



商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION



2023 / 第1期

双月刊(总第17期)

主管单位:中国国际贸易促进委员会

主办单位:中国仲裁法学研究会 中国贸易报社

商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

二〇二三年第一期

总第十七期

商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

2023年 第1期 / 双月刊 / 总第17期

顾问委员会

主 任 任鸿斌

副主任 (以姓氏笔画为序)

王利明 王俊峰 王胜明 甘绍宁 黄 进

编委会

主 任 张月姣

副主任 柯良栋 于健龙

委 员 (以姓氏笔画为序)

万 猛 王 轶 王 强 王国华 王承杰 王春阁
王贵国 王雪华 车丕照 尹 飞 孔庆江 石静霞
龙卫球 卢 松 叶 军 叶金强 申卫星 冯 果
刘 超 刘正富 刘亚军 刘晓红 刘敬东 杜新丽
李 虎 李仕春 李伟芳 李寿平 杨建学 肖永平
何志鹏 沈四宝 宋连斌 初北平 张 伟 张 忠
张志成 张勇健 张振安 张晓君 陆春玮 陈思民
林志炜 周江洪 单文华 聂文慧 贾东明 徐涤宇
唐功远 彭国元 喻 敏 蔡晨风 廖永安 谭 剑
潘剑锋 薛 虹 魏 东

Gabrielle Kaufmann-Kohler Matthew Gearing QC

主 编 许素亭 执行主编 谭 剑 副主编 李 薇

责任编辑 马 琛 冯 硕 吕 辉 刘 纲 许天舒 许文超
孙保国 李贤森 李泽明 杨 敏 佟 尧 沈 健
张靖昆 范卫国 胡余嘉 段 明 洪慧敏 顾 涛
郭菲菲 桑远棵 黄晨亮 崔新民 蒋丽华 傅攀峰
魏 庆

印 刷 北京市庆全新光印刷有限公司

主管单位 中国国际贸易促进委员会

主办单位 中国仲裁法学研究会 中国贸易报社

出版单位 《中国对外贸易》杂志社

中国贸促会
微信公众号二维码



中国仲裁法学研究会
微信公众号二维码



中国贸易报社
微信公众号二维码



征稿启事

1. 来稿篇幅一般在8000-15000字。
2. 来稿请注明作者信息,并附200-300字中英文摘要、关键词及英文标题。
3. 本刊已被CNKI中国知网、北大法宝数据库收录,作者应保证对其作品具有著作权,并不侵犯其他个人或组织的著作权,且系未发表的中文作品。
4. 本刊发表稿件不收取任何形式的版面费、审稿费。
5. 投稿&联系邮箱:shangzhong@ccpit.org。

主办单位

中国仲裁法学研究会

联系电话 010-82217975

地 址 北京市西城区桦皮厂胡同2号
国际商会大厦13层

邮 编 100035

中国贸易报社

联系电话 010-84541822

地 址 北京市朝阳区北三环东路静
安西街2号楼

邮 编 100028

为不同国家和地区的商业主体 提供一流的争议解决服务



北京仲裁委员会
Beijing Arbitration Commission
北京国际仲裁中心
Beijing International Arbitration Center

地址：北京市朝阳区建国路118号
招商局大厦16层

邮编：100022

电话：(010) 6566 9856

传真：(010) 6566 8078

网站：www.bjac.org.cn



仲裁厅

示范条款

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心按照其仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。



扫码了解更多仲裁信息

北仲简介

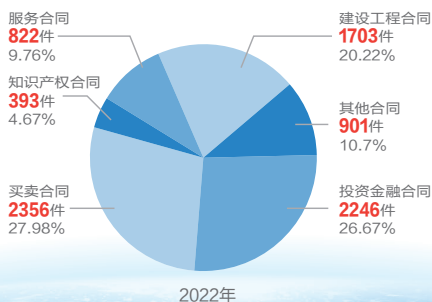
北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心（简称北仲）是依据《中华人民共和国仲裁法》于1995年9月28日设立的常设仲裁机构。成立二十余年来，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上具有一定影响力的多元争议解决中心。自2013年起，北仲组织行业专家编写中英版《中国商事争议解决年度观察》并于海内外发布，搭建了中外业界交流的重要平台。2017年北仲受邀成为联合国国际贸易法委员会争议解决第二工作组观察员。2018年北仲被最高人民法院首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制。2019年北仲正式施行《国际投资仲裁规则》，为国际社会讨论国际投资仲裁改革提供一份“中国方案”。北仲还提供商事调解、工程评审等多元争议解决服务。

北仲的优势

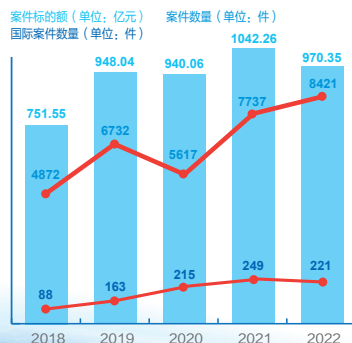
- 截至2022年12月31日，北仲共受理仲裁案件66,957件，所涉争议金额共计7,199.85亿元人民币，拥有丰富的处理各类商事纠纷的经验。
- 仲裁案件的当事人来自63个国家或地区。
- 每年约75%的仲裁案件至少一方非北京当事人，约25%的案件双方均非北京当事人。
- 过去三年，北仲案件的平均审理时长为106.28天，彰显了北仲的案件管理效率。
- 北仲率先在国内采用国际通行的仲裁收费模式，将仲裁费用区分为仲裁员报酬和机构费用，并允许仲裁员按小时计费，助力当事人更好地管控争议解决成本。
- 北仲于2022年修订仲裁规则，规定首席仲裁员可以由边裁共同选定，仲裁庭可以决定进行网上开庭。

北仲处理仲裁案件情况

仲裁案件类型



案件数量/案件标的额





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



中国国际经济贸易仲裁委员会（简称“贸仲”，英文简称CIETAC）是依据中央人民政府政务院决定于1956年设立的、以仲裁的方式解决国际、涉外和国内商事争议的常设仲裁机构。

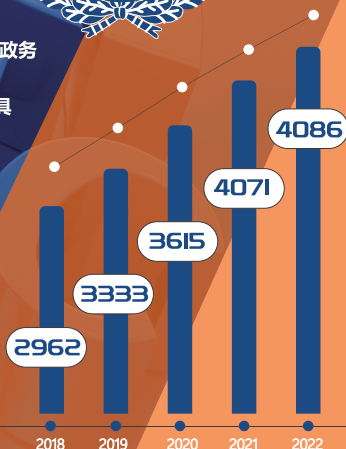
经历60余年的发展，贸仲已成为世界上最重要、最有影响力的国际仲裁机构之一，形成具有自身特色的、以商事仲裁为主的多元化争议解决服务格局，被誉为“中国仲裁的国际品牌，国际仲裁的中国经验”。60多年来，贸仲共受理了5万多件案件，案件当事人遍及世界150多个国家和地区，仲裁裁决在全球范围内得到广泛承认与执行。多年来，贸仲以其悠久的历史、卓越的业绩奠定了中国仲裁的领先地位，打造了中国仲裁的国际品牌，是世界上主要的常设国际仲裁机构之一。2021年，贸仲被业界权威的《国际仲裁调查报告》评为全球最受欢迎的五大仲裁机构之一。

选择贸仲——中国仲裁的国际品牌

主要业务数据：持续增长，国际前列

受案数量逐年增长，争议标的大幅增加

- 仲裁案件数量**连续五年**保持增长，2018-2022年共受理案件**18067**件
- 其中涉外案件共计**3156**件，平均每年受理涉外案件数量近**650**件
- 争议标的额**连续五年**突破**千亿元**大关，2018-2022年受理案件标的额**5857**亿元，其中2022年达**1269**亿元
- 2018-2022年受理标的额超**亿元**案件共计**955**件，标的额超**十亿元**案件近百件，其中2022年受理上亿元案件**188**件，含**10亿元**以上案件**17**件，同比增长**6%**



1897

仲裁员名册现有仲裁员**1897**名



1306

中国内地仲裁员**1306**名



591

外籍及港澳台仲裁员逾**591**名



144

来自**144**个国家和地区



全覆盖

实现中国内地各省市全覆盖



112

包括**112**个与中国签署
共建“一带一路”合作文件的国家

\$ 千亿元

¥

连续五年

平均

650

涉外

3156

连续5年
18067

亿元案件

955

国际化因素不断提高 案件类型复杂多样

双方均为境外当事人的国际案件数量**83**件，同比增长**36%**

36%

双方均为境外当事人的国际案件争议金额**54**亿元，同比增长**47%**

47%

- 案件累计涉及**150**余个国家和地区的境外当事人，包括**60**余个“一带一路”沿线国家，其中2022年共受理涉及**32**个“一带一路”沿线国家的案件，覆盖**东盟全部10国**
- 2018-2022年，贸仲受理的双方均为境外当事人的国际案件数量为**313**件，争议金额**突破百亿元**，其中2022年受理的双方均为境外当事人的国际案件数量**83**件，同比增长**36%**，争议金额**54**亿元，同比增长**47%**
- 2018-2022年，外籍仲裁员共**396**人次参与审理**377**件案件，约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件共计**511**宗，其中，2022年外籍仲裁员共**87**人次参与审理**83**件案件，约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件共计**115**宗
- 受理案件复杂多样，仅以2022年为例，案件类型多达**20**种，靠前争议类型分别为建设工程、机电设备、货物买卖、股权投资转让、服务合同、自然资源和金融争议



广州仲裁委员会

GUANGZHOU ARBITRATION COMMISSION

案件受理量全国领先

涉外案件量居全国城市仲裁机构首位

将南沙打造成中国仲裁先行地

将广州打造成全球互联网仲裁首选地

奋力打造六大品牌

► 发布“广州标准”

制定发布推广全球首个互联网仲裁
“广州标准”

► 打造ODR平台

搭建首个亚太经合组织跨境商事争议
在线解决APEC-ODR平台

► 构建“四个共享”仲裁机制

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“3+N”仲裁庭审模式

创设发展以三大法系为框架的“3+N”
仲裁庭审模式

► 办好“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

► 探索元宇宙仲裁

研发全球首个智能机器人“云小仲”，
建设全球首个元宇宙仲裁院——
Meta City元邦仲裁院

选择广州仲裁委员会

- 2022年受理案件超3万宗，标的额近640亿元
- 受理10亿元以上案件同比增长50%，30亿元以上案件2件
- 双方均为商事主体的案件同比增长76%，受理涉“一带一路”沿线国家案件同比增长112%
- 2022年受理涉外案件（含港澳台地区）635宗，同比增长36%
- 境外仲裁员200多名，较之前翻了一番，境外仲裁员参与办案持续增长到2022年的250余件

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>





大连国际仲裁院

DALIAN INTERNATIONAL ARBITRATION COURT

激发大国仲发展新动力 建设东北亚仲裁新高地

作为大连地区“唯一”解决民事、商事纠纷的仲裁机构，大连仲裁委员会于1996年8月28日依法成立，2021年3月改制为提供公益性服务的非营利法人，同时使用大连国际仲裁院名称。改制后的大连国际仲裁院（大连仲裁委员会）秉承公正、独立、专业、高效的理念，贯彻落实“对内抓管理，对外树形象”的工作总基调，以塑造大连仲裁公信力为核心，创新工作举措，抓实抓细案件质量、效率、服务水平三大方面，让大连国际仲裁院乘着改革的东风，成功跻身全国仲裁先进行列，持续发挥优化法治化营商环境、护航城市经济健康发展的重要职能，开启大连仲裁事业发展新篇章。

对内抓管理 对外树形象 「改革首年突破百亿大关」

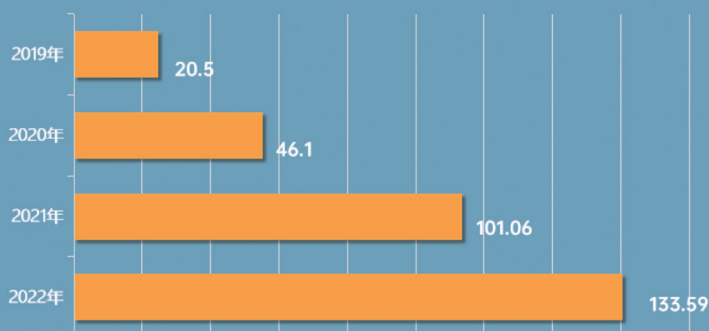
2021年-至今
标的额

330
亿

1996-2020受案标的共计：285.53亿元；
2021-至今：已达到330亿元。

受理案件标的额

案件标的额 单位：亿元



对标国际一流 重视用户体验

实现让不同区域的当事人，在大连就可以选择国内外顶尖的仲裁员审理案件，可以享受到具有国际水准的仲裁服务。



大连仲裁委员会公众账号



地址：大连市西岗区英华街55号

电话：0411 - 83682333

网址：www.diac.org.cn

高质量、高效率、高服务水平

目 录



商事仲裁与调解

1 月 10 日出版

2023 年第 1 期 (总第 17 期)

□ 高端访谈

提高仲裁发展质量,创建仲裁发展新格局·····	7
聚焦“四化”打造中国仲裁高质量发展新标杆·····	14
擦亮大连仲裁的金字招牌,推动建设东北亚国际仲裁中心·····	19

□ 特稿

论构建中国自主的调解学知识体系·····	廖永安	24
----------------------	-----	----

□ 实践研究

中国房地产纠纷实务观察之商业性房屋租赁合同无效 的类案归纳·····	中国仲裁法学研究会房地产仲裁研究专业委员会	34
---------------------------------------	-----------------------	----

□ 理论研究

已被撤销的仲裁裁决的执行——理论争鸣与比较法路径·····	孙 颖	51
专利权有效性争议可仲裁性的理论反思与制度构建研究·····	周晨宇 张 润	67
专利开放许可及其纠纷解决体系的构建·····	于伟艳 邵 伟	81

□ 青年学范

国际商事调解中的虚假调解问题及中国因应 ——以《新加坡调解公约》为视角·····	陈雅峥	93
论“一带一路”视野下仲调结合模式选择·····	宋雅洁	111

□ 案例分析

东盟国际投资仲裁第一案——Yaung Chi Oo 诉缅甸案评析·····	刘嫡琬	122
Mamidoil Jetoil 希腊石油产品协会诉阿尔巴尼亚共和国仲裁案评析·····	马燕飞	133
评洛文集团股份有限公司及雷蒙德·洛文诉美利坚合众国仲裁案·····	闫 涵	149

上述三起案例均为中国贸促会法律部编写

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 1, 2023 (Serial No. 17)

January 10, 2023

To Improve Quality of Arbitration Development, and Create New Development Pattern for Arbitration	(7)
Focusing on Modernization, Globalization, Digitalization and Artificial Intelligence to Create a New Benchmark for High-quality Development of Arbitration in China	(14)
Promote the Outstanding Reputation of Dalian International Arbitration Court, Build the Center for Arbitration in Northeast Asia	(19)
On Build the Autonomous Knowledge System of China's Mediation ...	<i>LIAO Yongan</i> (24)
Review on Real Estate Disputes in China: Focusing on the Invalidity of Commercial Lease Contracts on Urban Buildings	<i>Sub-committee for Real Estate Arbitration, CAAL</i> (34)
Enforcement of Annulled Arbitral Awards: Theoretical Controversies and Paths under Comparative Law	<i>SUN Ying</i> (51)
Research on Theoretical Reflection and System Construction of Arbitrability of Patent Validity Disputes	<i>ZHOU Chenyu ZHANG Run</i> (67)
Patent Open License and the Construction of Its Dispute Resolution System	<i>YU Weiyan SHAO Wei</i> (81)
The Issue of False Mediation in International Commercial Mediation and Chinese Response — From the Perspective of the Singapore Convention on Mediation	<i>CHEN Yazheng</i> (93)
On the Choice of Combined Arbitration and Mediation Model in the Perspective of Belt and Road	<i>SONG Yajie</i> (111)
The First ASEAN International Investment Arbitration Case: A Comment on <i>Yaung Chi Oo v. Myanmar</i>	<i>LIU Diwan</i> (122)
Case Comment on <i>Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania</i>	<i>MA Yanfei</i> (133)
Commentary on <i>Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America</i>	<i>YAN Han</i> (149)

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

提高仲裁发展质量,创建仲裁发展新格局

——专访贸仲委副主任兼秘书长王承杰

2022年,面对百年变局和世纪疫情交织叠加,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲委)着力提高办案质效,提升仲裁服务水平,稳步推进业务发展,夯实制度基础,推动国际一流仲裁机构建设,积极参与国内法治和涉外法治建设,创建仲裁事业发展新格局。本刊编辑部记者对贸仲委副主任兼秘书长王承杰进行了专访。以下是采访实录。

记者: 2022年中国经济经受了新冠疫情等多重内外部因素的严重冲击,在如此艰难的外部环境下,贸仲委依然取得了出色的成绩,可喜可贺。请您介绍一下去年业务的总体情况。

王承杰: 感谢期刊一直以来对贸仲委工作的大力支持。

2022年,贸仲委新受理案件4086件,争议金额为1269亿元(以下币种均为人民币),两项数据比上年都有提升,且均为历史新高。其中,涉外案件642件,争议金额374亿元;国内案件3444件,争议金额895亿元,同比增长36%。上亿元案件188件,含10亿元以上案件17件,增长6%。审结案件3822件,年末在办案件3201件。受理域名案件122件,审结136件。

2022年业务呈现以下特点:

一是案件国际化因素继续增加。从案件数量看,案件涉及83个国家和地区,其中当事人涉及69个国家和地区,包括32个“一带一路”沿线国家,覆盖东盟全部10国。涉外案件及参照涉外案件处理的案件来源地前十位分别是,中国香港、美国、德国、韩国、新加坡、英属维尔京、英国、开曼群岛、加拿大和日本。双方当事人均来自境外的案件数量83件,同比增长36%;争议金额54亿元,同比增长47%。从仲裁员选定看,在册外籍仲裁员中共87人次参与审理了83件案件。从仲裁语言看,约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件共计115件。从适用法律和条约看,当事人约定适用法律及国际条约包括《联合国国际货物销售合同公约》、《2000年国际贸易术语解释通则》以及中国香港法、新加坡法、乌兹别克斯坦法、英格兰及威尔士法、蒙古法等。

二是程序管理措施更加细致。从案涉当事人数量看,涉及多方当事人案件840件,占全部案件的20.6%;涉及多份合同案件822件,其中1件个案多达596个合同合并立案;涉及追加当事人案件26件。从程序管理环节看,作出管辖权决定39件,作出仲裁员回避/不予回避决定49件,指定/选定仲裁员5616人次,完成3381件案件组庭,举行开庭4393次,发出中英文程序函20余万件,召开专家咨询委员会5次研究重大疑难案件。

三是案件类型日趋多样且争议日趋复杂。2022 年受理的案件类型多达 20 种,案件数量排在前列的分别为建设工程、机电设备、货物买卖、股权投资转让、服务合同、自然资源和金融争议,其中自然资源类案件数量增长明显。股权投资、金融证券和建筑工程三大争议类型因普遍法律关系复杂、交易参与方多样、涉案金额高、审理难度大而为社会和行业所关注。贸仲委在处理这些案件的过程中充分尊重当事人意思自治和市场交易规律,积累了丰富的经验,独具审理特色,广受业内认可和关注。这三类争议涉及的主要事由如下:

股权投资类包括以投资、融资为目的的“对赌协议”“业绩补偿”“可转债”“可转股”,以及控股股权并购转让、期权、代持股权、一般股权转让等争议;金融证券类包括以融资工具发行协议、债券募集说明书等为代表的发行/认购争议,以场外期权、金融衍生品等为代表的交易争议,和以买断式债券回购交易、股票质押式回购等为代表的回购类争议等;建设工程类包括政府和社会资本合作协议(PPP)、建设经营转让协议(BOT)、设计采购施工工程总承包协议(EPC)、基础设施建设、矿井钻井、民商用建筑、装修设计等争议。

记者: 贸仲委取得如此亮眼的成绩,体现出贸仲委的办案质量得到了当事人的充分信任和认可。请您谈一谈,2022 年贸仲委在加强案件质量管理方面做了哪些工作?

王承杰: 贸仲委一直把案件质量管理作为最重要的工作来抓。加强程序管理,是提高案件质量的重要保障。2022 年,我们进一步夯实制度基础,力求更加公平公正规范高效地进行案件程序管理。

首先,我们注重总结提炼办案实践中的一些行之有效的好做法和新的经验,使其规范化、制度化。我们出台了《贸仲委〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉下管理案件内部指引》,提升适用国际规则化解纠纷的服务能力;修订了《秘书办案指南》《专家咨询委员会程序规定》等规范性文件,提高案件程序管理的专业性和规范性;制定了《类案及关联案件程序管理工作指引(试行)》,增强类案办理的指导性;出台了《仲裁送达工作指引》,进一步规范和完善送达工作流程;密切跟踪国际仲裁最新热点,针对仲裁前调解前置程序的效力、管辖权决定的作出、中间裁决、重新仲裁程序、紧急仲裁员程序、临时措施、合并仲裁程序、仲裁庭组成的透明度及效率、临时仲裁、第三方资助等十余项议题进行深入研究,形成初步研究结论,夯实规范仲裁程序管理的理论依据和实证基础。

其次,我们积极推进信息化建设,努力提升便捷化服务水平。一是着力解决受疫情影响立案、开庭及交换文件等程序可能的停滞问题,引导当事人网上立案、在线庭审,新建“贸仲私有云”文件送达系统,及时疏通三大程序堵点,使得程序管理效率大幅提升,当事人满意度进一步提高。2022 年通过网上立案申请 1340 件,占全年总立案量近三分之一;在线开庭 1906 次,占全年总量近二分之一,涉及 49 个国家和地区的当事人。二是下大力气加强信息化建设,优化办案网上流转功能,提高效率,确保全程留痕;搭建“贸仲私有云”,推进仲裁文书电子化送达平台建设;开发电子签章、秘书长签名章系统,提高签批效率,实现全程留痕、电子存档,杜绝隐患;完善贸仲委 APP 功能,扩容办公网络带

宽至 400M，优化网络资源配置，开通贸仲委视频号网络专线，保障网上庭审、会议、直播及办公网络访问速度流畅平稳；升级协同办公（OA）系统，确保手机移动终端顺畅处理办公事项；完善总分会线上会议、异地培训、总分会软件功能，进一步加快数字机构建设。

第三，我们持续加强仲裁员队伍建设。仲裁的好坏取决于仲裁员的水平。2022 年，我们继续强化仲裁员的培训、监督、管理，健全仲裁员动态管理监督考核机制，以制度建设为抓手提高治理效能和仲裁公信力，形成有效管理监督制约机制，确保仲裁员依法办案、履职尽责，努力打造一支德才兼备、公正高效、国际化的仲裁员队伍。

记者：作为中国仲裁的领军机构，除了办理案件之外，贸仲委一直都承担着促进对外经贸发展、服务社会发展的重要职责。2022 年贸仲委在这一方面都有哪些新的举措？

王承杰：在促进对外经贸发展方面，我们主要作了以下工作：

一是认真贯彻落实“一带一路”倡议，深化推进《“一带一路”仲裁机构北京联合宣言合作机制》落地见效。筹备多边合作工作组，完成法律查明机制前期工作，助力“一带一路”法治建设。

二是服务国家对外开放新的战略举措，为区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）推广落实提供保障。在广西南宁设立贸仲东盟庭审中心，成功举办 RCEP 及东盟国际仲裁高峰论坛，助力提升 RCEP 背景下中国—东盟商事法律领域合作水平，为 RCEP 高质量实施提供优质的法律服务和保障。

三是贯彻落实知识产权强国战略，加强知识产权保护机制建设。针对知识产权争议迅猛增加的新形势，设立了贸仲委知识产权仲裁中心，与中华商标协会、中国专利保护协会签订合作协议，成功举办知识产权保护及争议解决研讨会，推动完善我国知识产权争端解决制度，积极参与国际知识产权保护规则制定，促进知识产权领域更高水平对外开放和更高质量发展。

四是服务国家加强法治化国际化便利化营商环境建设新举措，积极参与福建海丝中央法务区建设，与中国自由贸易（厦门）试验区管委会签署《战略合作框架协议》，助力打造涉外争议解决优选地。

五是服务行业健康发展，在域名保护领域展现新担当。作为亚洲域名争议解决中心轮值主席单位，牵头完成域名裁决写作指引，成功举办亚洲域名争议解决中心理事会会议、域名争议解决实践发展研讨会、亚洲域名争议解决中心 20 周年年会等活动。20 周年年会吸引了 41 个国家和地区 53 万余人次在线观看，海外观看人数占比近 40%，充分展现了贸仲委在域名争议解决领域的国际影响力。

在统筹经济社会发展与疫情防控、服务市场主体方面，贸仲委也采取了很多措施，取得了很好的效果。

一是应对新冠疫情助企纾困。出台《当事人减退仲裁费的特别安排》，1800 宗案件享受仲裁费减退政策，切实减轻当事人费用负担，充分发挥贸仲委维护经济秩序和社会稳定的功能作用和担当。

二是建设运行亚太经合组织网上争议解决中国贸仲平台。贸仲委被司法部首批推

荐作为《APEC 跨境商事纠纷网上争议解决合作框架》下中国的网上争议解决服务机构,并获 APEC 正式认可,列入其官网目前仅有的 3 家网上争议解决服务机构之一,为中小微企业跨境贸易提供谈判、调解、仲裁多元争议解决方式一体化全流程在线争议解决服务。

三是提升企业海外风险防范能力。主办“贸仲直播间”国际仲裁系列讲座 8 期,其中涉及企业防范风险仲裁热点议题 4 期,并邀请 30 多名中外仲裁实务专家学者分享经验智慧,近 180 万人次在线观看。着眼于提升企业防范化解风险能力,贸仲委总分会通过线上线下举办上百场各类争议培训讲座等仲裁活动,累计上千万人次参加。

四是加强仲裁法治传播。在境内外媒体上加大宣传力度,中央电视台及时报道《贸仲委关于当事人减退仲裁费的特别安排》《贸仲东盟庭审中心正式落户广西南宁》《中国贸仲受理争议案件金额连续四年破千亿元》《中国贸仲委设立知识产权仲裁中心》《2022 中国仲裁高峰论坛—我国仲裁国际影响力逐步提升》等重要新闻,司法部官网登载《2022 中国仲裁高峰论坛暨第二届贸仲全球仲裁员大会发言摘登》,多次接受商法 CBLJ、《法治日报》访谈和专访,介绍中国贸仲委及国际仲裁发展,法治日报等相关媒体及时就贸仲委举办的冬奥会系列活动、中国仲裁周、中国仲裁高峰论坛、贸仲杯等活动进行追踪报道,讲好中国故事,传播中国声音,进一步提振了中外当事人对中国仲裁的信任和信心。

记者:中国仲裁法治建设是我国法治建设的重要组成部分,贸仲委在这方面的工作措施都有哪些?

王承杰:作为中国仲裁的代表性机构,落实党中央关于统筹国内法治和涉外法治的重要部署,贸仲委责无旁贷。

在培养涉外法治人才方面,2022 年,贸仲委成功举办了第二十届“贸仲杯”辩论赛,来自 93 支参赛队的 1000 余名境内外选手踊跃参赛,27 个国家和地区 230 位专家担任仲裁员,包括 186 场循环赛、14 场淘汰赛、决赛共计 201 场比赛,参与人数及比赛场次数均再创新高,国际影响力不断扩大。举办了 Voice of Moot 系列线上直播活动 15 期,为参赛选手提供专业指导,丰富参赛体验,逾 35 万人线上观看。成功举办了第十四届法兰克福国际投资模拟仲裁庭赛事预选赛,选拔和培养国家急需的涉外投资争议解决青年法律人才。与北京大学、中国人民大学、香港大学等 15 所境内外高校签署合作协议,设立硕士联合培养项目,推荐专家担任导师或开设国际商事投资仲裁课程,为培养具有国际视野、通晓国际规则、胜任跨境法律服务的涉外仲裁人才贡献力量。贸仲国际仲裁研究院推出了为期 3 个月的《联合国国际货物销售合同公约》等国际课程,全球近 20 个司法管辖区近 1500 名学员参与,在线浏览量突破 12500 人次。

在推动国内仲裁法治建设方面,贸仲委结合国际仲裁实践和我国涉外仲裁经验,向司法部提交 1.1 万字的《仲裁法》修改意见;应全国人大有关部门要求就《体育法》(草案)提出立法意见建议;配合全国政协双周会《仲裁法》修订专题调研,组织专家研讨会,征求境外专家意见,主持政协议政群小组研讨,为修法工作提供更广泛的参考基础;

为全国人大代表、全国政协委员十余份议案提案研提回复意见；应最高人民法院邀请就《民法典》合同编通则部分司法解释提供专业意见；应国家体育总局邀请就《体育仲裁委员会组织规则》《体育仲裁委员会仲裁规则》提出意见和建议。应相关立法、司法机关和行政管理部门要求，提供立法修法等意见建议 10 余件。

在参与涉外仲裁法治建设方面，贸仲委积极组织开展形势跟踪分析和课题研究，发布了《中国国际商事仲裁年度报告（2021—2022）》《“一带一路”沿线国家国际仲裁制度研究》《2022 年度中国企业走出去仲裁调研报告》等具有较高参考价值的专业报告；编辑出版《仲裁与法律》等。贸仲委还积极参与仲裁领域国际规则制定和文件审议，参加了联合国国际贸易法委员会第 55 届委员会会议以及仲裁与调解 / 争议解决、投资者与东道国争端解决机制改革、电子商务有关工作组会议 18 次，有关工作得到贸法会工作组肯定。

记者：贸仲委在向世界推广中国仲裁、促进中国仲裁国际化、建设国际仲裁新目的地方面，做了哪些工作？

王承杰：贸仲委一贯重视推动中国仲裁的国际化发展。除了努力提高案件办理的国际化因素之外，在办案实践方面，也积极进行国际化的探索，吸收借鉴国际先进做法，持续发挥行业中的引领作用。2022 年，贸仲委作出了 2 份紧急仲裁员决定，均获得了当事人自动履行；涉及第三方资助的仲裁裁决也首次得到人民法院司法审查认可，受到业内广泛关注。另外，贸仲委的仲裁裁决在境内外得到普遍认可，获得包括美国、英国、法国、澳大利亚、新加坡、中国香港、中国台湾等国家和地区法院的承认 / 认可和执行，机构的公信力进一步彰显。

在仲裁员队伍国际化方面，贸仲委还不断推进仲裁员队伍的国际化水平。2022 年，贸仲委面向全球重点区域扩大外籍仲裁员国别覆盖范围，重点增聘证券期货专业领域仲裁员，现聘任来自 144 个国家和地区的 1897 位仲裁员，包括 112 个签署“一带一路”合作文件的国家和地区，覆盖全球六大洲，实现仲裁员队伍全球化布局。其中，外籍仲裁员共 591 人，全球覆盖领域更加广泛，更好地满足各国商事主体仲裁服务的需求。

在国际仲裁交流方面，贸仲委通过品牌化活动，向国际社会展现中国仲裁的新发展。首要的是成功举办了第十届“中国仲裁周”系列活动，在北京、上海、深圳等全国 20 个城市及加拿大、西班牙、肯尼亚、奥地利、巴西、俄罗斯、印度、南非、意大利、迪拜等境外 12 国举办 52 场活动，主要包括在境内举办的中国仲裁高峰论坛暨贸仲全球仲裁员大会、《中国国际商事仲裁年度报告（2021—2022）》新闻发布会、唐厚志大讲堂、中国青年仲裁论坛、金砖国家仲裁论坛等经典论坛，在境外举办的西班牙仲裁日、中加国际仲裁热点问题研讨会、迪拜国际经贸争议解决的新态势、“一带一路中非经贸合作和争议解决”肯尼亚专场活动等，获得国内外仲裁界人士的广泛好评和积极参与。

我要特别介绍“中国仲裁周”期间举办的中国仲裁高峰论坛暨第二届贸仲全球仲裁员大会。本次论坛由贸仲委与联合国国际贸易法委员会以及中华全国律师协会共同主办。中国国际贸易促进委员会会长任鸿斌，全国人大常委会委员、全国人大监察和司

法委员会副主任委员王胜明,司法部副部长熊选国,最高人民法院审判委员会副部级专职委员、二级大法官刘贵祥出席开幕式并致辞。联合国贸法会秘书长 Anna Joubin-Bret 女士通过视频致辞。中国国际贸易促进委员会副会长柯良栋主持大会开幕式。论坛以“迈向智能互联的全球仲裁”为主题,30多位中外专家围绕“开启智能:技术赋能下争议解决的突破与升维”“变革时代:新趋势下仲裁的效率与公正”“互鉴融通:经济全球化下仲裁公信力的核心和目标”等议题发表主题演讲,聚焦国际仲裁发展前沿热点问题,探索数字经济国际争端解决方式的发展方向。大会发布的《2022 贸仲全球仲裁员倡议》,进一步凝聚了贸仲全球仲裁员共识和力量,吸引 141 国家和地区 316.3 万人次在线关注或收看,被业内评为 2022 年“中国法治国际传播十大典型案例”。

另一项大的活动是与国际投资争端解决中心、中国国际投资仲裁常设论坛共同举办的中国国际投资仲裁常设论坛年会,58 个国家和地区约 60 万人次在线观看,有力推动常设论坛在国际投资争议解决领域发挥更加积极的作用。年会发布了《中国国际投资仲裁常设论坛年度报告》,展现中国在国际投资条约与仲裁领域的前沿研究和最新成果。举办了常设论坛第二届青年优秀论文竞赛,来自国内外知名高校和知名律师事务所的多篇高质量论文参赛,助力培养投资争端解决的法律人才。

2022 年,贸仲委还举办其他一系列国际交流活动,包括:与中非青年国际大会(CONIJAC)、科特迪瓦仲裁院(CACI)成功举办了“企业通过商贸替代性争议解决方式参与中科关系新时代建设”主题会议,获科国务部、外交部高度重视和大力支持;与国际商会国际仲裁院(ICC)、新加坡国际仲裁中心(SIAC)、巴基斯坦国际投资与商事仲裁中心(CIICA)等境内外仲裁机构/国际组织等联合举办仲裁活动 50 余次;应邀参加亚洲国际仲裁中心(AIAC)、香港国际仲裁中心(HKSIAC)、新加坡国际仲裁中心(SIAC)、俄罗斯联邦工商会、Interlaw 等机构举办的各类会议 30 余次;与利马商会仲裁中心(CCL)等签署友好合作协议,与东盟国家 10 余家仲裁机构深化交流合作。

记者: 下一步,贸仲委在提升仲裁公信力、影响力和竞争力,建设国际一流仲裁机构、推动国际仲裁中心建设方面,有什么工作考虑?

王承杰: 首先,我们坚持对标国际仲裁一流标准,努力推进仲裁高质量发展。贸仲委重视保持仲裁规则先进性和国际化,加强对国际仲裁发展新趋势、新成果的跟踪研究,不断总结提炼实践经验,探索创新仲裁制度,完善仲裁规则。同时,要进一步强化仲裁员和秘书队伍建设,大力培养高素质专业仲裁人才,加大监督考核机制,提升信息化数字化管理水平,持续推进机制体制改革,不断提高仲裁服务的国际化、现代化和便利化。

其次,致力于打造仲裁服务新高地,更好服务构建新发展格局。围绕国际国内双循环双促进,紧抓共建“一带一路”倡议、RCEP 实施和金砖国家、亚太经合组织深化合作等战略机遇,统筹国内国际仲裁市场发展,以行业和区域为重点加大专业化拓展力度,服务京津冀、长三角、粤港澳大湾区、雄安新区、海南自由贸易港、福建海丝中央法务区等国家重大发展战略,做大做强仲裁事业。

第三,继续办好高端仲裁品牌活动,扩大国际交流合作成果。做大国际仲裁“朋友

圈”，深化“一带一路”北京联合宣言合作机制，继续办好中国仲裁周、中国仲裁高峰论坛、贸仲直播间等有影响力的高端仲裁品牌活动，继续深化与联合国贸法会等国际组织交流合作，积极参与国际仲裁法律规则制定。

第四，充分发挥人才培养和高端智库功能，促进涉外法治建设。进一步扩大“贸仲杯”品牌赛事人才培养效应，做大贸仲国际仲裁研究院平台，办好与境内外高校人才联合培养项目。发布《中国国际商事仲裁年度报告》等有影响力的研究成果，出版案例书刊，形成高质量智慧成果。

第五，全面强化监督管理和风险控制，铸就仲裁公信力。继续加强仲裁员队伍监督管理，确保廉洁公正依法办案。加强机构全面风险防范，强化细化各项制度建设，不断提高风险防范能力。

沧海横流，鲲鹏击浪。新的一年，贸仲委将接续拼搏，奋发有为，在新时代新征程上，为全面推进中国仲裁高质量发展而不懈努力！

聚焦“四化”打造中国仲裁高质量发展新标杆

——专访广州仲裁委员会党组书记、主任陈思民

2022年,广州仲裁委员会狠抓仲裁现代化、国际化、数字化、智能化,业务迈上新台阶,管理迈上新水平,展现了“加速度”发展的良好态势。本刊编辑部记者对广州仲裁委员会党组书记、主任陈思民进行了专访。以下是采访实录。

记者:陈思民主任,非常感谢您拨冗接受采访。我们关注到广州仲裁委员会发布的年度报告,2022年,广州仲裁委各项业务指标增长明显,行业影响力进一步增强,受到各方肯定,请您介绍一下总体情况。

陈思民:谢谢《商事仲裁与调解》期刊一直以来对于广州仲裁委员会工作的大力支持。

2023年1月,习近平总书记在中央政法工作会议上提出了“奋力推进新时代新征程政法工作现代化”的重要论述。政法工作现代化,是中国式现代化的重要组成部分,是全面建设社会主义现代化国家的重要保障。法治已成为国家核心竞争力的重要内容,推动实现新时代政法工作现代化意义重大。高质量发展是中国式现代化的时代要求,高质量发展让中国式现代化行稳致远,仲裁高质量发展也是其中应有之义。

当前,全球治理体系正发生深刻变化,国际经贸投资争议解决面临重大挑战。仲裁作为国际商事争议解决的主要方式之一,其高质量发展已成为优化法治营商环境、提升法治软实力的必然要求。近年来,中国仲裁事业呈现出“加速度”发展态势,中国仲裁国际化与国际仲裁中国化双向发展初具规模,权威数据显示,2022年全球仲裁机构标的排行榜TOP10中国内地占了5席,广州仲裁委总标的超过630亿元跃居全球第七。但统筹推进国内法治和涉外法治还面临许多挑战,商事仲裁离中国式现代化发展要求还有一定差距。与国际头部仲裁机构相比,中国仲裁最大的短板是国际化不足,大标的案不多,国际影响力不强,国际规则竞争参与度不高,而传统的管理模式也越来越不应当当前仲裁飞速发展的现实需求,案多人少的仲裁解纷矛盾愈发凸显。法与时转,治与世宜。法治总是通过不断回应时代呼声来适应治理的需求,中国仲裁的高质量发展,必须坚持以仲裁现代化为统领,聚焦国际化、数字化、智能化三大抓手,不断提升仲裁现代化法治服务水平,为经济社会高质量发展贡献仲裁力量。

在全省全市吹响高质量发展冲锋号角之际,广州仲裁委认真贯彻落实党的二十大精神 and 习近平法治思想,积极探索仲裁现代化的“广州路径”。2022年,受理案件超3万件,继续全国领先,传统案件平均标的额从2020年的150万元突破到2022年的300万元以

上,增幅超过1倍,涉外案件首次超过600件,案件总标的额首次超过600亿元,亿元以上标的额案件70多件,标的额30亿元以上案件2件,均创历史新高。2023年1-2月,案件总标的额同比大幅度增长,涉外案件标的额同比增长30%以上,受理标的额10亿元以上案件3件,起步即冲刺实现“开门红”。2022年1月,新华社内参《国内动态清样》刊登广州探索国际商事仲裁话语权经验。11月,关于落实南沙方案,打造粤港澳大湾区国际商事仲裁平台的内参被省市领导先后4次批示。12月,中央政法委内参《政法调研报告》刊登广仲商事仲裁国际化的探索实践,省委常委、政法委书记袁古洁批示肯定。近日,省政协主席、省委常委、广州市委书记林克庆在广州仲裁委工作报告中专门批示肯定并勉励“坚定国际化发展方向,着力打造广州全球互联网仲裁首选地”。广州仲裁委从严治党的有关做法作为典型经验获新华社报道,学习强国、人民网、司法部官网等各级平台转载。2022年7月,中央发文支持将广州打造为全国五大国际商事仲裁中心之一,为广州推进国际仲裁中心建设明确了方向、提供了遵循。

记者: 仲裁国际化是中国仲裁高质量发展的必由之路,在推动仲裁国际化发展方面,广州仲裁委采取了哪些措施?

陈思民: 广州仲裁委坚持全球视野推动仲裁国际化发展。中国式现代化是“构建人类命运共同体”的现代化,国际交流合作至关重要。习近平法治思想统筹推进国内法治和涉外法治,赋予中国仲裁新的使命,中国仲裁要在完善全球治理中贡献中国智慧。广州仲裁委秉持广东首创精神,坚定不移走国际化发展道路,在仲裁领域打造了一项又一项全国乃至全球“第一”,努力在仲裁国际化发展的每一个关键节点都领先一步:案件受理量全球领先,涉外案件量居全国城市仲裁机构首位。2019年,率先试水全球首个跨国远程庭审,入选广东自贸试验区制度创新案例。2020年,发布全球首个互联网仲裁推荐标准(即“广州标准”),入选国务院全面深化服务贸易创新发展试点“最佳实践案例”,获联合国国际贸易法委员会官网推介。2021年,上线全球首个APEC-ODR平台,被亚太经合组织列为三大合作方之一。2022年,创设有效衔接域外规则的“3+N”庭审模式,入选最高人民法院第二批“一站式”国际商事纠纷多元化解机制,APEC-ODR平台解决涉外纠纷案例入选司法部年度仲裁工作指导案例,为全国三例之一。

一是服务大局“走出去”“引进来”。多元化庭审模式能充分发挥仲裁尊重当事人意思自治、灵活高效、经济便捷等特点,为国际纠纷当事人提供了熟悉的仲裁模式,对于吸引外资、推动经贸往来具有重要促进意义。广州仲裁委积极响应“一带一路”倡议、粤港澳大湾区建设等重大国家战略,以南沙国际仲裁中心为依托,合力搭建粤港澳大湾区仲裁联盟,统筹推进湾区规则机制有效衔接,率先突破法域壁垒。结合N个国家或地域特色规则创设的“3+N”庭审模式日臻完善,涉香港、澳门、台湾地区仲裁庭审模式已高效运行,涉韩国、葡语国家和地区仲裁庭审模式正积极探索,俄罗斯工商会国际仲裁院采用“广州模式”审理案件,与“一带一路”沿线法律组织建立良性互动,仲裁服务保障《南沙方案》落地落实。尽管受到疫情影响,2022年受理涉外及涉港澳台案件仍逆势增长达到600余件,同比增长36%,其中受理涉澳案件同比增长228%,涉台案件同比

增长177%,当事人国籍从以东南亚为主扩展到覆盖全球六大洲,双方均为境外主体的案件数亦大幅上升。推广“3+N”庭审模式的创新做法被列为政法领域改革创新“一部门一品牌”典型事例,在《南方日报》专版刊登。广东省和广州市先后印发专门的工作方案,支持广州打造全球互联网仲裁首选地,2023年一季度,广州仲裁委受理互联网仲裁案件同比增长10倍,总标的额同比增长近11倍。广州仲裁委还积极支持举办金砖国家仲裁合作论坛,联合金砖国家仲裁机构签署《仲裁合作南沙共识》,努力将南沙打造为中国仲裁先行地。

二是参与国际规则竞争发出中国声音。广州仲裁委积极参与国际规则竞争贡献中国智慧,推动国际法治更加公正合理高效。充分发挥互联网仲裁领先优势,在全球率先发布互联网仲裁“广州标准”,目前已获全球六大洲46家境外仲裁机构和150家境内仲裁机构支持和认可,联合国国际贸易法委员会官网专门推介“广州标准”。上线全球首个APEC跨境商事争议解决ODR平台,已成为APEC全球首批三个合作仲裁平台之一,也是21个APEC经济体中唯一获此推荐的中国内地城市仲裁机构。该平台已处理案件近500件,受案量居APEC三家合作机构首位,平台平均结案周期仅30多天。2022年连续三次应邀参加APEC全球论坛并作主题发言,国内仲裁机构中仅此一家。十三届全国人大代表、广东律协会长肖胜方称赞,广州仲裁委“APEC-ODR平台将最古老的法律和最创新的互联网结合,为全球商事主体提供高效、易用、低成本的一站式商事争议在线解决服务,值得推广”。近日,英国杜伦大学国际争端解决研究所发布“一带一路”沿线国际仲裁机构公信力评价报告和排行榜,从“一带一路”沿线近200家国际仲裁机构中,精选出包括欧洲8家、美洲4家在内的38家具有代表性的国际仲裁机构,广州仲裁委位列前三,获新华社等多家媒体报道,社会各界反响强烈。

三是深化合作交流提升国际影响力。创设“四个共享”仲裁协作机制,推动全球仲裁远程庭审技术标准、仲裁庭室、仲裁员名册与服务窗口的资源共享,与港澳仲裁机构联合组庭,与海南国际仲裁院联合开展异地司法鉴定,与境内外56家仲裁调解机构签订合作备忘录。与海南国际仲裁院签订“四个共享”仲裁协议,为中央推动建设的五大国际仲裁中心首次实现机构联袂。国际化仲裁人才队伍不断汇聚,与台湾中华仲裁协会互聘仲裁员,蒋友松等多位台湾地区经济贸易专家已加入广州仲裁委的仲裁员队伍。广州仲裁行业影响力和国际竞争力大幅提升,先后获泰国驻广州总领事、巴拿马驻广州总领事、巴基斯坦司法部前部长等域外友好人士的高度好评,日本商会、韩国商事仲裁院、美国硅谷仲裁与广州仲裁委调解中心先后签约认可。华南美国商会作为美国国务院认可的三大驻华商会之一,会长哈利·赛亚丁博士多次到访广州仲裁委并表示,广州已经连续五年被该商会2300名会员评选为中国的最佳再投资目的地,华南美国商会将广州仲裁委视为长期合作伙伴。十三届全国人大宪法和法律委员会主任委员李飞、司法部副部长熊选国在多次参加的国际会议中对广州仲裁委互联网仲裁创新发展成效予以高度肯定。

记者:数字化是仲裁机构强化业务管理和机构管理、提升管理规范化科学化水平的重要手段,在推进仲裁数字化方面,广州仲裁委采取了哪些措施?

陈思民：广州仲裁委坚持科学管理打造仲裁数字化标杆。传统的管理模式越来越不适应仲裁国际化发展趋势，管理数字化已成为推动仲裁现代化发展的必然要求。对仲裁管理而言，最核心的就是仲裁员、仲裁秘书、仲裁配套服务机构“三驾马车”的精益管理。广州仲裁委坚持效能优先、理论先行，积极推动仲裁管理数字化转型，努力构建系统完备、科学规范、运行高效的仲裁管理体系，依托数字化管理手段着力提升办案质效，着力打造仲裁数字化管理标杆。

一是强化仲裁员数字化管理。仲裁员是完善质量管理、提升仲裁公信力的关键一环。现代管理理论认为，量化管理是科学管理的重要手段，实施量化管理需要建立科学的评价指标体系。广州仲裁委委托知名高校专题研究论证仲裁员数字化分级考评体系，搭建仲裁员“进”“管”“出”全周期数字化管理平台，以数字化考评为基础进一步严格落实仲裁员选聘及退出机制，全面推行仲裁员数字化分级考评，根据裁决质量、履职效率、履职能力等指标进行科学考评打分，对存在程序拖延、庭审投诉、偏袒裁决等情形相应扣分，目前通过该平台已评价个案 6000 多件，被评价仲裁员 1000 多人次。依托数字化考核技术完善首席仲裁员选定和仲裁员派案机制，实现仲裁员推荐和电脑随机选定有机结合，仲裁员日常监督手段得到有效拓展。随着仲裁管理的不断完善，案件质量稳步提升，法院撤裁数逐年下降，2021、2022 连续两年均不超过 2 件，在全国主要仲裁机构中撤裁数量、比例都处于较低水平，且无一宗涉外案件被撤销或不予执行，仲裁文书获包括美国等地法院认可执行，多国驻广州总领事馆主动推荐将商事纠纷提交至广州仲裁委处理，表明广州仲裁委国际影响力不断攀升。

二是强化仲裁秘书数字化管理。仲裁秘书是仲裁管理的基石，也是提升管理质量的重要保障。主要措施包括，大力推广远程庭审，倡导当事人网上立案并提交电子化材料，推行秘书办案全流程线上留痕，推行电子签章和在线审批模式，提高数字化办案能力；严格落实数字化办案激励与约束机制，搭建数字化薪酬考核评估体系，激发仲裁队伍干事创业活力；完善数字化风险防控机制，对重点领域开展专项审计，定期开展案管巡察（卷宗抽查），结合重大风险点排查防范廉洁风险，确保办案质效稳步提升；上线全国首家疑难案件专家咨询系统，提供案件资料查阅、“异步聊天”等功能，工作效率较传统线下咨询翻倍。

三是强化第三方资源数字化管理。借鉴仲裁员和仲裁秘书数字化管理理念，搭建鉴定机构数字化监督平台，汇集主客观鉴定评价意见，定期组织鉴定机构服务质量评议，逐步完善鉴定机构进出机制，提高鉴定服务水平。研发上线虚假仲裁风险数字化预警系统，对接全国企业基本信息、法院审批执行信息等外部平台，综合抓取数据及时作出智能判断，并发出“预警标识”，严密防范虚假仲裁。目前，运用该系统已对约 100 件案件发出预警，有效降低了虚假仲裁风险。

记者：智能化仲裁是国际仲裁发展的新高地，全球各大仲裁机构都在加大投入力度，力求在国际仲裁竞争中占得先机，广州仲裁委采取了哪些新举措来发展智能化仲裁？

陈思民：广州仲裁委坚持科技赋能打造智能化仲裁高地。习近平总书记指出，创新

是引领发展的第一动力。智能化创新为仲裁工作现代化提供强有力的智力支撑,广州仲裁委坚持新发展理念,强化科技赋能,努力将最古老的法律与最先进的互联网、智能科技有机融合,推动人工智能同仲裁工作深度融合,促进社会法律体系的进一步完善,服务法治化营商环境建设,努力打造智能仲裁高地。

一是创设智能仲裁模式。开发应用智能仲裁秘书,上线语音转写系统,以自动语音识别代替传统速录,智能生成庭审笔录,大大提高庭审效率。上线类案批量智审系统,对信用卡、金融借款等类型化金融案件实行全流程线上办理,实现证据线上校验、裁决文书批量智能生成、案件材料一键电子送达,有效缩短办案周期,推动仲裁秘书从简单重复繁琐的劳动中解放出来,大大缩短办案周期。2022年批量智审案件达8000余件,平均结案时间为26天,比传统审理方式加快了1倍。打造智能仲裁机器人,开发上线虚拟仲裁员功能,利用即时交互手段帮助仲裁员进行法律查明,实时获取法律条文及司法解释等内容,快速检索司法数据库相关判例,为仲裁员的最终裁决提供科学指引,减轻仲裁员庭审工作量,有效提升裁决质效。

二是完善智能终端服务。推出集在线咨询、在线立案、在线缴费和案件查询等服务功能于一体的智能自助立案一体机,配套使用材料收转云柜台,实现案件材料无接触收转,全线上立案。上线仲裁智能机器人“云小仲”,打造24小时不间断案件智能受理窗口,大幅缩短业务办理时间,目前已受理案件200多件,提供咨询服务2000多次。开通智能客服系统,利用智能语音技术,打造智能导航应答、智能语音电话等智慧客服平台,向案件当事人及社会公众提供语音咨询,切实提升仲裁服务水平,努力打造具有示范性的智能化仲裁“广州品牌”。

三是抢占元宇宙发展先机。公平与效率是仲裁发展的生命线,广州仲裁委敏锐洞察全球仲裁发展的最新动态,创设全球首家元宇宙仲裁院,聚焦元宇宙社区虚拟交易纠纷解决,5天内办结全球首宗元宇宙虚拟仲裁案,受到境内外媒体广泛关注报道。我们将认真总结推广元宇宙仲裁第一案成功经验,进一步发展虚拟世界仲裁和人工智能仲裁,推动实现“互联网+法律”深度融合,为推动“虚拟世界”新立法提供广州仲裁经验。展望未来,中国仲裁要实现从追随者到引领者再到规则制定者的转变,一定是在智能化方向。

擦亮大连仲裁的金字招牌,推动建设东北亚 国际仲裁中心

——专访大连国际仲裁院(大连仲裁委员会)院长毕凤有

大连仲裁委员会成立于1996年,是《仲裁法》颁布实施后首批成立的仲裁机构之一。2021年3月,在辽宁省政府和省司法厅、大连市委、市政府的支持和指导下,机构进行了体制机制改革,性质由参照公务员管理的事业单位转变为提供公益性服务的非营利法人,同时启用“大连国际仲裁院(Dalian International Arbitration Court, DIAC,以下简称大国仲)”的中英文名称。改革后的大国仲认真贯彻落实习近平法治思想,以立足新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局为指导方针,以推动建设东北亚国际仲裁中心为总目标,围绕提高仲裁公信力这一发展核心,牢牢抓实高质量发展这条主线,在大连仲裁发展的道路上迈出了跨越式的步伐,备受社会各界关注。为此,本刊编辑部记者对大国仲院长毕凤有先生进行了专访。以下是采访实录。

访谈问题:

Q1: 改革成绩

毕院长您好,十分感谢您拨冗接受采访。2021年3月,大国仲正式完成体制机制改革。改革两年多来,贵院取得的成绩,业界有目共睹,可否请您为广大读者作一简要梳理?

毕凤有:感谢《商事仲裁与调解》一直以来对大国仲的关注与支持,也很荣幸能够代表我院接受本次采访。

作为东北区域首家进行体制机制改革的仲裁机构,我们的改革探索只是开了个头,需要持续深入,不断提升机构公信力。两年多来,我院注重创新、不断探索机构发展新路径,强调实干、认真把握市场运行新规律,机构整体形象得到进一步提升,社会关注度也持续加强,取得的成绩主要表现在案件审理、制度建设、营商环境建设等方面:

一是案件受理标的额和审理质效均大幅提升。2021年,我院受理案件标的额首次突破百亿元大关,重回东北仲裁机构领头羊位置,也成为东北区域首个跻身全国前十名的仲裁机构。2022年,我院延续了案件标的额快速增长的发展态势,再次突破百亿,达到133.59亿元。2023年第一季度,我院又首次实现了季度案件标的额破百亿。在各项业务指标大幅增长的同时,我院也加大了对案件仲裁的管理与服务力度,着力为市场主体提供高质量、高效率、高水平的仲裁服务。自2021年3月28日改革以来,大国仲仲裁的所有案件中,没有被法院撤销或不予执行的案件。

二是仲裁公信力建设水平迈上新台阶。为强化公信力建设这一仲裁机构赖以生存和发展的核心,我院采取了一系列措施提升仲裁案件管理水平:制度方面,完善审限管理办法,严格流程节点控制,实现当年案件收结案的平衡;队伍方面,夯实业务基础,扩充仲裁队伍,加强对仲裁员和仲裁秘书的培训,在案件数量不断增加的情况下,确保案件质量和效率的“双高”;设施方面,优化智慧仲裁平台,充分发挥“互联网+仲裁”的优势与作用,提高仲裁案件申请、审理的便利度,让当事人在仲裁流程的各环节体会到优质高效的服务。

三是服务区域经济发展领域更加全面。聚焦营商环境建设,创新金融仲裁规则,优化案件审理流程,创造了金融纠纷24小时立审调解办结的新纪录;聚焦东北振兴,坚持法商融合,举办首届东北企业法治论坛,搭建区域企业法律事务交流平台,提升东北地区企业法律事务管理水平;聚焦基层治理,与各级法院、相关单位共同打造诉仲对接、调仲对接平台;聚焦涉外法治人才培养,与全国多所高校签署战略合作协议,建立涉外法治人才培养机制,创新培育方式,培养德法兼修的高层次应用型涉外法治人才。

Q2: 公信力建设

刚才您提到了公信力建设情况,这也是广大读者和各界对仲裁最为关注的问题,可否请您就大国仲在公信力建设方面的新突破、新举措再同读者们深入地分享一下?

毕凤有:众所周知,公信力是仲裁的根基。仲裁是服务于当事人、服务于社会的,没有良好的当事人和社会信赖基础,仲裁就是无源之水、无根之木。

日常工作中,常常会有当事人向我们提出这样的问题:“对方是国有企业,会不会有特殊待遇”“我方不是本地企业,会不会有地方保护”“会不会有内部人插手案件”等等,归根结底还是对机构的独立性和裁决的公正性存在疑虑。想赢得市场主体信任,必须要做到公正,需要有完善的制度设计与保障,从制度上消除当事人的顾虑。改革后大国仲的法人治理结构就是很好的制度保障模式,也是我们公信力建设的一个新亮点。核心就是立足“公益性非营利法人”定位,建立完善的法人治理结构,建立决策权、执行权、监督权相互分离、有效制衡、权责对等的治理模式。

理事会作为大国仲的决策机构,履行重大问题独立决策权。大国仲按照理事会的决策独立运行,与其他行政机关亦无隶属关系;同时,我院还创新设立了监事会,对理事会决策、机构运行进行监督。这样的制度安排,可以更大程度地避免监管不到位、“专业机构不专业”等问题,有利于稳定当事人对于仲裁公正独立的预期。我个人认为,这个创新实践是非常值得肯定的,并应长期坚持。

改革以来,管理层一直反复强调和狠抓落实的就是仲裁公信力的建设,一句话概括就是——对内抓管理,对外树形象。

公信力建设的着力点,是狠抓案件质量、效率,以及提高仲裁服务水平。2022年,我院凝聚多方智慧结晶、回应多方诉求制定的关于进一步提升仲裁案件效率、质量和服务水平的“三个意见”已先后出台。以此为抓手,逐条逐项提出具体对应的解决方案,跟进落实反馈。

在提升案件质效方面,我院开展“调研+评查+考核”活动,三剑发力。定期组织全体办案秘书就我院审理的特定领域纠纷开展专项调研工作,联合业内权威专家对热点、难点及若干核心问题逐一研究探讨,最终形成特定类型案件裁判指引,为我院此类案件专业化审理奠定坚实的理论与实务基础。定期开展案件评查工作,强化责任意识,落实整改责任,依法依规推进仲裁程序,促进案件质量监管工作实现常态化和规范化,做到以评促整改、以改促规范。举办各种形式的业务考核,内容涵盖日常工作规范等多个方面,培养办案队伍好学、善学的端正学风,提升秘书法律理论研究水平和业务技能水平,强化机构工作人员服务仲裁庭和当事人的意识和能力。

我们深刻意识到仲裁员是仲裁的核心要素,对仲裁案件的进程和结果起着决定性作用。为满足仲裁当事人高品质仲裁服务的需求,打造权威性更高、专业性更强、覆盖领域更广的专业队伍,2022年,我院开展了仲裁员增聘工作。此次增聘特别关注和重点吸纳了仲裁领域的顶尖人才,目的是为了向当事人提供与国内乃至国际主流仲裁机构一致的仲裁体验,“让不同区域的当事人,在大连就可以选择国内外顶尖的仲裁员审理案件,可以享受到具有国际水准的仲裁服务”。这符合国际商事仲裁发展趋势和潮流,在排除区域干预因素的同时,案件的审理质量也会随之提升。

Q3: 迎接挑战

毕院长,大国仲在宣传仲裁、市场拓展中遇到过哪些挑战和困难,您和大国仲又是如何解决的呢?

