



商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

Singapore Convention on Mediation

New York Convention

Arb & Med

Washington Convention

2024 / 第3期

双月刊(总第25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3期 / 双月刊 / 总第25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国务院决定于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导地位，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

连续六年

突破**千亿元**

¥

平均每年受理
涉外案件数量
650件

3801件

连续**6**年
案件数量
23304件

超亿元案件

1164件

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

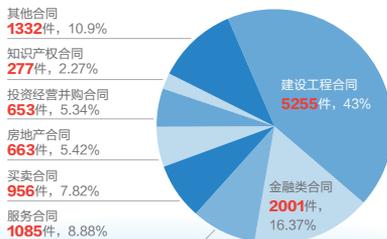
北京仲裁委员会（又名北京国际仲裁中心，英文简称BAC/BIAC）于1995年9月28日设立，在1998年率先实现了自收自支，并在2018年成为首批纳入最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的五家仲裁机构之一。经过近三十年的发展，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上有一定影响力的多元争议解决中心。北仲不仅竭诚为当事人提供优质、专业的仲裁服务，还通过研究、宣传及国际交流向世界展示中国优秀的仲裁实践。其中，北仲积极组织中国商事争议解决年度高峰论坛、赞助ICCA大会、作为观察员参与联合国贸法会第二工作组讨论，积极响应中国“一带一路”倡议及北京国际交往中心、国际科技创新中心建设规划，推动中外重要国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



□ 理论研究

- 论国际商事调解协议跨境执行的模式…………… 庄诗岳 5
- 国际商事仲裁协议准据法的确定规则
——兼论“法院地法”作为连结点的合理性…………… 李淑颖 23
- 印度仲裁司法审查中适用公共政策的百年回顾与启示……………张 炯 杨 陶 36

□ 实践研究

- 仲裁“类案同裁”的实现：与诉讼“类案同判”的比较视角…………… 田雨酥 51
- 国际商事仲裁中非法获取证据可采性研究…………… 周雁琳 65
- 调解程序之美——以一宗租赁合同纠纷调解案例为样本…………… 江和平 76

□ 青年学范

- 第三方资助国际投资仲裁的费用担保措施的适用…………… 郑颖欣 87
- 涉港民商事案件管辖权竞合背景下禁诉令在内地的移植与适用…………… 潘如敏 98

□ 案例分析

- 评黄金储备公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国仲裁案…………… 孙 正 113
- 评 Clayton/Bilcon 诉加拿大案…………… 钟亦茗 127

上述案例为中国贸促会法律部编写

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 3, 2024 (Serial No. 25)

May 10, 2024

On the Modes of Cross-border Enforcement of

International Settlement Agreements Resulting from Mediation ... *ZHUANG Shiyue* (5)

The Proper Law of the International Arbitration Agreement

— Also on the Rationality of “*Lex Fori*”

as a Connecting Factor in China *LI Shuying* (23)

A Centennial Review and Implications of

the Application of Public Policy in Judicial Review

of Arbitration in India *ZHANG Jiong* *YANG Tao* (36)

A Comparative Perspective to Litigation:

“Similar Decision in Similar Cases” in Arbitration *TIAN Yusu* (51)

The Admissibility of Illegally Obtained Evidence in

International Commercial Arbitration *ZHOU Yanlin* (65)

The Beauty of The Mediation Process

— Based on the Mediation of a Lease Contract Case *JIANG Heping* (76)

Application of Security for Costs for Third-Party Funding

in Investment Arbitration *ZHENG Yingxin* (87)

The Transplantation and Application of Anti-suit Injunctions

in the Mainland in the Context of Competing Jurisdictions

in Civil and Commercial Cases Involving Hong Kong *PAN Rumin* (98)

Review of the *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* ... *SUN Zheng* (113)

Comment on *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v.*

Government of Canada *ZHONG Yiming* (127)

The above cases are edited by the Legal Department of CCPIT

论国际商事调解协议跨境执行的模式

庄诗岳*

内容提要 国际商事调解协议的跨境执行存在不同的路径。既可以首先在起源国通过法院、仲裁或公证等程序将国际商事调解协议转换成法院命令、仲裁裁决或公证债权文书等法律文书,然后依据国际条约或互惠关系等向执行国申请承认与执行;也可以首先在执行国就国际商事调解协议提起国际合同诉讼,然后依据胜诉生效给付判决在执行国申请强制执行;还可以以国际商事调解协议为依据直接向执行国申请强制执行,无需事先对国际商事调解协议进行转换。以上模式,各有利弊。我国可以在试点的基础上,根据国情选择国际商事调解协议跨境执行的模式,并最终作出是否批准《新加坡调解公约》的决定,以及牵头完成建立国际调解院的国际公约的谈判并设立国际调解院。

关键词 国际商事调解协议;新加坡调解公约;国际调解院;转换执行;直接执行

问题的提出

我国是《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《新加坡调解公约》)的主要谈判方和首批签署国,但目前尚未批准公约。^①我国之所以尚未批准《新加坡调解公约》,部分原因在于我国尚未厘清比较法和我国现有的各种国际商事调解协议跨境执行模式的主要内容以及优势和弊端,尚未明确我国现有的国际商事调解协议跨境执行模式是否足以应对实践需要,尚未建构起可以与《新加坡调解公约》实现有机衔接的国际、国内商事调解规则以及国际商事调解协议的具体执行程序。

我国虽然尚未颁布关于国际商事调解的法律,但中央与地方已经发布了相关文件,司法实践也已展开了有益探索。比如,国内调解机构开展的涉“一带一路”国际商事调解。^②

* 庄诗岳,中国政法大学民商经济法学院讲师、硕士生导师。本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“国际商事调解协议的可执行性研究”(22SFB4016)的阶段性成果。

① 2018年12月20日,联合国大会审议通过了《新加坡调解公约》。2019年8月7日,《新加坡调解公约》在新加坡开放签署。包括中国、美国在内的46个国家和地区作为首批签约方签署了《新加坡调解公约》,《新加坡调解公约》此后在纽约联合国总部开放供各国签署。

② 中共中央办公厅、国务院办公厅2018年印发的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(2018年6月印发)指出,支持具备条件、在国际上享有良好声誉的国内调解机构开展涉“一带一路”国际商事调解,支持有条件的律师事务所参与国际商事调解,充分发挥律师在国际商事调解中的作用,畅通调解服务渠道。

又如,国际商事争端预防与解决组织等国际商事调解组织的设立。^③

此外,中国正在牵头就建立国际调解院的国际公约等事项组织开展政府间谈判。^④其中,国际商事调解是建立国际调解院的国际公约的重要谈判事项。^⑤

2022年5月,国际商事争端预防与解决组织发布了《商事调解规则》。其中,《商事调解规则》第1条规定:“基于具有商事性质的关系所引发的争端,均可提交争端解决组织进行调解。”^⑥《商事调解规则》第11条第1项规定:“当事人应就调解程序中达成的解决全部或部分争端的一致意见,拟定书面和解协议并予以签署。”^⑦基于以上规定可知,在国际商事争端预防与解决组织的调解员的协助下,当事人解决国际商事争议的方式是达成书面国际商事调解协议。此外,如果建立国际调解院的国际公约未来将私人主体间的国际商事争议纳入国际调解院的受案范围,则对于提交国际调解院的国际商事争议,当事人也可能在国际调解院的调解员的协助下达成国际商事调解协议。

当事人达成国际商事调解协议后,如果负有义务的当事人拒不履行国际商事调解协议,且国际商事调解协议需要跨境执行时,享有权利的当事人面临着应当通过何种跨境执行模式实现国际商事调解协议的问题。尤其是在新设的国际商事争端预防与解决组织或拟设的国际调解院等国际调解组织的调解员的协助下达成的国际商事调解协议如何跨境执行,是亟待解决的问题。转换到国家层面,面临的问题是,为了使国际商事调解成为解决国际商事争议的有效手段,应当向当事人提供何种国际商事调解协议跨境执行模式?现有的国际商事调解协议跨境执行模式能否强化国际商事调解的吸引力?是否有必要建立国际商事调解协议跨境直接执行模式?

因此,对于我国而言,无论是决定是否批准《新加坡调解公约》,还是明确在诸如国际商事争端预防与解决组织等调解机构的调解员的协助下达成的国际商事调解协议的可执行性,抑或是推动建立国际调解院的国际公约关于国际商事调解以及国际商事调解协议可执行性的政府间谈判,都需要解决的关键问题是,需要提供何种国际商事调解协议的跨境执行模式。具体而言,国际商事调解协议的跨境执行有哪些模式?这些模式分别有何优势和弊端?现有模式是否足以满足国际商事调解协议跨境执行的需要?是否需要建立国际商事调解协议跨境直接执行模式?

③ 2020年,在中国贸促会的倡议支持推动下,中国国际商会联合有关国家商协会、法律服务机构、高校智库等共同发起设立了国际商事争端预防与解决组织。

④ 2022年以来,中国、印度尼西亚、巴基斯坦、老挝、柬埔寨、塞尔维亚、白俄罗斯、苏丹、阿尔及利亚、吉布提等国签署了《关于建立国际调解院的联合声明》。2023年2月16日,国际调解院筹备办公室在中国香港特别行政区成立,负责就建立国际调解院的国际公约等事项组织开展政府间谈判,预期在两到三年内完成谈判并设立国际调解院。

⑤ 根据国际调解院筹备办公室工作人员的介绍,对于国际调解院受理的案件类型,目前有国家间的争议、国家与另一国国民间的争议、私人主体间的国际商事争议供各方谈判考虑。参见孙劲、纪小雪:《发起建立国际调解院:背景、基础及进展》,载《国际法研究》2023年第6期,第12页。

⑥ 国际商事争端预防与解决组织《商事调解规则》第1条,载国际商事争端预防与解决组织官方网站, <http://www.icdpaso.org/category/54>,最后访问时间:2024年5月1日。

⑦ 同上,第11条。

从各国的国际商事调解立法以及国际条约等来看,国际商事调解协议的跨境执行,主要有以下五种不同的模式:第一,债权人首先在起源国通过法院程序将国际商事调解协议转换成法院命令等法律文书,然后依据国际条约或互惠关系等向执行国申请承认与执行;第二,债权人首先在起源国通过仲裁程序将国际商事调解协议转换成仲裁裁决等法律文书,然后依据国际条约或互惠关系等向执行国申请承认与执行;第三,债权人首先在起源国通过公证程序将国际商事调解协议转换成公证债权文书,然后依据国际条约或互惠关系等向执行国申请承认与执行;第四,债权人首先在执行国就国际商事调解协议提起国际合同诉讼,然后依据胜诉判决在执行国申请强制执行;第五,债权人直接向执行国申请强制执行。^⑧下文将就国际商事调解协议跨境执行的五种模式展开比较分析,并就我国国际商事调解协议跨境执行模式的选择展开深入探讨。

一、经由起源国法院程序转换执行模式

(一) 经由起源国法院程序转换执行的方式

从各国立法以及国际条约等来看,国际商事调解协议可以通过以下三种方式,经由起源国的法院程序转换成法院命令等法律文书。

第一,双方当事人在法院或仲裁机构之外的第三方的主持下达成的国际商事调解协议,经由起源国法院的国内合同诉讼、可执行宣告、司法确认、批准、命令、登记或备案等执行力赋予程序的审理或审查,转换成法院判决、法院裁定或法院命令等法律文书。比如,根据德国《民事诉讼法》第 796 条之一第 1 款的规定,对于由律师达成的和解协议,经由法院登记,可以赋予执行力。^⑨又如,根据新加坡《调解法》第 12 条第 1 款的规定,对于诉讼外的调解协议,当事人可向法院申请将其记录为法院命令。^⑩此外,斯洛伐克、波兰、阿尔及利亚、俄罗斯、捷克、意大利、瑞典、土耳其、墨西哥、中国等国家或地区,也采取了这种方式。

第二,双方当事人在法院的主持下达成的国际商事调解协议,经由起源国法院的审查,转换成法院调解书等法律文书。比如,日本《民事调停法》第 2 条规定法院可以主

^⑧ Tetiana A. Tsvina, *National Mechanisms of the Enforcement of Agreements Resulting from Mediation: EU Experience and Ukrainian Perspectives*, *Problems of Legality*, 2022, Vol.158, p.111.

^⑨ 德国《民事诉讼法》第 796 条之一第 1 款规定:“对于由律师以其所代理的当事人的名义并经其授权而达成的和解协议,当依协议可以对债务人立即实施强制执行,和解协议经在其达成时一方当事人具有普通审判籍的初级法院登记并且说明了签订日期时,依一方当事人的申请可以宣告和解协议可执行。”赵秀举译:《德国民事诉讼法典》,法律出版社 2021 年 12 月版,第 257 页。

^⑩ 新加坡《调解法》第 12 条第 1 款规定:“对于未向法院提起诉讼的争议,如果经调解达成调解协议的,该协议的任何一方,在获得该协议所有其他各方的同意后,可向法院申请将该协议记录为法院命令。”Article 12 of the Mediation Act 2017, <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017#pr12->, last visited Jan. 26, 2024.

持调解,^⑪第16条规定记载调解协议的调查书与裁判上的和解具有同一效力。^⑫又如,挪威《关于民事纠纷的调解和程序法(争议法)》第8—3条第1款规定:“法院可决定根据第8—4条至第8—6条进行司法调解,以代替或补充根据第8—2条进行的调解。”^⑬挪威《关于民事纠纷的调解和程序法(争议法)》第19—11条第3款规定:“法院应确保调解协议准确地陈述了双方已达成的协议,且调解协议不违反限制双方在诉讼中处分权的公共政策考虑,参见第11—4条。若要使调解具有可执行性,法院应确保确定履行期限。”^⑭此外,白俄罗斯、以色列、毛里求斯、澳大利亚、波兰、俄罗斯、中国等国家或地区,也采取了这种方式。

第三,双方当事人向法院或仲裁机构之外的第三方的主持下达成的国际商事调解协议,满足特定条件时,直接视为法院判决等法律文书。比如,泰国《民商法典》第850条规定:“和解协议是当事人解决争议的合同,无论是实际的还是预期的相互让步。”^⑮泰国《民商法典》第851条规定:“除非有承担责任的当事人或其代理人签名的书面证据,和解协议不能通过诉讼强制执行。”^⑯换言之,如果有承担责任的当事人或其代理人签名的书面证据,和解协议可以通过诉讼强制执行。又如,根据以色列《1993年法院条例》第10条的规定,在单独的调停中,各方当事人可共同或各方当事人可单独以“快速申请”的方式向法院提出作为一项法院判决执行和解的请求。^⑰

国际商事调解协议经由起源国的法院程序转换成法院命令等法律文书后,当事人可以依据国际条约或互惠关系等向执行国申请承认与执行。

(二) 经由起源国法院程序转换执行的利弊

经由起源国法院程序转换执行模式的优势在于,根据联合国国际贸易法委员会第二工作组此前的调查,绝大部分国家已有此种程序,^⑱且通过起源国与执行国的双重审查,国际商事调解协议执行的正当性可以得到充分保障。

不过,经由起源国法院程序转换执行模式,除成本高昂、效率低下的弊端外,还存在以下问题:

^⑪ 日本《民事调停法》第2条规定:“发生民事纠纷时,当事人可以向法院提出调解申请。”民事调停法の第2条を参照のことです, <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=326AC1000000222>, 最終訪問日は2024年1月26日です。

^⑫ 日本《民事调停法》第16条规定:“当事人之间达成调解协议,并将之记载在调查书中时,则调解成立,且这种记载与裁判上的和解具有同一效力。”同上。

^⑬ Article 8-3 of the Act Relating to Mediation and Procedure in Civil Disputes (The Dispute Act), <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-06-17-90>, last visited May.1, 2024.

^⑭ *Id.*, Article 19-11.

^⑮ Article 850 of the Civil and Commercial Code, <https://library.siam-legal.com/thai-law/civil-and-commercial-code-compromise-section-850-852/>, last visited Jan. 26, 2024.

^⑯ *Id.*, Article 251.

^⑰ Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation: Compilation of Comments by Governments Addendum, A/CN.9/846/Add.1, p.3.

^⑱ Working Group II: Dispute Settlement, https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration, last visited Jan. 26, 2024.

第一,国际商事调解协议的起源国难以确定。某一特定争议可能涉及当事人双方身在两个司法管辖区,但在另外两个司法管辖区开展业务,调解员来自第五个司法管辖区,适用的法律来自第六个司法管辖区,调解协议是通过电子邮件等在线方式制定的,因此很难确定国际商事调解协议的本座。^{①⑨}起源国难以确定,经由起源国法院程序转换执行的模式自然无从适用。

第二,双重审查机制会减损国际商事调解协议的执行效率。虽然起源国审查加执行国审查的机制,可以充分确保国际商事调解协议执行的正当性,但势必影响国际商事调解协议的快速执行。^{②⑩}双重审查机制会减损执行效率,其实已经通过外国仲裁裁决的承认与执行得到印证。关于外国仲裁裁决的承认与执行,《关于执行外国仲裁裁决的公约》(以下简称《日内瓦公约》)采取了双重审查机制。^{②⑪}但《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)认为双重审查机制会影响外国仲裁裁决的快速执行,因而改变了《日内瓦公约》第4条第1款第2项的规定,采取了直接执行或者称起源国无审查机制。^{②⑫}

第三,关于起源国法院程序是否适用于国际商事调解协议,各有不同规定。一些国家明确规定其法院程序一体适用于国际商事调解协议。比如,日本《民事调停法》第3条第4款规定:“调解案件,对方是外国的社团或财团,且在日本国内没有事务所或营业所时,日本的代表人及其他主要业务负责人住所地的简易法院有管辖权。”^{②⑬}但更多的国家未就其法院程序是否一体适用于国际商事调解协议作出明确规定。

第四,经由起源国法院程序转换执行模式的适用,受制于多边或双边国家条约的缔结情况。关于承认与执行外国国民商事判决的公约,主要有1971年的《承认与执行外国国民商事判决公约》、2005年的《选择法院协议公约》、2019年的《承认与执行外国国民商事判决公约》,三个公约的缔约方数量分别是5、35、30个(缔约方数量,包括区域经济一体化组织和经区域经济一体化组织批准而受其约束的国家,涵盖公约对该缔约方生效的情况,以及公约尚未对该缔约方生效但该缔约方已交存批准书、加入书、接受书或核准书的情况),且2005年的《选择法院协议公约》、2019年的《承认与执行外国国民商事判决公约》的缔约方主要是欧盟成员国。因此,即便国际商事调解协议经由起源国的法院程

^{①⑨} Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2019, Vol.19:1, p.21.

^{②⑩} Note by the Secretariat: Settlement of Commercial Disputes: Draft Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), A/CN.9/1025, para.125.

^{②⑪} 《日内瓦公约》第4条第1款第2项规定:“请求履行或执行裁决的一方当事人,必须特别提供证明裁决在作成裁决所在国已成为终局的书面证据或其他证据。”

^{②⑫} 《纽约公约》第4条规定:“一、声请承认及执行之一造,为取得前条所称之承认及执行,应于声请时提具:(一)原裁决之正本或其正式副本,(二)第二条所称协定之原本或其正式副本。二、倘前述裁决或协定所用文字非为援引裁决地所在国之正式文字,声请承认及执行裁决之一造应具备各该文件之此项文字译本。译本应由公设或宣誓之翻译员或外交或领事人员认证之。”

^{②⑬} 同前注^{①①},第2条。

序转换成法院命令等法律文书,如果起源国与执行国之间不存在国际条约或互惠关系,相关法律文书也很难得到执行国的承认与执行。

二、经由起源国仲裁程序转换执行模式

(一) 经由起源国仲裁程序转换执行的方式

从各国立法以及国际条约等来看,国际商事调解协议可以通过以下三种方式,经由起源国的仲裁程序转换成仲裁裁决等法律文书:

第一,双方当事人向法院或仲裁机构之外的第三方的主持下达成的国际商事调解协议,满足特定条件时,直接视为仲裁庭作出的最终裁决。比如,美国加利福尼亚州《民事诉讼法》第 1297.401 条、^{②④} 中国香港特别行政区《仲裁条例》第 66 条第 2 款,^{②⑤} 均对此作出了明确规定。此外,美国德克萨斯州、俄亥俄州、北卡罗来纳州、俄勒冈州以及百慕大、印度等国家或地区,也采取了这种方式。

第二,双方当事人首先在法院或仲裁机构之外的第三方的主持下达成国际商事调解协议,然后指定一名仲裁员(可能与调解员是同一人),将国际商事调解协议记录为合意仲裁裁决,即“调解—仲裁”(Med-Arb)模式。比如,亚洲国际仲裁中心《调解规则》规定:“调解—仲裁程序是将争议提交调解的程序,如果双方能够通过调解解决争议,则他们的调解协议可能被记录为合意裁决。”^{②⑥} 此外,国际商会、国际争议解决中心、伦敦国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会等机构,也采取了这种方式。

第三,双方当事人将争议提交仲裁,由仲裁员准备一份密封的仲裁裁决,并在此后担任调解员,如果当事人不能达成国际商事调解协议,则按照先前起草的仲裁裁决执行,或者双方当事人在仲裁程序开始后进行调解,如果调解不成功,则返回仲裁程序,即“仲裁—调解”(Arb-Med)模式。^{②⑦} 此外,“仲裁—调解—仲裁”(Arb-Med-Arb)模式是“仲裁—调解”模式的一种,即调解在实质性仲裁庭审结束之前进行,如果当事人经调解能够达成国际商事调解协议,则可以向仲裁庭申请将协议制作为合意仲裁裁决,反之,则进行仲裁。

^{②④} 美国加利福尼亚州《民事诉讼法》第 1297.401 条规定:“如果调解成功地解决了争议,并且调解结果以书面形式达成,并由调解员、双方当事人或其代表签字,则书面协议应被视为由依照本州法律正式组成的仲裁庭作出的仲裁裁决,并与仲裁中的最终裁决具有相同的效力。” Article 1297.401 of the Code of Procedure, https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CCP&division=&title=9.3.&part=3.&chapter=7.&article=7., last visited Jan. 27, 2024.

^{②⑤} 中国香港特别行政区《仲裁条例》第 66 条第 2 款规定:“如在藉第(1)款而具有效力的《贸法委示范法》第 30 条所提述的情况以外的情况下,仲裁协议各方就其争议达成和解,并以书面订立包含和解条款的协议(和解协议),则为强制执行该和解协议的目的,该和解协议须视为仲裁裁决。” Article 66 of the Arbitration Ordinance, <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609!en-sc>, last visited Jan. 27, 2024.

^{②⑥} The Mediation Rules 2023, <https://www.aiac.world/Mediation-Mediation>, last visited Jan. 28, 2024.

^{②⑦} Eunice Chua, *Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation*, Singapore Academy of Law Journal, 2019, Vol.31: Special Issue, p.590.

比如,韩国商事仲裁委员会《国际仲裁规则》第39条、^{②⑧}印度《仲裁和调解法》第30条第1、2款,均对此作出了明确规定。^{②⑨}此外,亚美尼亚、文莱、哥伦比亚、厄瓜多尔、匈牙利、以色列、日本、挪威、中国、斯洛伐克、格鲁吉亚、智利、墨西哥、卡塔尔、西班牙、德国、瑞士、新加坡等国家或地区,也采取了这种方式。

国际商事调解协议经由起源国的仲裁程序转换成仲裁裁决等法律文书后,当事人可以依据国际条约或互惠关系等向执行国申请承认与执行。

(二) 经由起源国仲裁程序转换执行的利弊

“调解—仲裁”和“仲裁—调解”两种形式的ADR,均实现了调解的自愿性与仲裁的确定性和终局性的结合。^{③①}加上将国际商事调解协议直接视为仲裁裁决的方式,可以实现国际商事调解协议的跨境执行。根据联合国国际贸易法委员会第二工作组此前的调查,绝大部分国家已有此种程序,^{③②}且《纽约公约》的缔约方多达172个,经由起源国仲裁程序转换执行模式具有较强的可适用性。此外,通过起源国与执行国的双重审查,可以充分确保国际商事调解协议执行的正当性。

不过,经由起源国仲裁程序转换执行模式,与经由起源国法院程序转换执行模式一样,也存在成本高昂尤其是可能产生大量不必要的费用、国际商事调解协议的起源国难以确定、双重审查机制会减损国际商事调解协议的执行效率等弊端。除此之外,该模式还存在以下问题:

第一,一些国家不承认将国际商事调解协议直接视为仲裁裁决和“调解—仲裁”模式。比如,埃及的法律不将国际商事调解协议视为仲裁庭下达的最后裁决。^{③③}此外,泰国、墨西哥、德国、毛里求斯、韩国、瑞典、澳大利亚、波兰、葡萄牙等国家或地区,也持相同态度。又如,根据墨西哥的法律,墨西哥不承认“调解—仲裁”模式。^{③④}此外,厄瓜多尔、斯

^{②⑧} 韩国商事仲裁委员会《国际仲裁规则》第39条规定:“仲裁申请依本规则被受理且预缴申请费用后,当事人达成和解的,仲裁庭可根据一方当事人的请求作出载有和解内容的和解裁决书。当事人未请求的,在各方当事人向秘书处出具达成和解的书面确认时,仲裁庭的职责履行完毕,仲裁程序终结。但当事人仍应缴纳未付的仲裁费用。” Article 39 of the KCAB International Arbitration Rules, http://www.kcabinternational.or.kr/common/index.do?jpath=/contents/sub020101&CURRENT_MENU_CODE=MENU0008&TOP_MENU_CODE=MENU0007, last visited Jan.28, 2024.

^{②⑨} 印度《仲裁和调解法》第30条第1、2款规定:“仲裁庭鼓励解决争端与仲裁协议并不抵触,经双方当事人同意,仲裁庭可在仲裁程序中的任何时候采用调解、和解或其他程序来鼓励解决争端。如果在仲裁程序期间,当事各方解决了争端,仲裁庭应终止该程序,并在当事各方提出请求且仲裁庭未提出异议的情况下,按照商定的条件以仲裁裁决书的形式记录该解决情况。” Article 30 of the Arbitration and Conciliation Act, 1996, <https://www.bjac.org.cn/news/view.asp?id=1088>, last visited Jan.28, 2024.

^{③①} Robert Butlien, *The Singapore Convention on Mediation: A Brave New World for International Commercial Mediation*, Brooklyn Journal of International Law, 2020, Vol.46:1, p.207.

^{③②} *Supra* note 18.

^{③③} Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation: Compilation of Comments by Governments, A/CN.9/846, p.15.

^{③④} Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation: Compilation of Comments by Governments (Continued), A/CN.9/846/Add.3, p.7.

洛伐克等国家或地区,也持相同态度。

第二,基于将国际商事调解协议直接视为仲裁裁决和“调解—仲裁”模式作出的仲裁裁决能否适用《纽约公约》存在争议。虽然美国多个州将国际商事调解协议直接视为仲裁庭作出的最终裁决,但美国法院尚未明确可否根据《纽约公约》执行按商定条件作出的仲裁裁决。^{③④}此外,《纽约公约》对于其是否可以适用于记录当事各方之间的调解条款的裁决保持沉默。^{③⑤}原因在于,《纽约公约》第1条第1款所规定的仲裁裁决是因自然人或法人间的争议而产生,但在根据“调解—仲裁”模式指定仲裁员之前,仲裁双方之间的争议已不复存在。因此,以上两种模式被称作是法律虚构的伎俩。

第三,“调解—仲裁”“仲裁—调解”与“仲裁—调解—仲裁”模式本身具有内在不足。比如,“调解—仲裁”模式除存在可执行性问题外,还存在同一第三方主持调解和仲裁的问题。又如,“仲裁—调解”与“仲裁—调解—仲裁”模式存在成本高昂、对抗性强以及效率低下等问题。

第四,调解与仲裁的程序性质完全不同,将仲裁的规则应用于调解,将给《纽约公约》带来多重挑战。仲裁几乎类似于诉讼,裁决是由仲裁员居中作出,与之不同,调解协议取决于双方当事人的一致同意,而非通过正式的裁决程序达成,基于此,虽然仲裁执行机制很有吸引力,但在调解中采用仲裁执行机制忽略了仲裁与调解之间的根本区别。^{③⑥}将仲裁的程序规则应用于调解,将产生仲裁协议无效、不当召集、无法提交案件、超越仲裁员授权、签署弃权等程序性挑战和不可预见的禁令、侵犯人权行为、货币贬值等实体性挑战。^{③⑦}若要应对这些挑战,需要对调解或者仲裁的程序规则进行修改。但为了实现《纽约公约》规定的强制执行而对调解程序进行过度修改,或者为了容纳国际商事调解协议而改变《纽约公约》的范围及内容,均不适当。^{③⑧}

三、经由起源国公证程序转换执行模式

(一) 经由起源国公证程序转换执行的方式

从各国立法以及国际条约等来看,国际商事调解协议可以经由起源国的公证程序转换成赋予强制执行效力的公证债权文书。比如,在波兰,除法院出面订立或者由法院核

^{③④} *Supra* note 17, at 18.

^{③⑤} 《纽约公约》准备工作材料表明,在公约审议期间曾提出《纽约公约》适用于合意裁决的问题,但未就此作出决定。Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: International Commercial Conciliation: Enforceability of Settlement Agreements, A/CN.9/WG.II/WP.190, para.19.

^{③⑥} Dorcas Quek Anderson, *Litigating over Mediation - How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements*, Singapore Journal of Legal Studies, 2015, Vol.20:1, p.129.

^{③⑦} Brette L. Steele, *Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention*, UCLA Law Review, 2007, Vol.54:5, pp.1399-1141.

^{③⑧} Winnie Jo-Mei Ma, *Enforcing Mediated Settlement Agreements under the New York Convention: From Controversies to Creativities*, Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal), 2014, Vol.7:1, p.72.

证的协议之外,调解协议被视为私人协议,但关于公证契约形式的协议,可以将其列入自愿付诸执行的声明,在此种情况下,根据波兰《民事诉讼法典》第 777 条第 1 款第 4、5、6 项,协议即具有执行力。^{③⑨}又如,在捷克,国际商事调解协议可以通过公证程序转换成由公证机关颁发的附有执行条款的公证记录。^{④⑩}此外,斯洛文尼亚、爱沙尼亚、苏格兰、荷兰、罗马尼亚、奥地利、德国、西班牙等国家或地区,也采取了这种方式。

国际商事调解协议经由起源国的公证程序转换成公证债权文书后,当事人可以依据国际条约或互惠关系等向执行国申请承认与执行。

(二) 经由起源国公证程序转换执行的利弊

相较经由起源国法院或仲裁程序转换执行模式,经由起源国公证程序转换执行模式效率较高,债权人可以迅速获得执行名义。且通过起源国与执行国的双重审查,可以充分确保国际商事调解协议执行的正当性。

不过,经由起源国公证程序转换执行模式,与经由起源国法院或仲裁程序转换执行模式一样,也存在成本高昂尤其是可能产生大量不必要的费用、国际商事调解协议的起源国难以确定、双重审查机制会减损国际商事调解协议的执行效率等弊端。除此之外,该模式还存在以下问题:

第一,这种模式需要规定调解协议的形式要求,从而带来一种可能与现行调解做法相矛盾的形式主义。^{④⑪}比如,德国《民事诉讼法》第 794 条第 1 款第 5 项,关于可执行的公证债权文书,规定了四个要件:由德国法院或公证员在其职务的权限内;以合乎规定的方式制作;就某一可以适用和解规定的请求,但该请求不属于发出意思表示,也不涉及住房租赁关系的状况,请求必须属于当事人的处分权限;债务人在证书中表明愿意就所列的请求权接受立即强制执行。^{④⑫}这些规定与调解的灵活性及高度的意思自治并不完全契合。

第二,公证纯粹是国内法问题,各国对国内法的要求各不相同。比如,法国法规定凡公证书即具有执行力,而德国法和日本法规定公证书并不直接具有执行力,尚须证书上有债务人执行承诺的约定。^{④⑬}

第三,经由起源国公证程序转换执行模式,主要适用于大陆法系的国家或地区,因此这种执行方法在国际范围内适用有限。

^{③⑨} Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation: Compilation of Comments by Governments Addendum, A/CN.9/846/Add.2, p.10.

^{④⑩} Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation: Compilation of Comments by Governments Addendum, A/CN.9/846/Add.5, p.2.

^{④⑪} Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: Enforce ability of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation, A/CN.9/WG.II/WP.187, para.13.

^{④⑫} 参见 [德] 奥拉夫·穆托斯特:《德国强制执行法》,马强伟译,中国法制出版社 2019 年 12 月版,第 61 页。

^{④⑬} 参见张登科:《强制执行法》,三民书局有限公司 2012 年 6 月版,第 46 页。

四、经由执行国国际诉讼转换执行模式

（一）经由执行国国际诉讼转换执行的方式

从各国立法以及国际条约等来看,一些国家将国际商事调解协议视为合同,并将传统的合同法原则应用于因执行协议而产生的纠纷。^④比如,调解协议在韩国属于合同法的范畴,由韩国《民法典》第731、732条加以规范。^⑤又如,调解协议在卡塔尔也属于合同法的范畴,由卡塔尔《民法典》第575至581条加以规范。^⑥基于此,如果债务人拒不履行国际商事调解协议约定的义务,债权人可以在执行国就国际商事调解协议提起违约之诉等国际合同诉讼,并可以基于胜诉生效给付判决在执行国申请强制执行。

比如,在俄罗斯,如果当事人在不将争议提交法院或仲裁庭裁决的情况下经调解程序达成调解协议,则这类协议可被视为民事交易,对此将适用民法有关合同终止赔偿规则、债务变更、债务免除、类似反诉抵销以及损害赔偿等规则,将按照民法规定的手段保护因为不执行或不当执行这类调解协议而被侵犯的权利。^⑦又如,在澳大利亚,如果另一方当事人未履行其在调解协议下的义务,为债权人提供的救济与任何订约人可获得的救济是一样的,债权人可以启动法律程序指称债务人违约,并要求其具体履行合同或提供其他规定的救济。^⑧其实,国际合同诉讼是很多国家默认的国际商事调解协议执行程序。此外,加拿大、德国、匈牙利、新加坡、美国等国家或地区,也采取了这种方式。

（二）经由执行国国际诉讼转换执行的利弊

经由执行国国际诉讼转换执行模式,可以实现国际商事调解协议的跨境执行,且在执行国申请执行国际合同诉讼胜诉生效给付判决不存在障碍。

不过,经由执行国国际诉讼转换执行模式,存在以下问题:

第一,国际合同诉讼程序繁琐且成本高昂。执行地法院对于当事人提交的国际商事调解协议纠纷案件,首先要确定其是否具有管辖权,其次要确定审理该案应当适用的准据法,再次要根据案件事实及准据法作出判决,最后可能要经历二审以及再审程序,程序十分繁杂。^⑨此外,执行地法院需要付出较之国内诉讼更多的司法资源,当事人则需要承担更高的时间和费用成本。

^④ Ronan Feehily, *The Legal Status and Enforce Ability of Mediated Settlement Agreements*, *Hibernian Law Journal*, 2013, Vol.12:1, p.3.

^⑤ Article 731, 732 of the Civil Act, <https://law.go.kr/LSW/eng/engLsSc.do?menuId=2§ion=lawNm&query=civil&x=0&y=0#liBgcolor8>, last visited Jan. 29, 2024.

^⑥ Article 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581 of the Civil Code, <https://vdocument.in/qatar-civil-code-english.html?page=1>, last visited Jan. 29, 2024.

^⑦ Note by the Secretariat, *Settlement of Commercial Disputes: Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation: Compilation of Comments by Governments Addendum*, A/CN.9/846/Add.4, p.2.

^⑧ *Supra* note 39, at 2.

^⑨ 参见王洪根:《国际商事调解协议跨境执行机制研究》,华东政法大学博士学位论文,2020年。

第二,国际合同诉讼未考虑调解员的因素。比如,在普通法系国家,如果一方当事人寻求将调解协议作为合同强制执行,它必须符合可强制执行合同的所有普通法要素,其中一些普通法要素,如相互同意、对价、遵守公共政策、适当的权力、没有错误和不可能性,构成了说服法院将调解后的协议作为合同强制执行的障碍。^{⑤①}显然,这些要素只与合同本身有关,而与调解员毫无关系。但国际商事调解协议是在调解员的协助下达成的,虽然调解员无权对争议当事人强加解决办法,但其行为也会影响国际商事调解协议的达成及其内容。比如,《新加坡调解公约》第5条第1款就规定了与调解员相关的拒绝准予救济的理由。^{⑤①}

第三,双方当事人达成国际商事调解协议的目的是解决争议,对国际商事调解协议再起争执不符合当事人的预期。

五、起源国无复审执行国直接执行模式

(一) 起源国无复审执行国直接执行的方式

在国际贸易领域,调解经常被认为是一种灵活的方法,非常适合解决寻求维持长期商业和投资关系的商人之间的争端,并在国家司法行政方面节省开支。^{⑤②}不过,国际商事调解协议缺乏可执行性,一直是接受调解作为替代性跨境争端解决机制的绊脚石。^{⑤③}虽然经由起源国法院程序转换执行模式、经由起源国仲裁程序转换执行模式、经由起源国公证程序转换执行模式以及经由执行国国际诉讼转换执行模式,可以实现国际商事调解协议的跨境执行,但这些模式成本高昂、效率低下且存在诸多固有弊端。为了克服国际商事调解协议转换执行的弊端,联合国国际贸易法委员会2002年公布的《国际商事调解示范法》、2018年通过的《新加坡调解公约》,以及已经批准《新加坡调解公约》的缔约方的国内法,均采取了直接执行或者称起源国无审查机制模式。

^{⑤①} Cathleen Cover Payne, *Enforceability of Mediated Agreements*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1986, Vol.1:2, pp.388-389.

^{⑤①} 《新加坡调解公约》第5条第1款规定:“根据第4条寻求救济所在公约当事方的主管机关可根据寻求救济所针对当事人的请求拒绝准予救济,唯需该当事人向主管机关提供以下证明:(a)和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况;(b)所寻求依赖的和解协议:(一)根据当事人有效约定的和解协议管辖法律,或者在没有就此指明任何法律的情况下,根据在第4条下寻求救济所在公约当事方主管机关认为应予适用的法律,无效、失效或者无法履行;(二)根据和解协议条款,不具约束力或者不是终局的;(三)或者随后被修改;(c)和解协议中的义务:(一)已经履行;或者(二)不清楚或者无法理解;(d)准予救济将有悖和解协议条款;(e)调解员严重违法适用于调解员或者调解的准则,若非此种违反,该当事人本不会订立和解协议;或者(f)调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或独立性产生正当怀疑的情形,并且此种未予披露对一方当事人有实质性影响或者不当影响,若非此种未予披露,该当事人本不会订立和解协议。”

^{⑤②} Corinne Montineri, *The United Nations Commissions on International Trade Law (UNCITRAL) and the Significance of the Singapore Convention on Mediation*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019, Vol.20:4, p.1024.

^{⑤③} Ayushi Saumya, *Singapore Convention on Mediation: A Historic Evolution of the Mediation Landscape*, International Journal of Law Management & Humanities, 2020, Vol.3:5, p.947.

根据《国际商事调解示范法》第14条、⁵⁴《新加坡调解公约》第3条第1款的规定,⁵⁵如果某一国家或地区批准了《新加坡调解公约》,则国际商事调解协议在缔约方领土内直接具有可执行性,无需在起源国纳入复审机制作为执行国际商事调解协议的先决条件。换言之,债权人可以直接向执行国主管机关申请强制执行,而无需在起源国将国际商事调解协议转换成法院命令、仲裁裁决或公证债权文书等法律文书,也无须在执行国提起国际合同诉讼。

2020年2月4日,新加坡议会通过了《新加坡调解公约法案》。2020年2月25日,新加坡将批准文件交存联合国,成为第一批批准《新加坡调解公约》的国家。通过颁布《新加坡调解公约法案》,新加坡履行了《新加坡调解公约》下的义务。根据《新加坡调解公约法案》第4条第1款第a项的规定,国际商事调解协议的一方,为达到在新加坡执行协议的目的,可以向高等法院申请将该协议记录为法院命令。⁵⁶2023年4月28日,日本国会公布了《关于实施〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉的法律》(以下简称《新加坡调解公约实施法案》)。2023年10月3日,日本将批准文件交存联合国,成为《新加坡调解公约》的第十二个缔约方。通过颁布《新加坡调解公约实施法案》,日本履行了《新加坡调解公约》下的义务。根据《新加坡调解公约实施法案》第5条第1款的规定,欲基于国际商事调解协议进行民事执行的当事人,应当以债务人作为被申请人,向法院提出请求执行决定(指基于国际商事调解协议允许民事执行的决定)的申请。⁵⁷

此外,采纳了《国际商事调解示范法》的加拿大安大略省、新斯科舍省等,以及其他已批准《新加坡调解公约》的缔约方,也采取了这种方式。

(二) 起源国无复审执行国直接执行的利弊

起源国无复审执行国直接执行模式的直接优势在于,克服了国际商事调解协议转换执行的弊端,可以使商业当事人高效率和低成本地实现国际商事调解协议的跨境执行,能够鼓励和促进国际商事调解的发展。间接优势则如《新加坡调解公约》的序言所言。⁵⁸

不过,起源国无复审执行国直接执行模式也存在以下问题:

第一,起源国无复审执行国直接执行模式的必要性存在质疑。如前所述,很多国家

⁵⁴ 《国际商事调解示范法》第14条规定:“当事人订立争议和解协议的,该和解协议具有约束力和可执行性。颁布国可插入对和解协议执行方法的说明,或提及关于执行方法的规定。”

⁵⁵ 《新加坡调解公约》第3条第1款规定:“本公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。”

⁵⁶ Article 4 of the Singapore Convention on Mediation Act 2020, <https://sso.agc.gov.sg/Act/SCMA2020>, last visited Jan. 30, 2024.

⁵⁷ 調停による国際的な和解合意に関する国際連合条約の実施に関する法律の第5条を参照のことです, <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=505AC0000000016>, 最終訪問日は2024年1月30日です。

⁵⁸ 《新加坡调解公约》的序言规定:“本公约当事方,认识到调解作为一种商事争议解决办法对于国际贸易的价值,争议当事人籍此办法请求第三人协助其设法友好解决争议,注意到国际和国内商业实务越来越多地使用调解替代诉讼,考虑到使用调解办法产生显著益处,例如,减少因争议导致终止商业关系的情形,便利商业当事人管理国际交易,并节省国家司法行政费用,深信就调解所产生的国际和解协议确立一种可为法律、社会和经济制度不同的国家接受的框架,将有助于发展和谐的国际经济关系,兹商定如下。”

就经由起源国法院程序转换执行模式、经由起源国仲裁程序转换执行模式、经由起源国公证程序转换执行模式、经由执行国国际诉讼转换执行模式的一种或者几种模式作出了明确规定,已经可以实现国际商事调解协议的跨境执行。尤其是实践表明,国际商事贸易中的绝大多数商事交易所拟订的国际合同几乎都包括了仲裁条款,合同当事人可利用的国际仲裁程序总体上满足了国际经济关系现行发展水平的要求。^{⑤9}基于此,诸如德国、澳大利亚、奥地利、俄罗斯、欧盟等国家和组织均对《新加坡调解公约》的必要性提出了质疑。比如,在《新加坡调解公约》的起草过程中,德国认为鉴于当事人能够付诸仲裁并且有可能利用合意仲裁裁决,没有必要制定《新加坡调解公约》。^{⑥0}再如,俄罗斯认为执行国际商事调解协议所需的法律机制似乎不可能比执行国际商事仲裁裁决的法律机制更为简单。^{⑥1}又如,欧盟认为没有必要以公约的形式规范国际商事调解协议的跨境执行,现有的执行体系能够满足相应的执行需求。^{⑥2}

第二,国际商事调解的程序和结果是否足够正当,进而能够得以直接执行存在质疑。比如,奥地利指出:“由于调解程序似乎还不存在任何标准,这就要求必须对程序本身、对程序独立于任何一方当事人并且免受外部的不利影响、对调解员的素质以及对结果的质量给予充分的信任,而且必须充分信任当事人不是在损害第三人的情况下取得约定的结果。但对于试图为调解程序找到并规定充足的标准,从而能够为立即执行程序结果提供根据,奥地利持非常怀疑的态度。”^{⑥3}我国也有观点认为,加入《新加坡调解公约》之后,虚假调解可能会乘虚而入。^{⑥4}的确,如果国际商事调解协议的达成存在重大程序或实体瑕疵,直接执行机制无法充分确保强制执行结果的正当性,可能会损害被执行人或第三人的合法利益,甚至可能会违反执行国的公共政策。

第三,《新加坡调解公约》的普惠机制可能会增加缔约方的执行压力。根据《新加坡调解公约》的规定,只要是在缔约方寻求执行国际商事调解协议,即对其执行适用公约。^{⑥5}换言之,无论国际商事调解协议当事人的国籍国是否是《新加坡调解公约》的缔约方、国际商事调解协议是否在《新加坡调解公约》的缔约方境内订立,只要当事人向《新加坡调解公约》的缔约方申请强制执行,缔约方即具有执行国际商事调解协议的义务。基于此,如果大量国际商事调解协议执行案件涌入缔约方,可能会增加缔约方的执行压力。

^{⑤9} *Supra* note 47, at 2.

^{⑥0} Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: Enforceability of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation — Revision of the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, A/CN.9/WG.II/WP.188, p.2.

^{⑥1} *Supra* note 47, at 2.

^{⑥2} 参见高奇:《调解产生的国际和解协议跨境执行研究》,对外经济贸易大学博士学位论文,2022年。

^{⑥3} *Supra* note 32, at 5.

^{⑥4} 参见段明:《〈新加坡调解公约〉的冲击与中国商事调解的回应》,载《商业研究》2020年第8期,第132页。

^{⑥5} Note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes: International Commercial Conciliation: Preparation of Aninstrument on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting from Conciliation, A/CN.9/WG.II/WP.198, para.5.

第四,起源国无复审执行国直接执行模式的适用,受制于《新加坡调解公约》的缔结情况。《新加坡调解公约》目前只有13个缔约方,中国、美国、俄罗斯、印度、英国、德国、法国等主要经济体均尚未批准该公约。

六、国际商事调解协议跨境执行的中国模式

(一) 国际商事调解协议跨境执行的现有模式

根据我国的国内立法、司法实践以及加入的国际条约和互惠关系等,前述五种国际商事调解协议跨境执行的模式在我国均有适用的空间。

首先,我国存在经由起源国法院程序转换执行模式。根据《民事诉讼法》第205、206条的规定,经依法设立的调解组织调解达成的调解协议,通过司法确认的执行力赋予程序的审查,可以转换成法院裁定。^{⑥⑥}根据《民事诉讼法》第96条、第100条第1款、第247条第2款的规定,双方当事人在法院的主持下达成的调解协议,可以转换成法院调解书。^{⑥⑦}此外,2024年1月30日施行的《最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台工作指引(试行)》(法〔2023〕247号,2023年12月22日公布)第16条还特别规定,经国际商事调解机构或者专家委员主持调解达成的调解协议,国际商事法庭审查后,可以转化成民事调解书或民事判决书。^{⑥⑧}不过,我国现行法并未规定双方当事人在法院或仲裁机构之外的第三方的主持下达成的国际商事调解协议,在满足特定条件时,直接视为法院判决等法律文书。

其次,我国存在经由起源国仲裁程序转换执行模式。比如,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第47条第10款规定了“调解—仲裁”模式。^{⑥⑨}又如,《北京仲裁

^{⑥⑥} 《民事诉讼法》第205条规定:“经依法设立的调解组织调解达成调解协议,申请司法确认的,由双方当事人自调解协议生效之日起三十日内,共同向下列人民法院提出:(一)人民法院邀请调解组织开展先行调解的,向作出邀请的人民法院提出;(二)调解组织自行开展调解的,向当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的基层人民法院提出;调解协议所涉纠纷应当由中级人民法院管辖的,向相应的中级人民法院提出。”《民事诉讼法》第206条规定:“人民法院受理申请后,经审查,符合法律规定的,裁定调解协议有效,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向人民法院申请执行;不符合法律规定的,裁定驳回申请,当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议,也可以向人民法院提起诉讼。”

^{⑥⑦} 《民事诉讼法》第96条规定:“人民法院审理民事案件,根据当事人自愿的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解。”《民事诉讼法》第100条第1款规定:“调解达成协议,人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。”《民事诉讼法》第247条第2款规定:“调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书,当事人必须履行。一方拒绝履行的,对方当事人可以向人民法院申请执行。”

^{⑥⑧} 《最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台工作指引(试行)》第16条规定:“经国际商事调解机构或者专家委员主持调解,当事人达成调解协议的,应当签署书面调解协议。根据当事人申请,国际商事法庭依法对调解协议进行审查,并制作民事调解书;当事人请求国际商事法庭制作判决书的,国际商事法庭可以制作民事判决书。”

^{⑥⑨} 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第47条第10款规定:“当事人在仲裁程序开始之前自行达成或经调解达成和解协议的,可以依据由仲裁委员会仲裁的仲裁协议及其和解协议,请求仲裁委员会组成仲裁庭,按照和解协议的内容作出仲裁裁决。除非当事人另有约定,仲裁委员会主任指定一名独任仲裁员成立仲裁庭,由仲裁庭按照其认为适当的程序进行审理并作出裁决。具体程序和期限,不受本规则其他条款关于程序和期限的限制。”

委员会仲裁规则》第 43、44 条规定了“仲裁—调解”模式,包括仲裁庭调解^⑩和独立调解^⑪。再如,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 47 条第 1 至 6 款规定了“仲裁—调解—仲裁”模式。^⑫同样,我国现有的仲裁委员会仲裁规则,也并未规定双方当事人在法院或仲裁机构之外的第三方的主持下达成的国际商事调解协议,在满足特定条件时,直接视为仲裁庭作出的最终裁决。

再次,我国存在经由起源国公证程序转换执行模式。根据《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(法发〔2009〕45号,2009年7月24日公布)第12条、《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(法发〔2016〕14号,2016年6月28日公布)第11条的规定,具有给付内容的国际商事调解协议可以经由公证程序转换成具有强制执行力的公证债权文书。^⑬

然后,我国存在经由执行国国际诉讼转换执行模式。《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第10条、《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第31条规定,商事调解协议具

^⑩ 《北京仲裁委员会仲裁规则》第 43 条规定:“(一)仲裁庭可以根据当事人的请求或者在征得当事人同意的情况下按照其认为适当的方式进行调解。(二)调解达成协议的,当事人可以撤回仲裁申请,也可以请求仲裁庭根据调解协议的内容制作调解书或者裁决书。(三)调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名,加盖本会印章,送达各方当事人。调解书经各方当事人签收即发生法律效力。(四)对于调解书中的文字、计算错误或者类似错误,仲裁庭应当补正。当事人也有权在签收调解书后 30 日内要求补正。调解书的补正为调解书的组成部分,经送达当事人后生效。(五)调解不成的,任何一方当事人均不得在之后的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引对方当事人或仲裁庭在调解过程中的任何陈述、意见、观点或建议作为其请求、答辩或者反请求的依据。”

^⑪ 《北京仲裁委员会仲裁规则》第 44 条规定:“(一)案件审理过程中,当事人可以自行和解或者依据《北京仲裁委员会调解中心调解规则》的规定向本会调解中心申请由调解员进行调解。(二)调解达成和解协议的,当事人可以共同要求组成仲裁庭依据该和解协议的内容制作调解书或者裁决书。由此产生的相关费用,由当事人承担。”

^⑫ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 47 条第 1 至 6 款规定:“(一)双方当事人有调解愿望的,或一方当事人有调解愿望并经仲裁庭征得另一方当事人同意的,仲裁庭可以在仲裁程序中对案件进行调解。双方当事人也可以自行和解。(二)仲裁庭在征得双方当事人同意后可以按照其认为适当的方式进行调解。(三)调解过程中,任何一方当事人提出终止调解或仲裁庭认为已无调解成功的可能时,仲裁庭应终止调解。(四)双方当事人经仲裁庭调解达成和解或自行和解的,应签订和解协议。(五)当事人经调解达成或自行达成和解协议的,可以撤回仲裁请求或反请求,也可以请求仲裁庭根据当事人和解协议的内容作出裁决书或制作调解书。(六)当事人请求制作调解书的,调解书应当写明仲裁请求和当事人书面和解协议的内容,由仲裁员署名,并加盖‘中国国际经济贸易仲裁委员会’印章,送达双方当事人。”

^⑬ 《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 12 条规定:“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织对民事纠纷调解后达成的具有给付内容的协议,当事人可以按照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定申请公证机关依法赋予强制执行效力。债务人不履行或者不适当履行具有强制执行效力的公证文书的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第 11 条规定:“加强与公证机构的对接。支持公证机构对法律行为、事实和文书依法进行核实和证明,支持公证机构对当事人达成的债权债务合同以及具有给付内容的和解协议、调解协议办理债权文书公证,支持公证机构在送达、取证、保全、执行等环节提供公证法律服务,在家事、商事等领域开展公证活动或者调解服务。依法执行公证债权文书。”

有民事合同性质。^{⑦④}基于此,只要我国法院具有管辖权,债权人即可在我国依据国际商事调解协议提起国际合同诉讼。

最后,我国存在起源国无复审执行国直接执行模式。虽然我国尚未批准《新加坡调解公约》,但司法文件与司法实践已经对国际商事调解协议的跨境直接执行机制展开了探索。比如,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》、^{⑦⑤}《广东自贸区跨境商事纠纷调解规则》(粤高法〔2019〕160号,2019年12月30日公布)第13条、^{⑦⑥}《浦东新区促进商事调解若干规定》(2022年6月30日公布)第18条,^{⑦⑦}均规定国际商事调解协议可由人民法院进行司法确认。

(二) 国际商事调解协议跨境执行的模式选择

如前所述,国际商事调解协议的五种跨境执行模式各有利弊,且值得进一步说明的是,我国尚未批准1971年的《承认与执行外国国民商事判决公约》、2005年的《选择法院协议公约》、2019年的《承认与执行外国国民商事判决公约》,因此,在适用经由起源国法院程序转换执行模式时,受制于多边或双边国家条约缔结情况的弊端尤为明显。同时,我国是《纽约公约》的缔约方,因此经由起源国仲裁程序转换执行模式具有较强可适用性的优势也尤为明显。

经由起源国法院程序转换执行模式、经由起源国仲裁程序转换执行模式、经由起源国公证程序转换执行模式、经由执行国国际诉讼转换执行模式,在我国均有明确的法律、司法解释或仲裁规则依据。因此,我国未来需要考虑的问题,主要是是否需要批准《新加坡调解公约》,以及在牵头建立国际调解院的国际公约的过程中,如果将国际商事争议纳入国际调解院的受案范围,是否需要确立国际商事调解协议起源国无复审执行国直接执行的模式。

总体来看,起源国无复审执行国直接执行模式,基于国际商事调解的非对抗性、低成本、高度的意思自治、程序利用者本位、灵活和快捷的优势,以及基于国际商事调解协议可以跨境直接执行的优势,有助于促进我国国际贸易的健康发展、完善我国的商事调解

^{⑦④} 《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第10条规定:“人民法院鼓励和支持行业协会、社会组织、企事业单位等建立健全调解相关纠纷的职能和机制。经商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解后达成的具有民事权利义务内容的调解协议,经双方当事人签字或者盖章后,具有民事合同性质。”《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第31条规定:“完善司法确认程序。经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议,当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。登记立案前委派给特邀调解组织或者特邀调解员调解达成的协议,当事人申请司法确认的,由调解组织所在地或者委派调解的基层人民法院管辖。”

^{⑦⑤} 中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》指出,“一带一路”国际商事调解机构为解决“一带一路”建设参与国当事人之间的跨境商事纠纷出具的调解书,可以由有管辖权的法院经过司法确认获得强制执行力。

^{⑦⑥} 《广东自贸区跨境商事纠纷调解规则》第13条规定:“商事调解协议可由人民法院进行司法确认。经人民法院确认后的商事调解协议,与裁判文书具有同等法律效力。”

^{⑦⑦} 《浦东新区促进商事调解若干规定》第18条规定:“当事人达成调解协议的,可以依法共同向有管辖权的人民法院申请司法确认。调解协议中具有金钱或者有价证券给付内容的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请支付令。”

法律体系、保障“一带一路”倡议的有效实施,也有助于发展和谐的国际经济关系、促进国际和平安全发展和国际秩序稳定、推动构建人类命运共同体。习近平总书记在中国共产党第二十次全国代表大会上作报告时指出,要加强涉外领域立法,统筹推进国内法治和涉外法治。我国作为负责任的大国,应当主动参与全球治理体系建设,提升我国的全球影响力和竞争力,积极考虑于条件成熟时批准《新加坡调解公约》,或者在牵头完成建立国际调解院的国际公约的过程中,积极考虑将国际商事争议纳入国际调解院的受案范围,并且构建国际商事调解协议起源国无复审执行国直接执行的模式,进而引领国际商事调解以及国际商事调解协议跨境执行规则的构建。

其实,相较联合国大会于2018年才审议通过《新加坡调解公约》,赋予国际商事调解协议可执行性,我国早在2012年就修正《民事诉讼法》,增设了赋予国内调解协议可执行性的司法确认程序。而且,司法确认程序的立法背景和制度功能,与《新加坡调解公约》的起草背景或者说赋予国际商事调解协议可执行性的原因完全相同。具体来说,“我国的理论研究和实践经验表明,调解协议缺乏法律强制力是诉讼外调解功能弱化的关键原因,是制约调解制度发展的瓶颈。”^⑧在此背景下,全国人民代表大会常务委员会2012年公布的《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》增设了司法确认程序。因此,我国于条件成熟时确立起源国无复审执行国直接执行的模式,并不存在理论和观念障碍。而且,我国关于司法确认程序的国内立法,可以为国际商事调解协议的具体执行程序构建提供诸多有益经验。

国际商事调解协议起源国无复审执行国直接执行模式的确具有诸多积极意义,但同样也存在很多挑战以及需要解决的理论和立法问题。比如,前述的国际商事调解的程序和结果是否足够正当、《新加坡调解公约》的普惠机制是否会增加缔约方的执行压力、国际商事调解协议的具体执行程序如何构建等。我国未来应当积极应对这些挑战,尤其是可以通过实践探索,逐步建构完善的商事调解规则以及国际商事调解协议的具体执行程序。

结 语

国际商事调解协议的五种跨境执行模式各有利弊,除了继续维持经由起源国法院程序转换执行模式、经由起源国仲裁程序转换执行模式、经由起源国公证程序转换执行模式、经由执行国国际诉讼转换执行模式外,我国是否有必要在立法层面明确建立起源国无复审执行国直接执行模式,仍需深入论证和不断探索。在最终作出立法决断之前,不妨先在自由贸易试验区、粤港澳大湾区等展开试点。一方面,自由贸易试验区、粤港澳大湾区等有权通过调整法律适用先行先试;另一方面,自由贸易试验区、粤港澳大湾区等是我国国际商事调解的改革前沿。比如,依托香港国际调解中心、前海法院“一带一路”

^⑧ 潘剑锋:《论司法确认》,载《中国法学》2011年第3期,第42页。

国际商事诉调对接中心等平台,根据《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例》《广东自贸区跨境商事纠纷调解规则》《粤港澳大湾区调解平台建设工作方案》等规定,可以先就内地与香港特别行政区商事调解协议的跨境直接执行机制展开试点。在试点的基础上,逐步完成国际商事调解协议具体执行程序的构建,最终根据试点效果决定是否批准《新加坡调解公约》以及是否将国际商事调解协议起源国无复审执行国直接执行模式纳入建立国际调解院的国际公约。

Abstract: Regarding cross-border enforcement of international settlement agreements resulting from mediation, there are different paths. First, the international settlement agreements resulting from mediation can be converted into legal documents such as court orders, arbitration awards or notarized creditor's rights documents through court, arbitration or notarization procedures in the country of origin, and then be submitted to the enforcing country for recognition and enforcement based on international treaties or reciprocal relations. The second is to bring an international contract lawsuit based on the international settlement agreements resulting from mediation in the enforcing country, and then apply for enforcement on the ground of the favorable judgment. The third is to apply directly to the enforcing country for the enforcement of the international settlement agreements resulting from mediation, without the need to convert the international settlement agreements resulting from mediation. Each of the above models has its own advantages and disadvantages. China can conduct pilot projects in pilot free trade zones and the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area. Then, based on domestic conditions, it is to be decided whether to ratify the Singapore Convention on Mediation and how to lead the negotiation of an international convention on the establishment of an international organization for mediation.

