



商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

Singapore Convention on Mediation

New York Convention

Arb & Med

Washington Convention

2023 / 第5期

双月刊(总第21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

2023年 第5期 / 双月刊 / 总第21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 严文君 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
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

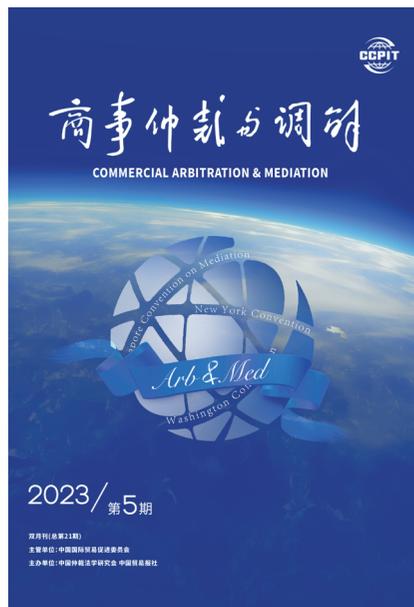
中国贸促会
微信公众号二维码



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

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。



仲裁厅

示范条款

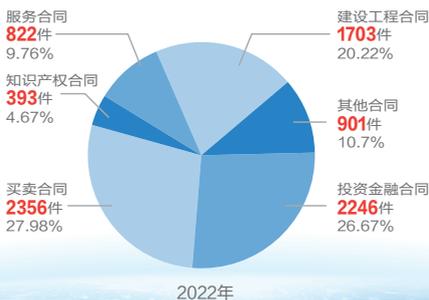
因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心按照其仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。



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」

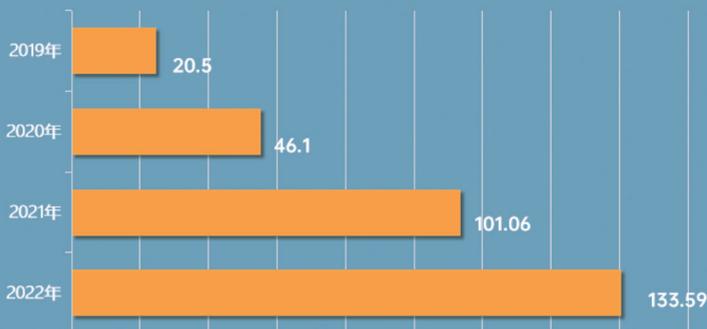
2021年-至今
标的额

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

□ 实践研究

新型争议评审制度在建设工程付款纠纷中的应用及其制度构建····· 孙 巍 7

□ 理论研究

粤港澳大湾区商事仲裁：优势、困境与完善····· 韩立新 姜泽慧 32

按小时费率计收仲裁员报酬的法理基础与规范进阶····· 李佳临 42

□ 青年学范

国际商事仲裁视角下仲裁信息安全措施制度研究····· 李昱辰 58

我国仲裁司法监督混同困境的优化路径····· 熊海量 81

互惠原则下被撤销的国际商事仲裁裁决的承认与执行····· 刘 畅 94

□ 案例分析

评 AMTO 公司诉乌克兰案 ····· 于占洋 109

评 Chemtura 公司诉加拿大仲裁案 ····· 魏芊汝 123

从 Ulysseas 诉厄瓜多尔案看国际投资仲裁中的国家归因问题····· 姚若楠 135

论 ISDS 机制下的环境反请求

——以“伯灵顿资源公司诉厄瓜多尔案”为例····· 张 倩 150

上述案例为中国贸促会法律部编写

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 5, 2023 (Serial No. 21)

September 10, 2023

The Application of Adjudication in Construction Payment Disputes and Its Institutional Design	<i>SUN Wei</i> (7)
Commercial Arbitration in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area: Advantages, Challenges and Improvement	<i>HAN Lixin JIANG Zehui</i> (32)
Institutional Advantages and the Way Forward in Regulating the Remuneration of Arbitrators at Hourly Rates	<i>LI Jialin</i> (42)
Information Security Measures System in Arbitration: A Perspective of International Commercial Arbitration	<i>LI Yuchen</i> (58)
The Optimization Path of the Dilemma of Judicial Supervision of Domestic Arbitration in China	<i>XIONG Hailiang</i> (81)
Recognition and Enforcement of Annulled International Commercial Arbitral Awards under the Perspective of Reciprocity Principle.....	<i>LIU Chang</i> (94)
A Brief Review on the <i>AMTO v. Ukraine</i>	<i>YU Zhanyang</i> (109)
Case Comment on <i>Chemtura Corporation v. Government of Canada</i>	<i>WEI Qianru</i> (123)
The Issue of State Attribution of the International Investment Arbitration: From the Case of <i>Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador</i>	<i>YAO Ruonan</i> (135)
On Environmental Counterclaims under ISDS Mechanism: Take " <i>Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador</i> " as an Example	<i>ZHANG Qian</i> (150)

The above cases are edited by the Legal Department of CCPIT

新型争议评审制度在建设工程付款纠纷中的应用及其制度构建

孙 巍*

内容提要 工程款久拖不结一直是建设工程领域的顽疾,建筑企业应收账款高居不下,对建筑行业和中小企业在国民经济中发挥积极作用造成负面影响;面对建设工程领域内的付款纠纷,传统的争议解决方式显得捉襟见肘。为应对这一难题,部分域外立法通过确立争议评审这一纠纷解决机制,实现了快速解决付款纠纷的目的。在我国大力推行建设工程过程结算、保障对中小企业的款项支付以及多元化纠纷解决体系建设不断深化的背景下,我国应立足于现实情况并借鉴比较法的有益经验,在立法层面建立一种专为解决建设工程付款纠纷的新型争议评审制度,以期实现纠纷的快速解决,落实对建筑企业的付款保障。具体到制度设计上,立法应明确规定争议评审决定具有临时约束力,并为其设置独立的执行程序与司法监督机制,同时还需厘清争议评审与其他争议解决机制之间的协调互补关系。在实践层面,将来我国可先行依托仲裁机构开展争议评审活动,并在国有企业中试点,逐步推广新型争议评审制度的适用。待制度成熟后,争议评审制度亦可从建设工程领域推广适用至其他领域,并成为解决长期合同项下付款纠纷的配套机制,落实对中小企业的付款保障。

关键词 争议评审;多元化纠纷解决;建设工程;中小企业

一、问题的提出

工程款久拖不结一直是我国建设工程领域的顽疾。2020年,全国103805家建筑业企业应收工程款共计60013亿元。在我国,建筑业企业中属于中小企业的共101000家,占比约97%;^①但实际上,不仅中小型建筑业企业普遍面临着工程款拖欠难题,许多大型建筑业企业亦困难以及时收回工程款等原因导致资金链断裂,被迫走向破产重整或清算。^②然而,建筑业是国民经济的支柱产业,中小企业亦是国民经济发展的主力军。从

* 孙巍,北京市中伦律师事务所合伙人,中国政法大学国际法学院2021级博士研究生。

① 国家统计局固定资产投资统计司:《中国建筑业统计年鉴:2020》,中国统计出版社2020年9月版,第8、29页。

② 例如,2022年2月13日,江苏南通六建建设集团有限公司被法院裁定受理破产重整;2021年12月22日,苏中建设集团股份有限公司申请进行破产清算;2022年4月1日,江苏南通三建集团股份有限公司组建金融机构债权委员会,拟进行债务重组。

2017年至今,建筑业增加值占国内生产总值的比例始终保持在6.85%以上,^③中小企业对国内生产总值的贡献率则高达60%以上,^④两者均对国民经济的发展具有重要的推动作用。如若对工程款欠付问题放任不管,必将损及建筑行业以及中小企业在国民经济中的地位与作用,不利于国民经济与建筑业市场的良性发展。

近年来,虽然从中央到地方的各级政府均力图推行建设工程过程结算,并出台多项保障中小企业的付款措施,^⑤试图缓解实践中广泛存在的应收工程款拖欠问题,但其成效仍显不足。面对建设工程领域的欠款纠纷,传统的争议解决方式亦显得捉襟见肘。具体而言,建设工程诉讼、仲裁案件的审理期限长、成本较高、对抗性较强,不利于维系当事人之间的长期合作关系。此外,在建设工程合同法律关系中,发包方往往占据优势谈判地位,而施工企业的话语权较弱,双方亦难以通过和解或调解的方式协商一致解决纠纷,和解或调解活动也可能因双方陷入谈判僵局而久拖不决。

实际上,建设工程领域内频发的欠款问题以及传统争议解决方式对该问题的“失灵”并非中国所面临的特殊难题。在交易结构为长期合作、分期付款的建设工程合同关系中,付款迟延是建筑企业所面临的一项固有风险,亦是各国都需要解决的一个具有普遍性的问题。在这方面,部分域外立法已进行了有针对性的创新和实践,其中最为突出的是以“争议评审”为代表的一类争议解决机制。^⑥按照联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL,以下简称“联合国贸法会”)的观察,争议评审(adjudication)是指这样一种机制:当事人将争议提交给一个独立和中立的第三方,该第三方需要在较短时限内了解双方意见并作出决定;该决定有初步约束力,但不具有终局性,可以被嗣后的仲裁、诉讼结果或当事人达成的和解协议推翻。^⑦争议评审在性质上属于一种中期争议解决(interim dispute resolution)手段,目的在于确保合同款项得到立即支付,并将争议置后处理。^⑧目前,英国、澳大利亚、新西兰、新加坡等国均已通过立法建立了建设工程领域的

^③ 参见国家统计局数据统计,载国家统计局官网, <http://www.stats.gov.cn/>,最后访问时间:2023年10月21日。

^④ 陈凌:《充分激发中小企业发展活力》,《人民日报》2019年4月17日,第5版。

^⑤ 过程结算,是指工程项目实施过程中,发承包双方依据施工合同,对结算周期内完成的工程内容(包括现场签证、工程变更、索赔等)开展工程价款计算、调整、确认及支付等活动。对于过程结算,中央政府的文件主要包括《建设工程价款结算暂行办法》(财建〔2004〕369号,2004年10月20日发布)和《关于完善建设工程价款结算有关办法的通知》(财建〔2022〕183号,2022年6月14日发布);地方政府有代表性的文件包括2019年《广东省住房和城乡建设厅关于房屋建筑和市政基础设施工程施工过程结算的若干指导意见》(粤建市〔2019〕116号,2019年6月13日发布)等。此外,2020年7月14日,国务院发布《保障中小企业款项支付条例》(国务院令第728号),旨在促进机关、事业单位和大型企业及时支付中小企业款项,维护中小企业合法权益,优化营商环境。

^⑥ 为方便理解,本文将 Adjudication、Dispute Adjudication Board 等制度统称为“争议评审”,只在介绍某一域外制度时说明其英文名称,原因在于:第一,此种机制在中文语境下尚未形成与英文表达一一对应的译名,比如联合国国际贸易法委员会的中文版文件将其译为“仲裁”,而在国内研究中有“争议评审”“工程裁决”“裁决”等多种译法;第二,此种机制在不同法域背景下各具特色,制度特点、法律性质不尽相同;第三,中国已有仲裁机构制定了争议评审规则并组织了相关实践,因此,对于此种机制而言,“争议评审”是国内最为常用的术语,最易于读者接受和理解。

^⑦ *Settlement of Commercial Disputes: Adjudication, Note by the Secretariat*, UN General Assembly Document A/CN.9/WG.II/WP.225, 27 January 2022, para.6.

^⑧ *Id.*, at para.7.

“法定争议评审”,进一步规范了争议评审的模式,强化了争议评审决定的效力。

值得关注的是,在我国,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,指出我国要健全社会矛盾纠纷预防化解机制,完善多元化纠纷解决机制;2019年,习近平总书记在中央政法工作会议上明确提出要“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”。矛盾纠纷数量的居高不下以及诉讼方式的固有缺陷等因素共同催生了对多元化纠纷解决机制的需求;而在这一背景下,应当看到,争议评审机制或许能够作为多元解纷的一项新制度,快速解决实践中频发的建设工程付款纠纷,弥补传统争议解决机制的不足。在我国大力推行建设工程过程结算、保障中小企业款项支付以及多元化纠纷解决体系建设工作不断深化的大背景下,根植于我国本土情况构建的新型法定争议评审制度亦有可能作为一项适用于特定行业、特定纠纷的多元化纠纷解决方式,在提前化解建设工程付款纠纷、组织发挥行业力量、分担缓解诉讼压力等方面发挥重要作用,从而促进社会矛盾的化解、社会治理的创新,同时亦能改善建筑行业生态,推动国民经济的健康发展。

基于以上,本文将在第二部分对比较法上的法定争议评审制度作类型化观察,厘清其制度要点和特色。第三部分将讨论我国是否有必要在建设工程领域设立法定争议评审。第四部分将分析在我国现行法律体系内构建争议评审制度的可行性以及一些具体问题,包括何种制度框架更适合我国实践现状、争议评审决定的效力、执行路径和对该程序的司法监督等;除此之外,本文还将从多元化纠纷解决体系的角度探究争议评审制度与其他争议解决机制之间的关系,为将该制度更好地融入到我国现行法律体系中提供方案。

二、法定争议评审制度的运作机制探析

法定争议评审制度诞生于英国。在20世纪90年代经济衰退、建设工程行业付款困难的背景下,英国经过深入的行业调查,于1996年制定了《房屋补助、建筑与重建法》(Housing Grants, Construction and Regeneration Act,以下简称《建筑法》),将一种原本仅存在于工程实践中的“争议评审”确立为一项法定争议解决机制。^⑨简而言之,法定争议评审旨在快速解决建设工程项目实施过程中产生的简单纠纷(特别是付款纠纷),并且争议评审决定的内容能够得到法院执行。在其后十余年中,澳大利亚多个州、新西兰、新加坡等法域受英国的影响,也先后将争议评审机制纳入其建设工程付款保障立法中。

^⑨ 20世纪90年代初,英国发生经济衰退,建筑行业受到沉重打击。在此背景下,英国政府于1993年在下议院宣布启动对建筑行业“采购和合同安排的联合审查”(Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements)。资深议员Michael Latham爵士受英国政府委任负责这项工作,并于1994年发布了一份题为“Constructing The Team”的报告。该报告深入分析了一些英国建筑行业长期存在的问题,并有针对性地提出了30条改革建议,其中就包括将争议评审确立为一项普遍适用的工程争议解决措施。Michael Latham, *Constructing the Team: Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Arrangements in The UK Construction Industry*, London: HMSO, 1994, pp.1-130.

（一）制度要点与两种基本模式

通观比较法实践,目前各法域的争议评审制度呈现出两种基本模式:一种是以英国为代表的“综合”模式,另一种则是以澳大利亚新南威尔士州^⑩为代表的“付款保障”模式。在综合模式下,争议评审员拥有更大程度的自由裁量权,能够决定的事项类型较多;而在付款保障模式下,争议评审规定在建设工程领域的付款保障法中,与一整套付款保障体系紧密结合,专门用于解决围绕特定付款请求的纠纷。新加坡的法定争议评审和我国香港地区拟推行的法定争议评审均属于付款保障模式。

比较而言,两种模式的争议评审在适用范围上存在比较明显的区别。根据英国1996年《建筑法》,争议评审员有权对三类事项作出决定:一是审查合同相关主体作出的任何决定或证书(除非该等决定或证书已具有终局性),二是决定合同项下的付款,三是决定利息;^⑪其中关于付款争议的决定最为常见。

与英国不同,澳大利亚新南威尔士州的当事人仅能在双方对一项符合法律规定的“付款请求”存在争议时将该争议诉诸争议评审程序。具体而言,根据新南威尔士州1999年《房屋与建筑业付款保障法》(New South Wales Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999,以下简称《付款保障法》),^⑫如果建设工程合同的一方(以下简称“请求方”)希望另一方(以下简称“被请求方”)付款,则首先应当按照法律规定的形式提供一份“付款请求”;然后,被请求方应当向请求方提供一份“付款计划表”(payment schedule),列明其认可的金额和计划支付的金额。在这一请款程序安排的前提下,请求方只在三种情形下有权提起争议评审:一是付款计划表中计划支付的金额少于请求金额;二是被请求方未能在到期日前支付计划的金额;三是被请求方未能提供付款计划表,且未能在到期日前支付请求金额;并且,在上述三种情况下,请求方提起争议评审都有时间限制。^⑬也就是说,在付款保障模式下,当事人并不能在任何时候就任何纠纷提起争议评审,争议评审专门用来处理具体的付款纠纷。

在程序时间方面,在英国,争议评审员原则上应当在争议提交后的28天内作出决定;^⑭而在争议评审的适用范围更小的新南威尔士州,在被请求方有权提交答辩的情况

^⑩ 澳大利亚由多个州和地区组成。除新南威尔士州之外,有法定争议评审制度的州还包括维多利亚州、昆士兰州等,不同州的制度亦有差异。

^⑪ 英国1998年《建设工程合同(英格兰及威尔士)法规》(the Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998)第20条。

^⑫ 顾名思义,该法的目的就是保障根据建设工程合同承担施工工作(或提供相关货物和服务)的主体获取进度款。参见澳大利亚新南威尔士州1999年《付款保障法》第3(1)条。

^⑬ 参见澳大利亚新南威尔士州1999年《付款保障法》第17(1)条。从其他法域的制度来看,新加坡2004年通过的《建筑与建筑业付款保障法》(Building and Construction Industry Security of Payment Act,以下简称《付款保障法》)和我国香港地区正在试点的付款保障法中规定的法定争议评审均与新南威尔士州模式非常相似。根据新加坡2004年《付款保障法》,争议评审处理的是施工合同与供货合同下的付款纠纷,且争议评审程序在合同当事人就“付款请求”未能达成一致的情况下才能启动。而根据香港地区目前公布的付款保障法框架,建设工程合同的当事人有权将关于“法定付款请求”的纠纷提交争议评审。

^⑭ 英国1998年《建设工程合同(英格兰及威尔士)法规》第19条。

下,争议评审员作出决定的时间不应晚于被请求方收到争议评审请求后的 15 个工作日。^⑮

(二) 争议评审决定具有临时约束力

在比较法上,法定争议评审国家均规定争议评审员作出的决定具有“临时约束力”。其中,“约束力”意味着争议评审决定是一项有强制力的“决定”,而不仅仅是一项“建议”,在争议评审决定作出后,直至其失效前,当事人有义务遵照决定的内容履行。“临时”则是指争议评审是一项中期性的争议解决机制,其决定原则上不具有终局效力——在一个争议评审程序结束后,当事人仍然可以依据合同提起诉讼或仲裁,或尝试就纠纷进行和解;在这些程序中,当事人仍然可以请求法官或仲裁庭重新判定争议评审决定涉及的问题,或者将其纳入和解的范畴;如果当事人嗣后就该争议获得了判决或裁决,或成功和解,那么争议评审决定就不再继续约束当事人的权利义务关系。^⑯

需要说明的是,争议评审决定仅具有临时约束力的必然结果是其不具有终局性意义上的既判力(res judicata)。^⑰这意味着:一方面,当事人可以通过其他程序重新处理争议评审决定涉及的争议问题;另一方面,在当事人没有特殊约定的情况下,法定争议评审原则上可以与诉讼、仲裁、和解等程序并行(从程序时间上看,争议评审一般能更早得出结果,因而还是具备不同于其他争议解决机制的即时性纠纷解决作用)。不过,当事人无权就争议评审决定过的事项再提起一个新的争议评审。^⑱

本文认为,临时约束力是一种比较特殊的效力类型,但恰恰也最能体现争议评审的制度本旨。临时约束力决定了当事人可以在建设工程项目的进展过程中通过争议评审及时处理相对简单的争议(特别是工程款争议),使得工程可以顺利开展下去,同时保留了在日后通过终局的争议解决机制更全面、更细致地处理纠纷的可能。

(三) 争议评审决定有清晰的执行方案

在通过立法规定争议评审基本程序的基础上,各法域通过立法或司法实践为争议评审决定确立了清晰的执行方案,争议评审机制的实效性得以显著提升。

在具体执行路径方面,英国和澳大利亚等采纳付款保障模式的法域存在比较明显的差异。在英国,争议评审决定最为常用的执行路径是由判例法而非成文法确立的,主要流程是依据英国 1998 年《民事诉讼规则》(Civil Procedure Rules 1998)第 7 条或第 8 条规定启动一般民事程序,进而向法官申请根据《民事诉讼规则》第 24 条,依争议评审决定作出简易判决(summary judgement)。

相较而言,在澳大利亚、新加坡和我国香港地区,立法均在设置争议评审制度的同时为其规定了专门的执行程序。根据澳大利亚新南威尔士州 1999 年《付款保障法》第

^⑮ 澳大利亚新南威尔士州 1999 年《付款保障法》第 20、21 条。

^⑯ 例如,新加坡 2004 年《付款保障法》第 21 条明确规定争议评审决定在争议“通过仲裁、诉讼或和解得到最终解决之前”具有约束力。

^⑰ Valentina Capasso, *Adjudication: May Arbitration Be Only Interim Final?*, *Rivista Dell'arbitrato*, 2018, Vol.111:3, p.598.

^⑱ *Body Corporate 200012 v. Keene & Ors*, [2017] NZHC 2953, the High Court of New Zealand, Uckland Registry, 2017, para.81.

24条及第25条规定,如果被请求方未能支付争议评审决定的金额,则请求方可以请求争议评审员的任命机构作出载明应付金额和付款期限的“争议评审证书”(adjudication certificate),该争议评审证书可以作为一项对债务的判决而得到执行。与此相似,根据新加坡2004年《付款保障法》第23条及第27条的规定,请求方可以请求法院按照确定债务的判决(judgement debt)来执行争议评审决定。可见,在新加坡与澳大利亚,争议评审当事人并不需要像英国当事人那样通过民事程序寻求执行救济。

总体而言,行业研究表明各法域的法定争议评审基本上都在建设工程争议解决中发挥了积极作用,改善了行业生态,取得了很好的反响。据统计,^①从1999年到2022年,英国各争议评审员任命机构(Adjudicator Nominating Body)^②每一年提供服务的争议评审案件都在一千个以上,部分年份还达到了两千余个。^③2010年澳大利亚的一项实证研究表明,新南威尔士州拖欠工程进度款的现象在2002年修法后呈减少趋势,法定争议评审比较成功地实现了其制度目标。^④

三、在我国确立法定争议评审制度的必要性

为确定我国是否有必要引入法定争议评审制度,一方面需要考虑我国建设工程领域内是否存在快速解决付款纠纷的现实需求,另一方面则需要考察现行争议解决机制本身是否已经能够担负起为建筑企业提供付款保障的重要任务,是否有必要“另辟蹊径”地设立新制度。本文认为,由于实践中大多数中小企业普遍面临着工程款拖欠难题,面对建设工程领域的欠款纠纷,现行争议解决方式显得捉襟见肘,无法发挥快速解决付款纠纷的效用,故引入法定争议评审制度有其必要性。

(一) 提升付款保障水平、改善行业生态是我国建设工程行业的现实需要

根据国家统计局数据显示,自2016年起至2019年,全国建筑业企业的应收工程款(含拖欠工程款)由40000亿元逐年递增至60000亿元。^⑤就近年的情况来看,2020年全国103805家建筑业企业应收工程款共计60013亿元,亏损企业共16971家,占比

^① 英国一个与伦敦国王学院(King's College London)合作的研究团队对《建筑法》生效之后法定争议评审的运行状况进行了跟踪统计,至今已出具20份报告。Renato Nazzini & Aleksander Kalisz, *King's College London and Adjudication Society Report: 2022*, <https://www.adjudication.org/resources/research>, last visited Oct.21, 2023.

^② 截至2023年10月21日,英国争议评审协会网站列明的任命机构共有30个。*Links to Adjudicator Nominating Bodies*, <https://www.adjudication.org/resources/adjudicator-nominating-bodies>, last visited Oct.21, 2023. 根据英国研究团队2020年报告,英国90%的争议评审案件中的争议评审员都是由任命机构任命的。J. L. Milligan & A. L. Jackson, *Report No. 19*, Glasgow: Adjudication Society, Report No.19, November 2020, p.9.

^③ Renato Nazzini & Aleksander Kalisz, *2022 Construction Adjudication in the United Kingdom: Tracing Trends and Guiding Reform*, London: the Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2022, pp.18-19.

^④ Michael Charles Brand & Thomas Uher, *Follow-up Empirical Study of the Performance of the New South Wales Construction Industry Security of Payment Legislation*, in *International Journal of Law in the Built Environment*, 2010, Vol.2:1, p.7.

^⑤ 参见国家统计局“数据查询”,载国家统计局官网, <https://data.stats.gov.cn/>,最后访问时间:2023年10月21日。

16.3%。^{②④}可见,目前我国建设工程领域应收工程款拖欠问题仍然较为严重,近年来亦呈现愈演愈烈之势,这不仅损害了建筑企业的合法权益,亦将严重影响工程建设的顺利实施,不利于建筑市场的规范运行。^{②⑤}

本文认为,建设工程行业之所以形成工程款拖欠现象严重、施工企业权利缺乏保障的行业现状,既有建设工程行业固有交易模式的共性原因,又有我国建设工程行业生态状况的个性原因。

一方面,相较于其他行业,建设工程行业的交易模式具有一定特殊性。首先,工程项目周期长,因而建设工程合同是一种典型的继续性合同,并通常有“分期付款”的安排。在项目实施过程中,合同一般会安排多个付款节点,使得资金能力相对薄弱的承包方能够及时收到一部分工作对应的工程款,以维持经营并继续开展后续的建设活动。然而,这种长期合作、分期付款的交易模式也意味着,如果发包方在施工过程中拖欠进度款或因双方的一些大小纠纷而拒绝支付进度款,将有可能导致承包商资金链断裂,或使承包商决定停工。其次,一些建设工程项目的承包关系较为复杂,可能存在多层承包和分包。在业主作为总出资方、与各层级分包商形成的“金字塔”结构中,单个工程由业主到底层分包商的付款链条可能很长,越往下层的小型分包商越难以在付款方面获得保障。特别是,如果承包商与分包商的合同中约定了承包商只有在获得工程款后有义务向分包商付款的“背靠背”条款,那么分包商请求付款将可能遇到更大阻碍。^{②⑥}

另一方面,在我国当下的建设工程行业生态中,承包方客观上处于更为不利的地位。目前,我国建设工程企业数量众多,其中中小型企业占绝大多数。对于整个工程行业而言,这种现象造成的影响主要体现在两个方面:其一,由于企业规模普遍较小,资金周转能力不足,现金流的紧张容易造成企业丧失持续经营能力、破产等后果,行业抵抗风险的能力普遍较低;其二,由于供给方数量众多、行业资源分散,整个行业处于高度竞争状态,上游发包方客观上拥有更加有利的市场地位,承包方则更容易存在议价能力不足的问题。

不过,工程从业企业众多、资源分散也并非我国独有的现象。在1994年前后,英国多达20万家的承包公司中只有1.2万家公司的雇员超过7人。^{②⑦}根据澳大利亚2016年的统计数据,建设工程行业的企业数量为全澳大利亚各行业最多,共有35万余家,其中将近99%的企业为自营或只有不超过20名员工;澳大利亚最顶尖的两家工程公司只占有约4.5%的市场份额。^{②⑧}由此可见,我国目前的行业结构与建立了法定争议评审制度的英国和澳大利亚具有诸多相似之处。实际上,此种行业结构也是英国和澳大利亚各州将争议评审纳入立法时的一项重要考量。

^{②④} 同前注①,第29页。

^{②⑤} 闻建安:《建设工程合同支付条款争议问题研究》,载《建筑经济》2014年第8期,第84页。

^{②⑥} J Murray AM, Review of Security of Payment Laws, Department of Jobs and Small Business of Australian Government, Australia: Attorney-General's Department, 2017, p.12.

^{②⑦} *Supra* note 9, at 7.

^{②⑧} *Supra* note 26, at 10.

建设工程行业对国家经济有重要的支撑作用。我国建设工程行业占国内生产总值的比例在6.85%以上(而这一数字在英国和澳大利亚分别为8%^{②⑨}和7.6%^{③⑩});考虑到建设工程企业众多,以中小企业为主的特点,工程行业对于保障就业和社会稳定也具有重要意义。因此,我国有必要通过一定手段治理建设工程领域内的工程款拖欠现象,保障承包方及时获得付款的权利,整体改善行业生态。

(二) 现行争议解决机制在付款保障方面存在不足

就建设工程付款纠纷,我国目前存在诉讼、仲裁、调解三种主要的争议解决机制。从制度特点上看,争议评审与现行制度的不同在于:

第一,在适用范围上,争议评审适用于建设工程付款纠纷这种长期合同项下的分期付款争议;诉讼、仲裁、调解则无此限制,可适用于其他民商事纠纷。

第二,就争议解决过程而言,在争议评审制度中,评审员仅对付款纠纷作出决定,并不处理工期延误、工程质量等事项;在诉讼、仲裁中,法官或仲裁员则应对付款纠纷、工期延误、工程质量等相关问题一并处理并作出裁判。此外,当事人亦可通过调解实现纠纷的“一揽子”解决。

第三,在时限要求方面,争议评审中评审员作出决定的期限较短,一般为15日;^{③⑪}诉讼、仲裁的持续时间则较长,通常长达数月。^{③⑫}

第四,在法律效力层面,评审决定仅具有临时拘束力,不具有终局性,并且可被法院判决、仲裁裁决或当事人就争议达成的和解协议所推翻;而法院裁判与仲裁裁决则具有终局性。调解协议或和解协议本身不具有司法意义上的终局性,但具有持续性的合同效力。

第五,在执行力方面,法院的生效判决具有强制执行力,当事人可直接向法院申请执行;而对于评审决定与仲裁裁决而言,当事人需向法院申请,经由法院审查确认后方可得以执行。调解协议与此类似,当事人可向法院申请司法确认,以使调解协议获得强制执行。

第六,在司法监督方面,争议评审决定与仲裁裁决的撤销事由多数为程序性事项,法院不宜进行实质性审查;^{③⑬}而对于法院判决与调解协议,法院则会进行实质审查。例如,在原判决认定事实错误或者适用法律错误等情况下,二审法院或再审法院可以撤销原

^{②⑨} *Supra* note 9, at 7.

^{③⑩} *Supra* note 26, at 10.

^{③⑪} 根据澳大利亚新南威尔士州1999年《付款保障法》第20条及第21条规定,在被请求方有权提交答辩的情况下,争议评审员作出决定的时间不应晚于被请求方收到争议评审请求后的15个工作日。新加坡2004年《付款保障法》第17条规定,争议评审员作出决定的时间不应晚于程序开始后14天;不过,如果争议评审员请求且当事人同意,作出决定的期限可以延长。

^{③⑫} 《民事诉讼法》第152条、第183条规定,对于一审普通程序诉讼案件,法院应在立案之日起六个月内审结;上诉案件应当在第二审立案之日起三个月内审结。对于仲裁案件,实践中裁决作出时限为4个月到6个月不等。例如,《北京仲裁委员会仲裁规则》(2022年版)(以下简称《北仲规则》)第48条规定:“仲裁庭应当自组庭之日起4个月内作出裁决。有特殊情况需要延长的,由首席仲裁员提请秘书长批准,可以适当延长”;《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2015年版)(以下简称《贸仲规则》)第48条第1款规定:“仲裁庭应在组庭后6个月内作出裁决书。”

^{③⑬} 新加坡2004年《付款保障法》第27条。

判;^{③4}又如,若调解协议存在违反法律强制性规定、损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益等情况,法院应当裁定驳回申请。^{③5}

由此可见,虽然经由诉讼、仲裁程序作出的生效裁判、仲裁裁决对双方当事人具有终局约束力,但诉讼、仲裁案件的审理期限普遍较长、成本较高。特别是在建设工程合同纠纷案件中,争议金额大、法律关系及事实复杂等情况导致案件的审理周期几乎是其他民事案件的两倍。^{③6}因此,建设工程付款纠纷中的当事人难以通过提起诉讼、仲裁以求及时获得经济救济,这不仅极易引发资金链断裂的风险,亦将延误工程建设的开展。并且,旷日持久且对抗性较强的诉讼、仲裁机制本身也不利于维系合同各方当事人之间的长期合作关系。

此外,前已述及,在建设工程合同法律关系中,发包方往往占据优势谈判地位,而施工企业(通常为中小企业)的话语权较弱,双方亦难以通过调解的方式协商一致解决纠纷。

而与诉讼、仲裁、调解机制相比,争议评审制度最大的特点与优势在于评审员仅处理付款纠纷,不解决工期延误、工程质量等问题,因此评审员能在较短的期限内作出具有临时约束力的决定,保障企业能够快速获得资金救济,避免建筑企业发生资金链断裂风险,从而推动建设工程项目的顺利实施。

值得注意的是,为了解决诉讼时间成本和经济成本过高的问题,我国《民事诉讼法》亦规定了简易程序与督促程序以快速解决纠纷。实践中,仲裁机构也通过部分裁决、中间裁决、快速仲裁程序提高纠纷解决的效率。不仅如此,部分仲裁机构也尝试引入“争议评审”机制为建筑企业纾困。例如,北京仲裁委员会(以下简称“北仲”)与中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲”)分别于2009年、2010年相继发布《建设工程争议评审规则》,^{③7}对建设工程领域多元化纠纷解决机制进行了有益探索与新突破。

然而,简易程序与督促程序不仅有其适用条件的限制,而且同样存在耗时较长的问题,难以及时有效化解建设工程付款纠纷。简易程序的适用范围为“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件”,^{③8}但在建设工程付款纠纷案件中,事实认定与众多当事人之间的权利义务关系均较为复杂,能否适用简易程序殊值疑问。即便可行,简易程序也只是在起诉、传唤及庭审程序环节进行了简化,法院仍应就与付款纠纷相关

^{③4} 《民事诉讼法》第177条、第207条。

^{③5} 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第358条。

^{③6} 以福建省为例,福建省高级人民法院在2022年9月22日发布的《福建法院涉建设工程合同纠纷审判白皮书》中指出,2019—2021年,全省法院审结一审建设工程合同纠纷案件的个案审理周期平均为127.66天(同期全省法院各类一审民事案件的个案审理周期平均为71.36天)。参见福建省高级人民法院:《福建法院涉建设工程合同纠纷审判白皮书》,载福建省高级人民法院网, <https://www.fjcourt.gov.cn/page/court/news/ArticleTradition/2cd681a7-4b5a-4909-ac92-73e5da00c8ad.html>,最后访问时间:2023年10月21日。

^{③7} 《北仲建设工程争议评审规则》(2009年版);《贸仲建设工程争议评审规则》(2015年版)。

^{③8} 《民事诉讼法》第160条。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第256条进一步规定:“民事诉讼法第一百六十条规定的简单民事案件中的事实清楚,是指当事人对争议的事实陈述基本一致,并能提供相应的证据,无须人民法院调查收集证据即可查明事实;权利义务关系明确是指能明确区分谁是责任的承担者,谁是权利的享有者;争议不大是指当事人对案件的是非、责任承担以及诉讼标的的争执无原则分歧。”

的所有争议一并作出裁判,耗时甚久。^{③⑨}而启动督促程序的前置条件是债务人对于法院发出的支付令不持异议;如债务人在限期内提出异议且法院审查异议成立,则支付令失效,督促程序应转入诉讼程序。^{④⑩}不难想象,既已发生欠付工程款的事实,债务人应有充分动机对支付令提出异议从而试图阻却督促程序的进行,达到拖延付款的目的。因此,简易程序与督促程序均无助于快速解决付款纠纷问题。与简易程序、督促程序相比,争议评审聚焦于快速解决付款纠纷,而将工期延误、工程质量等问题暂且搁置,并非“一揽子”地解决争议。由于审理范围受到限定,因此评审员更能集中精力快速审理与付款争议相关的事实。无论被申请人是否提出付款异议,评审员均需在较短时限内就付款请求作出决定,以实现快速解决纠纷的目的。这正是简易程序、督促程序所不具备的,同时也是争议评审制度的特色所在。

另外,还可能引发的疑问是部分裁决、中间裁决或快速仲裁机制能否为当事人提供快速的付款救济?本文认为,上述机制均难以替代争议评审制度发挥快速解决付款争议的功能,理由如下:

第一,部分裁决的适用情形较为有限,并且在现行规则并未限定部分裁决作出时限的情况下,当事人无法通过部分裁决获得及时有效的付款救济。此外,部分裁决具有终局效力,其本身也不适宜充当中间性、过程性的争议解决方式。

部分裁决,又称先行裁决,是指终局地处理当事人在仲裁中部分而非全部的主张,而将剩余部分的主张留待后续仲裁程序中进行考虑和解决的仲裁裁决。^{④⑪}对于案件全部争议而言,部分裁决可以先行就部分仲裁主张进行裁决,能够在一定程度上加快纠纷的解决。因此,从制度功能的角度来说,部分裁决与争议评审具有一定相似性。

不过,部分裁决与争议评审仍存在较大差异,部分裁决无法替代争议评审制度发挥快速解决付款争议的效果,两者的差别如下:(1)从审理范围与适用情形上看,部分裁决是对已经审理清楚的部分实体争议所作的判断,^{④⑫}实践中,被申请人通常会以工期延误、工程质量等为由对申请人主张的应付工程款数额提出抗辩。此时,仲裁庭应对工期延误、工程质量等事实进行查明,否则无法满足部分裁决的作出前提,即“部分事实已经清楚”。因此,只有在当事人对应付工程款数额无争议或仲裁庭已查明工程款数额的情况下,部分裁决的作出方有可能。^{④⑬}但在争议评审中,评审员仅处理付款争议,并不审理与工期延误、工程质量等相关的事实,即便被申请人对工程款数额提出异议,评审员也能就付款争议快速作出评审决定。(2)从时限上看,争议评审程序中评审员作出决定的期限较短(从

^{③⑨} 《民事诉讼法》第164条规定:“人民法院适用简易程序审理案件,应当在立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的,经本院院长批准,可以延长一个月。”

^{④⑩} 《民事诉讼法》第223条、第224条。

^{④⑪} [美]加里·B·博恩:《国际仲裁:法律与实践》,白麟等译,商务印书馆2015年10月版,第380页。

^{④⑫} 《仲裁法》第55条规定:“仲裁庭仲裁纠纷时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行裁决。”

^{④⑬} 先行裁决与民事诉讼领域中先行判决的作出条件基本相同,均为“一部分事实已经清楚”。司法实践中,法院认为在无争议应付工程款的数额已经查明的情况下,方可针对该部分款项作出先行判决。参见最高人民法院(2019)最高法民终275号民事判决书。

域外立法规定来看一般为 15 日),此种快速高效是争议评审制度的一项重要价值。而部分裁决依托于仲裁程序,申请人的付款请求必须要经过仲裁机构受理、仲裁庭组庭等必要程序步骤后方可得到实质审理。从实践情况看,这些程序步骤往往已至少需要耗费一个月的时间。并且,现行法或仲裁机构规则均未对部分裁决的作出时限进行规定;况且,因案件情况各异,对部分裁决的作出时限进行规定也不具有现实可行性。因此,部分裁决难以作为当事人提供及时的付款救济。(3)从效力上看,部分裁决具有终局性效力,部分裁决与最终裁决的内容不可以相互矛盾,而应保持一致。^④这与仅具有临时约束力、不具有终局性的争议评审决定判然有别。部分裁决具有终局性效力决定了其无法被最终裁决推翻,这也导致其无法充当中间性、过程性的争议解决方式为当事人提供付款救济。

第二,中间裁决并不直接对仲裁请求进行裁断,不具有给付内容,并不具备付款救济的功效。从国际上的理论研究看,一般认为,与部分裁决终局性地处理特定仲裁主张不同,中间裁决确定的是与处理仲裁主张相关的初步事项或先决问题,而非直接处理这一主张。也即,中间裁决是解决当事人仲裁主张的前置步骤,而不是作出支持或否决这些主张的决定。^⑤在我国,中间裁决是指针对仲裁程序中的先决问题(包括案件争议的程序问题或者实体问题)作出的裁决,^⑥例如合同成立与否、合同有效与否、侵权责任存在与否等。另外,与部分裁决不同,中间裁决并不对仲裁主张进行裁断,不具有给付内容。^⑦换言之,仲裁庭无法通过中间裁决令被申请人负担付款义务,因此中间裁决制度也无法为当事人提供付款救济。与此相反,争议评审制度与中间裁决在决定的内容及制度目的方面均有显著不同。具体而言,争议评审程序中的评审员能够在申请人提出的付款请求基础上就被申请人应付工程款的数额及期限等作出具有给付内容的决定,能够实现为当事人提供快速付款救济的目的。

第三,为了快速推进仲裁程序,提高仲裁效率,仲裁机构通过缩短仲裁过程各个程序性步骤的时限、简化案件的审理模式,使仲裁庭在相对较短期限内履行仲裁程序中所有必要事项、尽快作出裁决,此种仲裁机制被称为“快速仲裁”,部分仲裁机构亦将其称为“简易程序”。快速仲裁与争议评审的共性在于,两者均致力于实现纠纷的快速解决。

不过,快速仲裁与争议评审也存在较大差别,具体体现在:(1)在适用条件上,只有

^④ 唐德华、孙秀君主编:《仲裁法及配套规定新释新解》,人民法院出版社 2002 年 10 月版,第 519 页。

^⑤ 同前注^④,第 380-381 页。

^⑥ 现行《仲裁法》并未就中间裁决进行规定。《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第 74 条规定:“仲裁庭仲裁纠纷时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行作出部分裁决。仲裁庭仲裁纠纷时,其中有争议事项影响仲裁程序进展或者需要在最终裁决作出前予以明确的,可以就该问题先行作出中间裁决。”由此可见,与部分裁决可针对仲裁请求作出处理不同,中间裁决的适用范围为案件争议的程序问题或者实体问题,并不处理仲裁请求。实践中,一些仲裁机构也是持此种理解。例如,《北仲规则》(2022 年版)第 50 条规定:“(一)仲裁庭认为必要或者当事人申请经仲裁庭同意时,仲裁庭可以在最终裁决作出前,就当事人的某些请求事项作出部分裁决。(二)仲裁庭认为必要或者当事人申请经仲裁庭同意时,仲裁庭可以就案件争议的程序问题或者实体问题作出中间裁决。”

^⑦ 苟应鹏:《中间裁决制度的体系展开》,载《商事仲裁与调解》2022 年第 2 期,第 109、111 页。王瑞华:《我国商事仲裁中间裁决制度的运行实践考察及思考——以北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心为样本》,载《北京仲裁》第 99 辑,第 41-42 页。

争议金额在限额范围（一般为300万元或500万元）^④内或者虽然超过限额，但当事人约定适用的，方可启动快速仲裁程序。但从其他国家立法例看，争议评审制度是法定适用的争议解决程序，并无争议金额、各方一致同意适用的条件限制，适用范围更广。（2）从时效上看，快速仲裁程序中一般要求仲裁庭在组庭后2个月至3个月内作出裁决，^⑤而争议评审决定的作出时限明显更短。（3）从程序能否转化的角度而言，快速仲裁程序中随着仲裁请求的变更或者反请求的提出导致争议金额超过限额，仲裁庭可决定将快速仲裁程序变更为普通仲裁程序。^⑥一旦转化为普通仲裁程序，仲裁案件的审限也将进一步延长，这可能对纠纷的解决造成延误。然而，争议评审程序则无程序转化之可能，评审员应在规定时限内作出评审决定。（4）从审理过程与裁决效力上看，快速仲裁程序中仲裁庭亦需要全面审理案件争议，其作出的裁决具有终局性，这与争议评审仅处理付款纠纷、评审决定仅具有临时约束力存在本质差异。

快速仲裁在适用条件上具有争议金额或当事人同意适用的限制，而建设工程合同的争议金额普遍较大，除非当事人一致同意，否则适用快速仲裁程序的可能性较小。更为重要的是，与争议评审制度相比，快速仲裁程序解决纠纷的耗时更长，如因相对方提起反请求等原因使快速仲裁程序变更为普通仲裁程序，仲裁裁决的作出期限很有可能被进一步延长，不利于付款争议的快速解决。

此外，就实践中仲裁机构推行的“争议评审”而言，这一纠纷解决方式目前在我国建设工程行业仍未获广泛接受，从该制度落地至今，适用争议评审解决建设工程合同纠纷的实例仍屈指可数。^⑦究其原因，除了争议评审制度缺乏立法层面的支持之外，更为重要的是现行争议评审规则在评审意见法律效力等方面存在固有缺陷，难以有效化解建筑企业面临的欠款难题。

《北仲建设工程争议评审规则》（2009年版）第21条、《贸仲建设工程争议评审规则》（2015年版）第37条均规定，当事人可以对评审意见的效力作出约定，评审意见依约定对当事人产生约束力。如果当事人没有特殊约定，那么自当事人收到评审意见之日起的14天为异议期，评审意见在异议期届满之日起对各方当事人具有约束力，当事人应当遵照评审意见执行；如果当事人在异议期内提出书面异议，评审意见对当事人不产生约束力。

可见，根据北仲与贸仲的争议评审规则，在当事人没有约定的情况下，评审意见的效

^④ 例如，《北仲规则》（2022年版）第54条第1款、《贸仲规则》（2015年版）第56条第1款规定，除非当事人另有约定，凡案件争议金额不超过500万元的，适用简易程序。《深圳国际仲裁院仲裁规则》（2022年版）第56条第1款规定：“凡争议金额不超过人民币300万元的，或争议金额超过人民币300万元但经当事人书面同意的，或当事人约定适用快速程序或简易程序的，适用快速程序。”

^⑤ 《北仲规则》（2022年版）第59条、《贸仲规则》（2015年版）第62条。

^⑥ 《北仲规则》（2022年版）第58条、《贸仲规则》（2015年版）第63条、《深圳国际仲裁院仲裁规则》（2022年版）第61条。

^⑦ 2021年4月，首例适用《贸仲建设工程争议评审规则》的案件成功解决。此外，争议评审曾在我国小浪底水利工程项目和二滩水电站工程项目中得到运用。

力可能因当事人一方的异议而归于无效。也就是说,付款申请人只能寄希望于付款义务人主动履行评审意见,而这不仅不具有现实性,同时也容易导致当事人为启动此程序而付出的成本与精力付之一炬,难谓合理。此外,即便当事人在异议期内未提出异议或者依照当事人之间的约定,评审意见生效,但因评审意见无法在现行法下通过法院强制执行,在付款义务人拒不履行生效评审意见时,申请人的合法权益亦难以得到有效保障。

因此,从效力角度观察,目前实践中运行的“争议评审”实际上并非域外立法例中规定的争议评审制度。在域外法定争议评审制度下,评审决定一旦作出即具有临时约束力,不因一方当事人的异议而失效。并且,在当事人不履行评审决定的情况下,另一方可以向法院申请强制执行,付款申请人的权益能够获得有效保障。但目前我国实践中评审意见的效力极不稳定,在没有约定的情况下,评审意见生效与否完全取决于一方是否提出异议。即便评审意见生效,目前也缺乏执行机制作为保障,评审意见能否实现依赖于当事人的自愿履行。因此,目前实践中的评审意见并不具备严格意义上的“约束力”,未来立法亟需对其效力与执行机制进行妥善回应。

综上所述,对于一个旷日持久的工程项目而言,诉讼、仲裁等传统争议解决机制耗时较长、成本较高,难以帮助建筑企业在项目进展过程中及时索要其应得的进度款。并且,无论是部分裁决、中间裁决或快速仲裁,这些机制均与争议评审制度存在较大差异,无法代替争议评审制度发挥快速解决付款纠纷的功效。此外,实践中仲裁机构推行的“争议评审”并非域外立法例中所规定的争议评审制度,其主要原因在于评审意见不具有临时约束力,也缺乏配套的执行保障措施,评审意见能否实现依赖于当事人的自愿履行,因此也无法为当事人提供及时有效的付款救济。

实际上,我国建设工程行业在参与主体、交易形态和经济地位等方面与英国、澳大利亚等国的现状存在共性,并同样面临着传统争议解决制度不足以解决建设工程特殊行业问题的客观现实。他山之石,可以攻玉。这些国家创新形成的法定争议评审制度既然有助于解决其本国问题,也很有可能对于解决我国建设工程领域面临的工程款拖欠问题和中小企业保护问题、优化整个行业生态有所助益。因此,本文认为法定争议评审对我国而言是一项有价值的制度,值得借鉴和引入。

(三) 法定争议评审制度符合国家对多元化纠纷解决机制的需求

争议评审制度能够快速解决建设工程领域的付款纠纷、保障施工企业的合法权益。在此基础上,该制度更有助于促进社会矛盾的化解与社会治理的创新,符合国家对多元化纠纷解决机制的需求。除此之外,争议评审制度本身亦具有重要的理论与实践意义,未来我国在立法层面引入争议评审制度实属必要。

党的十八届四中全会将构建多元化纠纷解决机制确立为我国法治的重要发展目标以来,中央和国家司法机关又分阶段分层次地对相关工作作出了进一步指导和部署。2016年,最高人民法院发布《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(法发〔2016〕14号),指出要“形成社会多层次多领域齐抓共管的解纷合力”;2021年,中央全面深化改革委员会审议通过《关于加强诉源治理推动矛盾纠纷源头化解

的意见》,强调加强矛盾纠纷源头预防、前端化解。

国家要求建立和完善多元化纠纷解决机制的原因在于:首先,我国社会矛盾纠纷数量大,主体多元,面对多样化的诉求以及司法资源有限的困境,需要让非诉讼纠纷解决机制充分发挥作用;其次,多元化纠纷解决机制将为当事人提供更多的制度选择空间,有助于缓解司法压力,节约社会资源,推动社会治理的创新与完善。^②由此可见,多元化纠纷解决机制的核心要义有二:其一,让不同的社会主体在面对不同性质的纠纷时,根据自身需要选择不同的方式解决纠纷,以促进社会矛盾的化解;其二,通过有效整合社会资源,动员社会多方力量参与到矛盾纠纷的化解过程中,实现社会治理的创新。^③

前已述及,建设工程领域款项拖欠现象严重,付款纠纷频发,而现有的争议解决机制难以有效解决上述争议,施工企业的合法权益无法得到充分保障,极易导致社会矛盾不断激化。而争议评审作为一种行业性、社会性、预防性的争议解决机制,能够实现社会矛盾的化解、推动社会治理的创新,因此符合国家对多元化纠纷解决机制的需求。

第一,所谓“行业性”,是指争议评审制度诞生于建设工程领域的行业自治,能够有针对性地关照建设工程行业纠纷的特性,通过及时解决纠纷以化解社会矛盾,从而促进行业的健康发展。具体而言,争议评审相比于传统争议解决机制,主要有三方面的独特价值:一是在建设工程合同长期合作、分期付款的关系中及时化解纠纷,避免付款等问题累积恶化,最终影响项目的继续实施、激化社会矛盾;二是在现金流至关重要的行业背景下切实保障付款,维护承包方的合法权益,保障就业和社会稳定;三是在建设工程行业发包方相对强势、施工企业相对弱势的关系中更好地平衡双方的权利义务,促进行业生态改善。

第二,所谓“社会性”,是指法定争议评审与仲裁相似,在程序阶段基本不会占用司法资源,而是能够借助行业协会、仲裁机构等社会力量完成纠纷解决,有助于实现社会资源的整合以及社会治理的创新。

第三,所谓“预防性”,则是指争议评审机制可以在建设工程合同履行过程中及时化解纠纷,避免一个未能及时处理的小型纠纷最终恶化为一个纠纷解决成本高昂的大型争议,同时也有助于减轻司法负担,维护社会稳定。

综上所述,争议评审制度不仅能够妥善回应施工企业的诉求,为其提供快速的资金保障支持,从而促进社会矛盾的化解;还能够通过引入专业评审员居中解决当事人的付款纠纷,将矛盾化解在诉讼之前,有效缓解司法资源紧张的现状,实现社会治理的创新。因此,争议评审制度符合我国建设多元化纠纷解决机制的本质需求。

不仅如此,争议评审在纠纷解决过程、评审决定效力方面与其他争议解决机制存在显著差别,在制度内容上实现了重大的突破与创新,不仅具有深远的理论意义,同时亦有着重要的实践意义。

^② 王振清:《多元化纠纷解决机制与纠纷解决资源》,载《法律适用》2005年第2期,第18页。

^③ 李麒等主编:《新时代多元化纠纷解决机制的观念与实践》,山西人民出版社2021年6月版,第14-15页。

首先,在立法层面规定争议评审制度并赋予评审决定临时约束力,能够推动立法的创新与完善,提升我国立法的国际化水平,促进立法与国际实践的接轨。从比较法上看,争议评审制度遵循“先付款,后争议”的理念,评审员仅对付款纠纷作出决定,并不处理工期延误、工程质量等事项,这不仅是该制度在运行过程中能够在短时间内快速解决付款纠纷的关键所在,同时也在一定程度上决定了评审决定不应具有终局效力,而是可以被嗣后的仲裁、诉讼结果或当事人达成的和解协议推翻。鉴于我国现行法律体系中尚不存在类似的临时性、非终局性的效力类型,争议评审制度的确立将为当事人提供化解纠纷的新模式,这是对既有争议解决体系的有益创新。

其次,争议评审制度可以实现公平正义与效率效益的兼顾,有助于推动法治社会的构建。法治社会的构建不仅强调公平与正义,同时也强调效率与效益,真正的正义应当是正义与效率的兼顾,纠纷解决和正义的实现必须考虑成本与效益的因素。^④如前所述,争议评审制度作为中期性争议解决机制,能够快速解决当事人之间的付款纠纷,为施工企业提供及时的资金保障,弥补了诉讼仲裁程序耗时较长的不足,不仅能够实现公平与正义,同时也兼顾到效率与效益,有助于推动法治社会的构建。

最后,引入争议评审制度有利于切实提升对施工企业的付款保障水平、改善建设工程行业生态,促进国民经济的健康发展。目前,建设工程行业工程款拖欠现象严重,施工企业的权利严重缺乏保障。即便在国家大力推行建设工程过程结算、保障中小企业款项支付的政策推动下,欠款比例仍旧高居不下。究其原因,在于我国目前缺乏能够有效提供付款保障的配套争议解决机制。而争议评审制度恰好弥补了此项制度缺口,能够及时保障施工企业获得应付工程款,缓解资金压力,避免发生资金链断裂的风险。这不仅有助于切实提升对施工企业的付款保障水平,同时亦可改善建设工程行业生态,强化建筑业对于国民经济的支撑作用,促进国民经济的健康发展。

综上所述,争议评审制度有利于促进社会矛盾的化解与社会治理的创新,符合国家对多元化纠纷解决机制的需求,并且能够弥补现行争议解决机制的不足,为施工企业提供及时的付款保障,有助于改善建设工程行业生态,促进国民经济的健康发展,具有重要的理论与实践意义。

四、在我国构建新型法定争议评审制度的若干问题

法定争议评审对我国建设工程争议解决而言是一项有独特价值的制度,该制度如果能够在我国得到确立,将进一步推动我国多元化纠纷解决机制的建设,并为创新社会治理贡献力量。下文将进一步讨论在我国背景下理解和构建法定争议评审制度的一些具体问题,设计我国制度的具体面貌,理顺该制度与我国民事程序法和其他争议解决机制的关系,探讨法定争议评审如何能够更好地融入到我国的纠纷解决体系之中去。

^④ 张敬东:《多元化民事纠纷解决机制的建立和完善》,载《人民论坛》2011年第12期,第63页。

（一）新型法定争议评审制度的立法模式与制度内容

就我国而言,本文建议将来在立法层面可通过单独制定争议评审法的形式对争议评审制度进行规定,理由如下:

第一,从内容上看,争议评审制度涵盖适用范围、程序性规定、争议评审决定效力、执行程序、司法监督程序以及与其他争议解决制度的衔接等内容,上述内容自成体系,具有自身特色,如果强行将其纳入现行法律中,不仅在内容上显得冗余,更有可能产生体系性冲突。例如,如果将争议评审制度内容纳入到《建筑法》中,可能产生的法律冲突首先体现在适用范围上。《建筑法》第2条规定的适用范围仅限于“各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动”。而从域外立法例来看,英国、新加坡、澳大利亚、新西兰等国均将与建设工程有关的服务合同(例如设计、监理合同等)纳入争议评审适用范围中,因此争议评审制度的适用范围要广于《建筑法》的适用范围。并且,《建筑法》的主要内容为建筑工程的许可、建筑工程的发包与承包、建筑工程监理与质量管理,以及建筑安全生产管理等监管性规定,而争议评审制度的主要内容为程序性规定,强行将两者融合于同一部法律中在体系上并不和谐。此外,由于争议评审制度与民事诉讼制度在程序设计、决定效力、执行机制等方面亦存在较大差异,如果将争议评审制度规定于《民事诉讼法》中,不仅会使《民事诉讼法》变得冗余,同时也在内容上也将产生冲突。

第二,对争议评审制度进行单独立法符合我国立法惯例。可供借鉴的是,为了规范仲裁活动、保护当事人的合法权益,立法机关专门制定了《仲裁法》对仲裁程序、申请撤销裁决、仲裁裁决的执行等内容进行规定。争议评审制度与仲裁制度均为多元化纠纷解决机制,参照我国对仲裁制度的立法实践,争议评审制度亦有必要、且有可能进行单独立法。

就争议评审制度立法的具体内容,本文认为至少应包含以下几个方面:(1)明确立法目的在于通过争议评审制度及时解决建设工程领域付款纠纷,保障建筑业参与方合法权益,维护建筑市场秩序;(2)明确相关概念的定义,如争议评审、争议评审指定机构及评审员等;(3)明确争议评审制度的适用范围与负面清单;(4)对争议评审的具体程序进行规定,例如争议评审的启动、指定机构的选择、评审员的披露与回避、审理方式等;(5)明确争议评审决定的效力;(6)明确争议评审决定的执行机制与司法监督机制;(7)厘清争议评审制度与其他争议解决制度之间的关系;(8)此外,域外争议评审制度立法例中还对付款保障措施进行了规定,例如规定建设工程领域的“背靠背”条款无效等。为了构建我国建筑业付款保障体系,本文建议在未来的争议评审立法中也可考虑一并规定若干付款保障措施,以期提高对建筑业参与方的付款保障水平,促进建筑工程行业的健康、良性发展。如果立法中既规定了争议评审制度,又规定了若干付款保障措施,该法的名称可以为《建筑业付款保障与争议评审法》。

值得强调的是,未来我国在对争议评审制度进行单独立法的同时,也应对其他部门法的内容进行相应的修订,以保障法律体系之间能够互相衔接,避免冲突。例如,争议评

审决定并非现行法下的执行依据,如果将来在争议评审立法中规定评审决定具有强制执行力,则可能涉及对《民事诉讼法》中关于执行的规定以及后续颁布的《民事强制执行法》相关条文的修改。

(二) 新型法定争议评审制度在我国的适用范围与运行模式

本文在认可争议评审制度适用潜力的同时,也认为我国的法定争议评审制度建设仍然应当从域外实践比较丰富的建设工程领域起步,以更加稳妥地实现多元化纠纷解决机制的创新。实际上,建设工程合同是一种行业特点鲜明的复杂商事合同,如果我们能在域外实践经验的帮助下,以建设工程合同纠纷为对象设立符合我国实践需要、解决我国问题的法定争议评审制度,那么该制度的进一步推广也将更加顺利。联合国贸法会在决定将法定争议评审作为研究对象时,也并未将其视为一种专门服务于建设工程行业的纠纷解决机制,而是同步开始积极探索将该制度推广至其他领域,塑造一种适用范围更广的快速争议解决机制的可能性。⁵⁵ 本文认为,争议评审的比较法实践已经基本证明了该制度在具有长期合作、分期付款特点的合同关系中快速解决简单法律纠纷、维持和促进合作关系的潜力。该制度至少在其他依赖长期合作模式的交易,比如长期供货合同关系中具有推广适用的价值。从社会需求的角度出发,考虑到我国中小企业相关的欠款问题亦十分严峻,待争议评审制度发展成熟之后,亦可将该制度推广适用至其他领域,使其成为解决长期合同项下付款纠纷的配套机制,从而落实对中小企业的付款保障。

更进一步而言,良好的法律制度必然能够回应社会的现实需求,并与社会发展水平相适应。考虑到我国建设工程领域存在的问题以及行业发展情况,本文认为我国更适宜将两种域外争议评审模式中的付款保障模式作为制度借鉴的基础,而不宜直接借鉴英国模式。主要原因有以下两方面:

首先,工程款拖欠问题是建设工程领域的突出矛盾。在国家大力推行过程结算、积极提供付款保障这一政策背景下,一种专门用于解决付款纠纷的法定争议评审制度更能够切中我国建设工程领域的生态改良需要,也能够与我国当前推行进度款支付与过程结算、化解付款难题的社会政策互为助力。不仅如此,我国还可以借鉴澳大利亚新南威尔士州、新加坡和中国香港地区等法域的有益经验,以争议评审机制为核心制定单独的建设工程合同付款保障立法,为当前的工程款拖欠问题提供体系化的解决方案。

其次,除了适用的纠纷范围不同之外,综合模式和付款保障模式的争议评审制度在争议评审员的自由裁量权方面也存在很大不同。在各项制度安排中,对被申请人抗辩的处理方法能够鲜明地体现这种差别:实践中,在承包方通过争议评审请求发包方付款时,发包方很有可能以质量、工期等理由提出多种抗辩。对于这种情况,英国法的应对方式是将争议评审员可以考虑的事项限定为“当事人同意纳入争议评审范围”的事项和“争

⁵⁵ *Technology-related Dispute Resolution and Adjudication, Note by the Secretariat, UN General Assembly Document A/CN.9/WG.II/WP.227, 2 August 2022, at para. 1.*

议评审员认为与争议存在必要联系（necessarily connected with the dispute）的事项”^{⑤6}，争议评审员可以以此为标准决定是否考虑被申请人的抗辩。举例而言，假设某分包商请求总承包商支付建设工程合同下的一项变更（variation）的款项，而总承包商以分包商完成的某项工作存在质量缺陷为由提出抗辩或向分包商主张金钱赔偿，那么按照英国法的规定，在分包商不同意将总承包商提出的该项事由纳入此次争议评审的情况下，争议评审员就需要决定该事项是否与争议存在必要联系。英国相关研究认为，如果总承包商提出存在质量缺陷的工作不属于分包商主张的变更范围内的工作，那么争议评审员很有可能认为该事项与分包商提出的争议无关；相反，如果总包商提出存在质量缺陷的工作是变更所涉及的工作，那么，由于该问题将决定分包商是否有权获得其主张的款项，争议评审员就更有可能是将该事项纳入考虑范围。^{⑤7}由此可以看出，英国的争议评审员在决定事项方面拥有比较大的自由裁量权，对抗辩事由的审查属于实质审查。

相较而言，澳大利亚新南威尔士州处理抗辩的方法截然不同。在新南威尔士州，法律不允许被申请人在争议评审程序的答辩中提出任何不包含在此前被申请人提供给申请人的“付款计划表”中拒绝付款的理由；^{⑤8}被申请人的答辩仅能就付款计划表中已提出的拒绝付款或少付款的理由进行详细说明。也就是说，如果被申请人未能在收到申请人付款请求后的法定期限内提供付款计划表，其也就丧失了争议评审程序中提出抗辩的权利。有鉴于此，也有评论认为新南威尔士州的法定争议评审本质上更像一个中立的认证（certification）程序，因为争议评审员只负责确定应付的进度款金额，而不能决定更多其他事项，^{⑤9}评审员的自由裁量权较小，对抗辩事由的审查也更倾向于形式审查。

本文认为，英国的建设工程行业在法定争议评审实行之前，已有了至少20年的民间争议评审实践经验，^{⑥0}英国的建筑行业从业者对于争议评审已有一定熟悉程度；并且，英国的法律行业更为发达。因此，无论是建设工程合同的当事人，其委托的代理人，还是争议评审员，都更能够适应一种灵活的、自由裁量权较大的争议评审模式。而从我国的建设工程与法律行业的客观现状来看，英国模式的争议评审机制在我国目前还不具备合适的运行环境。

鉴于以上，本文建议我国借鉴澳大利亚新南威尔士州、新加坡和我国香港地区的有益经验并结合我国的实际情况，通过立法建立建设工程领域的付款保障体系，并确立专为解决付款纠纷的法定争议评审制度，有针对性地解决工程项目承包商、分包商所面临

^{⑤6} 英国1998年《建设工程合同（英格兰及威尔士）法规》及《建设工程合同（苏格兰）法规》第20条。

^{⑤7} John Redmond, *Adjudication in Construction Contracts*, London: Blackwell Science, 2001, pp.132-133.