毕凤有:近年来,随着市场经济的高速发展,各类商业主体成为仲裁的主要服务对象。当前我们探索的是如何发挥仲裁的优势,协助市场主体提高法律风险预判能力和应对能力,增强企业“走出去投资、拉回来仲裁”的法律意识和谈判底气,为企业高质量发展保驾护航。

当下很多企业和商协会对仲裁的了解还是比较少的,我们要做的就是通过不断地沟通交流以及扩大机构宣传力度,让更多市场主体了解仲裁,相信仲裁,最后放心地选择仲裁。

比如,裁判文书公开对于企业而言,一方面会在一定程度上影响商誉信用,影响企业参与商业合作和交易的机会;另一方面也可能造成商业模式、机密等涉及核心竞争力信息的泄露。而不公开审理、保密性强的商事仲裁则正是这一问题的破解良药,需要我们结合市场痛点进行深入宣传与解读。

再如,在提到仲裁一裁终局时,我们往往会将它作为仲裁效率的优势进行宣传。但很多企业则对此表示担心,认为一裁终局制度会使得他们在裁决生效后失去救济途径,可能给企业造成难以承受的损失。针对当事人的上述顾虑,我们做出了相应的制度安排。一是严格谨慎指定首席仲裁员。我院精心选择德能双优的近百位仲裁员组成“核心仲裁员库”,并结合涉案交易特点、地域中立性、专业熟悉程度、与当事人之间有无利害关系、是否有充足的办案时间等因素进行综合考虑确定首席,真正做到让办案效果经得起检验。二是严格执行仲裁裁决内部核阅制度。对仲裁庭做出的裁决书初稿,办案秘书对

文书格式、数字计算、法条等仔细进行初审校对,部门负责人对案件的程序和法律适用进行全面核阅,分管副院长对实体和程序问题进行复核,把握类案裁判规则,严把案件质量关。三是实行专家咨询制度。成立专家咨询委员会并下设多个专业咨询小组,每个专业咨询小组成员均是行业内具有较高学术水平、丰富办案经验、公正廉洁中立的专业人士。当遇到重大疑难复杂案件时,可启动专家咨询制度并形成意见供仲裁庭参考。通过制度上的多重保障,我们相信,大国仲能够通过高质量的仲裁服务、独立公正的裁决赢得越来越多市场主体的依赖与选择。

Q4: 人才培养

仲裁秘书作为仲裁程序的操作员和协调者,需要具备良好的职业素养,在强化办案队伍建设,提升秘书专业水平上,大国仲有何具体举措?当前国家十分重视涉外法治人才培养,在这方面大国仲又有哪些具体安排?

毕凤有:仲裁秘书的专业化水平和精神面貌是反映仲裁机构服务水准的重要方面。因此,我们非常注重秘书团队建设和人才培养,在仲裁秘书的专业化建设道路上进行了一系列的探索。

改革之初,我院面向社会公开招聘选拔具有法学(法律)硕士学位的应届毕业生,增设需通过国家统一法律职业资格考试这一准入门槛,因为我们培养仲裁秘书的目标是使其快速成长为既精通仲裁业务、又擅长案件管理和业务拓展的复合型高端人才。

在人才队伍建设方面,大国仲按照市场化模式和岗位需要管理仲裁秘书,建立了符合仲裁行业特点的秘书队伍分类分级管理制度,和以品德、能力、贡献为导向的评价考核机制。在人才培养方面,为提升秘书专业化水平,我们确立每周五为仲裁秘书培训日,常年伴随内部学习讨论、业务培训和考核等,全面提升仲裁秘书业务水平及管理仲裁案件综合能力。

2022年,我院成功入选教育部、司法部法律硕士专业学位(国际仲裁)研究生联合培养项目。同年,我院积极与各大高校联络并建立合作关系,先后与大连海事大学、辽宁大学、吉林大学、黑龙江大学等多所知名高校签署战略合作协议。我院将以签约为契机,充分发挥仲裁机构的优势,与高校一道积极探索和织牢涉外仲裁法治专业人才培养网络,打造“产、学、研、用”一体化发展的涉外法治人才培育样板,为高校学生搭建了解商事仲裁的平台,提供接触仲裁实践的渠道,共同探索联合培养高层次涉外仲裁后备人才的新机制,培养一批法学功底扎实、具有国际视野、通晓国际仲裁法律制度的高层次应用型涉外仲裁人才。我们也期待更多优秀的青年仲裁人尽快成长为新时代中国仲裁事业的中流砥柱,为努力将我国建设成为国际仲裁优选地注入强劲力量。

Q5: 未来展望

自改革以来,大国仲就以推动建设东北亚国际仲裁中心为目标,未来在打造东北亚仲裁新高地上,大国仲都有哪些规划?

毕凤有:从改革前的艰难探索,到改革真正落地实施,大连市委、市政府只有一个远大坚定的目标——擦亮大连仲裁的金字招牌,把大连建设成东北亚国际仲裁中心。大国

仲也正坚定不移地向此目标迈进,力争用三到五年时间初步推动确立区域仲裁中心的地位,以实际行动提高公信力、打造精品、赢得口碑、树立品牌,助力营造一流法治环境,奋力开创大连仲裁事业新篇章。

一是助推新时代法治中国建设。习近平总书记在党的二十大报告中强调,坚持全面依法治国,推进法治中国建设。我院将以党的二十大胜利召开为新的起点深入贯彻落实党的二十大精神,勇担新时代东北振兴“跳高队”的职责使命,奋力把新思想、新目标落实到仲裁便民、仲裁为民工作中去,加快自身公信力建设的步伐,充分发挥仲裁的独特优势,抓住新时代新征程赋予的重大历史契机,推动法治中国建设。

二是打造多元化解纠纷平台。仲裁作为非诉纠纷解决机制的核心,在加强矛盾纠纷源头预防与化解方面,应承担起更重要的社会发展治理责任。我院将积极探索建立多元化纠纷解决机制,进一步健全“仲裁+调解”双轨运行机制,畅通纠纷解决渠道。致力于提升纠纷化解的专业化、精准化水平,为当事人提供公正、高效、便捷、经济、友好的纠纷解决途径,持续优化法治营商环境。

三是立足区位优势,拓展服务领域。习近平总书记在考察大连时明确指出,辽宁沿海经济带要发挥区位和先发优势,突出大连东北亚国际航运中心、国际物流中心和区域性金融中心的带动作用。接下来我们要做的就是顺应我国仲裁市场逐步对外开放的趋势,紧跟仲裁行业发展新业态,为各类市场主体提供专业、优质、高效的仲裁服务,不断提高服务国家战略和对外开放新格局的能力。立足大连,深耕东北,面向全国,布局东北亚周边国家和地区,探索和开辟东北亚仲裁新路径。

击鼓催征稳驭舟,奋楫扬帆启新程。我和大国仲的同仁们有坚定的梦想——打造东北亚国际仲裁优选地,帮助国内外更多当事人化解纠纷,营造公平、公正、稳定、可预期的营商环境,为中国仲裁高质量发展作出应有贡献。只要努力践行独立、公正、创新,我们的梦想一定能够实现,而且正在一个接一个地实现。

论构建中国自主的调解学知识体系

廖永安*

内容提要 面对在人口规模巨大国家实现法治现代化的艰巨任务,为避免成为“诉讼大国”,国家做出“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的战略部署,调解由此迎来大发展的黄金时代,而调解学也因此迎来最佳发展契机,构建中国自主的调解学知识体系成为法学研究者责无旁贷的时代使命。为此,必须在“中国式现代化”语境下准确把握调解学知识体系的“中国性”。受诉讼中心主义的西方法治话语影响,调解学在我国尚处于被传统法学遮蔽的“失语”状态,调解在我国法学研究和法学教育中尚处于边缘位置。面对这一现实困境,应当突破传统法学的桎梏,理顺调解学与传统法学的关系,扎根于中国调解的实践需求,围绕调解学的核心范畴,加强调解基础理论研究,从学科体系、学术体系和话语体系三个维度着手,把调解打造成一张“国家名片”,把调解学建设成为“人民的学问”。

关键词 诉讼 调解学 中国性 自主知识体系 中国式现代化

一、新时代法学为什么需要重视调解学

法律以社会实践为基础,而每个时代都会面临新的法律现象或社会问题,每个时代的法学都必须迎接这些新现象或新问题。因此,社会大变革的时代,一定是法学学科迎来大发展的时代。党的二十大报告深刻阐释了“中国式现代化”的本质要求、战略安排,中国式法治现代化是其中应有之义。面对在人口规模巨大的国家实现法治现代化的艰巨任务,习近平总书记指出:“我国国情决定了我们不能成为‘诉讼大国’。我国有 14 亿人口,大大小小的事都要打官司,那必然不堪重负”,^①并进一步强调“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”。党的十八届四中全会以来,坚持和发展新时代“枫桥经验”,完善社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制成为全面依法治国战略任务的重要内容。

在所有法律制度和纠纷解决机制中,调解是最具中国本土性的固有法律制度,是最

* 廖永安,湘潭大学法学院教授,博士生导师。本文系国家社科基金项目“中国式现代化视域下的诉源治理体系创新研究”(项目编号:22VRC029)的阶段性研究成果。本文的写作得到了湖南大学助理教授王聪博士的大力协助,并提出了诸多颇有见地的宝贵意见,特此表示感谢。

① 习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,载《求是》2021 年第 5 期,第 13 页。

容易被人们接受的纠纷解决机制,“评理”“做工作”“说服教育”等具有中国特色的日常生活词汇生动表达了我国调解制度的独特内涵。我国拥有由人民调解、行政调解、法院调解、仲裁调解、公证调解、律师调解、行业调解、商事调解等各类调解制度组成的“大调解”体系,构筑了社会矛盾纠纷预防化解的第一道防线,调解成为诉讼之外最重要的前端法治力量之一。

然而,历史悠久的中国调解制度虽被西方誉为“东方之花”,是中华法系屹立于世界五大法系的重要标志之一,但调解制度在我国法学研究中却一直处于边缘位置,调解发展主要依靠“摸着石头过河”的经验主义和政策推动的运动式发展,尽管形成了类似“枫桥经验”这样的制度优势,但却缺乏学术性、系统性、专门性的理论提炼,很难与西方调解形成一般化的理论对话。可以说,我国调解的理论研究严重滞后于调解的法治实践,而法学研究者难辞其咎。

中国学术话语必然是说“中国语”。^②德国历史法学派代表人物萨维尼指出,法律堪比民族语言,法律与民族性格之间存在有机联系,“民族的共同意识乃是法律的特定居所”。^③调解作为最地道的民族语言,为构建中国特色法学话语体系提供了丰富养分和绝佳契机。只有植根于此种“活的语言”,中国特色社会主义法学学术话语体系方能生成、发育并繁盛。所谓“调解学”应当是一门以社会矛盾纠纷的合意解决为研究对象,围绕调解的基本原理、程序、制度以及实践等内容进行体系性、理论性研究的社会科学。调解学致力于矛盾纠纷的实质性化解以谋求社会秩序的整体和谐,从而服务于我国社会治理和多元化纠纷解决机制的建构。^④构建中国自主的调解学知识体系,既是为推进全面依法治国提供理论支撑的政治任务和学术使命,也是新时代加快构建中国特色哲学社会科学的重要课题和必然要求。面对“中国式法治现代化”的实践需要,完整构建中国自主的调解学知识体系,对于加强和促进调解法治事业发展具有重要意义。

二、中国自主的调解学知识体系构建之“中国性”内涵

萨义德(Edward Wadie Said)在其惊世杰作《东方学》卷首引用马克思在《路易·波拿马的雾月十八日》的论断“他们不能表现自己,一定要别人来再现他们”,开启了对西方中心主义话语霸权的后现代批判,揭示了西方文明作为权威话语系统通过压迫东方、描述东方、与东方分立而确立自身主体地位的现实。^⑤当下,我们的法学研究亟须进行一

② 参见吴晓明:《中国学术话语体系的当代建构》,载《中国社会科学》2011年第2期,第9页。

③ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第28页。

④ 1988年,徐经泽先生从社会治理角度将调解学界定为,“所谓调解学就是从社会的整体出发,通过人们的社会关系和社会控制形式,探讨其发生、发展的规律,从而使社会关系达到平衡、和谐,以保证社会的良性运行的一门社会科学”。这是国内学者首次对调解学进行定义。参见徐经泽、韩锋:《调解学刍议》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》1988年第2期,第111页。

⑤ 参见[美]爱德华·W·萨义德:《东方学》,王宇根译,三联书店1999年版,第1-37页。

次新的学术大转型,改变长期以来学术西方化的模式,用中国自主的法治话语体系取代从西方移植照搬过来的法治话语体系。

2016年5月17日,习近平总书记在全国哲学社会科学工作座谈会上的重要讲话中提出,要加快构建具有中国特色的哲学社会科学学科体系、学术体系、话语体系。该讲话在当代中国人文社会科学发展史上具有里程碑式的重大意义,是开启人文社会科学中国化的时代宣言,为构建中国特色法学学科体系、学术体系、话语体系提出了新要求和新方向。

2022年4月25日,习近平总书记在考察中国人民大学时指出:“加快构建中国特色哲学社会科学,归根结底是建构中国自主的知识体系。要以中国为观照、以时代为观照,立足中国实际,解决中国问题,不断推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展,不断推进知识创新、理论创新、方法创新……自觉以回答中国之问、世界之问、人民之问、时代之问为学术己任,以彰显中国之路、中国之治、中国之理为思想追求……传播中国声音、中国理论、中国思想,让世界更好读懂中国,为推动构建人类命运共同体作出积极贡献”。^⑥这是习近平总书记就构建中国特色哲学社会科学的又一重要论断。

法史学家王人博先生在阐释“法的中国性”时指出,“中国性”是一种不同于西方的文化传统,一种因文化、习性所培育起来的“国性”,一种特定的国家性格。具体到中国自主的调解学知识体系构建上,我们首先需要回答的问题是,什么是“中国性”?笔者认为,调解学的“中国性”问题应当是产生在中国大地上并需要学者加以解答的本土性问题。这类问题没有现成答案,也不宜照搬西方理论,而只能从中国实际出发,牢牢扎根于中国调解的实践经验,从文化、理论、制度等不同维度着手,对调解的“中国性”进行再评判、再认识、再提炼,以此提高中国特色调解话语体系的阐释能力与建设能力。

第一,调解文化的中国性。文化是吾人生活所依靠之一切。文化看似无形,却是一个国家、一个民族的灵魂。世界上没有一种放之四海皆准的准则去度量和要求形态各异的文化。中国传统文化从“天人合一”的宇宙观出发,追求整个自然秩序的和谐。^⑦儒家文化的根本基调就是秉持“执中致和”“中庸之道”的“和合主义”思维。这种认识体现在社会人际纠纷处理时,就是“无讼”,以和为贵。如果说中国传统法律文化的核心思想是和谐,西方传统法律文化中的核心思想则是权利。“传统中国的法律文化以秩序为重心,至于无讼;西方法律文化传统上以权利为轴心,追求正义。”^⑧在汉语语境中,“调解”本身就具有和谐的意思。《说文·言部·调》解释,“调,和也”。世界调解协会名誉主席迈克尔·利斯在2012年“ADR机制发展大会”上援引用儒家“其恕乎!己所不欲,勿施于人”的“黄金规则”来论证西方ADR的核心思想。^⑨中华文明提倡“各美

⑥ 《习近平在中国人民大学考察时强调坚持党的领导传承红色基因扎根中国大地 走出一条建设中国特色世界一流大学新路》,载求是网, http://www.qstheory.cn/yaowen/2022-04/25/c_1128595453.htm,最后访问时间:2023年2月2日。

⑦ 参见梁治平:《寻求自然秩序的和谐》,上海人民出版社1991年版,第188页。

⑧ 参见张中秋:《比较视野中的法律文化》,法律出版社2003年版,第225-271页。

⑨ 参见[美]迈克尔·利斯:《ADR:2020年的全球发展趋势》,龙飞译,《人民法院报》2013年3月22日,第6版。

其美、美人之美、美美与共、天下大同”（费孝通语）的君子之风，这种处事原则蕴含了中国调解的独特理念，无论是对民间纠纷解决，还是政治协商民主，乃至互惠共赢的国际关系处理，都具有重要的实用价值。^⑩在此意义上而言，中国调解既源于对中国儒家文明传统的承继，更源于对人类命运共同体、人类社会治理规律的科学把握。调解不仅让个体生活更美好，而且让整个世界更美好。

第二，调解理论的中国性。人口规模巨大的中国社会具有“过密性”特征，日本史学家寺田浩明因此将中国法律秩序比喻为一辆行进中的“拥挤列车”。在拥挤的公交车上，法律无法为每个人确立均等的法定空间，不同主体的权利具有模糊性、共生性，由此形成个体互相之间不断挤来挤去的整体均衡。^⑪这样的社会特征和情理法交融的多元逻辑无法用西方主流的形式理性逻辑去解释。正如黄宗智教授所言，中国调解制度的和谐理念，可以按照自己的实用道德主义思维，从紧密连接事实情况出发，视不同情形进行调解，而避免像西方法律形式主义那样，坚持必分对错，把法律推向必争胜负的对抗性制度。^⑫我国台湾地区林端教授更进一步指出，中国纠纷解决机制具有“天人合一、德主刑辅、儒法并行、相反相成、和谐圆融、既此且彼、一多相融、衡情酌理、国法不外乎人情”的多元逻辑。^⑬这种与西方形式理性所不同的理论逻辑，是一种从经验、事实、历史出发的“实用理性”/“实践理性”（pragmatic reason），^⑭它的独特价值在于体贴观照了中国人的世道人心与正义观念，更能凝聚出具有中国精神的法律智慧。

第三，调解制度的中国性。西方国家在“国家与社会”二元对立的理论基础上形成了以民间性调解为主的调解格局，作为非正式正义的调解体系与正式正义的司法体系保持严格的分离和高度的自治性。而我国是在“共建共治共享的社会治理格局”下形成了“党委领导、政府负责、社会协同、民主协商、公众参与、法治保障”的社会治理制度，这是一种国家主导下多元主体合作化解社会矛盾纠纷的非诉机制。这种“横到边”与“纵到底”的多元调解制度不单是一种纠纷解决制度，更是一种自治、法治和德治相结

⑩ 值得一提的是，为顺应国际调解发展态势和需求，我国积极倡议发起《关于建立国际调解院的联合声明》，根据该声明，我国外交部于2022年10月21日与香港特区政府签署《关于在香港特别行政区设立国际调解院筹备办公室的安排》，2023年2月16日，国际调解院筹备办公室成立仪式在中国香港举行。国际调解院开创性地将成为全球首个通过调解方式解决政府间争端的国际组织，旨在向国际社会提供全球法治的“公共产品”。在国际调解院的概念出现以前，在全球范围内，并没有类似功能的国际组织。国际调解院的建立能够超越诉讼与仲裁你输我赢的局限性，为解决国际争端“息戈止纷”提供了新的思路与选择。参见贺文萍：《中方与9国达成一致，共同新建国际组织，在港正式成立筹备办公室》，<https://www.163.com/dy/article/HTQ7KCD10534VF5V.html>，最后访问时间：2023年2月20日。

⑪ 参见〔日〕寺田浩明：《拥挤列车模式——明清时期的社会认识和秩序建构》，阮云星译，载《清华法学》2010年第6期，第170-171页。

⑫ 参见〔美〕黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社2009年版，第262-263页。

⑬ 参见林端：《韦伯论中国传统法律：韦伯比较社会学的批判》，中国政法大学出版社2014年版，第155-157页。

⑭ “实用理性”是李泽厚先生结合康德“实践理性”与杜威“实用主义”而提出的概念，李泽厚先生认为，中国传统社会之所以有技艺而无科学，是因为中国传统实用理性轻逻辑而重经验，以服务于现实问题的解决。“实用理性”以儒家思想为基础形塑了中国独特的中庸思维模式，它强调各因素之间的动态均衡、和而不同，重视从长远、系统、历史的角度来看待事物，以保持现有系统的和谐稳定为目标，它不把情与理对立起来，而通过理论联系实际，不断调适二者关系，强调情理交融。参见李泽厚：《实用理性与乐感文化》，三联书店2005年版，第325-332页。

合的基层治理机制,在诉源治理方面发挥了巨大作用。目前,全国共有人民调解委员会76.6万个,人民调解员366.9万人(其中专职人民调解员49.7万人,占总数的13.5%),每年化解矛盾纠纷900万件左右;^⑮而在法院每年受理的一审民事案件中,调解率稳定保持在30%以上;我国仲裁机构2014年—2020年以调解和和解方式结案的仲裁案件比例高达40%。^⑯人民调解实践中的“官民结合”、司法实践中的“调审结合”、仲裁实践中的“仲调结合”在西方都没有对应的实践,也难以用西方理论框架去解释。可以说,这些制度内容是中国向世界贡献的一项“中国经验”,构建中国自主的调解学知识体系就是为了彰显中国之路、中国之治、中国之理,传播中国声音、中国理论、中国思想。

三、构建中国自主的调解学知识体系之现实困境

受到“法律东方主义”话语影响,我国传统法学学科体系、学术体系和话语体系主要仿照西方诉讼中心主义构建。在这样的语境中,当下构建中国自主的调解学知识体系尚面临一些现实困境需要破解。

首先,主流法学研究唱衰调解价值,贬抑调解文化,由此酿成今日“强诉讼、弱调解”的法学研究话语格局。主流法学研究以诉讼为中心展开,受西方法学界“反对调解”的思潮影响,^⑰调解仍被一些学者贬斥为“和稀泥”“二流正义”。很多法律人的观念还停留在把西方对抗制诉讼文化视为先进法治文化,把中国式调解视为落后法治文化。而事实上,即便由西方非政府组织主导、衡量一国法治指数的世界正义工程(the World Justice Project)也已经从忽视调解制度在正义体系中的位置,逐渐承认民间调解的必要性,并将其纳入“非正式正义”体系(informal justice),作为评价法治水平的重要指数。^⑱

其次,习近平总书记指出:“在解读中国实践、构建中国理论上,我们应该最有发言权,但实际上我国哲学社会科学在国际上的声音还比较小,还处于有理说不出、说了传不开的境地。”^⑲我国调解学知识体系目前就处于这种境地。西方调解在20世纪80年代ADR运动浪潮中的兴起使得我国学者对调解价值的认识严重依赖于西方学术话语体系,并将其嫁接于西方ADR学术话语体系之下寻求正当性,而我国调解研究在法治现代

^⑮ 参见《司法部就〈关于加强人民调解员队伍建设的意见〉答问》, <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/gbwxwfbh/xwfbh/sfb/Document/1628619/1628619.htm>, 最后访问时间:2023年2月20日。

^⑯ 根据历年《中国国际商事仲裁年度报告》统计,2015年,全国以调解和解方式结案的案件数为56659件,占受案总数的41%,较2014年的74200件65%的调解率下降了24个百分点;2016年,以调解和解方式结案的案件数为121527件,占受案总数的58%;2017年,以调解和解方式结案的案件数为69450件,占受案总数的29%;2018年以调解和解方式结案的案件数为140,281件,占受案总数的26%;2019年以调解和解方式结案的案件数为85,980件,占传统商事案件受案总数的31%;2020年,以调解和解方式结案的案件数为91,981件,占传统商事案件受案总数的35%。参见中国国际经济贸易仲裁委员会:《中国国际商事仲裁年度报告(2020—2021)》,法律出版社2021年9月版,第7页。

^⑰ 参见[美]欧文·费斯:《如法所能》,师帅译,中国政法大学出版社2008年版,第117-138页。

^⑱ 参见范愉:《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》,载《中国应用法学》2017年第3期,第51页。

^⑲ 习近平:《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》,《人民日报》2016年5月19日,第2版。

化过程中则缺乏系统性、自治性、本土性的调解知识体系,由此导致我国调解学术话语权流失。

再次,我国传统法学教育几乎全是司法中心主义的倾向,以诉讼和法庭为中心的法学教育理念在法学院校教育中体现为“以单一培养司法人才为导向,制定培养方案,以案件为中心组织教学资源,培养学生的司法技能,并最终毕业生是否到司法部门就业和是否胜任司法部门工作为标准”。^{②①}国内大多数法学院都未开设专门的调解课程,忽视对学生进行调解学方面的知识技能的教育。相比之下,在“调解后发型”西方法治发达国家,很多大学的法学院都开设了谈判与调解等纠纷解决学课程,不必说欧美法学院自20世纪80年代就开始推行ADR课程教育和调解诊所课程,即便是反应较为迟钝的欧陆国家,如德国自2003年《法学教育法》修订以来已经倡导“法学教育应当鼓励法科学生拥有交叉的知识体系;须传道授业的不仅是(法律)专业的知识和方法,更是一种交流、调解的能力以及沟通、协商的意识”。^{②②}国内法学教育在此方面的缺失在一定程度上对我国法律人才的培养产生了消极影响。由此导致的潜在后果,正如蔡彦敏教授在十几年前所提醒的:局限于传统法学教育体系的法科学生不太可能具有通过调解帮助当事人解决纠纷的意识和能力,过于强调诉讼而漠视调解,只会鼓励律师专注于传统诉讼业务领域而忽略非诉机制的运用。^{②③}此外,在全球化日益深入的今天,仅靠诉讼途径难以满足国际交往与合作中互利共赢的解纷需求,特别是《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》)的正式生效,标志着“调解全球化”的新纪元已然到来。如果不加强商事调解法律人才的培育,我国将在跨国民商事争端解决中处于不利地位,尤其是在我国“一带一路”建设中,亟须培育一支专业化、职业化的调解员队伍,^{②④}为国家商事争端解决提供高效优质的法律服务保障。如果缺乏专业化、职业化的商事调解员队伍,也会导致境内外当事人不敢将案件交由中国调解机构解决。^{②⑤}

四、构建中国自主的调解学知识体系的基础作业

仅从调解的历史和我国调解员队伍的规模来看,我国是毫无疑问的“调解大国”,但

②① 参见邓世豹:《超越司法中心主义——面向全面实施依法治国的法治人才培养》,载《法学评论》2016年第4期,第34页。

②② 参见[德]彼得·吉勒斯、[德]尼古拉亚·费舍尔:《2003年德国法学教育改革法——兼论德国新一轮法学教育改革论战》,张陈果译,彭海青等主编:《德国司法危机与改革:中德司法改革比较与相互启示》,法律出版社2018年版,第300页。

②③ 参见[美]戈尔德堡等:《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏等译,中国政法大学出版社2004年版,译者序第5页。

②④ 2022年9月28日,人力资源和社会保障部发布《中华人民共和国职业分类大典(2022版)》,将“调解员”作为独立的职业列在第三中类法律事务及辅助人员中,明确调解员是在依法设立的调解组织中,从事人民调解、行政调解、行业性专业性调解等工作的人员,掀开了调解职业化新的篇章。

②⑤ 参见刘晓红:《论我国民商事纠纷多元化解决机制的现代化》,载《东方法学》2023年第2期,第171页。

如果从我国在国际调解领域的话语影响力和调解职业标准化建设方面来看,我国尚不属于“调解强国”。^{②5}令人深思的是,《新加坡调解公约》选择在新加坡命名签署而不是在拥有古老调解文化传统的中国签署折射出的正是这种窘境。^{②6}我国要从“调解大国”迈向“调解强国”,必须加快调解学建设,构建中国自主的调解学知识体系,让调解真正成为一张耀眼的“国家名片”。值得注意的是,2018年3月28日,中央全面深化改革委员会第一次会议审议通过并由中央政法委、最高人民法院、司法部、民政部、财政部、人力资源和社会保障部联合印发的《关于加强人民调解员队伍建设的意见》,释放出新时代加强调解员队伍建设的强烈信号,该意见提出要“依托有条件的高校、培训机构开展培训工作,开发人民调解员培训课程和教材,建立完善人民调解员培训质量评估体系。”这也说明,调解这张“国家名片”的打造固然离不开国家对调解制度的加强和重视,但高校法学教育和研究者更加责无旁贷,需要走在调解实践的前面,为新时代调解实践需求做足理论储备。

早在20世纪80年代,李远照、徐经泽等学者就提出将调解学作为一门独立学科的构想,^{②7}江伟教授和杨荣新教授在国内主编出版了第一本《人民调解学概论》的教材。^{②8}然而,遗憾的是,这样的学术星火很快便被淹没于九十年代司法专业化改革浪潮中。在新时代,要解决调解学在法学学科中“失语”、法学教材中“失踪”、法学论坛上“失声”的问题,应以构建中国特色哲学社会科学为最根本的指导思想,从学科体系、学术体系和话语体系三个方面着手:

首先,学科体系是构建中国自主的调解学知识体系的基本依托。在高度专业化的现代学术体系下,独立的学科体系意味着高度专门性的学问、专业化的研究和学术共同体的身份建构。中国调解的实践经验和案例素材都极为丰富,但目前未能转化为学科化知识体系。学界通常把法学学科分为传统学科、新兴学科和交叉学科三类,调解学在很大程度上不属于传统法学范畴,因为传统法学是以权利义务为原点而构建起来的学科,而调解的实践经验告诉我们,虽然调解离不开法学知识的介入,但它不是单纯的“法化”解纷方式,调解学更多是一种交叉学科。^{②9}构建调解学学科体系的关键之处在于:一方面,要在传统法学之外发展出一套调解学的独立范畴体系,形成一套完整的理论基础,把调解学作为“新文科”建设的重要内容,加强对调解学重要概念、基本范畴的研究,筑牢

②5 廖永安、江和平:《关于我国制定调解职业标准的几点思考》,载《人民调解》2023年第2期,第35页。

②6 联合国选择将新加坡作为调解公约的签署地实际上是对其作为国际争议解决中心的认可。新加坡在调解方面拥有完善的制度环境、专业的调解员和良好的信誉。近年来,新加坡国际调解中心、新加坡国际仲裁中心等机构在国际商事纠纷解决领域的影响力日益扩大,国际破产协会和美国仲裁协会国际争议解决中心等著名纠纷解决组织都选择在新加坡设立亚洲总部。

②7 参见李远照:《论人民调解学的创立》,载《中国法学》1987年第3期,第34页;徐经泽、韩锋:《调解学刍议》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》1988年第2期,第110页。

②8 参见江伟,杨荣新主编:《人民调解学概论》,法律出版社1990年版。

②9 正因为如此,笔者认为有学者以“调解法学”来命名并不准确,容易造成对传统法学话语的依赖,不利于揭示调解学作为独立学科的特点。如邱星美、王秋兰:《调解法学》,厦门大学出版社2010年版。

调解学学科体系建设的基石。另一方面,要加强调解学与其他社会科学学科的交叉与融合研究。调解本质上是处理人与人之间的利益冲突关系,是一门人际沟通艺术,社会学、心理学、经济学、人类学、管理学等领域的研究成果在调解领域的广泛运用,可以大大提升调解学的研究水平。

其次,学术体系是构建中国自主的调解学知识体系的核心内容。调解学学术体系的基本任务是强化调解基础理论研究,主要包括调解学的研究对象、研究方法、思维原理等内容。构建调解学学术体系的关键之处在于,以调解实践问题为导向,深入挖掘调解与诉讼在基本原理方面存在的根本差异,提炼形成原创性、根本性的概念体系。传统法学学术以权利义务作为法律关系的基础概念而展开,以请求权基础作为“为权利而斗争”的依据评价调解价值具有明显的局限性,而且“权利”(right)是从西方移植而来的舶来品,割裂了调解的本土历史传统。^⑩ 於兴中教授提出,调解实践的理论化应当从概念到学说,从学说到理论,从理论到哲学,调解哲学的基本范畴包括“和、让、关系、心、感情、定纷止争、中立、说服、是非观、保密、合法、自愿”等,这些概念范畴可以与司法过程中诸如权利、义务、诉讼、客观性、合法性、理性、公正、强制、中立等概念形成对比。^⑪ 这一观点与笔者不谋而合,调解学以化解矛盾纠纷为研究对象,人际矛盾纠纷错综复杂,应当将诉讼语境中的权利、义务置换为调解语境中的利益、负担等概念,以更贴合实践的理论工具审视纠纷解决,把握调解的本质思维原理。^⑫ 经过多年的持续性研究和思考,笔者认为围绕中国调解学基本原理的学术体系至少应当包括以下几个方面:调解范畴论、调解本质论、调解价值论、调解思维论、调解依据论、调解程序论、调解技术论、调解文化论、调解职业论。

再次,话语体系是构建中国自主的调解学知识体系的传播纽带。成熟的话语体系是学科体系和学术体系获得自主性的显著标志,直接体现我国调解学的研究水平。与学科体系和学术体系相比,调解学的话语体系构建难度更大,因为构建调解学话语体系的关键在于形成具有话语影响力和说服力的思想体系。调解作为一种建立在协商基础上的纠纷解决机制,是人类普遍共享的经验。构建中国自主的调解学知识体系最终目标并不是要固步自封于“中国特色”上,而应当具有社会科学的普遍性追求和理论抱负,借用日本学者沟口三雄的说法,应当“把中国调解作为方法”,“迈向原理的创造——同时也是世界本身的创造”。^⑬ 构建中国特色调解学话语体系的关键在于中西方文明互鉴,中国调解的现代化在某种程度上也是调解全球化的过程。现代调解在尊重当事人权益、保密、

^⑩ 参见廖永安:《科学认识调解价值,推动社会治理创新》,《中国社会科学报》2020年3月27日,第1版。

^⑪ 参见於兴中:《调解实践的理论化——从概念到哲学》,徐昕主编《调解:中国与世界》,中国政法大学出版社2013年版,第21页。

^⑫ 笔者将诉讼与调解的根本思维差异总结为:诉讼的核心逻辑围绕利益对抗体、静态利益观、切片式思维、向后看思维展开,调解的核心逻辑围绕利益共同体、动态利益观、综合性思维、向前看思维展开。参见廖永安、王聪:《现代调解的新理念与新思维》,载《人民调解》2019年第1期,第20-23页。

^⑬ 参见[日]沟口雄三:《作为方法的中国》,孙军悦译,三联书店2011年版,第131-133页。

平等对话以及心理疏导技巧等方面是中西方共通性的原理;而且必须承认的是,相比于人民调解、行政调解和司法调解,我国商事调解发展滞后,而西方在商事调解职业化、市场化、专业化等方面已经领先于我国,全面推进我国商事调解制度建设任重道远。我们既需要不断增强中国调解话语的传播输出能力,也需要在比较、对照、批判、吸收、升华的基础上吸收西方调解话语中的可取之处,使民族性的调解话语更加符合当代中国和社会解纷需求,越是民族的越是世界的。只有加强中西方调解话语的碰撞与对话,在求同存异中凝聚共识,才有更强能力向世界贡献调解的中国智慧。

结语:调解学应当成为人民的学问

司法部副部长左力提出:“调解是党和政府直接面向群众、服务群众、为亿万群众排忧解难的‘民心工程’。每调解一件纠纷,就赢得一次民心。无论时代如何变化,调解工作坚持为了人民、依靠人民的本质不会变”。^④这句话道出了调解工作的根本宗旨和人民属性。对此,笔者深以为然,扎根于调解实践的调解学也应当成为“人民的学问”。构建中国自主的调解学知识体系是为了回答中国之问、世界之问、人民之问、时代之问,但归根结底是回答“人民之问”。因为任何纠纷解决机制的设计都必须坚持以人民利益为中心的根本立场。我国多元化纠纷解决机制研究开创者范愉教授在多年以前就诤诤在言:“法律人应特别意识到自身的利益、价值观和传统思维往往会过于自我,而忽略当事人与社会的真正利益所在,因此,法律人的认知转变是调解健康发展的重要因素。我们要做的是理解社会需求、顺应法治发展的趋势,向实践学习,为实践和社会提供理性和智识。调解的实践和发展是无尽的,因此,调解理论的研究也不会终结。”^⑤如果法律人只醉心于设计一套复杂精巧的法律制度,然后以“像法律人一样思考”为名在普通民众面前竖起高高在上的专业栅栏,人们就无法真正感知到正义。面对无限广阔的调解实践和理论前景,中国调解学研究和建设的初心和使命就是要以人民(而不是法律人)为中心,适应新时代社会矛盾新变化,理性认识调解制度的正当性与合理性,回应人民群众对美好生活的新向往和新需要,为促进调解制度的健康发展和普及利用提供学术支撑,提高人们理性平和、宽容协商解决矛盾纠纷的法治意识,使人民群众能够从调解制度中受益并接受这种调解文化。当这样一种法治意识占据主流,良法善治的社会主义法治新秩序也就完全建立起来了。

Abstract: In the face of the arduous task of realizing the modernization of the rule of law in a country with a huge population, in order to avoid becoming a "litigious society",

^④ 左力:《加强新时代调解工作 助力建设更高水平的平安中国》,载《民主与法制》周刊 2022 年第 14 期,第 30 页。

^⑤ 参见范愉:《第七届中国法学青年论坛实录(主旨演讲)》,载中国法学会网, <https://www.chinalaw.org.cn/portal/index/index.html>,最后访问时间:2023 年 2 月 2 日。

China made a strategic deployment of "adhering to the non-litigation dispute resolution mechanism in the front", thus ushered in the golden age of great development of mediation, and thus ushered in the best development opportunity for mediation. It is the duty of legal researchers to construct an autonomous knowledge system of mediation in China. Therefore, it is necessary to accurately grasp the "Chineseness" of the knowledge system of mediation in the context of "Chinese modernization". Influenced by the western rule of law discourse of the litigation center doctrine, mediation is still in an "aphasia" state covered by the traditional legal study and is still in a marginal position in the legal research and legal education of our country. In order to get out of this realistic dilemma, we should break the shackles of traditional jurisprudence, straighten out the relationship between mediation and traditional legal study, take root in the practical needs of mediation in China, focus on the core category of mediation, strengthen the basic theoretical research of mediation, and build mediation into a "national name card" from the three dimensions of discipline system, academic system and discourse system. Finally we will make mediation a study of the people.

Keywords: litigation; mediation; Chineseness; autonomous knowledge system; Chinese modernization.

(责任编辑: 孙保国 外审专家: 王 芳)

中国房地产纠纷实务观察之商业性房屋租赁合同无效的类案归纳

中国仲裁法学研究会房地产仲裁研究专业委员会*

内容提要 商业性房屋租赁合同法律关系的核心要素为租赁合同当事人、租赁标的房屋和租赁期限。本文以相关法律法规规范为基础进行类案归纳分析,总结了十种常见的房屋租赁合同无效的案型及相应法律争议焦点,包括免租期的无效后果、擅自转租、无权代理、违法建筑物、未建成的预租房屋、违章危房、未通过消防验收的房屋、住改商等违反规划的房屋、已被查封的房屋、超过 20 年的租赁期限等。同时,对商业房屋租赁合同无效的原因和法律后果进行有针对性的详细梳理和分析,有助于提前识别合同中可能导致合同无效的潜在风险点并采取措施加以防范。

关键词 房地产纠纷 合同无效 类案检索 房屋租赁合同

一、引言

房屋租赁合同是出租方将租赁房屋交付承租方使用、收益,承租方支付租金的合同;按照房屋性质及租赁用途的不同,房屋租赁又可分为居住性房屋租赁和商业性房屋租赁。^①

具体以上海市市场监督管理局、上海市餐饮烹饪行业协会推行的《上海市小型餐饮商铺租赁合同示范文本(2019 年版)》为例,一份相对完备的商业性房屋租赁合同往往包括以下内容:(1) 租赁合同当事人,即出租方、承租方;(2) 租赁合同标的物,即租赁房屋的位置、产权和面积等情况;(3) 租赁用途;(4) 租赁期限;(5) 租金及其支付期限和方式;(6) 双方的权利义务,如租赁物装修、维修、证照办理、赔偿、返还等事项;(7) 其他,如合同的解除、违约责任、争议解决条款。^②而实际上,双方当事人在专业律师的帮助下,历经数轮磋商交锋,有可能得到一份比前述示范文本更适宜、更具体、更全面的合同文本或合同书。

* 本实务观察由中国仲裁法学研究会房地产仲裁研究专业委员会组织编写,撰稿人为:赵平、马志成、夏明亮。

① 茆荣华主编:《上海法院类案办案要件指南》(第 4 册),人民法院出版社 2022 年 11 月版,第 3 页。

② 《上海市市场监督管理局、上海市餐饮烹饪行业协会关于推行使用〈上海市小型餐饮商铺租赁合同示范文本(2019 年版)〉的通知》(沪市监网监〔2019〕521 号),2019 年 12 月 5 日发布。

然而,无论当事人之间的合同文本是何等全面,也无论当事人之间的合作意愿是何等真实,法院或仲裁庭都可能会基于各种原因而否定性评价当事人之间的房屋租赁合同法律关系效力,即认定该房屋租赁合同无效。随着合同被宣告无效,返还、清算、赔偿等法律后果将会给双方当事人带来不小的负担,并且这些负担可能并不在双方当事人的预期之内。

因此,本文以商业性房屋租赁合同法律关系为主要分析对象,从前述合同示范文本所列举出的三大核心条款即租赁合同当事人(特别是出租方)、租赁房屋、租赁期限出发,结合法律规范和司法案例来观察商业性房屋租赁合同中的常见案情,而后具体归纳出了十种类案(包括免租期的无效后果、擅自转租、无权代理、违法建筑物、未建成的预租房屋、违章危房、未通过消防验收的房屋、住改商等违反规划的房屋、已被查封的房屋、超过20年的租赁期限),并尤其着重对其中的合同无效事由及法律后果进行评析,旨在揭示出商业性房屋租赁情形中那些可能导致合同无效的风险点,以供同业参考交流。

二、合同无效后免租期问题的处理

之所以有必要针对房屋租赁合同无效进行总结分析,是因为合同无效会产生某些超出当事人预料的法律效果。具体来说,如果双方当事人之间的房屋租赁合同合法有效,那么双方均应按照协议约定履行合同义务;而如果双方当事人之间的房屋租赁合同被认定为无效,那么双方当事人之间的利益状态“应当恢复到民事法律行为成立或实施之前的状态,就如同这一行为未曾发生一样”。^③

(一) 主要规范

与合同无效相关的原则性规定有:《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第155条,“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”第157条,“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法律另有规定的,依照其规定。”而根据不同的合同类型、不同的案件情况,无效法律后果并不相同。

具体到房屋租赁这类合同,《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17号修正)(以下简称《城镇房屋租赁合同司法解释》)第4条规定了:房屋租赁合同无效,当事人可以请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费;当事人还可以请求赔偿因合同无效受到的损失,人民法院会依照上述《民法典》第157条以及《城镇房屋租赁合同司法解释》第7条、第11条和第12条关于附和、装修或者扩建的规定来处理。

^③ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年7月版,第115页。

（二）互相返还

首先,当房屋租赁合同被法院判决书或仲裁裁决书确认无效后,双方须互相返还此前基于合同取得的租赁房屋或租金等财产。就承租方而言,承租方须将房屋恢复原状,包括承租方应当停止对房屋的占有、使用,通过清扫、拆除等方式将房屋尽可能地恢复到使用前的状态,并向出租方返还房屋钥匙。同时,承租方还须参照合同约定的租金标准支付房屋的占有使用费,该笔使用费的性质其实是返还因合同无效而欠缺法律依据的得利,故该费用应当自合同溯及无效之日起按照不当得利的规定计算。具体在个案中,法院会综合市场价格波动等市场因素、疫情防控等政策因素、房屋质量瑕疵、承租方实际使用房屋时间的长短、承租方预付房租的金额等确定占有使用费的最终数额。除此之外,由出租方垫付的水电费等,也是承租方应当向出租方返还的得利,这与前述占有使用费的性质相类似,故其金额的计算方式也类似。而就出租方的角度,当租赁合同被认定为无效后,出租方主要应当向承租方返还收取的保证金、押金等。

《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》(法〔2019〕254号)(以下简称《九民纪要》)第32条等还进一步强调,无效的合同不应被鼓励,故在法律效果上,这类无效合同应和有效合同有所区别,即“在确定合同不成立、无效或者被撤销后财产返还或者折价补偿范围时,要根据诚实信用原则的要求,在当事人之间合理分配,不能使不诚信的当事人因合同不成立、无效或者被撤销而获益。”

（三）赔偿损失

此外,随着房屋租赁合同的无效,合同中的违约金条款等也会一并无效,因此,如果返还财产、折价补偿费等仍然不足以弥补损失,受损失方只能依法向有过错的另一方请求损害赔偿。该损害赔偿的性质其实是一种缔约过失责任,不应超过合同履行利益。《九民纪要》第35条等也提到:“在确定损害赔偿范围时,既要根据当事人的过错程度合理确定责任,又要考虑在确定财产返还范围时已经考虑过的财产增值或者贬值因素,避免双重获利或者双重受损的现象发生。”

具体到房屋租赁合同案件中,常见的承租方损失形态包括:承租方的装饰装修、改建扩建或器材设备等支出,承租方向有关部门缴纳的公共事业费用等行政事业性规费,承租方支出的搬迁费,承租方遭受的经营损失等;常见的出租方损失形态包括:房屋损耗及空置损失。但需要注意的是,当事人过错及其程度的认定,往往会成为案件的难点,由法院或仲裁庭综合考量个案具体情况后作出最终判断。

类案一:合同无效后免租期问题的处理

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》,约定:出租方将位于某地块的房屋出租给承租方,并于某年某月某日前向承租方移交该房屋;租赁期限的前两个月为免租期。由于承租方未按时足额支付租金,出租方向法院请求判决承租方按照违约条款赔偿免租期租金等。在审理的过程中,法院查明案涉《租赁合同》存在无效事由,故认定该合同无效。

【案件争点】

当房屋租赁合同被认定为无效后,合同约定的免租期条款也随之无效,此时承租方是否应当向出租方支付这一期间内的占有使用费?

【核心规范】

《城镇房屋租赁合同司法解释》第4条第1款规定:“房屋租赁合同无效,当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的,人民法院一般应予支持。”

【简要评析】

在实务中,这类免租期,大多是承租方装修房屋以更好地满足经营用途的准备期。在此期间,承租方并未投入实际生产经营,也就未能充分发挥房屋的用益,而在当事人磋商缔约的过程中,出租方通常会表示愿意以免租期的方式给承租方优惠。可见,这类关于免租期的约定系出租方在意思自治范围内对自身权利的处分。但是问题是,当合同被认定为无效后,此基于当事人自愿而存在的免租期条款也会随之无效,此时承租方占用房屋,出租方受有损失;故为了减少自身损失,出租方通常会主张承租方应当支付原免租期内的占有使用费。

对此,司法实践有三种做法。有法院认为,虽然免租期条款因此无效,但免租系出租方自愿处分其权益,因此承租方占用租赁房屋本身,并不是合同无效导致的损失,因此承租方不必向出租方支付原免租期内的占有使用费。也有法院认为,既然双方合同无效,免租期约定亦无效,承租方应当全额支付实际占有使用房屋期间的使用费。还有法院认为,出租方之所以同意给予承租方一定期间的免租优惠,是基于租赁合同能够按期履行的假设,因此在租赁合同无效的情况下,应当根据公平原则酌定承租方应当支付的占有使用费,比如以实际使用期间占总租期的比例作为计算标准。

【参考案例】

认为承租方不必支付原免租期占有使用费的案件有:北京市第三中级人民法院(2020)京03民终7342号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民终18693号民事判决书。

认为承租方应当全额支付原免租期占有使用费的案件有:北京市第三中级人民法院(2020)京03民终8438号民事判决书。

认为承租方应当折价支付原免租期占有使用费的案件有:北京市昌平区人民法院(2020)京0114民初8811号民事判决书;广东省深圳市龙华区人民法院(2020)粤0309民初1888号民事判决书。

三、出租方的权限

回到租赁合同的内容上,租赁合同的当事人,作为合同文本首先出现的条款,并不仅仅是一种装饰或者无意义的注脚,尤其是出租房屋的一方是否适格或是否享有租赁权,可能会影响到合同的效力。

类案二：擅自转租

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》，约定：出租方将位于某地块的房屋出租给承租方。随后承租方以自己的名义将房屋转租给第三人。承租方的转租行为未经出租方的授权或同意。

【案件争点】

承租方与第三人之间的转租合同，是否因未经出租方的授权或同意而无效？

【核心规范】

《民法典》第 716 条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效；第三人造成租赁物损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”第 717 条规定：“承租人经出租人同意将租赁物转租给第三人，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，超过部分的约定对出租人不具有法律约束力，但是出租人与承租人另有约定的除外。”第 718 条规定：“出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。”

【简要评析】

《民法典》第 716 条来自于原《合同法》第 224 条，第 717 条、第 718 条则是来自原《城镇房屋租赁合同司法解释》（法释〔2009〕11 号）（以下简称原《城镇房屋租赁合同司法解释》）第 15 条、第 16 条。将条文作一一对比，可以发现，关于“转租期限超过承租人剩余租赁期限的”，原本的规定为“人民法院应当认定超过部分的约定无效”，而《民法典》则改为“超过部分的约定对出租方不具有法律约束力”。可见，即使承租方超出原租赁合同的约定擅自将自己本就不享有的租赁房屋用益权处分给第三人，其与第三人之间订立的转租合同也未必因此无效，更不必说承租方擅自处分的是自己本就合法享有的租赁房屋用益权，此谓举重以明轻。也即是说，除非当事人另有约定，承租方转租与第三人订立的转租合同并不会因为承租方未取得出租方同意而无效。

故法院通常会按照以下方案处理这类擅自转租案件：一方面，为保护出租方在租赁物上的正当权益，当承租方擅自转租时，出租方享有解除其与承租方之间的租赁合同的权利；但出租方享有租赁合同解除权，并不意味着承租方与第三人订立的转租合同因此无效。另一方面，租赁合同解除，承租方（转租人）对于房屋占有使用收益的权利基础丧失，转租合同事实上无法继续履行，次承租方甚至承租方都可以要求解除转租合同；之所以如此坚持承租方与第三人订立的转租合同不因承租方擅自转租而无效，其目的在于更好地保护第三人，使其可以根据有效合同向承租方主张更重的违约责任。^④

【参考案例】

认定转租合同有效的案件有：北京市第二中级人民法院（2022）京 02 民终 9220 号

^④ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社 2020 年 7 月版，第 546 页。

民事判决书；上海市第二中级人民法院（2022）沪02民终2815号民事判决书。

转租合同被解除的案件有：最高人民法院（2013）民提字第188号民事判决书；山东省淄博市中级人民法院（2022）鲁03民终1711号民事判决书。

类案三：无权代理

【基本案情】

出租方兼房屋所有权人与承租方订立《租赁合同》，约定：出租方将位于某地块的房屋出租给承租方。随后承租方以出租方的名义将房屋出租给第三人。承租方的出租行为未经出租方的授权或同意。

【案件争点】

承租方与第三人之间的租赁合同，是否因未经出租方的授权或追认而无效？

【核心规范】

关于无权代理，《民法典》第171条第1款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。”第3款进一步规定：“行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿。但是，赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。”

关于表见代理，《民法典》第172条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”

【简要评析】

此类无权代理案件与前述擅自转租案件的区别在于承租方系以谁的名义与第三人签订房屋租赁合同。若是以出租方的名义，那么其所谓的“转租”实为代理或冒名，即为无权代理案件。此时适用的是无权代理相关规定，即房屋租赁合同效力待定，在房屋所有权人未授权并且拒绝追认的情况下，该行为无效；同时，承租方和第三人之间也不存在直接的合同关系，但承租方需要赔偿其行为给第三人带来的损失。但承租方的行为也可能构成表见代理，其效果是在第三人和出租方间直接成立有效的租赁合同关系；而出租方只能另行向承租方主张损害赔偿。可见，之所以区分两类案型，其意义在于明确所谓“转租”合同是直接约束承租方与第三人还是直接约束出租方与第三人，这关系到承租方能否依据一份有效租赁合同来切切实实地占有使用租赁房屋。

【参考案例】

认定承租方系无权代理的案件：北京市第二中级人民法院（2022）京02民终5103号民事判决书（一审认定为转租，二审转而认定为无权代理）。

认定承租方系转租的案件：广东省广州市中级人民法院（2022）粤01民终791号民事判决书（在承租方信用爆雷后，第三人即次承租方试图以无权代理主张出租方继续承担租赁合同项下交付租赁房屋的义务）。

四、租赁房屋

实践中,虽然原被告双方可能就某一特定房屋的使用达成合意,但法院会主动审查标的房屋是否具有合法建造手续、是否取得建设工程规划许可证等,以明确租赁合同的效力和案件的审理方向。此时法院直接适用的主要裁判依据通常是《民法典》第 153 条第 1 款,即“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”据此,强制性规定可以分为效力性强制性规定以及管理性强制性规定。《九民纪要》第 30 条进一步指出,常见的效力性强制性规定有:(1) 强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的;(2) 交易标的禁止买卖的,如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖;(3) 违反特许经营规定的,如场外配资合同;(4) 交易方式严重违法的,如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同;(5) 交易场所违法的,如在批准的交易场所之外进行期货交易,而“关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定,”一般应当认定为管理性强制性规定。

而在实务中,判断某一强制性规定是否为效力性强制性规定,往往会成为案件里的棘手问题。这一点在下文所归纳的六类案件中均有所体现。

类案四: 违法建筑物

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》,约定出租方将位于某地址的房屋出租给承租方用作酒店等经营用房。随后,承租方因租赁房屋被认定为违法建筑物而无法办理营业执照,诉至法院。

【案件争点】

双方当事人就违法建筑物签订房屋租赁合同,并且在一审法庭辩论终结前该违法建筑物未能转化为合法建筑物的,该房屋租赁合同是否无效?

【核心规范】

《城镇房屋租赁合同司法解释》第 2 条的规定是:“出租方就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋,与承租方订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的,人民法院应当认定有效。”第 3 条也规定:“出租方就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑,与承租方订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准建设的,人民法院应当认定有效。租赁期限超过临时建筑的使用期限,超过部分无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准延长使用期限的,人民法院应当认定延长使用期限内的租赁期间有效。”

与此同时,《中华人民共和国城乡规划法》(2019 年修正)(以下简称《城乡规划法》)第 40 条第 1 款写道:“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的,建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直

辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。”第64条更是规定,未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的,由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设、限期改正并处罚款。

住房和城乡建设部6号令《商品房屋租赁管理办法》第6条第1项也规定,“有下列情形之一的房屋不得出租:(一)属于违法建筑的;……”

【简要评析】

违法建筑物,包含未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证规定建设的房屋、未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑和虽经批准但租赁期限超过使用期限的临时建筑等。^⑤由于《城镇房屋租赁合同司法解释》第2条及第3条明确规定以这类违法建筑物为租赁合同标的物的,房屋租赁合同无效,这已经成为了统一的司法裁判尺度。最高人民法院的理解与适用中也指出,社会生活是如此复杂,在法律规定不明确、不具体的情况下,在甄别租赁建筑物的合法性与违法性以及就违法建筑订立的租赁合同是否有效的问题上,“同案异判”的现象普遍存在,这导致房屋租赁合同当事人很难根据“同案异判”的裁判结果,指引自己的前期民事行为方式,作出正确、理性的判断。所以为了实现“同案同判”,《城镇房屋租赁合同司法解释》就相关问题制定解释性规定并明确标准,对规范房屋租赁市场起到了司法解释应尽的职责。^⑥

从根本来看,出于对国家及公共利益的保护,也有必要使违法建筑物租赁合同无效。一方面,违法建筑物规避了国家对规划体系、建筑产品质量、房地产交易市场等系列行为的监管;另一方面,这些脱离监管的违法建筑物对社会公共安全的危险性较大。因此,国家禁止违法建设行为,否定违法建筑的物权权益,并通过认定合同无效的方式防范这类违法标的物的流通。

但需要注意的是,在具体诉讼中,主张标的房屋系违法建筑物的一方对此应承担举证责任,提交行政机关认定该房屋为违法建筑屋的证据,通常为有权部门作出的关于强制拆除的行政强制执行决定书。但也有个别法院将举证责任分配给出租方,即出租方应当提交建设工程规划许可证或规划图等,否则应承担举证不能的法律后果。

【参考案例】

认定合同无效的案件有:北京市第一中级人民法院(2022)京01民终8016号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2021)沪01民终7036号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终11029号民事判决书。

因未能举证而最终认定合同有效的案件有:山东省淄博市中级人民法院(2022)鲁03民终1926号民事判决书。

^⑤ 同前注①,第35页。

^⑥ 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2009年9月版,第32页。

类案五：未建成的预租房屋

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》，约定：出租方将位于某地块的房屋出租给承租方，并于某年某月某日前向承租方移交该房屋。《租赁合同》订立时，租赁房屋尚未建成。交房期限届满，出租方未能交房。法院查明，案涉《租赁合同》中的租赁房屋至一审法院辩论终结前未取得建设工程规划许可证。

【案件争点】

双方当事人就尚不存在或尚未建成的房屋签订房屋预租合同，若预租房屋在一审法院辩论终结前未取得建设工程规划许可证的，该房屋预租合同是否无效？

【核心规范】

“关于房屋预租，在现行法律、行政法规没有规定的情形下，可参照适用有关房屋租赁的规定”，^⑦如《城镇房屋租赁合同司法解释》第2条。

【简要评析】

房屋预租，是指在订立房屋租赁合同时，作为租赁物的房屋尚未建成，双方当事人自愿对房屋用益事宜作出预先安排。具体在合同履行过程中，房屋可能因为政策变化、规划调整等原因而未能取得建设工程规划许可证；此时，这类涉及房屋预租的案情与前述关于违法建筑物的案件呈现出高度相似性；因而在实践中，以最高人民法院为代表的多数法院认为，应当参照适用即类推适用《城镇房屋租赁合同司法解释》第2条，未取得建设工程规划许可证的建设项目违反《城乡规划法》第40条第1款的规定，相应的房屋预租合同也违法无效。

同时，也有个别法院认为，房屋预租合同系双方当事人真实意思表示，内容不违反法律、行政法规强制性规定，依法成立，应属合法有效；而《城镇房屋租赁合同司法解释》第2条仅适用于“建设的房屋”即已建设完成但未取得规划许可证的现房情形，不适用于未建成或者未竣工的房屋工程；当事人可以通过通知、起诉等方式解除案涉房屋预租合同，但违约方仍须承担违约赔偿责任。

另外，部分案件的当事人会尝试向法院主张，“这类预租合同实为预约合同，或者说是附期限或附条件的租赁合同，内容不违反法律规定，是双方真实自愿的意思表示，故双方均应按照合同的约定履行各自的义务。”^⑧但正如这些主张自身所言及的那样，无论将合同的约定解释为附期限还是附条件，其最终能否生效都必然需要经过合同内容是否合法的审查。具体到就尚不存在或尚未建成的房屋签订房屋预租合同这类案件中，其涉及的不仅是交房或支付租金这类合同义务，更涉及与建设工程规划许可证发放相关的行政管理问题。故在司法裁判实践中，为提升效率，“合同内容是否违反法律、行政法规强制性规定”这一法定的绝对的无效事由将优先于“合同所附期限或条件是否成就”等意

^⑦ 最高人民法院（2017）最高法民终171号民事判决书。

^⑧ 广东省惠州市中级人民法院（2020）粤13民终806号民事判决书。

定无效事由。因此在多数司法案件中,法院未将附条件或附期限作为争点来着重分析。

【参考案例】

认定合同无效的案件有:最高人民法院(2017)最高法民终171号民事判决书;广东省惠州市中级人民法院(2020)粤13民终806号民事判决书;四川省高级人民法院(2016)川民申2623号民事裁定书;广东省惠州市中级人民法院(2020)粤13民终806号民事判决书。

认定合同有效的案件有:陕西省西安市中级人民法院(2021)陕01民终10567号民事判决书。

类案六:违章危房

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》,约定出租方将位于某地址的房屋出租给承租方。随后,租赁房屋被认定为危房,承租方诉至法院,主张《租赁合同》无效。

【案件争点】

双方当事人就违章危房签订房屋租赁合同,该房屋租赁合同是否无效?

