一案中,美伊求偿庭指出,企业的商誉、企业与供应商和顾客的关系对于企业价值的认定至关重要。又如亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡案,仲裁庭认为,商誉价值认定的前提是企业在市场上的存在时间最少达到两到三年,这是建立持续商业联系所需的最短时间。^{④⑥}

本案中,仲裁庭认为,由于填埋场从未投入运营,任何通过未来利润分析作出的裁断将完全基于猜测,因而梅特克莱德所主张的贴现现金流方法不具有可适用性。^{④⑦}鉴此,仲裁庭决定通过评估梅特克莱德对填埋场的实际投资,以确定被征收财产的公平市场价值。仲裁庭援引了 Biloune 诉加纳投资中心一案对实际投资方法进行说明。该案与本案情形相似,即投资者被征收的投资项目尚未投入运营。该案仲裁庭认为被征收财产的价值即为申请人对该财产的实际投资价值,尽管仲裁庭承认被征收财产的价值评估应考量利润损失,由于申请人未能就其利润损失提供任何具有现实意义的估值依据,仲裁庭最终未支持申请人关于利润损失的赔偿请求。回到本案,仲裁庭认为通过实际投资价值方法对梅特克莱德的投资损失进行评估,与 Chorzow 案所确定的损失填平原则相符,即当东道国违背其义务时,裁决应尽可能地消除该违法行为产生的后果,并使情势恢复到如果没有发生该项行为则很可能存在的状态(*the status quo ante*)。^{④⑧}

^{④③} *Id.* at para.115.

^{④④} *Id.* at para.118.

^{④⑤} *Id.* at para.119.

^{④⑥} *Id.* at para.120.

^{④⑦} *Id.* at para.121.

^{④⑧} *Id.* at para.122.

三、简要评析

本案是国际投资仲裁实践中影响深远的案件,也是备受争议的一个案件。案件裁决的显著倾向性导致组成本案仲裁庭的三位仲裁员(Benjamin R. Civiletti、Elihu Lauterpacht、José Luis Siqueiros)在2001年后未获得任何国际投资仲裁案件争端方的委任。更关键的是,本案裁决引发了公众对于国际投资仲裁机制为保护外国投资牺牲东道国规制空间的质疑,也激起了各界关于既有国际投资协定实体规则合理性及国际投资争端解决程序正当性的广泛讨论。^④作为国际投资争端的解决方式之一,国际投资仲裁是否过分关注投资权益,而怠于追求环境正义?作为条约缔约方的国家,在条约制定、实施、适用过程中如何避免自身合理规制权落空?

(一) 公平与公正待遇的认定

作为首起就NAFTA下公平与公正待遇标准作出裁断的案件,梅特克莱德案关于公平与公正待遇标准的认定受到广泛关注。本案仲裁庭将透明度要求、投资者合理预期及正当程序纳入公平与公正待遇的衡量过程。其中,争议最大的当属透明度要求。本案仲裁庭指出,东道国应使投资者易于知悉与投资项目启动、落地、成功运营等各个环节有关的所有法律规定,并要求联邦政府机构在知悉投资者对联邦内部法律存有疑虑时就相关事项向投资者作出明确说明。这一观点在后续仲裁实践中也有所体现。^⑤与此同时,不同于Invesmart诉捷克等案件,本案仲裁庭未对投资者在投资过程中的尽职调查义务提出任何要求。^⑥

将透明度要求视为公平与公正待遇标准的衡量要素之一,在一定程度上加重了东道国在投资运营过程中的义务负担。一方面,透明度要求并非NAFTA第1105条公平与公正待遇条款明确设定的义务。NAFTA在第18章所规定的透明度仅仅是一般性义务,若以此衡量公平与公正待遇标准,使之宽泛、模糊化,可能引发“寒颤效应”,不利于东道国制定、实施公共政策。另一方面,透明度要求未被囊括在国际最低待遇标准中,不属于习惯国际法的要求,美国在格拉米斯采金公司诉美国等案件中也提出了这一观点。^⑦正是基于前述两方面原因,在本案仲裁裁决撤销审查程序中,加拿大不列颠哥伦比亚省最高法院否定了本案仲裁庭关于公平与公正待遇标准的认定,部分撤销了本案仲裁裁决。

受本案影响,2001年7月底,NAFTA自由贸易委员会发布声明,就公平与公正待

^④ See e.g., Arturo Borja Tamayo, *The New Federalism in Mexico and Foreign Economic Policy: An Alternative Two-Level Game Analysis of the Metalclad Case*, Latin American Politics and Society, 2001, Vol.43, pp.67-90; Chris Tollefson, *Metalclad v. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process*, Minnesota Journal of International Law, 2002, Vol.11, pp.183-232.

^⑤ See e.g., Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ARB/03/29, Award, ICSID, 2009, para.178.

^⑥ Invesmart B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, 2009, Award, paras.272-282.

^⑦ Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, 2009, Award, para.580.

遇条款的适用作出解释。声明明确,即便东道国行为构成对 NAFTA 某一条款(如透明度要求)或其他国际协定的违反,该行为并不自动构成对 NAFTA 第 1105 条的违反。相似观点也体现在 Ioan Micula 等诉罗马尼亚案裁决。该案仲裁庭指出,要求东道国披露所有敏感信息并不现实。国际投资仲裁中,仲裁庭需要考量的是,在东道国未能完全披露相关内容的情境下,外国投资者是否受到了不公平、不公正的对待。^{⑤③}此外, NAFTA 自由贸易委员会声明指出, NAFTA 下的公平与公正待遇限于习惯国际法最低待遇标准意义上的公平与公正待遇,并不要求东道国给予外国投资者高于习惯国际法最低待遇标准的任何待遇。^{⑤④}

(二) 间接征收的认定

在间接征收的认定上,本案仲裁庭采取了相当宽泛的定义。仲裁庭认为,征收不仅包括公开、故意地剥夺财产所有权的直接征收,也包括隐蔽地或偶然地、产生部分或全部剥夺财产使用权效果的间接征收。只要国家采取的行为从整体上或在很大程度上,剥夺了财产所有人对其财产的使用权或合理期待利益,即便该行为并未使国家从中获得明显利益,也将构成征收行为。^{⑤⑤}这一观点对后续仲裁实践与条约实践产生了深远影响。

在仲裁实践上,本案仲裁庭关于间接征收认定的观点在后续的国际投资仲裁案件中被反复提及。相当数量的案件中,仲裁庭通过援引梅特克莱德案仲裁庭关于征收行为的定义,裁定东道国行为构成间接征收。^{⑤⑥}也有仲裁庭提出质疑,认为梅特克莱德案仲裁庭将征收认定与公平公正待遇认定混为一谈,未对构成征收行为的具体标准展开讨论。^{⑤⑦}

在条约实践上,本案在一定程度上促进了国际投资协定中征收条款的发展。2004 年,作为 NAFTA 缔约方,美国和加拿大先后更新了各自的投资协定范本,对间接征收作出限制。^{⑤⑧}美国 2004 年双边投资协定范本(Model BIT)和加拿大 2004 年外国投资保护协定范本(Model FIPA)对于征收条款的改进主要体现在两大方面:其一,细化间接征收的认定方式,指出间接征收认定应为逐案的、以事实为依据的认定,且认定过程中应考量政府行为对投资产生的负面经济影响、政府行为对投资者实现其合理预期的妨碍程度、政府行为的性质等因素,并明确“即便缔约方的某种措施或一系列措施对某项投资的经

^{⑤③} Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ARB/05/20, ICSID, 2013, Award, para.533.

^{⑤④} North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp, last visited February 2, 2022.

^{⑤⑤} *Supra* note 1, at para.103.

^{⑤⑥} See e.g., Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ARB/07/16, ICSID, 2010, Award, paras.408-412; Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ARB/06/11, ICSID, 2012, Award, para.455.

^{⑤⑦} See e.g., Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyongkezelő Zrt. v. Hungary, ARB/12/3, ICSID, 2015, Award, paras.172-177.

^{⑤⑧} U.S. Model BIT, <https://ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>, last visited February 2, 2022; Canada Model FIPA, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download>, last visited Feb. 2, 2022.

济价值具有消极效果,仅凭该事实本身不足以推断出已经发生了间接征收”。^⑤其二,将特定政府行为排除在间接征收范围之外,明确善意公共管制措施的合法性,规定“除非极个别的情况,任一缔约方为保护公共健康、安全、环境等合法公共福利目标而制定和适用的非歧视性管制措施不构成间接征收”。^⑥2006年以来我国所缔结的国际投资协定中,部分协定的征收条款也在不同程度上参照了前述表述。^⑦征收条款的精细化,限缩了可能被指控为间接征收的行为范围,有助于在保障投资者合法权益的同时,为东道国施行公共政策提供必要空间。

(三) 结语

本案裁决直观地呈现了早期国际投资协定实体条款的规制不足及适用困境。不论是公平与公正待遇条款还是征收条款,相关条文本身存在一定的抽象性、概括性,为国际投资仲裁庭留下了较大的解释空间。在国际投资仲裁机制不存在遵循先例原则的情况下,各仲裁庭在实体待遇的认定上意见不一,进一步影响了国际投资仲裁的可预见性及裁决结果的公正性。

除了条约的精细度与裁量的尺度,本案还引发了各界对于国际投资争端解决中利益平衡的广泛讨论。随着发展中国家和转型经济体在国际投资治理格局的影响力逐渐扩大,新自由主义主导的国际投资法范式受到越来越多的反思,各国对于东道国规制权的关注度持续增长。与此同时,随着人权与可持续发展理念深入发展,非政府组织等非争端当事方在国际投资争端解决过程的参与度有所提升,国际投资的社会价值、环境价值等非经济价值受到更高重视。

廿载之后,与梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案类似的争议仍未平息。相较于梅特克莱德公司诉墨西哥合众国案审理时期,当前,国际投资治理在实体规则和程序建设上已取得较大进步。一方面,国际投资协定实体条款的构成要素在晚近条约实践中得到进一步调整与细化,如规定损害投资者合理预期不构成对公平与公正待遇条款的违反,如明确间接征收例外情形,从而在一定程度上限缩了仲裁庭自由裁量的空间。^⑧另一方面,随着关于国际投资争端解决机制改革的讨论持续深入,从国际投资争端解决渠道的拓展,到个案中仲裁员学科背景的考察,国际投资争端解决机制的正当性危机有望在一定程度上得到缓解。与此同时,尽管条约革新、程序优化等方面的行动持续推进,需要关注的是,规则与实践仍然存有一定差距。以近年审理的Eco Oro矿业公司诉哥伦比亚共和国一案为例,案件基于2008年缔结的《加拿大—哥伦比亚自由贸易协定》提起,该案仲裁庭在2019年通过程序令驳回包括国际环境法中心在内的五家非政府机构作为法庭之