^{⑤8} 澳大利亚新南威尔士州1999年《付款保障法》第20条。

^{⑤9} Philip Davenport, *A Proposal for a Dual Process of Adjudication*, *Australian Construction Law Newsletter*, Vol.115:4, 2007, p.13.

^{⑥0} 争议评审并不是由英国立法创造的制度，而是诞生于行业实践。早在1978年，英国联合合同委员会（the Joint Contract Tribunal, JCT）就在一份格式分包合同的修订本中加入了争议评审条款，这是争议评审首次进入英国建筑行业的标准合同文本。Andrew Burr, *International Contractual and Statutory Adjudication*, New York: Informa Law from Routledge, 2017, pp.1-2.

的工程款拖欠难题。在此基础上,我国还有必要对域外制度进行细节调整,以使其能够适应我国的行业发展现状。比如,澳大利亚新南威尔士州为争议评审程序抗辩设置的严格条件就未必适合我国——客观而言,只有在一个项目管理水平普遍较高、当事人通常会遵循标准请款流程的行业内,这样的规定才具有合理性,才不至于引发过于频繁地剥夺被申请人程序权利的质疑。目前我国建设工程行业的项目管理精细化水平显然还未达到可以容纳这种规则的程度。^{⑥1}因此,在制度引入时,我们有必要对类似规则进行调整或重构。

在厘清制度适用范围之后,以过程结算为例,争议评审制度在我国的运行模式可简要概述如下:施工单位按照施工合同约定的施工过程结算周期,编制相应的结算报告,并在约定期限内向建设单位递交施工过程结算报告及相应结算资料,建设单位应在约定期限内完成审核并予以答复;施工过程结算完成后,建设单位应依据已确认的施工过程结算文件,向施工单位及时足额支付本期已完工程施工过程结算价款。^{⑥2}如建设单位对过程结算存在争议并拒绝付款,施工单位可就相关付款争议向有关机构(如后文所述,可由仲裁机构管理争议评审案件)提起争议评审程序,由评审员负责处理当事人之间的付款争议,并在规定的较短时限内作出评审决定。如该决定对施工单位的付款请求予以支持,则施工单位可要求建设单位限期履行评审决定中载明的义务,并在建设单位不履行的情况下申请法院强制执行。

(三) 确立争议评审决定的临时约束力

争议评审决定的法律效力是使其制度本旨得到实现的基础。我国如建立法定争议评审制度,则有必要在立法层面赋予争议评审决定临时约束力。

首先,从前述比较法的立法现象中不难看出,争议评审在本质上是一项以临时约束力作为核心内容的全新的争议解决制度,但现行法并未为决定的临时约束力预留任何制度空间,因此有必要在立法层面进行单独规定。

在英国法与新加坡法下,争议评审决定在争议“通过仲裁、诉讼或和解得到最终解决之前”具有约束力,当事人有义务遵照决定的内容履行。基于此,一方面,临时约束力发挥着督促当事人主动履行义务的作用,有助于快速化解纠纷;另一方面,临时约束力意味着争议评审决定的非终局性,而这不仅使争议评审显著区别于其他争议解决机制,凸

^{⑥1} 例如,以 FIDIC 合同为代表的一些国际工程合同都含有严格的索赔程序要求。在 FIDIC 合同下,如果承包商未能在知道或应当知道引起索赔的事件或情况的 28 天内向业主发出初步索赔通知,就将彻底丧失就该事件或情况索赔的权利。然而,在我国的工程实践中,当事人未能在合同约定的标准期限内发出通知的情况屡见不鲜。为应对这一情况,最高人民法院在《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》第 6 条第 2 款规定:“当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延或申请视为工期不顺延的,按照约定处理,但发包人在约定期限后同意工期顺延或承包人提出合理抗辩的除外。”该规定意在通过但书为错过时限而面临失权的当事人提供救济,这也从侧面反映了我国的工程管理水平整体而言还远未达到精细化的程度。

^{⑥2} 此种施工过程结算付款模式可参见《浙江省住房和城乡建设厅、浙江省发展和改革委员会、浙江省财政厅关于在房屋建筑和市政基础设施工程中推行施工过程结算的实施意见》(浙建〔2020〕5 号,2020 年 5 月 15 日发布)第 7 条、第 10 条等规定。

显了争议评审独立存在的价值,同时也是争议评审得以与其他争议解决机制之间并行不悖、协调互补的首要条件。可见,临时约束力决定了争议评审不仅无法被其他争议解决机制所取代,并且还能与其他争议解决机制共同发挥纠纷化解作用,体现了争议评审在本质上属于一项全新的争议解决制度。

目前尚且无法借助其他制度赋予评审决定以临时约束力。依据现行规定,能够产生临时约束力的以保全和先予执行制度为典型,但两项制度均与争议评审判然有别,无法在解释论上进行扩张或类推适用。

保全制度的立法意旨在于,为了保证将来的判决能得到圆满执行或者避免正在发生的损害,从而由法院采取一定的措施冻结财产或者固定民事权利的状态。^{⑥3}从结果上看,保全裁定既无法像争议评审决定一样实现向一方当事人给付金钱的效果,亦不能推动合同的履行。因此,争议评审与保全措施的制度效果并不一致,两者不具有相似性,无法共用一套规则。

值得关注的是,当事人可以借助先予执行制度实现要求对方提前给付金钱的效果,^{⑥4}故表面上看,先予执行制度似乎可以成为问题的突破口。但是,先予执行的法理基础与制度目的在于保障处于经济困难的申请人能够维持正常生活、进行生产经营,^{⑥5}因此先予执行的适用条件也较为严苛,不仅需要满足“当事人之间权利义务关系明确,不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营”的条件,现行规定同时还将案件类型限定在“追索赡养费、扶养费、抚养费、抚恤金、医疗费用”“追索劳动报酬”“追索恢复生产、经营急需的保险理赔费”“需要立即返还社会保险金、社会救助资金”等范围内。^{⑥6}据此,从适用条件上看,当事人申请对方支付建设工程价款并不在先予执行制度的救济范围内,难以借助先予执行制度取得具有临时约束力的裁判。此外,由于“追索工程款项”与上述案件类型并不具有同质性,如果强行将先予执行制度的适用条件进行扩张,将“追索工程款项”纳入适用范围内,则难免会破坏规则内部体系的一致性,最终起到反面效果。更何况,启动先予执行的前提条件是案件已被法院受理,而在长期性的建设工程项目中通常会进行多次过程结算,如若屡次均需以提起诉讼为前提方可要求对方支付工程款,不仅程序繁琐,也将耗费当事人大量时间和精力。

由上述分析可见,现行法并未给争议评审决定的临时约束力预留制度空间,为了发挥争议评审的制度优势与价值,未来在立法层面对决定的临时约束力进行单独规定有其必要性。

其次,赋予争议评审决定临时约束力具有重要的理论与实践意义。如前所述,临时约束力不仅揭示了争议评审独立存在的价值,同时也决定了争议评审能与其他争议解决

^{⑥3} 李仕春:《民事保全程序基本问题研究》,载《中外法学》2005年第1期,第52页。

^{⑥4} 张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2019年8月版,第284页。

^{⑥5} 杨春华:《对我国先予执行制度立法定位的思考》,载《河北法学》2008年第11期,第70页。

^{⑥6} 《民事诉讼法》第109条、第110条;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第169条、第170条。

机制并存。此外,临时约束力明确了争议评审决定在争端最终解决之前具有约束力,当事人必须遵守,从而有助于实现快速解决纠纷的目的,避免建筑企业发生资金链断裂风险,推动建设工程项目的顺利实施。实证研究也表明,通过赋予争议评审决定临时约束力,促使当事人自觉履行义务,能在较大程度上减少后续发生诉讼或仲裁的可能性,^{⑥7}从而节省我国目前本就不够充裕的司法资源。

综上所述,争议评审在本质上是一项全新的争议解决制度并以临时约束力为核心内容,未来我国有必要借鉴法定争议评审国家的通例,在立法层面赋予争议评审决定临时约束力。

(四) 为新型法定争议评审决定设立执行路径

争议评审决定在法律上具有临时约束力,但如将决定内容的履行完全置于义务方的意愿之下,那么争议评审制度快速解决纠纷的功能亦难以充分实现。因此,我国如设立新型法定争议评审制度,也有必要为其设置配套的执行机制。争议评审是一种快速的、中间性的争议解决路径,与之相配套的理想的执行方案也应当能够在程序效率、程序平等和必要限度的司法审查之间实现平衡。

鉴于我国民事程序中的现行制度可能难以胜任争议评审决定的执行,更为合适的方案应当是由立法设置专门的执行程序。在这方面,澳大利亚新南威尔士州和新加坡的经验可资借鉴。根据新加坡 2021 年《法庭规则》(Rules of Court 2021),争议评审决定中的债权人可以向法院申请准许执行争议评审决定;如果法院准许,则债务人有权在准许令送达后的 14 天内向法院申请撤销争议评审决定。在债务人申请撤销的情况下,争议评审决定的执行将暂缓,直到撤销申请处理完毕;若 14 天期限届满而债务人未申请撤销,那么争议评审决定可获执行。澳大利亚新南威尔士州也为争议评审决定设置了清晰的执行路径,如果争议评审决定的债权人对债务人的财产状况缺乏了解,债权人还可以向法院申请举行执行听证,以查明债务人的情况。^{⑥8}

可以看出,比较法下争议评审决定的执行程序与我国国内仲裁裁决的执行程序较为相似,因此我国也可以比照裁决的执行程序来设计争议评审决定的特殊执行程序:该程序可以由单方申请启动,法院可以通过审阅申请人提交的申请文件和争议评审程序的书面材料来决定是否准许执行;如法院决定执行,则应当将该情况告知被申请人一方,并为被申请人提供异议的机会。值得注意的是,考虑到争议评审是一种快速而高效的程序,争议评审决定的执行程序也应当在合理范围内尽量缩短各环节的程序时间,以避免抵销争议评审机制本身的优势。

此外,由于争议评审决定仅具有临时约束力,可能被后续生效裁判推翻,由此可能引发的担忧是:付款义务人依照争议评审决定应向申请人支付工程款,但申请人现已出现

^{⑥7} 争议评审在澳大利亚的适用效果良好,适用争议评审的项目中有 90% 以上未进入诉讼或仲裁阶段。Doug Jones, *Dispute Boards: the Australian Experience*, *Construction Law International*, 2012, Vol.7:2, p.13.

^{⑥8} *NSW: Claimant Enforces the Determination*, *Adjudicate Today*, <https://www.adjudicate.com.au/nsw/adjudication/claimant-enforces-the-determination>, last visited Oct. 21, 2023.

破产原因或已被法院裁定受理破产申请;如果评审决定将来被推翻,届时申请人可能无法返还付款义务人已支付的款项。为了避免相应工程款成为破产财产的一部分从而需要在债权人之间进行分配,本文建议未来立法可借鉴比较法上的经验,将申请人已出现破产原因或已被法院裁定受理破产申请作为付款义务人向法院请求中止执行的事由之一,以保障付款义务人的权益。但是,如果申请人的财务状况与其订立有关合同时的财务状况相同或相似,或者申请人的财务状况全部或大部分是由于付款义务人未能支付争议款项所导致的,则不可申请中止执行。^⑥

(五) 新型法定争议评审应受司法监督

既然法院可以为新型争议评审决定的执行提供支持,那么从另一方面看,法院也应当有权对争议评审决定进行司法监督。这与法院通过撤销机制对国内仲裁裁决进行司法监督的原理是一致的。^⑦

如我国建立新型法定争议评审制度,则同样有必要建立争议评审决定的撤销机制,为争议评审提供司法监督渠道。撤销的事由可以比照国内仲裁裁决的撤销事由,侧重于程序性事项,这也与比较法立法经验相一致。例如,新加坡2004年《付款保障法》第27(6)条非穷尽式地列举了八项申请撤销的理由,其中绝大多数为程序性事项,这意味着法院不会对争议评审决定做实质性审查。澳大利亚新南威尔士州的争议评审决定撤销事由与新加坡相近,如果争议评审决定不存在管辖权问题或违反自然正义的情况,法院通常不会因争议评审决定中的“错误”而撤销该决定。^⑧

值得注意的是,澳大利亚新南威尔士和新加坡都将“违反自然正义”作为争议评审决定的撤销理由之一。“自然正义”(natural justice)是普通法系一个历史悠久的概念,与“正当程序”(due process)的含义相近。当“自然正义原则”应用于争议评审员的职责时,是指争议评审员应当关注“向当事双方提供公平听证的机会”。只要当事方已在争议评审过程中被给予了发表意见的机会,就不能以“不遵守自然正义原则”为由申请撤销争议评审决定,即使其可能对该决定并不满意。^⑨因此,在争议评审程序的背景下,自然正义原则同样是对程序整体公平性、正当性的要求。

我国作为大陆法系国家,虽然通常并不直接使用普通法系的“自然正义”“正当程序”等概念,但是这些概念背后所蕴含的理念对于争议评审的正当性而言至关重要。原

^⑥ 可供参考的是,英格兰及威尔士建设工程与技术法院(England and Wales Technology and Construction Court)在判例中认为,申请人可能没有能力返还争议评审决定的款项可以构成中止执行的特殊情形。如果申请人处于破产状态,或者各方对申请人无力偿债没有争议,则法院通常会准予中止执行。但是,如果申请人的财务状况与其订立有关合同时的财务状况相同或相似,或者申请人的财务状况全部或大部分是由于付款义务人未能支付争议评审决定的款项所导致的,则即使申请人当下的财务状况预示其可能无法返还争议评审决定的款项,也无法证明中止执行的正当性。Wimbledon Construction Company 2000 Limited v. Derek Vago, [2005] EWHC 1086 (TCC), England and Wales High Court (Technology and Construction Court), 2005, para.26.

^⑦ 《仲裁法》第58条。

^⑧ *Supra* note 68.

^⑨ AM Associates (Singapore) Pte Limited v. Laguna National Golf and Country Club Limited, [2009] SGHC 260, High Court, 2009, paras.23, 26.

因在于,争议评审是一项快速的争议解决机制,短暂的程序时间本就对争议评审员准确理解案情形成了挑战,而自然正义原则中所蕴含的公平听证等理念,恰恰是保障当事人程序权利、并在结果意义上促进争议评审决定准确性的重要基础。因此,如果我国日后确立了争议评审制度,则同样可以将“当事人有公平陈述意见的机会”等内容作为争议评审司法审查的一项标准,从而引导评审专家在程序中组织双方充分发表意见,以此为基础作出更为合理的决定。

(六) 新型法定争议评审可与我国其他争议解决机制协调互补

新型争议评审可以与其他争议解决机制在建设工程项目的不同阶段发挥作用,形成互补关系,共同服务于纠纷化解和项目推进。

争议评审与其他争议解决机制之间的关系主要涉及以下三个方面的问题:第一,争议评审是否为启动其他争议解决机制的前置性程序;第二,一方当事人已将纠纷提交争议评审解决,但另一方当事人拒不参加争议评审,径行提起诉讼、仲裁,此种情形应如何处理;第三,争议评审与当事人嗣后提起的诉讼、仲裁等终局性纠纷解决机制之间的关系为何。

首先,除非当事人另有约定,争议评审并非启动其他争议解决机制的前置性程序,当事人有权直接将争议提交诉讼或仲裁。在比较法层面,英国1996年《建筑法》并未将争议评审规定为启动其他争议解决机制的前置性程序。本文认为,争议评审与诉讼、仲裁是相互独立的争议解决程序,争议评审旨在为当事人快速解决中期付款纠纷,而诉讼、仲裁则属于全面解决包括付款、工期、工程质量等纠纷在内的纠纷解决机制。虽然两者的制度目的显著不同,但均可发挥化解付款纠纷的功能,立法不宜人为地将争议评审设定为启动其他纠纷解决机制的前置条件,否则将不当干预当事人的意思自治。

其次,若一方当事人已将纠纷提交争议评审解决,而另一方当事人拒不参加争议评审,径行提起诉讼、仲裁,此时虽然争议评审并不影响诉讼、仲裁程序的开展,但争议评审员应当有权在对方缺席的情况下作出合理的决定。原因在于:法定争议评审程序具有一定强制性,和调解程序有所不同,并非基于双方合意才能推进。因此,立法应当规定争议评审员可在一方当事人缺席的情况下作出评审决定,被提起争议评审的一方如果对该程序置之不理,则可能会面临相应的不利后果。这有助于防止对方当事人无视争议评审程序,避免争议评审制度快速解决纠纷的目的落空。^{⑦⑧}

最后,由于争议评审的非终局性是该制度运行机制的必然结果,因此,就某项具体纠纷取得了争议评审决定的当事人也可嗣后选择通过诉讼、仲裁、和解等方式重新处理相关问题,并且争议评审的结果亦可被嗣后的法院判决、仲裁裁决或和解协议推翻。原因在于,诉讼、仲裁、和解等综合性争议解决程序的目的是彻底定分止争,裁断所有分歧,因而会照顾纠纷的全貌,在实体上的处理更全面与细致。相较而言,法定争议评审的目的更为简单、直接,主要就是在建设工程项目进展过程中快速解决付款纠纷。在这样的分

^{⑦⑧} 作为参考,英国1998年《建设工程合同(英格兰及威尔士)法规》第14条与第15条亦对此进行了类似规定。

工模式下,当一般性纠纷解决制度就位以后,争议评审决定就可以“功成身退”,被判决、裁决或和解协议所取代,不再负责调整当事人的权利义务关系。这也是争议评审机制中期性、临时性特点的应有之意。

五、结 语

“先付款,后争论”是争议评审制度的理念所在,争议评审制度旨在尽快解决工程建设过程中的中期付款争议,而将其中可能涉及的工期延误、工程质量等复杂争议暂且搁置,从而实现为建筑企业提供付款保障的目的。

本文建议我国在立法层面建立争议评审制度,解决建设工程领域的工程款拖欠难题。在我国确立法定争议评审制度将有助于促进建设工程纠纷的诉前解决,落实“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的重要指导精神;更有助于推进社会矛盾的化解,实现社会治理的创新,符合我国多元化纠纷解决机制建设的本旨。

在制度设计层面,立法应当规定争议评审决定具有临时约束力,并为争议评审决定的执行设置一种独立的执行程序,以保障争议评审决定对权利人的救济及时落到实处;同时亦有必要参照仲裁裁决的撤销程序为争议评审决定设置司法审查环节,避免不适当的争议评审程序对当事人的权利造成损害。还应明确的是,虽然争议评审并非启动其他争议解决机制的前置性程序,但被请求的一方并不能随意对其置之不理,否则可能会面临实体上的不利后果。总之,争议评审具有独特的运作机制,能够为我国当下的多元化纠纷解决体系带来制度上的突破与创新。

不仅如此,争议评审制度虽然诞生于建设工程领域的争议解决实践,但具有在长期合同关系的争议解决中进行推广适用的潜力。因此,如果争议评审制度能够在建设工程领域产生良好的运行效果,则可以进一步扩大其适用范围,使该制度在更多行业领域的纠纷解决以及中小企业权益保障等方面发挥积极作用。

鉴于我国仲裁机构在案件管理上具有较为丰富的经验,并且在建立评审专家库(名册)方面具有优势,新型争议评审制度可先行依托仲裁机构落地实施,待制度成熟之后,行业协会以及专门的争议评审机构等组织亦可确定各自的评审专家库、评审规则,进一步推动争议评审制度的发展。此外,近年来国有建筑企业的市场占有率高达三分之一,^④建设工程相关业务量占建筑业全部业务量的比重较高。因此,也可尝试以国有企业为试点逐步推行争议评审制度,鼓励国有企业采用争议评审解决建设工程合同的付款纠纷,提高争议评审在实践中的使用率。

^④ 参见智研观点:《中国建筑业央企新签订单及市场占有率情况分析》,载产业信息网, <https://www.chyxx.com/industry/201903/720574.html>,最后访问时间:2023年10月21日。

Abstract: Payment delay has been a persistent problem in the field of construction. The large amount of accounts receivable of construction enterprises has negatively affected the positive function of the construction industry and small and medium-sized enterprises in the national economy. Traditional dispute resolution methods seem to be inadequate when encountering payment disputes in construction projects. To address this problem, some foreign laws have established a dispute resolution mechanism called adjudication, which successfully realized the purpose of quick settlement of payment disputes. Under the background of promoting process settlement, ensuring payment for small and medium-sized enterprises, and deepening the construction of a diversified dispute resolution system in China, it is proposed that China should also establish a new adjudication system specifically for resolving construction project payment disputes at the legislative level based on the practical situation and drawing on the beneficial experience of foreign laws, so as to achieve rapid resolution of disputes and implement payment guarantee for construction enterprises. Specifically, in terms of institutional design, legislation should clearly stipulate that adjudication decisions are temporary binding, and establish independent enforcement procedures and judicial supervision mechanisms for them. At the same time, it is also necessary to clarify the coordination and complementarity between adjudication and other dispute resolution mechanisms. In practice, we can rely on arbitration institutions to carry out adjudication activities and pilot the system in state-owned enterprises, gradually promoting the application of the new adjudication system in China. When the system is mature, adjudication can also be promoted and applied to other fields, and will become a supporting mechanism for resolving payment disputes under long-term contracts, implementing payment guarantees for small and medium-sized enterprises.

Keywords: adjudication; diversified dispute resolution; construction project; small and medium-sized enterprises

(责任编辑:王海峰 外审专家:何红锋)

粤港澳大湾区商事仲裁: 优势、困境与完善

韩立新 姜泽慧*

内容提要 粤港澳大湾区商事仲裁具备享受“一国两制”制度红利、享受经济特区和自由贸易试验区政策红利、拥有“一站式”国际商事纠纷多元化解机制所积累的经验优势。粤港澳三地因适用的仲裁法律不同而在自裁管辖权、临时仲裁、紧急仲裁员等具体仲裁制度上存在较大差异;粤港澳三地之间在送达、取证、仲裁保全、仲裁裁决的认可与执行等方面也存在实施和衔接不通畅的问题。欲将粤港澳大湾区打造成国际仲裁中心,不仅要通过修改《仲裁法》或者制定经济特区法规变通现行《仲裁法》的方式,来缩小粤与港澳地区在具体仲裁制度上的差异,而且要进一步加强对粤港澳大湾区司法协助,探索建立大湾区商事仲裁案例制度、大力发展大湾区商事仲裁网络庭审、拓展大湾区商事仲裁员名册并推行大湾区内仲裁员资源共享以及高度重视大湾区商事仲裁人才培养。

关键词 商事仲裁;《仲裁法》;粤港澳大湾区;国际仲裁中心

粤港澳大湾区包括广东省 9 座城市和香港、澳门 2 个特别行政区。粤港澳三地在经济、政策、法律制度等方面各有所长,能够实现优势互补,但同时,粤港澳三地在一些具体法律制度等方面存在的差异和障碍一定程度上也制约着大湾区法治一体化建设的发展。《粤港澳大湾区发展规划纲要》指出要“完善国际商事纠纷解决机制,建设国际仲裁中心”。粤港澳大湾区应当牢牢抓住发展机遇,努力探索如何跨越法律制度的差异,平等保护各方当事人利益,从而促进粤港澳大湾区法律服务的深度融合,提升其商事仲裁的竞争力和影响力。本文以粤港澳大湾区商事仲裁为研究对象,阐述粤港澳大湾区商事仲裁具备的优势,发现粤港澳大湾区商事仲裁发展面临的困境,探讨完善粤港澳大湾区商事仲裁的路径建议。

一、粤港澳大湾区商事仲裁具备的优势

粤港澳大湾区作为中国经济增长的重要引擎,既是中国改革开放的发源地,也是创

* 韩立新,大连海事大学深圳研究院、法学院教授,博士生导师;姜泽慧,大连海事大学法学院海商法学博士研究生。本文系深圳市哲学社会科学规划课题“粤港澳大湾区法律服务跨境协作研究”(课题编号:SZ2021B024)的阶段性研究成果。

新发展的示范区。^①粤港澳大湾区地位特殊、法域多元、市场主导的实际情况,决定了其在商事仲裁发展方面具备独特的优势。

首先,粤港澳大湾区商事仲裁最突出的优势在于享受“一国两制”的制度红利。在“一国两制”原则下,内地、香港、澳门之间就相互认可与执行仲裁裁决、相互委托送达司法文书、相互委托提取证据、相互协助仲裁保全等事宜签署了多项司法协助文件。这些司法协助文件的签署与生效加强了内地、香港、澳门“三法域”之间的司法合作,为粤港澳大湾区商事仲裁的发展提供了极大的便利和条件,在很大程度上提高了粤港澳大湾区商事仲裁对纠纷当事人的吸引力。^②

其次,粤港澳大湾区商事仲裁可享受经济特区、自由贸易试验区的政策红利。粤港澳大湾区内的深圳和珠海两座城市是经济特区,中国(广东)自由贸易试验区涵盖粤港澳大湾区内的广州南沙新区片区、深圳前海蛇口片区和珠海横琴新区片区。经济特区和自由贸易试验区都是改革开放的前沿阵地,法律赋予经济特区法规对现行法律作出变通的权力,同时对自由贸易试验区的发展(尤其是自由贸易试验区商事仲裁的发展)给予大力支持,例如,最高人民法院于2016年12月30日发布的《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(以下简称《自贸区司法保障意见》),认可了自由贸易试验区内注册的企业之间约定的在“特定地点”、按照“特定仲裁规则”、并由“特定人员”仲裁的仲裁协议的有效性。2017年3月23日,广东自贸区横琴新区管委会和珠海仲裁委员会联合颁布了《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》(以下简称《横琴规则》)。国家对于经济特区和自由贸易试验区的政策倾斜使得经济特区和自由贸易试验区在相关制度上率先与国际接轨,保障其经济持续健康增长。

第三,粤港澳大湾区商事仲裁拥有“一站式”国际商事纠纷多元化解机制所积累的多元化纠纷解决经验。随着第一国际商事法庭在深圳设立,以及深圳国际仲裁院、广州仲裁委员会、香港国际仲裁中心陆续被纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的国际商事仲裁机构,粤港澳大湾区在“一站式”国际商事纠纷解决机制的形成方面发挥重要作用。同时,深圳前海合作区法院与47家境内外仲裁机构、调解组织合作,成立全国首个“一带一路”国际商事诉调对接中心。^③粤港澳大湾区内法院、仲裁机构、调解机构积极参与国际商事纠纷多元化解的实践,对粤港澳大湾区商事仲裁的发展具有极大的促进作用。

① 宋锡祥、张贻博:《论粤港澳大湾区多元纠纷解决机制的构建》,载《上海大学学报(社会科学版)》2020年第2期,第91页。

② 2019年至2021年,粤港澳大湾区内地人民法院规范高效办理涉港澳司法协助案件3167件,其中涉港2520件,涉澳647件。参见《人民法院服务和保障粤港澳大湾区建设情况报告(2019—2022)》,《人民法院报》2022年6月24日,第3版。

③ 马培贵:《前海法院交出涉外涉港澳台商事审判“五年答卷”》,《深圳特区报》2020年9月16日,第A05版。

二、粤港澳大湾区商事仲裁发展面临的困境

尽管粤港澳大湾区商事仲裁具备显著优势,但应当注意到,粤港澳大湾区商事仲裁的发展也面临着一些困难。最主要的困难在于,粤港澳大湾区涉及三个不同的法域,各法域适用的仲裁法律不同,因而在具体的仲裁制度上存在较大差异。

我国香港仲裁立法主要指其于1963年制定的《香港仲裁条例》。2010年,《香港仲裁条例》进行了一次大幅度修订,取消了区分本地仲裁和国际仲裁的做法,采用以《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《仲裁示范法》)为基础的单一制度。随后,《香港仲裁条例》经历了数次小的修订,形成一套国际化程度高、内容全面、细节完善的仲裁立法。^④

我国澳门仲裁立法主要指2020年5月4日生效的《澳门仲裁法》。该法取消了之前澳门内部仲裁和涉外商事仲裁并行的双轨制立法体制,以2006年《仲裁示范法》为蓝本,吸收当前国际商事仲裁界最新的规则,内容上既包括仲裁程序的基本内容,也包括法院对仲裁程序进行协助及监督的相关规定,极大弥补了澳门此前仲裁立法的缺陷。^⑤

广东省的商事仲裁适用《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)。该法颁布于1994年,并分别于2009年和2017年对个别条款进行了修正。可以注意到,《仲裁法》第七章专门就涉外仲裁作出特别规定,而未像《香港仲裁条例》和《澳门仲裁法》那样对本地仲裁和涉外仲裁不加区分地予以规定。这样规定是因为内地仲裁环境和国际仲裁环境的差异是客观存在的,不能强求内地仲裁在短时间内达到国际通行标准。^⑥《仲裁法》实施近30年来,中国内地商事仲裁发展取得了突出成效。但随着社会主义市场经济的深入发展和改革开放的不断深化,《仲裁法》中一些制度规则设计与形势发展和仲裁实践不相适应、与发展中的国际仲裁规则衔接不够的问题逐渐显现,从而影响了中国内地商事仲裁的国际竞争力和《仲裁法》的域外适用。^⑦

《仲裁法》与《香港仲裁条例》《澳门仲裁法》在自裁管辖权原则、临时仲裁制度、紧急仲裁员制度等方面存在较大差异,这在一定程度上制约了粤港澳大湾区商事仲裁的协同发展,影响着将粤港澳大湾区打造成国际仲裁中心的进程。

具体来说,首先,自裁管辖权在许多国家和地区的仲裁立法和实践中得到广泛认

^④ 陈小燕:《香港仲裁立法的新发展及对粤港仲裁合作的影响》,载《法治社会》2019年第1期,第118-119页。

^⑤ 包尹歆:《澳门仲裁法律制度的革新与展望——评澳门新〈仲裁法〉》,载《商事仲裁与调解》2020年第4期,第71页。

^⑥ 《涉外仲裁的特别规定要增强仲裁在国际层面的竞争力》,载“汇仲律师事务所”微信公众号,最后访问时间:2023年8月6日。

^⑦ 《关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉的说明》,载中国法学创新网, <http://www.fxwxw.org.cn/dyna/content.php?id=23363>,最后访问时间:2023年8月6日。

可。^⑧《香港仲裁条例》第34条和《澳门仲裁法》第46条均参照《仲裁示范法》第16条规定了仲裁庭对其管辖权作出决定的权力。然而,《仲裁法》却没有严格遵循自裁管辖权原则,^⑨这不仅会造成仲裁权的分离,有违当事人意愿,而且不符合仲裁的效率原则。^⑩其次,临时仲裁是国际公认的仲裁形式。《香港仲裁条例》和《澳门仲裁法》均明确规定,仲裁指不论是否由常设仲裁机构进行的任何仲裁,这一规定显然包括临时仲裁。临时仲裁的显著优势在于程序灵活,可以最大限度地满足当事人通过仲裁方式解决争议的意愿,而且能够提高仲裁效率并节省仲裁费用。^⑪然而,根据《仲裁法》第16条和第18条,当事人不能在中国内地提请临时仲裁,即使在中国内地作出了临时仲裁裁决,也会因违反裁决作出地法律而使仲裁裁决的有效性被否定。^⑫这使得大量商事仲裁案件无法在中国内地进行,^⑬削弱了中国内地商事仲裁的国际竞争力。第三,紧急仲裁员制度实现了当事人对仲裁高效性的要求,^⑭有助于推动仲裁程序的有序进行,有助于确保仲裁裁决的顺利执行。^⑮《香港仲裁条例》第22条和《澳门仲裁法》第16条均对紧急仲裁员制度作出规定,但《仲裁法》没有相关规定。根据《仲裁法》第28条第2款、第46条和第68条,仲裁中的财产保全和证据保全由法院享有专属管辖权。这种法院专属模式的做法虽然符合仲裁庭不享有强制执行权力的理念,但是会造成法院对仲裁的干预,与仲裁高效性、保密性的特点背道而驰,也背离了当前仲裁的国际化趋势。^⑯

除粤港澳三地因适用的仲裁法律不同而在具体的仲裁制度上存在差异之外,粤港澳三地之间在送达、取证、仲裁保全、仲裁裁决的认可与执行等方面存在的衔接不通畅问题,^⑰也是粤港澳大湾区商事仲裁发展面临的难题。虽然内地、香港、澳门之间已就文书送达事宜签署了司法协助文件,但执行效果并不理想。^⑱香港和澳门仅在相互委托送达文书和相互认可与执行仲裁裁决两方面签署了司法协助文件,而未就相互委托提取证据

⑧ 自裁管辖权是指仲裁庭有对其自身的管辖权和仲裁协议的效力作出决定的权力。自裁管辖权的目的在于排斥法院的司法管辖权,赋予仲裁庭决定自己管辖权的权力,而仅仅是为了延迟司法机关对仲裁程序的干预时间,极大地提高了仲裁的效率。参见侯登华、赵莹雪:《仲裁庭自裁管辖理论及其在中国的实践路径》,载《河北法学》2014年第7期,第185页。

⑨ 《仲裁法》第20条第1款。

⑩ 同前注⑧,第188-189页。

⑪ 马占军:《中国内地与澳门地区仲裁法律制度比较研究》,广东人民出版社2007年版,第19-20页。

⑫ 王岩、宋连斌:《试论临时仲裁及其在我国现状》,载《北京仲裁》2005年第1期,中国法制出版社,第5页。

⑬ 刘晓红、冯硕:《对〈仲裁法〉修订的“三点”思考——以〈仲裁法(修订)(征求意见稿)〉为参照》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第5期,第60页。

⑭ 紧急仲裁员制度是指在仲裁庭组成之前,由紧急仲裁员在紧急情况下针对当事人提出的证据、财产或行为保全申请,发布临时禁止命令并采取临时保全措施,以保护当事人的权利,保障仲裁程序顺利进行。参见郝飞:《紧急仲裁员制度程序论》,载广州市法学会编:《法治论坛》2018年第2辑,中国法制出版社,第252页。

⑮ 徐春龙:《论商事仲裁中的紧急仲裁员制度》,载“澳门仲裁”微信公众号,最后访问时间:2023年8月6日。

⑯ 同前注⑭,第253-254页。

⑰ 同前注①,第90页。

⑱ 内地委托香港送达民商事司法文书的成功率仅为30%左右。参见司艳丽:《粤港澳大湾区法律规则衔接疑难问题研究——以多元化纠纷解决机制为切入点》,载《中国法律评论》2022年第1期,第218页。

和相互协助仲裁保全签署司法协助文件,而且,这些司法协助文件在香港、澳门特别行政区属于行政命令,法律层级较低,不足以形成制度性规范。^{①⑨}

另外,应当注意到,粤港澳大湾区不仅作为一个整体在商事仲裁发展上面临着北京、上海、新加坡等仲裁市场的激烈竞争,而且,粤港澳三地之间在商事仲裁的发展上也面临着发展水平参差不齐的问题。其中,香港地区的商事仲裁在国际上享有盛誉,^{②⑩}而澳门地区和广东省的商事仲裁则与香港存在一定差距。除了历史因素以及具体法律制度存在差异外,支持粤港澳大湾区商事仲裁协同发展的配套制度的不完善也是产生上述问题的重要原因。

三、粤港澳大湾区商事仲裁制度的完善

欲将粤港澳大湾区打造成国际仲裁中心,首先需要尽量缩小粤与港澳地区在具体仲裁制度方面的差异,其次需要加强粤与港澳地区关于商事仲裁的司法协助,最后需要支持粤港澳大湾区商事仲裁协同发展的配套制度不断加以完善。

(一) 缩小大湾区内粤与港澳地区商事仲裁具体法律制度差异的举措

第一,修改《仲裁法》不仅是促进中国内地仲裁与国际仲裁接轨的重要保障,也是缩小粤与港澳地区在具体仲裁制度方面差异的有力举措。2021年7月30日,司法部公布了《仲裁法(修订)(征求意见稿)》,该征求意见稿充分总结吸收了经过实践检验的中国特色经验,借鉴了国际通行的《仲裁示范法》新近发展成果,兼顾参考了英国、美国、新加坡、日本、韩国、俄罗斯等国家以及我国香港、澳门地区的最新立法成果。^{②⑪}例如,《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第28条采纳了仲裁庭自裁管辖权原则;第49条第2款规定了紧急仲裁员制度;第七章“涉外仲裁的特别规定”第91条增加了临时仲裁制度。但上述具体规定仍然不够完善,与国际通行做法还存在着一定差异。根据十四届全国人大常委会立法规划和国务院2023年度立法工作计划,《仲裁法》修订草案有望在十四届全国人大常委会任期内通过。但修订后的《仲裁法》对于自裁管辖权、紧急仲裁员、临时仲裁等问题究竟如何规定以及相关规定的国际通行做法保持一致尚无法知晓。

第二,在《仲裁法》修订前,可以通过经济特区法规先行先试的途径提前缩小粤与港澳地区在具体仲裁制度上的差异,这也符合《粤港澳大湾区发展规划纲要》提到的“合理运用经济特区立法权,加快构建适应开放型经济发展的法律体系,加强深港司法合作交流”的要求。在《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)于2023年修改之

^{①⑨} 徐泉、张渝:《粤港澳大湾区区际司法协助模式探析》,载《岭南学刊》2019年第4期,第43页。

^{②⑩} 《2021年国际仲裁调查报告:变革世界中,国际仲裁的适应措施》显示,香港在最受欢迎的仲裁地中位居第三,香港国际仲裁中心在最受青睐的仲裁机构中也位居第三。2021 *International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2021-International-Arbitration-Survey-Adapting-arbitration-to-a-changing-world.pdf>, last visited Aug.6, 2023.

^{②⑪} 同前注^⑦。

前,由于2015年《立法法》第8条将“仲裁制度”规定为法律保留事项,所以经济特区法规不能对《仲裁法》的有关规定作出变通。而2023年《立法法》第8条将属于法律保留事项的“仲裁制度”修改为“仲裁基本制度”,这意味着“仲裁基本制度”之外的其他仲裁制度不属于法律保留事项。对于何为“仲裁基本制度”,《立法法》及其他现行法律规范没有明确定义或说明。理论界对于仲裁基本制度形成了较为一致的观点,即“根据中国仲裁法的规定,仲裁的基本制度主要包括协议仲裁制度、或裁或审制度和一裁终局制度。”^②因此,经济特区法规可以对《仲裁法》中“仲裁基本制度”以外的规定作出变通,例如自裁管辖权原则、临时仲裁制度、紧急仲裁员制度等。^③从实践来看,《自贸区司法保障意见》《横琴规则》等文件已经规定了“三特定”临时仲裁,而且,广东省多家仲裁机构也通过仲裁规则、制度的创新不断缩小与港澳仲裁规则的差异。但是,应当注意到,《自贸区司法保障意见》和《横琴规则》分别属于最高人民法院指导性文件和地方性仲裁规则,^④两个文件本身以及具体的实践做法尚缺少充足的法律依据。因此,仍有必要从法律层面推进粤港澳大湾区商事仲裁的融合,而在《仲裁法》修改前,最可行的办法便是合理运用经济特区立法权,以缩小深港澳、珠港澳的商事仲裁差异为切入点,逐步推进粤港澳大湾区法律制度的深度融合。

（二）加强大湾区内粤与港澳地区商事仲裁司法协助的举措

进一步加强司法协助是克服粤港澳三地在送达、取证、仲裁保全、仲裁裁决的认可与执行等方面存在实施和衔接障碍的有效解决方法。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第95条和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》第93条,内地、香港、澳门之间的民商事司法合作有法域合作模式和区域合作模式两种。前者是指内地、香港、澳门三个不同法域之间开展司法合作,由最高人民法院代表内地分别与香港、澳门磋商并签署民商事司法协助文件;后者是指内地各省市与香港、澳门之间开展司法合作。^⑤目前,在法域合作模式上,内地、香港、澳门三者之间已就相互委托送达司法文书、相互认可与执行仲裁裁决分别签署了司法协助文件。在区域合作模式上,最高人民法院授权南沙、前海、横琴三家法院与澳门直接开展司法协助。^⑥通过法域合作模式和区域合作模式的方式加强粤与港澳地区的司法协助,有助于推动粤港澳大湾区仲裁规则衔接取得新突破,提高粤港澳大湾区商事仲裁的国际竞争力。区域合作模式在加强粤与港澳地区司法协助方面更具有优势,有利于减省转递环节,提升协助效率。因此,广东省或者粤港澳大

^② “仲裁的基本制度,是仲裁组织和仲裁参与者进行仲裁活动的基本规程。它只在仲裁的某个阶段或某个环节起作用,通常比较具体明确,有自由完整的系统规范。”参见车丕照:《仲裁法学》,吉林大学出版社1999年版,第44页。

^③ 童卫东:《新〈立法法〉的时代背景与内容解读》,载《中国法律评论》2023年第2期,第197页。

^④ 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条第1款规定:“司法解释的形式分为‘解释’‘规定’‘规则’‘批复’和‘决定’五种。”因此,《自贸区司法保障意见》不属于司法解释,仅属于最高人民法院的指导性文件,仅对法院系统的审判工作具有指导意义,并不具备普遍效力。参见李建忠:《临时仲裁的中国尝试:制度困境与现实路径——以中国自贸试验区为视角》,载《法治研究》2020年第2期,第41页。

^⑤ 同前注^①。

^⑥ 同前注^②。

湾区内的9座内地城市应当继续探索从区域层面或者地方法院层面与香港、澳门签署司法协助文件,拓宽粤港澳三地仲裁领域司法协助的范围,提高司法协助的执行效果,简化审查流程,放宽审查条件。^⑲

(三) 支持粤港澳大湾区商事仲裁协同发展相关配套制度的完善

首先,探索建立粤港澳大湾区商事仲裁案例制度。保密性是仲裁相对于诉讼而言具备的显著优势,正因如此,仲裁未能像诉讼一样形成完备的裁判文书上网机制,也未能定期公布指导案例、公报案例、典型案例等。但是,如果能够对仲裁裁决的有关信息进行保密处理,建立案例遴选制度,并通过出版或者网络发布的方式予以公布,将有利于提升商事仲裁的透明度和公信力。粤港澳大湾区拥有中国国际经济贸易仲裁委员会香港分会和华南分会、深圳国际仲裁院、广州仲裁委员会、香港国际仲裁中心、澳门世界贸易中心仲裁中心等知名的国际商事仲裁机构,从这些国际商事仲裁机构入手,遴选其优秀的商事仲裁案例予以发布,探索形成体系化、制度化的粤港澳大湾区商事仲裁案例,有利于对粤港澳大湾区商事仲裁的发展提供案例指导,进一步加强粤港澳“三法域”之间仲裁规则的衔接和融合。需要注意的是,粤港澳大湾区商事仲裁案例制度的建立需要谨慎推进,尤其不能成为干扰仲裁庭独立判断的借口。^⑳

其次,大力发展粤港澳大湾区商事仲裁网络庭审。《2021年国际仲裁调查报告:变革世界中,国际仲裁的适应措施》显示,对于“哪些适应措施会使其他机构或仲裁规则对用户更具吸引力”这一问题,受访者最青睐的选项是“网上开庭的行政/后勤支持”,占比38%。^㉑尽管有新冠肺炎疫情因素的影响,但确实应当注意到,随着科技的进步和商业节奏的加快,当事人对商事仲裁网络庭审的需求显著增加。网络仲裁的优势包括:智能化程度高,适应数字经济发展需求;仲裁费用较低,降低纠纷解决成本;摆脱地域限制,适应纠纷的跨地域性。^㉒2020年4月29日,中国南沙国际仲裁中心运用互联网技术实现全球首次“一案四地”的商事仲裁远程庭审,仅用13天时间使得争议金额超过13亿元的纠纷案件最终达成和解。^㉓该起网络仲裁案件开启了低成本、高效率办理国际商事仲裁案件的先河。^㉔粤港澳三地应当进一步加强合作,充分发挥网络仲裁的优势,打通大湾区商事仲裁庭审的地域限制,提升仲裁效率,节省仲裁费用,实现纠纷解决的信息化和便利化。同时,对于网络仲裁面临的挑战,如电子送达问题、仲裁程序问题、裁决的认

^⑲ 黄涛涛:《推进粤港澳大湾区法治建设的路径探索》,载《岭南学刊》2021年第3期,第112页。

^⑳ 姜丽丽:《商事仲裁制度内外衔接的三大问题与促进机制》,载“仲裁研究院”微信公众号,最后访问时间:2023年8月6日。

^㉑ *Supra* note 20.

^㉒ 《〈互联网仲裁行业发展蓝皮书2021〉发布》,载仲法网, <http://www.zczfw.org.cn/zczn/wlzcys/84.html>,最后访问时间:2023年8月6日。

^㉓ 魏丽娜:《广州仲裁委开展全球首次“一案四地”远程庭审以规则、技术优势打造国际商事仲裁“广州模式”》,《广州日报》2020年5月11日,第A6版。

^㉔ 谭国戡、刘琦、陈晓冰:《粤港澳大湾区多元仲裁机制的融合与联通——以中国南沙国际仲裁中心为例》,载广州市法学会编:《法治论坛》2021年第1辑,中国法制出版社,第193页。

可与执行问题等,粤港澳大湾区应当在实践中不断探索,积极建立和完善网络仲裁规则。

再次,拓展粤港澳大湾区商事仲裁员名册并推行大湾区内仲裁员资源共享。如前文所述,粤港澳大湾区内各城市之间的商事仲裁发展水平差异很大,香港、深圳和广州的商事仲裁发展较好,这与香港、深圳和广州的经济发展、软环境建设、仲裁机构多年潜心发展仲裁事业具有重要关系,其中,仲裁员队伍建设起到较大支撑作用。仲裁机构实行覆盖范围广泛且开放的仲裁员名册,能够充分尊重当事人的意思自治,有助于提升仲裁案件的专业化解决水平,有利于增强仲裁机构对纠纷当事人的吸引力。以深圳国际仲裁院为例,其于2022年2月21日启用的新一届仲裁员名册共有仲裁员1549名,来自全球114个国家和地区,基本实现“一带一路”沿线国家(地区)全覆盖。其中,香港仲裁员149人,澳门仲裁员18人,台湾仲裁员17人,外国仲裁员384人,国际化比例全国领先。^③而且,《深圳国际仲裁院仲裁规则》第28条允许适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或《深圳国际仲裁院海物流仲裁规则》案件的当事人在《深圳国际仲裁院仲裁员名册》之外提出仲裁员人选,该人选经仲裁院确认后可担任该案仲裁员。尽管现行《仲裁法》并未规定仲裁员开放名册制,导致仲裁员开放名册制的优势在实践中难以充分发挥,^④但粤港澳大湾区内各仲裁机构仍应当继续积极探索仲裁员开放名册制的具体实施,从而不仅在实践层面促进粤港澳大湾区商事仲裁的发展,而且为《仲裁法》关于仲裁员准入资格的修改完善提供借鉴参考。

粤港澳大湾区的仲裁机构除应扩展仲裁员名册外,还应进一步推行大湾区内仲裁员资源的共享。为了解决长期以来粤港澳大湾区内各城市所设仲裁机构未能形成统筹合力的缺憾,2018年9月,广东省珠三角九市和香港、澳门地区的仲裁机构共同倡议发起成立了粤港澳大湾区仲裁联盟,2019年9+2城市仲裁机构代表签署《粤港澳大湾区仲裁联盟合作备忘录》。但目前三地通过仲裁联盟平台进行的仲裁合作尚处于初级阶段,下一步可以考虑充分发挥该仲裁联盟的平台作用,“在粤港澳大湾区仲裁联盟平台之上,设置一个共享的仲裁员名单,入选这个名单的仲裁员,可以在粤港澳大湾区内的仲裁机构平台被选定或者指定为仲裁员处理案件。”^⑤

最后,高度重视粤港澳大湾区商事仲裁人才培养。只有具备充足的商事仲裁人才储备,才能保障粤港澳大湾区商事仲裁长久稳步发展。2022年3月,司法部、教育部等联合印发《关于做好涉外仲裁人才培养项目实施工作的通知》,要求到2025年,建立起与国际通行仲裁制度相适应的涉外仲裁人才培养体系,打造一支坚定不移走中国特色社会主义法治道路的高素质专业化涉外仲裁人才队伍。2022年7月,教育部、司法部决定选取

^③ 《深圳国际仲裁院关于新一届仲裁员名册的公告》,载“深圳国际仲裁院”微信公众号,最后访问时间:2023年8月6日;《深圳打造国际商事争议解决优选地》,载“深圳发布”微信公众号,最后访问时间:2023年8月6日。

^④ 朱玥:《自治与效率:仲裁员开放名册制实施路径研究——兼论仲裁员名册之完善》,载《西部法学评论》2020年第3期,第64页。

^⑤ 姚震乾、吴昊:《论区域商事仲裁平台协同机制——以粤港澳大湾区仲裁联盟为研究对象》,载《探求》2021年第1期,第71页。

二十所高校会同仲裁委员会、律师事务所等涉外仲裁实务单位,实施法律硕士专业学位(国际仲裁)方向的研究生培养项目。粤港澳大湾区欲建设国际仲裁中心,需要格外高度重视商事仲裁人才培养,不仅要积极支持上述举措,更要持续关注上述举措的实施效果,注重在实施过程中发现问题、解决问题、总结经验,从而不断完善培养涉外仲裁人才的方案。同时,粤港澳大湾区内的商事仲裁从业人员应当注重通过留学、访学、交换、参观、实习、培训、研讨等方式促进交流和学习,以提升综合素质和专业水平。

四、结 论

建设粤港澳大湾区国际仲裁中心是《粤港澳大湾区发展规划纲要》提出的重要目标。尽管粤港澳大湾区商事仲裁具备享受“一国两制”制度红利、享受经济特区和自由贸易试验区政策红利、拥有“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制所积累的多元化纠纷解决经验的优势,但由于粤港澳大湾区涉及三个不同的法域,粤港澳三地在自裁管辖权、临时仲裁、紧急仲裁员等具体仲裁制度上存在较大差异,粤港澳三地之间在送达、取证、仲裁保全、仲裁裁决的认可与执行等方面也存在实施和衔接不通畅的问题,使得粤港澳大湾区商事仲裁的发展受到了一定的制约。欲将粤港澳大湾区打造成国际仲裁中心,不仅要通过修改《仲裁法》或者制定经济特区法规变通现行《仲裁法》的方式缩小粤与港澳地区在具体仲裁制度上的差异,进一步加大大湾区内司法协助,而且要探索建立粤港澳大湾区商事仲裁案例制度、大力发展粤港澳大湾区商事仲裁网络庭审、拓展粤港澳大湾区商事仲裁员名册、推行大湾区内仲裁员资源共享并高度重视粤港澳大湾区商事仲裁人才培养。

Abstract: The commercial arbitration in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area has the advantages of benefiting from the policy of "one country, two systems" as well as special economic zones and pilot free trade zones, and having advanced experience accumulated through the "one-stop" diversified international commercial dispute resolution mechanism. Due to the different arbitration laws applied in Guangdong, Hong Kong and Macao, there are great differences in specific arbitration systems such as Kompetenz-Kompetenz, ad hoc arbitration, emergency arbitrator. There are also problems of poor implementation and connection between Guangdong, Hong Kong and Macao in terms of service of documents, collection of evidence, arbitration preservation, recognition and enforcement of arbitral awards, etc. In order to establish the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area as an international arbitration center, it is necessary not only to narrow the differences in the specific arbitration systems among Guangdong, Hong Kong and Macao by amending the Arbitration Law or enacting special economic zone regulations to adapt the current Arbitration Law, but also to explore the establishment of the Guangdong-Hong

Kong-Macao Greater Bay Area commercial arbitration case system, vigorously develop the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area commercial arbitration network hearing, expand the panel of arbitrators of the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area commercial arbitration as well as promote the sharing of arbitrator resources in the Greater Bay Area, and attach great importance to the cultivation of talents of the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area commercial arbitration.

