



商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION



2023 / 第6期

双月刊(总第22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6期 / 双月刊 / 总第22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

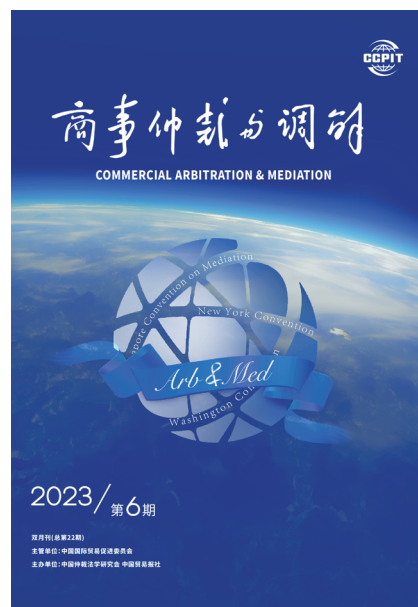
中国贸促会
微信公众号二维码



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



仲裁厅

示范条款

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



扫码了解更多仲裁信息

北仲简介

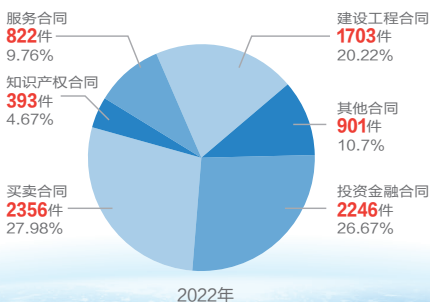
北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心（简称北仲）是依据《中华人民共和国仲裁法》于1995年9月28日设立的常设仲裁机构。成立二十余年来，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上具有一定影响力的多元争议解决中心。自2013年起，北仲组织行业专家编写中英版《中国商事争议解决年度观察》并于海内外发布，搭建了中外业界交流的重要平台。2017年北仲受邀成为联合国国际贸易法委员会争议解决第二工作组观察员。2018年北仲被最高人民法院首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制。2019年北仲正式施行《国际投资仲裁规则》，为国际社会讨论国际投资仲裁改革提供一份“中国方案”。北仲还提供商事调解、工程评审等多元争议解决服务。

北仲的优势

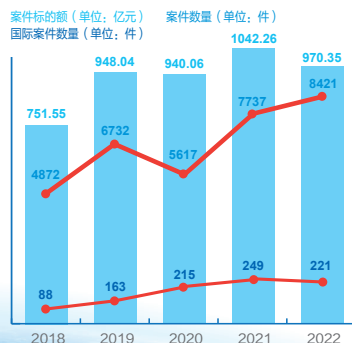
- 截至2022年12月31日，北仲共受理仲裁案件66,957件，所涉争议金额共计7,199.85亿元人民币，拥有丰富的处理各类商事纠纷的经验。
- 仲裁案件的当事人来自63个国家或地区。
- 每年约75%的仲裁案件至少一方非北京当事人，约25%的案件双方均非北京当事人。
- 过去三年，北仲案件的平均审理时长为106.28天，彰显了北仲的案件管理效率。
- 北仲率先在国内采用国际通行的仲裁收费模式，将仲裁费用区分为仲裁员报酬和机构费用，并允许仲裁员按小时计费，助力当事人更好地管控争议解决成本。
- 北仲于2022年修订仲裁规则，规定首席仲裁员可以由边裁共同选定，仲裁庭可以决定进行网上开庭。

北仲处理仲裁案件情况

仲裁案件类型



案件数量/案件标的额





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



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

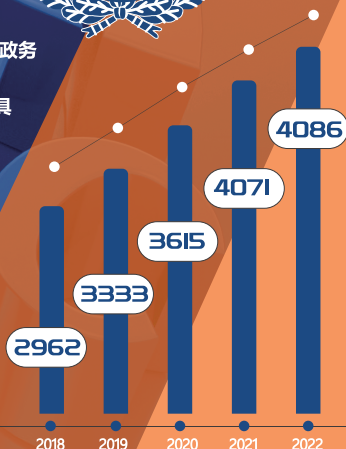
经历60余年的发展，贸仲已成为世界上最重要、最有影响力的国际仲裁机构之一，形成具有自身特色的、以商事仲裁为主的多元化争议解决服务格局，被誉为“中国仲裁的国际品牌，国际仲裁的中国经验”。60多年来，贸仲共受理了5万多件案件，案件当事人遍及世界150多个国家和地区，仲裁裁决在全球范围内得到广泛承认与执行。多年来，贸仲以其悠久的历史、卓越的业绩奠定了中国仲裁的领先地位，打造了中国仲裁的国际品牌，是世界上主要的常设国际仲裁机构之一。2021年，贸仲被业界权威的《国际仲裁调查报告》评为全球最受欢迎的五大仲裁机构之一。

选择贸仲——中国仲裁的国际品牌

主要业务数据：持续增长，国际前列

受案数量逐年增长，争议标的大幅增加

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



1897

仲裁员名册现有仲裁员**1897**名



1306

中国内地仲裁员**1306**名



591

外籍及港澳台仲裁员逾**591**名



144

来自**144**个国家和地区



全覆盖

实现中国内地各省市全覆盖



112

包括**112**个与中国签署
共建“一带一路”合作文件的国家

\$ 千亿元

¥

连续五年

平均

650

涉外

3156

连续5年
18067

亿元案件

955

国际化因素不断提高 案件类型复杂多样

双方均为境外当事人的国际案件数量**83**件，同比增长**36%**

36%

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

47%

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



广州仲裁委员会

GUANGZHOU ARBITRATION COMMISSION

案件受理量全国领先

涉外案件量居全国城市仲裁机构首位

将南沙打造成中国仲裁先行地

将广州打造成全球互联网仲裁首选地

奋力打造六大品牌

► 发布“广州标准”

制定发布推广全球首个互联网仲裁
“广州标准”

► 打造ODR平台

搭建首个亚太经合组织跨境商事争议
在线解决APEC-ODR平台

► 构建“四个共享”仲裁机制

首创庭审标准、仲裁庭室、仲裁员名册、
服务窗口“四个共享”仲裁协作机制

► 创设“3+N”仲裁庭审模式

创设发展以三大法系为框架的“3+N”
仲裁庭审模式

► 办好“广州仲裁日”

着力办好每年8月29日“广州仲裁日”
普法宣传推广活动

► 探索元宇宙仲裁

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

选择广州仲裁委员会

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

地址：广州市越秀区沿江中路298号江湾新城C座14楼（案件受理部）

电话：(020) 8328 7919

官方网站（网上立案）：<https://www.gzac.org>

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





大连国际仲裁院

DALIAN INTERNATIONAL ARBITRATION COURT

激发大国仲发展新动力 建设东北亚仲裁新高地

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

对内抓管理 对外树形象 「改革首年突破百亿大关」

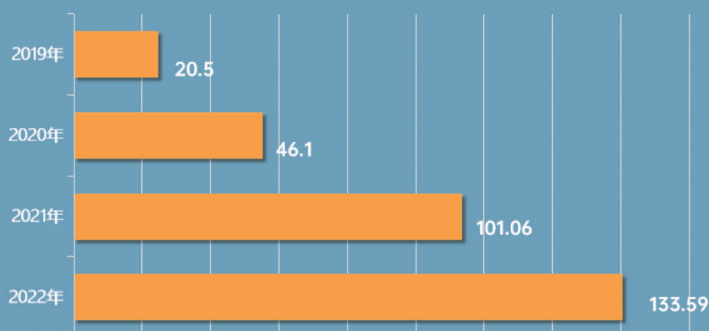
2021年-至今
标的额

330
亿

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

受理案件标的额

案件标的额 单位：亿元



对标国际一流 重视用户体验

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



大连仲裁委员会公众账号



地址：大连市西岗区英华街55号

电话：0411 - 83682333

网址：www.diac.org.cn

高质量、高效率、高服务水平

目 录



商事仲裁与调解

11 月 10 日出版

2023 年第 6 期 (总第 22 期)

□ 实践研究

论第三方资助商事仲裁中的保密原则内涵

——从董勒成等与国银飞机租赁有限公司案切入……………沈健 赵心铭 7

□ 理论研究

股东派生纠纷双轨制救济模式的批判与转型……………张世超 24

《仲裁法》修订下我国临时仲裁的构建:

以临时仲裁“双轨制”面临的挑战及应对为例……………戴宇倩 40

□ 青年学范

调解员特征与调解成功率相关关系研究

——基于一种可解释机器学习方法……………高帆 55

ISDS 改革背景下国际投资调解的困境成因及纾解……………刘一行 72

仲裁双轨制视域下公告送达的“去留”……………郑维聪 91

侵权案件的诉讼与仲裁管辖权问题研究……………田雨酥 103

□ 案例分析

评欧洲水泥公司诉土耳其案——兼论国际投资仲裁中的投资合法性依据……………姚若楠 118

评奥贝泰克有限公司诉美国案……………陈卓尔 131

评 Hamester 公司诉加纳仲裁案……………翟率宇 144

上述案例为中国贸促会法律部编写

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 6, 2023 (Serial No. 22)

November 10, 2023

On the Connotation of Confidentiality Principle in Third Party

Founding Commercial Arbitration

— from Dong Lecheng et al. 's Case Against CDB

Aircraft Leasing Co., LTD *SHEN Jian ZHAO Xinming* (7)

Criticism and Transformation of the Dual-Track Remedy Model for

Shareholder Derivative Disputes *ZHANG Shichao* (24)

The Construction of Ad Hoc Arbitration in China under the Revision of

the "Arbitration Law": Taking the Challenges and Responses within the

"Dual-Track System" of Ad Hoc Arbitration as an Example *DAI Yuqian* (40)

Research on the Relationship Between Mediator Characteristics

and Mediation Success Rate

— Based on an Interpretable Machine Learning Method *GAO Fan* (55)

The Causes and Alleviation of Dilemmas in International

Investment Mediation under the Background of the Reform

of Investor-State Dispute Settlement *LIU Yihang* (72)

Study on the Existence Issues in Service by Publication under

the Bifurcated Arbitration System *ZHENG Weicong* (91)

Study on the Jurisdiction of Litigation and Arbitration in Tort Cases *TIAN Yusu* (103)

Analysis of the Case of Europe Cement Investment & Trade S.A. v.

Republic of Turkey: On the Legitimacy Basis of Investment

in International Investment Arbitration *YAO Ruonan* (118)

Review of the Apotex Inc. v. The Government of

the United States of America *CHEN Zhuoer* (131)

Review of the Gustav F W Hamester GmbH &

Co KG v. Republic of Ghana *ZHAI Shuaiyu* (144)

The above cases are edited by the Legal Department of CCPIT

论第三方资助商事仲裁中的保密原则内涵 ——从董勒成等与国银飞机租赁有限公司案 切入

沈健 赵心铭*

内容提要 在“董勒成等与国银飞机租赁有限公司申请不予执行与撤销仲裁裁决”两案中,两法院一致认为所谓仲裁保密性即“不向外界公开”,而由于国银公司已主动披露了第三方有关情况,因此满足了仲裁对透明度的要求,故认定案涉第三方资助行为未违反仲裁的保密性原则,从而分别驳回了其不予执行与撤销仲裁裁决的诉求。法院的裁定肯定了第三方资助机构参与仲裁并不必然违反保密性原则这一观点,有助于第三方资助仲裁行为在我国的发展,但也引发了对仲裁保密性原则与资助协议保密条款之关系的探讨。从现有规则来看,我国对保密性原则内涵的阐释略显狭窄,亦未规范第三方资助仲裁的披露规则。结合本案及他国实践,在仲裁保密性原则内涵上应扩展到保护商业秘密不公开,所涵盖的对象在特殊情况下可延伸至可能威胁仲裁中所涉及的商业秘密的第三方。基于资助协议的保密性条款,被资助方在仲裁中仅披露第三方的基本信息即可,无需披露资助协议中的具体内容。

关键词 第三方资助;保密性原则;披露;执行异议

引言

仲裁制度的发展,对当事人提出了更高的法律技术和资金储备要求。为了减轻当事人的资金压力、提高法律技术水平,一批以投资案件为业的第三方资助机构产生。^① 第三方资助一般指在仲裁中由不存在“实际权利和义务的第三方提供用来支付仲裁费用的资金”^② 的行为,为缺乏资金的当事人提供了获得“仲裁正义”的机会。然而第三方资助机构的介入必然要求受资方向其披露仲裁案件信息,甚至仲裁所涉及的商业秘密、贸易

* 沈健,中央财经大学法学院副教授;赵心铭,中央财经大学法学院2022级硕士研究生。

① Jonas Von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure, International Arbitration Law Library, 2016, p.35.

② Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, Netherlands: Wolters Kluwer, 2017, p.4.

活动等敏感信息,这些信息有着被以营利为目的的第三方机构滥用而泄露的风险,这显然对仲裁的保密性造成了冲击。此外,第三方资助机构与仲裁员间可能的利益冲突亦会影响到仲裁的公正性。对此,域外国家和地区在规则制定上对第三方资助机构的信息披露有所规制。然而,由于第三方资助仲裁在我国处于起步阶段,相应规则并不完善。具体而言,受资方向第三方机构披露仲裁案件信息是否违反了保密义务,以及受资助协议中保密条款规制的受资方是否有义务向仲裁庭披露第三方资助机构的存在以及披露的程度,我国现有法律规则对这两个紧密联系问题的回答并不明确。

在全国首例涉第三方资助仲裁的司法审查案件“苏南瑞丽航空有限公司、云南景成集团有限公司等民事执行异议”与“董勒成等与国银飞机租赁有限公司申请撤销仲裁裁决”两案(以下简称“董勒成等与国银飞机租赁有限公司申请不予执行与撤销仲裁裁决案”)中,出于对“利益冲突及透明度的要求”,国银飞机租赁有限公司(以下简称“国银公司”)主动披露了第三方资助的情况,但基于其与第三方资助协议中的保密条款,国银公司未披露资助协议中的具体细节。而对这一事实,瑞丽公司、景成公司和董勒成(以下简称“三上诉人”)认为第三方资助机构参与仲裁违反保密性原则,且第三方资助机构作为上市公司亦有向公众披露仲裁案件有关情况的风险,因此分别向无锡市中级人民法院(以下简称“无锡中院”)^③与北京市第四中级人民法院(以下简称“北京四中院”)^④提出不予执行与撤销仲裁裁决的请求。两法院认为,国银公司主动披露第三方机构的行为充分考虑到了仲裁中的利益冲突回避与透明度规则,且仲裁中的保密性原则仅限于“不公开审理案件”,因此本案中的第三方资助并未违反仲裁的保密性原则,故驳回三上诉申请人的请求。两法院的裁定肯定了“被资助方向第三方资助机构适度披露案件进展并不当然构成对保密规则的违反”这一观点,为今后我国第三方资助仲裁的发展奠定了基础。

虽然从裁判结果来看,法院肯定了第三方资助机构适度参与仲裁的合法性,但是其说理部分仍有两点值得深入探讨的地方。首先,从案例事实上来说,法院认为由于国银公司主动披露了第三方资助机构的存在,并且双方对此充分交换意见,因此第三方资助机构参与仲裁并未违反保密性原则。但对受资方是否负有披露第三方资助机构存在的义务,以及对相关信息应披露到什么程度,法院对此并未说明。另外,受资方与第三方资助机构间亦存在包含保密条款的资助协议,因此资助协议中的保密性规定在受资方向仲裁庭披露第三方资助机构的存在时的拘束力也是一个需要关注的问题,在明确此问题的基础上,方能判断被资助方在仲裁中能否披露第三方的存在以及披露的程度问题。因此,在法院的裁定意见中未充分阐述仲裁保密性原则与资助协议中保密条款之间的关系。其次,从现有规则而言,两法院在分析第三方资助与仲裁保密性之间的关系时,仅将保密性原则解释为“不公开审理案件”,而我国《仲裁法》及相关规则对仲裁保密义务的规定也较

③ 江苏省无锡市中级人民法院(2022)苏02执异14号民事裁定书。

④ 北京市第四中级人民法院(2022)京04民特369号民事裁定书。

为笼统。因此在仲裁保密规则的设置与阐释上,该案也可以为相应规则的完善提供启发。

基于以上两点,本文将以两法院针对第三方资助与仲裁保密性原则之关系的裁定观点为出发点,在此基础上从理论角度分析受资助方向第三方披露仲裁有关内容是否构成对仲裁保密性原则的违背、受资助协议保密条款拘束的被资助方是否应披露第三方资助信息以及披露程度的问题,期望通过本文的分析为第三方资助仲裁在我国的健康发展提供有益参考。

一、背景介绍：域内外第三方资助仲裁的实践梳理

（一）域外实践及相关规则梳理

第三方资助在域外仲裁发展的实践过程中具有复杂性和多样性特征,各个国家和地区对于第三方是否应加入仲裁以及被资助方在仲裁程序中对第三方披露的标准问题亦未达成一致。基于此,为探究第三方资助仲裁中保密条款与仲裁保密性原则的关系,应首先对第三方资助的定义与内涵演变进行梳理。

国际律师协会是第一个针对第三方资助提出指引的权威机构。在其 2014 年出版的《国际仲裁利益冲突指引》(Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration)中,第 6 条(b)款将第三方资助者视为“对于当事人有控制力的法人或自然人”,或与仲裁结果有“直接经济利益”。在之后的各机构或各国各地区的实践中,大多采取了与国际律师协会《国际仲裁利益冲突指引》类似的定义,相关表述如表 1 所示。

我国香港地区由于长期受普通法“禁止助讼及包揽诉讼”原则(the doctrines of champerty and maintenance)影响,第三方资助实践在香港地区曾有一段时间被禁止。而在 2017 年,香港地区终于通过立法承认了第三方资助者的合法地位——在其立法会通过的《有关第三方资助的仲裁和调解条例修订法案》中新增了“第三方资助仲裁”一节,其中明确规定了仲裁中第三方资助不再受到“禁止助讼及包揽诉讼”原则的限制。

表 1 域外第三方资助实践规则

文件名称	与第三方资助相关的条款
国际律师协会 2014 年 《国际仲裁利益冲突指引》	第 6 条(b)款:如果当事人之一是法人实体,则对该法人实体具有控制性影响的任何法人或自然人,或在仲裁裁决中具有直接经济利益的,可被视为具有第三方资助者的身份。
国际商会仲裁委员会 2015 年关于 《国际仲裁裁决成本的报告》	第三方资助者为独立个体,为当事人提供部分或全部资助,并在仲裁胜诉后要求回报。 ^⑤

^⑤ ICC Commission, *Arbitration Report on Costs from December 2015*, <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>, last visited Feb.15, 2023.

文件名称	与第三方资助相关的条款
新加坡国际仲裁中心 2017 年 《第三方资助实践注释》	第三方资助者为对于仲裁结果有着直接经济利益的外部资助者。 ^⑥
香港特别行政区 2017 年 《仲裁条例》	第 98F 条 (c) 款: 资助是由出资第三者提供的; 及提供资助, 是藉此以换取由该出资第三者在限定情况下收取财务利益; 限定情况是假若该仲裁按该资助协议所指属成功者, 该出资第三者方可收取该等财务利益。

由此可见,从定义上来说,域外现普遍将第三方资助机构视为对仲裁结果具有经济利益的非仲裁当事方,其具有独立性和商业性特征。而各地区对第三方参与仲裁的态度也逐渐趋向于支持。由于第三方资助机构具有商业性质,因此面临着出于追逐经济利益而滥用仲裁信息的风险。为规范第三方资助机构在仲裁中的行为,各地区也对第三方资助仲裁中的披露与保密的关系问题进行了规定。

具体而言,为防止第三方资助机构向外界披露仲裁有关信息从而违反仲裁的保密性原则,新加坡律师协会在《实践指南和指导说明》(Practice Directions and Guidance Notes)中建议双方在资助协议中加入保密条款,保护被资助方向出资人披露的仲裁相关文件的机密性。而《贸仲香港第三方资助仲裁指引》第 2.6 条亦规定:“寻求资助的仲裁当事人应考虑与有资助意向的资方或资方的律师达成保密协议,以进一步保护其披露的资料的保密性。”从另一方面来看,为保护被资助方的商业秘密,被资助方与第三方之间的资助协议亦存在着相关保密条款,因此被资助方在仲裁程序中披露第三方资助时也应有所保密。例如,在 Oxus 案中,被资助的申请人 Oxus 仅披露了有关第三方资助者的关键信息,^⑦而在 Eurogas v. Slovakia 案中,仲裁庭仅要求受资助方披露第三方资助者的身份。^⑧

在域外实践中,无论是规则的制定还是仲裁庭的裁决都较好地平衡了第三方资助仲裁中保密性条款与仲裁保密原则之间的关系,为我国第三方资助仲裁的发展提供借鉴。

(二) 我国内地实践及裁判情况

在先前诉讼判例中,“上海 A 公司与上海 B 公司其他合同纠纷案”^⑨涉及了关于是否需要披露第三方资助机构存在之问题的探讨。在该案中, A 公司与 B 公司签订《诉讼投资合作协议》,约定由 A 公司作为投资人,为 B 公司提起的案件支付诉讼费及 C 律所的代理费用,待案件胜诉实现债权后, B 公司向 A 公司支付实现债权额 27% 的投资收益。然而,在整个诉讼过程中, B 公司从未披露作为投资人的 A 公司的存在。法院认

⑥ SIAC, *Third Party Funding Practice Note of 31 March 2017*, <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>, last visited Feb.15, 2023.

⑦ Oxus Gold v. Uzbekistan, UNCITRAL Case, Mar.1, 2012, p.14.

⑧ Eurogas v. Slovakia, ICSID Case No. ARB/14/14, 2015, p.19.

⑨ 上海市第二中级人民法院(2021)沪 02 民终 10224 号民事判决书。

为：“如若诉讼投资关系在标的案件审理中不被披露而始终隐于幕后，对方当事人和法院并不知晓投资方的存在，则申请回避或主动回避无从谈起”，因此，法院以相关人员应当回避而未回避从而违反法定程序为由认定《诉讼投资合作协议》无效。从诉讼的角度来说，被资助方未披露第三方资助机构的存在影响了案件的公正审理——与第三方资助机构构成利益冲突的相关人士无从回避，违反了《民事诉讼法》中的法定程序。从该诉讼案件的判决中可以看出，若在诉讼案件中涉及第三方资助问题，则被资助方需主动披露，否则其与第三方的资助协议会因违反《民事诉讼法》中的法定程序而被判决无效。

由此可见，在“董勒成等与国银飞机租赁有限公司申请不予执行与撤销仲裁裁决案”之前，我国内地的司法实践中从未出现过涉第三方资助仲裁的案件，而理论界对于如何平衡第三方资助仲裁中资助协议的保密性条款与仲裁保密性原则之间关系问题的研究也并不充分。

二、回归本案：第三方资助仲裁司法审查案的基本案情及裁判概要

不同于上文所提到的诉讼案例，在“董勒成等与国银飞机租赁有限公司申请不予执行与撤销仲裁裁决案”中，国银公司在仲裁程序启动时便主动披露了第三方资助机构的存在，为仲裁员提供了申请回避的机会，双方亦在程序中就第三方资助机构的问题展开充分讨论，因此仲裁庭认为国银公司与第三方资助机构间的《资助协议》不构成对仲裁保密性原则的违反。下面，将对本案案情发展及裁判结果进行具体介绍。

（一）第三方资助仲裁案的基本案情

2021年12月7日，中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”）作出〔2021〕CIETACBJ Award No.3191号仲裁裁决，判令瑞丽航空公司因违反与国银公司签订的租赁协议而承担违约责任，云南景成公司和董勒成作为担保人对裁决金额承担连带责任。该裁决作出后，三上诉人认为由于国银公司受IMF Bentham Limited（以下简称IMFB）资助，而贸仲未遵守不公开审理的规定，放任国银公司向外界透露仲裁案件的相关情况，破坏了保密性要求，故向无锡中院申请不予执行仲裁裁决。针对这一诉求，无锡中院认为仲裁的保密性原则是指案件不公开审理，由于在仲裁开始前国银公司主动披露了IMFB资助的有关情况，因此满足了利益冲突的回避与透明度的要求，故驳回三上诉申请人的申请。随后，三上诉人又以同样理由向北京四中院提起撤销仲裁裁决之诉，并进一步认为第三方机构系上市公司，其出于资本流向的公开原则，可能对案涉仲裁结果进行披露，从而违反了仲裁的保密性原则。北京四中院同样认为，仲裁保密性原则限于审理过程的不公开，并进一步指出“不向社会公开”。此外，对于第三方资助机构的仲裁地位这一问题，北京四中院认为第三方资助机构属于“相关人员”，即“仲裁一方当事人公司的决策人员或有重大利益的股东、公司法务工作人员、仲裁庭的秘书等”获知仲裁相关信息不属于违反仲裁保密性的情况。

（二）法院裁定意见之评析

1. 裁定之优势——明确保密性内涵及披露标准

在裁定过程中,两法院均以仲裁审理未对社会公开且现有证据不能证明第三方资助影响仲裁裁决结果为由,分别驳回了三上诉申请人的不予执行和撤销裁决申请。从法院对第三方资助与仲裁保密性原则之关系的分析来看,其首先在定义上对仲裁保密性原则予以规范——将保密性原则限于审理过程的不公开。除此之外,在人员的限定上,法院认为第三方资助机构与公司决策人员、重大利益股东等无异,明确将其限定在具有“封闭性”的特定人员中。法院的这一界定不仅明确了第三方资助机构在仲裁程序中的参与地位,还开创了被资助人向第三方资助机构披露有关仲裁信息不违反保密性原则的裁定规则。其次,从第三方资助仲裁中是否应披露第三方存在及披露程度这一问题来看,两法院的裁定恰当地回应了这一疑问。在本案中,国银公司仅披露了IMFB资助其参与仲裁的基本情况,而这一程度便已满足仲裁的保密性要求。

总之,两法院的裁定肯定了第三方资助在仲裁程序中的合法性,有利于我国仲裁业的多样态发展。当然,由于本案为我国首例涉第三方资助仲裁的司法审查案件,而第三方资助在我国争议解决领域内也刚刚起步,因此法院在裁定说理部分对于保密性原则的内涵以及第三方资助仲裁中披露与保密之间的关系这两部分的阐释都略显不足。

2. 裁定之不足——资助协议中保密条款与仲裁保密性原则之关系阐释不明

从裁定说理部分的事实来看,无锡中院阐释了在仲裁案中披露第三方资助机构的目的在于避免第三方与仲裁相关人员产生利益冲突,而本案中国银公司已经主动披露第三方资助机构的存在,并且双方也就此充分发表意见,因此不构成对仲裁保密性的违反。然而,从披露程度上来说,《资助协议》的内容是否存在冲击仲裁保密性原则的可能,需要进一步讨论。在本案中,三上诉人提到IMFB作为上市公司,其基于《证券法》下的公开规定,亦可能将所资助的案件信息披露给投资人。因此,为保障仲裁裁决过程及结果的保密性,国银公司是否应将其与IMFB所签订的《资助协议》中的相关内容予以披露,对此法院未充分说明。此外,倘若被资助方与第三方所签订的《资助协议》中也涉及保密性条款,那么如何平衡《资助协议》中保密条款与仲裁保密性原则之间的关系问题也值得探讨。

而从现有法律规则的理论层面来说,两法院在裁定时均引用了《仲裁规则》的第三十八条。从第一款来看,其将保密性范围限制于审理过程的不公开;而第二款对可以获知仲裁相关内容的人员作了限定:“仲裁代理人、仲裁员、证人、翻译、仲裁庭咨询的专家和指定的鉴定人,以及其他有关人员”。可见我国《仲裁法》及相关《仲裁规则》对保密性的内涵规定得较为笼统。例如,《仲裁法》第四十条仅作出原则性规定,即“仲裁不公开进行”,而其他涉及仲裁程序与实体的披露行为是否违反仲裁保密性原则,法律上并未明确规定。在人员限制上,现有法律对“其他有关人员”的范围界定也并不明确,第三方资助机构是否属于该范围在理论上也值得讨论。此外,目前我国法律与相关规则均未禁止第三方资助机构参与仲裁,亦未对第三方资助是否违反仲裁保密性原则进行规

定,在法律规范层面存在空白。

总之,两法院的裁定意见都确认了第三方资助机构的仲裁准入性,肯定了在仲裁过程中主动披露第三方资助机构的合法性及合理性,认为第三方资助机构参与仲裁没有违反仲裁保密性原则。此外,其还对仲裁保密性原则的内涵予以细化阐释。两法院的裁定有利于第三方资助在我国仲裁行业中的发展。然而,美中不足的是,法院并未对如何平衡仲裁保密性与资助协议中保密条款的关系进行讨论,从规则层面来看,我国现有法律对保密原则以及第三方资助的规定也较为笼统。基于此,笔者将在下文中从实践部分讨论如何平衡资助协议中的保密条款与仲裁的保密性原则之间的关系,并在理论上对于如何完善仲裁保密性原则与披露规则提出建议,从而充实法院的论证逻辑,为第三方资助仲裁行为在我国的发展提供指引。

三、披露问题之确认：基于第三方资助机构性质与仲裁保密性内涵的双重考量

（一）资助协议保密条款对披露的让步——基于第三方资助机构的性质

本案例中,法院支持了国银公司的观点,认为第三方资助机构属于《仲裁规则》第三十八条规定的“其他有关人员”。此外,由于国银公司已主动披露了第三方资助机构的存在,因此基于上述两点,法院认为第三方资助机构知悉仲裁程序与实体的相关内容未违反仲裁的保密性原则。然而,从第三方资助机构的性质及其在仲裁中的程序地位上来看,其参与仲裁程序具有一定的合理性,但是作为商业性质的营利性机构,第三方资助机构亦存在着将仲裁有关信息向外界披露的风险。此外,被资助方披露第三方资助的存在还有利于避免后者与仲裁员等其他仲裁参与者的利益冲突,从而保障仲裁裁决结果的公正性。

1. 机构性质：商业性对保密原则的冲击

从第三方资助机构的性质看,如上文所述,第三方资助机构以仲裁的裁决结果为投资对象,是独立于仲裁程序外但却对仲裁结果具有经济利益的非仲裁当事方。其作为商业性质的营利机构,主要通过投资可能胜诉的仲裁案件来获取收益。^⑩这一行业的兴起根植于国际仲裁费用的逐渐增高。在有些案件中,仲裁的花费甚至超过诉讼,资金的压力或许会成为当事人不愿启动仲裁程序的原因之一。英国皇后玛丽大学国际仲裁学院的调查结果显示:“80 个被申请人中有 70 人认为费用在他们的顾虑中排在前三名,其中 50% 的被申请人将费用作为他们的首要顾虑。”^⑪而对于投资仲裁来说,当事人参与仲裁

^⑩ William Park & Catherine A. Rogers, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, in Penn State Law Legal Studies Research Paper Series, 2018, p.3.

^⑪ Queen Mary School of International Arbitration, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practice*, International Arbitration Survey, 2006, p.319.

的成本更是高昂。据统计,在国际投资仲裁中,当事人参与仲裁所需花费的服务费用总额平均超过 1100 万美元。^⑫由此可见,在国际仲裁中当事人会因为高昂的费用而对这一争议解决方式望而却步。

反观我国现状,为响应国家鼓励群众通过仲裁来维护自身合法权益从而促进社会稳定的政策,各仲裁机构纷纷对仲裁费用进行减免。例如,贸仲在疫情期间按照《仲裁规则》对小额案件减收 30% 的仲裁费,而上海仲裁委员会亦对受理费和处理费按照所适用规则的 90% 收取。^⑬而从 2022 年各仲裁机构的年度报告中可以看出,提交仲裁的案件平均金额一般在 1-3 千万元之间(例如,贸仲平均个案金额为 3105.73 万元(如无特指,均指人民币),北京仲裁委员会为 1152.3 万元),而仲裁费通常不超过 10 万元(以贸仲仲裁费计算规则为例,争议金额在 2 千万至 4 千万之间的,仲裁费为 88000 元+争议金额 2 千万以上部分的 0.2%)。^⑭但是,通过统计我国第三方资助机构的性质可以发现,其作为公司制企业,营利依旧是第三方资助机构参与仲裁的主要原因。例如,鼎讼投资有限公司单年投资的诉讼案件标的额达 61 亿元,而帮瀛诉讼投资的案件标的额高达 1584.3 亿元。

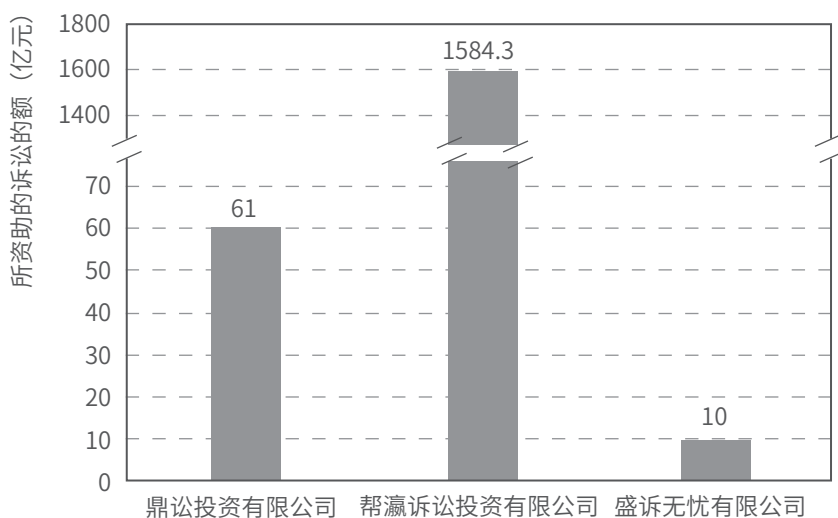


图 1 第三方资助投资案件标的额情况

因此,为保障机构利益最大化,在投资之前第三方资助机构往往需要对案件的基本情况开展尽职调查。具体而言,第三方资助机构对案件的调查一般分为事前与事中两个

^⑫ Allen & Overy, *Investment Treaty Arbitration: Cost: Duration and Size of Claims All Show Steady Increase*, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/investment-treaty-arbitration...>, last visited Jan.30, 2023.

^⑬ 刘郁武、吕梦丹、李松原:《助企纾困,仲裁机构最新减收仲裁费措施盘点》,载“金杜研究院”微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/KjcsNQUDekG3GrYRDGY-dg>,最后访问时间:2023 年 1 月 30 日。

^⑭ 靳朝晖:《仲裁收费》,载“律仲空间”微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/TRI8mfyDTadNC-YPo2ZR2A>,最后访问时间:2023 年 1 月 30 日。

阶段。在事前阶段,第三方资助者通过了解案件事实、仲裁庭的组成、案件持续期限等情况来判断是否为当事人提供资金支持,即是否要选择投资该案件。而在事中阶段,即仲裁程序进行过程中,第三方资助机构仍需要被资助方向其披露双方提交的证据材料、质证意见等内容,从而了解案件的发展情况。可以说,第三方资助机构的参与贯穿着整个仲裁过程,其对仲裁程序及实体内容均十分了解,因为只有这样,资助机构才能根据案件的走向来实时调整策略,帮助被资助方赢得案件,从而获取商业利益。

此外,由于第三方资助机构的运营需要依靠其投资案件的胜诉,因此为保障机构持续盈利,资助方有不当利用仲裁信息的风险。在投资类似案件时,第三方资助机构可能会利用先前投资案件所获取的相关信息来帮助后续案件的被投资者胜诉。而当双方间的争议涉及特定专业领域时,反复出现的事实及法律适用更是助长了资助方通过利用先前掌握的仲裁信息来帮助后续案件胜诉的行为。^⑮例如,在知识产权领域,其不仅涉及高度敏感信息,且争议对象及事实多有重复,在这种情况下,资助机构可能会为了赢得案件从而获取利益而向被资助方披露其先前参与过类似案件的事实。^⑯

由于第三方资助机构的商业营利性性质,让其参与仲裁会产生非法利用仲裁相关信息的风险,因此,为保障当事方的权益,被资助方需在仲裁程序中对第三方资助的事实进行披露,给予对方充分发表意见的机会。^⑰

2. 公开风险: 基于上市公司的考量

当然,若第三方资助机构为上市公司,还存在着向投资者披露仲裁案件有关信息的风险。对于上市公司而言,它们需要向投资者披露公司运营的有关信息,从而帮助其作出投资判断。在本案中,三上诉人向北京四中院提出撤销仲裁裁决的申请时曾表明IMFB系上市公司,其基于上市公司的特点可能会将获取的案件信息披露给投资者,从而违反了仲裁的保密性原则。

然而,从性质上来看,上市第三方资助机构依旧属于商业营利性机构的范畴,因此被资助方亦需在仲裁中主动披露其资助行为,对于如何平衡投资者对上市机构资金流向的知情权与仲裁的保密性原则之间的关系这一问题,笔者将在下文对披露程度的讨论中展开论述。

3. 利益衡量: 披露对裁决公正性之影响

第三方资助机构作为以投资仲裁裁决结果为对象的非当事方,其参与仲裁程序时出于营利目的必然会对仲裁结果产生影响。因此,为保障裁决结果的公正性以及仲裁员的独立性,被资助方亦需主动披露第三方资助仲裁的行为。

具体而言,仲裁员的独立性和公正性直接影响着仲裁程序和裁决结果是否具有公正性和公信力。联合国贸易法委员会规定,某人在被指定为仲裁员之前,需要向秘书处

^⑮ 徐树:《国际投资仲裁的第三方出资以及规则》,载《北京仲裁》2013年第84期,中国法制出版社,第49页。

^⑯ 瓮洪洪:《接近正义与知识产权诉讼第三方资助》,载《知识产权》2018年第5期,第52页。

^⑰ 陆莹:《国际仲裁中第三方出资的披露问题研究》,载《北京仲裁》2018年第4期,中国法制出版社,第223页。

提交关于独立性和公正性的证明,并且如果存在可能引起怀疑的情形,仲裁员还需要提供书面说明。^⑮在第三方介入的情况下,仲裁员可能与第三方机构存在合作的关系,例如曾担任第三方资助机构法律顾问等,在此情况下,仲裁员需要主动披露并且回避从而保证仲裁的公正性。对此,《国际仲裁利益冲突指引》根据利益关联程度的不同,还“将仲裁员和当事人、第三方资助者之间的利益冲突情形分成了不可弃权的红色清单(Non-Waivable Red List)、可弃权的红色清单(Waivable Red List)、橙色清单(Orange List)与绿色清单(Green List)”^⑯四种情形。其中,当仲裁员在审查发现其与第三方资助者存在不可弃权的红色清单列明的利益冲突情形时,应该拒绝接受指定。^⑰然而,仲裁员的披露与回避义务建立在其知悉存在第三方资助的前提之上,因此被资助方应主动披露第三方资助行为的存在,从而保障仲裁员的独立性与裁决结果的公正性。

(二) 仲裁保密性原则对披露的让位——基于保密性原则的核心内涵

1. 保密性原则的内涵

在本案中,两法院均将仲裁的保密性原则解释为“审理过程的不公开”,而北京四中法院又在此基础上进一步阐述不公开是指不对社会公众公开。然而,如上文所述,第三方资助机构在参与仲裁的过程中势必需了解仲裁的相关内容以及相对方的有关信息,因此被资助方向第三方披露仲裁过程、案件材料以及裁决结果等信息是否构成对仲裁保密性原则的违反值得讨论。在此之前,应先对仲裁的保密性原则进行概念上的界定。

保密性通常被认为是仲裁有别于其他争议解决方式的优势所在。Von Goeler认为,国际仲裁的保密性原则一般指“仲裁协议各方、仲裁员、仲裁机构、律师和其他相关人员不向非当事人透露与仲裁有关的信息”,^⑱这些信息包括仲裁庭的组成、仲裁过程中双方提交的非公开材料、仲裁员的合议记录以及仲裁庭作出的最终裁决等。

仲裁保密的目的在于保护敏感的商业信息。在仲裁发展之初,商人们选择这一争议解决方式不仅希望快速高效地解决双方之间产生的争议,更希望裁判方将案涉信息保密,从而避免竞争对手因获知过多信息引发的模仿效应而导致其商业利益受损。例如,在涉及具有专业性和信息敏感性的知识产权领域,世界知识产权组织(WIPO)规则中明确规定在没有违约规则或当事方签订的协议来规范保密义务时,一方可以请求仲裁庭来发布保护令,就仲裁中提交的特定材料的保密范围和程度作出规定。^⑲由此可见,仲裁保密性原则的核心在于不向外界披露当事方的敏感信息。因此,在衡量仲裁保密性原则背后的利益与被资助方向第三方披露仲裁相关信息的权利时,应明确被资助

^⑮ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Part III, Non-Waivable Red List, p.20.

^⑯ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6 ed., Oxford University Press, 2015, p.187.

^⑰ 张晓萍:《论国际商事仲裁第三方资助信息披露机制》,载《国际经济法学刊》2021年第2期,第139页。

^⑱ Von Goeler, Chapter 8: Confidentiality in International Arbitration Proceedings and Third-Party Funding, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure, 2016, p.304.

^⑲ WIPO Rules, Art.54, 76.

方有权向第三方披露有关仲裁信息,然而应限制第三方基于此再向外界披露案件中敏感信息的行为。

2. 仲裁保密性原则对披露的限制

由于保密性原则的内涵在于不向外界披露敏感信息,而第三方资助机构又具有商业性质,因此在仲裁程序中,被资助方需披露第三方的存在,从而保障当事人对双方间的仲裁信息有可能向外界泄露这一事实充分发表意见的权利。在此基础上,参与仲裁的双方当事人亦可对第三方资助机构向外披露的内容及程度进行限制。

虽然第三方资助机构不属于仲裁程序中的当事人,因此从理论上说其不受仲裁保密性原则的约束,但是在司法实践中也有不同观点,如德国认为如果第三方资助机构与被资助方之间达成了保密协议,而第三方违反了该协议中的保密义务,那么可以推定第三方披露仲裁信息的行为构成对保密性原则的违反。^{②③}除此之外,若第三方通过资金资助来迫使被资助方参与仲裁,违背了其主观意志,那么在这种情况下,第三方对仲裁相关信息的披露同样可以被认为违反仲裁的保密性原则。在上述两种情况中,被资助方更应主动披露第三方机构的资助行为,从而维护仲裁的保密性原则。

3. 仲裁保密性原则对披露的让位

对于被资助方而言,上述部分论述了其在仲裁程序中披露第三方资助行为的必要性,从而在遵守仲裁的保密性原则的同时确保裁决结果的公正性。然而,对于被资助方与第三方这一关系来说,其向第三方披露仲裁相关的内容同样具有合理性。

从保密性原则的内涵来看,其核心在于不向外界披露仲裁中出现的涉及双方的敏感信息。而就现行法律规制而言,我国立法中亦未对商事仲裁保密范围做出明确的界定。由此可见,保密性并非严格的私密性,不能因维护仲裁的保密性而绝对化地限制被资助方向第三方披露仲裁的相关内容。

在评估案件事实和监测仲裁程序进展的过程中,向第三方资助者披露信息对于当事人获得资助是不可避免的,这是当事人获得第三方资助进而获得公平裁决的必要前置条件。为执行仲裁中的保密义务而禁止向第三方资助者披露案件信息有违第三方可期待的利益,可能导致仲裁正义无法实现,在实际中也不具备可操作性。就此,多数国家或地区的仲裁法和各仲裁规则均规定法律所要求的信息披露是仲裁保密义务的例外。^{②④}例如《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第45.3条(e)款规定,仲裁一方以接受或寻求第三方资助仲裁为目的向他人公布、披露或传送信息并不违反保密义务,披露成为了保密协议拘束范围的“例外”。《贸仲香港第三方资助仲裁指引》指出,受资方可以与第三方达成针对披露仲裁信息的保密协议,以进一步保护其披露资料的保密性。

由此可见,被资助方向第三方披露有关仲裁内容并不构成对保密性原则的违反,而

^{②③} International Law Association, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, p.17.

^{②④} Australian Arbitration Act 1974 (as reformed 2011), s.23D(9); Hong Kong Arbitration Ordinance 2011, s18(2)(b); Scottish Arbitration Act 2010, Rule 26(1)(C); SIAC Rules, Art.35(2)(d)(e); WIPO Rules, Art.75(a); LCIA Rules, Art.30(1) (“legal duty”); Swiss Rules, Art.44(1)(same); CEPANI Rules, Art.25 (same).

本案中两法院的裁定也认可了这一点——“在现有仲裁规则未禁止第三方资助机构资助仲裁当事人参与仲裁时,第三方资助机构与一方当事人建立资助关系,并不违反仲裁保密规则。”这一裁定有利于促进第三方资助仲裁在我国的发展。

四、披露程度之探讨:基于保密性条款与公共利益的合理披露

出于对仲裁保密性的考虑以及对裁决结果公正性的考量,当仲裁程序中出现第三方资助的情况时,被资助方应主动披露第三方资助机构的有关情况。但是,“在披露第三方资助信息时,不能要求全面披露资助协议的具体内容,否则将会大大减少第三方出资者的投资优势,阻碍新产业的发展。”^{②⑤}因此,依据比例原则与最小侵害的要求,在被资助方披露第三方资助相关信息为实现仲裁公正所提供的参考时,不能过度损害第三方资助机构对自身商业秘密、运作模式等敏感信息的保密需求。

此外,若第三方资助机构为上市公司,其在对投资者披露仲裁案件的相关内容时也应受到仲裁保密性原则的规制。

(一) 披露的范围规制:基于资助协议的保密性

在被资助方与第三方签订的《资助协议》中,双方通常会特别约定一项保密条款,禁止将资助关系对外披露给任何第三方。双方在《资助协议》中约定保密条款的原因在于,对于被资助方而言,其需要保障涉及当事人纠纷的相关情况不被第三方机构向他人公开;而对于第三方资助机构来说,它也需要通过保密条款来明确其商业运作模式及商业秘密不会通过被资助人而向仲裁庭、对方当事人等披露。由此可见,第三方资助具有私密性的特征。对于基于双方当事人意思自治的仲裁而言,第三方资助行为的保密性与仲裁的保密性特征均希望将具体事实限定于协议当事方之间,因此从理念上看二者具有相似之处。然而,在实践中尽管《资助协议》中可能包含“禁止将资助关系对外披露给第三方”的保密条款,但是为保障仲裁程序及裁决结果的公正性,避免因第三方资助机构参与仲裁从而和仲裁员构成利益冲突这一事实所导致的仲裁裁决被撤销的情况发生,被资助方有必要在仲裁程序启动时披露第三方资助行为的存在。当然,为平衡《资助协议》中的保密性条款与仲裁的披露规则之间的关系,被资助方在向当事方与仲裁庭披露第三方资助机构的有关情况时,应有所限制地对第三方资助情况进行披露。例如,在 *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan* 案中,^{②⑥}原告就拒绝被告提出披露经济状况的要求,其原因在于原告担心披露后仲裁员知道第三方资助的存在进而质疑原告存在滥诉的可能。而在本案中,国银公司也表明其与IMFB所签订的《资助协议》中包含保密条款,因此其无义务“开示第三方资助协议”。

总之,建立披露制度并不意味着第三方资助者和受资助者的“透明化”,建立披露

^{②⑤} 陈婕、刘天姿:《第三方资助仲裁之披露义务规则探析》,载《海关与经贸研究》2021年第2期,第83页。

^{②⑥} *Oxus Gold v. Uzbekistan*, UNCITRAL Case, Mar.1, 2012, p.63.

制度的目的在于减少第三方资助对仲裁程序的不利影响,披露范围应当受限于这一目的面向。^{②7}

(二) 披露的内容探讨: 基于投资者知情权与仲裁保密性的博弈

对于上市公司来说,它们需要向投资者披露公司运营的有关信息,从而帮助其作出投资判断。国际法协会在建议的仲裁保密条款范本中规定:“一方可在法律或证券交易所规则要求的披露范围内披露保密信息。”^{②8}可以说,第三方资助机构向投资者披露信息所保护的是投资者的知情权,确保其明确资金的流向。基于此,为保障资本市场的透明度以及维护公共利益,笔者认为在第三方向公众披露所保护的投资者的知情权利益与仲裁保密性原则所保护的商业利益中,资金流向的透明度应该高于仲裁的保密性。有学者认为,“资本市场缺乏透明度,从而导致的投资者对上市公司财务状况的错误信息判断所造成的后果比仲裁中双方违反保密原则更严重。”^{②9}当然,在具体实践层面,为平衡公开与保密之间的关系,第三方在向投资者进行披露时可以对与投资决策无关的案件信息作隐匿化处理。例如,在上市诉讼出资人 Juridica Investments Limited 向公众公开的年度报告中,将当事人的具体信息隐去,仅公开了如下内容:“在第 1610 号案件中,仲裁庭作出了标的额为 400 万美元的有利于我方的仲裁裁决。虽然 JIL (Juridica Investments Limited) 已从和解中收回了 400 万美元的现金收益,但该公司准备从其在美国煤矿的担保权益中获利,这是对不利诉讼结果的交叉担保对冲。公司预计在未来 12 至 24 个月内通过出售该抵押产品来获得更多收益。”^{③0}

总之,在上市第三方披露仲裁信息时,可以将涉及当事方商业秘密的关键信息隐去,但是在原则上以公共利益为目的的披露优先于仲裁的保密性原则。^{③1}

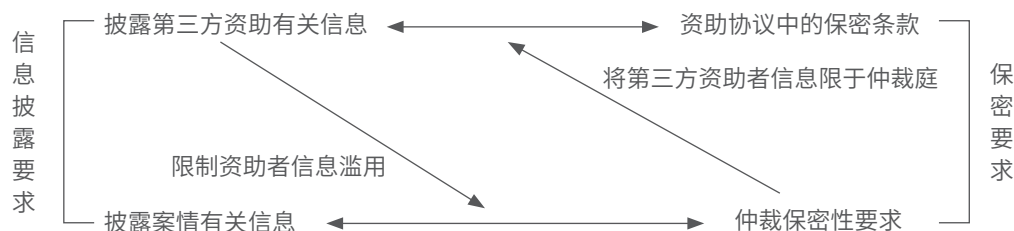


图2 信息披露要求与保密要求间的平衡^{③2}

^{②7} 参见周艳云、周忠学:《第三方资助国际商事仲裁中受资方披露义务的规制——基于“一带一路”视闻》,载《广西社会科学》2018年第2期,第103页。

^{②8} International Law Association, Confidentiality in International Commercial Arbitration, model arbitration confidentiality clause [C](3).

^{②9} Fages, Rev. Arb. (2003) 5, 25. From a consent perspective, one may add that there can hardly be any legitimate expectations to keep arbitration confidential if one agrees to arbitrate with a listed company.

^{③0} Juridica Investments Limited, Annual Report & Accounts, 2013, p.11.

^{③1} 孙瑞丹:《国际商事仲裁第三方资助规制初探》,载《区域与全球发展》2019年第5期,第35页。

^{③2} 陈婕、刘天姿:《第三方资助仲裁之披露义务规则探析》,载《海关与经贸研究》2021年第2期,第85页。

五、前瞻展望：对我国商事仲裁披露规则与保密规则的完善建议

（一）对披露规则的完善建议

在本案中,对于被资助者向当事方及仲裁庭披露有关第三方资助行为的程度这一问题,法院在说理部分并未予以充分阐释,仅仅以“国银公司主动披露第三方资助……贸仲委在此程序上并无违反《仲裁规则》之处”为由而肯定了第三方资助的行为。而对于三上诉人所提出的“IMFB作为上市公司,其亦有将仲裁内容披露给投资者的风险”这一事实,法院亦未进行评述,也未对第三方向公众披露仲裁内容的程度问题展开分析。

然而,纵观我国《仲裁法》及内地相关规则,仅《贸仲国际投资争端仲裁规则》中提到了有关披露程度的规定。其在第二十七条第2款中明确被资助方应将“第三方资助安排的事实、性质、第三方的名称与住址,书面告知对方当事人、仲裁庭及管理案件的投资争端解决中心或香港仲裁中心。”由此可见,在我国《仲裁法》及内地相关规则中,对第三方资助机构的披露程度问题的规定并不完善。

反观域外,从规则上来看,香港国际仲裁中心仲裁规则指出,受资助方应及时披露第三方资助者的存在及其身份。《贸仲香港第三方资助仲裁指引》中亦指明,对受资方而言,第3.1条规定:“受资方与资方在达成资助协议后,应毫不迟延地将达成资助协议这一情况和资方的姓名或名称告知贸仲香港仲裁院、仲裁庭和其他各方当事人”。而新加坡《法律职业(职业道德)规则》则要求,无论第三方资助存在于仲裁程序启动之前或之后,律师应向当事人、仲裁庭和仲裁机构披露“任何第三方资助协议的存在”以及“参与提供仲裁费用的任何第三方出资人的身份和地址。”而在司法实践中,由于不同的仲裁规则对披露的内容规定有所差别,因此大多由仲裁庭依据各个案件事实独自裁定。例如,在Eurogas v. Slovakia案中,^{③③}仲裁庭仅要求受资助方披露第三方资助者的身份。在Guaracachi v. Bolivia案中,^{③④}虽然仲裁庭已知晓第三方资助的事实,但其认为该资助并不存在利益冲突,因此拒绝对方当事人要求披露资助协议内容的请求。同样,在South American Silver v. Bolivia案中,^{③⑤}仲裁庭仅要求披露第三方资助者的身份,而拒绝披露资助协议的内容,认为协议内容对案件审理并无关系。相反,在Oxus Gold v. Uzbekistan案^{③⑥}以及Sehil v. Turkmenistan案^{③⑦}中,仲裁庭则要求受资助的当事人同时披露第三方资助者的身份以及资助协议的内容。对此,仲裁庭在Sehil案中解释道,若不披露第三方资助的具体内容,可能会对另一方当事人产生不公,因为第三方资金的介入会增加仲裁的成本,延长仲裁审理的期限,倘若中途第三方资助者退出,原本已经经济拮据的受资助方会

^{③③} Eurogas v. Slovakia, ICSID Case No.ARB/14/14, 2015, para.69.

^{③④} Guaracachi v. Bolivia, PCA Case No.2011-17, Procedural Order No.13, Feb.21, 2013, p.13.

^{③⑤} South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No.2013-15, Jan.11, 2016, p.8.

^{③⑥} Oxus Gold v. Uzbekistan, UNCITRAL Case, Mar.1, 2012, p.80.

^{③⑦} Sehil v. Turkmenistan, ICSID Case No.ARB/12/6, Jun.12, 2015, p.29.

立刻陷于困境,如此一来,即使另一方当事人最终胜诉,不仅索赔诉求会因为受资助方无钱支付而难以实现,其参与仲裁的成本也会因为先前第三方资助者的参与而大幅提高,造成难以预计的损失。

从域外现有规则及裁判来看,虽然不同规则及裁判对于是否需要披露第三方资助协议的内容意见不一,但就披露第三方资助者的身份达成了共识。结合我国内地的仲裁实践,由于第三方资助机构在我国的发展刚刚起步,且在本案中两法院均肯定了第三方资助机构参与仲裁的合法性,因此在规制披露程度这一问题时,应充分权衡资助协议的保密义务与仲裁正义的公开要求间的关系,仅对第三方资助的存在及其具体的身份、住址信息等内容进行披露即可,在满足对方当事人及仲裁庭知情权的同时,便于其查明是否存在利益冲突等问题,必要时在个别案件中被资助方应根据仲裁庭的指令披露第三方资助协议中的部分条款。

除此之外,对于限制第三方资助机构向他者披露仲裁案件情况程度的这一问题,可以借鉴域外实践中的有关规定。《香港法典》规定:“投资者必须遵守与仲裁和融资协议有关的所有信息和文件的保密和特权。”^{③8}而新加坡仲裁员协会在《第三方出资人指南》中亦明确,禁止出资人向被资助方的法律从业人员披露可能构成违反特权或从业人员保密义务的信息。^{③9}

结合上述实践,笔者认为可以在我国内地的仲裁规则中加入限制第三方披露内容的规定,例如若第三方机构为上市公司,则其向公众披露的信息应为帮助公众进行投资判断所必须的,而其他涉及仲裁过程的信息则应匿名化处理。

(二) 对保密规则的内涵扩展

回到“董勒成等与国银飞机租赁有限公司申请不予执行与撤销仲裁裁决案”中来看,两法院在概念辨析这一层面上认为第三方资助机构属于具有封闭性的“其他相关人员”的范围,因此可以获知仲裁的相关信息。此外,根据现有《仲裁法》及《仲裁规则》,所谓保密性是指仲裁审理过程的不公开。基于上文分析,笔者认为应该进一步明确《仲裁法》及《仲裁规则》中的保密性内涵。具体而言,应将“仲裁不公开进行”这一笼统性概述扩展为涉及商业秘密及特殊领域的文件、材料、审理过程以及裁决文书等不向社会公开,只有这样才能最大化地保障当事人的商业秘密和贸易活动不会因在解决纠纷中被泄露,也不会因为诉诸仲裁而失去应有的商业机会、市场信誉、信息资源和业务前景等。此外,虽然仲裁协议具有相对性,仲裁中的保密性原则仅限于参与仲裁的当事方,但是当涉及第三方资助机构向公众披露仲裁案情的情况时,笔者认为亦有必要对“当事方”采取更加宽松的定义,即将保密性原则所涵盖的对象延伸至可能威胁仲裁中所涉及的核心商业秘密的第三方。

^{③8} Chiann Bao, *Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter*, Journal of International Arbitration, 2017, p.390.

^{③9} SI Arb Guidelines (n 29) [5.2].

结 语

在我国首例涉第三方资助仲裁的司法审查案件中,两法院开创性地肯定了第三方资助仲裁的合法性,认为由于国银公司主动披露了第三方资助的情况,因此不构成对仲裁保密性原则的违反。然而,由于这一模式在我国刚刚起步,不仅在学理上缺少对第三方资助协议中保密条款与仲裁保密性原则之关系的探讨,而且在实践层面也缺乏规制被资助人与第三方的披露义务及披露程度的有关规则。此外,现有《仲裁法》及《仲裁规则》也存在对保密性内涵阐释过于笼统的弊病,导致法院在解释保密性原则时仅将其限于“审理过程的不公开”。

对于第三方资助机构而言,其参与仲裁具有促进司法公正的可及性、缓解当事人资金压力等优势,然而,为确保仲裁中所涉及的商业秘密不被第三方资助机构所泄露以及裁决的公正性,被资助方需要主动披露第三方资助的存在。而在披露程度上,被资助方基于资助协议的保密条款无需将资助协议的全部内容予以披露,而作为上市公司的第三方资助机构也不能将有关仲裁案情的所有信息向投资者披露。

由此可见,在讨论第三方资助仲裁中的保密条款与保密性原则的关系时,应充分考虑仲裁保密性原则内涵、资助协议中的保密条款以及披露所保护的利益等内容,从而达到保密性与披露信息的平衡。在规范披露范围及程度的规则中,可以参考新加坡、中国香港等国家和地区的实践做法。但是,我国内地第三方资助机构有其独特的成长模式,因此如何建立一套中国特色的第三方资助规范体系、平衡其披露与保密之间的关系,从而推动我国仲裁行业同国际接轨,成为今后我们需要研究的重要课题。

Abstract: In the two cases of “Dong Lecheng et al. 's application for non-recognition and enforcement of arbitration Award with Bank of China Aircraft Leasing Co., LTD.”, both courts agreed that the so-called confidentiality of arbitration is “not open to the outside world”, and since CDB Leasing has voluntarily disclosed the relevant information of a third party, thus meeting the requirements for transparency of arbitration, it was concluded that the third-party financing in the case did not violate the confidentiality principle of arbitration. Thus, they rejected their claims of non-recognition and enforcement of arbitration award respectively. The court’s ruling confirms that the third party financing organization’s participation in arbitration doesn’t necessarily violate the confidentiality principle, and is conducive to the development of the third party financing arbitration in our country, but it also raises discussion of the relationship between the confidentiality principle of arbitration and the confidentiality clause of financing agreement. From the existing rules, the interpretation of confidentiality principle is slightly narrow, and does not standardize the disclosure rule of third-party financing arbitration. By drawing insights from this case and experiences in

other countries, the scope of the arbitration confidentiality principle should be broadened. This extension aims to safeguard the confidentiality of trade secrets, encompassing potential threats to the involved trade secrets from third parties under special circumstances. Based on the confidentiality clause of the funding agreement, the funder can only disclose the basic information of the third party in the arbitration.