Keywords: international settlement agreements resulting from mediation; the Singapore Convention on Mediation; international organization for mediation; transformation enforcement; direct enforcement

(责任编辑:孙保国)

国际商事仲裁协议准据法的确定规则

——兼论“法院地法”作为连结点的合理性

李淑颖*

内容提要 在当事人未明示选择仲裁协议准据法的前提下,如何确定仲裁协议准据法,相关法律规定和司法实务中出现了不同的选择路径,部分国内法和国际法以仲裁地作为确认仲裁协议准据法的因素。以仲裁制度较为成熟的英国为例,司法实务中明确了确定仲裁协议准据法的两种路径,分别是根据合同和仲裁地确定仲裁协议准据法,这两种路径也为其他国家和地区所借鉴。中国《仲裁法》尚未明确规定仲裁地的概念,仲裁地概念的缺失不仅影响仲裁协议的法律适用选择,同时涉及对仲裁的司法监督以及裁决的承认与执行问题。2021年,司法部发布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》中增加了法院地法这一连结点,作为确定仲裁协议准据法的缺省规则,这一做法会扩大司法对仲裁的干预。因此,有必要引入仲裁地这一重要的法律概念作为判断仲裁协议准据法的连结点,同时结合仲裁协议有效性原则和最密切联系原则,避免法院地法概念的引入,以支持中国国际商事仲裁的发展。

关键词 国际商事仲裁协议;法律适用;仲裁地;有效性

一、问题的提出

仲裁协议是当事人申请仲裁的合法凭据,一份有效的仲裁协议对争议解决方式的选择起着关键性作用,而仲裁协议准据法则是判断仲裁协议的成立、效力以及解释方法的法律依据。国家或地区对仲裁协议效力的认定方式直接关系到当事人的利益,不仅涉及一国法院对争议的管辖权问题,还涉及裁决结果能否在外国得到承认和执行的问题。在国际商事活动中,当事人通常没有对仲裁协议准据法进行明确约定的习惯。^①而仲裁实践中涉及到的合同适用法、仲裁地以及仲裁协议有效性原则等概念,成为了判断当事人意愿的关键因素,属于当事人默示选择的范围,能较快确定仲裁协议准据法。因此,不同国家的仲裁实践中出现了确定仲裁协议准据法路径不一致的情形,即使在同一国家,也产生了多种确定准据法的选择路径。

* 李淑颖,武汉东湖学院讲师。本文系武汉东湖学院青年教师科研人文社科基金项目《仲裁协议准据法的比较研究》(项目编号:2023dhsk029)的研究成果。

① 杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法:从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》,法律出版社2006年5月版,第116页。

以商事仲裁制度较为成熟的英国为例,它已经确定了一整套兼具灵活性和可操作性的法律适用规则,并根据国际商业环境积极调整相关规定。在司法判例中,英国法院确定了通过合同准据法推定仲裁协议准据法的规则,之后在判例中进一步完善了确定仲裁协议准据法的路径,形成了“三阶段”确定规则,并为其他国家和地区所借鉴。为了适应时代的发展和需要,在2023年9月6日,英国法律委员会完成了对《1996年仲裁法》的审查,发布了《〈1996年仲裁法〉审查:最终报告》(Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill,以下简称《最终报告》)。《最终报告》包括如何确定仲裁协议准据法的问题,委员会针对该问题提出了修改建议。在此之前,中国也在着手准备修改《仲裁法》的相关规定。中国司法部2021年7月发布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)对比现行的《仲裁法》有许多变化,主要表现在仲裁协议、仲裁庭、仲裁程序与仲裁裁决四个方面,其中的仲裁地和国际商事仲裁程序管理成为了业界关注的焦点。仲裁地作为仲裁司法管辖的核心连结点,具有重要的法律意义。在中国现行仲裁制度下,仲裁地作为仲裁司法管辖连结点的相关制度尚未在法律层面得到确立,在《征求意见稿》中,法院地法仍然被作为确定仲裁协议准据法的兜底选择。这一做法与国际商事仲裁惯例存在一定程度的差异,与国际仲裁制度发展时间较长的国家和地区也存在兼容性不足的风险。因此,笔者通过对比现行国内法和国际法的相关规定,同时基于对英国、新加坡在实务中适用规则的分析,比较中国司法实务中的仲裁案例,探讨仲裁地作为连结点的合理性和必要性,寻求确定仲裁协议准据法的更优路径,以期在建立适应中国国情与国际商事仲裁接轨的制度方面提出可行建议。

二、国际商事仲裁协议准据法路径选择

(一) 根据当事人意思自治确定准据法

当事人意思自治原则在国际商事仲裁立法与实践得到了普遍认可。以《承认及执行外国仲裁裁决公约》为例(以下简称《纽约公约》),第5条规定的关于拒绝承认和执行外国仲裁裁决的事由中,当事人选择的法律是判断仲裁协议有效性原则的依据,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)第34条也体现了这一原则。另外,国内法的相关规定也以当事人自由选择为优先考虑条件,英国《1996年仲裁法》第103条第2款(b)项、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(2010)(以下简称《法律适用法》)第3条和第18条规定的内容均体现了当事人意思自治原则。^②当事人的自由选择是国际商事仲裁程序和准据法适用的前提和要求,也是国际商事仲裁

^② Arbitration Act 1996, Article 103 (2) (b) “that the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.”

《法律适用法》第3条规定:“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”

《法律适用法》第18条规定:“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”

制度得以发展的依据。^③但是在仲裁实务中,鲜少有当事人在仲裁协议中直接约定仲裁协议适用的法律,大多是通过约定仲裁地或者合同适用的法律间接选择准据法。若仲裁协议准据法约定不明,会产生以下法律问题:第一,当事人能否启动仲裁程序;第二,仲裁庭管辖权争议;第三,仲裁协议管辖的范围;第四,仲裁裁决能否在外国法院得到承认和执行等。因此,准据法的确定直接影响仲裁程序的进行和裁决结果。^④

仲裁协议和合同之间的关系一直影响仲裁协议准据法的判定。传统的整体论认为仲裁协议准据法应根据合同中当事人约定的准据法进行判定,之后发展的分割论则坚持仲裁协议独立性原则,认为合同适用的法律不影响仲裁协议准据法的确定。^⑤整体论的观点在英国和新加坡的司法实务中得到了支持,法院基于合同整体性解释原则,衡量了当事人的意思表示。这一确定路径将在后文中通过司法判例呈现。笔者认为整体论有可取之处,体现了对当事人意思表示的尊重。但分割论更加合理,理由是合同和仲裁协议存在的前提与目的不同,合同涉及当事人之间的实体权利义务,相关的准据法解决的是因民商事法律关系产生的纠纷。仲裁协议准据法是基于仲裁协议而存在,适用于当事人之间关于纠纷解决方式的争议问题,更能体现当事人对仲裁的自由选择和期望通过仲裁取得公平结果的意愿。以仲裁协议独立性原则为核心,若当事人之间无对仲裁协议准据法的明示选择,英国法院在判例中创制了确定准据法路径的一套完整规则,该规则以当事人之间的默示选择为基础形成了“三阶段”规则,在第二阶段中加入了仲裁地,第三阶段加入了最密切联系因素,并融入了有利于仲裁协议有效性原则。尽管“三阶段”规则的创制指导了英国仲裁实践,但也出现了不同的认定标准和判决结果,其主要原因是最密切联系原则中的判定标准无法达成一致,产生了仲裁协议适用合同的法律或适用仲裁地法的不同结果。

(二) 根据仲裁地确定准据法

仲裁地不同于开庭地,作为一个法律概念,它涉及到仲裁地法院的管辖权。^⑥在当事人未选择仲裁协议准据法时,根据部分国家的仲裁制度和司法实践,仲裁地的法律通常会被优先适用,仲裁程序也须符合仲裁地法。^⑦仲裁地还涉及裁决的国籍标准,决定《纽约公约》能否适用。因此,仲裁地的判定在国际商事仲裁实践操作中起着举足轻重的作用。

英国《1996年仲裁法》因历史因素和其内容的完善性,在国际上具有领先地位,英国伦敦国际仲裁院(LCIA)也成为国际商事仲裁领域中首屈一指的机构。为了适应时代的发展和社会因素的复杂化,英国也在积极准备对仲裁法做出调整。《最终报告》中

^③ 张晓玲:《国际商事仲裁协议法律适用问题探究——兼论中国国际商事仲裁协议法律适用制度设计》,载《政治与法》2007年第1期,第119页。

^④ 郭潇晗:《论国际商事仲裁协议的法律适用》,载《商事仲裁与调解》2022年第6期,第76页。

^⑤ 同前注^③,第118页。

^⑥ 同上,第120页。

^⑦ 李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社1990年版,第538-539页。

的修订草案主要针对仲裁员的义务、仲裁员的豁免权、即席裁决、仲裁庭的实体管辖权、仲裁协议准据法、法院对仲裁程序的支持、紧急仲裁程序七个方面做出了修改。第五个方面涉及仲裁协议准据法的内容,法律委员会建议引入新的规则:除非双方另有约定,否则仲裁协议的准据法系仲裁地法。^⑧若这一建议被采纳,英国判例中形成的确定仲裁协议准据法的两种路径则不会被适用,但是法律委员会建议这一更改的内容适用于立法生效后签订的仲裁协议。如果修订后的《1996年仲裁法》确定上述规则,那么在判断立法生效后签订的仲裁协议准据法和之前的仲裁协议准据法时,会出现两种不同的确定方式和判决结果。英国虽一直未通过成文法对仲裁协议准据法路径进行明确规定,但已通过司法判例形成了法律适用规则。^⑨在英国的判例中,如果双方没有明确约定仲裁协议准据法,则仲裁协议准据法的确定主要有两种方式,分别是根据合同和仲裁地法律确定准据法。同时,“三阶段”确定规则也影响了新加坡的司法实践。下面笔者将以英国和新加坡现有的判例为视角,分析合同和仲裁地对仲裁协议准据法的影响。

三、域外视野下仲裁协议准据法的选择

(一) 根据合同确定仲裁协议准据法

在仲裁实务中,仲裁协议适用合同准据法需满足两个前提,第一,当事人之间未明确选择仲裁协议准据法;第二,仲裁协议在形式上构成合同的一部分,此时仲裁协议又可称为仲裁条款。英国和新加坡是将合同准据法作为国际商事仲裁协议准据法适用的典型代表,法院在案例中阐述了推定合同准据法为仲裁协议准据法的合理性。在 *Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd.* 案中,英格兰和威尔士高等法院称:“如果当事人在合同中约定准据法,但在仲裁协议中不存在明示的法律选择,则基于当事人意思表示,仲裁协议通常受合同适用的法律体系管辖。”^⑩最后法院认定当事人应将争议提交到日本仲裁。在 *Union of India v. McDonnell Douglas Corp.* 案中,双方在合同中约定了仲裁条款,其中第8条规定,仲裁应按照1940年《印度仲裁法》或其任何再版或修订版本规定的程序进行;仲裁语言为英语,仲裁程序的所在地为英国伦敦。^⑪该案的争议焦点为仲裁协议准据法是印度法律还是英国法律。法院认为,仲裁条款是商业合同中的内容,双方当事人进行了商业交易,同意将争议提交到仲裁解决。根据合同第11条,双方当事人不仅选择印度法律作为合同的准据法,而且可以推定当事人选择印度法律来

^⑧ 赵芳:《英国法律委员会发布〈《1996年仲裁法》审查:最终报告〉及修订草案》,载香港国际仲裁中心 HKIAC 微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/HbOleMrJl1sufsd1RcKkig>, 最后访问时间:2024年5月5日。

^⑨ 聂羽欣:《国际商事仲裁协议准据法的确定——英国法和中国法比较考察》,载《商事仲裁与调解》2022年第3期,第65页。

^⑩ *Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd* England and Wales High Court (Commercial Court), Oct 4, 2001, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72f60d03e7f57ea9445#>, last visited May. 5, 2024.

^⑪ *Union of India v. McDonnell Douglas Corporation* (Commercial Court), [1993] Vol.2, p.48.

管辖因仲裁条款产生的争议,因此,在法律选择上,合同和仲裁条款适用的法律都是印度法律。

新加坡的案例也表明了法院在确定仲裁协议准据法时的立场。在 *BCY v. BCZ* 案中,当事人草拟了一份股份购买协议(以下简称 SPA)。^⑫ 第一次修订的 SPA 中约定了纽约法院对与协议所有相关争议有管辖权,在第二次修订稿中当事人修改了争议解决方式,在增加 ICC 仲裁条款的同时约定在新加坡仲裁。^⑬ 之后在第四次修订的 SPA 中再次更改了仲裁条款的内容,明确约定新加坡为仲裁地,同时要求由一名仲裁员进行审理。案件的主要争议点是仲裁协议准据法为纽约州法律还是新加坡法律。新加坡高等法院认为,合同的准据法即纽约州法律是仲裁协议的准据法。在 *BMO v. BMP* 案(以下简称 BMO 案)中,新加坡法院也根据合同确定仲裁协议准据法,最后认定仲裁条款适用的法律为合同准据法。^⑭ 该案中的合同包含仲裁条款,约定任何一方都有权将争议提交到新加坡国际仲裁中心(以下简称 SIAC)并根据 SIAC 仲裁规则进行仲裁。^⑮ 在 BMO 案中,法院根据当事人之间的默示选择,认定越南法律适用于公司章程,同时推定合同准据法也适用于公司章程中的仲裁条款。在判断 BMO 案中的仲裁协议准据法时,法院阐述了英国 *Sul América* 案的“三阶段”确定规则和新加坡 *FirstLink* 案中关于选择适用仲裁地法律的理由,同时引入了 *BCY* 案例中法官对上述两种判决结果的观点,认为仲裁协议准据法适用合同的准据法更具有合理性。^⑯

英国法院和新加坡法院均承认了根据合同确定仲裁协议准据法这一规则。上述四个案例的共性在于仲裁条款属于合同的一部分,形式上并未以单独协议的方式存在。新加坡的两个案例中适用了“三阶段”确定规则,当仲裁地法和合同准据法发生冲突,考虑了仲裁协议独立性原则。不同之处在于, *BCY* 案中法院在认定仲裁协议是否成立时,排除了仲裁协议独立性原则,合同未成立,附属于合同的仲裁条款亦不成立。该案肯定了仲裁协议独立性原则适用的条件,意味着这一原则不当然适用于合同未依法成立的情形。在 BMO 案中,法院认为当事人之间存在默示选择,无需进入第三阶段根据最密切联系原则确定仲裁地法为仲裁协议准据法,而是可以在第二阶段中选择适用合同准据法,理由是仲裁条款具有附属性,属于公司章程的一部分,因此,仲裁条款应当适用合同准据法,即越南法律。

根据合同确定仲裁协议准据法具有一定的合理性,特别是在当事人对仲裁协议准据法和仲裁地均无明示选择时,仲裁协议本身构成合同的一部分,当事人在合同中选择的管辖法律同样管辖仲裁条款。这一观点在英国实务和学界中都曾得到支持。但是,将合同准据法作为默示推定规则也存在弊端:第一,仲裁条款构成合同的部分内容,具有实体

^⑫ *BCY v. BCZ*, [2016] SGHC 249, p.583.

^⑬ *Id.*, at 587.

^⑭ *BMO v. BMP*, [2017] SGHC 127, p.57.

^⑮ *Id.*

^⑯ *Id.*, at 64-65.

性的同时也具有程序性,规范的是当事人之间的争端解决方式和程序问题,不同于合同准据法调整当事人之间的实体权利义务;第二,这种观点不符合《纽约公约》的条款内容,根据《纽约公约》,在当事人无明确选择时,缔约国应根据仲裁地的法律确定仲裁协议的效力以及成立与否的问题。

(二) 根据仲裁地确定仲裁协议准据法

在双方当事人未就仲裁协议的准据法作出明示选择时,国际通行做法是规定适用仲裁地国家的法律,即认定裁决作出地的法律为准据法。《纽约公约》第5条第1款、《欧洲国际商事仲裁公约》第6条第2款第(2)项除了适用当事人约定的准据法外,同时也肯定了仲裁地法作为准据法的适用。仲裁地法的适用得到了国家商事仲裁立法和实践的普遍认同,英国、新加坡等国家法院的判例中均采纳了仲裁地法作为准据法的方式。

对于如何确定仲裁协议准据法,英国法院在判例中形成了两种路径,一种是根据合同中约定的准据法确定仲裁协议准据法,另一种是适用仲裁地的法律。以 *Sul América* 案和 *Enka* 案为例, *Sul América* 案中,英国法院首次形成了“三阶段”确定规则,这一规则在后续案例中多次被适用。该案中,保险人 *Sul América* 与被保险人 *Enesa Engenharia SA* 签订了两份不同险种的保险单,保单中包括伦敦仲裁条款,同时明示选择巴西法律适用于合同,巴西法院具有专属管辖权。^⑰ 案件的争议焦点是仲裁条款的准据法是适用英国法律还是巴西法律,准据法的选择是影响禁诉令能否颁发的决定性因素。^⑱ *Enka* 案涉及的是电厂施工合同,该合同中的第50条第1款约定了解决争议的方式,合同当事人有权根据 ICC 仲裁规则申请仲裁,仲裁地在英国伦敦。^⑲

Sul América 案和 *Enka* 案中当事人既约定了合同适用的准据法,也约定了仲裁地,法院根据明示选择、默示选择、最密切联系原则,即“三阶段”确定规则,最后认定仲裁地法为仲裁协议准据法。*Sul América* 案作为“三阶段”确定规则的创始判例,初步明确了仲裁协议准据法的确定步骤,而 *Enka* 案中英国最高法院进一步区分了仲裁协议适用合同准据法和仲裁地法的两种情形,分别阐释明示选择、默示选择、最密切联系原则在三个不同的阶段所适用的条件。两个案件的区别在于, *Enka* 案中法院指出了合同适用的法律为仲裁协议准据法的可能性,否定了仲裁地成为确定仲裁协议准据法路径的唯一因素,增加了确定仲裁协议准据法路径的选择方式。法院认为可以根据合同确定仲裁协议准据法的原因如下:其一,确定性,当事人明确知道合同中约定适用的法律对合同当事人的所有权利、义务以及因此产生的所有争议都有管辖权;其二,一致性,当事人之间因合同产生的权利义务,包括其中的仲裁条款产生的权利义务都适用同一法律;其三,避免复杂性和不确定性,如果合同与仲裁条款适用不同的法律体系,可能会因为法律规定的不同增加案件的难度,导致出现不同的法律结果。

^⑰ *Sul América Cia Nacional De Seguros SA v. Enesa Engenharia SA*, [2012] EWCA Civ 638, p.671, 672.

^⑱ *Id.*

^⑲ *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO "Insurance Company Chubb"*, [2020] UKSC 38, p.449.

在新加坡的国际商事仲裁实务中,也出现了根据仲裁地确定仲裁协议准据法的判例,与英国上述判例不同的是,新加坡法院在判例中通过界定仲裁地和开庭地二者的区别,明确仲裁地对确定仲裁协议准据法的法律意义。在 BNA 案中,涉案合同为一份《购销协议》,当事人在第 14 条中约定适用中国法,同时约定将因协议产生的争议提交到新加坡国际仲裁中心(SIAC)根据 SIAC 仲裁规则在上海进行仲裁。BNA 案中的争议焦点是要明确仲裁地和开庭地之间的区别,即“arbitration in Shanghai”是约定仲裁地还是开庭地点。新加坡法院在审理中出现不同的观点:高等法院认为双方约定了仲裁机构和仲裁规则,根据仲裁规则应认定双方对仲裁地约定不明,因此依据有利于仲裁协议有效性原则确定上海只是开庭地点,默认仲裁地是新加坡;新加坡上诉法院认为上海是仲裁地,虽然无法直接以“arbitration in Shanghai”认定双方明示选择了仲裁地点,但是可以利用反证法,即没有相反证据证明仲裁地不是上海,应该确定上海为仲裁地,另外合同也明确约定了适用中国法律,以尊重当事人意愿为首要原则,最后确定仲裁协议适用的法律为中国法,新加坡法院对仲裁协议效力的认定无管辖权。^{②①}

在上述三个典型案例中,法院最后均是通过仲裁地确定仲裁协议准据法,但对“三阶段”确定规则的理解与适用出现了三种不同的观点。Sul América 案中,法院区分了仲裁协议准据法和合同准据法,从而提出“三阶段”这一确定规则,在第三阶段中既考虑了最密切联系原则,也考虑了仲裁协议有效性原则。Enka 案中,法院重申了“三阶段”确定规则的重要性,但不同于 Sul América 案中法院的观点,最高法院增加了确定仲裁协议准据法的影响因素,即适用合同准据法的可能性,否定了仲裁地完全取代选择合同准据法的路径。BNA 案中,法院强调了仲裁地的法律意义,在引入“三阶段”确定规则时,新加坡法院否定英国法院在第三阶段考虑的仲裁协议有效性原则,而是认为确定上海为仲裁地能够突出对当事人意思表示的尊重,即使以上海作为仲裁地会导致仲裁协议无效。“三阶段”确定规则在实务中发挥了重要的指引作用,但这一适用方法较为复杂,很难形成统一的适用标准,容易出现同案不同判的现象。该规则中的第一阶段能较快地辨别当事人之间是否存在明示选择,进入第二阶段和第三阶段后,需要根据案件具体情形判断默示选择和最密切联系原则。例如,法院或仲裁机构可能会对合同内容、仲裁协议有效性原则、合同效力的继承、合同解释规则等多种变量因素产生不同的观点,这不仅会增加案件审理的难度,亦会影响最终裁决结果。

四、中国国际商事仲裁协议法律适用制度的设计

(一) 中国的立法与司法实践现状

中国在国际商事仲裁领域中分别在仲裁协议、仲裁协议独立性、仲裁协议准据法、仲裁地、仲裁协议有效性原则等方面进行了规定。首先,中国立法规定了仲裁协议应具备

^{②①} BNA v. BNB AND ANOTHER, [2019] SGCA 84, p.55, 56.

的要素,《仲裁法》(2017)第16条规定一份有效的仲裁协议必须具备“仲裁的意思表示”“仲裁事项”以及“仲裁机构”。值得肯定的是中国对仲裁协议独立性原则持支持态度,体现了中国支持国际商事仲裁的立场。^{②1}另外,根据《仲裁司法审查规定》(2017)第13条规定,国际商事仲裁中合同适用的法律不能直接认定为仲裁协议准据法。^{②2}

其次,《法律适用法》(2010)第18条规定了确定仲裁协议准据法的步骤,即首先判断当事人之间是否存在约定适用的法律,其次选择适用仲裁地或仲裁机构所在地法,第19条确定了最密切联系原则适用的情形,司法实务中通常以仲裁地确定仲裁协议准据法。但是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(2008)第16条规定,对仲裁地约定不明的情形,直接适用法院地法。^{②3}不同于英国法和新加坡法中确定仲裁协议准据法的规则,以法院地法作为连结点,很可能会使得仲裁协议准据法被确定为中国法。基于中国《仲裁法》对仲裁协议形式的严格要求,有必要探讨在确定仲裁协议准据法时引入法院地法的合理性,以及法院地法对中国在国际商事仲裁中国际地位的影响。

以法院地法作为仲裁协议准据法连结点的设定会影响仲裁庭的权力。仲裁庭的管辖权来源于有效的仲裁协议,但中国《仲裁法》(2017)采取了比《纽约公约》更为严格的形式要求,其中第16条和第18条要求当事人必须明确选定仲裁机构,否则认定仲裁协议无效。在中国的司法实践中,以下表2019年至2023年的部分案例为例,未约定仲裁机构或约定不明的,仲裁协议无效。

表1 2019—2023年部分案例

案号	理由
(2019)鄂01民特286号 ^{②4}	当事人仅约定仲裁,没有约定仲裁机构的,可以补充协议,达不成协议的,仲裁协议无效。
(2020)津02民特1号 ^{②5}	仲裁协议约定当事人可向当地仲裁委员会申请仲裁,结合案件基本情况可认定“当地”,但是当地有两个以上仲裁机构,且双方未能就仲裁机构的选择达成一致意见的,仲裁协议无效。

②1 《仲裁司法审查规定》第14条规定:“人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第十八条的规定,确定确认涉外仲裁协议效力适用的法律时,当事人没有选择适用的法律,适用仲裁机构所在地的法律与适用仲裁地的法律将对仲裁协议的效力作出不同认定的,人民法院应当适用确认仲裁协议有效的法律。”

②2 《仲裁司法审查规定》第13条规定:“当事人协议选择确认涉外仲裁协议效力适用的法律,应当作出明确的意思表示,仅约定合同适用的法律,不能作为确认合同中仲裁条款效力适用的法律。”

②3 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第16条规定:“对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。”

②4 湖北省武汉市中级人民法院(2019)鄂01民特286号民事裁定书。

②5 天津市第二中级人民法院(2020)津02民特1号民事裁定书。

案号	理由
(2020)鲁03民特155号 ^{②⑥}	仲裁协议约定当事人可向工程所在地仲裁机构提起仲裁,双方对工程所在地存在争议的,属于法律规定的双方对仲裁委员会约定不明的情形,仲裁协议无效。
(2021)闽06民特4号 ^{②⑦}	合同约定双方可向经营所在地仲裁委员会申请仲裁,但具体的仲裁委员会约定不明确具体,且双方当事人对仲裁机构的选择未达成补充协议的,仲裁条款无效。
(2022)鲁01民特53号 ^{②⑧}	案涉仲裁条款约定仲裁机构为“合同签订地仲裁委员会”,但合同签订时签订地有两个以上仲裁委员会的,应认定为仲裁机构选定不明确,双方未就仲裁机构的选择达成新的协议的,案涉仲裁条款无效。
(2022)京04民特229号 ^{②⑨}	合同约定的仲裁机构为“发包方所在地仲裁机构”,但发包方所在地区没有仲裁机构,且双方当事人就仲裁机构选择不能达成补充协议的,仲裁条款无效。
(2023)青01民辖终572号 ^{③⑩}	案涉合同中约定的仲裁条款对仲裁委员会约定不明确,且双方当事人未提交补充协议,故而该仲裁条款无效。

根据中国现有立法规定和司法实务现状,当事人之间仲裁协议无效的情形主要是“未约定仲裁机构”或“约定不明”。仲裁庭若根据法院地法确定仲裁协议准据法,会丧失管辖权,而关于最密切联系原则和仲裁协议有效性原则的规定就失去了其应用的价值和法律意义。

法院地法作为仲裁协议准据法连结点的设定会造成仲裁机构和法院管辖权的混乱。国际商事仲裁的存在是为了方便当事人排除某一国法院的司法管辖和干涉,选择中立国的仲裁机构解决争议,力求取得对当事人更加公平的结果。法院地法一般适用于仲裁裁决的审查,即承认和执行外国仲裁裁决的阶段。如果在确定仲裁协议准据法阶段被适用,会导致法院过早地干预仲裁,同时导致仲裁程序和法院程序的交叉混乱,不符合“法院应减少对仲裁的干预”这一国际趋势。

以法院地法作为仲裁协议准据法连结点的设定会影响中国在国际商事仲裁中的地位。2023年英国律协发布的关于英国法律在全球影响的报告,评估了伦敦商事法庭和仲裁中心在与纽约、新加坡和中国香港等其他司法管辖区的竞争中所处的地位。报告比较了2022年英国、新加坡和中国香港仲裁机构受理的国际案件数量。数据显示,伦敦

^{②⑥} 山东省淄博市中级人民法院(2020)鲁03民特155号民事裁定书。

^{②⑦} 福建省漳州市中级人民法院(2021)闽06民特4号民事裁定书。

^{②⑧} 山东省济南市中级人民法院(2022)鲁01民特53号民事裁定书。

^{②⑨} 北京市第四中级人民法院(2022)京04民特229号民事裁定书。

^{③⑩} 青海省西宁市中级人民法院(2023)青01民辖终572号管辖裁定书。

国际仲裁院受理的国际案件占比高达 88%，新加坡国际仲裁中心受理的国际案件占比与之持平，中国香港国际仲裁中心（HKIAC）受理的国际案件占比略低，为 83.1%。^{③①} 中国共有 200 多家仲裁机构，其中有五个作为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的仲裁机构，分别是中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC，以下简称贸仲）、中国海事仲裁委员会（China Maritime Arbitration Commission）、北京国际仲裁中心（Beijing International Arbitration Center，以下简称北仲）、上海国际仲裁中心（Shanghai International Arbitration Center，以下简称上国仲）、深圳国际仲裁院（Shenzhen Court of International Arbitration，以下简称深国仲）。^{③②} 以北仲、深国仲、上国仲、贸仲为例，这些机构受理涉外案件的占比分别为 2.6%、4.6%、7.6%、15.7%。详情如下：

表 2 2022 年中国内地仲裁机构受理涉外仲裁数量^{③③}

仲裁机构	涉外案件数量	总数量	占比
北京国际仲裁中心	221	8421	2.6%
深圳国际仲裁院	384	8280	4.6%
上海国际仲裁中心	196	2576	7.6%
中国国际经济贸易仲裁委员会	642	4086	15.7%

从比例来看，中国内地仲裁机构受理涉外仲裁案件数量对比英国、新加坡以及中国香港的仲裁机构受理的国际商事仲裁案件数量，仍然有很大的差距。从经济效益而言，英国法律是国际交易中的首选准据法，也是英国经济的重要资产。英国法律每年管辖数万亿英镑的场外衍生品交易（545 万亿英镑）和金属交易（10 万亿英镑），此外还有数千亿英镑的并购交易（2500 亿英镑）和保险合同（800 亿英镑）。^{③④} 因此，基于现有的数据，中国内地仲裁机构受理的涉外商事仲裁较少，其带来的经济价值不高。笔者认为该结果与中国现有的仲裁法规定有一定关系，如果当事人选定中国作为仲裁地，中国法律严格的形式要求极易导致仲裁协议无效。当事人基于预期风险，更倾向于选择更加鼓励和支持仲裁的国家和地区作为仲裁地，并选择与之相关的仲裁机构。

（二）中国国际商事仲裁协议准据法确定方法的完善建议

中国在 2021 年《征求意见稿》第 90 条的规定中虽然删除了“仲裁机构所在地法律”的规定，只保留当事人约定的法律和仲裁地法律两个选项，但还是同时保留了法院在确

^{③①} The Law Society of England and Wales, *International Data Insights Report 2023 Global Position of English Law*, <https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/international-data-insights-report>, last visited May 5, 2024.

^{③②} 李倩：《中国国际商事仲裁案件中若干法律问题的调研报告》，载白马湖法学中心微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/2f0HCKJqNBdjSq9iflS0pQ>，最后访问时间：2024 年 5 月 5 日。

^{③③} 律商锋评：《2022 年中国主流仲裁机构仲裁数据一览表》，载律商锋评微信公众号，https://mp.weixin.qq.com/s/k_KKRqe2dm4ZO6owfPul2A，最后访问时间：2024 年 5 月 5 日。

^{③④} *Supra* note 31.

定仲裁协议准据法时适用中国法律的选择权。^⑤换言之,如果《征求意见稿》颁布施行,中国确定仲裁协议准据法的路径顺序依然是首先判断当事人约定的法律,其次选择仲裁地法律,最后根据法院地法确定仲裁协议准据法。这意味着中国法律依然是法院确定仲裁协议准据法的兜底选择,很多依其他国家法律一般被认为是有效的仲裁协议在中国法院会被认为无效,例如,根据中国《仲裁法》第16条和第18条的规定,当事人未约定仲裁机构或仲裁机构不明的仲裁协议无效。因此,在现有支持国际商事仲裁的大背景下,应在商事仲裁实践中积极寻找符合中国国情的方法和路径,遵循仲裁协议有效性原则以支持中国国际商事仲裁事业的发展,有针对性地修改中国仲裁法的内容。

首先,借鉴“三阶段”确定规则中的选择路径。中国立法和司法都尊重当事人意思自治,但在中国的仲裁实践中,当事人很少明确约定仲裁协议准据法,在未约定仲裁机构或仲裁机构约定不明确的前提下,法院一般会根据法院地法认定仲裁协议无效,这会极大地阻碍当事人仲裁的意愿。中国仲裁机构数量繁多,是当事人约定仲裁机构名称不准确的重要原因之一。在国际商事仲裁案件中,法院可以根据合同中当事人意愿寻找最符合仲裁协议的仲裁机构,若出现多家仲裁机构,应根据最密切联系原则确定仲裁地,为确定仲裁协议准据法提供合理的前提。笔者检索2024年关于“仲裁协议效力”的案件,发现目前已经有法院在案例中明确了有利于仲裁协议有效性原则。^⑥以“无锡某公司、成都某公司买卖合同纠纷民事二审民事裁定书”为例,该案中,双方当事人在《采购合同》第18.1条中约定:“因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议,双方应通过友好协商解决。如果协商开始后六十天还不能解决,任何一方均可按中华人民共和国有关法律的规定提交仲裁。仲裁地点应为买方单位所在地。”上诉人认为双方仅约定仲裁地点,并未明确约定仲裁机构,该条款本身无效。其依据是成都市中级人民法院公布施行的《涉商事仲裁司法审查和司法协助案件办理指南》(成中法办〔2020〕79号)第1条的规定,合同中第18.1条的内容不符合该条款的表述,故双方约定的仲裁条款无效。^⑦法院经审理后认为“人民法院在审查仲裁协议是否约定了明确的仲裁机构时,应当按照有利于仲裁协议有效的原则予以认定。”这是法院对有利于仲裁协议有效性原则的肯定,反映了中国当前积极支持仲裁的态度。

其次,排除法院地法的适用,结合最密切联系原则和仲裁协议有效性原则,根据仲裁地确定仲裁协议准据法。法院地法和仲裁协议准据法分别涉及不同程序问题,前者作为确定仲裁协议准据法的连结点,会造成法院对仲裁的过多干预,减少国际商事案件中当事

^⑤ 《仲裁法》(修订)(征求意见稿)第90条规定:“涉外仲裁协议的效力认定,适用当事人约定的法律;当事人没有约定涉外仲裁协议适用法律的,适用仲裁地法律;对适用法律和仲裁地没有约定或者约定不明确的,人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。”

^⑥ 江苏省无锡市中级人民法院(2024)苏02民终338号民事判决书。

^⑦ 成都市中级人民法院办公室关于印发《涉商事仲裁司法审查和司法协助案件办理指南》(成中法办〔2020〕79号)第1条规定:“当事人选定的仲裁委员会不够准确,但在逻辑上具有排他性,不会发生歧义的,如约定‘成都市仲裁委员会’‘成都(市)仲裁机构’‘成都(市)仲裁机关’‘合同签订地、合同履行地、甲方所在地、工程所在地(上列地点均在成都市辖区范围内)的经济合同仲裁委员会’,可以认定当事人已经明确选定成都仲裁委员会。”

人选择中国仲裁机构的可能性。在当事人对仲裁协议准据法约定不明时,基于仲裁协议独立性,仲裁地与仲裁协议有更加紧密的联系,理应成为确定仲裁协议准据法的连结点。^{③⑧}中国对最密切联系原则的适用尚只限于仲裁机构约定不明时,根据合同签订、合同履行地等最密切联系因素能明确只有一个仲裁机构的情形。^{③⑨}若将法院地法纳入确定仲裁协议准据法的考虑因素,在无法通过仲裁机构确定仲裁地时,根据中国法律的规定,应适用法院地法,而中国法院地法的适用,极易认定仲裁协议无效。相较于英国、新加坡和中国香港对仲裁协议准据法的选择路径,中国内地对仲裁协议准据法的选择虽然进行了详细的规定,但其严格的立场使得司法实务中对确定仲裁协议准据法采取的标准更为苛刻。

六、结 语

英国和新加坡在实务中虽已形成确定仲裁协议准据法的路径,但是实务中的案件存在不同变量因素,会影响路径选择的结果,因此,英国 Sulamérica 案和新加坡 FirstLink 案会出现两种截然不同的判决。尽管如此,两国法院均在确定准据法路径时强调了仲裁地的法律意义和仲裁地的作用,即决定法院管辖权、仲裁裁决的“籍属”以及仲裁程序法的适用问题。英国法院在 Enka 案中明确了仲裁地法为仲裁协议准据法的情形,同时也阐释了合同准据法适用于仲裁协议的可能性。新加坡法院在 BNA 案中,对仲裁地和开庭地进行了明确的区分,强调若仲裁地法与合同准据法相冲突,仲裁协议应适用仲裁地法。本文梳理对比中国法与《纽约公约》《示范法》的规定,比较中国与英国、新加坡的司法实践,发现中国在立法与司法实践中对仲裁地这一法律概念重视不足。实务中,国内仲裁只将仲裁机构所在地作为连结点。《征求意见稿》虽然引入了仲裁地概念,但是部分条文含义不够明确,且强制增加了法院地作为连结点。法院地法的适用,扩大了中国法院对仲裁程序的干预范围,而中国尚未完善法院对仲裁程序进行管理和监督的相关规则,只能遵循《中华人民共和国民事诉讼法》。

仲裁地的确定有必要结合仲裁协议有效性原则和最密切联系原则,在个案中寻找最能体现当事人意愿的路径。实务中遵循的仲裁协议有效性原则最大限度地尊重了当事人的意思表示,符合《纽约公约》的目的。^{④⑩}《纽约公约》第2条和第5条认可当事人之间的默示选择,也是对该原则的体现。^{④⑪}作为《纽约公约》缔约国,中国应当积极对相关

^{③⑧} 陈卫佐:《国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心》,载《比较法研究》2016年第2期,第160页。

^{③⑨} 北京市第四中级人民法院(2019)京04民特657号民事裁定书。

^{④⑩} 单晓慧:《国际商事仲裁协议效力准据法的新确定方法》,载《仲裁研究》2020年第2期,第57页。

^{④⑪} 《纽约公约》第2条第(1)款规定:“当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系,不论为契约性质与否,应提交仲裁时,各缔约国应承认此项协定。”

《纽约公约》第5条第(1)款(a)项规定:“第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者,或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效者……”

法律规定进行调整和修改,有效减少司法干预,以适应国际商事仲裁发展的需要。基于仲裁协议有效性原则,中国应当部分借鉴根据合同确定仲裁条款准据法的路径,结合“三阶段”确定规则考虑仲裁地法的适用,避免法院地法使中国关于仲裁地的规定流于形式,最大限度地支持中国国际商事仲裁的发展。

Abstract: On the premise that the parties have not expressly chosen the law applicable to the arbitration agreement, different routes have emerged in the relevant legal provisions and judicial practices as to how to determine the law applicable to the arbitration agreement. Some domestic and international laws take the seat of arbitration as a factor for confirming the law applicable to the arbitration agreement. In the United Kingdom, for example, where the arbitration system is well developed, two paths for determining the law applicable to the arbitration agreement have been identified in judicial practice, namely, to determine the law applicable to the arbitration agreement based on the contract, and the seat of the arbitration, which has been learnt by other countries and regions. China's Arbitration Law has not yet clearly stipulated the concept of the seat of arbitration. The lack of the seat of arbitration not only affects the choice of law applicable to the arbitration agreement, but also involves the judicial supervision of arbitration and the recognition and enforcement of the award. And in the latest Arbitration Law of the People's Republic of China (Revised) (Draft for Opinion), the addition of the conjunction of the *lex fori* as the default rule for determining the law applicable to the arbitration agreement will expand judicial intervention in arbitration. Therefore, it is necessary to introduce the important legal concept of the seat of arbitration as a connecting point for determining the law applicable to the arbitration agreement, while considering the principle of *favor validitatis* of the arbitration agreement and the principle of the closest connection, and avoiding the introduction of the *lex fori*, in order to support the development of international commercial arbitration in China.

Keywords: international commercial arbitration agreement; applicable law; seat of arbitration; validity

(责任编辑: 李贤森)

印度仲裁司法审查中适用公共政策的百年回顾与启示

张炯 杨陶*

内容提要 公共政策是运用法律维护本国利益的最后一道屏障,在仲裁司法审查体系中具有重要作用。公共政策是一个不断发展、演变的概念,其内涵和外延具有不具体性、不明确性,在实践中的适用也有一定的不确定性。印度仲裁司法审查中适用公共政策的百年实践历程表明,应通过立法或判例具体界定公共政策的内涵,限制公共政策的过度适用。结合印度经验与中国实践,建议我国采用并轨制,明确将“欺诈”“腐败”和“违背我国根本社会公共利益”作为仲裁司法审查中适用公共政策的具体标准。一方面,对涉外仲裁裁决和外国仲裁裁决而言,为防止公共政策的滥用,需要强调对“违背我国根本社会公共利益”的审查不应引发对争议的实质审查;另一方面,基于国内仲裁裁决的特殊性,司法审查应重点关注“相关法律行为及法律关系的合法性问题”。此外,我国参与涉印仲裁相关主体应注意,印度法院可能将“违反最基本的道德或正义观念”视为“明显非法”的情形之一。

关键词 印度;公共政策;仲裁司法审查

公共政策本质上是一种保留制度,用于拒绝或排除适用外国法,或拒绝提供司法协助。^①在仲裁领域,公共政策旨在“撤销或不予执行国内仲裁裁决”和“拒绝承认与执行外国仲裁裁决”。^②在印度,仲裁是解决商事纠纷的有效途径。^③仲裁司法审查实践中,印度通过立法和判例不断明晰公共政策的内涵,在仲裁自主权、仲裁效率与维护公正的基本原则之间寻求平衡,形成了具有代表性的立法和影响深远的判例。目前,国内学界缺乏对印度公共政策的系统性研究。以统一印度国内仲裁、国际商事仲裁及执行外国仲裁裁决有关法律的1996年印度《仲裁与调解法》(The Arbitration and Conciliation Act, 1996)为分界线,回顾印度仲裁司法审查中适用公共政策的百年实践历史,不仅能为我国企业走出去提供法律参考,亦能为我国仲裁司法审查中公共政策的适用提供借鉴。

* 张炯,喀什大学法学院助教;杨陶,喀什大学法学院教授,硕士生导师。本文系2024年新疆维吾尔自治区高校基本科研业务费项目“新疆自贸试验区法治创新供给路径研究”(项目编号: XJEDU2024P113)和喀什大学校级课题“‘一带一路’倡议下南疆周边四国商事争议解决制度研究”(项目编号: 20231812)的研究成果。

- ① 李双元、欧福永:《国际私法》,北京大学出版社2022年6月版,第140页。
- ② 李娜:《仲裁司法审查实践中的“公共政策”研究》,载《北京仲裁》2022年第1期,第51-52页。
- ③ 杨陶、张炯:《印度拒绝执行仲裁裁决制度研究》,载《中国国际私法与比较法年刊》2022年第2期,第356页。

一、1996年《仲裁与调解法》颁布之前

1996年《仲裁与调解法》颁布前,存在多部仲裁立法以规范不同性质或不同公约下仲裁裁决的执行,印度仲裁裁决执行制度呈现“碎片化”特征。^④这一时期,尽管印度国内仲裁裁决的执行依据——1940年印度《仲裁法》(The Arbitration Act, 1940)未将“公共政策”规定为撤销仲裁裁决的法定理由,但相关判例表明,公共政策实际上早已内化为“其他撤销仲裁裁决的法定理由”。1961年印度《外国裁决(承认与执行)法》(The Foreign Awards (Recognition and Enforcement) Act, 1961)颁布后,公共政策明确成为拒绝执行外国仲裁裁决的法定理由。1961年至1996年间,就仲裁司法审查中适用公共政策的实践,印度法院积累了一些具有重要影响力的判例。

(一) 1940年《仲裁法》时期

1940年《仲裁法》是执行印度国内仲裁裁决的重要遵循,并继续适用于独立后的印度。^⑤该法并未明确将“公共政策”作为撤销仲裁裁决的理由。根据该法第30条的规定,撤销仲裁裁决的理由只有“仲裁员或公断人(Umpire)的不当行为或仲裁程序不当”“裁决是在法院作出中止仲裁的命令后或是在仲裁程序根据第35条已属无效后作出”“不当获得仲裁裁决或因其他原因致使裁决无效”三类情形。^⑥但该条的规定实际上已经暗含了公共政策的内容。^⑦以“仲裁员或公断人的不当行为或仲裁程序不当”为例,许多国家和地区都将此类情形视为违背公共政策的具体情况。^⑧印度法院的判例亦表明,以“不当行为”为由撤销仲裁裁决的前提是仲裁员必须违背公共政策行事。如在ITC Limited v. George Joseph Fernandes & Anr.案中,印度最高法院(Supreme Court of India)指出,如果仲裁员知道或认识到该仲裁协议是非法的,却仍作出与该合同下产生的争议有关的裁

④ 李钦:《印度仲裁法精要》,中国法制出版社2020年8月版,第4页。

⑤ 同巴基斯坦相类似,印度独立后,亦承继了大量通过于英属印度时期(British India)的法律。杨陶、张炯:《巴基斯坦合同法下的对价规则研究》,载《国际法与比较法论丛》2022年第1期,第337页。

⑥ 参见1940年《仲裁法》第40条。

⑦ Dushyant Dave et al., *Arbitration in India*, 1 ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2021, p.200.

⑧ 违反自然公正或者正当程序的情形也可以被以违反公共政策为由拒绝承认和执行有关仲裁裁决。这是从《纽约公约》第5条第1款(b)项的规定中引申出来的。澳大利亚、新西兰、津巴布韦根据《示范法》第34条和第36条的规定,在本国仲裁法中规定“违反自然公正的原则作出的”仲裁裁决是违反公共政策的。《解决投资争端国际中心公约》第52条(d)款规定,“严重背离了根本的程序规则”是导致仲裁裁决无效的理由。有学者指出,仲裁庭的根本的程序规则包括:平等对待当事人、平等通知当事人(包括任命仲裁员和仲裁程序中的通知)、双方当事人都有平等的机会释明证据、对于单方(Ex parte)提供的材料平等通知当事人并给其质证机会。在法国最高法院于1992年作出的Dutco案的裁决中,当事人请求拒绝执行仲裁裁决,法国法院认为,仲裁庭没有尊重当事人平等的原则,没有给当事人平等的机会任命仲裁员,违反了法国的国际公共政策。在最近的Song Lihua v. Lee Chee Hon案中,中国香港高等法院批准了Lee Chee Hon撤销法院执行令的申请,认为某委员会某仲裁员审理案件时行为失当,若执行该仲裁裁决书将有违中国香港的公共政策。法院以此为理由拒绝执行某仲裁委的裁决书。高晓力:《国际私法上公共政策的运用》,中国民主法制出版社2008年3月版,第225-226页; Song Lihua v. Lee Chee Hon, HKCFI 2540, 2023, paras.53, 56, 60.