【核心规范】

《商品房屋租赁管理办法》第6条第2项规定“有下列情形之一的房屋不得出租:……(二)不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的;……”该条中所指的“强制性标准”包括《民用建筑可靠性鉴定标准》(GB50292-2015)、《建筑结构可靠度设计统一标准》(GB50068-2018)等。

【简要评析】

违章危房租赁合同纠纷与违法建筑物租赁纠纷的区别之一在于:危房通常违反的是关于房屋建设安全标准的部门规章、地方政府规范或其他行政管理性文件,而《城镇房屋租赁合同司法解释》并未对这类情形作出明确统一的规定。

于是,司法实践存在不同做法。多数法院固守强制性规定法律渊源位阶的形式限制,认为《民法典》第153条第1款规定的是“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”,而部门规章、地方政府规章等文件的位阶低于法律、行政法规,并不能影响合同效力,故以违章危房为标的物的房屋租赁合同并不必然无效。

与此同时,也有部分法院从保护公共安全的角度出发结合个案具体情况,依据《民法典》第153条第2款“违背公序良俗的民事法律行为无效”来否定这类以违章危房为标的物的房屋租赁合同的效力。正如最高人民法院指导案例“第170号饶某某诉某物资供应站等房屋租赁合同纠纷案”的裁判要点所指出的那样:“违反行政规章一般不影响合同效力,但违反行政规章签订租赁合同,约定将经鉴定机构鉴定存在严重结构隐患,或将造成重大安全事故的应当尽快拆除的危房出租用于经营酒店,危及不特定公众人身及财产安全,属于损害社会公共利益、违背公序良俗的行为,应当依法认定租赁合同无效,按照合同双方的过错大小确定各自应当承担的法律责任。”

一般来说,违法建筑物可以在一审法庭辩论终结前转化为合法建筑物,危房也可以

通过采取科学、合理的加固措施后达到安全使用的条件。但在指导案例第170号等案件中,当事人未积极进行加固、维修或复建,或者即使当事人已对房屋进行修缮但未能使房屋符合标准,抑或有关部门经鉴定后已经明确危房不具有可修复性、已经无法继续使用故应予拆除,这些事实都推动着法院对当事人这种追求经济利益而忽视公共安全的行为给予否定性评价,即认定房屋租赁合同无效。

【参考案例】

认定合同无效的案件有:最高人民法院指导案例第170号(2021年),最高人民法院(2019)最高法民再97号民事判决书;河北省张家口市中级人民法院(2019)冀07民终1156号民事判决书。

认定合同有效的案件有:湖北省高级人民法院(2019)鄂民申2139号民事裁定书;广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民终23692号民事判决书。

类案七:未通过消防验收的房屋

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》,约定:出租方将位于某地块的房屋出租给承租方,并于某年某月某日前向承租方移交该房屋。交房期限届满,承租方未能如约使用租赁房屋。法院查明,案涉《租赁合同》中的租赁房屋已经取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建筑工程施工许可证等,但是并未通过消防验收。

【案件争点】

双方当事人就未通过消防验收的房屋签订房屋租赁合同,并且租赁房屋在一审法庭辩论终结前仍未能通过消防验收的,该房屋租赁合同是否无效?

【核心规范】

《中华人民共和国消防法》(2008年修订,经2019年修正、2021年修正)(以下简称《消防法》)第13条第3款规定:“依法应当进行消防验收的建设工程,未经消防验收或者消防验收不合格的,禁止投入使用;其他建设工程经依法抽查不合格的,应当停止使用。”《商品房屋租赁管理办法》第6条第2项规定:“有下列情形之一的房屋不得出租:……(二)不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的;……”

【简要评析】

根据2008年修订后的《消防法》及配套部门规章的规定,大型人员密集场所和其他特殊建设工程,实行消防设计审核和消防验收制度;其他建设工程的消防设计和竣工验收实行备案抽查制度。^⑨这里的消防验收或消防备案,与前述违法建筑物案件中提到的建设工程规划许可证性质类似,也属于行政行为,故其也可能会对合同效力产生影

^⑨ 赵雯、石磊:《〈戴世华诉济南市公安消防支队消防验收纠纷案〉的理解与参照——建设工程消防验收备案结果通知具有可诉性》,载《人民司法·案例》2017年第14期,第35-39页;《住房和城乡建设部、应急管理部关于做好移交承接建设工程消防设计审查验收职责的通知》(建科函〔2019〕52号),2019年3月27日发布实施。

响;^⑩而与前述违章危楼案件不同的是,消防验收的规定见诸于《消防法》,处于较高的位阶。因此在实践中,有当事人试图以预租房屋未通过消防验收为由主张租赁合同无效。

对此,以最高人民法院为代表,包括大多地方法院认为应当区分具体情况:除涉及必须经消防验收的房屋或建设工程外,其他房屋或建设工程租赁合同的效力不受消防验收的影响;^⑪但未通过消防验收,属于《民法典》第724条第3项规定的“租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形”,即“非因承租方原因致使租赁物无法使用的,承租方可以解除合同”。^⑫

具体而言,早在《最高人民法院关于未经消防验收合格而订立的房屋租赁合同如何认定其效力的函复》([2003]民一他字第11号,已被法释〔2013〕7号废止)中,最高人民法院便指出“应根据不同情况分别对待”,即需要区分案涉房屋是否属于《消防法》规定的必须经过消防验收的房屋。虽然该函复仅为最高人民法院具体针对下级法院请示问题的答复,本身并不是司法解释,也已经被废止,但复函所采取的区分方法高度契合《消防法》的规定及目的。《消防法》第13条第3款便明确将建设工程分为两类,分别进行消防验收、消防备案,并配置以不同的法律效果,即措辞更为严厉的“禁止投入使用”与措辞相对温和的“应当停止使用”。^⑬可见,那些“依法应当进行消防验收的建设工程”可能关涉人民群众的生命财产安全以及社会公共利益,如果允许建设单位等主体就“未经消防验收或者消防验收不合格的”房屋或建设工程订立房屋租赁合同、以房屋使用换取租金等收益,可能会导致《消防法》的规定沦为具文。相对地,“其他建设工程”采消防备案抽查制,备案通常并非合同生效要件,在房屋经抽查被认定不合格前,房屋的使用通常不受影响,故有关消防备案的规定也宜被认定为不会导致房屋租赁合同无效的管理性强制性规定。

综上,如果租赁房屋并非必须经消防验收的建设工程,或者房屋属于必须经消防验收的建设工程但在一审法庭辩论终结前顺利通过消防验收、效力瑕疵得到补正的,^⑭法院通常不会以此为由否认房屋租赁合同效力。

【参考案例】

认定合同无效的案件有:湖南省郴州市北湖区人民法院(2017)湘1002民初52号民事判决书(注:法院认定案涉房屋系人员密集场所,未经消防验收擅自投入使用)。

认定合同有效的案件有:最高人民法院(2016)最高法民申818号民事裁定书;江苏省镇江市中级人民法院(2018)苏11民终2202号民事判决书(注:一审法院认为,

^⑩ 戴世华诉济南市公安消防支队消防验收纠纷案,最高人民法院指导案例59号(2016年):“建设工程消防验收备案结果通知含有消防竣工验收是否合格的评定,具有行政确认的性质。”

^⑪ 同前注①,第38页。

^⑫ 原《城镇房屋租赁合同司法解释》第8条第3项。

^⑬ 关于两类建设工程的具体划分详见《建设工程消防监督管理规定》,公安部令106号,2009年4月30日发布,根据2012年7月17日公安部令119号修正,现已被2020年5月29日发布的公安部令158号废止,第13条、第14条。

^⑭ 浙江省杭州市中级人民法院(2011)浙杭民终字第114号民事判决书;李如兴、付春杰:《未经消防验收合格而订立的房屋租赁合同效力》,载《人民司法·案例》2012年第16期,第72页。

按照比例原则,不宜认定该合同无效);山东省高级人民法院(2019)鲁民终229号民事判决书(注:一审法院在审理中认定了消防验收合格的事实);浙江省杭州市中级人民法院(2011)浙杭民终字第114号民事判决书(注:案涉房屋在一审法庭辩论终结前验收合格)。

类案八:住改商等违反规划的房屋

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》,约定出租方将位于某地址的房屋出租给承租方用作酒店等经营用房。随后,双方就合同的履行事宜发生争议、诉至法院。法院审查发现,虽然案涉《租赁合同》中的租赁房屋已经取得建设用地规划许可证等,但房屋所在土地的规划用途为住宅用地。

【案件争点】

出租方在未经相关行政部门批准同意的情况下将在住宅用地上建造的房屋出租给承租方用于生产经营,是否会导致该房屋租赁合同无效?

【核心规范】

《民法典》第350条规定:“建设用地使用权人应当合理利用土地,不得改变土地用途;需要改变土地用途的,应当依法经有关行政主管部门批准。”具体而言,《中华人民共和国土地管理法》(2019年修正)(以下简称《土地管理法》)第56条规定:“建设单位使用国有土地的,应当按照土地使用权出让等有偿使用合同的约定或者土地使用权划拨批准文件的规定使用土地;确需改变该幅土地建设用途的,应当经有关人民政府自然资源主管部门同意,报原批准用地的人民政府批准。其中,在城市规划区内改变土地用途的,在报批前,应当先经有关城市规划行政主管部门同意。”《中华人民共和国城市房地产管理法》(2019年修正)(以下简称《城市房地产管理法》)第18条规定:“土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的,必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意,签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同,相应调整土地使用权出让金。”

而关于房屋租赁合同,依旧是《商品房屋租赁管理办法》的第6条,其第3项规定:“有下列情形之一的房屋不得出租:……(三)违反规定改变房屋使用性质的;……”

【简要评析】

虽然早年间有个别案例认为这类违反规划、擅自改变房屋用途的房屋租赁合同为无效合同,但近些年来,法院已经逐渐不再对这类住宅用房改为商业用房、工业厂房改为商业租赁等改变房屋用途的行为予以严厉的否定性评价。换言之,这些行为虽然违反前述法律规定,但以相关房屋订立的租赁合同效力并不会因此受到影响;如因受到行政管理处罚或整改、其他业主投诉等事实上无法继续履行合同的,当事人可以请求解除合同。^⑮

^⑮ 同前注①,第39页。

这是因为,规划本身的目的在于“协调城乡空间布局,改善人居环境”^{①⑥},具有较为鲜明的公共管理性质。而违反规划改变房屋用途本身,比如在住宅楼内开设便民商铺,也未必会对公共安全造成危害,因此不宜仅以违反规划为由否定私人合同的效力;至于那些可能出现的扰民等问题,可通过民事赔偿或者行政处罚等救济方式来解决。

【参考案例】

认定合同有效的案件有:湖北省咸宁市中级人民法院(2018)鄂12民终873号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民终13794号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终2397号民事判决书。

认定合同无效的案件有:上海市第二中级人民法院(2011)沪二中民二(民)终字第2237号民事判决书。

类案九:已被查封的房屋

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》,详细约定了租赁房屋、租赁期限等事项;出租方如约将房屋移交给承租方,承租方亦如约向出租方支付租金。随后,执行法院通知承租方,该房屋在出租前已被依法查封。

【案件争点】

出租方系被执行人,其将已被查封的房屋进行出租,该房屋租赁合同是否无效?

【核心规范】

一般规定包括:《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释〔2020〕21号)第24条(原第26条)第1款及第2款:“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为,不得对抗申请执行人。第三人未经人民法院准许占有查封、扣押、冻结的财产或者实施其他有碍执行的行为的,人民法院可以依据申请执行人的申请或者依职权解除其占有或者排除其妨害。”《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2020〕21号修正)第31条第1款:“承租人请求在租赁期内阻止向受让人移交占有被执行的不动产,在人民法院查封之前已签订合法有效的书面租赁合同并占有使用该不动产的,人民法院应予支持。”

房屋租赁方面的特别规定有:《城镇房屋租赁合同司法解释》第14条:“租赁房屋在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动,承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外:(一)房屋在出租前已设立抵押权,因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的;(二)房屋在出租前已被人民法院依法查封的。”

【简要评析】

总的来说,出租方在执行程序中以租赁方式处分查封房屋这类案件与“抵押不破租

^{①⑥} 《城乡规划法》第1条。

赁”情形较为类似,因此处理上也几乎一致,核心在于明确查封(或抵押设立)的时间与承租方占有使用租赁房屋的时间孰先孰后。若在房屋被查封前,承租方已经实际占有租赁房屋,那么承租方的租赁债权可以对抗申请执行人即出租方的债权人或抵押权人,无须腾退房屋,执行法院将“带租拍卖”。若是先查封后租赁,那么承租方无权请求出租方或后续的其他房屋买受人继续履行该租赁合同,执行法院将裁定解除承租方的占有即要求承租方腾退,并在房屋不负担租赁权的状态下对其进行委托评估、拍卖、变卖。

但需要注意的是,即使是在先查封后租赁的案件中,被执行人擅自处分查封物而与第三人签订的租赁合同,也并不当然因此无效,执行法院也不能在执行裁定中直接宣布租赁合同无效或解除租赁合同,而仅应指出租赁合同不能对抗申请执行人。最高人民法院^{①⑦}、上海市高级人民法院^{①⑧}等皆持此种观点。而承租方可主张解除合同并主张出租方承担违约责任;存在欺诈等撤销事由的,承租方也可主张撤销合同并主张出租方承担缔约过失责任。

【参考案例】

认定合同有效的案件有:江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终11682号民事判决书;浙江省绍兴市中级人民法院(2019)浙06民终4218号民事判决书;天津市第三中级人民法院(2021)津03民终6532号民事判决书。

合同被解除或撤销的案件有:湖南省津市市人民法院(2019)湘0781民初1037号民事判决书(注:法院认为,被告没有将涉案租赁物设置抵押并被执行法院查封的事实告知原告属于隐瞒型欺诈,原告享有合同撤销权,合同因被撤销而无效);甘肃省高级人民法院(2017)甘民终197号民事判决书(注:法院认为,合同已经无法继续履行,合同被依法解除)。

五、租赁期限

租赁合同是典型的继续性合同,租赁期限是其中的关键要素之一;然而,租赁期限并非越长越好,我国法律更是明文设定“租赁期限不得超过二十年”,详见下文。

类案十:超过二十年的租赁期限

【基本案情】

出租方与承租方订立《租赁合同》,约定:出租方将位于某地块的房屋出租给承租方;租赁期限为二十年,到期后自动续租二十年。随后,双方就合同的履行事宜发生争议,一方主张该自动续租约定无效。

^{①⑦} 《最高人民法院关于人民法院能否在执行程序中以被执行人擅自出租查封房产为由认定该租赁合同无效或解除该租赁合同的答复》([2009]执他字第7号),2009年12月22日发布。

^{①⑧} 《上海市高级人民法院关于在执行程序中审查和处理房屋租赁权有关问题的解答(试行)》(沪高法〔2015〕75号),2015年3月9日发布。

【案件争点】

这类自动续租约定本身的效力如何？是否会影响到《租赁合同》其他内容的效力？

【核心规范】

《民法典》第 705 条：“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。租赁期限届满，当事人可以续订租赁合同；但是，约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。”

【简要评析】

《民法典》第 705 条是《民法典》中唯一针对租赁合同这类有名合同作出的特别无效规定，是原《合同法》第 214 条的延续。其理由在于：首先，在这类租赁合同中，出租方向承租方所移转的仅为债权性质的使用收益权，若允许租赁合同存续期限过长，租赁物可能会被损耗殆尽，租赁物的返还也将受到影响，这不符合租赁交易的初衷；其次，考虑到当事人缔约时的预见能力有限，限制定期租赁合同的最长存续期间，有助于租赁合同的当事人适时调整交易的条件；最后，当事人若意图使租赁关系继续存续的，可在定期租赁合同期限届满之前或之时磋商续订租赁合同。^{①9}

而诸如二十年到期自动续租、拆分多份合同但累计租赁期限超过二十年、超过二十年的租赁期限减免租金或者无偿赠送等约定，均会因意图规避法律对最长租赁期限的限制而被认定为无效。这点几乎已经构成统一的司法裁判尺度。但需要注意的是，这部分约定的无效，并不影响合同其他条款的效力，即租赁合同并非整体无效；在有效的租赁期限内，出租方仍须容忍承租方对租赁房屋的占有使用，承租方仍须按照约定足额支付租金。

【参考案例】

认定相关内容无效的案件：北京市第三中级人民法院（2020）京 03 民终 10270 号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2021）粤 01 民终 15733 号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2020）川 01 民终 3382 号民事判决书。

六、结 语

从前述免租期的无效后果、擅自转租、无权代理、违法建筑物、未建成的预租房屋、违章危房、未通过消防验收的房屋、住改商等违反规划的房屋、已被查封的房屋、超过 20 年的租赁期限这十类案件来看，房屋租赁合同效力的判断并不如想象的那般容易。比如说，其中数类案件均提到了《商品房屋租赁管理办法》第 6 条，因为该条明确规定违法建筑物、“不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的”“违反规定改变房屋使用性质的”这三类房屋禁止出租——然而，这并不意味着任何涉及此三类情形的房屋租赁合同均会因此无效。可见，处理这类合同问题始终需要具体又专业的法律分析。本文主要着眼于法

^{①9} 最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 5 月版，第 105-106 页。

院的司法案例,仲裁案件中也包含大量的房屋租赁合同效力的纠纷,由于仲裁的保密性的原因,并未有大量关于房屋租赁合同的案例进行公布。从笔者参与的仲裁案件来看,大致上适用了与法院基本相同的裁判规则,因此,以上的分析,在处理仲裁案件时也可以参照。

对于房屋租赁合同的当事人来说,为避免合同无效,可以采取以下的预防措施: 1. 签订租赁合同前仔细考察房屋产权状况,包括出租方是否产权人、规划用途、是否转租等等; 2. 对房屋进行实地踏勘,注意有无房屋改建、有无破坏或者其他不适合使用的情况; 3. 验看与房屋有关的相关手续,比如消防验收证明等等; 4. 注意有无房屋的权利限制,如抵押、查封等; 5. 审查房屋租赁合同的条款是否合法,是否与房屋状况相符,是否有违法情形等。做好以上工作,可以最大程度避免房屋租赁合同无效的情况发生。

Abstract: The three key elements of legal relationship on commercial lease contracts on urban buildings are: lessor and lessee, leased building, and the lease duration. Based on relevant legal rules, this article examines similar cases and summarizes ten common fact patterns and corresponding issues, including rent-free periods, unauthorized subleasing, unauthorized agency, leasing illegal buildings, leasing unbuilt buildings, leasing dangerous buildings, leasing buildings that have not passed fire safety inspections, leasing buildings that violate planning regulations (such as residential properties converted into commercial properties), leasing seized buildings, and lease duration exceeding 20 years. Such an analysis on the reasons for contract invalidity and the resulting legal consequences can help identify potential risks that may lead to commercial lease contracts invalid.

Keywords: real estate disputes; contract validity; similar cases; lease contracts on urban buildings

(责任编辑: 胡余嘉 外审专家: 陈晓平)

已被撤销的仲裁裁决的执行 ——理论争鸣与比较法路径

孙 颖^{*}

内容提要 关于已被撤销的仲裁裁决是否可被执行,多年来众说纷纭。由于撤裁决定一般由仲裁地法院作出,探讨已被撤销的仲裁裁决的可执行性,需厘清两个问题:其一,在理论及规范层面,仲裁地法院是否有权决定仲裁裁决的效力;其二,在司法实践层面,执行地法院是否尊重仲裁地法院作出的撤裁决定。就上述两个问题,学界及各国法院给出了各式各样的答案。传统观点为,仲裁裁决的效力来源于仲裁地的法律体系,因此仲裁地法院有权决定仲裁裁决的效力,执行地法院也应尊重仲裁地法院的撤裁决定。此外,也有诸多学者及法域采纳了与之相反或相对折中的立场。参考已有的理论分析和比较法研究,我国应考虑调整目前立足于传统观点的一刀切规定,一方面维持尊重仲裁地法院的撤裁决定的一般原则,但同时也要为特殊情况下执行已被撤销的仲裁裁决,保留一定的空间。

关键词 已被撤销的仲裁裁决 纽约公约 仲裁裁决的执行 仲裁裁决的效力来源

一、引言

在国际仲裁领域,关于是否可以执行已被撤销的仲裁裁决的讨论由来已久。^①随着相关实践和理论的发展,人们对这一话题的立场不断演化,但始终未有定论。传统观点坚持属地主义(territorial thesis),认为每个仲裁案件都受到特定国家的法律体系约束,仲裁裁决的效力来源于仲裁地的法律。^②基于上述理念,以艾伯特·杨·范登伯格(Albert Jan van den Berg)为代表的一派学者认为,应当拒绝执行已被撤销的仲裁裁决,因为被撤销的裁决已经不复存在,允许执行将使撤销仲裁裁决的行为(以下简称撤裁行为)失去意义。^③

^{*} 孙颖,欧洲大学学院(European University Institute)国际法方向博士研究生。

① 在国际商事仲裁中,仲裁裁决的承认和执行密切相关,《纽约公约》的多个条文都同时涉及仲裁裁决的承认和执行。由于实践中单独申请承认仲裁裁决的案件较少,本文主要讨论已被撤销的仲裁裁决的执行问题。需要注意的是,这并不意味着本文完全不涉及仲裁裁决的承认,因为承认往往是执行的必要条件,准予执行仲裁裁决的法院必然也承认了该仲裁裁决。

② Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp.24-35.

③ A. J van den Berg, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award Be Abolished?*, ICSID Review, 2014, Vol.29:2, pp.263-288.

但同时,以法国、美国为首的一些国家的立场与传统观点并不一致,这些国家的法院都曾准予执行被撤销的仲裁裁决。执行已被撤销的仲裁裁决的拥趸提出了多种论据来证明这一做法的合理性。比如,有学者提出多元主义(pluralistic thesis),认为除了仲裁地的法律外,还存在多种可以赋予仲裁裁决效力的法律体系。^④法国知名的国际仲裁学者伊曼纽尔·盖拉德(Emmanuel Gaillard)则提出了“仲裁法律秩序(l'ordre juridique arbitral)”的概念,认为仲裁不依附于特定国家(包括仲裁地)的法律体系,可以在任何国家法律秩序之外独立运作。^⑤上述观点有所不同,但都试图削减仲裁地法律对仲裁裁决的效力的影响,并在认可被撤销裁决的可执行性的论述中被广泛援引。

在中国语境下,现行法律明确采纳了传统的属地主义立场。1987年加入《纽约公约》时,最高人民法院曾颁布《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》。根据该通知,如果一项仲裁裁决已经“经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销”,则构成“应当”拒绝承认及执行的情形,法院必须拒绝承认与执行。^⑥最高人民法院于2005年发布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》再次确认了上述立场。^⑦国内学界对是否可以执行已被撤销的仲裁裁决有所关注,但已有的研究侧重于介绍别国的个别理论与实践,并未就不同方案背后的法理及利弊展开系统深入的分析。^⑧

本文将结合仲裁理论与比较法研究,就是否应该执行已被撤销的仲裁裁决进行详细论述,并为我国的相关规范提出意见。虽然一方当事人申请执行已被撤销的仲裁裁决的情形在实务中并不常见,成体系的司法案例也主要出现在美国、法国、荷兰等仲裁实践较发达的国家,但随着中国当事人更多地参与到国际仲裁案件中,中国法院未来也有可能收到此类申请。^⑨对这一问题的深入探讨,可以为未来的规则制定和司法实践提供参考。

④ Jan Paulsson, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, The International and Comparative Law Quarterly, 1983, Vol.32:1, pp.53-61.

⑤ *Supra* note 2.

⑥ 《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第四条规定:“我国有管辖权的人民法院接到一方当事人的申请后,应对申请承认及执行的仲裁裁决进行审查,如果认为不具有《1958年纽约公约》第五条第一、二两项所列的情形,应当裁定承认其效力,并且依照民事诉讼法(试行)规定的程序执行;如果认定具有第五条第二项所列的情形之一的,或者根据被执行人提供的证据证明具有第五条第一项所列的情形之一的,应当裁定驳回申请,拒绝承认及执行。”

⑦ 最高人民法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第83条提到:“经当事人提供证据证明外国仲裁裁决尚未生效、被撤销或者停止执行的,人民法院应当拒绝承认与执行。外国仲裁裁决在国外被提起撤销或者停止执行程序尚未结案的,人民法院可以中止承认与执行程序;外国法院在相同情况下不中止承认与执行程序的,人民法院采取对等原则。”

⑧ 张潇剑:《被撤销之国际商事仲裁裁决之承认与执行》,载《中外法学》2006年第3期,第361-374页;谢新胜:《论争中的已撤销国际商事仲裁裁决之承认与执行》,载《北京仲裁》2007年第63辑,第70-98页;张美红:《已撤销国际商事仲裁裁决执行的美国实践及借鉴》,载《河南财经政法大学学报》2013年第5期,第76-85页;傅攀峰:《未竟的争鸣:被撤销的国际商事仲裁裁决的承认与执行》,载《现代法学》2017年第1期,第156-169页。

⑨ 我国法院目前尚未处理过申请执行已被他国撤销的仲裁裁决的案件。但我国湖北省武汉市中级人民法院撤销的国际商事仲裁裁决,曾被当事人于2006年在德国柏林地区高级法院申请执行。

此外,已被撤销的仲裁裁决的执行不仅涉及司法实践,更与仲裁裁决的效力来源、仲裁地的意义等国际仲裁基本理论问题紧密相关。美国最高法院大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)曾言:“法律领域的理论绝不是太多了,而是太少了。”^⑩这句话用来形容重实务、轻理论的国际仲裁领域,更是贴切。有鉴于此,在为实践问题的处理提供新思路的同时,下文的讨论也有助于推进对相关国际仲裁基础理论问题的探讨和关注。

二、理论争鸣:仲裁地法院对仲裁裁决效力是否有决定权?

就仲裁裁决的执行,各国的基本共识是,被执行的裁决必须客观存在且有效。因此,要判断已被撤销的仲裁裁决是否可执行,首先要分析被撤销后的裁决在执行国是否存在且有效。由于撤销仲裁裁决的决定(以下简称撤裁决定)通常由仲裁地法院作出,被撤销的仲裁裁决的存续与效力往往与仲裁地法院密切相关。就仲裁地法院是否对仲裁裁决的效力具有决定权,学界大致存在肯定说、否定说及折中说三种不同的立场。这些立场又各自与属地主义、仲裁法律秩序理论及多元主义这三种关于仲裁裁决效力来源的学说紧密联系。以下将介绍关于仲裁地法院是否能决定仲裁裁决效力的不同立场,并剖析与之对应的理论及规范基础。

(一)肯定说:基于传统属地主义的立场

肯定说认为,仲裁地法院对仲裁裁决的效力具有决定权。持有此立场的学者立足于传统的属地主义,认为仲裁裁决的效力完全来源于仲裁地的法律体系。^⑪肯定说及与之紧密联系的属地主义反映了19及20世纪以来国际法领域的实证主义传统,即认为国际社会由不同的主权国家组成,各个国家在领土范围内享有绝对的主权,国家间应互相尊重彼此的独立和完整。^⑫国家主权的一大核心特征为管辖权,基于管辖权,国家机关可以通过立法、行政或司法等方式在领土范围内行使权力,创造、改变或终止领土范围内的法律关系及权利义务。^⑬

遵循上述理解,弗朗西斯·曼恩(Francis Mann)在1967年发表的文章中强调,仲裁员的权威来自特定国家的法律体系,所有仲裁都在特定国家的法律框架下开展,在商事仲裁领域并不存在真正的“国际”仲裁。^⑭曼恩的论述随后成为属地主义的代表性陈述,在学界被广泛援引。仲裁对特定国家法律体系的依附,为仲裁地法院特殊的司法监

^⑩ Oliver Wendell Holmes, *Appendix: The Path of the Law*, in *The Path of the Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Steven J. Burton (ed.), 2000, p.348.

^⑪ “属地主义”一词对应英文文献中“territorial thesis”的表述,中文文献对“territorial thesis”一词的翻译并不统一,也有学者将其翻译为“领土化理论”。

^⑫ James Allsop, *The Authority of the Arbitrator*, *Arbitration International*, 2014, Vol.30:4, p.639.

^⑬ Malcolm N Shaw (ed.), *International Law*, 6 ed., Cambridge University Press, 2008, p.645.

^⑭ Francis Mann, *The UNCITRAL Model Law: Lex Facit Arbitrum*, *Arbitration International*, 1986, Vol.2:3, p.244.

督职能提供了理论依据。就仲裁与仲裁地法院的联系,马克汉姆·巴尔(Markham Ball)曾写道:“仲裁并非一个独立的司法体系。它是一个根据法律建立并受法律规制的系统,其必然与某个国家的法院和司法系统有密切的关系。”^⑮

1927年的《关于执行和承认外国仲裁裁决的日内瓦公约》(以下简称《日内瓦公约》)作为《纽约公约》的前身,充分体现了属地主义的立场。其第一条规定,当事人申请执行仲裁裁决时,需要证明裁决在裁决作出国是终局的。基于这一规定,当事人在向执行地法院申请执行仲裁裁决前,往往需要先向仲裁地法院提出申请,请求仲裁地法院宣告仲裁裁决具有执行力。这种做法被称为“双重执行令制度(double exequatur)”。

1958年的《纽约公约》的一大创举,便是取消了《日内瓦公约》下的“双重执行令制度”。但由于《纽约公约》文本的模糊性,很难说《纽约公约》完全摒弃了属地主义,进而否认了仲裁地法院对仲裁裁决效力的决定权。一方面,有人主张《纽约公约》沿袭了属地主义的观念,他们认为公约第五条第一款为强制性条款,根据该条款,执行法院必须拒绝执行已被撤销的仲裁裁决。此种主张的依据之一为《纽约公约》法文版中“符合以下任一情形的仲裁裁决将不予认可和执行(La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées ... que si ... la sentence ...a été annulée ou suspendue)”的表述。此外,《纽约公约》的主要起草者——被誉为“《纽约公约》之父”的彼得·桑德斯(Pieter Sanders)在公约订立后不久写道:“仲裁裁决被撤销后就不复存在,法院将拒绝执行该裁决,因为执行一个不存在的裁决不仅不可能,甚至违反了执行国的公共政策。”^⑯桑德斯的立场似乎也与属地主义一致,即认为已被撤销的仲裁裁决不应当被执行。但另一方面,也有不少人认为《纽约公约》已经抛弃了属地主义。他们主张第五条第一款为授权性条款,根据该条款,当裁决符合拒绝执行的理由时,执行法院既可以拒绝执行已被撤销的裁决,也可以准许执行。^⑰这一立场的依据主要为《纽约公约》英文版中执行法院“可以(may)”拒绝执行已被撤销的裁决的表述。从文本上看,“可以(may)”一词的使用似乎授予了执行法院任意决定权。^⑱支持将第五条第一款理解为“授权性条款”的人还认为,这种解释更贴合《纽约公约》促进外国仲裁裁决的境外执行的缔约目的。^⑲

^⑮ 英文原文为:“Arbitration is not a separate, free-standing system of justice. It is a system established and regulated pursuant to law, and it necessarily bears a close relationship to a nation's courts and judicial system.” Markham Ball, *The Essential Judge: The Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration*, Arbitration International, 2006, Vol.22:1, p.73.

^⑯ Pieter Sanders, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Netherlands International Law Review, 1959, Vol.6:1, p.55.

^⑰ Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments*, Asia Pacific Law Review, 1998, Vol.6:2, p.6.

^⑱ 《纽约公约》第五条第一款的相关英文原文如下:“1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

^⑲ *Supra* note 17, at 7.

根据上述分析,肯定仲裁地法院有权决定仲裁裁决效力的立场立足于传统的属地主义。在《纽约公约》下,肯定说仍有存在的基础,至少坚持肯定说并不违反国家在《纽约公约》下的义务。然而,肯定说及与之紧密关联的属地主义所带来的质疑是:既然每个国家在本国境内都有绝对的主权,如果执行国在衡量已被撤销的裁决在本国的执行力时无条件地遵从仲裁地法院的决定,是否有过度限缩自身的司法裁量权之嫌?

(二) 否定说:“仲裁法律秩序”理论的应用

否定说认为,仲裁地法院无权就仲裁裁决的效力作出论断,因此,其作出的撤裁决定不当阻碍仲裁裁决的执行。这一学说主要基于法国学者提出的“仲裁法律秩序”理论。^{②①}该理论认为,仲裁裁决的效力并非来自特定国家的法律体系,而是来自独立于任何国家的“仲裁法律秩序”。^{②②}

伊曼纽尔·盖拉德于2008年出版的《国际仲裁法的哲学问题》(Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international)一书,正是“仲裁法律秩序”理论的代表作之一。^{②③}基于这一理论,仲裁员不再认为自己是特定国家的法律框架内主持正义,而是为国际社会行使案件管辖权。同时,他们也无需在适用法上过分受限于某个国家的法律,在实体法上适用跨国规则成为可能。此外,这一理论也符合一些仲裁从业者追求仲裁机制变革的愿景。在“仲裁法律秩序”理论的引领下,仲裁从业者试图超越各国仲裁法之间的差异,构建一个统一的国际仲裁规则体系。^{②④}或许因为法国在国际仲裁的发展及变革中所占据的领先地位,也因为“仲裁法律秩序”理论为仲裁员们缔造了一个理想化、国际化且充满变革性的行业图景,该理论虽发轫于法国,却在整个国际仲裁领域都颇具影响力。

然而,学界也有不少对“仲裁法律秩序”理论的批判。首先,“仲裁法律秩序”理念本身就不自恰。一方面,支持者声称根据该理论,仲裁裁决的效力来自于独立于任何国家的“仲裁法律秩序”;另一方面,提出这一理论的盖拉德也认为,“仲裁法律秩序”来自于国家的意志,国家必须不反对仲裁以一种独立的法律秩序存在。^{②⑤}也就是说,“仲裁法律秩序”的概念实则基于一种矛盾的假设,在声称独立于国家法律的同时,其仍然是国家意志的选择,而非超出国家意志的存在。其次,如果“仲裁法律秩序”需要获得各个主权国家的承认,那么其建立和存续将面临诸多现实的阻碍。毕竟,由于国家需求和立场的差异,各国几乎不可能就“仲裁法律秩序”的建立及具体规范达成一致。有学者一针见血地指出,所谓的“仲裁法律秩序”并非一套真正的跨国法律秩序,其由法国

^{②①} “仲裁法律秩序”对应法语中“l'ordre juridique arbitral”的表述,中文文献对“l'ordre juridique arbitral”的翻译并不统一,也有学者将其翻译为“非内国化理论”。

^{②②} *Supra* note 2.

^{②③} Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, Leiden: Nijhoff, 2008, pp.17-209.

^{②④} Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp.40-41.

^{②⑤} *Supra* note 2, at 65.

学者提出,且只被法国学者和法院承认。^{②⑤}因此,以“仲裁法律秩序”理论来处理仲裁裁决的效力和可执行性问题,只是法国法下的规则,而非具有普适性的国际仲裁规则。

“仲裁法律秩序”理论的提出,或多或少地体现了仲裁的发展趋势。在经济全球化的背景下,各国之间的商贸往来增加,国际仲裁案件数量攀升,仲裁职业共同体之间的交流也更为频繁。在这一背景下,各国仲裁规则和实践都在逐步贴近国际普遍标准。譬如,仲裁中的自裁管辖权原则(Kompetenz-Kompetenz)、仲裁条款独立性原则越来越多地被纳入各国的仲裁法,并发展成为一种通行规则。

然而,我们不得不承认,一个事物的发展趋势并不等同于现实,事物也并不总是朝着某一方向无止境地发展。在法律领域,规则的发展总是伴随着两种甚至多种相对的价值之间的不断角力和平衡。商事仲裁虽然寻求构建司法之外的自治空间,但同时也不得不依赖国家法律的承认、司法机关的协助。“仲裁法律秩序”理论构想出一个充分自治、独立的国际仲裁体系,但至少在当下的世界,这样一种体系尚未被大部分国家接受并承认。因此,这一理论虽然可以作为推动仲裁规则一体化、达成国际共识的口号,但却无法反映当下的现实。由“仲裁法律秩序”理论所衍生的否定说,即完全否定仲裁地法院对仲裁裁决效力的决定权的立场,也不可避免地面临脱离现实的质疑。此外,由于否定说不认可仲裁地法院通过撤销仲裁裁决进行司法审查的权限,其变相架空了撤销仲裁裁决制度(以下简称撤裁制度)。

(三) 折中说:多元主义在撤裁制度上的体现

鉴于肯定说及否定说所遭受的广泛质疑,有学者提出了相对折中的观点。其认为,仲裁地法院是否有权决定仲裁裁决的效力,应当根据执行地法律,由执行地法院自行裁量。根据折中说,仲裁地法院不能在国际范围内就仲裁裁决的效力作出决定性论断,即便仲裁地法院撤销了仲裁裁决,执行地法院仍然可以选择承认该裁决的效力,并准予执行。

折中说的理论基础为多元主义,其主张存在多种可以赋予仲裁裁决效力的法律体系。值得注意的是,大量对多元主义的倡导,都开始于对传统属地主义的批判。譬如,乔治·彼得罗基洛斯(Georgios Petrochilos)认为,在一个流动性更强的世界,属地主义显得不合时宜。^{②⑥}与此同时,多元主义恰恰反映了第二次世界大战后世界格局的变化。去殖民化浪潮导致民族国家数量增加,通讯及交通技术的进步促进了经济交往,这些变化在国际商事仲裁领域引发了仲裁的“去本地化”,即认为仲裁裁决的效力并不完全依附于仲裁地的法律,执行地的法律也可以赋予仲裁裁决效力。^{②⑦}有部分多元主义的支持者指出,属地主义过分强调仲裁地的意义,事实上,很多当事人在缔结仲裁协议的时候并未认识到仲裁地的影响力,更没有充分意识到仲裁裁决可能基于仲裁地的法律被撤销。因

^{②⑤} *Supra* note 23, at 45.

^{②⑥} Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 1 ed., Oxford University Press, 2004, p.25.

^{②⑦} Jan Paulsson, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, *The International & Comparative Law Quarterly*, 1983, Vol.32:1, p.57.

此,即便从尊重当事人意愿的角度出发,也不应当赋予仲裁地过多的法律意义。^{②⑧}很多时候,当事人不过是基于中立性、便利性的考虑而选定某地为仲裁地,比起仲裁地,执行地很可能与争议有更密切的联系,因为至少一方当事人的资产位于执行地。^{②⑨}

如果说属地主义反映了传统意义上关于国际秩序、撤裁制度以及仲裁地概念的理论认知,多元主义则更贴近当今国际社会的现实。这也是为什么扬·鲍尔森(Jan Paulsson)认为,属地主义已经过时。^{③⑩}根据属地主义,仲裁地法院可以就仲裁裁决效力作出终局性判断,一旦裁决被撤销,执行法院就必须拒绝执行仲裁裁决。如果属地主义在全球各国被统一贯彻,无疑可以确保仲裁裁决效力的稳定性、一致性。然而,属地主义所描绘的,不过是一种理想的、应然的图景。回到现实,属地主义从未在国际社会被一以贯之地实现过。《纽约公约》作为唯一广泛适用的关于仲裁裁决的承认和执行的国际公约,并未要求各国拒绝执行所有已被撤销的仲裁裁决。

事实上,《纽约公约》恰恰为缔约国背离属地主义——即准予执行已被撤销的仲裁裁决,创造了不少空间。如前所述,《纽约公约》第五条第一款的文本具有模糊性,一些缔约国根据该条,认为法院既可以准予执行已被撤销的仲裁裁决,也可以拒绝执行。此外,《纽约公约》第七条第一款也被广泛视作执行已被撤销的仲裁裁决的依据,其规定:“本公约之规定不影响缔约国间所订关于承认及执行公断裁决之多边或双边协议之效力,亦不剥夺任何利害关系人可依援引裁决地所在国之法律或条约所认许之方式,在其许可范围内,援用公断裁决之任何权利。”这一条款被称为“更优惠条款”,因为它允许各缔约国基于本国法律或区域性条约,就仲裁裁决的承认和执行作出更宽松、更优惠的规定。有的国家据此认为,准予执行已被撤销的仲裁裁决的做法,也可以以第七条为依据。

简而言之,依据折中说,执行地法院可以自行决定是否认可仲裁地法院的撤裁决定。在当前的国际法体系下,折中说及其背后的多元主义立场具有一定的规范基础,也更契合当下各国的司法实践。执行国不需要一味地尊重仲裁地法院作出的撤裁决定,而是保留自己对仲裁裁决效力独立自主的决定权。但与此同时,折中说的弊端也是显而易见的,其很可能导致各国对已被撤销的仲裁裁决的可执行性采取完全不一致的态度。在更本质的层面上,虽然折中说没有像否定说一样架空撤裁制度,但还是在很大程度上挑战了撤裁制度存在的意义。如果说撤裁制度的诞生是为了在出现不公的裁决时,为败诉方提供一个一劳永逸地宣告裁决无效的救济渠道,那么折中说及多元主义的发展,则直接将败诉方置于一种危险的境地。败诉方可能在裁决被撤销后,仍需应对胜诉方在不同法域提出的源源不断的执行申请。此外,折中说的立场也会助长胜诉方“挑选法庭”(forum shopping)的行为,胜诉方可能在申请执行被撤销的仲裁裁决时,特意选择最有可能准予执行的法域及法院。

^{②⑧} Emmanuel Gaillard, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, ICSID Review, 1999, Vol.14:1, p.18.

^{②⑨} *Id.*

^{③⑩} *Supra* note 23, at 29.

三、实践比较：各国法院是否尊重仲裁地法院的撤裁决定？

上一章节就仲裁地法院是否有权决定仲裁裁决的效力,介绍了已有的学说和背后的理论及规范基础。本章将从理论转向司法实践,试图从比较法的视角出发,分析执行地法院在处理已被撤销的仲裁裁决的执行问题时,是否尊重仲裁地法院作出的撤裁决定。

(一) 尊重撤裁决定模式

一些国家在面对执行已被撤销的仲裁裁决的申请时,选择充分尊重仲裁地法院作出的撤裁决定,并据此拒绝执行仲裁裁决,这一做法即为“尊重撤裁决定模式”。不少遵循“尊重撤裁决定模式”的国家就仲裁裁决的效力来源问题,都采纳了属地主义的立场。比如,中国虽然目前还没有相关的司法案例,但如前所述,现有的法律规定完全立足于属地主义的立场。德国也倾向于属地主义。德国《民事诉讼法典》第1061条第3款规定:“如果一个仲裁裁决在国外被撤销,即便德国已经准予执行该仲裁裁决,也可以向法院申请撤销执行仲裁裁决的宣告。”^①德国罗斯托克上诉法院曾于2000年拒绝执行一个已被俄罗斯法院撤销的仲裁裁决,并明确指出,一个被撤销的仲裁裁决将不再具有约束力。^②德国法律学者中虽有不同的声音,但普遍观点为,被撤销的裁决应当自动被拒绝执行。^③

与中国和德国不同,有的国家并非完全奉行属地主义,它们曾有过执行已被撤销的外国仲裁裁决的先例,但同时不少案件中确立了尊重仲裁地法院的撤裁决定的基调。^④一个典型的例子就是美国。在1999年的Baker Marine案中,Baker Marine公司、Danos公司根据协议,为Chevron公司提供船舶服务。履约过程中,Baker Marine公司认为Danos公司与Chevron公司违约,于是分别针对两公司提起仲裁。尼日利亚的仲裁庭在两个仲裁案件中均判定Baker Marine公司胜诉,但两个仲裁裁决均被尼日利亚联邦高等法院撤销。Baker Marine公司向美国纽约北区联邦地区法院申请执行仲裁裁决。法院审理后认为,根据《纽约公约》和国际礼让原则,执行已被撤销的仲裁裁决是不恰当的。Baker Marine公司对法院拒绝执行的裁定不服,向美国联邦第二巡回上诉法院提起上诉。其主张,尼日利亚法院的撤裁决定与美国的法律不一致,美国法院不应当对撤裁决定予以承认。但上诉法院坚持了不予执行已被撤销的仲裁裁决的立场,其在判决书中提到,“没有任何证据表明当事人希望适用美国仲裁法”,“将本国仲裁法下的标准机械适用于应当受《纽约公约》规制的外国仲裁裁决,将严重损害仲裁裁决的终局性,并导

^① 德国《民事诉讼法典》第1061条第3款的英文文本为:“Where the arbitration award is reversed abroad, after having been declared enforceable, a petition may be filed that the declaration of enforceability be repealed.”

^② Felix Weinacht, *Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany*, *Journal of International Arbitration*, 2002, Vol.19:4, p.329.

^③ *Id.*, at 333.

^④ 张美红:《已撤销国际商事仲裁裁决执行的美国实践及借鉴》,载《河南财经政法大学学报》2013年第5期,第76-85页。

致彼此矛盾的裁决。”^{③⑤} Baker Marine 案确认了美国法院在执行已被撤销的仲裁裁决时应遵循的国际礼让原则,即原则上应当尊重仲裁地法院作出的撤裁决定,并拒绝执行已被撤销的仲裁裁决。

在 2007 年的 TermoRio 案中,美国法院在国际礼让原则之外,又为尊重他国撤裁决定的做法贡献了新的法理依据。该案中,TermoRio 公司与哥伦比亚的 Electranta 公司签订了能源购买协议。之后双方就协议发生争议,仲裁庭裁定 Electranta 公司向 TermoRio 公司支付超过 6000 万美元的赔偿金。哥伦比亚最高行政法院随后以仲裁协议违反了哥伦比亚法律为由,撤销了仲裁裁决,TermoRio 公司则寻求在美国执行仲裁裁决。美国联邦哥伦比亚特区巡回上诉法院在审理执行申请时,区分了“首要管辖权”(primary jurisdiction)和“次要管辖权”(secondary jurisdiction)。法院认为,只有具有首要管辖权的国家的法院有权撤销仲裁裁决,执行国原则上应当尊重仲裁地法院已作出的撤裁决定。^{③⑥}

“首要”与“次要”管辖权的区分,以及“原则上”尊重撤裁决定的说法,一方面为尊重撤裁决定模式提供了美国法下的新依据,另一方面也透露出仲裁地法院无法就仲裁裁决的效力一锤定音的意味。事实上,美国的司法实践也证明了在尊重撤裁决定的一般原则之外,具有“次要管辖权”的执行国法院可以在特定条件下选择不予认可撤裁决定,进而执行已被撤销的仲裁裁决。下文中我们可以看到,美国如何在一般原则之外创设例外,执行已被撤销的裁决。

(二) 无视撤裁决定模式

无视撤裁决定模式指的是,执行国不以他国的撤裁决定作为拒绝执行的理由,而是以本国标准审核仲裁裁决的可执行性。

法国是典型的采纳无视撤裁决定模式的国家。法国《民事程序法典》第 1520 条列举了仲裁裁决被拒绝执行或撤销的理由,其中不包括仲裁裁决被撤销的情形。^{③⑦}也就是说,仅仅证明仲裁裁决已被他国法院撤销,并不会使法国法院拒绝执行某一仲裁裁决。法国法院曾在多个案件中,准予执行已被撤销的仲裁裁决。其中最为人所熟知的便是 Hilmarton 案。该案中,法国的 OTV 公司与英国的 Hilmarton 公司签订合同,约定由 Hilmarton 公司为 OTV 公司在阿尔及利亚的投标提供咨询服务。双方在合作过程中发生纠纷,Hilmarton 公司将争议提交仲裁,并获得败诉的结果。瑞士法院随后撤销了仲裁裁决。即便如此,OTV 公司仍然向法国法院申请承认和执行仲裁裁决,以防止 Hilmarton 公司后续在法国就争议事项再次提出索赔。经过巴黎初审法院、巴黎上诉法院和法国最高法院的先后审理,法国坚持认为应当准予执行该裁决。法国最高法院在判决中援引了

^{③⑤} Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194, 2d Cir., 1999, p.197.

^{③⑥} Termorio SA v. Electralanta SA ESP, 487 F.3d 928, DC civ., 2007, p.935.

^{③⑦} 根据《法国民事程序法典》第 1520 条,仲裁裁决只能基于以下理由被拒绝执行或撤销:(1)仲裁庭在管辖权的认定上存在错误;(2)仲裁庭的组庭不合规;(3)仲裁庭超越其权限范围作出裁决;(4)仲裁程序违反了正当程序的要求;(5)承认和执行仲裁裁决将违反国际公共政策。

《纽约公约》第七条,认为基于该条,如果缔约国就外国仲裁裁决的承认和执行作出了更优惠的规定,可以参照缔约国本国的规定。随后,法院基于《民事程序法典》第1502条,认定不存在拒绝执行裁决的理由。^{③⑧}判决还提到,案涉仲裁裁决是一个国际裁决,其并未被纳入到瑞士的法律体系中,因此仲裁裁决不因为瑞士法院的撤裁决定而消失,认可已被撤销的仲裁裁决也不违背法国的公共政策。^{③⑨}

从 Hilmarton 案可以看出,法国在司法实践中贯彻了“仲裁法律秩序”的理念,其并不认为仲裁裁决当然地依附于某一特定国家的法律体系。类似地,在2007年的 Putrabali 案中,法国法院又一次承认并执行了已被他国撤销的仲裁裁决。法国最高法院在判决中有这样一段经典论述:“一个国际仲裁裁决并不倚赖任何国家的法律体系。作为一份国际司法决定,国际仲裁裁决的效力应当取决于被请求承认和执行裁决的国家的规则。”^{④⑩}可以说,法国对“无视撤裁决定模式”的适用是较为激进且彻底的,由于其在源头上就不认可仲裁地法院在判定仲裁裁决效力上的首要或特殊地位,尊重撤裁决定模式在法国法下并不具备任何法理基础。

美国也在个别案件中选择无视仲裁地法院的撤裁决定。但由于美国从未接纳法国的“仲裁法律秩序”理论,其对无视撤裁决定模式的适用更为保守。如果回看美国早期采纳这一模式的案件,会发现法院的观点完全立足于对《纽约公约》的文本解释,而非某种强有力的关于仲裁裁决效力来源的理论立场。

在1996年 Chromalloy 案中,美国哥伦比亚特区联邦地方法院执行了已被开罗上诉法院撤销的仲裁裁决。Chromalloy 作为一家美国公司,与埃及政府签订了直升机部件供应及维修合同,其中包含仲裁协议。随后,Chromalloy 主张埃及政府违约并启动仲裁程序,最终获得胜诉判决。埃及政府则向开罗上诉法院请求撤销仲裁裁决,并顺利获得了撤裁决定。Chromalloy 公司向美国法院申请执行仲裁裁决时,美国法院没有基于撤裁决定拒绝执行仲裁裁决,其认为,根据《纽约公约》第五条第一款,美国法院有权决定准予或拒绝执行已被撤销的仲裁裁决。同时,根据《纽约公约》第七条第一款,在考虑是否执行外国仲裁裁决时,应当参照美国的法律。最后,美国法院认定,由于仲裁协议已经明确约定不得向埃及法院提起上诉,在这一前提下,承认开罗上诉法院的撤裁决定将违反美国的公共政策,因此仲裁裁决可以在美国执行。^{④⑪}法院在 Chromalloy 案中的做法受到了不少关注和批评。有学者认为,法院没有对判决所产生的后果做充分评估,直接基于《纽约公约》第七条适用本国标准的做法完全无视了已经存在的撤裁决定,不利于确保

③⑧ 当时的《法国民事程序法典》第1502条与现在的《法国民事程序法典》第1520条内容基本相同,主要罗列了拒绝承认和执行仲裁裁决的事由。

③⑨ Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorisation (OTV), Cour de Cassation, 1994, in Yearbook Commercial Arbitration, Albert Jan van den Berg (ed.), 1995, p.663.

④⑩ P.T. Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, Cour de Cassation, 2007, in Yearbook Commercial Arbitration, Albert Jan van den Berg (ed.), 2007, p.299.

④⑪ Chromalloy AeroServices v. Egypt, 939 F. Supp. 907, D.D.C., 1996, p.913.

仲裁裁决效力的一致性。^⑫

在 2016 年的 COMMISA 案中,美国法院再次执行了已被仲裁地法院撤销的仲裁裁决。这一次,法院不再以《纽约公约》第七条第一款作为法律依据,转而诉诸《巴拿马公约》第五条第一款下的自由裁量权。^⑬ 该案中, COMMISA 公司为某美国公司位于墨西哥的子公司, Pemex 则是一家墨西哥国有石油公司。COMMISA 公司与 Pemex 公司的子公司——PEP 公司就在墨西哥湾修建天然气平台事宜签订了合同。由于双方就合同发生争议, COMMISA 公司依据合同中的仲裁条款提起仲裁,最终仲裁庭裁定 PEP 公司应当向 COMMISA 公司赔偿 3 亿美元。随后,墨西哥法院以争议不具有可仲裁性为由,撤销了仲裁裁决。COMMISA 公司则向美国纽约南区联邦地区法院申请执行仲裁裁决。联邦地区法院审理后认为,应当承认和执行该仲裁裁决。其首先援引了《巴拿马公约》第五条第一款,主张执行法院就是否承认和执行已被撤销的仲裁裁决有自由裁量权。随后,法院进一步指出,墨西哥法院撤销裁决的决定,是基于对法律溯及既往的适用,如果美国法院据此拒绝执行仲裁裁决,将与美国法下最基本的公平正义观相悖,且违反美国的公共政策。据此,联邦地区法院准予执行了已被墨西哥法院撤销的仲裁裁决。虽然 PEP 公司对联邦地区法院的决定不服,并上诉至美国上诉法院第二巡回法院,但并没有改变联邦地区法院的执行裁定。^⑭

从 1996 年的 Chromalloy 案到 2016 年的 COMMISA 案,可以看出在 20 年间,美国对执行已被撤销的仲裁裁决有了更审慎且细致的考量。Chromalloy 案中,法院依据《纽约公约》第七条第一款,直接适用本国法律来判断仲裁裁决的可执行性。这种做法相对武断,如果在司法实践中被不断沿用,可能导致撤裁制度的目的落空,各国对仲裁裁决效力的判断严重分化。而在 COMMISA 案中,法院首先依据《巴拿马公约》第五条第一款确认了一个基本原则,即被撤销的仲裁裁决并不一定都会被拒绝执行,执行国的法院有权在本国境内设定准予或拒绝执行的标准。随后,法院进一步提出了行使自由裁量权的标准——如果不予执行仲裁裁决将违反本国法下的公平正义观和公共政策,则应当准予执行。这样一种原则与例外并存的方案,为平衡不同的价值和政策考量提供了空间,也体现了规则发展的逐步精细化。

(三) 折中模式

在有的法域,他国的撤裁决定与其他外国法院作出的判决一样,需要获得执行国的承认。一旦撤裁决定被执行国承认,仲裁裁决就应当被拒绝执行;如果一个撤裁决定没有被执行国承认,则不能作为拒绝执行仲裁裁决的理由。这一做法有条件地承认了仲裁

^⑫ Stephen T Ostrowski and Yuval Shany, *Chromalloy: United States Law and International Arbitration at the Crossroads*, New York University Law Review, 1998, Vol.73:5, p.1671.

^⑬ 《巴拿马公约》第五条第一款的内容与《纽约公约》第五条第一款相同。此处美国纽约南区联邦地区法院所谓的自由裁量权,最主要是基于《巴拿马公约》第五条第一款中执行法院“可以(may)”拒绝执行被撤销的裁决的表述。

^⑭ Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Production, 832 F.3d 92, 2nd Cir., 2016, p.112.

地法院作出的撤裁决定的效力,相较于尊重撤裁决定模式和无视撤裁决定模式更为折中,因此被称为“折中模式”。

《欧洲国际商事仲裁公约》(以下简称《欧洲公约》)提供了一个折中模式的典型样本。《欧洲公约》第九条规定,法院可以依据撤裁决定拒绝执行仲裁裁决,但前提是仲裁裁决是基于以下理由被撤销的:(1)仲裁协议缔约方没有缔约能力或仲裁协议无效;(2)请求撤销裁决的一方没有收到关于任命仲裁员或仲裁程序的适当通知,或因为其他原因无法陈述其立场;(3)裁决的内容不在或超出当事人提交仲裁的争议事项范围;(4)仲裁庭的组庭或仲裁程序与当事人的协议不符,或在当事人没有相关协议时与公约第四条不符。^{④5}根据上述规定,缔约国以裁决已被撤销为理由拒绝执行外国仲裁裁决时,需要对撤裁决定进行审查。只有当撤裁理由在公约列举的范围内时,仲裁裁决被撤销才能作为拒绝执行的理由。

正是基于《欧洲公约》的上述规定,奥地利最高法院在2005年执行了一个已经在斯洛文尼亚被撤销的仲裁裁决。法院认为,《纽约公约》第五条第一款赋予了法院准予或拒绝执行已被撤销的仲裁裁决的自由裁量权,但《欧洲公约》第九条为这一自由裁量权设定了限制。由于斯洛文尼亚法院以仲裁裁决违反了本国的公共政策为由撤销了仲裁裁决,而违反公共政策并非《欧洲公约》认可的撤裁理由,奥地利法院仍然承认并执行了仲裁裁决。^{④6}

在著名的Yukos案中,荷兰法院也采纳了折中模式。Yukos公司作为一家卢森堡金融公司,向YNG公司提供了贷款。随后YNG公司被一家俄罗斯国有企业——Rosneft公司收购。由于YNG公司并未偿还贷款,Yukos公司针对Rosneft公司提起仲裁。俄罗斯的仲裁庭裁定Rosneft公司向Yukos公司偿还贷款及利息。随后,Yukos公司向荷兰法院申请执行仲裁裁决,Rosneft公司则向俄罗斯法院申请撤销仲裁裁决。最终,俄罗斯法院认为Yukos公司与YNG公司的合同构成非法避税计划的一部分,并据此撤销了仲裁裁决。荷兰法院则认为仲裁裁决虽然被撤销,但仍可以在荷兰执行。阿姆斯特丹上诉法院注意到媒体和国际反腐败机构对俄罗斯司法体系的负面评价,以及Yukos公司管理层被俄罗斯提起公诉的事实,并据此认定俄罗斯法院的撤裁决定很可能是不中立、

^{④5} 《欧洲国际商事仲裁公约》第九条第一款约定:“一缔约国撤销按本公约作出的仲裁裁决,只有在下列情况下,才构成另一缔约国拒绝承认和执行裁决的理由。即裁决是由在该国或按该国法律作出裁决的国家撤销的,并且具有下述理由之一:(1)仲裁协议的当事人,按对其适用的法律规定,是无能力人;或者按当事人所依据的法律,协议是无效的,如协议中未规定此项法律,依裁决地国家的法律规定,这项协议无效;(2)请求撤销裁决的当事人,没有得到关于仲裁员任命或仲裁程序的正式通知,或者有其他理由未能出席仲裁;(3)裁决涉及到仲裁申请中没有提及的或不属于仲裁申请项目的一种争议,或者裁决中包含了超出仲裁申请范围的裁决事项;如果仲裁申请范围内的裁决事项可以同仲裁申请范围外的裁决事项分开,则申请范围内的裁决事项可以不予撤销;(4)仲裁机构的组成和仲裁程序不是按照当事人的协议办理的,或者如无此项协议,不是按照本公约第四条的规定办理的。”

^{④6} C**** v. C****, No. 3Ob221/04b, Austria, Oberster Gerichtshof (Supreme Court), 2005, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3885&opac_view=2, last visited Jan.25, 2023.

