商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION



2024/第1期

双月刊(总第23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 2024年第1期 总第23期

商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

2024年 第 1 期 / 双月刊 / 总第23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　龙乙方　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　夏先华　顾　涛　郭菲菲　桑远棵　黄艳好
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

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

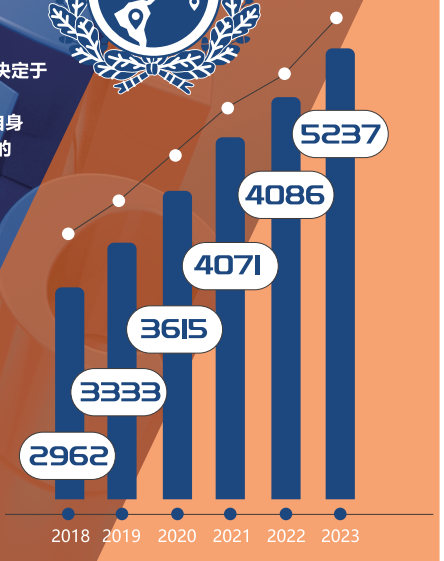
地　址　北京市朝阳区北三环东路静安西街2号楼

邮　编　100028

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6万余件仲裁案件，受理案件遍及世界160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国际仲裁机构之一。2023年，贸仲蝉联仲裁公信力“全国十佳仲裁机构”和“涉外服务十佳仲裁机构”双十佳奖项，“仲裁公信力”“涉外仲裁服务”两项指数分别达90分和98分，均位居首位，且是唯一双指标超90分的仲裁机构。



选择贸仲——中国仲裁的国际品牌

主要业务数据持续增长，位居国际前列
案件量质齐升，数量和标的额均创历史新高

- 仲裁案件数量**连续六年**保持增长，2018-2023年共受理案件**23304**宗
- 其中涉外案件共计**3801**件，平均每年受理涉外案件数量近**650**件
- 争议标的额**连续六年**突破**千亿元**大关，2018-2023年受理标的额**7369亿**元，其中2023年达**1510.23亿**元
- 2018-2023年受理标的额超**亿元**案件共计**1164**件，标的额超**十亿**元案件近**百件**，其中2023年受理上亿元案件**209**件，同比增长**11%**，其中**十亿**元以上案件**19**件





1881
仲裁员名册现有仲裁员**1881**名

1289
中国内地仲裁员**1289**名

592
外籍及港澳台仲裁员逾**592**名

145
来自**145**个国家和地区

全覆盖
实现中国内地各省区市全覆盖

112
包括**112**个与中国签署共建一带一路合作文件的国家

国际化程度持续提升，案件争议类型新颖多元

- 成立至今，受理案件累计已超过**160**个国家和地区，服务全球商事主体范围进一步扩大
- “一带一路”倡议10年来，累计受理涉及“一带一路”案件**2944**宗，总争议金额**1600.17亿**元，争议金额上亿元案件**256**件，积累了处理“一带一路”经贸投资争议丰富经验，2023年首次实现“一带一路”案件国别**基本全覆盖**
- 2018-2023年，受理双方均为境外当事人的国际案件数量**375**件，争议金额突破**百亿**元
- 2018-2023年，外籍仲裁员共**532**人次参与审理**502**件案件，约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件共计**604**宗，其中2023年外籍仲裁员**136**人次参与审理**125**件案件，约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件**93**宗
- 案件争议类型新颖多元，以2023年为例，主要争议类型包括买卖合同、建设工程、公司/企业治理、服务合同、金融、租赁、知识产权、文化体育娱乐产业、委托合同、房地产、环保低碳等，受理建设工程、知识产权、金融等热点领域案件增幅明显

公众号（服务号）　公众号（订阅号）

地址：北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦6层
邮编：100035
电话：010-82217788　64646688
网址：http://www.cietac.org



为不同国家和地区的商事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（又名北京国际仲裁中心，英文简称BAC/BIAC）于1995年9月28日设立，在1998年率先实现了自收自支，并在2018年成为首批纳入最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的五家仲裁机构之一。经过近三十年的发展，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上有一定影响力的多元争议解决中心。

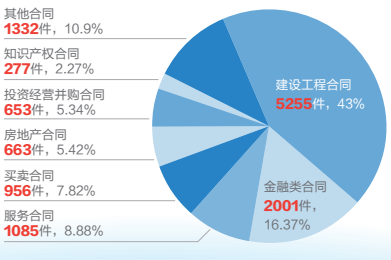
北仲不仅竭诚为当事人提供优质、专业的仲裁服务，还通过研究、宣传及国际交流向世界展示中国优秀的仲裁实践。其中，北仲积极组织中国商事争议解决年度高峰论坛、赞助ICCA大会、作为观察员参与联合国贸法会第二工作组讨论，积极响应中国“一带一路”倡议及北京国际交往中心、国际科技创新中心建设规划，推动中外重要国际组织及主要争议解决机构的合作，加速中国仲裁的国际化发展进程。除商事仲裁外，北仲还为当事人提供投资仲裁、商事调解、工程评审等多元争议解决服务，为中外当事人的商业交易保驾护航。

北仲的优势

- 截至2023年12月31日，北仲共受理仲裁案件79,179件，所涉争议金额共计8,448.11亿元人民币，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65个国家或地区。
- 每年约80%的仲裁案件至少一方非北京当事人，超过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105.09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。

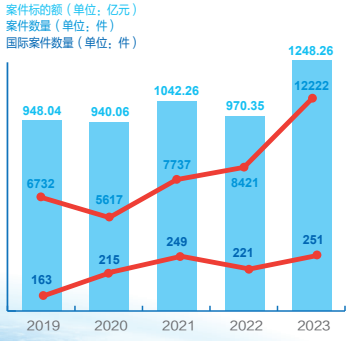
北仲处理仲裁案件情况

仲裁案件类型



2023年

案件数量／案件标的额



目 录

CCPIT 商事仲裁与调解

1 月 10 日出版　　2024 年第 1 期（总第 23 期）

□ 名家视野

仲裁涉及《民法典》实施的十个问题…… 孙宪忠　5

□ 实践研究

仲裁庭对国际货物买卖合同及其关联合同项下争议的管辖权限

——以锡锭、钢板和设备零部件买卖合同为例 …… 赵秀文　24

□ 理论研究

中国调解立法整合的范畴与体系…… 周建华　38

最惠国待遇条款在国际投资仲裁程序中的适用及我国因应……覃华平　强羽帆　59

粤港澳大湾区仲裁保全制度研究……谢沂廷　王一栋　75

□ 青年学范

国际投资仲裁中数据保护法适用问题研究…… 王梦颖　88

从检视到调适：拉德布鲁赫公式下的法院调解制度……郑文乐　蔡耀东　105

□ 案例分析

UAB E energija 诉拉脱维亚共和国仲裁案评析 …… 李　妮　118

德列维诉秘鲁共和国仲裁案评析…… 马燕飞　132

评 Hochtief AG 诉阿根廷共和国案 …… 符亿鸿　145

上述案例为中国贸促会法律部编写

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 1, 2024（Serial No. 23）

January 10, 2024

Ten Issues in Arbitration Related to the Implementation of China's Civil Code ····· *SUN Xianzhong*（5）

On the Arbitral Tribunal's Jurisdiction on the International Sale Contract and Its Related Contracts —Taking Contracts for the International Sale of the Tin Ingot Slab, Steel Plate, Equipments and Their Parts for Example ····· *ZHAO Xiuwen*（24）

The Scope and System of the Integration of Mediation Legislation in China ····· *ZHOU Jianhua*（38）

Application of the MFN Treatment Clauses in International Investment Arbitration Proceedings and China's Response ····· *QIN Huaping　QIANG Yufan*（59）

Research on Arbitration Preservation System in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area····· *XIE Yiting　WANG Yidong*（75）

Research on the Application of Data Protection Law in International Investment Arbitration ····· *WANG Mengying*（88）

From Review to Adaptation: The Court Mediation System under the Radbruch Formula ····· *ZHENG Wenle　CAI Yaodong*（105）

Case Comment: UAB E energija *v*. Latvia ····· *LI Ni*（118）

Comment on Renée Rose Levy de Levi *v*. Republic of Peru ····· *MA Yanfei*（132）

Review of the Hochtief AG *v*. Argentine Republic····· *FU Yihong*（145）

The above cases are edited by the Legal Department of CCPIT

仲裁涉及《民法典》实施的十个问题

孙宪忠*

引　言

《民法典》编纂完成之后，社会各界都在学习和了解。我们仲裁员当然也要认真学习，因为仲裁员的业务活动就是民商事案件的分析和裁决，而《民法典》是民商事领域的基本法律。在仲裁实践中应用《民法典》应该说是仲裁员的基本功，仲裁员应用《民法典》当然要比一般的法官更多。而且，仲裁员适用《民法典》和法院略有不同。因为仲裁活动的展开必须受到当事人仲裁请求的限制，仲裁员需要认真分析当事人的仲裁请求，既不能漏裁，也不能超裁，在法理的把握上要更为谨慎。相比而言，法院的自由裁量权更大一些。此外，仲裁员需要对当事人的请求权进行更为深刻的法理分析。我担任仲裁员很多年，也裁决了一些案件，我在实践中发现，对于仲裁建立的请求权基础，不少律师和仲裁员掌握得不太好。我们经常会遇到的一个问题是，因为律师帮助当事人提起的请求不准确，结果仲裁庭明明看到当事人有道理却无法支持。所以，对请求权的分析和认定，很显学术功力。受当事人请求的限制，仲裁裁决书一般来说更加追求法理阐释，从事实认定到各个裁项的认定，每一条都要做很多论证。这说明，仲裁员的法学素养应该是很高的。现在《民法典》给我们提供了丰富的法律适用资源，我们应该充分应用这个资源，把案子办好。因此，仲裁业务的学习，应该把《民法典》的学习和研究作为重点。《民法典》实施之后，我也在仲裁实践中开始适用《民法典》分析和裁决案件。结合我多年的学习和研究经验，对于仲裁实务涉及《民法典》实施的学习和研究心得，在这里和大家做一个交流。

一、法律渊源上公法和私法的区分

进行仲裁活动，首先会遇到的问题是立案，立案要解决的问题是仲裁庭是否有管辖

* 孙宪忠，中国社会科学院学部委员、中国社会科学院法学所一级研究员、中国社会科学院大学特聘教授（国家一级教授）。本文系中国仲裁法学研究会讲座报告的整理稿，参与稿件整理的有中国社会科学院大学法学院硕士研究生黄舸、李晗、李美娜、时坤。此外，北京大学法学院常鹏翱教授、杨永刚律师、中国社会科学院大学法学院博士研究生王凤瑞等，对本稿提出修改意见，在此一并感谢。

权，判断某个案件是否是行政法上的案件，或者是否是民商事案件涉及行政管理的案件，这时就要考虑到仲裁特有的管辖权问题。如果纯粹是行政法上的案件，基本上就无法通过仲裁方式立案；如果一个案件是行政附带民事案件，立案也会发生争议。仲裁经常会遇到地方政府作为合同一方当事人的情形，比如地方政府招标基本建设项目的合同，有时政府就是一方当事人。事实上法院的同志们对这种案件也有争议，有些认为这种合同是行政合同，有些认为是民商事合同。在这种情况下，我们就需要依据法理来分析，尤其是对公法和私法之间的关系问题予以仔细了解，同时对我国《民法典》编纂时对处理这个问题的做法进行充分了解。

公法和私法的区分在法学历史上就是一个古老的话题，我们不得不佩服罗马法。早在公元 2 世纪，罗马法已经就这个问题有了非常准确的描述。当时，罗马已经出现了《法学阶梯》这本书，该书署名作者名叫盖尤斯，但是从历史考察来讲，我们现在还无法确定盖尤斯是一个人还是一个作者群体。即便如此，《法学阶梯》这本书仍然给我们留下了灿烂辉煌且非常丰富的法学知识，其中一个很重要的创举就是关于公法和私法的区分。公元 6 世纪时，武功盖世的罗马皇帝 Justinianus（按英语发音译为“查士丁尼”，按照拉丁语发音则译作“优士丁尼”）在编纂《民法大全》时将《法学阶梯》更名为“优士丁尼民法总论”，作为民法的基本理论和基本原则。在《优士丁尼法学总论》概述部分第 4 条明确提到：“本皇帝认为世界上的法律划分为两种，一种是公法，一种是私法。所谓公法是涉及公共利益的法律，而私法是涉及到私人利益的法律。”这个区分就是后世所称的“公益说”和“私益说”。后来历史上不断出现关于公益与私益的划分对不对的讨论，尤其在近现代社会法、社会主义思潮出现后，国家立法对私人领域干涉增多，法律还能不能存在这样的公私法划分，也出现了争议。但是从立法和司法实践来讲，这个问题没有太大争议。因为法院体系的设置、诉讼体制的设置和执行裁判的设置，大陆法系各个国家都坚持了公法和私法的区分。比如法院，行政诉讼、刑事诉讼、民商事诉讼由不同机构依据不同的程序进行，公法和私法相区分的道理实际上没有改变。

我国法律体系曾经继受于前苏联法学，对公法和私法的区分理论曾经采取批判的态度，但是随着改革开放和法治建设的全面恢复，我国逐步接受了该理论，而且在整个法治实践中也应用了这个理论。我国本次《民法典》编纂当然也应用了该理论。但是这种应用，和传统民法还是不一样，其原因就是我国的公共权力机构非常普遍地参加了民事活动，这一次编纂的《民法典》对此有更多的规定。尤其是政府对公有制企业的投资，这当然是典型的民事法律活动，但因为是政府行为，这种民事活动就和传统民法所认定的民事活动不一样。因为我国的公法法人包括机关法人、公有事业单位法人、基层社会治理组织和合作社等各类主体，这一点大家在从事仲裁业务时必须予以充分注意。

这个问题，刚好和我本人参加《民法典》编纂的工作以及在这一方面所付出的努力相关。希望各位可以看一看《民法典》总则编第三章第四节“特别法人”的规定，我发现，《民法典》实施以来，我国社会对这一部分规定不太注意。一些学者，即使是部分参加了《民法典》编纂工作的学者，都对这个制度的重要性欠缺了解。但是这一部分规定

十分重要，它涉及到我国公法法人制度建设的问题，也是和仲裁相关的、在《民法典》贯彻实施中涉及的公法和私法问题。

我国《民法典》规定法人制度时，其基本的法人类型划分在立法上独辟蹊径，将法人区分为营利法人和非营利法人。这个思路虽然基本上是采用德国法系的模式，但是德国法系的基本区分是把法人先区分为财团法人和社团法人，强调法人之中的成员资格及其权利问题。社团法人是设立在成员资格之上的法人，由成员组织起来的；而财团法人是没有成员的，是在财产之上设定的法人。在这个基础上，德国民法将社团法人再区分为营利法人和非营利法人。至于公法法人，德国民法并无清晰规定，德国的公法法人参加民事活动的问题由其行政法律规定。我国此次《民法典》立法中，考虑到财团法人在中国多数是公益法人，所以直接将营利法人和非营利法人作为基本划分类型，基本模式和德国民法有所变化。在立法过程中，相关领导曾和我讨论过这种做法的科学性和可行性问题，我对此表示赞同。我是在德国学习的，对德国法的法人制度比较熟悉。我认为，我国《民法典》没有必要照搬德国民法。德国民法典有点过于追求理论完美，它规定的财团法人这一章只有一节，而这一节只有几个法律条文，这个模式显得其理论僵化。我同意我国《民法典》不必为财团法人设立独立的一节或一章。

但是在立法过程中我又发现，这种立法模式对应到中国特殊的立法和司法实践，存在着一个比较大的漏洞，这就是我国普遍发生的大量的公法法人或者准公法法人参加民事活动的问题。这是我国经济与社会生活的一个特点，对于这些带有社会管理目的的公法法人和带有公法性质的这部分法人，他们的民事主体资格迫切需要在《民法典》中加以规定，但是这类法人，却无法纳入一般的营利法人或非营利法人之中。我发现这个问题以后，以全国人大代表的名义提出立法建议，建议在《民法典》法人部分设立类似于特别法人的章节，弥补制度的缺陷。所以《民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿）》一稿、二稿、三稿中是没有特别法人这方面内容的，后来才写上现在“第四节特别法人”这部分（但是必须说明，“特别法人”这个概念本身并非我的创意）。这个规定既有弥补空白的意义，也有中国独创的意义。

《民法典》关于特别法人的规定，不仅仅在学术上和其他法律实务上意义显著，我认为对仲裁业务而言，也有特别值得研究的问题。因为这部分规定的是公法法人，公法法人之中，最突出的就是大家熟悉的机关法人，另外还有承担公共管理职能的法人和具有公法法人部分色彩的法人，比如党派、政府机关、法院、检察院等机关、社会管理机构如城市居民委员会、农村村民自治委员会等等。具有部分公法法人特点的法人主要是合作社，虽然也是经济组织，但是是按照社会主义的思想组织起来的，和一般民法法人不同。

这一部分法人在仲裁业务中需要处理的问题是：如果按照传统法学的划分，公法法人的行为，尤其是公共职务的行为，当然是不可以纳入仲裁的范围的。但是在我国市场经济体制下，这些公法法人的很多业务，甚至是其主业行为，都应该纳入到仲裁的范围之中，因为这些行为是典型的民事行为或者民商行为。我认为，仲裁业务在以后会经常适用这一部分法律条文。为了准确认定法律关系主体，就应该运用特别法人这部分规则。

《民法典》条文显示的特别法人有四种：机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村合作社组织法人、基层群众自治组织法人，但是实际上至少有八种。机关法人不用多言。农村集体经济组织法人，指的是自从 1962 年农村地区成立人民公社时确立的“队为基础，三级所有”，即生产小队、生产大队，还有公社，这三个级次上形成的以农村土地为基础的法人。这个条文中所谓“城镇农村合作经济法人”包括 2006 年制定、2017 年修订的《农民专业合作社法》中规定的合作社法人，另外还包括供销合作社、信用合作社、手工业合作社法人等。这些法人现实中都是存在着的，以后也会出现在仲裁的业务之中。

我认为，公法法人涉及仲裁业务最需要解决的，是机关法人参加民事活动的问题，尤其是与我国公有制的国家投资，或者叫政府投资相关的法律业务问题，这是社会主义公有制最主要的体现。我担任仲裁员期间，遇到多起涉及政府投资设立的公有制企业的案件，有些是股权纠纷案件，有些是商品或者服务的交易合同争议案件，有些是物业租赁合同案件。在这些案件中，凡是“公有制企业”，都会提出保护公有制财产、仲裁庭不能让公有制资产流失的主张。但是，经过审理以后，这些主张基本上都无法予以支持。这些案件我想其他仲裁员也都遇到过，有关立法规定过去确实是有缺陷的。这一次编纂《民法典》，才把这个问题彻底解决了，但是我看到，关于《民法典》的解读都忽视了这些制度创新，因此在这里我要解释一下。

这个规定的核心条文，现在大家可以看到的是《民法典》第 257 条，规定了国家投资企业的规则，这个规定说明，大家习惯上所说的“国企”，是按照政府出资的方式来设立的，而且政府的出资存在是由中央政府还是地方政府进行出资的区别，即本条所说的“区别出资”。但是大多数人不知道这个条文涉及的公有制企业投资关系的复杂性，可能很多人仅仅知道国资委作为公有制企业出资人这一点，但是这个条文涉及更多的公有制企业投资者、以及这种投资所支持的法学理论的背景很多人不会想到，对此请允许我稍微多说一点。本来，国家投资设立的企业，在市场经济体制下本身就是一种企业，企业参加经济活动肯定会发生仲裁的管辖和审理问题。在我国过去的民法中存在一种理论或者原则，叫做公有制财产优先保护。这个理论产生于前苏联，1986 年《民法通则》也承认该理论。《物权法》制定时，因为这个问题也引起了争议，也就是大家都知道的 2005 年出现的“《物权法》风波”。后来《民法典》立法中也有很多争议。《物权法》制定时写入平等保护原则，《民法典》第 113 条又进一步规定这一原则，平等保护的问题才算解决了。

和这个问题相关联的，是“统一唯一国家所有权理论”造成的实践问题。这个问题不解决，仲裁也罢，法院诉讼也罢，涉及公有制资产和民众资产之间的争议解决，就会遇到无法排除的障碍。这个理论，有时候也被称为“国家所有权的统一性和唯一性原则”，它产生于 1934 年。那时苏联在斯大林领导下建立了高强度的计划经济体制，有一个法学家叫维涅吉克托夫，他提出社会主义国家里全部公有资产统一为国家所有，国家是这些财产的唯一所有权人。这就是国家所有权的统一性和唯一性理论的来源，它也被简单地称为“统一说”和“唯一说”。这个理论得到了斯大林的高度赞赏，因此成为社会主义所有权理论的经典，后来引入中国，成为社会主义国家所有权理论的正宗。这个正宗

的社会主义法学理论，产生于计划经济体制之下，它只是为了给前苏联的中央政府以行政命令的方式控制企业提供的一个理论根据。依据该理论，前苏联把全部社会资产的所有权区分为国家、集体和个人三种类型，这一点就是我们都很熟悉的社会主义国家普遍出现的“所有权三分法”。这个三分法，不仅仅只是类型的划分，而且是政治地位的划分。其中，国家所有权是神圣的，政治地位是至高无上的；集体所有权也是公有制，地位也很高；而一般民众的所有权就不能用神圣或者崇高来定位了。这个理论最为明显的缺陷在于，一是它把公有制企业作为国家所有权的客体，从本质上否定了公有制企业的独立法人地位；二是它否定企业以自己的全部资产承担无限法律责任，因为它不承认法人所有权这种独特的财产权利；三是，它从道德伦理的角度轻视甚至否定民众个人的所有权。

2007 年的《物权法》制定之前，我曾经撰写的一份立法报告提出，我国物权立法应该写上“一体承认和平等保护”的原则，无区分地承认和保护公私财产。但是，这个立法方案在 2005 年引起“《物权法》风波”，后经中央领导出面，支持制定《物权法》，指出依据《宪法》承认“一体承认和平等保护”，这个争议才得以平息。虽然这个大原则解决了，但是，公有制企业进入市场机制特别需要解决的政府投资的法律制度问题，一直没有得到解决。

我在读书期间对这个问题进行了长期的探讨，在 1990 年提出了政府投资理论，当时我国还没有进入市场经济体制的建设，但是我认为前苏联法学理论在法理上不能自圆其说，在实践上损害我国的改革开放。我的观点认为，从当时我国已经开始出现的公司制度的角度看，政府不再以行政命令的方式设立企业，而是以投资方式设立企业，这是非常正确的选择。依照现代公司制，投资者不是所有权人而是股东，即股权人。政府投资设立的企业还可以再投资设立企业，一级一级到下面设立七八级子公司，在国际上都很常见。在这种情况下，就必须坚持投资人享有股权而不是所有权，企业作为法人才享有全部资产的所有权。这种情况下国家所有权统一唯一理论或者原则，就是不能成立的。后来我出国期间，看到国内在 1995 年开始实行分税制和国有企业的现代化改造，而这个改造，就是按照政府出资、企业享有法人资格和全部资产运营权的方式来进行的。我对此深感欣慰。这一次我国《民法典》在第 96 条规定，政府机关法人是独立民事主体，它们有很多个，因此，从这一点看，我们就知道《民法典》的基本规定是，在民事活动中，不能再坚持国家所有权统一唯一的观点了。另外，《民法典》第 257 条规定，中央政府和地方政府分别出资，分别享受其利益并分别承担责任，不再规定国家作为统一唯一出资人。这个制度，实现了我几十年的学术追求。

在我过去的著作里，多次讲到过宁夏的羊肉案。宁夏一个企业向埃及出口羊肉，但是羊肉不是阿訇宰杀的，是机器宰杀的，埃及根据他们的教义认为这些羊肉不符合他们穆斯林的规矩，就把羊肉投入海中了。此后埃及方面向宁夏企业索要退款，但是宁夏企业认为自己履行合同很完善，并无违约，因此不能给埃及公司退款。这两方当事人正在纠缠的时候，中国的 COSCO（中国远洋运输公司）两艘大轮船到埃及装货去了，结果一上岸船就被埃及法院给扣了。中国远洋运输公司的代表和埃及法院说，我跟你们没有争

议，为什么扣我的船呢？埃及法院是这样回应的：按照你们中国的法律和法学家的解释，你们国家全部国有企业的资产都是国家统一唯一所有的，不论是出口羊肉的企业还是你们的轮船，都是一个法律上的所有权人名下的财产；我们现在的做法，是用这个同一所有权人的财产来追究所有权人的责任，所有权人必须承担无限责任，这有什么错呢？所以宁夏企业的责任，要用中国远洋运输公司的轮船来充抵。关于这个案子的发生，在我的著述中多有介绍，此处不用多谈。但是我们从这个案件就可以发现，我国社会曾经坚持的所谓正宗社会主义的法律理论，即国家所有权统一唯一理论，在理论上和实践上是多么糟糕。现在我国《民法典》已经改造了这个理论，重塑了相关制度，希望大家能够掌握。

我曾经和我国一个大国企的总法务，也是一位资深的仲裁员老师汇报过我在参加《民法典》编纂工作中的这一段思考，她告诉我，前苏联的“国家所有权统一唯一理论”对我国国际经济贸易关系是非常有害的，对我国的仲裁事业发展危害更大。原因是，外国企业和我国国企从事经济贸易的时候，都会注意到我国法律中关于国企的财产归属于国家的规定，依据国际惯例，以国家的名义所享有的财产享受外国法律管辖的豁免待遇，因此外国企业都很担心我国法律的这一条规定，会使中国国企在法律上享有特权。另外，在涉外经贸关系的争议解决中，人们经常约定仲裁条款，但是外国国企都不愿意在中国的仲裁机构进行仲裁，也是因为我国法律关于国企的国家所有权规定。现在我国《民法典》终于将这个条文废止了，我认为，这就有利于我国国企更进一步融入国际经贸关系，为我国仲裁机构扩展仲裁业务排除了障碍。

就我们一般仲裁员而言，掌握《民法典》第 96 条、第 257 条规定的法理及其制度内容，对于仲裁业务的意义很大。我们需要在涉及国企的案件分析中，适用这一条文的如下立法精神：第一，全部的公有制企业的投资行为，以及相关的权利和义务，都是民事行为，都是可以由仲裁管辖的行为；第二，公有制企业及其投资人之间的法律关系，不是所有权关系，不可以使用国家所有权的统一性和唯一性理论来表达，更不可以将企业资产表述为国家财产，追求不平等的竞争优势（这一点请注意《民法典》和 2008 年《企业国有资产法》表达上的差异）；第三，国有企业和其他企业都是平等的市场主体，在法律上应该一视同仁（第三点在最高人民法院的司法解释中已经明确）。

二、民法渊源中一般法和特别法的区分

仲裁适用的法律，基本上都是民商事法律。适用民商事法律，应该注意不仅仅要适用作为民法一般法律的《民法典》，还要适用民法上的特别法。这些特别法主要有三大集群：1. 以《公司法》和《票据法》为代表的商事法群体；2. 以《专利法》《商标法》《著作权法》为代表的知识产权法群体；3. 特别民事权利立法群体，即《民法典》第 128 条规定的特别群体的立法，涉及到妇女、老人、工人和消费者的保护等方面。在法律学习和实践上，应该掌握民法一般法和特别法之间的关系。

因为仲裁实践经常适用商事法律，所以我们首先应该就我国《民法典》和商事立法

之间的情况做一个了解。本次《民法典》编纂，曾经有民商合一还是民商分立的争论，从《民法典》编纂提出开始，就面临这个争论，随后也产生了关于知识产权法要不要入典的争论。事实上，在传统民法时代，民法典编纂时就讨论过民商合一的立法模式，虽然理论上是有可能的，但是最后除荷兰民法典之外，其他国家都没有采取民商合一的模式。在现代民法立法中，制定一个民商合一的法典是完全不可能的。因为在 18 世纪末、19 世纪初民法问题不是太复杂，商法问题也不是太复杂，把民法、商法规定在一个法典里面，至少在理论上是可能的。但是欧洲大陆的民法典，绝大多数也没有采取民商合一的模式，因为商事立法还是有其自身的特点。荷兰民法典想采取民商合一的模式，但是至今也没有成功。在现在的中国，因为互联网的出现，市场交易的复杂程度难以想象，民商合一的《民法典》编纂更不可能了。中国现行的《公司法》《票据法》好几百个条文，加上其他的特别法，条文数量更大，仅仅把商事法律编进《民法典》都不可能。法条数量更多的是知识产权法，现在国家层次的法律，《专利法》《商标法》《著作权法》、特别领域的著作权法等等，就已经有七八百个条文，还有《外商投资法》《电商法》等等，把这些法律全部放进《民法典》里，根本不现实。民事特别法还有特别民事权利主体的法律，比如劳动保护的法律、消费者保护的法律、妇女儿童保护的法律等等。这些特殊群体保护的法律，其基础是我国《民法典》第 128 条，这个条文明确地指出，这些特殊群体享有的基本权利是民事权利。

在司法实践中，包括仲裁的实务中，适用法律要考虑到《民法典》，也要考虑到上述三大群体的特别法。在法学界的一些著述中，有些学者特别强调民法和这些特别法的差别，特别指出这些特别法不属于民法，这些特殊主体享有的权利不是民事权利，这一种观点是不利的。比如，工人参加的劳动合同关系当然是民事关系，消费者购买、接受服务也是民事关系，商事关系、知识产权法律关系，当然都是民事法律关系。不过这些是特殊民事法律关系，这些特殊主体享有的权利是特殊民事权利。

在这三大特别法群体越来越发达的情况下，我国的民事立法只能采用一般法和特别法相结合的立法模式。《民法典》只能编纂为中国民事法律的一般法，或者称之为基本法。《民法典》之中规定了商事权利、知识产权、特殊民事权利的一般规则（参见《民法典》总则编民事权利部分），这些特殊权利的具体问题将由特别法做出细致的规定。比如《民法典》只是规定了商事法中营利法人的一般规则，更多的规则要留着由《公司法》作出细节性规定。知识产权法群体也留在了《民法典》之外。《民法典》第 128 条提到的特别主体民事权利的立法，也将由社会法群体规定。此外，还有一些特别合同的法律由特殊合同法规定（比如旅游合同的法律由《旅游法》规定）、特殊物权的法律（比如农村土地承包经营权由《土地承包法》规定）。总的来说这些法律是很多的，这是我们从事仲裁业务都必须要注意到的。

此外，在仲裁业务中也会涉及到适用规范民事活动的行政法规则。在我国，其实在当今世界，行政法包括大量涉及民事活动的法律规则。我国的《土地法》《森林法》《草原法》《水法》等行政法中，很多条文都涉及了关于民事活动的规定，其实也是关于民事

主体行使民事权利的规定。这些法律关于民事权利的规定，也可以说是另一种意义上的民法特别法的规定。当然，这些法律的规定，首先要服从《民法典》关于民事权利保护的立法指导思想，其次，这些法律要根据公共利益、环境和生态保护的精神等做出规定，在仲裁实务中也应该予以遵守。

在法学理论上，讨论民法的一般法和特别法这个问题，和仲裁有什么关系呢？那就是，希望大家在适用法律时，必须遵从一个基本的原则：其一是，首先要承认特别法优先适用这个规则。既然是特别法，就应该要优先适用。其二是，各位更加应该注意的，尤其是在裁判适用法律时，要注意，如果特别法没有规定或者规定不清楚，那我们就应该大胆地适用《民法典》的一般规定，尤其是《民法典》总则编的规定。《民法典》总则编在整个大民法体系之中，并非是叠床架屋的重复，而是要发挥统率和纲领的特殊作用。《民法典》总则编通过阐发民事法律关系的一般原则和一般原理，建立了一个能够普遍适用的规则。

在《民法典》总则编的编纂过程中，我当时放出豪言，在民商法领域，以后我们的裁判者就不能再说中国法律上无法可依了。现在想起来，我认为这句话也没有说错。没有具体的规范可资适用时，就应该适用《民法典》总则编中的一般规范。因为这个总则编，我国民法实践无法可依的问题可以说完全解决了。《民法典》总则编提供了丰富的法律适用的资源，我们应该使用好这个资源。关键问题是，现在一些仲裁员、律师，还有一些法官，对《民法典》总则编的立法意义欠缺了解。

三、权利分类上绝对权和相对权的区分、支配权和请求权的区分

权利分类上绝对权和相对权的区分、支配权和请求权的区分，是法学理论上、法律实践上很有意义的学理区分，但是相关理论在中国法学界介绍得不多。

中国法学界接受的民事权利的基本划分是财产权和人身权的划分。财产权和人身权的划分在法律上是很有意义的，中国民法到目前为止也是按照这个体系来划分的。比较而言，这个划分方式大家更容易理解。财产权和人身权的划分能够突出人的尊严，突出涉及人身的基本权利，它的意义也很重大。从法律实务层面来讲，由于人身权利至高无上，属于“专有权”，不可以转移，不可以有市场行为，只有财产权利才能有市场行为。就是因为这样，在立法上人身权利的法律规范数量都不大，没有市场化的规则，只有侵权法上的、保护性的规则。所以，《民法典》的体系划分不可能给它规定很多条文。相反，财产权利的保护内容很多，它必须要有很多的条文，要考虑市场上的规则。

从民法的基本理论方面讲，为什么要强调绝对权和相对权的区分？以及跟这个理论相对应的支配权和请求权的区分？因为这个区分是仲裁员必须要掌握的，或者说是学习民法的基本功。从绝对权和相对权区分理论的产生渊源看，这是德国潘德克顿法学里固有的理论，它产生的历史实际上并不太长。为什么产生的历史不太长呢？它是跟人的自我决定权相关联的，即自己能够决定自己的事物。人作为民法上的主体，能够自我决定

自己的事物、拥有自我决定权利。但是在法律制度历史上，自然人能够平等地享有充分的自我决定权，这还是近现代以来才实现的。

在民法古老的历史上，并不是一切自然人都能够平等享有自我决定权。甚至可以说，绝大多数人并没有自我决定权。因为古代一些人是奴隶，奴隶只是财产，是法律的客体，而不是主体。其他大多数人是下等人，下等人也没有自我决定权。说到这一点，这就涉及到法律上的“权利”这两个字的含义，以及这两个字涉及的道德伦理意义。古代法律中，民事权利的根本渊源并不是社会上大多数自然人本身，而是上帝或者君主。因为权利的本意是正当，而一件事情是不是正当的，并不是这些普通自然人说了算，而是神说了算，是国王皇帝说了算，或者说是上位者说了算。比如大家都熟悉的法律事务——婚姻，在我国古代都要父母之命、媒妁之言，而恰恰婚姻当事人自己说了不算。其他的民事活动，比如订立合同，在古代都要通过请神敬神的仪式。

古代社会，即使不是奴隶的自然人，人与人之间的法律身份也是不平等的，有上等人和下等人之间的区别。所以从法律上讲，在进行民事活动的时候，下等人也没有充分的自我决定权。不论是在财产关系中，还是在身份关系中，下等人的权利是掌握在上等人手里的。

只有到了近现代社会，因为人文主义革命的推动，人与人之间才实现了法律上的平等，下等人和上等人一样才都有了法律上的自我决定权。自我决定权这个道德性质的概念，很快就演化成了法律概念，它强调的是人民有权利自我决定自己生存和发展中的法律事务，包括财产和人身。自我决定权这个法律概念出现以后，法律上又出现了“意思自治原则”这个极富思想性的法律理论，它最终演化成为一项十分重要的宪法原则和民法原则。意思自治原则的出现在法律发展历史上具有划时代的意义，它不仅仅从道德伦理的角度确立了民众作为法律主体资格的地位，而且进一步地把法律上的权利定义为民众自己内心真实意愿的结果。回顾人类社会诞生以来自古就存在的奴隶制社会、等级身份制社会的历史，我们就可以知道意思自治原则出现的重大历史价值。在我国的法学研究和教学中，意思自治原则并没有得到充分的尊重，这是我国法学的遗憾。

正是因为这个原则的出现，在民法上才出现了绝对权和相对权的法律概念，而且罗马法上就已经有了支配权和请求权法律概念的雏形，之后也逐渐清晰明确下来了。绝对权和相对权的法律概念意义丰富，我在这里只能简单讲述。从意思自治原则的角度出发，我们可以看到，有些权利，仅仅依据权利人自己的意思，就能够实现权利的目的。比如，财产所有权就是这种权利，所有权人依据自己的意愿行使权利，支配和处分标的物，自己单方面的意志就可以发生法律效果。这种权利被定义为绝对权，即权利人行使权利的意思可以绝对发生效果的权利。这一类权利有很多，除了所有权之外，其实人身权包括人格权都是这种权利，权利的效果仅仅只服从民事主体自我的意思。

但是有些权利，自己单方面决定以后，还实现不了自己权利的目的，而是只能给自己、给他人施加某一种法律上的约束，即要求他人为某种行为或者是不为某种行为。这也就是说，权利人的权利只是发生向对方提出请求的法律效果。对方遵从这个请求的话，

权利人的目的才能实现。但是,对方也可能因为主观或者客观原因而不能遵从权利人的请求,此时权利人的目的就无法实现。所以权利人的意思不能绝对实现。这种权利在民法上称之为相对权。依据一个有效的合同所发生的权利,就是典型的相对权。其他的相对权也很多,比如要求他人损害赔偿的权利也是这样。我们稍微想一想就可以得知,民法上的权利,要么就是绝对权,要么就是相对权,所以,绝对权和相对权的区分,是民法学上的基本权利类型划分。

支配权和请求权的区分,其意义也很显著。支配权指的是民事主体对客观外在物(也包括权利作为客体的情形)进行支配的权利,而请求权指的是向另一个特定的民事主体提出请求的权利。支配权和请求权的划分,强调了权利的外观。在现代民法上的意义,这种划分的解释和理解的进路和绝对权与相对权的区分基本相同。

上面提到,我国民法承认和采纳的财产权和人身权的区分很有价值,但是从民事案件的分析和裁判的角度看,从司法裁判和仲裁业务的角度看,绝对权和相对权的区分,支配权和请求权的区分,这个理论才更有价值,很值得大家学习和掌握。因为,在仲裁实践中,我们处理的案件其实都是涉及法律交易的案件,而法律交易的案件从本质上看都是要依据当事人的内心真实意愿来判断的。不论是订立合同的法律效果还是履行合同的法律效果,都要贯彻当事人意思自治的原则。这是最基本的判断,此外还要就合同成立生效与合同履行效果之间的法律效果的区分问题做出准确的判断。这两个判断都是十分重要的。前一个判断一般人都比较清楚,对后一个判断,我国民法学界的主导观点曾经有失偏颇,导致立法出现问题。《民法典》编纂过程中,经过努力,问题终于解决了,现行的立法规定和《合同法》时期的规定相比有本质的改进。这个问题十分重要,有必要在此强调。

我们可以想一想,法律交易中订立合同和履行合同的情况。一项合同有效成立,当事人享有请求他人履行的权利,但是他单方的意思却实现不了权利的目的,他向对方提出请求,对方是否能遵从或者答应就很关键了。不论是从法理还是从实践的角度看,我们都知道,一方请求对方履行合同,对方并不是必然接受请求,所以合同只是发挥相对性的拘束力。那么权利的目的,也就是交易的目的(一般来说就是标的物所有权的取得)是如何实现的呢?对这个问题,在民法发展历史上,产生了德国法跟法国法的差异。法国法认为有合同、有契约,其权利目的就能够实现,所以它规定,仅仅依据合同生效这一个法律事实,来确定法律交易标的物及其所有权的变动。《法国民法典》第 1583 条明确规定,买卖合同依法成立,标的物的所有权就归属于买受人,不论价金是否交付,不论标的物是否成就,只要契约成立生效了,标的物所有权就是买受人的。它的基本理论就是把契约应当履行理解为契约绝对履行。但是德国法认为,即使合同成立了,契约应该履行也不能理解为契约绝对履行。依法成立的合同在当事人之间只能产生相对权的约束力,合同当事人只能享有请求权。权利人在向对方提出请求时,合同也可能履行,也可能会遇到障碍,那么这个请求就不一定会绝对得到实现。在这种情况下,请求权不能够直截了当地表现为所有权的取得。从法理和实践的角度看,德国法是具有优势的。

法国民法和德国民法的这个差异，恰恰就是我们中国数十年来民法立法和司法的发展变化。上个世纪九十年代，我国刚刚开始建立市场经济体制的时候，我国法学界包括民法学界在内，一是对现代市场法律体系并不十分了解，二是受日本民法学界不成熟的法学观念的影响，接受了契约应当履行就等于契约履行的观念（其实这一观念来源于法国民法），把合同成立生效的法律后果等同于合同履行的法律效果，在立法上和司法实践中出现了把合同产生请求权的效果，也就是合同之债的产生，等同于标的物所有权转移的法律效果，甚至出现了不动产的合同不登记不生效、动产合同不交付不生效的混乱规则，也就是合同履行之后才生效的规则。这些规则在 1994 年、1995 年到 1999 年制定的几个法律中都有所反映。在《民法典》编纂中，从立法上来说，观念已经发生了改变。

我在这里提三个《合同法》上最为重大的改变：其一，是《合同法》第 51 条的废止。原《合同法》第 51 条规定，必须在标的物成就而且出卖人享有所有权的情况下，合同才能生效。如果是没有标的物，或者是出卖人没有取得所有权，合同是不生效的。这引发了一个根本的问题：即当事人订立了合同，而且其意思表示也真实一致，可是合同却不能生效。这个法律条文就是这样规定的。因为主导的法学家认为，还没有标的物、出卖人还没有所有权，所以合同不能生效甚至是无效。它的基本含义是要等到合同具备履行条件时合同才能生效。这种观念就跟上个世纪九十年代后期，不动产的合同不登记不生效，动产的合同不交付也不生效等观念相同。简而言之，即一个合同要生效，它必须具备可以履行的条件。但是如果说这些履行条件最后也没有具备的话，合同始终是不生效的，也不能得到法律的承认和保护。后来在我的努力下，把这个条文给废止了。我废弃该条文最基本的道理是，合同的效力是债权，是请求权，因此合同只要具备特定人、特定人有条件作为债务人时，合同就应该生效。合同成立是一个法律事实，合同履行是另一个法律事实，这是两个法律事实，它们不能混淆，更不能把合同履行作为合同生效的条件。现实生活中生效合同没有履行的，不能说合同是无效的。这也是大家应该掌握的法律规则。

现在大家在学习《民法典》合同编的时候，请仔细琢磨一些条文，就会发现它们的含义和原《合同法》不一样。比如《民法典》第 597 条第 1 款规定，“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。”这个条文的意思是出卖人没有取得所有权的话，后续没办法履行；没有办法履行的情况下，买受人可以解除合同，并请求出卖人承担违约责任。但是依据原来《合同法》第 51 条的规定，是认为该合同不生效的。我们细品，《合同法》第 51 条规定的是不生效，而《民法典》第 597 条规定的是合同生效了以后的解除，而且要承担违约责任，只有存在有效合同的情况下违约责任才有发生的可能。这两个条文有非常本质的差异。我们做仲裁员的，不能不理解其中的差异。当然，如果是法院进行司法审判活动，法官也要理解这个要点。

其二，还有一个非常著名的有争议的条文，即《民法典》第 580 条，就这个条文的理解，我和法学界的一些老师有不同的看法。《民法典》第 580 条到底是什么意思？我们怎么理解这个条文？其实，这个条文就是要解决合同成立生效与履行之间不同的法律效

果问题。《民法典》第 580 条规定“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以要求履行……”,这当然是履行请求权,但是它后面说到“但是有下列情形的除外:(一)法律上或者事实上不能履行;(二)债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;(三)债权人在合理期限内未要求履行。”关键是该条文的第 2 款说“有前款规定的除外情形之一,致使不能实现合同目的的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任的承担”。

我跟法学界一些老师最大的争议在于,他们把该条款称为违约方解除权。但是从法理上来讲,这个不是关于违约方解除权的规定。从文字意义上讲,违约方也不能有解除权。明明承认了违约方构成违约,法律如果还让他享有解除合同的权利,这实际上是违背合同公义的,法律道理上也是讲不通的。这个道理虽然重要,但是它还是在其次的。最关键的原因在于:我们应该承认一个有效的合同最后有可能是无法履行的,理解这个要点才是关键,所以这个条文的本意是“合同履行不能的处理”。

各位可以看看以“全国人大法工委民法室”的名义主编出版的《民法典释义及适用指南》一书,这本书可以说阐述的是立法机关的同志们的认识,该书关于第 580 条第 2 款的解释是,这里的合同终止是“司法终止合同”,而不是违约者解除合同,这个看法和我的观点基本是一致的。

在合同履行不能的情况下,当事人有可能向法院或者仲裁庭提出终止合同的请求,法院或者仲裁庭来判断合同是否遇到了不能履行的情形,然后就是否终止的情形作出裁判。当事人的主张,不是因为违约,而是因为合同履行不能。履行不能和违约解除权是两个不同的概念,不论其构成要件还是法律效果都有显著的不同。为什么不能把它称之为合同解除?因为法律条文并没有用解除这个概念,而使用了“终止合同的权利义务关系”这个概念。最关键的是,在终止合同的情况下,追究违约责任是可以的,但是在解除的情况下,解除权人要承担违约责任,这个道理就讲不通了。因为解除合同是要求对方承担违约责任,而不是要自己承担责任。如果自己要承担责任,他还会向法院诉讼吗?还会向仲裁庭提出追究自己的违约责任吗?

另外,和这个概念相关的法理问题也简单解释一下:协议解除基本上不涉及违约责任的问题;而法定解除,即通过法院和仲裁庭来解除,法院和仲裁庭一般是要求对方承担责任。但是,《民法典》第 580 条,规定的是合同终止,有可能会导致法院的原告或者仲裁请求申请人承担责任。无论如何,这不能理解为违约方解除权。

无论如何,我们不能把合同的成立、有效与合同的履行做必然的、绝对的关联。这是我强调的重点,是我这么多年学术努力的要点,也是我作为全国人大代表和全国人大宪法和法律委员会委员直接参加立法所坚持的要点,现在这一点已经在立法上得到了实现。

至于合同履行不能的问题,我在这里简单解释一下。合同履行不能的情形很多,我在仲裁中也遇到好几起,曾经有一个案件涉及到征地拆迁。我国的土地市场,地价变化过大,再加上政府改变土地用途、征收出让金不予退还的时候,就会导致开发商遇到巨额亏损而陷于履行不能的情形。《民法典》第 580 条就是要解决类似的问题。另外,跟《民

法典》第 580 条相关联的，就是著名的《民法典》第 533 条，即情势变更条款。在情势变更的情况下，我们也要考虑到合同成立、有效和履行不能的情形。

我们做仲裁必须要严守仲裁请求权这一底线。当事人提的是请求权，必须得要准确地理解请求权的含义。不能把请求权变成支配权，不能把相对权变成绝对权。我有一个担任首席仲裁员的案件，也是涉及征地拆迁的问题。当事人之间，在被申请人还没有被拆迁之前有法律上的合作关系，后来被申请人的土地和房屋经过征地和拆迁，被申请人获得了几座楼的补偿。现在申请人请求仲裁庭直接裁判，从被申请人获得的几栋楼里给自己划进指定的面积和房屋。有个边裁老师也这样认为，认为仲裁庭可以行使仲裁权，划一些房子给申请人就行了。我认为这是不可以的。其基本的道理就是，当事人之间的合同关系，只能在法理上产生请求权，而不能直接产生物权或者其他支配权。对方当事人经过征地拆迁获得了哪些楼，那是他跟政府，或者跟别人的其他法律关系了。请求权针对的是债务人，你不能针对到债务人的楼上去，仲裁庭更不可能直接把别人的楼划定给申请人。在仲裁庭里，三个仲裁员的地位是一样的，但是我作为首席，担负责任要大一些。我给他们讲这个道理，最后两位边裁也都签字认可了。

仲裁业务的基本功，就是请求权的法律基础，全部的仲裁活动都是依据申请人的请求权展开的。所以我们必须掌握绝对权和相对权相区分、支配权和请求权相区分的基本法理，并且能够在实践中准确地加以运用。

四、法律根据上法律行为和非法律行为的区分

法律根据上法律行为和非法律行为的区分问题，在民法理论和实践上意义非常重大。上文提到，民法上自我决定权的产生历史到现在也才只有几百年，法律行为这个概念产生的历史就更加短一些了。上文提到的意思自治理论和原则，在民法上的一个重要产物就是法律行为理论，以及相关的法律制度。上文说到，近代人文主义革命兴起之后，民事主体有了自我决定权，这个时候，民事主体才成为真正的民法上的主体，才成为能够以自己的意思表示来决定自己的权利义务的主体。法律行为这个概念要求，必须依据当事人内心的真实意愿来确定民事法律关系的产生、变更和消灭；进一步的要求是，必须依据当事人内心关于哪一种权利义务关系的意愿来确定其权利义务，这个内心意愿，被称为法效意思，可以区分为关于财产权的法效意思（比如出卖标的物）和人身权的法效意思（比如结婚、收养）；更进一步的要求是，将财产权的法效意思，区分为订立合同产生债权的法效意思和履行合同发生所有权转移的法效意思。民法上的裁判必须要强调当事人的意思自治，即“Yes, I will”。

我国《民法典》第 133 条对于法律行为做出的规定是：“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系。”这个规定和 1986 年的《民法通则》是不一样的，是我国民法制度重大进步的体现。我在自己的著述里面对此有一些讨论，大家有兴趣的可以找来看看。

从人文主义历史来讲，法律行为理论的价值非常高，但是其司法实践的价值更为显著，因为法律行为，是最为重要的法律关系建立和变化的法律根据。我们中国法学界对此讨论较少，所以我简单说一两句。意思自治的人文主义价值体现在哪？体现在我刚才说的自我决定权——“Yes，I will”，不是上帝 will，也不是君主 will，而是“我”作为民法上的主体——“I will”——是我自己要决定这个事物。但是，“Yes，I will”在司法实践中如何理解？大家仔细想一想。I will，不能被理解为是想从别人身上取得权利，恰恰相反，“Yes，I will”是我自己要承受法律上的义务、要承受法律上的负担。因为我承受法律上的义务和负担，才会导致别人享受法律上的权利。这个要点，希望各位充分注意。因为正是这一点，才导致了法律上权利义务和责任的产生。法律上的权利义务是因为我自己主动地承担义务，最后才产生的，这是民法上法律关系的基础，是我们追究法律责任的法律根据。这个法律根据的要点，在民法教科书里基本上没有点明。

除法律行为之外，其他导致民事权利义务和责任产生的法律根据还有不少。仲裁员在裁判上要充分注意。这些法律根据，常见的一共有四种情形：1. 公共权力。公共权力会导致法律上权利义务关系的产生。比如：征收征用、法院的判决……征收征用、法院判决导致法律关系变动，在《民法典》里有明确规定。原来是《物权法》第 28 条，现在是《民法典》第 229 条对此有所规定。2. 自然事件。自然事件导致权利的消灭，也会导致权利的发生。3. 事实行为。虽然事实行为也是人的行为，但是它不是因为当事人意思自治发生的行为。4. 时效。

对于事实行为，在我国《民法典》的立法中争议挺大，最后我的有些想法得到了贯彻，比如添付的规定，有些没有得到贯彻，比如拾得遗失物。遗失物经过一段时间的公示催告后，最后变成了无主物。作为无主物，在法律上应该由先占之人实行先占取得，从占有最后变成所有权取得。法理上的道理和国际上通行的做法是这样的，但是我国到立法的最后阶段，也没有接受这个理念，我们认为遗失物都应该归国家或者集体。目前这个问题的争议还很大。

还有一种比较重要的，不是由于人的行为所发生的法律根据——时效。法律上对时间的效力这个方面会有很多规定，如消灭时效、除斥期间等等。时间上的效果并不是因为当事人有什么作为，恰恰相反，常常是因为当事人消极的不作为。因为时间发生权利义务和责任，这跟当事人因素无关，是法律上直接的规定。从裁判的角度来说，我们经常需要用到这个制度。

在裁判的时候，就会经常遇到有关法律根据的问题，追问权利义务到底是怎么产生的，就需要通过法律根据的引入来裁判权利义务，这也涉及到证据的应用问题。

五、法律行为中负担行为和处分行为的区分

关于负担行为和处分行为的区分，一讲到这个问题，在座的一些青年学者，尤其是民法专业的硕士和博士，就知道这是我跟国内民法学界争议比较大的一个地方，直接的争

议是法律行为理论中是否承认物权行为的问题。上个世纪九十年代，主导的民法理论家们认为处分行为与负担行为的区分在法理上不但是没有意义的，甚至是荒谬的。一些学者不愿意提及，在很多教科书里提到这个理论的时候一笔带过。近二十年来，这个局面完全改变了。首先是我国法院的司法解释和裁判实践都承认和适用了这个理论，现在我国《民法典》也按照这个理论对民法上最为关键的制度进行了改造，现在青年一代学者基本上都接受了这个理论。可以说经过我和一些学者的努力，负担行为和处分行为相区分的理论，已经成功地在我国复活。

负担行为和处分行为相区分，有一些学者是不承认它的，对于这个理论我从正面分析一下，是非正误，大家判断。我在这里采用我国台湾著名学者王泽鉴老师的基本分析方法，当然我在王老师观点的基础上，要结合大陆这边的实际情形做一些更多的阐发。我们先从一个具体的购买合同案例分析入手。请大家想一想，如果你去买一个汽车，或者买一栋房屋，你在订立买卖房屋合同时，是不是这栋房子盖好了，合同才能生效呢？或者说你要买的这个汽车，只有制造好了以后合同才能生效呢？从买受人的角度来讲，是不是只能去买现房，买现有的汽车？很显然大家能得出一个结论：不是。因为订立合同只是在相对人之间产生债权性质的请求权的拘束力而已，现实生活中，购买期房、期货的合同很多，这些合同当然不必要在标的物成就以后才生效。

上文提到绝对权和相对权的区分、支配权和请求权的区分。关于请求权的约束力，大家看一下《民法典》合同编第 510 条，这个条文规定，合同生效之后，当事人就质量、价款、报酬或者履行地点没有约定或者约定不明确的，可以签订补充协议等等。看了这个条文以后就会恍然大悟。按照这个条文的规定，即使这些合同的必要条款都不明确，但合同是能生效的。标的不明确、价款不明确、交付（履行）地点不明确、质量都不明确，可是合同都能生效。结合这个条文，我想大家一下子就明白现在《民法典》的规定和原《合同法》第 51 条规定的差别。

从这一点出发，我现在要采用王泽鉴老师的分析方法。王老师以上面提到的买卖合同为例，他说，债权的产生是“三不要”，也就是不要标的物，不要处分权，也不必要进行不动产的登记和动产的交付。在“三不要”的情况下，合同当然可以生效。只要当事人的意思表示一致，基本的框架是明确的，合同就能成立并生效。比如可持续供货的合同，标的物就是不明确的。在这个情况下，债权意义上请求权已经能成立。然后，到合同履行的时候，也就是所有权移转的时候，这个“三不要”就完全不可以了。我们还拿买卖房屋和买卖汽车举例。首先，在履行合同时，第一个，房子就必须存在，买汽车得有汽车。这一点和合同的成立就不一样。第二个，我们知道，履行合同就是要移转标的物的所有权，因此，履行合同时出卖人就必须享有对房屋或者汽车的所有权或者充分的处分权，这样，他才能够把所有权转移给买受人。第三个，所有权怎样才能转移到买受人手中？那就必须办理登记或者交付等等。因为所有权是抽象的，我们看不见它，但是它却是交易的关键。所以，出卖人向买受人移转标的物的所有权，就必须办理不动产登记手续或者动产交付手续，这个手续就是物权公示。

王泽鉴老师明确指出，订立合同生效时“三不要”，但是履行合同发生所有权的移转就必须“三要”。从这三个区别，我们一下子就理解了处分行为和负担行为之间的差异，以及它们之间的关联。简要地说，订立合同产生债权约束力，不要物、不要处分权、不要不动产登记和动产交付，它只是一个给当事人之间设立一个未来履行合同的义务，也就是一个设置负担的行为。所以订立合同的行为，叫做负担行为。我在上面提到，法律行为实际上就是自己受拘束的意思，订立合同就是给自己设置约束。

合同履行是标的物所有权的转移。移转所有权，要针对标的物，所以必须要物、要处分权、要进行不动产登记或者动产交付。通过不动产登记和动产交付，完成了对物的处分，把标的物所有权转移给对方，所以这个行为叫做处分行为。回想起来，我国 1999 年的《合同法》第 51 条在立法上进行规定的时候，一些学者把它叫做“无权处分的合同”，这些学者把订立合同的行为称为处分行为，这在法学理论上也有很大争议。

为什么要强调处分行为和负担行为的区分？在所有的法律交易中，都存在着订立合同和履行合同的差别，都存在着负担行为与处分行为之间的区分，不仅仅是最典型的法律交易买卖行为，还是《公司法》上的交易，知识产权法上的专利、商标等权利的移转，所有这些权利移转过程都是先订立合同后履行合同，所以，这些交易中都存在着负担行为和处分行为的区别。掌握了这个道理，我们就能够有效地就请求权的生效（即合同效力），与物权支配权的生效（比如买卖中的所有权转移）做出清晰而明确的分析和裁判。

这三个“不要”和三个“要”，也就是负担行为与处分行为的区分，实际上是民法上一种最基础的区分方法，也是一种最基础的分析和裁判方法。这个道理既清晰又简单，而且法理很透彻。也就是因为这样，我的观点首先得到了人民法院的接受。最早接受我理论的是江苏省高级人民法院，然后是上海市的法院。从我 1995 年开始首倡这个理论到 2003 年最高人民法院《合同法司法解释（一）》采用了我的理论，一直到最后《物权法》，到《民法总则》都采用了我的理论。我引入这个理论，到最后建立区分原则，得到立法采纳，走过了二十年的路程。大家可以看到，科学上的道理都是简洁明快的，不科学的那些道理都很复杂。比如，关于否定负担行为和处分行为相区分的理论观点，论述就很复杂。

六、法律规范中行为规范和裁判规范的区分

民法中的法律规范有两种类型，一种是行为规范，一种是裁判规范。所谓行为规范就是引导大家怎么做的规范。在合同法中这样的法律规范是非常多的，比如《民法典》第 511 条，关于合同履行中约定不明确的这些条款如何处理的问题。第 511 条就是在众多约定不明确的场合下，引导当事人如何行动。比如质量约定不明确、价款不明确、履行地点不明确的，引导当事人履行合同时应该如何做。它属于行为规范，是引导当事人的。裁判规范就是要通过仲裁，或者通过法院的司法，明确当事人之间的是非，通过裁判的方式确定当事人之间的权利义务和责任。行为规范跟裁判规范之间，大体上是有区分的。

虽然大体上来说学理上有这么一个区分，但是也有一些法律规范，既具有行为规范的特点也具有裁判规范的特点。

行为规范不仅仅发挥对当事人予以引导的作用，对法官和仲裁员也可以发挥引导性作用。但是在司法实践和仲裁实践中，需要注意的是，不能简单地依据行为规范来做裁判。比如，《民法典》第 511 条，就是一个行为规范，这个条文是引导当事人，在合同约定不明确时怎么办的。但是一个仲裁员如果遇到这种情形，如果要适用第 511 条规定的话，那么就需要做更多的工作，他还需要根据条文后半句的规定，利用法律行为解释的规则，从客观的标准来确定当事人之间的真实意愿，寻找当前市场交易行情的依据等，这样才能作出分析和裁判。显然，他不能简单地适用第 511 条这样的行为规范。