Keywords: third-party funding; principle of confidentiality; disclosure; objection to execution

(责任编辑: 许天舒 外审专家: 王海峰)

股东派生纠纷双轨制救济模式的批判与转型

张世超^{*}

内容提要 股东派生纠纷是仲裁嵌入公司治理的关键环节。自仲裁法修订以来,我国的股东派生纠纷解决模式呈现出由股东派生仲裁的单轨制模式向双轨制模式发展的范式转型。“或裁或诉,诉裁并行”的双轨制救济模式,虽有可能被解读为赋予了公司股东提起派生仲裁或诉讼的程序选择权,但并未有针对性地弥合股东派生仲裁与股东派生诉讼在制度供给上的断裂。此外,该模式还存在纠纷主管碎片化、加剧矛盾裁判、诱发主管竞择行为等潜在风险,难以切实保障股东权益。有鉴于此,股东派生仲裁制度的转轨应着力于缩减诉讼与仲裁程序的结构差异,强化仲裁程序保障的制度措施,加强仲裁立法与机构规则的协同互补。

关键词 股东派生仲裁; 股东派生诉讼; 股东代表诉讼; 公司治理; 股东诉权

引言

股东派生纠纷的双轨制救济模式是指在公司与交易相对方之间签订的外部合同中订有仲裁协议时,该仲裁协议的效力并非当然拘束公司股东,而是允许股东自主选择向法院提起股东派生诉讼或向仲裁机构提起派生仲裁。^①在商业实践中,公司与外部第三方主体签订基础合同时,仲裁条款通常作为争议解决条款嵌入其中。然而,受协议相对性影响,公司股东作为非仲裁协议相对方往往不受其拘束,亦无法启动仲裁程序或作为当事人参加仲裁。当公司外部交易侵损公司利益,而董事会、监事会又怠于履行监督职能时,公司股东(尤其是中小股东)受限于仲裁协议的相对性,往往难以直接寻求仲裁救济。

为解决上述问题,既有理论多关注微观层面上仲裁协议的主体范围扩张,^②亦有学者从股东派生纠纷的可仲裁性切入,论证了股东派生纠纷符合我国纠纷可仲裁性的一般

* 张世超,清华大学法学院 2021 级博士生。

① 朱逸安:《论股东派生争议的“双轨化救济”——兼评〈仲裁法征求意见稿〉第 25 条》,载《湘江青年法学》第 7 卷,第 47 页。

② 参见林一飞:《试论派生仲裁请求权》,载《国际商法论丛》2002 年第 4 卷,第 618-620 页;毛海波:《股东代表仲裁的理论探析与制度架构》,载《仲裁研究》2010 年第 4 期,第 2-3 页;韩健:《当议派生仲裁请求权和代位仲裁请求权》,载《中国国际私法与比较法年刊》2001 年第 4 卷,第 557-564 页。

化标准。^③此外,针对股东派生仲裁的可仲裁性问题,既有研究认为股东派生仲裁并不违反司法的专属管辖,不属于不可仲裁事项,进一步为股东派生仲裁的证立扫清了障碍。^④相关研究不仅在立法阙如的情况下提供了处理股东派生仲裁的“权宜方案”,而且为股东派生仲裁制度的法定化打开了局面。^⑤本次仲裁法修订,立法者有意推进股东派生仲裁法定化之进程,并于《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《仲裁法征求意见稿》)第25条设置了股东派生仲裁的专门条款,在仲裁嵌入公司治理的道路上可谓迈出了坚实一步。然而,《仲裁法征求意见稿》第25条虽规定公司、合伙企业与对方当事人签订的仲裁协议对提起仲裁申请的股东有效,但并未明示股东派生纠纷的仲裁救济是否具有排他性,从而为股东派生诉讼与仲裁“双轨并济、诉裁自择”的救济模式创设了解释空间。^⑥在公司与相对方订有仲裁协议的情况下,双轨制救济模式是否是我国股东派生纠纷救济模式的最优解?该模式能否解决目前股东派生纠纷司法救济的潜在弊病?若否,我国股东派生仲裁的救济模式又应如何搭建?本文拟对上述问题作出初步回应。^⑦

一、股东派生纠纷双轨制救济模式的生成逻辑

(一) 股东派生仲裁单轨制救济模式的历史形成

股东派生纠纷双轨制救济模式究其实质是在股东派生仲裁的单轨制救济渠道之外,赋予股东提起派生诉讼的程序选择权利。如欲探寻其制度形成之路,就不得不追溯股东派生仲裁在我国的发展历程。

股东派生仲裁与我国改革开放后外向型经济的发展格局相伴相生。1992年邓小平同志南方讲话之后,外商直接投资(FDI)成为我国利用外资的主要形式。外资利用的主要形式包括通过一系列的股东协议安排设立中外合资、合作企业。在履行投资合同及相关合同的过程中,投资者之间利益格局和分配不平衡,一旦公司内部治理机制失灵,就需要通过诉讼或仲裁等公司外纠纷解决机制解决公司内部纠纷。鉴于上世纪90年代我国法律制度处于发展完善期,相关体制机制尚未健全,立法鼓励外商投资企业将仲裁作为争议解决方式。^⑧这些合资、合作协议中通常会嵌入仲裁条款,约定合同履行过程中产

③ 可仲裁性的一般化标准包括以下三个方面:(1)争议涉及财产权益;(2)争议发生于平等主体之间;(3)当事人对争议事项有处分权或争议事项具有可和解性。丁丁、潘方方:《论股东派生争议的可仲裁性》,载《法律适用》2010年第7期,第37-38页。

④ 张贝:《从股东代表诉讼看股东代表仲裁》,载《仲裁研究》2008年第3期,第29页。

⑤ 宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第171页。

⑥ 吴侦凡:《论股东派生仲裁制度的完善——兼评〈中华人民共和国仲裁法〉(征求意见稿)第25条之规定》,载“天同诉讼圈”微信公众号,最后访问时间:2023年11月30日。

⑦ 本文主要以封闭公司为主要讨论对象。受篇幅所限,本文不再对合伙企业单独探讨。封闭公司的主要特点包括资产体量较小,股权相对集中,所有权与控制权通常是一体化的,股东也参与公司管理;公司人合属性较强、股票流通性受限;尽管封闭公司的所有者享受有限责任,但为获得信贷市场的准入资格,实践中所有者必须时常放弃此种保护。Notes, *Arbitration as a Means of Settling Disputes within Close Corporations*, Columbia Law Review, 1963, Vol.63:2, p.267.

⑧ 《中华人民共和国中外合资经营企业法》第14条、《中华人民共和国中外合作经营企业法》第26条。

生的纠纷应诉诸仲裁。1992年至1997年,我国引进外资进入第一段高速发展期。^⑨与之同步,投资纠纷的数量在仲裁受案总量中也随之占据了重要位置。据统计,1999年中国国际经济贸易委员会受理的案件中,外商投资合同争议为211件,占当年受理案件总量的31%。^⑩

尽管立法将仲裁作为推荐甚至是默认的外商投资纠纷解决机制,但商业实践的现实情况十分复杂。广义的仲裁协议是一种特殊契约(contract sui generis),它有两种具体表现形式:一是独立签署的仲裁协议,二是签订进基础合同的仲裁条款。在商事交易中以后一形式居多,仲裁协议通常会签订进某一基础合同或通过“援引”(incorporation)等方式订入一组彼此关联的交易安排中。在公司领域,仲裁条款与公司契约的联结方式更为多样。依法律关系逻辑,公司契约可划分为三种类别,即外部关系契约、内部关系契约以及由内部关系演化而来的准外部关系契约。^⑪典型的外部关系契约如公司与交易对方、交易第三方等签署的契约,此类契约通常由合同法和竞争法等部门法予以调整,公司法仅发挥补充作用;典型的内部关系契约如公司与股东签署的契约,也即公司章程或股东协议;准外部契约虽涉及公司与交易相对方或第三方的外部关系,但此外部关系由内部法律关系演化而来,典型的准外部契约如关联企业之间的交易契约。理论上,仲裁协议可以订入其中任何一类公司契约。

上世纪90年代初,我国司法实践已经开始直面“诉讼还是仲裁”这一程序法上的“哈姆雷特”之问。早期的中外合资、合作企业中可能在内部的股东协议中约定了仲裁条款,但给公司及股东造成损害的外部合同却未包含仲裁条款;或与之相反,公司外部合同约定了仲裁条款,但明确股东间权责分配的内部股东协议未约定仲裁条款。该时期,中外合资、合作企业的公司治理结构并不明晰,所有权与管理权的界限也不分明,公司股东往往既是投资者,又在合同履行过程中扮演着重要角色。企业股东在合资、合作过程中产生的内部争议与公司同外部主体因合同履行而产生的外部争议高度关联甚至彼此重叠。从纠纷一次性解决的立场出发,尽可能地将相关纠纷集中到同一解纷程序中似乎更为便利。在诉讼和仲裁之间,立法更倾向于后者。然而,公司内部合同与外部合同对争议解决方式的约定未必完全一致,要么股东不受仲裁协议约束,要么外部合同的交易对手方不受仲裁协议约束。由此引发的问题是:在公司的内部合同未约定仲裁但外部合同约定仲裁时,如果因一方投资者的作为或不作为导致公司利益受损,作为仲裁协议非签署方的公司股东能否代替公司提起仲裁?

1994年最高人民法院《关于对中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷,控制合营

⑨ 我国实际利用外商直接投资额从1991年的43.66亿美元猛增到2011年的1160.11亿美元,年均增长17.82%。自1992年起,中国连续成为发展中国家引资规模最大的国家。1992至1997年,是我国引进外资的第一段高速发展期,实际使用外资额从1991年的115.54亿美元快速增长到1997年的644.08亿美元。刘建丽:《新中国利用外资70年:历程、效应与主要经验》,载《管理世界》2019年第11期,第25页。

⑩ 同前注②,林一飞文,第602页。

⑪ 蒋大兴:《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》,载《法学》2017年第4期,第139页。

企业的外方与卖方有利害关系,合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》(以下简称《1994年复函》)认为公司股东享有派生诉权,可以在公司利益受到损害且董事会不起诉的情况下向法院提起诉讼,但由于该案中调整股东内部关系的内部合同与调整公司与第三方交易关系的外部合同中均订有仲裁条款,最高人民法院最终认为当事人仍应尊重仲裁协议约定,寻求仲裁救济。从最高人民法院在此复函中表现出的立场来看,尽管在规范层面上,股东派生纠纷的司法救济与仲裁救济并行不悖,但股东并不享有无条件的程序选择权,而应以仲裁协议约定为优先。在外部合同中订有仲裁条款的情况下,公司股东的程序选择须以外部法律关系中公司与交易相对方的程序选择为准。公司股东即便不是仲裁协议的实际签署人,但复函允许仲裁协议效力向其扩张。这一方面赋予了公司股东参加仲裁的权限,另一方面也限制了其寻求另诉救济。广东省高级人民法院2004年公布的《关于涉外商事审判若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)第2条第19项允许企业投资方以自己的名义对第三人提起诉讼或仲裁。^⑫这并不是说在外部合同订有仲裁协议时,投资方可排除仲裁管辖,直接向法院提起诉讼。从后续裁判立场来看,《指导意见》实际上沿用了《1994年复函》仲裁协议效力扩张的总体思路,只要外部合同中订有仲裁协议,股东还是应遵照协议安排,服从仲裁管辖。^⑬简言之,股东派生纠纷的治理模式总体而言还是以仲裁为先,公司股东并不享有真正的程序选择权,而是受到外部合同中公司和交易对手方的仲裁意愿拘束。

(二) 股东派生仲裁单轨制救济模式的理论冲击

股东派生仲裁单轨制救济模式本质上是以前述仲裁协议效力扩张为理论依托的解纷机制。公司股东并非仲裁协议的签署方,本不应受协议约束。然而,单轨制救济模式要求股东依公司和交易第三方的仲裁协议约定提起仲裁,一方面突破了合意性基础,另一方面又使股东派生诉权的行使处于劣势地位,甚至一定程度上排除了法定的股东派生诉权。合意性是仲裁制度的基石,也是仲裁协议约束力的前提。相应地,单轨制救济模式必须回答其制度建构的正当性基础何在,仲裁协议效力向股东扩张是否违背仲裁的合意性基础,以及仲裁协议效力向股东扩张是否侵犯了股东的法定诉权。

当公司怠于追究侵害公司权益者的法律责任时,股东是否应依据公司外部合同中的仲裁协议申请仲裁,目前主要有以下两种论证路径:论证路径一是将公平合理期待原则作为仲裁协议效力扩张的理论依据。公平合理期待原则包含两项内容:其一,股东行使权利的目的在于维护公司权利而非谋取私利,该利益在法律上可被评价为“合理”。其二,公司及外部合同相对方在缔约时已经对争议解决的方式有所预期,若股东维权的方式与此目的一致且不会打破各方利益的平衡,其维权手段可被评价为“公平”。^⑭以仲裁方式解决股东派生纠纷符合上述原则:首先,派生仲裁维护公司利益,即便没有仲裁协

^⑫ 《广东省高级人民法院关于印发〈关于涉外商事审判若干问题的指导意见〉的通知》,粤高法发〔2004〕32号,2004年12月17日发布。

^⑬ 广东省高级人民法院(2016)粤民终468号民事裁定书。

^⑭ 同前注②,林一飞文,第620-621页。

议,股东提起派生仲裁也符合公司利益最大化。其次,公司未能提起仲裁源于公司的不作为,这导致其在程序上无法起诉或实体上无法获得请求。对股东而言,维护了公司利益就维护了自身利益,也符合股东的利益。最后,对外部合同相对方而言,通过仲裁解决纠纷符合其订立仲裁时的预期。如果因公司不作为导致不能提起仲裁,外部合同相对方将获得不合理的利益。综上考量,派生仲裁请求权对各方都有合理利益存在,故仲裁协议效力应予扩张。论证路径二是将债权人代位权作为股东代表诉讼的理论根基。如有学者认为股东代表诉讼制度设计的初衷与债权人代位权制度无异,股东只是代行公司权利。^⑮该观点的前提是将股权等同于债权,认为股东对公司投资形成对公司的债权,^⑯但无论是立法还是学理上,股权和债权差异甚巨,似乎尚无法将两者等而视之。

笔者认为,上述理论更多聚焦于选择仲裁的合理性,而未能对其反面——另诉合理性进行充分的评估和说明,而后者对于股东派生仲裁而言恰恰更为关键。对于公司股东主动提起或参加仲裁的情形,如果公司股东已经通过提起或参加仲裁程序的实际行动表明其仲裁意愿,就相当于公司第三人与公司股东嗣后就仲裁管辖形成了意思合致,只是该合意缺乏书面形式的外观。由于仲裁程序已具备了合意性基础,仲裁协议扩张理论更多发挥锦上添花的作用。然而,若公司外部合同虽订有仲裁协议,但股东无意提起仲裁而希望诉诸司法,公司股东是否应因仲裁协议效力扩张而必须以仲裁的方式获得救济?如若股东另行向法院提起股东派生诉讼,法院是否应当受理?此时,仅回答提起仲裁的正当性与合理性显然是不充分的,因为选择仲裁的合理性并不必然导致另行起诉的非正当性与不合理性。因此,仲裁协议扩张理论仅论证公司股东选择仲裁的正当性与合理性并不充分,还需对排除诉讼的合理性作出说明。股东派生仲裁并非派生纠纷的唯一解,至少还存在两种理论上的可能性:第一种可能性是允许当事人在诉讼和仲裁中再做二次选择;第二种可能性则导向另一极端,即股东派生诉权只能通过诉讼行使。上述两个问题又牵涉到股东派生诉权的性质问题,即股东派生诉权是否为法定诉权且足以对抗外部合同的仲裁协议效力。

那么,股东派生诉权是否为股东的法定权利,仲裁协议效力是否会妨碍股东的诉权行使呢?自2005年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第152条正式将股东派生诉讼制度法定化以来,股东派生诉权能否通过仲裁行使一直存在争议。《公司法》仅明文规定公司股东在符合法定条件时有权向人民法院提起诉讼,至于能否选择仲裁或其他替代性纠纷解决方式,仅从法条文义来看,“向人民法院提起诉讼”已经预示了该条仅赋予股东起诉的权利,仲裁显然超出了本条涵盖的范围。反对观点则认为,《公司法》未提及“仲裁”,并非排除仲裁机构根据仲裁协议解决公司纠纷的管辖权。^⑰应对“诉权”作广义理解,即诉权既包括当事人在法院通过诉讼主张民事权利和救济的权利,

^⑮ 同前注②,毛海波文,第3页。

^⑯ 周剑龙:《日本的股东代表诉讼制度》,王保树主编:《商事法论集》(II),法律出版社1997年版,第265-267页。

^⑰ 刘俊海:《新〈公司法〉的制度创新及其对仲裁实践的影响》,载《北京仲裁》2006年第1期,中国法制出版社,第48页。

也包括当事人的仲裁请求权。^⑮最高人民法院裁判观点亦认同《公司法》第151条关于“向人民法院提起诉讼”的表述旨在督促公司积极行使权利,强调公司应当在利益受损后依法积极寻求救济,而非要求公司仅能以向人民法院提起诉讼的方式解决争议。^⑯股东派生仲裁并非妨害股东的派生诉权,反而拓展并补充了股东派生诉讼。换言之,《公司法》虽未明确仲裁解决股东派生纠纷的法定地位,但无任何证据表明《公司法》将仲裁排除在外。“股东派生诉权只能通过诉讼行使”这一观点过于绝对化,并不可取。股东派生纠纷的“唯诉讼论”模式可被排除。不过,立法的暧昧态度却为倡导“诉裁自择”的两可方案提供了理论空间,而程序选择方案的重要实证法依据则是《仲裁法征求意见稿》第25条。令人惊讶的是,后者同样可视为对仲裁单轨制救济模式的法律背书。那么,为何看似支持单轨制救济模式的草案新条款,最终反倒成为了双轨制救济模式的理论支撑呢?

(三) 股东派生纠纷单轨制救济模式的范式转换

《仲裁法征求意见稿》第25条规定,“公司股东、合伙企业的有限合伙人依照法律规定,以自己的名义,代表公司、合伙企业向对方当事人主张权利的,该公司、合伙企业与对方当事人签署的仲裁协议对其有效。”上述条文可以被视为对股东派生仲裁单轨制救济模式的立法回应。不过,仅凭此条文尚不足以真正终结股东派生纠纷的救济路线之争,因为股东派生仲裁单轨制救济的制约因素不仅在于仲裁协议具有相对性,同时上述争议的理论落点未能真正触及仲裁制度所面临的现实问题——股东派生诉讼与仲裁存在着不容忽视的结构性差异,而这是仲裁协议效力扩张理论未曾涉及的领域。

与《公司法》的股东派生诉讼制度相比,仲裁的确缺乏相应的程序保护措施。《仲裁法征求意见稿》第25条并未明确仲裁当事人资格、派生仲裁的前置程序、仲裁庭调查取证等规则的适用问题,也尚未明确仲裁程序进行过程中其他利益相关方能否以及如何参与程序、如何通知送达其他相关方、仲裁员如何选定、裁判效力是否及于其他相关主体、仲裁费用如何分担等问题。这导致股东派生仲裁在规则适用层面缺乏完善的配套制度,股东派生诉讼制度的效用转换到仲裁当中也会大打折扣。股东派生仲裁在解纷功能上与诉讼程序并非对等,仲裁无法实现实体权利保护与解纷程序保障的功能平衡(functional equilibrium),两者存在阶差。^⑰

针对上述结构性差异,与其费劲心力地突破仲裁相对性造成的制度壁垒,不如将程序选择权交予公司股东,由其自主决定选用股东派生诉讼或仲裁,并承担相应的程序后果。以此为逻辑起点,《仲裁法征求意见稿》第25条应解读为:在公司外部合同订有仲裁条款的情况下,外部合同中的仲裁协议对公司股东有效,但仍应保留股东向法院提起

^⑮ 陈建:《“股东代表仲裁”法律制度的是与非》,中国仲裁法学研究会主编:《中国仲裁与司法论坛暨2010年年会论文集》,第300-301页。

^⑯ 最高人民法院(2020)最高法民申3100号民事裁定书。

^⑰ Stavros Brekoulakis, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room*, Penn State Law Review, 1998, Vol.113, pp.1182-1183.

股东派生诉讼的权利。^②可以说,正是《仲裁法征求意见稿》第25条的发布使人们进一步认识到股东派生仲裁并非单纯的仲裁制度问题,而是诉裁间的程序选择问题。这种认知上的更新推动着股东派生纠纷的救济模式转入双轨救济的轨道。

二、股东派生纠纷双轨制救济模式的利弊分析

(一) 双轨制救济模式对单轨制救济模式的超越

股东派生纠纷的单轨制救济模式以股东派生仲裁为中心,通过将外部合同中仲裁协议的效力扩张至公司内部股东,后者可将仲裁作为派生纠纷的唯一救济渠道。在股东自愿参加仲裁程序的前提下,该模式无可厚非,但双轨制救济模式让我们看到了仲裁较之于诉讼在处理派生纠纷时的先天不足:

其一,仲裁协议效力的扩张实质上是以外部合同中公司与交易第三方的仲裁意思替代公司股东的真实意思表示或将公司意志等同于股东意志,这在事实上产生了剥夺公司股东另诉权利的后果——法院可以存在仲裁协议为由拒绝受理,公司交易第三方也可以行使妨诉抗辩权阻断诉讼。

其二,股东派生仲裁在申请人资格审查、申请救济的前置程序、调查取证程序、程序参与等方面缺乏与股东派生诉讼相对应的制度措施。上述措施的缺位导致股东派生仲裁无法真正为申请仲裁救济的股东提供周延的程序保障,其解纷能力较之股东派生诉讼在客观上被弱化。既然股东派生仲裁的制度措施尚不完善,单轨制救济方案即便在理论上可行,也未必是当事人所欲。仲裁协议效力扩张理论看似为公司股东提供了选项,实则关闭了程序自主选择的通道。

其三,由于《公司法(修订草案三次审议稿)》并未在诉讼之外增设仲裁这一替代性纠纷解决机制的动向,《仲裁法征求意见稿》第25条也仅作了原则性规定,双轨制救济模式看到了短时间内诉讼与仲裁间的结构性差异难以通过立法手段弥合的现实处境。既然仲裁无法为当事人提供完善的程序救济,不妨允许当事人绕开不完善的派生仲裁制度,赋予其寻求诉讼救济的程序选择权,但同时也保留仲裁选项。相较于单纯的扩张仲裁管辖范围,赋予程序选择权无疑是更加稳妥的权宜方案。

循此逻辑,双轨制救济模式针对单轨制救济模式的痛点,需从两个方面加以改良:

一是阻断外部合同中仲裁协议效力向公司组织内成员的自动扩张。股东派生仲裁单轨制救济模式的理论内核是,仲裁协议效力的主体范围由公司与公司交易相对方扩展至公司内部成员,即申请仲裁的股东。而在双轨制救济模式下,外部合同的仲裁协议效力不能自动扩张,也不能简单地以公司的仲裁合意代替股东的仲裁意愿,仲裁程序启动与否仍需回归仲裁的合同本质,尊重当事人的意思自治。否定仲裁协议效力的自动扩张并非对股东仲裁权的彻底否定,只是股东的仲裁意愿不再以外部合同中的仲裁条款为依

^② 同前注^⑥。

据,而是更强调股东启动或参与仲裁的独立意思表示。因此,双轨制救济模式中股东仲裁意思的形成路径和理论基础也由仲裁协议效力的扩张理论转向偶合的单独行为理论。

偶合的单独行为是指行为人未经达成合意的过程,而以各自独立的意思表示偶然结合实现特定目的,是兼具单独行为与合意行为双重特征的法律行为。^②该理论原本用于解释公司设立行为的法律性质,此后也被用于解释仲裁程序启动后第三人的程序参加行为。^③偶合的单独行为模型可为公司股东事后参加仲裁程序提供理论基础。在该模型下,公司与交易第三人通过书面的仲裁协议表明其合同目的——协议各方愿就仲裁协议项下的纠纷接受仲裁管辖。股东嗣后以其独立意志要求加入或同意加入仲裁,其提起仲裁或同意参加程序的行为同样蕴含着通过仲裁解决纠纷的目的且偶然地形成合意。^④偶合的单独行为理论使双轨制救济模式无需借助仲裁协议效力扩张理论,同样可以保障公司股东提起或参加仲裁的权利。

二是赋予程序选择权。股东是否参与仲裁取决于股东的独立意志而非仲裁协议的法定扩张,相当于变相赋予了公司股东另行起诉的程序选择权。不过,程序选择权的赋予也面临着三方面质疑:

其一,能否以非书面形式达成仲裁合意。根据《仲裁法(2017修正)》第16条及《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《仲裁法解释》)第1条的规定,仲裁协议应以书面方式订立。但在双轨制救济模式下,股东系通过起诉或申请仲裁的行为表明其有无独立的仲裁意思,股东与公司及其交易相对方之间并无书面的仲裁协议。不过,书面协议的缺失并不构成双轨制救济模式的阻碍。伴随着世界范围内“书面主义”的退潮,仲裁协议的形式化要求不断软化,但其并未改变当事人意思自治的基底,只是仲裁合意更加强调同意仲裁的内在意思,而非仲裁协议的外在形式。^⑤因此,股东派生仲裁的意思形成不必拘泥于“书面主义”的形式要求,而应将重心置于仲裁合意本身。

其二,仲裁合意能否形成于仲裁协议签署后或仲裁程序启动后。公司股东通常并非仲裁协议的磋商者和签署者,有时甚至在仲裁程序启动后才获悉相关情况并申请加入仲裁程序,因此,股东行使程序选择权的时点可能延后至股东寻求司法或仲裁救济之时,甚至是仲裁程序启动后。按照偶合的单独行为理论,此种嗣后达成的偶然的意思合致亦可视为事实上的仲裁协议,但这种立场是否与《仲裁法》对仲裁协议形成的时间要求相符合呢?根据《仲裁法》第16条前段的规定,在纠纷发生前或纠纷发生后,当事人均可达成请求仲裁的协议,而立法并未将“纠纷发生后”限定于“纠纷发生后,仲裁程序启动

^② 赖源河:《实用商法精义》,台湾地区五南图书出版股份有限公司2010年版,第20页;施智谋:《公司法》,台湾地区三民书局1991年版,第24-25页。

^③ 参见林一:《仲裁第三人引入模式及理论重思——兼论偶合的单独行为理论》,载《武大国际法评论》2014年第1期,第198-199页。

^④ 同前注⑥。

^⑤ 参见陈杭平:《仲裁协议主观范围理论的重构》,载《法学研究》2023年第2期,第193页。

前”,这在一定程度上为仲裁合意形成时点的后延创造了解释空间。

其三,赋予程序选择权是否有违“或裁或审”原则。《仲裁法解释》第7条前段规定,“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。”此即我国法律上的“或裁或诉”仲裁条款无效原则。赋予公司派生股东程序选择权与此原则并不冲突。当事人是否具有真实而确定的仲裁合意是仲裁协议有效性的前提。^{②6}这要求在具体个案中,当事人的仲裁意思表示必须具有清晰、明确、可操作的特征。^{②7}换言之,“或裁或诉”原则针对的是微观层面仲裁意思表示的确定性,而双轨制救济模式是在抽象权利层面允许当事人在申请仲裁前的最后时点对争议解决的方式作出选择。一旦作出选择,当事人抽象的程序选择权最终会具体化为特定的程序选择结果,即诉讼或仲裁,而其程序选择的结果依然受制于“或裁或诉”原则对意思表示明确性的要求。至于起诉行为或仲裁行为能否视为仲裁合意清晰、明确的表达则是意思表示解释问题,需结合具体情境加以分析,笔者在此不再赘述。总之,程序选择权与“或裁或诉”原则看似冲突,实则是不同位面的问题。

(二) 股东派生纠纷双轨制救济模式的内在局限

双轨制救济模式既为公司股东保留了回归股东派生诉讼的“退路”,也并未断绝其选择仲裁的“进路”,该方案对仲裁合意属性的贯彻更加彻底,与仲裁意思自治原则的要求若合一契。同时,双轨制救济模式精准地把握了诉讼与仲裁的结构性差异,意识到了后者较之前者在制度供给上的严重不足,并有针对性地保留股东派生纠纷的司法救济渠道。该方案虽然迂回,却不失为稳妥之选。不过,一个理论最具特点也最有力量的一点,通常也标示出该理论的适用边界。从不同的角度来看,理论的长板也可能转化为短板,双轨制救济模式对仲裁的“绕路而行”虽说巧妙,但也恰恰回避了股东派生仲裁制度的问题所在。因此,双轨制救济模式的弊端也颇为明显:

一来,双轨制救济模式对仲裁制度的结构性劣势并无实质性改善,有规避问题之嫌。双轨制救济模式之所以在股东派生仲裁这一程序选项外允许股东向法院起诉,其中一个重要原因是股东派生仲裁制度不完善。在公司法中,股东派生诉讼并非单一条文,而是包含一系列制度安排的规范群。在股东资格方面,《公司法》第151条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(一)》第4条设定了适格原告的身份要求与持股比例要求,以避免持股比例过低的中小股东为谋取私利而滥用诉权。作为穷尽公司内部救济原则的重要体现,《公司法》第151条第1款设置了“监事会/董事会→拒绝起诉/情况紧急→向人民法院起诉”的起诉前置要件。此外,股东提起派生诉讼后,公司的诉讼地位、其他股东的诉讼地位、胜诉利益的归属、诉讼费用的分担等问题,在《公司法》及相关司法解释中皆有规定。然而,上述制度在仲裁程序中缺乏相

^{②6} 最高人民法院民事审判第四庭编:《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第70页。

^{②7} 王利明:《仲裁协议效力的若干问题》,载《法律适用》2023年第11期,第10-11页。

对应的制度安排。换言之,如若公司股东为公司利益直接向侵害公司利益的第三人提起仲裁,即使胜诉,仲裁费用的负担方式也并不明确,这无疑会严重影响甚至妨碍股东行权。而在现行双轨制救济模式下,股东若选择仲裁则意味着对上述法律不确定性的接受。换言之,双轨制救济模式并未有针对性地提出改良方案,而是将仲裁可能产生的风险转嫁给了当事人。

二来,双轨制救济模式仅适用于公司与公司交易相对方签署的外部合同中存在仲裁协议的情形。倘若公司内部组织成员间签署的内部合同中也约定了仲裁条款,例如股东协议或公司章程中约定了仲裁条款,公司股东能否违背章程或股东协议中的仲裁条款,另行向法院提起诉讼,这一点是存疑的。^{②⑧}实际上,若公司外部合同与内部合同中均嵌入了仲裁条款,在不考虑仲裁条款间的冲突与吸收的前提下,诉诸仲裁恐怕是唯一的选择。在这种情况下,双轨制救济模式忽视仲裁制度内在建构的弊端问题就会更加凸显。尽管此等极端情形在我国实践中未必常见,但也足以揭示出双轨制救济模式的确存在制度盲点。

最后,保留股东派生诉权无法一劳永逸地解决问题,股东派生纠纷解决机制仍受其他程序问题干扰。鉴于股东派生纠纷中公司外部合同依然订有仲裁条款,公司与交易相对方之间的纠纷仍受仲裁主管,而公司内部纠纷则被诉诸法院,公司外部纠纷与内部纠纷的主管权发生分离,这将产生如下负面影响:一是纠纷主管的碎片化,同时存在多个彼此平行的诉讼和仲裁程序,增加了纠纷解决的成本和不确定性;二是加剧了矛盾裁判风险,一旦纠纷的主管权交由多个机构处理,而彼此间又缺乏沟通与协调的机制,最终就可能作出互相矛盾的裁决结果,当事人可能试图以相反的裁决结果推翻在先裁决,从而产生循环诉讼的现象,这对于解纷效率与成本控制均颇为不利;三是诉仲平行状态的形成成为当事人不当的主管竞择行为提供了投机空间,当事人可能会利用诉讼与仲裁衔接的制度漏洞,滥用程序权利,恶意拖延时间。^{②⑨}

总之,双轨制救济模式看似给出了两全其美的答案,实则将当事人逼入两难境地——选择派生诉讼则无法一次性妥善解决纠纷,选择派生仲裁则无法获得周延程序保障。若股东执意选择提起仲裁,相应代价也应由股东一力承担。因此,作为过渡时期的妥协性方案,双轨制救济模式不失为一种选择,但从促进仲裁制度长远发展、切实保障当事人利益的视角来看,双轨制救济模式不应成为思考的终点。双轨制救济模式的应用必须以股东派生仲裁制度的改进为前提条件,只有立法者积极有为,仲裁应对公司纠纷的制度漏洞才能够得到妥善修补,选择权的赋予才不会沦为当事人投机取巧的工具。

^{②⑧} 此处还涉及到一个隐藏问题,即公司章程中仲裁条款的有效性。司法实践中有观点认为公司章程中订立的仲裁条款无效,但也有判例认可其有效性。从域外立法的情况来看,一般在公司章程中约定仲裁条款的前提下,公司股东才允许以仲裁的方式解决股东派生争议。章程中嵌入仲裁条款是股东派生仲裁的常见形态,外部合同仲裁条款向内部股东扩张反而是例外情形。Tetiana Bersheda, *Les Clauses D'arbitrage Statutaires en Droit Suisse*, ASA Bulletin, Kluwer Law International, 2009, Vol.27:4, p.691.

^{②⑨} 参见张世超:《诉裁衔接视角下的主管竞择规制——以〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉第28条为中心》,载《甘肃政法大学学报》2023年第2期,第120-122页。

三、股东派生纠纷双轨制救济模式的转型路径

股东派生纠纷双轨制救济模式并未因循单轨制救济模式的仲裁协议效力扩张路线,而是在尊重公司股东意思自治的基础上赋予当事人一定的程序选择权。但不可否认的是,诉讼与仲裁的保障措施并非对等,两者的结构性差异及其导致的解纷功能失衡依然未被调和。股东派生仲裁制度功能性平衡的实现取决于仲裁制度是否满足公司治理对解纷机制的内在要求,而这一内在要求已通过公司立法内化于股东派生诉讼制度的目的当中。股东派生仲裁的制度措施至少应当与股东派生诉讼保持最低限度的功能对等。就股东派生诉讼而言,各国公司法基本已找寻到派生诉讼的制度均衡点并将其固定于公司法中,这可以成为股东派生仲裁可资借鉴的样本。因此,在仲裁制度中直接引入股东派生诉讼的制度措施无疑是最为高效的选择。

(一) 弥合诉讼与仲裁的结构性差异

在立法技术层面,2017年修订的《仲裁法》没有引入股东派生仲裁制度,存在法律漏洞。仲裁机构和仲裁庭在处理类似纠纷时,只能通过类推的方式进行法律续造。^{③①}不过,仲裁庭在进行此等法律续造时依然存在着裁量权过大的疑虑,但《仲裁法征求意见稿》第25条有望改善股东派生仲裁制度供给不足的现状。该条明确了公司股东、合伙企业的有限合伙人系“依照法律规定”主张权利,此处的“依照法律规定”可理解为参照适用条款,故仲裁庭可以适用《公司法》中相关诉讼条款裁判公司纠纷。^{③②}

关于股东主体资格要求,根据《公司法》第151条的规定,股东派生诉讼的适格原告分为两类:一类是有限责任公司的股东,一类是起诉时单独或者合计持有1%以上股份且连续持股180天以上的股份有限公司股东,^{③③}至于侵害公司权益的行为发生时,申请股东是否已经取得股东资格在所不问。^{③④}对股东持股比例的限定主要基于以下实证经验,即持股比例微小的股东通常对公司利益损害并不敏感,若其执意提起派生诉讼,有可能出于其个人利益考量而偏离公司的正当利益诉求。^{③⑤}同理,过短的持股时间也通常意味着诉讼投机主义。因为股东知道即便公司卷入派生诉讼并因败诉给公司造成损失,股

^{③①} [德] 罗尔夫·旺克:《法律解释》,蒋毅、季红明译,北京大学出版社2020年版,第161页。

^{③②} 刘俊海:《〈新〈公司法〉〉的制度创新及其对仲裁实践的影响》,载《北京仲裁》2006年第1期,中国法制出版社,第48页。可适用的规范,例如《公司法》第151条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(一)》第4条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第23-26条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》第1-2条、《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》第24-25条等。

^{③③} 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(一)》,第4条。

^{③④} 《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》(法〔2019〕254号)第24条规定:“股东提起股东代表诉讼,被告以行为发生时原告尚未成为公司股东为由抗辩该股东不是适格原告的,人民法院不予支持。”

^{③⑤} Reinier Kraakman, Hyun Park & Steve Shavell, *When Are Shareholder Suits in Shareholder Interests?*, 82 Georgetown Law Journal, 1994, Vol.82, pp.1761-1762.

东个人所付出的成本也会被大量稀释,相较于所得收益微不足道。^⑤因此,尽管股东资格限定在现实生活中极易规避,但其依然作为重要的滥诉防免机制得以保留。鉴于仲裁机制同样面临着仲裁权滥用的考验,股东申请仲裁的资格限定有必要在仲裁程序中继续沿用。

关于前置程序要求及豁免,除股东资格限定,避免股东滥用诉权的另一道安全阀是前置程序。根据《公司法》第151条第1款的规定,拟针对公司董事提起派生诉讼的股东应先行书面请求监事会或监事向人民法院提起诉讼;拟向监事提起派生诉讼的股东,应书面请求董事会或者执行董事向人民法院提起诉讼。在仲裁程序中,前置程序依然是必不可少的环节。不过,前置程序的适用前提是公司依然有提起仲裁的可能性,若查明的相关事实表明根本不存在此种可能性,则应参照适用前置程序豁免规则,允许股东直接提起仲裁。^⑥

不过,需要注意的是,《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》第26条规定,股东派生诉讼中,侵害公司权益的主体以公司在案涉纠纷中应当承担侵权或者违约等责任为由对公司提出反诉,人民法院应当裁定不予受理,但被告可以原告股东恶意起诉侵犯其合法权益为由提起反诉。该规定是否也适用于股东派生仲裁呢?笔者认为,尽管该条规定限制了被告向原告股东提起反诉的权利,但在仲裁中不宜禁止公司交易相对方向恶意申请仲裁的股东提出反请求的权利。之所以在股东派生诉讼中被告不得向原告提起反诉,其原因在于股东是以自己的名义向法院起诉,诉讼的原告应为股东而非公司,公司是诉讼第三人,而非当事人,而根据《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233条的规定,反诉的当事人应当限于本诉的当事人的范围。股东派生诉讼中公司第三人的特殊诉讼地位是妨碍被告方直接向公司提起反诉的重要原因,但仲裁程序中并无所谓的“仲裁程序第三人”,经由第三人准入机制,仲裁程序实际上已经将仲裁案外人转化为案中人。^⑦因此,股东派生仲裁中作为被告的公司交易相对方向公司提出反请求似乎并无程序障碍。

(二) 强化股东参与仲裁的程序保障

股东派生仲裁制度转型的第二道工序是建立健全利益相关方平等参与仲裁程序的保障机制。该机制的建构可从如下三个方面着手:

首先,完善公司纠纷利益相关方的通知送达流程,切实保障多方主体的仲裁知情权。葡萄牙司法部于2018年起草的公司仲裁法案(Bill drafted by the Secretaria de Estado da Justiça)第4条第1款规定,如果申请人对股东大会作出的股东决议提出异议,或最终裁决对第三方(即非仲裁当事人的股东)具有约束力,申请人必须列出所有可能受影响的人。第2款规定,在对仲裁请求的答复中,公司必须填写或更正该名单,申请人或公司提

^⑤ Arad Reisberg, *Derivative Actions and Corporate Governance*, United Kingdom: Oxford University Press, 2007, p.49.

^⑥ 《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》(法〔2019〕254号),第25条。

^⑦ 汪蓓:《仲裁第三人程序准入制度的检视与完善》,载《华东政法大学学报》2021年第3期,第140页。

及的所有人员均可介入仲裁程序。^{③⑧}这一做法不失为确保公司利益相关方平等参与权的有效措施,但其成本也会相对高昂。

其次,强化公司纠纷利益相关方的程序参与机制,允许受仲裁裁决效力影响的主体介入仲裁程序。股东派生仲裁中的利益相关方主要包括公司和其他股东,关于公司在股东派生仲裁中的程序地位,理论上一直存有争议。相关学说包括仿照派生诉讼,将公司定位为仲裁第三人^{③⑨}、特殊程序参加人^{④⑩}、共同申请人^{④⑪}、共同被申请人^{④⑫}、证人^{④⑬}等。上述理论皆有一定合理性,但并未把握公司程序参与的根本目的是避免无益诉讼,规避代理成本风险。这需要公司充分开示可帮助仲裁庭作出合理判断的相关信息,辅助仲裁庭适用商业判断原则,也因此需要给予公司抗辩的空间。公司在诉讼程序中的定位当然是第三人,但仲裁程序的第三方准入机制已经使公司完成了身份转换,使其具备程序参与的适格身份并行使相应的程序权利。同理,对于其他未主动发起股东派生仲裁的股东而言也是如此。故而,股东派生仲裁制度可借鉴仲裁第三人准入机制,保障多方利益主体的程序参与。

最后,健全公司纠纷利益相关方的仲裁员选任机制,赋予其他股东参与仲裁庭组建的平等权利。由于股东派生纠纷所涉利益主体众多,已然超出了传统双边仲裁的制度边界。因此,有必要在股东派生仲裁制度中引入多边仲裁的仲裁员选任机制。复杂仲裁案件中仲裁员选任问题真正引起仲裁界的广泛重视,还要从国际知名的 Dutco 案谈起。^{④⑭}该案中,法国最高法院推翻巴黎上诉法院判决,认为如果仲裁协议一方当事人有权选择仲裁员,而另一方不享有该权利,则违背了公共政策原则。除非争议产生后所有当事人确认相关仲裁条款,否则仲裁条款中选定仲裁员部分对未能获得平等选定权的当事人不生效。^{④⑮}此后,诸多国际仲裁机构相继出台了专门针对多方仲裁仲裁员选定的新规则,保障公平无疑是其中最重要的考量因素。^{④⑯}

(三) 仲裁立法与机构规则的协同互补

不过,必须要客观承认的是公司仲裁制度建构的工作量并不小,仅凭《仲裁法》及相关司法解释的规则供给,恐怕还无法彻底使股东派生仲裁制度落地。如欲真正实现仲

^{③⑧} OECD (2020), *Private Enforcement of Shareholder Rights: A Comparison of Selected Jurisdictions and Policy Alternatives for Brazil*, <https://www.oecd.org/corporate/ca/Shareholder-Rights-Brazil.pdf>, pp.73-74, last visited Nov.29, 2023.

^{③⑨} S.I. Strong, *Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1988, Vol.31:4, pp.920-921.

^{④⑩} 同前注^②,毛海波文,第7页。

^{④⑪} 李立新、刘晨:《营商环境法治化背景下股东派生仲裁的制度构建》,载《政法学刊》2019年第6期,第64页。

^{④⑫} 宓思:《我国股东代表仲裁的现状及其问题分析》,载《东南司法评论》2017年第10卷,第268页。

^{④⑬} 同上,第269页。

^{④⑭} Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Construction Co., Cour de Cassation, January 7, 1992.

^{④⑮} Ricardo Ugarte and Thomas Bevilacqua, *Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in the Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions*, *Journal of International Arbitration*, 2010, Vol.27:1, p.49.

^{④⑯} Whitesell & Silva-Romero, *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*, in *ICC Complex Arbitrations* 7, 12 (ICC Ct. Bull. Spec. Supp. 2003).

裁与公司治理的完美衔接,机构规则在公司仲裁制度建构中的作用不可小觑。目前,已有相当多的国际知名仲裁机构在本国公司仲裁立法之外,制定了贴合商业实践的公司仲裁规则。如德国仲裁协会(Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit,简称DIS)、葡萄牙仲裁协会(Associação Portuguesa de Arbitragem,简称APA)、西班牙马德里仲裁院(Corte de Arbitraje de Madrid,简称CAM)、西班牙马德里国际仲裁中心(Corte Civil y Mercantil de Arbitraje,简称CIMA)等。上述机构皆制定了针对公司纠纷,尤其是股东纠纷的特别规则,内容涵盖仲裁员选任、第三方参与、仲裁程序合并、仲裁费用分担、仲裁保密性、仲裁裁决效力范围等。

表1 国际仲裁机构股东纠纷专门性仲裁规则一览表

机构名称	是否制定股东纠纷专门性规则	仲裁员选任规则	是否允许第三方程序参加	是否允许仲裁程序合并	仲裁费用分担	仲裁裁决效力是否扩大至未参加程序的股东
德国仲裁协会	是	独任仲裁员和共同仲裁员(但不是首席仲裁员)由机构指定,除非各方当事人同意。	是	是	由仲裁员酌定,但未作为一方当事人或参与人参加仲裁的利益相关方无权获得补偿。	是
葡萄牙仲裁协会	是	如果申请人寻求的救济是废除股东决议,或者仲裁决定对非仲裁正式当事人具有约束力,则由仲裁机构作出。在其他情况下,也由仲裁机构仲裁,但在此允许各方当事人提名仲裁庭,条件是各方当事人就所有仲裁员达成一致意见。	是	是	无特别规定,费用视结果而定。	是
西班牙马德里仲裁院	是	由仲裁机构仲裁,除非在争议发生后各方同意采用不同的制度。	是	是	费用视结果而定	是

机构名称	是否制定股东纠纷专门性规则	仲裁员选任规则	是否允许第三方程序参加	是否允许仲裁程序合并	仲裁费用分担	仲裁裁决效力是否扩大未参加程序的股东
西班牙马德里国际仲裁中心	是	由仲裁机构仲裁,除非在争议发生后,各方就不同的制度达成一致意见。	是	是	费用视结果而定	是

我国目前尚缺乏针对公司纠纷的特别仲裁规则,在仲裁法的规则容量有限而当事人自行拟定仲裁协议又困难重重的背景下,有必要鼓励仲裁机构制定符合商业现实的公司仲裁规则,最终形成涵盖“实体法(公司法)/程序法(民事诉讼法、仲裁法、强制执行法)——仲裁机构规则——仲裁协议”之三阶四维的公司仲裁规范体系。这一规则体系的建构也符合中国仲裁国际化与国际仲裁中国化的发展愿景。^{④7}

四、结 论

股东派生仲裁制度的转型困境或多或少提示了我们,在仲裁法领域的问题往往不止是仲裁法本身的问题,更是实体法、诉讼法与仲裁制度的对应与衔接问题。当我们以诉仲对比的视角重新审视股东派生纠纷的救济模式,就会注意到股东派生诉讼与仲裁在制度完善程度上的级差。将程序选择权建立在远非对等的程序保障措施之上能否真正实现当事人程序选择的目的,也要随之打上一个问号。

双轨制救济模式虽打破了对仲裁协议效力理论的路径依赖,但并未真正完善股东派生仲裁制度的内生缺陷,而是“避开”矛盾焦点——通过程序选择权将制度缺漏的风险转嫁给当事人。仲裁与公司治理间的裂隙并未弥合,仲裁的纠纷解决能力也无实质性提升。反观域外近年来的立法进程,仲裁与公司治理的衔接日益紧密,并成为不可阻挡的全球趋势。尽管各国的改革步幅大小不一,但基本已培育出立足本土、覆盖全面的公司仲裁规则体系,至少在公司内部纠纷领域,仲裁与诉讼纠纷解决能力的结构性失衡在逐步消减。无论出于纾解我国诉讼案压的紧迫需求,抑或从完善公司治理体系、切实改善营商环境的政策导向出发,均有必要在理论层面继续发掘仲裁在公司治理中的潜能,推动公司仲裁相关规则的细致化、全面化与体系化。

④7 参见陈福勇:《新时代的融合:中国仲裁的国际化与国际仲裁的中国化》,载《人民法治》2018年第5期,第12页。

Abstract: Shareholder derivative disputes are a key aspect of arbitration embedded in corporate governance. Since the revision of the Arbitration Law, China's Shareholder derivative dispute resolution mode has shown a paradigm shift from the single-track remedy mode of shareholder-derived arbitration to the dual-track remedy mode. Although the dual-track model has expanded the boundary of party autonomy by way of procedural options, it has not purposefully bridged the gap between shareholder derivative arbitration and shareholder derivative litigation in terms of system supply, and there are potential risks of fragmentation of the disputes in charge of the disputes, aggravation of contradictions in adjudication, and inducement of arbitral forum shopping in charge of the disputes, making it difficult to effectively protect shareholders' rights. In view of this, the institutional transformation of the shareholder derivative arbitration system should focus on bridging the structural differences between litigation and arbitration procedures, strengthening the institutional measures of arbitration procedural safeguards, and enhancing the synergy and complementarity between arbitration legislation and institutional rules.

Keywords: shareholder derivative arbitration; shareholder derivative litigation; shareholder representative litigation; corporate governance; shareholders' right of action

(责任编辑: 沈 健 外审专家: 秦 红)

《仲裁法》修订下我国临时仲裁的构建： 以临时仲裁“双轨制”面临的挑战 及应对为例

戴宇倩*

内容提要 我国现行立法并未规定临时仲裁制度,2021年《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第91条则显示出有限度地开放临时仲裁的倾向,并以争议是否具有涉外因素实行临时仲裁“双轨制”。但该制度一方面需从制度设计本身进行调整,即与该意见稿第27条新增的“仲裁地”相兼容,以免出现无涉外因素争议当事人通过挑选仲裁地适用临时仲裁的制度设计矛盾。另一方面,构建及适用我国的临时仲裁制度时需注意当前的制度环境,例如当前部分仲裁规则与临时仲裁“双轨制”便存在潜在冲突。但上述问题并非不可调和,针对前者,可完善关于仲裁地的相关规定防止其对临时仲裁“双轨制”带来的可能风险。而针对后者,可完善相关仲裁机构的规定与我国临时仲裁制度进行融合,如在临时仲裁“双轨制”的制度设计下,建议完善相关仲裁机构的审查或确认规则。

关键词 《仲裁法》修订;临时仲裁;“双轨制”;仲裁地

引言

临时仲裁问题是我国《仲裁法》修订中最受关注的问题之一。一直以来,我国《仲裁法》并未纳入临时仲裁制度,我国《仲裁法》第16条、^①第18条^②乃至我国《民事诉

* 戴宇倩,西南政法大学国际法学院博士研究生。本文系2021年重庆市高等教育教学改革研究重大项目“涉外法律人才培养的通识课程建设”(项目编号:211010)阶段性研究成果。

① 《中华人民共和国仲裁法》第16条规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定的仲裁委员会。”

② 《中华人民共和国仲裁法》第18条规定:“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。”

讼法》第274条^③和第278条^④等规定均仅直指机构仲裁,无法为当事人适用临时仲裁提供法律依据。直至2016年,《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《保障意见》)为在我国适用临时仲裁创设了“三特定”原则,即自贸区注册的企业只要满足特定条件,该临时仲裁协议可被认定有效。此后,在《保障意见》的指导下国内先后出现了一系列临时仲裁规则,共同构成了我国当前临时仲裁制度的实践基础。

2021年司法部公布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),其中第91条显示出基于我国“具体国情”而实行临时仲裁“双轨制”的倾向,该规定一经公布便引发了多方探讨。但为构建和完善我国的临时仲裁制度,针对该《征求意见稿》对于临时仲裁“双轨制”的设想,有必要对其制度设计以及是否存在阻碍因素等进行进一步评估和研究,助力我国临时仲裁制度的构建。

基于此,本文在对相关文献、立法和司法解释等资料进行文献分析和历史分析的基础上,主要通过法律逻辑推理和法条解释等方法,以实行临时仲裁“双轨制”为假设前提进行前瞻性和深入研究,研讨其可能面临的风险和冲突,并提出相应建议以完善我国的临时仲裁制度构建。

一、《征求意见稿》实行临时仲裁“双轨制”

(一) 临时仲裁“双轨制”制度规定

《征求意见稿》仅对具有涉外因素的商事纠纷开放临时仲裁。^⑤其一,《征求意见稿》第91条第1款规定:“具有涉外因素的商事纠纷的当事人可以约定仲裁机构仲裁,也可以直接约定由专设仲裁庭仲裁。”与此相反,无涉外因素的商事纠纷当事人未被《征

^③ 《中华人民共和国民事诉讼法》第244条规定:“对依法设立的仲裁机构的裁决,一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的,裁定不予执行。裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的,当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁,也可以向人民法院起诉。”

^④ 《中华人民共和国民事诉讼法》第278条规定:“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷,当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议,提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的,当事人不得向人民法院起诉。当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。”

^⑤ 国际理论和实践中对于仲裁的涉外性或国际性界定方式与我国存在一定差异,比如《联合国国际商事仲裁示范法》(2006年版)(以下简称《示范法》)第1条第3款“仲裁如有下列情况即为国际仲裁:(b)下列地点之一位于当事各方营业地点所在国以外:(i)仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地(the place of arbitration)……”和《新加坡国际仲裁法》(2020年修订版)第5条“国际仲裁应满足:(b)下列地点之一位于当事方营业地点所在国以外:(i)在仲裁协议中或根据仲裁协议确定的仲裁地……”等规定表明仲裁地等相关因素也可成为涉外性界定的关键指标之一。但在本文中对于“涉外性”的讨论将限于民事关系是否具备涉外性的论域中。

征求意见稿》赋予可选择临时仲裁的权利。其二,司法部在《征求意见稿》中对于临时仲裁入法作出说明:“……考虑我国加入了《纽约公约》,外国的临时仲裁裁决可以在我国得到承认和执行的实际,应平等对待内外仲裁,增加了‘临时仲裁’制度的规定,但结合我国国情,将临时仲裁适用范围限定在‘涉外商事纠纷’……”^⑥其三,关于涉外性界定,司法部在《征求意见稿》中认为:“对具有‘涉外因素’的纠纷适用涉外仲裁规定,但因涉外因素的具体内容属于其他法律应当规定的内容,在相关法律未作规定的情况下,实践中是由司法解释具体明确,故本法不再具体规定。”由是观之,此次仲裁法修订的规定中,仅具有涉外因素的商事纠纷可适用临时仲裁,反之则不可适用。以下将该制度设计称为——临时仲裁“双轨制”。

值得注意的是,国内现行立法关于(私法关系的)涉外因素界定,主要见于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第1条^⑦、《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520条^⑧及《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》(以下简称《商事法庭规定》)第3条^⑨等中。上述规定显示当前影响涉外性界定的因素有:1. 民事关系中主体的国籍情况或经常居住地所在领域;2. 民事关系中的标的物所在领域;3. 民事关系中的法律事实发生地所在领域;4. 其他兜底情形(除《商事法庭规定》外)。易言之,我国当前相关司法解释对于涉外性的界定主要采取针对民事关系本身的“法律关系三要素说”的方式。

(二) 构建临时仲裁“双轨制”的基本考量

在我国国内立法一直未规定临时仲裁的基础上,此次《征求意见稿》提出构建临时仲裁“双轨制”源于特定的理论与实践背景。

一方面,纳入临时仲裁制度具有必要性。临时仲裁作为仲裁的原始形态,在国际上广泛被使用,程序上的灵活和高效特质使其广受商事主体的青睐。但由于我国在1994年制定《仲裁法》时受当时经济和法治情况影响,认为临时仲裁是市场经济、法治水平高度发展的产物,故立法者更倾向于体系化的机构仲裁。事实上根据《承认及执行外国

^⑥ 参见司法部关于《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》的说明。

^⑦ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第1条规定:“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”

^⑧ 《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520条规定:“有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事案件:(一)当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的;(二)当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的;(三)标的物在中华人民共和国领域外的;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的;(五)可以认定为涉外民事案件的其他情形。”

^⑨ 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第3条规定:“具有下列情形之一的商事案件,可以认定为本规定所称的国际商事案件:(一)当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的;(二)当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的;(三)标的物在中华人民共和国领域外的;(四)产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。”

仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的规定,我国需要承认与执行国外的临时仲裁裁决,而如前所述国内立法并未为我国商事主体适用临时仲裁提供依据,将产生内外不平等的问题。在我国经济水平和仲裁事业均取得了长足发展的背景下,我国《仲裁法》需要着手应对,故在此次《仲裁法》修订中考虑尝试纳入临时仲裁。

另一方面,构建临时仲裁“双轨制”有着一定的实践背景。如前所述司法部在《征求意见稿》的说明中概括解释了为何临时仲裁当前只能局限于“涉外商事纠纷”之中,即基于“我国国情”。事实上,此种国情或许是囿于当前国内仲裁发展水平、国内仲裁市场成熟度和国内诚信体系建设不足等相关合理原因。同时从某种程度上来看,《征求意见稿》第91条限定“具有涉外因素的商事纠纷”为临时仲裁的适用范围,实则为我国临时仲裁的适用增加了“涉外因素”和“商事”两个限制条件,或许以此作为我国临时仲裁入法的一次“试水”。

二、临时仲裁“双轨制”所面临的挑战

(一) 仲裁地对临时仲裁“双轨制”的挑战

在评估临时仲裁“双轨制”的制度设计时,发现《征求意见稿》中临时仲裁“双轨制”需与此次仲裁法修订一道纳入的“仲裁地”规定^⑩相协调,否则会出现无涉外因素的争议当事人在理论上可通过挑选仲裁地而成功适用临时仲裁的制度漏洞。

1. 仲裁法修订下的仲裁地

虽然国际上曾出现过仲裁“非国内化”的声音,不过在当前主流的观点和做法中,仲裁地仍有至关重要的作用。因为国际仲裁往往需要相关国家司法系统的支持方能实现其应有之意,^⑪否则将沦为当事人的“诉讼前戏(foreplay to litigation)”。^⑫

一方面,在现代国际仲裁实践中,仲裁地(the place of arbitration、the seat of arbitration)是指仲裁和特定法律制度建立联系的地点。^⑬第一,关于仲裁地的确定,通常由当事方在仲裁协议中对仲裁地点作出专门约定,或者由当事人约定适用的仲裁规则对仲裁地点作出规定。^⑭在当事方未选择或者经选择后不能确定仲裁地的,则通常由仲裁

^⑩ 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第27条规定:“当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的,以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。仲裁裁决视为在仲裁地作出。仲裁地的确定,不影响当事人或者仲裁庭根据案件情况约定或者选择在与仲裁地不同的合适地点进行合议、开庭等仲裁活动。”

^⑪ 虽然在国际商事仲裁领域,早在20世纪50、60年代已出现了“非国内化”理论的研究,但在当前的时代背景下,无法忽视国际商事仲裁仍存在被监督和确保裁决顺利执行的现实需求。

^⑫ William W. Park, *The Lex Locī Arbitri and International Commercial Arbitration*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1983, Vol.32:1, p.21.

^⑬ Filip De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, 1991-1992, 12 Nw. J. Int'l L. & Bus.48, p.54.