^⑤ 美国2004年BIT范本附件B第4条第a款,加拿大2004年FIPA范本附件B.13(1)第b条。

^⑥ 美国2004年BIT范本附件B第4条第b款,加拿大2004年FIPA范本附件B.13(1)第c条。

^⑦ 例如,《〈中国—印度双边投资协定〉议定书》第3条,《〈中日韩投资协定〉议定书》第2条。

^⑧ 关于公平与公正待遇条款的细化,参见《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》第8.9条;关于间接征收例外情形的设定,参见《区域全面经济伙伴关系协定》第10章附件2第4条。

友参与仲裁的请求,^{⑥3}而后在2021年发布的实体决定中指出例外条款的适用不能免除东道国的赔偿责任,裁定东道国应为其非歧视性的环境保护措施向外国投资者支付赔偿,^{⑥4}由此引发了各界对案件裁决的质疑与批评。^{⑥5}可见,国际投资争端解决中,东道国规制权与外国投资者权益的平衡始终是不容忽视的重要议题。

综合上述,随着全球投资存量的持续增长及各国投资治理能力的稳步提升,国际投资协定体系的条文设计与国际投资争端解决的机制建设也在不断演进。一个更为协调、均衡、高效的国际投资治理体制,还需将规则落实到实践中。梅特克莱德案中忽视东道国公共利益保护现象的不再重演,需要东道国、投资者母国、投资者、非政府组织、仲裁庭、政府官员、学者等多元力量在条约订立、投资运营、案件审理、裁决执行、学术讨论等多个环节的多方努力。

Abstract: The *Metalclad v. Mexico* case is a landmark case in investment arbitration history. The Metalclad Tribunal concluded that measures taken by Mexico's local governments had breached the FET standard and the expropriation provision under the investment chapter of the North American Free Trade Agreement. The Metalclad Award had led to a widespread debate on the imbalance between public and private interests under the ISDS mechanism. Moreover, the Tribunal's views on the FET standard and indirect expropriation had a profound impact on subsequent treaty practice and arbitration practice. This case comment reviews the factual background to the dispute, addresses the main legal issues, summarizes the Tribunal's findings, and provides concluding comments.

Keywords: international investment arbitration; fair and equitable treatment; indirect expropriation; environmental dispute; regulatory power

(责任编辑:张靖昆)

^{⑥3} *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ARB/16/41, ICSID, 2019, Procedural Order No. 6 (Decision on Non-Disputing Parties' Application), pp.7-14.

^{⑥4} *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ARB/16/41, ICSID, 2021, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, paras.826-837.

^{⑥5} See e.g., J. Benton Heath, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/#_ftn2, last visited Feb. 10, 2022.

国际投资仲裁中环境保护与外资保护之间的冲突与协调

——以“Renco 诉秘鲁案”为例

中国贸促会法律部编 本篇作者李捷^{*}

内容提要 早期的投资协定较少涉及环境议题,但实践中不少投资仲裁案件显示出环境保护与外资保护之间的紧张关系,这样的关系也体现在美国投资者 Renco 诉秘鲁案中。在该案中, Renco 针对秘鲁政府作出的一系列有关环境保护的行为,援引《秘鲁 - 美国贸易促进协定》,先后向国际投资争端解决中心(ICSID)和常设仲裁法院(PCA)提起了投资仲裁。其中, ICSID 仲裁因仲裁庭不具有管辖权而被迫终结, PCA 仲裁目前仍在审理中。该案从一定程度上意味着新型国际投资规则要考虑引入可持续发展、东道国规制权和企业社会责任条款,以实现外资保护与东道国环境保护的平衡。

关键词 国际投资仲裁 国际投资规则 可持续发展 规制权 企业社会责任

作为二战后产生的保护对外投资的协定,双边投资协定在早期主要关注外国投资的促进与保护问题。直到《北美自由贸易协定》于 1994 年生效后,投资协定才开始关注与投资有关的环境议题。在投资仲裁实践中,越来越多的案件涉及东道国政府为保护环境所采取的规制措施,投资仲裁庭如何处理环境保护与外资保护之间的冲突问题也成为社会公众日益关注的话题。近年来,国际环境法、国际人权法和劳工法等部门法体系与国际投资法的联系也日益紧密,且新近的投资协定已经在文本设计时充分考虑了环境等议题。

本文就以“Renco 诉秘鲁案”为例审查投资仲裁实践中的环境议题。“Renco 诉秘鲁案”涉及世界上著名的污染区域——秘鲁拉奥罗亚地区(La Oroya),本案已历时十年,且历经了两次仲裁。对该案的梳理有助于我们明确国际投资仲裁庭在环境议题方面的态度。本文首先介绍了案件背景、申请人和被申请人的主张以及仲裁庭的认定情况,之

^{*} 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由西安交通大学法学院博士研究生李捷编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、蒋一玮审核。

后对案件的裁决进行了管辖权层面的分析,并从更深层次剖析出了本案背后所折射出的环境保护与投资保护之间的冲突问题。最后,文章以该“冲突”为起点,结合本案所依据的投资协定有关内容,深刻思考了可持续发展、东道国规制权以及企业社会责任等条款在协调环境保护与投资保护冲突方面的完善路径。

一、“Renco 诉秘鲁”案概述

根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)的统计,截止到目前,发生在美国投资者 Renco 集团和秘鲁之间的投资仲裁案件共有两起,分别为 ICSID 仲裁和 PCA 仲裁。其中,ICSID 仲裁^①开始于 2011 年并最终在 2016 年底以东道国秘鲁的胜利而被终结;PCA 仲裁案件^②开始于 2018 年,至今案件仍在审理中。因此,本文对案件的分析主要是针对“Renco 诉秘鲁案(I)”(ICSID 仲裁)展开的。

(一) 案例背景

近 20 年来,拉奥罗亚环境污染问题一直受到国际社会的广泛关注。2008 年,该地区就曾在美国《大众科学》杂志发布的“全球十大最脏城市”中上榜。该报道指出:“85 年来,拉奥罗亚的居民一直在冶炼铅、铜和锌。现在,该镇 99% 的儿童体内的有毒铅含量超过了可接受的限度。酸雨摧毁了周围的大部分植被,使该地区变成了一片荒地。到目前为止,秘鲁政府已将这个拥有 35,000 人的城市列入环境修复名单。”^③事实上,本案申请人投资行为就源于秘鲁为实现其相关的环境目标而开展的一系列对拉奥罗亚地区冶炼厂的“私有化运动”。1997 年,总部位于纽约的 Renco 公司以 2.47 亿美元的价格从秘鲁国营公司 Centromin 购买了多金属冶炼联合企业(以下简称 Complex),并随后将其转让给了他们在秘鲁的全资子公司 Doe Run Peru(DRP)。

从秘鲁国内政策来看,在 Renco 真正展开其对冶炼厂的运营工作之前,秘鲁政府已经就其国内环境问题作了诸多方面的改革工作。例如,为促进环境的可持续性,秘鲁政府在 20 世纪 90 年代初就通过了包括规定公司要进行的现代化活动和投资要求的《环境补救和管理计划》(PAMA);同时,为实现该计划的目标,秘鲁于 1996 年还采用了“最大允许污染水平(MPLs)标准”。根据规定,所有公司都有 10 年时间在运营其产业的同时逐步减少废物排放以达到上述要求。而这些规定早在 DRP 购买该冶炼联合企业时就已生效。^④一定程度上,这些规定能为秘鲁提供针对 Renco 提出的其违反“公平公正

^① Italaw, *The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru (I)* ICSID Case No. UNCT/13/1, <https://www.italaw.com/cases/906>, last visited Dec.13, 2021.

^② Italaw, *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru (II)* PCA Case No. 2019-46, <https://www.italaw.com/cases/6179>, last visited Dec.13, 2021.

^③ *The World's 10 Worst Cities*, <https://www.popsci.com/environment/article/2008-06/worlds-10-dirtiest-cities/>, last visited Dec.13, 2021.

^④ Giovanna Gismondi, *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru: An Assessment of the Investor's Contentions in the Context of Environmental Degradation*, Harvard International Law Journal, 2017, Vol.59, p.5.

待遇”和“国民待遇”等主张的抗辩理由。

本案所涉的投资协定是《秘鲁-美国贸易促进协定》(2006)(以下简称“PUTPA”)。“PUTPA”第十章(投资)共包含28个条款和8个附件以及2个附录。其中共有4处提及了“环境”。首先,最值得一提的是协定的第10.11条(投资与环境),该条款专门明确了投资与环境之间的关系问题。它指出:“本章的任何内容均不得解释为阻止一缔约方采取、维持或执行其认为适当的、与本章相符的、确保在其领土内的投资活动以对环境问题敏感的方式进行的任何措施。”其次,该协定第10.9(履行要求)(3)(c)项规定:“有关被明确禁止的履行要求不应被解释为阻止一缔约方采取或维持措施,包括环境措施。”此外,第10.24条(专家报告)也提及了有关专家就环境事实方面的问题提交书面报告的情形。最后一处是在附件10-B(征收)(3)(b)项中,该条款规定:“除极少数情况外,缔约方为保护合法的公共福利目标(如公共卫生、安全和环境)而设计和实施的非歧视性监管行为不构成间接征收。”不仅如此,该协定还有专门的“环境”章节(第18章),其中对环境目标、保护水平、环境法的实施、环境合作、生物多样性以及环境磋商和小组程序等实质性和程序性事项予以了专章的规定。

(二) 当事方主张

1. 申请方的主张

申请方指出,为鼓励美国投资者购买Complex,在DRP同意实施旨在改善Complex的项目以减少其未来对环境的影响时,Centromin和秘鲁共和国同意清理拉奥罗亚及其周围地区,并承诺承担DRP实施其环境项目期间及之后时期内所有潜在的第三方索赔责任。但事实是,当DRP积极履行其合同义务并进行大量额外投资以改善拉奥罗亚地区环境时,Centromin、其继承者Activos Mineros和秘鲁共和国却拒绝修复拉奥罗亚及其周围地区的土壤,并拒绝对拉奥罗亚及其附近居民提出的索赔承担责任。不仅如此,在DRP花费了3亿多美元,几乎完成了所有它承诺要做的环境项目并为改善拉奥罗亚地区的环境进行了大量额外投资之后,秘鲁共和国却采取了一系列阻止Renco实现其投资回报的行动。

Renco请求仲裁的秘鲁政府的措施主要包括:秘鲁向DRP强加额外的环境项目和要求,同时又不恰当地拒绝给予DRP履行这些新义务所需的额外时间;秘鲁在媒体上开展了一场针对DRP的“恶意诋毁”(smear campaign)运动,意在制造“DRP应对拉奥罗亚的污染和其补救义务的失职负责”的错误舆论;同时,在DPR运营Complex的整个期间,秘鲁共和国对DPR的待遇和秘鲁共和国对Centromin及其继承者Activos Mineros的待遇形成鲜明对比,秘鲁共和国对DPR存在明显的不公平不公正待遇,这直接导致了DPR的破产,以及秘鲁共和国对其有关投资的征收。^⑤ Renco因此请求仲裁庭认定秘鲁

^⑤ The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru (I), UNCT/13/1, ICSID, 2011, Claimant's Amended Notice of Arbitration and Statement of Claim, paras.2-4.