七、强制性规范和任意性规范的区分

民法上的法律规范，也可以区分为任意性规范和强制性规范。这个区分在各种民法教科书中都会提到，所以对此不必多说。在我们国家的法律中，强制性规范经常表现为“不得”进行某种行为。比如《民法典》合同编中关于格式条款的一些禁止性规定，关于合同约定不能损害人身，要保护劳动者等等，这些属于明显的禁止性条款。

在合同编中间还有一些关于生态环境保护的规范，都是禁止性、强制性的条款，是当事人的意思，不能违背的，这样的案件仲裁庭也比较容易把握。对于任意性规范，仲裁实践中也会经常遇到。如果任意性规范经过当事人的选择变成了合同条款，那么仲裁庭就可以用它来分析和裁判。通过这个角度的分析，我们可以看出，上面提出了行为规范和裁判规范的区分这个要点，以及强制性规范与任意性规范的区分这个要点，我们可以看到这两个要点之间的不同分析，希望在仲裁中予以注意。

八、民法总则、民法基本原则应用于分析和裁判

我国《民法典》的编纂，采取总则和分则的结构模式，其中总则编体现了立法指导思想、基本原则和基本法理。总则编对分则各编具有统率和纲领的作用。对这个要点，我曾经在《法学研究》期刊上发表过一篇比较长的论文，各位有兴趣的，可以参考一下。

在仲裁实践中必须重视总则的应用。上文分析《民法典》作为基本法与特别法的基本关系时，曾经提到我们不能把《民法典》的总则理解为它仅仅只是《民法典》的总则，而是要理解为它还是大民法体系，包括商事法律、知识产权法律和特殊民事权利立法的总则，甚至，它还是很多行政法的总则。

在做仲裁或其他法律实务时，必须要考虑到民法总则性的规定。我国《民法典》总则编的规定超越了德国民法典，因为德国民法典第一章第一条规定人的权利能力始于出生、终于死亡，即一开始规定了自然人作为主体的产生。可是中国民法的第一部分规定了民法的指导性思想，比如第一条规定的社会主义核心价值观，比如公平、依法、诚实信

用等民法的基本原则。关于民法的原则有些学者认为是六个,有些学者认为是七个,二者的区别在于是否包含公序良俗原则。有些学者坚持公序良俗是个独立的原则,但是有些学者认为它是在合法性原则范围内的,学术上的讨论很多,但是实践意义不大。公序良俗,从法律上讲,实际上是跟合法性原则联系在一起的。目前在仲裁角度应用较少,希望以后大家能创新应用,到底什么是良俗?公共秩序怎么理解?仲裁庭权力有多大?都有待进一步解释。目前法院已经比较多地将公序良俗应用于案件裁判中,除此之外其他的很多原则,比如诚实信用原则,在裁判时也都是可以应用的。

九、法律关系逻辑应用于民法分析和裁判

法律关系逻辑是民法上一个基本的分析问题的工具,也是学习法律的基本功。学法律的人与非学法的人最大的区别,就是看是否知道法律关系的逻辑。比如在合同相对性、夫妻关系等方面,学法的人知道权利义务关系和主体都是明确肯定的,能够清晰地分析法律上的权利、义务、责任,不牵扯别人。

举一个合同上的例子来说明我要阐述的问题。如果两个合同当事人将争议提交到仲裁庭来解决,那我们仲裁庭要处理的,仅仅是涉及申请人和被申请人之间的合同关系,因为他们两个是当事人。仲裁庭不会考虑当事人双方背后的其他人,比如当事人的上级领导或上级单位的意见;也不会考虑当事人的配偶是不是脾气很大,个人情绪状态这些因素。但是学哲学的人不一样,哲学讲究万有联系,强调外在因素对个人行为的决定作用。但是民法学家认为这不符合民事法律关系上关于主体特定的科学定义。欧洲民法学上有一个笑话,批评哲学上万有联系的观点,说希特勒发动第二次世界大战,原因是埃及女王克里奥帕特拉的鼻子太高、长得太好看。从哲学的角度看,这确实有历史联系,因为埃及女王太漂亮,导致罗马人入侵,历史一步步发展下来,希特勒发动了第二次世界大战。这些所谓的哲学历史分析,听起来有道理,但是民法科学上认为很荒唐,因为这样的分析,给人最后的结论是当事人自己反而没有责任了。

我在开庭时也遇到过这样的问题,当事人提出的主张,经常不能形成合法有效的抗辩,就是因为总在讲其他方面的原因,我们一定要注意这一点。我们学习民法科学,必须坚持在法律关系的逻辑基础上分析和裁判,这个要点必须要掌握。

十、违约责任和侵权责任

一般来说仲裁基本上不审理侵权责任案件,虽然也会涉及到,比如贸仲的仲裁规则里没有排除侵权责任,但是基本内容都是关于审理违约责任的。

在违约责任的问题上,《民法典》关于违约责任的规定与之前的《合同法》是有一些差别的。比如,合同履行的问题涉及到的第 580 条,前面已经给大家已经讲到,在这里不再多说。其次,第 581 条是强制履行涉及到第三人的问题,这个问题涉及到第三人,仲

裁时能否运用这样的条文进行法律上的裁判？这实际上是个问题，因为仲裁审理的是当事人之间的权利义务关系。对方是否可以请求其负担由第三人替代履行的费用，从仲裁的角度讲，目前还是存在一些困难的，因为这个问题涉及第三人，第三人与案件当事人之间的权利义务关系是否形成有效的对应，是需要证据和其他法律逻辑来判断的。律师、法院通过证据都可以这样做，但是仲裁庭受申请人和被申请人之间法律关系的约束，应用这样的条文是需要慎重的。我曾经遇到过这样的案件，确实没有办法裁决。最后，第584 条需要引起特别注意。“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”这里面涉及到违约金的约定能否无边无际，仲裁庭在计算违约金时，能否持续且连续多年计算的问题。

最近有一个城市的仲裁委员会的领导打电话给我，说他们遇到一个案子，案情大概是当事人之间的合同争议已经发生了很多年，后来确定一方违约，这个违约金即使按照比较市场化的标准来计算，也已经超出本金很多倍了。500 万左右合同本金的争议，现在违约金已经高达 2000 多万了。针对这个问题，仲裁委请了几个著名教授给他们写了法律意见书，这些学者支持这么高的违约金，依据是违约金既然这样约定了，就要严格地执行。后来仲裁委领导觉得这样做特别不妥当，但是也没有更确切的处理方法。

我觉得这几位学者的意见不太妥当。因为，《民法典》第 584 条规定了可预见规则，或者叫可预见原则，是指在订立合同当时的背景下，损失赔偿额应该相当于能够预见的不履行合同可能造成的损失的大小，不能把违约方的违约责任追究得无限大。所以太高的违约金计算我不赞成。我认为，这个条文规定的“可预见”，包括对权利义务的预见，也包括对违约造成的损失的预见。不能把违约金不断计算，最后超越本金很多倍，这实际上违背了法律设置这个制度的基本出发点。

同时，第 585 条也是这样规定的，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。所以违约金无穷化的计算方法我是不赞成的，希望仲裁庭能够应用上第 584 条和第 585 条，合理确定违约金的数额。

以上十个问题，供大家参考。谢谢大家！

（责任编辑：谭　剑　崔新民　马　琛）

仲裁庭对国际货物买卖合同及其关联合同项下争议的管辖权限
——以锡锭、钢板和设备零部件买卖合同为例

赵秀文*

内容提要 国际货物买卖合同往往涉及国内外的多方当事人，一个合同的买方往往就是另一个合同的卖方。笔者结合三十多年来作为仲裁员参与审理的国际货物买卖合同典型案例，即锡锭、钢板和设备零部件买卖合同案，就仲裁庭对国际货物买卖合同及其关联合同项下争议的管辖权限作了较为系统的研究。笔者认为，仲裁庭的管辖范围原则上仅限于含有仲裁条款的国际货物买卖合同项下的争议事项，而不涉及与该国际货物买卖合同相关联的货物买卖合同。按照国际商事仲裁立法与实践普遍认可的“仲裁庭自裁管辖原则”，仲裁庭有权依据应当适用的仲裁规则或法律对其是否具有管辖权作出决定。法院和仲裁机构根据当事人的诉讼或仲裁请求对同一标的物行使管辖权是相互独立的平行关系。在某些特殊情况下，尽管关联合同中的仲裁条款与主合同不同，或者关联合同中并没有仲裁条款，但是如果申请人根据含有仲裁条款的国际货物买卖合同向合同约定的仲裁机构申请仲裁，仲裁庭也可以根据申请人的仲裁请求对主合同和关联合同项下的争议行使管辖权，但须主合同与关联合同的当事人相同，且合同标的物相同或基本相同。

关键词 仲裁庭自裁管辖原则；国际货物买卖合同；关联合同；法院管辖与仲裁管辖

在国际货物买卖交易中，最终用户采购的产品往往经过若干中间人转售后才能自产品制造商到达用户手中。如果产品质量存在瑕疵，用户该如何进行索赔？是诉诸法院还是提起仲裁？索赔对象是与之签订购买合同的卖方，还是根据卖方指示向其付款的关联合同的第三方？其法律依据是什么？仲裁庭在遇到关联合同争议时，其管辖权限应当如何确定？如果不同合同项下的相同争议标的同时在我国仲裁机构和异国法院审

* 赵秀文，中国人民大学法学院荣休教授、法学博士。现为中国国际经济贸易仲裁委员会、世界知识产权组织仲裁与调解中心、新加坡国际仲裁中心、亚洲国际仲裁中心、香港国际仲裁中心及北京、石家庄、珠海等国内外仲裁机构在册仲裁员，英国皇家御准仲裁院协会（MCLArb）成员，国际商会中国国家委员会仲裁委员会和商事惯例委员会委员。自 1990 年起，在中国国际经济贸易仲裁委员会、国际商会国际仲裁院等国内外仲裁机构办理国际商事仲裁案件二百余起。

理，仲裁庭应当如何确定其管辖权限？笔者结合多年来审理国际货物买卖合同争议案件的仲裁实践经验，以及国际商事仲裁立法与实践普遍认可的“仲裁庭自裁管辖原则”，阐述对此原则在国际货物买卖合同及其关联合同中的适用问题的一己之见，供读者及同仁批评指正。

一、国际货物买卖合同及其关联合同的含义

（一）国际货物买卖合同的界定

由联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission on International Trade Law，以下简称联合国贸法会或 UNCITRAL）主持制定的、旨在调整国际货物买卖合同的订立和买卖双方当事人之间权利与义务的《联合国国际货物买卖合同公约》（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods，以下简称 CISG）[①] 第 1.1 条规定，“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间订立的买卖合同。”据此规定，判断一个货物买卖合同的国际性的标准，是买卖双方的营业地是否位于不同的国家，即营业地标准。CISG 第 1.3 条还规定：“在确定本公约的适用范围时，当事人的国籍和合同的民商事性质，则不予考虑。”我国作为公约缔约国之一，在认定货物买卖合同的国际性时，同样应当适用公约规定的当事人营业地标准。

（二）国际货物买卖合同的关联合同

国际货物买卖合同的关联合同是指与该特定合同的当事人或者标的物相关的合同。例如在国际货物买卖交易实践中，一起货物买卖合同中的买方往往就是另一个买卖合同的卖方，或者两个相同当事人就他们之间涉及不同买卖标的物在买卖交易中互有交集的情形。归纳起来，国际货物买卖合同项下的关联合同主要有以下几种表现形式：

1. 买卖合同当事人相同而标的物各异（以锡锭买卖合同案为例）

二十世纪九十年代初，中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲）受理了申请人香港广金达贸易公司（以下简称香港公司）与被申请人美国 Bomar Commodities, Inc.（以下简称美国公司）之间的锡锭买卖合同托收货款争议案。香港公司依据该合同中的仲裁条款请求美国公司支付该案合同项下的欠付货款。

本案仲裁庭由素有“中国仲裁元老和中国仲裁先生”之称的唐厚志老先生作为首席仲裁员，与高隼来老先生和笔者组成。仲裁庭在审理该案过程中，美国公司在其书面答辩中认可香港公司在仲裁请求中提出的欠付款项金额，但是称其拒付此项货款的理由是香港公司在与其进行的另外一笔货物买卖交易中欠付美国公司相同金额的货款。由

① CISG 由联合国国际贸易法委员会主持制定，于 1980 年 4 月 11 日在维也纳召开的外交会议上通过，我国于 1986 年 12 月 11 日批准加入该公约，公约于 1988 年 1 月 1 日起生效。截至 2023 年 12 月 8 日，该公约共有 97 个缔约国。关于这些缔约国的名称，可参见联合国国际贸易法委员会官方网站，https://uncitral.un.org/zh/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status，最后访问时间：2023 年 12 月 8 日。

于双方当事人没有向仲裁庭披露该关联合同，且双方当事人未能就将香港公司欠付美国公司货款合同项下的争议一并提交贸仲解决达成一致，故仲裁庭的管辖权仅限于本锡锭买卖合同项下的货款争议，而对他们之间的另外一起买卖合同项下的货款争议没有管辖权。本案仲裁庭经审理后于 1991 年 8 月 28 日作出裁决书：裁定美国公司向香港公司支付该合同项下的欠款金额，并承担本案仲裁费。

本案裁决作出后，美国公司未能主动履行贸仲裁决的支付欠款的义务，香港公司则向美国公司所在地美国新泽西州法院申请强制执行该裁决。新泽西州法院 John C. Lifland 法官于 1992 年 12 月 29 日裁定：承认与执行贸仲仲裁庭于 1991 年 8 月 28 日作出的第 E1990055 号裁决书。②

在本案中，对于香港公司与美国公司之间的锡锭买卖合同，美国公司在其书面答辩意见中提及的另一货物买卖合同即为本案合同的关联合同。这两个相关且相互独立的买卖合同的当事人相同，但是标的物各异。由于双方当事人未能就关联合同项下的欠付货款问题提交贸仲一并解决达成一致，故仲裁庭的管辖权仅限于本案合同，而对本案合同的关联买卖合同项下香港公司欠付美国公司的货款问题没有管辖权。

2. 买卖合同标的物相同但双方当事人各异（以钢板买卖合同为例）

笔者曾作为独任仲裁员审理了申请人英国某公司（以下简称英国公司）与被申请人中国某贸易公司（以下简称中国公司）之间由于钢板买卖合同而产生的钢板质量争议案。

该案基本案情如下：中东某国的 D 先生及其在当地注册的公司长期从事与中国客户之间的钢铁贸易。D 先生所在国的一家金属门窗锁具公司（以下简称门窗锁具公司）向 D 先生发出了采购 500 吨钢板的订单，要求 D 先生为其从中国采购拟用以制作门窗厚度为 20 毫米的黑色合金钢板，价格为每吨美元若干，FOB 中国某港口，目的港为当地某港口。D 先生收到该订单后立即将此订单原封不动地转给了英国公司。次日，英国公司便根据 D 先生转来的采购钢板订单中载明的信息与中国公司订立了向其购买 500 吨钢板的买卖合同（以下简称钢板合同）。该合同约定的合金钢板规格与订单相同，除了价格不同外，其他交货条件相同。此外，合同还就争议通过仲裁在贸仲解决和适用法律等作出规定。

为了履行钢板合同，中国公司向当地的某钢铁制造商订购了与钢板合同约定的规格和数量完全相同的钢板，并委托厂家将货物运至钢板合同约定的装运港。钢板抵达目的港后，最终用户门窗锁具公司提货后发现钢板厚度只有 18 毫米左右，而不是其向 D 先生发出的订单规定的 20 毫米，门窗锁具公司向 D 先生索赔未果后便就订单项下的钢板质量瑕疵在当地法院向 D 先生（第一被告）和他的公司（第二被告）提起诉讼，要求两被告返还订单项下的货款。此后不久，贸仲也收到了英国公司（以下简称申请人）依据钢

② 载中国国际经济贸易仲裁委员会主办：《仲裁与法律通讯》第一期，1993 年 2 月；也可参见《国际仲裁报告》第八卷，1993 年 1 月。

板合同中的仲裁条款向中国公司（以下简称被申请人）提起的仲裁申请，要求被申请人因其提供的钢板质量瑕疵而给申请人造成的损失承担赔偿责任。

该案仲裁庭审理的是申请人与被申请人之间的钢板合同项下的钢板质量瑕疵所引起的损失赔偿问题。仲裁庭对该案的管辖权来源于钢板合同中的仲裁条款。事实上，与钢板合同相关联的至少还有三个钢板买卖合同：第一，中东某国门窗锁具公司向其本国国民 D 先生发出的采购案涉产品的订单；第二，申请人与中东某国门窗锁具公司之间基于形式发票（Proforma Invoice）而形成的案涉产品的买卖合同关系；[③] 第三，被申请人与国内某钢板制造商之间的钢板采购案涉产品的合同关系。此外，还存在着中东某国公民 D 先生与英国公司之间的商事关系。

因此，本案钢板买卖系列交易中涉及到四个钢板买卖合同，这四个合同相互独立且关联，四个合同所涉及的标的物均为本案钢板合同项下具有相同规格、型号和重量的钢板，但是合同的当事人、钢板的价金、交货条件、付款方式以及争议解决方法等条款各异。

3. 买卖合同当事人相同，合同标的物基本相同（以设备零部件买卖合同为例）

在另外一起涉及设备及其零部件系列买卖合同案件中，申请人东欧某国公司依据《设备零部件买卖合同》（以下简称零部件合同）中的仲裁条款向贸仲对被申请人中欧某国公司提起仲裁申请，仲裁条款约定适用《联合国贸法会仲裁规则》在贸仲仲裁。在该案中，申请人从中国进口零部件后卖给被申请人，被申请人依据他们之间签署的《设备买卖合同》（以下简称设备合同）在当地组装后再将设备卖给申请人。双方在履行零部件和设备合同中就相互欠付货款对账进行欠款抵销后签署了《清偿协议》，该协议约定被申请人应当向申请人支付货款若干。由于被申请人未能履行协议，故申请人依据零部件合同中的仲裁条款向贸仲申请仲裁，请求仲裁庭裁决被申请人向申请人支付《清偿协议》约定的欠付货款。

笔者作为申请人选定的仲裁员，与被申请人选定的仲裁员，以及两名被选定的仲裁员依据《联合国贸法会仲裁规则》共同选定的首席仲裁员组成仲裁庭，共同审理该案。

该设备及其零部件买卖系列合同由申请人与被申请人共同签署的三个相互关联的合同组成：零部件合同、设备合同和《清偿协议》。其中零部件合同有两个条款规定了在不同的仲裁机构仲裁解决争议；设备合同则规定争议交由位于莫斯科的俄联邦工商会商事仲裁院仲裁；而《清偿协议》没有争议解决条款。

现将零部件合同和设备合同中有关争议解决的具体规定详列如下：

（1）零部件合同项下的争议解决条款

该合同中有两个条款涉及争议解决：

第 5 条在“当事各方的责任”标题下的第 7 款作出了如下规定：“双方在履行合同

③ 案涉产品的最终用户门窗锁具公司拒绝承认其与申请人之间存在着买卖合同关系，尽管该产品发票和提单均载明卖方为本案申请人，门窗锁具公司为买方和收货人，但门窗锁具公司称其采购钢板的要约订单仅向 D 先生发出，向本案申请人支付货款的行为也是根据 D 先生的指示所为。

中可能产生的争议应通过协商解决。如果未能达成协议，应当交由被告所在地的仲裁院解决。”④

第 6 条在“仲裁”标题下就通过仲裁解决合同争议的问题作出了如下规定：

“6.1 由本合同引起的或与本合同有关的争议，双方应尽可能通过谈判解决；6.2 如果双方未能就争议问题达成一致，交由商会仲裁院依据联合国国际贸易法委员会程序（规则）解决；6.3 双方当事人同意，争议将由位于北京的中国国际贸易商会仲裁院解决；6.4 仲裁裁决是终局的，对双方当事人均具有拘束力。”⑤

（2）设备合同项下的争议解决条款

此合同第 9.6 条对解决合同争议作了如下规定：“由于本合同引起的或者与本合同有关的争议，双方应尽可能通过协商谈判解决。如果未能达成一致，交由位于莫斯科的俄联邦工商会商事仲裁院依据俄联邦现行立法仲裁。”⑥

在该设备及其零部件系列关联买卖交易中，与该案所涉零部件合同相关联的两个合同为设备合同和《清偿协议》。这三个合同当事人完全相同，合同项下的标的物也基本相同。

---

④ 该条款的英文和俄文原文如下：“5. Responsibility of the Parties…5.7 All disputes, which may arise between the parties during the execution of the Contract, will be solved by negotiations. In case of failure of the parties to reach mutual agreement, all disputes are subject to decision in the arbitration court in the place of the respondent.”

“5. Обязанность сторон…5.7 Все стороны и разногласия, которые могут возникнуть между Сторонами в процессе исполнения условий контракта, разрешаются путем переговоров. В случае недостижения согласия, Стороны обращаются в арбитражный суд по месту нахождения ответчика.”

⑤ 该条款的英文和俄文原文如下：“6. Arbitration: 6.1. All disputes and arguments which may arise concern with this Contract will be sealed as far as possible by means of negotiations between the Parties. 6.2 If the Parties do not come to an agreement the matter will be settled without recourse to any courts or law by the Arbitration Court at the Chamber of Commerce in accordance with the UNCITRAL Procedure. 6.3 The Parties have agreed that the matter will be settled by the Beijing International Arbitration Court of China Chamber of Trade and Commerce. 6.4 The Arbitration award will be final and binding upon both Parties.”

“6. Арбитраж: 6.1 Все споры и разногласия, которые могут возникнуть из или в связи с настоящим Контрактом, будут по возможности решаться путем переговоров между сторонами. 6.2 Если стороны не придут к соглашению, дело будет решаться, с исключением подсудности местным судам, арбитражными судами при Торговых палатах в соответствии с процедурой ЮНСИТРАЛ. 6.3 Стороны договорились, что дело будет решаться Пекинским международным арбитражным судом про Торгово-промышленной палате Китая. 6.4 Решение арбитража будет окончательным и обязательным для обеих сторон.”

⑥ 该合同第 9.6 条规定的英文和俄文原文如下：“9.6 The Parties will make every effort to settle any dispute that may arise out of or in connection with the Contract by means of negotiations. If the Parties fail to reach an agreement, all disputes shall be settled in the Moscow Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, in accordance with the current legislation of the Russian Federation.”

“9.6 Стороны примут все меры к разрешению споров, которые могут возникнуть исходя и Договора или в связи с ним, договорным путем. В случае если Стороны не смогут прийти к соглашению, все споры будут решаться в Московском коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ, в соответствии с действующим законодательством РФ.”

二、仲裁庭对国际货物买卖合同项下争议的管辖权的一般原则

（一）仲裁庭自裁管辖原则在国际货物买卖合同中的适用

国际商事仲裁的基本原则之一是仲裁庭自裁管辖原则（competence-competence doctrine）。[⑦] 该原则几乎被所有的国际仲裁公约、各国仲裁立法和司法判决或裁定、世界各仲裁机构的仲裁规则和国际仲裁裁决所认可。此原则还意味着如果当事人之间存在着通过仲裁解决他们之间争议的协议，则仲裁协议从某种意义上排除了法院对该协议项下争议的管辖权。[⑧] 仲裁庭有权根据“仲裁庭自裁管辖”原则就其管辖权及其管辖范围作出独立、自主的决定。[⑨]

与以《国际商事仲裁示范法》为代表的国际仲裁立法和其他国家仲裁法不同，我国现行《仲裁法》并未将对仲裁协议有效性作出决定的权力直接赋予仲裁庭，而是由“仲裁委员会”作出决定。[⑩] 在我国涉外仲裁实践中，考虑到“仲裁庭自裁管辖原则”在国际商事仲裁的立法与司法实践中普遍适用的现实，以及我国现行《仲裁法》对此原则作出的规定，贸仲率先于 2005 年在其仲裁规则中规定了仲裁委员会在必要情况下可以授权仲裁庭对其管辖权作出决定。[⑪] 仲裁庭对国际货物买卖合同实施管辖权的依据通常为合同中的仲裁条款。

国际商事仲裁立法同样确认了仲裁庭自裁管辖原则与国家法院对仲裁协议项下争议管辖权之间的关系。例如，为世界上多数国家认可的《联合国承认与执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）[⑫] 第 2.3 条明确规定：“当事人将仲裁协议项下争议提交缔约国法院时，法院应当根据当事人的请求，令当事人将此项争议提交仲裁解决，除非

---

⑦ Alex Mills, Arbitral Jurisdiction, edited by Thomas Schultz & others, The Oxford Handbook of International Arbitration, Oxford University Press, 2020, p.90.

⑧ See John Gotanda, *An Efficient Method for Determining Jurisdiction in International Arbitrations*, Columbia Journal of Transnational Law, 2001, Vol.40, p.11; William Park, *Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators*, Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 2000, Vol.9, p.19.

⑨ 有关仲裁庭有权对其管辖权作出自主决定的论述，还可以参见：J.-F Poudret & S. Besson, Comparative Law of International Arbitration, 2 ed., Sweet & Maxwell, p.456; Nigel Balckaby, Constantine Partasides QC, Lan Redfern and Hunter on International Arbitration, 7 ed., Oxford University Press, 2022, p.314, para.5.110; Lord Collins and Jonathan Harris, Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 15 ed., Sweet and Maxwell, 2012, paras.16-013.

⑩ 《仲裁法》第 20 条第 1 款规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院裁定的，由人民法院裁定。”

⑪ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2005 年版）》第 6 条规定：“仲裁委员会有权对仲裁协议的存在、效力及仲裁案件的管辖权作出决定。如有必要，仲裁委员会也可以授权仲裁庭作出管辖权决定。”

⑫ 截至 2023 年 12 月 4 日，该公约共有 172 个缔约国，关于这些缔约国的名称，可参见联合国国际贸易法委员会官方网站，https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2，最后访问时间：2023 年 12 月 4 日。我国于 1987 年 4 月 22 日正式成为该公约的缔约国。

法院认定该仲裁协议无效、失效或者不能履行。”[13]此项规定清晰地说明，如果当事人之间存在仲裁协议，法院应当裁定当事人应当将仲裁协议项下的争议提交仲裁解决。只有在国家法院认定该仲裁协议无效时，法院才可以受理该项协议项下的争议事项。

在国际商事仲裁实践中，法院的管辖权来源于当地的法律，而仲裁庭的管辖权来源于仲裁协议。同样一项仲裁协议，如果法院认定为无效，法院就可以获得该协议项下争议的管辖权；如果仲裁庭认定该仲裁协议有效，就可以继续进行仲裁程序，进而作出裁决。

必须强调指出，在国际商事交易中，仲裁庭的管辖权是独立存在的，不受国家法院管辖权的影响。例如在旭普林公司案中，无锡市高新技术开发区法院认定“ICC Rules, Shanghai shall apply”的仲裁协议无效，进而获得对该案的管辖权。另一方面，国际商会国际仲裁院仲裁庭根据该院仲裁规则认定该仲裁协议有效，故继续进行仲裁程序并作出裁决。[14] 由此可见，在国际商事仲裁立法与实践中，仲裁庭可以根据“仲裁庭自裁管辖原则”对仲裁协议的有效性和仲裁协议项下争议的管辖权作出决定。

（二）仲裁庭自裁管辖原则在系列买卖合同中的适用

一般而言，国际货物买卖合同中的仲裁条款仅约束合同双方当事人基于该特定买卖合同产生的争议，而不及于该国际货物买卖合同（以下简称主合同）之外的关联合同项下的争议，除非关联合同与主合同当事人相同，且双方同意接受主合同中的仲裁条款。

在锡锭买卖合同中，仲裁庭在审理该案合同项下欠款争议的过程中，尽管被申请人提交的书面答辩中认可申请人在仲裁请求中提出的欠付款项，称其拒付此项货款的理由是申请人在与其进行的另外一笔货物买卖交易中欠付被申请人相同金额的货款，但是被申请人并没有向仲裁庭提交其在该关联合同中申请人欠付其货款的证据。在该案中，主合同与关联合同的当事人相同，由于双方当事人均未将该关联合同项下争议提交贸仲解决，故贸仲仲裁庭依据 1989 年 1 月 1 日起实施的仲裁规则第 2 条关于“仲裁委员会有权就仲裁协议的有效性和仲裁案件的管辖权作出决定”的规定，认定对本案合同具有管辖权，而对该案合同的关联合同没有管辖权。

三、仲裁庭与法院对国际货物买卖合同及其关联合同项下争议的管辖权及其相互间的关系：以钢板系列买卖合同为例

（一）仲裁庭对钢板案的管辖权限

如前所述，贸仲仲裁庭对申请人英国公司和被申请人中国公司之间钢板质量问题争议的管辖权来源于钢板合同中的仲裁条款：“由于本合同引起的或者与本合同有关的争

---

[13] 《纽约公约》第 2.3 条的英文表达如下：“The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

[14] 关于该案案情及法院和仲裁庭对其管辖权作出的认定细节，可参见赵秀文：《从旭普林公司案看我国法院对国际商事仲裁的监督》，载《时代法学》2007 年第 6 期，第 3-17 页。

议，提交中国国际经济贸易仲裁委员会解决。”该条款还约定：“本合同适用法律中华人民共和国法律”。

然而，仲裁庭对该案合同项下的两个关联合同，即中东某国 D 先生与该国门窗锁具公司这两个当地国民之间基于订单的买卖合同，以及英国公司与门窗锁具公司之间基于形式发票的买卖合同，则没有管辖权，因为尽管这两个关联合同标的物与钢板合同相同，但是钢板合同与其另外两个关联合同的当事人各异：订单项下的当事人为中东某国的国民；形式发票项下的当事人为本案申请人英国公司和中东某国钢板的最终用户门窗锁具公司。因为案涉产品订单为两个中东国家当事人之间订立的独立于钢板合同的买卖交易，因此，无论是订单，还是申请人主张与第三人最终用户之间基于形式发票而产生的买卖合同，均为买方与卖方之间订立的案涉产品的买卖合同，它们与钢板合同之间为相互独立的买卖合同，尽管这些买卖合同标的物相同。

（二）法院对案涉钢板案的管辖权

事实上，早在贸仲受理该案争议之前，门窗锁具公司就依据订单将 D 先生和他所拥有的公司告上了当地法院，请求法院就订单项下的钢板质量问题作出判决。中东某国法院对其境内两个国民之间争议的管辖权，完全来源于当地的法律。

仲裁庭在审理该案钢板质量问题的争议时，申请人英国公司请求仲裁庭中止审理，要求仲裁庭在中东法院就案涉钢板损失作出判决后再继续进行仲裁审理，并据此作出裁决。申请人的此项请求未能得到仲裁庭的支持。仲裁庭认为，既然申请人将钢板合同项下争议根据合同中的仲裁条款提交贸仲解决，贸仲仲裁庭根据该仲裁条款即获得了钢板合同项下争议的管辖权，根据仲裁庭自裁管辖原则，仲裁庭有权对钢板合同项下的质量争议作出独立的判断和裁决，而没有必要将中东某国法院对案涉订单项下的钢板质量问题作出的法院判决作为仲裁庭裁决的前提条件。

必须强调指出，当地法院依据地方法律行使对两个当地国民之间基于钢板质量问题的争议的管辖权来源于当地的法律，而该案仲裁庭的管辖权则来源于中国公司与英国公司之间的钢板合同中的仲裁条款。尽管本案仲裁庭与中东某国法院审理的钢板买卖合同项下的标的物相同，但属于不同当事人之间签署的买卖合同，法院与仲裁庭对案涉钢板质量问题的管辖权是相互独立的。根据仲裁庭自裁管辖原则，本案仲裁庭有权对其管辖权和争议的实体问题作出独立的裁决，故没有必要将当地法院对案涉钢板质量问题作出的损害赔偿金额的判决作为本案仲裁庭裁决的依据。

（三）法院管辖与仲裁管辖间的关系

仲裁协议的有效性决定仲裁庭的管辖权。尽管我国《仲裁法》第 19 条规定：“仲裁庭有权确认合同的效力”，但是《仲裁法》第 20 条又规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出决定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定”。这就意味着在国内系列关联合同争议中，如果当事人就仲裁协议的有效性发生争议，仲裁庭必须优先考虑法院对仲裁协议有效性作出的裁定。即便仲裁委员会已经根据申请人的仲裁请求受理

了案件并组成仲裁庭开庭审理案件，但如果被申请人对仲裁协议的有效性和仲裁庭的管辖权提出异议并将此项异议提交法院，仲裁庭一般都要中止仲裁程序，等待法院对仲裁协议的有效性作出裁定。

然而，在国际商事交易中，法院管辖与仲裁管辖之间属于相互独立的关系。无论是仲裁庭还是法院，均不必考虑对方是否对案涉合同项下的争议行使了管辖权，这也是国内商事交易与国际商事交易之间的不同之处。例如在旭普林公司案中，在中国法院已经受理该案并作出管辖权决定的情况下，国际商会国际仲裁院（以下简称 ICC 仲裁院）仍然受理了该仲裁案件，尽管被申请人以中国法院已经决定对该案的管辖权为由，对仲裁庭的管辖权提出异议，但是仲裁庭仍然依据 ICC 规则规定的仲裁庭自裁管辖原则作出了管辖权决定，继续进行仲裁程序并作出仲裁裁决。当然，这样做的后果是此裁决被我国法院拒绝执行，理由是裁决所依据的仲裁协议根据我国法律为无效仲裁协议。⑮

在钢板案中，仲裁庭与中东某国法院审理的都是关于钢板买卖合同项下的质量争议，但是基于不同当事人之间的买卖合同：法院根据门窗锁具公司的诉讼请求和当地法律对订单项下的当事人之间的争议实施管辖；而仲裁庭根据英国公司的仲裁申请及其与中国公司之间的买卖合同中的仲裁条款行使管辖权。仲裁庭对案涉钢板合同项下争议的管辖权基于申请人与被申请人之间的钢板合同中的仲裁条款；中东某国法院对相同钢板质量问题的管辖权则基于钢板最终用户门窗锁具公司与 D 先生之间的订单和当地的民事诉讼法。仲裁庭的管辖权与当地法院的管辖权是相互独立的，二者之间属于平行关系：法院有权依据当地法律和门窗锁具公司提起的诉讼对本国国民之间的案涉钢板质量争议作出判决；按照仲裁庭自裁管辖原则，贸仲仲裁庭同样有权依据钢板合同中的仲裁条款和申请人的仲裁请求对案涉钢板质量争议作出独立的裁决，而没有必要将当地法院判决作为其仲裁裁决的依据。

四、仲裁庭对含有不同仲裁条款的关联合同项下争议事项的管辖权：以设备零部件买卖合同为例

仲裁庭根据当事人的多份关联合同作出管辖权决定，同样源于仲裁庭自裁管辖原则。如果关联合同与主合同的当事人相同、标的物也基本相同，申请人就当事人在这两个合同项下发生的争议提交仲裁解决，尽管关联合同中的仲裁条款与主合同不同，如果申请人提出充分的证据证明其仲裁请求事项具有充分的事实依据和法律依据，仲裁庭也可以对关联合同实施管辖。

（一）零部件合同项下仲裁条款的解读

零部件合同含有两个通过仲裁解决合同争议的条款，这也是被申请人质疑该合同项下仲裁条款有效性的主要理由。一方面，合同第 5.7 条约定：“双方当事人的权利义务争

⑮ 同上，第 5 页。

议，应当通过协商解决。如果未能达成协议，应当交由被申请人所在地仲裁院仲裁。”另一方面，合同第 6 条就通过仲裁解决争议作出了专门约定。在庭审中，申请人主张仲裁庭根据第 6 条约定对零部件合同项下的争议行使管辖权，而被申请人尽管认可第 6 条约定的通过仲裁解决合同项下的争议，但主张根据合同第 5.7 条的约定，争议应当在“被申请人所在地仲裁院仲裁”，仲裁庭不能取得零部件合同项下争议的管辖权。

关于如何看待这两个条款对于解决零部件合同争议的约定不同这一问题，仲裁庭认为，对于这两个条款之间的关系，必须根据合同上下文进行解释，首先，仲裁庭应当对哪一个条款的约定更加符合双方当事人的本来意思作出判断。其次，即便合同中同时约定了在两个不同的仲裁机构进行仲裁，申请人也有权选择在哪一个仲裁机构进行仲裁。再次，按照国际商事仲裁立法与司法实践普遍认可的仲裁庭自裁管辖原则，仲裁庭也有权对其管辖权作出决定。

仲裁庭认为，尽管本案合同涉及两个争议解决条款，但是第 6 条的标题即为“仲裁”，该条就通过仲裁解决合同争议作出了专门约定，是双方当事人共同、明确就如何解决合同争议进行约定的条款，而第 5 条的标题为“各方当事人的责任”，约定的是买卖双方在合同中应当承担的各项义务的一部分。因此，通过仲裁解决合同项下的争议，是双方当事人共同的、真实的意思表示，其效力显然优于在当事人实体权利与义务标题下的通过被申请人所在地进行仲裁的规定。退一步而言，即便第 5.7 条约定在被申请人所在地进行仲裁，也是双方当事人共同的意思表示，在双方同时约定在被申请人所在地仲裁和在贸仲仲裁的情况下，申请人也有权选择将争议交由哪一个仲裁机构仲裁。对于本案申请人而言，与其选择在一方当事人所在国仲裁，不如将其提交与双方当事人均无利害关系的第三国进行仲裁。事实上，本案申请人根据第 6 条选择了在贸仲适用《联合国贸法会仲裁规则》仲裁，贸仲仲裁庭根据本案仲裁应当适用的《联合国贸法会仲裁规则》第 23.1 条关于“仲裁庭有权就其管辖权作出决定，包括当事人提出的关于仲裁协议是否存在及其效力提出的管辖权异议作出决定”的规定，⑯ 有权就仲裁庭的管辖权及仲裁协议的效力作出决定。

此外，被申请人在庭审中还就零部件合同中第 6 条当事人约定的在中国仲裁的机构名称“Beijing International Arbitration Court of China Chamber of Trade and Commerce”与贸仲的标准表达方式“China International Economic and Trade Arbitration Commission（CIETAC）”不一致的问题提出质疑。仲裁庭认为，合同约定的仲裁机构显然指位于北京的中国国际商会仲裁院，而《贸仲仲裁规则》第 1 条第 1 款即明确规定贸仲同时使用“中国国际商会仲裁院”的名称，其英文表述为“Arbitration Institute of the China Chamber of International Commerce”。仲裁庭认为，当事人约定的位于北京的“中国国际贸易与商事仲裁院”即为贸仲。

⑯ 该条款的英文表述如下：“The arbitral tribunal shall have power to rule on its own jurisdiction, including any objection with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.”

（二）仲裁庭对设备合同和《清偿协议》项下事项的管辖权限

在设备及其零部件买卖案中，与零部件合同相关联的设备合同和《清偿协议》均由申请人与被申请人共同签署。设备合同项下的争议解决条款约定该合同项下争议应当提交“莫斯科的俄联邦工商会商事仲裁院仲裁”，而《清偿协议》则没有约定争议解决条款。如果按照我们在上述讨论的仲裁庭对国际货物买卖合同的关联合同项下争议的管辖权的一般原则，仲裁庭根据这两个关联合同本身的约定则不能获得对这两个关联合同的管辖权，被申请人也对仲裁庭的管辖权提出异议。然而，考虑到本案申请人的仲裁请求是要求被申请人按照双方当事人已经签署的《清偿协议》中的约定支付欠付申请人的货款，又考虑到三个合同当事人相同，且标的物也基本相同，以及这三个合同之间的特殊关系，仲裁庭最终决定对这两个关联合同行使管辖权，主要理由如下：

第一，申请人根据零部件合同中的仲裁条款向贸仲提起的仲裁。按照该合同第 6.1 条使用的“由于本合同引起的或者与本合同有关的争议”措辞的解释，设备合同和《清偿协议》均与本案合同有直接关联的事项为：首先，申请人从中国进口设备零部件后转卖给被申请人，而后者负责将零部件组装成整机后再出售给申请人；其次，《清偿协议》规范的是双方当事人在履行零部件合同和设备合同过程中相互之间的债务清偿金额，同样与零部件合同有关。鉴于设备及其零部件买卖三个系列合同的当事人相同，两个买卖合同项下标的物互为关联，《清偿协议》又是双方当事人通过对前述交易形成的债权债务关系共同对账后签署的协议。

第二，在本系列合同交易中，交易双方当事人之间的争议为产生于履行零部件合同和设备合同两合同项下的货款争议，且双方当事人已经在他们共同签署的《清偿协议》中对被申请人欠付申请人的货款达成一致。申请人有权选择根据零部件合同中的仲裁条款要求被申请人履行《清偿协议》规定的被申请人欠付申请人的货款。

第三，鉴于《清偿协议》是双方当事人就他们在履行零部件合同和设备合同中就这两个合同项下的货款相互抵销后被申请人欠付申请人货款金额达成的协议，协议由双方当事人经过对账后签字盖章，证明被申请人认可欠付申请人的货款金额，故申请人有权请求被申请人支付该协议项下的金额。因此，尽管该《清偿协议》本身没有就该协议的争议解决方法作出约定，但是协议双方均认可协议中约定的被申请人欠付申请人货款金额的事实。根据系列交易应当适用的某国法律允许当事人就相互间的债务相抵作出约定，而《清偿协议》正是申请人和被申请人之间就履行零部件合同和设备合同过程中的欠付货款作出的共同约定。

第四，在申请人与被申请人签署的零部件合同、设备合同，以及他们之间就前述两合同在履行中针对相互欠付的货款进行对账后共同签署的《清偿协议》中，零部件合同约定适用《联合国贸法会仲裁规则》在贸仲仲裁，设备合同则约定争议提交位于莫斯科的俄联邦工商会仲裁院仲裁，而《清偿协议》则没有约定争议解决条款。申请人请求仲裁庭依据零部件合同中的仲裁条款裁定被申请人支付其欠付申请人的货款，而此项欠款是双方当事人就他们履行零部件合同和设备合同中进行结算后达成的《清偿协议》中约

定的款项。为此，申请人向仲裁庭提交了其与被申请人签署的设备合同和《清偿协议》作为证据。被申请人也认可其与申请人签署的设备合同和《清偿协议》的真实性及其与本案的关联性。而零部件合同中的仲裁条款正是双方当事人就解决零部件合同及其关联合同项下争议作出的安排，具体体现在零部件合同仲裁条款中规定的“与本合同有关的争议”。因此，尽管设备合同约定的仲裁机构与零部件合同不同，但是案涉争议均为设备合同与零部件合同产生的债权债务清偿问题，申请人有权选择解决此项争议的仲裁机构。鉴于本案申请人依据零部件合同中的仲裁条款选择在贸仲仲裁，仲裁庭有权根据该仲裁条款约定适用的《联合国贸法会仲裁规则》对与零部件合同相关联的设备合同和《清偿协议》行使管辖权。

综上所述，根据国际商事仲裁立法与各国的司法实践，申请人与被申请人在案涉设备及其零部件系列买卖合同中作出了不同的争议解决安排的情况下，申请人既可以根据设备合同中的仲裁条款向俄联邦工商会商事仲裁院提起仲裁，也可以选择根据本案零部件合同项下的仲裁条款向贸仲仲裁，其仲裁请求都是要求被申请人向其支付他们之间就这两个合同的履行情况经过对账后签署的《清偿协议》中约定的欠付货款金额。本案中的申请人按照本案零部件合同约定的仲裁条款向贸仲提起仲裁，贸仲受理了申请人的仲裁请求后，依据合同约定适用的《联合国贸法会仲裁规则》组成仲裁庭对该案进行审理，在听取双方当事人对于本案存在的仲裁协议及其效力和仲裁庭的管辖权问题进行充分辩论后，仲裁庭根据零部件合同规定适用的《联合国贸法会仲裁规则》第 23.1 条对其管辖权作出决定：仲裁庭对申请人提出的案涉关联合同项下的争议享有管辖权。

值得注意的是，2012 年 ICC 仲裁院仲裁规则第 7、8、9 条就规定了一起仲裁案中涉及的多个合同项下的仲裁。这些规定意味着当事人可以就多个合同项下争议的仲裁请求提交 ICC 仲裁院仲裁。一个典型的例子是，买卖双方签订合同后，他们之间又签署了就此合同项下标的物提供售后服务或维修的合同。如果买方在这两个合同项下均享有请求权项，买方可以有两种选择：第一，他可以分别就这两个合同项下的请求权项就每一个合同项下的争议分别提出仲裁请求；第二，他也可以就这两个合同项下的请求权项提起单一的仲裁。易言之，买方可以根据一个以上的仲裁协议提出仲裁请求。第 9 条适用于根据多个合同进行的仲裁，不论此仲裁是否基于相同的当事人。⑰

无独有偶，贸仲 2015 年仲裁规则第 14 条也规定了多份合同的仲裁：“申请人就多份合同项下争议案件可以合并提出仲裁申请，但应同时符合下列条件：（1）多份合同系主从合同关系，或多份合同所涉当事人相同且法律关系性质相同；（2）争议源于同一交易或同一系列交易；（3）多份合同中的仲裁协议内容相同或相容。”贸仲于 2024 年 1 月 1 日起实施的新规则也涉及到对关联合同的管辖及合并审理问题，新规则第 19.1 条就多个合同的仲裁案件进行合并审理作出了如下规定：符合下列条件之一的，经一方当事人请

⑰ Thomas H. Webster & Michael W. Buhler, Handbook of ICC Arbitration, 4 ed., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2018, p.173.

求，仲裁委员会可以决定将根据本规则进行的两个或两个以上的案件合并为一个仲裁案件进行审理：（1）各案仲裁请求依据同一个仲裁协议提出；（2）各案仲裁请求依据多个合同仲裁协议提出，该多个合同系主从合同关系，或多个合同所涉当事人相同及法律关系性质相同、或多个合同所涉标的具有牵连关系，且多个合同仲裁协议内容相同或相容；（3）所有案件的当事人均同意合并审理。

因此，无论是ICC仲裁院还是贸仲的仲裁规则，均规定了当事人将关联合同项下争议提交仲裁解决的权利，同时仲裁庭可以根据申请人的请求，按照仲裁规则规定的条件，作出对主合同及其关联合同项下的争议进行合并审理的决定。而本文讨论的仲裁庭按照《联合国贸法会仲裁规则》对零部件合同及其相关联的设备合同和《清偿协议》项下的债权债务问题一并行使的管辖权，正是源于零部件合同中的仲裁条款。

五、结　论

通过对以上三个案例的分析，我们可以得出如下结论：

第一，在我国，国际货物买卖合同属于具有涉外因素的货物买卖合同，而国际货物买卖合同的关联合同则主要指与该合同标的物相同而当事人各异或者当事人相同但标的物各异的买卖合同。

第二，仲裁庭的管辖权原则上仅限于含有仲裁条款的国际货物买卖合同本身，而不及于该国际货物买卖合同的关联合同约定。例如在锡锭买卖合同中，尽管当事人相同，但涉及不同的标的物，且双方当事人并未将与锡锭买卖合同相关联的合同争议提交贸仲解决；在钢板买卖系列合同中，尽管钢板合同与其三个关联合同的标的物相同，但是这些合同的当事人各异，与钢板合同相关联的买卖合同均未约定将合同项下争议提交贸仲解决，故仲裁庭裁定对以订单为依据的两个中东某国国民之间、以形式发票为依据的英国公司与最终用户之间的两个关联合同项下案涉钢板质量争议问题没有管辖权。

第三，按照国际商事仲裁立法与实践普遍认可的“仲裁庭自裁管辖原则”，仲裁庭有权依据应当适用的仲裁规则或法律对其管辖权作出决定。国家法院和仲裁机构根据当事人的诉讼或仲裁请求对同一标的物实施的管辖权是相互独立的平行关系。例如在钢板合同中，中东某国法院依据当地法律对其国民之间由于本案钢板质量问题取得的管辖权，并不影响贸仲根据钢板合同中的仲裁条款取得对中国公司与英国公司之间基于相同的钢板质量问题的管辖权。仲裁庭在对其管辖权作出决定后，可以继续进行仲裁程序并对双方争议的钢板质量瑕疵问题作出独立认定，而不必以外国法院对此作出的认定作为仲裁裁决的依据。

第四，在特殊情况下，如果国际货物买卖合同与关联合同当事人相同，合同标的物也基本相同，仲裁庭可以根据主合同和关联合同之间的关系和具体案情，行使对关联合同的管辖，即便关联合同中没有或者存在与主合同相悖的仲裁条款。例如在设备及其零部件系列交易的三个合同中，与零部件合同相关联的设备合同和《清偿协议》的当事人相

同，且标的物也基本相同。其中《清偿协议》又是双方当事人在履行零部件合同和设备合同中的债权债务关系过程中达成的协议。申请人依据零部件合同中的仲裁条款提请仲裁，请求裁决被申请人支付《清偿协议》约定的欠款，而该合同中的仲裁条款约定的“与合同相关的”争议，即为两个关联合同项下争议的事项，故仲裁庭依据《联合国贸法会仲裁规则》对零部件合同项下的两个关联合同作出了管辖权决定。

Abstract: Sometimes Contract for the international sale of goods involves several related contracts while the parties are from both home country and abroad: the buyer in a domestic contract perhaps is the seller for another international contract. The author has made systematic comparative studies on the arbitral tribunal's jurisdiction for contracts concerning international sale of goods and their related contracts, and especially analyzed three different contracts for the international sales of the tin ingot slab, steel plate, equipments and their parts, with her own arbitral experience in the last more than three decades. The author held that the arbitral tribunal's jurisdiction in principle is limited on the dispute under the arbitration clause in a particular contract. The arbitral tribunal is competent to rule its own jurisdiction based on the applied arbitration rules and law due to the universally recognized principle of competence-competence doctrine in international commercial arbitration law and practices. The national court's and the arbitral tribunal's jurisdiction on the same subject matter is independent of each other and parallel. In special circumstances the tribunal may decide its jurisdiction over the related contract in which there is no arbitration clause, or the arbitration clause is different from the main contract, provided that the parties and the subject matters of such related contracts are the same or almost the same according to the claimant's claim and specific facts of the case under those contracts.

Keywords: competence-competence doctrine; contract for the international sale of goods; related contracts; court's and arbitral tribunal's jurisdiction

（责任编辑：佟　尧）

中国调解立法整合的范畴与体系

周建华*

内容提要 在国内大调解格局深化与国际调解适用拓展之际，中国调解法律体系的优化在宏观指向上应选择整合路径，沿袭曾经提出的统一调解法方案，在《人民调解法》的基础上整合修改成为一部综合性“调解法”。在整合范畴上，调解法应以社会调解为定位，统一多元调解类型的性质与效力，旨在终结分歧局面并形成凝聚之力。在整合体系上，调解法应采取总则与分则结构，总则中奠定统一的调解基本框架，分则中包容多元调解类型的差异性。调解法的整合出台，必将有利于构建独立的调解法律体系与调解学的自主知识体系，推动在国际调解发展竞争格局中形成具有中国式现代化特色的调解范本。

关键词 调解法；整合；社会调解；调解学；多元纠纷解决

一、问题的提出

《论语·学而》篇中，有子曰：“礼之用，和为贵”。“和”乃儒家和谐哲学思想之核心，[①]“和为贵”已成为中华民族的“集体潜意识”，[②]渗透至世界万物纷繁复杂的矛盾处理中，遍及微观的个体、组织之间，中观的个体、组织与国家之间，宏观的国家与国家之间的多重关系。调解可谓追求和谐之道的典范，从古代社会的乡邻调解、宗族调解与官府调解，到当代社会的人民调解、行政调解、司法调解与商事调解等，大调解格局一直存在于中国社会的变迁图景之中。

在当代社会，大调解格局已纳入法治建设进程，里程碑式的阶段性成果是2010年颁布的《人民调解法》。当时的立法者在“统一调解法”“大人民调解法”与“小人民调

* 周建华，北京理工大学法学院副教授，北京理工大学国际争端预防和解决研究院研究员。本文荣获第二届新时代调解论坛征文一等奖。

① “和”之涵义被历代儒家学者诠释为：“乐也”；“从容不迫之意”；“以和顺于人心之谓”；“发而皆中节谓之和”；“调和”“和谐”等。参见乐爱国：《历代对〈论语〉“礼之用，和为贵”的解读——以朱熹的诠释为中心》，载《东南学术》2020年第6期，第203-211页。

② 黎红雷：《儒家的和谐哲学及其在当代中国的运用》，载《现代哲学》2006年第3期，第54页。

解法”三种方案中，[③] 选择了一种形为“小人民调解法”，实似“大人民调解法”的折衷方案，采取一元式人民调解“统合”各种民间社会性调解类型。但是，这种“统合”策略在迅猛发展的大调解格局中日益凸显诸多弊端，人民调解成为收纳各种民间调解类型的“大口袋”，造成人民调解概念的“泛化”。[④]《人民调解法》中法律条文的局限性又使得这种收纳“不伦不类”，造成公益与市场、无偿与有偿、大众与专业、国内与国际等方面的矛盾冲突，由此导致现有调解法律体系明显滞后，严重阻碍着中国从调解大国、调解古国向调解强国的跨越。[⑤]

在如何优化调解法律体系的宏观指向上，目前面临着两种发展路径的抉择：一谓“整合”路径，即重申曾经提倡的统一调解法方案，[⑥] 立志把《人民调解法》整合改造为一部综合性“调解法”，推动各调解类型的协调统一发展；二谓“分散”路径，则是延续《人民调解法》、三大诉讼法与仲裁法等现行法律中采取的“点状式”调解立法格局，[⑦] 为迎合调解类型新发展的需求而制定其他的单行调解法，譬如“商事调解法”与“行政调解法”等。

中国调解的发展正处于现代转型与国际流通之十字路口，须慎重思考顶层立法设计的路径选择。整合路径与分散路径各自的利弊是什么？立法修改权衡的价值取向应是什么？如果选择整合路径，则需思量调解立法的整合范畴如何确定以及体系结构如何规划？调解法与现行调解法律之间的关系又将如何处理？本文将基于上述问题的剖析，围绕调解立法整合路径的选择理由、范畴框定与体系规划展开论证。

二、调解立法的路径抉择：整合优于分散

调解立法的整合路径虽被认为是符合长远利益之首选方案，但在利益之博弈考量与条件之取舍斟酌下却让步于分散路径，此点已在《人民调解法》的产生过程中体现得淋

---

③ “统一调解法”是指制定一部《调解法》，在同一原则的前提下，将人民调解、行业调解、专门性调解、盈利性咨询服务机构、乃至行政机关的调解等分门别类地加以具体规定。“大人民调解法”是沿用人民调解制度的基本模式，制定一部《人民调解法》将其他各类符合民间性、自治性特征的调解统一在人民调解的大旗下。“小人民调解法”是仅调整现有的人民调解组织，而其他类型的调解通过专门法（实体法）或程序法加以规定。范愉：《有关调解法制定的若干问题（上）》，载《中国司法》2005 年第 10 期，第 73 页。

④ 廖永安等：《中国调解的理念创新与机制重塑》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 321 页。

⑤ “一部《人民调解法》不足以构建起合理完善的民间社会纠纷解决机制”。范愉：《〈人民调解法〉的历史使命与人民调解的创新发展》，载《中国司法》2021 年第 1 期，第 81 页。

⑥ 参见杨荣馨：《构建和谐社会呼唤调解法》，《法制日报》2005 年 3 月 4 日，第 3 版；汤维建：《关于制定〈社会调解法〉的思考》，载《法商研究》2007 年第 1 期，第 59-64 页；宋朝武等：《调解立法研究》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 244-276 页；吴俊：《〈人民调解法〉的不足与统一“调解法”的必要》，载《司法改革论评》2013 年第 1 期，第 183-198 页；王秋兰等：《我国调解的立法、理论与实践问题研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 53 页；张艳丽：《中国民间“调解法”立法模式及制定》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2015 年第 2 期，第 115-120、152 页。

⑦ 调解在纠纷解决体系中具有全面撒网、灵活组合的特质，能触角至广泛领域，也能任意搭配其他纠纷解决方式，于是在诸多法律中，如三大诉讼法、《仲裁法》《劳动争议调解仲裁法》《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》，以及《民法典》《行政复议法》《道路交通安全法》《消费者权益保护法》等中均有相关条文。

漓尽致。[⑧] 整合路径的再次提出，也必将面临来自分散路径支持者的继续挑战，而且需适应调解运作的国内外条件之衍变以及国内与国际治理格局之改革新趋势。

（一）调解立法分散路径的优势与劣势

在当前完善调解立法体系的讨论中，随着调解类型的日益多元化与增添新形态，分散路径颇具优势与吸引力。最近，有关单独制定“商事调解法”的呼声颇高。[⑨] 2018 年联合国大会通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡调解公约》），欲借鉴 1958 年通过的《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）的成功模式，以架构国际商事调解的全球流通机制。中国作为《新加坡调解公约》的主要起草者与首批签署国之一，[⑩] 一直是国际商事调解的主要推动者，国际商事仲裁中调解与仲裁相结合的方式就是中国贡献东方智慧的结晶。《人民调解法》明显不符合商事调解的价值定位和程序规则，存在调解组织的群众性与独立性、调解服务的公益性与市场性、调解员的大众化与职业化等方面的差异性，商事调解一直处于“无法可依”的状态。因此，不少学者提出中国应抓住签署和批准《新加坡调解公约》的时代契机，比照《仲裁法》与《人民调解法》的立法内容，制订一部统一适用于国际、国内商事争议调解的商事调解基本法，营造有利于商事调解发展的氛围，引导商事调解职业化发展，为实现国内法和公约的无缝对接做好充分准备。

倡议单独制定“行政调解法”的支持者也不在少数。[⑪] 行政调解与人民调解、司法调解被誉为大调解中的“三驾马车”，2006 年《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》将“三大调解”的有机结合作为基本政策确定下来。行政调解一

---

⑧ 有关《人民调解法》立法草案形成中的具体利益博弈与观念冲突，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 2-5 页。

⑨ 参见唐琼琼：《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》，载《上海大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 116-129 页；段明：《〈新加坡调解公约〉的冲击与中国商事调解的回应》，载《商业研究》2020 年第 8 期，第 129-137 页；许军珂：《〈新加坡调解公约〉框架下国际商事和解协议效力问题研究》，载《商事仲裁与调解》2020 年第 3 期，第 3-15 页；刘晓红、徐梓文：《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》，载《法治社会》2020 年第 3 期，第 53-64 页；杨秉勋：《〈新加坡调解公约〉与我国调解制度的新发展》，载《人民调解》2020 年第 1 期，第 34-36 页；宋连斌、胥燕然：《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 1 期，第 21-32 页；刘敬东主编：《〈新加坡调解公约〉批准与实施机制研究》，中国社会科学出版社 2021 年版，第 133 页；孙南翔：《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》，载《法学研究》2021 年第 2 期，第 156-173 页。

⑩ 目前，《新加坡调解公约》的签署国达 57 个，其中批准生效的有 14 个，包括白俄罗斯、厄瓜多尔、斐济、格鲁吉亚、洪都拉斯、日本、哈萨克斯坦、尼日利亚、卡塔尔、沙特阿拉伯、新加坡、斯里兰卡、土耳其、乌拉圭。我国与美国均于 2019 年 8 月 7 日签署此公约，但至今尚未批准。俄罗斯和法国、德国等欧洲强国均还处于尚未签署的状态；英国于 2023 年 5 月 3 日签署了此公约，但尚未批准。参见联合国国际贸易法委员会网站，https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status，最后访问时间：2024 年 3 月 12 日。

⑪ 参见张海燕：《大调解视野下的我国行政调解制度再思考》，载《中国行政管理》2012 年第 1 期，第 53-56 页；刘鹏：《“大调解”视野下完善我国行政调解制度的思考》，载《社会主义研究》2012 年第 5 期，第 52-56 页；耿玉基：《超越权力分工：行政司法化的证成与规制》，载《法制与社会发展》2015 年第 3 期，第 178-191 页；王聪：《作为诉源治理机制的行政调解：价值重塑与路径优化》，载《行政法学研究》2021 年第 5 期，第 55-66 页。