^⑭ 赵秀文:《论法律意义上的仲裁地点及其确定》,载《时代法学》2005年第1期,第14页。

庭决定。^⑮此外,理论与实践基本未对当事人约定仲裁地有特别限制。第二,仲裁地为法律拟制概念。当仲裁地被确定后,仲裁庭可在仲裁地所在国外的任何适当地点开庭或进行合议。当事人于特定情形下可通过对仲裁地的选择,使仲裁与某一具体法域产生联系。“弱化了仅因仲裁活动的某些环节位于某国境内而与该国有纯粹地理联系对仲裁裁决的影响”。^⑯此为地理意义上的仲裁地与现代法律意义上仲裁地间的主要区别。第三,在《纽约公约》体系下仲裁地可决定仲裁裁决国籍,影响仲裁协议的效力判断,以及对仲裁员的确定和裁决的执行等事项产生重要作用(crucial effect)。^⑰尤其是当事人未约定仲裁所适用的法律时,仲裁的程序法通常为仲裁地法,即在当事人未约定法律适用时,“当事人决定仲裁地点,也就决定了仲裁本身所适用的法律”。^⑱例如在此种情况下,“如果新加坡被选为仲裁所在地(seat),则《新加坡仲裁法》(AA)或《国际仲裁法》(JAR)(视情况而定)将自动适用于该仲裁。”^⑲

另一方面,《征求意见稿》第27条关于仲裁地的具体规定基本与国际实践一致。且《征求意见稿》的相关条款表明:仲裁地将决定仲裁裁决的国籍,^⑳确定仲裁协议效力争议的管辖法院,^㉑影响涉外仲裁协议的法律适用^㉒和保全、撤裁等程序的管辖法院^㉓

^⑮ 例如,《国际商事仲裁示范法》第10条和第20条、《1996年英国仲裁法》第3条、《国际商会规则》第14(1)条,除非双方同意,仲裁地点应由法院确定。在《LCIA规则》第16(1)条中,如果双方当事人失败,仲裁地点应为伦敦,除非其他地点更合适。由此可见,国家法律和国际规则都赋予了仲裁庭指定仲裁地点的权力(和义务)。

^⑯ 周江、金晶:《仲裁裁决撤销制度若干问题析论(上)》,载《仲裁研究》2010年第1期,第13页。

^⑰ Belma Bulut, *The Role of the Place of Arbitration in International Commercial Arbitration Proceeding: Turkey as a Place of Arbitration*, Ankara Bar Review, 2011, p.34.

^⑱ *Id.*, at 37.

^⑲ Alastair Henderson, *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration*, 2014, 26 SAclJ, p.890.

^㉑ 基于《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第27条规定:“当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的,以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。仲裁裁决视为在仲裁地作出。仲裁地的确定,不影响当事人或者仲裁庭根据案件情况约定或者选择在与仲裁地不同的合适地点进行合议、开庭等仲裁活动。”和《征求意见稿》第87条第1款规定:“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。”可推导出仲裁地能够决定仲裁裁决的国籍。除此之外,从《纽约公约》的文本来看,在外国仲裁裁决的判定过程中奉行两项标准:其一为地域标准,其二为非内国标准;而我国在加入《纽约公约》时作出了“互惠保留”,因而只将在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决视为“公约裁决”而予以执行。故结合《征求意见稿》第27条引入仲裁地的做法,可见我国将对裁决国籍实行仲裁地标准。

^㉒ 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第28条第3款规定:“当事人对仲裁协议效力或者管辖权决定有争议的,应当自收到决定之日起十日内,提请仲裁地的中级人民法院审查。当事人对仲裁协议无效或者仲裁案件无管辖权的裁定不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。人民法院应当在受理复议申请之日起一个月内作出裁定。”

^㉓ 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第90条规定:“涉外仲裁协议的效力认定,适用当事人约定的法律;当事人没有约定涉外仲裁协议适用法律的,适用仲裁地法律;对适用法律和仲裁地没有约定或者约定不明确的,人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。”

^㉔ 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第46条第2款规定:“当事人提起仲裁后申请保全措施的,可以直接向被保全财产所在地、证据所在地、行为履行地、被申请人所在地或者仲裁地的人民法院提出;也可以向仲裁庭提出。”《征求意见稿》第77条:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁地的中级人民法院申请撤销裁决……”

等事项。且需要注意的是,司法部曾作出过如下说明:此次仲裁法修订引入仲裁地旨在使我国仲裁“与国际仲裁惯例接轨,增加我国对仲裁的友好度和吸引力”。^{②4} 因此对于《征求意见稿》中仲裁地的适用和认识应尽量符合国际通行做法。

2. 无涉外因素争议当事人可通过挑选仲裁地适用临时仲裁

假设模型:若《征求意见稿》通过后,A和B为无涉外因素争议当事人,在“双轨制”下直接适用临时仲裁看似于法无据;但双方基于纠纷解决效率、费用和有共同信赖的仲裁员C等因素,事前达成合意适用临时仲裁,并约定:

“因本协议引起或与本协议有关的一切争议,双方同意以仲裁方式解决。双方共同选定C为独任仲裁员,仲裁费参照国务院民事诉讼一审案件受理费标准收取,由败诉方承担。约定仲裁地为伦敦……”^{②5}

推理结论:虽然《征求意见稿》表明仅涉外因素争议适用临时仲裁,但在加入了“仲裁地”的变量之后,理论上存在无涉外因素争议当事人通过挑选仲裁地适用临时仲裁的可能性。具体推论如下:

(1) 利用域外仲裁地进入承认与执行程序

条件I:《征求意见稿》第27条^{②6}引入国际仲裁实践中通行的仲裁地概念,同时该条第2款指出:仲裁裁决视为在仲裁地“作出”。

条件II:《征求意见稿》第87条规定需由我国承认和执行的裁决为:在中华人民共和国领域外“作出”的裁决。^{②7}

因此,若A和B(双方为无涉外因素争议当事人)约定仲裁地为伦敦,a.根据条件I,该裁决应视为在伦敦作出;b.根据条件II,在伦敦作出的裁决符合第87条的规定应进入承认和执行程序。此外,即便不通过对法条的文义解释,还可从仲裁地决定裁决国籍这一路径,^{②8}使得假设模型中的仲裁成为外国仲裁,然后进入到承认与执行环节。

(2) 承认与执行前的司法审查“逃逸”

《征求意见稿》第87条第4款明确了承认与执行外国裁决的方式,“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。”

^{②4} 同前注⑥。

^{②5} 根据《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第27条及其他相关规定,并未发现对当事人如何约定仲裁地进行过限制。

^{②6} 同前注⑩。

^{②7} 《中华人民共和国仲裁法(修订)(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。如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,但其案件与人民法院审理的案件存在关联的,当事人可以向受理关联案件的人民法院提出申请。如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,但其案件与我国领域内仲裁案件存在关联的,当事人可以向仲裁机构所在地或者仲裁地的中级人民法院提出申请。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。”

^{②8} 一方面,如前所述可结合《征求意见稿》第27条和第87条的规定推导出仲裁地可决定裁决国籍。另一方面,我国已加入的《纽约公约》第1条明确规定,当仲裁地与被寻求承认和执行地为不同国家时便可适用该公约的规定(即为“外国仲裁裁决”),从而进入到对裁决的承认与执行。

第一,若A和B约定的仲裁地为与我国存在上述互惠关系的特定国家,该裁决被承认和执行基本没有太大难度。

第二,根据第87条第4款的规定,A与B的裁决能否得到承认与执行还需通过《纽约公约》的验证。根据最高人民法院《关于执行我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第4条的规定,只要不存在《纽约公约》第5条所列情形便应承认裁决效力。^{②9}即《纽约公约》第5条列举了法院拒绝承认和执行的事由。^{③0}该条分两款对应下述两类事项:a.(第5条第1款)当事人无行为能力或仲裁协议无效、仲裁违反正当程序、仲裁裁决超越仲裁范围、仲裁庭的组成或仲裁程序违反当事人的协议或仲裁地法,以及仲裁裁决尚无约束力或已被撤销或停止执行。b.(第5条第2款)根据法院地的法律被裁决的争议事项不能以仲裁方式解决,以及承认或执行该裁决将违反法院地的社会公共利益。

①《纽约公约》第5条第1款。该款简单来说涵盖了“事前”^{③1}“事中”^{③2}“事后”^{③3}三个阶段的内容。其一,在“事前”阶段,在满足A与B依照我国法均为完全民事行为能力人的前提下,需关注的是仲裁协议有效性问题。一方面,公约规定对协议有效性的认定应当依照当事人合意选择的准据法,未约定时则根据仲裁地法进行判断。^{③4}故在假设模型中由于此种无涉外因素的争议不能选准据法,故可通过合适的仲裁地而适用仲裁地法使得仲裁协议有效。其二,在“事中”阶段,假设模型主要注意仲裁程序不违反仲裁地法和仲裁程序正当即可。其三,在“事后”阶段,见于裁决未生效、裁决被仲裁地所在国或裁决所依据法律所在国的主管机关撤销或停止执行时,即需满足裁决效力已受到挑

②9 《关于执行我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第4条规定:“我国有管辖权的人民法院接到一方当事人的申请后,应对申请承认及执行的仲裁裁决进行审查,如果认为不具有《1958年纽约公约》第五条第一、二两款所列的情形,应当裁定承认其效力……”

③0 《承认及执行外国仲裁裁决公约》第5条规定:“一、裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行:(甲)第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者,或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效者;(乙)受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知,或因他故,致未能申辩者;(丙)裁决所处理之争议非为交付仲裁之标的或不在其条款之列,或裁决载有关于交付仲裁范围以外事项之决定者,但交付仲裁事项之决定可与未交付仲裁之事项划分时,裁决中关于交付仲裁事项之决定部分得予承认及执行;(丁)仲裁机关之组成或仲裁程序与各造间之协议不符,或无协议而与仲裁地所在国法律不符者;(戊)裁决对各造尚无拘束力,或业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销或停止执行者。二、倘声请承认及执行地所在国之主机关认定有下列情形之一,亦得拒不承认及执行仲裁裁决:(甲)依该国法律,争议事项系不能以仲裁解决者;(乙)承认或执行裁决有违该国公共政策者。”

③1 “事前”指向裁决的前置问题,当事人无行为能力或者仲裁协议无效。

③2 “事中”指向的是仲裁开始后的仲裁程序违法问题:违反正当程序、裁决的范围超越了仲裁范围以及仲裁庭的组成和程序违反合意或仲裁地法。

③3 “事后”指向的是裁决被作出后存在效力瑕疵的情况。

③4 同前注③0。

战这一前置条件后方能拒绝承认与执行。^{③⑤} 易言之,以裁决被撤销或停止执行这一阻却事由为例,若假设模型在没有被当事人质疑或当事人还没有得到法院停止执行或撤销的裁决时,便不能以此为由拒绝承认与执行。

②《纽约公约》第5条第2款。该款包括两类拒绝承认与执行事由,一是可仲裁性问题,二是公共政策问题。前者规定在《征求意见稿》第2条中,^{③⑥} 假设模型的事项只要注意不超过该范围即可;而后者虽没有被立法明确,但在司法实践中一般被谨慎适用,^{③⑦} 如最高人民法院曾就无涉外因素争议提交域外仲裁机构仲裁相关问题作出答复,其认为不应通过违反公共政策的理由予以阻止。^{③⑧}

综上所述,在上述假设模型中,无涉外因素争议当事人A与B只要在当事人依我国法具备相应民事行为能力、仲裁程序正当等正常情况下,在理论上可以通过选择合适的仲裁地(例如假设模型中的英国等仲裁制度较发达国家),使得无涉外因素争议的临时仲裁裁决成为外国仲裁,且在注意规避上述所列风险点后通过司法审查,最终使裁决得到承认与执行。

(二) 相关临时仲裁规则及其与“双轨制”的潜在冲突

《征求意见稿》中临时仲裁“双轨制”除需与仲裁地制度进行内部协调外,还需关注外部既有临时仲裁规则的规定及其与“双轨制”间的制度冲突。一方面,如前所述2016年《保障意见》明确在我国适用临时仲裁的“三特定”原则。^{③⑨} 另一方面,在此指导下国内各仲裁机构探索适用临时仲裁,并产生了《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》(以下简称为《横琴规则》)、《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》(以下简称《对接规则》)和《中国海商法协会临时仲裁规则》(以下简称为《海协规则》)等规则经验。上述现存规则系在我国现有立法环境下进行临时仲裁尝试的有益尝试,但由于上述相关仲裁规则均未区分涉外仲裁与非涉外仲裁,故若未来确定施行临时仲裁“双轨制”时,仲裁机构在适用此类规则时应注意避免与其产生冲突。

^{③⑤} 根据《纽约公约》第5条(戊)项之规定,撤销或停止执行仲裁裁决的相关主管机关包括两种:仲裁地所在国主管机关及裁决所依据法律之国家之主管机关。实践中,需根据该等国家法律判断其主管机关(法院)是否对该等案件享有管辖权。

^{③⑥} 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第2条规定:“自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)法律规定应当由行政机关处理的行政争议。其他法律有特别规定的,从其规定。”

^{③⑦} 我国的司法实践一直秉持“有利于执行”的理念对《纽约公约》第五条第二款规定的公共政策采取慎用的态度。

^{③⑧} 《最高人民法院关于北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认大韩商事仲裁院作出的第12113-0011号、第12112-0012号仲裁裁决案件请示的复函》:“……你院同时认为适用《纽约公约》第5条第2款(乙)项规定的公共政策事由不当,应予纠正。”

^{③⑨} 《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》第9点第三部分规定:“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的,可以认定该仲裁协议有效。人民法院认为该仲裁协议无效的,应报请上一级法院进行审查。上级法院同意下级法院意见的,应将其审查意见层报最高人民法院,待最高人民法院答复后作出裁定。”

1.《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》

2017年3月珠海仲裁委员会通过了《横琴规则》,该规则被认为是中国制定的首部临时仲裁规则。其对于临时仲裁有着创新性的规定,但同时基于其适用范围涵盖无涉外因素的情形,实际与临时仲裁“双轨制”的制度设计存在一定冲突。

一方面,《横琴规则》开创性地规定了在我国适用临时仲裁的相关事项。第一,适用范围。《横琴规则》旨在“推进自由贸易试验区临时仲裁制度……促进自贸区社会经济发展。”^{④①}该规则的适用范围亦遵循《保障意见》所框定的“三特定”的情形(国务院批准设立的自由贸易试验区内注册的企业:a.在内地特定地点;b.按照该临时仲裁规则;c.由特定人员组成仲裁庭)。^{④②}第二,在《保障意见》的基础上,《横琴规则》对我国临时仲裁规则进行了大胆创新。其一,该规则直接为临时仲裁下定义:“临时仲裁:是指国务院批准设立的自由贸易试验区内注册的企业根据其相互之间的约定,在内地特定地点、按照本临时仲裁规则、由特定人员组成仲裁庭并以仲裁庭名义对仲裁协议项下的争议进行的仲裁。”其二,《横琴规则》提供临时仲裁与机构仲裁的转化服务。虽然《保障意见》对于自贸区企业间适用临时仲裁提供了引导,但彼时临时仲裁尚未正式进入我国立法,为保障临时仲裁及其裁决的有效性,《横琴规则》第47条规定了临时仲裁裁决转变为机构仲裁的转化程序,满足条件的裁决在经“珠海仲裁委员会确认后,该临时仲裁视为机构仲裁。”^{④③}

值得注意的是,虽然该条规定了仲裁委员会对临时仲裁转化为机构仲裁前存在确认(即审查)的环节,但第一,此种确认的标准却是“根据《珠海仲裁委员会仲裁规则》《珠海国际仲裁院仲裁规则》以及本规则予以审查”,而临时仲裁程序的开展与推进一般而言极大程度地尊重当事人意思自治,例如仲裁员的选择范围并非如机构仲裁一般通常被局限在仲裁员名册中,^{④④}甚至仲裁规则都可由当事人自行约定^{④⑤}等等。因此,在前述情况下仲裁机构仅根据“依照《珠海仲裁委员会仲裁规则》《珠海国际仲裁院仲裁规则》以及《横琴规则》”的笼统规定对临时仲裁裁决进行审查确认,存在一定操作难度;第二,对于当事人约定适用了相关简化程序的裁决,其事后针对程序性事项的审查也难以展开;第三,理论上除非仲裁机构重新按照上述规则对裁决进行二次审理,否则实际上难以保障此种临时仲裁裁决能够通过现有的审查机制而被转化为真正的机构仲裁裁决。然

^{④①} 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第1条。

^{④②} 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第2条。

^{④③} 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第47条规定:“(一)裁决书或调解书作出后,一方当事人可以自裁决书或调解书送达最后一名当事人之日起两年内请求珠海仲裁委员会确认裁决书或调解书……(三)珠海仲裁委员会根据《珠海仲裁委员会仲裁规则》《珠海国际仲裁院仲裁规则》以及本规则予以审查,同意确认裁决书或调解书的,应当在裁决书或调解书上载明日期、加盖珠海仲裁委员会印章并将上述文书送达双方当事人。(四)珠海仲裁委员会确认后,该临时仲裁视为机构仲裁。加盖公章的日期视为文书作出的日期。”

^{④④} 例如,《珠海国际仲裁院仲裁规则》(2023年版)第30条赋予了当事人可选择该院仲裁员名册外的相关人士作为仲裁员的权利。

^{④⑤} 虽然《横琴规则》第2条对于临时仲裁的定义中包含当事人必须按照该临时仲裁规则等规定,但该规则第3条第5款(“当事人约定变更本规则有关内容的,从其约定”)也赋予了当事人自由约定临时仲裁程序的权利。

而此种“二次审理”实际又违反了仲裁“一裁终局”的基本原则。因此,该规则第47条虽然表明存在裁决转化的审查确认环节,但可见实际缺少可操作空间。

另一方面,《横琴规则》中的相关规定与临时仲裁“双轨制”存在冲突可能性。《横琴规则》为自贸区内注册企业间在符合“三特定”条件下适用临时仲裁的制度设计,将可能促成实际并无涉外因素的纠纷、但成功适用临时仲裁并获得机构仲裁身份的实质结果出现。因为自贸区内注册企业之间的纠纷并非百分之百都具备涉外因素,例如在某自贸区内纯国内企业间产生了非涉外争议,若彼时《横琴规则》并未与临时仲裁“双轨制”进行相应衔接与调整,即当事人仍可依据该规则约定和适用临时仲裁,以及在得到临时仲裁裁决后又可根据《横琴规则》第47条的规定向珠海仲裁委员会请求确认裁决从而获得机构仲裁裁决。且如前所述,仅凭当前的审查制度,实则并不能对此类适用了临时仲裁程序的无涉外因素争议进行有效的实质审查,从而导致事实上与《征求意见稿》对临时仲裁的涉外性限制的制度设计相冲突。

2.《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》

2017年9月中国互联网仲裁联盟发布了《对接规则》,该规则包括总则、程序开始及送达、仲裁员及仲裁庭组成、仲裁程序临时仲裁与机构仲裁对接以及附则。《对接规则》以提供与机构仲裁对接的服务为特色,基本涵盖了为临时仲裁提供程序性服务的各方面内容,为临时仲裁转化为机构仲裁提供便利。^⑤

第一,《对接规则》进一步扩大临时仲裁在我国适用范围,但与临时仲裁“双轨制”存在冲突可能性。一方面,《对接规则》第21条除了可为自贸区内注册的企业提供上述转化服务之外,同时也允许非自贸区内注册企业的临时仲裁与仲裁机构进行对接,^⑥实际突破了《保障意见》中自贸区内注册的企业间可适用临时仲裁的主体限制条件。另一方面,值得注意的是,该规则还表明:为使境外临时裁决“便于在国内的承认与执行”,也可为其提供对接转化服务。在前述无涉外因素当事人若选择境外仲裁地并使裁决成为境外仲裁后,如若仲裁机构审查不力而导致该裁决通过该条规定而得到承认与执行的话,实质也与“双轨制”的制度相冲突。

第二,在程序对接上,该规则第22条规定,临时仲裁程序的任何阶段都可以向联盟申请对接服务,且除另有约定,“已经进行的程序继续有效”。^⑦一方面,该规定实际给予

^⑤ 王小莉:《广州仲裁委员会:网络仲裁 临时仲裁 机构仲裁》,载哈尔滨仲裁委员会官网, <http://www.hrbac.org.cn/newsshow.php?id=3614>,最后访问时间:2023年11月12日。

^⑥ 《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》第21条规定:“临时仲裁程序的当事人或仲裁庭可以根据争议解决的需要,按照本规则选择与机构仲裁进行程序或裁决文书的对接。自由贸易试验区内注册企业之间约定按特定规则、特地点以及特定人员进行的临时仲裁,可以选择与机构仲裁对接,也可以选择不对接。非自由贸易试验区内注册企业的临时仲裁可以通过联盟与机构仲裁进行对接。境外根据临时仲裁程序作出的裁决文书,为便于在国内的承认与执行,可以通过联盟与国内机构仲裁进行对接。”

^⑦ 《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》第22条规定:“在临时仲裁过程中的任何阶段,当事人或仲裁庭均可向联盟申请将仲裁程序转化为机构仲裁。临时仲裁转化为机构仲裁的,除非当事人另有约定,已经进行的程序继续有效。转化为机构仲裁后,除非当事人另有约定,剩余程序按所选定仲裁机构的仲裁规则进行。”

了当事人极大的自主权,一是当事人可在任何阶段申请将临时仲裁转为机构仲裁;二是转化前临时仲裁程序的规范性等无需经仲裁机构审核而是默认其有效。因此,另一方面,在理论上存在无涉外因素当事人在享受了所需的临时仲裁程序的便利后申请程序对接的情况。例如,在无涉外因素争议的临时仲裁活动中,仲裁员依据当事人约定或者《横琴规则》第44条完成先行裁决或中间裁决^{④8}等程序后,当事人再选择向联盟申请程序对接,而如前所述依据《对接规则》第22条此类先行裁决应被认定有效,即该无涉外因素的当事人实际享受了部分临时仲裁程序的便利,但该结果实质却与《征求意见稿》“双轨制”中无涉外因素争议不得适用临时仲裁相冲突。

值得注意的是,虽然《对接规则》第23条规定了审查事项(仲裁主体是否适格、程序是否符合当事人约定以及裁决文书内容是否违反法律强制性规定及公序良俗),^{④9}但该规定针对的是裁决文书的转化服务,而前述情形按其规定属于程序转化故而不受其限制。

3.《中国海商法协会临时仲裁规则》

海事仲裁对纠纷解决的效率要求较高,故在全球海事仲裁领域内临时仲裁是主流形式,但中国海事仲裁受《仲裁法》的制约一直没有允许临时仲裁。^{⑤0}基于此,出于顺应中国仲裁市场逐步对外开放的趋势、促进临时仲裁在中国的落地等方面的考虑,2022年3月中国海商法协会和中国海事仲裁委员会发布了《海协规则》。

然而,由于《海协规则》适用于当事人之间的合意,^{⑤1}此外并无特别限制条件,即该规则同样没有以涉外性为区分标准限制案件的适用范围。因此,理论上也存在无涉外因素争议当事人选择《海协规则》以适用临时仲裁的情形。若未来“双轨制”一旦落地,相关仲裁机构在适用《海协规则》时,实际需要注意契合临时仲裁的“双轨制”。

值得注意的是,《海协规则》规定了当事人可选择特定仲裁机构为临时仲裁提供服务,且此种机构被称为“指定机构”。^{⑤2}例如,《中国海事仲裁委员会临时仲裁服务规则》规定中国海事仲裁委员会(以下简称“海仲”)可被当事人选择为指定机构。^{⑤3}虽然海

^{④8} 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第44条规定:“仲裁庭认为必要或者当事人提出并经仲裁庭同意时,仲裁庭可以在最终裁决作出前,就当事人提出的部分请求先行裁决。先行裁决是终局的,对当事人均有约束力。当事人不履行先行裁决的,不影响仲裁程序的进行和最终裁决的作出。仲裁庭认为必要或者当事人提出并经仲裁庭同意时,仲裁庭可以就案件争议的程序问题或者与请求事项相关联的实体问题作出中间裁决。当事人应当履行先行裁决或中间裁决,不履行先行裁决或中间裁决的,不影响仲裁程序的进行和最终裁决的作出。”

^{④9} 《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》第23条规定:“当事人或仲裁庭可根据本规则将临时仲裁裁决文书转化为机构仲裁的裁决文书。负责转化裁决文书的仲裁机构应对仲裁主体是否适格、程序是否符合当事人约定以及裁决文书内容是否违反法律强制性规定及公序良俗进行确认,对裁决书的确认不得影响仲裁庭的独立性。裁决文书经确认符合前款要求的,加盖该仲裁机构的公章进行确认。对不符合前款要求的,不予确认。”

^{⑤0} 赖震平:《中国海事仲裁模式创新路径探索——临时仲裁在中国海事仲裁委员会的引入》,载《中国海商法研究》2015年第2期,第41页。

^{⑤1} 《中国海商法协会临时仲裁规则》第1条规定:“当事人约定争议根据《中国海商法协会临时仲裁规则》进行仲裁的,适用本规则。”

^{⑤2} 《中国海商法协会临时仲裁规则》第6条第8款规定:“当事人应当遵守指定机构有关为临时仲裁提供服务的规定。”

^{⑤3} 《中国海事仲裁委员会临时仲裁服务》第1条规定:“本规则适用于在临时仲裁中当事人特别约定或仲裁规则规定由中国海事仲裁委员会担任指定机构提供的相关管理、辅助或支持服务。”

仲可参与临时仲裁程序,但只提供必要的管理服务。且与《横琴规则》和《对接规则》不同,其不提供临时仲裁裁决转化为机构仲裁裁决的服务。例如,2023年6月30日海仲“临时仲裁第一案”已审结(被申请人为中国香港公司)。在该案中,“海仲作为指定机构不对仲裁进行全程管理,仅根据当事人的请求提供指定仲裁员、决定仲裁员回避以及进行案件财务管理、提供仲裁庭秘书服务等一项或多项特定的管理服务,以确保程序正义,保障临时仲裁顺利进行。”^{⑤4}

三、我国临时仲裁“双轨制”挑战之应对

以此次《仲裁法》修订、《征求意见稿》临时仲裁“双轨制”的落地为例,其实际不仅面临着与《征求意见稿》第27条“仲裁地”相关规定的制度衔接问题;同时针对我国部分仲裁规则对该制度造成的潜在冲突,需要进行新旧制度间的对接与融合。可见,未来我国临时仲裁制度的构建和适用既需要保障自身的制度设计的严密性,同时还需要关注与引导既有临时仲裁规则的配合。

(一) 立法协调: 修改第22条和第27条

在第二部分的假设模型(无涉外因素争议当事人通过挑选域外仲裁地而适用临时仲裁)中,以《纽约公约》第5条第1款审查此类无涉外因素争议能否被承认与执行当属核心环节。但从立法的角度协调仲裁地与临时仲裁“双轨制”,则可聚焦“当事人无行为能力或者仲裁协议无效”中仲裁协议无效的判断问题。

若根据《纽约公约》第5条的规定,仲裁协议有效性的判断应适用当事人合意选择的准据法、未约定时以仲裁地法进行判断。法院在承认与执行此类裁决时基本认为,《纽约公约》对仲裁协议效力的法律适用规定针对的是涉外仲裁协议,假设模型限定的对象是“无涉外因素争议”,故无需涉及法律适用问题,但根据我国相关司法实践,针对非涉外争议的仲裁协议效力应当依据国内法予以判断。^{⑤5}故在仲裁法修订的语境下,应通过《征求意见稿》第22条排查是否存在使仲裁协议无效的情形。^{⑤6}但由于该条仅规定仲裁范围、当事人行为能力和是否存在胁迫三个使仲裁协议无效的事由,故假设模型中实际

^{⑤4} 《临时仲裁第一案审结 脱敏裁决已依约公开》,载中国海事仲裁委员会官网, <https://www.cmac.org.cn/index.php?id=751>,最后访问时间:2023年11月12日。

^{⑤5} 例如,在(2013)二民特字第10670号案中,法院认为,在不具有涉外因素的民事法律关系中,“合同以及所包含的仲裁条款之适用法律,无论当事人是否作出明示约定,均应确定为中国法律”。但需要注意的是,此类仲裁协议直接适用中国法受到了部分学者的质疑,以及仲裁协议涉外性问题的界定应当依据何国法律,是否当然适用仲裁裁决执行地(法院地)国家的法律等问题也引发了部分学者的进一步思考。参见李鹏:《试论无涉外因素争议的外国仲裁裁决》,载《行政与法》2013年第10期,第121页;张建:《中国商事仲裁的国际化挑战——以最高人民法院的裁判观点为视角》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2016年第1期,第71页。

^{⑤6} 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第22条规定:“有下列情形之一的,仲裁协议无效:(一)约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;(二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;(三)一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。”

只要注意不超过仲裁范围、当事人具备行为能力和不存在胁迫情形仍旧可使其成为有效仲裁协议,进而使其得到承认与执行。

基于此,若为维护临时仲裁“双轨制”、避免无涉外因素争议当事人通过挑选仲裁地而作出的临时仲裁裁决得到承认与执行,可在《征求意见稿》中作出以下调整:

其一,若欲以“仲裁协议无效”为阻却事由,可以考虑在第22条使仲裁协议无效的事由中新增一项:“.....(四)无涉外因素争议约定域外仲裁地并适用临时仲裁的”。即直接将假设模型中的情况作为使仲裁协议无效的事项。

其二,还可在仲裁地的一般规则中明确类似“无涉外因素争议不得通过约定域外仲裁地而适用临时仲裁”等限制性规定,为当事人选择仲裁地增加前置条件,从根本上阻却相关当事人通过挑选仲裁地而适用临时仲裁的尝试。例如《征求意见稿》第27条第1款可改为:“当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的,以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。但无涉外因素争议不得通过(约定或被确定的)域外仲裁地而适用临时仲裁。”

(二) 规则配合:调整相关仲裁机构的审查或确认规则

1. 《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》与《中国海商法协会临时仲裁规则》

一方面,如前所述,满足“三特定”原则但争议并不具备涉外因素的当事人,实际可以使临时仲裁裁决通过《横琴规则》转化为机构仲裁,且现存的审查与确认规则并不能有效阻止此类裁决的形式转化。故若《征求意见稿》被通过后,相关仲裁机构应着手修订与完善《横琴规则》中关于审查和确认规则,将原有规定中“根据《珠海仲裁委员会仲裁规则》《珠海国际仲裁院仲裁规则》以及本规则予以审查”进行进一步细化,例如可借鉴参考《对接规则》第23条的审查制度等方式(见下文),阻却为无涉外因素争议实质适用了临时仲裁裁决提供便利。

另一方面,若临时仲裁“双轨制”一经通过,被当事人指定的仲裁机构(指定机构)在依照《海协规则》提供临时仲裁的程序服务时,也应注意在机构仲裁规则中增加相应审查和确认等限制性条款,以主动审查、监督和干预无涉外因素争议通过《海仲规则》而适用临时仲裁的情况。

2. 《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》

同理,若在《征求意见稿》通过和实行临时仲裁“双轨制”后,《对接规则》中相关审查和对接条款需要被完善与优化,以及对接机构需要强化其审核和筛查责任、严格把控当事人向其提出的程序转化申请。

第一,调整《对接规则》第23条所规定的审查事项的适用范围,将其扩展到所有对接服务中,而非仅局限于裁决文书转化。同时在审查事项上,建议在仲裁主体是否适格、程序是否符合当事人约定以及裁决文书内容是否违反法律强制性规定及公序良俗事项外,增加“其他”等兜底规定,强化对接机构的审查职能。

第二,对接机构还要通过前述审查规定严格筛查无涉外因素争议当事人在约定域外

仲裁地并适用临时仲裁后,借助《对接规则》第 21 条第 4 款^{⑤7}和第 23 条^{⑤8},实现“域外临时仲裁裁决”转化为机构仲裁裁决的操作。如前所述,无涉外因素争议当事人通过约定域外仲裁地可使裁决具备“域外裁决”的身份,而根据上述规定,如若对接机构审查不严,将可能造成此类裁决转化为机构仲裁的裁决结果。

第三,对接机构需严格把关临时仲裁的“程序转化”,利用更为完善的审查机制(例如第一点建议)阻却无涉外因素争议当事人利用《对接规则》第 22 条^{⑤9}将实质享受了临时仲裁的程序性和实体性便利的案件转化为机构仲裁。

综上所述,若临时仲裁“双轨制”一旦通过,相关仲裁机构应注意完成包括但不限于如上所述的规则调整,以及在实践中强化对接仲裁机构、指定仲裁机构等相关仲裁机构的审核责任,谨慎提供相关裁决转化等相关服务。

结 语

一直以来,我国《仲裁法》虽未引入临时仲裁制度,但外国临时仲裁裁决却可以根据《纽约公约》机制在我国获得承认和执行,为平等对待内外仲裁和基于我国仲裁制度进一步发展等现实需求,在此次《仲裁法》修订中开始考虑纳入临时仲裁。然而基于前述特定原因,我国当前提出可能将有限度地引入临时仲裁制度、将临时仲裁的适用范围限于具有涉外因素的争议。事实上,临时仲裁作为仲裁最原始的形态,其对于商事主体一直具有强烈的吸引力,从当前在我国仲裁市场和诚信体系制度等不够成熟和完善等角度去理解,“有限度”地在我国开放临时仲裁有其依据。

但随着未来我国仲裁制度和市场的不断发展,临时仲裁在我国土壤下“生根发芽”是可供期待的。仲裁作为多元化纠纷解决机制的重要组成部分极大地缓解了我国诉讼压力、节省了司法资源,而临时仲裁作为更为灵活的纠纷解决方式将为商事纠纷解决带来更为高效和便捷的选择,并且将进一步完善我国仲裁制度,进一步开拓我国仲裁市场。因此在达成该愿景之前,无论是当前我国计划通过“双轨制”作为引入临时仲裁的“试水”,抑或可能出现的其他针对临时仲裁制度的制度设计,都值得从完善制度设计本身和协调既有仲裁规则等方面进一步探究,为我国构建和完善临时仲裁制度添砖加瓦。

Abstract: China's current legislation does not provide for ad hoc arbitration. Article 91 of the "Arbitration Law of the People's Republic of China (Revised) (Draft for

^{⑤7} 同前注^{④6}。

^{⑤8} 同前注^{④9}。

^{⑤9} 同前注^{④7}。

Comments)"(2021) shows a tendency that the law will provide for ad hoc arbitration based on whether the dispute has foreign-related characteristics, which called "dual-track system". However, on the one hand, it must be compatible with the newly added "seat of arbitration" in Article 27 of the "Arbitration Law of the People's Republic of China (Revised) (Draft for Comments)"(2021) to avoid that the parties to disputes without foreign-related factors apply for ad hoc arbitration by selecting a seat of arbitration. On the other hand, when constructing and applying China's ad hoc arbitration provisions, attention must be paid to the current institutional environment. For example, there are potential conflicts between some current arbitration rules and the "dual-track system" of ad hoc arbitration. Luckily, the conflicts are not irreconcilable. For the former, the relevant provisions on the seat of arbitration can be improved to prevent the possible risks it brings to the "dual-track system" of ad hoc arbitration. For the latter, the regulations of relevant arbitration institutions can be improved and integrated with China's ad hoc arbitration provisions. For example, under the system design of the "dual-track system" of ad hoc arbitration, it is recommended to improve the review or confirmation rules of relevant arbitration institutions and to be complied with the "dual-track system" of ad hoc arbitration.

Keywords: revise of the PRC Arbitration Law; ad hoc arbitration; "dual-track system"; seat of arbitration

(责任编辑: 顾 涛)

调解员特征与调解成功率相关关系研究

——基于一种可解释机器学习方法

高帆*

内容提要 本文对 H 省“人民法院调解平台”1542 名调解员办理的 21 万件调解案件,采用融合 XGBoost 算法与 SHAP 解释框架的机器学习方法,以可视化的方式对调解员身份、学历、性别、经验四个特征与调解成功率的相关关系进行分析。结果表明:在该模型中,调解员的身份对调解成功率的影响最大,且大多数情况下当调解员身份为行政调解员或法官时,调解员身份会对调解成功率起到正向贡献作用;调解员经验的重要性仅次于调解员身份,但当经验值达到一定数值后,调解成功率不再受调解员经验的显著影响;相较于调解员身份和经验,学历对调解成功率的影响较小,随着学历的提高,其对调解成功率逐渐产生正向贡献,但当学历提高到硕士、博士时,其贡献作用明显减弱甚至出现负值;调解员性别对调解成功率的影响最小,且男性的影响小于女性,调解成功率更容易受到女性调解员的影响。

关键词 调解成功率;调解员;在线调解;计算法学;智慧司法

一、问题与进路

调解常常是双方谈判失败的副产品,纠纷当事人无法自力解决分歧时需要第三方介入,促进双方谈判继续进行。^①但即使第三方介入也是为了促进当事人之间达成自主解决或得到接近自主解决效果的解决方案。^②与此同时,调解所采用的非对抗性辩论的步骤和方法,也决定了当事人双方在相持不下的情形下,为了避免交涉失败,需要调解员的积极调控和准确判断。^③虽然调解成功与否还受到案件情况、程序设计等多重因素影响,但多数看法认为调解员的好坏决定了调解的好坏。^④当然,调解成功率的高低并非一定

* 高帆,湘潭大学法学院 2021 级硕士研究生。本文系国家重点研发计划“智慧司法科学理论与司法改革科技支撑技术研究”(项目编号:2020YFC0832400)阶段性成果;湖南省研究生科研创新项目“法院诉调分流及案案智能匹配原型系统构建逻辑探究”(项目编号:QL20220140)阶段性成果。

① [美]斯蒂芬·B·戈尔德堡、[美]弗兰克、[美]E·A·桑德、[美]南茜·H·罗杰斯、[美]赛拉·伦道夫·科尔:《纠纷解决:谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏、曾宇、刘晶晶译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 117 页。

② [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,弘文堂 2019 年版,第 15 页。

③ 季卫东:《程序比较论》,载《比较法研究》1993 年第 1 期,第 15 页。

④ Douglas A. Henderson, *Mediation Success: An Empirical Analysis*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1996, Vol.11:1, p.113.

能代表调解员的好坏,调解员的“纸面”资格,如已完成的培训项目,教育学位,甚至多年的调解经验可能也无法准确地预测调解员的能力。^⑤但目前看来,受制于调解员实际表现、纠纷解决实效难以量化的困境,在关于调解员能力的定量研究中,调解成功率仍是一个值得采纳并且相对较为稳妥的研究指标。

调解员的能力与素质是开展调解工作需要考虑的限制性因素之一,决定着调解的质量、社会效果和未来发展。^⑥具体而言包括调解员的身份道德、法律知识、调解技能和经验等。现有研究显示,在调解程序中选择调解员需要对许多标准进行深思熟虑的平衡,包括调解经验、调解技能、实质性专业知识、中立性声誉、创造力、强大的人际交往能力以及帮助双方达成协议的能力。^⑦调解员的权威性与调解成功率之间也存在着正相关关系,调解员权威性由必备的专业能力、外在身份、人格特质等因素支撑。^⑧除此之外,调解员的工作年限和性别匹配对调解结果也存在一定影响。^⑨在邻里纠纷等特定纠纷案件中,在其他因素不变的情况下,女性调解员往往比男性调解员更优秀,能以更少时间化解纠纷、解决矛盾。同时随着工作年限的增加,性别匹配对调解结果的影响会逐渐减弱。调解员作为纠纷的观察者和双方信任的重建者,担负着纠纷信息掌控、当事人情绪引导、利益冲突平衡等重任。多年来,各国都在呼吁并尝试制定统一的调解员资格认证体系和普遍接受的专业行为准则。^⑩但目前,我国调解员队伍专业化水平参差不齐、大众对调解员职业的认同感不强,这些问题严重制约着我国调解事业现代化的成熟发展。^⑪在促进我国调解员职业化发展以及推动构建调解员评价机制方面,我国对调解员特征与调解成功率的相关关系研究仍有进一步深化的空间。该领域的精细化研究对于为调解员提供更全面的职业支持和业务指导,提高调解质量以及推动整个调解体系的专业化水平具有重要意义。

我国的调解实践经验和案例材料非常丰富,但是缺乏系统性总结和提炼,尚未转化为学科化的知识体系。^⑫这使得调解在实践中缺乏系统性和科学性,影响了调解的效果,加大了调解的推广难度。同时,由于调解的保密性,对现场调解进行定量研究十分困难,且样本体量过小可能会对定量研究结论的确定性产生不利影响,这种困难也导致对调解制度的现有研究主要集中于定性研究。^⑬随着信息技术同司法工作深度融合的不断推

⑤ Brad Honoff & David Matz & David O'Connor, *Putting Mediation Skills to the Test*, *Negotiation Journal*, 1990, Vol.6:1, p.37.

⑥ 参见范愉:《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》,载《法学家》2011年第2期,第12页。

⑦ David S. Ross & Barbara McAadoo, *Strategic Considerations in Choosing a Mediator: A Mediator's Perspective*, *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 2000, Vol.2:1, p.7.

⑧ 赵旭东:《纠纷与纠纷解决原论——从成因到理念的深度分析》,北京大学出版社2009年版,第215页。

⑨ 张子纯:《性别匹配对基层矛盾纠纷调解结果的影响作用研究》,哈尔滨工业大学硕士学位论文,2021年,第49页。

⑩ Robert A. Baruch Bush, *Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation*, *Florida Law Review*, 1989, Vol.41:2, p.255.

⑪ 廖永安等编著:《新时代调解研究文丛·实务系列:调解学教程》,中国人民大学出版社2019年版,第308页。

⑫ 廖永安:《论构建中国自主的调解学知识体系》,载《商事仲裁与调解》2023年第1期,第30页。

⑬ Ava J. Abramowitz, *Toward a Definition of Success in Mediation*, *Dispute Resolution Magazine*, 2018, Vol.24:4, p.23.

进,我国探索出了在线诉讼、在线调解等一系列具有鲜明中国特色的在线司法服务模式。在线调解案件数量显著增长,参与调解工作的社会力量不断壮大,在充分尊重、满足人民群众多样化、多层次司法需求的同时,亦为我们研究调解制度提供了更多的经验证据。^⑭ 现有数据、算力和算法逐渐满足社会科学高精度、大体量的定量研究,机器学习方法或将推动社会科学研究的范式突破。^⑮ 模型是对现实世界的简化和近似。^⑯ 机器学习建模是基于历史数据,学习和理解人类经验,针对不完全的信息进行推理,以构建发现新事物的算法模型。在法学领域,机器学习已成为国外法律实证研究的前沿方法之一,通过构建机器学习模型分析历史数据,能够获取数据拟合程度较高的相关性分析结果,有助于揭示复杂法律实践背后蕴含的影响司法实践的相关性因素。^⑰ 但在可解释性方面,机器学习方法以输入和输出作为主要运作方式,其存在的过程性黑箱问题^⑱ 造成模型缺乏对事物语义及因果关系的描述,模型的可解释性问题也一直饱受诟病。^⑲ 鉴此,本文针对 H 省“人民法院调解平台”1542 名调解员的身份(法官、律师、行政调解员、人民调解员、行业专家、其他社会调解员)、学历(初中、高中、专科、本科、硕士、博士)、性别(男、女)、经验(调解成功与失败案件总量)四个特征,采用 XGBoost(eXtreme Gradient Boosting)算法进行机器学习建模。针对算法的可解释性问题,融合 SHAP(SHapley Additive exPlanations)解释方法,对散乱的法律数据进行分析,以可视化的方式考察和比较调解员身份、学历、性别、经验四个特征对调解成功率的重要程度和影响大小。^⑳

二、研究假设

(一) 调解员身份对调解成功率的可能影响

人民法院调解平台将调解员分为人民调解员、行政调解员、行业专家、律师、法官等类型。调解员的特定身份、职务职业等作为社会资本的重要构成性因素,对于塑造调解的公共信任与权威不可或缺。^㉑ 在欧美国家,调解员的构成因调解组织和调解类型的不同

^⑭ 人民法院调解平台自 2018 年上线以来,四级法院调解平台应用率 100%,人民法院在线调解案件累计超过 2400 万件,6.1 万家调解组织和 25.4 万名调解员通过人民法院调解平台开展工作。参见最高人民法院:《人民法院一站式多元纠纷解决和诉讼服务体系建设(2019—2021)》,2022 年 2 月 24 日发布。

^⑮ 陈云松、吴晓刚、胡安宁、贺光桦、句国栋:《社会预测:基于机器学习的研究新范式》,载《社会学研究》2020 年第 3 期,第 96 页。

^⑯ [美] 加里·金、[美] 罗伯特·基欧汉、[美] 悉尼·维巴著:《社会科学中的研究设计》,陈硕译,上海人民出版社 2014 年版,第 46 页。

^⑰ 左卫民:《中国计算法学的未来:审思与前瞻》,载《清华法学》2022 年第 3 期,第 200 页。

^⑱ 黑箱问题一般是指测试者不了解模型的内部情况,只知道模型的输入、输出和程序的功能,只能从用户的角度针对程序界面、功能及外部结构进行测试,而无法研究模型内部的逻辑结构。

^⑲ 参见廖备水:《论新一代人工智能与逻辑学的交叉研究》,载《中国社会科学》2022 年第 3 期,第 38 页。

^⑳ 需要指出的是,SHAP 解释方法的可视化结果只代表了本文中 XGBoost 算法预测模型的情况,模型的好坏本质上取决于数据的好坏,算法的优劣只影响预测模型是否能无限趋向于数据的极限,故本模型的结果并非能与现实情况完全相同。

^㉑ 吴元元:《人民调解员的制度角色考》,载《中国法学》2021 年第 4 期,第 270 页。

同而有所不同。一般情况下,诉讼外调解的调解员由法学教授、律师、行业专家等人员担任,法院附设调解机构的调解员则多由退休法官以及律师担任;法院诉前调解的调解员由法官担任。^{②②}也存在少数国家对调解员的限制较为严格,例如希腊《调解法》规定只有律师才有资格申请成为调解员,且需要通过一系列资格认证程序,目的为保证调解员的专业素质。^{②③}在我国台湾地区,诉前调解的主持者包括法官和调解委员,法官认为必要时也可以在调解名册之外选择调解委员。^{②④}我国《人民法院在线调解规则》规定,诉前或诉讼过程中,在人民法院调解平台开展的在线调解,调解员可由人民法院审判人员、专职或者兼职调解员、特邀调解员以及人民法院邀请的其他人员担任。人民法院可以邀请人大代表、政协委员、人民陪审员、行业专家、律师、仲裁员、退休法律工作者等符合条件的个人加入特邀调解员名册。目前对于调解员身份与调解成功率关系的相关研究,更多集中在理论层面的推论,尚缺少充分的实证研究验证。综上,本文提出如下研究假设:

a. 调解员的身份将对调解成功率产生显著影响。

(二) 调解员学历对调解成功率的可能影响

与调解员身份紧密相关的是调解员的文化程度,不同职业的准入要求适配不同的学历准入条件。文化程度和学习经历往往影响着调解员调解技巧的习得、专业知识的掌握、调解目的的实现等。除调解员的道德素质外,调解员的学历可作为调解员的考核标准之一。^{②⑤}2008年,欧盟颁布《欧洲议会及欧盟理事会关于民商事调解若干问题的2008/52/EC指令》,鼓励各成员国对民商事领域的调解员进行培训,以确保调解对当事各方以有效、公正和恰当的方式进行。部分成员国对民事调解员考核设置了高中学历要求,但对商事、家庭和刑事调解员考核设置了更高的学历要求。例如在商事调解员考核中,要求先具备民事调解员资格,并拥有本科学历。^{②⑥}我国2020年发布的《全国人民调解工作规范》^{②⑦}对乡镇(街道)人民调解委员会的调解员和行业性、专业性人民调解委员会的调解员的学历要求分别做出了一般性规定,其中乡镇(街道)人民调解委员会的调解员一般应具有高中以上学历;行业性、专业性人民调解委员会的调解员一般应具有大专以上学历。实践中,全国各地对聘用调解员的学历准入要求不尽相同,多数地区以大专以上学历作为招聘调解员的条件,^{②⑧}部分地区将具有大专以上学历作为优先推荐聘任为专职

^{②②} 宋朝武等编著:《调解立法研究》,中国政法大学出版社2008年版,第182页。

^{②③} 齐树洁等编著:《外国ADR制度新发展(第二版)》,厦门大学出版社2017年版,第149页。

^{②④} 张榕:《台湾诉前调解制度分析》,载《台湾研究》2006年第1期,第46页。

^{②⑤} 张卫平:《我国替代性纠纷解决机制的重构》,载《法律适用》2005年第2期,第15页。

^{②⑥} Włodzimierz Bronski, María Concepción Rayón Ballesteros and Marek Dąbrowski, *Legal Status and Acquisition of Mediator Qualifications, A Legal Comparative Analysis of Regulations in Spain and Poland*, Review of European and Comparative Law (RECoL), 2023, Vol.53, p.30.

^{②⑦} 中华人民共和国司法部《全国人民调解工作规范》,SF/T 0083-2020,2020年12月30日发布。

^{②⑧} 《福州市鼓楼区司法局2022年公调对接专职人民调解员招聘公告》,载福州市鼓楼区人民政府网, http://www.gl.gov.cn/xjwz/zwgkml/rsxx/zkzp/zlks_sfj/202211/t20221111_4463378.htm,最后访问时间:2023年11月21日。

人民调解员的条件,^{②9}也存在仅以“有一定的文化水平”作为一般性准入要求。^{③0}总的来说,全国各地对聘用调解员的学历要求并不苛刻,以高中和专科学历为主。综上,本文提出如下研究假设:b.调解员学历将对调解成功率产生一定影响,且专科学历即可基本满足需要。

(三) 调解员性别对调解成功率的可能影响

除此之外,司法工作人员的性别对司法活动的影响规律,也一直是学界在司法工作人员个体研究中关注的重点问题。依据波斯纳的观点,男性更重视规则、技术的运用,而女性则强调利益平衡和伦理关怀。^{③1}女性能以不同的思维方式参与到司法活动中,同时女性的参与也是关怀伦理之于公正伦理的重要补充。^{③2}与男性相比,女性在解决争端时往往不那么抽象更注重具体问题的背景,男性则偏向于通过诉诸抽象权利和普遍规范来解决争端。^{③3}一般情况下,女性在调解和审判工作中往往更具有耐心、热心与亲和力,更易获得当事人的信任与尊重。^{③4}在调解过程中不同性别的调解员采用的沟通方式有所差异,女性调解员往往会使用更多旨在澄清争议方言论的表述,而男性调解员则会使用更多旨在控制和指导调解进程的表述。^{③5}在此基础上,本文将进一步研究在其他特征介入的情况下,调解员性别差异是否对调解成功率产生重大影响。综上,本文提出如下研究假设:c.调解员的性别不会对调解成功率产生显著影响,但不同性别之间将存在差异。

(四) 调解员经验对调解成功率的可能影响

调解员的调解经验对调解成功率的重要程度不言而喻。调解员的能力不依赖于其他领域的专业培训,而是在于在调解培训、调解经验和对调解技巧本身的熟练程度。^{③6}其中,调解员的调解经验又正向促进着调解员使用调解技巧的熟练程度。本文所称调解员经验是指调解员的调解经验,量化表现为调解员在“人民法院调解平台”调解成功的案件数量和调解失败的案件数量总量。与以往研究不同,本文使用“办理调解案件总量”代替“工作年限”来表征调解员的调解经验。理由在于,各地调解工作开展情况不同,部分地区调解案件较少,故工作年限并不能直接代表调解员的调解经验,且何时开始参与调解工作实际上也难以进行统计。综上,本文提出如下研究假设:d.调解员经验将显著影响调解成功率。

^{②9} 《独山县公开招聘2022年村(社区)专职人民调解员方案》,载独山县人民政府网, http://www.dushan.gov.cn/xwdt/tzgg/202209/t20220917_76481613.html,最后访问时间:2023年11月21日。

^{③0} 《三都水族自治县2022年公开招聘专职人民调解员公告》,载三都水族自治县人民政府网, https://www.sandu.gov.cn/xwdt/tzgg/202211/t20221130_77281231.html,最后访问时间:2023年11月21日。

^{③1} 参见[美]理查德·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第506页。

^{③2} 宋灵珊:《性别与法律:刑事司法中的女检察官》,载《交大法学》2021年第4期,第178页。

^{③3} Suzanna Sherry, *The Gender of Judges, Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 1986, Vol.4:1, p.163.

^{③4} 方乐:《司法经验中的生活体验——从典型女性法官形象切入》,载《法制与社会发展》2012年第5期,第34页。

^{③5} Victor D. Wall & Marcia L. Dewhurst, *Mediator Gender: Communication Differences in Resolved and Unresolved Mediations*, *Mediation Quarterly*, 1991, Vol.9:1, p.81.

^{③6} Ellen A. Waldman, *The Challenge of Certification: How to Ensure Mediator Competence While Preserving Diversity*, *University of San Francisco Law Review*, 1996, Vol.30:3, p.724.