Keywords: commercial arbitration; Arbitration Law; Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area; international arbitration center

(责任编辑：佟 尧)

按小时费率计收仲裁员报酬的法理基础与规范进路

李佳临*

内容提要 北京仲裁委员会开拓了境内机构对国内仲裁案件以小时费率计收仲裁员报酬的先河。以当事人和仲裁机构、当事人和仲裁员、仲裁员和仲裁机构之间的三重法律关系和仲裁员与仲裁机构的权限配置为观察维度,小时费率计酬制可以在当事人与仲裁员之间重新分配风险、在仲裁机构与仲裁员之间强化松散的聘用关系;结合经典工作理论及薪酬理论,小时费率计酬制具有保障仲裁员工作自主性、促进薪酬公平的突出优势。针对小时费率计酬制的选择适用可能对仲裁员带来的不利,以及小时费率计酬制中工作小时难以合理确定的问题,可以通过“封顶费用安排”小时费率计酬模式的单一适用和“细化、标签化、量化”一系列措施予以解决。

关键词 小时费率;仲裁员报酬;松散的聘用关系;薪酬公平

一、问题的提出

北京仲裁委员会(以下简称“北仲”)分别于2019年9月1日、2021年7月1日发布实施《北京仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《仲裁规则》)和《关于采用小时费率计收仲裁员报酬的操作指引》(以下简称《操作指引》),前者附录1《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心案件收费标准》规定在当事人约定的情况下,仲裁员报酬可以按照小时费率计算,是我国仲裁机构就国内仲裁案件的仲裁员报酬按照小时费率计算的第一部规定。《操作指引》则从约定适用小时费率、小时费率的确定、工作小时的计算及异议复核等八个部分对小时费率计酬制度的内容作出说明。

北仲开创内地机构对国内仲裁案件采取小时费率计收仲裁员报酬的先河之后,学界对此产生了一些讨论。《北京仲裁》刊物收录的两篇以小时费率为主题的文章强化了对这一“新”制度的关注,^①对于理论研讨和实践操作均大有裨益。然而,必须指出的是,

* 李佳临,北京大学法学院博士研究生。

① 参见黄瑞:《仲裁案件采用小时费率计收仲裁员报酬的实务问题分析》,载《北京仲裁》2021年第2辑,中国法制出版社,第57页-76页;陈希佳:《按时计费的仲裁员报酬:比较LCIA、HKIAC、ICDR的相关规定》,载《北京仲裁》2021年第2辑,中国法制出版社,第77-93页。

既有研究围绕小时费率制度的落地展开,对采取小时费率法理基础的理论探讨较为缺乏。更为重要的是,上述研究都分别以仲裁员、仲裁机构和当事人视角切入对小时费率的讨论,缺少对三个主体间互动关系的关注。^②鉴于此,本文试图从当事人、仲裁员、仲裁机构之间的关系出发,以北仲《仲裁规则》《操作指引》及具有代表意义的国际仲裁机构的小时费率相关规则为制度依据,讨论仲裁案件按小时费率计收仲裁员报酬的法理基础,为按小时费率计收仲裁员报酬制度的落地提供理论支持,并在此基础上探讨按小时费率计收仲裁员报酬的制度如何进行精细化构建,以期对该制度在我国的发展和构建有所裨益。

二、小时费率计酬的制度实践

在北仲引入小时费率计收仲裁员报酬之前,我国仲裁机构对国内仲裁案件的仲裁员报酬皆是以总价方式计算。具体而言,以北仲和中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲”)为例,北仲仲裁案件的收费内容分为“仲裁员报酬”和“机构费用”,贸仲则分为“案件受理费”和“案件处理费”,仲裁员报酬包含在“案件受理费”和“案件处理费”之内。无论是“仲裁员报酬”与“机构费用”,还是“案件受理费”和“案件处理费”,都分别以不同计算方式与案件争议金额挂钩。下文将对北仲《操作指引》的规则进行拆解,梳理、还原北仲按小时费率计酬规则全貌。

除了第9条为对操作指引如何适用的概括性规定,1—8条从8个不同视角对按小时费率计收仲裁员报酬进行了明确规定,大体可以按照内容分为小时费率的适用、工作小时的计算和复核、仲裁员费用的支付三个方面。

(一) 小时费率的适用

《操作指引》第一、二部分分别对小时费率的约定适用和小时费率的确定作出说明。当事人可以在仲裁庭组成之前达成按小时费率计算仲裁员报酬的约定,在仲裁庭组成后,若当事人和仲裁庭均同意,当事人也可以约定按小时费率计算仲裁员报酬。除了北仲主任指定的一般仲裁员的小时费率由北仲和仲裁员协商确定,其他仲裁员的小时费率都由当事人和仲裁员协商确定。当事人未在北仲确定的合理时间内提出异议的,视为接受仲裁员的小时费率;未能在合理时间内协商确定小时费率的,将由北仲确定小时费率。

《操作指引》给仲裁员小时费率设置了上限,除非各方当事人明确书面同意或者北仲根据案件特殊情况决定适用更高的小时费率,仲裁员小时费率原则上不得超过5000元人民币。

(二) 工作小时的计算和复核

《操作指引》第四部分和第七部分分别规定了仲裁员工作小时的计算和工作小时的

^② 同前注^①,黄瑞文,第61页。

复核。工作小时由仲裁员秉承合理、诚信原则自行记录,但需要保存必要的书面文件以供北仲进行核算,包含阅卷时间,安排和处理各种程序事项的时间,起草各项通知、回复、决定等的时间,开庭审理时间,经当事人同意的组织调解时间,三人仲裁庭的合议时间,制作裁决时间。《操作指引》4.1采用了“等”,以保留将其他仲裁员为审理裁决案件而花费的合理时间解释为工作时间的可能性。当事人对仲裁员工作小时的计算有异议的,应在北仲通知的时间内向北仲“仲裁员工作小时复核委员会”(以下简称“复核委员会”)提出书面复核申请,提出关于工作小时计算的具体主张及相关事实和理由,并交纳复核费用30000元。当事人交纳复核费用后,北仲将在复核委员会中指定三位成员具体负责复核工作。复核委员会主要通过审阅书面文件的方式进行复核,如果复核认为仲裁员的工作小时计算不合理,北仲有权参照复核结果对仲裁员的工作小时进行调整,并终局决定最终的工作小时。

(三) 仲裁员费用的支付

《操作指引》第三、五、六部分分别规定当事人预交费用、仲裁员报酬的分阶段支付和结算与承担,第八部分则规定当事人支付的预付款余额不足以支付仲裁员未付清的报酬时,有权对裁决书进行留置。北仲有权通知当事人在一定期限内预交一定数额的款项作为仲裁员报酬的预付款,也会综合考量已确定的小时费率情况、案件复杂程度、仲裁员可能花费的审理时间、各方当事人的配合情况等因素,在仲裁程序的不同阶段通知当事人交纳预付款。若各方当事人均未能在通知的期限内交纳预付款,则仲裁庭可决定中止甚至终止仲裁程序。

仲裁庭可请求北仲从当事人交纳的预付款中分阶段支付仲裁庭已经产生的报酬,北仲则根据案件审理的实际情况、当事人预付款的交纳情况以及仲裁庭的工作情况确定是否向仲裁庭分阶段支付报酬以及支付报酬的具体金额。审理终结后,仲裁员应向北仲提交工作小时并作必要说明。仲裁裁决作出之前,北仲将每位仲裁员的小时费率、工作小时计算和当事人预付款支付情况通知当事人。

如果当事人支付的预付款余额不足以支付仲裁员未付清的报酬,除非仲裁庭有相反的决定,北仲有权留置裁决书。当事人共同或由任何一方付清上述报酬后,北仲根据仲裁庭的决定将裁决书发送当事人。

三、小时费率计酬的法理基础

在梳理仲裁制度中各方主体间法律关系的基础上,从不同法律关系的视角切入,可以看出小时费率对仲裁当事人、仲裁员与仲裁机构间法律关系的影响。

(一) 仲裁法律关系

仲裁制度中有三重仲裁法律关系,第一重是当事人与仲裁机构之间的法律关系,第二重是当事人与仲裁员(庭)之间的法律关系,第三重是仲裁员与仲裁机构之间的法律关系。

1. 当事人与仲裁机构之间的服务合同关系

对于第一重法律关系,即当事人与仲裁机构间的法律关系的界定,离不开对仲裁机构法律地位的梳理。我国现行《仲裁法》未对仲裁机构的法律定位作出规定,不过2021年7月30日司法部发布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第13条规定:“仲裁机构是依照本法设立,为解决合同纠纷和其他财产权益纠纷提供公益性服务的非营利法人,包括仲裁委员会和其他开展仲裁业务的专门组织。仲裁机构经登记取得法人资格。”在《民法典》确定的营利法人、非营利法人、特别法人三分法下将仲裁机构定位为非营利法人。《民法典》第87条第2款对非营利法人采用开放式列举,明确了事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构为非营利法人,同时采用“等”为其他类型的非营利法人预留了解释空间。我国仲裁机构长期被视为事业单位,^③或参照事业单位进行管理,行政化色彩挥之不去。^④不过,仲裁机构需要实现从行政化到民间化的转型,以做到独立、胜任和公正,既能赢得当事人的信任,吸引到仲裁案源,^⑤又能真正发挥作为司法分流的替代性纠纷解决机制的功能。^⑥因此,目前越来越多的声音提出,应将仲裁机构视为社会服务机构型非营利法人。^⑦事业单位与社会服务机构非营利法人承担着相同的功能,只是有“公”与“私”的区别,将仲裁机构重新定位为社会服务机构型非营利法人,既符合了去行政化的要求,又能避免完全重新定位可能带来的冲击。^⑧

我国通说将仲裁视为“兼具契约性、民间性和准司法性的一种争议解决方式”,^⑨契约性与民间性皆可视为意思自治的体现,故而“意思自治”与“准司法性”成为理解仲裁性质的两个要素。将仲裁机构定位于社会服务机构型非营利法人,可以在保障仲裁准司法性的同时强化仲裁的意思自治属性,^⑩将我国较为特殊的仲裁机构行政化色彩予以削弱。

在此定位下,通过剖析仲裁的实际运行机制方能准确定义当事人与仲裁机构之间的法律关系。仲裁委员会对不特定社会公众发出提供仲裁服务的开放性要约,当一方当事人根据双方之间达成的在特定仲裁委员会提请仲裁的协议提起仲裁申请并由仲裁委员会受理案件后,该仲裁委员会与当事人之间的社会服务合同即成立并生效,仲裁委员会与当事人之间形成社会服务法律关系。仲裁委员会作为专门的仲裁组织,在专业仲裁秘书的管理下运行一套常设的程序性规则,降低了仲裁程序及裁决中出现技术性缺陷的风

^③ 这一观点在司法实践中的体现,参见广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民特295号民事裁定书。

^④ 我国仲裁机构行政色彩的梳理,参见姜丽丽:《论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》,载《比较法研究》2019年第3期,第142-145页。

^⑤ 参见陈福勇:《未竟的转型——中国仲裁机构现状与发展趋势实证研究》,法律出版社2010年版,第100页。

^⑥ 如果仲裁机构受制于行政机关,则仲裁机构的独立性将荡然无存,损害仲裁的公正性。参见江伟、肖建国主编:《仲裁法(第3版)》,中国人民大学出版社2016年版,第83页。

^⑦ 参见谭启平:《论我国仲裁机构的法律地位及其改革之路》,载《东方法学》2021年第5期,第157-162页。

^⑧ 同上,第160页。

^⑨ 黄进、宋连斌、徐前权:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第7页。

^⑩ 仲裁的准司法性主要体现为仲裁裁决有强制执行力。

险,为当事人提供相较于临时仲裁更为完善的仲裁经验和更好的服务。^①与仲裁机构提供的与仲裁相关的服务相对,当事人的给付义务则是交纳机构费用。

2. 仲裁员与当事人之间的特殊服务法律关系

对于第二重法律关系——仲裁员与当事人之间的法律关系性质,理论上出现了准合同关系说、合同关系说、特殊身份说、特殊服务法律关系说等观点。其中,新近的特殊服务法律关系说认为,仲裁员与当事人之间是一种兼具合同关系与身份关系的复合法律关系。^②这一观点最为完满地体现了仲裁制度意思自治和准司法性的一体两面关系。具言之,当事人与仲裁员之间存在以提供仲裁服务为标的的合同法律关系,以及以解决纠纷为目标的身份法律关系。仲裁当事人指定仲裁员时,一方面意味着仲裁当事人向仲裁员就该仲裁员提供仲裁服务发出要约,另一方面意味着向仲裁员分配裁决权,而仲裁员若接受指定,则一方面意味着该仲裁员接受裁决权的分配,另一方面意味着该仲裁员作出承诺并形成仲裁服务合同。^③

3. 仲裁员与仲裁机构之间的法律关系

我国目前立法并不承认临时仲裁,机构仲裁仍是唯一得到认可的仲裁形式,因此仲裁机构与仲裁员之间的法律关系是我国仲裁法律关系中不可或缺的组成部分。

(1) 仲裁机构与仲裁员之间法律关系的性质

对于仲裁机构与仲裁员之间法律关系的性质,司法实践中形成了明确且统一的观点。担任仲裁员的律师以代理人身份承办其现任职的仲裁机构案件时,对方当事人一般会申请仲裁员回避或在仲裁裁决作出后申请撤销仲裁裁决。大多数法院认为,仲裁机构的在册仲裁员并不是仲裁机构的工作人员,仲裁机构不是其在册仲裁员的工作单位。^④在一件撤销仲裁裁决案件中,湖南省益阳市中级人民法院需判断担任仲裁员的律师以代理人身份承办其现任职的仲裁机构案件的行为是否构成程序违法,该院在认定仲裁员与代理人是否在同一单位工作时指出,“仲裁员与仲裁委只是临时、松散的聘任关系”,^⑤这是较早的法院作出的对于仲裁员与仲裁机构之间法律关系的认定,这一观点被其他法院沿用。重庆市第一中级人民法院进一步阐释,在册仲裁员与仲裁机构“并不具有劳动关系或人身隶属关系,也不受其人事制度的管理和约束,彼此之间为松散的聘用关系”,^⑥因此不属于同一单位工作的情形,在查明不具有其他利害关系后,法院的结论为,该案中担任仲裁员的律师以代理人身份承办其现任职的仲裁机构案件的行为

^① 机构仲裁相较于临时仲裁的优势,参见康明:《商事仲裁服务研究》,法律出版社2005年版,第16页;李晓红主编:《国际商事仲裁专题研究》,法律出版社2009年版,第176页。

^② 参见杜焕芳、李贤森:《仲裁员选任困境与解决路径——仲裁员与当事人法律关系的视角》,载《武大国际法评论》2020年第2期,第50-52页。

^③ 参见傅郁林:《中国仲裁员职业群体的发展和自我定位》,载《北京仲裁》2010年第3辑,第60-65页;范铭超:《仲裁员与仲裁当事人法律关系模型的困境及其解决》,载《北方法学》2014年第6期,第126页。

^④ 参见北京市第二中级人民法院(2014)二中民特字第09403号民事裁定书。

^⑤ 湖南省益阳市中级人民法院(2015)益法民二仲撤字第4号民事裁定书。

^⑥ 重庆市第一中级人民法院(2019)渝01民特61号民事裁定书。

并不构成程序违法。^{①7}

根据上述讨论,仲裁机构与当事人之间是由当事人交纳机构费用、仲裁机构提供仲裁服务的法律关系,仲裁员与当事人之间是兼具合同关系与身份关系的复合法律关系,仲裁员与仲裁机构之间是松散的聘用关系。对于仲裁制度中的三重法律关系可以绘图如下。

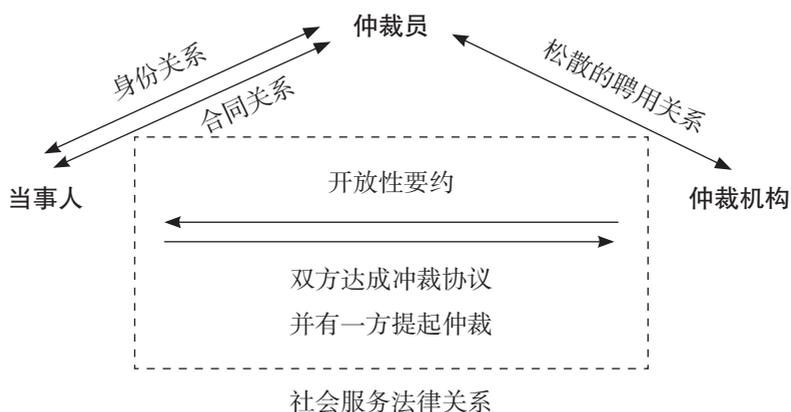


图 1 我国仲裁制度中的三重法律关系

(2) 仲裁机构与仲裁员之间的权限配置

总价计酬模式下,仲裁机构和仲裁员收取的费用都与案件争议金额直接挂钩;而在小时费率计酬模式下,只有仲裁员的报酬改为由仲裁员自身的工作时间确定,机构收取的费用仍然与总价挂钩。^{①8} 本部分将从仲裁机构与仲裁员权限配置的视角说明,仲裁机构和仲裁员作为仲裁(相关)服务的提供方,在小时费率计酬制下不同收费方式的正当性,同时将论证小时费率计酬模式强化了仲裁员和仲裁机构之间关系的松散性,进一步落实了仲裁员之于仲裁机构的独立性与公正性。

a. 仲裁事务管理权

仲裁事务管理权为仲裁机构享有,仲裁机构可以管理约定受该机构管理的仲裁案件,也可以根据当事人的约定为临时仲裁提供特定的服务,包括协助组成仲裁庭、决定仲裁员是否回避等程序管理服务和提供庭审设施等辅助服务。

b. 仲裁权

从历史发展来看,临时仲裁早于机构仲裁产生,但由于临时仲裁中缺乏必要的仲裁程序管理和监督、仲裁员的仲裁资质难以判断,便发展出了机构仲裁,由仲裁机构加入到仲裁员与争议当事人之间,为有意愿进行仲裁的争议当事人提供了有利于争议解决的专

^{①7} 更多司法实践,参见北京市第四中级人民法院(2021)京04民特544号民事裁定书、广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民特295号民事裁定书。

^{①8} 因此,本文不采用小时计费、总价计费等表述,而是统一采用小时费率计酬、总价计酬的表述。

门服务。由此可见,仲裁机构是随仲裁制度发展的需要,从临时性服务演化为常设组织服务,其自身并不行使仲裁权,仲裁权由仲裁员享有并行使。我国学者认为,仲裁权的内容为程序上的裁决权、事实上的认定权以及对当事人实体权利义务关系的确认权。^{①9}

c. 核稿权

核阅制度由国际商会仲裁院(ICC)提出。^{②0}中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发的《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》(中办发〔2018〕76号文件)指出“确保仲裁裁决质量,建立仲裁委员会对仲裁裁决的核阅制度”。不过,我国现行《仲裁法》尚未确立核阅制度,但部分仲裁机构在其仲裁规则中明确设立了核阅制度。^{②1}实践中,为了保证仲裁裁决的质量,仲裁机构的秘书处往往都会核阅仲裁庭作出的裁决书。仲裁机构没有仲裁权,因此只能对裁决中的形式问题进行修改,如果出现了实体问题也只能提请仲裁员注意,而不能直接修改并终局性影响裁决结果。

由此可见,仲裁机构和仲裁员之间有明确的权限分工,且在“松散的聘用关系”下,仲裁员应独立于仲裁机构,仲裁机构也不能通过核稿权不适当地对仲裁员的仲裁权造成侵蚀。仲裁机构负责的事务管理往往不因案件的复杂程度而改变,而是一套标准化的在不同案件中都可以重复适用的流程,因此,在仲裁员工作时长相差很大的情形下,仲裁机构提供的与仲裁相关的服务量可能相差无几。与此同时,采取小时费率后,仲裁机构对仲裁员报酬的影响变小,以北仲的《操作指引》为例,只有在指定仲裁员小时费率的确定、仲裁员小时费率的复核、仲裁员小时费率的上限设置上,仲裁委员会可以介入并对仲裁员报酬产生影响,而总价计酬模式下,仲裁机构可以在仲裁规则中设置仲裁员报酬的计算方式。因此,在小时费率计酬制度下,仲裁员和仲裁机构之间的松散聘任关系得以进一步体现,仲裁员和仲裁机构各自更为独立,仲裁机构更不易影响到仲裁员的独立审判。

(二) 小时费率计酬的制度优势

在厘清了仲裁制度中的三重法律关系以及仲裁机构和仲裁员间的权限分配之后,本文将在在此基础上分别从不同法律关系的视角阐述小时费率计酬的制度优势。

1. 当事人与仲裁员之间:重新分配风险

总价计酬模式是在确定案件争议金额的基础上,仲裁员报酬就直接根据仲裁规则中的公式得以确定;而在小时费率计酬中,仲裁员的报酬不与总价挂钩,而是与仲裁员的工作时间挂钩。由此可见,在总价计酬模式下,仲裁员的报酬是固定的,仲裁员的工作量则是固定报酬下的不确定的风险,仲裁员可能会遇到总价小但是工作量很大的案件。而在

^{①9} 参见刘家兴:《论仲裁权》,载《中外法学》1994年第2期,第11页;同前注^⑥,第27页。

^{②0} 《国际商会仲裁院仲裁规则》第34条规定:“仲裁庭在作出裁决前,应当将裁决书草案提交仲裁院。仲裁院可以对裁决书的形式作出修改,在不影响仲裁庭自由裁量的前提下,也可以提请仲裁庭注意实质性问题。仲裁庭作出裁决,必须经仲裁院就其形式作出批准。”

^{②1} 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第51条规定:“裁决书草案的核阅仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决书草案提交仲裁委员会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意。”《武汉仲裁委员会仲裁规则》第63条第3款规定:“仲裁庭应当在签署裁决书前,将裁决书草案提交本会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的前提下,本会可以对裁决书的形式进行修改,也可以提请仲裁庭注意实体问题。”

小时费率计酬制下,仲裁员的工作报酬是直接和工作时长挂钩的,无须担心报酬和劳动失衡的风险,可以更心无旁骛地投入到仲裁工作中去。

2. 仲裁员与仲裁机构之间

(1) 提高仲裁员工作的独立性和自主性

结合前文分析,在整个仲裁程序中,仲裁机构和仲裁员有着明确的职责分工,仲裁机构依法提供仲裁程序管理相关的专业服务,如立案咨询、裁决书核阅与送达等,也提供庭审设施等辅助服务,仲裁员则负责依法提供审理和裁决的专业服务。仲裁员和仲裁机构之间本身构建的应当是一种“松散的聘用关系”,二者之间并不存在人身隶属关系,仲裁员也不应受到仲裁机构人事制度的管理和约束。实际上,薪酬的计算与分配模式也影响着二者之间的关系构建。在总价计酬的模式下,虽然有着“仲裁员报酬”和“机构费用”的划分,但两种费用均与争议金额挂钩,仲裁机构可以通过设定分配比例来对仲裁员的利益施加影响;而在小时费率计酬制度之下,仲裁员报酬直接与其实际工作量挂钩,省去了根据总额进行分配的环节,且工作内容也更加透明化。因此,仲裁员在更大程度上与仲裁机构“脱钩”,更不容易受到仲裁机构的影响。

下文将结合经典工作理论开展进一步分析,得出小时费率计酬制度能够提高仲裁员工作的独立性和自主性,从而有利于推动仲裁员敬业度提升的结论。工作特性理论说明,自主性和独立性这样的工作特征及个体对其的感知能够显著影响员工的心理状态与积极投入工作的意愿。^②而根据自我决定理论,工作自主性能够满足个体的自主性需求,因而能够激发个体的内部工作动机并提高工作敬业度;与之对应的是,当工作自主性较低时,个体会更倾向于把工作当成为他人做事或是获取生活物质资料的手段,从而更难以全身心地投入到工作当中。^③基于上述理论与实证研究可以分析得出,对于仲裁员而言,由于小时费率计酬制使其工作受到外界的控制和影响减少,其感知到的工作自主性程度变高,因而有助于提升仲裁员工作积极性与敬业度。

与此同时,小时费率计酬制带来的更强的工作自主性实际上也有利于减少仲裁员的情绪消耗与心理压力。根据工作需求—资源模型,工作自主性被概念化为典型的工作资源,本身代表个体对于工作决策权限的影响程度。^④换言之,高工作自主性意味着个体在追求职业目标时拥有更强的掌控感。工作需求—资源模型中的一个关键命题是,当工作需求高而工作资源有限时,个体就会产生更强的倦怠与情绪耗竭效应。^⑤而高工作自

^② Hackman JR, Oldham GR, *Motivation Through The Design of Work: Test of a Theory*, Organizational Behavior and Human Performance, 1976, Vol.16:2 pp.250-279.

^③ 参见杨红明、刘耀中:《工作特征对知识员工敬业度作用的实证研究:基于内在动机视角》,载《科技管理研究》2012年第11期,第169-173页。

^④ Spagnoli P, D Molinaro, *Negative (Workaholic) Emotions and Emotional Exhaustion: Might Job Autonomy Have Played a Strategic Role in Workers with Responsibility during the Covid-19 Crisis Lockdown?*, Behavioral Sciences, 2020, Vol.10:12, p.192.

^⑤ Demerouti E A, Bakker F, Nachreiner, et al, *The Job Demands-Resources Model of Burnout*, Journal of Applied Psychology, 2001, Vol.11:1, pp.499-512.

主性是一种核心激励资源,意味着个体对于自身工作拥有更强的控制权和所有权,能够显著提高个体对于工作的认同感和能动性,从而起到减少焦虑和情绪耗竭的作用,这一点也被学者们的实证研究所验证。^{②6} 回归本文语境,小时费率计酬制下,仲裁员和仲裁机构在更大程度上“脱钩”,这种“松散的聘用关系”而非“权力不对等的人身雇佣关系”得到了进一步保障,仲裁员在完成审理和裁决工作时的自主性增强,即无需在外界影响之下产生“认知—行为偏差”效应,^{②7} 从而减少了不必要的情绪劳动和心理压力。

(2) 促进仲裁机构全方位提升机构吸引力

此外,在总价计酬模式下,仲裁机构通过设定仲裁员报酬占总价的比例实现对仲裁员利益的影响,各个仲裁机构不同的计算方式也成为仲裁员在选择仲裁机构时的考量因素。^{②8} 而小时费率计酬制下,仲裁机构并不能设置较高的仲裁员报酬比例,也无法对仲裁员报酬起到决定性的作用。这一变化能促进采取小时费率的仲裁机构将吸引优质仲裁员的方式由设置较优待的仲裁员报酬计算方式转变为提升自己的硬件设施及专业服务方面,对于整体仲裁环境而言起着积极的推动作用。

3. 仲裁庭的各个仲裁员之间:促进实现仲裁员之间的薪酬公平

从整体上来看,小时费率计酬制相比于总价计酬制显然是一种更为“精细化”的管理工具。具体而言,在小时费率计酬模式下,仲裁员报酬与其实际的工作投入直接挂钩,这意味着对于工作内容的关注伴随着薪酬制度改革进入了政策视野。在总价计酬模式下,虽然有着仲裁员报酬与仲裁庭费用、首席仲裁员报酬和边裁报酬的划分,但这种基于总额设定比例的划分方式是相对粗略、缺乏明确标准的,因而更容易出现薪酬不公的情况。相比之下,小时费率计酬制则更好地解决了这一问题。例如,在仲裁庭内部几位仲裁员的薪酬分配方面,相比于模糊和不确定性强的比例分配模式,小时费率计酬制将个体获得薪酬的多少与撰拟程序令、裁决初稿等具体工作内容的时长紧密挂钩,真正遵循了“按劳分配,多劳多得”的基本薪酬理念,保障了薪酬公平。

本文认为,小时费率计酬制针对仲裁员薪酬公平程度产生的影响相当重要,这与仲裁员本身的自我效能感紧密相关。薪酬公平感是个体通过自身从组织实际获得的经济性报酬和非经济性奖励与期望值相比较后产生的心理感知,即个人对于组织薪酬设计和管理等方面是否公平的主观判断。^{②9} Adams 创建的公平理论说明,薪酬公平对于个体的工作积极性有着显著的正向影响。^{③0} 由此可见,小时费率计酬制虽然只是一项薪酬分配制度,但是实际上通过彰显薪酬公平能够促进仲裁员的工作积极性。社会认知理论认

^{②6} Chang P, H Rui, T Wu, *Job Autonomy and Career Commitment: A Moderated Mediation Model of Job Crafting and Sense of Calling*, Sage Open, 2021, Vol.11:1, pp.1-11.

^{②7} 参见[美]斯蒂芬罗宾斯:《组织行为学》,孙健敏译,中国人民大学出版社2016年版,第106页。

^{②8} 参见刘健勤:《浅谈仲裁机构与仲裁员的双向选择》,载《武汉仲裁(第1辑)》,法律出版社2018年版,第8-9页。

^{②9} 参见李鹏、刘丽贤、李悦:《绩效导向薪酬制度对员工创造性影响评述——基于自我决定理论视角》,载《科技管理研究》2015年第2期,第145-151页。

^{③0} Adams J, *Toward an Understanding of Inequity*, Journal of Abnormal and Social Psychology, 1963, Vol.67:5, pp.422-436.

为,个人对自身和社会的整体感知受环境因素的影响,当个体感知公平时,会倾向于理解为从外部环境中获得了认可及肯定,从而激发自我效能感。^{③①}根据美国心理学家 Bandura 的定义,自我效能感是“个人对于自身能否利用所拥有的技能去完成某项工作行为的自信程度”,且直接影响着工作效果。^{③②}小时费率计酬制下,仲裁员的报酬与劳动内容紧密相关,薪酬公平得到了保障,自我效能感被激发,从而有助于提升仲裁工作的质量。

此外,薪酬公平也被证实能够显著抑制职场偏差行为,这对于仲裁工作的依法顺利开展也是至关重要的。Tremblay 通过一项针对上千劳动者的实证研究发现,薪酬公平能更好地解释个体在报酬方面的满意度,且对个体的工作行为具有更强的影响作用,^{③③} Kidwell 等学者也指出,薪酬公平可以减少员工的消极工作行为。^{③④}回归到中国情境中,韩悦等学者基于“个体-情境”交互视角对中国公务员开展的一项研究表明,薪酬公平感对惰怠、渎职、贪墨、自利、不合作等偏差行为具有显著负向影响。^{③⑤}仲裁作为一种解决民事争议的重要方式,关乎着当事人的实体权益,保障着社会的公平与正义。基于此,在小时费率计酬制下,仲裁员本身的薪酬公平得到了保障,自我效能感与工作积极性提高,发生职场偏差行为的概率降低,其重要性不言而喻。

此外,小时费率计酬制度并不改变仲裁机构费用收取的方式,对当事人与仲裁机构之间的法律关系并没有进行调整。

四、小时费率计酬的制度构建

为了更加清晰明了地展示小时费率计酬制的作用并在此基础上提出制度设计的构想,下文将以案件复杂程度和争议金额大小为因素,引入坐标系对仲裁案件进行类型化分析。以案件复杂程度和争议金额均适中的情况作为原点,将案件的复杂或简易程度设置为横坐标,案件争议金额设置为纵坐标,构建如图坐标轴。四个象限(A、B、C、D)分别对应不同特征的案件类型,如第一象限(A)代表着争议金额高、案件复杂的一类案件,第三象限(C)则代表着争议金额低、案件简单的一类案件。

^{③①} 参见张勇、刘海全、王明旋:《挑战性压力和阻断性压力对员工创造力的影响:自我效能的中介效应与组织公平的调节效应》,载《心理学报》2018年第4期,第450-461页。

^{③②} Laurence G A, Y Fried, W Yan, et al, *Enjoyment of Work and Driven to Work as Motivations of Job Crafting: Evidence from Japan and China*, Japanese Psychological Research, 2019, Vol.62:1, pp.1-13.

^{③③} Tremblay M, Sire B, Ba Lkin D B, *The Role of Organizational Justice in Pay and Employee Benefit Satisfaction and Its Effects on Work Attitudes*, Cirano Working Papers, 2000, Vol.25:3, pp.269-290.

^{③④} Kidwell, Roland E Jr, Nathan Bennett., *Employee Propensity to Withhold Effort: A Conceptual Model to Intersect Three Avenues of Research*, Academy of Management Review, 1993, Vol.18:3, pp.429-456.

^{③⑤} 参见韩锐、李景平、张记国:《公务员薪酬公平感对职场偏差行为的影响机制——基于个体-情境交互视角》,载《经济体制改革》2014年第2期,第20-24页。

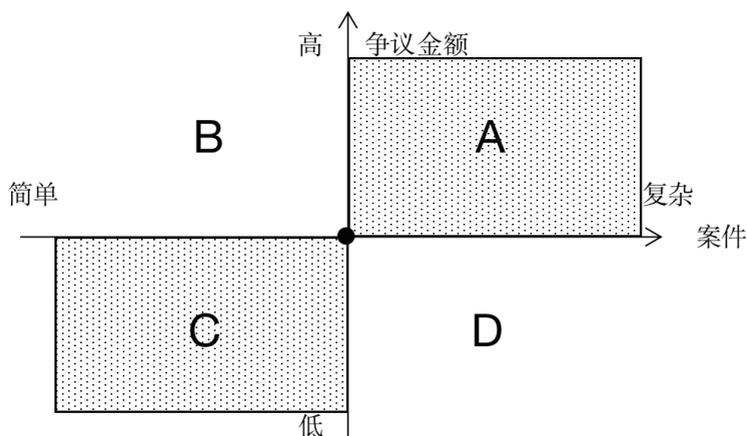


图2 仲裁案件“四象限”分类

需要首先明确的是,针对第一象限(A)和第三象限(C)两类案件而言,无论是适用总价计酬制还是小时费率计酬制,仲裁员的工作量与工作报酬成正相关关系,当事人获得公正审判付出的成本与获得的利益同样成正相关关系,采用总价计酬制对于仲裁员和当事人而言都不失偏颇,并非实行小时费率计酬制的核心应用情境。因此,下文将着重讨论小时费率计酬制对于第二象限(B)和第四象限(D)两类案件的影响,并在此基础上提出制度补充设计的构想。

在总价计酬制之下,针对第二象限(B)和第四象限(D)两类案件的仲裁员薪酬给付会造成“两重不公”。第一重是对当事人费用支付不公,即针对第二象限(B)中的案件而言,其虽然争议金额巨大但案情简单,仲裁员需要投入的工作时间与精力相对较少,但若根据争议金额计收仲裁员报酬,当事人依旧需要支付高额的仲裁员薪酬,违背了购买投入和获得商品服务匹配的基本经济原则,此乃第一重不公;第二重是对仲裁员报酬获取不公,即针对第四象限(D)中的案件而言,其虽然争议金额较小但案情复杂,仲裁员需要投入大量的时间和精力,但若根据争议金额计收仲裁员报酬,仲裁员最终能够获得的薪酬却相对较少,违背了按劳分配、多劳多得的基本分配原则。

以香港国际仲裁中心披露的2013—2021年度数据为例,一件1亿多美元标的额的案件,小时费率下的仲裁费用远远低于总价计酬制下的仲裁费用,而100万美元以内标的额的案件仲裁费用的平均值体现出,小额案件中出现的耗时较长的复杂案例,导致小时费率制下的仲裁费用平均下来接近总价计酬制下仲裁费用的两倍。(如下表1)

表 1 香港国际仲裁中心小时费率计酬制与总价计酬制费用对比^{③⑥}

争议标的 (单位:百万美元)	小时费率制下仲裁费用 (单位:美元)		总价计酬制下仲裁费用 (单位:美元)	
	中位数	平均数	中位数	平均数
小于 1	26,743	55,345	20,788	26,808
1 于 10	70,706	99,598	93,859	93,859
10-100	280,345	326,100	161,800	161,800
大于 100	256,969	355,273	701,572	701,572

小时费率计酬制的适用恰恰解决了这两重不公,即通过将费用支付与薪酬获取的标准与仲裁员的实际工作时间挂钩,严格遵循“物有所值、按劳分配”的原则,使得在第二象限(B)类型案件下,当事人无需支付过高的仲裁员费用,同时对第四象限(D)类型的案件而言,仲裁员也可以获得与劳动付出相匹配的合理报酬,这也是小时费率计酬制设计并实行的“应有之义”。

(一) 应当在各类情形下均适用小时费率计酬制

回归到具体实践中来,北仲《操作指引》第 1.1 条规定,当事人可以在仲裁协议或其他书面文件中约定按小时费率计算仲裁员报酬,即当事人是小时费率计酬制的发起方。这也意味着,如若当事人不主动提出适用小时费率,仲裁员的薪酬给付将依旧按照总价计酬模式进行。重新审视上文中提到的“两重不公”,这种“可选型”的复合薪酬支付制度可以有效解决第一重不公,即对第二象限(B)争议金额巨大但案情简单的案件而言,当事人为了减少仲裁费用支付会倾向于选择小时费率计酬制。然而,在涉及第四象限(D)争议金额较小但案情复杂的案件中,当事人出于理性经济人的考量,依旧会倾向于选择总价计酬制而非小时费率计酬制,这就导致在具体实践中,第二重不公即针对第四象限(D)类型案件中仲裁员报酬获取的不公并没有得到解决,目前的制度设计缺乏对于这一问题的关照。基于此,本文提出第一项制度设计构想,即为同时保证当事人费用支付与仲裁员薪酬给付的公允,应当在各类情形下均适用小时费率计酬制。实际上从实践来看,在试行小时费率计酬制的仲裁机构中,除香港国际仲裁中心(HKIAC)采用了小时费率计酬制和总价计酬制的并行模式外,伦敦国际仲裁院(LCIA)、国际争议解决中心(ICDR)以及国际投资争端解决中心(ICSID)均采用单一的小时费率计酬制度。^{③⑦}

(二) 引入“封顶费用安排”模式

可以预知的是,面对案件争议金额小的案件,当事人更倾向于总价计酬模式而仲裁

^{③⑥} 图上数据来源于香港国际仲裁中心官网, <https://www.hkiac.org/zh-hans/content/costs-duration>, 最后访问时间: 2023 年 9 月 13 日。

^{③⑦} 同前注^①, 陈希佳文, 第 79 页。

员更倾向于小时费率计酬模式。因此,需要进一步讨论的问题是,如若为了保障公平,针对争议金额较小但案情复杂的案件同样要适用小时费率计酬制,或会增加这类案件中的当事人需要给付的仲裁费用,那该如何保障这些当事人提起仲裁的意愿?在总价计酬制下,不确定风险由仲裁员承担,在争议金额和计算比例已确认的情况下,如果仲裁员对未来的工作估计不足,就要承担由此产生的不利;然而在小时费率计酬制下,这种不确定风险被转移到当事人身上,当事人在提起仲裁前并不能对将要支付的仲裁员费用做出相对准确的预期。在争议金额较小的案件中,如若单纯采用小时费率计酬制,当事人或许会因预期仲裁费用过高、甚至超过争议金额而放弃提起仲裁。正如日本学者棚濑孝雄所言:“在讨论审判应有的作用时不能无视成本问题。因为,无论审判能够怎样地实现正义,如果付出的代价过于昂贵,则人们往往只能放弃通过审判来实现正义的希望。”^{③⑧}为了解决这一问题,本文提出第二项制度设计构想,即针对争议金额较小、案情复杂的案件,在适用小时费率计酬制的同时引入封顶费用安排。这一制度已有国外的实践支持,国际争议解决中心(ICDR)和美国仲裁协会(AAA)从2018年8月起便引入了“封顶费用安排”的模式(Capped Fee Arrangement),和“固定费用安排”(Fixed Fee Arrangement)一起作为“替代性费用安排”(Alternative Fee Arrangement)供当事人选择适用。在选定仲裁员之前,当事人可以选择两种费用计算安排其一。如果当事人选择了封顶费用安排模式,那么当事人与仲裁员就整个仲裁程序的仲裁员报酬约定一个封顶费用,在达到该封顶费用前,以按时计费方式计算仲裁员报酬。^{③⑨}这种制度安排提高了仲裁费用的可预期性以及当事人所承受风险的可控性,有助于在小时费率计酬制下保障当事人提起仲裁的意愿。值得指出的是,若每一个小额且复杂的案件都要经由当事人与仲裁员沟通仲裁费用的程序,可能会致使仲裁程序的拖沓,减损仲裁制度的快捷性。因此,不妨将域外经验中封顶费用的协商确定调整为由仲裁机构提供一套明确的封顶费用计算规则(例如,封顶费用为N倍总价计酬下的费用, $N > 1$)。^{④⑩}

无论是总价计酬还是小时费率计酬,都不能同时是四个象限中的最佳解,即都不是普遍适用的绝对最佳方式,不过小时费率计酬方式是第一、二、三象限的最佳解,而通过引入“封顶费用安排”模式为小时费率计酬模式在第四象限的适用提供了可以微调的选项,使得小时费率计酬模式在四个象限都为最合理的计费模式。

(三) 通过“细化、标签化、量化”实现计时合理性

前文中提到,小时费率计酬制相比于总价计酬制是一种更为“精细化”的薪酬设计,这种精细化提高了透明度,保障了仲裁员的薪酬公平与工作自主性,但与此同时,更精细

^{③⑧} [日] 棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第267页。

^{③⑨} 参见美国仲裁协会官网, <https://go.adr.org/AFA.html>, 最后访问时间:2023年8月25日。

^{④⑩} 以标的额为5千万元的案件为例,按照北京仲裁委员会的总价计酬收费标准,仲裁员报酬为22.1万元,封顶费用则可以计为44.2万元。在第四象限引入小时费率制度的目的正好在于平衡小额复杂案件中当事人的预期、成本与仲裁员的收益,为了避免当事人面临与案件标的额明显不成比例的仲裁费用,需要引入封顶费用安排,但是为了避免仲裁员的付出与收入失衡、打击仲裁员的工作热情,有必要将封顶费用设置的比总价计酬高一些。

的管理精度也对制度的落地实施提出了更高的要求。在总价计酬的模式下,仲裁员报酬的给付计算是明确而清晰的,即争议金额乘以提前设置好的比例;而在小时费率计酬制下,当事人和仲裁庭可能会对工作时长的计算产生异议。解决这个问题是至关重要的,首先是为了保障制度设计的完善性,精细化的薪酬制度要与精细化的管理手段相匹配;其次,按小时费率计酬的一大目标就是为了实现“合理计费”的效果,如果存在小时计算严重失偏的情况,则制度的实际落地效果反而违背了制度设计初衷。

需要强调的是,由于仲裁员和仲裁机构之间并不应存在权力不对等的人事管理关系,因此广泛运用于企业的传统绩效考核和薪酬核算给付方案并不适用于仲裁的场景,仲裁机构不应当对仲裁员的工作时长确认和最终薪酬的计算拥有决定权。在梳理仲裁工作与仲裁员薪酬给付流程后,本文认为,仲裁机构的核心着力点应当放在对仲裁员计算工作时间方面提供建议和指导,尽可能保障“仲裁员初次提交工作时间计算结果”的公允性和准确性,有效减少争议和复审,进而提高仲裁效率。

除了施行基本的要求仲裁员完成工作记录、对证明材料存档等举措外,仲裁机构可以在为仲裁员计算工作时间提供参考时落实“细化、标签化、量化”一系列管理动作。

1. 完成对仲裁员工作条目的细化

此为构建工作时间参考表的基础,即对仲裁员工作流程进行细化,运用“泰勒科学管理”的理念,^④对仲裁员在整个仲裁流程中的标准工作进行详细地拆分,实际上是为后续进行时间量化奠定基础。举例而言,相比于“完成案卷审阅等审前准备工作”的单一一条目而言,使用包含“填表并草拟程序令与时程表”“与仲裁秘书沟通”“审阅当事人书状与证人证词”等内容的复合条目体系更有利于实现精细化管理。需要指出的是,细化的工作条目实际上提供了一个模板,有助于推动仲裁员在记录自身工作内容时同样做到精细和准确。

2. 完成对案件特征及仲裁流程特征的标签化

在人力资源管理实践中,“参考标准、示范动作”的失灵往往源自于缺乏对管理实践中不同对象、事件之特征的识别与归纳。为了能够更加准确地为仲裁员提供可适用于不同情形的工作时间参考标准,仲裁机构应当根据具体实践尽可能归纳整理影响仲裁员工作时间的关键案件特征及仲裁流程特征,如涉及细分领域、证据的数量与复杂程度、争议金额大小、与仲裁秘书沟通的频次、撰写裁决书的字数等,并据此对不同案件打上标签。通过在实践中不断完善标签体系,仲裁机构可以对案件进行“同类化”的整理和分析,也能在某个具体的仲裁案件中为仲裁员计算工作时间提供更为精准的参考。

3. 完成对不同标签下具体工作条目建议时间的量化

第一步的细化实现了工作流程的拆分,即设定了基础锚点,第二步的标签化则是将锚点之下各类案件的不同特征考虑在内,第三步则是通过数据整理和计算给不同锚点赋予时间维度的信息。有了细化的条目和各类标签,仲裁机构可以不断从仲裁实践中提取

^④ 参见李新春、胡晓红:《科学管理原理:理论反思与现实批判》,载《管理学报》2012年第9期,第658-670页。

和收集数据,利用分类或是加权计算的方式,统计分析不同案件类型下、不同工作条目的建议时间,构建一个保持更新与完善的“数据库”,进而能够向仲裁员给出相对精确的指导建议,充分保障仲裁员计时的准确性和公允性,也可在复审仲裁员提供的工作记录时起到有效的辅助作用。在建设工时数据库方面,可以按照“精细化管理”的基本理念,参考目前其他行业成熟的实践经验。以先进制造业为例,有学者提出了一种基于多元知识模型的工时定额方法和工时管理模型,目前已经经过企业实践检验。首先,构建各个工作流程中零件、工艺、设备的工时知识模型,并通过知识挖掘技术构建知识特征矩阵,使用回归分析法构建工时知识特征和工时的关系模型,实现各环节工时精准估算。其次,基于工时估算搭建工时管理模型,统计采集工作人员实际工作时长和关键工作信息,并对系统模型进行实时纠偏完善。^④这一套精细化管理方式可以被迁移到仲裁员工时管理中来,即在收集仲裁员各工作环节关键知识特征、采集实际工作时长数据的基础上,利用知识挖掘技术和回归分析法搭建工时管理模型,并持续更新迭代,实现对于仲裁员各环节工作时长的精细化评估与管理。

在落实“细化、标签化、量化”一系列管理动作后,计时合理性得以实现,小时费率计酬并不会如预计的带来“黑箱”收费,当事人对于费用的可预见性也将提高,选择仲裁的意愿也不会因此降低。

五、结 语

仲裁机构与当事人之间是由当事人提供机构费用、仲裁机构提供仲裁相关服务的服务法律关系,仲裁员与当事人之间是兼具合同关系与身份关系的复合法律关系,仲裁员与仲裁机构之间则是松散的聘用关系。仲裁机构和仲裁员之间有明确的权限分工,小时费率计酬制度通过强调二者的收费方式不同来强化二者之间工作内容的区别,也通过弱化仲裁机构对仲裁员报酬计算方式的干预进一步强化了二者之间聘用关系的松散性,加强了仲裁员的自主性和独立性,提高仲裁员对于工作的认同感和能动感,减少不必要的情绪耗竭。在当事人和仲裁员之间,小时费率计酬制度重新分配了风险,让仲裁员能根据劳动时间获得相应的报酬,在仲裁庭的不同仲裁员之间,小时费率计酬制度是一种更为“精细化”的管理工具,促进实现仲裁员之间的薪酬公平,提升仲裁员的工作意愿和工作质量。

实践中的仲裁案件千差万别,当事人为了实现自我利益的最大化,可能会在案件复杂但争议金额小的案件中适用总价计酬模式,在案件简单但争议金额大的案件中约定适用小时费率计酬模式,则会导致在两种计费模式的选择适用下仲裁员面临报酬始终过低的风险。因此,与小时费率计酬和总价计酬并行的方式相比,仅适用小时费率计酬模式

^④ 参见赵文浩、邢香园、王治等:《基于知识挖掘的航天产品装配工时定额和管理系统》,载《计算机集成制造系统》2021年第6期,第1594-1604页。

并采取“封顶费用安排”模式或是仲裁员报酬制度发展的可能趋势。为了实现小时费率计酬模式下仲裁员工作小时的透明度,仲裁机构应以“细化、标签化、量化”一系列措施保障仲裁员初次提交工作时间计算结果的公允性和准确性。

继北仲开创对国内仲裁案件采取以小时费率计收仲裁员报酬的先河之后,期待我国以北仲为代表的更多仲裁机构继续为仲裁行业的健康发展做出有益探索并为争议当事人提供优质的仲裁服务。

Abstract: The Beijing Arbitration Commission (BAC) pioneered the adoption of an hourly rate for arbitrator remuneration in domestic arbitration cases handled by domestic institutions. Taking the triple legal relationship between parties and arbitrators, parties and arbitration institutions, arbitrators and arbitration institutions, and the configuration of authority between arbitrators and arbitration institutions as the observation dimensions, the hourly rate system can redistribute the risk between the parties and arbitrators, and strengthen the loose employment relationship between the arbitration institutions and the arbitrators; combining with the classical work theory and remuneration theory, the hourly rate system also has the advantages of safeguarding the arbitrators' work autonomy and promoting the realisation of pay equity. The possible disinterest of arbitrators in the selective application of the hourly rate system, as well as the difficulty of reasonably determining the number of hours worked in the hourly rate system, can be resolved through a series of measures, such as the single application of the hourly rate model of the "cap fee arrangement" and the "refinement, labelling and quantification" of the hourly rate.

Keywords: hourly rate; arbitrator remuneration; loose employment relationship; salary equity

(责任编辑:张靖昆)

国际商事仲裁视角下仲裁信息安全措施制度研究

李昱辰*

内容提要 国际商事仲裁的本质特点和发展趋势要求加强对国际商事仲裁信息的保护。国际上现有的仲裁信息安全措施制度规定差异较大,主要对仲裁信息安全措施制度调整的信息范围、遵守信息安全措施的主体、仲裁信息安全措施的确定方法、仲裁信息安全措施制度的程序问题进行了规定。我国主要仲裁机构在仲裁信息安全措施制度上存在体系缺失或不完备、规制范围过窄、可提供的安全措施单一的缺陷。为加强国际商事仲裁信息安全保护,仲裁机构应建立完备的仲裁信息安全措施制度、引进仲裁信息安全技术、提供多样的信息安全措施,并注重仲裁信息保护的基准安全。

关键词 仲裁信息安全措施制度;国际商事仲裁;仲裁信息安全

引言

国际商事仲裁中,通常需要对个人仲裁信息进行跨国传输。随着科学技术的发展,通过网络通讯等现代信息技术手段处理仲裁信息越来越普遍。因此,保护国际商事仲裁信息安全尤为重要。基于此,国际上的一些主要仲裁机构、组织纷纷制定规则、指南,为实施国际商事仲裁信息安全措施提供指导。我国实务和学术界对国际商事仲裁信息安全措施的关注较少。学界缺乏对国际商事仲裁信息安全措施制度的研究,仅有学者提出国际商事仲裁有必要重视信息安全问题,^①并从线上仲裁的角度分析应当加强仲裁的安全性和保密性、^②平衡网络仲裁数据保密与共享的界限。^③本文采取比较研究方法,分析

* 李昱辰,武汉大学国际法研究所硕士研究生。

① 冯硕指出,在当今全球背景下,仲裁中的信息安全问题愈发重要,国际仲裁有必要重视在线争议解决机制产生的信息安全问题。冯硕:《大变局时代的国际仲裁——2021年〈国际仲裁调查报告〉述评》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第158-159页。

② 刘宁、梁齐圣从限制庭审参与人数、对当事人身份信息进行验证等方面,为如何加强线上仲裁的安全性和保密性提供了简要的建议。刘宁、梁齐圣:《制度、技术、共联:线上仲裁机制建构的可能性三角——从新冠疫情对仲裁带来的挑战谈起》,载《商事仲裁与调解》2021年第1期,第31页。

③ 汪超、陈雪儿指出,网络仲裁案件信息既要保密也需要得到有条件的共享。在保证网络传送中数据信息保密的同时,司法审查在对网络仲裁的监督上也需要平衡网络仲裁数据的保密与共享界限。汪超、陈雪儿:《网络仲裁程序的司法审查检视——以接近“数字正义”为视角》,载《中国应用法学》2022年第1期,第165页。

保护国际商事仲裁信息安全的必要性,在比较研究国际主要仲裁信息安全措施制度的基础上,分析我国主要仲裁机构在仲裁信息安全措施方面的制度现状和缺陷,为我国仲裁机构构建和完善仲裁信息安全措施制度提供建议。

一、保护国际商事仲裁信息安全的必要性

国际商事仲裁要求较高的保密性,且现代信息技术在国际商事仲裁的广泛应用增加了国际商事仲裁信息泄露的风险。此外,国际商事仲裁中,若仲裁关键信息遭到窃取、篡改、泄露,会带来经济损失、名誉损害等严重后果。因此,有必要对国际商事仲裁中处理的信息采取相关措施予以保护。

(一) 国际商事仲裁的特点要求保障仲裁信息安全

从国际商事仲裁的本质特点分析,国际商事仲裁具有国际性、保密性。一方面,国际商事仲裁具有国际性,仲裁庭往往由不同国籍的仲裁员组成,且国际商事仲裁涉及仲裁信息在不同国家或地区间的传递。^④另一方面,仲裁作为解决国际商事争议的方式,具有保密性的特点。^⑤国际商事仲裁中经常涉及商业秘密等重要保密信息,仲裁信息由不同国籍的当事人、仲裁员掌握,对仲裁信息进行跨国传输会加剧信息泄露的风险,故国际商事仲裁信息安全需予以特别保护。

从国际商事仲裁的发展特点分析,国际商事仲裁中现代信息技术的广泛应用增加了信息泄露的风险。随着网络技术的迅速发展、新冠肺炎疫情等因素的影响,仲裁领域越来越多的采用了现代信息技术,如移动通讯、社交网络、云数据存储等等。^⑥虽然信息技术发展带来了便利和效率,但伴随其而来的网络攻击等信息安全事故也对仲裁信息安全构成了威胁。近年来网络攻击的频率和严重性不断提高,对世界经济贸易发展造成一定的影响。例如 SolarWinds 事件、Kaseya 事件等都受到了世界的广泛关注。^⑦在国际仲裁中也曾发生过网络攻击事件,博凯立律师事务所(Bryan Cave Leighton Paisner) 2018 年的调查报告显示,有 11% 的受访者表示^⑧曾经在仲裁中遭受过网络安全的信息泄露事故。^⑨

综上,国际商事仲裁的本质和发展特点要求对仲裁中处理的信息予以保护,但实践中国际商事仲裁对仲裁信息的保护程度普遍不高。根据伦敦女王玛丽大学(Queen

^④ 韩德培主编、肖永平主持修订:《国际私法(第三版)》,高等教育出版社 2014 年 5 月版,第 562 页。

^⑤ 同上,第 563 页。

^⑥ Gary L. Benton & Steven K. Andersen, *Technology Arbitration Revisited*, *Dispute Resolution Journal*, 2019, Vol.74:4, p.1.

^⑦ Alice Stocker, Désirée Prantl, et al., *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Cybersecurity in International Arbitration Hacked Evidence Turns Fancy Buzz Words into a Real Threat*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Christian Klausegger, Peter Klein, et al.(ed.), 2022, p.48.

^⑧ 受访者包括 105 位仲裁员、仲裁机构、专家等仲裁相关人士。

^⑨ BCLP's International Arbitration Group, *International Arbitration Survey: Cybersecurity in International Arbitration*, p.7, <https://www.bclplaw.com/en-GB/practices/litigation-and-dispute-resolution/international-arbitration/index.html>, last visited Nov.5, 2022.

Mary University) 以及伟凯律师事务所 (White & Case) 发布的《2021 年国际仲裁调查报告》,在谈及“虚拟庭审的主要缺点”时,有 30% 的受访者表示对保密和网络安全方面存在担忧;在谈及“过去三年在国际仲裁中采取措施对电子数据或以电子形式传输的数据的保密性和安全性进行保护的频率”时,仅有 27% 的受访者表示过去三年参与的案件中,有超过一半的案件采取了相应的措施。^⑩故有必要将国际商事仲裁信息安全措施制度化,以保证仲裁信息安全得到保护。

(二) 国际商事仲裁信息泄露的严重后果要求保障仲裁信息安全

在国际商事仲裁中,若仲裁信息遭到泄露,可能会带来经济损失、名誉受损、承担法律责任等严重后果,对当事人、律师和律所、仲裁员和仲裁机构,乃至国际商事仲裁本身带来不良影响。

国际商事仲裁信息泄露会导致严重的经济损失。若信息窃取者发现了仲裁标的额高,或含有重要商业秘密等信息,他们会采取各种方式窃取信息,谋取利益。^⑪国际商事仲裁中的当事人往往包括跨国公司等具有较大经济影响力的实体,且仲裁标的往往较大,这些当事人本身就是信息攻击的重点目标。^⑫仲裁过程中,证据出示等环节涉及的当事人个人信息、商业秘密、知识产权等信息一旦泄露,造成的后果以及为阻止信息扩散付出的成本将会带来巨额经济损失。^⑬

国际商事仲裁信息泄露会对律所、仲裁机构等主体的名誉带来不良影响。律师及律所、仲裁员及仲裁机构等处理仲裁信息的主体若因不能妥善保护信息而导致仲裁信息泄露,会降低当事人的信任度。此类信息泄露事件一旦为公众所知,会损害律所、仲裁机构及相关人员的声誉。^⑭此外,若信息泄露事故在国际商事仲裁中反复发生,会导致当事人对国际商事仲裁本身的信任降低,阻碍国际商事仲裁的发展。

仲裁信息泄露会导致有关主体承担相应的法律责任。一方面,仲裁信息泄露事件的发生可能会因违反内国法而承担相应的法律责任。以我国立法为例,根据《中华人民共和国个人信息保护法》的规定,作为信息处理者的律师、仲裁员等主体负有对信息泄露、篡改、丢失事件采取补救措施的义务,若其无法证明自己对个人信息的侵害事件造成的损害没有过错,则可能会承担侵权责任。^⑮另一方面,律所同当事人之间的法律服务协议中

^⑩ Queen Mary University of London & White & Case, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, pp.24-31, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf, last visited Nov.5, 2022.

^⑪ Brandon Malone, *Keeping Disputes Cybersecure in the Virtual Age*, *Dispute Resolution Magazine*, 2022, Vol.28:2, p.8.

^⑫ Claire Morel de Westgaver, *Cybersecurity in International Arbitration - A Necessity and an Opportunity for Arbitral Institutions*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/06/cyber-security/>, last visited Jun.29, 2023.

^⑬ Jim Pastore, *Practical Approaches to Cybersecurity in Arbitration*, *Fordham International Law Journal*, 2017, Vol.40:3, p.1023.

^⑭ Daniel Tien Chong Ling, *Cybersecurity in International Arbitration: An Untapped Opportunity for Arbitral Institutions*, *Singapore Academy of Law Journal*, 2022, Vol.34:2, p.443.

