



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

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

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

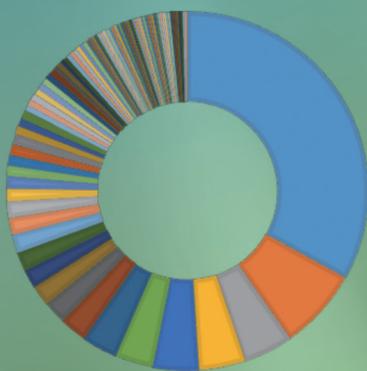


争议标的连续四年突破千亿元



### 国别数实现再增长

案件涉及 57 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
- 塞尔维亚
- 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, 10035, 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>



## □ 热点追踪

2021年《联合国国际贸易法委员会调解规则》评析 ..... 温先涛 5

## □ 理论研究

多元共治视野下仲裁机构主动参与社会治理研究 ..... 张 建 31

涉外仲裁机构约定缺失时的困境纾解：临时仲裁

——兼评《仲裁法（修订）（征求意见稿）》第35条第4款 ..... 郑 重 44

国际商事仲裁中第三方资助行为的规制

——以受资方信息披露义务为视角 ..... 陈雅峥 冯 硕 59

中国法语境下无涉外因素约定境外仲裁的协议效力问题探究（下） ..... 郑鸿举 75

## □ 实践研究

香港不予承认与执行仲裁裁决案例实证研究 ..... 王玉丹 83

《仲裁法》修改背景下仲裁司法审查制度的反思

——基于88份民事裁定书的实证研究 ..... 赵孟晓 104

《新加坡调解公约》下我国商事调解协议执行机制研究 ..... 文金羚 122

## □ 案例分析

股权变动对国际投资仲裁属时管辖权的影响及因应

——以“维托·G·加洛诉加拿大政府仲裁案”为例 ..... 翟率宇 138

国际投资协定中的利益拒绝条款

——以“可汗资源有限公司等诉蒙古案”为例 ..... 李 妮 149

上述两起案例均为中国贸促会法律部编写

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 5 , 2022 ( Serial No. 15 )

September 10, 2022

---

- Comment on UNCITRAL Mediation Rules (2021) ..... *WEN Xiantao* ( 5 )
- Research on the Positive Participation of Arbitration Institution  
in the Social Governance in the Perspective of Multiple Governance ... *ZHANG Jian* ( 31 )
- Breakthrough of Predicament of Foreign-related Arbitration Without  
an Agreed Arbitral Agency: Ad Hoc Arbitration  
— Also Comment on Paragraph 4, Article 35  
of the Arbitration Law (Revision) (Draft for Comments) ..... *ZHENG Zhong* ( 44 )
- The Regulation of Third-party Funding in International Commercial Arbitration  
— From the Perspective of the Disclosure Obligation  
of the Funded Parties ..... *CHEN Yazheng FENG Shuo* ( 59 )
- The Study on the Validity of Arbitration Agreement that Stipulates for  
Overseas Arbitration Without International Elements  
under Chinese Law ( II ) ..... *ZHENG Hongju* ( 75 )
- A Practical Research on the Non-recognition  
and Enforcement of Arbitral Awards in Hong Kong ..... *WANG Yudan* ( 83 )
- Reflections on Arbitration Judicial Review System Against  
the Background of Amendment of the Arbitration Law  
— Empirical Study Based on 88 Civil Ruling Cases ..... *ZHAO Mengxiao* ( 104 )
- Study on the Enforcement Mechanism of Commercial Mediation Agreement  
in China under Singapore Convention on Mediation ..... *WEN Jinling* ( 122 )
- The Impacts and Responses of Investor's Equity Transfer to  
the Jurisdiction Ratione Temporis of Investment Arbitration  
— The Case of *Vito G. Gallo v. the Government of Canada* ..... *ZHAI Shuaiyu* ( 138 )
- Denial of Benefits Clause in International Investment Agreements:  
Take an Example of *Khan Resources v. Mongolia* ..... *LI Ni* ( 149 )

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

# 2021年《联合国国际贸易法委员会调解规则》评析

温先涛\*

---

**内容提要** 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》生效以后,联合国国际贸易法委员会重新修订颁布了调解规则,体现了国际商事调解发展至今的许多新经验和新理念。本文逐条分析2021年新版《联合国国际贸易法委员会调解规则》,探讨调解员行为准则、调解技能、当事人行为心理,既对调解制度发展纵向比较,也与仲裁和诉讼等相邻解决机制做横向辨析,分析公有制主体参与商事调解的可能性,结合实践,指出目前中国调解领域的制度欠缺、技能不足并存在理念误区,亟待观念与制度革新。

**关键词** 国际商事调解规则 调解员行为准则 中国调解观念与制度革新

---

## 【背景】

迄今联合国国际贸易法委员会(简称UNCITRAL)有关国际商事调解的法律文献有《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称《新加坡调解公约》)、《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(简称《调解示范法》)、《贸易法委员会调解安排说明》(简称《调解安排说明》)和《贸易法委员会调解规则》(简称《调解规则》)。公约对缔约国具有约束力。示范法是综合来自不同法域专家的立法经验推荐给各国立法机关制定相关法律使用的参考文本,也常常被视为处理国际和国内相关事务的准则。《调解安排说明》和《调解规则》主要为调解机构、调解员和当事人制定工作规则和确定工作方法提供指导意见。《调解示范法》与《调解规则》都具示范性,但使用主体不同,内容有重叠也有差异。UNCITRAL的国际商事仲裁法律文献也形成了这种范式。

## 【原文】<sup>①</sup>

大会,回顾其1966年12月17日第2205(XXI)号决议设立联合国国际贸易法委员会,其任务是促进国际贸易法的逐渐协调和统一,并在这方面念及各国人民,尤其是发

---

\* 温先涛,中华人民共和国商务部条约法律司二级巡视员。

① 本《联合国国际贸易法委员会调解规则》中文本源自联合国国际贸易法委员会2022年6月出版。

展中国家人民,在国际贸易广泛发展中的利益。

又回顾关于有关以调解以及类似含义措词指称的争议解决方法的各项文书的若干决议,即关于《贸易法委员会调解规则》的1980年12月4日第35/52号决议、分别关于《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》和《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》的2018年12月20日第73/198和73/199号决议。

铭记这种争议解决方法作为一种友好解决国际商业关系中产生的争议的手段所具有的价值,并铭记国际和国内商业实务越来越多地使用这种争议解决方法替代诉讼,以便以符合成本效益和时间效益的方式最终解决争议。

意识到利用这种争议解决方法带来的益处显著,例如,减少争议导致终止商业关系的情况,便利商事当事方管理国际交易,并节省国家司法行政费用。

认识到自通过《调解规则》以来这种争议解决方法的发展。

注意到制定《贸易法委员会调解规则》的工作极大地受益于与各国政府以及有关政府间组织和国际非政府组织的协商。

又注意到《贸易法委员会调解规则》经联合国国际贸易法委员会第五十四届会议适当审议后通过。

1. 表示赞赏联合国国际贸易法委员会制定和通过《调解规则》,其案文载于联合国国际贸易法委员会第五十四届会议工作报告附件三;

2. 建议在解决国际商业关系中产生的争议时采用《贸易法委员会调解规则》;

3. 请秘书长尽一切努力确保《贸易法委员会调解规则》广为人知和可供查阅。

2021年12月9日

第49次全体会议

### 【评析】

这是联合国大会关于《调解规则》文本通过的决议。这个《调解规则》由联合国大会下设的UNCITRAL制定,由UNCITRAL下设的第二工作组(争议解决)具体起草,是UNCITRAL全体成员国和观察员集体智慧的结晶。本决议不属于《调解规则》正文的内容,而相当于《调解规则》的起草说明,介绍《调解规则》的制定者UNCITRAL的起源及其宗旨,说明早在1980年就有一份《调解规则》文本,事过38年后,即2018年随着《新加坡调解公约》和《调解示范法》的出台,UNCITRAL对1980年《调解规则》做了全新改进,明确肯定了调解作为解决争议的一种替代性方法,在推动国际和国内商务发展、提高效益方面具有独特价值,在调解商事纠纷过程中推荐使用本《调解规则》,也希望本《调解规则》为世界各地的调解机构和临时调解活动在制定本地调解规则过程中起到示范作用。

## 【原文】

### 贸易法委员会调解规则

#### 第1条 《规则》的适用

1. 凡各方当事人约定,相互之间的争议应根据《贸易法委员会调解规则》提交调解的,本《规则》应予适用。不论是否以合同为依据进行调解,本《规则》均可适用。

2. 在本《规则》中,调解系当事人请求一名或多名第三人(“调解员”)协助其设法友好解决其争议的过程,而不论此种过程以调解这一术语或类似含义的表述指称。调解员无权将解决争议的办法强加于当事人。

3. 除非调解各方当事人已约定适用《规则》某一特定版本,否则应推定其援用了调解启动之日现行有效的《规则》。

4. 当事人可随时协议排除或变更《规则》的任何规定。

5. 本《规则》任何规定,凡与调解所适用的某项法律规定相抵触,且当事人又不得削减的,包括任何适用的文书或法院令,应以该项法律规定为准。

## 【评析】

本《调解规则》是在1980年《调解规则》基础上的全新改版,其结构与1980年版类似,内容则更突出体现与仲裁的不同点,文字表述也更为通俗。本条阐述了本《调解规则》与适用法律、司法文书、其他规则以及当事人合意的关系,确立了强制适用法和司法文书绝对优先原则,当事人合意且作出明确意思表示为次优先。本《调解规则》在适用上具有可选择性,当事人甚至可以只选择适用其中的某些条款,可见本《调解规则》整体上只具有示范性。

本条与《仲裁规则》适用范围表述内涵是相同的,即这种争议解决方式必须建立在当事人合意的基础上。有所不同的是仲裁庭对解决争议的管辖权系基于当事人的仲裁协议,但多数情形下裁决结果却未必是当事人自愿的,如果裁决结果也是当事人合意的,那就没有必要仲裁了,而调解则是从争议解决方式、程序到结果达成和解协议都必须当事人自愿的,正如本条第2项所强调的,“调解员无权将解决争议的办法强加于当事人”,而仲裁的一裁终局结果往往不能符合各方当事人的预期。仲裁的过程实际是各方当事人授权仲裁庭就其争议“说句公道话”、作出“公断”并强加于当事人。调解的过程则是各方当事人同意调解员想方设法“摆平”各方的利益之争,所以“调解会议”的称谓比“仲裁庭”更彰显友好解决争议的宗旨。如果当事人对仲裁裁决不满意,意欲撤销或不执行裁决,往往会从仲裁协议和争议事项的可仲裁性角度挑战仲裁庭管辖权,或者从仲裁庭组成、仲裁程序、证据构成、仲裁员不当行为、公平待遇和正当程序等方面挑毛病。而通过调解员调解达成和解协议的当事人不会对和解协议不满意,因为调解是“全过程合意”“全过程自愿”“全过程当事人当家做主”。

通常人们认为解决争议的过程就是针尖对麦芒,“全过程当事人当家做主”很难化

解利益冲突。但这是人类最古老的一种争议解决方式。中国两千年前孔子在《论语·颜渊》中说：“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎！”至现代，英国著名大法官 Micheal Kerr 爵士说：“用法律程序去解决复杂案件需要时间，而调解这种方式能够极大地节约时间，因为不需要定义法律上谁对谁错。和谐无讼，其本质不是没有诉讼，而是尽量减少诉讼并通过有限诉讼的宣传达到社会无讼的目的。”通过非对抗方式的调解解决纠纷一直是古今中外化解矛盾的愿景，和解历来被当做争议两造的理想状态。如果某一事务与人们生活密切相关，就会出现许多大同小异的称谓，与“调解”相关的同义词就有调停、调和、斡旋等等。英文“调解”一词也是如此，如 mediation /conciliation /reconcile /amicable settlement, UNCITRAL 1980 年版的《调解规则》用 conciliation 的称谓。UNCITRAL 第二工作组在起草《新加坡调解公约》文本的时候，所有国家一致认为 mediation 一词更为常用，于是将其作为对调解过程的统一表述指称。这一法律术语从此也被赋予了新含义，即“当事人请求一名或多名调解员协助其设法友好解决其争议的过程”，在这一过程中，“调解员无权将解决争议的办法强加于当事人”。这一明确表述在 1980 年《调解规则》中是没有的。这就将以往调解活动中出现调解员以势压服当事人接受解决方案的现象排除在外。

### 【原文】

#### 第 2 条 调解的启动

1. 对于所发生的争议，调解的启动应视为于该争议各方当事人同意参与调解之日开始，除非另有约定。

2. 一方当事人邀请另一方当事人参与调解，自其以任何可留有传输记录的手段发出邀请函之日起 30 日内或在该邀请函规定的其他期限内未收到对该邀请函的接受函的，该方当事人可决定将此作为拒绝调解邀请处理。

### 【评析】

相对仲裁协议，“约定通过调解解决争议”的协议实际是可有可无的。仲裁协议对当事人具有约束力，一旦当事人之间发生争议，即可能构成启动仲裁的条件。仲裁协议是仲裁庭对解决相关争议实施管辖权的基础，但启动仲裁程序还需有一些前提条件，如仲裁通知及相关答复，多数仲裁协议还把“当事人友好协商不成”作为启动仲裁程序的预设前提。关于“友好协商不成”是否是启动仲裁程序的必要条件，业界曾经有不同的解读，颇具争议，相左的案例也实际存在。有人主张把“友好协商不成”作为启动仲裁的一个前置程序，但何为“友好协商”？怎样才算“友好”？如无当事人约定，协商期多长时间为宜？均无定见。多数判例支持仲裁庭对是否认定“友好协商不成”触发仲裁程序具有管辖权。<sup>②</sup>

<sup>②</sup> 参见环中仲裁团队：国际投资仲裁中的“协商期”条款解读，[https://www.sohu.com/a/254156717\\_650578](https://www.sohu.com/a/254156717_650578)，最后访问时间：2022年7月22日。

调解程序不存在这些复杂的问题。首先没必要订立一个约定通过调解解决争议的“调解协议”。在中国《民事诉讼法》<sup>③</sup>和《人民调解法》<sup>④</sup>中所述的“调解协议”,特指《新加坡调解公约》中所谓的“和解协议”(settlement agreement),而“和解协议”在中文语境下的《民事诉讼法》特指没有调解员参与且仅在当事人之间通过友好协商达成的“和解协议”,<sup>⑤</sup>在《人民调解法》则没有“和解协议”这一用语。可见,中国《民事诉讼法》和《人民调解法》语境下的“调解协议”与《新加坡调解公约》中所谓的“和解协议”概念含义是一致的,对当事人具有约束力,经过执行地主管机关的司法审查确认,具有可强制执行性。但如果当事人只为通过调解解决争议而订立一个“调解协议”,则该“调解协议”根本不具有强制性,因为“强制调解”有违自愿原则。

依本条精神,当事人启动调解无需像仲裁一样订立严格的仲裁协议,而是只要一方当事人向另一方当事人发出要约邀请,另一方当事人在规定时间内作出同意调解的意思表示,即可启动调解。调解的过程,也是谈判的过程。当事人愿意调解的动因主要来自两方面的考虑,一是保持今后良好的商业合作关系,在商言商,和气生财;二是当事人各有过错或者各有难言之隐的把柄被对方抓到。如果一方理直气壮,不愿做丝毫妥协,对胜诉信心满满,不惜与涉案的商业伙伴一刀两断,就只能对簿公堂而非坐到谈判桌接受调解。所谓商业思维就是设法把成本、损失降到最少。这就使得调解作为一种解决争议的古老方式具有了广阔空间。商事调解的当事人在法律地位上都是平等的,但具体的纠纷个案,谈判地位和能力往往是不平等的,然而即使强势一方仍需对各种利弊和长远发展考量。许多商业主体卷入纠纷不愿意诉诸法院,诉讼期长且无法把控审判结果是一方面,许多商业秘密也不再是只受业主掌控的隐私。仲裁能够把这些商业秘密控制在仲裁活动范围之内,但因仲裁对契约的高度重视可能会导致对社会效果和当事人长远发展效果的忽视,这并不一定是当事人想要的结果。在许多商事纠纷中,让当事人通过谈判,在调解员的引导、协助下,自行找到一个对各方都合适的解决办法,可能更符合各方当事人的利益。所以,启动调解并非由于当事人事先协议的约束力,而是出于争议各方当事人共同的利益需求,换言之,只有在争议各方当事人都不愿将争议诉诸公堂,且他们之间存在共同利益需求或者如果该争议得不到解决,各方利益均将严重受损的情况下,启动调解才有可能。

## 【原文】

### 第3条 调解员的人数和指定

1. 调解员应为一,除非另有约定。调解员不止一人的,各位调解员应共同行事。
2. 各方当事人应当尽力通过协议指定一名调解员,除非适用一种不同的指定程序。

<sup>③</sup> 《民事诉讼法》第96条、第177条、第194条、第195条、第201条。

<sup>④</sup> 《人民调解法》第2条、第22条、第23条、第27条、第28条、第29条、第30条、第31条、第32条、第33条。

<sup>⑤</sup> 《民事诉讼法》第230条。

当事人可随时协议替换调解员。

3. 当事人可寻求一个机构或一人协助指定调解员。

4. 在推荐或选择个人担任调解员时,该机构或该人应考虑到:

(a) 未来调解员的专业知识和资格、担任调解员的经验和进行调解的能力;

(b) 由公认的专业调解标准机构授予未来调解员的任何相关认证书和(或)资格证明;

(c) 调解员能否到任司职;以及

(d) 可确保指定一名独立和公正调解员的各种考虑因素。

5. 如果各方当事人拥有不同国籍,该机构或该人经与各方当事人协商后,还可考虑是否适宜指定一名不属于各方当事人国籍的调解员。此外,该机构或该人应在推选中考虑到候选人的地域多样性和性别。

6. 可能被指定为调解员的人,应在与此指定有关的联系中披露可能对其公正性或独立性引起正当怀疑的任何情形,包括详细披露任何可能影响争议结果的个人利益、专业利益、经济利益或其他利益。调解员应自其被指定之时起,并在整个调解期间,毫不延迟地向当事人披露所发生的任何此种情况。

7. 在接受任命之前,未来调解员应确保其能够到任司职,得以勤勉、高效地进行调解。

8. 万一调解员不能履行其职能,各方当事人应根据第2、第3、第4和第5款所述程序指定一名替补调解员。

第6款和第7款适用于新指定的调解员。

### 【评析】

调解没有“组庭”之说,只有“调解会议”之谓。除秘书外,一般仲裁庭由一名独任仲裁员或一名首席仲裁员与当事人各自选定的一名仲裁员组成。《仲裁规则》对仲裁员人数没有特别规定,实践做法多是一名独任仲裁员或一名首席加两名边裁或更多的奇数仲裁员,这样有利于以多数意见作出裁决。调解则没有这些讲究,因为调解全看过程中的当事人自愿性,不存在调解员少数服从多数问题,多一名调解员仅意味着可能多一位人士为定纷止争出谋划策,可以减少独任调解员压力。但如果多名调解员参与调解,本规则特别指出“各位调解员应共同行事”(shall act jointly),仲裁规则不强调仲裁员“共同行事”而允许仲裁员就仲裁事项各抒己见,充分协调之后少数服从多数。调解员之间相互有机配合十分重要,否则可能“帮倒忙”。

裁判者的“独立性”往往被视为“公正”解决争议的前提,而“独立性”的保障往往有赖于裁判者向当事人作自己可能与本争议有关的利益冲突披露。在这方面,法院的做法通常最为简约,只是在开庭之初通报一下法官、陪审员、办案秘书人等的姓名,只要当事人当场明示不要求回避,审理即可开始。仲裁员的信息披露则复杂许多,由于具有既判力的裁决往往不能令各方当事人满意,仲裁员来源背景又极其复杂,在《UNCITRAL

国际商事仲裁示范法》、国际律师协会（IBA）《国际仲裁中的利益冲突指南》、国际商会（ICC）国际仲裁院《当事人与仲裁庭在国际商会仲裁规则下参与仲裁程序的指引》指引下，尽管需要仲裁员披露的信息清单越拉越长，仍未能彻底解决这一难题。

在披露利益冲突问题上，本规则采用了与《仲裁示范法》第12条类似的表述，但实际操作起来，却比仲裁简单得多。《新加坡调解公约》第5条（拒绝准予救济的理由）对调解员的要求富有弹性，如：调解员不得“严重违反适用于调解员或者调解的准则”，调解员应当“向各方当事人披露可能影响其公正性或独立性的情形”。<sup>⑥</sup>但哪些是调解员的行为准则（the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation）？何为“严重违反（serious breach）”？要求调解员披露的具体事项都有哪些？贸法会工作组在起草《新加坡调解公约》时，曾花费相当长时间讨论，莫衷一是，主要原因是公平、公正、中立、诚信、保密这些概念无法量化，难以考核。最后大家认为这些问题似应由国内立法或调解机构制定规则来规范。

## 【原文】

### 第4条 调解的进行

1. 当事人可就进行调解的方式达成一致。否则，调解员可与当事人协商，在考虑到具体案情、各方当事人可能表达的任何意愿以及迅速解决争议的需要的情况下，确定如何进行调解。

2. 调解员应保持公平对待各方当事人，并应为此考虑到具体案情。

3. 为便利调解的进行：

(a) 当事人和调解员可在早期阶段召开会议，商定调解安排；

(b) 当事人，或调解员经当事人同意，可安排由适当机构或人员提供行政协助；以及

(c) 当事人，或调解员经当事人同意，可指定专家。

4. 在进行调解时，调解员可与各方当事人协商并考虑到争议的情节，利用其认为适当的任何技术手段，包括与各方当事人沟通和举行远程会议。

5. 一方当事人可由其选择的一人或多人出任代表或给予协助。此类人员的姓名、地址和职能，应在调解之前或毫不延迟地通知所有当事人和调解员。该通知还应说明授权范围，以及所作指定的目的是担任代表还是提供协助。

## 【评析】

“公正”是古今中外解决争议的普世价值。何为“公正”？法官、仲裁员认为自己做出的判决、裁决最为“公正”。调解的“公正”在很大程度上则是以当事人为出发点的，

<sup>⑥</sup> 《新加坡调解公约》第5条规定：“主管机关可根据当事人请求及其相关证明 (e) 调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则，若非此种违反，该当事人本不会订立和解协议；或者 (f) 调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或独立性产生正当怀疑的情形，并且此种未予披露对一方当事人有实质性影响或者不当影响，若非此种未予披露，该当事人本不会订立和解协议，对相关和解协议拒绝准予救济。”

取决于当事人的主观意志。调解员提出调解程序须经当事人一致同意并且当事人一致认为有必要可以随时改变程序,当事人还可以随时协议替换调解员,最后达成的和解协议自然也是当事人共同认可的,调解员的签字权只是体现在对和解协议的合法性、可执行性、有无侵犯案外人权益等方面进行审核,协助当事人把关。

因为调解的目的是缔结和解协议,它不像仲裁和诉讼那样需要有严格的组庭、送达、答辩和举证质证等审理程序规则,因而《新加坡调解公约》对调解员不像仲裁法和诉讼法对仲裁员和法官在裁判程序上有严格要求。有些国家认为,调解员不必如仲裁员一样保持公正性,争议当事人有正当理由选择一个不公正的调解员,譬如已经对情况了如指掌之人士,或者可以与争议一方或双方关系密切却能因之说服各方的调解员;同理,调解员可以采取看似不公平的做法,譬如调解员可能与一方当事人单独只谈几分钟,而在另一方当事人身上则需要花一个小时,这在仲裁程序中涉嫌严重不当行为,但只要能调和、化解争议,在调解程序中都是正当的。所以调解不追求形式上的公平公正,只要在无侵犯案外人利益且合规守法的前提下定纷止争,尊重当事人的选择就是最大的公平公正。<sup>⑦</sup>

制定《纽约公约》时尚无互联网,仲裁地容易确定。迄今《纽约公约》成员国已有170个,域外仲裁的互惠保留对公约适用范围的限制作用已经越来越小。今天发达的通讯技术为当事人谈判提供了极大便利,网上争议解决极大节省了当事人的时间和金钱,但在互联网条件下,如何确定仲裁裁决作出地?如何保障网上仲裁的信息安全以及证据出示的有效性?执行地国对网上争议解决的制度保障成为近些年热议的话题。《新加坡调解公约》则不再提及调解地,因为没有确认和解协议作出地的必要,但为调解而举行的远程会议能否保密,仍是经济、便捷、高效的网络信息社会尚难解决的问题。

缺乏当事方决策人到场或决策人“垂帘听政”式的调解往往是低效的,也是缺乏诚信的。现代商事调解制度首先要求当事方决策人对产权具有完全处置权;其次各方当事人应秉持诚意,既然调解过程是当事人“全过程当家做主”,参加调解会议的各方成员代表应具有启动、推进、承诺、签约、终止和解谈判的决策能力。笔者主张当事方的决策人宜亲自或完全授权解决纠纷代表参加调解会议,而不是委托律师或员工代理。因为在调解谈判过程中,会产生很多解决争议选项,如果当事方决策人躲在幕后不出场又未给代理人足够授权,后者往往无法替代前者对这些选项进行当场分析、评估、选择、组合、决定,这样的代理人只是“传话筒”,浪费大量时间,也是对调解其他参与人的不尊重。代理人本质上是执行人,其职责是为被代理人争取尽可能多的现实利益,而一般不会为当事人的长远利益着想。律师和公司法务人员在商事调解过程中的角色决定了他们必须在谈判桌上表现得为当事人寸利必争方显尽职尽责,往往会使得整个调解过程始终处于敌对状态,而敌意是理解和互谅的大敌。所以当事人委派调解会议谈判代表一定要有充分授权,至少应该事先让调解员知道各方代表的授权限度。2012年《加拿大国家调解规

<sup>⑦</sup> Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework For the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, Vol.19:1, p.39.

则》第13条(代表)第2项规定,“出席调解的当事人应该拥有争议解决权”,或曰被授权解决相关争议。2009年日本商事仲裁协会发布的《国际商事调解规则》也在第9条规定,为推进调解进程并促成友好解决,各方当事人应该在最为关键的时间派出具有最终决定权的人士参加调解。

## 【原文】

### 第5条 当事人与调解员之间的联系

1. 调解员可同时与各方当事人会面或联系,也可与其中一方单独会面或联系。
2. 当事人可在调解的任何阶段提交关于争议的材料,例如,说明争议的一般性质和争议点的陈述书,以及任何被认为适当的佐证文件或补充材料。这些材料还可包括关于当事人目标、利益、需要和动机的说明以及任何相关文件。
3. 当调解员收到一方当事人关于争议的材料时,调解员应当对此种材料保密,除非该方当事人表示该材料不附带保密条件,或者表示同意向调解的另一方当事人披露此种材料。

## 【评析】

本条关于调解员与当事人之间沟通的规制从三个方面凸显同法官、仲裁员与当事人沟通的迥异。在诉讼过程中,法庭代表司法公权力,法官在审判程序中发挥主导作用,他可以在任何工作时间就案情审理与当事人各方或单方、同时或分别约谈,这种约谈不具有开庭性质,也不属于证据交换,甚至合议庭成员不必同时在场。在这类约谈中的当事人往往是被动的,而且常常秉持真话不全说的警惕心态。按照本规则,调解员也可以随时约谈当事人。但调解员的这种权力不是基于公权力,而是源于当事人自愿赋予调解员的私权利。为尽快达至和解的目的,许多当事人更乐于与调解员私下沟通。

仲裁庭与当事人单方联系必须极其慎重、透明并留痕,未经仲裁庭授权,仲裁员与当事人联系绝对是仲裁程序中的大忌。北京仲裁委员会在《仲裁员声明书》中明确规定:仲裁员“不与当事人及其代理人进行任何形式(包括电话、电传、E-mail等)的单方面的联系。”随着电子通信的发展,当然微信、twitter等一切社交媒体,甚至托人捎口信均应在禁止之列。之所以如此严格,是因为仲裁庭的公正性受到司法监督,瓜田李下,需要高度自律。而调解过程则不存在这个问题,调解员与当事人单方面联系不受禁止,相反,这在调解中常常被认为是有益的,只要调解员公平对待各方当事人,并向任何其他当事人披露正在进行单方面联系。公平待遇并不意味着均等待遇,例如,为推进和解,调解员往往需要与一方当事人单独进行私密性的磋商花费的时间比另一方多。<sup>⑧</sup>

在诉讼过程中,法庭可能单独要求一方当事人提供与争议相关的材料并保证不透露给另一方,一方当事人也可能单独主动向法庭提供与案件相关的信息并要求法庭对另一

<sup>⑧</sup> 《贸易法委员会调解安排说明》(2021年)第68段。

方保密。而在仲裁程序中,这种情况则是不应该出现的。仲裁庭对来自一方当事人的所有与争议有关的信息,均应转达给另一方当事人,而且原则上这些信息应该在裁决书中被提及。换言之,仲裁庭没有权力将接收一方当事人材料仅留作审理参考而对另一方当事人保密,否则仲裁庭的公正性将受到质疑。另一方面,由于当事人在仲裁程序中也不能“全过程当家做主”,他们的举证行为也必然受到限制,如果超过仲裁庭所发程序令规定的“证据关门”时限,原则上不能再向仲裁庭提交任何材料。

调解则与诉讼、仲裁完全不同。由于针锋相对的举证质证过程往往会激化矛盾,所以调解员常常刻意避免使当事人面对面地相互对质,他们任何时候都欢迎来自任何一方当事人提供的涉案信息,而且只是将这些单方信息灵活运用于解决争议。任何一方当事人也可以将任何有助于化解争议的信息提供给调解员而不必担心秘密被泄露给另一方。1980年版《调解规则》第10条〔保守秘密〕规定:“调解员从一方当事人知悉有关争议的事实情况后,可以将情况的实质告知他方当事人,以便他方当事人可以进行他认为适当的任何说明。但是一方当事人向调解员告知情况,特别附有应予以保密的条件时,调解员即不应将该情况告知他方当事人。”《调解示范法》第9条(信息披露)也规定:“调解员收到一方当事人关于争议的信息时,可向调解的其他任何当事人披露该信息的实质内容。但是,一方当事人向调解员提供任何信息附有必须保密的特定条件的,该信息不得向调解的其他任何当事人披露。”本条第3款对此做了重大修改,由先前只在提供信息的当事人明示不得告知他方的时候,调解员才有义务向另一方保密,变更为只有在提供信息的当事人明示可以告知他方的时候,调解员才有权向他方披露,换言之,未经当事人明示允许,调解员必须对来自当事人的所有信息守口如瓶。这一缺省规则使得调解在几种争议解决方式的保密责任中独树一帜。一些国家广泛依循这种做法并取得良好效果,而且某些国家已将这种做法明确载入调解规则。<sup>⑨</sup>

### 【原文】

#### 第6条 保密

除非当事人另有约定,否则与调解有关的一切材料—相关情况下包括和解协议,均由参与调解的人员保密,但法律要求的披露或第8条第4款中提及的披露除外。

### 【评析】

在1980年《调解规则》第14条和《调解示范法》第10条中,均载有保密的一般规则。保密规则之所以成为国际商事调解体系的一条基本准则,是因为它有效保障了当事人在调解过程中能够开诚布公、积极交流。如果当事人不能在调解过程中充分披露涉案信息,调解员就难以寻找到帮助当事人解决问题的突破口,从而无法确定化解纠纷的基本途径。在高度对抗性的诉讼或仲裁程序中,当事人向法庭或仲裁庭提供的信息都是

<sup>⑨</sup> 《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法附颁布和使用指南》(2018年)第67段。

为胜诉而经过精心剪裁的,而真相往往还需要法官或仲裁员通过庭审调查和举证质证深入挖掘,即便如此,最终亦无法保证法庭或仲裁庭认定的法律事实绝对客观、全面,也就难以做到绝对公平公正。调解程序需要调解员对事实敏锐的洞察力,也需要调解员对某些真相看破不点破,更需要当事人像病人信任大夫一样如实陈述,知无不言,言无不尽,才有可能让调解员像大夫对病人一样循证施治。大夫有为病人身体状况保密的义务,这是自古医者守则,古希腊著名的希波克拉底誓词就有“凡我所见所闻,无论有无业务关系,我认为应守秘密者,我愿保守秘密。”调解员也要像医生为病人病情保密一样为当事人守口如瓶。

调解的保密时间不仅包括调解全过程,还包括调解终结之后,对由调解所产生的和解协议以及调解过程的记录均不得公之于世。调解的保密主体不仅包括调解员,还包括各方当事人、第三人、鉴定人、专家、翻译、秘书等所有调解参与人。2012年《德国调解法》第4节中明确规定:“调解员及所有参与到调解程序中的人都应该对调解中的信息负有保密义务,除非法律有相反规定。”2004年《欧盟调解员行为守则》第4条规定:“一方当事人向调解人在背靠背程序中所透露的任何信息,调解人都不得向其他调解当事人进行转述。”除去一种情况,即信息披露的当事人明确声明可以由调解员转述的。《英国认证调解员行为守则》第3条第1款规定:任何一方当事人所披露的信息,只有当信息提供方同意时,方可转达给另一方或其他当事人,当然,法律有强制披露规定的除外。美国仲裁协会(AAA)2005年《调解员行为守则》的规定也和《欧盟调解员行为守则》的精神如出一辙。中国《人民调解法》第3条没有将“保密”纳入“调解民间纠纷应当遵循的原则”,但在第15条将“泄露当事人的个人隐私、商业秘密”作为对人民调解员的禁止性规定。与仲裁不同的是,在调解过程中,各方当事人所掌握的与争议相关的信息常常是严重不对等的,许多关键信息往往只由调解员所掌握。因而无论各国立法和调解规则的表述方式有多么不同,其中都明确规定了一个最核心的内容,即调解员负有首要的、全面的保密义务,非经各方当事人明确授权或同意,一般情况下,调解员无权把从一方当事人处获得信息透露给另一方当事人,也无权将与调解有关的信息(包括和解协议本身),向调解之外的任何主体做任何形式的披露。这种近乎苛刻的对内与对外保密制度的设定,非常有力地保护了当事人的私密权益和他们参加调解时的大致期望。<sup>⑩</sup>

至于参与调解的人员保密责任形式,笔者未见有相关案例,但可以推论,因跑风漏气给当事人造成损失,责任人应负损害赔偿赔偿责任,而不应该如中国《人民调解法》第15条仅仅“由推选或者聘任单位予以罢免或者解聘”了事。如果责任人是调解员,则其声誉损失远远大过经济损失。

凡事有原则就有例外。调解员的保密义务例外被严格限制在法律强制性要求和为执行和解协议需要的范围之内。1980年《调解规则》对调解参与人对外保密义务要求较高,即只有在一方当事人拒不履行和解协议情况下,另一方当事人为寻求司法救济方

<sup>⑩</sup> 参见王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年版,第150页。

可将和解协议作为证据对外提供。新规则和《调解示范法》均把法律强制披露作为首要例外。UNCITRAL在《调解示范法》使用指南中特别提出将“披露刑事犯罪证据的义务”作为保密义务的例外,如果存在不披露信息可能致人死亡或人身受到严重伤害的威胁,调解员或当事人必须披露信息;还有的法律规定,为了公共利益必须予以披露,例如,为了提醒公众注意健康威胁、环境威胁或安全威胁等。<sup>①</sup>有这样一个案例:

在一起由开发商和承包商参加的有关建筑质量纠纷的调解案件中,调解员通过承包商在调解中所透露的信息得知,一方当事人(即承包商)所提出的最终解决方案可能并不能消除涉案的问题建筑所存在的固有危险和安全隐患,这就极有可能会使得将来购买或使用该问题建筑的人面临极大的危险。而调解中的另一方当事人却坦然地表示,他们可以接受承包商所提出的最终解决建议。<sup>②</sup>

面对这种情况,调解员应该建议请中立的专业评估机构对承包商所提出的解决方案进行安全性评估。如果评估结果证实了调解员关于房屋质量的担忧,调解员就有义务要求当事人修改解决方案直至符合安全标准;如果双方当事人拒不修改解决方案,调解员就不应继续为当事人保守这种秘密,因为听任这种存在安全隐患的解决方案,将使买受人或居住人人身和财产安全受到威胁,可能危害到案外人甚至社会公共安全利益,调解员无疑负有向政府有关部门举报或向公众媒体披露的法定权力和义务。正如中国《人民调解法》第25条所规定的:“人民调解员在调解纠纷过程中,发现纠纷有可能激化的,应当采取有针对性的预防措施;对有可能引起治安案件、刑事案件的纠纷,应当及时向当地公安机关或者其他有关部门报告。”

## 【原文】

### 第7条 在其他程序中提出证据

1. 除非当事人另有约定,否则调解的一方当事人、调解员或任何第三人,包括参与管理调解的人员,不得在仲裁程序、司法程序或其他解决争议程序中依赖于下列任何一项、将其作为证据提出或就其作证:

- (a) 一方当事人的参与调解邀请,或一方当事人曾经愿意参与调解的事实;
- (b) 一方当事人在调解中对可能解决争议的办法所表达的意见或提出的建议;
- (c) 一方当事人在调解过程中作出的陈述或供述;
- (d) 调解员或当事人提出的建议;
- (e) 一方当事人曾表示其愿意接受调解员或其他当事人提出的和解办法建议(或其中一些部分)的事实;以及
- (f) 主要为调解目的而准备的文件。

2. 不论第1款述及的信息或证据为何形式,第1款均适用。

<sup>①</sup> 《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法附颁布和使用指南》(2018年)第71段。

<sup>②</sup> 参见王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年版,第141页。

3. 不论仲裁程序、司法程序或其他解决争议程序是否与某一调解目前或曾经涉及的争议有关,第1款和第2款均适用。

4. 仲裁程序、司法程序或其他解决争议程序中本可采信的证据,不违反第1款所规定限制的,不因其曾在调解中被使用或被披露而不予采信。

### 【评析】

第1款是本条的核心,进一步明确了所列信息即使在调解过程中无法保密,也不允许在诉讼、仲裁或其他解决争议程序(如证据开示、行政复议、信访等行政裁处)中被采信或成为裁判依据。普通法的“禁止反言”原则不适用于调解向诉讼或仲裁的转换。因为当调解员力图促使双方当事人就他们举行调解的基本动因和诉求或想法进行表达时,当事人很可能产生一个基本疑虑。即万一此次调解失败,不能达成和解,将来又要就同一问题提交诉讼或仲裁,那么他们在调解期间所说的话、所表达的观点会不会被另一方当事人作为“呈堂证供”在之后的程序中加以采用。<sup>⑬</sup>如果不打消各方当事人都普遍存在的这种顾虑,调解员就很难“循证(Evidence-Based)”帮助当事人各方找出彼此都可能感到满意的解决方案,也就失去了调解的意义。

《调解示范法》第11条也有同样的规定,该条还明确阻止法院、仲裁庭和行政机关强制任何调解参与人披露本条第1款所列信息,即使这些信息被披露了,亦不得将其作为证据采信。由于调解的非对抗性,调解制度避免将“在调解中被使用的信息”称为“证据”,尽管前者内容与后者可能会有交集,《调解规则》和《调解示范法》特别将调解中的“敏感”信息从“在调解中被使用的信息”挖出来,列作六项并赋予其对内(背靠背的他方当事人)和对外(法院或仲裁庭)保密性,在很大程度上树立了调解作为一种独立的纠纷解决程序地位。从此之后,调解再也不是其他程序的“附设程序”。<sup>⑭</sup>

### 【原文】

#### 第8条 和解协议

1. 一旦当事人通过调解就解决全部或部分争议的和解条款达成协议,即应拟订并签署一项和解协议。如果当事人提出请求,并且调解员认为适当,调解员可在拟订和解协议时向当事人提供支持。

2. 除非当事人另有约定,否则调解员或调解机构得在和解协议上签字和盖章,或者提供其他证据证明该协议是调解产生的结果。

3. 在下列情况下,就电子通信而言,即为满足了关于各方当事人应签署和解协议的要求:

(a) 使用了一种方法来识别当事人并表明当事人对电子通信所载信息的意图;

<sup>⑬</sup> 参见王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年版,第144页。

<sup>⑭</sup> 参见王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年版,第153页。

(b) 使用的该方法:

(一) 根据所有情形来看,包括任何相关的协议,对于生成或传送电子通信而言既适当又可靠;或者

(二) 其本身或连同进一步证据证明事实上已完成了以上(a)项所述的职能。

4. 当事人签署和解协议,即为同意和解协议可用作关于其是由调解所产生的证据,并可据此根据适用法律寻求救济。

### 【评析】

由调解所产生的和解协议与仲裁裁决都属于具有准既判力的法律文件,如果有当事人拒不执行,他方当事人向执行地主管机关申请救济,需要经过司法审查才具有可强制执行效力。法院对和解协议与仲裁裁决的审查视角有所不同。法院对申请执行仲裁裁决审查,首先关注仲裁范围,即仲裁客体的可仲裁性与当事人的仲裁请求。《纽约公约》第5条第1款第3项规定,“执行地之主管机关”对于“裁决所处理之争议非为交付仲裁之标的或不在其条款之列,或裁决载有关于交付仲裁范围以外事项之决定者”不予承认及执行。对仲裁裁决的超裁部分不予执行是各国法院的共识。和解协议所载明的是各方当事人如何化解争议、补偿、让步或者建立新的法律关系,不存在“超裁”问题。

和解协议本质上是一种商业安排,有了调解员认可的“加持”,也就对协议各方当事人产生了优于一般合同的约束力,其优势体现在当事人可以直接持和解协议向法院申请司法确认。这种司法确认有别于合同公证。后者是公证机关根据当事人的申请,对于当事人之间签订合同的真实性、合法性予以证明的活动。经过公证的合同并不当然具有可强制执行性,如果因合同成立、履行、解释发生争议,当事人还须通过争议解决程序解决。当事人向公证机关申请合同公证,一般需缴纳公证费。和解协议经过法院司法确认后,即具有可强制执行性,如果一方当事人拒不履行和解协议,另一方当事人可径行向执行地主管机关(一般是有管辖权法院)申请强制执行(《新加坡调解公约》表述为“申请救济”)。许多国家法院对通过调解解决民商事纠纷普遍持鼓励态度,故对确认和解协议实行减免收费政策。

各国对和解协议的司法审查标准大同小异。2011年中国最高人民法院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第7条列出了六项法院不予确认调解协议效力的情形:

- 1、违反法律、行政法规强制性规定的;
- 2、侵害国家利益、社会公共利益的;
- 3、侵害案外人合法权益的;
- 4、损害社会公序良俗的;
- 5、内容不明确,无法确认的;
- 6、其他不能进行司法确认的情形。

笔者将《新加坡调解公约》第5条所列执行地主管机关可以拒绝准予救济的理由,

概括出如下十项：

- 1、和解协议一方当事人无行为能力；
- 2、依适用法律，和解协议无效或无法履行；
- 3、和解协议不具约束力或终局性；
- 4、和解协议被修改或者已经履行完毕；
- 5、和解协议表述不清楚或者无法理解；
- 6、履行和解协议的条件尚未成就；
- 7、调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则；
- 8、调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或独立性产生正当怀疑的情形；
- 9、履行和解协议将违反执行地公共政策；
- 10、根据执行地法律，争议事项不具有可调解性。

通过比较，不难发现中国法院对和解协议司法审查标准与《新加坡调解公约》第5条（拒绝准予救济的理由）具有高度相似性，可以相互涵盖。

中国现行调解制度与《新加坡调解公约》明显尚不接轨之处在于中国法为司法确认和解协议设定了期限，从而使得法院常常在当事人执行和解协议之前就介入调解活动。根据《人民调解法》第33条第1款和《民事诉讼法》第194条规定，如果当事人认为有必要对和解协议进行司法确认，应当“自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请”。据此，如果当事人未在30日内申请司法确认，则丧失了申请司法确认的资格，虽不致和解协议自动失效，但当事人必须重签协议方能寻求司法确认或救济。这“30日”期限究竟出于什么考虑呢？无从查考。中国法从未对仲裁裁决设立这种司法确认制度。可以肯定的是，这种变相为和解协议设定有效期的制度增加了当事人义务，有损当事人意思自治，而且在和解协议尚未实际履行之前先增加了法院工作量。

当事人订立和解协议后，调解程序即可终止。在笔者看来，和解协议尚未履行完毕，调解活动还不能算圆满。按照《新加坡调解公约》的精神与思路，无论和解协议生效后多久，当事人均有权依据和解协议和公约规定，向执行地主管机关寻求救济，主管机关不能以超过司法确认时限为由拒绝受理。只有在法院受理当事人寻求救济申请后，才是司法介入调解活动开始。而按照中国《人民调解法》，当事人应当在订立和解协议后30日内申请司法确认，这种使法院过早介入调解活动的安排，也会导致中国的人民调解制度不适用于《新加坡调解公约》。《新加坡调解公约》第1条（适用范围）明确厘清了几种在不同背景下产生的商事和解协议，其一种是“在调解员协助下订立的”和解协议（第1款），还有一种是“经由法院批准订立的”和解协议（第3款第1项第1目），第3款明确规定后者不属于本公约适用范围。显然，此处“经由法院批准订立的和解协议”恰恰就是《人民调解法》第33条所谓“人民法院依法确认有效的调解协议”。

综上，现行中国法关于对调解协议的司法确认制度不仅浪费了司法资源，还会一定程度地将《新加坡调解公约》架空，减损当代商事调解的制度优势。

**【原文】****第9条 调解的终止**

调解应在下列情况下终止：

(a) 当事人订立了和解协议的，于协议订立日终止，或按当事人在和解协议中约定的其他日期终止；

(b) 当事人向调解员声明终止调解的，于声明日终止；

(c) 一方当事人向对方当事人以及可能指定的调解员声明其不再希望进行调解的，于声明日终止；

(d) 调解员与当事人协商后声明已无必要继续进行调解的，于声明日终止；

(e) 第11条第5款述及的情况下调解员与当事人协商后声明的，于声明日终止；或者

(f) 于适用的国际文书、法院令或强制性法规的任何强制性期限期届满时终止，或根据当事人的约定终止。

**【评析】**

当事人达成和解，订立和解协议的方式可以书面签署，也可以网络电子签名，甚至口头认可，只要有证据证明各方当事人就争议事项已得到解决的意思表示一致，调解即可终止。本条又突出体现了“全过程当事人当家做主”的调解程序有别于诉讼与仲裁。在后者，只要法院或仲裁庭依法送达开庭通知，即为仁至义尽，如果当事人无正当理由不到庭，法院或仲裁庭即可依法作出裁定或缺席裁判；在各方当事人到庭情况下，即使法官或仲裁员耐心听完当事人所有陈述，决定休庭和审理终结等程序性权力俱在合议庭，更不可能有当事人对裁判结果的把控。在调解方式下，缺席任何一方，调解会议就开不成。在调解会议期间，任何一方当事人均可建议茶歇或为解决争议与调解员、会场外同事私下沟通。调解员一般认可这种模式，并将其视作有利于解决争议的常态。

任何一方当事人可决定终止和解谈判。本条第4项赋权调解员也可与当事人协商终止调解。《人民调解法》第26条也规定：“人民调解员调解纠纷，调解不成的，应当终止调解。”

笔者认为，除非发生前述类似“问题建筑”纠纷情形，调解员有权拒绝为存在有损第三人或危害公共利益隐患的和解协议签字背书甚至终止调解，否则，调解员应该慎用此建议权。多数情形下，富有职业情怀的调解员不宜主动建议终止调解，因为“当家做主”的是当事人，作为服务提供者的调解员主要职责是分析研判如何为各方当事人定纷止争，首先，只要各方当事人没有表达终止调解的意愿，调解员就应当全心全意地推动各方当事人走向和解之路；其次，即使有一方当事人甚至所有当事人都对和解不抱希望，只要调解员灵活运用学识与经验看到有一线促和希望，就应当不懈努力劝导当事人不放弃谈判并积极为之出谋划策；再次，即使种种迹象显示此案已无和解可能，调解员仍应不失信心地向当事人坦言：“如果谈判继续拖下去，对各方当事人而言都意味着时间与金钱

的流失。”进而不妨祭出杀手锏,对本案的诉讼或仲裁前景作出评估,帮助各方当事人分析胜算把握有多大,这不是恐吓,而是以评估促和解。

多数诉讼或仲裁案件开庭半天,是非即见分晓,往后当事人只能诚惶诚恐地等待裁判结果。调解员在召开调解会议半天后,对争议是非曲直也基本已经心中有数,但他不能像法官或仲裁员一样以自由心证案结案了,他更愿意探寻当事人愿意谈判和解的深层原因。高明的调解员擅长从与各方当事人举行的“共同会议”和与单方当事人举行的“私下会议”中挖掘这些“深层原因”。这些受到严格保密的“深层原因”往往会成为调解成功的重要因素。调解是一个不断探寻解决方案的过程,可能长达数日。无数调解实践表明,许多解决争议的转机往往发生在貌似山穷水尽之时,因为追求最大利益和躲避风险的本能,往往决定当事人不到调解会议的最后一刻不会暴露其谈判底线。因此,终止调解的时间不宜由劝和不劝散的调解员决定。即使在双方当事人貌似实力失衡的情况下,各方当事人愿意坐在一起讨论和解方案而非对簿公堂,反倒说明存在一定调解成功的可能,当是时,具有良好素养的调解员往往采取一种为弱势一方“充权”的做法,如议程设置、信息披露、背靠背交流、引入中立第三方做权威专业解释等,从而矫正当事人之间的力量失衡。平权主义者有一句口号:“没有平等就没有自愿。”对双方实力失衡的矫正经常用于为行政相对人与行政机关解决争议的程序中。在民商事调解过程中,“充权”更是调解员得心应手的常用手段。高明的调解员一般不直接对争议提解决建议,甚至不做任何暗示,<sup>⑮</sup>而只是引导当事人各自提出解决方案,设法拉近这些方案,一旦出现交集,则可以为调解画上完美句号。

## 【原文】

### 第10条 仲裁程序、司法程序或其他解决争议程序

1. 不论是否已经提起仲裁程序、司法程序或其他解决争议程序,均可随时根据《规则》进行调解。

2. 当事人已同意调解,且明确承诺不在规定期限内或不在规定的事件发生前对现已存在或未来的争议提起仲裁程序、司法程序或其他解决争议程序的,此种承诺应得到遵守,但一方当事人认为维护其权利所必需者除外。提起此类诉讼本身不应被视为放弃调解协议或作为调解过程的终止。

## 【评析】

本条规范调解与仲裁、诉讼以及其他其他解决争议程序(如证据开示、行政复议、信访等行政裁处)的关系。争议解决机制设计有一个大忌讳就是“并行诉讼(collateral litigation)”,即两个以上解决机制对同一争议都有管辖权,这种情况在国际交往中经常出

<sup>⑮</sup> 1980年UNCITRAL《调解规则》第七条〔调解员的任务〕中明确允许“在调解的任何阶段,调解员可以提出解决争议的建议。这种建议可以不用书面提出,也可以不说明理由。”新修订《调解规则》删除了这一表述,因为调解员积极提出解决争议方案,可能给当事人造成压力或引发其误会,故不鼓励调解员主动提和解方案。

现,当事人把同一争议事项分解成几个诉求,找不同的机构、采取不同方式解决。并行诉讼浪费司法资源,不同裁判机构和不同的解决方式很可能作出不同的处理结果,不仅现有争议得不到及时妥善解决,还会使争议更加复杂化。国际立法实践设计出许多方案,但没有彻底禁绝这种现象。国内立法和机构沟通在一定程度上可有效避免“并行诉讼”,保障一种解决途径同时具有排他性和一定程度的既判力。

调解作为一种独特的争议解决方式,可以不必依附于其他任何一种争议解决方式而独立推进,它又是可以贯穿其他任何一种解决争议程序始终的,换言之,无论法官或仲裁员将程序推进到何种环节、行政复议到何种阶段,即使到判决、裁决、行政复议决定的执行阶段,都不妨碍当事人要求调解或庭外和解,而且允许和解协议执行优先。这便出现了一个不可忽视的问题是,调解有可能对诉讼、仲裁和其他解决程序的影响。有当事人两条腿走路,以打促和,但一旦启动诉讼、仲裁或行政程序,便不受当事人把控,未必就有利于达成各方满意的和解。为了有充分时间谈判达成一个符合当事人各方利益的和解,需要当事人承诺在一定时间或一定条件下暂时放弃起诉或申请仲裁、行政救济的权利,这种承诺应该以不侵犯法律赋予当事人不可被剥夺的公民诉权为限,而且不应超出诉讼时效。

## 【原文】

### 第11条 费用和费用交存

1. 当事人和调解员应当尽早在调解过程中商定调解费用的确定方法。调解终止时,调解员应确定应是合理数额的调解费用,并将此以书面通知当事人。

“费用”一词仅包括:

- (a) 调解员的收费;
- (b) 调解员的旅费和其他开支;
- (c) 调解员经当事人同意后征询专家意见的费用;
- (d) 根据《规则》第3条第3款和第4条第3款提供任何协助的费用;以及
- (e) 调解过程可能产生的任何其他开支,包括与口笔译服务有关的开支。

2. 除非当事人另有协议,第1款中述及的费用由各方当事人平均分担,在多当事人调解中,该费用按比例分担。一方当事人发生的所有其他开支由该方当事人承担。

3. 调解员经任命后,可要求每一方当事人交存相等数额的款项,作为第1款所述费用的预付金,除非当事人与调解员另有约定。

4. 在调解过程中,调解员可要求每一方当事人补缴相等数额的交存款,除非当事人与调解员另有约定。

5. 如果当事人均未在调解员确定的合理期限内缴齐第3款和第4款规定的交存款,调解员可暂停程序,或可根据第9条(e)项宣布终止调解。

6. 调解终止后,已收到交存款的,调解员应向当事人交出交存款收款账目,并将任何未用款退还当事人。

## 【评析】

调解费用可以不在示范法中规制,因为它不属于公权力必须关心的范围,但它却是调解机构和临时调解会议制定《调解规则》必须说明的问题。早在1980年UNCITRAL《调解规则》就为调解收费做了制度性保障,新修订的《调解规则》对调解费用的构成和交付安排做了更为详细的描述,并进一步提出了当事人和调解员应该在调解启动之初就商定调解费用的建议。

调解在联合国2015年产品分类(Central Product Classification (CPC)) 2.1版本中与仲裁并行被作为第82191项列入法律服务行业。仲裁不宜以营利为目的,因为仲裁机构或仲裁员一旦被资本所控制,其在商事主体间的独立性地位势必无法保证,其公正性就会受到质疑。但对仲裁被资本控制的担心也是多余的,因为如果某个仲裁机构成为社会投资热点,也就没有当事人敢选择来此解决争议了。调解则把“为当事人服务”放在第一位,但其贯穿始终的“各方当事人自愿原则”决定了这一行业未必会得到资本市场的热烈青睐。因此,仲裁与调解都面临着可持续发展问题。1994年中国《仲裁法》规定当事人应当交纳仲裁费,但仲裁费标准应经政府核准。<sup>①6</sup>2010年《人民调解法》第4条规定:“人民调解委员会调解民间纠纷,不收取任何费用。”这显然堵死了商事调解发展之路,也有悖于UNCITRAL《调解规则》精神。调解付费不仅是对调解员辛勤劳动的尊重,也是对调解员秉持敬业情怀、不断提高定纷止争技艺、维护社会稳定的保证。

调解是有别于诉讼和仲裁而另辟蹊径的解决争议方式,也是一门需要在法治轨道中独立发展的行业。如果任由调解诉讼化,其必将丧失固有的优势,此路不通。另一方面,如果调解机构长期依靠政府财政支持,势必难以为继,而且对广大纳税公民也是不公平的。笔者从应该把化解民商事冲突的私权利放还民间的基本理念出发,主张把仲裁与调解彻底市场化,在法院和行政机关“公力救济”体系之外,构建优胜劣汰的市场导向性争议解决体系,对于民间自发的争议解决机制,政府只负责登记和政策性扶持,法院依申请监督裁决与和解协议的合法性和可执行性,让仲裁机构和仲裁员靠“独立、公正、高效”立身,让调解机构和调解员靠“优质服务、化解纠纷、皆大欢喜”取胜,由行业协会评估、考核、指导、促进民间争议解决服务机构良性发展。调解收费,不仅有理,而且涉及调解员和专家劳务,宜按时间计费为主、争议标的额为辅,敦促当事人积极、高效化解争议。只有用商事思维推动商事调解,才能使调解产业焕发生机与活力。

## 【原文】

### 第12条 调解员在其他程序中的作用

1. 除非当事人另有约定,否则调解员不得就以往或当前调解的争议和相同或相关的合同或法律关系引起的争议而担任仲裁员。

<sup>①6</sup> 1995年施行的《仲裁法》第76条规定:“当事人应当按照规定交纳仲裁费用。收取仲裁费用的办法,应当报物价管理部门核准。”

2. 在针对以往或当前调解的争议和相同或相关的合同或法律关系引起的争议而进行的任何仲裁程序、司法程序或其他解决争议程序中,调解员不得担任一方当事人的代表或律师。

3. 当事人不得提出由调解员作为任何此类程序中的证人。

### 【评析】

本条强化了第7条(在其他程序中提出证据)的效力。第7条规定,在调解过程中使用的信息,不能在仲裁、诉讼或行政裁决中,被作为证据使用。本条原则上不仅不允许调解员在调解失败后担任本案仲裁员,也不允许调解员在往后本案争议解决程序中,充当任何一方当事人的代理人 and 证人,而且调解员的受限范围不仅限于本案,还包括与本案相关的所有争议。这样宽泛的限制远比1980年版《调解规则》严格,目的是消除当事人对调解失败的顾虑。缺乏深入交流和诚意是调解成功的巨大障碍。如果当事人在调解程序中总是担心让调解员知道太多信息就不利于随后仲裁,因而不能与调解员积极配合,也就使得调解流于形式。为提高调解的质量与效率,本条与第7条将调解员和调解信息与仲裁和诉讼以及相关争议解决程序彻底隔离,采取制度手段打消当事人的后顾之忧。中国的调解制度也有类似的限制,《最高人民法院和司法部关于开展律师调解试点工作的意见》(司发通〔2017〕105号)提出:“律师调解员不得再就该争议事项或与该争议有密切联系的其他纠纷接受一方当事人的委托,担任仲裁或诉讼的代理人,也不得担任该争议事项后续解决程序的人民陪审员、仲裁员、证人、鉴定人以及翻译人员等。”

调解员不能随后担任本案的仲裁员,这一原则也应当适用于诉讼,即调解员不能随后担任本案的法官,本规则与示范法都未提及此种情形。现实中,调解员摇身一变成代表国家公权力的法官的情形实为罕见。在民事诉讼过程中,法官在作出判决之前往往会尝试一下调解解决本案争议的可能性,但这种尝试的成功率很低,原因就在于如果法官具有调解员与审判员的双重身份,当事人大概率不会把有利于调解而不利于审判的重要信息透露给法官。

本条的表述比1980年版《调解规则》第十九条〔调解员在其他程序中的作用〕有所改进。后者规定:“当事人和调解员均允诺:在作为调解的主题的争议提交仲裁或就之提起诉讼时,调解员不得在仲裁或诉讼的程序中充当仲裁员,或充当一方当事人的代理人或顾问。双方当事人允诺:他们在这些程序中也不提出调解员为证人。”但这种“一刀切”式的禁令没有充分考虑当事人的意思自治。有一种情况,即使当事人在调解员的协助下达成了和解协议,仍不愿意做司法确认,而宁可选择通过仲裁审查,按照仲裁法,把和解协议转换成调解书,使和解协议与仲裁调解书具有同等法律效力。在这种情况下,为节省费用,当事人往往会共同指定前任调解员而非其他人作为后续仲裁审查程序的仲裁员。考虑到这种情况,本条一改过去的强制性规范而采取“缺省规则”的表述方式,即在通常情况下,只有当事人明确表示了相反的意思,如“除非当事人另有约定”,现行规则才不适用,否则自动适用,相当于大陆法系的“任意性规范”。本条和第5条的缺省

规则体现了以当事人为本位,既有效保护了各方当事人的隐私和商业秘密,又充分尊重当事人的选择。

既然调解员原则上不宜随后担任本案的仲裁员,那么开庭后的仲裁员能否担任本案的调解员呢?这种化干戈为玉帛的行为经常受到鼓励,立案后的仲裁员与法官也以调解结案为荣,至少不必花费心机辨法析理撰写裁判文书了。实际上,处于仲裁和诉讼程序中案件的调解成功率并不高。一般案件开庭半日,仲裁员和法官已胸有成竹,经过举证质证和合议庭调查,要求仲裁员和法官放下身段,摇身一变与当事人平起平坐地协商如何化解争议,即使仲裁员和法官能做到对自己已然形成的评估预判滴水不漏,也很难再让当事人把有利于调解但不利于审判的信息和盘托出,更无法想象在庭审过后的调解尝试中,仲裁员或法官能施展调解员经常使用的“充权法(empowerment)”(矫正当事人实力失衡)和“换框法(reframing)”(换一种思路、变一个角度、另辟蹊径)等解数。所以庭审过后调解失败的可能性很大,已经是调解员角色的原仲裁员或法官还得转变回过去的身份,这显然又犯了《调解规则》的大忌,除非回转仲裁或诉讼程序后更换新仲裁员或法官,这无疑是对司法资源的巨大浪费。所以,笔者一贯主张放弃“调审合一”的梦想。

#### 【原文】

##### 第 13 条 免责

除故意不当行为外,在适用法律允许的最大限度内,当事人放弃以与本调解有关的任何作为或不作为为由,向调解员提出任何索赔。

#### 【评析】

对调解员的民事责任豁免源于 UNCITRAL《仲裁规则》第 16 条〔免责〕。普通法系国家传统上大都像对法官一样,赋予仲裁员绝对的民事责任豁免权,使得仲裁员对其在仲裁过程中的故意或过失之行为或不作为,给仲裁当事人造成的损失概不承担民事赔偿责任。如 2000 年《美国统一仲裁法》第 14 条第 1 款明确规定:“仲裁员或仲裁机构在履行职能时,如同本州法院之法官在行使司法职能时享有同等之豁免,不负民事责任。”英国传统上也奉行仲裁员民事责任绝对豁免,直至 1996 年的《英国仲裁法》才对仲裁员民事责任豁免的范围做了一定的限制,该法第 29 条规定:“仲裁员不对其在履行或试图履行职责过程中的任何作为或不作为承担责任,除非该作为或不作为表明其违反了诚实信用原则。”这种对仲裁员仲裁行为民事责任豁免的理论基础是司法豁免以及仲裁员与法官职能上的相似性。而这一论断的假设前提是,仲裁裁决的败诉方可能会先行采取针对仲裁员行为的独立诉讼,从而间接地质疑仲裁裁决的法律基础,以期随后据此推翻先前裁决,恢复其在仲裁中失去的利益。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见《仲裁员民事责任绝对豁免批判》,载找法网, <https://china.findlaw.cn/info/zhongcai/zcwyh/zcy/134784.html>, 最后访问时间: 2022 年 8 月 17 日。笔者认为,该文后半部分对普通法系“绝对豁免说”的批判理由并不成立。

笔者认为,在定纷止争方面,仲裁员的确发挥着与法官类似之作用,比如,他们都根据当事人提交的证据,运用法律居中处断争议,作出裁决亦对双方当事人具有约束力。因此,仲裁活动实际上相当于司法活动,仲裁无疑具有准司法性质,仲裁员可以与法官享受同样待遇,但在处理仲裁争议问题上,应当将仲裁员所作“裁决的有效性”与仲裁员的“行为是否依法合规”区分开来,前者属于仲裁法问题,后者属于民事侵权或刑事责任问题。《纽约公约》并未将仲裁员枉法渎职、贪污受贿、徇私舞弊行为列为可拒绝承认及执行外国仲裁裁决的理由,因为这些行为涉及域外刑事调查以及不同国家的认证标准,超出了一部关于跨境执行商事裁决公约所能涵盖的范畴。即使在一国之内,仲裁员被坐实存在枉法、渎职或失当行为,并且被证明仲裁员的违法乱纪行为与其错误裁决之间存在因果关系,亦应当分别处理。当事人可按法定程序向管辖法院申请裁定撤销或不予执行裁决,当事人的利益损失理应随着错误裁决被撤销或不予执行得以挽回。至于因仲裁员过错给各方当事人造成的其他损失,应属经济学中的沉没成本,无需由仲裁员个人赔偿,因为仲裁员不是当事人之代理人,而是由当事人立案前选定或委托机构指定的、被当事人雇佣来履行具有司法裁断性质之职责的人,其职责是对当事人提交的证据和观点进行听审,并就当事人间的争讼作出其认为公正的决定,所以他不应该因持有某种法律观点而对雇主承担民事赔偿责任。简言之,当事人应该为其先前的自主选择或机会成本买单。

调解员也是当事人选择或认可协助解决争议的雇佣人员,其职责首先是全心全意为当事人实现利益最大化服务,重建当事人已中断的沟通,聆听各方的想法,了解各方的困难,总结各方的期望,协助各方重塑合作关系并对和解方案进行合法性审查。在调解各方参与人平等、自愿的基本原则下,调解员没有仲裁员和法官对纠纷是非的裁断权,也就没有徇私索贿的动机与可行性。除非调解员对当事人实施了欺诈行为或违反了保密义务,无论调解成功与否,当事人都无权就调解行为向调解员主张民事赔偿。有了这颗“定心丸”,就更能鼓励和促进调解事业发展。

## 【原文】

附件

### 调解条款示范样本

仅限于调解

任何争议、争执或索赔请求,凡由于本合同而引起的或与之有关的,或由于本合同的违反、终止或无效而引起的或与之有关的,均应按照《贸易法委员会调解规则》诉诸调解。

注:当事人应当考虑增列:

(a)《规则》版本的通过年份;

(b)当事人约定,在调解协议签订后30日内,将由当事人经协议指定一名调解员,

当事人未能达成协议的,应由有关的推选机构选择调解员;

- (c) 调解语言应为 .....
- (d) 调解所在地应为 .....