违反了“PUTPA”并请求法庭裁定秘鲁承担相应的损害赔偿赔偿责任。^⑥

2. 被申请方的主张

秘鲁方对 Renco 所提到各项主张表示了明确的反对,其特别指出, Renco 索赔通知书所附的“权利保留”并不符合 PUTPA 第 10.18(2)(b) 项的规定,并因此请求法庭驳回 Renco 提出的索赔,从而作出有利于秘鲁的费用裁决。^⑦其中,秘鲁方所提及的 Renco 的“权利保留”声明,是指 Renco 在其《修改后的仲裁通知书》第 67 段中强调的:“最后,根据条约第 10.18(2) 款的要求, Renco 放弃根据任何一方的法律或其他争端解决程序,向任何行政法庭或法院提起或继续进行与第 10.16 条提及的被指控构成违约的任何措施有关的任何诉讼的权利,但向秘鲁司法或行政法庭提起的不涉及金钱损害赔偿的临时禁令救济诉讼除外。如果法庭可能拒绝审理任何以管辖权或可受理性为由在此提出的索赔,索赔人保留在另一个法庭就案情提出此类索赔的权利。”

(三) 仲裁庭的认定

综上,“Renco 诉秘鲁案(I)”的主要争议焦点是“仲裁庭是否具有案件管辖权”。首先,仲裁庭强调,仲裁庭的管辖权需建立在案件双方之间存在有效仲裁协议的基础之上,弃权是存在有效仲裁协议和仲裁庭管辖权的先决条件。但本案所依据的“PUTPA”第 10.18 条对秘鲁同意(根据该条约)仲裁索赔规定了几个重要的条件和限制。只有当投资者满足第 10.18(2)(b) 项的形式和实质弃权要求时,才能根据该条约形成仲裁协议,仲裁庭才能认定秘鲁同意仲裁,法庭才能因此具有案件的管辖权。“PUTPA”第 10.18(2) 款规定:“不得根据本节将任何索赔提交仲裁,除非:(a) 索赔人书面同意根据本协议规定的程序进行仲裁;以及(b) 仲裁通知附有(i) 索赔人根据第 10.16.1(a) 项提交的含有书面放弃的仲裁索赔,以及(ii) 索赔人和企业根据第 10.16.1(b) 项提交的含有书面放弃的仲裁索赔,书面放弃是指放弃根据任何一方的法律或其他争端解决程序,有权向任何行政法庭或法院提起或继续进行与第 10.16 条所指的被指控构成违反条约的任何措施有关的任何诉讼的权利。”

关于 Renco 的弃权是否符合第 10.18(2)(b) 项所规定的形式要求(formal requirement),仲裁庭认为,条约规定投资者的弃权必须是书面的,且必须是“清晰、明确和绝对的”。Renco 的权利保留声明对其书面放弃进行了限定,弃权应是无效的。同时,仲裁庭认为,第 10.18(2)(b) 项中的“任何”一词必须解释为包括正在或可能“启动或继续”的程序。即投资者的弃权必须是全面的,必须涵盖提交仲裁通知时、仲裁程序未决期间或仲裁结束后启动的仲裁程序。因此,仲裁庭得出结论认为, Renco 对权利的保留是不被允许的。

在认定 Renco 的弃权是否符合第 10.18(2)(b) 项的实质要求(material requirement)时,仲裁庭首先对第 10.18(2)(b) 项弃权条款的目的和宗旨进行了阐释和明确。认为

^⑥ *Id.*, at paras.21-23.

^⑦ *The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru (I)*, UNCT/13/1, ICSID, 2016, Partial Award on Jurisdiction, para.62.

该条款的目的和宗旨是保护被告国免于在不同的法院就同一措施被提起多项诉讼,并最大限度地避免重复追偿和不同法庭对事实和法律的不一致裁定的风险。在这一点上,包括本案双方当事人及美国方面在内均对此表示同意。^⑧ 仲裁庭明确表示,无论程序是并行启动还是顺序启动,都会产生多重程序的负担和风险。^⑨ Renco 方的立场忽略了其部分索赔被驳回后,在国内法院提起平行诉讼的可能性。第二,仲裁庭对“禁止掉头”结构(“No U-turn” Structure)进行了分析。该分析始于秘鲁方主张的“Renco 的权利保留不符合第 10.18(2)(b)项的“禁止掉头”结构。”在 Renco 方看来,该条款是指一旦收到仲裁庭对案情的裁定,投资者就不能掉头,但在此之前,投资者可以向国内法院提出索赔,只是这些索赔可能会因管辖权或可受理性等原因而被驳回。仲裁庭认为,第 10.18(2)款的措辞必须被解释为明确和不可撤销地要求投资者放弃向国内法院或法庭索赔的所有权利。法庭接受秘鲁和美国的意见,即第 10.18(2)款是一项“不可逆转”的规定,旨在提供灵活性,允许在一定程度上诉诸其他法庭,并通过禁止此后的任何此类诉诸来提供确定性。特别是,它阻止投资者在将索赔提交仲裁后返回国内法院。Renco 对权利的保留显然不符合这种结构设定。^⑩ 第三,仲裁庭对“保留是否是多余的”问题进行了说明。Renco 主张其对权利的保留不应对其弃权的有效性产生影响,因为“权利保留”仅仅是法律文件中通常包括的那种“腰带和背带”条款(“belt and braces” provision),是“多余的”。然而仲裁庭指出,就目的而言, Renco 对权利的保留并不像其所说的那样是“多余的”。秘鲁方指出,如果根据第 10.18(2)(b)项, Renco 对权利的保留被认为是有效和允许的,那么秘鲁可以在四种情况^⑪中的任何一种情形下被剥夺潜在的弃权抗辩。在这一争议点上,仲裁庭支持了秘鲁方的主张。

2016年7月15日,仲裁庭在其公布的《关于管辖权的部分裁决》中得出结论: Renco 没能证明“秘鲁同意根据条约进行仲裁”, Renco 的索赔因仲裁庭缺乏管辖权而应被驳回。同年11月9日,仲裁庭公布了最终裁决,其中主要涉及了仲裁费用的最终承担情况。

(四) 案件后续

2018年10月23日, Renco 基于与“Renco 诉秘鲁案(I)”几乎完全一致的缘由发出了仲裁通知书。^⑫ 2020年2月3日,仲裁庭组建完成。^⑬ 截至目前,仲裁庭共发布了四个程序令,分别涉及仲裁庭的成立、听证会日程、分程序审理和程序日历等问题,根据第4号程序令,该案听证会预计将在2023年11月举行。

^⑧ *Id.*, at para.84.

^⑨ *Supra* note 9, at para.87.

^⑩ *Supra* note 9, at paras.89-96.

^⑪ 被申请人提到了以下四种假设情况: 场景1: 由于非法性原因,仲裁庭以管辖权或可受理性为由驳回索赔; 场景2: 一项索赔因管辖权或可受理性而被驳回,但仲裁庭已经审理了整个案件且认定该索赔根据案情将不被支持; 场景3: 仲裁庭因不存在征收行为而认定对案件不可受理; 场景4: 仲裁庭认定其对违反投资协议的索赔没有管辖权。

^⑫ *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru (II)*, 2019-46, PCA, 2018, Notice of Arbitration, pp.2, 19.

^⑬ *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru (II)*, 2019-46, PCA, 2020, Terms of appointment, pp.1, 8.

二、案例评析

（一）关于管辖权争议的评析

单从“Renco 诉秘鲁案（I）”的仲裁裁决来看，本案主要讨论的是仲裁庭的管辖权问题。在本案中，仲裁庭将 PUTPA 所规定的弃权要求定性为——管辖权障碍，认为 Renco 履行的弃权义务不符合 PUTPA 的弃权条款条件，并最终因仲裁庭不具有管辖权为由将 Renco 的仲裁申请予以了驳回。而针对 Renco 主张的弃权补正请求，根据仲裁庭的多数意见，PUTPA 中规定的关于弃权要求的条件构成特别法，不能允许其随后在同一程序中纠正其有缺陷的弃权。

然而，在谈到本案裁决时，必须要提到的一个案例就是“Waste Management 诉墨西哥案（I）”。^⑭在该案中，仲裁庭讨论了 NAFTA 第 1121 条（将索赔提交仲裁前的条件）规定的弃权要求的特点，并最终因多数意见认为投资者的弃权是有缺陷的。因为法庭认为，符合第 1121 条的有效弃权要求是东道国同意仲裁的一个重要条件。而本案中的投资者已经将争议的一个（相对次要的）部分提交给了一个墨西哥的国家法院，并且该投资者违背了本案中的弃权要求，在墨西哥法院提起了当地诉讼。最终仲裁庭以不具有管辖权为由驳回了申请人的仲裁请求。但紧接着，申请人就在提供了一个有效的弃权基础上，提交了新的索赔主张。而在这一点上，本案申请人 Renco 似乎与 Waste Management 采取了相同的“战术”。无独有偶，在“Commerce Group 诉萨尔瓦多案”^⑮和“DIBC 诉加拿大案”^⑯中，仲裁庭也最终将有关条约中的弃权要求作为其是否具有管辖权的重要依据之一。

（二）关于环境保护与投资保护间冲突的评析

近些年来，国际投资法研究逐渐呈现出与环境、气候变化等议题的融合发展之势。但是，“保护外国投资者财产利益不受东道国随意侵害”的国际投资法设计初衷，却决定了国际投资法律制度是以投资保护为宗旨的本质的。因此，环境保护在国际投资法制下的发展必然面临与投资保护的剧烈冲突。该冲突主要表现在以下三个方面：

第一，价值目标冲突。21 世纪之前，国际投资（法）的发展目标以实现最大程度的经济利益和价值为主要考量因素。国际投资中的资本输入国致力于吸引外资来发展本国经济，而其中的资本输出国也是本着充分利用输入国各种较为廉价的资源来获取更大的经济利润。总而言之，国际投资中的双方都在追求“经济价值（利益）至上”。然而，

^⑭ Itlaw, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, <http://www.italaw.com/cases/1155>, last visited Dec.13, 2021.