改理论研究中的边缘状态，⑫ 在实践运作中的地位也逐渐恢复其“老二”⑬ 地位，与其他两类调解的关系也被界定为“以人民调解为基础、以行政调解为主导、以司法调解为保障”。⑭ 2010 年《国务院关于加强法治政府建设的意见》对构建行政调解工作机制的强调有效推动了多部省级政府相关规章的出台，如《辽宁省行政调解规定》（2015 年）、《北京市行政调解办法》（2015 年）、《浙江省行政调解办法》（2016 年）、《江苏省行政调解办法》（2019 年）、《天津市行政调解规定》（2021 年）、《海南省行政调解规定》（2023 年）等。行政调解的统一立法缺失是挤压与束缚行政调解发展的根本原因，故呼吁制定单独的“行政调解法”。

在上述显性的立法倡议逻辑之外，还可能包含需要制定“家事调解法”与“在线调解法”等的隐性立法逻辑。家事调解法将适用于一类特殊的纠纷，即家事纠纷。家事纠纷在多元纠纷类型中非常具有特殊性，因为其涉及的纠纷当事人往往是具有血缘或姻亲关系的家庭成员，彼此之间有着诸多难以分割的情感纽带，使纠纷具有很强的伦理性特征。在纠纷处理时，不能只聚焦于利益分割或权利辨明，而需要更多关注于亲情、责任、传统等复杂情感和价值观的碰撞。家事纠纷当事人的深厚情感纽带还决定了家事纠纷的弱对抗性，即使发生纠纷，也往往希望能够保持一定的和谐与亲近，故在纠纷解决时需要更加注重调解和协商，以寻求双方都能接受的解决方案。在调解模式选择上，由于注重当事人关系的修复以及父母配偶子女的赡养、扶养与抚养，其主要适用一种转化型或改造型调解的运作模式。为贯彻调解在家事纠纷中的重要地位，有学者提出在民事诉讼法或未来要制定的家事诉讼法中系统规定家事调解的内容。⑮ 但是，此方案并未包含诉外家事调解，其涵盖的范围过于局限，因为诸多家事纠纷更期待于在起诉之前得以解决，故可能需要另行制定“家事调解法”规范诉外家事调解。

互联网信息技术已经广泛应用于多元纠纷解决实践中，由此产生了广泛意义上的在线纠纷解决机制（Online Dispute Resolution，简称 ODR）。在线纠纷解决作为一种新运作形态，在适用上与传统的线下纠纷解决方式有着许多明显差异，例如异步审理的出现颠覆了原有同步审理的定型模式。在 2019 年底出现的新冠疫情冲击之下，在线纠纷解决应用迅速进入一个新阶段，由此引发的法律规范需求也急剧提升。最高人民法院 2021 年连续制定了三个相关的司法解释，即《人民法院在线诉讼规则》《人民法院在线调解规则》《人民法院在线运行规则》。在线调解作为各种调解类型结合互联网信息技

⑫ 从中国知网查询篇名包括“行政调解”的期刊论文数量，明显可以看到自 2005 年处于不断增长状态，至 2012 年达到顶峰，有 75 篇。

⑬ 蒋惠岭：《行政调解的“座次”之争》，载《人民法院报》2009 年 8 月 7 日，第 6 版。

⑭ 《党的十九届四中全会〈决定〉学习辅导百问》，党建读物出版社、学习出版社 2019 年版，第 131 页。

⑮ 陈爱武：《家事调解：比较借鉴与制度重构》，载《法学》2007 年第 6 期，第 138 页。
我国学者提出的制定家事诉讼法包含家事调解的方案，主要借鉴于日本的相关立法经验。日本在《民事诉讼法》之外制定了单独的《家事案件程序法》，包括五编，第一编“总则”，第二编“家事审判程序”，第三编“家事调解程序”，第四编“履行的确保”，第五编“罚则”。参见曹云吉译：《日本民事诉讼法典》，厦门大学出版社 2017 年版，第 130-234 页。

术而产生的新形态，其在当前已与线下调解不分伯仲，前者在未来还可能超越与替代后者。在线调解是否需要单独立法或者插入各种分散的调解法律，也是调解立法中需要思考的问题。

调解立法分散路径的部署思路是“化整为零”，即把调解类型拆解为若干阵营，有针对性地出台单行法律或融入其他法律中予以各个击破。其主要优势是能侧重关注调解类型的差异性与特殊性，在特定领域内对规范对象进行特殊处理，在适用方面寻求针对性的实践操作；在立法技术与效果方面，通常容易取得特定部门的支持，减少不同部门之间的博弈与利益冲突，在一方主力推动的前提下，容易起草、讨论与出台法律文本草案，进而争取尽早通过与颁布。然而，“化整为零”既可为优势，也可为劣势。分散路径在侧重于“化整为零”之时，也将导致缺乏整体的融贯与统一。零碎、点状式调解立法格局将把各个单行法视为自给自足的规则体系，彼此之间各自为政、互相并立、相互隔离，容易形成一种多中心、碎片化、分散与并立的思维，而不会把调解法律看作有机的、逻辑贯通的整体。

在当前调解的发展实践中，调解呈现出一种强劲发展趋势。习近平总书记强调，法治建设既要抓末端、治已病，更要抓前端、治未病。我国国情决定了我们不能成为“诉讼大国”，必须坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，及时把矛盾纠纷化解在基层、化解在萌芽状态。因此，法院在司法改革中积极推进诉源治理，通过委派委托调解制度的深入实施，与外部的各种调解组织进行对接，打造调解与司法合作的新局面。2022 年，全国法院委派委托人民调解成功的案件 675 万件，在人民调解化解纠纷总量中占比 45%；2023 年上半年全国法院委派委托调解成功 441 万件，占比 50%。⑯ 2023 年，全国法院通过委托人民调解、行政调解、行业专业调解组织等成功调解纠纷 1199.8 万件，同比增长 32%，占同期诉至法院民事行政案件总量 40.2%。⑰ 商事调解获得突飞猛进的契机，在最高人民法院的司法解释与司法文件中，其早已与人民调解、行政调解等并列使用。⑱ 商事调解组织如雨后春笋般涌出，截至 2023 年 9 月 1 日，国内已经登记设立的第三方商事调解组织约有 223 家。⑲ 商事调解案件数量处于递增趋势，例如中国贸促会总会调解中心的受案总量，从 2020 年的 3809 件增长至 2022 年的 9531 件，年均增长 45%；其中案源主要来自法院的委托，2022 年 7844 件，占比 82.3%。⑳ 行政调解在三驾马车中虽处于后发之位，

⑯ 最高人民法院与司法部于 2023 年 9 月 27 日共同印发《关于充分发挥人民调解基础性作用、推进诉源治理的意见》的通知。上述数据引自于《最高人民法院 司法部有关负责人就〈关于充分发挥人民调解基础性作用 推进诉源治理的意见〉答记者问》，载最高人民法院网站，https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/414172.html，最后访问时间：2024 年 3 月 13 日。

⑰ 《最高人民法院工作报告——2024 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》，载最高人民法院网站，https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/427412.html，最后访问时间 2024 年 3 月 13 日。

⑱ 有关使用商事调解的司法解释与司法文件清单，参见中国国际贸易促进委员会调解中心编：《中国商事调解年度报告（2022—2023）》，第 7-8 页。

⑲ 其中登记为民办非企业单位的有 203 家、事业单位的有 5 家、个人独资企业的有 3 家、个体工商户的有 3 家、社会团体的有 1 家，有限责任公司的有 8 家。同上，第 23 页。

⑳ 同上，第 30 页。

但结合地方政府在法治政府建设中推进基层社会治理法治化的要求，纷纷纳入各地的行政立法规划中，省市县级均颁布了各种行政调解规定或办法，统一规范本辖区内的行政调解工作。

调解的磅礴局面呈现出的多元性与复杂性，使得人们容易在其理论探讨与实践应用中过多关注于这些调解类型之间的差异性，却遗忘了它们应当同属于“调解”这个大范畴。无论调解由哪个主体负责主持，无论其适用是在哪个领域，它都应当是在一个独立、中立与公正的调解员主持之下，促进各方纠纷当事人相互沟通与对话，在合意基础上寻求纠纷解决结果的一种协商型纠纷解决方式。这些多元的调解类型中应当有着共同的中心轴，包括对调解合意的尊重、对调解员伦理准则的要求、对调解正当程序基本原则体系的构建、对调解协议效力与救济的保护等。基于这些共同因素，通过促成调解性质与基本原则的统一，实现调解员群体内部的交互贯通，促成调解员职业共同体的形成，有效整合调解资源的零碎之力而铸造成为社会救济的独立支柱。调解立法分散路径中蕴含的单行法思维模式容易导致在立法中忽略各调解类型的一致性与协同性，不利于形成奠造社会救济独立支柱的凝聚与贯通之力。

（二）调解立法整合路径的三重价值

调解立法整合路径秉承的思路恰与分散路径中“化整为零”的思路截然相反，其坚持的是一种“化零为整”的思路，即要把分散路径中提及的多部单行调解立法予以综合，在同一部调解法律中提炼与归类，确立各调解类型的共同特征与一般性条文，奠定其区分于其他纠纷解决机制的总体框架。相较于分散路径中“化整为零”呈现的短平快特征，整合路径中“化零为整”的实施因着墨于求同存异、利益博弈与均衡而需投入更高的立法成本。但是，整合路径在调解的立法、理论与实践三方面均具有独特的价值。

第一，在调解立法层面，整合路径将实现从单行法思维向类法典化思维的转化。调解法实则为调解的综合性基本法，也即调解法律的类法典化整合与编撰。在类法典化思维中，各单行法要统一于调解法所确立的制度规则和价值理念之中，有利于消除单行法之间相互隔离、相互冲突的现象，从而形成一种“基础性、体系化、统一和融贯的思维”。[21]

调解虽与诉讼、仲裁共同被誉为纠纷解决机制的三大支柱，但却是三者中唯一尚未具有完整法律规制体系的一方。在我国立法进程中，三大诉讼法是最先制定和出台的，并不断完善；仲裁立法也早于调解立法，1994 年《仲裁法》得以颁布；直到 16 年之后，《人民调解法》才得以出台。《仲裁法》已经进入新的立法修改起草讨论中，将迎来重要的改革与蜕变，推动我国仲裁制度进入一个新台阶，增强在多元纠纷解决新格局中的地位与作用。反观调解虽一直被视为主要的纠纷解决手段，甚至产生了我国为“调解古国”与“调解大国”的印象，但其发展呈现出一种政策推动下的波浪起伏曲线。政策的推动固然重要，容易引起当政者和公众对政策推动对象的关注。但是，如果政策不能予以固

㉑ 关于基础性、体系化、统一和融贯思维的论述，参见王利明：《论〈民法典〉实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维》，载《中国社会科学》2022 年第 3 期，第 4-22 页。

定和维持一种持续化的发展态势，就会“政策强则强，政策弱则弱”，调解的发展容易呈现为一种“运动化”浪潮，使其可能成为“拍脑袋”工程，所谓“上马匆匆，下马也匆匆”。而且，政策的决定影响太大时，由于它的实施缺乏统一性，容易导致各地实施情况差异甚大，难以实现全面规范化发展。例如，在“调解优先”政策驱动下，法院对“高调解率”产生了一种过分的追求，将其与法官考评、年终奖惩、评先评优等进行直接挂钩，于是这种简单、片面的追求和粗糙的衡量标准，容易造成调解实践中违法与强制行为的频发。在当前的诉源治理推进中，法院把调解推到了立案程序之前进行，概括为“诉前调解”，迎来一波新的调解浪潮。在这次浪潮中，法院通过委托委派调解进一步建构诉调对接机制，故提供给了民间各种调解组织新发展契机。如何抓住此契机，推动调解在质上发生蜕变，提升调解的法治化、社会化与职业化进程，有必要从政策导向转为立法导向。通过调解立法整合制定一部统一的综合性“调解法”，有利于协调现有法律条文之间的冲突与矛盾，规范不同类型的调解在社会矛盾纠纷化解过程中的秩序，“从整体意义上综合把握各种类型调解的优劣态势，扬长避短，构建现代化的调解体系。”㉒

在追求实现法律规范科学完备统一的法治中国建设背景之下，立法不再以短平快为先，而应以优精深为目标。立法质量的提高是发挥立法的引领和推动作用之关键。㉓《法治中国建设规划（2020—2025 年）》中提出要“加强和改进立法工作，深入推进科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量和效率”。调解立法的整合方案作为一项以统一与协调为宗旨的立法路径，将站得高、行得远。立法者应着眼于调解现代化发展的定位与走向，统筹兼顾立法中的价值标准、合法性标准、科学性标准、融贯性标准和技术性标准，㉔ 耦合各单行调解立法中的差异与分歧。调解在多元纠纷解决新格局中的性质定位要实现多元归一，落着于其解决纠纷的合意性与协商性，消弭目前分布于不同领域中的等级差异性，譬如当调解发生于诉讼程序与仲裁程序中所产生的协议结果具有一种优越于其他调解协议的效力增强属性，能够直接成为直接执行的依据，而一旦脱离这些领域其协议效力就必须依靠于其他程序机制的补足。调解协议的效力根源不应当是来源于法院与仲裁组织所拥有权力的赋予，而是植根于纠纷当事人的合意而产生的一种强制力。调解权是一种多元共治权力的体现。基于调解权的共治性，确定各种调解类型适用的共同出发基点。整合论便是要统一此基点，促使调解立法之间以及与其他法律之间的内在和谐，妥善处理好调解立法的前瞻性与阶段性、可操作性，以及稳定性和变动性之间的关系，推出一部体现科学立法原则的综合性调解法，打造独立的调解法律体系。

第二，在调解理论层面，整合路径将有利于构建中国调解学的自主知识体系。调解在中国虽为一种历史最悠久、适用最广泛的纠纷解决手段，但至今并未形成完整的自主知识体系。“主流法学研究唱衰调解价值，贬抑调解文化，由此酿成今日‘强诉讼、弱调

㉒ 廖永安：《关于我国统一“调解法”制定中的几个问题》，载《商事仲裁与调解》2020 年第 2 期，第 35 页。

㉓ 2014 年党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用，抓住立法质量这个关键。”

㉔ 宋方青：《立法质量的判断标准》，载《法制与社会发展》2013 年第 5 期，第 43-44 页。

解’的法学研究话语格局”。[25] 调解制度在学术研究中的边缘位置，使得理论研究严重滞后于法治实践，由于缺乏学术性、系统性、专门性的理论提炼，造成“很难与西方调解形成一般化的理论对话”。[26]

学术研究上的偏颇是造成调解学科建设滞后的一个重要原因。当前，调解员职业化的需求使得欧美的诸多国家早已把调解课程确立为法学院基本课程，甚至开设调解法律硕士学位。在美国大学 U.S.NEWS 排名中，法律专业类别包含一个单独的种类，为“纠纷解决”（Dispute Resolution），旨在培养法学院学生通过谈判、调解、仲裁和以解决问题为导向处理客户的纠纷。2023 年美国法学院中纠纷解决项目培养效果最好的前三名为哈佛大学、俄亥俄州立大学与佩波代因大学。[27] 我国的调解法学教育虽然已经出现于少数法学院的课程体系中，[28] 但是在大多数法学院中停留在民事诉讼法或仲裁法的夹叙讲义中，鲜少作为一门独立的课程而存在，而离设立单独的硕士学位点就更加遥远了。在缺乏调解教育体系化的情形下，调解学的知识体系化仅停留在零星教材中。[29]

一部完善的综合性调解法的出台，并辅之以相对应的辐射法律圈，既有利于在实践中规范与推动调解的扩展适用，也有助于在理论上构建中国调解学的自主知识体系。此成功模式已存在于仲裁学科的发展中。由于有国内《仲裁法》与国际《纽约公约》的存在，故仲裁早就作为一门课程广泛存在于大多数法学院中，且跨越诉讼法学与国际法学两个二级学科。2022 年仲裁学科建设进入一个新台阶，国际仲裁方向的法律硕士专业学位在二十所高校率先设立。[30] 我国调解学科建设如今在外部有《新加坡调解公约》，在内部则需要一部综合性调解法的支撑。依托于调解法的出台与周边辐射法律圈的衔接，将有助于建构我国的调解学科建设，而“学科体系是构建中国自主的调解学知识体系的基本依托。”[31]

第三，在调解实践层面，整合路径具有推动国内与国际实践革新的双重价值。在国内调解实践中，整合路径有利于促使调解摆脱依附于其他纠纷解决机制的隶属局面，营造独立的纠纷解决领域，发展成为社会救济的独立支柱。调解因自由灵活特质能与诉讼、

---

[25] 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 28 页。

[26] 同上，第 25 页。

[27] 参见 U.S.NEWS 网站，https://www.usnews.com/best-graduate-schools/top-law-schools/dispute-resolution-rankings，最后访问时间：2024 年 3 月 13 日。

[28] 例如，上海政法学院于 2012 年在全国本科阶段首创法学专业的人民调解方向，培养人民调解专门人才；湘潭大学法学院依托于其在多元纠纷解决机制的研究优势，开发了全国首套调解系列教材，开设了全国首个“调解谈判方向班”，构建了全国首套调解人才培训体系，出版了《中国调解研究文丛》《如何当好调解员丛书》等著作教材；北京理工大学法学院依托国际争端预防与解决研究院的设立，在法律硕士阶段开设国际商事调解课程。

[29] 调解方面的教材非常少，据笔者查询到的，如廖永安主编：《中国调解学教程》，湘潭大学出版社 2016 年版；廖永安主编：《调解学教程》，中国人民大学出版社 2019 年版；邱星美、王秋兰：《调解法学》（第 3 版），厦门大学出版社 2022 年版（第 1 版于 2008 年出版）。

[30] 2022 年 7 月教育部办公厅、司法部办公厅联合印发《关于实施法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的通知》，载教育部网站，http://www.moe.gov.cn/srcsite/A22/moe_826/202208/t20220818_653740.html，最后访问时间：2024 年 3 月 13 日。

[31] 同前注 [25]，第 30 页。

仲裁任意组合，但这种组合在实践中大多呈现为调解对后两者的依附属性与附庸角色。因为法院与仲裁机构对案源具有分配控制权，且调解协议通常须借助诉讼或仲裁程序才能转化为执行依据，加之法律对调解与诉讼、仲裁的关系未予明确界定，造成在实践中调解员显然无法保持对法官、仲裁员的一种相对隔离的状态，以保障调解的独立运作空间。譬如，在当前诉源治理实践中，地方法院探讨一种以“协作性契入”为特征的多元化解纠纷之司法治理新范式，[32] 法院全流程参与到各项工作部署中，从矛盾源头到定分止争，从纠纷预防到服判息讼，从普法宣传到“衍生案件”防治。为此，一种由法官与调解员合作办公的联动机制成为地方法院主推的化解矛盾方式。[33] 受党政体制下政法逻辑和司法逻辑的双重影响，党政体制下的政治约束、奖惩机制、网络时代的社会舆论和乡土社会的民众认知，共同驱动基层法官在判决与调解中更愿意优先选择后者。[34] 在这种合作办公中，法官很容易以权力权威与知识权威的优越性占主导地位。加之，调解保密原则并没有上升为调解员的拒绝作证豁免权，诉调对接中还强调从诉讼效率角度凸显无争议事实的记载和直接转化为证据的功能，这些都很难保证调解保密原则的贯彻实施。

在国际调解实践中，整合路径有利于推动中国范式的调解理论与实践走出国门，为国际治理格局改革贡献中国经验与智慧。在全球化趋势加强之下，纠纷解决机制不再是一国境内之事，纠纷中涉外因素的宽泛增加推动着纠纷解决市场的全球化运作。调解的发展不再局限于国内疆域，也应立足于国际视野。《新加坡调解公约》的宗旨就是要架构国际商事调解的全球流通机制，因此调解的国际市场正在形成之中。欧美的一些强国在建立强大的仲裁组织之余迅速发展调解组织，以便能在这个新兴的国际市场抢占先机。虽然这个国际市场是针对国际商事调解的，但是此领域的繁盛必然给国内调解、商事调解之外的其他调解类型带来一种联动性。例如，新加坡在调解方面的成就便与其宏观上对调解制度构建与学科建设的关注与增强颇有关联。新加坡的调解立法包括 2017 年《调解法》和 2020 年《新加坡调解公约法案》，前者是一部综合性的调解基本法，这部法律对推动新加坡调解发展具有至关重要的意义。我国地域非常辽阔，不同于新加坡调解组织的数量有限性，有着太过丰富和种类繁多的各种调解组织。这些组织是我国在调解国际市场争占先机的有利条件，但是需要通过合理的方式将它们集合与统一而形成优势竞争力。比较于调解立法分散路径中“化整为零”的自我拆分功能，整合路径中“化

㉜ 为实现法院职能从“一元”向“多元”的转变，开拓了多种路径，包括依托法庭建设打造服务型治理，依托诉调机制打造联动型治理，依托巡回审判打造参与型治理，依托文化融合打造嵌入型治理，依托访调结合打造折叠式治理。虞浔：《从社会治理的参与者到社会治理的推动者——基于“寻乌经验”司法治理模式的思考》，载《法学》2023 年第 12 期，第 21 页。

㉝ 例如，河北省兴隆县人民法院在各乡镇设立了 15 个法官工作站，选拔 15 名法官（法官助理）任各乡镇“法官工作站”负责人，选聘 15 名特邀调解员，驻守法官工作站负责具体调解工作，构建起“法官 + 特邀调解员 + 基层调解组织调解员 + 司法所调解员”联动工作机制。刘振宇、任世伟：《兴隆：“三个一”机制绽放“枫桥经验”之花》，《人民法院报》2023 年 4 月 4 日，第 8 版。

㉞ 肖滨、戴少斌：《判决抑或调解——基层法官行为选择的政治学分析》，载《吉林大学社会科学学报》2022 年第 5 期，第 56 页。

零为整”的思路确是有利于推动各种调解类型形成一种联动关系，推动调解职业共同体的形成，推动调解组织的规模与质量的提升，聚少成多，有利于组建具有规模性与专业性的国际调解组织，促使形成可供观摩、参考与借鉴的东方调解经验模板，为中国争占国际调解服务市场的一席之地增添助力，从调解大国、调解古国升级成为调解强国。

因此，从立法、理论与实践的三重价值取向考量，中国调解法律体系的优化在宏观指向上适宜选择整合路径。

三、调解立法的整合范畴：以社会调解为基点

范畴是对事物进行归类整理时所依据的共同性质，即事物种类的本质。各国调解立法的整合范畴因源于各自的政治经济社会文化因素而呈现差异性。中国应以推动调解成为社会救济之独立支柱的目标而框定调解立法的整合范畴。

（一）调解立法整合范畴的域外视角

调解在世界历史长河中是一种源远流长的纠纷解决手段，只不过在近现代的法治进程中逐渐让步于诉讼与仲裁。20 世纪中期在“接近正义”（access to justice）第三次浪潮的席卷之下，调解迎来转型与蜕变的重要发展契机，其逐渐融入各国的法治规划进程中。

调解立法首先只是集中于诉讼程序中调解的鼓励与推广。1991 年，南非颁布《特定民事案件速裁与调解法》，将调解制度引入普通治安法院的诉讼程序中；[35] 1996 年，法国修改《民事诉讼法典》，增设诉讼调解的主体类型，在已有的国家依附型调解（conciliation）基础上增加了社会自治型调解（médiation）；[36] 1999 年，英国施行的《民事诉讼规则》中通过诉前议定书、案件管理制度、诉讼费罚则等引入调解解决纠纷。[37]

随着调解的适用范围拓展，调解立法不再局限于民事诉讼领域，而是放眼于纠纷解决的宏观领域，全球掀起一股调解单独立法的浪潮，包括：2003 年，奥地利《民事调解法》；2005 年，挪威《民事纠纷的调解和程序法》、列支敦士登《民事案件调解法》；2006 年，罗马尼亚《调解和调解员职业组织法》；2008 年，斯洛文尼亚《民商事调解法》；2010 年，意大利《民事调解法》、俄罗斯联邦《调解替代程序法》、中国《人民调解法》、希腊《民商事调解法》；2011 年，芬兰《民事调解和普通法院和解确认法》、哈萨克斯坦《调解法》；2012 年，德国《调解法》、西班牙《民商事调解法》、捷克《调解法》；2013 年，葡萄牙《调解法》；2015 年，巴西《调解法》；2017 年，爱尔兰《调解法》、新加坡《调解法》等。

上述调解法的适用范围均覆盖民商事纠纷的处理，其中部分国家在调解法的名称上便明确为民商事调解，例如奥地利《民事调解法》、挪威《民事纠纷的调解和程序法》、列

㉟ 齐树洁主编：《外国调解制度》，厦门大学出版社 2018 年版，第 433 页。

㊱ 参见周建华：《法国现代调解的发展：传承、借鉴与创新》，载《法学家》2015 年第 2 期，第 166-174 页。

㊲ 同前注 ㉟，第 237 页。

支敦士登《民事案件调解法》、斯洛文尼亚《民商事调解法》、希腊《民商事调解法》与西班牙《民商事调解法》。有的国家则是在调解法的序言中限定规范对象，例如爱尔兰《调解法》在序言中说明“本法旨在规定调解的安排，作为提起民事诉讼或继续进行民事诉讼的一种替代办法而设立”。

各国调解法中通常不涉及诉讼调解，后者规定在民事诉讼法中。[38] 许多国家选择在调解法颁布前后修改民事诉讼法，增强调解在诉讼程序中的适用，例如奥地利为配合《民事调解法》的法院转介调解程序，修正了《民事诉讼法》的部分内容；希腊《民商事调解法》施行后，2012 年和 2015 年先后修改《民事诉讼法典》，增加的第 214B 条和第 214C 条引入司法调解，授权法院指定法官成为专职或兼职调解员；德国也在《民事诉讼法典》中增设第 278 条和第 278a 条，规定法院调解与法院附设调解。

也有国家没有采取单独的调解立法模式，而是选择把调解法律条文全部并入民事诉讼法典中。2012 年法国《民事诉讼法典》在修改中增加了第五卷“协商解决纠纷”，包含“协商调解和协商和解”“参与程序”“共同规定”三编；[39] 由此，法国《民事诉讼法典》实质转型为《民事程序法典》，涵盖诉讼、仲裁与调解以及参与程序等多元化纠纷解决方式。类似立法形式还见之于与法国法律一脉相承的比利时《司法法典》第七卷“调解”、加拿大魁北克《民事诉讼法典》第七卷“私法纠纷预防和解决程序”第二编“调解”与卢森堡《民事诉讼法典》第三卷第二编“调解”。

调解涉足领域的延伸与扩张，也促使一些国家在其调解法中扩充其规范对象，不再局限于民商事纠纷，而开始涉足行政争议。例如葡萄牙《调解法》第 1 条确立的适用范围包括民商事调解和公共调解；巴西《调解法》第 1 条规定，调解是解决私人当事方之间争端的一种手段，也是公共行政范围内争端的自我解决方式。有的国家则采取一种类似于中国《人民调解法》的做法，并不清晰言明法律规范的纠纷类型，保留适用范围的伸缩性，例如德国《调解法》与新加坡《调解法》。

综合域外调解法整合范畴的情况，依据调解对象中纠纷的实体性质，整合的基本类型为民商事调解，也有开始涵盖行政调解的情况，但鲜少涉及刑事调解；依据调解与诉讼、仲裁三种纠纷解决机制的界限划分，调解法的规范范畴通常指诉讼之外的调解类型，而诉讼调解规定在民事诉讼法中。

（二）调解立法整合范畴的中国定位

实现国家治理现代化是当前中国国家治理改革的主要任务。国家作为治理的整体性单元，促使政府、经济、社会等多元主体通过协商和对话等制度性形式，实现公共目标和推进公共利益。[40]《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》指出：“推动社会治理重心向基层下移，建设共建共治共享的社会治理制度，建设人人有责、人

㊳ 芬兰的《民事调解和普通法院和解确认法》为例外情形，第 1 条界定该法的适用范围包括：法院调解；对法院外调解协议的执行力确认；欧盟调解协议的执行力确认。

㊴ 具体条文，参见周建华译：《法国民事诉讼法典》，厦门大学出版社 2022 年版，第 347-358 页。

㊵ 高奇琦：《智能革命与国家治理现代化初探》，载《中国社会科学》2020 年第 7 期，第 82 页。

人尽责、人人享有的社会治理共同体”。国家治理格局有条不紊地实现着由点而面、自上而下的延展式下沉,追求政府、市场与社群之间“共治”秩序的塑造。共治秩序在表面呈现为政府、市场与社群的互动融合,形成政府管理主义、市场理性主义和社会参与主义三重机制互涉融合的新治理范式;在实质上要将国家主义法治形态导向更均衡的包容性法治,形成一种由责任法理(政府)、权利法理(市场)、公共法理(社群)组成的复合形态。[41]

中国调解法的整合范畴应以追求本法在国家治理现代化格局中的定位为首要前提。多元纠纷解决机制的构建与完善是国家治理现代化的重要内容之一。依据解纷主体的性质差异,纠纷解决机制区分为私力救济、公力救济与社会救济。[42] 私力救济是当事人的自发性协商或自我救助行为,鲜少进入法律范畴,即使有也通常是一种“引导性政策”,[43] 主要借助于以私权的保护与实现为中心的民事立法保障私力救济理性规则秩序的建立。[44] 公力救济是引入国家公共力量的介入,以一种“权利的权利”形式垄断公共权力,弥补与取代权利主体自我救济的权利,[45] 为避免弥补与取代沦为剥夺与侵蚀,法律规制成为必要事项。社会救济作为一种折衷引入社会组织的无强制性力量的纠纷解决手段,企图在私法权利理论和国家权力理论之间寻求平衡点,以尊重当事人合意为原则,并规范救济方式保障公平与效率价值的统一。

在纠纷解决的三大支柱中,诉讼表现为国家司法权力的介入,属公力救济;仲裁糅杂当事人合意与权力控制两重因素,属社会救济;调解虽以当事人合意为本质特征,但有第三方即调解员的引导与协助,调解活动应在法律规范的框架内运作,故也属社会救济。按理来说,调解明显区分于仲裁与诉讼,三者基于各自属性与优劣势互补而应形成“三足鼎立”的局面。

然而,现实中调解的法制滞后与性质效力不统一,使其尚未凝聚取得社会救济的独立支柱功能。综合现行法律规定,调解是否发生在诉讼与仲裁程序中,对其性质与效力有根本影响。如果发生在诉讼与仲裁程序中,调解协议能取得一种类比于法院裁判、仲裁裁决的性质与效力,直接成为申请强制执行的依据。否则,调解协议要想取得执行效力,须经过下列间接转化路径:向法院提起合同之诉,取得胜诉判决;向法院申请司法确认,取得司法确认裁定;向法院申请督促程序,取得支付令;向仲裁庭申请制作仲裁调解书或仲裁裁决;向公证机关申请制作公证债权文书。

以诉讼和仲裁程序的界限进行区分的做法,蕴含着脱离于实践发展的自我矛盾。诉讼调解的改革历经从调审合一到调审分离的争辩后,委托调解作为一种有效分离调解与

---

[41] 杜辉:《面向共治格局的法治形态及其展开》,载《法学研究》2019 年第 4 期,第 39 页。

[42] 范愉:《非诉讼程序(ADR)教程》(第四版),中国人民大学出版社 2020 年版,第 9 页。

[43] 徐昕:《通过法律实现私力救济的社会控制》,载《法学》2003 年第 11 期,第 93 页。

[44] 有学者建议,我国民法典中应着眼于民事私力救济的长期结构,构建一个逻辑清楚、层次分明的民事私力救济制度体系,从而促进市民社会理性规则秩序的建立。沃耘:《民事私力救济的边界及其制度重建》,载《中国法学》2013 年第 5 期,第 179 页。

[45] 贺海仁:《从私力救济到公力救济——权利救济的现代性话语》,载《法商研究》2004 年第 1 期,第 36 页。

审判功能的方法，自本世纪初成为法院改革诉讼调解的重要手段，正式确立于 2004 年《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》中。随着委托调解实践的推广以及对实践分歧的总结与回应，2016 年《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》以专项司法解释的形式对委托调解的升级版即特邀调解进行详细规定，并以立案为节点区分了立案前的委派调解与立案后的委托调解。委派调解与委托调解本质上实为同一制度，均属法院把调解任务转托给外部第三方完成的方式，但在性质与效力上存在明显差异：委派调解被定位于诉外调解协议，只能走司法确认程序；委托调解则被定位于诉讼调解协议，由法院制作调解书直接赋予执行效力。[46]

法院的调审分离改革实质是要通过引入外部社会调解力量，促进社会救济与公力救济的对接，实现案件的外部导流。法院因为案多人少的积案压力与对日益精细化审判模式、高质量审判结果的追求，希望能够集中审判力量；同时，趋于诉源治理与化解矛盾、构建和谐社会的国家治理目标，希望借助社会调解力量进行案源的转移与消化。但是，由于调解法律尚未对社会调解的性质与效力做出统一规定，特邀调解无法取得应有的独立属性，对法院的依附性质太过突出，使得独立调解成为空中楼阁，调解保密原则也形同虚设。当前法院在推行特邀调解制度时，一直强调要“打造一支值得信赖的编外纠纷解决队伍”。[47] 一些新闻媒体在报道之余，甚至把特邀调解员称之为“编外法官”。[48] 特邀调解员被视为是法院的“另一种力量”，但是有些法院对他们的工作范围确定上采取的是一种逾越调解工作之外的诉讼琐事任务的列举，例如要协助法院处理立案受理、调查取证、送达等司法辅助工作，特邀调解员担任法院与当事人之间沟通的桥梁。[49] 当前实践中呈现出特邀调解员的工作角色与身份混乱局面。按照《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》第 1 条的界定，特邀调解员的任务应就是“接受人民法院立案前委派或者立案后委托依法进行调解，促使当事人在平等协商基础上达成调解协议、解决纠纷”。但是，法院在将其视为编外队伍的时候，便从分流法院负担的角度把诸多不应有的琐碎任务外托给他们来完成。而面对这些不适合的任务，特邀调解员也难以拒绝。

因此，为终结当前分歧局面和形成凝聚之力，调解立法的整合范畴应以社会调解为定位，统一多元调解类型的性质与效力。建议取消对诉讼调解、仲裁调解与社会调解的差别性对待，抓住批准《新加坡调解公约》的契机，统一国内与国际调解协议的法律效力，使之同等取得直接执行效力，强化调解与仲裁、诉讼具有同等的终结纠纷之效力。调解法立足于调解归属社会救济的范畴，凝聚各调解类型之整合力量，缔造社会救济之独立支柱，推动调解发展成为与诉讼、仲裁相平行的三大纠纷解决支柱之一。

---

⑯ 《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》第 19 条和第 20 条。

⑰ 胡仕浩、龙飞：《深化多元化纠纷解决机制改革的战略安排和创新举措》，载李少平主编：《最高人民法院多元化纠纷解决机制改革意见和特邀调解规定的理解与适用》，人民法院出版社 2017 年版，第 546 页。

⑱ 刘鸯：《“编外法官”解纷争》，《西部法制报》2021 年 9 月 28 日，第 5 版。

⑲ 潘巧：《助力多元解纷 特邀调解成诉前解纷“利器”》，《民主与法制时报》2021 年 9 月 3 日，第 1 版。

四、调解立法的整合体系：总则与分则

调解立法的整合路径把调解法定位于综合性的调解基本法和框架性的程序法与组织法，[50] 在整合协调统一各调解类型的共同特征之时，也包容彼此的差异性与多元性，故在立法体例上采取总则与分则的结构体系。[51] 调解立法的整合修改虽会带来调解领域的一次深刻变革，但并非将调解体系推倒重建，“而是在现有传统规范基础上进行合理的扬弃”。[52]

在具体实施中，谨遵科学立法原则，尽可能维持已有法律体系的现状，在合理修改的幅度内把《人民调解法》整合改造为一部综合性调解法。在条文设计上，鉴于调解程序的灵活性、开放性与自愿性等特征，适宜选择“二元调解法律规制模式”，[53] 只是对调解的核心问题进行框架式规定。在整合之时，相应修改与增设其他法律中的调解条文，建立调解法与辐射圈内其他法律之间的衔接机制，构建中国式现代化调解法律体系。

（一）调解法总则：奠定统一基调

在调解法的总则中，采用提取公因式方法，确立多元调解类型共同适用的规则，奠定统一的基本框架，解决实践中的分歧与混乱，凝聚与整合各种调解资源，具体涵盖调解的定义、调解员、调解组织、调解程序与调解协议。

调解定义的界定对确立调解的合意社会救济属性非常关键。《人民调解法》第 2 条中人民调解的定义虽呈现调解的合意特征，即“促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议”，但在参与主体关系顺序上凸显第三方调解组织即人民调解委员会的主体作用，即“人民调解委员会通过说服、疏导等方法”促使当事人达成调解协议。调解法中的调解定义在继承合意特征之时，应调整参与主体关系的顺序，突出纠纷当事人的主导地位，明确第三方调解员的协助与促进作用。[54] 鉴于调解的适用范围日益扩大，从民商事纠纷渗透至行政纠纷、刑事纠纷中，调解的定义直接采用“纠纷”一词以保留适用于更广泛领域的可能性。故建议将调解定义为：“纠纷的各方当事人在调解员的协助下，秉着

---

⑤⓪ 同前注 ③，第 73 页。

⑤① 在本世纪初有关调解立法的草案中，便有观点提出参照合同法的模式，分为总则与分则，总则中包括一般性规定，表达共性的东西，分则中囊括现存的各种调解方式，分门别类，加以细化。《全国政协提案委员会召开调解立法座谈会》，载《仲裁与法律》2003 年第 5 期，第 7 页；杨荣馨：《构建和谐社会呼唤调解法》，《法制日报》2005 年 3 月 4 日，第 3 版。

⑤② 同前注 ④，第 327-328 页。

⑤③ “二元调解法律规制模式”的基本建构思路是，除了自愿和排除规则，在国家立法层面，调解的其他面向都无需加以规制。如有需要，应该激活地方立法，允许各个地区创设符合自身实际的调解规制细则。熊浩：《论中国调解法律规制模式的转型》，载《法商研究》2018 年第 3 期，第 122 页。

⑤④ 联合国《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》与《欧洲议会及欧盟理事会关于民商事调解若干问题的指令》对于调解的定义均侧重强调当事人的主体地位，前者第 1 条（3）中指明调解是“当事人请求一名或多名第三人（‘调解人’）协助他们设法友好解决他们由于合同引起的或与合同关系或其他法律关系有关的纠纷的过程”，后者第 3 条（a）中指明调解是“两个或多个当事人在自愿的基础上，借助于调解员的帮助，就他们之间的纠纷达成协商结果的程序”。

友好平等协商的诚信合作态度，在自愿和保密的基础上共同协商解决纠纷的活动。”

调解与诉讼、仲裁之间平等地位的确立是巩固调解作为社会救济的独立支柱之功能的必要条件。在调解法与三大诉讼法、仲裁法之间，选择以委托调解[55]为切入点构建相互衔接关系，连通诉讼与仲裁程序内外。委托调解虽在法院系统推行已近二十年，但囿于一直停留于司法解释层面，[56]法院难以梳理清楚与受托调解组织的合理关系，无法有效实现调解任务的顺利导出，只能以包揽方式实现委托调解的一种“若即若离”运作形态。为架构法院、仲裁组织与社会调解组织的良性合作互动关系，调解法的总则中应明确委托调解的地位和作用，[57]三大诉讼法与仲裁法对委托调解的导出与回流即与诉讼或仲裁程序的衔接进行规定，清晰划定各自在委托调解中的责任与权限，保障调解组织与调解员在承接委托调解任务之时获得充分的主动性与独立性，确保调解的社会救济属性。

总则中对调解员的职业化生成路径采取全国统一注册登记制度，明确只有注册登记的调解员主持的调解才能适用本法。非注册登记的调解员虽能主持调解，但不能援引适用调解法。同时，调解法对满足注册登记条件的资格与培训要求做最低条件的规定。资格方面，修正《人民调解法》中“就低不就高”的做法，学历要求提升至大专以上。同时，增加满足调解培训或教育的最低要求。调解是一门技术与艺术，凡欲进入调解行业的人应熟悉调解的本质、原则、要求、目标、方式等，需要资深调解员从实务角度进行培训与指导。把调解员培训经历或学位教育作为注册登记的准许条件，培训资格发放给符合条件的调解组织，同时斟酌把调解法学教育纳入高校法学院的教育体系中，增设调解法律硕士学位。调解的教育体系与培训体系的双轨制结合，必将推动各调解组织与各高校的法学院积极考量建设调解教育与培训体系，为职业调解员队伍提供人才预备库。

调解组织的形式呈现多元化特征，允许个人设立调解工作室，弥补调解组织固化或官僚化产生的弊端。在市场化竞争环境下，可以合理推断规模大的调解组织通常要比规模小的调解组织更有竞争力，如同大律所与小律所之间的竞争局面，但个人调解工作室可以在丛林环境中选择自己擅长的专业或行业领域的纠纷。有人可能质疑，放宽调解组织形式与允许个人调解工作室会造成调解的滥用和不公平现象。调解员是调解中的灵魂人物，是调解成功的关键所在。只要调解员具有专业的调解知识与过硬的调解技能，无需依靠调解组织，就可以个人名义来主持调解。对个人调解的弊端忧虑在机构调解中

---

[55] 考虑到委托调解实践最早且从词面上理解更准确，而特邀调解只是一种人工的词语转化与界定，同时趋于消除委派调解与委托调解的人工区分，故建议选择沿用委托调解。

[56] 早在《人民调解法》讨论制定中，就有主张把委托调解纳入法条中，但趋于当时的立法考虑与利益协调需求，委托调解最终未列入。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 4 页。

[57] 建议条文拟定如下：

“经各方当事人同意后，人民法院与仲裁组织可以委托调解组织或调解员进行调解。

当事人可以共同选择人民法院与仲裁组织制定的调解名册中和名册外的调解组织或调解员。

调解组织或调解员在接受调解时，应当及时披露其与案件或当事人可能存在的利害关系，以及其他可能导致中立性和公正性受质疑的情形。当事人在知晓后可以共同决定是否继续委托该调解组织或调解员进行调解。

调解组织或调解员应当独立、公正、中立地进行调解。”

也会出现，对此可以由全国调解员协会编撰调解员伦理道德准则，加强调解员职业伦理建设，建构调解员职业责任保险与失职行为追究机制进行保障。

调解程序虽以灵活著称，但并不意味着应当容许漫无边际、无所拘束的调解活动，因此在总则中应确立调解正当程序的金字塔式基本原则体系，自愿原则处于金字塔之首，对等、诚信、保密原则处于底端。[58] 基于自愿原则，当事人始终有权修改与变通对等、诚信、保密三项原则的适用。对等原则是辩论原则在调解程序中的延伸嬗变，调解员基于中立地位进行的调解活动应以平等对待当事人为基础。促进协商中的平等对话需要当事人之间坦诚相待，才能取得真实磋商效果，故诚信对话至关重要。保密原则是调解与仲裁等非诉讼纠纷解决程序的特有原则，也是区分于诉讼审判程序的明显特征，有利于营造调解程序的独立运作空间，避免其他力量的干预与影响，推动诚信平等对话氛围的形成。

作为调解自愿原则的延伸，总则中需明确选择调解协议的法律效力。选择调解协议是指当事人在从事各类活动时签订的对于可能发生或已经发生的纠纷合意选择通过调解解决纠纷的协议，既可为单独的协议，也可为协议中的某个条款，如同仲裁中的仲裁协议或仲裁条款。按常理推测，选择调解协议作为当事人合意的一种表现，是当事人签订的一种特殊合同，其合同标的以选择纠纷解决的方式为对象。既然当事人表明此合意，从合同法律效力理论而言，选择调解协议应对当事人产生拘束力。此拘束力并非要求当事人必须达成解决纠纷的协议，而是拘束当事人采取调解的一种尝试与努力。[59]

既是为批准《新加坡调解公约》做准备，也是为加固调解的社会救济支柱功能，总则中可考虑提升调解协议的法律效力，确立其直接执行效力。自本世纪初以来，调解协议的法律效力呈现为从 0 到 1.0 再到 2.0 的不断提升趋势，即从无效力到合同效力 [60] 再到申请司法确认效力。[61] 在 2.0 版本的司法确认阶段中，启动条件上必须要求“双方当事人自调解协议生效之日起三十日内”向管辖法院提出。此共同合意条件显然给了当事人随意反悔的权利与机会，无形中也弱化了调解员对自己工作所产出结果的底气。调解虽

---

[58] 周建华：《司法调解的契约化》，载《清华法学》2008 年第 6 期，第 150 页。

[59] 选择调解协议的效力已在一些国家的调解法中明确规定，例如葡萄牙《调解法》第 12 条“选择调解协议”规定：
“当事人可以在合同范围内约定由该合同关系可能产生的纠纷应提交调解。
选择调解协议必须是书面的。此协议由双方签署的书面文件、书信往来、电报、传真或其他提供书面证明的电信手段（包括电子通信手段）组成，则应满足书面形式要求。
选择调解协议违反上述条文的规定，则无效。
就选择调解协议中标的事项提起诉讼的州法院，应在被申请人提出请求后，不迟于提交其关于争议案情的第一份陈述时，暂停诉讼，并将案件提交调解。”

[60] 2002 年《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》第 1 条第 1 款清晰界定人民调解协议具有“民事合同性质”。

[61] 2010 年《人民调解法》第 33 条确立当事人合意申请法院启动司法确认程序取得执行效力的诉讼简化路径；2012 年修改的《民事诉讼法》中第十五章“特别程序”增加第六节“确认调解协议案件”，详细规定司法确认程序；2021 年修改的《民事诉讼法》在繁简分流改革试点经验上扩大了申请司法确认的调解协议范围，不再局限于人民调解协议，而是包括经依法设立的调解组织调解达成的调解协议。

为合意之全程推动，但一旦此合意产出结果，此结果便应对各方当事人产生必要的约束力，这才是合意之要义所在。调解正当程序保障当事人的实质参与，而对于恶意反悔者应处以法律的权威惩罚。因此，在调解法的总则中，调解协议的法律效力适宜升级至 3.0 版本，与《新加坡调解公约》中国际商事调解协议直接执行程序的条文进行对接，赋予国内与国际调解协议取得直接执行的效力。调解协议的直接执行效力必须与调解员的资格认证体系挂钩，只有注册调解员主持所达成的调解协议才能取得调解法中赋予的直接执行效力，由此可以预见在实践中将鼓励更多人申请注册调解员，方便统一纳入全国调解员协会进行管理与约束。

（二）调解法分则：兼容多元与差异

调解法的分则中将涵盖识别度高的多元调解类型，具体包括：历史根源深、组织广、公众最为熟知、极具有自身特色的公益性调解，即人民调解；按照实体纠纷类型化区分的四类调解类型，即商事调解、家事调解、行政调解与刑事调解；结合数字社会中互联网、区块链与人工智能等技术，多元调解类型从线下搬迁到线上而产生的新调解形态，即在线调解。分则中列举的调解类型并不穷尽，为将来包容新调解类型预留空间。

人民调解作为特定概念和专门组织已有大半个世纪的历史，具有独特的组织生长路径，《宪法》授予其依托基层群众组织建构庞大体系的基础。人民调解早已成为国家实现基层社会治理的重要手段。依托于国家法律与政策指引，人民调解组织深扎根于基层，与基层群众性组织相结合，已经形成遍布全国基层社会治理微观环节的网格布局。人民调解以无偿提供服务为原则，依托于政府财政支持，向普遍公众提供公益性调解服务，具有包容处理庞杂且细枝末节的基层纠纷矛盾的伸缩能力。市场调解组织会趋于利益导向而容易产生分布不均衡的问题，例如律师事务所与仲裁机构的分布都集中于大城市。而人民调解组织作为一种公共服务机构能实现分布的均衡性，特别是涉足于市场调解组织不会涉及的广泛基层领域，提供当地需求的调解服务。[62] 分则中的人民调解一章基本保留《人民调解法》有关人民调解的特殊规定，但应进行一定改革，促进人民调解从依赖国家权威向增强社会自治的过渡，实现国家权力与民间自治的互动转变，探寻脱离强制性权威的新道路，“搭建完全建立在服从者内心信服基础上的权威”。[63]

商事调解是商事活动的组成部分，在国际商事交往全球化发展趋势之下应组建商事调解组织的市场化运作框架与模式。在等待批准《新加坡调解公约》之际，中国商事调解正进入国际商事调解竞相发展的浪潮之中，将与欧美等国家创立的国际商事调解组织一决高下，争夺国际商事争端服务中调解这块“大蛋糕”。为把握国际机遇与应对国际挑战，分则中的商事调解一章应确立商事调解员的专业选拔与培养路径、商事调解组织

---

[62] 人民调解组织与市场调解组织的并存，犹如基层法律服务所与律师事务所的并存局面，前者采取一种接地气式的服务方式，旨在为基层群众提供容易接近的调解服务，实现法律为民的目标，后者更加专业化与市场化，提供满足更高需求的并且客户愿意为之支付费用的调解服务。

[63] 钱大军：《组织与权威：人民调解的兴衰、重振和未来发展逻辑》，载《法制与社会发展》2022 年第 2 期，第 41 页。

的市场运作模式[64]以及商事调解联盟的产生，联众合之力获取优势地位。

家事调解以追求情感关系的修复与维系为核心目标。虽早在《婚姻法》中规定家事纠纷应遵循调解为先原则，但调解前置程序只确立在法院的诉讼程序中，[65]其限制了家事调解的功能与作用。结合当前诉源治理机制的构建，家事纠纷的调解前置程序可以提前至诉讼程序启动之前，故而在调解法分则中的家事调解一章可以考虑建构诉外家事调解前置程序。调解前置只是在启动调解程序方面进行强制，而非调解协议必须达成与内容协商上的强制。调解前置正是因为考虑到家事纠纷当事人之间的情感纽带，希望提供给他们平和沟通与对话的机会，帮助消弭彼此之间的隔阂与误会，为未来情感维系提供更多可能。鉴于家事纠纷中情感纠葛的复杂性与未成年人的利益保护，应当考虑引入家事诉讼改革实践中的家事观察员、家事调解员、心理疏导员“三员辅助”制度。家事调解员的资格条件应予特殊规定，要求具备儿童心理方面的知识与经验。家事调解的程序中注重对未成年人利益与弱势群体的保护。家事调解组织采取多元化形式，可以是市场运作，也可以是公权力运作，由人民调解委员会、民政局设立的家事调解委员会、有志于家事调解的市场调解组织承担。

在分则中建议包含行政调解与刑事调解，旨在从调解作为合意型社会救济机制此核心点去统一界定这两种调解类型。从目前的发展状况而言，两者通常选择从行政机关或公安司法机关的自身组织体系内派送工作人员主持调解。这种运行模式很容易出现原有的“调审合一”模式的弊端，因为行政机关或公安司法机关的工作人员本身便隐含着一种公权力的行使，而且他们还可能成为调解失败后强制性结果的产出者。调解作为一门独特的技术与艺术，需要专业人士的匹配，而且必须与后续的其他程序剥离开来，保障调解自身的独立性。尽管行政调解与刑事调解所解决的纠纷具有特殊性，不同于民商事纠纷，但其并不能改变调解在解决纠纷中的合意特征与契约本质，故而应当遵守调解法总则中的一般性规定。同时，考虑到它们所解决纠纷的特殊性，故而作为两种特殊的调解类型在分则中予以专门规定。行政调解的规范对象包括民事纠纷与行政争议。[66]分则中的行政调解一章特指针对行政争议的调解，应对行政调解组织与行政调解员的权利义务做出规定，需要注意避免在行政程序中产生“调裁合一”现象，防止侵蚀与弱化当事人的调解合意。在行政调解协议的效力上也需要区别对待，特别是涉及行政责任的免除以及违反调解协议时如何恢复追究的问题。[67]分则中刑事调解一章，也应考量如何通过委托调解架构刑事诉讼程序与社会调解之间的衔接，避免强制权力因素的干扰，保证刑

---

[64] 我国商事调解应从依附于法院和仲裁的模式发展为专业化、机构化、市场化模式，形成以社会资源调解为主、公权力调解为辅的格局。祁壮：《“一带一路”建设中的国际商事调解和解问题研究》，载《中州学刊》2017年第11期，第62页。

[65] 《民法典》第1079条第1款与第2款规定：“夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。”

[66] 2010年国务院《关于加强法治政府建设的意见》明确行政调解范围包括行政争议和民事纠纷。

[67] 依据《治安管理处罚法》第9条，公安机关对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等情节较轻的违反治安管理行为，可以调解；经调解达成协议的，不予处罚；达成协议后不履行的，公安机关应依照本法对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议提起民事诉讼。

事调解、和解[68]与认罪认罚从宽[69]中的自愿真实性。刑事调解的结果不仅涉及民事关系的处理，而且涉及刑事处罚的减轻或免除，也需做出特殊规定。

各种调解类型当前都面临一种新形态的运作，这就是借助于互联网、大数据及人工智能等技术而产生的在线调解方式。在线调解作为调解的一种新运作形态，相较于传统的线下调解具有缩短空间距离与方便调解沟通的优势。但也受限于技术，在线调解中存在适用场域的局限性、互动过程的非人格化、技术的瑕疵与缺陷、隐私易泄露等弊端。在线调解深度改变了参与人之间的对话场域，即“从线下人与人之间的真实互动变成了以电子设备为中介的对话沟通”。[70]这种以计算机为媒介的人际沟通经常过滤掉面对面沟通中存在的诸多非语言传播要素，如副语言、强度、强调、速度、音量等，由于缺失了这些社会语境线索与非语言暗示，在线调解的交谈中容易出现“社会真空”。在线调解的运作形式必将带来调解正当程序基本原则的适应性衍变。信息技术的发展与新冠疫情的爆发使得在线方式不再是一种边缘方式，而成为社会运转与生活交往中的一种重要方式。在调解的当前发展中，在线调解与线下调解已经并存，两者的适用既有趋同性也有差异性。最高人民法院着眼于在线调解的差异性，于 2021 年制定了专门的在线调解规则，并于 2022 年 1 月 1 日起施行。在线调解作为各种调解类型在数智化技术应用下的新形态，俨然成为一种新类型，故有必要在调解法的分则中单独设立一章，专门探讨在线调解的原则与特殊规定。[71]

五、结　论

调解在中国的社会发展中是一种既具丰富历史文化底蕴，也应时代变迁而不断更新迭代的纠纷解决手段。在古代社会，重刑轻民的法律体系构造、法院体系的非完整化与

---

[68] 2012 年《刑事诉讼法》修订中增设当事人和解的公诉案件诉讼程序，依据《刑事诉讼法》第 289 条，在公诉案件中双方当事人和解的，公安机关、人民检察院、法院应当听取当事人和其他有关人员的意见，对和解的自愿性、合法性进行审查，并主持制作和解协议书。既然调解可以适用于自诉案件中，为何不能适用于公诉案件中？有了调解员的主持，公诉案件中和解的自愿性与合法性更能得到有力保障。

[69] 2018 年《刑事诉讼法》修订中确立认罪认罚从宽原则，一种“合意式刑事诉讼”的制度框架基本搭建完成。王新清：《合意式刑事诉讼论》，载《法学研究》2020 年第 6 期，第 150 页。认罪认罚从宽制度因赋予检察官对刑事案件定罪量刑的决定权而可能导致检察官司法的出现，蕴藏着认罪认罚的自愿性、真实性以及案件处理的公正性难以得到保证的三大风险。孙长永：《中国检察官司法的特点和风险——基于认罪认罚从宽制度的观察与思考》，载《法学评论》2022 年第 4 期，第 73-76 页。

[70] 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 46 页。

[71] 类似争议也存在于有关在线诉讼或电子诉讼的立法探讨中。有学者提出，鉴于电子诉讼不是特殊的民事诉讼程序，并基于我国的立法惯例，我国应该通过修改民事诉讼法的方式，将电子诉讼予以全面规范。参见刘敏：《电子诉讼潮流与我国民事诉讼法的应对》，载《当代法学》2016 年第 5 期，第 21 页。有学者则提出制定一部单独的“电子诉讼法”，参见谢登科：《关于我国电子诉讼立法的若干建议》，载《团结》2021 年第 2 期，第 41 页。我国民事诉讼法于 2021 年修改时在总则中引入了在线诉讼与线下诉讼功能等同的原则，但是至今未增加有关在线诉讼具体适用的条文。故在未来民事诉讼法的修改中，有必要增加此类条文，而且从立法体系的安排上而言，单独设立一章是适合的。

官僚化、法官群体的非独立化与儒家化出身，使得民事司法与民事诉讼均不发达，调解因契合于和合文化与家国统一的治理格局，基于对无讼目标的追求而成为化解民间纠纷的主要手段。到了近代社会，中华法系实现了法律总体框架上的革新与型构，然而国家法律的合法性重建被家庭、村庄和行会的固有边界阻断，只能主要停留在“大传统”层面，未曾撼动民间社会，尤其是乡村社会的“小传统”模式。调解具有调和“大传统”与“小传统”两者的重要作用，不仅在乡土社会的“小传统”中保留原有功能与作用，而且在国家层面的“大传统”中与国家法律相融合，借助调解组织重构深入民间纠纷，借助新法律体系构建与诉讼产生了交融，推动调解本身的法制化进程。

在中国式现代化进程中，基于社会主体自主性和自我发展诉求高涨与呈现扩张与弥散趋势的国家权力之间日趋凸显的张力，社会治理模式发生了从“社会管理”向“社会治理”的革命性转变。实现“善治”成为社会治理现代化的追求目标。善治理念对国家政府与公民社会的关系重新定义，国家政府不再是公共权力中心的唯一，多元化的社会主体进驻公共权力领域，追求一种“社会共治”的局面，打造一种共建共治共享的社会治理格局。善治建设中全面贯彻自治、法治、德治之“三治结合”的方针政策。新时代“枫桥经验”坚持党建引领、坚持人民主体、坚持“三治融合”、坚持“四防并举”、坚持共建共享，成为社会治理现代化进程中化解矛盾的样板经验。调解制度的自我建构与运作便充分呈现了自治、法治、德治的相融合。调解与善治理念的契合使之在中国式现代化进程中正迎来更新迭代的新契机。

中国式现代化调解的发展需要率先在立法顶层设计上明确方向，从长远与宏观视角选择调解立法的整合路径，以此统率调解的整体规划与布局。调解立法的整合路径是指在遵循立法原则的前提下把《人民调解法》整合修改成为一部综合性“调解法”。这部法律采取总则与分则的结构体系，总则中通过确立多元调解类型共同适用的规则而奠定统一的调解基本框架，分则中涵盖各调解类型的特殊规定以包容多元性与差异性。“调解法”的整合出台，将有力支撑中国调解学的自主知识体系构建，立法体系与知识体系的相辅相成必将推动中国式现代化调解制度的完善，奠造调解成为社会救济的独立支柱；同时，有利于生成中国式调解范本，推动中国调解走出国门，在追求实现人类命运共同体构建的伟大使命之下，深化共商共建共享的国际治理新格局。

Abstract: At the time of deepening the formation of domestic mediation pattern and developing the application of international mediation, the optimization of Chinese mediation legal system should choose an integration path from a macro perspective of following the previously proposed unified mediation law plan, and integrating and modifying it into a comprehensive “mediation law” based on the People’s Mediation Law. In terms of the scope of integration, the comprehensive mediation law should be based on social mediation, unifying the nature and effectiveness of diverse mediation types, and aim to end differences and form

cohesion. In terms of the system of integration, the comprehensive mediation law should be structured into general provisions and specific provisions, with the general provisions establishing a unified basic framework for mediation and the specific provisions incorporating the differences of diversified mediation types. Such an integrated mediation law will facilitate the building of an independent mediation legal system and an independent knowledge system of mediation science, and promote the formation of mediation models with Chinese modern characteristics in the competitive regime of international mediation development.