#### 多层次条款

任何争议、争执或索赔请求,凡由于本合同而引起的或与之有关的,或由于本合同的违反、终止或无效而引起的或与之有关的,均应按照《贸易法委员会调解规则》诉诸调解。

注:当事人应当考虑增列:

- (a) 推选机构应为 ..... (机构名称或人名);
- (b) 调解语言应为 .....
- (c) 调解所在地应为 .....

如果争议或其任何部分未在请求根据本《规则》调解后 [(60) 天] 内得到解决,则当事人同意根据《贸易法委员会仲裁规则》通过仲裁解决任何余留事项。

注:当事人应当考虑增列:

- (a) 指定机构应为 ..... (机构名称或人名);
- (b) 仲裁员人数应为 ..... (一名或三名);
- (c) 仲裁地应为 ..... (国家和城市);
- (d) 仲裁语言应为 .....

#### 【评析】

本附件所称的“调解协议 (mediation agreement)”与中国《民事诉讼法》和《人民调解法》所指的“调解协议”不是同一概念,前者指的是各方当事人同意通过调解方式解决争议的协议;后者指的是各方当事人通过调解达成的解决争议的协议,即《新加坡调解公约》所称的和解协议 (settlement agreement)。另外,“诉诸调解” (submitted to mediation) 的提法不够精准,宜译为“提交调解”为妥。

笔者认为,鉴于调解活动本身的非强制性,调解条款或曰本附件所称的“调解协议”对当事人也就不具有约束力,对当事人具有约束力的应该是经调解所产生的和解协议。本附件“仅限于调解”的示范样本并不能保证解决相关争议的终局性,因为如果调解失败,还得通过仲裁或诉讼才能得到彻底解决,所以它只是个“君子协议”。“多层次条款”才对当事人具有真正的约束力。

#### 【原文】

#### 披露声明示范样本

#### 无情况披露

尽本人所知,过去、现在均不存在可能对本人公正性或独立性产生有正当理由怀疑的任何情形。本案调解期间随后一旦出现可能引起本人注意的任何此种情形,本人当迅

速通知各方当事人。

### 有情况披露

谨此附上一则声明:(a)关于本人过去、现在与各方当事人在专业、业务和其他方面的关系,以及(b)关于其他任何有关情形。[列入声明。]本人确认,这些情形不影响本人的独立性和公正性。本案调解期间随后一旦出现可能引起本人注意的任何此种进一步的关系或情形,本人当迅速通知各方当事人。

### 可到任履职声明示范样本

本人确认,根据本人目前掌握的信息,本人可以投入必要的时间主持调解。

#### 【评析】

本规则对调解员披露要求与UNCITRAL《仲裁规则》对仲裁员的要求是一样的,都以“对本人公正性或独立性产生有正当理由怀疑的任何情形”为披露标准。披露信息会在一定程度上为调解员和仲裁员免责,但目前的相关研究使得需要披露的仲裁员具体信息清单越列越长,对一些细节披露的必要性和可行性尚无定见,确有简化的必要。靠无法穷尽的提示性罗列披露信息无法彻底解决仲裁员利益冲突问题,仲裁员的内心确信比外部监督更为重要。由于调解的非强制性,当事人对于调解过程和结果的公平性可以完全掌控,所以发生调解员利益冲突的可能性不大。

#### 【结语】

公有制企业之间不应该存在理论上的利益冲突,即使在现实中出现某些不和谐,一般也是因管理层的某些经营方略差异所致,并无商事调解用武之地。公有制企业与私营企业在公平市场环境下会利益冲突,但解决争议的出发点迥异,前者往往秉持行政思维,以免责为导向,每作出一项决策、承诺或让步都要找出制度和司法依据以备事后经得起审计,有时会出现宁由法官或仲裁员裁判多赔钱,也不愿自己“当家做主”商谈出一个少赔钱的和解协议。许多公有制企业法人代表坐上谈判席,通常只在“多大程度地满足对方要求”与“因谈判破裂造成多大自损”之间做评估,而私营企业唯一秉持的只是实现己方利益最大化的商业思维。所以,调解公有制企业与私营企业之间的商事纠纷,有一定难度,但并非无解。两种所有制企业在海外经营,有一点是共同的,即为发展当地市场,往往把调解作为解决争议的首选方式。

国际投资争议较多发生在外国投资者与东道国政府之间,两造实力严重失衡。国际投资争议本质上属于利益纠葛,可分作两种,一种是只针对某个具体投资项目的违约赔偿,另一种是因东道国政府实施某种政策导致外国投资者利益普遍受损,在东道国政府看来,前一种争议的赔偿额较小,所以有达成和解协议的可能且有先例;后一种争议涉及面广,不仅赔偿数额巨大,更影响国家形象,所以迄今未见有后一种争议系通过调解解决。总体而言,现代商事调解制度是以产权私有制为基础设计的。

调解作为人类一种古老的解决争议方式,源远流长,发展至今,从理念到方法,如:调解的目的、当事人意思自治、调解员定位与职责、调解方法、对和解协议的救济等等,都不乏创新与突破。《新加坡调解公约》肇始于2014年7月UNCITRAL第47届会议上,美国最早提议制定一部旨在鼓励通过调解方式解决商事争议的公约,多数成员国积极响应。目前中国和美国都处于第一批签署公约但尚未批准生效阶段。中国业界常有人自诩拥有悠久的调解传统,津津乐道于“调审合一”的所谓“东方经验”。虽然仲裁、诉讼程序中的调解不乏成功个例,但这不能引领商事调解的发展方向,现代商事调解主流理论认为,调解与仲裁、诉讼和行政裁决这几种争议解决程序之间存在着重大差异,以裁判员的思路调解纠纷必定是低效的、错位的,调解必须走独立生存、发展之路,摒弃裁判思维,实现两大转变,即由“劝说当事人放弃合法权益”向“实现各方权益最大化”转变,由“主持(uphold)”意识向“协助(assist)”意识和平等意识转变。

目前中国商事调解领域有三大欠缺,一是没有专门针对国际商事和解协议的执行机制,对当事人在国内调解机构调解下达成的和解协议,需要在一定期限内通过司法确认程序才能获得强制执行效力;<sup>⑮</sup>二是竞争力不足,在“调审合一”的错误经验指导下,多数调解会议还停留在传统的乡绅长老“和稀泥”式的一味劝说当事人放弃合法权益的水平;三是对个体调解员的不信任。像对国内仲裁裁决一样,现行中国《民事诉讼法》和《人民调解法》只认可国内法院、仲裁机构和人民调解委员会等国内常设机构所做的调解书或调解协议,而不认可个人或临时性机制解决争议的效力,从而限制了全社会参与调解民间纠纷活动。民商事争议本质上是私权利冲突,鼓励发展民间争议解决服务机制,把化解民间纠纷的私权利放还民间,节省公共司法资源,是公民社会良性治理的体现。还有一种误区,认为个人不如机构可靠,临时调解因难以追溯而容易产生“虚假调解”。笔者认为,个人或临时性争议解决机制本是仲裁与调解的早期状态,随着人类社会繁荣发展,民商事争议数量大幅增加,且日益呈现多样化、复杂化趋势,机构仲裁与调解是为适应发展需求而采取的集中优势人力物力资源、降低成本、提高效率的集约化经营方式,与调解主体是否可靠并无逻辑关联,司法确认只宜关注和解协议本身的合法性,不应区别对待和解协议是由机构还是个人所作。另外,对所谓“虚假调解”的过度恐惧出自一种缺乏逻辑支撑的先验论。“虚假调解”本是一种可能与“虚假诉讼”、“虚假仲裁”并存的现象,如同有纸币就有伪钞一样,并不是纸币制度本身所必然导致的问题,不能因为出现伪钞就取缔纸币。机构调解与临时调解各有千秋,但与“虚假调解”并无必然关联,应当通过提高司法确认的辨识水平杜绝“虚假调解”现象。

2019年8月7日《新加坡调解公约》向世界各国开放签字,赋予由调解所产生的和解协议,经缔约国主管机关审查,具有强制执行效力。《新加坡调解公约》与《纽约公约》、《选择法院协议公约》和《承认与执行外国民商事判决公约》相比肩,分别成为跨境执

<sup>⑮</sup> 张冰:《〈新加坡调解公约〉背景下我国法院执行国际商事和解协议的路径探索》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第27页。

行和解协议、仲裁裁决、司法判决的重要国际法依据。三年来,包括中国在内的 55 国先后签署了《新加坡调解公约》,已有 10 个签署国批准生效。随着《新加坡调解公约》逐渐被业界广泛认可,UNCITRAL 对之前的《调解规则》和《调解示范法》做了适时修订并于 2021 年制定了关于组织调解程序的解释性指导意见《调解安排说明》,特别对国际商事调解概念、调解员守则、与仲裁诉讼的关系、调解费用支付等做了更为清晰、严谨、明确而详细的阐述,这表明现代国际商事调解理论已基本成熟,机制建设已经形成,各国的相关立法正在进入统一化的快车道,处于世界“百年未有之大变局”的中国应该从观念和制度建设方面及时反省、变革,赶上这班国际私法的快车。

---

**Abstract:** After the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation coming into force, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has revised The Mediation Rules of 1980 and promulgated the new version, reflecting many new experiences and new ideas in the development of international commercial mediation. This article provides a detailed analysis of the new version of the UNCITRAL Mediation Rules (2021), and discusses the mediator code of conducts, mediation skills, and the psychological behavior of parties to mediation. It compares the mediation system development, and arbitration and litigation adjacent solution mechanism to do horizontal analysis, and also analyzes the possibility of publicly owned subjects participating in commercial mediation. The author points out that China urgently needs to improve the conceptual framework and mediation system, because currently in the field of mediation in China, a systematic framework is not yet in place and practitioners lack necessary commercial mediation training and skills.

**Keywords:** International Commercial Mediation Rules; code of conducts for mediators; Chinese mediation concept and system innovation

---

(责任编辑:孙保国)

# 多元共治视野下仲裁机构主动参与社会治理研究

张 建\*

---

**内容提要** 治理是在政治国家与市民社会互动的基础上,以调和利益冲突、建立共同认知、采取一致行动为目的的社会协同行为,仲裁是在当事人意思自治的基础上以法院以外的民间力量解决纠纷的替代性方法,二者之间具有理念上的契合性。支持仲裁融入社会治理,有助于在尊重民意的基础上调和矛盾、化解分歧,实现社会秩序的稳定。不过,我国立法对于仲裁的范围作了设定,可仲裁事项的范围较窄,导致仲裁在社会治理中能够发挥作用的的空间受到限制。为了充分挖掘仲裁的潜力,使其更好地服务于社会治理,有必要适当拓宽可仲裁事项的范围,明确仲裁机构的非营利法人属性,针对虚假仲裁构建有效的防范机制,从而铸造仲裁公信力。

**关键词** 仲裁机构 社会治理 多元参与 争议解决

---

## 一、治理的涵义及其与商事仲裁的内在关联

2022年10月16日,在中国共产党第二十次全国代表大会上,习近平总书记作了题为《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》的报告(以下简称“党的二十大报告”),报告提出:完善社会治理体系,健全共建共治共享的社会治理制度,提升社会治理效能,畅通和规范群众诉求表达、利益协调、权益保障通道,建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体。<sup>①</sup>作为英语国家的日常用语,“治理”(governance)这一概念可溯源至古典拉丁语中的“掌舵”(steering)一词,其原意是控制、引导、操纵,具体指的是在特定的事项范围内行使权威。<sup>②</sup>自二十世纪九十年代起,“治理”开始在公共管理领域和政治学领域得以推广,其潜在的涵义是:在充斥着

---

\* 张建,法学博士,首都经济贸易大学法学院副教授,硕士生导师,最高人民法院研修学者,研究方向为仲裁法。本文系北京市哲学社会科学基金重点项目《主动治理中的多元参与机制研究》(项目编号:22FXA002)的阶段性成果。

① 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,载人民网, <http://politics.people.com.cn/n1/2022/1026/c1024-32551597.html>,最后访问时间:2022年10月26日。

② 俞可平主编:《治理与善治》,社会科学文献出版社2000年版,第55页。

众多主体间不同利益的领域,通过采取特定的行动,使相关主体能够共同发挥作用,继而有效建立一致认同,以便实施某类计划、达成某种目标。<sup>③</sup>概言之,“治理”旨在达到的最佳状态是“善治”,而要达成此种目标,需要因势利导,采取相应的举措,以便弥合内在冲突、协调不同利益,采取联合行动。学术界常常将“治理”与“统治”进行相应的区分,指出前者是一种建立在政治国家与市民社会彼此互动、公共主体与私人机构相互协作基础上的正和博弈过程,而后者则是一种以政府为主导、自上而下的社会控制和社会管理模式。<sup>④</sup>近年来,随着政治、经济、文化、社会的快速发展,治理的适用范围得到了前所未有的拓展,治理的手段和方式日益优化,治理的理念得以完善,相关的学术研究日益繁荣,相关的治理实践不断取得新进展。<sup>⑤</sup>从研究视阈来看,治理的范围已经不再限于政治学和公共管理层面,而是逐步延伸至社会学、经济学、法学等各个领域。就内在维度而言,治理的对象充分涵盖了基层治理、农村治理、城市治理、地方治理、大学治理、公司治理、环境治理、社会治理、国家治理、全球治理等等。有学者指出,尽管治理这一表述在多种不同场合被广泛应用,但从实践中可以概括和提炼出其共性规律,即:治理的本质是一种动态的行动过程,它由多元主体紧密协同、良性互动,无论是借助于官方的权威抑或民间的力量,归根结底是为了维持特定秩序、满足公众需要,从而达到理想的善治状态。<sup>⑥</sup>

具体到社会治理的内涵和外延,学术界给出了不同的阐释。有学者侧重于社会治理的目标,将社会治理界定为:在社会领域中,从个人到公共或私人机构等各种多元主体,对其利益攸关的社会事务,通过互动或协调而采取一致行动的过程,其目标是维持社会的正常运行和满足个人和社会的基本需要。<sup>⑦</sup>有学者聚焦于社会治理的主体,从社会秩序的角度出发,对多元治理主体之间的关系进行了阐释,将社会治理界定为:在执政党领导下,由政府组织主导,吸纳社会组织等多方面治理主体参与,对社会公共事务进行的治理活动。<sup>⑧</sup>有学者试图探讨社会治理的本质,并指出:社会治理的本质就是组织权利的转移和重新在不同社会主体间进行分配,在地位平等和自愿的基础上达成有效合作,从而形成良性的协调及互动。<sup>⑨</sup>综合以上观点,在理解社会治理的涵义时,不应局限于从抽象的视角对其概念进行把握,更关键的是要回应谁来治理、治理什么、如何治理这几项关键问题。笔者认为,所谓社会治理,指的是在中国共产党的统一领导下,充分发挥政府、市场、社会三个领域的各自优势,通过共商共议、共建共享、共治自治的方式,有效化解制约社会发展的诸多矛盾和问题,从而构建富有活力、包容、公平、和谐的社会秩序的动态过程。

③ 魏纪冰:《多元利益主体共同治理机制研究》,中国科学技术大学博士学位论文,2006年。

④ 王家峰:《行政权的共和化:社会治理的一项分析》,南京大学博士学位论文,2011年。

⑤ 蔡益群:《社会治理的概念辨析及界定:国家治理、政府治理和社会治理的比较分析》,载《社会主义研究》2020年第3期,第149页。

⑥ 李坤轩:《社会治理法治化研究》,中国政法大学出版社2020年版,第3页。

⑦ 乔耀章:《从“治理社会”到社会治理的历史新穿越——中国特色社会治理要论:融国家治理政府治理于社会治理之中》,载《学术界》2014年第10期,第5页。

⑧ 王浦劬:《国家治理、政府治理和社会治理的基本含义及其相互关系辨析》,载《社会学评论》2014年第3期,第12页。

⑨ 周凡森、莫纪宏:《国家治理和社会治理的现代化与法治化》,载《治理现代化研究》2021年第2期,第5页。

作为一种重要的替代性纠纷解决机制,商事仲裁建立在当事人意思自治原则的基础上,由双方所共同信赖的仲裁员在遵循正当程序的基础上,就特定的合同纠纷或其他财产权益纠纷进行审理和裁断,最终作出受到法律所认可并且能保证强制实施的仲裁裁决,实现化解纠纷、定分止争的目标。鉴于商事仲裁既依托于私人之间的仲裁协议,又离不开法院的强制执行,且仲裁机构主要作为一种公益性的非营利法人,故而学术界普遍认为仲裁属于社会救济,它既不同于以国家强制力为基础的诉讼(公力救济),亦不同于单纯以私人间的协议为基础的调解(私力救济)。<sup>⑩</sup>笔者认为,无论是商事仲裁机制的兴起、运作抑或其发展、执行,都与社会治理(特别是基层社会治理)息息相关。仲裁事业的发展 and 仲裁机制的运用,关系到国家治理体系和治理能力的现代化。具言之,早在古希腊的神话故事和古罗马的史料当中,就有关于运用仲裁方式解决纷争的记载,足见仲裁承载了人类社会运用和平方式解决冲突、缓和矛盾的智慧。<sup>⑪</sup>但严格来讲,彼时的仲裁虽可称为由中立的第三方对当事人的争议加以裁断,但其并不是法学家创造的产物,而是民间自治的产物,裁决的执行主要依托于社群内部道德的约束。商事仲裁被立法所正式认可,并成为相对成熟的法律制度,主要是在十九世纪的欧洲国家,而其背后的社会基础,则是源自于商品经济的快速发展。<sup>⑫</sup>相比之下,早期的仲裁被认为是一种较为初级的、相对原始的私人间纠纷解决方式,是从事商品生产和交换的商人自发推举具有公信力的第三方对争议加以裁断,从而解决商贸纠纷。随着商品经济发展进入高级阶段,达到市场经济的水平,根植于市场经济基础上的仲裁制度也发生了转变,不仅其使用日渐频繁,且仲裁的理念、规则和模式也逐步趋于现代化,市场机制对自由、平等、高效等价值的追求,日渐融入了商事仲裁领域。<sup>⑬</sup>可以说,作为一种活跃于社会上的多元化纠纷解决机制,商事仲裁的存在本身就是一种颇为典型的社会治理实践样态。理想的社会治理旨在寻求“善治”,借助于合理的社会管理过程,追求公共利益的最大化,而现代化的商事仲裁制度则试图在灵活性与确定性两大目标之间寻求平衡,其立足于当事人意思自治,同时以遵循正当程序原则和确保裁决的合法性作为最终归宿,在确保纠纷解决程序公正性的基础上,寻求以高效的方式实现定分止争。

## 二、仲裁机构主动参与社会治理的必要性与可行性分析

### (一) 仲裁机构主动参与社会治理的必要性的分析

习近平总书记指出,法治建设既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病。<sup>⑭</sup>2018年12月,中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发了《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力

<sup>⑩</sup> 杨秀清:《协议仲裁制度研究》,法律出版社2006年版,第6页。

<sup>⑪</sup> 赵秀文:《国际商事仲裁及其适用法律研究》,北京大学出版社2002年版,第1页。

<sup>⑫</sup> 赵生祥主编:《海峡两岸商务仲裁制度比较研究》,法律出版社2010年版,第3页。

<sup>⑬</sup> 刘晓红主编:《仲裁“一裁终局”制度之困境及本位回归》,法律出版社2016年版,第4页。

<sup>⑭</sup> 林珊珊:《法治建设更要抓前端治未病》,《学习时报》2021年4月14日,第2版。

的若干意见》,该意见第11条明确提出:支持仲裁融入基层社会治理。该表述实际上充分彰显了仲裁在我国经济社会发展中的重要价值,同时亦表明了党中央与国务院对于仲裁在国家治理体系中所发挥的作用的高度认可。

仲裁机构主动参与社会治理,有其内在必要性:首先,“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”是推进社会治理体系和治理能力现代化的重大课题。<sup>⑮</sup>由于存在供给侧与需求侧之间的失衡,以司法权和行政权为代表的公共权力,在化解社会矛盾方面存在缺陷,这导致许多诉讼案件和行政争议常常面临久拖不决的困境。相比之下,仲裁作为非诉讼纠纷解决机制,能够更加积极、主动地适应社会主要矛盾的新变化,从而在很大程度上弥补公力救济的不足,有必要对其在社会治理中的功能和作用加以重视。

其次,现行仲裁实践仍有有待挖掘的潜在利用价值。社会矛盾如果得不到及时的化解,很可能引发冲突的升级,甚至出现大量的诉讼案件。探索仲裁机构主动参与社会治理,是推动重心前移、力量下沉、内外衔接的必然要求,也是加快构建高水平一站式多元解纷体系,积极推动基层社会治理体系和治理能力现代化的优选方案。自我国《仲裁法》颁行二十多年来,仲裁着重于解决狭义上的商事纠纷,即合同纠纷和财产权益纠纷。从争议解决的成本角度分析,尤其是就收费标准而言,相比于运用诉讼方式解决纠纷,仲裁的收费标准更加适合于争议金额相对较大的商务争议。这使得仲裁的目标受众主要是公司或其他商事交易从业者。但是,这样却客观上制约了仲裁在基层争议解决方面的效用,特别是仲裁相比于诉讼而言具有高效性、灵活性、自治性等优势。如果仲裁机构能够以更加积极、主动的态度参与到乡村、街道、社区的基层社会治理中,可以激活其潜能,妥善地处理好人民群众在日常生活所发生的涉及财产权益的民事纠纷,真正达到全国仲裁事业发展中所希望实现的“案件受理多样化、纠纷处理多元化”。<sup>⑯</sup>而所谓社会治理,其本质上正是为了预防和化解各类社会矛盾,有效推动和促进社会主义市场经济的健康有序发展。要达到理想的社会治理状态,重点是要回应三个基本命题:谁来治理?治理什么?通过怎样的方式或者按照哪种标准来进行治理?将仲裁机构融入社会治理,实际上为社会治理提供了一个新的选项。

再次,在过往的社会治理经验中,我国已经综合运用各类机构和机制,如人民法院、行业协会、行政规制、人民调解、基层群众自治等,相比于这些已有的选项,仲裁建立在当事人合意的基础上,以双方对仲裁的共同选择作为前提,最终又以作出令当事人大体上满意的解决方案作为归宿,且仲裁裁决本身具有法律所认可的强制执行力,这是仲裁所

<sup>⑮</sup> 龙飞:《“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的实证研究——以重庆法院实践为样本》,载《法律适用》2019年第23期,第76页。

<sup>⑯</sup> 具体而言,仲裁工作“两化”试点的主要内容区分为案件受理多样化与纠纷处理多元化两个方面。对于前者,特指在继续加大受理商事纠纷力度的同时,根据仲裁法的规定,积极面向社会各个领域广泛受理涉及财产权益的民事纠纷,尽可能多地解决社会矛盾。目前部分仲裁机构正在进行的纠纷受理探索,除法律明确规定不属仲裁受理的事项外,都可纳入试点受理范围,也可以探索与有关国家机关和行业组织合作,将涉及财产权益的争议先行引入仲裁处理。对于后者,特指树立少敲锤子、多解扣子的纠纷处理观念,避免靠简单裁决方式解决矛盾,积极探索运用调解和解、仲裁确认、友好仲裁、工程评审、仲裁斡旋和谈判等方法解决纠纷,尽可能使争议中的各方当事人都能满意。

独有的优势所在。由此可见,将仲裁融入社会治理,鼓励仲裁机构主动参与社会治理,既是当前社会矛盾化解的大势所趋,也符合我国仲裁事业加速发展的内在需求。

## (二) 仲裁机构主动参与社会治理的可行性分析

仲裁机构主动参与社会治理,具有可行性:首先,从法律上看,仲裁机构主动参与社会治理,是法律所容许的。换言之,仲裁机构发挥主观能动性,对基层社会当事人之间的矛盾加以调处,并不违反法律的规定。具体来看,基层社会的矛盾不像专业的商事纠纷,前者的发生具有即时性,常常难以预见,不宜苛求当事人必须在前期已经事先订立仲裁协议,而需要仲裁机构适当主动介入,以示范仲裁条款为基础,引导当事人订立仲裁协议或援引标准仲裁协议,并在此基础上受理案件。<sup>①⑦</sup> 仲裁机构和仲裁员在实际参与基层社会治理时,并不完全依据实体法,常常受到社会习俗、公众道德、私人情感等法外因素的影响,故其更加需要秉持公允及善良原则开展友好仲裁,而非严格依据法律规范展开的依法仲裁。友好仲裁制度的存在,恰恰给这种做法提供了合法性基础。<sup>①⑧</sup>

其次,仲裁机构主动参与社会治理,其裁决结果受到法院的支持与协助。商事仲裁制度的产生与发展,背后折射出了政治国家与市民社会之间的二元互动。<sup>①⑨</sup> 一方面,仲裁机构虽然多为民间性的私人纠纷解决机构,但是其客观上行使着“准司法权”,其所作出的仲裁裁决具有法律所认可的强制力,除非受到法院的撤销或不予执行,否则可以产生一裁终局的效力,这恰恰是政治国家所象征的公共权威;另一方面,仲裁机构的管辖权在很大程度上来源于当事人的合意授权,且仲裁的审理范围严格限于当事人在仲裁协议中约定的争议事项,无论是仲裁员的选任,程序的进行,还是证据的处理,乃至仲裁的法律适用,都首先取决于当事人的意愿,故而这明显具有市民社会的印记。恰恰是这种司法权属性与契约属性的耦合,使得仲裁在化解社会矛盾、实现社会治理方面具有难以取代的优势,其可行性不言而喻。

再次,仲裁机构主动参与社会治理,有助于实现仲裁的社会价值,提升社会矛盾化解和法治化水平。法治是社会治理的基本范式,但对于法治的理解并不仅限于司法,还包括仲裁等民间性的纠纷解决手段。仲裁机构主动参与社会治理,有助于提升社会上矛盾化解、争议解决的法治化水平。并且,仲裁机构与仲裁员通常具有运用法律解决问题的专业技能和实务经验,形成了法治的逻辑思维,并且严格遵循争议解决的法定程序,相应地,争议解决的结果经得住司法的审查。基层社会矛盾的治理,需要以更加高效、便捷的方式达到“快刀斩乱麻”的效果。仲裁机构和仲裁员面临此类争议,不但需要严格恪守仲裁法和仲裁规则关于审限和时效的规定,而且需要在此基础上更进一步,尽可能在征得双方一致同意的基础上采用快速程序或简易程序,从而平息矛盾、缓和纷争,维护好社

<sup>①⑦</sup> 参见贺万忠:《论涉外商事交易中的仲裁条款援引问题——以〈仲裁法解释〉第十一条(仲裁条款的援引)规定为基点》,载《国际法学期刊》2020年第4期,第130页。

<sup>①⑧</sup> 参见向磊:《论友好仲裁与依法仲裁的辩证关系》,载《社会科学家》2021年第6期,第112页。

<sup>①⑨</sup> 涂卫:《商事仲裁机构监管与治理机制的学理阐述——一种“国家—社会”的分析框架》,载《河北法学》2013年第5期,第183页。

会秩序的稳定与群体内部的和谐。<sup>②①</sup>

最后,仲裁机构主动参与社会治理,在主观上更容易被治理的对象所接受。仲裁机构在社会治理中扮演着相对平和的角色,特别是在我国数十年的仲裁工作中,积累了一系列独具特色的中国经验,如仲裁与调解相结合。具体而言,仲裁员在对仲裁案件进行审理的过程中,可在征得双方当事人同意的基础上开展调解,结合双方不同的利益诉求,寻求相对折中的、可能被接受的方案,从中调和矛盾。由此,有助于降低争议解决的对抗性色彩,从而将法律之外的因素纳入考虑,具体包括但不限于未来可持续的商业合作、乡规民约、情感认同、习惯风俗等,由此可以更加有效地排解纷争,降低争议解决的社会成本。

概言之,仲裁机构主动参与社会治理,不仅具备必要性,也具备可行性,国家对于仲裁机构参与社会治理寄予厚望。<sup>②②</sup>但与此同时,仲裁机构在主动参与社会治理方面,也面临一些制度和实践层面的困境。

### 三、仲裁机构主动参与社会治理的困境与风险

#### (一) 可仲裁事项较窄,限制仲裁发挥治理功能

如前所言,仲裁在世界各国已经成为一种正式的诉讼外争议解决机制,其不仅可以有效缓解司法机关的诉讼压力,而且可以给当事人提供一种相对私密、更加契合于商事需要的解纷模式,故而备受青睐。不过,普遍认为,仲裁并不能够解决所有的社会矛盾,并非所有的案件类型都可以由仲裁机构和仲裁员受理,对于那些关系到国家和社会稳定的纠纷,原则上只能由国家公权力机关予以审判和裁决。<sup>②③</sup>为此,在各国的仲裁立法和仲裁学术研究中,逐渐确立了可仲裁性这一概念。这事实上为仲裁参与基层社会治理划定了范围。所谓可仲裁性,针对的是特定社会纠纷,只有那些具备可仲裁性的纠纷,当事人方可约定通过仲裁方式解决,对于不具备可仲裁性的纠纷,则只能向司法机关提起诉讼寻求解决。可仲裁性的划定,直接关系到仲裁的受案范围,其通常由各国的仲裁立法加以规范。目前,世界各国关于可仲裁性的规定,大致有三类方式:其一,抽象概括式,即立法并不对可仲裁事项加以一一列举,而是采取特定标准用以明确哪些争议可以通过

<sup>②①</sup> 参见孙巍:《联合国贸法会〈快速仲裁规则〉第16条评注》,载《国际法研究》2022年第1期,第114页。

<sup>②②</sup> 李蕤、张庆元:《多元共治与软硬兼施:粤港澳大湾区纠纷解决机制的演进及展望》,载《地方法制评论》2020年第6期,第91页。

<sup>②③</sup> 例如,在陕西凯莱斯科耀瓷文化股份有限公司与铜川市国土资源局案中,法院认定,国有建设用地使用权出让合同属于行政协议,不是平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷,不可以仲裁,故撤销了涉案仲裁裁决。陕西省铜川市中级人民法院(2018)陕02民特4号民事裁定书。

仲裁方式解决,如《瑞士国际私法法案》第 177 条<sup>②③</sup>;其二,具体列举式,即通过正面列举或反面列举的方式详细规范哪些争议事项可以仲裁、哪些争议事项不可仲裁,如《法国民法典》第 2060 条<sup>②④</sup>;其三,综合式,即在立法上兼采抽象概括式与具体列举式两类方式来界定可仲裁事项的范围,且通常以概括性规定为主、否定式列举为辅,如我国《仲裁法》第 2 条及第 3 条。<sup>②⑤</sup>我国仲裁立法对于可仲裁事项的限制,具体体现为其仅允许平等主体之间的合同纠纷或其他财产权益纠纷提交仲裁,排除了行政纠纷、婚姻家庭纠纷的可仲裁性,这客观上限制了仲裁发挥基层社会治理的功能。

在仲裁司法审查实践中,只有仲裁裁决所裁断的争议事项属于法定和约定的可仲裁事项之内,且没有超出当事人的仲裁请求和反请求,方可得到法院的强制执行,否则仲裁裁决可能会因为“超裁”而被法院不予执行乃至被撤销。<sup>②⑥</sup>学理上通常认为,据以判定争议事项可仲裁性的标准主要有三个方面,即:争议主体的平等性、争议事项的可处分性及可和解性、争议内容的财产性。不过,各国关于可仲裁性的规定千差万别,有的国家趋于宽松,有的国家相对收紧,这样在实务中容易引发法律冲突。事实上,1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称“《纽约公约》”)第 5 条第 2 款第 1 项明确将争议事项不具有可仲裁性作为拒绝承认及执行外国仲裁裁决的法定事由。<sup>②⑦</sup>譬如,当事人约定在甲国审理的仲裁案件,仲裁庭按照仲裁地法律的标准认定争议事项可予仲裁并在此基础上进行了审理、作出了裁决,但该仲裁裁决在乙国法院的承认与执行阶段,如果乙国仲裁法关于可仲裁性的标准相对严苛,则法院很可能拒绝承认和执行该甲国裁决。<sup>②⑧</sup>如此,显然大大制约了仲裁机构主动参与社会治理,导致很大一部分争议无法纳入仲裁的受案范围,更无法拓展仲裁在提升国家治理能力现代化中的影响力。

<sup>②③</sup> Article 177 of Swiss Private International Law Act: (1) Any claim involving a financial interest may be the subject-matter of an arbitration. (2) Where a party to the arbitration agreement is a State, or an enterprise held by, or an organisation controlled by a State, it may not invoke its own law in order to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be a party to an arbitration. [https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA\\_Translation\\_English.pdf](https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA_Translation_English.pdf), last visited Dec.19, 2022.

<sup>②④</sup> Article 2060 of French Civil Code: One may not enter into arbitration agreements in matters of status and capacity of the persons, in those relating to divorce and judicial separation or on controversies concerning public bodies and institutions and more generally in all matters in which public policy is concerned. However, categories of public institutions of an industrial or commercial character may be authorized by decree to enter into arbitration agreements. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>, last visited Dec. 19, 2022.

<sup>②⑤</sup> 宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社 2000 年版,第 120 页。

<sup>②⑥</sup> 例如,在达米埃塔国际港务公司诉达米埃塔港务局案中,埃及最高法院认定涉案特许权协议属于行政合同而非民事合同,按照埃及的仲裁立法,行政合同纠纷不具有可仲裁性,故即便当事人在特许权协议中约定了仲裁条款且仲裁庭据此作出了仲裁裁决,但仲裁庭对本案争议不具有合法的管辖权,故最终撤销了涉案仲裁裁决。Henry Simpson, *Egyptian concession contracts: no longer arbitrable? Egypt's Cassation court sets aside Damietta Port Authority US\$490 million ICC award*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/egyptian-concession-contracts-no-longer-arbitrable-egypts-cassation-court-sets-aside-damietta-port-authority-us490-million-icc-award/>, last visited Oct.26, 2022.

<sup>②⑦</sup> 杜新丽:《国际商事仲裁理论与实践专题研究》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 5 页。

<sup>②⑧</sup> 杨月萍:《论国际商事仲裁中争议事项可仲裁性的法律适用》,载《温州大学学报(自然科学版)》2011 年第 3 期,第 38 页。

## （二）仲裁机构法律属性不明确，内部治理机制混乱

作为仲裁发挥社会治理功能的核心载体，关于中国仲裁机构的法律性质和法律地位缺乏明确的界定，这对于中国仲裁事业的持续、长久发展形成了阻碍。我国现行《仲裁法》将机构仲裁规定为唯一合法的仲裁形式，并将“仲裁委员会”规定为仲裁机构唯一的组织形式，由此形成独具特色的仲裁法律制度体系，即没有临时仲裁而只有机构仲裁的局面。在这种摒弃临时仲裁的立法思路下，全国各地纷纷设立或重新组建仲裁机构，商事仲裁事业蓬勃发展，仲裁员队伍不断壮大。但学界与实务界逐渐出现了一些针对于我国仲裁机构行政化、仲裁程序诉讼化、仲裁活动司法化的批评。<sup>②⑨</sup>在相当长的一段时期内，全国多数仲裁机构由其办公室或秘书处作为日常办事机构，由其负责具体解决仲裁开户、收费、完税、工资发放、仲裁程序以及相关后勤保障事宜。相比之下，不同仲裁机构的办事处和内设机构参差不齐，对于自身的性质有不同的定位，有的按照参公单位对待，有的作为全额拨款的事业单位，有的是差额拨款的事业单位，还有的实行全额自收自支。总而言之，我国未就仲裁机构进行明确定性，仲裁机构设置没有统一的名称、要求与标准。<sup>③⑩</sup>在部分省份，甚至出现了违法设立仲裁机构的乱象，对仲裁依法参与社会治理造成了消极影响。<sup>③⑪</sup>

结合基本民商事立法，有观点结合仲裁机构所从事的活动，将仲裁机构归类为《中华人民共和国民法通则》（以下简称“《民法通则》”）第三章所规定的事业单位法人。<sup>③⑫</sup>不过，《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）改变了《民法通则》所采用的法人分类体系，将法人区分为营利法人、非营利法人、特别法人。<sup>③⑬</sup>其中，非营利法人又包括了事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构。根据新的归类方式，将中国内地的仲裁机构定位为提供社会服务的非营利法人，更为适宜。对于仲裁机构法律性质的界定，需要从两个层面加以探讨：对外，仲裁机构究竟具备何种法律属性？如果仲裁机构依附于政府机构，没有取得财政人事上的独立性，无疑将导致其在社会治理中出现与政府的公共治理相同的困境；对内，仲裁机构自身应设置哪些内部机构，如何塑造合理的内部治理结构，怎样作出中立客观且妥当的决策等。如果不能明确仲裁机构的法律属性和治理结构，则很难期望其在社会治理中发挥应有的作用。

## （三）虚假仲裁现象存在，有损于仲裁公信力建设

所谓虚假仲裁，指的是仲裁的双方当事人恶意串通，以虚构的事实或捏造的证据为

<sup>②⑨</sup> 蔡元培：《仲裁机构“去行政化”的两种模式》，载《北京仲裁》2015年第1期，第162页。

<sup>③⑩</sup> 袁发强主编：《中国商事仲裁机构现状与发展趋势研究》，复旦大学出版社2011年版，第64页。

<sup>③⑪</sup> 例如，河北省司法厅于2017年8月公开发布声明称，石家庄仲裁委员会与河北省银行业协会设立的河北金融仲裁院，并未在河北省司法厅依法进行注册登记，属非法仲裁机构，其所有以该机构名义进行的仲裁行为也是违法行为。参见王芻：“河北省司法厅称‘河北金融仲裁院’是非法机构，主管单位否认”，载澎湃新闻：[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1761066](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1761066)，最后访问时间：2022年10月24日。

<sup>③⑫</sup> 易丽丽：《北仲：事业单位去行政化的范本》，载《决策》2012年第10期，第70页。

<sup>③⑬</sup> 《民法典》将法人区分为营利法人、非营利法人、特别法人。其中，非营利法人特指为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，具体涵盖社会团体、基金会、社会服务机构等。

基础,向仲裁机构申请仲裁的行为。虚假仲裁是仲裁参与社会治理中应当特别注重防范的风险,此类现象的存在,不仅对国家、集体或案外人的合法权益造成侵害,而且有损于仲裁的公信力,亟待予以规制和治理。<sup>③4</sup> 通常认为,仲裁不同于诉讼,前者具有较强的契约性色彩,仲裁管辖权的确立、仲裁程序的推进、仲裁裁决的作出都建立在有效仲裁协议的基础上。而仲裁协议在本质上属于一种合同,其具有相对性,原则上仅约束双方当事人。这客观上导致仲裁程序具有保密性、封闭性的特点,原则上不允许第三人参加仲裁程序,且仲裁裁决仅对当事人产生拘束力、执行力。<sup>③5</sup> 不过,这并不意味着仲裁裁决无损于案外人的利益。依据《民法典》第 229 条之规定,仲裁机构的生效法律文书具有物权变动的效果,且此种效果自法律文书生效时产生。实践中,生效的仲裁裁决不仅具有强制执行力,而且产生司法所认可的预决力,债权人可以直接向法院申请执行具有给付内容的仲裁裁决,进而取得特定的财产权益,而此种物权变动效果常常会触及第三方的利益。例如,当债务人负有多项债务时,其如果与其中一位债权人恶意串通,虚构或夸大债权并经过仲裁裁决的确认和执行,将大大降低乃至完全剥夺其他债权人的受偿比例。对此,如果不能赋予仲裁案外人以有效的救济途径,很可能导致仲裁程序被当事人滥用,并成为损害利益相关方的工具,这种状况的存在,不仅破坏了仲裁在社会治理方面的功能,而且对市场经济秩序造成冲击,无益于维护仲裁的公信力。<sup>③6</sup>

#### (四) 公众对仲裁的认知度较低,仲裁市场化水平不强

要促使仲裁机构主动参与社会治理,首要的前提是使社会公众了解仲裁,信赖仲裁,愿意选择仲裁。但目前,相比于法院诉讼、人民调解等争议解决方式,仲裁(尤其是商事仲裁)的社会认可度相对较低,这客观上导致仲裁机构的客户与目标群体更多以商人和公司为主。对于普通民众而言,其对仲裁的接触和认知主要是劳动争议仲裁、农村土地承包经营纠纷仲裁,殊不知,仲裁还可以用于处理大量的合同纠纷和财产权益纠纷,亦可处理体育纠纷、金融纠纷、知识产权纠纷、反垄断纠纷等争议。对于仲裁机构而言,需要具备服务意识,培育市场竞争的观念,塑造自身的品牌文化。特别是,多数仲裁机构处于相对被动的状态,缺乏主动介入矛盾化解和仲裁宣传推广的意识,这样既失去了一部分争议解决的机会,也错过了通过争议解决而实现社会治理技能的最佳契机。当然,造成这种情况的原因是多元的,其中一个原因是我国的仲裁委员会具有较强的地域性,与基层民众存在一定的距离感,社会群体的仲裁意识滞后于仲裁制度本身的发展水平和发展速度。<sup>③7</sup> 根据《仲裁法》的相关规定,我国的仲裁委员会最低只在设区的市设立,虽然个别仲裁委员会开始在区县一级设置相应的分支机构或办事处,但其显然无法达到人民调解一样的状态,亦无法在基层社会治理中充分发挥强有力的作用。

<sup>③4</sup> 马贤兴:《虚假诉讼与虚假仲裁的治理路径》,载《人民检察》2018年第3期,第75页。

<sup>③5</sup> 汪勇钢、陈伟君:《在幻象中寻求突破:虚假仲裁现象研究——兼议案外人取消仲裁裁决异议之诉制度的构建》,载《法律适用》2012年第1期,第103页。

<sup>③6</sup> 董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第68页。

<sup>③7</sup> 梅傲:《仲裁机构地域性困局究因》,载《河北法学》2020年第9期,第125页。

## 四、仲裁机构主动参与社会治理的路径与方案

### (一) 扩大受案范围,拓宽基层仲裁服务领域

仲裁立法关于可仲裁事项的规定,直接决定了仲裁机构的受案范围和法院对仲裁进行司法审查的边界,可谓“牵一发而动全身”。固然,仲裁有其特定的适用范围,不能指望仲裁承担全部的社会治理责任,更不能指望仲裁承担全部的治理责任,但是却可以通过可仲裁事项的放宽来延展其适用范围,使仲裁更广泛地发挥社会治理功能。为此,笔者建议在仲裁法总则部分设置专门条款规范本法的适用范围与可仲裁性,一方面从正面明确本法所适用的受案范围,另一方面对具有可仲裁性的判定标准予以概括,同时对不具有可仲裁性的纠纷类型及本法不适用的仲裁予以明确排除。仲裁天然具有国际化、自治性、灵活性等优势,融合了当事人意思自治的理念与高效解决纠纷的宗旨,符合商业交往的现实需求。也正因如此,要想提升仲裁在基层社会治理方面的功能,既要处理好现有的商事纠纷,还要将视野投向广阔的基层社会矛盾。近些年来,具有可仲裁性的争议事项范围总体上呈现出扩张的趋势。在《仲裁法》修订过程中,对于可仲裁性的重新界定,应以争议解决实践的需求作为立足点,对可以通过仲裁解决的争议事项予以适当扩张。

就其外延来看,可仲裁性具体涵盖了主观可仲裁性与客观可仲裁性两个层面,就主观角度而言,现行法局限于平等主体之间的合同纠纷或其他财产权益纠纷,为了使非平等主体之间的争议,尤其是外国投资者与东道国政府间的争端纳入《仲裁法》的调整范围,首先有必要对平等主体的界定予以解禁,从尊重当事人意思自治的视角出发,着眼于争议本身的可处分性。其次,从争议类型角度界定,当下,体育仲裁、反垄断仲裁、证券仲裁、金融仲裁、消费者纠纷仲裁、税收争议仲裁、跨境电商仲裁等新形态的仲裁类型已经进入公众视野,拓宽可仲裁性的范围,可以从立法层面对仲裁实践的创新予以肯定,为法治创新提供有力支撑。

就立法体例而言,可仲裁性的界定直接关系到仲裁受案范围的重新调整,该问题不仅直接涉及《仲裁法》总则的条文更新,还对仲裁协议效力认定、仲裁裁决撤销以及不予执行等重要程序环节具有影响,为了体现法律的内在契合性和体系上的协调一致性,对于具有特殊性的新型仲裁程序,有独立成编并专门规范的必要。譬如,投资仲裁因关系到东道国政府参与仲裁程序及执行仲裁裁决,不可避免地需要协调好其与国家豁免立法的关系。再比如,《电子商务法》已对电商平台经营者建立在线争议解决机制作出了制度安排,《仲裁法》关于程序安排的架构需要符合电商平台自身的特点。总之,为了保障立法体例的科学性,《仲裁法》与其他法律法规之间以及《仲裁法》总则与仲裁协议、仲裁裁决撤销及执行等其他章节的关系,需要平衡与协调。

### (二) 促进仲裁机构去行政化,明确其非营利法人属性

仲裁机构的法律定位及其内部架构,在很大程度上决定了其能够在社会中发挥何种

治理效能。目前,学术界比较公认的观点是,仲裁机构是一种以提供争议解决法律服务为核心功能的公益性、非营利机构。政府主导型的仲裁机构很容易产生行政化倾向,而行政监管过度又会反过来使仲裁机构更加依赖于政府的公共支持。理想的仲裁机构应当是一种民间性、自治性的非营利法人,其赖以存在和持久发展的内在驱动力应当更多地来源于市场的竞争和当事人的信赖。为了避免仲裁机构受到过度的政府监管,有必要构建全国性或地方性的仲裁协会,作为规范仲裁事业发展、仲裁机构治理的主要载体。<sup>③⑧</sup>目前,部分仲裁机构已经开始尝试并探索以理事会为决策主体的内部治理结构,创新运行监督机制和服务模式,取得了显著成效,典型如深圳国际仲裁院、海南国际仲裁院。<sup>③⑨</sup>部分地方仲裁委员会同时挂牌某某国际仲裁院或国际仲裁中心(如北京国际仲裁中心、深圳国际仲裁院、海南国际仲裁院、北海国际仲裁院),其某某国际仲裁院皆由当地政府以政府规章或规范性文件等方式批准设立。

为了维护仲裁的私法自治理念,首先需要明确仲裁机构的非官方性、独立性和民间性。<sup>④⑩</sup>2021年,司法部公布《仲裁法(修订)》(征求意见稿),其中将仲裁机构定位为非营利法人,该定位有助于促使仲裁机构更好地参与社会治理。具体而言,结合《民法典》构建的法人分类体系,我国仲裁机构属于非营利法人中的社会服务机构。对于仲裁机构法律地位的改革,应针对各仲裁机构的实际情况逐步进行,并以对外开放和市场竞争作为基础,促使仲裁机构能够更加积极、主动地融入社会治理,一方面,应当取缔违法跨区域设立的仲裁委员会及其分会;<sup>④⑪</sup>另一方面,应当按照当事人的意思自治实现仲裁市场的优胜劣汰,由市场主体决定并淘汰无法转型的仲裁机构。<sup>④⑫</sup>此外,组建中国仲裁协会,有助于形成政府之外的行业自治,从而实现对仲裁机构有效的外部监督。<sup>④⑬</sup>

### (三) 仲裁机构与司法机关综合施策,防范虚假仲裁

虚假仲裁作为仲裁功能异化的产物,亟待通过法律手段加以规束,同时对利益受损的案外人提供相应的救济途径。<sup>④⑭</sup>近年来,越来越多的仲裁机构注意到了虚假仲裁对仲裁公信力的冲击,于是在受理案件及审理案件的过程中,试图积极主动地去识别和应对虚假仲裁,这无疑有助于从源头控制此类现象的发生。<sup>④⑮</sup>为此,部分仲裁机构专门发布了防范虚假仲裁案件的指导意见,起到了较好的示范效应。

除仲裁机构外,法院可以在仲裁裁决执行、仲裁裁决撤销阶段对虚假仲裁进行规制。具言之,仲裁裁决撤销程序的启动包括依申请和依职权两类,尽管《仲裁法》第58条只

<sup>③⑧</sup> 涂卫:《仲裁机构监管与治理机制研究》,法律出版社2015年版,第133页。

<sup>③⑨</sup> 吴斌、漆染:《创新法人治理模式:深圳国际仲裁院的探索》,载《中国机构改革与管理》2015年第4期,第26页。

<sup>④⑩</sup> 姜丽丽:《论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》,载《比较法研究》2019年第3期,第142页。

<sup>④⑪</sup> 练情情:《清远仲裁委广州“开分店”》,载搜狐网, [https://www.sohu.com/a/158553\\_100553](https://www.sohu.com/a/158553_100553),最后访问时间:2022年10月26日。

<sup>④⑫</sup> 靳也:《“两区”建设背景下北京市法律服务市场的对外开放》,载《北京社会科学》2022年第6期,第25页。

<sup>④⑬</sup> 谭启平:《论我国仲裁机构的法律地位及其改革之路》,载《东方法学》2021年第5期,第150页。

<sup>④⑭</sup> 李贤森:《现行法律框架内对虚假仲裁案外人权益保护的路径探讨》,载《北京仲裁》2016年第1期,第20页。

<sup>④⑮</sup> 杨秀清:《虚假仲裁与案外人权益保护——实体法与程序法之理论阐释》,载《政法论丛》2021年第2期,第77页。

允许仲裁当事人申请撤销裁决,但是该条款同时赋予法院适用“社会公共利益”条款对裁决加以主动审查和依职权撤销的权力。<sup>④⑥</sup>此外,对于那些进入到执行程序中的仲裁裁决,如果在执行阶段识别出虚假仲裁,最高人民法院2018年发布的《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第9条、第18条赋予了案外人向法院申请不予执行仲裁裁决的权利。<sup>④⑦</sup>据此,案外人也有权直接向人民法院申请不予执行仲裁裁决,这是对传统商事仲裁相对性的突破,但也是维护仲裁公信力的创新举措。<sup>④⑧</sup>当然,不予执行制度的价值在于阻却仲裁裁决的执行力,但是并不因此否认裁决的既判力,故而事实上仍然允许案外人另行起诉,就其因虚假仲裁所遭受的损害寻求索赔。<sup>④⑨</sup>

再者,检察机关作为国家法律监督机关,其不仅有权力就民事诉讼活动进行监督,亦有权就仲裁活动进行监督,从而规范法律秩序。特别是,如果检察机关在对仲裁裁决执行进行监督期间识别出虚假仲裁,不仅可以向人民法院提出关于仲裁司法审查的检察建议,而且可以对参与或共谋虚假仲裁活动的当事人追究刑事责任。鉴于刑法的谦抑性特点,以检察监督的方式治理虚假仲裁堪称仲裁公信力的最后一道防线,但也是惩戒力最严、威慑力最强的一种治理机制。<sup>⑤⑩</sup>由此,针对虚假仲裁这一现象的防范与治理,我国已经初步构建起了以仲裁机构、人民法院、检察机关为主体,以民事责任、刑事责任为手段的“阶梯式治理”体制。需要注意的是,规制和治理虚假仲裁,其重点应在于“疏”而不在于“堵”。在多元参与的基础上,为了避免因职权不清、责任不明导致治理失效,应以共治为理念,提升机构间的协同治理效果。<sup>⑤⑪</sup>

#### (四) 打造一站式多元纠纷解决机制,铸造仲裁公信力

仲裁法律制度具有高效公正、保密权威、程序简捷、一裁终局等特点和优势,适合化解乡镇、街道基层发生的民商事纠纷和其他财产权益类纠纷,融入基层社会治理有广阔的发展空间。要促进仲裁以公允、中立的角色积极主动地参与社会治理,需要满足的前提条件是实现仲裁机构外部治理的法治化。<sup>⑤⑫</sup>如前所述,我国的仲裁机构主要成立于设区的市,其与区县等基层社会存在距离,导致社会公众的仲裁意识淡薄。为此,可以通过打造一站式多元纠纷解决平台的方式,在仲裁、调解、诉讼之间形成衔接机制。具体而言,仲裁机构可以视情形决定在基层公共法律服务站设置办事点,或吸纳基层的专业人士作

<sup>④⑥</sup> 陕西省高级人民法院《关于审理涉及国内民商事仲裁案件若干问题的规定(试行)》第23条首次赋予仲裁案外人、利害关系人申请撤销虚假仲裁裁决的权利,将《民事诉讼法》中关于第三人撤销之诉制度移植到了仲裁司法审查领域。

<sup>④⑦</sup> 宋连斌、陈曦:《仲裁案外人权利救济制度的反思与再造——从案外人申请不予执行仲裁裁决制度切入》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第89页。

<sup>④⑧</sup> 黎弘博:《案外人申请不予执行仲裁裁决的司法适用研究——以〈仲裁执行规定〉第9条、第18条为中心》,载《北京仲裁》2019年第3期,第41页。

<sup>④⑨</sup> 武振国:《论虚假仲裁的规制——兼评案外人申请不予执行仲裁裁决》,载《北京仲裁》2018年第4期,第57页。

<sup>⑤⑩</sup> 张纳:《仲裁司法审查案件的检察监督现状及建议》,载《中国检察官》2020年第12期,第40页。

<sup>⑤⑪</sup> 牛鹏:《从“阶梯式治理”走向“协同治理”——我国虚假仲裁治理的另一种思路》,载《仲裁研究》2021年第1期,第45页。

<sup>⑤⑫</sup> 屈茂辉、刘君之:《论仲裁机构外部治理法治化》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期,第17页。

为仲裁联络点,由他们对仲裁进行宣传推广的同时,就特定的矛盾予以初步受理,在审查符合立案条件后再交予仲裁机构介入。特别是,对于社会矛盾频发、纠纷聚集、诉源集中的地域,仲裁机构需要主动、即时地参与争端预防,尽可能在早期预先化解社会风险,构建起安全风险的防范、化解、评估与报告一体化机制,维护基层社会安全和谐。<sup>⑤③</sup>目前,我国部分地区已经开始展开仲裁融入基层社会治理的试点。例如,为充分发挥民商事仲裁在参与基层社会治理,公正及时化解社会矛盾,促进基层社会稳定中的重要作用,安徽省滁州市司法局印发《仲裁参与基层社会治理工作的试点方案》,决定开展仲裁参与社会治理试点工作。<sup>⑤④</sup>该方案确定了由党委领导、政府主导、仲裁融入、协同推进的基本原则,明确在基层群众自治组织内部设立仲裁服务中心,在试点基层公共法律服务站设立仲裁服务工作室,具体负责仲裁法律知识宣传,接受仲裁法律咨询,提供仲裁法律服务,参与基层社会矛盾化解和依照有关规定受理及处理仲裁案件等工作。

---

**Abstract:** Governance is based on the interaction of the political state and civil society, whose aim is to mediate conflicts, to establish common cognition, and to act in concert for the purpose of social coordination. Arbitration is on the basis of party autonomy in folk strength, which is deemed as one of the alternative way to solve disputes outside of court. Governance and arbitration have the conceptual compatibility. Supporting the incorporation of arbitration into social governance will help to resolve conflicts and resolve divergences on the basis of respecting public opinion, and to achieve social order stability. However, China's legislation has set requirements on the scope of arbitration, and the scope of arbitrable matters is relatively narrow, resulting in the limited space for arbitration to play a role in social governance. In order to fully tap the potential of arbitration and to make it better serve social governance, it is necessary to appropriately broaden the scope of arbitrable matters, and clarify the non-profit legal person nature of arbitration institutions, and construct effective prevention mechanism against false arbitration, so as to cast the credibility of arbitration.