^⑮ Itlaw, *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador* ICSID Case No. ARB/09/17, <http://www.italaw.com/cases/296>, last visited Dec.13, 2021.

^⑯ Itlaw, *Detroit International Bridge Company v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-25, <https://www.italaw.com/cases/354>, last visited Dec.13, 2021.

随着全球气候变暖态势日渐明显,各种自然灾害频繁发生,越来越多的资本输入国开始意识到本国环境保护的重要性,并在签订国际投资协定或投资合同时愈加关注有关环境问题的协商与谈判。本案中的秘鲁即是其中之一,其不仅在国内政策和投资协定签署中关注到了环境问题,而且还专门就改善环境引进了外资。涉及环境保护的投资通常以“社会和生态(价值)利益”为更高目标追求,更加注重未来“利益”。因此,以“投资保护”为主要价值标准的传统国际投资规则与新近发展的包含环境保护要求的国际投资制度存在着明显的冲突。

第二,权力平衡冲突。东道国政府作为执政政府,在负有国家治理义务的同时也享有国家治理的权利。全球化进程的加快、国家间联系的日渐密切使得政府在国家治理过程中逐渐加入了环境保护、公共利益等因素的考量。然而,传统国际投资法制却将“东道国对投资者权利的保护”作为根本遵循,因此东道国政府对本国的治理权备受忽视。东道国民众环保意识和民主观念的不断觉醒、深化促使东道国努力维持着国内发展秩序和投资者保护之间的平衡。但国际投资仲裁制度,这一主要的国际投资争端解决机制却只赋予了投资者对东道国提起争议解决申请的权利,从而导致东道国采取的某些国内治理措施,只要损害了投资者的利益,投资者在很大程度上就能获得仲裁庭的支持,这导致东道国最终不仅要支付高昂的损害赔偿金,而且还要付出较长的时间成本,“监管寒蝉”效应不断凸显。投资者受保护的权力与东道国政府的国家治理权存在权力平衡冲突。

第三,发展战略冲突。企业以创造经济效益,实现最大的经济利润为唯一目标,因而,投资企业的发展战略通常是以利润为本位的。但对一个国家的民众而言,追求一般意义上的“幸福感”似乎才是发展的最终意义所在。诚然,经济上的获得是“幸福感”的一种形式,但它绝非“幸福感”内涵的全部。“生态改善,身体康健”是本案所涉及的拉奥罗亚地区民众主要的“幸福感”来源,于是他们便通过提起各种诉讼来争取自身的权益,以此来获得他们发展的最终意义,即“幸福感”。所以,民众在其自身发展过程中所作出的一系列行为并非像投资企业一样是以单纯的经济利润为首要或全部出发点。

三、环境保护与投资保护冲突的协调

国际投资规则是国际经贸规则体系中的重要组成部分,完整且良好的国际投资规则体系不仅关系国际经济的健康发展,而且还事关整个国际秩序的长久与稳定。实践中产生的“Metalclad 诉墨西哥案”^{①⑦}和“S.D. Myers 诉加拿大案”^{①⑧}等一系列涉环境投资仲裁案件真实地将环境保护与投资保护之间的冲突展现了出来,如何协调这两者间的冲突是国际投资制度改革和发展的时代课题。事实上,适当引入有关的国际投资规则条款可成

^{①⑦} Itlaw, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, <http://www.italaw.com/cases/671>, last visited Dec.13, 2021.

^{①⑧} Itlaw, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, <http://www.italaw.com/cases/969>, last visited Dec.13, 2021.

为该课题下重要的着力点。

1. 宏观协调：可持续发展条款

“可持续发展模式”、“可持续发展”的概念及定义正式首见于 1987 年世界环境与发展委员会（WCED）名为《我们共同的未来》的报告。但是直到 21 世纪初，“可持续发展”与投资之间的联系似乎才逐渐被确立。尤其是自 2008 年金融危机发生以来，国际投资规则发生了重要变化。其中表现最为突出的就是新的国际投资协定纳入了包括保护消费者健康安全、劳工权利以及环境保护等在内的可持续发展条款。^{①⑨}不仅如此，由于新自由主义而导致的金融危机也充分暴露出了国家以往在投资政策制定过程中对人权影响的忽视。因此，为契合联合国新的可持续发展目标，越来越多的国家开始在制定国际投资规则时考虑纳入人权条款。^{②⑩}

国际投资规则并非一个自足的规则体系，除了传统投资协定中的投资保护目标，新一代国际投资协定还兼具着协调经济发展、社会进步和环境保护三方面内容均衡发展的重要任务与使命。涉环境、劳工和人权等国际投资仲裁案件的不断出现显示了，国际投资规则在注重与国际经济法间的联系的同时，也要注重其与国际人权法和国际环境法等国际法其他部门分支间的协调发展。

2. 中观协调：东道国规制权条款

国家规制权是国家对本国规则制定的一种自主权，是维护国家经济主权的重要组成部分，是东道国在国际投资领域维护本国公共利益的基本权利。^{②⑪}通过保护外国投资来追求经济增长向来是国际投资协定规则的主要内容和价值追求。然而，随着国际投资仲裁案件的不增多，东道国在维护国家公共利益方面的规制权受到来自投资者的越来越多地挑战与威胁，投资者受保护权和东道国规制权间的矛盾不断凸显。因此，国际投资协定中有关东道国规制权确认和维护的内容也日渐增加，并突出体现于国际投资协定的序言、征收条款、例外条款和程序条款之中。^{②⑫}晚近投资条约对规制权的确认与维护开启了发展中国家要求建立更为公正的国际经济秩序的新篇章。世界各国也正为建立一个更加可持续的国际投资自由市场体制而不断努力。^{②⑬}

“PUTPA”中就含有许多关于国家规制权方面的内容，且散见分布于第九章（政府采购）、第十二章（金融服务）、第十三章（竞争政策、指定垄断企业和国有企业）、第十四章（电信）、第十七章（知识产权）、第十八章（环境）、第十九章（透明度）以及第二十二章（例外）等章节之中。

3. 微观协调：企业社会责任条款

关于“企业社会责任”的定义至今仍未形成统一。但被誉为“企业社会责任之父”

^{①⑨} 邢厚媛：《全球治理中的国际投资规则变化与对策》，载《国际经济合作》2013 年第 12 期，第 5 页。

^{②⑩} 隗薪：《将人权纳入投资规则：国际投资体制改革中的机遇与挑战》，载《环球法律评论》2016 年第 5 期，第 179-192 页。

^{②⑪} 董静然：《国际投资规则中的国家规制权研究》，载《河北法学》2018 年第 12 期，第 104 页。

^{②⑫} 张庆麟：《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，载《政法论丛》2017 年第 6 期，第 68 页。

^{②⑬} 蒋海波、张庆麟：《晚近投资条约对规制权的表达：内涵、目的及原则》，载《国际商务研究》2019 年第 4 期，第 40-41 页。

的美国学者霍华德·鲍恩(Howard R. Bowen)曾在其1953年出版的《商人的社会责任》一书中指出,商人的社会责任是指商人有义务按照社会的目标和价值观所期望的来制定政策、进行决策。^④从东道国角度来说,国际投资协定中的企业社会责任则主要是指外国投资者有义务按照东道国社会的目标和价值观所期望的来开展其投资和生产经营活动。国际投资规则中的企业社会责任规定除了能够平衡跨国企业的权利和义务,还可以为改善跨国企业在东道国的形象,顺畅投资企业与当地社会的良性互动,促进外商投资的持续健康发展提供书面支撑。

随着二战后海外投资逐渐复苏,发达国家越来越注重通过争取其国际投资规则制定中的主导权来保护其海外投资者的利益,而与此同时,发展中国家也越来越深切地感受到外国投资者对其本国社会治理所产生的深刻影响。基于此,联合国、经合组织和国际劳工署等政府间和非政府间组织纷纷出台相应措施来指导外国投资者积极承担起社会责任。然而,上述仅具有“软法”性质的国际组织指南、准则或宣言,并无相应的执行保障机制,这导致其在实践中经常性地被忽视适用。且在实践中,由于资本逐利的天性,外国投资者往往以“逐利”作为其在跨国投资活动中从事各项生产经营活动的行动指南,并因此常常忽视其在东道国的社会责任。这在国际投资仲裁实践中表现最为明显的就是外国投资者为获得更多商业机会对东道国政府或官员进行贿赂,从而导致“Al Warraq 诉印度尼西亚案”^⑤和“黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古仲裁案”^⑥等大量投资仲裁案例中出现了“不洁之手”原则被适用的情况。目前,已有越来越多的投资协定中增加了譬如反腐败、维护东道国政策制度等条款内容。

以“PUTPA”第十九章 Section B(反腐败)为例,该部分下共包含了四个条款,分别是原则声明、国际合作、反腐败措施以及“履行或不履行公务、外国官员、公共职能和公职人员”四个概念的定义。其中,反腐败措施是主要条款,其明确了各缔约国国内的反腐败立法、责任惩罚措施和程序设置以及保护相关举报人等缔约国义务。

四、结 语

“Renco 诉秘鲁案”显示出东道国出于保护环境所采取的措施与外资保护之间的紧张关系,它也揭示出投资规则在更全面和更精细化方面需要做出必要的调整。

首先,环境问题关乎的是整个人类社会的可持续发展问题,虽然本案中的投资协定包含有“环境”条款,但数量更多的老一代投资协定是欠缺该类内容的。因此,国际投

^④ 李国平、韦晓茜:《企业社会责任内涵、度量与经济后果——基于国外企业社会责任理论的研究综述》,载《会计研究》2014年第8期,第34页。

^⑤ Itlaw, Hesham T. M. *Al Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, <http://www.italaw.com/cases/1527>, last visited Dec.13, 2021.

^⑥ Itlaw, *Beijing Shougang and others v. Mongolia*, PCA Case No. 2010-20, <http://www.italaw.com/cases/279>, last visited Dec.13, 2021.