Keywords: Mediation Law; integration; social mediation; mediation science; diversified dispute resolution

（责任编辑：孙保国）

最惠国待遇条款在国际投资仲裁程序中的适用及我国因应

覃华平　强羽帆*

内容提要　最惠国待遇条款是确保来自不同国家的外国投资者能够获得公平发展机会的一项原则，在绝大多数的双边投资协定以及区域贸易协定中都有所规定。然而，投资协定对最惠国待遇条款的规定模式不一，大致分为宽泛型、普遍型、与公平公正待遇条款相连型以及限制型，从而导致实践中对该条款的解释和适用缺乏一致性。就最惠国待遇条款在国际投资仲裁程序中的适用而言，目前的国际立法趋势是采取限制适用的态度，即明确将该条款排除在投资争端解决程序事项范围外。我国目前既是资本输入大国，也是对外投资大国，这种身份的变化使得我国对该条款的理解和适用应采取更加审慎的态度，以达到对投资者利益和国家利益保护的平衡。由此，我国需要对现有的投资协定进行梳理、升级或采取联合解释等方式，最大程度地确保对该条款理解和适用的一致性。

关键词　最惠国待遇；国际投资协定；国际投资仲裁

引　言

根据1978年联合国国际法委员会通过的《最惠国条款的规定》（草案）第5条，最惠国待遇是指“给惠国给予受惠国或与之有确定关系的人或事的待遇不低于授予国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。”① 这一待遇体现了非歧视原则，禁止在不同的外国投资者之间产生歧视。作为一种相对标准，最惠国待遇的判定需要以第三国投资者待遇为依据。此外，最惠国待遇是一种条约义务，不属于习惯国际法的范畴。因此，最惠国待遇的适用取决于具体条约的规定。

在国际投资法中，最惠国待遇是一项重要的原则，广泛应用于各种投资协定中。其主要目标在于向各国投资者提供平等的竞争机会，营造一个公平、透明的投资环境。与在实体领域的适用鲜少发生争议不同，最惠国待遇条款在程序领域的适用自产生之初就

* 覃华平，法学博士，中国政法大学国际法学院副教授；强羽帆，中国政法大学硕士研究生。本文系上海仲裁委员会委托课题《国际投资争端解决机制研究：守正、创新与中国因应》的阶段性成果。

① United Nations, International Law Commission, Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses, 1978, Article 5.

颇具争议，投资者往往以基础条约中的最惠国待遇条款为纽带，试图利用第三方条约中更为宽松的争端解决机制以规避基础条约中的某些限制。这一问题与仲裁庭的管辖权紧密相连，成为投资仲裁实践中的热点议题之一。投资协定措辞的不同是产生争议的根本原因，各国往往基于本国的需求对于最惠国待遇的适用范围进行或宽泛或谨慎的设计，为仲裁庭留下了不同的解释空间。而当最惠国待遇条款语义宽泛时，不同的仲裁庭有可能针对相同或相似的条款产生不同的论述理由和裁决思路，甚至作出相反的裁决。

基于上述情形，本文将分析国际投资仲裁领域中最惠国待遇条款的现行规定，并审视其在投资争端解决程序中的实际应用情况，进而探寻我国在现今国际投资形势下的应循之路。

一、国际投资协定对最惠国待遇条款的规定

目前，各国签订的绝大多数国际投资条约都规定了最惠国待遇条款。但是，最惠国待遇条款在投资协定中并无统一的表述。各国在订立投资协议时往往会出于本国利益和投资者保护的不同考量，就最惠国待遇条款的适用制定宽泛或严格的范围。

（一）双边投资协定（以下简称 BIT）中的最惠国待遇条款

1. 类型划分：BIT 中最惠国待遇条款的四种类型

依据文本表述的适用范围，投资条约中的最惠国待遇条款可以分为四种类型：宽泛型、普遍型、与公平公正待遇条款相连型以及限制型。[②]

宽泛型最惠国待遇条款在描述其适用范围时采取了较为宽泛的措辞，如“所有事项”“所有权利”等。以《阿根廷 - 西班牙双边投资协定》为例，该 BIT 第 5 条规定“在涉及本协定涵盖的所有事务上，缔约国给予另一缔约国投资者的待遇不得逊于其对任何第三国投资者的待遇。”[③] 此类条款虽未明确指出条款的适用范围是否包括争端解决程序，但根据文义解释的规则，实践中仲裁庭往往倾向于认定该条款的适用范围包括争端解决程序。

普遍型条款的措辞较为笼统，即规定最惠国待遇的适用范围为“投资和相关活动的待遇”，[④] 或以列举的方式说明最惠国待遇的适用范围，但并未明确是否涵盖争议解决等程序性事项。鉴于此，有一种限缩解释认为“待遇”是一种实质性的概念，仅指向东道国实际给予各国投资者的实体性优惠，而不包括投资协定中的规则本身。这些规则唯有

② Maupin, Julie A. *MFN-based Jurisdiction in Investor–State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?*, Journal of International Economic Law, 2011, Vol.14:1, pp.157-190.

③《西班牙 - 阿根廷双边投资协定》第 5 条。

④ 例如《中国 - 土耳其双边投资协定》第 3 条规定：“投资待遇 一、在东道国缔约方的法律法规框架内，缔约一方应以不低于在相同情势下给予任何第三国投资者投资的待遇为基础，准许在其领土内的投资。四、缔约一方给予缔约另一方投资者的投资和相关活动的待遇不得低于在相同情势下给予任何第三国投资者投资和相关活动的待遇。”

在国内法体系中得到实际执行与落实，才能进一步转化为实体性的“待遇”措施。[⑤] 与之相反，另一种观点支持扩张性解释，认为“待遇”一词涵盖了任何对投资者权利义务产生影响的实体性措施或形式性规则。而争端解决方式直接影响到投资者的实体权利的实现。因此，若第三方条约中包含的争端解决条款能够更好地维护外国投资者的权益，投资者可利用最惠国待遇条款寻求更好的投资待遇和更加坚实的法律保障。[⑥]

与公平公正待遇条款相连型最惠国待遇条款，在我国缔结的双边投资协定中往往呈现两种文本模式。第一种文本模式将公平公正待遇与最惠国待遇在不同的款项中独立论述，往往在其第一款明确要求缔约方给予彼此投资者公平、公正的待遇，并在第二款进一步规定，这种待遇和保护应不低于其给予任何第三国投资者的相同投资及与投资有关的相同活动的待遇和保护。[⑦] 第二种文本模式则在同一款中同时规定了公平公正待遇和最惠国待遇。[⑧] 这类条款将最惠国待遇的相对标准与公平公正待遇的客观标准相挂钩，但并未明确两者应如何相互协调，导致了适用的混乱。在争议解决领域，公平公正待遇条款仅要求存在公平合理的救济措施，而并未比较各争议解决手段的“优惠”程度。因此，此类与公平公正待遇标准相连的最惠国待遇条款往往能够产生限制其适用范围扩张至争议解决事项的效果。

限制型最惠国待遇条款则将争端解决程序明确排除于其适用范围之外。例如，《中国 - 加拿大双边投资协定》规定，其他国际投资条约和其他贸易协定中的争端解决机制并不在此条款的涵盖范围内。[⑨]《中国 - 坦桑尼亚双边投资协定》规定，“本条第一款（最惠国待遇条款）不适用于本协定或其他缔约一方签署的类似国际协定中规定的争端解决条款。”[⑩] 这种严格的限制，旨在明确最惠国待遇的适用范围，避免对条款的扩张解释。

2. 各国 BIT 中最惠国待遇条款表述不一

最惠国待遇条款在不同国家的 BIT 文本中的表述各异。一些 BIT 采取宽泛型的最惠国待遇条款，典型的如前述 1991 年西班牙与阿根廷签订的 BIT。然而，也有一些 BIT 采用了更为笼统的表述方式，形成普遍型的条款，即规定“缔约国给予另一缔约国投资者的待遇不得逊于其对任何第三国投资者的待遇”，例如我国于 1998 年签订的《中国 -

---

⑤ 温耀原：《国际投资政策新动态下 MFN 条款适用问题》，载《法律适用》2023 年第 10 期，第 164 页。

⑥ Emilio Agustin Maffezini *v.* Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction, 2000, para.54.

⑦ 例如《中国 - 卡塔尔双边投资协定》第 3 条规定：“一、缔约任何一方的投资者在缔约另一方的领土内的投资和与投资有关的活动应受到公正与公平的待遇和保护。二、本条第一款所述的待遇和保护不应低于其给予任何第三国投资者的相同投资及与投资有关的相同活动的待遇和保护。三、本条第一款和第二款所述的待遇和保护，不应包括缔约另一方依照关税同盟、自由贸易区、经济联盟，避免双重征税协定和为了方便边境贸易而给予第三国投资者的投资的任何优惠待遇。”

⑧ 例如《中国 - 伊朗双边投资协定》第 4 条第 1 款规定：“缔约一方应对在其领土内投资的缔约另一方的投资者的投资给予充分的法律保护和公平待遇，该保护和待遇依照东道国缔约一方的法律和法规在可比较情况下应当不低于其给予本国投资者或任何第三国投资者投资的保护和待遇。”

⑨ 参见《中国 - 加拿大双边投资协定》第 5 条第 3 款。

⑩ 参见《中国 - 坦桑尼亚双边投资协定》第 4 条第 3 款。

也门双边投资协定》。[11] 除此之外，部分 BIT 还特别强调了最惠国待遇仅适用于“相似情况”或“东道国领域内的投资”，例如 1997 年加拿大与泰国签订的 BIT。[12]

关于最惠国待遇是否适用于争端解决程序，各国的投资协定范本也存在分歧。例如，2008 年的《英国 BIT 范本》中明确规定了最惠国待遇适用于争端解决条款，[13] 而《哥伦比亚 BIT 范本》（2008）则排除了这一适用。[14] 最惠国待遇条款的适用范围不同，可能会对当事人的实体权利义务产生重大影响，因此投资者、投资者母国、东道国以及仲裁庭都应对此高度关注。

3. 我国 BIT 中最惠国待遇条款的规定

自我国 1982 年与瑞典签订第一个双边投资协定以来，截至目前已与 104 个国家或地区签订双边投资协定。[15] 总体而言，我国双边投资协定中最惠国待遇条款主要集中表现为普遍型和与公平公正待遇条款相连型，不存在宽泛型的最惠国待遇条款。换言之，我国大部分 BIT 并未明确规定争端解决程序能否适用最惠国待遇条款，只有晚近与加拿大、刚果、乌兹别克斯坦、坦桑尼亚的双边投资协定中明确限制最惠国待遇条款扩张适用至争端解决等程序性事项。

表 1　我国缔结的双边投资协定中最惠国待遇条款设置情况（单位 / 个）[16]

BIT 类型 / 签订时间	宽泛型	普遍型	与公平公正待遇条款相连型	限制型
2011-2015	0	1	0	4
2006-2010	0	14	0	1
2001-2005	0	26	1	0
1996-2000	0	6	20	0
1991-1995	0	10	35	0
1983-1990	0	16	9	0
总计	0	73	65	5
占比	0%	51.05%	45.45%	3.50%

[11] 参见《中国 - 也门双边投资协定》第 3 条。

[12] Canada-Thailand BIT (1997) Article 3.

[13] The UK Model BIT (2008) Article 3; the UK Model BIT Article 8.

[14] Columbia Model BIT (2008) Article 4.

[15] 数据来自于商务部网站，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml，最后访问时间：2024 年 3 月 8 日。

[16] 我国 BIT 有关信息来自商务部网站，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml，最后访问时间：2024 年 3 月 8 日。

参照表 1，我国缔结的双边投资协定中，普遍型和与公平公正待遇条款相连型的最惠国待遇条款几乎各占一半，大部分最惠国待遇条款仅以宽泛的语言规定给予另一缔约国投资和投资者的“待遇”不得低于第三国。这些条款并未对“待遇”这一概念的具体内涵进行界定，也没有明确说明是否包含争端解决等程序性权利。长远来看，最惠国待遇条款内涵模糊将导致仲裁庭扩张解释的风险，使得裁决存在背离缔约国签署 BIT 真实意图的可能，因此我国在升级或新签 BIT 时有必要对最惠国待遇条款的文本模式进行审慎考虑。

（二）多边或区域性投资协定中的最惠国待遇条款

最惠国待遇条款不仅见于双边投资协定中，在区域贸易协定有关投资保护的专章专节中，一般也对最惠国待遇作了相关规定。如 2022 年 1 月 1 日生效的《区域全面经济伙伴关系协定》（以下简称 RCEP）第 10 章规定了投资事项，第 4 条规定了最惠国待遇，其中第 1、2 款规定：在相同情况下，任何一方给予其他方就其领域内的与投资有关的设立、收购、扩张、管理、运营、销售、处置方面的待遇，应不低于其给予任何第三方的待遇。同时第 3 款规定上述两款不包含争端解决程序。⑰

2017 年美国宣布退出《跨太平洋伙伴关系协定》（以下简称 TPP），2018 年除美国外的日本、加拿大、澳大利亚、智利、新西兰、新加坡、文莱、马来西亚、越南、墨西哥和秘鲁等 11 国签署了新的自由贸易协定，即《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（以下简称 CPTPP）。2020 年 11 月 20 日，习近平主席表示中方将积极考虑加入 CPTPP。2021 年 9 月 16 日，我国正式申请加入这一协定。CPTPP 并未改动 TPP 的大部分条款，其中最惠国待遇还是采用 TPP 中的规定，第 9.5 条将最惠国待遇的适用范围限定在有关投资的设立、收购、扩张、管理、运营、销售、处置方面，并且存在“相似情况”和“在东道国领域内的投资”的限制条件。值得注意的是，该条第 3 款亦将争端解决程序从此条款的适用中排除。⑱

美国、墨西哥与加拿大的新一代《美墨加协定》（以下简称 USMCA）取代了之前的《北美自由贸易协定》（以下简称 NAFTA），二者在最惠国待遇的规定上并无较大差异，都将最惠国待遇表述为，在相似情况下，任一缔约方给予其他缔约方就有关投资的设立、收购、扩张、管理、运营、销售、处置方面的待遇应不低于其给予任何第三方的待遇。较为不同的是新一代 USMCA 就“相似情况”的判断增加了新的规定，即根据综合整体的情况判断相关待遇是否是基于合理的公共政策而对不同投资给予了差别待遇。⑲ 在 2016 年加拿大与欧盟签订的《综合性经济贸易协议》（以下简称 CETA）中，最惠国待遇也限定在相似情况下有关投资的设立、收购、扩张、管理、运营、销售、处置方面，并且排除了最惠国待遇适用于争端解决程序。⑳

综上所述，目前投资条约中对最惠国待遇的适用都加入了一些如“相似情况”的限

⑰ 参见《区域全面经济伙伴关系协定》，第十章第 4 条。

⑱ CPTPP, Article 9.5.

⑲ USMCA, Article 14.5.

⑳ CETA, Article 8.7.

制条件，这是对同类规则的强调，更有 CETA 明确规定了最惠国待遇不适用于程序性事项，体现了各国对最惠国待遇条款适用的谨慎态度。

（三）限制最惠国待遇条款扩大适用至争端解决程序成为立法趋势

在新自由主义思想的影响下，国际仲裁实践中曾普遍存在对投资条约进行扩张性解释的趋势。虽然这在一方面能扩大对投资者私人利益的保护，但另一方面也会导致对于东道国行使规制权的限制乃至过度干预。出于维护自身规制权的考量，各国近年来开始采取措施以避免对外国投资的过度保护。这种平衡国家与投资者之间权利义务的趋势被学者称为“国际投资新动态”。[21] 在新动态下，最惠国待遇的内涵与形式也产生了变化，平衡东道国主权和利益，限制最惠国待遇条款在争端解决机制上的扩张适用逐渐成为国际社会的主流做法。如前所述，RCEP 在投资章节中明确规定，不得将最惠国待遇条款应用于“其他现存或未来国际协定项下的任何国际争端解决程序或机制”。[22] 此外，CPTPP 也明确指出最惠国待遇不适用于争端解决机制。

欧盟在新一代投资协定中对实体规则和程序规则进行了改革。就最惠国待遇条款的适用范围而言，欧盟直接将争端解决程序纳入到最惠国待遇条款适用的例外规定中，明确拒绝在争端解决程序这一问题上适用最惠国待遇条款。[23] 2020 年《中欧投资协定》即规定了对最惠国待遇的限制。此外，为限制投资者在争端中挑选条约（treaty shopping），欧盟改革了原有的投资者 - 东道国争端解决机制，在 CETA、《欧日经济合作伙伴协定》（以下简称 JEEPA）中设有“反条约挑选”机制，以确保新一代投资协定改革的有效实施。[24]

更有甚者直接激进地取消了最惠国待遇条款，彻底解决了扩张适用的问题。印度在多份国际投资协定中即采取了这一做法。比如，2005 年《印度 - 新加坡全面经济合作协定》、2009 年《韩印全面经济伙伴关系协议》、2011 年《印度 - 马来西亚全面经济合作协定》以及 2014 年《印度 - 东盟全面经济合作框架协定投资协议》均未包含最惠国待遇的相关条款。此外，2015 年印度的 BIT 范本直接取消了这一待遇。随后，印度在与我国台湾地区、白俄罗斯、巴西等国家和地区签订 BIT 时均未将最惠国待遇条款纳入其中。值得注意的是，新加坡也在一些国际投资协定中采取了类似的做法。

二、最惠国待遇条款在投资争端解决程序中的适用

2000 年初的 Maffezini *v.* Spain 案是国际投资争端解决中心（以下简称 ICSID）处理的第一个涉及最惠国待遇条款和仲裁管辖权的仲裁案件，展现了其支持最惠国待遇扩

㉑ 同前注 ⑤。

㉒ 同前注 ⑰。

㉓ *Supra* note 20; JEEPA in Principle, Investment Chapter.

㉔ 王燕：《欧盟新一代投资协定“反条约挑选”机制的改革——以 CETA 和 JEEPA 为分析对象》，载《现代法学》2018 年第 3 期，第 156 页。

张适用于程序性事项的积极态度。[25] 自 Maffezini *v.* Spain 案裁决作出后，多个国际仲裁案的裁决遵循其裁判思路，支持对最惠国待遇条款的扩张解释。但是，2005 年 Plama *v.* Bulgaria 案中 ICSID 对最惠国待遇适用于投资争端解决的程序事项开始作出否定裁决。[26] 自此，以上述两个案件为代表的有关最惠国待遇能否扩张适用的立场成为理论界和实务界争议的热门话题。

（一）最惠国待遇条款适用于程序事项的仲裁实践

在仲裁实践中，根据投资者主张的最惠国待遇适用于程序性权利的不同方式，可以将最惠国待遇条款在程序方面的适用分为三种类型：利用最惠国待遇条款规避基础条约中提交国际仲裁的前置条件；利用最惠国待遇扩大提交仲裁的事项范围；以及利用最惠国待遇规避争端解决的时效规定。

1. 利用最惠国待遇规避提交国际仲裁的前置条件

在这类案件中，基础条约规定发生投资争议后，投资者应先诉诸国内法院，一定期限后争端仍未得到解决才能提交国际仲裁。申请人往往试图通过援引第三方条约中的争议解决条款，绕过基础条约中的前置条件。Maffezini *v.* Spain 案件中，阿根廷与西班牙的 BIT（基础条约）规定有关投资争议须先提交一国国内法院审理，经过 18 个月后仍未得到解决的方能提交国际仲裁。[27] 该案中，阿根廷的投资者在未首先寻求西班牙国内法院救济的情况下，将争议径直提交 ICSID 仲裁，主张基于阿根廷与西班牙 BIT 中的最惠国待遇条款，援引西班牙与智利 BIT 中的争端解决机制，投资者可以直接将争议提交 ICSID 仲裁。值得注意的是，基础条约中使用的是宽泛型的最惠国待遇条款。在该案中，仲裁庭支持了 Maffezini 的请求，认为最惠国待遇条款可以适用于争端解决，因为对投资者争端解决权利的保护与投资者的实体权利保护紧密相关，相对于诉诸国内法院而言，直接提起国际仲裁可以更好地保护投资者权利。

Maffezini *v.* Spain 案裁决作出之后，仲裁庭纷纷遵循该案的裁决思路，形成了支持最惠国待遇扩张适用的实践趋势，如 Siemens *v.* Argentina、Gas Natural *v.* Argentina 等案件。[28] 与 Maffezini *v.* Spain 不同，Siemens *v.* Argentina 案中所涉及的最惠国待遇条款为普遍型，仅使用“待遇”一词。虽然存在这一差异，但仲裁庭仍然对“待遇”一词进行了扩张解释。并且从条约目的即促进和保护投资的角度，认为通过国际仲裁解决投资争端可以更好地保护投资者，从而支持了投资者的请求。此外，在这一案件中，德国投资者 Siemens 主张援引阿根廷与智利 BIT 中的争端解决机制，但是该 BIT 的争端解决条款中还规定了岔路口条款，阿根廷政府主张应整体引入而不能只引入对投资者有利的条款。对此仲裁庭认为，最惠国待遇，正如其名称所表明的那样，只与更优惠的待遇有关，如果通过最惠国待

---

[25] Emilio Agustin Maffezini *v.* The Kingdom of Spain, ICISD Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 2000.

[26] Plama Consortium Limited *v.* Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 2005.

[27] *Supra* note 25.

[28] Simens A.G. *v.* The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8. Decision on Jurisdiction, 2004; Gas Natural SDG, S. A. *v.* Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 2005.

遇引入了对投资者不利的待遇，将会违背最惠国待遇的本质，因此阿根廷政府的主张不能被采纳。在 Gas Natural *v*. Argentina 案中，投资者基于最惠国待遇条款援引第三方条约的争端解决条款，以规避基础条约中提交国际仲裁的前置条件。仲裁庭支持了这一主张，并从国际仲裁对于投资者保护重要性的角度进行了论证。

2. 利用最惠国待遇扩大提交国际仲裁的事项范围

这种情形表现为，基础条约中已明确规定提交仲裁的事项范围，而申请人依据最惠国待遇条款，意图援用第三方条约中更为宽泛的争端解决条款，进而将其他未涵盖于基础条约内的事项提交至国际仲裁。

对于这一类型的主张，仲裁庭在实践中一般不予支持。早期的案例如 Plama *v*. Bulgaria 案，塞浦路斯与保加利亚 BIT 中规定，只有因征收引起的赔偿争端可以提交国际仲裁。投资者根据塞浦路斯与保加利亚 BIT 中的最惠国待遇条款，要求适用保加利亚与芬兰 BIT 中的争端解决条款，后者规定了宽泛的争端解决事项。[29] 仲裁庭首先分析了基础条约中最惠国待遇条款的表述，该条款用了“待遇”这一表述，未包含也未排除争端解决条款。仲裁庭则认为，合意是提交仲裁解决争端的前提，并且这种合意需是明确且清晰的。最惠国待遇条款包含争端解决条款的意图必须清晰地表达，或者用“所有事项”这样的表述。其次，对于一项条约中的争端解决条款，它们是由缔约方在特定背景下进行协商的，不得轻易地引入其他条约中的争端解决条款来扩大其范围。因此，仲裁庭驳回了申请人的主张。同样，Salini *v*. Jordan 案也遵循了这样的裁决思路，基础条约中约定了合同纠纷应提交国内司法解决，投资者主张基于最惠国待遇条款适用约旦与美国的 BIT，将合同纠纷提交国际仲裁。仲裁庭认为，基础条约并未明确规定争端解决适用最惠国待遇条款，也未用“所有权利或所有事项”这样的表述，并且明确规定了合同纠纷的解决程序，因此，申请人的主张不能得到支持。[30]

在近几年的案例中，如 2017 年 A11Y LTD. *v*. Czech Republic 和 Anglia *v*. Czech Republic 案，来自英国的投资者均主张通过英国与捷克 BIT 中的最惠国待遇条款，援引捷克与其他国家 BIT 中的争端解决条款，后者规定所有争端都可以通过仲裁解决。[31] 英国与捷克的 BIT（基础条约）第 8 条规定了可以提交仲裁的事项，其中不包含投资者申请的事项。此外，基础条约中最惠国待遇条款的适用范围限定为有关投资的经营、维持、适用、收益和处置。仲裁庭认为，缔约双方仲裁的意图是有限的，只有基于该条款规定事项的争端才可以提交仲裁，双方并没有就第 8 条规定事项之外的争端提交仲裁达成合意，最惠国待遇条款不能创造出一种合意。此外，在 A11Y LTD. *v*. Czech Republic 案中，仲裁庭区分了两种情况，即基础条约中规定了投资者有权申请仲裁时，通过最惠国待遇条款

---

[29] *Supra* note 26.

[30] Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. *v*. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 2004, para.118.

[31] A11Y LTD. *v*. Czech Republic, ICSID Case No. UNCT/15/1, Decision on Jurisdiction, 2017, para.57; Anglia Auto Accessories Ltd *v*. The Czech Republic, SCC Case No. 2014/181, 2017, para.158.

援引更优惠的争端解决条款，与借助最惠国待遇条款创制一个不存在的仲裁合意，前者是可能的，而后者则不能被支持，因此仲裁庭驳回了申请人的主张。与此案类似的还有 Beijing Urban Construction *v.* Yemen 案。值得注意的是，该案中仲裁庭重点考察了我国与也门 BIT 中最惠国待遇条款的语义表述，该条款规定：缔约一方应依据其法律和规章，确保其给予另一缔约方在其领域内与投资有关活动的待遇不低于国内投资者或最惠国投资者的待遇。仲裁庭重点关注了“领域内”这一表述，认为领域内的活动只涉及与投资待遇相关的实体条款，不适用于国际投资仲裁这种程序性安排，最终驳回了申请人的主张。[32]

3. 利用最惠国待遇规避争端解决的时效规定

部分 BIT 中的争端解决条款规定了仲裁时效，即超过一定期限不能再提起国际仲裁，而这些 BIT 的一方当事国在与其他国家签订投资协定时则未作这样的规定，那么在这种情况下，一方投资者能否依据基础条约中的最惠国待遇援引第三方条约，以规避基础条约中的时效规定呢？在 Ansung Housing *v.* China 案中，来自韩国的投资者 Ansung Housing 与我国政府就在我国的投资发生争端，根据中韩两国的 BIT，如果投资者自首次知晓或应当知晓发生损失之日起超过三年，则不能提出索赔。韩国投资者主张依据中韩 BIT 中的最惠国条款援引我国与其他国家签订的 BIT，以便绕开三年时效的规定。这一主张遭到了仲裁庭的反对。仲裁庭考察了基础条约中最惠国待遇的表述，其中第 5 款规定，最惠国待遇适用于程序性事项仅限于司法和行政法庭的救济，即国内救济，不包括国际争端解决。因此，仲裁庭认为最惠国待遇不能适用于提起国际仲裁的时效规定。[33] 该案仲裁庭在对最惠国待遇进行考察时严格采用了文义解释的方式，即严格遵守基础条约规定的最惠国待遇的适用范围，未包括在内的则不能适用。

（二）最惠国待遇适用于程序事项分析

通过对上述案例的分析，似乎可以得出这样的结论：最惠国待遇条款是否适用于程序事项需要分类讨论。首先，利用最惠国待遇规避提交仲裁的前置条件是被允许的；而利用最惠国待遇扩大仲裁庭管辖权范围和规避争端解决的时效规定则不被允许。这样的结论使得最惠国待遇条款在程序方面的适用似乎不存在争议，然而仔细观察仲裁庭的推理就会发现，虽然仲裁庭做出了一致的裁决，但其推理及关注点各不相同。在 Plama *v.* Bulgaria 案之后，仲裁庭多强调仲裁合意的明确性，而在近几年，仲裁庭更关注对缔约者意图的探究。此外，仲裁庭对同一条款的解释也各不相同，同样在对基础条约规定的最惠国待遇条款中的“待遇”一词进行论述时，Siemens 案仲裁庭采取了扩张解释，认为争议解决程序属于其表述范围，而 Plama 案仲裁庭则采取了限缩解释，拒绝了最惠国待遇条款的扩张适用。

---

[32] Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. *v.* Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 2017, paras.115-121.

[33] Ansung Housing Co., Ltd. *v.* People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, 2017, paras.136-141.

1. 对最惠国待遇条款的解释与缔约者意图的探究

近年来，仲裁庭在审理有关适用最惠国待遇的案件时，都显示出了对条约文本含义的关注以及对缔约者意图的探究。《维也纳条约法公约》第 31、32 条规定的条约解释方法作为一项习惯法，被大多数仲裁庭采用。但公约规定的解释方法较为宽泛和原则，给解释者过大的裁量权空间。该公约第 31 条规定："条约应依其用语根据上下文并参照条约目的及宗旨所具有的通常含义善意解释。"该条规定了文义解释和目的解释两种解释方法，在文义解释无法判断条约含义时，应采取目的解释，而采取目的解释往往会扩大最惠国待遇适用范围。[34] 正如在上文提到的 Siemens *v*. Argentina、Gas Natural *v*. Argentina 案，仲裁庭都从条约的目的即保护和促进投资角度进行分析，但是几乎每一个 BIT 的订立都是为了促进和保护投资，这样的分析显然不具有说服力。在考虑条约目的时，有必要将最惠国待遇条款的目的和投资条约的目的区分开来，因为给予投资者更好的保护总是与条约目的一致的。[35] 因此，在解释最惠国待遇条款时，首先应重点关注其文义表述，在无法确定文本的含义时，不应仅以促进和保护投资这样泛泛的目的来得出结论，而是应结合条约其他条款，特别是争端解决条款来探究缔约者的真实意图。

当基础条约采取宽泛型的最惠国待遇条款，即含有"所有事项"这样广义的表述时，可以认为将其适用于程序事项是不违背缔约方意图的；然而当基础条约中的普遍型最惠国待遇条款限定了最惠国待遇的范围（如使用投资的维持、使用、收益之类的表述）或者仅仅以"待遇"这样的词汇进行表述，同时基础条约又对可以提交仲裁的事项范围做出了规定，那么对于未规定在仲裁范围内的事项，当事方不可以基于基础条约中的最惠国待遇条款援引第三方条约中更宽泛的争端解决机制。因为此时基础条约中的争端解决条款已经限制了缔约方可以提交仲裁的事项，若将约定之外的事项提交仲裁就有违背缔约方意图之嫌。而利用最惠国待遇条款规避提交仲裁的前置条件只是把仲裁程序提前了，仲裁合意是存在的，并不违反缔约者意图。除此之外，如果基础条约中的争端解决条款未限定提交仲裁的事项范围，同时最惠国待遇条款又未明确排除适用于程序事项，那么在这种情况下最惠国待遇条款适用于程序事项是可能的。

条约解释和缔约者意图是紧密联系的，不存在先后次序关系。在对条约进行解释时，最终的结果不能违反缔约者的意图，而对缔约方意图的探究是建立在对条约的解释上。换句话说，应从条约文本而不是其他途径探究缔约者意图，二者相辅相成，《维也纳条约法公约》规定的解释方法也是为了帮助理解缔约方的意图。因此，不论是限缩解释，还是扩张解释，最终都不得违背缔约者的意图。

2. 对于"更优惠"的理解

正如前文所述，最惠国待遇是一种相对保护，需要以东道国给予第三国投资者的待

㉞ 郭桂环：《论 BIT 中最惠国待遇条款的解释》，载《河北法学》2013 年第 6 期，第 162 页。

㉟ 乔娇：《论 BIT 中最惠国待遇条款在争端解决上的适用性》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2011 年第 1 期，第 67 页。

遇为参照。因此，最惠国待遇的适用隐含着一个内在条件，即基础条约中规定的相关待遇标准不如第三方条约中对应的待遇优惠。

一个“更”字表明最惠国待遇的适用首先要符合同类规则，即基础条约中包含一项与引入条款具有相同本质的条款。这一规则要求不能通过最惠国待遇条款创制一项全新的义务或待遇。而“优惠”一词则要求第三方条约中的待遇较之基础条约更优惠。通说认为，将争议提交国际仲裁比提交国内法院审理更优惠。但是，将争议提交联合国国际贸易法委员会（以下简称 UNCITRAL）仲裁与提交 ICSID 仲裁相比，就很难说哪种方式更优惠。因此，如果基础条约中的争端解决条款规定将有关争议提交 UNCITRAL 仲裁，而投资者基于最惠国待遇条款主张提交至第三方条约中的 ICSID 仲裁，此时申请人的主张就很难获得支持。

其次，在援引最惠国待遇条款至第三方条约相关条款后，投资者所得待遇不得优于第三方投资者。在上文提到的 Siemens *v.* Argentina 案中，仲裁庭允许申请人只援引第三方条约中对其有利的部分，而不适用其中的岔路口条款，最终结果是该案中的德国投资者获得了一个比智利投资者更优惠的程序安排，这有损最惠国待遇为各国投资者提供平等地位的功能。

这一要求也是避免投资者挑选条约（treaty shopping）的有效手段，最惠国待遇条款适用于程序权利之所以一直存在争议，其中有一种顾虑是它可能导致投资者挑选条约，即投资者从东道国与其他国家缔结的条约中挑选对自己有利的条款进行拼凑组合，这种做法不仅会极大损害东道国的合法利益，而且会造成国际投资秩序的混乱，应当被禁止。因此，当最惠国待遇条款适用于争端解决程序时，应当将整个争端解决机制引入，这种方式可以更好地服务于最惠国待遇条款的目的和功能，即促进国际投资保护的一体化。[36] 此外，不同的 BIT 约定不同的争端解决程序是缔约国之间协商的结果，该结果取决于缔约时的具体情况和缔约者的谈判力量。

三、我国的因应

（一）面临的问题

1. 投资身份定位转变

近年来，随着“走出去”“一带一路”等倡议的实施，我国在国际投资领域中的角色发生了深刻转变。以“吸引外资为主”的资本输入大国定位已成过去，我国的定位正逐步转变为吸引外资与对外投资并重的混合型。[37] 联合国贸易和发展会议（以下简称 UNCTAD）2023 年数据统计手册显示，2022 年我国利用外商直接投资流入资金量（1890

[36] Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, 2007, Vol.32:125, p.188.

[37] 参见朱明新：《最惠国待遇条款适用投资争端解决程序的表象与实质——基于条约解释的视角》，载《法商研究》2015 年第 3 期，第 182 页。

亿美元）位列美国（2850 亿美元）之后，居全球第 2 位；我国对外直接投资量（1470 亿美元）位列美国（3730 亿美元）、日本（1610 亿美元）之后，居全球第三位。[38] 我国投资身份定位要求我国一方面要加强落实对海外投资利益的保障，另一方面也需要提高对东道国规制权的尊重，促进国家利益的实现。最惠国待遇条款作为投资保护协定的重要组成部分，对于实现投资者保护与东道国规制权之间的平衡至关重要。

2. 现有规则内涵模糊

我国现有 BIT 中的最惠国待遇条款存在条款内涵模糊、例外规则缺位的问题。如前所述，我国 BIT 中的最惠国待遇条款绝大多数为普遍型和与公平公正待遇相连型，仅有晚近 4 个 BIT 明确排除了最惠国待遇条款在争议解决领域的适用。值得注意的是，最新签订的《中国 - 土耳其双边投资协定》仍采取的是普遍型的文本模式，并未明确限制最惠国待遇的扩张适用，我国对于是否将最惠国待遇条款适用于争议解决等程序性事项的态度尚不清晰。这很有可能会造成仲裁实践的不一致甚至混乱。因此，有必要对此类条款的设计予以高度关注和研究，从而更好地保护投资者的权益，提升国际投资仲裁的稳定性和可预测性，最终更好地促进两国投资贸易的发展。

3. 仲裁庭肆意解释的风险

在 BIT 相关规则不够明确时，对最惠国待遇条款的理解和适用就成了一个条约解释的问题，仲裁庭往往采取逐案分析的方法并综合考虑多种背景因素，对最惠国待遇条款能否扩张进行不同的判断，这种判断有可能对我国的规制权形成实际上的限制乃至过度干预。尽管近年来的国际投资仲裁实践显示了对东道国规制权的尊重，但东道国与外国投资者权益失衡的问题仍然存在。

依据目前 ICSID 审理的共 20 起涉华案件，其中有 4 起案件涉及最惠国待遇的扩张适用。[39]

表 2　有关最惠国待遇条款扩张适用至程序性事项的涉华案例情况

案件名称	事项类型			仲裁决议	
	规避前置条件	扩大事项范围	规避时效规定	同意	反对
谢业深案		√			√
韩国安城案			√		√
北京城建案		√			√
新加坡亚化集团案		√			√

[38] UNCTAD, Handbook of Statistics 2023, 2023, pp.48-49.

[39] 分别为 Tza Yap Shum *v*. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, 2007; Ansung Housing Co., Ltd. *v*. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25, 2014; Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. *v*. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, 2014; AsiaPhos Limited and Norwest Chemicals Pte Ltd *v*. People's Republic of China, ICSID Case No. ADM/21/1, 2021.

如上表，这 4 起案例涉及利用最惠国待遇扩大仲裁庭管辖权范围和规避争端解决时效规定，ICSID 仲裁庭皆表现出了反对最惠国待遇扩张适用的态度，但是国际上关于这一问题有进一步发展的趋势。我国应当对这一问题做好应对准备，根据自身形势适当地采取防范措施，审慎平衡投资者权益保护和东道国国家规制权。

（二）因应之道

1. 审慎平衡投资者权益和国家利益

国际投资法处理投资者与国家之间的经济关系，公私主体之间的利益平衡是现下投资实践的目标。过于倾向保护投资者有损东道国的立法主权和国家利益，而投资者保护力度减轻则有碍跨境资本流动和国际投资的发展。最惠国待遇条款使得投资协定给予缔约国投资者的待遇水平存在动态提高的空间，是影响投资者和东道国利益平衡的实体待遇。因此，我国在参与国际投资活动时，应从缔约实践、仲裁实践及事后预防等多个层面出发，审慎处理与最惠国待遇条款相关的争议，以维护我国在国际投资领域的合法权益。

第一，在投资协定的缔结过程中，应全面考虑最惠国待遇条款的纳入，以增强我国海外投资利益保护的周全性和应变能力。然而，在涉及争端解决程序时，应用最惠国待遇条款需要审慎。考虑到缔约国相对方的接受程度与最惠国待遇条款的“自动传导效应”，针对不同国家采用不同的 BIT 样本在实践中实现的可能性很低。[40] 采用单一的 BIT 模板作为与各国进行谈判的基础，有助于提高各个 BIT 结构和内容之间的统一性，明确展示我国特定立场。在具体缔约过程中，在不变更国家立场和基本精神的前提下，可以根据缔约相对方的特定需求，对范本的相应规定进行适度调整。我国应坚持单一的文本形式，并通过设置例外条款等限制性规定厘清最惠国待遇条款的适用范围，消除扩张解释的空间。

值得关注的是，我国不仅是一个重要的投资输入大国，同时也是海外投资的重要参与者。因此，我国对于前述问题的立场应保持适度灵活，以兼顾海外投资者的权益保护。有的国家对基于最惠国待遇条款引入更优惠的争议解决程序并无异议，英国在《英国双边投资协定范本》（2008）更是明确规定最惠国待遇适用于争端解决条款。这客观上为我国前往此类国家进行投资的海外投资者提供了更多的维权途径和更高水平的投资保护，此时我国不应予以反对。

在涉及最惠国待遇条款的投资仲裁实践中，我国作为被诉方或投资者母国可以强调前述《维也纳条约法公约》所确立的条约解释规则，向仲裁庭传达订立 BIT 时的立法原意，以限制仲裁庭自由裁量的空间。具体而言，对于限制型和与公平公正待遇条款相连型的最惠国待遇条款，其本身已直接或间接排除了争议解决等程序性事项的扩张适用，我国可以通过强调依据文义解释，直接限制最惠国待遇条款的扩张适用。对于普遍型的最惠国待遇条款，我国可提供缔约时的谈判文件或背景材料以及后续的缔约实践，作为

---

[40] 梁咏：《国际投资仲裁中的涉华案例研究——中国经验和完善建议》，载《国际法研究》2017 年第 5 期，第 113 页。

缔约意图的辅证。在 Ansung Housing *v.* China 案中，中方除了强调案涉 BIT 中最惠国待遇条款不得扩张适用以外，还提供了多个相同缔约国后续签订的国际投资协定文本，以进一步厘清我国在签订案涉 BIT 时的立法原意。[41] 这种方法在一定程度上可以降低仲裁庭肆意扩张适用最惠国待遇条款的风险。

事后预防方面，在重新修订相关投资条约不可能或不现实的情况下，我国可以通过对文本的字面含义作扩大解释或缩小解释，并形成趋势，或通过发布单方声明和与相关国家发布联合声明的方式表明对最惠国待遇条款适用和解释的立场。这一做法在 NAFTA 中已有先例，根据该协定第 11 章第 2001 条，美国、加拿大和墨西哥三国设立的自由贸易委员会有权就 NAFTA 相关条款的解释与适用发表解释声明。这些声明无论是否具有法律拘束力，都可以构成《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款规定的条约当事国在解释最惠国待遇条款方面的嗣后实践，从而对仲裁庭的解释产生影响。

参照上述做法，我国通过声明的方式，可以预防仲裁庭对宽泛型和普遍型最惠国待遇条款进行扩张解释。在未来的缔约实践中，我国应关注并善于运用此类联合解释机制，防范因文本表述模糊所导致的适用范围扩大的风险，提升争议解决机制的稳定性和可预期性。

2. 投资者利用最惠国待遇条款在投资仲裁上争取主动权

在进行海外投资之前，投资者应全面掌握东道国的投资法律法规、我国与东道国签署的双边投资协定以及我国与东道国共同参与的多边投资协定等相关内容，以保证后续投资活动合法、投资权益得到应有的保护。如果东道国政府或者其职能机构采取的行为使投资者的海外权益受损，我国企业应该积极利用投资保护机制解决争议，维护自己的权益。若东道国与第三国签署了标准更高的投资协议，投资者可以考虑利用最惠国待遇条款将该协定中的保护标准“移植”到其和东道国政府的争议中，作为解决争议的策略之一。但是，投资者需要注意投资协定是否通过特定语言表述限定了最惠国待遇的适用范围。例如，在多数投资协定中，缔约一方加入自由贸易区、关税同盟、共同市场或其他区域经济组织以及基于税收协定所给予第三国投资者的优惠待遇，均被排除在协定范围之外。

此外，一些协定明确了最惠国待遇不应溯及既往，如《中国 - 瑞典双边投资协定》即规定，投资者不能根据最惠国待遇条款，主张获得在该协定缔结前缔结的其他双边条约项下的保护或待遇。这类条款的设立旨在保证投资协定的稳定性和可预期性，避免因为投资协定的变更而对投资者产生不利影响，同时也禁止投资者利用最惠国待遇条款取得早前特定情形下订立的投资协定所给予的优惠待遇。

值得注意的是，投资者应审慎利用此类优惠条款。在裁决正式作出之前，往往无法实际比较各争议解决方式之间的优惠程度，以及仲裁前置程序是否一定会损害投资者的

[41] *Supra* note 33, at para.132.

利益。因此，当东道国保护本身就可以达到投资者保护需求时，投资者可以考虑在东道国保护范围内尽可能满足解决争议的需求，从而有利于争议解决结果的顺利执行。

结　论

最惠国待遇条款的存在使得不同的 BIT 规则之间可以相互援引，这对于实现国际投资秩序的稳定性和统一性至关重要。尽管存在以 CPTPP、RCEP 为代表的多边投资协定，但全球范围内统一的国际投资法尚未形成，最惠国待遇也不存在统一的内涵和适用方式。总体来看，老一代投资协定中的最惠国待遇条款呈现文本模式多样、内涵解释不一、适用范围混乱的问题。随着各国政府和各仲裁庭逐渐意识到最惠国待遇条款扩张适用于程序领域加剧了国际投资法的不平衡性，晚近的投资协定表现出澄清最惠国待遇适用范围、明确限制扩张的趋势。

国际投资仲裁实践中，相关争议主要集中于对内涵模糊的普遍型条款的适用，其适用条件需要进一步明晰：首先，对该类条款的解释需要符合同类规则，不能通过最惠国待遇条款创制缔约国之间全新的合意。其次，在对最惠国待遇条款进行解读时，要以不违背缔约方意图为基本条件。同时，最惠国待遇条款的适用应有所限制，无限制的扩张解释应当被禁止。最后，最惠国待遇的适用应注意对东道国利益的兼顾。仲裁庭应在国际投资争端中正确处理最惠国待遇的适用问题，以防止投资者挑选条约最终造成国际投资秩序的混乱。

面对投资者保护与东道国规制权冲突日益激烈的国际投资形势，我国应当审慎平衡投资者权益和国家利益，在缔约实践中将争议解决等程序性事项明确排除于最惠国待遇条款的适用范围之外，并针对已订立但内涵模糊的普遍型条款形成限制扩张适用的嗣后实践，以解决通过最惠国待遇引入第三方条约中的争议解决事项带来的系统性风险。

Abstract: The Most-Favored-Nation (MFN) treatment clause is a fundamental principle aimed at ensuring that foreign investors have equal opportunities for development. This principle is stipulated in the majority of bilateral investment treaties and regional trade agreements. However, the provisions of the MFN treatment clause in investment treaties vary and can be classified into four types: the broad ones, the general ones, the ones tied to fair and equitable treatment clauses, and the narrow ones. This leads to a lack of consistency in their interpretation and application in practice. Regarding the application of the MFN treatment clause in international investment arbitration proceedings, the current international legislative trend is to adopt a restrictive approach, explicitly excluding this clause from applying to the scope of investment dispute resolution procedures. As China has become both a major recipient of foreign capital and a significant outward investor, the evolving dual role

necessitates a more cautious approach in understanding and applying the MFN treatment clause to achieve a balance between protecting investor interests and national interests. Therefore, China needs to sort out and upgrade its existing investment agreements or adopt joint interpretations to ensure maximum consistency in understanding and applying the MFN treatment clause.

Keywords: Most-Favoured-Nation treatment; international investment agreements; international investment arbitration

（责任编辑：蒋丽华）

粤港澳大湾区仲裁保全制度研究

谢沂廷　王一栋*

内容提要　粤港澳大湾区仲裁保全制度以内地和港澳的两项《仲裁保全安排》规定为主，同时融合了三地诉讼法及仲裁法的规定，在仲裁保全的类型范围、启动程序和担保救济等方面已有较为详实的规定，但在应用过程中仍面临较大困境，例如仲裁程序及地点的限制过多、多重保全和多重担保问题尚未解决等。因此需要有针对性地建立大湾区的专属审查标准，削减大湾区内的各类限制，同时解决多重保全和多重担保的问题，推动粤港澳大湾区的法治融合迈上新台阶。

关键词　仲裁保全；司法协助；粤港澳大湾区；民商事仲裁

一、粤港澳大湾区仲裁保全制度的基本构成

（一）仲裁保全的立法形式

“保全”一词是中国内地常用的法律规范表达，而香港和澳门地区常使用“临时措施”的表述，但区别在于香港特别行政区将向法院和向仲裁庭申请的措施均称为“临时措施”，而澳门特别行政区将向法院申请的措施称为“保全”，向仲裁庭申请的称为“临时措施”。[①] 根据《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《内地与香港仲裁保全安排》）第1条[②]和《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《内地与澳门仲裁保全安排》）第1条的规定，[③] 粤港澳三地之间的法律呈现出制度分化的特征。

* 谢沂廷，中南财经政法大学硕士研究生，研究领域为国际私法；王一栋，法学博士，广州商学院粤港澳大湾区法治研究院秘书长、副研究员。

① 在目前的制度框架内，二者的概念区别对本文的研究影响不大，因此对二者暂且不作区分，统一称为“保全”，且仅讨论向法院申请的保全。

② 《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》第1条规定：“本安排所称‘保全’，在内地包括财产保全、证据保全、行为保全；在香港特别行政区包括强制令以及其他临时措施，以在争议得以裁决之前维持现状或者恢复原状、采取行动防止目前或者即将对仲裁程序发生的危害或者损害，或者不采取可能造成这种危害或者损害的行动、保全资产或者保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。”

③ 《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》第1条规定：“本安排所称‘保全’，在内地包括财产保全、证据保全、行为保全；在澳门特别行政区包括为确保受威胁的权利得以实现而采取的保存或者预行措施。”

对于广东省而言，两项《仲裁保全安排》关于财产保全、证据保全的内容源于《民事诉讼法》和《仲裁法》的规定：即在可能因一方当事人的行为或者其他原因使裁决不能执行或难以执行的案件中，由仲裁委将当事人的申请依法提交人民法院；或者在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，由仲裁委将当事人的申请提交证据所在地的基层法院。此外，虽然《仲裁法》并未涉及行为保全的概念，但为了提升跨境仲裁保全的全面性，最高人民法院将独属于《民事诉讼法》的行为保全概念亦纳入两项《仲裁保全安排》之中。换言之，当事人申请仲裁保全措施的指向对象不仅包括对案涉财产和案涉证据，还包括当事人的特定行为。

香港地区的保全制度则包括强制令以及其他临时措施，即仲裁庭可以责令一方当事人：（a）在争议得到裁决之前维持现状或者恢复原状；（b）为防止仲裁程序受到阻碍而必须采取或禁止采取某种行动；（c）保全资产；（d）保全证据。同时，香港《仲裁条例》在第 6 部分“临时措施和初步命令”中保留了《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》关于仲裁保全的部分内容，同时将强制令明确纳入其中。④《内地与香港仲裁保全安排》第 1 条采用了详细列举的方法将香港规定的保全类型全部囊括在内，可视为对上位法的一种完整保留。

澳门地区的保全制度指的是为了消除来自被申请人的某些威胁行为，使申请人的合法权利得以顺利实现，而采取的保存或者预行措施。澳门《仲裁法》第 15 条规定了在仲裁前或仲裁过程中，当事人可以向法院申请保全。⑤《澳门民事诉讼法典》第三编将保全区分为两类，第一类是普通保全，⑥ 第二类是特定保全。⑦《内地与澳门仲裁保全安排》

---

④ 《香港特别行政区仲裁条例》第 35 条规定：“《贸法委示范法》第 17 条（仲裁庭下令采取临时措施的权力）
1.《贸法委示范法》第 17 条具有效力，其文本列出如下 ——
（1）除非当事人另有约定，仲裁庭经一方当事人请求，可以准予采取临时措施。
（2）临时措施是以裁决书为形式的或另一种形式的任何短期措施，仲裁庭在发出最后裁定争议的裁决书之前任何时候，以这种措施责令一方当事人实施以下任何行为：（a）在争议得以裁定之前维持现状或恢复原状；（b）采取行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害，或不采取可能造成这种危害或损害的行动；（c）提供一种保全资产以执行后继裁决的手段；或（d）保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。
2. 藉第（1）款而具有效力的《贸法委示范法》第 17 条所提述的临时措施，须解释为包括强制令，但不包括第 56 条所指的命令。”

⑤ 《澳门特别行政区仲裁法》第 15 条规定：“保全措施 一、在仲裁程序开始前或进行期间，一方当事人向法院声请采取保全措施，以及由法院命令采取该等措施，并不与仲裁协议相抵触。二、如在仲裁程序开始前命令采取保全措施，声请人应在民事诉讼法规定的提起保全措施所取决的司法诉讼的期间内，采取开展仲裁程序的必要措施，否则该保全措施失效。三、为适用上款的规定，当事人应将已作出必要措施及作出日期的证明送交法院。四、不论仲裁地是否为澳门特别行政区，法院均有管辖权命令采取与仲裁程序有关的保全措施。”

⑥ 《澳门特别行政区民事诉讼法典》第 326 条规定：“范围一、任何人有理由恐防他人对其权利造成严重且难以弥补之侵害，而下一章所规定之任何措施均不适用于有关情况者，得声请采取具体适当之保存或预行措施，以确保受威胁之权利得以实现。二、声请人之利益得以一已存有之权利为依据，或以已提起或将提起之形成之诉中作出之裁判所产生之权利为依据。三、法院得命令采取非为所具体声请采取之措施。”

⑦ 特定保全包括：占有之临时返还、法人决议之中止执行、临时扶养、裁定给予临时弥补、假扣押、新工程之禁制、制作清单等七种。

第一条采用了概括描述的方法，基本上可以涵盖澳门法律规定的保全类型，同时能够为法律的适用预留一定的解释空间。⑧

在保全范围和类型的问题上，两项《仲裁保全安排》并未对粤港澳三地既有法律条文作出更多的突破和创新。因此，三地仲裁当事人仍然需要基于三地的区分性立法而分别适用不同的保全制度。两项《仲裁保全安排》虽能大体涵盖三地的法律规定且预留了法律适用的解释空间，但未能更加直接地呈现出因地制宜的灵活的制度安排。在粤港澳大湾区构建更加完备的民商事仲裁保全制度问题上，需要从保全的范围和类型上作出更加机动化的突破。

（二）仲裁保全的启动

仲裁保全的启动程序涉及司法管辖权、申请程序、仲裁程序适用等三方面，具体而言：

首先，从司法管辖权的角度而言，根据两项《仲裁保全安排》的规定，内地仲裁程序的当事人可以向香港高等法院和澳门初级法院申请保全；香港和澳门仲裁程序的当事人在内地申请保全的，可以向被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地的内地中级人民法院申请保全，若三地辖区不同，可择一提出申请，不得分别向两个或者两个以上法院提出申请。

《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》（以下简称《内地与澳门仲裁执行安排》）规定澳门地区受理认可仲裁裁决申请的法院为中级法院，执行仲裁裁决的法院为初级法院。从立法目的角度出发，保全的最终目的是保障裁决的顺利执行，因此《内地与澳门仲裁保全安排》规定受理仲裁保全申请和执行仲裁保全的法院均为初级法院，使仲裁保全执行权与仲裁裁决执行权归属于同一主体，有利于实现保全和裁决执行的衔接。与之相比，内地与香港地区的规定则更进一步地实现了“受理认可仲裁裁决与受理仲裁保全申请”的一体化，这样的制度安排可以进一步提高涉港涉澳仲裁纠纷解决的效率。

其次，从申请程序的角度而言，三地的诉讼法和仲裁法均规定了仲裁前保全和仲裁中保全。仲裁前保全的重点问题是提交申请后的仲裁程序的启动时限：向内地申请仲裁前保全的当事人必须在内地法院采取保全措施后的三十日内，通过有关仲裁机构提交已受理仲裁案件的证明函件，否则内地法院应当解除保全；⑨向香港地区申请仲裁前保全的

---

⑧ 《关于〈内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排〉的理解与适用》，载最高人民法院官网，https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-347161.html，最后访问时间：2023 年 6 月 5 日。

⑨ 《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》第 2 条规定：“按照澳门特别行政区仲裁法规向澳门特别行政区仲裁机构提起民商事仲裁程序的当事人，在仲裁裁决作出前，可以参照《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国仲裁法》以及相关司法解释的规定，向被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地的内地中级人民法院申请保全。被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地在不同人民法院辖区的，应当选择向其中一个人民法院提出申请，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。在仲裁机构受理仲裁案件前申请保全，内地人民法院采取保全措施后三十日内未收到仲裁机构已受理仲裁案件的证明函件的，内地人民法院应当解除保全。”

当事人应当遵守法院的命令，在规定期限内提起仲裁程序；[10]向澳门地区申请仲裁前保全的当事人，应当在收到保全措施裁判通知之日起的三十日内采取开展仲裁程序的必要措施，并将相关措施和日期的证明提交澳门特别行政区法院；若并未听取被申请人的陈述，则诉讼期限将被缩短至十日内。[11]

而仲裁中保全的重点问题在于是否需要通过仲裁机构向法院转递保全申请：内地仲裁程序的当事人可以在仲裁程序中直接向香港或澳门的法院申请保全；香港仲裁程序当事人提起仲裁中保全的，应当由仲裁机构或者常设办事处向法院转递其申请；《内地与澳门仲裁保全安排》并未规定澳门仲裁程序当事人必须通过仲裁机构转递仲裁中保全的申请，当事人可以直接向内地法院申请保全，相比之下该制度设计能够给予当事人充分的选择空间，有利于提高保全协助申请的效率。

除此之外，将仲裁前保全和仲裁中保全明确纳入两项《仲裁保全安排》体系中，有利于实现三地仲裁保全的全流程协助。此前签署的《内地与香港仲裁执行安排》和《内地与澳门仲裁执行安排》仅包含“裁决后保全”“法院认可和执行裁决申请前保全”以及“法院认可和执行裁决申请后保全”三种保全类型，而两项《仲裁保全安排》的出台直接将三地保全协助的时间节点延伸至仲裁前和仲裁中，实现了三地仲裁保全协助的全流程保障。[12]

最后，从仲裁程序适用的角度而言，并非所有仲裁程序的当事人都能启动司法保全的协助程序，《内地与香港仲裁保全安排》和《内地与澳门仲裁保全安排》均将临时仲裁和其他国家或地区仲裁机构管理的仲裁程序排除在外，意即，有且仅有内地与香港或澳门地区仲裁机构或常设办事处管理的仲裁程序，且仲裁地位于三地之内，才适用此项制度。

此外，由于香港地区的仲裁机构数量较多，《内地与香港仲裁保全安排》对适用该

---

⑩ 《高等法院条例》第 21N 条规定：“关乎在没有实质法律程序进行的情况下的临时济助的补充条文（1）在行使第 21M（1）条所订的权力时，原讼法庭须顾及下述事实——（a）该权力是附带于已在或将会在香港以外地方展开的法律程序；及（b）该权力是为利便位于香港以外地方而对该等法律程序具有基本司法管辖权的法院的程序。（2）为确保根据第 21M 条批予的命令的有效性，原讼法庭具有相同的权力作出任何附带命令或指示，犹如该命令是根据第 21L 条就在香港展开的法律程序而批予的一样。”

⑪ 《澳门特别行政区仲裁法》第 15 条规定：“二、如在仲裁程序开始前命令采取保全措施，申请人应在民事诉讼法规定的提起保全措施所取决的司法诉讼的期间内，采取开展仲裁程序的必要措施，否则该保全措施失效。”

《澳门特别行政区民事诉讼法典》第 334 条规定：“措施之失效　一、在下列情况下，保全措施失效：a）声请人自接获命令采取保全措施之裁判通知之日起三十日内，仍未提起该措施所取决之诉讼，但不影响第二款规定之适用；b）提起诉讼后，因声请人之过失而导致诉讼程序停顿逾三十日；c）有关诉讼被裁定理由不成立，而该裁判已确定；d）对被告之起诉被驳回，而声请人未有及时提起新诉讼，以致未能利用先前起诉之效果；e）声请人欲保全之权利已消灭。二、如命令采取保全措施前并无听取声请所针对之人陈述，则该措施所取决之诉讼提起之期间为十日，自声请人获通知已向声请所针对之人作出第三百三十条第五款所规定之通知之日起算。三、如保全措施已由担保替代，则担保在被替代之措施应失效之情况下失效，且须命令终止该担保措施。四、卷宗内一旦显示发生使保全程序消灭之事实，法官须裁定保全程序消灭以及有关保全措施终止，但事先须听取声请人之陈述。”

⑫ 同前注 ⑧。

制度的仲裁机构作出了准入限制——只有经香港政府和最高人民法院共同确认的特定仲裁机构所管理的仲裁程序，才能适用此项制度。[13] 相比之下，《内地与澳门仲裁保全安排》对澳门地区的仲裁机构则没有其他准入限制。可见，在大湾区范围内，广东省和澳门地区的所有仲裁机构管理的仲裁程序的当事人均可启动仲裁保全的协助程序；香港地区则仅限“正面清单”所列明的仲裁机构管理的仲裁程序的当事人才能适用仲裁保全制度。