**Keywords:** arbitral institution; social governance; multiple participation; dispute resolution

---

(责任编辑:黄晨亮)

---

<sup>⑤③</sup> 孙潇祥:《仲裁机构参与基层社会治理初探》,载《武汉仲裁》2019年第1期,第107页。

<sup>⑤④</sup> 滁州市司法局:《滁州市出台仲裁参与基层社会治理工作试点方案》,载滁州市司法局官网, <http://sfj.chuzhou.gov.cn/zhzx/xxkd/1104107856.html>,最后访问时间:2022年7月1日。

# 涉外仲裁机构约定缺失时的困境纾解： 临时仲裁

## ——兼评《仲裁法(修订)(征求意见稿)》 第35条第4款

郑 重\*

---

**内容提要** 在《仲裁法(修订)(征求意见稿)》的体系安排下,仲裁条款中未约定仲裁机构的涉外仲裁案件与非涉外的内国仲裁案件同等适用征求意见稿第35条第4款,通过共同住所地或第三地的仲裁机构采取机构仲裁的方式进行仲裁,而非临时仲裁。然而,第35条第4款如适用于涉外仲裁,将导致适用主体是否包括外国仲裁机构、共同住所地或第三地是否包含我国领域外地点等解释上的困惑,亦使得临时仲裁平等适用于内外仲裁的愿望落空。各国司法实践表明,未约定仲裁机构之涉外仲裁采用临时仲裁,具有可行性。为顺应我国仲裁国际化发展趋势,应在《仲裁法》“涉外仲裁的特别规定”专章下,明确规定未约定仲裁机构之涉外仲裁采用临时仲裁。

**关键词** 未约定仲裁机构 涉外仲裁 临时仲裁 《仲裁法》

---

根据现行《仲裁法》的规定,未约定仲裁机构的仲裁条款无效。然而,《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称征求意见稿)不再要求在仲裁条款中约定明确的仲裁机构,依此仲裁机构约定缺失的涉外仲裁条款亦应被认定为有效。由此衍生的问题是,当事人应当向哪个仲裁机构提出申请?征求意见稿第35条第4款提出的解决方案,即由共同住所地或最先立案的第三地仲裁机构受理,适用于涉外仲裁是否合理?

### 一、仲裁机构约定缺失之仲裁条款效力演变及带来的问题

仲裁合意是仲裁的基石,当事人可以在协议中针对未来的争议约定通过仲裁方式予

---

\* 郑重,华东政法大学国际法学院博士研究生。

以解决,此类仲裁条款即是当事人具有仲裁合意的表现和证明。<sup>①</sup> 仲裁条款约定全面、详备,对于充满自治性的仲裁程序而言,可以有效避免程序方面可能产生的争议,如特定仲裁机构是否有权解决争议等问题。主流仲裁机构,如国际商会仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心、伦敦国际仲裁院以及中国国际经济贸易仲裁委员会,公告的示范仲裁条款包含的内容主要为:仲裁范围、仲裁机构、仲裁规则、裁决效力。这些仲裁机构无一例外均建议在仲裁协议中明确约定仲裁机构,或者明确仲裁规则,而根据该仲裁规则的指引,可以确定仲裁机构。

在仲裁条款中明确有权受理案件的仲裁机构,可在仲裁程序的起点避免纠纷的产生,为仲裁的公信力保驾护航。<sup>②</sup> 就机构仲裁而言,仲裁程序一旦得以启动,其运行自有其逻辑与轨迹,而不再仅受当事人意愿的支配,而该等逻辑与轨迹在不同仲裁机构有其自身特点并受到其内部监督机制的约束,当事人对于仲裁机构的选择实质上关涉其意思自治将与何种运行逻辑下的仲裁机构管理权相对抗或均衡。<sup>③</sup>

经检索北大法宝司法案例数据库,以“未约定仲裁机构”作为关键词在全文中精确匹配,限定文书类型为“裁定书”,共计检索到 422 份裁定书。<sup>④</sup> 前述裁定书显示,相关纠纷的争议焦点主要是仲裁协议效力之争,即涉及由法院管辖还是由仲裁机构管辖的问题。此为第一层次的问题。

该问题如无定论,可能导致当事人饱受程序繁杂之苦,无法使得案件尽快获得实体审理。如在巴桑与王金鹏、四川仟弘建筑工程有限公司房屋租赁合同纠纷再审案件中,当事人约定的仲裁条款为:“在本合同执行过程中,若发生纠纷,由双方友好协商,如 30 天内协商未能达成一致意见时,向仲裁委员会仲裁解决。”2019 年 9 月 19 日,一方起诉,拉萨市城关区人民法院作出裁定,认为双方约定了仲裁事项,应申请仲裁,故驳回起诉。申请人遂向拉萨仲裁委员会申请仲裁,然而,2019 年 10 月 15 日,拉萨仲裁委员会作出不予受理通知书,认为双方约定的仲裁条款,不能认定为纠纷解决方式选定为拉萨仲裁委员会进行仲裁,且事后未达成书面仲裁协议,故无效。2019 年 11 月 4 日,申请人再次起诉,拉萨市城关区人民法院以违反一事不再理原则,属于重复诉讼为由,作出不予受理裁定。随后申请人对该裁定上诉,但拉萨市中级人民法院认为原裁定已发生法律效力,应对其申请再审,而非重新起诉,故驳回上诉。2020 年 6 月 30 日,拉萨市中级人民法院再审认为,该仲裁条款无效,指定城关区人民法院进行审理。<sup>⑤</sup> 经过诸多复杂的程序后,

① 仲裁协议是仲裁管辖的根本和基础,是仲裁庭行使仲裁管辖权的基础。侯登华、赵莹雪:《仲裁庭自裁管辖理论及其在我国的路径》,载《河北法学》2014 年第 7 期,第 186-187 页。

② 仲裁必须遵循正当程序才有公信力。张圣翠:《仲裁程序争议司法审查制度比较与借鉴》,载《上海财经大学学报》2017 年第 2 期,第 128 页。

③ 但当事人意思自治(表现为仲裁条款)与仲裁机构管理权(表现为仲裁规则)冲突的协调平衡,应立足于仲裁当事人意思自治进行综合考量和价值追求。杜焕芳、李贤森:《国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡》,载《法学评论》2020 年第 2 期,第 172 页。

④ 载北大法宝, <http://www.pkulaw.cn/>, 最后访问时间:2021 年 10 月 9 日。

⑤ 西藏自治区拉萨市中级人民法院(2020)藏 01 民再 6 号民事裁定书。

案件才得以有机会开始进行实体方面的审理。

时至今日,随着仲裁作为争议解决方式之一的地位大幅提升,在各国普遍鼓励、支持仲裁的大背景下,为充分尊重当事人对争议解决方式的选择,普遍认为对于未约定仲裁机构的仲裁条款,在不存在其他无效情形的情况下,应当认定为有效。<sup>⑥</sup>征求意见稿不再要求仲裁协议应当具有“选定的仲裁委员会”,且将申请仲裁的条件之一从“属于仲裁委员会的受理范围”替换为“属于本法规定的仲裁范围”。此举有利于上述第一层次问题的解决,值得肯定。

但随之而来的第二层次的问题是,在符合仲裁申请条件的前提下,如未约定仲裁机构,仲裁程序应当如何启动?征求意见稿第35条第4款尝试给出解决方案,即当事人可以向其共同住所地的仲裁机构提起仲裁,当事人没有共同住所地的,由当事人住所地以外最先立案的第三地仲裁机构受理。那么,涉外仲裁未约定仲裁机构时是否也应当适用第35条第4款的规定?

按照征求意见稿的有关规定,涉外仲裁也应同等适用于第35条第4款。征求意见稿第七章就涉外仲裁作出特别规定,其中第88条规定,“具有涉外因素的纠纷的仲裁,适用本章规定。本章没有规定的,适用本法其他有关规定。”遗憾的是,该章未就涉外仲裁机构约定缺失情形作出特别规定,因此,涉外仲裁未约定仲裁机构时应当适用第35条第4款的规定,先行向共同住所地的仲裁机构提起仲裁,没有共同住所地的,由最先立案的第三地仲裁机构受理。由此引发的问题是:如涉外仲裁中双方共同所在地在我国领域外,是否能够适用该规定?如双方无共同所在地,甚至位于不同国家,此时第三地的范围如何界定?第35条第4款规定是否适用于外国仲裁机构?在我国大力推动仲裁国际化的背景下,征求意见稿取消“选定的仲裁委员会”这一要求,并在“涉外仲裁的特别规定”专章下增加“专设仲裁庭”(通常认为是指临时仲裁)的相关规定,如涉外仲裁当事人未约定仲裁机构,仍要求其采取机构仲裁是否符合立法本意?<sup>⑦</sup>是否有利于“促进国际经济交往”?<sup>⑧</sup>

此外,第35条第4款的规定既包括不区分是否涉外时的共性问题,还包括涉外仲裁中的个性问题。因此,本文一方面将主要分析第35条第4款对于涉外仲裁和非涉外仲裁都存在的共性问题,另一方面将指出适用于涉外仲裁存在的较为突出的个性问题,即涉外仲裁中共同住所地或第三地的仲裁机构为外国仲裁机构时,外国仲裁机构受理案件将面临合法性危机。基于前述,本文最后将对临时仲裁适用于涉外仲裁机构约定缺失情形的可行性进行分析。

⑥ [美] 加里·B·博恩:《国际仲裁法律与实践》,白麟、陈福勇等译,商务印书馆2015年10月版,第65-67页。

⑦ 《最高人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的典型案例》(2015年7月7日发布)中案例6的标题为“尊重当事人仲裁意愿 推动仲裁国际化”;《国务院关于印发6个新设自由贸易试验区总体方案的通知》(国发〔2019〕16号,2019年8月2日发布)、《国务院关于印发中国(湖北)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发〔2017〕18号,2017年3月15日发布)及《国务院关于印发进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》(国发〔2015〕21号,2015年4月8日发布)均强调要“提高商事纠纷仲裁国际化水平(程度)”。

⑧ 征求意见稿第一条立法目的新增“促进国际经济交往”。

## 二、第 35 条第 4 款适用于涉外及非涉外仲裁的共性问题

征求意见稿第 35 条第 4 款规定的适用前提为“仲裁协议没有约定仲裁机构,当事人达不成补充协议的”,但该等表述并不周延。结合《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》第 4 条规定,其准确的适用前提应为:(1)未约定有权受理案件的仲裁机构,且未就仲裁机构的选定达成补充协议;以及(2)未约定适用的仲裁规则,或者按照约定的仲裁规则无法确定有权受理的仲裁机构。<sup>⑨</sup>因此,本文所述未约定仲裁机构或仲裁机构约定缺失情形,系指符合前述适用前提的情形。

实践中,还存在对于仲裁机构约定不明的情况,如仲裁条款中约定的仲裁机构不存在、仲裁机构名称有误、仅约定由某地的仲裁机构予以仲裁等情形,针对该等情形,如能够确定有权受理的仲裁机构,在仲裁条款有效的情况下,仲裁程序将以机构仲裁的形式得以顺利启动。<sup>⑩</sup>然而,如无法确定有权受理的仲裁机构,在仲裁条款有效的情况下,仍将面临仲裁程序难以启动的困境,故该等情形亦属于本文所述未约定仲裁机构或仲裁机构约定缺失情形。

第 35 条第 4 款的立法目的在于,在顺应未约定仲裁机构的仲裁条款也应有效这一趋势的同时,解决我国临时仲裁不宜全面放开所带来的冲突。但这一解决方案可能导致我国市场化运作的仲裁机构争抢案件,且存在共同住所地、第三地的范围难以界定、共同住所地或第三地的仲裁机构非当事人所愿等问题。

### (一) 我国仲裁机构争抢案件的可能性预测

征求意见稿第 14 条规定,“仲裁机构独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。仲裁机构之间也没有隶属关系。”但仲裁机构是否应当继续接受行政拨款,尚不明确。根据征求意见稿第 13 条的规定,仲裁机构应当是提供公益性服务的非营利法人,加之对仲裁机构去行政化的要求,仲裁机构应当尽量减少对于行政拨款的依赖,努力做到自负盈亏。仲裁机构走向市场化道路,是大势所趋,也是世界主流仲裁机构的统一实践。<sup>⑪</sup>由于案件受理费是仲裁机构的主要收入来源,为了确保收支平衡,仲裁机构将可能争抢案件的管辖权并为当事人申请仲裁提供便利化措施。当事人在仲裁条款中已清楚明确地约定了有权受理仲裁案件的仲裁机构的情况下,仲裁机构之间并无争抢案件的空间,但在仲裁机构约定缺失的情形下,第 35 条第 4 款的规定仍存在仲裁机构之间争抢案件的空间。

<sup>⑨</sup> 《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》(法释〔2006〕7号,2008年12月16日发布)第4条规定:“仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的,视为未约定仲裁机构,但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。”

<sup>⑩</sup> 最高人民法院(2006)民一终字第11号民事裁定书认为,无论是约定的“地方仲裁机关”,还是约定的“当地仲裁机关”,“都未明确仲裁机构”。

<sup>⑪</sup> 袁发强:《中国商事仲裁机构现状与发展趋势研究》,复旦大学出版社2011年3月版,第144页。

一方面,共同住所地可能存在多个仲裁机构。虽然根据《重新组建仲裁机构方案》的相关规定,“依法可以设立仲裁委员会的市只能组建一个统一的仲裁委员会”,<sup>⑫</sup>但是,根据1954年5月6日中央人民政府政务院《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》,中国国际贸易促进委员会于1956年4月设立对外贸易仲裁委员会,现名为中国国际经济贸易仲裁委员会(下称贸仲委),贸仲委设在北京,现已在深圳、上海、天津、重庆、杭州、武汉、福州、西安、南京、成都、济南、海口、雄安分别设有华南分会、上海分会、天津国际经济金融仲裁中心(天津分会)、西南分会、浙江分会、湖北分会、福建分会、丝绸之路仲裁中心、江苏仲裁中心、四川分会、山东分会、海南仲裁中心和雄安分会。<sup>⑬</sup>这意味着,在前述城市均至少存在2个仲裁机构。即便将贸仲委及各地分支机构统一视为住所地位于北京的一个仲裁机构,也将致使北京至少存在2个仲裁机构,即贸仲委和北京仲裁委员会,更何况,我国还有中国海事仲裁委员会(下称中国海仲),亦位于北京,且在各地设有分会、仲裁中心、办事处等。<sup>⑭</sup>然而,征求意见稿未对同一住所地的多个仲裁机构受理案件的优先顺序作出规定,同时受理、争抢受理等情形将无法避免。

另一方面,第三地仲裁机构“最先立案”难界定。征求意见稿在《仲裁法》中新增“立案”这一概念,但对于各仲裁机构的立案标准及立案的时间截点未予以明确。并且,征求意见稿第35条第5款规定,“仲裁程序自仲裁申请提交至仲裁机构之日开始。”而提交之日与立案之日可能并非同一日,提交之日往往在立案之日前,第35条第4款和第35条第5款的同时适用,将可能导致某案件仲裁申请在提交至A仲裁机构开始仲裁程序后,该案件因被B仲裁机构最先立案而由B仲裁机构予以受理,此时,两个仲裁机构之间将存在管辖权冲突。此外,我国较为知名的仲裁机构,如贸仲委、中国海仲、上海国际仲裁中心、上海仲裁委员会、北京仲裁委员会、深圳国际仲裁院、海南国际仲裁院的仲裁规则中,均未对“立案”通过专门条款予以说明,亦未明确“立案”的时间截点,但对于“受理”往往通过专门条款作出详细规定。

## (二) 共同住所地、第三地的范围难以界定

对于非涉外仲裁案件,案件当事人均为我国当事人,其共同住所地较好确定,但第三地的范围是否包括我国领域外征求意见稿并未明确;对于涉外仲裁案件,根据征求意见稿第88条的规定,涉外仲裁是指“具有涉外因素的纠纷的仲裁”,而对于是否具有涉外因素的判断,通常按照是否存在《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(一)(2020修正)》第1条规定的情形加以判断,该规定第2项明确的情形为“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”,据此,存在涉外仲裁当事人的共同住所地在我国领域外的可能性,亦存在第三地在我国

<sup>⑫</sup> 《重新组建仲裁机构方案》,国办发〔1995〕44号,1995年7月28日发布。

<sup>⑬</sup> 《贸仲简介》,载贸仲委官网, <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Page&a=index&id=2>,最后访问时间:2021年12月29日。

<sup>⑭</sup> 《海仲简介》,载中国海仲官网, <http://www.cmac.org.cn/index.php?catid=10>,最后访问时间:2021年12月29日。

领域外的可能性。

征求意见稿并未对第 35 条第 4 款规定的共同住所地、第三地的范围予以限制。如采取文义解释的方法，“共同住所地”、“第三地”前并未有限定其所在领域的定语，不应共同住所地、第三地是否位于我国领域作出限定。且在一方或双方当事人为外国人时，显然当事人的共同住所地、第三地应当包括我国领域外的地点。除非该条规定约束的仲裁机构仅为我国仲裁机构而不包括外国仲裁机构，此时由于我国仲裁机构不可能位于我国领域外，故此处的共同住所地、第三地仅可能指我国领域范围内的地点。

无论共同住所地、第三地是否包含我国领域外的地点，均不利于我国仲裁市场的进一步开放。如将共同住所地、第三地理解为仅包括我国领域内的地点，则可能涉及对住所地在我国领域外的当事人的区别对待，致使住所地在我国领域外的当事人拒绝约定仲裁地在我国或者约定适用我国仲裁程序法。如将共同住所地、第三地理解为包括世界范围内的任一地点，则对于双方当事人共同住所地在外国某地的仲裁纠纷，我国仲裁机构无法受理，且如不存在共同住所地的，我国仲裁机构将面临与更广泛的第三地仲裁机构进行竞争的局面，不仅竞争压力更大，且更加难以确定是否存在世界范围内“最先立案”的第三地仲裁机构。

### （三）不一定尊重当事人意思自治或便捷、高效

中共中央办公厅、国务院办公厅于 2018 年 12 月 31 日印发的《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》明确指出，“充分发挥仲裁在尊重当事人意思自治和便捷、高效解决纠纷等方面的作用，对……多元化解纠纷机制，公正及时解决矛盾，妥善化解纠纷，维护社会稳定，促进改革开放，保障经济社会持续健康发展具有重要意义。”党的十八届四中全会提出“完善仲裁制度，提高仲裁公信力”的改革任务，而改革的关键，就是更加凸显前述仲裁在“尊重当事人意思自治”和“便捷、高效”等方面的作用，仲裁制度的设计也应贯彻这一思路。

其一，关于第 35 条第 4 款是否必然尊重当事人意思自治的问题。法院作为司法机关，其受理案件的依据主要来源于法律规定，当事人仅可在法律授权的范围内按照法律规定约定管辖法院。<sup>⑮</sup>而与法院管辖制度不同的是，仲裁机构的选定，则强调当事人意思自治优先于法律规定，当事人可以自由选定有权受理案件的仲裁机构，法律规定仅仅在当事人意思自治存在不足或缺陷时进行补充或调整，仍然强调充分尊重当事人意思自治。<sup>⑯</sup>

在当事人未约定仲裁机构的情况下，存在一类典型的仲裁条款，即当事人虽然未约定仲裁机构，但约定了仲裁地点，例如（2006）民一终字第 11 号公报案例中，仲裁条款约定“由当地仲裁机关仲裁 / 由地方仲裁机关仲裁”，最高人民法院将该情形归类为“未明确仲裁机构，仅约定了仲裁地点”，再如最高人民法院（1999）经终字第 116 号案件中，

<sup>⑮</sup> 编写组：《民事诉讼法学》，高等教育出版社 2017 年 2 月版，第 140 页。

<sup>⑯</sup> 谭立：《商事仲裁庭组成程序的异化与修正——基于博弈论的分析》，载《西南政法大学学报》2014 年第 2 期，第 94 页。

仲裁条款为“如发生经济纠纷,在贵阳进行仲裁。”前述案例根据当时的《仲裁法》规定,均认定仲裁条款无效。如征求意见稿通过,此类仲裁条款将有效,由于未约定仲裁机构,将直接按照第35条第4款的规定确定有权受理的仲裁机构,而全然没有考虑当事人希望进行仲裁活动的地点这一因素。虽然理论上仲裁机构可以在异地开展仲裁活动,但双方当事人均在国内时,受理案件的国内仲裁机构所在地与仲裁地点一致,不仅不会导致适用别国的仲裁程序法,也更加符合当事人一致的意思表示。<sup>⑰</sup>

其二,关于第35条第4款是否必然使得仲裁高效、便捷的问题。是否便于当事人参加仲裁活动、是否便于仲裁庭查明事实、是否便于调查取证活动的开展等,是评判仲裁是否高效、便捷的重要衡量标准。这些标准,其实在民事诉讼管辖中也有所体现,如涉外继承专属管辖即主要出于证据调查、案件执行的便利等因素的考量,确定管辖法院。<sup>⑱</sup>按照第35条第4款的规定,在没有共同住所地时,由最先立案的第三地仲裁机构受理案件,但对于第三地的范围未予以限定,仅以我国为例,我国地域辽阔,如申请人恶意选择对于被申请人而言偏远且与案件争议无任何联系的地区提起仲裁,不仅无益于纠纷的解决,只会徒增仲裁的成本。<sup>⑲</sup>如将标的物所在地、法律事实发生地等纳入考量范围,使其优先于第三地,或可避免该等恶意仲裁的情形。

### 三、涉外仲裁面临的个性问题：外国仲裁机构适用第35条第4款产生的合法性危机

如前文所述,涉外仲裁的特殊性在于,一方或双方当事人的住所地可能在外国,此时共同住所地和第三地的仲裁机构可能为外国仲裁机构,由此将引申出两个问题:其一,征求意见稿第35条第4款的规定是否应当约束外国仲裁机构?其二,外国仲裁机构适用我国法律受理案件是否会与其他国家的法律产生冲突?

#### (一) 应认定第35条第4款为约束我国仲裁机构的强制性规定

征求意见稿第四章“仲裁程序”项下第30条第1款及第2款规定,“当事人可以约定仲裁程序或者适用的仲裁规则,但违反本法强制性规定的除外。当事人没有约定或者约定不明确的,仲裁庭可以按照其认为适当的方式仲裁,但违反本法强制性规定的除外。”第35条第4款同在征求意见稿第四章“仲裁程序”项下,对仲裁机构约定缺失情形下有权受理案件的仲裁机构作出了限定,属于仲裁程序启动环节的相关规定。虽然第30条第2款规定强调的是“仲裁庭”而非“仲裁机构”不得违反强制性规定,但仲裁机构受理案件是仲裁程序启动的起点,仲裁庭开展仲裁活动系以仲裁机构合法受理案件为前提,该规定受限于立法技术可能表述不够清晰,但毫无疑问的是,无论是仲裁庭还是仲

<sup>⑰</sup> 侯登华:《有缺陷的仲裁协议及其补救》,载《法学杂志》2012年第11期,第103-104页。

<sup>⑱</sup> 刘力:《涉外继承案件专属管辖考》,载《现代法学》2009年第2期,第143页。

<sup>⑲</sup> 郑银:《论网上格式仲裁条款与消费者权益的冲突》,载《商事仲裁》2010年第2期,第48页。

裁机构,均不得违反《仲裁法》的强制性规定。然而,对于第35条第4款是否属于强制性规定,征求意见稿并未予以明确。

目前关于强制性规定的讨论,多集中于效力性强制性规定及其对合同效力的影响等。<sup>②</sup>而第35条4款则旨在为仲裁机构在缺少约定的情形下受理案件提供法律依据,显然不涉及行为或法律关系的效力认定。要判断第35条第4款是否属于强制性规定,关键在于约束的主体是否能够自行选择遵守或不遵守该规定。

首先,第35条第4款的本质是约束仲裁机构,而非仲裁申请人。仲裁机构受理案件的前提是自身具有管辖权,而管辖权则来源于当事人的约定或者法律规定。一方面,从当事人的约定角度出发,第35条第4款是针对当事人未约定仲裁机构情形下作出的特殊安排,在该等情形下不可能存在当事人对仲裁机构的约定。另一方面,从法律规定的角度出发,由于当事人的仲裁协议有效,而根据征求意见稿第5条的规定,“当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉的,人民法院不予受理,但仲裁协议无效的除外。”此时当事人之间的争议,除调解等不具有强制执行力的选择性争端解决方式外,仅能通过仲裁方式予以解决,而无法通过诉讼方式予以解决。根据征求意见稿第38条的规定,仲裁机构收到仲裁申请书后,对于其认为符合受理条件的,“应当”受理,该规定作为命令性规则,要求仲裁机构必须受理其认为符合受理条件的案件。由此回看第35条第4款的规定,虽然当事人“可以”向共同住所地的仲裁机构提起仲裁,但仲裁机构收到该等仲裁申请书后,却是“应当”受理案件,当事人没有共同住所地的,最先立案的第三地仲裁机构也是“应当”受理案件。第35条第4款本质上是为共同住所地或第三地的仲裁机构受理案件提供法律依据,在符合受理条件的情况下,仲裁机构没有拒绝受理案件的选择权。

其次,对第35条第4款“可以”一词可能存在理解偏差。“可以”的主语为当事人,表面上的意思是当事人可以选择向当事人共同住所地的仲裁机构提起仲裁,也可以选择向该机构提起仲裁,但实质上,由于有效的仲裁协议排除了诉讼方式解决争议的可能性,当事人的唯一选择仅有仲裁,如果选择不向当事人共同住所地的仲裁机构提起仲裁,本质是放弃选择第35条第4款作为仲裁机构受理案件的依据。然而,征求意见稿第35条第2款规定,“当事人应当向仲裁协议约定的仲裁机构申请仲裁。”由于缺少双方一致的意思表示作为仲裁机构受理案件的依据,提起仲裁的一方当事人必须依赖强制性的法律规定以便特定仲裁机构有权受理案件,否则将致使当事人使用强制性争端解决方式解决争议的愿望落空。如不存在第35条第4款以外的其他规定可以作为仲裁机构受理案件的依据,当事人将被迫必须按照第35条第4款的规定选择向共同住所地的仲裁机构提起仲裁,此处的“可以”则仅流于表面措辞,当事人实质上缺少选择。

最后,第35条第4款约束的是我国仲裁机构,而非外国仲裁机构,且我国仲裁机构

<sup>②</sup> 例如肖永平、张弛:《论中国〈法律适用法〉中的“强制性规定”》,载《华东政法大学学报》2015年第2期,第115页;万江:《政府管制的私法效应:强制性规定司法认定的实证研究》,载《当代法学》2020年第2期,第97-105页。

不得选择拒绝遵守该规定。第一,根据征求意见稿第13条的规定,我国仲裁机构的设立依据是“本法”,即我国《仲裁法》。第二,根据征求意见稿第95条的规定,“仲裁规则依照本法制定。”也就是说,我国仲裁机构制定的仲裁规则不得与第35条第4款的规定相冲突,而仲裁规则往往包含仲裁机构受理案件的条件,我国仲裁机构将实质上按照第35条第4款的规定判断自身是否具有管辖权。第三,如果要求扩大适用于外国仲裁机构,则将不可避免地存在外国仲裁机构的属人法与我国《仲裁法》相冲突的可能性。在仲裁活动发生在我国或者仲裁地在我国时,我国的仲裁程序法应当被遵守,但第35条第4款的规定不仅涉及仲裁程序的启动,也涉及并更侧重于对仲裁机构的管理,其实质是对我国尚未全面开放临时仲裁这一现状的妥协,要求外国仲裁机构遵守该规定将有碍于我国仲裁国际化的进程。

## (二) 如外国仲裁机构适用第35条第4款将产生合法性困境

仲裁机构受理案件的依据应当为当事人的意思自治或者法律的直接规定,且法律应当尽量避免对仲裁机构的选定作出直接规定,以免构成对当事人真实意思表示的干涉。<sup>①</sup>在未约定仲裁机构的情形下,外国仲裁机构受理案件的依据来源应当为法律直接规定,即外国仲裁机构的属人法、仲裁地法或当事人约定的仲裁程序法、或仲裁活动发生地法。

第一,关于仲裁机构属人法的适用。我国《涉外民事关系法律适用法》第14条第1款规定,“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。”第2款规定,“法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律。法人的经常居所地,为其主营业地。”按照该规定,外国的仲裁机构应当适用其登记地法律,对于主营业地在我国的仲裁机构,可以适用我国法律。当事人未约定仲裁机构,但在我国领域外有共同住所地的,共同住所地的仲裁机构是否能够受理案件,应当按照其属人法加以确定,首先应当根据共同住所地所在国家或州的法律确定该仲裁机构的属人法,再通过属人法的具体规定判断其是否能够作为该仲裁机构受理案件的依据。虽然前述第2款规定为真实本座主义在我国的发展预留了空间,但有学者认为,在涉及第三人利益或者社会公共利益保护时,才应当适用主营业地法律。<sup>②</sup>在最受欢迎的五大仲裁机构中,除了伦敦国际仲裁院和我国仲裁机构贸仲委,国际商会仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心均在我国大陆地区设立代表处,但代表处仅被允许起到联系沟通的作用,要想认定我国为其主营业地,仍然道阻且长。<sup>③</sup>因此,如外国仲裁机构的属人法未为其直接受理案件提供法律依据,则外国仲裁机构难以受理该等案件。

第二,关于仲裁地法或当事人约定的仲裁程序法的适用。《涉外民事关系法律适用法》第18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

<sup>①</sup> 刘晓红、袁发强:《国际商事仲裁》,北京大学出版社2010年1月版,第201-202页。

<sup>②</sup> 邢钢:《公司属人法的确定:真实本座主义的未来》,载《法学研究》2018年第1期,第208页。

<sup>③</sup> 《外国企业常驻代表机构登记管理条例(2018修订)》第13条第1款规定:“代表机构不得从事营利性活动。”

用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”征求意见稿第 90 条则摒弃“仲裁机构所在地法律”，但将适用范围限缩为“涉外仲裁协议的效力认定”。仲裁地法既包括仲裁实体法，也包括仲裁程序法，“仲裁地法在仲裁程序中的支配作用源于国家基于其领土权利对其领域内发生的仲裁行为施加控制的欲望。”<sup>④</sup>当事人选择适用的仲裁程序法优先于仲裁地法中的仲裁程序法，但鲜少有当事人特意约定仲裁程序法且约定的仲裁程序法与仲裁地法不一致，即便当事人选择了与仲裁地法不一致的仲裁程序法支配仲裁程序，仲裁地法中的强制性规定仍然对仲裁程序发生效力。因此，如我国为仲裁地，或当事人约定适用我国仲裁程序法，则外国仲裁机构受理的我国涉外仲裁案件应当遵守第 35 条第 4 款的规定。

第三，关于仲裁活动发生地法的适用。根据 1958 年《纽约公约》第 5 条（丁）项的规定，仲裁庭或仲裁机构（arbitral authority）的组成或仲裁程序应当符合当事人的约定，当事人没有约定的，应当符合仲裁活动发生地（where the arbitration took place）国家的法律，否则主管机关（competent authority）可以拒绝承认和执行该仲裁裁决。仲裁活动既可以发生在仲裁地，也可以发生在仲裁地以外的其他地点。<sup>⑤</sup>正如艾伦·雷德芬所述，“到另一个国家的仲裁庭当然必须遵循该国的法律。譬如，如果去该国的目的是向证人取证，则仲裁庭应当尊重适用于取证的本地法的规定。”<sup>⑥</sup>因此，外国仲裁机构如在我国开展仲裁活动，应当遵守我国的法律规定，第 35 条第 4 款亦应当得以遵守。

在上述外国仲裁机构应当遵守第 35 条第 4 款的情形下，如将第 35 条第 4 款项下有权受理案件的仲裁机构仅理解为共同住所地或第三地的我国仲裁机构，则第 35 条第 4 款将与外国仲裁机构受理案件所依据的法律规定相冲突，且作出的裁决有可能被拒绝承认与执行；如将有权受理案件的仲裁机构理解为包括共同住所地或第三地在我国领域外的外国仲裁机构，则要求第 35 条第 4 款与外国仲裁机构属人法、仲裁地法或当事人约定的仲裁程序法、仲裁活动发生地法的相关规定相一致，存在一定难度。由此可见，外国仲裁机构适用第 35 条第 4 款时将面临合法性困境。

#### 四、涉外仲裁机构约定缺失情形的解决方案：临时仲裁

征求意见稿第 7 章“涉外仲裁的特别规定”项下总计 6 条规定，其中 3 条以超过该章一半的篇幅对专设仲裁庭的仲裁程序、组庭、回避、裁决书等事项作出相关规定，可见此次我国《仲裁法》修订引入临时仲裁的决心。未约定仲裁机构之涉外仲裁，属于我国此次临时仲裁开放的适用范围，但受限于第 35 条第 4 款的规定，而无法采用临时仲裁。

<sup>④</sup> 杨弘磊：《中国内地司法实践视角下的〈纽约公约〉问题研究》，法律出版社 2006 年版，第 289 页。

<sup>⑤</sup> 征求意见稿第 27 条第 2 款规定：“仲裁地的确定，不影响当事人或者仲裁庭根据案件情况约定或者选择在与仲裁地不同的合适地点进行合议、开庭等仲裁活动。”

<sup>⑥</sup> [英] 艾伦·雷德芬、[英] 马丁·亨特、[英] 奈杰尔·布莱克比、[英] 康斯坦丁·帕特塞德：《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 91 页。

事实上,我国不允许特定仲裁案件采用临时仲裁方式加以解决的做法,并不会阻碍该等仲裁案件在域外进行临时仲裁并最终在我国得到承认和执行,这实际上不利于我国仲裁的国际化进程。<sup>②7</sup>下文对 Castel 案的分析即是一个较为有力的例证。

### (一) 域外经验: 在外国进行临时仲裁的可行性分析——以 Castel 案为视角

在澳大利亚 Castel Electronics Pty Ltd. (下称 Castel 公司) 与 TCL 空调器(中山)有限公司(下称中山公司)的一系列案件(下称 Castel 案)中,双方约定的仲裁条款为:“如违反本合同项下任何条款……如在 60 天内未予解决,则该事项应在领土<sup>②8</sup>内提交仲裁解决。”双方产生纠纷后, TCL 公司向广东省中山市中级人民法院申请认定该仲裁条款无效, Castel 公司则在澳大利亚申请临时仲裁,澳大利亚的临时仲裁庭分别在 2010 年 12 月 23 日和 2011 年 1 月 27 日作出“不含仲裁费的终局裁决”和“仲裁费的终局裁决”,而中山市中级人民法院在经广东省高级人民法院向最高人民法院请示后,于 2011 年 12 月 20 日作出裁定,以未约定仲裁机构为由认定仲裁条款无效。<sup>②9</sup>随后, Castel 公司申请承认与执行前述两份临时仲裁裁决,最高人民法院于 2013 年 10 月 10 日复函,认为人民法院应当裁定予以承认和执行。<sup>③0</sup>

在上述 Castel 案中,对于未约定仲裁机构的仲裁条款,澳大利亚的实践即是采取临时仲裁,虽然我国法院认定该仲裁条款无效,但最终仍然承认与执行在澳大利亚所作的 2 个临时仲裁裁决。要论证未约定仲裁机构之涉外仲裁案件具有在外国进行临时仲裁的可行性,关键在于该等裁决能够在执行地国家被承认与执行,而不仅仅是在我们国家被承认与执行。

上述临时仲裁裁决作出后,关于该等裁决是否能够在澳大利亚被执行,双方当事人 在澳大利亚的法院进行了长达 4 年的程序。Castel 公司根据澳大利亚《1974 年国际仲裁法案(International Arbitration Act 1974)》(下称 IA 法案)的规定向澳大利亚联邦法院(Federal Court of Australia)申请执行临时仲裁裁决, TCL 公司则认为:(1) 法院缺少执行裁决的管辖权;(2) 即便法院存在管辖权,该裁决也因违反自然正义规则(rules of natural justice)而有悖于公共政策(public policy),故而不应被执行,基于相同理由, TCL 公司申请撤销(set aside)该等裁决。后续法院作出一系列裁判。

#### 1. 关于执行法院是否具有管辖权的裁判

澳大利亚联邦法院于 2012 年 1 月 23 日就其是否具有管辖权作出裁判。<sup>③1</sup>

首先,应当确认适用的法律依据。根据 IA 法案的规定,法院应当按照 1958 年《纽

<sup>②7</sup> 赵秀文:《从奥特克案看外国临时仲裁裁决在我国的承认与执行》,载《政法论丛》2007 年第 3 期,第 28 页。

<sup>②8</sup> 该案例中系指澳大利亚。

<sup>②9</sup> 依据为《仲裁法(2009 修正)》第 3 章“仲裁协议”项下第 16 条和第 18 条规定,该等规定未放在“仲裁程序”一章项下,不属于仲裁程序的相关规定。如征求意见稿通过,则该仲裁条款将被认定为有效。

<sup>③0</sup> 《最高人民法院关于申请人 Castel Electronics Pty Ltd. 申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》,〔2013〕民四他字第 46 号,2013 年 10 月 10 日发布。

<sup>③1</sup> Castel Electronics Pty Ltd v. TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd, [2012] FCA 21, Federal Court of Australia, 2012, paras.9-54.

约公约》的规定承认和执行外国仲裁协议及外国仲裁裁决，IA 法案的 1989 年修正案第 16 条纳入联合国国际贸易法委员会（下称贸法会）制定的《国际商事仲裁示范法》（下称示范法）并将其作为该法案的附件 2。涉案临时仲裁裁决系在澳大利亚作出的，不属于外国裁决（foreign award），而是非外国裁决（non-foreign award），不应适用 1958 年《纽约公约》。而 IA 法案和示范法适用于仲裁裁决（arbitral award），涉案临时仲裁裁决不因其为非外国裁决而被排除适用，故适用的法律依据为 IA 法案和示范法。由于示范法系贸法会制定的供各国考量是否纳入本国法律体系的立法模板，其不可能明确规定能够行使职权的具体法院，因此，应当适用 IA 法案判断联邦法院是否为适格法院（competent court）。

其次，判断联邦法院是否为示范法规定的适格法院。示范法第 35 条关于承认和执行的规定以及第 36 条关于拒绝承认与执行的规定，都要求由适格法院进行裁判，然而，IA 法案未明确规定有权执行非外国裁决的具体法院。Castel 公司认为应当通过体系解释方法认定联邦法院为适格法院，因为必须要有适格的法院，否则示范法对于适格法院的规定及 IA 法案中关于法院应当执行示范法的第 39(1)(a)(iii) 条规定将是冗余的。而 TCL 公司则认为维多利亚最高法院（the Supreme Court of Victoria）具有固有的管辖权及《1984 年商事仲裁法案（Commercial Arbitration Act 1984）》项下的管辖权，但法院认为这不能决定联邦法院是否应当具有管辖权，故不予审查维多利亚最高法院是否具有管辖权。

最后，联邦法院被广泛授予的联邦管辖是否包括执行临时仲裁裁决。联邦法院决定根据 1997 年颁布的澳大利亚《司法法案（Judicial Act）》，判断执行临时仲裁裁决是否属于“国会制定的任何法律项下产生（arising under）的事项（matter）”，以进一步确认联邦法院是否具有管辖权。最终，联邦法院通过对“事项”和“产生”的解释，认定联邦法院具有执行该等临时仲裁裁决的管辖权。

上述裁判作出后，TCL 公司以联邦法院缺少管辖权及对其自身管辖权的认定构成无效授予为由，向高级法院（High Court）申请禁止联邦法院处理该等事项，但被驳回。<sup>③②</sup> TCL 公司此举，同时意味着放弃就上述裁判进行上诉。

## 2. 关于应否执行或撤销临时仲裁裁决的裁判

澳大利亚联邦法院于 2012 年 11 月 2 日就其应否执行或撤销涉案临时仲裁裁决作出裁判。<sup>③③</sup> 该案将 Castel 公司执行裁决的申请与 TCL 公司撤销裁决的申请合并审理。该案的关键在于，判断执行该等临时仲裁裁决是否会违反公共政策。

我国法院在审查应否执行该案裁决时，考虑的因素亦为是否违反公共政策，最高人民法院复函认为，临时仲裁庭对仲裁条款效力与管辖权的认定，是符合仲裁地法律和仲

<sup>③②</sup> TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v. The Judges of the Federal Court of Australia, [2013] HCA 5, High Court of Australia, 2013, para.112.

<sup>③③</sup> Castel Electronics Pty Ltd v. TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd (No 2), [2012] FCA 1214, Federal Court of Australia, 2012, paras.19-64.

裁规则的,且所作裁决早于我国法院裁定的生效时间,因此,即便该裁决与我国法院生效裁定存在冲突,但尚不足以构成违反我国公共政策的情形。<sup>③④</sup>

公共政策在不同国家有不同内涵,通常由各国的主管机关自行确定。澳大利亚联邦法院在判断 Castel 案临时仲裁裁决是否违反公共政策时,主要考虑:(1)公共政策是否同时涉及程序和实体事项;(2)IA 法案项下撤销裁决和拒绝执行裁决中的公共政策是否类似;(3)违反自然正义的严重性是否达到与公共政策相悖的程度;(4)撤销或拒绝执行裁决的裁量权;(5)对裁决违反自然正义的审查范围;以及(6)自然正义的要求与支持裁决的理由是否存在相关联的区别。通过对前述事项的考量,联邦法院最终裁判,拒绝撤销裁决并允许执行该等裁决。随后 TCL 公司上诉,上诉法院于 2013 年 11 月 26 日驳回上诉。<sup>③⑤</sup>

综上,虽然仲裁机构约定缺失之涉外仲裁案件在外国机构仲裁可能存在重重困难,但在外国进行临时仲裁却是可行的,并且也被我国司法实践所支持。对于临时仲裁裁决的司法审查,关键在于国内法的规定,如我国限制未约定仲裁机构之涉外仲裁案件在我国通过临时仲裁的形式加以解决,将造成对我国临时仲裁的区别对待。

## (二) 立足本土: 采用临时仲裁的益处

首先,采用临时仲裁可避开第 35 条第 4 款存在的缺陷。严格适用第 35 条第 4 款,不仅可能导致部分共同住所地、第三地不在我国领域内的涉外仲裁案件,无法由我国仲裁机构受理或无法在我国进行临时仲裁,进而阻碍我国仲裁国际化的进程,还可能致使部分仲裁裁决在申请承认与执行时遭遇困难,如以仲裁程序不符合第 35 条第 4 款的应有之义为由,要求拒绝承认与执行根据该仲裁程序作出的裁决等。如采用临时仲裁,则无需考量第 35 条第 4 款的共同住所地、第三地是否包含在我国领域外的地点,更不用纠结其约束主体是否包括外国仲裁机构,同时也便于我国对仲裁机构约定缺失情形下非涉外的内国仲裁案件进行统一管理,避免了我国仲裁机构与外国仲裁机构在第 35 条第 4 款项下可能存在的不一致对待和约束等。

其次,采用临时仲裁可确保平等对待内外仲裁。在《关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)〉(征求意见稿)的说明》中,司法部明确提到,“临时仲裁作为仲裁的‘原初’形式和国际通行惯例,在国际社会中普遍存在并被各国法律和国际公约所认可。考虑我国加入了《纽约公约》,外国的临时仲裁裁决可以在我国得到承认和执行的实际,应平等对待内外仲裁,增加了‘临时仲裁’制度的规定……”在上述 Castel 案中,我国坚持机构仲裁,并按照当时的《仲裁法》规定以未约定仲裁机构为由认定仲裁条款无效,而 Castel 案却顺利地澳大利亚进行了临时仲裁,且所作临时仲裁裁决在我国和澳大利亚均得以顺利执行,我国无异于主动放弃对此类案件的管辖权。采用临时仲裁,则可确

<sup>③④</sup> 《最高人民法院关于申请人 Castel Electronics Pty Ltd. 申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》,〔2013〕民四他字第 46 号,2013 年 10 月 10 日发布。

<sup>③⑤</sup> TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v. Castel Electronics Pty Ltd, [2014] FCAFC 83, Federal Court of Australia, 2014, para.1.

保平等对待内外仲裁。<sup>③⑥</sup>

最后,采用临时仲裁符合我国仲裁国际化发展趋势及立法本意。<sup>③⑦</sup>仲裁国际化,一方面强调数量上在我国通过仲裁方式予以解决的涉外仲裁案件大幅增长,另一方面强调质量上在我国作出的仲裁裁决应能够被承认和执行。采用临时仲裁,在制度供给上可确保能够更广泛地在我国解决未约定仲裁机构之涉外仲裁案件,为在我国处理的涉外仲裁案件数量上添砖加瓦,且目前各国司法实践表明,该等临时仲裁裁决在承认与执行方面不存在明显的特别障碍。因此,采用临时仲裁符合我国仲裁国际化的发展趋势,有利于促进国际经济交往,能够与征求意见稿新增之“专设仲裁庭”的相关规定相衔接,顺应立法者修订《仲裁法》的本意。

### (三)《仲裁法》修订建议

征求意见稿第88条后半句已经明确,仅在第7章“涉外仲裁的特别规定”没有规定的,才适用《仲裁法》中其他有关规定。因此,“未约定仲裁机构”之涉外仲裁案件要想避免适用第35条第4款,仅需在第7章项下增加条款,对涉外仲裁“未约定仲裁机构”的程序启动事宜,作出相关规定。由于建议采纳临时仲裁,故可将新增条款放置于“专设仲裁庭”的相关规定之中。

基于上述,建议在征求意见稿第7章“涉外仲裁的特别规定”项下第91条第1款之后增加一款:“涉外仲裁协议没有约定仲裁机构,当事人达不成补充协议的,由专设仲裁庭仲裁,但当事人另有约定的除外。”

## 五、结 语

征求意见稿通过后,仲裁机构约定缺失之仲裁条款的效力从无效向有效转变。以往的研究建立在该等仲裁条款无效的立法基础上,集中于“选定的仲裁委员会”的要件分析。本文则从征求意见稿的最新规定出发,分析该等仲裁条款有效的情况下,涉外仲裁仍然适用机构仲裁及征求意见稿第35条第4款所面临的困境,并从各国实践、我国仲裁国际化发展趋势、立法本意等角度出发,建议采用临时仲裁处理仲裁机构约定缺失之涉外仲裁案件,并提供《仲裁法》修订建议。

第一,第35条第4款的规定存在部分固有缺陷,无论是涉外仲裁、还是非涉外的内国仲裁,均无法避免该等缺陷。例如,共同住所地存在多个仲裁机构的情形下何者优先,立法未予以明确。再如,在没有共同住所地的情况下,直接由“最先立案”的第三地仲裁机构受理案件,但我国主流仲裁机构的仲裁规则均未对“立案”的时间截点作出相关规定,且第三方仲裁机构范围非常广泛,立法未在第三地仲裁机构中进一步细分,未考量标的物所在地、法律事实发生地等的优先地位。又如,立法未充分考量当事人特定的意

<sup>③⑥</sup> 毋爱斌:《〈仲裁法〉引入临时仲裁制度体系论》,载《社会科学家》2022年第4期,第105页。

<sup>③⑦</sup> 何晶晶:《〈仲裁法〉修改背景下我国引入临时仲裁制度的几点思考》,载《广西社会科学》2021年第12期,第114页。

思自治,如约定了仲裁地点的,位于仲裁地点的仲裁机构可否优先受理案件等。

第二,第35条第4款适用于涉外仲裁,将产生更多解释上的困惑,如共同住所地、第三地是否包括我国领域外的地点。

第三,通过对第35条第4款进行法教义学的分析,应认定其属于仲裁程序相关的强制性规定,我国仲裁机构受理案件必须符合该规定。但其适用主体不应包括外国仲裁机构,以避免外国仲裁机构的属人法与我国《仲裁法》相冲突。

第四,通过分析外国仲裁机构属人法、仲裁地法或当事人约定的仲裁程序法、及仲裁活动发生地法的适用,可以发现第35条第4款将为外国仲裁机构受理我国涉外案件造成阻碍,但Castel案表明,在外国进行临时仲裁具有可行性,各国将基于国内法的规定对是否符合其公共政策进行裁判,该等临时仲裁裁决通常能够被各国承认与执行。

基于上述,建议未约定仲裁机构的涉外仲裁案件采用临时仲裁方式解决争议,但当事人另有约定的除外。

---

**Abstract:** Under the systematic arrangement of the Arbitration Law (Revision) (Draft for Comments), a foreign-related arbitration case for which no arbitral agency has been agreed upon in the arbitration clause shall equally apply to the paragraph 4, Article 35 of the Draft for Comments as a non-foreign-related domestic arbitration case, that is, the case shall be arbitrated by an arbitral agency at the common domicile or a third place in the method of institutional arbitration rather than ad hoc arbitration. However, the application of paragraph 4, Article 35, if applied to foreign-related arbitration, will cause confusion in interpretation as to whether the applicable parties include foreign arbitral agency or whether the common domicile or third place includes a place outside of China. It also frustrates the desire of ad hoc arbitration being equally applied to non-foreign and foreign arbitrations. The judicial practices of various countries have proved the feasibility of ad hoc arbitration for foreign-related arbitration without an agreed arbitral agency. To comply with the development trend of the internationalization of arbitration in China, it should be expressly provided in the chapter of “Special Provisions on Foreign-related Arbitration” of the Arbitration Law that ad hoc arbitration shall be adopted for foreign-related arbitration without an agreed arbitral agency.

**Keywords:** without an agreed arbitral agency; foreign-related arbitration; ad hoc arbitration; Arbitration Law

---

(责任编辑:佟尧)

# 国际商事仲裁中第三方资助行为的规制

## ——以受资方信息披露义务为视角

陈雅峥 冯 硕\*

---

**内容提要** 第三方资助在缓解国际商事仲裁当事人资金窘境的同时,也给仲裁程序带来了诸多法律风险。由于资助的隐蔽性,传统上以仲裁员为唯一主体的信息披露制度难以规制国际商事仲裁中第三方资助行为。为及时明确潜在利益冲突,保障仲裁程序的公正性,促进仲裁裁决的承认与执行,有必要对受资方也课以信息披露义务。目前,我国内地在第三方资助仲裁上存在立法空白,不仅难以有效规制第三方资助引发的法律风险,还会阻碍第三方资助模式的良性发展,不利于提升我国仲裁机构在国际上的竞争力。鉴于此,我国应通过立法明确第三方资助仲裁的合法性,强调软法对规制第三方资助行为的调适作用。在具体制度建设上,建议从信息披露的范围、属性、时机和形式等方面优化受资方信息披露制度的规则设计。

**关键词** 第三方资助 国际商事仲裁 信息披露 受资方 利益冲突

---

### 一、引言

随着“一带一路”倡议的推进,我国与沿线国家和地区的经贸往来日趋频繁,如何构建有效的解纷机制以增强对“一带一路”的法治保障成为核心关切。在纠纷解决中,商事仲裁因其保密性、专业性和高效性等优点成为解决跨境商事纠纷重要方式。传统商事仲裁中,仲裁费用往往需由当事人自行支付。若当事人没有能力支付相关费用,仲裁程序则可能无法推进。但由于跨境商事纠纷的跨国性和复杂性,国际商事仲裁逐渐显露出费用高昂、成本收益失衡等弊端,致使不少投资者和企业对仲裁望而却步,一定程度上阻碍了跨境争议的解决。<sup>①</sup>在此背景下,第三方资助国际商事仲裁(international commercial arbitration with third-party funding,以下简称“TPF仲裁”)应运而生。

TPF仲裁是指与案件无争议的第三方(出资方)为国际商事仲裁中的一方当事人(受资方)提供部分或全部仲裁程序中可能发生的费用,并在受资方获得胜诉裁决后按

---

\* 陈雅峥,华东政法大学国际法学院硕士研究生;冯硕,上海政法学院国际法学院教师,法学博士。

① 参见冯硕:《国际商事法庭诉讼费制度构建的经验与方向——兼论我国国际商事法庭诉讼费制度设计》,载《法律适用》2019年第21期,第126页。

约定获得一定比例的经济利益的仲裁制度安排。<sup>②</sup>狭义的第三方资助具有如下特征：其一，出资方必须具有法律上的独立性。出资方既不能是案件的仲裁员或任何一方当事人，也不能与争议本身存在任何法律上的利害关系；其二，资助收益具有或然性。本质上，第三方资助是出资方以仲裁胜诉请求权为标的的无追索权投资行为。<sup>③</sup>因此，出资方仅能在仲裁获胜的情况下获得一定比例的裁决权益。而在案件败诉时，出资方无权向受资方请求返回任何款项；其三，资助协议具有合意性。出资方与受资方签订的资助协议是平等主体基于经济互利之合意达成的有关双方权利义务的合同，双方可以在资助协议中对出资要求、胜诉回报比例等作出约定。<sup>④</sup>

作为一种新兴的仲裁法律服务，第三方资助不仅可以降低仲裁的费用风险，还能为缺乏资金的当事人提供追求司法正义的机会，避免仲裁沦为“富人的游戏”。因此，第三方资助在国际社会上的认可度日益提高。根据伦敦玛丽女王大学分别于2015年和2018年发布的《国际仲裁调查报告》，在2018年受到采访的国际仲裁当事人中，超过97%的受访者意识到或曾经使用过第三方资助，而对其持积极态度的比例从2015年的28%上升到了75%。<sup>⑤</sup>目前，新加坡、伦敦、巴黎、中国香港等国际仲裁中心也已明确或默认了第三方资助的合法性，在国际商事仲裁中引入第三方资助已经成为一种趋势。<sup>⑥</sup>

然而，第三方资助在给国际仲裁带来积极影响的同时，也引起了诸多法律风险。由于第三方资助通常具有高度的隐秘性，其更可能会引起仲裁员的利益冲突，对裁决的生效和执行产生不利影响。<sup>⑦</sup>对此，信息披露制度自然成为降低上述风险的关键。在传统仲裁规则中，信息披露义务的主体多为仲裁员。若受资方不对资助的相关信息进行披露，仲裁员在实践中很难知晓第三方资助事实的存在，更遑论发现和披露潜在的利益冲突。

② 作为近年来国际仲裁领域出现的新现象，第三方资助的概念尚未得到统一的界定。一般认为，广义上的“第三方资助”是指与案件无争议的第三方以有偿或无偿方式为当事人提供争议解决所需费用的行为。而狭义上的第三方资助仅指有偿资助。本文研究范围限于后者。Catherine A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p.183.

③ 侯鹏：《商事仲裁中的第三方出资及其规制》，载《国际法研究》2018年第5期，第89页。

④ 第三方资助并不同于律师的风险代理收费（contingency fee）。前者仅仅是对案件进行投资，无需提供法律代理服务，而后者则是律师在案件达到约定结果后获得剩余服务费的模式。国际商会国际仲裁院发布的2021年版《当事人与仲裁庭在国际商会仲裁规则下参与仲裁程序的指引》（2021年《ICC仲裁指引》）也明确当事人与律师之间的费用安排不属于第三方资助的范畴。Steinitz, *Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*, *Minnesota Law Review*, 2011, Vol.95, pp.1293-1294; International Chamber of Commerce, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 2021 (“2021 ICC Note”), II. D. 21.

⑤ The Queen Mary University of London, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, pp.24-25, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), last visited Dec.15, 2022; The Queen Mary University of London, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p.46, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf), last visited Dec.15, 2022.

⑥ Jean Kalicki, *Third Party Funding in Arbitration: Innovations and Limits in Self-Regulation*, *Kluwer Arbitration Blog*, Mar. 14, 2012, Part 2 of 2.

⑦ Laurent Lévy & Régis Bonnan, *Third Party Funding: Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings*, *ICC Dossier No. 752E*, 2013, p.85.

因此,构建以受资方为义务主体的信息披露制度至关重要。因此,本文在论证对受资方课以信息披露义务之必要性的基础上,从范围、属性、时机和形式等方面探讨受资方信息披露义务的规则设计,并结合实际提出构建我国 TPF 仲裁受资方信息披露机制的建议,以期为我国 TPF 仲裁发展有所裨益。

## 二、TPF 国际商事仲裁中受资方信息披露的必要性

### (一) 传统的披露义务主体——仲裁员

传统仲裁规则所设置的披露义务主体较为单一,大多仅规定了仲裁员的披露义务。例如,2012年《国际商会仲裁规则》第11.2条规定,仲裁员应当披露在当事人看来任何可能影响仲裁员独立性的事实或情况;<sup>⑧</sup>2014年《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第5.3条规定,仲裁员应披露足以影响其公正和独立的情况。<sup>⑨</sup>因为在传统国际商事仲裁中,并没有仲裁庭、仲裁机构以及当事人所不知晓的主体参与,仲裁员可以通过调查自行回避,或在披露相关事实后依当事人申请回避等方式来避免潜在的利益冲突,没有必要再额外要求当事人进行信息披露。但在 TPF 仲裁中,新的第三方介入仲裁程序,且通常只有受到资助的一方当事人知晓资助事实。如果受资方不对资助信息进行披露,仲裁员和另一方当事人对于资助的存在几乎无从知晓,更不可能发现资助可能牵涉到的利益冲突。可见,以仲裁员为唯一义务主体的信息披露制度难以与第三方资助行为的规制相适应。

### (二) 建立受资方信息披露制度的必要性

#### 1. 明晰潜在的利益冲突

“利益冲突”是指在仲裁中任何可能导致仲裁员公正性和独立性受到影响的情形。<sup>⑩</sup>其中,公正性指的是仲裁员不应偏向任何一方当事人或者对争议问题有任何偏见,独立性则是指仲裁员不应与一方当事人或与该当事人有密切关联的主体有任何关系。<sup>⑪</sup>因此,避免利益冲突是保证仲裁员公正和独立的必然要求。

有学者认为,如果仲裁员不知道资助事实的存在,就不可能存在仲裁员的利益冲突,<sup>⑫</sup>但目前没有机制能确保仲裁员不知道这种第三方资金关系。实践中,确实存在因第三方资助介入而引起利益冲突的风险。其一,仲裁员与出资方之间可能存在着直接或间接的关联关系(图1)。例如,仲裁员C可能与出资方D(或其实际控制人)系近亲属;再如,C可能直接或间接持有出资方D公司的股份,又或者与D有着其他经济上的关联;

<sup>⑧</sup> International Chamber of Commerce (ICC), Arbitration and ADR Rules (2012), Art.11.2.