三、研究路径

(一) 研究方法

本文在 XGBoost 算法搭建调解成功率预测模型的基础上融合 SHAP 解释方法,对各个调解员特征变量的重要性进行量化和归因。XGBoost 又名极度梯度提升树,是 Boosting 算法的优化实现方式,被广泛应用于各类数据竞赛中,解决分类及回归问题,在众多领域表现出较好的预测效果。XGBoost 算法背后所采用的模型单位为决策树,其基本思路是通过生成多棵树,每棵树都基于前树预测值和目标值的差值进行学习,以降低模型偏差。XGBoost 算法相较于广义的线性回归算法在预测时更加精准,但在可解释性上依然有所欠缺。事实上,人工智能的可解释性问题不仅仅是复杂算法和庞大数据集带来的信息黑箱问题,而是人工智能采用了人类看不到的“思考”方式,使人无法直观观察输入和输出之间的决策过程。^{③7} 如何把模型的决策过程以清晰明了的可视化方式呈现出来,让非专业人士也能理解模型的逻辑和决策依据,成为一个日益重要的问题。

目前,机器学习模型的可解释性主要可以分为两大类, ante-hoc 可解释性和 post-hoc 可解释性。 ante-hoc 可解释性称为事前解释性,其发生在训练模型完成前,不需要在模型训练完成后添加额外信息就可以实现对模型的理解和解释。 post-hoc 可解释性称为事后解释性,主要针对已训练完成的模型解释问题。本文采用的解释路径即属于 post-hoc 可解释性。2017 年, Lundberg 和 Lee 提出了 SHAP 这一解决方案,一定程度上解决了复杂模型准确性和可解释性之间的矛盾。 SHAP 与 XGBoost 算法的融合使用已被广泛应用于特征分析工作中。 SHAP 在预测模型中为每一个特征都分配了贡献度(重要性值),反映每个特征对于最终预测值的正负影响,以可视化的方式展示了算法的决策过程。

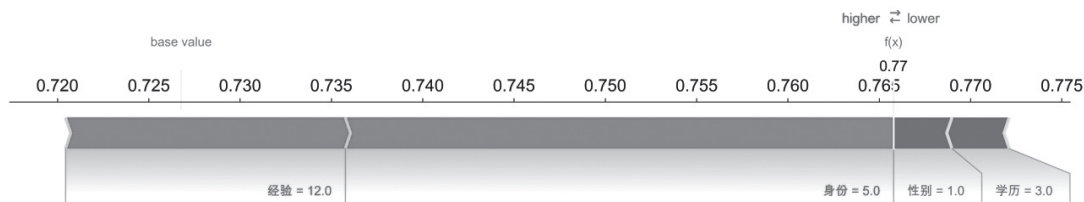


图 1 SHAP 单样本特征影响图

举例而言,如图 1 所示, base value 是所有样本的平均预测值, $f(x)$ 即 output value,是该测试样本的实际预测值。红色表示正向贡献,蓝色表示负向贡献,色带的宽度表示特征贡献度的绝对值大小。在该测试样本中, output value 大于 base value,即该名

^{③7} 刘艳红:《人工智能的可解释性与 AI 的法律责任问题研究》,载《法制与社会发展》2022 第 1 期,第 83 页。

调解员调解成功率的实际预测值大于所有样本的平均预测值。其中调解员的身份、学历、性别、经验对实际预测值产生了不同影响。该调解员的经验 =12.0（结案数 12 件）和调解员身份 =5.0（法官）两个特征对调解成功率的实际预测值具有正向贡献,且调解员身份 =5.0（法官）的贡献大于经验 =12.0（结案数 12 件）。性别 =1（男性）和学历 =3（本科）对调解成功率的实际预测值具有负向贡献,根据色带宽度可知,在该测试样本中性别 =1（男性）和学历 =3（大学本科）对调解成功率的实际预测值贡献较小,且贡献度无明显区别。

（二）研究框架

多主体大样本的历史调解数据,有助于我们突破以往相关研究大多只关注地区小范围调解工作的局限,可以相对系统地考察一段时期内调解员的总体特征及其与调解成功率的影响关系。本文通过从“人民法院调解平台”获取数据集,并对数据进行预处理后搭建预测模型,并对不同算法搭建的预测模型进行评估,选取其中的最优模型,再引入 SHAP 解释方法。具体而言,本文的研究思路如图 2 所示,主要包括以下几个步骤:

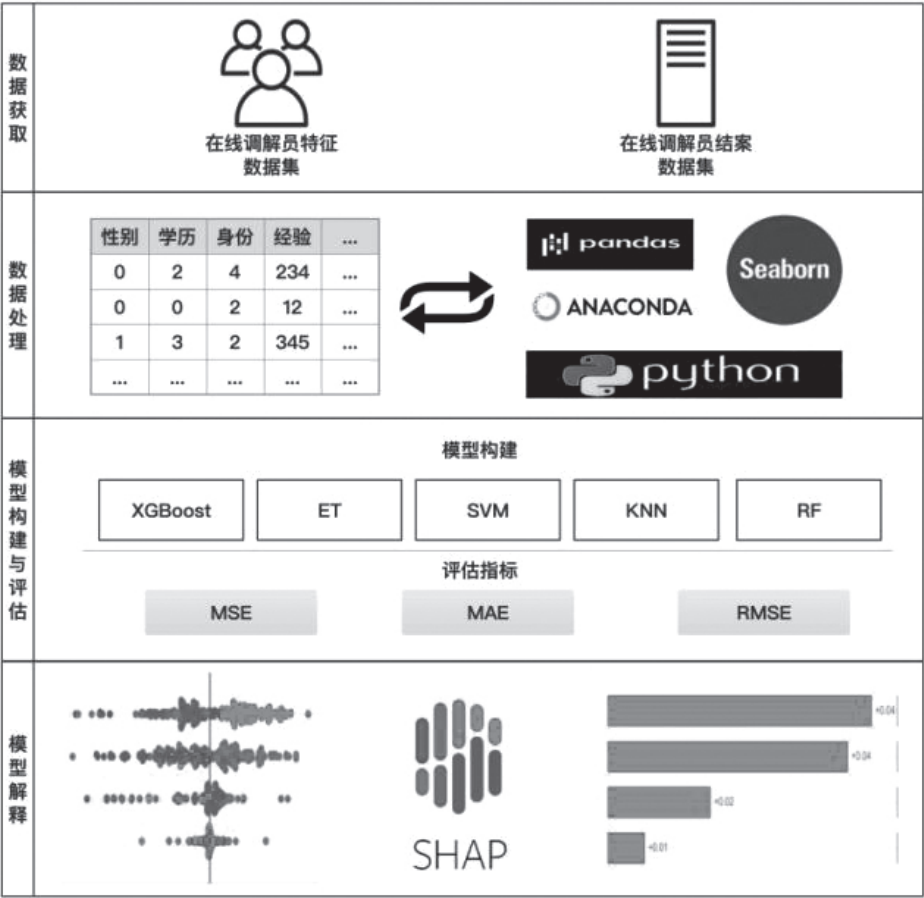


图 2 研究框架

1. 数据获取。目前“人民法院调解平台”已覆盖全国 3000 多家法院,实现了全国法院的 100% 接入。相较于其他在线调解平台,“人民法院调解平台”的数据更具有代表性和权威性。本文将从 H 省“人民法院调解平台”获取的 2019 至 2022 年 6000 余名调解员的身份、学历、性别、经验特征数据和在线调解结案数据作为原始数据集。

2. 数据预处理。从获取的 6000 余名调解员数据中,筛选出调解员身份、学历、性别、经验四个特征均不存在数据缺失^③的 1542 名调解员,及其办理的 21 万余件在线调解案件数据。并对调解员身份(法官、律师、行政调解员、人民调解员、行业专家、其他社会调解员)、学历(初中、高中、专科、本科、硕士、博士)、性别(男、女)数据进行标签编码,以便于用于模型的训练和测试。

3. 模型的构建与评估。通过 XGBoost、支持向量机(Support Vector Machine, SVM)、K 最邻近法(K-Nearest Neighbor, KNN)、极端随机树(Extra Trees, ET)、随机森林(Random Forest, RF)算法搭建调解成功率预测模型。以均方误差(Mean Square Error, MSE)、均方根误差(Root Mean Squared Error, RMSE)、平均绝对误差(Mean Absolute Error, MAE)作为模型评估指标,通过不同算法间的相互对比,选出最优的模型架构。

4. 模型的解释。在选取最优模型的基础上,融合 SHAP 解释方法,通过宏观特征密度散点图、特征交互图、宏观特征总结图等比较调解员身份、学历、性别、经验特征对调解成功率的贡献度大小。通过特征依赖图、特征散点图等分析单个特征变量的不同数值对调解成功率的影响情况。

(三) 特征变量编码

从获取的数据来看,调解员的身份包括法官、行政调解员、行业专家、律师、人民调解员、其他社会调解员六大类。其中法官包括员额法官和法官助理,行政调解员包括国家公职人员和行使公权力的其他人员,行业专家包括高校教师、实务专家等人员,律师包括专职律师和兼职律师,人民调解员为该地区由人民调解委员会委员和人民调解委员会聘任的人员,其他社会调解员包括热心人士、社区工作者、志愿者、“五老”调解员等。调解员的学历包括初中、高中、专科、本科、硕士、博士六类。调解经验方面,由于各地“人民法院在线调解平台”上线时间及调解员注册时间不同,存在部分调解员调解成功案件数为 0 或调解失败案件数为 0 的情况,为使模型更加精准,本文将此类数据予以剔除。综上所述,本文共选取调解员身份、学历、性别、经验四个特征变量,通过对其中的离散数据进行标签编码后,身份、学历、性别、经验四个特征变量的具体含义如表 1 所示。

^③ 由于各地“人民法院调解平台”对调解员的信息管理情况各不相同,调解员的身份、学历、性别、经验等特征数据存在不同程度的缺失情况。

表 1 调解员特征变量

特征变量	变量含义	编码内容	编码后变量类型
身份	其他社会调解员	0	数值型
	人民调解员	1	数值型
	律师	2	数值型
	行业专家	3	数值型
	行政调解员	4	数值型
	法官	5	数值型
学历	初中	0	数值型
	高中	1	数值型
	专科	2	数值型
	本科	3	数值型
	硕士	4	数值型
	博士	5	数值型
性别	女性	0	数值型
	男性	1	数值型
经验	结案案件数量	数值统计	数值型

（四）模型评估及对比

本文以 7: 3 的比例将 1542 名调解员特征数据集及其办理的 21 万件调解案件数据集划分训练集和测试集。将四个相关变量设置为特征变量,调解成功率设置为预测变量。构建 XGBoost、支持向量机 (SVM)、K 最邻近法 (KNN)、极端随机树 (ET)、随机森林 (RF) 模型。选用平均绝对误差 (MAE)、均方误差 (MSE)、均方根误差 (RMSE) 作为模型评估指标。

平均绝对误差 (MAE) 是实际预测值与真实值之差绝对值的均值,MAE 的值越小,表示误差越小。MAE 的计算公式如下:

$$MAE = \frac{1}{N} \sum_{i=1}^N |\text{observed}_i - \text{predicted}_i|$$

均方误差 (MSE) 是实际预测值与真实值之差平方的均值,均方根误差 (RMSE) 是均方误差的算术平方根, RMSE 相较于 MAE 是先对误差进行平方的累加后再开方,

放大了较大误差之间的差距。MSE 与 RMSE 的值越小,表示模型越精准。MSE 的计算公式如下:

$$MSE = \frac{1}{N} \sum_{i=1}^N (\text{observed}_i - \text{predicted}_i)^2$$

表 2 评估结果

预测模型	MSE	MAE	RMSE
SVM 模型	0.1028	0.2199	0.3207
KNN 模型	0.1084	0.2557	0.3292
ET 模型	0.0916	0.2488	0.3032
RF 模型	0.0906	0.2409	0.3011
XGBoost 模型	0.0876	0.2438	0.2959

评估结果如表 2 所示, XGBoost 模型在均方误差 (MSE)、均方根误差 (RMSE) 中均表现最优,在平均绝对误差 (MAE) 中略逊于支持向量机 (SVM) 和随机森林 (RF) 模型,据此, XGBoost 模型在处理复杂数据集时具有显著的优势。其强大的树结构学习和正则化能力^③使得模型能够更好地捕捉到数据中的非线性关系,并且更好地避免了过拟合^④。相比之下,支持向量机 (SVM) 和随机森林 (RF) 模型在处理某些类型的数据时可能会有一些局限性。综上所述, XGBoost 模型在均方误差 (MSE)、均方根误差 (RMSE) 中的表现最优,这表明它对数据的拟合程度更好。虽然平均绝对误差 (MAE) 略逊于支持向量机 (SVM) 和随机森林 (RF) 模型,但是其强大的泛化能力以及优秀的训练速度使得 XGBoost 模型仍为本文的最优模型。

四、解释分析

(一) 总体情况

在搭建好 XGBoost 调解成功率预测模型后,引入 SHAP 解释方法。在 SHAP 解释模型中,调解员的每一个特征都被视为一个对最终调解成功率预测值的“贡献者”,贡献者有好 (正向贡献) 有坏 (负向贡献)。SHAP value 即每一个测试样本中每个特征所分配到的贡献度 (重要性值),其绝对值越大,对预测结果的影响就越大。

③ 正则化一般是指使方程式、函数更加合乎常态 (regular) 或平滑 (smooth),有助于提高模型的可靠性、速度和准确性。
④ 过拟合一般是指模型过于紧密或精确地匹配特定数据集,以致于无法良好地拟合其他数据或预测未来的观察结果的现象。

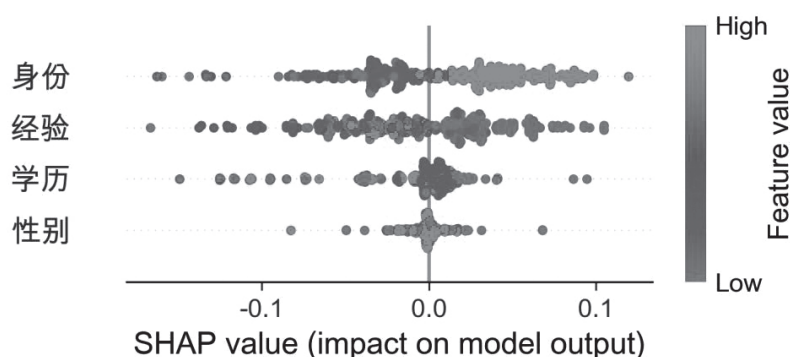


图3 宏观特征密度散点图

如图3所示,该图为全部测试样本的宏观特征密度散点图,图中的每一个散点即表示一个测试样本情况。通过该图可以观察出各特征之间的重要程度,以及特征的取值大小对特征贡献度的影响情况。在该图中,横坐标为特征的贡献度 (SHAP value),该值为正值时表示该特征对预测结果有正向贡献,该值为负值时表示该特征对预测结果有负向贡献。故每个特征散点的宽度代表了该特征对预测结果的重要程度,在该图中自上而下的特征顺序代表了特征贡献度的排名。纵坐标为特征值,即特征的具体取值,越接近红色说明数值越大。从该图中可知,调解员身份特征的散点宽度最宽,调解员身份为对调解成功率预测值影响最大的特征。且从散点的颜色上看,当调解员身份特征的值较大(红色)时,大部分散点都落在 SHAP value 为正值区域,即其对调解成功率的正向贡献较高。

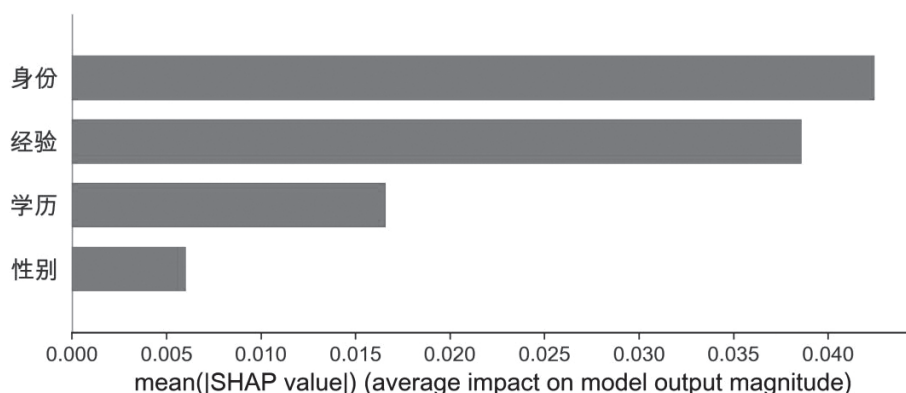


图4 宏观特征总结图

图4为全部测试样本的宏观特征总结图,横坐标表示全部样本中每个特征 SHAP value 的绝对值大小。相较于图3,宏观特征总结图更加直观地反映了调解员身份、学历、性别、经验对调解成功率预测值的贡献度排名。从图4可知,调解员的四个特征中,身份

特征对预测调解成功率的贡献最大,其次是经验特征,学历特征和性别特征的贡献较小,其中性别特征对预测调解成功率的贡献最小。身份和经验特征呈现出的重要程度支持了假设 a 和假设 d,且通过对比横坐标的取值可知,调解员的身份和经验对预测调解成功率的贡献远大于学历和性别。调解员身份超越经验特征,作为本模型中对调解成功率影响最大的因素,一种可能的解释在于,调解员的身份在很大程度上决定了当事人对调解员的初始信任。调解员在修复当事人之间的信任之前,应先与当事人双方建立起一种社会信任。如某调解员所言“每次去调解,去见当事人,不管是在哪里见面,我都穿着制服,当事人对这个身份还是比较认的,会更愿意听我的。”^④通常情况下,调解员往往是当事人非直接交往的或未曾谋面的陌生人,该社会信任的建立就更加依赖于当事人的理性判断或态度。^⑤但由于在线调解的特殊性,当事人无法与调解员面对面交流,真实人际接触的消失使得调解员对互动氛围的判断力与影响力下降。^⑥在调解过程中,当事人对调解员的主观判断在很大程度上就会受到调解员“身份信息”^⑦的影响。

(二) 各特征的具体取值分析

1. 调解员身份

本模型中,调解员的身份包括其他社会调解员、人民调解员、律师、行业专家、行政调解员、法官。经过标签编码后,特征变量的取值依次为 0-5 的整数。

图 5 为调解员身份特征散点图,横坐标表示身份特征的具体取值,纵坐标表示调解员身份对调解成功率的预测值贡献度 (SHAP value)。由图 5 可知,在该预测模型中,当身份的取值为 0 (其他社会调解员)、1 (人民调解员)、2 (律师)、3 (行业专家) 时,身份特征的大部分散点落于身份特征 SHAP value 为负值的区域,此时大部分情况下其他社会调解员、人民调解员、律师、行业专家四个身

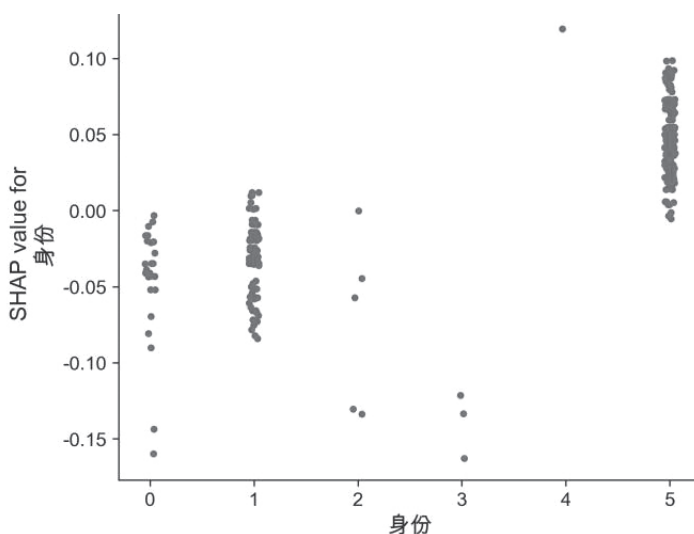


图 5 身份特征散点图

④ 郭欣言:《社会心理学在调解中的运用》,中国人民大学出版社 2022 年版,第 47 页。

⑤ 参见白春阳:《社会信任的基本形式解析》,载《河南社会科学》2006 年第 1 期,第 5 页。

⑥ 参见熊浩:《论法院在线调解的机能失调:基于媒介传播与冲突化解的双重视角》,载《法制与社会发展》2022 年第 2 期,第 51 页。

⑦ 当事人可在“人民法院调解平台”公开获取调解员的姓名、满意度、认证单位、擅长领域、调解员身份等信息。

份特征对调解成功率的预测值产生了负向贡献；当身份的取值为 4、5 即当调解员的身份为行政调解员和法官时，大部分散点落于身份特征 SHAP value 为正值的区域，此时身份特征对调解成功率的预测值产生了正向贡献。当事人对行政调解员和法官的信任，可能是出于对政府和法院的信任，相较于其他社会调解员、人民调解员、律师、行业专家，当事人可能更加认可政府和法院的准入机制和组织纪律，更愿意相信这样的人能够更为公正地处理当事人双方的利益冲突。行业专家对调解成功率是负向贡献，可能是源于调解员的作用不是理解案件的技术方面以便最终作出决定，而是确保双方相互理解。调解员对技术问题的理解也许并非十分重要，因为如果问题是技术性的，可以由双方或专家予以解决，而调解员的“技术缺陷”或许反而有所帮助，它能够迫使当事人双方解释自己的观点与立场，这将有利于双方当事人发现他们的误解或无知。^{④5}

2. 调解员经验

调解员的经验特征作为贡献度略次于身份特征的重要因素，分析其具体取值对调解成功率的贡献情况，对制定调解员的培训和评估方案具有重要意义。图 6 中，横坐标表示经验特征的具体取值（结案案件数量），纵坐标表示经验特征对调解成功率的预测值贡献度（SHAP value）。

如图 6 所示，随着调解员办理调解案件数量的增加，当经验值超过 500 左右时，经验的贡献度（SHAP value）逐渐稳定并趋向于 0，调解员经验对调解成功率的正向贡献及负向贡献逐渐减弱。这在一定程度上意味着调解员的调解技巧趋于成熟，调解成功率不再受到调解员经验的显著影响，而可能取决于案件本身的性质、复杂程度、当事人特征等其他因素。当前，法院在选任专职调解员方面缺乏明确标准，导致一些年龄较低、调解经验不足的人员难以胜任这一职责。^{④6}

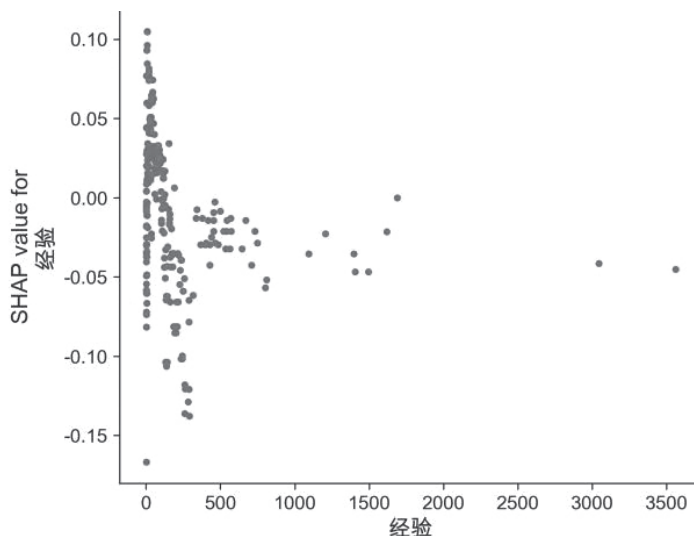


图 6 经验特征散点图

为了提高调解工作的质量和效率，调解经验或许可以作为法院或其他调解组织专职调解员的选任标准之一。但仍需要注意，调解经验的计算和认定需要明确标准和程序。

^{④5} Thierry Garby, *What Is a Good Mediator?*, Corporate Mediation Journal, 2018, Vol.2018:2, p.34.

^{④6} 赵毅宇：《法院专职调解员制度：根据、实践与完善》，载《法律适用》2019年第5期，第107页。

在计算调解经验时,需要考虑调解员参与调解案件的数量、类型、复杂程度等因素,制定相应的认定程序和标准,以确保计算结果的准确性和公正性。同时,调解经验需要不断积累和更新。调解员需要不断学习和提高自己的技能水平,以适应不断变化的案件情况和调解需求。法院或其他调解组织需要为调解员提供培训和学习的机会,以帮助他们不断提高自己的调解技能和水平。

3. 学历特征

本模型中,调解员的学历包括初中、高中、专科、本科、硕士、博士。经过标签编码后,特征变量的取值依此为0-5。

如图7所示,当调解员的学历为0(初中)时,学历特征 SHAP value 为负值,其对调解成功率的预测值产生了负向贡献。随着学历的提高,当调解员的学历为1(高中)、2(专科)、3(本科)时,学历特征 SHAP value 逐渐回到正值附近,且当学历为2(专科)时,学历特征对调解成功率的预测值产生了明显的正向贡献,这一结果与假设b基本相符。但随着学历的进一步提高,当调解员的学历为4(硕士)、5(博士)

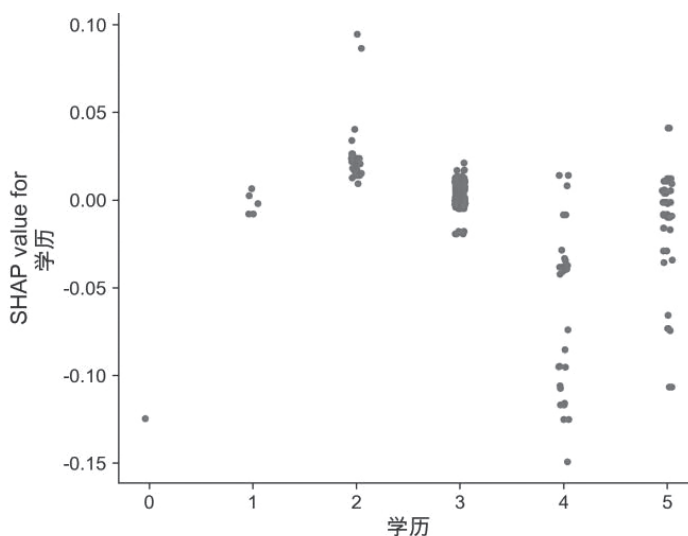


图7 学历特征散点图

时,大部分散点又落回学历特征 SHAP value 为负值的区域,这意味着大部分情况下硕士研究生、博士研究生的学历特征对调解成功率的预测值产生了负向贡献。这一结果与大众的观念存在一定的偏差,这可能与高学历调解员过多依赖自身的专业判断,而忽视调解的基本原则与沟通技巧有关。^{④7}

调解员学历对调解成功率产生一定影响,但并非决定性因素,并不是衡量其工作能力的唯一标准。在选任调解员时,需要综合考虑候选人的调解经验、沟通能力、专业知识和职业素养等因素,以确保选任的调解员具备足够的工作能力和专业素养,为当事人提供优质的调解服务。这些能力不仅需要调解员在实践中不断积累经验,还需要通过不断学习和培训来提升。调解员的选任应该以综合素质为基础,全面评价一个调解员的工作能力,不应设置过高的学历门槛。

^{④7} 参见廖永安、刘青:《论我国调解职业化发展的困境与出路》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2016年第6期,第49页。

4. 性别特征

如前文所述,虽然性别特征在本模型中是对调解成功率影响最小的因素,但通过比对性别特征的散点图,仍可以发现男性调解员与女性调解员对调解成功率的预测值贡献度存在差异,与假设c基本相符。

如图8所示,当调解员的性别为1(男性)时,散点分布较为集中,且性别特征SHAP value集中于0值附近,

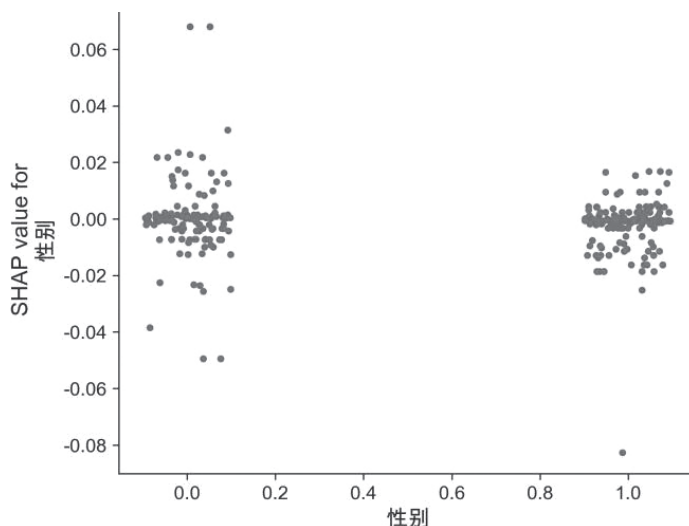


图8 性别特征散点图

说明男性调解员的性别特征对调解成功率预测值无明显正、负向贡献,男性调解员在整体上表现得更为稳定。当调解员的性别为0(女性)时,散点分布较为散乱,且在性别特征SHAP value的正、负值区域均有分布,意味着相较于男性,女性调解员对调解成功率的影响更大,这种影响可能是正向贡献,也可能是负向贡献。判决书关注的是权利声称的问题,强调的是稳定与统一,调解书关注的是在相对弹性的空间内化解纠纷。^{④8} 男性调解员在调解过程中可能更加注重案件中的共性问题,女性调解员则可能更加注重个案的不同之处。

从整体上看,调解员的性别对调解成功率的影响几乎可以忽略不计,但也不排除在特定案件中,不同性别的调解员可能对调解的结果产生明显不同的影响。调解员的角色是促进争议双方之间的对话和理解,并协助他们找到解决问题的方案。在这个过程中,调解员的性别或许并不重要,重要的是他们的中立性、耐心、沟通技巧和解决问题的能力。如果调解员的性别与争议双方没有关联或不会引起争议,那么应该考虑调解员其他方面的能力和素质。

五、结论与展望

本文以“人民法院调解平台”的数据为训练和测试样本,通过构建基于XGBoost算法的调解成功率预测模型,融合SHAP解释方法对调解员特征与调解成功率的相关关系进行分析,得出如下结论:第一,调解员的四个特征——调解员身份、学历、性别、经验作为特征变量与预测变量调解成功率之间均具有正向或负向贡献关系;第二,调解员的四个特征对调解成功率预测值的贡献度(重要性)排名依次为调解员身份、经验、学历、

^{④8} 参见张静:《社会治理:组织、观念与方法》,商务印书馆2019年版,第201页。

性别,且调解员身份与经验对调解成功率预测值的贡献度相差无几,学历与性别特征对调解成功率的影响并不显著;第三,当调解员身份为行政调解员或法官时,大多情况下调解员身份特征会对调解成功率产生正向贡献;第四,调解员的经验与调解成功率之间并非简单的正相关关系,调解员的经验值增长到一定数值后,经验对调解成功率的贡献度逐渐减弱;第五,随着学历的提高,学历特征的贡献值逐渐转为正值,但硕士、博士学历反而容易对调解成功率产生负向影响;第六,相比男性调解员,调解成功率更容易受到女性调解员的影响。

调解作为多元化纠纷解决机制中的重要组成部分,在线的方式更有利于实现各类纠纷解决机制之间的有效衔接和信息共享。^④现阶段,我国尚未建立统一严格的调解员准入机制或职业资格认证制度。与其他法律职业相比,调解员相对不受严格的规章制度约束,该领域在很大程度上不欢迎过多的监督和特殊认证,因为担心此类措施会妨碍调解制度的创新、调解主体的多元化和调解适用范围的拓展。但职业心理学领域的研究表明,从事“与人相关”工作的人员,容易产生情绪疲惫以及职业上无效的情绪,^⑤适当的监管干预,正规化的持续评估、支持和反馈,将有利于促进调解员专业化、职业化发展。同时,随着越来越多的多元主体加入到调解员队伍中,调解员的权威性和职业化能力也可能受到当事人的质疑。从国家层面推动构建调解员统一资质认证制度,为调解员的权威性提供背书,并制定系统的培养方案和科学的评估体系,在当前看来仍为必要。

民事纠纷的解决存在双重承认的可能,与诉讼相比,调解作为当事人之间利益分配的自治选择,在我国的纠纷解决体系中发挥着不可替代的作用。调解成功率受到多种因素的影响,包括“人”和“案”两个方面。调解员的专业素养和调解经验是影响调解成功率的重要因素。但除调解员的个人特征外,调解成功率还受到案件类型、当事人的对抗程度、案件事实状况等因素的影响。^⑥实践中,不同案件的调解难度不同,可调解性与宜调解性也不同。部分案件可能涉及重大利益冲突,或者存在难以调和的矛盾,调解可能不是最佳解决方案。案件分流人员需要根据每个案件的具体情况,评估案件的可调解性和宜调解性,并为当事人推荐合适的纠纷解决策略和方案。

Abstract: In this paper, 210,000 mediation cases handled by 1,542 mediators in “People’s Court Mediation Platform” in H province, the machine learning method combining XGBoost algorithm and SHAP interpretation framework is used to visually analyze the correlation between the four characteristics of mediators, such as status, education, gender and experience, and the mediation success rate. The results show that in this model, the mediator’s status has the greatest influence on the mediation success rate, and in most cases, when the

④ 龙飞:《多元化纠纷解决机制促进法研究》,中国人民大学出版社2020年版,第257页。

⑤ Lydia Nussbaum, *Mediator Burnout*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2019, Vol.34:1, p.174.

⑥ 参见王杏飞:《“调解可能性”之学理构成》,载《中国司法》2006年第7期,第98页。

mediator's status is an administrative mediator or a judge, the mediator's status will contribute positively to the mediation success rate. The importance of experience is second only to mediator's status, but when the experience value reaches a certain value, the success rate of mediation is no longer significantly affected by experience; Compared with the mediator's status and experience, the educational background has little influence on the success rate of mediation, and with the improvement of educational background, it gradually makes a positive contribution to the success rate of mediation, but when the educational background is increased to master's degree and doctoral degree, its contribution is obviously weakened or even negative; Gender has the least influence on the mediation success rate, and the influence of men is smaller than that of women. The mediation success rate is more easily influenced by female mediators.

Keywords: mediation success rate; mediator; online mediation; computational law; smart justice

(责任编辑: 孙保国 外审专家: 王 芳)

ISDS 改革背景下国际投资调解的困境成因及纾解

刘一行^{*}

内容提要 在 ISDS 机制改革的过程中,国际投资调解被寄予厚望。但长期以来,国际投资调解的使用率极低,系统分析该现象的原因发现,国际投资调解面临三个方面的困境。首先,国际投资调解自身存在一定局限:争端主体的差异性影响当事方选择调解的积极性;调解的启动渠道闭塞不通畅;调解员队伍建设长期缺位;调解结果的部分特点与特定时期当事人的争议解决需求不匹配。其次,国际投资调解缺乏适配其发挥作用的外部环境,风云变幻的国际社会对调解的发展带来了极大的不确定性。最后,国际投资调解还面临着激烈的争端解决服务竞争。对此,要冷静分析国际投资调解未来的发展趋势,提出适当可行的建议。国际社会各主要成员应当共同努力,一方面要积极改造国际投资调解程序的自身不足,另一方面应合力营造经济上紧密联系、政治上和谐稳定、文化上求同存异、社会上诚信法治的国际大环境。理论界与实务界也应积极宣传,努力改变有关争端解决及调解结果的传统观念,加强法人类学理论研究,提高调解认可度,积极提升国际投资调解的服务效能。

关键词 ISDS 改革;国际投资调解;行政争议调解;双边投资协定;法人类学

一、引言

投资者与国家间争端解决(Investor-State Dispute Settlement,以下简称 ISDS)机制是当今世界处理国际投资争端的主要方式,国际投资仲裁作为 ISDS 机制中的主力军,在过去一段时间得到了长足发展。但伴随着实践的发展,国际投资仲裁逐渐暴露出损害东道国规制权、仲裁裁决不一致、缺乏纠错机制、成本昂贵等诸多制度弊端。^①当下,ISDS 机制改革正如火如荼地进行,国际投资调解等一系列替代性争端解决方式(Alternative Dispute Resolution,以下简称 ADR)被部分学者和调解实务工作者寄予厚望。

然而,国际投资调解并不是新事物。在 1966 年生效的《解决国家与他国国民投资争议公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of

^{*} 刘一行,武汉大学国际法研究所硕士研究生。

^① 漆彤:《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》,载《法学评论》2018 年第 3 期,第 80-83 页。

Other States,以下简称《华盛顿公约》)中,第三章就规定了如何使用调解(conciliation)解决国际投资争端,相应地,国际投资争端解决中心(International Center for Settlement of Investment Disputes,以下简称ICSID)还出台了一系列配套调解规则。^②此外,国际商会(International Chamber of Commerce,以下简称ICC)、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute,以下简称SCC仲裁院)等国际商事争端解决机构也出台了各自的调解规则。^③尽管如此,国际投资调解始终未能像其“同胞兄弟”国际投资仲裁一样大放异彩。虽然各争端解决机构同时具备仲裁规则和调解规则,但实践情况却形成了鲜明对比。以ICSID为例,在ICSID案件数据库中,通过案件类型(case type)筛选能够发现,从ICSID成立至今,仲裁的检索结果为940条,而调解的检索结果仅为13条。^④

国际投资调解近六十年几乎无人问津,理论界对此尚未给出系统性的解释,鲜有文章就这一问题进行专门论述,多数文章仅在现状部分中简要提及,并将原因简单归纳为调解缺乏强制执行力、双边投资协定忽视调解、调解人员队伍建设不足等。^⑤在国际投资调解再度得到学界重视的当下,系统探寻调解的困境成因是理论界和实务界的共同需要。^⑥本文试图通过内外因的框架逻辑,分别从国际投资调解自身各环节以及国际投资调解所处的国际大环境两个方面,系统归纳国际投资调解长期不受重视的原因,并基于原因分析找出国际投资调解制度的完善路径,助力国际投资调解在未来发挥更大作用。

二、国际投资调解困境的自身因素

国际投资调解因其不损害当事人的友好关系、灵活便捷、面向未来、平衡当事双方诉权等优点而被部分实务工作者推崇,但现实情况却与期望和预测不符。这是否表明国际投资调解自身存在局限?本文先从国际投资调解困境的内部因素分析出发,对争端主体、程序启动、调解人员、调解结果四个方面进行分析,从国际投资调解自身找寻其使用率低的原因。

② ICSID, *Convention, Regulations and Rules*, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention.pdf, last visited May 16, 2023.

③ 一般认为,广义上的国际商事争端涵盖了国际投资争端,ICC、SCC仲裁院等国际商事争端解决机构的仲裁规则和调解规则同样适用于选择由其裁断或调解的国际投资争端。

④ ICSID, *Search Cases*, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, last visited May 16, 2023.

⑤ 参见连俊雅:《国际投资争端解决机制改革中的调解及中国因应》,载《北方法学》2022年第3期,第124-127页;谈谭、裴雷:《中外双边投资协定中投资者—东道国争端解决机制分析》,载《武大国际法评论》2022年第5期,第147-148页;王寰:《投资者—国家争端解决中的调解:现状、价值及制度构建》,载《江西社会科学》2019年第11期,第173-174页;杨能盛、叶依文:《调解在国际投资争端解决中的应用现状与未来》,载《商事仲裁与调解》2021年第3期,第77-78页;朱文龙:《投资者与东道国争端解决机制中的调解及我国的因应》,载《国际经济法学刊》2023年第2期,第109页。

⑥ James M. Claxton, *Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2020, Vol.20:1, p.1.

（一）争端主体不平等

作为一种历史悠久的争端解决办法,调解在国内法上一般被用于解决平等民事主体间的争端。在现代国际法中,调解作为一种和平解决国际争端的方式,在解决国家间争端、国际贸易争端、国际商事争端等方面发挥了重要作用。^⑦ 不难发现,不论是平等的民事主体还是平等的主权国家,调解一般用于解决平等主体间的争端。然而在国际投资领域的 ISDS 机制下,争端的主体则产生了差异性,一边是外国投资者这一私人主体,另一边则是代表公权力的主权国家。这种主体的不平等性是否会影响当事人选择调解解决争端的积极性? 若想回答这一问题,行政法是一个可供参考的良好视角。

1. 行政争议与国际投资争议的可比性研究

行政争议是指行政机关与公民个人或组织就行政机关作出的具体行政行为所产生的争议。通过表 1 可以发现,行政争议和国际投资争议存在许多共同点: 首先,二者都是公权力主体与私权利个体间的矛盾,行政争议中的当事双方为公民个人或组织与行政机关,国际投资争议中的当事双方为东道国政府与外国投资者私人; 其次,二者的争议内容都围绕公权力主体的具体行为展开,行政争议的焦点主要围绕行政机关所作出的对公民或组织的权利义务产生实际影响的具体行政行为,国际投资争议的主要问题包含了投资准入、投资待遇、征收与补偿等,这些问题往往以东道国政府作出的具体行政行为的样态体现出来; 再次,二者在价值冲突的问题上都寻求公私利益间的平衡,行政争议的解决既强调保护公民合法权益、规范行政机关权力行使,又强调保护公民个人利益的同时不得损害公共利益,国际投资争议的解决同样强调平衡外国投资者私人利益与东道国公共利益。

表 1 行政争议与国际投资争议比较表

	行政争议	国际投资争议
争议性质	公权力与私权利主体冲突	
争议主体	公民和行政机关	外国投资者和东道国政府
争议内容	具体行政行为合法性、合理性; 相关规范性文件合法性等	东道国政府的行为是否违反投资 协定的相关承诺
价值衡量	保护公民合法权益, 规范行政权力行使	平衡外国投资者私人利益与东道国 公共利益

当代国际投资的主要矛盾已经由资本输出国与资本输入国之间的国家矛盾转变为外国投资者与东道国政府之间的公私矛盾。国际投资争端的实质是外国投资者与东道国政府就东道国政府的相关行政行为而产生的行政争议,ISDS 机制亦可通俗解释为“外国民告东道国官”。因此,通过观察各国立法者对待行政争议调解的态度,我们也能够一定程度上理解东道国对于国际投资调解的态度。

⑦ 漆彤、张生、黄丽萍:《调解在国际争端解决中的发展与应用》,载《武大国际法评论》2020 年第 2 期,第 80-84 页。

2. 世界部分主要国家对于行政争议调解的态度研究

行政争议的概念伴随着近现代行政法的出现而产生,由于行政法理念的变迁,各国立法者对行政争议调解的态度均经历了一个变动的过程。

行政法传统理论认为行政争议不适用调解。首先,调解违反了“公权力不可处分”的原则,行政机关只能依法行使行政权,而无权自由处分;其次,调解违反了“公共利益不可侵犯”的原则,允许行政机关把法律授予的权力与相对人做交易将必然导致国家利益、社会利益被出卖;再次,调解违反了“行政意志优于私人意志”的原则,行政争议没有调解的余地;最后,调解违反了“行政行为公定力”原理。^⑧受上述观念的影响,行政争议调解长期以来在部分大陆法系国家被明令禁止。

但是,伴随着现代社会的发展,公权力理论已经由原先的“公权力至上、国家权威至上”转变为“强调协商与合作的公权力”,服务精神与合作精神已经成为现代行政法上占主导地位的人文精神,保护处于弱势地位的公民个人也逐渐成为行政法的价值之一。行政争议和解及调解在实践中不断发生,且需求呈现不断上涨之势。基于上述行政法理念的转变,行政法学界对“公权力不可处分”这一原则也作出了新的解释。他们认为,“公权力不可处分”的成立前提是羁束性,即只要法律法规赋予行政主体一定幅度或范围的行政自由裁量权,那么该幅度或范围内的行政争议就是可以和解的,也即行政职权的处分性必须是有限的。^⑨

作为传统的大陆法系国家,德国较早地规定了行政争议可以和解。1960年《德国行政法院法》第106条中规定:“各参与人在拥有对诉讼标的处分权时,为了全部或部分实现其主张,可以通过由法院、受委托的或者所请求的法官起草笔录的方式,达成一项和解。”该条内容于1990年接受了两处修改:一是将参与人对“诉讼标的”的处分权修改为对“和解标的”的处分权,扩大了调解对象的范围;二是立法者为该条文增加了第2款,规定:“法庭和解也可以通过各参与人在法院书面接受法院、法院主席或主审法官以裁定形式作出的调解建议的方式达成。”肯定了法院发起调解的职能。^⑩法国在1972年的“阿兰达”事件后建立了行政调解专员制度,^⑪但该专员的设置更具行政监督的意味,专员的职能包括对国家行政机关、公务法人和其他享有行政职能的私法组织的失职、行政迟延、案卷错误等情况进行监督,行政调解专员有权展开调查,可以通过调停、建议和报告等不具有法律拘束力的形式灵活地解决行政争议。^⑫此外,法国在行政诉讼中也积极探索行政争议的ADR,主要包括司法调解和第三人调解。2010年法国通过法律、法规与法令对行政诉讼调解制度进行了修改和完善。值得一提的是,法国的行政法理论及规

⑧ 解志勇:《行政诉讼调解》,中国政法大学出版社2012年版,第6-7页。

⑨ 湛中乐:《行政调解、和解制度研究——和谐化解法律争议》,法律出版社2009年版,第21-23页。

⑩ 胡晓媛:《论德国行政法院和(调)解制度的历史与实践》,载《行政法论丛》2017年第1期,第251页。

⑪ 王建学:《从行政调解专员到基本权利保护专员——法国行政调解专员制度改革述评》,载《国家行政学院学报》2008年第5期,第101页。

⑫ 湛中乐:《行政调解、和解制度研究——和谐化解法律争议》,法律出版社2009年版,第56-67页。

范对行政争议调解同样设有限制,主要体现为禁止对行政行为的合法性进行调解。^⑬我国法律直到晚近才认可了行政争议调解,起初的1989年《行政诉讼法》第50条明确规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。”2014年,修订后的《行政诉讼法》第60条方才以“肯定清单”的方式列举了可以调解的行政争议,该条规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。但是,行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解。调解应当遵循自愿、合法原则,不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。”

英美法系国家普遍通过民事诉讼程序解决行政纠纷,因此通过调解等ADR解决行政争议是可行且合法的。以美国为例,美国的联邦法院和州法院都推行ADR的广泛运用,联邦立法中的1996年《行政争议解决法》(Administrative Dispute Resolution Act of 1996,以下简称ADRA)就强调要鼓励通过ADR解决行政纠纷,各州也通过立法推动ADR的运用。值得注意的是,在行政争议调解的范围上,美国法律同样做出了一定的保留。在联邦层面,ADRA规定了六种行政机构不能进行调解的情况,这些情况主要围绕法律秩序的维护以及公共利益的保护。^⑭在州层面,以伊利诺伊州为例,该州法律规定调解可以适用于任何民事案件,然而在一些以政府为当事人的行政或者集团诉讼的案件中,需要对调解谨慎适用。^⑮在英国,有关行政争议解决的程序性规则主要在《民事诉讼规则》(The Civil Procedure Rules 1998)第54编作出规定,该部法律中也有鼓励法院使用ADR解决民事纠纷及公法争议的内容。^⑯可见在英美法系国家,出于对公共利益的保护,法律往往也对行政争议调解划定了界限。

综上所述,在当今世界法治较为先进的部分国家中,对行政争议调解的立法规定基本都遵循了从保守到放开的发展规律,即便放开,各国也同样对行政争议调解附加了诸多限制性的条件。可见在公权力不得随意处分以及公共利益考量等因素的影响下,各国法律对待行政争议调解仍保有一定的谨慎态度。

3. 行政争议调解对国际投资调解的启示

行政争议调解的相关立法表明,当前不平等主体间的争议是可以通过调解解决的,但我们也应注意到,各国立法者对这种争议的调解仍然持有较为谨慎的态度。正如前文所述,国际投资争议本质上是具有涉外性和国际性的行政争议,从历史的视角来看,在过去的六十年间,各国政府对待国际投资调解这种具有涉外因素的行政争议调解应是抱有更为保守的态度。

行政法对国际投资争议的影响是不可忽视的。行政法上对公民弱势地位的认定在

^⑬ 何磊:《行政诉讼调解制度研究》,宁夏人民出版社2016年版,第29页。

^⑭ U.S. Government Publishing Office, *Administrative Dispute Resolution Act of 1996*, <https://www.congress.gov/104/plaws/publ320/PLAW-104publ320.pdf>, last visited Jun.24, 2023.

^⑮ 莫于川等:《行政调解法治论——以北京市行政调解制度创新为研究重点》,中国人民大学出版社2021年版,第73页。

^⑯ The National Archives, *The Civil Procedure Rules 1998*, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents>, last visited Jul.2, 2023.

某种程度上使得过去一段时间多数仲裁庭对外国投资者有所偏袒,这极大地影响了东道国参与国际投资仲裁的积极性。同时,受“公权力不得随意处分”以及“保护公共利益”等原则的影响,东道国政府作为公权力机关对调解标的的处分可谓是“戴着镣铐跳舞”,与之相对的则是外国投资者拥有对调解标的的充分的处分权利。不仅如此,东道国政府还容易面临国内社会舆论指责,例如怀疑政府暗箱操作、出卖公共利益、行政公信力缺失等。在一些国家,活跃的政治反对派伺机攻击在任者,称其“背叛”了国家遗产,与投资者达成和解。^{①⑦}此外,国际投资争端中的涉外因素往往容易刺激东道国国内的民族主义和排外情绪,不利于东道国国内的稳定安宁。上述种种因素使得东道国一方当事人在选择调解时会更加谨慎。综上可见,长期以来,国际投资争端主体的不平等性对当事人(尤其是东道国)选择调解解决争端造成了一定程度的负面影响。这种主体上的差异性作为国际投资调解的局限性,未来或将继续影响当事人选择调解的积极性。

(二) 启动渠道不通畅

当事人自愿参与是调解的重要特征,这一点在国际投资调解中也不例外,各主要国际投资调解机构均在其调解规则中规定,调解程序的启动基于当事人的自愿选择。以 ICSID 为例,根据《华盛顿公约》第 25 条,ICSID 对争端的管辖权基于当事方的同意,各方一经同意便不可单方撤回,又依据《华盛顿公约》第 28 条,ICSID 受理调解需要当事方同意 ICSID 的调解程序议事规则。又以 ICC 为例,ICC2014 年调解规则(ICC Mediation Rules 2014)第 2 条和第 3 条规定,当事人可事先约定按照本调解规则解决争议;未约定的,则希望向其他方当事人建议按照本调解规则解决争议的任何一方当事人可向中心提交书面调解申请书,由中心告知其他当事人,如果当事人未在规定期限内同意按照本调解规则解决争议,则程序不予开始。^{①⑧}可见 ICC 调解规则充分尊重当事人意思自治。再看 SCC 仲裁院,根据 SCC 仲裁院调解规则(SCC Mediation Rules)第 4 条,提交调解申请时应当提供调解协议副本,一方申请调解后,中心应当询问其他当事人是否同意参与调解,若其他当事人不同意,则中心将驳回调解申请。^{①⑨}由此可见,国际投资调解的启动有赖于当事各方的同意,在调解的启动环节,各当事方均享有“一票否决权”,这使得国际投资调解在程序起步时就容易受阻。

除了各争端解决机构的调解规则,双边投资协定(Bilateral Investment Treaties,以下简称 BITs)的部分规定同样为国际投资调解的启动增添了阻力。首先,在 ISDS 条款中明文规定当事双方可以选择调解的 BITs 数量偏少。根据表 2 数据可知,在中国现行生效的 BITs 中,含“调解”的 BITs 仅占 5.6%;而在对行政争议调解接受程度较高的美国

^{①⑦} Michael Reisman, *International Investment Arbitration and ADR: Married But Best Living Apart*, ICSID REV., 2009, Vol.24:1, p.191.

^{①⑧} ICC, *2021 Arbitration Rules and 2014 Mediation Rules*, <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-chinese-version-2023-version.pdf>, last visited Aug.14, 2023.

^{①⑨} SCC Arbitration Institute, *SCC Rules*, https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-12/scc_mediation_rules_2023_english.pdf, last visited Aug.14, 2023.

和英国,含“调解”的 BITs 占比也均不足 50%。绝大多数 BITs 在 ISDS 条款中遵循了先协商后仲裁的范式,忽略了对当事方可以选择调解进行规定,这就使得当事方在发生争端后难以依据 BITs 中的 ISDS 条款选择调解解决争端。其次,含“调解”的 ISDS 条款规定亦不完善,主要存在三方面问题。第一,将调解限定在友好协商条款之中,为调解程序圈定了时间。以《中华人民共和国政府和坦桑尼亚联合共和国政府关于促进和相互保护投资协定》为例,该 BIT 第 13 条将调解程序纳入了双方当事人磋商友好解决的冷静期内,而实践中冷静期内的双方更专注于之后的投资仲裁,这使“冷静期”沦为为下一步诉诸投资仲裁剑拔弩张的“准备期”,^{②①}同时,这种规定在一定程度上限定了调解程序的适用时间,使得调解工作更加仓促,这进一步限制了调解的适用。第二,规定调解在冷静期外适用,限缩了适用调解的时间范围。以《中华人民共和国政府和荷兰王国政府关于鼓励和相互保护投资协定》为例,该 BIT 第 10 条规定,如争议自争议当事任何一方要求友好解决之日起六个月内未能解决,投资者可将该争议提交 ICSID 进行仲裁或调解。一方面该规定仅授予投资者单方提起仲裁或调解的权利,没有赋予东道国相应的权利;另一方面该规定将当事人提请调解的时间推迟至争议发生六个月之后,限制了调解的适用时间。第三,以“不具约束力的第三程序”表述涵盖调解,并没有明确使用“调解”这一表述,不利于当事方有意识地选择调解。这一问题主要出现在英美 BITs 中,以美国与卢旺达之间的 BIT 为例,该 BIT 在友好协商条款中增加了不具约束力的第三程序,但是并没有使用“conciliation”或“mediation”的表述。又以美国与塞内加尔之间的 BIT 为例,该 BIT 明确将 ICSID 的事实查明(fact-finding)程序规定为“不具约束力的第三程序”,但并没有将调解明文纳入其中,这种规定显然不利于调解被当事人更多地使用。

表 2 中国、美国、英国生效 BITs 相关情况^{②①}

国家	生效 BITs 数量	含“调解”的生效 BITs 数量	含“冷静期条款”的生效 BITs 数量
中国	107	6	95
美国	39	18	39
英国	85	39	78

综上所述,国际投资调解作为一种由当事人自行选择的 ADR,高度尊重当事人意思自治是其主要特征,国际投资调解的启动有赖于当事各方的同意,各国对调解的同意表示往往体现在 BITs 的 ISDS 条款之中。然而长期以来,大多数 BITs 中的 ISDS 条款疏于

^{②①} 王寰:《投资者—国家争端解决中的调解:现状、价值及制度构建》,载《江西社会科学》2019 年第 11 期,第 173 页。

^{②②} UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, last visited Aug.15, 2023.

对调解进行明确规定,这使得当事方在争端发生后很少考虑使用调解程序化解争端,调解因此难以得到有效利用。可见,国际投资调解往往在启动环节就遭遇阻力,启动渠道闭塞,这是调解一直以来使用率低的一大原因。

(三) 队伍建设不完善

调解与仲裁是两种截然不同的争端解决程序,调解员和仲裁员的身份定位也差之千里。仲裁是一种类似诉讼的对抗式争端解决方式,仲裁的结果往往是一方胜诉,另一方败诉。仲裁员作为居中裁判者,需要依据法律规则和事实情况对案件作出裁决,对提起仲裁方的诉求予以回应。相比之下,调解的对抗性质要微弱的多。调解员是当事人之间的说和者,在调解过程中,调解员不必遵循严格的法律规则,也不就争议作最终的裁判,他的任务是协助当事人磋商、促进他们找到和解的办法。^②对于调解员来说,除了必备的调解技巧,人格魅力也是极为重要的能力,调解员要具有良好的沟通能力和组织协调能力,善于察言观色,善于从双方当事人的沟通中敏锐地找到接下来可能会趋于一致的切入点,来促成双方当事人达成和解。调解员还需要是一个很好的对立情绪的消除者和平复者,因为双方当事人之间除了本身利益诉求之外,还有情绪上的对立,调解员要使双方当事人在情绪上平复到一个理性的状态,随后才能互谅互让,最终达成一致。不仅如此,调解员还要具备一定的专业知识,要对案件涉及的专业领域有精深的了解。在国际投资争端解决领域里,调解员虽然同样扮演着说和者的角色,但这种公私主体间的争端对于调解者的要求可能更高。以《华盛顿公约》及其调解规则为例,调解委员会的职责在于厘清争议问题,促成双方达成协议,防止事态恶化,调解委员会可随时提出和解条件建议,各方应对调解委员会提出的建议予以认真考虑。

虽然世界上主要的国际投资争端解决机构都设有单独的调解员人才库,然而,由于调解案源长期较少,调解员实践锻炼机会不足,调解员的经验、能力及水平往往遭到质疑。在一些调解案件中,被委任的调解员常常是仲裁经验丰富的专家,这显然不利于国际投资争端在调解程序中得到妥善化解。以 Systra 与菲律宾政府之间的案件为例,该案由 ICC 受理,根据国际律师协会调解规则进行调解,虽然关于此案的更多信息不详,但该案的调解员 J Christopher Thomas 是一位经常参与投资仲裁案件的仲裁员。^③此外,国际社会长期缺乏一套完善的调解员能力标准,同时也缺乏专业的调解机构组织,使得调解员水平能力良莠不齐。由于缺乏专门的职业化调解员队伍,投资者和东道国对国际投资调解往往抱有疑虑,这也是国际投资调解使用率长期低迷的一个原因。

(四) 结果潜力未发掘

有实务工作者指出,国际投资调解具有无可替代的程序价值,作为一种友好的争端解决方式,调解能为当事双方提供加深彼此了解的宝贵机会,深入分析彼此观点的是非

^② 王生长:《仲裁与调解相结合的理论与实务》,法律出版社 2001 年版,第 51 页。

^③ Luke Eric Peterson, *In an Apparent First, Investor and Host-State Agree to Try Mediation under IBA Rules to Resolve an Investment Treaty Dispute*, <https://www.iareporter.com/articles/in-an-apparent-first-investor-and-host-state-agree-to-try-mediation-under-iba-rules-to-resolve-an-investment-treaty-dispute/>, last visited Nov.11, 2023.

曲直,能够有效防止争端的进一步恶化,促进可持续发展。上述价值即便在失败的调解程序中亦能发挥作用。^{②4}然而,以权利为基础、以结果为导向的传统争端解决观念长期占据主流,国际投资调解的结果潜力未被发掘同样是导致国际投资调解长期鲜有人问津的一大原因。传统观念认为,争端解决应当以权利为依据,解决结果必然以当事双方一胜一负的“单赢”方式呈现,此外,争端解决所产生的相关文书应当具有法律约束力。在此种观念下,国际投资仲裁被广泛使用,得到了长足的发展,而国际投资调解在此背景下则凸显出两大问题,一是调解成功率低,二是调解协议执行难。

1. 国际投资调解成功率低

根据 ICSID 公布的数据, ICSID 受理的仲裁案件中有 66% 已被仲裁庭裁决, 剩余 34% 的案件属于仲裁程序终止, 而在 ICSID 受理的调解案件中, 虽仅有 20% 的案件属于调解程序终止, 但在剩余 80% 已由调解委员会出具报告的案件中, 有 87% 调解失败, 仅有 13% 调解成功,^{②5} 也即在 ICSID 受理的 13 起调解案件中, 仅有两起案件调解成功。调解成功率低主要有以下几点原因:

首先, 调解的特征为其有效适用划定了边界。不同于仲裁的裁断结案方式, 调解通过调解员协助当事方自行达成协议的方式解决争端, 是一种极具软性特征的争端解决方式。从以往实践来看, 在涉及具体项目的投资合同争端中, 调解的成功率往往较高。以成功案例特索罗与特立尼达 - 多巴哥调解案 (Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago) 为例, 特索罗公司与特立尼达 - 多巴哥政府合资设立了特立尼达 - 特索罗公司, 主要从事石油和天然气开发和勘探及加工。双方签署了一系列文件, 其中规定该合资公司在成立后的前五年内不进行分红, 收益用于再投资, 五年之后, 每年可应股东要求发放当年收益 50% 的股息。在履行过程中合资公司前五年依照协议没有分红, 此后每年都进行了分红, 后来由于石油价格上涨, 政府明示合资公司不再向特索罗公司发放股息, 并表示将征收新的石油税, 特索罗公司对此表示强烈谴责, 并向 ICSID 提出调解请求, 主张政府违约不予分红。政府提出了管辖权异议, 并且主张依据协议分红的前提是合资公司有可用现金, 但是事实上公司并无可用现金。调解员首先从法律和事实角度论证了 ICSID 对本案的管辖权, 随后开展了调解工作, 最终当事双方达成合意, 同意合资公司以现金和石油产品的形式进行分红。^{②6} 而在涉及东道国政府的抽象行政行为争议中, 迄今似乎无一调解成功的案例。这可能是因为东道国政府具体行政行为争议中, 由于当事人特定, 权利义务关系多以投资者与东道国政府签订的一系列投资合同文件为依据, 案

^{②4} Daniel Weinstein & Mushegh Manukyan, *Making Mediation More Attractive for Investor-State Disputes*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/26/making-mediation-more-attractive-for-investor-state-disputes/>, last visited Aug. 18, 2023.

^{②5} ICSID, *The ICSID Caseload — Statistics*, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf>, last visited Aug. 20, 2023.

^{②6} Nurick, Lester and Stephen J. Schnably, *The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago*, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, 1986, Vol. 1:2, pp. 343-349.

件材料明确,是非判断较为容易。而在东道国政府抽象行政行为争议中,由于抽象行政行为的影响范围广泛,往往涉及东道国公共利益,且案件可能与东道国内政立法相关,在此类问题上调解的难度通常较大。由此可见,调解的特征决定了它在特定争端中能够发挥极大作用,而在其他某些争端中,调解的适用效果并不理想,调解的普适性有待进一步讨论。

其次,调解往往成为仲裁的预备阶段。有学者整理资料发现,除了 ICSID 正式进入调解程序的 13 起案件,在大量的仲裁案件中,有 11 起案件试图进入调解程序,其中有 7 个案件属于在发出仲裁通知之前当事双方已经进行了某种形式的调解。^{②⑦} 这些案件最终都进入了仲裁程序。从当事人的视角来看,出于对成本控制的考量,当事人往往不会先花费调解费用进行成功率极低的调解,再花费仲裁费用进行仲裁,而是会选择一步到位,尽快拿到一份依法有效、可供执行的仲裁裁决。因此,当事方对调解程序的重视程度往往影响调解的成功与否,若只是将调解视为仲裁的预备阶段,则调解成功的几率将大大降低。

2. 国际投资调解协议执行难

在国内法上,调解所产生的调解协议仅具有合同效力,需要经过法院的司法确认方能申请强制执行。在国际投资领域,涵盖调解的 ISDS 条款一般都对调解添加了“non-binding”的修饰前缀,由此可见国际投资调解同样不具有法律约束力。不仅如此,国际争端调解领域内长期缺乏一部规范调解协议承认与执行的国际公约,直至 2019 年,《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation,以下简称《新加坡调解公约》)才正式签署。尽管如此,《新加坡调解公约》主要适用于国际商事调解,国际投资调解是否包含在内以及该公约能否适用国际投资调解等问题仍有待明确。此外,《新加坡调解公约》同样允许缔约国对国际投资争议的和解协议执行作出保留,该公约对国际投资调解执行问题的纾解效果如何,仍有待实践检验。上述因素导致国际投资调解产出的调解协议在履行过程中难以得到保证,当事方违反调解协议的成本十分低廉。

有观点认为,一个有效的争端解决体系的存在,即使没有实际使用,也有可能产生影响,仅仅提供有效的补救措施就能影响潜在争端当事方的行为。以国际投资仲裁为例,它可能会对投资者和东道国产生限制性影响,双方都会尽量避免采取可能使其卷入可能会输掉的仲裁的行动。^{②⑧} 若要达到上述的影响效果,争端解决所产出的文件就必须得到有效的落实和执行。据此观点,调解并不能算是一个“有效”的争端解决方式,由于调解缺乏法定约束力,调解协议往往面临执行难的问题,因此其影响潜在争端当事方行为的能力有限,对投资者和东道国缺乏限制性影响。

^{②⑦} Catherine Kessedjian, Anne van Aaken, Runar Lie, Loukas Mistelis, José Maria Reis, *Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, Vol.14:2, pp.200-201.

^{②⑧} Rudolf Dolzer, Ursula Kriebbaum and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2022, pp.340-342.

由此可见,基于结果导向的传统争端解决观点,国际投资调解的使用率及影响力均会被其成功率低、缺乏约束力等“局限性”所拖累。受传统观念影响,当事人也更少选择调解作为解决争端的方式。

三、国际投资调解困境的外部因素

一个人的好坏往往受到周边环境的影响,一项制度的成败同样离不开外部环境的作用。一项普适且行之有效的争端解决办法不仅需要严谨合理的内部设计,还需要有适合匹配的外部环境,缺乏适配的外部条件,再好的制度也会沦为无根之木、无源之水。国际投资调解长期以来使用率低下,除了其自身存在一定问题以外,不适配的外部国际环境也是一大成因。下文将从经济、政治、文化、社会等方面分析国际环境对国际投资调解适用的影响。

(一) 经济上缺乏依存性

经济基础决定上层建筑,作为一种争端解决方式,调解是由何种经济基础决定的呢?我们不妨将目光放到中国。调解被誉为“东方瑰宝”,中国在儒家思想“和为贵”及避免争端的观念影响下,很早便将调解作为争端解决的主要方法。^{②⑨}儒家思想产生于春秋战国,自汉代开始成为历代中国封建王朝的正统思想。在中国封建社会中,家庭是生产、生活的基本单位,由于社会分工粗糙简单,绝大多数家庭都需要自给自足,自行进行农业生产。然而由于生产力低下,农民应对自然灾害的能力不足,于是邻近的家庭在经济上产生了长期相互依存的属性,在这种依存性下,争端当事方往往不会选择对抗性较强的争端解决方式,而是更想通过缓和的方式寻求共赢的方案,调解自然就有了用武之地。正如朱苏力教授所言,调解一般在有长期稳定关系并会延续这种关系的主体之间更为有效,而在陌生社会中,调解率和调解成功率则较为低下。^{③⑩}由此可知,人与人之间相互依存性较高的经济模式有助于调解的发展。

然而在国际投资关系中,投资者和东道国在经济上的相互依存性是较为微弱的。首先,从投资者角度看,投资者以营利为目的,在对外投资时往往看重东道国的自然资源、劳动力、市场等区位因素,在投资收益良好的情况下,投资者固然希望能与东道国达成长期稳定的合作关系,但在投资无法营利时,投资者往往不会选择让自己处于长期亏损的状态。不仅如此,东道国的可替代性较强,投资者在投资时往往有众多东道国可供选择,在一国的投资受挫并不影响该投资者在其他国家的投资。其次,从东道国角度看,外来投资能够提供税收收入,促进国内就业,提升居民生活质量,刺激本国经济发展。与投资者保持长期稳定的良好关系能够展现本国优质的投资环境,进一步吸引外资。但同时,

^{②⑨} Kun Fan, *Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey Symposium*, Journal of Dispute Resolution, 2020, Vol.2020:2, p.327.