^⑮ 参见《中华人民共和国个人信息保护法》第 57 条、第 69 条。

一般会约定信息保密要求,^{①⑥}若仲裁信息泄露源头发生在律所,律所就可能会被要求承担合同法上的违约责任。

二、现有仲裁信息安全措施制度的比较分析

本文收集了新加坡国际仲裁中心(SIAC)、瑞士仲裁中心(SAC)、伦敦国际仲裁院(LCIA)、澳大利亚国际商事仲裁中心(ACICA)、司法仲裁协会和调解服务中心(JAMS)、美国仲裁协会(AAA)等机构关于仲裁信息安全措施的制度。此外,国际商事仲裁理事会同纽约律师协会、国际冲突预防与解决协会共同组成工作小组,于2019年出版了《ICCA-NYC Bar-CPR 国际仲裁网络安全议定书》(ICCA-NYC Bar-CPR Cybersecurity Protocol for International Arbitration,以下简称《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》),为国际商事仲裁如何采取相关措施保护个人仲裁信息安全提供系统的制度框架指导,^{①⑦}本文也将其纳入研究范围中。^{①⑧}通过分析发现,现有可适用于国际商事仲裁的信息安全措施制度差异较大,本部分拟对现有制度框架和具体内容进行比较分析。

(一) 仲裁信息安全措施的制度框架

1. 宏观指导模式

宏观指导模式的仲裁信息安全措施制度概括性地说明对于仲裁信息应采取保护措施予以保护。《新加坡国际仲裁中心指南:将仲裁带向远程》(SIAC Guides: Taking Your Arbitration Remote,以下简称《SIAC 远程指南》)规定当事人和仲裁庭应尽全力确保分享和交换仲裁文件、信息数据时的安全,采取必要措施遵守相关国家的数据保护法律法规。^{①⑨}《瑞士仲裁中心2021年国际仲裁规则》(Swiss Rules of International Arbitration,以下简称《SAC 国际仲裁规则》)规定,仲裁庭应召开初始会议,讨论仲裁程序的组织,包括数据保护和网络安全事项。^{②⑩}

2. 单一赋权模式

单一赋权模式的仲裁信息安全措施制度重点规定有权决定信息安全措施的主体。《伦敦国际仲裁院2020年仲裁规则》(Arbitration Rules of The London Court of

^{①⑥} 根据美国律师协会《2022年法律技术调查报告》(2022 Legal Technology Survey Report),在被调查的律师事务所和律师中,33%的受访者指出客户会要求律所提供其在信息安全方面的要求文件或指南。American Bar Association, *ABA TechReport 2022-2022 Cybersecurity*, https://www.americanbar.org/groups/law_practice/publications/techreport/2022/cybersecurity/, last visited Jun.30, 2023.

^{①⑦} ICCA, *The ICCA Reports No. 6: ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration*, <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-6-icca-nyc-bar-cpr-protocol-cybersecurity-international-arbitration>, last visited Mar.17, 2023.

^{①⑧} 本文《议定书》在结合新修订的2022版原文的前提下,参考了北京理工大学国际争端预防和解决研究院的中文翻译。《ICCA-NYC BAR-CPR 国际仲裁网络安全议定书(2020)》,载北京理工大学国际争端预防和解决研究院, <https://iidps.bit.edu.cn/gatsw/b169622.htm>, 最后访问时间:2023年7月10日。

^{①⑨} SIAC Guides: Taking Your Arbitration Remote (2020), Art.16.

^{②⑩} Swiss Rules of International Arbitration (2021), Art.19 (2).

International Arbitration 2020,以下简称《LCIA 仲裁规则》)规定,对于仲裁中的数据保护,仲裁庭应考虑案件采取仲裁信息安全措施是否合适,仲裁院和仲裁庭有权发布关于信息安全或数据保护的指令。^{②1}《澳大利亚国际商事仲裁中心规则(2021年版)》(Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration 2021 Edition,以下简称《ACICA 仲裁规则》)规定,在同当事人以及在特定情形下同仲裁院协商后,仲裁庭有权采取相关的仲裁信息安全措施。^{②2}《司法仲裁协会和调解服务中心详尽仲裁规则及程序》(JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures,以下简称《JAMS 仲裁规则》)规定仲裁员可就仲裁信息保护事项发布指令。^{②3}

3. 贯通模式

贯通模式下的仲裁信息安全措施制度对仲裁信息安全措施确定过程中的一般问题作出规定,一般包括信息安全措施制度的适用范围、措施确定方式及程序、措施的遵守及异议等内容,贯穿仲裁信息安全措施决策、实施的全过程。此种模式以《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》和《美国仲裁协会-国际争议解决中心关于维护网络安全和隐私的最佳实践指南》(AAA-ICDR Best Practices Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy,以下简称《AAA-ICDR 最佳实践指南》)为代表。《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》对信息安全措施适用的信息范围和遵守主体、措施确定的原则和方式、可参考适用的措施、措施的程序问题等内容作出详细规定。^{②4}《AAA-ICDR 最佳实践指南》对确定仲裁信息安全措施的时间、确定措施时应讨论的内容、处理敏感信息的程序、措施的异议和违反等内容作出规定。^{②5}

4. 比较分析

仲裁活动中会产生大量的仲裁信息,而当今信息窃取,尤其是对电子信息窃取的技术越发成熟复杂,黑客可通过各种方式盗取电子信息。除勒索软件外,黑客还可以通过木马病毒在电脑系统间进行复制和传播、通过键盘记录器来追踪记录电脑键盘的记录活动等等。^{②6}因此,仲裁活动中庞杂的仲裁信息以及仲裁信息窃取技术的多样性决定了仲裁信息安全措施的确定和实施具有复杂性、专业性,需要建立完整的制度体系予以规范。明确信息安全措施制度适用的信息范围和措施遵守主体能够为信息安全措施的实施提供主体和客体基础;明晰信息安全措施的确定框架能够为仲裁庭或仲裁机构决定信息安全措施提供清晰指导;规制完整的信息安全措施程序能够确保措施的确定、实施、解释等有序、高效进行。

宏观指导模式框架下的仲裁信息安全措施制度只对仲裁信息安全保护作非实质性

^{②1} Arbitration Rules of The London Court of International Arbitration (2020), Art.30.5-30.6.

^{②2} Australian Centre for International Commercial Arbitration (2021), Art.26.6.

^{②3} JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures (2021), Art.26 (b).

^{②4} ICCA-NYC Bar-CPR Cybersecurity Protocol for International Arbitration (2022 Edition), Organization of the Protocol.

^{②5} AAA-ICDR Best Practice Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy, Art.1-3, 5-10.

^{②6} *Supra* note 7, at 49.

指导,不具有可操作性,无法满足仲裁信息保护的需要。单一赋权模式下的制度框架仅对有权决定仲裁信息安全措施的主体进行规制,此种模式虽为在仲裁中确定信息安全措施提供了可能,但是其未涉及仲裁信息安全措施制度的适用范围、信息安全措施的确定、信息安全措施制度的程序等事项,难以保障信息安全措施的科学确定和有序实施。贯通模式涵盖了仲裁信息安全措施制度的一般问题,相较于前述两种模式,该模式下的制度框架贯穿仲裁始终,更具有可操作性,能够基本应对复杂的仲裁信息安全保护形势。

(二) 仲裁信息安全措施制度调整的信息范围

不同的仲裁信息安全措施制度调整的信息范围有所不同,主要有远程庭审中的仲裁信息、敏感信息、物理和电子信息三种范围(见表1)。

表1 各仲裁信息安全措施制度调整的信息范围

现有规则	调整的信息范围
《SIAC 远程指南》	远程庭审中的仲裁信息
《SAC 国际仲裁规则》	未明确规定
《LCIA 仲裁规则》	物理和电子信息
《ACICA 仲裁规则》	物理和电子信息
《JAMS 仲裁规则》	敏感信息
《AAA-ICDR 最佳实践指南》	敏感信息
《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》	物理和电子信息

1. 远程庭审中的仲裁信息

《SIAC 远程指南》对远程庭审平台使用中的仲裁信息安全作出了规定:在使用远程庭审平台时,当事人和仲裁庭应当尽全力确保分享或交换仲裁文件、信息数据时的安全。^{②7}

2. 敏感信息

《JAMS 仲裁规则》规定,仲裁员可发布指令以保护专有信息(propriety information)、商业秘密或其他敏感信息。^{②8}《AAA-ICDR 最佳实践指南》规定,该指南是为更好保护“敏感信息”而深入讨论潜在风险以及合理的安全措施而制定的。^{②9}然而,上述两个规定均未对何为“敏感信息”进行明确界定。

3. 物理和电子信息

《LCIA 仲裁规则》和《ACICA 仲裁规则》均规定,仲裁庭和当事人应当在合适的情况下同仲裁机构协商,可采取措施保护任何在仲裁中分享的物理和电子信息、并确保

^{②7} *Supra* note 19, at Art.16.

^{②8} *Supra* note 23, at Art.26 (b).

^{②9} *Supra* note 25, at Forward.

在处理仲裁中产生和交换个人数据时遵守有关的数据保护法律。^{③①}《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》中所指的信息安全,包括网络和实体安全,议定书适用于特定仲裁事项中处理的所有类型的电子和非电子信息。^{③②}

4. 比较评价

不论何种审理方式、何类仲裁信息,国际商事仲裁中处理的每一项信息的泄露都有可能对仲裁安全造成严重影响,影响被泄露信息在仲裁中的可用性。因此,保护仲裁中处理的物理和电子信息同等重要,需要将二者均纳入仲裁信息安全措施制度的适用范围。但是,本文认为,由于不同仲裁信息在个案中的形式特征不同、内容的重要性不同、被窃取的难易程度不同,且出于仲裁效率等方面考虑,将信息安全措施制度适用于仲裁中处理的所有物理和电子信息并不意味着对所有信息采取等同的措施,而是要将这些信息纳入实施措施的考虑范围,分析各项仲裁信息是否有必要采取措施、应当采取何种措施予以保护。

首先,《SIAC 远程指南》调整远程庭审平台使用中的仲裁信息安全,但远程庭审只是仲裁的一部分,仅规制该部分的仲裁信息安全无法对国际商事仲裁信息进行全方位保护。其次,《JAMS 仲裁规则》和《AAA-ICDR 最佳实践指南》中的信息安全措施制度适用于“敏感信息”,但是这些规则没有对“敏感”如何理解、其范围如何界定作出规定。最后,将仲裁信息安全措施适用于仲裁中处理的所有物理和电子信息是最为全面的方式。对于不同形式的信息都需要考虑是否有必要采取措施保护,由此能够为仲裁信息构建一道相对严密的“防火墙”,有利于全面保障仲裁信息安全。

(三) 遵守仲裁信息安全措施的主体

目前主要存在当事人和仲裁庭遵守、所有参与仲裁的主体遵守两种不同规定方式(见表2)。

表2 关于遵守信息安全措施主体的规定

现有规则	遵守仲裁信息安全措施的主体
《SIAC 远程指南》	当事人和仲裁庭
《SAC 国际仲裁规则》	未明确规定
《LCIA 仲裁规则》	当事人和仲裁庭
《ACICA 仲裁规则》	未明确规定
《JAMS 仲裁规则》	未明确规定
《AAA-ICDR 最佳实践指南》	所有参与仲裁的主体
《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》	所有参与仲裁的主体

^{③①} *Supra* note 21, at Art.30.5; *Supra* note 22, at Art.26.6.

^{③②} *Supra* note 24, at Commentaries (a) & (c) to Principle 1.

1. 当事人和仲裁庭遵守方式

《SIAC 远程指南》规定,应当由当事人和仲裁庭尽力确保信息数据、仲裁文件分享或交换的安全。^{③②}《LCIA 仲裁规则》规定,仲裁院和仲裁庭可以发布关于信息安全或数据保护的指令,若指令由仲裁庭发布,其对当事人有约束力;若指令由仲裁院发布,其对当事人和仲裁庭均有约束力。^{③③}

2. 所有参与仲裁的主体遵守方式

一些仲裁信息安全措施制度认为,所有参与仲裁的主体都应当遵守信息安全措施。此种模式下,措施的遵守主体存在两种不同的确认方式。一种是直接确认,《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》认为,只要是保管与仲裁有关的信息的人都应采取合理的信息安全措施,任何直接或间接参与仲裁的人都应了解并遵守仲裁程序的信息安全措施。^{③④}另一种是直接确认和必要性确认相结合,《AAA-ICDR 最佳实践指南》规定,仲裁参与者^{③⑤}应当遵守有关信息安全的措施。^{③⑥}此外,若第三人需要获取案件相关文件,当事人的代理人和仲裁员应当讨论向第三人提交此类文件时是否有必要采取额外的安全措施。^{③⑦}

3. 比较评价

国际商事仲裁中仲裁信息的传输不仅局限于当事人、仲裁庭和仲裁机构,随着当事人雇用相关人员处理其仲裁事务的情况增多,信息的传输范围不断扩大,仲裁信息可能会被协助仲裁当事方的翻译人员、文件整理制作人员、仲裁资助方等间接参与仲裁程序的主体所掌握,这些人员也可能成为信息泄露的源头,但这些主体在仲裁信息保护中经常被忽视,他们极有可能成为信息安全保护程度最弱的一环。^{③⑧}将仲裁信息安全措施的遵守主体范围扩大到所有直接或间接参与仲裁的主体能够保证信息安全措施全方面落实,提高信息安全水平。

在所有参与仲裁的主体中,直接参与仲裁的当事人及其代理人、仲裁庭和仲裁机构是掌握和处理仲裁信息的直接主体,应绝对遵守仲裁信息安全措施。对于证人、鉴定公司、翻译人员等间接参与仲裁的主体,他们大部分虽然仅掌握有限的仲裁信息,但由于其游离于仲裁核心之外,受仲裁相关规则的约束较少,这些主体更容易成为信息泄露的源头。因此,对不直接参与仲裁过程的主体,需要开展必要性分析:一方面,若其掌握经仲

^{③②} *Supra* note 19, at Art.16.

^{③③} *Supra* note 21, at Art.30.6.

^{③④} 这些人除了当事人、仲裁庭和仲裁机构外,还应包括仲裁中的支持人员(supporting personnel)、独立承包商或第三人供应商(independent contractors or third party vendors)以及事实证人等。支持人员包括雇员、律师、法律助理、见习员、行政或其他支持人员、案件管理人员和仲裁庭秘书等。当事人独立承包商或第三人供应商包括顾问、专家、笔译、口译、转录服务、文件制作、电子取证供应商和专业人员,以及线上案件管理和庭审平台供应商。*Supra* note 24, at Commentaries (a) - (c) to Principle 3.

^{③⑤} 《AAA-ICDR 最佳实践指南》中所指的“仲裁参与者”包括当事人及其代理人、仲裁员。*Supra* note 25, at Forward.

^{③⑥} *Id.*, at Art.3 (c), 3 (f) & 10.

^{③⑦} *Id.*, at Art.3 (h).

^{③⑧} Brillat-Capello, William, et al., *Paperless Arbitration: The New Trend?*, International Journal of Online Dispute Resolution, 2020, Vol.7:2, p.194.

裁庭或仲裁机构认定的应受仲裁信息安全措施保护的信息,则这些主体应当遵守相应措施;另一方面,应根据这些主体所掌握的信息量、信息重要程度等因素,分析是否有必要要求这些主体采取额外的信息安全措施。³⁹故本文认为,所有参与仲裁的主体均应纳入遵守仲裁信息安全措施的考虑范围,应当采取直接确认和必要性确认相结合的方式,兼顾仲裁信息安全保护的全面性和效率。

(四) 仲裁信息安全措施的确定

目前,仅有《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》和《AAA-ICDR 最佳实践指南》对仲裁信息安全措施的确定进行了较为详细的规定。《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》规定了确定信息安全措施的总原则、方法以及可供参考的措施类别。《AAA-ICDR 最佳实践指南》对仲裁员和当事人及其代理人在协商确定信息安全措施时应当讨论的内容作出了引导性规定(见表3)。

表3 关于仲裁信息安全措施确定方法的规定

现有规则	仲裁信息安全措施的确定
《SIAC 远程指南》	未明确规定
《SAC 国际仲裁规则》	未明确规定
《LCIA 仲裁规则》	未明确规定
《ACICA 仲裁规则》	未明确规定
《JAMS 仲裁规则》	未明确规定
《AAA-ICDR 最佳实践指南》	确定信息安全措施时应当讨论的问题
《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》	确定信息安全措施的总原则、方法、可供参考的措施类别

1.《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》

(1) 确定仲裁信息安全措施的合理性原则

《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》明确规定在特定案件下,仲裁采取的信息安全措施应当是合理的。议定书并不旨在为信息安全提供一个通用(one-size-fits-all)的解决方案,其要求在考虑多种因素的基础上灵活合理地确定信息安全措施。⁴⁰在合理性原则指导下,议定书详细规定了确定仲裁信息安全措施的三步指导,具体在下文阐述。

(2) 确定仲裁信息安全措施的方法

首先,议定书尊重当事人的意思自治,当事人应首先尝试通过协议确定合理的信息安

³⁹ 例如,在仲裁庭向第三方翻译人员提交仲裁翻译材料时,应考虑该文件在仲裁庭和翻译人员之间的传输环节是否需要采取额外的信息保护措施。

⁴⁰ *Supra* note 24, at Commentary (b) to Principle 1.

全措施,仲裁庭在决定适用于仲裁的信息安全措施时,原则上应遵从当事人之间达成的协议。^{④①}但此种意思自治是有限制的,仲裁庭遵从当事人协议的同时,应遵守法律或其他义务;在有重大补偿考虑、为了保护第三方利益、考虑到仲裁员和仲裁机构能力、仲裁庭保护仲裁过程的合法性和完整性利益的情况下,仲裁庭可以不采纳当事人之间的协议。^{④②}

在当事人没有达成上述协议或仲裁庭没有采纳当事人的协议时,议定书以合理性原则为指导,提供了确定合理信息安全措施的三步指导方案。^{④③}首先,在措施确定前,为明晰案件信息安全风险,有效实施安全措施,^{④④}各方应当开展仲裁风险分析、技术现状分析、措施的合理性认定,以确定对涉案仲裁信息进行保护的程度,分析某项安全措施适用于仲裁是否合理。^{④⑤}其次,在确定阶段,应根据前述分析阶段确定的信息安全保护程度,根据议定书原则7的规定考虑所要采取的信息安全措施类别。^{④⑥}最后,应根据仲裁不同方面的特殊性重点考虑采取不同的信息安全措施,这些方面主要包括信息交流和仲裁相关信息的传输、仲裁相关信息的存储、旅行、听证和会议。^{④⑦}

(3) 供参考的信息安全措施类别

基于现有信息安全威胁和信息保护技术,《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》列举了可考虑采取的信息安全措施的类别并对这些类别的使用方法进行了指导,供仲裁庭和当事人参考,包括:资产管理、访问控制、加密、通讯安全、实体和环境安全、运营安全以及信息安全事故管理。^{④⑧}同时,附件C就这些类别列明了更详细的措施。^{④⑨}为了保证灵活应对各种信息安全,附件C指出其列明的措施并未穷尽,各方无需完全采取议定书提供的措施,

^{④①} *Id.*, at Principle 11 and Commentary (a) to Principle 11.

^{④②} *Id.*, at Commentary (b) to Principle 11.

^{④③} *Id.*, at Principle 5.

^{④④} Bajpai, Ananya, and Shambhavi Kala, *Data Protection, Cybersecurity and International Arbitration: Can They Reconcile?*, *Indian Journal of Arbitration Law*, 2020, Vol.8:2, p.12.

^{④⑤} 风险分析包括:仲裁的具体风险。技术现状分析包括:当事人、仲裁员和任何管理机构现有的信息安全惯例、基础架构及能力。措施的合理性认定包括:(1)当事人、仲裁员和任何管理机构的负担、成本和有关资源;(2)信息安全措施的采取与争议的规模、价值、风险状况以及对数据主体的影响上的合比例性;(3)仲裁的效率。*Supra* note 24, at Principle 6.

^{④⑥} *Id.*, at Principle 7.

^{④⑦} 信息交流和仲裁相关信息的传输方面,访问控制、通讯安全、加密和运营安全在保护信息交流和仲裁相关信息传输方面联系最为密切;仲裁相关信息的存储方面,一般而言资产管理、访问控制、保密的信息安全措施与其联系最密切;旅行方面,在携带仲裁数据旅行时,可以考虑访问控制、加密和实体安全的信息安全措施类别;听证和会议(不论是线下的、完全或部分线上的)方面,可以重点考虑访问控制和实体安全类别;仲裁结束后的保留和销毁政策方面,可能主要涉及资产管理,应当考虑是否要求仲裁相关信息返还或被安全的处理、在适用的法律或道德义务下提出前述要求的时间等。*Id.*, at Commentaries (b)-(f) to Principle 8.

^{④⑧} *Id.*, at Commentary to Principle 7.

^{④⑨} 在资产管理方面,包括限制信息的获取、数据的屏蔽和假名化、信息标记、限制公共网络访问等措施;访问控制方面,包括信息访问特权、文档加密和访问期限设定、多因素身份验证等措施;加密方面,包括对静态信息、传输中的信息加密、确定加密信息的设备等;通讯安全方面,包括使用企业级电子邮件、限制电子邮件传输机密信息、就第三方云平台的相关访问等权限达成协议等;在实体和环境安全方面,包括防止设备丢失或被盗、保护仲裁纸质副本信息、保障公共建筑中庭审室的安全、隐私屏幕的使用等;操作安全方面,包括补丁程序的迅速修补、应对漏洞的方案等;在信息安全事故处理方面,包括根据法律等约束性义务采取相关措施、就信息事故的调查等进行合作等等。*Id.*, at Schedule C.

并应注意随着信息技术发展运用新的措施。

2.《AAA-ICDR 最佳实践指南》

《AAA-ICDR 最佳实践指南》也允许当事人的意思自治,若当事人就网络安全措施达成协议,其应当被仲裁员采用。但若根据应适用的法律需要采取额外的安全措施,仲裁员还需依法采取相应措施。

在当事人协议缺位时,《AAA-ICDR 最佳实践指南》要求仲裁员同当事人及其代理人讨论在仲裁中就网络安全、隐私以及数据保护事项采取合理的预防措施,并讨论是否计划交换特别需要保护网络安全的信息。^⑩该指南说明了仲裁员和当事人的代理人在协商确定信息安全措施时应当讨论的问题,对措施的确定进行讨论式引导,而确定仲裁信息安全措施的具体方法,取决于当事人和仲裁员间的讨论结果。根据该指南,应当讨论的问题有:案件是否需要提高网络安全、隐私和数据保护程度及其原因;是否存在需采取特定安全措施的保密信息,这些措施应当如何并入仲裁程序;仲裁参与者如何保证邮件交流安全;仲裁中关于电子、复印本文件的提交和分享安全;仲裁参与者如何保证电子文件的安全交换和存储;仲裁参与者如何保证文件交换后的存储安全;当事人是否提交敏感个人身份标识符(sensitive personal identifier);^⑪向第三方提交案涉文件时是否需要采取额外的安全措施;案涉文件的销毁;信息安全担忧、事故和泄露的通知。^⑫

3. 比较分析

当事人是国际商事仲裁的核心主体,其对仲裁案件了解较为全面,且仲裁信息安全关切当事人的重大利益,故应尊重当事人就信息安全措施达成的协议。《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》和《AAA-ICDR 最佳实践指南》均考虑到了这一方面,尊重当事人就仲裁信息安全措施达成的协议,且均对当事人的意思自治进行了必要限制。

《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》为信息安全措施的确定提供了体系相对完备、符合逻辑的指导方案。在宏观指导方面,该议定书以合理性原则为指导,信息安全措施的确定和实施需满足合理性要求。在信息安全措施的具体确定方面,合理性原则作为主线贯穿始终。首先,由于当事人的特殊地位,当事人之间协议确定的信息安全措施往往是合理的,应予以遵守;其次,在当事人协议缺位时,要求根据合理性原则确定信息安全措施,通过开展风险分析、现状分析、措施合理性分析,保证措施的确定在各方对案件信息安全风险和信保护水平有充分了解的基础上进行;^⑬最后,结合仲裁在不同方面的特殊性,应重点考虑不同的信息安全措施。在合理性原则的指导下,这些环节环环相扣,保证了在个案基础上合理、灵活的确定信息安全措施。^⑭

^⑩ *Supra* note 25, at Art.1-2.

^⑪ 敏感个人身份标识符包括身份证号码、出生日期、医疗健康信息、知识产权、秘密资料、信用卡或金融账户账号以及其他类似的个人信息。*Id.*, at Art.2 (g).

^⑫ *Id.*, at Art.3.

^⑬ *Supra* note 38, at 193.

^⑭ International Council for Commercial Arbitration, *Protocol Consultation Process*, <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-6-icca-nyc-bar-cpr-protocol-cybersecurity-international-arbitration>, last visited Jul.16, 2023.

相比之下,《AAA-ICDR 最佳实践指南》仅提供了仲裁员和当事人及其代理人在协商确定信息安全措施时应讨论的问题,对如何确定信息安全措施没有具体方法指引。这种引导式方法有利于仲裁员和当事人基于个案具体情况更加灵活的确定信息安全措施。然而,此种方式对仲裁员和当事人在信息安全保护方面的知识要求较高,在缺乏具体方法的指导下,可能会影响信息安全措施确定的科学性。

(五) 仲裁信息安全措施制度的程序问题

目前,仅有《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》和《AAA-ICDR 最佳实践指南》就信息安全措施的程序问题予以明确规定,其他信息安全措施制度仅就程序问题作简要规定(见表4)。

表4 各仲裁信息安全措施制度中的程序问题

现有规则	仲裁信息安全措施制度的程序问题
《SIAC 远程指南》	未明确规定
《SAC 国际仲裁规则》	信息安全措施讨论时间
《LCIA 仲裁规则》	信息安全措施讨论时间、决定信息安全措施的主体
《ACICA 仲裁规则》	决定信息安全措施的主体
《JAMS 仲裁规则》	决定信息安全措施的主体
《AAA-ICDR 最佳实践指南》	信息安全措施讨论时间、敏感信息程序的确定、信息安全程序的异议和修改、违反网络安全措施的后果
《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》	信息安全措施讨论时间、决定信息安全措施的主体、信息安全措施的修改、因信息安全措施产生争议的解决、违反信息安全措施的后果

1. 《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》

《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》就信息安全事项的提出时间、信息安全措施的决定主体、信息安全措施的修改、因信息安全措施产生争议的解决、信息安全措施的违反作出了规定。

首先,就信息安全事项的提出时间,应尽可能早地在仲裁中提出,一般不得迟于第一次案件管理会议(case management conference),且应由仲裁庭决定适用于仲裁的信息安全措施。^⑤其次,对已确定的仲裁信息安全措施,议定书允许仲裁庭主动修改或根据任意一方当事人请求修改。考虑到各方对案件实际情况的了解,仲裁庭在作出正式修改前应同当事人各方和仲裁机构协商。^⑥再次,若因信息安全措施产生争议,议定书规定一般应当由仲裁庭解决,若此种争议在仲裁庭审结案件(functus officio)后产生,当事人应达成

^⑤ *Supra* note 24, at Principles 9-11.

^⑥ *Id.*, at Commentary (b) to Principle 12.

仲裁协议;议定书还建议仲裁机构提供争议解决机制,以便适用于仲裁庭审结案件后产生的信息安全措施争议。⁵⁷最后,对于违反信息安全措施的后果,在违反仲裁程序采取的信息安全措施,或者在发生信息安全事故的情况下,仲裁庭均可以要求当事人分担相关费用,同时可以对当事人施加制裁,但仲裁庭的此种权力应受适用的法律约束。⁵⁸

2.《AAA-ICDR 最佳实践指南》

《AAA-ICDR 最佳实践指南》就信息安全的提出时间、处理敏感信息的程序的确定、信息安全程序的异议、违反网络安全措施的后果作出了规定。

首先,对于信息安全的提出时间,《AAA-ICDR 最佳实践指南》规定仲裁员和当事人及其代理人应当在预审会议中就网络安全、隐私和数据保护方面采取合理的预防措施进行讨论。⁵⁹其次,仲裁员应当确定一定的期限,使当事人在该期限内就处理敏感信息的程序达成一致。⁶⁰再次,当事人对需要实施的网络安全程序有异议的,应允许当事人说明有关措施是否合理、是否符合比例原则。⁶¹最后,对于违反网络安全措施的后果,若仲裁员没有遵守仲裁中采取的网络安全措施,在将此事项提交给美国仲裁协会行政审查委员会(AAA's Administrative Council)并得到决定后,当事人可以拒绝该仲裁员继续提供服务;若当事人或其他仲裁参与者没有遵守仲裁中采取的网络安全措施,仲裁员应在和当事人讨论后决定应对措施。⁶²

3. 其他信息安全措施制度的程序规定

《LCIA 仲裁规则》规定,仲裁庭应当在仲裁早期阶段同相关主体协商,考虑采取相关信息安全措施;且仲裁院和仲裁庭有权发布指令以处理信息安全或数据保护事项。⁶³《SAC 国际仲裁规则》规定,仲裁庭应当在仲裁初始会议中就数据保护和网络安全事项进行讨论。⁶⁴《ACICA 仲裁规则》和《JAMS 仲裁规则》仅规定了有权决定仲裁信息安全措施的主体。⁶⁵

4. 比较评价

从整体程序框架看,《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》和《AAA-ICDR 最佳实践指南》框架较为完整。二者均对讨论信息安全措施的时间、信息安全措施的异议和修改、信息安全措施的违反作出了规定。二者也有其自身的特点:《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》注意到了信息安全措施争议的解决;《AAA-ICDR 最佳实践指南》在敏感信息的处理程序上注重当事人的协商确定,没有固定的程序框架。相比较之下,其他规定了信息

⁵⁷ *Id.*, at Commentary (a) to Principle 11.

⁵⁸ *Id.*, at Principle 13.

⁵⁹ *Supra* note 25, at Art.1-2.

⁶⁰ *Id.*, at Art.5.

⁶¹ *Id.*, at Art.7.

⁶² *Id.*, at Art.8 & 10.

⁶³ *Supra* note 21, at Art.30.5.

⁶⁴ *Supra* note 20, at Art.19 (2).

⁶⁵ *Supra* note 22, at Art.26.6; *Supra* note 23, at Art.26 (b).

安全措施制度程序的规则较为简单,主要仅涉及有权决定信息安全措施的主体。

对于仲裁信息安全事项的提出时间,大部分规则均规定应当在仲裁程序早期提出。国际商事仲裁中的关键保密信息一旦泄露将会严重阻碍案件进展,故尽早考虑仲裁信息安全有利于在仲裁初期对仲裁信息进行适当的保护,拉长仲裁信息安全保护的时间。

对于仲裁信息安全措施的决定主体,大部分规则规定仲裁庭、仲裁员,或仲裁庭及仲裁机构有权通过发布指令等方式决定。由这些主体决定,能够使仲裁中信息安全措施的实施固定化、稳定化,也能在一定程度上确保仲裁庭或仲裁机构监督措施实施情况。

就仲裁信息安全措施的修改,首先,技术演化具有不确定性,信息安全保护技术也是如此,在仲裁过程中,可能会出现更符合个案情况的信息安全措施,同时也可能会出现新的信息窃取技术;^{⑥6}其次,信息具有时效性,随着时间推移,原有仲裁信息可能会被赋予新的价值或失去其原有价值,需要适当对这些信息的保护程度予以调整;最后,在仲裁过程中,随时都会有新的仲裁信息产生。因此,若仲裁情况发生了变化,导致仲裁信息安全保护程度改变,通过对信息安全措施适时修改变动,能够合理维护仲裁信息安全。《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》允许仲裁庭在同当事人、仲裁机构协商的基础上对信息安全措施进行修改;《AAA-ICDR 最佳实践指南》允许当事人就网络安全程序提出异议,并给予其说明现有网络安全措施是否合理的机会。这两种规定方式均允许对信息安全措施适时进行合理修改。

对于信息安全措施的违反,信息安全措施的遵守需要最终的“兜底机制”予以保障。一方面,作为对案件有管辖权的仲裁庭,由仲裁规则赋予仲裁庭的一般权力应允许其通过指令等形式对信息安全措施的违反采取应对措施;另一方面,若仲裁庭违反信息安全措施,仲裁机构也应建立监督机制,对违反人员予以处理。^{⑥7}《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》仅就当事人违反信息安全措施的后果作出规定,没有规定仲裁庭违反时的处理方法;而《AAA-ICDR 最佳实践指南》涵括了仲裁员和所有仲裁参与者违反信息安全措施的后果,更有利于保障信息安全措施的实施。

三、中国主要仲裁机构仲裁信息安全措施制度的缺陷及完善

保护国际商事仲裁信息安全有急迫的必要性,通过构建完整的仲裁信息安全措施制度有利于提高国际商事仲裁信息安全水平。然而,我国主要仲裁机构对国际商事仲裁信息安全保护问题重视不够,仲裁信息安全措施制度尚未系统建立,仲裁信息安全缺乏有效的制度保护。

^{⑥6} 杨青峰、李晓华:《数字经济的技术经济范式结构、制约因素及发展策略》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第134页。

^{⑥7} *Supra* note 24, at Commentary (a) to Principle 13.

（一）我国仲裁机构仲裁信息安全措施制度现状

通过查阅中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”）、北京仲裁委员会（以下简称“北仲”）、上海国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“上国仲”）、深圳国际仲裁院（以下简称“深国仲”）、广州仲裁委员会（以下简称“广仲”）、大连国际仲裁院（以下简称“大国仲”）、武汉仲裁委员会（以下简称“武仲”）、南京仲裁委员会（以下简称“南仲”）、杭州仲裁委员会（以下简称“杭仲”）、上海仲裁委员会（以下简称“上仲”）关于仲裁信息保护的制度,发现我国主要仲裁机构有的尚未涉及仲裁信息安全措施的规定,有的仅就该事项简要规定,具体可分为以下四种类型（见表5）。

表5 我国仲裁机构仲裁信息保护规定

仲裁机构	文件规定	主要内容
中国国际经济贸易仲裁委员会	《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则（2015年版）》第15-16条	为案件数据的在线传输提供安全保障,并为案件信息加密。但是仲裁委对仲裁程序中在线传输的数据因网络系统故障等原因为收件人以外的人所知悉而造成的损失不承担责任。 ^{⑥8}
广州仲裁委员会	《中国广州仲裁委员会网络仲裁规则（2015年版）》第29条	委员会为当事人、仲裁庭和仲裁委之间案件数据的在线传输提供安全保障,并为案件数据信息进行加密。同时规定非仲裁委原因造成收件人以外的他人获悉有关信息,广仲不承担责任。 ^{⑥9}
武汉仲裁委员会（武汉国际仲裁中心）	《武汉仲裁委员会网上仲裁规则》第48条	本会为当事人、仲裁庭和本会之间案件数据的在线传输提供安全保障,并采取为案件数据信息加密的形式为案件信息保密。 ^{⑦0}
南京仲裁委员会/江苏（南京）国际商事仲裁中心	《南京仲裁委员会网络仲裁规则》第28条	仲裁委为当事人、仲裁庭和本会之间案件数据的在线传输提供安全保障,并采取为案件数据信息加密的形式为案件信息保密。对因包括但不限于不可抗力、计算机病毒或者黑客攻击、系统不稳定、网络故障等原因,造成收件人以外的他人获悉有关信息而导致的损失,委员会不承担责任。 ^{⑦1}

⑥8 《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则（2015年版）》第15-16条。

⑥9 《中国广州仲裁委员会网络仲裁规则（2015年版）》第29条。

⑦0 《武汉仲裁委员会网上仲裁规则》第48条。

⑦1 《南京仲裁委员会网络仲裁规则》第28条。

仲裁机构	文件规定	主要内容
深圳国际仲裁院	《深圳国际仲裁院网络仲裁规则(2022版)》第4条、第29条	网络仲裁服务平台对于案件数据的存储使用,应当符合我国法律法规的规定。因不可抗力、计算机病毒、黑客攻击、系统不稳定、网络故障等非由仲裁院或仲裁庭故意情形导致任何损失的,仲裁员、仲裁院及其相关人员不对任何人承担民事责任。 ^{⑦②}
北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心	《北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心关于网上开庭的工作指引》第(六)、(七)条	规定网上开庭信息事项不得外泄。仲裁庭不保证网上开庭适用的第三方通信软件或平台的安全性或保密性。 ^{⑦③}
上海国际经济贸易仲裁委员会	无	无
大连仲裁委员会(大连国际仲裁院)	无	无
杭州仲裁委员会	无	无
上海仲裁委员会	无	无

1. 未规定仲裁信息安全措施事项

通过查阅上仲、上国仲、大国仲、杭仲的仲裁规则等资料,发现这些仲裁机构没有对仲裁信息安全措施的相关事项予以规定。

2. 仲裁机构保障网上仲裁信息安全

贸仲、广仲、武仲、南仲均规定对于网上仲裁中案件数据的在线传输提供保障,并采取对案件信息加密的方式保障仲裁信息安全。此外,贸仲、广仲、南仲还明确了仲裁机构的责任,若因非仲裁机构的原因导致信息安全方面的损失,仲裁机构不承担责任。

3. 网上仲裁平台处理仲裁信息应符合法律规定

深国仲明确规定,通过网上仲裁平台对案件数据进行存储和使用,应当符合我国相关法律法规的规定。同时,深国仲也明确了仲裁机构的责任限制,因不可抗力、计算机病毒、黑客攻击、系统不稳定、网络故障等非仲裁院或仲裁庭故意的情形导致的任何损失,仲裁员、仲裁院及其相关人员不对任何人承担民事责任。

^{⑦②} 《深圳国际仲裁院网络仲裁规则(2022版)》第4条、第28条。

^{⑦③} 《北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心关于网上开庭的工作指引》第6-7条。

4. 网上开庭的信息保密义务

北仲规定了网上开庭的保密义务,不得有其他无关人员旁听网上开庭、参与网上开庭人员不得泄露任何庭审中的信息事项、未经仲裁庭允许或协商不得对网上开庭进行录音、录像或录屏。此外,北仲还规定,仲裁庭不保证网上开庭使用的第三方通信软件或平台的安全性或保密性。

(二) 我国仲裁机构仲裁信息安全措施制度的缺陷

1. 信息安全措施制度体系缺失或不完备

目前,我国一些仲裁机构尚未考虑仲裁信息安全措施的制度建设,没有就信息安全措施问题予以规定,即使规定了该问题的规则也普遍较为简单,未形成完整体系。当代国际商事仲裁信息数据化纵深发展,信息技术的大量使用为国际商事仲裁信息安全带来了风险。^⑭若不在国际商事仲裁程序中对信息安全措施事项予以明确,会导致仲裁程序中的信息安全保护处于无序状态,不利于仲裁信息安全的保护。

2. 信息安全措施制度规制范围过窄

我国主要仲裁机构集中就网上仲裁中案件信息的传输、存储、使用中采取的安全措施进行规定。此种范围忽略了线下仲裁的电子信息以及物理形式仲裁信息的保护:一方面,线下仲裁也涉及电子数据的传输、存储、使用,现有规则不能保障线下仲裁的数据传输;另一方面,前文已述,保护物理形式的仲裁信息安全同样重要,但现有规则没有对物理形式的仲裁信息措施进行规定。我国主要仲裁机构目前对于信息安全措施的信息适用范围过窄,不利于全方位保护仲裁信息安全。

3. 仲裁信息安全措施实施单一

目前,我国主要仲裁机构多规定仲裁委员会对网上仲裁中案件信息的传输安全进行保障,对案件信息进行加密处理。仲裁信息安全措施存在实施主体单一和措施类型单一的弊端。在实施主体上,现有规定忽视了当事人、仲裁员等仲裁参与主体对仲裁信息安全保护的重要性,无法充分发挥当事人等主体对保护仲裁信息的作用;在措施类型上,现有规则大多只规定对案件信息进行加密处理,类型过于单一,没有考虑到应针对不同情形确定不同的信息安全措施。

(三) 完善我国仲裁机构仲裁信息安全措施制度的建议

1. 建立完备的仲裁信息安全措施制度

仲裁信息安全措施的顺利实施能够进一步提高国际商事仲裁的保密性,增加仲裁机构的吸引力,仲裁机构有必要建构仲裁信息安全措施制度。在形式上,虽然国际商事仲裁具有保护仲裁信息安全的特殊性,但为提高仲裁机构整体信息安全保护水平,应当建立通用于仲裁机构受理的所有仲裁案件的仲裁信息安全措施制度;在内容上,信息安全措施制度应采取贯通模式框架,就遵守信息安全措施的主体、信息安全措施的确定方

^⑭ Paisley & Kathleen, *Data Protection and Cybersecurity Considerations for Canadian Arbitration Professionals*, Canadian Journal of Commercial Arbitration, 2021, Vol.2:1, p.42.

法、信息安全措施制度的程序问题等事项进行规定,确保仲裁信息安全措施的落实贯穿仲裁始终。

(1) 拓宽仲裁信息安全措施的客体和主体范围

在仲裁信息安全措施制度适用的客体信息范围上,应当确保该制度适用于仲裁中处理的所有物理和电子信息。

在遵守仲裁信息安全措施的主体方面,应尽可能使所有掌握仲裁信息的主体遵守仲裁中确定的信息安全措施,采取直接确认和必要性确认相结合的方式确定应遵守措施的主体。本文认为,对于直接参与仲裁的当事人及其代理人、仲裁庭和仲裁机构,应绝对直接遵守仲裁确定的信息安全措施。对于非直接参与仲裁的主体,应审查其掌握的信息是否为经仲裁庭确定的应采取安全措施的信息,若属于,则应当遵守相应的信息安全措施,并在此基础上考虑是否有必要采取额外的信息安全措施,仲裁庭可根据这些主体掌握的信息量、信息重要程度、与其传输信息的途径的安全性、该主体自身的安全基础架构等因素综合考量。此外,在间接参与仲裁的主体中,对于证人等在仲裁庭实际控制范围内的主体,仲裁庭可要求其直接遵守信息安全措施;对于在仲裁庭实际控制范围外的主体(如当事人聘请的文件管理商、翻译人员等),他们通常同当事人等直接参与仲裁的主体之间存在合同关系,仲裁庭可通过要求当事人与有关主体达成协议等方式间接实现信息安全措施的遵守。^⑦(客体和主体制度框架图见图1)

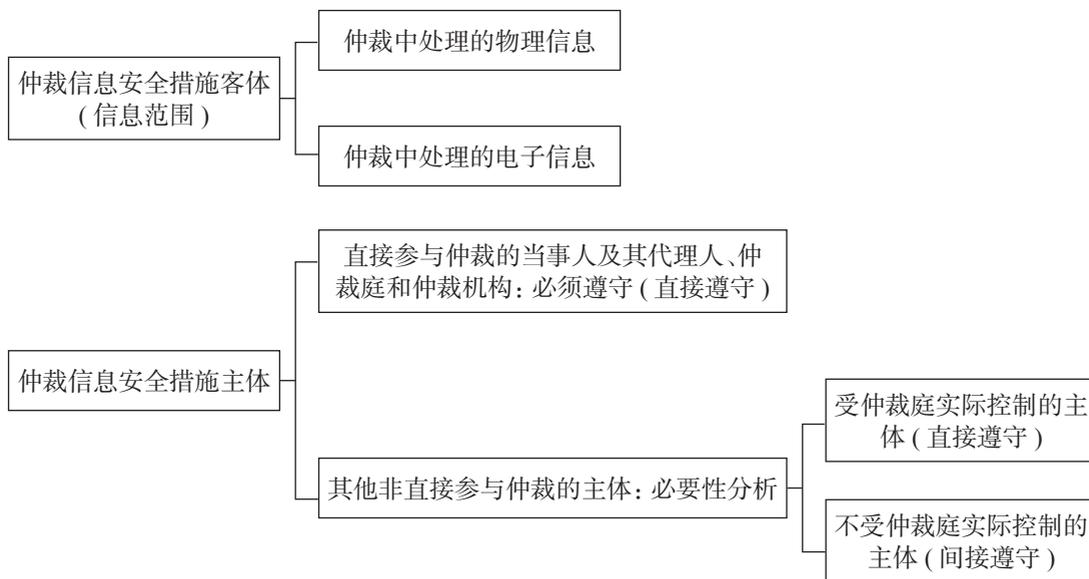


图1 仲裁信息安全措施客体和主体制度框架

^⑦ 因此,本文认为,对于受仲裁庭实际控制的主体,应直接遵守由仲裁庭决定的信息安全措施;对于不受仲裁庭实际控制的主体,仲裁庭应通过要求当事人与相关主体达成信息保护协议等方式使相关主体间接遵守信息安全措施。

(2) 建立以合理性原则为指导的仲裁信息安全措施确定框架

在仲裁信息安全措施的确定方面,考虑到技术的不断发展、仲裁情势的不断变化,应当为信息安全措施的确定提供合理灵活的制度方案。本文认为,在合法、可行的前提下,仲裁庭应当尊重当事人就仲裁信息安全措施达成的协议。但当事人的意思自治并非应绝对遵守,在仲裁庭发现当事人协议选择的措施在实施中存在下列情形时,可考虑拒绝遵守:a. 违反应遵守的信息保护立法的;b. 超出仲裁庭或仲裁机构的信息保护能力的;c. 损害第三方利益的;d. 严重影响仲裁效率和仲裁完整性的;e. 严重阻碍仲裁开展的其他情形。

在没有当事人协议的情况下,仲裁庭应当以合理性原则为指导,灵活确定信息安全措施。仲裁庭应当分析个案所需的信息保护程度,针对仲裁不同方面的特殊性考虑相应的措施,分析相关措施适用于个案的合理性,最终在仲裁庭与各方协商的基础上确定信息安全措施。

首先,仲裁庭应进行风险利益分析和技术水平现状分析,以确定个案所需的信息保护程度。对于风险利益分析,仲裁庭可以:a. 分析仲裁信息的性质;b. 分析直接参与仲裁的当事人及其代理人、仲裁庭及仲裁机构、其他仲裁参与人的身份风险;c. 分析仲裁标的的风险;d. 分析可能影响仲裁信息安全的其他涉案因素。^{①6}对于技术水平现状分析,仲裁庭可以结合仲裁庭、当事人已有的信息安全架构分析可提供信息保护的技术水平。

其次,仲裁庭还应关注仲裁不同方面的特殊性,分析就仲裁的不同方面应重点适用的信息安全措施。本文认为,可以参考《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》的规定,针对仲裁信息的交换传播、信息存储、携带仲裁信息旅行、仲裁庭审或会议、仲裁后信息的保存和销毁等方面的特殊性,确定有针对性的信息安全措施。^{①7}

再次,仲裁庭应当开展措施合理性分析。仲裁庭可以结合仲裁庭和当事人的仲裁资源、仲裁争议的具体情况(争议的规模、风险等)、仲裁程序效率等方面的考虑,分析某信息安全措施适用于个案是否合理。

最后,基于上述考量,结合仲裁庭既有实践、水平和能力,仲裁庭应总结列举其能够提供的措施,以供直接遵守信息安全措施的主体协商,最终由仲裁庭决定应采取的信息安全措施。(仲裁信息安全措施的确定框架见图2)

^{①6} *Supra* note 24, at Schedule B.

^{①7} *Id.*, at Principles 5-8.

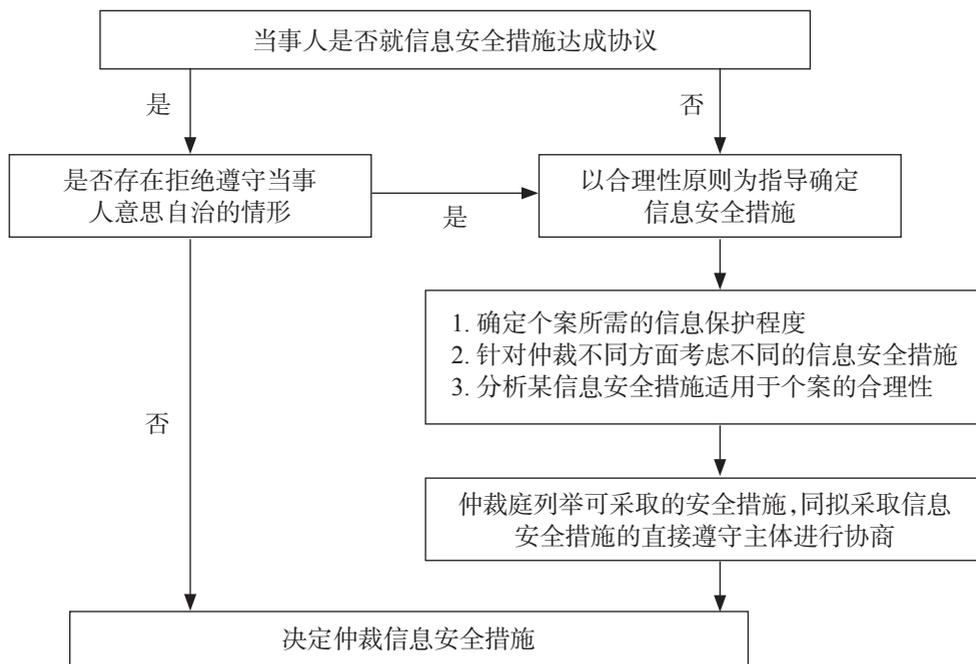


图 2 仲裁信息安全措施的确定框架

(3) 建立完备的仲裁信息安全措施程序

在仲裁信息安全措施的程序上,应当建立完备的程序框架,规定确定措施的时间、措施的修改、因措施产生争议的解决、违反措施的后果等事项。

首先,应确保仲裁庭在程序早期组织有关主体对仲裁信息安全措施进行协商,本文认为,在仲裁庭组成后,仲裁庭可以对当事人提交的书面材料进行分析,分情况处理:
a. 若认为仲裁信息保护的必要性较低,通过一般仲裁中的信息处理实践即能满足需求,仲裁庭应尽快以书面形式就信息保护事项告知当事人,并允许当事人在合理期限内提出异议;
b. 若当事人提出异议,或仲裁庭认为案件有必要采取专门的信息安全措施,应考虑尽快召开庭前会议,就信息安全措施的实施同各方(在必要时同仲裁机构)进行协商,由仲裁庭决定案件采取的措施。

其次,若根据情势变化等因素,需要对信息安全措施进行修改,可以由仲裁庭主动修改;或由需要直接遵守信息安全措施的主体提出,在同各方协商的基础上修改。

再次,应当在协商的基础上确定需遵守信息安全措施的主体违反措施时仲裁庭有权采取的措施;同时,仲裁机构也应建立对仲裁庭的监督机制,若仲裁庭组成人员违反相关措施,应允许当事人要求更换相关人员。

最后,由于仲裁案件审结后,原仲裁庭解散,该仲裁庭无法处理信息安全措施的争议事项,故应当建立仲裁后的信息安全措施争议解决机制。在协商确定信息安全措施时,仲裁庭可以建议直接遵守信息安全措施的主体达成争议解决协议,约定在案件审结后,

若因仲裁信息安全措施的确定、实施、解释、效力等事项产生争议,以仲裁方式解决,并约定所适用的规则、仲裁地点、仲裁语言等仲裁事项。^⑧(仲裁信息安全措施制度的程序事项框架见图3)

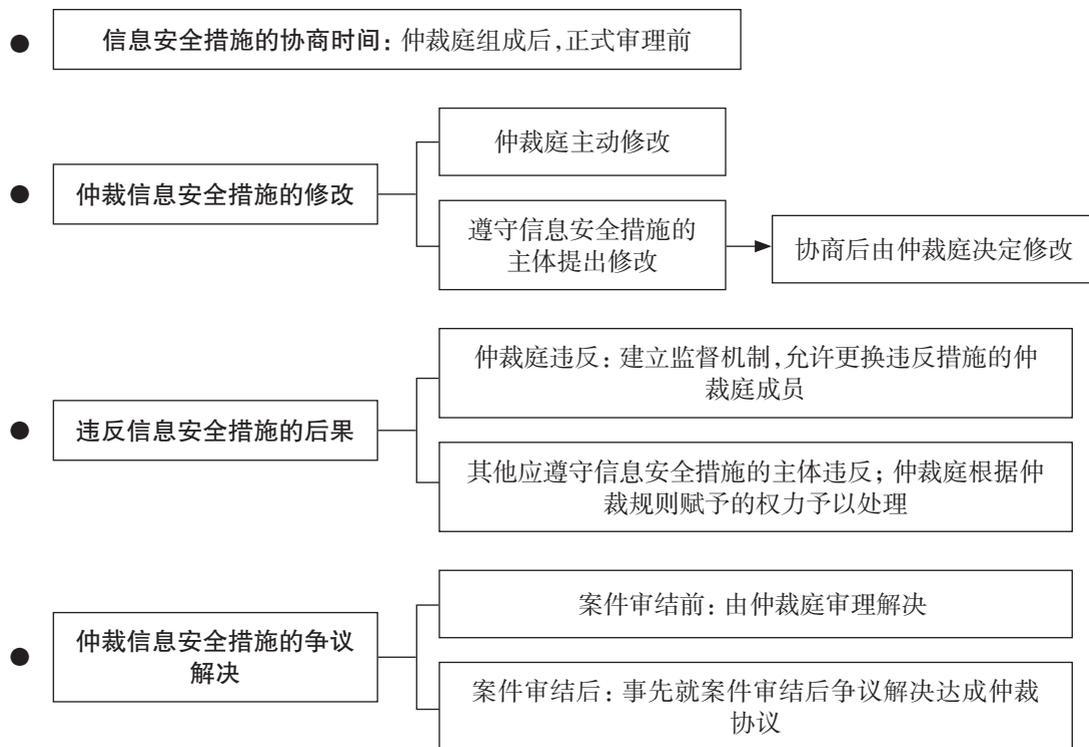


图3 仲裁信息安全措施制度的程序事项框架

2. 引进仲裁信息安全技术,提供多样的信息安全措施

当今我国仲裁机构面临信息化建设程度低的问题,^⑨我国主要仲裁机构对仲裁信息的保护措施主要局限于加密以及限制参与线上开庭的人数等,可提供的措施非常有限,很多仲裁机构也没有明示其可提供或者能够支持的信息安全措施。在这种情况下,一方面不利于仲裁机构全方位保护仲裁信息安全,另一方面仲裁机构可能会在竞争中处于劣势。

因此,仲裁机构应发展信息安全保护技术,尽可能提供多样的保护措施。首先,根据仲裁机构需求,可考虑设置专门的信息安全保护部门,负责基本的信息安全维护、安全措施实施、与外包信息安全服务公司对接、工作人员信息安全教育、信息事故应对等方面的工作。其次,应提高仲裁机构工作人员的信息安全防护意识,开展信息安全教育,加强对

^⑧ *Id.*, at Schedule D.

^⑨ 同前注^②,第26页。

主要的信息安全措施、信息安全风险以及信息安全事故处理机制的了解,以提升其运用信息技术、实施信息保护措施的能力。^{⑧0}再次,仲裁机构应当构建物理与电子信息安全保护一体的防护体系。仲裁机构可通过构建信息安全保护团队或与第三方合作的方式,引进多样的信息安全措施(如多因素验证技术、企业级仲裁信息平台等),构建涉密信息加密系统、开发网络专线平台等信息保护系统体系,^{⑧1}通过加密、备份、防火墙等方式提高自身信息系统的安全性,^{⑧2}保证所有仲裁案件都能得到最基本的信息安全保护。^{⑧3}最后,仲裁机构应当提高信息安全措施透明度,公开其能够提供的信息安全措施,为当事人提供参考。

3. 注重仲裁信息保护的基准安全

仲裁信息安全呈现出“牵一发而动全身”的特点,任何仲裁参与者在仲裁信息安全方面受到破坏都会对整个仲裁安全造成不良影响。^{⑧4}所有能够获得与仲裁相关信息的人,都应当注重仲裁信息的基准安全^{⑧5},将合理的信息安全措施应用于其日常经营、业务等方面的活动中,将信息安全保护意识贯彻到日常,这样在仲裁中能够更好地将日常信息安全措施与仲裁信息安全措施衔接。就仲裁机构而言,应当根据现有信息安全保护技术、信息安全威胁类型、国家法律法规规定、仲裁机构的信息保护水平,构建与时俱进的仲裁信息保护基准安全体系,使仲裁机构信息安全保护常态化、体系化。

四、结 语

国际商事仲裁因国际性特点,对保密性要求较高,且当今采用现代信息技术开展国际商事仲裁越来越普遍,若国际商事仲裁中的信息遭到泄露,将带来严重后果,故采取措施以保障仲裁处理的信息安全尤为重要。目前国际现有仲裁信息安全措施制度规定大多较为简单,仅《ICCA-NYC Bar-CPR 议定书》和《AAA-ICDR 最佳实践指南》构建了较为系统的制度框架。当前,我国主要仲裁机构对仲裁信息安全措施的重视不够。未来更多信息技术将会运用到国际商事仲裁之中,信息的跨国交流将会更加频繁。我国仲裁机构应当重视仲裁信息安全措施制度对国际商事仲裁信息保护的重要意义,构建完备的

^{⑧0} 同前注^②,第32页。

^{⑧1} 谭世贵、王强:《我国智慧法院建设的实践、问题与对策》,载《杭州师范大学学报(社会科学版)》2019年第6期,第117页。

^{⑧2} 例如,斯德哥尔摩商会仲裁院所提供的仲裁平台对仲裁文件在不同地点进行独立备份、采用军用级加密技术、所有文件上传都经过恶意软件和病毒扫描、且系统还设定了多个安全系统(加密入口、防火墙应用)等。Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *SCC Platform Guidelines*, p.8, <https://sccinstitute.com/media/1736163/scc-platform-guidelines.pdf>, last visited Nov.15, 2022.

^{⑧3} *Supra* note 14, at 463.

^{⑧4} *Supra* note 24, at Commentary (a) to Principle 2.

^{⑧5} 仲裁信息基准安全指,所有能够获得仲裁相关信息的主体(当事人、仲裁员、仲裁机构等)都应当在日常商业活动中适用合理的信息安全措施。*Id.*, at Commentary (a) to Principle 2.

仲裁信息安全措施制度,明确仲裁信息安全措施的适用范围、信息安全措施的确定方法、信息安全措施的程序问题,为仲裁信息安全构建严密的“防火墙”,提高我国仲裁机构的国际吸引力和影响力。

Abstract: The characteristics and developing trends of international commercial arbitration require enhanced protection of information security. The existing systems of information security measures have large differences. Those systems involve matters such as the scope of information governed by information security measures system, subjects who should abide by the information security measures, ways to determine information security measures and procedural issues of information security measures. The system of information security measures in Chinese arbitration institutions is less than adequate, which has a narrow scope and fails to provide various information security measures. In an effort to strengthen the information security of international commercial arbitration, Chinese arbitration institutions should establish a complete information security system in arbitration, provide multiple information security measures and form a baseline security mechanism.