（三）仲裁保全的担保与救济

在保全裁定作出前，立法者对申请人提出了较高的规则适用门槛，以防止当事人滥用权利恶意保全；在保全裁定作出后，则倾向于从错误纠正的角度考虑，为被申请人提供救济的途径。无论是保全裁定前的担保制度还是保全裁定后的救济制度，《内地与香港仲裁保全安排》和《内地与澳门仲裁保全安排》的规定均展现出“以被申请方法律规定为准”的原则，因此必须结合三地的诉讼法和仲裁法方可解读担保和救济两项制度：关于保全裁定前的保障措施，内地和澳门地区法律规定法院可以要求申请人提供担保，[14] 香港地区法律则规定法院可以要求申请人作出承诺或者就费用提供保证。关于保全裁定后的救济措施，依据内地的法律：被保全人对保全裁定不服的，可以自收到裁定书之日起五日内向作出裁定的法院申请复议。[15] 在澳门地区，被申请人若要申请停止执行仲裁保全措施，则应当使法院确信存在以下任一情形：仲裁协议的当事人无行为能力或仲裁协议无效或程序违法或裁决超出仲裁协议范围；申请人未提供担保；仲裁所在地区的法律不承认保全措施制度。[16] 与内地和澳门地区相比，香港地区的《仲裁条例》则规定在保全裁定作出后，当事人不能针对法院作出的仲裁保全决定或命令提起上诉以求诸救济。[17]

保全裁定前后的保障措施看似能从事前和事后的角度完美平衡申请人与被申请人的仲裁权益，但实际上仍存在许多瑕疵，比如多重担保的问题：由于香港和澳门的仲裁庭

---

⑬ 《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》第 2 条规定：“本安排所称“香港仲裁程序”，应当以香港特别行政区为仲裁地，并且由以下机构或者常设办事处管理：（一）在香港特别行政区设立或者总部设于香港特别行政区，并以香港特别行政区为主要管理地的仲裁机构；（二）中华人民共和国加入的政府间国际组织在香港特别行政区设立的争议解决机构或者常设办事处；（三）其他仲裁机构在香港特别行政区设立的争议解决机构或者常设办事处，且该争议解决机构或者常设办事处满足香港特别行政区政府订立的有关仲裁案件宗数以及标的金额等标准。以上机构或者常设办事处的名单由香港特别行政区政府向最高人民法院提供，并经双方确认。”

⑭ 《澳门特别行政区民事诉讼法典》第 335 条规定：“声请人之责任 二、只要基于具体情况认为属适宜者，即使未听取声请所针对之人陈述，法官亦得要求声请人提供适当担保，作为准予采取保全措施之先决条件。”

⑮ 《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 171 条规定：“当事人对保全或者先予执行裁定不服的，可以自收到裁定书之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议。人民法院应当在收到复议申请后十日内审查。裁定正确的，驳回当事人的申请；裁定不当的，变更或者撤销原裁定。”

⑯ 《澳门特别行政区仲裁法》第 45 条规定：“拒绝的理由 一、仅在下列任一情况，方可拒绝确认或执行临时措施：（一）应临时措施所针对的当事人的请求，如法院确信：（1）拒绝是基于第七十一条第一款（一）项（1）至（5）分项规定的理由；（2）未遵守仲裁庭就已命令采取的临时措施提供担保的决定；（3）临时措施已被仲裁庭或仲裁所在国家或地区倘有管辖权的法院中止或废止，又或已根据准许采取临时措施的法律被中止或废止。”

⑰ 《香港特别行政区仲裁条例》第 45 条规定：“《贸法委示范法》第 17J 条（法院下令采取的临时措施）（10）任何人不得针对本条所指的原讼法庭决定、命令或指示提出上诉。”

都有权采取“临时措施”（即保全），如果仲裁庭已经要求申请人提供担保，内地的法院能否承认该担保的效力从而免除申请人的担保义务？若该担保无法得到认可，则意味着申请人将面临多重担保的困境，若法院认可该担保，却无法提供相应的法律依据。[18] 由此可见，保全裁定前后的保障措施制度仍有较大的改进空间。

二、粤港澳大湾区仲裁保全制度的困境分析

（一）排除临时仲裁导致制度发展受阻

与机构仲裁相比，临时仲裁的当事人无需受到仲裁机构的规则约束，能够根据案件特点自由选择仲裁员和仲裁地点，并且可以创设更加灵活的争议解决规则，比机构仲裁更能体现当事人的个性化安排。[19] 在香港和澳门地区，临时仲裁是十分常见的争议解决机制，但两项《仲裁保全安排》均将临时仲裁排除在外，[20] 只有机构仲裁的当事人可以申请司法保全。这样的制度设计不仅会导致大湾区的仲裁保全范围过窄，还会阻碍大湾区争议解决机制的一体化和国际化进程。

首先，临时仲裁是港澳当事人经常使用的争议解决方式。根据香港国际仲裁中心（HKIAC）的统计数据，2022 年提交 HKIAC 的仲裁案件共 344 份，其中 88 份为临时仲裁案件，占比 25.58%；2021 年提交 HKIAC 的仲裁案件共 514 份，其中 331 份为临时仲裁案件，占比 64.39。[21] 两项《仲裁保全安排》将临时仲裁排除在仲裁保全的范围之外，使香港和澳门地区相当部分的仲裁当事人无法在内地寻求保全。

其次，排除临时仲裁的规定会破坏仲裁体系发展的渐进性，使大湾区仲裁法治治理受到制度性阻碍。我国临时仲裁制度的引进具有明显的渐进性特点，作为大湾区成员地的珠海、深圳是临时仲裁制度发展的示范性地区：早在 2016 年发布的《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》中就已经规定在自贸试验区内注册的企业之间相互缔结的临时仲裁协议可以被认定为有效；[22] 2017 年出台的《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》为临时仲裁的具体实践提供了详细的程序指引；2020 年深圳市人大常委会发布的《深圳国际仲裁院条例》更是将临时仲裁适用范围扩大到了深圳特区。[23]

上述临时仲裁的效力认可规范和应用规则的落地，都表明虽然临时仲裁制度尚未得

---

⑱ 袁发强：《自贸区仲裁规则的冷静思考》，载《上海财经大学学报》2015 年第 17 期，第 98 页。

⑲ 蔡志阳、陈辉庭、黎曦：《融合发展：粤港澳大湾区仲裁制度的差异弥合——以临时仲裁制度落地珠三角九市为切入点》，载《中共福建省委党校（福建行政学院）学报》2021 年第 3 期，第 110 页。

⑳ 同前注 ⑧。

㉑ 《HKIAC 统计数据》，载 HKIAC 官网，https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics，最后访问时间：2023 年 6 月 5 日。

㉒ 《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 条规定：“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、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。”

㉓ 《深圳国际仲裁院条例》第 24 条规定：“当事人约定适用联合国国际贸易法委员会仲裁规则或者约定临时仲裁的，可以从仲裁院提供的仲裁员名册中或者之外指定仲裁庭组成人员。当事人约定的仲裁庭组成人员在仲裁员名册之外的，由仲裁院确认其符合仲裁员资格后，可以担任本案仲裁员。”

到仲裁立法的认可，但这并不妨碍临时仲裁制度在大湾区实践中的应用。然而，2019年发布的《内地与香港仲裁保全安排》却直接将临时仲裁排除在仲裁保全范围之外，同样的问题见诸《内地与澳门仲裁保全安排》。这些问题不仅会打破大湾区临时仲裁制度构建过程的动态平衡，还会破坏我国仲裁体系发展的渐进性特征，最终使粤港澳的仲裁一体化面临着更大的不确定性。

对此，或许可以考虑采取更为灵活的处理方式。临时仲裁作为香港和澳门地区最常见的争议解决方式之一，不应仅因粤港澳三地的法治差异而直接将其排除在大湾区一体化的争议解决机制之外。将临时仲裁纳入仲裁保全的适用范围之内，是对粤港澳大湾区优化营商环境的积极回应，能够使大湾区民商事争端解决机制更加完善，满足大湾区争议解决便利化的要求。

（二）限制仲裁地导致当事人权利受损

香港《仲裁条例》第45（2）条明确规定，不论仲裁程序是在香港还是香港以外的地方进行，法庭均可应任何一方的申请裁定仲裁保全。[24]《澳门民事诉讼法典》第15条也规定不论仲裁地是否在澳门境内，法院均有权采取仲裁保全措施。[25]可见在满足特定条件的情况下，香港和澳门法院的保全措施可以覆盖仲裁地在任何地方的仲裁程序，为裁决执行提供更加全面的保障。

然而，两项《仲裁保全安排》却将其他国家或地区的仲裁机构管理的仲裁程序排除在外，规定仲裁保全仅适用于内地与港澳仲裁机构或常设办事处管理的仲裁程序，且仲裁地必须是内地和港澳地区，这看似能够激励当事人选择粤港澳地区作为仲裁地，使大湾区的关系更加紧密化，却无形中使港澳方当事人陷入了一种极不公平的境地。例如：香港公司和深圳公司按照仲裁协议将争端交由新加坡仲裁庭审理，香港公司希望向深圳市中级人民法院申请财产保全，但囿于该制度对仲裁地和仲裁机构所在地的限制，深圳市中院应当拒绝香港公司的请求；但若是深圳公司向香港高等法院提出保全申请，则并不会被法院以仲裁地不在内地或香港地区为由拒绝作出保全裁定。

法官判断是否应当作出保全裁定的标准并非是基于“申请人的胜算”，而应基于“裁决难以执行的可能性”；对于仲裁地不在当地的仲裁裁决，很可能会面临更大的执行阻碍，因此更应当给予充分的执行保障，而不应将其排除在外。在仲裁程序选址是否影响保全的问题上，港澳地区对境内外的仲裁当事人均给予无差别的保全待遇，使当事人能够更加自由地进行仲裁抉择。因此两项《仲裁保全安排》均应对此作出相应的修改，为粤港澳大湾区民商事纠纷多元化解决机制提供更好的制度支持。

㉔ 《仲裁条例》第45条规定：“《贸法委示范法》第17J条（法院下令采取的临时措施）（1）《贸法委示范法》第17J条不具效力。（2）原讼法庭可应任何一方的申请，就已在或将会在香港或香港以外地方展开的任何仲裁程序，批给临时措施。”

㉕ 《澳门特别行政区仲裁法》第15条规定：“四、不论仲裁地是否为澳门特别行政区，法院均有管辖命令权采取与仲裁程序有关的保全措施。”

（三）缺失多重保全制度导致裁定与执行困境

多重保全是指在不同地区对同一被保全人分别采取保全措施的制度。两项《仲裁保全安排》并未明确规定多重保全的问题，这在一定程度上引发了保全裁定和仲裁裁决执行等方面的困境。

首先，目前关于保全的裁定呈现司法的主观偏差性。三地的民事诉讼法及仲裁法的规定都体现了“紧迫性”和“必要性”的原则，[26] 但缺乏对两项原则的细化规定，因此不同法官对这两项原则的认知有所不同，这会使三地法官对保全裁定的判断产生较大的分歧：有些法官认为不足额的保全也能发挥相应的保障效果，因而不必苛求保全物的价值必须完整覆盖标的价值；有些法官则认为应当为后续的裁决执行做好充分的准备，因而更加关注保全的“必要性”。诸如此类的问题将会成为实践中影响法官裁定适用保全程序的重要因素。

其次，在仲裁裁决的执行层面上，根据《内地与香港仲裁执行安排》修改前的规定，即使被申请人在内地和香港均有住所或财产，申请人也不得同时分别向两地的相关法院提出仲裁裁决的执行申请。只有当一地法院执行后仍无法足额清偿时，才可就不足部分向另一地法院申请执行，且执行总额不得超过裁决总额。但随着内地与香港地区民商事交往愈发密切，该规定逐渐无法适应现实需要。2020 年，最高人民法院和香港律政司就该问题签署了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》（以下简称《补充安排》），将原规定修改为“被申请人在内地和香港特区均有住所地或者可供执行财产的，申请人可以分别向两地法院申请执行。应对方法院要求，两地法院应当相互提供本方执行仲裁裁决的情况。两地法院执行财产的总额，不得超过裁决确定的数额。”[27]《补充安排》不仅在法律上允许当事人分别向两地法院申请执行，并且为法院设定了“提供执行情况”的义务。同样地，《内地与澳门仲裁执行安排》也认可了当事人分别向两地法院申请执行的做法，并且更进一步规定由仲裁地法院先行执行清偿。[28] 在目前法律框架内，当事人可以分别向内地和港澳地区申请仲裁裁决的执行，若缺

---

[26] 例如，《澳门特别行政区民事诉讼法典》第 327 条规定：“保全程序之紧急性　一、保全程序在任何情况下均具紧急性质，有关之行为较任何非紧急之司法工作优先进行。”香港《仲裁条例》第 36 条规定：“……应当使仲裁庭确信：（a）不下令采取这种措施可能造成损害，这种损害无法通过判给损害赔偿金而充分补偿，而且远远大于准予采取这种措施而可能对其所针对的当事人造成的损害。”

[27]《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》规定：“三、将《安排》第二条第三款修改为：‘被申请人在内地和香港 特区均有住所地或者可供执行财产的，申请人可以分别向两地法院申请执行。应对方法院要求，两地法院应当相互提供本方执行仲裁裁决的情况。两地法院执行财产的总额，不得超过裁决确定的数额。’”

[28]《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》第 3 条规定：“被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地分别在内地和澳门特别行政区的，申请人可以向一地法院提出认可和执行申请，也可以分别向两地法院提出申请。当事人分别向两地法院提出申请的，两地法院都应当依法进行审查。予以认可的，采取查封、扣押或者冻结被执行人财产等执行措施。仲裁地法院应当先进行执行清偿；另一地法院在收到仲裁地法院关于经执行债权未获清偿情况的证明后，可以对申请人未获清偿的部分进行执行清偿。两地法院执行财产的总额，不得超过依据裁决和法律规定所确定的数额。”

乏多重保全制度的保障，则很有可能使执行无法顺利开展。

保全是一项维系人身和财产法律关系现状的措施，具有较强的程序性特点，其意义在于通过司法程序的前置保障仲裁裁决的顺利实现，[29] 而多重保全的制度则能更好地防止申请人在实体法上寻求救济的目的落空。在三地法律并不禁止多重保全的前提之下，可以将粤港澳大湾区作为多重保全协助的试点地区，为仲裁裁决的顺利执行打下良好的基础。

三、粤港澳大湾区仲裁保全制度的完善路径

（一）建立大湾区特色仲裁保全裁定标准

我国《民事诉讼法》并未明确规定保全的具体审查标准，只在《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 170 条规定了《民事诉讼法》第 109 条中提及的“需要先予执行的紧急情况”，其中第（一）（二）（四）项均采用了“需要立即行动”的表述，第（三）（五）项针对的是生产经营和生活的需求，但也仅使用了“严重影响”等模糊表达，且该规范针对的是先予执行而并非保全。澳门《民事诉讼法典》第 332 条第 1 款对批准保全的要求是“有关权利确有可能存在”以及“有充分理由恐防该权利受侵害”，该类表述难免给法官留下较大的自由裁量空间。模糊的审查要求不仅会引发不公平的保全裁定现象，还会降低案件的处理效率，在大湾区跨境协同立法不断推进的背景下，可以在粤港澳大湾区范围内构建特色化、规范化的仲裁保全裁定标准，通过正面列举或负面排除的方式为法官的裁定提供具体详实的依据。

关于“正面”和“负面”立法模式的选择问题，保全效率的类型化分析可资借鉴。根据香港律师协会的统计数据，截至 2020 年 8 月 27 日，HKIAC 向内地法院递交了 25 份保全申请，内地法院对其中的 17 份资产保全申请快速发出了资产保全令，但对其余的申请则在后续三个月内均未公布裁定情况。据此，内地法院对香港仲裁程序当事人申请的资产保全令审批速度较快，且批准率较高，但对行为保全和证据保全的处理则较慢，且审查标准相当严格。[30] 因此，对行为保全和证据保全比较适宜采取正面列举的方式，将常见情形列举至法律规则中，例如被申请人不当保管证据的具体表现、被申请人涉嫌资产转移的行动等。

虽然目前三地法院以支持跨境仲裁保全为基本政策导向，但对某些特别情况也存在拒绝保全协助的必要。粤港澳三地可通过负面排除的立法技术列明常见的拒绝裁定保全的情形，例如澳门《民事诉讼法典》第 332 第 2 款规定了法院拒绝保全申请的情形，即保全措施对被申请人造成的损害将大于申请人希望以此避免的损害。三地可以在整

---

[29] 吴英姿：《论保全错误的程序法解释》，载《现代法学》2023 年第 2 期，第 50 页。

[30] 《HKIAC 对内地与香港仲裁保全的统计》，载香港律师会官网，https://www.hk-lawyer.org/tc/content/，最后访问时间：2023 年 6 月 5 日。

合法律条文的基础上，归纳整理司法实践中常见的恶意保全情形，为法官提供明确的拒绝理由。

通过正面列举与负面排除相结合的立法方式构建粤港澳大湾区特色保全裁定标准，是对现实需求和跨境仲裁法治治理问题的积极回应。在尽量保持三地制度原貌的前提下，对现有的《仲裁保全安排》进行优化，为该制度增添更多的规范化标准，使大湾区仲裁保全制度朝着更加公平高效的方向发展。

（二）削弱大湾区内的制度限制

粤港澳大湾区的法治协同发展拥有深厚的政策基础及众多框架协议的支持，通过联动化和特色化的规定，可以解决单一行政区域内无法独立解决的问题，有利于减少各类限制所造成的制度障碍与壁垒。[31]《仲裁保全安排》是整体性的规范，在粤港澳地区的适用可以在法律允许的范围内率先突破一些僵硬的限制，例如对临时仲裁的排除以及对仲裁地、仲裁机构所在地的限制等，更加灵活地化解《仲裁保全安排》在大湾区内面临的各种困境。

对临时仲裁的限制，两项《仲裁保全安排》将其排除在外可能是出于对保全错误及其救济困难的顾虑。但一方面，临时仲裁制度在我国的适用已有一定的法律基础：我国自 1986 年加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》后，外国的临时仲裁裁决就已经能够在我国得到认可和执行；根据内地与港澳地区间的《仲裁裁决执行安排》，港澳地区的临时仲裁裁决亦能够在内地得到认可和执行；且最高人民法院在 2016 年早已通过规范性文件对临时仲裁协议予以附条件的承认，表明内地正在逐步引入临时仲裁制度。另一方面，全国人大分别于 1992 年和 1996 年授予深圳和珠海经济特区立法权，这意味着深圳和珠海特区拥有创设先例的立法权限，据此可以在深圳、珠海地区率先认可临时仲裁制度的有限适用；此外，《横琴粤澳深度合作区建设总体方案》亦强调珠海经济特区应当充分利用立法权限，立足合作区改革创新的基础之上根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定，珠海仲裁委员会和深圳人大常委会据此分别通过了《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》和《深圳国际仲裁院条例》，这亦使临时仲裁制度在大湾区内拥有了详实具体的应用规范。可见将临时仲裁制度排除在仲裁保全之外的做法值得商榷。

至于仲裁地和仲裁机构所在地的问题，主要是考虑到两项《仲裁保全安排》是内地与港澳间的仲裁保全安排，因此规定仲裁地和仲裁机构所在地必须是内地或者港澳地区。但此规定会给海外华人包括海外的港澳人士增加申请保全的困难。这就要求仲裁保全的主体适用开放化，同时尽量控制在有效的立法权能之内。对此，立法者可以考虑用“涉港因素”和“涉澳因素”的条件代替仲裁地和仲裁机构所在地的限制。例如住所地、户籍地、法律关系发生地、主要财产所在地等其中一个地点在香港或澳门地区，即可适用两项《仲裁保全安排》关于仲裁保全的规定。

㉛ 江国华、谢海生：《粤港澳大湾区法治深度协同的构想与进路》，载《地方立法研究》2022 年第 7 期，第 78 页。

保全本身就是为执行服务的附带性程序，其应当具有与保障执行相应的内在功能，从两项《仲裁保全安排》的内容来看，立法者对仲裁保全制度的设计显得偏于保守，在制度的革新进程中立法者可充分利用粤港澳大湾区的区域优势，在法律框架内进行突破试点。例如可以进一步优化《仲裁保全安排》，或者在此基础上签署《补充安排》，在大湾区范围内将临时仲裁纳入仲裁保全适用的仲裁类型，通过大湾区试点的方式对效果进行检验，为仲裁保全提供创新型规范尺度，促进三地仲裁保全规则的顺利衔接。[32]

（三）解决多重保全与多重担保问题

多重保全是指在不同地区对同一被保全人分别采取保全措施的制度，与之相应的多重担保则是指在不同地区对同一被保全人的不同财物分别采取查封、扣押、冻结等担保措施的制度。这两个问题多出现于财产保全领域，而两项《仲裁保全安排》对此均未作出明确的规定，结合三地法律及保全协助制度的现存问题，应当从保全和担保是否足额的角度来讨论。

首先，对多重保全的问题，之所以要强调保全的足额与否，是因为财产保全制度的设计初衷就是为了控制财产从而确保裁决的顺利执行，[33] 不足额的保全不足以实现保全的应然效果。虽然两项《仲裁保全安排》并未规定多重保全制度，但在三地法律并不禁止的条件下，粤港澳三地可以用规范性文件的形式将该制度明确化，即：向广东地区法院申请保全的当事人，若在香港或澳门地区已申请了不足额保全，广东地区法院仍应根据实际情况批准不足额部分的财产保全，不得以港澳地区已采取保全措施为由拒绝保全。同时，为了兼顾被保全人的利益，多重保全制度可以融合最高人民法院 2020 年发布的《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》的规定，对第二重保全采取“灵活保全”的措施，例如：在保护生产设备不被损毁或转移所有权的前提下，允许被保全人继续使用该设备进行生产；在法院专门管理被保全人银行账户的情况下，为其设定合理的每日取款额度等。

其次，对多重担保的问题，法院之所以强化担保的重要性，是因为担保不仅拥有改正保全错误的缓冲功能，更意味着申请人对相应权利的高度肯定，能够最大程度地打消法院对申请人是否属于恶意保全的猜疑。[34] 但对于标的数额较大的申请人而言，多重担保往往会带来巨大的经济负担。因此可以在粤港澳大湾区内率先增设“担保互认制度”，即针对已经向香港或澳门仲裁庭提供足额担保的，广东地区法院应当承认该担保的有效性，并免除申请人向法院提供担保的义务；针对向香港或澳门地区仲裁庭提供不足额担保的，广东地区法院可以要求该申请人提供不足额部分的担保。

在财产保全领域，多重保全与多重担保是相伴而生的问题，现行法律对此并无明确

㉜ 周宇骏：《授权改革试点立法条件成熟的学理诠释》，载《法学》2023 年第 1 期，第 60 页。

㉝ 刘君博：《“裁执一体化”财产保全的逻辑与改革》，载《中国法学》2017 年第 5 期，第 245 页。

㉞ 刘哲玮：《论财产保全制度的结构矛盾与消解途径》，载《法学论坛》2015 年第 5 期，第 76 页。

的规定，因此只能从法条之间尝试探索其灵活安排的可能性。在大湾区内通过“足额化”的安排确立多重保全与多重担保的合法性，能够在创新突破的同时兼顾维护原有制度的稳定性。

四、结　语

粤港澳大湾区仲裁保全制度的基本框架以两项《仲裁保全安排》的规定为主，对仲裁保全的类型范围、启动程序要求、材料清单以及担保和救济等内容均作了较为细致的规定。但两项《仲裁保全安排》仍存在许多亟待解决的问题，比如排除临时仲裁可能会破坏仲裁体系发展的渐进性，从而阻碍大湾区民商事仲裁规则衔接的发展进程；对仲裁地和仲裁机构所在地的限制不仅不利于当事人进行自由的仲裁抉择，还会导致大湾区的仲裁保全范围过窄，不利于保护当事人的财产安全；此外，财产保全领域的多重保全和多重担保问题也没有得到明确的解决，这不仅会降低保全裁定的效率，还将削弱仲裁保全制度对裁决执行的保障功能。

粤港澳大湾区作为推进协同法治的示范性地区，拥有较高的法治创新自由度，可以将大湾区作为仲裁保全的改革先行区，针对保全不公平、效率低、保全裁定标准不一致等问题，可以在尽量保持三地制度原貌的前提下，通过优化《仲裁保全安排》、签署《补充安排》等方式建立规范化的裁定标准；针对保全不公平、效率低下等问题，应当逐步减少不必要的规则壁垒，例如取消仲裁地、仲裁机构所在地、临时仲裁等排除性规定，强化保全制度对仲裁执行的保障功能；针对多重保全与多重担保的问题，应当在大湾区内通过“足额化”的规则安排确立多重保全与多重担保的合法性。高质量的发展需要与之相匹配的法治作为支撑，[35]兼具守正与创新的规则安排，将推进粤港澳大湾区的法治融合迈向更高的台阶。

Abstract: The arbitration preservation system of Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area is mainly based on the provisions of the two Arbitration Preservation Arrangements of the Mainland, Hong Kong and Macao, and also integrates the provisions of the procedural law and arbitration law of the three places. There are more detailed provisions on the types and scope of arbitration preservation, commencement procedures and security relief. However, there are still major difficulties in the application process, such as excessive restrictions on arbitration procedures and places, and unresolved issues of multiple security and multiple guarantees. Therefore, it is necessary to establish a specific review standard for the Greater Bay Area in a targeted manner, weaken various restrictions in the Greater Bay

[35] 王春业：《论粤港澳大湾区合作视角下深圳先行示范区的法治先行》，载《港澳研究》2023 年第 1 期，第 5 页。

Area, and clearly solve the problems of multiple security and multiple guarantees. It will promote the integration of the rule of law in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area to a higher level.

Keywords: arbitration preservation; judicial assistance; Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area; civil and commercial arbitration

（责任编辑：胡余嘉）

国际投资仲裁中数据保护法适用问题研究

王梦颖*

内容提要 作为各主权国家法律体系的重要组成部分，一国数据保护法能否适用以及如何适用于国际投资仲裁，需要结合当事方的意思自治、国际投资条约的规定以及各国数据保护法的管辖标准加以确定。仲裁参与者住所地、数据处理实体所在地、庭审地和仲裁地等所在国家或地区的数据保护法，均可能适用于国际投资仲裁。一旦确定国际投资仲裁落入某国数据保护法的管辖范围，仲裁参与者必须依据该数据保护法处理仲裁所涉数据，除非其处理行为属于国际公法赋予的特权和豁免范围。为了避免数据保护法的适用对国际投资仲裁的完整性、公正性和效率性造成不利影响，应尽早明确处理数据的依据与要求，并在国际投资仲裁的全部阶段履行数据保护义务。

关键词 数据保护法；法律适用；域外效力；数据跨境流动；国际投资仲裁

一、问题的提出

随着信息技术的迅速发展，数据资源成为各国基础性战略资源。个人信息因数字化发展而显现出极高的商业价值，但个人数据的处理和存储却打破了国界的天然属性，导致个人数据保护问题日益复杂。[①] 目前，以欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，以下简称 GDPR）为代表的数据保护立法已经在全球范围内逐渐推行，制定数据保护法并赋予其域外适用效力成为大数据时代法律的新发展趋势。

通常认为，个人数据是指“与已识别或可识别的自然人有关的任何信息”。[②] 无论是可以直接识别的信息，还是通过收集不同信息进而可以实现间接识别的信息，均属于数据保护法所保护的个人数据。例如，名字和姓氏、家庭住址、电子邮件地址、身份证号码、

* 王梦颖，北京师范大学法学院博士研究生。

① 龙卫球：《〈个人信息保护法〉的基本法定位与保护功能——基于新法体系形成及其展开的分析》，载《现代法学》2021 年第 5 期，第 85 页。

② 《中华人民共和国个人信息保护法》第 4 条规定：“个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。”欧盟 GDPR 第 4 条规定：“……‘个人数据’指的是任何已识别或可识别的自然人（数据主体）相关的信息；一个可识别的自然人是一个能够被直接或间接识别的个体，特别是通过诸如姓名、身份编号、地址数据、网上标识或者自然人所特有的一项或多项身体性、生理性、遗传性、精神性、经济性、文化性或社会性身份而识别的个体。”

手机的地理位置、互联网协议地址、cookie 账号、手机的广告标识、医院或医生持有的数据等，均可视为个人数据，受到数据保护法的保护。[③] 在国际投资仲裁的各个阶段，不可避免地会涉及到来自不同国家和地区的个人数据，包括仲裁参与者的个人信息、电子邮件往来等证据文件中涉及的信息。由于不同国家的数据保护立法各有不同，而且各国逐渐肯定数据保护法的域外适用效力，国际投资仲裁中的数据处理行为极有可能落入多国数据保护法的管辖范围，仲裁当事方对国际投资仲裁中是否应履行数据保护义务的争论也随之而来。此时，仲裁庭能否准确地确定和适用数据保护法将直接影响到投资者与东道国的程序及实体权益，其重要性不言而喻。

二、国际投资仲裁中数据保护法的适用依据

必须明确的是，如果仲裁当事方均未明确提出所涉数据属于一国法律规定的受保护信息，仲裁庭就没有义务确保仲裁程序符合特定国家的数据保护法规定。[④] 例如，在 Elliott Associates L.P. *v.* Republic of Korea 一案中，被申请人在提交的答辩书中披露了可识别身份的个人数据，随后又提出应适用本国的个人信息保护法，避免向公众公开披露受保护的个人数据。[⑤] 正是因为被申请人声称投资仲裁所涉部分信息依据该国数据保护法属于受保护的信息，才产生了数据保护法的适用问题。在此基础上，国际投资仲裁是否需要遵守一国数据保护法本质上属于法律适用的范畴，应当首先尊重当事方约定；如果当事方未作出约定，仲裁庭应当适用适当的法律规则，通常需要同时受到国内法与国际法规则的约束。

（一）意思自治

当事方达成仲裁协议是仲裁存在的基础，仲裁庭尊重当事方选择的法律，正是其执行仲裁协议的体现。[⑥] 无论是国际商事仲裁还是国际投资仲裁，都允许当事方选择解决争端应适用的法律。对于国际投资争端的当事方而言，通过意思自治明确选择投资仲裁适用的法律，有助于各方预见到仲裁庭裁判案件所遵循的法律规则，可以极大地增强各方的投资信心。[⑦] 一般认为，基于意思自治原则，当事方可选择法律的范围相对宽泛，既可以选择国际法（如国际条约或一般法律原则），也可以选择国内法（如东道国法、投

③ European Commission, *What is Personal Data?*, https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en, last visited Aug.13, 2023.

④ Jie (Jeanne) Huang, Dan Xie, *Data Protection Law in Investment Arbitration: Applicable or Not?* Arbitration International, 2021, Vol.37:1, pp.170-171.

⑤ Elliott Associates L.P. *v.* Republic of Korea, PCA Case No. 2018-51, Procedural Order No. 4, 22 July 2019, para.14.

⑥ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, 6 th., Oxford University Press, 2015, p.187.

⑦ 张建：《国际投资仲裁法律适用问题研究》，中国政法大学出版社 2020 年 9 月版，第 59 页。

资者母国法或第三国法），还可以同时选择国际法和国内法。[⑧] 因此，如果在投资条约或投资合同中明确约定适用某一数据保护法，仲裁庭理应尊重当事方选择的法律。

（二）国际法规则

在当事方未约定适用法律的情况下，无论是《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States，以下简称《华盛顿公约》）或是其他仲裁机构的仲裁规则，均规定仲裁庭有权适用其认为适当的法律规则，包括国内法与国际法规则。[⑨] 尽管在大多数情况下，国际投资条约被视为国际投资仲裁最主要的法律渊源，[⑩] 但是东道国和投资者母国的数据保护法也具有可适用性。

第一，依据国际投资条约中的准据法条款，可以适用东道国的数据保护法。例如，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，以下简称 CPTPP）投资章第 9.25 条规定，如果当事方未明确法律适用，仲裁庭应适用“被申请人的法律”（即指东道国国内法院或法庭在相同案件中适用的法律）及“可能适用的国际法规则”，其中当然包括东道国的数据保护法。[⑪] 正如 Elliott Associates, LP *v.* Republic of Korea 一案所述，由于韩国个人信息保护法中规定的受保护信息符合提起投资仲裁所依据的《美国 - 韩国自由贸易协定》（U.S.-Korea Free Trade Agreement）中“受保护信息”的定义，仲裁庭主张应当删除或编辑与受保护信息有关的仲裁文件。[⑫] 另一方面，关于国际投资仲裁程序的透明度要求，国际投资条约往往也会考虑东道国的数据保护法。例如，CPTPP 第 9.24 条第 3 款和第 5 款规定，东道国无需在仲裁程序之中或之后披露受保护信息，其法律要求披露的信息也无需受到限制。[⑬] 可见，国际投资仲裁程序的透明度要求在很大程度上受到东道国国内法的约束，也即东道国可以依据本国数据保护法拒绝披露受保护的信息。[⑭]

第二，依据国际投资条约中关于仲裁程序的透明度要求，投资者母国的数据保护法也可能予以适用。例如，CPTPP 第 9.24 条第 4 款规定，如果提供信息的争端一方声称

---

⑧ 乔慧娟：《论解决投资争端国际中心仲裁的法律适用——以意思自治原则为视角》，载《北方工业大学学报》2011 年第 4 期，第 30 页。

⑨ 《华盛顿公约》第 42 条第 1 款规定：“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如无此种协议，仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律（包括其冲突法规则）以及可能适用的国际法规则。”

⑩ 孙南申：《国际投资仲裁中的法律适用问题》，载《国际商务研究》2019 年第 2 期，第 51 页。

⑪ CPTPP 第 9.25 条规定：“仲裁庭应适用：(a) 相关投资授权的法律规则或在相关投资授权或投资协议中规定的法律规则，或争端双方可能另有议定的法律规则；或 (b) 如在相关投资协议中未规定法律规则或未另有议定，则为：(i) 被申请人的法律，包括其冲突法；及 (ii) 可能适用的国际法规则。”

⑫ Elliott Associates L.P. *v.* Republic of Korea, PCA Case No. 2018-51, Procedural Order No. 1, 1 April 2019, para.10.

⑬ CPTPP 第 9.24 条规定：“3. 本节中任何内容，包括第 4 款 (d) 项，不要求被申请人在仲裁程序过程中或之后向公众提供或通过其他方式披露受保护的信息，包括听证会，也不要求被申请人提供或允许获取依照第 29.2 条（安全例外）或第 29.7 条（信息披露）可拒绝提供的信息。……5. 本节中所有内容不限制被申请人向公众提供其法律要求予以披露的信息。被申请人应谨慎地适用这些法律，以防止受保护的信息被泄露。”

⑭ Jie (Jeanne) Huang, *Conflicts and Tentative Solutions to Protecting Personal Data in Investment Arbitration*, European Journal of International Law, 2021, Vol.32:4, p.1199.

部分信息构成受保护的信息，则争端双方和仲裁庭均不得将该信息向非争端缔约方或向公众披露。[15] 国际投资仲裁实践中，仲裁庭在 Sargeant Petroleum, LLC *v*. Dominican Republic 案中指出，提起仲裁所依据的《多米尼加 - 中美洲自由贸易协定》（Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement）规定，“受保护信息”是指“机密商业信息，或根据一缔约方法律享有保密特权或受保护不应披露的信息”，故凡属于“受保护信息”均应受到保护而不被披露。[16] 在此意义上，任一缔约方的数据保护法均可以规定“受保护的信息”。不过，即使投资者母国和东道国的数据保护法都可以适用于国际投资仲裁，国际投资条约通常还会赋予东道国要求投资者披露与投资相关信息的权利。[17] 也就是说，投资者可能无法依据母国数据保护法拒绝东道国访问个人数据，但东道国却能依据本国数据保护法拒绝披露个人数据，意即国际投资条约实际上为东道国数据保护法的适用提供了更多空间。

（三）国内法规则

尽管国际条约和仲裁规则均认可国内法规则的可适用性，但是在数据保护领域，随着互联网、云计算等技术的高速发展，数据本身与特定地域之间并不必然具有关联性，因此为了保障本国的数据管辖利益，世界各国均确立了本国数据保护法的域外效力。[18] 这意味着国际投资仲裁所涉数据可能处于多国国内法的管辖范围之内，而数据保护作为国际投资仲裁中的一个新问题，国际条约和仲裁规则关于数据保护法适用的规定却十分有限，因而仲裁庭应如何确定可适用的国内法规则仍是一个值得探讨的问题。

首先，必须明确的是，国际投资仲裁属于一国法律范围内的活动，是该国数据保护法得以适用的前提条件。例如，欧盟 GDPR 第 2.2 条第 a 项规定，在欧盟法律范围之外的活动中处理个人数据的，不适用该法。[19] 实践中，如在 Tennant Energy, LLC *v*. Government of Canada 一案中，一位仲裁员作为伦敦居民应受到欧盟 GDPR 的约束，但仲裁庭认为该仲裁依据的是《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement），而非欧盟

---

⑮ CPTPP 第 9.24 条规定：“4. 向仲裁庭提交的所有受保护信息均应依照下列程序以防止被披露：（a）在遵守（d）项的前提下，如提供信息的争端一方根据（b）项明确将其指定为受保护信息，则争端双方和仲裁庭均不得将该信息向非争端缔约方或向公众披露。”

⑯ Sargeant Petroleum, LLC *v*. Dominican Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/22/1, Procedural Order No. 2, 22 December 2022, paras.12-13.

⑰ 例如 CPTPP 第 9.14 条规定：“2. 尽管有第 9.4 条（国民待遇）和第 9.5 条（最惠国待遇），但是一缔约方可仅为信息或统计目的，要求另一缔约方的投资者或其涵盖投资提供与该投资有关的信息。该缔约方应保护属机密性质的商业信息不被披露，避免损害投资者或涵盖投资的竞争地位。对本款任何内容的解释，不得阻止一缔约方为了公正和善意地适用其法律而以其他方式获得或披露有关信息。”

⑱ 齐爱民、王基：《大数据时代个人信息保护法的适用与域外效力》，载《社会科学家》2015 年第 11 期，第 103 页；王燕：《数据法域外适用及其冲突与应对——以欧盟〈通用数据保护条例〉与美国〈澄清域外合法使用数据法〉为例》，载《比较法研究》2023 年第 1 期，第 189 页。

⑲ 欧盟 GDPR 第 2 条规定：“2. 本条例不适用以下情形：（a）欧盟法管辖之外的活动中所进行的个人数据处理；（b）欧盟成员国为履行《欧盟条约》（TEU）第 2 章第 5 款所规定的活动而进行的个人数据处理；（c）自然人在纯粹个人或家庭活动中进行的个人数据处理；（d）有权机构为了预防、调查、侦查或起诉犯罪，为了进行犯罪惩罚，包括为了保证公共安全和预防对公共安全的威胁而进行的个人数据处理。”

及其成员国缔结的条约，故该仲裁不属于欧盟法律范围内的活动，不符合欧盟 GDPR 的实质性范围要求，无需适用欧盟 GDPR。[20] 可见，只有在国际投资仲裁属于一国法律范围内的情形下，仲裁庭才需要考虑仲裁与该国法律之间是否具备联系因素，进而确定是否需要适用该国数据保护法。

其次，考虑到数据保护法具有域外效力，国际投资仲裁与一国法律之间具备联系因素，是该国数据保护法得以适用的基本要件。目前，各国数据保护法均扩展了管辖连结点，包括数据主体、数据控制或处理实体、数据处理行为等因素，它们均可能成为一国数据保护法适用的基础。以欧盟 GDPR 为例，一方面，GDPR 第 3 条第 1 款规定，只要数据控制者或处理者在欧盟境内从事最低程度的活动，无论数据主体和处理行为在欧盟境内或境外，均应受到 GDPR 管辖；[21] 另一方面，GDPR 第 3 条第 2 款规定，无论数据主体的公民国籍、身份、居住地等为何，无论数据控制或处理实体是否在欧盟境内，无论数据处理行为是否发生在欧盟境内，只要数据控制者或处理者向欧盟境内数据主体提供了商品或服务，或者监测了数据主体在欧盟内的行为，均可能对欧盟境内数据主体的权利产生潜在危害，即其危害效果发生在欧盟域内，亦应受到 GDPR 管辖。[22]

在此意义上，国际投资仲裁可能与一国数据保护法之间具备的联系因素主要包括以下方面：其一，当事方、仲裁员等仲裁参与者住所地。对于国际投资仲裁所涉数据，仲裁参与者既可能是数据主体，也可能是数据控制者或处理者，因此国际投资仲裁通常需要受到仲裁参与者住所地数据保护法的约束。其二，数据处理实体所在地。在国际投资仲裁过程中，仲裁机构作为数据控制或处理实体，虽然并不直接解决投资争端，但却具有组建仲裁庭、处理当事人的仲裁申请、作出回避决定、监督程序、审查和通知裁决等职责。如果国际投资仲裁是在仲裁机构管理下进行的，则无论仲裁地和庭审地为何，仲裁机构都需要处理和转移仲裁请求中包含的数据，在仲裁结束后还需要存储与案件有关的数据，故而仲裁机构所在地的数据保护法会对国际投资仲裁产生约束作用。而且，仲裁参与者可能会聘请第三方机构处理数据，此时也需要适用数据处理实体所在地的数据保护法。例如，在 Abaclat and Others *v.* Argentine Republic 一案中，申请人是持有阿根廷国民债券的意大利人，其委托一家意大利公司将其相关个人数据汇编为在线数据库，包括每个债券持有人的身份、意大利国籍和住所、债券所有权等信息。申请人主张，被申请人通过数据库获取这些信息时，应遵守意大利法律并履行保密义务。对此，仲裁庭认为，本案所涉个人数据是由一家根据意大利法律建立的公司处理的，需根据意大利数据保护法

---

⑳ Tennant Energy, LLC (USA) *v.* Government of Canada, PCA Case No. 2018-54, Tribunal's Communication to the Parties, 24 June 2019, para.1.

㉑ 欧盟 GDPR 第 3 条规定："1. 本条例适用于来自欧盟的数据控制者或处理者的个人数据处理行为，不论其实际数据处理行为是否发生于欧盟境内。"

㉒ 欧盟 GDPR 第 3 条规定："2. 本条例适用于不在欧盟境内的数据控制者或处理者对欧盟境内的个人数据处理，涉及如下行为：（a）为欧盟境内的数据主体提供商品或服务——不论此项商品或服务是否要求数据主体支付对价；或（b）对发生在欧盟境内的数据主体行为进行监控。"

处理申请人的个人数据，即应对阿根廷访问在线数据库施加一定的保密限制。[23] 其三，庭审地。与仲裁地不同，庭审地在国际仲裁领域中不属于法律概念，并不具有法律意义，而仅仅是一个地理位置。但在数据保护领域，数据的控制和处理地却是一国数据保护法适用的连结点。因此，如果国际投资仲裁的庭审地位于一国境内，则与仲裁有关的数据控制和处理行为必然发生在该国境内，仲裁理应受到该国数据保护法的约束。其四，仲裁地。根据制度安排的差异，仲裁裁决可能会受到仲裁地法院的司法审查，而且大多数国家的仲裁法以及联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》（Model Law on International Commercial Arbitration）都规定仲裁地法院具有撤销仲裁裁决的权力。[24] 在实践中，如果仲裁裁决违反了法律或道德的基本原则，或者从根本上违反了最基本的公平与正义原则，或者违反了公共和经济生活的基本原则，均可能被视为违反公共政策，从而被仲裁地法院撤销。[25] 由于数据保护与数据主权、国家安全密切相关，与之相关的法律规范均可能构成公共政策，因而无论是当事方约定或者仲裁庭根据案件情况确定仲裁地，仲裁庭均应考虑将仲裁地的数据保护法适用于国际投资仲裁，否则可能会面临仲裁裁决被撤销的风险。

三、国际投资仲裁中数据保护法的适用内容

虽然国际投资仲裁极有可能适用不同国家的数据保护法，这些法律却不会对国际投资仲裁中数据保护法适用的具体内容提供指引。考虑到国际投资仲裁中的数据保护属于程序性事项，仲裁庭对于数据保护法的适用内容仍享有自由裁量权。

（一）适用主体

一般认为，在国际投资仲裁中，个人数据的控制者、联合控制者和处理者均需遵守相应的数据保护法。[26] 具体而言，其一，“控制者”是确定处理个人数据目的和方法的主

---

[23] Abaclat and Others *v*. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Procedural Order No. 3 (Confidentiality Order), 27 January 2010, para.131.

[24] 《国际商事仲裁示范法》第 34 条规定：“2. 有下列情形之一的，仲裁裁决才可以被第 6 条规定的法院撤销：(a) 提出申请的当事人出具证据，证明有下列任何情况：(i) 第 7 条所指仲裁协议的当事人有某种无行为能力情形；或者根据各方当事人所同意遵守的法律或在未指明法律的情况下根据本国法律，该协议是无效的；(ii) 未向提出申请的当事人发出指定仲裁员的适当通知或仲裁程序的适当通知，或因他故致使其不能陈述案情；或 (iii) 裁决处理的争议不是提交仲裁意图裁定的事项或不在提交仲裁的范围之内，或者裁决书中内含对提交仲裁的范围以外事项的决定；如果对提交仲裁的事项所作的决定可以与对未提交仲裁的事项所作的决定互为划分，仅可以撤销含有对未提交仲裁的事项所作决定的那部分裁决；或 (iv) 仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人的约定不一致，除非此种约定与当事人不得背离的本法规定相抵触；无此种约定时，与本法不符；或 (b) 法院认定有下列任何情形：(i) 根据本国的法律，争议事项不能通过仲裁解决；或 (ii) 该裁决与本国的公共政策相抵触。”

[25] UNCITRAL, 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p.160.

[26] ICCA-IBA Joint Task Force on Data Protection in International Arbitration, Roadmap to Data Protection in International Arbitration, p.12.

体。[27] 大部分仲裁参与者均能成为数据控制者，包括仲裁机构、仲裁员、当事方及其法律顾问，这些主体因其职能均可以直接控制仲裁中处理个人数据的目的和方法。其二，“联合控制者”是共同确定数据处理目的和手段的两个或多个控制者。[28] 多个控制者需要对违反数据保护法的行为承担连带责任，但如果可以确定任一控制者只对部分违法行为负有责任，则可以向其他共同控制者行使追索权。其三，“处理者”是代表控制者处理个人数据的主体。[29] 仲裁庭秘书、仲裁庭记录员、翻译人员、电子证据专家、在线庭审平台提供商、在线案件管理平台提供商和其他服务提供商均可以成为数据处理者。此外，仲裁中还可能存在其他可以访问个人数据的主体，如第三方资助者。第三方资助者并非仲裁参与者，而是通过对一方当事人参加仲裁提供资助以实现盈利目的的、与案件没有直接利益关系的第三方，其为了确保投资风险的可控性，通常会对仲裁的进行施加一定的影响和控制，即可能会要求申请人告知所有与案情有关的信息。[30] 而第三方资助者向仲裁参与者收集或存储个人数据的行为将构成数据处理行为，亦应受到数据保护法约束。在国际投资仲裁实践中，已有多个仲裁庭认为仲裁庭、当事方及其法律顾问等仲裁参与者均需遵守相应的数据保护法。[31]

（二）适用方式

首先，仲裁参与者必须符合约束其数据处理行为的数据保护法规定。这一点已在实践中得到了广泛认同，如仲裁庭在 Mason Capital L.P. and Mason Management LLC *v.* Republic of Korea 一案中指出，仲裁程序涉及的数据应受 GDPR 管辖，仲裁当事方和任何数据处理者均应按照相应的数据保护法处理数据，确保处理数据行为在任何情况下都具有法律依据，并且履行法律要求的数据保护义务。[32] 大多数情况下，针对国际投资仲裁中涉及的个人数据，数据保护法都规定了以下处理原则：一是公平和合法的处理，即数据主体及其个人数据必须得到公平、合法的处理；二是比例性，即数据保护法的适用应该综合

---

[27] 欧盟 GDPR 第 4 条规定：“(7)‘控制者’指的是那些决定——不论是单独决定还是共同决定——个人数据处理目的与方式的自然人或法人、公共机构、规制机构或其他实体；如果此类处理的方式是由欧盟或成员国的法律决定的，那么对控制者的定义或控制者标准的确定应当由欧盟或成员国的法律来规定。”

[28] 欧盟 GDPR 第 26 条规定：“1. 当两个或更多控制者联合确定处理的目的与方法，他们就是共同控制者。他们应当以一种透明的方式确定各自的责任范围，尤其需要重视行使数据主体的个人权利以及第 13 条和第 14 条规定的提供信息责任，除非欧盟或成员国法律已经明确了控制者各自应承担的责任。……”

[29] 欧盟 GDPR 第 4 条规定：“(8)‘处理者’指的是为了数据控制者而处理个人数据的自然人或法人、公共机构、规制机构或其他实体。”

[30] 肖芳：《国际投资仲裁第三方资助的规制困境与出路——以国际投资仲裁“正当性危机”及其改革为背景》，载《政法论坛》2017 年第 6 期，第 72 页。

[31] Worth Capital Holdings 27 LLC *v.* Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/20/51, Procedural Order No. 1, 30 September 2021, para.25; Riverside Coffee, LLC *v.* Republic of Nicaragua, ICSID Case No. ARB/21/16, Procedural Order No. 1, 27 June 2022, para.24; TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited *v.* United States of America, ICSID Case No. ARB/21/63, Procedural Order No. 1, 12 December 2022, para.25; Tayeb Benabderrahmane *v.* The State of Qatar, ICSID Case No. ARB/22/23, Procedural Order No. 2, 11 April 2023, para.24.

[32] Mason Capital L.P. and Mason Management LLC *v.* Republic of Korea, Case No. 2018-55, Procedural Order No. 1, 25 February 2019, para.9.9.

考虑数据主体的权利和利益、各当事方的权利和利益、第三方的权利和利益、公平和有效司法管理的需要，但在任何情况下都必须为数据主体及其个人数据提供充分保护；三是数据最小化，即个人数据的数量必须限制在处理争端所必需的范围内；四是目的限制，即个人数据只能基于特定且合法的目的收集，而且不得以不符合该目的的方式处理；五是数据主体权利，即收集和处理个人数据的数据主体有权查阅其个人数据，享有与处理其个人数据有关的其他重要权利；六是准确性，即收集和处理的个人数据必须有效、相关、完整、保持最新；七是数据安全，即数据控制者和处理者必须采取合理的数据安全措施，避免个人数据在处理过程中遭受数据泄露等风险；八是透明度，即数据主体有权获得与处理其个人数据有关的信息，包括被告知处理其个人资料的权利以及相关法律规定的权利；九是问责制，即数据控制者和处理者需要记录其为保护个人数据所采取的方法和措施，以证明其合规。[33]

其次，仲裁参与者必须遵守约束其跨境数据流动行为的数据保护法规定。事实上，在国际投资争端提交仲裁之前，当事方需要收集与仲裁有关的资料，随后还需要将资料转移至法律顾问、对方当事人、仲裁员等仲裁参与者手中，此过程必将涉及到个人数据的处理。由于仲裁参与者往往来自不同国家和地区，不同仲裁参与者可能受到不同数据保护法的约束。仲裁参与者之间交换个人数据经常会涉及到跨境数据流动，对此，各国数据保护法均设置了限制条件。正如仲裁庭在 Mason Capital L.P. and Mason Management LLC *v.* Republic of Korea 一案中所述，该案应受 GDPR 管辖，将仲裁所涉数据转移至欧盟境外时，仲裁当事方必须根据 GDPR 的规定订立数据保护标准条款，并提供适当的保障措施。[34] 根据欧盟 GDPR 第五章关于个人数据转移至第三国或国际组织的规定，个人数据只能传输到和欧盟具有同等保护力度的第三国或国际组织。欧盟会对第三国或国际组织的个人数据保护水平进行评估，评估对象主要包括目标国的法律制度及其实施。如果评估认为第三国或国际组织提供了适当水平的数据保护，则允许个人数据转移；如果评估认为第三国或国际组织的数据保护不适当，则应在可行情况下提供适当的保障措施，如订立数据保护标准条款，以此确保数据主体享有可执行的权利与有效的法律救济措施；如果缺乏适当的保障措施，还可以考虑法律规定的其他例外情形，例如存在数据主体明确同意；为了实现公共利益；为了确立、行使或辩护法律主张等必要情形并且满足法律规定的特定条件时，也能进行数据跨境转移。[35]

（三）适用限制

众所周知，国际组织作为多边条约的产物，是成员国为实现特定职能和宗旨而建立的，享有特定的特权和豁免，以此避免成员国法院通过司法审查干涉国际组织的行政、管

---

[33] *Supra* note 26, at 19-20.

[34] *Supra* note 32.

[35] 欧盟 GDPR，第五章第 44 条至第 50 条。

理和运行。[36] 随之而来的问题是，如果国际投资仲裁是在国际组织管理下进行的，国际组织享有的特权和豁免是否会限制各国数据保护法的适用，意即仲裁参与者能否免受各国数据保护法的约束。[37] 对此问题的回答，应当取决于各国际组织享有的特权和豁免的范围，以及个案中数据保护法适用的具体情形。

在国际投资仲裁领域，最具影响的国际组织是根据《华盛顿公约》建立的国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，以下简称 ICSID），旨在为投资者与东道国之间的投资争端提供调解和仲裁的便利。[38]《华盛顿公约》是由世界银行执行主任共同制定的多边条约，目前已有 165 个国家签署或缔约了该公约。[39] 事实上，虽然 ICSID 是世界银行的五个成员机构之一，却不属于《联合国宪章》第 57 条意义上的专门机构。[40] ICSID 具有独立的国际法律人格，是一个独立的国际组织，依据《华盛顿公约》第 18 至 24 条的规定享有特权和豁免。[41] 其中，《华盛顿公约》第 21 条规定，ICSID 主席、行政理事会成员、仲裁员、调解员、特设委员会成员、秘书处的官员和雇员等人员享有豁免法律诉讼的权利，但仅限于其履行职责时采取的行为。[42] 在此基础上，《华盛顿公约》第 22 条扩展了享有豁免权利的主体范围，包括国际投资仲裁的当事人、代理人、辩护人、法律顾问、证人和专家等仲裁参与者均享有豁免法律诉讼的权利，以此保障仲裁程序的适当进行。[43] 据此，在依据《华盛顿公约》提起国际投资仲裁的情形下，ICSID 和仲裁参与者在履行职责过程中实施的行为应当享有豁免权，其无需因违反各国数据保护法而受到任何诉讼程序的约束。这一观点也与各国数据保护法的适用限制不谋而合，即各国数据保护法通常会规定数据监管机构的权限不包括法院在司法活动中对个人数据的处理，以此保障司法机构的独立性。[44] 值得注意的是，尽管仲裁参与者享有豁免权利，但其如果在国际投资仲裁活动中未遵循相应的数据保护法，仍会因违

㊱ Edward Chukwuemeke Okeke, Jurisdictional Immunities of States and International Organizations, 1st., Oxford University Press, 2018, p.338.

㊲ Ananya Bajpai & Shambhavi Kala, *Data Protection, Cybersecurity and International Arbitration: Can They Reconcile?* Indian Journal of Arbitration Law, 2019, Vol.8:2, p.7.

㊳《华盛顿公约》第 1 条规定："1. 兹建立国际投资争端解决中心（以下简称中心）。2. 中心的宗旨是依照本公约的规定为各缔约国和其他缔约国的国民之间的投资争端提供调解和仲裁的便利。"

㊴ ICSID, *Database of ICSID Member States*, https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states, last visited Aug.13, 2023.

㊵《联合国宪章》第 57 条规定："1. 由各国政府间协定所成立之各种专门机关，依其组织约章之规定，于经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关部门负有广大国际责任者，应依第 63 条之规定与联合国产生联系。2. 上述与联合国产生联系之各专门机关，以下简称专门机关。"

㊶ Schreuer, Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, 2 ed., Cambridge University Press, 2009, p.58.

㊷《华盛顿公约》第 21 条规定："主席、行政理事会成员、担任调解员或仲裁员的人员或按照第 52 条第 3 款任命的委员会成员以及秘书处的官员和雇员：(1) 在履行其职责时的一切行动，享有豁免法律诉讼的权利，除非中心放弃此种豁免；(2) 如不是当地的国民，应享有缔约国给予其他缔约国相应级别的代表、官员和雇员在移民限制、外国人登记条件和国民兵役义务方面的同等豁免权、在外汇限制方面的同等便利以及有关旅行便利的同等待遇。"

㊸《华盛顿公约》第 22 条规定："第 21 条的规定应适用于根据本公约在诉讼中出席作为当事人、代理人、顾问、辩护人、证人或专家的人，但该条第 (2) 项只适用于他们往返诉讼地的旅程和停留期间。"

㊹ 例如欧盟 GDPR 第 55 条规定："3. 对于法庭在其司法活动中进行的处理操作，监管机构不具有监管职权。"

反一国数据保护法的规定而产生不利后果，如仲裁裁决被以违反公共政策为由撤销。

概言之，如果当事方选择适用一国数据保护法，或者投资仲裁所依据的投资条约规定适用一国数据保护法，仲裁参与者均无法享受国际组织的特权和豁免。正如 Elliott Associates, LP *v.* Republic of Korea 一案中，提起仲裁所依据的《美国-韩国自由贸易协定》认可了韩国个人信息保护法的适用，除非投资者母国和东道国重新约定数据保护法的适用问题，否则依据该自由贸易协定提起的仲裁将不能被其他国际公法规定的权利和义务所豁免。[45] 但是，如果仲裁参与者因各国数据保护法中规定的数据主体、数据控制或处理实体、数据处理行为等连结点而受到约束，并且仲裁参与者在履行国际组织的职责范围之内处理个人数据，则其可以免于因违反一国数据保护法而引起的任何诉讼，即可以享有国际组织的特权和豁免。

四、国际投资仲裁中数据保护法的适用风险及其对策

随着国际投资仲裁中数据保护法适用问题的日益显现，如何在遵守数据保护法的同时确保国际投资仲裁的应有价值不受影响，是当前必须解决的重要问题。

（一）数据保护法适用的潜在风险

无论是仲裁程序开始之前的准备阶段，还是提交仲裁申请之后的审理阶段，直至仲裁裁决作出后的公布阶段，仲裁参与者都不可避免地会涉及到个人数据的处理，这将在一定程度上对国际投资仲裁的完整性、公正性和效率性等价值造成冲击。

第一，数据保护法的适用可能会影响国际投资仲裁程序的完整性和公正性。一方面，在国际投资仲裁的取证过程中，尤其是在证据文件的出示过程中，一方当事人极有可能援引一国数据保护法来拒绝出示特定证据，理由是要求出示的证据文件中包含与仲裁无关的个人数据。而且出于保护个人数据的目的，各国数据保护法往往会要求数据处理者在将要披露的文件中编辑个人数据，但根据作为国际惯例的证据规则，即国际律师协会《国际仲裁取证规则》（Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration），如果出示证据会造成不合理负担，仲裁庭享有将该证据排除在出示范围之外的自由裁量权。[46] 基于此，一方当事人如果证明需要对证据文件进行大量的编辑处理活动，而且相较于证据文件与待证事实的相关性而言是过分繁琐且不成比例的，仲裁庭很有可能会采纳当事人反对出示这些证据文件的主张。[47] 另一方面，交换电子邮件、项目日志、发票、采购订单等证据文件将对争议事实的认定起着至关重要的作用，这些证据文件往往包含了大量个人数据，而一方当事人却极有可能因无法达到另一方当事人所属国数据保护法的

---

[45] 黄洁：《个人数据保护对投资仲裁的挑战》，载《上海法学研究》2022 年第 2 卷，第 34 页。

[46] 国际律师协会《国际仲裁取证规则》第 9 条规定："……2. 仲裁庭应当依据一方当事人的请求或自行决定，将属于以下情况的文件材料、陈述、口头证言或勘验排除在证据或出示范围之外：……(c) 出示被要求的证据会造成不合理负担……"

[47] Nika Larkimo & Katja Hoppu, Stockholm Arbitration Yearbook 2023, 1st., Kluwer Law International, 2023, p.299.