决,则属于行为不当,这一仲裁裁决可因违背公共政策而被撤销。^⑨

(二) 1961年《外国裁决(承认与执行)法》时期

印度是《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的缔约国之一。^⑩ 1961年,为履行公约义务,印度颁布《外国裁决(承认与执行)法》。^⑪ 该法是印度承认与执行外国仲裁裁决的成文法依据。^⑫ 公共政策是该法明文规定的拒绝执行外国仲裁裁决的法定理由之一。^⑬ 印度法院依据该法形成了两个关于公共政策“轮廓”和适用原则的重要判决:(1) *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案。本案是印度国际商事仲裁司法审查中,首个明确公共政策“轮廓”的重要声明。^⑭ 在该案中,印度最高法院首先回应了公共政策和国际公共政策之争,^⑮ 认为公共政策即指印度法院所适用的公共政策理论,而非所谓的国际公共政策;其次区分了国际私法下的公共政策和国内法下的公共政策,明确1961年《外国裁决(承认与执行)法》下的公共政策是“国际私法领域适用的狭义公共政策”;^⑯ 最后明确指出“印度法律的基本政策”“印度的利益”“正义或道德”是审查外国仲裁裁决是否违背印度公共政策的三项具体标准;^⑰ (2) *Mukesh H. Mehta And Others v. Harendra H. Mehta And Another* 案。在本案中,

⑨ ITC Limited v. George Joseph Fernandes & Anr., 2 SCC 1, 1989, para.20.

⑩ United Nations Commission on International Trade Law, *Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, last visited Dec.3, 2023.

⑪ 印度1940年《仲裁法》不涉及外国仲裁裁决的执行,1961年《外国裁决(承认与执行)法》是《纽约公约》下外国仲裁裁决承认与执行的主要依据。印度在1937年颁布了《仲裁(议定书和公约)法》(The Arbitration (Protocol and Convention) Act, 1937),该法是1923年《日内瓦仲裁条款议定书》(The Protocol on Arbitration Clauses, 1923)和1927年《日内瓦执行外国仲裁裁决公约》(The Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, 1927)下外国仲裁裁决承认与执行的依据。但相较于1961年《外国裁决(承认与执行)法》,1937年《仲裁(议定书和公约)法》在实践中极少适用,因此不对后者过多赘述。

⑫ 需要指出的是,印度1961年《外国裁决(承认与执行)法》不适用于根据受印度法律管辖的仲裁协议作出的有关裁决。*National Thermal Power Corporation v. Singer Co.*, 3 SCC 551, 1992, para. 51.

⑬ 参见1961年《外国裁决(承认与执行)法》第7条第1款第2项第2目。

⑭ Zeller B, Mohanty G and Garimella S R., *Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the Public Policy Exception: Including an Analysis of South Asian State Practice*, 1 ed., German: Springer, 2021, p.142.

⑮ 在本案中,印度最高法院认为1961年《外国裁决(承认与执行)法》第7条第1款第2项第2目所指公共政策,是印度的公共政策而非国际公共政策:“如果能够找到‘国际公共政策’的可行定义,这将是防止国际仲裁的裁决因纯粹的国内政策考虑而被撤销的有效方法……但在缺乏这样一个定义的情况下,必然会导致一些做法被一些国家视为是违反了国际公共利益,而另外一些国家则并不必然支持该做法……鉴于‘国际公共政策’没有一个可行的定义,我们认为很难解释《纽约公约》第5条第2款第2项条所指‘公共政策’是国际公共政策。我们认为,上述表述必须解释为寻求执行外国裁决的法院所适用的公共政策理论。”因此,《外国裁决(承认与执行)法》第7条第1款第2项第2目所指的公共政策应被解释为印度法院适用的公共政策理论。*Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation*, Supp SCC 644, 1994, paras. 61, 62.

⑯ 印度最高法院主要是在参考英国法院的做法和英国学者的观点后得出结论,认为国际私法领域下的公共政策在适用范围上要远比国内法领域下的公共政策更为狭窄,并在参考英国法院的司法实践后,得出了“应当采用国际私法领域下的公共政策理论审查外国仲裁的执行是否违背了印度公共政策”的最终结论。*Id.*, at 50, 51.

⑰ 实际上,就这三项标准的确立而言,印度最高法院基本复刻了英国法院的审查标准。此外,印度最高法院仅在该案中指出应以公共政策为由,拒绝执行违背“印度法律的基本政策”“印度的利益”“正义或道德”的外国仲裁裁决,但未对这三项标准做出进一步解释。

孟买高等法院 (Bombay High Court) 首先强调了法院适用公共政策的基本原则——公共政策是一个模糊的法律术语,其含义具有不确定性,适用时必须对其进行严格解释,只有在会对公众造成无可辩驳的伤害的前提下才可援引。随后,法院在对 *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案所形成的“三项标准”进行分析后明确指出,不可单纯地将仲裁裁决中的一些缺陷 (Defect) 等同于应当适用公共政策的理由,从而推翻外国仲裁裁决。也不应因“仲裁裁决不为被申请执行的一方所接受”这一似是而非的理由而拒绝执行,否则就违背了1958年《纽约公约》和1961年《外国裁决(承认与执行)法》的特定立法宗旨。^⑮

二、1996年《仲裁与调解法》颁布之后

为使仲裁和其他替代性争议解决制度适应经济社会的快速发展,^⑯印度以1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985)为蓝本之一,^⑰制定并颁布了1996年《仲裁与调解法》。该法在明确将公共政策作为撤销或拒绝执行仲裁裁决法定理由的同时,对公共政策进行了立法解释,但这种解释并不全面,未能发挥指引作用。^⑱在该法颁布不久后,印度最高法院在 *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案所形成的“三项标准”之上引入了“明显非法 (Patent illegality)”作为第四项标准,使得司法实践中出现了仲裁司法审查中适用公共政策的具体标准之争。此外,相关判例也表明,2015年《仲裁与调解法修正案》(Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2015)颁布前,法院对一些标准的解释,直接为公共政策的扩大适用创造了空间。2015年《仲裁与调解法修正案》的颁布改变了这些情况,不仅彻底消弭了适用公共政策的审查标准之争,放弃了“印度的利益”这一模糊不清的审查标准,更有效引领了法院对各项标准采取审慎、限缩的基本解释态度。

^⑮ Mukesh H. Mehta And Others v. Harendra H. Mehta & Anr., 3 BomCR 686, 1995, para.25.

^⑯ 1991年经济自由化之后,这个问题变得更加尖锐和突出。外国投资者需要一个稳定的商业环境和对法治的坚定承诺,而其基础则是一个可预测和高效的争端解决机制。因此,仲裁等替代性争议解决制度被视为吸引和维持外国投资的先决条件。Law Commission of India, Report No. 246 Amendments to the Arbitration and Conciliation Act 1996, <https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s3ca0daec69b5adc880fb464895726dbdf/uploads/2022/08/2022081615.pdf>, last visited Dec.17, 2023.

^⑰ 印度1996年《仲裁与调解法》共有“仲裁”“执行特定外国仲裁裁决”“调解”“补充规定”四个部分,其中第三部分“调解”是以《联合国国际贸易法委员会调解规则》(The UNCITRAL Conciliation Rules)为蓝本制定的。冯丽芳、张炯:《印度商事调解规则研究及对我国的启示》,载《商事仲裁与调解》2023年第4期,第71页。

^⑱ 1996年《仲裁与调解法》第34条第2款第2项第2目、第48条第2款第2项和第57条第2款第2项分别为援引公共政策撤销国内和国际商事仲裁裁决、拒绝执行《纽约公约》下的外国仲裁裁决以及拒绝执行1927年《日内瓦执行外国仲裁裁决公约》下的外国仲裁裁决,提供了法律依据。在这一时期,尽管针对不同性质仲裁裁决适用公共政策所需援引的条款不同,但这些条款在具体内容上几乎相同,也均有立法解释。但必须要承认的是这种立法解释是不充分、不完整的解释。

（一）仲裁司法审查中适用公共政策标准之争的消弭

按照时间脉络,首先分析1996年《仲裁与调解法》颁布后2015年《仲裁与调解法修正案》颁布前印度司法实践中所存在的适用公共政策标准之争;其次分析2015年《仲裁与调解法修正案》是如何消弭这种争议的以及“印度的利益”这一审查标准为何被放弃。

1. 适用公共政策审查标准争议的产生与发展

（1）“明显非法”作为新标准被引入

在 *Oil & Natural Gas Corporation Ltd v. SAW Pipes Ltd.* 案中,印度最高法院在 *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案“三项标准”的基础上引入了“明显非法”作为第四项标准。这一新标准,拓宽了仲裁司法审查中适用公共政策的范围,^② 打破了“仲裁裁决终局性”和“受允许的司法审查”间的微妙平衡,^③ 从而使得本案备受诟病。^④ 此后,印度仲裁司法审查在适用公共政策的实践中形成了“狭义解释”和“广义解释”两种解释方法:若有关程序是根据1996年《仲裁法》第34条第2款第2项第2目的规定提起,则适用 *Oil & Natural Gas Corporation Ltd v. SAW Pipes Ltd.* 案所形成的“广义解释”标准,法院可基于对“明显非法”的审查撤销国内或国际商事仲裁裁决;若有关程序是根据1996年《仲裁法》第48条第2款第2项的规定提起,则法院适用 *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案所形成的“狭义解释”标准,对外国仲裁裁决是否违背印度的公共政策进行审查。

（2）“广义解释”标准的影响外溢

受到 *Oil & Natural Gas Corporation Ltd v. SAW Pipes Ltd.* 案确立的“广义解释”标准的影响,^⑤ 印度最高法院最终在 *Phulchand Exports v. OOO Patriot* 案中指出,在根据1996年《仲裁法》第48条第2款第2项进行外国仲裁裁决司法审查时,需要考虑“印度的公共政策”含义下的“明显非法”。本案被称为“打破了国内仲裁裁决和外国仲裁裁决的二分法标准”。^⑥ 印度法律委员会(Law Commission of India)后来对该案进行了深刻的批判,认为印度法院忽视了“对已达到终局性从而可作为终局性裁决执行的外国裁决”与“根据1996年《仲裁与调解法》第34条尚未达到终局性的国内裁决”之间的具体区别,^⑦ 为印度法院打开了对外国仲裁裁决案件进行实质审查的窗口。印度法院

^② Nalirupa, *Judicial Review on Arbitral Awards in India*, <https://www.legalservicesindia.com/article/1379/Judicial-review-on-arbitral-awards-in-india.html>, last visited Dec.23, 2023.

^③ Law Commission of India, *Supplementary to Report No.246 on Amendments to Arbitration and Conciliation Act 1996*, <https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s3ca0daec69b5adc880fb464895726dbdf/uploads/2022/08/2022081637.pdf>, last visited Dec.24, 2023.

^④ 尽管本案广受诟病,但印度后来明确立法将“明显非法”作为审查国内仲裁裁决是否违背印度公共政策的标准之一,详见后文。

^⑤ *Supra* note 22.

^⑥ *Supra* note 7, at 224.

^⑦ *Supra* note 14, at 144.

的做法不仅与《纽约公约》“为外国仲裁裁决的执行提供便利与保障”的宗旨相悖,亦与1996年《仲裁与调解法》的立法初衷不相符。^{②⑧}

(3) “二分法”审查标准的再次确认

Shri Lal Mahal Ltd v. Progetto Grano SpA. 案的积极意义在于其推翻了 *Phulchand Exports v. OOO Patriot* 案的判决,确定了不得以“明显非法”为由审查外国仲裁裁决是否违反印度公共政策的司法先例,使得印度法院对外国仲裁裁决公共政策的司法审查,回归到了 *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案形成的三项标准。印度最高法院在本案中明确指出,就1996年《仲裁与调解法》第48条第2款第2项而言,“印度的公共政策”这一表述必须被赋予狭义的含义,如果外国仲裁裁决属于 *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案所列举的三个标准之一,则可以违背印度的公共政策为由拒绝执行仲裁裁决……也即只有在执行外国仲裁裁决将违背“印度法律的基本政策”“印度的利益”“正义或道德”时,印度法院才可依据1996年《仲裁与调解法》第48条第2款第2项的规定,拒绝执行外国仲裁裁决。^{②⑨}

2. 立法对适用公共政策标准争议的消弭

2014年8月,应印度法律和司法部(Ministry of Law & Justice)之邀,印度法律委员会就1996年《仲裁与调解法》的修订问题,形成了《印度法律委员会第246号报告〈1996年仲裁与调解法修正案〉》(Law Commission of India Report No. 246 Amendments to the Arbitration and Conciliation Act 1996)。该报告在回顾过往判例的基础上,对公共政策部分条文提出了修订意见,指出 *Renusagar Power Plant Co. v. General Electric Corporation* 案形成的三项审查标准具有合理性,但“印度的利益”这一标准含糊不清,容易被滥用,特别是在对国际商事仲裁裁决和外国仲裁裁决进行司法审查时。该报告据此进一步指出,无论是国内仲裁裁决、国际商事仲裁裁决抑或外国仲裁裁决,均只能在裁决违背“印度法律的基本政策”或“与最基本的道德或正义观念相冲突”时,才能以公共政策为由被撤销或拒绝执行。此外,该意见还强调,对国内仲裁裁决进行司法干预的合法性远大于国际商事仲裁裁决或外国仲裁裁决。因此,应当将“裁决表面明显非法”(Patent illegality appearing on the face of the award)作为撤销国内仲裁裁决的法定理由之一。^{③⑩} 2015年2月,在注意到 *Oil & Natural Gas Corpn.Ltd v. Western Geco International Ltd.* 等案所导致的消极影响后,印度法律委员会专门以公共政策为主题,形成了《关于1996年〈仲裁与调解法〉修正案的246号报告的补充说明》(Supplementary to Report No.246 on Amendments to Arbitration and Conciliation Act, 1996)。该说明在《印度法律委员会第246号报告〈1996年仲裁与调解法修正案〉》的基础上,进一步提出“对是否和印度法律的基本政策相冲突的审查不应导致对争议的实质审查”的修订建议。2015

^{②⑧} *Supra* note 23.

^{②⑨} *Shri Lal Mahal Ltd v. Progetto Grano SpA.*, 2 SCC 433, 2014, paras.25-26.

^{③⑩} *Supra* note 19.

年《仲裁与调解法修正案》基本采纳了印度法律委员会关于公共政策的修订意见。

至此,印度仲裁司法审查中适用公共政策的标准之争不仅得到了终结,适用公共政策的具体审查标准也得以最终确认:(1)若裁决的作出是基于欺诈或腐败行为的诱导或影响,^①或违反了1996年《仲裁与调解法》第75条或第81条,^②则法院可据此撤销国内仲裁裁决、国际商事仲裁裁决,或拒绝执行外国仲裁裁决;(2)若仲裁裁决违反了印度法律的基本政策,则法院可据此撤销国内仲裁裁决、国际商事仲裁裁决,或拒绝执行外国仲裁裁决,但对是否和印度法律的基本政策相冲突的审查不应导致对争议的实质审查;(3)若仲裁裁决与最基本的道德或正义观念相冲突,则法院可据此撤销国内仲裁裁决、国际商事仲裁裁决,或拒绝执行外国仲裁裁决;(4)若仲裁裁决为国内仲裁裁决,且法院认为存在明显非法情况,也可撤销仲裁裁决,但不得仅仅因错误适用法律或重新审视证据而撤销仲裁裁决。

(二) 仲裁司法审查中适用公共政策的各项标准解释

尽管2015年《仲裁与调解法修正案》涉及各项标准具体内涵的规定较少,但却有效引领了印度法院对各项标准采取审慎、限缩的基本解释态度。因此,研究仍有必要以2015年《仲裁与调解法修正案》为分界线,分析该修正案颁布前后公共政策适用标准的变化及其影响。

1. 2015年《仲裁与调解法修正案》颁布前

(1) Oil & Natural Gas Corpn.Ltd v. Western Geco International Ltd. 案

印度最高法院在本案中指出,“印度法律的基本政策”这一表述包含了三项不同但并非详尽无遗的法学原则,分别是“采取司法方法的义务”(The duty to adopt a judicial approach)^③“遵循自然公正的原则”“决定是否如此的不正当或者不合理,以至于没有理性的人会作出这种决定,即违背了韦德内斯伯里合理原则(Wednesbury principle of unreasonableness)”。^④本案通过解释何为“印度法律的基本政策”为仲裁司法审查中适用公共政策创造了扩大解释的空间,具有较大的影响,被视为“司法减少对仲裁干涉的

^① 在2015年《仲裁与调解法修正案》颁布前,“若裁决的作出是基于欺诈或腐败行为的诱导或影响”便被1996年《仲裁与调解法》明确规定为“违反印度公共政策”的法定情形。

^② 1996年《仲裁与调解法》第75条规定:“保密——无论现行有效法律作何规定,调解员和当事各方应当对与调解程序有关的所有事项保密。除为实施和执行目的外,保密要求还应延伸至争议解决协议”;1996年《仲裁与调解法》第81条规定:“证据在其他程序中的可受理性——不论仲裁或司法程序是否关涉调解程序争议主旨,当事各方均不得援引或依据下列事项作为证据:(1)当事他方为可能达成的争议解决协议发表的意见或提出的建议;(2)当事他方在调解过程中做出的承认;(3)调解员提出的建议;(4)当事他方曾表示愿意接受调解员提出的争议解决提议的事实。”

^③ 必须牢记的是,司法方法在司法和准司法裁决中的重要性在于,只要法院、法庭或行使权力的当局对其席前当事人的权利或义务有影响,它们就必须忠实于司法方法,不能以任意、反复无常或异想天开的方式行事。司法方法能确保当局以公平、合理和客观的方式处理问题,相关决定不受任何外在因素的影响。Oil & Natural Gas Corpn.Ltd v. Western Geco International Ltd., 9 SCC 263, 2014, para.26.

^④ *Id.*, at paras.28-29.

趋势倒退”的重要标志。^{③⑤}甚至有观点指出,本案不仅与国际仲裁通行的惯例相悖,更与1996年《仲裁与调解法》的立法初衷相悖,可能会导致印度本土仲裁陷入不确定性和不可预测性的汪洋。^{③⑥}

(2) Associate Builders v. Delhi Development Authority 案

尽管本案因对公共政策的扩大解释而受到诟病,^{③⑦}但其积极意义在于印度最高法院对仲裁司法审查中适用公共政策的四个标准进行了较为详尽的释义。第一,印度法律的基本政策。在遵循 Oil & Natural Gas Corpn.Ltd v. Western Geco International Ltd. 案的基础上,印度最高法院进一步提出,违反成文法和法院判例(Statutes and binding judgments of superior courts)也应被视为违背了印度法律的基本政策;^{③⑧}第二,印度的利益。这涉及印度作为国际社会的一员与外国势力(Foreign powers)的关系;第三,正义或道德。只有当一项仲裁裁决“震撼法院良知”(Shock the conscience of the court)时,才可认定与正义或道德相悖;^{③⑨}第四,明显非法。违反包括1996年《仲裁与调解法》在内的印度实体法均为明显非法情形。^{④⑩}

2.2015年《仲裁与调解法修正案》颁布后

(1) Ssangyong Engg. & Construction Co. Ltd. v. NHAI 案

本案中,印度最高法院以2015年《仲裁与调解法修正案》为规范依据,在回顾 Oil & Natural Gas Corpn.Ltd v. Western Geco International Ltd. 等案后,分析了前述四个标准。第一,印度法律的基本政策。印度最高法院首先指出,应按 Associate Builders v. Delhi Development Authority 案形成的观点理解何为“印度法律的基本政策”。其次,印度最高法院结合2015年《仲裁与调解法修正案》,明确不允许法院以“仲裁员(庭)没有采取司法方式”为由,对争议进行实质审查。但就1996年《仲裁与调解法》第18条^{④⑪}和第34条第2款第1项第3目所述自然公正原则而言,正如 Associate Builders v. Delhi Development Authority 案所述,这些原则仍然是对裁决提出异议的理由。最后,印度最高法院明确指出“韦德内斯伯里合理原则不再适用”。第二,“印度的利益”已不再是一个可接受的标准。第三,“同正义或道德相冲突”应被理解为“同最基本的道德或正义观念相冲突”。根据 Associate Builders v. Delhi Development Authority 案,只有仲裁裁决

^{③⑤} 事实上,早在2014年2月的 Enercon (India) Limited & Ors. v. Enercon GmbH & Anr. 案中,印度最高法院便已指出“司法对仲裁的最低干预”是一项普遍接受的基本原则,并反映在了1996年《仲裁与调解法》第5条的规定当中。Enercon (India) Limited & Ors. v. Enercon GmbH & Anr., 5 SCC 1, 2014, para.84.

^{③⑥} *Supra* note 23.

^{③⑦} *Id.*

^{③⑧} *Supra* note 7, at 218.

^{③⑨} 印度最高法院举例阐述了何为“震撼法院良知”：“一方申请索赔,索赔额为300万卢比,但仲裁庭却在没有任何可接受的理由或依据的情况下,作出赔偿450万卢比的裁决。”Associate Builders v. Delhi Development Authority, 3 SCC 49, 2015, para.34.

^{④⑩} *Supra* note 14, at 146.

^{④⑪} 1996年《仲裁与调解法》第18条规定：“平等对待当事各方——应平等对待当事各方,给予当事方充分陈述案情的机会。”

“同最基本的道德或正义观念相冲突”，才能真正地“震撼法院良知”，并以此为据撤销仲裁裁决。第四，“明显非法”仍是撤销仲裁裁决的理由，但仅适用于国内仲裁裁决。“明显非法”情况下，裁决必须存在表面上的非法性，且这种非法性必须触及问题的根本，而不应仅是法律适用上的错误，即仅仅违反印度的实体法，已不再是撤销仲裁裁决的理由。法院也不得仅因裁决表面上存在的非法性（A patent illegality on the face of the award）而对证据进行重新审查。法院还明确指出，“仲裁裁决缺乏说理并与1996年《仲裁与调解法》第31条第3款^④相悖”“仲裁庭‘超裁’”亦为仲裁裁决表面存在“明显非法”的典型情形。此外，正如Associate Builders v. Delhi Development Authority案所理解的那样，尽管不公正和不合理的裁决不再是以“印度公共政策”为依据而质疑仲裁裁决的理由，但它仍有可能构成表面存在“明显非法”情形的仲裁裁决。因此，脱离证据所作的裁决或在作出裁决时忽视重要证据的裁决均为不公正的裁决，可以“明显非法”为由予以撤销。^⑤

该案意义重大，不仅是对2015年《仲裁与调解法修正案》关涉公共政策部分条款的详尽分析，亦是对过往判例的梳理。尽管有观点指出，就这些立法保障措施（Legislative safeguards）能否防止再次出现全面审查国内仲裁裁决的情况，仍存疑问，^⑥但从目前情况来看，这些立法保障措施实际上有效限制了司法对仲裁的干预。此外，还需指出的是，就“印度法律的基本政策”而言，有鉴于这一表述的“模糊性”和“主观性”特征，可能导致违反国家或公共利益相关法律法规的仲裁裁决无法在印度得到执行。在Vijay Karia & Others v. Prysmian Cavi E Sistemi SRL & Others案中，印度最高法院指出，违反1999年《外汇管理法》（The Foreign Exchange Management Act, 1999）强制性规定的外国裁决不会违反印度法律的基本政策。但在National Agricultural Cooperative Marketing Federation of India v. Alimenta SA案中，印度最高法院拒绝执行一项裁定违约赔偿金的外国裁决，理由是按照合同供应商品将违反印度出口管制政策，而出口管制政策是“印度法律的基本政策”的组成部分。这两起案件体现了对公共政策例外内容本土化的关注（Localization of the content of public policy exception），并以不同意见的形式出现，与国内法和国际法的既定愿景相冲突。^⑦

（2）Uhl Power Company Ltd. v. The State of Himachal Pradesh案

本案的积极意义在于，印度最高法院在回顾其自2018年以来作出的关涉公共政策的案件后，再次重申了“法院应减少以‘公共政策’为由对仲裁实施干预”的基本立场。首先，印度最高法院回顾了MMTC Limited v. Vedanta Limited案，指出由于1996年《仲裁与调解法》第34条赋予法院的管辖权相当狭窄，当涉及该法第37条所规定的上诉范

^④ 1996年《仲裁与调解法》第31条第3款规定：“仲裁裁决应说明裁决所依据的理由，除非当事各方同意不说明理由；或该裁决是根据本法第30条的规定按争议解决条件作出的仲裁裁决。”

^⑤ Ssangyong Engg & Construction Co Ltd v. National Highways Authority of India, 15 SCC 1 31, 2019, paras.23-31.

^⑥ *Supra* note 7, at 230.

^⑦ *Supra* note 14, at 149.

围时,^{④⑥} 上诉法院在审查命令、撤销或拒绝撤销裁决方面的管辖权也就更加有限。换句话说,根据第 37 条进行的干预不能超出第 34 条规定的限制范围。其次,印度最高法院回顾了 K. Sugumar v. Hidustan Petroleum Corporation 案,指出 1996 年《仲裁与调解法》第 34 条已明确了法院的权力“轮廓”,即使只是简单地阅读该法第 34 条,也能发现民事法院干预仲裁裁决的权力受到了很大限制。其原因显而易见,一旦当事各方选择利用替代机制解决争议时,则他们必须接受仲裁员作出的裁决,而法院的作用应限制在最低限度内,只有在仲裁员有不当行为时,法院才有理由进行干预。复次,印度最高法院回顾了 M/S Dyna Technologies Pvt.Ltd. v. M/S Crompton Greaves Ltd. 案,指出如果对合同条款和条件(Conditions)存在两种似是而非的解释时,不能认定选择其中一种解释的仲裁庭存在错误:我们需要认识到这样一个事实,即仲裁裁决不应受到随意和漫不经心的干预,除非法院得出结论,认为裁决的不正当性是问题的根源……本院的许多判决都明确表明,法院不应仅因为存在对事实和合同解释的另一种观点而干预仲裁裁决。最后,印度最高法院回顾了 Parsa Kente Collieries Limited v. Rajasthan Rajya Vidyut Utpadan Nigam Limited 等案,进一步指出仲裁庭必须根据合同条款作出裁决,如果对合同条款的解释是合理的,则不应撤销裁决,除非仲裁庭对合同的解释是任何公正或通情达理的人都无法接受的。^{④⑦}

三、印度仲裁司法审查中适用公共政策的百年实践对我国的启示

公共政策是仲裁各方抵制仲裁裁决执行的最常用理由之一。印度法院过去在适用公共政策的过程中表现出了极大的干涉倾向,每当作出的裁决对广大公众不利时,法院就会拒绝执行该裁决。^{④⑧} 回顾印度仲裁司法审查中适用公共政策的百年历史,可发现其立法和判例基本采取了“限制公共政策适用”和“限制法院以公共政策为由干涉仲裁”的立场,以驯服作为“烈马”(Unruly horse)的公共政策。但实践中对公共政策的解释前后并不一致,^{④⑨} 特别是晚近对“印度法律的基本政策”的不同解释,引发了学界的担忧,认为这种状况可能会直接影响到印度获得更多外国直接投资,以及印度仲裁友好型司法辖区和国际仲裁中心建设目标的实现。^{⑤⑩} 但总体而言,印度仲裁司法审查中适用公共

^{④⑥} 1996 年《仲裁与调解法》第 37 条第 1 款规定:“无论现行有效的其他法律作何规定,应向法律授权的法院就下列命令(不包括任何其他命令)提出上诉,以审理法院作出的初审裁定,即:(1)拒绝根据本法第 8 条规定要求当事各方诉诸仲裁解决争议;(2)根据本法第 9 条准予或拒绝任何措施;(3)根据本法第 34 条撤销或拒绝撤销仲裁裁决。”

^{④⑦} Shah, Parsa Kenta Collieries Ltd. v. Rajasthan Rajya Vidyut Utpadan Nigam, <https://indiankanoon.org/doc/8937648/>, last visited Jan.23, 2024.

^{④⑧} Rab Ajar, *Defining the Contours of the Public Policy Exception: A New Test for Arbitrability in India*, Indian Journal of Arbitration Law, 2019, Vol.7:2,2019, pp.161-180.

^{④⑨} Yash Dubey, *Analysis of Public Policy and Enforcement Domestic and Foreign Arbitral Awards in India*, Christ University Law Journal, Vol.7:2, 2018, pp.63-82.

^{⑤⑩} Tariq Khan, *Whether to Invest or Not: Comparative Analysis of the Public Policy Doctrine in India and England*, RGNUL Financial and Mercantile Law Review, Vol.8:1, 2021, pp.35-55.

政策的发展脉络较为清晰,不应因这些不足而否定印度在“驯服”公共政策这一目标上所付诸的努力,也不应忽视2015年《仲裁与调解法修正案》在明确仲裁司法审查中适用公共政策标准方面的积极贡献。当下,我国相关立法未明确公共政策的审查标准。^{⑤①}在此背景下,回顾印度仲裁司法审查中适用公共政策的百年历程,能为我国企业走出去提供一定的法律参考,也能为我国仲裁司法审查中公共政策适用与发展提供有益的参考借鉴。^{⑤②}

(一) 对我国参与涉印仲裁相关主体的启示

由于印度1996年《仲裁与调解法》适用于通过印度法律认定(无论是否属于合同纠纷)且其中一方是外国人或隶属于外国公司的国际商事纠纷,^{⑤③}相关仲裁裁决通常不涉及“明显非法”的审查。这对国内参与涉印仲裁的相关主体而言意味着,应对“欺诈、腐败、保密及证据在其他程序中的可受理性”“印度法律的基本政策”“最基本的道德或正义观念”这些其他公共政策审查标准予以重点关注。首先,就“欺诈、腐败、保密及证据在其他程序中的可受理性”而言,几乎所有国家和地区都视“基于欺诈或腐败行为的诱导或影响而作出的仲裁裁决”与本地公共政策相悖。同样地,没有任何现代文明法律的国家或地区会将“为达成调解而披露的信息或秘密”视为作出裁决的合法依据。其次,就“印度法律的基本政策”而言,有鉴于该标准的模糊性和主观性,只能结合印度的最新法律政策、经济政策,甚至是受案法院的倾向,具体情况进行具体分析。最后,就“最基本的道德或正义观念”而言,需要予以关注的是,一些被判例纳入“明显非法”范畴内的情形,也可能被视为违反了“最基本的道德或正义观念”,如仲裁员行为不当和仲裁裁决缺乏说理(当事各方同意除外)。因此,不能仅因印度不就国际商事仲裁裁决和外国仲裁裁决进行“明显非法”审查,就忽视对这些在性质上偏向于程序类公共政策^{⑤④}情形的重视与遵守。

(二) 对我国仲裁司法审查中适用公共政策的启示

印度仲裁司法审查中适用公共政策的历史实践表明,尽管公共政策是维护一国重大利益、基本政策、基本道德观念或法律的基本原则的重要制度,但若过度以公共政策之名行司法干预之实,滥用公共政策撤销仲裁裁决或是拒绝执行仲裁裁决,不仅会使有关主体对该国司法制度失去信心,更会直接影响到该国能否获得更多外国投资以及友好型

^{⑤①} 在我国立法中,“公共政策”通常表述为“社会公共利益”或者“公序良俗”。

^{⑤②} 过去有观点指出我国仲裁立法对一些重要问题没有规定或者语焉不详,以致司法实践无可依从。例如,法律对“社会公共利益”没有任何解释和限制,加上该概念本身的不确定性,易造成各人民法院理解的歧义。我国当下对仲裁司法审查中适用公共政策采用“报核”制度,但随着我国关涉仲裁司法审查中适用公共政策的案件逐步增多,已形成了一些明确的标准,这意味着我国已初步具备立法设置具体审查标准的条件。明确的审查标准不仅能为外国当事人提供法律指引和法律的确定性,更有利于我国形成统一的、连贯的公共政策司法审查规则。赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2008年9月版,第273页。

^{⑤③} 商务部国际贸易经济合作研究院、中国驻印度大使馆经济商务处、商务部对外投资和经济合作司:《对外投资合作国别(地区)指南:印度(2021年版)》, <https://www.ccpitcq.org/upfiles/202209/20220927093606404.pdf>,最后访问时间:2024年3月7日。

^{⑤④} 同前注^{⑤③},第224-230页。

仲裁司法辖区和国际仲裁中心的建设。此外,公共政策作为一个开放性的弹性条款,其本身的内涵和外延并不具体、明确。⁵⁵因此,必须尽可能地根据其特征,不断结合相关案件对公共政策进行界定,才能有效防止公共政策的滥用,为仲裁当事方提供一定的参考和指引,进而增加有关主体对该国司法制度的信心。当前,我国正积极推进国际仲裁中心建设,⁵⁶自贸区建设成就斐然,制度型开放迈出新步伐,进一步完善我国仲裁法律制度成为历史发展的必然趋势。当前正值仲裁法修订之际,⁵⁷结合印度仲裁司法审查中适用公共政策的历史实践和我国的实际情况,建议尽快通过立法和司法解释明确我国仲裁司法审查中适用公共政策的具体标准,⁵⁸特别是依据《纽约公约》承认与执行外国仲裁裁决时公共政策仲裁司法审查的具体标准。

第一,坚持并轨制的审查模式。⁵⁹2021年发布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)表明,立法机关欲统一国内仲裁裁决和涉外仲裁裁决司法审查标准的立场,即采用所谓的并轨制,将国内仲裁裁决的实体审查标准延及涉外仲裁裁决。尽管有观点认为不应借并轨之名将实体审查延及涉外仲裁裁决,⁶⁰但实际上,无论是“裁决因恶意串通、伪造证据等欺诈行为取得的”还是“仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的”,基本上都被所有国家和地区视为违背公共政策的具体情形。⁶¹采用并轨制仅是将这种违背公共政策的情形具体明确为撤销涉外仲裁裁决的原因。至于实体审查可能导致“境外当事人可能会对选择在中国仲裁心存忌惮,不利于提升中国内地仲裁的吸引力”⁶²“程序性审查原则符合优化营商环境、提升国际竞争力的需要”⁶³等考量,一味地注重效率价值而忽视对公正的追求,实际上并不利

⁵⁵ 同前注②,第50页。

⁵⁶ 司法部印发的《全国公共法律服务体系建设规划(2021—2025年)》提出“十四五”时期的主要目标之一是“完善仲裁制度,提高仲裁国际化水平,支持面向世界的国际商事仲裁中心建设,培育面向区域的国际商事仲裁中心,努力将我国打造成为国际商事仲裁新目的地”。

⁵⁷ 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第1条规定:“为保证公正、及时地仲裁经济纠纷,保护当事人的合法权益,保障社会主义市场经济健康发展,促进国际经济交往,制定本法。”

⁵⁸ 当下,我国现行《仲裁法》第58条、《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第77条均指出,人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销;《中华人民共和国民事诉讼法》第248条和第291条指出,人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的,裁定不予执行。这些条文内容仅表明法院有权在仲裁裁决违背社会公共利益时依职权主动撤销仲裁裁决,但未能详述何种情形具体违背了社会公共利益。

⁵⁹ 需要指出的是,现行《中华人民共和国民事诉讼法》第291条并未将“证据和仲裁员腐败”等实体审查内容作为不予执行仲裁裁决的理由。就不予执行仲裁裁决来看,我国民事诉讼法仍采取了“分轨制”的立法模式。

⁶⁰ 刘晓红、冯硕:《对〈仲裁法〉修订的“三点”思考——以〈仲裁法(修订)(征求意见稿)〉为参照》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第5期,第59页。

⁶¹ 同前注⑧,第224-230页。

⁶² 同前注⑩。

⁶³ 何云:《我国涉外仲裁司法审查的几个争议问题——以〈仲裁法〉修订为视角》,载《法律适用》2023年第9期,第154页。

于我国仲裁事业的长足发展。^{⑥4}更何况,对这两类情形的审查仅是出于对公平正义的追求而进行的符合国际惯例的有限实体审查。因此,尽管印度在国内仲裁司法审查中设置“明显非法”作为适用公共政策的标准,实际上采取了“分轨制”的审查模式,但印度学界后来对“明显非法”的批判主要集中在“该标准可能打开基于国内仲裁裁决诉讼的大门”^{⑥5},而非认为这种“明显非法”所导致的有限实体审查高度不当,印度法院也不存在对“欺诈”“舞弊”等情形有悖于公共政策的认识。而反观《征求意见稿》反映出的并轨制,则是把一些本身便属于违反公共政策的内容以法律条文的形式呈现出来。因此,建议我国坚持并轨制的审查模式,明确将“欺诈”“舞弊”等情形作为仲裁司法审查中适用公共政策的具体标准。

第二,明确涉外仲裁裁决和外国仲裁裁决司法审查中适用公共政策的具体标准。尽管公共政策是一个模糊、灵活且不断变化的概念,^{⑥6}但印度仲裁司法中适用公共政策的实践和立法表明,公共政策的具体轮廓并非不可名状。据此,可通过在立法中增添相关条文并配备相应司法解释的方式,从以下几个方面明确我国仲裁裁决司法审查中适用公共政策的具体标准:首先,对于承认与执行《纽约公约》下的外国仲裁裁决而言,由于《纽约公约》和《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》均仅规定公共政策是拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由,未详述何为违背公共政策的具体情形,故结合前文分析,应当明确将“基于欺诈或腐败行为的诱导或影响作出的仲裁裁决”作为审查标准之一。其次,对于涉外仲裁裁决和外国仲裁裁决而言,可以效仿印度1996年《仲裁与调解法》所确定的“印度法律的基本政策”的审查标准,在立法中设置“违背中国根本社会公共利益”的标准,^{⑥7}同时明确对“违背中国根本社会公共利益的情形”的审查不应导致对争议的实质审查。在确定该标准后,可通过出台司法解释,明确“违背中国根本社会公共利益”包括“违背中国法律基本原则、侵犯中国国家主权、危害社会公共安全、违反公序良俗、虚假仲裁等足以危及我国根本社会公共利益的情形”。^{⑥8}而对于“违反法律、行政法规的强制性规定”“仲裁庭错误理解或者适用法律”“仲裁实体结果是否公正”等情形是否违背我国公共政策,则须结合案件情况进行具体分析。^{⑥9}即对涉外仲裁裁决和外国仲裁裁决而言,仲裁司法审查中适用公共政

^{⑥4} 即便是在对仲裁领域拥有良好声誉的我国香港地区而言,如果在承认与执行仲裁裁决的过程中,案件具体内容涉及腐败问题,中国香港法院亦有可能对仲裁裁决认定的事实问题进行审查。早在“格兰顿自然资源有限公司案”案中,中国香港法院就明确指出“腐败、贿赂或欺诈行为肯定会违反世界司法体系的共同正义理念”。陈锦淞:《仲裁裁决在香港承认与执行中的公共政策问题》,载《商事仲裁与调解》2022年第1期,第61页。

^{⑥5} *Supra* note 49.

^{⑥6} 董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第72页。

^{⑥7} “印度法律的基本政策”发源于法院司法实践,其具体内容亦通过司法判例不断得到确认,是真正体现“公共政策”一词具体内涵的审查标准。我国最高人民法院在实践中也形成了一些具体的仲裁司法审查中适用公共政策的标准,这些审查标准可统称为“违背中国根本社会公共利益”。有鉴于此,我国可以效仿印度在立法中明确设置“违背中国根本社会公共利益”这一审查标准。

^{⑥8} 何其生:《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》,载《中国社会科学》2014年第7期,第143-163页。

^{⑥9} 同前注^②,第64-66页。

策的标准应当为：（1）基于欺诈或腐败行为的诱导或影响作出仲裁裁决；（2）违背中国根本社会公共利益，但对违背中国根本社会公共利益的审查不应导致对仲裁裁决的实体审查。^⑩

第三，明确国内仲裁裁决司法审查中适用公共政策的特殊性，重点关注“相关法律行为及法律关系的合法性问题”。国内仲裁裁决司法审查中适用公共政策有其复杂性。从立法的出发点观察，我国立法中的“社会公共利益”“公序良俗”等都是以我国的自身利益为最终保护目标。一定程度上说，我国国内法概念中的“公共政策”实际上是一种“国内公共政策”，或者应当理解是“民法意义上的公共政策”，其包括习惯法上所承认的国内政策以及当事人所必须遵守的调整特定关系的国内立法及其他规范的总和。司法实践中，关于国内仲裁司法审查案件中对“公共政策”的理解和认定，一方面需要采纳国际商事仲裁领域成熟做法的合理内核；另一方面需要更多关注国内仲裁领域的特有情况，更多关注相关法律行为及法律关系之合法性问题。^⑪ 这从某种程度上也可以解释，为何印度 2015 年《仲裁与调解法修正案》单独就国内仲裁裁决设置了“明显非法”这一审查标准，并通过判例逐步明确或是修正“明显非法”的具体内容。而我国则难以通过这种方式应对日益复杂的国内仲裁裁决。因此，更为合理的做法是：鉴于现行《仲裁法》《民事诉讼法》和《仲裁法意见稿》明确将“腐败”和“欺诈”作为国内仲裁裁决司法审查中适用公共政策的法定理由，建议在明确将“违背中国根本社会公共利益”作为公共政策司法审查标准的同时，针对国内仲裁司法审查中适用公共政策的问题，出台指导性案例，并强调国内仲裁的特殊性，引导对“相关法律行为及法律关系之合法性问题”的关注。

Abstract: Public policy is the last shield for the defence of national interests by applying law, and plays an important role in the judicial review system of arbitration. Public policy is a constantly developing and evolving concept, which is not only non-specific and unambiguous in its own connotation and extension, but also uncertain in its application. India's century-long practical history of applying public policy in judicial review shows that the connotation of public policy should be defined concretely through legislation or precedents to limit the application of public policy. Combined with India's practice and China's actual situation, it is recommended that China should adopt a parallel system, and explicitly take "fraud", "corruption" and "contrary to the fundamental social interests of the country" as the specific criteria for the application of public policy in the judicial review of arbitration. However, for foreign-related arbitral awards and foreign arbitral awards, in order to prevent the expansion of the application of public policy, it should be made clear that the review of

^⑩ 由于“违反中国根本社会公共利益”包括“善良风俗”，我国无须再引入类似“最基本的道德或正义观念”的审查标准。

^⑪ 同前注②，第 69 页。

“contrary to the fundamental social interests of China” should not lead to a substantive review of the dispute, while for domestic arbitral awards, due to their particular characteristics, the focus should be on the “legitimacy of the relevant legal acts and legal relationships”. Additionally, Chinese parties involved in India-related arbitration should be aware that Indian courts may consider “violation of the most elementary notions of morality or justice” as one of the “patently illegal” circumstances, and thus review foreign arbitral awards as “patently illegal”.

Keywords: India; public policy; judicial review of arbitration

(责任编辑:段 明)

仲裁“类案同裁”的实现： 与诉讼“类案同判”的比较视角

田雨酥*

内容提要 伴随法院诉讼案件“类案同判”机制的大力推进,仲裁是否也存在类案、仲裁应否以及能否“类案同裁”也成为了法律领域所关注的问题。仲裁存在“类案”,但由于仲裁在管理方式、程序推进、审理方式、裁判主体、案件数量等方面与诉讼均有不同,这使得仲裁“类案同裁”与诉讼体系相似语境下“类案同判”在类案定义和同裁范围上都有相似之处,但应具有更宽松的界定范围与限制标准,并应对程序事项具有更高程度的关注。仲裁可以推动“同裁”,通过比较我国推动诉讼“类案同判”的多种政策及方式,可以看出仲裁“类案同裁”的实现应从仲裁机构内部类案检索机制的建设入手,并结合仲裁裁决书的要件事实和裁判逻辑规范化进行。尽管仲裁在自上而下的管理和框架搭建上较为薄弱,但其自治性与竞争性可以自下而上促进“类案同裁”的实现。

关键词 类案同判;类案同裁;类案检索;要件事实裁判;仲裁自治论

“相同事例相同对待”原理不但存在于人们日常的规范性判断,^①也是法律系统中关于实现公平正义的一个重要原则。正如博登海默所述,“正义的一个基本原则要求,法律应当以相同的方法处理基本相似的情形”。^②该正义的原则要求落实到诉讼体系中,即形成“同案同判”或“类案同判”原则。^③由于客观上并不存在完全相同的两个案件,代表更广泛相似案件的“类案同判”表述就成为了诉讼法律系统实现公正性的重要原则性要求。近年来,我国不断通过出台法律文件与推进司法实践丰富和发展着法院诉讼案件“类案同判”“类案检索”理论:2010年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》确立案例指导制度并成为我国法院类案裁判的先导与依据;2017年《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》明确规定了“类案与关联案件检索”机制;2020年《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》对类案检索作出了全面系统的规定;

* 田雨酥,法学博士,中国国际经济贸易仲裁委员会案件经办人。

① Baker Derek, *The Varieties of Normativity*, in *Routledge Handbook of Metaethics*, Tristram McPherson and David Plunkett(eds.) 2017, pp.567-581.

② [美] E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社 1987 年 12 月版,第 496 页。

③ 本文因持客观上不存在“相同”案件,也就不存在“同案”之观点,本文后续均使用“类案”一词。

2021年《关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》进一步加强了对类案进行一致的法律适用之要求等等。我国法院提出,建立并完善类案裁判机制,推进类案裁判规范化、标准化建设,是从实体和程序上确保类案裁判尺度统一的重要制度保障,是审判体系和审判能力现代化的重要组成部分。^④

仲裁作为一种裁判结论具有法律强制执行力的争议解决方式,在法律系统中具有与诉讼相似的地位,其评价方式也常常与诉讼相关联或对比进行。在法院诉讼领域如此热烈推进“类案同判”的背景之下,相似的仲裁案件是否会被以相同方法进行处理、在仲裁领域中仲裁案件是否存在“类案同裁”的情况、仲裁案件能否实现“类案同裁”等问题,也受到了人们的广泛关注和探究。在法律实践中,“类案同判”的原则深刻体现了人民群众及司法从业者对于公平与正义的深切向往,它是司法公正性的直观体现,也切实贯彻了“法律面前人人平等”这一基本原则。通过确保类似案件得到相似或一致的裁决,这一原则不仅促进了司法的一致性,也增强了法律制度的稳定性和公信力。^⑤在我国仲裁裁判实践与法院诉讼实践紧密关联的现状下,仲裁“类案同裁”的推进自然在形式上也成为我国司法环境实现公平正义的必要环节之一。但仲裁与诉讼在程序、实体裁判和价值取向等多种层面上都存在差异,仲裁是否存在“类案”?仲裁的“类案”应否以及能否获得“同裁”?仲裁“类案同裁”在何种广度和深度能够得以实现?仲裁“类案同裁”实现的机制如何构建?这些都是仲裁理论和实践中需要解决的问题,也是本文尝试回答的几个问题。

一、“类案”语境下仲裁案件与诉讼案件的差异性

尽管仲裁与诉讼的程序不同,但从实体争议的处理角度而言,仲裁案件与诉讼案件并不具备根本上的重大差别。因此在实体角度的类案判断上,仲裁案件亦并不应与诉讼案件具有实质差别。但程序的差异必然导致仲裁类案与诉讼类案的范围、界定可能性与界定方法都存在不同。该差异性主要表现在以下几点:

从仲裁案件管理主体角度,仲裁案件的受理主体为各自独立的仲裁机构,并非如法院一般具有上下级管理关系。目前我国共有270余家仲裁机构,均为独立的仲裁机构,彼此之间不具有隶属、监督、上下级等从属关系。而我国的法院系统则根据《宪法》和《人民法院组织法》等规定设立,地方各级人民法院按行政区划设置,最高人民法院监督地方各级法院和专门法院的审判工作,上级法院监督下级法院的审判工作,^⑥不同层级法院具有监督关系。仲裁机构与法院的设立方式存在区别,加之仲裁机构仅对仲裁庭作出

④ 《北京三中院举行类案裁判规范化、标准化建设研究专家论证会》,载北京市第三中级人民法院官方网站, <https://bj3zy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2020/07/id/5373513.shtml>,最后访问日期:2023年7月2日。

⑤ 同上。

⑥ 参见《我国的司法体制》,载中华人民共和国中央人民政府官方网站, https://www.gov.cn/guoqing/2017-11/08/content_5238058.htm,最后访问时间:2023年7月1日。

的裁决书有“核阅”权限而非直接修改的权限,这更加剧了仲裁案件作出决定的主体的零散化和个体化,直接导致仲裁案件与诉讼案件可受到统一管理的方面存在巨大差异。仲裁案件受理单位数量更庞杂、更为分散且相互之间更为独立。

从仲裁案件程序适用角度,仲裁案件的程序适用以各仲裁机构的仲裁规则为标准,并非如法院诉讼一般,在全国范围内适用统一的诉讼程序法律。不同仲裁机构受理的仲裁案件,除仲裁协议中列明约定适用其他仲裁规则,均以该受理机构的现行有效仲裁规则为程序标准。而法院诉讼体系中,即使处于不同省份地区的法院,程序上仍统一适用我国民事诉讼法等规定。仲裁案件程序适用规则更灵活,这意味着全国范围内仲裁案件程序推进方式更多样化,即使在单一仲裁机构内部也存在多种程序安排。

从仲裁审理方式角度,仲裁案件遵循不公开审理的原则,并非如法院一般以公开审理为普遍原则。仲裁的起源与国家公权力、法院诉讼系统和政府行政权力并没有直接的关系。^⑦ 基于仲裁的私人属性、当事人对商业秘密的保护以及其他考虑,仲裁不公开审理是国际上的共同认知。^⑧ 而法院诉讼案件除基于未成年人利益保护、国家秘密、个人隐私等考量而另有规定的情形外,^⑨ 诉讼案件审理都应公开进行。仲裁案件的不公开审理使得仲裁案件信息流通性更弱,非案件当事人获取案件信息的难度更大。

从仲裁案件数量角度,仲裁案件统计基础范围较法院诉讼更小,数量远低于法院诉讼案件数量。尽管近年来我国仲裁案件数量和争议标的额都获得了持续性的增长,^⑩ 但以2021年“全国270家仲裁委员会共受理案件415889件”^⑪的数量与我国法院诉讼案件“2021年1月1日至11月15日,全国法院共受理案件3051.7万件”^⑫的数量相比,仲裁案件数量较法院诉讼案件数量仍差距甚远。加之前文所述仲裁机构的独立特征,分摊到每家仲裁机构所管理的案件数量较法院体系相比数量更低。

从仲裁案件的实体裁判与程序决定角度,仲裁案件实体裁判主要依赖于当事人或仲裁机构选择的仲裁员的观点、仲裁机构的裁决核阅制度以及仲裁机构为特殊案件设置的专家讨论会机制。后二者与法院裁判具有一定的相似之处,这种相似主要来源于机构与人员群体的相对稳定性。仲裁实体裁判长期以来因商人法的起源特征,其灵魂在于对法治正义性和商业专业性的兼得。^⑬ 仲裁机构的仲裁员作为仲裁案件最主要的实体裁判主

^⑦ Nigel Redfern & Martin Hunter, *International Arbitration*, Oxford University Press, 2019, pp.134-136.