资规则的发展与完善需要与环境、劳工和人权等其他部门法规则相融合。其次,投资仲裁制度是只能由投资者提起的“单向性”制度,东道国在此设置下只能“被动应诉”,在投资者具有“滥诉”意思表示下,东道国合法且适当的国内措施也极有可能遭到外国投资者的“攻击”。因此,投资仲裁协定中应进一步明确、扩大东道国基于公共利益而出台相关措施的保障性规定。最后,基于权利义务对等这一一般法律原则,国际投资仲裁制度作为一项为“保护投资者利益”而生的产物,其应该在改革发展中适当增加关于投资者企业社会责任的规定,从而保证国际投资规则体系的公平与稳定。除此之外,投资协定中各条款内容的进一步明确和投资争端解决体系的更深层次改革与完善也将有利于国际投资规则向更加全面和精细化方向发展。

在当下疫情肆虐,贸易保护主义和民粹主义等势力不断强盛的背景下,作为拉动经济增长“三驾马车”之一的“投资”有着现实经济增长需求所赋予的特定历史使命。国际投资规则的发展与变化更是直接决定了整个世界投资活动的方向和速度。完善构建以“可持续发展”为目标,以平衡东道国与投资者权利义务为内容的国际投资新规则体系将是现阶段世界经济恢复和发展的基本需要。

Abstract: Early investment agreements rarely involved environmental issues, but in practice, many investment arbitration cases showed a tense relationship between environmental protection and foreign investment protection. This relationship was also reflected in the US investor Renco v. Peru. In this case, Renco invoked the Peru-U.S. Trade Promotion Agreement in response to a series of environmental protection actions taken by the Peruvian government and submitted two investment claims to ICSID and PCA successively. Among them, the ICSID arbitration was forced to terminate because the arbitration tribunal didn't have jurisdiction, and the PCA arbitration is still pending. To a certain extent, this case means that the new international investment rules should consider the introduction of sustainable development, host country regulatory rights and corporate social responsibility provisions to achieve a balance between foreign investment protection and host country environmental protection.

Keywords: international investment arbitration; international investment rules; sustainable development; regulatory power; corporate social responsibility

(责任编辑: 赵一普)

评 MTD 股权私人有限公司和 MTD 智利公司诉智利仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者范晓宇*

内容提要 MTD 股权私人有限公司和 MTD 智利公司诉智利仲裁案是投资者援引基础条约最惠国待遇“进口”第三方条约实体待遇,以合法扩展自身权利和权益的完美示范。该案由 ICSID 仲裁庭于 2004 年作出裁决,仲裁庭裁定智利违反双边投资协定中的公平公正待遇条款,但投资者也因未保护自己免受在智利投资的商业风险而被认定为存在共同过失。最终仲裁庭以 50% 的赔偿比例部分支持了投资者的诉求。同年,智利不服裁决提出暂缓执行裁决和撤销裁决请求,并质疑仲裁庭对共同过失裁定 50% 划分比例缺乏精确解释的做法。最终,专门撤销委员会分别于 2005 年和 2007 年驳回了智利的两项请求,并确认仲裁庭有关于划分共同过失损害比例承担的自由裁量权。该案仲裁庭对公平公正待遇和最惠国待遇条款作出了较好阐释,且展示了仲裁庭对共同过失损失分配的自由裁量空间和对复利的基本支持态度。

关键词 公平公正待遇 最惠国待遇 投资仲裁 共同过失 复利

一、案件事实概要及程序史

(一) 投资事实

1994 年,马来西亚 MTD 股权私人有限公司(MTD Equity Sdn,以下简称“MTD 公司”)计划在智利圣地亚哥附近开发一个住宅和商业综合体。MTD 公司职员哈立德(Khalid)先生前往智利寻找合适的开发地点,并会见了土地所有者方丹(Fontaine)先生。^①但该片土地被政府划为农业用地,依据智利法律,智利不允许开发该片土地以建造商业性房地产。但方丹先生表示虽然该片土地被划为农业用地但实际该片土地并无生产力,并且“很容易被重新划为商业用地,特别是如果其具有吸引外商投资的效果”。MTD

* 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由武汉大学国际法研究所博士研究生、武汉大学海外投资法律研究中心研究员范晓宇编写,中国贸促会法律部舒寰、陈亦琳、郭菲菲审核。

① MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ARB/01/7, ICSID, 2004, Award, para. 41.

公司决定继续推进该项目,并聘用了一家在圣地亚哥的美洲银行来评估该片土地的价值。

1996 年 11 月 21 日,双方最终签订了诺成合同(Promissory Contract),同意共同成立一家智利公司 El Principal Inversiones SA (EPSA 公司),由新设立的公司 MTD 智利公司(MTD Chile S.A)拥有 51%股份,方丹先生拥有 49%的股份,并约定诺成合同仅在外国投资委员会(Foreign Investment Commission)批准该项投资后生效。MTD 公司向外国投资委员会提交了其投资计划,请求批准其在大都会地区的皮尔克市(Pirque)进行 1713 万美元的初始投资,并向 MTD 智利公司提供初始资金,由 MTD 智利公司使用该资金购买 EPSA 公司 51%的股本。该投资于 1997 年 3 月 3 日获得了智利外国投资委员会的批准。1997 年 3 月 18 日,外国投资委员会主席代表智利政府与 MTD 公司签署了一份《外国投资合同》。随后,MTD 公司向 EPSA 公司注入了 840 万美元作为出资,MTD 智利公司以 873.6 万美元向方丹先生购买了 EPSA 51%的股份。在 MTD 公司所提供的资金中,其中的 1200 万美元属于吉隆坡的阿拉伯—马来西亚银行向 MTD 公司提供的贷款。

(二) 被诉行为

由于 MTD 公司计划投资使用的土地被划为农业用地,在此开发房地产需要获得智利相关政府部门的批准以重新规划土地用途。但智利各个政府机构和官员多次表示,任何重新划定土地用途的请求都将由外国投资委员会批准,因此申请人与外国投资委员会签订了《外国投资合同》。但智利认为,更改土地性质的过程需要由皮尔克市政府发起,并且该更改需要获得智利住房和城市发展部(the Ministry of Housing and Urban Development, MINVU)的认可。到 1998 年 4 月,在投资了大约 1700 万美元之后,智利有关政府机构表示由于重新划定土地性质的做法与智利城市发展和环境政策不相符,该片土地不能重新划区。MTD 公司从 1996 年 5 月就开始了与智利官员的沟通,但直到 1998 年 6 月 MTD 公司才收到智利住房和城市发展部部长正式拒绝申请人请求重新划分土地性质的通知。对此,2001 年 6 月 26 日,MTD 公司及 MTD 智利公司依据 1992 年《马来西亚政府与智利共和国政府关于促进和保护投资的协定》(以下简称为“《马来西亚-智利 BIT》”)在 ICSID 向智利提起仲裁请求。

(三) 案件主要程序简介

2001 年 6 月 26 日,马来西亚 MTD 公司和 MTD 智利公司向 ICSID 提出针对智利的仲裁请求。2002 年 3 月 5 日,ICSID 通知当事人本案初始仲裁庭组成。2002 年 5 月 29 日,初始仲裁庭在纽约举行了第一次会议。但由于仲裁员要求的薪酬水平过高,被申请人和申请人均表示他们无法提供仲裁庭成员所提议的薪酬标准。2002 年 10 月 17 日,初始仲裁庭成员集体辞职,仲裁程序因此暂停。2003 年 1 月 29 日,仲裁庭重组,仲裁程序于当日重新开始。2003 年 12 月 9 日至 19 日,关于实体问题的庭审在华盛顿特区进行。仲裁庭于 2004 年 3 月 26 日宣布程序结束,并于 2004 年 5 月 25 日发布裁决。2004 年 9 月 30 日,ICSID 登记了智利提出的撤销裁决申请,该申请中包括暂缓执行裁决的请求。2005 年 6 月 1 日,专门撤销委员会做出决定,驳回智利提出的暂缓执行裁决请求。2007 年 3 月 21 日,专门撤销委员会决定驳回被申请人的撤销裁决申请。

（四）双方请求及仲裁庭结论

申请人主张被申请人的行为构成四项违约。其一,由于不公平和不公正地对待其投资,智利违反了《智利-马来西亚 BIT》第2条第(2)款和第3条第(1)款以及《智利-克罗地亚 BIT》第4条第(1)款;其二,由于违反《外国投资合同》的义务而构成对《智利-丹麦 BIT》第3条第(1)款的违反;其三,由于不合理和歧视性的措施危害申请人使用投资,且未给予已批准投资经营所需的许可,从而违反了《智利-克罗地亚 BIT》第3条第2款;其四,由于征收投资违反了《智利-马来西亚 BIT》第4条。上述关于违反《智利-丹麦 BIT》和《智利-克罗地亚 BIT》的主张基于《智利-马来西亚 BIT》的最惠国待遇条款(Most-favoured nation treatment,以下简称 MFN 条款)。申请人请求智利应对其违反条约而使申请人遭受的损失给予全额赔偿,从而使申请人财产恢复到违反条约情况未发生的状态。申请人主张被申请人需支付以下费用,包括投资的全部成本(减去任何剩余价值);以商业合理利率预付的复利以及与仲裁程序相关的成本和费用。

被申请人主张申请人的投资行动违背一个有经验的投资者应满足的审慎和尽责标准。被申请人辩称,申请人主张被申请人支付与贷款有关的利息或银行担保费用缺乏法律依据。为投资筹集资金而支付的银行贷款等费用支出,对于申请人而言是正常的商业风险,本应由申请人本身承担。被申请人也质疑申请人的复利要求,并坚持认为“通常来说,国际法不允许复利”。关于利率,被申请人提供了智利银行贷款中使用的平均美元利率的替代方案,即伦敦银行间同业拆借利率(the London Inter-Bank Offering Rate, LIBOR)的年平均水平。

最终,仲裁庭一致决定:(a)被申请人违反了《智利-马来西亚 BIT》第3条第(1)款规定的公平公正待遇义务;(b)申请人未能保护自己免受在智利投资内在的商业风险;(c)被申请人应向申请人支付 5,871,322.42 美元;(d)被申请人应支付自 1998 年 11 月 5 日(新任部长以书面形式通知 MTD 公司不会更改土地性质)起的复利,直到该款项被全额支付为止;(e)当事人应各自承担与该程序有关的所有费用;(f)当事人应平均分摊 ICSID 及其仲裁庭产生的支出和费用;(g)本仲裁中提出的所有其他请求应被视为驳回。

二、案件争议焦点的双方主张及仲裁庭立场

本案双方的主要争论集中于公平公正待遇、是否因违反《外国投资合同》而导致违反《智利-马来西亚 BIT》、不合理和歧视性措施、未授予必要的许可、间接征收五个方面。仲裁庭仅支持申请人关于公平公正待遇的主张,拒绝了其他四项主张。本节将就双方的五个主要争论从申请人、被申请人、仲裁庭三方的不同立场角度予以论述。

（一）公平公正待遇

1. 申请人的主张

申请人主张,被申请人违反了《智利-马来西亚 BIT》第2条第(2)款和第3条第(1)