要求而无法获得相关文件。这是因为，为了应对数字化浪潮，防止本国数据资料流失，各国都采取了广泛且严格的跨境数据流动限制。以欧盟 GDPR 为例，其跨境数据流动规则本质上要求所有数据接收方都必须按照欧盟的标准进行保护，但包括美国在内的绝大多数国家和地区都难以达到欧盟对个人数据保护的标准。即使美欧在商业利益的驱动下达成了《美欧安全港协议》（U.S.-EU Safe Harbor Framework）与《欧美隐私盾协议》（EU-U.S.Privacy Shield Framework），欧盟法院依旧未完全认可美欧之间的跨境数据流动。[48] 对于国际投资仲裁中大多数属于发展中国家的东道国而言，获得欧盟跨境数据流动的认可难度更是可想而知。[49] 显然，在国际投资仲裁中适用一国数据保护法，可能会产生排除相关证据的效果，这不仅会影响到国际投资仲裁程序的完整性，也可能导致仲裁庭因缺乏证据而无法作出公正裁决。

第二，当事方可能会滥用数据保护法进而影响国际投资仲裁的效率性。目前，国际投资仲裁领域尚未形成数据保护法适用的统一规范，导致仲裁庭无法直接判断是否适用以及如何适用数据保护法，只能在个案中逐案考察，这无疑为当事方滥用数据保护法提供了制度基础。实践中，如仲裁庭在 Alicia Grace and Others *v.* United Mexican States 一案中所述，保密命令与向公众披露文件有关的命令，均不会妨碍仲裁当事方以保密为由拒绝出示文件的权利。[50] 这意味着，任一当事方可以随时拒绝提供与仲裁有关的个人数据或者制止仲裁庭披露相关个人数据，理由是这些个人数据受到数据保护法的保护。只要当事方提出这一主张，无论主观善意与否，仲裁庭均需耗费大量时间决定是否适用以及如何适用数据保护法，这必将导致国际投资仲裁程序大幅延迟，极大地降低了仲裁效率。尤其在各国数据保护法域外效力不断扩张的背景下，国际投资仲裁可能会同时涉及不同国家数据保护法的适用问题，这会加剧数据保护法适用问题的复杂性，国际投资仲裁的效率性也就更加难以保障。长久来看，国际仲裁机构在全球范围内提供仲裁服务的成本可能远超其收益，仲裁机构的管理费用会随之增加，当事方选择国际投资仲裁机制解决争端的成本也会增加，最终导致国际投资仲裁机制的吸引力不断降低。[51]

（二）数据保护法适用潜在风险的防范措施

为了避免国际投资仲裁中适用数据保护法所产生的潜在风险，仲裁参与者可以采取

---

[48] 截至目前，欧盟仅认可安道尔、阿根廷、加拿大（商业组织）、法罗群岛、根西岛、以色列、马恩岛、日本、泽西岛、新西兰、韩国、瑞士、英国、美国（参与美欧数据隐私框架的商业组织）和乌拉圭提供了充分保护。载欧盟官网，https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en，最后访问时间：2024 年 1 月 25 日。

[49] 丁晓东：《数据跨境流动的法理反思与制度重构——兼评〈数据出境安全评估办法〉》，载《行政法学研究》2023 年第 1 期，第 68 页。

[50] Alicia Grace and Others *v*. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/18/4, Procedural Order No.3, 26 April 2019, para.2.

[51] Gaurav Natarajan Ramani, *One Size Doesn't Fit All: The General Data Protection Regulation vis-à-vis International Commercial Arbitration*, Arbitration International, 2021, Vol.37:3, p.628; Komninos Komnios, *Legal Consequences for Non-Compliance with the GDPR in International Arbitration*, Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 2022, Vol.88:4, p.571.

以下防范措施：

第一，仲裁程序开始之前，当事方应尽早确定所适用的数据保护法，并且按照应适用的数据保护法处理相关数据。当事方基于意思自治选择的法律、仲裁机构、仲裁员、法律顾问、庭审地与仲裁地等因素，均可能对国际投资仲裁应遵守的数据保护法产生影响，因而当事方在准备提出仲裁申请之时就应充分考虑其处理个人数据的法律依据，特别应关注跨境数据流动需要符合的条件，为国际投资仲裁程序的后续展开做好准备。

第二，提交仲裁申请之后，仲裁参与者应尽快就仲裁程序期间的数据保护义务达成一致，并且记录其为履行数据保护义务而采取的措施。事实上，只要有仲裁参与者受到一国数据保护法的约束，就必然会对其他仲裁参与者和仲裁程序造成影响，故而每个仲裁参与者均应从接触案件时便考虑数据保护法的适用问题，确保在仲裁过程中遵守相应的数据保护义务，尽量避免因未适当遵守数据保护法而产生不利后果。首先，对于仲裁机构而言，当事方提交的仲裁申请必然伴随着个人数据的处理和转移，从仲裁机构收到仲裁申请之时起，就应判断其是否受到相关数据保护法的约束并且能否享有豁免，以此作为处理个人数据的法律依据。其次，对于仲裁庭和仲裁当事方而言，最好在仲裁程序早期阶段，如在第一次召开案件管理会议时，就对数据保护议题进行协商并达成数据保护协议，这有助于解决后续仲裁程序中可能出现的数据保护问题。所谓数据保护协议，是仲裁参与者在特定情况下就如何保护数据制定的文件，通常包括以下内容：在仲裁过程中处理和披露的数据类别以及此类处理和披露的目的及法律依据；数据主体的类别及通知其处理个人数据的程序；是否需要跨境转移数据及其法律依据；保障数据最小化的技术；保障数据安全和保密的措施；仲裁结束后数据的保留和删除程序；当事方和其他数据控制者如何监督数据保护法的适用等。[52] 如果未能达成数据保护协议，另一种可行方案是仲裁庭通过程序命令或在职权范围内发布数据保护指令，以此确保数据保护法能够有序适用，并且防止仲裁当事方利用这些规定来拖延或扰乱仲裁程序。[53] 此外，对于仲裁庭秘书、仲裁庭记录员、翻译人员等其他仲裁参与者而言，虽然其基本上无权处理仲裁所涉数据，只能在职权范围内行事，但仍会被各国数据保护法视为数据处理者，故在接收仲裁所涉数据之前，这些仲裁参与者有必要与仲裁庭或仲裁当事方签订数据保护协议。而且考虑到数据控制者具有证明其行为符合数据保护法规定的义务，所有仲裁参与者均应充分记录其采取的合规措施及原因，以便接受各国数据监管机构的审查。[54]

第三，仲裁裁决作出之后，仲裁参与者在履行既有的义务时，还应考虑仲裁文件中个

---

[52] Paul, Weiss, *GDPR Issues in International Arbitration*, https://www.paulweiss.com/practices/litigation/international-arbitration/publications/gdpr-issues-in-international-arbitration?id=37691, last visited Aug.13, 2023.

[53] *Supra* note 26, at 41.

[54] 例如，欧盟 GDPR 第 5 条规定："2. 控制者有责任遵守以上第 1 段，并且有责任对此提供证明（可问责性）。"第 24 条规定："1. 在考虑了处理的性质、范围、语境与目的，以及考虑了处理对自然人权利与自由所带来的不同概率和程度的风险后，控制者应当采取恰当的技术与组织措施，保证处理符合本条例规定，并且能够证明处理符合本条例规定。这些措施应当在必要时被审查。"

人数据的处理依据与方式。首先，仲裁裁决的公布。国际投资仲裁中的透明度趋势已经得到了普遍认同，公开披露仲裁裁决作为透明度的一种重要表现，[55]有助于防止同类案件裁决的不一致性或不公正性，进而缓解国际投资仲裁机制的正当性危机。[56]但如果仲裁文件中涉及到个人数据，仲裁庭必须在公布仲裁裁决之前衡量哪些个人数据可以披露，以及为减少仲裁裁决中的个人数据和确保其保密性而可以采取的措施。例如，针对仲裁裁决参考的证人证言，可以从中删除没有必要提供的证人信息，或者可以采取匿名形式编辑个人信息。无论如何，必须明确的是，即使仲裁文件中已经尽量减少个人数据，只要仍有可能从仲裁裁决的剩余表述或有关文件中识别出个人信息，仲裁庭依旧需要按照数据保护法的规定加以处理。其次，仲裁程序结束后的数据保留和删除。各国数据保护法通常会对个人数据的存储时间进行限制，即不得超过处理目的所需的时间，因此仲裁所涉数据以及包含此类数据的文件，多数情况下只能在提出撤销仲裁裁决申请期间或者在仲裁裁决执行期间内保留，对此应按照仲裁参与者适用的不同法律独立判断。[57]

总而言之，仲裁参与者在国际投资仲裁的所有阶段均应确保其数据处理活动的合法性，这显然是非常复杂且繁琐的工作。目前，国际商会（International Chamber of Commerce, ICC）等国际仲裁机构已经发布了声明，在认可有效、有意义的个人数据保护重要性的基础上，为数据控制者收集和使用个人数据提供了指导意见，鼓励仲裁庭制定具有此类含义的数据保护规定。[58]国际商事仲裁理事会（International Council for Commercial Arbitration, ICCA）和国际律师协会也设立了联合工作组，制定了《国际仲裁数据保护路线图》（Roadmap to Data Protection in International Arbitration），以此为国际投资仲裁程序中的数据保护问题提供解决方案。在国际投资仲裁领域缺乏数据保护统一规范的背景下，仲裁参与者在实践中可以参考《国际仲裁数据保护路线图》等软法性规则。这些软法性规则虽然不具有法律约束力，但却可以起到良好的补充作用，满足仲裁参与者在国际投资仲裁活动中的规则需求，甚至在长期适用的过程中逐渐促进国际投资仲裁中数据保护法的统一适用。

---

[55] 例如《联合国国际贸易法委员会投资者与国家间基于条约仲裁透明度规则》第 3 条规定："1. 除第 7 条另有规定外，应向公众提供下列文件：仲裁通知、对仲裁通知的答复、申请书、答辩书以及任何争议方进一步提交的所有书面陈述或书面材料；上述文件的所有证物以及专家报告和证人陈述的证物的清单（尚未为程序编拟的清单不在此列），但并非证物本身；非争端缔约方以及第三人提交的所有书面材料、审理笔录（如果有）以及仲裁庭的命令、决定和裁决。2. 除第 7 条另有规定外，任何人向仲裁庭提出请求，都应向公众提供专家报告和证人陈述，但专家报告和证人陈述的证物不包括在内。3. 除第 7 条另有规定外，仲裁庭可以自行或者经任意一方请求，经与争议各方协商后，决定是否以及如何公布证物以及向仲裁庭提供的或者由仲裁庭印发的不在前述第 1 款或第 2 款范围之内的其他任何文件。例如，可以在规定的场所公布此种文件。……"

[56] 孙南申：《国际投资仲裁中透明度原则的适用与发展》，载《法治现代化研究》2022 年第 5 期，第 68 页。

[57] Gernot Fritz, Désirée Prantl, et al., Austrian Yearbook on International Arbitration 2021, Manz'sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2021, p.214.

[58] ICC, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration (2021)*, https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf, last visited Aug.13, 2023.

五、国际投资仲裁中我国数据保护法的适用建议

目前，我国数据保护的法律框架已经基本建立，主要包括《网络安全法》（2017 年实施）、《数据安全法》（2021 年实施）和《个人信息保护法》（2021 年实施）等规定。其中，《个人信息保护法》在总结我国已有立法经验的基础上，借鉴了欧盟 GDPR 等比较法的规定，是全面保护个人信息的专门性立法。[59] 就适用范围而言，《个人信息保护法》以属地管辖和效果原则为标准，明确在我国境内处理个人信息的活动以及在我国境外处理我国境内个人信息的活动均应受到限制，即该法具有域外效力。[60] 值得注意的是，与欧盟 GDPR 适用的连结点不同，《个人信息保护法》将“数据处理行为”作为管辖连结点。一方面，对发生在我国境内的个人数据处理活动，均应依据属地管辖原则适用《个人信息保护法》；另一方面，对发生在我国境外的个人数据处理活动，《个人信息保护法》区分了数据处理活动的意图，只要数据处理活动涉及我国境内数据主体的权益，就应依据效果原则适用《个人信息保护法》。据此，结合“个人信息”以及“个人信息处理”的定义，只要国际投资仲裁所涉个人数据与我国存在某种联系，无论仲裁参与者在我国境内抑或我国境外处理个人数据，均需符合我国数据保护法的有关规定，即应在合法、正当、必要和诚信原则的指导下处理个人数据。

具体而言，从国际投资仲裁程序开始前至裁决作出后，仲裁参与者必须确保个人数据处理活动存在合法性基础。考虑到告知同意规则是合法处理个人信息的基本规则，任何组织或个人在处理个人信息时均应对信息主体进行告知，并在取得同意后方可从事相应的个人信息处理活动，除非法律另有规定。[61] 也就是说，仲裁参与者需要以个人数据主体的同意为法律基础，在具体处理仲裁所涉个人数据之前，依法向可识别的每个数据主体履行告知义务并取得本人同意，并且严格按照数据主体同意的目的、方式和范围实施个人数据处理活动。不过，考虑到《个人信息保护法》第 15 条还赋予数据主体任意撤回权，一旦数据主体撤回或拒绝数据处理同意，仲裁参与者还需要具备其他合法性基础。[62] 一些国家的数据保护法（如巴西）明确在司法、行政或仲裁程序中处理个人数据的合法性，欧盟 GDPR 也承认可以为自己或第三方正当权益处理个人数据，但我国《个人信息保护法》第 13 条仅规定了 7 种个人数据处理的法律基础，其中没有关于数据控制者或处理者为解决纠纷目的而处理个人信息的情形，这在实践中可能导致仲裁参与者

---

[59] 王利明：《〈个人信息保护法〉的亮点与创新》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2021 年第 6 期，第 1 页。

[60] 《中华人民共和国个人信息保护法》第 3 条规定：“在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法。在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，有下列情形之一的，也适用本法：（1）以向境内自然人提供产品或者服务为目的；（2）分析、评估境内自然人的行为；（3）法律、行政法规规定的其他情形。”

[61] 程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021 年第 3 期，第 61 页。

[62] 《中华人民共和国个人信息保护法》第 15 条规定：“基于个人同意处理个人信息的，个人有权撤回其同意。个人信息处理者应当提供便捷的撤回同意的方式。个人撤回同意，不影响撤回前基于个人同意已进行的个人信息处理活动的效力。”

处理仲裁所涉个人数据时缺乏恰当的法律依据。[63] 因此，在适用我国《个人信息保护法》的情况下，仲裁参与者应尽力取得个人数据主体的同意，这是阻却数据处理行为非法性的最优选择，即其能够实施数据处理行为且无需承担法律责任。

另外，鉴于国际投资仲裁必然会涉及到数据跨境流动，而且数据跨境流动风险相对较大，仲裁参与者还需按照相关立法完成必要的合规审查。在我国，《网络安全法》首次提出，关键信息基础设施的运营者将其在我国境内运营中收集和产生的重要信息传输境外时需受到限制。[64]《数据安全法》进一步指出，其他数据处理者在我国境内运营中收集和产生的重要信息传输境外时也需受到限制。[65]《个人信息保护法》则设专章明确了个人信息跨境流动应遵循的规则，特别指出向境外传输个人信息必须取得信息主体的单独同意，并且境外接收方处理活动必须达到境内个人信息保护标准。[66] 因此，对于仲裁参与者而言，国际投资仲裁可能涉及数据跨境流动的情形大致分为两种：一是作为一般数据处理者处理一般个人数据，根据《个人信息保护法》第 38 条的规定，仲裁参与者可以通过国家网信部门组织的安全评估；或者由专业机构进行保护认证；或者与境外接收方订立标准合同；或者满足其他条件时跨境传输个人数据。其中，仲裁参与者可以重点关注保护认证与标准合同的方式，前者是指按照国家网信部门的规定经专业机构开展个人数据处理活动进行出境评估，评估将主要针对个人数据处理活动对于个人权益的影响，[67] 具体应遵循《个人信息保护认证实施规则》（2022 年实施）的规定；后者是指个人数据处理者与境外接收方签订个人信息出境标准合同，约定双方的个人数据处理活动应达到

---

[63]《中华人民共和国个人信息保护法》第 13 条规定："符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：（1）取得个人的同意；（2）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；（3）为履行法定职责或者法定义务所必需；（4）为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；（5）为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；（6）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；（7）法律、行政法规规定的其他情形。依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。"

[64]《中华人民共和国网络安全法》第 37 条规定："关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。"

[65]《中华人民共和国数据安全法》第 31 条规定："关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理，适用《中华人民共和国网络安全法》的规定；其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法，由国家网信部门会同国务院有关部门制定。"

[66]《中华人民共和国个人信息保护法》第 38 条规定："个人信息处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当具备下列条件之一：（1）依照本法第四十条的规定通过国家网信部门组织的安全评估；（2）按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证；（3）按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务；（4）法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息的条件等有规定的，可以按照其规定执行。个人信息处理者应当采取必要措施，保障境外接收方处理个人信息的活动达到本法规定的个人信息保护标准。"《中华人民共和国个人信息保护法》第 39 条规定："个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。"

[67] 张凌寒：《个人信息跨境流动制度的三重维度》，载《中国法律评论》2021 年第 5 期，第 43 页。

法律规定的保护标准，具体应遵循《个人信息出境标准合同办法》（2023 年实施）的规定。二是作为一般数据处理者处理重要数据或者作为重要数据处理者处理一般个人数据或重要数据，主要是针对国家机关、关键信息基础设施运营者、处理个人信息达到国家网信部门规定数量的数据处理者，根据《个人信息保护法》第 36 条和第 40 条的规定，其掌握的个人数据原则上应在境内存储，确需向境外传输的应当通过国家网信部门组织的安全评估，[68] 具体应遵循《数据出境安全评估办法》（2022 年实施）的规定。

综合以上，我国数据保护法的相关配套体系仍不够健全，存在诸如个人数据处理的合法性基础相对狭窄、跨境数据传输具体细则尚处于制度设计阶段等问题，这很有可能对仲裁参与者的个人数据处理活动造成困扰。但无论如何，只要国际投资仲裁受到我国数据保护法约束，仲裁参与者就应确保仲裁所涉个人数据的处理和跨境传输具有合法性，否则不仅数据控制者或处理者可能需要承担法律责任（如行政罚款），仲裁裁决也可能面临被撤销的风险。

六、结　语

在国际投资仲裁领域，数据保护是一个全新的问题。国际投资仲裁显然具有“国际性”，意即仲裁参与者势必需要处理和跨境传输个人数据，这在一定程度上会影响到个人信息权益、国家安全和社会公共利益。对各主权国家而言，数据是一种重要的战略资源，制定本国数据保护法是一国数字主权的体现。随着全球范围内数据保护法的日渐普及，仲裁当事方也愈发重视国际投资仲裁中的数据保护法适用。当前多数情况下，仲裁当事方未就数据保护法的适用进行约定，国际投资条约和仲裁规则也多未提供指引，而有赖于仲裁庭在个案实践中的自由裁量。在此情形下，仲裁庭需结合国际投资条约的规定和各国数据保护法的管辖连结点加以判断。一旦确定受到某国数据保护法约束，从国际投资仲裁程序开始前至裁决作出后的所有阶段，仲裁参与者都应遵守该数据保护法。同时，为了增强国际投资仲裁法律适用的确定性和可预测性，避免国际投资仲裁的完整性、公正性和效率性等价值受到数据保护法不当适用的影响，仲裁参与者有必要尽早协商确认其处理和跨境传输个人数据的合法性基础以及应采取的合规措施。

Abstract: Whether and how a data protection law, as an important part of the legal system of sovereign countries, can be applicable to international investment arbitration needs

[68] 《中华人民共和国个人信息保护法》第 36 条规定：“国家机关处理的个人信息应当在中华人民共和国境内存储；确需向境外提供的，应当进行安全评估。安全评估可以要求有关部门提供支持与协助。”《中华人民共和国个人信息保护法》第 40 条规定：“关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者，应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估；法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的，从其规定。”

to be determined in the context of party autonomy, rules of international investment treaties and the jurisdictional test of the data protection law of different countries. The data protection law of the domicile of the arbitration participants, the location of the actual data processer, the place of hearing, or the seat of arbitration may be applicable to international investment arbitration. Once it is determined that the international investment arbitration falls within the jurisdiction of the data protection law of a certain country, the arbitration participants must deal with the data in the arbitration in accordance with that data protection law unless their acts fall within the scope of privileges and immunities granted by international law. In order to avoid the negative effect brought by the application of the data protection law to the integrity, fairness and efficiency of international investment arbitration, arbitration participants should specify the basis and specific requirements of data processing as early as possible and perform data protection obligations at all stages of the international investment arbitration.

Keywords: Data Protection Law; application of law; extraterritorial effect; cross-border transmission of data; international investment arbitration

（责任编辑：桑远棵　外审专家：张汉林）

从检视到调适:拉德布鲁赫公式下的法院调解制度

郑文乐　蔡耀东*

内容提要　法院调解制度是我国调解制度体系中的重要组成部分,其在化解诉讼矛盾、平息诉讼纠纷、保障当事人合法权益和促进司法秩序和谐等方面发挥着强大作用。从拉德布鲁赫公式的内核载入,通过对其在中国语境下的理念转化,遵循法理价值论的分析框架,能够为我国法院调解制度中所蕴含的法理价值提供一个崭新视角。基于上述框架工具,对我国法院调解制度加以检视,可以发现当前其还存在着自由价值的放任、秩序价值的缺位、正义价值的偏离以及效率价值的误读之问题。对此,应当从加强预防和规制恶意调解、思维归正并加强检察监督、促进调审关系的统筹协调、优化法院绩效评估机制四个方面着手进行完善,完成对该项制度的调适。

关键词　法院调解;法理价值;拉德布鲁赫公式;完善路径

2021 年,最高人民法院印发了《关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》,强调了健全人民法院源头预防化解矛盾纠纷工作机制,同时对法院调解制度的推进提出了新要求和新期望,为缓解法院诉讼爆炸与司法资源不足之间的矛盾提供了指引,这使得司法舞台的聚光灯重新聚焦于法院调解制度。2024 年是 1946 年拉德布鲁赫写就《法律的不法与超法律的法》78 周年,该书中所提出的“拉德布鲁赫公式”在逾半个世纪后仍然迸发出旺盛的生命活力,其为法律的制定、解释、修改、执行等各项工作提供了较为积极的价值引导。当前,学界对拉德布鲁赫公式的研究重点主要聚焦于其在司法上的转化和运用。因此,以一种研究工具或框架的角度来看,载入拉德布鲁赫公式对作为司法环节之一的法院调解制度进行检视和调适,具有一定理论意义和实践价值。

一、拉德布鲁赫公式的载入

拉德布鲁赫公式对法律命题的检视具有工具性意义。以该理论的内核和功能进行切

* 郑文乐,宁波大学法学院硕士研究生;蔡耀东,汕头市公安局潮阳分局一级警员。

入，辅之以中国法治文化语境下的转化，能够为后续相关问题的对策研究提供有益思路。

（一）拉德布鲁赫公式的内核剖析

回溯拉德布鲁赫公式的产生缘起，还需重读国际著名法学家拉德布鲁赫于 1946 年撰写的《法律的不法与超法律的法》一书。在广义上，拉德布鲁赫公式包括了两项内容。其一，“否认公式”，即当制定法律时如若有意识地否认正义，尤其是作为正义核心的平等理念时，就会当然地丧失法律的地位，也就不足以成为应当予以遵守和执行的准则或依据。[①] 其二，“不能容忍公式”，即当制定出的法律违背了正义达到了“不能容忍”的地步和程度时，就会当然地丧失法律效力，这也是狭义上拉德布鲁赫公式的主要内容，是从法效力角度对立法的制约。[②] 显然，此二命题或称子公式所侧重的内容各有不同，前者注重的是法律性质问题，而后者关注的是法律效力问题。如果引入发生逻辑，势必首先回答立法产出是否承认、遵从了正义而实质上成为法律，而后才能思量其是否具备法律效力的问题。归纳来看，拉德布鲁赫公式所提供的内核大致有三项：法的安定性、法律的正义性和法律的合目的性。[③] 而拉德布鲁赫公式旨在寻求这三者之间的辩证关系：一方面，其在承认既定实体法法律效力的基础上，表明此种法律效力将会受到公权力的保障，并在和法律正义性、法律的合目的性之间相较时更具优先地位；另一方面，唯有当既定实体法的指定内容存在显然不公平且无法容忍的情况时，法律的安定性方能让位于法律的正义性，此时对其法律效力的评价呈现出否定性的特点。[④] 换言之，实质上拉德布鲁赫公式是从法律价值位阶的角度，对法理价值的阶次进行了不同情况下的比较和排序。

（二）拉德布鲁赫公式的功能意义

公式定理的诞生有其特定的历史背景和条件，拉德布鲁赫公式自然也不例外。1946 年正值第二次世界大战结束不久，法学家拉德布鲁赫所在的德国也刚刚结束了法西斯主义的暗黑统治。纳粹德国在其存续期间奉行的法律理念是法律拥有至高无上的地位，必须予以遵守且不容质疑，即便与上述的正义性或合目的性相背离，也丝毫动摇不了其至上性。[⑤] 而在二战结束后，德国境内盛行的规范法学派与自然法学派之间的矛盾与日俱增，因此拉德布鲁赫公式的产生和运用的主要目的就在于在此二流派中找寻到平衡和调和。放眼到我国法学理论界与实务界的研究，对于法律的概念、性质、效力等基础法学理论问题的探索脚步从未停止，而具体到法律的安定性、正义性与合目的性之间关系的难题也曾被诸多立法者所考量。对此，拉德布鲁赫公式可以为这个难题提供一种分析框架，从而为面对和解决该难题提供有益思路。故此，对拉德布鲁赫公式的引入和转化就显得十分重要。

---

① Tan Seow Hon, *Radbruch's Formula Revisited: The Lex Injusta Non Est Lex Maxim in Constitutional Democracies*, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 2021, Vol.34, p.461.

② 雷磊：《再访拉德布鲁赫公式》，载《法制与社会发展》2015 年第 1 期，第 105 页。

③ ［德］古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 74 页。

④ 李俊晔：《民事立法变革与司法裁判中的拉德布鲁赫公式》，《人民法院报》2018 年 6 月 8 日，第 5 版。

⑤ 余卫东、鲁琴：《法律与道德的二律背反及内在张力——从哈特与富勒的世纪论战谈起》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 4 期，第 15 页。

（三）拉德布鲁赫公式的价值剖析

但是，毕竟拉德布鲁赫公式在本质上属于外来理论，要令其在符合中国法治语境下发挥出应有的作用，就离不开对其进行中国式法理学化的意涵解读与再造。也正是立足在这个基础上，拉德布鲁赫公式所蕴藏的法律安定性、正义性、合目的性，也可以从我国法理学中法律价值论的角度来进行理解和阐释。

首先，法的安定性，从法语义学的角度来看，其指的是约束法律裁量权以提升法律的可预测性，使得实际行为与预测结果能够相互吻合，从而保障法律实施效果方面的安全稳定之状态。⑥ 在拉德布鲁赫看来，法的安定性是法治维护稳定功能的基础，朝令夕改的法律会使得人们无所适从、盲目行事，从而使得不同利益诉求难以在相对稳定的环境中得到阐发和协调，社会秩序也会因此陷入风险。倘若从法律价值论的视角来看蕴藏在裁量权力中的自由价值以及对其进行约束的秩序价值，定纷止争乃是法的安定性在价值层面上的内容转化。法的安定性中所具备的自由价值和秩序价值，存在着其一体两面的推演逻辑。法的安定性要求法律规定应当是明确的，从而预测、指引、强制人们实施合乎法律的行为，在法定限度之内享有充分的行为自由；但同时，基于法律所具有的维稳作用，需要凭借其散发于外部的权威和形成于内部的认同来制约此种自由，从而构筑和维持一定的合理秩序。⑦

其次，法律的正义性，是一种综合性的法理价值。其要求法律规范或法律制度能够在正义理念的统领下，有机体现自由、秩序、效率、平等、和谐等其他诸项价值的内容。如果从这个角度来看，正义是法的最高价值和最终目标。⑧ 同样地，在拉德布鲁赫看来，法律的正义性应被放置在优先地位。一方面，当立法者所制定的法律违背正义到达了无法容忍的地步时，法律当即丧失其效力；另一方面，当立法者本身在制定法律中有意识地否认正义性的存在和融入，则该制定活动的产出结果则不能称为“法律”。也就是说，法的正义性不仅关乎法律效力的正当性，还关涉到“法”与“不法”的问题。无独有偶，罗尔斯在其著作中也曾表述过，法律的不正义是不遵守其的充足理由。⑨ 因此，与法律正义性相契合的法之正义价值，其重要性也就不言而喻了。

最后，法律的合目的性，是一项法律的存在目的论问题。在哲学层面，合目的性是指：人们根据认识和掌握的自然发展规律与社会发展规律，有意识地、有目的地通过一定的实践活动达到所要追求的目标，进而将预期转变为现实，在这一过程中所体现出来的人类智慧与劳动的积极意义，就是合目的性价值的根本所在。放到法治语境中，合目的性可具体而现实地见于法律规范的制定目的、法律制度的实施目的等。中国特色社会主义道路是合目的性与合规律性的统一，法治道路作为中国特色社会主义道路在法治领域

⑥ 雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，载《法学家》2015 年第 4 期，第 2 页。

⑦ 戴建华：《论法的安定性原则》，载《法学评论》2020 年第 5 期，第 42 页。

⑧ 刘祥林：《论法的正义价值及其实现路径》，载《江海学刊》2012 年第 4 期，第 160 页。

⑨ ［美］约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 351 页。

的延伸，亦理应如此。[10] 故而，法理价值维度上的合目的性，就应当理解为通过法律应当和可以有效实现的成果。通俗来讲，即法律需要面对和回答的问题，如为什么需要法律、法律可以用来解决哪些问题、应当如何解决等一般化的问题。在保障法律安定性和正义性的基础上，通过法律解决社会问题还需要重视效率性。效率性所对接的效率价值意味着执法者和司法者需要在最短时间内以最低成本解决纠纷、维护合法权益、促进社会和谐稳定，这不仅依赖于执法者和司法者忠诚遵循明确具体的法律规范，也需要其公正评判处理纠纷，以取得当事人各方的信赖和接受，可谓是对法的安定性与正义性的中介与调和。

二、我国法院调解制度的价值问题检视

法院调解制度在法理学层面所涵养的丰富价值，是其在漫长的发展实践中仍旧保持着盎然生机的关键。处于新时代交汇点之上的法院调解制度，若以拉德布鲁赫公式所承载的法理价值内涵作为分析框架而加以检视，则其在自由、秩序、正义、效率四项价值的运用中潜存着些许问题。

（一）自由价值层面的放任

按照法院调解工作的时间脉络，自由价值在法院调解制度方面的运用主要体现在三个方面：其一，程序启动的自由性。当纠纷争议产生时，双方当事人有权自由选择是否通过法院调解程序来解决纠纷，这意味着并不排斥其可通过其他方式来解决争议。其二，程序终结的自由性。法院调解程序进行时，双方当事人处于主导地位，其可以自由地表达出内心的真实想法。调解人员则处于引导者和监督者的辅助地位，其职责主要在于倾听双方当事人的陈述、进行法律关系的梳理并提供专业的调解方案，从而促进双方当事人进行有意义的和谈。如果双方当事人认为法院调解并不能完全解决纠纷，则可以选择立即终结调解程序。其三，调解协议达成的自由性。调解协议的达成是双方自由选择的结果，也是自主意愿的表达，任何不能反映双方当事人真实意思表示的调解协议都是无效的和不被认可的。

贯穿于诉讼全程的法院调解，在促进社会纠纷多元化解机制的背景下占据着重要地位，但是概括性和原则性的规范现状消减了其对于司法实践的指导价值。例如，现行《民事诉讼法》中缺少对法院调解的时间和次数的明确具体的限制，仅是要求在调解不成时应当及时判决；再如，《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》中也只是对法院调解的时限进行了笼统规定。如此，一方面，法院调解的时间和次数模糊，久调不决的现象难以规避，案结事了难以快速实现，当事人的合法权益难以得到及时保障，关系持续处于不稳定、难和谐的状态。另一方面，难免会存在有些案件中的当事人利用这一漏洞，恶意拖延调解时间，这对于其他当事人和法院来说都是一种消耗，同时也是对法院调解制

⑩ 郑士鹏：《论中国道路的内生逻辑性——合规律性与合目的性的统一》，载《社会科学家》2016年第3期，第21页。

度中的自由价值的一种放纵，可能造成当事人权利的滥用。对此，2021 年《最高人民法院关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》也提出了："对滥用诉权以及恶意拖延调解、故意不履行调解协议、无正当理由否定已经记载的无争议事实等不诚信行为，探索通过律师费转付、诉讼费用合理分担、赔偿无过错方诉前调解额外支出等方式进行规制。"可见，对调解自由滥用现象的治理，还是具有其必要性的。再进一步来说，当今社会的商业经济正在飞速发展，不同的利益群体往来频繁，产生利益纠纷无可厚非。而处在利益网络中的当事人，有时会为了维护自身利益并追求利益扩张而蓄意制造争议乃至实施虚假诉讼行为，伴随而来的还有恶意调解现象。[11] 从本质上而言，恶意调解系民事诉讼主体以非法谋利为目的而进行的一种欺诈性诉讼行为，是对自由价值的亵渎，应当严厉禁止和惩治。究其产生的原因，最主要的当然是当事人对自身利益的不当追逐。部分当事人看到了法院调解制度的开放自由，并恶意进行利用，同时凭借着法院调解制度的平和自愿的外衣使该不轨行径难以被察觉，由此部分当事人完成了名为调解、实为为自己谋取不正当利益的恶意调解行为。此外，法律规范的模糊与失声、社会信任风险的影响、相关监管机构的忽视等问题亦难以忽略。此种缺乏有效制约的"调解自由"背离了法院调解制度中的自由价值，使得社会的矛盾风险增加。

（二）秩序价值层面的缺位

秩序是规矩的目标。在法院调解制度中，相关规则的制定为的就是令其在相对规范的程序中实现法院调解制度定纷止争、维护秩序的设计初衷。秩序价值的实现主要依靠以下两个方面：第一，法院调解过程中国家、个人、社会的通力合作。法院代表国家通过引导和监督调解活动化解社会纠纷、回应社会争议、缓和社会矛盾，个人通过主动参与调解活动消解对抗情绪、维护自身利益、有效实现权利，由此营建出井然有序的法治社会与和谐社会。另一方面，在法院调解活动中，法院往往会进行释法明理，而这不失为一种法治教育活动，在营造和谐有序的调解氛围之余，又能维护社会秩序趋于稳定，从而推动秩序价值的实现。

然而，法院调解制度秩序性价值的发挥，在实践中受到了双重阻碍。首先，在法院方面，参与调解活动的法官在其定位、管理、考核上的行政化色彩依然浓厚，《法官法》所能进行的特性干预较为有限，因此当法官参与到法院调解活动中时，难以有效摆脱行政政策或行政管理中过度干预的部分，这对法院调解中的司法独立性绝非益事。在调审合一的模式下，缺少对调解法官权力的有效规范，致使法官掌握着较大的可操作空间，可能会出现强制调解、以拖促调、以判压调等现象，这可能使法院调解成为诉讼控制的媒介而非解决纠纷的平台。[12] 长此以往，法院调解制度在定纷止争方面不能发挥出其维护社会和谐秩序的效用，反而增添矛盾加深的风险，这显然是对秩序价值的背离。其次，作为我国的法律监督机关，检察院对司法秩序的维护也具有义不容辞的职责。民事调解检察监

⑪ 李浩：《虚假诉讼中恶意调解问题研究》，载《江海学刊》2012 年第 1 期，第 137 页。

⑫ 路长明：《我国法院调解制度的反思与重构》，载《陕西行政学院学报》2021 年第 2 期，第 86 页。

督，就是检察机关针对人民法院调解活动的违法纠正和程序保障行为，是人民检察院依法全面行使法律监督权的应有之义，已经得到《民事诉讼法》《人民检察院民事诉讼规则》等法律文件的支持。但是，在检察院方面，其法律监督的职责亦难以得到充分履行。应当看到，造成这种现象的原因主要有以下三点：其一，检察监督的启动方式仍然存在不足。当前法律并未赋予当事人启动检察监督程序的权利，而只能由检察院自行启动，检察机关在法院调解中被边缘化、被动化。其二，检察监督的范围和内容规定较为模糊。当前，虽然对于检察机关的调解监督职责已有《人民检察院民事诉讼监督规则》作为指引，但其第 126 条也仅是针对生效调解书，并未明确规定检察监督的对象是调解协议还是调解行为，也未对国家利益、社会公共利益和个人合法权益应当如何平衡的问题作出解答。[⑬] 监督对象的不明确，使得检察机关即使欲开展工作也有心无力，监督不当还可能被打上越权干涉嫌疑的标签。其三，检察监督的方式存在偏差。法律并未规定检察监督系事中监督还是事后监督，又或者是二者结合，也并未规定通过检察建议行使检察监督权之后的跟踪保障机制，极大地限制了检察监督机制发挥其合理作用，进一步加剧了法院调解的无序性问题。

（三）正义价值层面的偏离

法院调解制度的出发点和落脚点都是利益调处，也即从主体利益和正义价值的关系出发，可以划分出实质正义和程序正义的内容。一方面，法院调解活动需要严格依照法定程序来进行，在这个层面上体现的是程序正义，也即一种形式正义。另一方面，法院调解制度也充满着实质正义的特性。在相对和缓的调解氛围中，调解人员能够更为关注发生利益纠纷的事实和成因，面对面地进行思考和答疑，而非如具有距离感的诉讼审判一样，在相对严肃的氛围中就法律事实和证据进行对峙。换言之，法院调解活动中，双方当事人的精神压力较小，便于找寻到彼此均能接受的解决纠纷方案，能够较为有力地保障双方当事人的自由意志，最大程度地趋近和实现实体正义。

然而，当前实行的调审合一体制在一定程度上使得法院调解制度偏离了正义价值的要求。一方面，调解与审判的侧重有所不同。法院调解的首要目的在于协商解决利益纠纷，其所依赖的基础是当事人的合意与妥协，形式灵活且多样。而法院审判的主要目的在于化解分歧、恢复法律关系的稳定状态，其为当事人双方进行平等的对抗提供平台与保障，并由审判人员居中裁判。侧重点有所不同的两种纠纷解决方式被放置于一处时，难免会发生价值冲突。例如，自愿性、非强制性在调解与审判工作过程中发生了混同，使得该特性在程度要求上模糊了起来，从而为较宽松的法院调解活动中进行某些强制行为提供了土壤和温床。再进一步来说，实践当中可能存在部分法官为了掩盖自身业务能力的不足，对于案情较为复杂的案件，为了规避事实认定和法律适用的责任风险，而采用劝说、引导的方式坚持让当事人选择调解，并可能致使法官的某些违规违法操作掩盖于当事人合意的外衣之下，难以被察觉和监督。另一方面，调解与审判都归属于法院的职能，

⑬　王杏飞：《调解检察监督若干争议问题之再思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018 年第 1 期，第 162 页。

基于此法官的身份就发生了竞合，在此背景下法官的定位就显得暧昧和尴尬。例如，在调解中，法官必须与双方当事人进行充分接触和沟通，并可以与当事人单方接触，以推进法院调解程序；但是在审判中，法官被要求中立客观，不被允许与当事人进行单方接触。原因就在于，前者系法官的职权行为，而后者乃是当事人的权利让渡。这就使得先入为主的错误观念有机可乘，乃至引发司法诉讼腐败问题。⑭ 例如，在（2018）黑0225刑初212号刑事判决书中就载明，时任黑龙江省龙江县人民法院龙兴法庭负责人的杨泽旭，受其朋友和亲属委托，违反法定程序，枉法裁判，为当事人办理了虚假的民事调解书，以离婚案件的名义办理房屋过户手续，造成国家税收流失。另外在司法实践当中，还存在当事人因为害怕、担心在审判中遭受不公平待遇，或是拿到更加不利的判决，而不敢拒绝具有双重身份的法官提出的对其不利的调解方案的现象。这不仅难以满足当事人对自愿原则的需求和对法律的合理信赖，还会增加当事人的调解顾虑，实质上是对法院调解制度正义价值的偏离。

（四）效率价值层面的误读

相较于诉讼裁判，法院调解在效率价值方面的优势主要体现在三个方面：第一，经济成本低。一场诉讼的进行，往往需要诉讼费、律师费、交通费、食宿费等相关费用的支撑，而法院调解相对简化的程序则减少了双方当事人的经济支出。第二，时间成本低。在诉讼裁判中，立案受理、文书送达、举证期限、答辩期限、排期公告等一系列程序的推进都需要耗费时间，而时间成本过大容易导致诉讼迟延，这不仅会令当事人因诉讼周期过长而造成心理增压，也会损及司法的权威和效度。而在法院调解中，较低的启动门槛与灵活方便的运作程序更容易为当事人节省时间成本。第三，社会评价成本低。在诉讼中，双方当事人因为纠纷而发生诉讼，公开性的诉讼将会招致社会评价，负面性的社会评价主要表现为名誉损失和信赖损害等。⑮ 受我国传统的“耻讼”“厌讼”等思想的影响，诉讼与当事人的社会评价依然关系密切。由此，在某些涉及私密性人身关系和人格名誉的案件中，诉讼可能会给当事人带来一定程度上的不利影响。但是，在相对封闭的法院调解过程中，其不公开调解的特点更有助于保护当事人的名誉和隐私，减少产生负面性社会评价的隐忧。

但是，在司法实践中却存在片面追求速度和结案率的现象，部分地方的法院将法院调解程序作为提高结案率的方式和手段，导致久调不判的情况时有发生。此外，还存在审判人员一味追求调解结案率的提高，忽视了案件结果的合理性，乃至于当事人受到法官权力和地位的压力，被动选择调解的情况。挖掘上述问题背后的成因，主要指向的是法院内部的绩效评估机制有所失衡。《人民法院案件质量评估指标体系》中主要规定了公正指标、效率指标和效果指标三项标准。而在这其中，效果指标就包括了调解率这项子指标。将案件的调解率纳入到法院绩效考核当中，虽然有助于提高法院调解的地位和

⑭ 张一雄：《多元纠纷解决背景下我国行政诉讼调解制度之构建》，载《江海学刊》2018年第6期，第221页。

⑮ 李琴英：《法院调解与判决的关系》，载《湖北函授大学学报》2015年第6期，第77页。

受重视程度，但也可能导致法院对调解效率提高的盲目追求。具体到实践当中，则表现为上级法院对下级法院提出提高调解率的严格要求，地方各级法院也将法院调解结案率作为本院法官的绩效考核的标尺，并不断为该要素的权重加码。⑯ 加之将案件的调解率、审结率等与法官自身的工资待遇、职级升降相挂钩，加重了以判压调、以拖促调、以调代判等扭曲式法院调解现象。这不仅是对法院调解制度中效率价值的亵渎，更是对其自由价值与正义价值的进犯，给法院调解制度的权威庄重、正义庄严的形象抹上了一层阴影。

三、我国法院调解制度的价值调适措施

诚然，承载着丰厚的中国古代“以和为贵”的文化渊源、兼具着当代社会司法运行优良传统的法院调解制度存在一定的缺陷，但其仍然不失为一项展现中国特色的司法制度，如何对其进行创造性发展、科学性完善、时代性改革就成为我们需要面对的首要问题。

（一）加强预防和规制恶意调解行为

法院调解作为一种纠纷解决方式，若被不加限制地适用，不仅会造成当事人权利的滥用，还会造成法院调解制度的泛化，违背制度设立的初衷。针对恶意进行调解、滥用调解自由的行为，可以从立法规范和司法制度两个方面着手，扎稳法院调解自由价值的藩篱。首先，在立法规范方面，可以尝试完善恶意调解的法律责任追究机制。法律责任的构建能够令滥用调解自由权利的行为人有所忌惮。参照一般法律责任的构成要件，即违法行为、损害结果、因果关系和主观过错，恶意调解等滥用调解自由权利的行为可以依照上述要素进行认定：在行为表现形式上可以是恶意串通、伪造证据、虚构事实、隐瞒真相等，并且恶意调解等滥权行为应当系一种过错责任。2024 年 1 月 1 日起施行的《民事诉讼法》第 115 条，对企图侵害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的恶意调解行为人规定了罚款、拘留乃至刑事责任的司法处罚。该规定之中，对上述责任构建的相关要件都有所示明，但仅限于财产责任，且所罚没的款项也并未明确具体流向。由于此种责任主要为一种民事责任，故在损害结果上理应包括物质损失和精神损害，遂在责任承担上亦应当包括恶意调解给对方当事人所造成的商誉或名誉方面的精神损害赔偿责任。⑰ 当然，恶意调解行为情节严重时，也有可能触及刑事法律责任。例如，2022 年 1 月 1 日起施行的《人民法院在线调解规则》第 23 条就规定了虚假调解行为经审查认定成立的，涉嫌刑事犯罪的，将会移送公安机关进行处理。如若对其进行司法归类，则应当从属于妨害司法类犯罪。

其次，在司法制度方面，可以建立起法院调解风险审查和报告制度。这并非空穴来

⑯　巫国平：《法院绩效考评标准的协调及完善》，载《法律适用》2014 年第 7 期，第 112 页。

⑰　库尔班白克·艾尼瓦、古丽米热·阿布力孜：《恶意诉讼、虚假诉讼的识别与实证解析——以几起典型案例为分析对象》，载《北华大学学报（社会科学版）》2017 年第 2 期，第 78 页。

风，在实践当中已有例证。例如，2021 年，陕西省西安市长安区人民法院就在调解工作中，严查了具有虚假调解风险的案件，如果存在高度合理怀疑，则告知双方自行协商解决，这有利于从源头上预防虚假调解行为。此外，该法院还总结出虚假调解类案件的特征，例如调解主体具有合作关系、调解过程中配合过于默契、急于要求法院出具法律文书等，为重点甄别恶意调解类案件提供指引。因此，法院在进行民商事案件立案工作时，就应当及时告知当事人恶意调解所需要承担的法律责任后果，以震慑、教育潜在的以身试法者；对于经审查后认为存在重大恶意调解嫌疑的案件，则可以向相关主管部门负责人如庭长、院长进行汇报、讨论、分析。⑱ 同时，也可以通过典型案件交流会、专题培训、经验分享等方式加强调解工作人员的风险识别和应对能力，增强对恶意调解行为的防范意识。

（二）思维归正与加强监督双线并行

前文述及，法院调解制度秩序价值的发挥限制重点在于法院调解法官的行政化色彩浓重以及检察监督不力。对于两院呈现出来的问题，还需从其底层病灶着手进行解决。首先，法院队伍的行政化问题是一项长期性问题。组织方面的行政化，实践当中可以通过全面深化人民法院改革、司法责任制、法官员额制进行改善，以推动法官队伍专业化、职业化、正规化，从而减少法院职能和法官定位异化的负面影响。实际上，相对于显性的组织机构行政化问题，法官长期浸润其中而形成的行政化思维则属于一种隐形的行政化问题，所以这里需要着重解决的是司法思维方面的行政化问题，例如过度依赖于请示汇报、上级偏好等现象证明司法思维上的行政化的确存在。⑲ 在这一点上，需要调解法官在法院调解工作中练就独立、理性、协同的司法思维。具体来说，即是在法律的框架中引导当事人进行平等调解，独立且理性地发挥自身主观能动性，运用法律、事实、证据去推动调解的运作，树立以当事人为中心的调解观念谋求共识、找寻对策、促成合意，在保障当事人充分参与、平和沟通、稳定对话的基础上进行司法论证，提高决定的可接受度，而非依赖于审判委员会的集体决策或上级偏好等行政化措施。⑳

其次，为了增强法院调解制度的权威性和诚信度，完善有关法院调解制度的检察监督机制也是势在必行。一是赋予当事人申请启动检察监督程序的权利。这需要与检察机关自行启动检察监督程序的动因相区分开来。前者应当是在穷尽一切可能的救济方式后，仍然无法补救来自调解过程中因法官侵犯自愿、合法等原则而受到的合法权益侵害，方可申请检察监督；后者则应在国家利益、社会利益受到损害时启动，这是人民检察院的职责所在。二是明确检察监督程序监督的范围。对于是针对调解行为还是调解文书的监督，在此争论并无意义，也难以付诸操作。事实上，法院调解工作的完整流程就包括调解实施、协议达成、文书送达等一系列环节。也就是说，无论是调解行为本身还是调

⑱ 唐茂林：《论恶意诉讼调解及其防范与规制》，载《广西民族大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 4 期，第 25 页。

⑲ 孙媛、魏钢泳：《法官员额制改革与司法去行政化》，载《商丘职业技术学院学报》2018 年第 3 期，第 21 页。

⑳ 龙乙方、吴英姿：《论法官程序思维的培养——从法官思维行政化问题切入》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 5 期，第 29 页。

解文书，都是囊括在法院调解制度运作过程当中的，所以都应纳入到检察监督的范围之中。对于具体的缘由，根据《检察官法》的规定，国家利益、社会公共利益和公民、法人与其他组织的合法权益都在检察机关的保护范围内。虽然《民事诉讼法》仅规定了检察机关可以通过公益诉讼的方式维护行政、民事领域被侵犯的国家利益和社会公共利益，但同时也包括了具有一定数量的社会个体利益，例如消费者、劳动者等群体。因此，检察机关对于法院调解中的利益保护范围应当完整地包括上述三者，在判定是否违法侵权并可能引发连锁性的不利影响、为社会和谐稳定带来威胁的基础上，决定公益诉讼的启动。这也是人民检察院对三者利益在中国特色社会主义制度背景下高度一致的认可和遵循。三是完善检察监督程序的运作方式。一方面，应当采取事中与事后监督相结合的监督方式。这种方式以法院将当事人申请调解的案件及时向检察机关信息通报为基础，建立起检察机关与人民法院的诉前调解对接合作机制，例如就法院调解中所遇到的问题和困难、需要的建议和对策开展联席会议，集思广益并形成共识。当然，在当事人因调解人员可能存在违法行为进而提出检举和控告时，检察机关经严格审查后，也可以随之启动检察机关对调解过程的监督程序。其优势在于在遵守保密原则的前提下提高了调解过程的透明度，同时又对调解法官形成了一种震慑，减少调解不公或违法的情况，以保障法院调解制度合法有序地进行。[21] 另一方面，还可以完善检察建议的后续跟踪保障机制。通过明确一定的期限，确保相关问题在规定的期限内完成整改。构建起配套的反馈机制和协调机制，方能做到监督有章可循、掷地有声。在明确了责任人员、实施程序、问责机制、反馈流程等问题后，检察监督机制才能畅行无阻，减少监督缺位带来的调解风险。

（三）大力促进调审关系的统筹配合

长期以来实行的调审合一模式，使得兼具审判权与调解权的受案法官容易混同身份、思维固化，造成强制性调解。但是，就实质正义的要求来看，结合司法成本的考量，将法院调解与法院审判强硬地分离开来，在当前司法实践中是难以实现的，并且在人案矛盾突出的背景下也无法缓解司法成本过高的问题。因此，在看到调审结合模式偏离正义价值的问题后，还是应当立足于调审结合的实际条件，促进调审关系的统筹配合，使法院调解制度能够得到长足发展。

首先，转变法院调解的实施理念。当前，我国法院在处理民商事案件的实际工作中似乎对先行调解青睐有加，前文所述及的部分法院过分追求调解结案率的情况也能够对此提供佐证。理念是行为的先导。因此，当务之急是将法院调解从第一优先顺位上调整下来，贯彻好“能调则调”的理念，否则就“当判则判”，二者并不存在绝对的先后顺序。在这种理念的指导下，以判压调、强制调解、以调代判等行为不攻自破，无法立足。[22] 其次，提升当事人的主体地位。与调解注重当事人达成的合意不同，审判更依赖于法官

㉑　王卓、张怡：《法院调解违反自愿原则的检察监督》，载《中国检察官》2019 年第 24 期，第 19 页。

㉒　李喜莲：《我国民事审判中调审关系的再思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 6 期，第 151 页。

所形成的内心确信和合法判断，这也是调审分离支持论者的依据之一。然而事实上，在调审结合的框架之下，也并非就完全地否认了当事人合意的重要地位。例如，在法院调解过程中，可对双方当事人无争议的事实进行明确记录，并由双方当事人进行签章确认。就算调解失败转入诉讼程序，当事人也可对在调解程序中已经确认的无争议事实免除举证责任。至于法官在审判之前、调解之中所形成的“先入为主”的意见，只要符合当事人的合意以及法律规定，则具有正当性和约束力，无需过分追究。倘若当事人一方能够拿出充分证据加以推翻，也未尝不是一种纠错方式。因此，无论是法院调解还是调解不成后转入的诉讼程序，最为重要的是提升当事人的主体地位并引导其发挥主观能动性，确保程序公正与实体公正能够落到实处。最后，专职调解制度的引入。由专职调解员进行调解，调解成功则出具调解协议，并在征求当事人同意和经过法院的司法确认程序后，赋予其可以申请强制执行的效力。此种模式将调解程序与司法确认程序相互联结，一定程度上减轻了当事人不遵守协议而要另行起诉带来的诉累，同时又充分保障了当事人自愿原则，有力地缓和了原有模式角色身份重合带来的法官权力滥用并难以制约与平衡的风险，规避了以拖促调、以判压调的问题。以陕西省宝鸡市的探索实践为例，其制定出台了《宝鸡市专职人民调解员管理考核办法》，对专职调解员在学历、年龄、道德、专长等方面的选任进行了详细规定。[23] 不过需要注意的是，专职调解员主要是下设于当地司法局当中，并由其负责管理与考核。如若推广至法院中，则对象范围可以进一步扩大。例如，调解专业能力较强、生活阅历较为丰富的法官，就可以作为专职调解的核心成员，而司法辅助人员如法官助理、书记员等，则可以作为专职调解助理人员加以协助。在队伍设置上，宜细不宜粗、宜精不宜泛，打造出一支高素质的专职调解队伍，并可以与诉讼服务中心对接起来，及时有效地参与到法院调解工作当中。[24]

（四）优化法院调解的绩效评估机制

推动法院实现从追求调解率到提高调解质量的转变，正确发挥法院调解的效率价值作用，主要应当从绩效评估机制的指标使用、方式选择、机制建设方面的优化完善着手推进。首先，在指标的使用上，不宜将“调解率”与绩效评估乃至法官待遇强制联结，而应当仅仅作为一种司法效率统计分析的参考性因素。同时，科学的数据采集、高效的数据管理、完善的数据分析、准确的数据结论等，都是正确理解和适用调解率进行评估的配套措施，也应当得到重视。其次，在方式的选择上，可以适当将内部评估与外部评估有机结合起来。法院内部对法院调解的绩效评估，主要是以法官作为主体的，围绕其专业技能、道德品质、价值取向等方面进行。事实上，仅依赖于内部评估所得到的结果是片面且单一的，这时候需要参考外部评估的意见和建议。引入外部评估，意味着主体发生了变更，即从法官本人转变为当事人、代理人乃至高校或社团组织等。[25] 这不仅有助于祛除行政

㉓ 巴桑多吉：《加强专职人民调解员队伍建设 激发调解队伍活力》，载《人民调解》2023 年第 6 期，第 15 页。

㉔ 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 108 页。

㉕ 孙晓东：《中国司法评估制度完善研究》，载《广东社会科学》2018 年第 6 期，第 241 页。

化弊端，也有助于让法院调解行走在阳光之下，提升司法活动的社会公信力，从而提升司法效率。最后，在机制的建设上，应当精细化区分调解质量评估与法官个体评估两种评估类型。从立案到结案、从调解成功到调解失败转入诉讼，调解质量应当是法院整体调解流程的自然结果，而非单一地属于法官个体的工作，这并不是司法责任制所要达到的效果。因此，法官个体评估也并非仅靠调解质量一锤定音，而是一种道德与能力、自信与他信等多重效果结合的综合研判。从这也可以看出，既有的绩效评估机制与法官本身待遇相挂钩的做法缺少支撑，甚至会挫伤法院调解的质效合一。

上述完善方式强调了调解人员的主体性，此外还需要进一步提高调解主体的参与能力。一方面，提高调解人员的调解能力。例如，加大学习培训力度。这不仅要求学员明确法院调解与诉讼裁判的法律差异和不同优势，还要求其注意日常生活与法院调解之间的对接。同时，还要丰富专业知识。这要求学员在掌握扎实的法律专业知识之余，也应该兼具社会学、心理学、沟通学的部分技能，做到结合实际现身说法、观察当事人的情绪变化、准确把握调解时机、有效组织调解语言等，争取做到把话说到当事人心坎里、把调解运用在软化双方交锋上。此外，还需要加强实践操练。譬如可以制定优秀调解员经验和心得手册并分发阅读，同时组织交流学习分享会，或是邀请经验丰富的调解人员或心理学家开展讲座，也可以考虑收看相关的调解类栏目，做好有关调解语言艺术和矛盾处理方式的笔记，将实地调研和基层训练结合，为提高调解技巧反复学习与实践。

四、结　语

英国法学家哈里斯曾有言：“法理学装满了各种各样有关法的思辨。”作为一项法理学的思辨结晶，拉德布鲁赫公式可以看作是一种研究工具抑或是分析框架，在历经中国法治语境转化后，以法理价值论为呈现样态，本文用之以具体剖析我国法院调解制度潜存的主要问题，同时提出相应的调适建议，由此完成了对我国法院调解制度的一次思辨之旅。党的二十大报告指出，中国式现代化是人口规模巨大的现代化。在人口稠密的我国，社会利益矛盾也呈现出多元化、复杂化的特征。法院调解制度作为定纷止争的重要利器，理应在法理的磨刀石上不断锤炼敲打，才能更为有效地绽放锋芒。综上，衷心期盼法院调解制度能够在不断完善自身的基础上，更加契合建设社会主义和谐社会的理念要求，积极主动地直面纠纷挑战，为广大人民群众提供高效便捷的纠纷解决路径，在兼具温情暖意和客观理性的模式化运作下维护人民群众的合法权益，同时也能够为世界多元纠纷解决的协商和谈工作贡献出中国智慧和中国方案。

Abstract: The court mediation system is an important part of China’s mediation system that plays a powerful role in resolving litigation conflicts, settling litigation disputes, safeguarding the legitimate rights and interests of the parties, and promoting the harmony

of the judicial order. Loaded from the kernel of Radbruch's formula, which is conceptually transformed in the Chinese context and following the analytical framework of jurisprudential value theory, a fresh perspective is provided on the jurisprudential value embedded in China's court mediation system. Based on the above framework tools, a review of China's court mediation system can find that there are still problems of indulgence of the value of freedom, lack of the value of order, deviation from the value of justice, and misinterpretation of the value of efficiency. In this regard, the system should be improved by strengthening the prevention and regulation of malicious mediation, correcting the thinking and strengthening the supervision of the prosecutors, promoting the coordination of mediation and trial relations, and optimizing the performance evaluation mechanism of the court, so as to complete the adjustment of the system.