^⑧ 参见张玉卿:《国际商事仲裁保密义务的探索与思考》,载《国际法研究》2016年第4期,第82页。

^⑨ 如《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十八条、第二百八十五条;《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条等等。

^⑩ 参见《〈中国仲裁司法审查年度报告(2019年度)〉新闻发布会》, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-281031.html>, 最后访问日期:2023年4月2日;《贸仲发布〈中国国际商事仲裁年度报告(2020—2021)〉》, http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/fzgz/fzgzgffwx/fzgzgffw/202109/t20210928_438442.html, 最后访问日期:2023年4月2日。

^⑪ 参见《中国国际商事仲裁年度报告(2021—2022)》, <https://www.chinatradenews.com.cn/content/202209/06/c148312.html>, 最后访问日期:2023年4月2日。

^⑫ 参见《最高法:今年以来全国法院共受理案件3051.7万件》, <http://society.people.com.cn/n1/2021/1123>, 最后访问日期:2023年4月2日。

^⑬ 参见田雨酥:《人工智能影响下的国际商事仲裁》,载《仲裁与法律》,2022年第1期,第38页。

体,其本身就依赖于仲裁的商事本质而具有天然的私人性、商业性和独特性。当事人可以依照自己的偏好选择法律文化背景不同以及法律观点不同的仲裁员,使得仲裁制度的实体裁判维度在本质上就是一个从当事人出发“自下而上”的选择与确定过程。当事人可以、也更倾向于抛却“类案同裁”而推动案件向更符合自身利益的“个案各裁”方向进行。仲裁程序更与法院诉讼程序具有形式与内在价值导向的不同:法院诉讼程序需要依靠公权力形成有公示效力的、具有正当性的法律程序,而仲裁基于商人特征而免除了对某些需要特别加以保护的人性尊严价值的需要,具有更高的自主与自治程度。^⑭

上述差异反映了仲裁案件管理单位独立、程序规则灵活且多样化、案件信息封闭性、可搜寻样本案件数量稀少以及裁判主体更具个案选择倾向的特点。这使得在仲裁案件中寻找类案进行比较、参考和管理变得更加困难,仲裁案件的类案从定义、识别到管理都必然与法院诉讼案件具有明显的差异化特征与路径。目前我国司法体系推动“类案同判”已有较为丰富的研究成果,而仲裁体系无论在理论还是实践方面都非常薄弱。在此环境下,如何识别仲裁“类案”以及如何推动仲裁类案的“同裁”,都可在认知到前述仲裁案件与诉讼案件的差异特点基础上,比照诉讼案件“类案同判”的已有理论和机制进行推演。

二、仲裁案件“类案”的定义与识别

(一) 诉讼案件“类案”的内容

《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照”的规定对“类案”在我国法院诉讼体系中的地位和性质进行了确定。《最高人民法院关于深化法律适用一致性与类案检索机制建设的指导方针(试行)》开篇即对诉讼案件中的类案范畴进行了更为详尽的阐释。依据此方针,我们界定了类案的具体范畴,即指那些与当前待审案件在核心事实情节、争议的核心焦点以及法律适用的核心问题上存在显著相似性,并且已经由人民法院作出具有法律效力的判决的先前案件。这一界定的目的在于确保法律适用的统一性和公正性,通过参照类似案件的判决结果,为当前案件的审理提供有力的参考和依据。根据该指导意见系推动诉讼案件“统一法律适用”以及“提升司法公信力”的目的,可见该类案定义并非局限于狭义的某一领域所需,而是可以适用到对我国司法体系的整体认知中。《关于统一法律适用加强类案检索的指导方针(试行)》对在何种情况下应检索类案、检索类案的范围以及参照类案的规则提出了程序性要求,但未进一步对类案作出定义,亦未提出如何判断案件相似性的方法与参考要素。

纵观目前学界对“类案”的定义,有观点认为类案是指与待决案件具有某些类似因素的先前案件,这些类似因素包括案件事实、法律关系、案件争议点以及所涉及的法律问

^⑭ 参见田雨酥:《财富最大化理论在国际商事仲裁中的适用》,载《武大国际法评论》,2021年第3期,第48页。

题的近似性；^⑮有观点认为判断类似案件需要通过四个途径来确认，即对案件的争议焦点、案情、关键事实进行比较，并在确认后首先考虑是否属于狭义的指导性案例的情况；^⑯有观点提出在判断类似案件时需要注意两个方面，一是案件的事实构成，二是案件包含的法律关系；^⑰还有观点提出类案的判断逻辑需要同时依循程序性的和实体性的论证规则。^⑱在不同的观点中，案件事实和法律关系等实体性因素是判断类案的共同认知要素，而较少有观点包含案件的程序性因素。目前，我国尚未形成统一确定的“类案”定义，如何确定类案依然存在理论与实践方法的争论。

（二）如何定义并识别仲裁案件“类案”

定义并识别仲裁“类案”的前提，是确认仲裁中确实存在“类案”。前述法院案件“类案”定义的理论说法众说纷纭，但都将案件提炼出了抽象的法律构成要件。仲裁案件与诉讼案件的不同仅在于合同约定的争议解决方式不同，而案件所能抽象出的法律要件并无差别。因此仲裁中的确存在类案，也就可以开启定义并识别仲裁“类案”。基于前述仲裁案件与诉讼案件的相似与差异，并结合目前我国仲裁协会及相关统一管理主体的缺失、^⑲各仲裁机构“各自为政”、相对“神秘”且受案量、受案范围及处理案件数量和能力不一^⑳的现状，仲裁“类案”的定义与识别方式应当与诉讼案件同样具有相似但不同的特征：

仲裁案件“类案”应当与诉讼案件类案具有相近的实体维度定义方法。在实体维度对类案的定义上，仲裁案件“类案”应为已经作出的、与待决案件在案件事实和法律关系方面具有近似性的仲裁案件。案件在关键事实和法律问题上具有相似之处，才可以成为类案并为待决案件提供参考和借鉴。本文未将案件争议焦点和所涉法律问题纳入考量类案近似因素的范围，因不同案件本身即不具有相同性而仅具有相似性，不同当事人在个案中的主张和对方的抗辩事由又受到当事人仲裁策略、商业因素考量等与案件实体无根本关系之因素影响，加之仲裁案件样本数量本身并不如诉讼案件数量庞大，为仲裁案件“类案”在实体维度设置越多的相似因素要求和门槛，将使仲裁“类案同裁”的起点越高，仲裁越难寻得类案样本可用。因此，仲裁案件“类案”在实体维度标准应略宽松于诉讼案件，要求在案件事实和法律关系方面具有相似性即可定义为“类案”。

仲裁案件“类案”应当比诉讼案件类案具有更符合仲裁体系的程序维度定义方法。“相同情况被相同对待”的公平正义观念在程序上应该同样获得适用。诉讼案件往往依程序法律推进，当事人很少有机会在法院诉讼程序中通过意思自治对程序进行修改，但

^⑮ 参见王利明：《我国案例指导制度若干问题研究》，载《法学》2012年第1期，第25页。

^⑯ 参见张骞：《再论类似案件的判断与指导性案例的使用——以当代中国法官对指导性案例的使用经验为契口》，载《法制与社会发展》2015年第5期，第56页。

^⑰ 参见孟祥磊等：《论类比推理在案例指导制度中的适用》，载《法律适用》，2015年第08期，第45页。

^⑱ 参见孙海波：《重新发现“同案”：构建案件相似性的判断标准》，载<http://www.procedurallaw.cn/info/1005/1007.htm>，最后访问时间：2023年6月25日。

^⑲ 参见汪祖兴：《仲裁机构民间化的境遇及改革要略》，载《现代法学》，2010年第2期，第102页。

^⑳ 参见陈福勇：《仲裁机构的独立、胜任和公正如何可能》，载《北大国际法评论》，2009年第10期，第89页。

仲裁的核心特点之一是对当事人意思自治的高度保护和尊重,使得仲裁案件程序的推进不单以各仲裁机构的仲裁规则为依据,在更高优先级上还以当事人意思自治内容为准。当事人在仲裁协议中的约定(例如要求特定背景仲裁员审理案件、适用其他仲裁规则、仲裁庭组成的特殊约定)通过协商形成,受到不同当事人对法律、文化及特定需要等因素影响,可能形成极具个性化的条款内容,这些条款内容如何在仲裁程序中被进行相同的处理和转化,是仲裁案件“类案”在程序维度需要考量的要素。从程序维度对类案进行定义,仲裁案件“类案”应为相似程序境况处理结果已经有效通知当事人的仲裁案件,这包括仲裁规则的适用和解释、仲裁员的确定、仲裁庭组成、给予当事人发表意见的期限、仲裁程序的收费等等。

通过类比适用与诉讼案件类案具有相近的实体维度定义方法,以及比诉讼案件类案具有更符合仲裁体系的程序维度定义方法,可以看出仲裁中确存在“类案”,也应当为仲裁建立前述“类案”的定义和识别方法以确定仲裁“类案”的范围。

三、仲裁案件“同裁”的范围和边界

(一) 诉讼案件“同判”的内容

诉讼案件“同判”的内容如“类案”的定义之争一般久为学者们所讨论。无论是“相同案件相同对待”还是“类似案件类似对待”的观点,都包含了人们对于相似情况的一致性结果走向的期待。不同于“类案”的定义之争,学界关于“类案”的观点多集中在类案的要素和相似或相同因素方面,“同判”的研究则包含更广泛的争议对立点和讨论内容。首先仍然存在着类案不必然应当“同判”的观点,持此观点的学者支持案件差异化裁判的合理性,并主张裁判结果的一致或相同性并不符合法律实质的正义。^②当然,在目前更普遍支持类案应当同判的主流观点下,支持或不支持“同判”的双方均没有否定对方观点的正确性,争论内容仅就“类案同判”与“差异化判决”哪一种应在司法裁判中获得更多重视而展开。更多讨论观点集中在“类案同判”是裁判的规范本身还是应成为规范的结果,也即“同判”应当为判决结果还是裁判理由的相同或相似之争的讨论。

“类案同判”所追求的应当是裁判结果相似或相同这一观点,是绝大部分学者或朴素正义观念中似乎必然包含的部分,但根据2010年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第三条“指导性案例由标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果、裁判理由以及包括生效裁判审判人员姓名的附注等组成”和第九条“……正在审理的案件,在基本案情和法律适用方面,与最高人民法院发布的指导性案例相类似的,应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判”,以及2021年《关于完善统一法律适用标准工

^② 参见周少华:《同案同判:一个虚构的法治神话》,载《法学》2015年第11期;参见周少华:《刑事案件的差异化判决及其合理性》,载《中国法学》2019年第4期。

作机制的意见》中“在审判工作中统一法律适用标准”“发现将要作出的裁判与其他同类案件裁判不一致的,应当及时提请专业法官会议研究”等要求,可以看出我国在推动类案同判机制上并非将“同判”进行了结果一致的限定,而更侧重法律适用的角度。理论上“类案同判”对判决结果的一致性追求也陷入了“决定论形式主义”(determinate formalism)的误区,即认为法律规定与判决结果之间存在着逻辑上的决定关系。^②因此无论从理论或目前我国实践中的相关规定出发,“类案同判”的“判”都应当被定义为一个动态的审判过程,而非静态的审判结果。^③“同判”的内容也应当为类似对待、审判、说理、处理的过程,而非简单追求一个相同或类似的裁判结果。

关于类似案件是否必须遵循“同判”这一原则,必须确认即使在最遵循“类案同判”的判例法体系中,依然不是全部情况下相似案件都走向了相似的结果或遵循相似的路径作出裁判。在法学理论的演进中,尽管英美法系类案同判的原则被普遍接受,但亦明确认可了其在特定情境下的适用例外。具体而言,当裁判者在审理案件时,若审慎评估后认为存在规范情境的重大变化或整体法秩序的动态演变,需要作出与先前判例不同的决定时,其不仅有权,更负有责任摒弃既有判例的约束,基于当前的法律环境和社会背景作出独立且恰当的判决。这一观点体现了法律适用的灵活性和适应性,确保了法律能够紧跟时代步伐,不断满足社会发展的需要。^④支持类案同判的学者也必须承认,“如若先例案件(裁判)存在严重的实质性缺陷,法官并无道德义务去重复或复制过去的那种不正义”。^⑤对于此种基于“裁判规范方面的原因、裁判主体方面的原因”,^⑥而“可以接受的或合理的不同判与非理性因素对司法的介入的不同判”^⑦之情况,案件在不应遵循一件已有的错误或不当判决及决定时,自然也不必也不应当“同判”。

“法律规则只是理由的提供者。当存在可适用于个案的规则时,只是意味着法官有司法义务将它作为裁判的理由。司法裁判的正当性在于尊重法律提供的理由,而不是赞同案件最后的结论。”^⑧因此,类案识别后认定为类案,也并不能直接得出“同判”的裁决。本文认同上述观点,也就是说,通过类案识别认定先前案例与待判决案件在法律的角度上被视为类案,在大多数情况下,“类案同判”有利于保障司法统一,但由于个别后案的特殊性,如果对其适用先前案例的裁判规则,则会出现十分不合理的审判结果,而对于司法活动来说,司法公正是由每一个个案正义组成的,因此出于对个案公正的考虑,需要对这类案件作出差异化判决。

^② 参见雷磊:《如何理解“同案同判”——误解及澄清》,载《政法论丛》,2020年第5期,第29页。

^③ 有关审判中“动”与“静”的提出和讨论,参见刘树德:《刑事司法语境下的“同案同判”》,载《中国法学》2011年第1期。

^④ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年10月版,第301页。

^⑤ 孙海波:《“同案同判”与司法的本质——为依法裁判立场再辩护》,载《中国法律评论》2020年第2期,第40-51页。

^⑥ 郎贵梅:《同案不同判的原因分析及对策研究》,载《人民司法》2009年第19期,第102-104页。

^⑦ 孙海波:《“同案同判”:并非虚构的法治神话》,载《法学家》2019年第5期,第141-157、195-196页。

^⑧ 参见雷磊:《同案同判:司法裁判中的衍生性义务与表征性价值》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第4期,第23页。

（二）仲裁案件“同裁”的范围和边界

在我国法院体系中，“类案同判”的重要目标是统一法律适用和裁判尺度，规范司法裁量权，从而推动类案得到优质高效的裁判。²⁹可见自由裁量与“类案同裁”在正义天平的某个维度上各占一端并存在此消彼长的制约和共生关系。仲裁案件“同裁”所追求的结果应与诉讼案件具有相似的方向，即在类案中应对实体裁判的说理、分析、法律适用等动态“裁”的过程追求相似或近似的“同”，而非简单追求仲裁案件裁决结果的一致。但在实现个案正义与相似案件进行相似判断并得出相似结果的角度，仲裁应该较诉讼在“同裁”的结果追求上更为宽松。

选择仲裁的当事人通过一定程度上放弃上诉的权利而换取在诉讼中不具有的裁决终局性，这意味着选择仲裁的当事人对效率和个案的私人性具有更优先，或者有更高程度的追求。在商事仲裁的实践中，法治的实现同样至关重要，但这种法治并非简单遵循诉讼中的既有模式，而是需要更高层次的法律规则和法理的指引。与诉讼相比，仲裁所追求的法治更加注重法律规范的现代性和前瞻性，它不仅仅是对历史经验的总结，更是对现行法律原则与规则的深刻理解和灵活运用。在商事仲裁的领域中，专业知识的重要性不言而喻，这些专业知识并非仅仅是对于过去实践的简单重复，而是随着商业实践的不断发展和持续更新和演进的。因此，商事仲裁中的法治实现，不仅要求仲裁员具备深厚的法律素养，还需要他们具备丰富的商业实践经验和敏锐的洞察力，以便准确把握商事交易的本质和规律，从而作出公正、合理且符合法治精神的裁决。如果一味将类案的裁判结果作为裁判结论，仲裁类案的“同裁”就不是一个依照法律和专业知识得出的裁判结果。在对裁判说理缺省的情况下，仲裁对案涉当事人的公开性和透明性都将遭到严重损毁。对结果高度“类案同裁”将导致个案仲裁裁决说理的缺失，变相违反了当事人自由选定仲裁员所办所的个案私人化追求，会对仲裁公信力造成极大伤害。³⁰

在仲裁活动中，仲裁机构和仲裁员与法官在处理类似案件时拥有共同的职责：首要考虑法律规则的明确规定。然而，他们的决策过程并非一成不变，而是需要根据具体情况进行灵活调整。当面临基于普遍法律原则的法律创新、法律解释的新发展或特定案件背景下的特殊考量时，仲裁机构和仲裁员应当展现出对法律规则更深层次的理解与运用，作出与常规裁判有所差异的决策。这种差异化的判决并非是对法律规则的忽视，而是对法律原则和精神的深刻理解和灵活运用，旨在确保仲裁结果的公正、合理和适应性。³¹与法官不同的是，仲裁员还应额外考虑当事人的商业属性以及商事交易的特殊性，这是仲裁较诉讼体系进行“同裁”时对个案差异化裁判更宽容的空间基础之一。在深入探讨民事诉讼的复杂性时，我们不得不关注多个因素如何共同作用于类案判决的差异性。其中，自由心证原则在民事诉讼中的具体适用，成为影响判决结果的关键因素之一；

²⁹ 参见《宁夏高院建章立制规范类案检索统一法律适用，提高办案质效》，<https://www.nxfy.gov.cn/xwzx/2018mtjj/202012>，最后访问时间：2023年7月4日。

³⁰ 同前注¹³，第39页。

³¹ 同前注²⁸，第76页。

而在证据偏在案件中,关于证明标准是否应降低的争议,同样引发了广泛的讨论;此外,经验规则的多样性和法官的自由裁量权,亦在判决过程中扮演着不可忽视的角色。这些因素相互作用,共同构建了民事诉讼制度内在的灵活性,使得在某些情况下,即便面对类似的案件,也可能产生不同的判决结果。这种差异化的判决,实际上是民事诉讼制度在追求公正与合理的同时,所展现出的适应性和包容性。^②相较于诉讼制度,仲裁制度中对证明标准、法律适用、事实认定等规则更加灵活,因此仲裁案件“同裁”应当具有远宽松于诉讼案件的“同裁”要求。

仲裁“类案同裁”的另一个范围与边界问题,是仲裁应当在什么范围内划定“同裁”,该问题分为仲裁是否可以参考诉讼中“类案”进行“同裁”,以及不同仲裁机构之间是否应当互相参考“类案”进行“同裁”。由于仲裁的自治性,仲裁机构之间相互独立,且在目前我国缺少统一管理各仲裁机构的有权组织,各仲裁机构作出的裁决没有能实现相互参考的现实基础。就理论而言,仲裁机构应独立于司法体系以及行政体系,彼此之间亦不应具有从属之属性。因此仲裁“类案同裁”的范围,积极角度应以一切符合更高程度实质正义为追求,消极和现实角度应仅限于单个仲裁机构之范围。

仲裁“类案”与诉讼“类案”比较而言,仲裁“类案”还需要额外注意对程序事项决定的“类案同裁”。仲裁制度本身即在程序上为了使当事方可以通过简化的程序高效地获得专业的裁判,而需要设计地避免与众多国家的诉讼制度相关。涉仲裁程序事项的“类案”可能在实体问题上并不类似,而仅因仲裁条款约定的类似而产生了仲裁程序中需要遵循相似的仲裁规则和程序的需要,以保障仲裁程序的公正性和透明度。该等程序决定一般涉及仲裁案件的程序环节期限确定、仲裁员的指定、管辖权认定、证据认定规则、程序适用、仲裁收费等等问题。程序正义是对仲裁终局性特点的根本保障,在仲裁“类案”中对程序事项决定的“类案同裁”,同样影响着仲裁裁决的质量和公正性。仲裁“类案”的程序性“同裁”范围较实体“同裁”的可适用范围更加狭窄,往往完全局限在某一种仲裁机构所管理的案件程序之范围。尽管不同法律文化背景的当事人可能通过选择更倾向当事人主义或法官职权主义审理的仲裁庭,而获得对程序事项更具某一风格的决定方式,但就需由仲裁机构决定的程序事项而言,应在程序性“类案”中保持近似的决定方法以及决定结果。

四、仲裁案件“类案同裁”的实现机制

(一) 仲裁案件实现“类案同裁”的基础

同前文在回答仲裁案件“类案”的定义与识别问题之前需要先确认仲裁中是否真的存在“类案”相似,在探索仲裁案件“类案同裁”的实现机制之前,需要回答仲裁制度中究竟能否推动“类案同裁”,也即在仲裁中推动“类案同裁”的可能性或基础依据

^② 参见段文波:《民事程序视角下的同案不同判》,载《当代法学》2012年第5期,第28页。

究竟为何。在人们的直观感知中,由于仲裁具有一裁终局和保密的特点,仲裁案件的裁判结果难以预测且颇为“神秘”,似乎并不具备如法院诉讼案件般在公开的案例曝光及指导案例的发布中大张旗鼓推动类案同判的环境。实际上,仲裁的保密性来源于商人自治所构建的行为规则与私人化本质,这种保密性与私人性是不可分割的,^{③③}因而与国家机密或技术秘密的保密并非同一类。既然是基于私人性的保密而非内容性的保密,这种保密性只要留存于仲裁的不公开审理、当事人的主体信息以及商业秘密等“私人性”领域即可,而无需对整个仲裁制度以及所有仲裁文件讳莫如深。在国际商事仲裁领域,美国和欧洲部分国家都已经开始了弱化仲裁保密属性的进程,如2009年美国仲裁协会仲裁规则即明确规定仲裁机构可以在隐去当事人身份的情况下公布部分仲裁裁决,国际商会仲裁院在2019年也发布了说明并为自己创设了可以公布裁决内容的权力。在国际社会对仲裁透明度、仲裁效率等议题反复讨论的环境下,仲裁保密性正在从多个维度被限缩。以仲裁裁决的部分可公开化等措施为代表的仲裁保密要求限缩,正是仲裁“类案同裁”可能性发展的理论与现实基础。加之对实质真实与自然正义的永恒追求,仲裁“类案同裁”的推动环境与机制必然可以在未来得到发展与完善。

(二) 参考诉讼体系建立仲裁“类案”检索机制

我国诉讼体系已通过司法公开示范法院、“阳光司法”、推广示范案例、建设类案检索平台等多种方式初步广泛地建立起了诉讼案件“类案”检索机制,并在多个公开文件中要求人民法院法官在进行裁判时应进行类案检索:《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》第三十九条^{③④}有相关规定。在中央层面,最高人民法院亦发布了“完善类案和新类型案件强制检索报告工作机制”,推动司法实践及研究单位以类案为研究对象,形成类案裁判大数据报告和大量电子数据及出版物。^{③⑤}在地方层面,地方法院例如江苏法院已经建立了能够为法官办理案件提供智能化的决策辅助、提高司法管理的精准化水平的大数据技术“同案不同判预警平台”,以支撑推动“同案类判”,方便院庭长行使监督管理职权。^{③⑥}流通的案件信息与一定范围内先进的类案检索机制是实现裁判实践中类案同判的基础,在仲裁领域我们也需要建立类案数据库并建立仲裁范围内的类案检索机制,以实现类案的发现以及信息获取。

法院的类案检索系统基于法院已有的海量历史裁判文书,通过采集案件要素特征的搜索引擎,借助大数据、人工智能等计算机技术,帮助实现类案推送、偏离预警等功能,

^{③③} Steven Kouris, *Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits?*, *Journal of International Arbitration*, 2005, pp.205-206.

^{③④} 该条规定,“承办法官在审理案件时,均应依托办案平台、档案系统、中国裁判文书网、法信、智审等,对本院已审结或正在审理的类案和关联案件进行全面检索,制作类案与关联案件检索报告”。

^{③⑤} 《“中国法院类案检索与裁判规则”专项研究首批成果发布》,载中国法院网, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-203611.html>, 最后访问时间:2023年7月1日。

^{③⑥} 朱旻:《智慧审判苏州模式提升法院信息化应用水平》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/04/id/2754256.shtml>, 最后访问日期:2023年4月2日。

并能够推荐相似案例给审判法官,为法官裁判提供参考。^{③7}该类案检索系统除了需要大量司法案例进行“数据喂养”,同时还需要大量的财务成本进行系统的开发、运维及技术培训等等。最高人民法院“人民法院信息技术服务中心 2022 年度部门预算”显示,仅 2022 年一年,作为最高人民法院所属事业单位负责“为审判工作提供信息技术服务”的最高人民法院信息技术服务中心财政预算为人民币 3,320.18 万元。^{③8}而比照目前受案量为我国第一位的中国国际经济贸易仲裁委员会,其全年整个仲裁机构的财政预算似也无法与该数值实现相等水平。^{③9}因此在目前仲裁案件样本数量相对较少、仲裁机构“各自为政”,且产生的可分配财务预算相对较低的现状中,仲裁领域建立完善的类案检索机制难度很大,在目前环境下可完成度很低。

因此,目前适合仲裁机构的类案检索机制应在现有仲裁机构电子化办案系统基础上进行搭建,增加类案检索端口,并从立案阶段录入当事人名称及案件争议合同类型、在办案阶段将当事人仲裁申请书、答辩状、仲裁反请求及代理意见等文件存入系统,并结合电子版庭审笔录以及判决书等结案文件,形成综合的机构内部类案检索库。在仲裁机构中形成的类案检索机制因其录入文件不但包含结案文书,还可包含办案过程中的文件,而在检索基础方面可以较法院诉讼系统获得更完善贴切的类案检索结果。

法院诉讼类案检索机制一个重要的依托点是各级法院,特别是最高人民法院,不断总结并公开权威性的裁判先例。在司法实践中,裁判先例扮演着至关重要的角色,它不仅是衡量司法公正性的重要标尺,也是预测法律裁判结果的有力工具。具体而言,裁判先例以其无可置疑的权威性,在类案检索过程中为法官提供了宝贵的参考。当面临需要裁决的案件时,裁判先例能够提供一个清晰的指引,即法院在先前类似案件中针对相同法律问题所作出的判决及其详尽的论述。这种参考不仅有助于法官更好地理解法律原则和规则,还能够增强司法裁判的连续性和一致性,从而确保法律适用的公正性和准确性。因此,裁判先例在司法实践中具有不可替代的价值。^{④0}具有权威性的裁判先例反映了针对某个具体法律问题的普遍性的解决方案,并通过裁判规则的内容超越个案进而对待决案件产生间接影响。^{④1}在仲裁中,目前仅有那些本身具有国际影响力的仲裁机构能够在遵从仲裁保密性原则的基础上发布示范性裁决先例,这些裁决先例往往以书籍方式发布出版,^{④2}成为仲裁机构总结的仲裁成果的一部分。而目前由于载体流通性的局限,实

^{③7} 参见徐清宇:《智慧审判苏州模式的实践探索》,载《人民法院报》,2017年9月4日,第3版。

^{③8} 参见《人民法院信息技术服务中心 2022 年度部门预算》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/04/id/6636439.shtml>,最后访问日期:2023年2月1日。

^{③9} 根据《中国国际贸易促进委员会 2023 年部门预算》,中国国际贸易促进委员会 2022 年的公共支出金额为人民币 19,691.42 万元,而中国国际经济贸易仲裁委员会仅为中国国际贸易促进委员会下属 11 个单位的其中一个。

^{④0} 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》第6版,黄家镇译,商务印书馆 2020 年 7 月版,第 539 页。

^{④1} 参见张骞:《论裁判规则的规范性》,载《比较法研究》2020 年第 4 期,第 103 页。

^{④2} 例如中国国际经济贸易仲裁委员会出版的《股权转让仲裁案例精选》《涉“一带一路”国家仲裁案例选编》,北京仲裁委员会出版的《优秀仲裁裁决书赏析》《建设工程案例精读》,中国海事仲裁委员会出版的《中国海事仲裁案例精选》等等。

践中甚少有当事人或仲裁员根据或参考这些裁决先例在待裁决案件中作出裁决。建立仲裁“类案”检索机制,能够使优秀的裁决先例“流通”到后案裁决主体的视野,增加仲裁“类案同裁”的可实现性。

(三) 规范仲裁裁决书的要件事实裁判逻辑

“类案”检索机制仅为“类案同裁”提供了寻找适合样本的路径,而如何确定合适的“类案”则是另一个“检索”的实现维度,在确认及选择类案上如果没有规范的标准及框架,“类案同判”或“类案同裁”就落入了另一种自由裁量的误区。因此“类案”检索机制的运转有效性很大程度上取决于裁判文书的规范化程度和表达范式。诉讼体系中,法官的审判思维和判决书说理逻辑都应遵循“要件事实裁判逻辑”,要件事实裁判思维表现为“实体法请求权基础——诉讼请求——要件——要件事实——重要间接事实(主要证据)”的逻辑范式。^④在诉讼的推进过程中,实体法所设定的“法律效果与构成要件事实”的逻辑结构,与程序法中的“主张与抗辩”模式相互交织,共同塑造了对案件争议焦点的认知。随着诉讼程序的深入,案件事实逐步在实体法的指引下被揭示,最终形成裁判的标的。这一过程中,要件事实作为关键节点,其审判思维深刻反映了实体法与诉讼法的内在逻辑关联。此种审判思维不仅要求裁判者运用法律思维与逻辑来审视案件,同时,通过遵循要件事实为核心的裁判思维,所撰写的裁判文书亦能够展现出高度的规范性、层次性、结构化和精确性,从而确保裁判结果的公正与权威。^④在“类案”语境下,必然借助计算机智能技术的案例检索和参考,更需要要件事实裁判逻辑形成的裁判先例。鉴于要件事实所固有的独特性、明确性和特指性,这些特性赋予了基于要件事实的审判逻辑所形成的裁决结果以显著的特征:即高度要素化和标准化。这种特性使得其在现代司法实践中,特别是在智能化技术日益融入审判流程的背景下,展现出极高的适应性和效率。通过对要件事实的精准识别和逻辑分析,结合智能化技术的辅助,能够确保审判过程更加规范、高效,从而进一步提升司法公正和效率。

虽然国际仲裁界一直对仲裁员起草的裁决书抱有要求其进行完整说理的明确期待,但部分因行业专业性要求而进入仲裁员行列的“行业专家”,可能存在裁决书书写、法律适用及法律说理的“短板”。因此仲裁裁判文书亦应遵循规范化的写作方式,对应诉讼案件的审判思维,即需要实现仲裁裁决书的要件事实裁判逻辑。要件事实裁判逻辑的实现是平衡自由裁量权与“类案同裁”的保障,规范化的仲裁裁决本身为仲裁提供了有框架的自由,并为“类案”检索及适用提供了依托。

(四) 仲裁自治体系的加强与完善

仲裁的民间性使得其在“类案同裁”的推进方面存在基础薄弱、机制搭建预算不足以及管理难度高等问题,这在一定程度上限制了仲裁“类案同裁”机制的实现与发展。但仲裁的属性具有其自身特有的优点,能够帮助仲裁制度从另一角度出发,推动类案实

^④ 参见许可:《民事审判方法:要件事实引论》,法律出版社2009年3月版,第38-40页。

^④ 参见张卫平:《民事诉讼智能化:挑战与法律应对》,载《法商研究》2021年第4期,第28页。

质正义的实现。这就是仲裁体系的自治性,能够通过自下而上的法律市场竞争方式推动“类案同裁”。

在法理学上,有关仲裁特别是国际仲裁性质的学说有司法权论、契约论、混合论以及自治论。其中自治理论认为仲裁制度是一种由商人们自创的制度,已经超越了契约原则和司法权的限制,成为一种超国家的自治体系。^⑤自治论在前三个理论之后随国际仲裁的发展趋势而产生,认为仲裁的法律效力基于一个独特的跨国法律秩序,它可以被称作仲裁法律秩序,且不同于仲裁地和单个或多个裁决执行地的国家法律秩序。^⑥由于仲裁被广泛接受的基础来自于国际社会和众多国家之间的共识,而非由于某一主权国家对仲裁的偏爱,因此仲裁员们不代表任何国家主持正义,而是为了国际商业社会的利益发挥司法作用。仲裁协议和仲裁裁决之所以具有强制性,并非由于当事人的契约或某国家法律和法院的授权或让与,而是因为这种可执行性是国际商业关系的现实需求。在仲裁自治理论体系下,依商人习惯法仲裁、依公允及善良原则仲裁、当事人意思自治等裁判方式均具有法理基础。仲裁自治理论的经济学内核是供需关系和广泛的多次博弈理论,与发展出国际仲裁的实体商业经济特征相契合,符合经济学法律市场理论。仲裁自治论可以很容易地解释为什么仲裁制度没有全球性统一立法机关,却在制度的架构上不断推陈出新,不断趋同化并随实体经济的全球化而全球化。仲裁制度作为自治的法律秩序,在长期外部竞争以及内部反复博弈中实现自我规则的优胜劣汰,是一个具有自我效率提升能力的制度。仲裁服务的提供者(例如仲裁机构以及提供临时仲裁服务的仲裁员)在以全球为范围的法律市场进行竞争,这种竞争性促使他们产生自我效率改进和自我纠错的意愿及能力,并促使仲裁制度整体实现不断地自我优化。如果某种裁判结果、仲裁规则或仲裁程序的设定偏离了正当程序价值,那么它将首先在仲裁裁决的承认和执行方面受到阻碍,进而很快在仲裁法律秩序中被使用者抛弃。

仲裁规范的趋同正如国际法的趋同趋势一样,是在仲裁长期发展中由于竞争所导致的必然趋势。“类案同裁”正符合这种仲裁的趋同化:仲裁机构或仲裁员如长期不当地使用其在个案中的自由裁量权力而使仲裁实体或程序偏离了仲裁社会中人们所期待的正义内容,则它们必然在仲裁的自治与发展中被淘汰与抛弃。因此保障仲裁的自治体系,推动仲裁制度内部的充分竞争,是促进仲裁案件实现自下而上实现“类案同裁”的有效途径。

五、结 论

在我国目前仲裁裁判实践与法院诉讼实践紧密关联的现状下,仲裁“类案同裁”的推进在形式上成为我国司法环境实现公平正义的必要环节之一,并跟随诉讼案件“类案

^⑤ 参见韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年8月版,第29页。

^⑥ 同上,第32页。

同判”获得了关注。在实现实质正义的道路上,仲裁应该在一定程度上实现“类案同裁”,但应遵循相似说理以及程序上相似对待的“同裁”标准,以保证仲裁的自治与意思自治属性。“类案同裁”的实现不仅仅是理论的发展与实践的引导,而更多是一项需要实实在在财力、人力、技术与资源投入的裁判技术与机制的新时代改革。在实践中,仲裁已作出裁决样本数量的缺少以及仲裁机构可投入物质资源的有限,使得仲裁“类案同裁”将在相当长的一段时间内只能作为一个良好的愿景与机制搭建导向。有影响力的仲裁机构的行业引领效果、仲裁机构之间的合作、仲裁与司法的衔接、科学技术的发展以及仲裁裁判文书的规范化都是能够促进并加速仲裁实现“类案同裁”的催化剂。仲裁的自治性与竞争性也将不断推动仲裁制度推陈出新,成为当事人的优选争议解决机制。

Abstract: The mechanism of “similar decisions in similar cases” is being strongly promoted in court proceedings. As a result, concerns have arisen as to whether there are similar cases in arbitration, and whether arbitrations should and can be “similarly adjudicated”. Arbitration is indeed “similar”. However, as arbitration differs from court litigation in terms of administration, procedural advancement, hearings, adjudicating body, number of cases, etc., “similar cases with similar adjudication” in arbitration should have a more relaxed definition and standard compared with court litigation, but should be given a higher degree of attention to procedural handling. Arbitration also has the possibility of “same decision”. By looking at the various policies and methods used in China to promote “similar decisions in similar cases” in litigation, it can be seen that the realisation of “same award” in arbitration should start from the construction of a mechanism for searching for similar cases within the arbitration institution, and be combined with the standardisation of the facts and logic of the arbitral award. The standardisation of arbitral awards and the logic of adjudication. Although arbitration is slightly weaker than the judicial system in terms of top-down management, the autonomy and competitiveness of arbitration can promote the realisation of “similar decisions in similar cases” from the bottom-up.

Keywords: similar cases; similar decision; research of similar cases; standardization of the facts; competitiveness of arbitration

(责任编辑:严文君)

国际商事仲裁中非法获取证据可采性研究

周雁琳*

内容提要 在国际商事仲裁中,证据的采集和提交是一个关键环节,尤其是在面临非法获取证据的情况时。因此,在判断某一证据是否具有相关性、真实性和客观性时,仲裁庭被赋予了广泛的自由裁量权。然而,一些当事方为使其请求得到支持,致力于以不当方式获取部分证据并提交至仲裁庭,使国际商事仲裁面临规则缺失、实践不一以及黑客证据等现实问题。为此,尚需从规则和指引的制定、统筹实践和加强技术保护等方面入手,开创信息时代国际商事仲裁新局面。

关键词 国际商事仲裁;非法获取证据;可采性;黑客证据;自由裁量

一、引言

在国际商事仲裁领域,证据扮演着不可或缺的角色,它为仲裁庭确定案件关键事实、深入了解案件具体情况提供了有力支持。然而,在取证过程中,仲裁实践者往往会面临一个棘手问题:向国际仲裁庭提供的证据可能具有非法性。不同于国内法院,国际仲裁庭并不完全受限于特定国家的证据法规则。即便在确定了准据法的情况下,仲裁庭在证据采纳上仍可能拥有较大的自由裁量权,具体的程序性问题通常依据仲裁规则和仲裁地法进行处理。虽然这种自由裁量权带来了灵活性,但同时也引发了一系列道德和法律层面的复杂问题。如果仲裁庭接受并依赖非法获取的证据,所作出的裁决的公正性和客观性便有可能会受到质疑。一方面,仲裁庭需要依据关键事实来裁决争端;另一方面,对非法获取证据的接纳可能会助长网络犯罪等非法活动,甚至被解读为对违法行为的默许或纵容。^①

在当前的国际商事仲裁实践中,虽然存在不少关于如何处理非法获取证据的案例,但在审视证据来源的准确性和合法性时,通常缺乏统一的标准。实践中不可避免会遇到通过非法手段获取的证据,但目前国内学者对此问题的关注度尚且不够高,亟须深入研

* 周雁琳,华东政法大学国际法学院 2023 级博士研究生。

① Nicole S Ng, *Illegally Obtained Evidence in International Arbitration: Protecting the Integrity of the Arbitral Process*, Singapore Academy of Law Journal, 2020, Vol.32, pp.747-748.

究和探讨。因此,本文将通过对具体案例的解读,探讨国际仲裁庭在处理非法获取证据时的理论基础与实践操作。通过这一分析,本文旨在构建一个更为明确的框架,为国际仲裁庭平衡、判断以及处理非法获取证据提供参照体系,便于其作出合理裁决。

二、国际商事仲裁中非法获取证据的现状与挑战

在全球化背景下,国际商事仲裁作为解决跨境商业纠纷的重要手段,其地位日益凸显。该领域以其专业性和灵活性而著称,然而,在处理非法获取证据的问题上却面临诸多挑战。这些挑战的核心在于,尽管国际商事仲裁机制已被广泛接受和应用,但在非法获取证据的可采性方面,国际仲裁界迄今尚未形成统一的法律规则或明确的操作指南。这一规范上的空白不仅对仲裁程序的公正性和合法性带来了冲击,也反映了国际法在适应全球化挑战时的若干局限。此外,不同国家对非法获取证据的处理方式也显示了各自法律体系和文化背景的差异,这导致了实践中不同仲裁庭在证据处理方式上的显著不同。在国际商事仲裁领域,这种法律规则的模糊性和多样性,为商业实践带来了一定风险和不确定性。

(一) 非法获取证据的表现形式及其影响

在国际商事仲裁实践中,非法获取证据的手段多种多样,包括非法录音、侵犯个人隐私的侦查活动以及通过黑客入侵计算机系统获取的信息。例如,未经授权使用无人机或其他远程监控设备在私有领域进行非法录制显然侵犯了个人隐私权。同样,“黑客证据”——指通过未经授权访问的电子系统(无论是直接还是间接通过第三方)获得的信息,如电子邮件、数字文档、电子存储的音频和视频记录、即时消息以及金融交易记录。随着技术的进一步成熟和发展,黑客攻击和数据泄露现象呈常态化,致使在实践中如何处理以这类方式获取的证据成为了国际商事仲裁中的一个重要议题。这些情况不仅涉及证据的相关性和可采性问题,还触及到法律伦理和数据隐私保护的深层次问题。

例如,在尤科斯争端(Yukos disputes)和康菲公司诉委内瑞拉案(ConocoPhillips v. Venezuela)中,双方都试图利用文档泄露及分析网站(WikiLeaks)获取证据。^②特别是在康菲公司一案中,仲裁庭被要求根据文档泄露及分析网站公布的黑客入侵电子邮件信息,重新审理其先前已就管辖权问题所作出的决定。虽然在重新审理过程中,本案仲裁庭依赖电子邮件内容已作出判断,但并未就这些电子邮件是否为本案可采性证据作出明确表态。然而,在Caratube International v. Kazakhstan案中,仲裁庭对文档泄露及分析网站上发布的电子邮件持不同立场。尽管仲裁庭承认这些电子邮件的存在,但指出这些材料不应被视为享有法律专业特权(legal privilege)保护的范畴。^③

^② Dmytro Drahanov, *The Issue of Admissibility of Evidence in the Investment Arbitration?*, Master's Thesis, 2019, p.25.

^③ Pierre Bienvenu & Benjamin Grant, *Data Protection and Cyber Risk Issues in Arbitration*, International Arbitration Report, 2019, pp.19-21.

新型冠状病毒感染推动了仲裁程序的线上转型,这在一定程度上节省了时间和成本。然而,随着越来越多的参与者通过互联网参与庭审并使用在线案件管理平台,仲裁过程也面临日益严峻的网络安全风险。黑客、调查记者乃至对方当事人等多方利益相关者可能都对共享的仲裁相关数据产生兴趣,试图通过影响、控制甚至篡改仲裁程序来达到自己的目的。^④这不仅引发了数据安全和隐私问题,也对证据的合法性和仲裁程序的公正性提出了挑战。例如,2021年2月,圣保罗一家法院暂缓执行国际商会仲裁院一起关于纸浆制造商销售纠纷的部分裁决,原因是被申请人声称申请人通过黑客攻击其服务器,在仲裁期间非法获取约70000封电子邮件的机密信息。尽管申请人否认这一指控,但据巴西媒体报道,圣保罗警方在被申请人的电子邮件账户中发现了非法间谍软件。^⑤

在当今数字化时代,数据泄露和网络安全事件频发,给国际商事仲裁实践带来了前所未有的挑战。这些事件通常涉及敏感信息的非法获取,并随后被用作仲裁中的证据。然而,国际商事仲裁界对于如何处理这类证据缺乏统一和明确的指导规则,使得仲裁庭在判断这些证据的可采性时陷入困境。基于此,迫切需要探讨并制定适应现代技术环境的策略和实践指南。

(二) 非法获取证据可采性的现有规则及其不足

国际商事仲裁最大的优势在于其超越了单一国家法律体系的局限性,为全球商业实体提供了一个相对中立的纠纷解决平台。然而,这种跨国界的属性同时也可能导致实体法与证据规则的冲突。由于参与仲裁的各方是来自不同法律体系的国家,可能对哪些证据可以被接受、如何评估证据的合法性以及证据的证明力等问题持有不同的看法,使仲裁庭在处理证据时面临难题,进而对仲裁程序的公正性和有效性产生影响。尽管国际商事仲裁的法律框架为解决国际商事争端提供了基本性指导,但在具体的证据规则上却留有较大的模糊空间,赋予各个仲裁庭广泛的自由裁量权。

与法院诉讼类似,申请人的仲裁请求能否获得仲裁庭的支持,在很大程度上取决于其是否能够有效利用证据证明其请求的合理性。一般来说,参与国际商事仲裁的各方均可自由提交其认为能够证明相关事实的任何证据。被申请人有权选择提交对自己有利的证据或尝试削弱对方证据的效力。换句话说,被申请人除了可对证据的真实性提出质疑外,还可以通过质疑对方证据的可采性来进行反驳。^⑥在仲裁中,所有类型的证据,如文书、证人证言和专家证据等,都需要经过可采性的评估。^⑦

^④ Katrien Baetens, *Cyber Hack Challenges in International Arbitration*, ArbitrationLinks, <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/arbitrationlinks/2021/april/cyber-hack-challenges-in-arbitration>, last visited Jan.10, 2024.

^⑤ Cosmo Sanderson, *Brazilian Pulp Award Leads to Cyber Hack Challenge*, Global Arbitration Review, <https://globalarbitrationreview.com/article/brazilian-pulp-award-leads-cyber-hack-challenge>, last visited Jan.10, 2024.

^⑥ Robert Pietrowski, *Evidence in International Arbitration*, Arbitration International, 2006, Vol.22, p.373.

^⑦ Nigel Blackaby, Constantine Partasides and Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6 ed. New York: Oxford University Press, 2015, pp.170-176; Roman Mikhailovich Khodykin, Carol Mulcahy and Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 1 ed., New York: Oxford University Press, 2019, pp.20-25.

在国际商事仲裁中,由于不受单一国家法律的直接约束,仲裁庭在处理证据问题时往往需要考虑多种法律体系的影响。例如,《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《国际商事仲裁示范法》)第19(2)条规定,“授予仲裁庭的权力包括确定任何证据的可采性、相关性、实质性和重要性的权力”。^⑧大多数仲裁规则都体现了这一点,《国际律师协会国际仲裁取证规则》(以下简称《IBA规则》)第9(1)条以及《国际投资争端解决中心规则》(以下简称《ICSID规则》)第34(1)条也作出了类似的规定。然而,《国际商会仲裁规则》对证据的可采性没有作出明确规定。

值得注意的是,2020年修订的《IBA规则》第9(3)条中引入了非法获取证据的概念,但对于非法获取的证据是否应当被认为是不可接受的,并没有给出明确的指导或普遍接受的做法。^⑨相反,该规则的修订似乎更倾向于赋予仲裁庭更大的裁量权,即使证据是通过非法手段获取的。^⑩自1999年《IBA规则》通过以来,越来越多的当事人在实践中默认采用此规则作为国际商事仲裁中的证据指导原则。尽管如此,关于非法获取证据的可采性,在国际商事仲裁领域仍未达成统一共识。不同国家的法律对此看法各异,仲裁庭在决定是否排除此类证据时将考虑多种因素,如违法行为的明确程度、严重性以及证据的性质等。^⑪例如,若第三方的黑客攻击导致信息泄露至公共领域,仲裁庭可能倾向于接受这些信息,因为没有任何一方直接参与到非法活动中。尽管如此,仲裁庭可能会考虑这一行为是否对信息被盗方造成了不公。

在国际法院层面,虽然没有统一的规则,但通常会在实体法和程序法之间寻求平衡。^⑫有学者将其概括为国际法院通常认为当事方提供的所有证据都具有可采性。^⑬在某些情况下,即便证据获取方式存在法律争议,国际法院也可能接受对案件公正审理至关重要的证据。^⑭而各国国内法院的做法则显示出多样性。例如美国的“非法证据排除规则”严格排除非法获取的证据,^⑮而欧洲某些国家的法院可能更注重证据的相关性和对案件公正审理的影响,而非自动排除非法获取的证据。

总的来说,由于缺乏统一的指导原则,仲裁员在处理非法获取证据时通常需要依赖个人的判断力,这可能导致仲裁结果的不确定性和不一致性。面对明显违反某国法律的证据获取方式时,由于国际层面上缺乏明确的指导原则和规则,仲裁员可能采取更加务

⑧ 《国际商事仲裁示范法》第19(2)条。

⑨ IBA Task Force, *Commentary on the Revised Text of the 2020 IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*, January 2021, p.30.

⑩ Cherie Blair & Ema Vidak-Gojkovic, *WikiLeaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2018, Vol.13, p.235.

⑪ *Supra* note 9, at 30-31.

⑫ Charles N. Brower, *Evidence before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules*, *The International Lawyer*, 1994, Vol.28, p.47.

⑬ 参见张卫彬:《国际法院证据问题研究——以领土边界争端为视角》,法律出版社2012年6月版,第64页。

⑭ 例如科孚海峡案,国际法院没有对英国未经阿尔巴尼亚国家许可下直接进入该水域扫雷的行为作出实质性惩罚,也并没有排除英国非法获取的证据。

⑮ 参见金挺峰:《国际商事仲裁非法证据可采性问题研究》,载《仲裁与法律》2022年第1辑,第103页。

实的态度,即选择接受这些证据。例如,在 *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* 案中,土耳其政府非法监听了 Libananco 的通讯,以获取对其有利的证据。尽管这种行为明显违反了土耳其法律,但仲裁庭考虑到整体公正性,最终选择接受了部分通过非法手段获取的证据。^{①⑥} 由此可见,即便证据获取方式违反了某国法律,但仲裁庭仍可能在务实的考量下决定采纳这些证据。然而,如果该案以该国法律为准据法,仲裁庭可能会倾向于遵守该国的法律规定,排除非法获取的证据。

(三) 法律体系的差异及其影响

在探讨国际商事仲裁中非法获取证据的处理方式时,分析不同国家通过立法或判例法形成的非法获取证据的可采性规则显得尤为重要。在普通法系的国家,如美国和英国,排除原则主要用于处理非法获取的证据。根据该原则,如果证据是通过违法程序(例如非法搜查或监听)获取的,则一般会被法庭排除。这种做法旨在遏制执法机关的滥权行为,保障个人的权利和隐私。在此背景下,判例法在决定非法获取证据的可采性问题上发挥着关键作用。例如,美国“米拉达诉亚利桑那州案”(*Miranda v. Arizona*)中,法院强化了被告人的权利,要求警方在审讯前告知被告人其权利。^{①⑦}

受大陆法系影响的国家,例如德国,更倾向于采取比例原则来处理非法获取的证据。这意味着法院在决定是否接受这些证据时,会权衡证据的重要性与获取证据时违反法律的严重程度。如果证据对案件具有决定性影响,而违法行为相对较轻,则法院可能会选择接受这些证据。这种方法更注重审判的实质公正,而不是严格遵循法律程序。例如,在德国 1978 年的“窃听案”(*Wiretapping Cases*)中,虽然调查人员的行为违反了《联邦窃听法案》,但由于录音内容对案件具有重要意义,因此法院未将其排除。^{①⑧}

此外,一些国家的法律体系强调审判的公平性。在这些体系中,法院在处理非法获取的证据时通常会考虑这些证据是否会损害审判过程的公正性。^{①⑨} 例如,在 *Ruto and Sang* 案 (*The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*) 中,法院在综合考虑所有情况后认为,如果接受控方依赖的证据,可能会对诉讼程序的公正性产生不利影响,因此本案法院可以选择不接受这些证据。^{②⑩}

综合来看,在国际商事仲裁实践中,由于缺乏统一的国际标准或明确的法律指引,非法获取证据的可采性问题引发了一系列挑战。各国在这一问题上的处理存在显著差异,这些差异对仲裁程序产生了深远影响。一方面,若允许使用非法获取的证据,可能会损害仲裁程序的公正性,尤其是当这些证据是通过侵犯隐私权、违反保密协议或使用欺诈

^{①⑥} *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, International Center for Settlement of Investment Disputes, Case No.ARB/06/8, Award, 2011, paras.78-87.

^{①⑦} *Miranda v. Arizona*, the U.S. Supreme Court, Judgement, 1966, para.454.

^{①⑧} James G. Carr, *Wiretapping in West Germany*, The American Journal of Comparative Law, 1981, Vol.29, pp.607-645.

^{①⑨} Meg Gibson, *Illegally or Improperly Obtained Evidence: Does It Matter How You Get It?* Cambridge University Law Society, <https://www.culs.org.uk/per-incuriam/illegally-or-improperly-obtained-evidence-does-it-matter-how-you-get-it>, last visited Jan.10, 2024.

^{②⑩} *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, International Criminal Court, Judgement, 1980, para.655.

手段等不当方式获取时；另一方面，全面排除这些证据可能会妨碍对案件真相的查明，影响仲裁的效率和有效性。

尽管国际商事仲裁中缺乏统一规则，但一些普通法系统的处理方式与国际商事仲裁的实践在某种程度上具有相似之处。例如，在美国民事诉讼中，引入非法获取的证据并不违反基本公共政策，因此以证据是通过网络攻击获取的为由申请撤销裁决很可能会失败。而在巴西，若当事人选择巴西法作为准据法，那么非法获取证据的处理将会遵循一个与美国完全不同的法律框架。根据《巴西仲裁法》第21（2）条，仲裁程序必须始终尊重当事人平等的原则。^①因此，如果非法获取的证据影响了当事人之间的平等，根据巴西程序法作出的裁决可能会被宣告无效。显然，美国和巴西的法律框架可能无法充分防止在仲裁程序中使用非法获取的证据。尽管各方努力维护正当程序、公平和平等原则，法律框架的不一致性仍是一个难以克服的挑战。

三、非法获取证据的可采性：逻辑基础与现实权衡

在探索国际商事仲裁中非法获取证据的可采性问题时，不可避免地涉及一个议题：如何在保障仲裁过程的公正性和效率性之间找到平衡点。这不仅是一个涉及深层法律原则和伦理规范的问题，更是当下一个不断演变的实践挑战。

（一）国际法原则是非法获取证据可采性的理论来源

部分国际法原则，例如善意和权利平等原则、诚信原则以及国际公平正义等原则，不仅构成了国际商事仲裁的法律框架，也为理解和处理非法获取证据的问题提供了重要的理论基础。事实上，仲裁庭在决定排除或采纳非法获取证据时，这些国际法原则都有其适用之处，即引导仲裁庭权衡相关因素后再作出裁决。

具体而言，当证据的提交方直接或间接参与了非法行为时，仲裁庭通常会拒绝接受此类证据。Methanex 公司诉美国案（Methanex Corporation v. the US）便是申请人直接参与非法获取证据的一个典型案例。在本案中，Methanex 为了支持其仲裁立场，采取了一些极端措施，包括雇佣私家侦探非法侵入他人私人领域，甚至翻找一名美国证人的垃圾箱以搜寻文件。这些行为在法律上被视为侵权行为，侵犯了个人财产的安全和隐私。仲裁庭面对这些非法获取的文件时，作出了关键判断：不接受这些证据，并指出“Methanex 提供其非法获取的证据材料的行为是错误的”，而且“这种行为违反了国际仲裁要求的公正和公平的基本原则”。此外，仲裁庭还指出这些文件“均具有边缘证据意义”。^②由此可见，在国际仲裁中，不仅仅是证据的内容重要，其获取方式的合法性和正当性也同样重要。

^① Brazilian Arbitration Law, article 21, para.2, [http://www.arbiter.com.sg/pdf/laws/Brazilian%20Arbitration%20Act%20\(Law%20no.%209.307\).pdf](http://www.arbiter.com.sg/pdf/laws/Brazilian%20Arbitration%20Act%20(Law%20no.%209.307).pdf), last visited Jan.10, 2024.

^② Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Award, 2005, para.56.