^{③⑩} 苏力:《关于司法能动与大调解》,载《中国法学》2010年第1期,第9页。

东道国坐拥投资者所看重的各种区位优势,可谓是“留得青山在,不怕没柴烧”,即便同投资者不欢而散,还会有其他敢于冒险的投资者前来投资。可见在国际投资关系中,争端当事方的经济依存性并不强,争端发生后,当事方往往很少考虑维持长期稳定的关系,进而准备通过对抗性较强的方式解决争端,而非首先考虑缓和的、可持续的争端解决方式,譬如调解。

（二）政治上缺乏稳定性

如前文所述,调解在具有长期稳定关系的主体之间往往能发挥更大作用。而在国际投资领域下,影响投资者与东道国之间能否形成长期稳定关系的因素,除了当事双方的经济考量之外,还有国际政治关系。国际社会是以主权国家为主体的有机整体,国际政治关系复杂多变,国家间鲜有长期稳定的国际关系,更何况是投资者个人与主权国家之间。毋庸置疑,“覆巢之下,安有完卵”,投资者母国与东道国在政治关系上的恶化,势必影响到投资者与东道国的关系,一旦双方关系持续恶化,调解便很难在相关争端中发挥作用。

二战结束后,国际社会长期陷入冷战阴霾,意识形态尖锐对立,并且伴随着局部热战,国际政治关系可谓是变乱交织。冷战结束后,国际社会也没有迎来长期持久的和平,而是进入了缓和与紧张、和平与动荡并存的局面。在此种国际政治关系背景下,国际投资调解长期不受重视的现象似乎得到了解释。综上所述,在风云变幻、动荡不安的国际政治环境下,国际经贸发展往往遭受国际政治关系的裹挟,在对立尖锐的国际投资争端中,调解很难发挥作用,当事人也几乎不考虑使用调解化解争端。

（三）文化上缺乏互通性

文化是一个组织的隐性社会秩序,它以广泛而持久的方式影响着人们的态度和行为,文化规范界定了一个群体中鼓励、不鼓励、接受或拒绝的东西。^③文化对人的行为模式无疑具有潜移默化的影响,在争端解决问题上,当事人就争端解决办法的选择也深受文化观念左右。在“权利文化”以及宗教文化的影响下,诉讼和仲裁往往成为西方社会解决争端的首选。而在“和文化”的润泽下,中国人在争端发生后往往会请德高望重之人“评理”或调解。不仅如此,文化环境对于解决争端方式的选择所带来的长期影响,往往不会因制度的短期变化而出现立竿见影的改变。以我国为例,改革开放后,我国进入了法制恢复重建期,大量法律法规如雨后春笋般不断出台,然而,“秋菊打官司”一类现象的发生,足见习惯于民间争端解决传统的普通民众对新兴法制的困惑。

当今国际社会主要由民族国家构成,民族文化差异长期存在于国际社会之中,虽然我国对外始终秉持“求同存异”“协和万邦”“和而不同”“以和为贵”等“和文化”观念,但时至今日,“国强必霸”“零和博弈”等争斗文化、对抗思维仍在部分国家根深蒂固。不仅如此,由于各国在争端解决文化方面存在差异,调解的合理性和有效性往往受到一

^③ Boris Groysberg, Jeremiah Lee, Jesse Price and J. Yo-Jud Cheng, *The Leader's Guide to Corporate Culture*, HARV. Bus. REV., 2018, Jan.-Feb., pp.44,46.

些国家的质疑。可见在国际实践中,调解往往缺乏能够助其发展的和谐文化氛围。不仅如此,由于现行的国际社会规则大多是由西方发达国家牵头制定,现行国际争端解决机制深受西方法律文化影响,例如国际法院的设立及运行以及国际投资仲裁的高速发展。由于缺乏相应的文化氛围支撑,国际投资调解长期以来很难为争端当事方所选择。

(四) 社会上缺乏协调性

作为一种温和的争端解决方式,团结和谐、诚信法治的社会环境更有利于调解的发展。首先,在人际关系紧密、凝聚力强的社会环境中,调解往往成为争端解决的首选方式。同样以中国为例,在宗法制的影​​响下,一方面,中国民间形成了大量以血缘关系为纽带的家族或宗族;另一方面,中国人的“祖先崇拜”心理进一步加深。在封建社会,家族有祠堂、族谱、族规,在一定程度上担负了地方政权职能。在现代中国,家族整体对族员个人的影响仍不可小觑。在现行的中国行政区划中,经常能够看到以姓氏命名的村落、乡镇。可见在宗族观念和血缘关系的影响下,中国民间的人际关系是相对紧密的,社会凝聚力是较为强烈的,在这种社会环境下,调解通常能够在争端化解中发挥特殊的作用。其次,由于调解产生的和解协议需要当事方自觉遵守履行,当事双方的违约成本极低,因此在法治环境健全、诚信体系完善的国家和地区,调解发展的空间较大,采纳这种争议解决方式的当事人就比较多。反之亦然,它的适用就会因其效果而极为受限。^{③②}

国际社会显然缺乏类似国内社会的凝聚机制,在以自身利益为驱动和导向的国际社会中,形成较强的国际凝聚力似乎并不现实,特别是在国际投资这种涉及利益分配的领域。不仅如此,文化差异、民族矛盾、宗教问题等现象的客观存在一定程度上为国际社会成员间的和谐信任关系蒙蔽了阴影。在仍未摆脱“丛林规则”的国际社会中,国际投资调解显然缺乏一个团结和睦的国际社会环境,自然难以发挥作用。另一方面,世界各国的法治发展水平良莠不齐,依据全球正义项目(World Justice Project,以下简称WJP)于2022年公布的WJP法治指数(WJP Rule of Law Index),参与评分的140个国家和地区中,有60个国家和地区得分低于0.5,属于法治较为薄弱的国家和地区。从地域上看,广大的亚非拉国家基本均被评为法治较为薄弱的国家和地区,^{③③}而这些亚非拉国家往往是国际投资中主要的东道国主体。可见,国际投资调解长期缺乏诚信法治的国际社会环境,这不仅使调解成果难以付诸实践,更降低了当事人选择调解的意愿与积极性。

(五) 发展中面临竞争性

从国际投资争端解决的视角来看,国际投资调解的发展陷入恶性循环,其国际投资争端解决方式中的定位也较为尴尬。

首先,由于案源较少,国际投资调解实践发展缓慢,加上调解的保密性要求,理论界有关国际投资调解的研究样本极为稀少,理论研究难以开展,进而无法为国际投资调解

^{③②} 中国仲裁法学研究会:《仲裁大家谈——商事调解的实务及理论》,载中国仲裁法学研究会官网, <http://caal.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/1097.html>, 最后访问时间:2023年5月15日。

^{③③} WJP, *WJP Rule of Law Index*, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/>, last visited Aug. 24, 2023.

的实践作进一步指引。反观国际投资仲裁,在实践与理论的交叉促进下,国际投资仲裁的发展已经在一定程度上形成了良性循环。大量的投资仲裁实践不仅刺激了理论研究需求,更为理论研究提供了宝贵的实践反馈,同时科学的理论指引又进一步规范和促进了国际投资仲裁的发展。

其次,国际投资调解在国际投资争端解决方式中的定位使得其难以被当事人选择使用。从 BITs 上看,调解一般作为当事方友好解决争端的一种选择而被规定在友好协商条款中,其与当事人协商谈判等争端解决方式在价值考量方面趋同,即维护当事人之间的友好关系。然而在当事双方协商破裂之时,当事人间的关系往往较为紧张,在对抗情绪下的当事人很难冷静下来继续选择调解这种友好解决争端的方式。当事人通常会在和解破裂后开始为接下来的对抗性争端解决程序做准备。从国内法上看,多数国家在涉外投资争端问题上设置了友好协商的解决路径,以《中华人民共和国外商投资法》为例,该法第 26 条为外国投资者提供了外商投资企业投诉工作机制以及行政复议、行政诉讼的东道国救济途径。在东道国国内救济的过程中,投资者与东道国往往已经进行了充分的交流和接触,对彼此的诉求与主张通常较为清楚。在投资者用尽东道国当地救济之后,双方的对立情绪往往高涨,在此情形下,调解工作的难度极高,国际投资调解的选择率和成功率都将大打折扣。

四、国际投资调解未来发展的可能阻碍

结合上文放眼未来,本文认为,国际投资调解使用率低迷的现状在短期内不会有明显改变。首先,争端主体的不平等性构成了国际投资调解无法克服的局限性。虽然行政法的理论与实践对行政争议调解的态度已由严格禁止转变为有限放开,但其基本态度仍是以禁止为原则,这一态度将会持续影响东道国政府对国际投资调解的选择。不仅如此,东道国还将持续遭受国内政治压力和舆论压力。因此,争端主体的差异性将持续影响当事方选择调解解决国际投资争端的积极性。其次,国际投资调解的执行困境并不会因《新加坡调解公约》的签署而得到明显改善。公约虽为执行调解所产生的国际和解协议以及允许当事人援用此类协议提供了一个统一、高效的框架,但并没有明确将投资调解涵盖在商事调解之中,需要通过权威的条约解释予以释明。此外,公约允许法院以争议无法通过调解方式解决或有违公共政策为由主动拒绝准予救济。更重要的是,国家还可以根据公约做出保留,限制或排除执行本国作为当事人的和解协议之可能性,要求在公约适用前征得争议各方的同意,并将以国家及相关组织作为当事方的和解协议排除在外。^{③④} 因此,国际投资调解协议的执行问题仍有待进一步明确。再次,虽然全球化是世界发展的主旋律,但全球社会意识碎片化、民族主义和孤立主义的抬头将导致逆全球化

^{③④} James M. Claxton, *Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2020, Vol.20:1, pp.87-88.

暗潮涌动,全球化进程的放缓将导致区域主义的发展。^{③⑤} 国际经济的区域化、国际政治的阵营化以及国际社会的碎片化将对国际社会成员之间的依附性造成负面影响,国际投资调解所面临的客观外部环境仍不利于自身发展。

国际投资调解仍将面临较为严峻的发展形势,理论界对此应有所作为。“你可以把马带到水边,但它是否会喝水完全是另一回事。”商事纠纷当事人就像马一样,我们应该尽一切可能帮助他们以这种方式解决争端。^{③⑥} 面对国际投资调解长期以来面临的各项问题,我们应对其进行积极的改造,使其在争议解决机制多元化的浪潮下绽放更多光彩。

五、国际投资调解困境的纾解

(一) 改良国际投资调解自身的可能方案

首先,在调解的启动环节,应当赋予当事人更多选择调解的机会。传统 BITs 很少明确地将调解纳入 ISDS 条款,即便是含有调解的 ISDS 条款也存在规定不明确、限缩调解适用时间等缺陷。因此本文认为,应当在新签定的 BITs 中纳入新型 ISDS 条款,并通过补充协议的方式对现行生效的 BITs 相关条款进行修补。新型 ISDS 条款应当明确将调解规定其中,同时应当许可当事方在争议产生后的任何时间申请调解。具体而言,在“缔约方的同意”条款中应当规定:“缔约各方在此无条件同意将相关争端提交国际调解或国际仲裁”。在“友好磋商”条款中应当规定:“缔约一方投资者与缔约另一方之间有关缔约另一方领土内的投资的任何法律争议,应尽可能由争议双方当事人通过磋商友好解决,其中包括调解程序的应用。”此外,晚近的多边经贸立法表明,依据多边经贸协定提起国际投资调解同样可行。不论是早期的《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty),还是近期生效的《美墨加协定》(The United States-Mexico-Canada Agreement)、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership)、《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement)等区域多边经贸条约,这些条约的争端解决章节中均含有缔约方可随时同意自愿采取斡旋、调解或调停的方法解决争端的条款。中国在积极重构国际经济秩序的过程中应当重视对调解的使用和宣传,要及时更新现行 BITs 中的 ISDS 规定,同时也应在未来的 BITs 谈判中纳入新型 ISDS 规则。不仅如此,中国还应积极参与区域多边经贸立法与国际经贸调解实践,从而不断推进“人类命运共同体”建设。

其次,在调解员能力培养与队伍建设问题上,国际社会应当持续用力,久久为功。国际组织作为国际调解服务的主要提供者,应当强化对调解员的能力培养,制定明确的行业标准。国际调解协会(International Mediation Institute,以下简称 IMI)积极构建

^{③⑤} [俄]亚历山大·亚历山德罗维奇·登金:《2035年的世界:全球预测》,杨成等译,时事出版社2019年版,第174-186页。

^{③⑥} Anthony Clarke, *The Second Civil Mediation Council National Conference: The Future of Civil Mediation*, https://www.clerksroom.com/downloads/247-mr_mediation_conference_may08.pdf, last visited Aug.24, 2023.

完善的国际调解员名单,并于2016年发布了《国际调解协会调解员能力标准》(IMI Competency Criteria for Investor-State Mediators)。^{③⑦}我国香港地区的国际争议解决及风险管理协会(International Dispute Resolution & Risk Management Institute)也出台了详尽的调解员专业守则。在调解员专业能力培养问题上,国际组织应当持续重视,不断提升调解员专业素养,同时注重调解员人才培养。在调解员行业标准制定问题上,各国际组织应当加强交流与合作,尽快产生一项统一权威的国际调解员行业标准。中国应当在涉外法律人才培养战略中强调国际调解员的重要地位,重视国际调解员人才培养,积极为国际争端解决机构输送中国人才。此外,中国还应发展好本国的涉外经贸调解机构,如中国国际商会调解中心,在国际调解员行业标准问题上争取话语权。中国还应对现有的争端解决机构和争端解决方式进行有益补充,不断推进国际调解院的建设和完善。

再次,在国际投资调解的结果问题上,应当革新以往的固有认识,努力构建以互利双赢为中心、以可持续为导向的新型争端解决观念。一方面,要认识到一个未解决争端的调解程序同样有其意义。即便调解失败,当事双方没能在调解员的协调下达成和解协议,这样的调解程序也并非毫无价值,它能帮助当事各方更加深入地了解争端及所涉利益,为当事各方提供评价对方律师水平以及评估双方论点是非曲直的宝贵机会。^{③⑧}另一方面,要看到《新加坡调解公约》对国际投资调解协议的有利影响。虽然该公约在国际投资调解协议的执行问题上所能发挥的作用有限,但该公约将调解和仲裁置于平等的国际地位,使国际调解协议的申请执行有了法律依据。不仅如此,在特殊情况下,比如国家基于政府或政策的变化而放弃和解协议,或者在政府更迭导致国家违背对外国投资者的承诺并终止投资条约的情况下,公约能够保证相关和解协议的履行。^{③⑨}因此,理论界与实务界皆应积极作为,努力打破当事人对调解程序的传统观念。

最后,要提升国际投资调解的服务竞争力,加强调解宣传,创新调解工具。国际投资调解归根结底是一项争端解决服务商品。吸引当事人尝试运用调解方式解决争端最有效的手段,包括更好地传播有关程序的有效性、程序的进行以及程序的成本的信息。^{④①}在扩大宣传的基础上,还要不断丰富调解过程中当事方在谈判桌上互动的工具,在冲突爆发时当事方选择或设计程序的工具,以及评估和改进冲突管理和共同决策系统的工具。^{④②}

^{③⑦} Claudia Caluori, *Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes*, Yearbook on International Arbitration, 2019, Vol.6:1, p.265.

^{③⑧} Daniel Weinstein & Mushegh Manukyan, *Making Mediation More Attractive for Investor-State Disputes*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/26/making-mediation-more-attractive-for-investor-state-disputes/>, last visited Aug.18, 2023.

^{③⑨} James M. Claxton, *Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2020, Vol.20:1, pp.87-88.

^{④①} S.I. Strong, *Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation*, WASH. & LEE L. REV., 1973, Vol.73:4, pp.2037-2038, 2079.

^{④②} Mariana Hernandez Crespo Gonstead, *Beyond Investor-State Disputes: Intercultural Capacity Building to Optimize Negotiation, Mediation, and Conflict Management*, University of St. Thomas Law Journal, 2021, Vol.17:2, pp.295-296.

（二）营造调解适配外部环境的可能途径

国际投资调解的广泛适用有赖于紧密联结的国际经济环境、和平稳定的国际政治环境、和谐共识的国际文化环境以及诚信法治的国际社会环境。营造适配国际投资调解的外部环境需要世界各国的共同努力。为此,中国要继续积极参与经济全球化浪潮,旗帜鲜明地反对逆全球化主张;积极宣传和发扬“人类命运共同体”理念,培养政治互信,增强价值认同,反对零和博弈思维,削减意识形态对立;积极推进国际法治建设,加强国际法治合作,努力营造诚信法治的国际社会环境。诚然,国际社会是一个复杂的集合体,在个体利益的斗争背景下,国际社会的不确定性被大大加强,营造一个紧密团结、和谐稳定、诚信法治的国际社会有赖于多方长久的努力。

在构建和谐共识的国际文化环境方面,理论界大有可为。要加强国际社会对“和文化”及调解文化的认同,法人类学研究能够促进最大程度地求同存异,使国际社会在国际争端调解问题上取得最大公约数。法人类学属于文化人类学的分支学科,是法学与人类学的交叉地带,旨在通过人类学的研究方法和研究视角审视法学相关问题。法律多元主义是法人类学的主要观点,它认为法律不是争议解决的唯一途径,世界范围内的各民族均有其独特的争端化解机制。二十世纪六七十年代,前往非洲进行教学的美国法学家曾对当地人在没有法庭的情况下如何解决争端这一问题十分感兴趣,他们的观察和分析对美国的ADR发展产生了重要影响。^{④2}田野调查是法人类学的主要方法,它要求研究者深入实践,以典型地区为样本,以特定时段为视域,以个案活动为对象,以连续观察为基础,以理论分析为目标,以形成范例为追求,系统还原特定区域或民族的争端解决传统。^{④3}法人类学的研究对象主要以相对不发达地区为主,目前正逐渐向法治相对健全的地区扩展。

调解并不是某一民族的争端解决专利,世界范围内的很多民族和地区习惯于通过调解解决争端。以我国金秀瑶山地区为例,当地瑶族“石牌规矩”的纠纷解决习惯法至今仍有效力,固有的纠纷解决习惯法规范着纠纷解决方式、纠纷解决者、纠纷解决程序、纠纷解决效力等,争端发生后,当事双方同意寻求“石牌主”(又称“石牌头”)解决争端,“石牌主”会首先对当事双方进行思想工作,平复当事人情绪,随后同“石牌组织成员”一起对争议进行评理,输理一方负担“石牌组织成员”的误工费用。^{④4}可见该纠纷解决习惯法颇具调解的色彩特征。又以印度的潘查亚特(Panchayat)制度为例,潘查亚特是传统印度社会集决策、管理和司法功能于一体的地方组织,意为“五人议事会”或“五人长老会”,该组织在印度地方的争端解决问题上发挥重要作用。潘查亚特分为四种,包括种姓潘查亚特、村社潘查亚特、农业仆工潘查亚特和单一目的潘查亚特。种姓潘查亚

^{④2} Marc Simon Thomas, *Theorizing Meditation: Lessons Learned from Legal Anthropology*, UTRECHT L. REV., 2016, Vol.12:1, p.56.

^{④3} 高其才:《传承与弘扬:法人类学的金秀瑶山实践》,载《湖北民族大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第85页。

^{④4} 高其才:《习惯法的当代传承与弘扬——来自广西金秀的田野考察报告》,载《法商研究》2017年第5期,第8-9页。

特负责解决单一村社内或不同村社的同一种姓成员之间的纠纷；村社潘查亚特负责解决种姓间的争端、惩罚破坏村社生活秩序的行为；农业仆工潘查亚特是一种具有临时性质的潘查亚特，负责解决仆工们之间的争端；单一目的潘查亚特同样具有临时性，负责解决相关种姓之间的某个特定问题。^{④⑤}虽然根植于印度的种姓制度，但潘查亚特的争端解决功能和机理同调解极为相似，尤其是农业仆工潘查亚特，其在争端解决主体、争端解决程序、争端解决效果等方面与调解具有相当的同质性。

法人类学的研究一方面能够通过比较法的方式，深入分析全球范围内各种调解程序的优缺点，促进调解程序的科学改良与完善进步；另一方面能够强化各地调解文化的交流互通，在世界范围内形成对调解的文化共识，通过形成良好的调解文化氛围，进而影响当事人对争端解决方式的选择。当前中国的法人类学研究样本主要集中于国内少数民族聚居区，缺乏对境外民族或区域的法人类学调查。未来中国应当加强法人类学调查研究，并以此为媒介，促进调解文化在世界范围内广泛传播，拓宽多元化争议解决之路，从而为国际投资调解提供适配的国际文化氛围。

六、结 语

国际投资调解在 ISDS 改革背景下再度为部分学者和实务工作者所推介，系统分析其在过去六十年中使用率低的成因后发现，国际投资调解面临争端主体的差异性、启动渠道闭塞性、适配范围限制性、外部环境严峻性、争端解决竞争性等困境。上述困境中，有些属于国际投资调解自身难以克服的局限性，有些受制于复杂严峻的国际大环境，还有些可通过理论界和实务界的共同努力予以改善。通过合理完善 ISDS 条款文本，持续重视调解员队伍建设，努力构建新型争端解决观念，积极提升调解服务竞争力，不断强化调解文化共鸣，国际投资调解有望在国际投资争端中发挥更多作用。

Abstract: In the process of reforming the ISDS mechanism, international investment mediation has been given high expectations. However, for a long time, the utilization rate of international investment mediation has been extremely low, and a systematic analysis of the reasons for this phenomenon reveals that international investment mediation is faced with three dilemmas. Firstly, international investment mediation itself has certain limitations: the difference of dispute subjects affects the enthusiasm of the parties to choose mediation; the start-up channel of mediation is closed and not smooth; the construction of mediator team has been lacking for a long period of time; and some characteristics of mediation results do not match the dispute settlement needs of the parties in a specific period of time. Secondly,

^{④⑤} 陈王龙诗：《传统印度司法中的潘查亚特及其种姓根基》，载《清华法学》2022年第1期，第115-118页。

international investment mediation lacks an external environment suitable for its role, and the volatile international community has brought great uncertainty to the development of mediation. Finally, international investment mediation also faces fierce competition for dispute settlement services. In that regard, it was important to analyze the future development trend of international investment mediation in a dispassionate manner and make appropriate and feasible recommendations. The main members of the international community should make joint efforts to, on the one hand, actively transform the inadequacies of the international investment mediation process and, on the other hand, work together to create an international environment that is economically close, politically harmonious and stable, culturally sympathetic and socially honest and based on the rule of law. Theoretical and practical circles should also actively publicize and strive to change traditional concepts about dispute settlement and mediation results, strengthen the theoretical study of legal anthropology, increase the recognition of mediation, and actively enhance the effectiveness of international investment mediation services.

Keywords: the reform of Investor-State Dispute Settlement; international investment mediation; administrative dispute mediation; Bilateral Investment Treaties; legal anthropology

(责任编辑: 孙保国 外审专家: 温先涛)

仲裁双轨制视域下公告送达的“去留”

郑维聪*

内容提要 随着我国仲裁实践的发展,因仲裁送达导致的仲裁裁决不予认可或撤销问题在司法实践中屡见不鲜,其中以送达方式中的重要组成——公告送达为甚。由于我国仲裁制度的诉讼化和仲裁送达制度对于民事诉讼送达制度的直接适用,导致仲裁中的公告送达存在权利来源不明、送达形式大于实质的问题,并最终影响到仲裁的程序正义和仲裁裁决的有效性。本文立足于我国双轨制仲裁体系,结合国际仲裁弃用公告送达的原因、我国现阶段对仲裁公告送达的规定,从涉外仲裁和国内仲裁两个角度探索仲裁公告送达更合理的存在方式,并提出行之有效的实践方案。

关键词 商事仲裁送达;仲裁双轨制;公告送达;程序正义

随着中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的发布,我国提出了“完善仲裁制度,提高仲裁公信力”的改革任务。基于该任务要求,在《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)施行二十余年后,司法部于2021年7月30日发布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《仲裁法征求意见稿》)。

本次《仲裁法征求意见稿》的核心是在区分涉外仲裁与国内仲裁的双轨制体系下,坚持涉外仲裁与国际接轨的大方向,同时保留国内仲裁的中国特色以更好地构建中国特色多元化纠纷解决机制。《仲裁法征求意见稿》的修改整体符合《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的要求,严格落实意思自治原则在商事仲裁中的主导地位,较现行的《仲裁法》有明显进步,是提升我国仲裁国际竞争力、推进国际商事仲裁中心建设宏伟目标的重要一步。

然而,在仲裁体系建设如火如荼的同时,仲裁实务中仍存留一些“久病”亟待解决,较为突出的便是公告送达在我国双轨制的仲裁体系下是否应当保留以及如何保留的问题。

* 郑维聪,广州新华学院助教,香港城市大学2022级仲裁与争议解决硕士研究生。

一、我国仲裁公告送达的概述

（一）仲裁送达制度概述

现行的《仲裁法》和《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等相关法律未对仲裁程序中的送达规则进行制度性规定，这便直接导致仲裁送达制度的设计更多依赖于各仲裁机构发布的仲裁规则。立法机关在仲裁送达制度上留白的本意是将仲裁送达制度的设计权限下放仲裁机构，允许各仲裁机构根据当事人意思自治原则，结合仲裁程序的灵活性对仲裁送达制度进行特色化设计。由仲裁机构自行对仲裁规则中的仲裁送达制度进行设计，更有利于仲裁机构根据其所受理的案件类型和实践中遇到的送达问题进行更符合机构特色的修改，在突出各机构规则差异性的同时也丰富了当事人选择某一仲裁机构的理由。

由于我国不同仲裁机构订立仲裁规则的水平参差不齐，为了避免仲裁机构自行设计的送达制度不合理、不合法引起的机构送达程序违法并导致的仲裁裁决被撤销，加之商事仲裁诉讼化的趋势，在司法实践中大部分仲裁机构的仲裁规则或直接规定“可以参照民事诉讼送达规定”，或虽未直接表明适用《民事诉讼法》的规定，但是具体表述与民事诉讼送达规则一致。^①仲裁送达适用民事诉讼送达规定的直接结果是，仲裁送达采取以仲裁机构为送达主体的“全责型”送达，同时继承了民事诉讼中以直接送达、邮寄送达、电子送达为主，留置送达、转交送达及公告送达为补充的送达方式。^②

商事仲裁直接适用民事诉讼送达规则既不符合立法机关的立法意图，也不利于商事仲裁的长远发展。该适用虽然在短期内完成了仲裁送达制度的从无到有，满足了仲裁体系建设初期的使用需求，但从长远角度来看，完整的民事诉讼送达规则所具有的保险性让人因循守旧，最终导致仲裁的专属送达制度仍是一片空白。

（二）仲裁公告送达的现状

由于大量的仲裁规则直接适用了民事诉讼送达规定，公告送达在我国各仲裁机构的仲裁规则中存在的比例居高不下，仅次于直接送达、邮寄送达和传真送达。据统计，我国193个仲裁机构的仲裁规则中，有154个仲裁规则以明文方式规定了公告送达，占统计总数的80%。^③

因公告送达导致的不予执行或撤销仲裁裁决的案件数量与公告送达在仲裁规则中出现的频率呈现显著相似性。在引文统计的90个以仲裁送达程序不合法为由申请不予执行或撤销仲裁裁决的案件中，原作者经筛选后共挑选出76个有效案例，在有效案例中

① 江雯霞：《我国仲裁送达制度研究》，西南政法大学硕士学位论文，2019年，第12页。

② 陈杭平：《“职权主义”与“当事人主义”再考察：以“送达难”为中心》，载《中国法学》2014年第4期，第200-216页。

③ 孔德越：《我国商事仲裁送达制度的完善——以193个仲裁规则和90个送达案件为分析对象》，载《北京仲裁》第106辑，2018年，中国法制出版社，第143页。

共有 29 个案件支持了申请人的请求, 申请人被支持的比例约为 38.1%。^④ 在上述 76 个有效统计样本中, 以适用公告送达为理由申请仲裁裁决司法监督的案件共有 13 个, 占统计的 17.1%; 在这 13 个案件中, 有 7 个涉案裁决被法院撤销或不予执行, 占比 53.8%。相比之下, 因适用邮寄送达和电子送达导致的申请撤裁案件共有 3 个, 且没有案件被裁定撤销或不予执行。由此可见, 不论是以公告送达为由作为提起不予执行或撤销仲裁裁决的案件数量, 还是申请撤裁案件被撤裁的比例, 公告送达在这两项数据上都远高于其他常见的仲裁送达方式。因此可以说, 相比于其他的送达方式, 公告送达是更有可能导致仲裁程序瑕疵的送达方式。是否应当继续适用公告送达, 是现阶段商事仲裁送达制度设计的一个重要问题。

(三) 适用公告送达与仲裁理论的矛盾

在司法实践中, 适用仲裁公告送达与仲裁的学术理论存在以下几个方面的矛盾:

1. 仲裁意思自治原则与适用公告送达的矛盾

意思自治原则 (party autonomy) 是仲裁制度的立身之本, 在遵守仲裁地程序法的前提下, 仲裁程序由仲裁当事人决定这一原则是贯穿仲裁程序始终的铁律, 亦是仲裁这一争议解决方式的基石。^⑤

送达作为仲裁程序的重要组成部分理应遵循意思自治原则, 即以仲裁双方选定的送达方式进行送达。但现实情况更多是争议双方在仲裁条款中约定仲裁机构时, 如无其他约定, 该仲裁程序自动适用被选定机构的仲裁规则。由于《仲裁法》对于送达方式存在留白, 部分仲裁规则中直接规定适用民事诉讼的送达方式, 使得仲裁机构有权采取《民事诉讼法》规定的送达方式进行送达。

考虑到在商事仲裁中, 邮寄送达至营业地址、登记地址或电子送达至争议双方的电子邮箱等其他送达方式均是脱胎自商业习惯, 仲裁机构可以默认双方当事人同意使用这些送达方式, 公告送达作为法院在诉讼中为了达到送达目的而创设的一种兜底的拟制送达方式, 仲裁机构通过仲裁规则适用民事诉讼送达方式将公告送达纳入默认送达方式是否略有不当。如果说公告送达的权利来源是法律规定, 仲裁机构适用公告送达是基于准用性规范的适用, 那么争议双方的意思自治在公告送达适用的过程中似乎并未得到尊重, 具体表现为争议当事人既无采取公告送达的习惯, 也从未授权仲裁机构采取此送达方式。在这种情况下, 公告送达本身的权利来源正当性就会遭受质疑。

诚然, 仲裁机构可以主张其有权在仲裁规则中规定适用民事诉讼的相关规定且争议双方同意适用该仲裁规则, 这一说法在形式上的确解答了适用公告送达的权利来源问题, 但在实质上无法满足意思自治对于仲裁程序上当事人授权才可适用的原则。仲裁机构对于公告送达的适用, 在模糊了仲裁与诉讼界限的同时, 无形中也扩张了其送达权利的范

^④ 同上, 第 150 页。

^⑤ Blackaby N, Partasides C, Redfern A. Redfern and Hunter on International Arbitration, Student ed., New York: Oxford University Press, 2015, p.3.

围。然而这一适用并不符合意思自治原则的精神,也并未保障当事人意思自治的权利。

2. 仲裁保密性与公告披露的矛盾

保密性作为仲裁的一大特点,是争议双方选择仲裁的重要理由之一。仲裁的保密要求既包括了对案件信息的形式保密,也包括了对案件中的通讯往来、程序性命令及仲裁裁决的保密。作为仲裁的核心特点之一,仲裁的保密性在不同司法管辖区均受到法律保护。^⑥

采用公告的方式进行送达将不可避免地破坏仲裁对保密性的要求。不论是任何形式、任何内容的公告送达,至少会对仲裁案件争议双方的名称、案号、案由等相关内容进行披露,这无疑违反了仲裁对于保密性的要求,从而产生矛盾。

需要特别指出的是,我国《仲裁法》第四十条明确规定的“仲裁不公开进行”仅仅是对于仲裁不公开审理的规定,仲裁案件的其他相关信息并不在不公开之列。^⑦这一规定虽然可以视为对仲裁保密性的支持,但与其他司法管辖区对于仲裁案件要求的绝对保密义务不同,它将法定的保密义务限缩在了不公开审理的层面,在一定程度上为仲裁的公告送达披露案件相关信息预留了一定的操作空间,而案件信息的公告披露和仲裁对于保密性的要求在客观上相背离是无可争议的。

3. 送达“程序价值”与“实质价值”的矛盾

仲裁送达的价值包括仲裁程序的顺利推进、保障仲裁程序的效率、保障仲裁裁决的有效性以及保障当事人参加仲裁的权利。^⑧前两者可以认为是仲裁送达的“程序价值”,而后两者则是仲裁送达的“实质价值”。公告送达通过法律拟制的方式达到了送达的效果,即在其他送达方式无法直接送达当事人的情况下,通过公告送达的方式拟制为送达成功,满足了开启仲裁程序的前置条件,保障了仲裁程序效率,是仲裁送达“程序价值”的体现。

然而,公告送达在实现“实质价值”的效果上不尽人意。公告送达在表现形式上满足最低程序正义的要求,即穷尽所有已知送达方式无法送达当事人后,将案件的相关信息通过公告的方式送达当事人。由于公告送达在实质上长期存在公告内容形式化、通知效果几近于无的弊病,导致当事人参加仲裁的权利无法得到保障,一旦被送达人主张其并未收到仲裁通知进而申请撤销仲裁裁决,仲裁裁决的有效性便有受到挑战的可能。^⑨

在仲裁实务中,适用公告送达的案件很大程度上是由于当事人存在逃避仲裁的情况,但是考虑到公告送达本身存在有一定的弊端,且该送达方式与仲裁的各种要求均

⑥ 《中华人民共和国仲裁法》第40条;中国香港《仲裁条例》第18条(Cap. 609 Hong Kong Arbitration Ordinance, s. 18); Dolling-Baker v. Merrett, W.L.R. 1205, Court of Appeal (Civil Division), 1990; Hassneh Insurance Co of Israel & ors v. Steuart J Mew, 2 Lloyd's Rep 243, Queen's Bench Division (Commercial Court), 1993; Myanma Yangon Chi Oo Co Ltd v. Win Win Nu, SGHC 124, Singapore High Court, 2003。

⑦ 中国法制出版社编辑部:《中华人民共和国仲裁法注解与配套》,中国法制出版社2014年9月版,第52页。

⑧ 王森:《我国民商事仲裁送达制度研究》,西南政法大学硕士学位论文,2022年,第6页。

⑨ 于一飞:《论我国民事诉讼中公公告送达制度的完善》,厦门大学硕士学位论文,2019年,第9页。

不相符,仲裁机构应对适用公告送达采取更加审慎的态度,并酌情考虑是否排除适用公告送达。

二、国际仲裁排除适用公告送达的理论基础

尽管适用公告送达存在有诸多弊端,但是考虑到公告送达确有其独到的优势,只是简单地将其排除适用并不足以推动我国仲裁体系的发展。在探讨我国仲裁体系是否应当排除公告送达的适用前,可以先从国际仲裁已经给出的答案中吸收理论经验,再结合具有我国特色的仲裁实践触类而长。

由于大部分司法管辖区的仲裁体系并不明确区分国内仲裁与涉外仲裁,故统一将非内地司法管辖区的仲裁体系称之为国际仲裁。^⑩在国际仲裁体系中,各司法管辖区对于仲裁有各自的仲裁程序法予以规制,亦有 88 个示范法管辖区(UNCITRAL Model Law Jurisdiction)^⑪和非示范法管辖区的区别,各主流仲裁机构也有各具特色的仲裁规则,但无一例外的是,各仲裁规则均排除了对公告送达的适用,取而代之的是以最后已知地址(last-known address)作为拟制送达的唯一替代。^⑫通过对国际商事仲裁排除适用公告送达的原因进行分析,结合我国仲裁公告送达的现状,可以总结出下述四点排除适用仲裁公告送达的理论原因。

(一) 维护意思自治原则与仲裁保密性

国际仲裁排除适用公告送达的首要原因系坚持对于意思自治原则的维护。仲裁当事人选择通过仲裁这一争议解决方式主要是基于其灵活快捷和保密性两大特点,当事人意思自治原则在仲裁中体现为仲裁程序由仲裁当事人和仲裁庭确认以及仲裁内容未经仲裁当事人同意不得对外披露。

如果说邮寄送达、电子送达是交易习惯的产物,默认争议当事人同意适用此类送达方式符合商业习惯,那么公告送达明显与前者存在天壤之别。公告送达本身不具备商业习惯的属性,不存在默认同意使用的可能,除非在个案中争议当事人授权适用,否则公告送达本身不具有合理的权利来源。虽然争议当事人有权通过意思自治排除送达方式的适用,但是仲裁程序的权利来源于当事人授权或仲裁程序法规定,在公告送达本身不具

^⑩ 香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的仲裁原则上并不属于国际仲裁,根据《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第二十一条“人民法院受理的申请确认涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区仲裁协议效力的案件,申请执行或者撤销我国内地仲裁机构作出的涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区仲裁裁决的案件,参照适用涉外仲裁司法审查案件的规定审查”的规定,本文参照介绍涉港澳台地区仲裁相关立法及实践情况。

^⑪ United Nations, United Nations Commission On International Trade Law, Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration(1985), with amendments as adopted in 2006, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, last visited Oct.19, 2023.

^⑫ 主流仲裁机构即“Major Arbitration Institutions”。Practical Law Arbitration, Which Institution and Why: A Comparison of Major International Arbitration Institutions, Practical Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-204-3989?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-204-3989?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), last visited Jun.12, 2023.

备权利来源的正当性的情况下,要求争议当事人去排除它的适用便显得不切实际。同时国际仲裁的送达规则也显著区别于诉讼中的送达规则,无法直接适用诉讼的送达模式也直接导致公告送达不是仲裁送达体系中的一个默认选项。而且,作为仲裁程序的一部分,公告送达在未经当事人授权的情况下以公开的方式对案件信息进行了一定程度的披露,这既侵犯了当事人对仲裁程序自治的权利,又违反了仲裁保密性的要求,是对仲裁保密性的违背。

(二)“当事人主义”送达制度

国际仲裁主流仲裁机构仲裁规则中的送达制度采取“当事人主义”,即由送达义务人(仲裁申请人、仲裁被申请人或仲裁庭)负责向被送达人送达仲裁通知。在这种制度下,送达义务人需要根据仲裁规则中规定的送达体系向被送达人的不同地址进行送达。

公告送达作为民事诉讼送达规则中的拟制,是法院在案件管理中职权主义的体现,是法院为了履行其“全责型”送达义务的创新之举。与之相对的是,仲裁机构在国际商事仲裁中仅具有协助和管理的职能,有别于法院对于案件管理的职权性。以当事人主义为本位的送达制度明确了开启仲裁程序的前置通知义务由送达义务人承担,如果送达义务人无法履行其应尽的送达义务,仲裁机构没有主动适用公告送达的必要,只需要按照仲裁规则暂缓启动仲裁程序,或是依照仲裁程序进行缺席审理。这种送达制度设计将送达这一重要的程序内容交予争议双方,也使得仲裁机构恪守其案件管理人的职能,通过限制仲裁机构在仲裁程序中的权利,从根本上剥夺了仲裁机构适用公告送达的机会。

(三)拟制送达的更优解—最后已知地址送达的引入

作为仲裁程序启动的前提条件,合理地通知被送达人是对当事人参与仲裁程序的权利保障。在国际仲裁中,仲裁通知的送达会因为当事人所处的国家或地区不同、约定的送达方式不同、当事人的地址变更而导致直接送达的难度增加或无法直接送达。在这种情况下,仲裁程序将因无法直接送达而被迫拖延甚至无法开始,各国和地区仲裁法中对于仲裁应当快捷、灵活的要求因而受到挑战。^⑬

同时,考虑到公告送达在国际仲裁中难以保障当事人参加仲裁的权利,加上涉及案件信息披露等多种问题,国际仲裁为了兼顾程序正义与仲裁效率的微妙平衡,将最后已知地址作为拟制送达的唯一方式,允许送达义务人在无法直接送达的情况下通过拟制送达保障仲裁程序正义,并满足仲裁对于效率的要求。有别于公告送达只能实现“程序价值”而无法实现“实质价值”的特点,最后已知地址送达是对被送达人公开可查询的地址的送达,在无法直接送达被送达人的情况下,向最后已知地址送达更有可能为被送达人所接收,在同样是实现拟制送达“程序价值”的基础上,更能满足经合理努力保障被送达人参与仲裁程序的权利的“实质价值”。最后已知地址送达在不额外增加送达义务人负担的情况下,为送达义务人提供了一种兜底性的履行送达义务的方式。

^⑬ 如《英国1996年仲裁法》第1条(a)款(U.K. Arbitration Act 1996, s 1(a));中国香港《仲裁条例》第3条第(1)款(Cap. 609 Hong Kong Arbitration Ordinance, s. 3(1))。

需要特别强调的是,不同的仲裁规则对于适用最后已知地址送达有不同要求。以《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》为例,该规则规定以送达本人或授权代表、送达至惯常居所或营业地址、送达至双方约定地址和先前交易中的惯例为先,只有“经过合理努力仍然找不到上述地址”,才可以适用最后已知地址进行拟制送达。^⑭同样的规定也存在于《香港国际仲裁中心仲裁规则》中。^⑮这一类规定要求只有当直接送达方式无法达到送达目的时,作为兜底的拟制送达方式才可以启用,这对于送达方式的顺序性和层级性提出了要求。而以斯德哥尔摩国际仲裁院为代表的仲裁机构则没有对最后已知地址送达的适用条件进行限制,只是将该送达方式与其他直接送达方式放在同一层级中,由送达义务人任意选择。^⑯不论是何种规定,最后已知地址送达都是程序正义与仲裁效率平衡下的拟制产物,虽然该送达方式同样存在无法保障送达“实质价值”的可能,但至少其形式上更加符合商业习惯,实践上更利于保护仲裁的保密性,以及其送达方式的权利来源上要优于公告送达。

(四) 对仲裁裁决有效性的保护

由于国际仲裁的当事人、当事人财产所在地和仲裁地的多国籍属性,仲裁裁决作出后往往需要向异国法院申请执行,而在申请异国执行的过程中会不可避免地适用《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》),在示范法管辖区内还会适用基于《联合国国际贸易法委员会仲裁示范法》(以下简称《示范法》)吸收、修改而来的执行地国仲裁程序法。《纽约公约》第五条和《示范法》第三十四、三十六条均规定,未进行合理通知而作出的仲裁裁决可以不予认可或撤销。

考虑到公告送达只具有送达的形式,无法向被送达人送达实质内容,并且公告送达在国际仲裁中存在难以破解的技术难题,当事人难以接收到送达信息,实际上无法保障被送达人参与仲裁的权利。^⑰假如一个仲裁案件以公告送达被申请人为起点,一旦该案最终裁决被法院认定不予认可或撤销,争议双方将不得不重新进行仲裁或通过其他方式解决争议,争议双方所付出的时间成本和金钱成本将被迫增加,这一后果是仲裁庭和仲裁当事人都无法接受的。为了保护仲裁裁决的有效性和可执行性,各大仲裁机构排除了公告送达这一送达方式,转而采取最后已知地址送达这一相对合理的“最优解”。值得一提的是,由于拟制送达效率优先的属性,在未满足仲裁规则规定的条件或在不应适用的情况下适用,拟制送达的送达效果仍然存在被推翻的可能,并最终影响到仲裁裁决的效力。^⑱

^⑭ 《新加坡国家仲裁中心仲裁规则 2016》第 2 条第 1 款 (Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre SIAC Rules 6th Edition, 1 August 2016, s 2.1)。

^⑮ 《香港国际仲裁中心仲裁规则 2018》第 3 条第 1 款 (2018 HKIAC Administered Arbitration Rules 2018, 1 November 2018, s 3.1)。

^⑯ 《斯德哥尔摩商会仲裁机构仲裁规则 2023》第 5 条第 1 款 (2023 Arbitration Rules of Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 1 January 2023, s 5.1)。

^⑰ 齐湘泉:《论国际商事仲裁中的适当通知》,载《仲裁研究》第 21 辑,法律出版社,2010 年,第 71 页。

^⑱ Sun Tian Gang v. Hong Kong & China Gas (Jilin) Ltd., HKCFI 1611, HCCT 46/2015, 2016; AB v. CD HKCFI 327; HCCT 27/2020, 2021.

三、双轨制仲裁下公告送达的存在形式

有别于国际仲裁不明确区分涉外仲裁与国内仲裁,我国仲裁制度仍然坚持涉外仲裁和国内仲裁分离的双轨制设计。由于各仲裁委员会并未针对涉外仲裁制定单独的规则,而是通过在仲裁规则中对涉外仲裁采取专章或单独条款进行规定的方式予以补充,导致部分规定在涉外仲裁和国内仲裁的适用上产生了模糊。涉外仲裁和国内仲裁使用同一仲裁规则的好处是降低了仲裁参与人的学习成本,但是其弊端也是显而易见的。以公告送达为例,我国各仲裁规则中存在三种主要的规定形式:

(一) 全面排除适用公告送达

以中国国际经济贸易仲裁委员会、上海仲裁委员会、深圳国际仲裁院为代表的我国涉外仲裁受案量领先的仲裁委员会首先在其仲裁规则中全面排除了对公告送达的适用。在排除公告送达的同时,这些仲裁机构亦明确规定了多种送达方式的顺序层级,即以当事人约定的送达方式为优先,以营业地、注册地、居住地等交易中曾经出现过或使用过的地址为第二级送达地址,并以最后已知地址作为补充的多层级送达方式。^{①⑨}

作为国内领先的仲裁机构,上述机构在仲裁送达制度的设计方面明显倾向于国际通行方式,并且在仲裁规则的制定方面采用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》模式,而非其他国内仲裁机构采用的《仲裁委员会仲裁暂行规则示范文本》模式。^{②⑩}这种送达制度的设计和仲裁规则的制定更加贴近国际主流,缩小了国内仲裁与国际仲裁的程序差异,更有利于域外主体选择其作为仲裁机构。

(二) 区别适用公告送达

区别适用公告送达是我国双轨制仲裁体系下的独特规定,相较于上文中完全排除公告送达的做法,部分仲裁规则允许在仲裁中适用公告送达,再另行补充规定排除公告送达在涉外仲裁中的适用。

以《广州仲裁委员会仲裁规则(2021年版)》(以下简称《广仲规则》)为例,《广仲规则》第五十九条规定“自然人下落不明或者用本章其他方式无法送达的,可以适用公告送达。自发出公告之日起,经过六十日,视为送达。国际商事仲裁案件不适用公告送达。”采取区别适用公告送达的方式颇有“两手都要抓,两手都要硬”的智慧,在国内仲裁方面,采取公告送达可以防止不必要的程序拖延,提升仲裁效率;在涉外仲裁方面,《广仲规则》第五十七条第五款亦规定了最后已知地址的补充送达方式,以最后已知地址送达替代公告送达作为拟制送达在涉外仲裁中的补充,向国际仲裁主流送达方式看齐。

^{①⑨} 《深圳国际仲裁院规则(2022修正)》第六条第三款。

^{②⑩} 冷帅:《中国内地仲裁机构涉外民商事仲裁案件送达问题研究》,载《仲裁研究》第31辑,法律出版社,2013年,第15页。

（三）允许适用公告送达

在允许适用公告送达方面,国内仲裁机构仲裁规则存在两种主要的规定方式,即明示适用与默示适用。《天津仲裁委员会仲裁暂行规则(2014版)》第九十六条规定,“当事人在中华人民共和国领域内无住所的涉外仲裁案件,不适用留置送达,但可以公告送达”,该规定明示允许了公告送达在涉外仲裁案件中的适用。

而《东莞仲裁委员会仲裁规则》第六十九条则规定,“自然人下落不明或者用本条其他方式无法送达的,可以适用公告送达。自发出公告之日起,经过60日,视为送达。”理论上,由于该规则未明确规定公告送达在国内仲裁与涉外仲裁中的适用差异,故根据文义解释推定其默示允许公告送达在涉外仲裁中适用。

四、排除适用公告送达的可行性方案

结合国际仲裁排除适用公告送达的理论原因,以及我国仲裁送达制度下公告送达的存在形式,本文就是否应当排除公告送达适用这一问题拆分为国内与涉外两个角度进行探究。

（一）涉外仲裁的公告送达

从公告送达的送达效果角度出发,由于涉外仲裁主体的特殊性,不论是在境内还是境外进行公告,都无法保证仲裁当事人收到仲裁通知,该送达方式仅能符合送达的形式要求,无法保障仲裁当事人参与案件的权利。

从公告送达的法律后果角度出发,公告送达不符合《纽约公约》和《示范法》对于送达的规定,在涉外仲裁中采用公告送达极有可能导致仲裁裁决被执行地法院拒绝承认与执行。

从国际仲裁惯例的角度出发,公告送达违反了仲裁的保密性,侵犯了仲裁当事人意思自治的权利,故国际仲裁并不采用公告送达作为常见的送达方式。

因此,虽然我国允许仲裁机构对仲裁送达制度进行个性化设计,且并未在法律上禁止涉外仲裁适用公告送达,但是基于上述多个原因,公告送达并不适合作为一种默认的送达方式在涉外仲裁中适用。且不提公告送达对意思自治原则和对仲裁保密性的违背,其拟制送达的法律属性和非国际仲裁通行送达方式的现状对于申请异国承认和执行仲裁裁决是非常不利的。若是因公告送达导致仲裁裁决被拒绝承认和执行,不但无端增加仲裁参与人的时间和金钱成本,不利于仲裁当事人的利益,也影响了我国仲裁的公信力,阻碍了我国建成国际仲裁中心的目标。基于此,各仲裁机构应当及时更新仲裁规则,不论是采取全面排除公告送达的方式,还是区别适用公告送达,公告送达都不应当作为涉外仲裁中的送达方式存在。仲裁机构可以采取而最后已知地址寄送作为公告送达的替代,既满足了仲裁效率的要求,又符合国际仲裁通行做法,更有利于仲裁裁决的有效性。

（二）国内仲裁的公告送达

除少数仲裁机构明确排除适用公告送达外,大部分的仲裁规则仍然允许以公告送达

的方式向仲裁当事人送达仲裁文书,究其根本是由于仲裁程序诉讼化且仲裁机构直接适用民事诉讼送达体系所导致的。^{②①}

我国幅员辽阔、人口流动性大、非户籍地常住地址登记不完善等现实情况导致了诉讼中存在“送达难”的问题。为克服“送达难”问题,各地法院积极探索,如将送达中的“辅助性事务”从法官的审判任务中剥离,建立诉讼服务的集约化管理机制,减轻法院的送达压力等。^{②②}公告送达作为“送达难”问题的解决策略之一,是法院作为法定送达主体行使职权的体现,是为了保障诉讼程序的正常进行不得已而为之的兼顾效率与程序正义的妥协。^{②③}然而,仲裁作为一种区别于民事诉讼的争议解决方式,在送达制度设计上进行诉讼化借鉴,不但不利于解决“送达难”问题,而且无法发挥出仲裁制度的灵活性。

区别于国际仲裁中仲裁机构明确的协助案件管理的定位,国内仲裁机构在案件中往往扮演着更加主动的角色,加之仲裁诉讼化的趋势,导致国内仲裁多以仲裁机构或仲裁庭为送达主体。虽然这一规定符合我国的争议解决习惯,相较于仲裁当事人直接送达,仲裁机构负责送达的方式更具有正式性和紧迫性,但是在公告送达问题上似乎略有不妥。

仲裁机构本身不具备法院的公权力属性,虽然我国法律并不禁止仲裁机构适用公告送达,但是仲裁规则直接适用民事诉讼法送达方式的“准用性规定”使得仲裁机构外观上具备了一定的公权力的同时,也模糊了仲裁送达与诉讼送达的界限。仲裁机构的权利来源于仲裁当事人的约定,理应受仲裁当事人约束,在未经当事人明示同意的情况下以公告方式送达当事人,该送达方式的权利来源值得商榷。

有学者提出,因权利来源模糊、违反仲裁保密性等原因便直接废止公告送达的适用有些太过武断。^{②④}诚然,公告送达仍然具备其他送达方式不具有的优势,但是拟制送达方式的创设本就是为兼顾程序正义与程序效率的无奈之举,其实质维护两者间微妙的平衡以推进程序的继续进行,单一的以程序正义为导向或效率优先为导向的拟制送达方式都罔顾了其本应坚守的平衡原则。这也是公告送达在具有显著优点的情况下,因其送达形式大于送达实质的特点打破了程序正义与仲裁效率的平衡,使其不宜作为送达方式中的一种默认选项的原因。相较之下,采取最后已知地址替代公告送达作为默认送达方式,既可以满足拟制送达的目的,提升仲裁效率,又可以在尊重仲裁当事人权利的同时维护仲裁的保密性。

考虑到公告送达仍有其存在的意义,各仲裁机构可以将其作为一个选择性送达方式加入各仲裁机构的示范仲裁条款,由仲裁当事人选择是否适用。比如以单独一款在示范条款中注明“双方当事人均同意在约定的送达地址无法送达时,可以依据《仲裁规则》规定适用公告送达”。此举在保留公告送达对于提升仲裁效率的积极意义的同时,也能

②① 陈攀:《我国商事仲裁送达的“去诉讼化”思考》,载《仲裁研究》第46辑,法律出版社,2020年,第107页。

②② 杨秀清:《以克服“送达难”优化民事诉讼审前准备程序》,载《山东社会科学》2018年第12期,《山东社会科学》杂志社,2018年,第8页。

②③ 叶姣敏:《民事诉讼公告送达制度研究》,中国政法大学硕士论文,2021年,第5页。

②④ 马占军:《商事仲裁公告送达问题研究》,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2010年第2期,第76页。

满足公告送达权利来源正当性的要求。由当事人授权进行公告送达,也说明了当事人接受对案件情况进行一定程度的披露,此举对于保障仲裁的程序正义及合法化亦有帮助。

除了完善公告送达的适用外,仲裁机构应当在仲裁规则中以明文方式规定各类送达方式的顺序与层级,从规则角度防止公告送达的滥用。作为拟制送达的表现形式,公告送达和最后已知地址送达都无法达到保障被送达人参加仲裁程序的效果,其更多的是作为对最低程序正义的妥协和对仲裁申请人签署仲裁协议选定争议解决方式的保护。仲裁规则中应当明确以当事人约定的送达方式为第一级送达方式,以争议中出现的、被送达人提供的或可以公开查询的地址为第二级送达方式,最后已知地址送达和公告送达作为送达程序的最后一道保障,为第三级送达方式。

至此,国内仲裁的公告送达才满足其权力来源正当化和送达程序合理化的两大特征,在符合法律规定的前提下,既能起到保障仲裁程序及时启动、缩短争议解决时间的作用,又使其作为拟制送达的一部分程序瑕疵最小化,为仲裁裁决的承认与执行提供保障。

五、结 论

作为民事诉讼送达中不可或缺的一部分,公告送达在我国仲裁体系中长期存在适用条件模糊、权力来源不明的问题。针对我国双轨制的仲裁体系,就公告送达问题应当作出如下改变,以适应仲裁体系的进步:对于涉外仲裁而言,仲裁机构应当向国际仲裁主流看齐,全面排除公告送达的适用;对于国内仲裁而言采取条件性保留的方式,以向最后已知地址送达替代公告送达,同时将公告送达作为选择性送达方式加入仲裁机构的示范仲裁条款中供仲裁当事人自行选择。

公告送达问题仅仅是我国仲裁体系建设诸多问题中的沧海一粟,作为极具灵活性的争议解决方式,仲裁一味的诉讼化并不利于仲裁体系的建设。面对新时代仲裁实践中的难题,各仲裁机构应当以完善仲裁规则为手段,优化仲裁中的具体程序,发挥涉外仲裁和国内仲裁双轨制的优势,在涉外仲裁上与国际主流仲裁程序接轨,建设国际商事仲裁中心,使中国仲裁在国际争议解决体系中占有一席之地;在国内仲裁方面,应结合本土特色,完善中国特色的仲裁制度,推进中国特色的仲裁体系发展,为多元纠纷解决机制的建设提供助力。

Abstract: With the development of China's arbitration practice, the issue of non-recognition or revocation of arbitration award due to service of arbitration is common in judicial practice, in which an important part of the mode of service-the service by publication of the more. Due to the litigation of China's arbitration system and the direct application of the arbitration service system to the civil litigation service system, resulting in the service by publication in arbitration there is a source of the right to be unknown, the service of the form than the

substance of the problem, and ultimately affects the procedural justice of arbitration and the validity of arbitral awards. This study is based on China's bifurcated arbitration system, combined with the reasons for international arbitration to abandon the use of service by publication, China's current stage of the arbitration service by publication of the provisions of the arbitration notice, from the perspective of foreign arbitration and domestic arbitration to explore the existence of a more reasonable way of arbitration service by publication, and put forward a proven practice programme.