Keywords: information security measures system in arbitration; international commercial arbitration; information security in arbitration

(责任编辑:李贤森)

我国仲裁司法监督混同困境的优化路径

熊海量*

内容提要 对仲裁实施司法监督是仲裁制度正常运转的重要保障,自1995年《仲裁法》实施以来,我国通过引入对仲裁裁决的不予执行制度和双轨制的撤销裁决制度初步建立起了我国的仲裁司法监督体系。但随着时代和社会的逐渐发展,部分在特定历史背景下诞生的司法监督制度难以与新时代的仲裁实践相匹配,并在实践中导致了制度功能冲突和仲裁独立性丧失等问题。在推进法治中国建设的进程中,对仲裁制度的质量要求也势必会逐渐提高。为此,本文在考察我国现行主要的仲裁司法监督制度的诞生和适用的特定历史背景的同时,结合此次《仲裁法》的修订,主张取消国内仲裁的不予执行制度,并完善相应的配套制度,通过引入第三人撤销仲裁裁决之诉以及对法院审查范围的进一步限缩,为我国仲裁司法监督制度的完善提供路径参考。

关键词 仲裁司法监督;不予执行;撤销裁决;双轨制

一、概述

全国人民代表大会常务委员会于1994年8月31日通过了《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》),并于1995年9月1日起正式实施。时至今日,我国仲裁制度的运行和发展已经有了二十多年的历史,中国的仲裁制度也在这一过程中日益成熟。随着社会与经济的发展,仲裁凭借其高度专业性、保密性、高效性等特点成为了现代争议解决模式中不可或缺的一部分。

仲裁作为一种以社会专业力量为依托的争端解决模式,具有较强的独立性,故从司法层面对仲裁进行监督有着天然的必要性基础。具体而言,仲裁的基础源于当事人的意思自治,当事人通过合意达成的仲裁协议是仲裁庭的管辖权来源,故在仲裁实践中,仲裁制度高度自治的特点会在一定程度上损害当事人的合法权益,如部分仲裁员很有可能会存在索贿受贿、徇私舞弊等不法情形从而做出不当的裁决。而相比于传统的诉讼制度,仲裁又需要对效率予以更多考虑,在大多数情况下缺乏上诉等救济途径。因此,仲裁制度的正常运转离不开司法权作为最后一道防线的监督,合理的司法监督制度能够在保证

* 熊海量,香港大学法律学院法学(仲裁与争端解决)硕士研究生。

仲裁制度高效运转的同时最大限度地保障仲裁过程和结果的公正以及当事人的合法权益,这也是仲裁的司法监督机制在理论上存在的必要性基础。

其次,仲裁制度本身的特征也使得司法监督应当作为针对仲裁的主要监督方式。如今的仲裁实践,特别是商事仲裁,往往会涉及商业秘密等敏感信息,这在一定程度上要求仲裁采用不公开审理的审理模式,也是仲裁保密性的体现。而这也很大程度上减少了社会公众对仲裁的社会监督,也为司法监督的引入留出了较大的空间。此外,对仲裁实施司法监督的重要性也逐渐被世界各国所认识,目前世界上的大部分国家都在其法律体系中设置了仲裁的司法监督制度。同时随着全球化的日益加深,国家和国家间的关系越来越密切,国际性纠纷的数量日益增长,在这样的背景下,对我国仲裁司法监督模式的研究和优化就显得尤为必要:能够在完善我国国内法律体系的同时与国际接轨,提升我国仲裁对国内外当事人的公信力,改善我国的仲裁环境。

我国现行的仲裁司法监督体系主要由仲裁裁决的不予执行制度和仲裁裁决的撤销制度两部分构成,但由于我国仲裁制度起步较晚、经验不足等因素,其在仲裁实践中暴露出了部分制度缺陷,主要包括以下两个方面:一是国内仲裁裁决的不予执行制度和撤销裁决制度存在功能上的冲突;二是撤销裁决制度本身存在一定缺陷,如法院对仲裁案件的审查范围过于宽泛,现行《仲裁法》也在第58条过多赋予了法院对仲裁裁决实体问题的审查权力,一定程度上违背了仲裁制度的基本原则。上述问题导致我国现阶段的仲裁司法监督体系较为杂糅,是在仲裁司法监督体系改革时必须回应的问题。2021年7月30日,司法部发布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《修订稿》),对我国现行国内仲裁的司法监督体制作出了重大修订,其中一个重要变动是《修订稿》取消了现行《仲裁法》中针对国内仲裁裁决的不予执行制度,打破了我国现行仲裁裁决的“双重监督”局面,但这一做法依旧存在较大争议。故有必要在这一背景下结合《修订稿》的相关规定重新对我国当下的仲裁司法监督机制进行反思和构建,厘清上述两种制度的关系并优化、完善配套制度,探寻我国仲裁司法监督的应有模式,使得仲裁的司法监督机制更好地顺应我国仲裁体系和经济水平的发展,保障仲裁机制的良好运行。

二、我国目前的仲裁司法监督体系

如上所述,我国目前的仲裁司法监督模式主要包括对仲裁裁决的不予执行和撤销两种制度,两者都是在仲裁程序完结后由有关中级人民法院对有问题的仲裁裁决予以纠正的程序。

(一) 仲裁裁决的不予执行制度

仲裁的司法监督方式之一是不予执行仲裁裁决,根据作为申请对象的仲裁裁决的涉外性特征,可将不予执行具体分为针对国内仲裁裁决的不予执行与针对涉外仲裁裁决的不予执行。我国在《仲裁法》第63条和《民事诉讼法》第244条中规定了国内仲裁裁决的不予执行制度,并在《仲裁法》第71条与《民事诉讼法》第281条中规定了涉外

仲裁裁决的不予执行模式。两者都是由被申请人在仲裁裁决作出后,在执行程序中依据法定理由和相关情形向人民法院申请不予执行已生效的仲裁裁决,是法院对仲裁裁决执行力的否定。法院经过审查后会根据具体情况作出是否许可执行的裁定。

但值得注意的是,如上所述,《修订稿》中取消了国内裁决的不予执行制度,删除了现行《仲裁法》第63条的内容。即若《修订稿》正式实施,当事人便无法在国内仲裁裁决的执行程序中申请不予执行,而只能向法院申请撤销裁决。同时,《修订稿》在其说明中进一步明确,不予执行程序 and 撤销裁决程序在实践中会造成重复审查和功能冲突问题,故仅将仲裁裁决的撤销制度作为国内仲裁司法监督的唯一路径。^①

(二) 仲裁裁决的撤销制度

我国仲裁司法监督的另一种方式是仲裁裁决的撤销制度。仲裁裁决的撤销制度是指在仲裁裁决作出后,当事人在符合法定撤销情形的基础上申请并经仲裁机构所在地的中级人民法院组成合议庭审查核实,裁定撤销裁决的活动。仲裁裁决的撤销制度是实践中最为重要的一种司法监督方式,目前理论界和实务界对其也有较大争议。根据我国现行《仲裁法》的规定,我国目前的仲裁裁决撤销机制属于“双轨制监督模式”,即对于所监督的仲裁种类,严格区分为国内仲裁和涉外仲裁;对于所监督的争议问题,也区分为程序问题和实体问题,并基于不同的仲裁和争议类型由法院通过不同的程序进行撤销。我国《仲裁法》在第58条和第59条中规定了撤销国内仲裁裁决的条件,即在出现仲裁程序违法、仲裁员违反职业操守等程序性事项或者证据被伪造或隐瞒等实体问题时可以撤销国内仲裁裁决,由法院否定仲裁庭的裁决效力。^②由此可见,针对国内仲裁裁决的撤销要经过程序和实体的双重全面审查。而《仲裁法》在第70条中规定了对涉外仲裁裁决撤销的情形,与需要经过全面审查的国内裁决的撤销不同,对涉外仲裁的撤销情形只能严格基于程序问题,除非该涉外仲裁裁决是违背社会公共利益的。

对于仲裁裁决的撤销模式,我国目前围绕着“单轨制监督模式”和“双轨制监督模式”展开了充分讨论。单轨制监督模式的支持者认为,对仲裁裁决的撤销不当区分国内仲裁和涉外仲裁,而是应通过同样的启动条件和模式对所有仲裁裁决进行程序性审查与撤销;而双轨制监督模式的支持者正如上文所述,主张区分国内和涉外仲裁以及程序和实体问题,并针对不同情形对不同种类的仲裁和争议问题通过不同程序和模式进行针对性的司法监督。

总的来说,目前我国主要依托于《民事诉讼法》和《仲裁法》建立起了仲裁司法监督体系,但仍存在一些不协调的地方,主要体现为对仲裁裁决不予执行和撤销的功能冲突以及对撤销仲裁裁决制度两种监督模式的争鸣。故笔者认为,对我国目前的仲裁司法监督制度的优化和完善可以从上述两个问题入手。

^① 王晓琴、赵智风:《仲裁裁决撤销制度的实证分析研究》,载《山西高等学校社会科学学报》2022年第9期,第45页。

^② 张卫平:《现行仲裁执行司法监督制度结构的反思与调整——兼论仲裁裁决不予执行制度》,载《现代法学》2020年第1期,第116页。

三、我国仲裁司法监督体系的混同困境及其突破

（一）司法监督体系混同困境之产生

如上文所述,我国在仲裁法《修订稿》中取消了针对国内仲裁裁决的不予执行制度,该制度存在的必要性引起了理论和实务界的激烈讨论。笔者认为,其根源问题是:就我国国内仲裁裁决而言,不予执行制度的启动条件以及适用的法定情形与国内仲裁裁决的撤销制度趋向一致,且从结果的角度来看,对仲裁裁决的不予执行和对仲裁裁决的撤销在功能上又是一致的,两者都能够达到使仲裁裁决在事实上无效的目的。部分学者认为两者之间唯一的区别仅仅是仲裁裁决在法律理论层面上的效力问题,从而使得我国仲裁裁决的司法监督体系出现了混同的困境,这一局面也被上述《修订稿》的说明所印证。

具体而言,对于撤销裁决制度的功能,关于《修订稿》的说明提出:“规定申请撤销裁决的程序,有利于保护当事人的合法权益,减少仲裁工作中的失误,美国、德国、法国、日本等许多国家都有这样的程序。”由此可见,撤销仲裁裁决制度的设立是为了应对仲裁中出现的各种漏洞和错误,通过司法手段予以补正和挽救,从而最大限度地保障双方当事人的合法权益,这与不予执行制度的设立初衷是相同的。同时两种制度在国内裁决这一视域下的启动条件也逐渐趋向一致,对比《民事诉讼法》第244条以及现行《仲裁法》第58条后我们可以发现,这两处法律规范都规定了六种情形作为启动不予执行或者撤销仲裁裁决的情形,而两处法律规范之间仅存在两处表达方式上的区别。由此可见,目前申请撤销国内仲裁裁决与申请不予执行的法定情形已经实质相同。且正如上文所述,从争议当事人的角度来看,对仲裁的不予执行和撤销都能够使得裁决在事实上无效,而这正是对仲裁进行司法监督的重要目的之一。就结果而言,这两种监督制度实质性相似,功能上存在冲突,故当下仲裁裁决的不予执行制度与撤销制度这两种制度并行存在的合理性基础受到了质疑。

（二）混同困境之突破

上述两种制度之间产生的功能性冲突对国内仲裁裁决的司法监督造成了一定影响,其中一个典型表现为存在功能性冲突的双重监督模式会造成司法资源的严重浪费。在司法实务和仲裁实践中,许多当事人因不愿意履行仲裁裁决而故意同时申请不予执行和撤销裁决两种救济方式以达到拖延程序的目的。虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《仲裁法司法解释》)第26条禁止了当事人以相同理由先后申请不予执行和撤销裁决两种不同的救济,但该条款并未禁止当事人以不同理由申请两次救济。如在2015年的吴立模等申请不予执行仲裁裁决案中,^③债务人首先以隐瞒证据为由向天津市第二中级人民法院申请撤销仲裁裁决,被驳回后又以仲裁庭程序违法等因素为由申请不予执行仲裁裁决,虽然债务人提出的救济请求均被

^③ 最高人民法院(2016)最高法执监350号执行裁定书。

驳回,但这期间产生的程序拖延对债权人的合法权益以及司法资源都产生了极大的负面影响。^④对于这一混同困境的解决方法,一个自然的解决思路是二者取其一,故由此延伸出的问题是,对于国内仲裁裁决的不予执行和撤销裁决这两种司法监督模式应当如何进行取舍。

我国的国内仲裁裁决不予执行制度有着特定的历史背景,这一制度第一次出现是在我国 1991 年的《民事诉讼法》中,当时我国的《仲裁法》尚未成型,不予执行制度就成为了当时仲裁的唯一司法监督途径。换言之,不予执行制度产生的背景是作为国内仲裁司法监督的唯一方式,但在《仲裁法》颁布后,随着撤销仲裁裁决制度的出现,笔者认为不予执行制度已经丧失了其运行的历史条件和存在基础,应将其废弃,从而将撤销仲裁裁决制度作为我国国内仲裁裁决的唯一司法监督机制。

首先,不予执行制度与仲裁的基本理论存在着一定的冲突。通过不予执行裁决,执行法院能够直接否定仲裁裁决的效力,这也与强制执行权的本质属性不相吻合,可能导致审执不分的局面。^⑤这两种制度相互冲突而形成的双重司法监督局面显然也被最高人民法院所注意,其在 2006 年生效的最高法院《仲裁法司法解释》第 26 条中规定:“当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后,又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的,人民法院不予支持。”即基于同一理由启动的仲裁裁决的司法监督只能通过一种方式进行,这在一定程度上承认了两种司法监督制度的功能性冲突。由于仲裁法对司法解释的约束,这一解释无法彻底解决双重司法监督机制功能重合的问题,但可以视为是最高法院对仲裁法谨慎修正的风向标。^⑥

其次,从仲裁国际化的角度来看,不予执行制度也与国际的通行立法模式相悖。从目前世界各国的立法例中可以看出,世界上绝大多数国家都只将撤销仲裁裁决作为仲裁司法监督的唯一方式。如仲裁制度高度发达的瑞典仅在其仲裁法的第 34 条中规定了撤销裁决制度,作为对仲裁的司法监督;法国则在其《民事诉讼法典》第 1498 条和第 1487 条中将撤销仲裁裁决和裁决的执行联系起来,从而防止了撤销裁决和不予执行之间的冲突,即将驳回撤销申请的决定视为对裁决执行的许可,故在法国的仲裁体系下,当事人若希望通过法院对仲裁进行监督,只能通过申请撤销这一种方式,如果申请不被批准则直接视为对仲裁裁决执行的承认,这样就在一定程度上避免了由于多种功能实际混同的司法监督方式导致司法监督体系混乱的情形。此外,仅保留对仲裁裁决的撤销制度而非不予执行制度作为国内仲裁唯一的司法监督方式也符合国际社会对仲裁的基本认知,即国内商事仲裁中司法监督方式的唯一性。这体现在联合国《国际商事仲裁示范法》(以

④ 赵孟晓:《〈仲裁法〉修改背景下仲裁司法审查制度的反思——基于 88 份民事裁定书的实证研究》,载《商事仲裁与调解》2022 年第 5 期,第 104 页。

⑤ 吴英姿:《论仲裁救济制度之修正——针对〈仲裁法(修订)(征求意见稿)〉的讨论》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021 年第 6 期,第 127 页。

⑥ 马占军:《论我国仲裁裁决的撤销与不予执行制度的修改与完善——兼评〈最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释〉的相关规定》,载《法学杂志》2007 年第 2 期,第 108 页。

下简称《示范法》)的第34条第1款中,将针对国内仲裁的追诉方式限定为向法院申请撤销裁决。联合国国际贸易法委员会(以下简称“贸法会”)秘书处也在2006年修正《示范法》时进一步明确,不服仲裁裁决的唯一追诉方式是申请撤销。同时贸法会也指出,各种保障当事人不服仲裁裁决的追诉权并存的局面会为协调国际仲裁立法带来巨大的困难。^⑦

此外,取消不予执行制度的现实基础也已然成熟,反对取消不予执行制度的学者提出的主张主要有二:一是不予执行制度独立存在的价值在于其能对案外人的合法权益提供充分保障,由于《仲裁法》第58条将申请撤销仲裁裁决的主体限定为仲裁案件的当事人,进而排除了案外人申请撤销仲裁裁决的可能性,故在取消了不予执行制度后,案外人缺乏相应的获得救济的途径;二是不予执行制度的存在能够强化对仲裁裁决的监督力度,从而保障仲裁裁决的质量以及案件的实体公正。^⑧

对于上述观点,笔者认为,第一,即使在取消不予执行制度后,案外人也能得到适当的救济。在现行法律框架下,在案件的撤销阶段,法院可以将部分损害案外人权益的仲裁裁决作为违背社会公共利益的情形进而主动裁定撤销该裁决,使案外人获得救济。违背公共利益的表现形式多种多样,一般是指违背我国的基本制度与准则,违背社会和经济生活原则等情形,^⑨这一开放性的概念给法院对案外人的权利保护留下了一定的解释空间。同时在案件进入执行阶段之后,案外人也可通过执行异议或提起执行异议之诉来维护自己的合法权益。当然,为了防止法院对“违反社会公共利益”条款的过度扩张适用进而构成向一般条款逃避的倾向,上述的解释方法也仅能作为权宜之计,要使得撤销仲裁裁决制度能够全面地与“仲裁的唯一司法监督方式”这一制度地位相匹配,尚需从立法层面对其进一步完善,如可以考虑扩张申请撤销仲裁裁决的申请主体的范围,使案外人也能就特定的仲裁裁决提出撤销申请。第二,我国仲裁员和仲裁案件质量逐渐提升,已经具备一定的仲裁公信力,即使取消不予执行制度后,也能够一定程度上保障仲裁裁决的质量以及案件的实体公正。以北京地区的仲裁实践为例,近三年北京地区的三家仲裁机构共受理案件31392件,其中裁定撤销的案件仅有5件,占比0.02%,而裁定不予执行的案件也仅有8件,反映了当下仲裁案件的整体质量和公信力较高。^⑩同时,《仲裁法司法解释》第26条也禁止了当事人就同一理由对救济道路的重复选择,也即不予执行和撤销仲裁裁决两种救济制度的功能呈现趋同的情形。

综上所述,我国仲裁裁决的不予执行制度不能顺应时代背景和国际仲裁的发展趋

^⑦ UNCITRAL, *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006*, para.44, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/19-09954_c_ebook_0.pdf, last visited July.30, 2023.

^⑧ 宋连斌:《仲裁司法监督制度的新进展及其意义》,载《人民法治》2018年第3期,第21页。

^⑨ 参见江伟、肖建国:《仲裁法(第二版)》,中国人民大学出版社2012年8月版,第290页。

^⑩ 北京市高级人民法院民二庭课题组,刘双玉、吴献雅等:《完善仲裁公信力提升机制若干问题研究——以北京地区仲裁司法审查案件为分析样本》,载《法律适用》2022年第11期,第132页。

势,该制度的存在也与仲裁的基本原则和理论存在冲突,可能造成司法资源的浪费,应当取消该制度,从而使我国仲裁的司法监督体系更加完善和清晰,打破双重监督的混同局面,并与国际发展潮流保持一致,更好地应对全球化背景下跨国纠纷的飞速增长和对跨国争议解决方式特别是对国际商事仲裁提出的要求和挑战。同时笔者认为在取消不予执行制度的同时,也应当对仅存的撤销裁决制度进一步优化,以形成一个更为稳固的仲裁司法监督体系。

四、撤销仲裁裁决制度的回应与完善

如前所述,仅仅通过取消针对国内仲裁裁决的不予执行制度来解决上述司法监督的混同局面是不全面的,对这一混同困境的完善解决需要回应两个现存问题:一是如何正确处理撤销仲裁裁决和不予执行制度并存的局面,二是在解决了上述两种司法监督的混同局面后如何保障司法监督体系的平稳运转和实施效果。笔者通过主张取消国内仲裁裁决的不予执行制度并将撤销仲裁裁决制度作为国内仲裁唯一的司法监督方式回答了第一个问题,但取消不予执行并非仅指一项制度的存废,其他制度也应作出回应,尤其是作为司法监督唯一方式的撤销仲裁裁决制度尚存在不成熟之处,难以支撑起其国内仲裁唯一司法监督方式的职责,从而保障仲裁监督体系的平稳运行。故在取消不予执行制度后也有必要回应上述第二个问题,对剩余的撤销仲裁裁决这一唯一的司法监督机制进行改革,使其与我国实际情况相符合,并以此为连接点平稳地实现我国仲裁司法监督体系的过渡和转向,从而实现司法监督体系的平稳运转,这样一来才能够真正地解决当下仲裁司法监督的“混同困境”,否则会陷入从一个困境走向另一个困境的局面。

具体而言,这要求立法者解决以下两个问题:一是如何在撤销仲裁裁决制度的基础上增加相应的制度保障,使得我国的仲裁体系能够平稳顺利地取消不予执行制度;二是如何补足撤销仲裁裁决制度本身的制度缺陷,打造友好的仲裁环境,为仲裁制度未来的高速发展注入良性基因。

(一) 撤销仲裁裁决制度对取消不予执行制度的必要回应

如上所述,主张保留不予执行制度的学者的核心考量在于其能较为全面地保障案外人的合法权益,虽然在现行法律框架下,法院存在通过适用《仲裁法》第58条中的“违背公共利益”条款以保护案外人权益的解释空间,但是该条款的适用需要以撤销裁决程序的启动为前提,法院仅在审查时具有一定的主动性而无程序启动的主动性,且法院对公共利益条款的依赖也有司法过度干预仲裁之嫌疑。同时,现行的案外人执行异议之诉制度提供的救济也较为有限,案外人只有在案件进入执行阶段后才能提起执行异议之诉,但在仲裁实践中,以部分确权型仲裁裁决为代表的仲裁案件缺乏可执行性或根本没有可以执行的内容,使得仲裁裁决难以进入到实际执行阶段。综上,在取消不予执行制度后,我国现行的制度难以全面地保障案外人的合法权益,尚需对案外人的救济路径予以丰富。

笔者认为,现行对案外人救济制度的主要缺陷在于上述救济路径未能或者难以深入仲裁裁决的效力这一关键点,对于案外人而言,对仲裁裁决效力的否定无疑能够从根本上解决其权益受损的问题,故为了给案外人提供更为充分的救济,应当从否认仲裁裁决效力的角度着手思考。现行法中,否认仲裁裁决的效力主要通过撤销仲裁裁决这一制度实现,但其对于保护案外人合法权益的最大障碍在于现行《仲裁法》第58条排除了案外人申请撤销裁决的主体地位。因此,如何将案外人在仲裁案件中的法律地位与撤销仲裁裁决这一救济途径有机联系起来,是在取消不予执行制度后完善案外人权益保护的核心问题。

部分学者主张扩张申请撤销仲裁裁决的主体范围以保障案外人的权益,^①这一做法看似便捷,但实际上会损害仲裁制度本身的制度优势。当事人申请仲裁的重要目的之一是以高效的方式获得一份有约束力的裁决,若允许案外人申请撤销仲裁裁决,则会不可避免地拖延仲裁程序。笔者认为,一个更好的救济路径是参照我国《民事诉讼法》第59条^②中的第三人撤销之诉制度,将其扩张适用至仲裁领域,设立第三人撤销仲裁裁决之诉的制度,也即赋予与仲裁案件存在法律上利害关系的案外人向法院起诉申请撤销仲裁裁决或仲裁调解书的诉权。区别于其他的案外人救济方式,第三人撤销仲裁裁决之诉直接针对原仲裁裁决提起,法院审查后认为确有错误的可以裁定改变或撤销原仲裁裁决中损害案外人权利的部分,使得在错误的仲裁裁决的基础上形成的权利义务关系彻底消灭,从根本上解决了如虚假仲裁等案件中对案外人的不利影响。同时这一制度也有效地平衡了仲裁的制度优势与案外人的权利保护,其作为仲裁裁决作出后的事后救济方式,并没有赋予案外人突破仲裁协议相对性的约束而直接介入仲裁程序中的权利,且相较于案外人直接申请撤销仲裁裁决,提起撤销仲裁裁决之诉的程序更为冗长和复杂,对当事人而言的成本更高,故案外人对仲裁裁决的撤销能够有效地避免仲裁程序被恶意拖延。

由此可见,取消不予执行制度并不会对仲裁的司法监督体系产生较大的冲击,同时通过制度层面的完善以及对第三人撤销仲裁裁决之诉制度的引入能够更为全面地保障取消不予执行制度后仲裁司法监督体系的良好运转。就具体的制度设计而言,可以参考《民事诉讼法》中较为成熟的第三人撤销之诉的配套制度。同时第三人撤销仲裁裁决之诉这一制度也被我国澳门地区和法国的法律所采纳,具有较为丰富的比较法资源,亦可在此基础上吸收域外立法经验。

^① 颜韵:《再论虚假仲裁案外人的权利保护:实证检视、立法比较与路径优化》,载《天津法学》2023年第1期,第102页。

^② 《民事诉讼法》第59条规定:“对当事人双方的诉讼标的,第三人认为有独立请求权的,有权提起诉讼。对当事人双方的诉讼标的,第三人虽然没有独立请求权,但案件处理结果同他有法律上的利害关系的,可以申请参加诉讼,或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人,有当事人的诉讼权利义务。前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理,诉讼请求成立的,应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书;诉讼请求不成立的,驳回诉讼请求。”

（二）撤销裁决制度的未来完善

为了保障仲裁制度的良好运转以及未来的良性发展,在仲裁司法监督体制改革的同时也有必要对相应制度进行调整,以促进仲裁友好型司法环境的形成。如何选择仲裁司法监督体制改革模式的问题表现在上述关于撤销仲裁裁决“双轨制”和“并轨制”的争鸣中,不同的审查模式导致了司法权与仲裁之间不同的作用关系,决定了仲裁制度在未来的发展路径。正如上文所述,我国对仲裁裁决的撤销制度采取了区分监督对象的“双轨制”监督模式。但就采用单轨还是双轨制的监督模式这一问题而言,其核心争议是,目前我国撤销国内仲裁裁决的实质性审查是否有存在的必要,这也是两种监督模式的本质区别,即法院在审查有争议的国内仲裁裁决时要同时考虑程序问题和实体问题,但对有争议的涉外仲裁裁决的审查仅仅是在程序层面上,除非其与公共秩序相冲突。

就目前而言,笔者认为我国对仲裁的司法监督,特别是对仲裁裁决的撤销应逐渐转向“单轨制”的监督模式,即实行并轨治理,统一法院对国内和涉外仲裁裁决的监督范围和撤销情形,使得法院在一般情况下对仲裁裁决的撤销仅能基于程序问题和漏洞。与此同时,我国仲裁司法监督并轨治理的法治基础也日益成熟,单轨制监督模式不仅与我国当下仲裁制度和社会经济的发展趋势相符,更是国际上的通行做法,故我国的仲裁法体系也需要在制度层面上予以一定的回应,使得制度与经济发展趋势相匹配。因此笔者将立足于我国当下的现实情况和需求,对仲裁裁决的撤销制度提出以下两点完善建议。

1. 统一国内和涉外仲裁裁决的撤销情形

我国仲裁裁决双轨制撤销模式的设置有其独特的历史背景和条件,仲裁裁决的撤销制度初次规定是在1995年实施的《仲裁法》中,这与我国当时加快改革开放的背景有着密切联系。改革开放进入新阶段后,包括法律法规制定在内的各项工作重心都在改革开放的要求下转向了对外国投资和资本的吸引引进和对国际交流合作的促进上。国际贸易和商务的迅速发展直接导致了当时我国的涉外纠纷,尤其是涉外商事纠纷的数量和规模剧增。但在《仲裁法》出台之前,我国法院对仲裁往往采取和诉讼相同的思维模式,即对有争议的仲裁裁决进行全面审查,特别是对涉外仲裁,往往会出于地方保护,以地方利益为考量因素任意地撤销裁决以否定外方当事人的合法权益。当时甚至有地方法院否定了国际商会仲裁院推荐示范仲裁条款的效力和作用。^⑬

这无疑极大损害了中国当时的仲裁形象和司法形象,一定程度上抑制了外资进入中国市场的积极性。为应对这一局面,《仲裁法》明确区分了国内仲裁和涉外仲裁,并明确规定法院对涉外仲裁仅有权进行程序审查,一定程度上防止了法院出于地方保护主义和国家保护主义随意剥夺外国当事人的合法权益。这一制度的原则和立法目的也被最高法院随后发布的《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》进一步肯定和确认。由此,中国逐渐形成了今日的仲裁“双轨制”司法监督制度。^⑭

^⑬ 宋连斌、林一飞:《国际商事仲裁新资料选编》,武汉大学出版社2001年3月版,第502页。

^⑭ 李正华:《中国仲裁制度研究》,载《当代法学》2003年第3期,第23页。

随着中国仲裁体系的不断发展,以及我国仲裁员素质的不断提升,特别是我国《仲裁法》对仲裁员的任职资格做了严格限定后,我国仲裁裁决质量与上世纪相比有了巨大提升,这意味着在我国的仲裁体系下,仲裁这一制度本身就已经能够在很大程度上保证仲裁裁决的公正性。以广州仲裁委员会为例,广州仲裁委员会从1996年至2004年因事实不清等实体原因被撤销的裁决仅有4例。^⑮同时,随着时代和法治水平的发展,如今仲裁裁决中出现实体缺陷的情况更是少之又少。这说明,司法权对于仲裁的监督应当保证一定的限度,通过司法力量对仲裁裁决进行实质性审查不仅没有过多意义,反而可能导致司法资源的无故浪费,且双轨制的审查制度也与当今世界上仲裁制度的发展趋势不相符。更为重要的是,法院对仲裁裁决的实质性审查与仲裁制度的基本理论相悖。仲裁制度有着独立性的本质特征,仲裁庭的管辖权来源于当事人的意思自治,即选择仲裁必须是争议双方当事人合意的结果,仲裁的意思自治排除了司法权的管辖,这便使得仲裁这一争议解决方式从理论上独立于司法权和行政权。虽然仲裁需要司法的监督以保障公共利益,但值得注意的是,监督并不等于替代,司法权不能僭越仲裁权而取得对实体和程序的双重监督,否则就架空了仲裁权的独立法律地位。^⑯

同时,由于仲裁制度对效率的追求,仲裁还有着“一裁终局”的特点。如果法院的司法监督涉及对仲裁的实质性审查,则无异于使得仲裁程序在一定程度上沦为了司法程序的前置程序,与仲裁的“二审”无异。对此,主张“单轨制监督模式”的学界代表肖永平教授也认为当事人之所以通过仲裁解决纠纷,其核心期望是通过一裁终局以避免漫长而繁琐的上诉程序。^⑰诚然,仲裁的一裁终局会使当事人在面对有失偏颇的裁决时丧失通过上诉途径获得公平裁决的权利,但相比之下,基于商业效益和国内仲裁日益专业化的考量,对于选择仲裁的当事人而言,仲裁的一裁终局和高效性能够带来更大的潜在效益,法律应当对当事人这种谋求高效的终局性裁决的合理期待予以保护。^⑱故对仲裁制度而言,其基本特征是独立高效和一裁终局,若在双轨制的监督模式下,法院对国内仲裁裁决的实体部分进行审查,则会不可避免地导致“一裁一审”的局面,不仅破坏了仲裁的独立性,还使其成为司法的附庸,而这无疑与仲裁的基本原则相违背。仲裁最大的优势在于取消了纠正司法错误的上诉程序,能尽快了结当事人之间的争议。终局性的裁决给当事人带来的潜在利益比上诉程序带来的利益大得多。^⑲授予人民法院对仲裁裁决的实体部分行使司法审查的权力,除了直接冲击“一裁终局”原则外,还会在适用法律方面诱发分歧。^⑳

^⑮ 万鄂湘、于喜富:《再论司法与仲裁的关系》,载《法学评论》2004年第3期,第60页。

^⑯ 丁朋超:《我国国际商事仲裁司法监督体制的反思与重构》,载《华北水利水电大学学报(社会科学版)》2018年第1期,第88页。

^⑰ 肖永平:《也谈我国法院对仲裁的监督范围——与陈安先生商榷》,载《法学评论》1998年第1期,第42页。

^⑱ 李红建:《仲裁司法审查的困境及其应对》,载《法律适用》2021年第8期,第48页。

^⑲ [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年12月版,第674-675页。

^⑳ 周江:《商事仲裁司法监督模式的理论反思》,载《北京仲裁》2006年第4期,中国法制出版社,第128页。

此外,国际上对司法监督前置审查程序范围的讨论也明显趋向程序审查而非实体审查,这一趋势也反映在一些与仲裁有关的重大国际协定和条约中。如《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》和《承认及执行外国仲裁裁决公约》等国际条约都采取了法院不应过度干预仲裁的立法取向,即否定法院对仲裁裁决的实体审查。这其中的一个典型例子便是《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》第52条规定的撤销仲裁裁决的五种情形,分别是:(1)法庭的组成不适当;(2)法庭显然超越其权力;(3)法庭的一个成员有受贿行为;(4)有严重的背离基本的程序规则的情况;(5)裁决未陈述其所依据的理由。由此可见,在目前世界通行的仲裁司法监督体系下,仲裁程序上的缺陷或瑕疵是当事人能够对仲裁裁决进行追诉的唯一理由。不仅如此,大部分国家也将这些国际条约的要求转化为国内法以更好地与国际规则相衔接。如美国在其《统一商法典》第23条中规定法院撤销仲裁裁决仅限于裁决存在不正当手段获得、仲裁员有导致不公裁决作出的原因或行为、仲裁员拒绝合理理由的延期、越权仲裁、当事人缺乏仲裁的意思表示以及未给予当事人预先通知等六种情形。显然,在美国,启动撤销仲裁裁决程序的情形仅限于程序性事项,故许多学者也将其认定为美国法对仲裁裁决撤销事由完全围绕程序性事项进行审查的司法特质。^①我国在加入世界贸易组织后,统一国内和涉外立法以更好地保障日益发展的国际贸易往来也是当前我国的立法趋势,这为我国推动国内仲裁裁决的撤销制度向涉外仲裁裁决撤销制度的“并轨”改革提供了必要性基础。^②

2. 严格限定撤销仲裁裁决情形中“公共利益”的范围

虽然对仲裁裁决撤销的审查应当主要限于程序性事项,但是司法也要防止无限制的意思自治对社会公共利益的损害,起到“最后一道防线”的作用,故需要通过对仲裁裁决的司法审查为公共利益设置一道“安全阀”。我国《仲裁法》在第58条中规定了公共利益属于法院审查的事项之一,但由于配套制度和解释不完善,导致“公共利益”的内涵和外延较为模糊,很可能被法院误用,从而变相赋予法院对所有仲裁裁决以“公共利益”之名进行实体审查的权力。所以对公共利益的范畴应在一定程度上予以限定。

笔者认为,对于这一问题,可以借鉴我国民法理论中对公序良俗原则的处理方法,即以类型化的方式进一步地明确该原则或概念的内涵与外延。因为公序良俗与此处的公共利益在概念上高度相似。部分学者认为公共利益仅仅是公序良俗的另一种表达方式,对公序良俗原则的类型化处理方式也被国内大部分学者所认同,故对仲裁法中的公共利益概念进行类型化处理有一定的合理性基础和实践经验。而以何种类型将公共利益进行细化,笔者认为,可立足于我国的司法实践,结合目前国际上的立法实践进行分类。如国际法协会为了界定公共利益的概念,发布了《关于以公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的临时报告》,其中在中期报告中便将公共利益进一步分为法律的基本原则、公共政策

^① 佟金彪:《论我国仲裁裁决的司法监督》,载《经济研究导刊》2021年第26期,第155页。

^② 脱剑锋:《仲裁司法监督再探》,载《西部法学评论》2009年第4期,第72页。

规则和国际性义务,^②但这对于司法机关的具体司法审查来说仍然过于宽泛,故国内相关立法机关和司法机关也应当顺应时代发展,及时出台相关的法律规定,进一步明确公共利益的内涵和外延。

综上所述,笔者认为,区分国内仲裁和涉外仲裁并规定不同撤销条件的双轨制司法监督模式已经与时代背景不符,也落后于仲裁制度在国际层面的发展趋势。在如今全球化日益深化的背景下,应当将国内仲裁裁决的审查范围和启动事项逐渐限于程序事项,与对涉外仲裁的审查模式相同,并以此实现双轨制审查的“并轨”。同时,立法机关也应当在实践中密切注意法院和仲裁两者的互动与关系,可以通过出台相关的法律规定将仲裁法中的“公共利益”概念予以一定程度的明晰,合理界定司法权对仲裁的审查边界,平衡仲裁这一替代性争议解决方式体现出的不同法律价值。

五、结 语

在国际贸易和社会经济水平高速发展的今天,争议和纠纷数量尤其是商事纠纷的数量不断增加。受限于司法资源的有限性和诉讼较高的时间成本,司法途径难以也不可能处理所有的纠纷和争议,而仲裁作为一种区别于传统诉讼的争议解决机制,以其独特的优越性得到了国家、社会和当事人的广泛认可,甚至已经成为了国际货物买卖中首选的争议解决方式。然而,仲裁制度内在的固有属性为仲裁的司法监督提供了必要性基础,仲裁的司法监督与当事人的实体权利义务紧密相关,为仲裁制度的良好运行保驾护航;同时,也要防止司法监督过度干涉仲裁,使得仲裁丧失其独立性和优势属性。

为了应对新时代对我国仲裁制度提出的新挑战,笔者认为应取消仲裁裁决的不予执行制度,通过第三人撤销裁决之诉的引入加强司法监督体系对案外人权益的保护,实现仲裁裁决的“双轨制”审查模式向“单轨制”审查模式的转变,严格限制和把控撤销仲裁裁决的相关情形,从而使仲裁的撤销制度作为有力且唯一的司法监督模式,走出如今仲裁司法监督的混乱困局,同时让司法监督与仲裁制度的内在逻辑相协调,与国际仲裁的通行发展方向一致,让仲裁制度更加高质高效地运行和发展,为我国仲裁在新时代的完善和发展提供制度层面的保障。

Abstract: Judicial review of arbitration is an important guarantee for the normal operation of arbitration system. Since the implementation of the Arbitration Law in 1995, China has initially established a judicial supervision system for arbitration in China by providing for the non-enforcement of arbitral awards and a two-track system of setting aside

^② 张戈、左文君、宋禹倩:《国际法协会2000年伦敦大会国际商事仲裁委员会关于以“公共政策”拒绝执行国际仲裁裁决的中期报告(一)》,载《商事仲裁》2016年第1期,第136页。

arbitral awards. However, with the gradual development of the times and society, many judicial supervision systems born and operated in a specific historical context have lost their necessity and rational basis of existence, and have led to the problems of conflicting institutional functions and loss of arbitration independence in judicial practice. In the process of promoting the establishment of China's rule of law, the demands on the arbitration system are bound to increase gradually. In this regard, while examining the historical background of the birth and application of China's existing judicial supervision system, and taking into account the current situation of arbitration in China and international trends, this paper combines the revision of the Arbitration Law, advocates the cancellation of the non-enforcement system in domestic arbitration, and improves the corresponding supporting system, through the introduction of the third party right to set aside the arbitral award and the further restriction of court review to provide a path reference for the improvement of Chinese judicial supervision system.

Keywords: judicial supervision of arbitration; non-enforcement; setting aside of awards; dual-track governance

(责任编辑: 胡余嘉 外审专家: 吴 晨)

互惠原则下被撤销的国际商事仲裁裁决的承认与执行

刘 畅*

内容提要 国际商事仲裁裁决既受仲裁地的司法监督也受执行地的司法监督,这让被撤销的仲裁裁决可能在另一国获得承认与执行。对此,有关自由裁量权和仲裁秩序独立性的讨论都希冀建立一种国际社会整体一致的冲突化解方法。相较之下,互惠原则通过双边协调来增进国际商事仲裁秩序的确定性,强调仲裁地与执行地国的双重视角。一方面,互惠原则将化解司法冲突的模式从整体协调转向个案协调,由个案的当事国双方决定如何化解司法冲突,被撤销的仲裁裁决既可因双方存在互惠关系而被直接拒绝承认与执行,也可因双方缺少互惠关系而进入审查程序;另一方面,在普适性的审查标准尚未确立的情况下,当事国法院能依据互惠原则构建起双边的审查标准。近年来与我国有关的此类案例相继出现,互惠原则具备提升仲裁监督司法合作的潜力。

关键词 国际商事仲裁;被撤销仲裁裁决;承认与执行;互惠原则;《纽约公约》

一、引言

一份国际商事仲裁裁决,从作出裁决到最后被承认与执行,既会受到仲裁地国的司法监督,也会受到被请求执行地国(以下简称“执行地国”)的司法监督,双方都有权拒绝承认和执行来自彼此的仲裁裁决。当仲裁地国与执行地国对同一份仲裁裁决有不同的认识时,两国便可能在司法监督上产生冲突。一种冲突情形是,仲裁裁决获得仲裁地国法院的认可,但被执行地国法院拒绝承认与执行。另一种情形是,仲裁裁决已被仲裁地国法院撤销,但得到执行地国法院的承认与执行。为了缓解冲突,1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)第5条对拒绝承认与执行仲裁裁决的理由作出了限制,因此前一种冲突情形能在《纽约公约》的框架下找到化解途径。但对于后一种冲突情形,《纽约公约》只有模棱两可的规定,是否承认与执行被其他国家撤销的仲裁裁决需要执行地国自行判断,加之目前世界上大多数国家都已成为公约缔约

* 刘畅,武汉大学法学院硕士研究生。

国,^①因而后一种冲突情形在实践中显得更为突出。

面对仲裁监督的司法冲突,执行地国在判断是否应承认与执行被撤销之仲裁裁决时有两个问题需要解决。第一个问题涉及对《纽约公约》第5条第1(e)款和第7条第1款的解释,目前各国的理解并不一致。有的国家选择直接拒绝承认与执行被撤销的仲裁裁决,有的国家认为应该先审查,再决定是否承认与执行。若要对仲裁裁决进行审查,则出现第二个问题,即如何确定法院的审查标准。一套合适的审查标准既需要回应执行地国司法主权的要求,也需要化解执行地国与仲裁地国的司法冲突。针对第一个问题,传统观点采用多边视角,要求缔约国采取整体一致的解释思路,但《纽约公约》和国际社会都没有给缔约国强加此种义务。现实形势反而是缔约国对上述两个条文的理解存在极大分歧,互惠原则在这种形势下便有适用的可能。不同于多边视角对整体一致的坚持,互惠原则从双边关系出发,允许个案当事国在彼此间适用一致解释,对另案当事国采取另外一种解释。针对第二个问题,如果仲裁地国已经实施司法监督,只考虑一国国内审查标准的处理方法很可能不利于国际司法合作,甚至会引起矛盾判决,而且从塑造仲裁友好型的法治环境出发,执行地国也不应只考虑本国的审查标准。为此,执行地国法院需要找到法律依据,将仲裁地国的审查标准纳入考量,来化解两国在司法监督上的冲突。为了寻找这种依据,法律批判方法指出,执行地国需要修改现行法律,直接构造一套专门适用于被撤销之仲裁裁决的审查标准。^②本文不反对这种处理方法的可行性,但现有制度尚未穷尽,在构造法律之前,互惠关系也可成为建立双边性审查标准的法律依据。

综上所述,本文将首先在公约解释问题上引入互惠视角,探究个案当事国达成一致的可行性。其次,对于案件进入审查程序而引起的审查标准问题,本文将探讨如何根据互惠原则获取审查标准。最后,本文将结合当前我国有关案例与仲裁法的修法背景,提出仲裁法的修改建议。

二、多边视角下的整体一致与互惠视角下的当事国一致

部分观点认为,《纽约公约》第5条第1(e)款中“可以(may)”承认与执行的含义应该得到严格解释,即仲裁裁决被撤销,执行地国就“应该”拒绝承认与执行;另一些观点则认为,如果对该词作宽松解释,就能为承认与执行此类裁决留有余地,并且《纽约公约》第7条第1款进一步扩大了这种解释的余地。

面对条文解释的撕裂状态,多边视角试图让各国保持一致的司法理性,从而在审查一份被撤销的国际商事仲裁裁决时,尽可能减少或消灭司法冲突。这一解释路径要么从执行地国的视角出发,讨论执行地法院有无自由裁量权,要么从仲裁地国的视角出发,讨

^① 目前《纽约公约》已有172个缔约国。联合国国际贸易法委员会网站, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2,最后访问时间:2023年10月22日。

^② 参见傅攀峰:《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168页。

论国际商事仲裁是否独立于仲裁地的司法监督。

互惠视角不力图消灭司法冲突,而是在肯定司法冲突客观存在后,将消弭司法冲突的选择权交由个案的当事国双方。执行地国与仲裁地国既可以基于互惠关系,互不审查被对方撤销的仲裁裁决,直接将其拒绝承认与执行,也可以因为没有互惠关系,进而选择审查被对方撤销的仲裁裁决。

(一) 多边视角:从自由裁量权到仲裁秩序的独立性

1. 有关自由裁量权的讨论

有关自由裁量权的讨论发生在如下语境:如果将《纽约公约》第5条中的“可以(may)”解读为限制性用语而非任意性用语,并且缔约国一致遵守此解释方法,那么根据公约,所有执行地国都应拒绝承认与执行被撤销的国际商事仲裁裁决,司法冲突问题便能迎刃而解。德国法院采取的即是此种限制性解读。在“船舶修理合同争议案”中,德国罗斯托克区高等法院于1999年拒绝了一份被撤销之仲裁裁决的承认与执行申请,理由是該裁决已被俄罗斯法院撤销。^③当时德国法院没有深入推理,直接指出无论该撤销决定(即外国法院的决定)是否符合判决承认的审查标准,既然外国法院作出撤销决定,即表明该仲裁裁决不可执行。^④后来,俄联邦高等法院在2000年决定支持该仲裁裁决,德国最高法院随后也跟着俄罗斯法院改变了态度,将罗斯托克区高等法院的决定撤销,最终承认并执行了该仲裁裁决。在2013年的一份判例中,德国联邦法院虽然拒绝承认与执行一份被乌克兰撤销的仲裁裁决,但改变了其在“船舶修理合同争议案”中的立场,不再直接承认外国的撤销决定,而是开始对撤销理由进行审查。^⑤此次,德国法院进行了详细论证:根据德国法的规定,外国仲裁裁决的承认与执行应适用《纽约公约》,但《纽约公约》第7条第1款的规定使德国法院需考虑《欧洲国际商事仲裁公约》的适用。德国和乌克兰都是《欧洲国际商事仲裁公约》缔约国,乌克兰法院撤销裁决的理由符合该公约第9条第1款的规定,因此德国法院应该拒绝执行该仲裁裁决。^⑥

比起德国法院立场的改变,卢森堡在“PEMEX案”中则直接否定了审查被撤销的仲裁裁决的必要。该案涉及一份由国际商会在墨西哥作出,但被墨西哥法院撤销的仲裁裁决。当事人向卢森堡下级法院申请承认与执行后,卢森堡下级法院承认并执行了该裁

^③ ICCA, Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004), Kluwer Law International, 2005, pp.724-728.

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

^⑤ BGH, SchiedsVZ 2013, 229 (229).

^⑥ 《欧洲国际商事仲裁公约》第9条第1款规定:“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。”

决。^⑦当案件进入卢森堡上诉法院,上诉法院于2017年4月24日撤销了下级法院的承认与执行决定。法院通过分析《卢森堡新民事诉讼法典》(Luxembourg Nouveau Code de Procédure Civile)第1250条和1251条,认为根据卢森堡的法律,没有效力的裁决不具有可执行性,因为仲裁裁决在来源国存在效力是具有可执行性的前提。^⑧

Sanders作为《纽约公约》的起草人之一,对被撤销的仲裁裁决的看法很直接,他认为裁决被撤销就意味着不存在,即使当事人不援引《纽约公约》第5条的规定,法院无论如何也不应执行一份已不存在的裁决。^⑨Van den Berg也认为应该采取限制性解读,但他的观点与Sanders有些许不同。他认为仲裁地国是仲裁裁决效力的唯一来源国,执行一份被来源国撤销的仲裁裁决,其法律基础只能是国际条约,例如《欧洲国际商事仲裁公约》第9条第2款的规定,但《纽约公约》本身是没有提供这种法律基础的。^⑩换言之,一般情况下应拒绝承认与执行被撤销的仲裁裁决,除非有国际条约作出相反规定。

不同于德国法院对自由裁量权的否定,美国法院则倾向于肯定自由裁量权。在“Chromalloy案”中,美国哥伦比亚特区地方法院于1996年承认并执行了一份被埃及法院撤销的仲裁裁决。^⑪美国法院的理由分为两个部分:法院首先分析了《纽约公约》第5条和第7条,认为公约允许自由裁量权,同时公约也不禁止申请人在公约之外享有获得执行的权利。因此,如果不适用公约,可以适用美国法来执行该裁决。而后,法院分析了美国法是否提供了拒绝执行的理由,得出的结论是在美国法下该仲裁裁决是恰当的,也就没必要讨论是否给予埃及法院撤销决定既判力。最终,美国法院根据上述两步分析,承认并执行了仲裁裁决。

2. 有关仲裁秩序独立性的讨论

当我们讨论自由裁量权时,问题聚焦于承认与执行过程中执行地国与仲裁地国之间的矛盾,而有关仲裁秩序独立性的讨论则将视线转移到裁决的撤销过程中,探讨仲裁地国与整个国际仲裁秩序之间的矛盾。“Hilmarton案”是支持仲裁秩序独立性的代表案例,涉及一份先被瑞士法院撤销,后被法国法院执行的仲裁裁决。^⑫该案中,法国法院认定这份仲裁裁决是一项“国际裁决”(international decision),且未被纳入瑞士的法律秩序,因此即使被撤销,其效力依然存在。接着,法国法院援引《纽约公约》第7条,认为法国法中拒绝承认与执行的理由可以适用于该案。在法国法中,外国法院的撤销决定不构成拒

^⑦ ICCA, Yearbook Commercial Arbitration XL (2015), Kluwer Law International, 2015, p.457.

^⑧ Michael Wietzorek, *Luxembourg's Rejection of the French Approach to the Recognition and Enforcement of Annulled Arbitral Awards*, ASA Bulletin, 2019, Vol.37:2, pp.326-330.

^⑨ Pieter Sanders, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Netherlands International Law Review, 1959, Vol.6:1, pp.55-56.

^⑩ Albert Jan van den Berg, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia*, Journal of International Arbitration, 2010, Vol.27:2, p.198.

^⑪ Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic, 939 F. Supp. 907, D. D. C., 1996, pp.909-912.

^⑫ Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV), 92-15.137, French Cour de Cassation, 1994, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=140, last visited Oct.22, 2023.

绝承认与执行的理由,而且若法国法院决定承认与执行,也不会违反国际公共政策,于是法国法院承认并执行了该裁决。

Paulsson 强调国际商事仲裁裁决具有独立于仲裁地的国际性,^⑬他将撤销裁决的理由分为“地方标准”和“国际标准”,只有依据“国际标准”撤销的裁决才应该被拒绝承认与执行。^⑭但事实上,《纽约公约》及其准备资料均没有提供区分“国际标准”与“地方标准”的方法。^⑮于是,如何区分这两个标准需要执行地国的法院来判断,美国的“Commisa 案”便是此类例子。^⑯很显然,执行地国依靠自身判断而获得的确信,必然涉及对仲裁地国的法律制度作出评价,造成新的司法冲突。

为了解释仲裁裁决的国际性,一些学者提出了“非本地化理论”(delocalization theory)。^⑰该理论认为,一份国际仲裁裁决并不锚定于仲裁地的法律体系(lex arbitri),当事人意思自治的本意就是使裁决尽可能不受仲裁地法的约束。这个理论有两个基本论点:首先,国际商事仲裁是自治的,只受当事人或仲裁庭选择的法律约束;其次,任何对裁决的监督只能来自执行地国的法律。^⑱但这一理论并没有化解仲裁地国与执行地国的管辖冲突,反而会加剧争夺管辖权的现象。

前述讨论仅论及仲裁裁决的国际性, Gaillard 的讨论则揭示出仲裁地国法律秩序与国际仲裁秩序之间的矛盾。Gaillard 认为,国际仲裁裁决的管辖不可能集中于仲裁地,因为国际仲裁的效力不仅来源于仲裁地,还来源于其他承认该效力的国家。^⑲同时他强调,这种效力不是“非本地化的”或“悬浮的(floating)”理论所认为的那样,其渊源只来自于当事人的意思自治或裁决存在的事实(de facto existence)。与其说此种渊源是仲裁地的法律,不如说是一个国际共同体的法律,即调整仲裁的法律(lex facit arbitrum)。^⑳

^⑬ Jan Paulsson, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, International and Comparative Law Quarterly, 1983, Vol.32:1, pp.53-55.

^⑭ Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment*, Asia Pacific Law Review, 2016, Vol.6:2, p.25.

^⑮ UNCITRAL, Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), United Nations Publication, 2016, p.301.

^⑯ 在 Commisa 案中,美国法院认为墨西哥法院的撤销决定有违基本的正义观念,所以承认该仲裁裁决不违反美国的国际公共政策。美国法院将墨西哥法中的基本正义观念视作国际标准,先不论美国法院是否比墨西哥更具备区分基本正义的能力,将法律中哪些正义观念视作国际通行的正义观念本就是一个模棱两可的问题。Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Producción, 832 F.3d 92, 2d Cir., 2016, p.111.

^⑰ *Supra* note 13, at 53; Emmanuel Gaillard & John Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp.638-640; Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, 6 ed., Oxford University Press, 2015, p.179.

^⑱ *Supra* note 17, Nigel Blackaby et al., at 181-182.

^⑲ Emmanuel Gaillard, *Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, in Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Albert Jan van den Berg (ed.), 1999, pp.518-519.

^⑳ *Id.*, at 526-527.

（二）互惠视角：从整体协调到个案协调

无论是讨论自由裁量权,还是讨论仲裁秩序的独立性,二者都强调执行地国要对所有来源地的仲裁裁决一视同仁,不能区别对待被不同仲裁地国撤销的仲裁裁决。这种逻辑前提不免让人疑惑,执行地国必须对所有被撤销的仲裁裁决等量齐观吗?不同执行地国与仲裁地国有着不同的双边关系,内容各异的双边关系不会对双方的仲裁监督产生影响吗?笔者认为,个案当事国之间的互惠关系可以影响被撤销的仲裁裁决的承认与执行,对于已被撤销的仲裁裁决的承认与执行申请,执行地国可以根据互惠原则,区分来源于不同仲裁地国的裁决,一部分依据互惠要求直接拒绝该项申请,另一部分则可选择进入审查程序。

不同于多边视角致力于解决这种司法冲突,互惠原则肯定这种冲突的客观存在,然后将消弭司法冲突的选择权交由个案当事国双方。在互惠原则下,执行地国可以将不同来源国的仲裁裁决进行区分。执行地国根据互惠情况不同,可以区分哪些来源国的仲裁裁决一旦被撤销就不应承认与执行,哪些来源国的仲裁裁决即使被撤销也应进行司法审查。于是,互惠原则既不肯定或否定自由裁量权,也不肯定或否定国际商事仲裁裁决的独立性,但仍能回应被撤销裁决的承认与执行问题,使该问题的处理方式从整体协调走向个案协调,执行地国不必对所有被撤销的国际商事仲裁裁决都采取非此即彼的观点立场。

1. 适用互惠原则的法律基础

《纽约公约》没有强制要求缔约国对条文作出一致解释。联合国国际贸易法委员会秘书处曾对《纽约公约》第5条第1款和第7条第1款编写过适用指导:“尽管第5条列出了缔约国有权拒绝承认与执行仲裁裁决的理由,但缔约国并没有义务必须这样做。而且第7条第1款允许法院适用国内法来执行仲裁裁决,因此这样做不会违反公约。”^②换言之,缔约国没有义务在承认与执行被撤销的仲裁裁决时保持一致的做法,这与前文述及的当前国际司法样态亦相吻合。既然公约允许不同做法并存,那么缔约国是直接拒绝承认与执行,抑或审查后再决定是否承认与执行,就可由缔约国自我抉择。于是,互惠原则能够进入适用视野,为缔约国提供依据以完成抉择。具体而言,若两国在被撤销的仲裁裁决的承认与执行问题上存在互惠关系,则双方须直接拒绝承认与执行被对方撤销的裁决,反之则需审查后再决定是否承认与执行。

互惠原则的适用,既可以来自于国际条约,也可以来自于国内法规定。《纽约公约》第7条第1款规定,“本公约之规定不影响缔约国间所订关于承认及执行仲裁裁决之多边或双边协定之效力,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,援用仲裁裁决之任何权利。”如果个案当事国之间存在双边或多边条约,就彼此之间仲裁裁决的承认与执行作出过规定,那么这类条约可能已经规定有互惠内容。例如我国与土耳其在1992年签署的《中华人民共和国和土耳其共和

^② *Supra* note 15, at 221.