<sup>⑨</sup> London Court of International Arbitration (LCIA), Arbitration Rules (2014), Art.5 (3).

<sup>⑩</sup> International Bar Association, 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest on International Arbitration (“2014 IBA Guidelines”), Part I (2).

<sup>⑪</sup> Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan Michael Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, p.255.

<sup>⑫</sup> Catherine A. Rogers, Ethics in International Arbitration, Oxford University Press, 2014, p.201.

此外，C所在的律师事务所还可能与出资方D有合作关系。由于出资方业务的投资性和风险性，出资方公司通常会聘用律所来为其提供风险评估等法律服务。<sup>⑬</sup>同时，仲裁员通常还具有律师的身份，这种身份特殊性无疑使得第三方资助更易引发利益冲突。

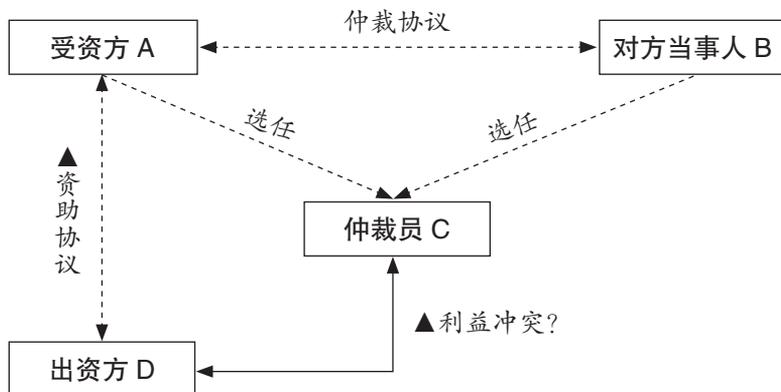


图 1：仲裁员与出资方存在利益关系

其二，完全无关联的两个仲裁案件也可能相互引发利益冲突（图 2）。例如，出资方 D 在案件一中资助了当事人 A1，在案件二中资助了当事人 A2，而案件一的仲裁员 C 还在本无关联的案件二中担任当事人 A2 的律师。在不考虑第三方资助的情况下，这种情况是合乎仲裁规则的。然而，一旦第三方资助介入，则很可能产生利益冲突。因为在案例二中，出资方 D 为了掌握案件情况，通常会与作为受资方 A2 律师的 C 进行密切交流，从而影响 C 就案例一作出裁决。

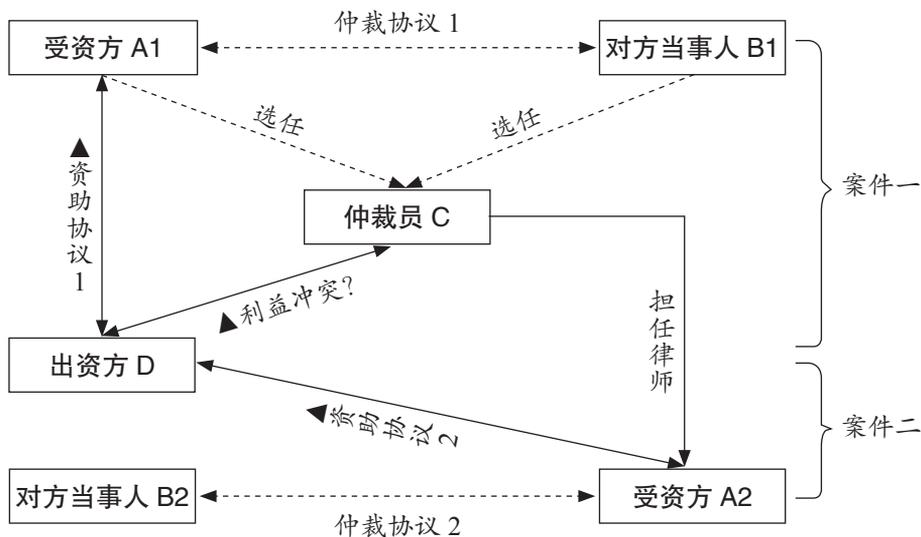


图 2：无关联案件利益冲突关系

<sup>⑬</sup> 丁汉韬：《论第三方出资下商事仲裁披露义务规则之完善》，载《武大国际法评论》2016年第2期，第226页。

其三,利益冲突还可能出现在重复指任的情形中。由于出资方的“金主”地位,实践中出资方对于仲裁员的指任常常享有部分或完全的决策权。此时,出资方完全可能在不同案件中多次指任相同的仲裁员(特别是当该仲裁员的裁判风格对获得胜诉裁决有利时)。再加之国际仲裁中符合资格的仲裁员本就较少,“旋转门”现象时有发生。<sup>⑭</sup>在此情形下,资助方和仲裁员之间就可能因频繁的业务往来形成产业利益链条,进而更易引起利益冲突。

2014年国际律师协会(International Bar Association)在修订后的《国际仲裁利益冲突指引》(以下简称《IBA指引》)中首次明确了出资方与仲裁员之间潜在的利益冲突情形,并将这些情形划分为绿色清单(green list)、橙色清单(orange list)、可弃权的红色清单(waivable red list)以及不可弃权的红色清单(non-waivable red list)。其中,绿色清单中的情形不属于利益冲突(例如仲裁员仅仅与出资方有初步的接触),因此无需披露;对于橙色清单中的情形(例如仲裁员曾在3年内为出资方提供法律服务),只要当事人未提出异议仲裁员即可任职;可弃权的红色清单下(例如仲裁员曾就案涉争议为出资方提供法律意见),只有当事人明确接受其担任仲裁员才能任职;而对于不可弃权的红色清单(例如仲裁员与出资方是同一人),仲裁员应当拒绝接受指定。<sup>⑮</sup>尽管该指引并不具有强制拘束力,但其对于实践中利益冲突情形的判断仍具有较大的参考价值。

综上,第三方资助的引入使得仲裁过程中的利益冲突表现形式更为多元,仲裁员的公正性和独立性也因此受到更大的挑战。尽管多数仲裁规则已经要求仲裁员对潜在的利益冲突情形进行披露,但只要当事人不披露其接受了第三方资助的事实,仲裁庭几乎无法知晓第三方资助者的存在和身份,也就不具备履行相关信息披露义务的基础。笔者认为,解决上述问题需要为受资方设立相关信息的披露义务。只有当受资方对资助信息进行披露后,仲裁员才能对自己与出资方的关系进行审查和披露,对方当事人可以及时发现潜在的利益冲突情形并行使申请回避等权利,确保仲裁员的独立性与公正性。<sup>⑯</sup>

## 2. 保障仲裁程序的公正性

第三方出资的介入还有可能影响仲裁程序的公正性。众所周知,当事人在商事仲裁中应当对仲裁程序和实体权利享有处分权。<sup>⑰</sup>但在TPF仲裁中,尽管出资方并非案件当事人,其却可以通过资金影响甚至是控制受资方,进而操控仲裁程序。实践中,为确保案件收益的最大化,出资方通常会在资助协议中约定其有权选择律师、指任仲裁员甚至制定整体仲裁策略。尤其值得注意的是,由于调解、和解金额往往低于胜诉裁决的金额,出资方往往还倾向于对受资方的调解和和解权利予以限制,这在一定程度上背离了仲裁的

<sup>⑭</sup> “旋转门”现象指的是国际仲裁中仲裁员、律师名单常常高度重合的情形。Langford, M., Behn, D. and Lie, R.H., *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, Journal of International Economic Law, 2017, Vol.20, pp.301-305.

<sup>⑮</sup> 2014 IBA Guidelines, Part. II.

<sup>⑯</sup> 张晓萍:《论国际商事仲裁第三方资助信息披露机制》,载《国际经济法学刊》2021年第2期,第137页。

<sup>⑰</sup> Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6 ed., Oxford University Press, 2015, p.187.

当事人自治原则且不利于争议的有效解决。

从动因上看,出资方在仲裁中的首要目标是投资收益的最大化,而当事人则主要期望争议得到公正、高效的解决。因此,出资方制定的仲裁策略可能并不能促进争议解决,还可能与公平公正原则相悖。如果出资方对受资方的控制程度过高,出资方甚至可能绕过仲裁协议成为真正的当事人。这时,对方当事人将会因为信息的高度不对称而无法制定相应的仲裁策略。特别是当出资方的介入引起前述利益冲突情形时,对方当事人还可能因不知情而无法行使自己正当的程序权利。由此可见,第三方资助的隐蔽性极易使得仲裁程序被一个看不见的实体所控制。为了保障仲裁程序的公平性,受资方对资助信息进行披露的必要性不言自明。

### 3. 降低裁决被拒绝承认与执行的风险

受资方信息披露制度有助于保障仲裁裁决的承认与执行。当第三方资助招致仲裁员的公正、独立性以及仲裁程序的公正性存疑时,相关法院可能对裁决拒绝承认或不予执行。根据《纽约公约》第5条,若仲裁庭的组成与当事人协议不符或违反法律规定、公共秩序,执行地法院就有权拒绝裁决的承认与执行。<sup>⑮</sup>《国际商事仲裁示范法》第34条规定,当仲裁程序不公正或与当事人约定不符时,法院可依当事人申请撤销涉案裁决。<sup>⑯</sup>因此,当第三方资助介入国际商事仲裁时,其给仲裁员独立性和仲裁程序公正性等方面带来的风险,极有可能导致日后仲裁裁决被拒绝承认与执行。为从源头上降低此类风险,有必要对受资方也课以信息披露义务。

## 三、TPF 国际商事仲裁中受资方信息披露机制的构建

### (一) 信息披露的范围

信息披露的范围界定是国际仲裁界重点讨论的问题之一,即受资方应当对哪些信息予以披露。争议的主要焦点在于,受资方在履行信息披露义务时是仅需要披露资助事实的存在和资助者身份,还是应当进一步披露资助协议,若需要披露资助协议应当披露至何种程度。<sup>⑰</sup>

#### 1. 现有仲裁规则(指引)的比较分析

传统仲裁规则关于信息披露范围的规定大多为概括性的。尽管各规则表述有异,但它们规定的披露范围核心均在于“有可能影响其公正和独立的情况”。<sup>⑱</sup>例如,2014年美国仲裁协会《国际争议解决中心仲裁规则》第5.2条和2016年《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》第13.5条规定,仲裁员应当披露任何可能造成不公平或者让当事人无法追

<sup>⑮</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), Art.V.

<sup>⑯</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (2006), Art.34. 2 (a) (i).

<sup>⑰</sup> 陈汉夫:《从信息披露义务的视角看第三方资助仲裁制度之构建——基于我国香港特别行政区、新加坡经验的比较研究》,载《仲裁研究》第47辑,第44页。

<sup>⑱</sup> LCIA, Arbitration Rules (2014), Art.5 (3).

求合理诉求的情形。<sup>②②</sup>而第三方资助介入可能引起利益冲突,影响仲裁员的独立性和公正性,这些概括性规定可以涵盖第三方资助的情形。但因这类一般性表述过于笼统和模糊,实践中很难据此确定披露义务的具体范围。鉴于此,一些仲裁机构意识到规制第三方资助的重要性,先后修订了仲裁规则或颁布了新的仲裁指引。表 1 对规定了受资方披露义务范围的现有规则或指引进行了总结梳理。

表 1: 现有仲裁规则(指引)对第三方资助披露范围的界定

序号	仲裁规则或指引	披露范围
1	2014 年《IBA 指引》 <sup>②③</sup>	第三方资助者与仲裁员的任何直接或间接关系
2	2017 年 《SIAC 国际投资仲裁规则》 <sup>②④</sup>	①第三方资助协议是否存在或者第三方资助者的身份; ②必要时还可以要求当事人披露资助协议中利益关系的细节
3	2018 年 《HKIAC 仲裁规则》 <sup>②⑤</sup>	①已签订资助协议的事实; ②出资第三方的身份
4	2021 年《ICC 仲裁规则》 <sup>②⑥</sup>	出资方的存在和身份
5	2021 年《ICC 仲裁指引》 <sup>②⑦</sup>	出资方的存在和身份

由上表可知,现有规则(指引)对于 TPF 仲裁信息披露范围的规定主要有三类:(1)资助事实的存在;(2)第三方资助者的基本信息(身份、地址等);(3)资助协议的相关内容。目前仲裁界对受资方应当披露第三方资助的存在及出资方的基本信息基本上达成了共识,最大的争议点其实在于是否还应当披露资助协议的具体内容。对此,以 2018 年《香港国际仲裁中心仲裁规则》和 2021 年《国际商会仲裁院仲裁规则》为代表的规则规定受资方应披露的信息范围为资助事实的存在和资助者身份;而以 2017 年《新加坡国际仲裁中心投资仲裁规则》为代表的规则认为受资方还应在必要时披露资助协议的相关细节。

值得注意的是,2014 年修订的《IBA 指引》是首次对 TPF 仲裁中当事人的披露义务范围作出规定的规范性文件。根据《IBA 指引》第 7(a) 条,一方当事人应披露“仲裁员与跟仲裁裁决有直接经济利益,或者负有根据仲裁裁决补偿一方当事人义务的任何个

<sup>②②</sup> International Centre for Dispute Resolution (ICDR), Arbitration Rules (2014), Art.5(2); Singapore International Arbitration Centre, Arbitration Rules (6th ed.) (2016), Art.13.5.

<sup>②③</sup> 2014 IBA Guidelines, General Standard; Explanation to General Standard.

<sup>②④</sup> Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Investment Arbitration Rules (2017), Art.24 (I), 33.1.

<sup>②⑤</sup> Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Administered Arbitration Rules (2018), Art.45.

<sup>②⑥</sup> ICC, Rules of Arbitration (2021), Art.11 (2), (3).

<sup>②⑦</sup> 2021 ICC Note, II. D.

人或实体之间的关系”。<sup>⑳</sup>简言之,《IBA指引》要求当事人对出资方与仲裁员之间的“任何直接或间接关系”予以披露。表面上看,“任何关系”似乎比资助事实和资助者基本信息范围更广。但当事人很可能会以不知晓出资方与仲裁员之间的关系为由拒绝披露。这时,出资方的基本信息甚至都不需要被披露。因此,尽管该指引在确立当事人披露义务范围方面起到了积极的示范作用,但因逻辑上的不周延导致在实际适用上存在一定的局限。

## 2. 合理规制信息披露的范围

本文认为,在构建受资方信息披露制度时应当遵循克制、必要的原则。基于此,受资方的信息披露范围原则上应当限于第三方资助事实的存在以及出资方的身份。建立受资方信息披露制度的出发点在于减少第三方出资的介入给仲裁程序带来的不利影响,所以披露的范围自然也应限于这一目的所向。<sup>㉑</sup>一方面,潜在的利益冲突使当事人的披露义务成为必要;另一方面,资助协议的保密性又阻止当事人披露资助信息。这两种不同的价值取向看似彼此对立,实则可以通过限制披露义务的范围达到平衡。澳大利亚法院曾指出,过度的信息披露可能会让对方当事人从战术上压制受资方,不利于司法的公平正义。<sup>㉒</sup>如果要求当事人对资助协议的细节尽数披露,势必会为其造成过重的披露负担,不符合披露制度的设立初衷。

其次,如前所述,资助协议是出资方和一方当事人之间的协议。原则上,若资助协议对资助信息作了保密性规定,当事人即有义务遵守。披露制度是为了确保仲裁程序公正、保障当事人和出资方共同利益而设置的例外,故应对其作限制解释。再次,过重的信息披露义务可能会对第三方资助业务的发展产生不利影响。由于第三方出资业务的特殊性,资助协议通常都有保密性要求。实践中,许多当事人考虑到商业利益、业界声誉等因素也不情愿将自己接受第三方资助的细节予以披露。如果强制要求披露完整的资助协议,那么 TPF 仲裁的优势将可能被打压,不利于第三方资助模式的良性发展。

至于资助协议的具体内容,尽管原则上不应要求当事人对资助协议的细节予以披露。但在必要情况下,即当仲裁庭经审查认为资助协议的某些条款会对仲裁员的独立性或仲裁程序的公正性造成影响时,仲裁庭可以要求当事人披露资助协议的相关条款。因为公正性是仲裁机制赖以存在和发展的基础,也是仲裁所追求的最高价值目标。披露义务范围的界定同样也应以仲裁的公正价值为指导。当仲裁的公正性因第三方资助协议的隐蔽性而受到挑战时,后者应当让位于前者。但让位的程度仍应根据个案情况来确定且以“必要”为限度,不应强制当事人全面披露资助协议。

目前各大仲裁机构对于已披露的信息基本上是公开的。有学者认为仲裁机构应当

<sup>⑳</sup> 2014 IBA Guidelines, General Standard, 7(a).

<sup>㉑</sup> 周艳云、周忠学:《第三方资助国际商事仲裁中受资方披露义务的规制——基于“一带一路”视阈》,载《广西社会科学》2018年第2期,第103页。

<sup>㉒</sup> 张晓萍:《论国际商事仲裁第三方资助信息披露机制》,载《国际经济法学刊》2021年第2期,第142页。

充分尊重资助协议的保密性,对当事人依照披露要求所披露的信息进行保密。<sup>③①</sup>笔者赞同此类观点,因为资助协议毕竟涉及受资方经济状况等商业隐私,当第三方资助的相关信息已被披露给仲裁庭和对方当事人后,出于对保密性的尊重,不应再对资助协议再作进一步公开。

综上,TPF仲裁中受资方信息披露义务范围可以规定为:受资助方应当披露资助事实的存在以及第三方资助者的基本信息。必要时,仲裁庭也可以要求受资助方披露资助协议的相关条款及其他可能影响仲裁员独立性和公正性的情况。上述披露信息范围的界定不仅与披露制度的目的、资助协议的性质以及第三方资助产业的发展相兼容,也可以有效防止当事人利用披露范围的有限性逃避其本应承担的信息披露义务。

## (二) 信息披露义务的属性

仲裁员有义务披露潜在利益冲突的情形已然成为国际仲裁中的基本原则,各国仲裁立法和主要仲裁机构的仲裁规则也将仲裁员的披露义务规定为强制性义务。<sup>③②</sup>那么,受资方的信息披露义务是否属于强行性规则呢?本文认为,在构建受资方信息披露义务机制时,应将受资方对于第三方资助者基本信息的披露确立为强行性义务,而对于其他信息的披露则不属于强行性义务。换言之,受资方必须在规定时间内主动向仲裁庭和对方当事人披露第三方资助者的存在和身份等基本信息。对于资助协议的具体内容,则应经仲裁庭审查后具体判断是否需要披露、以及披露至何种程度。

首先,基本信息的强制披露有利于调和披露义务与“不得披露条款”和“保密条款”的冲突。实践中,当事人不愿意主动披露第三方资助信息的原因之一就是资助协议中规定了“不得披露条款”和“保密条款”。前者要求受资方不得向其他主体披露有关资助的信息,后者强调当事人应当对资助协议中的敏感信息进行保密。因此,如果当事人径自向其他主体披露了资助信息,就可能需要承担违约责任,甚至导致出资方撤资。如若将资助信息的披露确立为当事人的法定强制义务,则上述“不得披露条款”或“保密义务条款”就会因违背信息披露的强制性规定而被认定为无效。如此一来,受资方再进行相关信息披露时就没有了不得披露和保密的包袱。

其次,强制披露有利于维护仲裁程序的公正和效率。考虑到第三方资助者对仲裁程序的控制程度,如果不及时披露资助者的存在和其基本信息,于对方当事人而言是不公平的。同时,若不明确受资方披露义务的强制性,披露机制还会面临极大的不确定性。在 *Guaracachi v. Bolivia* 一案中,受资助方就以出资方信息与仲裁无关为由拒绝披露出资方的身份信息,仲裁庭对此也表示同意。<sup>③③</sup> 尽管该案属于国际投资仲裁,但投资仲裁机制本就是从事商事仲裁中演化而来,因此也具有一定的参考价值。明确受资方对出资方基本信息的强制披露义务,能有效防止受资方以各种理由拒绝披露,避免披露制度成为“无

<sup>③①</sup> 丁汉韬:《论第三方出资下商事仲裁披露义务规则之完善》,载《武大国际法评论》2016年第2期,第234页。

<sup>③②</sup> 张圣翠:《国际商事仲裁强行规则研究》,华东政法大学博士学位论文,2006年。

<sup>③③</sup> *Guaracachi America Inc & Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No.13.

齿之虎”。除此之外,强制披露规则还可以解决任意性规则适用中所伴随的申请、答辩、审查等一系列流程,极大程度上提高了仲裁效率。

最后,强制披露也符合国际仲裁行业的趋势。2015年《国际仲裁调查报告》显示,约76%的受访者认为应当强制披露第三方资助的存在。<sup>④</sup>这表明,目前国际仲裁的参与主体是更倾向于通过强制披露义务来规范第三方资助机制的。当然,上述强制披露义务的范围原则上应当限于资助者的存在和身份信息。对于资助协议的具体内容,只有当仲裁庭经审查认为不披露会有损仲裁程序公正时,才可以要求受资方进行披露。至于其他信息,受资方可以自行决定是否披露。

### (三) 信息披露的时机和形式

披露时机对 TPF 仲裁而言尤为重要。如果当事人披露时间过晚,仲裁员就不能及时审查利益冲突情形,对方当事人也难以做好充分的策略应对。因此,如果不明确信息披露的时机,受资方就可能利用该漏洞故意拖延,影响实体裁决的作出。从仲裁的公正性看,受资方的信息披露应当尽可能早地进行。披露安排越早,越有助于仲裁程序的推进,防止因仲裁员后期被提出异议或是被更换而造成程序拖沓和资源浪费。对此,2021年《国际商会仲裁院仲裁规则》规定当事人必须“及时”披露相关信息;2018年《香港国际仲裁中心仲裁规则》要求“受资助者在签订资助协议后”将相关信息通知仲裁庭、其他当事人和仲裁机构;《IBA 指引》则规定当事人应“尽早”主动履行告知义务。可见,大多数仲裁规则均强调当事人应及时或尽早履行披露义务,但均未对具体披露时间作出规定。

我国香港地区对于披露时机的规定较为完善,并根据资助协议的签订时间作出了区分。当资助协议是在仲裁程序启动时或之前签订的,受资方应当在仲裁程序启动时进行披露;若资助协议是在仲裁程序之后才签订,则受资方应在协议签订后的15日内完成信息披露。<sup>⑤</sup>笔者认为,根据资助时间确定不同披露时机的制度设计更为科学合理,但“15日内”的期限要求值得商榷。15日的期限对履行披露义务来说过长,并不符合“立即”“及时”披露的精神,有可能对仲裁程序造成不必要的拖延。相较而言,7日的期间安排更为合理,该期间既给受资方履行披露义务留出了充足的准备时间,也能确保仲裁庭和对方当事人及时知晓第三方资助的相关信息。

至于信息披露的形式,实践中主要有书面和口头形式。鉴于披露义务的履行与仲裁庭组成、仲裁程序推进以及仲裁裁决的承认、执行密切相关,且采用书面形式更有利于固定证据,应当要求受资方以书面形式对相关信息进行披露。

<sup>④</sup> The Queen Mary University of London, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p.48, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf), last visited Dec. 15, 2022.

<sup>⑤</sup> Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017, Art.98U. 2.

## 四、TPF 国际商事仲裁受资方信息披露制度对我国的启示

### （一）立法先行：明确 TPF 仲裁的合法性

现阶段,我国内地立法在 TPF 仲裁方面仍处于空白状态,对于第三方资助的合法性也未作表态。实践层面, TPF 仲裁也尚处于探索的初步阶段。<sup>③⑥</sup>当然,目前我国仲裁费用远远低于国际市场收费,这也一定程度上限制了第三方资助产业的发展。但随着“一带一路”建设进入高质量发展的快车道,国际商事纠纷的数量、标的额均大幅上升,如何促进纠纷有效解决将成为各个国家和商事主体共同的关切,这也给 TPF 仲裁在我国的发展提供了契机。在此背景下,我国首先应通过立法明确第三方资助介入国际商事仲裁的合法性。

第一,明确 TPF 仲裁的合法性是现实的需要。据鼎颂商事争议解决支持平台(以下简称“鼎颂平台”)统计,截止 2019 年 12 月,鼎颂平台已投资案件数量超过 500 件,投资案件标的额总计超过 48 亿人民币,相较于 2016 年的数据有数倍提升。<sup>③⑦</sup>可见,我国争议融资市场十分庞大,且有巨大的发展潜力。目前,国际上主要的仲裁地也已通过立法或司法实践对第三方资助表示了肯定。例如,新加坡相关法律规定助讼和帮讼行为原则上不构成侵权,并明确争端解决程序中的第三方出资不会被认定为违反公共政策,前提是第三方资助者资质符合相关规定,即是“合格第三方资助者”(qualifying third-party funder)。<sup>③⑧</sup>此外,新加坡还进一步对争端解决程序的范围、第三方资助者的资质等作出了细化规定。<sup>③⑨</sup>我国香港则在 2017 年修订的《仲裁条例》中增设第 10A 部“第三者资助仲裁”,不仅确认了 TPF 仲裁不受个别普通法法则禁止,还对 TPF 仲裁涉及的相关概念(“受资助方”“出资第三者”“潜在出资第三者”“资助协议”“提供”等)进行了界定。<sup>④①</sup>澳大利亚虽然没有直接通过立法明确 TPF 仲裁的合法性,但在实践中却通过法院判例的形式实现了对第三方资助的规制效果。<sup>④②</sup>例如,在 2006 年 Fostif 一案中,澳大利亚高等法院多数意见认为第三方资助不构成程序滥用也不违反公共政策。<sup>④③</sup>2011 年 Chameleon 案则对第三方资助的性质和规制模式做出了回应。<sup>④④</sup>由此可见,明确第三方资助的合法性并对其进行必要规制已经成为国际社会的趋势。

<sup>③⑥</sup> 侯鹏:《商事仲裁中的第三方出资及其规制》,载《国际法研究》2018 年第 5 期,第 87 页。

<sup>③⑦</sup> 鼎颂投资数据, <http://www.dslegalcapital.com/index.aspx>, 最后访问时间: 2022 年 8 月 1 日。

<sup>③⑧</sup> Civil Law Act, Chapter 43, Section 5A, 5B, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CLA1909/Historical/20170301?DocDate=20181107&ValidDate=20170301>, last visited Oct.25, 2022.

<sup>③⑨</sup> Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017, <https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017>, last visited Oct. 25, 2022.

<sup>④①</sup> Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017, Part 10A.

<sup>④②</sup> Michael Legg, *The Rise and Regulation of Litigation Funding in Australian Class Actions*, Erasmus Law Review, 2021, Vol.14, pp.221-234.

<sup>④③</sup> Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd, 229 CLR 386, 2006, pp. 93-98.

<sup>④④</sup> International Litigation Partners Pte Ltd v. Chameleon Mining NL, 276ALR 138, 2011, paras.29-34.

其二,明确 TPF 仲裁的合法性有利于提升我国仲裁的国际吸引力,促进中国仲裁的良性发展。我国在修订《仲裁法》时应当立足于国内法治与涉外法治的统筹推进,积极接轨相关国际法律规则和实践。<sup>④</sup> 仲裁地所在国的仲裁法是当事人在选择仲裁地时的重要考量因素,<sup>⑤</sup>对于有资金需求的企业和投资者而言,其在选择仲裁地时很可能因为我国立法对 TPF 仲裁的含糊而转向其他国家或地区。现阶段,尽管我国仲裁案件数量逐年增长,但涉外仲裁案件在仲裁总量中占比仍然较低。以中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲”)为例,2021年度我国涉外仲裁案件为636例,仅占案件总量的15.6%,这与国际上的其他知名仲裁机构相比还存在一定差距。<sup>⑥</sup>倘若我国立法继续对第三方资助机制保持沉默,不仅不能有效规制第三方资助引起的法律风险,还会阻碍第三方资助模式在我国的良性发展,长远来看更不利于提升我国仲裁在国际上的竞争力和影响力。

其三,我国也具备 TPF 仲裁的法律基础。不同于一些普通法系国家(地区),我国并没有禁止助讼、帮讼的传统。因此,引入第三方资助在我国并无实质上的法律障碍。鉴于此,只要第三方资助没有违反法律的强制性规定和公共政策,我国没有理由拒绝引入第三方资助。

至于具体路径,相较于澳大利亚等国家的“司法主导型”模式,采取“立法主导型”模式来明确 TPF 仲裁的合法性更符合我国基本国情和实践需要。<sup>⑦</sup>一方面,我国没有普通法系遵循先例的传统,通过个案来确认第三方资助的合法性是不现实的。另一方面,新加坡和香港地区与中国内地的地理环境、传统文化、风俗习惯等更为相似,从法律移植的可行性和难易程度上考量,新加坡和香港地区在第三方资助问题上采用的“立法主导型”范式对我国内陆具有更大的借鉴意义。<sup>⑧</sup>因此,借《仲裁法》修订之契机,我国可考虑在《仲裁法》中增设有“第三方资助国际仲裁”的章节或条文,明确第三方资助在国际商事仲裁中的合法性,并对 TPF 仲裁中的相关概念、出资方与受资方的基本权利义务等基础性问题作出原则性规定。当然,考虑到立法语言的简洁性,最高院也可以发布配套的司法解释或指导案例,对上述法律条文的含义和具体运用作出说明,为 TPF 仲裁在实践中的运行及其法律规制提供权威指引。

## (二) 路径优化: 激发“软法”的调适作用

TPF 仲裁涉及主体广、牵涉利益大,仅通过立法明确 TPF 仲裁合法性仍难以有效规制潜在的风险。尽管如此,仲裁发展日新月异,仓促地开展新制度的立法也许并非明智

<sup>④</sup> 刘晓红、冯硕:《对〈仲裁法〉修订的“三点”思考——以〈仲裁法(修订)(征求意见稿)〉为参照》,载《上海政法学院学报》2021年第5期,第56页。

<sup>⑤</sup> The Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p.2, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf), last visited Dec. 15, 2022.

<sup>⑥</sup> 数据来自中国国际经济贸易仲裁委员会官网, <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=24>, 最后访问时间:2022年9月8日。

<sup>⑦</sup> 杨子希:《第三方资助国际商事仲裁的规制研究》,载《法治论坛》2022年第1期,第275页。

<sup>⑧</sup> 参见高鸿钧:《法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向》,载《中国社会科学》2007年第4期,第127页。

之举。<sup>④⑨</sup>考虑到立法活动的复杂性和阶段性,加之 TPF 仲裁在我国大陆地区尚未真正发展起来,贸然将第三方资助仲裁的所有问题细化到《仲裁法》中未免操之过急,反而可能对今后 TPF 仲裁的发展造成阻碍。此外, TPF 仲裁中的信息披露制度在国际上也尚不成熟,暂不宜对受资方的信息披露义务作过多的硬性规定。在此背景下,我国可考虑以“软法为主、硬法为辅”的模式规制 TPF 仲裁。在“一带一路”建设法治化的过程中,硬法治理面临着创制成本高昂、灵活性欠缺等现实困境,而软法则因其包容性和可接受性等优势起到破局的作用。<sup>⑤⑩</sup>软法虽然不像硬法那样具备法律上的强制力,但却可以强化硬法的问题导向和实效导向,为硬法创制积累经验,同时还能有效引导公共主体的行为选择。<sup>⑤⑪</sup>因此,应充分激发软法性规范对于第三方资助仲裁制度的调适作用。

具体而言,可以由相关仲裁机构牵头,制定和完善有关 TPF 仲裁的规则、指引,出台相关行业准则与自我规管办法。作为典型的仲裁“软法”,以规则、指引、指南、说明、准则、示范法等命名的仲裁文件在国际仲裁领域发挥了不可替代的作用,也深刻地影响着仲裁制度的发展。<sup>⑤⑫</sup>不同于立法的原则性和概括性,仲裁规则、指引或行业准则可以对 TPF 仲裁中出资方的资质要求、资助协议的形式和内容要求、仲裁程序中各主体的披露义务等具体问题作出更为细致的规定。目前,我国已有仲裁机构率先在 TPF 仲裁领域做出了行动。例如,贸仲香港仲裁中心在 2017 年 9 月发布了《第三方资助仲裁指引》,其分别对出资方、受资方、仲裁庭提供了相应的建议。同年 10 月,贸仲又在其《国际投资争端仲裁规则(试行)》中规定了第三方资助的定义、当事人的披露义务等。上述文件虽然不能普遍适用于我国内地的商事仲裁,却代表了我国仲裁机构在 TPF 仲裁实践中做出的大胆尝试,对于促进我国 TPF 仲裁发展具有重要的理论和实践意义。

### (三) 制度建设: 构建以受资方为主体的信息披露机制

对 TPF 仲裁进行规制需要建立以受资方为主体的信息披露机制。2018 年《香港国际仲裁中心仲裁规则》是目前国际上鲜有的明确“受资助者”为披露义务主体的仲裁规则之一。笔者认为这一做法值得我国内地借鉴。如前所述,尽管大多数仲裁规则并未专门就 TPF 仲裁设置仲裁员的披露义务,但其概括式的规定(例如“足以影响仲裁员公正和独立的情况”)已经可以涵盖第三方资助的情形。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 31 条也规定了仲裁员应当披露“可能引起对其公正性和独立性产生合理怀疑的任何事实或情况”。<sup>⑤⑬</sup>由此看来,没有必要再对仲裁员的披露义务作特别强调。<sup>⑤⑭</sup>

<sup>④⑨</sup> 刘晓红、冯硕:《改革开放 40 年来中国涉外仲裁法律制度发展的历程、理念与方向》,载《国际法研究》2019 年第 6 期,第 110 页。

<sup>⑤⑩</sup> 刘晓红:《论“一带一路”建设中的软法治理》,载《东方法学》2022 年第 5 期,第 102-104 页。

<sup>⑤⑪</sup> 罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载《中国法学》2006 年第 2 期,第 3-9 页。

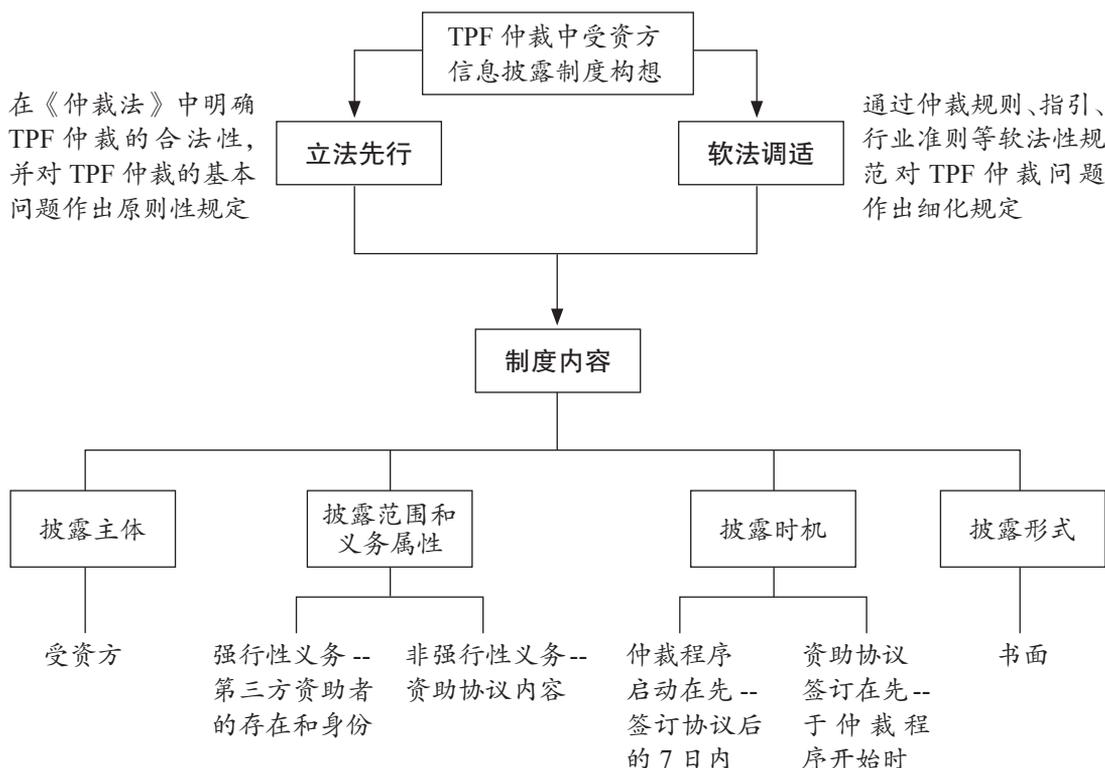
<sup>⑤⑫</sup> 参见王徽:《国际商事仲裁“软法”之治的多维思考》,载《中国国际私法与比较法年刊》(2018 年第 23 卷),第 284-312 页。

<sup>⑤⑬</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 31 条。

<sup>⑤⑭</sup> 孙珺、王雨蓉:《第三方资助国际仲裁中仲裁员与受资助方披露义务之比较研究》,载《商事仲裁与调解》2021 年第 4 期,第 12 页。

相反,信息披露规制的重心应当围绕受资方展开。因为在 TPF 仲裁中,只有受资方披露了第三方资助者的存在和身份,仲裁员才能知晓和审查第三方资助的情况,进而披露潜在的利益冲突,受资助方履行披露义务是仲裁员履行披露义务的前提和基础。此外,受资方是最了解资助情况的一方,由其主动披露第三方资助的相关信息,既是合理之举也是有效之措。因此,建议在我国主要仲裁机构的仲裁规则中,明确受资方为信息披露的义务主体。

在披露范围上,应当对受资方的披露范围予以限制。原则上,受资方仅有义务披露第三方资助者的存在和身份等基本信息。关于披露义务的属性,建议将对出资方基本信息的披露确立为受资方的强行性义务。只有强制当事人主动披露出资方的存在和身份,才能及时、有效地避免潜在的利益冲突。对于资助协议的具体内容,只有当不披露可能损害仲裁公正性的情况下,仲裁庭才可以要求受资方进行披露,且这种披露还应限于特定的条款而非全部披露。关于义务履行的时机,笔者认为披露义务应自一方启动仲裁程序或受资方签订资助协议之日起对受资方生效。若仲裁程序启动在先,受资方应当在签订协议后的 7 日内履行信息披露义务;若协议签订在先,受资方应在仲裁程序启动之时进行信息披露。此外,受资方在履行披露义务时应采取书面形式。总体上,我国受资方信息披露制度的构造设想可归纳为图 3 所示的框架。



## 五、结 语

TPF 仲裁制度的产生源于日益增长的仲裁费用与当事人解纷需求的矛盾。作为资本与法律的有机结合, TPF 模式不仅给当事人提供了寻求司法正义的机会,还能通过吸引投资来增强经济活力。与此同时,第三方资助者的介入也对仲裁员的独立性和公正性提出了新的挑战。囿于第三方资助的隐蔽性,如果受资方不对资助信息进行披露,仲裁员就难以知晓第三方资助者的存在,更难以发觉和披露潜在的利益冲突,对方当事人也会因为不知情而无法行使其相应的程序权利。因此,以仲裁员为单一义务主体的信息披露制度难以对 TPF 仲裁进行有效规制。为了维护仲裁员的独立性和仲裁程序的公正性,保障仲裁裁决的承认与执行,增设以受资方为主体的信息披露机制迫在眉睫。

党的二十大报告指出,我国已成为 140 多个国家和地区的主要贸易伙伴,货物贸易总额居世界第一,吸引外资和对外投资均居世界前列。<sup>⑤</sup>“一带一路”倡议和自贸区(港)建设的深入推进也为我国国际仲裁发展注入了新的活力。TPF 仲裁因其独特的优势在国际上的认可度日益提高,许多国家和地区都已通过立法或司法模式为 TPF 仲裁的发展铺平了道路。我国虽然也存在第三方资助的实践,但对该模式的规制体系却是付之阙如。这不仅难以有效地防范第三方资助引发的法律风险,也不利于中国仲裁国际影响力的提升。鉴于此,通过立法明确 TPF 仲裁的合法性并逐步建立起相应的规制体系是我们的当务之急。考虑到 TPF 模式在我国尚未真正发展起来,且受资方的信息披露制度在国际上也并不成熟。我国应充分利用软法的调适作用,通过仲裁规则(指引)、行业准则等软法性规范对信息披露义务的主体、范围、属性、时机和形式等方面作出规定,构建符合我国国情的受资方信息披露机制,助力 TPF 仲裁在我国的健康发展。

---

**Abstract:** While third-party funding has operated to alleviate the financial dilemma of the parties in international commercial arbitration, it also brings some legal risks to the arbitration procedures. In view of the secrecy of third-party funding, the traditional information disclosure system with arbitrators as the sole subject is difficult to adapt to the needs of regulating third-party funding. In order to find potential conflicts of interest timely, ensure the fairness of arbitration procedures and promote the recognition and enforcement of the awards, it is necessary to impose an obligation on the funded parties to disclose the involvement of third-party funders. Currently, there exists legislative gaps in third-party funding in Chinese mainland, which not only cannot effectively regulate the legal risks caused by third-party funding, but also hinder the healthy development of the third-party funding

---

<sup>⑤</sup> 《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——习近平同志代表第十九届中央委员会向大会作的报告摘登》,载《人民日报》2022 年 10 月 17 日,第 2 版。

arbitration and go against the improvement of the international competitiveness of Chinese arbitration institutions. Therefore, it is urgent to clarify the legality of third-party funding arbitration in its legislation, emphasize the role of soft law in adjusting third-party funding, and optimize the specific rule design of the information disclosure system of the parties from the aspects of the scope, nature, timing and form of the disclosure.

**Keywords:** third-party funding; international commercial arbitration; information disclosure; the funded party; conflicts of interest

---

---

(责任编辑:张靖昆)

# 中国法语境下无涉外因素约定境外仲裁的协议效力问题探究(下)

郑鸿举\*

---

**内容提要** 商事仲裁作为一种以双方当事人意思自治为基础的争端解决方式,因其高效率、保密性以及专业性等特征,成为一种受到众多商事主体选择的非诉讼争端解决方式。在我国的商事仲裁实践中,不仅包含具有涉外因素的争端提交境外仲裁的情形,还出现了无涉外因素的争端约定提交境外仲裁的情形。有的司法理论认为,仲裁权属于国家司法权的部分让渡,应遵循“法无明文规定即禁止”的原则,因此否定无涉外因素约定境外仲裁的协议效力,人民法院的相关判决也支持了这一观点。但是,将仲裁权视为司法权部分让渡的理论将会导致仲裁偏离仲裁制度的核心——当事人意思自治,产生公权力对私权利的直接干预,同时,这一理论指导下的司法实践将会严重影响中国仲裁的国际形象,还将对中国仲裁与国际商事仲裁接轨形成阻碍。以仲裁的性质为切入点,可以得出仲裁权系基于当事人意思自治产生的权力的结论,同时,结合首要管辖权原理,论证目前中国司法实践中以无涉外因素为由认定的约定境外仲裁的协议无效的做法存在法理上的错误及其产生的不利影响。

**关键词** 无涉外因素 仲裁协议效力 仲裁权

---

## 三、仲裁协议效力的确定

从以上分析可以看出,仲裁协议本质上是基于双方当事人的合意产生的合同,且仲裁裁决的约束力首先来源于双方当事人的权利让渡,《仲裁法》是对于当事人授权的补充,<sup>②</sup>因此当《仲裁法》以及相关法律未规定无涉外因素约定境外仲裁的协议无效时,仲裁协议不应当因约定境外仲裁而被认定为无效。

### (一) 依据《仲裁法》以及《纽约公约》

仲裁协议效力的确定应依据《仲裁法》以及《纽约公约》进行确定。根据《仲裁法》第17条,仲裁协议无效主要因为以下事由:首先,约定的仲裁事项超过法律规定的仲裁范围,应当认为该条对于超过仲裁事项的事由严格限制在法律规定的范围,如《仲

---

\* 郑鸿举,中国社会科学院大学法律硕士(法学)研究生。

② 胡获:《国际商事仲裁权研究》,法律出版社2015年6月第1版,第67页。

裁法》第3条采取列举的方式明确不可仲裁的范围;<sup>23</sup>其次是仲裁协议签订的双方当事人无意思表示能力或意思表示受限。<sup>24</sup>由此可见,《仲裁法》采用列举式的方式列明协议无效的情形,严格限制了协议无效的几种情形,意味着在这些情形之外,法院尽可能地支持仲裁协议,以支持仲裁为原则。<sup>25</sup>《纽约公约》第5条亦作类似规定,强调依据裁决地所在国的法律认为无效的,该仲裁协议无效。<sup>26</sup>因此,当《仲裁法》中并无明确规定无涉外因素约定境外仲裁的协议无效,作为主要为私法性质的仲裁协议的效力判断应当依据“法无明文规定即可为”的原则进行效力判断。

## (二) 依据当事人意思自治

当事人意思自治对于仲裁而言是基础,是仲裁制度的特色所在,但是否认当事人之间达成的无涉外因素仲裁协议的效力,实际上未充分尊重当事人的意思自治,未能保持仲裁制度的特色。

长期以来,人民法院对于涉外因素的认定标准,大多仅局限于对于客观的涉外因素的认定,一般采取三要素的判断方式,但当事人之间的合意不是其中的因素之一。<sup>27</sup>例如,最高人民法院在(2012)民四他字第2号批复中明确:“由于仲裁管辖权系法律授予的权力……故本案当事人约定将(不具有涉外因素的)争议提交国际商会仲裁没有法律依据”。但根据近年案例可知,近九年无涉外因素约定境外仲裁的案件中,大多数案件中,一方当事人或双方当事人实际是由外国资本设立,故应当考虑双方当事人约定境外仲裁是对于双方而言可能是最有效率、便捷的争议解决方式。国际商事仲裁的实践证明,由于仲裁费用等因素的影响,双方当事人不会人为地增加法律适用的复杂性,从而使仲裁程序变得不确定或产生不恰当的拖延。<sup>28</sup>如果放开中国境内的无涉外因素的争端交由境外仲裁,那么对于在中国境内的争议双方而言可以节约仲裁成本。并且,依据天美案以及世藏酒业案中的裁判理由,法院认为双方当事人对于仲裁协议的约定是明确的,双方当事人产生争议的合同虽然无涉外因素,但是仍然可以认为法院应当肯定双方当事人约

<sup>23</sup> 《仲裁法》第3条规定:“下列纠纷不能仲裁:

- (一) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;
- (二) 依法应当由行政机关处理的行政争议。”

<sup>24</sup> 《仲裁法》第17条规定:“有下列情形之一的,仲裁协议无效:

- (一) 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;
- (二) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;
- (三) 一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。”

<sup>25</sup> 崔宵焰、稽钰涵:《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》,载《商事仲裁与调解》2022年第1期,第49页。

<sup>26</sup> 《纽约公约》第5条规定:“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:(甲)第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者,或该项协定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者。”

<sup>27</sup> 秦男:《论选择境外仲裁机构仲裁协议效力的司法审查路径》,载《法律适用》2021年第10期,第130页。

<sup>28</sup> 覃华平:《国际商事仲裁中仲裁地的确定及其法律意义——从BNA v. BNB and another案谈起》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第76页。

定的仲裁协议是有效的。法院的判决依据是双方当事人的约定是否具体明确,是否充分体现了双方当事人的意志,在仲裁协议充分体现当事人的意志以及协议明确的情况下,法院应当尊重当事人的意思自治,即肯定无涉外因素约定境外仲裁的协议的效力。

### （三）依据仲裁权的本质和法理

仲裁权应当是以当事人授权为基础,解决当事人之间纠纷的一种权力。<sup>②⑨</sup>虽然《仲裁法》对于可仲裁的范围作出了规定,但是其采用列举式的方式列出禁止仲裁的范围,与其说是当事人授权超过法律授权的范围,仲裁庭丧失该部分权力,<sup>③⑩</sup>不如说是当事人的授权范围受到法律的限制,不能进行该范围的授权。也即《仲裁法》第17条是对当事人授权的限制,而不是法律对于仲裁权进行授权。因为该条是对于仲裁协议效力的规定,实际上是限制当事人双方意思自治的范围,以及对于授权主体行为能力的限制,不是直接限制双方授权仲裁庭后仲裁权的仲裁范围,仲裁权的范围受限,是因为当事人不能依法对该范围内的事项进行授权而间接导致的。并且,仲裁管辖权是指仲裁庭依据当事人双方的授权,对当事人的争议进行审理并作出有约束力裁决的权力,作为整个仲裁案件的起始权力,是仲裁权最初的表现形式。<sup>③⑪</sup>所以,当仲裁权不是以法律授权为基础时,仲裁管辖权也当然不能被认为是司法权的部分让渡。故认定无涉外因素约定境外仲裁的协议无效应当是例外,需要谨慎否定该类仲裁协议的效力。依据私法“法无明文规定即可为的原则”司法实践中仲裁协议无效的理由并不当然成立,约定境外仲裁的协议自然不是当然无效。

### （四）不应以违反公共政策为由认为协议无效

法院以违反公共政策为由认定无涉外因素约定境外仲裁的协议无效应当谨慎使用。“公共政策”的适用受到严格的限制,在2012年韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决案（韦斯顿瓦克案）中,最高人民法院认为,“只有在承认和执行外国商事仲裁裁决将导致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益情形的”,才能以违反公共政策为理由撤销仲裁裁决。中国作为一个发展中的国家,历史教训以及建设成果都表明,应当坚持奉行互利共赢的开放战略,在司法方面,合作利益的广泛性决定了应当限制使用公共政策的适用。另一方面,公共政策也是一国与外国合作利益与非合作利益的博弈。<sup>③⑫</sup>为打造国际化的仲裁平台以及建设全球化仲裁机构,我们应当谨慎使用“公共政策”来认定仲裁协议的效力,以增加当事人对于仲裁协议效力的稳定预期。

### （五）执行仲裁裁决地法院的管辖权是次级管辖权

我国目前司法实践认为,仲裁裁决的国籍地是依据仲裁作出机构确定的。<sup>③⑬</sup>故当事

<sup>②⑨</sup> 乔欣:《仲裁权论》,法律出版社2009年8月第1版,第14页。

<sup>③⑩</sup> 同上。

<sup>③⑪</sup> 同上,第175页。

<sup>③⑫</sup> 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页。

<sup>③⑬</sup> 季境、温志军:《国际商事仲裁裁判国籍籍属的认定》,载《人民司法》2019年14期,第70页。

人双方约定将争议提交境外仲裁机构仲裁时,该仲裁裁决就属于非国内仲裁裁决。非国内仲裁裁决(包括外国仲裁裁决以及非内国仲裁裁决)无法得到执行主要有两方面原因,一方面是仲裁地认定仲裁裁决无效,另外一方面是仲裁执行地拒绝承认或执行仲裁裁决。其中,裁决的撤销(set aside or vacate)权,通常被称为首要管辖权(primary jurisdiction),是指仲裁地法院可以判决仲裁裁决自始无效从而消除其在全球范围的可执行性。裁决的承认与执行权(recognition and enforcement),被称为次级管辖权(secondary jurisdiction),仅代表着执行国法院可以决定是否承认与执行仲裁裁决。<sup>③④</sup>

依据《纽约公约》第5条第1款甲项的规定,完全是将确认仲裁无效的权力授予仲裁地法院。<sup>③⑤</sup>在优先管辖权和次级管辖权的理论下,仅通过参照仲裁地法律评估仲裁协议有效性是一种常规决定。<sup>③⑥</sup>依据《纽约公约》第5条、《仲裁法征求意见稿》第27条第1款<sup>③⑦</sup>或者《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第7条,<sup>③⑧</sup>依据双方当事人的约定,可以约定仲裁裁决的仲裁地是境外,双方当事人未约定关于仲裁协议的准据法时,仲裁协议适用的法律应当为仲裁地法律。当双方当事人约定境外仲裁时,该商事仲裁的仲裁地是在境外。此时该仲裁地法院是首要法院,具有首要管辖权,仲裁协议的效力也应当由该地法院判断。当具有首要管辖权的法院并未确认仲裁协议无效,我国法院作为裁决执行的法院,应当尊重仲裁协议的效力。并且,遵守“首要管辖权”的原则,可以很好地维持国际仲裁的秩序,尊重境外仲裁机构的仲裁裁决以及尊重仲裁地法院对于仲裁裁决的管辖权,这是为了进一步扩大中国仲裁机构的国际影响力所作出的基础性努力,通过尊重境外仲裁裁决的效力,达到他国尊重我国仲裁机构所作出的仲裁裁决效力的目的。

#### 四、承认无涉外因素约定境外仲裁协议有效的必要性和重要意义

从法理的角度而言,无涉外因素的仲裁协议不因约定境外仲裁而无效,同时,从构建仲裁平台而言,承认该类协议的有效也是必要的,而且对于我国建设国际商事争议解决中心具有重要意义。

##### (一) 积极构建人类命运共同体的仲裁市场

承认无涉外因素约定境外仲裁协议有效的必要性在于目前全球法治化的进程正在受阻,当前,美国正在以“选择性全球化”的方式背离全球化机制。<sup>③⑨</sup>美国通过干预

<sup>③④</sup> W. Michael Reisman, *System of Control in International Adjudication and Arbitration Breakdown and Repair*, Duke University Press, 1992, p.114.

<sup>③⑤</sup> Alber van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *Arbitration International*, 1986, Vol.4:2, p.350.

<sup>③⑥</sup> Alan Scott Rau, *Understanding (and Misunderstanding) "Primary Jurisdiction"*, in *American Review of International Arbitration*, 4 Jul 2010, p.102.

<sup>③⑦</sup> 《仲裁法征求意见稿》第27条规定:“当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的,以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。仲裁裁决视为在仲裁地作出。”

<sup>③⑧</sup> 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第7条规定:“仲裁地(一)当事人对仲裁地有约定的,从其约定。”

<sup>③⑨</sup> 孙南翔:《美国经贸单边主义及国际应对》,社会科学文献出版社2021年3月第1版,第3页。

WTO 上诉机构成员的任命,迫使 WTO 上诉机制名存实亡。同时,美国积极进行区域间协定的商定,与墨西哥、加拿大签署《美墨加协定》(下称 USMCA)。USMCA 限缩了投资仲裁的适用范围,并增加了仲裁的前置程序,迫使投资者放弃采用仲裁的方式进行救济,转向国内救济,扩展东道国对于投资争端的治理。<sup>⑩</sup>相类似的逆全球化现象比比皆是,使得全球化法治的进程大大受阻。

与之相对的是,中国正在积极构建“一带一路”体系,该体系中的一个重要内容就是中国与沿线国家之间涉外民商事法律制度及其司法运用的合作,以降低“一带一路”法律风险、增强投资者信心。<sup>⑪</sup>在“一带一路”体系中,对于争端解决起重要作用的仲裁制度是不可或缺的重要一环。通过在争端解决过程中给予当事人双方平等的地位并维护其合法权益,解决仲裁裁决承认与执行的问题,形成有利于“一带一路”建设的良好国内司法环境。充分尊重当事人意思自治,充分开放我国仲裁市场,这不仅是针对“一带一路”沿线国家的举措,同时也是为中国智慧向全世界推广所做的重要准备,是中国推动全球化法治体系建设的重要举措。

## (二) 打造国内的具有国际竞争力的仲裁机构

承认无涉外因素约定境外仲裁协议有效的重要意义在于无涉外因素约定境外仲裁是将仲裁市场纳入自由竞争的一种手段,而通过自由竞争的手段能使市场将资源最大化、最优化分配,从而使得仲裁机构有更强的国际竞争力。当各国都将仲裁市场自由化,纳入市场竞争体系,就是世界仲裁资源最优化配置的过程。根据李嘉图的比较优势理论,在市场调配下,各国会找到最大化利用本国资源的仲裁资源分配方式以发挥本国的最大优势,使得仲裁效率、仲裁收益最大化。如果我们没有紧随国际形势,将仲裁市场扩大,当国际仲裁市场自由竞争过后,资源配置达到最优化时我国再开放仲裁市场,此时在机构效率上已经无法与其他仲裁机构对比,更会因此失去构建具有国际公信力的仲裁平台的机会。并且,承认无涉外因素约定境外仲裁的协议是有效的,是将境外仲裁机构引入国内的仲裁市场的举措,该举措会使得国内仲裁机构进行充分竞争,使得我国本土的仲裁机构积极改进自身缺陷从而避免被市场淘汰。我国有很多优秀的仲裁机构,在国际市场的竞争中,我国的专业仲裁人员以及仲裁机构依旧可以脱颖而出。随着改革开放的进行,法治体系的建设以及法治人才的培养,我们不仅已经有一批高素质的涉外司法人员,同时也有一大批的优秀的涉外律师、涉外学者,已经具备在国际市场竞争的能力。开放国内仲裁市场,让本土的仲裁机构积极参与到全球的仲裁市场竞争中,在竞争中培养人才,在竞争中提升仲裁机构的竞争力,在竞争中打造具有国际竞争力的仲裁机构。

<sup>⑩</sup> 翁国民、宋丽:《〈美墨加协定〉对国际经贸规则的影响及中国之因应——以 NAFTA 与 CPTPP 为比较视角》,载《浙江社会科学》2020 年第 8 期,第 25 页。

<sup>⑪</sup> 刘敬东:《“一带一路”法治化体系构建研究》,载《政法论坛》2017 年第 9 期,第 131 页。

## 五、推进承认无涉外因素约定境外仲裁协议效力认定的建议

### （一）司法机关应当接受仲裁本质

在《最高人民法院关于江苏航天万源风电设备制造有限公司与艾尔姆风能叶片制品（天津）有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案的请示的复函》中，最高人民法院首次提出“仲裁管辖权系法律授予的权力”的观点，通过具体的个案，将司法裁判与法律适用相联系，从而把法律适用于个案中。<sup>④②</sup>由于司法批复能够为类似案件的审理确定可参照的裁判规范，<sup>④③</sup>所以后续类似案件各地法院都以该批复为标准作出判决。由于最高人民法院在我国司法体系中有特殊的地位，<sup>④④</sup>所以在上文详尽探索仲裁本质之后，为了使得我国司法实践能够与国际仲裁接轨，最高人民法院以及各级人民法院可以通过吸收学者们对于仲裁本质的讨论结果，对接下来相关的具体案件作出更为合适的判决，将相关理念通过积极作出相关批复或者出台相关司法解释或指导性案例的方式，使得仲裁本质理念的改革能够自上而下的推进。

### （二）依据意思自治确定仲裁协议效力

依据意思自治确定仲裁地，从而明确审查仲裁协议效力的法律，明确仲裁协议的效力，允许当事人自由约定仲裁地，借鉴《德国民事诉讼法典》仲裁程序编中关于仲裁地的规定。<sup>④⑤</sup>同时，自第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议决定我国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》至今已30余年，相关仲裁制度应当依据《纽约公约》进行完善，依据《纽约公约》第1条第1款规定，仲裁裁决的国籍应当依据仲裁地进行确定，是否具有涉外性与是否适用《纽约公约》无关。<sup>④⑥</sup>所以相关立法应当明确双方当事人具有通过双方约定的形式确定仲裁裁决国籍的权利，从而保证双方当事人可以依据意思自治确定仲裁协议的效力，保证仲裁的本质得到尊重。

### （三）推进《仲裁法》修改

《立法法》第8条规定，有关诉讼和仲裁制度，只能制定法律。<sup>④⑦</sup>法律的明文规定对于各级人民法院的审判工作而言是至关重要的依据，司法实践中各级法院的审判工作不

<sup>④②</sup> 张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社1999年版，第21-22页。

<sup>④③</sup> 彭宁：《最高人民法院司法治理模式之反思》，载《法商研究》2019年第1期，第56-57页。

<sup>④④</sup> 《中华人民共和国宪法》第132条规定：“最高人民法院是最高审判机关。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。”

<sup>④⑤</sup> 《德国民事诉讼法典》（1998年）第1043条第1款规定：“当事人可以自由约定仲裁地。如未能达成一致，仲裁庭应考虑案件的具体情况包括当事各方的便利来确定仲裁地。”

<sup>④⑥</sup> 张珍星：《无涉外因素纠纷约定外国仲裁协议无效的司法惯例剖析》，载《国际商务》2018年第4期，第129页。

<sup>④⑦</sup> 《立法法》第8条规定：“下列事项只能制定法律

……

（十）诉讼和仲裁制度

……”

仅仅是最高人民法院通过发布相关司法解释、指导案例或批复进行指导的，“法学阐释要去努力探究的意志，是立法者的意志，即仅在法律中体现的国家意志”。<sup>④8</sup>所以我们需要在新的《仲裁法》中明确无涉外因素的争议可以约定境外仲裁，以此达到统一各级人民法院判决的目的，将仲裁中尊重当事人意思自治的理念在司法实践中贯彻落实，通过法律明文规定的形式为仲裁协议的效力作出规定，赋予无涉外因素约定境外仲裁的协议有效效力。

## 六、结 语

世界经济到了分叉路口，世界格局正在剧变。新形势对于中国而言既是挑战又是机遇。随着贸易保护主义的兴起，部分国家政府公信力正在急剧下降。商事仲裁作为正在兴起的争端解决方式，其公信力的重要性不言而喻。若是我国能够切实有效地控制司法权、政府公权力对于仲裁的影响，提升仲裁的公信力，使我国仲裁机构在此新形势下将稳定性、专业性打造成为自己的标志，对于中国商事主体而言将是巨大的助力，同时可以使得世界其他商事主体对中国政府的刻板印象得到改变，这对于中国在应对新形势的挑战时是巨大的助力。

---

**Abstract:** Commercial arbitration, as a dispute resolution method based on the autonomy of the parties, has become a non-litigation dispute resolution method chosen by many commercial entities due to its efficiency, confidentiality and professionalism. In the practice of commercial arbitration in our country, not only the disputes with foreign-related factors are submitted to overseas arbitration, but also disputes without foreign-related factors are agreed to be submitted to some international arbitration organizations that are out of Mainland China. Some judicial theories hold that the right to arbitrate belongs to the partial transfer of the judicial power of the state, and is generally based on the principle of parties must not do anything unless it is mandated by the law; therefore, the validity of an agreement that stipulates overseas arbitration without foreign-related factors should be denied. The relevant judgment of the court also supports this view. However, the theory that the arbitration power is regarded as a partial transfer of judicial power will lead to arbitration deviating from the core of the arbitration system-party autonomy, which is a direct intervention of public power on private rights. Practice will seriously affect the international image of Chinese arbitration, and will also hinder the integration of Chinese arbitration with international commercial arbitration. The author will start from the nature of arbitration, and draw the conclusion that arbitration power is mainly derived from the autonomy of the parties. At the same time,

---

<sup>④8</sup> [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，法律出版社 2012 年 7 月第 1 版，第 198 页。

---

combined with the primary jurisdiction, the author demonstrates that in the current judicial practice in China, the contracted foreign countries are determined on the grounds that there are no foreign-related factors. There is a legal error and far-reaching consequences for the invalidity of the arbitration agreement.