Keywords: arbitration service; bifurcated arbitration system; service by publication; procedural justice

(责任编辑: 顾 涛 外审专家: 王 洁)

侵权案件的诉讼与仲裁管辖权问题研究

田雨酥^{*}

内容提要 随着社会经济活动日趋复杂化与创新化,当事人因商事往来所产生的争议也出现了侵权争议等纯合同争议之外的争议类型。尽管实践中已有大量可供参考的公开案例,但此类案例多存在结论含糊、说理缺乏逻辑、法律依据不明确等问题。通过对典型案例的研究可以发现,整体而言实践中对侵权案件仲裁管辖权的认定态度发生了从不认可到逐渐认可的变化;但在数人侵权案件中对仲裁管辖权的认定态度仍然没有达成一致。如何处理侵权案件管辖权的认定问题,离不开对传统诉讼和仲裁管辖权理论的明辨和梳理:对固有必要共同诉讼制度真实内容和价值取向的确认,是判断法院能否将数人侵权案件纳入同一案件进行管辖的基础;仲裁协议相对性理论和“有利于仲裁”原则,则是将涉仲裁协议的数人侵权案件引向仲裁进行管辖的依据。数人侵权案件究竟应由诉讼还是仲裁进行管辖以及如何分配管辖权,应以侵权事实的查明为出发点,以确定案件是不可分的固有必要共同诉讼还是可拆分的共同诉讼为案件管辖的分流点,再基于仲裁协议相对性和“有利于仲裁”原则的路径进行认定。

关键词 数人侵权案件;固有必要诉讼;管辖权认定;“有利于仲裁”原则

前言

随着经济社会的不断发展,商事活动的复杂性和创新性也在日益增强,这导致当事人因商事活动产生的争议逐渐复杂化,出现了以侵权争议为代表的纯合同争议之外的争议内容。这些侵权争议案件自出现以来,一直在诉讼程序和仲裁程序中引发管辖权的问题。法院诉讼与仲裁是当事人处理商事纠纷的两大最主要的争议解决方式,二者长期分工明确,根据法律法规及双方当事人的意思自治确定各自的案件管辖范围,并在独立与关联、衔接与监督等多层关系中共同运转。商事交易缔结合同产生的争议一旦出现侵权因素,则容易产生诉讼与仲裁的管辖权认定矛盾,原因在于认定主体在不同时期具有不同的价值取向、对处理争议的程序、实体观点存在分歧以及缺少明确的法律法规依据等。虽然长期实践中形成了许多可供参考的权威公开案例,但是这些案例往往存在结论

^{*} 田雨酥,法学博士,主要研究方向为国际商事仲裁、民商法与法经济学,现任中国国际经济贸易仲裁委员会案件经办人。

含糊、说理缺乏逻辑和法律依据不明等问题,无法在学理和实践中给出同一的标准答案。因此,本文旨在从梳理和分析有关侵权案件诉讼与仲裁管辖权认定的典型案例入手,结合对传统诉讼管辖权和仲裁管辖权相关理论的明辨和梳理,试图探索何种情况下数人侵权案件应由法院诉讼统一管辖,何种情况下应由仲裁统一管辖,或在什么情况下可将一个争议分流到诉讼和仲裁两个程序中,以期为解决侵权争议案件管辖权问题提供理论支持和实践建议。

一、侵权案件典型案例中的管辖权认定

人民法院受理商事交易中侵权案件的法律依据主要有《民法典》《民事诉讼法》及相关司法解释,仲裁受理侵权案件的法律依据主要有《仲裁法》、相关司法解释和当事人签署的仲裁协议。但在实践中,前述法律法规并不能事无巨细地明文涵盖所有侵权案件涉及的复杂管辖权争议。在部分当事人签署了仲裁协议的侵权案件中,《仲裁法》实施之前侵权争议能否由仲裁管辖需要法院对各案进行谨慎地分析认定;《仲裁法》出台后,虽然实践层面对仲裁的支持和认可有了逐步提升,但又出现了侵权事实是否属于仲裁协议所涵盖的争议范围的审查问题。在数人侵权案件中,对于有部分当事人签订有仲裁协议的情况,既有侵权案件整案都被法院驳回起诉的案例,亦有整案全都由法院在同一案件中进行管辖的案例。下文将通过对比不同时期对类似案件的处理,揭示司法实践对侵权案件诉讼与仲裁管辖权认定的态度变化。

(一) 法院逐步认可仲裁庭对侵权案件的管辖权

1. 1988年中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷案^①

该案中,侵权方在订立合同时隐瞒事实,诱使对方与其签订钢材买卖合同,并在一审判决其偿还对方货款后上诉,称案涉合同包含仲裁条款,原审法院对案件无管辖权。上海市高级人民法院认为:“上诉人利用合同形式,进行欺诈,已超出履行合同的范围,不仅破坏了合同,而且构成了侵权。双方当事人的纠纷,已非合同权利义务的争议,而是侵权损害赔偿纠纷。被上诉人有权向法院提起侵权之诉,而不受双方所订立的仲裁条款的约束。因本案侵权行为地在上海……上海市中级人民法院对本案具有管辖权。”

2. 1998年江苏省物资集团轻工纺织总公司诉(中国香港)裕亿集团、(加拿大)太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷案^②

该案中,一审法院认定“本案是因欺诈引起的侵权损害赔偿纠纷……被告是利用合同进行欺诈,已超出履行合同的范围,构成了侵权。双方当事人的纠纷已非合同权利义

① 参见《中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案》,载中华人民共和国最高人民法院公报, <http://gongbao.court.gov.cn/Details/ae8654c97e4ee690a0edfb262f1c2a.html>,最后访问时间:2023年4月21日。

② 《江苏省物资集团轻工纺织总公司诉(香港)裕亿集团、(加拿大)太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷上诉案》,载中华人民共和国最高人民法院公报, <http://gongbao.court.gov.cn/Details/478228621014b9959bed16de65b582.html>,最后访问时间:2023年4月21日。

务的争议,而是侵权损害赔偿纠纷。轻纺公司有权向法院提起侵权之诉,而不受双方所订立的仲裁条款的约束。”最高人民法院在再审裁定中认定:“从被上诉人轻纺公司在原审起诉状中所陈述的事实和理由看,其所述上诉人裕亿公司和太子公司的侵权行为,均是在签订和履行两份销售合同过程中产生的,同时也是在《仲裁法》实施后发生的。而该两份合同的第8条均明确规定:‘凡因执行本合约所发生的或与本合约有关的一切争议……应提交中国国际经济贸易仲裁委员会……’根据《仲裁法》和仲裁规则的规定,中国国际经济贸易仲裁委员会有权受理侵权纠纷,因此本案应通过仲裁解决,人民法院无管辖权。原审法院认为轻纺公司提起侵权之诉,不受双方所订立的仲裁条款的约束,显然是与《仲裁法》和仲裁规则相悖的。……本案各方当事人均应受合同中订立的仲裁条款的约束,所发生的纠纷应通过仲裁解决,人民法院无管辖权。”

3.2004年皇朝工程有限公司与西班牙奥安达电梯有限公司等侵权纠纷案^③

该案中,原审法院就“侵权纠纷是否包括在双方约定的仲裁范围内”以及“侵权之诉是否属于当事人提交仲裁的范围”两个问题报请最高人民法院,并在请示中列明了两种观点:一是认为案涉仲裁条款约定“所有争端通过仲裁解决”足以涵盖侵权争议,且案涉侵权争议的审理必然会涉及案涉合同约定的双方权利义务内容,故应由仲裁管辖;二是认为案涉仲裁条款的内容与标准仲裁条款相比广泛性不够突出,且本案实质是合同与侵权两种责任的竞合,而两种责任的竞合意味着同时会产生两种独立的责任,所适用的相关法律也是不同的,作为当事人依法有权依其意愿选择以哪种诉由提起诉讼。本案西班牙奥安达电梯有限公司(以下简称“西班牙奥安达公司”)以侵权为由提起诉讼,由于侵权责任是法律直接规定的义务,法院可以独立进行审理而无需求助或依赖于合同约定的权利义务。所以,本案侵权纠纷不属于仲裁协议约定的范围,可以不受仲裁协议的约束。再结合本案西班牙奥安达公司指控皇朝公司抢注商标的侵权行为是发生在《独家经销协议》终止之后,侵权之诉的独立性更加明显,故应由法院管辖。对此最高人民法院认定,因双方当事人的仲裁意愿是明确的,也明确排除了法院的管辖,加之本案仲裁条款是有效且可执行的,故本案不应由法院管辖。

在上述审理时间由远及近的几个典型案例中,法院对侵权案件中诉讼与仲裁的管辖问题的认定思路,由认为侵权事项只应由法院管辖,到支持仲裁协议的约束力并认可仲裁管辖,侵权案件的管辖发生了明显由法院诉讼向仲裁的变动。《仲裁法》中规定的可仲裁事项为“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”,^④许多仲裁机构的仲裁规则规定的受案范围同时包含契约或非契约性的经济争议的

^③ 《最高人民法院关于皇朝工程有限公司与西班牙奥安达电梯有限公司、广东奥安达电梯有限公司侵权纠纷管辖权异议一案的请示的复函》,载法律快车网, <https://www.lawtime.cn/info/minshi/fagui/2010122414955.htm>, 最后访问时间:2023年4月22日。

^④ 《中华人民共和国仲裁法》第2条规定:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁”;第3条规定:“下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。”

内容,^⑤可以得出由仲裁受理侵权事项并无法律障碍的结论。此后,最高人民法院也在2005年以明文确定,当事人之间签订的有效仲裁协议范围若为“因合同发生的或与合同有关的一切争议”,则该仲裁协议将排除法院对于侵权案件的管辖权。^⑥至此,侵权和违约竞合的案件在双方当事人订立了有效仲裁协议的情况下应由仲裁受理,当事人亦无权通过向法院主张侵权而排除仲裁管辖。

(二) 数人侵权案件中仲裁管辖权的认定

1. 2004年皇朝工程有限公司与西班牙奥安达电梯有限公司等侵权纠纷案^⑦

该案中法院认定:“基于仲裁协议,皇朝公司与西班牙奥安达公司之间的侵权争议应由仲裁管辖。至于西班牙奥安达电梯有限公司与广东奥安达电梯有限公司之间的侵权纠纷,因双方未签订任何仲裁协议,有关人民法院有权管辖。”

2. 2005年吉林化学工业股份有限公司诉美国WP国际发展公司等侵权损害赔偿纠纷案^⑧

该案中,美国WP国际发展公司(以下简称“WP公司”)与吉林化学工业股份有限公司(以下简称“吉化公司”)签订了包含仲裁条款的《合作经营合同》。后WP公司以吉化公司和共同实施侵害行为的淞美公司为共同被告起诉至原审法院,称两被告以多种方式欺骗WP公司。淞美公司是侵害WP公司合法权益的直接行为人,没有淞美公司的侵权行为,吉化公司的侵权目的亦无法实现。为此,WP公司要求吉化公司和淞美公司共同承担侵权损害赔偿责任。吉化公司提出管辖权异议,在原审法院确定“WP公司与吉化公司虽然在合作合同中签有仲裁条款,但该条款只对WP公司与吉化公司有约束力,该条款不能约束WP公司同时起诉淞美公司的管辖权。……吉化公司对此案管辖权提出异议不能成立”后,最高人民法院以“本案中WP公司主张吉化公司与淞美公司构成共同侵权,没有淞美公司的侵权行为,吉化公司的侵权目的亦实现不了,故WP公司对吉化公司和淞美公司提起的侵权诉讼是必要的共同侵权之诉”为由,认定“WP公司与吉化公司之间的《合作经营合同》虽约定有仲裁条款,但该仲裁条款不能约束本案中三方当事人之间的必要共同侵权纠纷,故吉化公司关于本案应基于合同约定移送仲裁机构管辖的上诉理由缺乏事实和法律依据,不应予以支持”,从而驳回了吉化公司要求将案件移送仲裁管辖的主张。

⑤ 如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》2015年版第3条规定:“受案范围(一)仲裁委员会根据当事人的约定受理契约性或非契约性的经济贸易等争议案件”;《北京仲裁委员会仲裁规则》2022年版第1条规定:“(一)北京仲裁委员会(以下称“本会”)系在中国北京登记注册的解决平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的仲裁机构”等。

⑥ 最高人民法院2005年12月印发的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第7条规定:“涉外商事合同的当事人之间签订的有效仲裁协议约定了因合同发生的或与合同有关的一切争议均应通过仲裁方式解决,原告就当事人在签订和履行合同过程中发生的纠纷以侵权为由向人民法院提起诉讼的,人民法院不享有管辖权。”

⑦ 同前注③。

⑧ 最高人民法院(2005)民四终字第16号民事裁定书。参见<http://fgcx.bjcourt.gov.cn:4601/law?fn=cas011s657.txt&truetag=1&titles=&contents=&dbt=case>,最后访问时间:2023年4月22日。

3.2018 年潘国强诉中德证券有限责任公司等证券虚假陈述责任纠纷案^⑨

在该案中,潘国强购买沈机集团昆明机床股份有限公司上市股票,后因几位被告行为涉及上市公司证券虚假陈述,导致其所持股票价值产生损失而提起诉讼。一审昆明市中级人民法院认为,因《昆机联交所公告章程》(即沈机集团昆明机床股份有限公司的章程)中规定有关当事人应当将此类争议或者权利主张提交仲裁解决,故驳回潘国强的起诉。^⑩在二审中,云南省高级人民法院认为本案系潘国强基于其购买的昆明机床香港上市 H 股股票而提起的证券虚假陈述责任纠纷案件,潘国强作为昆明机床港股投资人,公司章程内容对其具有约束力。^⑪故潘国强无权基于其购买的昆明机床港股与上市股票,提起本案民事赔偿诉讼,并驳回了潘国强的上诉。后潘国强提起再审,最高人民法院认定“潘国强认购的是昆明机床在香港联合交易所上市的 H 股股票,其因认购 H 股股票所引发的争议应当适用前述仲裁约定”,并认为“本案系侵权之诉,潘国强请求对方当事人承担连带责任。经(2019)云民终 340 号等生效判决认定,中德证券、西藏紫光公司、沈机集团、昆明机床为共同侵权人,应为本案必要共同诉讼的参加人,原审裁定认定昆明机床的公司章程的仲裁约定应一并适用中德证券、西藏紫光公司、沈机集团开无不当,亦未对潘国强的实体权益造成损害”,并最终全部驳回了潘国强的再审申请。

4.2020 年基石药业(苏州)有限公司与中山康方生物医药有限公司等侵害技术秘密纠纷案^⑫

在该案中,基石药业(苏州)有限公司以“各个侵权人之间的行为具有共同性,造成被侵权人的损害也是同一的,即被侵犯的是同一项知识产权,因此显然具有共同的诉讼标的,属于必要共同诉讼”为由,向法院主张案涉共同侵权纠纷属于必要共同诉讼,并主张法院应将该具有“不可拆分性”的必要共同诉讼一并管辖审理。对此最高人民法院认定:“共同侵权纠纷并不必然属于必要共同诉讼。……关于共同侵权纠纷应当属于必要共同诉讼的上诉主张,系混淆了实体法规定的共同侵权与程序法规定的必要共同诉讼,且缺乏法律依据。……在不构成必要共同诉讼的情况下,即便是数个侵权人实施了应当承担连带责任共同侵权行为,在侵权之诉的民事诉讼程序中仍然是可以分案处理的可分之诉。……被诉侵权行为可以在诉讼和仲裁两个法律程序中分别处理。……为查明案件事实,中国民事诉讼法规定了证人出庭作证、无独立请求权第三人参加诉讼等多项诉讼制度,因此,并非必须将与被诉侵权行为相关的主体全部作为共同被告参加诉讼才能查明侵权事实、认定侵权行为,被诉侵权行为在诉讼和仲裁两个法律程序中分别处理,并不影响人民法院在民事诉讼中查明事实或认定侵权。”

^⑨ 最高人民法院(2020)民申 2391 号民事裁定书。

^⑩ 云南省昆明市中级人民法院(2018)云 01 民初 84 号民事裁定书。

^⑪ 云南省高级人民法院(2020)云民终 250 号民事裁定书。

^⑫ 最高人民法院(2020)最高法知民终 1360 号民事裁定书。

5.2021年周玉玲与中信资本(深圳)资产管理有限公司等侵权责任纠纷案^⑬

该案中,基金持有人周玉玲经基金销售公司钱景公司介绍,购买了基金管理人中信资本(深圳)资产管理有限公司发售的基金,并与基金管理人和基金托管人平安银行签订《信钰肆号私募投资基金合同》,后因基金到期未能赎回,周玉玲以销售方、管理人及其控股方、托管人四方为被告起诉至法院,主张其存在误导、欺诈等侵权行为。一审法院以“周玉玲主张权利必然以合同作为前提和基础。……本案本质上是合同纠纷。……合同中约定了仲裁条款,关于仲裁的约定合法有效,故本案不应由人民法院处理,周玉玲应向仲裁机构申请仲裁。周玉玲可在仲裁后另行向中信控股公司和钱景公司主张承担相应责任。”二审法院进一步认定“该侵权系因当事人履行合同义务所造成,亦即该侵权系因合同而产生,与一般侵权行为不同”,并支持了一审法院的裁定。

在上述几个数人侵权的案例中,均存在部分侵权方与原告签订了仲裁协议,且该仲裁协议所在的合同是侵权事实产生的基础合同的情况。在案例1中,法院明确表示未订立仲裁协议的当事人的侵权争议由法院管辖。在案例4中,法院认为仲裁协议可以产生分割案件管辖的作用。而在案例2和案例3中都出现了法院认可仲裁协议由部分当事人签署的事实,但仍将案件或一揽子放在法院管辖、或全部驳回,而使当事人不得不到部分当事人签署的仲裁协议约定的仲裁机构提起仲裁,以解决全部争议。侵权案件的仲裁管辖权认定在数人侵权案件中并不统一,且通过当事人在案件中的主张和意见可以看出,这样的结果并不符合当事人对争议解决的期待。

二、传统管辖权理论在侵权案件管辖权认定中的反思

诚然,针对某具体法律问题的裁判并非在任何商业与政治的发展进程中都能保持一致,对诉讼和仲裁管辖权的认定观点也必然在各案中存在争论。但在同一社会阶段里的法律价值取向和司法环境下,对某个具体法律问题应当探索符合法学理论和朴素的法感情逻辑,且不违反法律规定及社会现实实践的认知方式和路径。因此,尽管各案存在不同的案情,数人侵权案件诉讼和仲裁的管辖权认定也应当形成一个符合法理和逻辑的认知路径。需要承认的是,仲裁协议签署的主体不完全性,以及侵权本身与包含仲裁条款的合同之间关联程度的复杂性,是侵权案件在诉讼与仲裁中管辖权问题认定的难点。但经过分析前述案件的法院认定内容后,可以看到这些裁判结论相矛盾的原因在于案件管辖权认定并非完全依据法律规定和法律原则作出,认定主体在未明晰分辨法理逻辑的情况下,以其他的法律程序价值取向和个案法律事实为依据建立分析路径,才产生了个案结论不同的现象。因此,梳理法院诉讼与仲裁相关的传统管辖权理论并确定这些理论的适用与排序问题,是明辨侵权案件管辖权认定问题的起点。

^⑬ 北京市高级人民法院(2021)京民终352号民事裁定书。

（一）侵权案件统一归法院诉讼管辖的依据：必要共同诉讼制度

数人侵权案件在实体和程序上分别涉及共同侵权和共同诉讼,对此,中国《民法典》第一千一百六十八条^⑭和《民事诉讼法》第五十三条^⑮有具体法律规定。尽管在字面意思上有所相连,但实践中实体法意义上的共同侵权并不必然构成程序法意义上的共同诉讼,也并非全部共同诉讼的程序处理都以共同侵权的实体法为基础,二者一为实体法概念,一为程序法概念,本身并没有直接连带或因果关系。管辖权问题作为程序问题,其认定因素亦不应与实体法的共同侵权产生直接的逻辑与因果关联。故一个侵权案件是否构成共同侵权,并不是管辖权认定过程需要考虑的核心因素,认定主体仅在程序方面考虑该侵权案件是否构成共同诉讼,即可判断程序上是否可以或必须在单独案件下受理。因此,只有构成必要共同诉讼的侵权案件,才能在即使有部分当事人之间签署了仲裁协议的情况下,仍统一由法院诉讼进行管辖。

中国是受大陆法系影响深远的国家,必要共同诉讼的概念和制度内容也与大陆法系的规定一脉相承。在大陆法系中,早期能被法律体系所承认的共同诉讼仅限于“诉讼主体必须为全体诉讼参与者共同参与而构成的主体,否则该主体不适格”的情形。^⑯诉讼应由全部诉讼参与人共同进行、裁判只能对全部诉讼参与人统一作出的诉讼形式是最严格意义上的共同诉讼,也在后续诉讼法律理论发展的过程中被称为固有必要共同诉讼或真正必要共同诉讼。^⑰后来由于法律允许了更大范围、更宽松的共同诉讼类型,一部分不需要全体诉讼参与者共同参与也可成为适格诉讼主体的案件也成为了必要共同诉讼的一种,也就是非真正必要共同诉讼、非固有必要共同诉讼或类似必要共同诉讼。^⑱德国学者提出的必要共同诉讼分类在本文即将讨论的内容中更为适合:将必要共同诉讼分为“因实体法原因的必要共同诉讼”和“因程序法原因的必要共同诉讼”。^⑲二者分别对应固有必要诉讼和非固有必要诉讼,前者要求全体诉讼参与者共同进行,以实现诉讼主体的适格性,且对诉讼标的的裁判必须具有共同性;后者不要求全体诉讼参与者的共同进行,但要求诉讼标的的裁判效果对该案件中的共同诉讼参与者是共同的。^⑳英美法系的共同诉讼制度更贴近于诉讼中的当事人合并制度,其中当事人强制合并制度对应必要共同诉讼,即法律规定诉讼参与者必须一并进行起诉或一并被列为被告,如果参与者缺少,则法院须依职权进行追加,如仍缺少诉讼参与者,则法院须驳回起诉。^㉑如美国《联邦

^⑭ 《中华人民共和国民法典》第168条规定:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”

^⑮ 《中华人民共和国民事诉讼法》第53条规定:“当事人一方或者双方为二人以上,其诉讼标的是共同的,或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的为共同诉讼。”

^⑯ 章武生、段厚省:《民事诉讼法学原理》,上海人民出版社2005年版,第184页。

^⑰ 胡震远:《共同诉讼制度研究》,上海交通大学出版社2010年版,第12页。

^⑱ 陈瑞华:《程序正义理论》,中国法制出版社2010年版,第98页。

^⑲ [德]狄特·克罗林庚:《德国民事诉讼法律与实务》,刘汉富译,法律出版社2000年版,第273-293页。

^⑳ 谢怀拭:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第12-13页。

^㉑ 参见汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,中国法制出版社2001年版,第44-46页。

民事诉讼规则》第19条^{②②}和第20条^{②③}分别规定了当事人强制合并制度与当事人任意合并制度的内容。

通过比较得知,不同法系关于强制多位诉讼参与人必须共同进行同一诉讼案件的底层价值追求和判断是几乎完全一致的,即“如不这样做的话将损害案外权利人的利益”,或“缺少部分诉讼参与人后的裁判结果将加重参与诉讼义务人的法律负担”,或参与诉讼义务人根本无法独自承担判决所确定的义务等情况下,诉讼的共同权利人和共同义务人才必须全体参加诉讼。^{②④} 根据中国法律理论,类似的概念将共同诉讼分为必要共同诉讼与普通共同诉讼。^{②⑤} 符合固有必要诉讼意义、符合强制多位诉讼参与人必须共同进行同一诉讼案件的必要共同诉讼情况由法律进行具体规定,如挂靠者的责任承担、营业执照上经营者与实际经营者不一致、未依法登记个人合伙的全体合伙、企业分立前后的纠纷和共有财产受侵害等情形。这些有具体法律依据的共同诉讼,无一不是固有必要共同诉讼,也即因主体适格因素而应进行的共同诉讼。因此另外一种非必要共同诉讼,是为审理便利、节约司法资源等因素而由法院在个案中认定更适合合并诉讼,且需经当事人同意方可进行的共同诉讼,均为普通共同诉讼,这是诉讼意义上的可拆分之诉,不是固有必要共同诉讼。在这种普通共同诉讼中,即使存在非常适合共同诉讼的成本、时间等多种考量因素,也不应成为在部分当事人签署仲裁协议的数人侵权案件中,法院全部受理或全部驳回案件的认定依据。

(二) 侵权案件归仲裁管辖的依据: 仲裁协议相对性和“有利于仲裁”原则

传统理论对仲裁管辖范围的共同认知是仲裁需建立在当事人有真实有效的仲裁协议的基础之上,只有经当事人明示授权^{②⑥}(中国《仲裁法》要求当事人以书面方式订立仲裁协议,尽管可以以扩大化方式解释书面订立方式,但明示的仲裁意思表示是必须的),仲裁机构和仲裁庭才能获得处理和裁判双方当事人争议的权力。^{②⑦} 仲裁协议的效力在特定条件下可以进行扩张,但都有具体范围,不能以当事人的商事活动和相关法律事实为

^{②②} 美国《联邦民事诉讼规则》第19条规定:“在下列情况下……必须作为当事人参加诉讼:1. 如果由于他的缺席而使已参加诉讼的当事人不能得到完全的救济;2. 他对诉讼的对象有利害关系,如果在他缺席的情况下作出处理就会出现如下情况:有损或妨碍他保护自己的利益由于与他有利害关系,使已参加诉讼的人负担两倍或数倍的损害赔偿等。在上述情况下,如果该人没有自动参加诉讼,法院应以职权命令该人参加诉讼。被合并的当事人对审判地提出异议并有理由的,可以从该诉讼中排除。”

^{②③} 美国《联邦民事诉讼规则》第20条规定:“其一,原告对被告提出的所有的诉讼请求必须是基于同一的交易或事件或者连续的交易或事件所产生的;其二,必须是所有欲合并参加诉讼的原告具有某一共同的法律或事实问题。”该条的实施原则除前述条件外,还需要以涉案当事人的自愿性为前提。

^{②④} 参见樊崇义:《正当法律程序研究:以刑事诉讼程序为视角》,中国人民公安大学出版社2020年版,第30-32页。

^{②⑤} 参见许尚豪:《程序利益论:民事讼程序运转的逻辑基础及社会动力》,法律出版社2020年版,第102页。

^{②⑥} 英国上诉法院1986年在Zambia Steel v. Clark Eaton案中认为仲裁协议应以书面形式表现出来,但是当事人同意或者接受该条款无须通过书面形式订立,只要通过口头的、书面的、当事人的行为或者其他证据证明当事人同意或者接受了该仲裁条款,或者说法官推断仲裁协议存在,这样的仲裁协议就符合“书面”这一形式要求,当事人是否在仲裁协议上签字无关紧要。参见赵健:《长臂的仲裁协议:论仲裁协议对未签字人的效力仲裁与法律》,载《仲裁与法律》2000年第1期,第29页。

^{②⑦} 参见万季飞:《中国仲裁与司法》,法律出版社2001年版,第73页。

脉络进行任意扩大解释。^{②⑧}因此,根据仲裁协议相对性范围的传统仲裁管辖权理论,一旦产生数人侵权且部分当事人签署仲裁协议的情况,就不能以案涉侵权事实与由部分当事人签署的仲裁协议所在的合同相关为由,突破仲裁协议的相对性,认定仲裁管辖权可约束未签署(或授权、接受等等)仲裁协议的其他侵权方。

仲裁协议相对性的非扩大解释限制了仲裁参与主体的范围,在侵权案件中成为了一揽子处理当事人侵权与违约竞合争议的限制,这也是仲裁实践和理论中一直存在建立仲裁第三人制度呼声的原因之一。^{②⑨}目前,该制度在中国仲裁法律规定中尚无明文支持或认可。无论涉及的当事利益方的数量是多少,他们在法律规定以及各种仲裁机构仲裁规则中均被称为“双方”“申请人”和“被申请人”。在单纯的商事合同争议中,仲裁第三人制度的实际需要和处理一般被分化在仲裁标的的执行环节、仲裁程序中证人证言提交等双方当事人之间直接进行的仲裁程序之外的其他法律程序中。^{③⑩}因此在实践中,尽管有着司法资源效率、程序推进、查明事实等多种公平和效率因素的需要,但在中国商事仲裁的实践中,似乎一直没有不建立仲裁第三人制度就无法继续仲裁的急迫性。早期的中国仲裁法律体系在未设立仲裁第三人制度的情况下,在处理当事人单纯商事合同争议的过程中并没有出现无法弥补的漏洞。但随着当事人订立仲裁协议的形式与内容逐渐成熟复杂,越来越多与合同相关或因订立合同后续产生的多种类型争议被涵盖到仲裁协议所约束的范围里,特别是在本文所讨论的侵权与违约竞合的争议中,仲裁第三人制度在对法院诉讼与仲裁管辖权矛盾冲突中能够起到良好辅助作用。^{③⑪}目前,已经有部分国家(荷兰、比利时、美国等^{③⑫})通过明文法律规定,允许未签署仲裁协议的当事人加入到仲裁程序中。德国慕尼黑上诉法院还在一起共同侵权案件中支持了因部分当事人之间签署了仲裁协议、从而将案件全部当事人的争议归于仲裁管辖的主张。^{③⑬}

建立仲裁第三人制度与仲裁协议扩大化解释等其他扩张仲裁管辖范围的理论一样,都是“有利于仲裁”原则指导下衍生出的具体原则和规则。^{③⑭}前述德国法院的判决就将“有利于仲裁”原则发挥得淋漓尽致。“有利于仲裁”原则自《纽约公约》面世后,逐渐

②⑧ 参见侯登华:《仲裁协议法律制度研究:意思自治视野下当事人权利程序保障》,知识产权出版社2012年版,第44-46页。

②⑨ 参见汪蓓:《仲裁第三人程序准入制度的检视与完善》,载《华东政法大学学报》2021年第3期,第133页。

③⑩ 参见石育斌:《国际商事仲裁第三人制度比较研究》,上海人民出版社2008年版,第122页。

③⑪ 参见邓建民:《仲裁程序若干问题研究:基于理论前沿和实务规范的思考》,民族出版社2014年版,第99页。

③⑫ 《荷兰民事诉讼法典》第1045条规定了三种第三人参加仲裁的情况:一是第三人与仲裁程序的结果有利害关系的,可以自行申请并经仲裁庭同意参与仲裁;二是一方当事人向第三人索赔,可以申请第三人参与仲裁;三是第三人根据与仲裁协议当事人之间的书面协议可以参与仲裁。在上述三种情况下,一旦仲裁庭准许第三人参与仲裁程序,第三人即成为仲裁程序的一方当事人。1998年《比利时司法法典》中有关仲裁的部分规定:“仲裁的一方当事人可以要求第三方参加仲裁程序,第三方也可以自动请求加入仲裁程序。仲裁庭必须一致接受第三者的加入。而且原先的当事人和新加入的当事人必须签订一份仲裁协议。”美国的《联邦诉讼程序规则》和有些州的立法也有关于第三人参加仲裁的规定。郭玉军、肖芳:《论合同侵权竞合案件仲裁与诉讼之争的解决》,载《法学评论》2007年第2期,第158页。

③⑬ 郭玉军、肖芳:《论合同侵权竞合案件仲裁与诉讼之争的解决》,载《法学评论》2007年第2期,第158-159页。

③⑭ Dasser F, “Soft law” in International Commercial Arbitration, the Pocket Books of the Hague Academy of International Law, 2010, p.44.

成为世界范围内各法系及国家确立的仲裁法律原则,这一原则旨在促进仲裁的发展,提高争议解决的效率,并在一定程度上平衡法院诉讼与仲裁之间的关系。^⑤法院在对仲裁协议效力的认定以及在仲裁管辖的认定中,采取“有利于仲裁”原则,需主动对自己的职权进行限缩,并将裁判的认定向有利于仲裁协议有效的方向合法地进行扩张。例如美国法院长期以来在多个判例中始终坚持对不明范围的仲裁条款管辖范围的认定结果必须有利于仲裁的原则。^⑥法国的《民事诉讼法典》规定,一旦发现有仲裁条款的存在且未有证据证明仲裁协议明显无效的情况下,法院应拒绝对包括仲裁协议效力确定的多种案件的管辖。^⑦根据“有利于仲裁”原则,法院及仲裁等有权主体应尊重当事人将争议提交仲裁的意愿,并将仲裁协议向实质有效性推动。因此,在前文中已有效仲裁条款认定的前提下,应尽量使该仲裁协议实质有效。所谓实质有效,即既在表面认可其有效性,又推动当事人的争议解决真正通过仲裁的方式来进行。“有利于仲裁”原则作为一项法律原则,使案件管辖在“可诉讼、可仲裁”的摇摆领域内能够得以定论,可以成为侵权案件管辖权认定的依据之一。

三、侵权案件管辖权认定的路径建议

经过对已有典型侵权案件诉讼与仲裁管辖权认定实践的观察分析,结合对传统管辖权理论的明晰与梳理,不难总结出,侵权案件管辖权认定的适当路径首先应类比遵循实体法律裁判的“以事实为依据,以法律为准绳”的原则。具体论述,可依据从事实发现入手,以法律规范为大前提,以具体案件事实为小前提,遵循逻辑推导得出结论的具体认定路径。

(一) 既有典型案例裁判思路反思

从本文首章几个典型案例中可以看出,尽管法院已经认定与合同相关的侵权争议可以在有效仲裁协议的情况下归属于仲裁管辖,但数人侵权案件的管辖权问题仍然在个案中得出不同的结论。类似案件结论不同的原因往往是在个案中对具体因素的考量不同,解决这个问题首先需要认定主体树立正确的价值取向,避免过于单一和独立地看待问题。类似案件管辖权认定的冲突和不一致的情况,全都出现在数人侵权且部分当事人之间订立了仲裁协议的案例。基于仲裁协议相对性理论,被侵权人无法将未签署仲裁协议的其他侵权人列为共同被申请人,在仲裁机构获得立案。因此,被侵权人首先会选择将全部共同侵权人诉至法院主张同案处理。此种案件在法院立案后,签署仲裁协议的那一部分被告又往往会向法院提出管辖权异议,主张其因为已经签署了仲裁协议,其和原告之间的争议应交由仲裁处理。在目前侵权争议确定可由仲裁进行管辖的认知中,签

^⑤ Nottage L, Tang R, Dreosti J *the ACICA Arbitration Rules 2021: Advancing Australia's Pro-Arbitration Culture*, Journal of International Arbitration, 2021, Vol.38:6, p.775.

^⑥ Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. United States Supreme Court, 473 U.S. 614 (1985).

^⑦ Francois Perret, *Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court, the Solution under Swiss Law*, Arbitration International, 2000, Vol.16:3, p.333.

署仲裁协议的侵权方的管辖权异议在法理上是成立的,此时案件可能会被拆分为部分仲裁、部分诉讼的管理方式。

前述典型案例中,既有法院认为共同侵权构成必要共同诉讼,因此将全部争议一并收为诉讼案件进行管辖的例子;也有法院认定案涉共同侵权行为不构成必要共同诉讼,可在诉讼与仲裁中分案处理的例子;还有法院认定案涉共同侵权行为,使得全部当事人成为必要共同诉讼的参加人,故应根据仲裁协议的存在而将争议提交仲裁的例子。第一和第三种情形都或变相无效了仲裁协议且剥夺部分当事人将争议提交仲裁的权利,或剥夺了原告在当下案件中将未签署仲裁协议的当事人诉诸法院诉讼的权利,这两种情形都未尊重当事人的意思表示。第二种情形分别肯定了法院诉讼和仲裁的管辖权,但简单将案件进行拆分,根本上并未为当事人的争议有效解决提供实际帮助,变相“重置”了双方争议解决的进度,使当事人的争议解决碎片化。样本中的案例,也许存在裁判者在作出管辖权认定的过程中对司法资源分配、实体裁判应归诉讼或仲裁管辖的合理性考虑,争议解决效率等因素等考量,但类似案件认定的不一致,使当事人无法对争议解决的方式产生明确的期待。管辖权认定问题是一个具有外部性的事项,它不仅影响当下案件程序的进展,也会影响本案当事人以及其他案件主体的法律感知。以往对同类案件的管辖权认定情况会影响当事人主张权利时第一时间选择的路径,其程序和结论同时在诉讼和仲裁中都具有指导和示范性意义。纵观目前的侵权案件管辖权认定实践,无法给出令人信服的说理,亦无法为后续实践提供明确的借鉴和指导。因此管辖权认定路径推演的前提,是对已有管辖权认定现状进行反思,也即对类似案件管辖权问题应当形成类似认定结果这一问题达成统一认知。

（二）查明法律事实及案涉合同关系

在侵权案件的诉讼与仲裁管辖权的认定过程中,查明侵权事实是首要且至关重要的一环,对诉讼和仲裁的管辖认定具有实质性影响。事实认定包括是否存在侵权行为、侵权类型为何以及侵权行为是否与案涉合同有关联性,并应同时查明案涉仲裁协议约定的争议解决内容是否覆盖了该侵权争议。在侵权案件,特别是数人侵权案件中,不同主体之间法律关系不同,可能存在多种合同关系,因此涉合同以及仲裁协议的侵权案件,首先应判断侵权事实、案件争点及相关法律关系,提取案件的要素。部分当事人签署仲裁协议的侵权案件,主要侵权事实往往与载有仲裁协议的合同相关,但主要侵权事实是否属于仲裁协议所约定的争议解决范围,就需要在案件查明法律事实及合同关系的过程中进行具体判断。

（三）将构成固有必要共同诉讼的案件归属法院诉讼管辖

中国民事诉讼法律并未明文规定区分固有必要诉讼及普通必要诉讼的详细内容,仅如前文所述在不同法律中规定了固有必要诉讼的具体情况。实体法上共同侵权责任属于连带责任,^③ 受害人可选择对侵权人进行共同起诉或者分别起诉,但在诉讼程序中,共

^③ 《中华人民共和国民法典》第 168-1172 条。

同侵权之诉又往往被法官在程序上作为必要共同诉讼处理。在现行实体法律和程序法律对共同侵权的规定存在矛盾的情况下,实践中法院一般将共同侵权人视作必要的共同诉讼人,并在原告“遗漏”了部分被告的情况下,行使释明权要求原告追加被告或者依职权将其追加为共同被告。这种实践操作使原本属于普通必要共同诉讼的当事人,受司法效率、同案同判等考量因素的影响,经由法院职权在数人侵权案件中形成了固有必要共同诉讼的外在形式,但实质上并不构成固有必要共同诉讼。

中国民事诉讼法律的必要共同诉讼规则是依据固有必要共同诉讼的内涵设计的,其法理基础也就是“因实体法原因产生的必要共同诉讼”以及当事人强制合并的法理基础,并由《民事诉讼法》第五十三条、第一百一十九条,《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的解释》第五十七条、第五十八条,对中国法律体系框架下的共同诉讼的种类和程序规则进行了规定。但实践中,共同诉讼的情形与种类远超法律规定的类目,也即“因实体法原因产生的必要共同诉讼”所对应的实体法基础规定是不明确的,实践中实体法中的“共同侵权”和程序法中的“共同诉讼”往往相互混淆。当确定案件是否为固有必要共同诉讼时,所依据的法律条款并不明确,且决定主体多受其他原因影响,诸如司法资源分配、诉讼效率、同案同判、查明事实等诉讼法律的价值取向等等。上文列举的多个侵权案件,之所以出现类似案件的法院说理内容和事实认定相似,但最终案件管辖归为诉讼或仲裁认定不一致的情形,就是因为对案涉争议类型能否归于固有必要诉讼的判断不确定,才会受与个案相关的非法律因素影响,出现截然不同的管辖权认定结论。这实际上背离了共同诉讼制度的真实含义:抛却诉讼程序中的多种价值取向和实践考虑,固有共同诉讼无论价值考虑如何,都不应分案单独审理或个案提起单独诉讼。普通共同诉讼是满足法定条件后,经当事人同意方可合并合案审理的诉讼类型。确定数人侵权案件是否构成固有必要共同诉讼,是确定法院能否一揽子对侵权案件实施管辖的判断基础。如构成固有必要共同诉讼,则部分当事人之间即使订立了仲裁条款,也不能突破强制性法律规定而转移部分争议至仲裁管辖,侵权案件的全部争议均应提交法院诉讼管辖;如不构成固有必要共同诉讼,则需得当事人同意,方可将非案件的当事人纳入案件中一并参与纠纷处理。

(四)在可拆分之诉的情况下适用“有利于仲裁”原则促进仲裁管辖

在侵权诉讼中,案涉的侵权行为并不全然构成固有必要共同诉讼,也可能构成可拆分的普通必要诉讼。普通共同诉讼制度将多个诉合并在一个诉讼程序中,其主要目的是为了节约司法资源的、追求司法效率。正如仲裁协议的订立无法突破和规避固有必要诉讼的强制性法律规定,普通共同诉讼制度也不应为追求程序费用的便宜而突破部分当事人之间订立的仲裁协议。根据“有利于仲裁”原则,法院应以有利于仲裁协议生效的方向解释仲裁协议内容,并充分尊重当事人将争议提交仲裁的意思自治。以前文引述的证券虚假陈述案为例,投资人购买一家上市公司股票,该上市公司与其他公司经证券公司进行服务达成股权交易,但该交易因虚假陈述而被证监会处罚,公司股价下跌,投资人产生了股价损失,案件则由上市公司、交易公司以及证券公司对投资人的共同侵权而引发。其

中,上市公司的公司章程中存在仲裁协议,而投资人与交易公司以及证券公司之间并无仲裁协议。本案证券虚假陈述本身给投资人带来了损失,投资人作为案件原告,该事实认定的管辖权问题在诉讼与仲裁中都可以成立。此时根据“有利于仲裁”原则,应该推动案件管辖权向仲裁管辖转移,在事实认定和仲裁管辖范围内通过仲裁的方式处理争议。

值得注意的是,前文案例中分别出现了认定必要诉讼,即将全部争议纳入诉讼范围,和认定案涉合同包含仲裁协议,即将当事人的全部起诉驳回,要求通过仲裁处理两个案例,说明在面度当事人拆分诉讼或仲裁的实际需要时,法院没有拆分受理,而将其合法主张进行了全部驳回的情况,这种情况在数人侵权案件中并不少见。在数人侵权案件中,尽管部分争议事项由仲裁协议管辖,依据“有利于仲裁”原则也应尽量将争议交由仲裁处理,但这并不意味着法院必须直接拒绝受理整个侵权案件。对于可拆分的普通必要诉讼,当事人对于不在仲裁协议的争议仍有权选择诉讼途径。法院在审理过程中,应尊重当事人的诉讼权利对争议进行审理,以保障当事人的合法权益。特别是数人侵权事实中,主要侵权主体并非订立仲裁协议的主体时,法院更应发挥职责,应当事人的起诉申请受理当事人之间的侵权争议。

(五) 在特定类型案件中对仲裁协议约束范围做扩张性认定

仲裁协议的约束力与约束范围同样是一个随着商事活动与司法实践不断发展而时刻为人讨论的话题。虽然仲裁“长臂”管辖理论尚未获得中国法律规定的支持,但对于基于商事活动实践发展需要而产生的特定类型案件,仲裁协议约束力的扩张也已经付诸实践探索,证券期货行业仲裁试点就是一个很好的实践探索。^{③⑨} 证券期货类案件具有案情复杂、专业性强、涉及主体众多、行业特点明显、解决难度大等特征,而仲裁“符合证券期货纠纷解决的特点和行业发展的需要,是促进资本市场法治化和专业化的重要渠道”,在此背景下,借鉴国外成熟资本市场的行业仲裁框架得以搭建。进入试点的证券期货类合同借鉴美国证券仲裁制度中的“强制仲裁”制度,要求证券商人必须接受行业章程或协会规则的约束,并按投资者提出的仲裁方式处理争议。^{④⑩} 此试点政策是在中国证券资本市场的开放、人民币国际化进程加速推进的环境下,基于境内资本市场的外国投资以及中国企业和个人境外投资衍生出的涉外证券纠纷仲裁的实际需求所制定,不失为在当前中国诉讼法律和仲裁法律允许的框架内搭建的仲裁协议效力扩张发展的有益尝试。

综上,侵权案件由诉讼或是仲裁管辖,应以侵权事实的查明为出发点,明确案件为不可拆分之诉还是可拆分之诉,再基于仲裁协议范围和“有利于”仲裁原则进行认定。认定过程中应坚持以固有必要共同诉讼与具体法律规则、法律原则为依据,结合特定行业裁判的特点与发展趋势、司法资源分配、裁判的公平与效率等价值追求为辅助考虑因素,构成完善的管辖权认定路径。

^{③⑨} 中国证监会和司法部发布《关于依法开展证券期货行业仲裁试点的意见》,载中国证券监督管理委员会, <http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c1492452/content.shtml>,最后访问时间:2023年4月24日。

^{④⑩} 王克玉:《确立与完善中国证券侵权仲裁机制的路径分析——以美国证券仲裁机制的发展为视角》,载《法学论坛》2015年第2期,第115-116页。

四、结 论

侵权案件中诉讼与仲裁的管辖权认定,是一个需要从传统管辖权理论出发,结合当下仲裁实践进行整体价值取向判断与路径确定的问题。实践中已有的部分裁判案例具有示范和指引意义,也有部分案例在法理和逻辑上存在瑕疵而引人反思。通过对必要共同诉讼制度、仲裁协议相对性、仲裁第三人制度与“有利于仲裁”原则等传统诉讼与仲裁管辖权理论的明晰,可以梳理出管辖权认定所应遵循的法律原则和价值取向。回归到实践中,则可以得出侵权案件管辖权认定的路径应以类比实体法“以事实为依据、以法律为准绳”的三段论方法,从查明侵权事实入手,以分辨案涉侵权是否构成固有有必要共同诉讼作为法院能否一揽子受理案件的分流点,符合法律强制性规定的固有必要诉讼案件归为法院诉讼管辖,并在可拆分之诉中根据“有利于仲裁”原则促进当事人之间仲裁意思自治的实质有效,且不因仲裁协议的有效性而简单全部排除法院的管辖,实现诉讼与仲裁在侵权案件中良好的合作与分工。在整体认定过程中,可执行的法律规定与具体法律原则的适用应优先于普通法律原则,认定过程应符合三段论原理和逻辑,方能在管辖权认定的实践中形成逻辑通顺、符合法理的裁判案例,避免因泛泛适用“效率”“经济”“社会影响”等考量因素而使法院诉讼和仲裁管辖出现“两头管”或“两不管”的尴尬,方能增强法院诉讼和仲裁在程序及实体法的社会价值和公信力。

Abstract: With the increasingly complex and innovative content of economic and social commercial activities, disputes arising from commercial activities among parties have also emerged beyond the scope of contracts such as infringement. Despite the existence of a large number of public cases for reference, most of them are unable to provide a standard answer in line with the logic of law and practice due to problems such as ambiguous conclusions and a lack of logical and legal grounds for reasoning. On the whole, the cases show a change of attitude from disapproval to acceptance of the determination of arbitration jurisdiction in tort cases by the relevant subjects. However, the problem of unclear recognition of arbitration jurisdiction still exists in multi-person infringement cases. The determination of jurisdiction cannot be separated from the clear identification and sorting out of traditional litigation and arbitration related theories. The core content and value orientation of necessary joint litigation are the basis for determining whether the court can jurisdiction multiple infringement cases under the same case. The relativity of the arbitration agreement and the principle of "pro-arbitration" will lead the jurisdiction of several person infringement cases to arbitration. The issue of whether infringement cases should be governed by litigation or arbitration should be based on the investigation of infringement facts. Then, it should be clarified that the case is an inherent necessary joint action that cannot be divided or a divisible action is a diversion point.

Finally, the determination should be based on the scope of the arbitration agreement and the path of the “pro-arbitration” principle.

Keywords: several person infringement cases; inherently necessary litigation; jurisdiction determination; pro-arbitration

(责任编辑: 李贤森 外审专家: 王葆蔚)

评欧洲水泥公司诉土耳其案

——兼论国际投资仲裁中的投资合法性依据

中国贸促会法律部编 本篇作者 姚若楠^{*}

内容提要 欧洲水泥公司诉土耳其案的核心法律争议在于欧洲水泥公司是否以欺诈的方式进行了投资,如果是,其非法投资的行为对仲裁庭的管辖权产生何种法律效果,以及该公司是否应向土耳其承担精神损害赔偿。本案仲裁庭在审理过程中区分了程序争议与实体争议,没有在处理管辖权争议的同时讨论投资行为的合法性,而是在得出因欧洲水泥公司未完成程序要求导致仲裁庭缺乏管辖权的结论后再考虑实体争议,形成了较为清晰完整的论证思路。以本案适用善意原则判断投资合法性为例,结合相关仲裁实践,能进一步廓清国际投资仲裁中判断投资合法性的法律依据。

关键词 投资仲裁;投资合法性;非法投资;欺诈投资;精神损害赔偿

一、案件事实概述

(一) 案件基本背景

1. 投资事实

本案申请人是欧洲水泥投资贸易有限公司(Europe Cement Investment & Trade S.A.,以下简称“欧洲水泥公司”),其注册地是波兰的克拉科夫市。欧洲水泥公司称,其拥有库卡罗瓦电力股份有限公司(Cukarova Elektrik Anonim Sirketi,以下简称CEAS公司)和凯佩兹电力股份有限公司(Kepez Elektrik T.A.S.,以下简称Kepez公司)这两家土耳其公司的股份。土耳其能源部曾于1998年与CEAS公司和Kepez公司签订了特许经营协议,允许它们在土耳其的某些地区进行电力发电、传输、分配和营销。2003年6月11日,土耳其终止了两公司的特许经营协议。欧洲水泥公司认为土耳其终止特许经营协议的行为对其在土耳其的投资造成了损失。

波兰与土耳其同为1994年《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty)的签署国。《能源宪章条约》第26条规定了成员国同意通过仲裁解决投资争端的程序,即在投资者

^{*} 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。

与东道国之间发生争议时,投资者可以选择将争端提交国际仲裁机构进行解决。欧洲水泥公司属于波兰的投资者,依据《能源宪章条约》第 26 条,欧洲水泥公司将争端提交国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes,以下简称 ICSID)。土耳其是 ICSID《关于解决各国和其它国家国民之间投资争端的公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,以下简称《华盛顿公约》)的缔约国,而波兰并非该公约的缔约国,因而《华盛顿公约》不能适用。不过,这不影响欧洲水泥公司根据《国际投资争端解决中心附加便利规则》(ICSID Additional Facility Rules,以下简称《ICSID 附加便利规则》)对土耳其提起仲裁,^①因为《ICSID 附加便利规则》第 2 条第 1 款允许争议所涉任一国家(无论是东道国或是投资者母国)是《华盛顿公约》缔约国的仲裁申请。

2. 适用法律

程序上,本案适用的仲裁规则是《ICSID 附加便利规则》。

实体上,欧洲水泥公司将其在 CEAS 公司与 Kepez 公司所持有的股份视为在土耳其的投资,该投资涉及的争议适用的实体法律是 1994 年《能源宪章条约》。基于《能源宪章条约》的规定,欧洲水泥公司主张土耳其实施的间接征收行为违反了公平公正待遇条款。

3. 主要程序

2007 年 3 月 6 日,ICSID 收到欧洲水泥公司提交的仲裁申请。

2007 年 12 月 19 日,土耳其提出暂停仲裁程序,要求出示文件并采取临时措施。欧洲水泥公司同样要求采取临时措施。

2008 年 5 月 15 日,欧洲水泥公司提出了关于管辖权与责任的诉求。

2008 年 5 月 22 日,双方当事人提交申请,更新对临时措施和文件出示的要求。其中,土耳其要求欧洲水泥公司提供其声称在 CEAS 公司和 Kepez 公司中拥有的股票的原件,以及其声称在 2003 年 5 月购买的股票的原件或副本,或与这些股票相关的公司记录,以使文件可用于仲裁庭鉴定分析。

2008 年 7 月 9 日,仲裁庭收到欧洲水泥公司董事会主席兼总经理 Biser Hristov Biserov 先生(以下简称 Biserov 先生)的申请,要求将程序暂停 90 天,以便其可以聘请新的律师。

2008 年 9 月 6 日,欧洲水泥公司请求再次延长 60 天以完成律师的聘用。

2008 年 10 月 8 日,欧洲水泥公司请求进一步延长期限,仲裁庭将程序令要求事项的期限延长到 2008 年 11 月 5 日。

2008 年 11 月 13 日,欧洲水泥公司要求将其聘任律师的期限再次延长 45 天。

2008 年 12 月 4 日, Biserov 先生致信仲裁庭,称因前管理层的遗留问题,欧洲水泥

^① Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, paras.1-3.

公司将无法遵守仲裁庭的命令,请求仲裁庭因无管辖权而终止审理。

2008年12月23日,鉴于双方当事人就终止审理未达成共识,仲裁庭发布程序令,决定将根据《ICSID 附加便利规则》第50条继续审理。

2009年3月24日,Biserov 先生致信仲裁庭,要求仲裁庭因缺乏管辖权而驳回此案。

2009年7月13日,因欧洲水泥公司在此前并未补充任何文件,仲裁庭根据《ICSID 附加便利规则》第44条第1款于该日结束仲裁。

2009年8月13日,仲裁庭作出裁决,驳回了欧洲水泥公司的请求。^②

(二) 所涉法律问题

申请人欧洲水泥公司主张,其持有的 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份构成其在土耳其的投资,土耳其终止两公司开展电力活动特许经营协议的行为对其投资造成了损害。欧洲水泥公司认为土耳其的行为违反了《能源宪章条约》第13条关于征收的规定和第10条第1款关于公平公正待遇条款的规定,要求土耳其撤销该行为并赔偿其损失。^③然而,在仲裁程序推进过程中,因欧洲水泥公司无法出示其合法拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司股份的证据,故其要求仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回此案。^④

被申请人土耳其同样主张仲裁庭对本案没有管辖权,要求仲裁庭将欧洲水泥公司提出的请求悉数驳回,确认欧洲水泥公司的诉求是基于伪造文件而提出的,同时要求仲裁庭裁定其向土耳其支付一定数额的金钱赔偿,且所有程序性费用也应由欧洲水泥公司负担。^⑤

首先,在本案中,申请人与被申请人以不同理由主张仲裁庭没有管辖权,因此,仲裁庭是否拥有管辖权成为本案的第一个核心争议。为解决这一核心争议,仲裁庭需要确认欧洲水泥公司在土耳其是否拥有“适格投资”,即其所称拥有的 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份是否属于《能源宪章条约》所保护的投資。至于对欧洲水泥公司提出的土耳其的征收行为以及违反公平公正待遇条款的实体性诉求的审理,需要建立在其拥有“适格投资”且仲裁庭具有管辖权的基础上。其次,土耳其对欧洲水泥公司提出金钱赔偿的主张涉及国际投资仲裁中颇具争议的一个问题,即东道国能否主张精神损害赔偿(moral damages),这是本案的另一重要争议。最终,仲裁庭没有支持土耳其的精神损害赔偿主张。^⑥

^② *Id.*, at para.145.

^③ *Id.*, at para.26.

^④ *Id.*, at para.66.

^⑤ *Id.*, at para.123.

^⑥ *Id.*, at para.181.

二、法律争议评述

（一）仲裁庭的管辖权问题

1. 申请人主张：仲裁庭不具有管辖权

起初,欧洲水泥公司主张其在相应时间内拥有土耳其 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份,并且达到了仲裁庭审理该投资争议的必要条件,^⑦ 因为其于 2003 年 5 月购买了 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份。欧洲水泥公司表明,其从 Kemal Uzan 先生手中收购了 CEAS 公司的 102500 股股票,占总股本的 20%;收购了 Kepez 公司的 27825 股股票,占总股本的 23%。Kemal Uzan 先生在其证词中描述了其转让股份的原因,即 Kemal Uzan 先生认为其与土耳其政府的关系紧张,担心政府会终止 CEAS 公司和 Kepez 公司的电力特许权协议,于是将股份转让给 Uzan 家族拥有的两家波兰公司,其中一家就是欧洲水泥公司。^⑧ Kemal Uzan 先生还证明,这些股份是分部分转让的,涉及不同的独立的股权转让协议。而且,股权转让交易是由欧洲水泥公司的管理委员会负责人通过电话进行的,股票直接转让至欧洲水泥公司的各个银行账户。^⑨ 随后,CEAS 公司和 Kepez 公司的股份又从欧洲水泥公司被转移到另外两家波兰公司,即 Polski Cement Holdings S.A. 和 Polska Energetyka S.A.。最终,欧洲水泥公司持有 51300 股 CEAS 公司股份,占总股份的 10.26%,持有 13950 股 Kepez 公司股份,占总股份的 11.63%。欧洲水泥公司提供了全套的股份公证副本作为证据。^⑩

后来,欧洲水泥公司改变了其对仲裁庭管辖权的主张,要求驳回本案。2008 年 12 月 4 日,欧洲水泥公司董事会主席兼总经理 Biserov 先生在信中告知仲裁庭,“由于前任管理层的遗留问题”,申请人将无法遵守仲裁庭的命令。2009 年 3 月 24 日, Biserov 先生再次致信仲裁庭,重申欧洲水泥公司确实拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份,但“由于公司无法证明该股份系合法购买”,要求仲裁庭基于缺乏管辖权而驳回此案。^⑪ 同时,欧洲水泥公司还指出,既然双方当事人都同意仲裁庭缺乏管辖权,因此仲裁庭就不需要再做进一步的论证。^⑫

2. 被申请人主张：仲裁庭不具有管辖权

针对欧洲水泥公司是否享有在土耳其的投资的问题,土耳其主张,欧洲水泥公司在 2003 年 6 月 12 日并未持有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份。因此当日土耳其终止该两公司特许经营协议的行为未对欧洲水泥公司在土耳其的投资造成损害。^⑬

^⑦ *Id.*, at para.90.

^⑧ *Id.*, at para.84.

^⑨ *Id.*, at para.85.

^⑩ *Id.*, at paras.87-89.

^⑪ *Id.*, at para.91.

^⑫ *Id.*, at para.114.

^⑬ *Id.*, at paras.92-93.

首先,土耳其依据欧洲水泥公司的财务记录对欧洲水泥公司的主张提出质疑。土耳其指出,欧洲水泥公司购买的 CEAS 公司和 Kepez 公司股份虽为其最大资产,但同样地,购买这些股份应付的金额也会是其最大的负债。然而,欧洲水泥公司 2003 年与 2004 年的财务报表中并没有提及任何有关 CEAS 公司和 Kepez 公司的持股情况。2003 年与 2004 年的财务报表均经过审计,如果有提供虚假信息,将依据波兰法律由波兰法院予以刑事处罚。^⑭土耳其还称,2003 年与 2004 年的财务报表均由包含 Rauf Özcan 先生(以下简称 Özcan 先生)在内的欧洲水泥公司管理委员会成员批准并签署。Özcan 先生也签署了所谓的将 CEAS 公司和 Kepez 公司股份转让给欧洲水泥公司的股权购买协议。因此,土耳其认为,如果真的购买了相关股份,Özcan 先生不太可能会在财务报表中忽视如此重要的购买事项。^⑮

土耳其指出,虽然欧洲水泥公司于 2005 年 1 月 10 日收到的 CEAS 公司和 Kepez 公司新股股权转让记录副本上有公司管理委员会成员 Özcan 先生和 Edyta Laszczewska 女士的签名。但是,仅仅四天后,即在 2005 年 1 月 14 日,这两位成员均签署了欧洲水泥公司 2004 年的财务报表,其中明确指出欧洲水泥公司的资产不包括任何外国公司股份。因此,土耳其认为,这并非是一个失误。直到 2005 年,欧洲水泥公司的财务报表中才首次提及对 CEAS 公司和 Kepez 公司的股权,而且还特别指出 2003 年和 2004 年财务报表中没有相关记录的原因是“由于疏忽”。^⑯因此,土耳其认为,欧洲水泥公司 2003 年和 2004 年的财务报表本身就表明其在相关时期并未拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份,而且称这些信息因疏忽而被遗漏的主张是不合理的。^⑰

其次,欧洲水泥公司未能出示仲裁庭指定的文件,土耳其主张其构成欺诈行为。土耳其称,仲裁庭曾要求欧洲水泥公司提供 CEAS 公司和 Kepez 公司在 2005 年发行的股票的原件、2003 年 5 月购买股票的证书原件或副本以及 2003 年 5 月 30 日的股权转让协议原件,但是欧洲水泥公司未能提供任何相关文件,并且承认无法提供。因此,土耳其认为应当得出不利推论,即申请人提交的股票证书和股票购买协议副本是伪造的。土耳其为支持其主张,进一步提出,即使欧洲水泥公司提供了 2005 年发行的股票的证书,仍然无法证明其在 2003 年 6 月 12 日拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股票,^⑱这是土耳其根据时间节点作出的推论。此外,土耳其还补充了五点理由:一是欧洲水泥公司提供的股权转让协议不具有可信度,因为该协议没有说明如何交付股份,欧洲水泥公司也没有提供证据证明交付已经发生;二是股权转让协议的条款十分敷衍,欧洲水泥公司的付款时间长达七年且没有提供任何担保;三是交易条款不具有经济合理性,如果在 2003 年 5 月以 4.5 万美元的价格购买股票,2003 年 9 月 19 日分红后将收到 2800 万美元的收益(相

^⑭ *Id.*, at para.94.

^⑮ *Id.*, at para.95.