Keywords: court mediation; jurisprudential value; Radbruch formula; path to perfection

（责任编辑：孙保国　外审专家：王　芳）

UAB E energija 诉拉脱维亚共和国仲裁案评析

中国贸促会法律部编　本篇作者 李妮*

内容提要　本文通过对 UAB E energija 诉拉脱维亚仲裁案的案件事实、主要法律争议及裁决结果进行分析，探究“累积行为”违反公平公正待遇原则的内涵和发展，并分析“累积行为”给仲裁实践带来的负面效应。最后结合仲裁实践，从完善文本细节规定、改善条约解释以及引入比例原则三个方面提出如何更好地规制“累积行为”，明确公平公正待遇标准。

关键词　累积行为；公平公正待遇；比例原则

一、案件事实

（一）投资事实

2004 年初，拉脱维亚 Rēzekne 市对供热服务进行招标，以提高本区域供热系统的质量和效率。2004 年 11 月，申请人（UAB E Enerģija）向被申请人即市政当局（Rēzekne Municipality）全资拥有的监管机构（Rēzeknes Siltumtīkli）提出“将供暖服务私有化是更好的选择”的建议。此后，由申请人持有 58% 股权的拉脱维亚实体公司 Latgales Enerģija 与 Rēzekne Siltumtīkli 签订了一份长达 30 年的租赁协议（以下简称《长期协议》），由 Latgales Enerģija 为拉脱维亚 Rēzeknes 市提供供热系统，Latgales Enerģija 有权自行决定资产的重大重建或维修工作，租赁期满后，所有资产转移到 Rēzeknes Siltumtīkli 名下，Latgales Enerģija 在租赁期内获得上述资产的所有收入和利润，并有权自行使用这些收入和利润。自 2005 年 2 月起，为了资助 Latgales Enerģija 在 Rēzekne 的业务，申请人向 Latgales Enerģija 进行投资并提供贷款。①

（二）被仲裁行为

2005 年 8 月，新当选的市长反对供热服务私有化。2006 年 10 月至 2007 年 9 月，Latgales Enerģija 请求被申请人批准新的供热费标准，但被申请人以本区域没有批准供热

* 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。本文由西安交通大学法学院博士研究生李妮编写。

① UAB E energija (Lithuania) *v.* Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, para.7.

发展计划为由拒绝。2007 年 9 月，监管机构向 Latgales 地区法院起诉 Latgales Enerģija，要求其赔偿一定数额的损失。同月，市政当局宣布能源危机，并指定 Rēzeknes Enerģija 为本区域提供热能服务。2008 年 6 月，监管机构吊销了 Latgales Enerģija 的生产、传输和销售热能的许可证，终止了双方签订的《长期协议》，强制没收了 Latgales Enerģija 的所有资产和投资。自 2008 年 9 月始，双方进行了四年的谈判，最终以失败告终。2012 年 8 月，申请人根据《拉脱维亚 - 立陶宛双边投资保护协定》（以下简称《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》）提起仲裁，认为被申请人的行为构成间接征收且违反公平公正待遇条款，要求被申请人赔偿申请人的重大损失。

（三）程序时间轴

- 2012 年 8 月，申请人向国际投资争端解决中心（The International Center for Settlement of Investment Disputes，以下简称 ICSID）提出仲裁申请，要求被申请人就已发生的重大损失支付损害赔偿金；
- 2012 年 10 月，秘书长登记了提起仲裁程序的请求；
- 2013 年 6 月，仲裁庭正式组成；
- 2013 年 6 月，仲裁庭在伦敦举行第一次会议；
- 2013 年 12 月，申请人提交备忘录；
- 2014 年 4 月，被申请人提出管辖权异议，并提出将提反诉请求；
- 2014 年 10 月，申请人提交管辖权异议答辩书和证明文件；
- 2014 年 12 月，被申请人提交答辩状并对申请人的异议作出答复；
- 2017 年 12 月，仲裁庭在英国伦敦作出仲裁裁决；
- 2018 年 2 月，秘书长登记了被申请人提出的更正裁决的申请；
- 2018 年 2 月，申请人就被申请人的申请发表意见；
- 2018 年 5 月，仲裁庭发布补正仲裁裁决；
- 2018 年 9 月，秘书长登记了申请人提出的撤销裁决的申请，并通知当事方暂时停止执行裁决；
- 2018 年 10 月，特设委员会根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（以下简称《华盛顿公约》）第 52 条第 3 款组成；
- 2018 年 11 月，特设委员会通过电话会议形式举行第一次会议；
- 2018 年 11 月，特设委员会发布了有关程序事项的第 1 号程序令；
- 2018 年 11 月，非争议方根据 ICSID 仲裁规则第 37（2）条提交书面申请；
- 2019 年 1 月，特设委员会发布第 2 号程序令，涉及非争议方根据 ICSID 仲裁规则第 37（2）条提交的申请；
- 2019 年 10 月，特设委员会更换成员；
- 2019 年 12 月，特设委员会发布第 3 号程序令，涉及非争议方根据 ICSID 仲裁规则第 37（2）条提交的申请；
- 2020 年 1 月，特设委员会在巴黎举行了一次关于撤销程序的听证会；

- 2020 年 4 月，特设委员会就被申请人申请的撤销程序作出决定。

（四）仲裁请求

1. 申请人的仲裁请求

（1）请求裁决被申请人违反了《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 4（1）、3（1）和 3（2）条；

（2）责令被申请人就已发生的重大损失支付损害赔偿金，赔偿金额有待确定，据申请人估计赔偿金额将超过 9,820,000 欧元，申请人保留在本仲裁程序的下一阶段通过专家证据进行量化的权利；

（3）责令被申请人支付本次仲裁的费用，包括申请人向仲裁员、ICSID、法律顾问、专家和顾问已支付或将支付的所有费用，以及申请人支付的内部费用；

（4）责令被申请人按规定利率每季度支付利息，期间为被征收之日起至裁决作出之日，命令被申请人按规定利率按季度支付复利，期间为出具裁决书之日起至被申请人支付时；

（5）请求仲裁员尊重申请人获得进一步救济的权利。

2. 被申请人的反对意见

（1）请求根据 ICSID 仲裁规则第 41 条第（6）款，决定双方的争议不在仲裁庭管辖范围之内；

（2）请求裁决在拉脱维亚法院对案号为 C03051107 的民事诉讼案件作出最终和有约束力的判决前，暂停本仲裁程序；

（3）请求裁决被申请人未违反《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》；

（4）驳回申请人的所有仲裁请求；

（5）责令申请人赔偿被申请人支付的与该仲裁程序有关的所有费用（并支付 6% 拉脱维亚法定年利率对应的利息）以及仲裁员的费用。

（五）仲裁庭结论

（1）驳回被申请人对管辖权的异议，仲裁庭有权审理申请人根据《华盛顿公约》第 25 条和《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 7（2）条提出的请求；

（2）裁决被申请人违反了《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 3（1）条；

（3）裁决被申请人向申请人支付 158.5 万欧元的赔偿金；

（4）裁决被申请人向申请人支付 158.5 万欧元的复利，直至裁决作出之日，复利率分别为：2008 年 6.58%，2009 年 4.36%，2010 年 3.73%，2011 年 4.13%，2012 年 2.56%；从裁决作出之日起至被申请人付款之日，复利率为每年 2.56%；

（5）被申请人应向申请人支付 1074886.00 欧元的费用；

（6）被申请人应向申请人支付 446470.21 美元的仲裁费用及住宿费用；

（7）驳回其他请求。

二、主要法律争议

（一）仲裁庭对本案是否具有管辖权

1. 被申请人的主张

被申请人未对属人管辖权提出异议，但对“双方同意仲裁”规定进行了抗辩，认为申请人提出仲裁请求的内部文件不符合先决条件：一方面，被申请人认为争端一开始就应当根据 ICSID 的调解规则进行调解，申请人直接提请仲裁是不适当的；另一方面，申请人提交仲裁请求的行为需要作为股东的欧洲复兴开发银行（EBRD）的批准，而本案缺少批准文件，不符合这一先决条件。另外，被申请人从两个方面论证仲裁庭不具有属事管辖权：其一，被申请人认为双方不存在《华盛顿公约》第 25 条规定的“直接由投资引起的法律争端”。被申请人于 2012 年 8 月 27 日给 ICSID 秘书处的第一封信中主张，申请人在其仲裁请求中提出索赔的依据不是被申请人违反了《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》，而是违反了私人合同，故申请人向仲裁庭提出的是国际投资法范围以外的纯粹的商业争议。其二，被申请人指出从 2008 年 9 月发出争议通知到提出索赔（2012 年 8 月）之间有四年的时间，双方之间不存在争议，申请人的行为存在恶意，构成禁反言，并指出禁反言原则已在许多国际仲裁案例的裁决中被引用。[②] 被申请人还提出，申请人恶意延迟提交仲裁请求，造成被申请人误认为索赔不会在双方谈判之后继续进行，其请求权因时效灭失。

2. 申请人的主张

申请人主张仲裁庭拥有属人管辖权和属物管辖权。申请人从三个方面论证了仲裁庭拥有属人管辖权：其一，立陶宛和拉脱维亚分别是 1992 年 7 月 6 日和 1997 年 9 月 7 日签署并批准《华盛顿公约》的缔约国，双方均同意参加 ICSID 仲裁。其二，《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 1（2）（a）条规定，“投资者”是（i）根据立陶宛法律为立陶宛国民的自然人；（ii）根据立陶宛法律组成并按照国内法律和法规在立陶宛境内注册的实体公司。申请人是一家“根据立陶宛法律成立并在立陶宛境内注册的实体公司”，符合“投资者”定义。其三，《华盛顿公约》第 25（2）（b）条规定：“另一缔约国的国民”是指在当事各方同意将该争端提交调解或仲裁之日，具有缔约国以外的其他缔约国国籍的任何法人，因为申请人在提交仲裁申请之日是在立陶宛注册的法人和纳税人，属于立陶宛国民。另一方面，就属物管辖权而言，申请人与被申请人之间的争议构成了《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》中所称的“争议”。根据《华盛顿公约》第 25 条的定义，此类争议是“直接由投资引起的法律争议”。申请人主张，被申请人不是对仲裁庭是否有管辖权提出质疑，而是对申请人根据《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》和《华盛顿公约》提出的索赔请求的

② *Id*, at para.473.

可受理性提出质疑。申请人通过援引 Chevron *v.* Ecuador 案中的临时裁决，[③] 主张被申请人需要承担关于仲裁庭不应受理申请人索赔请求的举证责任。

针对被申请人提出的申请人缺乏提请仲裁的先决条件，申请人主要从两个方面进行了答复：其一，董事会会议纪要仅为提请仲裁提供进一步支持，但不是必要条件；其二，申请人认为被申请人对董事会会议纪要的理解是不准确的，申请人认为该会议纪要表明，如果拉脱维亚政府拒绝了申请人提出的某项提议，申请人将申请仲裁。另外，针对禁反言原则（the principles of estoppel），申请人援引 Pope & Talbot *v.* Canada 案，主张被申请人未能证明申请人曾作出不会提出索赔的声明，未能证明其对申请人的行为产生任何信赖以及因信赖而遭受的损害。[④] 针对默许和消灭时效法律原则（acquiescence, extinctive prescription），申请人主张默许原则要求一国在一段时间内不主张索赔，并且必须存在需要进行索赔的行为。[⑤] 申请人认为本案并不符合默许原则要求，因为投资协定并没有关于提起索赔时间的限制，而且申请人已经提交了索赔申请。而针对消灭时效原则，申请人主张《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》未规定提出索赔的时限，而且时间的流逝并不足以消灭索赔的时效，本案从发出争议通知到提出索赔之间间隔的 4 年时间并非不合理的期限，并且被申请人没有受到任何损害。

3. 仲裁庭的决定

其一，仲裁庭对属人管辖权的分析。

《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》于 1996 年 7 月 23 日生效。申请人是在立陶宛注册成立的有限责任公司，其注册办事处在立陶宛。因此，申请人属于其第 1 条第 2 款第（ii）项规定的立陶宛的“投资者”。作为一家在立陶宛注册成立的有限责任公司，在向 ICSID 提交仲裁申请之日，其注册办事处位于立陶宛，申请人也是《华盛顿公约》第 25（2）（b）条规定的“在双方同意将争端提交调解或仲裁之日具有争端当事国以外的缔约国国籍的法人”。因此，仲裁庭认为其具有《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》项下的属人管辖权。

其二，仲裁庭对被申请人初步反对意见的分析。

关于调解是否为提请仲裁的先决条件，仲裁庭在考虑双方的意见后，认为董事会会议纪要的决定应理解为出于调解目的，拉脱维亚政府须接受申请人提出的提议。仲裁庭认为，董事会会议纪要不足以证明调解是仲裁的先决条件，调解也与管辖权要求并不相关。同时，仲裁庭不同意拉脱维亚对会议纪要的解读，认为申请人从未无条件地接受该国通过调解解决争端的建议。因此，仲裁庭驳回了被申请人主张调解为仲裁的先决条件的初步反对意见。另外，关于欧洲复兴开发银行作为股东的批准是否为提请仲裁的先决条件，仲裁庭认为，申请人的董事会会议纪要在“评注”（Commentary）之后列出的执行部分，仅表明董事会在通过仲裁决定后将采取的行动。董事会会议纪要不足以证明欧洲

③ *Id*, at para.480.

④ *Id*, at para.483.

⑤ *Id*.

复兴开发银行的批准是仲裁的先决条件，提起仲裁无需获得股东的同意。

其三，仲裁庭对属物管辖权的分析。

针对是否存在《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 1（1）条和第 7（1）条项下的“投资争端”，在审查了书面证据之后，仲裁庭认为申请人有在拉脱维亚进行投资的行为，具体体现在：E energija 拥有拉脱维亚 Latgales Enerģija 的股份和法定资本；[⑥] 申请人向 Latgales Enerģija 提供贷款，就 Rēzekne 市政当局和 Latgales Enerģija 的借款提供担保；申请人提供供热服务和运营管理的专门知识。因此，仲裁庭认为，仲裁庭具有《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》项下的属事管辖权。

针对被申请人基于禁反言原则提出的反对意见，仲裁庭认为，双方均援引了 Pope & Talbot 案的临时裁决，根据这一裁决，禁反言有三个要素：（1）事实陈述清楚无误；（2）必须是自愿的、无条件的和有授权的；（3）对陈述的信赖必须是善意的，这对信赖陈述的一方是不利的，对做出陈述的一方是有利的。仲裁庭已审查了双方在发出争议通知后的谈判信函，被申请人辩称申请人的“自愿和无条件行为”使被申请人产生合理信赖，但是仲裁庭认为申请人并没有任何相关行为或陈述，相反，申请人在双方最后一次谈判前明确提到了“潜在的国际仲裁”。故被申请人仅仅根据申请人在一段时间后才提请仲裁的事实主张申请人违反了禁反言原则，依据不足，被申请人也未能证明其依赖于申请人的所谓行为（投资索赔不会在谈判之后进行）。因此，仲裁庭认为，申请人的行为未违反禁反言原则。

针对被申请人基于消灭时效原则提出的反对意见，仲裁庭认为，《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 7 条和其他条款都没有规定申请人提起仲裁程序的时限，这意味着被申请人的反对是没有根据的。因此，应由申请人决定提起仲裁程序的时间。另外，仲裁庭认为只有在延误使一方处于不利地位时才适用消灭时效原则，而被申请人并没有因这四年的延误而处于不利地位。因此，仲裁庭认为，在本案中，由于《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》没有规定提请仲裁的时限，所以申请人自 2008 年 9 月 1 日向被申请人发出争议通知之日起至 2012 年 8 月 15 日提出仲裁申请之日止，不能适用消灭时效原则。

基于以上论证，本案仲裁庭认定仲裁庭有权根据《华盛顿公约》第 25 条和《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 7 条审理该国际投资争议，被申请人的“初步反对意见”被驳回。

（二）是否应中止仲裁程序

1. 被申请人主张

被申请人依据 Impregilo *v.* Argentina 案，认为在拉脱维亚国内法院作出最终裁决之前，投资仲裁程序应暂停或终止。被申请人认为申请人应当为 Latgales Enerģija 的行为

⑥ BIT 第 1 条第 1 款规定：“‘投资’一词系指一缔约方的投资者在另一缔约方领土内投资的每一项资产，要求投资是按照另一缔约方的法律和条例进行的，并应特别包括但不限于：a）动产和不动产以及任何其他财产权，如抵押权、留置权和质押权以及类似权利；b）公司股份、债券及其他权益；c）对已被用于创造经济价值的款项的债权，或对任何具有经济价值的业绩的债权；d）版权、工业产权（如专利、商标、工业设计和模型、商品名）、专有技术；e）国家当局授予的进行经济活动的任何权利，包括寻找、开采和开发自然资源的特许权。”

负责，申请人承认拉脱维亚法院在仲裁程序进行期间妥善处理了争议，且申请人一直在拉脱维亚法院积极地寻求程序上的救济。被申请人认为，仲裁庭不能审理与终止《长期协议》有关的所有事实和法律问题，因为申请人已在拉脱维亚法院和国际投资仲裁程序中提出了同样的问题。被申请人要求仲裁庭“在其酌处权下，以被申请人诉状中所列举的理由中止或终止仲裁程序”。

2. 申请人主张

申请人认为被申请人在拉脱维亚国内诉讼中所提出的抗辩与申请人在投资仲裁程序中提出的索赔请求是完全不同的。申请人在拉脱维亚的投资价值遭到不可挽回的破坏，目前正在审议的索赔请求是由《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》产生的。拉脱维亚国内诉讼的结果与国际投资仲裁无关。另外，拉脱维亚关于《长期协定》是否终止的决定不能改变申请人遭受的损失，也不能因此确定拉脱维亚是否履行了其在投资协定中的义务。国内诉讼的当事人和国际投资仲裁的当事人并不相同，申请人不是拉脱维亚国内诉讼的合同当事方，申请人在这些仲裁程序中的索赔不是基于违反合同提出的索赔，因此仲裁庭没有理由因为拉脱维亚的国内诉讼而中止仲裁程序。

3. 仲裁庭裁决

仲裁庭拒绝了被申请人提出的中止或终止仲裁程序的申请。仲裁庭认为，第一，拉脱维亚诉讼的当事方（原告 Rēzeknes Siltumtīkli 和被告 Latgales Enerģija）与仲裁程序的当事方（申请人 E ergyja 和被申请人拉脱维亚）不同；第二，提请仲裁的争议与拉脱维亚国内诉讼中的争议不同，被申请人根据《长期协议》提出中止仲裁程序的申请，而《长期协议》与《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》所规定的投资保护标准无关；第三，合同索赔和条约索赔之间的重叠不足以支持中止或终结仲裁程序；第四，由于拉脱维亚国内诉讼是由被申请人提起的，因此，被申请人“关于申请人一直在拉脱维亚法院积极寻求程序救济”的主张是没有根据的。综上，仲裁庭驳回了被申请人提出的中止或终结仲裁程序的请求。

（三）被申请人的行为是否违反公平公正待遇条款

1. 申请人主张

申请人认为公平公正待遇条款的要求表现为四个方面：一是要有透明和一致的国家行为，以促进稳定的法律环境，保护投资者的合法期望；二是保证投资者免于被干扰；三是程序正当与公正；四是善意的管制行为。申请人援引 Mondev *v.* United States of America 案以及 Waste Management *v.* United Mexican States 案，[⑦] 主张公平公正待遇标准的确切范围应当由仲裁庭决定。申请人认为，Rēzeknes 市政府、监管机构 Rēzeknes Siltumtīkli 和 Rēzeknes Enerģija 的各种行为均构成了对公平公正待遇标准的违反。依据 El Paso *v.* Argentina 案，申请人主张仲裁庭不仅应审查个别行为，还应审查若干不同

⑦ *Supra* note 1, at para.664.

行为的累积影响，以评估该国行为措施是否符合公平公正待遇标准。其一，申请人主张被申请人违反了 14 项合理期待。[⑧] 其二，申请人进一步辩称，被申请人针对申请人的投资采取了许多“干扰行为”。例如，Rēzeknes 市政当局未及时批准 Latgales Enerģija 提出的加快供热发展计划，且由于计划未被采用，监管机构 Rēzeknes Siltumtīkli 在 2006 年和 2007 年拒绝了 Latgales Enerģija 提出的新的供热费标准申请。其三，关于程序正当和公正，申请人主张被申请人存在 5 项违反程序正当与公正要求的行为，例如 Latgales Enerģija 在许可证被吊销之前没有获得救济的时间。其四，关于善意，申请人认为从 Vjakse 先生就任 Rēzeknes 市市长起，Rēzeknes 市就以能源危机作为理由迫使 Latgales Enerģija 放弃部分或全部供暖系统，该行为充满恶意。

2. 被申请人主张

被申请人提出，其对申请人投资的处理不构成违反投资协定的行为。被申请人认为，根据拉脱维亚《市政法》第 15（3）条和《公共行政法》第 40、41 条的规定，被申请人已将制订供热发展计划这一职责委托给 Latgales Enerģija，况且未批准发展计划并没有违反投资者的合理期待，因为东道国并没有承诺在没有发展计划的情况下将批准新收费标准的时间无限延期。同时，被申请人提出，申请人作为理性和谨慎的投资企业，应该在进行投资之前，考虑在拉脱维亚等国家提供区域供热服务的典型风险，应该预见天然气供应成本的急剧增加，并且应该在这种情况下采取必要的预防措施，以“避免有争议的问题”，例如在进入“特许安排”领域之前要求市政府就开发计划提供保证等。另外，被申请人认为其不存在明显或明确的无视事实或法律且违反投资协定的行为，更不存在任何损害申请人的意图。

3. 仲裁庭裁决

仲裁庭对申请人的索赔请求逐一进行了审查，认为被申请人在两个方面违反了《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 3（1）条规定的公平公正待遇保护标准。其一，关于 Rēzekne 市政当局延迟制定和批准市供热发展计划的索赔请求。仲裁庭认为根据 2006 年 2 月协定第 1.2 条，Rēzekne 市政府有责任为 Rēzekne 市制订和批准供热发展计划，Latgales Enerģija 有责任与其合作并提供所需信息，以便完成供热发展计划。仲裁庭查明，Rēzekne 市议会没有将制订 Rēzekne 市供热发展计划的任务委托给 Latgales Enerģija。另外，自 2006 年以来，Rézekne 市议会在制定该市供热发展计划方面没有采取任何行动，并以该市没有经批准的供热发展计划为由拒绝批准 Latgales Enerģija 提出的新供热费标准。因此，仲裁庭认为，在上述情况下，被申请人是基于偏见而不是事实做出的行为，违反了公平公正待遇条款。其二，关于申请人提出的市政府在 2007 年吸引新的经营者的索赔。仲裁庭认为，虽然市政当局注册成立了可再生能源公司 Rēzeknes Enerģija 并向其提供了 400 万卢布的资本的行为本身并不违反《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 3（1）条，

⑧ *Supra* note 1, at para.675.

但在 2007 年 10 月 9 日，市政当局宣布了能源危机，在已知 Latgales Enerģija 银行账户因拉脱维亚法院的诉讼程序而被冻结的情况下，仍责令 Latgales Enerģija 在 24 小时内提供供暖服务。因此，仲裁庭在综合考虑市政当局的各项行为后，认定市政当局的行为是有偏见和恶意的。⑨ 由于市政当局以及监管机构的行为都归因于被申请人，⑩ 因此被申请人违反了《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 3（1）条规定的公平公正待遇条款。

（四）吊销许可证是否为非法征收

1. 申请人主张

被申请人通过吊销申请人的许可证以及强行收回其资产并终止双方《长期协议》的方式，对 Latgales Enerģija 实施了一年的制裁。申请人认为，在吊销许可证前，被申请人应该发出警告，给予 Latgales Enerģija 纠正其违法行为的时间和机会。但监管机构在发出警告后就立即吊销了其许可证，这违反了正当程序的要求。申请人认为被申请人的行为构成非法征收。另外，申请人列出了被申请人通过一系列作为和不作为行为“逐步征收”其投资，这些作为和不作为摧毁了 Latgales Enerģija 的业务，影响了申请人在 Latgales Enerģija 的股份价值。⑪ 申请人提出被申请人出于政治动机制造能源危机，意图将盈利的企业置于市政当局控制之下，导致 Latgales Enerģija 的资产遭到破坏。这些具有“累积效应”的作为和不作为未经任何正当的法律程序，并且被申请人也从未支付任何赔偿。因此，被申请人的行为构成间接征收。

2. 被申请人主张

被申请人抗辩称，根据拉脱维亚法律，市政当局有权进行监管。监管机构在 2007 年 10 月 4 日发出警告、2007 年 10 月 11 日吊销许可证、2008 年 6 月 3 日撤销牌照期间，陆续向 Latgales Enerģija 发出违反许可条件的通知。因此，监管机构撤销许可证是对 Latgales Enerģija 一再未能遵守许可证条件的最终制裁，其中最重要的是申请人未能提供高质量的不间断供暖服务，以及 Latgales Enerģija 拒绝支付天然气的全部费用。因此，被申请人的这些措施不构成《立陶宛 - 拉脱维亚 BIT》第 4（1）条规定的非法征收。

3. 仲裁庭裁决

在仲裁庭看来，被申请人作出的吊销许可证的行为不等于征收。仲裁庭认为，只有在“符合本国法律”的前提下，东道国才会颁发许可证。由于 Latgales Enerģija 自 2007 年 6 月以来没有按时支付天然气费用，违反了被申请人的国内法，因此被申请人有权吊销其许可证，吊销许可证的行为并不违反《拉脱维亚 - 立陶宛 BIT》第 4（1）条规定的征收条款。

⑨ *Supra* note 1, at para.973.

⑩ *Supra* note 1, at paras.801,811.

⑪ *Supra* note 1, at para.659.

三、简要评析

公平公正待遇条款一直是国际投资协定中的标准内容，其目的是填补其他标准可能存在的漏洞，以达到投资协定规定的投资者保护标准，体现了东道国为吸引外国投资而营造友好投资环境的愿望。然而，由于文本的高度概括性和条约语言的差异化，其逐渐成为国际投资争端中被援引最多和最具争议性的条款。⑫ 在大多数情况下，仲裁庭是从单个行为的角度审查东道国的行为是否违反了公平公正待遇条款，但在本案中，仲裁申请人援引 El Paso *v*. Argentina 案，要求仲裁庭不仅审查东道国的个别行为，还应审查若干不同行为的累积影响，以评估该国是否遵守了公平公正待遇标准，这就引起累积行为是否构成违反公平公正待遇条款的讨论。

（一）累积行为的概念和发展

累积行为起源于《国家对国际不法行为的责任条款（草案）》第 15 条中规定的“综合行为”，其规定一国实施的一系列作为或不作为行为累积起来违反了国际义务。在国际投资仲裁实践中，关注累积行为意味着仲裁庭需要审视东道国作出的一系列行为的总体影响。尽管东道国的单一措施可能不违反公平公正待遇的要求，但多个单一行为聚集起来的累积效应可能就违反了公平公正待遇条款。⑬

从投资协定文本内容来看，一些协定在公平公正待遇条款的文本中引入了“单个和一系列措施”的表述。例如，《欧盟—加拿大综合经济与贸易协定》（以下简称 CETA）投资保护章第 8 条规定：“当事人一方采取的单个措施或者一系列措施构成以下几项就违反了公平与公正待遇：（1）在刑事、民事或行政诉讼中拒绝司法；（2）违反正当程序，包括违反透明度要求；（3）任意性；（4）基于性别、种族或宗教信仰等明显不正当理由的歧视；（5）胁迫和骚扰；（6）违反缔约方根据本条第 3 款通过的公平公正待遇义务的任何其他要素。”这表明在投资协定中开始明示累积行为对认定公平公正待遇的影响。

从仲裁实践来看，累积行为也逐渐引起广泛讨论。在 Walter Bau *v*. Thailand 案中，累积行为违反公平公正待遇的表述首次出现，仲裁庭类比“逐步征收”行为，综合考虑东道国采取的一系列行为或措施所造成的投资者合理期待利益的损失，认为其违反了公平公正待遇条款。⑭ 在 El Paso *v*. Argentina 案中，仲裁庭提出了“逐步违反公平公正待遇”（creeping violation of the FET standard）的概念，仲裁庭认为从单一行为来看，这些措施可能被认为是处理困难经济形势的合理应对，但将一系列措施综合考虑时，可以发现这

⑫ ［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 12 月版，第 135 页。

⑬ 仲裁实践中，与累积行为相类似的是“逐步征收”。UNCTAD 描述“逐步征收”为“对一个外国投资者的一个或多个所有权权利的缓慢且逐步增加的侵占并最终导致了其投资的价值的减少”。累积行为与“逐步征收”的共同特征是二者均不是通过单一行为完成的，而是由许多行为要素聚集而产生的结果。

⑭ Walter Bau *v*. Thailand, UNCITRAL, Award, 2009, paras.12, 43.

些措施聚合起来便会导致违反公平公正待遇的结果。因此，累积行为违反公平公正待遇可以被描述为一个扩张的过程，不仅要考虑单一行为，还要对一系列行为带来的综合、累积影响进行审视。[15] 在 Stati *v*. Kazakhstan 案中，仲裁庭提出，评估违反公平公正待遇的要素需要依据东道国所采取的措施在一段时间内的发展状况，需要以长远的眼光评估这些措施带来的预期影响。此后，在 OAO Tatneft *v*. Ukraine、Flemingo Duty Free *v*. Poland 和 Blusun v. Italy 等案件中，仲裁庭均认可了当东道国的一系列措施累积起来构成专断、不合理的措施效果时就违反了公平公正待遇条款。

综上所述，在评估公平公正待遇标准时，不仅要考虑单个行为的影响，还需要从总体上对东道国的措施进行综合地、整体地、累积性地考量，即东道国对法律或商业框架的修改措施累积起来超过某个阈值时，就应当被视为违反公平公正待遇标准。[16] 另外，一些新一代国际投资协定引入了累积行为的表述，使得公平公正待遇的认定标准更加复杂，使得维护投资者权益和保障东道国规制权之间的平衡问题更加严峻。

（二）累积行为可能产生的负面影响

第一，累积行为违反公平公正待遇可能进一步加剧仲裁裁决的分歧。尽管认定累积行为违反公平公正待遇对进一步维护投资者的合法权益具有重要意义，但由于协定文本的抽象性和仲裁实践缺乏统一的认定标准，仲裁庭对累积行为的概念、行为发生区间、东道国主观意图等因素具有较大的自由裁量权，加上仲裁实践原本就对公平公正待遇的标准秉持多种立场，将会进一步加剧公平公正待遇标准认定的模糊性，导致仲裁裁决前后不一致的结果。[17]

第二，参照累积行为会使公平公正待遇的内涵更加复杂和模糊。国际投资仲裁实践中，仲裁庭采取的条约解释方法并不具有统一性和规范性。尽管《维也纳条约法公约》（以下简称 VCLT）规定了条约解释规则，但实践中并没有解决条约的解释问题，无论是当事人还是仲裁庭都可以依据不同的标准灵活解释规则。[18] 例如，在首次提出累积行为违反公平公正待遇的 Walter Bau *v*. Thailand 案中，仲裁庭并没有采用综合文本解释和目的解释的方法，而是参照先例中与累积行为具有相似性的“逐步征收”概念进行类比推理。而在 Blusun *v*. Italy 和 El Paso *v*. Argentina 案中，仲裁庭均是简单认可了累积行为这一概念，并没有对认定过程进行解释。因此，仲裁庭并没有采用系统的解释方法，也没有探究缔约国的真实意愿，而是依赖已有的仲裁案例及学者的学说。[19] 解释标准的不一致

---

⑮ El Paso Energy International Company *v*. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para.518.

⑯ Vesel Scott, *A 'Creeping' Violation of the Fair and Equitable Treatment Standard?*, Arbitration International, 2014, Vol.30:3, p.553.

⑰ 张庆麟：《论晚近南北国家在国际投资法重大议题上的不同进路》，载《现代法学》2020 年第 3 期，第 132 页。

⑱ 刘笋：《仲裁庭的条约解释权及“维也纳条约法公约”的引导与制约》，载《华南师范大学学报》2021 年第 1 期，第 10 页。

⑲ Ole Kristian Fauchad, *The Legal reasoning of ICSID Tribunals-An Empirical Analysis*, European Journal of International Law, 2008, Vol.19:2, p.356.

会使公平公正待遇的界定标准更加复杂，导致仲裁裁决缺乏可预见性。

第三，参照累积行为标准会进一步扩大仲裁庭的自由裁量权。如前所述，公平公正待遇条款的文本不存在唯一固定的版本，条约语言具有的差异性和多样化使得条约内容本身具有模糊性。这就导致仲裁庭在解释公平公正待遇时可以自行决定采用不同的标准。例如，对合理期待的解释，有的仲裁庭以整个投资期间监管框架不变为参考标准，有的以投资回报率为参考标准，还有的以固定收益为参考标准，仲裁庭进行条约解释的自由发挥空间更大。另一方面，累积行为的概念、行为发生区间等也没有具体的参照标准，仲裁实践中，仲裁庭也更多地依赖自身的价值判断，进一步放大了仲裁庭的自由裁量解释权。

（三）累积行为的适用

目前，适用累积行为认定违反公平公正待遇条款主要是从量变引起质变的层面来看，特指单个行为的聚集超过某个阈值就发生违反效果。尽管累积行为能更好地维护投资者权益，但其也使原本就含义宽泛的公平公正待遇条款在适用中产生更多的不确定性。为了更明确地适用累积行为，可以从完善文本细节规定、改善条约解释以及引入比例原则三个方面来解决现在的问题。

首先，在新谈判或签订的投资协定中，明确公平公正待遇的具体内涵。一方面，可以采取封闭式列举方式明确公平公正待遇条款的具体内容和认定标准，能够在很大程度上减少仲裁庭在适用、解释公平公正待遇标准时面临的宽泛性和不可预测性问题。[⑳] 同时，可以增加兜底条款，允许缔约国通过嗣后补充协议对存在争议的条款进行解释，这样能在明确条约内容的同时，确保协定不会落伍。另一方面，还可以参照 CETA 中有关“单个和一系列措施”的表述，明确表明可以从整体上审查东道国行为，赋予累积行为确定性，避免仲裁庭过度自由裁量。

其次，规范仲裁庭对公平公正待遇条款和累积行为概念的解释。仲裁庭应严格按照 VCLT 规定的条约解释方法对投资协定进行解释，除了对文本的字面含义进行解释外，还要结合条约目的、上下文、缔约国意图等因素对协定进行善意解释，避免直接援引先例裁决结果却不进行说理的情况。仲裁庭应该尽可能地将协定和东道国的措施结合起来，从总体视角上考虑缔结协定的目的，探究缔约国在累积行为方面的立场，以确保解释结论的合理性。

最后，参照比例原则对公平公正待遇的各要素进行平衡，确保仲裁裁决的一致性。[㉑] 累积行为是否违反公平公正待遇的关键在于东道国采取的一系列改变法律及商业框架的行为聚集起来是否超过阈值以影响投资者的合理期待，这与“逐步征收”具有异曲同

⑳ 王彦志：《国际投资法上公平与公正待遇条款改革的列举式清单进路》，载《当代法学》2015 年第 6 期，第 10 页。

㉑ Jürgen Kurtz, On the Evolution and Slow Convergence of International Trade and Investment Law, Cambridge University Press, 2014, p.123.

工之效。因此,有学者建议适用比例原则为公平公正待遇提供结构性的审查标准。[㉒] 结合比例原则的要素,其在涉及公平公正待遇条款的仲裁案件中的适用包括以下几个方面。第一,对合法目标的审查。大多数仲裁庭支持东道国对涉及环境、健康等公共利益的考量。例如,在 Philip Morris *v.* Uruguay 案中,仲裁庭认为东道国所采取的烟草措施涉及公共健康问题,作出措施的依据是烟草对人体健康有害的共识,最终裁定乌拉圭的措施并没有违反公平公正待遇条款。第二,适当性原则的审查,即东道国为了维护公共利益或其他政策目的而对投资者的权利进行一定约束,如果东道国的措施可以实现这些既定目标,该措施就有可能被认为是正当的。例如,在 Glamis *v.* America 案中,仲裁庭认为加利福尼亚州为保护原住民宗教和文化遗址,延迟批准采矿项目的措施在一定程度上解决了文化和环境问题,可以实现既定目标,应被认定是正当的。第三,必要性审查,是指东道国是否选择了对投资者产生较小影响的政策措施,即是否存在影响更小的替代性措施,必要性审查包括程序性审查和实质性审查。从程序性审查来看,只要东道国考虑了替代措施,而替代措施无法确定或根本不可能实现,则认为符合必要性标准。例如,在 S.D. Myers *v.* Canada 一案中,仲裁庭通过对比替代措施和实际措施,认为替代措施对投资者的影响更小,由此裁决东道国违反公平公正待遇条款。从实质性审查来看,要求替代措施与东道国实际作出的措施具有同等效力。例如,在 Pope & Talbot *v.* Canada 案中,仲裁庭首次采用同等效力原则,在分析对出口木材征税的举措是否违反公平与公正待遇条款时,仲裁庭认为替代措施并不能实现政府最初的目标,裁定不存在与实际措施同等有效的替代措施。第四,狭义的比例原则,要求仲裁庭对损害结果和公共政策目标进行平衡,只有二者不成比例时才违反公平公正待遇条款。例如,在 Saluka *v.* Czech 一案中,仲裁庭认为东道国采取的措施须“明显”违反稳定性原则或“明显”不合理时才会违反公平公正待遇条款。因此,适用比例原则能让仲裁庭在法律程序的框架内确定公平公正待遇的内涵,可以为仲裁庭的论证提供理论依据,使仲裁裁决更为清晰和更具说服力,从而增强仲裁裁决的一致性和公信力。同时,比例原则能帮助仲裁庭平衡投资者权益维护和东道国公共利益保护之间的关系,有助于将环境、劳工、气候变化等非投资议题纳入投资仲裁审查范围,协调国际投资法体系和其他国际法体系之间的关系。

四、结 语

公平公正待遇条款是国际投资争端中被援引最多的标准,多数索赔成功的案件也皆以东道国违反公平公正待遇条款为依据和基础。本案以累积行为会违反公平公正待遇条款为切入点,讨论了拉脱维亚一系列的作为和不作为措施是否构成累积行为,是否违反了投资者的合理期待。累积行为将审视公平公正待遇条款的视角从单一行为扩张至

㉒ 秦晓静:《论比例原则在公平公正待遇有关仲裁案件中的适用》,载《东方法学》2021 年第 2 期,第 189 页。

一系列行为的累积，在一定程度上反映了国际投资仲裁的“亲投资”倾向。在国家主权“回归”的背景下，如何平衡东道国管制权和投资者权益之间的关系将是持久讨论的话题，这就要求明确累积行为的内涵和外延，赋予公平公正待遇条款新含义。

Abstract: By analyzing the facts, the main legal issues and the award of UAB E energija *v*. Latvia, this paper first explores the elements and development of creeping violation of the fair and equitable treatment standard, and analyzes the negative effects of creeping acts on arbitration practice. In the background of arbitration practice, this paper puts forward in the end how to better regulate creeping acts and clarify the fair and equitable treatment from three aspects: perfecting the text details, improving the treaty interpretation, and introducing the principle of proportionality.

Keywords: creeping acts; fair and equitable treatment; proportionate principle

（责任编辑：郭菲菲　外审专家：肖　军）

德列维诉秘鲁共和国仲裁案评析

中国贸促会法律部编　本篇作者 马燕飞*

内容提要　德列维诉秘鲁共和国仲裁案是法国投资者德列维女士援引《法国 - 秘鲁双边投资条约》（APPRI）向国际投资争端解决中心（ICSID）提起的国际投资仲裁案件。该案历时三年多，裁决于 2014 年作出，仲裁庭多数意见裁决驳回投资者德列维女士的仲裁请求，认定秘鲁金融监管机构的行为没有违反公平与公正待遇原则、国民待遇原则以及充分的保护和安全条款。本案的裁决不是一致性裁决，申请人指定的仲裁员 Morales 教授提出了不同意见，认为秘鲁国家机关的行为导致了银行 BNM 的解散，违反了投资条约的规定。仲裁庭多数意见则认为，虽然 BNM 受到了秘鲁经济危机的影响，但其股东和管理层对此可以预见，并且由于管理层存在决策失误和不当行为等，导致 BNM 资不抵债，而秘鲁金融监管机构有责任对其进行干预并解散 BNM，因而秘鲁不需要为此承担责任。本文在梳理案件背景的基础上，对主要法律争议进行了分析，包括仲裁庭的管辖权、公平与公正待遇原则、国民待遇原则以及充分的保护和安全条款等。最后，针对本案中涉及的拒绝司法问题和仲裁员 Morales 教授提出的少数意见进行了评析。

关键词　国际投资仲裁；管辖权；公平与公正待遇；拒绝司法

德列维诉秘鲁共和国仲裁案是法国投资者 Renée Rose Levy de Levi 女士（以下简称申请人或德列维女士）援引《法国 - 秘鲁双边投资条约》（以下简称 APPRI）向国际投资争端解决中心（以下简称 ICSID）提起的国际投资仲裁案件。本案争端源于申请人间接控股的银行的破产清算事件，申请人认为秘鲁金融监管机构的行为导致了银行的倒闭，违反了 APPRI 项下的义务。仲裁庭经审理，最终以多数意见驳回了申请人的主张，但申请人指定的仲裁员 Morales 教授提出了不同意见。本案争议主要涉及仲裁庭的管辖权、公平与公正待遇原则、国民待遇原则以及充分的保护和安全条款等。以下将对该案的案件背景进行梳理，重点分析本案涉及的主要法律争议，并针对仲裁员的少数意见进行简要评析。

* 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。本文由西安交通大学法学院博士研究生马燕飞编写。

一、案件事实

（一）投资事实

新世界银行（Banco Nuevo Mundo，以下简称 BNM）是一家于 1992 年 1 月 31 日在秘鲁注册成立的银行。根据 1992 年 12 月 30 日第 1455-92 号决议，秘鲁银行、保险和养老基金监管机构（Superintendence of Banks, Insurance Companies and Private Pension Funds，以下简称 SBS）授权 BNM 于 1993 年 1 月 25 日起开展金融业务。Corporación XXI 公司和 Holding XXI 公司是 BNM 的海外投资公司，持有 BNM 的股份。2005 年 7 月 12 日，本案申请人的父亲 David Levy Pesso 先生将其持有的 Holding XXI 公司股份无偿转让给申请人，申请人从而获得了 BNM 的间接股权。

（二）被仲裁的行为

从 2000 年 7 月开始，秘鲁国有企业开始从 BNM 提取大量资金。2000 年 11 月 26 日，秘鲁经济财政部长与 SBS 主管以及除 BNM 以外的 10 家秘鲁银行负责人召开了紧急会议。会后，2000 年 11 月 27 日，秘鲁颁布第 108-2000 号紧急法令，制定了金融行业整合计划（以下简称 PCSF）。后经审计公司对 BNM 的估值，2001 年 10 月 18 日，SBS 通过第 775-2001 号决议，下令解散并清算 BNM。申请人认为，秘鲁的行为是对 BNM 的非法干预。具体如下：在颁布紧急法令之前，秘鲁未与 BNM 协商；没有向 BNM 提供可以缓解资金困难的援助贷款；未能平息有关 BNM 财务困难的谣言；相关机构对干预措施的处理不当，从而进一步给申请人造成了损失。[①] 基于以上原因，申请人根据 APPRI 向 ICSID 提交了仲裁请求。

（三）程序时间轴

- 2010 年 7 月 20 日，ICSID 秘书长登记了申请人的仲裁请求。
- 2010 年 9 月 9 日，申请人请求采取临时措施。
- 2010 年 9 月 23 日，申请人选定智利教授 Joaquín Morales Godoy 为仲裁员。
- 2010 年 10 月 1 日，被申请人选定比利时教授 Bernard Hanotiau 为仲裁员。
- 2011 年 1 月 11 日，ICSID 通知当事各方，行政理事会主席指定哥斯达黎加国民 Rodrigo Oreamuno 先生为首席仲裁员。
- 2011 年 3 月 21 日，关于申请人的临时措施请求的听证会在华盛顿特区举行。
- 2011 年 6 月 17 日，仲裁庭作出决定，驳回了申请人的临时措施申请。
- 2011 年 8 月 25 日，申请人就案情事项提交仲裁申请书；被申请人就管辖权问题提交答辩书。
- 2012 年 1 月 30 日，申请人就管辖权问题提交答辩书；被申请人就案情事项提交答辩书。

① Renée Rose Levy de Levi *v.* Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/10/17, Award, February 26, 2014, para.2.

- 2012 年 5 月 29 日，申请人就案情事项提交答复书。
- 2012 年 9 月 26 日，被申请人就案情事项再次提交答辩书。
- 2012 年 11 月 12 日至 20 日，仲裁庭在华盛顿特区举行有关管辖权和案情问题的听证会。
- 2013 年 12 月 20 日，仲裁庭根据《ICSID 仲裁规则》第 38 条第 1 款宣布仲裁程序结束。
- 2014 年 2 月 26 日，仲裁庭作出裁决。

（四）仲裁请求

1. 申请人的仲裁请求

（a）支持申请人的主张；

（b）裁定秘鲁共和国违反了公平与公正待遇、非歧视、国民待遇、充分的保护和安全以及禁止间接征收的标准；

（c）声明秘鲁共和国的国际责任，并裁决秘鲁共和国赔偿申请人 40.36 亿美元的损失，以及 29.53 亿美元的精神损害赔偿金；

（d）宣布秘鲁共和国应支付从裁决之日起至有效付款之日的 11.11% 的机会成本利率；

（e）裁决秘鲁共和国支付仲裁程序中产生的所有费用和支出，以及仲裁庭认为有关的应计利息和其他赔偿。[②]

2. 被申请人的仲裁请求

（a）以缺乏管辖权为由驳回申请人的请求，或在仲裁庭认定具有管辖权的情况下驳回其请求；

（b）以缺乏法律依据为由驳回申请人的请求；

（c）裁决申请人按照仲裁庭认为适当的数额支付秘鲁共和国精神损害赔偿；

（d）裁决申请人赔偿秘鲁共和国因此案支付的费用，包括律师费。[③]

（五）仲裁庭结论

（a）仲裁庭对本案争议具有管辖权；

（b）驳回申请人针对秘鲁共和国提出的书面和口头意见；

（c）驳回秘鲁共和国提出的精神损害赔偿请求；

（d）驳回申请人提出的精神损害赔偿请求；

（e）申请人应自行支付与本仲裁程序有关的费用、ICSID 费用和仲裁员费用。秘鲁共和国应自行承担其费用。[④]

② *Id*, at para.316.

③ *Id*, at para.317.

④ *Id*, at para.519.

二、主要法律争议

（一）仲裁庭对本案是否具有管辖权

1. 被申请人的主张

被申请人主张仲裁庭不具有管辖权。首先，申请人不是 APPRI 规定的受保护的合格投资者，因为她在争议事件发生近五年后才获得了 BNM 的间接股权。在秘鲁国家机构介入 BNM 时，申请人与 BNM 之间没有任何联系。其次，申请人获得的间接股权不符合 APPRI 规定的投资条件。SBS 于 2000 年 12 月 5 日介入 BNM 时已经认定其资金流动性不足、资不抵债，申请人 2005 年获得间接股权时 BNM 已经没有任何价值。再次，申请人持有的间接股权也不符合《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（以下简称《华盛顿公约》）规定的投资条件。因为其不具备以下基本要素，即申请人必须为投资提供资源，承担风险，参与一定期限的项目，并为东道国的经济发展作出贡献。最后，申请人有滥用程序的行为。其通过转让股份获得间接股权的目的是“制造对索赔的管辖权”，[⑤] 具体如下：

第一，秘鲁认为，2000 年 12 月 5 日 BNM 被介入时，申请人不是受保护的投资者。1997 年 1 月 27 日，David Levy Pesso 先生和儿子在巴哈马成立了 Corporación XXI 公司，该公司为 BNM 的控股公司。直到 2005 年 7 月 12 日，David Levy Pesso 先生才将股份无偿转让给申请人，又过了五年申请人才提起仲裁。因此，申请人不是 BNM 的投资者，也不是 APPRI 下受保护的投资者。

第二，申请人取得的间接股权不属于 APPRI 规定的受保护的投资。虽然 APPRI 没有界定“资产”一词，但一般认为它是有价值的东西。但 BNM 已经不具有任何价值。而且，申请人无偿获得 BNM 间接股权也说明了其当时不具有市场价值。因此，由于申请人的间接股权不属于受 APPRI 保护的资产，仲裁庭缺乏审理这一争议的权限。

第三，秘鲁根据 Salini 诉摩洛哥一案 [⑥] 指出，根据《华盛顿公约》第 25 条第 1 款进行的投资必须符合下列标准：投资者的实质性资源承诺；承担风险；持续一定期限；对东道国经济发展的贡献。申请人获得的 BNM 股权没有价值，因而申请人没有投入资源，没有承担风险，没有持有具有一定期限的项目，对秘鲁的经济发展也没有作出贡献。而且，秘鲁指出，投资者必须有进行投资和从事经济活动的目的和意图。在本案中，没有证据表明申请人有意开展相关经济活动。[⑦]

第四，申请人存在滥用程序的行为。善意原则在国际法中已得到承认，即如果申请人没有善意行事而以某种方式滥用《华盛顿公约》规定的程序，仲裁庭就没有管辖权。

---

⑤ *Id*, at para.118.

⑥ Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. *v.* Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 31, 2001, para.52.

⑦ *Supra* note 1, at para.122.

秘鲁强调，当申请人获得间接股权时，BNM 已没有价值，申请人没有也不可能计划恢复 BNM 的运营。申请人提起仲裁，实质上是在要求仲裁庭站在监管机构的立场上，对秘鲁在经济危机期间为稳定金融体系而颁布的法律法规以及根据这些法律法规采取的措施进行事后的审查和推测。秘鲁表示，SBS 为保护 BNM 储户的权益和银行体系的稳定，采取了必要措施防止公众恐慌，并且严格遵守秘鲁法律，相关措施也是法律授权的。因此，如果本案被仲裁庭受理，则意味着仲裁庭除了需要判断秘鲁监管机构是否按照秘鲁法律行事外，实质上还必须审查秘鲁的银行领域法律法规是否违反了投资条约，这将使得 ICSID 的管辖权范围扩大到投资争端之外。

2. 申请人的主张

申请人主张仲裁庭具有管辖权。由于 David Levy Pesso 先生的健康状况逐渐恶化，股份转让是一种善意的合法行为。申请人认为，判断仲裁庭是否具有管辖权应侧重于核实是否符合以下标准：投资受到损害时是否存在适格投资者，以及是否将依据 APPRI 提起 ICSID 仲裁的权利合法转让给第三方，并且应判断是否存在滥用程序的情况。⑧

首先，申请人主张，APPRI 和《华盛顿公约》没有要求仲裁申请人必须是初始投资者。投资权可以有效转让，提交仲裁请求的权利也可以一并转让。在不存在程序滥用的情况下，仲裁庭有权解决相关投资争议。⑨

其次，申请人并不认可被申请人提出的投资无价值的观点。申请人的索赔是基于投资价值的减损，被申请人的不当行为对 BNM 的价值造成了影响。而且无偿转让并不意味着投资没有价值，因为需要考虑本案的股份转让行为是发生在家庭内部。此外，BNM 成立和运作了 8 年之久，这证明了资金的提供、风险的承担、一定期限的项目都是存在的，而且对秘鲁的经济发展作出了贡献。⑩

再次，本案不存在恶意的程序滥用行为。申请人申明，David Levy Pesso 先生是法国国民，其可以通过双边投资条约将争议提请国际仲裁，不需要再通过恶意转让股份的行为获得仲裁管辖权。即在股份转让给申请人之前，向 ICSID 提起仲裁的权利已经存在。

最后，申请人只是请求仲裁庭确定秘鲁国家机关的行为是否违反了国际法和 APPRI 的原则和标准，对秘鲁的银行和金融法律法规的价值和有效性并没有提出异议。⑪

3. 仲裁庭的决定

首先，《华盛顿公约》和 APPRI 都不要求只有初始投资者才能援引 APPRI 来获得保护。仲裁庭认为，申请人具有法国国籍，受到 APPRI 的保护。仲裁庭指出，APPRI 第 1 条对投资概念的界定非常明确，即包括在缔约国一方领土内成立的公司中的股份，无论是少数股份还是间接股份。仲裁庭认为，股份可随时转让，转让时间的早晚对受让人的

⑧ *Id*, at para.129.

⑨ *Id*, at para.130.

⑩ *Id*, at para.519.

⑪ *Id*, at para.135.

权利不产生任何影响。⑫

其次，关于申请人在 BNM 的间接股权是否没有价值。仲裁庭认为，无偿获得股权并不意味着前权利人没有进行过投资，而且本案投资的所有权是通过完全合法的形式转让给申请人的。BNM 处于资不抵债的状态并不意味着之前所作的投资毫无价值。仲裁庭认为，BNM 是根据秘鲁法律成立运行的，SBS 也通过决议授权了 BNM 开展业务。此外，本案投资行为发生在 APPRI 生效之前，满足第 1 条的要求。⑬

再次，关于本案投资是否符合《华盛顿公约》规定的投资条件。仲裁庭认为，本案的初始投资符合被申请人所述的投资条件：提供了设立银行的资源；每项业务都有风险，这是银行业务的典型特征；投资有一定的期限；BNM 向公共和私有领域提供了各种服务，为秘鲁的经济发展作出了贡献。此外，BNM 是否是一项投资的问题显然与实体问题有关，不涉及本案的管辖权。⑭

最后，关于是否存在滥用程序的行为。仲裁庭完全同意被申请人提出的善意原则在国际法中的重要性，特别是在国际投资仲裁问题上的重要性。然而，被申请人并未证明申请人具有恶意，不能推定恶意是公认的原则，被申请人也没有证明 David Levy Pesso 先生将股权转让给申请人的目的是“制造管辖权”。首先，本案中的股份转让行为是发生在家庭成员之间的；其次，转让行为发生在 2005 年 7 月，而直到五年后，申请人才决定提交 ICSID 仲裁。所以，无法确定股权转让的目的是企图“制造管辖权”。⑮

此外，联合国国际法委员会《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》第 4 条第 1 款规定：“任何国家机关的行为，无论该机关行使立法、行政、司法或其他权力，均应视为该国在国际法下的国家行为，不论其在国家组织中具有何种地位，也不论其作为中央政府机关或一领土单位机关具有何种性质。”仲裁庭认为，SBS 属于秘鲁银行和保险监管机构并不妨碍仲裁庭分析和解决本案的争议，仲裁庭有责任分析秘鲁国家机关的行为是否违反了国际准则和 APPRI，仲裁庭不能取代国家机关，也不能转变为审查有关当局行为或决定的上诉机构，但申请人只是请求仲裁庭确定秘鲁特定国家机关的具体作为和不作为是否违反了国际法和 APPRI 的原则和标准。仲裁庭的结论是，其任务是确定秘鲁的行为是否违反了 APPRI，这属于本案实体审理阶段应处理的事项。⑯

基于上述理由，仲裁庭驳回了被申请人的管辖权异议。

（二）秘鲁的行为是否违反公平与公正待遇原则

1. 申请人的主张

申请人援引了 APPRI 第 3 条第 1 款，该条款规定：“各缔约国保证根据国际法原则，在其领土和海域内确保缔约另一方国民和公司的投资得到公平和公正的待遇，以使由此

⑫ *Id*, at para.146.
⑬ *Id*, at para.150.
⑭ *Id*, at para.151.
⑮ *Id*, at para.154.
⑯ *Id*, at para.162.

承认的权利的行使在事实上或法律上不受阻碍。”一国违反公平与公正待遇原则的行为包括作为和不作为。申请人列出了这项原则所包含的要素：a. 对投资者的合理期望没有任何影响；b. 保证行为透明和可预测；c. 司法稳定和防止滥用权力；d. 禁止涉及恶意、胁迫和骚扰的国家行为；e. 禁止法院和行政程序违反正当程序和辩护权。首先，在合理期望方面，应使投资者能够根据东道国提供的保证作出合理决定，并具有一个可预测的管理框架和一贯透明的行为。本案的合理期望源于 SBS 在 1992 年 12 月 30 日第 1455-92 号决议中授予 BNM 的运营权。BNM 及其股东一直本着善意行事，而他们的期望却以一种突然、不可预测和意想不到的方式受到了影响。其次，秘鲁的行为违反了司法稳定要求，包括：a. 通过 PCSF 强制实行合并；b. 现行法规的重大变化缺乏透明度；c. 损害债权人优先受偿权；d. 藐视法庭；e. 采取针对 BNM 的非法行动。此外，申请人指出秘鲁还采取了任意和歧视性的措施，对投资者及其投资进行了恶意胁迫和骚扰。最后，秘鲁未遵守正当程序规则，违反了公平与公正待遇原则。⑰

2. 被申请人的主张

被申请人认为，申请人对秘鲁违反公平与公正待遇原则的主张负有举证责任。公平与公正待遇原则包括不挫败投资者合理期望的义务，但只保护“外国投资者在进行投资时考虑到的基本期望”。⑱ 这些期望必须是合法、合理和客观的。申请人没有证明她或其他 BNM 股东在进行投资时是如何依赖于某项具体期望的。此外，申请人也未能证明秘鲁当局存在恶意行为，以及影响投资并违反公平与公正待遇原则的意图。

3. 仲裁庭的认定

仲裁庭同意，投资者的合理期望和公平与公正待遇原则有关。投资者在作出投资决定时，通常考虑的一个重要因素是该国法律制度的稳定性。仲裁庭认为，这种稳定性并不意味着冻结东道国的法律制度或使该国无法修订法律法规。仲裁庭经审查得出，BNM 的股东和管理人员对秘鲁的法律框架和制度完全了解，也知道秘鲁国内存在经济危机。因此，其可以预见秘鲁当局将按照秘鲁法律的规定采取措施维持金融体系的稳定，以及为此目的颁布紧急法令等。申请人未能提供证据证明秘鲁当局采取的措施不符合相称性、合理性和可预测性的最低要求。仲裁庭得出结论认为，秘鲁没有违反公平与公正待遇原则。⑲

（三）秘鲁的行为是否违反国民待遇原则

1. 申请人的主张

APPRI 第 4 条第 1 款规定了国民待遇原则，这一原则旨在为外国投资者及其投资提供与类似情况下本国投资者及其投资同等的保护。申请人将 BNM 与秘鲁银行 BCP 和 Banco Wiese 进行了比较，指出秘鲁政府在对这些银行破产传言问题的处理上体现了不

⑰ *Id*, at paras.167-183.

⑱ *Id*, at para.186.

⑲ *Id*, at para.391.