**Keywords:** Chinese law; non foreign-related factors; validity of the arbitration agreement

---

---

(责任编辑: 沈 健)

# 香港不予承认与执行仲裁裁决案例 实证研究

王玉丹\*

---

**内容提要** 香港法院在不予认可和执行仲裁裁决上严格依照法律规定审慎做出判决,不予执行仲裁裁决的理由主要集中于仲裁协议无效、违反正当程序等理由,对公共政策理由限缩解释。近年来向香港法院申请不予执行仲裁裁决的案件数量呈现上升态势,香港法院实际不予执行仲裁裁决的案件数量虽然不多,但是其中内地机构作出的裁决占比较大。通过研究香港不予执行仲裁裁决的案例,可以探究香港法院对于《仲裁条例》中拒绝强制执行仲裁裁决条文的理解,分析其司法审查标准,并为内地裁决得到香港法院的认可和执行提高可预测性,促进内地与香港特别行政区之间仲裁裁决的相互承认与执行。

**关键词** 仲裁裁决 不予执行 香港特别行政区 实证研究

---

## 一、引言

香港具有得天独厚的仲裁业发展优势:首先是国家政策大力支持,香港当地的政策也为支持仲裁打造着良好的环境;其次是香港的仲裁文化深厚,由于经济发展和区位优势推动,香港仲裁的历史悠久,经验丰富,并有着配套的制度和人才储备;最后是香港的法律制度支持仲裁。2011年6月1日生效的《仲裁条例》依照《国际商事仲裁示范法》进行订立且与国际接轨。在香港法院对于仲裁的司法监督实践上,也非常坚定地要求确保仲裁程序的合法性,并重视程序正义和实体正义,以上种种因素,打造着香港独特的仲裁优势。

香港一向以仲裁友好型法域而著称,不仅因为 HKIAC 在国际律师事务所 White & Case 和伦敦大学玛丽皇后学院联合发布的历年国际仲裁调查报告“全球最受欢迎仲裁机构”中屡屡上榜且名列前茅,还因为其对承认与执行仲裁裁决的一贯支持风格。香港地区经常被评为亚洲最友好的仲裁地区,香港法院在执行仲裁裁决的司法审查中秉持对仲裁友善和倾向于执行的基本政策。除非裁决严重和明显地违反了《仲裁条例》的规定,

---

\* 王玉丹,深圳大学法学院硕士研究生。本文系北京市教委 2021 年度社科计划资助项目“自贸区临时仲裁制度创新研究”(项目编号:SM202110038007)的阶段性成果。

否则法庭不会轻易干扰仲裁庭的裁决。<sup>①</sup>任何争议解决方式的最终结果都将是执行。否则,整个程序对当事人没有实际价值,完全是浪费时间和金钱。<sup>②</sup>执行作为争议解决中的重要环节,对当事人而言有着极大的意义。然而,在极少数满足不予承认和执行仲裁裁决的情况下,香港法院也会毫不留情地拒绝承认与执行。那么应该如何理解香港《仲裁条例》确定的关于拒绝强制执行仲裁裁决的具体标准?实践中没有得到承认与执行的仲裁裁决反映出了哪些问题?香港法院的司法审查原则和尺度怎么把控?在内地与香港特别行政区合作日益密切,商事纠纷数量增加,区际司法协助需求增长的背景下,对于这些问题的回答可以更深入地理解香港的仲裁司法审查态度,可以为仲裁员作出涉港裁决时提供指引,帮助其作出的裁决能得到香港法院的认可与执行,也可以为当事人在香港请求执行仲裁裁决提供参考。因此,对香港法院不予认可和执行仲裁裁决的问题进行分析研究,具有理论和现实意义。

1996年6月21日,《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(以下简称“《安排》”)由中华人民共和国最高人民法院和香港特别行政区政府律政司签署,自2000年2月1日起,《安排》作为《仲裁条例》第IIIA部分而成为香港法律。签订初期,从香港执行内地裁决的情况看,可以说非常成功。香港特别行政区调查了2000年2月1日至2007年12月31日间153件执行内地裁决的申请,发现所有153件申请中,法院仅拒绝执行了一项内地裁决,调查表明,绝大多数执行内地裁决的申请都很成功。<sup>③</sup>近年来,根据香港国际仲裁中心官网上关于2009-2021年香港执行仲裁裁决情况的数据及图表,可以看到2009年至2021年仲裁裁决在香港认可和执行的情况变化趋势。自2009年至2021年,每年申请执行仲裁裁决的案件数量从20余件涨至50余件,申请不予执行的案件从维持在每年10件以内,到近年有了上升趋势,而实际不予执行裁决的案件维持在每年3件以下。<sup>④</sup>总体来看,香港法院受理仲裁裁决认可执行的案件数量基数不大,在受案数量上近两年来出现较为明显的上升趋势。其对不予执行仲裁裁决保持着十分审慎的态度,不予执行的案件数量在可控、可预见的较低区间内,这是香港“仲裁友好”特征的又一力证,但是相较于历史上的其他时期,近年来不予执行仲裁裁决的案件已经出现了潜在的上升趋势。

继续根据HKIAC网站数据,可以整理归纳出如下关于2017—2021年仲裁裁决在香港的执行情况的表格:

① 芮安牟:《浅谈香港仲裁法》,法律出版社2014年8月版,第151页。

② Zheng Sophia Tang, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, 1 ed., Routledge Press, 2014, p.224.

③ Michael J. Moser & Teresa Y. W. Cheng, S.C., J.P., *Hong Kong Arbitration: A User's Guide*, 2 ed., CCH Hong Kong, 2008, p.186.

④ 此处及表1数据均来源于香港国际仲裁中心网站: <https://www.hkiac.org/about-us/statistics/enforcement-awards>, 最后访问时间:2022年11月1日。

表 1 2017—2021 年香港执行仲裁裁决具体情况

年份	裁决作出地域	准予执行数量(件) No of applications granted	申请撤销执行令(件) No of applications to set aside order granting leave	实际撤销执行令(件) No of orders set aside
2017	全球	34	2	0
	内地	17	1	0
2018	全球	36	10	2
	内地	14	5	2
2019	全球	36	7	2
	内地	19	5	2
2020	全球	51	7	2
	内地	17	4	1
2021	全球	54	13	3
	内地	21	6	2

2017—2021 年仲裁裁决在香港的执行情况数据显示,在香港申请执行仲裁裁决的案件数量共有 211 件,其中来自内地的案件有 88 件;这五年间,申请撤销执行令的案件有 39 件,其中来自内地的案件有 21 件;香港法院实际撤销执行令的案件有 9 件,其中有 7 件来自内地。虽然实际撤销执行令的案件维持在一个可控的较低数量范围内,但是其中内地案件数量较多,值得反思。这个现象折射出来的潜在问题是:在香港法院的仲裁司法审查标准下,内地部分仲裁机构作出的部分裁决没有达到其司法审查标准,或是当事人在申请执行时遇到了某些阻碍进而导致仲裁裁决在香港得不到认可和执行,这会阻碍仲裁裁决的流通,不利于内地与香港特别行政区两地的经贸合作和人员往来。因此,有必要分析香港法院不予执行仲裁裁决的司法审查标准,从而为今后内地仲裁机构作出涉港裁决时提供更多指引,以减小仲裁裁决得不到认可和执行的可能性,并增强内地裁决在香港被认可和执行的可预测性,进一步推动内地与香港特别行政区之间互相承认和执行仲裁裁决,促进内地与香港特别行政区之间的司法协助与发展,打造更好的营商环境。

## 二、香港不予执行仲裁裁决的案例实证研究

### (一) 研究方法

由于香港保留普通法传统,而普通法的生命就是“遵循先例”。遵循先例并发展先例是普通法的生命力和适应性的基本保障,普通法是从实践到理论再返回指导实践的法律体系,这就是普通法自身适应新情况进行自我更新的内在机制。<sup>⑤</sup>因此,对香港仲裁裁

<sup>⑤</sup> 姚国建:《论普通法对香港基本法实施的影响——以陆港两地法律解释方法的差异性为视角》,载《政法论坛》2011年第4期,第63-64页。

决司法审查的研究主要从案例切入,通过法官的说理分析探寻裁判尺度。在香港,法院仲裁裁决的审查范围一视同仁。无论本港还是国际仲裁裁决香港法院一律只对裁决的程序公正进行司法审查(除非公共秩序保留)以保证裁决的终局性。<sup>⑥</sup>而《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,且由于拒绝执行仲裁裁决的依据基本相似,因此本文选取的典型案件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。

本文选取案例有两个维度,第一个维度是选取出近五年来香港不予执行仲裁裁决的裁判作为典型案例,结合法庭说理分析不予执行的态度和理由,从整体上宏观把控香港法院不予执行仲裁裁决的态度。具体方法是:1、先结合HKIAC官网关于不予执行仲裁裁决的信息,以“set aside”“对应年份”和“对应仲裁机构名称”为关键词在香港司法机构官网进行高级检索,剔除当事人提起撤销执行令,但判决中并未撤销执行令的案例后,挑选出2017年—2021年的所有成功撤销执行令或不予执行的案例。<sup>⑦</sup>2、然后以“refuse enforcement”为关键词进行检索,可以得到81个结果,检查遗漏案例和截至2022年本文截稿时的最新案例,以补足按第一步得到的案例。3、登录官网首页,依次选择“判案书及法律参考资料——判案书——高等法院(原讼法庭)——高院建筑及仲裁诉讼——对应年份”再次检查没有遗漏裁判结果为同意撤销执行令或不予执行的案例。该筛选方法得到的案例详见下表:

表2 2017-2022年香港不予执行仲裁裁决案件汇总

序号	案号	案件名称	不予执行主要理由	法律依据
1	[2018] HKCFI 2342	Z v. Y	合同违法性、仲裁协议效力问题说理不充分,违反香港公共政策	section 95 (3) (b) of the Ordinance
2	[2018] HKCFI 1877	深圳市霍尼卡姆机电设备有限公司 v. HCT 科技(香港)有限公司	申请人无代理权限+故意且实质不披露(撤销许可令、判决、债权扣押令)	结合 Hong Kong Civil Procedure 2018 说理
3	[2019] HKCFI 398	CL v. SCG	超过时效条例的规定	section 4 (1) (c) of the Limitation Ordinance
4	[2019] HKCFI 2593	Wang Peiji v. Wei Zhiyong	超过时效条例的规定	section 4 (1) of the Limitation Ordinance

⑥ 顾维遑:《香港与内地仲裁裁决司法审查制度的借鉴和融合》,载《法学家》2009年第4期,第112页。

⑦ 载香港司法机构“判决书查询系统”, <https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/judgment.jsp>,最后访问时间:2022年11月1日。

序号	案号	案件名称	不予执行主要理由	法律依据
5	[2020] HKCFI 2782	X v. Y	当事人未能铺陈其论 据; 仲裁庭超裁	s 86(1)(c)(ii) and s 86(1)(d) of the Ordinance
6	[2021] HKCFI 3823	广东顺德展炜商 贸有限公司 v. 新 丰木行有限公司	仲裁协议无效; 当事人 未获得仲裁程序的恰 当通知; 合同系骗局并 违背香港公共政策	sections 95 (2) (b), 95 (2) (c) and 95 (3) (b) of the Ordinance
7	[2021] HKCFI 327	AB v. CD	无有效仲裁协议, 仲裁 庭没有管辖权	Article 34 (2) (a) (i) and (ii) of the model law
8	[2021] HKCFI 1477	A co v. B co & Others	申请人申请在香港执 行裁决之日, 已申请在 内地执行裁决, 且该等 执行程序尚未完成或 结束, 防止双重执行	section 93 of the Ordinance (已 由 2021 年第 1 号令 第 4 条废除)
9	[2021] HKCFI 3900	GD v. HY	没有有效仲裁协议	未列明 (结合合同 13、15、18 条进行 解释说理)
10	[2022] HKCFI 128	Arjowiggins Hkk2 Ltd v. X Co	仲裁裁决超出提交仲 裁范围	Section 81 of the Arbitration Ordinance

第二个维度是在分析不予执行的具体依据时,结合了申请人虽持该理由但被驳回的案例,通过把法院的支持理由和驳回理由相结合的双向度分析方法,探索香港法院在予以执行和不予执行仲裁裁决之间的临界值,进一步确定不予执行仲裁裁决时的司法审查标准。具体方法是:1、在对上述找到的案例判决进行阅读之后,记录判决中所引用的判例,通过案号在 HKLII 资料库中检索到对应案例并进行阅读;<sup>⑧</sup>2、以不予执行仲裁裁决所依据的具体条文为关键词,筛选依据该条文作出不予执行仲裁裁决或涉及分析该条文之判决的案例,通过研读该理由类型的裁判文书说理,提炼反复强调的核心观点和普遍适用的裁判思路,以探求香港法院对该条文的适用标准,该筛选方法获取的案例及分析将在下文具体论述中展开。<sup>⑨</sup>

<sup>⑧</sup> 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,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。载 <https://www.hklaii.hk/eng/> 网,最后访问时间:2022年11月1日。

<sup>⑨</sup> 该案例筛选方法参考自陈锦淦:《仲裁裁决在香港承认与执行中的公共政策问题》,载《商事仲裁与调解》2022年第1期,第56页。

## （二）不予执行依据的分析

值得注意的是,仲裁庭作出不予执行仲裁裁决的判断时,往往不是根据单一理由进行判断,通过案例研读和比较,可以发现仲裁庭通常结合了多个不予执行的理由进行最终认定。《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,具体原因可以总结为:不存在有效仲裁协议、被申请人未被给予适当通知或申辩不能、超越仲裁权限或当事人预期、仲裁裁决未生效、仲裁庭组庭不当、违背公共政策。下文结合选取的典型案,通过分析,进一步分析香港法院对于仲裁司法审查的实操标准。

### 1. 不存在有效仲裁协议

有效的仲裁条款独立于主合同而存在,其效力并不受主合同效力影响。一方面,争议解决条款是合同条款,必须遵循普通的合同概念和原则,即必须有当事人的成立共识。另一方面,争议解决条款是一种特殊的合同条款。可分割性原则通常将它们与基础合同区分开来。主合同或其他合同的条款无效并不意味着本合同中的冲突解决条款无效。如果对条款效力产生争议,审查重点应该放在法律规定的构成要件是否满足以及合意是否为真实表示上,比如应排除欺诈、错误、不当影响、胁迫和虚假陈述。<sup>⑩</sup>

香港《仲裁条例》中有关无效仲裁协议的规定主要原因是:根据适用于有关仲裁协议的一方的法律,该方缺乏某些行为能力;或者仲裁协议依据合同约定管辖法律或裁决做出地法律无效。<sup>⑪</sup>有效的仲裁协议必须正如示范条款所规定的那样,明确规定双方当事人打算通过仲裁最终解决他们之间的任何和所有争议。<sup>⑫</sup>加之当事人意思自治是仲裁协议的基石,确定存在有效仲裁协议的审查重点应该首先放在当事人的仲裁合意上,这里的当事人通常意义是指合同签订的所有当事方,尤其是明确约定合同的变更需要所有当事人共同签订时,仲裁条款需要他们共同签订才能产生效力。

香港法院基于不存在有效仲裁协议为由不予执行仲裁裁决的典型案有广东顺德展炜商贸有限公司 v. 新丰木行有限公司案、AB v. CD案和GD v. HY案。广东顺德展炜商贸有限公司 v. 新丰木行有限公司案中,法院的裁判思路是ST不具有任何权限代表新丰公司与展炜公司订立销售合同,故新丰公司不具有与展炜公司订立合同的合意,也没有与之订立仲裁条款的合意,所以没有达成有效的合同合意和仲裁合意,该销售合同和仲裁协议不能约束新丰公司,这并不与仲裁条款独立性相冲突。<sup>⑬</sup>在GD v. HY案中,GD和HY拟通过在第五次延期函中把争议解决条款变更的行为未经借款协议各方签署同意,而根据陈美兰法官的解释,(合同)第15条使用集体意义上的“各方”,要求对贷款协议的任何修订和修改必须由贷款人、借款人和契约承诺人即各方当事人共同签

<sup>⑩</sup> *Supra* note 2, at 18-20.

<sup>⑪</sup> 据《仲裁条例》第86条、第89条、第95条相关规定归纳。

<sup>⑫</sup> Nigel Blackaby Constantine Partasides QC with Alan Redfern Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International arbitration*, 6 ed., Oxford University Press, 2015, p.84.

<sup>⑬</sup> 广东顺德展炜商贸有限公司 v. 新丰木行有限公司, [2021] HKCFI 3823, High Court of Hong Kong, 2021, at paras.48-49.

署,以便对他们有效并具有约束力。<sup>⑭</sup>由于第五份延期函仅由GD与HY签署,未经过契约承诺人的签署认可,因此并不构成贷款协议的有效修订,故而仲裁协议无效。在AB v. CD一案中,法院认为尽管AB Engineering在协议签订时是AB Bureau的子公司,但AB Engineering与AB Bureau不是相同的实体,AB Engineering并非仲裁协议的当事方,由于CD与AB Engineering之间不存在有效仲裁协议,法院根据《示范法》第34(2)(a)(i)条撤销裁决。<sup>⑮</sup>在这些案件中可以看到,法庭在审理有效仲裁协议时十分注重当事人约定,在这样的合同约定不与法律相抵触时,优先适用合同条款对当事人订约时的目的进行解读,并尽量作出有利于善意缔约方的解读。

值得注意的是,在上述以不存在有效仲裁协议为由不予执行仲裁裁决的案例中,可以发现仲裁庭和法院对于无效仲裁协议的效力认定是不一样的,为什么这样的理由没有在开庭前提出,而是到了仲裁司法审查环节才提出该有力理由并最终导致裁决被撤销?

首先,准据法不同可能导致仲裁协议效力上的不同认定。不可否认的是,中国内地与香港特别行政区两地对仲裁协议的效力判断是存在差异的,仲裁协议的有效性是仲裁机构取得案件管辖权的基础。在仲裁协议效力认定标准上,两地立法存在着不同。内地对仲裁协议的有效性有着严格的标准。内地《仲裁法》第16条规定了仲裁协议有效性的要件,即有仲裁合意、约定明确、符合法定范围,三者缺一不可。第17条则对仲裁协议无效情形进行了详细列举。此外,2006年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第7条明确规定了仲裁协议中若约定争议解决方式为“或诉或裁”,则该仲裁协议应认定为无效。香港对仲裁协议的要求仅有两点:第一,双方当事人有仲裁的合意;第二,采用书面形式。相较于内地,香港法院对或裁或诉的仲裁条款协议效力持积极态度并承认临时仲裁,而这样的判断差异也是内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序出现的根本原因。<sup>⑯</sup>

其次,虽然在仲裁委审理的案件中,大多数的无效仲裁协议在立案阶段就会被过滤掉,但是少数关于仲裁协议效力的争议同时牵涉实体问题和程序问题,比如被申请人以包括整个仲裁条款在内的整个合同不是被申请人签署为由抗辩,这时就需要介入实体审理环节,即审理合同的签订过程来确定仲裁条款的效力,这就不免在仲裁庭的管辖权问题和案件实体审理上产生双线并行的现象,有时由于证据和仲裁员能力所限,也会导致错误认定仲裁协议效力的情形。

## 2. 被申请人未被给予适当通知或申辩不能

正当程序的概念可能有不同的含义。然而,在最根本的层面上来说,这个概念指的是任何人都应该在经过法定程序的前提下被剥夺其权利。<sup>⑰</sup>仲裁程序中的通知是

<sup>⑭</sup> GD v. HY, [2021] HKCFI 3900, High Court of Hong Kong, 2021, at para.16.

<sup>⑮</sup> AB v. CD, [2021] HKCFI 327, High Court of Hong Kong, 2021, at para.36.

<sup>⑯</sup> 谢婉:《论内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的解决》,载《商事仲裁与调解》2022年第3期,第19-21页。

<sup>⑰</sup> Matti S. Kurkela, Santtu Turunen & Conflict Management Institute (COMI), *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2 ed., Oxford University Press, 2010, p.1.

指仲裁委员会或者仲裁庭将仲裁信息告知当事人及仲裁参与人,将仲裁文件送达申请人与被申请人,以便双方当事人及仲裁参与人能够知晓仲裁信息,按时出庭,并在庭审中陈述观点,主张权利。<sup>⑮</sup>从这个意义上说,仲裁通知是保障仲裁程序合法进行的十分重要的第一步,前述案例中也有当事人以未收到仲裁通知导致未能在仲裁庭中陈述意见,进而导致仲裁裁决被不予执行的案例,所以厘清香港对于仲裁程序中通知的要求是很必要的。

在仲裁程序上,内地和香港有一些细微的差别,在内地,表达为有效通知(或视为有效通知),在《仲裁法》及《仲裁法司法解释》中没有对于仲裁通知的相关要求,我国法院在判断仲裁通知是否具有“有效性”时,依据的是当事人选定的仲裁机构的仲裁规则。对于通知的要求主要见诸仲裁机构的仲裁规则之中,都要求仲裁文件需要发送到约定地址、营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址,或最后一个为人所知的上述地址即为有效通知。以《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015版)》为例,第八条规定了较为灵活的通知方式和推定的收件人可以收悉仲裁通知的送达方式,即为有效送达。

然而在香港,对应的概念是“适当通知”,在这个概念上,香港本地法官也有意见分歧。香港高等法院2015年4月审结的HCMP3202/2013与HCMP3203/2013两案中,判决以未进行适当通知为依据拒绝执行了内地两份仲裁裁决,陈美兰法官系以《仲裁规则》作为立足点,将邮寄送达视之为推定送达,无论收件人实际收悉与否,仲裁庭在第一次有效送达之后,第二次已经能够推知相关地址得以作为合法送达的地址,因而继续进行以该地址为送达目的地的送达推定为合法有效。周家明法官系以《仲裁条例》第95(2)(c)条作为立足点,尽管法律认可直接送达之外的其他送达手段,但其他方法的运用应以收件人能够实际收悉为前提,否则推定为不能以该类方式送达。从此案查明的事实来看,文书并未实际送达,答辩人亦声称自己未收到第二次送达的文书,故周法官认定仲裁程序未有效送达,仲裁程序不合法,构成不予执行仲裁裁决的法定事由。<sup>⑯</sup>

然而在广东顺德展炜商贸有限公司v.新丰木行有限公司案中,陈美兰法官显然没有采用自己在2015年审结的案件中对送达确立的观点,而是从推定的送达转向了周家明法官的实际送达。这样的趋势显示了香港法院对于当事人程序权利的保障更加重视,但是也加重了仲裁机构的通知责任,并且使得答辩人恶意逃避仲裁程序,并以未收到有效仲裁通知为由申请不予执行或不予执行仲裁裁决有了可乘之机。

法庭对当事人陈述的权利同样看重,公平仲裁的核心是程序本身的公正性,包括平等对抗(即任何一方都不应相对于另一方处于不利地位),有合理机会陈述自己的案件,以及“兼听”的原则。这意味着仅仅诉诸仲裁是不够的,因为程序本身必须也要公平。

<sup>⑮</sup> 齐湘泉:《论国际商事仲裁中的适当通知》,载《仲裁研究》2010年第1期,第62页。

<sup>⑯</sup> 张建:《论香港〈仲裁条例〉视角下的仲裁程序适当通知——兼评香港高等法院杂项2013年第3202/3203号案》,载《仲裁研究》年第2期,第47-48页。

程序的公平性是一种内在价值,但它也具有工具属性,如果程序公平,实质性权利更有可能得到实现。<sup>②①</sup>正如法庭在 *Sun Tian Gang v. HK & China Gas (Jilin) Ltd* 案中指出的,仲裁通知的送达是仲裁程序中的重要步骤。当事方应当被给予示范法 34(2)(a)(ii) 条文下的适当通知。<sup>②②</sup>该案说明有效向被申请人送达仲裁通知书和保证当事人可以向仲裁庭陈述案情是避免撤销(或拒绝执行)仲裁裁决的首要条件。<sup>②③</sup>

### 3. 超越仲裁权限或裁决处理的分歧并非提交之预期

仲裁庭从当事人的协议中获得其权力。仲裁员只能在授权范围内行事,并严格遵循当事人的指示。如果仲裁裁决处理了超出仲裁条款范围的事项,或仲裁庭的组成或程序不符合双方的协议(若没有协议,则根据仲裁地法律),则不得执行该裁决。<sup>②④</sup>仲裁基于当事人的合意和意思自治原则。<sup>②⑤</sup>仲裁协议授权仲裁庭决定该协议范围内的所有争议,重要的是仲裁员不应超越此授权范围。<sup>②⑥</sup>国际商事仲裁中,仲裁员的权力直接来源于并且几乎排他地来自当事人的协议。判断国际商事仲裁裁决是否“超裁”,首先要审查仲裁协议(或仲裁条款)的内容,以确定仲裁裁决是否超越了仲裁协议(或仲裁条款)约定的范围;其次,要判断是否超越当事人仲裁请求范围;最后,要判断是否超越了法律规定的可仲裁性。<sup>②⑦</sup>

实践中遇到的问题要复杂得多,内地不同法院对“超裁”的理解和认定并不一致,法官在对国际商事仲裁裁决进行司法审查过程中大多依靠自由裁量权作出认定;在“超裁”问题的认定上,目前存在司法审查的启动与认定的情形不统一的问题,不同法院在是否依职权启动司法审查上存在不同做法;“超裁”问题还涉及裁决的可分性,而各地法院在对裁决的可分性上存在较大的分歧看法。<sup>②⑧</sup>实务部门的专家指出:“在实践中,不仅是否超裁属于司法审查中的难点,判断超裁部分是否可分也存在较大争议,不同的法院做法并不相同,有待进一步统一司法观点。”<sup>②⑨</sup>也有学者认为:最高人民法院对《纽约公约》第5条第1款丙项的解释与适用,倾向于对仲裁庭的管辖权范围进行严格审查,总体支持仲裁庭的管辖权。值得注意的是,对仲裁庭管辖权范围的审查,由于涉及对仲裁庭裁决实质内容的审查,极易侵犯仲裁庭的自裁管辖权。因而,相关法院还应当进行自

<sup>②①</sup> *Supra* note 17, at 185.

<sup>②②</sup> *Sun Tian Gang v. HK & China Gas (Jilin) Ltd*, [2016] 5 HKLRD 221, High Court of Hong Kong, 2016, para.58.

<sup>②③</sup> John Fellas & Rebeca E. Mosquera: *Pitfalls that Chinese Parties Should Avoid in Arbitration Against Non-Chinese Parties*, in Romesh Weeramantry & John Choong(eds.), *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2017, Vol.19:1, p.16.

<sup>②④</sup> *Supra* note 2, at 252.

<sup>②⑤</sup> *Supra* note 12, at 31.

<sup>②⑥</sup> *Id.*, at 92.

<sup>②⑦</sup> 狄建庆、姚强、王丽平:《国际商事仲裁“超裁”的司法认定》,载《人民司法(案例)》2016年第20期,第84页。

<sup>②⑧</sup> 陈建华:《国际商事仲裁裁决“超裁”的司法认定——基于司法实践视角》,载《商事仲裁与调解》2021年第2期,第112页。

<sup>②⑨</sup> 王好:《外国仲裁裁决司法审查中“超裁”认定的实证分析》,载《法律适用(司法案例)》2019年第4期,第110页。

我克制,采取审慎立场,避免对仲裁裁决进行实体审查。<sup>②⑨</sup>

香港法院对此的态度是,仲裁庭作出裁决应当聚焦于当事人在庭审时提出的仲裁请求。实践中,仲裁机构给定的仲裁示范条款多约定:“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交XX仲裁委员会进行仲裁。”值得注意的是,这样的示范条款只是确立了仲裁庭的有效管辖,对于仲裁具体事项而言,这样的规定不免有些宽泛和模糊,确定具体的仲裁事项应当以当事人提交的请求为准。香港高等法院在 *Arjowiggins Hkk2 Ltd v. X Co* 案中以仲裁裁决事项超出了当事人在仲裁程序中的请求范围为由撤销了该项裁决,并驳回了败诉方就该判决提出的上诉申请。陈法官认为,虽然清盘事项可能包括在合资协议中的仲裁范围内,但却并不在双方于2018年仲裁中提交予仲裁庭所需解决争议事项的范围以内。即使仲裁双方已获得公平和合理的机会就其案情进行陈词并提供证据,这亦并不代表仲裁庭对双方未提交仲裁的争议事项有管辖权。就仲裁庭而言,一个问题或事项(在本案中为当事人的合同义务和合营公司清算期间的权利义务问题)可能属于仲裁协议的广泛范围,并不一定意味着该问题或事项在特定仲裁案件中被自动提交到仲裁庭审理的范围之内,当事人的诉求而不是证据决定了仲裁程序的正确进程和仲裁员将要发布的命令之范围。<sup>③⑩</sup>

香港法院认为对“请求仲裁的范围”应该作狭义理解,在 *Grant Thornton International Ltd v. Jbpb & Co (a partnership)* 案中,法庭对《仲裁条例》第89(2)(d)条进行了目的解释,第89(2)(d)(ii)条下的“就提交仲裁范围以外的事项作出的决定”一词应狭义地解释为仅包括那些与已提交仲裁的争议、问题明显无关或并非作出裁决所合理需要的事项。仲裁旨在并且应该是一种程序上不那么复杂、划算、合宜且私密的争议解决方式。法院和《仲裁条例》通过中间法院命令和执行裁决来促进仲裁的有效和公平运作,然而较为宽泛地解释第89(2)(d)(ii)条可能会阻碍仲裁程序并增加费用,因为它会鼓励当事人(或其中一方当事人)试图将附属问题与仲裁分开,以便提交法院单独裁判;以及鼓励败诉方对仲裁裁决提出不必要的片面而武断的质疑。这不能是立法机关的意图和该条规定的目的。<sup>③⑪</sup>当事人提交仲裁和提及仲裁的范围应由仲裁协议、仲裁请求和当事人送达的诉状决定,无论这些诉状多么非正式。<sup>③⑫</sup>

#### 4. 仲裁裁决尚未具约束力、或已遭撤销或暂时中止

以该条为依据而申请不予执行鲜见成功案例,论述到该条文的最近的案件是 *Guo Shun Kai v. Wing Shing Chemical Co Ltd* 一案,当事人以《仲裁条例》95(2)(f)项提起不予执行仲裁裁决的申请,法庭并未被该理由说服,认为判断此问题的标准已经在先例和专家学说中得以明确:即判断该裁决是否不可再就实体权利提出上诉。由于双方选

<sup>②⑨</sup> 刘敬东、王路路:《“一带一路”倡议下我国对外国仲裁裁决承认与执行的实证研究》,载《法律适用》2018年第5期,第38页。

<sup>③⑩</sup> *Arjowiggins Hkk2 Ltd v. X Co*, [2022] HKCFI 128, High Court of Hong Kong, 2022, paras.37-41.

<sup>③⑪</sup> *Grant Thornton International Ltd v. Jbpb & Co (a partnership)*, [2013] HKCFI 523, High Court of Hong Kong, 2013, para.44.

<sup>③⑫</sup> *U v. A & others*, [2017] HKCFI 398, High Court of Hong Kong, 2017, para.39.

定的仲裁机构规则和内地仲裁法都规定了仲裁一裁终局,自裁决作出时生效且内地法律不接受针对裁决实体问题的上诉,申请人仅仅提出在内地法院对裁决“上诉”的理由并不满足仲裁裁决尚未产生约束力的条件。<sup>③③</sup>当事人继续提出根据《仲裁法》第64条<sup>③④</sup>和《仲裁法司法解释》第25条,<sup>③⑤</sup>法院应当裁定中止执行,法官认为内地的法律规定无意告诉受理执行裁决申请的其他司法辖区的法院如何处理案件,这些规定不能直接适用。且该条文规定的是在满足条件的情况下,法院应当中止执行,而不是当事人一旦向法院提交撤销仲裁裁决的申请,裁决的效力就自动中止。该观点兼有先例支撑。<sup>③⑥</sup>该案例诠释“一国两制”下的不同司法辖区之司法独立特点,且仲裁裁决的效力不受执行程序的影响,这是两个各自独立的问题。从效果上来看,仲裁裁决未生效、被撤销和效力的中止都表示了一种效力上的不确定状态,故而并未产生实际的约束力,在这样的情况下,仲裁裁决并不适宜执行。

以拒绝强制执行公约裁决为例,《仲裁条例》89(2)(f)规定该裁决(i)对各方尚未具约束力;或(ii)已遭作出该裁决所在的国家的主管当局撤销或暂时中止,或(如该裁决是根据某国家的法律作出的)已遭该国家的主管当局撤销或暂时中止。到目前为止,它在香港被援引相对较少。它反映了“救济选择”理论,据此,一方当事人可选择在仲裁地积极地撤销裁决和在其他地方消极地抵制执行,只有仲裁地的监督法院才能有效中止或撤销裁决。在裁决的执行因仲裁地的监督法院已经撤销了裁决而被拒绝的情况下,法院仍有剩余酌处权允许执行。指导法院行使自由裁量权的考虑因素有:第一,当事人向法院提出的申请是否是善意的,而不是一种拖延战术;第二,向该法院提出的申请是否至少有现实的成功前景;第三,批准的延期以及由此产生的任何损害。<sup>③⑦</sup>与之相对应的,一方当事人以已向仲裁地法院申请撤销或中止裁决为由,申请在香港拒绝执行裁决的,就需要根据法院的考虑因素作出相关的说明,比如提供表面证据说明该申请的诚信善意、提供其主张裁决因存在重大缺陷故而可能被法院撤销的证据并作出相应担保。

关于拒绝强制执行内地裁决,与《仲裁条例》第86(4)条(非公约裁决),89(5)条(公约裁决)和98D(5)条(澳门裁决)对比,关于内地裁决案件的规定中并未明确规定法院可将强制执行该裁决的法律程序押后及依申请而命令属强制执行的对象提供保证,以等待内地法院对于仲裁裁决的司法审查结果,法院仍可根据其一般和固有的根据《高等法院条例》中管理审理程序的权利而暂停程序。<sup>③⑧</sup>

<sup>③③</sup> Guo Shun Kai v. Wing Shing Chemical Co Ltd, [2014] HKCFI 104, High Court of Hong Kong, 2014, paras.41-47.

<sup>③④</sup> 《中华人民共和国仲裁法》第64条规定:“一方当事人申请执行裁决,另一方当事人申请撤销裁决的,人民法院应当裁定中止执行。”

<sup>③⑤</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第25条规定:“人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后,另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的,受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行。”

<sup>③⑥</sup> *Supra* note 33, at paras.51-55.

<sup>③⑦</sup> Michael J. Moser & Robert Morgan, National Report for Hong Kong (2021 through 2022), 1 ed., ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, 2022, pp.138-139.

<sup>③⑧</sup> *Id.*, at 147.

### 5. 关于仲裁庭组成及相关程序问题

《仲裁条例》第95(2)(e)条规定了拒绝执行内地裁决的情形。但目前还没有基于该自然正义的法律依据而成功不予执行内地裁决的案例。提出关于偏见、利益冲突或其他仲裁庭的不当行为并有坚实证据的指控并不会构成当事人以仲裁庭无视其证据从而挑战执行程序的充足理由。一方当事人在提起其案件时负有诚信义务,当一方可以说通过其行为放弃了对于仲裁程序的异议时(比如在仲裁程序进行过程中从未提出该异议事项,而是到了执行阶段才提起),这样的异议不可以得到法院的支持。<sup>39</sup>

若当事人之间没有就仲裁庭的组成达成具体协议,而仲裁员是根据仲裁规则选定的,则不能提出异议。同样,若当事各方之间没有就仲裁程序达成协议,而仲裁庭在遵守公平审理等正当程序原则下进行的程序也不能提出异议。但是,如果当事各方就仲裁庭的组成或应遵循的程序单独或同时达成协议,则只有在该协议与仲裁地法律的强制性规定相抵触时,才能不予考虑该协议。在这种情况下,仲裁庭最好向各方沟通并解释这一冲突。<sup>40</sup>在 *La Dolce Vita Fine Dining Group Holdings Ltd v. Zhang Lan and Another* 案中,被申请人对仲裁庭组庭和裁决提出的异议聚焦于 CIETAC 仲裁规则第 27 条是否适用于本仲裁程序,以及是否被当事人的协议约定排除。法院通过审理认为仲裁庭的程序符合仲裁规则,即便被申请人观点正确,这也不能构成破坏正当程序的惊人错误。诸位被申请人均无法证明其因 CIETAC 没有按照其所坚持的那样指定仲裁庭的所有三名仲裁员而遭受任何损害。即使贸仲委在指定仲裁员的决定中有任何错误,香港法院作为执行法院,即使有任何违规行为,也可以行使其剩余酌处权,允许执行裁决。<sup>41</sup>

在仲裁庭组成问题上,香港法院的审理遵从“是否符合仲裁规则——是否符合正当程序——剩余酌处权”的顺序和思路进行。作为当事人意思自治的产物,法院首先根据当事人约定的仲裁协议判断是否有效选择了仲裁规则,以及案件是否按照仲裁规则的要求进行审理,如果有细微的程序瑕疵,只要在符合正当程序,双方当事人权利对等的情况下保证正当程序的进行,当事人的权利未受到明显损害,往往就足够得出不违反法定程序的结论,并通过剩余酌处权的行使进一步补强说理。剩余酌处权是英美法系发展的产物,法院拥有源自法规和普通法的剩余酌处权,以避免导致实质不公平或通过任何其他手段都无法实现正义。<sup>42</sup>

### 6. 违背公共政策问题

有研究指出,在一些法域,实体性公共政策可以指向裁决的实体问题,常见的抗辩包

<sup>39</sup> *Id.*, at 146.

<sup>40</sup> *Supra* note 12, at 589-590.

<sup>41</sup> *La Dolce Vita Fine Dining Group Holdings Ltd v. Zhang Lan and Another*, [2020] HKCFI 622, High Court of Hong Kong, 2020, paras.60-62.

<sup>42</sup> Daniel Brawn, *The Court's Powers to Intervene in Arbitration Matters in England and Wales, with Particular Reference to the Court's Inherent and Residual Discretion*, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2010, Vol.76:2, pp.226-228.

括裁决过高的利息而违反执行地法律、违反竞争法、违反破产规则、违反消费者保护法、违反外汇管制、合同非法、违反礼让原则等。<sup>④③</sup> 具体来看,以公共政策为名的上述抗辩理由已经涉及了案件的实体部分,有让司法审查成为仲裁上诉审查的嫌疑,公共政策含义过宽甚至涉及案件实体问题可能会引发当事人尤其是败诉一方的滥用,对于公共政策的认定不宜涉及案件实体因素。

就公共政策的界定标准来看,香港法院的态度是裁决需要排除案件明显疑点,其中兼有程序公正和实体公正之考虑,有公平和自然正义之意涵,在案件同时满足多个不予执行仲裁裁决依据时可以作为加强说理,也可以是在合理心证上的自由裁量权之行使。例如在广东顺德展炜商贸有限公司 v. 新丰木行有限公司案中,法院做出了拒绝强制执行湛江仲裁委员会于2017年5月19日作出之仲裁裁决的决定。在本案中,陈美兰法官认为ST不具备代理权限,故而新丰公司并非达成仲裁条款的一方合同主体,案涉合同及仲裁条款无效,新丰公司亦未获得适当程序通知和在仲裁程序中陈述意见。由于案涉仲裁裁决所依据的案涉合同系“骗局”,允许执行此类裁决无疑将违反香港的公共政策且令法庭“良心不安”。<sup>④④</sup> 在Z v. Y案件中,法庭根据《条例》第95(3)(b)条拒绝承认该裁决,因为在有正当理由主张为其提供担保的主合同(HD合同和MD合同)项下的义务已经受到非法性玷污的情况下,执行该裁决将违反香港的公共政策,但仲裁庭未能充分说明为什么接受该担保是有效和可依法执行的观点。仲裁庭未能充分解释其为何支持担保书的有效性也使人怀疑其接受申请人与被申请人之间的有效和有约束力的仲裁协议的行为。<sup>④⑤</sup> 本案原讼庭判决拒绝执行内地仲裁裁决的核心,是内地仲裁机构的仲裁庭对其驳回一方当事人就基础合同非法性这一重要问题的异议没有给予适当的说理,与香港法院秉持的公平、正义和正当程序理念相抵触,辜负了当事人对仲裁的合理合法期望,从而上升到了违反香港公共政策的程度。

关于裁决书没有为它的决定给予原因即裁决缺乏说理的情形,杨良宜等曾经指出:“照说这根本不是一个可以在《纽约公约》下拒绝执行的理由,毕竟原因是针对案件的实质性的是非曲直(merits)。但原因重要的是很难从一个简单的裁决中看出有错误,一给全面的原因支持有关的裁决,就很容易被挑出毛病,特别是该仲裁员的水平有限。……如果是一个香港的国际仲裁,根本没有像《英国仲裁法》Section 70(4)的机制这样的救济办法,就难保在一个极端的情况下会被败诉方以这样一个理由作为借口抗拒执行并且受到执行法院一定程度的同情。”<sup>④⑥</sup>

香港法院对公共政策的理解主要集中在案件的承认与执行是否有损于自然公正上面,就判断标准来说法官有一定的自由裁量权,并通过一定程度的自由心证判断案件是

<sup>④③</sup> Inae Yang, *A Comparative Review on Substantive Public Policy in International Commercial Arbitration*, *Dispute Resolution Journal*, Vol.70:2, p.49.

<sup>④④</sup> *Supra* note 13, at para.58.

<sup>④⑤</sup> Z v. Y, [2018] HKCFI 2342, High Court of Hong Kong, 2018, para.28.

<sup>④⑥</sup> 杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法——从开庭审理到裁决书的作出和执行》,法律出版社2010年3月版,第744页。

否“震惊法庭的良心”。从案例来看,这里的公平正义标准是包含了程序公正和实体公正的,并且由于程序不公正往往衍生出实体上不公正的裁决,故而以公共政策为由的判断往往结合了程序明显不公的因素。

#### 7. 时效和平行申请执行问题

关于时效问题,早在 *Agromet v. Maulden Engineering Ltd* 一案中,就已经强调了六年时效自裁决确定的履行义务期限届满时起算。在 *CL v. SCG* 案中,法院在该案中重申了尽管可能导致不公,六年的时效期限从被申请人没有按照其默示的义务履行裁决的日期开始计算。此外,《时效条例》、《仲裁条例》和《安排》都没有规定时效期限在申请人向中国大陆法院申请执行裁决期间中止。<sup>④7</sup> 由于内地的执行程序并不能中止香港的诉讼时效,故而应当注意内地和香港执行程序的协调与配合。在 *Wang Peiji v. Wei Zhiyong* 案中,尽管申请人认为本案与 *CL v. SCG* 案件的本质区别在于,本案中的执行程序在中国内地成功地进行了一段时间,而 *CL v. SCG* 案件执行程序一直处于待决状态并最终失败。然而这一说法并未得到法官的采纳,并决定本案应该适用《时效条例》第4(1)(c)的相关规定,即诉因发生之日起六年内,不得再行起诉。本案自2009年6月(即仲裁裁决确定的支付期限届满)至2015年6月,诉讼时效即届满。相较于前两个案例已经强调过的内地执行程序不能中止香港时效,在本案中法官还认为撤诉后再次申请并不违反一事不再理,但由于本案已经超过了诉讼时效,故可以撤销执行命令,不再审查一事不再理问题。<sup>④8</sup>

在平行申请执行的问题上,《仲裁条例》第93条以不得平行申请规定了强制执行内地裁决的限制。在 *A co v. B co & Others* 案件中,法官援引了 *Shenzhen Kai Long Investment and Development Co Ltd v. CEC Electrical Manufacturing (International) Co Ltd* 案件中的判词:“凡裁决胜诉的一方已向内地法院申请执行,而内地法院已接受该申请,则在该裁决的执行程序存续期间,在内地的执行程序‘完成或结束’之前,该方不得向香港法院申请执行同一裁决。该条例中规定的理由不但是为了防止双重追偿,而且是为了防止双重执行。”<sup>④9</sup> 然而,随着《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》(下文简称“《补充安排》”)的签署,此问题已经得到解决。

《补充安排》第三条规定,将《安排》第二条第三款修改为:“被申请人在内地和香港特别行政区均有住所地或者可供执行财产的,申请人可以分别向两地法院申请执行。应对方法院要求,两地法院应当相互提供本方执行仲裁裁决的情况。两地法院执行财产的总额,不得超过裁决确定的数额。”据此,当事人可以在中国内地与香港特别行政区两地同时申请执行,有效解决了被执行人利用时间差转移财产逃避执行,以及因两地申请执行期限的不同而无法执行的问题。相较于原《安排》不得同时申请的规定,该变更使

<sup>④7</sup> *CL v. SCG*, [2019] HKCFI 398, High Court of Hong Kong, 2019, para.21.

<sup>④8</sup> *Wang Peiji v. Wei Zhiyong*, [2019] HKCFI 2593, High Court of Hong Kong, 2019, paras.24-27.

<sup>④9</sup> *A co v. B co & others*, [2021] HKCFI 1477, High Court of Hong Kong, 2021, paras.57-59.

得当事人可以通过同时申请,中断诉讼时效,避免因时效问题导致胜诉裁决得不到执行。这也与《纽约公约》不禁止执行人同时在他国申请执行外地裁决的精神相一致。

### 三、香港法院司法审查体现的基本原则和审查尺度

#### (一) 基本原则

##### 1. 支持仲裁原则

香港法院支持仲裁程序和促进裁决的承认与执行。针对仲裁裁决的司法审查问题,香港的陈美兰大法官(Mimmie Chan J)在2015年通过的KB v. S一案总结了“香港执行仲裁裁决的十大指导性原则”,<sup>⑤①</sup>确立了法院为仲裁程序提供便利并协助执行仲裁裁决的主要目标,定位法院的仲裁友好型姿态,不介入案件本身的是非曲直,确定法院仅仅在《仲裁条例》明文规定的情形下才能介入争议仲裁,并维护必要的公共利益,体现出香港法院支持仲裁裁决的执行、严格限缩不予承认与执行之事项的司法态度。撤销裁决和拒绝执行裁决的理由,应作狭义解释,而申请人必须证明仲裁庭产生严重错误,才可能撤销裁决。而且,即便满足不予执行的事由,法院也是“可以”而不是“应当”不予执行该仲裁裁决。<sup>⑤②</sup>

##### 2. 正当性原则

恪守正当程序,就仲裁裁决的司法审查而言,法院的支持和监督均须恪守正当程序,执行和撤销裁决都应符合相应的程序和理据。当事人可以对仲裁结果不满,但必须在仲裁程序中受到仲裁庭公平和公正的对待。这里面可进一步分解出两层意思。第一,仲裁庭不得偏袒任何一方当事人,因商业贿赂行为等使裁决有失公平。第二,仲裁庭的审理必须程序公正,令双方当事人在案件进行的任何阶段环节以及任何争议点上都有陈述、提问、质证和进一步答辩的机会。基于上述两点,香港法院对瑕疵仲裁裁决的监督,无论本港或国际裁决都只会因其乃不正当程序而致才得以撤销。<sup>⑤③</sup>法院在审理过程中也注重对庭审秩序的把握,准确识别一些当事人企图恶意拖延诉讼进程、侵害另一方当事人权利的行为,若一方当事人在庭审过程中无恰当理由却突然变更主张,并完全改变了庭审的审理方向时,结合案情具体情况,法庭可能会认为这构成滥用程序,不予支持该变更申请。<sup>⑤③</sup>

##### 3. 适度审查原则

尊重当事人意思自治和法院最低干预原则。在不予执行仲裁裁决的裁判中,法庭多是以诸如仲裁协议无效或超裁等明显违背当事人意思自治的理由作出决定。法院只应

<sup>⑤①</sup> KB v. S & others, [2015] HKCFI 1787, High Court of Hong Kong, 2015, para.1.

<sup>⑤②</sup> *Supra* note 41, at para.7.

<sup>⑤③</sup> 同前注<sup>⑤②</sup>。

<sup>⑤④</sup> *Supra* note 33, at para.38.

在条例明确规定的情况下干预争议的仲裁,这样的原则也呼应了陈美兰法官在 *KB v. S* 一案中确立的在不予执行仲裁裁决审查中“机械处理”的态度。正如英国著名的国际贸易法学家施米托夫所说:“司法只审查仲裁的自然正义与合理性,而不涉及审查裁决本身的是非曲直。”<sup>⑤4</sup>

在仲裁司法审查中坚持支持仲裁原则、正当性原则、适度审查原则,不仅仅可以促进仲裁行业的发展,也有利于维护良好的司法公信力。在对仲裁庭行为的审查上,法庭结合了香港特有的富有商业特色的效率眼光进行审视,要求是高效、合理。例如在裁决书说理中,法官认为仲裁庭应明确而不是详尽冗长地说明其对争议中重要问题的决定,即仲裁庭说理应该有回应性和针对性;在通知的送达上,要求准确无误地送达当事人而不是其关联方。例如在 *AB v. CD* 案中,即使 *AB Engineering* 和 *AB Bureau* 是关联公司,且在同一栋大楼内设有办公室,但并不能指望他们中的任何一方采取行动,调查或回应针对另一家公司(甚至附属公司)的任何通知,法院认为这样做是完全不合理、繁重和不公平的。<sup>⑤5</sup>

## (二) 审查尺度

### 1. 仲裁协议效力

在达成有效仲裁协议的问题上,尽管采取一种尽量使仲裁协议有效的解释原则,法院对签订主体的态度十分严格。当事人要明确具体并具有相应权限,作为仲裁协议当事人的公司重组变更后,若重组后的公司与当时的合同订立者并非同一主体,则不能成为仲裁协议的一方;在争议解决条款的修改上,若约定“有关各方”之类的措辞,则需要结合合同文本作出严谨的认定和解释,由必要的各方签署后方能生效并产生约束力。

### 2. 仲裁程序瑕疵

在仲裁程序上,细微的程序瑕疵并不必然导致不予执行仲裁裁决,往往是程序上的整体错误才能引发这一结果。在处理撤销仲裁裁决或拒绝执行裁决的申请时,无论是以未收到仲裁程序通知、无法陈述案情或仲裁庭的组成或仲裁程序不符合当事人的约定为由,法院都关注仲裁程序的结构完整性。就此而言,该不当行为必须严重,甚至令人震惊,法院才会认定存在严重到足以破坏正当程序的错误。

### 3. 超越仲裁权限

在超越的认定上,香港法院对因超越仲裁权限而导致裁决被撤销的标准是:首先,在程度上来看,这种超越当事人的诉求必须是重大的、令人震惊的,并超越了当事人合理预期的,法院对这种严重错误采取狭义解释原则;其次,从司法干预态度上来看,法院秉持最低限度的干预原则,仲裁庭可以自主说明哪些争议是必要和必须在裁决中处理的决定;最后,在整体背景的考虑下,香港作为国际商事交往的重要中心之一,纠纷解决的效率和公正并重,仲裁庭应该涵盖到主要的、实质的争议问题。双方对仲裁条款的含义和

<sup>⑤4</sup> [英] 施米托夫:《国际贸易文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第674页。

<sup>⑤5</sup> *Supra* note 15, at para.41.

范围的意图的解释,必须在双方在签订时已知的事实的背景下进行。<sup>⑤6</sup>

#### 4. 仲裁裁决尚未产生约束力

判断裁决生效与否的标准为能否再就实体权利提出上诉。就此而言,应该区分不同法域对仲裁裁决可否就实体问题上诉的规定进行综合判断。在中国内地,仲裁法规定了自裁决作出时生效且内地法律不接受针对裁决实体问题的上诉,故而内地申请人仅仅提出在内地法院对裁决“上诉”的理由并不满足仲裁裁决尚未产生约束力的条件。

#### 5. 仲裁庭组成及相关程序问题

香港法院就此问题的审理遵照“是否符合仲裁规则——是否符合正当程序——剩余酌处权”的顺序和思路进行。总体来看仍然是首先尊重当事人意思自治,其次判断若存在部分瑕疵,则在正当程序标准下是否保证当事人平等对抗及其他权利,是否导致明显的程序不公情形,最后结合当事人的主观善意程度以及裁决保持有效的前景行使剩余酌处权。

#### 6. 公共政策审查

在公共政策理由的审查上,往往是把合同违法、当事人之间不存在有效仲裁协议、被申请人一方未获得适当通知和进行适当程序等理由相结合,即程序问题和实体问题兼而有之,最后到达“若执行仲裁裁决将会使得法庭良心震惊”的地步,仲裁裁决的作出严重不符合仲裁程序的结构完整性时,拒绝承认和执行仲裁裁决。

## 四、香港仲裁裁决司法审查标准对内地的启示

### (一) 对内地仲裁庭和当事人的启示

#### 1. 对内地仲裁庭的启示

在认定仲裁协议效力的问题上,应该运用整体的、全面的眼光对合同条款作出判断。当一方当事人以一份明显有依附性的从合同或延期协议约定仲裁协议进行申请时,应该注意审查主合同是否涉及第三方,并在确保获得合同签订各个当事方的合意授权后,再行确定仲裁庭的管辖权。庭审过程中,应该充分认识当事人的主张,给予双方均等举证机会,适当行使释明权,防止裁判突袭。

在裁决中加强说理,在香港法院以违背公共政策为由不予执行的仲裁裁决中,很重要的理由就是仲裁庭说理不充分。例如当有足够的理由相信从合同所担保的主合同存在违法性时,而仲裁庭没有给出足够说理就作出从合同有效且具有法律执行力的判断,有悖于香港当地的公共政策。<sup>⑤7</sup>对于当事人争议较大的实质问题,仲裁庭在裁决书中尤其要针对性地回应当事人的主要关切,充分调查说理,保障实体公正,条分缕析、层层推理,通过裁决书的适当说理以使当事人信服,避免当事人遭受实质不公正的待遇,减小仲

<sup>⑤6</sup> X v. Y, [2020] HKCFI 2782, High Court of Hong Kong, 2020, para.43.

<sup>⑤7</sup> *Supra* note 45, at para.28.

裁裁决得不到承认和执行的風險。

在送达问题上,应当采取“穷尽式”送达方式。由于送达瑕疵往往产生多米诺骨牌效应,即由于通知不当而引发后续的未能适当指定仲裁员、未能合理举证及陈词等问题,造成程序瑕疵。所以在送达方式上,应当尽可能稳妥,可以同时采取电子送达和纸质送达方式,并送达到所有能够为人所知的地址,即当事人的营业地、注册地、住所地、经常居住地和其他为人所知的通讯地址。

注意给予当事人最后的程序保障和救济。可以在庭审后期专门询问双方当事人对于仲裁程序进行至今的流程是否有异议并把当事人回答记入笔录,由此可以在仲裁裁决作出前进一步检查仲裁程序,以保障仲裁裁决的安全性。在仲裁程序进行中需要注意留证,应该留取并妥善保存当事人各个阶段的申请材料主张以及仲裁庭发出的对应文书指令,尤其是在可能因超裁而被撤销的仲裁裁决中,避免因为不能向法院举证证明其并未超出裁判范围而导致裁决被不予执行。

总体来看,内地仲裁庭需要提升专业素养、坚持勤勉原则、排除程序瑕疵。通过准确认定仲裁协议效力,加强裁决说理和保障当事人的程序权利等方面的改进,以保障仲裁裁决的安全稳定,促进仲裁裁决得到香港法院的认可和执行。

## 2. 对内地当事人的启示

第一,要坚持诚实善意原则。首先,在合同履行过程中出现障碍应该先尽可能地协商,避免问题发展为争议,在友好的氛围中解决因合同关系而产生的问题,在整个合同履行期间保持沟通。<sup>58</sup>若需要变更合同条款,尤其是对争议解决方式的变更,应该取得合同签订各方的同意,避免因为未达成合同各方之间的仲裁合意而导致仲裁协议无效。其次,在证据披露和案件审理过程中,应该避免证据突袭,使一方当事人可以在仲裁开庭前尽可能全面地了解对方的相关诉求和救济主张,以考虑所有可能的抗辩,并决定举证范围。申请人作出请求执行裁决的单方申请时,有义务以“最高的诚实善意”作出全面而坦率的披露。<sup>59</sup>最后,在裁决作出过程中和裁决做出地法院对裁决进行监督的过程中也要注意程序问题并保持警觉,一旦发现可能导致仲裁裁决被不予执行的理由就应当及时提出,而不是到了执行阶段才提出异议,否则将面临着法院以禁反言原则和善意缺失为由而拒绝接纳该理由的風險。在向法院申请不予执行仲裁裁决时,要注意所依据的理由和证据,当对某项依据不确定其是否成立时,最好一并提出交由法院审理,而不是在审理过程中当唯一的申请理由被法院驳回后企图改变诉讼理由,这很容易被法院识别为滥用程序的恶意诉讼行为,进而得不到法院的支持。

第二,要坚持审慎原则。比如在订立合同尤其是纠纷解决条款时,应当注意严谨的措辞并确定合同相对方的准确名称和送达地址。法庭认为,以仲裁条款约定不明确、非

<sup>58</sup> Maxi Scherer & Niuscha Bassiri, *International Arbitration and The Covid 19 revolution*.1 ed., Kluwer Law International, 2020, p.11.