款规定的公平公正待遇条款 (Fair and equitable treatment, 简称 FET 条款)。^②《智利 - 克罗地亚 BIT》第 4 条第 (1) 款规定:“每一缔约方应给予另一缔约方投资者在其领土上进行的投资以公正和公平的待遇,并应确保因此所承认的权利在实际行使过程中不受妨碍。”申请人试图通过《智利 - 马来西亚 BIT》第 3 条第 (1) 款的最惠国待遇条款援引《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (2) 款 (东道国应在批准投资后给予相应许可) 和《智利 - 丹麦 BIT》第 3 条第 (1) 款 (保护伞条款), 作为本案部分诉求的基础。^③

申请人称, MTD 公司在 1996 年签订《外国投资合同》之前未收到任何有关其投资项目可行性的警告; 智利政府并未将这些重要政府立场和政策传达给 MTD 公司。投资者直到 1998 年才被告知该片土地无法进行重新划定, 如果投资者在 1996 年即被告知该项目不可行, 那么投资者将永远不会投资于该项目。被申请人认为如果 MTD 公司尽责行事, 将很快发现其项目不具可行性。申请人对此予以回应, 指出这一说法的缺陷: 首先, 如果项目无可行性如此明显, 为什么直到 1998 年与申请人代表会面的众多智利官员均未通知申请人项目缺乏可行性? 第二, 被申请人“尽职调查”论的前提建立在智利政府于 1996 年 11 月 6 日会议中对投资者发出了投资可行性警告之上, 但申请人声称该次会议并未举行。该项目如果从一开始就确不可行, 那么智利政府不应给出虚假承诺, 批准投资者的投资申请并与其签订《外国投资合同》, 误导其进行投资。在签署《外国投资合同》之前, 智利政府官员并未将此类限制告知投资者。被申请人在知道《外国投资合同》的前提永远无法实现的情形下, 授权批准并接受投资者在智利的投资。外国投资委员会的作用不仅限于批准资本流入, 因为法律规定外国投资委员会执行副主席需要与其他政府机构就信息和授权进行协调和咨询。申请人称: “如果外国投资委员会的作用仅限于批准资金的流入, 则外国投资委员会就无存在的必要, 因为智利中央银行已经在不考虑潜在项目可行性的情况下批准了资金流入。”并且, 被申请人的立场也与《外国投资合同》的条款不一致。 “如果合同的目的仅限于资金流入, 则该合同无需指明投资目的, 也无需规定仅在国外投资委员会的批准后才能更改投资目的。”外国投资委员会的批准是对所述地点进行特定投资项目的批准, 这赋予了投资者在该片土地进行投资开发的权利。

2. 被申请人的主张

被申请人没有反对因最惠国待遇而适用其他 BIT 规定的主张。但其表明, 即便通过《智利 - 马来西亚 BIT》的最惠国待遇条款适用《智利 - 丹麦 BIT》第 3 条第 (1) 款和《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (3) 款和第 (4) 款, 被申请人的行为也不构成对这些

② 《智利 - 马来西亚 BIT》第 2 条第 (2) 款规定: “缔约任何一方的投资者之投资应始终得到公平和公正的对待, 并应在缔约另一方的领土上享有充分的保护和安全。”《智利 - 马来西亚 BIT》第 3 条第 (1) 款规定: “缔约任何一方的投资者在缔约另一方领土内所作的投资应享有公平和公正的待遇, 且其待遇应不低于给予任何第三国投资者的投资待遇。”

③ 《智利 - 丹麦 BIT》第 3 条第 (1) 款规定: “缔约任何一方的投资者之投资在缔约另一方的领土内应享有充分的保护和安全。缔约任何一方均不得以不合理或歧视性措施损害缔约另一方投资者在其领土内对投资的管理、维护、使用、享有或处置。缔约一方应对缔约另一方投资者的投资履行其可能承担的任何义务。”《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (2) 款规定: “缔约方在其领土上接受投资后, 应根据其法律和法规给予必要的许可。每一缔约方应在需要时努力就顾问及其他外国合格人员的活动给予必要的授权。”

规定的违反。被申请人主张,申请人的行为不负责任,未尽到一个有经验的投资者所该有的谨慎和尽责行为标准。被申请人称申请人缺乏尽责的原因在于其对方丹先生的口头陈述过分信任,未向城市部门专家寻求适当的专业建议,并在进行投资时接受过高的土地估价。被申请人强调1996年11月6日,在申请人与智利官员的会议上(但申请人并不承认此次会晤的存在),智利官员已警告申请人的代表,“圣地亚哥大都会监管计划”(Plano Regulador Metropolitano de Santiago, PMRS)明确禁止在皮尔克市进行城市发展,因此PMRS严重反对开展该项目。该会议应使投资者对其在皮尔克市房地产项目的可行性产生严重怀疑,并且一个理性的投资者理应就此进行进一步的尽职调查。然而,尽管已明确被通知拟议投资项目面临严重风险,但投资者仍继续订立合资协议,巩固其对该项目的投资。如果投资者进行了尽职调查,则应知道皮尔克市实际上拥有优质的农业用地,并在大都市区的环境健康中发挥着重要作用,应该了解PMRS明确禁止在皮尔克市进行城市建设。

而南美银行作出土地估价的前提是能将土地重新划作城市用途。评估师在未进行任何分析之前就假定该片农业用地能够重新划作城市用途并进行股价,具有不合理性。如果申请人当时进行了其他合理咨询,理应发现土地重新划区的假定很难成立,自然也就不会接受高达34,385,487美元的错误估价。若进行准确的土地评估,则申请人将发现该项目下拟开发的600公顷土地价值在410万美元至460万美元之间。

被申请人表示,外国投资委员会并不是外资进入智利的“一站式窗口”,其作用仅是批准资本的流入,而非审查投资项目的细节。外国投资委员会没有责任因投资者的投资存在土地使用限制而拒绝其递交的投资申请,因为其没有进行此类评估的合法权力。另外,递交给外国投资委员会的申请书中对项目的描述过于简短,并且审查投资项目细节超出了外国投资委员会的权限范围。《外国投资合同》规定,外国投资委员会准许向智利投资的授权“不应损害主管当局必须根据国内法律法规批准的任何其他授权”。这意味着,“投资者仍需取得与该项目有关的区划许可、环境许可和其他与该项目有关的适用许可”。因此,外国投资委员会的批准不影响投资者寻求获得其他许可批准的必要。

3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭一致裁定,被申请人违反了公平公正待遇条款。对此,仲裁庭援引了Tecmed v. Mexico案仲裁庭对于公平公正待遇概念的阐释,并在本案适用了同样的标准。^④ 仲裁

^④ Tecmed v. Mexico案仲裁庭将公平和公正待遇的概念描述如下:“…向国际投资提供不影响外国投资者进行投资所考虑的基本期望的待遇。外国投资者希望东道国采取一致行动,避免歧义,并且在与外国投资者的关系中完全透明,这样,它就可以事先知道将管理其投资的所有规则和法规以及相关政策和行政惯例或指令的目标,以便能够计划其投资并遵守此类规定。符合此类标准的任何国家行动均应不仅与发布的准则、指令或要求或根据其批准的决议有关,而且还应与此类法规的目标有关。外国投资者还希望东道国采取一致的行动,即不要任意撤销投资者根据其承诺以及计划开展其商业活动而作出的任何先前存在的决定或许可。投资者还希望政府根据通常赋予此类工具的职能使用管辖投资者或投资行为的法律工具,并且不在不予赔偿的情况下剥夺投资者的投资。”Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States, ARB (AF)/00/2, ICSID, 2003, Award, para.154; Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ARB (AF)/00/3, ICSID, 2004, Award, para.98.

庭认为,公平公正待遇应被理解为以公平、公正的方式对待外资,促进外国投资的发展,为外资创造有利条件。《智利 - 马来西亚 BIT》规定东道国需为投资者的投资起“促进”、“激励”等主动作用,而不仅仅是避免损害行为发生的被动作为。并且,根据《智利 - 马来西亚 BIT》第 3 条第(1)款的规定:“缔约一方投资者在缔约另一方领土内所作的投资应获得公平公正的待遇,且待遇不得低于任何第三国投资者所作的投资。”《智利 - 克罗地亚 BIT》和《智利 - 丹麦 BIT》中分别涉及批准投资后授予许可证的义务和履行合同义务的规定,对于这两个 BIT 的规定是否可以被纳入本案中判定公平公正待遇的一部分,仲裁庭的结论是,根据《智利 - 马来西亚 BIT》的规定,必须以最有利于实现 BIT 保护投资和创造良好投资环境的方式来解释公平公正待遇标准。而《智利 - 丹麦 BIT》第 3 条第(1)款^⑤和《智利 - 克罗地亚 BIT》第 4 条^⑥与该目的一致,因此可以作为本案部分诉求的法律依据。

仲裁庭认为,外国投资委员会批准申请人投资的范围是考虑被申请人是否履行了公平公正条款义务的关键要素。外国投资委员会职权的具体范围由智利法律 Decree-Law 600 (DL600) 规定。从该法相关规定可以看出,外国投资委员会有责任帮助 MTD 与智利有关部委进行协调和协商,并进行最低限度的尽职调查。^⑦ 外国投资委员会批准了该项目,从而使投资者产生了该项目在皮尔克市具有可行性的期待。智利的法律框架规定了协调机制,但同一政府的两个部门之间对同一投资者的行动并未保持一致。智利有义务确保各政府部门采取一致行动并始终如一地应用其政策,这与投资者的尽责程度无关。根据提交给仲裁庭的证据,外国投资委员会批准了一个违反城市政策的投资项目,这违反了公平公正地对待投资者的义务。但仲裁庭表示,这一结论并不意味着智利应对投资者不明智的商业决定或投资者缺乏尽责所导致的后果负责。外国投资委员会不应被视为商业风险的保险。在签订《外商投资合同》之前,投资者未咨询城市发展专家;未能保护自己免受在智利投资所固有的商业风险;草率地接受了基于未来假设的过高土地估价,这是投资者自身需承担的风险。因此,仲裁庭认为,申请人应承担所遭受的部分

⑤ 《智利 - 丹麦 BIT》第 3 条第(1)款规定:“缔约一方的投资者的投资在缔约另一方的领土上应享有充分的保护和安全。缔约任何一方不得以任何方式通过不合理或歧视性措施损害缔约另一方投资者在其境内的投资的管理、维护、使用、享有或处置。每一缔约方应遵守其可能对另一缔约方投资者的投资所承担的任何义务。”

⑥ 《智利 - 克罗地亚 BIT》第 4 条规定:“(1) 每一缔约方应给予另一缔约方的投资者在其领土上的投资以公平公正待遇,并应确保在实践中不妨碍行使因此而承认的权利。(2) 缔约一方应给予另一缔约方投资者在其领土上的投资以不低于给予其本国投资者或任何第三国投资者的投资待遇,以最优惠者为准。(3) 如果一缔约方根据建立自由贸易区、关税同盟、共同市场、经济联盟或该缔约方所属的任何其他形式的区域经济组织的协议,或通过完全或主要与税收有关的协议的规定,给予任何第三国的投资者以特别优惠,则该缔约方没有义务给予另一缔约方投资者此类优惠。”

⑦ 由于存在一些公共机构规定,一些报告程序或者授权程序必须完成,外国投资委员会才能对向其递交的外资申请予以批准。为此 DL600 第 15 条规定:为了让外国投资委员会行使其职能,外国投资委员会的执行副主席特别负责外资的协调工作、加速执行上述被要求的程序。另外, DL600 的第 3 条规定,投资者必须在递交给外国投资委员会的申请中指定明确的投资地点,并且明确的投资地点还需在外国投资合同中重复指明。这说明要变更投资地点需要变更投资合同,需要取得外国投资委员会的同意。MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ARB/01/7, ICSID, 2004, Award, para.162.