不独立的。相应地,俄罗斯的撤裁决定不应当被荷兰法院承认。^⑭

折中模式并不一味尊重他国撤销仲裁裁决的决定,也不直接无视撤销仲裁裁决的决定,而是试图为是否承认他国的撤裁决定设定本国标准。至于具体的本国标准是什么,不同的国家可能有不同的政策和价值考量。从《欧洲公约》的规定来看,其在认定是否认可撤裁决定时,主要关注作出撤裁决定的国家是否严格地将撤裁理由限定于特定的程序性瑕疵。这一做法旨在避免缔约国随意扩张撤销或不予执行仲裁裁决的事由,保障仲裁制度的公信力。荷兰法院则是将是否违反本国的公共政策作为认可撤裁决定的标准。虽然各国对何为“违反公共政策”有不同的理解,但总体而言,违反公共政策的认定门槛较高。荷兰的这一做法,既体现了尊重仲裁地法院撤裁决定、确保仲裁裁决效力确定性的一般原则,同时也尽可能地减少了一刀切地认可撤裁决定所带来的不公平。

四、发展趋势及对我国立法的建议

通过上文的理论探讨和比较法分析可以看到,对于已被撤销的仲裁裁决的执行问题,已衍生出诸多不同的理论和处理模式。在理论层面,就仲裁地法院对仲裁裁决效力的决定权,存在肯定说、否定说和折中说,三种学说各有利弊。肯定说体现了对仲裁地特殊的司法监督地位的尊重,有助于确保仲裁裁决效力的稳定性、统一性,但对于执行地而言,有过度限缩自身的司法裁量权之嫌。否定说反映了“仲裁法律秩序”理论在已被撤销的裁决的执行问题上的应用,其虽然与理想化的仲裁发展图景相契合,但与现实情况相去甚远。此外,根据否定说,仲裁地法院不再具有撤销仲裁裁决的权限,这相当于架空了撤裁制度。折中说立足于多元主义,确保了执行国在判断仲裁裁决效力上的独立自主权。但与此同时,折中说也可能助长各国对仲裁裁决效力判断的不一致,并加剧胜诉方“挑选法庭”的行为。对上述学说的利弊分析折射出,已被撤销的仲裁裁决的执行问题涉及复杂的政策考量,需要权衡不同维度的利益及价值。

在司法实践层面,大致存在尊重撤裁裁决模式、无视撤裁裁决模式和折中模式的划分。总体而言,虽然德国、法国等国家仍坚持采纳完全尊重撤裁裁决或完全无视撤裁裁决的一刀切做法,但越来越多的国家已经意识到已被撤销的仲裁裁决的执行问题所牵涉的复杂政策考量,并试图设立更精细的规范来平衡不同的价值追求、实现政策最优解。譬如,从美国、荷兰以及《欧洲公约》对执行已被撤销的仲裁裁决的规定或司法实践可以看出,越来越多的国家虽然原则上认可撤裁决定的效力,但也在尝试为这种认可机制设立一个安全阀,以保护仲裁裁决不因为明显不合理的撤裁裁决而被拒绝执行,避免损害本国的公共政策和基本的公平正义理念。在美国法下,这个安全阀表现为“公共政策”例外,如果拒绝执行一个已被撤销的裁决将有悖于本国的公共政策或基本的公平正义理

^⑭ Yukos Capital SARL v. OAO Rosneft, Amsterdam Court of Appeal, 2009, in Yearbook Commercial Arbitration Albert van den Berg (ed.), 2009, p.703.

念,则应当准予执行。在《欧洲公约》和荷兰法下,对撤销决定的审查机制构成了另一种形式的安全阀,只有符合公约或本国法下的审查标准的撤销决定,才能受到执行国的认可,并成为拒绝执行仲裁裁决的理由。

显而易见的是,由于国际规则的不明朗,国家法律在已被撤销的仲裁裁决的执行问题上扮演着至关重要的角色。^{④8} 每个国家都可以基于对仲裁地的法律意义、仲裁裁决的效力来源、执行地法院的权限等问题的不同理解,就已被撤销的仲裁裁决的执行事宜制定不同的规则,这些规则又将直接影响国际商事仲裁体系的公平性以及仲裁裁决效力的稳定性。

依据最高人民法院颁布的《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》(1987),我国目前完全肯定仲裁地法院对仲裁裁决的决定权,并遵循尊重撤销裁决模式。也就是说,根据相关规定,只要仲裁地法院作出撤销决定,我国法院就应当拒绝执行仲裁裁决。这一做法相当于将仲裁裁决效力的决定权完全交给了仲裁地法院。其可能导致的结果是,即便仲裁地法院基于某些与我国基本的公共政策、法治观念相悖的原因撤销了仲裁裁决,我们也必须认可撤销决定、拒绝执行仲裁裁决。在未来的实践中,不排除有某种可能,比如,仲裁地法院撤销仲裁裁决是为了保护来自本国的败诉方的利益,且撤销程序中存在司法腐败的情况,或者,仲裁地法院仅仅因为仲裁庭中包含特定性别、种族、或者信仰特定宗教的仲裁员而撤销仲裁裁决。在上述情形下,我国法院如果认可了撤销决定的效力,并据此拒绝执行仲裁裁决,则有可能助长仲裁地的地方保护主义、司法腐败,以及基于性别、种族和宗教信仰的歧视,进而减损仲裁的公平性。相反,如果在仲裁地法院以与我国公共政策、法治观念明显相悖的理由撤销仲裁裁决时,我们能保留准予执行仲裁裁决的可能性,将有助于保障仲裁的公平性。

除了公平层面的考量,一味认可仲裁地法院的撤销决定的做法,本质上可能限缩我国在仲裁裁决效力判断上的司法裁量权。如前文所述,《纽约公约》并未禁止缔约国执行已被撤销的仲裁裁决。恰恰相反,《纽约公约》为在特定情况下执行已被撤销的仲裁裁决,提供了法律依据。譬如,不少国家基于《纽约公约》第五条第一款中执行法院“可以(may)”拒绝执行已被撤销的裁决的表述,认为法院既可以准予执行已被撤销的仲裁裁决,也可以拒绝执行。此外,《纽约公约》第七条第一款也已被广泛视作执行已被撤销的裁决的依据,因为该条款明确允许缔约国基于本国法律或区域性条约,就仲裁裁决的承认和执行作出更宽松、更优惠的规定。而最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》中的规定,似乎将仲裁地法院作出的撤销决定排除在了一般的外国法院判决和裁定之外,使撤销决定无需经过任何审查,就自动获得我国的承认。这相当于主动让渡了一部分在《纽约公约》下本可行使的司法裁量权。

总体而言,我国目前就已被撤销的仲裁裁决的执行问题仅作出了原则性规定。一方

^{④8} Linda Silberman, *The New York Convention after Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law, 2009, Vol.38:1, pp.25-46.

面,尊重仲裁地法院作出的撤裁决定的做法有其可取之处,其体现了对仲裁地法院特殊的司法监督职能的认可,有助于保障仲裁裁决效力的稳定性、一致性。但另一方面,一味认可撤裁决定、拒绝执行已被撤销的仲裁裁决的做法,可能导致个案的不公平,同时限缩《纽约公约》下我国在仲裁裁决效力判断上的司法裁量权。换言之,目前的规定尚未充分体现仲裁裁决效力的稳定性与商事仲裁的公平性、本国的司法裁量权等多种政策考量之间的平衡。在未来的立法中,我国可考虑进一步精细化与已被撤销的仲裁裁决的执行相关的规则,避免司法实践中一刀切的做法。具体而言,在坚持目前尊重撤裁决定的一般原则的基础上,法律或司法解释应当为我国法院审查撤裁决定创设一定的空间。对于明显有违我国基本原则或公共政策的撤裁决定,法院应当有权拒绝认可,进而准予执行已被撤销的仲裁裁决。

相较于目前的规定,上述精细化的规则在一般原则的基础上创设了例外,体现了有条件地执行已被撤销的仲裁裁决的立场。这一做法主要有以下优点:第一,通过为尊重撤裁决定模式设立例外,能避免仲裁裁决因为被个别不支持仲裁的国家随意撤销而在我国无法执行的情况,维护仲裁裁决的公信力,保护胜诉方的权益。第二,有条件地执行已被撤销的仲裁裁决的做法,有助于实现不同法域在仲裁司法审查权限上的合理分工。其既可以体现对仲裁地法院特殊的司法监督职能的尊重,也能够保留我国作为执行国在仲裁裁决效力判断上的司法裁量权。第三,精细化的规则不仅顺应各国仲裁法律及司法实践的发展方向,也能够彰显我国保障仲裁制度的公平性,营造“仲裁友好型”的司法环境,推动仲裁的现代化、国际化的基本态度。

五、结 语

商事仲裁作为一种替代性争端解决机制,一方面强调当事人的意思自治,另一方面也依赖国家法律体系的承认和司法机构的监督。撤裁制度是国家对仲裁进行司法监督的重要渠道,也是各国仲裁法的重要组成部分。各国法律中关于撤裁制度的规定,体现了司法机关与仲裁制度之间的互动关系。而当我们视野从国内仲裁拓展到国际商事仲裁,会发现撤裁制度绝不仅仅反映仲裁与仲裁地司法机关之间的关系。各国对于他国撤裁决定的态度,还涉及不同国家的司法决定之间的互相承认。

本文从一个饱受争议的话题——已被撤销的仲裁裁决的可执行性出发,探究了其背后的仲裁理论、规范及实践问题。从理论及规范的角度,学者们就仲裁地法院是否有权决定仲裁裁决的效力,分别提出了肯定说、否定说及折中说。以上三种立场又分别与属地主义、仲裁法律秩序理论及多元主义这三种关于仲裁裁决效力来源的不同学说紧密联系。在司法实践中,就执行地法院是否尊重仲裁地法院作出的撤裁决定,不同国家的处理模式也有所不同,大致可分为尊重撤裁决定模式、无视撤裁决定模式和折中模式。从理论争鸣及各国司法实践的发展脉络可以看出,要回答已被撤销的仲裁裁决的可执行性问题,需要兼顾多种价值和政策考量。一味地尊重仲裁地的撤裁决定可能会限缩《纽约

公约》下缔约国本可行使的司法裁量权,并使胜诉方在裁决因明显违反公共政策、基本法律原则的理由被撤销时,失去救济渠道。而完全无视撤裁决定的做法,则可能破坏仲裁裁决效力的一致性,甚至威胁撤裁制度存在的意义。考虑到我国现行规则就该议题仅作出了原则性规定,即要求法院拒绝承认和执行已被仲裁地法院撤销的仲裁裁决,建议我国未来就这一问题制定更精细的规范,为法院在例外情况下执行已被撤销的仲裁裁决创设空间。

Abstract: The enforceability of annulled arbitral awards has been subject to intense debate in the past few decades. Since annulment decisions are generally rendered by courts at the seat of arbitration, we need to address two issues when discussing the enforceability of annulled arbitral awards. First, from theoretical and doctrinal perspectives, whether courts at the seat of arbitration have the right to determine the validity of arbitration awards. Second, in judicial practice, whether courts at the enforcement jurisdiction defer to annulment decisions rendered by courts at the seat of arbitration. Scholars and courts have provided divergent answers to the above two issues. The traditional view is that the legal force of arbitral awards derives from the legal order of the seat of arbitration, hence courts at the seat of arbitration are entitled to determine the validity of awards, and courts at the enforcement jurisdiction should defer to annulment decisions. There are also many scholars and courts adopting opposite views or taking compromise positions between the two extremes. Based on theoretical analysis and comparative studies, it is suggested that China should adjust the current one-size-fits-all regulations based on the traditional view. While maintaining the general principle of respecting annulment decisions rendered by courts at the seat of arbitration, China should also consider the possibility of enforcing annulled arbitral awards under special circumstances.

Keywords: annulled arbitral awards; New York Convention; enforcement of arbitral awards; source of arbitral awards' legal effects

(责任编辑:傅攀峰 外审专家:袁发强)

专利权有效性争议可仲裁性的理论反思与制度构建研究

周晨宇 张 润^{*}

内容提要 专利权是以私权为其本质属性,兼具一定公权因素的民事权利。由于专利权的取得、确权、救济程序都存在国家公权力的渗透,有关专利权有效性争议能否提交具有民间性的仲裁机构解决,在理论上一直存在较大的争议,在实践中也易遭受不同问题的阻碍。然而,基于专利权私权的本质属性及仲裁裁决的相对效力理论,相关争议提交仲裁具备理论上的可行性。在仲裁实践中,可通过在立法层面赋予仲裁庭在特定情况下对专利权效力的认定权、明确仲裁裁决的相对效力及特殊情况下的例外规定、建立仲裁机制与行政认定的衔接机制等途径来消除其现实阻碍。由此平衡仲裁权与行政权之间的关系,避免仲裁权对公权力的入侵,使专利权有效性争议也能够通过仲裁获得专业、高效的解决。

关键词 专利权 专利权有效性争议 可仲裁性 仲裁权 制度构建

近年来知识产权纠纷的数量呈现高速增长态势,知识产权诉讼存在着成本高昂、程序繁琐、费时费力等弊端,而仲裁的高效便捷、专业性、保密性等优势往往使其成为比诉讼更为理想的解决方式。知识产权纠纷提交仲裁解决不仅能够缓解法院巨大的诉讼压力,还能为当事人避免讼累、快速解决纠纷提供有效途径。目前《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)仍然采用传统的方式界定仲裁范围,对专利权有效性争议能否通过仲裁解决尚未作出明确的规定。专利权有效性争议提交仲裁解决最大的阻力是会使行政机关登记的权利置于私人裁判机构的“独断”之下,其可行性在学界一直存在较大的争议。在各国商事争议可仲裁范围不断扩展的背景下,是否应当将专利权有效性争议纳入仲裁范围内是《仲裁法》修改亟需解决的问题。本文将从理论与实践两个方面对专利权有效性争议是否具备可仲裁性展开分析。

^{*} 周晨宇,中国人民公安大学法学院法律硕士研究生;张润,中国人民公安大学法学院副教授,硕士生导师;本文为2020年度科技部重点研发计划项目“生态环保类案件知识体系研究”(2020YFC0832701)的阶段性成果、中国人民公安大学委托研究专项课题“习近平法治思想专题研究”(2022FZSX01)的阶段性成果、中国人民公安大学高水平非在编科研机构建设项目“涉众型纠纷解决智能化路径研究”(2021FZB07)的阶段性成果。

一、专利权有效性争议可仲裁性的基本概念界定

(一) 争议事项的可仲裁性

仲裁作为一种非诉解决纠纷的方式,不仅在民商事领域被广泛适用,在解决劳动纠纷、农业承包合同纠纷、体育纠纷方面同样发挥着重要的作用。由于劳动仲裁、农业承包合同纠纷仲裁、体育仲裁与商事仲裁存在着差异,且前三种形式的仲裁不受《仲裁法》的调整。因此,本文讨论的仲裁仅指商事仲裁。

1. 争议事项可仲裁性的概念

争议事项的可仲裁性是指仲裁法所确立的可以通过仲裁方式解决争议事项的范围。简单来说,就是指基于公共政策的考虑,哪些问题可以通过仲裁解决,哪些问题不可以通过仲裁解决。^①争议事项的可仲裁性对仲裁协议是否有效、仲裁庭是否享有仲裁权、仲裁裁决能否得到承认与执行以及仲裁作为社会冲突解决机制的实现程度方面都具有决定性作用。^②世界各国的法律制度不同,各国都根据自己的经济和社会政策来决定可仲裁事项的范围。争议事项的可仲裁性实际上是通过公共政策对仲裁的范围加以限制,由此可以反映国家对仲裁的支持程度。^③

2. 争议事项可仲裁性的标准

各国在确定争议事项是否具有可仲裁性时,一般采用争议事项主体标准与客体标准并行。争议事项的主体标准是指确定何种主体之间的争议符合可仲裁性的标准。现行的《仲裁法》对可仲裁事项的要求是争议双方当事人在争议的法律关系中处于平等的法律地位,也就是将管理者与被管理者之间的争议排除在可仲裁范围之外。争议事项的客体标准是指争议事项本身应当符合的标准。一般来说,争议事项在符合可争讼性、可处分性、财产性三个方面的要求时即具备可仲裁性。其中,可争讼性要求特定争议主体之间具有直接、公开的遏制、排斥对方的对抗性;可处分性是指双方当事人可以根据自己的意愿在法律规定的范围内对争议的实体权利进行自由处置,其实质是争议事项双方当事人可以自由和解,但不得违反法律、公共秩序以及善良风俗;财产性则指的是双方当事人之间发生的争议涉及财产权益。^④在同时满足了主体标准和客体标准后,该争议事项就具备了可仲裁性。

3. 我国争议事项可仲裁性的立法规定

我国对争议事项的可仲裁性采取了以肯定式概括为主、以否定性列举为辅的立法体例。我国《仲裁法》第2条概括性规定了“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产纠纷可以仲裁”;第3条以否定性列举的方式规定婚姻、收养、监

① 李乾贵、胡弘、吕振宝:《现代仲裁法学研究》,中国政法大学出版社2018年8月版,第32页。

② 肖建国:《仲裁法学》,高等教育出版社2021年5月版,第39页。

③ 王莹:《试论知识产权有效性争议的可仲裁性》,载《电子知识产权》2003年第3期,第56页。

④ 乔欣:《仲裁法学》,清华大学出版社2020年9月版,第26页。

护、扶养、继承纠纷以及依法应当由行政机关处理的争议不可仲裁。由此可见,我国争议事项的可仲裁性需要符合以下几个条件:首先,仲裁主体的平等性。即争议事项的双方当事人应当是平等主体,行政争议因属于管理和被管理关系不在可仲裁范围之内。其次,争议事项的可处分性。即争议事项必须是当事人有权处分的民事实体权利,婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷涉及身份关系不能任由当事人自由处分,因此不具有可仲裁性。最后,争议内容的财产性。争议事项应当涉及财产权益纠纷,主要是合同纠纷,也包括一些非合同的财产权益纠纷。有关专利权有效性争议能否通过仲裁解决,我国现行法律并没有作出明确规定。

(二) 专利权的性质辨析

在明确了争议事项可仲裁性的标准后,专利权有效性争议是否满足上述条件,需要把握专利权的性质后再进行讨论。专利权是专利主管部门根据发明人或者设计人的申请,以向社会公开发明创造的内容为前提,授予发明人或设计人在法定期间内所享有的一种独占权或排他权。未经专利权人许可,他人不得在法定期间内利用该专利技术。^⑤专利权的性质主要包括以下两个方面:

1. 私权属性

专利权实质上是一种无形的财产权,是发明人对其智力劳动成果享有的权利,反映了产品创造者的人格和财产利益,属于民事权利的范畴,因此具有私权属性。^⑥国际公约《与贸易有关的知识产权协议》,也就是 TRIPS 协议在其序言部分也明确强调了知识产权的私权属性。据此,在实体方面,专利权的产生、行使和保护应当适用民法的基本原则和基本制度,如专利权的产生适用民法中的民事法律关系产生的规定,专利权的行使应当遵循民法中不得滥用权利、遵守公序良俗等原则进行,专利权的保护方式也是通过行使请求权以恢复到权利受侵害前的圆满状态;在程序方面,有关专利权纠纷的解决应当适用民事诉讼法的有关规定。^⑦

2. 兼具公权因素

专利权客体即智力成果具有无形性,本质上是一种信息,流动性强,一旦被传播出去,人们能够轻易地进行复制和再传播,因此信息提供者难以依靠自己的力量对信息进行排他性的控制。^⑧此时国家授予信息提供者专利权,保障其在一定期限内享有技术垄断地位,以此获得相应的报酬来弥补其公开智力成果所付出的代价。这不仅能够在保护“创造者”合法权益与维护社会公共利益之间取得平衡,还能够刺激和鼓励人们投身于创新活动,推动科技的进步、社会的发展。^⑨由此在专利权的取得、行使和确权等方面,都

⑤ 王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社 2021 年 8 月版,第 337 页。

⑥ 吴汉东:《知识产权法》,法律出版社 2021 年 11 月版,第 432 页。

⑦ 肖志远:《中国知识产权纠纷可仲裁性的理论与实证考察》,载《商事仲裁》2013 年第 1 期,第 5 页。

⑧ 吴汉东:《知识产权总论》,中国人民大学出版社 2013 年 8 月版,第 132 页。

⑨ Rudersh Mandal, *Conflicting Jurisprudence on the Arbitrability of IP Disputes in India*, Indian Arbitration Law Review, 2019, Vol.1, p.88.

在不同程度上体现了国家公权力的渗透。就专利权的取得而言,专利权是在专利技术创造后还需要经过行政审批才能取得的民事权利;在专利权的行使上设置了如专利权转让登记、发明和实用新型专利强制许可等行政性规范;在专利权的效力问题上还规定了行政机关对专利的无效宣告程序。^⑩因此,专利权又兼具公权因素,但其本质属性仍是一种财产权,是一种民事权利。

二、专利权有效性争议可仲裁性问题的理论争辩

由于专利权的效力问题往往会涉及到国家公权力,甚至会影响到社会公众的利益,相关争议能否提交仲裁在学界一直存在较大争议。笔者对学界两种不同观点进行了总结归纳:

(一) 否定态度:专利权有效性争议不具有可仲裁性

1. 专利权来源于国家授权

专利权不是自动取得的,而是通过法律明文规定设定的权利。它是由国家通过授权行为,将部分公共领域的利益置于私人控制之下而取得的。因此,专利权取得需要申请人向行政机关进行申请,由行政机关审查是否满足立法所规定的授权要求后,作出是否授权的决定。权利人获得相应的权利是国家行政机关行政行为的结果。由此可见,专利权有效性争议实际上是国家行政机关与当事人之间的争议,属于管理与被管理关系的行政争议。^⑪由具有民间性质的仲裁庭对经行使公权力而产生的权利效力作出判断或变更,会导致私人自治权侵犯国家公权力。因此,专利权有效性争议不具有可仲裁性。

2. 专利效力审查权专属于行政机关

就专利权效力的审查主体而言,我国专利权的效力判断专属于国家知识产权局专利局复审和无效审理部,就连法院都不享有专利权效力的审查权,只能在专利无效的行政诉讼中,审查专利局复审和无效审理部所做的专利无效宣告决定是否合法。若具有民间性质的仲裁庭有权决定专利权效力,似乎有侵入公权力之嫌。^⑫就专利权无效宣告的程序而言,该程序是由请求人请求专利局复审和无效审理部,对国家知识产权局专利局授予专利权行为的合法性、适当性进行审查,并作出是否对该专利权宣告无效的决定,具有行政复议的性质。就专利权宣告无效后的救济程序而言,也是以行政机关即专利局复审和无效审理部作为被告进行的行政诉讼程序。综上所述,专利权有效性争议实质上是当事人与授予专利权的国家行政机关之间的争议,由于当事人与国家行政机关之间的地位是不平等的,这就从争议事项的可仲裁性主体标准上否定了专利权有效性的可仲裁性。^⑬

^⑩ 冯晓青、刘淑华:《试论知识产权的私权属性及其公权化趋向》,载《中国法学》2004年第1期,第65页。

^⑪ 李晓桃、袁晓东:《知识产权纠纷的可仲裁性研究》,载《科技管理研究》2012年第16期,第180页。

^⑫ 李凤琴:《知识产权有效性争议的可仲裁性研究》,载《仲裁研究》2007年第2期,第20页。

^⑬ 全宁:《论知识产权纠纷的可仲裁性》,载《知识产权法研究》2006年第2期,第46页。

3. 专利权与公众利益密切相关

专利权是法律赋予个人或组织对其创造性成果依法享有的独占性权利,非经专利权人许可或法律特别规定,他人不得实施受专利权控制的行为。专利权的排他性特征使得专利权有效性争议的裁决结果直接关系到整个社会的技术利用成本,涉及不特定第三人的利益及社会公共利益。因此,对专利权有效性的合理裁判需要保持专利垄断成本与专利权所创造的社会价值之间的平衡以及各类相互冲突的利益之间的平衡,这也是将专利权有效性的裁决权交由公权力机关的内在考量。若将专利权有效性争议交由仲裁庭解决,相当于把公共利益置于仲裁员的“独断”之下,可能难以实现其背后的公共政策^⑭。

(二) 肯定态度: 专利权有效性争议具有可仲裁性

1. 国家授权不改变专利权私权的本质属性

专利权是权利人对其智力成果享有的受到法律保护的财产权和人身权,专利权客体智力成果的无形性和可自由流动性要求通过国家授权的方式对其予以保护,国家授权实际上是专利权客体无形性的要求。同时,国家对专利申请的审查、授权行为实质上是对民事主体民事权利合法性、真实性的一种审查,或者说是一种公示、公信。^⑮因此,专利权的产生是否需要国家机关经过法定程序加以认定与专利权私权的性质并无直接关系,国家授权并没有改变专利权私权的本质属性,专利权人有权选择许可、转让甚至抛弃等方式来处置权利,也当然享有将专利权有效性争议提交仲裁处理的自由。

2. 专利权有效性争议的民事属性

专利权实质上是一种财产权,尽管存在公共权力对专利权的调整和干预,但专利法主要调整的是民事主体之间等价有偿的财产关系,权利的行使主要取决于民事主体之间的意思自治,专利权有效性争议的本质属于民事纠纷。在专利无效宣告程序中实际上要解决的是请求人与专利权人平等主体之间对于专利权有效性的争议。这是因为专利权的有效与否对专利局复审和无效审理部而言并不存在法律上的利害关系,在无效宣告程序中专利局复审和无效审理部也仅是根据无效请求人和专利权人的主张、提交的证据进行居中裁决,并没有提出自己独立的主张,其更倾向于行使的是一种民事裁判权。不能仅因是行政机关做出的行为就认定为行政行为,就应当通过行政诉讼进行救济。不能过分关注无效宣告程序的表面特征而忽略了专利权有效性争议本质属性。^⑯

3. 仲裁裁决的相对性效力

仲裁裁决的相对性效力是指仲裁裁决原则上仅及于当事人之间,对当事人以外的第三人不具有拘束力。为什么仲裁裁决仅就仲裁当事人之间具有约束力呢?主要基于以下几点原因:第一,仲裁协议的契约性决定了仲裁裁决的相对性效力。仲裁协议是双方当事人自愿将他们之间已经发生或可能发生的争议,提交仲裁解决的书面契约。仲裁协

^⑭ Nidhisha Garg, *Arguing for the Arbitrability of IPR Disputes*, Intellectual Property Law, 2019, Vol.10, p.36.

^⑮ 程松亮:《中国知识产权纠纷仲裁解决机制及对策研究》,载《商事仲裁》2012年第1期,第8页。

^⑯ 何伦健:《专利无效诉讼程序性质的法理分析》,载《知识产权》2006年第4期,第75页。

议作为仲裁制度的基石,是启动仲裁程序的唯一途径,直接决定了当事人之间的纠纷能否通过仲裁解决。仲裁协议的契约属性要求其应当遵守合同的相对性原理,也即仲裁协议的效力仅及于仲裁当事人,非仲裁协议当事人无权将争议提交仲裁解决。据此,仲裁协议的当事人很大程度上就决定了仲裁裁决当事人的范围。第二,仲裁庭的仲裁管辖权主要来源于当事人的授权。仲裁管辖权是指仲裁庭依据当事人的授权和法律的授权所享有的,可以对当事人之间的争议进行审理并作出有约束力裁决的权力。^{①⑦} 当事人的授权是仲裁庭取得仲裁权的重要依据。由此,仲裁庭仅能对仲裁协议当事人作出裁决,对仲裁协议当事人以外的第三人作出的裁决会因缺乏第三人的授权而无效。第三,正当程序原则要求保障当事人的程序性权利。由于仲裁是在双方当事人意思自治下进行的具有保密性、封闭性的审理程序,第三人不仅难以知悉仲裁的相关信息,更是被排除在了仲裁程序之外。若仲裁裁决的约束范围扩大至没有参与仲裁程序的第三人,对第三人来说是不公平的,违反了正当程序原则。^{①⑧} 因此,仲裁裁决具有相对效力。

基于仲裁裁决的相对性效力,在仲裁庭处理相关专利权效力争议时,即便裁决某项专利权无效,也不会影响该专利权在行政机关登记的效力。^{①⑨} 对于仲裁裁决以外的第三人或者社会大众来说,专利是否有效仍然取决于行政机关的登记状况,仲裁裁决对其并不具备法律约束力。仲裁庭对专利权效力的审查实际上是对专利权在仲裁当事人之间是否具有可执行性的判断,^{②⑩} 并不会侵犯国家公权力、妨碍国家公共政策,也不会对公共利益产生影响。

(三) 专利权有效性争议可仲裁的理论反思

总的来说,专利权的混合属性使学界对专利权有效性纠纷是否能够具有可仲裁性的态度一分为二。否定说主要是围绕专利权公权属性展开的,认为专利权的取得、确权、救济程序都涉及公权力的介入,将此类争议提交仲裁来解决,会使仲裁权僭越公权力,影响公权力的公信力。而肯定说则是透过专利权取得、确权、救济程序中行政行为的表象,把握专利权私权的本质属性,结合仲裁裁决的相对效力将否定说的顾虑逐一击破,由此来论证专利权有效性纠纷的可仲裁性。

三、专利权有效性争议仲裁解决的实践困境

专利权的公权属性使其效力争议提交仲裁解决面临一些现实上的阻碍,主要包括:如何处理仲裁权与行政权之间的关系、界定仲裁庭的审理范围以及如何确定仲裁裁决的约束对象等问题。

^{①⑦} 乔欣:《仲裁权研究——仲裁程序公正与权利保障》,法律出版社2001年1月版,第143页。

^{①⑧} 杨桦:《国际商事仲裁裁决效力论》,上海三联书店2021年5月版,第84页。

^{①⑨} 高升、李珂珂:《专利有效性仲裁裁决与行政认定的衔接机制比较研究》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第34页。

^{②⑩} 倪静:《论知识产权有效性争议的可仲裁性——对公共政策理由的反思》,载《江西社会科学》2012年第2期,第178页。

（一）专利权有效性争议可仲裁性立法的缺失

现行的《中华人民共和国仲裁法》《中华人民共和国专利法》对专利权有效性争议可否提交仲裁未作出明确的规定,仅赋予了行政机关对专利权效力认定的专属审查权。在专利侵权纠纷或专利合同纠纷的仲裁程序中,若一方当事人提出专利权无效的抗辩,由于仲裁庭无权就专利权的有效性做出判断,由此导致仲裁程序被迫让位于专利局复审和无效审理部的无效宣告程序。^①对专利复审委员会专利局复审和无效审理部决定不服的,当事人还可以提起行政诉讼,而法院无权直接判决维持专利权有效或是宣告专利权无效,只能判决撤销专利局复审和无效审理部的无效审查决定,这就导致了“循环诉讼”的产生。^②仲裁由于无法摆脱旷日持久的诉讼程序,其高效快捷的优势也无从谈起,还会使专利权长期处于一种不确定状态。专利权有效性争议作为专利侵权纠纷、专利合同纠纷解决的基础,其可仲裁性在立法上的缺失会使专利侵权纠纷、合同纠纷的仲裁道路举步维艰。^③当事人为了能获得更为确定和可靠的结论,往往会直接选择诉讼途径,从而导致专利纠纷的仲裁空间被大大限缩,专利纠纷仲裁解决道路受到严重阻碍,同时也加重了法院的负担,浪费了国家的司法资源。

（二）专利权有效性仲裁审理范围界定问题

专利权有效性争议可表现为由行政授权、确权行为引发的专利权有效性争议,也可以表现在专利侵权纠纷、专利合同纠纷中一方当事人以专利权无效作为抗辩的理由而引发的专利权有效性争议。仲裁庭是否对所有类型的专利权有效性争议都有权做出裁决?这就需要对仲裁审理范围予以明确,这也是专利权有效性争议仲裁机制实施过程中必须解决的问题。美国对此做了较为宽松的规定,美国允许任何有关知识产权的争端进行仲裁,即便是行政授权、确权行为引发的专利权有效性争议也可交由仲裁庭直接作出裁决。但仲裁裁决仅对双方当事人具有终局效力,对任何第三方没有约束力。裁决作出后必须书面通知美国专利商标局局长,否则裁决不具有执行力。^④瑞士也对专利权有效性争议的可仲裁性问题持全面支持态度。《瑞士联邦国际私法法规》中明确规定涉及财产的任何争议都可以提交仲裁,这也为由行政授权、确权行为引发的专利权有效性争议纳入仲裁范围提供了依据。此外,瑞士相关的行政部门在得到仲裁所在地的管辖法院签署的执行令后,可以依据仲裁裁决直接撤销专利权或商标权,从而使仲裁裁决产生对世效力。^⑤法国则是对仲裁庭的审理范围做了比较保守的规定,法国巴黎上诉法院曾于2008年判决中明确仲裁员有权对专利权无效的抗辩作出裁决,但仲裁庭只能在一方提出专利权无效的抗辩时,对专利权效力做附带性审查,而不能接受一项有关专利权效力的独立

① 曾晓腾:《论知识产权纠纷之可仲裁性》,西南政法大学硕士学位论文,2019年,第26页。

② 渠滢:《论专利无效诉讼中的“循环诉讼”问题》,载《行政法学研究》2009年第1期,第91页。

③ 杨涛、杨斌:《知识产权仲裁制度的困境与出路》,载《电子知识产权》2011年第12期,第81页。

④ 崔国斌:《美国专利有效性仲裁制度评析》,载《知识产权》1998年第3期,第46页。

⑤ 张艾清:《国际商事仲裁中公共政策事项的可仲裁性问题研究》,载《法学评论》2007年第6期,第98页。

请求。^{②6}由此可见,美国、瑞典充分尊重当事人的契约自由,承认所有类型的专利权有效性争议的可仲裁性;而法国则是采取了较为谨慎做法,仲裁庭仅能在当事人以专利权无效作为抗辩理由时对专利权有效性问题做附带性审查。我国可以以现行的专利权行政认定单轨制为基础,借鉴上述域外立法经验,对仲裁范围做出合理的界定。

(三) 专利权有效性仲裁裁决既判力问题

仲裁裁决是指仲裁庭按照仲裁规则审理案件后,依据查明的事实和认定的证据,经过合议,对当事人的请求事项作出的终局性判定。仲裁裁决的既判力是指争议事项经过仲裁裁决后所产生的确定力和拘束力。相较于具有权威性和强制性的法院判决,为什么民间性的仲裁庭作出的裁决也能产生既判力?可以说当事人的意思表示和立法上对仲裁裁决强制力的承认共同构筑了仲裁裁决既判力的理论根基。这是因为仲裁裁决是仲裁庭行使仲裁权的结果,也即仲裁裁决既判力的产生依据是仲裁权。^{②7}而仲裁权是以民间性为基础,融入了一定的国家司法权的混合性权力。仲裁裁决的既判力来源也就因仲裁权的混合性质而呈现多元化的样貌:第一,仲裁裁决的效力来源于当事人授权。双方当事人是否将争议提交仲裁,将哪些纠纷提交仲裁,提交给哪个仲裁机构,依据哪种仲裁规则组成仲裁庭进行仲裁,以及仲裁依何种方式进行都是以当事人的意愿为基础。也就是说正是因为有了当事人的授权,才使得仲裁程序有可能启动、运行,仲裁庭才能取得仲裁权对双方当事人提交的争议作出裁决。^{②8}因此,当事人授权是仲裁裁决产生约束力的基础。第二,仲裁裁决的效力来源于法律的授权。仲裁权作为一种权力,没有保障将难以实现。若仲裁庭作出的仲裁裁决无法强制执行,会使其权力的行使受到阻碍。因此,法律赋予了仲裁裁决与法院判决同等效力,对争议双方形成强制约束力,由此保障仲裁权的实现。

在明确仲裁裁决既判力的正当性基础后,需要明确的是仲裁庭对专利权效力的认定能否产生对世效力?也即仲裁裁决能对哪些主体发生效力作用?若仲裁裁决仅约束争议双方当事人,假设专利权人A同时授权B、C两家公司生产并销售其专利产品,B因缺乏相应的销售权限,将生产的专利产品委托销售商D进行分销。基于专利穷竭原则,知识产权权利人或其授权的人制造的知识产权产品在投放到市场后,权利人即丧失了在一定地域范围内对它进一步控制的权利,权利人的权利就被认为用竭了。因此B作为专利合法授权的使用人,A的专利权已经“一次用竭”,D的销售行为以及消费者的购买行为不构成对A专利权的侵权行为。若A、B就专利权发生争议,仲裁庭裁决A所享有的专利权无效时,B则能无偿生产专利产品,但该裁决仅对A、B具有约束力,对于D而言,A仍然是专利权人,那么D的销售行为是否需要授权?从D手中购买专利产品的普通消费者是否能依“权利穷竭原则”获得豁免呢?^{②9}在此种情形下仲裁裁决的效力

^{②6} 王迁、洪祖运:《专利有效性仲裁问题的国际比较研究》,载《商事仲裁》2008年第1期,第6页。

^{②7} 杨桦:《国际商事仲裁裁决效力考辨》,载《重庆师范大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第79页。

^{②8} 同前注^{①7},第10页。

^{②9} 赵丽:《专利有效性争议仲裁的双维度考察》,载《湖州师范学院学报》2010年第5期,第74-79页。

能否扩张至第三人呢?这都是在专利权有效性争议的仲裁实践中不容忽视的问题。

(四) 仲裁裁决与行政认定的结果不一致

仲裁庭在审理专利合同、专利侵权等纠纷时,若一方以专利权无效作为釜底抽薪的抗辩理由,可能导致仲裁庭对专利权效力的裁决与行政认定结果发生冲突。仲裁对专利权有效性的判定为个案审查,仅对双方当事人有效,而专利行政部门的授权在依法登记及公告后就具有对世性,具有普遍效力。如何处理行政认定的对世效力和仲裁裁决的相对效力之间的关系、协调仲裁权与行政权呢?建立专利权有效性仲裁裁决与行政认定的衔接机制就成了亟需解决的问题。美国建立了以书面通知行政部门为要件的衔接机制,即仲裁裁决强制执行的条件是必须将专利纠纷的仲裁结果书面通知美国专利和商标局长。^⑩美国这一规定是基于平衡私权与公权、维护国家公平与自由的考虑。但“书面通知”这一要件仅影响仲裁裁决的强制执行性,并不会改变行政部门关于专利效力的登记状态,未能解决仲裁裁决与行政认定结果冲突的问题。而在瑞士,专利权无效的仲裁裁决只要获得由管辖法院签署执行令后即可改变行政部门的登记效力。此种制度安排表面上虽然解决了专利权无效仲裁裁决与行政认定结果的矛盾与冲突,但似乎抬高了民间性的仲裁机构的地位,容易使人们将仲裁机构等同于公权力机关,从而对仲裁机构的性质和权力产生混淆。^⑪两种衔接制度各具优势,应当结合我国实际情况加以学习和借鉴,构建出具有中国特色的衔接机制。

四、专利权有效性争议仲裁制度的具体构建

如何对专利权有效性争议仲裁制度进行合理构建,关键在于如何避免仲裁权对公权力的入侵。主要可以通过在立法上明确承认仲裁庭在审理相关专利争议时一并处理专利权效力问题的权力,正确界定仲裁庭的审理范围以及仲裁裁决的既判力范围,建立仲裁裁决与行政认定结果的衔接机制,以此破除专利权有效性争议仲裁的实践阻碍。

(一) 明确承认专利权有效性争议的可仲裁性

1. 从理论上,专利权有效性争议交由仲裁解决具有可行性主要是基于以下几点原因:

(1) 专利权私权的本质属性并不会因为国家授权而改变。专利权人有权按照自己的意愿处分权利,即当事人之间有权协商选择仲裁解决纠纷。私权的产生是否需要国家机关经过法定程序加以认定,与私权的性质并无直接关系。^⑫如房屋买卖需要在国家房地产管理机关进行变更登记才能发生物权变动,行政机关的登记行为并不会使房屋的所有权变为行政权,只是一种公示公信作用。在判断专利权究竟是公权还是私权时,仍然

^⑩ 王灿:《论我国专利纠纷调解和仲裁机构的建立》,载《电子知识产权》2013年第1期,第138页。

^⑪ 同前注^⑩。

^⑫ 吴汉东:《知识产权多维度学理解读》,中国人民大学出版社2014年9月版,第235页。

看的是主体之间是平等的关系还是不平等的关系、权利的行使主要以国家单方面意志为主还是以各方意思自治为主。^{③③} 尽管专利权存在着公权力的调整和干预,但它仍然是民事主体之间等价有偿的财产关系,权利的行使主要取决于民事主体之间的意思自治,因此专利权的本质属性仍然是私权。^{③④} 专利权人有权依照民事法律的基本原则和基本制度,选择许可、转让甚至抛弃等方式来处置权利,也享有选择专利权争议解决方式的权利。应当尊重当事人的自治权和处分权,保障当事人的程序选择权得以实现。^{③⑤}

(2) 仲裁裁决的相对性使其仅在仲裁双方当事人之间发生法律效力,不会影响专利行政机关登记的效力,也不会对公共利益造成影响。仲裁作为以意思自治为首要原则的纠纷解决方式,与诉讼制度相比最为显著的特征就是其契约性。首先,从仲裁程序的启动方面看,当事人的合意是启动仲裁程序的前提,仲裁协议是整个仲裁制度的基石。仲裁协议是双方当事人在平等自愿的基础上达成的将争议提交仲裁解决的合意,是一种特殊类型的合同,应当遵循合同相对性原理。合同的效力只及于合同的当事人,合同当事人以外的任何人都不得享有合同权利,不承担合同义务。也就是说只有达成了仲裁协议的双方当事人才有资格启动仲裁程序,这也就决定了仲裁裁决当事人的范围。其次,从仲裁权的取得来看,仲裁庭的仲裁管辖权不仅来源于法律规定,还来源于双方当事人的授权,当事人的授权是仲裁庭取得仲裁权的重要依据。因此,仲裁庭只能对双方当事人之间的争议做出裁决,对于协议以外的第三人因缺乏有效授权而无管辖权。综上所述,仲裁裁决具有相对性效力,原则上仅及于双方当事人,对当事人以外的第三人不具有拘束力。若将仲裁裁决的约束范围直接扩大至没有参与仲裁程序的第三人,仲裁协议以外的第三人在未参加仲裁审理程序、未进行陈述、辩论的情况下受到仲裁裁决的约束,是有违正当程序的。基于仲裁裁决的相对性效力,仲裁庭对专利权效力的认定仅对仲裁双方当事人发生法律效力。即便仲裁庭裁决与双方争议相关的专利权无效,产生的后果也只是一方当事人的仲裁请求得不到仲裁庭的支持,并不会影响该专利权在行政机关登记的效力。

2. 从实践上看,允许专利权有效性争议通过仲裁途径解决能够很大程度上满足专利权有效性争议的需要,主要体现在以下几个方面:

(1) 专利权有效性争议的技术性与仲裁的专业性。专利权有效性争议不仅会涉及各种法律问题,还涉及复杂高深的专业技术知识。仲裁专家办案的特点,赋予了当事人能够自主选择该领域的专家参与仲裁程序的权利,不仅能使专利权有效性争议得到专业、权威的判断,获得高质量的裁决,还能增强双方当事人对裁决结果的信服程度。

(2) 专利权有效性争议的保密性与仲裁的非公开性。专利权的价值体现在具有新颖性、创新性和实用性的智力成果上,由于信息具有较强的流动性,任何信息的公开都可能对专利权人造成伤害,这就对解纷方式的保密性提出了更高的要求。仲裁的不公开

③③ 吴汉东:《知识产权基础问题研究》,中国人民大学出版社2019年12月版,第189页。

③④ 同前注⑤,第13页。

③⑤ 倪静:《论我国知识产权争议多元化解决机制的构建》,载《电子知识产权》2011年第12期,第86页。

审理制度不仅能够满足专利权有效性争议的保密需求,还可以减少商业秘密和商誉受损的概率。^{③⑥}

(3) 专利权有效性争议的时效性与仲裁的高效性。作为专利权客体的智力成果往往通过信息数据的形式呈现出来,其无形性导致其极易通过复制传播的方式遭受侵害,损害结果一旦扩散会给专利权人的合法权益带来难以弥补的损害。同时专利权的保护期限是有限的,这就决定了专利权纠纷对处理的时效要求非常高。相对于诉讼成本高昂、周期长、程序繁琐等问题而言,仲裁实行一裁终局,程序更为简捷,使得专利权纠纷能够高效便捷地得以解决,合法权益也能及时得到救济。^{③⑦}

(4) 专利权有效性争议的法律滞后性与仲裁的灵活性。随着现代科学技术的高速发展,专利权侵权方式越来越复杂,专利权纠纷呈现出超前性特点。在专利权纠纷发生在新的技术领域时,法律可能还没有做出明确的规定,没有足够有效的法律和先例依据进行判断。例如,人工智能系统与日俱增的复杂性,从技术方案到创造性审查,从辅助决策到自主发明创造,都对现行专利法律制度和监管体系构成重大挑战,^{③⑧}而仲裁的灵活性特征能够很好地应对这种情况,仲裁员可以依据法律、商业惯例、公平合理、公平善良和诚实信用原则等对争议实质问题作出裁决,能灵活应对快速发展变化的专利权纠纷案件。^{③⑨}同时,仲裁也不必刻板遵循过于严苛的法律规制,可以按照当事人的个性化与多元化需求为当事人解决纠纷提供适配性的服务。

(5) 减弱争议双方的对抗性有助于维护双方商业关系。当今信息时代下,商业信誉和社会声誉已经成为了企业重要的无形资产,诉讼带来的负面影响可能对当事人的市场竞争产生不利的影响。当事人所关注的不仅仅是当下的纠纷解决结果,还有双方未来的合作与发展。^{④⑩}双方当事人选择仲裁这种不公开审理的方式解决纠纷能够维护其商业信誉和社会声誉,减弱双方当事人的对抗性,从而最大限度地降低对双方商业关系的损害程度,以此维护双方良好的商业关系。^{④⑪}

综上所述,赋予仲裁庭在审理相关专利争议时一并处理专利权效力问题的权力,不仅能使专利纠纷在一次性程序中得到解决,还能使仲裁成为疏减讼源、分流司法案件负担的有效方式。然而,目前我国法律规定的仲裁范围过窄,显露出与形势发展不适应的问题。对此,司法部在研究起草的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》中对有关仲裁范围的法律规定进行了修改,删除了“平等主体”的限制性表述,放宽了争

^{③⑥} 陈忠谦:《知识产权仲裁发展初探》,载《仲裁研究》2014年第3期,第6页。

^{③⑦} David L. Newman, *Can Arbitration Fix the Patent System: PTAB Participants Consider Arbitration in View of Increased Complexity of IPRs*, *Landslide*, 2019, Vol.11:5, p.22.

^{③⑧} 邓鹏、李芳、李明晶:《人工智能时代专利制度的实践挑战与应对策略》,载《科技进步与对策》2022年第19期,第5页。

^{③⑨} 陈健:《知识产权仲裁制度研究》,载《北京仲裁》2015年第4期,第10页。

^{④⑩} 王施施、王夷珠:《论知识产权纠纷解决的可仲裁性及其机制的重构——基于“一带一路”倡议背景下经贸共同体之建构》,载《上海法学研究》2019年第17卷,第67页。

^{④⑪} St Martin Anne Louise & J Derek Mason, *Arbitration: A Quick and Effective Means for Patent Dispute Resolution*, *Law & Technology*, 2011, Vol.12:2, p.315.

议事项可仲裁性的主体标准,扩大了仲裁的受案范围,为我国实践中已经出现的投资仲裁、体育仲裁等提供了依据、留出了空间。^⑫但该意见稿仍未就专利权纠纷是否可提交仲裁解决这一问题做出明确的答复,专利权纠纷的可仲裁性仍然处于云雾缭绕之境地,仲裁在解决专利权有效性争议方面仍然缺少“施展拳脚”的空间。因此应当在征求意见稿中明确专利权有效性争议的可仲裁性,对于平等主体之间的专利合同纠纷、侵权纠纷等具备可处分性的争议事项都可提交仲裁解决。仲裁庭有权在以专利权无效作为抗辩理由时对专利权的效力问题做出裁决,但该仲裁裁决仅对双方当事人发生法律效力。^⑬

(二) 赋予仲裁庭在特定情况下对专利权效力的认定权

由于我国公权力对专利权取得、确权、救济程序等各种事务的干预色彩较为浓厚,像美国、瑞士等国家一样直接允许所有类型的专利权有效性争议提交仲裁面临理论和实践的双重阻碍。因此,应当区分不同的情况来对专利权有效性争议的仲裁范围分别作出规定:

第一,由专利行政机关授权或者确权行为引发的效力争议是不可仲裁的。专利行政授权行为、确权行为属于具体的行政行为。虽然行政授权、确权行为最终影响的是平等民事主体之间的权利义务关系,但是在授权、确权过程中所体现出来的仍然是行政机关与行政相对人之间的关系,不符合争议事项可仲裁性的主体标准。^⑭同时,专利授权、确权行为一经做出,即产生公定力,即便是该行为不具有合法性和正当性,在被有关机关撤销或变更以前,也被推定为正确、真实,并对社会公众产生证明力、推定力和公示力,要求所有机关、组织、个人予以尊重。^⑮将此类案件交由仲裁进行审查可能会僭越行政权,破坏行政行为的公定力,损害行政行为的公信力。据此,专利权在涉及公权力介入的授权、确权方面的争议应当通过行政复议或者行政诉讼的方式解决,不具备可仲裁性。

第二,在专利侵权纠纷、合同纠纷中,仲裁庭有权在一方当事人提出专利无效抗辩理由时对专利权的效力问题进行认定,该裁决仅对双方当事人产生法律约束力,不影响专利行政机关对外登记的效力。将仲裁庭对专利权的效力认定权限定在个案中是为了能够缓和作为公权力的行政机关与民间性的仲裁机构之间就专利权效力认定的矛盾,充分尊重行政机关行使管理公共事务的职权,避免仲裁权越俎代庖。^⑯赋予仲裁庭在审理相关专利争议时,一并处理专利效力问题的权力是解决纠纷、实现公正与效率的必要条件,使专利纠纷能够在一次性程序中得到解决,以此充分发挥仲裁快捷高效解决纠纷的优势。

(三) 明确仲裁裁决的相对效力及扩张情形

我国专利权效力的审查权专属于行政部门,这是因为专利权有效性争议的裁决结果

^⑫ 毛晓飞:《法律实证研究视角下的仲裁法修订:共识与差异》,载《国际法研究》2021年第6期,第117页。

^⑬ 倪静:《论专利权有效性争议之可仲裁性》,载《知识产权》2013年第3期,第42页。

^⑭ 倪静:《论专利纠纷的可仲裁性》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2011年第4期,第78页。

^⑮ 周佑勇:《行政法学》,武汉大学出版社2009年7月版,第121页。

^⑯ 同前注^③,第58页。

直接关系到整个社会的技术利用成本,涉及社会公共利益及不特定第三人的利益。而仲裁庭实质上完全具备对专利权的效力进行裁判的能力和水平,仲裁庭是由仲裁当事人选择相关领域经验丰富的专业人才,包括法律专家和技术专家等组成的。这使得仲裁庭在解决此类高度技术性争议时更能展现仲裁专业性的优势,由此也能保证仲裁庭在处理此类纠纷的高效性、公平性。同时仲裁作为契约性的纠纷解决机制,对专利权效力的判断具有相对性效力,仅对仲裁双方当事人产生约束力。即便是仲裁庭最后做出了专利权无效的认定,也只是导致一方当事人根据该专利权的主张得不到仲裁庭的支持,并不会影响该专利在行政机关登记的效力。因此,仲裁裁决效力的相对性使仲裁庭对专利权效力的认定并不会与行政机关对专利效力的审查结果发生直接冲突,在仲裁实践中应当明确仲裁裁决的相对效力。在特殊情况下,也要注意仲裁裁决相对性效力的扩张情形。也即上文提到的当仲裁庭认定某项专利无效时,专利理论中的“权利穷竭”原则应当扩展适用于合法使用该专利技术的销售后手。当某项专利权被仲裁庭宣告无效后,此前被合法授权的使用人在无偿生产专利产品后,从其手中购买专利产品后进行的销售行为以及普通消费者的购买行为都不构成对原专利权的侵犯。^{④7}也即在对专利权认定的仲裁裁决是有利于保护仲裁协议以外的第三人的利益时,仲裁裁决的效力可以进行适度扩张。

(四) 建立仲裁裁决通报后申请行政机关审查的衔接机制

当专利权有效性争议提交仲裁后,出现仲裁裁决与行政认定结果不一致时,为了使仲裁裁决得到行政机关的认可,我国可以考虑建立仲裁裁决通报后申请行政机关审查的衔接机制。当事人可以在仲裁裁决认定专利权无效后,将裁决结果通报给行政机关,申请专利复审委员会对专利权再次进行行政审查,同时将仲裁裁决的理由以及相关证据作为行政认定的证据提交。经过审查后,如果行政裁决与仲裁裁决一致,裁决结果则产生对世效力;如果不一致,仲裁裁决仅在双方当事人之间发生效力。同时,行政机关应当充分尊重仲裁裁决,在行政裁决与仲裁裁决不一致或者行政机关不采纳据以作出仲裁裁决的证据时,应当陈述理由。^{④8}这一制度平衡了仲裁权与行政权之间的关系,能够有效解决专利权有效性仲裁裁决与行政认定冲突的问题,既尊重了当事人的意思自治,又维护了国家公权力的权威。^{④9}

同时要注意在此衔接制度下处理好有关仲裁保密性的问题。仲裁保密性最基本的涵义是指仲裁案件不公开审理。对于仲裁程序中制作的证据、资料、仲裁庭发布的命令、仲裁裁决是否都需要保密,虽然在学界还未达成一致,但仲裁为当事人保护相关保密信息提供了有效渠道和途径。保密范围以及是否将仲裁裁决交由行政机关审查认定都是由当事人自主约定或自主选择,能够个性化地满足不同当事人对保密性的需求。^{⑤0}

^{④7} 同前注^{②9},第77页。

^{④8} 刘瑾:《论知识产权有效性仲裁的认识误区及相关救济制度重塑》,载《知识产权》2016年第11期,第38页。

^{④9} 同前注^{④9},第37页。

^{⑤0} 倪静:《仲裁解决知识产权争议之利弊探析——从仲裁的基本特征出发》,载《知识产权》2012年第3期,第31页。

五、结 语

随着社会经济的不断发展和世界经济一体化进程的加快,涌现了许多新类型纠纷。现行《仲裁法》规定的仲裁范围过窄导致当事人无法按照自己的意愿将纠纷提交仲裁,这不仅会使仲裁制度与客观现实的发展不协调,也使仲裁制度的优势难以发挥,制约了仲裁制度的发展。在专利案件剧增的今天,专利权有效性争议在仲裁立法上的缺失,直接影响到专利合同、侵权纠纷的裁决效力,使专利纠纷通过仲裁解决寸步难行。着眼于专利权私权的本质属性以及仲裁裁决的相对性效力,专利权有效性争议纳入仲裁是具备可行性的。正值《仲裁法》修改之际,笔者建议在立法层面上赋予仲裁庭处理专利纠纷时一并处理专利效力问题的权力,明确仲裁裁决效力范围,建立仲裁机制与行政认定的衔接机制,由此推动我国商事仲裁事业的全面发展。

Abstract: Patent right is a civil right which essential attribute is private rights, with certain public power elements. Since the acquisition, confirmation and relief procedures of patent rights are infiltrated by state public power, whether disputes over the validity of patent rights can be submitted to arbitration institutions for settlement have always been relatively controversial in theory, and in practice they are also vulnerable to different problems. However, based on the essential nature of private patent rights and the theory of the relative validity of arbitral awards, it is theoretically feasible to submit relevant disputes to arbitration. In arbitration practice, practical obstacles can be eliminated by giving the arbitral tribunal the right to determine the validity of patent rights under specific circumstances, clarifying the relative validity of arbitral awards and exceptions under special circumstances, and establishing a linkage mechanism between arbitration mechanism and administrative determination. Balance the relationship between arbitration power and administrative power, avoid the intrusion of arbitration power on public power, and enable disputes over the validity of patent rights to be resolved professionally and efficiently through arbitration.