国关于民事、商事和刑事司法协助的协定》第23条规定,“在下列情况下,被请求法院对于第二十一条所列的裁决不予承认与执行:(一)根据提出请求的缔约一方的法律,裁决尚未生效或者不能执行……”。该条款与《纽约公约》第5条不同,没有模棱两可的用词,即如果仲裁裁决被撤销,土耳其和我国就都不应承认与执行这类仲裁裁决。

除了可以从国际条约中找到既有的互惠关系外,国内法中也能找到适用互惠原则的依据。例如我国《民事诉讼法》第290条规定,“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”由于《纽约公约》第5条模糊的用语,被撤销的国际商事仲裁裁决在缔约国之间遭遇到不同待遇,有的国家会直接拒绝承认和执行,有的国家则会进入审查程序。针对被撤销的国际商事仲裁裁决,《纽约公约》没有在缔约国之间形成强制的承认与执行规则,因此缔约国有理由根据本国国内法适用互惠原则处理此问题。

需要指出的是,我国加入《纽约公约》时作出过互惠保留声明,不过互惠保留声明旨在强调仲裁国籍的划分标准,而非强调互惠原则的适用。^②互惠保留声明来源于《纽约公约》第1条第3款的规定,缔约国“可以在互惠的基础上声明,本国仅对另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认与执行适用本公约。”可见,互惠保留条款的目的是“满足一些缔约国不希望将《纽约公约》扩大适用于在非缔约国境内作出的裁决的愿望”。^③互惠保留声明所强调的互惠是指公约仅适用于缔约国之间,而非提供适用互惠原则的法律依据。

2. 适用互惠原则的法律效果

适用互惠原则的第一个法律效果是化解司法冲突。互惠原则要求个案当事国双方在同等条件下承认与执行对方的仲裁裁决,因此当双方撤销国际商事仲裁裁决时,彼此对于对方撤销决定的效力应该有相同的判断。当执行地国发现,本国撤销的仲裁裁决可以被对方国家直接拒绝承认与执行时,执行地国就可以适用互惠原则,直接拒绝承认与执行对方国家撤销的仲裁裁决,而不对该裁决进行审查。这种情形下,互惠原则能够化解执行地国与仲裁地国的司法冲突。反之,如果执行地国撤销的仲裁裁决会被对方国家审查,那么互惠原则就要求执行地国同样进行审查。

当执行地国需要审查被撤销的仲裁裁决时,互惠原则带来的另一个法律效果在于审查标准的构建。除去明文规定应该拒绝承认与执行的理由之外,执行地国与仲裁地国存在互惠关系也能成为拒绝承认与执行的理由。为了证明互惠关系的存在,执行地国法院需要确信被本国撤销的仲裁裁决不会得到仲裁地国承认与执行。为此,执行地国需要从

^② 互惠保留声明载于《全国人民代表大会常务委员会关于我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的决定》,1986年12月2日发布。原文为“中华人民共和国只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约”。

^③ 郭玉军、付鹏远:《非内国裁决的承认与执行问题研究》,载《哈尔滨商业大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第126页。

国际条约中寻找依据,若国际条约无法提供依据,则要对比本国撤销仲裁裁决的条件与仲裁地国拒绝承认与执行的条件。当仲裁地国拒绝承认与执行的条件比执行地国撤销仲裁裁决的条件更为严格,那么可以认为执行地国撤销的仲裁裁决可以被仲裁地国拒绝承认与执行,双方存在互惠关系。^{②④}由此,互惠关系就可以作为执行地国拒绝承认与执行的理由。

三、单方的审查标准与互惠的审查标准

在承认与执行被撤销之仲裁裁决的问题上,司法冲突客观存在,无论执行地国是肯定自由裁量权,或是肯定国际商事仲裁裁决的独立性,抑或根据互惠情况而审查此类裁决,执行地国都需要考虑是否进行审查以及采用什么样的标准审查。前一个问题已在前文中讨论,本节将论述审查标准问题。一般而言,执行地国法院只需适用本国的审查标准,没有义务考虑仲裁地国的审查标准,这种属于非互惠的审查标准。当然,执行地国也可以通过立法将国际社会普遍采纳的审查标准纳入本国规定之中,从而兼顾本国与仲裁地国的审查标准,促进两国的司法合作,但这种审查标准依然只是单方意愿的结果,审查标准是否相似,取决于两国选择纳入国际性标准时的取舍,而且相似性可能因后续立法变动而消失。互惠的审查标准通过考察案件当事国彼此的审查标准而得出,适用于个案的承认与执行。

(一) 单方的审查标准

如果不考虑互惠关系,执行地国对被撤销的仲裁裁决的审查以国内法规定为准,无需考虑仲裁地国的审查标准。这种审查标准具有相当程度的单方性,国际司法合作与国际商事仲裁秩序将高度依赖执行地国的单方意愿。若遵循这种思路,对执行地国国内法审查标准的反思与重构,将会是实现国际司法合作的唯一途径。

1. 作为单方性标准的国内法审查标准

根据 Cossío 的研究,各国对被撤销的仲裁裁决的审查方法至少有三种。一是以国内法判断被仲裁地撤销的仲裁裁决的效力,若有效,再根据国内法对承认与执行申请进行审查;二是把仲裁地的撤销决定当作无关因素,直接按照国内法对承认与执行申请进行审查;三是审查仲裁地的撤销决定,判断是否尊重该决定。^{②⑤}方法一以法国法院的“Hilmarton 案”为代表,法院首先判断其国内法没有禁止审查被撤销的仲裁裁决,然后

^{②④} 有学者指出,通过对比两国法律规定的条件门槛可以证成或否定互惠关系,“从中国来讲,即对外国承认中国法院的判决和中国承认外国法院的判决之条件作比较,外国承认中国法院判决的条件比中国严格的,因其阻碍了中国法院判决被承认的可能性,中国应当以不符合互惠条件为依据,拒绝承认该外国法院的判决。”李旺:《论承认外国法院判决的互惠原则》,载《南大法学》2022年第1期,第11页。

^{②⑤} Francisco González de Cossío, *Enforcement of Annulled Awards: Towards a Better Analytical Approach*, *Arbitration International*, 2016, Vol.32:1, p.18.

根据国内法中的执行条件审查仲裁裁决。^{②6}方法二以荷兰法院的“Yukos案”为代表,法院不考虑仲裁地作出撤销决定的影响,直接根据国内法中的执行条件审查仲裁裁决。^{②7}方法三以美国法院的“Commisa案”为代表,执行地法院用国内法的标准衡量仲裁地的撤销决定是否公正,并将撤销决定的公正性当作仲裁裁决的审查条件之一。^{②8}

判断外国法院撤销决定的公正性会加深国际摩擦,无论审查的结果是尊重还是不尊重该决定,审查行为本身就是对外国法院的不尊重。把撤销决定当作无关因素的处理方法也不恰当,因为采取这种方法的缔约国实际上没有遵守《纽约公约》。按照Cossío的观点,法国法院所采取的方法才是最优解,因为这种方法肯定了国际仲裁秩序,即仲裁的法律秩序(arbitral legal order),并且国内法也是国际仲裁秩序的一部分,以国内法而不是外国法院的决定为依据来判断是否拒绝执行,既符合司法主权的要求,也促进了国际仲裁秩序的良好运转。^{②9}

虽然法国方法有助于国际仲裁秩序的运转,但这只是一部分国家的态度。法国国内法将国际商事仲裁裁决视作“国际裁决”,肯定被撤销裁决的法律效力,但其他国家完全可以支持国际商事仲裁裁决的地域性,拒绝执行被撤销的仲裁裁决。事实上,仲裁裁决被撤销后,鲜有在他国获得承认与执行的案例,更多案例是以被撤销为由拒绝承认与执行,将法国方法推广至所有国家并不可行。

2. 对国内法审查标准的反思与重构

在现实中,通过立法的调整实现国际和谐的唯一方法是所有的国家采用同样的仲裁法,并且最重要的是,该法被每个国家的法院统一应用。^{③0}《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)为此做过努力,^{③1}但不同国家对仲裁的审查态度依然宽严有别,因此在各国单方性的审查标准中寻找共性,成为了国际社会实现司法合作的努力方向。

国际上有学者提出,《纽约公约》第5条第1款中的(a)至(d)项即为撤销仲裁裁决的国际标准。如果是基于这四项目由撤销的仲裁裁决,执行地国应该拒绝承认与执行。我国学者也提议“发展出一套完善的审查国际标准”。^{③2}虽然不同学者给出的方案有所不同,但大体上能总结为三种。一是可以通过修改《纽约公约》来建立新的撤销仲

^{②6} 同前注^⑫。

^{②7} Yukos Capital S.A.R.L. v. Oao Rosneft, Case No. 200.005.269/01, Amsterdam Court of Appeals, Civil Section, 2009.

^{②8} 同前注^⑮。

^{②9} *Supra* note 25, at 26-27.

^{③0} *Voir* Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques Du Droit de L'Arbitrage International*, Leiden: Les livres de poche de L'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.44.

^{③1} 联合国国际贸易法委员会秘书处对示范法的背景作出过说明:“仲裁法欠缺或没有关于仲裁的具体立法已造成不少问题,但使问题更严重的是各国的法律千差万别……如果各国通过示范法,当事人可以接受的仲裁地的范围将因此而扩大,仲裁程序的顺利运作将得到加强,因为示范法易于得到确认,符合国际商事仲裁的具体需要,所提供的国际标准建立在不同法律制度的当事人可以接受的解决办法基础之上。”联合国国际贸易法委员会:《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(1985年,附2006年通过的修订),联合国出版物2008年版,第25页。

^{③2} 张潇剑:《被撤销之国际商事仲裁裁决的承认与执行》,载《中外法学》2006年第3期,第373-374页。

裁裁决的标准;^③二是明确一套公认的国际公共政策;^④三是采纳《示范法》中的标准作为撤销仲裁裁决的国际通行标准。^⑤无论是建立新的国际权利与义务,还是国内法采纳一致的原则与标准,都需要为仲裁裁决被撤销这一情形专门建立一套普适性标准。为此,各国必定要展开大量的沟通协调,并且投入大量时间来完成立法工作。即使国际社会达成了体现国际共识的审查标准,该方法也有以下弊端:其一,由于国际共识远不及双边共识灵活,许多当事国双方都认可的情形将会被国际共识排除;其二,各国撤销仲裁裁决的国内法标准终究是不一致的,国际共识只认可其中部分标准能够使执行地国拒绝承认与执行,狭窄的国际共识反而会导致原本根据其他标准应该被撤销的仲裁裁决反而得到承认与执行,从而增加司法冲突。除了以上缺点,建立一套体现国际共识的审查标准也有优点,它可以帮助法官更高效地适用法律,并有可能促进各国仲裁法趋同。

(二) 互惠的审查标准

互惠的审查标准是双边性的而非普适性的。具体而言,一是在仲裁裁决的承认与执行程序中考虑互惠关系,如果被我国法院撤销的仲裁裁决不能获得对方的承认与执行,那么被对方撤销的仲裁裁决也不能获得我国法院的承认与执行;二是另一方当事人可能申请承认仲裁地国的撤销决定用作对抗手段,此时法院就需要在撤销决定的承认程序中考虑互惠关系,如果我国法院的撤销决定能够获得对方的承认,那么对方的撤销决定也能够获得我国法院的承认。

1. 仲裁裁决承认与执行程序中的互惠

对于被撤销的仲裁裁决,互惠原则应该是拒绝承认与执行的依据。互惠原则在判决的司法协助领域讨论较多,其功能主要是“激励存在互惠要求的国家承认和执行我国法院判决,而不是作为拒绝承认和执行外国判决的理由”。^⑥在仲裁裁决的承认与执行中,互惠原则也不是作为拒绝的理由,而是作为承认与执行的理由来得到确立。^⑦但是对于被撤销的仲裁裁决,互惠原则应作为拒绝承认与执行的理由,这与未被撤销的仲裁裁决的承认与执行恰恰相反。这是因为“司法礼让应该是互惠的前提”,^⑧互惠原则在国际商事仲裁裁决的撤销问题上也应体现国际司法合作,所以对于此类裁决,互惠原则应该是拒绝承认与执行的依据。因此,当执行地国的法院受理了一份请求承认与执行此类裁决的申请时,法院应该判断被本国撤销的仲裁裁决能否也被仲裁地国拒绝承认与执行。如果仲裁地国也会拒绝承认与执行,互惠关系即能成立,执行地国可以拒绝该申请,否则执行地国将进行审查并考虑承认与执行该仲裁裁决。一般来说,面对被撤销的仲裁裁决,

^③ 张美红:《论已撤销的国际商事仲裁裁决在域外“复活”的理据与规则》,载《政治与法律》2017年第5期,第107页。

^④ 同前注^③,第374页;相同观点也见于前注^③,第108页。

^⑤ 同前注^②,第156页。

^⑥ 杜涛、王洪根:《外国判决承认执行中互惠关系认定标准的重构》,载《中国国际私法与比较法年刊》2019年第1期,第172页。

^⑦ 《中华人民共和国民事诉讼法》第290条将国际条约与互惠原则规定为承认与执行“国外仲裁机构的裁决”的依据。

^⑧ 刘仁山:《国际商事判决承认与执行中的司法礼让原则——对英国与加拿大相关理论及实践的考察》,载《中国法学》2010年第5期,第73页。

被请求法院会考虑《纽约公约》第5条第1款中的前四项标准,除此之外,法院还会考虑其他民事司法协助条约和国内法中有关仲裁裁决承认与执行的标准。若无法找到拒绝理由,法院最终会承认并执行被撤销的国际商事仲裁裁决。

比起建立一套体现国际共识的审查标准,互惠的审查标准能降低司法合作的时间成本。国际共识的建立需要考察各国对待仲裁的态度,而互惠只要求案件当事国建立双边共识,如此外国法的查明成为关键,执行地国无需等待冗长的条约缔结或国内立法流程来确立国际共识。

此外,互惠的审查标准所求得的双边共识比起国际共识更为灵活,正因如此,互惠的审查标准也比普适性的审查标准具有更大的适用范围。普适性的审查标准只能涵盖公认的撤销理由,所覆盖的案件范围有限。如果适用互惠的审查标准,撤销仲裁裁决的理由将是执行地国与仲裁地国之间的最大公约数,两国都能最大限度地实现各自的司法监督意愿。若被申请承认与执行的仲裁裁决出现双方都认可的撤销情形,则该仲裁裁决将被拒绝承认与执行。可以预见,双方都认可的撤销情形将比国际公认的撤销情形要宽泛得多。

2. 撤销决定的承认程序中的互惠

在仲裁裁决的承认与执行程序,互惠原则是从审查标准的角度为仲裁监督提供双边共识,而在撤销决定的承认程序中,互惠原则是从初级管辖权(primary jurisdiction)^③分配的角度提供双边共识。如果当事国双方都认为仲裁地国对仲裁监督拥有初级管辖权,那么被撤销的仲裁裁决就不能获得承认与执行。

撤销决定本质上是外国法院的判决,撤销决定的承认应适用判决的承认程序。至于如何判断双方关于初级管辖权的互惠关系,查明外国法院承认与执行本国判决的实例本就困难,查明更为稀少的有关撤销决定的实例难上加难,因此以“合理可能性”标准来判断互惠关系更为适宜。^④“只要外国存在承认和执行我国法院判决的合理的潜在可能性……都可视为存在互惠关系”。^④在“合理可能性”标准下,执行地国法院应考察本国的撤销决定能否获得仲裁地国的承认,如果存在获得承认的可能性,那么互惠关系能够成立,双方都能认可对方撤销仲裁裁决的初级管辖权,于是初级管辖权的分配共识在判决的承认程序中得以达成。

一般而言,如果这种互惠关系能够成立,由于不会影响公共政策,仲裁地国的撤销决定是比较容易获得承认的。因为如果仲裁地国的撤销决定获得承认,其效果是仲裁裁决不能获得承认与执行,所以这种判决的承认没有执行内容。在以形式审查为主的判决承

^③ W. Michael Reisman & Brian Richardson, *Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration, in Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg (ed.), 2012, p.25.

^④ “合理可能性”标准也被我国的司法解释性质文件采用,参见最高人民法院在2021年12月31日发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第44条。

^④ 同前注^③,第174页。

认程序中,^④ 执行地国的公共政策几乎没有受到影响。公共政策所维护的利益“主要体现在国家安全利益和文化利益领域”。^⑤ 没有执行内容也就没有利益变动,因此比起一般类型的判决,对撤销决定的审查会更宽松。如果一定要进行公共政策审查,那么执行地国的意图就不单单是维护自身利益了,而是意图增进自身利益,即使以牺牲双边司法合作为代价也要增进自身利益。这样一来,执行地国的动机难免被质疑存在偏私。因此,相较于一般类型的判决,仲裁地国的撤销决定更容易获得承认。申言之,执行地国在判决承认程序中的互惠原则,能够增进国际商事仲裁秩序的确信性和可预见性,促进国际司法合作。

四、仲裁监督司法冲突与中国因应

(一) 与我国有关的案例

对于我国法院而言,随着“沃思泰公司申请承认与执行外国仲裁裁决系列案”^⑥ 和“UNI-TOP 案”^⑦ 的出现,关注承认与执行被撤销之仲裁裁决的必要性愈发显现。“沃思泰公司申请承认与执行外国仲裁裁决系列案”涉及在英国作出的仲裁裁决,申请人向我国上海海事法院提出承认与执行申请,被申请人援引《纽约公约》第 5 条第 1 款(e)项抗辩,声称已就案涉仲裁裁决向英国法院提起诉讼。我国法院认为,“无证据证明涉案仲裁裁决已被英国法院撤销,故该理由不能成立。”最终我国法院于 2019 年 8 月 23 日作出裁定,承认与执行案涉仲裁裁决。然而,如果英国法院在我国承认与执行的裁定作出之后,撤销了案涉仲裁裁决,我国法院将不得不对被撤销后的情形进行研判。

在“UNI-TOP 案”中,北京市第四中级人民法院撤销了一份在北京作出的仲裁裁决,后来申请人向美国哥伦比亚特区联邦地区法院申请承认与执行该仲裁裁决。不过,美国法院未就仲裁裁决已被中国法院撤销的案件事实作出回应,甚至回避了对剩余管辖权的判断。2022 年 4 月 22 日,美国法院以缺乏适审地(lack of venue)为由驳回了申请。后来该案上诉到美国哥伦比亚特区联邦上诉法院,法院于 2022 年 11 月 29 日驳回了上诉。这个案件虽然没有引起中美两国在仲裁监督上的管辖权冲突,但美国法院这份未予承认

^④ 例如最高人民法院在 2021 年 12 月 31 日发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 46 条中规定了拒绝承认与执行外国法院判决的形式审查理由,涉及到:判决是确定及合法的、存在互惠关系、合格的管辖权、程序的正当性、不与其他法院的判决相抵触、不违反国内公共政策。相似论述还参见韩德培主编、肖永平主持修订:《国际私法》(第 3 版),高等教育出版社 2014 年 5 月版,第 538-541 页;乔雄兵:《外国法院判决承认与执行中的正当程序考量》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 5 期,第 99 页。

^⑤ 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 163 页。

^⑥ 参见沃思泰航运有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案,上海海事法院(2019)沪 72 协外认 1 号民事裁定书、上海海事法院(2019)沪 72 协外认 2 号民事裁定书、上海海事法院(2019)沪 72 协外认 3 号民事裁定书。

^⑦ Uni-Top Asia Inv. Ltd. v. Sinopec Int'l Petro. Expl. & Prod. Corp., 600 F. Supp. 3d 73, D.D.C., 2022; Uni-Top Asia Inv. Ltd. v. Sinopec Int'l Petro. Expl., No. 22-7077, 2022 U.S. App. LEXIS 32943, D.C. Cir., 2022. 关于中国法院撤销案涉仲裁裁决的裁定,参见中国石化集团国际石油勘探开发有限公司与 Uni-Top Asia Investment Limited 申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2017)京 04 民特 39 号民事裁定书。

与执行的实例,必将影响中美未来在国际仲裁事务中的互惠判断。

被撤销的仲裁裁决的承认与执行问题在我国已初现端倪,现在正值《仲裁法》修改阶段,我国可以考虑借助此次修法契机,明确此类问题中互惠原则的适用。^⑥

(二)对《仲裁法(修订)(征求意见稿)》的建议

新《民事诉讼法》(2024年1月1日起实施)第304条是从当前《民事诉讼法》第290条修改而来,修改后规定:“在中华人民共和国领域外作出的发生法律效力仲裁裁决,需要人民法院承认和执行的……人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”换言之,只有发生法律效力的域外仲裁裁决,才能得到人民法院的承认与执行。因此对于被撤销的仲裁裁决,不能直接根据该条而直接适用互惠原则,而应该首先判断被撤销的裁决的效力。根据《仲裁法》第57条规定,仲裁裁决自作出之日起发生法律效力。若仲裁裁决被我国法院撤销,则法院的撤销裁定生效即宣告仲裁裁决不具有法律效力。但对于仲裁裁决被外国撤销后如何判断其法律效力,法律没有明确规定。

《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)第87条规定,“在中华人民共和国领域外作出的仲裁裁决,需要人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请……人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”该条没有要求域外仲裁裁决必须发生法律效力,至少不要求该裁决在域外有效,不过按照法理,裁决应当在我国是有效的。但是,对于被撤销的域外裁决,《征求意见稿》也没有明确规定此类裁决的效力判断方法。

因此笔者建议在《征求意见稿》第87条中增加一款:“在中华人民共和国领域外作出的仲裁裁决,若被该裁决的主管机关撤销,需要人民法院承认和执行的,不影响人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则判断其效力。”至于什么是域外裁决的主管机关,就《纽约公约》规定来看,它们一般指仲裁地国或裁决准据法之国家的主管机关。^⑦若域外裁决被主管机关撤销,人民法院依然可以根据这一款规定,适用互惠原则来判断是否承认与执行被撤销的裁决。

在互惠原则指导下,首先法院不应直接援引《纽约公约》第5条第1款(e)项作为拒绝承认与执行此类仲裁裁决的理由。在面对承认与执行被撤销的仲裁裁决的申请时,我国法院应考量与仲裁地国的互惠关系,即考察被我国撤销的仲裁裁决能否被仲裁地国拒绝承认与执行,若有当事人申请承认仲裁地的撤销决定,我国法院还要考察我国的撤销决定能否得到仲裁地国承认。视案件情况,被撤销的仲裁裁决既可能获得承认与

^⑥ 修改《仲裁法》已列入第十四届全国人大常委会立法规划第59项。详见“十四届全国人大常委会立法规划”,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202309/t20230908_431613.html,最后访问时间:2023年10月22日。

^⑦ 《纽约公约》第5条第1款(e)项对被撤销的裁决作出了规定,即“裁决对各造尚无拘束力,或业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销或停止执行者。”鉴于《纽约公约》在国际上已广泛适用,大多数情况下撤销裁决的主管机关即是指仲裁地国或裁决准据法之国家的主管机关。

执行,也可能被拒绝承认与执行,所以法院不应直接援引《纽约公约》第5条第1款(e)项作为拒绝承认与执行的理由。其次,如果法院经过审查,认为仲裁裁决的撤销理由符合我国与仲裁地国在审查标准或初级管辖权上的双边共识,那么我国与仲裁地国在拒绝承认与执行被对方撤销的仲裁裁决的问题上存在互惠关系,我国法院就应以存在互惠关系为由拒绝承认与执行此类仲裁裁决。最后,如果法院经过审查,认为仲裁裁决的撤销理由不符合我国与仲裁地国在审查标准或初级管辖权上的双边共识,那么我国与仲裁地国在此问题上就不存在互惠关系,法院可以按照我国国内法的审查标准判断是否承认与执行该仲裁裁决。有鉴于建立一套专门的国际法或国内法规则所需要的额外立法成本,通过互惠原则的解释与适用来应对被撤销的仲裁裁决的承认与执行问题,不失为一种可行之策。

五、结 语

国际商事仲裁裁决被仲裁地国撤销,是仲裁地国实施监督的结果。国际商事仲裁裁决的承认与执行,则是执行地国实施仲裁监督的结果。承认与执行被撤销的仲裁裁决,意味着两国对同一份仲裁裁决实施了监督,两国发生了仲裁监督的管辖冲突。在对该问题的规制上,《纽约公约》用语模糊,导致各国的理解和实践很不一致。互惠原则从两个层面为我们展示了妥善处理此问题的可能。

在应对司法冲突的层面,互惠原则将仲裁监督的司法冲突问题从多边视角转入双边视角,消弭司法冲突的可能性被平等地交由所有个案的当事国双方,由他们自行判断。根据互惠关系的不同,执行地国既可以承认与执行被撤销的国际商事仲裁裁决,也可以拒绝承认与执行,因此不能简单地对《纽约公约》第5条第1款作出限制性理解。

在化解司法冲突的层面,互惠原则的优势体现在与非互惠处理原则的对比之中。目前,若要通过非互惠的处理原则实现国际合作,唯一的方法是专门为撤销仲裁裁决制定一套普适性的国际标准,并由各国国内法将其纳入仲裁监督的审查标准当中。但这套方法的缺陷也很明显,首先是普适性的标准必定只能代表各国最小范围的共识,其次是立法过程必定需要久久为功、从长计议。然而,互惠原则可以内生于一国现存的国内法,直接为双边共识提供法律基础。在互惠原则之下,当事国需要考量:(1)被本国撤销的仲裁裁决能否被对方拒绝承认与执行,以及(2)本国的撤销决定能否获得对方的承认。两种考量分别对应双方在审查标准上的共识和在初级管辖权分配上的共识,两种共识都能实现国际仲裁的司法合作。

Abstract: The international commercial arbitration award is subject to the judicial supervision both of the place of arbitration and the place of enforcement. This double supervision mechanism has manifestly resulted in judicial conflicts which enable an arbitral

award annulled by one country to be enforced by another. At present, this judicial conflict has sparked discussions about the discretion for court and the independence of arbitration order, both of which aim to establish a uniform resolution theory for the whole international community. In contrast, the existing principle of reciprocity can enhance the certainty of the international commercial arbitration order from bilateral perspective of the parties involved in the case. On the one hand, the principle of reciprocity shifts the method of resolving judicial conflicts from overall coordination to individual coordination. Both countries involved in the case are able to decide how to resolve judicial conflicts. In view of different reciprocal relationships among countries, the application for recognition and enforcement of an annulled arbitral award may be dismissed due to the existence of reciprocal relationship, or the arbitral award may be reviewed due to the lack of reciprocal relationship. On the other hand, the court the country concerned can establish a set of bilateral justifications based on the principle of reciprocity when the internationally recommended supervision criteria have not yet formulated. With the recent emergence of related cases in China, the application of the principle of reciprocity will be beneficial for judicial cooperation in arbitration supervision.

Keywords: international commercial arbitration; setting aside; recognition and enforcement; reciprocity; New York Convention

(责任编辑: 顾 涛)

评 AMTO 公司诉乌克兰案

中国贸促会法律部编 本篇作者 于占洋*

内容提要 AMTO 诉乌克兰案是投资者 - 国家间争端解决机制实践中具有标志性价值的案件。本案仲裁庭在程序上围绕管辖权和反诉、在实体问题上围绕《能源宪章条约》第 10 条中的诸多条款展开分析。仲裁庭在恰当地对实体及程序问题进行了分析之后,驳回了申请人的全部仲裁请求,只认可其在管辖权问题上的成功。本案有两个问题值得进一步分析,其一是模糊的保护伞条款的适用边界到底为何,其二是 ISDS 反诉机制的适用有何必要条件。本文对 AMTO 诉乌克兰案的事实背景、争议焦点、裁决结果进行梳理,并作简要评析。

关键词 国际投资仲裁;保护伞条款;ISDS 反诉机制

AMTO 诉乌克兰仲裁案是国际投资仲裁实践中的突出案例。该案是典型的围绕实体和程序问题进行双重细致分析的案例,本案主要围绕《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, 以下简称 ECT) 第 10 条的投资者实体待遇以及反诉程序展开。本文首先对 AMTO 诉乌克兰仲裁案的案情进行简要概括,其次梳理案件核心争议点,最后就本案作简要评析。

一、案件概要

(一) 投资事实

本案申请人 AMTO (以下简称“申请人”)是一家根据拉脱维亚法律设立的有限责任公司,其全部资本由在列支敦士登注册的 JSC 有限公司持有, JSC 有限公司的股份由列支敦士登瓦杜兹的 KDF 基金会持有。

EYUM-10 是 EYUM 集团旗下的一家在乌克兰注册的股份有限公司,是 EYUM 集团的第 10 安装部, EYUM-10 作为 Zaporozhskaya AES (以下简称 ZAES) 的服务供应商参与建造 ZAES 核电厂。

* 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。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。本文由中国政法大学国际法学院博士研究生于占洋编写,中国贸促会法律部李薇、陈怀生、杨照莹、耿鹏鹏审核。

ZAES 是乌克兰最大的核电站,它是由本案被申请人乌克兰(以下简称“乌克兰”或“被申请人”)所有的国家核能公司“Energoatom”(以下简称 Energoatom)的一个独立部门。在申请人购买 EYUM-10 的股份时, Energoatom 已经是 EYUM-10 的最大债务人。ZAES 在 2002 年 2 月 28 日写给 EYUM-10 的一封信中提到了 ZAES 的财务困难及其与 EYUM-10 的关系。

1999 年末,申请人寻求对乌克兰的核能工业进行投资,鉴于 EYUM-10 参与 ZAES 核电厂的建设工作,申请人决定以购买 EYUM-10 股份的方式进行投资。到 2000 年 8 月, AMTO 已经获得了 EYUM-10 16% 的股份。截至 2003 年 3 月,申请人的总持股量为 204,165 股,占总股本的 67.2%。在股份收购过程中, EYUM-10 的管理层曾强烈反对申请人进行股份收购。

(二) 被诉行为

2002 年和 2003 年, EYUM-10 就其与 Energoatom 在 1998 年、1999 年和 2000 年签订的 11 份合同所产生的财务纠纷向乌克兰 Zaporozhskaya 州商事法院提起诉讼, EYUM-10 胜诉。被申请人亦承认 EYUM-10 赢得对 ZAES 的判决,赔偿总额为 28,377,868.04 乌克兰格里夫纳(货币单位)。EYUM-10 根据判决寻求执行赔偿。由于 2002 年 3 月至 2003 年 12 月期间存在依据乌克兰破产法律启动的针对 Energoatom 的六个独立的破产程序,该执行被迫中止。

2003 年 7 月 25 日,乌克兰内阁出台第 1160 号决议(以下简称《第 1160 号决议》),决议规定:“修改高度危险企业名单,并责令其停止运营时需要采取一些特别措施,用以防止对人的生命和健康、财产、设施和环境所造成的损害”, Energoatom 被包含在该企业名单内并受到了部分限制/停止运营要求的特别措施。

2005 年 7 月 26 日,乌克兰第 2711-IV 号法律“关于确保燃料和能源部门企业稳定运营的措施”(以下简称《第 2711-IV 号法律》)由乌克兰议会机关公布并生效,申请人认为其投资行为受到该法律出台的不良影响。

2006 年 5 月 15 日, EYUM-10 和 Energoatom 就 Energoatom 欠 EYUM-10 的未偿债务签署了一项协议,包括上文提到的 11 项合同纠纷判决中的债务、2005 年的另外两项债务判决和一份债务确认书,该协议的标题为“关于相同当事人之间以新的义务替代在先债务的协议”。申请人说,尽管 Energoatom 按照协议的时间表支付了款项,但这项协议没有生效,因为 Energoatom 没有提供必要的银行担保。该协议经修订后于 2006 年 8 月 11 日重新执行, Energoatom 支付了某些款项,以减少对 EYUM-10 的未偿债务。

总而言之,申请人认为乌克兰政府在上述活动中的行为妨碍了申请人通过 Energoatom 在乌克兰境内对核能工业的相关投资,违反了 ECT 第 10 条的要求。

(三) 程序时间轴

- 2005 年 11 月 24 日,斯德哥尔摩商会仲裁院(英文全称为 Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce,以下简称 SCC)收到 AMTO 和 EYUM-10 于 2005 年 10 月 31 日提出的向被申请人索赔的仲裁请求。

- 2006年3月9日, SCC 裁定:(一) SCC 对 AMTO 的争议是否缺乏管辖权尚不清楚;(二)但显然, SCC 对有关 EYUM-10 的争议没有管辖权,因此驳回了 EYUM-10 提出的索赔。
- 2006年4月7日,根据《斯德哥尔摩商会仲裁规则》第15条,该案被提交给仲裁庭。
- 2006年4月21日,仲裁庭发布了第1号程序令,确定了仲裁的初步时间表并处理了某些程序事项。这一程序令和随后程序令中确定的时间表在各方的要求下进行了多次修订。
- 2006年6月2日,申请人提交了申诉书,并附有各种证据。
- 2006年7月13日,被申请人提交了答辩状。答辩状还包括一项针对非物质损害的反诉,后来应仲裁庭的要求对该反诉进行了量化。
- 2006年10月16日,申请人提交了对被申请人答辩状的答复,并附有各种证据。
- 2006年11月10日,被申请人请求仲裁庭就申请人的证据 C-12 和 C-13 以及证据 C-58 和 C-59 的可受理性作出决定,仲裁庭驳回。
- 2007年1月18日,被申请人提交了第二次答辩状,并附有各种证据。
- 2007年3月7日,仲裁庭发布了第2号程序令。
- 2007年4月27日,申请人提交了其听证前简报(第二次答辩状)以及各种证据和证人陈述。
- 2007年5月7日,仲裁庭就申请人要求出示文件的请求作出裁决,要求出示某些文件。
- 2007年6月18日,被申请人提交了其听证前简报,并附有各种证据。
- 2007年6月27日,仲裁庭确定了审理的日期、地点和其他安排。
- 2007年9月20日,申请人通知仲裁庭,双方当事人已就剩余仲裁程序达成一致。该协议包括取消原定于2007年10月3日开始的听证会。
- 2007年9月24日,仲裁庭收到了由申请人(日期为2007年9月21日)和被申请人(日期为2007年9月24日)执行的“关于如何结束程序的协议”。当日,仲裁庭根据双方当事人的程序协议取消了庭审。同日,仲裁庭还发布了第3号程序令,确认了双方当事人程序协议的条款。
- 2007年10月3日,申请人请求修正第3号程序令中确认的双方当事人商定的仲裁程序,以允许双方当事人在最后一套书面诉状中概述各自的案情。在收到双方进一步的来文后,仲裁庭基于其在2007年10月17日的决定中所述的理由驳回了申请人修正已商定程序的请求。
- 2007年12月1日至8日,根据双方当事人的协议和第3号程序令第6段,仲裁庭向双方当事人作出了一份裁决摘要草稿。
- 2008年1月18日,仲裁庭收到了双方当事人对最终裁决草稿的意见,随后收到了双方当事人各自对另一方当事人答复的意见。
- 2008年2月18日,双方当事人应仲裁庭的要求提交了关于仲裁费用金额和支付的陈述。

- 2008年3月31日,仲裁庭作出裁决。

(四) 仲裁请求

1. 申请人的仲裁请求

(1) 申请人声称被申请人违反了 ECT 第 10 条规定的公平公正待遇。申请人特别提到第 10 条第 1 款、第 12 款和第 22 条第 1 款,以此寻求赔偿和其他救济。

2. 被申请人的抗辩意见

- (1) 请求确认仲裁庭对这一争议没有管辖权;
- (2) 否认其有任何违反 ECT 条款的行为;
- (3) 否认申请人的赔偿请求;
- (4) 针对申请人在此次仲裁中的指控提出反诉。

(五) 仲裁庭结论

1. 基于以下 6 个原因,申请人的全部仲裁请求被驳回:

(1) 申请人未能证明乌克兰法院在处理 Energoatom 的破产过程中有任何法律错误、法律滥用、不当拖延或干预。因此,关于破产程序司法不公、违反 ECT 第 10 条第 1 款的主张被驳回;

(2) 申请人未能证明乌克兰破产法的出台会导致申请人所享有的 ECT 第 10 条第 12 款中的相关权利受到损害。因此,申请人基于这一理由的主张被驳回;

(3) 仲裁庭认定,被申请人并未通过相关立法干预 Energoatom 的破产程序。因此,申请人据此主张被申请人违反 ECT 第 10 条第 1 款和第 12 款的主张被驳回;

(4) 仲裁庭认定,在检查相关破产程序中,没有任何证据表明被申请人的税务当局存在任何不合理、不相称、任意或歧视性行为,或任何违背其合法期望的行为。因此,不存在违反第 10 条第 1 款的任何其他情况,申请人基于这一理由的主张被驳回;

(5) 仲裁庭认定,不存在申请人主张的 Energoatom 通过恐吓、歧视和阻挠等行为,导致 Energoatom 未能向 EYUM-10 偿还债务的情形;

(6) 仲裁庭认定,申请人提出的 ECT 第 10 条第 1 款的“保护伞条款”应当适用于本案的主张错误。

2. 被申请人的反诉请求被驳回。

3. 各方应支付仲裁庭所确定的仲裁费用的一半,各方应承担自己的法律代表费用和其他费用。

4. 仲裁庭裁定,将股票凭证从代管处返还给申请人。

二、主要法律争议

(一) 仲裁庭对该案是否具有管辖权

1. 申请人的经济活动是否构成“投资”

仲裁庭认为,ECT 的宗旨是促进特定领域,即能源领域的长期合作。仲裁庭承认,

申请人拥有 EYUM-10 的 204,165 股股份构成申请人的一种资产。此外 EYUM-10 与 ZAES 的合同涉及核电厂的电气安装、维修和技术改造或升级——简言之,属于提供技术服务。ECT 第 1 条第 6 款第一部分中的投资定义是广泛且包容的,最后一部分中的能源部门是开放的,表明 ECT 的起草者并未将投资限定为能源部门的一项经济活动,而是要求投资与此类活动“相关联”。因此,仲裁庭认为,对“相关联”一词的解释涉及程度问题,主要指的是投资与能源部门的一项经济活动之间的事实关联而非法律关联。仲裁庭在裁定中列举了大量的事实,最终认定申请人在 EYUM-10 的股份是 ECT 意义内的一项投资。

2. 是否存在仲裁合意

仲裁庭强调,仲裁协议的存在必须根据 ECT 确定,并按《斯德哥尔摩商会规则》的要求加以补充。根据投资条约(如 ECT)进行的仲裁需要一份仲裁协议,然而,这种仲裁协议并不像商业仲裁协议那样,通过双方同时交换承诺而产生,相反,要约和承诺往往在时间和形式上是分开的。缔约国在条约中向另一方或多方的投资者提出了公开的仲裁要约,当争端发生时投资者可以承诺,这一承诺表现为对仲裁的开启。只有在这个时候,双方才同意进行仲裁,仲裁庭因此对争端具有管辖权。申请人的仲裁请求明确表明根据 ECT 与被申请人展开仲裁,以此解决争议,它并不试图通过强加自己的任何条件来修改乌克兰已经同意的 ECT 第 26 条中规定的仲裁程序。因此,仲裁请求满足了第 26 条第 4 款的要求,即投资者“进一步提供书面同意”将争议提交仲裁。

3. 仲裁庭的管辖权是否受到“冷却期”的影响

仲裁庭指出,投资条约通常规定一段协商的时间。以前的一些裁决认为,不遵守这些条款并不构成对管辖权的阻碍。然而,每种方法和每种情况都必须独立处理,当然不存在投资者可以无视协商或和解条款而不受惩罚的一般原则。ECT 的宗旨是在互补和互利的基础上促进能源领域的长期合作,友好解决争端有助于实现这一目标。ECT 第 26 条第 2 款规定的友好解决争端的要求确保了缔约国在仲裁开始之前得到关于争端的通知,并有机会调查并采取措施解决争议。ECT 第 26 条第 2 款没有规定缩短解决方案讨论的时间会违反正当程序,但该款确实是争端解决程序的一个重要组成部分,体现了能源部门的合作。此外,在发出索赔的意向之前,申请人、EYUM-10、Energoatom 和被申请人都是同一纠纷的主体。由于这些原因,仲裁庭认为,申请人和被申请人在索赔函件发出时是现有争端的当事方。因此,申请人有权根据 ECT 第 26 条第 2 款提出友好解决的要求,并在三个月期限届满时提起仲裁。

(二) 被申请人是否违反 ECT 第 10 条有关“投资的推广、保护与处理”的规定

申请人与被申请人围绕被申请人是否违反 ECT 第 10 条规定的投资者待遇展开了法律论辩,但本焦点的困难之处在于 ECT 第 10 条是一个颇为庞大的条款,与大量的双边投资协定(英文全称为 Bilateral Investment Treaty,以下简称 BIT)不同,该条包含了通常意义上的多个投资者待遇规定,规定在第 1 款和第 12 款当中。因此如果想要讨论是否违反该条款,必须先将该条款进行待遇剥离,仲裁庭总共从该两款中提取出 5 项投

投资者的独立待遇,并逐项展开分析。

1. 被申请人是否违反 ECT 第 10 条第 1 款

第 1 款的规定主要是“鼓励和创造稳定、公平、有利和透明的条件,让其他缔约方的投资者在该地区投资”。申请方与被申请方双方就被申请人给予 AMTO 在乌投资的待遇是否低于国际法的要求、AMTO 是否遭遇拒绝司法;被申请人是否违反了国际法庭在公平合理的投资待遇标准中确定的诸多具体要素,未能给予 AMTO 公平合理的投资待遇;Energoatom 本身的行动可否归因于乌克兰的国家行为;被申请人是否向 Energoatom 提供足够的资金来偿还债务等问题展开论辩。

最终,仲裁庭对上述涉及 ECT 第 10 条第 1 款规定的问题进行了剥离,并逐一进行裁定:

(1) 被申请人是否拒绝司法

关于拒绝司法的指控涉及 2002 年 3 月至 2003 年 12 月期间启动的针对 Energoatom 的六项破产程序。EYUM-10 是其中两项程序(第四次和第五次破产程序)的启动者,也是第六次破产程序的破产债权人。仲裁庭认为,应全面审查乌克兰国家法院给予投资者的待遇。

针对前三次破产程序,仲裁庭认为申请人未能充分证明这些诉讼程序存在违法行为。此外,申请人丧失参与这些破产程序的机会是可以通过启动其他程序来补救的。针对第四次破产程序,仲裁庭认为乌克兰基辅商业法院在一些程序上的不合规无关紧要。此外,仲裁庭认定在此期间出台的《第 1160 号决议》并未对破产程序造成不良影响或构成不当拖延。针对第六次破产程序(第五次破产程序已与第六次破产程序合并),仲裁庭认定第六次破产程序不存在拒绝司法的情况。申请人不能证明乌克兰法院存在任何不当行为,由于案件程序的复杂性,诉讼程序的拖延并不过分。因此,就所有的六次破产程序而言,申请人未能证明乌克兰法院在处理破产程序中存在任何司法不公,或任何一系列累计行为构成司法不公的情况。

针对申请人认为其多年来无法对 Energoatom 强制执行这一主张,仲裁庭认为,在一个存在相冲突的权利和许多其他利益需要由乌克兰法院考虑的司法结构中,申请人提交的有关文件展示出其对产生一个简单而迅速结果的不现实的期待,但这种行为不能归咎于乌克兰法院和乌克兰政府。无论如何,乌克兰法院适用了法律,事实上相对较快地解决了申请人的部分诉求。

因此,仲裁庭最终认定申请人提交的证据未能证明乌克兰法院在该过程中存在任何法律错误、滥用、不当拖延或干预。因此,关于破产程序司法不公或拒绝司法的指控被完全驳回。

(2) 被申请人是否存在歧视性措施

针对申请人认为乌克兰政府干预破产程序系歧视性措施的三个理由,仲裁庭予以否定。

申请人强调《第 1160 号决议》《第 2711-IV 号法律》及《关于修正第 2711 号法律

第 3 条的法律》三项文件系乌克兰政府干预行为的具体表现。针对《第 1160 号决议》，仲裁庭认定在第四起破产案件中出台该决议仅仅是时间上的巧合，并不构成被申请人干扰破产程序、影响法院裁定，而且该决议也不是专门为此目的而颁布的。针对《第 2711-IV 号法律》，仲裁庭认定《第 2711-IV 号法律》作为一个立法尝试，旨在纠正由于定价和支付系统的严重缺陷而造成的整个燃料和能源部门支付流动性停滞的问题，其并不是专门针对 Energoatom 或 EYUM-10 的。事实上，《第 2711-IV 号法律》和随后的修正案对债权人 EYUM-10 的影响似乎更倾向于帮助其从 Energoatom 收回债务。针对《关于修正第 2711 号法律第 3 条的法律》文件，其作用仅仅是延长了债务偿还期。

因此，仲裁庭最终驳回申请人意图通过这些立法规定证明乌克兰政府存在干预破产程序的主张。

(3) 被申请人是否存在不公平 / 不合理的待遇

申请人认为被申请人对 EYUM-10 进行颇为严格的税务检查，包括扣押 EYUM-10 资产的行为，是不合理和不相称的，也是任意的，违背了 AMTO 的合理期待。针对前述观点，仲裁庭予以否认：申请人不能证明税务机关的行为导致其受到任何歧视或不公平待遇，也不能证明税务机关存在任何其他违反 ECT 第 10 条第 1 款的行为。仲裁庭强调，乌克兰税务机关提出破产申请的依据是 Energoatom 自 1998 年以来未缴税款的情形，具体时段是 AMTO 拥有其所有权之前，且远在 EYUM-10 对 Energoatom 提起诉讼之前。而且税务机关是根据乌克兰法律行事的，其决定受到了乌克兰法院的适当审查。总之，没有任何证据表明被申请人在税务检查和相关破产程序中存在任何不合理、不相称、任意或歧视性行为，或任何违背 AMTO 合法期望的行为，申请人并未遭受不公平或不公正的待遇。

(4) 对 Energoatom 与乌克兰国家机关关系的认定

仲裁庭认定，Energoatom 是被申请人拥有的独立法人实体，它不是一个普通的私人公司，而是一个被称为国有公司的特殊法人。同时，虽然 Energoatom 是一个单独的法律实体，而不是乌克兰国家的一个机关，但是仲裁庭认为，根据既定的国际法原则，Energoatom 的行为可归因于乌克兰，因为事实表明，Energoatom 在实施该行为时是在行使公共权力（政府权力）或按照国家的指示、指挥，在国家控制下行事。

(5) 能否适用 ECT 第 10 条第 1 款最后一项的保护伞条款

仲裁庭认为，ECT 中的所谓“保护伞条款”具有广泛的性质，因为它规定缔约方有责任“履行其与投资者或投资者对另一缔约方的投资所承担的任何义务”。然而，在本案中，合同权利是由一个单独的法律实体承担的，该单独的法律实体并非母子公司关系下的子公司，而是一个全新的公司（即 EYUM-10）。因此该保护伞条款不能直接适用。

2. 被申请人是否违反 ECT 第 10 条第 12 款

ECT 第 10 条第 12 款的规定为“各缔约方应确保其国内法律能够为提出索赔和强制执行与投资、投资协议以及投资授权有关的权利提供有效方式”。争端双方围绕该款所体现的习惯国际法最低标准的涵盖范围展开论辩，对诉诸东道国法院和其他执法当局

后,是否应当继续要求东道国机关督促实现对金钱需求的满足及对欠款的支付。

仲裁庭认为,申请人的主张不足以使仲裁庭认定乌克兰违反了第10条第12款,乌克兰在行使合同权利方面符合第10条第12款这一基本标准。考虑到ECT的背景、目标和宗旨,仲裁庭认为“有效”是一个系统、相对、进步和实用的标准。在本案中,申请人认为乌克兰破产法没有为想要在乌克兰境内强制执行债权的当事人提供有力保障。EYUM-10在向Energoatom收回债务方面经历了令人沮丧的局面,但申请人未能证明是乌克兰破产法导致第10条第12款被无效化。因此,申请人基于这一理由的主张被驳回。且申请人未能够证明存在国家干预破产程序的任何情况,因此,被申请人未违反ECT第10条第12款的相关规定。

(三) 反诉对本案裁决过程的影响

仲裁庭指出,缔约国根据投资条约提出反诉的管辖权取决于条约的争议解决条款、反诉的性质以及反诉与仲裁中的申诉的关系。ECT第26条第6款说明,ECT争端适用的法律是条约本身和“适用的国际法规则和原则”。被申请人在仲裁庭上提出的对名誉的非物质损害的指控不存在任何法律依据。因此,仲裁庭认为这种性质的反诉没有依据,进而予以驳回。

三、本案评析

本案件的裁判体量和裁判过程较为庞大,仲裁庭在裁决书中对相当多的问题予以了回应。笔者认为,其中有两个问题值得进一步的讨论:其一是所谓的“保护伞条款”,在投资者—国家间投资争端(Investor-State Dispute Settlement,以下简称ISDS)的具体实践当中应当发挥和充当怎样的作用和地位?其二是被申请人对申请人提出的反诉,在ISDS这一投资者具有“直通车”式争端解决提请权的争端解决机制中,^①“反诉”到底应当如何适用,其适用的过程和国际法依据为何?

(一) 对保护投资者待遇的保护伞条款模糊性的厘清

保护伞条款通常是指在BIT当中,承诺东道国将履行其对投资者义务的条款。之所以冠其以保护伞之名,是因为他们能够将合同义务和其他义务放置于BIT的保护之下,^②因此在部分ISDS实践中,该条款也被称为“义务遵守条款(observance of undertakings clauses)”。^③该条款涉及到的一个非常重要的问题就是是否能够保护投资合同,如果保护,在何种情况下提供保护;反之,在何种情况下不提供保护。这一条款的规定在不同的BIT中往往存在相同之处,笔者援引英国BIT范本第2条第2款为例,该款说明:“各缔

^① 刘笋:《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》,载《法学研究》2008年第6期,第142页。

^② Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 2ed., Oxford University Press, 2012, p.166.

^③ Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, para.164; El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para.522.

约国须遵守其对另一缔约国公民或公司投资所承担的各项义务。”随着该条款的发展,其越来越被视为一座桥梁,这座桥梁连接着私人合同、东道国的国内公法以及国际法,也从另一个侧面为投资者提供了更多的保护。

对于投资合同是否能够被 BIT 投资者待遇的保护机制所包含,历来有不同的观点:

从权威学说来看,奥本海教授认为可以。他的论证逻辑是这样的:首先,奥本海认为,对于东道国违反其与投资者之间的合同义务是否构成违反国际义务,从本质上讲是存疑的,除非在这一违约情形中存在其他的一些因素,如拒绝司法、征收征用、违反 BIT 其他条款等等。其次,在这些“其他因素”的情况下,不是合同违约构成了东道国国际责任的基础,而是更为明显的拒绝司法等因素构成了东道国国际责任的基础。因此,奥本海教授认为,即使不存在前述的其他因素,如果东道国违反了其与外国投资者之间的合同义务,则可根据合同中所使用的文本本身、东道国与外商投资者之间签订的协议而诉诸国际仲裁庭,并且至少可以适用部分的国际法。

从 ISDS 仲裁实践来看,大体分成两派。其中一派裁决认为保护伞条款具有完全的保护效力,如 SGS 诉菲律宾案、Noble 诉罗马尼亚案等案件,都认为违反投资合同将构成对 BIT 的违反。^④这些案件的仲裁庭认为,一旦在 BIT 当中规定保护伞条款,则意味着投资合同的违约责任被“国际化”了,^⑤对于合同的违反就是对投资条约的违反。

另一派裁决则认为保护伞条款应当被限制性适用。最为支持这一观点的是 SGS 诉巴基斯坦案的仲裁庭。该案仲裁庭认为,正确的 BIT 解释模式应当包括“有疑从轻”,即当争端双方对于保护伞条款有意思不一致的解释时,应当不予采用,除非具有合意。^⑥梳理仲裁庭的观点,其认为主要有三点原因:一是如果将投资合同解释进保护伞条款的保护范围,那么越来越多的其他类型的责任将被保护伞条款包含,这将极大程度地限制东道国的主权;二是如果真的按照保护伞条款具有完全保护效力的观点,那么其他规定投资者权利待遇条款的存在价值将消失,因为保护伞条款在这一意义上变成了一个兜底条款;三是保护伞条款往往位于条约的末尾,这可能意味着该条款并不是最为主要的条款,其涵盖的范围应当是有限的。SGS 仲裁庭的这一逻辑在后来的 ISDS 案例实践中得到了不少仲裁庭的支持。^⑦

还有一派观点虽然也主张限制保护伞条款的适用范围,但是其并非是从相关合同性质出发,而是着眼于违反该条款的行为性质和程度。在 CMS 诉阿根廷案中,仲裁庭强调并非申请人所主张的所有对合同的违反都将导致对条约的违反,只有在违反特定的条约

^④ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Award, 6 August 2003, para.61.

^⑤ *Id.*, at para.52.

^⑥ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6 2003, para.171.

^⑦ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, paras.187-202.

义务,或者侵犯受条约保护的合同权利时,才能够适用条约的保护标准。例如,在合同中出现的纯粹的商业问题,条约可能并不能给予保护;但是当政府或者公共机构严重干涉了投资者的权利,则投资者有可能获得此种保护。^⑧

总的来说,针对保护伞条款问题,各种观点之间存在较为明显的冲突。在本案中,仲裁庭认为,ECT中所谓的“保护伞条款”具有广泛的性质,因为它规定缔约方有责任“履行其与投资者或投资者对另一缔约方的投资所承担的任何义务”。这意味着,ECT不仅对投资者赋予权利,而且对在东道国成立的子公司也赋予权利。然而,在本案中,合同权利是由一个单独的法律实体所享有的,该单独的法律实体并非母子公司关系下的子公司,而是一个全新的公司(即EYUM-10),因此该保护伞条款不能直接适用。这一分析回避了对保护伞条款适用范围的分析,仅仅表明即使保护伞条款赋予了投资者在投资合同上提请争端解决的权利,其也因为EYUM-10并非投资者或投资者的子公司而具有享有权利的主体地位。

(二) ISDS 过程中“反诉”机制的适用细节辨析

与传统诉讼不同的是,ISDS机制并未规定国家提起仲裁的权利,仅将这一权利赋予了投资者,投资者在ISDS机制中享有“直通车”式的争端解决开启权,而国家在争端解决中只能被动的“应战”。反诉作为被动性的防御措施在ISDS中的存在感并不高,反诉的绝大部分适用出现在国内法领域,但其也存在于某些国际法规则中。^⑨具体到ISDS仲裁当中,也存在不少关于反诉的规则,其中最为典型的属《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》(英文全称为Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,以下简称ICSID公约)第46条及《ICSID仲裁规则》第40条,ICSID采用了“与本诉有联系+双方同意+仲裁庭享有管辖权”模式。虽然国际法规则中不乏对于国际投资仲裁反诉的规定,但是长期以来,主权国家反诉的实践不多。现阶段全球共有3288项国际投资协定,^⑩在包含“反诉(counterclaim)”字样的220余项国际投资协定(英文全称为International Investment Agreement,以下简称IIA)中,大约有85%都排除了反诉的适用。^⑪因此,在全球数千项IIA当中,只有极少数的IIA规定了反诉。反诉之所以长期以来不受重视,笔者认为有以下几个原因:

第一是对缔约国权力介入的恐惧。一旦反诉被广泛使用,则东道国可声称因投资者违反投资合同而向投资者提起反诉。虽然从理论上讲,投资合同作为东道国以私主体身

^⑧ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para.206.

^⑨ 例如,《国际法院规则》第80条规定:“1. 只有当属于法院的管辖范围并与当事国另一方的诉讼标的直接相关时,法院才可以接受一项反诉。2. 反诉应在提出辩诉状的当事国的辩诉状中提出,并应作为该当事国的诉讼主张的一部分。无论法院作出何种裁定,当事国另一方应有权根据关于提出进一步的书面意见的本规则第45条第2款在附加的书面意见中提出有关反诉的书面意见的权利。3. 如果与第1款的适用相关的一项反对被提起或者法院认为有必要,法院应在听取诉讼各方意见后做出其相关裁定。”

^⑩ UNCTAD, World Investment Report 2022, p.xiii.

^⑪ 刘瑛、张威加:《国际投资争端解决中的东道国反请求规则研究》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期,第22页。

份签订的民事合同往往并不会受到投资仲裁的管辖,但是鉴于现阶段仲裁庭对“投资争端”的扩大解释,尤其是对某些 IIA 中“任何与投资相关的纠纷”的扩大解释,增加了投资合同纠纷被仲裁庭受理的可能。这于无形中扩大了东道国对投资者的追索权并模糊了争端管辖权的确切界限,东道国甚至可以绕过合同中规定的不利于己的争端解决机制,从而直接诉诸仲裁反诉。

第二是可能危害投资者权益。虽然某些投资者可能富可敌国,但是一旦反诉被大面积使用,长期处于防御地位的东道国很可能在每一次仲裁中都会提起反诉以制衡投资者,这既是一种诉讼策略,也是维护自身利益的正常体现。一些中小投资者很可能因此而落入“仲裁寒颤”或“投资寒颤”。

第三是反诉的“同意”规则混乱,即投资者与东道国是否达成了可以反诉的合意,这存在三种情况。第一种是当 BIT 中明确规定可以对全部或部分事项展开反诉,可称其为“明确同意”。第二种是当 BIT 中未规定是否可以反诉,但是 BIT 选择的是 ICSID 等规定了反诉的仲裁规则时,有两种可能,其一是结合前文所提的第 40 条和第 46 条,以及 ICSID 第 25 条,可以视为将对仲裁规则的同意适用延伸到反诉上;其二是 ICSID 公约第 46 条单独规定了“双方同意”的要求,其意即对反诉的双方合意进行单独规定,否则就多此一举,因此认为需要双方的重新合意。这可称之为“准同意”。^⑫第三种情况是,当 BIT 和所选取的仲裁规则都没有规定反诉时,需要考察争端所要援引的国际法或国内法是否有反诉的规定,在这种情况下往往还要查询所选法律是否包含程序法,因此当这种情况出现时,能够反诉的机会非常渺茫,因此,可称之为“未同意”。三种情况彼此重叠,实则是缔约国对反诉规定的缺失所导致的。

上述种种,表现出一个共同的特征,即国家在反诉程序中的参与度非常低,这固然是为了吸引投资,但是在投资者违反一些看似其应当承担的“义务”时,却也导致东道国失去了可诉诸的国际争端解决手段。

鉴于前述诸多原因导致的对东道国的限制和投资者与东道国双方在仲裁程序上的不“平等”,近年来,针对东道国反诉这一程序,IIA 和 ISDS 仲裁的理论与实践出现了一些新的回应,以重新将东道国的诉讼地位提高,这可视为一种国家权力在反诉程序中的回归。从条约实践来看,虽然美国和欧盟等发达经济体的条约实践仍然排斥规定东道国反诉规则,^⑬但是一些发展中国家已经迈出了制定反诉规则的一步。非洲在这一规则上非常活跃,可能因为非洲作为相对贫困的地域,其国际投资关系中多是以东道国身份来承接投资者的仲裁出招。其早在 2007 年东南非共同市场 (COMESA) 签订的

^⑫ 孙南申:《国际投资仲裁中东道国反请求规则适用问题》,载《上海对外经贸大学学报》2020 年第 1 期,第 65 页。

^⑬ 北美自由贸易协定 (NAFTA) 第 1137 条、欧盟与加拿大之间签订的 CETA 第 8.18 条以及《欧盟 - 新加坡自由贸易协定》第 9.16 条都明确地表达了对反诉的排斥。

COMESA 共同投资协议中就规定了东道国的反诉规则,该规则连用两个“所有”,^⑭ 覆盖范围很大,对投资者的义务圈进行了扩大,表达了 COMESA 在反诉领域的决心;南部非洲发展共同体(SADC)公布的 BIT 范本也规定了反诉,^⑮ 甚至直接在其评述的附注部分点明反诉是为了解决投资者不当履行义务的措施之一。除此之外,伊朗与斯洛伐克在 2016 年签订的 BIT 以及 2015 年印度通过的 BIT 范本也对反诉的规则进行了细化。^⑯

除了 IIA 的实践外,在近几年出现的反诉案例中,也存在着一些新的动向,尤其突出了东道国通过追究投资者的环境责任来实现反诉的目的,如在 2016 年结案的 Urbaser 诉 Argentina 案中,东道国认为,投资者未能进行必要的投资来保障布宜诺斯艾利斯获得干净的饮用水,因此违反了善意和遵守条约的原则、侵犯了人类的水权,从而提起反诉。^⑰ 仲裁庭承认有必要将公司的具体活动与有争议的人权(水权)联系起来,以确定个人是否负有任何国际法义务。^⑱ 仲裁庭最后确认虽然投资者的行为可能违反国际法义务但是该违反是由于东道国的失职导致的,因此驳回了反诉。在 2018 年结案的 Aven 诉 Costa Rica 案中,仲裁庭认为涉及的 BIT 第 10.11 条中的环境例外条款可以被视为对投资者强加了“至少是隐含的一些义务,特别是在东道国的环境法方面。因此东道国为保护环境而采取的措施对东道国管辖下的人,特别是对外国投资者来说应该是强制性的。任何违反条约的行为都违反了国内法和国际法”。^⑲ 该案件本可以成为通过环境责任提起反诉的案件,但后续由于一些程序不符而被驳回。在 2017 年结案的 Burlington 诉 Ecuador 案中,东道国声称投资者的行为导致了土壤和地下水污染,进而提起反诉。该案的仲裁庭认定其有权酌情适用 BIT 中规定的国际法原则和规则,仲裁庭可以通过投资合同“了解投资者在环境管理方面承担的义务”。^⑳ 通过对厄瓜多尔侵权法和基本事实的彻底分析,仲裁庭得出结论认为存在土壤和地下水污染,最终投资者向厄瓜多尔赔偿了约 3900 万美元。在 2015 年作出反诉决定的 Perenco 诉 Ecuador 案中,东道国认为投资者经营的油田导致了环境灾难,并对投资者提起反诉。仲裁庭通过间接地解释国际法原则适用了厄瓜多尔法律,即 1992 年《关于环境与发展的里约宣言》中包含的“可持续发展”原则。因此,本案仲裁庭似乎认可国际法原则为国家针对投资者的反诉提供了可能依据。最后

^⑭ CCIA 第 28.9 条规定:“一缔约国可就一 COMESA 成员国投资者依据本条所提出的请求提出抗辩、反请求、抵销权或其他请求,只要该 COMESA 投资者提起的请求未满足本协定项下的义务,包括未遵守国内所有可适用措施或未采取所有合理措施以减轻可能的损害。”

^⑮ Article 19.2 of SADC Model BIT (2012): “A Host State may initiate a counterclaim against the Investor before any tribunal established pursuant to this Agreement for damages or other relief resulting from an alleged breach of the Agreement.”