<sup>59</sup> 深圳市霍尼卡姆机电设备有限公司 v. HCT 科技(香港)有限公司, [2018] HKCFI 1877, High court of Hong Kong, 2018, para.3; Supra note 49, at para.14.

强制为由申请不存在有效仲裁协议的理由是不成立的,只要表露出来提交仲裁的意思表示,不论措辞的表述是宽松的(诸如“可以”)还是偏向性(诸如“应该”)的,都有效地授予了当事人把纠纷提交仲裁的选择权,这时,不论是提起仲裁或是请求已经开始的诉讼程序中止,另一方当事人都将受到该意愿的约束。<sup>⑩</sup>故而可以认为存在有效的仲裁意思表示。对于申请人及律师来说,有责任确定适格的被申请人,并对其身份依据权威信息进行仔细、正确的识别,尤其是与公司结构较为复杂的当事方签订合同时,更需要注意识别一些名称较为接近的母子公司,除非明确约定,否则子公司并不当然成为仲裁协议的当事方。若因公司变更而不能确定有关实体,较稳妥的做法是追加该不确定的关联实体为仲裁当事人而不是变更当事人,以避免因为当事人不适格而引发程序问题,导致仲裁裁决得不到执行。

第三,要重视程序权利。首先,对于纠纷解决方式的选择上,当事人约定仲裁作为纠纷解决方式时,应当对仲裁地和适用规则有所了解,选任仲裁员时也应该尽可能全面地了解该仲裁员的履历和能力。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。<sup>⑪</sup>仲裁员的好坏决定仲裁结果的好坏,选择仲裁员、仲裁地、仲裁规则是当事人的重要权利,并与案件审理的实体结果密切关联,应该被当事人予以重视。其次,在案件审理过程中要正确运用异议权,当事人应当了解异议权放弃的判断和后果,对于仲裁审理过程中的损害己方利益、可能导致不公的程序瑕疵,应当及时提出,而不是在审理程序中保持缄默,到了执行程序才提起,这很容易被法院判断为实质上的放弃异议权并被驳回请求。最后,到了执行阶段,还要注意时效问题。针对合同和侵权行为的诉讼时效是6年,自诉讼事由产生之日起6年届满后,不得再行起诉,且内地执行程序并不中止香港时效,《补充安排》已经允许当事人分别向两地申请执行仲裁裁决,当事人在取得有利裁决后,应当在时效期限内尽早申请承认与执行,以便更稳妥地维护其合法权益。

## (二) 对内地仲裁司法审查的启示

人民法院应该尊重仲裁作为独立的纠纷解决方式。作为并行不悖的两种争端解决方式,法院对仲裁庭给予更多的尊重,诉讼和仲裁自产生以来就有着支持其发展的社会土壤,法庭对仲裁裁决的审查应该注重对法律依据的审查,避免介入案件实体问题从而沦为仲裁庭的上诉审理机构。在商业发展日益蓬勃的情况下,国际商事仲裁有着不可替代的优势地位,司法审查应该避免介入案件实质。应该加深对仲裁的理解,在大多数司法管辖区,如果仲裁员犯了法律或事实错误,是无权上诉的,而能对一项仲裁裁决提出异议的原因可以分为两大类:管辖权异议和程序异议。<sup>⑫</sup>关于事实认定或者法律适用的错

<sup>⑩</sup> *Supra* note 45, at paras.21-22.

<sup>⑪</sup> 同前注<sup>⑨</sup>。

<sup>⑫</sup> Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 1 ed., Cambridge University Press, 2008, pp.194-195.

误并不能构成不予执行仲裁裁决的理由。<sup>63</sup> 作为当事人意思自治选定的纠纷解决方式,可认为当事人愿意承担仲裁的优势和风险,应采取一种“有利于仲裁协议有效”的解释方法来审查仲裁协议的效力。对于仲裁协议的形式要件,内地法院应更看重当事人仲裁的意愿而非仅仅局限于协议的表面形式。<sup>64</sup> 由于仲裁是一裁终局且有拘束力的,除重大程序不公正和管辖错误的情形,在司法审查中应限缩认定撤销或不予执行仲裁裁决的事由。

内地仲裁司法审查在说理过程中可以向香港法庭进行适度学习借鉴。比如在结构上,香港法庭通过案件事实、背景、当事人主张、焦点问题分析等板块展开说理,条分缕析、层层推进,判决文书展现了明确的论证过程,很有说服力。我国内地涉外民商事裁判文书在识别、先决问题及选法的理由方面存在严重不足,直接影响裁判文书对公正性与合理性的宣示,同时影响判决的权威性。裁判者应着力学习裁判案件的方法,丰富国际私法知识,提高涉外裁判文书的写作水平。<sup>65</sup>

从实质正义的角度审查仲裁裁决。我国法院不予承认与执行外国仲裁裁决的额外难题之一是在与仲裁庭组成相关联的事项上,法院遵循过于严格的形式主义标准或绝对的当事人意思自治原则,在一些情形下没有考虑到相关程序的内在价值,也没有从实质正义的角度灵活解释相关规则。<sup>66</sup> 香港法院对仲裁裁决的审查灵活地把程序正义和实体正义相结合,从而更好地保障当事人的利益。内地法院在对仲裁裁决进行司法审查时,也要结合案情,灵活运用法律条文,保障实质正义,切实保障当事人合法权益。

## 五、结 语

总体来看,香港之所以能保持其“仲裁友好”的国际形象,与其高度发达的经济、良好的仲裁土壤和审慎的司法审查是分不开的。香港在其司法审查方面十分严格,在极少数情况下,依据第609章《仲裁条例》撤销强制执行令或不予执行仲裁裁决。通过对不予执行仲裁裁决案例的研究,我们可以发现香港法庭的理由主要集中在仲裁协议无效、仲裁程序不当、违背公共政策等理由上,香港在英美法系下对这些理由的认知反映了其注重实体正义、保障程序正义的理念。近五年来在香港申请不予执行仲裁裁决的案件逐步上升,这样的趋势可能会愈发明显,希望通过本文抛砖引玉,认识香港不予执行仲裁裁决案件的裁判理由和审查标准,增强区际仲裁裁决承认与执行的可预测性,为内地仲裁机构作出涉港仲裁裁决的裁判和说理提供指引并加强学术研究。

<sup>63</sup> Shenzhen Smart Manufacturing Software Development Company Limited (深圳市智能制造软件开发有限公司) v. Yick Heung Knitters Limited, [2021] HKCFI 1096, High court of Hong Kong, 2021, para.19.

<sup>64</sup> 同前注<sup>63</sup>。

<sup>65</sup> 宋连斌、赵正华:《我国涉外民商事裁判文书现存问题探讨》,载《法学评论》2011年第1期,第116-120页。

<sup>66</sup> 桑远棵:《中国法院拒绝承认与执行外国仲裁裁决的实证研究》,载《仲裁研究》2021年第2期,第130页。

**Abstract:** When it comes to refuse the enforcement of arbitral awards, Hong Kong courts make judgments in strict accordance with the ordinance. The reasons for refusing to enforce arbitral awards mainly focus on the grounds of invalidity of arbitration agreements, violation of due process, the interpretation of public policy ground is quite narrow. In recent years, the number of cases applying to Hong Kong courts for non-enforcement of arbitral awards has shown an upward trend. Although the number of cases in which Hong Kong courts have actually refused to enforce arbitral awards is small, the number of awards rendered by mainland institutions accounts for a relatively large proportion. By studying the cases of non-enforcement of arbitral awards in Hong Kong, we can explore the understanding of Hong Kong courts on the ground of refusing to enforce arbitral awards in accordance with the Arbitration Ordinance, analyze their judicial review standards, improve the predictability of the recognition and enforcement of mainland awards by Hong Kong courts, and promote the mutual recognition and enforcement of arbitral awards between Hong Kong S.A.R and mainland China.

**Keywords:** arbitral award; non-enforcement; Hong Kong S.A.R.; practical research

---

---

( 责任编辑: 刘 纲 )

# 《仲裁法》修改背景下仲裁司法审查制度的反思

## ——基于 88 份民事裁定书的实证研究

赵孟晓\*

---

**内容提要** 仲裁司法审查制度不仅涉及到当事人权利救济与司法监督仲裁,同时承担着维护仲裁公信力、提升仲裁吸引力的重要职能。然而,一直以来,我国“重刑轻民、重实体轻程序”的传统严重制约该制度发展,立法阙如导致司法适用不清。本文对 88 份仲裁司法审查的民事裁定书进行分析,对比发现审查法院存在审查范围交叉、相关事由认定标准模糊、程序性事项滥用、类案认定标准不一致等问题,不仅动摇仲裁制度在社会多元化治理中的地位,甚至危及仲裁的公信力。笔者认为,应当废除法院审查仲裁协议的优先权,取消仲裁裁决不予执行制度,健全仲裁裁决撤销制度,完善仲裁司法审查的救济,建立仲裁员责任制度,以统一仲裁司法审查的适用标准,保证审查过程的公正透明。

**关键词** 仲裁司法审查 不予执行 仲裁协议 撤销仲裁裁决

---

### 一、仲裁司法审查制度的价值分析

从根本上来讲,法律制度的价值是以人与法之间的关系为基础的。换句话说,法律的价值是法对人需求的满足,是法对社会所具有的意义。仲裁司法审查制度的价值是指该制度在法律功用和效能方面的实践意义。笔者认为,仲裁司法审查是指法院在当事人申请的情况下,为了维护仲裁程序的公正进行,同时弥补当事人在仲裁权不当运行过程中而受到损害的合法权益,而依照法律规定对仲裁的合法性进行审查的司法活动。<sup>①</sup>作为司法程序的一种,其不仅具有保障仲裁程序运行、实现案件实体正义的工具性价值,还蕴含着独立于实体问题以外的程序自身的内在价值,不仅有利于仲裁当事人程序权利的救济,而且可以实现司法对仲裁的监督审查,以保证仲裁程序效率和公正。

---

\* 赵孟晓,湘潭大学硕士研究生。

① 参见姜霞:《仲裁司法审查程序要论》,湘潭大学出版社 2009 年 7 月版,第 15 页。

### （一）规范仲裁程序运行，保证仲裁结果公正透明

仲裁司法审查程序具有保障仲裁程序运行的工具性价值。我国关于仲裁司法审查制度的规定不仅在《民事诉讼法》中有所涉及，《仲裁法》的第五十八条<sup>②</sup>和第七十条<sup>③</sup>中也分别对撤销和不予执行仲裁裁决的情形进行明确规定。通过设定相关的举证质证活动，让仲裁当事人对仲裁过程中相关事由予以证明，以保证司法审查的公开透明；法院在对上述事实进行认定的过程中，需要结合法律的相关规定和当事人的约定对仲裁程序进行全面审查，由此作出否定或者维持仲裁效力的裁定。“程序是恣意的对立物”，法官坚持“有法必依”的宗旨对相关事项进行审查，既能约束法官的自由裁量权，也能实现司法审查过程的结果公正；<sup>④</sup>通过上述步骤，进而实现在先仲裁过程的程序公正和当事人权利的救济，这便是仲裁司法审查的程序意义。

### （二）维护当事人的程序尊严，实现仲裁结果实质公正

仲裁司法审查程序的价值还体现在对当事人程序尊严的维护。对程序自身价值的关注是现代司法的进步，仲裁司法审查制度同样包含了当事人对该制度的需求与期望。首先，当事人选择仲裁作为纠纷解决方式的首要目的是实现结果公正。仲裁司法审查的独立性价值体现在当事人主体尊严的实现和法官保持中立两大方面：一方面，维护仲裁当事人的程序尊严，充分保障当事人在仲裁过程中的自主性与话语权。尽管此种尊重并未能直接影响仲裁案件的审理结果，但是在交流过程中被平等尊重的体验在相当程度上更能满足当事人的朴素心理；另一方面，保证仲裁过程中的实质平等。程序上的尊重在双方当事人之间必须持平，保证同等对待，不偏袒和歧视任何一方，如此才能保证当事人的参与权得到切实维护、平等权最终实现。最后，确保仲裁员实质中立。与民事诉讼程序的回避制度适用原理一致，仲裁机构与仲裁员均不应与案件产生任何利益冲突，如此才是保证其中立的前提和基础。

### （三）实现当事人程序权利救济，契合制度需求者利益

立法者为了使相关制度更容易被社会所接受，更符合制度需求者的利益，往往会站在当事人的角度，结合利害关系人在案件中的处境和对该制度的期许，综合考虑、协调各方，以设计出经得起实践考验和社会主体推敲的优良制度。仲裁司法审查首要目的在于实现仲裁当事人程序性权利的救济。一直以来，我国“重刑轻民、重实体轻程序”的传统成为了仲裁程序性权利救济觉醒的桎梏。在所有的程序和制度中，当事人享有的权利都有受到侵犯的可能性，因此都有救济的必要性。“无权利则无救济”在法学界可谓耳

<sup>②</sup> 《仲裁法》第五十八条规定：“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；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。”

<sup>③</sup> 《仲裁法》第七十条规定：“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。”

<sup>④</sup> 季卫东：《法治秩序建构》，中国政法大学出版社 1999 年 1 月版，第 16 页。

熟能详,但是该“权利”却一直被局限在实体性权利的范围内,而忽视了程序领域的救济。既然仲裁作为准司法行为,能够由国家强制力保证实施,那么仲裁程序合法公正自然是当事人的期待目标。仲裁司法审查程序正是法院为了保证仲裁裁决的可执行性而进行的程序过滤,以及实现当事人程序权利救济的司法设置。相较于直接规定当事人享有的权利,立法者经常通过为权力设定义务的方式来展现相关的权利,我们可以通过法律对仲裁权的约束来推定当事人程序性权利的存在。<sup>⑤</sup>而且在理论界,仲裁司法审查制度作为当事人权利救济的手段已成为共识,仲裁庭必须因为其在仲裁过程中的不当行为承担不利后果,比如仲裁裁决被撤销。

#### (四) 实现国家对仲裁制度的监督,避免权力专断

仲裁司法审查是法院对仲裁实行监督的必要形式。一个成熟的仲裁制度,首先要实现专断权力与制约权力的平衡,如此才能满足社会对其的价值预期,避免其他权力的非法干预。<sup>⑥</sup>在外显的权利背后,有权力在默默低语。<sup>⑦</sup>当事人的权利救济与仲裁权的制约是一个问题的两个方面,为了防止仲裁权的滥用,司法权的制约和监督应该是最有效的,相较于地方行政部门的非法干预,司法通过对仲裁程序设定一定的规则和制度,来增强仲裁结果的可预测性和仲裁行为的规范性,以此成为赋予仲裁裁决强制执行效力的正当性基础,保证仲裁结果更具有说服力。

## 二、仲裁司法审查制度的实证考察

我国关于仲裁司法审查的规定主要包括法院对仲裁协议和仲裁裁决的审查两个层面,其中对仲裁裁决的监督又可以分为司法审查撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种形式。相关规定零星分布在《民事诉讼法》《仲裁法》以及间断发布的一些司法解释中,总的来说包括三种监督方式:一是司法对仲裁协议的监督。法院不仅能够在仲裁程序开始之前介入并决定仲裁庭的管辖权,而且在二者的审查权发生冲突时,法院还享有审查的优先地位。<sup>⑧</sup>二是当事人申请撤销仲裁裁决制度。《仲裁法》第五十八条规定了当事人申请撤销仲裁裁决的相关事由,同时《民事诉讼法》规定撤销仲裁裁决的后果是仲裁裁决的效力丧失,当事人需要重新申请仲裁或者起诉。三是当事人申请不予执行仲裁裁决制度,《民事诉讼法》规定当事人申请情形与撤销事由大致统一,且该制度会产生仲

⑤ 郭道晖:《法的时代精神》,湖南人民出版社1997年3月版,第308页。

⑥ 同前注①,第54页。

⑦ 左卫民:《在权利话语与权力技术之间——中国司法新思考》,法律出版社2002年7月版,第2页。

⑧ 《仲裁法》第二十条规定:“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定,或者请求人民法院作出决定。一方请求仲裁委员会作出决定,一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院作出裁定。”《最高人民法院关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》第三条规定:“当事人对仲裁协议有异议,一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议的效力,另一方当事人请求人民法院确认仲裁协议无效,如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定,人民法院不予受理;如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定,人民法院应予受理,同时通知仲裁机构中止仲裁。”

裁裁决丧失既判力和执行力的双重效果。<sup>⑨</sup>需要说明的是,案外人申请不予执行制度的规则相对独立,不属于本文笔者探讨的仲裁司法审查的范围。

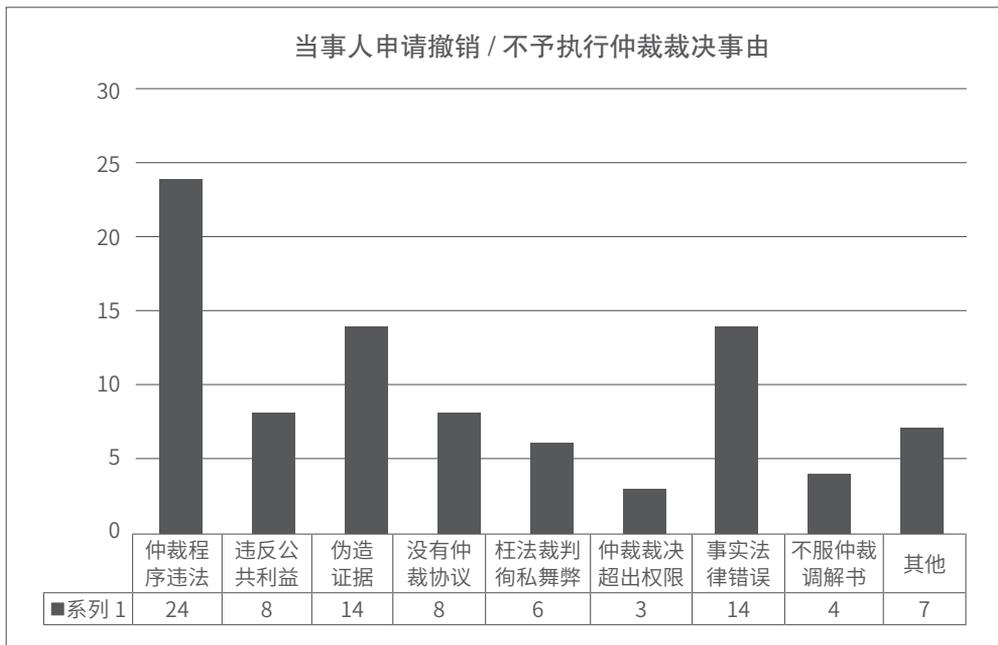
### (一) 案例样本分析

笔者通过实证研究的方式,搜索时间截止到 2022 年 6 月 13 日,在“北大法宝”和“裁判文书网”分别以“撤销仲裁裁决”“不予执行仲裁裁决”为关键词进行案例检索,筛选了 88 份民事裁定书,汇总当事人申请的主要理由及结果,总结并提炼法院审查的过程和标准。通过进一步将上述案件进行分类整理,笔者发现部分当事人就同一案件以多个事由提出不予执行或撤销仲裁裁决申请,为保证数据的统一性,本文仅以法院裁判的核心事由作为基准;此外,本文未区分部分否定裁决效力的情形。

首先是当事人的申请事由,下表 1 为案例样本中各申请事由出现的频次与分布情况:仲裁程序违法事由出现 24 次,占案件总量的 27.3%;当事人以伪造证据、事实法律错误为由提出申请的均为 14 件,占比 15.9%;违反公共利益事由与没有仲裁协议事由均有 8 例,占比 9%;当事人认为仲裁庭枉法裁判、徇私舞弊的案件有 6 例,占比 6.8%;当事人以不服仲裁调解书为由提出申请的案例有 4 例,占比 4.5%;其他事由占比 8%。

另外,在笔者选取的 88 件案例样本中,法院裁定不予执行仲裁裁决的案件有 23 件,占比 26.1%;裁定撤销仲裁裁决的案件有 9 例,占比 10.2%;剩余 52 件裁定驳回当事人申请,占比 59.1%。表 2 表 3 分别为法院作出各种裁决时适用的理由。

表 1



<sup>⑨</sup> 二者的申请事由为:没有仲裁协议;仲裁机构无权仲裁;仲裁程序违法;伪造、隐瞒证据;仲裁员徇私舞弊、贪污受贿;法院主动审查社会公共利益。

表2

序号	当事人申请理由	法院驳回理由	频次
1	适用法律错误	当事人的申请并非本案的审查范围	2
2	认定事实错误	申请事由非法定事由	2
3	伪造、隐瞒证据	涉案合同真实并且得到履行	1
		未能举证证明证据系非法方式形成或者获取	3
		当事人应当向中级人民法院提出申请	1
		《仲裁法》58条仅适用于申请撤销仲裁裁决书,而不包括仲裁调解书	1
4	没有仲裁协议	能够推定出双方仲裁的真实意图、并且确定仲裁委员会的情况下,仲裁机构有管辖权	1
		当事人约定仲裁条款时当事公司尚未成立,仲裁条款对该公司发起人具有约束力	1
		债权受让人并未对仲裁协议明确表示反对,案涉仲裁协议对其有效	1
		申请人在仲裁庭审中未对仲裁协议提出异议,仲裁裁决作出后以此为由申请撤销仲裁裁决,不予支持	1
		仲裁当事人申请超出法定期限	1
5	违反法定程序	未签订仲裁协议的一方利害关系人未参加仲裁,不属于仲裁裁决漏列主体	1
		当事人申请撤销裁决被驳回后,又以相同理由提出不予执行抗辩,不予支持	1
		仲裁庭组织双方当事人谈话和证据交换不属于开庭,无须仲裁员到场	1
		仲裁庭的送达方式视为已经送达	1
		仲裁庭已经通过合理方式将仲裁文件有效送达当事人	1
		担任仲裁员的律师不违反利益冲突的规定,可以代理现任职的仲裁机构的案件	2
		仲裁委虽遗漏了两份证据,后向双方进行了告知,并给对方时间对该组证据进行核实,并不存在程序违法	2
		仲裁裁决作出程序合法	3
仲裁庭虽然简化了相关开庭程序,但双方当事人自愿签收确认仲裁调解书,并不违反《仲裁规则》	1		

序号	当事人申请理由	法院驳回理由	频次
		当事人未能举证证实仲裁程序违法	1
		当事人的申请与其他正在运行的程序重复	1
6	仲裁庭超越权限	基于双方的仲裁协议,仲裁庭有权对违约金进行裁决,并没有超出权限	1
		当事人举证未达证明标准	2
7	违反公共利益	双方间的权利义务关系不涉及社会公共利益	1
		当事人的合作协议本身是否损害国家、社会公共利益,不属于不予执行仲裁裁决的审查范围	1
8	仲裁员徇私舞弊、枉法裁判	仲裁当事人举证不充分	1
		仲裁员并未出现不当行为	1
		提起撤销仲裁裁决被法院驳回,现又以相同理由再次提起不予执行仲裁申请,不予支持	1
9	仲裁委员会无权仲裁	申请撤销被驳回后再以相同理由申请不予执行	1
		仲裁委员会根据申请执行人的申请,受理并审理案涉纠纷,符合法律规定。	1
		争议属行政争议,属于行政诉讼受案范围,仲裁庭无权仲裁	2
		当事人概括约定仲裁事项为合同争议的,仲裁庭对其有管辖权	1
10	不服仲裁调解书	仲裁调解书并非受案范围	2
合计			46

表 3

认定理由	仲裁过程违反程序	伪造、隐瞒证据	实体问题	仲裁机构没有仲裁权	仲裁裁决未生效	没有仲裁协议	违反公共利益
频次	9	9	9	1	1	3	5

通过上述三个表格的总结不难发现:虽然仲裁司法审查的案件具有复杂性,但是不论是当事人的申请基础、法院的审理依据、最终裁决的适用理由都与当事人的申请理由密切相关,因此下文笔者将主要将当事人的申请事由作为对象,对比分析法院作出不同裁定的理由与思路,同时总结仲裁司法审查在司法实践中的适用情况。

## （二）仲裁司法审查要点

针对上述的数种申请理由,法院根据案情作出支持和驳回两种不同处理结果,现笔者依照结果进行正反两方面的分析,分类总结法定事由中法院审查思路的裁判要点,具体情况如下:

### 1. 仲裁程序/仲裁庭的组成违反法定程序

在笔者搜集的案例中,当事人以程序违法为申请事由主张法院否定仲裁裁决的效力的民事裁定书中申请不予执行或撤销仲裁裁决的案例占总数的27.3%,其中法院持支持态度的案件有9例,驳回当事人申请的有15例。其中,当事人关于程序违法的申请事由涉及到仲裁员未听取当事人的答辩、仲裁员未依法回避、<sup>⑩</sup>仲裁庭确认诉外事实、证据未出示且未经对方当事人质证、仲裁委员会未能依法中止案件、仲裁庭遗漏相关人员、<sup>⑪</sup>向被申请人送达仲裁申请书副本、仲裁规则和仲裁员名册,违反仲裁法、仲裁规则或者当事人约定的期限、方式等内容、<sup>⑫</sup>仲裁机构剥夺当事人的程序性权利等。<sup>⑬</sup>

法院对上述事项的审查认定应当严格遵循《仲裁法》及相关司法解释关于“仲裁裁决违反法定程序”的规定,同时结合当事人选定的仲裁规则,抓住“侵害当事人程序性权益”的关键,综合认定违法事项对仲裁裁决产生的影响,最后作出是否不予执行或撤销仲裁裁决的裁定。<sup>⑭</sup>

首先是关于侵害当事人程序权利的认定。当事人之间关于权利义务的特殊约定侵害了当事人的程序性权利时,约定无效,“张如祥申请不予执行湛江仲裁委员会‘先予仲裁’裁决案”便是因此被裁定不予执行;基于仲裁协议的相对性,仲裁条款的约束力仅及于签订协议的双方当事人,未签订仲裁协议的一方利害关系人以未参加仲裁程序为由主张仲裁裁决漏列主体,法院将驳回其申请;<sup>⑮</sup>因仲裁庭原因导致当事人参与权受到损害的情况下,如“云南商业饭店与杨某申请撤销仲裁裁决案”,仲裁委未经双方的书面同意的情况下适用独任仲裁员的简易程序进行仲裁并作出裁决,侵害了当事人的程序利益,法院最终撤销了该仲裁裁决;但是在仲裁庭及时发现并重新给对方当事人对该组证据进行核实的时间,充分保障当事人程序参与权的情况下,先前的程序漏洞便能得到弥补,整体上不会影响仲裁裁决的效力。<sup>⑯</sup>但是需要注意的是,当事人知道或者应当知道法定仲裁程序或选择的仲裁规则未被遵守,但仍然参加或者继续参加仲裁程序且未提出

<sup>⑩</sup> 重庆市第一中级人民法院(2019)渝01民特61号民事裁定书。

<sup>⑪</sup> 湖南省常德市中级人民法院(2012)常执不字第7号民事裁定书。

<sup>⑫</sup> 北京市高级人民法院(2012)高执复字第148号民事裁定书。

<sup>⑬</sup> 河北省高级人民法院(2016)冀执复267号民事裁定书。

<sup>⑭</sup> 《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》第二十条规定:“《仲裁法》第五十八条规定的‘违反法定程序’,是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。”同时,当事人在仲裁协议中对仲裁程序事项作出的较为详细的特别约定,在不违反法律强制性规定且具有可实施性的情况下,则可构成仲裁规则的一部分,不得随意违背。

<sup>⑮</sup> 同前注<sup>⑪</sup>。

<sup>⑯</sup> 甘肃省庆阳市中级人民法院(2014)庆中民特字第5号民事裁定书。

异议,在仲裁裁决作出之后以违反法定程序为由申请不予执行仲裁裁决的,人民法院不予支持。

其次是仲裁文书的送达标准,法院应当以《仲裁法》和《仲裁规则》的规定为依据,以保障当事人答辩等基本程序权利为衡量标准。仲裁庭经合理查询仍不能找到受送达人的营业地点或者其他通讯地址,继而以邮寄、专递的方式或者能提供投递记录的其他任何方式投递给受送达人最后一个为人所知的营业地点、经常居住地或者通讯地址,视为已经送达;<sup>①⑦</sup>相反,仲裁委员会未尽到合理查询义务即采用公证送达,不仅送达地址明显违反《仲裁规则》,而且存在“公证送达申请”未加盖公章、仲裁委员会送达回证记载事项有重大遗漏等问题的情况下,当然属于程序违法,法院因此裁定撤销仲裁裁决。<sup>①⑧</sup>

最后是仲裁员回避的认定,主要在于“利害关系”要素的审查。由于仲裁机构会聘请社会知名人士、专业技术人员和法律工作者兼任仲裁审理职务的人员,该类兼职仲裁员回避不应如民事诉讼中关于司法工作人员的规定那么严格。以担任仲裁员的兼职律师为例,在不违反《律师执业管理办法》第二十八条第三款的规定以及相关仲裁机构的仲裁规则等关于利益冲突的规定的情况下,其代理现任职的仲裁机构的案件并不违反法定程序。<sup>①⑨</sup>

## 2. 仲裁裁决违背社会公共利益

在收集的民事裁定书中,当事人以仲裁裁决侵害公共利益为由提出申请的仅有 9 例,但是法院对公共利益的认定标准规定模糊,导致各个法院关于公共利益的认定大不相同。具体到个案中,虽然部分裁定书中关于仲裁裁决书具体违反的公共利益因素进行了列举和说明,譬如“中国信达资产管理公司上海办事处申请撤销北京仲裁委员会(2007)京仲裁字第 0185 号仲裁裁决案”中,法院认定仲裁庭对当事人整体的债务分割裁决,改变了不良资产打包处置交易所应遵循的规则,侵害了社会公共利益;<sup>②⑩</sup>重庆市第二中级人民法院认定,当事人以融资租赁形式变相经营贷款业务,严重破坏正常社会金融秩序,侵害社会公共利益。<sup>②⑪</sup>仲裁当事人向不特定主体从事贷款业务,实质上已经超出民间借贷范围,其行为具有经常性、反复性、营业性等特征,故仲裁裁决侵害社会公共利益;<sup>②⑫</sup>或未经国务院银保监会批准成立的金融机构,超出经营范围开展贷款业务,破坏了正常的金融秩序。<sup>②⑬</sup>但是仍有大部分仅以支持或者驳回作为结果,未对公共利益作出任何区分和认定,从而导致审查不透明或者半透明。如此也助长了当事人频频以此为借口

<sup>①⑦</sup> 北京市高级人民法院(2013)高执复字第 148 号民事裁定书。

<sup>①⑧</sup> 北京市第二中级人民法院(2009)二中民特字第 05485 号民事裁定书。

<sup>①⑨</sup> 《律师执业规定》第二十八条第三款规定:“律师不得担任所在律师事务所其他律师担任仲裁员的案件的代理人。曾经或者仍在担任仲裁员的律师,不得承办与本人担任仲裁员办理过的案件有利益冲突的法律事务。”重庆市第一中级人民法院(2019)渝 01 民特 61 号民事裁定书。

<sup>②⑩</sup> 重庆市第一中级人民法院(2007)二中民特字第 07204 号民事裁定书。

<sup>②⑪</sup> 重庆市第二中级人民法院(2020)渝 02 执 1587 号民事裁定书。

<sup>②⑫</sup> 重庆市第二中级人民法院(2020)渝 02 执 1766 号民事裁定书。

<sup>②⑬</sup> 重庆市第二中级人民法院(2020)渝 02 执恢 83 号之二民事裁定书。

申请撤销或者不予执行仲裁裁决,拖延仲裁裁决的执行。法官适用该事由否定仲裁裁决效力时,应当合法谨慎,只有向最高人民法院报核通过后,方可作出裁定。如此限制能够避免法官利用“公共利益”事由随意干涉仲裁的独立和公正。<sup>②④</sup>公共利益因素可以作为法院主动审查的范围,所以关于其的界定还是应当以明确的标准作为依据。

### 3. 伪造、隐瞒证据

在收集的民事裁定书中,仲裁当事人以伪造、隐瞒证据为申请理由的案件有15例,其中法院裁定驳回当事人申请的有6例,其余9例被法院裁定撤销或者不予执行仲裁裁决。具体到个案的审查中,该证据首先须为已被仲裁庭采信的主要证据,能够关系到案件基本事实的认定;并且伪造、隐瞒证据的情形将影响到裁决的公正性。另外,该事由能否被采信应当由申请人负责举证证明,被申请人不负举证责任。<sup>②⑤</sup>但是关于证明标准的问题并未明确,法院在审查过程中的裁量空间较大:多数申请人不能就伪造、隐瞒证据举证达到法院的证明标准。譬如“北京多国科技有限公司与阿贝力特科技(北京)有限公司黑龙江省分公司不予执行仲裁裁决执行裁定书”中,北京市第一中级人民法院认定申请人所提交证据不足以证明本案仲裁裁决所根据的证据是伪造的、另一方向仲裁机构隐瞒足以影响公正裁决的证据,其请求无事实和法律依据;<sup>②⑥</sup>而仲裁裁决所依据的事实是经双方共同确认的,一方当事人虽然对认定事实有异议但是并未举证证明,不予执行理由缺乏充足依据。<sup>②⑦</sup>

即使法院以证据违法为由支持当事人不予执行或撤销仲裁裁决的主张,其说理部分也含糊不清:如“刘亚杰与白水县大雷公煤业有限责任公司劳务合同纠纷不予执行案”中,陕西省白水县人民法院认为仲裁调解书所认定事实证据不真实,系伪造,并以此为由裁定不予执行仲裁裁决,但是关于伪造证据的认定缺乏说理。<sup>②⑧</sup>证据问题的认定本就极易涉及到仲裁案件的实体问题,法院在适用该事由时应当更加谨慎、精确。

### 4. 无权仲裁

无权仲裁包括裁决的事项非仲裁协议的范围和仲裁机构无权仲裁两种情形,主要涉及到当事人之间仲裁意思的认定以及仲裁受案范围的审查。双方当事人关于仲裁事项的共同意思是仲裁适用的前提,合意缺失,仲裁裁决便失去其私权自治的正当性基础,因此必须保证仲裁协议真实有效。仲裁委员会无权仲裁或者仲裁事项超出其职能范围的情况下,即使作出了仲裁裁决,其效力也应当被否定。当事人以无权仲裁为申请理由的案件有17例,其中13例被裁定驳回申请,4例仲裁裁决的效力被否定。

首先,关于仲裁协议范围的认定不能局限于仲裁协议的书面约定,而应结合案件的具体情况综合判定当事人的真实意思。广东省东莞市中级人民法院认为,当事人的仲裁

<sup>②④</sup> 《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第三条。

<sup>②⑤</sup> 四川省成都市中级人民法院(2014)成执裁字第99号民事裁定书。

<sup>②⑥</sup> 北京市第一中级人民法院(2021)京01执异253号民事裁定书。

<sup>②⑦</sup> 北京市第二中级人民法院(2018)京02执异29号民事裁定书。

<sup>②⑧</sup> 陕西省白水县人民法院(2020)陕0527执1159号民事裁定书。

条款关于仲裁机构的认定不明确,仲裁条款只约定杭州市仲裁机构仲裁,而杭州市有两个仲裁机构,不能由该约定推定出唯一确定的仲裁委员会,并且事后不能就仲裁机构达成一致时,应当认定仲裁协议无效。但是实际上双方当事人存在仲裁的合意,仅因约定不明无法确定仲裁委而导致仲裁结果付之一炬;在另案中,法院认为即使当事人约定的仲裁机构不存在,但是可以就约定推定出唯一的仲裁委员会,并且根据以往的合同推定出双方仲裁存在仲裁真实意图的情况下,应认定仲裁机构有管辖权;<sup>②9</sup>反之,重庆锦阳公司并未在重庆雨田公司与四川锦阳公司签订的《雨田租赁合同》的当事人处加盖公章,而是在笔误处加盖公章,该行为属于校对性质,不能必然推导出重庆锦阳公司认可合同仲裁条款的结论。因此四川锦阳公司与重庆雨田公司之间的仲裁条款不能当然约束重庆锦阳公司。从二者签订的《补充协议》所表达的真实意思也推导不出仲裁的合意,故仲裁裁决应当被撤销。<sup>③0</sup>但是,当事人约定既可以向法院诉讼又可以仲裁,属于约定不明,不能认定双方已达成仲裁协议。<sup>③1</sup>

另外,关于仲裁协议效力的扩张,虽然当事人约定仲裁条款时当事公司尚未成立,但是依据当事人的真实意思,仲裁条款对该公司发起人具有约束力,双方合意选择仲裁排除法院管辖权的意思合法有效;<sup>③2</sup>债权人将其债权转让给第三人,受让人并未对仲裁协议明确表示反对,因此,案涉仲裁协议仍然有效。<sup>③3</sup>需要注意的是,当事人关于仲裁协议效力的异议,只能在第一次仲裁庭开庭审理之前提出,最迟在审理过程中。若申请人在仲裁庭庭审中,明确表示对已经进行的仲裁程序无异议,亦未对仲裁协议提出异议,而在仲裁裁决作出后又以该理由申请撤销仲裁裁决,法院只能驳回其请求。<sup>③4</sup>

最后,关于仲裁委员会是否超裁,主要应审查仲裁程序的适用范围以及仲裁庭作出裁决是否超出权限两个方面。仲裁庭只能审理平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,有关身份关系的纠纷、行政争议不能进入仲裁系统,也包括劳动仲裁案件。仲裁庭错误地受理并裁决上述纠纷的情况下,仲裁裁决效力应当被否定。而关于仲裁庭超裁的认定则要结合具体案件,综合权衡认定。譬如大连仲裁委员会认为仲裁当事人的仲裁请求实际是概括要求三被申请人一起赔偿,对承担责任的方式并未进行限制,最终裁决三被申请人共同返还、赔偿及承担相应款项,并互负连带责任,在仲裁当事人没有明确表示反对的情况下,如此认定并未超过申请人的仲裁请求范围。<sup>③5</sup>

## 5. 枉法裁判、徇私舞弊

仲裁当事人以仲裁庭枉法裁判、徇私舞弊为由提出申请撤销或者不予执行仲裁裁决

<sup>②9</sup> 北京市第一中级人民法院(2014)一中执异字第348号民事裁定书。

<sup>③0</sup> 最高人民法院(2009)渝五中法民初字第263号民事判决书。

<sup>③1</sup> 重庆市第二中级人民法院(2021)渝02执143号民事裁定书。

<sup>③2</sup> 安徽省安庆市中级人民法院(2016)皖08民特20号民事裁定书。

<sup>③3</sup> 甘肃省庆阳市中级人民法院(2014)庆中民特字第5号民事裁定书。

<sup>③4</sup> 甘肃省庆阳市中级人民法院(1999)执监字第174~1号民事裁定书。

<sup>③5</sup> 辽宁省大连市中级人民法院(2021)辽02执异229号民事裁定书。

的案件仅3例,且均被法院裁定驳回请求,法院认定情况为:《欠款协议》载明的欠款属于当事人之间因为租赁产生的费用,仲裁庭认定该费用经双方确认后以《欠款协议》形式转化为了欠款关系并无不当;一方当事人对其主张的事实不能进行充分举证,仲裁庭因此不予采纳该事实也无不当,仲裁庭并未存在徇私舞弊、枉法裁判的情形;<sup>③⑥</sup>还有1例因为当事人举证不充分,未被法院采纳。<sup>③⑦</sup>

#### 6. 其他事项

除了上述法定事由外,当事人还提出了诸多其他申请理由,法院也作出了不同的认定结果:如仲裁裁决认定事实错误、适用法律错误,其在案例样本中占比例16%。其中河北省高级人民法院认为,实体裁决认定有误不是当事人申请不予执行的理由;<sup>③⑧</sup>北京市高级人民法院则认为,仲裁庭在没有其他直接证据证明当事人履行行为符合双方约定,仅依据一方当事人即证人“技术解释”、付款行为及《检验报告》认定其完成合同约定义务,属于认定事实主要证据不足。<sup>③⑨</sup>四川省成都市中级人民法院认定,仲裁庭根据两当事人的经营性质、资金来源及公平原则确定创业公司应按银行同期贷款基准利率支付资金占用损失并无不当。仲裁裁决未引用相关法律条文并不违反《仲裁法》的规定,且不影响其对本案事实认定及实体处理的正确性;<sup>④⑩</sup>安徽省合肥市中级人民法院认定仲裁裁决认定主要事实不清,因为仲裁庭未能就当事人提出的抗辩进行审理和裁决;<sup>④⑪</sup>其余的案件中,有的法院并未依当事人申请对事实法律问题审查,还有法院将当事人申请事由以外的其他事由进行了审查并且作出了裁定。

同样占有一定比例的申请事由为当事人对仲裁调解书不服。《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第13条规定,“被执行人申请不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议、调解协议作出的仲裁裁决,人民法院不予支持,但该仲裁调解书或者仲裁裁决违背社会公共利益的除外。”这说明仲裁调解书以及仲裁庭根据当事人之间的和解协议、调解协议作出的仲裁裁决并非当事人向法院申请不予执行仲裁裁决的受案范围。有法院认为,当法院对仲裁调解书作出不予执行裁定时,不应再赋予当事人复议申请权,故而驳回当事人的申请;<sup>④⑫</sup>也有法院认为仲裁庭依据双方当事人申请仲裁前签订的调解协议出具仲裁调解书,不是仲裁庭介入二者间的纠纷并行使裁判权的表现,属于对法定仲裁程序的违反。<sup>④⑬</sup>

### (三) 仲裁司法审查共性问题

通过对88份裁判文书的申请理由和审查思路的提炼和总结,结合法院的审查过程

<sup>③⑥</sup> 四川省成都市中级人民法院(2012)成执裁字第1号民事裁定书。

<sup>③⑦</sup> 北京市高级人民法院(2017)京执监1号民事裁定书;广东省高级人民法院(2017)粤执监42号民事裁定书。

<sup>③⑧</sup> 河北省高级人民法院(2016)冀执复267号民事裁定书。

<sup>③⑨</sup> 北京市高级人民法院(2013)高执复字第127号民事裁定书。

<sup>④⑩</sup> 四川省成都市中级人民法院(2013)成执裁字第10号民事裁定书。

<sup>④⑪</sup> 安徽省合肥市中级人民法院(2008)合执申裁字第04号民事判决书。

<sup>④⑫</sup> 北京市第二中级人民法院(2014)二中执复字第00658号民事裁定书。

<sup>④⑬</sup> 北京市高级人民法院(2013)高执复字第104号民事裁定书。

对支持和驳回两方面的结果进行对比分析,发现仲裁司法审查存在当事人申请理由错乱、程序性事项与公共利益滥用、法院认定标准模糊、类案审查标准不一致等问题。

首先,当事人申请撤销或者不予执行仲裁裁决的事由适用混乱。多数情况下的当事人并不专业,并不清楚法定的申请事由的内在意旨,只是出于获得利己裁决的考虑,“面面俱到”地套用各种相关事由,倘若没有就以仲裁程序违法或者仲裁裁决违反公共利益为由提出申请;在部分当事人眼中,仲裁司法审查制度是“二次仲裁”的救济途径,只要能找出涉及的相关事由,就有机会“翻案”。因此就出现了当事人提出申请时理由要素过多、重点不突出的问题,或者偏离法定理由,涉及实体审查的问题,如此都将影响到法院的最终结果。也有当事人在向法院申请撤销仲裁裁决被裁定驳回后以相同理由申请不予执行仲裁裁决,目的就在于拖延仲裁裁决的执行。如此现象纷生,无形中加重了法院的审查负担,而且此种无端审查事由的过多存在,势必影响法官对于仲裁司法审查的态度和案件的最终结果。诸如上述表现都反映出法院审理不予执行与撤销仲裁裁决案件的随意和不规范,未能实质上理解该制度的立法目的与规制范围,因此造成了结果的不确定性。

其次,法院司法审查存在突破法定事由的情况。其一,法院不顾当事人的审查理由,对当事人提及的审查事由敷衍审查甚至不予审查,而某些当事人并未提及的事由(除涉及公共利益法院可以主动审查外),法院主动介入审查并依此作出了裁定,这与法院“不告不理”的原则相悖。其二,当事人申请理由并非法定理由,法院依然受理、审查并作出相关裁定。直接反映出法官对仲裁司法审查的态度不严谨,在审查过程中存在程序漏洞。其三,法院介入仲裁裁决实体问题的认定。虽然“伪造、隐瞒证据”属于法定申请事由,但是法院在以此审查仲裁过程中的实体问题是应当采取审慎的态度,在未损害仲裁裁决公正的情况下,尽量避免否定仲裁效力。最后,法院对相关事由的认定标准模糊。关于公共利益的认定,虽然部分裁定书中关于仲裁裁决书具体违反的公共利益因素进行了列举和说明,但是仍有大部分仅以支持或者驳回作为结果,未对公共利益作出任何区分和认定,从而导致审查不透明或者半透明。在收集的裁定书中,因为当事人关于伪造隐瞒证据的证明标准不明确,多数情况下不能达到法院的认定标准,从而导致法院驳回其申请请求。程序性事项滥用的情形也层出不穷。多数当事人以程序违法为由申请司法审查,但是由于对仲裁程序的理解过于宽泛,加上希望以此牵扯实体问题的审查,程序事由成为当事人申请的兜底条款。法律及司法解释概括性表述,给当事人留下了很大发挥空间,同时也为法官带来了裁判的难题。

#### (四) 司法审查制度改革动向

自十三届全国人大常委会将修改仲裁法纳入立法规划后,司法部便立即对相关工作进行了分工和部署。不仅向全国征求仲裁法修改的议题和意见,并委托教学科研机构进行专项课题研究。2019年9月,司法部面向全社会选调仲裁理论界和实务界人员并组建工作专班,起草完成了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》,并于同年10

月将其发送至有关单位、机构,面向社会征求意见。其中与仲裁司法审查制度相关的主要内容如下:

首先,删除关于涉外仲裁双轨制审查的特殊规定。双轨制不仅会带来司法适用混乱而且缺乏合理依据作支撑,对含有涉外因素的仲裁区别对待。笔者认为,涉外仲裁虽然在主体构成上与国内仲裁之间存在差异,但是仲裁发生效力的基础和逻辑并没有发生实质改变,在国际仲裁大力提倡平权的发展背景下,没有必要对其进行专门的审查标准,删除双轨制不仅符合纠纷当事人的利益需求,而且符合仲裁发展的需要。

其次,改变司法对仲裁协议的审查态度。《仲裁法修改草案》扭转对仲裁协议的限制态度为支持鼓励,破除了司法对仲裁协议的不当约束:明确合法的仲裁协议不再需要双方当事人对仲裁机构进行具体性约定;在当事人对仲裁机构约定不明的情况作出指引性规定;双方当事人既约定仲裁又约定诉讼的情况下,肯定当事人间的仲裁意思;明确主从合同间仲裁条款的效力认定。如此一来,更加尊重和肯定当事人仲裁意思,为仲裁庭的裁判增加了正当性基础。

再次,修改并完善撤销裁决制度。其一,统一完善了仲裁裁决撤销事由,下文笔者将详细论述;其二,缩短当事人向法院提出仲裁司法审查的申请时间,从六个月减为三个月,避免当事人故意拖延执行。将申请法院由“仲裁委员会所在地的中院”修改为“仲裁地的中院”。增加了部分撤销仲裁裁决的规定;其三,为仲裁司法审查设置了救济途径,允许当事人就撤销裁决裁定向上一级法院申请复议。该救济方式不够周延,忽略了对仲裁当事人的平等保护。

最后,取消当事人申请不予执行仲裁裁决制度。为了从根本上破除仲裁裁决不予执行制度带来的审判权与执行权混乱的境遇,同时避免重复审查的资源浪费和审查结果的矛盾,《仲裁法修改草案》在听取广大学者、司法工作者建议的基础上,结合我国仲裁司法审查的实践,删除了当事人申请不予执行仲裁裁决制度。该制度的相关问题被诟病已久,通过颁布司法解释填补漏洞的方式效果不佳,因此必须从根源上进行改革,以破除审执不分、重复审查的制度弊端。

### 三、仲裁司法审查制度的完善建议

由于仲裁案件数量的激增和新型纠纷的出现,仲裁司法审查制度发展不完善的问题慢慢显露出与仲裁发展形势不契合的现象,特别是司法审查范围和仲裁裁决的执行过程存在着难以调解的内在冲突。在司法部形成《仲裁法修正草案》并向社会征求意见的背景下,笔者关于仲裁司法审查制度的完善有以下几点不成体系的想法:

#### (一) 建立仲裁员责任制度

从源头扼杀仲裁司法审查制度的各种问题,核心在于提升仲裁员的素质,避免仲裁

裁决的误裁。<sup>④</sup>我国法律关于仲裁员责任的规定比较模糊,司法实践中仲裁员也不会因为仲裁裁决效力被否定而承担任何责任,因此其在仲裁程序中大多消极懈怠,即使发现仲裁过程中存在损害当事人权益的实体或程序问题,也会置之不理,放任程序推进,最终导致裁决有违公正。<sup>⑤</sup>如此便将仲裁庭自身的问题推给法院解决,不仅给法院加重了不必要的司法负担,也增加了当事人权益保障的不确定性。

笔者认为,我国应当建立仲裁员责任制度,以督促仲裁员恪尽职守、公正裁决,以避免仲裁不端。首先,仲裁员责任与办理案件质量挂钩,建立起类似于司法责任制的民事责任制度。仲裁员应当对因故意或重大过失导致的仲裁过程出现的纰漏承担民事赔偿责任,以承担经济风险的方式制约仲裁权的滥用行为。第二,借鉴国际通行做法,扩大仲裁员承担责任的范围。明确仲裁员最低限度的审查义务,譬如把仲裁员违反法定程序和当事人的明确约定的行为规定为仲裁员承担责任的范围,具体义务的设置应当结合各地的《仲裁规则》和仲裁员能力再做推敲;第三,明确仲裁员承担责任的归责原则为过错责任,只有仲裁员是基于故意或者重大过失而产生的不当行为对当事人权益造成影响,才须承担民事赔偿责任,如此可以实现权力规制与行使的平衡。具体的责任规定可以与仲裁委员会等相关部门再做打磨。

## (二) 取消仲裁裁决不予执行制度,完善仲裁裁决撤销制度

现如今,仲裁案件量正在实现迅猛增长,仲裁制度逐渐成为国内外商事领域的最佳解纷方式。现有的制度难以应对现实中出现的各种问题,只靠“对症下药”的快捷立法并不能真正地解决问题,因此需要从理论层面和比较法视角深入分析挖掘仲裁裁决执行司法监督制度的内在原理以及应然状态,根本上解决司法实践中存在的问题。笔者认为,应当取消当事人申请不予执行仲裁裁决制度,在此基础上完善仲裁裁决撤销制度的相关规定。

仲裁裁决不予执行制度的合理性与必要性被学者诟病已久,自从其与撤销裁决适用事由大致统一之后,两种制度内在的冲突与矛盾便全面爆发。仲裁裁决不予执行制度甚至被称为仲裁制度的“再审程序”,存在拖延仲裁执行、影响仲裁效率的弊端;另外执行机构对不予执行事由的审查,将直接导致执行权与审判权的冲突,与审执分离的原则相悖。实际上,仲裁裁决撤销程序足以承担起对仲裁程序适度干预的职能。其在给予当事人全面的保护的同时很好地缓和了司法专断的问题,避免司法对仲裁的过度干预。而仲裁裁决不予执行制度的存在不仅使得审判权与执行权混用、制度抗辩的重复与矛盾、法院与仲裁机构之间司法管辖的冲突,而且导致当事人权利救济的失衡,与国际仲裁发展背道而驰。《仲裁修正草案》关于取消不予执行仲裁裁决制度的构思,契合了当今仲裁

<sup>④</sup> 张卫平:《“案多人少”问题的非讼应对》,载《江西社会科学》2022年第1期,第65页。

<sup>⑤</sup> 当仲裁员在仲裁案件中有“索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁判的行为”或者“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行为情节严重的”,仲裁员应当依法承担法律责任,同时被仲裁委员会除名,在当仲裁员有第一种情形的,当事人还可以申请撤销或者不予执行仲裁裁决。

发展的实践,更有利于实现仲裁司法审查的统一与稳定。

而仲裁的适度监督是有必要的,撤销仲裁裁决制度也能够承担起对仲裁程序适度干预的职能,笔者结合《仲裁法修正草案》关于撤销事由的修正,浅谈一下相关建议:首先,《仲裁法修正草案》将五十八条关于仲裁程序违法的事由修改为“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序或者当事人约定,以致于严重损害当事人权利的”,以此约束,可以避免法院将仲裁程序违法作为兜底条款随意使用。同时,法院以程序违法为由撤销仲裁裁决时,须对仲裁程序造成的当事人权利严重损害进行充分说理,避免法官本末倒置——先入为主形成论断,再从仲裁程序方面寻找理由。其次《仲裁法修正草案》增加了“被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知,或者其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见”的情形,全面保障当事人在仲裁程序中的正当权利。但由于该条只作了列举性规定,会导致法官产生法律仅对这两项权利进行保护的理解和适用歧义,希望后续的修改或者司法解释能够明确作出说明。再次,《仲裁法修正草案》增加“裁决因恶意串通、伪造证据等欺诈行为取得”的申请事由,该事由包含并替代了伪造、隐瞒证据两种情形,能够有效规避法院对仲裁裁决实体争议进行审查的可能性。<sup>④6</sup>并且《仲裁修正草案》增加了当事人因虚假仲裁申请撤销的情形,为仲裁当事人因为虚假仲裁申请救济提供了正当途径。

### (三) 法院以有限审查为原则,明确审查范围及标准

既然必须有司法监督,就涉及司法监督的范围和方式问题。我国法律规定,法院不仅能够在仲裁程序开始之前介入并决定仲裁庭的管辖权,还在二者的审查权发生冲突时,享有优先审查地位。如此规定会导致仲裁程序的拖延,于我国仲裁的独立性和长远发展来说,无疑是起着阻碍和破坏作用。笔者认为法院应当以有限审查为原则,取消对仲裁协议的管辖优先权,将法院介入审查的时间后移。只有仲裁裁决作出之后法院才能审查当事人对于仲裁协议的管辖权异议。仲裁庭对于案件受理拥有的自裁管辖权是仲裁独立性的基础,倘若完全将当事人关于仲裁协议的争议交由法院决定,那仲裁的独立性就是无稽之谈,更谈不上仲裁的效率与公正。

鉴于此,法院应当转变对仲裁对立的态度为支持仲裁,充分尊重仲裁制度的独立性。法官应当秉持有利于仲裁的立场,在审查认定出现自由裁量的情形时,不轻易否定仲裁裁决的效力,以更好地发挥仲裁解决纠纷的分流和替代作用。同时,法院作为仲裁司法审查的主体,应当尊重仲裁庭的自由裁量权,同时明确界定仲裁司法审查的边界,不得干涉当事人之间的权利义务关系以及案件的实体部分,否则,司法监督将成为仲裁的“第二审”。<sup>④7</sup>但是由于“伪造、隐瞒证据”事由的存在,法院在审查过程中可能无法避免对该实体问题进行认定,在现有法律制度规定漏洞无法修改的情况下,只能要求法院将审

<sup>④6</sup> 吴英姿:《论仲裁救济制度之修正——针对〈仲裁法(修订)(征求意见稿)〉的讨论》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》,2021年第6期,第128页。

<sup>④7</sup> 王瀚、李广辉:《论仲裁庭自裁管辖权原则》,载《中国法学》2004年第2期,第170页。

查限定在该范围之内,尽量不要干预和否定已经成型的仲裁裁决。换句话说,法院只能实体审查“伪造、隐瞒证据”涉及到的问题,在该实体问题不会影响仲裁程序公正的情况下,不轻易否定仲裁裁决的效力。确有必要时,法院可要求仲裁机构对作出决定时的行为思考方式作出说明或者调查相关卷宗还原案件审理程序,以保证司法审查的中立性和对仲裁公信力的支持。

另外,法院在审查过程中,应当尊重仲裁庭对涉案事实查明和说理论证的职能以及对程序性事务的决定权,系统全面查明案件事实属于仲裁庭的职权,而非司法审查的内容。法官应当严格以法定申请事由为限,当事人提出申请的理由或者案件范围不属于法定理由的应当直接不予受理,已经受理的裁定驳回申请;告知当事人在提出申请时对关键事由进行简要说明,譬如对“程序违法”、“公共利益”事由附加案件适用的情况概述,明确法官审理思路的同时避免仲裁当事人滥用权利。其次,法官不得主动审查当事人未提及事项。在当事人申请理由合法的基础上,除违反公共利益外,法官对仲裁裁决的司法审查应当以当事人的申请为限度,对于当事人未提及的事由不得主动介入审查认定,以保证司法审查的消极中立。最后,法官应当明确审查的要点与标准。应当主动说明支持或否定仲裁裁决的理由,特别是争议较大的“程序违法”“公共利益”“伪造隐瞒证据”等事由,法官应当把案件中违反公共利益或者仲裁程序的相关利益因素进行列举和说理,将仲裁司法审查的标准透明化、标准化,提高审查结果的可信度。

#### (四) 完善仲裁当事人的救济路径

通过分析案件,笔者发现,仲裁当事人在提出申请的过程中大多存在法定事由理解不清、范围认定不准、证明力度不够的问题,最终导致被法院裁定驳回申请。除了专业知识匮乏外,法律规定的晦涩笼统也在客观上增加了当事人的理解难度。笔者认为,仲裁委员会在向当事人送达仲裁裁决书时应当承担起对相关问题进行解释说明的义务,比如说权利救济的途径、相关事由的认定、法定期限的告知等,避免仲裁当事人因不知情而丧权。其次,法院在受理仲裁当事人的申请时应当主动告知当事人相关申请事由的相关标准,对证明标准可以联系《民事诉讼证据若干规定》的内容作出解释。

同时,合理的救济途径对于被驳回申请的当事人来说也必不可少。孟德斯鸠有言,一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验,“即使法律被仔细地遵守,过程被公正、恰当地引用,还是有可能达到错误的结果”。<sup>④⑧</sup> 不管权力滥用与否,法院仲裁司法审查均有“失误”的可能性,出于程序正义的要求,应当为仲裁当事人设置必要的救济途径。对此有学者认为应当设置即时抗告制度,如此便可契合仲裁效率;<sup>④⑨</sup> 也有学者认为应当参照国外的先进经验,适用上诉审制度,由上一级法院的专门审查庭进行审

<sup>④⑧</sup> [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、包钢、廖申白译,中国社会科学出版社,2003年3月第一版,第86页。

<sup>④⑨</sup> 张卫平:《现行仲裁执行司法监督制度结构的反思与调整——兼论仲裁裁决不予执行制度》,载《现代法学》2020年第1版,第118页。

查。<sup>⑤</sup>笔者认为,该项救济制度的设置不应该太过花哨和专门,采用即时抗告制度虽然效率更高,但是理论界和当事人对于这样一个陌生的制度的接受需要一些时间,在此期间的适用效果并非会尽如本意。其次,由上级法院专门设置一个审查庭来审理关于仲裁司法审查的上诉案件,现实操作难度过大。笔者认为,可以参照案外人申请不予执行仲裁裁决制度,赋予当事人10日内向上一级法院申请复议的救济权利。如此的救济制度既符合当事人对于仲裁相关制度的救济逻辑和适用习惯,又能实现权利主体的平等保护,能更有效发挥程序权益救济的作用。

#### 四、结 语

仲裁司法审查制度不仅涉及到当事人权利救济与司法监督仲裁,同时承担着维护仲裁公信力、提升仲裁吸引力的重要职能。我国仲裁司法审查制度的构造为:先有立法者通过仲裁的相关法律确定基本框架,划定权力的法定范围,然后由相对应的法院和法官在具体适用中把握相关的标准,如果立法规定是描绘了权力边界,司法过程便是勾勒具体的线条,前者为基础,后者为过程,二相结合才能产生公正透明的裁判结果。在《仲裁法》修正的契机下,本文通过对88份不予执行和撤销仲裁裁决民事裁定书进行分析,希冀通过裁判文书的梳理总结归纳出仲裁司法审查制度中的问题和逻辑,以针对性地提出完善建议。诚然,本人的理论基础较为薄弱、仲裁实践经验不足,本文的许多观点都有不成熟的地方,因此本文只能作为抛砖引玉的拙劣之作,希望以此引起学界和实务界对仲裁司法审查制度的关注,更多的学术讨论和思考必然会带来碰撞的火花,为该制度的完善和《仲裁法》的修改提供新的思路 and 想法,从而推动仲裁司法审查制度健康发展。

---

**Abstract:** The judicial examination system of arbitration is concerned with the protection of the rights and credibility of the parties and also plays an important role in judicial supervision and arbitration. The lack of legislation jeopardizes the credibility of the arbitration system, but also the credibility of the arbitration system. The lack of legislation not only jeopardizes the credibility of the arbitration system but also the credibility of the arbitration system. This paper analyzes 88 civil adjudications of arbitration judicial examination, In contrast, the author found that there were problems such as confusion in the scope of examination, ambiguous criteria for determining related reasons, it not only shakes the position of arbitration system in social pluralistic governance, but also endangers the credibility of arbitration. As far as I am concerned, the arbitrator's liability system should be established to avoid misjudgment and to improve the relief ways of arbitration parties, delete

---

<sup>⑤</sup> 同前注①,第108页。

the system of non-execution of arbitration awards and improve it on the basis of the system of revocation of arbitration awards. The review court adheres to the principle of limited review, clarifies the review standards and scope to unify the applicable standards of arbitration judicial review, and ensures fairness and transparency in the review process.