Keywords: patent; patent validity dispute; arbitrability; right to arbitrate; institutional construction

(责任编辑: 张靖昆 外审专家: 沈 健)

专利开放许可及其纠纷解决体系的构建

于伟艳 邵 伟*

内容提要 为提高专利成果的转化率,我国在《专利法》第四次修改中确立了开放许可制度。“开放”指专利权人通过声明的方式,作出许可任何主体实施其专利的意思表示,该声明经国家知识产权局审查合格后予以公告,有意实施该专利的主体以书面方式通知专利权人,并按声明中要求的方式支付许可费后,即获得专利实施许可。合同缔结方式的不同导致开放许可合同当事人的权利义务较常规的专利许可发生了变化。缔结、履行开放许可合同过程中有可能产生违约责任纠纷和侵权责任纠纷。《专利法》规定的开放许可纠纷解决方式包括行政调解和诉讼,由于这两种途径都存在不同程度的局限性,为实现开放许可促进专利技术转化的制度目的,有必要探索其他纠纷解决方式。仲裁作为重要的纠纷解决途径,其专家断案、保密、一裁终局等特点与开放许可合同的技术性和对时效的要求天然契合,将仲裁纳入开放许可纠纷解决体系,可有效避免专利非实施实体对产业界的干扰,为培育良性的专利许可市场、完善专利运营服务体系提供新的方案。

关键词 开放许可 纠纷解决 仲裁 专利运营

一、引言

为解决我国专利成果转化率偏低的问题,专利法第四次修改确立了开放许可制度,力图通过降低专利许可的交易成本促成许可的达成。《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)第50和51条规定了开放许可制度的运行模式,这一新的许可制度相较于常规许可显示出很多特别之处。

在常规的专利许可模式下,专利权人享有是否许可的决定权,并由此排除未被授权的对象实施其专利;而在开放许可中,专利权人需要首先声明许可任何主体实施其专利,该声明经国家知识产权局审查合格后予以公告,有意实施该专利的主体以书面方式通知专利权人,并按声明中要求的方式支付许可费后,即获得专利实施许可。由此带来的结果是,专利权人在一定程度上丧失许可谈判中的优势地位。此外,在传统的专利权保护模式下,当权利受到侵害时,专利权人可主张因侵权行为造成的损害赔偿,并且同时获得

* 于伟艳,北京市永新智财律师事务所律师、专利代理师;邵伟,北京市永新智财律师事务所律师、专利代理师。

禁令。而在开放许可的情况下,专利的实施者一方面可以开放许可为由抗辩禁令的发布,另一方面可以通过支付许可费的方式,让专利权人无法拒绝许可,由此导致专利权人行使专利权的能力受到限制。

考虑到开放许可与常规许可的上述区别,因开放许可从另外的维度上看,均以缔结许可合同为基础,本文将首先以合同法律制度为视角,探讨开放许可中专利权人与被许可人权利义务的变化,在此基础上探索开放许可纠纷解决体系的构建,即在专利法规定的行政调解和诉讼之外,建立更加符合开放许可特点的纠纷解决途径。除引言和结语外,本文共包括五个部分,第一部分探讨开放许可声明的要约属性;第二部分具体分析与常规许可相比,开放许可当事人权利义务的变化;第三部分探讨专利开放许可纠纷解决体系的构建;第四部分讨论通过仲裁解决开放许可纠纷的优势和不确定因素;第五部分提出完善开放许可纠纷解决体系的若干建议。

二、我国的专利开放许可声明具备要约属性

我国《专利法》第 50 条规定,专利权人应以书面声明的方式作出开放许可的意思表示,即愿意许可给任何主体实施其专利。我国《专利法实施细则修改建议(征求意见稿)》第 72 条之二规定了开放许可声明的具体内容,包括专利号、专利权人信息、专利许可使用费支付方式和标准、专利许可期限等。^①由于技术交易中时常存在合同不完备的问题,主流观点认为,开放许可声明并不需要包括专利实施许可合同应当包括的所有条款和内容,以《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 472 条关于要约成立条件的判断标准,^②包括上述内容的开放许可声明已经达到“内容具体确定”的程度。

相比于英国、德国等国家只要求专利权人在声明中指明进行开放许可专利的基本信息而并不需要公布具体的许可条件,^③我国的开放许可声明要求专利权人明确许可费的支付方式、标准,以及许可期限。针对潜在实施者,《专利法》第 51 条第 1 款规定,有意愿实施开放许可专利的主体以书面方式通知专利权人,并按照公告的许可费支付方式、标准支付许可费后,即获得专利实施许可。也就是说,潜在实施者无需与专利权人进一步协商,只需通知专利权人即产生确定许可条件的法律后果,进一步明确了开放许可声明的要约属性。

① 《关于就〈专利法实施细则修改建议(征求意见稿)〉公开征求意见的通知》,载国家知识产权局官网, https://www.cnipa.gov.cn/art/2020/11/27/art_78_155300.html,最后访问时间:2022 年 9 月 6 日。

② 《民法典》第 472 条规定:“要约应当符合下列条件:(一)内容具体确定;(二)表明经要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。”

③ 十二国专利法翻译组:《十二国专利法》,清华大学出版社 2013 年版,第 561 页;国家知识产权局条法司:《外国专利法选译》,知识产权出版社 2015 版,第 874 页。

三、对开放许可中当事人权利义务的思考

基于专利开放许可声明的要约属性,潜在实施者向专利权人发出书面通知,就意味着与专利权人就许可条件达成合意,由此显著节约了许可谈判的协商成本。专利开放许可合同缔结方式的特殊性,导致在缔结和履行过程中当事人的权利义务与常规模式下缔结的许可有所区别。

(一) 专利开放许可将专利权从绝对权转变为相对权,专利权人需在开放许可收益和保持专利权的圆满状态二者之间作出取舍

由开放许可缔结的方式可以看出,在开放许可下,专利权人将排除他人实施的“排他权”自愿转化为许可费请求权这一“合同权利”,任何愿意支付许可费的人均能够获得实施许可,专利权人仅得收取该许可费。在一些国家的开放许可制度上,未经许可实施专利技术的被告在侵权诉讼中向已经声明开放许可的专利权人寻求许可的,专利权人无法拒绝,因此也无法要求被告承担停止侵权的责任,只能追究在先侵权行为的损害赔偿。^④上述情况在我国同样适用。我国《专利法》第51条规定,任何主体均有获得开放许可的权利。既然是“任何主体”,就无法排除专利侵权诉讼的被告,由此一来,开放许可为被诉侵权人提供了一条化解禁令的途径。因此,只要权利人做出开放许可的意思表示,事实上就已经在很大程度上丧失了获得禁令的主动权,权利状态是否完整取决于被告是否寻求获得开放许可。当然,基于侵权损害赔偿的填平原则,专利权人还可以就颁发许可之前的侵权行为主张赔偿。对此,在作出开放许可声明前,专利权人应当对专利的市场前景进行评估,在收取许可费、减免专利年费等开放许可收益与保持专利权的排他性之间寻求利益的最大公约数。

(二) 我国专利开放许可合同属于实践性合同,潜在实施者须实际支付许可费后,才能获得许可

在常规的专利许可中,专利实施许可协议在双方当事人意思表示一致时成立,并且原则上一经成立立即生效,被许可人由此获得专利实施权,即使被许可人未按照约定支付许可费或履行其他合同义务,通常也只会引起违约责任,而不会导致其丧失专利实施权并构成专利侵权。^⑤在专利开放许可中,潜在实施者依据《专利法》第51条书面通知专利权人,相当于作出接受开放声明中许可条件的承诺,此时可以认为专利实施许可合同已经成立。^⑥但该条款同时规定,实施主体须实际支付许可费后,才能获得专利实施许可。因此,可以认为我国的专利开放许可合同属于实践性合同,^⑦对于已经通知专利权人

^④ 张扬帆:《责任规则视角下的专利开放许可制度》,载《清华法学》2019年第5期,第186-208页。

^⑤ 刘强:《我国专利开放许可声明问题研究》,载《法治社会》2021年第6期,第34-49页。

^⑥ 《民法典》第483条规定:“承诺生效时合同成立,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

^⑦ 《民法典》第502条规定:“依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

但尚未支付许可费的被许可人来说,此时尚未取得实施权,如实施则有构成侵权的风险。

(三) 开放许可声明被公告后又被专利权人撤回的,专利权人有可能承担缔约过失责任

在常规的专利许可中,专利权人通常拥有选择被许可人的主动权,双方通过单独谈判对各自的权利义务进行平衡和取舍。降低常规模式的谈判成本是开放许可的首要制度价值。作为开放许可的基础,专利权人需要在开放许可声明中作出“许可任何单位或个人实施本专利”的意思表示,该意思表示不经法定程序不可撤销。由于专利开放许可声明在公告后即已到达作为受要约人的社会公众,如果潜在实施者对开放许可声明在一定期限内不会被撤回有合理预期,并且已经为实施开放许可的专利技术做好准备,专利权人撤回声明将会对潜在实施者的生产经营造成干扰,此时有必要适用《民法典》中缔约过失责任的规定,^⑧为潜在实施者的信赖利益损失提供合同法上的保护。

基于专利权的私权属性,专利法赋予了专利权人撤回开放许可的权利,因此在撤回开放许可声明导致的法律后果上,也应当针对不同的情况予以区分。对于已经通知专利权人但尚未支付许可费的潜在实施者,如果有证据证明其已经为实施专利做好了准备,此时专利权人撤回声明将置其于不利之地,专利权人应该对其遭受的损失进行一定补偿。对于尚未通知专利权人的潜在实施者,由于专利权人无从知晓其存在,出于利益平衡的考虑,此时尚无为潜在实施者提供保护的必要。

此外,对于公告开放许可声明和公告撤回开放许可声明的时间,在国家知识产权局发布的《专利审查指南修改草案(再次征求意见稿)》中均表述为“经审查符合规定的予以公告”,即公告没有确切的时限。^⑨因此,如果专利权人在考虑开放许可的期间还同时知晓有潜在的独占或排他被许可人,则专利权人应权衡不同许可方式的收益预期,避免作出开放许可声明后又签署独占或排他许可,在撤回声明被公告前的期间产生缔约过失风险。

(四) 专利权人对许可费计算依据的说明义务

专利实施许可费通常按固定费用、提成、或者固定费用加提成的方式支付,实践中,涉及费用的条款是许可谈判的重要内容。由于开放许可中不存在双方协商的过程,为弥补该环节的缺失,在国家知识产权局最新公布的《专利审查指南修改草案(再次征求意见稿)》中,设置了专利权人对许可费的计算依据和收取方式进行简要说明的要求。^⑩对于许可费计算依据的披露,不可避免地涉及专利权人的经营信息或在先许可的信息,专

⑧ 《民法典》第500条规定:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,造成对方损失的,应当承担赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚信原则的行为。”

⑨ 《关于〈专利审查指南修改草案(再次征求意见稿)〉公开征求意见的通知》,载国家知识产权局官网, https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/10/31/art_75_180016.html,最后访问时间:2022年11月19日。

⑩ 同上,《专利审查指南修改草案(再次征求意见稿)》第五部分第十一章第3.3节要求专利权人提交对许可使用费计算依据和方式的不超过2000字的简要说明。

利权人应对需要公开的内容和范围进行审核,以避免泄露需要保密或有可能被竞争对手利用的信息。

对开放许可计费依据的说明不仅决定本专利许可费的定价,如果开放许可最终达成,也会成为专利权人颁发同类专利开放许可的定价参照,或在侵权诉讼中作为计算损害赔偿额的基础。此外,如果专利权人在作出开放许可声明后,认为有必要调整许可费标准,需要将开放许可声明撤回并重新作出声明,再次声明中的定价说明不得与在先声明中的说明相互矛盾。由此可见,开放许可声明中的定价说明对专利权人未来专利运营的影响是多重的。与常规专利许可一对一的谈判模式不同,开放许可的公开性使得专利权人在信息披露上处于“明处”,因此专利权人应尽量作出合理的说明,避免对后续专利运营或侵权诉讼产生不利影响。

(五) 被许可人向专利权人如实披露专利实施情况的义务

在常规的专利许可中,如果许可费按提成支付,对计算基数的监督条款是许可合同的重点内容之一。由于开放许可声明针对的是不特定的潜在实施者,专利权人无法在声明中对专利实施情况的监督方式提出要求。依据《民法典》第846条第3款,技术合同约定提成支付的,当事人可以约定查阅有关会计账目的办法。因此在以被许可人的实际销售情况为依据计算许可费的情况下,应当允许专利权人与被许可人就许可费计算基数的确认和核实程序进行协商,并将相应约定写入专利开放许可合同。

在确认和核实被许可人的销售情况的过程中,专利权人会接触到被许可人较敏感的经营信息,这些信息应当只用于履行开放许可合同。因此,为保护被许可人的经营信息不被泄露或不当利用,双方应当明确约定需要被许可人披露的内容,并在许可合同中加入保密条款。

(六) 专利权人应当确保授予开放许可的专利符合法律的规定

授权开放许可的专利应当合法有效,且没有权属纠纷或处于独占或者排他许可有效期限内。为维护开放许可的交易安全,国家知识产权局最新发布的审查指南修改意见稿规定,专利权人应当在声明中对专利符合开放许可的条件做出承诺。^⑪

针对处于独占或者排他许可有效期内的专利,由于许可合同未经备案并不导致合同无效,因此实践中存在没有备案的专利许可合同,由此可能导致彼此冲突的专利许可方式。为解决这一问题,《专利法实施细则修改建议(征求意见稿)》第14条增加了“未经备案不得对抗善意第三人”。^⑫如果该条款最终获得通过,则在发生专利许可方式冲突时,例如作出开放许可声明的专利处于独占或排他许可有效期限内,但许可合同没有备案,该专利的开放许可声明经国家知识产权局审查后公告,基于专利开放许可声明的公开性和公共性,潜在被许可人普遍具备善意,此时未经备案的在先独占或排他许可不能对抗在后的开放许可被许可人,开放许可被许可人能够依法取得专利的实施权。

^⑪ 同前注^⑨。

^⑫ 同前注^①。

上述情况有可能损害独占或排他被许可人的市场占有率,进而影响其签订独占或排他许可合同时的预期收益。因此,在签订独占或排他许可合同时,独占或者排他被许可人的前期尽职调查工作要考虑得更多,不仅需要核实目标专利是否在先已经做出过任何许可,还应当核实专利权人是否作出过开放许可声明,并在签署独占或排他许可合同后及时进行备案。

(七) 专利权人如在开放许可实施期间转让专利权,应适用《民法典》对债权转让和债务转移的规定,妥善处理专利开放许可合同项下的权利义务

国家知识产权局发布的《专利审查指南修改草案(再次征求意见稿)》中规定,实行开放许可的专利,在办理专利权转移手续前,专利权人应当首先撤回专利开放许可声明。^⑬即如果授予开放许可的专利发生权利转移,开放许可的效力不自动转移给受让人,但根据《专利法》第50条第2款,开放许可被公告撤回的,不影响在先给予的开放许可的效力。因此,专利权人如在开放许可实施期间转让专利权,应与受让人进行协商,妥善处理已经签署的专利开放许可合同项下的权利义务。

在专利开放许可合同中,收取许可费和维持专利权的效力是专利权人的主要合同权利和义务。根据《民法典》对债权转让的规定,专利权人如将收取许可费的权利转让给受让人,则应当通知被许可人,否则该转让对被许可人不发生效力。^⑭相比之下,需要特别注意的是债务转移,专利权人如果将维持专利权有效、缴纳年费等合同义务转移给受让人,则必须征得被许可人同意。^⑮被许可人一旦拒绝同意,这些义务将无法转移,专利权人即使将合同权利让与给受让人,也仍然受到原许可合同义务的约束。这有可能让原权利人处于较为尴尬的境地,例如专利权被第三方提起无效,此时虽然专利权人已经变更,但原权利人仍有维持专利权有效的合同义务,如果原权利人不参与无效程序,将有可能承担违约责任,而如果参与到无效程序中,由于此时原权利人已经丧失了主体资格,当新权利人决定修改或放弃某些权利要求时,原权利人并无法律上的话语权,此时如果权利要求的修改方式不符合被许可人的利益,原权利人仍有违约的可能。上述权利转让和债务转移的规则事实上适用于所有类型的专利实施许可合同,但在开放许可的语境下,如果一项专利权的被许可人较多,专利权人需要与所有被许可人一一协商,这将耗费专利权人较高的成本,并且还有可能出现部分被许可人同意将债务转移给受让人,部分被许可人不同意的情况。为降低专利权人在开放许可期间转让专利权的交易成本,减少后续纠纷,应当允许专利权人在开放许可声明或专利开放许可合同中加入相关条款,统一在专利权发生转移时许可合同项下债权债务的处理方式,否则开放许可制度的便捷性将大打折扣。

^⑬ 同前注^⑨。

^⑭ 《民法典》第546条规定:“债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。”

^⑮ 《民法典》第551条规定:“债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。”

四、专利开放许可纠纷解决体系的构建

（一）专利许可的纠纷类型

专利许可成立的基础是许可合同,因此与之相关的纠纷主要是违约纠纷。但由于专利权的行使具有可分性,包括禁止他人实施生产、销售、许诺销售、使用、进口等行为,如果双方约定的许可范围只是其中一部分,被许可人超范围行使权利,就会使得违约行为同时侵犯了专利权人的其他权利,例如被许可人未按约定的地域、时间实施,或者超出约定的方式实施等。此外,如果双方约定了保密条款,被许可人将履行许可合同过程中获取的技术秘密泄露给第三方,也会导致侵犯商业秘密的侵权责任。因此,许可合同在履行过程中也会发生违约责任和侵权责任竞合的情形。

（二）专利开放许可纠纷解决体系的构建

在开放许可纠纷解决方面,《专利法》第52条规定了行政调解和向法院起诉两种途径,签订、履行开放许可合同过程中产生的纠纷均可通过这两种途径解决。行政调解作为我国特有的纠纷解决机制,能够以较低的成本化解争议较小的纠纷,当事人还可以通过司法确认的方式赋予行政调解协议强制执行力,保障调解协议的履行。而就诉讼途径而言,无论是侵权之诉还是合同之诉,诉讼周期一般较长,通过诉讼较难以实现开放许可促进技术成果转化的目的,因此在专利法规定的途径之外,有必要探索其他纠纷解决方式。

五、通过仲裁解决专利开放许可纠纷的优势和不确定因素

（一）优势

在我国,仲裁是重要的纠纷解决途径。根据《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)的规定,知识产权合同纠纷以及事后达成仲裁协议的侵权纠纷均可提交仲裁机构解决。专利开放许可均以许可合同为基础,当事人如在合同中约定了有效的仲裁条款,则可以将纠纷提交仲裁程序解决。根据北京仲裁委员会(以下简称北仲)发布的工作报告,北仲2017至2021年受理的知识产权案件占全年总案件量的7%左右,且全部为知识产权合同争议。^{①⑥}作为全球最受欢迎的五大仲裁机构之一的中国国际经济贸易仲裁委员会,也审理了大量涉及专利、商标、技术等知识产权仲裁案件,有力地维护了当事人的合法权益。2022年7月,中国国际经济贸易仲裁委员会成立知识产权仲裁中心,着力

^{①⑥} 北京仲裁委员会2017至2021年度工作报告,载北京仲裁委员会官网, <http://www.bjac.org.cn/news/view?id=3137>、<http://www.bjac.org.cn/news/view?id=3375>、<http://www.bjac.org.cn/news/view?id=3871>、<http://www.bjac.org.cn/news/view?id=4037>、<http://www.bjac.org.cn/news/view?id=4105>,最后访问时间:2022年8月18日。

发挥经验和专家优势,为市场主体提供多元化纠纷解决途径。^{①⑦}与诉讼程序相比,仲裁程序具有专家断案、保密、一裁终局等特点,这些特点与开放许可合同的技术性和对时效的要求天然契合。因此,将仲裁纳入开放许可纠纷解决体系,是对行政调解和诉讼程序的有力补充。

(二) 不确定因素

仲裁的基础是当事人就争议解决方式达成合意,即仲裁协议或合同中的仲裁条款。一份有效的仲裁协议不仅是启动仲裁程序的前提条件,还决定了仲裁裁决能否得到法院的承认和执行。因此,仲裁程序的起点是认定仲裁协议的效力。在我国目前的法律框架下,仲裁委员会和法院均有权对仲裁协议的效力进行审查,当二者的审查权发生冲突时,由法院做出裁定,^{①⑧}法院对仲裁协议的审查构成仲裁司法监督的一部分。《仲裁法》第16条规定,仲裁协议应当包括请求仲裁的意思表示、仲裁事项以及选定的仲裁委员会。在上述三个要件中,仲裁事项是认定仲裁委员会对案件是否有管辖权的关键之一。在实践中,如果争议事项是单纯的违约纠纷,则纠纷的可仲裁性没有争议,如果合同一方主张对方在履行合同过程中的侵权责任,则法院在认定该侵权纠纷是否受仲裁条款约束时,通常会涉及对仲裁条款和主合同条款的解释,由此会导致不同的审理结果。

在西安西电捷通无线网络通信股份有限公司(以下简称西电捷通公司)诉苹果公司、美国美富律师事务所侵害商业秘密纠纷一案中,西电捷通公司主张其与苹果公司于2010年7月签订专利实施许可合同,许可苹果公司使用西电捷通公司拥有的WAPI技术相关专利。2014年底许可期限届满后,尽管苹果公司的多款产品仍旧使用WAPI技术专利,但苹果公司与西电捷通公司恶意磋商,拒绝继续获得许可。2017年7月,在北京高院审理西电捷通公司诉索尼移动通信产品(中国)有限公司(以下简称索尼中国公司)侵害涉案专利权案期间,苹果公司无视与西电捷通公司之间的保密约定,向索尼中国公司恶意披露其基于专利实施许可合同获取的西电捷通公司的技术秘密和经营秘密,在此过程中,美富律师事务所作为苹果公司的代理人,共同参与并具体实施了前述侵犯商业秘密的行为,故将苹果公司和美富律师事务所起诉至法院。苹果公司主张,在双方于2010年7月签署的《技术转让(专利实施许可)合同》以及《补充合同》中明确约定,凡因该合同所发生的或与本合同有关的一切争议均应提交香港国际仲裁中心通过仲裁程序解决,基于该仲裁条款,法院没有对本案争议的管辖权。

一审法院认为,双方协议中的仲裁条款主要适用于解决因该合同履行而发生的争议,而本案系侵害商业秘密纠纷,两者法律关系不同,故仲裁条款对本案管辖权的确定无约束力。北京高院二审认为,本案虽系侵害商业秘密纠纷,但西电捷通公司所诉侵害商

^{①⑦} 《中国国际经济贸易仲裁委员会知识产权仲裁中心揭牌仪式暨知识产权保护与争议解决研讨会成功举办》,载中国国际经济贸易仲裁委员会官网, <http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=18503>,最后访问时间:2023年4月18日。

^{①⑧} 《仲裁法》第20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裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。”

业秘密行为系以西电捷通公司许可苹果公司实施涉案 WAPI 技术相关专利,使得苹果公司及美富律师事所得以获知其商业秘密为前提,即该被诉侵权行为系基于双方对专利实施许可合同的履行而发生。同时,《补充合同》对违反合同约定的保密条款构成实质违约进行了约定,故西电捷通公司与苹果公司之间的争议属于“因本合同所发生的或与本合同有关的一切争议”,应当通过仲裁程序解决。此外,许可合同所约定的“甲方”包括苹果公司及其代理人,因此合同中的保密条款和仲裁条款也及于作为苹果公司代理人的美富律师事务所,西电捷通公司与美富律师事务所之间的争议亦属于“因本合同所发生的或与本合同有关的一切争议”。^{①⑨}

由上述案例可见,认定侵权纠纷是否属于仲裁条款所约定的“与本合同有关的争议”,进而判断该纠纷是否属于仲裁事项,不同法院的审理思路并不统一,由此会产生一些偏差,不利于纠纷的及时解决。专利开放许可合同作为技术合同的一种,其纠纷解决过程也会出现同样的问题。

近年来,我国陆续出台强化知识产权保护的系列政策性文件,主旨均在于加强行政执法、司法保护、仲裁调解、行业自律、公民诚信等环节的协调配合,构建大保护工作格局,强化知识产权全链条保护。^{②⑩} 仲裁作为保护体系中的重要一环,其制度价值正受到越来越多的重视和探讨。在仲裁程序相对诉讼程序在保密、时限等方面更具优势的背景下,为减少当事人诉累,充分发挥仲裁程序的优势,法院在认定仲裁事项中的裁判思路有待进一步统一。

六、完善开放许可纠纷解决体系的若干建议

专利开放许可在制度设计上有助于打破专利权人与潜在被许可人之间的信息壁垒,降低专利许可的交易成本,进而不仅能推动将先进技术转化为实际的生产力,还可以反哺科研机构和研发型企业加大创新投入。纵观历史,行业规则能否成熟落地很大程度上取决于配套的责任规则是否健全,为实现专利开放许可预期的制度价值,我国还需要不断探索完善相关的法律体系。就开放许可合同的缔结,《专利法》《专利法实施细则修改建议》《专利审查指南修改草案》已经做出较为全面的规定,而相关纠纷解决体系的构建,还需要行政、立法机关以及当事人在实践中积极探索和积累经验。基于前文的分析,笔者认为可以从以下方面进行完善和改进。

^{①⑨} 北京市高级人民法院(2019)京民辖终100号民事裁定书。

^{②⑩} 2019年11月24日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于强化知识产权保护的意见》,在“构建知识产权大保护工作格局”部分提到,要完善知识产权仲裁、调解、公证工作机制,培育和发展仲裁机构、调解组织和公证机构。2021年9月,中共中央、国务院印发《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》,其中第四部分明确指出,要建设支撑国际一流营商环境的知识产权保护体系,建立完善知识产权仲裁、调解、公证、鉴定和维权援助体系,加强相关制度建设。

（一）落实政策精神，统一仲裁管辖的司法审查标准，提高通过仲裁程序解决争议的确 定性

针对仲裁管辖权争议，司法部2021年7月公布的《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》（以下简称《仲裁法（修订）（征求意见稿）》）第28条规定了仲裁庭对仲裁协议效力及管辖权问题的自主审查权，未经仲裁庭审查直接向法院起诉的，法院不予受理，仲裁庭作出决定后，当事人方有权向法院提出异议，但法院的审查不影响仲裁程序的进行。^②该修改将仲裁管辖审查权的重心向仲裁庭转移，可极大地减少司法审查给当事人带来的诉累。

为了增加仲裁庭审查结果的确 定性，最高人民法院可出台司法解释，统一仲裁管辖的司法审查标准。事实上，针对合同中存在仲裁条款，一方当事人以对方侵权为由向法院起诉的情况，最高人民法院在2005年发布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第7条中规定，“涉外商事合同的当事人之间签订的有效仲裁协议约定了因合同发生的或与合同有关的一切争议均应通过仲裁方式解决，原告就当事人在签订和履行合同过程中发生的纠纷以侵权为由向人民法院提起诉讼的，人民法院不享有管辖权”。基于该条款的立法精神，仲裁管辖可以覆盖签订和履行合同过程中的侵权纠纷。鉴于法院仍旧拥有仲裁协议效力和管辖的司法审查权，最高人民法院出台司法审查标准可以让仲裁庭在作出决定时有所参照，增加仲裁庭审查结果的确 定性，减少仲裁庭的决定被法院撤销的情形。在此之前，最高院可以定期发布知识产权仲裁管辖司法审查的指导案例或典型案例，澄清仲裁管辖的审查标准。此外，专利行政机关也应当引导开放许可当事人细化合同中的仲裁条款，明确约定仲裁事项。

（二）借仲裁法修改的契机，探索知识产权临时仲裁制度

临时仲裁是指不受常设仲裁机构管理，由当事人基于双方的仲裁协议组织仲裁庭而进行的仲裁，在临时仲裁中，双方当事人可自行约定仲裁程序的规则。临时仲裁比机构仲裁的历史更为悠久，由于当事人对仲裁程序自治的程度更高，在机构仲裁愈加发展壮大的今天，临时仲裁仍有很强的生命力，得到很多国家的承认。我国现行《仲裁法》没有规定临时仲裁制度，但最高人民法院自2016年起陆续发布了多个关于在自贸区建立临时仲裁制度的意见。^③此外，珠海市横琴新区管委会和珠海仲裁委员会、中国互联网仲裁联盟、中国海事仲裁委员会也先后发布了针对临时仲裁的具体规则，^④开启了对我国临

② 《〈关于中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，载司法部官网，http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lhfyjzj/202107/t20210730_432967.html，最后访问时间2022年12月1日。

③ 《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第9条第3款，最高人民法院2016年12月发布；《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》第35条，最高人民法院2019年12月发布；《关于人民法院为中国（上海）自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》第6条，最高人民法院2019年12月发布。

④ 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》，珠海市横琴新区管委会和珠海仲裁委员会2017年3月23日联合发布；《临时仲裁与机构仲裁对接规则》，中国互联网仲裁联盟2017年9月19日发布；《中国海事仲裁委员会临时仲裁服务规则》，中国海事仲裁委员会2022年3月18日发布。

时仲裁制度的探索。为充分尊重当事人对纠纷解决方式的意思自治,《仲裁法(修订)(征求意见稿)》针对涉外商事纠纷增加了临时仲裁制度,预示着我国立法层面的临时仲裁制度指日可待。

相对于机构仲裁,临时仲裁能更加有针对性地解决纠纷,更好地满足当事人对时效的要求,在我国自贸区和涉外商事纠纷的临时仲裁制度运行的基础上,建立针对知识产权案件的临时仲裁制度,有助于构建更加完备的纠纷解决体系。

(三) 将开放许可专利的无效程序纳入优先审查范围

技术合同纠纷能否及时解决对技术的实施情况有直接的影响,但由于知识产权效力纠纷为行政争议,一旦一方当事人启动专利无效程序,如果司法判决或仲裁裁决必须以效力纠纷的审理结果为依据,司法或仲裁程序通常会中止,等待行政程序对权利效力的认定。

为推进国家知识产权战略实施和知识产权强国建设,国家知识产权局于2017年6月发布《专利优先审查管理办法》,对国家重点发展产业、省级重点鼓励产业等的专利授权程序,以及发生侵权纠纷,当事人已请求地方知识产权局处理、向法院起诉或者请求仲裁调解组织仲裁调解的专利确权程序给予优先审查。^④为促进开放许可纠纷的尽快解决,国家知识产权局可将已经颁发开放许可专利的无效程序纳入优先审查的范围,以缩短司法或仲裁程序的中止时间,保证开放许可制度目的的实现。

七、结 语

目前全世界大约有20个国家实施专利开放许可制度,英国早在1919年、德国在1936年即在各自的专利法中规定了开放许可制度。^⑤英国专利局每年收到的针对专利进行开放许可登记的数量约占全年授权专利数量的3%~4%,这些开放许可登记大量集中在信息网络和智能技术领域。德国开放许可登记数目在授权专利总数中占比为6%左右,在电气工程领域开放许可登记量占该领域授权专利总数的比例高达11%,而在化学及生物科学领域仅占1.3%左右。可见,专利开放许可制度对于英国的信息网络、智能技术产业,德国的机动车、机械及材料技术产业具有一定的制度价值。^⑥我国的专利授权量连续多年居世界前列,开放许可制度有利于激活具备产业价值的处于“沉睡”状态的专利技术,活跃我国的专利许可市场。伴随着无形资产转化为许可费收入,企业的专利运营水平也会有所提高,在许可市场较为活跃的技术领域将逐渐形成以我国企业占主导地位的专利池。构建完善的开放许可体系,是实现上述过程必不可少的要素。

知识产权运营业态蓬勃发展的基础之一是平稳健康的许可市场,为回应司法行政机

^④ 《专利优先审查管理办法》第2至4条,国家知识产权局令第76号公布,自2017年8月1日起施行。

^⑤ 萝莉:《优化服务,开放许可制度实施关键一环》,《中国知识产权报》2022年10月14日,第3版。

^⑥ 张扬欢:《责任规则视角下的专利开放许可制度》,载《清华法学》2019年第5期,第186-208页。

关、行业协会、专利权人以及被许可人的迫切需求,国家知识产权局于 2022 年 7 月公布了基于 2017 至 2021 年备案的 13495 份专利实施许可合同的统计数据,包括支付方式、交易金额、许可期限、按行业划分的许可费率等,^②为开放许可的专利权人计算许可费提供了客观的参考依据。此次公开的数据是到目前为止全世界最大规模的专利许可统计数据,是我国在促进全球知识产权良性运营方面作出的实质性贡献。开放许可纠纷的仲裁解决方案,是我国在许可合同纠纷解决方式上的创新,该方案不仅能使纠纷得到专业、便捷地处理,还可以避免专利非实施实体对产业界的干扰,为市场主体创造良好的营商和创新环境,再一次体现了中国作为负责任的大国,在利用知识产权制度实现自身发展目的的同时,向全世界提供中国方案、贡献中国力量的实际行动。

Abstract: In order to speed up the patent commercialization, China introduced the open license system in the fourth amendment of the Patent Law. "Open" means the patentee makes the expression of will to license any entities to exploit his patent through a declaration. The declaration will be announced after being examined and accepted by China National Intellectual Property Administration and the entity who intends to exploit the patent notifies the patentee in writing and pays the licensing fee in the manner required in the declaration to obtain the patent license. Compared with the conventional patent licensing approaches, the differences in concluding the contract have led to changes in the rights and obligations of the involved parties entering into the open license contracts. Disputes over breach of contract and infringement may occur during the process of concluding and fulfilling open license contracts. The dispute resolution channels for open licenses stipulated in the Patent Law include administrative mediation and litigation. Since limitations to some extent exist in the two resolution channels, it is necessary to explore other channels in order to achieve the institutional purpose of promoting patent commercialization through open license. As an important means of dispute resolution, arbitration has the characteristics of expert adjudication, confidentiality, and the first award being the final, which are naturally in line with the technical nature of open license contracts and the requirement for timeliness. Incorporating arbitration into the open license dispute resolution system can effectively avoid interference from non-practicing entities to the industries, and provide new solutions for cultivating a healthy patent licensing market and improving the patent operation service system.

Keywords: open license; dispute resolution; arbitration; patent operation

(责任编辑: 刘 纲 外审专家: 刘 颖)

^② 《关于公布 2021 年度及近五年备案的专利实施许可合同有关数据的通知》,载国家知识产权局官网, https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/7/26/art_2073_177395.html, 最后访问时间: 2022 年 12 月 1 日。

国际商事调解中的虚假调解问题及中国因应 ——以《新加坡调解公约》为视角

陈雅峥*

内容提要 《新加坡调解公约》的直接执行机制在推进国际商事调解制度发展的同时也为虚假调解现象提供了可乘之机。虚假调解不仅损害了当事人或案外人的合法权益,还侵蚀了调解的制度价值,破坏了一国的司法公信力。鉴于此,切实防范虚假调解将是《公约》在我国顺利落地的重要保障。调解制度之固有缺陷、《公约》运行机制之局限、案外人救济依据之不完善、商事调解员行为规制之不足等因素使得虚假调解的规制面临着重重困境。我国应当尽快构建起和解协议执行的审查体系,逐步完善案外人救济机制,健全虚假调解的惩治规则,加强高水平国际商事调解人才队伍建设,从而对国际商事领域中的虚假调解风险予以有效防范,以保障《公约》在我国得到合其目的的实施。

关键词 虚假调解 《新加坡调解公约》 国际商事调解 准予救济制度

一、问题的提出

2020年9月12日,《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(即《新加坡调解公约》,以下简称《公约》)正式生效。^①此即意味着,今后“经国际商事调解达成的和解协议”(以下简称“和解协议”)将在所有缔约国具备直接执行力。作为ADR纠纷解决机制的重要组成部分,商事调解有着成本低、效率高、维系商誉的独特优势。然而,调解的高度自治性、保密性等特性却引发了各界对虚假调解现象的担忧。

国际商事调解中的虚假调解是指在国际商事领域,当事人(或调解员)通过虚构事实、伪造或恶意隐瞒相关证据等手段,意图借助调解程序达成虚假的和解协议以获取非法利益的行为。^②根据利益受损主体的不同,虚假调解的表现形式主要可以分为两类:一是一方当事人与调解员合谋从而损害另一方当事人的合法权益;二是双方当事人恶意串

* 陈雅峥,华东政法大学国际法学院硕士研究生。

① Nadja Alexander and Shouyu Chong, *Leading the Way for the Recognition and Enforcement of International Mediated Settlement Agreements: The Singapore Convention on Mediation Act 2020*, Singapore Academy of Law Journal, 2022, Vol.34, pp.1-2.

② 段明:《〈新加坡调解公约〉的冲击与中国商事调解的回应》,载《商业研究》2020年第8期,第132-133页。

通或者双方当事人与调解员共谋以损害第三人的合法权益或国家利益。虚假调解行为系对商事调解制度的滥用,不仅对当事人和案外人的合法权益造成了严重威胁,还侵蚀了调解的制度价值。虚假调解的出现使得国际商事关系处于一种无序、混乱和不确定的状态,极大地降低了公众对调解制度的信赖度。

就我国而言,在加入《公约》之前,和解协议在我国本质上系民事合同,并不具备直接执行力,故虚假调解的获利空间十分有限。而加入《公约》之后,和解协议将被直接赋予跨国执行力,很可能出现虚构“国际性”因素以谋取不正当利益的虚假调解现象。倘若经虚假调解达成的和解协议频繁在我国得以执行,将极大地破坏我国司法制度公信力和营商环境的稳定性。由此,《公约》下的直接执行机制将给我国带来虚假调解的诸多风险。

尽管我国尚未批准《公约》,但根据《维也纳条约法公约》第18条,我国作为首批签署国具有“不得破坏条约目的及宗旨”的善意义务。^③当前,我国商事调解制度尚处于萌芽期,一套独立完整、能与《公约》进行有效衔接的商事调解法律体系付之阙如。^④我国有义务且有必要推动商事调解法治改革,为《公约》的批准和实施创造积极条件。值此背景下,如何防范与杜绝虚假调解将成为保障《公约》在我国顺利落地的重要环节。本文首先将指出虚假调解的普遍风险和给我国带来的挑战,进而分析防范虚假调解所面临的现实困境,最后结合我国国情提出《公约》下防范虚假调解的中国路径。

二、《公约》下虚假调解的风险

(一)《公约》下虚假调解的普遍风险

1. 侵犯当事人合法权益

在一方当事人与调解员串通进行虚假调解的情况下,另一方当事人所应享有的程序正义和实质正义将受到侵蚀。基于贯穿调解全程的自治性和保密性,当事人可同意与调解员进行单方会谈,且调解员不得向一方当事人披露其对另一方当事人所作出的陈述。^⑤调解制度的此种特性原本是为了帮助当事人卸下心理负担,坦诚地告知调解员其诉求和与争议相关的具体信息,有助于调解员对案件进行更为全面、客观的评估,进而促成纠纷的和平解决。^⑥然而,一旦调解的该特征被滥用,就可能滋生虚假调解行为。在保密性的“作用”下,调解当事人难以发现另一方当事人的不实陈述或重大隐瞒,也就无法对此提

③ 宋杰沈、瑜晖:《论条约签署国的临时义务——以1969年〈维也纳条约法公约〉第18条为出发点》,载《国际法学刊》2020年第4期,第58-59页。

④ 刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第3期,第57-58页。

⑤ Jeffrey Krivis, *The Truth About Deception in Mediation*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2004, Vol.4:2, pp.253-255.

⑥ Tobi P. Dress, *International Commercial Mediation and Conciliation*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1988, Vol.10:3, p.574.

出相应的救济请求。除此之外,单方会谈环节也可能对调解员的公正性造成负面影响。例如,调解员帮助一方当事人隐瞒重要诉求,故意不披露对案件有决定性影响的事实,又或者夸大该方优势和另一方劣势,不合理地提高调解要求等,严重侵犯了另一方当事人在调解中所应享有的合法权益。

2. 损害第三人合法权益

经虚假调解达成的和解协议具有“负外部效应”,即对和解协议当事人之外的人产生负面影响。在双方当事人(与调解员)恶意串通进行虚假调解时,当事人或调解员往往具有损害他人利益以谋取私利之动机。由于和解协议在《公约》机制下具有直接执行力,一些别有用心之人为了通过执行获得第三人的财产可能通过虚假调解的方式达成和解协议,严重损害案外第三人的利益。加之《公约》下和解协议的执行具有跨国性,一旦财产被错误执行,善意第三人追回财产的难度是非常大的。即使能通过各种救济途径追回财产,第三人也可能需要付出因跨国收集证据、聘请律师等产生的巨大时间成本和法律成本。另外,当第三人为不确定主体时,还将对公共利益的权利保障提出挑战。^⑦

3. 侵蚀调解的制度价值

调解是当事人在作为中间人的第三方的主持下友好解决纠纷的一种方式。^⑧近年来,调解凭借其制度优势在跨境商事纠纷解决中被运用的越来越广泛,其不仅被认为是一种更快捷、更经济的争议解决方式,还能更大程度上维系当事主体的声誉和彼此间的商业关系。^⑨《公约》的诞生正是为了进一步推广调解制度在国际商事领域中的运用。但虚假调解却是一种投机取巧、不正当运用法律的行为,不仅侵害了当事人和案外人的合法权益,更是从根本上破坏了调解制度的功能与社会价值。虚假调解的目的不在于解决纠纷,而在于通过虚构事实、恶意串通等手段谋取不正当利益,本质上是“创造”了新的纠纷,既浪费了调解资源,又扰乱了正常的国际商事秩序,容易使得商事主体失去对调解制度的信赖,有损调解作为一种有效的纠纷解决机制的正面形象。

(二)《公约》下虚假调解给我国带来的挑战

除上述普遍性风险外,虚假调解给我国带来的诸多特定风险也需引起警惕。

1. 国有资产存在流失之风险

虚假调解现象可能使得国有资产面临流失之风险。据调研,在我国,部分领域的国有企业为了尽量与各方维持和谐关系常常会采取更柔和的调解手段来解决商事纠纷。^⑩而调解过程又通常意味着当事方彼此间的妥协与让步,这就有可能给一些国有企业管理者进行“黑箱操作”带来可乘之机。负责调解的管理者如果以调解之名行转移国有资产之实,长此以往将造成国有资产流失,损害国家利益。

^⑦ 费秀艳:《国际商事调解的法律性质及其制度构建》,载《江汉论坛》2022年第11期,第124-126页。

^⑧ 《国际商事调解示范法》第1条。

^⑨ 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.2.

^⑩ 刘敬东:《〈新加坡调解公约〉批准与实施机制研究》,中国社会科学出版社2021年版,第81页。

2. 优化营商环境建设工作受到阻碍

党的二十大报告指出,要营造市场化、法治化、国际化的一流营商环境。^⑪当前,虚假诉讼、虚假仲裁、虚假调解这类行为是制约我国民商事领域优化法治营商环境的主要因素之一。它们不仅会影响到相关企业、个人的正常经营活动,还可能对其商业声誉和财务状况造成损害,使其在市场环境中处于不利境地。《公约》下的调解具有国际性,所涉商事法律关系往往更为复杂。以《公约》为背景的虚假调解不仅直接侵犯当事人或案外人的合法权益,还易扰乱国际商事秩序。如果不及时采取措施遏制此类现象发生,将不利于我国优化营商环境进程的顺利推进。

3. 司法公信力面临新的挑战

司法是维护公平正义的最后防线。正常情况下,司法活动应当积极发挥其对社会秩序的保护功能。但若经虚假调解达成的和解协议通过司法体系获得执行,司法活动就无法发挥其原本的秩序维护功能。此外,如果行为人进行虚假调解是为了从事跨国洗钱等违法犯罪活动,那么通过《公约》来执行虚假和解协议就有可能成为国际犯罪的“媒介”。试想,如果经虚假调解达成的和解协议频繁在我国得以执行,我国司法制度的公信力在国际社会上将大打折扣。尤其是对于我国这样兼具投资国和东道国双重身份的新兴投资市场而言,执行虚假和解协议将极大地减损我国的司法公信力,进而降低我国对其他国家投资者的吸引力,还可能使得他国不愿与我国投资者开展商业合作。正因如此,虚假调解是我国在批准《公约》前必须予以防范的风险。

三、《公约》下我国防范虚假调解面临的困境

(一) 调解制度之内在缺陷

当前,我国正处于社会转型的复杂时期,社会诚信机制建设尚不健全,虚假诉讼、虚假仲裁等现象滋生,在调解领域也是如此。^⑫相较于诉讼和仲裁,调解具有更高层次的自治性和灵活性。从调解程序的启动、调解员选任、调解规则的适用到和解协议的达成、调解的终止等事项,都可以通过当事人合意达成的契约来处理。并且,调解程序通常是非正式的,在当事人主张、事实的举证、法律适用等方面都体现了很大的灵活性。^⑬即使当事人恶意串通虚构事实或证据,调解员或者后续负责审查的机关也很难甄别。此外,出于“不伤和气”、尽早解决纠纷的考虑,当事人在调解过程中忽略或承认某些含糊不清的事实也并不罕见。^⑭正因如此,要审查经此类程序达成的和解协议的虚假之意实属不易。另一方面,保密性也是调解制度的属性之一。在调解程序中,参与调解的人员除特殊情

⑪ 《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要》,《人民日报》2022年10月17日,第2版。

⑫ 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。

⑬ 黄进主编:《国际商事争议解决机制研究》,武汉大学出版社2010年版,第223-226页。

⑭ 景汉朝、卢子娟:《经济审判方式改革若干问题研究》,载《法学研究》1997年第5期,第30页。

况外负有不得私自披露调解相关事项的义务。这种隐蔽性恰好为虚假调解行为提供了土壤。除非到了执行程序,案外第三人几乎不可能知晓虚假调解的发生,更无从对此进行防范。

(二)《公约》运行机制之局限

《公约》的运行机制决定了其在应对虚假调解上存在先天不足。《公约》下,和解协议自身即可作为强制执行的依据,而无需经过司法确认等程序转化执行。在具体执行安排上,《公约》参照了《纽约公约》的做法,没有对需提交的证据材料采取过于严苛的标准。^⑮根据《公约》第4.1条,当事人在请求执行和解协议时仅需满足两个条件:即提交各方当事人“签署”的和解协议以及和解协议系由调解产生的证据。^⑯申言之,《公约》对和解协议的审查原则上属于形式审查,只要满足该要求,缔约国就有义务准予执行和解协议,并且不能随意提高该最低要求。^⑰尽管《公约》还赋予了主管机关要求当事人提供任何“必要文件”的权力,但《公约》起草工作组明确指出这种权力可能给寻求救济的一方造成“过重的负担”,因此应当予以限制。^⑱此外,《公约》还规定缔约国主管机关应当“从速”审议执行请求。这种简易、高效的跨境执行方式在为当事人带来便利的同时也提高了虚假调解得逞的几率。

另外,《公约》在适用范围上的国际性也增加了审查的难度。根据《公约》第1.1条,《公约》适用于具有“国际性”的和解协议。对于“国际”的认定,只要当事人营业地、和解协议义务履行地(通常是申请执行地)或者争议事项最密切联系地中的一个要素涉外,和解协议就被认为是“国际性”的。^⑲据此,依据《公约》可向我国申请执行的商事和解协议主要包括以下三种情形(表1)。可见,意图进行虚假调解的当事人只需在任何一方当事人营业地或与争议事项最密切联系地上人为地“创造”涉外因素即可满足《公约》条件。并且,由于当事人营业地或最密切联系地位处不同国家,主管机关对真实纠纷情况和调解过程的审查难度还会更大。

表 1

当事人营业地	争议事项最密切联系地	和解协议义务履行地(执行地)
中国 - 外国	中国 / 外国	中国
外国 - 外国	中国 / 外国	
中国 - 中国	外国	

^⑮ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2 ed., Kluwer Law International, 2014, p.3397.

^⑯ 《新加坡调解公约》第4条第1款。

^⑰ 赵云:《〈新加坡调解公约〉:新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》,载《地方立法研究》2020年第5期,第80-81页。

^⑱ United Nations Commission on International Trade Law, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-seventh Session (Vienna, 2-6 October 2017), A/CN.9/929, para.64.

^⑲ 《新加坡调解公约》第1条第1款。

（三）案外人救济依据之不完善

一方面,《公约》本身并没有为案外人提供救济依据,而是将有关第三人的制度设计交给了缔约国。《公约》第5条虽然规定了拒绝准予救济制度,但申请拒绝准予救济的主体明确限定为了“当事人”,而不包括案外第三人。因此,在虚假调解危及案外人利益时,《公约》无法为案外人提供明确的制度保障。

另一方面,我国现行国内法也缺乏明确的案外人就《公约》下的虚假调解申请救济的法律依据。在我国,与案外人权利相关的救济途径主要有第三人撤销之诉、案外人申请再审、执行异议之诉三种。关于第三人撤销之诉,其针对的是法院作出的生效判决、裁定或调解书。但《公约》下的和解协议必须是由第三方调解员介入并达成的具有国际性和商事性的协议,并且《公约》明确排除了经法院或仲裁裁决确认并获得执行的协议。^{②①}因此,案外人无法通过第三人撤销之诉撤销《公约》下的和解协议。后两种救济途径均与执行异议相关联。根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第234条,若案外人认为原判决、裁定错误,可依照审判监督程序向法院申请再审。至于执行异议之诉,其适用前提是案外人异议“与原判决、裁定无关”。^{②②}基于同样的理由,《公约》下的和解协议不属于《民事诉讼法》语境下的“原判决、裁定”,因此案外人申请再审程序和执行异议之诉与《公约》下的案外人救济均不适配。由此可见,针对《公约》下的虚假调解,案外人权利救济尚且缺乏有力的法律保障。

（四）商事调解员行为规制之不足

在没有调解员参与的情况下,争议双方自行达成的和解协议在性质上仅属于商事合同,而非《公约》下的和解协议。^{②③}因此,调解员在《公约》的适用中扮演着重要角色。理论上,调解可分为机构调解和个人调解两种模式。而在我国,个人调解制度尚无法律基础。^{②④}同时,《公约》不允许缔约国以调解员资质作为准予和解协议救济的前提条件,因此在《公约》下我国将无法拒绝个人调解员开展业务,但同时也无法以国内法为依据对经个人调解达成的和解协议进行约束。^{②⑤}在此背景下,如何有效规制个人调解员行为是我国批准《公约》前亟需解决的重要问题。

另一方面,根据《公约》,调解员严重违反相关准则或未履行披露义务,被请求国可拒绝准予救济。由于国际上尚未统一对调解员资质的具体标准,加之各国商事调解发展状况和法律文化各异,《公约》并未明确这里所适用的调解(员)准则,而是将制定具体准则的权力交由各缔约国。^{②⑥}而我国目前对调解员的资格和行为准则等都缺乏统一规定,且未将商事调解和其他类型的调解区分开来。例如,《人民调解法》对调解员的

^{②①} 《新加坡调解公约》第1条第1、3款。

^{②②} 《中华人民共和国民事诉讼法》第234条。

^{②③} 刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第3期,第55-56页。

^{②④} 李双元等:《国际私法》,北京大学出版社2018年10月第5版,第533页。

^{②⑤} 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156页。

^{②⑥} 《新加坡调解公约》第5.1(e)(f)条。

要求是公道正派、热心调解工作、具有一定文化、政策水平和法律知识的成年公民。^{②⑥} 此类标准显然无法与国际商事调解的性质相匹配,因为国际商事争议往往具有高度的专业性、复杂性和涉外性。而中国贸促会调解中心、上海经贸商事调解中心等国内调解机构所制定的调解员资格标准之间也存在较大差异。^{②⑦} 如不能解决上述问题,实践中调解员的水平和行为规范将难以得到制度保障,虚假调解现象也难以通过调解员这道门槛被有效防范。

四、《公约》下虚假调解问题的中国因应

诚然,调解制度的固有缺陷和《公约》的运行机制引发了新一轮的虚假调解风险。然而,我国绝不能因噎废食,因为担忧虚假调解而拒绝引入《公约》甚至禁止国际商事调解。在《公约》经我国获得批准之前,我国需要构建和解协议执行的审查体系,逐步完善案外人救济机制,健全虚假调解的惩治规则,加强高水平国际商事调解员人才队伍建设,从而对国际商事领域中的虚假调解进行全方位、多层次的规制,保障《公约》在我国得到合其目的的实施。

(一) 构建和解协议执行的审查体系

我国现行法律中并没有针对经国际商事调解达成的和解协议的规范,有关协议执行的审查机制付之阙如。《公约》背景下,虚假调解的风险进一步增大,探索建立以审查制度为核心的国际商事和解协议执行机制成为防范此类风险的首要步骤。鉴于我国调解立法尚不成熟,且国际商事调解在我国尚处于发展初期,我国可考虑先由最高人民法院(国际商事法庭)牵头构建国际商事和解协议执行的审查机制,适时出台相应的司法解释和其他规范性文件,对和解协议执行的审查机关、审查内容、审查程序等作出规定。关于审查机制的具体设计,笔者在此提出以下建议:

1. 审查机关

根据《公约》,和解协议的执行应当向被请求国的“主管机关”提出。^{②⑧} 为解决伴随《公约》落地而生的审查和执行问题,首先要确定一个专门的机关作为《公约》意义上的主管机关。^{②⑨} 笔者认为,确定主管机关应当采取分步走的思路。在《公约》于我国生效的初期,预计以《公约》为依据申请执行和解协议的案件数量并不多,可以由最高人民法院的国际商事法庭来负责和解协议的审查和执行事宜。^{③⑩} 一方面,国际商事法庭系专门受理国际商事纠纷案件的机构,其法官均为精通外语、深谙国际法理论和国际经贸

^{②⑥} 《中华人民共和国人民调解法》第14条。

^{②⑦} 刘沁予:《〈新加坡调解公约〉签署后我国商事调解员的任职资格》,载《商事仲裁与调解》2022年第3期,第115-116页。

^{②⑧} 《新加坡调解公约》第4条。

^{②⑨} 刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第3期,第61页。

^{③⑩} 连俊雅:《〈新加坡调解公约〉下我国国际商事和解协议执行机制的构建》,载《长江论坛》2022年第3期,第76页。

实务的国内资深法官,还聘请了国内外知名学者、律师等专家成立专家委员会,能最大程度上确保案件得到专业化的处理。另一方面,由国际商事法庭受理国际商事和解协议的执行案件,恰好有助于其进一步细化执行审查规则,更能保障《公约》在我国得以准确适用。

当然,随着《公约》在我国的进一步实施,以调解作为争端解决方式的国际商事案件会愈来愈多,最高人民法院可以结合实际情况确立数个试点法院作为和解协议执行的审查机构,以分担国际商事法庭的受案压力。待时机成熟时,可以进一步扩大主管机关的范围。笔者建议,对于标的额为人民币3亿元以上的和解协议执行案件,由于其涉案金额巨大,为慎重考虑仍应由国际商事法庭负责受理。而对于标的额为人民币3亿元以下的案件,则可以由各地的中级人民法院来负责国际商事和解协议的执行问题。根据《民事诉讼法》第19条,重大涉外案件的一审一般由中级人民法院管辖。虽然依据《公约》申请执行的案件并不必然被认定为“重大涉外案件”,但考虑到其跨国性、商业性和复杂性,以中级人民法院作为和解协议执行审查机关更为合适。更重要的是,参考我国在审查和执行涉外仲裁裁决上的经验,我国《民事诉讼法》第280条规定当事人不履行仲裁裁决时,当事人可向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。经过多年的实践,各地区中级人民法院应当已经积累了大量的涉外案件执行经验,由其受理国际商事和解协议的执行案件有助于提高和解协议的审查效率。

2. 审查内容

在审查模式上,国际商事和解协议的审查应遵循“形式审查为主、实质审查为辅”的基本原则。《公约》明确了和解协议的执行系直接执行机制,即在满足《公约》所规定的最低形式要求时,缔约国就有义务执行和解协议,而不得任意提高最低要求。^①为增强我国调解制度在国际上的公信力,我国应当严格遵守《公约》,而不能一味为了降低虚假调解的风险就增设《公约》之外的执行条件。但直接执行机制并不排斥主管机关必要的审查程序。^②相反,正是为了保障真正符合《公约》条件的和解协议得以执行,才更有必要审慎确定和解协议执行的审查事项。为此,我国应当充分利用《公约》提供的审查框架,并在此基础上予以补充和细化。对于公约所规定的拒绝执行的理由,我国主管机关应当进行更为严格的审查。

(1) 形式审查——对依赖于和解协议的要求

根据《公约》第4条第1款,当事人欲申请执行和解协议应当提交已签署的和解协议和能够证明和解协议产生于调解的证据(表2)。为确保上述文件的准确性和真实性,我国主管机关可以要求当事人就各项文件提供经公证认证的文书。在所涉材料为外文时,还应附上经公证的中文翻译件、翻译机构营业执照复印件等。此外,《公约》第4条

^① 赵云:《〈新加坡调解公约〉:新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》,载《地方立法研究》2020年第5期,第81页。

^② 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,载《中国法律评论》2019年第1期,第198页。

第4款规定,主管机关可要求提供任何必要文件以核实《公约》的要求已得到遵守。基于此,我国主管机关可以进一步要求当事人提供更全面的材料以证明其和解协议产生于真实的调解而非虚假调解。例如,对于由国际贸易合同引发的纠纷,可要求当事人提供基础合同、证明合同实际履行情况的基础材料等。再如,主管机关可要求当事人提交一份承诺书或保证书以声明涉案协议不存在虚假调解等情形,否则愿承担相应的法律后果。上述文件要求将在和解协议执行审查机制中发挥初步过滤作用。

表 2

《公约》下申请执行和解协议所需提供的文件		我国可作出的细化规定
1. 由各方当事人签署的和解协议;		相应的经公证认证的文件; 相关材料为外文的,可要求申请人提供经公证的中文翻译,并提供翻译机构营业执照复印件。
2. 显示和解协议产生于调解的证据	①调解员在和解协议上的签名;	
	②调解员签署的表明进行了调解的文件;	
	③调解过程管理机构的证明;或者	
	④在缺乏前三项证明的情况下,提供可为主管机关接受的其他任何证据	
3. 主管机关要求提供的必要文件。		进一步能够证明不存在虚假调解的材料(如基础合同及证明合同履行情况的基本证据;个人承诺书/保证书等)。

(2) 实质审查——拒绝准予救济的理由

“拒绝准予救济的理由”是《公约》的核心条款之一,也是和解协议审查机制的骨架,其主要内容可概括如下表3。可见,拒绝准予救济审查的启动有“依申请”和“依职权”两种模式。主管机关可依当事人申请进行审查的事由主要可归于以下三类:(1)与当事人相关的抗辩,即和解协议当事人一方无行为能力;(2)与协议本身相关的抗辩,包括和解协议效力瑕疵、和解协议义务的终局性和内容清晰性问题;(3)与调解过程相关的抗辩,包括调解员严重违反调解准则、未履行披露义务等情形。相比之下,《公约》赋予主管机关主动审查权的事项范围则较为狭窄,仅有限列举了违反公共政策和争议事项不具有可调解性两项。虽然《公约》第5条并没有专门规定虚假调解的情形,但其仍能为主管机关拒绝执行虚假和解协议提供法律依据。就虚假调解而言,主管机关需要着重审查的有以下三个事项。

表 3

《公约》下拒绝准予救济的理由		
启动方式	理由	对应条款
依当事人申请	和解协议一方当事人无行为能力	5.1 (a)
	和解协议依据准据法无效、失效或无法履行	5.1 (b) (一)
	和解协议不具约束力或者不具有终局性	5.1 (b) (二)、(三)
	和解协议中的义务已经履行或者不清楚、无法理解	5.1 (c)
	准予救济将有悖和解协议条款	5.1 (d)
	调解员严重违反调解准则,或者未履行披露义务	5.1 (e)、(f)
依职权	准予救济将违反被请求国公共政策	5.2 (a)
	根据被请求国法律,争议事项不具有可调解性	5.2 (b)

其一,和解协议依据准据法无效(第 5.1(b) 条)。在主管机关审查是否存在虚假调解情形时,首先需要注意的问题是准据法的选择。对此,《公约》第 5.1(b) 条采用了当事人意思自治优先的做法,规定准据法首先应当为“根据当事人有效约定的和解协议管辖法律”,就此无法指明任何法律时才适用主管机关认为应予适用的法律。其中,“有效”一词意在强调“当事人意思自治无论如何都是在强制性法律和公共政策的限度内运作的”,即主管机关有权依据适用的强制性法律和公共政策来评估当事人选择法律的有效性。^{③③} 因此,我国主管机关在认定虚假调解时适用的准据法应当以当事人约定的和解协议的管辖法律优先,如果当事人无约定或是这种约定违反强制性法律和公共政策的,则由我国主管机关决定应适用的法律。在此基础上,若当事人依据《公约》向我国申请执行和解协议,我国法律关于和解协议效力的规定将成为重要的评估依据。

对于第 5.1(b) 条所规定的事由,主管机关仅能在当事人提出申请时才能予以审查,因此,该条规定可以防范的虚假调解类型一般为一方当事人和调解员通过欺诈、隐瞒事实等方式损害另一方当事人合法权益的情形。问题是,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)规定,基于欺诈、重大误解的民事法律行为系可撤销(而非无效)的民事法律行为。^{③④} 那么,这是否意味着基于欺诈、重大误解所达成的和解协议能依据《公约》在我国获得执行呢?事实上,在《公约》起草过程中,美国和以色列代表曾建议将“受到胁迫”和“欺诈”也作为第 5 条中的抗辩理由之一,以色列代表还提议在“无效”

^{③③} United Nations Commission on International Trade Law, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-fifth Session (Vienna, 12-23 September 2016), A/CN.9/896, para. 101.

^{③④} 《中华人民共和国民法典》第 148 条、第 149 条。

后加入“可撤销的”(voidable)一词,以明确地将欺诈、误解、虚假陈述、胁迫等情形也涵盖在内。^{③⑤}对此,工作组认同若当事人受到胁迫或欺诈,其可以请求拒绝准予执行和解协议。但工作组最终没有将“受到胁迫”和“欺诈”单独列入抗辩事由,原因是它的措辞已经“足够宽泛”,可以涵盖上述情形,也没有必要再加入“可撤销的”一词。^{③⑥}由此可见,《公约》第5.1(b)条意义上的“无效”是非常广义的。若一方当事人与调解员通过欺诈、虚假陈述等手段,意图借助调解程序来损害另一方当事人的合法权益,由此达成的和解协议将被认定为《公约》第5.1(b)的情形。在权益被侵犯的一方当事人依《公约》第5.1(b)条提出申请并提供相关证明时,我国主管机关可以拒绝执行该和解协议。

其二,调解员严重违反调解准则或未履行披露义务(第5.1(e)、(f)条)。这一条款也属于依当事人申请才能启动审查的事由。若权益受到侵害的一方当事人认为在调解过程中,调解员严重违反了调解准则或未履行披露义务以至于对其造成实质性影响或不当影响,则可以依据《公约》提出抗辩。需要注意的是,《公约》对援引该条所需履行的证明责任要求是比较高的。^{③⑦}一方面,当事人要证明调解员的不当行为要与和解协议的签订存在因果关系,即:若非此种违反或未予披露,该当事人“本不会”订立和解协议。另一方面,调解员的违反应当达到“严重”(serious)的门槛,未予披露产生的影响也要达到“实质性”(material)或“不当”(undue)程度。^{③⑧}至于什么是“严重”违反、什么是“实质性”“不当”影响,公约没有作出具体规定,这就要求主管机关结合特定的调解环境和个案情况具体分析。^{③⑨}

其三,准予救济将违反公共政策。根据《公约》第5.2(a)条,被请求国可以依职权以违反该国公共政策为由拒绝准予救济。“公共政策”(public policy)是一个极为模糊和灵活的概念。^{④⑩}对于公共政策的界定,工作组将解释权留给了各缔约国。^{④⑪}在我国,公共政策一般被表达为“社会公共利益”,司法实践对于该项事由尚未形成统一的判断标准。^{④⑫}对于是否应当将“虚假调解”纳入公共政策条款规制范围,学界一直存在较大争议。持反对观点的学者认为,公共政策涉及的是社会基本秩序和不特定范围内的多数人的利益,应对其作严格的限定性解释。基于此,即使执行损害了特定第三人的利益,也不应该以公共政策条款为依据拒绝执行。^{④⑬}赞成说则认为,虚假调解带来的负面影响不仅仅及于案外第三人的利益,也极大地破坏了民事诉讼秩序,有损国家和社会公共利

^{③⑤} *Supra* note 33, para.100.

^{③⑥} United Nations Commission on International Trade Law, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-eighth Session (New York, 5-9 February 2018), A/CN.9/934, para.43.

^{③⑦} 陆一戈:《〈新加坡调解公约〉框架下的国际和解协议执行及我国回应》,载《经贸法律评论》2022年第4期,第27页。

^{③⑧} 《新加坡调解公约》第5.1(e)(f)条。

^{③⑨} 陈洁:《我国国际和解协议准予救济制度的构建——以〈新加坡调解公约〉的签署为契机》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第99页。

^{④⑩} 宋建立:《公共政策在仲裁司法审查中的适用》,载《人民司法(应用)》2018年第1期,第61-64页。

^{④⑪} *Supra* note 36, para.69.

^{④⑫} 马德才、杜焕芳:《〈纽约公约〉中的公共政策三题》,载《河北法学》2009年第7期,第11-15页。

^{④⑬} 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72页。

益。^{④④} 鉴于虚假调解往往是主管机关主动审查才可能发现的问题,且《公约》下主动审查的事项仅有可调解性和公共政策两种,因此只有将虚假调解认定为违反公共政策,才能确保主管机关拒绝虚假和解协议的执行。^{④⑤}

笔者认为,我国可以审慎推动公共政策条款在虚假调解审查中的适用。一方面,虚假调解是当事人(或调解员)之间恶意串通,通过虚构事实、伪造证据、捏造法律关系等恶意手段,借调解制度而获取非法利益的行为,其不仅直接损害了案外人的合法权益,还破坏了社会成员对于调解制度的信任和对法律的正常预期,背离了公正司法的基本要求,最终将有损社会公平正义。进言之,我国正处于商事制度改革和营商环境优化的关键时期,如若《公约》在我国落地,而经虚假调解达成的国际商事和解协议又得以在我国执行,这将极大地破坏我国调解制度和司法体系在国际层面的公信力。从这个意义上说,同虚假仲裁一样,虚假调解可以成为援引公共政策条款的理由。^{④⑥}

另一方面,也要强调公共政策条款的“审慎”援引。首先,公共政策条款之适用与案件实体内容息息相关,如果无限扩大该条款的适用空间,可能会导致主管机关对和解协议实体内容的过度干预,进而威胁到调解制度赖以生存的基石——当事人高度意思自治,也有违《公约》的运行宗旨和目的。其次,从我国已有实践来看,法院对于公共政策条款的适用一般秉承极其审慎、严格的态度。^{④⑦} 出于对司法的克制,我国主管机关不宜过度扩张公共政策条款的张力边界。最后,公共政策作为一个体现了特定价值目标的规范性概念,其适用需要结合具体的个案进行特殊衡平判断而非“一刀切”。^{④⑧} 从我国已有实践来看,法院在援引公共政策条款时需综合考虑损害后果的严重性、案件的国际性、国家利益的根本性、国际义务的性质等因素,^{④⑨} 对个案中的虚假调解是否违反我国公共政策作出精准判断。

我国和解协议执行审查机制的构想可呈现为如下图一:

^{④④} 同前注^{②④},第172页。

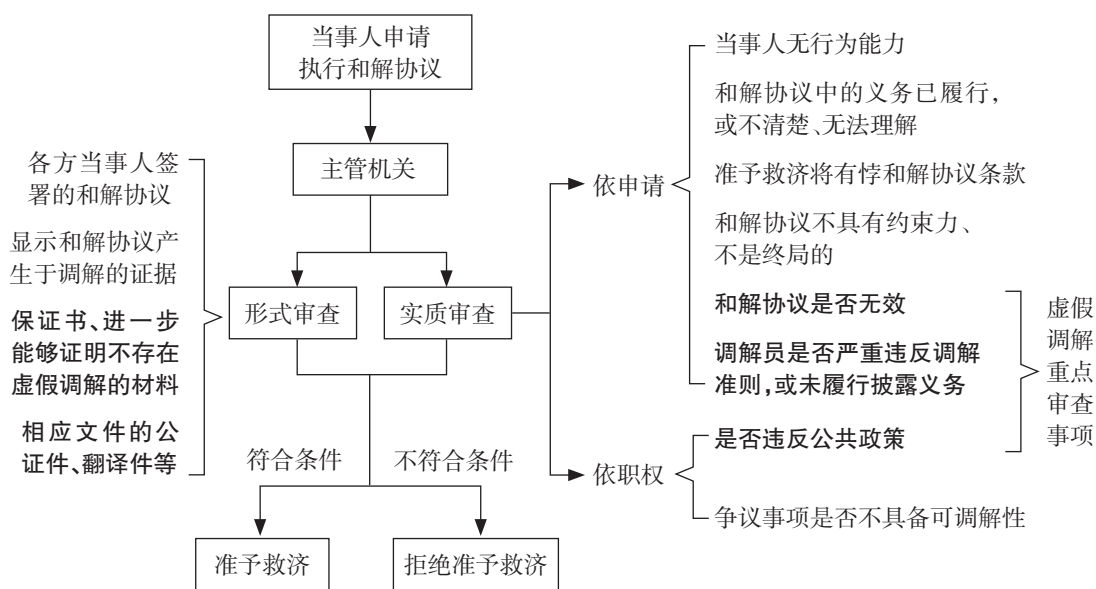
^{④⑤} 陈鲁明、赵曼姝:《〈新加坡调解公约〉下和解协议在中国的执行问题初探》,载君合法评网, <http://www.junhe.com/legal-updates/1304>,最后访问时间:2023年2月20日。

^{④⑥} 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72-73页。

^{④⑦} 例如,在2012年韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决案中,最高人民法院认为应当对公共秩序作“严格解释和适用”。在2010年日本信越化学工业株式会社申请承认日本商事仲裁协会东京07-11号仲裁裁决案中,最高人民法院指出公共政策应仅限于违反我国基本法律制度、损害我国根本社会利益情形。参见最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》第24辑,人民法院出版社2012年版,第116页;最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》第21辑,人民法院出版社2010年版,第122页。

^{④⑧} 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345页。

^{④⑨} 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147-149页。



图一

（二）完善和解协议执行的案外人救济机制

多数情况下，虚假调解行为均以损害案外人利益为目的。因此，如何切实保护案外人的合法权益是《公约》落地前必须回应的重要议题。

1. 允许案外人就虚假调解提供线索

如前所述，《公约》本身并没有为案外人权益提供救济依据。因此，在主管机关主动审查和解协议时，有必要赋予案外人就虚假调解提供线索的权利，以弥补《公约》之缺口。一方面，案外人是和解协议执行的直接利益关联者，其更容易及时发觉虚假调解存在的可能性，也更有主观能动性去搜集虚假调解的证据。另一方面，尽管主管机关可以公共政策条款为依据主动审查和解协议的可执行性，但由于虚假调解具有高度隐蔽性，且当事人为蒙混过关往往会对调解资料和证据材料加以精心设计，主管机关很难会产生虚假调解的怀疑，^{⑤①}也就缺少启动审查的前提。因此，赋予案外人提供线索的权利，既给保护案外人合法权益提供了一条合法路径，又能推动主管机关更准确地适用公共政策条款。

2. 引进案外人申请不予执行和解协议制度

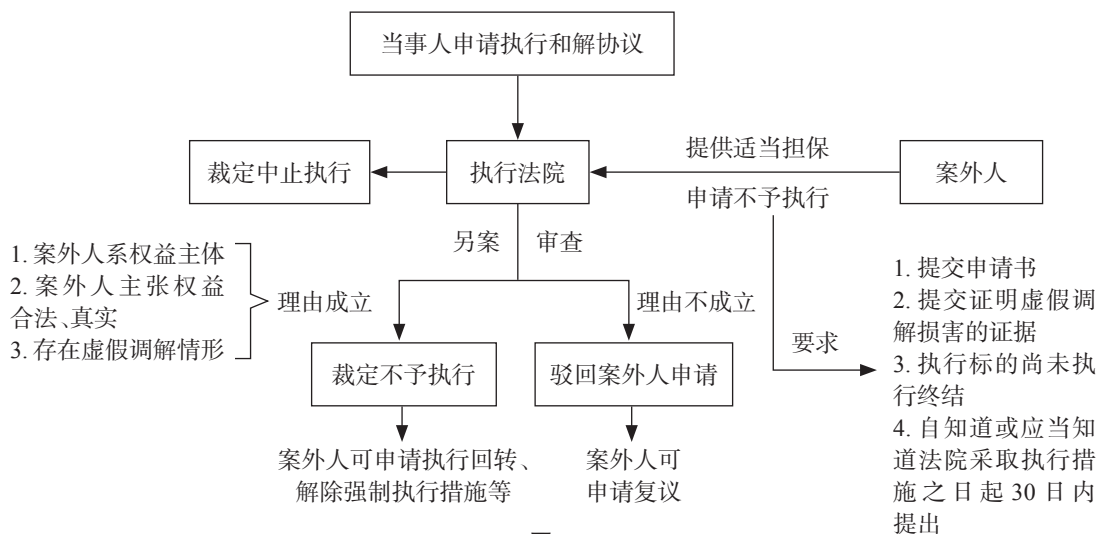
为从根本上解决案外人救济缺失之困境，引入案外人异议机制成为必然。在仲裁领域，案外人可以通过向法院申请撤销或不予执行仲裁裁决维护自身的合法权益。^{⑤②}考虑到调解制度的特性，仲裁程序中的救济途径未必能与虚假调解案件完全适配，但却可以为构建和解协议执行的案外人救济机制提供制度参考。鉴于此，笔者认为可以最高人民

^{⑤①} 李浩：《民事调解书的检察监督》，载《法学研究》2014年第3期，第136页。

^{⑤②} 《中华人民共和国民事诉讼法》第237条、第274条；《中华人民共和国仲裁法》第58条、第63条。

法院2018年颁布的《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(以下简称《执行若干规定》)为蓝本,参考其中关于案外人申请不予执行仲裁裁决、调解书制度的规定设计案外人申请不予执行和解协议制度。^{⑤2}

具体而言,首先,应明确案外人具有对《公约》下的和解协议执行案件申请不予执行的权利。在管辖上,应由负责执行的人民法院另行立案审查处理。案外人申请不予执行和解协议的,应当自知道或应当知道法院执行措施之日起三十日内向有管辖权的法院提交申请书及相应的证据材料。对于案外人的申请,法院应当依法进行审查。经审查确认案外人主张的权益合法、真实,调解案件当事人存在虚假调解情形,执行和解协议将损害案外人合法权益的,法院应当裁定不予执行。当然,为抑制司法权滥用,参照《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》,法院在裁定不予执行前,应当履行内请报核程序。^{⑤3}经审查理由不成立的,则裁定驳回不予执行申请。对于驳回裁定不服的,案外人可以自裁定送达之日起十日内向上一级法院申请复议。另外,《执行若干规定》不仅从主体、流程、材料、审查等方面对案外人申请不予执行仲裁裁决、调解书制度作出了细化,还通过中止执行、执行回转等一系列配套制度为案外人的合法权益提供了多重保障。^{⑤4}类似地,对于经国际商事调解所达成的和解协议执行案件,同样需要加强配套救济制度的建设。其一,案外人申请不予执行和解协议并提供适当担保的,执行法院应裁定中止执行。其二,针对正在执行的情况,案外人在法院裁定不予执行和解协议后可以申请解除强制执行措施。其三,针对执行已经完毕的情形,若法院裁定不予执行和解协议,应当允许案外人申请执行回转。具体流程参见图二:



^{⑤2} 《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9条、第18条。

^{⑤3} 高晓力:《中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践》,载《法律适用》2018年第5期,第6-8页。

^{⑤4} 陈洁:《我国国际和解协议准予救济制度的构建——以〈新加坡调解公约〉的签署为契机》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第100页。

（三）健全虚假调解惩治规则

遏制虚假调解不仅需要为案外人提供救济途径,还要加大对虚假调解行为的惩治力度。民事责任方面,一旦虚假和解协议得以执行,将直接损害一方当事人或案外第三人的合法权益,因此完全可能符合《民法典》侵权责任编里关于侵权责任的构成要件。在此情形下,被侵权人可以请求虚假调解的行为人承担相应的赔偿责任和用于维权的必要费用。^{⑤⑤}除民事责任外,参与虚假调解的主体还可能承担相应的行政责任。例如,根据《中华人民共和国律师法》,律师有向司法行政部门提供虚假材料等弄虚作假行为的,将面临停止执业、罚款、没收违法所得、吊销职业资格证书等处罚。^{⑤⑥}此外,有必要将和解协议的履行情况纳入信用监督和惩戒体系。^{⑤⑦}2017年最高人民法院《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》明确将虚假诉讼、虚假仲裁等行为纳入信用惩戒的范围之内。随着“一带一路”倡议的推进,商事调解在我国的应用将越来越广泛,对虚假调解等行为进行信用惩戒既是促进商事争端真正解决的现实需求,也是完善我国社会征信体系的重要步骤。

至于刑事责任,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)并未规定一项独立的“虚假调解罪”罪名,与之相似的是《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑法修正案(九)》)新增的虚假诉讼罪。^{⑤⑧}问题是,虚假诉讼罪构成要件中的“提起民事诉讼”是否包含调解、仲裁这些活动呢?对此,有学者认为虚假仲裁与虚假诉讼都是行为人通过捏造事实、伪造证据等手段获取非法利益的行为,两者性质相同,因此虚假诉讼罪的规制范围还应包括仲裁程序。^{⑤⑨}主流观点则认为即使仲裁是一种“准司法”活动,但本质上仍然不属于司法活动,因此不能将虚假诉讼罪的规制范围延伸至虚假仲裁,否则就会违反罪刑法定原则。^{⑥①}笔者赞同主流观点,认为仲裁的民间性和自治性使得仲裁程序难以被涵盖在“民事诉讼”的范围内。同理,本文所研究的国际商事调解是跨国性争议的当事方自愿在第三方调解者的参与下达成和解协议以解决纠纷的方式。同仲裁裁决一样,和解协议并不当然引起法院的强制执行等诉讼程序。因此,现行《刑法》所规定的虚假诉讼罪并不能当然延伸适用至虚假调解的情形。正是因为虚假诉讼罪在适用范围上存在模糊性,在《刑法修正案(九)》施行后,虽然虚假诉讼行为得到了有效遏制,但实践中也出现了虚假诉讼向虚假仲裁、虚假调解转移的溢出效应。^{⑥②}

^{⑤⑤} 《中华人民共和国民法典》第1165条。

^{⑤⑥} 《中华人民共和国律师法》第49条。

^{⑤⑦} 杨安琪、杨署东:《我国商事调解机制与〈新加坡调解公约〉对接的现实困境及其破解路径》,载《河南财经政法大学学报》2022年第2期,第81页。

^{⑤⑧} 虚假诉讼罪是指自然人或者单位故意以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的行为。参见《刑法》第307条之一。

^{⑤⑨} 王志祥、刘婷:《虚假诉讼罪:概念界定与学理分析》,载《南阳师范学院学报(社会科学版)》2016年第1期,第4页。

^{⑥①} 张明楷:《虚假诉讼罪的基本问题》,载《法学》2017年第1期,第157页;俞小海:《虚假诉讼罪的司法适用要点》,载《人民司法(应用)》2017年第16期,第55-56页。

^{⑥②} 宋春龙:《民事诉讼视角下虚假仲裁的规制——以我国司法实践为切入点》,载《北京仲裁》2017年第4期,第87-88页。

笔者认为,刑法具有“谦抑性”,故暂不宜直接在《刑法》中增设虚假调解罪等新的罪名。^{⑥2}值得指出的是,最高人民法院和最高人民检察院于2018年联合发布的《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》规定,行为人将基于虚假仲裁作出的仲裁裁决提交法院申请执行的,属于《刑法修正案(九)》中的“以捏造的事实提起民事诉讼”。简言之,进入法院执行阶段的虚假仲裁行为也可能构成虚假诉讼罪,该解释被认为是体现了“两高”的司法智慧。^{⑥3}笔者建议,在我国正式批准《公约》后,也可以参考该做法由“两高”出台相关司法解释,将“向人民法院申请执行基于捏造的事实做出的国际商事和解协议”之行为拟制为“以捏造的事实提起民事诉讼”,从而对虚假调解予以刑事规制。

(四) 加强高水平国际商事调解员队伍建设

《公约》框架下,调解员是国际商事调解制度的核心枢纽。一方面,调解员水平的高低将直接影响调解的效果。高水平的调解员能够运用其专业能力促成纠纷的解决,也能及时甄别出潜在的虚假调解情形。^{⑥4}另一方面,根据《公约》第5.1(e)(f)条,调解员资质和其行为的规范性是影响《公约》下和解协议执行的重要因素。一般而言,和解协议若出现损害一方当事人、案外人合法权益或者公共利益的情形,要么是因为调解员经验不足、水平有限或者未尽审慎责任从而使得虚假和解协议蒙混过关,要么是调解员受利益驱使主动参与了虚假调解。^{⑥5}鉴于此,我国日后应当逐步建立起对调解员的培养和约束机制。具体可从以下两个方面展开:

第一,明确商事调解员就职准入门槛。《公约》下的调解案件具有跨国性,法律关系较为复杂,这对调解员的业务能力、调解经验、语言水平、文化背景等都提出了较高的要求。不同国家和地区对于调解员职业准入标准的要求存在差异。法国对于调解员的资格要求较为宽泛,主要包括:未被宣告无行为能力、未受刑事处罚、未受过行政处分和纪律处分、具备调解技能和在特定事项中调解的资格和能独立行使调解职能。^{⑥6}美国佛罗里达州立法则要求调解员必须年满21周岁,具备良好的道德品质,拥有高中以上或同等学力证书,完成佛罗里达州最高法院认证的调解培训项目和导师制培训。^{⑥7}为了保证调解员制度朝专业化和职业化方向发展,我国应当根据实际情况设置商事调解员的准入门槛。在实际操作中,可以由相关部门建立科学、严格的选聘制度,组织调解员资格考试,对申请人的法律知识、调解技能、语言水平、文化背景等进行考察,遴选出理论功底扎实、调解经验丰富、具备跨文化交流与沟通能力的高水平调解员。

⑥2 田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,载《中国法学》2020年第1期,第166-167页。

⑥3 马贤兴:《虚假诉讼、虚假仲裁防治与案例精选》,中国检察出版社2018年版,第10页。

⑥4 刘敬东、孙巍、傅攀峰等:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第52页。

⑥5 Ellen Waldman, *Mediation Ethics: Cases and Commentaries*, Jossey Bass, 2011, p.184.

⑥6 周建华:《法国的调解(mediation):比较与借鉴》,载《学习与探索》2012年第1期,第94页。

⑥7 Florida Dispute Resolution Center, *How to Become A Florida Supreme Court Certified Mediator -Step by Step Guide*, <https://www.circuit8.org/wp-content/uploads/How-to-Become-a-Mediator.pdf>, last visited Feb.15, 2023.

第二,完善商事调解员资格认证体系和评价机制。目前,许多调解制度发达的国家和地区都通过立法、行业标准等模式建立起了调解员资格认证和评价体系。例如,澳大利亚《调解员资质认证审批国家标准》不仅明确了申请调解员资质认证的基本标准(例如品行端正、遵守执业准则、具备专业调解技能、接受过教育培训),还对准入培训制度作出了详细规定。依据该标准,每名调解员均需参加至少38小时的培训课程、9场模拟调解,培训教师还需要就调解员的技能评估结果、优缺点和对进一步培训的建议出具书面评价。^{⑥8}新加坡调解研究院(SIMI)依据调解经验、调解技巧、文化差异等因素将调解员分成四个等级,并要求任何一个想要成为资格认证调解员的人必须完成至少40小时的调解培训,已经具备认证资格的调解员也需要在执业的过程中持续学习并接受评估。^{⑥9}在法国,符合资格认证并不意味着能持续担任调解员,调解员还需要持续接受全面而专业的培训、教育以及测试。^{⑦0}《美国调解员模范行为准则》则提供了当事人自主决定、公正、利益冲突、保密、程序品质、广告和游说、费用、促进调解实践这九项标准以指导和规范调解员的行为。^{⑦1}虽然《公约》禁止缔约国以调解员资质为由限制和解协议的执行,但缔约国采取资格认证与自愿选任相结合的做法并不违反《公约》。^{⑦2}况且,对调解员采取严格的要求有助于应对《公约》下超前执行模式对国内秩序的冲击。因此,我国可以学习国际上已有的调解员认证标准,完善调解员培训与考核机制。例如,我国可以借鉴澳大利亚、新加坡的规定,要求调解员至少完成若干小时的专业培训并获得资格认证才能受理国际商事调解业务。在培训内容上,尤要加强对调解员对调解理论和实践经验的学习,切实提高调解员对虚假调解的甄别能力。

五、结 语

《公约》的生效为经国际商事调解达成的和解协议建立了高效的跨国执行机制,对国际商事调解事业的发展具有里程碑式的意义。^{⑦3}与此同时,由于《公约》下的和解协议具备跨国执行力,可能出现借助《公约》以谋取非法利益的虚假调解现象。虚假调解所带来的风险不容忽视,其损害了当事人或案外第三人的合法权益,也减损了解决作为纠纷解决机制的制度价值。如果我国不能及时对此采取有效措施,不利于我国营商环境优化工作的进一步推进和我国司法国际公信力的提升。因此,如何防范虚假调解将是保

^{⑥8} *National Mediator Accreditation System (NMAS), Part II*, http://www.ama.asn.au/wp-content/uploads/2012/04/AMA-Revised-NMAS-1-July-2015.pdf?_ga=2.41711330.117057353.1668491056-399594106.1668491056, last visited Feb.15, 2023.

^{⑥9} Florida Dispute Resolution Center, *How to Become A Florida Supreme Court Certified Mediator -Step by Step Guide*, <https://www.circuit8.org/wp-content/uploads/How-to-Become-a-Mediator.pdf>, last visited Feb.15, 2023.

^{⑦0} 刘沁予:《〈新加坡调解公约〉签署后我国商事调解员的任职资格》,载《商事仲裁与调解》2022年第3期,第127-128页。

^{⑦1} American Arbitration Association, *The Model Standards of Conduct for Mediators (2005)*, <https://www.commerce.wa.gov/wp-content/uploads/2016/10/ffp-aba-standards-conduct-mediators-2005.pdf>, last visited Feb.15, 2023.

^{⑦2} 同前注^{⑥4},第171页。

^{⑦3} 同前注^{⑥2}。

障《公约》在我国顺利落地的重要前提。

《公约》背景下,对虚假调解现象的防范面临着多方面的困境。其一,调解制度的自治性、保密性等特性使得虚假调解现象难以被甄别;其二,《公约》下的直接执行机制和其适用范围上的国际性也加大了和解协议的审查难度;其三,《公约》与我国现行国内法律均缺乏明确的案外人就《公约》下的虚假调解申请救济的法律依据;最后,对商事调解员行为规制上的不足也不利于虚假调解的防范。

鉴于此,我国在批准《公约》之前,可以从和解协议的审查、案外人权利救济、虚假调解的惩治以及调解员队伍建设四个方面对国际商事领域中的虚假调解进行防范。具体而言,首先,构建《公约》下和解协议执行的审查体系。关于审查机关,建议在初期由最高人民法院的国际商事法庭来负责和解协议的审查和执行事宜,视情况可逐步扩大到中级人民法院。关于审查内容,在不违反《公约》形式审查原则的前提下,应对文件要求作出进一步细化规定,着重审查和解协议的效力、调解员的行为规范以及公共政策条款。其次,完善案外人救济机制。不仅要赋予案外人就虚假调解提供线索的权利,也要建立案外人申请不予执行和解协议制度。再次,健全虚假调解的惩治规则,落实虚假调解相关主体的民事、行政和刑事责任。最后,加强国际商事调解员的队伍建设。一方面要明确商事调解员的就职准入门槛,另一方面也要完善商事调解员的资格认证和评价体系。

Abstract: While the direct enforcement mechanism of Singapore Convention on Mediation (the Convention) promotes the development of international commercial mediation, there also comes a risk of false mediation. False mediation not only damages the legal rights and interests of the parties or the outsiders, but also erodes the institutional value of mediation and undermine the credibility of the judicial system. In view of this, taking preventive actions towards false mediation will be an important guarantee for the Convention landing smoothly in China. Due to the inherent defects of the mediation system, the limitation of the operation mechanism of the Convention, the imperfection of outsiders' right relief system, and the lack of regulation of commercial mediators' behaviors, the process of guarding against false mediation is now in the face of difficulties. In order to ensure the proper implementation of the Convention in China, it is proposed to establish a review system for the enforcement of settlement agreements, gradually build and improve the outsiders' right relief system, perfect the relevant laws and regulations of false mediation punishment, and strengthen the cultivation of a high-level international commercial mediation talent team to avoid the underlying risk of false mediation in an effective manner.

Keywords: false mediation; Singapore Convention on Mediation; international commercial mediation; mechanism of refusing to grant relief

(责任编辑:孙保国 外审专家:杜玉琼)

论“一带一路”视野下仲调结合模式选择

宋雅洁^{*}

内容提要 “一带一路”建设的不断推进使得国际商事交往愈发频繁,在这样背景下产生的国际商事纠纷呈现多元性、复杂性的特点,单一的争端解决模式已经不能满足当下国际环境的需求,新的国际商事环境对国际商事争端解决提出了新的要求,我们应该研究制订一套合理有效的“定纷止争”制度,以实现利益的均衡和矛盾的缓和。仲裁和调解作为常见的两种争端解决方式各有优势和局限,而二者的结合即仲裁和调解相结合制度作为一种复合型纠纷解决方式,因其较充分的合意、便捷高效等优势,得到众多商事主体的青睐。本文立足分析仲调结合制度几种模式的优势和局限,分析是否采用相同中立人模式,借鉴域外经验完善我国在“一带一路”背景下仲调结合制度的选择和运行。

关键词 仲裁调解结合 中立人制度 公正与效率

随着“一带一路”倡议的实施,国际贸易的交易量有了显著提升,“一带一路”沿线国家多元化的法治环境决定了商事纠纷的多样性和复杂性,使得纠纷的解决更加复杂。2018年Queen Mary的一项调查显示,当涉及跨境纠纷时,60%的律师更倾向于于仲裁和其他ADR,仅32%的人更倾向于将国际仲裁作为一种独立机制。^①在我国,据《中国国际商事仲裁年度报告》显示,近三年来,中国的仲裁案件通过调解或和解程序解决的数量持续增长,2019年增长26%,2020年增长31%,2021年增长35%。仲裁和调解结合制度是伴随ADR产生的新兴混合争议解决机制,仲裁可以弥补调解司法性较弱的局限,同时调解对抗性较弱的特点更易维持商事主体的合作关系。因此,仲裁和调解相结合制度对解决“一带一路”背景下产生的国际商事贸易纠纷发挥着重要作用。本文根据仲裁和调解程序的介入时间先后进行分类,具体可分为三大类,即先调解后仲裁模式、仲裁中调解模式和先仲裁后调解模式。

^{*} 宋雅洁,北方工业大学文法学院法学(国际法学)硕士研究生。

^① Queen Mary University of London, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, <https://simc.com.sg/blog/2019/09/12/legal-500-asia-pacific-disputes-summit-adr-in-the-next-10-years>, last visited Mar.17, 2022.

一、“一带一路”纠纷的特点及争端解决机制建设

(一) “一带一路”纠纷的特点

“一带一路”建设中的国际商事纠纷主要呈现以下特征:第一是争端主体的多样性。国际商事纠纷的“国际性”和“商事性”决定了商事主体的多样性,既包括企业与企业,也包括企业与个人、政府与企业等之间的关系。第二是纠纷具有专业性和复杂性。国际商事纠纷随着时代发展,已经不再局限于动产与有形财产,随着科技和社会的发展,商事关系的范围扩大到无形资产和部分不动产领域,商事行为也从买卖拓宽到知识产权贸易、租赁等领域。^②商事关系范围的扩大,商事主体的扩大以及所涉国家地区的法律规范、商业习惯和文化传统等差异,对纠纷解决人员的专业性提出了更高要求。第三是纠纷解决目的更注重维持友好关系。“一带一路”倡议的提出本意就是推动我国与沿线友好国家和地区的商事合作与交往,在带动经济共同发展的同时也能进行友好的国际交往。该背景下产生的纠纷除了要保证真正将纠纷解决妥善,更应当注重对合作关系的维护。

“一带一路”纠纷的上述特点,对争端解决机制提出了更高的要求:争端解决机制要高效灵活,除了常规诉讼形式外,更应大力推行仲裁和调解等 ADR 程序,我国国际商事法庭就是高效解决争端的司法主体。基于“一带一路”商事纠纷的跨国性特征,采用合意性较强的纠纷解决机制,当事人可以协商选择法律法规、国际惯例、交易习惯等作为纠纷解决的基准,能有效缓解不同国家间的法律冲突,更有利于保障跨境执行成功的可能性。由于这些纠纷解决方式注重合意性,不局限于简单的是非判断,更着眼于长远利益,有利于维护纠纷主体友好的贸易关系。除此之外,对于争端纠纷解决人员的专业性提出了更高的要求,不仅要求其具有高水准的专业水平和职业道德标准,更重要的是具有流畅熟练的外语水平以及丰富的商事争端解决经验。

(二) 仲调结合在争端解决中的优势

仲裁和调解相结合模式相较于单独仲裁或单独调解程序更能保障协议的执行,更有利于彻底地解决争议。仲裁和调解结合程序下所产生的调解协议或裁决书一定程度上是当事人意思的真实表示,中和了单独仲裁程序的对抗性和单独调解程序缺乏强制力的问题,是各方当事人经过理性思考做出的互利互惠的行为,能够有效保障协议的履行,彻底且高效解决争议。另外,仲调结合模式与诉讼调解相比程序更灵活,诉讼调解基于民事诉讼程序进行,在法官引导下要么进行诉前调解,要么在执行程序中进行调解,无论在哪个阶段开启调解,诉讼调解都要严格遵守《民事诉讼法》的规定。而仲调结合模式分为先仲裁后调解、仲裁中调解和先调解后仲裁三种模式,当事方可以在任何阶段提出调解并且程序灵活,当事人可以自由选择两种模式的结合或单独采用,也可以自由选择

^② 刘静:《比较法视野下中国国际商事法庭的创设与运作》,载《商事仲裁与调解》2022 年第 3 期,第 78-89 页。

程序开始的时间段,充分尊重当事人的意思自治。我国目前有人民调解制度,并颁布实施《中华人民共和国人民调解法》,人民调解的目的是帮助法院快速处理标的额较小、案情简单的案件。人民调解所选择的调解员来源广泛,尤其是存在一些企业或者协会承担人民调解工作的情形,导致调解员专业化程度参差不齐。仲裁调解结合模式下依据法律规定,无论是对仲裁员还是调解员的选任都有严格的要求,不仅需要具有丰富的法律经验还需要具有某一专业领域出色的知识,且需要依据仲裁规则和调解规范对案件进行判定。在这一层面上,仲调结合模式相较于人民调解更专业更规范。综上所述,仲裁和调解相结合模式在充分尊重当事人意思自治基础上,能够节省当事人解决争议的时间和金钱成本,快速专业地解决争端。

二、仲裁与调解结合的主要模式及分析

根据仲裁和调解程序的介入时间,仲裁与调解结合分为先调解后仲裁模式、仲裁中调解模式、先仲裁后调解三种模式

(一) 先调解后仲裁模式 (Med-Arb)

这种模式的基本表现形式为调解-仲裁,当事方将争议先提交调解程序处理。如果调解失败,转入仲裁程序继续审理;如果调解成功,则转入仲裁程序形成裁决书赋予调解协议强制力。在斯洛文尼亚、克罗地亚、奥地利等国的仲裁规定中有关于这种形式的规定:如果当事人通过调解员的帮助在调解程序中成功解决纠纷,那么当事方可以向仲裁庭申请由该调解员担任仲裁员,根据调解协议达成的条件作出裁决。^③ 这种模式具体表现为以下三种形式:第一种是纯粹的先调解后仲裁形式,即争议双方先通过调解程序解决争议。这种情况下,当事人可能是寻求先调解机构进行调解,若调解不成,再到仲裁机构申请仲裁。在此模式中,许多仲裁机构都设有独立的调解中心,如果一个案件的调解员同时是调解机构的调解员,同时也是仲裁机构的仲裁员,即仲裁员名册和调解员名册中均有这个中立人,那么在这种情况下调解员和仲裁员有可能为同一个人。如《世界知识产权组织调解规则》第十四条(b)1规定:如果调解员认为双方有争议,无法通过调解来解决,那么,在考虑纠纷的情形以及双方的商业关系后,可以提出通过仲裁程序解决,以供双方参考选择,当然当事方可以在调解程序向仲裁程序转化过程中拒绝调解员担任仲裁员,这样一来此种模式下调解员和仲裁员也可能不为同一人。第二种是建议型先调解后仲裁模式,调解员在仲裁程序开始前将自己在调解程序中了解的案件事实形成书面文件,对仲裁庭最终判决提出建议。第三种是最后仲裁方案模式,^④ 当事人如果通过调解成功解决纠纷,则调解终结,如果调解失败进入仲裁程序,需要各方当事人分别提出

^③ 唐厚志:《正在扩展着的文化:仲裁与调解相结合或与解决争议替代办法(ADR)相结合》,载《中国对外贸易》2002年第2期,第50-56页。

^④ 胡军辉、赵毅宇:《论仲调结合在“一带一路”商事纠纷解决中的运用》,载《南华大学学报(社会科学版)》,2018年第4期,第35-42页。

最后的解决方案,由仲裁庭在这两个解决方案中选出一个作为最终裁决,以保证最终的仲裁结果具有终局性。如《世界知识产权组织调解规则》第14条(b)3指出,最终解决办法应由当事各方提出,如果不能以调解方式加以解决,则根据这些最终方案进行仲裁,仲裁庭在仲裁过程中的职权仅限于确定采取何种最终方案。

(二)仲裁中的调解

当事人往往不愿意在争议解决程序的一开始就选择让步,而是希望仲裁员从中立第三人的角度,根据事实证据和双方陈述作出公正裁决。因此,争端当事人通常愿意选择进入仲裁程序,也就是仲裁中调解模式。这种模式可细分为3种形式。

首先是仲裁-调解模式(以下简称Arb-Med模式),这种模式在中国的司法实践中比较常用,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第五十一条规定的条款就属于“仲裁中调解”模式,即当事双方将商事争端提交仲裁裁决,在仲裁的过程中启动调解程序,在这种模式下,仲裁和调解程序是一种平行进行的状态,没有先后之分。该模式下的调解程序与先调解后仲裁不同的是,此时的调解经过了前期仲裁程序的证据和陈述,调解员已经对争议基本情况有较为清晰的了解,双方自愿地进行调解,仲裁员的身份在调解开始后转换为调解员。调解成功,争议解决程序终结;调解不成则恢复仲裁程序。该形式由中国国际经济贸易仲裁委员会首创。目前世界上很多国家和地区的法律条文和仲裁规则中都有“仲裁中的调解”这一条款,比如日本的商事仲裁协会就规定,在仲裁庭认为可以进行调解或者当事人各方表示愿意接受调解时,可以允许仲裁庭的仲裁员来充当调解员去进行调解。^⑤

第二种是仲裁-调解-仲裁(Arb-Med-Arb,以下简称AMA模式),新加坡就是采取这种模式的典型代表,新加坡国际仲裁中心(SIAC)和新加坡国际调解中心(SIMC)通力协作,在2014年联合推出了《“仲裁—调解—仲裁”议定书》(以下简称《AMA议定书》),该议定书详细规定了此种模式的具体程序和要求。AMA模式是一种灵活有效的替代性争议解决形式,它结合了保密性和中立性的优势以及可执行性和最终性的特点。已签署仲裁协议或已经开始仲裁的当事人可能希望在仲裁开始之前或仲裁期间将其争议提交调解。当事人通过调解解决纠纷的,调解协议可以记录为仲裁裁决,如果调解失败,可以继续仲裁。根据《AMA议定书》的规定,仲裁员将适用新加坡国际仲裁中心的仲裁规则,而调解员则应适用新加坡国际调解中心的调解规则,涉及仲裁中调解的情形时,则应由SIAC的主簿官将案件仲裁申请书和相关材料交由SIMC处理,最终处理结果将会告知SIAC的主簿官。^⑥通过Arb-Med-Arb程序所获得的调解协议效力等同于仲裁裁决,若当事国为《纽约公约》的缔约国,则该份调解协议可以适用《纽约公约》,当事人可以通过调解程序或仲裁程序实现争端解决的终局性。该种模式能够很好地实现仲裁和调解的结合。

⑤ 宛安妮:《试论我国仲裁与调解结合的创新方式》,载《经济研究导刊》,2015年第25期,第189-190页。

⑥ 黄健昀:《国际商事混合争议解决机制论》,载《国际经济法学刊》,2022年第1期,第141-156页。

第三种是仲裁和调解共存模式 (Co-Med-Arb), 其中包括“影子调解”形式和“小法庭”形式, 在这种模式下, 调解员和仲裁员身份是完全独立的, 调解员可以旁听仲裁庭的审理, 并且可以在庭审的合适时机进行调解, 但是仲裁员不能旁听调解员对当事人的“私访”, 在调解失败后, 重新回到仲裁程序, 调解员则可以向仲裁员披露“私访”内容。

(三) 先仲裁后调解

先仲裁后调解在实践中运用较少, 这种模式在实践中与先调解后仲裁模式的做法截然不同。该模式首先启动仲裁, 在仲裁期间, 仲裁员听取各方当事人的意见和主张, 让当事人举证以证明自己的观点, 最后由仲裁员作出决定, 但这一决定将被保密, 然后再进行调解。如果调解成功, 仲裁程序将终止, 仲裁结果将不对外发布; 若调解失败, 仲裁人将宣布裁决。^⑦ 这种形式在一定程度上保障了仲裁员和调解员身份混同的中立性, 这是其优势所在, 缺陷则是如果一项争议在仲裁过程中可以通过调解解决, 而采取先仲裁后调解模式则要求调解程序必须在仲裁进程完成大部分以后进行, 这无疑拖延了争议解决进程和效率。这种模式还可以表现为, 在仲裁庭审理结束后、裁决作出前, 双方经过案件审理的过程基本清楚自己的优劣, 为了缓和矛盾或者寻求比仲裁裁决更好的责任划分结果, 当事方选择通过调解解决争端, 这类似于独立的调解程序。这样的优势在于调解成功几率较大。最后, 先仲裁后调解模式也可表现为仲裁执行中的调解, “仲裁执行中的调解”有别于其他仲调结合的模式, 该种模式并不是发生在争议解决阶段, 而是发生在争端解决机构做出最后的争端解决方案后, 在执行仲裁裁决的过程中进行的调解, 其目标是实现执行和解。这样看来, 这种形式与我国的民事程序中的执行和解有相似之处。^⑧

三、公正效率下仲调结合的中立人模式选择

如前文所述, 不同模式下对于仲裁员与调解员身份是否混同规定不一样, 各国在适用国际商事仲裁和调解相结合制度时, 对于是否采用相同中立人制度有所争议。国际争端解决方式的核心价值是公正与效率, 基于当事人对公正与效率的价值位阶的考量, 各国在仲调结合制度下对于是否采取相同中立人主要采取三种模式: 绝对相同中立人模式、绝对不相同中立人模式和附条件的相同中立人模式。

(一) 绝对相同中立人模式

该种模式赞成采取相同中立人制度的主要根据是财富论和效益论, 即从效率层面来考量。效率本来是经济概念, 随着法律对社会发展的影响愈加广泛深入, 亚当·斯密将经济引入法学, 创立法经济学研究视角。在司法程序中, 每一次司法裁判都需要投入成本, 随后产生收益或产出一定量的成果。所谓的“司法效率”, 就是指在司法程序中, 收

^⑦ 罗晓:《国际商事仲裁与调解相结合模式选择探讨》,载《现代商贸工业》2011年第23期,第116-118页。

^⑧ 同前注^④。

入与成本的比例,即单位时间内的有效产出量。仲裁和调解相结合制度更追求效率,具体指当事方投入较少的金钱成本,耗费较少的时间成本,以实现纠纷解决为最终目的,维护各方合法利益。效率作为一个衡量尺度,其计算公式为:效率=收益/成本。^⑨要想提高效率,降低成本必然是最简单的方式。而审判程序经济成本分为“直接成本”和“错误判决成本”。“直接成本”是在法庭根据法定程序审理案件、作出判决的过程中直接产生的,而“错误判决成本”指裁判机关因为判决发生错误不得不重新处理案件所带来的成本,这些成本既包含金钱也包含时间成本。要想提高诉讼效率,就需要使诉讼的“直接成本”和“错误判决成本”之和最小化。这样的计算方法也同样适用于仲调结合制度,仲裁和调解的成本计算也可以分为两个部分:第一是当事人申请仲裁后在仲裁过程中,为了履行仲裁程序而必须支出的仲裁程序成本;第二是仲裁庭裁决被拒绝执行导致当事人不得不另外进行司法争讼的错误成本。所以要想提高仲裁和调解相结合制度解决纠纷的效率,也需要使两个体系成本之和最小化。

采取相同中立人模式,仲裁员身份转变为调解员,只是职能转变,中立人并未增加,调解员在仲裁阶段对案件事实已经有较为清晰的认知,不需要花费额外时间了解案情,当事方只需要支付一个中立人的费用,不仅节约时间还减少成本,这样一来,国际商事争端解决效率得以提高,例如北京仲裁委员会《调解规则》第四部分规定调解不成可以退回部分费用,中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁规则》第四十七条规定,在仲裁程序进程中,若当事人表示愿意调解,那么仲裁员可以转换成调解员的身份进行调解。澳大利亚《新南威尔士商事仲裁法》表示可以授权仲裁员成为调解员。这些条款都采取相同中立人模式。从效率层面来看,采取相同中立人模式会大大提高效率,具有一定优势。争议双方将争议诉诸仲裁或调解,肯定是希望能够在最短的时间内将争议化解,但如果单一地采取仲裁或调解方式来处理,则需要耗费更多的时间。因此,如果将仲裁和调解相结合,并且允许采取相同中立人模式,这将会大大降低对案件的理解和对案件进行处理过程中所花费的时间和费用。

(二) 绝对不相同中立人模式

该种模式是基于侵害论和危险论而对中立人制度持否定态度,即主要是从公正的角度考量,例如联合国国际贸易法委员会的《调解规则》和《仲裁规则》对仲裁员和调解员的职能进行了划分,规定原则上仲裁员不担任案件的调解员。公正是仲裁和调解重要的价值之一,首先争端当事方对于所有的争端解决机制基本都要求裁判者居于中立地位作出公正的裁决,仲裁和调解程序是当事方合意选择的结果,因此更需要仲裁员和调解员中立、公正、无偏见地解决争议。公正性在司法领域体现在程序公正和实体公正两个方面,实体公正体现在事实认定和法律适用两方面。仲裁员保持中立主要是指仲裁员不仅与所诉争议没有任何利益关联,而且与争端任何一方当事人都没有利益关联或冲突,

^⑨ 柳博米拉·格拉切娃、翟浩:《比较法律经济学:法社会学研究下的经济学回归》,载《法律方法》,2022年第1期,第95-115页。

从而保障仲裁员独立地作出裁决。^⑩在当事人平等方面,当事人有选择仲裁员的平等机会,有权自由表达自己的想法。仲裁程序公平性的一个重要方面是当事人在平等的基础上,按照自己的意愿选择可信赖的仲裁员。仲裁和调解相结合制度要兼顾实体公正和程序公正两方面,从正当程序的必备条件分析,如果将相同中立人制度应用于仲裁和调解相结合制度中,尤其是采取 Med-Arb 以及 Arb-Med-Arb 模式时,仲裁员和调解员通常为同一人,在调解过程中调解员所获取的信息可能会导致裁判者对某一当事方产生偏见,从而影响仲裁员在后续仲裁程序中作出公正判断。另外,调解员和仲裁员的职责有所不同,仲裁要求仲裁员查明事实、对各方当事人提供的证据进行核实,依据法律作出裁决;调解员不需要严格依照法律规定划分各方应承担的法律责任,仅需要通过劝说的方式促成各方化解纠纷,不具有裁决性。而且通过调解程序或私访中获取的信息未经质证和交叉询问,有损程序公正,当事方辩解的权利被剥夺且信息真实性难以保障,当事方会质疑争端解决程序违反“程序公正”且对裁判结果公正性产生怀疑。人们通常认为基于正当程序作出的裁决就体现了案件解决的公正性,因此在仲裁和调解程序进程中采取不相同中立人模式,避免仲裁员与调解员角色和职能混同,从而保障仲调结合制度的公正性。

(三) 附条件的相同中立人模式

该种模式允许仲裁员和调解员为一人,但要附以一定的条件,如当事人约定或同意、排除某种仲裁和调解相结合模式等条件。这种观点主要是因为公正和效率是对立统一的辩证关系,对立关系体现为,过于追求公正或过于追求效率都会造成关系失衡。统一性是因为国际商事仲裁和调解的最终目的都是以充分尊重当事人意思自治为基础快速高效专业地解决纠纷,同时避免诉讼程序的冗长繁琐和可能对涉外主体的偏见,从这个层面而言,公正和效率的价值是统一的,都是对社会资源的配置,公正侧重配置的合理性,效率侧重资源配置的有效性。其次,对于仲裁和调解程序而言,如果一个争端缺失最基本的程序公正,那么高效率作出的裁决也不是当事人所期望的。裁决最终目的都是得到国家司法机关承认与执行,如此方能解决问题。一份明显不公正的裁决必然得不到承认与执行,因此,没有公正的效率是零效率,商事仲裁效率的最终实现还要以是否体现了公正为衡量标准。采取附条件相同中立人模式其实是采用双重价值取向说,^⑪即公正与效率缺一不可。例如《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》第十三条规定,原则上对于同一法律关系或争议,仲裁员与调解员不能为同一人,除非当事人约定中立人为同一人;同时该法第三条第七款排除了其在仲裁中调解模式上的适用。除此之外,《新加坡国际仲裁法》第十七条规定,如果双方当事人在仲裁过程中以书面形式达成协议,且双方当事人没有撤销协议,仲裁员可以担任调解员。作为调解员的仲裁员,既可以

^⑩ Laurence Street, *The Language of Alternative Dispute Resolution*, ADRLJ, 1992, pp.144-148.

^⑪ 孙志煜、郑钧洋:《公正与效率:国际商事仲裁调解中立人制度的价值博弈及中国因应》,载《时代法学》2020年第6期,第89-95页。

与当事人单独会面,也可以与双方共同会面,且不能仅仅因为该人曾经依据第十七条的规定充当过调解员,而反对他进行仲裁程序。该条文表明新加坡鼓励仲裁和调解相结合制度,并且赞成只要当事人同意就可以采取相同中立人模式。显然,附条件的相同中立人模式能较好地平衡仲调结合制度中公正与效率的关系。

四、“一带一路”下中国仲裁调解相结合模式的选择路径

“一带一路”建设的不断推进,为沿线国家提供了巨大的市场和发展机遇,同时也为解决国际商业纠纷带来了挑战。目前,沿线国家最常用的国际商事纠纷解决方式主要是国内司法机制和国际仲裁机制,显然单一的纠纷解决机制已经难以适应“一带一路”建设发展的需要。我国最高人民法院于2018年6月设立了国际商事法庭,独创了诉讼、仲裁、调解三位一体化协调发展的“一站式”运行机制,吸纳了国内代表性的仲裁机构和调解机构,但由于“一站式”平台是一次创新发展,因此关于仲裁和调解相结合制度的运用还有待进一步完善。

(一) 广泛运用多种仲调结合模式

我国《仲裁法》对于仲裁和调解相结合制度的规定主要在第五十一条和五十二条,^⑫但只规定了仲裁中调解的模式且内容十分简单,缺乏对具体程序和操作的规定。从条款解读可知,调解对仲裁程序而言是非必要的前置性条件,当事人在仲裁庭作出裁决前,“可以”先行调解,也就是说调解是当事人的自愿选择,显然,我国的《仲裁法》对当事人双方自愿选择进行调解的合意是充分尊重的,因为仲裁中调解程序的选择完全基于当事人的意思自治。我国关于仲裁和调解相结合制度的规定大多散落在各仲裁机构的仲裁规则中,这与“一带一路”商事争端中广泛采取仲裁和调解相结合解决机制的背景不相符。2018年国际商事法庭相关的最新规范性文件《最高人民法院国际商事法庭程序规则》第四章对于仲调结合规定了审前调解制度,这一规定为先调解后仲裁模式提供了参考蓝本。目前,《纽约公约》是承认和执行仲裁裁决最重要的国际公约,为仲裁裁决的跨国执行提供了重要保障,如果一方当事人不履行仲裁裁决下的义务、义务履行当事人是外国人且其可履行财产在境外,就涉及仲裁裁决跨国执行的问题,但“一带一路”沿线国家如马尔代夫、伊拉克等并不是《纽约公约》的成员国,在这些国家就无法通过《纽约公约》保障仲裁裁决的执行。另外,“一带一路”沿线国家的国内司法对于仲裁裁决审查模式规范不一,可能存在滥用审查权的情况,无法保障《纽约公约》的适用。因此,本文建议为了应对多样复杂的“一带一路”纠纷,中国作为“一带一路”倡

^⑫ 《中华人民共和国仲裁法》第五十一条规定:“仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成的,应当及时作出裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”第五十二条规定:“调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名,加盖仲裁委员会印章,送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后,即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的,仲裁庭应当及时作出裁决。”

议的提出国,除了提倡适用仲裁中调解模式解决争端,还可以广泛适用先仲裁后调解的模式,在仲裁裁决作出后各国可以通过调解程序对仲裁裁决审查标准进行规范,类似执行中的和解,从而保障仲裁裁决的执行。

(二) 立法确立附条件相同中立人制度

西方国家认为仲裁中的当事人就像诉讼中的当事人一样是对抗性的地位,而调解是友好协商的平等主体地位,因此仲裁员和调解员为同一人,当事人会对“自然公正”产生疑虑。本文认为,仲裁当事人并不是针锋相对的双方,仲裁和调解一样都是充分尊重当事人意思自治的争端解决方式,其程序开始的基础都是双方当事人的选择。

附条件相同中立人制度有一定的优势。首先,从诉讼成本上分析,当调解不成功转入仲裁程序或仲裁中启动调解程序,新启动程序中的中立人将由原来的中立人担任,双方当事人不需要再花时间挑选,同时也不会因为程序转化而导致增加中立人人数、花费更高的金钱成本;其次,从解决纠纷的效率而言,采用相同中立人模式,中立人在前一程序中对于案情已经有了较为清晰的认知,在程序转化后,能够更好地解决纠纷,符合国际商事交往对于纠纷解决方式高效益的要求;再次,仲裁和调解相结合制度有多种模式,具有很强的灵活性,在仲裁程序进行中可以继续调解,调解不成转入仲裁程序后,如果当事人双方仍然想选择调解,那么相同中立人模式下就可以继续由该中立人主持进行之前的调解程序;另外在先仲裁后调解模式下,仲裁程序结束后,暂时不会公布仲裁结果,让当事人有机会进行调解,这种模式虽然会导致争端解决时间增加,但当事人不需要担忧相同中立人在此程序中的职能混淆问题。附条件相同中立人制度充分体现了仲裁和调解意思自治的基础,同时也能较大程度体现仲裁和调解相结合制度解决争议的高效性。

目前,许多国家都允许仲裁和调解相结合制度下,只要当事人同意或约定,仲裁员和调解员就可以为同一人。我国北仲和贸仲作为被国际商事法庭设立的“一站式”纠纷解决平台纳入的首批仲裁机构,其内部设立了单独的调解中心,例如北仲的《调解规则》第二十六条^⑬就对附条件中立人模式作了规定。值得一提的是,北京融商一带一路法律与商事服务中心是“一带一路”国际商事调解中心调解平台,在2017年修订的《一带一路国际商事调解中心调解规则》第八条对附条件中立人模式进行了规定:除非当事人有约定,否则调解员不能与代理人或仲裁员身份混同。^⑭由此可见,在“一带一路”争端解决广泛运用仲裁和调解相结合制度的背景下,国内部分仲裁机构和调解中心已经通过修改规则确立了附条件相同中立人模式,建议我国能够通过系统立法完善该种模式的执行,以更好满足“一带一路”争议解决的要求。

^⑬ 《北京仲裁委调解中心调解规则》第二十六条规定:“除非当事人另有约定,调解员不得在之后就相同或者相关争议进行的仲裁程序、司法程序或者其他任何程序中作为仲裁员、法官,或者一方当事人的代理人。”

^⑭ 《一带一路国际商事调解中心调解规则》第8.4条规定:“除非当事人另有约定,调解员不得在调解程序终结后在就同一或者相关争议进行的仲裁程序、司法程序或者其他程序中担任一方当事人的代理人。任何一方当事人均不能要求调解员在上述程序中作证。”

(三) 仲调结合模式中坚持公正优先兼顾效率

公正和效率对于仲裁和调解来说是很重要的两种价值追求,当二者不发生冲突时,自然应当兼顾公正和效率。但是当公正和效率发生冲突时,应该优先考虑何种价值,公平和效率的位阶应如何判断,对此有不同观点:

第一种是公正说,这种观点认为无论是仲裁还是诉讼亦或是仲裁和调解相结合制度,其目的都是为了由中立人作出裁断,这里的中立人要么是仲裁员要么是法官要么是调解员,都要求中立人保持公正从而保证作出的裁判也是公正的,公正性成为判定裁断是否有效的标准。国际商事仲裁和调解相结合制度和诉讼一样都是为了解决争端,所以也应该将公正作为首要追求要素。这种公正既体现在实体公正也体现在程序公正上,采用不相同中立人模式在一定程度上就体现了程序公正。

与之相反的第二种学说是效率说,这种观点认为仲裁和调解成为受商事主体喜爱的程序正是因为它们相较于诉讼程序更灵活,而仲裁和调解相结合制度在保留灵活程序的同时又保障了ADR程序的权威性。仲裁在追求效率的同时,在某种意义上也就牺牲了对公正的追求。仲裁法规定的一裁终局原则就是这一点的体现。但是在诉讼中,当事人拥有任意的上诉权,从而导致了法院的效率低下,而仲裁程序在这方面弥补了法院的不足,但也存在可能不公正的风险。另外,仲裁和调解程序相结合也是国际商事主体对商事争端解决的新要求,如果不注重效率,那么这种争端解决程序就无法适应国际商事经济的需求,因此,应当注重仲裁和调解相结合制度的效率价值,以发挥这种争端解决程序的优势,促进仲调结合的可持续发展。

第三种观点是双重价值取向说,这也是目前的主流观点,即公正与效率缺一不可,但是两者究竟哪个才是仲裁首要追求的价值,仍然存在争论:其一为效率优先说,即坚持效率为主,公正为辅的观点。这种观点认为效率是仲调结合相较于其他程序的突出优势,而公正是所有争端解决程序的基本要求,因此,要充分发挥仲调程序效率高、灵活性强的特点,让它在国内商事争议中成为国际商事主体优先选择的争端解决机制;另一种为公正优先说,也就是以公正为主,以效率为辅,在该观点中,仲裁和调解的首要目标是公平,而效率仅仅是可以加速公平结果产生的辅助工具,程序可能因为公平而更有效率,但仅有效率可能会失去公平。单一地极端追求效率或追求公正都不是各国或仲裁机构所采取的,双重价值取向说则是各国和各仲裁机构所采取的观点,因此,本文认为在选取仲调结合模式时应当尊重公正优先兼顾效率的双重价值取向说。

五、小 结

“一带一路”倡议的不断推进,在促进国际商事交往的同时也对我国争端解决机制建设提出了更高的要求,仲裁和调解相结合制度应运而生。针对“一带一路”商事争议的主体广泛性、争端专业性和复杂性特点,我国应该广泛运用仲调结合的三种模式对争议进行解决。其次仲裁与调解相结合制度应当在保障程序和实体公正的同时兼顾效率,

确立选择附条件相同中立人模式,应充分尊重当事人意思自治,以当事人选择为条件进行仲调结合模式选择。通过不断完善仲裁和调解相结合制度,我国的商事纠纷解决机制能够顺应世界发展大趋势,也更能促进“一带一路”沿线国家的商事合作。

Abstract: The continuous promotion of the "Belt and Road" construction has led to more frequent international commercial interactions, and the international commercial disputes arising in this context are characterized by diversity and complexity. The new international commercial environment has put forward new requirements for international commercial disputes, and we should study and develop a reasonable and effective system for "settling disputes" in order to achieve a balance of interests and mitigation. Arbitration and mediation are two common forms of dispute resolution that have their own advantages and limitations, but the combination of the two, i.e. the combined arbitration and mediation system, is favoured by many commercial parties because of its advantages of being more consensual, convenient and efficient. This article analyses the advantages and limitations of several models of the combined arbitration and mediation system, analyses whether the same neutral model should be adopted, and draws on overseas experience to improve the choice and operation of the combined arbitration and mediation system in China in the context of the Belt and Road.

Keywords: combination of arbitration and mediation; system of neutrals; fairness and efficiency

(责任编辑: 孙保国 外审专家: 王海峰)

东盟国际投资仲裁第一案

——Yaung Chi Oo 诉缅甸案评析

中国贸促会法律部编 本篇作者 刘嫡琬^{*}

内容提要 Yaung Chi Oo 私人贸易有限公司诉缅甸联邦共和国仲裁案是《1987 年东盟投资协定》生效十多年以来东盟第一起已知的国际投资仲裁案件。该案止步于管辖权阶段，仲裁庭通过三个层面的分析，认定对该案不具有管辖权。该案投资事实并不复杂，争议主要围绕仲裁依据下的仲裁合意、国籍要求中的有效管理、条约生效前就已经存在的投资的认定和平行投资条约的适用等问题展开。当前，案件涉及的两个条约均已终止，取而代之的是现行有效的《东盟全面投资协定》和《区域全面经济伙伴关系协定》。Yaung Chi Oo 案仲裁庭对于东盟投资保护体系规则的梳理和“平行条约”的解读，不仅可为投资者选择对其更有利的仲裁依据提供指导，还对投资者落实落细相关国内程序、以获得受保护资格加以提醒。

关键词 东盟投资仲裁；投资仲裁管辖权；仲裁依据；投资认定；已经存在的外国投资

Yaung Chi Oo 私人贸易有限公司诉缅甸联邦共和国仲裁案（以下简称 Yaung Chi Oo 案）是《促进和保护投资协定》（Agreement on Promotion and Protection of Investments）（以下简称《1987 年东盟投资协定》）生效十多年以来东盟第一起已知的国际投资仲裁案件。投资者以东道国的违法征收行为违反《1987 年东盟投资协定》为由提起仲裁，仲裁庭经过层层分析，最终裁定其无论是基于《1987 年东盟投资协定》还是《1998 年东盟投资区框架协议》（Framework Agreement on the ASEAN Investment Area）——同样适用于东盟的外国投资，并且独立于前者的协定，都对该案没有管辖权。仲裁庭对于管辖权的具体分析从三个层面依次展开：首先，仲裁庭认定双方存在仲裁合意，用尽当地救济也不是前置条件；其次，根据投资者所选择的仲裁依据，也就是《1987 年东盟投资协定》，仲裁庭认定其对本案适格投资者具有属人管辖权，但对其投资则缺乏属物管辖权，因此，总的来说，对本案不具有管辖权；最后，投资者不满足适用《1998 年东盟投资区框架协议》的条件。

^{*} 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由武汉大学国际法研究所博士研究生刘嫡琬编写，中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、中国贸促会商法中心周全审核。

一、案件概要

（一）投资事实

1993年11月29日,缅甸食品实业公司(缅甸工业部的一个机构,属于国有企业)和缅甸国家工业组织共同与在新加坡成立的 Yaung Chi Oo 私人贸易有限公司(以下简称申请人)签订合资协议,根据《缅甸外国投资法》建立合资企业——缅甸 Yaung Chi Oo 有限公司(以下简称 MYCO),制造并销售啤酒和软饮。缅甸食品实业公司以设备和土地使用权出资,拥有 55% 股权;申请人以现金(3 年内缴足)、技术和材料等出资,享有剩余 45% 股权。合资协议为期 5 年(应于 1998 年 11 月 28 日到期),续签需经缅甸外国投资委员会审批。合资企业从事啤酒经营活动必须按照《缅甸外国投资法律和程序》的要求取得相关许可,许可证的签发是合资协议生效和合资企业成立的先决条件。1994 年 10 月 1 日,MYCO 获得许可和批准,开始运营并获得可观的收益。^①

1997 年,缅甸联邦共和国加入东盟,《1987 年东盟投资协定》对缅甸生效。随后,缅甸又成为《1998 年东盟投资区框架协议》的缔约国,该协定于 1999 年 6 月 21 日对所有东盟成员国生效。^②《1998 年东盟投资区框架协议》实施期间,《1987 年东盟投资协定》也正常实施,没有终止。

（二）被诉行为

1997 年 12 月 17 日,缅甸联邦政府(以下简称被申请人)派遣武装人员接管 MYCO 位于曼德勒的啤酒厂。1998 年 1 月 12 日,被申请人将酒厂的控制权归还 MYCO,但临时扣押导致酒厂生产停滞,遭受利润损失。1998 年 11 月 11 日,被申请人再次强行接管酒厂的控制和管理,并冻结了申请人和 Win Win Nu(申请人及其子公司 MYCO 的总经理和主要股东)的银行账户。

1998 年 11 月 28 日,MYCO 第一个 5 年合同到期,但缅甸外国投资委员会没有批准续签。1999 年 2 月 11 日,缅甸外国投资委员会向 MYCO 指派检查员和管理者。1999 年 9 月 29 日,仰光地方法院开始对 MYCO 进行清算。1999 年 12 月 24 日,法院下达清算令,申请人上诉到最高法院,最终败诉。由于谈判未果,2000 年 6 月 29 日,申请人根据《1987 年东盟投资协定》第 10 条提起仲裁,主张被申请人的违法征收行为违反了《1987 年东盟投资协定》第 3 条(一般义务)、第 4 条(待遇)和第 6 条(征收和补偿)的规定。^③

（三）主要仲裁程序

本案仲裁程序开始于 2000 年 6 月 29 日,仲裁地位于文莱达鲁萨兰国斯里巴加湾市。历经两年半有余,仲裁庭于 2003 年 3 月 31 日作出最终裁决。

^① Yaung Chi OO Trading Pte Ltd. v. Government of the Union of Myanmar, ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, Award, 31 March 2003, paras.1, 4-5.