^⑯ 同前注^⑮,第 23 页。

^⑰ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, paras.1156-1157.

^⑱ *Id.*, at para.1195.

^⑲ *DaIvd Aven et al v. The Republic of Costa Rica*, Case No. UNCT/15/3, Final Award, 18 September 2018, para.734.

^⑳ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims, 7 February 2017, para.74.

仲裁庭认定油田确实存在污染,根据东道国法律, Perenco 可能对此负有责任,^{②1} 但最终结果还没有定论,该案还没结束。

虽然在本文所讨论的 AMTO 诉乌克兰案中,仲裁庭以反诉的争端要点是精神损害赔偿为由驳回了被申请人的反诉,但是在裁决当中还是反映出仲裁庭对反诉进行了一定程度的思考,只是这一思考由于反诉争点的不一致而未进一步深入。而上述四个案件反诉部分的认定都发生在 ISDS 改革期间,且较为密集,通过对近年来反诉案件数量的增长和反诉原因的集中化这一事实的考察,^{②2} 似乎可以发现:东道国不再漫无目的的追求反诉的成功,而是想找到一个更为“敏感和脆弱”的投资者义务突破点,即环境责任、或作为国际法主体的跨国公司所应当承担的责任。^{②3} 东道国正在借助这种方法扩大和加深投资者在仲裁中所应当承担的责任,即使这种责任并未在 IIA 中得到明确。

四、结 语

本案申请人是一家拉脱维亚公司,其以收购股份的方式控制了一家位于被申请人境内的提供核能源服务的公司 AMTO,以此达到投资的效果。但在投资过程中因不满乌克兰政府在涉 AMTO 的破产和债权执行程序中的部分做法,申请人依据 ECT 第 26 条提起仲裁,认为被申请人违反了 ECT 第 10 条的公平公正待遇条款,被申请人旋即予以反驳并提出反诉。

本案主要围绕 2 个层面 3 个问题展开,即程序层面上仲裁庭是否对此案具有管辖权、被申请人的反诉是否成立;实体层面上被申请人是否违反了 ECT (尤其是第 10 条的多个条款)。针对管辖权问题,仲裁庭首先认定申请人的经济行为属于 ECT 第 1 条第 6 款所规定的“投资”,并通过仲裁合意理论认定申请人提请仲裁就意味着与东道国之间就仲裁问题已经达成了合意。其次,仲裁庭还专门讨论了所谓的“冷静期”与“包含友好解决意图的索赔函件”并不会对管辖权存在与否产生影响,仲裁庭对本案具有管辖权。最后,仲裁庭还对“利益拒绝”条款的适用展开了分析,仲裁庭巧妙地运用《维也纳条约法公约》中所规定的目的解释对“利益拒绝”和“实质性”的目的进行了分析,最终认定被申请人无法通过所谓的“利益拒绝”条款来剥夺申请人在 ECT 第三部分所能够享有的程序性权利。

针对被申请人的反诉问题。鉴于 ISDS 领域反诉规则存在不明确和混乱的现状,仲裁庭阐明了对于反诉规则的适用,必须考察投资协定的具体条款以及所依据的仲裁规

^{②1} Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 11 August 2015, paras.581-611.

^{②2} Vasuda Sinha & Gabriel Fusea, *Counterclaims in Investment Arbitration: Key Threshold Issues for Claimants, Respondents and Tribunals*, 15 Romanian Arbitration Journal, 2021, Vol.15:1, p.57.

^{②3} L. Boisson de Chazournes, *Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang*, 10 Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2017, Vol.10:0, pp.374-380.

则,并考察反诉与仲裁之间的程序衔接关系。但本案并非在程序上对反诉予以驳回,而是仲裁庭认为被申请人的反诉所要求的“对名誉的非物质损害”不存在法律上的依据,故予以驳回。

针对是否违反了 ECT 第 10 条的问题。第 10 条的条款名称为“投资的推广、保护与处理”,但这并不是一个独立的投资待遇,通过研读该条下面的具体条款可知其包含如非歧视、公平公正待遇、保护伞条款等诸多内容。申请人依据这一复杂而范围巨大的条款展开实体层面的法律战。仲裁庭将第 10 条第 1 款进行了分解,依次对被申请人是否拒绝司法、是否存在不公平公正待遇、是否存在歧视性措施、是否具有国家行为、保护伞条款的适用等 5 个方面逐个予以分析并判断被申请人不存在对该条的违反。

仲裁庭最终强调,虽然驳回了申请人的全部仲裁请求,但申请人在管辖权问题上胜诉,被申请人在实体问题上胜诉。因此,仲裁庭不认为存在《斯德哥尔摩公约》规则第 41 条意义上的“败诉”,双方分享了成功。这或许体现了仲裁庭对于申请人与被申请人的声誉和对促进投资的某种微妙保护。

Abstract: The AMTO v. Ukraine case is a landmark case in ISDS practice. The arbitral tribunal in this case centered its analysis around provisions in Article 10 of the ECT and briefly addressed the application of the counterclaim mechanism in this case in terms of procedure. After properly analyzing the substantive and procedural issues, the tribunal dismissed the claimant's arbitration claim in its entirety, recognizing its success only on the issue of jurisdiction. Two issues in this case deserve in-depth analysis: what are the boundaries of the application of the vague umbrella clause, and what are the necessary conditions for the application of the ISDS counterclaim mechanism. In this paper, the factual background, controversial points, and award results of the AMTO v. Ukraine case are sorted out and briefly reviewed.

Keywords: international investment arbitration; umbrella clause; ISDS counterclaim mechanism

(责任编辑:郭菲菲 马琛 外审专家:肖军)

评 Chemtura 公司诉加拿大仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者 魏芊汝*

内容提要 早期国际投资实践中,由于东道国对环境保护、公共健康等公共利益进行了诸多规制,投资者针对相关问题提出诉请的投资争端频繁出现, Chemtura 公司诉加拿大案就是较早的关于环境保护的国际投资仲裁案件。在本案中,申请人提出了公平与公正待遇、最惠国待遇、征收等多项指控,但仲裁庭最后仍然支持了东道国为保护环境而行使主权的权利。仲裁庭关于最惠国待遇条款、公平与公正待遇标准以及征收认定的相关观点为后续投资仲裁实践提供了参考,同时对东道国公共利益保护问题及国际投资可持续发展问题的探讨产生了较大影响。

关键词 国际投资仲裁;征收;可持续发展;公共利益保护;最惠国待遇

随着环境保护相关条款进入各个多边以及双边投资协定,与环境保护相关的国际投资仲裁案件屡见不鲜。这些案件大部分是由东道国援引环境条款进行抗辩,通常以抗辩失败结尾,鲜有抗辩成功的案例。2000 年左右,国际投资仲裁庭开始关注此类案件涉及的公共利益问题,与此前几乎无视东道国规制措施的公共目的相反,仲裁庭开始在这一时期的案件中适用可持续原则,重新审视国际投资仲裁中存在的公共利益与私人利益不平衡、东道国发展与投资者权益不平衡等问题,在仲裁过程中针对东道国被诉规制措施的公共利益目的进行相关审查与考量,以期寻求更加公正和合理的解决方案。Chemtura 公司诉加拿大案不仅涉及到东道国基于环境保护、公共利益维护目的规制措施的审查,还进一步讨论了最低待遇标准、最惠国待遇、公平公正待遇标准以及征收认定标准及适用问题。本文将从该案件的简要案情出发,聚焦案件中的主要争议,根据仲裁裁决结果以及案件后续影响进行介绍与分析。

* 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。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。本文由上海对外经贸大学国际法学硕士研究生魏芊汝编写,中国贸促会法律部李薇、陈怀生、杨照莹、耿鹏鹏审核。

一、案情概要

（一）投资事实

申请人 Crompton Canada 是美国公司 Crompton Corporation 位于加拿大的全资子公司,于 2006 年随母公司更名为 Chemtura Canada (以下简称“申请人”或“Chemtura”),该公司自 1940 年以来一直在加拿大生产和销售农业农药产品,主要经营“林丹”^① 杀虫剂等产品的生产与销售,^② 并向美国农民出口经“林丹”处理过的油菜种子,是在加拿大注册的以“林丹”为主要成分的杀虫剂产品的四个注册人之一。^③

（二）被诉行为

Chemtura 在加拿大出售的含“林丹”产品,是一种因对环境具有负面影响而在世界范围内受到广泛关注的农药产品,在多个国家和地区都被列入禁止使用名单,例如美国就没有批准在油菜上使用“林丹”产品,但该产品在加拿大被广泛地用于加拿大油菜^④ 及油菜籽的杀虫处理。

1997 年,当时为申请人全资附属机构的加斯塔夫森的执行副主席向美国环境保护署(EPA)就向美国输入包括“林丹”在内的特定产品的合法性问题进行询问,EPA 的回复是:“进口未经《联邦杀虫剂、杀菌剂和杀鼠剂法案》(FIFRA)注册的杀虫剂处理过的加拿大油菜种子是非法的。”随后,EPA 声明其只允许美国农民在 1998 年 6 月 1 日前继续从加拿大进口经“林丹”处理的加拿大油菜种子。当时的申请人正是加拿大四个基于“林丹”的杀虫剂的登记人之一。1998 年 10 月 28 日,加拿大油菜种植者协会(CCGA)和加拿大油菜理事会(CCC)向加拿大油菜种子保护剂的登记人传达了其产品可能会受到的贸易限制及造成的消极争议,并要求所有加拿大油菜种子保护剂登记人参与一项计划,即登记人自愿在一定期限内将用于处理加拿大油菜这一用途从含“林丹”产品的登记用途中逐渐移除。^⑤ CCGA 通知加拿大害虫防治监管局(PMRA)说,在 1999 年 12 月 31 日之前,四个登记人自愿从注册的含有“林丹”的加拿大油菜种子处理剂的标签上删除加拿大油菜/油菜籽的声明,并且在 2001 年 7 月 1 日之后所有含“林丹”杀虫剂的商品库存以及经“林丹”处理过的油菜籽都不能再使用。^⑥ 对此,Chemtura 称其于 1998 年同意的是《有条件撤出协议》,并就其同意从“林丹”登记中取消油菜使用

① 林丹(Lindane),是 γ -六氯环己烷的俗称,是一种有机化合物,常用作一种杀虫剂。

② Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, NAFTA, Memorial of the Claimant/Investor, 28 June 2008, para.1.

③ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, NAFTA, Award, 2 August 2010, para.14.

④ 加拿大油菜(Canola),是由加拿大种植者培育出的双低油菜,其具有严格的国际标准以与油菜区分,即:不到 2% 的芥酸和小于 30 微摩尔的硫代葡萄糖苷,若油菜不符合该标准则不能被称为双低油菜。

⑤ *Supra* note 3, at para.15.

⑥ *Id.*, at para.16.

的条件与 PMRA 进行了多次信函交换,并提出了四项条件,^⑦但被申请人加拿大称该“撤出协议”属于 PMRA 的酌情授权范围,且 PMRA 一直使用的是《自愿撤出协议》,故当事人双方最初针对此“撤出协议”产生了争议。^⑧

1999年3月,PMRA根据《虫害防治产品规例》的规定,出于公共健康考虑,经对 Chemtura 的含“林丹”产品进行考察及环境评估后,PMRA 决定停止 Chemtura 含“林丹”产品在加拿大范围内的注册并终止了其“林丹”杀虫剂的许可证。Chemtura 对这一评估结果表示反对,但其申请重新审查后仍被拒绝注册。据此,Chemtura 认为,PMRA 的特别审查本身就存有瑕疵且不公平,加拿大政府也阻止其按照法律规定对 PMRA 特别审查进行重新评估的诉求,即加拿大未履行国际义务。所以 Chemtura 向常设仲裁法院提交仲裁申请,主张加拿大政府机构 PMRA 禁止农用化学产品“林丹”的行为违反了《北美自由贸易协定》(North America Free Trade Agreement,以下简称 NAFTA)第 1105、1103 或 1110 条。

(三) 程序时间轴

- 2005年2月10日,申请人向仲裁院提交了仲裁通知。
- 2007年12月7日,当事方共同提交了程序草案以及保密令。
- 2007年12月12日,仲裁庭通知当事方第一次会议将于2008年1月9日在华盛顿进行。
- 2008年1月9日,第一次会议在华盛顿举行,仲裁庭与当事方讨论了程序草案、保密令以及其他程序性和后勤性事项。
- 2008年2月28日,仲裁庭确认了渥太华为双方庭审所在地。
- 2008年7月2日,被申请人就申请人在2008年6月26日提交的被作为机密材料中的异议与申请人进行沟通。2008年7月17日,申请人作出回应。
- 2009年4月17日,美国声明保留其对 NAFTA 的解释问题提出意见的权利。^⑨
- 2009年5月15日,申请人针对被申请人提交的证据提交了回复备忘录,并在2009年6月4日再次提交修订版。
- 2009年7月10日,被申请人提交了答辩备忘录。
- 2009年7月15日,墨西哥提出,其有意向依据 NAFTA 第 1128 条提交意见。
- 2009年9月2日至8日,庭审在加拿大渥太华举行。

^⑦ “四项条件”为:(i)所有其他含有“林丹”且被用于处理加拿大油菜的产品的登记人也同意在1999年底之前自愿从其产品标签上删除加拿大油菜;(ii)PMRA 要在加拿大油菜从受影响的基于“林丹”的种子处理剂的标签上撤下之前至少六个月批准“Gaucho 75ST”和“Gaucho 480”(申请人的另外两种替代产品,用于在加拿大种植加拿大油菜)的注册;(iii)发布若干注册,包括1999年7月1日之前的“林丹替代”产品;(iv)如果美国在1999年年底之前确定加拿大油菜中“林丹”的容许量,消除了对贸易的潜在威胁,申请人将重新考虑其自愿从其林丹产品标签上去除菜籽油的提议。

^⑧ *Supra* note 3, at para.20.

^⑨ 《北美自由贸易协定》第 1128 条规定:“经书面通知争端各方,其他缔约方也可就协定相关条文的解释向仲裁庭递交书面意见。”

- 2009年12月23日,仲裁庭宣布仲裁的庭审程序终止,并指示当事人在2010年2月15日之前提交其费用报表。
- 2010年2月15日,当事人提交了其费用报表。
- 2010年8月2日,仲裁庭发布裁决。^⑩

(四) 仲裁请求

1. 仲裁申请人的仲裁请求

(1) 请求裁定被申请人违反了 NAFTA 第 1105、1103 或第 1110 条的义务,并责令其赔偿 78,593,520 美元。^⑪

(2) 责令被申请人承担包括专家费用、律师费用在内的程序相关费用,以及相关税费。

(3) 责令被申请人承担仲裁前后以上费用所产生的利息。

2. 被申请人的反对意见

被申请人请求仲裁庭驳回申请人的全部主张,责令其承担全部仲裁费用,并赔偿被申请人的法律代理费用。^⑫

(五) 仲裁庭结论

1. 仲裁庭对于本案具有管辖权。

2. 被申请人没有违反 NAFTA 第 1105、1103 或 1110 条。

3. 申请人应承担全部的仲裁费用,以及支付被申请人与本仲裁程序相关费用的 50%。

二、主要法律争议

(一) 仲裁庭对本案是否有管辖权

对于申请人依据 NAFTA 第 1103 条提出的仲裁请求和主张,被申请人认为仲裁庭不具有管辖权。被申请人提出,申请人提交的仲裁意向及仲裁通知中并没有包含依据 NAFTA 第 1103 条提出的主张,这一主张是后来提出的。因此,被申请人认为这违反了 NAFTA 第 1119 和 1122 条的规定,申请人未能在意向通知及仲裁通知当中具体列明其索赔的主张和事实依据。

申请人则答复其在意向通知和仲裁通知中列明了被申请人违反 NAFTA 第 1103 条的索赔要求,被申请人的这一观点既不被 NAFTA 第 1122 条所支持,也不受仲裁庭其他的后续解释的支持。并且,即使申请人这一点主张被认为是新提出的,也已经在书面答

^⑩ *Supra* note 3, at paras.16-22.

^⑪ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, NAFTA, Investor's Post-Hearing Brief, 23 October 2009, para.194.

^⑫ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, NAFTA, Respondent's Post-Hearing Brief, 23 October 2009, para.299.

辩开始时及时提出,不会对本仲裁中的被申请人造成任何影响。

仲裁庭认为,尽管在申请人提交的仲裁意向通知中,与 NAFTA 第 1103 条有关的观点并不涉及通过该条所规定的最惠国待遇条款潜在地引入一个新条约中的公平公正待遇条款这种情形,但通知中提到的基本事实与其依据 NAFTA 第 1103 条提出主张的事实基本一致。更重要的是,申请人提出这一主张的时间并没有导致被申请人程序利益的减损。^⑬因此,仲裁庭认为,其对于申请人依据 NAFTA 第 1103 条提出的主张具有管辖权。^⑭

(二) 被申请人的行为是否违反最低待遇标准、最惠国条款与公平公正待遇标准的国际义务

仲裁庭分别根据最低待遇标准、最惠国条款、公平公正待遇标准三个大方向,从实体和程序进行分析,认为被申请人没有违反最低待遇标准、最惠国条款与公平公正待遇标准的国际义务。

1. 最低待遇标准

首先,针对申请人与被申请人就 NAFTA 第 1105 条(最低待遇标准)的范围存在不同意见的问题,仲裁庭援引了 *Mondev v. United States* 案的裁决,认为在确定最低待遇标准的内容时必须借助国际习惯法并考虑国际习惯法的演变,以及各个双边投资协定对这一演变的影响。^⑮而对于最低待遇标准条款所给予的保护是否会因为国家在适用条约时行使自由裁量权而减少及其减少程度的问题,仲裁庭也明确表示对此进行的审查会包括对某些涉及科学和公共政策决定、对于机构管理的高度专业化的评估,需要根据案件的具体情况进行分析。必要时,仲裁庭将分析据称违反 NAFTA 第 1105 条的每一项具体措施,以确定被申请人的行为是否满足构成违反行为的所有条件。^⑯

其次,申请人提出,对“林丹”的审查行为违反 NAFTA 第 1105 条,具有程序上的不正当性。^⑰针对这一指控,仲裁庭从五个角度对有关“林丹”的审查行为逐一分析。第一,分析被申请人启动对于“林丹”的审查程序是否出于恶意。撇开“林丹”制品对环境、健康有无影响这一问题不谈,对于申请人所提出的 PMRA 针对“林丹”启动的关于环境、健康风险相关杀虫剂特殊审查程序的科学决定是出于贸易刺激的不诚信或欺诈性质的考量而非出于加拿大的国际义务这一论点而言,仲裁庭认为其对高度专业化的国家监管机构基于科学的决策是否具有合理性这一问题进行裁决实属不妥,因为确定“林丹”的某些用途是否危险是申请人进一步质疑 PMRA 审查程序的基础而并非仲裁庭此次裁决的任务,何况“林丹”为其他国家所禁用或限用的这一事实亦不可忽略。第二,分析审查过程中的一些行为是否出于恶意或存在程序不当而导致不利的审查结果。仲裁庭认为虽然无法否认存在有影响审查的行为,但由于申请人自身也存在问题,无法证明被

^⑬ *Supra* note 3, at para. 104.

^⑭ *Supra* note 3, at para. 105.

^⑮ *Mondev v. United States*, Case No. ARB(AF)/99/2, ICSID Award, 11 October 2002, para. 125.

^⑯ *Supra* note 3, at para. 123.

^⑰ *Supra* note 3, at para. 124.

申请人的行为达到了恶意或程序不当的程度。第三,分析审查结果是否科学。仲裁庭表示,依据 NAFTA 第 11 章,其不对调查的科学结论是否正确或充分作出判断。第四,分析特别审查的延迟是否必然导致申请人无法进行新的注册及申请构成不公平或者恶意待遇。仲裁庭采取四步骤进行分析,即:(i)分析申请人是否有权在 2000 年底之前获得特别审查的结果;(ii)分析申请人是否没有积极寻求环保局的登记或批准;(iii)分析这种弃权是否由于特别审查的延迟造成的;(iv)分析申请人是否能从环保局获得登记或批准。只有全部满足四个步骤,才能证明被申请人给予的待遇达到恶意或不公平的程度。第五,分析被申请人是否存在阻碍或影响审查委员会建立的行为。由于证据不足,仲裁庭认为这一点不能被证明。综上,仲裁庭驳回了申请人有关被申请人存在程序不当及存在恶意的指控。并且,仲裁庭还指出由于无法推断重新评估程序的歧视性,因此没有必要分析 PMRA 人员在重新评估程序中被指控的介入行为。^⑮

接着,针对申请人对被申请人提出的未履行透明度义务、做出的承诺无法达到投资者合理预期问题,仲裁庭也通过适用 NAFTA 的解释进行分析,认为主张东道国违反最低待遇标准的义务,需要证明东道国具有恶意。仲裁庭在对事实进行审查和科学研究之后,认定管理机构无此种恶意或歧视、不公、处罚等其他恶意行为,并且未对申请人的合理预期产生影响。^⑯

综上,仲裁庭无法赞同申请人认为被申请人违反了最低待遇标准义务的观点。

2. 最惠国待遇条款与公平公正待遇条款

本案主要涉及的是最惠国待遇的适用范围问题。申请人对 NAFTA 的最惠国待遇标准进行了扩张解释,试图将其扩展为其他投资协定(16个)最惠国条款内容,以达到更高的保护标准,即申请人期望:通过适用最惠国待遇条款,使其获得第三方条约中的与其基础条约的某一实体性权利或待遇为同类且具有可比较性的实体权利或待遇。但实际上,只有在第三方条约的某项实体权利或待遇比其基础条约中的规定更为优惠的情形下,援引最惠国待遇条款才能引入该项更为优惠的权利或待遇。^⑰且就算如此,仲裁庭也不一定会采纳,比如本案仲裁庭对最惠国待遇条款有从严解释之势,反对了申请人试图引进基础条约所没有的实体义务的论点,因此支持了被申请人的观点。

仲裁庭在综合事实及相关证据材料后并没有发现被申请人的任何行为有可能构成对于公平与公正待遇条款的违反;另外,申请人并未证明依据其他条约的公平与公正待遇条款,其可以享受 NAFTA 第 1105 条所没有提供的额外待遇;最后,即使存在这种额外待遇,申请人也未能证实被申请人的行为违反了该待遇。因此,仲裁庭认为,被申请人的行为没有违反 NAFTA 第 1103 条。^⑱

^⑮ *Supra* note 3, at paras.147-162.

^⑯ *Supra* note 3, at paras.164-180.

^⑰ 参见闫旭:《晚近国际投资协定中最惠国待遇条款“优惠”程度及限制问题研究》,载《新经济》2021年第538期,第42-46页。

^⑱ *Supra* note 3, at para.237.

（三）被申请人的行为是否构成征收

1. 适用的征收标准

当事双方针对征收标准提出了各自的立场。申请人认为：第一，根据 NAFTA 第 201 条第 1 款，征收“措施”的概念界定为“任何法律、条例、程序、要求或惯例”；第二，征收可以是直接的，也可以是间接的，Metalclad v. Mexico 案和 Pope & Talbot v. Canada 案的裁决承认了这一点；第三，根据 Pope & Talbot v. Canada 案，认定一项措施为间接征收的门槛是“实质剥夺”；第四，根据 Tippetts, Biloune v. Ghana, Vivendi 案的裁决，一项“措施”背后的意图无关紧要；第五，根据 S.D. Myers v. Canada 案，征收可能影响有形或无形财产。^②

被申请人则认为：第一，根据 NAFTA 第十一章组成的仲裁庭的裁决，特别是 Pope & Talbot v. Canada 案、Metalclad v. Mexico 案和 Methanex v. America 案中的相关先案裁决，仲裁界对于类似案件形成了评估征收诉求的三步法。第一步是确定是否有投资可以被征收。根据 NAFTA 第 1139 条，企业的价值要素，如商誉、市场份额和客户不属于投资，因此不能被征收。如果有投资，第二步是看该投资是否被征收。如果被征收，那么第三步是评估投资是否以符合 NAFTA 第 1110 条第 1 款第 1 至 4 项规定的方式被征收，即征收是否合法；第二，根据国际法，征收国必须采取强制行动才能被认定为征收。^③

仲裁庭首先明确了双方对于征收的标准所达成的共识，即认定一项措施是否为征收不需要认定其出于恶意，而是该措施要达到实质性剥夺申请人投资的程度。同时，仲裁庭明确将适用三步法确定征收：第一，是否有可被征收的投资；第二，该投资是否已经被征收；第三，这样的征收是否满足 NAFTA 第 1110 条第 1 款第 1 至 4 项的规定。^④ 双方在以下两个问题上仍然存在一些意见分歧。

2. NAFTA 第 1139 条所规定的投资定义是否涵盖了企业价值要素

仲裁庭认为在本案当中没有必要讨论这一问题。但仲裁庭指出，这些企业价值要素可能是 NAFTA 第 1139 条所定义投资的附属部分。另外，商誉或市场地位的确可以被视为企业的附属部分，而企业本就被 NAFTA 第 1139 条定义为一种投资。^⑤

3. 对“实质性剥夺”检验的定义

双方就适用在 Pope & Talbot v. Canada 及 Metalclad v. Mexico 案中所确定的“实质性剥夺测试标准”的方法具有争议。在 Pope & Talbot v. Canada 案中，仲裁庭列举了一些用于确定是否构成实质性剥夺的因素。仲裁庭认为，被申请人并没有强调，每一项或至少其中一些因素必须存在，剥夺才是“实质性的”。因此，为了确定被质疑的措施的效果是否会“严重”剥夺投资者的投资利益，仲裁庭的调查必须在 Pope & Talbot v. Canada 案认定“实质性剥夺”标准的指导下进行，但这是关于程度而非具体条件。而 Metalclad v.

^② *Supra* note 3, at para.239.

^③ *Supra* note 3, at para.240.

^④ *Supra* note 3, at para.242.

^⑤ *Supra* note 3, at para.243.

Mexico 案则提起了对于剥夺程度的争议。仲裁庭对此表示,是否存在“实质性剥夺”是与案件事实高度联系的,二元化的解决方法或确切的百分比都不能作为标准。因此,仲裁庭认为应当按照案件的具体情况判断。^⑥

作为本案最为核心的争议点,依据先前确定的三步法,首先,仲裁庭明确, Chemtura 是可被征收的投资。其次,对于是否构成征收,仲裁庭在分析了相关证据后认为,“林丹”产品的销售在该公司的总销售额当中只占据了很小的比例,被申请人对于申请人投资的干涉程度不能说是实质性的。最后,该公司的运营情况也反映出了申请人的投资并没有被剥夺。仲裁庭进一步强调,被诉措施在任何情况下都可以被认为是被申请人国家权力的有效行使,被申请人是出于公共健康和环境的动机实施了非歧视性的措施,因此不构成征收。综上,仲裁庭得出结论,被申请人没有违反 NAFTA 第 1110 条。^⑦

三、简要评析

本案是关于环境保护维护东道国公共利益典型国际投资仲裁案件,展现了国际投资仲裁在十年前就已经开始形成的一种新趋势,并揭示了仲裁庭对国家管理行为的观点演变与变革。在本案中,申请人提出了最低待遇标准、公平与公正待遇、最惠国待遇、征收等多项指控,但仲裁庭最后仍然支持了东道国为保护环境而行使主权的权利。在分析这些问题的过程中,环境管制规范与可持续发展的部分内容被仲裁庭着重考虑,故仲裁庭在审查东道国的非投资类国际公约义务时适用了可持续和负责任投资原则,并表示东道国的行为是为了履行其本职任务及其国际义务。同时,仲裁庭认为加拿大为保护人类健康和环境而采取的非歧视性行动的措施,构成了加拿大警察权力的有效行使,故得出了被申请人的措施不构成征收的结论。本案为后续的国际投资仲裁提供了可参考的观点,即在事实和科研调查证明东道国的行为在实质上与程序上都不存在恶意的情况下,东道国基于保护公共利益目的避免投资者破坏环境、损害公共健康的行为是能够得到仲裁庭支持的。

本案涉及的相关问题中,规制权例外情况(对外国投资的实质剥夺能否依规制权例外而豁免国家赔偿责任等)已经变得不那么重要。更多投资者或者申请者可能会把希望寄托在对公平和公正待遇条约标准的宽松解释上,以便让东道国政府对他们的种种作为或不作为承担责任。近年来受关注较多、存有争议较大的问题主要集中在公平公正待遇条款、最惠国待遇条款以及以可持续性环境保护为公共利益目的的征收认定三个方面,本案裁决的相关认定意见可以为这些问题提供相关启示和参考。

^⑥ *Id.*, at para.243.

^⑦ *Supra* note 3, at paras.247-250.

（一）最低待遇标准（Minimum Standard of Treatment）与公平公正待遇（Fair and Equitable Treatment, 简称 FET）

本案最先呈现出的就是最低待遇标准与公平公正待遇这两个概念的涵盖范围与判断标准存在的问题。

1. 最低待遇标准的范围及其弊端

本案中,双方对最低待遇标准范围的判定存有争议,说明了 NAFTA 中最低待遇标准范围的外延具有不确定性,判断其范围的尺度过于模糊。在没有对最低待遇进行基本界定却又完全借鉴国际习惯法对其范围进行解释的情况下,投资者对国际投资法律期望的确定性将遭到严重破坏,且司法实践中最低待遇标准适用困难的情形也将极易出现。^⑳ 本案中,仲裁庭对于申请人的“最低待遇标准的内容必须借助国际习惯法来确定的同时,必须关注国际习惯法的演变及双边投资协定对这一演变所产生的影响”这一主张表示了认同。但若按本案中申请人所主张的除了通过习惯国际法来确定标准外,还需受国际双边条约的实践之影响来持续地让最低标准待遇的内容进行增减,不仅会因国际条约缔约国的相似国情或共同需求无法完全适用于其他国家而出现的最低待遇标准适用难问题,而且更容易引发国际投资实践中,投资者任意援引最低标准待遇使得东道国陷入滥诉危机的泥潭。本案仲裁庭后续还是依据事实上被申请人的各个行为,即从客观要件方面,认定被申请人未违反最低待遇标准,实际上这也体现出违反最低待遇标准的认定仍然存有较高的门槛。

2. 将“恶意”作为判断公平公正待遇条款的标准

在 NAFTA 中等同于最低待遇标准的公平公正待遇条款同样也存在标准的范围较为模糊、弹性较高的情况,其中的善意原则是仲裁庭判断公平公正待遇标准的一项重要考量要素。

在 FET 的语境中,善意代表着东道国必须维护一个法律和商业环境的稳定性,以确保外国投资不受恶意的侵害。^㉑ FET 条款并非是以恶意作为消极约束条件来要求东道国积极作为的规定,其主要目的在于确保外国投资在东道国领域内得到国内法平等和非歧视的保护,并在国内法失灵的情况下得到公正对待。FET 在仲裁中的适用,因缺乏例外条款,不可避免地牵涉到对东道国主权范围内司法和行政行为的审查。^㉒ 这一点在本案中也得到了充分的体现。当涉及到国内法保护的问题时,若条约的内容是以较为消极的形式,即只要不能证明是恶意即为善意的这种规定方式,对于保护缔约国的主权是较为有利的。因此, FET 的重点在于评估东道国是否存在恶意,以判断其对外国投资的损害行为是否存在,例如本案。当条约以消极条件的方式对涉及国内法保护的问题进行规定时,这有助于缔约国的主权保护,此时适用 FET 的重点就在于判断东道国对外国投资

^⑳ 赵宇霆、黄政超:《公平公正待遇条款的新探索——以〈欧盟-新加坡投资保护协定〉(2018)为例》,载《海峡法学》2021年第23期,第114-120页。

^㉑ CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para.274.

^㉒ *Supra* note 28.

的损害行为是否具有恶意。恶意行为应当被解释为一种（东道国）将法律工具用于立法目的以外的用途的行为……以及政府机构试图损害和打压外国投资的阴谋行为。在本案中，若有证据表明，PMRA对Chemtura的“林丹”产品启动特殊审查是由Worgan领导的，^①即该审查是由一个之前在审查委员会中任职但现在与应诉方代理人之间有利害关系的人所主导的，那么可以合理怀疑，这种审查导致的Chemtura“林丹”产品销售许可的终止是一种保护国内农药厂商的恶意政府行为，从而使得违反FET的行为成立。因此，在评估是否达到FET方面，恶意这一准则具有显著的实用价值。

（二）最惠国待遇

为了维护投资公平，除了最低待遇标准以及公平公正待遇外，最惠国待遇也是不可不谈的一项制度。

然而，最惠国待遇范围边界的模糊性，以及为获得便利不考虑具体情况，极易使当事人一味适用最低待遇标准或任意援引最低待遇标准，从而导致最惠国待遇遭到滥用，此种做法损害了仲裁的公正性和发展中国家利益。对于是否能够依据最惠国待遇引入基础条约中没有的实体义务这一问题，仲裁界内的观点并不一致。本案主要涉及了确定最惠国待遇的适用范围问题，案例中申请人对最惠国待遇进行了扩张解释，表现为试图将NAFTA的最惠国条款向规定了更高保护标准的其他投资协定（16个）进行协同解释。学者将这种情形认定为最惠国条款的多边化，也就是“当基础条约中的某一实体权利或待遇与第三方条约中的某一实体权利或待遇属于‘同一类型’且具有‘可比性’时，即可通过适用最惠国待遇条款来获得该待遇。但此种情形，只有当第三方条约的某项实体权利或待遇相比基础条约中的同类权利或待遇更为优惠时，援引基础条约中的最惠国待遇条款才可将该项优惠权利或待遇引入。且如果申请人不能证明第三方条约中的该项实体待遇比基础条约中的该项实体待遇更为‘优惠’，仲裁庭将拒绝适用最惠国待遇条款。”^②本案正是由于申请人无法证明其援引的其他条款的实体待遇确实优于NAFTA中的待遇，故仲裁庭驳回了申请人这一诉求，对这一问题进行了限缩解释。但目前，这种导致东道国正当规制权受到严重限制的最惠国待遇条款在实体待遇上扩张适用的现状仍然无法改变。

（三）征收

在国际投资领域中，本案主要争议之一的间接征收问题频频出现，间接征收的定义与范围仍旧较为晦暗，尤其是对于其中“公共利益保护”的界定存在很大争议，本案案情中则是涉及到了环境保护这一保护公共利益的行为认定问题。

目前环境保护条款多以宣言式、免责式出现于投资条约中，直接规定具体义务的环境保护条款十分少见。这样的立法方式导致目前环境条款相关义务范围的界定比较模糊，环境保护条款的拘束力也十分有限。近期，国际投资仲裁由于对私人投资者的过度

^① *Supra* note 3, at para.128.

^② *Supra* note 20.

保护导致东道国公共利益与投资者私人利益失衡,使得国际社会对其正当性产生了质疑,最为明显的一个关注点就是仲裁庭将东道国为环境保护等公共利益目的而采取的规制措施认定为征收,严重限制了东道国行使规制权、征收权等相关国家经济主权,此外这一问题还使得各国开始重新审视国际投资协定的可持续发展问题。

若单按效果来说对是否构成征收进行认定,东道国采取公共利益保护措施似乎符合征收的构成要件,但公共利益保护措施需有正当目的,方可排除其违法性,从而排除征收的成立。在本案中,仲裁庭为寻求实体公正,将可持续原则运用于实体性审查时对于东道国所采取措施之公共目的的审查,深度考量当事国保障公共利益的能力,并针对当事国所用以达到该目的的措施与此目的之间的关联性和相称性,采用三步法来决定征收之有无以及东道国是否对投资进行了实质性剥夺。

本案仲裁庭最后裁决被诉措施在任何情况下都可以被认为是被申请人国家权力的有效行使,被申请人是出于保护公共健康和环境的动机实施了非歧视性的措施,具有合法性,因此不构成征收。本案是东道国环境问题上的规制权在国际投资仲裁领域得到了一定程度承认的经典例证之一,这也说明环境保护问题正逐渐被国际投资领域所重视。

无论是一般意义上的环境争端还是特定意义上的健康问题争端,其聚焦点及核心是争端涉及国家规制全人类健康和环境的权利。^③ 投资者面临的挑战重重,既有可能是由于数据科学性增强致使愈发提高的制度规范精准程度,也有可能是出于环保而逐渐增强的管制措施实施强度及效果,还有可能是对某些规章制度进行的合理修改导致的利益操作范围缩减。故在裁定东道国某一特定措施是否具有合理性时,仲裁庭不仅要考察东道国制定有关措施的动机是否非恶意以确定有关措施是否真实地出于保护公共利益目的,而且探讨有关措施对投资者的影响以裁定政府所称的公共利益需求是否合理,同时还要依据科学证据对有关环境保护措施的合理性作出综合裁决。

四、结 语

Chemtura 诉加拿大案引出了国际投资协定中最惠国待遇条款、公平公正待遇、最低待遇标准等具有概括性、模糊性的实体性规则的适用与解释问题,清晰地展现了东道国公共利益维护与投资者私人利益保护之间的平衡难题。仲裁庭适用比例原则、可持续发展原则等法律原则作出的支持东道国的裁决也体现了国际投资领域与国际投资协定对于可持续发展和非投资价值的需求越来越重视的趋势,对于在可持续发展上的国际合作有一定推动作用。

仲裁庭的这一裁决倾向可以在三方面对国际投资领域产生影响。首先是国际直接投资的绿色健康发展方面,仲裁庭在作出裁决时将考量引导投资走向可持续发展的可持续原则,其作出的裁决能够帮助东道国对本国私营、民营经济做出积极指导,逐步引导私

^③ 参见黄世席:《全球气候治理与国际投资法的应对》,载《国际法研究》2017年第18期,第12-31页。

人投资向东道国期望的绿色产业行业上发展。

其次,对于国际投资协定的合法性改进方面,主要是对投资者与东道国之间权益失衡问题的纠正。本案在对东道国政府等主体履行监管责任进行事实认定的基础上,充分地承认且尊重了东道国的国家主权。特别是在东道国措施是否实现投资者的“合理期待”的认定问题以及对征收的认定问题上,本案裁决切实体现出了仲裁庭对最惠国待遇标准条款的滥诉进行制衡的努力。

最后,我们不能对可持续发展原则可能带来的隐形贸易壁垒掉以轻心,同时要对其可能产生的问题,如变相使得公共利益保护标准拔高、变相增加不合理的“国家安全”审查等问题做出准备与应对措施。

Abstract: Due to the host country's numerous regulations on environmental protection, public health, and other factors, investment disputes filed by investors for relevant issues were common in the early days of international investment practice. *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada* is an earlier international investment arbitration case involving environmental protection. The tribunal ultimately recognized the host country's right to exercise sovereignty for environmental protection in this case, despite the applicant's charges of breaching fair and equitable treatment, minimum standard of treatment, and indirect expropriation. The tribunal's views on the determination of minimum standard of treatment and indirect expropriation serve as a reference for subsequent investment arbitration practice, while also having a significant impact on the discussion of the host country's regulatory right for the purposes of public interest and the sustainable development of international investment.

Keywords: international investment arbitration; indirect expropriation; sustainable development; public interest protection; most favored nation treatment

(责任编辑:顾涛 外审专家:肖军)

从 Ulysseas 诉厄瓜多尔案看国际投资仲裁中的国家归因问题

中国贸促会法律部编 本篇作者 姚若楠*

内容提要 Ulysseas 诉厄瓜多尔案的核心法律争议在于厄瓜多尔国家电力委员会 CONELEC 的行为能否归因于厄瓜多尔,这关涉到仲裁庭管辖权的判定与国家责任的承担。该案临时裁决裁定仲裁庭具有管辖权,同时对国家归因问题作了简略分析。该案终局裁决中,仲裁庭认定 CONELEC 的行为不能归因于厄瓜多尔,同时仲裁庭指明了国家归因规则的法律渊源,并提出以区分合同行为与公共权力行为的标准来判断公共部门特定实体行为的国家可归因性。国际投资仲裁解决的是因东道国国际不法行为损害投资者利益的争议,启动这一救济程序的必要前提是该行为由东道国作出,也即东道国相关实体的行为归因于东道国。国家归因规则在国际投资法体系下不断演进,该案终局裁决论证严密,能为相关国际投资仲裁实践提供范例。

关键词 投资仲裁;国家归因;公共部门实体;国家责任

一、案件事实概述

(一) 案件基本背景

1. 投资事实

20 世纪 90 年代初,本案被申请人厄瓜多尔的国内电力部门的生产力开始恶化。为满足迅速增长的电力需求,厄瓜多尔从 1993 年开始向私人投资开放电力部门。然而,在 1992 年与 1993 年至 1996 年的经济危机影响下,厄瓜多尔的电力生产能力依旧严重不足,供需差距巨大。^①因此,厄瓜多尔于 1996 年 10 月 10 日颁布了《电力部门制度法》(Power Sector Regime Law,以下简称《电力法》),电力部门私有化的法律框架自此建立,该法旨在提高电力生产效率和私人参与程度,打造具有竞争力的电力市场。除了将发电、输电和配电活动独立分配给不同公司实体外,该法还授权私人公司通过特许协议

* 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。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由浙江大学光华法学院博士研究生姚若楠编写,中国贸促会法律部李薇、陈怀生、杨照莹、耿鹏鹏审核。

① Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador, PCA Case No. 2009-19, Final Award, 12 June 2012, para.77.

进入电力市场。^②

本案申请人 Ulysseas 是在美国特拉华州注册的一家能源公司。2003年2月27日, Ulysseas 购买了两艘远洋动力驳船 Power Barge I (以下简称 PBI) 与 Power Barge II (以下简称 PBII) 用于发电, 以供陆上电力消费。为了充分利用厄瓜多尔的自由市场条件, Ulysseas 分别于2003年3月下旬至4月初与2005年4月在厄瓜多尔进口并组装了 PBI 和 PBII。2004年7月12日与14日, Ulysseas 分别向厄瓜多尔负责管理电力部门投资的政府机构, 即国家电力委员会 (Consejo Nacional de Electricidad, 以下简称 CONELEC) 申请了 PBII 与 PBI 的发电许可。2004年9月21日, CONELEC 向 Ulysseas 颁发了两艘驳船的许可证, 两方在2005年8月15日签署了《PBI 许可合同》, 发电期限为10年; 在2006年9月12日签署了《PBII 许可合同》, 发电期限为15年。^③

因担忧电力部门盈利前景不佳, Ulysseas 没有启动 PBII 发电项目, 并根据《PBII 许可合同》第25条在2007年12月21日发出了不可抗力通知, 于2008年4月23日要求终止合同。CONELEC 拒绝了 Ulysseas 的系列要求, 并对 Ulysseas 未启动发电项目的行为进行罚款。2009年9月24日, CONELEC 指定 CELEC 公司临时承担《PBII 许可合同》下的发电活动, 并在将 Ulysseas 雇佣的船员驱逐出船后取得对 PBII 的实际控制权。2010年3月19日, CONELEC 表示准备归还 PBII, 并在6个月后将 Ulysseas 达成归还协议。期间, Ulysseas 因未按时发电再次被罚款。2010年9月27日, Ulysseas 重新获得 PBII, 但称因 CONELEC 的不当使用, PBII 发动机受损严重。2011年3月17日, CONELEC 终止了《PBII 许可合同》。^④

2. 适用法律

程序上, 本案适用的仲裁规则是1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称《仲裁规则》)。

实体上, 美国公司 Ulysseas 是在厄瓜多尔开展投资活动的外国投资者, 《美利坚合众国和厄瓜多尔共和国关于鼓励和相互保护投资的协定》(以下简称《美-厄 BIT》) 是最主要的适用法律。《美-厄 BIT》虽对公平公正待遇、充分保护与安全等进行了规定, 但没有作出具体解释, 因此涉及相关内容的国际法构成对《美-厄 BIT》的补充渊源。Ulysseas 与 CONELEC 签订的关于 PBI 与 PBII 的两份许可合同条款相似(以下简称《许可合同》), 都是有效约束合同双方的法律协议。

3. 主要程序

2009年5月8日, Ulysseas 向厄瓜多尔送达了仲裁通知。

2009年11月3日, 仲裁庭正式成立。

2010年1月15日, 举行首次听证会。

^② *Id.*, at para. 78.

^③ Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador, PCA Case No. 2009-19, Interim Award, 28 September 2010, paras. 63-72.

^④ *Supra* note 1, at paras. 95-106.

厄瓜多尔于 2010 年 3 月 19 日提交了管辖权异议, Ulysseas 于 2010 年 4 月 19 日作出答辩。

2010 年 6 月 17 日至 18 日, 举行管辖权听证会。

2010 年 9 月 30 日, 仲裁庭作出临时裁决 (Interim Award), 认定厄瓜多尔提出的管辖权异议并不影响仲裁庭对所有条约之诉享有管辖权的事实, 驳回任何一方就管辖权阶段提出的任何救济请求。^⑤

2011 年 11 月 7 日, 仲裁庭与双方当事人举行电话会议, 讨论程序事项。

2011 年 12 月 5 日至 9 日, 举行案情审理听证会。

2012 年 6 月 12 日, 仲裁庭作出最终裁决, 驳回了 Ulysseas 的全部请求。^⑥

(二) 所涉法律问题

申请人 Ulysseas 主张厄瓜多尔的一系列措施违反了《美 - 厄 BIT》中的投资保护条款, 包括实施征收、违反公平公正待遇和充分保护与安全条款以及构成歧视与专断待遇, 要求厄瓜多尔赔偿不少于 5610 万美元的损失并负担因提起仲裁程序所产生的相关费用和其他仲裁庭认定的公平且合适的补偿金额。厄瓜多尔提出管辖权异议, 认为仲裁庭不具有管辖权。另外, 厄瓜多尔认为其并未违反《美 - 厄 BIT》中关于投资保护的义务, 同时要求 Ulysseas 承担其在仲裁程序中支出的包括仲裁员费用等在内的所有费用。显然, 仲裁庭管辖权问题成为本案的重要程序问题, 只有在仲裁庭裁定其具有管辖权后, 才能进入案件的实体审理。

征收、公平公正待遇、充分保护与安全、歧视专断待遇相关条款适用的前提是争议措施为东道国所为。在现实中, 外国投资者在东道国开展投资活动时, 其通常面对的是具体的某一或某几个代表国家行事的机构。本案中, 公共部门特定实体 CONELEC 对 Ulysseas 采取的系列措施能否归因于厄瓜多尔是关键, 即 CONELEC 的行为是否等同于厄瓜多尔的国家行为。如果不构成国家行为, 遑论厄瓜多尔要因国际不法行为而承担责任。本案仲裁庭最终认定 CONELEC 的行为不可归因于厄瓜多尔, 但仍然负责地地对 Ulysseas 提出的几项实体性诉求作出了详细回应, 毫无疑问, 几项请求均被驳回。因此, 本文聚焦于管辖权与国家归因两个问题, 具体实体争议不作讨论。

二、法律争议评析

(一) 关于仲裁庭是否具有管辖权

1. 被申请人主张: 仲裁庭不具有管辖权

厄瓜多尔提出了两项管辖权异议, 主张仲裁庭对 Ulysseas 的请求不具有管辖权, 或

^⑤ *Id.*, at para.47.

^⑥ *Id.*, at para.372.

者即使有权管辖,这些请求也是不可受理的。^⑦第一,根据《许可合同》第30条的规定,Ulysseas已经放弃了《美-厄BIT》项下的求偿权,即Ulysseas对条约之诉的弃权。第二,厄瓜多尔通过行使《美-厄BIT》第1条第2款保留的权利,实质上剥夺了Ulysseas在《美-厄BIT》下享有的争端解决等相关BIT利益(以下简称BIT利益)。^⑧

针对条约之诉的弃权,厄瓜多尔提出两项理由。首先,投资者可以经合同约定对BIT下提起仲裁的权利进行放弃,这与国际法的一般原则相符。厄瓜多尔列举了“岔路口条款”(Fork in the Road Clause,即投资者有权选择当地救济或国际仲裁中的任一救济途径,一经选择便不能改变)与“卡尔沃条款”(Calvo Clause,即投资争议由国内法绝对管辖,不能提起国际仲裁)的相关案例作为依据,主张国际法规则和《美-厄BIT》都没有禁止投资者放弃BIT仲裁权利。^⑨其次,Ulysseas已经在《许可合同》第30条放弃了根据BIT提起仲裁的权利,主要表现为三个方面:第一,厄瓜多尔称Ulysseas自愿签署的《许可合同》第30条是明示且清晰的弃权条款,而非简单的仲裁或法院选择条款。《许可合同》第30条规定:“明示放弃任何其他国家或国际管辖……且无论公私方式”,厄瓜多尔指出,其中的“国际管辖”仅指BIT下的国际仲裁。^⑩第二,《许可合同》的一方当事人CONELEC是代表厄瓜多尔行事的,其行为可以归因于厄瓜多尔,弃权受到国际法中国家归因规则的约束。^⑪第三,《许可合同》第30条的内容涵盖对BIT条约之诉的弃权。Ulysseas在《许可合同》中的权利可以等同于其在BIT下的投资,Ulysseas的投资准入受包括弃权条款在内的《许可合同》条款的约束。另外,因《许可合同》提供的实质保护功能与BIT相似,双方签署第30条时必然考虑了BIT。^⑫

针对一缔约方可以否认另一缔约方公司BIT利益的情况,《美-厄BIT》第1条第2款规定了两种:一是该公司由第三国国民控制;二是该公司虽是另一缔约方的公司,但在该国境内没有实质性商业活动,或者该公司由第三国国民所控制,且该第三国与缔约方(主张否认BIT利益的一方)没有保持正常的经济关系。总的来说,作为投资者的公司不构成可以享受BIT利益的适格投资者。

厄瓜多尔共有五项理由支持其主张。第一,厄瓜多尔主张对“控制”一词进行扩大解释,包括直接控制、间接控制、事实控制、法律控制、单独控制、共同控制等形式,且这种控制需要在争议发生前就存在。^⑬另外,《美-厄BIT》第1条第2款的“第三国国民”仅指自然人而不包括公司。^⑭第二,厄瓜多尔认为Ulysseas是由第三国国民巴西人Germán Efromovich先生经Proteus、Veredas和Synergy Group公司实施控制的。Proteus

^⑦ *Supra* note 3, at para.143.

^⑧ *Id.*, at para.145.

^⑨ *Id.*, at paras.77-81.

^⑩ *Id.*, at paras.87-89.

^⑪ *Id.*, at paras.93-95.

^⑫ *Id.*, at paras.99-102.

^⑬ *Id.*, at para.108.

^⑭ *Id.*, at para.109.

是 Elliott Group^⑮ 和 Veredas 的合资公司,而 Veredas 又是 Efromovich 先生控制的 Synergy Group 公司中的一家巴哈马公司。Efromovich 先生控制着 Proteus, Proteus 又控制着 Ulysseas。^⑯ 第三,厄瓜多尔称, Ulysseas 在美国没有实质性商业活动,并列举了四个理由:一是 BIT 下的实质性商业活动应理解为“重要的”商业活动;二是 Ulysseas “唯一的生产性资产”是位于美国之外的厄瓜多尔的驳船;三是 Ulysseas 没有在美国开展日常交易活动;四是 Ulysseas 没有资产与员工,在纽约仅有一个办公室。因此,厄瓜多尔认为 Ulysseas 只是在美国注册与缴税的空壳公司。^⑰ 第四,厄瓜多尔称其符合否认 BIT 利益的时间性要求,因为《美-厄 BIT》第 1 条第 2 款没有时间性的要求,而且 Ulysseas 在放弃条约之诉的权利时就有被否认 BIT 利益的预期。^⑱ 通过援引 Empresa Electrica 诉厄瓜多尔案中仲裁庭的意见,厄瓜多尔主张在仲裁庭首次开庭时行使 BIT 利益的否认权是及时的。^⑲ 第五,厄瓜多尔称 Ulysseas 未能初步举证证明其并非由 Efromovich 先生控制。^⑳

2. 申请人主张:仲裁庭具有管辖权

Ulysseas 主张其请求处于仲裁庭管辖范围之内且具有可受理性。

针对条约之诉的弃权,首先, Ulysseas 主张经合同放弃条约仲裁管辖是不被允许或是不被支持的,私人主体不能通过合同来废除美国与厄瓜多尔间的 BIT 规定。Ulysseas 否定了厄瓜多尔列举的“岔路口条款”与“卡尔沃条款”的适当性,认为前者适用于 BIT 且不依赖合同条款,所引“卡尔沃条款”的案例与本案不具有相关性。Ulysseas 称,一旦剥夺投资者寻求 BIT 下中立国际裁判的权利,最终会阻碍外国投资,违背公共利益。^㉑ 其次, Ulysseas 主张其并未在《许可合同》第 30 条放弃根据 BIT 提起仲裁的权利。第一,《许可合同》第 30 条并非明文放弃 BIT 仲裁的排他性的仲裁或法院选择条款,并不只是针对 BIT 仲裁, Occidental 诉厄瓜多尔案^㉒ 中具有相似且更为广泛的条款,但该案仲裁庭也认定不构成弃权。^㉓ 第二,《许可合同》一方 CONELEC 是独立的实体,有别于国家。与政府机构或实体签署的《许可合同》中包含仲裁条款不代表对条约之诉的放弃。CONELEC 虽为国有且时常受到厄瓜多尔的干涉,但其无权在未经国家总检察长的同意下达成约束国家的仲裁协议。^㉔ 第三,《许可合同》第 30 条仅适用于 CONELEC 与 Ulysseas 合同双方之间的合同争议,比如《许可合同》中有而 BIT 没有的弃权条款仅

^⑮ *Id.*, at para.115 and footnote 241. Elliott Group 指 Elliott Associates, L.P. 和 Elliott International, L.P.

^⑯ *Id.*, at paras.114-115.

^⑰ *Id.*, at para.122.

^⑱ *Id.*, at para.124.

^⑲ *Id.*, at para.126.

^⑳ *Id.*, at para.130.

^㉑ *Id.*, at paras.82-86.

^㉒ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Jurisdiction, 9 September 2008, paras.63-74.

^㉓ *Supra* note 3, at paras.90-92.

^㉔ *Id.*, at paras.96-98.

适用于厄瓜多尔国内法,基于 BIT 提起仲裁不受此限。^{②5}

针对 BIT 利益的否认, Ulysseas 依次反驳了厄瓜多尔的五项理由。第一, Ulysseas 通过援引美国国务院给总统的意见书以及 Generation Ukraine 诉乌克兰案^{②6}、Pan American 诉阿根廷案^{②7}以及 Plama 诉保加利亚案^{②8},主张《美-厄 BIT》第1条第2款应当解释为,只有当 Ulysseas 被第三国国民控制,并且(不是或者) Ulysseas 在美国没有实质商业活动或者 Ulysseas 被与厄瓜多尔没有正常经济关系的第三国国民控制时,厄瓜多尔才能否认 Ulysseas 的 BIT 利益。^{②9}与厄瓜多尔相反, Ulysseas 认为“控制权”与“所有权”不同,且该条是唯一限制对投资者保护的规定,考虑到投资协定的目的与宗旨,“控制”应采限缩解释,仅指“法律能力上的控制”,即直接控制。^{③0} Ulysseas 同意“第三国国民”仅指自然人,但需要东道国证明第三国国民对该公司实施了控制。^{③1}第二, Ulysseas 主张其是由缔约方美国国民 Paul Singer 先生经 Elliott Group 公司实现完全控制的。美国合伙企业 Highwood Partners 拥有 62.5% 的 Ulysseas 股份, Elliott International 拥有剩余 37.5% 的股份。其中 Highwood Partners 的 99% 的股份由 Elliott Associates 持有, 1% 由 Highwood Associates 持有,而 Highwood Associates 又是 Elliott Associates 的全资公司。^{③2} Ulysseas 主张 Proteus 并不控制 Ulysseas, Efromovich 先生也没有控制 Proteus, Synergy Group 公司也从未拥有 50% 以上的 Proteus 股份。^{③3}第三, Ulysseas 主张其在美国存在实质性商业活动。Ulysseas 认为实质性商业活动的关键是“重要性而非规模性”,即需要存在“经济利益”。基于此, Ulysseas 列举了五个可以证明“经济利益”的事实:办公室位于美国; PBII 是在美国购买的;相关转让协议受美国法律约束;由一家美国公司的办公室管理;一直在美国纳税。^{③4}第四, Ulysseas 主张,厄瓜多尔应当在其为达到否认效果而违反国际法义务之前积极地行使利益否认权,比如“合理通知”投资者。另外, Ulysseas 援引了 Plama 诉保加利亚案^{③5}与 Yukos 诉俄罗斯案^{③6}中仲裁庭认定的缔约国否认《能源宪章条约》利益需要采取积极措施的观点,并且称否认权不具有追溯效力,否

^{②5} *Id.*, at paras.103-106.

^{②6} Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para.15.6.

^{②7} Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, para.122.

^{②8} Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para.143.

^{②9} *Supra* note 3, at para.110.

^{③0} *Id.*, at paras.111-112.

^{③1} *Id.*, at para.113.

^{③2} *Id.*, at paras.51-52.

^{③3} *Id.*, at para.119.

^{③4} *Id.*, at para.123.

^{③5} *Supra* note 28, at paras.55-164.

^{③6} Yukos Universal Ltd. v. The Russian Federation, PCA Case No. AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para.285.