**Keywords:** arbitration judicial review; non-execution; arbitration agreement; rescission of arbitration award; civil adjudication

---

---

(责任编辑: 吕 辉)

# 《新加坡调解公约》下我国商事调解协议 执行机制研究

文金羚\*

---

**内容提要** 《新加坡调解公约》的生效翻开了国际商事调解制度发展的新篇章。众所周知,执行制度的效率决定了商事调解在争议解决中被商事主体所选择的概率。公约首次建立了一个明确的国际商事调解协议直接执行的统一框架,促进了调解的变革和发展。我国作为公约的签署国,面临着国内调解规则如何与公约接轨的挑战。当前我国商事调解协议的执行制度处于萌芽阶段,推动我国商事调解执行制度的国际化进程任重道远。首先需要赋予商事调解独立地位,对直接执行机制采取区分“国内”“国际”双轨制的立法设计,同时对直接执行机制的主体、内容予以明确并辅之以虚假调解的应对措施。

**关键词** 《新加坡调解公约》 商事调解协议 直接执行机制

---

## 一、问题的提出

2018年《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称:《新加坡调解公约》或公约)经联合国大会表决通过,全文16个条文历时四年研究订立,其用语仿效了《纽约公约》的规定。《新加坡调解公约》第3条为国际商事调解协议提供了两种救济途径:一是进攻的剑,当事人向缔约国申请直接执行调解协议;二是防御的盾,当事人将调解协议作为同一争议解决请求的抗辩。调解协议的跨境执行问题一直被当事人诟病,并制约其选择调解作为国际商事争议的解决方式。前述规定填补了国际商事调解协议执行机制的制度空白,是公约的一大创举。它促进了国际商事调解协议在全球范围内的流通,推动国际商事调解的普及和制度化发展。随着《新加坡调解公约》被越来越多的国家签署和通过,可以预见,调解将成为与诉讼、仲裁平等的替代性争端解决方式。

我国国内调解制度与现行的国际规则脱轨已久。当前我国多元化调解体系正处于“混沌”状态,人民调解泛化导致了商事调解被戴上了“人民调解”的帽子,官方调解与

---

\* 文金羚,中国政法大学国际法学院硕士研究生。

非官方调解的法律定位模糊。<sup>①</sup>同时,调解立法碎片化,缺乏专门的商事调解立法,调解协议往往被视为契约需要经过转化程序才能被赋予强制执行力。我国作为公约的首批签署国,是否有必要制定国际调解协议直接强制执行制度?若有必要,如何实行国内规则与《新加坡调解公约》的对接,以便更好的履行公约义务?其关键就在于如何在我国构建商事调解协议的执行机制。

## 二、《新加坡调解公约》中的跨境执行机制

### (一) 调解协议的直接执行制度

#### 1. 直接执行制度的具体规定

《纽约公约》的缔结使得国际商事仲裁裁决为大多数国家所承认与执行,裁决具有了全球的流通性,与此相比,国际商事调解最主要的弊病就是国际商事调解协议缺乏强制执行的机制。对调解协议的执行,大多数国家所默认的方法是依据合同进行索赔。<sup>②</sup>当事人双方达成调解协议后,各方通常默认自动履行,当一方不履行时,另一方只能以违约为由再次提起诉讼或者申请仲裁,获得生效法律文书后申请强制执行。缺乏强制执行的调解协议高度依赖于当事人之间的信任关系,一旦信任破裂,原有的调解协议不仅形同虚设,还增加了当事人的维权成本。《新加坡调解公约》对国际商事调解协议的执行机制进行了突破性的变革,史无前例地规定了直接执行制度。

《新加坡调解公约》第3条第1款<sup>③</sup>是公约的核心条款,其他条款起辅助作用,即为公约的适用设定范围和程序性规则,只有第3条对公约缔约国施加了实质性的义务。<sup>④</sup>该条款规定了国际调解协议的直接执行制度,当事人可请求缔约国的主管机关仅按照本国的国内法规则和公约的规定强制执行调解协议,无需经过转化程序或者来源国对调解协议进行审查。公约将制定调解协议执行制度具体规则的权力授权给了缔约国国内法,把具体的执行程序 and 执法机制的选择权留给了一国自主决定。同时赋予了缔约国较大的灵活性和自主权,有利于实现公约的规定与缔约国国内法的平衡。

#### 2. 调解协议的抗辩效力

关于《新加坡调解公约》第3条第2款<sup>⑤</sup>,在公约起草过程中,联合国国际贸易法委员会第二工作组(以下简称:工作组)普遍认为,在公约中使用“承认”一词会使调解

① 廖永安:《中国调解的理念创新与机制重塑》,中国人民大学出版社2019年7月版,第42页。

② Christina G. Hioureas, *The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: a New Way Forward?*, Berkeley Journal of International Law, 2019, Vol.37:2, p.216.

③ 《新加坡调解公约》第3条第1款规定:“本公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。”

④ Timothy Schnabel, *Recognition by Any Other Name: Article 3 of the Singapore Convention on Mediation*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019, Vol.20:4, p.1181.

⑤ 《新加坡调解公约》第3条第2款规定:“如果就一方当事人声称已由和解协议解决的事项发生争议,公约当事方应允许该当事人按照本国程序规则并根据本公约规定的条件援用和解协议,以证明该事项已得到解决。”

协议在某些国家产生既判力,承认通常是由法院赋予的效力,而当事人之间的私人协议不足以产生该法律效力,并且“承认”一词对不同的法域存在理解上的偏差。<sup>⑥</sup>为避免争议,《新加坡调解公约》没有使用“承认”一词。

参考国际商事仲裁中关于“承认”的概念,其来源于两个公约。一是1927年的《日内瓦公约》规定了双重审查制度,要求裁决作出地国对仲裁裁决进行审查并提交其具有终局效力的证据并将证据进行出示;二是1958年的《纽约公约》对《日内瓦公约》进行了革新,删除了裁决地国对仲裁裁决的审查,明确了执行国仅在仲裁裁决被裁决作出地国撤销或者停止执行时才可以不履行直接执行的义务。《纽约公约》至今已有168个缔约国,<sup>⑦</sup>其采用的仲裁裁决直接执行制度使其被誉为联合国通过的最成功的国际公约之一。

在《新加坡调解公约》第3条第2款中尽管没有使用“承认”一词,但是调解协议能够为基于争端的请求提供抗辩,这在许多法律制度中产生了“承认”预期的效果。<sup>⑧</sup>这是在不使用“承认”一词的同时认可调解协议具有抗辩效力。工作组认为该情形存在于一方当事人不寻求调解协议的执行,而是作为一种抗辩寻求依赖调解协议,因此产生了防御的效力。<sup>⑨</sup>由此可见公约寻求的不是使用该词,而是从功能上描述该词预期可能达成的结果。

### 3. 调解协议的无国籍性

首先,与法院判决、仲裁裁决不同,国际商事调解协议的来源国难以确定,因为各国确定来源国的关联因素可能是不同的。<sup>⑩</sup>其次,新冠疫情的肆虐和网络技术的发展成为了网络调解的催化剂,网络调解的虚拟化使得当事人不受固定地点的限制,加大了确定国际商事调解协议所在地的难度。因此,《新加坡调解公约》没有“调解地”的规定,进而无需根据调解地确定调解协议的国籍。国际商事调解协议不存在籍属问题,也无需区分缔约国和非缔约国。这是由调解的特点所决定的,也囿于立法技术的限制,公约缔约国无法作出互惠的保留。

基于国际调解协议的无国籍性的特点,公约构建的是普惠制度下的直接执行的法律框架。在这一特点之下,调解协议的救济仅需要通过执行国法院的司法审查,不要求调解协议来源国对其调解协议的效力进行审查,也不存在像撤销仲裁裁决一样裁决作出地国对仲裁裁决进行撤销等司法监督程序。国际商事调解协议即使被一国法院撤销,该撤销也不具有普遍效力和既判力。这意味着,国际调解协议不存在被一国法院认定为无效

⑥ 第二工作组(争议解决)第六十五届会议(A/CN.9/896第78段)。

⑦ 《〈纽约公约〉共有168个缔约国,2021年3月迎来两个国家:马拉维(3月4日)和伯利兹(3月15日)》,载北京理工大学国际争端预防和解决研究院, <https://iidps.bit.edu.cn/gatsw/5f194aa59a964f41b7f20c2b8be4da4f.htm>,最后访问时间:2022年6月7日。

⑧ Timothy Schnabel, *Recognition by Any Other Name: Article 3 of the Singapore Convention on Mediation*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2019, Vol.20:4, p.1184.

⑨ 第二工作组(争议解决)第六十六届会议(A/CN.9/901第18段)。

⑩ 孙巍:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第33页。

而导致执行国无法执行的情形,因为被认定为无效并不构成公约第5条拒绝准予救济的理由,即使被认定为无效,当事人也可以申请其他缔约国对调解协议进行执行。<sup>①</sup>救济程序的缺失简化了调解协议的司法审查,这一方面的确可以促进国际调解的推广和发展,但另一方面监管缺位可能会导致调解的滥用,例如当事人故意利用调解执行的便利恶意串通进行虚假调解,从而申请多国执行损害第三人的合法权益甚至社会公共利益。

## (二) 调解协议可执行性的正当性

### 1. 法理分析

#### (1) 调解是当事人主导型

调解具有民间自治性,当事人对调解结果享有充分的自决权,调解结果的正当性来源于解纷结果系当事人的真实意愿。<sup>②</sup>具体而言,调解程序何时启动、由谁来担任调解员、调解规则如何选择、调解协议如何达成都是由双方合意创造的。<sup>③</sup>与诉讼和仲裁不同,诉讼中突出法院的职权干预,仲裁坚守契约本性的同时却无法抵挡仲裁司法化的趋势。诉讼、仲裁中当事人仅能陈述事实、提交证据,不享有对结果的决定权,由中立的第三方根据事实和法律作出终局的裁决。为制约第三方的权力,正当程序是其第一要义,对程序的遵守赋予了其结果正当性。与此相反,调解对契约性的强调达到了前所未有的高度,调解员只能说服和建议各方达成调解协议,而不能强制要求当事人接受调解的结果,实体结果符合当事人的真实意志给予了调解正当性,即使程序存在瑕疵。当事人充分的契约自由赋予了调解结果正当性,使其成为了调解协议可执行的法理基础之一。

公约之所以规定直接执行制度正是出于对当事人意思自治的充分尊重。第一,若不是直接执行制度,调解协议要经过司法审查,无异于破坏了当事人的意思自治。调解协议的程序和结果可能并不合法,因为在达成协议的过程中一方往往需要让步,对自己的实体权利进行处分,这一处分的结果可能对一方显失公平。如果调解协议需要通过司法审查获得执行力,这虽然在最大程度上能对调解协议进行司法监督,却给当事人的意思自治戴上了法律的枷锁,不利于促进商事交往且给法院增加了不必要的负担。<sup>④</sup>第二,在当事人主导型的国际调解协议中,调解强调的就是当事人的自愿,并不会涉及调解协议的效力的审查,调解协议不存在有效无效的问题,法院在此发挥的作用有限。

#### (2) 契约信赖理论的效力

大部分国家立法都认为调解协议具有相应的法律约束力,其中多数国家认为调解协议仅仅具有契约效力而不具有司法性,即强制执行力。此种立法态度主要来自于契约信赖理论,即对双方合意达成的协议所产生的信赖利益进行保护和确认。该理论的实质是

<sup>①</sup> 陈梦:《〈新加坡调解公约〉背景下中国商事调解规则构建》,载《商事仲裁与调解》2021年第3期,第22页。

<sup>②</sup> 张艳、房昕:《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》,载《法律适用》2021年第5期,第39页。

<sup>③</sup> 房昕:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解协议执行力问题研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第139页。

<sup>④</sup> 孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,载《法学研究》2021年第2期,第159页。

保护当事人各方之间的信任,以及由此产生的公平正义的观念。<sup>⑮</sup>

契约产生的法律效力的根源何在,不同的历史阶段产生了不同的理论学说。近代的自然法理论认为法律和制度的道德基础是契约正当性的规范标准。<sup>⑯</sup>在康德看来,理性人应有意志自由,能够在自我约束之下自行立法并能执法,并承担相应的责任。在此基础上,契约效力理论形成了“唯意志论”,近代私法上意思自治原则被全面贯彻。自19世纪末以来,意思自治受到猛烈的抨击,唯意志论抽空了具体的契约伦理内容,忽视了当事人达成契约所期望实现的利益。契约效力理论被重新建构和审视,英美法系创造出了“约因”理论。<sup>⑰</sup>由于社会基础的变化,约因理论逐渐衰弱而产生了危机,富勒提出了“信赖利益保护原则”并迅速得到了发展。<sup>⑱</sup>信赖利益保护蕴含着诚实信用精神,要求契约双方当事人之间相互信任并保护对方的合理信赖利益,防止对方的期待利益落空。以信赖利益保护形成的允诺禁反言原则成为了英美合同法中重要的内容,也构成了契约正当性的理论来源。

调解协议与一般意义上的商事合同是不能等同的。合同设立的目的是为了规制双方的权利义务。而调解协议的直接目的是为了定纷止争。<sup>⑲</sup>调解协议是特殊的合同,作为国际商事争议的解决方式之一,其效力高于合同,应当与诉讼、仲裁享有同等的法律地位。<sup>⑳</sup>这种特殊性会引发特殊的问题,即调解协议有无既判力的问题,调解协议是否具有终局性从而能够被法院直接予以执行。契约效力理论的存在意味着调解协议具有天然的约束力。正是这种约束力才使得法律上对其进行司法救济,即法院的强制执行成为可能。<sup>㉑</sup>

## 2. 实证分析

### (1) 调解的保密性

保密性是国际商事调解协议的特征之一,也是其优势所在。与国际商事仲裁的保密性相比,调解的保密性具有更加丰富的内涵。不仅指调解程序不对外公开进行,还包括背靠背调解,即调解员在未告知双方的前提下可单独私下与一方当事人会面,对于单独获取的信息,未经同意调解员不能向另一方任意披露。2018年《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》第8-9条对调解保密性也进行了类似的规定,以供各国参考。<sup>㉒</sup>背对背调解取决于当事人对调解员的高度信赖,这种和谐信任关系来源于当事人

<sup>⑮</sup> 王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年10月版,第187-188页。

<sup>⑯</sup> 徐涤宇:《原因理论研究——关于合同(法律行为)效力正当性的一种说明模式》,中国政法大学出版社2005年版,第287页。

<sup>⑰</sup> 李永军:《契约效力的根源及其正当化说明理论》,载《比较法研究》1998年第3期,第225页。

<sup>⑱</sup> 陈融:《论信赖利益保护原则的兴起与流变——以英美合同法为视角》,载《河北法学》2011年第1期,第109页。

<sup>⑲</sup> 尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉大学出版社2007年6月版,第170页。

<sup>⑳</sup> Jean-Christophe Boulet, *the Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual litigation*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2019, Vol.20:4, p.1209.

<sup>㉑</sup> 王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年10月版,第189页。

<sup>㉒</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation), last visited May 11, 2022.

选择了自己满意的调解员,该调解员作出的调解协议亦为当事人所期望。若将调解协议等同于普通合同,当事人就调解协议的内容发生争议后向法院提起诉讼必然会引发法院的实质审理,既破坏了调解的保密规则,也妨害了当事人的预期。可见,不能将国际商事调解协议视为商事合同,在执行机制方面也应采取与合同不同的做法。

### (2) 效益最大化原则

20世纪后半叶“诉讼爆炸”使得法院难堪重负,深受积案之累,在法院案多人少、程序迟延的情况下,为实现司法资源收益最大化,西方经济学中的效益理论逐渐受到重视。根据该理论,当事人可以以较低的成本投入获得较大的收益。国际商事调解追求的基本价值目标和价值准则不是公正,而是效益。调解的效益是指调解需考虑节约争议解决的时间和金钱成本,实现争议解决资源效益的最大化。<sup>②③</sup>这导致调解的最终目的是为了现实纠纷妥善消解后的经济价值,孰对孰错反而无足轻重。在商事主体看来,经济利益的最大化远比对当事方行为的法律评价更为重要。司法权力对仲裁的渗透导致了仲裁程序诉讼化倾向越来越明显,仲裁程序日趋复杂和正式。<sup>②④</sup>为了克服仲裁的这种缺陷,调解更多追求的是结果的灵活和快捷。国际商事调解的直接执行机制具有直接快捷的特点,符合效益最大化原则,在节约公共司法资源方面的作用是显而易见的。调解协议是由当事人出于维持商业关系和维护商业信誉的考虑自愿协商达成的,故而具有非常高的自动履行率。对于未能自动履行的调解协议,法律授予调解协议强制执行力并配套法院的适度审查,也有利于实现有限的司法资源的效益最大化。

### (3) 实践发展的检验

以仲裁的发展为鉴,仲裁制度萌芽之初受到司法机关的敌视,没有得到国家的认可,未被视作正统的争端解决方式。在我国国内最早运用仲裁的是经济合同纠纷,当时经济合同类型的仲裁并不具有妨诉效力,当事人可就争议提起仲裁也可以向法院起诉,仲裁仅是诉讼的附属品,更谈不上具有强制执行力。<sup>②⑤</sup>同样在美国,仲裁发展之初对仲裁裁决的执行并没有进行规定,裁决被拒绝执行的,必须重启诉讼程序。<sup>②⑥</sup>如今随着《纽约公约》被大多数国家广泛的承认,国际商事仲裁裁决的执行获得了间接性的强制力。通过考察仲裁的发展历史,可以预见,《新加坡调解公约》下的国际商事调解协议的直接执行机制也需历经类似的从被司法机关敌对怀疑到逐渐被接纳的过程,这必然会引发越来越多的国家对国内纠纷解决制度的反思。

到目前为止,已有少数几个国家在国内程序中对商事调解协议的效力进行了突破,明确规定了调解协议的直接执行效力。首先是1996年印度颁布了《仲裁与调解法》正式将调解制度纳入法律框架。<sup>②⑦</sup>虽然调解制度开始并没有在印度得到广泛的适用,但是

<sup>②③</sup> 尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉大学出版社2007年6月版,第36页。

<sup>②④</sup> 丛雪莲、罗楚湘:《仲裁诉讼化若干问题探讨》,载《法学评论》2007年第6期,第87页。

<sup>②⑤</sup> 李玉泉:《论中国仲裁制度的发展》,载《武汉大学学报》1993年第1期,第60-62页。

<sup>②⑥</sup> 陈福勇:《美国仲裁发展模式考察》,载《环球法律评论》2009年第3期,第108页。

<sup>②⑦</sup> 王从光:《印度调解制度探究》,载《东南司法评论》2018年卷,第431页。

在立法制定之初就明确规定了当事人达成的调解协议具有约束力,且具有与仲裁裁决相同的法律效力。<sup>⑳</sup>其次是2017年《新加坡调解法》直接规定当事人达成的调解协议可以提交法院申请转化为“法院令状”,并且具有与法官作出的判决相同的强制执行力。<sup>㉑</sup>第三,在加拿大的安大略省当事人双方达成商事调解协议后,一方当事人向法院登记或提交协议即可转化为可执行的法院判决。<sup>㉒</sup>最后,大陆法系的德国在2012年新生效的《调解法》中规定具有律师资格的调解员促成的调解协议可以被宣告具有执行力,该规定在德国调解立法中具有重大的进步意义。<sup>㉓</sup>这些国家在调解执行力方面的尝试是值得肯定的,这一前进犹如星星之火有燎原之势。

### 三、我国商事调解执行制度面临的困境

#### (一) 商事调解尚处于起步阶段

在“接近正义运动”的“第三次浪潮”中,西方国家对正义内涵进行了重新阐释,为使公民有机会获得切实可行的救济,逐渐形成了多元现代化的调解体系。<sup>㉔</sup>美国将商事调解还原为一种法律商品或者服务,当事人是调解服务的消费者,需要承认和尊重当事人在调解中的主体地位,该商事调解是市场引导型的调解。<sup>㉕</sup>而我国的调解制度虽被称为“东方经验”,却仍旧充满着行政色彩,公权力深度介入和广泛干预,在实用主义的倡导下拄着公权力的拐杖蹒跚前行。<sup>㉖</sup>在此大背景下,我国商事调解并非市场引导型而是政策主导型,公权力机关成为商事调解的推动者和号召者,过分依赖于司法资源,体现为商事调解组织主要依靠诉调对接模式从法院获得案源。<sup>㉗</sup>

我国商事调解还处于蹒跚学步阶段,具体如下:第一,目前我国缺乏统一的调解法,也没有针对商事调解的单独立法,各项规定散见在不同层级的法律规定和调解机构的调解规则中。国内出台的关于调解的专门性立法是《人民调解法》,其主要是规范人民调解委员会组织下的调解协议,对于商事调解而言意义不大。第二,我国商事调解并不是一个独立的调解机制,与诉讼调解、仲裁调解尚未分离,调解往往被当作诉讼、仲裁前的前置性争端解决方式。第三,商事调解组织发展迅速,截止2020年全国各级工商联系统

<sup>⑳</sup> The Arbitration and Conciliation Act (1996), Article 73 and Article 74, [https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1978/1/AAA1996\\_\\_26.pdf](https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1978/1/AAA1996__26.pdf), last visited May 11, 2022.

<sup>㉑</sup> The Singapore Mediation Act (2017), Article 12, <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017>, last visited May 11, 2022.

<sup>㉒</sup> Ellen E. Deason, *Enforcement of Settlement Agreement in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?*, *Dispute Resolution Magazine*, 2015, Vol.22:1, p.34.

<sup>㉓</sup> 彼得·哥特瓦尔德著,曹志勋译:《德国调解制度的新发展》,载《经贸法律评论》2020年第3期,第151-153页。

<sup>㉔</sup> 陈洪杰、齐树洁:《欧盟关于民商事调解的2008/52/EC指令述评》,载《法学评论》2009年第2期,第95-96页。

<sup>㉕</sup> 谢敏、李光:《美国调解制度简介及其启示》,载《前沿》2013年第16期,第78页。

<sup>㉖</sup> 廖永安:《中国调解的理念创新与机制重塑》,中国人民大学出版社2019年7月版,第42-43页。

<sup>㉗</sup> 黄忠顺:《论商事调解的市场化》,载《人大法律评论》2020年第1辑,第110页。

的商事调解组织达到了 1520 家。<sup>③⑥</sup> 商事调解组织虽呈“井喷式”发展但运行机制混乱,目前可以进行商事调解的机构包括法院、仲裁机构、行业组织和商会等民间成立的商事调解机构,这些机构缺乏统一的管理,职权不明,组织性质不尽合理。<sup>③⑦</sup> 第四,我国社会的诚信体系建设不成熟,社会守信的氛围和意识尚未完全建立,部分当事人为了谋取不正当利益互相串通进行虚假调解成为了直接执行机制的建构障碍。

## (二) 对商事调解协议的效力认识不足

2009 年《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 20 条明确规定,商事调解组织达成的调解协议具有民事合同性质。据此可知,商事调解在我国立法上被认定为双方当事人达成的协议,具有合同的效力,不具有直接的执行效力,其履行依赖于当事人的自觉,若一方当事人不履行,另一方可以申请司法确认。

我国司法解释对调解协议效力保守谨慎的规定,与公约的态度是格格不入的。《新加坡调解公约》虽没有对国际商事调解协议的性质进行明文规定,但是其构建的直接执行制度一定程度上折射了调解协议的性质和地位,公约的规定使得调解协议在普通合同基础上增添了类似于法院判决和仲裁裁决的色彩。另外,国际商事调解协议虽然是当事人之间达成的合意,具有合同上的约束力,但是其与普通的商事合同存在明显的区别:第一,普通合同是双方当事人协商订立的,国际商事调解协议是在调解员或者调解组织的协助下自行谈判磋商解决纠纷;第二,调解协议具有实体和程序上的双重效力,即处分当事人的权利义务及解纷途径的选择,而普通合同仅具有实体上的处分效力;第三,符合撤销要件的普通合同能够被法院撤销,国际商事调解协议不存在撤销的问题。职是之故,不应将两者等同视之,否则就忽视了调解协议在执行方面所应具有的特殊性。

## (三) 商事调解执行机制缺位

我国现行的法律并未规定商事调解协议直接执行的效力,仅明确了调解协议必须经过司法确认程序或者转化为法院判决、仲裁裁决才能获得执行。若将司法确认制度和转化程序嫁接到国际商事调解协议的执行不可避免会导致水土不服。

### 1. 司法确认制度存在的障碍

对于司法确认调解协议的范围,根据《民事诉讼法》第 201 条:经依法设立的调解组织调解达成调解协议,由双方当事人向法院申请司法确认。其中“调解组织”的理解存在狭义和广义两种,是仅指《人民调解法》第 33 条中的人民调解委员会还是包括商事调解组织、行业调解组织以及行政机关的调解等。对此问题的解答,最高人民法院(以下简称“最高院”)主张在调解组织的调解下申请司法确认的调解协议的范围中,调解组织不限于人民调解委员会。<sup>③⑧</sup> 可见,司法确认制度是一个适用非常宽泛的制度,司法确认制度适用于国际商事调解协议似乎是行得通的。

<sup>③⑥</sup> 朱华芳、顾嘉、郭佑宁:《中国商事调解年度观察(2021)》,载北京仲裁委员会官网, <https://bjac.org.cn/news/view?id=4030>, 最后访问时间:2022 年 6 月 7 日。

<sup>③⑦</sup> 范愉:《商事调解的过去、现在和未来》,载《商事仲裁与调解》2020 年第 1 期,第 139 页。

<sup>③⑧</sup> 王国征等:《调解协议司法确认程序研究》,中国人民大学出版社 2019 年 10 月版,第 42-43 页。

但是对于我国的司法确认制度可否解释为公约第3条第1款的“本国程序”并吸收国际商事调解制度,学界莫衷一是。有学者支持,考虑到我国对司法确认调解协议的范围涵盖较广,既认可个人调解又认可机构调解,公约在我国被赋予强制执行效力具备司法实践土壤。<sup>③⑨</sup>另一种观点反对,认为《新加坡调解公约》设计直接执行制度的前提是国际商事调解协议已经在公约下获得了执行力,各国的任务只不过是具体落实已具备执行力的协议而无需考虑通过国内法赋予调解协议执行的正当性。但是我国国内的司法确认制度的目的是通过法院的实质审查使调解协议获得效力,一方当事人申请强制执行使调解协议获得既判力的前置条件必须是被执行人拒绝履行调解协议。<sup>④⑩</sup>

笔者赞同后一种观点,因为司法确认制度并不符合公约对于国际商事调解协议的审查要求。2022年最高院《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第358条人民法院对调解协议效力不予确认的考量因素与2011年最高院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第7条是一脉相承的,包括:违反自愿原则,内容不明确,违反法律、法规的强制性规定或者社会公共利益、他人合法权益。可见,我国法院对现有的调解协议的司法确认程序采取了从形式到内容全方位严格的形式审查和实体审查相结合的方式。<sup>④⑪</sup>《新加坡调解公约》第5条的规定与此恰恰相反,公约认为调解协议具有私人协议性质,同时具有较高的约束力,对协议的审查形式以形式审查为主,并可直接进入执行。<sup>④⑫</sup>首先,公约的目的在于提供一种简单、快速的执行机制,执行才是关键,而实体权利义务的争执已在调解过程中得到了妥善解决。其次,执行程序作为一种非诉程序是公权力介入当事人之间的私人领域并谋求合目的性调解的程序,在这一程序中若对调解协议进行实质性的审查是对该程序的僭越,不符合非诉程序的基本特质。<sup>④⑬</sup>最后,形式审查是对当事人自愿原则和处分原则的尊重。因此,司法确认制度虽在适用范围上可容纳国际商事调解协议,但是在实施条件、审查内容上与《新加坡调解公约》背道而驰。

## 2. 将调解协议转化为法院判决、仲裁裁决

对多元化争端解决机制的倡导使得现代调解制度与诉讼、仲裁相互兼容贯通,许多国家通过“诉调对接”“仲调对接”使调解协议转化为了仲裁裁决书、法院判决书,从而间接获得了域内外的执行力。<sup>④⑭</sup>根据我国《仲裁法》第51条的规定,如果当事人在诉讼程序或者仲裁程序中调解成功,法官或者仲裁庭可以将当事人的调解协议制成调解书,从而获得强制执行力。

<sup>③⑨</sup> 程华儿:《涉外法治发展视域下我国法院对〈新加坡调解公约〉执行机制革新的因应》,载《法律适用》2020年第24期,第48页。

<sup>④⑩</sup> 房昕:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解协议执行力问题研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第134页。

<sup>④⑪</sup> 刘显鹏:《合意为本:人民调解协议司法确认之应然基调》,载《法学评论》2013年第2期,第132页。

<sup>④⑫</sup> 戴欣媛:《〈新加坡调解公约〉下中国执行国际商事和解协议路径探索》,载《国际经济法学刊》2020年第4期,第43页。

<sup>④⑬</sup> 刘显鹏:《合意为本:人民调解协议司法确认之应然基调》,载《法学评论》2013年第2期,第133页。

<sup>④⑭</sup> 孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,载《法学研究》2021年第2期,第161页。

### (1) 转化为法院判决申请执行易被拒绝

国际商事调解协议经当事人申请转变为具有强制执行力的法院判决、裁决或法院命令。这是调解与诉讼相结合的模式,调解协议转化的便利程序取决于不同国家法院审核的条件,例如,在某些法域调解协议能否转化为法院判决要看调解是否在法院系统内进行。<sup>⑤</sup>一般情况下,一国没有承认和执行外国判决的义务,除非两国之间签订了多边、双边国际条约或者存在互惠原则。目前在国际层面上,有两部公约。一是2005年通过的《选择法院协议公约》,该公约虽已生效,但是公约的适用范围局限于排他性的选择法院协议的国际民商事纠纷;二是2019年通过的《承认与执行外国民商事法院判决公约》,首次突破性的制定了外国民商事法院判决承认与执行的新机制,但其生效可谓遥遥无期。这直接导致了转换为判决书的国际商事调解协议获得跨境的执行存在各种阻碍。

### (2) 转化为仲裁裁决申请执行难以预测

《纽约公约》的存在使得调解协议转化为仲裁裁决的形式具有在全球流通的可能性,但调解与仲裁的结合在理论上顾虑重重。首先,《纽约公约》第2条明确规定了适用的前提是存在有效的仲裁协议,意味着当事人在决定调解的时候要签订仲裁协议,同时受调解和仲裁两种争议解决方式的约束,实践中这种情形并不多见;其次,尽管大多数国家的仲裁规则和法律规定了将调解协议转化为仲裁裁决的可能性,但是《纽约公约》并未提及是否认可转化后的仲裁裁决,该公约也未对“仲裁裁决”进行界定。随之而来的一个问题是,转化后的仲裁裁决是否是真正的仲裁裁决?这是一个充满争议目前尚未有定论的问题。有观点认为,转化为仲裁裁决的调解协议是否具有可执行力,根据仲裁庭是否真正处理该争议分为两种情形:若调解协议是在仲裁程序启动之前已达成,仲裁庭根据调解协议的内容制作仲裁裁决书的,则不能视为《纽约公约》下的仲裁裁决;若当事人在仲裁程序启动之后达成调解协议,无论仲裁部分有多短都可以得到《纽约公约》的承认和执行。<sup>⑥</sup>有些国家限制性的规定仅对在正在进行的仲裁程序过程中达成的调解协议才予以执行。<sup>⑦</sup>最后,对调解中的当事人而言,在调解程序后启动仲裁程序提高了相应的费用,也增加了程序的迟延。

笔者认为,仲裁和调解本质上是两种不同的争端解决方式,仲裁员和调解员的角色必须分离,而不能相互转换。严格来说,调解协议只是披上了仲裁裁决的外衣,调解协议转化为仲裁裁决是法律虚构的把戏,其实质并未发生改变。调解协议转化为仲裁裁决后申请执行是具有不确定性和缺乏预测性的,可能被认定为无效。<sup>⑧</sup>

<sup>⑤</sup> 连俊雅:《经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破——兼论〈新加坡调解公约〉与中国法律体系的衔接》,载《国际商务研究》2021年第1期,第52页。

<sup>⑥</sup> Yaraslau Kryvoi & Dmitry Davydenko, *Consent Awards in International Arbitration: from Settlement of Enforcement*, Brooklyn Journal of International Law, 2015, Vol.40:3, p.865.

<sup>⑦</sup> Ellen E. Deason, *Enforcement of Settlement Agreement in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?*, Dispute Resolution Magazine, 2015, Vol.22:1, pp.32-33.

<sup>⑧</sup> 连俊雅:《经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破——兼论〈新加坡调解公约〉与中国法律体系的衔接》,载《国际商务研究》2021年第1期,第51页。

## 四、推动我国商事调解执行制度的国际化进程

推动《新加坡调解公约》下国际商事调解协议的直接执行制度在我国落地,与我国现有的制度对接,并完善相应的配套机制,这有利于提升我国在商事调解争议解决方面的国际竞争力,为“一带一路”的发展提供法治保障。

### (一) 赋予商事调解独立地位

我国倡导诉讼调解、仲裁调解相衔接,法官和仲裁员兼任调解员的做法,表明我国商事调解具有附属性。需通过立法规定单独的程序规则,将商事调解从其他纠纷解决程序中独立出来。目前我国关于商事调解有一定的立法实践基础,立法时机已经成熟,应选择适合的立法模式,促使商事调解走上市场化道路。

#### 1. 商事调解立法模式的选择

关于商事调解的立法模式存在三种不同的观点:第一,在《仲裁法》中规定商事调解的问题,例如印度将仲裁与调解规定在一部法律中;第二,制定一部统一的调解法,将我国所有类型的调解制度都囊括其中;第三,制定一部单独的商事调解法,许多国家也是采取的这一立法模式,例如2008年欧盟《调解指令》,2017年《新加坡调解法》。笔者赞同第三种模式,第一种模式下2021年《仲裁法(修订)征求意见稿》已经向公众征求过意见,《仲裁法》的出台指日可待,若将商事调解纳入其中会耽误仲裁法的立法进程,况且将调解纳入到仲裁中进行立法只是权宜之计;第二种模式虽然能够提炼出所有调解的一般原则和普遍性问题,但是却忽视了各种调解在客观上所存在的差异,且当下我国调解的理论和实践等诸多问题上并没有形成统一的尺度;第三种模式,专门针对商事调解进行立法,针对性强,具体问题的法律适用更加清楚了,且更符合我国当前立法状况的实际。

#### 2. 商事调解走市场化道路

我国调解带有浓厚的行政色彩。以人民调解为例,人民调解从一开始就被赋予为了一项政治任务,人民调解委员会是公益的群众性组织,不收取任何费用。这导致了调解机构劝服当事人接受调解和调解结果,侵犯了当事人的意思自治,当事人调解自愿原则畸形化。引导我国商事调解走市场化道路能够根据市场的需求探索出商事调解服务市场的发展方向。在我国商事调解的利用率很低,亟需建设商事调解服务市场。

首先,调解的市场化运作包括调解组织的企业化管理。培育营利性的商事调解组织,既可以提高调解组织的服务质量也可以吸引人才参与调解。以上海经贸商事调解中心(SCMC)为例,它是全国第一家具有市场化特色的商事调解机构,该中心是由社会团体发起成立的民办非企业单位,不隶属政府机关的第三方机构,完全是市场化运作,获得了最高院的认可并成为了首批“一站式”纠纷调解机构之一,服务于“一带一路”建设。<sup>49</sup>

<sup>49</sup> 张巍:《商事调解领域不一样的“老娘舅”——记上海经贸商事调解中心的创新与创意》,载《中国社会组织》2015年第3期,第29页。

2022年出台的《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例》创新了商事调解的管理模式,即司法行政管理和行业自治管理相结合,在监管和自治间寻求平衡。其次,调解市场充分尊重当事人的意思自治是其应有之义,例如高度的程序自治。这是衡量调解市场开放程度、自由程度及国际化的重要指标。<sup>⑩</sup>商事调解中当事人的地位和作用更加凸显,需要通过立法和调解规则保障当事人对调解程序享有的决定权,需要制定调解员准则保障调解员介入的中立性。

## (二) 直接执行机制的立法设计

在我国法律赋予调解协议执行力的路径设计中,司法确认制度的固有缺陷导致其无法实现与《新加坡调解公约》融合衔接,但考虑到我国调解组织的层次不齐,商事调解的市场化还处于起步阶段,若完全废除司法确认制度,全部放开国内商事调解协议的司法审查会导致商事调解野蛮生长。因此,有仲裁在前为其提供改革经验,目前最为理想的方案是在保留现有制度的基础上进行改革,实行调解的“双轨制”,这种循序渐进式的模式能够缓冲《新加坡调解公约》带来的影响和冲击。

仲裁的“双轨制”是指区分国内仲裁与涉外仲裁实施不同的司法审查,“双轨制”一直以来伴随着不少的争议。有观点认为涉外仲裁和国内仲裁本质上并不存在区别,出于对仲裁支持的大趋势,无论是对涉外仲裁还是对国内仲裁只应进行程序上的审查,因此“双轨制”的基础实质上是不存在的。<sup>⑪</sup>与此同时,调解协议的“双轨制”也存在一个明显的缺陷。国际商事调解协议无国籍属性,不存在“调解地”的概念,《新加坡调解公约》第1条对“国际性”的认定以当事人的“营业地”为标准,我国法律对于涉外民事关系的认定并不存在“营业地”这一连结点。因此,调解协议的执行若要实施“双轨制”在商事调解的立法中需要对“国际”和“国内”的判断标准进行明确。

随着我国国内仲裁市场各方面制度的完备,2021年8月司法部公布了《〈仲裁法〉征求意见稿》提出要实现国内仲裁和涉外仲裁的并轨,统一对标国际标准。调解协议的“双轨制”是指区分国际调解协议和国内调解协议。即对于国际调解协议直接予以执行,实行较为宽松的司法审查,对于国内调解协议依然进行司法确认,审查范围不仅包括程序还包括实体方面的审查。<sup>⑫</sup>有鉴于此,国际商事调解协议的执行机制应实施“两步走”战略:第一步,对于国内调解协议执行制度仍经过法院的司法确认审查,国际商事调解协议的执行实施公约规定的直接执行制度,在《民事诉讼法》第四编涉外民事诉讼程序的特别规定中增加一章“国际商事调解协议的执行”或者最高院先制定专门的司法解释对此进行规定;第二步,待我国国内商事调解市场成熟,配套机制健全之后,考虑国际国内调解协议并轨,统一对调解协议进行形式审查后赋予其强制执行力。

<sup>⑩</sup> 刘敬东:《构建公正合理的“一带一路”争端解决机制》,载《太平洋学报》2017年第5期,第17页。

<sup>⑪</sup> 乔欣:《中外商事仲裁司法监督范围的比较与借鉴》,载《法制与经济》2009年第2期,第9页。

<sup>⑫</sup> 宋连斌、胥燕然:《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》,载《西北大学学报》2021年第1期,第29-30页;房昕:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解协议执行力问题研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第144页。

### （三）直接执行机制的具体内容

#### 1. 执行的管辖法院

集中管辖是我国法院针对涉外民商事案件管辖的基本思路,指某类案件由若干特定的法院集中管辖和审理。目前我国涉外案件的管辖主要集中在高级人民法院和中级人民法院,经最高院批准后基层法院才具有管辖权,集中管辖下再根据标的额的大小区分级别管辖。<sup>⑤③</sup>

对于国际商事调解协议的执行法院的主要管辖方式应遵循现行的管辖原则,即以集中管辖为主要管辖方式,同时考虑级别管辖。目前有两种构思途径,一是由最高院专门设立的服务于“一带一路”多元化纠纷解决机构——国际商事法庭带头制定商事调解执行规则,并由各省的高级人民法院试点作为执行机构,待条件成熟后再推广到中级人民法院进行执行。<sup>⑤④</sup>二是借鉴仲裁司法审查案件的归口办理制度,就国际商事调解的执行案件在被执行人财产或者住所地的中级人民法院设立专门的业务庭,由专业的法官负责办理。后者的做法有利于优化司法资源的配置,节省司法资源,促进调解协议执行标准的统一。

#### 2. 法院审查的内容

对于国际商事调解协议不予执行的条件,我国应针对国际、国内采取不同的审查标准。我国国内法对调解协议驳回司法确认的理由主要集中在实质性审查,即调解协议的内容是否僭越了第三人利益、社会公共利益,且全部由法院主动予以审查。<sup>⑤⑤</sup>《新加坡调解公约》第5条要求被执行国主要进行形式上的审查,对公共政策的违反和可调解性的认定进行实质审查,审查的启动程序包括法院主动审查和被动审查。与《纽约公约》第5条的审查相比,对调解程序合法的关注较少,特别增加了对调解员是否违反准则和调解员公正性、独立性的审查,对于其具体的审查标准,《新加坡调解公约》进行了留白,留待各国国内法进行规定。

总之,直接执行制度并不意味着国内法院对国际商事调解协议不作为。我国法院一方面可以在遵循公约第5条的基础上,注重对调解协议的确定性以及调解员公正性的审查,同时,借鉴新加坡法院的做法,针对我国国情对特定关注领域增加具体的审查对象。例如《新加坡调解法》第12条对于拒绝转化调解协议的规则基本是能被《新加坡调解公约》第5条所涵盖,只是在具体的理由上会有更多的地方特色,如针对调解协议无效增加了欺诈、胁迫,在公共政策的条款中增加了对儿童利益的保护。另一方面,可以仿效欧盟在《关于民商事调解若干问题的2008/52/EC号指令》第6条的做法对于以下两种情形进行例外规定,直接认可调解协议的强制执行效力:双方事先同意赋予调解协议强制执行力的,或者调解协议经其他国家适格的权力机构赋予强制执行力的,例

<sup>⑤③</sup> 苏泽林:《人民法院级别管辖标准》,法律出版社2009年7月版,第170页。

<sup>⑤④</sup> 张冰:《〈新加坡调解公约〉背景下我国法院执行国际商事和解协议的路径探索》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第34页。

<sup>⑤⑤</sup> 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第7条。

如公证机关公证。<sup>⑤6</sup>

### 3. 设立层级上报制度

2017年最高院出台司法解释,在涉外仲裁的执行中将原作为法院内部管理措施的报告制度外部化和公开化,对涉外仲裁和国内仲裁的司法审查都设置了内部报核制度。报核制度是对当前涉外仲裁制度不完善的权宜之计的过渡措施。<sup>⑤7</sup>内部报核制度来源于最高院对地方政府干预司法的规制,目前来看,该制度能够对地方保护主义起到一定的抑制作用,也对我国司法机关的监督功能进行了补充。<sup>⑤8</sup>但这种中央化的司法控制机制存在显而易见的弊端:一是缺乏程序法依据,我国《仲裁法》《民事诉讼法》中对内部报核制度没有立法规定;二是违反了审判监督的原则,下级法院必须服从上级法院的指示,破坏了各级法院之间的独立性;三是背离了正当程序原则,法院内部书面审理,剥夺了当事人的程序参与权;四是造成了程序的迟延,拖累了仲裁程序的效率,与仲裁的价值追求相悖。

职是之故,笔者认为,一方面,从短期来看,在国际商事调解协议的执行中设置层级上报制度是有必要的。调解制度的私密性使得司法机关对其公正性产生了质疑,公共政策的概念模糊不清往往被法院滥用作为实施地方保护的工具体,从而排除调解作为争端解决方式的适用。这将不利于调解执行标准的统一以及营造良好的营商环境。因此,需要最高院站在公正司法和加强对投资者保护的高度考量调解协议的执行标准。另一方面,从长远来看,这种集权式纵向的内部报核制度并非长远之计,因为它不能根治地方保护主义而只能约束。有学者针对内部报核制度的弊端提出了建立有限的上诉制度,即允许当事人对裁定不予执行的调解协议提起上诉,但不能提起再审程序。<sup>⑤9</sup>上诉制度是否可以成为不予执行调解协议的救济程序有待实践的检验。

#### (四) 配套机制: 虚假调解的应对

国际商事调解协议的直接执行机制会诱发虚假调解的法律风险。借鉴虚假仲裁对虚假调解进行定义,虚假调解是指当事人恶意合谋,虚构调解事实,伪造虚假证据,故意欺骗调解员为其调解以达成国际商事调解协议损害国家、第三人合法权益的行为。<sup>⑥0</sup>公约没有提及虚假调解的监督机制,需要国内法予以补充,可以借鉴当前立法对虚假诉讼以及虚假仲裁的规制。2011年最高院发布的《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第10条规定,案外人可以通过撤销程序,向法院申请撤销经司法确认的,侵害其合法权益的调解协议。对于虚假的国际商事调解协议,执行国法院无法实施撤销,但是

<sup>⑤6</sup> Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council, Article 6, <https://www.legislation.gov.uk/eudr/2008/52/contents>, last visited Sept.11, 2022.

<sup>⑤7</sup> 宋连斌:《仲裁司法监督制度的新进展及其意义》,载《人民法治》2018年第5期,第23页。

<sup>⑤8</sup> 沈伟:《地方保护主义的司法抑制之困:中央化司法控制进路的实证研究——以执行涉外仲裁裁决内部报告制度为切入视角》,载《当代法学》2019年第4期,第77页。

<sup>⑤9</sup> 朱科:《国际商事仲裁司法审查案件内部请示报告制度的转型》,载《法学杂志》2017年第6期,第128-129页。

<sup>⑥0</sup> 牛正浩、刘允霞:《虚假仲裁规制与案外人权利保障》,载《法律适用》2020年第17期,第148页。

可以建立案外人执行异议制度或者将申请不予执行的主体范围扩大到第三人。同时,法院可以加强对被执行财产的审查,在强制执行前实施执行公示制度,以便案外人一旦知晓财产被执行的情况,能在执行前及时向法院提出异议要求终止执行。

此外,调解员作为调解程序的全程参与者和推动者,对于虚假调解的识别和预防发挥着至关重要的作用。在调解制度方面取得瞩目成就的新加坡,非常重视培养经验丰富的调解员,“新加坡国际调解中心”负责自身调解员的培训和资质审核。<sup>⑥</sup> 相较而言,我国调解员质量良莠不齐,专业调解人才的稀缺阻碍了商事调解的发展。健全调解员人才培养机制,需制定出衡量调解员标准的体系以及完善的调解员守则,但目前我国调解机构对此的重视程度远远不够,于我国而言,调解员人才的培养非一时之功。

## 结 语

《新加坡调解公约》的签署为国际商事调解的发展带来了新的曙光。国际商事调解协议的执行制度关乎着商事调解受欢迎的程度。我国应抓住此次调解制度变革的机遇,探索构建我国的商事调解协议的直接执行制度,以提高我国商事调解作为争端解决方式的吸引力。我国调解机构官僚化严重以及立法的缺失制约了商事调解的发展,导致了现行的商事调解执行机制与国际规则严重脱节。国际商事调解协议的直接执行机制具有理论和实践的正当性,调解协议作为特殊的合同,应具有双重效力,即契约效力和强制执行力。目前我国对于国际调解协议执行机制的改革迫在眉睫。本文在借鉴了仲裁的立法经验上,坚持“双轨制”的顶层设计,探讨了国际商事调解协议执行机制的“两步走”战略:第一步,对于国内调解协议的执行仍实施司法确认制度,而国际商事调解协议的执行遵循公约规定的直接执行制度;第二步,待我国国内商事调解市场成熟后,考虑国际国内调解协议执行的并轨。与此同时,将中级人民法院作为执行调解协议的审查主体,对法院裁定不予执行的调解协议设置层级上报制度,由最高院统一执行标准以隔离地方保护主义的侵蚀,以及对于直接执行机制可能诱发的虚假调解制定相应的配套机制。

---

**Abstract:** The entry into force of the Singapore Convention on Mediation opened a new chapter in the development of the international commercial mediation system. As we all know, the efficiency of the enforcement system determines the chances that commercial mediation will be chosen by commercial parties in dispute resolution. The Convention establishes for the first time a clear unified framework for the direct enforcement of international commercial mediation agreements, which will promote the revolution and development of mediation. As a signatory to the Convention, China is faced with the challenge of how to align its domestic

---

<sup>⑥</sup> 王言:《新加坡调解制度新发展评述》,载《东南司法评论》2018年卷,第416页。

mediation rules with the Convention. At present, the enforcement system of commercial mediation agreements in China is at a nascent stage, and there is a long way to go to promote the internationalization of the enforcement system of commercial mediation in China. First of all, it is necessary to give commercial mediation an independent status and adopt a legislative design that distinguishes between "domestic" and "international" direct enforcement mechanisms, while clarifying the subjects and contents of direct enforcement mechanisms and making measures to deal with false mediation.

**Keywords:** Singapore Convention on Mediation; commercial mediation agreement; direct enforcement mechanisms

---

---

( 责任编辑: 孙保国 )

# 股权变动对国际投资仲裁属时管辖权的影响及因应

## ——以“维托·G·加洛诉加拿大政府仲裁案”为例

中国贸促会法律部编 本篇作者 翟率宇\*

---

**内容提要** “维托·G·加洛诉加拿大政府仲裁案”是申请人根据《北美自由贸易协定》向常设仲裁法院（PCA）提起的国际投资仲裁案件。在该案中，申请人加洛先生通过收购加拿大企业的股权份额，将加拿大企业与加拿大政府之间的纠纷以国际投资者身份诉至国际投资仲裁庭，但无法证明其获得所有权或控制权的确切时间。本案在申请人是否滥用权利、恶意挑选法院以及仲裁庭是否具有属时管辖权等问题上的讨论，反映出当前投资者—国家争端解决机制改革背景下投资者在东道国享有一定程度上的超国民待遇的正当性问题。

**关键词** 国际投资仲裁 股权变动 挑选法院 属时管辖权 权利滥用

---

### 一、案件概述

#### （一）投资事实

亚当斯矿场位于安大略省北部波士顿镇内，以前是一座铁矿，1964年开始运营，1990年关闭。1999年，当时的亚当斯矿所有者诺特发展公司（Notre Development Corporation，以下简称“诺特公司”）获得使用该矿山储存非危险废物的授权批准。<sup>①</sup>

申请人维托·G·加洛先生是美国公民，住在宾夕法尼亚州。据称，他于2002年9月9日成为亚当斯矿场的企业唯一所有者，当时他是一名33岁的政府雇员，后成为宾夕法尼亚州州长政策办公室的高级政策主任。他没有作为投资者或企业家的记录，也没有废物管理行业的直接知识或经验。<sup>②</sup>

2001年初，维托·G·加洛先生与科特卢奇先生，一位经验丰富而又人脉广的企业

---

\* 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。本文由浙江大学光华法学院博士研究生翟率宇编写，中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、耿鹏鹏审核。

① Vito G. Gallo v. The Government of Canada, PCA Case, No. 55798, Award, 2011, para.148.

② *Id.*, at para.149.

家有过一次会面,维托·G·加洛先生在会面期间表示目前是在安大略省投资废物产业的好时机,而且他与宾夕法尼亚州的美国废物处理场开发商之间有联系。科特卢奇先生向维托·G·加洛先生承诺,他将密切关注相关机会。<sup>③</sup> 2002年初,诺特公司与科特卢奇先生(而不是维托·G·加洛先生)接洽,询问他是否愿意资助或参与该项目的开发。在接下来的几个月里,科特卢奇先生在没有维托·G·加洛先生参与的情况下与诺特公司的主要股东和经理麦克基尔先生进行了谈判,并于2002年5月10日成功签署了一项涉及亚当斯矿场的购买和销售协议。<sup>④</sup>

此后不久,1532382加拿大安大略公司(1532382 Ontario Inc,以下简称“安大略公司”)作为采购工具于2002年6月26日成立。斯瓦尼克先生是安大略公司的主席、秘书和董事。斯瓦尼克先生宣称是代表维托·G·加洛先生行事,其同时担任了加洛先生和科特卢奇先生的法律顾问,斯瓦尼克先生还担任了安大略公司的唯一董事和高级职员。<sup>⑤</sup>

本案中,档案中唯一能证明维托·G·加洛先生于2002年获得安大略公司所有权事实的书面证据是企业股东登记簿上的一行手写的未签字行、斯瓦尼克先生签署的两份股份证书、斯瓦尼克先生签署的将股份转让给维托·G·加洛的背书、董事将这一份额转让给维托·G·加洛的决议,以及据称斯瓦尼克先生于2002年6月26日签署的关于维托·G·加洛先生的信托声明。此外,没有进一步的书面证据证明在《亚当斯矿湖法案》颁布之前,维托·G·加洛先生已经是安大略公司的所有者。<sup>⑥</sup> 9月6号,安大略公司签署了购买亚当斯矿的协议。<sup>⑦</sup>

2002年9月9日,诺特公司将亚当斯矿场移交给安大略公司,以标准形式记录了转让书:以诺特公司为转让方,安大略公司为受让方,购买价格为180万加元。<sup>⑧</sup> 亚当斯矿场的日常管理委托给其前所有者麦克基尔先生,他通过一家名为Christopher Gordon Associates的公司行事。<sup>⑨</sup> 维托·G·加洛先生完全没有参与实际管理,他把一切都交给了科特卢奇先生,并且他从来没有要求科特卢奇先生提供信息,也从来没有给出任何指示。<sup>⑩</sup>

## (二) 被诉行为

2003年10月2日,安大略省选举了新的自由派政府,拉姆齐先生担任新任命的自然资源部长。十多年来,拉姆齐一直是亚当斯矿山废物处理场的强烈反对者。他非常反对将亚当斯矿开发为废物处理场,并以辞职为威胁要求停止该项目。新的自由党政府面

<sup>③</sup> *Id.*, at para.155.

<sup>④</sup> *Id.*, at para.156.

<sup>⑤</sup> *Id.*, at para.170.

<sup>⑥</sup> *Id.*, at para.174.

<sup>⑦</sup> *Id.*, at para.121.

<sup>⑧</sup> *Id.*, at para.223.

<sup>⑨</sup> *Id.*, at para.240.

<sup>⑩</sup> *Id.*, at para.242.

面临着来自拉姆齐要求停止项目的重大政治压力,并撤销了已经发给该项目的批准证书。<sup>①</sup>

2004年4月5日,安大略省立法机关通过了所谓的《亚当斯矿湖法案》(AMLA),并于2004年6月17日正式实施。《亚当斯矿湖法案》禁止将企业所有的亚当斯矿场用作废物处理场,同时撤销所有由诺特公司和安大略公司所获的现有环境许可,并且撤销诺特公司和安大略省之间为购买矿产附近土地所签署的协议。《亚当斯矿湖法案》具体指出,这些行动不构成“征用或有害影响”,并将补偿限制在《亚当斯矿湖法案》生效当天,诺特公司和安大略公司发生的合理费用减去亚当斯矿址的公平市场价值。该法还指出,“明确不赔偿任何商誉或可能利润损失”。《亚当斯矿湖法案》允许公司向国内法院提出申请,但仅限于就赔偿提出的“事实或法律”问题。<sup>②</sup>

申请人维托·G·加洛先生认为,在颁布《亚当斯矿湖法案》时,他拥有并控制了该公司,而该公司因为此法案遭受了约为1.05亿加元的重大损失。他要求赔偿这一损失,理由是加拿大颁布的《亚当斯矿湖法案》违反了《北美自由贸易协定》第1105条和第1110条以及习惯国际法。<sup>③</sup>

而加拿大否认在《亚当斯矿湖法案》出台之前,维托·G·加洛先生是该公司的所有者,也否认他是《北美自由贸易协定》项下的投资者,因为没有可靠的同期证据证明这些主张。事实上,申请人并非企业的所有者,该公司的真正所有者是一位富有的加拿大房地产开发商科特卢奇先生,是他负责组织 and 谈判购买亚当斯矿场的事项并承担了所有风险。<sup>④</sup>

本案的主要法律争议焦点是仲裁庭对本案是否具有管辖权。在事实部分,仲裁庭已经查明申请人未能履行举证责任以证明他取得公司所有权和控制权的日期,并证明这项收购在《亚当斯矿湖法案》颁布之前。这一结论是否意味着仲裁庭缺乏属时管辖权?

### (三) 当事方主张

#### 1. 申请人的主张

申请人主张,即使仲裁庭认定加洛先生在法律颁布后才获得公司的股权份额,仲裁庭仍有权审理本案。申请人认为,《北美自由贸易协定》第1117条允许一方的投资者代表其直接或间接拥有或控制的投资企业提出索赔,而不受这种所有权或控制权何时开始的限制。如果获得企业的控制权或所有权是有善意的(“bona fide”)商业理由,且该企业刚好正在酝酿一项新的《北美自由贸易协定》申诉,那么第1117条并不阻止新股东对企业的利益提出索赔。

#### 2. 被申请人的主张

加拿大认为,《北美自由贸易协定》第11章若要适用于一项与投资有关的措施,该投资必须是在采取或维持该措施时由另一缔约方的投资者所有。被申请人补充,投资仲

<sup>①</sup> *Id.*, at para.268.

<sup>②</sup> *Id.*, at paras.269-271.

<sup>③</sup> *Id.*, at para.121.

<sup>④</sup> *Id.*, at para.122.