^⑯ *Id.*, at paras.96-97.

^⑰ *Id.*, at para.98.

^⑱ *Id.*, at paras.99-100.

对最初的投资金额来说,短时间内的收益过高,缺乏经济上的合理性,因此土耳其认为欧洲水泥公司涉嫌欺诈投资);四是股权转让协议规定了土耳其文和波兰文两种语言,但只有波兰文的副本上有签名;五是股权购买协议中的股份数量与欧洲水泥公司主张的数量存在差异,其提出请求的股权数量多于其股权购买协议中的数量。^{①⑨}土耳其进一步指出,Kemal Uzan 先生及其同伙涉嫌伪造文件,而且 Kemal Uzan 先生是藏匿在土耳其境外的逃犯,受到国际刑警组织红色通缉令的通缉。^{②⑩}鉴于上述情况,土耳其建议仲裁庭推定欧洲水泥公司并未持有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份,欧洲水泥公司的相关主张系欺诈。

再次,土耳其主张欧洲水泥公司的股权转让行为缺乏必要的允许或通知。一方面,欧洲水泥公司购买 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份并未向波兰或土耳其当局报备,股权转让行为无法成立。基于科贾埃利大学法学院梅赫梅特·巴赫蒂亚尔博士提供的专家意见,土耳其主张,要使 CEAS 公司和 Kepez 公司股份合法地转让给欧洲水泥公司,需要获得土耳其电力管理机构 EMRA、竞争委员会、土耳其财政部以及外国投资总局的批准,并且必须在资本市场法律规定的条件下进行公开披露,还要符合在伊斯坦布尔证券交易所上市的要求。然而,欧洲水泥公司并未获得这些授权,也没有进行公开披露。^{③⑪}土耳其还称,欧洲水泥公司还应遵守波兰对股权交易行为的监管要求,如通知要求等。但实际上,欧洲水泥公司自己承认其并未遵守。因此,未经必要授权或进行披露意味着 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份无法合法转让给欧洲水泥公司。^{④⑫}

最后,土耳其指出,Uzan 家族相关实体已经向土耳其提起了数项同时进行的仲裁案件,包括欧洲水泥公司、Cementownia 以及 Libananco Holdings Co. Limited 在 ICSID 下提起的案件,Polska Energetyka Holding S.A. 根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)进行的临时仲裁案件和 Kemal Uzan 先生在欧洲人权法院的诉讼案件。所有这些案件均涉及对 CEAS 公司和 Kepez 公司股权的请求,但累积的股份总额已经相当于 CEAS 公司股份的 130% 和 Kepez 公司股份的 125%。因此,土耳其认为,如此繁多且重叠甚至相互矛盾的诉求更能表明欧洲水泥公司主张拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份毫无根据且具有欺诈性。^{⑤⑬}

针对欧洲水泥公司要求仲裁庭终止案件审理程序的问题,土耳其认为本案应根据《ICSID 附加便利规则》第 50 条的规定继续进行审理。^{⑥⑭}首先,土耳其主张其有权就提出的管辖权异议和诉求得到一份理由充分的裁定裁决。其次,欧洲水泥公司无法出示当前持股情况的证明并不影响仲裁庭对管辖权的判断,因为这不影响其在 2003 年 6 月 12

^{①⑨} *Id.*, at para.101.

^{②⑩} *Id.*, at para.102.

^{③⑪} *Id.*, at para.105.

^{④⑫} *Id.*, at paras.106-107.

^{⑤⑬} *Id.*, at paras.108-109.

^{⑥⑭} *Id.*, at para.111.

日持有 CEAS 公司和 Kepez 公司股票的情况。再次,土耳其认为其对仲裁庭作出的裁决享有利益,而该裁决能够完整且透明地证明欧洲水泥公司滥用了仲裁程序。^{②⑤} 土耳其进一步指出,《ICSID 附加便利规则》第 50 条要求各方一致同意时才可以终止仲裁程序。^{②⑥}

3. 仲裁庭裁定: 仲裁庭不具有管辖权

首先,仲裁庭认定本案的仲裁程序不应终止而应当继续进行。^{②⑦} 仲裁庭同意土耳其的观点,根据《ICSID 附加便利规则》第 50 条的规定,在双方当事人对终止审理未达成合意的情况下,仲裁程序将继续进行。仲裁庭称,欧洲水泥公司于 2009 年 3 月 24 日提出的驳回案件的请求与其于 2008 年 12 月 4 日提出的终止案件的请求不同,在后一主张中,欧洲水泥公司承认了其未满足管辖权要求,因此,在某种程度上,双方当事人就仲裁庭缺乏管辖权的问题达成了一致意见。^{②⑧} 然而,双方当事人只是对仲裁庭因缺乏管辖权而驳回案件的结果达成了一致意见,但仍然存在其他争议。仲裁庭指出,双方当事人在仲裁庭缺乏管辖权的原因上就存在分歧,欧洲水泥公司主张的原因是其无法提供股份证明以证实其拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份,而土耳其主张的原因是证据显示欧洲水泥公司从未拥有过 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份。^{②⑨}

仲裁庭进一步指出,根据土耳其的主张,仲裁庭确实有责任回应并作出裁决。虽然欧洲水泥公司承认其无法提供仲裁庭要求的文件对于确定仲裁庭是否具有管辖权是一个相关因素,但并非驳回案件的决定性因素,除非欧洲水泥公司承认其在 2003 年 6 月 12 日未持有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股票。因此,仲裁庭认定,其将在土耳其提出的救济请求下考虑管辖权问题,并继续推进该案件的仲裁程序。^{③⑩}

其次,仲裁庭认为,欧洲水泥公司未能证明其在 2003 年 6 月 12 日拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份,因此仲裁庭缺乏管辖权,同时驳回了欧洲水泥公司的仲裁请求。^{③⑪} 仲裁庭指出,本案特殊之处在于双方当事人都主张仲裁庭缺乏管辖权,但是理由不同。根据《能源宪章条约》第 26 条第 1 款,仲裁庭行使管辖权的前提是欧洲水泥公司必须证明其在土耳其违反该条款前拥有对土耳其所作投资的所有权,即欧洲水泥公司在 2003 年 6 月 12 日前这一特定时间内持有 CEAS 公司和 Kepez 公司的股份。^{③⑫} Biserov 先生称,若再给欧洲水泥公司 12 个月的时间,也许能够提供所需文件,但仲裁庭认为欧洲水泥公司在 2009 年 3 月 24 日的信函中就已经表示其无法提供证据。仅凭这一点,仲裁庭认为欧洲水泥公司已经承认其不能证明仲裁庭具有管辖权基础,不需要再考虑欧洲水泥公司

^{②⑤} *Id.*, at paras.115-116.

^{②⑥} *Id.*, at para.117.

^{②⑦} *Id.*, at para.122.

^{②⑧} *Id.*, at paras.118-119.

^{②⑨} *Id.*, at para.120.

^{③⑩} *Id.*, at paras.121-122.

^{③⑪} *Id.*, at para.145.

^{③⑫} *Id.*, at paras.139-140.

是否伪造了文件。^{③③}

再次,作为对土耳其主张的回应,仲裁庭经深入讨论后认定欧洲水泥公司是以伪造文件的方式进行了虚假投资。土耳其一直主张欧洲水泥公司进行了虚假投资,而且要求仲裁庭对欧洲水泥公司滥用程序的行为进行宣告。仲裁庭指出,宣告救济是一种在解决国家间争议案件中较为常见的救济形式,在国际投资法视域下并没有类似救济的案例。然而,欧洲水泥公司曾在2009年5月3日的口头听证会上承认了此类宣告的可能性。^{③④}因此,仲裁庭决定对本案是否构成滥用程序以及是否要给予宣告救济进行论证。

于是,仲裁庭针对土耳其所提出的欧洲水泥公司伪造文件的理由逐一进行验证,^{③⑤}得出了以下推论:在2003年5月,欧洲水泥公司并未受让CEAS公司和Kopez公司的股份,欧洲水泥公司不仅未能证明自己购买了这些股份,实际上其也并未购买过这些股份。因此,仲裁庭称,这明显意味着欧洲水泥公司对股权的主张是以伪造文件为前提,构成欺诈行为。^{③⑥}仲裁庭还指出,其给欧洲水泥公司五个多月的时间去聘请律师,但是欧洲水泥公司一直没能聘请到律师而且没有任何解释,这也是不诚信的表现。最终,仲裁庭认为欧洲水泥公司在2003年6月12日未持有CEAS公司和Kopez公司的股份,构成了欺诈行为。^{③⑦}

最后,仲裁庭对欧洲水泥公司的行为是否构成滥用程序进行了认定。仲裁庭指出,诚实信用原则是解释和适用国际投资协定时的国际法原则,本案中同样适用。仲裁庭援引了两个重要先例,证明欧洲水泥公司缺乏获取投资的善意。在Inceysa诉萨尔瓦多案中,仲裁庭认为,投资者以欺诈行为获取投资,违反了萨尔瓦多法律,有悖于善意原则,仲裁庭不具有审理该争议的管辖权,因为萨尔瓦多没有对以非善意方式获取的投资作出允许投资仲裁的承诺。^{③⑧}在Phoenix诉捷克案中,仲裁庭认为,申请人在以色列成立公司的唯一目的就是收购两家捷克公司,使其能对捷克提起国际投资仲裁。这一设立公司的投资行为并非是从事经济活动,仲裁庭需要确保“只有符合国际法中的善意原则且未试图滥用程序的投资才能受到保护”,因此认为该投资行为并非善意,且不受保护,属于滥用程序,仲裁庭没有管辖权。^{③⑨}本案仲裁庭指出,欧洲水泥公司在特定时间内根本没有进行任何投资,其依据伪造的文件主张其进行了投资的行为是非善意的,如果是为提起仲裁而伪造购买投资的文件,则构成了滥用程序。^{④①}不过,因为土耳其在仲裁过程中放弃了原先所主张的观点,即对“管辖权明显缺乏法律根据,且是基于不真实的文件所作出的”这一主张不再坚持“明显缺乏法律根据”,因此,仲裁庭仅认定欧洲水泥公司没有作出实

^{③③} *Id.*, at paras.142-144.

^{③④} *Id.*, at paras.147-148.

^{③⑤} *Id.*, at paras.150-162.

^{③⑥} *Id.*, at para.163.

^{③⑦} *Id.*, at paras.167-170.

^{③⑧} *Id.*, at para.172.

^{③⑨} *Id.*, at paras.173-174.

^{④①} *Id.*, at para.175.

际投资,并未对是否滥用程序作出明确宣告。^{④①}

4. 简要评析

在本案中,欧洲水泥公司与土耳其都主张仲裁庭缺乏管辖权并要求驳回该案,但各自所持的依据与主张不同,土耳其还提出了额外的救济请求。因此,仲裁庭对其管辖权问题的审理至关重要,这不仅关乎仲裁程序的推进,还影响着当事人的权利义务。该案双方当事人虽都主张仲裁庭无管辖权,但仲裁庭仍然有权对其管辖权问题进行判断。这一权力来源便是“仲裁庭自裁管辖权原则”(Competence-Competence Doctrine),该原则在仲裁领域被广泛运用,这也正是仲裁庭没有因双方当事人达成合意便得出其无权管辖结论的原因。在这一问题上可以看出,仲裁程序中的意思自治原则存在一定边界,受限于仲裁庭与双方当事人的权力分配。

在具体论证中,仲裁庭没有直接得出因欧洲水泥公司伪造文件进行虚假投资致使仲裁庭缺乏管辖权的结论,而是将该问题一分为二:先表明欧洲水泥公司没有提供证据证明其进行了投资,因此仲裁庭不具有管辖权;而后,在确认其不具有管辖权后,仲裁庭对土耳其的主张进行回应,即欧洲水泥公司是否以伪造文件的方式进行虚假投资。这样的做法十分巧妙,仲裁庭借助欧洲水泥公司程序上的不法行为得出缺乏管辖权的结论,回避了直接确认欧洲水泥公司实施虚假投资行为的实体争议,将程序问题与实体问题区分讨论,不仅有利于厘清关键法律问题,还减少了论证成本。

不过,仲裁庭是以欧洲水泥公司违反善意原则认定其投资系虚假且不受国际投资协定保护的,这可能是因为《能源宪章条约》本身虽对投资的类型进行了列举,但未明确规定投资须要符合“东道国法律”。本案中,仲裁庭并未指出善意原则是国际法的一般法律原则,而是直接以欧洲水泥公司伪造文件的行为性质适用善意原则,似乎缺少对本案为何适用善意原则的阐释,没有指出判断投资合法性的法律渊源。诚然,结合仲裁庭对管辖权问题的分析和对欧洲水泥公司进行虚假投资的分析仍然可以得出这样的结论:以虚假股权投资作为国际投资仲裁的索赔基础是不受国际投资协定保护的。^{④②}

(二) 东道国的精神损害赔偿问题

1. 被申请人主张:欧洲水泥公司应对土耳其进行精神损害赔偿

土耳其请求仲裁庭作出裁决,要求欧洲水泥公司因伪造文件提起仲裁对其造成的声誉损失进行精神损害赔偿,而且格外声明,这一精神损害赔偿应与其主张的其他赔偿费用分开支付。^{④③}

土耳其指出,金钱赔偿是对精神损害的一种既定救济措施。在本案中,欧洲水泥公司提出了“缺乏管辖权依据的恶意主张而且目的不当”,这给土耳其造成了“非物质但同样真实的损失”。土耳其还引用了 Desert Line 诉也门案的裁决,该案中 ICSID 仲裁庭

^{④①} *Id.*, at para.176.

^{④②} 孙南申:《投资仲裁法律适用中投资者行为与东道国措施的关系分析》,载《南大法学》2023年第1期,第30页。

^{④③} *Supra* note 1, at para.177.

裁决对名誉受损的也门给予了 100 万美元的精神损害赔偿。^{④④} 土耳其再次重申,根据现有证据,欧洲水泥公司在 2003 年并未进行过股份转让,而且,首次表明欧洲水泥公司拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司股份的文件是 2006 年 6 月签署的财务报表,仅仅四个月后,欧洲水泥公司就向土耳其发动了此次仲裁索赔申请。因此,土耳其坚持主张欧洲水泥公司事后篡改了投资事实。土耳其还对 Kemal Uzan 先生证言的有效性进行了质疑,其称 Kemal Uzan 先生在欧洲人权法院案件中的陈述与本案的陈述互相矛盾。鉴于以上情况,土耳其认为欧洲水泥公司提起该起仲裁系恶意,其应为滥诉行为负责。仲裁庭应以裁决的方式对精神损害赔偿进行确定,即使欧洲水泥公司不支付损害赔偿金,但对土耳其来说是一种“满足”(satisfaction)。土耳其认为 Desert Line 诉也门案中确定的 100 万美元的精神损害赔偿就是一个合理数额。^{④⑤}

2. 申请人主张:欧洲水泥公司无需对土耳其进行精神损害赔偿

欧洲水泥公司称,土耳其要求的救济没有依据,因为欧洲水泥公司同意仲裁庭没有管辖权是因为其没有能力而非拒绝提供相关文件,没有蔑视仲裁庭,也没有证据表明对土耳其造成了任何无形的损害。^{④⑥} 针对 Desert Line 诉也门案,欧洲水泥公司认为其与本案有显著不同。Desert Line 诉也门案中,是因为申请人主张受到人身胁迫,仲裁庭才会裁定精神损害赔偿。^{④⑦} 在 2003 年 5 月 3 日的听证会上,欧洲水泥公司指出,本案并不存在与骚扰、威胁和拘留类似可比的行为。^{④⑧}

3. 仲裁庭裁定:欧洲水泥公司无需对土耳其进行精神损害赔偿

首先,仲裁庭认为,欧洲水泥公司实施的欺诈和滥用程序的行为应该受到谴责。仲裁庭指出,欧洲水泥公司提供的证明其拥有 CEAS 公司和 Kepez 公司股份的文件实际上似乎是倒签日期的伪造文件,而且欧洲水泥公司要么无法提供原始文件,要么根本不想提供原始文件,总之这些文件都无法通过审查,所以才不断延长时间到五个多月,实质上构成滥用程序。^{④⑨}

其次,仲裁庭对土耳其提出的精神损害赔偿进行了回应,认为欧洲水泥公司无须进行精神损害赔偿。仲裁庭认为精神损害赔偿似乎属于《ICSID 附加便利规则》第 47 条下的附带索赔,但因本案中不存在物理意义上的胁迫,仲裁庭认为不存在进行精神损害赔偿的正当化理由。仲裁庭进一步称,土耳其可能遭受的任何声誉损害都可以通过本裁定中所列的理由和结论得到弥补,甚至包括较为可观的费用赔偿。在赔偿费用上,仲裁庭要求欧洲水泥公司赔偿土耳其为此次因伪造文件而进行仲裁所花费的所有费用,并在一定程度上补偿土耳其不得不为了一项毫无司法基础的索赔辩护所付出的努力,以阻止其

^{④④} *Id.* at para.128.

^{④⑤} *Id.* at paras.133-135.

^{④⑥} *Id.* at para.130.

^{④⑦} *Id.* at para.131.

^{④⑧} *Id.* at paras.178-179.

^{④⑨} *Id.* at para.180.

他人就此类毫无根据的争议提起仲裁。^{⑤①} 仲裁庭认为这已经可以使土耳其获得“满足”(satisfaction), 因此, 不再对土耳其作出精神损害赔偿的裁定。^{⑤②}

4. 简要评析

本案仲裁庭所作裁决的论证思路较为创新, 值得琢磨。以精神损害赔偿这一法律争议来讲, 仲裁庭虽然拒绝在裁决中明确认定精神损害赔偿及其数额, 但是要求欧洲水泥公司赔偿土耳其的金额又超过土耳其的实际花费, 超出的金额并不是以补偿为目的, 而是旨在阻止后续滥诉, 具备惩戒及威慑作用。这与土耳其援引的支持这样做法的舒勒(Schreuer)教授的观点一致。^{⑤③} 然而, 这部分赔偿的性质该如何界定成为问题, 虽不以精神损害赔偿为名, 但行了精神损害赔偿之实, 甚至还远远超过精神损害赔偿的效果。在这样的情况下, 需要思考仲裁庭是否有权力作出这样的裁决, 因为土耳其要求的金钱赔偿仅限精神损害赔偿,^{⑤④} 而且因仲裁程序支出的相关费用也是另算的,^{⑤⑤} 并没有明确要求用于防止滥诉的金钱数额。这也就意味着, 在土耳其没有请求仲裁庭要求欧洲水泥公司以金钱赔偿来防止投资者滥诉的情况下, 仲裁庭的这一做法是否恰当存疑。

回溯国际投资仲裁制度的历史轨迹, 投资者保护与东道国规制权行使之间的二元利益冲突一直在动态演进。为避免国际投资仲裁庭过分保护投资者利益而限制东道国的合法规制权, 不少案例逐渐呈现“国家归来”的态势, 不再一味地以保护投资者利益为先。本案为防止投资者滥诉而施以惩戒性赔偿的做法不乏是对东道国国家利益的一种保护。诸多东道国因投资者滥诉导致名誉受损, 案件裁决期间可能影响其对外资的吸引力, 等到几年过去, 其虽因获得了“姗姗来迟”的有利裁决恢复了投资声誉, 却可能错过了一些重要的投资机会。^{⑤⑥} 不过, 本案仲裁庭逾越双方当事人的诉求作出额外赔偿的做法, 需要在投资者利益保护与东道国国家利益的平衡视野下进行再思考。

三、国际投资仲裁中界定投资合法性的法律依据

本案中, 投资者以非法方式进行的投资不受东道国保护, 仲裁庭无权管辖, 由此引发的重要法律问题是如何界定外国投资者投资的合法性。在国际投资法律秩序下, 东道国为吸引外资作出对投资者及其投资进行保护的承诺, 投资者进入东道国市场开展投资活动也必然受到东道国法律的约束, 即相关投资活动必须“符合东道国法律”。因此, “符合东道国法律”成为判断投资合法性的标准, 实践中该标准的适用亦有不同表现, 最主要的依据有国际投资条约与国际法一般法律原则两类。

^{⑤①} *Id.*, at para.185.

^{⑤②} *Id.*, at para.181.

^{⑤③} *Id.*, at para.182.

^{⑤④} *Id.*, at para.128.

^{⑤⑤} *Id.*, at para.123.

^{⑤⑥} 朱明新:《国际投资仲裁中的精神损害赔偿研究》,载《现代法学》2011年第5期,第128页。

国际投资法体系中的主要法律是国际投资条约,针对投资合法性问题,大多数条约均要求投资应“符合东道国法律”的要求。在国际投资条约中没有规定“符合东道国法律”要求时,并不意味着投资者无须承担这一法律义务,国际投资仲裁庭经常以国际法的一般法律原则对投资者进行约束,这也是本案仲裁庭适用善意原则的原因。

(一) 国际投资条约

国际投资条约是调整投资者与东道国间投资活动权利义务最主要的法律规范。国际投资条约对“符合东道国法律”要求的方式有所区别,主要表现为两类。第一类是国际投资条约直接规定了“符合东道国法律”的要求。部分国际投资条约会在投资定义条款中纳入“符合东道国法律”的要求,如德国—菲律宾双边投资协定第1条第1款就规定:“投资是任一缔约国法律和法规所允许的任何种类的资产”。^{⑤6} 在这类国际投资条约之下,无论是投资者、东道国还是仲裁庭均有明确且清晰的法律规范可以援用。第二类是国际投资条约间接规定了“符合东道国”的要求。这种情况下,国际投资条约多会在投资定义条款之外的相关条款提及“符合东道国法律”的要求。比如,荷兰—玻利维亚双边投资协定第2条规定:“缔约一方应在其法律法规的框架内保护另一缔约方国民在其境内的投资,以促进经济合作。缔约一方在行使其法律或法规赋予权力的前提下,每一缔约方均应接受此种投资”。^{⑤7} 这意味着投资者只能在东道国法律框架下进行投资且受到法律保护,在此范围之外的投资不被保护。

(二) 国际法一般法律原则

当国际投资条约中没有规定“符合东道国法律”的要求时,国际投资仲裁庭都会以国际法一般法律原则为依据,主要有善意原则、“洁净之手”原则等。

首先,善意原则的适用。在 *Inceysa 诉萨尔瓦多* 一案中,仲裁庭指出,“一般法律原则与国际条约、习惯国际法一样,均为国际法的法律渊源”,^{⑤8} “以伪造事实的方式进行投资不具备善意”。^{⑤9} 该案将善意原则适用于国际投资仲裁的做法被广泛援引,善意原则逐渐成为投资者遵守东道国法律的另一要求。本案所适用的《能源宪章条约》没有明确规定投资者的投资应“符合东道国法律”要求,仲裁庭于是便援引 *Inceysa 诉萨尔瓦多* 案中仲裁庭适用的善意原则,要求投资者的投资“符合东道国法律”。

其次,“洁净之手”原则的适用。“洁净之手”原则最初起源于英国衡平法,在国际法中,常被用来确认争端中提出诉求一方因非法行为而无法获得救济。*Plama 诉保加利亚* 案同样是适用《能源宪章条约》的投资仲裁案例,因《能源宪章条约》没有明确规定

^{⑤6} Agreement Between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Article 1(1).

^{⑤7} Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia, Article 2.

^{⑤8} *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, para.226.

^{⑤9} *Id.*, at para.239.

投资应“符合东道国法律”的要求,仲裁庭称“任何人都不能从自身错误中获益”,^⑥虽未明确提及“洁净之手”这一法律原则,但实际上对其进行了适用。

四、结 语

在国际投资法体系中,投资者违反投资合法性要求的行为不仅会影响仲裁程序的进行,如仲裁庭管辖权与可受理性问题,还会影响到东道国为此采取的限制措施是否违法以及是否需要承担国际投资协定下的法律责任的问题。投资合法性问题兼具程序与实体双重影响,属于国际投资仲裁实践中的重要议题。欧洲水泥公司诉土耳其案中,仲裁庭通过适用善意原则否认欧洲水泥公司投资合法性的做法有助于进一步厘清投资合法性的法律依据,其在管辖权争议与精神损害赔偿争议上的论证思路颇具创意,体现出仲裁庭对处理诸类问题的熟练度与专业性,具有显要的研究价值和参考意义。

Abstract: The core legal issue in the case of *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey* lies in whether Europe Cement Investment & Trade S.A. made the investment in a fraudulent manner. If so, what legal consequences arise from the illegal investment and whether it should bear responsibility for moral damages towards the Republic of Turkey. The arbitral tribunal distinguished procedural disputes from substantive disputes. It did not simultaneously discuss the legitimacy of the investment behavior when addressing jurisdictional disputes. Instead, it considered the substantive dispute after reaching the conclusion that the arbitral tribunal lacked jurisdiction due to Europe Cement Investment & Trade S.A.'s failure to meet procedural requirements. This approach resulted in a clearer and more comprehensive line of legal reasoning. Using the application of the principle of Good Faith to judge the legitimacy of the investment as an example in this case, combined with relevant arbitration practices, helps clarify the legal basis for determining the legitimacy of investments in international investment arbitration.

Keywords: investment arbitration; legitimacy of investment; illegal investment; fraudulent investment; moral damages

(责任编辑:魏 庆 外审专家:肖 军)

^⑥ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, paras.141-143.

评奥贝泰克有限公司诉美国案

中国贸促会法律部编 本篇作者 陈卓尔^{*}

内容提要 “奥贝泰克有限公司诉美国案”的仲裁裁决主要针对该案的管辖权和可受理性问题,围绕适格投资的定义、司法终局性的分析和权利诉请请求期限的确定问题展开论述。仲裁庭秉持司法谦抑的理念,严格恪守文义解释,强调投资的领土联系,并要求所有诉诸仲裁的国内司法行为须已实现司法的终局性,这在一定程度上合理平衡了诉权的实现与滥诉的防范,构筑起国际投资仲裁中滥诉防范机制的雏形,但也暗含了东道国司法主权受冲击的风险。

关键词 国际投资仲裁;投资定义;司法的终局性;用尽当地救济

“奥贝泰克有限公司诉美国案”实则包括奥贝泰克有限公司 (Apotex Inc., 以下简称“奥贝泰克”) 根据《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, 以下简称 NAFTA) 第 11 章及 1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》的规定,分别于 2008 年 12 月 10 日及 2009 年 6 月 4 日向国际投资争端解决中心 (ICSID) 仲裁庭提起仲裁申请的两起案件。经当事方同意,两起案件在管辖权和可受理性阶段的仲裁同时进行,仲裁结果反映在同一裁决中。^① 本案系 NAFTA 生效后首个涉及知识产权纠纷的案件,^② 是在投资仲裁案件井喷式增长、投资仲裁庭出现司法扩张倾向的大趋势中凸显仲裁庭严格恪守管辖权文义解释的典范,^③ 亦展现了以明确“投资”范围和强化仲裁前置条件为重点的国际投资仲裁滥诉防范机制的雏形。本文首先对“奥贝泰克有限公司诉美国案”的事实背景进行简要概括,其次梳理案件的争议焦点、各方主张及仲裁庭认定,最后就本案分析的合理性及后续影响作简要评析。

^{*} 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。本文由浙江大学光华法学院博士研究生陈卓尔编写。

① Apotex Inc. v. The Government of the United States of America, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on Jurisdiction and Admissibility, 2013, para.4.

② 伍穗龙、林惠玲、梅盛军:《从 NAFTA 到 USMCA: 投资争端解决机制: 美国 NAFTA 争端解决胜诉案评析》,上海人民出版社 2021 年版,第 22 页。

③ Ronald J. Bettauer, *Introductory Note to Apotex v. United States: Award on Jurisdiction and Admissibility*, International Law Materials, 2013, Vol.52:4, p.905. 徐树:《国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建》,载《法学》2017 年第 5 期,第 154-159 页。

一、案件事实概述

（一）案件所涉法律背景

奥贝泰克是一家注册地及主要营业地均位于加拿大的仿制药（Generic Drugs）研发及生产企业。该公司通过向美国食品药品监督管理局（Food and Drug Administration, 以下简称FDA）提交仿制药的上市申请,以期进入美国市场销售产品。^④

根据美国1984年《药品价格竞争和专利期恢复法案》（Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act,以下简称Hatch-Waxman法案）及2003年《医疗保险处方药、改进和现代化法案》（Medicare Prescription Drug, Improvement and Modernization Act,以下简称MMA法案）的规定,仿制药制造商可以通过FDA的简化新药申请（Abbreviate New Drug Application,以下简称ANDA）程序获得在美国上市其仿制药的资格。在ANDA管理制度下,制造商须证明其仿制药与已获批准的原研药间具有生物等效性及相同的活性成分、剂型、剂量强度、给药途径、标记。^⑤此外,针对药品专利的链接问题,上述两部法案明确规定,仿制药制造商在申报ANDA时,须核对原研药企业登记在《经治疗等效性评价批准的药品》（Approved Drug Products with Therapeutic Equivalence Evaluations,以下简称“橘皮书”）上的所有专利信息,并向FDA提出法律所规定的一种或多种专利声明。^⑥其中,若ANDA申请人提出第三段声明（以下简称PIII声明）,则ANDA申请人承诺将等待原研药专利过期后再把仿制药投放市场;^⑦若ANDA申请人提出第四段声明（以下简称PIV声明）,则申请人应当在20日内通知专利权人及新药上市许可（New Drug Application,以下简称NDA）证持有人。^⑧若专利权人或NDA证持有人在接到通知后45日内提起侵权诉讼的,FDA将停止批准ANDA,直至法院作出判决或待30个月的中止期届满;^⑨若专利权人或NDA证持有人在收到通知后45日内均未提起侵权诉讼的,则ANDA申请人可以针对专利权人或NDA证持有人向法院提起确认专利无效或不存在侵权的确认判决之诉（Declaratory Judgement Action）。^⑩此外,对于首个提交ANDA申请的仿制药企业,法律授予其180天的市场独占期,允许其在此期间排除其他所有仿制药的上市销售。^⑪由于本案所涉舍曲林（Sertraline）和普伐他汀（Pravastatin）仿制药品的ANDA申请均于2003年12月前提交,故首仿药独占期的触发

^④ *Supra* note 1, at paras.12-13.

^⑤ 21 U.S.C. § 355(j)(2)(A)(i-v).

^⑥ 21 U.S.C. § 355(j)(2)(A)(vii).

^⑦ 21 U.S.C. § 355(j)(2)(A)(vii)(III).

^⑧ 21 U.S.C. § 355(j)(2)(A)(vii)(IV); 21 U.S.C. § 355(j)(2)(B).

^⑨ 21 U.S.C. § 355(j)(5)(B)(iii).

^⑩ 21 U.S.C. § 355(j)(5)(C)(i)(I).

^⑪ 21 U.S.C. § 355(j)(5)(B)(iv).

条件应根据 Hatch-Waxman 法案确定为法院作出裁决或首仿药企业成功进入市场营销。^⑫

（二）被诉行为

在“奥贝泰克有限公司诉美国案”中,舍曲林和普伐他汀均为奥贝泰克研发并生产的仿制药品。两起案件中的被诉行为与美国行政机关 FDA 和联邦各级法院在奥贝泰克就舍曲林和普伐他汀申报 ANDA 过程中所提供的待遇有关。

在舍曲林案中,奥贝泰克于 2003 年 10 月 27 日向 FDA 提交了一项关于舍曲林的 ANDA 申请,该药品系 Pfizer 公司所研发的左洛复 (Zoloft®) 的仿制药。左洛复主要有两项相关专利登记于橙皮书中,分别为第 4356518 号专利 (以下简称专利 518) 和第 5248699 号专利 (以下简称专利 699)。^⑬早在 1999 年, Ivax 公司已成为首个为舍曲林仿制药申报 ANDA 的药企,其申请材料包含了对左洛复专利 699 的 PIV 声明。后由于 Ivax 公司的 ANDA 申请涉嫌侵权, Pfizer 公司于 2000 年 1 月起诉了 Ivax 公司。在诉讼过程中,双方于 2002 年 5 月达成和解, Ivax 公司以承认侵权为成本获得了须支付使用费的许可证,从而保留了其享有的 180 天市场独占期,阻止了其他舍曲林 ANDA 申请者的获批入市。^⑭

奥贝泰克于 2003 年 10 月亦就左洛复的专利 518 提交了 PIII 声明,并就专利 699 提交了 PIV 声明。因奥贝泰克提交的 PIV 声明构成侵权,美国法院对案件享有管辖权,但奥贝泰克认为 Pfizer 公司故意延迟起诉,系为了避免触发 Ivax 公司所享有的 180 天市场独占期。奥贝泰克遂于 2004 年 1 月向美国纽约南区联邦地区法院提起确认判决之诉,但该法院以缺乏诉讼标的管辖权 (Subject-matter Jurisdiction) 为由驳回起诉。后美国联邦巡回上诉法院和美国联邦最高法院分别于 2005 年 12 月 12 日以及 2006 年 10 月 10 日驳回了奥贝泰克的上诉申请和复审申请。^⑮

在普伐他汀案中,奥贝泰克于 2001 年 12 月 21 日向 FDA 提交了一项关于普伐他汀的 ANDA 申请,该药品系 Bristol Myers Squibb 公司 (以下简称 BMS 公司) 所研发的普拉固 (Pravachol®) 的仿制药。普拉固共有四项相关专利登记于橙皮书中,分别为第 4346227 号专利 (以下简称专利 227)、第 5030447 号专利 (以下简称专利 447)、第 5180589 号专利 (以下简称专利 589)、第 5622985 号专利 (以下简称专利 985)。^⑯美国 Teva Pharmaceuticals 公司 (以下简称 Teva 公司) 是首个对 10 毫克、20 毫克及 40 毫克规格的普伐他汀仿制药提出 PIV 声明的药企,而 Ranbaxy Laboratories Limited 是首个对 80 毫克规格的普伐他汀仿制药提出 PIV 声明的药企,且两者均就专利 227 提交了 PIII 声明。不过, BMS 公司并未起诉上述两家公司。^⑰

^⑫ *Supra* note 1, at para.66.

^⑬ *Supra* note 1, at paras.84-85.

^⑭ *Supra* note 1, at paras.86-89.

^⑮ *Supra* note 1, at paras.90-98.

^⑯ *Supra* note 1, at paras.105-106.

^⑰ *Supra* note 1, at paras.108-110.

奥贝泰克提交的普伐他汀 ANDA 包含对专利 447、专利 589 和专利 985 的 PIV 声明以及对专利 227 的 PIII 声明。在奥贝泰克通知 BMS 公司后,后者并未对奥贝泰克提起专利侵权之诉。为尽早解决与 BMS 公司的专利争议,奥贝泰克期望与 BMS 公司达成具有法律约束力的协议,要求其放弃日后提起专利侵权之诉,但被拒绝。因此,奥贝泰克向美国纽约南区联邦地区法院提起了确认判决之诉,法院基于 BMS 公司(事后作出)的不起诉承诺,以缺乏诉讼标的管辖权为由驳回了奥贝泰克的起诉,该驳回裁定于 2004 年 8 月 22 日产生终局性。同年 9 月 7 日,奥贝泰克根据驳回裁定要求 FDA 确认有关普伐他汀仿制药的 180 天独占期已被触发,且奥贝泰克的普伐他汀 ANDA 在 2006 年 4 月 20 日(专利到期日)可获得最终批准。FDA 于 2005 年 6 月 28 日对此作出确认。^⑮

然而,对普伐他汀仿制药享有独占期权利的 Teva 公司在美国哥伦比亚特区联邦地区法院提起诉讼,质疑了 FDA 的决定,奥贝泰克作为第三人参与诉讼。2005 年 10 月 21 日,哥伦比亚特区联邦地区法院支持了 Teva 公司的诉求,判决此前的确认判决之诉驳回裁定不会触发普伐他汀仿制药的 180 天独占期,并批准了 Teva 公司的临时禁令申请。奥贝泰克请求法院暂缓执行禁令,以待其上诉,但法院于 2005 年 12 月 8 日驳回其请求。在奥贝泰克上诉过程中,美国联邦巡回上诉法院认为 FDA 的决定“武断”且“多变”,要求哥伦比亚特区联邦地区法院撤销 FDA 的确认决定。^⑯

2006 年 4 月 11 日, FDA 就普伐他汀仿制药的 180 天独占期问题又发布了一项行政处理决定,推翻了此前作出的确认决定。奥贝泰克遂向哥伦比亚特区联邦地区法院起诉,要求法院立即实施禁令救济,搁置 FDA 的行政处理决定,但被该地区法院于 2006 年 4 月 19 日驳回请求。奥贝泰克随后上诉,联邦巡回上诉法院于 2006 年 6 月 6 日维持了地区法院的判决。虽然奥贝泰克要求法院全席重新审理(rehearing en banc),但该请求在 2006 年 8 月 17 日又被驳回。考虑到法院的裁决结果,以及 Teva 公司对普伐他汀的独占期将在相关诉讼解决之前到期的事实,奥贝泰克自愿撤销了其大部分诉讼请求(且无法再次起诉)。^⑰

综上,奥贝泰克认为,在舍曲林案和普伐他汀案中,美国联邦各级法院的裁定或判决均存在“非法”“不公正”“武断”之处,美国 FDA 和联邦各级法院刻意阻挠奥贝泰克赢得确认判决之诉,使其研发、生产的药品无法在美国上市流通,公司因此遭受了重大损失,这足已构成对 NAFTA 第 1102 条(国民待遇义务)、1105 条(最惠国待遇义务)以及 1110 条(征收)规定的违反。^⑱

^⑮ *Supra* note 1, at paras.111-118.

^⑯ *Supra* note 1, at paras.119-123.

^⑰ *Supra* note 1, at paras.124-129.

^⑱ *Supra* note 1, at paras.130-132.

二、案件争议焦点的双方主张及仲裁庭立场

（一）关于“投资”及“投资者”的认定

1. 申请人的主张

奥贝泰克主张仲裁庭对其诉求均享有管辖权。第一, NAFTA 第 1139 条对“投资”的定义十分宽泛。第二, 奥贝泰克为研发仿制药, 向 FDA 提交 ANDA 上市许可申请已投入数百万美元, 以期在美国获得一定的经济收益。第三, 奥贝泰克研发产品和提交 ANDA 上市许可申请的唯一目的就是获得 FDA 的批准, 将其 ANDA 产品在美国商业化。第四, 所有用于申报 ANDA 的支出及 ANDA 许可本身均属于 NAFTA 第 1139 (g) 条定义的“预期获得的或用于经济盈利或其他商业目的的有形或无形财产”。第五, 在 ANDA 产品获得许可和销售过程中, 奥贝泰克在美国作出了大量资本承诺和其他资源的承诺, 包括从美国供应商处购买产品的原材料。第六, 为满足 FDA 的监管要求和申报材料递交要求, 奥贝泰克指定其位于美国的分支机构和经销商即 Apotex Corp. 作为其美国代理人。最后, 为了使投资在美国商业化, 奥贝泰克还在美国指定了代理人负责送达诉讼相关的法律文书, 并为其产品在美国所涉相关诉讼投入了大量资源。因此, 奥贝泰克认为其属于“在一方缔约国境内进行投资”的“投资者”。^{②②}

2. 被申请人的主张

美国方则坚称, 奥贝泰克是一个位于加拿大的实体, 在美国境内并无相关的经营活动或存在, 其身份实则为向美国出口商品的出口商。奥贝泰克对仿制药的研发、生产、测试、包装等工作均在美国境外完成, 其为 ANDA 申报所作的准备工作也发生在美国境外, ANDA 许可仅仅是其为了将产品出口至美国所必须获取的监管机构许可, 这一系列行为并不属于 NAFTA 第十一章所定义的“投资”范畴。^{②③}

3. 仲裁庭的认定

仲裁庭认为, 根据 NAFTA 第 1139 条的目的, 对于“投资”的认定应从行为地点和行为或财产的性质两方面进行考量。^{②④} 奥贝泰克所主张的“投资”形式可归为三类: (1) 在美国经批准销售的仿制药产品的研发和生产行为; (2) 在美国为申报仿制药 ANDA 所作的准备工作和支出, 以及获得的 ANDA 许可本身; (3) 其他在美国进行的重大投资行为, 包括利用分支机构来购买原材料以及在美国参与诉讼所涉及的支出。无论单独考虑还是合并考虑, 上述三类均不属于 NAFTA 第 1139 条定义的“投资”形式。^{②⑤}

首先, 根据奥贝泰克所提交的仲裁申请书以及企业网站的公开信息, 该公司依据加拿大法律成立并存续, 其主要营业地位于加拿大, 公司的药品研发和生产活动也均位于

^{②②} *Supra* note 1, at para.148.

^{②③} *Supra* note 1, at para.146.

^{②④} *Supra* note 1, at para.149.

^{②⑤} *Supra* note 1, at paras.157-158.

加拿大。^{②⑥} 公司关于舍曲林和普伐他汀的 ANDA 申报材料进一步佐证了这一结论。而 Apotex Corp. 是奥贝泰克位于美国的经销商,但目前并无迹象表明 Apotex Corp. 在奥贝泰克产品的研发、生产或测试过程中发挥了作用。^{②⑦}

其次,无论是申报 ANDA 的前期投入抑或是 ANDA 许可本身均不能当然转化为适格“投资”。对于前者,根据企业网站的公开信息,奥贝泰克申报 ANDA 的前期工作明显是在加拿大进行的,即使这些准备工作和成本产生于美国境内,其性质也仅仅是为确保获得监管机构许可而作出的投入,不属于 NAFTA 第 1139 条规制的范畴。奥贝泰克所援引的“Grand River 诉美国案”等判例也并未将“符合东道国法律”作为衡量前期投入是否构成 NAFTA 第 1139 条中“投资”的充分必要条件。此外,申报 ANDA 系仿制药制造商在美国销售产品的必经程序,不能作为区分投资行为和出口贸易行为的标准。^{②⑧} 对于后者,仲裁庭指出, NAFTA 第 1139 (g) 条需结合第十一章的目的和宗旨进行整体解释,关键是要正确理解 ANDA 的固有性质。在美国被指违反 NAFTA 义务时,舍曲林和普伐他汀的 ANDA 仅获 FDA 的临时批准,奥贝泰克尚未获得出口仿制药至美国并销售的权利,且 FDA 在撤销临时批准甚至最终批准方面具有自由裁量权,故奥贝泰克的 ANDA 能否获得最终批准并用于商业目的存在一定的不确定性,其 ANDA 许可在当下并不满足第 1139 (g) 条中“财产”的特征。即使 ANDA 申请程序受美国法规制,即使 FDA 有义务对奥贝泰克披露的信息保密,即使奥贝泰克对 ANDA 拥有占有、使用等专有权利, ANDA 许可的性质都不会改变,仍然只是一种支持境外生产的商品跨境销售的可撤销许可申请。^{②⑨}

最后, NAFTA 第 1139 (h) 条须结合第 1139 (i) 条和第 1139 (j) 条进行整体解读。因此,第 1139 (h) 条聚焦于为东道国境内经济活动投入的资本承诺所产生的利益,不包括简单的跨境贸易利益。而奥贝泰克所主张的利益都只是由出口和销售货物行为产生的跨境贸易利益。具体而言,奥贝泰克指定美国代理人是顺应了美国市场监管的要求,实质是签订了有关销售服务提供的商业合同;确立经销商则等同于设置了一个便于出口货物并销售的机制;购买原材料实际上也是通过商品销售商业合同从美国供应商处进行购买;在美国参与诉讼所付的支出同样只是依据美国市场监管的要求为促进产品出口、销售而投入的成本,均属于第 1139 (i) 条被适格投资排除在外的情形。^{③⑩}

基于以上论证,仲裁庭最终认定:由于奥贝泰克在美国境内没有投资,奥贝泰克本身亦不构成 NAFTA 规定的“投资者”,故仲裁庭对奥贝泰克提出的仲裁请求不具有管辖权。^{③⑪}

^{②⑥} *Supra* note 1, at paras.163-170.

^{②⑦} *Supra* note 1, at paras.172-174.

^{②⑧} *Supra* note 1, at paras.187-195.

^{②⑨} *Supra* note 1, at paras.207-224.

^{③⑩} *Supra* note 1, at paras.231-240.

^{③⑪} *Supra* note 1, at para.242.

（二）关于“司法的终局性”的认定

1. 被申请人的主张

在舍曲林案中,美国认为,奥贝泰克已要求美国联邦最高法院对下级法院驳回奥贝泰克确认侵权之诉的裁定启动审查,但最终被驳回。故奥贝泰克在舍曲林案中已事实上穷尽了美国司法系统内所有的救济途径。^{③②}

但在普伐他汀案中,美国主张,奥贝泰克并未寻求美国联邦最高法院对下级法院反对FDA决定的判决启动复审,而是在申请临时禁令救济失败后,因偏见主动撤销其在美国哥伦比亚特区联邦地区法院的大部分诉讼请求,这足以说明奥贝泰克在初审阶段、上诉阶段均未完全用尽相应的司法救济途径。^{③③}

2. 申请人的主张

奥贝泰克主张,考虑到联邦巡回上诉法院拒绝其复审请求的时间点,无论其向美国联邦最高法院申请调卷令以期重审还是继续在地区法院一级推进诉讼,都是“显属徒劳”的。具体而言,奥贝泰克要求全体法官复查案卷的请求系于2006年8月17日被驳回,考虑到Teva公司就普伐他汀ANDA申请的180天独占期可能在上述争议解决前到期,故奥贝泰克自愿撤销诉讼请求,该行为具有正当性。^{③④}

3. 仲裁庭的认定

双方争辩的前提是达成如下共识:任何根据NAFTA的规定以国内司法行为为核心提起仲裁申请的,必须首先在东道国国内法院系统内部实现司法的终局性,除非上述救济措施“显属徒劳”。^{③⑤}

在普伐他汀案中,奥贝泰克本可以在美国司法系统内通过向联邦最高法院申请复审或在地区一级法院继续推进诉讼来获得进一步的司法救济,但奥贝泰克主动放弃了这些救济途径,未实现司法的终局性。因此,需要进一步探讨的问题是奥贝泰克本可寻求的救济措施是否“显属徒劳”。仲裁庭认为,根据既定原则,是否可以以救济措施“显属徒劳”来主张构成未能实现司法终局性的例外情形取决于是否存在更高级别的司法机构救济,而非更高级别司法机构在多大程度上能够给予当事方所期望的救济,即考量的是更高级别司法机构提供救济的可得性,而非提供所期待救济的可能性。此外,仲裁庭并不能替代美国联邦最高法院来审查下级法院的司法裁决。其一,设立投资仲裁庭的作用并非用来替代美国联邦最高法院或建立一个超国家的上诉机构;其二,“显属徒劳”的证明门槛很高,仅仅证明救济“没有合理的前景或没有成功的可能性”是不够的;其三,即使美国联邦最高法院同意审理奥贝泰克案件的几率很低,但根据本案案情,奥贝泰克肯定可以获得救济措施,根据美国法,即使奥贝泰克要求法院全席重新审理该案的

^{③②} *Supra* note 1, at para.249.

^{③③} *Supra* note 1, at paras.250-251.

^{③④} *Supra* note 1, at paras.254-256.

^{③⑤} *Supra* note 1, at para.257.

请求被驳回,其亦可以向美国联邦最高法院提出复审申请。^{③⑥}

三、简要案例评析

虽然“奥贝泰克有限公司诉美国案”仍然发生于一个强调投资自由化、偏重投资者利益保护的外部背景,但仲裁庭在本案中并未随意扩张管辖权。结合 NAFTA 投资者—国家争端解决机制在晚近出现的一系列案例可见,投资仲裁庭对基于 NAFTA 提起的仲裁案件的管辖范围认定标准似乎开始收紧。^{③⑦}在本案裁决中,仲裁庭严格恪守文义解释,主要从适格投资的定义、司法的终局性两个核心问题切入,初步揭示了贸易和投资的边界以及司法终局性和用尽当地救济的关联。此外,本案对实现司法终局性的要求在一定程度上也影响了后续《美墨加协定》(The United States-Mexico-Canada Agreement,以下简称 USMCA)关于用尽当地救济条款的具体设计,虽有助于在投资保护与东道国监管、诉权行使保障与程序滥用预防间实现平衡,但也需要结合我国立场,运用辩证思维审视这一变化可能带来的潜在风险。

(一)“投资”的一般定义及张力探析

国际投资协定对适格投资的定义模式主要在形式文本和实质内容两个层面有所区分。NAFTA 第 1139 条诞生于经济一体化的背景之下,在形式文本上选择了较为封闭的正向列举和反向列举相结合的穷尽式列举定义方法,并采用了更具确定性的“means”而非“includes”,以更精确地定义投资范围,避免概括定义导致的不确定性,进而保障投资自由化效果的实现。^{③⑧}在实质内容上,多数意见认为 NAFTA 第 1139 条呈现的是一个更为宽泛、更开放的以企业为基础(enterprise-based)的定义模式,^{③⑨}包括企业、企业股份、对企业的贷款、在缔约一方领土内因经济活动而投入的资本或其他资源所产生的利益等。文义解释是《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 款中最根本的解释路径,而仲裁庭在本案中对 NAFTA 第 1139(g)条及第 1130(h)条采取了严格的文义解释。以前者为例,考虑到奥贝泰克尚未获得 ANDA 的最终批准,仲裁庭认为奥贝泰克目前并未取得出口仿制药至美国并销售的权利,且由于 FDA 在撤销临时批准甚至最终批准方面具有自由裁量权,奥贝泰克的

^{③⑥} *Supra* note 1, at paras.261-263, 276-287.

^{③⑦} 包括 Bayview v. Mexico 案, Grand River v. USA 案, Canadian Cattlemen v. USA 案等。Charles T. Kotuby, James Egerton-Vernon, *Apotex Inc v. The Government of the United States of America: Will Barriers to Jurisdiction Inhibit an Emerging Trend?*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2015, Vol.30:1, pp.26-27.

^{③⑧} 于文婕:《双边投资协定“投资”定义之范式解析——兼论中美双边投资协定之取舍》,载《现代经济探讨》2015年第2期,第79页。

^{③⑨} UNCTAD, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II: Scope and Definition*, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20102_en.pdf, p.22, last visited Nov.5, 2023; Jo-Ann Crawford and Barbara Kotschwar, *Handbook of Deep Trade Agreements*, Aaditya Mattoo, Nadia Rocha, and Michele Ruta (ed.), World Bank Publications, 2020, p.148.

ANDA 能否获得最终批准并用于商业目的存在不确定性,而 1139 (g) 条中的“财产”应当已经具有价值、在未来确定可以获得经济利益并用于商业目的,故 ANDA 的前期投入和该许可本身均不满足第 1139 (g) 条中“财产”的定义。

除了投资定义条款本身,部分投资协定在其他章节或条款中还会设定一些限制条件以限缩投资的内涵与外延,ICSID 仲裁庭在实践中也会依循 VCLT 第 31 条第 1 款余下的体系解释和目的解释路径对系争行为是否属于适格投资作出进一步评估。比如,NAFTA 第 102 条明确了该协定的整体宗旨与目标,包括“大幅增加在缔约双方领土内的投资机遇”以及“在各缔约方领土内提供充分和有效的知识产权保护和执法活动”,并声明“缔约方应根据本条第 1 款的宗旨和目标且结合可适用的国际法规则解释、适用本协定的相关条款”。此外,在投资章节中,第 1101 条进一步将本章的适用范围进行限缩,重点突出了“在缔约国领土境内”这一认定投资的充分必要条件。因此,在“奥贝泰克有限公司诉美国案”中,仲裁庭也结合协定上下文及参照协定目的及宗旨,反复强调申请人研发、生产药品的行为以及申报 ANDA 所作的前期准备工作均发生于美国境外,致使 NAFTA 第十一章在本案中无法适用。

不过,有学者指出,“在缔约国领土境内”这一限定条件很可能与制造类投资的特性有关——一般制造类投资会要求投资与东道国在设立、代表、雇佣等存在连接点,^⑩ 借以区分贸易和投资行为。仲裁庭在本案中实际上也对贸易和投资行为的边界进行了初步的探讨。仲裁庭指出,为申报 ANDA 所作的准备工作从性质上讲只是为确保获得监管机构许可而作出的投入,若承认这些前期投入均构成 NAFTA 第 1139 条所规定的“投资”,则任何出口商为了在美国获得监管许可并销售货物所作的准备工作均可被认定为“投资”,这与 NAFTA 投资章节的目标显然不相契合。然而,在投资定义扩张的趋势下,投资领域还是出现了一些相反的仲裁实践。如“波普与塔尔博特诉加拿大案”“迈尔斯公司诉加拿大案”的仲裁庭均指出:“没有理由认为一项涉及货物的措施不可以是与投资者或投资有关的措施”,^⑪ 从而将明显属于贸易范畴的利益认定为投资。该认定过度灵活地处理了投资的领土联系,模糊了投资和贸易行为的界限。^⑫ 结合“Salini 诉摩洛哥案”及“Joy Mining 诉埃及案”的裁决,投资往往具备投入、风险、持续期间、有利于东道国经济发展、享有固定的利益及回报这五个特征。虽然理论界和实务界对该标准的界定仍存在分歧,但上述五个特征的确可以为区分投资和贸易行为提供一定的参考。在仲裁实践中,仲裁庭细化了上述标准,通过增设一定的限制条件来进一步明晰投资和贸易行为的边界。^⑬ 首先,投资所面临的风险不同于贸易,主要表现为投资运作过程及周围环境中国

^⑩ 刘芳:《投资者—国家仲裁机制中“投资”概念的界定及中国的选择》,载《国际商务研究》2020 年第 1 期,第 67 页。

^⑪ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, ICSID Case, Partial Award, 2000, para.249.

^⑫ 徐树:《国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对》,载《清华法学》2017 年第 3 期,第 190 页。

^⑬ Stratos Pahiis, *Investment Misconceived: The Investment Commerce Distinction in International Investment Law*, the Yale Journal of International Law, 2020, Vol.45:1, pp.94-96.

有的经营风险。^{④④}其次,投资项目一般会持续很长时间,而贸易所涉及的合同履行义务即便会持续一段时间,货款的支付也往往在交易早期一次性付清了。^{④⑤}最后,从经济学的角度来说,投资对东道国的贡献主要体现在投资本身是一个价值创造的过程,而相比之下,贸易交易则属于价值交换的过程。^{④⑥}

“奥贝泰克有限公司诉美国案”从主题上看,是 NAFTA 生效后首个涉及知识产权纠纷的案件。知识产权的特殊性在于其权利具有地域性,这也自然暗含了投资须“在缔约国领土境内”这一限定条件。知识产权相关利益欲构成投资协定所保护的适格投资,必须按照东道国法律已经取得或拥有了该项权利。一般而言,在以资本为基础(asset-based)的投资定义模型中,知识产权通常会被笼统地囊括其中。但对于没有专门提及知识产权的投资协定,仲裁庭往往将依据国内法来确定投资者所享有或主张的权利的特征并在此基础上确定这些特征是否符合条约规定的“投资”要求。^{④⑦}在本案中,根据美国国内法,由于奥贝泰克尚未获得 FDA 最终批准的 ANDA 许可,故其实际上尚未获得出口仿制药至美国并销售的权利,其拥有的 ANDA 许可从性质上来说类似于使货物商业化的授权,不属于对投资的保护措施,目前更是毫无价值,不构成 NAFTA 第 1139 条下的适格投资。这一点在投资定义范式更宽泛的投资协定中也可窥知一二。2012 年美国 BIT 范本中规定,“投资”包括“根据国内法授予的执照、授权书、许可证和类似权利”,判断特定类型的执照、授权书、许可证和类似权利是否具有投资的特征将主要“取决于持有人根据缔约方国内法律所享有的权利的性质和范围”。知识产权的地域性意味着不同国家的知识产权授权和保护标准及技术标准存在差异,^{④⑧}同时,考虑到在“一带一路”倡议建设的推进过程中,多数“一带一路”共建国均为发展中国家,解决知识产权与技术标准引发的经贸摩擦及纠纷或成为促进各国经济发展的关键。对此,我国走出去的投资者有必要熟悉不同国家对知识产权授权和保护的法律法规,尤其应注意到,对于那些在缔约国境内根据国内法尚未创设出权利的许可证等类似文书,投资仲裁庭很可能不会将其认定为适格投资。

(二) 司法的终局性及相关概念的厘清

对于司法终局性要求的理解应当以厘清司法的终局性、用尽当地救济这两个核心概念为前提。在“洛文有限公司诉美国案”(以下简称“洛文案”)中,仲裁庭对于上述概念的关联进行了相对详细的解释,该案也是本案当事方在说理过程中非常依赖的先例。洛文案中,申请人认为密西西比州州立法庭的判决存在不公正的情形,且阻止其获得上诉机会,而被申请人则以法院判决并非美国司法体系内的最终决定为由提出了管辖权异

^{④④} Postová banka, A.S. & ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 2015, paras.369-370.

^{④⑤} Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, para.57.

^{④⑥} *Supra* note 45, at para.361.

^{④⑦} Carlos Correa, Jorge E. Viñuales, *Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?*, Journal of International Economic Law, 2016, Vol.19:1, p.108.

^{④⑧} 贾丽娜:《国际“投资”定义中的知识产权范畴探究》,载《私法》2018年第1期,第166页。

议。对此,仲裁庭认定用尽当地救济不同于司法的终局性要求,前者是程序性的,用以保障东道国有机会对当地基层国家机构的错误行为进行自我纠正,而后者是实体性的,关涉一个国家是否需要为其国内的司法行为承担责任。即使东道国在投资协定中明确放弃了用尽当地救济的要求,但这并不意味着东道国同时放弃了司法的终局性要求。^④

依循洛文案的判决思路,“奥贝泰克有限公司诉美国案”也同样对这一问题采用了较为严格的解释方法。虽然 NAFTA 和大多数现代双边投资协定一样在第 1121 条中明确放弃了用尽当地救济的要求,但仲裁庭还是将司法的终局性要求独立了出来。司法裁判权是一国主权的重要体现,负有司法职能的国家机关的行为在《国家对国际不法行为的责任条款草案》(2001)第 4 条中也被明确为国际法下的“国家行为”(the Acts of the State)。上述两个案例均认为,除非存在拒绝司法或救济“显属徒劳”的情形,否则只有当缔约国国内司法系统中已无更高级别的机制来纠正被质疑的司法行为时,国际法才要求国家对其国内司法机构的司法行为承担国家责任,这说明仲裁庭在审查与东道国国内司法行为相关的投资争议时,会表现出一定的司法谦抑。^⑤在投资仲裁案件井喷式增长、投资仲裁庭随意扩张管辖权限之大趋势中,仲裁庭对东道国司法判决审查的谦抑的确可以在一定程度上改善投资者滥诉的现象,为东道国保留自我纠错的机会。不过这种做法也难免引发一定的顾虑,事实上洛文案中仲裁庭的观点也并未得到广泛采纳,甚至有学者提出了质疑。一方面,用尽当地救济本身包含了终局性的要求,“用尽”原则上也是要求投资者穷尽救济渠道,从东道国最高级别的法院处取得了最终判决,^⑥且仲裁庭在上述案例的裁决理由中也时常会混用司法的终局性和用尽当地救济这两个概念。另一方面,若终局性要求被施加于东道国的立法和行政行为,则放弃用尽当地救济要求将最终被架空,岔路口条款也将形同虚设。^⑦

2020 年 7 月 1 日 USMCA 正式生效,本案对实现司法终局性的要求在一定程度上也影响了后续 USMCA 关于用尽当地救济条款的具体规定。根据 USMCA 附件 14-D 第 14.D.5 条之规定,“投资者—国家争端解决机制”启动方为附件一方投资者的,必须先在东道国主管法院或者行政法院以被申请人为被告提起投资索赔诉讼;只有在申请人或企业已经从被申请人的终审法院获得最终判决或者自申请人或企业起诉之日起已过 30 个月的情况下,申请人方可启动 USMCA 的“投资者—国家争端解决机制”。值得注意的是,也许是考虑到过长的办案周期可能会增加投资者寻求救济的成本,USMCA 在用尽当地救济条款中设置了 30 个月的时间期限。可见,USMCA 在东道国规制权层面的

^④ The Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 2003, paras.143-164.