对于那些当事方在非法行为发生前就已经知情并同意的情况,即间接参与,仲裁庭同样会排除相关证据。在EDF有限公司诉罗马尼亚案(EDF (Services) Limited v. Romania)中,与EDF密切相关的第三方在EDF的知情和同意下,非法录制了一名罗马尼亚证人的对话。由于这种行为违反了隐私权并且是在仲裁过程中进行的,因此仲裁庭决定排除这份非法录音,尽管该录音具有潜在的证明性质。仲裁庭强调,“应在国际公法中而非国内法中寻找”与非法获取证据的可采性规则相关的内容,并且在排除证据时认为:“在未经Iacob女士同意的情况下承认在她家中进行的谈话录音所指向的证据侵犯了她的隐私权,这违反了国际仲裁所要求的善意和公平交易原则”。^{②③}该案例强调,即便是间接涉及非法获取证据的当事方,也可能因违反诚信原则和程序公正而导致其证据被排除。

综上所述,这些案件展示了仲裁庭如何在证据的证明价值和获取方式之间进行平衡。值得注意的是,虽然存在排除非法获取证据的倾向,但这并不是一个绝对的规则。仲裁庭强调对公平和正义的承诺,优先考虑保障仲裁程序的完整性。

(二) 相关性是非法获取证据可采性的现实权衡

在国际商事仲裁领域,处理非法获取证据的问题一直充满挑战。尽管现行的制度和规则并未提供具体的指导,如《国际商事仲裁示范法》虽然没有具体规定如何处理非法获取的证据,但是却赋予了仲裁庭更为广泛的可采性权力。^{②④}与之类似,2010年修订后的《联合国贸易法委员会仲裁规则》明确规定,“仲裁庭应确定所提供证据的可采性、相关性、实质性和重要性”,而没有提及应遵循哪些规则或原则来指导其决定。^{②⑤}此外,伦敦国际仲裁院的仲裁规则载明,“仲裁庭……有权决定是否对一方就任何事实问题或专家意见提供的任何材料的可采性、相关性或重要性适用任何严格的证据规则(或任何其他规则)”。^{②⑥}

以马来西亚的司法实践为例,该国的案例似乎表明了一种趋势:即证据并非仅仅因为其获取方式不公平或非法就直接被排除。根据《1950年证据法》的规定,所有证据在被接受前都必须经过相关性的检验。^{②⑦}这表明,即使证据的获取方式违反了法律规定,但只要该证据与案件有直接的相关性,就仍然有可能被接受。这种做法突出了对证据实质重要性的重视,超越了其获取方式的合法性。

一个典型案例是Kuruma诉女王案(Kuruma v. The Queen)。在这个案例中,法院并不关心证据是如何获得的。在法院看来,非法或以不当方式获取的证据只要与案件直接相关,就可以采信。但同时法院也指出,如果证据是通过欺骗手段获取并且会对被告造

^{②③} EDF (Services) Ltd v. Romania, ICSID, Procedural Order, 2008, paras.36-38.

^{②④} Peter Ashford, *The Admissibility of Illegally Obtained Evidence*, Arbitration, 2019, Vol.85, p.383.

^{②⑤} 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, art. 27(4), 15 August 2010.

^{②⑥} LCIA Arbitration Rules, art. 22.1(vi), 1 October 2020.

^{②⑦} Muhammad Adib bin Md Radzi, *Illegally Obtained Evidence and Its Admissibility*, Ezrilaw, <https://www.ezrilaw.com/post/vol-10-3-illegally-obtained-evidence-and-its-admissibility>, last visited Jan. 10, 2024.

成损害,进而危及审判的公正性,那么该证据不具有可采性。^⑳英国司法局的另一个案例进一步强化了这一点:当一名无权搜查的警员在被告口袋里发现了25条幼年鲑鱼时,尽管证据的获取方式引起争议,但由于证据与案件直接相关,法院最终根据《鲑鱼渔业法》(Salmon Act)以其非法占有宣判被告有罪。^㉑这在一定程度上反映了在某些情况下,为了保证案件的实质公正和真相的揭示,法院可能会选择忽略证据获取方式的法律瑕疵。

在处理非法获取的证据时,不同的法律体系有着不同的方法和原则。特别是在南亚地区,如印度、缅甸和斯里兰卡,已经明确将相关性作为判断证据可采性的标准,不论获取证据的方式是否有污点。英美法系的国家也遵循类似的原则,强调事实或证据的相关性为判断相关证据可采性的关键因素,而不是取决于获取证据的方式(合法或非法)。这种方法强调了实体正义的重要性,即确保最终结果能够准确地反映案件的实际情况。

在 Ahongalu Fusimalohi 诉国际足联案以及 Amos Adamu 诉国际足联案中,国际体育仲裁法庭(以下简称 CAS)的裁决揭示了一个重要的原则:即使证据是由第三方独立非法获取的,只要这些证据与案件直接相关,法庭也可能决定接受该证据。^㉒这两起案件源于某英国报纸的一篇文章,其中包含了该报秘密记者与国际足联执行委员会成员之间的秘密会议录音的文字记录。国际足联上诉委员会认为 Fusimalohi 和 Adamu 违反了道德规范,禁止他们在两年内参加任何与足球有关的国内和国际活动,并处以罚款。^㉓在本案当事人向 CAS 提出上诉后, CAS 在审理案件过程中认定,尽管该报纸记者是通过非法手段获取这些录音的,但是由于这些录音与案件具有直接相关性,因此被视为是可接受的。^㉔重要的是,国际足联本身或任何与国际足联关系密切的人都没有参与或支持该报纸的调查行为。因此,国际足联没有违反“所有参与国际仲裁的人都应承担的诚信和尊重仲裁程序的义务”。^㉕

四、国际商事仲裁中非法获取证据可采性的完善路径

在探讨国际商事仲裁中非法获取证据可采性时,关键在于如何平衡程序公正性和效率性。随着国际商业交易的日益增加和复杂化,以及全球范围内法律规范差异性,国际商事仲裁面临的挑战也在不断增加。为应对国际商事仲裁非法获取证据可采性的现实挑战,尚需从规则和指引的制定、统筹协调国际国内实践、强化责任追究等方面协同发力。

^⑳ Kuruma v. The Queen, The Judicial Committee of the Privy Council, Judgement, 1955, paras.203-239.

^㉑ Jones v. Owens, Supreme Court of Georgia, Decision, 1919, para.760.

^㉒ 参见黄世昌:《国际体育组织委员资格处罚纠纷仲裁案例述评》,载《体育科学》2014年第5期,第93-94页。

^㉓ 参见杨磊:《体育仲裁中认定证据可采性的法律依据》,载《武汉体育学院学报》2018年第3期,第44-47页。

^㉔ Ahongalu Fusimalohi v. Federation Internationale de Football Association (FIFA), CAS, Award, 2012, para.82; Amos Adamu v. FIFA, CAS, Award, 2012, para.78.

^㉕ *Id.*, Amos Adamu v. FIFA, at para.71.

（一）制定明确的规则和指引

在国际商事仲裁领域,确立处理非法获取证据可采性的明确规则和指引是促进仲裁程序一致性与公正性的关键。这一任务要求在尊重全球多元法律体系的同时,确保这些规则在不同法律体系中的通用性和适用性,并兼顾各国国内法的差异。为了确保这些规则的有效实施,它们需要具备透明、易于理解和获取等特性,以便所有仲裁参与方都能清楚理解并遵循这些标准。

具体而言,这些规则的内容应包括明确界定“非法获取证据”的含义。例如违反隐私权、侵犯知识产权或违背程序正义原则的证据获取方式可能会被认定为非法。与此同时,理应制定具体的标准来评估非法获取的证据是否可被采纳,将证据的重要性、对案件公正裁决的潜在影响以及诚信原则等作为考量因素。此外,还需要明确规定在发现证据可能非法获取时的程序步骤,例如当事方可以质疑证据的合法性,而仲裁庭则需进行审查并决定是否接受该证据。鉴于法律和技术的不断进步,定期审查和更新这些规则以保持其相关性和有效性变得尤为重要。

鉴于国际商事仲裁领域中针对非法获取证据可采性规则存在缺失,而仲裁庭对于非法获取证据的可采性仍缺乏共识,因此,国际仲裁组织之间的紧密合作显得十分关键。这种合作应致力于在考虑到不同法系的特点的基础上,共同制定一套统一而协调的标准和原则。在国际商事仲裁中,不同法律体系处理证据的规则有着显著的差异,如普通法系与大陆法系就在许多方面存在着本质的不同。因此,这些新制定的国际标准和指导原则需要有效地整合这些差异,确保它们既尊重各法系的独特性,又能实现全球范围的广泛应用和一致性。

此外,前文所提及的案例阐明,仲裁庭在排除非法获取证据时需要考虑某种“利益平衡”。易言之,在制定非法获取证据处理规则和指引时,尚需综合考虑一些因素。例如,将取得证据的违法行为的严重程度与作为证据的不法行为的严重程度进行比较。又如,考量非法证据的证明价值(相关性、真实性和准确性)是否远超过公平审判的需要。再如,考察证据是由非法行为直接获取的还是由非法行为附带获得的,以及该证据是否具有边缘意义或是否可以被其他证据材料所取代等。基于此,在赋予仲裁庭处理此类问题的自由裁量权的同时,也要求其在个案中考虑具体因素。对非法获取证据进行明确检验,可以减少甚至避免部分国家滥用自由收集证据。

（二）加强技术保护,适应数字时代发展

随着信息和通信技术的飞速发展,国际商事仲裁面临着前所未有的挑战。这些挑战不仅关系到仲裁的程序性问题,更涉及证据的安全性、合法性及其对仲裁公正性的影响。为应对这一挑战,除需制定明确的规则或指引外,仲裁机构亦需采用先进的技术手段来保护其信息系统,防止黑客入侵和数据泄露。例如,可以通过使用加密技术、安全的网络协议以及定期的安全审计等措施来加强数据保护。

具体来说,本文提出以下理论构想:首先,在网络安全协议中应明确规定一项条款,即自动排除从黑客攻击和其他非法活动中获得的所有证据,无论是否可以证明其中一方

参与了该网络攻击。其次,仲裁庭应仔细评估当事方提交的事实和证据,确保不依赖于不当获取的证据。此外,仲裁庭应采用常规步骤检查信息来源的可信度,审视获取信息和证据所遵循的方法。同时,尊重并维护程序的完整性和公正性是至关重要的。

在证据呈交过程中,加强对电子证据的来源和完整性的审查,确保证据的可靠性和合法性对仲裁的顺利进行意义重大。为此,仲裁机构可能需要配备或委托技术专家进行专业的证据验证。此外,在国际层面上,一方面,应当加强国家间在网络安全和黑客行为方面的法律合作,共同打击非法获取证据的行为。例如,可以缔结国际条约或双边协议,促进信息共享和执法协助;另一方面,可以建立国际信息共享平台,让各国仲裁机构共享关于黑客证据处理的最新实践,从而提高整体应对能力。一般来说,国际商事仲裁对黑客证据的处理主要是赋予仲裁庭自由裁量权,但也应适当对这种自由作出限制。

(三) 建立跨国界协作机制统筹协调各方实践

在当前背景下,建立跨国界的协作机制对于统一处理非法获取证据的问题显得尤为必要。该机制的核心在于促进各国之间的对话和合作,特别是在处理跨境商事纠纷和证据问题时。当前实践中,不同国家的仲裁庭对非法获取证据的处理方式各不相同,这种不一致性不仅增加了法律程序的复杂性,而且在一定程度上增加了不确定性和法律风险。因此,通过建立多边协议或合作框架,国际社会可以更有效地统一这些处理方式,进而减少不确定性。据此,本文提出以下构想:

首先,跨国界协作机制可以通过国际组织或国际仲裁机构领导和协调来实现。例如,可以由国际商会(ICC)或世界贸易组织(WTO)等机构牵头,建立一个专门的委员会或工作组,负责制定关于非法获取证据的国际指南或最佳实践。这些指南需要综合考虑不同法域的法律传统和实践,力求在尊重各国法律主权的同时,为国际仲裁实践提供清晰的指导。进一步地,为了应对因法律差异而导致的具体争议,协作机制中可以设立一个专门的调解或仲裁小组。该小组由具有不同法律背景的专家组成,负责处理因证据规则不同而引起的跨国争端,为相关案件提供专业意见或裁决,减少国际商事仲裁中的不确定性和风险。

其次,在既定的多边协作框架下,可以设立一个由法律专家、仲裁员和学者组成的监督委员会。该委员会的职责不限于对相关标准的制定进行监督和评估,还应涵盖对现有法律实践的持续监测和评估,以确保指南能够及时反映国际商事仲裁法发展的最新趋势。该委员会还应定期对案例进行审查和统计分析,以确保其有效性。此外,为确保这一协作机制的有效运作,需要国际社会持续的合作和沟通。

结 论

国际商事仲裁中对非法获取证据的处理,缺乏统一的法律规则和明确的操作指南,这反映出国际法在面临全球化挑战时的局限性和复杂性。这种规则上的缺失不仅使仲裁程序的公平性和合法性变得更加复杂,而且还凸显了不同法律体系在证据处理上的差

异。虽然国际商事仲裁庭显然缺乏关于非法获取证据可采性的既定规则,但仍可观察到一些与普通法院系统相似的做法。这表明,尽管国际商事仲裁的实践是多元和灵活的,但也仍需借鉴国际实践和各国法律的成熟做法,以更好地处理这类复杂的证据问题。鉴于此,为了应对国际商事仲裁中非法获取证据带来的挑战,确有必要制定明确的规则和指南。此外,随着技术的发展和数字证据的增加,加强技术保障和提高仲裁参与者对电子数据安全性的意识同样不容忽视。这不仅可以减少非法获取证据的风险,也有助于保护仲裁程序的完整性和当事人的隐私权。最后,国际仲裁机构和各国仲裁机构需加强合作,共同探讨如何在保持仲裁灵活性的同时,有效应对非法获取证据带来的挑战,促进不同法律体系间的理解和协调,进而推动国际商事仲裁领域的健康发展。

Abstract: In international commercial arbitration, the collection and submission of evidence are critical stages, especially when facing situations involving illegally obtained evidence. As a result, when determining whether a piece of evidence is relevant, authentic, and objective, the arbitral tribunal is granted wide discretionary power. However, some parties, in order to support their claims, resort to improper means to obtain and submit certain evidence to the tribunal, presenting international commercial arbitration with issues such as the lack of rules, inconsistent practices, and the challenge of hacked-obtained evidence. Consequently, it is necessary to address these challenges by developing rules and guidelines, coordinating practices, and enhancing technological protections to pioneer a new era of international commercial arbitration in the information age.

Keywords: international commercial arbitration; illegally obtained evidence; admissibility; hacked evidence; discretionary

(责任编辑:冯 硕)

调解程序之美

——以一宗租赁合同纠纷调解案例为样本

江和平*

内容提要 调解以当事人自治为基石的本质属性决定了程序在调解机制中的首要地位,调解应将程序正义作为指导实务运行的基本原则。本文以一个租赁合同纠纷调解案例为样本,详细介绍调解员按照调解程序的要求,规范开展调解的过程,总结调解程序正义理念的具体表现:在结构上按照准备、开始、中间、结束、跟进的顺序依次展开;在原则上调解员必须具有胜任调解的能力、保持中立、尊重自愿、注意保密;在技巧上善于倾听和提问、复述和重组、打破僵局;在科技上具有参与方式灵活、解纷成本低廉、辅助工具多样的优点。

关键词 调解程序;调解结构;调解原则;调解技巧;在线调解

一、调解程序之美的缘由

程序在诉讼中的价值,经过一段时间争论后趋于共识,即程序正义具有独立的价值,不依赖于实体结果而存在,实体正义应在程序正义的框架下操作,且应经程序正义过程的过滤和补救,在许多情况下,两者可以和谐一致。^①但对于程序在调解中的价值,理论界和实务界并未给予重视。

从调解的概念来看,一般认为“调解是在第三方协助下,以当事人的自主协商为主的纠纷解决活动或方式。”^②进入概念内部,会发现是否达成协议并不是调解的本质属性,未形成解决方案并不影响调解程序的完成。由此可见,调解是一个注重过程的活动,与实体相比,程序的价值更加重要。程序在调解中的这种地位源于调解是一个自愿的程序,当事人高度自治是调解的基石,由于调解员对于结果不具有决定的权利,调解员既无法保证调解的成功,也难以对结果进行过多的干预,故程序正义应是调解的首要目标。但在调解实践中,漠视调解程序、追求调解结果或唯结果论的现象比比皆是,比如,在衡量

* 江和平,湘潭大学法学院博士研究生。本文的写作得到了中国香港特别行政区调解员郭慧芳的大力协助,特此表示感谢。

① 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2018年7月版,第270-271页。

② 范愉、史长青、邱星美:《调解制度与调解人行为规范——比较与借鉴》,清华大学出版社2010年6月版,第4页。

调解质量时,将调解成功率作为主要甚至唯一的指标;在收取费用时,将调解费用与结果挂钩,调解成功才收费,调解不成功不收费。^③上述现象导致调解过程越来越流于形式化,当事人的程序权益得不到保障,调解的内在价值得不到体现,不利于调解的长期发展。探究“轻程序”现象的原因终究要回到调解本身。调解的特征是非正式、灵活。当事人和调解员不受固定严格的程序限制,当事人可以随时启动和退出调解,调解员可以根据个案的情况灵活安排调解。调解的另一个重要特征是保密,调解在私密的环境下进行,当事人和调解员未经各方同意,不得将调解中获取的信息对外透露。受这种开放性和不公开的特征影响,对调解程序的公正进行客观评价存在一定的困难。但任何事物的特征都是相对的,调解是一种非正式、灵活的程序,并非意味着调解没有章法,调解员可以恣意妄为。经过对实践经验的总结和提炼,调解程序已形成一套系统的结构和规则。调解是一种具有保密性的程序,令调解无法以公开促公正,但根据当事人的切身感受、调解员的职业伦理规范,调解的正义也能以看得见的方式实现。

如果将调解比喻为一门艺术,它的美主要在于程序。为了引起对调解程序的重视,回归调解的价值,建立现代调解思维和理念,下面以一个真实案例为样本阐释程序在调解中的重要意义。

二、调解程序之美的体现

(一) 案情简介

张某于2022年与长安某公司签订机器和厂房租赁合同,合同期限自2022年4月至2023年5月,每月租金48000元,保证金270000元。合同签订后,因经营困难,张某于2023年4月初停止经营,搬离租赁厂房,未支付合同到期前4月和5月的租金,也未支付4月份的水电费。合同期满后,2023年6月,张某与长安某公司的法定代表人李某通过微信,对租赁期间的各项费用进行结算,在扣除未付租金、水电费、杂费后,张某要求李某退回保证金150000元。此后,张某多次追讨未果,于2024年2月委托黄律师诉至法院,要求长安某公司及股东李某、王某归还保证金150000元、支付利息5000元、律师费25000元等共计180000元。

(二) 调解程序

1. 安排调解

法院诉调中心收到案件后,对案件的可调性进行初步判断,认为该案不属于法律禁止调解的范围,且当事人均可联系上,具有调解的可能性,并考虑到张某是中国香港人,

^③ 为了激励当事人选择调解,在试行市场化运行机制的法院,特邀调解组织普遍采取调解成功收费、调解不成功不收费的模式。部分调解组织甚至按照当事人实际收回款项金额的一定比例收取调解费用。

拟邀请中国香港地区特邀调解员与调解法官共同主持调解。^④ 调解法官收到案件后,致电李某,讲明自己的身份,介绍案件的基本情况以及法院诉前调解的流程,建议李某在三天内到法院领取案件材料,尽快将此纠纷在诉前予以化解。李某在调解法官指定的时间到达法院,领取了相关案件材料并签署送达确认书。调解法官乘机询问了李某对此案的看法。李某对张某诉称的主要事实没有异议,但认为张某在租赁期结束后迟迟未退还机器设备,应予以赔偿。在确认李某可以参与调解后,调解法官随即与张某的代理人黄律师联系,介绍法院诉前调解的优势和本案调解员的资深背景,建议黄律师通知张某本人参加。黄律师爽快地接受法院的诉前调解安排。在确认当事人均同意参加调解后,调解法官与特邀调解员联系,共同商定了调解时间和调解地点,并通知了双方当事人。

2. 准备调解

调解法官通过诉调平台,将案件基本材料扫描版,包括主体信息以及案涉合同、微信聊天记录等主要证据,发送给特邀调解员。两位调解员在调解前均认真阅卷,了解基本案情,并对案件中可能涉及的争议点进行了标注。特邀调解员提前到达法院,与调解法官讨论了案情和调解安排,决定由调解法官进行开场白,调解过程由特邀调解员主导,调解法官协助。为了强调调解的专业性,调解法官准备了《同意调解确认书》,以书面方式让当事人签署。一是告知当事人相关的权利义务;二是获得当事人的正式同意。

3. 开展调解

调解秘书带双方当事人到齐调解室后,通知调解员去调解室。调解员到调解室后,发现双方参加调解的人员与之前预期有较大出入。张某方只有代理人黄律师出席,本人未参加。长安某公司方多达五人出席,经确认后,分别是长安某公司的股东李某、王某,公司主管谭某,代理人朱某。

第一步:开场白。调解法官介绍了调解员的基本情况、专业背景、调解经验,与双方当事人确认了参与调解和具有决策的权限,详细解读了同意确认书的内容,特别强调调解法官不担任本案的后续审判工作,且诉前调解不对外公开,文书不上网,不影响当事人的征信记录。在确认当事人对诉前调解流程没有不清楚的地方后,让当事人在《同意调解确认书》上签名确认。

第二步:共同会谈。特邀调解员正式开始调解,让双方就争议数额进行确认。长安某公司的代理人朱某否认张某的计算方式,认为无须计算退还保证金的数额。因张某逾期支付租金构成违约,且占用机器,长安某公司不用退还保证金。如果张某不撤诉,长安

^④ 甄选适宜的案件安排调解是调解程序的第一步,当前对于适宜的标准有各种不同看法。国内一般是结合案件的标的、案由、案情、当事人的关系等综合判断,将家事、民间借贷、交通事故、相邻关系等作为适宜调解的案件。参见《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第27条及各地法院的相关规定。美国的多门法院是通过召开个案甄选会议,对案件的适用程序进行选定。参见[美]斯蒂芬·B.戈尔德堡等:《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏等译,中国政法大学出版社2005年12月版,第392页。综合上述做法,国内实际上将可调解性等同于调解的成功性,是一种重结果轻程序的调解思维。美国通过一个专门的程序进行甄选,最具科学性,但成本最高,不符合调解便捷的特点。因此,从调解的程序价值出发,只要不违反法律禁止调解的规定,当事人均可联系上,都应列入可调的范围。

某公司准备提起反诉。黄律师则表示,其诉求的退还金额是双方对租赁期间各项费用逐一核对后的结果,在微信沟通中,李某对此未予否认,长安某公司应按此金额予以退还。

两位调解员总结双方的陈述,既然双方对事实有不同看法,建议调解从争议的基本事实入手,希望长安某公司以张某主张的计算方式为基础,明确指出其中哪些项目、哪些金额计算有误或有遗漏。朱某对此仍以模糊的态度一概否认,不予正面回应,并屡次阻止李某对部分费用的确认。调解员见此,明确指出,李某是公司的法人代表和最大股东,对公司的业务具有决策权,且对案涉争议的过程最清楚,应由李某代表公司陈述,朱某作为代理人,可以补充陈述。了解到双方的基本看法后,调解员通过提问对于一些关键事实进一步调查,确定了双方在事实方面的争议点:一是水电费数额;二是张某逾期退还机器造成长安某公司的损失。对于法律争议,即逾期支付租金是否构成违约及违约责任,调解员建议放在稍后讨论。双方对争议点的归纳和议程的安排表示同意。

第三步:单独会谈。由于长安某公司坚持强硬立场,调解陷入僵局。调解员将调解转入单独会谈,先与长安某公司进行会谈。在与长安某公司单独会谈的过程中,调解员重申了保密原则,强调在单独会谈中的任何陈述,包括对事实的确认,未经当事人的许可不会对另一方透露,而且也不会调解不成后作为证据使用,不会影响后续的进程,建议从解决问题的角度出发,畅所欲言。当李某对各项费用发表意见时,朱某再次阻止,称如果都确认无误,对己方谈判不利。调解员见状,决定采取一定的干预措施,询问李某和朱某,调解员能否单独与公司的股东会谈,代理人朱某在外面稍等。李某和朱某未拒绝调解员的建议。在调解员与公司股东会谈的过程中,李某称之前不知道法律规定,不了解自己的权利,故微信中对张某的要求未提出异议。朱某是公司的法律顾问,对争议过程不是太了解,但在介入本案后,认为对方违约在先,按照法律规定可以没收保证金,故现在的态度有很大的改变。此外,张某占有机器长达五个月,影响厂房出租,导致厂房一直空闲长达五个月,损失租金 125000 元。为了推进调解进程,调解员询问李某,如搁置争议的法律适用问题,以目前计算的各项费用和损失后,能否提出一个方案给对方考虑?李某同意从张某诉求的数额 150000 元中扣除损失 125000 元,退还张某 25000 元。虽然这个方案与张某的诉求相距甚远,但调解员认为还是有必要听一下黄律师的意见。

在与黄律师进行单独会谈时,与调解员的预料一致,黄律师认为对方提出的方案没有继续调解的必要,长安某公司没有协商的诚意。调解员从法律风险方面与黄律师分析了诉讼的可能后果,但黄律师表示,宁可接受一个败诉的判决,也不愿做出太大的让步。调解员问让步余地有多大时,黄律师提出可以在诉求的数额上减少 15000 元,并表示这个是与当事人商量后的底线。虽然在与黄律师的单独会谈中,没有取得更多的进展,但调解员获取到了一个信息,了解到张某的舅舅与李某是十多年的好友,双方关系一直不错,因为此事,双方未再来往。

第四步:结束会谈。在当事人都在调解室外等候时,两位调解员对于当前的情况进行讨论,认为差距过大,没有调解的可能,决定结束会谈。调解员召集双方当事人回到调解室,对调解情况进行了小结,表示尊重各方的意思,结束本次会谈,希望双方回去再

考虑一下和解的可能性,基于李某与张某的舅舅有多年的交情,且此次租赁也是张某的舅舅介绍的业务,建议李某亲自打个电话给张某的舅舅,双方协商一下。李某表示会考虑调解员的建议。调解员给予李某三天的时间,并明确告知,如未收到李某的回复,该案将正式立案,移送给其他法官安排开庭审理。

第五步:后续跟进。特邀调解员觉得张某未出席调解,未与张某进行沟通,不了解张某的看法,而且李某在调解过程中未能充分表达意见。如果能让当事人有更多机会倾诉,即使未达成和解,也能减少怨气,于是决定与双方当事人通过电话和微信方式进行联系。

在与李某进行电话会谈时,特邀调解员获知长安某公司的应收账款经法院判决胜诉后无法执行,面临破产,只能退还25000元保证金给张某。特邀调解员将此情况反馈给黄律师,并通过黄律师取得张某的电话。在与张某进行沟通后,张某同意作出让步,将主张的数额降至120000元。

尽管双方仍存在较大差距,但与第一次调解时方案相比,已取得较大进展。特邀调解员将张某的方案转达给李某,李某没有当即拒绝,表示会考虑。不久,李某打电话给特邀调解员,称他身体不适一直在住院,其他股东都无能力出资,他只能筹到50000元。他的体检报告刚刚出来,情况非常不乐观。特邀调解员得悉李某的病情后,对李某的难处表示理解,希望能尽力帮双方协商处理纠纷。在征得李某同意后,特邀调解员将李某的情况以微信截图的方式向张某进行了转述,张某随后提出新的方案100000元,并表示这是底线。虽然张某的诉求比之前的方案有所下降,但李某仍然表示无能为力,希望特邀调解员给出一些意见。特邀调解员建议在双方的报价50000元和100000元之间取一个中间数,李某考虑后,同意接受75000元的方案,但张某仍然坚持100000元,不愿再作让步。

调解再次陷入僵局,特邀调解员与调解法官商讨有无其他方法。调解法官提出了两个思路:一是对于长安某公司的执行案件,能否加大执行力度,争取一些回款;二是征询一下张某代理人黄律师的意见,看他有无促进调解的建议。对于第一个思路,经查阅,长安某公司的执行案件裁定书显示,被执行人无可供执行财产。对于第二个思路,调解法官致电给黄律师,表明调解员希望能将工作做到位,不留遗憾。并解释经过调解员的努力,调解取得了预料之外的进展,现在当事人的差距只有25000元,已进入最艰难的阶段。为了促进双方化解纠纷,避免对簿公堂,征询黄律师的建议。黄律师表示从维护当事人利益的角度出发,避免诉讼和执行风险,同意在律师费上作出让利,少收6000元。

调解又往前推进了一步,似乎看到胜利的曙光,两位调解员充满了喜悦,将这个信息传达给两位当事人。但张某坚持在之前的底线上减少律师费6000元,仍要求94000元。李某决定再找股东王某商量,王某同意将其名下的车辆卖掉,以卖车款补齐差额19000元。最终,该案以94000元达成调解。鉴于当事人身处各地,不方便到法院签署协议,调解员利用在线诉讼服务平台的在线功能,让当事人线上完成调解书的审核、签署、送达等工作。

(三) 评价调解

为了解当事人对于调解的意见,在调解结束后,调解员让当事人分别填写了法院设

计的《调解质量评估意见表》(详见表1)。该份意见表从纠纷解决的成本、效果、满意度等方面评估调解的质量。双方当事人的意见基本一致,认为法院组织的调解对于纠纷解决起到了非常大的作用,减少了各方的成本,增进了当事人的沟通,让当事人对案情有了更好的理解。在就程序事项的满意度按照从低(1分)至高(5分)进行评分时,当事人就下列事项均给予了5分的最高分。^⑤

表1 调解质量评估意见表

(1) 调解程序对于各方当事人是公平的
(2) 调解程序提供了安全的场所
(3) 各方有机会表达意见
(4) 当事人的意愿得到充分尊重
(5) 调解员精心组织程序
(6) 调解员明白关键议题
(7) 会再次考虑由这名调解员主持调解
(8) 会再次考虑使用法院组织的调解程序

三、调解程序之美的构成

上述案例是一宗常见民事纠纷的调解,与其他调解不同之处在于,调解员始终贯彻程序正义的理念,除了严格遵守调解程序的基本流程,还将中立、尊重、信任、理解、助人等理念蕴含其中,为程序正义赋予新的内涵,让当事人切身体会到调解独特的魅力和优势。

(一) 调解程序中的结构之美

有人将调解程序的结构形象地比喻成金字塔,冲突中的当事人处于塔底端的两边,调解员处于当事人中间。在调解员的协助下,处于两端的当事人逐级登上台阶,不断缩小差距,直至登上金字塔的顶端。^⑥

尽管由于不同的文化背景和法律制度,各国调解员使用的调解方式存在差异,形成促进式调解、评估式调解、转换式调解等不同模式,但在流程上趋于一致,基本分为调解的准备阶段、开始阶段、中间阶段、结束阶段、跟进阶段。^⑦在调解的准备阶段,调解员的主要任务是引导当事人接受调解、确定调解员,安排调解的时间和地点;在调解的开始阶

^⑤ 此种设计参考了美国华盛顿特区上诉法院、圣马特奥县法院的做法。参见 Andrea C. Yang, *Ethics Codes for Mediator Conduct: Necessary but Still Insufficient*, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2009, Vol.22:3, pp.1229-1248。江和平:《美国圣马特奥郡高等法院附设ADR工作实证考察》,载《人民法院》2011年12月9日,第6版。

^⑥ 此比喻来自于国际调解专家杨洪钧的讲课内容,也有学者将调解程序的结构用菱形概括,上窄中宽下窄,形容从小处切入,中间扩展信息,最后总结。

^⑦ [英] 迈克尔·努尼:《法律调解之道》,杨利华、于丽英译,法律出版社2006年5月版,第65-136页。

段,调解员一般从开场白开始,介绍调解的基本原则、步骤,明确调解员的角色定位,强调调解的基本规则;在调解的中间阶段,调解员通过召开共同会谈和单独会谈的方式,倾听当事人对纠纷的看法,总结争议焦点,寻求解决方案;在调解的结束阶段,调解员对调解可能性进行判断,对当前不具有可调性的纠纷,及时结束调解;对基本达成意向的纠纷,草拟协议,审查表述,由当事人签署;在调解的跟进阶段,对未达成协议的纠纷,调解员与当事人进一步探讨调解的可能性,寻找调解的机会。对已达成协议的纠纷,调解员督促或提醒当事人按照协议履行各自的权利义务。

调解程序按照上述结构展开,主要基于以下理由:第一,处于冲突中的当事人一般会经历一系列情感变化,从气愤、责怪到接受、理解,再到让步、合作,需要一个过程。大部分纠纷在进入下一阶段前必须经过上一阶段。按照当事人的心理特征,调解结构有一个从过去开始、到接受现在、再到面向将来的时间变化过程,也有一个从确定问题再到解决问题的主题变化过程。第二,结构对于加深信息交流非常重要。调解有助于帮助当事人改变立场的主要原因在于增进信息的交流,减少误解,挖掘利益,扩展过往,促进未来,使当事人走出认知的误区。然而,并非所有信息都很快或很容易被听到,有些信息因触发情感需要时间;有些信息出于策略考虑在早期阶段不会披露;有些不利的信息可能只会在私下提供。本案中,第一次调解未果的主要原因在于信息交流不畅,双方未能充分坦诚地交流。在后续跟进阶段,调解员通过前期建立的信任,获知了长安某公司破产、李某病重等重要信息,使张某改变立场,对原有方案进行评估,做出重大调整,从而令调解出现转机。第三,有序的方式能加强当事人对于程序正义和调解员中立的看法,程序的仪式感有助于促进和解。在调解开始时,以一种相对正式的风格开始,可以增加当事人对调解的投入和诚意。在调解结束时,以一种积极乐观的姿态结束,传递达成协议或协商未果的意义,可以提高未来和解的可能性。^⑧ 本案中,在第一次调解会议结束时,调解员没有因调解未果而灰心丧气,而是重新点燃了当事人希望的火苗,鼓励当事人直接对话,不要轻易放弃和解可能,为后面持续跟进奠定基础。

总之,调解如同搭建房子,组织得好的程序可以为当事人提供良好的体验,增强解决纠纷的信心。不过,调解结构的共性并非代表调解程序一成不变,相反,调解程序的灵活性要求调解员根据案件的情况不时作出调整。比如,在这个案例中,考虑到案件具有涉港因素,调解员选择了法官与中国香港地区特邀调解员联合调解的独特方式。这种方式的好处在于满足当事人对调解员的特定需求,且调解员之间的风格可以相互弥补,调解技能上可以相互支持,在调解过程中对节奏的把控有更多的信心。此外,在调解结束后,增加了评价环节,由当事人对各环节进行打分,通过当事人的感受来反馈调解程序的质量。

(二) 调解程序中的原则之美

没有规矩不成方圆,调解程序蕴含着诸多原则。这些原则指引调解员在程序中的行

^⑧ Douglas N.Frenkel & James H.Stark, *The Practice of Mediation*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, pp.123-130.

为,应该做什么,禁止做什么。强调调解员的个人责任、认知和自我提升,防止调解员在调解过程中滥用职权。调解程序中的主要原则包括:

1. 胜任调解。能力是程序有序进行的先决条件,不仅包括专业上的能力,而且包括道德上的德性。如果调解员缺乏足够的调解技能,在调解程序面前会心有余而力不足;如果调解员缺乏热爱调解的初心,调解程序很容易流于形式。本案中,两位调解员都经过正规的调解技能培训,获得相关机构的认证,而且长期从事调解实务,具备丰富的调解经验。尤其重要的是,该中国香港地区调解员对调解工作高度的责任心和耐心是本案调解成功的关键。

2. 保持中立。尽管中立是一个备受争议的命题,且存在不同理解,但调解员至少在形式上和表象上要做到不偏不倚,在言语、举止、表情、肢体语言和过程管理中体现出公平的态度。本案中,随着调解的推进,调解员对当事人的情感处于一个不断变化的过程。在开始时,根据案件的材料,调解员轻易得出李某不讲诚信的结论。在调解中,听到李某的解释后,调解员稍微对李某不退还保证金的原因有一定的理解。在调解结束后,调解员得知李某身患重病仍想方设法还债,对他的行为开始同情。但中立的原则提醒调解员将情感反应与调解相分离,未将道德的压力施加于李某身上,迫使他让步,而是在双方提出的方案之间取一个中间值作为建议方案,充分体现了中立的立场。

3. 尊重自愿。自愿既指当事人对于调解过程的自愿,即使当事方是被要求参加调解,比如根据合同中的争端解决条款或法院的安排,但有权退出调解程序;也指当事人对于事实陈述、调解结果的自愿,在不受任何胁迫的情况下进行决策。在实践中,最常见的胁迫可能来自于调解员,也可能来自当事人的代理人。调解员的表现主要是“以拖促调、以判压调、以劝压调。”^⑨代理人的表现主要是阻止当事人参与调解、确认事实、达成协议。因此,为了保障当事人自决的权利,调解员除了不向当事人施加压力外,还要排除代理人对当事人的不当干扰。本案中,调解员坚持由当事人自己提出和解方案,只在当事人无计可施时才提出个人的建议。对于长安某公司的代理人朱某的妨碍调解行为,调解员积极创造让当事人本人陈述的机会,再三申明当事人有权自我决策的原则,并在征得当事人同意的情况下,与当事人单独会谈,由当事人在会谈后再决定是否征询代理人的意见。

4. 注意保密。对调解中的信息进行严格保密是调解程序的特征,保密的主体既指调解员,也指当事人;保密的期间既在调解过程中,也延伸到调解后,目的是鼓励当事人大胆表达对事实的看法和观点,私下解决纠纷。本案中,调解员注意到对于商事主体而言,纠纷的私下解决有助于保持商业声誉,减少对未来的不利影响,在调解开始和调解过程中,多次强调这一优势。在李某担心承认对己不利事实可能对后续诉讼程序不利时,调解员重申调解保密原则,以打消他的顾虑。在与当事人进行微信交流时,对于一些重要信息,比如长安某公司濒临破产、李某患重病等情况,调解员在传达给对方前,会征得当

^⑨ 胡铭、赵青航:《协同主义理论下律师在调解中的作用——基于杭州市的实证分析》,载《浙大法律评论》2021年,第142页。

事人的同意。此外,在将本案例用于宣传和研究时,调解员对当事人的名称进行匿名处理,并就相关用途专门征得当事人的同意,充分贯彻保密的原则。

(三) 调解程序中的技巧之美

技巧如同调解程序中的润滑油,可以让程序运行顺畅。调解程序中的技巧分为两类,一类是通适性技巧,几乎在调解的所有阶段都需要运用;一类是特定性技巧,主要适用于某些特定阶段。概括起来,调解程序中的技巧主要包括以下几种:

1. 倾听和提问。倾听和提问是一对相辅相成的技巧,在所有的沟通场景中都需要用到。倾听看上去容易,其实不然。尤其对于具有法律背景的调解员,习惯于说得多而听得少。倾听意味着聚精会神,保持眼神交流和专注的姿势。调解中的倾听更具挑战,因为随着调解深入,调解员必须基于不同的目的通过听去收集信息。提问包括开放式提问、封闭式提问、澄清式提问、假设式提问等类型,不同的类型具有不同的功能,比如开放式提问是引导当事人陈述,封闭式提问是确定陈述的重点,澄清式提问是要求说明细节,假设式提问是进行换位思考或可行性测试。本案中,由于案情比较简单,调解员在开始调解时,直接通过封闭式提问,让双方就退还费用的计算方式发表意见。在长安公司的代理人避重就轻,模糊回应调解员的问题后,调解员通过澄清式提问的方式,让李某对各项费用逐一确认,最终明确了双方在费用上的差距。在当事人方案差距过大无法达成一致时,用假设式提问让当事人评估调解不成后进入诉讼的风险和不利后果,权衡调解与诉讼的利弊后作出抉择。

2. 复述和重组。复述是对当事人的陈述进行总结,过滤掉与纠纷无关的细枝末节,描绘出争议问题梗概,归纳当事人对纠纷的看法。重组是提炼当事人对纠纷的观点,减少当事人之间充满敌意、威胁和没有建设性的陈述,让当事人将注意力集中于与他们的利益需求紧密相关的方面。调解员作为协助当事人的中立第三方,不能阻止当事人陈述,更不能将个人观点强加于当事人,但通过复述和重组,可以引导当事人改变看问题的角度,转化对于纠纷的态度,用建设性而非破坏性的方式表达情感;同时,可以明确各方陈述的含义,消除认知障碍。本案进入协商的关键阶段时,调解员主要通过微信与各方当事人进行单方交流,在将一方的信息转达给另一方时,调解员视情况分别运用了复述和重组的技巧。对于长安某公司濒临破产、李某患重病等重要信息,调解员直接用截图方式进行转述,让一方当事人真切地感受到另一方的困难;对于黄律师同意减少律师费的信息,调解员在转述时将文字进行了重组,强调黄律师并非是为了图省事,而是尽职尽责替当事人考虑。

3. 打破僵局。无论多么有技巧和耐心的调解员,在调解程序中都会遇到僵局。僵局意味着困境,只是表明谈判破裂或看上去破裂的状况,但实际上还有进一步协商的可能。在遇到僵局时,调解员要判断进一步协商的可能性,如果不存在,则结束调解;如果存在,则考虑如何解决。本案中,调解员遇到的第一个僵局是长安某公司提出不切实际的方案,并威胁要反诉。在这种情况下,调解员经过判断,结束了调解。调解员遇到的第二个僵局是张某不再做让步,坚持底线。调解员分析后认为双方的差距较小,还有协商

的余地。在当事人无法提出进一步的方案时,调解员从当事人之外的利益相关者寻求支持,通过张某代理人黄律师减免律师费和长安某公司的股东王某卖车筹款的方式,打破了僵局,解决了最后的障碍。

(四) 调解程序中的科技之美

在信息化社会,科技的发展促进了各领域的革新。在调解领域,随着在线技术、AI技术的运用,调解程序发生了重大变化。过去需要花费大量人力、物力才能完成的任务,如今可以不受时空的限制,快捷简便地完成。

1. 参与方式更灵活。网络技术的虚拟性打破了时间、空间对调解的束缚,使得各方都能便捷灵活地参与调解,极大地提高了调解的效率,降低了调解的成本。当事人和调解员既可以选择线上调解处理纠纷,也可以选择线下调解与在线调解相结合的方式处理纠纷;既可以在同一时间登录在线平台同步处理纠纷,也可以在规定期间内分别登录在线平台异步处理纠纷;既可以全程在线调解,也可以选择部分阶段在线调解。本案中,调解员充分利用在线技术,在线接收案件材料,用微信与分散在不同地方的当事人进行交流,将签署协议等环节安排在线上进行,同时结合传统调解的优势,在线下组织第一次会谈,建立与当事人的信任感。

2. 解纷成本更低廉。从金钱成本看,争议当事人不用前往调解场所,而且所有相关的文件及信息均可以在线提交和传递,大大节约往返路费和复印资料费用。从时间成本看,在线系统具有强大的管理功能,可以将案件受理、调解至签署协议的期限控制在非常短的时间内。而且,当事人不用专门安排固定的时间参与调解,可以利用闲暇时间参与协商,从而将纠纷解决成本降到最低。本案从开始调解至结束调解仅用了一周的时间,当事人和调解员投入的成本主要是往返一次法院的费用。

3. 辅助工具更多样。人工智能作为科技“新贵”,模仿人类思维、意识过程的学习方式被认为是其拥有智能的根本途径。人工智能能将专家经验智慧以数据形式长久储存,并通过各种对数据的深度分析与智能运算帮助人类更好地处理不确定性问题。^⑩虽然当前人工智能在调解中的应用水平还有待提高,但语音识别、图像识别、协议自动生成等功能在一定程度上减轻了调解员的工作负担,提升了调解效率,使调解进行得更加顺利。大数据分析可以为当事人对纠纷的法律风险提供精准预判,帮助当事人决策。区块链智能合约的运用,为调解协议的执行提供了保障。

值得注意的是,“技术是一把双刃剑,在推动在线调解创新发展时,也会给在线调解带来风险和阻碍。”^⑪比如,对当事人技术能力和技术设备提出较高要求;隔绝调解人和当事人之间直接、实时的情感交流,表现出机械化和去感情化的特征;^⑫数据存在被拦截、复制、篡改的风险;调解的保密原则受到挑战。因此,调解员采用在线调解方式时有

^⑩ 参见龙飞:《人工智能在纠纷解决领域的应用与发展》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第1期,第50页。

^⑪ 谢登科、张赫:《在线调解的实践困境与未来发展》,载《学术交流》2022年第12期,第85页。

^⑫ 参见熊浩:《论法院在线调解的机能失调:基于媒介传播与冲突化解的双重视角》,载《法制与社会发展》2022年第2期,第43-58页。

必要保持警惕,注意保障技术弱势群体的权利,赋予当事人适用在线调解程序的选择权,加强对当事人的技术指导,使用权威机构开发的在线调解平台,审慎处理好上述可能出现的问题。

结 语

调解是以合意为基础的纠纷解决方式,受当事人的认知、经济能力、维权意识等诸多因素的影响,并非所有的调解都能取得令当事人满意的结果。如果将案结事了作为调解的首要目标,不仅会损害当事人的自主决定,而且使得调解与诉讼的界限变得混淆。^⑬将调解的价值定位在程序方面,在结构上设计合理的流程,在技巧上促进高效的沟通,在伦理上规范公正的行为,在方式上引进智能的技术,可以充分发挥调解程序之美,体现调解相较于其他纠纷解决机制的独特优势。调解是一项实践性很强的活动,为了证成调解程序之美,本文特别以一个真实的案例进行了详细说明。从这个案例可以看出,要实现调解程序之美并非易事,对调解员的素养提出了极高的要求,这也从一个侧面反映了调解员专业化、职业化的重要性。在确立了调解程序的价值后,调解员的专业化、职业化应是当务之急。

Abstract: The essential attributes of mediation based on party autonomy determine the primacy of procedure in the mediation mechanism. Mediation should regard procedural justice as the basic principle guiding practical operation. This article uses a rental contract dispute mediation case as a sample to introduce in detail the mediator's standardization of the mediation process in accordance with the requirements of the mediation procedure, and summarizes the specific manifestations of the concept of justice in the mediation process. Structurally, it is based on preparation, beginning, middle, end, and follow-up. In principle, the mediator must have the ability to mediate competently, remain neutral, respect voluntariness, and pay attention to confidentiality. Technically, the mediator must be good at listening and asking questions, repeating and reframing, and breaking deadlocks. In terms of technology, the parties must have flexible participation methods and the cost of dispute resolution is low and the auxiliary tools are various.

Keywords: mediation process; mediation structure; mediation ethics; mediation techniques; online mediation.

(责任编辑:孙保国)

^⑬ Nancy Welsh, *The Thinning Version of Self-determination in Court Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization*, Harvard Negotiation Law Review, 2001, Vol.6:1, p.93.

第三方资助国际投资仲裁的费用担保措施的适用

郑颖欣*

内容提要 第三方资助能给申请人提供接近正义的机会,但也可能给被申请人带来“仲裁肇事逃逸”的风险。费用担保作为一项临时措施,可以保障被申请人在胜诉后获得赔付。当前国际投资仲裁庭对费用担保的适用标准和考量因素尚未形成一致意见,第三方资助更是加剧了该措施适用的复杂性。尽管第三方资助可以作为考量因素,但导致费用担保措施适用的并非第三方资助的存在本身,而是特定情形下与资助事实相关的因素。当使用了第三方资助的国际投资仲裁案件符合与资助事实相关的特定因素时,除非申请人能够提供排除性理由的相关证明,否则仲裁庭需要要求申请人提供费用担保。

关键词 国际投资仲裁;第三方资助;费用担保;披露义务

一、问题的提出

第三方资助是在国际助诉市场发展下产生的一种资助手段。申请人与存在实体争议的双方当事人以外的第三方签订协议,约定由第三方承担为申请人参与国际投资仲裁提供资金或其他形式资助的义务,并享有获得申请人胜诉后部分收益的权利,通常会同时约定申请人如果在未来败诉,无需对第三方的投资进行偿还。第三方资助具有给申请人提供接近正义的机会的社会价值,但却也给被申请人带来“仲裁肇事逃逸”的风险。在国际投资仲裁的“败方支付规则”(loser-pay)下,败诉方需要为胜诉方支付赔付、仲裁管理费及其他合理抗辩费用。一旦接受第三方资助的申请人败诉,申请人经济实力较弱导致其难以支付高昂的国际仲裁费用,第三方资助者也因没有与当事人达成仲裁合意而被排除在国际投资仲裁庭的管辖之外,不受国际投资仲裁庭支付令的制约,损害了胜诉方获得赔付的利益,形成了第三方资助帮助申请人接近正义,却阻碍了被申请人获得正义的局面。在此情况下,被申请人为了维护自身利益,通常会向国际投资仲裁庭提交费用担保申请。

* 郑颖欣,深圳大学法学院硕士研究生。

作为临时措施的一种,费用担保的担保对象是被申请人在胜诉时可获得的赔付及仲裁费用。被申请人提交的费用担保申请获得国际投资仲裁庭同意后,申请人就要在指定期限内按照国际投资仲裁庭决定的金额,通过托管账户、担保函等形式提供担保。申请人拒绝提供有效担保的后果是仲裁程序被叫停,或者申请人的主张被驳回。仲裁程序的提前终止不仅能够防止申请人的经济状况持续恶化,而且减少了被申请人抗辩的开支,使双方早日从讼累中解脱。国际投资仲裁庭在决定是否准许费用担保时需要考虑诸多因素,但归根结底是要在申请人诉诸正义的权利和被申请人在胜诉情况下可获得赔付的利益两者之间进行权衡。

具有代表性的仲裁规则大都赋予了仲裁员作出费用担保命令的权力,^①但对于费用担保措施适用的标准和考虑因素,以及仲裁员应如何行使这一权力的规则回应有所缺失。第三方资助的出现更增加了国际投资仲裁庭需要考虑的因素的复杂性,如此一来,不仅会降低费用担保制度适用的可预测性,造成裁决结果的波动,还易招致当事人的不满,从而损害国际投资仲裁的法律服务水平和公信力。为此,本文以涉及第三方资助的仲裁规则和国际投资仲裁案件为观察对象,通过分析仲裁庭作出费用担保决定的逻辑和思路,尝试为费用担保制度在第三方资助国际投资仲裁案件中的适用探索一条更为清晰的路径。

二、费用担保的一般标准及考量因素

在第三方资助兴起前,出于避免阻碍申请人获得正义,鼓励申请人提出有价值的主张的考虑,仲裁庭相对谨慎地行使准予费用担保的权力。^②仲裁庭进行自由裁量,主要是结合案件的具体实际情况,基于特定标准和因素的考量,来判断对申请人授予费用担保是否是必要的、适当的和合理的。通过对仲裁机构和学者研究成果的分析归纳以及对现有国际投资仲裁案例的总结发现,仲裁庭作出费用担保决定时主要考虑以下标准或因素:

(一) 采取措施的必要性

费用担保制度设立的初衷在于保证仲裁程序开始后申请人有足够的资金用以支付被申请人胜诉后的赔付,其担保对象限于申请人的败诉支出和仲裁费用。如果申请人有足够的承担败诉费用,那么采取费用担保措施就丧失了必要性。因此,对采取措施的必要性的强调更能突显费用担保这一临时措施的特征。申请人经济困难是仲裁庭作

① 例如《英国仲裁法》(1996)第38条第(3)项;《新加坡国际仲裁法》(2016)第12条;《香港仲裁条例》(2011)第17条;《伦敦国际仲裁院仲裁规则》(2020)第25条第2款;《新加坡国际仲裁中心仲裁规则(第六版)》(2016)第27条第(j)(k)项;《新加坡国际仲裁中心投资仲裁规则(第一版)》(2017)第24条第(j)(k)项;《斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁规则》(2017)第38条;《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》(2018)第24条;《世界知识产权组织仲裁规则》(2014)第48条第(b)项。

② 汤霞:《第三方资助国际投资仲裁费用担保的必要性标准研究》,载《国际经济法学刊》2019年第3期,第46页。

出费用担保决定时首要和关键的考量因素。被申请人在被拉入仲裁程序后,一旦发现申请人处于资不抵债或濒临破产的境地,就有充分的理由相信申请人无能力支付不利裁决的费用,可以将费用担保制度用作捍卫自身可期待利益的武器。费用担保由被申请人向仲裁庭提出,同时需要向仲裁庭提供申请人的经济收益和资产状况证明。

此外,被申请人还需证明申请人经济状况恶化的现实是发生在双方达成仲裁协议或形成仲裁合意之后,符合“情况发生基本变更”的原则。这是因为,仲裁程序的启动是基于双方当事人同意采取仲裁方式解决纠纷的合意。如果被申请人知晓申请人的财产状况不佳,但仍然与申请人达成仲裁协议,足以使得仲裁庭形成对“被申请人对未来胜诉时可能无法获得赔付的风险进行了默认”的内心确信。在禁止反言原则下,一方当事人不得使用矛盾的语言或行为向相对方主张权利。因此,被申请人也就不得再以申请人经济困难为由向国际投资仲裁庭提出费用担保申请。

(二) 采取措施的适当性

国际投资仲裁庭会结合受资助方承担不利费用的意愿、当事人的过往行为等因素来判断决定费用担保是否适当。当事人不支付仲裁费用的失信记录是较为常见的不诚信行为之一,在 *RSM v. Saint Lucia* 一案中,国际投资争端解决中心(以下简称 ICSID)仲裁庭考虑到 RSM 公司在先前的案件中有过不执行裁决和不支付费用的失信记录,且在本案中又有拒绝预缴费用等不配合仲裁程序的行为,这表明 RSM 公司有很大的可能性不履行仲裁裁决。为保障被申请人获得赔付的正当权利,须要求申请人提供费用担保。仲裁庭最后依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)第 47 条和第 39 条的规定,要求申请人在 30 天内支付 75 万美元作为其仲裁请求的担保。^③ 归根结底,对当事人采取费用担保措施是否恰当,依赖于仲裁员根据案件的具体情形作出判断,要求仲裁员采取谨慎的态度予以审查,使双方当事人的权利和利益得以公平分配。

(三) 权利保护的合理性

作出费用担保措施还需要考察当事人要求费用担保所需保障的权利是否是合理的。英国皇家特许仲裁员协会(Chartered Institute of Arbitrators,以下简称 CIArb)在 2015 年发布的《国际仲裁实践指南:费用担保》(International Arbitration Practice Guideline: Applications for Security for Costs,以下简称《指南》),将“在任何情况下要求一方当事人为另一方的费用提供担保是公平的”作为仲裁庭作出费用担保决定的一般原则之一。^④ 国际投资仲裁庭不仅要促使被申请人在胜诉时可获得补偿,还要兼顾申请人诉诸仲裁的利益,避免费用担保的不当要求扼杀实质的有价值的主张。《指南》中列举的影响公平的情形之一就是申请人的经济状况恶化系被申请人在违约后通过不正当手段逼迫申请人放弃仲裁请求所导致。此外,被申请人还可能将费用担保制度作为拖延仲裁进

^③ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, 2014, paras.83-90.