则会损害投资者对“法律确定性”的合理期待。^{③⑦}第五, Ulysseas 反驳厄瓜多尔称,其不负有证明其并非由 Efromovich 先生控制的举证责任,反之,是厄瓜多尔未能提供证据证明其提出的 Efromovich 先生控制 Ulysseas 的主张。^{③⑧}

3. 仲裁庭裁定: 仲裁庭具有管辖权

仲裁庭认定,厄瓜多尔提出的两项管辖权异议不影响其对 Ulysseas 提起的条约之诉的管辖权。^{③⑨}

首先,仲裁庭认定 Ulysseas 不构成对条约之诉的弃权。仲裁庭指出,投资者 Ulysseas 虽自愿签署了《许可合同》第 30 条且厄瓜多尔并未对其实施强迫,但并不构成对 BIT 下条约仲裁的放弃。因为经由合同有效放弃条约仲裁的前提是合同当事方为投资者与东道国,而本案中厄瓜多尔并非《许可合同》一方当事人。^{④⑩}第一,仲裁庭认为,厄瓜多尔是为了避免在电力部门活动中产生国家责任,才设立了具有独立法人资格的特殊实体 CONELEC,而且其拥有独立的财产和资源,具有起诉和应诉能力,能代表国家行使管理电力部门的职能与权力。^{④⑪}不过,仲裁庭也指出,在特定情况下, CONELEC 根据法律规定行使权力与履行责任的行为也可以经国际法归因于厄瓜多尔。根据联合国国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《国家责任草案》)第 5 条的规定,在特定情况下,个人或实体的行为可归因于国家,比如行使政府公共权力而非商业缔约能力的独立实体的行为。^{④⑫}第二,仲裁庭指出, CONELEC 与主权权力存在明显区别,后者可以在合同之外对合同双方的权利与义务实施影响。《许可合同》的部分条款确认了 CONELEC 不同于国家的独立实体属性。如《许可合同》第 23 条和第 24 条都规定,一旦法律、管理、经济稳定性等出现改变,是由 CONELEC 而非厄瓜多尔负责赔偿。如《许可合同》第 25 条将国家公权力行为定义为不可抗力因素,更表明合同主体不可能是国家。^{④⑬}因此,仲裁庭认为《许可合同》仅约束 CONELEC 与 Ulyssea,不能约束厄瓜多尔,^{④⑭} Ulyssea 可以基于《美 - 厄 BIT》提起仲裁。

其次,仲裁庭认定 Ulysseas 享有包含争端解决在内的 BIT 利益,并对争议双方的五项主要争议进行了回应。第一,仲裁庭指出根据《仲裁规则》的要求,由行使 BIT 利益否认权的厄瓜多尔举证证明其符合权利行使的条件。第二,仲裁庭首先明确了《美 - 厄 BIT》第 1 条第 2 款关于有效行使否认权的条件。仲裁庭提出应该依照《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties,以下简称 VCLT)第 31 条第 1 款进行解释。因此仲裁庭需要根据《美 - 厄 BIT》第 1 条第 2 款规定“通常含义”,结合“上下文”

^{③⑦} *Supra* note 3, at paras.127-128.

^{③⑧} *Id.*, at para.136.

^{③⑨} *Id.*, at para.193.

^{④⑩} *Id.*, at paras.148-151.

^{④⑪} *Id.*, at para.154.

^{④⑫} *Id.*, at para.156.

^{④⑬} *Id.*, at paras.158-160.

^{④⑭} *Id.*, at para.162.

以及条约的“目的和宗旨”进行“善意解释”。^{④⑤} 仲裁庭得出结论,即行使否认权必须同时满足两个条件:一是 Ulysseas 必须由第三国国民控制,二是 Ulysseas 在美国没有实质性商业活动,或者 Ulysseas 由未与厄瓜多尔保持正常经济关系的第三国国民控制。^{④⑥} 第三,仲裁庭对“控制”一词进行了解释。仲裁庭首先指出“控制”意味着“法律能力上的控制”,且争议双方均同意。^{④⑦} 其次,仲裁庭依次按照条约的“上下文”以及条约的“目的和宗旨”对“控制”作出进一步解释。仲裁庭称,《美-厄 BIT》第 1 条第 1 款规定了引领 BIT 所有条款的“目的和宗旨”,其中 c 项将“国民”定义为“适用缔约方法律的自然人”。仲裁庭紧接着指出,只有自然人才能处于公司控制链的最末端,因此,必须确定最终控制 Ulysseas 的自然人及其国籍。^{④⑧} 第四,仲裁庭认为厄瓜多尔符合行使 BIT 利益否认权的时间性要求,同意厄瓜多尔在时间性要求方面提出的相关观点。仲裁庭指出,行使否认权会导致仲裁庭管辖权被剥夺,时间性要求需要按照《仲裁规则》第 21 条第 3 款关于管辖权异议的规则确定,即不应迟于管辖异议的提出。^{④⑨} 值得一提的是,仲裁庭支持 BIT 利益否认权具有追溯效力的观点,认为这并不会导致 Ulysseas 受到法律不确定性的损害,因为 Ulysseas 理应知道厄瓜多尔行使否认权的可能性。^{⑤⑩} 第五,仲裁庭支持 Ulysseas 的主张和理由,确认 Ulysseas 由美国国民 Paul Singer 先生控制。^{⑤⑪}

综上所述,仲裁庭认定,厄瓜多尔的两项管辖权异议不成立,仲裁庭具有 BIT 下争议的管辖权。^{⑤⑫}

4. 简要评析

仲裁庭在临时裁决中主要解决的是管辖权问题,对厄瓜多尔提出的经合同实现条约之诉的弃权、BIT 利益否认权这两个管辖权异议问题进行了较为详细的裁判,也涉及了对部分实体问题的初判,如国家归因问题。此外,仲裁庭还对 BIT 利益否认权的行使时间作出了合理的优先回应。不过,仲裁庭的说理过程仍然有进一步改进的空间。

首先,仲裁庭在认定 Ulysseas 不构成对条约之诉的弃权时,肯定了弃权行使的前提条件是合同相对性,即只有 Ulysseas 与厄瓜多尔之间签订合同且存在弃权条款时才会成立。此后,仲裁庭为更好厘清公共部门特定实体行为可归因于国家的标准,引出了《国家责任草案》第 5 条的规定,强调关键是该实体是行使政府公共权力而非商业缔约能力。然而,仲裁庭并未结合本案 CONELEC 相关措施的性质详细论证诸类行为属于商业缔约范畴还是政府行政范畴,而是转而继续在合同相对性的理念下对 CONELEC 与国家作出区分,得出厄瓜多尔不是合同一方的结论。这样一来,仲裁庭实质上忽略了

^{④⑤} *Id.*, at paras.164-166.

^{④⑥} *Id.*, at para.167. 本案仲裁庭使用的是“累积条件”(cumulative conditions)这一术语,为方便阅读,本文采用意译。

^{④⑦} *Id.*, at para.168.

^{④⑧} *Id.*, at paras.169-170.

^{④⑨} *Id.*, at para.172.

^{⑤⑩} *Id.*, at para.173.

^{⑤⑪} *Id.*, at para.175.

^{⑤⑫} *Id.*, at para.193.

《国家责任草案》第 5 条对本案的关键作用。本案中, Ulysseas 若想在厄瓜多尔进行电力生产活动,必然要经过行使管理电力部门职能与权力的 CONELEC 的“同意”,而该“同意”是以许可证与《许可合同》的形式体现的,仲裁庭应当区别分析这两阶段的行为。仲裁庭根据《许可合同》条款在赔偿与不可抗力方面的规定得出 CONELEC 为合同主体的这一论点,其实应作为补充论点。不过,如果厄瓜多尔确实以规避国家责任为目的设立 CONELEC,此类公共部门特定实体在投资者 - 东道国仲裁中该如何认定还需要进一步思考。

其次,仲裁庭在解释《美 - 厄 BIT》第 1 条第 2 款规定时并未恰当地适用条约解释通则,即 VCLT 第 31 条第 1 款。第一,在解释否认权行使条件时,仲裁庭未能体现其适用 VCLT 第 31 条第 1 款的过程。仲裁庭仅仅在列出 VCLT 第 31 条第 1 款的规定后,便给出需要同时满足两个条件的结论,这使得论证不充分。第二,仲裁庭未按照 VCLT 第 31 条第 1 款规定的条约解释方法按序解释。仲裁庭在解释“控制”的含义时,首先指出当事人双方同意“控制”指的是“法律能力上的控制”,便开始针对“控制”仅限于“直接控制”还是扩张到“间接控制”进行条约“上下文”与“目的宗旨”的解释,并没有对“控制”的“通常含义”作出论证。

(二) 关于公共部门特定实体 CONELEC 的行为能否归因于厄瓜多尔

1. 申请人主张: CONELEC 的行为归因于厄瓜多尔

Ulysseas 主张无论是从形式上还是实质上, CONELEC 的行为都归因于厄瓜多尔,前者关注法律规定,后者关注实践效力。形式上,根据《国家责任草案》第 4 条, Ulysseas 主张 CONELEC 的行为归因于厄瓜多尔,因为其是厄瓜多尔的机关 (organ); 而且《厄瓜多尔宪法 (2008)》第 225 条第 1 款对 CONELEC 的定义是:“根据宪法或行使政府权力的法律设立的以提供公共服务或开展政府承担的活动的实体。” CONELEC 履行国家电力监管的职能完全由厄瓜多尔控制并且被禁止参与商业活动。^{⑤③} 实质上, Ulysseas 认为即使 CONELEC 不是厄瓜多尔的正式机关,其行为也可以归因于厄瓜多尔,依据是《国家责任草案》第 5 条、《厄瓜多尔宪法 (2008)》第 225 条第 1 款以及《电力法》第 13 条第 a 款、第 i 款和第 39 条。CONELEC 有权行使政府权力反映了其法律和监管功能。Ulysseas 引用了临时裁决中仲裁庭称 CONELEC 可因行使公共权力导致行为归因于国家的观点,并称《PBII 许可合同》实质上并非商业合同,而是对开展特定受监管活动的允许。^{⑤④}

2. 被申请人主张: CONELEC 的行为不能归因于厄瓜多尔

厄瓜多尔主张 CONELEC 的行为不能归因于国家,认为 Ulysseas 的观点没有国际法基础,并提出了四项反驳观点。^{⑤⑤} 第一,厄瓜多尔指出 CONELEC 并非国家机关,应当

^{⑤③} *Supra* note 1, at para.113.

^{⑤④} *Id.*, at paras.114-115.

^{⑤⑤} *Id.*, at para.118.

适用《国家责任草案》第5条而不是《国家责任草案》第4条。随后,厄瓜多尔援引了 Impregilo 诉巴基斯坦案的决定,称 Ulysseas 需要证明 CONELEC 的争议行为是“超出通常合同缔约方的活动”,即是行使公共权力的行为。^{⑤6} 第二,厄瓜多尔称《PBII 许可合同》的基本性质与国家归因之间不具有相关性。厄瓜多尔指出,在 Jan de Nul 诉埃及案与 Suez 诉阿根廷案中,合同的性质并非衡量争议行为是否行使了公共权力的标准。^{⑤7} 第三,厄瓜多尔主张《电力法》没有限制其使用私法机制履行职责。CONELEC 只是不得开展发电、配电或输电业务,不涉及 CONELEC 具体行为的公共权力性质或是商业性质。^{⑤8} 第四,厄瓜多尔称其行为是在《PBII 许可合同》之下的权利救济行为,适用《厄瓜多尔民法典》。比如, CONELEC 拒绝接受 Ulysseas 提出的终止《PBII 许可合同》的行为,实际上与拒绝解除合同的其他合同当事人一样。另外,《PBII 许可合同》明确规定了 CONELEC 可以对 Ulysseas 的不履约行为进行罚款并实施执法权。^{⑤9}

3. 仲裁庭裁定: CONELEC 的行为不能归因于厄瓜多尔

第一,仲裁庭认定 CONELEC 并非厄瓜多尔的国家机构。《国家责任草案》第4条第2款是争议双方的关注焦点,该条规定“机构包括根据一国国内法具有这种地位的任何个人或实体”。仲裁庭根据相关国际投资条约案例对该规定进行了标准界定,即判断一实体是否是国家机构需要依循该国的国内法。^{⑥0} 仲裁庭指出,在厄瓜多尔的法律体系之下,无论是《厄瓜多尔宪法(1998)》还是《厄瓜多尔宪法(2008)》都将电力领域的所有实体视为公共部门的一部分,但这本身不足以将其行为等同于国家机构的行为。仲裁庭同时援引了临时裁决中否认 CONELEC 为国家机构的观点。^{⑥1}

第二,仲裁庭认定 CONELEC 的行为也并非因政府授权而以国家行事的公权行为。仲裁庭指出,根据《国家责任草案》第5条与《美-厄 BIT》第2条第2款b项,只要政府授权,特定实体在特定情况下以国家身份行事后,其行为后果可以归因于国家。^{⑥2} 仲裁庭认为, CONELEC 在颁发许可证时是行使了政府授予的权力,但在签订 PBII 合同并开始履行该合同时,其履行该合同的行为应当根据该合同条款确定。^{⑥3} 随后,仲裁庭援用了厄瓜多尔提供的两个案例的裁判观点进行佐证: Impregilo 诉巴基斯坦案的仲裁庭指出,考虑国家归因的前提是该措施是国家实施的; Jan de Nul 诉埃及案的仲裁庭指出,重要的不是具有公共服务因素,而是使用了政府权力。^{⑥4} 仲裁庭重申了临时裁决的结论,即《PBII 许可合同》中的合同一方是 CONELEC 而非厄瓜多尔。除非使用了政府权

^{⑤6} *Id.*, at para.119.

^{⑤7} *Id.*, at para.120.

^{⑤8} *Id.*, at para.121.

^{⑤9} *Id.*, at para.122.

^{⑥0} *Id.*, at para.126.

^{⑥1} *Id.*, at para.128.

^{⑥2} *Id.*, at para.135.

^{⑥3} *Id.*, at para.137.

^{⑥4} *Id.*, at para.138.

力,否则 CONELEC 的行为仅归因于其自身而非厄瓜多尔。仲裁庭更进一步明确,只有 CONELEC 在合同范围内的行为不能归因于厄瓜多尔,一旦超出合同范围,其行为便可以依据《国家责任草案》第 5 条与《美 - 厄 BIT》第 2 条第 2 款 b 项归因于厄瓜多尔。⁶⁵

4. 简要评析

本案仲裁庭在判断 CONELEC 的行为是否归因于厄瓜多尔这一争议时主要依循的是申请人 Ulysseas 的论证思路,即首先判断 CONELEC 是否为国家机构,若是则无需考虑归因问题,若不是,再判断其行为是否因行使政府权力而导致国家归因。这一论证逻辑严密、层次递进,与临时裁决中仲裁庭的论证形成鲜明对比。总之,本案仲裁庭对公共部门特定实体行为的国家归因问题进行了良好的论证,为国际投资仲裁实践提供范例。

仲裁庭在判断公共部门特定实体行为是否行使公共权力时,敏锐地关注到了特定实体行为的性质变化,比如颁发许可证与签订合同的行为性质,以此为着力点对公共权力与商业能力进行了对应论证。当颁发许可证时, CONELEC 是在行使政府公共权力;当签订和履行《许可合同》时, CONELEC 是在行使商业缔约能力。而且,本案仲裁庭并未就此停笔,其在明确了公共部门特定实体行为不满足国家归因的条件后,更进一步指出,如其实施超出《许可合同》范围之外的行为即可以归因于国家。因此,仲裁庭从正反两个维度对公共部门特定实体行为的国家归因问题进行了完整界定,为后续相关案例树立了典范。

公共部门特定实体行为国家归因的另一重要问题是国家授权,即使合同规定了公共部门特定实体可以行使公共权力但国家不授权仍然不会产生国家归因问题,因为该实体权力有限,无法以国家名义行事。因此,国家授权的时间性也颇为关键。在《许可合同》中, CONELEC 具有罚款、执法等权力,这些权力是在签订《许可合同》前便获得国家授权的。如果《许可合同》规定了在合同签订时 CONELEC 未获国家授权的权力,而在履行合同过程中, CONELEC 获得了国家授权且付诸了具体行为,其行为是否会导致国家归因便成为问题。

三、国际投资仲裁中国家归因规则之厘定

(一) 国家归因规则的渊源

国家归因规则的主要法律渊源是《国家责任草案》,其对如何认定国家机关、如何判断政府授权、如何界定政府指示、指挥以及控制进行了规定。在国际投资法视域下,为保护投资者利益,部分国际投资条约也会对此问题作出规定。因此,在国际投资仲裁中,国际投资条约与《国家责任草案》便成为主要法律依据。

1. 国际投资条约

国际投资条约中涉及国家归因规则的实践最早可以追溯至 20 世纪 90 年代早期美

⁶⁵ *Id.*, at para.139.

国与东欧国家订立的双边投资条约。^{⑥6}美国为海外投资利益大国,为防止其企业在东道国进行投资时因政府不当规制使利益受损,积极设计并纳入相关条款。Ulysseas 诉厄瓜多尔案所涉及的《美-厄 BIT》第2条第2款b项便是直接体现。《美-厄 BIT》第2条第2款b项规定:“每一缔约方应确保其维持或设立的任何国有企业的行为不与本条约规定的义务相抵触,不论该企业在何处行使缔约方授予其的任何监管、行政或其他政府权力,如征收、发放许可证、批准商业交易或征收配额、费用或其他收费的权力。”该条的作用就是限制东道国的国有企业以行使政府权力的方式损害投资者利益。

2. 《国家责任草案》

《国家责任草案》虽然并未生效,但其相关条款广泛被国际投资仲裁实践援引,包括国家归因规则在内的部分条款实质上已经构成习惯国际法。^{⑥7}一般来讲,国际投资条约中国家归因规则的内容较为简单,仲裁庭在具体适用时仍旧会参照《国家责任草案》的相关规定及其丰富实践。一定程度上,在国际投资仲裁中,国际投资条约中国家归因规则是“特别法”,而《国家责任草案》是“一般法”。依循此思路,“特别法”优先于“一般法”适用,本案仲裁庭应当优先适用《美-厄 BIT》第2条第2款b项,而后再适用《国家责任草案》第4条与第5条,而不是直接适用后者。

国际投资仲裁中涉及的《国家责任草案》的国家归因规则主要为第4条、第5条与第8条。《国家责任草案》第4条规定了国家归因规则的首要原则,即国家机关以国家名义实施的行为应归因于国家。本条对国家机关的定义广泛,包括依该国国内法具有此种地位的任何人或团体,涵盖中央政府机关与地方政府机关,同时强调国家机关身份的决定性依据是一国国内法。^{⑥8}《国家责任草案》第5条规定了“行使政府权力要素的个人或实体的行为”可以归因于国家,具体内容为“虽非第4条所指的国家机关、但经该国法律授权行使政府权力要素的实体,其行为依国际法应视为该国的行为,但以该实体在有关事件中系以政府资格行事者为限。”此处的“实体”既包括公营实体,也包括私营实体,但此类“准国家”实体的行为必须是从事了与政府职能有关的活动。^{⑥9}不同国家对实体的公营与私营性质界定标准不同,容易出现国内法差异,因此,该条将行使政府权力作为核心要素,而不去区分实体的公司性质。《国家责任草案》第8条规定了受国家指示、指挥或控制实施的行为归因于国家,即“如果一人或一群人实际上按照国家的指示或在其指挥或控制下行事,其行为应视为国际法所指的该国的行为”。该条成立的关键是私人或集体与国家或国家机关之间存在实际联系。^{⑦0}

^{⑥6} 张金矜:《论 IIAs 中“国有企业行使政府授权”条款对国家责任范围的限缩》,载《国际经济法学刊》2021年第4期,第44页。

^{⑥7} 本文仅指《国家责任草案》的部分条款成为习惯国际法,而非全文,相关条款如第4条、第5条、第8条、第25条等。

^{⑥8} 联合国国际法委员会报告第五十三届会议(2001年4月23日至6月1日和7月2日至8月10日),正式记录:第五十六届会议,补编第10号(A/56/10),2001年,第67页。

^{⑥9} 同上,第69页。

^{⑦0} 同上,第78页。

（二）国家归因规则的适用

1. 归因标准

当前国际投资活动所涉主体广泛,国家机构、国有企业凭借资金优势与专业技术同样可以参与其中,除公法主体身份之外,在特定情况下也拥有私法主体身份。在国际投资仲裁中,承认国家及其机构参与投资活动的私法身份有利于投资者利益保护,也能降低东道国动辄需要承担国家责任的风险。无论是国际投资条约还是《国家责任草案》,适用国家归因规则的关键问题都是行使政府公共权力,尤其体现在判断非国家机关实体的行为性质上。

本案仲裁庭为厘清这一问题提供了清晰的解决方案,即区分该实体的行为是合同行为还是公共权力行为,是行使商业缔约能力还是政府公共权力。东道国的相关实体若是仅以商事主体的身份签署、订立、履行甚至是违反合同及其义务,则该争议为合同争议。如果东道国相关实体实施的行为是代表国家行使公共权力的行为,且已经超出一般商事主体在合同之内的权利与义务,则其行为可归因于东道国,该争议为投资条约争议。通过区分合同行为与公共权力行为也有助于国际投资仲裁中保护伞条款的合理适用,避免投资者将私人主体之间的合同争议上升为投资者与东道国之间的条约争议,混淆投资活动的公私性质。^①

2. 归因效果

区分特定实体的行为到底是合同行为还是公共权力行为后,会产生程序与实体两方面的归因效果。首先,程序上的效果。如果特定实体的行为被确认为合同行为,则不能归因于国家,更无须讨论这些行为是否构成国际不法行为。因此,该国家无法成为投资者-东道国仲裁中的适格被申请人,投资者不能依据国际投资条约对其提起仲裁;相反,如果特定实体的行为被确认为公共权力行为,则可以归因于国家,该国家可以成为投资者-东道国仲裁中的适格被申请人。所以,归因规则在程序上的效果主要就是判断投资者-东道国仲裁中投资者与东道国的适格性。不过,如果某一国际投资条约已经将特定实体,如国有企业纳入投资者的定义之内,则其行使政府公共权力并不影响其成为适格投资者。^②

特定实体的合同行为与公共权力行为在实体上的效果不同。如果属于合同行为则不能归因于国家,相关争议应受合同适用法律管辖,属于国内法范畴。如果属于公共权力行为,还需要进一步讨论特定实体的公共权力行为是否构成国际不法行为,即该国家是否违反了国际法上的义务,体现在国际投资争议中多为国际投资条约下的义务,比如本案《美-厄 BIT》关于征收、公平公正待遇和充分保护与安全、歧视专断待遇的条款就是厄瓜多尔应承担的国际义务。其实,本案仲裁庭在否认了 CONELEC 的行为不可归因于厄瓜多尔后,本可不再讨论厄瓜多尔的实体义务,因为是否违反实体义务的前提是

^① 董静然:《投资规制权视野下东道国国家责任的构成与判定》,载《环球法律评论》2023年第2期,第60页。

^② Mark Feldman, *State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 2016, Vol.31:1, p.30.

CONELEC 的行为归因于厄瓜多尔。

即使特定实体的公共权力行为导致该国构成国际不法行为,该国是否承担国际责任仍然需要分情况讨论,因为无论是国际投资条约还是《国家责任草案》都有相关规定豁免国家责任。比如,国际投资条约中涉及国家基本安全利益的“不排除措施条款”,此类条款措辞多表现为“shall not preclude”,赋予了东道国维护国家基本安全利益的权利,因而东道国为保护国家基本安全利益所实施的行为具有合法性,并非国际不法行为。《国家责任草案》第25条与之不同,该条采用了例外规定,即在东道国行为构成国际不法行为后,可以通过援引第25条的国家危急情况例外来豁免国家责任。同样,在这一问题上,国际投资条约中的“不排除措施条款”属于“特别法”,《国家责任草案》第25条属于“一般法”,前者优先于后者适用。

四、结 语

国家的传统主权在日益密切的国际经贸交往中不断受限。以投资者与东道国争议裁决为主体的国际投资判例法已经成型,^⑩并持续影响着东道国的国内法及其实践。国家归因规则是界定国际投资仲裁中东道国国家责任的直接依据,合理适用该规则能够防范投资者滥用国际投资争端解决机制,有效降低东道国因非国家行为而承担国家责任的风险。在 Ulysseas 诉厄瓜多尔案中,仲裁庭对公共部门特定实体的行为进行了公共权力行为与合同行为的性质区分,其裁决逻辑缜密且结构完整,廓清了国家归因规则的具体内容与适用效果,有利于缓和投资者利益保护与东道国国家规制权行使之间的固有冲突,为后续投资仲裁实践提供了重要参考。

Abstract: The core legal issue in the *Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador* case concerns whether the actions of the *Consejo Nacional de Electricidad* (CONELEC) can be attributed to Ecuador, affecting the determination of the arbitral tribunal's jurisdiction and the assumption of state responsibility. The interim award in the case ruled that the arbitral tribunal has the jurisdiction and briefly analyzed the issue of the state attribution. In the final award of the case, the Arbitral Tribunal determined that CONELEC's actions cannot be attributed to Ecuador. The arbitral tribunal also elucidated the legal origins of state attribution rules and proposed criteria, differentiating between contractual actions and sovereign actions, to determine the attribution of actions conducted by a specific entity within the public sector to a state. International investment arbitration resolves disputes where a host state's international wrongful act harms investor's interests. A prerequisite for initiating this remedy procedure is that the act must be committed by the host state, i.e., actions of the host state's entities can be

^⑩ 王贵国:《从 Saipem 案看国际投资法的问题与走势》,载《中国政法大学学报》2011年第2期,第57页。

attributed to the host state. State attribution rules in the international investment law system continue to evolving, and the comprehensive reasoning of the final award of this case can serve as a precedent for subsequent international investment arbitration practices.

Keywords: investment arbitration; state attribution; public sector entity; state responsibility

(责任编辑: 许天舒 外审专家: 肖 军)

论 ISDS 机制下的环境反请求 ——以“伯灵顿资源公司诉厄瓜多尔案”为例

中国贸促会法律部编 本篇作者 张 倩*

内容提要 由于“投资者-国家”争端解决机制天然的不对称性,东道国只能被动应诉,提出的反请求也大多因为管辖权问题和案件可受理性问题被驳回。但是,在“伯灵顿资源公司诉厄瓜多尔案”中,仲裁庭不仅支持了厄瓜多尔提出的关于环境问题的反请求,还裁决伯灵顿资源公司对其投资活动造成的环境损害进行赔偿。这一裁决对于弥合国际投资仲裁与环境保护之间的鸿沟具有重要的进步意义。诚然,东道国在行使反请求权时会面临多重阻碍。但是,反请求机制可以在兼顾司法经济效益和一致性的基础上保障东道国的程序权利,因而是有效平衡投资者权利和东道国规制权以及经济发展与可持续发展的法律工具。

关键词 反请求;环境保护;“投资者-国家”争端解决机制;国际投资协定

“投资者-国家”争端解决机制(Investor-state Dispute Settlement,以下简称ISDS机制)通常被视为国际投资争端解决的“单行道”,^①因为在传统的ISDS机制中,只有投资者有权按下投资仲裁的“启动键”,东道国只能被动参与。这一优势地位促使该框架下的商业投资者将其与东道国的分歧定性为“投资争端”,仲裁庭在审理争端的过程中也因此更加频繁地面临经济利益与公共利益(例如环境损害)相冲突的问题。为了解决投资者权利和东道国规制权之间的不平衡以及经济发展和可持续发展之间的矛盾,越来越多的国家倾向于诉诸反请求(counterclaim)机制。^②但是,在行使反请求权时,东道国通常要面临许多程序和实体方面的障碍。

在目前的国际投资仲裁实践中,东道国提起的反请求通常在仲裁庭确认管辖权和案

* 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。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由浙江大学光华法学院2023级博士研究生张倩编写,中国贸促会法律部李薇、陈怀生、杨照莹、耿鹏鹏审核。

① Christina Beharry & Melinda Kuritzky, *Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration*, American University American Law Review, 2015, Vol.30:3, p.407.

② 从国际投资仲裁实践来看,反请求可以基于投资协定提出,也可以基于投资合同提出。为免疑义,本文的分析范围仅限于“基于投资协定产生的反请求”。

件可受理性阶段就已被“扼杀”,^③但仍有少数案件进入了实体问题的审理阶段,例如“伯灵顿资源公司诉厄瓜多尔案”(以下简称“伯灵顿案”)、“佩朗科公司诉厄瓜多尔案”(以下简称“佩朗科案”)、“环境管理全球公司诉阿根廷案”(以下简称“环境公司案”)、“阿瓦拉克诉印度尼西亚案”(以下简称“阿瓦拉克案”)和“构茨诉布隆迪案”(以下简称“构茨案”),^④体现了仲裁庭正在尝试逐渐接受反请求机制的态度转变。^⑤值得注意的是,在“伯灵顿案”以及和它平行审理的“佩朗科案”中,仲裁庭不仅对反请求的实体问题进行了审理并支持了东道国的诉求,还裁定投资者对环境损害进行赔偿。这是国际投资仲裁实践在处理环境类反请求问题上迈出的重要一步,进一步突显了反请求机制的制度性价值,对于未来解决与环境相关的投资争端、促进相关国内规则和国际规则的发展具有重要的启发意义。因此,本文将以该案为切入点,在梳理基本案情的基础上,结合国际投资仲裁实践分析仲裁庭就反请求的审理逻辑,探究反请求机制对于国际法治和国内法治带来的影响。

一、“伯灵顿案”概述

1999年至2000年,伯灵顿资源公司(Burlington Resources Inc.,以下简称“伯灵顿公司”或“申请人”)通过厄瓜多尔国有石油公司(Empresa Estatal Petróleos del Ecuador,以下简称“国有石油公司”)与厄瓜多尔共和国(以下简称“厄瓜多尔”或“被申请人”)先后签订了开发厄瓜多尔亚马逊地区第七油区和第二十一油区的产品分成合同(Production Sharing Contracts,以下简称“分成合同”)。作为第七油区和第二十一油区的运营者佩朗科厄瓜多尔有限公司(Perenco Ecuador Limited,以下简称“佩朗科公司”)与伯灵顿资源东方有限公司(伯灵顿公司的全资子公司,以下简称“伯灵顿东方公司”)设立了一个财团(以下简称“财团”),共同承担分成合同项下的纳税义务。^⑥根据分成合同,承包商将承担开采原油的所有成本和风险,并依据分成合同中的公式享有原油收益的一定份额。^⑦

^③ 例如,在“罗萨尼斯诉罗马尼亚案”中,仲裁庭以缺少投资者的“同意”为由拒绝对东道国提出的反请求行使管辖权。Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 2011, paras.859-877.

^④ Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims, 2017; Perenco Ecuador Ltd v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petro'leos del Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 2015; Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia UrPartzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 2016; Hesham TM Al-Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 2014; Antoine Goetz et consorts v. Re'publique du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 1999.

^⑤ Andrea Bjorklund, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*, Lewis & Clark Law Review, 2013, Vol.17:2, pp.461, 473.

^⑥ Burlington Resources, Inc v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Procedural Order 1 on Burlington Oriente's Request for Provisional Measures, 2009, para.2.

^⑦ Burlington Resources, Inc v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 2012, para.9.

自2002年起,原油价格不断攀升,厄瓜多尔认为这“破坏”了分成合同的“经济稳定性”,分成合同项下的原油收益分成方式不再公平,因为厄瓜多尔作为原油的实际所有者本应享有更高的分成,但是现有的分成机制下却并非如此。因此,2005年11月,厄瓜多尔希望能与伯灵顿公司就分成合同的条款进行重新谈判,希望将其分成比例由22%提升至50%。伯灵顿公司拒绝了该项提议,认为分成机制是独立于原油价格的,并且原油价格变化或分成机制失衡并不属于可以修改分成合同条款的情形。^⑧鉴于此,厄瓜多尔于2006年4月19日通过了“第42号法”,修订碳氢化合物法,明确所有在厄瓜多尔境内开采原油的企业都必须将因原油价格上涨而带来的超额收益中的50%(以下简称“暴利税”)上缴政府。2007年,厄瓜多尔又颁布了“第662号法令”,将暴利税的比例提升至99%。^⑨

2008年,伯灵顿公司在多次与厄瓜多尔政府就过渡协议协商未果后表示希望撤资,^⑩并于4月向ICSID提交了仲裁申请。自上述两部法律出台至2008年6月,财团一直按照上述法律规定缴纳暴利税。随后,财团声称其多缴纳了396,500,000美元,中止向厄瓜多尔缴纳暴利税。^⑪2009年2月,厄瓜多尔启动了针对财团的强制执行诉讼程序(*coactiva proceedings*),强制财团缴纳其暂存于独立托管账户中的327,400,000美元。^⑫随后,强制执行行政仲裁庭裁定立即没收第七油区和第二十一油区的原油产品和货物,并启动了拍卖程序。因此,财团决定停止运营两个油区。2008年9月,厄瓜多尔非再生资源署启动了无效诉讼程序(*caducidad proceedings*),并于2010年宣布终止两份分成合同。^⑬

2011年1月17日,厄瓜多尔向仲裁庭递交了备忘录,针对伯灵顿公司提出了有关环境和基础设施的反请求。^⑭厄瓜多尔提出了以下主张:第一,根据厄瓜多尔法律,伯灵顿公司应对第七油区和第二十一油区的环境损害结果负严格责任;第二,伯灵顿公司未根据分成合同和厄瓜多尔法律维护油区内基础设施并将其归还给厄瓜多尔;第三,伯灵顿公司应向厄瓜多尔支付损害赔偿共计2,797,007,091.42美元。^⑮2012年12月14日,仲裁庭裁定厄瓜多尔的行为构成非法征收,^⑯但在2017年针对反请求的裁决中支持了厄瓜多尔的诉求,裁定伯灵顿公司向厄瓜多尔支付41,776,492.77美元,包含针对环境反请求的39,199,373美元以及针对基础设施反请求的2,577,119.77美元。^⑰

^⑧ *Id.*, at paras.24, 27-28.

^⑨ *Id.*, at paras.30, 34.

^⑩ *Id.*, at paras.39-51.

^⑪ *Supra* note 6, at paras.9-10.

^⑫ *Supra* note 7, at paras.10-15.

^⑬ *Id.*, at paras.61-65.

^⑭ *Burlington Resources, Inc v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims, 2017, para.6.

^⑮ *Id.*, at para.1075.

^⑯ *Supra* note 6, at paras.52-53.

^⑰ *Supra* note 14, at para.1075.

二、环境反请求的法律基础

（一）程序问题：管辖权和可受理性

一般情况下,适用于国际投资仲裁的规则都提供了反请求机制。例如,《关于解决国家和他国国民之间的投资争端公约》(以下简称《ICSID 公约》)第 46 条规定:“除非双方另有协议,如经一方请求,仲裁庭应对争端的主要问题直接引起的附带或附加的要求或反要求作出决定,但上述要求应在双方同意的范围内,或在中心的管辖范围内。”2010 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称《UNCITRAL 规则》)也在第 21 条第 3 款明确规定:“被申请人可在其答辩书中提出反请求或基于一项仲裁请求而提出抵消要求,仲裁庭根据情况决定延迟是正当的,被申请人还可在仲裁程序的稍后阶段提出反请求或基于一项仲裁请求而提出抵消要求,只要仲裁庭对此拥有管辖权。”在基于《ICSID 公约》和《UNCITRAL 规则》提起的投资仲裁案件中,仲裁庭在对反请求进行程序审理阶段通常需要考虑管辖权和案件可受理性两个问题。

1. 管辖权:双方对反请求的“同意”

同意是仲裁的基石,因此对于反请求的裁决也必须基于争端双方的同意。^⑮在基于条约产生的仲裁中,同意的成立通常需要经历两个阶段:第一,东道国在国际投资协定(International Investment Agreement,以下简称 IIA 或 IIAs)^⑯中提出仲裁要约并界定仲裁的诉求范围和适用法律;第二,投资者通过提交仲裁申请表示接受此项要约。^⑰因此,为了论证双方是否就反请求仲裁达成同意,需要根据协定文本的措辞来分析。在实践中,同意可以分为明示同意和默示同意。

（1）明示同意

反请求机制在传统的 IIAs 文本中并不常见,但是一些新近的 IIAs 则明确对此作出了规定。例如,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称 CPTPP)第 9.19 条第 2 款规定:“如申请人根据……提交一请求时,被申请人可提出与该请求的事实和法律根据有关的反诉或依赖一请求以达到抵消该申请人的目的。”除了协定中的明确规定,明示同意也可以通过双方签订的单独协议(compromis)建立。在“伯灵顿案”中,厄瓜多尔认为伯灵顿的行为违反了厄瓜多尔环境法和分成合同项下的义务。在厄瓜多尔提出了反请求后,伯灵顿与厄瓜多尔单独签订了一项协议,同意不就仲裁庭对于反请求的管辖权提出异议,从而“最大限度保障司法经济和一致性”。^⑱基于此,仲裁庭裁定对厄

^⑮ Pierre Lalive & Laura Halonen, *On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, Czech Yearbook of International Law, 2011, p.146.

^⑯ 为免疑义,此处的“国际投资协定”既包含双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,以下简称 BIT 或 BITs),也包含纳入投资章节或条款的其他国际协定,下同。

^⑰ *Supra* note 1, at 408.

^⑱ *Supra* note 14, at paras.60-61.

瓜多尔提出的反请求具有管辖权。当然,有些 IIAs 明文排除了东道国提起反请求的可能性,规定“仅投资者”可以作为仲裁申请人,例如《美国 - 乌拉圭 BIT》。

(2) 默示同意

在部分情况下,即便双方并未就反请求达成明示的同意,仲裁庭也会通过解释 IIAs 条款或者通过事实推定来认定双方达成默示的同意。最为常见的情况是 IIAs 争端解决条款措辞宽泛,规定可将“任何”“所有”争端提交仲裁。例如,在“环境公司案”中,《阿根廷 - 西班牙 BIT》规定“任何争端”都可以提交仲裁,并且“任何一方”都可以申请仲裁。仲裁庭认为此种表述本身就“包含了东道国提出反请求的这一可能性”。^② 另一种情况是协定明确排除特定类型的反请求。例如,在“大卫阿文诉哥斯达黎加案”中,仲裁庭认为《多米尼加 - 中美洲自由贸易协定》的争端解决条款仅排除了基于“保险或保证合同”提出的反请求,因此协定本身支持东道国提出反请求并且该反请求不在被排除的范围内。^③ 后续许多案件的仲裁庭均沿用了该裁决逻辑。在无法通过条约解释来论证双方之间是否达成同意时,仲裁庭还会通过特定事实推定双方达成同意。例如,在“构茨案”中,仲裁庭认为 BIT 中已经明确规定争端“依据《ICSID 公约》”仲裁,说明双方本身就已经默示同意“依据《ICSID 公约》(及相关仲裁规则)”成立的仲裁庭对反请求具有管辖权。^④

2. 案件可受理性: 关联性

仲裁庭在确认管辖权问题后,需要进一步审查案件是否具有可受理性。^⑤ IIAs 基本没有对“可受理性”这个概念作出明确定义。但是,根据国际投资仲裁实践,除了要符合主体的一致性外,案件本身还需要满足一些其他要件才能进入到实体审理的阶段,其中最为重要的是关联性 (connectedness)。关联性要求本质上是为了提高效率,促进程序经济。^⑥ 在明确规定东道国可以提出反请求的 IIAs 中,通常都会要求反请求必须与“争端直接相关”。在有些案例中,即便 IIAs 中没有此种表述,仲裁庭也主张反请求必须与本请求具有关联性。^⑦

在判断关联性时通常会产生一个重要问题——关联性是要求法律基础具有关联性还是依据的事实具有关联性,抑或是需要二者兼备? 在“萨鲁卡公司诉捷克案”中,仲裁庭主张本请求和反请求所依据的法律基础必须相互依存并具有实质统一性。^⑧ 在随后

^② Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia UrPartzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 2016, para.1144.

^③ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award, 2018, para.694.

^④ Antoine Goetz et consorts v. Re'publique du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 1999, para.679.

^⑤ Saar Pauker, *Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration*, *Arbitration International*, Vol.34:1, 2018, p.1.

^⑥ Flavia Marisi, *Environmental Interests in Investment Arbitration*, Netherlands: Kluwer Law International, 2020, p.246.

^⑦ 例如,在“阿瓦拉克案”中,仲裁庭认为反请求不仅与投资本身和投资者的原诉求紧密相关,事实背景也高度相似。Hesham TM Al-Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 2014, paras.667-668.

^⑧ Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 2004, paras.78-79.

的“波肖克公司诉蒙古案”中,仲裁庭认为“反请求并非基于投资合同或者投资者作为缔约方的其他合同产生”,因此驳回了蒙古的反请求。^{②9}但是,在有些案件中,仲裁庭采取了较为宽松的标准。例如,在“环境公司案”中,仲裁庭也主张只要反请求依据的事实基础与本请求有关联性即可。^{③0}同样地,在“伯灵顿案”中,厄瓜多尔主张反请求应当适用厄瓜多尔侵权法,伯灵顿公司也没有就此提出异议,因此仲裁庭直接适用了厄瓜多尔侵权法,没有论证厄瓜多尔提出的反请求是否与本请求依据的法律基础相同。需要指出的是,仲裁庭依据的是《ICSID 公约》第 42 条第 2 款而非第 1 款,因为在第 2 款项下,国际法也“可得以适用”。基于此,仲裁庭可以依据反请求的类型自行决定适用国内法还是国际法。仲裁庭即便最终决定适用侵权法,也需要借助分成合同来解释和理解财团应承担的环境保护义务。^{③1}

(二) 实体问题: 投资者义务来源

1. 国内法项下的义务

通常情况下,东道国会主张投资者的行为违反了国内法项下的环境保护义务。那么,在论证的过程中就需要考虑以下几个方面:第一,违反国内法项下的义务是否构成对 IIA 义务的违反;第二, IIA 本身是否明确纳入国内法项下的义务;第三, IIA 是否包含保护伞条款,导致对国内法的违反上升到对国际法的违反。^{③2}

在“伯灵顿案”中,仲裁庭广泛审查了厄瓜多尔所有适用于油田经营的立法文件和国内法判例。在 2008 年宪法颁布后,环境侵权适用严格责任制度。焦点争议转向新宪法的溯及力以及伯灵顿公司是否可以通过勤勉义务和不可抗力对环境损害免责。因为新宪法确立的严格责任制度不具有溯及力,所以双方对于 2008 年之前应当适用的责任制度产生了分歧。伯灵顿公司主张应当适用过错责任制度,因此厄瓜多尔需要对环境损害的发生以及伯灵顿公司未尽勤勉义务承担举证责任。仲裁庭并未采纳该意见,认为在严格责任制度下,东道国既不需要证明经营者有过错,也不需要证明运营者未尽勤勉义务和环境损害的因果联系,只需要证明相关区域的投资活动会造成环境损害的风险即可。但是,伯灵顿公司不能仅通过证明其已经勤勉行事而免责,至少应当就其 2002 年以后造成的环境损害承担严格责任。^{③3}除此之外,伯灵顿公司还提出反请求已经超过四年的时效期间,因为反请求依据的大部分投资事实都“发生”在 2002 年至 2008 年期间。^{③4}但是,仲裁庭主张时效期间应当从厄瓜多尔发现损害事实之时开始计算,并且认定环境反请求的主要事实依据是 2007 年 1 月后“发现”的损害,因此厄瓜多尔的反请求并没

^{②9} Sergei Paushok, *CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 2011, para.694.

^{③0} *Supra* note 22, at para.1151.

^{③1} *Supra* note 14, at paras.72-74.

^{③2} Maxi Scherer, Stuart Bruce and Juliane Reschke, *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review, 2021, Vol.36:2, p.432.

^{③3} *Supra* note 14, at paras.225-233.

^{③4} *Supra* note 14, at para.123.

有超过时效。^{③⑤} 在分析论证的过程中,仲裁庭认为“环境保护是2008年宪法的重要支柱之一,环境管理在厄瓜多尔社会中具有了新的维度,因为在厄瓜多尔,自然本身就是宪法权利的载体”,^{③⑥} 并且依据2008年宪法指出“在有疑问的情况下,仲裁庭将依据风险预防原则适用最高的保护标准”,从而通过IIA适用了国内法标准。^{③⑦}

2. 国际法项下的义务

基于条约的性质,IIAs项下的规定通常只能约束东道国。但是,随着一些新趋势的出现,这种性质逐渐发生了改变。早期的IIAs由“新自由主义”主导,主张限制政府的规制权,这导致许多发展中国家采用降低环境标准等“逐底竞争”的方式吸引外资。^{③⑧} 随着可持续发展理念的深入发展,“嵌入式自由主义”应运而生,强调东道国在环境、劳工等方面的规制权。^{③⑨} 在嵌入式自由主义经济政策的影响之下,越来越多的国家都在缔结IIAs时纳入了环境条款、劳工条款和企业社会责任条款,明确规定投资者也应当承担一定的义务。因此,投资者对于环境保护的义务来源也不再局限于东道国的国内法。

如果直接援引IIA作为投资者环境保护的义务来源,通常有三种模式:第一,明确规定了投资者需要承担的义务,例如企业社会责任条款;第二,援引其他对投资者有拘束力的国际义务,例如遵守《经合组织跨国企业准则》;第三,适用被认为与争端有关的国际层面上直接适用于投资者的义务,例如不干涉人权保护的义务。^{④⑩} 这三种模式在国际投资仲裁实践中也有迹可循。例如,在“环境公司案”中,仲裁庭不仅主张企业也可以作为国际法的主体,还认为投资者原则上也需要受到国际人权保护义务的约束。^{④⑪} 可以说,该案的裁决为后续涉及投资者国际义务的仲裁案例提供了先例,包括要求投资者履行国际环境条约项下的义务——即便要求投资者主动保护环境的积极义务条款暂时缺位,投资者也至少负有不以可能会破坏国际环境条约目标的方式进行投资活动的消极义务。^{④⑫}

^{③⑤} *Id.*, at paras.234-255.

^{③⑥} *Id.*, at para.112.

^{③⑦} *Id.*, at para.343.

^{③⑧} Daniel R. Kalderimis, *Investment Treaties and Public Goods*, in Junji Nakagawa (ed.), *Multilateral and Regionalism in Global Economic Governance: Finance, Trade and Investment*, Routledge, 2011, pp.139-154.

^{③⑨} “嵌入式自由主义”是约翰·鲁杰(John G. Ruggie)对二战后国际经济机制总体特征的描述,是指具有国家干预性质的自由主义,由此而形成的多边国际经济机制则是指国家干预以确保国内经济稳定和社会安全的理念嵌入战后国际经济机制之中,从而使战后国际经济机制在主要具有自由主义的多边性质的同时又内含含有国家干预的成分,由此体现了共享社会目标。参见漆彤、余茜:《从新自由主义到嵌入式自由主义——晚近国际投资法的范式转移》,载《国际关系与国际法》2014年第4期,第207页。

^{④⑩} *Supra* note 32, pp.431-432.

^{④⑪} *Supra* note 22, at para.1195.

^{④⑫} *Supra* note 32, p.432.

三、环境反请求机制对国内法治和国际法治的影响

(一) 对国际法治的影响

联合国贸易和发展会议和联合国国际贸易法委员会等重要国际组织以及部分 IIAs 都在开展 ISDS 机制的改革,其中也包括反请求机制。在 IIAs 中纳入反请求机制的相关规则将在很大程度上影响未来国际投资仲裁庭解释投资者合理期待、勤勉义务标准等重要问题的路径。^{④③}

与此同时, IIAs 关于环境保护的实体规则也出现了一些新的发展趋势。一方面,现行的国际环境条约大多数没有强制拘束力,因此在解决国际投资过程中的环境保护问题时往往显得不够充分;另一方面,作为调整对外投资的法律机制, IIAs 的根本宗旨是保护投资及投资者的利益,但是绝大多数的 IIAs 中都没有对投资者这一投资活动的主要行为体所应承担的环境保护责任作出明确规定。随着国际社会环境保护意识的加强, IIAs 的缔约实践也进行了新一轮改革。环境保护理念在 IIAs 中的重要性可以分为三个阶段:起初,环境保护的理念仅出现在序言中,不具有法律约束力;在嵌入式自由主义的思潮下,东道国对于环境保护的规制权在 IIAs 中得到了重视和强调;^{④④} 在新一代的 IIAs 中,缔约方还纳入了企业责任条款,要求投资者积极履行保护东道国环境的义务。^{④⑤} 这一过程反映出各个国家对国际投资活动的态度由单纯追求经济发展到追求经济发展与可持续发展和谐共生的态度转变,也为反请求机制的适用提供了更多可能性。

较为值得关注的一份 IIA 是 2016 年的《摩洛哥 - 尼日利亚 BIT》,其中多处规定了投资者应当承担的义务。首先, BIT 第 13 条明确承认缔约方国内和国际环境立法的重要性,并保留了东道国对于环境问题的规制权。更重要的是,该条还规定环境保护优先

^{④③} Ajisatria Suleiman, *Social and Environmental Protection in Bilateral Investment Treaties: Foreign Investor's Perspective*, *Indonesia Law Review*, 2011, Vol.1:2, p.92.

^{④④} E.g., *Brazil-United Arab Emirates BIT (2019)*, Art.17(1): “Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure it deems appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner according to labor, environmental and health legislation of that Party, provided that this measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction between investors.”

^{④⑤} E.g., *India-Kyrgyzstan (2019)*, Art.12: “Investors and their enterprises operating within its territory of each Party shall endeavor to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles may address issues such as labor, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.”

于投资。^{④⑥}其次,第14条规定,投资者在投资前需要进行环境影响评价,并且适用风险防范原则。^{④⑦}再次,第18条规定某些特定类型的投资需要按照ISO14001或同等标准建立和维护环境管理体系。该条还为投资者创设了消极义务——不以违反环境、劳工权利和人权义务的方式管理或运营投资。^{④⑧}最后,第19条第1款规定,投资“应当”达到或超过相关行业的国家“和”国际公认的公司治理标准。^{④⑨}这意味着无论国内规则还是国际规则,强制性规定还是自愿性标准都将得以适用。在未来的IIAs缔约实践中,如果上述条款模式能够被其他经济体广泛接受,那么勤勉义务和气候风险管理很可能会成为对投资者产生法律拘束力的义务,这将为推动反请求程序的适用提供进一步保障。

(二) 对国内法治的影响

尽管一些新近的IIAs对投资者应当承担的环境保护责任进行了明确的规定,但是,直接主张投资者违反了IIAs项下的义务仍然是十分困难的。因此,仲裁庭对于适用法、投资者环境保护义务以及勤勉义务的解释通常需要诉诸相关国内法。为了实施国际环境公约的承诺,越来越多的国家颁布了有关气候变化的立法,出台了关于可再生能源和促进能源利用效率的政策。在这个过程中,东道国可以通过国内环境立法、减让协议等

^{④⑥} Morocco-Nigeria BIT (2016), Art.13: “1. The Parties recognize that their respective environmental laws policies and multilateral environmental agreements to which they are both party, play an important role in protecting the environment. 2. The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. 3. The Parties recognize that each Party undertakes to respect and observe the social responsibility owed to the other Party. 4. Nothing in this Agreement shall be constructed to prevent a Party from adopting maintaining, or enforcing, in a non-discriminatory manner, any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental and social concerns.”

^{④⑦} Morocco-Nigeria BIT (2016), Art.14: “1. Investors or the investment shall comply with environmental assessment screening and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the host state for such an investment or the laws of the home state for such an investment, whichever is more rigorous in relation to the investment in question. 2. Investors or the investment shall conduct a social impact assessment of the potential investment. The Parties shall adopt standards for this purpose at the meeting of the Joint Committee. 3. Investors, their investment and host state authorities shall apply the precautionary principle to their environmental impact assessment and to decisions taken in relation to a proposed investment, including any necessary mitigation or alternative approaches of the precautionary principle by investors and investments shall be described in the environmental impact assessment they undertake.”

^{④⑧} Morocco-Nigeria BIT (2016), Art.18: “1. Investments shall, in keeping with good practice requirements relating to the size and nature of the investment, maintain an environmental management system. Companies in areas of resource exploitation and high-risk industrial enterprises shall maintain a current certification to ISO 14001 or an equivalent environmental management standard. 2. Investors and investments shall uphold human rights in the host state. 3. Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998. 4. Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties.”

^{④⑨} Morocco-Nigeria BIT (2016), Art.19: “1. In accordance with the size and nature of an investment, (a) Investments shall meet or exceed national and internationally accepted standards of corporate governance for the sector involved, in particular for transparency and accounting practices...”

方式将环境保护的内涵“传递”给投资者。投资者是投资活动中最主要的行为体,反请求机制的确立可以起到震慑作用,敦促投资者采取更为负责的商业行为,保护东道国的环境。

但是,不同仲裁庭对相关国内立法和判例的适用存在不同的理解,有可能导致“同案不同判”,从而为国内法治带来一定负面影响。例如,同期审理的“伯灵顿案”和“佩朗科案”所依据的事实基础几近相同,并且“伯灵顿案”的仲裁庭已经意识到应当尽量避免就相同事项作出不一致的裁决,^{⑤0}但是在最终审理两个案件的反请求时,两个仲裁庭对厄瓜多尔国内法的解释路径和对相关专家证据的评估方法大相径庭。首先,在论证投资者对环境损害应当承担的法律责任时,“佩朗科案”的仲裁庭认为厄瓜多尔环境法采用的是过错责任制度,^{⑤1}而“伯灵顿案”的仲裁庭则“很难认同‘佩朗科案’仲裁庭的观点”,主张厄瓜多尔实际上已经“确立了严格责任制度”。^{⑤2}其次,在评估环境损害时,“伯灵顿案”的仲裁庭主要依据的是双方聘请专家的采样结果,而“佩朗科案”的仲裁庭则对双方聘请的专家提供的证据表示怀疑,并决定指派一名独立专家,这导致两个仲裁庭对损害赔偿作出了不一样的裁决。^{⑤3}两个仲裁庭对于厄瓜多尔国内法的不同解释无疑对厄瓜多尔国内法律秩序的一致性构成了挑战。

四、结 语

投资协定并不能对投资者直接施加义务,所以在国际投资仲裁中通常是投资者执剑,东道国持盾。然而,这种不对称的结构现时已经无法充足反映投资者-国家争端解决的实际情况和发展需要,但是仅仅依靠在 IIAs 中纳入环境条款是不足以解决这种不对称的问题,还需要在争端解决程序层面纳入新的工具。正如仲裁庭在“瑞士通用公证行诉巴基斯坦案”提到的,“如果投资者可以一边将自己的诉求提交至国际裁决,一边又排除东道国提出损害赔偿主张的权利,那么这样是不公正的”。^{⑤4}尽管反请求机制的法理基础尚显薄弱,但是上述包括“伯灵顿案”在内的案例至少可以为未来该机制的适用提供一个概念性框架,为弥合投资仲裁和环境保护之间的鸿沟提供一座“桥梁”。

近年来,ISDS 机制的改革一直备受关注,如何平衡投资者权利和国家规制权以及经济发展和可持续发展是改革的核心问题。^{⑤5}反请求机制独立于本请求,可以在扩大原

^{⑤0} *Supra* note 14, at para.69.

^{⑤1} *Perenco Ecuador Ltd v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 2015, footnote 881.

^{⑤2} *Supra* note 14, at para.248.

^{⑤3} *Supra* note 51, at paras.564-569.

^{⑤4} *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2, 2002, p.302.

^{⑤5} 余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第133页。

争端范围的同时兼顾司法经济效益,^{⑤6}因而被视为实现上述平衡的重要法律工具。^{⑤7}2020年4月,联合国国际贸易法委员会第三工作组在第37次会议中提出,东道国在提起反请求时面临投资者义务来源缺乏和案件不具有可受理性的困境,并希望就此构建新框架,从而解决现有ISDS机制中的不平衡问题。^{⑤8}我国目前兼具资本输出国和资本输入国的双重角色,未来不免会面临在国际投资仲裁中被诉的风险。但是,在中国和其他国家或地区缔结的130份现行有效的IIAs中,^{⑤9}基本没有关于反请求机制的相关规定。因此,中国可以考虑在未来缔结投资协定时纳入相关规定。这样既可以更为全面地保障我国在国际投资仲裁中提起反请求的权利,也可以为ISDS机制的改革贡献中国智慧。

Abstract: Due to the inherent asymmetry of the "Investor-State" dispute settlement (ISDS) mechanism, host states remain perpetual respondents, and their counterclaims are most of the time dismissed on account of jurisdiction and admissibility issues. However, in *Burlington Resources, Inc v. Republic of Ecuador*, the tribunal not only decided in favor of the environmental counterclaims raised by Ecuador, but also ordered Burlington Resources, Inc to pay the damages resulted from its investment activities. This award indicates significant progressiveness in bridging the gap between the international investment arbitration and environmental protection. Admittedly, host states may encounter several obstacles when they raise counterclaims. However, counterclaims may work to ensure the judicial economy and consistency while guarantee the procedural rights of host states and work as a legal tool in effectively balancing the relationship between investor's rights and host states' regulatory power and between economic development and sustainable development.

Keywords: counterclaim; environmental protection; ISDS mechanism; international investment agreement (IIA)

(责任编辑:顾涛 外审专家:肖军)

^{⑤6} *Supra* note 23, at para.745.

^{⑤7} 陈正健:《投资者与国家争端解决中的国家反诉》,载《法商研究》2017年第1期,第164页。

^{⑤8} United Nations Commission on International Trade Law, *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement: Multiple Proceedings and Counterclaims*, 2020, pp.7-10.

^{⑤9} United Nations Conference on Trade and Development, "Investment Policy Hub", <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>, last visited Aug.7, 2023.

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.

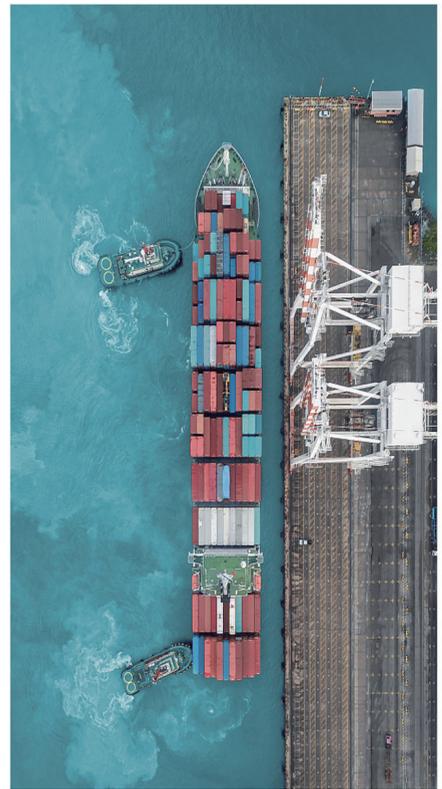
Recommended additions:

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

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。

ISSN 2096-8035



国内统一刊号：CN10-1667/F

国际标准刊号：ISSN 2096-8035

每期定价：50元