损害,即在扣除其投资剩余价值后分担损失的50%。

(二) 是否因违反《外国投资合同》而导致违反 BIT

1. 申请人的主张

申请人主张,被申请人未遵守《外国投资合同》的义务构成违反双边投资条约义务,从而构成对国际法义务的违反。根据《外国投资合同》,项目地点在皮尔克市是投资者和智利政府之间达成投资合同的基本要求之一,投资者因此有权在该投资地点进行开发建设,而智利则负有义务采取必要的步骤以允许将该地点用于项目开发。智利拒绝对相关区域进行重新划分,损害了《外国投资合同》中规定的投资者权利及合法期待,批准在皮尔克市进行投资具有批准项目地点的作用。根据《智利-丹麦 BIT》第3条第(1)款,被申请人有义务在符合其法律法规的范围内授予必要许可。被申请人不能主张修改 PMRS 以允许皮尔克市大规模城市开发项目的做法违反了智利法律法规;而且,“根据国际法的基本原则,智利不得通过主张智利国内机关的权力不足为由逃避其国际责任”。

2. 被申请人的主张

被申请人认为,即使《智利-丹麦 BIT》第3条第(1)款可适用,申请人也没有证明智利违反了条款义务,且“根据国际法,违反合同实际上不能被认为违反了国际条约”。在《外国投资合同》中提及皮尔克市并不意味着赋予申请人在该地点不受限制地开发项目的权利。根据 DL600 的规定,外国投资委员会的权限仅仅在于批准资本流入,其与智利法律可能要求的其他授权相独立。

3. 仲裁庭的裁定

首先,仲裁庭认为,根据《智利-马来西亚 BIT》最惠国待遇条款援引其他 BIT 条款作为本案的法律依据是有效的,违反 BIT 受到国际法的规制,但是确定违约事实有必要考虑申请人和被申请人承担的合同义务以及智利法律规定的义务范围。智利批准了一项因违背城市政策而无法进行的投资,从而构成对公平公正待遇条款的违反。但仲裁庭认为,在智利投资的授权并不是一揽子授权,而只是程序的启动,以获得智利政府各个机构部门的必要许可和批准。政府在进行此类许可和批准的时候必须按照相关法律和政策进行。因此,仲裁庭认为,被申请人并未因违反《外国投资合同》而违反双边投资条约,也没有违反《丹麦-马来西亚 BIT》第3条第(1)款的最惠国待遇条款。仲裁庭不能接受在一项投资的目的与该国家政策相违背的情况下,仍会批准载明该项投资具体地点的申请及后续的合同。第二,由于《智利-克罗地亚 BIT》第3条第(2)款没有赋予投资者改变东道国法律框架的权利,因此被申请人没有因未改变 PMRS 而违反 BIT。对于投资者而言,该条款保证投资将受到东道国既有法律的保护与约束;对于东道国而言,该条款确认智利根据该条承担的义务仅限于按照其本国法律授予许可。

(三) 不合理和歧视性措施

1. 申请人的主张

申请人根据《智利-克罗地亚 BIT》第3条第(3)款规定,主张被申请人的行为

构成不合理和歧视性措施的论点。^⑧ 申请人称,智利拒绝将皮尔克市的主要土地进行重新划区以允许该项目的建设是歧视性的,因为智利政府已经允许在圣地亚哥以北的 Chacabuco 地区建造其他大型房地产项目。此外,申请人坚持认为,大都会区区域环境委员会接受和批准了另一份环境影响评估报告,却不接受皮尔克市为支持拟议分区计划而提交的环境影响评估报告,说明智利政府不合理和歧视性地对待投资者。

2. 被申请人的主张

1998 年 9 月 8 日,皮尔克市市长向大都会区区域环境委员会提交了一份环境影响评估报告以支持拟议的重新分区计划。但被申请人认为,重新分区计划违反了圣地亚哥大都会监管计划,因此不符合环境法规;并且环境影响评估报告也未能解决已确定的环境障碍。被申请人认为这是大都会区区域环境委员会拒绝该环境影响评估报告的正当理由。

3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭认为,该请求已经在公平公正待遇部分得到了一定程度的审查。批准一项与政府城市政策相悖的投资是不合理的。最终,仲裁庭接受被申请人对于大都会区区域环境委员会拒绝环境影响评估报告所做的解释,驳回了申请人以《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (3) 款为依据的不合理、歧视性措施主张。

(四) 未授予必要的许可

1. 申请人的主张

申请人的这一请求基于《马来西亚 - 智利 BIT》最惠国待遇条款而援引了《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (2) 款。《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (2) 款规定:“缔约一方在其领土上承认一项投资后,应根据其法律和法规给予必要的许可。”申请人认为此规定使智利有义务根据其法律法规授予投资者必要的许可,而修改圣地亚哥大都会监管计划完全在智利的自由裁量权范围内,智利的法律法规中并不存在任何内容阻止智利修改圣地亚哥大都会监管计划以使投资者的开发项目得以实现,但智利却出于政策原因拒绝这样做。智利的做法相当于使得《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (2) 款中“为已批准的投资授予必要许可”的条约义务变为一纸空文。

2. 被申请人的主张

被申请人反对申请人关于没有法律法规阻止智利修改 PMRS 以允许该项目执行的说法。外国投资者应该遵守国内法律法规,这不仅仅是《外国投资合同》的要求,也是《马来西亚 - 智利 BIT》的要求。智利像任何其他主权国家一样,有权制定其政策。即使假定《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (2) 款适用于本案,智利也没有违反该义务。因为该投资项目所需的许可,需要符合智利的法律才能予以批准。

3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭认为,根据《马来西亚 - 智利 BIT》最惠国条款从而援引其他 BIT 条款作为

^⑧ 《智利 - 克罗地亚 BIT》第 3 条第 (3) 款规定:“每一缔约方应保护另一缔约方投资者根据其法律和法规在其领土内进行的投资,并且不得以不合理或歧视性的措施损害投资的管理、维护、使用、享受、扩张、销售和清算。”

本案请求的法律依据是有效的。在本案中,仲裁庭将首先需要确定被申请人是否未能按照其自身的法律修改圣地亚哥大都会监管计划以使申请人受益。仲裁庭认为“政府需根据国家有关法律法规颁发许可”与“政府需对国内法律法规作出改变”,这两种行为的义务并不相同。在许可申请符合法律要求时,智利相关部门应根据《智利-克罗地亚BIT》第3条第(2)款向投资者授予此类许可。但上述规定并没有赋予投资者改变东道国法律框架的权利。投资者能期待的只有法律的适用。正如被申请人所解释的那样,进行这项投资将需要改变规制智利城市部门的规范。国家可能改变法律法规,但这并不是《智利-克罗地亚BIT》第3条第(2)款赋予投资者的权利。国家根据该条款承担的义务仅限于根据其本国法律授予许可,而非改变国内法。因此仲裁庭得出结论,被申请人没有按照项目进行的要求更改圣地亚哥大都会监管计划,没有违反BIT。

(五) 间接征收

1. 申请人的主张

申请人申明,MTD公司在获得外国投资委员会批准后进行了投资,之后由于被告知缺乏必要的许可而被迫中止其项目的执行;MTD公司试图获得许可批准但遭到拒绝,结果导致投资项目无法继续进行,从而基本上丧失了投资价值。在此种情况下投资者遭受的待遇构成了间接征收,因此主张智利违反了《智利-马来西亚BIT》第4条。^⑨该补偿应基于征收措施公布之前受影响投资的市场价值确定具体金额,并且赔偿金需可从缔约方以可自由兑换的货币自由汇出。任何不合理的拖延支付赔偿金的行为应以双方同意的合理商业利率或法律规定的任何其他利率产生利息。

对此,申请人引用了Metalclad v. Mexico案和CME v. Czech Republic案仲裁庭对于间接征收的定义,认为两案与本案类似,而“两案仲裁庭认为,东道国未能拒绝向投资者提供必要的许可构成间接征收”。国家行为对投资的整体影响决定了间接征收的存在。

2. 被申请人的主张

被申请人表示不理解申请人的这一请求,因为MTD公司继续拥有其在EPSA公司中的权益。并且,被申请人提请仲裁庭注意Feldman v. Mexico案裁决中的一个观点:“并非所有使投资者难以或不可能开展某项特定业务、改变法律而导致继续开展某项特定业务不具经济效益的政府监管活动,都构成征收。”本案不涉及对现有法律的变更,仅涉及智利一贯适用其政策、法规和法律。另外,Biloune v. Ghana案显示,只有多项针对投资者的措施结合在一起才可能构成间接征收,单独一个拒绝许可的行为并不能构成征收。并且,智利政府从未向投资者保证,投资者可以在不完成土地重新分区的情形下进行其投资项目。因此,被申请人认为其措施并不构成征收。

^⑨ 《智利-马来西亚BIT》第4条规定:“缔约任何一方不得对缔约另一方的投资者之投资采取征收、国有化或任何其他具有类似国有化或征收效果的剥夺措施,除非满足以下条件:(a) 这些措施具有法律依据,且是通过适当的法律程序采取的;(b) 措施无歧视性;(c) 这些措施规定了及时、充分、有效的赔偿。”

3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭驳回了申请人关于间接征收的观点。仲裁庭同意被申请人提出的投资者无权修改东道国法律的主张。仲裁庭认为该案的问题不是征收而是对国家根据其自身政策批准一项投资时的不公平待遇。投资者无权修改东道国的法律,而每个国家都有修改其任何法律的权力。智利可以改变圣地亚哥大都会监管计划的事实并不意味着智利有义务这样做。