^④ 《国际仲裁实践指南:费用担保》,第 1 条第 2 款第 3 项。

程的手段。仲裁费用会随着仲裁程序的延长而增加,而仲裁费用的上涨会进一步加大经济状况不佳的申请人提出合理主张的难度,有的申请人甚至迫于经济压力不得不放弃请求。如果当事人以维护不正当合理的权利为目的提出费用担保,企图破坏国际投资仲裁程序的顺利进行,国际投资仲裁庭一经发现,将会驳回其费用担保申请。

此外,有的国际投资仲裁庭还会考虑当事人的胜诉前景、仲裁裁决无法执行的风险、申请人的国籍和所在地等其他因素。但是,或是由于个案差异,某些特殊情况只在少量案件中出现;或是在近年来仲裁这一纠纷解决机制快速发展之下仲裁裁决无法执行的风险已有所降低;或是标准或因素本身存在争议,导致了以上标准或因素并非是仲裁庭在作出费用担保决定时集中考虑的部分。例如,对于当事人的胜诉前景的衡量,《指南》将“当事人的胜诉前景”作为国际投资仲裁庭作出费用担保决定时要考虑的因素。^⑤《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》第38条也借鉴了此规定。^⑥但也有反对声音认为,国际投资仲裁庭不应当考虑当事人的胜诉预期,原因在于其可能会导致仲裁员形成预先判断,从而影响案件的结果偏向。国际投资仲裁庭作出费用担保决定时会综合情形加以衡量,在申请人诉诸正义的权利和被申请人胜诉时可获得赔付的利益二者之间进行平衡,其中的关键应当在于申请人对不利费用的承担能力。一方面,一方当事人申请费用担保的根源在于担心对方无力承担不利费用,并且费用担保制度的初衷也是为了确保被申请人能够在胜诉时获偿。另一方面,一般考量标准和因素均是围绕申请人对不利费用的承担所提出,如果申请人具备良好的经济实力,不会影响仲裁费用的执行,国际投资仲裁庭一般不会作出费用担保决定;只有在申请人的经济状况恶化到可能无法承担费用,或申请人的实际承受能力无法查明时,国际投资仲裁庭才需要综合考虑其他标准和因素。

三、第三方资助下费用担保的标准及考量因素的扩张与边界

如前所述,国际投资仲裁庭在作出费用担保命令时主要考虑采取费用担保措施的必要性、适当性以及费用担保措施所保护的权利的合理性。但是,当案件存在第三方资助的情形时,学术界和实务界对于采取费用担保措施是否应当考虑第三方资助这一问题上存在较大争议,国际投资仲裁庭所需考虑的因素也越趋复杂。反对者认为考虑第三方资助可能会扼杀申请人的正当仲裁请求,支持者则认为这将有利于遏制恶意仲裁的出现。^⑦近年来,越来越多国际投资仲裁庭在作出费用担保决定时会考虑第三方资助,尤其是当有证据证明接受资助的申请人确有经济状况恶化或资不抵债的风险时,国际投资仲裁庭

^⑤ 《国际仲裁实践指南:费用担保》,第1条第2款第1项。

^⑥ 《斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁规则》(2017),第28条第2款。

^⑦ 肖永平、赵家睿:《论第三方资助仲裁对仲裁庭作出费用担保决定的影响》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第111-113页。

明示保留其在合理条件下要求提供费用担保的权力。一些仲裁规则和仲裁指引的起草和修订也增添了仲裁庭决定费用担保措施时可以考虑第三方资助的内容。^⑧更甚者,还有观点认为只要存在第三方资助,仲裁庭就应准予费用担保申请。^⑨国际投资仲裁庭作出费用担保决定的关键是要考虑申请人对不利费用的承担能力,而第三方资助会对申请人的不利费用的承担能力产生直接影响。同时,不受国际投资仲裁庭管辖和制约的第三方资助者的加入,冲击了仲裁的契约性与相对性,影响了当事人权利的对等性。因此,第三方资助不可避免地成为仲裁庭施加费用担保所需要考量的因素。但是,这不意味着第三方资助可以脱离其他标准和情形作为单独的考虑因素,也不意味着第三方资助的存在必然导致费用担保。2022年3月ICSID修订并通过的《国际投资争端解决中心仲裁规则》(以下简称《ICSID 仲裁规则》)为更为明确和更具有预测性的费用担保制度提供了框架,其中第53(4)条规定就谈及,国际投资仲裁庭在决定费用担保时应当考虑第53(3)条相关情况的所有证据,包括是否存在第三方资助。^⑩可见,国际投资仲裁庭在决定费用担保时,仍应当以一般标准及考量因素作为行使权力的边界,并且考虑其中与第三方资助相关的事实以及第三方资助的相关事实对一般标准及因素产生影响的情形。

(一) 资助者随时撤资或不承担不利费用

受资助方承担不利费用的能力决定了国际投资仲裁庭采取费用担保措施是否是必要的,而资助方的出现助长了受资助方承担不利费用的能力,因此国际投资仲裁庭在调查受资助方的经济状况时,也会考虑其接受资助的情况。为了保证资助方获取投资利益,能够及时从结果走向恶化的案件中“逃生”,有些资助协议中可以约定出资者有权随时撤资。在受资助方高度依赖获取资助以参与国际投资仲裁的情形下,一旦资助方撤资,受资助方因资金中断无力支付后续仲裁费用,将不得不撤回仲裁请求。一方面,资助方在决定是否继续资助上享有高度自主权,无异于资助方在决定国际投资仲裁案件走向上占据优势主导地位。另一方面,资助方作为当事人以外的第三人,游离在国际投资仲裁庭的管辖之外,不受国际投资仲裁庭支付令的制约。如此一来,被申请人为国际投资仲裁支出的律师费、抗辩费用等皆付诸东流,也不存在向经济恶化的申请人追索的现实可能性,而这些支出是在第三方资助未介入时本可以避免的。不仅如此,第三方资助的介入可能还会增加被申请人在国际投资仲裁程序中的抗辩支出,该部分支出随着仲裁时间的延长而增加。在 *S&T Oil Equipment v. Romania* 案中,已经破产的 S&T Oil 公司因获得资助而得以继续参与仲裁,但随后资助方撤回出资,该公司迫于费用压力不得不结束

^⑧ 例如,《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则(试行)》第二十七条规定:“仲裁庭在确定仲裁费用及其他相关费用时可以考虑是否存在第三方资助的情形。”《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心第三方资助仲裁指引》第4.3条规定:“仲裁庭在审核仲裁费用保证金申请时,可将第三方资助的存在和程度作为考虑因素。”

^⑨ 张晓萍:《论国际仲裁第三方资助费用担保中的资金困难》,载《国际商务研究》2021年第2期,第103页。

^⑩ 《ICSID 仲裁规则》(2022)第53条第(3)项规定:“在决定是否命令一方提供费用担保时,法庭应考虑所有相关情况,包括:(a) 该方遵守不利费用的能力;(b) 该方是否愿意遵守有关不利费用;(c) 提供费用担保可能对该方提出索赔或反诉的能力所产生的影响;(d) 当事人的行为。”

案件,使得 Romania 方丧失了为此案所花费的数百万美元的费用。^① 资助协议中约定了出资方不承担不利费用的,也会影响国际投资仲裁庭对受资助方的支付能力的判断。在 2012 年国际商会仲裁院 (The ICC International Court of Arbitration, 以下简称 ICC) 审理的 X v. Y and Z 一案中,申请人 X 与资助者 B Founding Investment Ltd. 签订的第三方资助协议明确约定资助者不承担不利费用,且在有合理理由认为被资助案件的胜诉可能出现实质恶化时可以随时终止资助。仲裁庭认为,尽管 Y 在与 X 签订仲裁协议之时有理由预见 X 的经济状况困难且可能接受第三方资助,但资助协议的上述约定表明,一旦资助方撤资,申请人目前的经济状况难以承担败诉费用,使得被申请人 Y 不得不面临超出预料范围的风险,因此要求申请人提供费用担保。^②

弥补资金缺陷是经济困难的申请人使用第三方资助最直接的动机。然而,有能力负担败诉费用的申请人寻求资助的目的和动机则更加多元,第三方资助和申请人经济困难之间的相关程度也随之下降。^③ 从国际投资仲裁实践来看,经济富裕的申请人寻求资助主要有以下目的,一是分散国际投资仲裁的高风险,资助模式中关于不向申请人追偿投资费用的约定,有效降低了申请人所面临的不同法律背景和文化下的事实认定差异、各国法律理解不一致,以及仲裁员偏好等不确定性风险;二是与融资和风险管理企业形成合作,在选择仲裁员、委托律师队伍等方面获得专业指导;三是保持恒定现金流,避免高额的国际投资仲裁费用和律师费用导致商业实体的资金链断裂。经济实力较强的申请人接受第三方资助,不仅不会对被申请人造成“打了就跑”的冲击,还能使当事人充分运用法律手段和专业策略解决双方争议,促成国际投资仲裁程序的顺利展开。因此,当受资助方具备对不利费用的承担能力时,采取费用担保措施的必要性丧失,国际投资仲裁庭也就无需考虑资助协议中是否有资助方随时撤资且不承担不利费用的约定。

(二) 受资助方拒绝履行资助协议披露义务

《ICSID 仲裁规则》第 14(1) 条规定提到,若一方当事人获得资金以提起仲裁或答辩,应当披露资助者的名称和地址,第三方为法人的,还应当披露最终控制资助者的实体或个人的名称。要求披露最终控制资助者的目的在于确保资助者身份的透明度,不仅便于国际投资仲裁庭准确识别出资实体最终受益人是否存在利益冲突,还便于国际投资仲裁庭调查资助双方的偿付能力和偿付意愿。对于披露第三方资助协议对费用担保的影响,国际投资仲裁庭在实践中呈现不同观点。一种观点认为,申请人仅需披露资助者的身份,无需提及资助协议的其他细节。例如, South American Silver v. Bolivia 案的当

^① S & T Oil Equipment and Machinery Ltd v. Romania, ICSID Case No. ARB/07/13, discontinued, Antonio Crivellaro, 'Chapter 11. Third-Party Funding and "Mass" Claims in Investment Arbitrations' in Bernardo Cremades Sanz Pastor and Antonias Dimolitsa(eds), Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) (Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2013), paras.144-145.

^② X v. Y and Z, ICC Case, Procedural Order of 3 August 2012. Philippe Pinsolle, 'Third Party Funding and Security for Costs', 2013, 2, Issu de Cashiers de l'arbitrage 2013, paras.399-416.

^③ 张晓萍:《论国际仲裁第三方资助费用担保中的资金困难》,载《国际商务研究》2021年第2期,第103页。

事人请求仲裁庭要求对方提供费用担保和披露资助协议,仲裁庭认为,第三方资助的存在不是签发费用担保令的正当理由,从而拒绝了费用担保申请,并且仅要求申请人披露资助者的身份以确认与仲裁员是否存在利益冲突,申请人无需提供更多有关资助协议的细节。^⑭ 同样地, *Guaracachi v. Bolivia* 案的仲裁庭也拒绝了被申请人是否为决定是否申请费用担保而提出的对资助协议细节的披露请求。^⑮ 另一种观点则认为,对第三方资助的披露不能仅仅停留在资助者身份的层面。作为当前仅有的对资助协议细节披露的案件, *Muhammet v. Turkmenistan* 案中,东道国在获知第三方资助的存在后,以担心申请人无力承担败诉费用,且资助方非案件当事人而是在仲裁庭的管辖之外为由,请求披露资助协议中有关回报比例、不利费用负担等具体条款的细节,仲裁庭认为此种担忧是值得同情的,于是同意了东道国的披露请求。^⑯

当事方对资助协议的披露是有必要的,因为资助协议的约定是国际投资仲裁庭获知相关资助信息的前提,有利于降低当事人所面临的风险,维持国际投资仲裁程序的公平性。不仅如此,资助信息的闭塞还可能加剧国际投资仲裁庭对申请人的偏见,一旦国际投资仲裁庭发现申请人对第三方资助的情形有所隐瞒,且影响对被申请人的赔付时,申请人的费用担保责任将会是不可避免的。反之,申请人主动披露资助协议能够在一定程度上表明申请人承担不利费用的意愿。国际投资仲裁庭出于公平的考虑,并结合申请人的信誉、承担不利费用裁决的意愿和资产状况等情况,会考虑免除申请人提供费用担保的责任。但是,第三方资助协议的披露范围应当仅限于对国际投资仲裁庭查明受资助方的承担能力和承担意愿产生实质性帮助的内容,主要包括:第一,申请人接受资助的事实;第二,第三方出资者的身份;第三,第三方出资者承担不利费用和有关撤资的约定。而资助协议中有关费用预算、资金来源、风险评估、回报比例等条款对双方当事人之间的争议并无实质帮助。^⑰ 这些信息还会牵涉到资助双方的投资策略和个人隐私,无异于要让受资助者将自己的底牌暴露给仲裁庭和对方当事人。

(三) 受资助方夸大索赔金额

随着第三方资助的兴起,国际投资仲裁中潜在的滥诉风险也逐渐败露。欧盟在 2015 年发布的国际投资争端解决的有关报告显示,第三方资助的兴起导致案件数量增长,由此引起东道国在仲裁费用上的开支增加。^⑱ 现实中,逐利型的投资主体会对个案进行详尽的调查和评估,在综合考虑预期的风险和收益后,选择胜诉率较高的仲裁申请人进行

^⑭ *South American Silver Limited v. Bolivia*, Case No.2013-15, PCA, Procedural Order No.10, 2016, paras.76-84.

^⑮ *Guaracachi American, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, Case No. 2011-17, PCA, Procedural Order No.13, 2013, para.8.

^⑯ *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No.3, 2015, paras.13.

^⑰ 李贤森:《第三方资助仲裁的意思自治保障与限制问题研究》,载《商事仲裁与调解》2022年第4期,第17页。

^⑱ *Marta Latek & Laura Puccio, Investor-State Dispute Settlement (ISDS) State of Play and Prospects for Reform*, https://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM_BRI%282014%29130710_REV2_EN.pdf, last visited May. 21, 2024.

资助。但是,国际投资仲裁的标的金额居高不下,单个案件胜诉所获得的高额赔付就能让投资人“回本”甚至盈利。因此,资助者也会选择投资高风险、低胜诉率的仲裁申请人,或对同一受资助人的系列案件进行批量投资,以“投资组合”的方式分散风险,获取高回报。而策略型的投资主体的目的多种多样,可能有实现“行业抵制”“收集当事人信息”“制造对己方有利的仲裁先例”等等。^{①⑨}这类投资主体也会不惜资助一些高风险的案件,从而使得无意义的主张进入国际投资仲裁。如此一来,资助方对目标资助案件的筛选看似在一定程度上过滤掉了大部分无胜算的案件,但实际上,第三方资助却助长了当事人提出无意义主张的动力,鼓励当事人夸大索赔金额,增加了被申请人的抗辩支出。

有的国际投资仲裁庭在考虑费用担保时会将第三方资助引发的潜在滥诉风险考虑在内,甚至可能将此作为规制滥诉风险的手段,试图通过加重受资助方的负担使那些无意义主张的申请人知难而退。CIArb的《指南》在评释中提到,当证据显示和解协议的金额只涉及索赔金额的很小一部分,或是证明索赔被夸大的其他情形时,可能会使仲裁员得出结论,即索赔被滥用,要求一方为另一方当事人提供费用担保是公平的。^{②⑩}国际投资仲裁庭会结合当事人的主张、索赔数额、案件事实和证据以及和解协议的标的金额等情形来判断仲裁申请是否夸大了索赔金额。但判断索赔是否被滥用就不得不涉及对案件实体内容的预先判断。无论是在仲裁初始阶段还是程序性审理环节,国际投资仲裁庭只对案件的管辖权等程序性问题进行审理,尚未涉及案件的实体争议,即使当事人提出费用担保申请,也不涉及对当事人的索赔能否获得支持的考量。因此,国际投资仲裁庭对第三方资助是否引发滥诉风险的考虑应当是在实体内容审理的阶段,在对各方的事实和证据都有充分了解的情况下,作出更加公允和全面的判断,而不能仅凭第三方资助的存在就在审理实体争议前简单推定索赔有被滥用的可能。

四、第三方资助下费用担保措施的适用

ICC发布的《关于国际商事仲裁费用决定的报告》中明确了适用费用担保制度的首要目的就是保障未接受资助一方的合法权益,从而平等保护仲裁双方当事人。^{②⑪}由此可见,第三方资助兴起后,费用担保措施的适用目的从平衡申请人诉诸正义的权利和被申请人获得赔付的利益,向倾向于保障未接受资助一方的合法权益转变。第三方资助的介入冲击了仲裁双方当事人之间利益关系,国际投资仲裁庭需要倾斜照顾未接受资助一方的合法权益,从而重新实现双方利益的平衡。因此,在第三方资助国际投资仲裁案件中,费用担保措施的适用方式也应当随之作出调整,不仅有助于督促申请人谨慎接受资

^{①⑨} 杜焕芳、徐传蕾:《第三方资助对国际仲裁费用分配的影响》,载《国际法学刊》2020年第3期,第104页。

^{②⑩} 《国际仲裁实践指南:费用担保》,第4条。

^{②⑪} ICC Arbitration and ADR Commission Report on Decisions on Costs in International Arbitration, <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>, last visited May. 21, 2024.

助以提出有意义的主张,还能在一定程度上降低相关机构对第三方资助进行监管和规制的难度。

(一) 证明责任的倒置

国际投资仲裁庭的权力源自当事人之间的仲裁协议,依照当事人的授意为其提供仲裁服务。国际投资仲裁庭遵循仲裁程序的自主性和灵活性,充分尊重当事人的自由选择。^②因此,国际投资仲裁庭作出费用担保决定的权力来源也是当事人的申请。根据一般证明责任规则,申请费用担保的一方有义务证明符合要求对方提供担保的必要性、适当性和合理性,包括提供证据证明对方经济状况恶化、存在失信行为等情形。但是,当案件存在第三方资助时,由于接受资助带来申请人仲裁能力的强化,申请人所要承担的证明责任和义务也要随之增加。同时,资助协议的相对性使得被申请人难以知悉资助双方的状况,被申请人的证明能力有限。目前,证明责任的倒置主要适用于对申请人经济状况的证明上。有观点认为,申请人接受资助强烈暗示了其现有资产不足以提起仲裁。当被申请人证明对方的实际资产状况存在困难时,国际投资仲裁庭会基于善意原则和公平原则,要求“拥有最佳条件提供证据”的申请人提供资产证明以表示自己有能力支付仲裁费用。申请人如果占有相关证据,却以保密或非法审查为由拒绝对自身实际资产状况进行披露,会被国际投资仲裁庭视作藐视仲裁程序的完整性和有效性。特别是当申请人进入破产程序或面临收购时,申请人一方面以保密为由拒绝提供经济状况证明,另一方面却向潜在的投资者透露这些信息,显然是有悖常理的。

在证明责任倒置的规则下,费用担保的申请人首先需要提供初步证据证明要求费用担保的正当事由,主要包括受资助方的经济状况恶化、存在第三方资助等情形,并且说明其提出费用担保申请具有必要性和适当性。对于费用担保的被申请人,其应当充分证明自身的承担能力和承担意愿,否则应当承担不利后果,接受国际投资仲裁庭作出的费用担保命令。具体而言,费用担保的被申请人应当提供自身经济状况的证明,如果费用担保的被申请人依赖资助以参与国际投资仲裁的,还应当披露资助协议中资助方愿意承担不利费用的相关约定,必要时还应当证明资助方持续资助的意愿。

(二) 裁决思路的转变

在第三方资助案件中具体适用费用担保的标准及考量因素时,国际投资仲裁庭呈现出裁量型和推定型两种不同的裁决方式。尽管二者追求的效果一致,但对于第三方资助的价值和费用担保制度的功能等问题,又有明显不同的认识。

采用裁量型裁决方式的国际投资仲裁庭在决定对使用第三方资助的案件申请人是否采取费用担保措施时保留充分的自由裁量权。在 *Eugene Kazmin v. Republic of Latvia* 案中,仲裁庭认为费用担保的必要性不在于第三方资助的存在,而在于对各方当事人的特殊情况的评估,申请人有未能支付律师费用的不良信用记录,以及其财产无法追踪的

^② 张亮、杨子希:《第三方资助国际仲裁的费用担保问题研究》,载《国际经济法论刊》2020年第2期,第97页。

情况是仲裁庭作出费用担保令的主要考量因素。^{②③}在此模式下,国际投资仲裁庭调查后根据个案的特殊情况,结合费用担保的一般标准及考量因素作出实质性判断,切断了第三方资助和费用担保之间的必然联系。但这也意味着,即使申请人符合第三方资助下可要求费用担保的情形,国际投资仲裁庭也未必要求其提供费用担保。例如,在 *Herzig v. Turkmenistan* 案中,仲裁庭以申请人经济困难,并且资助协议中未约定不利费用的承担为由签发费用担保令,但由于申请人没有遵守约定的能力,仲裁庭又以避免剥夺申请人接近正义的机会为由撤销命令。^{②④}一方面,这种裁决方式无法确定最终导致费用担保的决定性因素,加剧了制度适用的模糊性难题;另一方面,国际投资仲裁庭不得不在申请人诉诸司法的权利和被申请人在胜诉情况下可获得赔付的利益之间反复游移,在作出明确指令后又撤回,降低国际投资仲裁效率,严重贬损了仲裁庭的权威和公信力。

在 *RSM v. Saint Lucia* 一案中,仲裁庭提出,费用担保所保护的一方当事人的权利无须切实存在,有条件产生的权利也可以得到保护。^{②⑤}为避免第三方资助的冲击使得未接受资助的一方在胜诉时可获得的利益受损,当符合第三方资助下要求费用担保的情形下,采用推定型裁决方式的国际投资仲裁庭会要求受资助方提供费用担保,除非受资助方能够证明案件丧失担保的必要性和合理性。例如,在 *Manuel Garcia Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela* 案中,仲裁庭发现资助协议包含了资助人不承担仲裁裁决的任何补偿的约定后,签发了要求申请人证明自己具有偿付能力的程序令,9名申请人中仅有5人提供了资产证明,且申请人也未能证明相互之间将承担连带责任。仲裁庭表示,申请人拒绝就第三方资助进行合理解释且占有相关证据而不提供,故命令申请人提供150万美元的费用担保。^{②⑥}推定型裁决方式并非意味着国际投资仲裁庭没有裁量权,只是当案件出现了不利于受资助方的情形时,推定案件有施予费用担保的必要性和合理性。此时国际投资仲裁庭裁量的重点应当集中在费用担保的被申请方能否为避免费用担保提出排除性理由以及所提出的理由是否正当合理上。费用担保的被申请方的排除性理由仍然围绕着前述的标准及考量因素展开,要求达到足以否定对方提出费用担保申请的理由或推翻前述理由存在的基础的程度。

五、结 语

在越来越多国家和地区第三方资助合法化的大背景下,许多国家和国际机构将第三方资助国际投资仲裁的费用担保相关问题作为重要课题加以研究。为实现申请人接近

^{②③} Eugene Kazmin v. Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/17/5, Procedural Order No.6, 2020, Decision on the Respondent's Application for Security for Costs.

^{②④} Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, Case No. ARB/18/35, ICSID, Decision and Procedural Order No.5, 2020, paras.22-26, 57-67.

^{②⑤} *Supra* note 3.

^{②⑥} Manuel Garcia Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Case No.2016-08, PCA, Procedural Order No.9, 2018, paras.243-251.

正义的机会和被申请人获得索赔的权利之间的平衡,使费用担保制度在具体案件中真正发挥其功能,必须以相关仲裁规则和国际投资仲裁案例为观察对象,从而对该制度进行解构。分析第三方资助国际投资仲裁中费用担保措施的适用,能够为国际投资仲裁费用担保规则的改革和费用担保考量因素指引的设定提供参考,为国际投资仲裁庭处理相关问题提供思路,也为我国当事人在参与国际投资仲裁时应对第三方资助和费用担保措施提供经验借鉴。

Abstract: Third-party funding can provide applicants with opportunities to approach justice, but it may also cause “hit-and-run” risk to the respondent. Security for costs can ensure that the respondent obtain satisfaction of a claim. The current international investment arbitration tribunal has not yet reached a consensus on the standards and considerations of security for costs, and third-party funding has exacerbated the complexity of such situations. Although third-party funding can be considered as a factor, it is not the existence of third-party funding itself that leads to security for costs, but rather factors related to the fact of funding in specific circumstances. When a case using third-party funding has specific factors related to the funding, the arbitral tribunal shall command the applicant to provide securities, unless the applicant can provide relevant evidence of exclusionary reasons.

Keywords: international investment arbitration; third-party funding; security for costs; disclosure obligations

(责任编辑:冯 硕)

涉港民商事案件管辖权竞合背景下禁诉令在内地的移植与适用

潘如敏*

内容提要 近年来随着内地与香港特区经济的活跃,两地民商事案件管辖权的竞合问题逐渐显现,平行诉讼与诉裁平行程序引发关注。尽管因可能有悖礼让原则,国际社会对禁诉令存在一些质疑,但香港特区法院在司法实践中对禁诉令的适用呈现上升趋势。禁诉令制度与内地法律体系具有相容性,在解决平行程序问题上有不可替代的作用,若将其引入我国内地,或有利于协调解决两地民商事案件的管辖权竞合。由于我国民事诉讼法尚未将禁诉令作为一项基本的制度规则,行为保全也难以以为禁诉令提供充分的法理支撑,因此内地须通过对其适用情形、效力与责任的明确,以及救济程序的落实等加以完善。同时,为应对香港特区法院签发的禁诉令,内地还可以在具体个案中采取拒绝送达、拒绝承认与执行、参照阻断办法等措施。

关键词 禁诉令; 案件管辖权竞合; 平行程序; 不方便法院原则

引言

禁诉令的起源与盛行最早可以追溯到英国。早期的英格兰存在着王室法院与教会法院两个独立的司法系统,它们在管辖权的问题上多有纷争,且互不避让。王室法院为争夺并扩大自身的管辖权基础,开始通过颁布禁诉令状的方式限制当事人在教会法院起诉或继续进行诉讼。后来,在衡平法院与普通法院并存、对立的时代,衡平法院基于对公正价值的追求,亦沿用了这一方式,用以对抗普通法院的管辖权。^①因此,发轫于英国早期国内法院司法管辖权竞合背景下的禁诉令制度,似乎天然就具有抗衡与对峙的内生属性,偶尔又带有几分强烈的攻击性色彩,当其逐渐进入到国际视野下,成为解决域外^②管辖权竞合的手段时,便在无意中背负上对其他国家和地区司法管辖权的“不尊重”“不信任”“不礼让”等骂名,颇受指摘与奚落。^③

* 潘如敏,深圳大学法学院硕士研究生。作者感谢深圳大学张淑钿教授和王千华教授对本文的指导。

① 参见张卫平:《我国禁诉令的建构与实施》,载《中国法律评论》2022年第2期,第175页。

② “域外”指法域以外。

③ Cameron Sim, *Choice of Law and Anti-Suit Injunctions: Relocating Comity*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, Vol.73:62, p.704.

我国香港特别行政区因继受普通法传统,也多在判例中适用禁诉令制度来限制当事人在其他司法辖区内兴讼的权利,以处理区际乃至国际平行诉讼与诉裁平行程序问题。过去秉承相互尊重对方法域司法管辖权的理念,香港特区法院在具体案件中如常向内地程序中的当事人签发禁诉令,而内地法院也尽量力排干扰,作出管辖裁定。这样一来的结果是,内地与香港特区在民商事领域的管辖权竞合以及平行程序现象仍然是区际司法实践中的重大难题。尽管2016年以后,内地与香港在推进区际司法协助与法律事务合作方面取得了长足的进步,但区际管辖权的竞合与协调却迟迟未能取得突破性进展。近些年来,已不乏有学者跳脱出固有观念的桎梏,在区际管辖权竞合的问题上探讨禁诉令制度在内地实施的可能性,但实际上,禁诉令的本土化移植与体系性改造在涉港民商事案件管辖权竞合的背景下更显迫切:内地应如何应对香港特区法院签发的禁诉令?有无必要构建和发展中国范式的禁诉令制度?如有必要,如何在现有的法治土壤下构建内地的禁诉令制度?本文将尝试对以上问题作出回应。

一、概况与现状:内地与香港特区适用禁诉令的典型案例分析

香港特区法院可以通过签发禁诉令的方式限制当事人在域外法院的诉讼行为,该项权力的规范基础来源于香港特区现行《仲裁条例》第45条以及《高等法院条例》第21L条。^④与此同时,香港特区法院亦通过判例的积累逐步确立起对域外法院签发禁诉令的基本原则与衡量标准。早在2002年香港高等法院审理的“First Laser Ltd. v. Fujian Enterprises (Holdings) Co. Ltd. and Jian'an Investment Ltd.”一案中,法官M. H. Lam就作出了驳回原告禁诉令申请的裁决结果。该案中的原告是一家在中国澳门注册成立的公司,被告是一家中国香港公司,双方因合同纠纷发生争议。原告随即诉至香港特区法院,被告也在不久后向中国内地的福建省高级人民法院提起诉讼。2001年10月,被告以不方便法院原则^⑤为由请求香港特区法院暂缓一切诉讼程序,而原告则在2002年2月提出申请,请求高等法院颁发禁诉令限制被告在内地福建高院进行的诉讼程序。香港高等法院法官在判案中先后援引了“Airbus Industrie v. Patel”“Amchem Products Inc. v. Workers' Compensation Board”“Turner v. Grovit”等英国判例,较为详实地阐述了禁诉令的签发和适用条件:法庭无意干预任何域外法院的管辖,但如果当事人向域外法院提起的诉讼是无理缠讼(Vexatious)或者是具有压迫性的(Oppressive),法庭也可以限制被告在域外法院的诉讼;申请人需承担举证责任,说明被申请人系恶意提起的域外诉讼,

^④ GM1 and GM2 v. KC, [2019] HKCFI 2793, High Court of Hong Kong, 2019, paras.5, 8, 14. 香港特区《仲裁条例》第45(2)条规定:“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。”香港特区《高等法院条例》第21L(1)条规定:“在原讼法庭觉得如此行事是公正或适宜的所有情况下,原讼法庭可藉命令(不论是非正审命令或最终命令)授予强制令或委任任何一名接管人。”

^⑤ 不方便法院原则是指法院在审理其某一具有管辖权的案件时,如果认为该案件在其他法院审理更为合适的,可以拒绝行使对案件的管辖权,将案件交由其他更为方便的法院进行审理。

其目的在于阻挠或妨碍本法域内即将开始或正在进行的程序；不同国家和地区对于管辖权的归属有不同的看法，法庭应尊重各法域之间管辖权规则的差异，不能通过签发禁诉令的方式僭取域外法院解决争端的权力，否则可能对诉讼当事方造成不公；法官在自由裁量的过程中必须考虑礼让原则，谨慎行使管辖权。^⑥可以看出，在长期的司法实践中，尽管香港特区法院通过判例法明确法官对签发禁诉令享有自由裁量权，但其适用条件仍相对严苛，最终裁定准予对内地签发禁诉令的案件实则少之又少。

不过近年来情况有所转变，在2015年至2020年间发生的四起案例中，香港特区法院均支持了当事人的禁诉令申请。^⑦这四起案件的共同点可以概括为“当事人在协议中约定了仲裁条款，一方违反仲裁协议在内地法院提起诉讼，另一方向香港特区法院申请签发禁诉令，以限制其在内地启动法律程序”。不同之处在于四起案件中香港特区仲裁程序的实质性进展不同，存在仲裁程序尚未开展、仲裁程序正在进行以及仲裁程序已经完结且被申请人败诉后在内地法院提起诉讼三种不同情况。这四起案件与前述“First Laser Ltd.”案的案情也不相同，“First Laser Ltd.”案体现的是内地与香港特区两地的平行诉讼，而这四起案件实际上反映的是仲裁与诉讼的平行程序，这在现实中引起了更多的司法分歧与理论争议：例如当事人之间的仲裁协议能否排除域外法院管辖；若可以，禁诉令是否因此得以正当化，如不能，仲裁条款的效力又该如何理解？可见，禁诉令表面上是法院对当事人施以衡平法上特殊救济的程序，但在涉港民商事案件管辖权竞合的背景下又与区际管辖权竞合、仲裁庭的自裁管辖权、仲裁与诉讼的平行程序以及现有司法协助安排等交互频繁、纠葛甚多。

上述审判实践的变化呈现出一定的规律性特征：第一，在仲裁与诉讼平行程序下香港特区法院对禁诉令的适用趋于频繁。背后的原因不难推知：一方面是因诉讼过程中若只是出于普通的对抗诉讼、重复诉讼、关联诉讼等情况而签发禁诉令，已难以得到社会各界的广泛认同，更多需要基于排他性选择法院协议管辖、专属管辖等约定或法定事由才可予以支持，但香港特区承袭普通法，对专属管辖并无作出明确规定。另一方面，随着国际商事仲裁的应用日益广泛，完全有理由相信理性的商人在缔结合约时会倾向于选择订立仲裁条款。在“支持仲裁”这一原则的影响下，香港特区法院往后在具体个案中对内地签发禁诉令的现象可能更为普遍。第二，内地法院在面对香港特区签发的禁诉令时采取的应对手段也相对强硬。2017年武汉海事法院在“Ken Sirius案”中，就曾颁发海事强制令责令当事人向香港特区法院撤回其禁诉令申请。^⑧这是首例内地海事法院对域外法下禁诉令作出正面回应的司法实践，由此表露出内地法院对适用禁诉令或相关类似

⑥ First Laser Ltd. v. Fujian Enterprises (Holdings) Co. Ltd. and Jian'an Investment Ltd., HCA 4414/2001, High Court of Hong Kong, 2002, paras.60-62.

⑦ 这四起典型案例分别为：武汉海事法院（2017）鄂72行保3号民事裁定书（华泰财产保险有限公司深圳分公司与克利伯租船公司海上货物运输提单纠纷案）；HKK2 Ltd. v. Shandong Chenming Paper Holdings Ltd., [2018] HKCFI 93; Giorgio Armani S.P.A. v. Elan Clothes Co. Ltd. (formerly known as Dalian Les Copious Clothes Co. Ltd., [2019] HKCFI 530; GM1 and GM2 v. KC, [2019] HKCFI 2793.

⑧ 武汉海事法院（2017）鄂72行保3号民事裁定书。

措施的态度也不再排斥。而上述变化又可能将涉港民商事案件的管辖权竞合引至另一个方向：一旦香港特区法院对禁诉令的签发与适用更为频繁，内地是否仍会选择消极防御？如若内地的应对措施愈发强硬，涉港民商事案件的管辖权竞合是否会进一步发展？既然内地法院对于适用禁诉令的意愿有所提升，能否利用这一契机，将禁诉令制度引入我国内地，以实现区际管辖权竞合与平行程序的缓和与消解？从这个角度上来看，涉港民商事平行程序无疑为此提供了一块“良好的试验田”，可供进一步商讨。^⑨

二、误识与纠偏：禁诉令引进可能面临的法系冲突与移植困境

禁诉令的制度移植与法律适用始终是国际和区际平行诉讼领域的热议话题，目前理论界和实务界对其在国际法上的合法性以及制度移植的必要性表示出诸多担忧和质疑。欲将禁诉令制度引至区际环境下解决内地与香港特区民商事案件管辖权的竞合，就应逐一厘清其中的适用逻辑并对相关误识进行纠偏。

（一）禁诉令制度与内地法律体系的相容性

有学者认为：禁诉令制度赋予法官广泛的自由裁量权，不同法官掌握的宽严标准有较大差异，^⑩更遑论在形式僵化的成文法典中对其规范立法。可以看出，关于禁诉令可否在内地予以适用的讨论，有很大一部分阻力是对其普通法背景的质疑，由于法律传统的不同，大陆法系国家和地区的学者和法官最初很难理解这一普通法制度的特殊性，因而在许多情况下对其抱有敌对与排斥心理。^⑪然而，应该认识到，禁诉令虽源于英国，但其适用并不仅限于传统的普通法系国家和地区，德国和法国等大陆法系国家也存在适用禁诉令的判例，尽管其未曾有过成文法上的明文规定。^⑫此外，不方便法院原则在内地的适用也是一个极具参考性价值的先例。该原则起初是作为普通法法域的一项重要原则，而后我国内地尝试在具体个案中司法先行，从2004年最高人民法院颁布《涉外商事海事审判实务问题解答》，到2015年民事诉讼法司法解释对其设立了专门条款，再到2023年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）将不方便法院原则正式入法并规定于第282条。不方便法院原则于中国特色的法治土壤下充分彰显出其在域外民商事诉讼中自我谦抑的独特价值，同理也不能因禁诉令可能存在的法律文化障碍而完全排除其在内地实现立法兼容的可能性，更不能笼统地基于禁诉令的普通法出身而否定其在大陆法下的制度功能性。

此外，不方便法院原则与禁诉令制度一守一攻，一盾一矛，是共同调节域外民商事案件管辖权竞合的重要武器。正因如此，多数国家和地区通常会配套制定不方便法院原则和禁诉令制度作为政策调适的工具，或依据不方便法院原则进行管辖权的自我限缩，或

^⑨ 彭奕：《我国内地适用禁诉令制度探析》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期，第60页。

^⑩ 参见张利民：《国际民诉中禁诉令的运用及我国禁诉令制度的构建》，载《法学》2007年第3期，第124页。

^⑪ 毕潇潇：《临时禁令制度研究》，法律出版社2022年12月版，第127页。

^⑫ 李双元、谢石松、欧福永：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社2016年9月版，第336页。

签发禁诉令以积极进取。^⑬在不方便法院原则于司法实践中的应用已日臻成熟的情况下,禁诉令制度缺位导致“跛脚前行”的负面效果也愈发明显。一旦香港特区法院对内地诉讼程序中的当事人签发禁诉令,其就可能面临民事和刑事处罚的双重风险。^⑭因此,为避免违反禁诉令可能承担的高额赔偿或其他不利后果,当事人往往只能受禁诉令的制约无奈撤回在内地法院的诉讼,否则其在香港区域内的财产以及将来可能在香港区域内从事的业务活动,都可能因此遭受牵连。

(二) 禁诉令制度应对平行程序的不可替代性

对于禁诉令在内地的移植与适用是否具有必要性的问题,则须进一步考虑是否存在其他的可替代性措施。如前所述,平行程序存在于以下两种情形:一是当两个或两个以上的国家或地区对同一民商事争议主张管辖权而发生的平行诉讼或诉讼竞合现象;二是根据“或裁或审”原则,一份有效且可执行的仲裁协议原则上排除了任何其他公共机构的管辖权,此时仲裁权与诉权是互斥关系,一旦仲裁管辖权与司法管辖权的划分不明,抑或是双方对仲裁协议的效力产生分歧,仲裁与诉讼间的平行程序也就由此生发。^⑮

1. 解决域外平行诉讼的主要制度与利弊分析

从域外实践经验来看,应对平行诉讼的机制除禁诉令制度以外,一般还包括先受理法院制度、承认预期制度、不方便法院制度以及未决诉讼制度等相关规则。^⑯在判断以上这些制度可否成为可替代措施并预期实现禁诉令所承载的功能价值时,既要充分考虑到现有制度的实施现状,也要适当估量制度引进以及预期效果之间的成本及收益。虽然我国内地目前吸纳了不方便法院原则,但司法实践证明,法官在具体个案中试图排除“不方便”案件的管辖权时,往往囿于《民事诉讼法司法解释》第530条刚性的法定要件而难以适用不方便法院原则,从而使得该原则本身所应具有的功能被严重弱化。^⑰此时,禁诉令对于规制一方当事人在域外提起让另一方当事人感到困扰和压迫的诉讼,仍然具有重要作用。^⑱

除不方便法院原则以外的其他制度,我国内地尚未在域外管辖权规则中予以确立,相较之下,即便通过制度引进,其预期达成的效果也未必能优于禁诉令制度。首先,尽管内地很早就在国内民事诉讼中确立了先受理法院规则,即当原告向两个或两个以上有管辖权的人民法院起诉时,由最先立案的人民法院管辖,但涉外编中却没有相关规定。值得注意的是,欧盟的布鲁塞尔体系中存在着另一个与“先受理法院”原则互为孪生的制度——“未决诉讼规则”:当两个成员国法院分别面对相同当事人提起的相同诉讼时,后

^⑬ 宋晓:《国际民事诉讼管辖权的基础构造》,载《中国法学》2024年第1期,第283-284页。

^⑭ 刘敬一:《国际民商事诉讼中禁诉令的中国应对:实践及路径》,载《中国外资》2022年第9期,第78页。

^⑮ 高薇:《仲裁抑或诉讼?——国际商事仲裁平行程序及其解决机制》,载《河北法学》2011年第5期,第85页。

^⑯ 徐文进:《防范化解重大风险视阈下平行诉讼制度的反思与完善——以90份裁判文书的实证分析为视角》,载《湖湘论坛》2020年第2期,第130页。

^⑰ 同上,第139页。

^⑱ 刘枫欣:《国际民事司法合作视野下外国禁诉令之应对》,载《河南财经政法大学学报》2021年第5期,第64-65页。

受理案件的法院必须中止行使管辖权,以此避免平行诉讼所带来的司法困境。^{①⑨}而问题在于,“先受理法院原则”与“未决诉讼规则”均强调受诉时间的先后,先受理法院优先享有对该案件的管辖权,后受理的法院就应中止行使管辖权。当事人很有可能利用该项原则,刻意选择诉讼程序冗长的域外法院,进而导致诉讼程序的拖延或者是规避预期对自己作出不利判决的法院之情形。^{②⑩}为避免诉讼程序被推迟延缓或恶意利用,后受理法院便可以利用禁诉令制度以确保其自身拥有的排他性管辖权的优先权。因此,倘若仅仅以“先受理法院原则”来解决区际乃至国际语境下的平行诉讼,作用效果始终有限。

承认预期制度则意味着,如果能够预期域外法院的判决日后能为本法域法院承认和执行,则本法域可以放弃行使管辖权,从而将管辖权的行使与判决的承认与执行相衔接,一定程度上避免了不同法域法院作出的冲突性判决。^{③⑪}承认预期制度的弊端在于预测的不确定性,承认预期规则的审查要素难以固化。^{④⑫}并且,如果法院一开始便依据承认预期规则对域外法院判决的承认与执行作出肯定性预判,最后在当事人申请执行时又以违反本法域公共利益为由不予执行的,反而会增加当事人的诉累,有损法院司法权威。我国内地目前没有确立承认预期制度,而是选择在管辖权阶段放任平行诉讼,直到判决的承认与执行阶段再通过诉讼竞合审查避免矛盾判决的产生。^{⑤⑬}另外,我国区际判决承认与执行目前也均为“单一”安排,只解决最终判决的承认与执行问题,而不直接处理诉讼前期的管辖权 and 与之相伴的平行诉讼问题。^{⑥⑭}这恰恰也是当前制度的症结所在,大量冲突判决只能留待“下游”的判决承认与执行阶段得到解决,可以预见的是,“判决竞赛”的现象将频繁上演。如有可能,仍应考虑纳入直接的管辖权规则予以有效规制。

以上表明,我国内地现行相关法律规范尚不能妥善应对域外平行诉讼问题,不方便法院原则对域外管辖权竞合的协调作用并不理想。通过对几种制度的利弊分析,相较之下,将先受理法院原则从国内管辖规则引至域外诉讼程序,用以解决域外平行诉讼的可能性反而大大提升,但最为理想的效果仍应是共同采用先受理法院原则与禁诉令制度作为解决管辖权竞合的一般规则。当域外法院不当行使管辖权甚至是蓄意扩张管辖权之时,禁诉令便可化为利刃,协调管辖权竞合。

2. 解决域外诉讼与仲裁平行程序的主要制度与利弊分析

在解决诉讼与仲裁平行程序问题时,除了上述的未决诉讼原则、禁诉令与禁裁令以外,还有“仲裁庭自裁管辖权原则”与“诉讼和仲裁平行模式”两种机制。“诉讼与仲裁并行”模式并不试图处理和解决平行程序所带来的消极后果,而是放任诉讼与仲裁

^{①⑨} 肖雯:《欧盟〈布鲁塞尔条例I(重订)〉关于“未决诉讼”修订之评介》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2019年第5期,第43页。

^{②⑩} 张丽英:《“最先受理法院原则”与禁诉令的博弈》,载《中国海商法研究》2012年第1期,第82页。

^{③⑪} 刘力:《国际民事诉讼管辖权研究》,中国政法大学博士学位论文,2004年。

^{④⑫} 同前注^{③⑪},第138页。

^{⑤⑬} 刘仁山、陈杰:《我国面临的国际平行诉讼问题与协调对策》,载《东岳论丛》2019年第12期,第154页。

^{⑥⑭} 涂广建:《港、澳回归后的我国区际私法:成就、反思与展望》,载《国际法研究》2021年第2期,第122页。

程序同时进行,容易造成司法资源的浪费。^{②5}鉴于此,多数国家和地区均不采取此种模式。颇为流行的做法是国际商事仲裁实践中确立的仲裁庭自裁管辖权原则(Competence-Competence Doctrine),仲裁庭有权对仲裁协议的效力及管辖问题作出判断,且各国也通常将仲裁庭对仲裁管辖问题的决定权置于优先地位。^{②6}例如,香港特区《仲裁条例》第34条就参照《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第16条的规定确立了该项原则,即仲裁庭有权决定仲裁协议的效力,香港特区法院一般不轻易干预仲裁程序的进行。^{②7}但从我国现行的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)来看,内地目前并没有明确规定仲裁庭的自裁管辖权原则,而是选择将管辖权异议的决定权赋予仲裁委员会与人民法院,同时明确人民法院具有决定仲裁管辖权异议的优先权。^{②8}

目前,随着仲裁庭自裁管辖权这一原则得到越来越多国家和地区的普遍认可,支持仲裁原则也接连在国际公约和国内法律中得到体现。我国《仲裁法》现已进入修订议程,最终结果尚未明确,但应承认,确立仲裁优先的自裁管辖权原则不失为可供切实推行的思路。^{②9}不过这是否意味着自裁管辖权原则足以替代禁诉令制度而成为仲裁与诉讼平行程序的独立性支柱?事实并非如此,仲裁庭拟中止某项诉讼程序之前,会作出维护自身管辖基础的推定性裁决,自裁管辖权原则不仅为其审查仲裁协议是否存在和有效与否提供了依据,而且作为延伸,还可以禁止当事人违反仲裁协议参与法院程序。^{③0}此时,禁诉令可以为自裁管辖权制度提供保障,维护仲裁庭的优先管辖权。在仲裁庭自裁管辖权原则下,也存在着极少数可以由法院发布禁裁令的例外,但法院只有在特殊情形下才可以审慎行使这项权力。^{③1}因此无论在何种情况下,禁诉令都具有存在的必要性。

三、重塑与演绎：涉港民商事案件管辖权竞合背景下禁诉令制度内涵与价值的再认识

平行程序可能带来一系列的消极影响,譬如徒增法院与当事人的诉累,造成司法资

^{②5} 涂广建:《论国际商事仲裁与诉讼的平行程序》,载《南大法学》2021年第4期,第27页。

^{②6} 胡荻、蓝寿荣:《论国际商事仲裁难题之“一事两诉”》,载《理论月刊》2013年第5期,第119页。

^{②7} X and Y v. ZPRC and ZHK, [2020] HKCFI 631, High Court of Hong Kong, 2020, para.28. 香港特区《仲裁条例》第34(1)条规定:“仲裁庭可以对其管辖权,包括对关于仲裁协议的存在或效力的任何异议作出裁定。”

^{②8} 现行《中华人民共和国仲裁法》(2017年修正)第20条规定:“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。”

^{②9} 2021年《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第28条对原《仲裁法》第20条进行大幅度调整并采纳了仲裁庭的自裁管辖权原则,规定:“当事人对仲裁协议是否存在、有效等效力问题或者仲裁案件的管辖权有异议的,应当在仲裁规则规定的答辩期限内提出,由仲裁庭作出决定。仲裁庭组成前,仲裁机构可以根据表面证据决定仲裁程序是否继续进行。当事人未经前款规定程序直接向人民法院提出异议的,人民法院不予受理。”

^{③0} [法]伊曼纽尔·盖拉德、傅攀峰:《协调抑或混乱:礼让、未决之诉与既判力等原则适用于国际仲裁吗?》,载《国际法研究》2020年第3期,第110页。

^{③1} 于秋磊:《国际商事争议中禁止仲裁令制度在我国的构建》,载《中国法律评论》2023年第6期,第215页。

源的浪费,阻碍民商事判决在全球范围内的流通甚至使“判决竞赛”愈演愈烈等。在大湾区融合的背景下,内地法院与香港特区法院之间的管辖权竞争并不具有迫切的现实意义,原则上不应鼓励大湾区跨境平行程序的发生。^{③②}在涉港民商事案件管辖权竞合的背景下,禁诉令制度对于平行程序问题的解决具有其独特的内涵与价值。

(一) 现实动因: 内地与香港特区民商事案件管辖权竞合问题凸显

回溯历史,禁诉令起初亦是作为协调英国国内法院管辖权竞合的有力工具,而后才逐步走进国际视野。我国内地与香港特区在恪守“一个中国”原则的基础上,对彼此法域的司法权秉承着相互尊重的理念,涉港民商事管辖权问题毫无疑问应当属于国内问题,存在于内地法域之外、一国主权之内。^{③③}因此,从客观环境上看,内地实际上是具备禁诉令移植的适宜土壤的。随着粤港澳大湾区的深度融合,禁诉令制度在内地的移植与适用更显迫切。

2003年,内地与香港特区在《关于建立更紧密经贸关系的安排》(Closer Economic Partnership Arrangement,以下简称CEPA)框架下,签署服务贸易协议,两地基本实现服务贸易的自由化。在之后的时间里,两地经贸往来与交流逐渐深化和推进,框架之下的补充承诺协议亦不断开放,CEPA跃升成为珠江三角洲经济圈增长的最大引擎,涉港民商事法律关系随之复杂化,涉港民商事矛盾与纠纷也纷至沓来。争端解决的方式在一定程度上也反作用于两地的经贸往来,毕竟理性的商人总是注重规避风险,内地与香港特区的平行程序问题也因此成为推动大湾区商贸深度融合需要解决的问题。如果说,平行程序是“果”,则“因”就在于两地民商事案件管辖权的竞合,故而平行程序的解决仍须着眼于两地民商事管辖权竞合的协调。目前内地与香港特区民商事案件管辖权的竞合主要由两方面的因素造成,即两地管辖权制度的规则制定不同与协调方式不同。

内地与香港特区的管辖权制度规则不同。内地与香港特分别继受大陆法系与普通法系的传统,二者对于管辖权规则体系的功能性划分有着明显差异。普通法系国家和地区多将诉讼区分为对人管辖权(Personal Jurisdiction)和对物管辖权(Subject Matter Jurisdiction),因其设立的标准相对弹性,故不存在严格意义上的一般管辖权、特殊管辖权与专属管辖权的概念。^{③④}因此,当内地主张专属管辖权的排他性效力时,由于此种排他性效力不为香港特区立法所认可,香港特区法院仍可以继续行使地域管辖权。^{③⑤}

此外,内地与香港特区在管辖权的协调方式上也有所差异。由于香港特区的民商事管辖权都没有法定的排他性效力,可以由香港特区法院自由裁量决定是否行使管辖权,必要时可以决定是否根据不方便法院原则中止诉讼,或是通过签发禁诉令禁止当事人在

^{③②} 刘天舒、邹润乔、刁超:《粤港澳大湾区涉港澳民商事案件的国际私法问题研究——基于深圳前海法院审判实践的实证分析》,载《港澳研究》2021年第3期,第28页。

^{③③} 根据最高人民法院《关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》第7条“涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民商事案件参照适用本规定”的规定,港澳台民商事案件参照适用该规定管理。

^{③④} 何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社2015年7月版,第112-113页。

^{③⑤} 王玉飞、徐春龙、舒坚:《粤港澳大湾区民商事案件管辖权冲突的弥合进路》,载《法治论坛》2019年第2期,第43页。

域外法院的诉讼。^{③⑥}内地虽然也采用不方便法院原则,但该原则在实践中的适用标准与香港特区仍存在较大差异,内地法院有时也会运用先受理法院原则这一特有机制来解决两地区际民商事案件的管辖权竞合。^{③⑦}

显然,内地与香港特区管辖权规范背后的法律文化、价值理念与规则设计均存在较大差异,管辖权的竞合自然也就不可避免。如今,粤港澳大湾区融合发展的新趋势已经对两地管辖权竞合的协调提出了现实需求,两地合作共赢的美好愿景更是为管辖权竞合的协调提供了坚定基石,此时迫切需要寻求适应大湾区发展需求的新机制。

(二) 最佳选择: 涉港民商事案件管辖权竞合背景下禁诉令制度的独特优势

能否将禁诉令作为区际管辖权竞合的解决方式,国内学者各执一端,但总体上主张适用禁诉令解决区际管辖权竞合及其平行程序问题的观点已经形成压倒性多数。如有学者认为,应当区分区际平行诉讼和国际平行诉讼,由于中国内地与香港、澳门特别行政区之间的管辖权竞合源于一国主权下的区际法律冲突,禁诉令若适用得当可以促成管辖权竞合的纾解,适用不当却可能产生适得其反的效果,在各法域正日益形成一个经济共同体的背景下,为推进两地法律合作,禁诉令应当严格适用。^{③⑧}也有学者认为,禁诉令的引入是可行的,鉴于我国司法传统和环境对禁诉令的开放程序和适应程度,这种引入不能一蹴而就,中国内地法院适用禁诉令的起点宜始于涉港平行程序。^{③⑨}上述两种思路的逻辑起点是在充分肯定禁诉令制度独特优势的同时,强调禁诉令适用应遵循的两个基本原则:“审慎适用”与“分阶段、分领域适用”。禁诉令之所以对涉港民商事案件管辖权竞合的协调具有明显的制度优越性,主要有以下三方面的理由:

首先,在价值的取舍方面,禁诉令作为一种单方面的司法强制行为在国际法上面临的种种质疑,在区际问题中反而容易被过滤和淡化,使得禁诉令制度得以真正焕发出其在追求当事人之间的公正、解决两地管辖权竞合及平行程序等方面的价值。在域外实践中,欧盟法院曾在判例中坚决否定了禁诉令在欧盟境内的既判力,明确表示不允许成员国法院签发禁诉令阻止当事人在另一成员国法院提起的诉讼。^{④⑩}欧盟法院之所以限制一国法院对其他成员国法院签发禁诉令,主要原因在于其不允许因禁诉令而贬损欧盟成员国之间的相互信任原则,正是这种“相互信任”才使得一个统一的强制性管辖权体系得以顺利运行。^{④⑪}欧盟否定了以禁诉令为支撑的仲裁独立,看似是为两个平行程序提供了

^{③⑥} 张淑钿:《中国内地与香港区际民商事案件管辖权冲突问题研究》,华东政法大学博士学位论文,2007年。

^{③⑦} 同上,第52-73页。

^{③⑧} 参见王娟:《关于我国引入禁诉令制度的思考》,载《法学评论》2009年第6期,第76-77页;宋建立:《关于涉外商事诉讼管辖权冲突解决的几个问题》,载《人民司法》2011年第19期,第35-36页。

^{③⑨} 同前注^{③⑧},第60-62页。

^{④⑩} Chukwudi Paschal Ojieghe, *From West Tankers to Gazprom: Anti-Suit Injunctions, Arbitral Anti-Suit Orders and the Brussels I Recast*, *Journal of Private International Law*, 2015, Vol.19:11, pp.274-277.