^② *Id.*, at para.6.

^③ *Id.*, at paras.7-8.

2000年6月29日,申请人向缅甸食品实业公司寄送仲裁通知;8月31日,申请人向被申请人寄送仲裁通知。2001年2月28日,由于当事人未能按照本案所适用的《国际投资争端解决中心附加便利仲裁规则》的规定在3个月内选定组成仲裁庭,申请人根据《1987年东盟投资协定》第10条第4款,请求国际法院主席指定仲裁庭。2001年5月16日,国际法院主席任命James Crawford教授(澳大利亚籍)、Francis Delon法官(法国籍)和Sompong Sucharitkul教授(泰国籍)三名仲裁员共同组成仲裁庭。经仲裁庭成员自行商定,Sucharitkul教授担任首席仲裁员。2002年1月4日至5日,仲裁庭就管辖权问题进行首次口头审理。2003年1月15日至23日,当事人提交额外的补充证明文件。2003年3月31日,仲裁庭最终作出仲裁裁决。

(四) 双方仲裁请求

申请人请求仲裁庭确认被申请人的违法征收行为违反了《1987年东盟投资协定》第3条(一般义务)、第4条(待遇)和第6条(征收和补偿)的规定。被申请人请求仲裁庭认定对申请人的请求没有管辖权。

仲裁庭所面临的案件核心争议点在于:能否根据《1987年东盟投资协定》或者《1998年东盟投资区框架协议》对本案行使管辖权。

(五) 仲裁庭主要结论

仲裁庭一致裁定,对申请人的仲裁请求没有管辖权。一方面,根据《1987年东盟投资协定》,仲裁庭具有属人管辖权,但缺乏属物管辖权。另一方面,《1998年东盟投资区框架协议》也不适用于申请人的投资,因此仲裁庭没有管辖权。

二、主要法律争议:仲裁庭是否具有管辖权

(一) 提起仲裁的依据:《1987年东盟投资协定》第10条

1. 当事人的仲裁合意

被申请人主张其与申请人并未就将争议提交仲裁达成一致同意。首先,合资协议是申请人与缅甸食品实业公司所签订,且缅甸食品实业公司具有独立的诉讼主体地位。其次,合资协议本身包含仲裁条款。^④

仲裁庭认为当事人之间存在仲裁的合意。申请人是根据《1987年东盟投资协定》而非合资协议提起的仲裁,被申请人作为该协定的成员国接受了仲裁条款,^⑤且在仲裁程序开始时仍对被申请人有效。^⑥投资争端的产生与投资者和东道国或其机构间订立合资协议与否无关。^⑦

^④ *Id.*, at para.36.

^⑤ 缅甸于1997年7月23日加入东盟,成为包括《1987年东盟投资协定》在内的东盟一系列既有条约的缔约国。

^⑥ *Supra* note 1, at paras.38-39.

^⑦ 《1987年东盟投资协定》第10条规定,解决由“缔约任何一方和任何其他缔约一方的国民或公司之间直接由于某项投资而产生的任何法律争端”。

2. 用尽当地救济

被申请人主张申请人没有按照合资协议的约定根据《1994 年缅甸仲裁法》在仰光进行仲裁。仲裁庭认为：首先，《1987 年东盟投资协定》并未将申请人必须用尽当地救济作为启动仲裁程序的前置条件；其次，合资协议中规定的当地救济可能与是否违反《1987 年东盟投资协定》第 4 条（待遇）有关，但这涉及索赔的实质问题，与管辖权问题无关。^⑧

综上，仲裁庭认为当事人之间缺乏合同相对性和申请人没有用尽当地救济都不能排除其对本案的管辖权。

（二）能否根据《1987 年东盟投资协定》行使管辖权

1. 属人管辖权：第 1 条第 2 款——公司国籍要求之有效管理^⑨

（1）申请人的主张。申请人主张应由公司所在国确定有效的管理标准。鉴于新加坡法律采用公司成立地标准来确定公司国籍，因此，申请人根据新加坡法律注册成立的公司应被视为符合《1987 年东盟投资协定》有效管理要求的公司。此外，申请人列举相关事实以证明其在投资前和投资后都持续受到新加坡的有效管理：其一，Win Win Nu 去缅甸经营酒厂后仍通过受其控制的本地董事对申请人进行管理；其二，董事会仍然每年召开；其三，会计账簿每年在新加坡审计一次；其四，公司向缅甸运送设备和物资。^⑩

（2）被申请人的主张。被申请人承认申请人在投资时的确受到新加坡法律的有效管理，但否认该有效管理自始至终存在于投资的整个期间。被申请人强调，按照文义解释，第 1 条第 2 款明确规定公司国籍的确定采取注册成立和有效管理双重检验标准，并且这两个条件在整个投资期间都必须同时得到满足。被申请人认为，当 Win Win Nu 到缅甸后，申请人就成为不再受新加坡有效管理的空壳公司、邮箱公司，所述事实也只是新加坡法律对公司的最低要求，在当地并无任何有效管理和经济活动。^⑪

（3）仲裁庭的意见。仲裁庭认可双重检验标准，认为设置有效管理要件的目的在于防止投资者挑选条约，因而有效管理需要贯穿投资始终。仲裁庭认为，小型企业不免发生管理上的重大变化，且本案 Win Win Nu 所有的家族企业发生的这种管理变化是合资协议要求所致，并非挑选条约。申请人持续满足新加坡法律对有效管理的要求，而有效管理一旦建立就不会轻易失去，因为其后果是投资者丧失条约保护。因此，仲裁庭认为申请人自始至终都满足新加坡国内法对有效管理的要求，属于《1987 年东盟投资协定》意义上的有效管理，是受条约保护的合格投资者，仲裁庭具有属人管辖权。^⑫

^⑧ *Supra* note 1, at para.40.

^⑨ 《1987 年东盟投资协定》第 1 条第 2 款对“公司”进行了界定，规定了作为缔约一方的“公司”的两个要件：（1）在缔约国领土内组成或设立；和（2）受到该国有效管理。

^⑩ *Supra* note 1, at paras.47, 50.

^⑪ *Supra* note 1, at paras.46, 48, 51.

^⑫ *Supra* note 1, at paras.49, 52.

2. 属物管辖权：第1条第3款——投资的认定^⑬

(1) 申请人的主张。申请人基于如下理由主张其在缅甸进行了投资：其一，MYCO董事会缅甸代表和缅甸食品实业公司均未否认申请人投资的事实，且后者认可申请人3年投资计划的完成；其二，申请人没有完全缴纳出资不影响按照《1987年东盟投资协定》实际进行投资的事实认定，资金的最终来源或其按照新加坡法律所做的会计处理都无关紧要。^⑭

(2) 被申请人的主张。被申请人认为，申请人完全没有按照第2条（适用性或范围）对缅甸进行过任何投资。一方面，被申请人质疑申请人的资金来源，认为部分是MYCO的返程投资或来自缅甸的借款，部分是非东盟成员国进行的投资；另一方面，申请人在新加坡的会计账簿没有任何其对MYCO的出资记录，而是记为销售额。^⑮

(3) 仲裁庭的意见。仲裁庭认为申请人对缅甸进行了实质性投资，符合《1987年东盟投资协定》第1条第3款所广泛定义的“投资”。就管辖权问题而言，只需考虑是否有新加坡公司向缅甸进行了投资。尽管当事人对出资的范围和形式仍有争议，但双方均认可一段时间内申请人出资的存在，且实际上申请人也的确将设备和供应品从新加坡运到了缅甸，并由MYCO进行了支付，这些足以确立仲裁庭对申请人投资事实的属物管辖。^⑯

3. 属物管辖权：第2条第3款——既存投资的认定^⑰

对于第2条第3款所指的在《1987年东盟投资协定》生效前就已经存在的投资（以下简称既存投资）的书面批准和登记，当事人有着不同的理解：

(1) 申请人的主张。申请人认为，第2条要求东道国对外国投资进行书面批准和登记，而自从外国投资委员会批准了其投资，这一条件就已经得到了满足，条约并未规定为此目的需要再经过特别的登记程序，缔约国也不存在相关惯例表明需额外要求。在东盟国家中，新加坡是唯一设置了特别行政程序的国家，但这仅因为它对外资准入没有任何审批或登记要求。因此，第2条适用的批准程序就是缅甸相关法律批准外资的程序，申请人的投资在缅甸获批应视为履行了第2条所要求的书面批准和登记。申请人承认，就算其既存投资符合第2条第3款的规定，被申请人在合资协议存续期间也已经作出了“持续的批准”。由于被申请人既没有设置特别批准程序，也没有公布任何具体要求，其行为应视为等同于第2条第3款所要求的书面批准，申请人的既存投资是受《1987年东盟投

⑬ 《1987年东盟投资协定》第1条第3款规定：“‘投资’系指各种形式的财产，尤其应包括：（1）动产、不动产及其他财产权，如抵押权、留置权和质权；（2）公司的股票、债券或其财产的权益；（3）金钱的请求权或根据合同具有经济价值的任何行为的请求权；（4）知识产权和商誉；（5）根据法律或合同给予的商业特许权，包括勘探、培植、提炼或开发自然资源的特许权。”

⑭ *Supra* note 1, at para.43.

⑮ *Supra* note 1, at para.43.

⑯ *Supra* note 1, at para.45.

⑰ 《1987年东盟投资协定》第2条第3款规定：“本协定也应当适用于在协定生效前做出的投资，前提是该投资由东道国明确书面批准和登记，并符合东道国在本协定生效后认为适合本协定目的的条件。”

资协定》保护的投资。^⑮

(2) 被申请人的主张。被申请人则主张,按照文义解释,第2条第3款要求进行符合条约目的的书面批准,且强调既存投资也需要再次获得这样的批准,但并未要求东道国就批准设立特别程序。申请人本可利用该条款规定寻求条约保护,但其并未积极行使条约所赋予的权利,没有向外国投资委员会申请。此外,被申请人认为《1987年东盟投资协定》的缔约国可以只根据国内法批准外国投资而拒绝批准条约保护,两种情况的检验标准不完全相同。即使外国投资委员会的行为可以视为第2条第3款要求的批准和登记,也必须以书面形式明确表达,而本案没有相关证据可以佐证。因此,申请人的既存投资不受《1987年东盟投资协定》保护。^⑯

(3) 仲裁庭的意见。仲裁庭首先肯定第2条对书面批准和登记作出了明确要求,并认为东道国可以不设立额外的批准程序。其次,仲裁庭认可《1987年东盟投资协定》的缔约国可为该协定在获得国内法批准的外国投资名单之外,单独设立受保护投资登记册,即基于国内法和基于条约法的两种批准程序可以并存,但东道国应向潜在投资者明示两种程序的存在并说明如何申请条约保护,至少应将其特别程序告知东盟秘书处。由于被申请人没有相应行为,仲裁庭认为申请人有权获得条约保护。最后,由于申请人的投资是《1987年东盟投资协定》对缅甸生效以前就已经存在的投资,而第2条第3款表明既存投资不会自动受到条约保护,仲裁庭认为,在该条没有阐明批准程序且东盟也无相关惯例的情况下,缅甸代表作出同意批准的观点,表明申请人的既存投资只能借助东道国明确的、效力上能够等同于批准的后续行为加以判断。而缅甸主管当局没有作出诸如续签合资协议或正式批准等后续批准行为,仲裁庭亦不接受申请人对于被申请人通过MYCO董事会的缅甸代表作出同意批准的观点,因此,申请人的既存投资并未获得第2条第3款所要求的批准,不在条约保护的范围内,仲裁庭没有对该既存投资的属物管辖权。^⑰

基于以上论证,仲裁庭认为,根据《1987年东盟投资协定》,虽然仲裁庭的属人管辖权成立,但由于缺乏属物管辖权,仲裁庭最终对本案不具有管辖权。

(三) 能否根据《1998年东盟投资区框架协议》行使管辖权

1. 申请人的主张

申请人就其有权根据《1998年东盟投资区框架协议》获得保护提出四点主张:第一,《1998年东盟投资区框架协议》扩大了对第1条所界定的“东盟投资者”提出的索赔的实质性保护和仲裁管辖权。一方面,“东盟投资者”的概念不要求申请人国籍国的特别批准和有效管理,申请人满足该标准;另一方面,《1998年东盟投资区框架协议》扩大了《1987年东盟投资协定》的适用范围,包括后者第10条仲裁条款,即《1998年

^⑮ *Supra* note 1, at paras.54, 56.

^⑯ *Supra* note 1, at paras.55, 57.

^⑰ *Supra* note 1, at paras.58-60, 62.

东盟投资区框架协议》将仲裁范围扩大到所有第1条规定的“东盟投资者”作出的第2条项下的所有“东盟投资”。^{②①}第二,根据《1998年东盟投资区框架协议》的目标、目的和制定者所宣称的意图,协定适用于现有的和未来的投资,即协定具有溯及既往的效力,适用于申请人的既存投资。^{②②}第三,第12条所称“更好和更强”的条约保护已经体现于第1条和第2条——比《1987年东盟投资协定》的规定更宽泛,应当适用这一对申请人更有利的规定。^{②③}第四,根据第8条最惠国待遇条款,申请人可以援引1998年《菲律宾共和国政府和缅甸联邦政府之间关于促进和相互保护投资协定》(以下简称《菲律宾—缅甸BIT》)中的仲裁条款提起仲裁。

2. 被申请人的主张

被申请人否定申请人的主张,认为:第一,《1998年东盟投资区框架协议》是“纲领性的”,其规定的内容应按计划实施,缅甸1998年的“敏感清单”包含经营酒厂的行为,因此申请人的投资在当年不能被视为“东盟投资”而立即享受国民待遇;^{②④}第二,根据《维也纳条约法公约》第28条“条约不溯及既往”以及一般国际法的规则,《1998年东盟投资区框架协议》没有溯及力;第三,《1998年东盟投资区框架协议》没有明文规定援引仲裁的权利扩大到所有东盟投资者,且第12条也不具有延伸《1987年东盟投资协定》仲裁条款实施范围的效力。^{②⑤}

3. 仲裁庭的意见

仲裁庭首先对东盟投资保护体系进行梳理,并将《1998年东盟投资区框架协议》置于该背景下进行分析。仲裁庭厘清了《1998年东盟投资区框架协议》的关键问题:根据《1987年东盟投资协定》,东盟建立了自己的投资保护体系,且形成了通过随后的议定书逐步改进或修订现有协定或框架协议的传统,即使后续协定针对同一问题有不同规定,也应推定东盟成员国并非试图通过达成新的协定修改或延伸旧的合资协定,至少当后一项协定能够独立于前一项协定运行时应当作此理解。^{②⑥}仲裁庭认为,与《雅加达议定书(1996)》明确表示要对《1987年东盟投资协定》进行修改不同,《1998年东盟投资区框架协议》是独立的协定,虽与《1987年东盟投资协定》有一定关联,但并不代表其要修改或延伸任何之前的协定。

其次,仲裁庭对两个初步问题,即被申请人的前两点主张予以回应。第一,《1998年

②① 《1998年东盟投资区框架协议》第2条规定:“该协定覆盖所有直接投资,除了(1)有价证券投资(间接投资);和(2)与其他东盟协定所涵盖的投资有关的事项。”

②② *Supra* note 1, at para.64.

②③ 《1998年东盟投资区框架协议》第12条第1款规定:“如果本协议比此前的协定和议定书提供给投资者‘更好和更强’的保护,则以本协议的规定为准。”

②④ 《1998年东盟投资区框架协议》第7条第1款b项规定,成员国应立即给与东盟投资者及其投资国民待遇。第7条第2款至第4款是国民待遇的例外,规定成员国应提交《暂时排除清单》和《敏感清单》作为协定的附件,前者每两年、后者每一年审查一次,逐步放宽国民待遇的适用范围。

②⑤ *Supra* note 1, at paras.64, 79.

②⑥ *Supra* note 1, at paras.64, 79.

东盟投资区框架协议》既设定了应当逐步推进的阶段性目标,^{②⑦}又规定了成员国必须即时履行的义务,^{②⑧}并非被申请人所主张的协定是纯粹纲领性质的。第二,《1998年东盟投资区框架协议》适用于其对东道国生效时在该国合法存在的东盟投资。《1998年东盟投资区框架协议》是否具有溯及力不在于协定是否改变了投资者的既定权利或对协定生效前已经完成的行为强加了新的义务,而在于协定能否适用于在1999年6月21日已然存在并将继续存在的投资。^{②⑨}对此,仲裁庭从三个角度对《1998年东盟投资区框架协议》的适用范围进行确认:(1)对协定的序言和相关条款进行分析;(2)对协定的目标和目的进行解读;(3)关注东盟成员国作出的权威陈述。

再次,仲裁庭认为,仅凭《1998年东盟投资区框架协议》适用于既存投资和申请人可被视为“东盟投资者”这两点还不足以确立其管辖权。定义本身并不具有法律效力,必须将其放到有关的实质性规定中进行理解,在本案中即申请人依据的第12条第1款和第8条。在仲裁庭看来,没有理由认为第12条第1款对《1987年东盟投资协定》进行了修改、扩大了适用范围,相反,可以将其理解为是一份独立协定中的普通但书。^{③⑩}此外,《1987年东盟投资协定》注重用前述双重检验标准认定“投资”,而《1998年东盟投资区框架协议》侧重于用股本来源和当地成分要求界定“东盟投资”,两个概念相互独立,且后者全无代替前者或与之合并之意。^{③⑪}总之,当一项投资同时为这两个平行协定所覆盖,投资者有权双重受益,且若权利有重叠,可享受二者中更为有利的待遇。但就本案而言,由于申请人的投资并不是《1987年东盟投资协定》下的适格“投资”,因此《1998年东盟投资区框架协议》第12条第1款并没有赋予申请人任何新的权利,因为根本就不存在与“新”相对应的旧的投资受保护的权利。

最后,仲裁庭认定申请人通过《1998年东盟投资区框架协议》第8条最惠国待遇条款援引《缅甸—菲律宾BIT》提起仲裁没有任何根据。《缅甸—菲律宾BIT》第9条第2款规定投资争端解决程序适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,而《1987年东盟投资协定》第10条第2款则提供了除联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)外的多种平台选择,申请人也选择了国际投资争端解决中心(ICSID)。总之,仲裁庭认为没有迹象表明当时缅甸所签署的任何有效的BITs会对该案有管辖权。^{③⑫}

基于以上论证,仲裁庭认为没有必要考虑《1998年东盟投资区框架协议》如何适用于在其生效前发生的投资行为。因此,仲裁庭根据《1998年东盟投资区框架协议》也不具有管辖权。

^{②⑦} 例如第7条。

^{②⑧} 例如第7条第1款b项和第8条。

^{②⑨} *Supra* note 1, at para.70.

^{③⑩} *Supra* note 1, at para.80.

^{③⑪} *Supra* note 1, at para.82.

^{③⑫} *Supra* note 1, at para.83.

三、简要评析

本案是《1987年东盟投资协定》生效十余载后东盟第一起已知的国际投资仲裁案件,^{③③}并且是由在东道国缅甸加入东盟前就已经存在的投资引起的争端,涉及酒、饮料和精制茶制造业以及批发业。本案对于东盟成员国和欲以转投资或再投资方式在东盟各成员国间进行投资的第三国而言,主要具有以下三方面的参考意义:

第一,厘清投资者提起仲裁的基础——合同或条约。如果投资者和东道国或其职能部门签有投资合同,且投资者母国和东道国间亦存在双边或多边投资条约,那么当投资争议同时涉及违反合同和条约时,只要合同没有明确排除仲裁庭基于条约的管辖,投资者就可以选择依据两个文本之一提起仲裁。东道国不得以投资合同约定排他性管辖为由规避条约带来的国际责任。^{③④}本案投资者选择依据《1987年东盟投资协定》而非合资协议提起仲裁,在以往的一些案件中,比如 Tradex Hellas S.A. 诉阿尔巴尼亚案、Salini 诉摩洛哥案和 Vivendi 诉阿根廷案等,投资者一般也倾向于做此选择。^{③⑤}

第二,重视《1987年东盟投资协定》第2条第3款对既存投资获得保护的特别规定。该条明确规定,在协定对东道国生效前已经存在的投资须经该国书面批准和登记方可适用,排除了既存投资自动获得条约保护的可能,这与常见的投资保护条约不同,^{③⑥}值得引起重视。在本案中,仲裁庭在判断是否具有属物管辖权时,关注的重点不在于申请人的初始投资是否符合第1条第3款对投资的广泛界定,而在于该既存投资为获得后续生效的条约的保护是否履行了书面批准和登记的义务。申请人没有主动作为以完成相应的投资再备案手续,其投资不是该协定项下合格的投资。

第三,在东盟的投资体系中理解《1987年东盟投资协定》和《1998年东盟投资区框架协定》的关系。东盟对于修改一项协定相关内容的传统做法是通过议定书明确表达其意图,其余任何做法均不代表对协定的修改和变更,尤其是,缔结新协定并不自动代替旧协定。因此,在本案中,仲裁庭无需对申请人的既存投资是否属于《1998年东盟投资区框架协定》所涵盖的“东盟投资”作进一步分析,仅凭两个协定独立运作这一点,申请人自然就不能通过《1998年东盟投资区框架协定》去延伸适用《1987年东盟投资

^{③③} Ridhi Kabra, *Looking Back: In First Known Arbitration Under ASEAN Agreement, Yaung Chi Oo Trading v. Myanmar, Arbitrators Decline Jurisdiction Due to Lack of Written Approval of Investment, and Find That the Agreement Is Not Amended by a Later Treaty*, IA Reporter (5 March 2018), <https://www.iareporter.com/articles/looking-back-in-first-known-arbitration-under-asean-agreement-yaung-chi-oo-trading-v-myanmar-arbitrators-decline-jurisdiction-due-to-lack-of-written-approval-of-investment-and-find-that-the-agree/>, last visited Feb.2, 2023.

^{③④} Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 1997, para.103.

^{③⑤} 参见李桂英:《东盟首件国际投资仲裁——Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd. v. Government of the Union of Myanmar 一案之评析》,载《东吴法律学报》2004年第8期,第27-30页。

^{③⑥} 同上,第34页。

协定》中的仲裁条款。

如今,该案裁决作出已经过去近 20 年,涉案的两份协定也均已终止适用。^{③⑦}当前,东盟层面有效的投资条约是 2009 年 2 月 26 日签署、2012 年 2 月 24 日生效的《东盟全面投资协定》(ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 以下简称 ACIA)。根据东盟经济共同体(AEC)所面临的挑战以及要在东盟建立自由开放的投资制度、实现经济一体化的最终目标,ACIA 在本案两份协定的基础上进行了修订、合并与加强,进一步提高了东盟在吸引投资方面的有效性。具体而言:(1)采取成员国投资制度逐步自由化的方式,允许成员国在不对现有投资者和投资产生负面影响的情况下,对 ACIA 和各自保留清单中的承诺作出更改;(2)加强对成员国投资者及其投资的保护;(3)改善投资规则、法规和程序的透明度和可预见性;(4)共同促进东盟成为综合投资区;(5)通过合作为成员国投资者在其他成员国领土内的投资创造有利条件。^{③⑧}东盟还先后签署了四份修订议定书,对 ACIA 进行了更新与补充,加强了投资自由化和透明度义务:^{③⑨}2014 年,首份议定书明确了成员国对其承诺进行修订的指导方针和程序;^{④①}2017 年,第二份议定书对“自然人”的定义和履行要求禁止规则进行了修订;^{④②}第三份议定书则仅对 ACIA 保留清单的标题进行了修订;^{④③}2020 年,第四份议定书除了对部分条款进行了再修订,还增加了工作计划条款。^{④④}所有议定书都是 ACIA 不可分割的一部分。

此外,2020 年 11 月 15 日签署、2022 年 1 月 1 日生效的《区域全面经济伙伴关系协定》(以下简称 RCEP)也正在“东盟+5”的区域多边层面为经贸活动注入全新的活力。然而,RCEP 并没有关于全面取代 ACIA 的明确规定,ACIA 也没有因 RCEP 的生效而自动停止适用。与 ACIA 共存的其他东盟各成员国间缔结的双边协定以及 TPP 和 CPTPP,^{④⑤}同样也与 RCEP 共存,^{④⑥}新旧协定间没有替代关系。可以说,ACIA 与 RCEP

^{③⑦} ASEAN, *List of Legal Instrument*, <http://agreement.asean.org/>, last visited Feb.2, 2023.

^{③⑧} Malaysia Official Portal of the Ministry of International Trade and Industry, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)*, <https://www.miti.gov.my/index.php/pages/view/6770>, last visited Feb.17, 2023.

^{③⑨} 商务部国际贸易经济合作研究院、中国驻东盟使团经济商务处、商务部对外投资和经济合作司:《对外投资合作国别(地区)指南:东盟(2021年版)》,第 19 页,载中国人民共和国商务部官网, <http://www.mofcom.gov.cn/dl/gbdqzn/upload/dongmeng.pdf>, 最后访问时间:2022 年 11 月 2 日。

^{④①} *Protocol to Amend the ACIA (Aug 2014)*, <https://asean.org/wp-content/uploads/2020/12/First-Protocol-to-Amend-the-ACIA.pdf>, last visited Feb.17, 2023.

^{④②} *Second Protocol to Amend the ACIA (Sep 2017)*, [https://investasean.asean.org/files/upload/2ndACIA\(1\).pdf](https://investasean.asean.org/files/upload/2ndACIA(1).pdf), last visited Feb.17, 2023.

^{④③} *Third Protocol to Amend the ACIA (Dec 2017)*, [https://investasean.asean.org/files/upload/3rd%20Protocol%20to%20Amend%20the%20ACIA%20\(Signed,%2020%20Dec%202017\)\(1\).pdf](https://investasean.asean.org/files/upload/3rd%20Protocol%20to%20Amend%20the%20ACIA%20(Signed,%2020%20Dec%202017)(1).pdf), last visited Feb.17, 2023.

^{④④} *Fourth Protocol to Amend the ACIA (Jul 2020)*, [https://investasean.asean.org/files/upload/4th%20Protocol%20to%20Amend%20the%20ACIA%20\(Signed,%2015%20Jul%202020\).pdf](https://investasean.asean.org/files/upload/4th%20Protocol%20to%20Amend%20the%20ACIA%20(Signed,%2015%20Jul%202020).pdf), last visited Feb.17, 2023.

^{④⑤} UNCTAD Investment Policy Hub, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3273/asean-comprehensive-investment-agreement-2009->, last visited Feb.17, 2023.

^{④⑥} UNCTAD Investment Policy Hub, *Regional Comprehensive Economic Partnership (2020)*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/4935/rcep-2020->, last visited Feb.17, 2023.

之关系同本案《1987 年东盟投资协定》与《1998 年东盟投资区框架协议》之关系相同,属于平行条约。

总之,无论是东盟成员国的企业还是即将赴东盟进行投资的外国投资者,都应当关注东盟层面的平行条约。明确各投资条约间的适用关系,选择对自己更有利的条约工具,从而更加游刃有余地在东盟国家或者与东盟国家开展经贸活动。

Abstract: *Yaung Chi OO Trading Pte Ltd. v. Government of the Union of Myanmar* is the first known international investment arbitration case in ASEAN over a decade after the entry into force of the ASEAN Investment Agreement 1987. The case stopped at the jurisdiction stage. The arbitral tribunal concluded that it had no jurisdiction over the case through three levels of reasoning. The investment facts of this case are not complicated, and the disputes mainly revolve around issues such as the consensus about arbitration according to the basis for arbitration, the effective management requirement in nationality, the identification of investment that already existed before the treaty came into force and the application of parallel investment treaties. At present, the two treaties involved in the case have been terminated and replaced by the ASEAN Comprehensive Investment Agreement and the Regional Comprehensive Economic Partnership, which are currently effective. The review of the rules of the ASEAN investment protection system and the interpretation of "parallel treaties" by *Yaung Chi Oo* tribunal can not only provide guidance for investors to choose the more favorable basis of arbitration, but also remind investors to implement the relevant domestic law procedures to obtain the qualification of treaty protection.

Keywords: AESAN investment arbitration; investment arbitration jurisdiction; basis for arbitration; identification of investment; already existed foreign investment

(责任编辑: 许天舒 蒋丽华 外审专家: 肖 军)

Mamidoil Jetoil 希腊石油产品协会诉阿尔巴尼亚共和国仲裁案评析

中国贸促会法律部编 本篇作者 马燕飞*

内容提要 Mamidoil Jetoil 希腊石油产品协会诉阿尔巴尼亚共和国仲裁案是投资者援引《阿尔巴尼亚 - 希腊 BIT》和《能源宪章条约》向国际投资争端解决中心（ICSID）提起的国际投资仲裁案件。该案仲裁庭于 2015 年作出裁决，裁定投资者的投资违反程序法并不影响仲裁庭的管辖权，同时驳回申请人的仲裁请求，认定阿尔巴尼亚并未直接或间接征收申请人的投资，也不构成对公平与公正待遇原则、不合理和歧视性措施以及最稳定的保护和安条款的违反。本文首先对该案的案件背景进行了梳理，包括投资事实、被诉行为、仲裁请求以及仲裁庭结论等。其次，对该案的主要法律争议即仲裁庭的管辖权、间接征收、公平与公正待遇、不合理和歧视性措施以及最稳定的保护和安条款等进行了分析。最后，针对该案投资的合法性、间接征收、《能源宪章条约》第 10 条第 1 款及其现代化改革等问题作了简要评析。

关键词 国际投资仲裁 能源宪章条约 管辖权异议 公平与公正待遇 间接征收

Mamidoil Jetoil 希腊石油产品协会诉阿尔巴尼亚共和国仲裁案是投资者依据《阿尔巴尼亚 - 希腊 BIT》和《能源宪章条约》（以下简称 ECT）提起的国际投资争端解决中心（以下简称 ICSID）仲裁案例。该案涉及国际投资仲裁实践中的典型争议，如仲裁庭管辖权、间接征收、公平与公正待遇等问题。ECT 作为国际能源领域保护和促进外国投资的多边条约，已经成为投资者解决能源投资争议援引的重要条约。该案也成为基于 ECT 提起投资仲裁案件中东道国胜诉的典型案。以下将该案的案件背景、主要法律争议等进行梳理，并针对重要争议问题进行简要评析。

一、案件事实

（一）投资事实

1999 年，该案申请人 Mamidoil Jetoil 希腊石油产品协会（以下简称申请人）与阿

* 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马燕飞编写，中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、中国贸促会商法中心周全审核。

尔巴尼亚合作伙伴 ANOIL Sh.A 签订合作协议,并于 1999 年 3 月 15 日在阿尔巴尼亚成立子公司 Mamidoil Albanian (以下简称子公司或 Mamidoil Albanian)。申请人持有该子公司 80% 的股份, ANOIL Sh.A 持有 20% 的股份。2006 年,申请人通过购买股份成为该子公司的唯一股东。1999 年 6 月 2 日,阿尔巴尼亚公共经济和私有化部与 Mamidoil Albanian 签订租赁协议,约定根据所附的商业计划, Mamidoil Albanian 在杜勒斯港约 1 万 4 千平方米的场地上建立油库,合同期限为 20 年。在阿尔巴尼亚公共事务和运输部的指示下,杜勒斯港务局于 1999 年 9 月 1 日将场地移交给 Mamidoil Albanian。申请人主要于 2000 年 3 月至 2001 年 2 月在港口建设油库,并于 2001 年 10 月开始在港口进行卸船作业,一直持续到 2009 年杜勒斯港卸船禁令生效。在此期间,共完成了 202 艘船的卸船作业。

2000 年 6 月 13 日,阿尔巴尼亚部长理事会批准了国际开发协会(IDA)主持制定的《土地使用计划》,并在阿尔巴尼亚《官方公报》公布。阿尔巴尼亚公共经济和私有化部部长与交通运输部部长于 2000 年 7 月 21 日告知申请人,《土地使用计划》明确现有油库要搬离杜勒斯港,并停止建造新的油库,因此要求申请人中止进一步的投资。在希腊政府干预后,该禁令于 2000 年 12 月被解除。2001 年 2 月 16 日,阿尔巴尼亚公共经济和私有化部部长向 Mamidoil Albanian 颁发了 A 类贸易许可证,该贸易许可证于 2011 年 2 月 15 日到期。在这 12 年期间,申请人在阿尔巴尼亚进口、运输和销售石油产品。

(二) 被诉行为

首先,关于被申请人阿尔巴尼亚政府颁布的柴油质量标准问题。阿尔巴尼亚政府于 2007 年 3 月 21 日通过第 147 号决定确定了阿尔巴尼亚市场交易的柴油质量标准。然而, 2009 年 1 月 14 日,阿尔巴尼亚政府颁布第 52 号决定允许阿尔巴尼亚当地炼油厂 ARMO S.A. 将质量较低的产品出售给拥有 A 类贸易许可证的批发商。申请人认为阿尔巴尼亚政府的该项决定是不合理和具有歧视性的,是对阿尔巴尼亚本地炼油厂的偏袒。2009 年 7 月 24 日,阿尔巴尼亚宪法法院废除第 52 号决定。其次,关于被申请人阿尔巴尼亚政府对进口燃料的征税问题。申请人声称,阿尔巴尼亚海关当局根据提单上的数额而不是港口保税仓库的实际数额对进口货物进行征税。但由于储存期间燃料的蒸发和损耗,两种方式计算得出的数额是不同的。申请人于 2006 年 6 月 13 日向阿尔巴尼亚都拉斯地区法院提起了关于偿还多付税款的诉讼。该地区法院作出受理案件的决定,随后,阿尔巴尼亚最高法院认为申请人的请求不符合程序性规定而将该受理决定推翻。申请人向阿尔巴尼亚宪法法院提起上诉。宪法法院于 2007 年 12 月 24 日驳回了申请人的请求。2009 年 6 月 16 日,申请人向欧洲人权法院指控阿尔巴尼亚法院判决存在武断和歧视现象,截至该案审理期间,欧洲人权法院尚未对申请人的指控作出判决。最后,关于申请人在阿尔巴尼亚杜勒斯港建造油库的搬迁。2006 年 10 月 6 日,阿尔巴尼亚经济、贸易和能源部宣布,政府将适时采取必要措施,禁止在罗马港和弗洛拉港以外的港口进出口石油、天然气和相关产品。2007 年 7 月 25 日,阿尔巴尼亚发布部长理事会第 486 号决定,命令“自该决定生效后的 18 个月内,中止加工船在杜勒斯港和盛津港运输石油、天然气

及其副产品的活动。”^①随后,生效日期被推迟到2009年6月30日。自2009年7月1日(即罗马港正式开放之日)起,阿尔巴尼亚不允许船只在杜勒斯港卸货。申请人表示其原则上不反对将公司迁至阿尔巴尼亚政府指定的地区,但需要阿尔巴尼亚政府提供必要的基础设施以支持搬迁,并要求对已进行的投资给予充分和有效的赔偿。^②阿尔巴尼亚经济部驳回了申请人的赔偿要求。鉴于此,申请人于2011年7月8日向ICSID提交仲裁请求,要求阿尔巴尼亚政府赔偿其损失。

(三) 程序时间轴

- 2011年9月12日,ICSID秘书长对提起仲裁程序的请求进行登记。
- 2011年11月12日,Yas Banifatemi(法国/伊朗)接受被申请人的任命担任仲裁员。
- 2011年12月28日,Steven A. Hammond(美国)接受申请人的任命担任仲裁员。
- 2012年3月1日,Rolf Knieper(德国)接受ICSID行政理事会主席的任命担任首席仲裁员。仲裁庭根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》(《ICSID公约》)第37条第2款b项组成。仲裁庭成员组成:Rolf Knieper(德国),首席仲裁员,由行政理事会主席根据《ICSID公约》第38条任命;Steven A. Hammond(美国),由申请人任命;Yas Banifatemi(伊朗/法国),由被申请人任命。
- 2012年4月6日,仲裁庭在巴黎举行首次会议。
- 2012年8月10日,申请人就管辖权和实质事项提交起诉状。
- 2012年12月4日,仲裁庭作出程序日程决定。
- 2013年2月11日,被申请人就管辖权和实质事项提交辩诉状。
- 2013年4月29日,仲裁庭作出证据出示决定。
- 2013年7月6日,申请人就管辖权和实质事项提交了答复。
- 2013年7月24日,根据仲裁庭的指示,申请人提交了关于管辖权和实质事项的修正答复。
- 2013年12月3日,被申请人针对管辖权和实质事项提交第二答辩状,并请求仲裁庭解决管辖权和实质事项异议。
- 2013年12月16日,申请人就被申请人2013年12月3日的请求提交意见。
- 2013年12月20日,仲裁庭就被申请人请求解决管辖权和实质事项异议作出决定。
- 2014年3月17日至2014年3月21日,仲裁庭在巴黎举行关于该案管辖权、实质事项和数额的听证会。
- 2014年4月22日,各方当事人提交费用陈述。
- 2015年3月4日,仲裁庭根据《ICSID仲裁规则》第38条第1款宣布仲裁程序结束。

^① Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award, 30 March 2015, at para.131.

^② *Id.*, at para.135.

- 2015 年 3 月 30 日,仲裁庭作出裁决;裁决所附仲裁员 Steven A. Hammond 的反对意见。
- 2015 年 8 月 3 日,秘书长登记申请人提交的撤销裁决申请。
- 2015 年 8 月 19 日,特设委员会根据《ICSID 公约》第 52 条第 3 款组成。其成员有: Donald McRae(新西兰和加拿大)主席; Doug Jones(爱尔兰和澳大利亚); August Reinisch(奥地利)。所有成员均由 ICSID 行政理事会主席任命。
- 2016 年 1 月 8 日,根据《ICSID 行政和财务条例》第 14 条第 3 款 d 项的规定,由于未支付要求的预付款,中止裁决撤销程序。
- 2016 年 8 月 3 日,由于未支付要求的预付款,特设委员会根据《ICSID 行政和财务条例》第 14 条第 3 款 d 项和 e 项的规定,作出中止撤销程序的命令。

(四) 仲裁请求

申请人根据《阿尔巴尼亚-希腊 BIT》(以下简称 BIT)和 ECT 主张以下实质性请求:

(a) 阿尔巴尼亚违反了 BIT 第 4 条第 2 款和 ECT 第 13 条第 1 款规定的义务,未对征收申请人的投资进行赔偿;

(b) 阿尔巴尼亚未能提供稳定和透明的法律框架、尊重合理期望和避免施加压力,构成拒绝司法,从而违反了 BIT 的默示要求和 ECT 第 10 条第 1 款明确要求的给予申请人投资公平与公正待遇的义务;

(c) 阿尔巴尼亚违反了 ECT 第 10 条第 1 款规定的避免不合理和歧视性措施的义务;

(d) 阿尔巴尼亚违反了 ECT 第 10 条第 1 款规定的提供最稳定的保护和安全的义务。

(五) 仲裁庭结论^③

(a) 仲裁庭对申请人的请求具有管辖权。

(b) 仲裁庭驳回申请人的全部请求。

(c) 根据 BIT 第 10 条第 2 款和第 9 款的规定,被申请人应向申请人偿还其少支付的仲裁费用 149759.14 美元。

二、主要法律争议

(一) 仲裁庭对本案是否具有管辖权

1. 申请人的主张

申请人主张其已通过杜勒斯港建造油库来对阿尔巴尼亚进行投资,包括建造及运行无障碍基础设施。此外,申请人主张其投资是合法的,并且是在遵守所有必要的许可和政府授权的情况下进行的。关于油库,申请人已申请并获得了贸易许可证、海关仓库授权以及环境许可证,由于被申请人的过错其已申请但并未收到开发许可证。另外,申请人认为并不是每一可能违反东道国内法律要求的行为,都可能导致国际法下的非法投

^③ *Id.*, at para.839.

资。形式上的缺失,例如未获得相应许可,不足以构成非法。^④只有严重违反国内法,例如投资本身的非法性,或在获得投资中使用欺诈或腐败手段,才能导致国际法下的投资非法。^⑤申请人认为,投资非法性属于案件的实质事项,被申请人的管辖权异议没有根据。最后,阿尔巴尼亚当局在过去十二年中未质疑过申请人活动的合法性,因此,“禁止反言原则”也应当适用。

2. 被申请人的主张

被申请人不否认申请人投资了油库、合法拥有 Mamidoil Albanian 公司的股份、Mamidoil Albanian 与被申请人之间租赁合同的有效性。根据“投资整体性原则”,应将 Mamidoil Albanian 公司的股份、租赁协议和油库整体视为一项投资,租赁合同本身不构成一项投资,因为它缺乏投资的贡献和风险要素,并且没有对东道国的经济做出贡献。

被申请人主张仲裁庭没有管辖权,因为 BIT 和 ECT 均不保护非法投资,也不允许投资者存在非善意行为时对主权国家提出索赔。根据阿尔巴尼亚的法律,投资不具有合法性,无法为根据国际法提出的索赔提供依据。

被申请人认为,首先,申请人未经事先尽职调查就进行了投资;其次,在没有任何进一步文件和政府高级主管当局的正式书面保证的情况下,申请人就根据投资的内部批准和租赁合同开始建造油库;第三,申请人不顾后果地无视杜勒斯港口区域变化的警告,而该变化是出于公共利益并得到国际组织支持的;第四,申请人未申请阿尔巴尼亚法律明确要求的重要许可证,以维护阿尔巴尼亚的公共、社会、环境和经济利益,而且申请人明知这些许可证对于合法建造和运营油库的必要性;最后,申请人无视被申请人的善意要求,未在建筑工程终止后按照既定程序申请许可。^⑥

3. 仲裁庭的裁定

第一,关于投资的构成。仲裁庭认为申请人建造油库、建立子公司 Mamidoil Albanian、子公司订立租赁合同以及子公司运营油库应被视为一个整体,构成《ICSID 公约》第 25 条、BIT 第 1 条和 ECT 第 1 条第 6 款规定的投资。

第二,关于投资的合法性。仲裁庭指出只有根据东道国的立法进行投资时,投资才受到国际法的保护。一方面,需要分析投资是否违反实体法。仲裁庭认为,当投资违反实体法,即不遵守规范投资的实质性规范时,该项投资可能是非法的,不受投资协定的保护。实体合法性的判断应取决于计划和进行投资时该投资是否违反实体法。本案当事双方执行租赁协议并将场地移交给申请人时,任何一方都不能预料到杜勒斯港口的变化和限制。因此,该投资不应被视为实体非法。另一方面,需要分析投资是否违反程序法。仲裁庭认为,如果投资者不遵守投资程序的规范,就可以认定一项投资为非法。仲裁庭需要确定申请人是否申请了建造和运营油库必需的许可证,以及被申请人是否已做出相

^④ *Id.*, at para.304.

^⑤ *Id.*, at para.306.

^⑥ *Id.*, at para.358.

应的许可。如果未申请和（或）未签发许可证，则需要确定缺少许可证是否导致投资非法。首先，关于建筑工地许可证和建设许可证，申请人在申请批准投资和签订租赁合同时未申请建筑工地许可证和建设许可证，被申请人也没有签发建筑工地许可证和建设许可证。阿尔巴尼亚《城市规划法》第76条和第78条明确规定了缺少以上两项许可的后果：“未获得许可的建筑物是非法的”。^⑦ 此类建筑无权因政府执行城市规划被征收而获得任何补偿。因此，仲裁庭认为，申请人的建筑是非法的。其次，关于环境许可证，申请人的投资符合阿尔巴尼亚法律。再次，申请人未获得开发许可证，其经营油库的行为违反了阿尔巴尼亚法律。仲裁庭指出，未获建筑工地许可证和建设许可证而建造油库的行为以及没有开发许可证而运营油库的行为违反了阿尔巴尼亚法律。另外，仲裁庭同意“禁止反言原则”已根植于国际法中，但该原则的适用仅限于特殊情况。当一方当事人通过其行为表明将不行使权利且对方当事人合法依赖该行为时，可能会适用“禁止反言原则”。该原则必须有明确的行为，仅仅不作为是不够的。仲裁庭认为本案不适用“禁止反言原则”。仲裁庭指出，申请人未按照阿尔巴尼亚法律建造和运营油库，但是这一结论不足以拒绝其对本案的管辖。仲裁庭同意以下观点：并非每一个轻微违法行为都会导致拒绝管辖。它必须在两个标准之间取得平衡，一方面，当投资者违反东道国实体法或程序法进行投资时，申请人和仲裁庭均不得假定东道国放弃主权并同意将争端提交仲裁；另一方面，绝不允许国家通过意图根除轻微违法行为事后对投资进行审查，将其作为免除自己义务的借口，从而滥用这一程序。^⑧ 在本案的特定情况下，真正的问题不是违法的严重或轻微，而在于最终性。在这一过程中，通过客观、中立地确定当事各方的立场，仲裁程序可以发挥重要的作用。在这种情况下，应将缺乏许可证的法律意义定义为案件的实质事项问题，而不是仲裁庭的管辖权。

基于以上原因，仲裁庭认为，其对本案具有管辖权。

（二）被申请人的行为是否构成间接征收

1. 申请人的主张

申请人主张，被申请人从2000年变更《土地使用计划》到2010年底拒绝续签贸易许可，构成了非法的间接征收。被申请人采取的降低申请人投资利润的第一项措施是在2000年6月颁布的新《土地使用计划》，该计划禁止从杜勒斯港进口石油产品，包括卸船。申请人认为该措施是不合理的，因为它毫无征兆地发生，并且是在申请人合法依据20年有效期租赁合同进行投资期间发生的。申请人依赖法律框架的稳定性善意行事，并建造了油库。如果知道被申请人正在计划土地的新用途，其就不会投资。随着新《土地使用计划》的出台，其宣布对油库进行搬迁导致稳定的法律框架不复存在。因此，申请人必须重新考虑最初投资计划，并在2001、2003年放弃该计划。最后，被申请人于2007年下令关闭杜勒斯港口，该措施于2009年生效。以上措施阻碍了申请人补充储藏和维持安全

^⑦ *Id.*, at para.430.

^⑧ *Id.*, at para.483.

储备,而这是续签贸易许可证的先决条件。此外,申请人称,证据表明被申请人关闭杜勒斯港并不是基于公共政策考虑,而是由于被申请人与 Petrolifera 公司签署的和解协议,^⑨其中被申请人承诺最迟于 2009 年 3 月 31 日关闭杜勒斯港。被申请人的行为构成非法措施,并且未对申请人进行赔偿。总之,被申请人的征收是歧视性的,且缺乏正当程序。

2. 被申请人的主张

被申请人主张,申请人建造油库的投资是非法的,因为它是在没有必要许可证的情况下进行的,该建筑目前仍没有合法化,而且被申请人从未否认过许可证的必要性。被申请人认为,在没有能够引起索赔的“权利”或“正当期望”的情况下,根本就不会产生被征收或违反国际法的案件。^⑩申请人建造油库是在充分知晓重新分区计划的情况下进行的。申请人未进行尽职调查,应承担相应的后果。而且, Mamidoil Albanian 在租赁协议下的权利以及在临时贸易许可证下的权利仍然完好无损,不受政府采取措施的影响。相应土地及其上建造的油库,尽管在建造之前或之后未得到批准,但如今仍由 Mamidoil Albanian 控制。而且直到 2011 年 2 月 16 日临时贸易许可证到期, Mamidoil Albanian 一直可以进行大规模活动。最后,即使仲裁庭认定阿尔巴尼亚进行了征收,这种征收仍然是合法的,因为它是为公共目的服务的,并且是非歧视性的。未进行赔偿并不会改变征收行为的合法性。

3. 仲裁庭的裁决

仲裁庭认为被申请人未征收申请人的投资。首先,被申请人于 2000 年 6 月颁布了新的杜勒斯港《土地使用计划》,申请人在开始建造油库时就意识到了这一点。其次,在新的《土地使用计划》颁布后被申请人命令中止建设以及签发贸易许可证,都不属于征收,而是在实施公共政策以及调和申请人的利益。再次,被申请人关闭油库港口导致申请人投资价值的损失和巨大的利益损失,但是,该措施是被申请人实施公共政策的一部分。被申请人对杜勒斯港进行重新定位和重新分区都是基于该公共政策,而不是与 Petrolifera 公司的和解协议。申请人在开始建造油库时就意识到了这一点。最后,被申请人实施重新分区措施之后申请人仍然有权继续使用、拥有、控制和处置其投资财产。因而,仲裁庭认为被申请人没有直接或间接征收申请人的投资。

(三) 被申请人的行为是否违反公平与公正待遇原则

1. 申请人的主张

申请人指控被申请人未提供稳定和透明的法律框架、未遵守合理期望、未放弃施加压力以及拒绝司法。^⑪首先,从被申请人未能提供稳定和透明的法律框架来说,申请人主张被申请人的法律框架未达到透明性和稳定性要求,这是由于:(1) 被申请人未通知申

^⑨ 2007 年 5 月 10 日,阿尔巴尼亚政府与 Petrolifera 石油公司签订了一项和解协议,协议中约定,为了完全依法恢复公平竞争的环境,阿尔巴尼亚承诺 2009 年 3 月 31 日为最后期限,无论出于何种原因,都勒斯港和盛津港的码头必须停止装载、卸载、处理和储存易燃液体的活动。参见 *Id.*, at para.130.

^⑩ *Id.*, at para.520.

^⑪ *Id.*, at para.584.

请人关于杜勒斯港的计划,如果被申请人将计划公开透明化,申请人就不会通过子公司订立租赁合同;(2)被申请人在2002年降低了最低存储容量要求,从而为无需在油库投资数百万美元的竞争对手打开了市场,并在2008年(即申请人的子公司停止营业前不久)重新增加了存储量;(3)被申请人决定完全并最终关闭杜勒斯港而没有命令申请人搬迁油库或规定搬迁条件,而由于这个原因贸易许可证受到限制;(4)被申请人未指定需要什么许可证以及未明确他们的要求。^⑫其次,申请人主张,保护投资者的合理期望的根本目的是使外国投资者能够根据东道国提供的法律框架以及东道国的表示和承诺做出合理的商业决策。这种表示和承诺包括行政机关在立法、条约、法令、执照、许可和合同中的陈述。任意撤销此类承诺均违反公平与公正待遇原则。国际法和BIT不允许东道国通过作出决定和采用可能损害基于这种合理期望而进行的投资的程序来挫败投资者的合理期望。否则,必须进行赔偿。申请人认为,被申请人违反了保护投资者合理期望的义务。因为被申请人三次保证申请人有权按计划使用油库20年,而其以下做法与该保证相悖:(1)被申请人在2000年6月通知申请人此后将不再允许其在杜勒斯港口经营油库;(2)被申请人仅授予临时许可;(3)从2009年开始禁止卸燃料船。再次,申请人称,被申请人为实现投资的重新谈判或撤销而给投资者施加压力,违反了公平与公正待遇原则。在被申请人意识到申请人只有在投资和搬迁费用获得补偿后才同意搬迁的立场后,被申请人下令禁止在杜勒斯港口卸油轮。被申请人拒绝赔偿,并利用其政府权力试图强制将申请人的油库搬离杜勒斯港。最后,申请人声称被申请人行为同样构成拒绝司法。拒绝司法要求投资者首先用尽当地救济措施,即前提是东道国的司法系统不能向外国投资者提供公平与公正待遇。申请人认为,阿尔巴尼亚最高法院的判决是不适当和令人怀疑的,并没有称职的法官可以合理地做出判决。

2. 被申请人的主张

被申请人同样对上述四个方面的争议进行抗辩。首先,被申请人认为,国家不应对于普遍利益而采取的善意、非歧视性措施承担赔偿责任。^⑬这是一项无争议和公认的国际法原则。只要措施不是任意或歧视性的,任何国家都不能被阻止其对法律、法规、机构和基础设施进行调整,以满足经济、政治和社会条件不断发展的要求。被申请人认为,在过渡时期,阿尔巴尼亚即将发生并且不可避免地发生了重大的监管和基础设施变化,特别是在运输部门,包括港口的发展定位和组织方面,尤为突出。这些变化对于阿尔巴尼亚的经济可持续发展是必不可少的。申请人在开始投资之前,已被明确告知杜勒斯港即将发生变化。而且,被申请人从未表示申请人将被授权在整个租赁合同期限内使用杜勒斯港卸船运输石油产品。其次,被申请人表示,鉴于阿尔巴尼亚的政治、经济和社会形势,以及向开放市场体系过渡和融入国际贸易的情况,申请人没有正当理由期望杜勒斯

^⑫ *Id.*, at para.590.

^⑬ *Id.*, at para.592.

港的使用在整个租赁合同期限内将保持不变。^⑭ 申请人仅有权依赖合同条款。而被申请人从未质疑合同的有效性,并且继续遵守合同条款。特别是,被申请人从未做出任何表示,将授权申请人在整个租赁合同期限内使用杜勒斯港卸船运输石油产品。相反,被申请人最早在申请人投资实施之前于 1999 年秋就将该情况通知申请人。另外,港口的关闭没有歧视性。相反,授权经营杜勒斯港的前八年是申请人和其他希腊公司的特权,在预期总体规划中,其他石油进口商均不得在杜勒斯港经营,并且因执行该计划而使得不能建立平等的竞争环境。港口的关闭也并非任意的,这是出于保护整体利益的考虑进行的。申请人既未申请也未获得油库合法建设和运营必不可少的许可证。而且申请人有尽职调查的义务去寻求需要哪些许可。再次,杜勒斯港口的关闭是自 2000 年首次通过杜勒斯《土地使用计划》以来宣布的一项为了公共利益采取的善意监管措施。被申请人从未命令过申请人搬迁到罗马港,也没有禁止其使用油库。最后,被申请人认为申请人主张拒绝司法没有根据,因为该主张不符合一般公认的拒绝司法的高标准,其中包括两方面的考虑:一方面公平与公正待遇原则并未授权仲裁庭审查或质疑东道国法院做出的决定。另一方面只有当相关司法系统内的所有救济措施都已用尽时,东道国才会因拒绝司法而承担违反公平与公正待遇原则的责任。阿尔巴尼亚最高法院和宪法法院的裁决并未构成拒绝司法。相反,最高法院推翻一审法院同意审理申请人关于偿还多付税款请求的决定,是严格执行阿尔巴尼亚法律的。最高法院认定该请求并不成立,因为申请人没有遵守《海关法》第 249 条规定的强制性程序,根据该程序,行政程序必须优先于民事程序。宪法法院也正确驳回了申请人的请求,因为最高法院没有违反任何宪法规定并正确适用了法律。因而,申请人并未用尽阿尔巴尼亚国内救济。

3. 仲裁庭的裁决

仲裁庭认为,阿尔巴尼亚各种法律都是透明和明确的,包括相关许可需要遵循的程序和当局要解决的问题。申请人有尽职调查的责任,去寻求适用于相关许可的法律。虽然阿尔巴尼亚政府存在不完善之处以及缺乏相应的沟通,但这并不构成违反稳定、透明的法律框架的要求,因为法律文本是稳定和透明的。因而,仲裁庭驳回了申请人关于阿尔巴尼亚未提供稳定和透明的法律框架的主张。其次,仲裁庭认为,申请人未履行申请与获得基本和重要的许可和执照的义务,因而其对将被允许经营油库不具有合理期望;申请人也不能合法依赖在整个租赁合同期限内杜勒斯港卸船的可能性。^⑮ 从场地转移到建造油库期间内,申请人可能希望新政策不会对其产生影响,并希望其可以在没有申请和获得所需许可的情况下经营油库。但是,绝不能将希望与合理期望相混淆。再次,被申请人并未胁迫、骚扰并强迫申请人重新谈判或撤销投资条款。^⑯ 申请人表示如果被申请人准备对搬迁费用进行补偿,其就愿意搬迁。仲裁庭认为这种要求没有法律依据。

^⑭ *Id.*, at para.684.

^⑮ *Id.*, at para.735.

^⑯ *Id.*, at para.742.

被申请人并没有强迫申请人改变想法。最后,仲裁庭确认,拒绝司法的请求不得与对国家司法机关裁决的上诉相混淆。仲裁庭不是一个超级上诉法院。在推翻一审法院的裁决时,阿尔巴尼亚最高法院的多数决定是否正确,一审法院是否有更好的论据,或者最高法院内部的异议者是否有更好的论据,仲裁庭无权思考这些问题。仲裁庭也不是一个超级宪法法院,无权纠正阿尔巴尼亚宪法法院对阿尔巴尼亚宪法的适用。正如申请人所解释的那样,国际法中拒绝司法的标准并不能防止法院可能的错误判决,但是可以防止整个东道国的司法系统无法为外国投资者提供公平与公正待遇。仲裁庭了解到,阿尔巴尼亚与许多其他大陆法系国家一样,将民事法院和行政法院区分开来。在私人或法人根据公法对行政机关的行为和决定提出申诉的情况下,必须首先向行政机关提出请求。与许多国家一样,在阿尔巴尼亚,税法是公法体系的一部分。仲裁庭认为,它没有职责对有争议的阿尔巴尼亚法律问题作出最终裁决。另外,最高法院内部对裁决存在着分歧,多数派和少数反对派都提出了意见和理由。但仲裁庭没有职责去支持某一方,也没有证据表明最高法院是否偏离了以往的法院惯例。然而,通过对所收到材料的审查和对最高法院判决的仔细研读,仲裁庭得出结论,该判决并没有明显不当、不可信或无视阿尔巴尼亚法律。该判决是合理的、可理解的、连贯的,并且根植于以公法和私法以及民事和行政程序之间的划分为特征的法律体系中。因此,仲裁庭驳回了申请人拒绝司法的请求。最终,仲裁庭认为,被申请人没有违反提供公平与公正待遇的义务。

(四) 不合理和歧视性措施

1. 申请人的主张

申请人称,当措施不合理或具有歧视性时,就足以构成对 BIT 义务规定的违反。当措施没有用作合理目的或是不相称时,则是不合理的;而当措施不平等地对待外国投资者和(当地)竞争者时,则是歧视性的。^{①⑦} 申请人认为被申请人的三项措施严重违反了相关标准。首先,被申请人根据提货单而不是确切的口岸输出量来确定征税数额,是对石油产品的进口不合理地征税。其数额差异在 1%—2% 之间。这种做法与欧洲法律和国际惯例相抵触。申请人蒙受了巨大的经济损失,最终将纠纷提交到阿尔巴尼亚法院,但法院驳回了其正当请求。第二,被申请人在关闭杜勒斯港时采取了不合理和歧视性的行动。采取这一措施并不是为了追求合理的公共目的。正如被申请人所说,这并不是要关闭油库以建造一个集装箱码头,实际上是为了支持当地竞争者,并强制油轮在罗马港的新石油码头卸货。第三,从 2008 年开始,被申请人允许当地炼油厂和贸易商在市场上出售质量标准低于国际贸易商的柴油,这是不合理和歧视性的行为。该措施是对私有化过程中的本地炼油厂的偏袒。随后,阿尔巴尼亚宪法法院认定该措施无效,因为其造成了垄断。^{①⑧}

^{①⑦} *Id.*, at para. 776.