^⑤ Gus Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p.130.

^⑥ Bradford K. Gathright, *A Step in the Wrong Direction: the Loewen Finality Requirement and the Local Remedies Rule in NAFTA*, Emory Law Journal, 2005, Vol.54:2, pp.1116-1117.

^⑦ 陈安、蔡从燕:《国际投资法的新发展与中国国际双边投资条约的新实践》,复旦大学出版社 2007 版,第 225 页。

规定已不同于 NAFTA 原有的发展路径,反映出美国有强化国内法院管辖权的决心。^{⑤③}

从我国立场出发,一方面,重视仲裁前置条件的建构有助于促使我国加快完善国内法治建设体系。强调用尽当地救济和实现司法的终局性实际上均基于维护本国司法主权及经济利益的考量。当前,中国的双边投资协定中多重视利用当地救济,但往往仅强调用尽当地行政复议程序,而搁置了用尽当地司法救济的要求,这与我国行政复议制度高效便捷的特色和优势密切相关。^{⑤④}另一方面,将实现司法终局性的要求融入用尽当地救济条款意味着我国法院所作出的代表最高司法权威的终审判决可能面临投资仲裁庭的形式或实质性审查。^{⑤⑤}虽然仲裁庭在“奥贝泰克有限公司诉美国案”中强调设立投资仲裁庭的作用并非用来替代美国联邦最高法院或建立一个超国家的上诉机构,但从最终结果上看,仲裁庭否定东道国“初审法院判决”和“终审法院判决”都将有损东道国司法主权,^{⑤⑥}且后者由于代表了一国最高的司法权威,所受到的冲击可能更大。

四、结 语

“奥贝泰克有限公司诉美国案”映射出当代国际投资法的一些显著特征。一方面,国际规范与国内法紧密相关、互为补充。^{⑤⑦}国内法在本案中的作用并非直接作为评估争议行为是否构成适格投资的衡量标准,而是用来辅助界定争议行为或利益在本案中的性质。目前,国际投资仲裁中出现了更多基于药品专利问题提起的案件,知识产权的地域性意味着不同国家对知识产权的授权和保护标准各异,故投资仲裁庭需要依据东道国国内法的相关规定分析申请人诉求所涉及的权利性质,以综合判断是否构成适格投资,这也为投资者合法、合规投资提供了一定的行动指南。另一方面,虽然国际投资仲裁庭具有扩张管辖权的自然倾向,但本案中的仲裁庭秉持司法谦抑之理念,严格恪守文义解释,尤其是要求所有诉诸仲裁的国内司法行为须已实现司法的终局性,这在为东道国保留了自我纠错机会的同时也让东道国可能面临仲裁庭审查国内司法决定的风险,应当特别留意。

Abstract: The ruling in the Apotex Inc. v. United States case mainly focused on the jurisdiction and admissibility issues of this case, the definition of qualified investment, analysis of judicial finality and claims for time bar. Adhering to the concept of judicial modesty, the tribunal strictly abided by the interpretation of the text, emphasized the territorial connection

⑤③ 廖凡:《从〈美墨加协定〉看美式单边主义及其应对》,载《拉丁美洲研究》2019年第1期,第51-52页。

⑤④ 余劲松:《投资条约仲裁制度改革的中国选择》,载《法商研究》2022年第1期,第64页。

⑤⑤ 宋俊荣:《论投资者—国家间仲裁中的东道国当地救济规则——从〈美墨加协定〉切入》,载《环球法律评论》2021年第4期,第176页。

⑤⑥ 同前注⑤④,第224页。

⑤⑦ 王贵国:《略论晚近国际投资法的几个特点》,载《比较法研究》2010年第1期,第69页。

of investment and required all domestic judicial actions resorting to the arbitral tribunal to achieve judicial finality, which reasonably balancing the realization of litigation rights and prevention of abuse of litigation to a certain extent. While it established the prototype of a defense mechanism for abuse of litigation in international investment arbitration, it also implied the impact on the judicial sovereignty of the host states.

Keywords: international investment arbitration; definition of investment; judicial finality; exhaustion of local remedies

(责任编辑: 顾 涛 外审专家: 肖 军)

评 Hamester 公司诉加纳仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者 翟率宇*

内容提要 Hamester 公司诉加纳仲裁案是投资者 - 国家间争端解决机制下的典型案件, 该案既涉及到如何界定“符合东道国法律”要求下适格投资等管辖权问题, 又涉及到如何判断企业行为能否归责于国家等实体问题。该案仲裁庭将管辖权与实体问题合并审理, 裁定仲裁庭具有管辖权, 同时驳回申请人的仲裁请求。仲裁庭围绕“符合东道国法律”要求的判断问题、国家对国际不法行为的归责问题、保护伞条款的适用问题等争议焦点进行了分析, 对后续的国际投资仲裁实践具有重要的借鉴意义。随着国有企业愈发广泛地参与到国际经济活动当中, 与国有企业相关的国际投资仲裁案件日益增多, 在此背景下, 企业行为能否归责于国家的问题应当引起充分关注。

关键词 国际投资仲裁; 符合东道国法律; 国家责任; 国际不法行为; 保护伞条款

德国 Gustav F W Hamester GmbH & Co KG (以下简称 Hamester 公司) 诉加纳共和国 (以下简称“加纳”) 一案是国际投资仲裁实践的典型案例。该案不仅涉及到“符合东道国法律”要求下的仲裁庭管辖范围问题, 而且涉及到企业行为能否归责于国家进而适用保护伞条款的问题。本文首先对 Hamester 公司诉加纳仲裁案案情进行简要概括, 其次对案件的主要争议点进行梳理, 最后就本案对后续国际投资仲裁实践的影响做出简要评析。

一、案件概要

(一) 投资事实

申请人 Hamester 公司是一家根据德国法律注册的有限合伙公司。^① 1992 年 8 月 26 日, Hamester 公司通过其前身 Schröder 与 Ghana Cocoa Board (加纳可可理事会, 以下简称 Cocobod) 缔结了一项合资协议。Cocobod 是根据 1984 年 5 月 3 日《加纳可可理

* 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翟率宇编写。

① Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ARB/07/24, ICSID, 2010, Award, para.3.

事会法》(以下简称《GCB 法》)设立的。根据该法, Cocobod 的主要职能是从本国的可可种植者处购买可可豆,并进行销售和出口。Cocobod 通过其子公司 Cocoa Marketing Company Limited(可可营销有限公司,以下简称 CMC 公司)销售可可豆。合资协议是为了改造 Cocobod 所有的一家旧的可可豆加工厂。为此,双方根据加纳法律注册成立了西非可可有限公司(以下简称 Wamco I)接管旧工厂,该公司与随后成立的 Wamco II 和 Wamco III 工厂统称为 Wamco(West African Mills Company Limited,以下简称 WAM)。Hamester 公司为 WAM 提供技术、知识和资金;Cocobod 则将旧工厂的原有设备用于投资,并为工厂的加工提供原料。^②

(二) 被诉行为

在履行合资协议过程中,双方在货物交付、原料定价、债务清偿等方面产生了争议。1999 年 10 月 14 日, Cocobod 首席执行官致函 WAM,根据 1999 年 7 月 1 日生效的《加纳可可部门发展战略》,当地加工厂将被要求以 FOB 价格(Free On Board,离岸价)从 CMC 购买可可豆。Hamester 公司认为,鉴于合资协议第 7 条的规定,原则上新政策不适用于 WAM,但表示准备考虑对合资协议进行修改。^③2000 年和 2001 年期间, Hamester 公司和 Cocobod 试图协商修改合资协议,但由于双方对可可豆的定价存在分歧而未能成功,于是 Cocobod 和 WAM 于 2000 年 10 月 27 日缔结了一项涵盖当年 1 月至 9 月可可豆供应的价格协定。直到 2001 年,谈判仍在继续进行。^④

2001 年 8 月, Cocobod 通知 WAM,要求其在 2001 年 11 月 30 日之前支付 2400 万德国马克的欠款,并表明如果不支付这笔债务, Cocobod 将停止向 WAM 供应可可豆。WAM 认为其只欠 1723 万马克,并已于 2001 年 12 月 5 日支付了这笔钱。由于 WAM 在欠款数额上与 Cocobod 产生分歧, Cocobod 中止了可可豆的供应。这种情况导致 Cocobod 和 WAM 于 2001 年 12 月 14 日缔结了一项价格协议(以下简称 2001 年价格协议),该协议规定了 2002 年 12 月 31 日之前的可可豆固定价格。^⑤2001 年价格协定缔结后, Cocobod 恢复向 WAM 供应可可豆。虽然 Cocobod 恢复了供应,但没有达到 WAM 所期望的在 2002 年达到 70000 吨的数量。与此同时, WAM 欠付 Cocobod 的债务也在增加。2002 年 12 月, WAM 称 Cocobod 的交货数量仍然差 34500 吨,并要求在 2001 年价格协议生效之前,仍然按照 2002 年价格,而非 FOB 价格供应这些货物。^⑥

Hamester 公司认为,截止 2002 年 12 月 12 日,鉴于 WAM 在 2002 年因可可豆断供而遭受的损失, WAM 欠 Cocobod 的数额应相应减少。WAM 在 2002 年所要求但未交付的可可豆应在 2003 年以 2002 年的价格供应。Hamester 公司表示,如果这些问题没有

^② *Id.*, at paras.22-23.

^③ *Id.*, at para.34.

^④ *Id.*, at para.36.

^⑤ *Id.*, at paras.39-40.

^⑥ *Id.*, at paras.42-44.

得到解决,它将放弃该合资企业。^⑦2003年2月10日,Hamester公司通知加纳财政部长,它计划在2003年3月31日之前撤出上述合资企业。^⑧然而,双方对于Hamester公司在2003年是拒绝接受合资协议还是放弃了WAM存在分歧。^⑨

Cocobod认为,Hamester公司长期亏欠WAM的债款,且想方设法不支付欠款。Hamester公司则认为,其有权从其款项中扣除其认为因合资伙伴未履行合同而造成的损失。2004年5月14日,Hamester公司向国际投资争端解决中心(以下简称ICSID)提交了一份以Cocobod为代表的针对加纳的仲裁请求,该请求是根据合资协议的争端解决条款提出的,但该请求遭到了ICSID的拒绝,因为加纳显然没有同意ICSID根据合资协议进行仲裁。^⑩于是,2007年5月,Hamester公司根据1995年《德国-加纳共和国双边投资协定》(以下简称BIT)在ICSID向加纳提起第二份仲裁请求。^⑪根据BIT,适格投资者可以向ICSID提起仲裁,加纳受ICSID仲裁裁决的约束。

(三) 案件主要程序简介

2007年9月24日,ICSID秘书长根据《ICSID仲裁规则》第36条第3款登记了申请人Hamester公司向被申请人加纳提出的仲裁请求。2008年2月4日,经双方确定仲裁员后仲裁庭成立。2008年4月2日,根据《ICSID仲裁规则》第13条第1款,仲裁庭在伦敦举行了第一次会议。2008年11月4日,被申请人提出管辖权异议,并要求将管辖权异议与实体争议合并审理。2009年1月5日,由于加纳政府更迭,政府申请延长提交答辩状的期限。仲裁庭批准延长至2009年2月9日,并修订了程序时间表。2009年2月20日,仲裁庭通知当事各方,决定将被申请人的管辖权异议和实体争议合并审理,且应当在双方辩论阶段处理,除非一方要求将管辖权异议和实体争议分开审理,即管辖权异议作为初步问题先行审理。2009年3月9日,申请人要求仲裁庭将被申请人的管辖权异议单独审理。2009年3月16日,仲裁庭决定将对管辖权异议与实体争议合并审理。2009年6月11日,仲裁庭与各方举行了庭前电话会议,随后发布了有关听证会安排的第1号程序令和有关加纳法律问题专家报告的可受理性的第2号程序令。2009年6月29日至7月3日,关于管辖权和实体争议的庭审在伦敦国际争端解决中心召开。仲裁庭于2010年6月2日宣布程序结束,并于2010年6月18日发布裁决。^⑫

(四) 双方主张及仲裁庭结论

申请人主张加纳政府违反了BIT和合资协议,应承担损害赔偿。第一,被申请人违

^⑦ *Id.*, at paras.48-49.

^⑧ *Id.*, at para.54.

^⑨ *Id.*, at para.59.

^⑩ *Id.*, at paras.60-62.

^⑪ *Id.*, at para.66.

^⑫ *Id.*, at paras.7-21.

反 BIT 第 9 条^⑬、第 2 条第 (1) 款和第 (2) 款^⑭、第 3 条第 (1) 款^⑮、第 4 条第 (1) 款和第 (2) 款^⑯；第二,被申请人对合资协议的违反触发了 BIT 第 9 条第 (2) 款的保护伞条款,导致合同之诉上升为条约之诉,构成对 BIT 相关条款的违反。申请人认为被申请人违反 BIT 的行为包括:实施 2001 年价格协议、2002 年未交付被要求的货物数量、2003 年 1 月对 WAM 产品实施出口禁令、从 2003 年 1 月起侵占 WAM 的管理权、2002 和 2003 年对 Holzäpfel 先生进行骚扰。申请人请求加纳赔偿损失并支付相应利息,包括未供应 2002 年可可豆造成的损失、2003 年至 2008 年利润损失、2002 至 2008 年间 WAM 利润损失份额(或者赔偿 2001 年 Hamester 公司在 WAM 的股份价值)、未来利润损失以及仲裁程序相关费用。^⑰

被申请人加纳提出管辖权异议,并对 Hamester 公司的主张提出抗辩。首先,被申请人主张 Hamester 公司未遵守加纳法律进行“投资”,因而不符合 BIT 第 10 条的规定。^⑱被申请人辩称,合资协议是通过欺诈手段取得的,且申请人和 Opferkuch 先生在整个合资过程中持续欺骗了 WAM 和 Cocobod。其次,被申请人认为 Cocobod 违反 BIT 的行为根据国际法不能归责于加纳,因为 Cocobod 不是国家机关,而是根据加纳法律成立的一家上市公司。Cocobod 没有任何政府权力,也没有证据表明加纳对相关行为进行了控制。再次,被申请人对申请人就 BIT 第 9 条第 (2) 款保护伞条款的解释提出异议,认为该条款不包括合资协议项下的合同义务。被申请人主张,即使仲裁庭具有管辖权且相关行为可归责于加纳,也应当驳回申请人的诉求。^⑲

最终,仲裁庭一致决定:(a) 仲裁庭对申请人提出的争端具有管辖权;(b) 仲裁庭对被申请人的反请求没有管辖权(反请求问题并非仲裁庭评述的重点,因此本文中并未提及相关内容);(c) 裁定 Cocobod 2001 年价格协议、2002 年可可豆短缺供应索赔、2003 年征收的行为不归责于加纳共和国;(d) 裁定归责于加纳的警察调查行为、2003 年 4 月 14 日与财政部长的会晤、2003 年 2 月 14 日的出口禁令不违反 BIT;(e) 裁定双

^⑬ BIT 第 9 条第 (1) 款规定:“如果缔约任何一方的立法或除本条约之外缔约双方之间现有的或此后确立的国际法义务载有一项规定,不论是一般性的还是具体的,使缔约另一方的国民或公司的投资享受比本条约规定的更优惠待遇,此类规定应在更优惠的范围内优先于本条约。”第 9 条第 (2) 款规定:“缔约一方应遵守其对缔约另一方国民或公司在其领土上的投资所承担的所有义务。”

^⑭ BIT 第 2 条第 (1) 款规定:“缔约一方应在其领土内尽可能促进缔约另一方国民或公司的投资,并根据其立法允许此类投资。在任何情况下,它应对这种投资给予公平公正待遇。”第 2 条第 (2) 款规定:“缔约任何一方不得以任何任意或歧视性措施,以任何方式损害缔约另一方国民或公司对其境内投资的管理、维持、使用或享有。”

^⑮ BIT 第 3 条第 (1) 款规定:“缔约一方不得使缔约另一方国民或公司在其领土内拥有或控制的投资享受低于其本国国民或公司投资或任何第三国国民或公司投资的待遇。”

^⑯ BIT 第 4 条第 (1) 款规定:“缔约一方国民或公司的投资在缔约另一方境内应享有充分的保护和安全的。”第 4 条第 (2) 款规定:“缔约一方国民或公司的投资,不得在缔约另一方境内被征收、国有化或采取相当于征收或国有化的措施(以下简称征收),除非征收是为了与缔约一方内部需要有关的公共利益并给予补偿。”

^⑰ *Supra* note 1, at paras.68-79.

^⑱ BIT 第 10 条规定:“本条约还应适用于任何一缔约方的国民或公司在另一缔约方领土上的在条约生效之前创设的符合后者立法的投资。”

^⑲ *Supra* note 1, at paras.80-85.

方平等分担仲裁费用;(f) 裁定双方自行承担各自的法律费用。^{②①}

二、主要法律争议

本案双方的主要法律争议集中在四个方面:第一,是否满足 BIT 关于“投资”的定义下“符合东道国法律”的要求,这决定了仲裁庭是否具有管辖权;第二,诉诸仲裁的行为是否可以归责于国家;第三,归责于国家的行为是否违反 BIT;第四,未归责于国家的行为是否违反 BIT。本节将就四个主要法律争议问题分别从申请人、被申请人、仲裁庭三方立场予以论述。

(一) 违反东道国法律是否影响仲裁庭管辖权

1. 申请人的主张

申请人主张, Hamester 公司的投资符合 BIT 和《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)的投资定义,满足在确定投资特征时可能考察的因素,即投入、持续时间、风险、对东道国经济发展的贡献。同时,该项投资完全符合加纳的国内法。申请人主张,不应认为其在投资运作期间根据远期合同取得的利润违反对合资企业合伙人的信义义务,因为根据合资协议, Cocobod 和 Hamester 公司之间没有利润分享约定, Hamester 公司也没有义务向 Cocobod 说明其转售利润的情况。申请人并不否认通过转售获得了巨额利润,但主张这种做法并没有问题。即使欺诈指控成立也属于公司法问题,应当诉至加纳国内法院。^{②②}

2. 被申请人的主张

这是被申请人提出的第一项管辖权异议:基于投资从一开始就是欺诈和违反信义义务的指控(违反加纳法律),即缺乏属事管辖权(jurisdiction *ratione materiae*)或缺乏受保护的投资。

就属事管辖权而言,被申请人根据 BIT 第 10 条的目的对仲裁庭的管辖权提出异议,理由是在本案中“投资”不符合加纳法律,因为投资在其启动和实施的多年来都存在重大欺诈行为。根据被申请人的说法,申请人的多重欺诈行为表现为:第一, Hamester 公司滥用其对 WAM 的控制权,以人为的低价获取 WAM 的全部产出,既不接受 WAM 的产品,也未通过进一步加工为它们增加任何价值,而是以更高的价格出售给自己的客户。第二,虽然 Hamester 公司购买了 WAM 整年的产出,并为自己保留了转售利润,但 Hamester 公司还是向 WAM 收取其所有自销产品的销售费用和佣金,这些费用有时超过了 WAM 的全部年净利润。第三,申请人通过很多其他非法手段从 WAM 那里获取利润,并完全是为了申请人自己的利益而运营公司。^{②③}

^{②①} *Id.*, at para.362.

^{②②} *Id.*, at paras.113-119.

^{②③} *Id.*, at paras.98-99.

3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭认为,如果一项投资违反了诚实信用这一国内法或国际法原则,或者通过腐败、欺诈或欺骗行为,或者创设投资的行为本身构成对《华盛顿公约》下国际投资保护制度的滥用,则该投资不会受到保护。如果投资以违反东道国法律规定的方式创设,也不会得到国际投资协定的保护。这些都是不受 BIT 具体措辞影响的一般性原则。此外,显然各国可以具体明确地规定投资者进入选定的争端解决机制或获得实质性保护的条件的,其中一个常见的条件是明确要求投资符合东道国的国内立法。“符合东道国法律”的条件通常会出现在 BIT 中,而 BIT 是包含国家同意 ICSID 仲裁的文书。这种明示条件的确切效果显然将取决于 BIT 所使用的措辞。^{②③}

本案中,BIT 第 10 条明确要求遵守东道国的法律:“本条约还应适用于任一缔约方的国民或公司在另一缔约方领土上的,在条约生效之前创设的符合后者立法的投资。”仲裁庭认为,必须区分投资启动或创设(initiation)时的合法性,以及投资持续期间(during the performance)的合法性。第 10 条规定了 BIT 的适用范围,但仅以投资启动时的合法性为条件,因此,仲裁庭的管辖权仅与这一问题相关。第 10 条不涉及投资持续期间的合法性,所以这与 BIT 的适用范围和仲裁庭的管辖权无关,但可能与根据 BIT 提起的仲裁申请的实体阶段审理有关。根据 BIT 的措辞,创设投资的合法性是一个管辖权问题,而投资者在投资期间行为的合法性是实体阶段审理问题。在案件分析的第一步即有关管辖权的问题审理中,仲裁庭只关注投资启动阶段对于欺诈行为的指控,而不关注投资期间对于欺诈行为的指控,即唯一的问题是 Hamester 公司是否通过实施欺诈而签订合资协议。^{②④}

在审查完所有证据后,仲裁庭认为被申请人没有充分履行举证责任。有关文件显示,Hamester 公司在为修复 WAM 机器提供的发票上多报了金额并寄给 Cocobod,但相关行为在合资协议签订之前就已经停止。此外,没有确凿的证据表明,如果 Cocobod 知道其中某些金额被多报就不会加入合资企业,质言之,没有证据表明所谓的欺诈行为对于签订合资协议起到了决定性作用。由于 Hamester 公司的做法并不构成影响仲裁庭管辖权的欺诈行为,关于 Hamester 公司在加纳投资的争端属于其管辖范围。^{②⑤}

(二) 诉诸仲裁的行为是否可以归责于国家

1. 申请人的主张

申请人主张,Cocobod 的行为完全等同于加纳政府的行为,因为 Cocobod 由国家控制,并由国内法授权享有与加纳可可工业相关的权利并履行相关义务。在诉状中,申请人首先将 Cocobod 定性为“一个垄断的法定公共机构,负责控制和管理加纳的可可加工业”,因此,作为国有实体(entity)的 Cocobod 的行为属于政府的主权行为。申请

^{②③} *Id.*, at paras.123-125.

^{②④} *Id.*, at paras.126-129.

^{②⑤} *Id.*, at paras.132-139.

人进一步指出, Cocobod 在法律上或实体上是一个国家机关 (organ)。《加纳宪法》第 195 条授权总统任命人员担任公职, 并授权允许根据 1984 年《GCB 法》第 32 节建立 Cocobod。Cocobod 不仅被赋予政府职能, 而且其与 Hamester 公司有关的行为都是在行使政府职能。在对被申请人抗辩的答辩中, 申请人对 Cocobod 性质的界定作了进一步延伸, 根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《国家责任条款草案》) 第 2 条, 一国的国际不法行为包括作为或不作为。^{②6} 申请人主张, Cocobod 的每一项行为都对应着加纳政府的一项未尽到阻止义务的不作为。总而言之, 申请人主张, Cocobod 的行为可以根据《国家责任条款草案》第 4 条、第 5 条、第 8 条或第 2 条归责于国家。^{②7}

2. 被申请人的主张

这是被申请人提出的第二项管辖权异议: 基于习惯国际法下的归因原则, 被诉行为不能归责于加纳, 即缺乏属人管辖权 (jurisdiction *ratione personae*)。^{②8} 首先, 无论是法律上还是事实上, 被申请人皆否认 Cocobod 可以作为《国家责任条款草案》第 4 条项下的国家机关。^{②9} 被申请人进一步提出, 根据《国家责任条款草案》第 5 条, Cocobod 的行为不可归责于加纳。^{③0} 尽管根据《国家责任条款草案》第 5 条, Cocobod 因为《GCB 法》拥有一些政府权力而可以被视为公共实体, 比如, 第 34 条第 (2) 款 (a) 项规定了“制定条例”的权力, 这些条例可以“规定根据《GCB 法》颁发许可证的形式”, 但申请人申诉的行为并非在行使这种政府权力。被申请人认为, 实施所涉行为是行使政府权力, 这是将其归于国家的必要条件。再者, 被申请人反驳了根据第 8 条将 Cocobod 行为归于加纳的说法, 认为该条对有效控制的要求很高, 只有当国家指导或控制了具体行动, 且案涉行为是该行动的一个组成部分时, 该行为才可归责于国家。^{③1} 最后, 被申请人还反驳了根据第 2 条将 Cocobod 行为归责于加纳的说法, 认为《国家责任条款草案》第 2 条在某种程度上是第 4 条、第 5 条和第 8 条的替代条款, 如果根据第 2 条将 Cocobod 的行为归责于加纳, 则意味着每个国家都有积极义务, 不断监测和补救在其领土上发生的、与任何私人外国投资有关的、不属于第 4 条、第 5 条和第 8 条范围内的每一个潜在危害行为。总之, 被申请人主张 Cocobod 是《国家责任条款草案》第 5 条下的独立公共实体。^{③2}

^{②6} 《国家责任条款草案》第 2 条规定了一国国际不法行为的要素: “一国国际不法行为在下列情况下发生: (a) 由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国; 并且 (b) 该行为构成对该国国际义务的违背。”

^{②7} *Supra* note 1, at paras.148-162.

^{②8} *Supra* note 1, at para.140.

^{②9} 《国家责任条款草案》第 4 条规定: “1. 任何国家机关, 不论行使立法、行政、司法职能, 还是任何其他职能, 不论在国家组织中具有何种地位, 也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性, 其行为应视为国际法所指的国家的行为。2. 机关包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或实体。”

^{③0} 《国家责任条款草案》第 5 条规定: “虽非第 4 条所指的国家机关但经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体, 其行为应视为国际法所指的国家的行为, 但以该个人或实体在特定情况下以此种资格行事者为限。”

^{③1} 《国家责任条款草案》第 8 条规定: “如果一人或一群人实际上是在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一国的行为。”

^{③2} *Supra* note 1, at paras.166-170.

3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭认为,归责问题在某一案件中是属于管辖权问题还是实体问题并不确定。^{③③} 归责问题既可以与管辖权有关,也可以与实体问题有关,因此只有在仲裁庭有管辖权的情况下才予以考虑。为了区分管辖权问题和实体问题,应当考虑每方所承担的不同举证责任。如果管辖权取决于某些事实的存在,则必须在管辖权阶段加以证明;但如果为了证实违反相关 BIT 而主张某些事实,则必须在管辖阶段接受该事实,直到实体审理阶段再查明事实存在与否。归责问题本身并不决定是否存在违反国际法的情况,它只是确定争端是否与国家有关的一种方式。因此,归责问题看起来更像是一个管辖权问题,但在许多情况下,归责问题和合法性问题密切相关,如果不对案情进行充分调查,就很难处理归责问题。在这种情况下,仲裁庭认为,这个问题通常最好在实体阶段审理,以便深入分析某些行为与国家间的复杂关系。^{③④}

本案情况较为复杂,被申请人承认某些行为可归责于加纳政府,但否认这些行为构成国际非法行为,换言之,虽然国家参与的程度尚不清楚,但有些行为可归责于加纳是无可争议的。在这种情况下,仲裁庭认为其就申请人针对加纳提起的本仲裁案件具有管辖权,并有权决定哪些行为可归责于加纳、哪些不归责于加纳。仲裁庭将管辖权问题与实体问题合并审理,有利于充分了解当事人诉请和妥善处理归责问题。^{③⑤}

仲裁庭以国际法委员会在 2001 年通过的《国家责任条款草案》作为习惯国际法依据。若将一项行为归于一国,该行为必须与该国存在密切联系,这种密切联系可能是因为实施行为的人是国家组织结构的一部分(第 4 条),或是单独实体利用国家的某项政府权力行使(第 5 条),或是私人或公共组织基于国家的有效控制(在指示下或在控制下)行使(第 8 条)。对于申请人主张的不作为行为归责于国家,仲裁庭认为《国家责任条款草案》第 2 条的目的是对一国的国际不法行为做出一般性定义,该条没有规定国家有防止干涉投资者权利行为的一般性义务。^{③⑥} 随后,仲裁庭对 Cocobod 行为逐一进行了分析,以审查《国家责任条款草案》第 4 条、第 5 条、第 8 条的适用。

首先,根据《国家责任条款草案》第 4 条,仲裁庭从法律上审查《GCB 法》发现,加纳法律下的 Cocobod 不是国家机关,而是“法人机构”,可以“以法人名义起诉”。Cocobod 是一个买卖可可豆并为政府营利的商业公司。^{③⑦} 从事实上看,第一,《GCB 法》第 32 条规定,政府只能向 Cocobod 作出“一般性指示”而非具体指示;第二,这些指示只有在与 Cocobod 董事会或管理层协商后才能作出;第三,这些指示应当“符合 Cocobod 的合同和其他义务”,这意味着 Cocobod 在与其他经济行为者的合同和交易中接受的承诺优先于政府指示。因此,仲裁庭认为 Cocobod 在法律上或事实上都不能被视

^{③③} *Id.*, at para.140.

^{③④} *Id.*, at paras.142-144.

^{③⑤} *Id.*, at paras.145-146.

^{③⑥} *Id.*, at paras.171-173.

^{③⑦} *Id.*, at para.184.

为《国家责任条款草案》第4条的国家机关。^{③⑧}

其次,根据《国家责任条款草案》第5条进行国际不法行为的归责必须同时符合两个条件:第一,是具有政府权力的实体;第二,行为是通过行使政府权力而实施的。^{③⑨}国家机关和独立公共实体的区别在于:机关的所有行为都归责于国家;要将行使政府权力的实体行为归责于国家,必须证明所涉行为是在行使政府权力,而非商业行为。^{④⑩}为此,仲裁庭评估了Cocobod在与Hamester公司合资协议有关的交易中是作为承包商或股东,还是作为一个执行监管权力的国家实体。这一分析焦点在于政府权力的利用,如果公共实体的行为仅是为了实现某种一般利益、使命或目的,则不足以构成可归责的行为。Cocobod的行为是为了实现合资目的而非行使政府权力,因此从这一角度分析,本案中Cocobod的行为都不能根据《国家责任条款草案》第5条而归责于国家。^{④⑪}

此外,仲裁庭审议了Cocobod的行为是否是在国家直接指挥下进行的,如果是则适用《国家责任条款草案》第8条可归于国家。首先需要查明申请人的具体诉求,以及每项诉求分别依据的行为。仲裁庭将申请人的诉求分为:第一,2001年价格协定的索赔;第二,2002年可可豆供应短缺的索赔;第三,2003年对管理权征收的索赔,包括骚扰Holzäpfel先生的索赔。^{④⑫}仲裁庭逐一分析后最终得出结论:前两项行为都不能归于加纳。^{④⑬}可归于加纳的行为是:第一,警方调查和据称骚扰Holzäpfel先生的行为;第二,2003年4月14日会议上加纳部长的行为;第三,政府实施的出口禁令。^{④⑭}

(三) 归责于国家的行为是否违反BIT

1. 申请人的主张

首先,关于2003年4月14日WAM运营总经理和财政部长之间的会议记录,申请人认为,被申请人在没有得到董事会相应批准的情况下,直接向WAM的运营部长作出指示,可能属于《国家责任条款草案》第8条下的“指示”或“控制”,从而使该行为可归于加纳政府。^{④⑮}其次,关于2003年2月14日的出口禁令,申请人认为,该禁令既有征收意图又有征收效果。^{④⑯}

2. 被申请人的主张

首先,关于警方的调查和据称对Holzäpfel先生的骚扰,被申请人认为,本次调查是基于客观事实的正当刑事诉讼程序;^{④⑰}其次,关于2003年4月14日与财政部的会议,被

^{③⑧} *Id.*, at paras.187-188.

^{③⑨} *Id.*, at para.176.

^{④⑩} *Id.*, at para.193.

^{④⑪} *Id.*, at paras.202-203.

^{④⑫} *Id.*, at para.204.

^{④⑬} *Id.*, at paras.255, 267.

^{④⑭} *Id.*, at para.291.

^{④⑮} *Id.*, at para.301.

^{④⑯} *Id.*, at para.306.

^{④⑰} *Id.*, at para.297.

申请人认为, Hamester 公司提到的会议是加纳各家可可加工公司要求加纳财政部长出席的会议,会议记录上记载了 WAM 关于如何改善其财务业绩的发言,而财政部长并未亲自控制 WAM 或作出指示;^{④⑧} 再者,关于 2003 年 2 月 14 日的出口禁令,被申请人认为,出口限制的唯一作用是防止 Hamester 公司不当地无偿挪用 WAM 的产品。^{④⑨}

3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭分别分析了三项可归责于加纳的行为: 第一,关于警方的调查和据称对 Holzäpfel 先生的骚扰,没有证据表明这一调查违反了加纳的国际义务,一国显然可以行使其调查和起诉犯罪的主权权力,而对 Cocobod 首席执行官和 WAM 雇员的人身威胁,以及对 Holzäpfel 先生和他家人的骚扰指控是完全不实的。^{⑤⑩} 第二,关于 2003 年 4 月 14 日与财政部的会议,仲裁庭认为难以将对 Cocobod 的指示或部长的直接指示理解为剥夺 Hamester 公司的管理权。^{⑤⑪} 第三,关于 2003 年 2 月 14 日的出口禁令,仲裁庭认为,出口禁令显然是国家干预双方商业关系的行为,从而产生两个问题: 是否可以证明政府的参与程度很高,从而导致 Cocobod 的行为可归责于政府; 出口禁令对外国投资者权利的干涉是否严重到足以构成对 BIT 实质性保护条款的违反,即禁止间接征收。仲裁庭认为两个问题的答案都是否定的。鉴于 Hamester 公司已表明其退出合伙企业的意愿,考虑到外国合作伙伴退出之前可能将相关利益带出该国的合理担心,出口禁令是保护合资企业的行为。因此,仲裁庭认为,本案中加纳没有违反 BIT。^{⑤⑫}

(四) 未归责于国家的行为是否违反 BIT

1. 申请人的主张

申请人认为, 2001 年价格协议、2002 年可可豆供应短缺、2003 年出口禁令都违反了合资协议,根据 BIT 第 9 条第 (2) 款保护伞条款的规定,这些合同之诉已经转变为条约之诉。同时,这些行为也违反了 BIT 项下包括公平公正待遇在内的条约义务。申请人认为,仅仅是合同的存在就产生了在国际层面得到保护的合理期待 (legitimate expectations),这种合理期待是基于被申请人和 Cocobod 在合资协议中的承诺而产生,申请人合理地依赖此种承诺进行投资。进行与这些合理期待不一致的作为和不作为即意味着未能对申请人的投资提供公平公正的待遇。^{⑤⑬}

2. 被申请人的主张

第一, Cocobod 关于 2001 年价格协议的行为并非归责于政府。第二,即使这种行为可归责于政府, Hamester 公司的主张也完全是合同性质的,不能等于违反了 BIT。第三, 2001 年价格协议并没有违反合资协议。^{⑤⑭} 关于保护伞条款,被申请人认为,即使保护

^{④⑧} *Id.*, at para.301.

^{④⑨} *Id.*, at para.309.

^{⑤⑩} *Id.*, at paras.297-300.

^{⑤⑪} *Id.*, at para.305.

^{⑤⑫} *Id.*, at paras.307-312.

^{⑤⑬} *Id.*, at para.333.

^{⑤⑭} *Id.*, at para.208.

伞条款适用于一个国家根据其国内法承担的纯粹合同义务,它也只能适用于加纳根据加纳法律订立的合同。由于合资协议是由一个独立的公共实体 Cocobod 签署的,第9条第(2)款不能将相关合同义务转变为构成对条约义务的违反。^{⑤⑤}

3. 仲裁庭的裁定

一般而言,若仲裁庭认为某项行为不能归责于国家,则不再分析行为的合法性问题,但是本案仲裁庭将分析的范围扩大至未归责于国家的行为,继续审查加纳是否有可能因相关合资协议的履行而对 Hamester 公司承担国际责任,若加纳负有国际责任,则需要继续分析投资者的行为是否构成欺诈等。^{⑤⑥} 仲裁庭首先排除了加纳行为对禁止专断或歧视性待遇、非歧视待遇、充分保护和安全标准构成违反,接着重点分析了 BIT 关于禁止无补偿征收的规定、公平公正待遇、保护伞条款的适用问题。^{⑤⑦} 仲裁庭指出,一般而言,违反合同并不违反国际法,本案所涉及的行为是契约性的而非主权性的。^{⑤⑧} 在基于合理期待的公平公正待遇问题上,仲裁庭指出,合理期待的存在和合同权利的存在是两个独立问题,申请人通过证明合同权利受到侵犯不足以证明被申请人违反了公平公正待遇标准。^{⑤⑨} 在保护伞条款的适用问题上,仲裁庭认为,鉴于 BIT 保护伞条款的用语明确界定了该项义务是由“国家承担”,不能将该条款的适用范围扩大到其他独立实体所承担的合同义务。因此, Cocobod 作为一个独立于国家的实体做出的合同承诺,不能被 BIT 第9条第(2)款上升并在性质上转变为国家本身的条约承诺。^{⑥⑩} 鉴于加纳在 BIT 下不需承担责任的结论,仲裁庭认为没有必要处理被申请人针对欺诈行为和信义义务所做出的答辩。^{⑥⑪}

三、简要评析

本案涉及的法律问题既包括“符合东道国法律”要求、国际不法行为的归责问题等与管辖权相关的问题,又涉及保护伞条款、基于合理期待的公平公正待遇、间接征收等与实体审理相关的问题。

(一) “符合东道国法律”要求

“符合东道国法律”要求是考察投资定义与条约适用范围的重要因素。不同国际投资协定对该要求的规定采取不同形式:多数协定会对“符合东道国法律”要求做出明确规定,该要求既可能设定在投资定义条款下作为对适格投资的限制,也可能设定在非定义条款下作为对适用条约实体保护条款的限制;同时,也有部分协定没有在文本中明确

^{⑤⑤} *Id.*, at paras.340-341.

^{⑤⑥} *Id.*, at paras.313-317.

^{⑤⑦} *Id.*, at paras.323-324.

^{⑤⑧} *Id.*, at para.329.

^{⑤⑨} *Id.*, at paras.335-337.

^{⑥⑩} *Id.*, at paras.347-348.

^{⑥⑪} *Id.*, at para.350.

体现“符合东道国法律”要求。^{⑥2} 尽管本案所涉的 BIT 中包含了“投资符合东道国法律”的规定,但根据本案仲裁庭的观点,这是不受条约具体措辞影响的一般性原则,即非法投资在任何情况下都不受投资协定保护,无论国际投资协定是否明确规定“符合东道国法律”条款。^{⑥3} 实际上,由于促进和保护非法投资显然会损害东道国主权、安全和发展利益,因此,“符合东道国法律”要求事实上是外国投资者的一项默认义务,BIT 中的具体条款明确包含“符合东道国法律”要求则将这一条件显性化,但 BIT 中不包含此条款并非意味着对投资合法性没有要求。^{⑥4}

具体而言,本案仲裁庭对“符合东道国法律”要求的判断主要考察了法律范围、投资时间、因果关系三个要素:

第一,投资者行为应当符合的法律范围。在“符合东道国法律”要求下,不同仲裁庭对于投资者需要符合的法律范围可能采用不同解释:采取狭义解释的仲裁庭认为,投资需要符合的法律范围仅包括部分东道国国内法或者法律基本原则,比如,Rumeli 诉哈萨克斯坦案仲裁庭认为不符合东道国法律要求仅指违反东道国法律基本原则的行为;^{⑥5} 又如,Tokios Tokelés 诉乌克兰案仲裁庭认为“符合东道国法律”要求的范围不包括办理登记手续等法律义务程度较低的法律。^{⑥6} 采取广义解释的仲裁庭认为,无论是违反东道国国内法具体规则还是违反法律基本原则,都属于违背“符合东道国法律”要求。^{⑥7} 本案仲裁庭采用的是广义解释:一方面,本案仲裁庭援引 Phoenix 诉捷克案仲裁庭的分析,说明违反诚信原则的投资将不受 BIT 保护,并进一步阐释了诚信原则的具体内涵,认为诚信原则既属于国内法原则又属于国际法原则,违反诚信原则的行为包括腐败、欺诈或欺骗行为,以及滥用《华盛顿公约》下的国际投资保护制度等;另一方面,本案仲裁庭认为违反东道国国内法的行为同样不受 BIT 保护。^{⑥8}

第二,投资者进行投资的时间。根据 BIT 中含有合法性要求的投资定义条款措辞,外国投资可以按照时间分为设立阶段(made)和设立后阶段(during the performance)。本案仲裁庭明确指出,投资设立阶段的合法性是一个管辖权问题;投资者在投资期间的行为的合法性是一个实体问题。^{⑥9} 对于投资时间的问题,Vannessa 诉委内瑞拉案和 Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案仲裁庭均指出,一旦完成投资,投资定义中的合法性要件

^{⑥2} 王璐:《论投资条约中的“符合东道国法律”要求——兼论我国在中美投资条约谈判中的立场选择》,载《法商研究》2013年第1期,第120-122页。

^{⑥3} *Supra* note 1, at para.124.

^{⑥4} [德]鲁道夫·多尔查、[奥]克里斯托弗·朔伊尔:《国际投资法原则》,祁欢、施进译,中国政法大学出版社2014年版,第94页。

^{⑥5} Rumeli Telekom A. S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan, ARB/05/16, ICSID, 2008, Award, para.319.

^{⑥6} Tokios Tokelés v. Ukraine, ARB/02/18, ICSID, 2007, para.97.

^{⑥7} 王晓峰、阿迪拉·阿布里克木:《中亚国家国际投资仲裁中腐败问题研究——以以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案为例》,载《国际法研究》2018年第4期,第84页。

^{⑥8} *Supra* note 1, at para.123.

^{⑥9} *Id.*, at para.127.

在管辖权上的权利就已经用尽。^{⑦⑧} *Fraport* 诉菲律宾案仲裁庭认为, BIT 机制的有效运作要求对管辖权的限制应仅限于投资设立阶段, 而该案的一个关键问题是判断在一系列持续性投资行为下投资设立的时间节点。^{⑦⑨}

第三, 投资者违法行为与投资设立之间的因果关系。证明投资者不符合东道国法律要求除了需要证明投资者违法行为存在以外, 还需要证明投资者违法行为与投资的设立之间有充分的因果关系, 若无法证明后者, 则并不会导致仲裁庭丧失管辖权。本案仲裁庭详尽分析了投资者所谓的欺诈行为对合同订立产生的影响之后, 认为没有证据表明所谓的欺诈行为对合资协议的订立起到决定性作用, 因而裁决 *Hamester* 公司的做法不构成影响仲裁庭管辖权的欺诈行为。^{⑦⑩}

(二) 国际不法行为的归责问题

根据《华盛顿公约》第 25 条第 1 款的规定, ICSID 的管辖权范围仅限于“缔约国与另一缔约国国民之间”, 排除了国家与国家、私人与私人之间的投资争端。然而, 有关国有企业、国家参与的合资企业等主体的身份地位及行为性质界定具有模糊性与特殊性, 这些主体的行为能否归责于国家主要依据《国家责任条款草案》进行判断, 该条款下的归责规则可以作为习惯国际法适用于国际投资仲裁。^{⑦⑪}《国家责任条款草案》的归责规则在国际投资仲裁领域的适用可能存在两种情形: 一是国有企业等主体作为申请人在 ICSID 提起仲裁时, 面临私人投资者的身份认定和资格判断的问题, 若相关主体通过《国家责任条款草案》第 5 条或第 8 条被认定为“行使政府基本职能”或“作为政府代理人”, 则不符合国际投资协定中“投资者”的定义和《华盛顿公约》中“另一缔约国国民”的要求, 进而不具有仲裁申请人资格;^{⑦⑫} 二是国有企业等主体所属国家在国际投资仲裁中作为被申请人时, 面临相关主体行为是否可以归责于国家的问题, 若相关主体的行为通过《国家责任条款草案》第 4 条、第 5 条或第 8 条被定性为国家行为, 则有可能使国家承担相应的国际法责任, 进而产生将私人之间基于合同的争端转化为投资者与国家之间基于 BIT 的投资争端的效果。本案属于后一种情形。

本案仲裁庭也认为《国家责任条款草案》是习惯国际法, 并根据《国家责任条款草案》第 4 条、第 5 条、第 8 条分别总结出三类可归责于国家的行为: 国家机关的所有行为, 包括管理权行为; 公私实体或行使政府权力的人的行为, 如果案涉行为是在行使这种权力时做出的, 则可归责于国家, 但不包括管理权行为; 公私实体或个人根据该国的指

^{⑦⑧} *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB(AF)04/6, ICSID, 2013, Award, para.167; *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ARB/10/3, ICSID, 2013, Award, para.193.

^{⑦⑨} *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ARB/03/25, ICSID, 2010, Award, para.345.

^{⑦⑩} *Supra* note 1, at paras.132-139.

^{⑦⑪} 比如, *Enron* 诉阿根廷案、*CMS* 诉阿根廷案等仲裁庭均明确承认《国家责任条款草案》为习惯国际法。 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ARB/01/3, ICSID, 2007, Award, para.303; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ARB/01/8, ICSID, 2005, Award, para.315.

^{⑦⑫} 沈伟:《国际经济活动中的国有企业身份困境——国际规则的分析》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第103-118页。

示或在该国的指挥或控制下所做的行为,包括管理权行为(jure gestionis)和主权行为(jure imperii)。^{⑦⑤} 在国际投资仲裁实践中,适用《国家责任条款草案》第8条即上述第三类行为的频率相对较高。在该条下,判断“有效控制”的关键在于企业在具体事项上能否做出自主经营行为。比如,在本案中,合资协议规定可可豆供应价格是以 Cocobod 确认的收购价格为基础(be based on),本案仲裁庭认为,合资协议里规定的价格只是双方协商的一个参考因素,加纳虽然对于可可豆市场提供了政策指导但没有强制约束力,因而加纳对 Cocobod 的行为不存在“有效控制”。^{⑦⑥} 然而,在斯德哥尔摩商会仲裁院审理的 Nykomb 诉拉脱维亚案中,拉脱维亚政府对于电力市场的调节具有强制性,该国国有企业 Latvenergo 公司没有权力决定或协商电力价格,因而拉脱维亚对 Latvenergo 的行为符合“有效控制”的特征。^{⑦⑦}

关于归责问题应当在实体阶段审查还是在决定管辖权阶段审查,国际投资仲裁一般采用表见证明(prima facie)标准,比如, Maffezini 诉西班牙案仲裁庭认为,在管辖权阶段只需要投资者提供归责于国家的初步证据,至于该行为是否由国家承担应在事实审理阶段讨论。^{⑦⑧} 实际上,对国际不法行为的归责问题分析必然会涉及到具体的案件事实。本案仲裁庭认为,诉诸仲裁的行为是否归责于国家的问题具有程序层面和实体层面的双重意义,因此,本案仲裁庭采取了将管辖权异议与实体问题合并审理的做法,以便深入分析这些行为与国家间的复杂关系。

需要注意的是,根据《国家责任条款草案》第1条和第2条,国际不法行为由两个要素构成。质言之,若国家对相关主体违约承担责任,除了需要具备国际不法行为的可归责性以外,还需要满足违反国际义务的条件。^{⑦⑨} 在国际投资仲裁中,国家违反的国际义务主要体现为 BIT 或其他投资协定中规定的义务。因此,本案仲裁庭在区分了可归责于国家的行为与不可归责于国家的行为后,解决了归责于国家的行为是否违反 BIT 的问题,特别是加纳行为是否构成间接征收;一般而言,仲裁庭的分析到此为止,但本案仲裁庭随后又谨慎判断了未归责于国家的行为是否违反 BIT 的问题,特别是加纳是否基于投资者的合理期待而违反公平公正待遇,以及是否可以通过保护伞条款的适用使得合同义务上升为条约义务。

(三) 保护伞条款的适用问题

自 ICSID 在 SGS 诉巴基斯坦案和 SGS 诉菲律宾案做出截然相反的裁决以来,关于保护伞条款适用问题的讨论一直延续至今。^{⑧⑩} 本案的争议焦点在于 BIT 保护伞条款下的

^{⑦⑤} *Supra* note 1, at para.180.

^{⑦⑥} *Id.*, at paras.213-217.

^{⑦⑦} Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, No. 118/2001, SCC, 2003, Arbitral Award, p.30.

^{⑦⑧} Maffezini v. Kingdom of Spain, ARB/97/7, ICSID, 2000, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para.89.

^{⑦⑨} 张乃根:《试析〈国家责任条款〉的“国际不法行为”》,载《法学家》2007年第3期,第97页。

^{⑧⑩} SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ARB/01/13, ICSID, 2003, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ARB/02/6, ICSID, 2004, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction.

主体与投资合同的签订主体不一致所引发的适用问题。从理论上讲,保护伞条款应当适用于东道国与外国投资者,但从国际投资实践的复杂情况出发,实际订立合同的当事方往往并不是东道国与外国投资者本身,比如,合同当事一方可能是东道国的国家机关或者行使政府权力的公私实体,另一方可能是投资者设立于东道国境内的子公司。由此便引发了援引 BIT 保护伞条款的主体适格问题,即非直接由东道国与投资者签订的合同能否适用保护伞条款。

对此,国际投资仲裁庭并未形成统一的处理方法。^{⑧1}一部分仲裁庭主张坚持合同相对性。比如,本案仲裁庭认为不能将保护伞条款的适用范围扩大到具有独立人格的国有企业等实体所承担的合同义务,并依照《维也纳条约法公约》下的条约解释规则提供三点理由:一是文意解释,BIT 保护伞条款的实际用语明确界定该项义务是由“国家承担”;二是目的解释,BIT 缔约国并没有将保护伞条款适用于独立实体与投资者之间合同义务的意图;三是背景解释,根据《国家责任条款草案》规定,Cocobod 签订合同的行为不能归责于加纳。^{⑧2}然而,也有部分仲裁庭主张合同相对性可以适当突破。比如,Kardassopoulos 诉格鲁吉亚案仲裁庭认为,格鲁吉亚国有企业 Saknavtobi 与 Transneft 都隶属国家燃料和能源部,且签订合资协议系双方行使政府权力,格鲁吉亚为合资协议的订立提供支持且起到决定性作用,因此,国有企业的签约行为可归责于格鲁吉亚政府且适用 BIT 保护伞条款。^{⑧3}

通过前述分析可见,在合资协议并非直接由东道国与外国投资者本身签订的情况下,保护伞条款适用的前提是国有企业行为能够依据《国家责任条款草案》归责于国家,本质上仍回归到国际不法行为的归责问题。在这个问题上,CMS 天然气公司诉阿根廷案仲裁庭将投资合同的类型划分为纯粹的商业性合同与政府参与的合同,以判断保护伞条款的适用范围。该案仲裁庭强调,一般情况下,保护伞条款只能适用于因违反国际投资条约的相关行为所引发的争端;特殊情况下,若商业性合同争端存在投资者权利被东道国政府严重干预的情形,则保护伞条款仍然可以适用。^{⑧4}对保护伞条款适用范围的分歧体现出适用保护伞条款可能为东道国带来较大风险。在商业合同与政府干预合同之间的界限模糊的情况下,对保护伞条款采用宽泛解释将导致东道国承担较为严苛的责任。^{⑧5}本案仲裁庭基于此指出,将所有合同之诉自动和大规模地升级为条约之诉,将有可能逐渐模糊国家法律秩序和国际法之间的界限,而这一后果不符合 ICSID 或 BIT 机制的一般目的。^{⑧6}因此,有必要进一步改进和完善 BIT 中的保护伞条款,防止国际投资仲裁庭

⑧1 Michael Feit, *Attribution and the Umbrella Clause - Is There a Way out of the Deadlock*, Minnesota Journal of International Law, 2012, Vol. 21:1, pp.21-41.

⑧2 *Supra* note 1, at para.347.

⑧3 Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ARB/05/18, ICSID, 2010, Award, paras.275-280.

⑧4 CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ARB/01/8, ICSID, 2005, Award, para.299.

⑧5 赵红梅:《投资条约保护伞条款的解释及其启示——结合晚近投资仲裁实践的分析》,载《法商研究》2014年第1期,第43-44页。

⑧6 *Supra* note 1, at para.349.

对其做出不当的扩大解释,进而在投资者和东道国权益保护之间寻求适当平衡。^{⑧7}

结 语

本案在管辖权审理中的核心问题是如何界定“符合东道国法律”要求下的适格投资,在实体审理中的核心问题是如何判断企业行为能否归责于国家。对于前一个问题,本案仲裁庭主要考察了法律范围、投资时间、因果关系三个要素,首先明确违反诚信原则的投资将不受 BIT 保护,通过考察投资设立阶段或启动阶段的合法性,最终以申请人的行为与合资协议的订立没有因果关系为由,裁决申请人的做法不构成影响仲裁庭管辖权的欺诈行为。对于后一个问题,本案仲裁庭通过详尽分析《国家责任条款草案》第 4 条、第 5 条、第 8 条,裁定申请人诉求中的部分行为可以归责于加纳。接着,仲裁庭继续讨论了非直接由东道国与投资者签订的合同能否适用保护伞条款的问题,最终回归到行为归责问题并对保护伞条款作出狭义解释。

随着国有企业愈发广泛地参与到国际经济活动当中,与国有企业相关的国际投资仲裁案件日益增加。投资者在与东道国国有企业合作过程中产生争端,可能会选择国际投资仲裁,通过将合同争端上升至国际条约争端以保护自身权益。由于国有企业兼具政治和经济双重特性,其在 ICSID 仲裁中难免会面临身份认定和行为归责问题,因此,企业行为能否归责于国家往往决定着 ICSID 仲裁庭的管辖权和实体裁决。本案仲裁庭在行为归责与保护伞条款适用的问题上均采取较为谨慎的态度,并被后续的一系列国际投资仲裁案件所援引,比如,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)下的 White 诉印度案仲裁庭同样采用了高门槛的归责标准。^{⑧8}然而,当前,以全面与进步跨太平洋伙伴关系协定(CPTPP)为代表的国际投资协定逐步发展出一套适用于国有企业的专门规则,呈现出独立于以《国家责任条款草案》为代表的一般国际法而采取扩张归责标准的趋势。^{⑧9}我国应警惕此类国际造法趋势,坚持在国际不法行为归责等问题上的严格标准。同时,防止投资者滥用 BIT 下的保护伞条款,寻求投资者与东道国权益保护之间的平衡。

Abstract: *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana* is an international investment arbitration case which relates to a joint venture between a German investor and a statutory company established under the laws of Ghana, and Ghana was involved in the case under the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). The arbitral tribunal issued an award in 2010, ruling that the tribunal has jurisdiction over the dispute as presented by the claimant and rejecting the entirety of claimant's claims.

^{⑧7} 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132页。

^{⑧8} *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 2011, paras.8.1.17.

^{⑧9} 毕莹:《国有企业规则的国际造法走向及中国因应》,载《法商研究》2022年第3期,第175-180页。

The arbitral tribunal analyzed the controversial issues such as the judgment of “in accordance with law in host state”, the attribution of responsibility of states for internationally wrongful acts, and the application of the “umbrella clause”, which has important reference significance for the subsequent international investment arbitration practice. With more and more extensive participation of state-owned enterprises in international economic activities, international investment arbitration cases related to state-owned enterprises are becoming more and more frequent. Under the circumstances, the question of whether corporate behavior can be attributed to the state should be fully concerned.

Keywords: international investment arbitration; in accordance with law in host state; state responsibility; internationally wrongful acts; umbrella clause

(责任编辑: 郭菲菲 外审专家: 肖 军)

中国海事仲裁委员会简介

中国海事仲裁委员会（简称“中国海仲”，英文简称CMAC）是根据中华人民共和国国务院1958年11月21日决定，于1959年1月22日在中国国际贸易促进委员会（中国国际商会）内设立的，唯一以解决海事海商、交通物流争议为特色并涵盖其他所有商事争议的全国性、国际化仲裁机构。

中国海仲2021年修订机构《仲裁规则》、更新《仲裁员名册》，增加机构管理透明度，提高仲裁公信力，2022年配合中国海商法协会发布《临时仲裁规则》，提供临时仲裁服务，满足不断变化的仲裁实践需要，以其丰富的实践经验和精深的理论研究为中国仲裁法治建设和国际仲裁事业发展做出了突出贡献。自成立以来，中国海仲以事实为依据，以法律为准绳，参考国际惯例，尊重合同约定，已独立公正地审理裁决案件数千件，所受理的海事海商案件数量持续位居世界前列。所涉案件专业性强，国际案件占比高（60%以上），裁决的独立性、公正性、专业性和权威性得到了国际社会的普遍确认，其优质高效的仲裁服务在国内外享有盛誉。

中国海事仲裁委员会示范条款

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

可特别约定：仲裁庭由【 名】仲裁员组成，仲裁地位于【】，仲裁语言为【】，本合同适用【】为实体法。

China Maritime Arbitration Commission (CMAC) Model Arbitration Clause

Any dispute arising from or in connection with this contract shall be submitted to China Maritime Arbitration Commission (CMAC) for arbitration in accordance with CMAC Arbitration Rules for the time being in force at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon all parties.

Recommended additions:

The arbitral tribunal shall be composed of [...] arbitrator(s).

The seat of arbitration shall be [...].

The language of the arbitration shall be [...].

This contract shall be governed by the substantive law of [...].

联系我们

中国海事仲裁委员会

地址：北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦13层

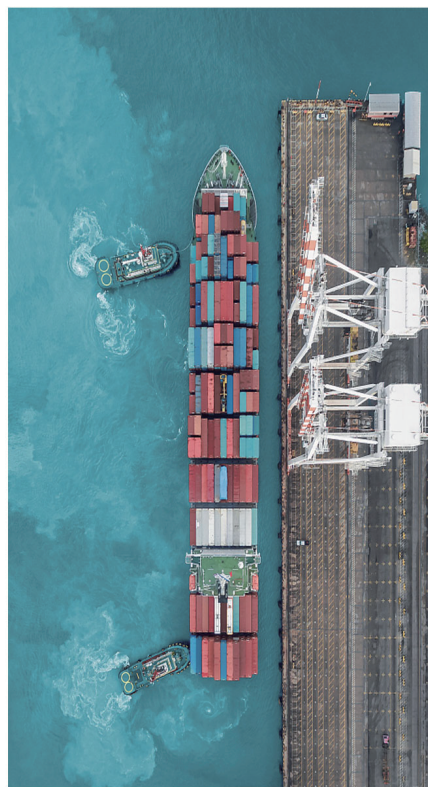
邮编：100035

电话：010-82217900、010-82217920/7927

传真：010-82217966

邮箱：cmac@cmac.org.cn

网址：http://www.cmac.org.cn



扫一扫关注订阅号



扫一扫关注公众号



中国贸促会专利商标事务所
CCPIT PATENT & TRADEMARK LAW OFFICE



守护智慧 创造价值

中国贸促会专利商标事务所将为您提供：

专业化 · 精细化 · 国际化服务

习近平主席在庆祝中国国际贸易促进委员会

建会70周年大会上指出，

“（中国贸促会）在国际经贸仲裁、**知识产权服务**、
商事调解等领域**积极探索创新**”。

在高质量发展的新时代，贸促会专商所将

不忘初心、牢记使命，

继续探索创新，

助力中国企业扬帆远航。

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