^{④⑪} Aygun Mammadzada, *Arbitral Anti-Suit Measures: Implications of Mutual Trust*, *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, Vol.3:3, pp.39-40; Neil A. Dowers, *The Anti-Suit Injunction and the EU: Legal Tradition and Europeanisation in International Private Law*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, Vol.12:2, pp.964-965.

自由裁决的机会,但却使得国际商事仲裁制度中认可度最高的仲裁庭自裁管辖权原则在欧盟内部难以实现。在国际商事仲裁领域,司法过多、过早介入会在一定程度上减损当事人将争端交由仲裁庭进行裁决的意思自治,同一争议的重复和冲突裁决也会进一步影响仲裁与诉讼结果的确定性和公信力。^⑫就我国而言,香港特区本身适用禁诉令,又不排斥其他国家或地区的禁诉令,因而它对内地向其签发禁诉令的行为也应抱有一定的合理预期。内地与香港特区之间的理解与互信又是立足于“一国”之本,理论上可以适应司法行为某种程度上的相互妥协与相互干预。^⑬至于禁诉令的价值取舍与利弊权衡如何通过精细化的设计得到实现,有待后文继续展开。

其次,在管辖权竞合的协调方面,除了灵活采用不方便法院原则等解决机制以外,还可以通过关注不同类型的管辖权形态予以调整,进而确立两地管辖权之间的效力次序。有学者提供了如下一种思路借鉴:即确立专属管辖权与排他性协议管辖权优先的一般规则,并建构以先受理法院为原则、不方便法院为例外的多重机制。^⑭值得一提的是,香港特区法院在具体个案中签发禁诉令时的裁判说理,以及内地学者的理论建构中,也大多都认为在发生平行程序的情况下,禁诉令的可适用情况应限于专属管辖案件与排他性协议管辖案件。^⑮换句话说,禁诉令制度有利于保障专属管辖权与排他性管辖权的优先效力。再如前所述,禁诉令的制度优势可以在一定程度上弥补先受理法院原则与不方便法院原则存在的不足和缺陷,对提升规范的适用效果具有重要的现实意义。禁诉令制度的适用与上述思路可以说是不谋而合,这种偶然的契合也充分印证了禁诉令制度在协调涉港民商事案件管辖权竞合方面的独特价值。

最后,在法律文化观念的理解与接受程度方面,禁诉令与我国内地的“行为保全”二者遵循基本相似的法理,欲进一步实现与既有规则制度的衔接以及与既有法律体系的兼容这一过程并不存在难以跨越的障碍。在“临时救济”上位概念的统辖下,我国内地承袭大陆法系立法传统而设立的保全制度与普通法系常用的临时禁令形成体系上的对应关系。^⑯禁诉令这一术语本身又囊括于“临时措施”“临时禁令”等法律概念之下,这在一定程度上说明禁诉令的移植与适用可以与内地的法律文化形成合理自治。《民事诉讼法》第103条规定,人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。条文规范表明,行为保全与禁诉令都可以抽象出“禁止当事人为一定行为”的司法强制性因素,或可借此实现禁诉令制度在我国内地的顺利嫁

^⑫ 李天生、伍方凌:《布鲁塞尔体系下仲裁独立性的回归及其对“一带一路”仲裁合作的启示》,载《江苏大学学报(社会科学版)》2023年第3期,第84页。

^⑬ Wei Kang Louis Lai, “Trust” and Anti-Suit Injunctions under “One Country, Two Systems”, Singapore Law Review, 2019-2020, Vol.39:37, pp.101-102.

^⑭ 张淑钿:《涉港民事管辖权冲突解决机制的重构》,载《法学论坛》2011年第6期,第150-151页。

^⑮ 此处是从管辖类型上进行的归纳,后文第四部分还提及了适用禁诉令的另外两种情况,即“当事人一方在域外进行的程序明显是纠缠性、胁迫性或是极不公正的”,以及“当事人约定了有效的仲裁条款”,二者之间并不冲突。

^⑯ 季澄珏:《禁诉令成文立法模式探讨——以国际民事诉讼管辖冲突为背景》,载《财经法学》2023年第3期,第184-185页。

接与过渡。内地对禁诉令制度的移植与适用并非全盘接纳和吸收,而是要像引入同样具有普通法特色的不方便法院原则一样,将与之相关的判例法去粗存精,形成适应于中国内地这个特定环境与特定形势下的法律规则。^{④7}

四、应对与啮合：禁诉令协调涉港民商事案件管辖权竞合的路径与策略

尽管我国民事诉讼法至今尚未将禁诉令确立为一项基本的制度规则,但在海事领域与知识产权领域早已出现了禁诉令式的法律条款。^{④8}即便多数情况下法院是以海事强制令与知识产权诉前禁令的形式作出“反禁诉令”,但事实上无论以海事强制令、诉前禁令抑或是行为保全的名义颁发禁诉令,都只是在制度供给不足的情况下对既有制度的灵活解释和适用。^{④9}因此,从更为宽泛的语义来理解,“反禁诉令”本质也是一项“禁诉令”。在这个语境之下的禁诉令制度,可以主动“出击”,也可以灵活“反击”,但在“亮出利刃”“摆出态度”的同时,也应讲究理据充分,审慎而为。

(一) 主要措施：禁诉令在内地的制度建构

1. 禁诉令的立法模式

关于禁诉令的立法与司法适用模式,主要围绕以下两方面讨论:一是对行为保全作扩大化解释适用。鉴于禁诉令制度与现有的行为保全制度存在相似的内核,且行为保全制度在内地民事诉讼法体系中由来已久,可以考虑在尽量不变动原有条文或是允许稍作修改的情况下,将“行为保全”作扩张性解释适用;二是在民事诉讼法涉外编中另起炉灶,为禁诉令制度正式拟定条文,规范入法。

在“康文森公司与华为公司标准必要专利许可纠纷”案中,最高人民法院最终是依据行为保全的规定作出禁诉令裁定,但此种做法仍有待探讨。^{⑤0}原因在于,国内民事诉讼与涉外民事诉讼所侧重的规范价值与基本理念相差甚远,位于国内民事诉讼程序部分的行为保全制度应是针对当事人在私法上的行为,而不包括当事人于公法上的行为,而禁诉令制度却是明显针对当事人一方在另一国公法上的行为。^{⑤1}因此,行为保全制度更多关注私法利益的比较和衡量,难以为禁诉令提供充分的法理支撑。^{⑤2}相较而言,在民事诉讼法中增设禁诉令条款值得肯定但相对超前。禁诉令在短时间内仍应遵循“审慎适用”与“分阶段、分领域适用”,在此原则的指导下,或许可以借鉴和参考不方便法院原则“司

^{④7} 甘勇、江宇轩:《美国禁诉令制度之发展及其对中国的启示》,载《国际法研究》2023年第2期,第141页。

^{④8} 海事强制令主要规定于《中华人民共和国民事诉讼法特别程序法》第51-61条,知识产权禁令主要规定于《中华人民共和国著作权法》第56条,《中华人民共和国商标法》第65条,《中华人民共和国专利法》第72条,以及《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》等。

^{④9} 宁立志、龚涛:《禁诉令大战的理论意蕴与实践应对》,载《政法论丛》2021年第6期,第34页。

^{⑤0} 最高人民法院(2019)最高法知民终732、733、734号之一、二民事裁定书。

^{⑤1} 同前注^{④9},第34页。

^{⑤2} 宋晓:《涉外标准必要专利纠纷禁诉令的司法方法》,载《法学》2021年第11期,第192页。

法先于立法”的经验。若短时间内,内地与香港特区在民商事管辖权领域达成新的共识或拟发布司法协助安排、会议纪要等,可以考虑订入禁诉令条款,为两地互相签发禁诉令的行为提供宏观指导和依据,同时也应鼓励两地法院就司法事务积极沟通。但若短时间内难以达成共识,可以选择由最高人民法院单方面发布司法意见的方式,申明内地法院必要时可对港颁布禁诉令,待实践日益成熟以后,再逐渐为民事诉讼法接纳和吸收,推广并应用于区际乃至国际平行程序的解决。

2. 禁诉令的适用情形

为体现我国内地法院的审慎立场,允许签发禁诉令应仅限于以下几种情况:(1)当事人一方在香港特区进行的程序明显是纠缠性、胁迫性或是极不公正的;(2)当事人一方在香港特区进行的程序违反中国内地专属管辖规定的;(3)当事人一方在香港特区进行的程序违反当事人约定由中国内地法院排他性管辖的有效协议;(4)当事人一方在香港特区进行的程序违反当事人约定由中国内地仲裁机构仲裁的有效仲裁协议;(5)案件的审理过程或结果涉及国家重要公共政策且有必要由中国内地法院管辖的。其中,设置兜底情形目的是为法官留下适当的自由裁量空间,以避免条文过于机械和僵硬而导致实践中的适用效果欠佳。

同时,法院在审查禁诉令申请时应特别考虑以下因素:(1)不同程序中的当事人、诉讼标的与诉讼请求是否相同;(2)两地争端解决程序已经取得的实质性进展;(3)申请人是否可能因此受到不可弥补的损害,颁发禁诉令是否有违当事人之间的公正性;(4)香港特区法院的管辖权是否合理,是否有必要保护中国内地的管辖权;(5)司法便宜程度的权衡等。^③需要明确的是,禁诉令的作出只能应当事人请求作出,而不能由法院依职权作出。

此外,建议内地尽早确立仲裁庭的自裁管辖权原则,若当事人对仲裁协议的效力及管辖提出异议,应由仲裁庭进行审查并作出决定,在决定未作出之前,法院不能随意干涉仲裁程序的进行。

3. 禁诉令的法律效力及责任

禁诉令作为一项中间禁令具有临时性,需附上一定的期限,该期限可以由法院根据实际需要确定,如果未作特别限制,一般视为效力维持至判决生效前。同时要在法律规范层面明确违反禁诉令应承担的法律后果,才能起到一定的震慑效力。普通法上的规定通常是当事人违反禁诉令将以藐视法庭罪论处。我国内地同样也可以明确,当事人若拒绝遵守禁诉令,可能承担民事或刑事责任。民事责任可以按照《民事诉讼法》第114条的规定,对拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的,人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留,以此追究违反禁诉令一方当事人的责任。违反禁诉令应承担的刑

^③ 参见欧福永:《国际民事诉讼中的禁诉令》,北京大学出版社2007年6月版,第258页。

事责任则可以按照《中华人民共和国刑法》第313条进行处置。^{⑤4}

4. 审理法院及救济程序

为遵循审慎原则,实践中可以考虑将禁诉令的签发权限定于我国内地最高人民法院、各高级人民法院以及对涉外案件有集中管辖权的法院,同时,应赋予被申请人对我国内地签发的禁诉令或反禁诉令的上诉权,以便对当事人的程序性权利提供全方位的保障。^{⑤5}

(二) 短期应对: 具体个案中内地可供实施的其他路径

禁诉令制度在内地的建构与实施想必还有很长的一段路要走,而现阶段,在具体个案中对于香港特区法院发出的禁诉令,我国内地仍可以考虑通过如下的几种措施予以应对:

1. 拒绝送达

在“Giorgio Armani S.P.A. v. Elan Clothes Co. Ltd.”以及“GM1 and GM2 v. KC”案件中,审理法官均肯定,禁诉令属于香港特区《仲裁条例》第45条和《高等法院条例》第21L条所指的临时措施的范围,香港特区法院有权根据这两条法律规定作出禁诉令。根据《高等法院规则》第73号命令可以推知,临时措施在香港特区可以“法庭命令”的方式作出。^{⑤6}《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》(以下简称《内地与香港送达安排》)第九项订明:“本安排的司法文书在香港特别行政区包括:起诉状副本、上诉状副本、传票、誓章、判案书、判决书、裁决书、通知书、法庭命令、送达证明”,这表明香港特区的禁诉令完全是有可能在内地进行送达的。但是目前,内地对于禁诉令的态度还没有完全放开,此时内地是否应当根据《内地与香港送达安排》协助向当事人进行送达就存有可供讨论的空间。

在涉外送达实践中,我国内地也曾有过拒绝送达外国文书的案例,在“Long Charity 轮”案中,收货人依据提单法律关系在大连海事法院对承运人提起货损索赔之诉,承运人提出管辖权异议,并向英国法院申请禁诉令。基于对《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(以下简称《海牙送达公约》)第13条第1款的考虑,我国外交部拒绝协助向我方收货人送达禁诉令。^{⑤7}而问题在于,《海牙送达公约》中毕竟存在缔约国拒绝送达司法文书的法定抗辩事由,《内地与香港送达安排》中却没有例外规定。^{⑤8}目前,因司法送达安排中送达效率与送达成功率并不理想,最高院也正因应司法实

^{⑤4} 《中华人民共和国刑法》第313条规定:“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。”

^{⑤5} 同前注^{①8},第71页。

^{⑤6} 关于禁诉令是以命令还是裁决的方式作出,一般认为应该遵循禁诉令的具体内容,考虑是中间禁令还是最后禁令,中间禁令以命令形式作出为宜,而最后禁令则以裁决书的方式作出为宜。

^{⑤7} 同前注^{①4},第77页。

^{⑤8} 《海牙送达公约》第13条第1款规定:“如果送达请求书符合本公约的规定,则文书发往国只在其认为执行请求将损害其主权或安全时才可拒绝执行。”

践之需求,拟在“一国”之内建立有别于涉外送达规则的涉港民商事案件司法文书送达机制。^{⑤9}或可把握这一契机,将禁诉令的司法文书送达排除在外或是增加送达例外的兜底性条款,以期区际实践的禁诉令送达难题得以迎刃而解。

2. 拒绝承认与执行

香港特区签发的禁诉令可否在内地得到承认与执行?答案是不能绝对否定。禁诉令是香港特区法院直接向当事人发出的,因此无需经过内地法院的保全协助。然而,如果香港特区法院对于违反禁诉令的当事人处以高额的惩罚性赔偿,申请人在内地设法将其转化为诉讼或仲裁请求后,使其呈现在最终的实体性裁决结果中,若得到了内地的认可与执行,也就相当于间接承认和执行了该项禁令。这从侧面反映了,按照目前的司法协助体系来看,即便其为禁诉令在内地的适用与执行设置了重重关卡,但仍难以完全避免,理论预设与审判实践出现了脱节。《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》虽明确排除了赔偿性判决,但内地法院在审查的过程中是否有条件将其排除,仍是一个值得探讨的问题。^{⑥0}

3. 参照《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》

为降低或阻却域外法院发布的禁诉令对内地一方当事人造成的影响,内地或可参考国务院于2021年颁布的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下简称《阻断办法》),颁布与实施阻断禁诉令的相关法令,用以阻断域外法院发出禁诉令在域内的效力。^{⑥1}阻断立法与禁诉令制度一样具有“双刃”的特质,容易使诉讼程序中的当事人面临“两难”困境。不过,对于当事人而言,无论是选择遵守域外法院的禁诉令还是本法域的阻断法令,都或多或少存在风险,若可阻却域外诉讼或仲裁程序作出的判决或裁决在本法域内得到承认和执行,能有效降低内地一方当事人的损害。因此,内地可以考虑从“应对”的实际效果出发,规定“不得承认、不得执行、不得遵守有关域外法律与措施的禁令”,甚至可以将上述拒绝送达、拒绝承认与执行等措施一并包含在内,由此构建起阻断域外禁诉令且一揽子解决的初步方案。

结 语

粤港澳大湾区建设是新时代推动形成全面开放新格局的新举措,也是推动“一国两制”事业发展的新实践,内地与香港特区规则衔接、机制对接一直是粤港澳大湾区建设研究关注的重点。法律制度建设与大湾区发展的联系紧密、相互影响、相互作用,作为法律制度探索创新的试验田,大湾区的建设离不开法律制度的供给,法律制度也须为大湾

^{⑤9} 司艳丽:《完善我国涉港民商事案件司法文书送达机制的几点思考》,载《中国应用法学》2023年第2期,第115页。

^{⑥0} 《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》第16条规定:“相互认可和执行的判决内容包括金钱判项、非金钱判项。判决包括惩罚性赔偿的,不予认可和执行惩罚性赔偿部分,但本安排第十七条规定的除外。”

^{⑥1} 《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》,国务院令2021年第1号,2021年1月9日发布。

区融合发展保驾护航。为此,两地已进行过诸多积极尝试和有益探索。时至今日,内地与香港特区民商事领域的司法协助已基本全面覆盖,但随着商贸往来日渐频繁,两地民商事活动带来的纠纷也日益增多,进而对两地民商事案件管辖权竞合的协调提出了迫切的现实需求。禁诉令制度虽源自普通法,但与我国法律体系具有相容性,对管辖权竞合的协调以及平行诉讼与诉裁平行程序问题的解决具有重要的现实意义,而内地与香港特区之间法律合作呈现出的持续性稳中向好趋势,更是为禁诉令在内地的初步试点提供了有利条件。因此,为解决两地民商事案件管辖权竞合的问题,本文建议以涉港平行诉讼与诉裁平行程序为起点,试点形成更多可推广、可复制的规则和经验,并将其逐步应用至涉外民商事领域,逐渐构建起中国范式的禁诉令制度。在统筹推进国内法治与域外法治总目标的引领下,禁诉令制度将会是我国从保守自制走向主动竞争实现蜕变与转身的契机,也是践行域外法治、提升司法效能的必然要求。

Abstract: In recent years, with the vibrant economy of the Mainland and Hong Kong, the issue of competing jurisdictions in civil and commercial cases between the two places has gradually emerged, and parallel proceedings have attracted attention. Although the international community has questioned the use of anti-suit injunctions as they may be contrary to the principle of comity, the application of anti-suit injunctions by Hong Kong courts in judicial practice has also shown an upward trend. Anti-suit injunction is compatible with the Mainland legal system and is irreplaceable in solving the problem of parallel proceedings. If it is introduced to the Mainland, it may be conducive to the coordination and resolution of jurisdictional competitions in civil and commercial cases between the Mainland and Hong Kong. Since the Civil Procedure Law of the People's Republic of China has not yet regarded anti-suit injunctions as a basic institutional rule, and it is difficult to provide sufficient legal support for act preservation, the Mainland needs to improve it by clarifying the circumstances of its application, its effectiveness and liability, as well as the relief procedures. At the same time, in response to the anti-suit injunctions issued by Hong Kong courts, the Mainland may also take measures such as refusal of service, refusal of recognition and enforcement, or reference to the Rule on Counteracting Unjustified Extra-territorial Application of Foreign Legislation and Other Measures in specific cases.

Keywords: anti-suit injunctions; competing jurisdictions in cases; parallel proceedings; doctrine of forum non-conveniens

(责任编辑:佟尧)

评黄金储备公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者 孙 正*

内容提要 黄金储备公司诉委内瑞拉案是投资者 - 国家间争端解决机制下的典型案件, 该案件涉及到了如何界定适格投资的管辖权、破坏投资者合理期待是否应被认定为违反公平公正待遇以及公平公正待遇的具体内涵究竟为何等问题。该案仲裁庭将程序问题与实体问题合并审理, 在确认其具有管辖权的同时认定被申请人违反了双边投资协定项下的公平公正待遇条款。仲裁庭围绕“投资”的适格判断、投资者合理期待的认定、公平公正待遇的内涵以及标准等争议焦点进行了分析, 对后续国际投资仲裁实践具有重要的参考意义。随着国际投资实践不断发展, 投资者的合理期待是否应被认定为公平公正待遇下的具体内涵的问题及其引发的如何平衡东道国规制权与投资者期待利益的问题应当引起充分关注。

关键词 国际投资仲裁; 公平公正待遇; 投资者合理期待

Gold Reserve Inc. 公司 (以下简称黄金储备公司) 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国 (以下简称委内瑞拉) 案是国际投资仲裁领域的典型案例。此案不仅涉及到了仲裁庭的管辖权问题, 也涉及到了对公平公正待遇的判断问题。本文首先对黄金储备公司诉委内瑞拉仲裁案案情进行简要概括, 其次对案件的主要争点进行梳理, 最后就本案对后续国际投资仲裁相关实践的影响进行简要评析。

一、案件概要

(一) 投资事实

Brisas 位于委内瑞拉玻利瓦尔共和国 (以下简称委内瑞拉或被申请人) 东南部 88 公里的矿区, Brisas 特许权覆盖了在 Brisas 地区 500 公顷内的近地表黄金资源, 特许权期限为 20 年, 如果在期满前 6 个月提出申请, 可再延长两个 10 年期。^① 1988 年 4 月 18 日,

* 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硕士研究生孙正编写。

① Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB(AF)/09/1, ICSID, Award, 2014, para. 10.

Brisas 特许权被授予给委内瑞拉 Brisas del Cuyuni 金矿公司 (Compañía Aurífera Brisas del Cuyuni, C.A., 以下简称 Brisas 公司)。1992 年 11 月,美国黄金储备股份有限公司 (Gold Reserve Corp, 以下简称美国黄金储备公司) 在委内瑞拉的子公司委内瑞拉黄金储备公司 (Gold Reserve de Venezuela) 收购了 Brisas 公司。1998 年 10 月 5 日,黄金储备股份有限公司 (Gold Reserve Inc., 以下简称黄金储备公司或申请人) 在加拿大注册成为美国黄金储备公司的全资子公司。1999 年初,黄金储备公司通过公司重组成为美国黄金储备公司的母公司,黄金储备公司因此间接成为了 Brisas 公司的所有者,从而拥有 Brisas 特许权。^②

1993 年, Brisas 公司申请了 Brisas 特许权下硬岩矿藏的特许权 (以下简称 Unicornio 特许权)。委内瑞拉基础工业和采矿部 (Ministry of the People's Power for Basic Industries and Mining, 以下简称 MIBAM) 于 1998 年 3 月 3 日批准此特许权,期限及延长条件与 Brisas 特许权相同。Unicornio 特许权赋予了 Brisas 公司从 Brisas 特许权下的坚硬岩石中提取金、铜和钼的权利。在被授予构成 Brisas 特许权基础的 Unicornio 特许权之后,黄金储备公司计划将两个特许权一起开发,作为更大的 Brisas 项目的一部分。^③

(二) 被诉行为

自 1993 年 8 月起,黄金储备公司向委内瑞拉 MIBAM 及环境保护部 (the Ministry of the People's Power for the Environment, 以下简称 MinAmb) 提交了一系列文件,包括可行性研究报告、环境影响报告等,并获得了 Brisas 特许权的相应授权。^④

2006 年 12 月, MinAmb 进行了一次战略环境评估并表示,其更愿意为每一阶段的作业颁发单独的许可证。2007 年 3 月 27 日, MinAmb 发布了“Brisas 项目金矿和铜矿开发基础设施和服务建设阶段影响自然资源的授权”(以下简称施工许可证)。施工许可证的作用是,只要黄金储备符合施工许可证中规定的某些条件,并且 MinAmb 签署了《启动法令》(Initial Act),认可申请人已遵守条件,申请人就可以开始施工。^⑤

2007 年 5 月 16 日,申请人向 MinAmb 提供了其符合施工许可证条件的证据,并要求 MinAmb 签署《启动法令》,但 MinAmb 没有回应。2007 年 7 月 11 日,申请人发出另一份书面请求。MinAmb 随后通知申请人,在申请人解决通往 Brisas 项目场地的备选道路位置问题之前,它不会签署《启动法令》。2007 年 7 月 25 日,申请人提交了一份改道计划,该计划于 2007 年 8 月 14 日获得 MinAmb 批准。2008 年 4 月 14 日, MinAmb 发布了第 088-08 号行政裁定,宣布施工许可证“绝对无效”,并以“公共秩序原因”予以撤销。^⑥

2009 年 5 月 25 日, MIBAM 发布了一项决议,拒绝了申请人要求的延期,并终止了 Brisas 特许权,理由是申请人缺乏偿付能力,并未能遵守特殊利益条款 (Special Advantage) 的规定。2009 年 10 月,政府没收了申请人的资产并占领了 Brisas 项目的场

^② *Id.*, at para.11.

^③ *Id.*, at paras.12-13.

^④ *Id.*, at paras.14-15.

^⑤ *Id.*, at para.22.

^⑥ *Id.*, at para.23.

地。2017年6月，MIBAM终止了Unicornio 特许权，理由有二：第一，申请人涉嫌未能在7年内开始开采，违反了委内瑞拉1999年《矿业法》第61条；第二，申请人违反了关于聘用实习生的第10号特殊利益条款。^⑦

（三）程序时间轴

- 2009年10月21日，黄金储备公司向国际投资争端解决中心（The International Center for Settlement of Investment Disputes, 以下简称ICSID）提出针对委内瑞拉的仲裁请求。
- 2009年11月9日，ICSID 秘书长登记了仲裁请求。同日，秘书长将登记通知了当事人，开始组建仲裁庭。
- 2010年3月9日，仲裁庭正式组成。
- 2010年12月22日，被申请人向仲裁庭提出管辖权异议。
- 2011年2月25日，仲裁庭决定，根据《ICSID 仲裁规则》第45条第5款，将被申请人的管辖权异议与实质性问题合并处理。
- 2012年2月13日至2012年2月17日，仲裁庭在华盛顿举行听证会。
- 2012年7月25日，仲裁庭发布了一项关于提供更多专家证据的程序令。
- 2013年10月15日至2013年10月16日，仲裁庭在巴黎就进一步的专家补充证据进行开庭审理。
- 2014年7月23日，仲裁庭宣布仲裁程序结束。
- 2014年9月22日，仲裁庭发布案件裁决书。^⑧

（四）双方主张及仲裁庭结论

1. 仲裁申请人的仲裁请求

（a）被申请人违反《加拿大 - 委内瑞拉双边投资条约》（以下简称加 - 委 BIT）第2条规定的义务；^⑨

（b）被申请人违反加 - 委 BIT 第3条规定的义务；^⑩

^⑦ *Id.*, at paras.26-28.

^⑧ *Id.*, at paras.29-221.

^⑨ BIT 第2条规定：

“（1）缔约各方应鼓励为缔约另一方的投资者在其境内投资创造有利条件；

（2）每一缔约方应根据国际法原则，给予另一缔约方投资者的投资或回报以公平公正的待遇以及充分保护和安全；

（3）每一缔约方应允许另一缔约方的投资者或潜在投资者根据其法律和法规建立新的商业企业或收购现有商业企业或该企业的股份，但在任何情况下，其条件不得低于在类似情况下任何第三国的投资者或潜在投资者的条件。”

^⑩ BIT 第3条规定：

“（1）每一缔约方给予另一缔约方投资者的投资或回报的待遇，不应低于其在类似情况下给予任何第三国投资者的投资或回报的待遇；

（2）缔约各方应给予缔约另一方投资者在其投资或收益的扩大、管理、经营、运作、使用、享有、出售或处置方面不低于其在类似情况下给予任何第三国投资者的待遇；

（3）第2条第（3）款和本条第（1）和第（2）款不适用于缔约方根据任何现有或未来的建立、加强或扩大自由贸易区或关税同盟的双边或多边协定而给予的待遇。”

(c) 被申请人违反加 - 委 BIT 第 7 条规定的义务;^⑪

(d) 给予申请人 1735124200 美元的赔偿金,外加自 2008 年 4 月 14 日至裁决之日按照美国最高利率加 2% 的年复利计算的利息;

(e) 给予申请人仲裁庭认为有必要的其他基础上的补偿;

(f) 赔偿申请人在本案仲裁程序中所产生的法律费用及成本;

(g) 以相当于以美元计价的委内瑞拉政府债券的年化收益率的利率,按年复利计算,给予申请人到付款之日为止所确定的全部赔偿金额的利息。^⑫

2. 被申请人的仲裁请求

(a) 根据加 - 委 BIT 第 7 条规定,裁定仲裁庭对申请人提起的 Brisas 特许权及 Unicornio 特许权相关请求无管辖权;

(b) 决定申请人未能阐明其关于 Choco 5 (Brisas 投资项目中的一部分) 的索赔内容,故对该请求不予受理;

(c) 如仲裁庭对申请人的索赔有管辖权,则裁决驳回申请人的所有请求;

(d) 裁决赔偿被申请人与本案抗辩请求有关的所有支出和费用。^⑬

3. 仲裁庭的结论

经最终审理,仲裁庭一致决定:

(1) 被申请人违反了加 - 委 BIT 第 2 条,未能对申请人的投资给予公平公正待遇;

(2) 被申请人应为违反加 - 委 BIT 向申请人支付总额 713032000 美元的赔偿金,从 2008 年 4 月 14 日起至本裁决之日止,按美国短期国库券利率 (United States Government Treasury Bill Rate) 年复利计算利息;

(3) 裁决后的利息应按上述项下授予的总金额计算,利率为伦敦银行同业拆借利率 (LIBOR) 加上 2%,从授予之日起至全额支付之日止;

(4) 双方应自行承担所有法律费用和开支,但被申请人应偿付申请人 500 万美元,作为后者法律成本和开支的一部分。双方应平等承担仲裁的所有费用及成本。^⑭

^⑪ BIT 第 7 条规定:

“(1) 缔约任何一方的投资或投资收益在缔约另一方的领土内不得被国有化、征收或采取与国有化或征收具有同等效力的措施 (以下简称征收),除非是为了公共目的,按照正当的法律程序,以非歧视的方式,并给予迅速、充分和有效的补偿。这种补偿应以紧接征收之前或拟议的征收为公众所知之时 (以时间在前者为准) 被征收的投资或收益的真实价值为基础,从征收之日起支付,并按正常商业利率计算利息,应立即支付,并可有效变现和自由转让;

(2) 受影响的投资者应有权根据进行征收的缔约方的法律,由该缔约方的司法机构或其他独立机构按照本条规定的原则对其案件及其投资或收益的估价进行迅速审查。”

^⑫ *Supra* note 1, at para.5.

^⑬ *Supra* note 1, at para.6.

^⑭ *Supra* note 1, at para.863.

二、主要法律争议

本案双方的主要法律争议集中在以下两方面：第一，申请方是否做出了适格的“投资”，这决定了仲裁庭是否具有管辖权；第二，被申请方的行为是否违反公平公正待遇。本节将就上述两个问题分别从申请人、被申请人以及仲裁庭的立场进行论述。

（一）仲裁庭对本案是否具有管辖权

1. 申请人的主张

申请人主张仲裁庭拥有管辖权。

申请人认为其公司是在 1998 年根据加拿大育空地区的法律成立的，并在 1999 年获得了黄金储备公司的股份，从而间接获得了持有该国领土采矿权的委内瑞拉子公司的股份。然而，根据被申请人的说法，申请人并没有在委内瑞拉境内进行直接的投资，而只是在美国通过公司重组而间接获得了相关特许权，并不是加 - 委 BIT 协定文本下的适格投资者。申请人认为，这一理由应予以驳回，在加 - 委 BIT 中，投资包含了“一缔约方的投资者在另一缔约方领土上直接或间接，包括通过第三国投资者拥有或控制的任何种类的资产……”，被申请人这种解释与加 - 委 BIT 中对投资的定义相矛盾，是不成立的。同时，在收购第三方持有的投资后，收购方很可能会进一步对此项目进行投资，并促进东道国的经济活动，申请人已经投入了数百万美元以推进 Brisas 项目的后续开展。^⑮

此外，申请人还指出了自己与加拿大的实质性联系。它成功地通过加拿大资本市场筹集了大量资金，几乎所有资金都用于其在委内瑞拉的活动。加拿大对其股份的拥有率在 1998—2005 年期间从 52% 上升到 68%。加拿大政府曾多次干预，支持申请人与委内瑞拉官员打交道，当地当局清楚地知道申请人是一家加拿大公司。因此被申请人没有理由拒绝申请人在加 - 委 BIT 下的保护请求，因为它符合加 - 委 BIT 下的投资者资格定义。^⑯

2. 被申请人的主张

被申请人提出管辖权异议，认为此案仲裁庭不享有管辖权。

根据加 - 委 BIT，加拿大“投资者”必须是“根据加拿大适用法律成立或正式成立的任何企业”和“在委内瑞拉境内进行投资的企业”。被申请人认为，申请人不符合要求，^⑰不是真正的加拿大企业。申请人根据 1998 年 10 月加拿大育空地区的法律和 1999 年公司重组，间接获得委内瑞拉子公司的股份，但从未将其业务转移到加拿大。^⑱即使申请人满足了“投资者”定义的第一个方面，也没有满足第二个方面，因为它不是“在委内瑞拉境内进行投资的投资者”。它的投资包括间接拥有 Brisas 公司的股份，或后者在委内瑞拉持有的矿业权，但这并不使它成为“在委内瑞拉进行投资的投资者”。^⑲

^⑮ *Supra* note 1, at paras.235-240.

^⑯ *Supra* note 1, at para.245.

^⑰ *Supra* note 1, at para.222.

^⑱ *Supra* note 1, at para.223.

^⑲ *Supra* note 1, at para.224.

同时,被申请人认为,申请人没有有效地反驳与加拿大缺乏重要商业联系的问题,甚至在1999年收购之后,该公司也未能提供证据证明其在这笔投资中扮演了积极角色。即使申请人如其所称的那样筹集到了资金,它充其量也只是在为Brisas项目筹集资金,而不是真正做出投资。从本质来说Brisas项目是由黄金储备公司发起的。^{②①}

3. 仲裁庭的裁决

仲裁庭认为,申请人符合了加-委BIT下对投资者的定义,既是加拿大注册公司,又是在委内瑞拉投资的公司。因此,仲裁庭有权审理。

仲裁庭认为,根据加-委BIT,加拿大的“投资者”是指“在委内瑞拉境内投资的、根据加拿大适用法律成立或正式成立的、不具有委内瑞拉国籍的企业”。根据这一定义,申请人必须证明:(1)它是根据加拿大适用法律成立或正式成立的企业;(2)它没有委内瑞拉国籍。在本案中,这两个条件显然都满足:黄金储备公司是在1998年根据加拿大育空地区的法律成立的,不具有委内瑞拉国籍。被申请人没有对这两项条件提出异议。^{②②}

仲裁庭认为,黄金储备公司是加拿大的一个实体,在BIT提供的投资者定义范围内。加-委BIT明确投资者必须满足的标准包括公司注册,即“根据加拿大适用法律注册或正式成立的任何企业”。仲裁庭认为,只要申请人是在加拿大注册成立的公司,就属于“投资者”的定义范围。无论如何,申请人通过加拿大金融市场从加拿大投资者那里获得的大量资金,意味着申请人与加拿大有着明确而真实的联系。此外,为了便于讨论,即使适用“实质联系”的要求,申请人与加拿大有重大联系也可以得到证明:加拿大投资者所持黄金储备公司股票的比例在不断增加,同时加拿大政府多次直接干预,支持申请人与委内瑞拉当局打交道。因此,投资者的国籍似乎没有任何疑问。^{②③}

然而,单独成立公司并不足以使企业成为加拿大的“投资者”。如上所述,投资者还必须在委内瑞拉境内进行投资。由于公司重组,申请人已成为委内瑞拉公司Brisas公司股本的间接所有者,该公司在委内瑞拉拥有采矿权和特许权。毫无疑问,对采矿权的间接所有权或控制权构成了加-委BIT下的投资。^{②④}

此外,“在委内瑞拉境内做出投资”并不要求必须有资本或其他价值流动跨越委内瑞拉边境。如果要求必须有,则意味着由非委内瑞拉实体拥有或控制的在委内瑞拉的现有投资,如果被第三方收购并以现金或其他对价支付的话,将不受加-委BIT的保护。显然,这不是缔约双方的意图,也没有反映加-委BIT中“投资者”定义的通常含义。^{②⑤}

(二) 被申请人行为是否违反公平公正待遇

加-委BIT对于投资过程中的公平公正待遇进行了如下规定:

(1) 缔约各方应鼓励为缔约另一方投资者在其境内投资创造有利条件;

^{②①} *Supra* note 1, at para.227.

^{②②} *Supra* note 1, at paras.248-249.

^{②③} *Supra* note 1, at para.252.

^{②④} *Supra* note 1, at para.259.

^{②⑤} *Supra* note 1, at para.271.

(2) 缔约各方应根据国际法原则,给予缔约另一方投资者的投资或回报公平公正待遇以及充分保护与安全。

1. 申请人的主张

申请人认为,公平公正待遇是指“公正”“公平”“平等”“合法”“有利于促进外国投资”、避免“对投资者有害的行为”等符合国际法原则的待遇,违反这种待遇意味着“以不公正或武断的方式对待”,以致这种待遇看起来是不可接受的。东道国的行为绝不能“明显违反一致性、透明度、公平和非歧视的要求”,并且“东道国绝不能无视程序适当和正当程序的原则,必须给予投资者免受本国监管当局胁迫或骚扰的自由”。违反公平公正待遇标准不一定源于个别行为,也可因一系列情况而起,并不以国家有恶意为前提。^{②5}

申请人援引 PSEG 案、Duke Energy 案、Tecmed 案等众多投资仲裁案例,强调投资者合理期待在公平公正待遇中的重要地位,以及案件的重点应该是投资者在案件背景下的合理期待,并认为委内瑞拉未能给予申请人的投资以公平公正待遇。在政府多年的支持和鼓励下, Brisas 项目本将继续获得推进项目所需的许可和批准。但委内瑞拉为了推动政府不断发展的政治目的,通过一系列武断、任性、不透明、托词式和滥用的措施,一开始阻挠,后来又终止了 Brisas 项目,从而使得投资者期望落空。这些措施中有许多违反了委内瑞拉法律的基本原则,这进一步表明了这些措施的专断性质,也表明这些措施破坏了申请人希望根据其同意投资的国家的法律得到公平公正对待的合理期待。^{②6}

2. 被申请人的主张

被申请人认为,申请人未能证明委内瑞拉未能给予公平公正待遇。根据加 - 委 BIT 第 2 条,公平公正待遇条款的通常含义是参照习惯国际法对外国人及其财产给予的最低待遇标准。被申请人通过援引 Neer 案等,强调判定违反外国人权利的最低待遇标准需要有很高的门槛,辩称申请人引用的案件中仲裁庭认为“公平公正待遇”意味着“依照国际法原则的待遇”而限于最低待遇标准是不恰当的。被申请人的立场是,条款文本应被理解为仅反映了最低待遇标准。认定违反最低标准必须考虑到所有相关情况,包括有关问题的性质和复杂性以及国家机构为满足东道国法律要求所做的努力,委内瑞拉正确行使其监管自由裁量权不能被视为违反了双边投资协定的公平公正待遇义务。^{②7}

被申请人认为,只有在国家针对投资者做出具体明确的表述之后,才能够产生投资者合理预期。申请人对 Brisas 项目的期待是不合法或不合理的。被申请人没有做出任何具体保证或承诺,不足以引起申请人的期待。被申请人声称,授予特许权或批准可行性研究并不等于承诺将授予所有必要的许可,特别是来自不同部门的许可。MIBAM 花了数年时间试图让申请人取得足够的进展,以推进开采阶段,直到申请人抗议 MinAmb 拖延发放占领特许权领土的许可证时才进行干预。因此,申请人关于其投资被剥夺加 -

^{②5} *Supra* note 1, at para.540.

^{②6} *Supra* note 1, at paras.541-543.

^{②7} *Supra* note 1, at paras.545-548.

委 BIT 第 2 条第 2 款规定的公平公正待遇的指控在法律和事实上都是没有根据的。^{②⑧}

3. 仲裁庭的裁决

在充分考虑了双方的书面和口头陈述以及证据后,仲裁庭认为,被申请人的行为违反了加 - 委 BIT 第 2 条第 2 款规定的给予申请人投资公平公正待遇的义务。

自授予 Brisas 特许权后的近 20 年里,被申请人对申请人的采矿活动没有提出任何异议,对于申请人项目可行性分析等文书的认可与批准行为也表明被申请人已默示确认了 MIBAM 一贯签发的许多合规证书的内容。即使施工许可证是由 MinAmb 签发的, MIBAM 也会被告知此类签发的流程,而 MIBAM 没有对此提出异议。因此,申请人有充分的理由相信其特许权未来的有效性,并期望其从被申请人处获得继续项目所需的授权。^{②⑨}

尽管申请人一再提出要求,但被申请人未能签署《启动法令》,却没有解释不作为的原因,被申请人的行为反而强化了申请人的预期,即一旦拟议的项目备选进场道路被接受,被申请人就会签署《启动法令》,这种行为(通过作为和不作为)证明被申请人在与申请人打交道时缺乏透明度、一致性和诚信。^{③⑩}

仲裁庭承认,一个国家有责任保护环境、保护居住在采矿区的当地居民。然而,这一责任并不能免除一国通过寻找平衡地满足这两种条件的方式和方法来履行其对国际投资者承诺的责任。仲裁庭认为被申请人的行为不符合加 - 委 BIT 中公平公正待遇标准要求的义务。被申请人发出撤销令,但没有给予申请人陈述的机会。只能合理地推断, MinAmb 的行为是由查韦斯总统上任后国家政策的变化所产生的。^{③⑪}

在本案中,鉴于委内瑞拉法律赋予合理期待的价值,被申请人违反作为公平公正待遇组成部分的合理期待具有特别重要的意义。终止特许权的行政行为必须尊重有关此类行为的若干原则,因为这些行为影响到个体权利,所以它们必须是合理的、理性的、合乎逻辑的、相称的、非歧视性的、善意的。仲裁庭注意到,在索赔人的采矿权和合同权的整个有效期内,行政当局一直向索赔人签发的合规证书完全符合这些条件。^{③⑫} 由于需要迅速终止作为同一程序的一部分的两项特许权,委内瑞拉通过拒绝启动行政程序的行为来撤销两项特许权的延期,从而剥夺了申请人的正当程序权利,因此在这方面也违反了公平公正待遇标准。^{③⑬}

如上述分析所示,被申请人关于 Brisas、Unicornio 特许权的行为在许多不同方面违反了公平公正待遇,包括未能启动单独的行政程序来撤销 Brisas 特许权的延期等等。违规行为的数量、种类和严重性使得被申请人违反公平公正待遇的行为尤为严重。对于此

^{②⑧} *Supra* note 1, at paras.551-558.

^{②⑨} *Supra* note 1, at paras.578-591.

^{③⑩} *Supra* note 1, at paras.578-580.

^{③⑪} *Supra* note 1, at paras.592-600.

^{③⑫} *Supra* note 1, at para.606.

^{③⑬} *Supra* note 1, at para.614.

类违规行为,被申请人向申请人支付的赔偿金应与其严重性相匹配。^{③4}

三、简要评析

“黄金储备公司诉委内瑞拉案”从投资者合理期待的分析出发,最终认定委内瑞拉违反公平公正待遇。结合国际投资仲裁领域近年来出现的一系列案件可见,投资者合理期待已经在投资实践当中被越来越广泛地适用。在本案裁决中,仲裁庭通过对于之前一系列相关类似案件的分析,得出适用于本案裁决的原则,并认定破坏投资者的合理期待构成了对公平公正待遇的违反,展示了国际投资仲裁实践中对投资者合理期待的一种适用倾向,也对后续投资者合理期待的争议案件起到了一定的影响作用。仲裁庭对公平公正待遇的判断思路值得注意,如何认定投资者合理期待,以及投资者合理期待是否属于公平公正待遇下的具体内涵,值得进一步辨析。此案对中国的国际投资仲裁实践也有一定的参考价值,需要运用辩证思维审视其可能带来的潜在风险,得出优化进路。

(一) 投资者合理期待的认定探析

本案仲裁庭认为,申请人对东道国行为的合理期待应被考虑。在申请人提交一系列报告的过程中,由于东道国行政机构对相关环境问题未明确表态,使申请人有合理理由相信其享有的特许权具备相应的条件。在此基础上,东道国发布的合规证明使得申请人的认知得以强化。此类情况在确认东道国行为是否违反公平公正待遇时也起到了实质性作用。

在本案中,仲裁庭审查了事实情况较为接近本案的几个案例,得出适用于裁决本案争议的原则。仲裁庭参考了 Saluka 案、Tecmed 案、Waste Management 案、Metalclad 案、Total 案以及 Toto 案,发现保护合理期待的法律渊源可以在对许多国内法律制度的比较分析中找到。^{③5} 当一国的行为使投资者可以合理地依赖该行为的一致性时,就会产生合理预期。在上述案件中,仲裁庭将习惯国际法上的善意原则作为投资者合理期待的基础,认为东道国破坏了投资者对其建立起的合理期待,并因此构成公平公正待遇的违反。比如在 Saluka 案中,政府没有以“公正、公平、透明和一致的方式”考虑投资者善意提出的解决银行危机的建议,并且“不合理地拒绝”与投资者的沟通;^{③6} 再如 Tecmed 案,政府决定不延长申请人的许可证,违反了提供公正公平待遇的义务,因为其没有事先通知投资者其许可证可能不会延长,也没有给投资者解决任何所称的缺陷的机会;^{③7} 又如在 Metalclad 案中,政府“未能确保为 Metalclad 的业务规划和投资提供一个透明和可预测的框架”,也未能提供“与投资者……有关的程序和及时回应”。^{③8}

^{③4} *Supra* note 1, at para.615.

^{③5} *Supra* note 1, at paras.569-576.

^{③6} *Supra* note 1, at para.569.

^{③7} *Supra* note 1, at para.572.

^{③8} *Supra* note 1, at para.574.

投资者合理期待的破坏是否会构成公平公正待遇的违反,需要考察许多复杂的问题。什么才是合理的期待,其来源为何,值得进一步辨析与探讨。

从来源角度而言,投资者产生的合理期待是来源于具体的投资合同、针对性的行政行为还是普遍性的法律法规应进行区分并予以不同的考虑。^{③⑨}

如果合理期待的来源是投资者与东道国的投资合同,或者是东道国的特定行政行为(如许可等),则主张合理期待往往会得到仲裁庭的支持。投资合同规定了双方主体的权利与义务,投资者对于东道国政府履行合同义务的合理期待有着正当的来源依据,“约定必守”无论在国际法还是国内法下都是一般性的法律原则,应该予以遵守。虽然违反合同义务并不是违反公平公正待遇的充分必要条件,^{④⑩}但在投资合同存在的情况下,投资者的合理期待理应受到保护,仲裁庭也会优先保护投资者的利益。依据东道国的行政行为产生的合理期待与投资合同类似,具体的声明在产生合理预期方面起着核心作用,东道国以明示或默示方式作出的承诺和表述是合理预期的坚实基础,东道国对合理预期的破坏将违反公正公平待遇。^{④⑪}即使并未存在合同,但东道国政府行使公权力的行政行为(如许可等)通常具有正式性和稳定性,不得随意撤销,这种稳定性成为了投资者合理期待的来源。在此类情况下,投资者的合理期待也理应受到仲裁庭的优先保护。

在本案中,在授予 Brisas 特许权后的近二十年中,委内瑞拉政府没有对黄金储备公司的采矿活动提出任何异议,直到许可期的最后阶段委内瑞拉政府声称黄金储备公司的采矿活动没有遵守《采矿法》规定的时限,才导致各种特许权的终止。通过各种文件往来,委内瑞拉政府默示确认了 MIBAM 一直以来签发的许多证书的内容,因而黄金储备公司有充分的理由相信其采矿权和权利的持续有效性,并期望获得开始开采特许矿区所需的授权。由于委内瑞拉政府没有就所称的未履行采矿义务发出任何警告或正式通知,黄金储备公司的期待更加强烈。本案投资者的合理期待来源正是东道国之前的行政行为,这些行政认证行为使黄金储备公司对公共行政部门核查其履行特许权和合同规定的采矿责任和义务的情况产生了合法的信心。^{④⑫}故本案的合理期待具有合理的来源。

相较于投资合同和行政行为,东道国的立法或法律的变更是否破坏了投资者的合理期待则存在一定的分歧。随着时间的推移与社会的发展,东道国法律也势必根据现实情况进行一定的更改,且法律的更改大多并不针对特定的投资,更多是一种普适性行为。如果将东道国法律的更改都认定为对公平公正待遇的违反,那么势必会挑战东道国的主权,这显然是不合理的。因此在判断东道国对法律的更改是否破坏了投资者的合理期待时,应使用比例原则视情况具体地进行分析。正如有学者所指出的那样:“如果国家基于真诚的目的,出于对合法目标的追求,在非歧视的基础上以合乎比例的方式对一般性立

^{③⑨} 刘笋:《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第162页。

^{④⑩} 同上,第167页。

^{④⑪} Dolzer R, Kriebaum U and Schreuer C, *Principles of international investment law*, 3 ed., Oxford University Press, 2022, p.145.

^{④⑫} *Supra* note 1, at paras.578-580.