^{①⑧} *Id.*, at paras. 779-781.

2. 被申请人的主张

被申请人反驳了申请人的观点,认为其完全没有根据、混乱且没有证据支撑。申请人没有说明多付了多少税款,没有记录任何付款,所称损失有时为 140 万欧元,有时为 36 万欧元。阿尔巴尼亚不是欧盟成员,其拥有决定税收的主权,不受国际惯例或欧洲指令的约束。关于关闭杜勒斯港,被申请人一贯主张,长期政策决定的执行是严格服务于公共利益的,不给任何竞争者以特权。关于柴油质量的措施,被申请人称,这些措施仅生效 6 个月,直到阿尔巴尼亚宪法法院认定其无效。申请人并没有证明在这么短的时间内投资受到了严重损害。申请人对责任和损害的指控是没有根据的。此外,该措施是合理的,没有歧视性。宪法法院认定该措施无效是基于只有法律才能对经济自由进行限制,而不能是部长会议的决定。

3. 仲裁庭的裁决

首先,关于税收措施。仲裁庭了解到,根据提货单中的数额而不是根据实际卸货量征收进口税,相对于纳税人,对国家更有利。它不符合国际惯例,并且与欧洲指令相抵触。实际上,欧盟海关驻阿尔巴尼亚援助团的任务之一是使阿尔巴尼亚海关制度更接近欧洲和国际标准。仲裁庭指出,阿尔巴尼亚不是欧盟成员国,不受欧盟法律约束。此外,欧盟驻阿尔巴尼亚代表团团长在 2005 年证实,海关当局可以合法使用六种不同方法来计算用于海关目的的货物价值。^{①⑨}事实上,基于提单数额的征税在税法中并不罕见。当申请人开始投资时,这种做法已经存在。法律制度可能已经过时或单方面倾向于促进税收,但这是税制改革要解决的问题。根据国际法,这种做法并不构成非法,并且仲裁庭无权以自己的方式取代国家的政策依据。该措施也没有歧视性,因为其平等适用于所有进口商。如果申请人认为其根据阿尔巴尼亚法律多缴了税款,则适当的救济措施是将根据阿尔巴尼亚法律提出的索赔提交行政当局和法院。在不构成拒绝司法的情况下,仲裁庭无权审理这些问题。因此,仲裁庭认为,被申请人的税收措施并不构成国际法下的不合理或歧视性措施。其次,关于杜勒斯港关闭的问题,仲裁庭认为被申请人的行为与其政策具有合理关系。建造集装箱码头的计划是出于实施作为总体运输部门战略一部分的杜勒斯港总体规划的目的。政府打算将油轮迁移到罗马港的计划,是为配合该政策的整体合理性。再次,关闭港口并未偏向本地竞争者,因为其涉及所有石油产品进口商。出于这些原因,仲裁庭认为,杜勒斯港的关闭并不构成国际法上的不合理或歧视性措施。最后,关于柴油质量的变化,阿尔巴尼亚政府逐步提高了柴油的标准,仲裁庭认为这项措施是由合理的政策决定推动的。本案中,阿尔巴尼亚政府决定给予当地炼油厂为期一年的临时保护,使其免受国际竞争。宪法法院将这一期限缩短为六个月。仲裁庭认为,这一期限既不过分也非不合理。虽然在短期内损害了国际燃料经营者,但在阿尔巴尼亚的国情下,这种情况没有超出可接受的范围。因此,仲裁庭认为,被申请人采取的以上措施并未构成国际法下的不合理和歧视性。

^{①⑨} *Id.* at para.787.

（五）最稳定的保护和安全条款

1. 申请人的主张

ECT 第 10 条第 1 款规定,投资也应享有最稳定的保护和安全。^{②①} 申请人主张,被申请人未能执行其法律框架,特别是在燃料走私、逃税和燃料掺假方面,剥夺了对申请人投资的必要保护和安全。^{②②} 申请人表示,其投资时已经存在走私燃油和掺假的情况,但由于阿尔巴尼亚政府无能为力并且不愿为打击这种行为做出努力,使得这种情况从 2003 年开始恶化,且加入国际组织和机构并没有实质改变这种情况。众所周知,阿尔巴尼亚部长级以上官员涉嫌燃料走私和掺假行为。他们允许当地竞争者假称燃料在运输途中,而实际上正在当地市场上出售,或通过假称较低的数量和质量等方法来避税。这些行为使得阿尔巴尼亚燃料市场严重扭曲,并给申请人这种诚实经营者造成了重大损失。

2. 被申请人的主张

被申请人反驳了申请人关于法律和事实的论点。被申请人认为,根据国际法,提供充分保护和安全的义务不是绝对的,也并不意味着东道国要承担严格责任,这是一个无可争辩的原则。许多国际仲裁庭认为习惯法仅要求国家根据保护和安全标准履行合理注意义务,且明确表示不适用严格责任。更重要的是,其不能保证外国投资免受可能发生的每一项损失。阿尔巴尼亚已做出所有合理努力打击市场上的走私和逃税行为,并且已经在很大程度上满足了国际法规定的合理注意义务。在困难的情况下,尽管资源有限,被申请人已经保护了申请人以及其他进口商的投资。在这种情况下,由于东道国并不承担严格责任,申请人并不能据此向被申请人索赔。

3. 仲裁庭的裁决

仲裁庭首先指出,提供稳定的保护和安全义务不应与提供公平与公正待遇的义务相混淆。将保护和安全的含义与公平与公正待遇的含义相混淆会违反《维也纳条约法公约》的条约解释原则。^{②③} 稳定的保护和安全标准并不意味着严格的赔偿责任,而是强制国家履行合理注意义务防止对投资者的骚扰和伤害。合理注意义务的程度取决于具体情况。仲裁庭同意 *Electrabel* 诉匈牙利案的裁决,即合理注意义务并不强制该国防止每一项损害。^{②④} 仲裁庭认为被申请人没有违反国际法规定的义务,即在特定情况下通过合理注意义务来保护申请人的投资。仲裁庭发现,一方面,申请人能够成功在阿尔巴尼亚经营运作直到杜勒斯港关闭,并且 2006 年申请人对阿尔巴尼亚的发展总体上表示肯定,并投入大量资金;另一方面,阿尔巴尼亚政府奉行打击走私的国家政策,并借助国际伙伴的协助来实现这一目标。考虑到这些情况和相关证据,仲裁庭认为,被申请人为解决走私、燃油掺假和逃税等问题做出了大量努力。因此,仲裁庭认定,在总体海关政策和具体措施方面被申请人履行了合理注意义务,并没有违反 ECT 第 10 条第 1 款的规定。

^{②①} *Id.*, at para.800.

^{②②} *Id.*, at para.803.

^{②③} *Id.*, at para.819.

^{②④} *Id.*, at para.821.

三、法律评析

本案仲裁庭虽认定对申请人的索赔具有管辖权,但最终裁定阿尔巴尼亚共和国不承担赔偿责任。该案主要争议涉及申请人的投资合法性、间接征收以及 ECT 第 10 条第 1 款的规定,以下将对这些问题进行简要法律评析。

(一) 关于申请人投资的合法性

首先,本案将申请人的投资看做由三部分构成的整体,包括建立阿尔巴尼亚子公司并持有股份、签订场地租赁协议、在杜勒斯港建造和运营油库等,在判断该投资的合法性时,不能孤立地看待其中某一部分。在该案中,申请人提出,阿尔巴尼亚没有对子公司持股和租赁协议等两个部分的投资合法性提出质疑。但仲裁庭同意阿尔巴尼亚的观点,即投资的三个要素构成了一个整体,其中任何一部分的非法都会影响到整体。

其次,本案中申请人投资的合法性判断需要考量实体和程序的合法性。投资的实质性合法判断应关注计划和进行投资的时间点,本案当事人在执行租赁协议并将场地转移给申请人时,任何一方均未预期到杜勒斯港口的变化和限制。因此,仲裁庭驳回了阿尔巴尼亚的主张,认定申请人的投资不应被视为实质非法。关于程序合法性,仲裁庭认定申请人未获得开发和建设许可证属于程序违法。同时,阿尔巴尼亚批准了投资项目,并不会随之产生签发相关许可证的义务。相反,只有当投资者适当地提出申请许可后,东道国才有义务批准签发。

再次,本案不适用“禁止反言原则”。“禁止反言原则”作为一项重要的法律原则,要求当事人应对自己以言词作出的各种表示负责,不得随意否定,亦不得举证证明与此不同的陈词。本案中申请人认为,阿尔巴尼亚在过去 12 年里一贯承认其投资的合法性,因而应被禁止在本案中主张投资的非法性。但根据仲裁庭查明的事实,自 2003 年以来,阿尔巴尼亚一直坚称申请人缺乏许可证,并实际上对其进行了敦促。

最后,尽管申请人的投资由于缺乏必要许可导致非法,但仲裁庭仍对本案具有管辖权。申请人在缺少必要许可证的情况下非法进行投资,在法律上来说应属于案件的实质事项范围,而无关仲裁庭的管辖权。

(二) 关于东道国的行为是否构成间接征收

在国际投资仲裁实践中,有关东道国行为是否构成间接征收已经成为主要的法律争议之一。相对于直接征收,间接征收并不要求转移投资者的所有权,其行为方式具有多样性和隐蔽性特征,一般情况下与东道国采取基于公共利益的管制措施相联系。同时,国际条约中的间接征收规则具有模糊性的特点,并呈现间接征收规则适用范围扩大的倾向,以为外国投资提供高标准的保护。^{②④}在仲裁实践中,对间接征收的认定主要依靠仲裁庭的自由裁量,使得间接征收案件的裁决结果存在不确定、不一致甚至相互矛盾的现象。

^{②④} 寇顺萍、徐泉:《国际投资领域“间接征收”扩大化的成因与法律应对》,载《现代法学》2014 年第 1 期,第 136 页。

本案中,仲裁庭认为港口的重新划分是阿尔巴尼亚交通部门政策的一部分,在暂停令发布之后,申请人还被允许运营,直到2009年港口关闭。而且,在关闭港口后,申请人事实上仍然有权使用、拥有、控制和处置其投资财产。虽然申请人的投资利益有所损失,但投资者对其投资仍然拥有控制权,一般来说不属于间接征收。

(三) 关于 ECT 第 10 条第 1 款的规定^{②⑤}

申请人根据 ECT 第 10 条第 1 款指控阿尔巴尼亚违反了给予申请人的投资公平与公正待遇的义务、避免不合理和歧视性措施的义务以及提供最稳定的保护和安全的义务。

首先,关于是否违反公平与公正待遇原则。在投资仲裁实践中,东道国行为是否违反公平与公正待遇原则是案件最具争议的焦点之一。ECT 第 10 条第 1 款只要求东道国给予投资者公平与公正待遇,但并未规定明确具体的待遇内容,从而造成在实践中不同仲裁庭对该条款的适用存在着不同理解。在本案中,仲裁庭将稳定和透明的法律框架、合理期望以及拒绝司法等纳入公平与公正待遇原则考量范围。仲裁庭强调,在分析该问题时,应考虑阿尔巴尼亚的政治环境。阿尔巴尼亚刚摆脱共产主义政权,经历了严重的财政危机,这种情况与提供公平与公正待遇,特别是提供稳定的法律框架义务有密切的关系。而申请人决定在阿尔巴尼亚投资时就知道该国的现实情况,即基础设施落后,法律框架不完备,相应监管和独立司法体系缺失等。因此,申请人不能合理地期待其像英国、美国或日本一样拥有稳定的环境。此外,申请人依赖于阿尔巴尼亚政府官员的口头承诺,并认为租赁协议本身包含了隐含期望。仲裁庭认为,一般性口头保证并不足以构成有约束力的义务,而且租赁协议并不包含明确条款默示授权港口的使用。港口的重新划分和禁止卸载石油货物是阿尔巴尼亚主权范围内的事项,也以透明方式进行,并未导致不合理的不稳定。关于投资者的合理期望,在这一问题上,应注意投资是一个长期的过程,不能只关注到某个特定的时间点。从事件发生的时间顺序来看,申请人在 1999 年 10 月收到了港口政策正在发生变化的警告,但申请人仍然决定于 2000 年 3 月开始建设港口油库,而当时申请人已经意识到杜勒斯港法律政策的不确定性。而且,申请人是在缺乏必要许可证的情况下开展投资活动的,因而不能合理地期望建造和经营油库。关于拒绝司法的指控,本案仲裁庭认定阿尔巴尼亚的行为未构成拒绝司法。在国际投资仲裁实践中,一般倾向于将违反正当程序的司法行为界定为拒绝司法,作为公平与公正待遇原则的具体适用标准。本案中,阿尔巴尼亚最高法院的判决并非明显不当,而是合理的、

^{②⑤} Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

连贯的,符合相关法律规定。

其次,关于不合理和歧视性措施问题。本案中阿尔巴尼亚的税收措施是平等适用于所有进口商的,关闭港口的决定也是阿尔巴尼亚国家政策的一部分,其对当地炼油厂提供一年临时保护的行为(后减少到六个月)并非不合理,也不具有歧视性。

最后,关于提供最稳定的保护和安全的条款。本案中,申请人认为阿尔巴尼亚在打击燃料走私、逃税和燃料掺假等方面没有履行提供保护和安全的义务。但 BIT 在这方面并没有规定严格责任,而阿尔巴尼亚已经履行了尽职义务,为打击以上行为做出了努力。并且,走私、燃料掺假和逃税等行为在申请人投资之前就已经存在,申请人无法期望阿尔巴尼亚能够保护其投资不受这种固有普遍的不安全的影响。

(四) ECT 的现代化改革

本案也体现出外国投资者和 ECT 缔约国对于 ECT 核心条款解释方面的冲突。2019 年,ECT 启动了现代化改革。直到 2022 年 6 月 24 日,经过 15 轮谈判,ECT 缔约方才达成原则性协议,宣告谈判完成。目前,ECT 现代化修正案文本仍待最终审议通过。不过部分缔约国对于目前的现代化方面仍不满意,2022 年,法国、西班牙、德国等欧盟成员国陆续宣布退出,波兰也于近期起草了一项立法,拟退出 ECT。^{②⑥}在欧洲人权法院,ECT 还面临着侵犯人权指控。^{②⑦}

为仲裁裁决不一致问题提供法律确定性,并为投资者-国家争端解决机制(ISDS)提供更高透明度是 ECT 现代化改革的目标之一。在 ECT 的现代化改革方案中,还特别强调了东道国为实现合法政策目标的监管权,这在一定程度上能够在投资者指控监管措施违反公平与公正待遇原则或构成间接征收的案件中为东道国提供支持。

一直以来,ECT 第 10 条第 1 款规定的公平与公正待遇原则备受争议,并导致了在仲裁实践中裁决的不一致。该条款规定的公平与公正待遇原则包括保护投资者合理期望、遵循正当程序以及透明行事的义务。其中关于投资者合理期望的保护最具争议,一些仲裁庭认为,合理期望只能来自东道国的具体承诺;另一种观点认为,不管是否有明确的承诺,投资者都可能对东道国法律制度的稳定有合理的预期。^{②⑧}在现代化改革文本中,删除了对不合理和歧视性措施的单独表述,将其纳入到公平与公正待遇原则的定义中。改革借鉴《全面经济贸易协定》(CETA),在第 10 条第 2 款规定了违反公平与公正待遇义务的六个要素。而且,文本特别规定了“投资者的合理预期是其投资的核心,而这些预期是由该缔约方明确而具体的陈述或承诺引起的,投资者在决定进行或维持投资时合

^{②⑥} Jack Ballantyne, *Poland moves to exit ECT*, <https://globalarbitrationreview.com/article/poland-moves-exit-ect>, last visited Jan.3, 2023.

^{②⑦} Linnéa Nordlander and Alessandro Monti, *A New Variety of Rights-based Climate Litigation: A Challenge Against the Energy Charter Treaty Before the European Court of Human Rights*, <https://www.ejiltalk.org/a-new-variety-of-rights-based-climate-litigation-a-challenge-against-the-energy-charter-treaty-before-the-european-court-of-human-rights/>, last visited Jan.3, 2023.

^{②⑧} Toby Fisher, *The Modernised Energy Charter Treaty: The New Text*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/10/15/the-modernised-energy-charter-treaty-the-new-text/>, last visited Jan.3, 2023.

理依赖这些陈述或承诺。”^{②⑨}同时,合理预期并不包括“一般期望,例如期望(在没有明确和具体的声明或承诺的情况下)缔约方的法律或监管框架不会改变。”^{③①}

征收是 ECT 现代化改革的一部分,改革文本更加明确了征收的定义,使得监管措施与间接征收相区别。而且,修订后的第 10 条第 4 款特别规定:“除非在极少数情况下,即一项措施或一系列措施的影响与其目的相比严重到明显过分,缔约方为保护公众健康、安全和环境(包括减缓和适应气候变化)等合法政策目标而设计和实施的非歧视性措施,不构成间接征收。”^{③①}

Abstract: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* is an international investment arbitration case brought by an investor before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), invoking the Albania-Greece BIT and the Energy Charter Treaty. The arbitral tribunal issued an award in 2015, ruling that the violation of procedural law by the investor's investment did not affect the tribunal's jurisdiction, while rejecting the entirety of claimant's claims, finding that Albania had not directly or indirectly expropriated the claimant's investment and that it did not constitute a violation of the fair and equitable treatment, unreasonable and discriminatory measures, and the provision of most constant protection and security. This article firstly briefed on the background of the case, including the facts of the investment, the act complained of, the arbitration request and the conclusion of the arbitral tribunal. Secondly, the main legal disputes of the case are analyzed, including the jurisdiction of the arbitral tribunal, indirect expropriation, fair and equitable treatment, unreasonable and discriminatory measures, and the provision of most constant protection and security. Finally, a brief commentary is provided on the legality of the investment, indirect expropriation, Article 10(1) of the ECT and its modernization reforms.

Keywords: international investment arbitration; Energy Charter Treaty; jurisdiction objection; fair and equitable treatment; indirect expropriation

(责任编辑:顾 涛 外审专家:肖 军)

^{②⑨} *Id.*

^{③①} *Id.*

^{③①} *Id.*

评洛文集团股份有限公司及雷蒙德·洛文诉美利坚合众国仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者 闫 涵*

内容提要 洛文集团股份有限公司及雷蒙德·洛文诉美利坚合众国仲裁案是国际投资仲裁实践中的代表性案例。在该案件中,仲裁庭基于北美自由贸易协定对司法终局、拒绝司法及穷尽当地救济原则进行了开创性的阐述,对国籍持续规则亦进行了分析;前述说理不仅被此后的投资仲裁案件广泛援引,且对条约实践也产生了深远影响。本文对洛文集团股份有限公司及雷蒙德·洛文诉美利坚合众国仲裁案的案件事实、争议焦点、裁判结果及后续影响进行了梳理与评析。

关键词 投资仲裁 穷尽当地救济 拒绝司法 国籍持续

在国际投资仲裁实践中,洛文集团股份有限公司及雷蒙德·洛文诉美利坚合众国仲裁案(Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America,以下简称洛文案)因其开创性的说理而具有重要地位,该案件不仅被大量投资仲裁案例所借鉴,且对此后的条约实践也具有深远的影响。在投资者-东道国争端解决机制亟需改进的当下,有必要回顾洛文案这一经典案例,以期对平衡投资者利益与东道国规制权形成更深入的理解。本文首先对洛文案的案情进行简要概括,其次梳理案件的主要争议焦点及仲裁庭的裁判路径,最后对本案的后续影响及相关议题的新发展进行阐述和评析。

一、案件事实概要及程序

(一) 投资事实

洛文集团股份有限公司(The Loewen Group, Inc,以下简称洛文集团或第一申请人)是一家加拿大殡仪公司,其创始人、首席执行官为雷蒙德·洛文(Raymond Loewen,以下简称第二申请人,并与第一申请人合称申请人)。该公司采取在整个北美地区收购殡

* 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由武汉大学国际法研究所硕士研究生闫涵编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、中国贸促会商法中心周全审核。

仪馆的公司战略,其在美国的子公司为国际洛文集团股份有限公司(the Loewen Group International, Inc,以下简称国际洛文)。1990年,密西西比州墨西哥湾沿岸地区主要的两家殡仪公司之一——瑞曼(Riemann)兄弟的殡仪馆和殡仪保险公司重组为瑞曼控股公司,国际洛文成为其所有者,持股比例达90%。第一申请人保留瑞曼公司此前的所有者和经理作为自己的受薪雇员。此后,第一申请人通过购买怀特·佛格森(Wright & Ferguson)殡仪馆——杰克逊(Jackson)地区最大的殡仪馆将其在密西西比州的利益扩大到该州最大的都市区杰克逊。

(二) 被诉措施

本案的被诉行为是密西西比州法院对洛文集团与当地竞争者奥克夫(O'Keefe)之间的民事诉讼进行有关审理的司法行为。1974年,奥克夫与怀特·佛格森殡仪馆签订合同,通过怀特·佛格森殡仪馆购买了出售海湾葬礼保险的专有权。而洛文集团仍通过怀特·佛格森殡仪馆出售海湾葬礼保险,引起奥克夫的不满。奥克夫与洛文集团之间进行了谈判,因双方未达成任何协议,奥克夫针对洛文集团的违约提起了民事诉讼。1991年8月19日,双方达成了和解协议(《1991年协议》)。此后,双方就《1991年协议》的履行产生争议,奥克夫提交了修改后的起诉状,诉称洛文集团违反《1991年协议》、欺诈且违反密西西比州反垄断法,请求五百万美元实际损害赔偿,1992年5月又增加了间接损害索赔请求。

本案申请人认为,初审法官格雷弗斯(Graves)在对洛文集团的诸多动议进行专横否决的同时,拒绝按照洛文集团所聘请律师的提议作出陪审团指示。1995年11月6日,赔偿总额为5亿美元的判决发布,成为了密西西比州有史以来最高的赔偿金数额。该判决作出后,洛文集团先后提出请求作出与陪审团裁断相反的判决等六个动议,均被法院无理由否决。1995年11月27日,洛文集团针对初审法院判决向密西西比州最高法院提出上诉。根据该州法律,在上诉时申请延缓执行判决需提交相当于判决125%的保证金,除非有“好的理由”(good cause)而减免。洛文集团认为其上诉存在这样的减免理由,并向初审法院递交了约定保证金为1.25亿美元的判决延缓执行保证书,但密西西比州初审法院和最高法院都拒绝减少其上诉保证金,因而驳回了其延缓执行的请求。1996年1月27日和28日,洛文集团的律师向第五巡回法院斯卡利亚(Scalia)法官提出延缓执行申请。1996年2月,洛文集团与奥克夫签订了正式和解协议。根据双方的和解协议,密西西比州最高法院驳回了洛文集团的上诉,再次赋予巡回法院管辖权,从而按照和解协议所述的条款完成诉讼的撤销、和解和驳回。法官随即判令解除保证金,因和解协议的实施,1996年11月6日的判决已经得到履行而消灭。洛文集团认为,奥克夫在密西西比州法院的初审中采取了基于种族、地域与阶层差异的诉讼策略并已干预了陪审团的判断,如反复强调洛文集团的加拿大国籍,指出洛文集团“像黑帮破坏者一样来到城镇……将在密西西比州抬高殡葬价格”。而初审法官允许奥克夫律师的前述行为已经形成了不当判决,对此,被申请人应当承担违反《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement,以下简称NAFTA)第1102、1105条和第1110条的法律责任。

（三）程序时间轴（主要）

- 1998年7月29日,申请人向被申请人发送提交仲裁请求意图的通知并向国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, 以下简称ICSID)提交了请求通知书,请求秘书长批准并登记其申请,并允许其适用《ICSID附加便利规则》。
- 1998年11月19日,ICSID秘书长通知双方《ICSID附加便利规则》的适用要求已满足,并发布了请求通知书的登记证明。
- 1999年3月17日,仲裁庭正式组成。
- 1999年4月6日,被申请人提出异议,认为此争议不在仲裁庭管辖范围之内;要求仲裁庭将管辖权作为先决问题处理。
- 2001年1月5日,仲裁庭针对被申请人关于管辖权的异议作出决定,驳回被申请人的管辖权异议。
- 2001年8月9日,被申请人提出动议怀疑伊夫·福蒂埃(Yves Fortier, QC)先生作为仲裁庭成员的资格,因为其律所与曾经参与申请人公司破产重整的律所正拟议合并。
- 2001年9月10日,伊夫·福蒂埃先生辞职。
- 2001年9月14日,穆斯蒂尔(Mustill)法官由申请人指定成为仲裁员,以代替伊夫·福蒂埃先生。
- 2002年1月25日,被申请人基于洛文集团的重组提出因仲裁庭缺乏管辖权而驳回申请人请求的动议。
- 2003年6月26日,仲裁庭裁决其不具备对本案的管辖权,驳回了申请人的全部请求。
- 2003年8月11日,被申请人请求仲裁庭作出补充决定。
- 2004年2月25日,第二申请人提出动议,请求仲裁庭撤销和发回仲裁裁决。
- 2005年10月31日,仲裁庭发布备忘录意见,驳回第二申请人撤销和发回仲裁裁决的动议。

（四）仲裁请求

1. 申请人的仲裁请求

（1）第一申请人：请求赔偿其被迫支付的和解费用1.75亿美元以及其他损失、利息与支出,包括但不限于降低的公司投资和增长前景、对商誉的损害、降低的信用等级、增加的财务支出和其他损害。

（2）第二申请人请求赔偿其损失以及利息和费用,包括但不限于与奥克夫的诉讼所导致的洛文集团股份价值的减少及他个人名誉的损失。

综上所述,申请人请求仲裁庭裁决不少于7.25亿美元的赔偿金,连同利息、申请人

的诉讼费用和律师费,以及在实际情况下合理和适当的其他赔偿。^①

2. 被申请人的反对意见

请求驳回申请人关于争议事项的仲裁请求。^②

(五) 仲裁庭结论

1. 仲裁庭缺乏决定第一申请人提起的关于美国法院司法决定的仲裁请求的管辖权,因为第一申请人已将前述请求分配给一家由美国公司拥有并控制的加拿大公司。

2. 仲裁庭缺乏决定第二申请人提起的关于美国法院司法决定的仲裁请求的管辖权,因为在提交仲裁请求时或在洛文集团重组后,并无证据显示他直接或间接拥有或控制洛文集团。

3. 驳回第一申请人和第二申请人的全部请求。

4. 各方应负担自身的费用,并应均等地承担仲裁庭和秘书处的费用。

二、主要法律争议: 仲裁庭的管辖权争议

本案的争议焦点在于仲裁庭是否具有对此案件的管辖权,在审理过程中,双方针对管辖权问题的争议焦点主要体现为以下三个问题: 其一,纯粹私人纠纷中的法院行为是否为“一缔约方采取或维持的措施”; 其二,国内法院的非最终判决能否构成对 NAFTA 第 11 章的违反; 其三,国籍持续原则是否应当被应用于本案之中。

在其关于管辖权的备忘录中,被申请人基于以下理由反对仲裁庭的管辖权: (1) 申请人的主张不可仲裁,因为在 NAFTA 第 2 章的范围内,国内法院在纯粹私人纠纷中的判决并非“一缔约方采取或维持的措施”; (2) 被诉的密西西比州法院判决不是“一缔约方采取或维持的措施”,并且由于其不是美国司法系统的最终行为,因此在法律上并不会导致违反 NAFTA 第 11 章; (3) 达成庭外和解诉讼事项的私人协议不属于 NAFTA 第 2 章范围内的政府“措施”; (4) 密西西比州初审法院被第一申请人指控没有采取措施避免第一申请人因其外国人身份、种族和阶层而被提及^③,但法院的前述行为并非一项“措施”,因为洛文集团在审判期间从未反对过此类表述; (5) 第二申请人关于 NAFTA 第 1117 条的主张应予驳回,因为他并不“拥有或控制”涉案企业。^④ 仲裁庭在管辖权裁定

① The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ARB(AF)/98/3, ICSID, Notice of Claim, 2003, paras.186-187.

② The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ARB(AF)/98/3, ICSID, Counter-Memorial of the United States of America, 2003, p.187.

③ 原文为“references”,结合上下文,此处申请人针对的是法院允许原告律师带有歧视性地提及申请人(原审被告)外国国籍、种族、阶层的行为,若直译,应译为“提及”。在明确了其具体含义的情况下,则可将其作为一种表述。

④ NAFTA 第 1117 条第 1 款规定:“缔约一方投资者,代表其直接或间接所有或控制的另一缔约方之法人企业,可以就该另一缔约方违反下列条款规定的义务,根据本节规定将索赔要求提交仲裁:(a) A 节或第 1503 条第 2 款(国有企业);(b) 第 1502 条第 3 款(a)项(垄断和国有企业),如果垄断系以一种与该缔约方在 A 节下的义务相悖的方式为之,并且投资者由于或源于该种违反而遭受损失或损害。”

及裁决书中主要对其中第1项与第2项进行了回应。此外,由于在实体问题审理阶段第一申请人洛文集团经过重组不再存续,其经营业务被重组为一家美国公司,被申请人因而提出补充管辖权异议,质疑申请人的资格,仲裁庭也在实体裁决中对此做出了决定。这构成了本案的争议焦点。

(一) 纯粹私人纠纷中的法院行为是否为“一缔约方采取或维持的措施”

首先,仲裁庭援引 NAFTA 的相关条款对“措施”(measures)一词进行了条约解释。NAFTA 第 201 条中“措施”的定义为“包括任何法律、法规、程序、要求或实践”,而将司法行为排除于这一具有包容性的定义显然与该条文的意旨不符。第 1019 条第 1 款要求各缔约方公开与政府采购有关的法律法规程序等,其中包括“作为先例的司法决定”,^⑤虽然该条明确地表示作为先例的司法决定不仅是一项“措施”,也是“一缔约方采取或维持的措施”,该条与被申请人提出的“措施”不能扩大到每一项司法行为的意见是相符的。其他 NAFTA 规定则表明,司法行为没有超出“措施”的范围:如,第 1716 条要求 NAFTA 缔约方规定“司法机关应当有权命令做出及时和有效的临时措施”来阻止侵犯知识产权的行为,^⑥这承认了司法命令可能构成“措施”;第 1715 条要求缔约方提供实施知识产权的明确“民事司法程序”;^⑦第 1701 条第 1 款被视为保证“实施知识产权的措施不能成为合法贸易的障碍。”^⑧通常,该处的“措施”包括司法程序。仲裁庭认为,在国际法中,“措施”被理解为包括司法行为,其也采取与这一解释相符合的解释方法。对此,仲裁庭分析和援引了欧盟法院、国际法院、伊美求偿庭等其他法院和仲裁庭的立场,提出将“措施”解释为包括司法行为符合 NAFTA 第 102 条第 1 款所规定的目标,也符合国家责任的一般规则。但是,仲裁庭同意被申请人所提出的,代表缔约方的法院做出的每一项司法行为并非都构成缔约方采取或维持的措施这一观点。至于“缔约方采取或维持的措施”是否应当排除国内法院在纯粹私人纠纷中作出的判决,仲裁庭认为 NAFTA 第 11 章的文本、上下文和目的结合起来支持文义(liberal)解释,而非限缩(restricted)解释。由于第 11 章的目标和宗旨是“为争端解决……创设有效的程序”并“实质性增加投资机会”,缔约方采取或维持的措施对司法行为的适用不能排除国内法院在纯粹私人纠纷中作出的判决。所以,密西西比州初审法院判令洛文集团赔偿奥克夫以及密西西比州最高法院对洛文集团所作出的保证金要求应当被视为第 201 条“措施”定义中的“要求”。综上,仲裁庭驳回了被申请人关于密西西比州法院判决因为解决的是私人纠纷从而不属于“一缔约方采取或维持的措施”的异议主张。

⑤ NAFTA 第 1019 条规定:“每一缔约方应及时在适当出版物中公布与本章所涵盖的政府采购有关的任何法律、法规、作为先例的司法决定、普遍适用的行政裁决和包括标准合同条款在内的任何程序。”

⑥ NAFTA 第 1716 条规定:“每一缔约方应规定其司法当局有权就以下事项下令采取迅速有效的临时措施:(a) 防止侵犯任何知识产权,特别是防止涉嫌侵权的商品进入其管辖范围内的商业渠道,包括至少在清关后立即防止进口商品进入的措施;(b) 保存与涉嫌侵权有关的相关证据。”

⑦ NAFTA 第 1715 条第 1 款规定:“每一缔约方应向权利人提供可以执行本章规定的任何知识产权的民事司法程序。”

⑧ NAFTA 第 1701 条第 1 款规定:“每一缔约方应在其领土内向另一缔约方的国民提供充分有效的知识产权保护和执行程序,同时确保知识产权执行措施本身不会成为合法贸易的障碍。”

（二）国内法院的非最终判决能否构成对 NAFTA 第 11 章的违反

1. 被申请人的主张

被申请人主张,“一缔约方采取或维持的措施”必须根据习惯国际法的原则理解,当一项损害请求的基础在于司法行为时,只有在一国司法系统整体上做出了最终行动的情况下才产生国家责任。换言之,被申请人认为,只有当司法决定被上诉至最终途径,一国才需为其法院的错误负责。被申请人将习惯国际法中对于最终不可上诉的司法行为(当一项国际诉请针对司法行为时)的实体要求区别于国际法中用尽当地救济的程序性要求(当地救济规则)。被申请人还主张第 11 章没有表明缔约方有意在司法行为是一项违反 NAFTA 诉请的基础时,排除适用这一国际法的实体原则,相反,第 1101 条的“缔约方采取或维持的”纳入了这一实体规则并要求司法终局(Finality)。^⑨被申请人认为第 1121 条第 2 款 b 项不是弃权条款,没有放弃当地救济规则或司法终局规则。^⑩

2. 申请人的主张

申请人对这一意见的回复为,NAFTA 第 1121 条第 1 款 b 项要求仲裁申请人放弃而非用尽当地救济,该条规定:只有当下列条件满足时,才准许提交第 11 章的请求,“投资者及其企业放弃依据任何缔约方的国内法向任何行政法庭或法院或其他争端解决程序提起或继续任何与被控违反第 1116 条的被申请方措施有关的程序……”。申请人认为,首先,“该条款消除了用尽东道国行政或司法法庭提供的当地救济的必要性。”其次,所谓的实体性司法终局原则与当地救济规则没有区别,已有国际仲裁庭在用尽要求放弃或不适用的情况下审查下级法院的决定。

3. 仲裁庭的分析(管辖权审理阶段)

在管辖权问题审理阶段,仲裁庭通过分析其他 NAFTA 仲裁案,认为这些案件支持申请人的意见。仲裁庭也认为,司法终局原则和当地救济规则之间没有区别。二者的内容即便不相同,也是相似的。但它们服务于不同的目标,当地救济规则(被形容为“程序性的”)是为了保证被控违反国际法的国家有机会在其法律体系中解决这种违法,而司法终局作为实体性规则是为了保证国家不会因其低级别法院的行为承担国际法的责任。虽然只有当一国司法系统整体上做出了最终行动才会产生该国的国际法责任,但是,司法机关是国家的组成机构之一,违反国际法规则的司法行为可归责于国家。但是,仲裁庭决定将这一项异议留待实体问题审理阶段决定。

4. 仲裁庭的分析(实体审理阶段)

在实体审理阶段,仲裁庭首先结合审判记录和当事方所提交的意见认为,密西西比

⑨ NAFTA 第 1101 条第 1 款规定:“本章适用于一缔约方在下述方面采取或维持的措施:(a) 另一缔约方的投资者;(b) 另一缔约方投资者在该缔约方领土内的投资;(c) 关于第 1106 条和第 1114 条,在缔约方领土内的所有投资。”

⑩ NAFTA 第 1121 条第 2 款规定:“争端中的投资者仅在其和其所代表的企业同时满足下列条件时,可以根据第 1117 条诉诸仲裁:(a) 同意按照本协定规定的程序进行仲裁;(b) 放弃其就争端缔约方被指控违反第 1117 条的措施而根据任一缔约方法律在任一行政仲裁庭或法院、或依据其他争端解决程序提起或继续进行诉讼的权利;依据争端缔约方法律在行政仲裁庭或法院进行的不涉及损害赔偿的禁令救济、确权救济或其他特别救济程序除外。”

州初审法官的审判行为确有缺陷,构成对正义的误判,如果在国际法中来理解,这相当于明显的不公正。但这是否导致被申请人违反 NAFTA 第 1105 条取决于对被申请人意见的决定,尤其是其提出的,只有在一国司法系统整体上采取最终行动的情况下才产生国家责任。^⑪

但是,仲裁庭没有立即考查这一点,而是对初审所存在的缺陷进行了具体分析,包括允许原告及其律师采取歧视性的诉讼策略和言论影响陪审团对被告和案件事实的判断、没有对陪审团作出正确的指示,导致初审对被告应承担的损害赔偿总判决与该案原告所遭受的损害显著不成比例,法官显然并未做到为洛文集团提供正当程序。所以,申请人有理由主张初审判决的损害赔偿过度。明确了这一点,仲裁庭依然没有回归管辖权问题,直到论证了密西西比州法院的整个审判及判决不符合国际法的最低标准和公平公正待遇,仲裁庭才重新讨论被申请人的第二项管辖权异议。

对于被申请人主张的 NAFTA 第 1121 条第 2 款 b 项不是弃权条款、没有放弃当地救济规则或者当司法行为构成违反国际法的行为时司法程序应当被诉至最高法院的要求,仲裁庭援引了格林伍德 (Greenwood) 教授提出的三个需考虑的问题: (1) 是否存在可归因于被申请国的行为; (2) 该行为是否违反国际法; 以及 (3) 在穷尽当地救济之前,被申请国能否在国际程序中对该行为负责。

仲裁庭认为,因为法院属于国家机构,所以一国法院的决定归因于国家,那么其中问题 (1) 不需要考虑。对于问题 (2),仲裁庭指出穷尽当地救济属于程序性规则,联合国国际法委员会 (International Law Commission, 以下简称 ILC) 所颁布的《国家对国际不法行为的责任条款 (草案)》第 44 条^⑫ 已经证明当地救济规则解决的是一项请求在国际法上的可受理性,与该请求的产生是否源于国家违反国际法无关。仲裁庭还援引美国 - 墨西哥求偿仲裁庭的大量决定,肯定了格林伍德教授所援引的一项原则,即一项可以通过司法程序进行上诉的法院决定不构成拒绝司法,此项原则与国际法要求国家提供公平有效的司法系统的义务相关。没有案例表明,当一国法律制度内存在有效和充分的上诉途径时,国际法庭应当裁决,该国须对其下级法院的判决违反国际法的行为承担国家责任。

仲裁庭随后分析是否存在洛文集团可获得的充分和有效国内救济,以及洛文集团是否采取有效措施寻求这种救济。对于申请人所主张的, NAFTA 第 1121 条要求其放弃当地救济作为提起仲裁请求的条件这一论点,仲裁庭认为, NAFTA 第 1121 条并未明确要

⑪ NAFTA 第 1105 条 (最低待遇标准) 规定: “1. 每一缔约方应当给予另一缔约方投资者符合国际法的投资待遇, 包括公平和公正的待遇以及充分的保护和安全保障。2. 在不影响第 1 款的情况下, 尽管有第 1108 条第 (7) 款 (b) 项的规定, 每一缔约方应给予另缔约一方投资者或投资者之投资的待遇, 在其采取或维持的、关于武装冲突或内乱而造成其境内投资的损失之措施方面, 应当是非歧视的。3. 第 2 款不适用于与第 1102 条不一致但和第 1108 (7) (b) 条一致的补贴或补助相关的现有措施。”

⑫ 《国家对国际不法行为的责任条款 (草案)》第 44 条 (请求的可受理性) 规定: “下列情况不得援引国家的责任: (a) 提出的请求不符合请求方国籍有关的任何适用规则; (b) 该请求适用用尽当地救济规则, 同时任何可用且有效的当地救济尚未用尽。”

求,在司法行为违反国际法的情况下,司法程序需持续至最终阶段。但是,如果国家将因其地方官员或低层司法官员违反国际法而承担责任,但国内上诉程序并未适用,更不用说用尽,那将很怪异。如果第 1121 条具有这种效果,将鼓励投资者将争端诉诸 NAFTA 仲裁庭,而非东道国的上诉法庭和审查程序。因此,仲裁庭认为, NAFTA 第 1121 条的弃权要求不包括在因司法行为产生的国际法违法申请中放弃寻求当地救济的义务。

在穷尽当地救济义务的内容与范围上,纵使此项义务规定申请方需要穷尽所有有效、适当的义务,只要该义务并非“显然无用”;但此规则仍具有相当程度的弹性,若申请进一步救济程序中涉及的费用远远超出可能产生的任何赔偿,即可满足该项规则的要求。仲裁庭认为,穷尽当地救济需要申请方在当时的情况下穷尽有效、适当且合理可得(reasonably available)的救济,可得性意味着根据申请人的实际情况,包括其作为外国投资者受到与寻求当地救济有关的情况影响的经济和财务情况。若一国直接或间接加重申请人行使权利的负担,以至于申请人面临极端严峻的经济后果,则该国可能以其行为否认了申请人给予该国矫正申诉事项的机会。

在本案中,第一申请人一度向密西西比州最高法院寻求救济。在其停止执行的动议被密西西比州最高法院拒绝后,第一申请人与奥克夫签署了和解协议。仲裁庭认为,第一申请人应当负举证责任,但却未能提供证明其选择签订和解协议是唯一途径的证据。由此,仲裁庭得出结论认为,第一申请人因主动寻求和解协议并未穷尽当地救济,尤其是寻求最高法院救济这一选项,因此未能证明被申请人违反了 NAFTA 或习惯国际法。

(三) 国籍持续原则的应用

在 2001 年 10 月的庭审会议召开之后,洛文集团根据《美国破产法》第 11 章提出了自愿破产的申请且获得了美国、加拿大破产法庭的批准,洛文集团不再作为企业实体存在。洛文集团意识到依据 NAFTA 的规定一家美国籍企业不能针对美国提起诉讼,因此将其在 NAFTA 下的所有权利、权属和权益转让给一家新成立的公司纳夫坎科(Nafcanco)。美国在 2002 年递交的反对意见中针对这一点指出,因洛文集团的破产重整而创设的纳夫坎科为美国公司,其由于国籍原因而不能作为提出投资争端仲裁请求的适格主体,仲裁庭因此不具备对本案的管辖权。

对此,仲裁庭首先明确, NAFTA 缔约目的显然在于,保护一缔约方的投资者免受在其他缔约方境内发生的不公平做法。NAFTA 并非旨在也不可能影响对美国国内投资者造成不利影响的美国行为,此类诉求只能通过国内法予以救济。而洛文集团认为,由于它在提出请求时拥有符合要求的国籍,因此,目前实际的利益当事方,即请求的受益人是美国公民,这一点并没有受到影响。仲裁庭认为这一点不成立,在国际法中,必须存在从产生诉求的事件发生之日(起算日)开始一直到诉求解决之日(终止日)的持续国民身份。针对洛文集团提出的, NAFTA 第 1116 条和第 1117 条仅对提交申请之日要求国籍,仲裁庭指出,这些条款只针对起算日,即诉求开始之日的国籍要求。这些条款或 NAFTA 的其他规定都没有解决国籍是否必须持续到诉求解决之日的问题。由于该条约的沉默,因而应当适用习惯国际法来解决是否需要国籍持续的问题。正如被申请人所提出的,第

1131 条要求仲裁庭根据“可适用的国际法规则”决定争议问题。^⑬ 仲裁庭认为,国籍持续要求基于国际礼让。由于国际法已放宽要求,允许受侵犯的投资者直接寻求救济,而不再通过外交途径,对于严格终止日规则的需求也放开了。但是,这种要求的放开需要条约的明确规定,而 NAFTA 当中没有这种规定。仲裁庭的管辖权产生并受限于 NAFTA 的约文,无论洛文集团决定继续进行其选择的破产的理由为何,其结果已导致 NAFTA 所要求的国籍链条断裂。且申请人没有证明国际法已经演变到不再要求国籍持续到争端解决之日。因此,由于洛文集团的破产重整导致申请方的国籍发生变化,本案当事方已经成为美国投资者与美国政府,不符合习惯国际法中的国籍持续原则,仲裁庭对其争端不具有管辖权。

三、简要评析

洛文案是投资仲裁历史上里程碑式的案件。本案仲裁裁决中首次清晰阐述了用尽当地救济原则、拒绝司法及司法终局的区别和联系,不仅引发了理论界与学术界的广泛关注,且被此后的仲裁案件广泛引用。此外值得注意的是,本案对于国籍持续原则的说理存在一定争议性,但在东道国规制权回归的趋势下,由于外交保护及国籍持续原则在投资仲裁领域可能的适用空间,本案在这一领域也具有相当的研究价值。

(一) 司法终局、拒绝司法与用尽当地救济

洛文案的裁决首次提出了司法终局要求,对司法终局、拒绝司法与用尽当地救济之间的关系进行了详细阐释。本案仲裁庭在实体审理阶段最终认为,与依据 NAFTA 第 1105 条的拒绝司法之诉相关的司法终局和用尽当地救济原则之间并无差别,其目的均为保障东道国在其自身司法体系中有机会纠正本国下级法院的不当司法行为,而在其他情形下,司法终局要求与用尽当地救济原则虽然内容相似,但实际上具有不同目标。即使 NAFTA 第 1121 条规定了将放弃当地救济作为进入仲裁程序的前提条件,但是, NAFTA 第 1121 条不涉及由司法行为导致的东道国违反国际法这一情形。

这一裁决在学界引发了广泛讨论,学者观点主要包括本案仲裁庭对于当地救济的有效性测试到达一国最高法院的层面而过于苛刻,^⑭ 应当由东道国而非投资者承担关于当地救济无效的举证责任,^⑮ 洛文案的裁决逻辑将导致东道国难以履行司法职能^⑯ 等。此

^⑬ NAFTA 第 1131 条规定:“1. 根据本节设立的仲裁庭应根据本协定和适用的国际法规则裁决争议问题。2. 委员会对本协定条款的解释对根据本节设立的仲裁庭具有约束力。”

^⑭ Paparinskis Martins, *International Minimum Standard and Administration of Justice, The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford Monographs in International Law, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199694501.003.0008>, last visited Feb.2, 2023.

^⑮ Rubins Noah, *Loewen v. United States: The Burial of an Investor-State Arbitration Claim*, *Arbitration International*, 2005, Vol.21:1, p.20.

^⑯ Shapren Andrew J, *NAFTA Chapter 11: A Step Forward in International Trade Law or a Step Backward for Democracy?*, *Temple International and Comparative Law Journal*, 2003, Vol.17:1, p.343.

外,虽然 NAFTA 第 1136 条第 1 款明确规定仲裁庭的裁决不应作为其他案件的先例,^{①⑦}但是在洛文案判决作出后,NAFTA 还是在短期内召集了专家小组,其在关注其他仲裁庭对相似问题的处理方式的同时试图解释为何他们拒绝或认为其他先前仲裁庭的推理不能适用。^{①⑧}

然而,即使学者对洛文案的裁决存在一些批评意见,洛文案仍旧对随后的仲裁案件产生了不可忽视的深远影响,在莫里斯 (Morris) 案^{①⑨}、扬·德·努尔 (Jan de Nul N.V.) 案^{②⑩}等仲裁案例中被广泛引用。此后,在赛佩姆 (Saipem) 案中,被申请人援引洛文案,认为当东道国国内的司法行为被诉至仲裁庭时,无论这一司法行为被认定为拒绝司法还是征收,均应当以穷尽当地救济作为实质性的要求。此案仲裁庭认为征收不一定以拒绝司法为先决条件,因此用尽当地救济原则不构成司法征收的实质条件;^{②⑪}这一案件承继洛文案,开启了关于司法征收与拒绝司法、穷尽当地救济规则之间关系的讨论。近期的里昂墨西哥 (Lion Mexico) 案以洛文案为基础,进一步将程序性的拒绝司法分为三类:拒绝接近司法 (Denial of access to justice)、拒绝辩护权或举证权 (Denial of the right of defense or to present evidence) 及法庭无故拖延 (Undue court delay),同时提出拒绝司法需要较高的证明标准,但并不需要证明被申请人存在恶意;^{②⑫}这一案件也是 NAFTA 项下首个裁定东道国构成拒绝司法的仲裁案例,不仅对洛文案所确立的相关裁判规则进行了细化,也将对此后的投资仲裁案件产生深远的影响。

此外值得注意的是,伴随着东道国投资管制倾向的逐渐强化,出现了东道国以仲裁庭错误适用拒绝司法而违背东道国公共政策为由撤销裁决的案件。在曼彻斯特证券 (Manchester Securities) 案中,仲裁庭认为波兰最高法院未能向申请人提供举证或抗辩的机会,违反正当程序,其部分结果达到了“特别令人震惊”的程度,从而构成拒绝司法。^{②⑬}然而,本案被申请人 (波兰) 向仲裁地布鲁塞尔法院申请撤销裁决后,法院认为此案仲裁庭以严重违反国际公法的方式适用了拒绝司法这一概念,违反了波兰的公共政策,因此撤销了本案的仲裁裁决。^{②⑭}

(二) 国籍持续原则

在洛文案中,仲裁庭认为 NAFTA 的约文关于国籍持续问题并无明确规范,因此援

^{①⑦} NAFTA 第 1136 条第 1 款规定:“仲裁庭作出的裁决不具有约束力,除非在争议双方之间和针对特定案件。”

^{①⑧} Bjorklund Andrea K, *Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims*, Virginia Journal of International Law, 2005, Vol.45:4, p.857.

^{①⑨} Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ARB/10/7, ICSID, Award, 2016, para.571.

^{②⑩} Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ARB/04/13, ICSID, Award, 2008, para.192.

^{②⑪} Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ARB/05/07, ICSID, Award, 2009, paras.181-184.

^{②⑫} Lion Mexico Consolidated L.P. v. United Mexican States, ARB(AF)/15/2, ICSID, Award, 2021, para.368.

^{②⑬} Manchester Securities Corp. v. The Republic of Poland, No.2015-18, PCA, Award, 2018, p.130.

^{②⑭} IAREporter, *Analysis: Brussels court sets aside award against Poland after deciding that UNCITRAL tribunal acted as appeals court in denial of justice ruling*, <https://www.iareporter.com/articles/analysis-brussels-court-sets-aside-award-against-poland-after-deciding-that-uncitral-tribunal-acted-as-appeals-court-in-denial-of-justice-ruling/>, last visited Feb.22, 2023.

引了习惯国际法规则。仲裁庭援引了国际礼让这一古老渊源,并认为国际法对外交保护原则的放宽需要相关条约加以例外的明确规定。因此,在 NAFTA 的约文并未明示排除国籍持续要求的情况下,将适用习惯国际法中的国籍持续规则进行裁决。就国籍持续的截止日(dies ad quem)具体应当截至仲裁请求提出之日还是争端解决之日这一问题,仲裁庭并未充分援引相关案例进行实质的说理,由于申请人在仲裁过程中改变了国籍,国籍持续要求不能得到满足。

本案关于国籍持续原则的论述引发了一定的争议,并对此后的条约与仲裁实践产生了深远影响。在本案仲裁裁决作出之时,加拿大并未签署《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《公约》),《公约》关于国籍与外交保护的相关内容因此未被运用于本案之中,而本案仲裁庭认为申请人并未成功论证关于国籍持续的时间应至争端解决之日的习惯国际法已经发生演变。在本案之后,ILC 在《外交保护条款(草案)》(以下简称《草案》)第 5 条与第 10 条的评论中专门讨论了洛文案及其影响^{②5},但其认为若将截止日确定为争端解决之日,对在仲裁持续期间经历归化、婚姻而改换国籍的投资者有失公平,而《草案》最终规定国籍持续时间应至正式提出求偿之日。

然而,前述论证仍旧存在一定的缺憾。其一,在习惯国际法领域,截止日的确定长期以来仍存在争议,^{②6}也缺少足以证明满足习惯国际法构成要件的国家实践要素。^{②7}因此,本案仲裁庭将截止日直接认定为争端解决之日缺乏充足依据。其二,根据《公约》《草案》、相关投资协定及其嗣后实践,国际投资仲裁机制逐渐排除了投资者国籍国对投资者的外交保护,而使投资者通过依据相关投资协定直接向东道国提起仲裁的方式救济自身权利,如《公约》第 27 条第 1 款明确缔约国对已同意交付或已交付仲裁的争端不得给予外交保护,^{②8}《草案》第 17 条规定其不适用于投资保护协定。^{②9}国际法院在迪亚洛案中也提出,外交保护仅在不存在有效的投资协定或者投资协定不发挥作用等很少见的情况下,才能发挥功用。^{③0}

(三) 结语

本案基于 NAFTA 约文及习惯国际法作出裁决,其关于司法终局、拒绝司法及用尽当地救济的论述对于此后的投资仲裁案件产生了深远影响,在洛文案基础上,嗣后的仲裁案例对拒绝司法的要素与具体标准加以不断完善,对司法征收的讨论也渐趋深入。在

^{②5} Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, in Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, pp.31, 39.

^{②6} Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ, Separate opinion of Judge Jessup, 1970, para.76.

^{②7} 张磊:《论外交保护的国籍持续要求及其例外规则》,载《复旦学报(社会科学版)》2012 年第 4 期,第 129 页。

^{②8} 缔约国对于它本国的一个国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际要求,除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。

^{②9} 《外交保护条款(草案)》第 17 条规定:“本条款草案概不影响国家、自然人或其他实体按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序,为因国际不法行为而遭受的损失取得补救的权利。”

^{③0} Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), ICJ, Judgment, 2007, para.87.

错综复杂的国际经贸局势下,东道国规制权呈现回归趋势;这使以拒绝司法为裁判依据的仲裁案件可能被东道国以公共政策为依据撤销裁决,同时外交保护回归至投资争端领域也存在一定的可能性。面对投资仲裁的正当性危机,应从以洛文案为典型的投资仲裁案件中总结实践经验,妥善平衡投资者利益保护与东道国规制权。

Abstract: Loewen Group, Inc. and Raymond Loewen v. United States of America is a representative case in international investment arbitration. In this case, based on the North American Free Trade Agreement, the arbitral tribunal made a groundbreaking elaboration on judicial finality, denial of justice and exhaustion of local remedies, and also analyzed the continuous nationality rule. The case is widely cited by subsequent arbitral awards and has a profound impact on treaty practice. This article analyzes the background, main legal issues, results and further impact of this case.

Keywords: investment arbitration; exhaustion of local remedies; denial of justice; continuous nationality

(责任编辑:郭菲菲 外审专家:肖 军)

中国海事仲裁委员会简介

中国海事仲裁委员会（简称“中国海仲”，英文简称CMAC）是根据中华人民共和国国务院1958年11月21日决定，于1959年1月22日在中国国际贸易促进委员会（中国国际商会）内设立的，唯一以解决海事海商、交通物流争议为特色并涵盖其他所有商事争议的全国性、国际化仲裁机构。

中国海仲2021年修订机构《仲裁规则》、更新《仲裁员名册》，增加机构管理透明度，提高仲裁公信力，2022年配合中国海商法协会发布《临时仲裁规则》，提供临时仲裁服务，满足不断变化的仲裁实践需要，以其丰富的实践经验和精深的理论研究为中国仲裁法治建设和国际仲裁事业发展做出了突出贡献。自成立以来，中国海仲以事实为依据，以法律为准绳，参考国际惯例，尊重合同约定，已独立公正地审理裁决案件数千件，所受理的海事海商案件数量持续位居世界前列。所涉案件专业性强，国际案件占比高（60%以上），裁决的独立性、公正性、专业性和权威性得到了国际社会的普遍确认，其优质高效的仲裁服务在国内外享有盛誉。

中国海事仲裁委员会示范条款

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交中国海事仲裁委员会，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。

可特别约定：仲裁庭由【 名】仲裁员组成，仲裁地位于【】，仲裁语言为【】，本合同适用【】为实体法。

China Maritime Arbitration Commission (CMAC) Model Arbitration Clause

Any dispute arising from or in connection with this contract shall be submitted to China Maritime Arbitration Commission (CMAC) for arbitration in accordance with CMAC Arbitration Rules for the time being in force at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon all parties.

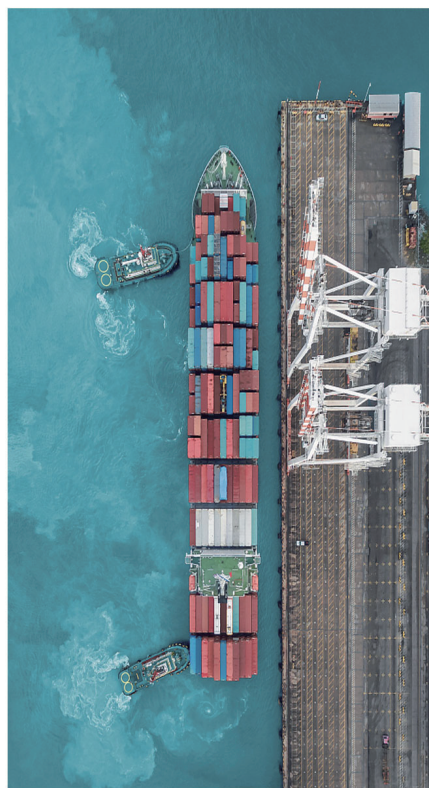
Recommended additions:

The arbitral tribunal shall be composed of [...] arbitrator(s).

The seat of arbitration shall be [...].

The language of the arbitration shall be [...].

This contract shall be governed by the substantive law of [...].



联系我们

中国海事仲裁委员会

地址：北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦13层

邮编：100035

电话：010-82217900、010-82217920/7927

传真：010-82217966

邮箱：cmac@cmac.org.cn

网址：http://www.cmac.org.cn



扫一扫关注订阅号



扫一扫关注公众号



中国贸促会专利商标事务所
CCPIT PATENT & TRADEMARK LAW OFFICE



守护智慧 创造价值

中国贸促会专利商标事务所将为您提供：

专业化 · 精细化 · 国际化服务

习近平主席在庆祝中国国际贸易促进委员会

建会70周年大会上指出，

“（中国贸促会）在国际经贸仲裁、**知识产权服务**、
商事调解等领域**积极探索创新**”。

在高质量发展的新时代，贸促会专商所将

不忘初心、牢记使命，

继续探索创新，

助力中国企业扬帆远航。

www.ccpit-patent.com.cn

ISSN 2096-8035



9 772096 803230

国内统一刊号：CN10—1667/F

国际标准刊号：ISSN 2096—8035

每期定价：50元