三、简要评析

本案仲裁裁决阐释了公平公正待遇条款认定与案件事实的紧密联系,使用最惠国待遇条款引入第三方条约实体待遇的灵活便捷。但值得注意的是,随着东道国规制权的回归,目前最惠国待遇条款在晚近条约和仲裁实践中有了新的发展。另外,本案仲裁庭运用共同过失理论进行损害赔偿比例划分以及支持复利的做法是 ISDS 实践中关于损害赔偿的较早案例,频繁被后续案件引用说理。

(一) 公平公正待遇

公平公正待遇被描述为投资争端中最重要的标准之一,本案涉及公平公正待遇包含的要素之一——合理期待 (legitimate expectations)。MTD v. Chile 案为投资者提供了新的保证,即东道国的不同政府机构需始终如一地一致行动,否则相关投资者可能会以违反公平公正待遇为由根据适用的 BIT 提起仲裁。当事双方在事实问题上存在很大分歧,而公平公正待遇对具体事实很敏感,因此该案裁决大量讨论了外国投资委员会的具体职权及 1996 年那场会议是否真实。因此,代表东道国与外国投资者打交道的官员应妥善保留与投资者召开会议的所有详细记录。

(二) 最惠国待遇

在本案中,投资者依据《智利 - 马来西亚 BIT》最惠国待遇条款,从两个第三方条约中导入了与遵守承诺和授予许可有关的条款。智利并未反对投资者的此种做法,而是认为即使引入相关条款智利仍不构成违约。投资者依靠最惠国条款巧妙地将其他 BIT 条款引入到本案中,是将权利和权益进行合法扩展的完美示范。在裁决撤销程序中,专门委员会认为,根据基础条约的最惠国待遇条款,投资者可以无条件地引入第三方条约的任何更优惠待遇,而限于基础条约已有的公平公正待遇。^⑩

目前关于最惠国待遇的争论较多,有学者质疑绝大多数仲裁庭均将根据最惠国待遇引入实体条款视为无异议的。这种传统看法是根据对 MFN 条款一般特性的假定而得出的,忽视了各投资条约中 MFN 条款措辞的差异,从而致使解释者不恰当地认为这些 MFN 条款具有统一的功能。^⑪ 发展中国家认为此种做法将给其带来不必要的风险,对使

^⑩ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, ARB/01/7, ICSID, 2007, Decision on Annulment, para.64.

^⑪ 蒋海波:《论投资条约中最惠国条款的多边化作用及限度——基于同类规则适用的实证分析》,载《武大国际法评论》2020 年第 2 期,第 146 页。

用最惠国待遇条款重新安排投资条约中的实质性保护框架感到不安,并努力引导仲裁庭摆脱关于 MFN 条款的普遍假设,回到更审慎考虑具体条款用词中来。

在 *İçkale v. Turkmenistan* 案中,仲裁庭首次拒绝通过最惠国条款“进口”其他 BIT 的任何实质性待遇,理由是該条款不允许此类“进口”。^⑫ 晚近的条约实践不仅将 IIA 争端解决程序排除在最惠国待遇适用范围之外,而且将 IIA 实体待遇排除在最惠国待遇适用范围之外也成为趋势。^⑬ 目前,已有不少国家在新近投资条约中以引入“公共目标”限制 MFN 条款的适用、限制 MFN 条款的时际适用、限缩 MFN 条款中“待遇”的语义、移除 MFN 条款等方式在投资条约文本层面对 MFN 条款适用于实体待遇予以限制。^⑭

(三) 损失计算

1. 共同过失

在国际投资仲裁中的共同过失 (Contributory Negligence, Contributory Fault) 是指投资者疏忽 (或故意) 的作为或不作为,对东道国国际不法行为造成的损害有重大贡献,在此情况下,仲裁庭往往会根据具体情况裁定投资者承担一定比例的损害。

在裁定具体责任承担部分,本案仲裁庭运用了“共同过失”理论判定投资者也需承担 50% 的责任。仲裁庭认定,智利外国投资委员会与投资者签订投资合同过程中存在过错;但同时指出,BIT 并不承保投资者的商业风险,投资者在未进行更全面尽职调查的情况下继续投资是不明智的,因此本案构成共同过失。但该案仲裁庭并没有解释 BIT 或习惯国际法是否授权这种做法,也没有就应如何界定“共同过失”作出任何解释或指引。裁决作出后,智利向 ICSID 提出撤销裁决的请求中提到,仲裁庭并未明确说明为何确定承担比例为 50% 的客观评估方法。就此,专门撤销委员会指出,尽管进一步说明减少损失的理由是有用的,但由于仲裁庭已经分析了双方的过失,虽未对所涉及的计算作出确切解释,但也没有犯错。在确定比例的事宜上,仲裁庭拥有一定的自由裁量权。^⑮ 最终,专门撤销委员会驳回了智利方的撤销申请。

本案之后,“共同过失”理论在 ICSID 仲裁案件中被适当改进、并广泛应用,多个仲裁庭基于该理论降低东道国的赔偿责任,但确定的具体承担比例与本案有所不同。例如 *Copper Mesa v. Ecuador* 案仲裁庭决定将赔偿减少 30%,^⑯ *Occidental v. Ecuador* 案、*Yukos v. Russia* 案、*STEAG v. Spain* 案^⑰ 的仲裁庭均决定将赔偿比例减少 25%。*UAB v. Latvia* 案仲裁庭以共同过失为由对裁决的最终损害赔偿比例减少为 50%,同样该案被申请人拉脱维亚声称 50% 的扣减是任意的,请求撤销。2020 年 4 月, *UAB v. Latvia* 案专门撤销委

^⑫ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ARB/10/24, ICSID, 2016, Award, para.332.

^⑬ 王彦志:《从程序到实体:国际投资协定最惠国待遇适用范围的新争议》,载《清华法学》2020 年第 5 期,第 183 页。

^⑭ 张金矜:《论最惠国待遇条款适用于投资实体待遇的限制性发展趋势》,载《国际经贸探索》2019 年第 5 期,第 106 页。

^⑮ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ARB/01/7, ICSID, 2007, Decision on Annulment, para.101.

^⑯ *Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador*, 2012-2, PCA, 2016, Award, para.6.102.

^⑰ *STEAG GmbH v. Kingdom of Spain*, ARB/15/4, ICSID, 2020, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum, para.796.

员会认为“仲裁庭本可以就其存在共同过失的决定提供更详细的推理”,但补充援引本案(即 MTD v. Chile 案)提到“一旦确定双方都造成了损失,仲裁庭就可以使用其自由裁量权来评估应如何分配损害赔偿”。^⑮可见,目前在关于共同过失制度下损害比例的确定上,仲裁庭仍具有较大自由裁量权,且普遍未对精确比例作出明确合理的解释。

2. 复利

复利(Compound Interest),是指在计算利息时,某一计息周期的利息是由本金加上先前周期所积累利息总额来计算的计息方式。本案中,被申请人智利政府指出“国际法不允许复利”,但最终本案仲裁庭支持了申请人请求支付复利的申请。在国际争端中,传统观点认为仲裁庭只能判给单利。^⑯但目前,大多数仲裁庭都改变传统,支持复利。正如 Occidental v. Ecuador 案所指出的:“尽管传统标准并不支持复利,但这种做法已经改变,晚近的大多数裁决都支持复利。”^⑰

复利比单利更为合适,是因为在如今几乎所有的融资和投资工具都涉及复利的情况下,将利息赔偿限制为单利会导致申请人无法弥补损失。在 Metalclad v. Mexico 案仲裁庭指出,NAFTA 第 1135 条第 1 款赋予了仲裁庭授予利息的权力,最终仲裁庭裁定按每年 6% 的利息裁决复利才能使得投资者恢复到“不法行为没有发生时的合理经济状态”。^⑱在 Santa Elena v. Costa Rica 案中,仲裁庭裁决支持索赔人约 1185 万美元的复利,并指出如此才能赔偿投资者 22 年前被征收财产所失去的价值。^⑲

结 语

本案裁决生动展示了公平公正待遇条款认定与案件事实的紧密关联性,以及利用最惠国待遇条款援引其他条约实体义务的一定程度合理性。案件中对投资者与东道国双方共同过失的认定,以及仲裁庭认可投资者有权根据东道国国内法获得许可但无权要求东道国修改国内法以批准投资所需许可的做法,体现了投资仲裁庭将复杂事实与东道国国内法、双边投资条约相结合进行裁判,最终作出高水平裁决的严谨性和公正性。值得注意的是,该案对最惠国待遇条款的援引体现了当时仲裁庭从保护投资者角度出发解释该条款的时代特色,在东道国规制权回归趋势日益高涨的当下,最惠国待遇条款的适用背景已发生改变,其具体适用标准亦更为严苛。

^⑮ UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia, ARB/12/33, ICSID, 2020, Decision on Annulment, para.197.

^⑯ R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Iran, 35, IUSCT, 1985, Award (Award No. 166-35-3), para.12.

^⑰ 包括 Occidental v. Ecuador II 案、EDF v. Argentina 案、Deutsche Bank v. Sri Lanka 案、RDC v. Guatemala 案、Marion and Reinhard Unglaube v. Costa Rica 案、Renta 4 v. Russia 案、Antoine Goetz v. Burundi 案、Swisslion v. Macedonia 案等。See Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ARB/06/11, ICSID, 2012, Award, para.834.

^⑱ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ARB(AF)/97/1, ICSID, 2000, Award, para.128.

^⑲ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ARB/96/1, ICSID, 2000, Award, paras.96-107.

Abstract: The case of MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile is one of the typical cases of an investor using Most-Favoured Nation treatment to “import” the entities treatment of a third BIT in order to legitimately extend its rights and interests. The ICSID Tribunal rendered the award in 2004, which found that Chile had breached the fair and equitable treatment provisions of the BIT, but that the investors were also found contributory negligence for failing to protect themselves from the commercial risks of investing in Chile. The tribunal ultimately upheld the investors’ claim in part with a 50% award. In September 2004, Chile filed an application for stay of enforcement and annulment against the award, in which it challenged the lack of precision in the interpretation of the 50% division of the tribunal’s finding of contributory negligence. Ultimately, ad hoc Committee dismissed both Chilean requests in 2005 and 2007 respectively, and confirmed the discretion of the tribunal in relation to the apportionment ratio of contributory negligence. The case provides a good interpretation of the fair and equitable treatment and Most-Favoured Nation treatment clauses and demonstrates the tribunal’s discretionary latitude in the allocation of damages for contributory negligence and its largely supportive attitude towards compound interest.

Keywords: fair and equitable treatment; most-favoured nation treatment; Investor-State Arbitration; contributory negligence; compound interest

(责任编辑: 张靖昆)