法进行改变,投资者不应要求进行赔偿。”这种观点也得到了不少投资仲裁案例的支持,比如在 *Parkerings* 诉立陶宛案中,仲裁庭即强调国家有权进行立法或法律的改废,要禁止的是立法权的不合理使用。^{④③}再如在 *Masdar Solar* 诉西班牙案中,仲裁庭强调只要并非不合理,一个国家可以在没有做出具体承诺的情况下修改法律。^{④④}

从合理性角度而言,期待的合理性判断没有一致标准,应该根据具体情况进行具体分析。对于投资者来说,在进行一项跨国投资之前,应对东道国的政治、经济、法律、社会等环境进行综合性考察,充分考虑其可能存在的风险及其投资领域的具体运行模式,对相关的潜在风险进行梳理并准备完整的风险应对预案,在此基础上的期待才能具有合理性。在投资过程中,对于东道国相应行为的期待,也应站在具体的时间空间环境下,在特定情况下以理性人视角对东道国的行为进行审视,否则便很难称为合理的期待。

在本案中, *MinAmb* 未能签署《启动法令》的真正原因并不是或不仅仅是委内瑞拉在仲裁中声称的对 *Brisas* 项目环境影响的严重关切,而是委内瑞拉对矿产开发政策的改变。在此期间,包括查韦斯总统在内的委内瑞拉政府最高层多次发布的公告和声明,就是证明委内瑞拉在矿产开发方面的政策变化是促使委内瑞拉方做出上述行为的证据。^{④⑤}而在此之前,黄金储备公司对委内瑞拉相关行业的考察以及多年投资实践足以使其得出全面且理性的预期,委内瑞拉政府的相关行为明显破坏了投资者的这种预期,黄金储备公司的期待具有合理性。

总体来看,投资者的合理期待与东道国的规制权之间存在利益上的冲突,仲裁庭在进行裁决时,需要对东道国主权与投资者的利益进行平衡。基于投资者的视角,东道国法律制度的稳定性是其投资过程中的重要考量因素以及依靠,因此可以理解投资者希望东道国的政策与法律保持不变。但是,如果仅因投资者的期待就要迫使东道国放弃基于社会发展和公共利益考量出发的立法权以及行政权,也无法站得住脚。在进行判断的过程中,要进行基于双方的综合考量,一方面考量投资者是否基于合理的期待来源产生了合理的期待,另一方面也要考量东道国做出法律变更的出发点及其行为与所涉及利益的相称性。从我国角度出发,更应关注投资者合理期待应如何理解,东道国的主权该如何合理行使,防止投资者合理期待成为仲裁庭任意解释、损害东道国规制权的工具。

(二) 投资者合理期待是否是公平公正待遇的具体独立要素

对于公平公正待遇的内涵以及标准,本案仲裁庭认为,可以参考既往仲裁判例以及既有的国际法原则,但是自 *Neer* 案以来,国际法原则已经演变,今天的标准比被申请人所依赖的 *Neer* 案所界定的标准更为广泛。^{④⑥}由此可以看出,在判断具体案例中是否涉及违反国际法时,仲裁庭考虑的因素更趋向多元,不仅关注具体案例事实,也会关注 BIT 与国内法的冲突与协调,同时考虑投资保护领域国际法的动态发展现状。事实上,众多国

^{④③} *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ARB/05/8, ICSID, 2007, Award, para.332.

^{④④} *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ARB/14/1, ICSID, 2018, Award, para.484.

^{④⑤} *Supra* note 1, at para.590.

^{④⑥} *Supra* note 1, at para.567.

际投资仲裁实践的案例表明,投资者合理期待已经成为判断是否违反公平公正待遇的重要因素。在本案中,仲裁庭因投资者合理期待的破坏而认定构成对公平公正待遇的违反,这也引申出了公平公正待遇的内涵和范围的问题。

在本案中,除上文已述内容之外,仲裁庭认为委内瑞拉在导致终止 Brisas 特许权的整个过程中没有尊重黄金储备公司的正当程序权利,这种行为也违反了公平公正待遇标准。⁴⁷很明显,这里的行为违反了公平公正待遇下的正当程序要求,但更重要的是,裁决书中体现了本案仲裁庭将前文中的投资者合理期待的破坏视作了独立的构成违反公平公正待遇的要素,这一点值得进行进一步的思考与探析。

作为投资协定中的“帝王条款”,公平公正待遇条款是国际投资仲裁实践中最常被引用的条款之一。公平公正待遇条款较为抽象、模糊,缺乏具体内涵的阐释,因而在实践中容易引发宽泛解释与滥用。在实践当中,如何认定公平公正待遇的内涵、公平公正待遇是否等同于最低待遇标准始终存在较大的争议。本案将投资者合理期待纳入了公平公正待遇条款的内涵范围,反映出国际上对于公平公正待遇内涵的发展趋势,也带有一定的参考意义和思考价值。

在目前的国际投资实践中,公平公正待遇条款主要存在两种表述方式,其一是将公平公正待遇等同于最低待遇标准,以北美地区为主;其二是独立的公平公正待遇标准,进一步细分有封闭式列举、开放式列举等细化模式,但仍以未做任何说明和限制的表述为主。将公平公正待遇等同于最低待遇标准的做法来源于早期的投资条约实践,西方发达国家为应对发展中国家对外资的保护水平过低等情况,试图引入最低待遇标准以保护其外国投资者,然而发展中国家否认最低标准的存在,因此西方通过公平公正待遇的引入,让发展中国家接受这一表述。⁴⁸北美自由贸易协定(NAFTA)第1105条就是此类表述的例证。然而在此种模式下,仲裁庭往往会对公平公正待遇做出扩大解释,又因为仲裁庭裁决经常援引之前的类似裁决,导致恶性循环,公平公正待遇的内涵不断扩张,公平公正待遇的标准逐渐“赶超”最低待遇标准,成为了仲裁的“常客”。

独立的公平公正待遇标准也存在一定的适用困境。受实践影响,独立的公平公正待遇标准在适用时是否需要参照最低待遇标准仍存在争论。如果脱离最低待遇标准,那么在投资仲裁实践中无法避免对于标准的扩大解释,仲裁庭可以对公平公正待遇进行肆意解释,在更倾向于投资者的实践中损害东道国利益。如果参照最低待遇标准,则与等同模式并无实质差别。因此,在实践过程中,越来越多的国际组织以及仲裁庭开始对公平公正待遇的内涵进行列举式的厘清,希望通过清单的方式将模糊的公平公正待遇清晰化。⁴⁹例如联合国贸易和发展会议(UNCTAD)就在2012年的一项报告中列举了公平

⁴⁷ *Supra* note 1, at paras.611-614.

⁴⁸ 左海聪:《论国际投资协定中公平公正待遇的义务》,载《中国高校社会科学》2022年第1期,第71页。

⁴⁹ Klager R, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, 1 ed., Cambridge University Press, 2011, pp.86-87.

公正待遇应包含的内容。^{⑤①}在双多边投资（经贸）协定中，也有《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》（CETA）等对于公平公正待遇的具体内涵进行列举式的明确。

实际上，真正经过习惯国际法构成要件检验的公平公正待遇只有正当程序、不实行专断措施和非歧视。^{⑤②}但在实践中，许多案件都已经将透明度、善意原则以及投资者合理预期等纳入公平公正待遇的内涵范围之内。在仲裁案件中，投资者的合理期待最初只是作为与透明度相关的考虑因素，但近来也已发展为公平公正待遇标准的重要内容。^{⑤③}除本案上文提及的参考案件外，LG&E诉阿根廷案的仲裁庭也认为阿根廷政府未能提供可预见的法律框架的行为损害了投资者的合理期待，违反公平公正待遇。^{⑤④}然而，并非所有仲裁规则都是如此，NAFTA下的公平公正待遇并不包括投资者合理期待，其项下的仲裁案件也大多认为投资者合理期待的违反不能单独构成公平公正待遇的违反。^{⑤⑤}这体现了投资者合理预期是否能被认定为公平公正待遇下的具体独立要素在实践中存在分歧。

根据前文所述，投资者合理期待来源于东道国法律环境的稳定性或行政行为与承诺。如果将投资者合理预期视为公平公正待遇下的具体独立要素，则将更加不利于东道国，其规制权将进一步被压缩，公平公正待遇的违反可能性进一步扩大。^{⑤⑥}对于投资者合理期待，应当从平衡投资者保护与东道国规制权的角度出发，对东道国的行为及其性质进行具体分析，不能让投资者合理期待成为能够随意解释的对象，从而导致公平公正待遇标准的进一步宽泛，防止该原则成为投资者挑战东道国管制权的武器。

以本案为代表的将投资者合理期待作为具体要素视作公平公正待遇违反的国际投资仲裁实践也对中国的未来实践进行了提示。从我国立场出发，一方面，我国目前经贸协定中的公平公正待遇还有大量处于内涵模糊的状态，宜在未来进行适时更新，保证公平公正待遇要素的明晰。另一方面，要对违反因投资者合理期待而主张的公平公正待遇的前车之鉴进行思考，审慎考虑我国列举清单当中是否应将其纳入，以及是否应作为独立要素纳入公平公正待遇的内涵。

结 语

本案在管辖权审理中的核心问题是黄金储备公司是否做出了适格投资，在实体审理中的核心问题是委内瑞拉政府是否破坏了黄金储备公司的合理期待，进而违反了公平公

^{⑤①} UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment—UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf, last visited May.11, 2024.

^{⑤②} 徐崇利：《公平与公正待遇：真义之解读》，载《法商研究》2010年第3期，第60页。

^{⑤③} 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153页。

^{⑤④} LG & E Energy Corp, LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ARB/02/1, ICSID, 2006, Award, para.131.

^{⑤⑤} Patrick Dumberry, *The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105*, *Journal of International Arbitration*, 2014, Vol.31:1, p.47.

^{⑤⑥} 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78页。

正待遇。对于前一个问题,仲裁庭通过对加-委 BIT 中投资定义的分析 and 适用,确定黄金储备公司的投资资格,确认其具有案件管辖权;对于后一个问题,仲裁庭通过援引相关案件,明确了案件审理的适用原则,即对于投资者合理期待的破坏构成对公平公正待遇的违反。而后,仲裁庭主要考察投资过程中委内瑞拉行为的必要性与合理性,结合加-委 BIT 的条款内容,最终认定委内瑞拉政府的行为并非出于对环境与社会利益的考量,破坏了投资者的合理期待,且违反了正当程序的要求,属于违反公平公正待遇。

“黄金储备公司诉委内瑞拉案”映射出当代国际投资法的一些显著特征,对国际投资仲裁实践具有参考意义。一方面,投资者的合理期待该如何被认定,其期待的来源与合理性需要进行相关辨析。本案对于此部分的说理对后续投资者合理期待的认定具有较强的借鉴意义。另一方面,投资者合理期待是否应该被纳入公平公正待遇的要素范围、是否可以作为独立要素存在也值得进一步地思考。对于中国而言,有必要注意国际投资实践中对于投资者合理期待及其与公平公正待遇违反之间的关系,警惕投资者合理期待可能存在的扩大解释及挑战东道国规制权的潜在风险,吸取相关经验,寻求投资者与东道国权益保护之间的平衡,优化协定文本,保护国家利益。

Abstract: Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela was a typical case under the investor-state dispute settlement mechanism, which involved issues such as how to identify jurisdiction, whether the breach of reasonable expectation should be recognized as a violation of fair and equitable treatment, and the connotation of fair and equitable treatment. The arbitral tribunal in this case combined procedural and substantive issues and, while confirming its jurisdiction, found that the respondent had violated the fair and equitable treatment clause under the BIT. The arbitral tribunal analyzed the disputes surrounding the eligibility of “investment”, the determination of reasonable expectation of investor, and the connotation and standard of fair and equitable treatment, which is an important reference for the subsequent practice of international investment arbitration. With the continuous development of international investment practice, the question of whether the reasonable expectation of investor should be recognized as a specific connotation under fair and equitable treatment and the question of how to balance the host state’s right to regulate and the interests of investors should be given due attention.

Keywords: international investment arbitration; fair and equitable treatment; reasonable expectation of investor

(责任编辑:许天舒)

评 Clayton/Bilcon 诉加拿大案

中国贸促会法律部编 本篇作者 钟亦茗*

内容提要 Clayton/Bilcon 诉加拿大案是《北美自由贸易协定》下投资者诉东道国的标志性案例。仲裁庭认定投资者对 2005 年 6 月 17 日之前发生事项的仲裁请求已过时效期；裁决加拿大未能按照国际法给予投资者应有的投资待遇,包括公平公正待遇以及充分保护和安全,违反了《北美自由贸易协定》第 1105 条的最低待遇标准;确认联合审查专家组采用并由加拿大采纳的环境评估方法违反了《北美自由贸易协定》第 1105 条的最低待遇标准。Clayton/Bilcon 诉加拿大案裁决详尽严密,不仅体现具体规则演进,更是国际投资仲裁在投资者权益保护与东道国规制权间寻求平衡的又一次巧妙尝试。通过概括投资事实、被诉行为、主要程序等案情,梳理其核心法律争议,可为将来的国际投资与国际投资仲裁提供参考。

关键词 北美自由贸易协定;管辖权;最低待遇标准;国民待遇

一、案件概要

(一) 投资事实

William Ralph Clayton 以及他的三个儿子 William Richard Clayton、Douglas Clayton、Daniel Clayton (以下简称 Clayton 兄弟) 是 Clayton 集团的管理者,他们都是美国公民。Bilcon of Delaware 公司(以下简称 Bilcon)隶属于 Clayton 集团,2002 年根据美国特拉华州法律注册成立,其股东是 Clayton 兄弟。^①

同年, Bilcon 在加拿大新斯科舍省注册成立 Bilcon of Nova Scotia 全资子公司(以下简称 Bilcon 子公司),用以在新斯科舍省 Digby Neck 社区的 Whites Point 采石场经营采石场和海运码头(以下简称 Whites Point 项目),以此向 Clayton 集团、Bilcon 供应骨料。

Bilcon 子公司与加拿大新斯科舍省的 Nova Stone Exporters 公司(以下简称 Nova Stone)建立合作伙伴关系,共同开发 Whites Point 项目。^②

* 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硕士研究生钟亦茗编写。

① Clayton/Bilcon v. Canada (William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Canada), PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 2015, para. 7.

② *Id.*, at para. 8.

（二）被诉行为

Whites Point 项目需要包括环境评估在内的许可证和批准才能进行作业,自 2003 年起,Whites Point 项目经历了由加拿大政府和新斯科舍省政府联合进行的环境评估,环境评估持续多年。

因 Whites Point 项目引起了公众的广泛关注和担忧,两政府认为该项目对环境有潜在的重大不利影响,便根据《加拿大环境评估法》与《新斯科舍省环境法》,于 2004 年签订协议,组建联合审查专家组(以下简称 JRP),并规定了 JRP 对项目进行审查的指导方针和范围:JRP 必须客观地评估项目可能对环境产生的任何不利影响,并评估可能的缓解措施,JRP 的任务还包括评估项目对人类环境和传统生活方式、价值观和文化的影响。

JRP 要求投资者提交关于环境影响的陈述,并举办了公开听证会。2007 年,在最终报告——JRP 关于 Whites Point 环境评估的报告(以下简称 JRP 报告)中,JRP 建议不允许 Whites Point 项目继续进行,因为它与 Digby Neck 的“社区核心价值观”不符,将对环境产生重大和不利的影 响。正如 JRP 所解释的那样,“将工业项目引入该地区将破坏和危害社区的愿景和期望,并导致生活质量发生不可逆转和不受欢迎的变化”。新斯科舍省的这一地区“在其历史、社区发展活动和轨迹方面是独一无二的”,并且“由人民及其政府确定的核心价值观支持基于当地环境质量的可持续发展原则”。JRP 认为,该项目“将破坏社区驱动的经济发展规划,并威胁到被地方、区域、国家和国际当局认可和庆祝为可持续性典范的地区”。“该项目与地方、省和国家各级的许多政府政策和原则不一致”,它不会对可持续性作出贡献,并且可能会对当地人民和社区产生重大不利的环境影响。新斯科舍省政府和加拿大政府先后接受了 JRP 报告,驳回了投资者关于 Whites Point 项目的申请。^③

（三）主要程序

2008 年 2 月,投资者向加拿大政府送达一份提起仲裁的意向通知,指控被申请人违反《北美自由贸易协定》第十一章下的义务。^④2008 年 5 月,投资者根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称《仲裁规则》)第 3 条和《北美自由贸易协定》第 1116 条和 1120 条提交了仲裁通知。^⑤

2009 年 1 月,投资者提交仲裁申请书,并于同年 12 月修正。2009 年 5 月,加拿大提交答辩书,并于同年 12 月修正。

2013 年 10 月,就管辖与责任问题在加拿大的多伦多进行开庭审理。2015 年 3 月,仲裁庭作出管辖权与责任裁决。

2015 年 6 月,加拿大政府向加拿大联邦法院申请撤销裁决。2017 年 2 月,加拿大联

^③ *Id.*, at paras.111 et seq.

^④ 《北美自由贸易协定》第十一章“投资”。

^⑤ 《仲裁规则》第 3 条“仲裁通知”;《北美自由贸易协定》第 1116 条“一缔约方投资者以自己的名义提出的请求”,《北美自由贸易协定》第 1120 条“仲裁请求的提交”。本文所称《仲裁规则》均为 1976 年版本。

邦法院驳回投资者暂停加拿大撤销申请的请求。2018年5月,加拿大联邦法院驳回加拿大政府申请,认定仲裁庭没有管辖权认定错误。

2017年3月,投资者提交损害赔偿仲裁申请书。2017年11月,加拿大提交损害赔偿答辩状。2017年12月,美国基于《北美自由贸易协定》第1128条提交意见书。^⑥2018年1月,投资者对美国意见书作出回应。

2018年2月,仲裁庭就损害赔偿问题进行开庭审理。2019年1月,仲裁庭作出损害赔偿仲裁裁决。

2022年11月,加拿大安大略省高等法院驳回投资者提出的撤销损害赔偿裁决申请,确认了仲裁庭裁决的有效性。^⑦

(四) 仲裁请求

投资者主张加拿大的行为不符合《北美自由贸易协定》第十一章规定的国民待遇、最惠国待遇和最低待遇标准,违反了第1102、1103、1105条规定的义务;并请求仲裁庭驳回加拿大提出的管辖权异议;要求加拿大向投资者支付443,350,772美元赔偿金;要求加拿大赔偿投资者因加方延误、隐瞒证据和不提供文件而造成的损害、法律支出、仲裁费用和利息。^⑧

被申请人请求驳回申请人的全部仲裁请求,裁决申请人承担全部仲裁费用,并根据《北美自由贸易协定》第1135条第1款和《仲裁规则》第40条,支付加拿大在答辩时所产生的法律支出、法庭费用及利息。^⑨

(五) 仲裁庭结论

仲裁庭一致裁决只有对投资者基于2005年6月17日或之后发生的事件提出的仲裁请求,仲裁庭才拥有管辖权;对于投资者基于6月17日之前发生的事件所主张的那部分仲裁请求,仲裁庭没有管辖权。

仲裁庭以多数票裁决加拿大未能按照国际法给予投资者应有的投资待遇,包括公平和公正的待遇以及充分的保护和安全,违反了《北美自由贸易协定》第1105条规定的最低待遇标准。

仲裁庭以多数票裁决加拿大未能给予外国投资者不低于其在类似情况下给予本国投资者的投资优惠待遇,违反了《北美自由贸易协定》第1102条的国民待遇标准。

仲裁庭一致裁决加拿大应向Clayton兄弟和Bilcon支付700万美元,作为对加拿大

^⑥ 《北美自由贸易协定》第1128条规定:“一缔约方的参与:在书面通知各争端当事方之后,一缔约方可就本协定的解释问题,向仲裁庭提出意见。”本文《北美自由贸易协定》条文的翻译均参考叶兴国、陈满生译:《北美自由贸易协定》,法律出版社2011年8月版。

^⑦ Itlaw, Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, <https://www.italaw.com/cases/1588>, last visited Apr. 6, 2024.

^⑧ *Supra* note 1, at para.109; Clayton/Bilcon v. Canada (William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Canada), PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 2019, paras.87-89.

^⑨ *Supra* note 1, at para.110; Award on Damages, *Supra* note 5, at paras.90-92;《北美自由贸易协定》第1135条第1款“最终裁决”,《仲裁规则》第40条“费用”。

违反《北美自由贸易协定》的赔偿；应按相应日历年一年期美国国库券平均收益率的利率支付这笔款项的利息，从2007年10月22日开始，每年计算复利，直至全额付款为止；其他请求均被驳回，所有关于仲裁费用的决定推迟到关于费用的最终裁决中统一作出。^⑩

二、主要法律争议

在管辖与责任问题上，本案双方的主要争议集中在仲裁庭是否有管辖权、加拿大是否违反最低待遇标准以及加拿大是否违反国民待遇。虽然投资者认为加拿大违反《北美自由贸易协定》第1103条规定的最惠国待遇，但无论是投资者还是加拿大都只在上面花费了极其有限的篇幅，法庭也没有对其作出裁决，无需长篇论述。^⑪在损害赔偿议题上，双方争议涵盖责任与损害的因果关系、损失证明责任、减少损失责任、赔偿数额计算、税款利息费用等带有浓烈技术色彩的问题，下文不予赘述。

本文将就仲裁庭是否有管辖权、加拿大是否违反最低待遇标准、加拿大是否违反国民待遇三个主要争点分别从申请人、被申请人、仲裁庭三方立场予以论述。

（一）仲裁庭是否有管辖权

1. 加拿大主张：仲裁庭不具有管辖权

加拿大对仲裁庭的管辖权提出了五项异议。首先，根据《北美自由贸易协定》第1101条的要求，投资者关于3.9公顷采石场的工业许可的主张与投资者或其投资“无关”。其次，根据《北美自由贸易协定》第十一章对时效期的规定，投资者关于3.9公顷采石场的工业批准的一些主张已经超过时效。第三，JRP不是加拿大的一个机构，因此，它的行为不能归咎于加拿大。第四，投资者提请仲裁的加拿大措施不会给投资者带来任何损失。第五，加拿大反对将William Ralph Clayton列为申请人，理由是他在Bilcon中没有所有权或直接经济利益。最后一项反对意见是在关于管辖权和案情的庭审的第四天提出的，根据《仲裁规则》第21条第3款，该反对意见不合时宜。^⑫后文将详述争议较大的前四项异议。

根据《北美自由贸易协定》第1101条第1款，本章适用一缔约方采取或维持的涉及以下方面的措施：（a）另一缔约方投资者；（b）另一缔约方投资者在缔约方境内的投资；以及（c）对1106条与第1114条而言，在该缔约方境内的所有投资。^⑬2002年4月30日，是Nova Stone而不是Bilcon子公司获得了3.9公顷采石场的工业批准；此后，Bilcon子公司与Nova Stone合作，但它从未对3.9公顷的采石场拥有任何权利。投资者关于3.9公顷采石场的决定和行动的仲裁请求仅涉及Nova Stone，Bilcon不能成为北美

^⑩ *Supra* note 1, at para.742; Award on Damages, *Supra* note 5, at para.400.

^⑪ *Supra* note 1, at paras.729-730.

^⑫ *Supra* note 1, at para.230;《仲裁规则》第21条第3款规定：“对仲裁庭无管辖权的抗辩应至迟在答辩书中提出，在反诉的情况下，则应至迟在对反诉的答复中提出。”

^⑬ *Supra* note 1, at para.232.

自由贸易协定第 1101 条所要求的投资者。^⑭ 依据 Methanex 公司诉美国案仲裁庭的解释, 第 1101 条第 1 款中的“有关”一词要求“该措施与投资者之间有法律上重要的联系”。如果某项措施影响到投资者或投资, 则该措施与投资者或投资“有关”。^⑮ 此外, 《新斯科舍省环境法》规定, 未经新斯科舍省环境和劳工部长书面同意, 禁止 Nova Stone 转让、出售、租赁、转让或以其他方式处置工业许可。因此, 在颁发工业许可证后, Bilcon 子公司与 Nova Stone 合伙协议的执行也无法将条约保护范围扩大到 Bilcon 子公司。^⑯

根据《北美自由贸易协定》第 1116 条第 2 款, 投资者从首次知道或者应当首次知道被指控的违约行为, 并知道投资者已遭受损失或损害之日起超过三年的, 不得提出主张。^⑰ 3.9 公顷采石场的工业许可自 2004 年 5 月 1 日起无效。2008 年 6 月 17 日投资者提出仲裁申请, 已超过三年。^⑱

关于 JRP 行为, 加拿大认为, 第一, JRP 不是加拿大的一个政府机关, JRP 的成员也不是加拿大环境评估局的代理人; 第二, JRP 对投资者的项目并不是以政府的身份行事; 第三, JRP 在实施被诉行为时并非在加拿大的指示或有效控制下行事; 第四, 加拿大未承认或接受任何被诉行为。^⑲

联邦政府于 2007 年 12 月 17 日接受 JRP 报告的决定并未对投资者造成损失或损害, 因为一个月前, 即 2007 年 11 月 20 日, 新斯科舍省环境和劳工部长已经拒绝了建造和运营 Whites Point 项目的提议。一旦新斯科舍省决定拒绝该提议, 该项目实际上就被终止了。尽管联邦政府必须作出决定, 但“是否签发任何(投资者)所请求的授权的联邦决定只是形式上的问题”。联邦政府决定拒绝颁发申请人要求的授权和批准对 Bilcon 没有造成额外的损害。新斯科舍省和联邦官员也没有协调决策, 新斯科舍省在联邦内阁开会讨论联邦政府的回应之前就已经作出并宣布了其决定。^⑳

2. 投资者主张: 仲裁庭有管辖权

被申请人的措施符合《北美自由贸易协定》第 201 条第 1 款对“措施”的定义, 该条款将措施定义为“任何法律、法规、程序、要求或惯例”。被申请人的措施与其对投资者和投资的影响之间存在“直接和重大的联系”: 2002 年 4 月 30 日未能向 Nova Stone 授予经营 3.9 公顷采石场的许可证, 构成与投资者及其投资直接相关的措施。合资协议规定了初始运营一个 10 英亩的采石场, 该协议满足了 Methanex 公司诉美国案中“法律上重

^⑭ *Supra* note 1, at para.233; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules, First Partial Award, 2002, para.147.

^⑮ *Supra* note 1, at para.234.

^⑯ *Supra* note 1, at para.235.

^⑰ *Supra* note 1, at para.242.

^⑱ *Supra* note 1, at para.244.

^⑲ *Supra* note 1, at para.284.

^⑳ *Supra* note 1, at paras.325-327.

要的联系”的条件。^{②①}此外,经营采石场的工业许可是 Nova Stone 对合资企业的贡献。因此,未能获得许可证与投资者寻求进行的投资具有直接和具体相关性。Bilcon 一开始就直接参与了这个项目。^{②②}

《北美自由贸易协定》第 1116 条第 2 款中的三年时效期限有两个先决条件:首先,投资人必须对所涉及的违反义务行为有实际的或推定的了解;其次,投资者必须知道自己因此而遭受了损失或损害。^{②③}而本案投资者遭受了多次持续的、直接的违反义务行为。^{②④}

JRP 是加拿大的机构,行使政府权力,具有公共性质,在加拿大指示下行事,行为也被加拿大承认。^{②⑤}

加拿大的环境立法要求加拿大独立决定,仅让新斯科舍省作出决定不满足环境法的要求。新斯科舍省接受 JRP 拒绝 Bilcon 申请的第一项建议并不意味着对该申请作出了最终决定。在投资者看来,接受被申请方的论点“将剥夺 Bilcon 试图说服联邦部长其省级对口部门重新考虑其决定的机会”。联邦政府对 JRP 报告和程序中的不规范和错误的审查,可能会导致对新斯科舍省决定的重新考虑。政府之间的意见分歧本可以通过缓解措施来解决。^{②⑥}

3. 仲裁庭的裁决

仲裁庭认为 Methanex 公司诉美国案是本案的基础,由于与 Nova Stone 的合作协议,Bilcon 子公司与拟议的 3.9 公顷采石场以及更大的采石场和项目有着重要的法律联系。Bilcon 子公司有资格成为《北美自由贸易协定》第十一章规定的投资者。根据第十一章,Bilcon 子公司有权就政府措施提出质疑,这些措施涉及 Nova Stone 申请的工业许可证、许可证向合伙企业的转移、Nova Stone 申请的审批以及 Nova Stone 或合伙企业申请环境许可证等事项。^{②⑦}

投资者所指出的在 2005 年 6 月 17 日开始的三年期限之前发生的违规行为,相应的仲裁请求必须被视为已过时效。这些事件是明确且已完成的,投资者实际或被推定知悉这些违规行为将造成重大损失或损害,即使不知道其持续不利影响的全部程度。^{②⑧}

JRP 是“政府不可分割的一部分”,其成员由加拿大环境部长任命,即使不是加拿大

^{②①} 投资者未作更多说明,在 Methanex 公司诉美国案中,仲裁庭接受了美国的主张,认为《北美自由贸易协定》第 1101 条第 1 款“relating to”不仅要求了一项措施对投资者或投资的影响,还要求它们之间有法律上重要的联系。但仲裁庭并未解释什么是“法律上重要的联系”,相反,仲裁庭认为,定义确切的分界线也许并不容易,就像在黄昏时分看到黑夜和白天的分界线一样不容易。Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Arbitration Rules, First Partial Award, 2002, paras.139, 147.

^{②②} *Supra* note 1, at para.237.

^{②③} *Supra* note 1, at para.250.

^{②④} *Supra* note 1, at para.251;《北美自由贸易协定》第 1116 条第 2 款规定:“如果自投资者首次获悉或应当首次获悉据称的违反义务行为以及投资者遭受损失或损害之日起,时间已经超过三年,则投资者不得提出仲裁申请。”

^{②⑤} *Supra* note 1, at paras.297-304.

^{②⑥} *Supra* note 1, at paras.328-329.

^{②⑦} *Supra* note 1, at paras.240-241.

^{②⑧} *Supra* note 1, at para.281.

机构,也有权行使加拿大政府权力。根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 4 条,一个行使判断权力的机构完全可以成为国家机关。^{②⑨}

最终是加拿大联邦和新斯科舍省政府共同作出的一系列决定,而不是 JRP 报告本身导致了投资者项目被拒绝。加拿大和新斯科舍省都没有为采纳 JRP 的建议提供详细的解释。然而,显然两者都采纳了 JRP 的基本结论。^{③⑩}

(二) 加拿大是否违反最低待遇标准

1. 投资者主张:加拿大违反最低待遇标准

《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款中给予的公平和公正待遇保护是一个独立的标准,不限于习惯国际法,因此仲裁庭在解释第 1105 条第 1 款时应不限于习惯法,还必须适用《国际法院规约》第 38 条第 1 款列举的其他法律渊源。^{③①} 公平和公正待遇标准和习惯国际法标准已经趋同,^{③②} 不适当的拖延可能构成违反国际法的行为。^{③③} 根据第 1105 条,东道国应采取合理的谨慎措施,履行提供充分保护和安全的义务,包括为外国投资者提供稳定的法律和商业环境。^{③④}

被申请人的许多行为缺乏正当程序、自然正义、公平和合理性,不符合对待外国投资的国际标准。具体而言, JRP 超出了其职权范围和授权立法所定义的管辖权。^{③⑤} 被申请人以不公平和不合理的方式对投资者采取行动,对投资者施加了“有偏见、不必要和不公平的程序和义务”,并通过 JRP “无视相关事实,依赖武断、偏见、反复无常和不相关的考虑”,^{③⑥} 以歧视性的方式对待投资者,允许政治动机“歪曲环境评估过程”,歪曲了“监管状况”,“没有将已作出的监管决定告知投资者,并误称其拥有并不存在的法律权力”。^{③⑦}

2. 加拿大主张:加拿大不违反最低待遇标准

《自由贸易委员会对北美自由贸易协定第 11 章部分条款的解释》(以下简称 FTC Notes)对《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款的仲裁庭解释具有约束力和决定性

^{②⑨} *Supra* note 1, at paras.308-309, 313;《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 4 条规定:“一国的机关的行为: 1. 任何国家机关,不论行使立法、行政、司法职能,还是任何其他职能,不论在国家组织中具有何种地位,也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性,其行为应视为国际法所指的国家行为。2. 机关包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或实体。”

^{③⑩} *Supra* note 1, at paras.577, 587.

^{③①} *Supra* note 1, at para.354.

^{③②} *Supra* note 1, at para.356.

^{③③} *Supra* note 1, at para.358.

^{③④} *Supra* note 1, at para.360;《北美自由贸易协定》第 1105 条规定:“1. 各缔约方应根据国际法,给予另一缔约方投资者投资相应的待遇,包括公平和公正的待遇以及全面保护和保障。2. 在不违背第 1 款的前提下,并且虽有第 1108 条第 7 款第 2 项的规定,在针对因武装冲突或内乱而造成的其境内投资损失所采取或维持的措施方面,各缔约方应给予另一缔约方投资者以及另一缔约方投资者投资非歧视性待遇。3. 第 2 款不适用若非第 1108 条 7 款第 2 项,将会与第 1102 条不一致的涉及补贴或拨款的现有措施。”

^{③⑤} *Supra* note 1, at para.361.

^{③⑥} *Supra* note 1, at para.362.

^{③⑦} *Supra* note 1, at para.363.

作用,第 1105 条第 1 款要求适用习惯国际法关于外国人的最低待遇标准。^{③⑧} 投资者负有举证责任,证明有关行为违反了第 1105 条第 1 款在习惯国际法上所载的义务。^{③⑨} 违反第 1105 条第 1 款最低待遇标准的门槛很高。^{④⑩} 《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款不包括保护正当期待 (legitimate expectations) 的独立义务,尽管正当期待可能与确定某项措施是否构成违反第 1105 条第 1 款的严重不当行为有关。^{④⑪}

投资者未能证明他们所提请仲裁的任何措施构成对第 1105 条第 1 款义务的违反,包括:加拿大渔业及海洋部和新斯科舍环保及劳工局在 JRP 程序之前采取的措施、联邦环境部长和新斯科舍省关于选任 JRP 成员的联合决定、JRP 在发布报告前的行为、JRP 在其报告中采取的方法、政府对 JRP 报告的回应。^{④⑫}

3. 仲裁庭的裁决

根据 FTC Notes,《北美自由贸易协定》第十一章中规定的“公平和公正的待遇”“充分的保护和安全的”不能被视为“独立的”条约规范,否则将强加超出最低标准要求的额外要求。^{④⑬} 因此,《北美自由贸易协定》第 1105 条与最低国际标准相同。双方分歧的关键问题是,当代国际最低标准的内容是什么。^{④⑭}

法庭采纳了 Waste Management 公司诉墨西哥案仲裁庭确立的标准,如果国家的行为是任意的、极不公平的、不公正的或特殊的,具有歧视性,并使申请人受到地方性或种族偏见的影响,或涉及缺乏正当程序,导致违反司法适当性的结果——例如司法程序中明显违反自然正义或行政程序中完全缺乏透明度和坦率,那么就违反了公平和公正待遇的最低待遇标准。在适用这一标准时,东道国作出的陈述被申请人合理依赖且遭到违反也是相关因素。显然,该标准在某种程度上是灵活的,必须根据每个案件的情况进行调整。^{④⑮}

新斯科舍省的政策声明以及官员直接作出的系列鼓励措施使投资者产生一种期待和合理信赖:Whites Point 项目得到了当地政府的支持;将会在加拿大联邦和新斯科舍省的法律框架内,公平公正地进行环境影响评估。而加拿大的行为可能违反了这种合理信赖。^{④⑯}

JRP 报告的结论是,该项目与“社区核心价值观”不符,不应获得批准。JRP 报告引入了一个在任何法律、法规或环境影响报告指南中均未提及的术语:“社区核心价值观”。

^{③⑧} *Supra* note 1, at para.398.

^{③⑨} *Supra* note 1, at para.399.

^{④⑩} *Supra* note 1, at para.400; Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum, 2012, paras.152-153.

^{④⑪} *Supra* note 1, at para.401; legitimate expectation 的译法有多种表述,如“合法期待”“合法预期”“正当预期”“正当期望”等,本文译法见王锡铤:《行政法上的正当期待保护原则述论》,载《东方法学》2009年第1期,第18-20页。

^{④⑫} *Supra* note 1, at paras.402-426.

^{④⑬} *Supra* note 1, at para.432.

^{④⑭} *Supra* note 1, at para.433.

^{④⑮} *Supra* note 1, at paras.442-445; Waste Management Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)00/3, Award, 2004, paras.98-99.

^{④⑯} *Supra* note 1, at paras.455-487.

这一术语在评估中发挥了最突出的作用,尽管其含义似乎并不明确。^{④⑦}

“社区核心价值观”至少有四种可能的解释,即使这四种解释可能无法完全详尽地反映 JRP 的意图,但它们单独或组合在一起,至少在很大程度上反映了 JRP 的意图。^{④⑧} 第一,当地社区对项目是否应该被接受或拒绝的多数意见;第二,地方政策声明和文件所拥护的价值观;第三,社区有权自行决定,而不是让地方和国家政府对项目作出最终决定;最后,社区与其他社区相区分的传统和生活方式。^{④⑨} 但无论其实际含义是什么,“社区核心价值观”都超出了 JRP 的授权范围。^{⑤⑩} 此外, JRP 没有就“社区核心价值观”对投资者作出合理通知, Bilcon 被剥夺了了解该标准以及知晓如何满足该标准的机会。^{⑤⑪} JRP 报告还拒绝考虑任何可能的缓解措施。^{⑤⑫} JRP 从根本上背离了加拿大法律要求的评估标准。^{⑤⑬}

基于上述理由,仲裁庭得出结论, JRP 采用并由加拿大采纳的环境评估方法违反了《北美自由贸易协定》第 1105 条的最低待遇标准。

(三) 加拿大是否违反国民待遇

1. 投资者主张:加拿大违反国民待遇

所有根据加拿大环境评估计划寻求监管批准的申请人及其项目都向加拿大政府与地方政府寻求相同的待遇,与投资者和 Whites Point 项目处于类似情况。^{⑤⑭} 投资者进一步提出,一些加拿大投资者在其他项目的环境评估中获得了更好的待遇,特别是加拿大投资者和加拿大拥有的项目在环境评估的累积效应评估、预防原则、附条件批准和缓解措施、信息请求、爆破、范围和水平方面得到了更好的待遇。因被申请人未能履行其国民待遇义务,投资者及其投资受到了损害。^{⑤⑮}

2. 加拿大主张:加拿大不违反国民待遇

加拿大认为 JRP 根据加拿大与新斯科舍省法律进行的环境评估不能与根据其他省级法律进行的环境评估比较。^{⑤⑯} 在《北美自由贸易协定》下,“待遇”看的是国家在监管过程中的“行为”,而不是过程所花费的时间量。^{⑤⑰} 投资者未能证明他们所质疑的待遇与

^{④⑦} *Supra* note 1, at paras.503-505.

^{④⑧} *Supra* note 1, at para.506.

^{④⑨} *Supra* note 1, at paras.507-531.

^{⑤⑩} *Supra* note 1, at para.535.

^{⑤⑪} *Supra* note 1, at para.543.

^{⑤⑫} *Supra* note 1, at paras.547, 559-580.

^{⑤⑬} *Supra* note 1, at para.594.

^{⑤⑭} *Supra* note 1, at para.609; *Occidental v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 2004, paras.168, 173, 176; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Objections to Jurisdiction, 2006, para.167.

^{⑤⑮} *Supra* note 1, at para.614.

^{⑤⑯} *Supra* note 1, at para.649; *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID Administered Case, Award, 2010, para.82;

^{⑤⑰} *Supra* note 1, at para.651.

其他进行环境评估投资者的待遇有任何差别,未能证明差别因国籍而产生,也未能证明待遇是在与其他投资者“类似情况下”获得。^{⑤⑧}

3. 仲裁庭的裁决

仲裁庭不同意加方在本案中《北美自由贸易协定》第1102条的可能参照者限于一个非常狭窄的范围。^{⑤⑨}第1102条的适用条件是投资者或被投资者发现自己处于“类似情况”。该条措辞不像一些其他的贸易自由化协定那样受到限制,例如有关“同类产品”的协定。第1102条提到的是对待投资者或投资的方式,而不是将对歧视的关切局限于类似贸易商品之间的比较。除了给予《北美自由贸易协定》第1102条合理宽泛的语言以应有的解释外,仲裁庭还必须考虑《北美自由贸易协定》的目标,其中包括根据第102条第1款(c)项“大幅增加缔约方领土内的投资机会”。^{⑥⑩}虽然投资者关于“仲裁庭应认定所有受环境评估监管程序影响的企业都与Bilcon处于类似情况”的主张可能是正确的,但这一主张过于宽泛、抽象。^{⑥⑪}因此,在审查具体事实后,仲裁庭选择了Belleoram、AguaThuna和Tiverton三起案例,它们都是加拿大国内公司运营的可能影响当地社区的采石场和海运码头项目,符合“充分类似”的条件,可以支持本案根据第1102条进行比较。^{⑥⑫}

这三家国内公司在其项目的环境审查过程中得到了符合预期的、公正的环境法执法,Bilcon却遭受了不平等和不利的待遇。^{⑥⑬}这种差别待遇没有任何正当的理由。^{⑥⑭}因此,仲裁庭认定,加拿大拒绝给予投资者投资国民待遇。^{⑥⑮}

三、简要评析

(一) 管辖权异议

管辖权的重要性无需多言。首先,管辖权几乎是所有国际仲裁案首先要解决的问题,是仲裁被承认和执行的前提。其次,本案中加拿大政府、投资者先后尝试以管辖权认

^{⑤⑧} *Supra* note 1, at paras.652-654.

^{⑤⑨} *Supra* note 1, at para.691;《北美自由贸易协定》第1102条规定:“国民待遇:1.在投资的设立、收购、扩大、管理、经营、运作以及出售或其他处置方面,任何缔约方给予另一缔约方投资者的待遇,应不低于在类似情况下该缔约方给予其本国投资者的待遇。2.在投资的设立、收购、扩大、管理、经营、运作以及出售或其他处置方面,任何缔约方给予另一缔约方投资者投资的待遇,应不低于在类似情况下该缔约方给予其本国投资者投资的待遇。3.一缔约方根据第1款与第2款给予的待遇,对州或省而言,系指不低于在类似情况下该州或该省给予其所属缔约方投资者以及投资者投资的最优惠待遇。4.为进一步明确,任何缔约方不得:(1)对另一缔约方投资者强加如下要求,即该缔约方境内企业的一个最低限度股本应由其国民持有,对公司董事或创办人的名义合资格股本除外;或者(2)要求另一缔约方投资者因其国籍,出售或以其他方式处置在该缔约方的一项投资。”

^{⑥⑩} *Supra* note 1, at para.692.

^{⑥⑪} *Supra* note 1, at para.695.

^{⑥⑫} *Supra* note 1, at para.696.

^{⑥⑬} *Supra* note 1, at para.716.

^{⑥⑭} *Supra* note 1, at para.724.

^{⑥⑮} *Supra* note 1, at para.725.

定错误向加拿大法院申请撤销仲裁裁决,虽都被驳回,但显示出管辖权已成为国际投资仲裁中对仲裁结果不满当事人常用的补救措施。

加拿大关于仲裁庭管辖权提出的第二点异议,其实是抗辩投资者请求已过时效期,加拿大提出的管辖权异议中,也只有该属时管辖权得到了仲裁庭支持。近年来,系列案件展示出国际投资仲裁庭有扩张属时管辖权的倾向,这可能导致缔约国的规制权受损。^{⑥⑥}限制当事人提出仲裁请求的有效时间或许是一条解决之道。^{⑥⑦}本案仲裁庭则给出了范例:其对《北美自由贸易协定》第 1116 条第 2 款中关于时效性规定的解释与应用,尤其是在确定“知悉”时间点这一问题上,为理解和处理与时限相关的争议提供了重要参考。

根据《北美自由贸易协定》第 1116 条第 2 款,投资者必须实际或被推定知道东道国行为“涉嫌违反”第十一章,而且投资者已经遭受“损失或损害”。第 1116 条第 2 款并不要求对损失或损害有充分或确切的了解,否则可能会大大推迟三年期的起始时间,给时限问题增加一个全新的不确定因素。^{⑥⑧}因此,投资者只需要实际知道或被推定知道违约行为将造成损失或损害。^{⑥⑨}这对于仲裁庭确定投资者首次获悉所指称的违约行为及其损失这一关键日期和投资者选择提请仲裁的时间,都具有指导意义。^{⑦⑩}

(二) 最低待遇标准

最低待遇标准进入《北美自由贸易协定》后,长期存在难以解释、标准模糊、效力不定等问题,甚至被批判为美国维护特权的手段,“突出地反映了仲裁庭过分偏向于维护投资者利益的倾向”。^{⑦⑪}而随着 FTC Notes 的出台,仲裁实践逐渐规范化,朝着预期的方向发展,尝试在投资者与东道国之间形成新的平衡。^{⑦⑫}

《北美自由贸易协定》第 1105 条已成为众多仲裁庭分析和解释的主题,事实上,几

^{⑥⑥} 徐树:《国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对》,载《清华法学》2017年第3期,第193页;Guiguo Wang, *Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis*, Chinese Journal of International Law, 2014, Vol.23:13, p.360; Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 2006, paras.110-129; Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 2006, paras.48-57; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 2004, para.167.

^{⑥⑦} Sadie Blanchard, *State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration*, Washington University Global Studies Law Review, 2011, Vol.22:10, p.459 et seq.

^{⑥⑧} *Supra* note 1, at para.275.

^{⑥⑨} *Supra* note 1, at para.281.

^{⑦⑩} Sean D Murphy, *Temporal Issues Relating to BIT Dispute Resolution*, ICSID Review, 2022, Vol.38:37, p.52.

^{⑦⑪} Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the Merits of Phase 2, 2001, paras.110 et seq; S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 2000, para.263; 余劲松:《外资的公平与公正待遇问题研究——由 NAFTA 的实践产生的几点思考》,载《法商研究》2005年第6期,第64页;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》第2015年第6期,第183-187页;刘笋:《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》,载《法学研究》第2008年第6期,第153页。

^{⑦⑫} 刘笋:《论投资条约中的国际最低待遇标准》,载《法商研究》第2011年第6期,第105页。

乎所有基于该协定的仲裁都援引了该条。^{⑦③} 本案也将对政府行为的公平和透明度等要求巧妙地纳入《北美自由贸易协定》下的最低待遇标准进行深入探讨,还再次确定了投资者合理期待是评估东道国是否违反《北美自由贸易协定》第 1105 条规定的最低待遇标准的考虑因素。仲裁庭通过考察东道国的法律、政策和行为如何影响投资者的预期,显示出对投资者合理期待的重视,有助于提升国际投资的稳定性与可预见性。^{⑦④}

同时,作为涉及环境监管的国际投资案件,仲裁庭面临着一个问题:投资协定是否阻碍了东道国实现生态环境高水平保护的途径?^{⑦⑤} 仲裁庭首先明确保护环境并不意味着可以放弃对投资者的保护,环境保护和经济发展不仅可以协调,还可以相互促进。^{⑦⑥} 仲裁庭进而肯定了加拿大实施严苛环保法律的主权行为,也即,东道国采纳较高的环境保护标准可以通过最低待遇标准的检验,这是绝对没有问题的,但仲裁庭对法律的执行提出了质疑。^{⑦⑦} 因此,对最低待遇标准的裁决虽然在结论上支持投资者,但在论证中肯定了东道国的规制权,并没有一味地偏向投资者。^{⑦⑧}

本案仲裁庭从条约本身出发,联系 FTC Notes,延续 Waste Management 公司诉墨西哥等案制定的标准,充分考虑了国际法的发展、国际投资仲裁的判例,审慎地评估加拿大行为是否违反了最低待遇标准,进一步明确了该标准在实践中的含义,体现了在保护投资者权利与尊重东道国主权之间寻求平衡的努力。

(三) 国民待遇条款

国民待遇条款无疑是国际投资协定的核心内容。最初,受卡尔沃主义的影响,国民待遇仅被视为最低限度的保护,而随着《北美自由贸易协议》的缔结与发展,国民待遇

^{⑦③} Rudoff Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, *The International Lawyer*, 2005, Vol.54:39, p.87.

^{⑦④} *Supra* note 1, at paras.455 et seq.

^{⑦⑤} *Supra* note 1, at para.595; 将对投资者经济利益的保护凌驾于环境保护等公共利益之上也是近年来国际投资仲裁受到批评的原因,张光:《论东道国的环境措施与间接征收》,载《法学论坛》2016年第4期,第62页; M. Sornarajah, *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, in *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Karl P Sauvart & Michael Chiswick-Patterson (eds.), 2008; pp.1-6.

^{⑦⑥} *Supra* note 1, at para.597.

^{⑦⑦} *Supra* note 1, at para.598.

^{⑦⑧} 由此引发的一系列危机与讨论,见 Gus Van Harten, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford University Press, 2020, pp.99-132; Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, *American Journal of International Law*, 2018, Vol.118:112, pp.410-432; David A. Gantz, *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States - Chile Free Trade Agreement*, *American University International Law Review*, 2003, Vol.39:19, pp.679-767; Thomas Dietz, Marius Dotzauer and Edward S. Cohen, *The Legitimacy Crisis of Investor-State Arbitration and the New EU Investment Court System*, *Review of International Political Economy*, 2019, Vol.31:26, pp.749-772; David A. Gantz, *Potential Conflicts between Investor Rights and Environmental Regulation under NAFTA's Chapter 11*, *The George Washington International Law Review*, 2001, Vol.55:33, pp.651-752; Charles N. Brower & Stephan W. Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, *Chicago Journal of International Law*, 2008, Vol.25:9, pp.471-498; Susan Franck, *The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 2000, Vol.22:20, pp.1-59.

有了更高的标准与更丰富的内涵,有助于东道国创造公平竞争的环境。^{⑦⑨} 本案则承上启下,进一步发展了该规则的举证责任与证明责任。

Occidental 案确认,国民待遇的目的是保护投资者,而非保护本地生产商,因此,比较范围应不限于特定行业。^{⑧⑩} 本案仲裁庭分析了条文用语,第 1102 条的关键词是“类似”,而不要求“相同”,并结合案件事实裁决加拿大违反国民待遇。^{⑧⑪}

UPS 诉加拿大案用一个三步走的测试明晰了国民待遇的举证责任,投资者需证明:政府在环境评估期间给予了投资者或其投资一定“待遇”,“同一政府给予其他国内或外国投资者或投资以待遇”;该待遇“不如”给予其他国内或外国投资者的待遇;“政府在‘类似情况’下给予了所指控的歧视性待遇”。^{⑧⑫}

国民待遇条款并不要求投资者证明歧视意图。《北美自由贸易协定》和类似协定的国民待遇条款旨在防止因国籍产生的歧视,被申请人“投资者需证明偏离国民待遇因投资者国籍产生”的观点与《北美自由贸易协议》第 1102 条的规定相悖。确定是类似情况后,证明外国投资者的待遇低于国内投资者即可,国籍原因是不言自明的。至少在没有相反证据的情况下,仲裁庭基于实际理由与法律原因,可以推定差别待遇因投资者国籍造成。^{⑧⑬}

但如此一来,仲裁庭似乎有过度保护投资者的倾向,幸而 Pope & Talbot 诉加拿大案为东道国提供了回旋余地。即使该案的投资协议中没有与《1994 年关贸总协定》第 20 条相匹配的条款,东道国也可以通过适当措施追求合理、非歧视的国内政策目标,国内政策可能因此给外国企业造成附带的、合理范围内不可避免的负担。^{⑧⑭}

本案仲裁庭再向前一步,认定一旦根据 UPS 诉加拿大案的三步走测试发现初步证据确凿,东道国就有责任证明一项措施在第 1102 条下是可持续的。只有东道国才能根据本国法律、政策、具体情况,确定并证实一项表面上是歧视性的措施实际上符合第 1102 条规定的国民待遇标准。^{⑧⑮}

^{⑦⑨} Carlos Calvo, *Derecho Internacional Teorico y Practico de Europa y America*, Paris, D'Amyot, 1868; Nicholas DiMascio & Joost Pauwelyn, *Non-discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?*, *American Journal of International Law*, 2008, Vol.118:102, pp.67-68; Louis-Marie Chauvel, *The Influence of General Exceptions on the Interpretation of National Treatment in International Investment Law*, *Revista De Direito Internacional*, 2017, Vol. 20:14, p.141.

^{⑧⑩} Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 2004, para.173.

^{⑧⑪} *Supra* note 1, at paras.692, 694.

^{⑧⑫} United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the Merits, 2007, paras.83-84.

^{⑧⑬} Marvin Feldman v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 2002, para.181.

^{⑧⑭} Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the Merits of Phase 2, 2001, para.78; 《1994 年关贸总协定》第 20 条的“一般例外”,允许成员方出于保障人民、动植物的生命或健康等特定目的,采取偏离 WTO 规则的措施,但不能构成武断的或不合理的差别待遇,也不能构成对国际贸易的隐蔽限制。

^{⑧⑮} *Supra* note 1, at para.723.

结 语

Clayton/Bilcon 诉加拿大一案因其对《北美自由贸易协议》管辖权、最低国际标准、国民待遇的深入分析成为国际投资仲裁领域重要案例。仲裁庭裁决不仅是《北美自由贸易协定》具体规则的演进,更是国际投资仲裁在投资者权益保护与东道国环境保护间寻求平衡的又一次巧妙尝试。它既提醒东道国在环境保护中注意公平性和透明度问题,又引导投资者进行风险管理和预期评估,这也是国际投资法的发展趋势。该案凸显了国际仲裁庭在处理复杂法律和政策问题时的智慧,其意义超出了《北美自由贸易协议》的范畴,解决了投资者 - 东道国仲裁面临的共同难题,对具有投资者母国与东道国双重身份的中国也有重要参考价值。

Abstract: The Clayton/Bilcon v. Canada case is a landmark case of investor-state dispute settlement under the North American Free Trade Agreement (NAFTA). The arbitral tribunal found that claims relating to events before June 17, 2005, were time-barred. It ruled that Canada failed to accord investors fair and equitable treatment, as well as full protection and security, which was in violation of Article 1105 of NAFTA, constituting a breach of the minimum standard of treatment. The tribunal also affirmed that Canada's adoption of an environmental assessment method, endorsed by the Joint Review Panel, violated the minimum standard of treatment under NAFTA Article 1105. The detailed and meticulous ruling in the Clayton/Bilcon case not only reflects the evolution of specific rules but also represents a clever attempt by international investment arbitral tribunal to strike a balance between protecting investors' rights and interests and the regulatory authority of host countries. Summarizing the investment facts, alleged misconduct, key procedural aspects, and core legal disputes can provide valuable insights for future international investments and investment arbitrations.

Keywords: North American Free Trade Agreement; jurisdiction; minimum standard of treatment; national treatment

(责任编辑:魏 庆)

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