裁庭也普遍认为,除非申请人能够证明投资是由另一缔约方的投资者拥有的,否则它们不具有管辖权。

#### (四) 仲裁庭的认定

本案中,仲裁庭所要解决的问题是其有无管辖权审理根据《北美自由贸易协定》第 1117 条提起的索赔。首先,仲裁庭回顾了《北美自由贸易协定》的相关条款,包括第 11 章第 1101.1 条、第 1117.1 条、第 201 条、第 1139 条。之后,仲裁庭表示了其立场:毫不犹豫地支持了被申请人。《北美自由贸易协定》第 1117 条授权“一方投资者代表另一方企业,即投资者直接或间接拥有或控制的法人”将争议提交仲裁。第 1101 条第 1 款将第 11 章保护的范同限制为加拿大“采取或维持的”与“另一方投资者”和“另一方投资者的投资”有关的措施。因此,《北美自由贸易协定》第 11 章若要适用与投资有关的措施,则投资必须由另一方的投资者拥有或控制,在采取或维持据称违反《协定》的措施时,所有权或控制权必须存在。在根据第 1117 条提出的索赔中,投资者必须证明他是在关键时刻直接或间接拥有或控制持有投资的“法人”。

正如“凤凰公司诉捷克案”(以下简称“凤凰公司案”)仲裁庭所表述的,仲裁庭对于所称投资日期之前提出的索赔没有属时管辖权不需要扩大解释,因为条约不能适用于一国在申请人于东道国投资之前实施的行为。<sup>⑮</sup>在本案中,申请人必须在《亚当斯矿湖法案》颁布时拥有或控制公司。由于仲裁庭已经认定,申请人未能在有关时间收集证明这种所有权和控制权的必要证据,因此,他的主张因缺乏属时管辖权而被驳回是必然后果。

关于申请人提出的另一个论点,即《北美自由贸易协定》第 1117 条允许一方的投资者代表其直接或间接拥有或控制的投资企业提出索赔,而不受这种所有权或控制权何时开始的限制。如果获得企业的控制权或所有权是有善意的(“bona fide”)商业理由,且该企业刚好正在酝酿一项新的《北美自由贸易协定》申诉,那么第 1117 条并不阻止新股东对企业的利益提出索赔,只要所有权或控制权转移给有资格成为《北美自由贸易协定》一方投资者的人。这一论点是循环的:如果取得控制权或所有权是在违反《协定》之后作出的,则被收购的企业不能“提出《北美自由贸易协定》项下新的索赔”;如果企业尚未在收购时处于《北美自由贸易协定》受保护人员的控制或所有权之下,则企业不得提出这样一个新的索赔,在本仲裁中显然没有出现这种情况。

投资仲裁庭一致认定,除非申请人能够证明在通过被质疑的措施时,该投资由投资者拥有或控制,否则不具有管辖权。“Amto 公司诉乌克兰案”是根据能源宪章条约(ECT)提起的,它与本仲裁存在相似之处。<sup>⑯</sup>东道国一方主张,投资者购买股份的合同权利不符合根据 ECT 进行的投资条件,以及仲裁庭的管辖权应当从 Amto 证明股份所有权之日开始。事实上,仲裁庭将投资日期定为公司记录显示 Amto 实际拥有 16% 投资股

<sup>⑮</sup> Phoenix Action Limited v. Czech Republic, ICSID Case, No. ARB/06/5, Award, 2009, para.68.

<sup>⑯</sup> Limited Liability Company Amto v. Ukraine, Stockholm Chamber of Commerce Arbitration, No.080/2005, Award, 2005, para.48.

份的时间；仲裁庭认定从这一天开始具有属时管辖权。所有其他已知的投资仲裁裁定也都遵循同样的理由。<sup>①7</sup> 申请人未能提出支持其立场的仲裁裁决的判例。

基于以上论证，仲裁庭最终认定对本案投资者提出的仲裁请求不具有管辖权。<sup>①8</sup>

### （五）仲裁庭结论

在结论部分，本案仲裁庭指出，投资条约赋予外国投资者权利，而东道国国民无法获得这些权利，若有合理的政策理由，则这种差别待遇是合理的。但这种政策理由要求尊重外国投资者和国内投资者之间的界限，确保赋予前者的特权不被后者滥用。该一般原则反映在《北美自由贸易协定》第 1117 条中，其要求代表国内“法人”提交仲裁的适格申请人，必须满足条件之一是：原告必须证明，在指称的违反条约行为发生时，他或她拥有或控制了持有该投资的“法人”。本案是申请人扩大条约保护的请求的一个极好例子。

如果一个企业是由不符合《北美自由贸易协定》规定的受保护投资者资格的人拥有或控制的，该人如果对《亚当斯矿湖法案》不满意，将限于加拿大法律规定的救济范围。如果公司在相关时间是由美国或墨西哥投资者所拥有或控制，则情况就会有所不同，因为在这种情况下，它将享受额外的保护水平：投资者可以从《北美自由贸易协定》赋予的国际法权利中获得保护。对国外和国内投资者的不同待遇是条约的自然后果。然而，这种不平等待遇并非没有正当理由：正义不是给予每个人同样的待遇，而是给予每个人应得的东西（“*suum cuique tribuere*”）。外国人比国内投资者更容易受到投资所附带的主权风险和东道国任意行动的影响，因此，一项合法政策可以给予外国更广泛的保护范围。

但要使投资者享有这一额外权利，就必须有一个交换条件（“*quid pro quo*”）：鉴于投资条约的既定目标是促进私人资本流入缔约国，因此在任何投资仲裁中，申请人必须证明其是受保护的国外投资者，并在相关时间拥有或控制在东道国的投资。加洛先生只能证明他是美国公民，但他没有收集到令人信服的证据，以证明在《亚当斯矿湖法案》颁布时他是公司的所有者。在这种情况下，由于不能获得《北美自由贸易协定》所提供的额外保护，则申请人和公司必须诉诸加拿大法律，特别是《亚当斯矿湖法案》规定的一般补救办法。<sup>①9</sup>

## 二、案例评析

### （一）借助股权变动挑选法院的问题界定与法理分析

自管辖权的角度展开，加洛先生通过股权受让将原本为加拿大国内的争端诉诸国际

<sup>①7</sup> *Cementownia “Nowa Huta” SA v. Turkey*, ICSID Case, No.ARB(AF)/06/2, Award, 2009, para.112; *Societe Generale v. Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case, No.UN 7927, Award on preliminary objections to Jurisdiction, 2008, paras.106-107; *Saluka Investments B. V. v. Czech Republic*, PCA Case, No.2001-04, Award, 2006, para.244. (See Respondent’s Memorial on Jurisdiction, para.13).

<sup>①8</sup> *Supra* note 1, at paras.324-330.

<sup>①9</sup> *Supra* note 1, at paras.331-336.

投资仲裁庭的行为属于“挑选法院”（“forum shopping”）。“挑选法院”一词起源于国际私法和国内法领域，通常指争端方试图在对自己最有利的法院提出诉求。<sup>②①</sup>当前，在国际和国内法院或法庭管辖权相互影响的情况下，由于国际投资条约对“投资”“投资者”等定义的宽泛规定，明智的投资者往往会通过股权转让、协议控制、新设法人等形式对其公司结构进行精心筹划，使其投资尽可能获得一个或多个国际投资条约的保护，这样一来，投资者获得在国际层面诉请解决争端的选择权便成为可能。与之相关的一个概念是“挑选条约”（“treaty shopping”）。准确来讲，“挑选法院”和“挑选条约”在国际投资领域有所区别：“挑选条约”是为了寻求于己更有利的国际投资条约的保护，是在某几个国际投资条约之间进行选择；而“挑选法院”则是为了获得国际投资仲裁机构的管辖权，是在国内或国际的司法机构或仲裁机构之间进行选择。<sup>②②</sup>

从法理上来看，尊重当事人意思自治的国际法基本原则赋予当事方行使挑选法院的自由，<sup>②③</sup>挑选法院也在某种程序上促进了行为人对有关国际法的遵守和执行。鉴于此，国际法律体系并非明文禁止挑选法院。然而，当事方出于恶意滥用挑选法院策略，将争端诉诸明显不适当的司法机构或仲裁机构，此种行为将会受到谴责。国内和国际法律体系的经验表明，裁决机构对待当事方挑选法院的态度主要取决于是否具有管辖权的适当性和动机的正当性。前者主要通过当事方的争端与其所诉诸的裁决机构之间的联系来考量，后者主要通过善意原则、禁止滥用权利原则等国际法原则来考量。<sup>②④</sup>

## （二）股权变动影响属时管辖权的实践样态

从上述法理分析中可以看出，借助股权变动挑选法院的正当性与否主要是通过管辖权条款得以体现，不当的挑选法院可能导致裁决机构以缺乏管辖权为由驳回诉请。在国际投资仲裁领域，投资者进行国籍规划或调整公司结构而使股权发生变动的行为可能发生在有关争端之前，也可能发生在有关争端之后，甚至投资者提起国际投资仲裁程序之后。从这个角度而言，股权变动可能将对仲裁庭的管辖权特别是属时管辖权（“jurisdiction *ratione temporis*”）产生重大影响。

实践中，有些投资股权变动并不能使投资仲裁庭具有属时管辖权。比如，在本案仲裁庭引用的“凤凰公司案”中，一名捷克公民在以色列建立了凤凰公司并收购了捷克的两家子公司，凤凰公司在投资之后很快根据以色列 - 捷克 BIT 提起 ICSID 仲裁。该案仲裁庭从六个要件审查了投资是否属于“受保护的的投资”，并主要从善意原则的角度得出仲裁庭没有管辖权的结论，认为申请人进行投资时损害已发生，投资之后迅速提起仲裁，<sup>②⑤</sup>故申请人并非为了从事经济活动而投资，而只是为了将已存在的国内争端转化为适

<sup>②①</sup> 参见 [以色列] 尤瓦·沙尼：《国际法院与法庭的竞合管辖权》，韩秀丽译，法律出版社 2012 年 1 月版，第 166 页。

<sup>②②</sup> 参见黄世席：《国际投资仲裁中的挑选条约问题》，载《法学》2014 年第 1 期，第 62 页。

<sup>②③</sup> Report to the General Assembly on Model Rules on Arbitral Procedure, UN Doc. A/3859, [1958] Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, pp.82-88.

<sup>②④</sup> 同前注<sup>②①</sup>，第 186-187 页。

<sup>②⑤</sup> *Supra* note 15, at para.133.

用国际投资公约的国际争端,这种交易并非善意。<sup>25</sup>正如被申请人所主张的,凤凰公司收购捷克两公司的实际目的是为了将预先存在和纯粹的国内纠纷提交至国际司法机构,明显违背 ICSID 公约和 BIT 鼓励国际投资的基本目的和宗旨。<sup>26</sup>该案仲裁庭在正当国籍筹划与不当挑选法院之间划出较清晰的界限,既确保适格的跨国投资者在东道国的合法权利,避免申请人落入权利滥用的不当指控,又警惕东道国自身权利受到侵害,防止国际条约的规定沦为投资者获得国际投资仲裁庭管辖权的工具。

然而,也有一些案件的仲裁庭认定投资股权变动可以导致其拥有管辖权。比如,在“Tokios Tokeles 公司诉乌克兰案”(以下简称“Tokeles 公司案”)中,申请人 Tokeles 公司依据立陶宛法律成立,但乌克兰国民拥有 Tokeles 公司 99% 的已发行股票,该公司主要由乌克兰国民拥有和控制。1994 年, Tokeles 公司根据乌克兰法律创立全资子公司塔基事务所。申请人声称, 1994 至 2002 年期间,它在乌克兰子公司的投资总额超过 650 万美元。2002 年,申请人 Tokeles 公司及其子公司依据乌克兰 - 立陶宛 BIT 向 ICSID 提起仲裁。对于申请人能否被认定为真正的“立陶宛的投资者”,乌克兰主张“刺破公司面纱”,以实际控制人的国籍确定法人国籍。然而,仲裁庭指出,申请人在此案中并非为了获取 ICSID 管辖权而伪造法人人格,其没有试图向乌克兰隐瞒身份,申请人作为立陶宛法人的地位根据立陶宛和乌克兰的法律是明确的且被乌克兰知晓。申请人创建 Tokeles 公司的目的显然不是为了根据 BIT 向 ICSID 提起仲裁,因为该公司是在乌克兰 - 立陶宛之间 BIT 生效前 6 年成立的。<sup>27</sup>“Tokeles 公司案”的裁决表明,正当的挑选法院已被国际投资仲裁先例所接受,仲裁庭并不反对在投资争端发生之前股权变动的行为本身。

综合上述仲裁庭实践案例,在国际投资仲裁的不同阶段发生股权变动可能对属时管辖权产生不同的影响,仲裁庭的立场取决于个案的具体案情。大致而言,申请人在所谓的投资争端发生之前发生投资国籍变动的,且发生国籍变动时对争端没有可预见性的,得到仲裁庭认可和支持的可能性将大大增加,如“Tokeles 公司案”;但如果在投资争端发生之前不久、投资争端发生之后至提起仲裁程序时、甚至在提起仲裁程序后投资国籍发生变动的,则仲裁庭需要审查管辖的适当性和动机的正当性,而申请人很可能无法受到国际投资条约的保护,如“凤凰公司案”。<sup>28</sup>

### (三) 本案中股权变动引发管辖权争议的综合评析

单从“维托·G·加洛诉加拿大案”的仲裁裁决来看,本案主要讨论的是仲裁庭是否具有管辖权的问题,该争议是由加洛先生收购安大略公司股权所引发的。根据上述分析,仲裁庭可以考量的因素包括管辖的适当性和动机的正当性等。

就管辖的适当性而言,国际投资仲裁庭的管辖权来源于仲裁规则及国际投资条约等。从仲裁规则来看,提交 PCA 的国际投资仲裁案件多适用 UNCITRAL 仲裁规则,而

<sup>25</sup> *Supra* note 15, at para. 142.

<sup>26</sup> *Supra* note 15, at para. 34.

<sup>27</sup> Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case, No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 2004, paras. 55-56.

<sup>28</sup> 参见曾芳冰:《论投资权益转让对国际投资仲裁管辖权的影响》,载《商事仲裁与调解》2021年第6期,第123-140页。

本案仲裁庭适用的也是 UNCITRAL 仲裁规则。不同于 ICSID 公约第 25 条将管辖权明确限于一缔约国政府与另一缔约国国民间直接因投资而产生的法律争端，UNCITRAL 仲裁规则只要求在合同、条约或内国法中有允许将争端提交至 UNCITRAL 的仲裁条款。因此，《北美自由贸易协定》下的管辖条款成为本案裁决的主要依据。

在判断是否符合国际投资条约项下“投资”“投资者”的定义时，首先要根据国际法渊源的国际条约、习惯国际法、一般法律原则，特别是对《北美自由贸易协定》相关条款的通常含义进行文义解释。《北美自由贸易协定》第 11 章中没有对外国投资者投资时间的明确规定，争议焦点实际上是《协定》第 1117 条是否暗含了对“直接或间接拥有或控制法人”的时间要求。对此，本案仲裁庭已从文义解释标准进行了详尽的分析和论述。其次，作为辅助性渊源或实质性来源的国际投资仲裁先例也具有一定的参考价值，<sup>②9</sup> 最典型的便是“萨利尼案”仲裁庭提出的投资判断四项标准，即投入、持续时间、交易风险、对东道国经济的贡献。<sup>③0</sup> 本案中，双方就申请人加洛先生对东道国加拿大经济发展的贡献展开辩论。对此，本案仲裁庭指出，科特卢奇与加洛的口头协议不符合代理协议的模式，加洛先生不是科特卢奇先生的委托人或代理人，而是由科特卢奇先生给予指示，提供资金，承担商业风险并获得商业报酬。<sup>③1</sup> 由此，仲裁庭认为，该投资并非符合国际投资协定的适格“投资”。

就动机的正当性而言，在投资者符合对于国际投资条约相关条款的文义解释时，还需要考察是否符合善意原则、是否存在滥用权利的情况等。<sup>③2</sup> 其中，禁止滥用权利和程序原则是善意原则的具体体现。<sup>③3</sup> 东道国的国内投资本不享受国际投资条约的保护，若仅为了获得该投资条约的保护而对企业进行结构调整或股权变动，则可能被认定为存在滥用权利的恶意。然而，仲裁庭似乎认为只要投资争端发生之后至提起仲裁程序时发生股权变动即不符合属时管辖权的要求，比如，仲裁庭一致认为，“除非申请人能够证明在通过被质疑的措施时，该投资由投资者拥有或控制，否则不具有管辖权。”虽然投资争端发生之后股权变动一般是申请人恶意的重要考量因素，但实践中该行为是否符合属时管辖权的要求是有争议的。从“SG 公司诉多米尼加案”<sup>③4</sup>、“美孚公司诉委内瑞拉案”<sup>③5</sup> 等仲裁先例来看，即使投资者获得企业所有权或控制权的时间发生于投资争端之后，也需要考虑股权变动的动机是否出于善意、东道国措施对投资者的损害是否持续等因素。若投

<sup>②9</sup> Eric De Brabandere, *Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law*, in *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Tarcisio Gazzini & Eric De Brabandere (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p.249.

<sup>③0</sup> Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Morocco, ICSID Case, No.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 2001, para.52.

<sup>③1</sup> *Supra* note 1, at para.311.

<sup>③2</sup> 参见柯月婷：《论国际投资仲裁中的条约挑选问题——善意原则适用的视角》，载《国际经济法学刊》2019 年第 1 期，第 58-71 页。

<sup>③3</sup> 参见王玮：《善意原则在国际法实践中的应用研究——基于国际法院具体适用的类型化分析》，载《河北法学》2021 年第 4 期，第 171-184 页。

<sup>③4</sup> SG v. Dominica, LCIA Case, No.UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 2008, para. 110.

<sup>③5</sup> Mobil v. Venezuela, ICSID Case, No.ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 2010, paras.202-207.

投资者善意取得相应的股权权益,且申请人仅对受让股权后受到的损害提起索赔,则股权变动并不排除仲裁庭的属时管辖权。<sup>③⑥</sup>本案的申请人已经证明其是企业的唯一所有者或控制者,但未能证明其获得所有权或控制权的确切时间,<sup>③⑦</sup>从裁决完整性的角度考虑,最好就申请人收购股权的主观意图进一步阐释和分析,比如挑选法院是否是投资者获得所有权或控制权的唯一动机等。一方面,仲裁庭已经说明,申请人未能履行在法案颁布之前股权变动的证明责任;另一方面,若股权变动发生在法案颁布之后,则筹划股权变动的投资者显然知晓法案的存在且无法从事经济活动,仲裁庭不难证明申请人收购股权的恶意。

### 三、股权变动影响国际投资仲裁属时管辖权的中国因应

#### (一) 投资者实践层面: 尽早进行投资股权结构的国籍筹划

本案及其他相关案例已说明,只有投资者在争端发生之前或合理预见争端产生的“关键日”之前完成国籍变动,国际投资仲裁庭才具备属时管辖权。投资争端的发生与申请人变更国籍行为的先后顺序对管辖权具有决定意义。该时间点应为实际争端发生的时间,或者未来争端发生具有高度可能性的时间,前者是指双方已经对争议措施展开协商,后者是指东道国实施涉案争议措施时。<sup>③⑧</sup>

由于争端发生的准确时间或者极可能发生争端的时间通常难以确认,争端发生的时间与引起争端发生的事件时间之间往往存在模糊性,为了能够选择提供最大程度保护的司法机构或仲裁机构,我国投资者应尽早开展投资结构的股权变动等国籍筹划,如果在投资争端发生之后再转换国籍,或者变更国籍后短时间内诉诸国际投资仲裁,则目的明显为获得国际投资仲裁的管辖权,从而不符合受保护投资的时间要件。此外,我国投资者应关注目标投资东道国与其他国家之间国际投资条约下的实体条款和程序条款,就未来可能发生的无法预见的投资争端做好国籍规划等预案准备。

#### (二) 国际仲裁层面: 充分注重善意原则或禁止滥用权利原则的适用

投资者为挑选法院恶意股权变动的行为给东道国经济发展与国际投资发展造成诸多危害。其中,最为严重的问题可能是背离了鼓励和保护跨境投资等国际投资条约目的和宗旨,正如本案仲裁庭所指出的,外国投资者相较于本国投资者而言享有更优惠的待遇,应当确保赋予外国投资者的特权不被本国投资者滥用。类似地,“凤凰公司案”仲裁庭同样指出,如果任何国内投资者将股权权益转移给外国投资者就能享有国际投资条约的保护,那么国际投资仲裁庭的管辖权范围将无限扩大。对此,善意原则作为国际法

<sup>③⑥</sup> 参见曾芳冰:《论投资权益转让对国际投资仲裁管辖权的影响》,载《商事仲裁与调解》2021年第6期,第123-140页。

<sup>③⑦</sup> *Supra* note 1, at para.297.

<sup>③⑧</sup> 参见柯月婷:《论国际投资仲裁中的条约挑选问题——善意原则适用的视角》,载《国际经济法论刊》2019年第1期,第66页。

中的一项重要的基本原则,要求条约的解释应充分考虑其目的和宗旨,遵循善意原则处理国际投资争端可以有效防止对条约目的和宗旨的偏离。在投资股权变动可能影响国际投资仲裁属时管辖权的案件中,善意原则特别是禁止滥用权利原则是区分不当挑选法院和正当国籍筹划的关键,有助于筛选滥诉和减少诉累。

本案对我国的启示是,在提起国际投资仲裁程序中,我国东道国和投资者应充分重视援引善意原则或禁止滥用权利原则。首先,站在东道国的立场,从申请人对争端发生的可预见性、争端发生的高度可能性、股权变动的唯一动机是将国内争端国际化等角度,妥善运用善意原则或滥用权利原则,可以提高对申请人恶意的证明力和说服力。其次,站在投资者的立场,应当注重保留证明不知晓争端已经发生或无法预见未来争端发生的相关证据,防止东道国与仲裁庭质疑股权变动的动机。再者,从仲裁庭的角度而言,机械地将案件时间节点一刀切,只承认争端发生前完成股权变动的投资者国籍,显然缺乏可取性和解释力。结合对投资者的动机正当性考量,才能使仲裁裁决的法律分析更加完整和准确。

### (三) 国家缔约层面: 维护国家利益与投资者利益之间的平衡

本案涉及的投资条约是 1994 年生效的《北美自由贸易协定》,该协定作为区域层面全面引入投资者 - 国家争端解决机制的重大突破,在第 11 章对“投资”采取了封闭式定义,包括企业、企业的股权和债券、企业收入利润等。这种广泛的定义实际上已经大大超越传统意义上对企业产生实际控制的投资。随着《北美自由贸易协定》的生效和实施,国际投资争端解决机制对投资者和东道国利益保护的失衡逐渐受到国际社会广泛质疑,反对投资者在东道国享受超国民待遇的“卡尔沃主义”回归。以加拿大为例,自 20 世纪 90 年代以来,加拿大已在 27 个案件中作为被申请人接受仲裁,<sup>③</sup>因此,加拿大认为《北美自由贸易协定》下的投资争端解决机制更倾向保护投资者利益。目前,《北美自由贸易协定》目前已经被《美国—墨西哥—加拿大协定》所取代,加拿大在后者中退出了投资者 - 国家争端解决机制,这意味着国外投资者与加拿大政府之间、加拿大投资者与美国或墨西哥之间后续发生的争端,均无法通过现有的《美墨加协定》提交国际投资仲裁机构。

虽然本案仲裁庭对于“外国投资者和本国投资者差别待遇是合理的”表述可能受到“卡尔沃主义”者的批判,但是仲裁庭对于管辖权的裁决说明其能够合理约束自身权力,在本案中有效制止了《北美自由贸易协定》下投资者 - 国家争端解决机制的滥用。在国际投资争端解决机制改革的背景下,我国要在缔结国际条约的过程中充分考虑国家利益与投资者利益之间的平衡,尤其应当注意合理限制投资者 - 东道国争端解决机制的适用范围,避免国际投资仲裁庭的不当管辖侵犯东道国规制权。具体而言,审慎设置“投资”定义条款,明确可提交仲裁的投资争端事项,细化“用尽当地救济”条款作为提交

<sup>③</sup> 参见池漫郊:《〈美墨加协定〉投资争端解决之“三国四制”:表象、成因及启示》,载《经贸法律评论》2019年第4期,第16页。

国际投资仲裁的前置条款等,成为当前国家签订和更新国际投资条约的方向。

#### 四、结 语

“维托·G·加洛诉加拿大政府仲裁案”表明,投资股权变动可能导致企业所有者或控制者国籍改变,进而可能使一个国内投资转变为跨国投资。由此,转让的时间点对国际投资仲裁庭是否具有属时管辖权具有重要影响,正在争端发生之后或合理预见争端产生的“关键日”之后,或者无法证明在争端发生之前完成股权变动,将有极大可能被仲裁庭认定为恶意挑选法院,违反禁止滥用权利原则,因而做出不具有本案属时管辖权的裁决。此外,本案裁决中外国投资者相对于东道国国内投资者享有优惠待遇的讨论,反映出当前投资者-国家争端解决机制改革的焦点问题。在东道国规制权回归趋势日益强烈的时代背景下,在国际投资实践、司法、立法层面确定严格标准,避免投资者-国家争端解决机制被不资格主体所滥用具有重要意义。

---

**Abstract:** The case of Vito G. Gallo v. the government of Canada is an international investment arbitration case submitted to the Permanent Court of Arbitration (PCA) under the North American Free Trade Agreement. In this case, the Claimant, Mr. Gallo, sued the dispute between the Canadian enterprise and the Canadian government to the international investment arbitration tribunal as an international investor by purchasing the equity shares of the Canadian enterprise, but he could not prove the exact time when he acquired the ownership and control. The discussion on whether the Claimant abuses his rights, uses forum shopping strategy in bad faith and whether the arbitration tribunal has Jurisdiction Ratione Temporis in the case reflects the legitimacy of investors enjoying a certain degree of supranational treatment in the host country under the background of the current reform of investor-state dispute settlement mechanism.

**Keywords:** international investment arbitration; the assignment of investment interests; forum shopping; Jurisdiction Ratione Temporis; abuse of right

---

(责任编辑:赵一普)

# 国际投资协定中的利益拒绝条款

## ——以“可汗资源有限公司等诉蒙古案”为例

中国贸促会法律部编 本篇作者李妮\*

---

**内容提要** 国际投资协定中“利益拒绝条款”的目的是将缺乏实质性商业活动的“便利国籍”投资者排除在保护范围之外。近年来,围绕国际投资协定中“利益拒绝条款”适用和解释的争议日益增多,并逐渐成为国际投资仲裁的焦点之一。本文通过对可汗资源有限公司等诉蒙古仲裁案的案件事实、主要法律争议及裁决结果进行分析,探究投资协定中“利益拒绝条款”的可裁决性、适用要件和举证责任。最后,通过梳理我国缔结的国际投资协定中“利益拒绝条款”的现状,说明我国如何完善和应对。

**关键词** 利益拒绝条款 条约选购 国际投资协定 国际投资仲裁

---

国际投资协定旨在推动和促进跨境投资,为缔约方提供友好合作的机会和良好的制度保障,具有很强的互惠性。然而,对于一些投资者母国与东道国没有签订投资协定的投资者而言,无法获得有效的投资保护待遇,这些投资者开始利用“国籍规划”的方式调整公司架构,以最大限度的获取国际投资协定的保护。这种“条约选购”的行为潜在的扩大了国际投资协定的保护范围,将原本不受保护的投资者纳入了保护范畴,增加了东道国的责任风险,也破坏了投资协定的互惠性。为有效遏制这一现象,越来越多的国际投资协定开始纳入“利益拒绝条款”,防止那些以控股公司形式存在但没有从事实质性商业行为的非缔约国投资者“免费搭车”,为东道国维护本国权益提供潜在空间。<sup>①</sup>

本文以可汗资源有限公司等诉蒙古(Khan Resources v. Mongolia)为例,在阐述本案投资事实、被诉行为及主要法律争议的基础上,分别从国际投资协定文本规定和国际投资仲裁实践两个层面来分析仲裁庭在适用和解释“利益拒绝条款”时的困境,并深入剖析产生这一困境的缘由。最后,结合我国签订的国际投资协定中的“利益拒绝条款”现状,分别从国家缔约实践和投资者企业治理方面提出完善路径。

---

\* 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妮编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、耿鹏鹏审核。

① Louka A. Mistelis & Crina Mihaela Baltag, *Denial of Benefits and Article 17 of Energy Charter Treat*, Penn State Law Review, 2009, Vol.113:4, pp.1302-1322.

## 一、国际投资协定中的利益拒绝条款

20世纪40年代,美国系列《友好通商航海条约》中规定了“投资者和缔约国之间需存在真实的联系”构成了“利益拒绝条款”的雏形。此后,经历几十年的发展,“利益拒绝条款”开始普遍分布在各国签订的国际投资协定中的不同部分,其内涵也得到了不断丰富和发展。据联合国贸易和发展委员会(UNCTAD)投资政策中心统计,在已签订的2850多份投资协定中有215份协定包含“利益拒绝条款”。从包含“利益拒绝条款”的国际投资协定类型来看,该条款分别分布在双边投资协定、多边及区域投资协定中。例如,从双边投资协定的视角来看,大部分的美式双边协定均纳入了“利益拒绝条款”,例如《奥地利-美国BIT》、《瑞典-保加利亚BIT》、《中国-墨西哥BIT》等;从多边及区域视角来看,纳入“利益拒绝条款”的协定包含有《北美自由贸易协定》(NAFTA)、《能源宪章条约》(ECT)、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)及《美国-墨西哥-加拿大协定》(USMCA)等。尽管“利益拒绝条款”分布在这些协定的不同地方,但其目的都是为了将那些形式上满足投资者的定义,但在缔约国没有实质性商业活动的投资者排除在投资协定保护范围之外。

从现行国际投资协定“利益拒绝条款”的内容来看,拒绝的对象包含两类:一类是排除第三国投资者在缔约国设置邮箱公司来转投资。例如,ECT第17条第1款和NAFTA第1113条均规定了“非缔约方的投资者控制投资者企业,而该企业在其依据法律成立或组织的缔约方领土内没有实质性的商业活动,则缔约国可以拒绝该协定的利益”;另一类是排除提出拒绝的缔约国本国投资者的“返程投资”。例如,USMCA第14.14条规定的“利益拒绝条款”在措辞上与NAFTA第1113条没有太大差异,但是USMCA将“利益拒绝条款”扩展到假定的投资者不仅由非缔约国的人拥有或控制,而且也包括由拒绝获得利益的缔约方投资者拥有或控制的情况。在其他新一代国际投资协定中也可找到类似的规定。除此之外,现行国际投资协定中“利益拒绝条款”的拒绝情形大致可以分为三类:一是投资企业被非缔约方或拒绝利益的缔约方投资者所控制,且在其境内没有实质性商业活动。例如,CPTPP第9.15条第1款规定:“属于非缔约方或者拒绝利益的缔约方的个人所有或控制的企业,在除拒绝给予利益的缔约方之外的任何缔约方领土内无实质经营活动,缔约方可以拒绝提供投资章节利益”。二是排除与缔约方无“外交关系”的情形。例如,《美国投资协定范本(2012版)》第17条规定,“另一缔约方的投资企业是由非缔约国的投资者或者拒绝给予利益一方的投资者拥有或控制,且拒绝方与非缔约方没有正常外交关系,就可以拒绝将本协议利益授予另一缔约方”;三是缔约方对非缔约国进行经济制裁。例如,CPTPP第9.15条第2款规定:“缔约方可以针对属于另一缔约方企业的投资者以及该投资者的投资拒绝本章规定的利益,前提是该企业由非缔约方的个人控制或所有,并且拒绝利益的缔约方针对该非缔约方或该非缔约方的个人采取了或者仍保有相关措施,禁止与该企业交易或者如果该企业或其

投资享有本章规定的利益将违反或规避这些措施”。通过梳理国际投资协定中的“利益拒绝条款”，可以发现，并没有统一的“利益拒绝条款”模式，不同的协定在适用对象、范围和程序性要件方面存在差异。

## 二、案件概述

### （一）投资事实

1998年，俄罗斯普里阿根斯基（Priargunsky）、蒙古国有公司蒙古-额尔德尼（Erdene）与美国公司WM矿业公司（WM Mining）共同成立了中亚铀业公司（CAUC），目的是在多诺德省开发一个铀勘探和开采项目（以下简称“多诺德项目”）。<sup>②</sup>中亚铀业公司的创始人签署了以下三份文件：《成立有限责任公司“CAUC”的创始协议》（以下简称《成立协议》）、《WM矿业公司、普里阿根斯基和蒙古-额尔德尼关于蒙古东部艾马克（省）矿床开发的协议》（以下简称《矿产协议》）及《合资企业章程》。<sup>③</sup>中亚铀业公司成立初期，三方各持33.3%的股份。1996年12月12日，WM矿业公司将其持股比例增加至58%，同时蒙古-额尔德尼和普里阿根斯基各持股21%。此后，股权发生多次变更，最终蒙古-额尔德尼将在CAUC的股份于2009年转让给蒙纳托姆（MonAtom）。蒙纳托姆是一家由蒙古国家财产委员会（SPC）全资拥有和控制的蒙古公司。WM矿业公司的股份由万维蒙古矿业公司（World Wide Mongolia Mining Inc.）持有。2003年7月，可汗-加拿大公司（Khan Canada）收购了万维蒙古矿业公司在中亚铀业公司58%的股份，同时可汗-加拿大公司通过新成立可汗-百慕大公司（Khan Bermuda）来实际控制该股份，被收购的公司后来改名为中亚铀控股公司（CACU holding），可汗-加拿大公司又成立了可汗-蒙古公司（Khan Mongolia）和可汗-荷兰公司（Khan Netherlands）协助其在蒙古投资，可汗-蒙古公司75%的股份由可汗-荷兰公司持有，其余25%的股份由可汗-百慕大公司持有。<sup>④</sup>1998年中亚铀业公司获得在Dornod地区的237A采矿许可证，可汗-蒙古公司获得了9282X的勘探许可证，允许它在与采矿许可证所覆盖区域相邻的土地范围内进行放射性矿物勘探。申请人声称可汗-加拿大公司为Dornod项目花费了5000多万美元，并贡献了宝贵的智力资本和技术投资。<sup>⑤</sup>

### （二）被诉行为

2009年8月15日，《蒙古核能法》生效。2009年10月8日，蒙古核能机构发布了141号法令暂停采矿和勘探许可证。《蒙古核能法》规定蒙古在国家预算下开采铀

<sup>②</sup> Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, PCA Case No.2011-09, Decision on Jurisdiction, 2012, para.22.

<sup>③</sup> *Id.*, at para.23.

<sup>④</sup> *Id.*, at paras.24-28.

<sup>⑤</sup> *Id.*, at para.35.

矿的合资公司中,可以无偿获得不低于 51% 的股份。<sup>⑥</sup> 可汗 - 蒙古公司的采矿和勘探许可证随后被暂停,最终被取消。尽管蒙古行政法院和最高上诉法院均裁定撤销 Mining License 的行为是“明显非法的”,但蒙古方面拒不执行裁决,导致争议搁置。<sup>⑦</sup> 因此,2011 年 1 月,可汗 - 加拿大公司、可汗 - 蒙古公司和中亚铀公司联合依据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则(2010)》将相关争端提请仲裁,要求仲裁庭裁决被申请人违反了 ECT、国际法、蒙古外资法、《成立协议》和其他蒙古法,并要求被申请人赔偿不少于 3.26 亿美元的损失,这些损失包括合理的利润损失、直接和间接损失、有形和无形资产的损失。

### (三) 仲裁请求

#### 1. 申请人的仲裁请求

(a) 认定被申请人分别违反了 ECT、国际法、《外商投资法》、《创立合同》以及蒙古国法律;

(b) 要求被申请人支付不少于 3.26 亿美元的赔偿金,以补偿因被申请人的非法行为和不作为而遭受的所有损失,包括合理的利润损失、直接和间接损失以及被申请人造成的所有有形和无形财产损失;

(c) 要求被申请人支付与此次仲裁相关的任何和所有程序相关的所有费用;

(d) 要求被申请人支付裁决前后损失的利息,利率由仲裁庭确定;

(e) 给予律师可能建议的其他救济或仲裁庭认为适当的救济。

#### 2. 被申请人的仲裁请求

(a) 驳回申请人的所有请求,并声明被申请人未违反其在 ECT、国际法、《外商投资法》、《创立合同》或蒙古法律下的任何义务;

(b) 要求申请人支付与仲裁程序相关的所有费用,包括仲裁员和常设仲裁庭的费用,以及被申请人支付的其他费用,包括法律顾问和专家的费用以及利息;和

(c) 要求支付仲裁庭在自由裁量权下认定的适当其他救济。

### (四) 仲裁庭结论

(a) 裁定被申请人非法征收采矿许可证和勘探许可证的行为违反《外商投资法》第 8 条第 2 款。

(b) 裁定蒙古政府在可汗 - 荷兰公司投资的勘探许可证方面,违反了《外商投资法》第 8 条第 2 款,从而违反 ECT 第 10 条第 1 款,即保护伞条款。

(c) 被申请人应向申请人支付因其违反《外商投资法》和 ECT 的赔偿金,总计 8000 万美元。

(d) 自 2009 年 7 月 1 日至全额支付裁决赔偿金之日,被申请人应按照伦敦银行同业拆放利率加 2% 的年利率向申请人支付上述裁决金额的利息。

<sup>⑥</sup> *Id.*, at para.49.

<sup>⑦</sup> *Id.*, at para.54.

(e) 被申请人应立即向申请人支付仲裁费用以及与仲裁相关的其他合理费用,总计 907.414351 万美元。

双方的其他索赔和救济请求均被驳回。

### (五) 核心争议

本案管辖权争议方面,双方围绕 ECT 第 17 条第 (1) 款中的“利益拒绝条款”进行了辩论。<sup>⑧</sup> 被申请人认为 ECT 引入“利益拒绝条款”的目的是将 ECT 利益授予“真正的缔约国国民”,但不授予“与缔约国没有实际联系的投资者”,即使他们在技术上是在这些缔约国中的一个国家内组织起所谓“邮箱公司”。<sup>⑨</sup> 为此,被申请人从三个方面提出异议。首先,被申请人认为可汗 - 荷兰只是一家由加拿大国民拥有或控制的空壳公司,并且在荷兰没有开展实质性的商业活动,而 ECT 第 17 条第 (1) 款要求缔约一方“保留权利”拒绝向在其成立状态下“没有实质性商业活动”的公司提供第三部分的保护。因此蒙古作为东道国有权以“利益拒绝条款”为抗辩理由,拒绝给予可汗 - 荷兰公司 ECT 项下第三部分赋予的各项保护。其次,被申请人强调 ECT 第 17 条第 (1) 款还包括拒绝 ECT 第 26 条规定的争端解决机制条款,因为第 26 条被认为是申请人索赔的管辖依据。最后,被申请人围绕“利益拒绝条款”是否可以自动生效进行了讨论。被申请人认为国家“保留”拒绝福利的权利的声明并不意味着需要采取任何进一步行动来行使拒绝福利的权力,<sup>⑩</sup> 还提出如果缔约国希望事先通知“拒绝利益条款”的适用,则会明确规定强制通知要求。<sup>⑪</sup> 因此被申请人认为在仲裁开始后仍可以自动拒绝所有满足第 17 条第 (1) 款实质性条件的利益。

相反,申请人则认为,蒙古国不能根据 ECT 第 17 条第 (1) 款否认可汗 - 荷兰应获得的保护,并分别从 ECT 的条款、ECT 目的和宗旨以及国际法的相关规则进行说明。申请人强调,ECT 第 17 条第 (1) 款规定了各缔约方在某些情形下有权拒绝给予第三部分的保护权益,但该条款位于 ECT 的第三部分,其只适用于违反第三部分的行为,而且第 17 条第 (1) 款的解释不是管辖权问题,应排除对第 26 条争端解决机制的拒绝。同时,申请人认为 ECT 第 17 条第 (1) 款的条款并不构成自动拒绝,被申请人援引 *Plama v. Bulgaria* 案的裁决,说明“利益拒绝条款”本身并不构成拒绝保护的通知。因此,被申请人必须在投资者接受缔约方的仲裁同意书时就行使拒绝利益的权利。

仲裁庭首先从 ECT 第 17 条的文本规定入手,指出其含义是东道国可以拒绝给予投资者实质性的保护利益,但“利益拒绝条款”并不影响 ECT 第 26 条规定的争端解决机

<sup>⑧</sup> ECT 第 17 条第 (1) 款规定:“如果第三国的公民或国民拥有或控制该实体,并且该实体在其组织所在的缔约方区域内没有实质性商业活动,各缔约方有权拒绝给予第三部分(投资促进和保护)的保护权益……”

<sup>⑨</sup> *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia*, PCA Case No. 2011-09, 2012, Decision on Jurisdiction, para.252.

<sup>⑩</sup> *Id.*, at para.261.

<sup>⑪</sup> 例如《北美自由贸易协定》第 1113 (2) 条和《2004 年加拿大双边投资协定范本》第 18 (2) 款均明确规定了事前通知和磋商程序。

制的适用。同时,针对“利益否决条款”是否自动适用的问题,仲裁庭指出,根据《维也纳条约法公约》第31条以及ECT的宗旨和目的,第17条第(1)款规定当事方“享有”(“to reserve”)拒绝给予ECT第3部分利益的权利,“to reserve”的一般意思是拒绝给予条约利益的权利是被缔约方享有的,以待将来行使的权利,而且利益否决的权利必须积极予以行使。除此之外,仲裁庭在关于是否可以在仲裁开始后行使“利益否决权”的问题上,指出ECT的目的在于在能源领域创建一个稳定和可预测的法律框架,以在“互补和互利的基础上促进长期合作”。如果投资者根据ECT的要求进行了投资,在获得条约利益保护的基础上却随时有可能被东道国援引第17条第(1)款拒绝给予利益保护,那么该法律框架将被认为是具有较高的不可预测性,这将“阻碍投资者评估是否在特定国家进行投资的能力”,也与条约的宗旨也就不符。因此,必须在仲裁开始前就要积极行使ECT的“利益否决”条款。

### 三、简要评析

近年来,“利益拒绝条款”作为合格投资和投资者保护的例外开始引起各国关注,<sup>⑫</sup>以可汗资源有限公司等诉蒙古案为代表的一系列涉及“利益拒绝条款”解释和适用的案件也走进公众视野。然而,仲裁实践中关于“利益拒绝条款”的争议一直争论不休。通过梳理本案和其他几起同样涉及ECT第17条第(1)款的仲裁案件,我们发现争论的焦点主要集中在可裁决性、适用要件和举证责任。具体来说:

#### (一) 可裁决性

由于“利益拒绝条款”分布在国际投资的不同位置,使得拒绝给予保护的范围有所不同,这也导致仲裁庭对“利益拒绝”是否有管辖权发生不确定性。例如,NAFTA第1113条将“利益拒绝条款”的范围设定在第11章“投资促进和保护”中,该章节不仅包含投资保护还包括投资争端解决机制,这就使“利益拒绝条款”包含拒绝争端解决机制的内容。还比如,《中国-东盟投资协议》在第14条争端解决条款部分直接规定拒绝对“拥有缔约方国籍身份的投资者”予以适用。然而,ECT第17条将“利益拒绝条款”的范围限定在第三部分,该第三部分又不包含投资争端解决机制,但仲裁庭为维护第三部分的实体权利义务又必须通过争端解决机制,这就造成仲裁庭在是否适用“利益拒绝条款”时产生困境。本案中,被申请人蒙古认为拒绝的范围应该包括对仲裁庭管辖权的拒绝,但申请人认为第17条第(1)款的解释不是管辖权问题,应排除对第26条争端解决机制的拒绝,最终仲裁庭认定“利益拒绝条款”并不影响ECT第26条规定的争端解决机制的适用。同样,在其他一些涉及“利益拒绝条款”可裁决性的案件中,仲裁庭也作出了类似的裁决。例如,在Plama v. Bulgaria案中,仲裁庭认为“利益拒绝条款”并不包含第26条的争端解决机制,同时如果排除对争端解决机制的适用,将无法保障投资者获

<sup>⑫</sup> 明瑶华:《国际投资条约中的利益拒绝条款研究》,苏州大学出版社2019年,第7页。

得“投资促进和保护”部分提供的优惠待遇,使投资协定的功能发生偏差,对投资者来说是极不公平的。<sup>⑬</sup>在 *Yukos v. Russia* 案中,仲裁庭认为投资协定中的争端解决机制是为投资者提供的一种救济保护手段,如果“利益拒绝”包括争端解决条款,则投资者的合法权利可能无法产生预期效果。这些案件作出的裁决如出一辙,均认定投资争端解决机制本身就应该国际投资协定授权给投资者投资保护的重要组成部分,“利益拒绝条款”并不能排除投资者适用争端解决机制以获得的实质性保护。

## (二) 适用要件

在“利益拒绝条款”的适用条件部分,由于目前国际投资协定术语使用上的差异,导致其适用条件有所差别。

### 1. 实体性要件

在实体要件部分,我们以可汗资源有限公司等诉蒙古案中产生分歧的 ECT 第 17 条为例来予以说明。ECT 第 17 条第 (1) 款规定:“一个法律实体如果被或第三国的居民或国民拥有或控制,并且该实体在所成立的缔约方境内没有从事实质性商业活动”。这就表明 ECT 中“利益拒绝条款”的构成要件包括:1) 法律主体为非缔约国的私人拥有或控制;2) 在其名义上的国籍国没有从事实质性的商业行为。对于第三国的理解较为容易,是指缔约国以外的第三国的投资者,这也表明 ECT 没有规定本国国民“返程投资”的拒绝问题。

对于“拥有和控制”而言,由于条约文本的模糊和仲裁实践的前后不一致,使得“拥有和控制”的判断标准很难界定,非常容易引起歧义。ECT 在解释说明“投资”概念中的“直接或间接拥有或控制的资产”指出需要根据实际客观情形分别予以甄别,这说明对“拥有或控制”的解释应依据个案情形分别予以考量。为此,可以参照和借鉴《服务贸易总协定》(以下简称 GATS) 中关于“拥有和控制”的判断标准,<sup>⑭</sup> 超过 50% 表决权的便属于“拥有”,能管理、任命大多数董事和机构管理人员并发挥实质性指导作用的为“控制”。

对于行使“利益拒绝条款”的另一实体性要件“没有从事实质性商业行为”似乎没有任何条约对此标准作出深入说明。<sup>⑮</sup> 根据字面含义理解,实质性商业行为应该超出法律要求的通常的表面行为,如交税、召开股东会议等,也应远远高于东道国法律规定的最低程度的商业行为。<sup>⑯</sup> 国际投资仲裁实践也是笼统的根据案件事实予以确认,尚未就“实质性商业活动”达成统一判断标准。例如,在 *Pan American Energy v. Argentine* 案中,仲裁庭根据公司年度报表中的记录的公司雇佣员工 37000 名,并在 50 多个国家设立营

<sup>⑬</sup> *Plama Consortium Limited v. Bulgaria, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/O3/24, 2005, para. 147.*

<sup>⑭</sup> GATS 第 28 条规定判断法人“拥有或控制”标准:(1) 由一成员的个人所“拥有”,如该成员的人实际拥有的股本超过 50%;(2) 拥有任命其大多数董事或以其他方式合法指导其活动的权力为“控制”。

<sup>⑮</sup> 漆彤:《论国际投资协定中的利益拒绝条款》,载《政治与法律》2012 年第 9 期,第 102 页。

<sup>⑯</sup> 张晓静:《投资条约中的利益否决条款研究——由“艾美特公司诉乌克兰案”引发的思考》,载《法商研究》2012 年第 6 期,第 104 页。

业场所为依据,判定申请人在阿根廷开展了实质性商业活动;<sup>①7</sup>在可汗资源有限公司等诉蒙古案和 *Plama v. Bulgaria* 案中,申请人主动承认没有在公司成立地从事重大商业活动,仲裁庭因此认定其没有实质性商业活动,但并没有就认定标准予以说明;在 *Tokios Tokelés v. Ukraine* 案中,仲裁庭依据申请人提供的企业四个年度的财务报表、雇佣员工信息及企业加工生产记录认定申请人在系列活动构成实质性商业行为。<sup>①8</sup>除此之外,还有一些案件也是简单根据缴纳税款、产品信息、雇佣员工信息、成立场所等信息来认定实质性商业行为。由此可见,各仲裁庭是依据具体个案情形进行判断,认定标准也无规律可供遵循,无法推导出统一的适用标准。

## 2. 程序性要件

可汗资源有限公司等诉蒙古案中,程序性适用要件的争议点集中在投资者满足实体性要件后“利益拒绝条款”是否自动启动的问题。这主要缘于 ECT 中并没有规定事前通知和磋商的程序性要求。ECT 中采用的表述是“缔约国保留拒绝的权利”这一术语,表明投资协定赋予缔约方“利益拒绝”的主动权,至于缔约方是否会采用以及何时采用则无限制性要求,这也表明了国际投资协定促进投资的主旨目标。但在仲裁实践中,由于文本的模糊性,导致当事人在适用“利益拒绝条款”时发生争议,东道国往往认为是该条款属于自动适用,并不要求东道国采取积极的行动。然而,在 *Plama v. Bulgaria*、*Yokus v. Russia* 及 *Khan v. Mongolia* 等案件中,仲裁庭一致认为缔约方必须主动积极的行使 ECT 第 17 条第 (1) 款赋予的拒绝权利,要求东道国给予投资者事前通知才能使“利益拒绝条款”产生法律效力。然而,关于东道国向投资者提出通知的时间点,不同的仲裁庭作出了不一致的认定。例如,在 *Plama* 案中仲裁庭认定东道国应在投资者作出投资之前作出通知,*Yokus* 案并没有具体时间点,*Amto (Latvia) v. Ukraine* 案则认为东道国可以在任何时间行使拒绝权利,*Anatolie Stati v. Kazakhstan* 案则认为必须在争端发生之前行使。这表明由于协定文本的模糊性,仲裁庭的解释方法存在差异会在程序性要件的认定方面存在差别。

另外,也有一些国际投资协定明确规定了磋商和事前通知的程序要求。例如 NAFTA 第 1113 条、《中国 - 墨西哥 BIT》第 31 条、《中国 - 新西兰 BIT》第 149 条等。在规定磋商和事前通知的情形下,不同协定又根据拒绝的不同情形进行了分别规定。例如,NAFTA 在对因无外交关系或被制裁方的投资者进行拒绝无需磋商和通知,对无实质性商业活动第三国投资者需要通过磋商和事前通知才能拒绝。

### (三) 举证责任

同其他的一些纳入“利益拒绝条款”的国家投资协定类似,ECT 第 17 条也没有明确规定适用“利益拒绝条款”的举证责任。尽管国际仲裁认可“谁主张谁举证”的一

<sup>①7</sup> *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/03/13, Decision on Jurisdiction, 2006, paras.203, 204, 221.

<sup>①8</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 2004, para.37.

般证据规则,但该主张是否适用于“利益拒绝条款”仍充满争议。在 *Plama v. Bulgaria* 和 *Amto (Latvia) v. Ukraine* 案中,仲裁庭认定承担举证责任的是申请人,因为申请人有义务证明其是否满足投资协定中“投资者”的条件,其中包含拥有或控制的权力到底归谁。但是, *Yokus v. Russia* 案则提出了不同的主张,认为在东道国作为提出“利益拒绝条款”的申请人,举证责任就被转移到东道国,其有义务就是否具备“利益拒绝条款”的各项要件进行证明。然而,将举证责任转移给东道国又会导致东道国获取企业信息的困境,尤其是外国投资企业一般股权分配较为分散,东道国无法有效获知企业信息,为此,一些仲裁庭开始采用灵活的举证责任方式。例如,在 *Amto (Latvia) v. Ukraine* 案中,仲裁庭在要求东道国举证的同时,强调申请人有义务证明自身是适格投资者的举证责任,这就有利于东道国对证据信息的手机,有助于平衡投资者和东道国之间的责任分配。

综上所述,通过探究适用“利益拒绝条款”的主要争议,发现其根本原因在于国际投资协定文本规定的模糊性,大多数协定并未就实体和程序性的关键性信息进行解释说明,这就导致仲裁庭适用协定时缺乏统一指引。同时,国际投资仲裁中不同仲裁机构、仲裁规则及仲裁员背景、身份的差异也会导致案件审理存在偏差,并且仲裁裁决一裁终局,无法获得上诉机制的纠正,也会导致投资协定的解释和适用无法获得统一适用和理解。总之,因“利益拒绝条款”适用产生的争端逐渐递增。为最大限度的发挥该条款效力,防止投资者滥用权力,应对投资协定文本进行细化,准确反映缔约国意愿,从而达到平衡投资者和东道国之间关系的目的。

## 四、我国的现状及应对

### (一) 我国签订的投资协定中的“利益拒绝条款”

自 20 世纪 80 年代中期,我国为吸引外商投资促进国内经济发展开始频繁签订双边投资协定,但初期的协定内容多是以为外国投资提供保护为核心,并没有对投资设定限制。随着经济的发展,我国开始升级优化外商投资,并关注到“邮箱公司”给我国经济带来的风险,开启了在国际投资协定中纳入“利益拒绝条款”的实践。《中国—墨西哥 BIT》是我国签订的第一个包含“利益拒绝条款”的双边投资协定,其中第 31 条规定:“缔约双方可以共同磋商决定拒绝将本协定之利益授予缔约另一方之企业及其投资,如果该企业系由非缔约方之自然人或企业拥有或控制。”该文本表述较为简单,但排除范围较为广泛,双方可以共同磋商将非缔约方的自然人或法人拥有和控制的企业进行排除,并无实质性商业活动要求。至此,我国开始在签订的投资协定中开始纳入“利益拒绝条款”,但由于文本表述的差异,不同协定的排除范围和构成要件有所差异。通过梳理我国缔结的包含“利益拒绝条款”的投资协定,可以发现:第一,我国的“利益拒绝条款”不仅排除第三国无实质性商业活动“邮箱公司”,还包括拒绝授予利益缔约方的投资者的“返程投资”。例如,《中国—新西兰 BIT》、《中国—加拿大 BIT》、《中国—东

盟 FTA》均属此种类型。<sup>①9</sup> 第二,我国的“利益拒绝条款”不仅考虑投资者的国籍因素,还将外交因素纳入其中。例如,《中国—乌兹别克斯坦 BIT》第 10 条规定:“拒绝受惠的缔约一方与该非缔约方没有外交关系。”与此类似的协定还包括《中国—东盟 FTA》、《中国—韩国 BIT》、《中日韩投资协定》等。第三,从程序性构成要件来看,我国的“利益拒绝条款”有的要求进行磋商和事前通知,有的则并无此要求。例如,《中国—韩国 BIT》、《中国—中国台湾 BIT》、《中国—乌兹别克斯坦 BIT》、《中日韩投资协定》并没有就磋商和事前通知的要求,但是在《中国—东盟 FTA》、《中国—新西兰 BIT》及《中国—秘鲁 BIT》均要求提出利益拒绝的东道国进行事前通知和磋商。另外《中国—加拿大 BIT》第 16 条规定了一方缔约国行使拒绝权的时间是“仲裁程序开始后的任何时间”,并且在第 3 款还予以进一步确认,规定“缔约方可按照第三部分启动仲裁程序之后的任何时候,依据第一款和第二款拒绝授予本协定的利益。”<sup>②0</sup> 这不仅解决了投资仲裁中行使“拒绝利益”的时间问题,也从侧面表明了该条款具有溯及力。鉴于此,通过梳理我国的“利益拒绝条款”,可以发现其内容种类各有不同,并没有统一的规律和模式,条约文本术语较为模糊,未来在适用该条款时容易发生争议。但总体而言,条款文本的内容不断趋于完善。

## (二) 我国应对之策

从缔约国层面来看,要细化并完善投资协定文本:在推动我国企业“走出去”和“一带一路”倡议的大背景下,我国新一轮国际投资协定谈判要充分考虑投资的双向性。未来我国在引入“利益否决条款”时应注意:第一,明确“实质性商业行为”的判断标准,例如通过投资资本、运营存续时间、纳税情况等为标准来确定是否存在“实质性商业行为”,并可以规定实质性商业行为应在争议发生前就存在。第二,结合国内法明确“拥有和控制”的判断标准。例如,可以对直接控制和间接控制区分对待,尤其是在间接控制的情形下以能确定投资者真正的控制人的层级为标准。第三,明确“通知”的时间点。由于缔约国是否主动适用“利益否决条款”对投资者的应对具有影响,这就需要明确东道国“通知”的时间。为此可以参照《ECT 现代化协议》,在“利益否决条款”部分明确规定援引利益否决条款的时间表,包括在仲裁程序开始后适用该条款的可能性,规定该条款不受事先正式通知的约束,并列明了可能拒绝保护投资的情况,特别是维护国际和平和安全,包括保护人权。<sup>②1</sup> 第四,明确举证责任。“谁主张,谁举证”是举证责任的一般原则,但在仲裁实践中仲裁庭会要求申请人与被申请人彼此协调、互相补充。但是对

<sup>①9</sup> 例如,《中国—新西兰 BIT》第 11 章第 149 条规定:“经事先通知及磋商,一方可拒绝将本章的利益给予:(1) 另一方投资者,如果该投资是由非缔约方的人拥有或控制的企业进行的,且该企业在另一方境内未从事实质性商业经营;或者(2) 另一方投资者,如果该投资是由拒绝给予利益一方的人拥有或控制的企业进行的,且该企业在另一方境内未从事实质性商业经营。”

<sup>②0</sup> 《中国—加拿大 BIT》第 16 条第 3 款规定:“为进一步明确,缔约方可在包括按照第三部分启动仲裁程序之后的任何时候,依据第一款和第二款拒绝授予本协定的利益。”

<sup>②1</sup> 2022 年 6 月 24 日,能源宪章会议在经历 15 轮谈判后公开了《ECT 现代化协议》。

东道国来说,收集投资者商业运行的资料存在困难。为此可以规定在“利益否决条款”的适用中由投资者承担举证责任,东道国对申请人提供的证据存在异议时,由东道国举证。这有利于实现投资者与东道国之间利益的平衡。

从投资者视角来看,在规划境外投资必须考虑“利益拒绝条款”的适用效果。当前,不仅我国签订的一些投资协定纳入了“利益拒绝条款”,我国正积极申请加入的CPTPP第9.14条也规定了“利益拒绝条款”,这些条款极可能成为我国投资者境外投资过程中面临的一大隐患,将深刻影响投资效果。为此,对投资者来说应尽量避免触发“利益拒绝条款”的适用。这就需要在选择投资目标国时做好法律尽调工作,尽早进行投资规划,善意地选择对己方有利的投资协定,提早防范在投资目的国可能发生的各类风险。同时,我国投资者也需要从内部治理层面做好投资管理工作,要调整股权结构增强对外投资公司的独立性,优化公司股权结构、转变公司治理方式,维持投资公司在投资经营存续期间的必要活动,满足实质性商业活动要求的经营记录、雇佣人员信息、财税报告等证据,还可以通过与本地公司进行合作以增强本地化程度等。

## 五、结 语

国际投资协定中的“利益拒绝条款”作为投资者保护的限制性条款,不仅是防止投资者滥用权利的屏障,也是投资协定互惠性的守护者。<sup>②</sup>该条款的目的在于避免投资协定被“恶意”适用,潜在维护东道国的利益。然而,结合仲裁实践,发现仲裁庭在该条款的可裁决性、适用要件及举证责任方面仍存在诸多争议,而且大部分仲裁庭在适用“利益拒绝条款”时都做出了有利于投资者的解释,使得“利益拒绝条款”难以取得预期效果。究其原因,主要是因为协定文本的模糊造成适用标准的不确定。因此,在国际投资协定国家主权开始“回归”的背景下,明晰“利益拒绝条款”适用要件,细化各项适用标准,不仅有利于仲裁庭适用和解释的统一性,也有助于更好维护国家的主权利益。

---

**Abstract:** The “denial of benefits clauses” in the international investment agreement is to exclude the “nationality of convenience” investors devoid of economic substance from the scope of protection. In recent years, the controversy surrounding the application and interpretation of the “denial of benefits clauses” in the international investment agreement is increasing, and it has gradually become one of the focuses of international investment arbitration. This article reviews the factual background of the dispute, addresses the main

---

<sup>②</sup> Crina Baltag & Loukas A, *ECT Modernisation Perspectives: ECT Modernisation and the Denial of Benefits Clause: Where the Practice Meets the Law*, <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/06/arbitrationblog.kluwerarbitration.com-ECT-Modernisation-Perspectives-ECT-Modernisation-and-the-Denial-of-Benefits-Clause-Where-the-Practice.pdf>, last visited Nov.13, 2022.

legal issues, summarizes the Tribunal's findings of *Khan Resources v. Mongolia*. Then, on this basis, it explores the arbitrability, application requirements and burden of proof of "denial of benefits clauses" in the investment agreement. Finally, this paper reviews the status quo of "denial of benefits clauses" in the international investment agreement concluded by China and explains how to improve and cope with it.

**Keywords:** denial of benefits clauses; treaty shopping; international investment agreement; international investment arbitration

---

---

(责任编辑: 赵一普)