平等和歧视性。而且，秘鲁《银行法》第 20 条规定，被 SBS 介入的银行的股东、经理、董事等不再具有“组织者”资格，但这一规定并未适用于 PCSF 涉及的秘鲁国有企业，例如 Banco Latino 银行的董事在事后仍留任。此外，申请人指出，SBS 在经济危机期间给予 Banco Wiese 和 Banco Latino 更优惠的待遇，但 BNM 只能出售资产、解散和清算。而 BNM 与上述秘鲁银行履行的职能相同，提供相同的金融服务，也承担着相似的风险。⑳

2. 被申请人的主张

被申请人指出，BNM 与 BCP、Banco Wiese、Banco Latino 的情况并不类似。国民待遇原则的一个基本要素是差别待遇具有合理理由，如果差别待遇是建立在合理的政策基础上，则外国投资和国内投资将被视为不具备类似情况。与 BNM 最具可比性的银行是 NBK 银行，其最终也根据 PCSF 被收购，股东也失去了所有权。秘鲁还表示，Banco Wiese 是秘鲁第二大银行，Banco Latino 拥有非常庞大的个人存款网络，对秘鲁银行体系的安全非常重要。相反，截至 2000 年 11 月，BNM 只占金融系统贷款总额的 4% 和存款总额的 2%，而且主要存款人不是个人而是企业，它的倒闭不会破坏金融体系的稳定。㉑

3. 仲裁庭的认定

仲裁庭首先审查了 BNM 与另外几家秘鲁银行之间是否具有相似之处，然后确定是否存在更优惠的待遇。只有在情况相似的群体或类别之间才存在歧视。BNM 与其他秘鲁银行同属于银行业，共同由 SBS 监管，但由于金融部门对任何国家来说都是一个敏感领域，因此在该领域开展业务的各银行之间存在显著差异。仲裁庭认为 BNM 与 Banco Wiese、BCP、Banco Latino 的情况不同，不具有可比性。而且申请人在该问题上使用的对比标准非常笼统，仲裁庭无法确定 BNM 在秘鲁银行系统中的地位。因此，无法分析秘鲁政府给予这些银行的待遇是否与 BNM 的待遇不同。在没有充分证据的情况下，仲裁庭只能推测，如果存在不同的待遇，有其正当的理由。㉒ 鉴于上述原因，仲裁庭驳回了申请人关于秘鲁违反国民待遇原则的指控。

（四）秘鲁是否提供了充分的保护和安全

1. 申请人的主张

申请人主张，根据 APPRI 第 5 条第 1 款，被申请人未提供充分的保护和安全。充分的保护和安全并不限于人身安全，投资人无法利用公平的司法制度或政府机关藐视法庭裁决，就可能构成拒绝司法，从而违反充分的保护和安全义务。在本案中，SBS 藐视法庭的行为已得到证实。关于秘鲁的当地救济，SBS 的决议无法在行政层面进行申诉，申请人唯一的选择是诉诸法院诉讼，但这不是一个有效、充分和快速的解决办法：诉讼时间长、效率低，司法机构缺乏技术和专业知识，且侧重于形式问题，而不是案件的实质事项。㉓

---

⑳ *Id*, at para.216.

㉑ *Id*, at para.225.

㉒ *Id*, at para.401.

㉓ *Id*, at para.414.

2. 被申请人的主张

秘鲁表示，其为 BNM 股东提供了充分的保护和安全。申请人对国内诉讼的结果不满意，但没有提供证据证明这些程序效率低下、司法机构缺乏专业知识，也没有解释秘鲁如何未提供正当程序。秘鲁并不否认，在法律上，秘鲁尚不存在能够对 SBS 行为提起申诉的行政程序，但目前并没有普遍认可的国际规则要求一国必须对其行政行为进行行政审查。[24]

3. 仲裁庭的认定

仲裁庭同意申请人的论述，即充分的保护和安全不仅仅指人身安全，而已经演变为普遍的投资者权利。APPRI 第 5 条第 1 款规定了充分的保护和安全条款，其中规定："缔约一方的国民或公司的投资应在缔约另一方的领土和海域内享有广泛和充分的保护和安全。"仲裁庭经审查认定，SBS 不存在不遵守司法判决的情况。仲裁庭同意秘鲁的意见，认为一国没有义务对其国家机关的决定进行行政审查。[25] 因而，申请人并未证明秘鲁违反了充分的保护和安全条款。

三、法律评析

本案仲裁庭于 2014 年 2 月 26 日作出裁决，驳回了申请人的仲裁请求。随后，申请人请求撤销裁决。2014 年 9 月 24 日，特设委员会根据《ICSID 仲裁规则》第 44 条终止了撤销程序。本案的法律争议主要涉及仲裁庭的管辖权、公平与公正待遇、国民待遇以及充分的保护和安全义务等。其中，申请人指控秘鲁国内法院的行为构成了拒绝司法。此外，在本案中，申请人选定的仲裁员 Morales 教授提出了不同意见，认为仲裁庭多数意见对案件的事实认定和法律分析是不准确的。[26] 具体分析如下：

（一）关于拒绝司法

本案中，申请人主张秘鲁金融监管机构的行为导致了其间接持股的银行的倒闭，随即向秘鲁国内法院提起了诉讼。但申请人认为秘鲁国内法院办事效率低，不具备专业知识，而且只审查案件的形式问题，不能有效维护其合法权益。对于秘鲁金融监管机构 SBS 的非法决议，秘鲁没有可供申诉的行政渠道，从而构成了拒绝司法。

针对这一问题，仲裁庭经审查认为申请人没有提供充分的证据证明秘鲁国内法院的行为构成拒绝司法。仲裁庭指出，一国没有义务必须提供行政审查程序。

禁止拒绝司法作为习惯国际法中的一项基本原则，涉及外国人在东道国国内遭受的司法不公情形，包括法官的腐败、存有偏见、行动延迟或存在明显错误；行政部门干预国

---

[24] *Id*, at para.210.

[25] *Id*, at para.416.

[26] Renée Rose Levy de Levi *v*. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/10/17, Dissenting Opinion of Prof. Joaquín Morales Godoy, February 26, 2014, para.4.

内司法程序或不遵守判决；立法机关禁止向地方法院提起诉讼或给予地方当局过于广泛的豁免权，从而阻止外国人提出有效的索赔请求等。[27]

拒绝司法是国际投资仲裁中常见的争议之一。在投资条约实践中，只有少数条约明确使用了拒绝司法（denial of justice）一词，大多数双边投资条约和一些自由贸易协定（如《北美自由贸易协定》）都只规定了公平与公正待遇条款，该条款被解释为禁止拒绝司法，并允许投资者直接向仲裁机构提起仲裁，例如 ICSID。

关于拒绝司法的界定标准，常设国际法院（PCIJ）在 1927 年的判决中指出，对国内法的简单误用并不构成拒绝司法，在当事人提出拒绝司法指控的案件中，国际机构不能作为“上诉法院”来审查一国国内法院的判决。[28] 此外，只有存在严重或明显不公的情况才被视为构成拒绝司法。在根据《北美自由贸易协定》提起的 Mondev 公司诉美国案中，ICSID 仲裁庭指出，拒绝司法的判断标准应为依据现有事实可以认定相关国内裁决是明显不合理和不可信的，从而导致外国投资受到不公平和不公正的待遇。[29] 但是，拒绝司法的检验标准并不是某一特定裁决令人“震惊”，而是由于对法庭公正性的怀疑，进而导致对结果产生合理担忧。在该案中，仲裁庭认为相关行政行为故意无视正当法律程序，使人感到“震惊”，从而被认定为拒绝司法。此后，Loewen 公司诉美国案等都采用了该判定标准。[30]

（二）关于仲裁员的不同意见

提出不同意见的做法最早来源于英美法系，英美等国允许法官发表个人意见。而大陆法系由于实行合议制，通常不允许法官发表个人意见。在国际投资仲裁中，为了确保仲裁员享有自由表达意见的权利，通常允许仲裁员对裁决提出不同意见。《华盛顿公约》第 48 条第 4 款规定，仲裁庭的成员可以将其个人意见附在裁决上，无论其是否与多数人持不同意见。但在仲裁实践中，仲裁员提出不同意见的情况较为少见，特别是首席仲裁员，不同意见几乎都是由败诉方指定的仲裁员提出的。根据国际商会 2009—2011 年间的统计，一致裁决的数量占裁决总数的 83%，而存在不同意见的占 16%。[31]

本案中，申请人指定的仲裁员 Morales 教授提出了不同意见。

1. 关于事实认定

首先，申请人要求被申请人提供关于 BNM 商业投资的信息，以证明 BNM 资不抵债，但被申请人并未提供，仲裁庭也没有对此作出解释。同样地，被申请人也未能提供秘鲁

---

[27] Jarrod Hepburn, *The International Extension of Denial of Justice*, The Modern Law Review, 2022, Vol.85:6, pp.1357-1386.

[28] Carlo Focarelli, *Denial of Justice*, https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e775, last visited Jan.20, 2024.

[29] Mondev International Limited *v*. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, October 11, 2002, para.127.

[30] Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen *v*. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, June 26, 2003, paras.132-133; Waste Management, Inc. *v*. United Mexican States (“Number 2”), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, April 30, 2004, para.98.

[31] Christer Söderlund, *Dissenting Opinions and Why They Should Be Tolerated*, Arbitration Journal, https://journal.arbitration.ru/analytics/dissenting-opinions-and-why-they-should-be-tolerated/, last visited Mar.8, 2024.

中央储备银行（以下简称 BCR）给予其他银行的货币贴现的相关信息。因此，仲裁庭的多数裁决并未考虑《国际律师协会国际仲裁取证规则》第 9.5 条的规定。[32]

此外，仲裁庭对普华永道会计师事务所所作的关于 BNM 财务信息的审计报告，以及风险评级机构根据会计信息对 BNM 的流动性、偿付能力和管理指标的调查结果，都未进行审查，而这些信息可以证明 BNM 的实际偿付能力。[33]

第二，在国民待遇原则的分析中，仲裁庭对于确定 BNM 是否为“小银行”缺乏相应的技术标准，其不应根据 SBS 提供的市场份额、贷款组合以及客户分布等经济指标认定 BNM 与其他秘鲁银行不具有可比性。[34]

最后，BCR 以缺乏抵押为由拒绝向 BNM 提供临时贷款，但当时 BNM 提供了租赁资产担保。仲裁庭认定的 BNM 缺乏担保与事实不符。[35]

2. 关于投资者的合理期望。

SBS 第 1455-92 号决议授权 BNM 开展银行业务，从而创造了投资者对法律稳定性和投资回报的合理期望。申请人有理由期望秘鲁颁发相应的设立和运营银行的授权，并按照秘鲁法律的规定采取措施，维持金融系统的稳定。而秘鲁当局所采取的措施不符合相称性、合理性和可预测性的最低要求，也不符合投资者对秘鲁的法律稳定性的合理期望。具体如下：秘鲁国有企业不合理和歧视性地从 BNM 提取大量资金，加剧了 BNM 的资金流动性不足问题；秘鲁监管机构未采取措施维持金融体系的稳定，使得公众对 BNM 的偿付能力产生了担忧，造成了储户的恐慌；秘鲁出台的紧急法令挫败了申请人对法律稳定性的期望。因而，秘鲁的行为违反了公平与公正待遇原则。[36]

此外，并不是所有经济危机都可以减免国家的责任，秘鲁的经济危机并不严重。而且，秘鲁国家机构严重失职，没有对 BNM 提供应有的支持，造成了其资金流动性不足的问题。因此，秘鲁的作为和不作为构成了对 APPRI 的违反。[37]

针对以上问题，首先，在国际投资仲裁中，仲裁庭有权决定是否对相关行为、措施和证据材料等进行审查，甚至对于申请人的索赔请求，仲裁庭也可以根据案件实际情况不予审查。这是因为，一方面，国际仲裁庭不是一国的上诉法院，其并没有义务对东道国的决定进行实质性审查；另一方面，一国政府拥有出台决定、命令以及采取相应措施的权力，这属于主权范围内的事项，也是一国行使正当监管权的体现。长期以来，国际投资条约旨在保护外国投资者的利益，往往对东道国的国内监管权进行限制。随着国际投资的发展，越来越多的国家更加重视投资者利益保护与东道国监管权之间的平衡，国际投资仲裁庭也不再一味保护投资者，而是更加尊重东道国正当合理的监管权力。本案中，仲

[32] *Supra* note 26, at para.5.

[33] *Id*, at para.6.

[34] *Id*, at para.7.

[35] *Id*, at para.8.

[36] *Id*, at para.134.

[37] *Id*, at para.192.

裁庭多数意见认为，其不应对秘鲁国家机关的行为和决定进行事后审查和推测，BNM 的股东可以针对争议通过宪法和民事救济方式诉诸国内司法。

此外，投资者的合理期望作为公平与公正待遇的重要部分，其要求东道国保证本国立法和监管框架的稳定。但是，这并不意味着东道国要“冻结”立法，只有出现重大、歧视性或不合理的改变，才会挫败投资者的合理期望，从而违反公平与公正待遇义务。本案中，秘鲁受到经济危机的影响，出台紧急法案，对不具备偿付能力的 BNM 进行干预，并不属于歧视性或不合理的重大改变行为，不构成对投资者合理期望的违反。

四、结　语

本案是法国投资者向 ICSID 提起的国际投资仲裁案件。申请人德列维女士认为，秘鲁国家机关对其持有间接股权的银行 BNM 采取了非法措施，导致该银行被解散和清算，违反了 APPRI 规定的公平与公正待遇、国民待遇以及充分的保护和安全义务。争议产生于秘鲁于 2000 年实施的 PCSF，该计划旨在通过银行监管机构 SBS 的干预，实现银行业的重组，BNM 在该计划中被解散。

在本案中，仲裁庭一致同意对争议具有管辖权。在案件的实体问题上，仲裁庭多数意见认为，BNM 存在不当的管理和决策行为，违反了秘鲁的银行业法律法规，是导致该行最终被解散的根本原因。而秘鲁不存在不当行为，不需要承担条约责任。申请人选定的仲裁员提出不同意见，认为秘鲁国家机关采取的措施是导致 BNM 最终破产的原因，违反了投资条约规定的公平与公正待遇原则，仲裁庭应作出有利于申请人的裁决。此外，本案涉及拒绝司法的判定，这是一项常见的国际投资仲裁争议。本案中仲裁庭多数意见驳回了申请人的主张，认为秘鲁国内法院并未构成拒绝司法，也不能要求东道国必须设置行政审查程序。

在费用问题上，仲裁庭多数意见认为，由于申请人的仲裁请求全部被驳回，而且 BNM 的破产是其自身原因造成的，所以申请人应承担自己的全部费用以及 ICSID 的仲裁费用。而持不同意见的仲裁员 Morales 教授认为，申请人在管辖权问题上得到了支持，因而不应承担全部仲裁费用。

Abstract: *Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Peru* is an international investment arbitration case brought by a French investor, Renée Rose Levy de Levi (hereinafter referred to as Ms. de Levi or the Claimant), before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), invoking the France-Peru BIT (APPRI). After more than three years, the award of this case was rendered in 2014 and ruled against the investor’s request, finding that the Peruvian financial regulator had not acted in violation of the standard of fair and equitable treatment, national treatment, and full protection and security clauses.

The award in this case was not a unanimous one, and the Claimant-appointed arbitrator, Professor Morales, made a dissenting opinion, arguing that the actions of the Peruvian State organs had led to the dissolution of the bank, BNM, in contravention of the provisions of the investment treaty. The majority opinion of the tribunal held that although BNM was affected by the economic crisis in Peru, its shareholders and management could have foreseen it and that it was the responsibility of the Peruvian financial regulator to intervene and dissolve BNM due to, amongst other things, poor decision-making and misconduct on the part of the management, which led to its insolvency, and that Peru was not liable for this. Going through the background of the case, this paper analyses the main legal issues, including the jurisdiction of the arbitral tribunal, the fair and equitable treatment principle, the national treatment principle, and the full protection and security clause. Comments are also made on the denial of justice involved in the case and the objections raised by the arbitrator, Professor Morales, at the end.

Keywords: international investment arbitration; jurisdiction; fair and equitable treatment; denial of justice

（责任编辑：顾　涛　外审专家：肖　军）

评 Hochtief AG 诉阿根廷共和国案

中国贸促会法律部编　本篇作者 符亿鸿*

内容提要　Hochtief AG 诉阿根廷共和国案聚焦于国际投资条约中的最惠国待遇和公平公正待遇这两个重要条款，案件争议涉及管辖权与实体待遇问题。首先，仲裁庭对于最惠国待遇是否适用于争端解决程序性事项进行了分析，确定仲裁庭具有管辖权。其次，仲裁庭论证了违反公平公正待遇义务的要素，裁决东道国违反条约并给予赔偿。当前，中国兼具资本输出大国与资本输入大国的双重身份，针对我国如何更新国际投资条约的规定以及如何应对海外投资者提起的仲裁等问题，本案具有参考价值。

关键词　国际投资仲裁；管辖权；最惠国待遇；公平公正待遇

一、案件概要

（一）投资事实

本案申请人为 Hochtief Aktiengesellschaft（以下简称 Hochtief 或申请人），被申请人为阿根廷共和国（以下简称阿根廷或被申请人）。阿根廷需要建造、维护和运营一座长 608 米、有四个车道的斜拉桥，12 座小型桥梁和堤坝，以及一条收费公路。为此，阿根廷公布了特许权合同并进行招标。由 Hochtief 与 Impregilo S.p.A.、Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.I.、Benito Roggio e Hijos S.A. 和 Iglys S.A. 组成的集团（以下简称集团）中标并与阿根廷签订特许权合同。依据特许权合同第 5 条，集团于 1998 年 4 月 1 日在当地成立了 Puentes del Litoral S.A.（以下简称 PdL 或特许权公司），PdL 根据特许权合同履行职责。本案申请人 Hochtief 是 PdL 的最大股东，持有 26% 的股份。1998 年 9 月 14 日，PdL 签署了 Acta de Toma de Posesión，并接管了该项目场地，特许权期限为自取得占有之日起 25 年。在此期间，PdL 负责建设、运营和维护道路和桥梁，其权利与责任将在特许权结束时转移给阿根廷。①

* 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符亿鸿编写。

① Hochtief AG *v*. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on liability, 2014, paras.61-77.

（二）被诉行为

根据特许权合同的条款，该项目的资金来源为：（a）阿根廷将提供的补贴；（b）PdL 将提供的自有资本（股权）；（c）剩余款项将来自 PdL 的贷款。该项目的第一笔资金将由阿根廷通过补贴提供，一旦补贴资金用完，特许权公司应利用自有资金（包括第三方贷款）继续推进该项目。据申请人称，Hochtief 与其他股东按照特许权合同的要求，根据其持股比例向 PdL 出资。2000 年 7 月 31 日，PdL 与美洲开发银行（以下简称 IDB）签订了一项金额为 73,751,000 美元的贷款协议（以下简称 IDB 贷款）。然而，阿根廷没有及时履行支付补贴的法定义务和合同义务，导致项目贷款未发放。被申请人声称，由于特许权公司未能出示《确定与不可撤销的融资协议》（the Firm and Irrevocable Financing Agreements），被申请人暂时中止支付补贴，后于 2000 年 9 月恢复支付补贴。2000 年 10 月 20 日，PdL 和阿根廷签订了 Acta Acuerdo 协议，遵守该协议将使申请人获得第一笔 IDB 贷款。PdL 在收到 90% 的补贴后通知银行发放贷款，却被告知因存在多种问题而导致无法提款。被申请人称，未获得 IDB 贷款是因为申请人无法满足 IDB 贷款协议中规定的多项条件与要求，申请人未能获得贷款与补贴无关，并且实际上，该项目基本上是由阿根廷提供的资金（补贴）资助的。

2002 年 1 月 6 日，阿根廷为克服经济、金融等多重危机，通过了第 25561 号法律，即《公共紧急状态和改革汇率制度法》（以下简称《紧急状态法》或 25561 号法律）。《紧急状态法》废除了《可兑换法》的多项规定。随后，阿根廷又通过第 214/02 号法令，将《紧急状态法》颁布时所有以美元或其他外币计价的债务变更为以阿根廷比索计价。因此，PdL 在 25 年特许经营期内以美元确定的基本收费标准以及根据美国消费物价指数对收费标准进行通胀调整的合同权利被剥夺，合同保障的商业平衡被破坏。2002 年 2 月 28 日，IDB 终止贷款相关的谈判。申请人认为，正是阿根廷的措施导致 IDB 终止贷款问题的谈判。鉴于 IDB 贷款谈判的终止以及阿根廷未同意向 PdL 提供预付款以抵消新法的影响，PdL 暂停了该项目的建设。

2002 年 10 月 22 日，阿根廷经济部提出将为该项目提供所需资金（包括 PdL 公司原特许权合同权利被剥夺而应得的赔偿金），帮助其完成项目。道路基础设施基金拨款 51,648,352 阿根廷比索。2003 年 2 月 21 日，阿根廷经济部与 PdL 签署了“财政援助”贷款（以下简称 2 月 21 日协议或财政援助协议）。根据该协议第 3 条，PdL 同意从商业运营之日起至全额偿还经济援助为止，将其通行费征收权转让给 Fondo Fiduciario de Infraestructura Vial，以确保偿还经济援助金额，包括财务费用、扣除特许经营的运营和维护费用。PdL 收到第一笔资金后，于 2003 年 5 月 23 日继续开展项目建设。但阿根廷仅向 PdL 支付了 3,960 万美元便停止支付款项，原因是该项目的分包商向 PdL 提出了未付工程款的索赔请求。PdL 答复称，由于第三方资金的损失且阿根廷未能及时支付补贴，其无法向分包商付款。2003 年 6 月 30 日公共工程第 14 号决议（以下简称第 14 号决议）更改了 2 月 21 日协议的条款，致使 PdL 没有充足的资金来推进该项目或支付日常费用。

根据《紧急状态法》,阿根廷国会修改了相关法律规定,成立公共服务合同重新谈判和分析部门(以下简称 UNIREN)。2006 年 5 月 16 日,UNIREN 和 PdL 签署了第一份谅解书(Carta de Entendimiento)(以下简称 2006 年 5 月 CdE 或第一份谅解书),修改了 2 月 21 日协议的偿还条件,且该谅解书的有效性取决于 PdL 对分包商债务的偿还。UNIREN 于 2007 年 2 月 12 日发送了第二份 Carta de Entendimiento(以下简称 2007 年 2 月 CdE 或第二份谅解书)。作为重新谈判的先决条件,该谅解书要求 PdL 三分之二的股东放弃其根据国际投资法(包括双边投资条约)可以对阿根廷主张的权利,并需要就 PdL 股东对阿根廷提出的索赔向阿根廷作出赔偿。PdL 愿意接受阿根廷的提议,但鉴于 PdL 已提交启动破产程序的申请,2007 年 2 月 CdE 失效。2009 年 12 月,PdL 与阿根廷签署了第一份临时协议。该临时协议要求 PdL 三分之二的股东放弃其根据国际投资法(包括双边投资条约)可以对阿根廷主张的权利,但其中没有包含赔偿要求。因临时协议不断做出修改,PdL 于 2010 年 6 月 14 日、2011 年 10 月 13 日、2012 年 3 月 6 日分别同意并签署了第二份临时协议、第三份临时协议和第四份临时协议(以下简称 2012 年 3 月临时协议)。2012 年 3 月临时协议是根据 PdL 多数股东的决定签署的。申请人主张,股东协议对仲裁庭裁决 Hochtief 的条约索赔请求或认定 Hochtief 的损害赔偿数额没有影响。2012 年 3 月临时协议不影响 Hochtief 提起任何索赔,原因是被申请人未能执行 PdL 签订的所有临时协议,并且没有对特许权合同重新进行全面的谈判。

在此投资期间,Hochtief 根据德国政府对外直接投资联邦担保计划(1999 年 9 月 20 日第 GKE3947 号担保政策和 2001 年 9 月 6 日第 GKE4151 号担保政策)获得针对政治风险的赔偿,金额为 11,359,773.20 欧元,涉及 Hochtief 对 PdL 的出资。申请人获得赔偿的理由与申请仲裁的理由相同:阿根廷于 2002 年初根据《紧急状态法》采取的监管措施、未支付的 IDB 贷款、2003 年的财政援助。[②]

(三)程序时间轴

2007 年 11 月 7 日,国际投资争端解决中心(International Center for Settlement of Investment Disputes,以下简称 ICSID)收到申请人针对阿根廷提出的仲裁请求。

2008 年 2 月 19 日,申请人选择按照《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States)第 37(2)(b)条的规定将仲裁提交由三名仲裁员组成的仲裁庭。

2009 年 4 月 30 日,仲裁庭组成。

2009 年 6 月 19 日,仲裁庭通过电话会议与双方举行了有关程序事项的会议。双方确认仲裁庭已正确组成,并就若干程序事项达成一致。

2010 年 4 月 16 日,仲裁庭在华盛顿特区中心与双方举行了第一次会议。仲裁庭将确定双方进一步提交材料的时间安排。

② *Id*, at paras.61-147.

2010 年 4 月 29 日，申请人提交既要书（Memorial）。

2010 年 7 月 30 日，被申请人提出关于管辖权异议的既要书。

2010 年 10 月 15 日，申请人提交关于管辖权异议的答辩既要书（Counter-Memorial）。

2010 年 11 月 2 日，仲裁庭在考虑了双方的意见后，决定将管辖权异议作为初步问题处理。

2011 年 3 月 4 日至 5 日，关于管辖权的听证会在世界银行巴黎会议中心举行。

2011 年 10 月 24 日，仲裁庭发布了管辖权决定。仲裁庭以多数票驳回了被申请人关于 ICSID 没有管辖权、仲裁庭对此案没有管辖权的意见，认为 ICSID 与仲裁庭对本案具有管辖权，并将继续进行仲裁程序，对案件作出裁决，但对此，仲裁员 J. Christopher Thomas, Q.C. 先生持有不同意见。

2012 年 3 月 7 日，被申请人提交了关于案件事实的答辩既要书。

2012 年 6 月 5 日，申请人提交了关于案件事实的回复书（Reply）。

2012 年 9 月 3 日，被申请人就案件事实提交了反驳答辩书（Rejoinder）。

2012 年 9 月 19 日至 23 日，仲裁庭在国际商会就案件事实举行了听证会。

2012 年 10 月 22 日至 26 日，仲裁庭在世界银行巴黎会议中心就案件事实举行了听证会。

2013 年 9 月 30 日，双方提交了关于费用的意见。

2014 年 12 月 29 日，仲裁庭认定被申请人违反了《德国 - 阿根廷双边投资协定》（以下简称《德国 - 阿根廷 BIT》）第 2 条规定的给予投资者公平和公正待遇的义务。

2015 年 6 月 19 日，应仲裁庭的要求，各方提交了有关损害赔偿的意见书。

2015 年 8 月 10 日，按照仲裁庭设定的计划表，各方都提交了一份关于损害赔偿的答辩补充文件。

2016 年 11 月 16 日，各方提交了更新的费用报表。

2016 年 11 月 21 日，仲裁庭宣布仲裁程序结束。

（四）双方当事人主张

1. 申请人的主张

（1）申请人要求赔偿总额为 5,400 万美元的损失和相应的利息（采用 1 年期 T-Bill 利率）或其认可的替代方案：（a）1.03 亿美元（资本利率加权平均成本）；或（b）7,280 万美元（《德国 - 阿根廷 BIT》第 4（2）条所述商业利率）。

（2）申请人还要求赔偿预期损失，赔偿期限根据特许权合同中规定的截止日期进行计算。

2. 被申请人的主张

被申请人提出管辖权异议：（1）申请人未能满足《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条规定的要求，因此仲裁庭不具有管辖权。（2）Hochtief 试图提出强制执行他人权利的请求，但其不适格。

（五）仲裁庭的结论

1. 关于管辖权的决定

（1）驳回被申请人的意见，认为 ICSID 以及仲裁庭对此案有管辖权。

（2）后续就案情的争议、费用和收费问题作出裁决。

2. 关于责任的裁决

（1）申请人以 PdL 贷款人的身份提出的索赔不可受理。而被申请人对申请人索赔可予受理的其他反对意见均被驳回。

（2）被申请人违反了《德国 - 阿根廷 BIT》第 2 条规定的给予投资者公平公正待遇（FET）的义务，违法行为包括：（a）未能恢复和纠正第 25561 号法律破坏的商业平衡；（b）将 2003 年 6 月 30 日第 14 号决议中的“运行和维护费用”比索化。被申请人应对这些违约行为作出赔偿。

（3）申请人关于充分保护和安全（《德国 - 阿根廷 BIT》第 2（1）和 4（1）条）、征用（《德国 - 阿根廷 BIT》第 4（2）条）、任意和歧视性措施以及“遵守义务”或“保护伞条款”的索赔意见与基于公平公正待遇标准的索赔意见相似，仲裁庭关于公平公正待遇标准的决定已充分回应上述索赔请求。

（4）被申请人提出的关于本案中的违法行为可以因经济危机和习惯国际法下的“危急情形”而得到免责的观点被驳回。

（5）申请人以其在 PdL 占有的 26% 的股权份额分担被申请人对 PdL 造成的损害，仲裁庭以多数意见决定，此类损害应在本裁决作出之日进行评估。

（6）德国政府给予申请人的政治风险保险费用不应从被申请人应付给申请人的赔偿金额中扣除。

（7）由于仲裁庭无法根据双方提供的信息计算实际应支付的赔偿金额，双方应根据仲裁庭的裁决提交仲裁庭所需信息，并按裁决中认定的方式和时限计算赔偿金额。

（8）从应付款之日起算的应付给申请人款项的利息，以及从本裁决作出之日起至结清款项之日止根据本裁决应支付款项的利息，均应按有关时期美国短期国库券的利率计算，并按季度支付。

（9）被申请人应向申请人偿还 6,925,318.50 美元。

二、主要法律争议

（一）基于《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条[③]和最惠国待遇条款，仲裁庭是否具有管辖权？

1. 关于《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条的争议

申请人主张：

第 10 条第（2）款赋予各方诉诸法院的权利，但并未给任何一方强加义务。第 10 条第（3）款（a）项规定的 18 个月期限只有在事实上根据第 10 条第（2）款至法院提起诉讼的情况下才适用，该规定在没有诉至法院的情况下不适用。[④]

被申请人主张：

第 10 条第（2）款规定，缔约一方在任何情况下都必须将争端提交国内法院审理。"'应提交'表明这是一项命令"，因此当事方必须将争议提交国内法院。第 10 条第（3）款规定，除非（i）已根据第 10 条第（2）款向法院提起诉讼，并且（ii）自该诉讼起已过去 18 个月，否则无法满足第 10 条第（3）款（a）项的规定，并且不能单方面提起仲裁。[⑤]

仲裁庭认定：

没有任何一方根据第 10 条第（2）款提出将争端提交阿根廷法院的请求。第 10 条第（2）款没有规定将争端提交法院的义务，而第 10 条中也没有任何条款明确允许单方将争端不提交法院审理而直接提交仲裁。第 10 条中唯一明确允许不经事先诉讼而提请仲裁的条款是第 10 条第（3）款（b）项，该条款要求双方当事人同意。除非能找到一项额外的单方诉诸仲裁的默示权利，否则结果将是诉讼始终是一方当事人单方将争议提交仲裁的必要先决条件，但不是双方当事人同意提交仲裁的必要先决条件。[⑥] 虽然仲裁庭对此并不认可，但仲裁庭认为不必对这一点作出认定，也不以此为基础作出后续裁决。由于申请人根据《德国 - 阿根廷 BIT》第 3 条的最惠国待遇条款提出了另一个论点，这一论点是双方诉状的主要争议点，仲裁庭将据此作出裁决。因此，仲裁庭未对关于"18

---

③ Article 10: (1) Disputes concerning investments within the meaning of this Treaty between one of the Contracting Parties and a national or company of the other Contracting Party shall as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. (2) If a dispute within the meaning of paragraph 1 cannot be settled within six months from the date on which one of the parties concerned gave notice of the dispute, it shall, at the request of either party, be submitted to the competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made. (3) The dispute may be submitted to an international arbitral tribunal in any of the following circumstances: (a) At the request of one of the parties to the dispute where, after a period of 18 months has elapsed from the moment when the judicial process provided for by paragraph 2 of this article was initiated, no final decision has been given or where a decision has been made but the Parties are still in dispute; (b) Where both parties to the dispute have so agreed...

④ Hochtief AG *v*. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on jurisdiction, 2011, paras.34, 45.

⑤ *Id*, at paras.33, 45.

⑥ *Id*, at paras.35, 53.

个月诉讼期作为根据双边投资条约单方面诉诸仲裁的先决条件”的争议作出裁决。⑦

2. 关于最惠国待遇条款

申请人主张：

根据《德国 - 阿根廷 BIT》第 3 条的最惠国待遇条款，申请人援引 1991 年 8 月 2 日《阿根廷 - 智利双边投资协定》（以下简称《阿根廷 - 智利 BIT》）第 10 条中所谓的更优惠条款，即该 BIT 允许在争议提出六个月后单方面将争议提交仲裁。⑧

被申请人主张：

第 10 条、第 10（2）和 10（3）（a）款规定了 18 个月的强制性期限，在此期间，争议必须提交给东道国法院，此后申请人才有权将争议提交仲裁。第 10 条因此确立了仲裁庭管辖权所依赖的强制性条件，而申请人尚未满足该条件。⑨《德国 - 阿根廷 BIT》第 3 条中的最惠国待遇条款仅适用于双边投资协定项下的实体权利保护，不包括第 10 条中的争端解决条款。⑩

仲裁庭认定：

关于《德国 - 阿根廷 BIT》第 3 条中的最惠国待遇是否可以适用于争端解决条款，从而修改本 BIT 的第 10 条规定，仲裁庭认为，“投资的管理、利用、使用和享受”的措辞确实包括争端解决，应当将其作为投资管理的一个方面。事实上，强制执行另一项实体权利的程序权利也是“权利”的一部分。《德国 - 阿根廷 BIT》第 4（4）条明确规定，任一缔约方的国民或公司“在本条规定的事项上”有权享受最惠国待遇，《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条本身没有明确规定最惠国待遇，但这一事实并不影响适用最惠国待遇条款。此外，第 3 条第（3）款和第（4）款明确将某些事项排除在最惠国待遇条款的范围之外，但争端解决事项不在其中。⑪ 因此，仲裁庭认为，《德国 - 阿根廷 BIT》第 3 条中的最惠国待遇条款适用于第 10 条中的争端解决事项。

关于最惠国待遇和管辖范围。最惠国待遇条款不会在双边投资条约规定的原有权利之外额外赋予投资者任何权利。18 个月的仲裁前诉讼期要求应被视为投资者在行使仲裁权利时的待遇问题，而不是一项明确的独立权利。并且，通过最惠国待遇条款来援引《阿根廷 - 智利 BIT》不会赋予投资者额外权利，只是让投资者更高效、低成本地将争端提交仲裁，并不会导致被申请人将争端提交法院的权利被剥夺。简言之，上述处理不会对任何一方有利。⑫ 此外，仲裁庭认为，本案反映了管辖权问题与可受理性问题之间的区别，从广义上讲，仲裁庭认为本案的问题不在于最惠国待遇条款能否改变根据双边

⑦ *Id*, at paras.54-55.

⑧ *Id*, at paras.15-18.

⑨ *Id*, at para.13.

⑩ *Id*, at para.20.

⑪ *Id*, at paras.66, 74.

⑫ *Id*, at paras.79, 82, 83, 85-88.

投资条约设立的仲裁庭的管辖权，而在于最惠国待遇条款能否影响管辖权相关的程序规定。仲裁庭认为，18 个月的期限是与行使诉诸仲裁权利有关的一个条件，是一项与仲裁申请的可受理性而非仲裁庭的管辖权有关的规定，被申请人可以接受或默许这种不遵守行为，而仲裁庭的管辖权不受此影响。换言之，被申请人既然选择不根据第 10（2）条要求将争端提交国内法院，则不能以此为由阻碍申请人提起仲裁。本案中有两套诉诸仲裁的条件：《德国 - 阿根廷 BIT》中的条件和《阿根廷 - 智利 BIT》中的条件，且这两套条件是有关保护投资者以及管理、利用、使用和享有投资的条款，因此可适用最惠国待遇条款。仲裁庭注意到《德国 - 阿根廷 BIT》为其管辖权规定的范围，仲裁庭承认，《德国 - 阿根廷 BIT》第 3 条涵盖了将争端提交仲裁庭的相关程序规定。因此，仲裁庭同意申请人援引《阿根廷 - 智利 BIT》第 10 条的程序规定（包括岔路口条款）。在本案中，最惠国待遇条款在《德国 - 阿根廷 BIT》所规定的仲裁庭管辖范围内起作用，其作用是修改“18 个月诉讼期”的程序规定。⑬

关于《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条第（3）款是否“不太有利”。仲裁庭不同意将诉讼与仲裁进行优劣衡量，两者均为争端解决的方式，有选择比没有选择更有利。⑭

综上所述，仲裁庭不针对《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条作出裁决，并认为基于最惠国待遇条款，仲裁庭具有管辖权。

（二）被申请人是否违反《德国 - 阿根廷 BIT》第 2（1）条规定的公平公正待遇（FET）条款？

1. 未能按时支付补贴

申请人主张：

被申请人未能按期支付补贴，这一行为违反了条约中的公平公正待遇条款，并且该行为造成了申请人的经济损失。⑮

被申请人主张：

被申请人承认延迟给付补贴，但认为并不构成违反条约，因为：（1）被申请人根据延迟的时间支付相应利息，以此来履行其合同义务；（2）支付补贴属于合同义务，延迟支付并不能上升至违反条约的层面。⑯

仲裁庭裁决：

仲裁庭认为，阿根廷因延迟支付补贴而支付相应利息是一种合理的补救措施，且没有证据表明 PdL 无法利用正常的法律程序来实现合同权利。本案未按时支付补贴的行为未能达到违反条约的门槛，故驳回关于被申请人未能按时分期支付补贴违反公平公正

⑬ *Id*, at paras.89-91, 95-97, 99.

⑭ *Id*, at para.100.

⑮ *Supra* note 1, at para.212.

⑯ *Id*, at para.214.

待遇条款的请求。⑰

至于迟付补贴造成第一笔 IDB 贷款失败以及随后引起的连锁反应导致项目失败，仲裁庭亦不认可其构成了对公平公正待遇条款的违反。根据 IDB 致 PdL 的信函可知，第一笔IDB贷款失败是由许多问题综合导致的，不仅是因为阿根廷未及时支付补贴。因此，仍不能证明迟付补贴行为本身违反公平公正待遇条款。⑱

2.“比索化过程”

申请人主张：

阿根廷在该投资前后均声明将维持比索和美元之间的平价。阿根廷的比索化过程违反《德国 - 阿根廷 BIT》中的公平公正待遇条款。⑲

被申请人主张：

被申请人没有向申请人明确作出维持这种平价的具体承诺。比索化后，被申请人愿意重新谈判合同、提供援助并帮助申请人完成项目。⑳

仲裁庭裁决：

被申请人所承诺的以及申请人有权期望的，是维持合同项下收入的美元价值，但并没有具体说明如何维持这一价值。且申请人因未保持平价而遭受的收入损失，若能得到充分、及时的补偿（以美元计算），则申请人的权利和期待将得到实现，申请人不能因此控诉东道国违反公平公正待遇条款。因此仲裁庭不认为采用和推行比索化政策本身违反了公平公正待遇标准。㉑

仲裁庭认为，虽然比索化行为本身并不违反公平公正待遇标准，但它是申请人遭受经济损失的直接原因。被申请人向申请人作出的承诺并未要求被申请人在危机期间采取实际行动恢复比索美元平价所保证的商业平衡，但它确实要求被申请人在危机结束后为恢复商业平衡采取行动。《紧急状态法》中规定了此类合同的重新谈判、恢复商业平衡以及赔偿申请人因危机遭受的损失。但被申请人在为抵消比索化影响而进行合同调整的过程中，未能及时推进所承诺的重新谈判事项，导致 PdL 及申请人的利益受损，构成了对《德国 - 阿根廷 BIT》项下公平公正待遇标准的违反，被申请人有责任作出赔偿。㉒

3.“紧急贷款”

申请人主张：

由于 2002 年上半年未达成满意的重新谈判协议，为保障项目工程按时完成，申请人不得不接受阿根廷的贷款。《比索化法案》《紧急状态法》导致通行费收入大幅减少，损

⑰ *Id*, at paras.215, 218, 219.

⑱ *Id*, at paras.221-227.

⑲ *Id*, at para.235.

⑳ *Id*, at paras.239, 248.

㉑ *Id*, at para.238.

㉒ *Id*, at paras.246-251.

害了 PdL 的信用度，PdL 没能从第三方银行获得其他资金。此外，2003 年 6 月 30 日通过的第 14 号决议单方面更改了这笔紧急贷款的条款，该条款使 PdL 的财务状况难以维持。在偿还贷款后，PdL 的收入不足以支付利息和 PdL 的运营费用。加之利息资本化使欠款金额不断增加，PdL 无法维持该项目、无法负担日常开支。[23]

被申请人主张：

第 14 号决议是一项执行 2003 年 2 月 21 日《贷款协定》条款的措施，而不是单方面改变紧急贷款相关条件的措施，且该决议采用了“公平的市场利率”。[24]

仲裁庭裁决：

仲裁庭认为，第 14 号决议中规定的“30 天无担保贷款的利率”，不能被视为合理执行了《贷款协定》的条款。以长期特许经营的公路的通行费转让作为担保的贷款不属于“当地市场上类似贷款”的“类似”情形。第 14 号决议确定利率时使用不恰当的参照系统，其规定的每日利率超过了公平公正的最高利率，侵害了《德国 - 阿根廷 BIT》第 2 条赋予申请人的权利。但仲裁庭认为，申请人的损失难以量化。因此，仲裁庭决定不针对申请人因被收取过高利息而承担的损失作出损害赔偿裁决。[25]

仲裁庭认为，将 PdL 的运营和维护费用进行比索化的行为不符合《贷款协定》。第 14 号决议将运营和维护费用进行比索化（运营和维护需要进口昂贵的设备，涉及美元支出），削减了 PdL 在偿还贷款前有权扣除的费用价值，使其在项目维护和运营方面蒙受损失。因此，仲裁庭认为，被申请人的比索化措施违反了《德国 - 阿根廷 BIT》第 2 条的规定，应予以赔偿。[26]

仲裁庭认为，第 14 号决议所规定的具体条款不是《贷款协定》的延续，也不符合《贷款协定》。在 PdL 被冻结关税的背景下，这些条款是不公平也不公正的，违反了《德国 - 阿根廷 BIT》第 2 条的公平公正待遇条款。[27]

4. 重新谈判失败

申请人主张：

在 PdL 与作为 PdL 股东的申请人准备接受 2006 年 5 月 CdE 时，被申请人向 PdL 提交了 2007 年 2 月 CdE，从而否定了 2006 年 5 月 CdE。此后，由于被申请人的反复拖延，申请人作为股东弃权，不愿签署临时协议，后续协议亦无法实施。申请人指出，阿根廷因重新谈判延迟而需要承担违反双边投资协定的责任。[28]

被申请人主张：

---

[23] *Id*, at paras.253, 258, 260.

[24] *Id*, at para.261.

[25] *Id*, at paras.263-265.

[26] *Id*, at paras.266-267.

[27] *Id*, at para.268.

[28] *Id*, at paras.270, 273, 274, 280.

2002 年 1 月，第 25561 号法律第 9 条规定了公共工程合同的重新谈判，其中包括特许权合同。被申请人向 PdL 分别发送了数份谅解书与临时协议。虽然协议具有临时性，但协议将在 12 个月内由《全面的合同重新谈判协议》取代。[29]

仲裁庭裁决：

重新谈判是被申请人履行《德国 - 阿根廷 BIT》义务的一个必要因素，尤其在 2002 年比索化、特许权合同中断之后，被申请人应以公正和公平的方式对待 PdL。在被申请人立法干预后，被申请人仍未能迅速与 PdL 重新谈判并达成协议，此举对 PdL 不公平。[30] 被申请人对政府措施的不利后果未采取补救措施，拖延时间长且无实质进展，其行为使项目投资者的期待落空，损害了投资者基于《德国 - 阿根廷 BIT》享有的权利。[31]

仲裁庭认为，被申请人未能就重新谈判达成协议，违反了《德国 - 阿根廷 BIT》中的公平公正待遇标准。违约行为包括未能弥补 2002 年 1 月 6 日第 25561 号法律推进的比索化对商业平衡造成的破坏。被申请人应赔偿投资者 2002 年 1 月 6 日及之后遭受的损失。[32]

综上所述，仲裁庭得出结论，被申请人存在违反《德国 - 阿根廷 BIT》第 2 条中的公平公正待遇标准的情况，应承担赔偿责任，其构成如下：（1）在 2002 年 1 月 6 日第 25561 号法律破坏了《特许权合同》所保证的商业平衡之后，未能恢复平衡；（2）2003 年 6 月 30 日第 14 号决议中，对项目工程运行和维护费用的比索化。[33]

三、法律问题评析

本案涉及两个法律问题：（1）基于《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条和最惠国待遇条款，仲裁庭是否具有管辖权；（2）被申请人是否违反《德国 - 阿根廷 BIT》第 2（1）条规定的公平公正待遇条款。仲裁庭对上述两个法律问题进行了充分讨论。

（一）法律问题一

针对被申请人提出的管辖权异议问题，仲裁庭虽然未对关于《德国 - 阿根廷 BIT》第 10 条具体内容的争议作出裁决，但认为在本案中，该条款不应成为阻碍申请人提请仲裁的理由。此案管辖权异议的解决，关键在于最惠国待遇条款能否适用于争端解决程序规定。仲裁庭提出，争端解决属于《德国 - 阿根廷 BIT》议定书第 3 条中“投资的管理、利用、使用和享受”的范围，因此最惠国待遇条款可以适用于第 10 条争端解决程序规定。同时，仲裁庭论证了第 10 条中规定的 18 个月诉讼期并不属于一项独立权利，而属于行

[29] *Id*, at paras.271-278.

[30] *Id*, at para.281.

[31] *Id*, at para.282.

[32] *Id*, at para.287.

[33] *Id*, at para.288.

使权利过程中所享受的待遇。仲裁庭认为，18 个月的期限是一项与仲裁申请的可受理性而非仲裁庭的管辖权有关的规定，对该条款援引最惠国待遇原则，不会创设新权利，而是在相同权利范围内改变投资者的待遇。因此，被申请人也不能以“未满 18 个月诉讼期”为由阻止申请人提起投资仲裁。

对于最惠国待遇条款能否适用于争端解决程序规定的争议存在已久。在投资仲裁实践中，投资者常利用最惠国待遇条款规避提起投资仲裁的前置程序、扩大争端解决条款的属时与属事范围、选择更优惠的争端解决机构，而仲裁庭对于最惠国待遇条款的分析适用则采用推定适用以支持或推定排除以反对的方式进行。[34] 本案属于第一种情形，即投资者试图通过最惠国待遇条款利用《阿根廷 - 智利 BIT》中的争端解决程序规定以免除当地法院的诉讼等待期，该请求得到仲裁庭的支持。但与其他案例不同，该仲裁庭还强调，不得将条款进行组合，即在援引《阿根廷 - 智利 BIT》的争端解决程序规定时需要将条款整体引用，包括其中的“岔路口条款”。在 Maffezini *v*. Spain 案中，仲裁庭支持最惠国待遇可以适用于争端解决程序事项，可以通过最惠国待遇条款规避提交投资仲裁前需要等待的期限。但基于对公共政策的考虑，需要注意以下情形：最惠国待遇不能排除“用尽当地救济原则”、不能排除条约中对特定仲裁机构的约定、不能排除经过缔约方约定的详细程序规则或仲裁机制以及不能损害“岔路口条款”。[35] 此后，Siemens A.G. *v*. The Argentine Republic、AWG Group Ltd. *v*. The Argentine Republic 等案的仲裁庭皆持有相近的支持观点；[36] Wintershall Aktiengesellschaft *v*. Argentine Republic、Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi *v*. Turkmenistan 等案的仲裁庭则提出了反对意见，认为不应推定缔约方同意的最惠国待遇可以涵盖争端解决条款，因为在条约未明确规定最惠国待遇条款可以适用于争端解决程序时，如果盲目扩大适用范围，可能会违背缔约方起初的缔约意图，导致国家主权受到挑战。[37]

对于最惠国待遇适用范围上的争议，其产生的原因在于部分国际投资条约中未明确规定最惠国待遇条款是否可以适用于争端解决程序规则。[38] 判断最惠国待遇能否适用于程序性事项与仲裁庭如何运用《维也纳条约法公约》第 31 条的解释规则、如何理解“同类原则”有关。支持或反对将最惠国待遇适用于程序性规则的论据呈现趋同性。[39] 持支

㉞ 朱明新：《最惠国待遇条款适用投资争端解决程序的表象与实质——基于条约解释的视角》，载《法商研究》2015 年第 3 期，第 172-175 页。

㉟ Maffezini *v*. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 2000, paras.33-64.

㊱ Siemens A.G. *v*. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 2004, paras.102-120; AWG Group Ltd. *v*. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 2006, paras.52-68.

㊲ Wintershall Aktiengesellschaft *v*. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 2008, paras.158-197; Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi *v*. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, 2013, paras.7.1.1-7.9.1.

㊳ 董静然：《最惠国待遇条款与国际投资争端解决程序法律解释研究》，载《国际商务（对外经济贸易大学学报）》2018 年第 5 期，第 135 页。

㊴ 赵骏：《论双边投资条约中最惠国待遇条款扩张适用于程序性事项》，载《浙江社会科学》2010 年第 7 期，第 58-59 页。

持意见的仲裁庭大多认为,最惠国待遇条款是为了避免投资者遭受歧视性待遇、促进国际投资,将最惠国待遇适用于程序性事项更能促进投资者进行公平竞争,享受良好的争端解决机制。实体权利与程序权利紧密联系,程序性规定可以保障实体权利得以实现,两者不可分割。投资者应得到平等对待,扩大适用最惠国待遇条款具有合理性。持反对意见的仲裁庭则认为,这会导致投资者“选购条约”的情况出现,造成实体规则适用及程序规则运用的混乱,增加东道国被投资者提起仲裁的频率。实际上,推定最惠国待遇条款可以适用于争端解决事项的分析具有以下显著缺陷:存在过分强调投资保护的制度性偏见、忽视最惠国待遇条款的上下文联系、内在论证逻辑存在冲突、“可受理性”问题与管辖权问题的区分难以通过条约文本证成、无法通过同类原则进行论证,而仲裁庭出现“推定适用”的根本原因在于其忽视了国家的同意是国际投资仲裁的核心要素。[40] 将表述模糊的最惠国待遇条款“推定适用”,一方面否定了国家同意作为投资者提请仲裁的前提,另一方面也否定了国家同意所附的条件。国家对于国际投资仲裁应明确表示同意,否则仲裁庭无法通过模糊性的条款推定国家同意或在未满足附带条件下同意国际投资仲裁。争端当事方通过最惠国待遇条款的模糊性、宽泛性去规避当地法院诉讼等待期缺乏足够的支撑依据。仲裁庭对最惠国待遇条款解释与适用的不一致,将对国际投资秩序造成一定损害。

对于该争议,仲裁庭需要纠正以往偏袒投资者的裁决偏好,平衡投资者与东道国的利益,尊重缔约国的缔约目的与初衷,不应越界挑战东道国主权。基于国家同意,仲裁庭应合理使用《维也纳条约法公约》第 31 条的解释规则、“同类原则”去解释最惠国待遇条款,不得违背或修改缔约国缔约时的动机。当前,缔约国对于设置最惠国待遇条款所采用的概括式立法方式具有的缺陷已有共识,逐渐转为采用明确限制性立法的方式以明确该条款的适用范围。该转变正成为新的缔约趋势,达到缔约国限制仲裁庭扩大适用最惠国待遇条款的目的。[41] 以细化最惠国待遇条款的方式减少仲裁庭适用该条款可能产生的纷争,缔约方可以在国际投资条约中针对最惠国待遇条款增设争端解决程序的例外规定,或者在新缔结的条约中规定最惠国待遇条款的适用不能溯及既往,以此规避适用先前国际投资条约中实体、程序条款中的更加优惠的情形。[42] 为进一步避免最惠国待遇条款造成的“条约选购”问题,缔约国亦可将现存或未来所有的国际条约或双边、多边、区域的安排排除在最惠国待遇条款的范围之外,以保证新一代投资条约更能发挥其在投资者与东道国之间的平衡作用,以顺利取代老一代国际投资条约。相较于将最惠国待遇条款彻底删除的做法,此种做法更为折衷,可以保留最惠国待遇条款为投资者提供非歧

---

[40] 徐树:《最惠国待遇条款“失控”了吗?——论国际投资条约保护的“双边主义”与“多边化”》,载《武大国际法评论》2013 年第 1 期,第 269-274 页。

[41] 梁丹妮:《国际投资条约最惠国待遇条款适用问题研究——以“伊佳兰公司诉中国案”为中心的分析》,载《法商研究》2012 年第 2 期,第 102 页。

[42] 徐崇利:《从实体到程序:最惠国待遇适用范围之争》,载《法商研究》2007 年第 2 期,第 49 页。

视待遇的重要功能。[43] 于中国而言，中国兼具资本输入大国与资本输出大国的双重身份，在缔结国际投资条约时应考虑平衡化的政策目标，并采取差异化的应对策略。中国在缔约时需要明确最惠国待遇条款的适用范围，减少仲裁庭在进行条约解释时的不确定性，对仲裁庭进行约束。为充分维护我国的海外投资利益，我国在与部分国家进行双边投资协定的谈判时，可要求明确规定最惠国待遇条款的适用范围包括争端解决事项，帮助投资者获得更有利的程序性权利以解决投资争端。

（二）法律问题二

关于被申请人是否违反《德国 - 阿根廷 BIT》中的公平公正待遇条款，仲裁庭围绕“未能按时支付补贴”“比索化过程”“紧急贷款”“重新谈判失败”四个方面展开了分析。仲裁庭认为，被申请人未能及时支付补贴的行为并不构成对 BIT 中公平公正待遇条款的违反，但被申请人未能弥补第 25561 号法律对《特许权合同》所保证的商业平衡的破坏，且 2003 年 6 月 30 日第 14 号决议中将项目工程运行和维护费用比索化，违背了 BIT 赋予投资者的公平公正待遇。可见，仲裁庭是基于东道国未能提供稳定的法律和商业环境、未履行《特许权合同》《贷款协定》条款所承诺事项且未能采取及时有效的补救措施，认定东道国违反了公平公正待遇条款。根据过往国际投资仲裁的实践可知，大多数申请人都援引公平公正待遇条款进行索赔，由于条款表述的模糊性与抽象性，仲裁庭对违反公平公正待遇条款的构成要件的认定并不一致。根据经济合作与发展组织（Organization for Economic Co-operation and Development）2004 年的工作文件，公平公正待遇条款应包含以下要素：适当注意、正当程序、透明度、善意原则，涵盖不违背投资者的合理期待、透明度、不以“恶意”为要件的综合情形。[44]《美墨加协定》《美国 BIT 范本》将习惯国际法中的最低待遇标准作为公平公正待遇条款的相关义务要素。[45] 然而，东道国违反某一项要素时，除非该要素为独立性义务要素，否则东道国并不必然构成违反公平公正待遇条款。而在国际投资条约中，有关条款仅规定东道国应给予投资者公平公正的待遇，并未进一步对该待遇所涵盖的要素予以澄清、释明，这可能导致仲裁庭在适用该条款时将过往实践中归纳的义务要素均作为独立要素，以此作为依据认定东道国违反了公平公正待遇条款。[46] 对此，为限制仲裁庭在适用公平公正待遇条款时的任意性与不一致性，国家在制定国际投资条约时，可以澄清、释明公平公正待遇条款的定义或范围，亦可以明确规定该条款的例外情形。[47] 当前，已有不少国家对该条款的适用进行限制，但有学者提

---

[43] 王彦志：《公平与公正待遇条款改革的困境与出路——RDC *v.* Guatemala 案裁决引起的反思》，载《国际经济法学刊》2014 年第 1 期，第 74-78 页。

[44] OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, https://doi.org/10.1787/675702255435, last visited Mar. 23, 2024.

[45] 参见《美墨加协定》（USMCA）第 14.6 条、《美国 - 智利自由贸易协定》（Free Trade Agreement between the United States and Chile）第 10.4 条规定。

[46] 左海聪、闫旭：《论国际投资协定中公平公正待遇的义务要素》，载《中国高校社会科学》2022 年第 1 期，第 77 页。

[47] 余劲松、梁丹妮：《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》，载《法学家》2007 年第 6 期，第 155-156 页。

出常规的改良方法具有缺陷，可以尝试将公平公正待遇作为条约的原则进行适用，因为法律原则是限制仲裁庭自由裁量权的有效工具，其适用具有严格的前置条件。[48] 仲裁庭在适用公平公正待遇条款时存在的不确定性与不一致性引起了广泛关注，世界各国也正积极对投资条约中该条款的内容进行细化、改良。中国也应及时改良国际投资协定中公平公正待遇条款的具体内容，使该条款更好地发挥作用，减少仲裁庭在适用上的分歧。

四、结　语

本案仲裁庭表明了最惠国待遇条款应适用于争端解决事项的鲜明立场，将最惠国待遇条款的适用由实体待遇扩大至程序事项。扩大该条款的适用范围对资本输出国具有一定利好，有益于投资者选择适合的争端解决机制，在东道国享有更加公平公正的竞争环境。但这也会造成投资者“选购条约”，利用该条款规避仲裁前置程序，挑战东道国主权。此外，本案仲裁庭对于是否违反公平公正待遇条款，采用的判断标准是“东道国是否提供稳定的法律和商业环境、是否违背给予投资者的承诺”。公平公正待遇条款具有宽泛性、模糊性，“建设性模糊”为投资者提供了有利的保护。但过于宽泛地适用公平公正待遇条款则不利于东道国规制权的合理行使。公平公正待遇条款成为投资者的对抗工具，阻碍东道国实施公共政策，不利于公私矛盾的协调。概括式立法方式带来诸多不确定性，仲裁庭对条款的解释、适用具有任意性且标准不统一，导致仲裁庭的行为背离缔约国真实缔约意图，造成仲裁裁决不一致、缺乏可预见性。

不同国际投资协定范式对于最惠国待遇、公平公正待遇的规定具有差异性。国际投资条约的拟定是国家间反复谈判与博弈的结果，体现了国家之间的经济利益之争。条款内容的表述没有统一的模式与样板，理念分歧、规则差异反映的是缔约国的基本态度、价值取向、利益需要、战略思维。当前，国际经济、政治秩序正在经历变革与重塑，全球治理赤字不断加重，国际投资条约的改革应使得规则变得更加公平、公正与合理。国际投资规则应适合当地投资情况，发挥促进与规范投资的作用，统筹安全与发展。对此，中国需要基于实际情况、结合自身发展战略，在新一代国际投资条约中改良最惠国待遇条款与公平公正待遇条款，既要为投资者争取高标准的保护待遇，又要为我国作为东道国为维护公共利益而进行的规制减少束缚、提供法律支持，实现投资者利益保护与东道国规制权保障的平衡，促进我国经济高质量发展。

Abstract: The case of Hochtief AG *v.* Argentine Republic focused on two important provisions of international investment treaties: most-favored-nation treatment and fair and

[48] 梁开银：《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》，载《中国法学》2015 年第 6 期，第 191-193 页。

equitable treatment. The dispute involved both jurisdictional and substantive treatment issues. First, the tribunal analyzed the applicability of the MFN treatment to the procedural issues in international investment dispute settlement and held that the tribunal had jurisdiction. Second, looking through the elements of violation of the obligation of fair and equitable treatment, the tribunal ruled that the host state had violated the treaty and awarded compensation accordingly. Now, as China has the dual status of a capital exporting and importing country, this case is of reference value for China in updating its international investment treaties and handling of arbitrations initiated by overseas investors.

Keywords: international investment arbitration; jurisdiction; most-favored-nation treatment; fair and equitable treatment

（责任编辑：魏　庆　外审专家：肖　军）

征稿启事

1.来稿篇幅一般在10000-20000字左右。

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.如来稿系受基金项目资助成果，请注明项目名称、类别和项目编号。

4.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。

5.本刊发表稿件不收取任何形式的版面费、审稿费。

6.投稿&联系邮箱：shangzhong@ccpit.org。

著作权使用声明

本刊已许可中国知网、北大法宝以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文，所有署名作者向本刊提交文章发表之行为视为同意上述声明。

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

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

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION