



商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

Singapore Convention on Mediation
New York Convention
Arb & Med
Washington Convention

2024 / 第5期

双月刊(总第27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5期 / 双月刊 / 总第27期

顾问委员会

主任 任鸿斌
副主任 (以姓氏笔画为序)
王利明 王俊峰 王胜明 甘绍宁 黄进

编委会

主任 张月姣
副主任 柯良栋 于健龙
委员 (以姓氏笔画为序)
万猛 王轶 王强 王国华 王承杰 王春阁
王贵国 王雪华 车丕照 尹飞 孔庆江 石静霞
龙卫球 卢松 叶军 叶金强 申卫星 冯果
刘正富 刘亚军 刘晓红 刘敬东 杜新丽 李虎
李仕春 李伟芳 李寿平 杨建学 肖永平 何志鹏
沈四宝 宋连斌 初北平 张伟 张忠 张志成
张勇健 张振安 张晓君 陆春玮 陈思民 林志炜
周江洪 单文华 聂文慧 贾东明 徐涤宇 唐功远
彭国元 喻敏 蔡晨风 廖永安 谭剑 潘剑锋
薛虹 魏东

Gabrielle Kaufmann-Kohler Matthew Gearing QC

主编 许素亭
执行主编 谭剑
副主编 李薇
责任编辑 马琛 龙乙方 冯硕 吕辉 刘纲 许天舒
许文超 孙保国 严文君 李贤森 李泽明 杨敏
佟尧 沈健 张靖昆 范卫国 胡余嘉 段明
洪慧敏 夏先华 顾涛 郭菲菲 桑远棵 黄艳好
黄晨亮 崔新民 蒋丽华 魏庆

印刷 北京市庆全新光印刷有限公司

主管单位 中国国际贸易促进委员会
主办单位 中国仲裁法学研究会
中国贸易报社
出版单位 《中国对外贸易》杂志社



主办单位

中国仲裁法学研究会

联系电话 010-82217975
地址 北京市西城区桦皮厂胡同2号
国际商会大厦13层
邮编 100035

中国贸易报社

联系电话 010-84541822
地址 北京市朝阳区北三环东路静
安西街2号楼
邮编 100028



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



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

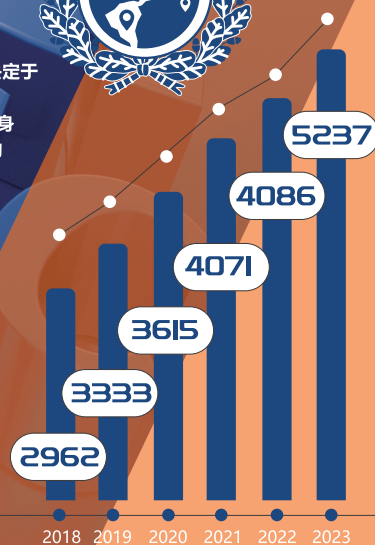
经历60余年发展，贸仲已成为世界上最重要、最有影响力的国际仲裁机构之一，形成具有自身特色的、以商事仲裁为主的多元化争议解决服务格局，被誉为“中国仲裁的国际品牌，国际仲裁的中国经验”。60多年来，贸仲共受理了6万余件仲裁案件，受理案件遍及世界160多个国家和地区，仲裁裁决在全球范围内得到广泛承认与执行。多年来，贸仲以其悠久的历史、卓越的业绩奠定了中国仲裁的领先地位，打造了中国仲裁的国际品牌，是世界上主要的常设仲裁机构之一。2021年，贸仲被业界权威的《国际仲裁调查报告》评为全球最受欢迎的五大国际仲裁机构之一。2023年，贸仲蝉联仲裁公信力“全国十佳仲裁机构”和“涉外服务十佳仲裁机构”双十佳奖项，“仲裁公信力”“涉外仲裁服务”两项指数分别达90分和98分，均位居首位，且是唯一双指标超90分的仲裁机构。

选择贸仲——中国仲裁的国际品牌

主要业务数据持续增长，位居国际前列

案件量质齐升，数量和标的额均创历史新高

- 仲裁案件数量连续六年保持增长，2018-2023年共受理案件23304宗
- 其中涉外案件共计3801件，平均每年受理涉外案件数量近650件
- 争议标的额连续六年突破千亿元大关，2018-2023年受理标的额7369亿元，其中2023年达1510.23亿元
- 2018-2023年受理标的额超亿元案件共计1164件，标的额超十亿元案件近百件，其中2023年受理上亿元案件209件，同比增长11%，其中十亿元以上案件19件



 1881

仲裁员名册现有仲裁员1881名

 1289

中国内地仲裁员1289名

 592

外籍及港澳台仲裁员逾592名

 145

来自145个国家和地区

 全覆盖

实现中国内地各省市全覆盖

 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
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业主体 提供一流的争议解决服务



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

地址：北京市朝阳区建国路118号
招商局大厦16层
邮编：100022
电话：(010) 6566 9856
传真：(010) 6566 8078
网站：www.bjac.org.cn



仲裁厅

示范条款

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



扫码了解更多仲裁信息

北仲简介

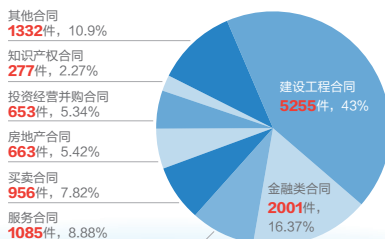
北京仲裁委员会（又名北京国际仲裁中心，英文简称BAC/BIAC）于1995年9月28日设立，在1998年率先实现了自收自支，并在2018年成为首批纳入最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的五家仲裁机构之一。经过近三十年的发展，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上有一定影响力的多元争议解决中心。北仲不仅竭诚为当事人提供优质、专业的仲裁服务，还通过研究、宣传及国际交流向世界展示中国优秀的仲裁实践。其中，北仲积极组织中国商事争议解决年度高峰论坛、赞助ICCA大会、作为观察员参与联合国贸法会第二工作组讨论，积极响应中国“一带一路”倡议及北京国际交往中心、国际科技创新中心建设规划，推动中外重要国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

北仲的优势

- 截至2023年12月31日，北仲共受理仲裁案件79,179件，所涉争议金额共计8,448.11亿元人民币，拥有丰富的处理各类商事纠纷的经验。
- 仲裁案件的当事人来自65个国家或地区。
- 每年约80%的仲裁案件至少一方非北京当事人，超过25%的案件双方均非北京当事人。
- 过去三年，北仲案件的平均审理时长为105.09天，彰显了北仲的案件管理效率。
- 北仲率先在国内采用国际通行的仲裁收费模式，将仲裁费用区分为仲裁员报酬和机构费用，并允许仲裁员按小时计费，助力当事人更好地管控争议解决成本。
- 北仲于2022年修订仲裁规则，规定首席仲裁员可以由边裁共同选定，仲裁庭可以决定进行网上开庭。

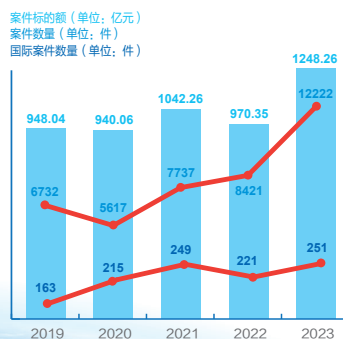
北仲处理仲裁案件情况

仲裁案件类型



2023年

案件数量/案件标的额



目 录



商事仲裁与调解

9 月 10 日出版

2024 年第 5 期(总第 27 期)

□ 实践研究

ICSID 仲裁中仲裁员回避制度研究	陈剑玲	5
--------------------------	-----	---

□ 理论研究

第三方资助国际仲裁中的仲裁费用分摊:

理论检视、实践考察与中国因应	陈雅峥	19
论公司、合伙企业与第三人仲裁协议对代表诉讼的效力	王 言	36
司法确认制度的规则演进、现实困境与实践进路	邱冬梅	54

□ 青年学范

主合同仲裁协议对保证人的约束效力研究	杨徐鼎	72
《民法典》视域下主合同仲裁条款对担保合同的适用研究	毕旭君	88
效率违约视角下的国际投资条约征收补偿条款: 内在逻辑与实践纠偏	张 艳	108
国际投资仲裁中“友好协商条款”的定性分析	陶锦婷	125

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 5, 2024 (Serial No. 27)

September 10, 2024

Research on the Arbitrator Challenge System under

ICSID Arbitration *CHEN Jianling* (5)

On the Cost Allocation in International Arbitration with

Third-party Funding: Theoretical Review,

Practical Investigation and China's Response *CHEN Yazheng* (19)

On the Validity of the Arbitration

Agreement between the Company,

Partnership and Third Party to Representative Action *WANG Yan* (36)

The Evolution of Rules, Practical Difficulties and

Practical Approaches in the Judicial Confirmation System *QIU Dongmei* (54)

Study of the Binding Effect of an Arbitration Agreement in

a Main Contract on a Guarantor *YANG Xuding* (72)

Study on the Application of Arbitration Clauses in

Main Contracts to Guarantee Contracts in the

Context of the Civil Code *BI Xujun* (88)

The Expropriation Compensation Clauses of

International Investment Treaties from the

Perspective of Efficient Breach:

Internal Logic and Practical Correction *ZHANG Yan* (108)

The Analysis on the Nature of "Amicable Negotiation Clause"

in International Investment Arbitration *TAO Jinting* (125)

ICSID 仲裁中仲裁员回避制度研究

陈剑玲^{*}

内容提要 仲裁员回避机制的设立是仲裁员独立性和公正性的关键保障。在四十余年的实践过程中, ICSID 仲裁中仲裁员回避机制的相关规则基本都已在案例中得到了适用与检验, 由此产生许多争议并引发对 ICSID 体系下仲裁员回避机制的广泛批评。尽管 2022 年 ICSID 新仲裁规则对于回避程序进行了一定优化, 但仲裁员回避机制适用中产生的主要问题仍然未得到全面与有效的解决。本文旨在分析 ICSID 仲裁体系中仲裁员回避机制的规则体系、典型情形和现存问题, 并提出未来的可能改革思路。

关键词 国际投资仲裁; 仲裁员回避; 利益冲突

仲裁员的独立性和公正性是保障仲裁程序合法性的关键要素。独立性和公正性有所不同但又密切相关, “独立性”系指没有任何外部控制, 特别是与争端方不存在可能影响仲裁员决定的关系, “公正性”系指仲裁员对争端一方或程序中提出的问题没有偏见或成见。^① 仲裁员回避机制的设立是仲裁员独立性和公正性的关键性保障。在争议复杂、标的额巨大、利益分化且与公共利益密切相关的国际投资仲裁体系之中, 设计一个有效运行的仲裁员回避机制尤为重要。1966 年成立的国际投资争端解决中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 以下简称 ICSID) 是依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称 ICSID 公约) 成立的一个政府间组织, 管理着约 70% 的国际投资仲裁案件。学界对仲裁员选择和任命的关注一直围绕着 ICSID 体系“合法性危机”这一核心。^② 仲裁员回避申请于 1982 年第一次在 ICSID 仲裁中被提出。^③ 在过去四十余年的实践中, ICSID 体系下仲裁员回避机制的相关规则基本都在案例中得到了适用与检验, 由此也凸显出许多问题, 引发了对 ICSID 体系下仲裁员回避机制的广

^{*} 陈剑玲, 对外经济贸易大学法学院副教授。

① Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007, para.29.

② Susan D Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, Fordham Law Review, 2005, Vol.73:4, pp.1521-1625.

③ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Proposal to Disqualify an Arbitrator, 24 June 1982.

泛批评。尽管最新的 ICSID 仲裁规则于 2022 年 7 月 1 日开始生效（以下简称 2022 年 ICSID 仲裁规则），对于回避程序进行了一定的优化，但回避机制中的主要问题并未得到全面与有效的解决。本文旨在分析 ICSID 体系中仲裁员回避机制的规则现状和问题并提出可能的改革思路。

一、ICSID 仲裁中仲裁员回避制度的规则体系

在 ICSID 体系下，与仲裁员回避相关的规则主要表现在 ICSID 公约和 ICSID 仲裁规则两个方面。

（一）ICSID 公约规定的仲裁员回避审查标准

ICSID 公约第 57 条规定了当事人申请仲裁员回避的审查标准。第 57 条规定：“一方可以根据仲裁员明显（manifest）缺乏第 14 条第（1）款规定的品质的任何事实，向行政理事会或仲裁庭建议取消任何成员的资格。参加仲裁程序的一方还可根据第四章第二节以某一仲裁员无资格在仲裁庭任职为理由，建议取消该仲裁员的资格”。ICSID 公约第四章第二节涉及的是关于仲裁员的国籍要求。实践中，经常被援引的理由是“明显缺乏” ICSID 公约第 14 条第（1）款所要求的素质，即仲裁员必须具有很高的道德品质，并在法律、商业、工业或金融行业有公认的专业能力、可以被信赖作出独立的判断。尽管第 14 条第 1 款的英文文本仅提及“独立判断”，并未对“公正性”作出具体规定，但 ICSID 公约的西班牙语文本中规定了“公正性”的要求。由于两个版本的公约都具有法律效力，因此，ICSID 公约第 14 条第（1）款应被理解为要求仲裁员具有公正性和独立性。^④

ICSID 公约第 57 条规定的回避标准与国际仲裁领域的通行标准存在很大不同。第 57 条要求回避申请应基于“明显缺乏”仲裁员应有的品质，而其他大多数国际仲裁规则采用的是“合理怀疑（justifiable doubts）”标准。例如，联合国国际贸易法委员会（以下简称贸法会）发布的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（以下简称《示范仲裁规则》）第 12.1 条、《新加坡国际仲裁中心仲裁规则（2016 年版）》第 14.1 条、《国际商会仲裁规则（2021 年版）》第 11.2 条、《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》第 19（1）条以及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2024 年版）》第 32 条第 2 款均规定的是“合理怀疑”标准。此外，ICSID 公约第 57 条所要求的是存在明显缺乏仲裁员应有品质的“事实”，而贸法会《示范仲裁规则》第 12.1 条所要求的是存在合理怀疑的“情况”，两者在举证程度上也有所不同。因此一般认为，与国际仲裁通行标准相比，ICSID 仲裁在回避问题上规定了一个更高的审查标准，申请回避方需要承担较高的举证责任。

（二）2022 年 ICSID 仲裁规则规定的仲裁员回避程序

2022 年 ICSID 仲裁规则第 22 条规定了当事人提出回避申请的具体程序。其中，该

^④ OPIC Karimum Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/14, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator, 5 May 2011, para.44.

条第（2）款规定在当事人提出申请之后,直到关于该申请的决定作出之前,仲裁程序应当暂停,除非当事人同意继续程序。第 23 条则规定了关于回避的决定应由不受质疑的仲裁庭另外两名仲裁员作出,如果两名仲裁员因意见分歧无法作出决定,则决定由 ICSID 行政理事会主席作出。

需要指出的是,除以上两个方面的规则之外,本身并不具有约束力的国际软法对于 ICSID 仲裁也会产生一定影响。从实践来看,在确定仲裁员是否缺乏独立性或公正性时,当事人通常依赖于《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》(以下简称《IBA 利益冲突指引》)提出主张。但是,《IBA 利益冲突指引》本身并不具有约束力。ICSID 多个仲裁员回避决定均明确指出,尽管该指引可能作为有用的参考资料,但不能作为法律依据,作出回避决定的主体仅受 ICSID 公约规定的法律标准约束。^⑤ 因此,《IBA 利益冲突指引》仅代表国际仲裁中关于利益冲突的国际共识。这一指引的重要价值在于,在评估是否存在需要回避的情况时,该指引将构成一个理性第三方分析的一部分,为具体确定是否存在明显缺乏独立性和公正性的表象提供有益的指导。^⑥ 同样,2023 年 7 月通过的贸法会《国际投资争端解决仲裁员行为守则》(以下简称《仲裁员行为守则》)对于 ICSID 仲裁所产生的影响也是类似的。在 2023 年 Imeks Insaat Makina 诉土库曼斯坦(2023 年 Imeks Insaat Makina 案)回避申请中,申请人依据《仲裁员行为守则》第 4 条第(1)款主张未经争议各方同意,仲裁员不得在涉及相同或相关当事人的其他程序中同时担任法律代表或专家证人。作出回避决定的两名仲裁员明确指出:“《仲裁员行为守则》对本案并不具有拘束力,但是这能够表明人们日益认识到,兼任同一当事方的专家和仲裁员,有损于司法的独立和公正”。^⑦

二、ICSID 仲裁中仲裁员回避标准的适用

截止 2024 年 7 月底,ICSID 共公布了 110 项仲裁员回避申请。然而,其中仅有 6 项回避申请最终得到支持。^⑧ 现有数据表明,不论是以承办案件总量还是回避申请总量为基数,申请回避成功的案例都为数寥寥。^⑨ 而且,被认定为构成回避事由的情形也体现出适用标准较高、适用范围较为狭窄的特点。多数案件往往并非仅基于单一情形认定回

⑤ Optima Ventures LLC, Optima 7171 LLC and Optima 55 Public Square LLC v. United States of America, ICSID Case No. ARB/21/11, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Mr. M. AS Arbitrator, 20 December 2022, para.69.

⑥ Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013, para.62.

⑦ Imeks Insaat Makina Elektrik Konstrüksiyon Sanayi Limited Sirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/21/23, Decision on the Claimant's Proposal for the Disqualification of Prof. Dr. Rolf Knieper, 31 October 2023, para.77.

⑧ 关于国际投资争端解决中心取消仲裁员资格决定的案例清单,参见 <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/disqualification>,最后访问时间:2024 年 9 月 10 日。

⑨ Sam Luttrell, *Testing the ICSID Framework for Arbitrator Challenges*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2016, Vol.31:3, p.603.

避理由成立,即使重点评述某一理由,但是实际上是依赖于多种因素综合考虑才作出最终决定。综合已有案例,构成回避事由的典型情形主要如下:

1. 一方当事人的重复指定

在 ICSID 仲裁中,同一当事人或其关联方多次指定某位仲裁员是否构成回避事由的争议由来已久。原则上,同一当事人在不同案件中重复指定某仲裁员是可被接受的。在当事人有权指定其仲裁员的情况下,每一方都有权基于之前成功的合作经验来指定其认为最好的仲裁员。^⑩

2010 年 Tidewater 诉委内瑞拉案(2010 年 Tidewater 案)最早就这一问题作出决定。仲裁庭另外两名成员指出,“仲裁员被同一当事人多次指定本身并不构成回避的事由”,理由是“仲裁员的多次指定是否会质疑仲裁员的独立性或公正性是一个实质问题,而不仅仅是数学计算问题”。^⑪判断类似案例的出发点是,同一当事人在不相关案件中多次指定仲裁员应被视为是中立的指定,因为仲裁员在每个案件中都独立行使仲裁职能,除非是存在以下可能导致存在明显缺乏独立性或公正性的表象,例如:(1)持续和定期任命的前景,以及随之而来的经济利益,可能会造成依赖关系或以其他方式影响仲裁员的判断;或(2)仲裁员可能因其从其他案件中获得的知识而受到记录外因素影响的重大风险,或两者兼而有之。^⑫由此可见,ICSID 仲裁实践中对以重复指定来证明仲裁员存在依赖或偏袒表象的要求非常高。

2014 年 Caratube 诉哈萨克斯坦(2014 年 Caratube 案)是唯一一个以重复指定为理由支持回避申请的 ICSID 案件。^⑬即便如此,该案实际上也并未偏离 2010 年 Tidewater 案中的决定。仲裁庭另外两名成员指出,仅仅存在被申请人律师曾三次重复指定该仲裁员的事实不足以表明明显缺乏独立性或公正性。该案的特殊情况在于,被申请人律师指定该仲裁员的另一案件和本案事实有着重大重合,从而导致一个合理第三方将会认为该仲裁员很有可能根据另案事实来预先判断当前案件的法律问题,两个案件中都依赖于相同的事实证人,而这会在仲裁庭内部造成一种不平衡。

在 2018 年 Elitech 诉克罗地亚案中,重复指定的问题再次得到检验。在该案中,ICSID 行政理事会主席驳回了要求回避的申请并重申了 2010 年 Tidewater 案中的原则,认为以多次任命作为申请理由是不够的,因为该仲裁员被指定的其他案件所涉行业并非本案所涉行业。仅仅因为几个案件产生在同一条约下,并不足以产生任何偏见的假设。该案和 2014 年 Caratube 案的区别在于,仅仅是仲裁员在多个仲裁中暴露于同一法律问

^⑩ Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II), ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Proposal for Disqualification of Mr. Bruno Boesch, 20 March 2014, para.108.

^⑪ Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, 23 December 2010, para.59.

^⑫ *Id.*

^⑬ *Supra* note 10.

题不足以取消该仲裁员的资格。^⑭ 2014 年 Caratube 案作出回避决定是因为存在额外和重要的事实重叠,且这些事实是针对案情和相关各方的。

以上的案例表明,在 ICSID 仲裁实践中,2010 年 Tidewater 案中设定的标准至今仍然适用,以重复指定为理由申请回避的门槛仍然很高。

2. 关系的冲突

在 2013 年 Blue Bank 诉委内瑞拉案(2013 年 Blue Bank 案)中,被申请人委内瑞拉以关系冲突(relationship conflict)要求申请人指定的仲裁员回避。^⑮ 该仲裁员是贝克-麦坚时马德里分所的合伙人,贝克-麦坚时纽约分所和加拉加斯分所在针对被申请人的并行仲裁案(Longreef 诉委内瑞拉案)中代表申请人,该仲裁员并没有参加 Longreef 诉委内瑞拉案,但担任贝克-麦坚时国际仲裁指导委员会的成员。ICSID 行政理事会主席认为,各分所共用一个事务所的名称,而且存在一个全球级别国际仲裁指导委员会,以及该仲裁员说他的报酬“主要”但不完全取决于马德里事务所取得的结果,这意味着组成贝克-麦坚时国际律师事务所的不同事务所之间有一定程度的联系或总体协调关系。此外,该案存在的争议焦点冲突也对回避申请最终被支持产生了影响。鉴于 Longreef 诉委内瑞拉案和本案可能讨论的问题相似,且两案都在审理之中,如果该仲裁员继续担任本案的仲裁员,他极有可能就 Longreef 诉委内瑞拉案中的相关问题作出裁决。以上两个因素综合在一起,能够证明第三方在合理评估本案事实时会发现明显缺乏公正性。

关系冲突是国际仲裁实践中的常见情形,尤其是当仲裁员是律师且其所在的律师事务所又和当事人有一定的联系时,如何判断关系冲突或者利益冲突是否构成回避事由,是一个棘手的问题。正如《IBA 利益冲突指引》第(6)条“关系”中所指出的,仲裁员所属的律师事务所的活动并不必然构成和其审理案件之间的利益冲突。在判断是否存在潜在利益冲突或是否应披露时,应考虑律师事务所或雇主的组织结构和业务模式,以及仲裁员与律师事务所关系等具体的因素。虽然 2013 年 Blue Bank 案的回避决定以仲裁员和指定方之间的关系冲突作为支持回避申请的主要理由,但遗憾的是该案并未对于关系冲突的具体判断提供清晰的论证和说明。

3. 行为不当

仲裁员在裁判过程中应当保持公正和不偏不倚。如果表现出对一方明显的偏见,则属于应回避的事由。在 2013 年 Burlington 诉厄瓜多尔案(2013 年 Burlington 案)中,ICSID 行政理事会主席支持了厄瓜多尔的回避申请,理由是申请人指定的仲裁员在仲裁中表现出了对厄瓜多尔律师的不满。^⑯ 该仲裁员对厄瓜多尔律师提出的回避申请作出了如下回应:“真正有专业操守问题的似乎是厄瓜多尔律师的主张以及其处理机密信息的

^⑭ Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/17/32, Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern, 23 March 2018, para.54.

^⑮ *Supra* note 6.

^⑯ Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 December 2013, para.79.

方式”。行政理事会主席认为该评价不是为了回应厄瓜多尔的回避申请而作出的,显示出仲裁员有偏私的表象。

仲裁员应当有发表意见的自由,但如果适用行为不当标准,反而会导致仲裁员因勤勉履行其职责而受到惩罚。在2011年Abaclat诉阿根廷案中,阿根廷提出回避申请的理由是认为两名仲裁员做出的程序决定是不公平的,反映出仲裁员对阿根廷存在先入为主的想法。^{①7}这一回避申请最终被否定。对此,ICSID仲裁实践中的通行看法认为,不能仅因为仲裁员在案件中做出了对一方不利的决定,就断定该仲裁员明显缺乏独立性和公正性,哪怕这一决定在法律依据和事实理由上不够充分。如果仲裁员决定的问题是属于仲裁员自由裁量范围,则当事人更不能以回避申请为理由来发泄其对该决定实质内容的不满。^{①8}但同样遗憾的是,2013年Burlington案的决定并没有详细地说明,一个仲裁员在发表反对意见时如何才达到了行为不当的程度,以至于被视为是明显偏袒或者反对一方。该案关于回避理由的论证并不透彻,仅仅是为仲裁员需要回避的情形设定了一个基础的行为标准。

4. 多重角色

多重角色是指个人同时扮演仲裁员和法律顾问的双重角色。由于身份不同,裁决角色和辩护角色之间往往存在“普遍不兼容性”。^{①9}如果没有足够的保障措施来防止这种公认的不兼容性,多重角色就会造成对仲裁员存有偏见的合理担心。这将凸显国际投资仲裁缺乏“机构公正性”,并进一步加重对仲裁程序的合法性和可信度的质疑。^{②0}但是,支持多重角色的观点则认为,对此做出绝对限制并非合适的选择,理由是专门从事投资、海事、体育仲裁等专业领域的仲裁员人数有限。随着争议数量的增加,全面禁止将限制仲裁员的储备。^{②1}这一问题在《仲裁员行为守则》制定过程中曾面临激烈争论,集中在对披露义务、时间间隔、角色转换和利益冲突标准的评估。最终,2023年7月通过的正式守则就此达成了平衡性的共识,在第4条专门对多重角色作出限制。2024年通过的《IBA利益冲突指引》也在橙色清单中新增了关于多重角色的规定。

与国际仲裁界关注多重角色的背景相一致,2023年ICSID的Imeks Insaat Makina案以多重角色为理由支持了一项回避申请。在该案中,被申请人土库曼斯坦指定的仲裁员已在其他两起仲裁案中担任土库曼斯坦和一家国有公司的法律专家。土库曼斯坦在

^{①7} Abaclat and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Recommendation Pursuant to the Request by ICSID on the Respondent's Proposal for the Disqualification of Arbitrator, 19 December 2011, para.3.

^{①8} ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 5 May 2014, para.55.

^{①9} Adhiraj Lath, *Hang Up the Double Hat: Safeguarding Legitimacy in Investment Arbitration*, NUJS Journal on Dispute Resolution, 2021, Vol.1:2, p.28.

^{②0} Joshua Tayar, *Safeguarding the Institutional Impartiality of Arbitration in the Face of Double-Hatting*, McGill Journal of Dispute Resolution, 2018, Vol.5:5, p.107.

^{②1} *Id.*, at 108.

这三起案件中的代理律师是同一人。因此,申请人要求该名仲裁员回避。作出回避决定的仲裁庭另外两名成员指出,当仲裁员同时被任命为一方其他未结案件的专家证人,缺乏独立性和公正性的表象是显而易见的,一个客观的第三方观察者会根据对当前事实的合理评价得出一个结论,即和案件是非曲直无关的因素,例如作为专家对指定方所承担的持续义务,可能会影响该仲裁员的决策。此外,仲裁员与指定方之间也存在单方面沟通的风险。所有这些都损害了合理的第三方观察者期望在适当的国际司法系统中看到的独立性和公正性。

三、ICSID 体系中仲裁员回避制度存在的主要问题

综合上述 ICSID 规则和案例实践来看,现存 ICSID 体系中关于仲裁员回避机制主要存在如下问题:

(一) ICSID 公约第 57 条规定的回避标准高于国际商事仲裁通行标准

ICSID 仲裁中仅支持少数回避申请的主要原因之一在于, ICSID 公约第 57 条适用了较高的“明显缺乏”标准,有别于国际商事仲裁中通行的“合理怀疑”标准。当然,也有学者指出,投资仲裁有别于普通的商事仲裁,如果将“有正当理由的怀疑”作为标准而不要求“明显缺乏”标准,可能会削弱披露和质疑标准,同时允许以轻率的理由撤换仲裁员,可能将有能力和高素质的仲裁员从本已为数不多的国际投资仲裁专家库中排除,从而妨碍争议解决程序。^②

然而,这一观点并不具有充分的说服力。通过回顾 ICSID 公约的起草历史可见,关于“明显缺乏”标准为何被采纳, ICSID 公约起草当时并未指出有特别考虑。最早被建议的措辞是当事人有权“以仲裁员与争议事项有利害关系或在被任命之前曾以任何身份处理过争议”为由,要求取消仲裁员资格。随后在公约的法律专家咨询讨论会中,两名代表指出这一措辞应更为具体,会议主席随后相应提出“仲裁员的回避问题应被规定得更为详细一些”。^③在此基础之上, ICSID 公约草案在最初第 60 条纳入了和公约第 57 条基本相同的措辞,即引入了“明显缺乏”标准。^④但是,在此后的公约起草会议之中,这一标准虽被保留,却从未被进一步讨论。因此, ICSID 公约的起草过程能够说明公约本身并未考虑就投资仲裁中的仲裁员回避设置不同寻常的超高标准,“明显缺乏”并不应成为处理回避问题的特殊障碍。

事实上,获得独立公正的裁判结果是争议解决方的基本权利,设立仲裁员回避制度

^② Meg Kinnear, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol.31:3, 2016, p.752.

^③ Consultative Meeting of Legal Experts (Apr. 27–May 1, 1964), Summary Record of Proceedings, reprinted in ICSID, History II-1, Working Paper in the Form of a Draft Convention, reprinted in International Centre for Settlement of Investment Disputes, History of the ICSID Convention, Vol. II-1 19–46 (1968), at 529.

^④ *Id.*, at 638.

正是实现这一权利的关键保障。除非为避免滥用和确保仲裁程序的有效性确有必要,否则不应对此权利予以特别限制。国际商事仲裁中通行的“合理标准”要求提出异议方应首先确定其提出异议的事实依据,即情况严重到足以对被异议仲裁员的独立性或公正性提出质疑。如果当事人已证明的事实使人对独立性和公正性的表象产生明显而合理的怀疑,或使人有理由担心存在偏见的“真实风险”,则对仲裁员的质疑就应得到支持。国际投资仲裁事关东道国的主权以及广泛的公共利益,仲裁员作出的决定之影响往往会超出争议双方本身的利益,因此,对于仲裁员的公正和独立性反而应有更高的要求,仲裁员回避标准更不应成为程序上的障碍。但是,如果按照 ICSID 公约第 57 条的字面规定,实际是发出一个信号,即在一般的国际商事仲裁中无法接受的当事人和仲裁员之间的关联,在 ICSID 仲裁中却是可以接受的。^{②5}

(二) ICSID 公约第 57 条规定的回避标准本身含义不确定

为回应对 ICSID 公约第 57 条规定的高标准之批评,ICSID 近年来已努力就此作出了改革。尽管 ICSID 公约第 57 条未被修改,但实践中已出现逐渐将该标准在具体案件中解释成“合理怀疑”标准的趋势。2002 年的 SGS 诉巴基斯坦案开始体现了对“合理怀疑”标准的应用。^{②6} 2013 年 Blue Bank 案中支持仲裁员回避决定的作出,则被认为标志着 ICSID 仲裁也逐渐趋向于“合理怀疑”标准。^{②7} 在该案中,ICSID 行政理事会主席指出:第一,ICSID 公约第 57 条和第 14 条第(1)款并不要求提供关于偏见或者确实缺乏独立性的证明,只要证明存在缺乏独立性和偏见的表象就已足够;第二,回避标准应该是基于第三方合理评估证据的客观标准。申请一方的主观看法不足以支持回避申请;第三,关于第 57 条中的“明显的”一词,仅和仲裁员缺乏的应有素质能否被感知的程度有关系。^{②8} 正如 2023 年 Imeks Insaat Makina 案的回避决定中所明确指出的,“从实质上讲,2013 年 Blue Bank 案中确定的 ICSID 公约第 57 条的适用标准,不大可能不同于其他国际仲裁法规中适用的标准,例如贸法会《示范仲裁规则》(2013 年)第 12(1)条或《国际仲裁利益冲突指引》第(2)条第(b)款中的‘合理怀疑’标准”。^{②9} 紧接着,在 2013 年 Burlington 案和 2014 年 Caratube 案中,ICSID 均适用了类似于 Blue Bank 案的规则,支持了两项回避申请。2013 年 Blue Bank 案之前,在长达近五十年的 ICSID 实践中,仅有一起回避申请被支持。但在该案之后,短短半年之内就有三个回避申请被支持。很多评论认为,2013 年 Blue Bank 案代表着 ICSID 体系下仲裁员回避标准的实质性降低,

^{②5} George Kahale III, *Is Investor-State Arbitration Broken?*, www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1918, last visited Sept.10, 2024.

^{②6} SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Arbitrator, 19 December 2002, para.21.

^{②7} *Supra* note 6.

^{②8} *Supra* note 6, at paras.57-60.

^{②9} *Supra* note 7, at para.77.

且在朝着国际商事仲裁中通行的“合理怀疑”标准看齐。^{③①}此案在一定程度上也彰显了 ICSID 扬弃了先前回避门槛过高的态度和决心。

但是,实践中对于 ICSID 公约第 57 条的理解依然存在极大的不确定性。首先,第 57 条所设计的回避标准是开放式的,ICSID 并未在任何文件中说明究竟如何解释第 57 条中的“明显缺乏”这一措辞,以及其和第 14(1)条中所使用的“信赖”这一措辞之间是何关系。例如,究竟是仲裁员缺乏独立性这一点是明显的,还是当事人对仲裁员可以行使独立判断缺乏信赖这一点是明显的?^{③②}实践中对此的争论从未停止。其次,即使存在 2013 年 Blue Bank 案等系列案件,由于 ICSID 仲裁并无遵循先例原则,第 57 条的适用仍旧缺乏可预见性。通过梳理 ICSID 已经公布的回避申请,不难发现 ICSID 仲裁实践对此的理解甚至呈现出周期式的波动变化。^{③③}在 2013 年 Blue Bank 案之后,还有大量回避申请没有得到支持,其中包括同样发生在 2013 年的 Repsol 诉委内瑞拉案。在该案中,被申请人要求申请人指定的仲裁员回避,理由是其之前做出的三个裁决证明其对被申请人存在偏见,虽然这些裁决部分或者全部被撤销,但是该仲裁员在公开声明中还是维持其原来意见。ICSID 行政理事会主席没有支持这一回避申请,理由是之前三个案件和本案是基于不同的事实和理由,并且发生在不同时间。^{③④}然而,在 2013 年且适用贸法会《示范仲裁规则》的 CC/Devas 诉印度案中,针对于 Repsol 案中被申请回避的同一仲裁员、且基于同样的事实理由,回避申请却得到了支持。原因在于 CC/Devas 诉印度案适用了传统的“合理怀疑”标准,认为从一个合理的观察者角度,会认为该仲裁员在之前三个案件中的决定足以证明其已形成固化的观点,从而对面临同样问题的本案仲裁造成偏见。^{③⑤}由此可见,在 2013 年 Blue Bank 案系列案件之后,即使基于同样的事实和理由,ICSID 仲裁和适用贸法会《示范仲裁规则》的案件依然得出了截然不同的结论。

(三) ICSID 仲裁员回避决定的主体存在双轨制

根据 ICSID 公约第 58 条和 2022 年 ICSID 仲裁规则第 23 条第 1 款,如果仅对一名仲裁员提出回避申请,则回避决定由仲裁庭其他两名成员做出。但是,如仲裁庭其他两名成员无法作出决定,则应由行政理事会主席做出决定。实践中,仲裁庭其余两名成员做出决定占了回避申请案例的大多数。然而,ICSID 的这一做法和国际通行实践做法

^{③①} Karel Daele, *Saint Gobain v Venezuela and Blue Bank v Venezuela: The Standard for Disqualifying Arbitrators Finally Settled and Lowered*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2014, Vol.29:2, p.296.

^{③②} *Supra* note 9, at 620.

^{③③} Sam Luttrell, *Beware the Blue Bank: The Implications of a Lower Threshold for ICSID Arbitration Disqualification for International Arbitration in Asia*, Asian Dispute Review, 2014, Vol.16:4, p.172.

^{③④} Repsol SA and Repsol Butano, SA v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/12/38, Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser, 13 December 2013, para.76.

^{③⑤} CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India (I), PCA Case No. 2013-09, Decision on the Respondent's Challenge to the Hon. Marc Lalonde and Prof. Francisco Orrego Vicuña, 30 September 2013, para.64.

并不兼容。例如,《新加坡国际仲裁中心仲裁规则(2016年版)》《国际商会仲裁规则(2021年版)》《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》以及《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2024年)》均规定由机构即仲裁院或者理事会就回避问题作出决定。

这一点也被视为是 ICSID 仲裁体系的一大弊端。原因主要包括:第一,国际投资仲裁体系圈子狭窄且关系紧密,仲裁员之间倾向于互相同情甚至是保护;第二,在仲裁程序开始之后,仲裁庭其余两名仲裁员对回避申请的审查,容易受到案件处理过程中对争议本身看法的影响,即对一方当事人的同情可能会影响到对回避申请的决定,而实际上这两者是毫无关联的;第三,仲裁庭成员长期处在仲裁领域之中,更加习惯于某些仲裁惯例,使得他们对回避申请的审查不同于一个普通合理第三人的视角,他们更容易认为仲裁员和当事人之间的关联是常见的,从而更不愿意做出回避决定;^{③5}第四,不同案件的仲裁员不同,往往导致不同案件之间的决定没有承继性可言,甚至互相矛盾,导致实践中对审查标准理解的混乱。

(四) 程序要求过于宽松,存在当事人滥用回避程序的风险

根据 ICSID 仲裁规则(2006年版)第9条第(6)款,在对回避申请做出决定之前,仲裁程序应暂停。2022年 ICSID 仲裁规则第22条第2款依然保留了这一规定。这事实上成为当事人提出回避申请的重要动机,目的是在程序上赢得时间,由此增加了当事人滥用程序权利、拖延仲裁程序的可能性。在 Conoco Phillips 诉委内瑞拉系列案中,委内瑞拉对于同一仲裁员在2012年到2016年期间提起了四次回避申请,一共加起来使得程序额外暂停达13个月之久,而最后所有申请均被驳回。^{③6}

仲裁程序在回避申请提出后自动中止是 ICSID 仲裁程序的独特规定。贸法会《示范法》仅规定回避申请提起之后的程序“可以”中止,而非“应当”中止。常见的规则至少是可以推断出仲裁程序可以被继续,较多还规定被申请回避的仲裁员可以继续履行职责。例如,贸法会《示范仲裁规则》第15条规定“如果一个仲裁员被替换,应从被替换的仲裁员停止履行职责时所处的阶段继续进行程序,除非仲裁庭另有决定”。

另外,国际仲裁惯例是在全部程序终结时在最终裁决中来处理所有的费用问题。而且,回避问题并非由仲裁庭作为整体来决定,而是未被质疑的另外两位仲裁员或者行政理事会的主席,其是否有权代表仲裁庭就费用问题作出决定在 ICSID 公约中缺乏确定依据。从字面来看,ICSID 公约第57条和第58条仅允许这两者就回避申请的实质问题作出决定。^{③7}为规避这一不确定性带来的风险,回避申请的决定者往往不愿处理与回避申请相关的费用问题,而是让当事人保留费用记录。因此,从短期来看,即使反复提起

^{③5} Chiara Giorgetti, *Challenges of International Investment Arbitrators: How Does It Work, and Does It Work*, World Arbitration & Mediation Review, 2013, Vol.7:2, pp.316-317.

^{③6} ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, <https://www.italaw.com/cases/321>, last visited Sept.10, 2024.

^{③7} *Supra* note 7, at para.97.

回避申请,申请方并不因此承担费用。从长期来看,双方也很有可能被最后裁决为各自承担费用。因此,申请方的费用风险也非常小,这就可能导致回避程序本身被滥用。在 Conoco Phillips 案中,被申请人委内瑞拉一共提出了四次回避申请,但是与此相关的所有费用问题都被留到仲裁程序终结之时再讨论。仲裁庭在驳回其第四次回避申请时甚至明确指出:“就费用问题,没有理由偏离长久以来的实践(即把费用问题留待程序终结时再解决)”。^{③⑧}因此,ICSID 在回避问题上松散的程序管理很有可能导致更多恶意申请的提出,但是目前的机制缺乏相应的规制措施。

四、改革路径和解决方案探讨

有效的回避制度必须具备两项功能:一是切实执行独立性和公正性要求,从而确保程序公正,维护公共利益;二是必须足够健全有效,可确保案件得以继续进行。为保障 ICSID 体制的合法性,进一步加强仲裁员的独立性和公正性,对 ICSID 体系下仲裁员回避制度进行改革具有很大的必要性。

(一) ICSID 公约和仲裁规则修改的可能方案

最理想的改革方案是针对上文所述的诸多问题,对 ICSID 公约和仲裁规则的相关条文直接做出修改,具体可包括:

1. 明确仲裁员回避审查的法律标准,采用国际商事仲裁中通用的合理怀疑标准,即“当事人对被选定或被指定的仲裁员的公正性和独立性产生具有正当理由的怀疑时”,可以提出要求该仲裁员回避的请求。通过明确采用合理怀疑标准,不仅符合 ICSID 公约起草过程中并未赋予“明显缺乏”这一标准特殊含义的事实背景,而且能够避免不必要的歧义,统一 ICSID 仲裁实践,在保障当事人获得公平独立的裁决这一关键权利上加强 ICSID 机制的合法性,最终提升各方对于国际投资仲裁体系的信心。

2. 统一仲裁员回避决定的审查主体,取消现行的仲裁庭其余两名成员做出决定的模式,改为回避决定全部由行政理事会主席做出。

正如上所述,现行的由仲裁庭其余两名成员作出回避决定的规则,已引发大量的担忧,因此将作出回避决定的权力统一赋予特定机构可有效消除这些困扰,从而对回避方的主张进行彻底审议,以及提高未来回避决定的一致性。鉴于目前 ICSID 公约第 58 条已有规定,由行政理事会主席在另外两名仲裁员无法达成一致的情况下作出回避决定,可考虑改为回避决定全部由行政理事会主席做出。

ICSID 行政理事会并不参与仲裁个案的管理,主要承担行政职责,每个成员国在理

^{③⑧} ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 26 July 2016, para.18.

事会中均有一名代表。行政理事会主席由世界银行集团行长担任,主席对理事会审议的事项没有表决权,但可以召集和主持理事会会议,其职能包括根据 ICSID 公约和仲裁规则为仲裁庭的组成提供必要的协助。尽管由行政理事会主席统一作出回避决定,依然面临着垄断以及片面决策的风险,但是,相对于由仲裁庭其余两名成员来作出回避决定,这一安排将更具程序经济合理性、专业化以及能够有效集中相关信息,从而进一步促进各方接受不利决定,加强 ICSID 仲裁中回避决定作出的合法性。

3. 将明确的成本机制纳入回避程序。例如,在决定回避申请时,可以要求申请方承担与该申请有关的仲裁庭费用。如果就仲裁庭同一成员,一方提出一次以上的回避申请,申请方应承担全部或者部分仲裁庭和对方当事人的相关费用。

然而,修改 ICSID 公约并非易事。至于 ICSID 仲裁规则修订,ICSID 在 2016 年 10 月公开了仲裁规则修订的阶段性工作文件,其中已关注到了仲裁员的回避问题。针对 ICSID 程序效率的质疑,第一份工作文件中明确指出应删除此前关于申请回避后程序“自动暂停”的规定。这在当时被视为是对现有 ICSID 规则中回避问题相关条款最有意义的突破。但是,由于不同利益方的需求,第二份工作报告后又重新引入了自动中止机制,并且该机制依然保留在 2022 年 7 月 1 日生效的新 ICSID 规则中。普遍认为,新 ICSID 规则并未实质性地回应其他对于 ICSID 仲裁员回避制度的质疑。因此,相关回避制度的规则改革还仅停留在讨论阶段,实质性的改革和修订仍仅停留在期待阶段。

(二) ICSID 机构改革的可能方案

仲裁的基本特点之一就是当事人得以选任裁判者,使得裁决可以融合不同意见,从而更具合理性。但是,关键问题在于如何保障仲裁过程能够充分体现各方的意见,同时又不被任何仲裁员对案件先入为主的想法所过度控制。为进一步加强 ICSID 仲裁的公信力,同时又不丧失仲裁的本质特点,可以考虑进一步加强首席仲裁员的影响。^{③⑨}如果首席仲裁员能有效控制仲裁程序,就能够避免当事人指定的仲裁员对案件产生过分的影 响。因此,首席仲裁员的人选非常重要,不仅要保障该仲裁员有丰富的经验,尤其是在接受双方各自指定的案件数量上也不应失衡。这不仅可以保障首席仲裁员以及整个仲裁庭的中立性,也会进一步加强当事人对于 ICSID 仲裁体系的信心。

因此,一个可能的方案是 ICSID 在行政理事会下专门成立一个委员会,负责挑选适格的首席仲裁员人选。方案应满足以下条件:第一,具有多次担任首席仲裁员的经验;第二,没有频繁地被某一类当事人所指定,例如专门被投资者指定为申请人仲裁员,或者是由被诉国家指定为被申请人仲裁员;第三,在国际投资仲裁领域广受尊敬。这个委员会并不需要直接负责个案中具体仲裁员之确定,而是负责确定人选的标准以及候选名单。双方当事人可以自由地从该名单中选择合适的人选。哪怕符合上述条件的仲裁员

^{③⑨} Maria Nicole Cleis, *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Brill, 2017, p.226.

人选并不多,或者出现反复指定的现象,但是在满足上述条件的前提下,还是会大大减少造成利益冲突和偏见的可能性。当然,这一机构改革能否实现,依然取决于成员国是否能就此达成共识和合作。

(三) 投资争议的当事人可以考虑采取的相关措施

对于东道国或者是投资者而言,在现有的 ICSID 规则体系以及机构现状难以得到迅速改变的情况下,为尽量避免现行机制中存在的合理之处,应当尽可能地发挥当事人的意思自治功能。

首先,可以考虑将现已成熟的《仲裁员行为守则》纳入国际投资条约。各国在其投资条约中纳入统一的仲裁员行为准则,明确利益冲突的界定,同时也利于促进仲裁员主动遵守高标准的职业行为规范。

其次,就仲裁员回避决定的主体问题,当事人可考虑提前同意由中立第三方作出决定。2009 年 Perenco 诉厄瓜多尔案中当事人的约定可以为此提供参考:“每一方有权在得知回避事由之日起的六十天内对仲裁员提出回避申请,无论该日期是在签署协议之前还是之后,六十天后要求回避的权利终止。一旦提出回避申请,双方均同意由海牙常设仲裁法院(以下简称 PCA)的秘书长作出决定,且适用《IBA 利益冲突指引》”。^④ 双方达成该约定之后,厄瓜多尔对一个仲裁员提起回避申请,PCA 基于双方合意做出了决定,并适用 IBA 指引作为唯一依据,并判定回避申请成立。如果当事人可以达成类似协议,即可尝试通过自主选择来避免 ICSID 公约第 58 条关于决定主体的结构性缺陷。然而,需要注意的是,ICSID 公约第 14 条、第 57 条和第 58 条并没有包括“除非当事人另有约定”的措辞,而且 ICSID 公约本身及其制定历史也并没有明确允许当事人可以自由改变这些条款。因此,当事人意思自治是否可优先于公约得到适用尚不明确。在 Perenco 案中,ICSID 没有明确承认 PCA 的决定,回避申请以该名仲裁员自行退出而告终。当然,对于当事人而言,也可以依赖于 ICSID 公约第 42 条第(1)款提出主张,即要求“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端做出裁决”适用于仲裁员回避问题。但是,上述主张能否被最终认可,只能取决于个案中的认定。

另外,考虑到费用问题对双方都有着重要的影响,为减少双方的负担,当事人也可以尝试在投资争议解决的过程中达成关于回避问题的费用协议安排,并共同提交给仲裁庭,在程序令中予以明确。

Abstract: The arbitrator challenge mechanism is a key safeguard for the independence and impartiality of arbitrators. During more than 40 years of practice, the relevant rules of the

^④ Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Challenge to Arbitrator, 8 December 2009, para.9.

arbitrator challenge mechanism under the ICSID system have been tested in cases, which have highlighted many problems and triggered extensive criticism of the challenge mechanism under the ICSID arbitration. Although the new ICSID Arbitration Rules of 2022 have made some improvements to the challenge mechanism, the main issues have not been effectively and comprehensively addressed. The purpose of this paper is to analyze the system of rules, typical situations and existing problems in the ICSID arbitration, and to propose possible reform ideas.

Keywords: international investment arbitration; arbitrator challenge; conflicts of interests

(责任编辑: 桑远棵)

第三方资助国际仲裁中的仲裁费用分摊： 理论检视、实践考察与中国因应

陈雅峥^{*}

内容提要 仲裁庭对仲裁费用的分摊享有广泛酌处权。第三方资助的出现使仲裁费用分摊裁决的不确定性进一步加重：当受资助方胜诉时，其能否以及在何种范围内就第三方资助相关费用获得补偿？当申请人败诉时，出资人是否受到不利费用裁决的约束？法理层面上，基于仲裁协议的相对性，受资助方能就已由出资方代为支付的当事人费用（不包括商业回报费用）获得补偿；资助者并非当事人，原则上不应受到费用裁决的约束。无论是依据公平合理期待原则还是禁反言原则，仲裁合意均是仲裁协议效力扩张至出资人的前提。第三方资助费用分摊需考虑仲裁的效率与公正价值，并在两者冲突时以公正为先。实践层面上，已有部分仲裁规则将第三方资助纳入费用分摊的考虑因素。在典型案例中，仲裁庭对第三方资助费用的分摊存在不少分歧。长远来看，我国可以通过立法对第三方资助的合法性予以明确，并在仲裁规则中完善第三方资助费用分摊制度。同时，应当加强费用分摊制度与信息披露制度的衔接。

关键词 第三方资助；国际仲裁；费用分摊；仲裁协议效力扩张；仲裁价值

引言

国际仲裁因其灵活性、高效性、专业性等制度优势成为解决跨境纠纷最受欢迎的方式之一。^①然而在国际仲裁中，由于标的额通常较大，常出现当事方无力负担高昂仲裁费用的现象。近年来，国际仲裁费用更是水涨船高，高昂成本逐渐成为降低当事人仲裁意愿的主要因素，一定程度上阻碍了跨境争议解决。^②在此背景下，第三方资助（Third Party Funding, “TPF”），即与案件无利害关系的第三方向一方当事人提供资金支持以启动和运行仲裁程序的方式，在国际仲裁领域的适用日趋普遍。

^{*} 陈雅峥，中国人民银行邵阳市分行工作人员。

① 石春雷：《国际商事仲裁在“一带一路”争端解决机制中的定位与发展》，载《法学杂志》2018年第8期，第24页。

② The Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/11/White-Case-and-Queen-Mary-2015-survey.pdf#:~:text=The%202015%20International%20Arbitration%20Survey,%20entitled%20%E2%80%98Improvements%20and%20last%20visited%20Sept.9,%202024>, last visited Sept.9, 2024.

第三方资助在为当事人提供接近正义机会的同时,也易引发诸多法律风险,这主要表现在仲裁员利益冲突、自治性侵蚀、滥诉等方面。^③其中,第三方资助对于仲裁费用分摊裁决的影响值得关注。一般来说,仲裁庭有权裁决败诉方承担胜诉方为仲裁支出的费用,但多数仲裁规则将“费用”定义为“当事人支出的费用”,而第三方资助费用的直接支出人并非当事人。因此,第三方资助费用是否在“当事人支出”的范畴内,至少在表面上是存在争议的。况且,目前尚未形成统一的有关第三方资助的仲裁费用分摊规则,但现行仲裁规则与实践案例均表明,仲裁庭裁决败诉方承担资助费用缺少直接法律依据,甚至有超权之嫌,因而可能导致裁决得不到承认和执行。此外,实践中仲裁庭分摊资助费用所采用的规则并不一致,这也使得费用分摊面临极大的不确定性。从已有研究成果来看,学界对于第三方资助仲裁的关注焦点在于仲裁员利益冲突与信息披露制度的建立,少数几篇有关费用问题的研究也多以费用担保制度为重心,缺乏对费用分摊问题的系统性研究。且现有研究几乎都停留于规则表面,未能深入挖掘第三方资助费用分摊的法理基础,也未能充分结合仲裁庭实践进行分析。立足于现有研究,可以发现两大问题亟待澄清:(1)当作为申请人的受资助方胜诉时,其能否就已经由出资方代为支付的费用获得补偿?如能,申请人有权在何种范围内获得补偿?(2)当受资助方败诉时,第三方出资人是否受到仲裁庭不利费用裁决的约束?本文以上述问题为切入点,对第三方资助国际仲裁费用分摊理论进行深入剖析,并结合相关立法、仲裁规则和实践案例等探讨第三方资助于国际仲裁费用分摊的影响及其应对。在此基础上,立足于我国国情,提出构建与完善中国第三方资助费用分摊制度的建议。

一、国际仲裁费用分摊的制度解构

(一) 国际仲裁费用分摊的定义及法律依据

仲裁费用分摊是指仲裁庭根据特定的费用分摊规则,在充分考虑争议焦点的复杂性、当事方在仲裁程序中的行为、费用合理性等因素的基础上对仲裁产生的费用进行分配。^④一般而言,仲裁费用可分为两部分:一是仲裁程序费用,即与仲裁程序相关的费用(tribunal costs or arbitration costs),主要包括仲裁员费用、选定仲裁机构的行政费用和仲裁庭所需的任何其他协助费用(如仲裁庭任命专家所支出的费用);二是当事人费用(party costs or legal fees),主要包括代理律师的费用、证人、翻译人员的费用以及当事人为仲裁所发生的其他费用。^⑤根据国际商会的调研,在这两种费用中,当事人的费用占仲

③ 郭华春:《第三方资助国际投资仲裁之滥诉风险与防治》,载《国际经济法学刊》2014年第2期,第85-97页;张晓萍:《论国际商事仲裁第三方资助信息披露机制》,载《国际经济法学刊》2021年第2期,第137页;Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impaction Procedure*, Kluwer Law International, 2016, p.41.

④ Administrative and Financial Regulations: Regulation 14 Direct Costs of Individual Proceedings.

⑤ J. Trenor, *The Guide to Damages in International Arbitration*, 2 ed., GAR/Law Business Research, 2017, pp.283-285.

裁总费用的 83%。^⑥

就费用问题而言,大多数仲裁机构规则赋予了仲裁庭广泛的酌处权。例如,2017 年《新加坡国际仲裁中心投资仲裁规则》(以下简称《SIAC 投资仲裁规则》)第 35 条明确指出,仲裁庭有权命令一方当事人承担另一方当事人的律师费或者其他费用。^⑦《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 61 条规定,仲裁庭有权决定如何及由何人支付双方与仲裁程序有关的开支、仲裁庭酬金以及使用中心设施的费用。^⑧《解决投资争端的国际中心仲裁规则(2006 年修订)》(以下简称 2006 年《ICSID 仲裁规则》)第 28 条规定,除非当事方另有协定,仲裁庭可决定各当事方所应支付的有关仲裁费用;第 47 条也明确仲裁庭就仲裁费用作出的全部裁决构成裁决的一部分。^⑨

(二) 国际仲裁费用分摊的主要规则

现阶段,国际仲裁界尚未就费用分摊的具体方法达成共识。实践中,仲裁庭采用的费用分摊模式主要有以下几种:

1. 各方自负费用规则

各方自负费用规则又称“美式规则”(American Rule),这也是《国际法院规约》第 64 条所采用的费用分配模式。^⑩依据这一规则,除非法律有特殊规定(例如在一方当事人存在恶意的情形下),或者双方协议另有约定,不论案件结果如何,双方当事人将自行承担所支出的法律费用。这一规则的合理性在于:一方面,案件的结果往往是不确定的,主动申请索赔和被动应诉辩护均是一种权利,如果不成功,双方当事人都不应因负担费用而受到惩罚;另一方面,若费用承担取决于案件结果,这可能会对双方提请仲裁或应诉造成消极影响。

这一规则在国际投资仲裁实践中并不罕见,甚至于在 2006 年之前,约 65% 的 ICSID 仲裁庭都默认这一规则,拒绝对当事方的仲裁费用进行特殊调整。^⑪例如,在 *LESI v. Algeria* 案中,仲裁庭指出除非当事方行为导致费用增加,自负费用是一种普遍的实践做法。^⑫在 *Metalclad v. United Mexican States* 案中,仲裁庭认为“各方承担自己的费用并均分预付给 ICSID 的费用是公平的”。^⑬*Anderson v. Republic of Costa Rica* 一案的仲裁庭指出,部分投资仲裁案件采用败诉方付费规则的做法背离了费用分配的普遍原则。除非存在骚扰性主张、程序不端、滥用投资条约等特殊情形,否则各方应自行承担费用。^⑭

^⑥ *Decisions on Costs in International Arbitration*, offprint from ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015 (2), pp.11-12.

^⑦ SIAC Investment Arbitration Rules, Art.35.

^⑧ ICSID Convention, Art.61.

^⑨ 2006 ICSID Arbitration Rules, Arts.28, 47.

^⑩ 《国际法院规约》第 64 条规定:“除法院另有裁定外,诉讼费用由各造当事国自行承担。”

^⑪ Crina Baltag, *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016, pp.458-459.

^⑫ *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Award, 12 Nov 2008, para.183.

^⑬ *Metalclad Corporation v. the United Mexican States* Case Number, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 Aug 2000, para.130.

^⑭ *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB (AF) /07/3, Award, 19 May 2010, paras.62-63.

2. 败诉方付费规则

按照败诉方付费规则,胜诉一方有权就其支出的全部法律费用获得偿还,即“赢者通吃”,因此又被称为“费用视结果而定规则”(costs follow the event rule)。这是国际商事仲裁和包括英国在内的许多司法管辖区的国内法院主要采用的方法。^⑮例如,在 Yukos 系列案中,仲裁庭认为,申请人作为申诉方应当获得他们所支出费用的相当一部分(a significant portion of their costs),从而裁决俄罗斯补偿申请人 6000 万的法律费用(约占申请人主张费用的 75%)。^⑯ Southern Pacific Properties v. Egypt 一案的仲裁庭指出,法律费用必须被视为赔偿的一部分,以使蒙受损失并不得不通过仲裁程序获得赔偿的一方获得完整的赔偿。^⑰

3. 相对成功规则

相对成功规则(relative success rule)是指基于各方在仲裁中主张的相对成功程度(即各大争议焦点的具体结果)按特定比例分配费用的一种模式。这一模式可被视为是前两种模式的折衷方案,即仲裁庭首先以败诉方承担费用规则作为裁决起点,再根据当事人就每一个争点的胜诉情况对费用进行一定比例的调整。在 PSEG v. Turkey 一案中,仲裁庭在考量双方当事人各自的胜诉部分后,裁决申请人和被申请人按 7:13 的比例承担仲裁费用。^⑱近年来,越来越多的仲裁庭开始采用这一规则来处理费用分配问题,尤其是在胜诉一方存在不端行为的情况下,简单地裁决由其中一方承担全部费用似乎有失公允。^⑲然而,这一模式在实践中也暴露出一些问题。一方面,即使是不同的争点也可能涉及到重叠的事实和相关费用。并且,这些争点之间或多或少存在法律上的联系,这使得相对成功的定量判断成为难题。另一方面,适用此规则可能使得当事人之间的辩论聚焦在所赢得的争点的数量上,而这在很大程度上取决于双方当事人所聘律师的业务能力。

二、第三方资助国际仲裁费用分摊的理论检视

(一) 仲裁协议相对性与费用分摊

如前所述,仲裁庭往往就仲裁费用的分配享有广泛的裁量权。如若第三方资助的相关费用属于仲裁费用,仲裁庭就有权对此类费用进行分摊。那么,第三方资助涉及的哪些费用属于仲裁费用?理论层面上,这一问题与仲裁协议的相对性密切相关。仲裁协议的相

^⑮ Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, p.369.

^⑯ Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-05/AA228, Award, 18 July 2014, paras.1868-1887.

^⑰ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, para.207.

^⑱ PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, para.352.

^⑲ Lucy Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration*, ICSID Review, 2011, Vol.26:1, p.79.

对性是指仲裁协议仅对仲裁协议的当事人有约束力。^{②①}并且,按照1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》和多数仲裁立法对于仲裁协议“书面”和“签署”的要求,若某一主体未在书面的仲裁协议上签字,就不受仲裁协议的约束。根据仲裁协议的相对性,仲裁庭的裁决不能超出仲裁协议约定的范围,否则可能构成“超裁”而被撤销或被拒绝承认执行。

1. 仲裁协议相对性对仲裁当事人费用承担的限制

在第三方资助仲裁中,主要需要考虑其中涉及的费用是否构成当事人费用,即当事人为进行仲裁而发生的合理费用。^{②②}其中,对于由出资人代为支付的与仲裁程序相关的合理费用构成当事人费用这一问题的争议不大。因为仲裁规则并没有要求一定要由当事人亲自支付仲裁费用。本质上,支付仲裁费用的义务人仍然是被资助人自身,第三方资助情形下仅仅是由出资人代为支付或先行垫付而已。与当事人费用不同,商业回报费用则源于出资者和受资助者双方签订的资助合同,其所属法律关系与仲裁程序基于的法律关系截然不同。而且,资助协议也具有相对性,即资助协议中的权利义务关系仅能约束资助协议的签订者,即出资人和受资助人。因此,资助协议约定的商业回报费用责任并不能约束非资助协议签订人的仲裁相对人。

综上,基于仲裁协议的相对性,一方面,当事人不能因为第三方资助的存在而拒绝补偿由资助者代为支付的在仲裁程序中发生的费用;另一方面,仲裁庭也无权要求败诉的仲裁相对人承担诸如商业回报等与仲裁程序无合理关联的费用。

2. 仲裁协议相对性对资助者费用承担的限制

在受资助方败诉时,仲裁庭能否直接要求出资者向被申请人支付败诉费用?在第三方资助诉讼实践中,不乏有法院判决第三方资助者承担败诉费用的做法。例如,在 *Abu-Ghazaleh v. Chaul* 一案中,上诉法院认为第三方出资人对案件程序进行了实际控制,属于该案的“当事人”,因此判令其承担败诉费用。^{②③}然而,我们无法简单地将诉讼规则直接套用于第三方资助仲裁中。与诉讼不同,仲裁庭的管辖权源于有效的仲裁协议,且仲裁协议的效力范围仅及于仲裁当事人。换言之,只有仲裁协议的签字方才受仲裁庭管辖。而在第三方资助仲裁中,严格来说,第三方资助者未签署仲裁协议,且单纯的资助事实并不能被自动解释为资助方同意仲裁的意图。^{②④}故而,基于仲裁协议的相对性,仲裁庭对出资者缺乏管辖权,也就无权直接对其发布承担费用责任的命令,也不能依据仲裁相对人的请求针对出资者作出费用担保裁决。这一原理与现行仲裁立法和仲裁规则的规定也是一致的。^{②⑤}

^{②①} 刘晓红:《论仲裁协议效力扩张的法理基础》,载《北京仲裁》2004年第1期,第51页。

^{②②} UNCITRAL Arbitration Rules (1976), Art.40.

^{②③} *Abu-Ghazaleh v. Chaul*, Florida Third District Court of Appeal, Decision of 2 December 2009, [2009] 36 So.3d 691, 34 Fla. L. Weekly D2496, pp.693-695.

^{②④} ICCA-QMUL Task Force on TPF in International Arbitration, Subcommittee on Security for Costs and Costs, Draft Report, 1 November 2015, p.10.

^{②⑤} 例如,《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则(2017)》第50条、《伦敦国际仲裁院仲裁规则(2014)》第28.1条等条文均将仲裁庭裁决的费用分摊主体限定为“当事人”(the parties)。

（二）仲裁协议的效力扩张与费用分摊

仲裁协议效力扩张理论是指符合有效要件的仲裁协议,在特定情况下,因一定法律事实(行为)而推定仲裁协议非签字人具有仲裁意思表示,从而使其效力及于非签字人的情形。^{②5}这类扩张理论的出发点在于,随着商事交易的日趋频繁,仲裁合意的表现形式也越来越多元化、复杂化,法院或仲裁庭难以单单依据仲裁协议本身确定当事人的合意,而是需要运用各种法律解释方法对仲裁协议进行再剖析,以探明仲裁合意的实质主体。正因如此,仲裁协议效力的扩张在本质上并未推翻当事人合意,而是在传统“书面形式”要求的基础上突破性地增加了一些同样尊重当事人合意的特殊情况。申言之,在判断仲裁协议效力扩张的范围时,裁判者不再机械地将目光聚焦在书面仲裁协议的签字方上,而是根据一定标准并结合案件情况来综合考量当事人的仲裁合意,从而判断谁才是仲裁协议的真正当事方。从法理基础来看,对仲裁协议效力扩张影响最为深刻的理论主要有公平合理期待原则和禁止反言原则。

1. 公平合理期待原则(fair and reasonable expectation)

公平合理期待原则是指裁判者根据在签订合同时的合理期待来推定当事人的真实意图并对合同条款进行合理的解释,从而保护当事人在签订合同时的合理期待利益。具体到仲裁制度中,这一原则要求仲裁庭或法院在判断非签字人是否应受仲裁协议约束这一问题时,着重考察相关主体的期待利益以及这种期待利益是否具有公平性和合理性。通过分析各当事人的行为,如果能表明非签字方具有仲裁意思表示(例如其对仲裁程序的行为足够积极),就有可能将仲裁协议的效力扩张至非签字人。

基于该原则,在第三方资助仲裁中,仲裁庭不能拘泥于仲裁协议的文字,而是要综合案件事实和相关主体的行为,考察资助者和仲裁相对方所具有的合理期待利益。如果第三方资助者具有同意受仲裁协议之约束的意图,仲裁协议的效力扩张至资助者就是公平且合理的,此时,资助者就可能受到费用分摊裁决的约束。有观点认为,如果有证据表明第三方出资人对仲裁程序进行了实质上的控制(substantial control),例如资助协议明确约定出资人承认仲裁协议,或者出资人实质参与了随后仲裁程序的各个步骤,此时出资人就具有仲裁的“默示共意”。^{②6}也有学者指出,一旦出资方在明知仲裁协议的情况下仍有意识地选择资助,且受资助方将仲裁结果的权益转让给第三方资助方,那么出资方就能被视为具有默示的仲裁意图。^{②7}

笔者认为,上述观点存在过于绝对的嫌疑,且难以涵盖所有的第三方资助情形。在多数第三方资助仲裁的案件中,尽管出资方对仲裁协议知情且资助协议明确提及仲裁,出资方也在后续的仲裁程序中替代受资助方的角色,但这并不能证明出资方具有同意仲裁的意图。事实上,出资方极有可能只是出于商业目的考虑而与受资助方签订资助协议,

^{②5} 赵健:《长臂的仲裁协议:论仲裁协议对非签字人的效力》,载《仲裁与法律》2001年第1期,第25页。

^{②6} William W Park, *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*, in Permanent Court of Arbitration ed., *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p.12.

^{②7} Christine Sim, *Using Costs Orders to Regulate Third Party Funding*, *Asian Dispute Review*, 2018, Vol.20:1, pp.12-19.

不一定是对原来的仲裁协议表示认可。至于其在仲裁程序中的积极行为,也可能只是为使投资利益最大化而作出的商业战略选择,无法证明其愿意受到仲裁庭的管辖。因此,仲裁庭分摊资助费用时,若要运用公平合理期待原则使仲裁协议效力扩张至资助人,仍应“返璞归真”去探寻资助人具有仲裁共意的证据。例如,资助协议明确规定出资方认可当事人之间的仲裁协议并同意接受仲裁庭的管辖,此时,使资助方也受到仲裁协议约束就是公平且合理的。

2. 禁止反言原则 (Estoppel)

依据禁止反言原则,一旦当事人在特定情境下通过其行为或沉默产生了某种法律效应,该当事人在后续阶段就不能够否认或反对之前的陈述或沉默,以免违反公平和诚实原则。^{②⑧} 依据禁止反言原则,仲裁协议效力可扩张及于非签字人的情形主要有两种:一是主合同的一方当事人援引实体条款向非签字方主张合同权利,而后又以该方并非签字方为由否认非签字方申请仲裁的权利;二是在纠纷系由仲裁协议一方签字人和非签字人共同过错而导致的情况下,例如两者通过恶意串通对另一签字人实施不当行为,此时另一方签字人就可以向非签字人主张其合同权利。可见,适用该原则扩张仲裁协议效力有助于保障仲裁裁决的公平性和可预测性。

在第三方资助仲裁中,如果受资助方胜诉,那么由出资方代为支付的仲裁费用能够得到败诉一方的补偿,出资方通常还可以根据资助协议获得出资的回报;而在受资助方败诉时,出资方又可以援引仲裁协议的相对性,以仲裁庭无权直接要求其承担败诉的不利费用进行抗辩。这样一来,资助行为对于出资方的“利”似乎远大于“弊”,而这对相对人来说显然是不公平的。在此情况下,禁止反言原则就有了适用的空间。基于同样的原理,仲裁合意的达成是仲裁协议效力扩张至出资人的前提。因此,即使出资人不是仲裁协议签字人,但如有证据表明出资人与仲裁相对方形成了仲裁合意,那么仲裁条款就理应对其产生了约束力。而在受资助方败诉时,出资方被“禁止反言”,即不能推翻前述的仲裁合意,此时仲裁庭就自然有权要求资助方承担不利的费用责任。

(三) 仲裁费用分摊中的价值协调

同其他仲裁制度一样,费用分摊同样面临着公正价值与效率价值的抉择和权衡。

1. 效率价值视角下的第三方资助仲裁费用分摊

相比于诉讼制度,仲裁制度在追求公正价值的基础上,更加突出对于效率价值的强调,这主要体现为仲裁的审级效率、程序效率和裁决执行效率。^{②⑨} 理查德·波斯纳 (Richard Posner) 曾对审判程序经济成本进行了二元划分,即裁判者在审理案件过程中产生的“直接成本”和因错误裁决形成的“错误判决成本”。^{③⑩} 循此思路,我们也可以将仲裁成本分为两类,一是直接成本,即在仲裁程序进行过程中直接发生的程序成本,例如

^{②⑧} 沈达明:《衡平法初论》,对外经济贸易大学出版社 1997 年版,第 276-280 页。

^{②⑨} Matin Odams De Zylva, Reziya Harrison, *International Commercial Arbitration: Developing Rules for the New Millennium*, Jordan Publishing Limited, 2000, p.25.

^{③⑩} [美] 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 289 页。

仲裁庭审理案件付出的时间和人力成本、仲裁员薪酬、证人和专家的报酬等；二是错误裁决成本，即因裁决存在错误而被拒绝承认执行导致的二次争讼等错误成本。^{③①}

效率价值视角下，仲裁费用分摊制度应使仲裁程序中发生的直接成本和潜在的错误成本最小化。而在第三方资助介入的情况下，若要使各类仲裁成本最小，理论上就要忽略第三方资助对于仲裁的影响。因为如果第三方资助成为作出费用裁决的必要考虑因素，就会不可避免地对仲裁程序造成一定的拖延，从而增加各方当事人的时间和费用成本，这对于仲裁员而言也是一种额外的审查负担。

有资助机构曾表示，在披露资助协议后，申请人接受第三方资助的事实常常会被被申请人揪住不放并进行持续攻击。^{③②}这不仅可能使仲裁庭的关注焦点从案件本身的法律和事实争议转移到次要的资助问题上，不利于真正解决纠纷，而且还可能不必要地延长仲裁程序，达到被申请人拖延时间的目的。对经济状况不乐观的受资助方来说，这无疑意味着要付出更为高昂的金钱和时间成本。然而，如果完全不考虑第三方资助，又可能滋生更多错误成本风险。例如，如果申请人和资助人对被申请人发起仲裁“攻击”，而当其败诉时却以无力偿还为由拒绝支付被申请人支出的合理费用（即“仲裁肇事逃逸”）。此时，若仲裁庭“忽视”出资人，往往会导致被申请人的合法权益得不到维护。

2. 公正价值视角下的仲裁费用分摊

对于被申请人而言，第三方资助易引发其对恶意仲裁的担忧。在获得第三方资助的情况下，申请人参与仲裁程序的法律风险大大降低，其在提起仲裁时无需自行支付相关费用，在败诉时也不用承担任何费用，此时很容易引发滥诉风险。另外，当资助者能通过资助仲裁程序获得利润时，他们可能更倾向于从经济利益出发推动仲裁，而不是寻求真实的纠纷解决。在第三方资助实践中，甚至还存在将各类案件打包成“投资组合”以获得丰厚资助收益的做法。^{③③}这都可能导致仲裁程序被滥用，损害仲裁程序的公正性。

另一方面，过度放大第三方资助对仲裁的影响也可能会损害申请人的合法权益。例如，在 *Ioannis v. Georgia* 案中，被申请人以仲裁费用已经得到第三方资助为由主张自己不应负担仲裁的全部费用。对此，仲裁庭指出，在裁决申请人胜诉时所能获得偿还的费用时，没有任何国际仲裁原则要求必须将申请人受到第三方资助的事实纳入考虑，因此拒绝了被申请人的主张而裁决由其承担仲裁的全部费用。^{③④}

3. 第三方资助仲裁费用分摊中的价值协调

效率和公正的双重价值取向构成了仲裁制度的内在张力，也引发了学界对于究竟是公平优先，还是效率优先这一问题不止息的讨论。对此，效率本位说认为效率是仲裁制

③① 汪祖兴：《效率本位与本体回归——论我国仲裁法的效率之维》，载《中国法学》2005年第4期，第113-122页。

③② W. Kirtley & K. Wietrzykowski, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?*, *Journal of International Arbitration*, 2013, Vol.30:1, pp.17-30.

③③ UNCTAD, *Recent Developments in Investment-State Dispute Settlement*, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf, last visited Aug.15, 2023.

③④ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, 2 Aug 2005, paras.691-693.

度诞生的初衷,仲裁制度的设计不能脱离效率本位。公正本位说主张,仲裁作为一种裁断方式,其首要目标是确保纠纷得到公正和公平的解决。^{③⑤} 双重价值取向说则强调仲裁应避免将公正和效率两者对立起来,应致力于追求公正和效率的平衡。

笔者认为,效率与公正都是国际商事仲裁赖以生存的制度优势。然而在两者发生不可调和的冲突时,应当优先追求公正。公正是仲裁作为裁断方式应恪守的底线。^{③⑥} 仲裁作为一种法律争端解决机制,必须在法律框架下确保正义的实现。如果牺牲公正以追求效率,就会动摇国际仲裁的法治基础,使其难以在国际法律体系中得到认可。并且,仲裁公正性是仲裁裁决得到承认与执行的前提。如果仲裁裁决存在违背正当程序、越权裁决等有违公正的情形,法院可以拒绝承认和执行该裁决。^{③⑦} 最后,突出公正价值并不是对效率价值的背弃。如前所述,仲裁裁决的错误将带来二次争讼等错误裁决成本。此时,相比较追求公正价值而付出的效率成本而言,当事人在错误裁决被拒绝承认和执行后将可能付出更多的时间和金钱成本以维护其合法权益和彻底解决纠纷。从这个角度上看,优先公正价值反而是对效率价值的保护。

据此,第三方资助仲裁中的费用分摊首先应充分尊重当事人意思自治和其对仲裁程序享有的处分权,保障仲裁程序的公正性。其次,仲裁庭在分配仲裁费用时应当考虑仲裁主张是否明显缺乏法律依据。根据 2006 年《ICSID 仲裁规则》第 41 条第 5 款,仲裁主张不能在法律上显然无理 (manifestly without legal merit)。^{③⑧} 在第三方资助的情形下,如果某一仲裁请求毫无法律根据,甚至只是为了资助的投资利益而提出,仲裁庭可以驳回该仲裁请求并要求申请人承担全部或者大部分的仲裁费用,作为对其不当行为或荒谬主张的“制裁”。通过过滤那些明显缺乏法律根据的主张,仲裁庭就可以在保证仲裁的正当程序和节省时间费用之间取得价值平衡。^{③⑨}

再者,仲裁费用分摊应对当事方费用请求的合理性进行评估。目前机构仲裁规则对于“合理性”并没有一个统一的定义。通常来说,合理性的评估可以从两个角度切入:一是费用是否是在仲裁程序中适当、合理地发生的;二是费用金额是否合理以及与争议涉及的标的额是否相匹配。在考量合理性时,应当依据“一般指标”而非单独因素所导致的费用差异。^{④①} 当受资助方(申请人)胜诉时,受资助方可获补偿的费用应属于一个理性的仲裁相对方可以合理预见的范围。因此,由出资者代为支付的与仲裁程序直接相关的合理费用可以获得补偿,而资助协议中约定的商业回报部分原则上不在可获得补偿的范围之内。当然,如果受资助方提供证据证明因为仲裁相对方的行为,其除了寻求第

^{③⑤} 肖建华:《仲裁程序的公正观与主体性价值》,载《河南省政法管理干部学院学报》2002 年第 1 期,第 32-37 页。

^{③⑥} 李林:《通过法治实现公平正义》,载《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2014 年第 3 期,第 5-16 页。

^{③⑦} New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Art.5(1).

^{③⑧} 2006 ICSID Arbitration Rules, Art. 41 (5).

^{③⑨} *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, 9 May 2017, para.163.

^{④①} *Supra* note 6.

三方资助仲裁之外别无选择,不排除其可以就其中合理的部分请求损害赔偿。^{④①} 当受资助方败诉时,被申请人请求获得补偿的抗辩费用也应当是在仲裁程序中合理发生的,且数额也需与案件的工作量、收费、专业度、时间等因素相匹配。^{④②}

最后,第三方资助仲裁中的费用分摊可以考虑当事方的不当行为或恶意。^{④③} 关于仲裁程序开始之前的行为,仲裁庭可以着重考量当事方是否试图通过威胁恐吓等方式阻止仲裁、发起不正当竞争损害对方的商业利益等。仲裁程序进行中,仲裁庭可考虑当事方是否存在故意扰乱仲裁程序、制造利益冲突、隐瞒重要事实、故意拖延程序、不当提交证据等行为。在上述情形下,为保证仲裁的公正性,仲裁庭可以利用其在费用裁决方面的自由裁量权,对有不当行为或恶意的当事方进行惩罚。

三、第三方资助国际仲裁费用分摊的实践考察

(一) 仲裁规则或立法中的第三方资助仲裁费用分摊制度

随着第三方资助仲裁实践日益发展,一些仲裁规则或国家仲裁立法率先对第三方资助下的费用分摊问题作出了规定。这些规定主要有两类,一类直接将第三方资助费用确定为仲裁费用,另一类则是将第三方资助作为费用分摊考虑因素(表1)。

表 1 仲裁规则、立法或指南关于第三方资助仲裁费用的规定

类型	规则 / 立法 / 指南名称	主要内容
直接将第三方资助费用纳入费用分摊范围的规定	2023 年《尼日利亚仲裁和调解法》	“仲裁费用”包括“获得第三方资助的费用”。 ^{④④}
	2015 年《国际商会仲裁院关于国际仲裁中费用的意见》	1. 对于已由出资者代为支付的仲裁费用,可以就其获得补偿。 2. 对于成功费用和提升费用 (success fees and uplifts), 只要该项费用是“专门为追求仲裁而发生”的合理费用,就可以认为其是可以获得受偿的。 3. 如果仲裁庭有理由相信第三方资助的存在可能影响仲裁相对人胜诉时可获补偿的可能性,仲裁庭可以考虑要求受资助方披露资助信息。 ^{④⑤}

④① 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 97-112 页。

④② *Supra* note 6.

④③ *Essar Oilfield Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, [2016] EWHC 2361(Comm), 15 September 2016, para.84.

④④ *Nigerian Arbitration and Mediation Act*, Art.50(1).

④⑤ *Supra* note 6, at 17.

类型	规则 / 立法 / 指南名称	主要内容
将第三方资助作为费用分摊考虑因素的规定	2017 年《SIAC 投资仲裁规则》	仲裁庭在确定费用分摊份额时,可以考虑第三方资助。 ^{④6}
	2022 年《ICSID 仲裁规则》	仲裁庭在决定费用担保时,可以考虑第三方资助。 ^{④7}
	2016 年《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》	仲裁庭在审核费用担保申请时可以考虑第三方资助的存在和程度。 ^{④8}
	2018 年《香港国际仲裁中心仲裁规则》	仲裁庭在决定费用时有权考虑第三方资助。 ^{④9}
	2017 年《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端纠纷仲裁规则(试行)》	在就仲裁费用和其他相关费用作出裁决时,仲裁庭可以考虑是否存在第三方资助的情形。 ^{⑤0}
	2019 年《北京仲裁委员会投资仲裁规则》	一方当事人存在第三方资助安排的,应充分披露第三方资助人是否曾承诺承担对该方当事人不利的费用责任。 ^{⑤1}
	2024 年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》	仲裁庭在费用分摊时可以考虑第三方资助,以及当事人是否遵守有关披露义务的规定。 ^{⑤2}

归纳发现,目前鲜有规定直接将第三方资助费用确定为仲裁费用。尼日利亚 2023 年《仲裁和调解法》于 2023 年 4 月生效,有关第三方资助费用的规定标志着其成为首个在法律制度中正式承认并明确允许第三方资助的非洲国家。另一将第三方资助费用确定为仲裁费用的规定来源于 2015 年《国际商会仲裁院关于国际仲裁中费用的意见》,其对仲裁费用分摊需考虑的因素、第三方资助费用(包括已由出资者支付的费用和成功费)等都作出了详细的解释,具有较强的指引作用。

在现有仲裁规则中,更多的规范是将第三方资助纳入费用分摊的考虑因素。从上表可知,尽管各仲裁规则的语言表述略有差异,但其都认为仲裁庭可以考虑第三方资助。并且,对于已由出资方代为支付的仲裁程序费用仲裁庭有权分摊这一点基本上没有争议,

^{④6} 2017 SIAC Investment Arbitration Rules, Art.33.1.

^{④7} 2022 ICSID Arbitration Rules, Art.53(3).

^{④8} 2016 年《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。

^{④9} 2018 HKIAC Arbitration Rules, Art.34.3.

^{⑤0} 2017 年《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端纠纷仲裁规则(试行)》第 27.3 条。

^{⑤1} 2019 年《北京仲裁委员会投资仲裁规则》第 39 条。

^{⑤2} 2024 年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 48.2 条。

而对于仲裁庭是否有权分摊商业回报等性质的费用,各仲裁规则并未给出明确的答案。

值得注意的是,针对第三方资助的费用分摊问题,我国已有几家仲裁机构在仲裁规则中作出了积极的探索。分析国内现有仲裁规则可以发现,与 SIAC 等国际仲裁机构规则一样,国内仲裁规则也赋予了仲裁庭在费用分摊时考虑第三方资助的权力。例如,2017 年《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资纠纷仲裁规则(试行)》第 27 条第 3 款和 2024 年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 48 条第 2 款均规定,仲裁庭在费用分摊时可以考虑第三方资助。关于费用分摊的参考因素,上述规则指出仲裁庭在分配仲裁费用时可以考虑受资助方是否履行了披露义务。这项规定充分体现了仲裁的公正价值,如果受资助人在胜诉时想要就资助费用获得补偿,其应当按照仲裁规则的要求或仲裁庭指示充分履行披露义务。另外,根据 2019 年《北京仲裁委员会投资仲裁规则》(以下简称《北仲投资仲裁规则》)第 39 条第 2 款,在资助人曾承诺承担败诉费用而受资助人又败诉时,如果受资助人想要资助人承担不利费用,应当在规定时间内充分履行其披露义务。2019 年《北仲投资仲裁规则》第 39 条第 5 款还对第三方资助下的费用担保作出了规定。上述创新放在所有国际仲裁机构规则中都是极具参考性的,这也代表着中国仲裁机构在第三方资助领域迈出了重要一步。

另需指出,虽然这些条文并没有进一步阐释受资助方履行披露义务与否、履行程度如何会对费用分摊决定产生什么样的具体影响,但笔者认为这种“留白”不失为一种立法智慧。一方面,仲裁庭对于费用分摊本就有着广泛的裁量权,即使仲裁规则没有相关的具体规定,仲裁庭也可以结合案件情况进行自由裁量;另一方面,第三方资助的形式多样,每个案件实际情况差异较大,加之第三方资助实践正处于快速发展阶段,不宜在仲裁规则中作过于细化的规定。

(二) 国际仲裁案例中的第三方资助仲裁费用分摊

在 *Supplier v. Distributor* 一案中,一家保险公司代替被申请人支付了仲裁程序中的部分费用。尽管该费用最终因被申请人败诉而未被支持,但附带意见指出,判断某一费用能否获得偿还的关键是受到资助的一方当事人对该费用是否最终负有偿还义务。^{⑤③} 在该案中,对资助费用真正负有支付义务的主体仍然是被申请人自身,故而该部分费用属于可获偿还的范围。类似地, *Quasar v. Russia* 案的仲裁庭也认为,只有有偿的第三方资助费用才能获得支持。^{⑤④} 如果对于无偿的第三方费用也要求败诉方承担,则很可能违反填平原则。^{⑤⑤} 在 *Ioannis v. Georgia* 一案中,仲裁庭指出,“没有任何一项国际仲裁原则要求仲裁庭在最终确定申请方费用赔偿时考虑申请方是否由第三方资助。”^{⑤⑥} 这一观点在随

^{⑤③} *Supplier v. First distributor, Second distributor*, ICC Case No. 7006, Final Award, 1992, para.49.

^{⑤④} *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation*, SCC Arbitration No. 24/2007, Award, 20 July 2012, paras.220-225.

^{⑤⑤} Jonasvon Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, p.384.

^{⑤⑥} *Supra* note 34.

后的 RSM v. Grenada 案^{⑤7} 和 ATA v. Jordan 案^{⑤8} 得到重申。

2016 年 Essar v. Norscot 案是一起备受关注的申请撤销仲裁裁决的案件。该案中，法院和仲裁庭首次支持了胜诉的受资助方主张的全部资助费用，包括实际资助款的 3 倍回报。仲裁庭认为，根据相关规定，仲裁庭对于“其他费用”的分摊具有广泛的自由裁量权，而第三方资助费用属于由仲裁程序直接引起的费用，因此可以被认定为“其他费用”，故仲裁庭有权裁决由败诉方承担第三方资助费用。更重要的是，仲裁庭指出，Essar 公司在违约后曾故意通过不正当的手段使 Norscot 公司限于无法自行承担仲裁费用的困境中，从而迫使其放弃部分或全部仲裁请求。在此背景下，寻求第三方资助是 Norscot 公司不得不采取的选择。鉴于此，如果第三方资助费用符合通常的市场标准，那么让败诉方 Essar 公司承担所有的第三方资助费用并无不妥。如果被申请人不对第三方资助费用予以补偿，正义将得不到伸张。^{⑤9} 值得指出的是，该案公布后却在国际仲裁界引发了一些质疑和争议，其中批判的焦点即是在费用分摊中考虑不当行为。有学者称该案“导致了一个不公正的结果，是对仲裁的强烈威慑且具有潜在的损害”。^{⑥0}

笔者认为，本案的指导意义在于，其一方面明确了“其他费用”可以涵盖第三方资助费用，另一方面也提出了不当行为可能对费用分摊决定造成影响的创新性观点。但是，本案仲裁庭未对第三方资助中的资助费用和商业回报费用予以区分，这一做法值得商榷。一方面，第三方资助本质上是资助者与申请人双方之间的投资协议，在受资助方胜诉的情况下，资助者与受资助方分享胜诉利益；而在仲裁失败的情况下，风险应由资助者独自承担。基于合同的相对性，资助协议并不能为被申请人施加义务。因此，由被申请人承担资助者与受资助方约定的商业回报缺乏正当性。另一方面，该案裁决对于被申请人不当行为和第三方资助仲裁的因果关系的说理缺乏说服力。不可否认，被申请人的不当行为在道义上值得谴责，但将其和第三方资助仲裁费用之间划上法律上的因果关系未免有些牵强。尽管如此，该案所提出的有关“其他费用”的认定思路和在费用分摊时考虑不当行为的观点仍具有借鉴意义。

四、第三方资助国际仲裁费用分摊的中国因应

（一）通过立法明确第三方资助的合法性

明确第三方资助的合法性是现实的需求。面对高昂的国际仲裁费用，第三方资助为那些“囊中羞涩”的当事人提供了“接近正义”的机会，并能有效帮助其分担仲裁过

^{⑤7} RSM Production Corp. v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Apr. 28, 2011, para.68.

^{⑤8} ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, 11 July 2011, para.34.

^{⑤9} *Supra* note 43.

^{⑥0} Henriques, *The Essar v. Norscot Case, A Final Argument for the “Full-Disclosure Wingers” of Third Party Funding in International Arbitration*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/15/the-essar-v-norscot-case-a-final-argument-for-the-full-disclosure-wingers-of-tpf-in-international-arbitration/>, last visited Aug.15, 2023.

程中的经济风险,具有融资价值。而对出资人来说,第三方资助产业的可观收益也具有很大的吸引力。可以预见,国际商事主体对于第三方资助的需求将会越来越高。在此背景下,是否允许第三方资助成为国际仲裁当事人,是在选择仲裁地和仲裁机构时重要的考虑因素。而在我国,虽然已有一些仲裁机构已在其仲裁规则中纳入第三方资助,但立法层面对第三方资助的规定仍处于空白。为了保证仲裁裁决得以承认执行而不被当地司法机关撤销,接受了第三方资助的当事人很可能因为我国没有明确第三方资助的合法性,转而选择其他仲裁地解决纠纷。因此,如果我国立法在第三方资助仲裁上仍继续保持沉默或含糊,将不利于提升我国仲裁的国际吸引力。

另一方面,明确第三方资助的合法性有助于应对第三方资助带来的法律风险。由于资助协议的隐秘性和资助行为的“逐利性”,第三方资助可能会给仲裁程序带来滥诉、利益冲突等不容忽视的法律风险。第三方资助介入国际仲裁已是大势所趋,立法的缺位不仅无助于第三方资助的稳步发展,反而可能使其如脱缰的野马一般引发更多的风险。因此,有必要建立系统的第三方资助仲裁制度,从立法上实现对上述风险的规制。而明确第三方资助的合法性就是建立第三方资助国际仲裁制度所要迈出的关键一步。据此,我国可以首先在《仲裁法》中增设关于第三方资助国际仲裁的条文,承认其合法性并对第三方资助及相关概念的定义、出资人和受资助人的权利义务等基础性问题作出规定。至于具体的制度内容,可以交由仲裁规则、行业指南等“软法”体系来完成。^⑥这样一来既可以保障《仲裁法》的稳定性,也可以顺应时代需要,适应实践情况的变化。

（二）通过仲裁规则确立第三方资助费用分摊制度

在第三方资助国际仲裁的发展历程中,仲裁机构在制度建设和风险规制方面扮演着“主力军”的角色。一方面,仲裁机构有着一套系统的仲裁规则,对规范仲裁程序和引导当事人深度参与仲裁有着重要作用。另一方面,仲裁机构是处理仲裁案件的一线组织,能够接触到大量第三方资助国际仲裁案件,为第三方资助制度的构建和完善积累丰富的实践素材。因此,在建立第三方资助费用分摊制度时,应充分发挥仲裁机构无可替代的积极作用。目前,国际上的主流仲裁机构已尝试通过仲裁规则或指南逐步建立起第三方资助制度,我国仲裁机构也可以结合我国实情和机构特色,在仲裁规则中引入第三方资助相关规定或发布专门针对第三方资助的仲裁指引。

第三方资助仲裁费用分摊的制度构建应以公正和效率作为价值指导,并在两者冲突时以公正价值为先。这体现为:第一,第三方资助仲裁中的费用分摊应充分尊重当事人的意思自治,保障双方当事人在仲裁程序中享有的处分权;第二,仲裁庭在分配仲裁费用时应当考虑仲裁主张是否明显缺乏法律依据,过滤那些在法律上显然无理的主张;第三,仲裁费用分摊应对当事方费用请求的合理性进行评估,只有具有合理性的费用才能获得补偿;第四,仲裁庭在作出费用分摊裁决时,可以考虑到当事方的不当行为或恶意,通过费用转移对有不当行为或者恶意的当事方进行惩罚。

^⑥ 杨子希:《第三方资助国际商事仲裁的规制研究》,载《法治论坛》2022年第1期,第277页。

具体而言,可以从以下几个方面完善费用分摊制度的内容:首先,应明确资助对于费用分摊可能产生的影响。在作出费用裁决时,仲裁庭可以考虑第三方资助的情形,并依据自由裁量权确定费用分配。在受资助方胜诉的情况下,受资助方有权就“已支付的仲裁费用”获得补偿。“已支付的仲裁费用”指由受资助方代为支付的与仲裁程序存在合理关联的费用(包括程序费用和当事人费用)。合理性主要体现在两个方面:一是费用是否是在仲裁程序中适当、合理地发生;二是费用金额是否合理以及是否与争议涉及的标的额相匹配。在评估合理性时,仲裁庭可以考虑案件相关的工作量、收费人员的费率、专业人员的参与度、不同仲裁阶段所花时间等因素是否合理。在受资助方败诉的情况下,原则上仲裁庭无权要求第三方出资者承担不利费用,因为其不是仲裁协议的当事人。需要注意的是,即使出资者因出资对受资助方参加仲裁程序施加了较高程度的控制,也不能据此将出资者追加为当事人。仲裁协议效力扩张理论的适用具有严格的法律条件,除非有充分证据表明出资者具有仲裁合意,例如在资助协议中明确约定出资者愿意受到仲裁协议约束,否则仲裁庭无权针对其作出费用裁决,不然裁决将可能面临因“超裁”而被撤销或被拒绝承认和执行的危险。

(三) 加强费用分摊制度与披露制度的衔接

披露义务是规制第三方资助国际仲裁潜在法律风险最主要的方向。^{⑥2}完善的披露制度有助于仲裁庭作出公正、合理的费用分摊裁决。关于披露义务主体,不同于传统仲裁程序中仲裁员作为披露义务的主体,第三方资助仲裁中的披露机制应以受资助方为主、仲裁员为辅。只有受资方主动对资助信息进行披露,仲裁庭才有可能知晓资助情况并披露利益冲突的情形(如有)。关于披露内容,一般认为受资助方有义务主动披露资助事实和资助者的基本信息。在不披露资助协议内容将有损仲裁公正性的情形下,仲裁庭也可以要求受资助方对资助协议中的必要内容进行披露。^{⑥3}

从费用分摊的角度看,只有受资助方主动披露第三方资助事实,仲裁庭在作出费用裁决时才有可能对第三方资助情形的影响予以衡量。在受资助方胜诉的情况下,如果其未曾对第三方资助信息(如已由资助者代为支付的费用)进行披露,就可能难以请求就这些费用获得补偿。而在受资助方败诉的情况下,如果其未披露资助者曾承诺承担败诉不利费用,仲裁庭就无权裁决要求资助者承担不利费用,因为资助者并非仲裁程序的当事人。可见,披露义务的履行程度将可能直接影响到双方当事人的权益和费用裁决的结果。正因如此,在构建第三方资助仲裁费用分摊制度时应特别注意与披露制度的衔接。一方面,需要明确受资助方应履行的披露义务,对第三方资助事实和资助协议是否约定由资助者承担不利费用等必要信息予以披露;另一方面,仲裁庭在作出费用裁决时可以考虑上述披露义务的履行情况。

^{⑥2} Laurent Lévy & Régis Bonnan, *Third Party Funding: Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings*, ICC Dossier No. 752E, 2013, p.85.

^{⑥3} 陈雅峥、冯硕:《国际商事仲裁中第三方资助行为的规制——以受资方信息披露义务为视角》,载《商事仲裁与调解》2022年第5期,第59-74页。

五、结 语

党的二十大报告提出,加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法,统筹推进国内法治和涉外法治,这对中国仲裁界更加自觉、自信地统筹国内仲裁和涉外仲裁法治发展提出了新的要求。^{⑥4} 为把握全球治理中的制度性话语权,首先要提高我国在国际规则制定中的话语权。当前,虽然第三方资助国际仲裁方兴未艾,但有关第三方资助仲裁制度的国际规则还很不完善。为此,我们需要把握住这个关键时机,加强对第三方资助仲裁的制度构建,进而提高我国在国际仲裁规则制定中的话语权。

随着“一带一路”倡议的高质量发展,近年来我国吸引外资和对外投资一直稳居世界前列。2023 年,中国对外非金融类直接投资高达 1301 亿美元。^{⑥5} 在这样的大背景下,越来越多的投资企业“走出去”到境外进行投资、开展经贸合作,随之而来的跨境争议也逐渐增多。跨境争议通常标的大、耗时长,给许多企业尤其是中小企业造成了巨大负担。利用第三方资助,可以有效解决我国众多企业的资金需求,对保护我国企业利益和促进经济发展具有重要意义。总之,我国作为双向投资大国,无论是从维护现实的双向投资利益、有效解决国际投资或商事争端,还是从强化新时代国际经贸规则构建的话语权角度,都需要对第三方资助国际仲裁制度的建立和完善发出中国声音。

展望未来,我们应当以开放包容的心态迎接第三方资助国际仲裁的蓬勃发展,拿出制度改革的决心和勇气,为第三方资助国际仲裁在我国的良性发展提供法治土壤。同时,也要敏锐地认识到第三方资助可能引发的法律风险并采取有效措施积极应对。鉴于此,有必要建立起系统的第三方资助仲裁法律制度,并对包括费用分摊在内的各方面制度予以细化和完善。一是要以立法形式明确第三方资助的合法性,对第三方资助涉及的基础性问题作出规定;二是要通过仲裁规则构建并完善第三方资助费用分摊制度,提高费用分摊裁决的确定性;三是应加强费用分摊制度与信息披露制度的衔接。另需指出,第三方资助与生俱来的市场属性意味着其发展仍需更多自由空间,因此无论是在制度层面还是实践层面,都要求我们正确把握费用分摊的尺度和界限,充分运用好第三方资助这柄双刃剑,这也对仲裁员各方面素质提出了更高的要求。

Abstract: The arbitral tribunal has broad discretion in allocating arbitration costs. The emergence of third-party funding (TPF) has further complicated the uncertainty of cost awards: can the successful funded party be entitled to TPF-related costs and to what extent?

^{⑥4} 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,《人民日报》2022 年 10 月 26 日,第 001 版。

^{⑥5} 中华人民共和国商务部:《中国对外投资合作发展报告 2023》,载商务部官网, <http://www.mofcom.gov.cn/>, 最后访问日期: 2024 年 8 月 26 日。

Can the funder be bound by an adverse cost award when the funded party loses? Legally, based on the privity of arbitration agreement, the successful party can be compensated for the party costs paid by the funder, but not for the commercial returns. Not being a party, the funder in principle should not be bound by the cost award. No matter applying the principle of fair and reasonable expectations or estoppel, the consent of arbitration is always the premise of expansion of the effectiveness of the arbitration agreement to the funder. In addition, the allocation of TPF costs needs to reflect the values of efficiency and justice and prioritize justice when conflict arises. In practice, some arbitration rules have already included TPF as a factor to be considered in cost allocation. In several typical cases, the tribunals still have different views on the allocation of TPF costs. In the long run, it is advisable for China to clarify the legality of TPF through legislation and improve the TPF cost allocation system through arbitration rules. At the same time, efforts should be made to link the cost allocation system with the information disclosure system.

Keywords: third-party funding; international arbitration; cost allocation; expansion of the effectiveness of arbitration agreements; arbitration value

(责任编辑：黄艳好)

论公司、合伙企业与第三人间仲裁协议对代表诉讼的效力

王言^{*}

内容提要 公司、合伙企业与第三人签订的仲裁协议是否约束行使代表诉权的股东、有限合伙人的问题长期存在分歧,认可仲裁协议约束力的观点缺乏法律文义和体系解释支撑。《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第25条虽承认该情况下仲裁协议对股东、有限合伙人有效,但代表仲裁问题仍存在应然层面的争论。然而,原生权利说等几种否定代表仲裁的观点说服力均有不足。对比债权人代位权和代位求偿权,可推论代表诉权的功能应允许股东、有限合伙人继承公司、合伙企业的仲裁权利义务。新加坡的代表仲裁曾面临相似的实然尴尬,最终该国修订法律,明确了公司与第三人间仲裁协议对代表诉讼的效力。为尽快解决司法实践中的分歧,应接受《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第25条对仲裁协议效力的认定。同时,为守护代表诉权的公益属性并为司法政策的变化预留空间,可借鉴新加坡代表仲裁中的法院预审查模式。在程序安排上,可采用公司、合伙企业为申请人,股东、有限合伙人为仲裁代理人的设置。

关键词 股东代表诉讼;仲裁;代位求偿;债权人代位权

一、问题的提出

我国《公司法》第189条规定了股东代表诉讼制度,赋予股东在公司内部救济机制失灵情况下代替公司向法院寻求救济的权利。其第三款规定“他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的”,股东可发起代表诉讼。《合伙企业法》第68条规定,有限合伙人有权在“执行事务合伙人怠于行使权利时为了合伙企业的利益以自己的名义提起诉讼”。但是,股东、有限合伙人在发起代表诉讼时可能发现争议事项已经落入被告第三人和公司、合伙企业事先签订的仲裁协议管辖范畴。此情形下仲裁协议是否约束股东、有限合伙人,从而允许所谓“代表仲裁”的存在?^①对此,理论和实践均有较大分歧。为了

^{*} 王言,中国电力技术装备有限公司法律事务处专责。本文系第十二届“中伦杯”国际商事仲裁征文大赛三等奖获奖论文。

^① 如无特别说明,本文中“代表仲裁”特指股东、有限合伙人欲行使代表诉权,但受公司、合伙企业与第三人事先签订的仲裁协议约束而进行的仲裁。

对“公司企业代表诉讼等特殊情形下,仲裁协议效力的认定予以明确规定”,司法部2021年7月发布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)第25条拟规定“公司股东、合伙企业的有限合伙人依照法律规定,以自己的名义,代表公司、合伙企业向对方当事人主张权利的,该公司、合伙企业与对方当事人签订的仲裁协议对其有效”。^②然而,《征求意见稿》发布已逾3年仍未得到通过。与之相对,存在类似争论的保险人代位求偿和债权人代位权分别在2019年的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)和2023年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《合同编解释》)中得到明确。在上述背景下,本文从代表仲裁面临的“实然”尴尬入手,以代位求偿和代位权诉讼为参照,澄清“应然”层面的争论;随后梳理新加坡代表仲裁制度发展历程,以期为我国代表仲裁的构建提供有益的思路。

二、代表仲裁的“实然”尴尬

代表仲裁面临着实然层面的尴尬。当行使代表诉权的股东、合伙人面对公司、合伙企业与第三人签订的仲裁协议时,部分法院认为行权人应受仲裁协议约束;另外一部分法院则以仲裁协议的相对性为依据,恪守公司、合伙企业与第三人仲裁协议的范围不扩张至行权人。此外,实然尴尬还体现于相关法律的明文规定,《公司法》第189条和《合伙企业法》第68条的措辞为“向人民法院提起诉讼”“提起诉讼”,很难从文义解释及体系解释上支持代表仲裁。

(一) 各地法院的歧见

最高法曾在一份复函中肯定了中外合资企业中的中方股东可以在公司内部救济失效的情况下以自己的名义提起仲裁。^③《广东省高级人民法院关于涉外商事审判若干问题的指导意见》肯定了外商投资企业中的非控制方可以以自己的名义“对第三人提起诉讼或仲裁”。^④《深圳市中级人民法院关于审理股东代表诉讼案件的裁判指引》更是直接明确“公司与他人有书面仲裁协议,股东就仲裁协议约定的仲裁事项对他人提起股东代表诉讼的,人民法院应不予受理”。^⑤这份司法性文件对所有类型公司的股东代表仲裁予以承认,不再局限于前两份文件所限的“外商投资企业”。深圳市中级人民法院认为,公司和第三人的仲裁协议满足真实合法有效的条件,则仲裁协议的双方“享有排斥法院管辖的程序利益”,在股东提起代表诉讼的情况下也不能排除第三人依据仲裁协议享有的

② 《司法部〈关于中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉公开征求意见的通知》,载司法部官网, https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lfyjzj/202107/t20210730_432967.html,最后访问时间:2024年8月1日。

③ 《最高人民法院关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷,控制合营企业的外方与卖方有利害关系,合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》,法经(1994)269号,1994年11月4日发布。

④ 《广东省高级人民法院关于涉外商事审判若干问题的指导意见》,粤高法发〔2004〕32号,2004年12月17日发布,2021年1月1日废止。

⑤ 《深圳市中级人民法院关于审理股东代表诉讼案件的裁判指引》,2015年10月15日发布。

程序性利益;^⑥深圳市中级人民法院也将同样的说理适用于有限合伙人。^⑦广东省高级人民法院认为,如果股东代表公司主张的权利基础源于含有仲裁协议的合同,则“股东在形式上代位行使”公司的请求权应当受仲裁协议约束。^⑧湖北省高级人民法院更加深入地分析指出:“在公司与他人之间订立的合同中已明确约定将争议提交仲裁裁决的情形下,如果他人违反合同约定并由此侵害了公司的利益,允许公司股东通过股东代表诉讼排除仲裁协议的适用,则明显造成事实上的不公平,并可能使公司利用股东代表诉讼制度谋取程序上的不正当利益”。^⑨

但是不乏持相反意见的法院。西安仲裁委员会曾做出支持股东代表仲裁的裁决,但西安市中级人民法院认为,仲裁协议“仅对合同双方有约束力,陈荣学作为陕西安康市康硒饮业有限公司的股东与硒谷公司之间并无合同关系,亦不存在仲裁协议”,且《公司法》明确规定股东代表诉讼应由人民法院管辖。^⑩另一起案件中,李友超等111名股东代表云南腾药公司起诉第三人北京中证公司,而两公司间存在仲裁协议。云南省高级人民法院认为“按照合同相对性原则……仲裁条款对股东没有约束力”,驳回了北京中证公司的管辖权异议。^⑪此外,上海金融法院在一起案件中先是做出了支持有限合伙人代表仲裁的裁决,随后该裁决又被上海市高级人民法院以“上诉人与被上诉人之间并未签订仲裁协议”为由撤销。^⑫

(二) 法律解释难以为支持仲裁的观点提供支撑

无论支持代表仲裁的观点如何说理,始终无法回避《公司法》使用“向法院起诉”、《合伙企业法》使用“提起诉讼”的问题。鉴于《公司法》全文中完全没有提及“仲裁”一词,刘俊海教授认为,《公司法》对仲裁的“遗忘”是一个立法技术的问题,因此提出用“准用”的方式解决仲裁问题:1999年合同法中曾有9处提及仲裁机构,而2005年《公司法》并未提及仲裁机构,这并不意味着2005年《公司法》排除了仲裁机构根据仲裁协议确定公司纠纷的管辖权,只要存在仲裁协议,有管辖权的仲裁机构就可以准用2005年《公司法》中的相关诉讼条款裁判公司纠纷。^⑬另一种解释方法是将“提起诉讼”扩大解释为“诉权”,而“诉权”可以被宽泛地理解为“请求法律救济的权利”。^⑭张子学教授认为,不能狭义地把诉权理解为法院诉讼的权利,还应当包括当事人按照仲裁协议享有的仲裁请求权。^⑮李立新教授等认为,“诉讼、仲裁均作为纠纷解决的重要路径,第

⑥ 深圳市中级人民法院(2015)深中法商终字第2106号民事裁定书。

⑦ 深圳市中级人民法院(2018)粤03民终9204号民事裁定书。

⑧ 广东省高级人民法院(2016)粤民终468号民事裁定书。

⑨ 湖北省高级人民法院(2019)鄂民辖终150号民事裁定书。

⑩ 西安市中级人民法院(2019)陕01民特6号民事裁定书。

⑪ 云南省高级人民法院(2020)云民辖终98号民事裁定书。

⑫ 上海金融法院(2020)沪74民初411号民事裁定书;上海市高级人民法院(2020)沪民终711号民事裁定书。

⑬ 刘俊海:《新〈公司法〉的制度创新及其对仲裁实践的影响》,载《北京仲裁》2006年第1期,第48页。

⑭ 周永坤:《诉权法理研究论纲》,载《中国法学》2004年第5期,第12页。

⑮ 张子学:《公司法纠纷可仲裁性初步研究》,载《中国政法大学学报》2019年第4期,第53页。

一百五十一条不仅应包括诉讼,亦可将仲裁涵盖其内”。^{①⑥} 在支持代表仲裁的观点看来,即便立法者“只考虑诉讼,完全遗忘了仲裁”,^{①⑦} 也可主张“向人民法院提起诉讼”的表述旨在督促公司积极行使权利、强调公司应当在利益受损后依法积极寻求救济,而非要求公司仅能向人民法院以提起诉讼的方式解决争议。^{①⑧}

与代表仲裁相似,法律文本的解释也是代位权仲裁争论中的焦点。《民法典》第535条规定“债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利”,但未明确债权人是否受债务人与次债务人事前签订的仲裁协议的约束。王利明教授认为,“从体系解释来看,《民法典》凡是允许既可以提起诉讼又可以提起仲裁的,通常会加上仲裁机构的表述……《民法典》中有13处明确规定了仲裁机构”,但是《民法典》第535条偏偏没有加上仲裁机构,足见立法者的立法本意是债权人代位权只能通过诉讼的方式行使。^{①⑨} 体系解释不自洽同样是支持代表仲裁观点的瑕疵。诚然,《公司法》中没有一处提及“仲裁”,但《合伙企业法》则不然。“仲裁”一词在《合伙企业法》中共出现7次,分别位于规定了清算人可“代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动”的第87条和合伙人就履行合伙协议产生争议可以提起仲裁或起诉的第103条,但规定有限合伙人代表诉讼的第68条却偏偏没有“仲裁”的字眼,此时若再将“提起诉讼”的含义扩大到仲裁,无疑会导致《合伙企业法》条文内部的逻辑混乱,产生背离立法者原意的嫌疑。

三、代表仲裁在“应然”层面的争议

《九民纪要》使得代位求偿仲裁成为可能,而《合同编解释》第36条则明确了债权人发起代位之诉不受次债务人与债务人之间的仲裁协议管辖。为了扫清代表仲裁的实然尴尬,《征求意见稿》第25条拟立法承认代表诉讼中公司、合伙企业与第三人仲裁协议对股东、有限合伙人有效。但是,这种处理方式远未形成共识。有实务界的人士表示该规定过细、没有必要,“可以留待仲裁案件中具体处理”。^{②①} 更有质疑认为,第25条已经偏离仲裁的合意属性。^{②②} 由此足见,代表仲裁在“应然”层面仍充满争议。

^{①⑥} 李立新、刘晨:《营商环境法治化背景下股东派生仲裁的制度构建》,载《政法学刊》2019年第6期,第60页。此处“第一百五十一条”是《公司法(2018修正)》中股东代表诉讼的条款。

^{①⑦} 陈建:《“股东代表仲裁”法律制度的是与非》,载《中国仲裁与司法论坛暨2010年年会论文集》,第303页。

^{①⑧} 邹唯宁、李多等:《代位仲裁的必要性及对应配套程序建议——结合仲裁法修订征求意见稿》,载君合法律网网站, <https://www.junhe.com/legal-updates/1681>,最后访问时间:2024年8月2日。

^{①⑨} 王利明:《仲裁协议效力的若干问题》,载《法律适用》2023年第11期,第3-7页。

^{②①} 方达律师事务所争议解决组:《对〈仲裁法〉修订的意见和建议》,载方达律师事务所微信公众号, https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MDQxNDcyMg==&mid=2648951081&idx=1&sn=102c58bc99462f48c91909b161a73ae2&chksm=881b62c4bf6ceb2aa4f6aa2c2d20f30598b90fcd0e49ecf4d790ca6191ebcaa3f41682f4911&scene=27,最后访问时间:2024年8月2日。

^{②②} 朱逸安:《论股东派生争议的“双轨化救济”——兼评〈仲裁法征求意见稿〉第25条》,载《湘江青年法学》2022年第7卷,第39页。

(一)“明示合意”标准不足以否定代表仲裁

合意是仲裁“合理性与合法性的基础”。^{②②}而代表仲裁的构想恰是要在没有仲裁协议的第三人与股东、有限合伙人之间架起一座仲裁的桥梁。正因如此,其合意属性饱受质疑。吴侦凡律师认为,股东并未在公司与交易第三人的仲裁协议上签字,未以书面的形式作出欲将相关争议交由仲裁机构主管的意思表示,其并非仲裁协议当事人,故原则上不受仲裁协议约束。^{②③}学者朱逸安认为,“将缺乏仲裁意思表示的股东强行拉入具有相对性的仲裁协议,使得其主张权利亦需要受到仲裁管辖地、一裁终局等条件的限制,有违自愿原则,也易挫伤股东维权的积极性”。^{②④}

缺乏明示合意其实是代表仲裁和代位仲裁、代位求偿仲裁的共性问题。王利明教授在证否债权人代位仲裁时认为,代位权行使中存在“债权人—债务人”和“债务人—次债务人”两对法律关系,而“仲裁条款只是在债权人与债务人之间达成的……债务人的相对人并没有在仲裁协议中签字。因此,代位权仲裁条款不能对第三人产生效力,否则就任意扩张了仲裁条款的效力,也将严重背离仲裁的契约本质”。^{②⑤}

仲裁以合意为基础构建,合意通常表现为双方签字的仲裁协议。^{②⑥}但是,民商事活动的复杂性并不强求将双方签字这一明示合意作为成立仲裁协议的唯一方式。实践中,不仅有默示同意,还有推定同意等其他成就仲裁协议的方式。在代位求偿中,被保险人和第三者在保险事故前达成的仲裁协议,保险人并未签字,但《九民纪要》仍承认该仲裁协议对保险人有效。《仲裁法司法解释》对此也予以认可,在订立仲裁协议的一方发生合并、分立或者死亡,或是在债权意定转移的情况下,仲裁协议可对未签订的第三人有效。合同的相对性存在各种例外,^{②⑦}仲裁协议作为一种特殊的合同也不能免之。以“有没有在仲裁协议上签字”的方式来判断太过简单,不足以否定代位仲裁。

(二)仲裁权利义务可继承性之争

论证仲裁协议约束维权股东、有限合伙人的锚点落在诉权的“派生性”之上。派生性指股东、有限合伙人的诉权继承于公司、合伙企业。因为股东、有限合伙人可以行使的权利并非其自身固有,而是“源于公司与相对人之间的协议”,故最终的胜诉利益也归于公司所有。^{②⑧}

^{②②} 李贤森:《国际商事仲裁当事人意思自治保障与限制问题研究》,法律出版社2022年1月版,第1-2页。

^{②③} 吴侦凡:《论股东派生仲裁制度的完善——兼评〈中华人民共和国仲裁法〉(征求意见稿)第25条之规定》,载天同诉讼圈微信公众号, https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1725812434&ver=5494&signature=LYHE4tiRgMmHp uosaYjjd*o*kCk6pDYiUeBYnzLHwKClN4RW-ZZSP*sNvSlN6xs2gg56yxKnkB*MJqY9koKtmkbe1q0Za4V07aJLcSWOgt AhCC77*G3bK0PTGkecpzk&new=1,最后访问时间:2024年8月2日。

^{②④} 同前注^{②①},第38-39页。

^{②⑤} 同前注^{②④}。

^{②⑥} Nigel Blackaby KC, Partasides Constantine and Redfern Alan, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th ed, Oxford University Press, 2022, paras.1.20-1.23.

^{②⑦} 崔建远:《论合同相对性原则》,载《清华法学》2022年第2期,第129页。

^{②⑧} 黄易懿、郝珈锐:《股东派生仲裁的合理性基础与制度建构——以〈中华人民共和国仲裁法〉(修订)(征求意见稿)第25条为视角》,载《中国国际仲裁评论》2021年第1期,第270页。

1. 原生权利说

原生权利说与派生说针锋相对。该说认为股东代表诉权并不是派生于公司的诉权,而是法律直接赋予股东的原生权利。吴侦凡律师认为,股东代表诉讼并不是简单的程序性权利代位,而是具有实体权利义务基础的,即股东权,就像股东知情权之诉、股东决议效力之诉、股东优先购买权之诉和股东利润分配请求权之诉一样。因此代表诉权的实体权利基础与公司的诉权并不相同,它“并非派生于公司的实体权利,而是基于股东权本身”。^{②⑨}进而,因为代表诉权是基于独立的、法定的实体权利基础,所以股东对诉权的放弃需要其同意。

但笔者认为,原生权利说实则是对代表诉讼资格问题的论述。股东能够提起代表诉讼当然是因为股东这一特殊法律身份,但其在代表诉讼中享有的权利、负有的义务并不出自股东自身,而是继受于公司。如学者黄易懿等所言,“基于现代公司所有权与经营权分离的两权分离构造,股东提起诉讼的权利实质上为公司所有”。^{③⑩}亦如李建伟教授所言,股东代表诉讼由公司的法律救济权派生,“这种权利不同于传统意义上股东因其出资而产生的股权,其来源于公司而由股东行使”。^{③⑪}因此“派生”指的是代表诉讼产生股东“取得公司对第三人的权利和义务”的结果。在代位求偿的语境下,保险人之所以能够继承被保险人对第三人的权利义务,也是源于作为“保险人”这一特殊法律身份。在保险人向被保险人赔付后,被保险人的权利义务转移至保险人,包括被保险人与第三人签订的仲裁协议。原生权利说只是强调了股东、有限合伙人行权因其特殊法律身份这一前提,却未能否认代表诉讼中股东、有限合伙人行使的权利、所负的义务来源于公司、合伙企业。从此角度而言,笔者并不认为原生权利说能够否定代表仲裁。

2. 程序权利不能承继说

在债权人代位权仲裁的理论争议中,支持仲裁的观点依据法条中“相对人对债务人的抗辩,可以向债权人主张”之规定,主张“抗辩既包括实体上的抗辩也包括程序上的抗辩”。^{③⑫}《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》一书认为,即便从文义上“抗辩”能够包含实体抗辩和程序性抗辩,但从体系解释的角度来看也不应包含之:“因为‘抗辩’一词是《民法典》中使用的概念,共计出现 22 次,而我国现行《民事诉讼法》并未使用‘抗辩’一词”。^{③⑬}《民法典》对间接代理中委托人介入权的规定也使用了“抗辩”一词:“第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩”。对此,胡东海教授认为,此处的“抗辩”并不包括仲裁的抗辩,因为当事人在合同中约定的仲裁条款与主合同相互独立,且不属于合同法上的合同。^{③⑭}

^{②⑨} 同前注 ②③。

^{③⑩} 同前注 ②⑧,第 269 页。

^{③⑪} 李建伟:《公司法评注》,法律出版社 2024 年 5 月版,第 755 页。

^{③⑫} 最高人民法院民事审判第二庭、研究室:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,法律出版社 2023 年 12 月版,第 399 页;王利明:《民法总则》,中国人民大学出版社 2014 年 1 月版,第 105 页。

^{③⑬} 同上,《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,第 417 页。

^{③⑭} 胡东海:《〈民法典〉第 926 条〈间接代理评注〉》,载《苏州大学学报(法学版)》2021 年第 2 期,第 95-99 页。

按照上述观点,仲裁协议处分当事人程序权利义务,本质为程序法契约,应属程序法调整之范畴。^{③⑤}因此,能否认为仲裁协议作为一种程序性协议,所载的程序性权利义务不受实体法的规制,故而不在于股东、有限合伙人能够从公司、合伙企业取得的权利义务范围之列?笔者不同意这种观点。代位诉讼在法律中使用的措辞与代表诉讼不同。代表诉讼和代位求偿并没有像《民法典》中的代位权诉讼和委托人介入权一样使用“抗辩”字眼。《保险法》第60条为“在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利”;《合伙企业法》第68条为“执行事务合伙人怠于行使权利时,督促其行使权利或者为了该企业的利益以自己的名义提起诉讼”,可知有限合伙人行使的是合伙企业的“权利”;《公司法》第189条虽未提及“权利”,但代表诉讼中的股东取得公司对第三人的权利是其保护公司利益的应有之义。“权利”是“享受特定利益之法律上之力”,而抗辩权是权利的一个子集。^{③⑥}权利包括程序性权利和实体权利。^{③⑦}权利的范围比抗辩(事实抗辩、权利抗辩)更加广泛。^{③⑧}因此,代表诉讼中股东和有限合伙人能够行使的权利当然包括基于仲裁协议所产生的提起仲裁的权利,也自然受到仲裁协议所载义务的约束。

3. 只有法定债权转移才能承继仲裁权利义务的猜想

为什么同有“代位”之名,但债权人代位和保险人代位求偿对第三人与被代位者间仲裁协议效力的认定却不同?崔建远教授认为,代位是指“权利因法律规定而当然移转至另一主体之意”;债权人代位只是“权利行使上的代位”,权利不因债权人行使代位权而移转于该债权人。^{③⑨}那么,是否存在这样一种规律:法定债权转移的情况下,所有权利义务全部归于代位权人承继;而“权利行使上代位”的情况下,代位权人并不拥有被代位者对第三人的所有权利?《九民纪要》对代位求偿仲裁的承认似乎能够印证这种猜想。保险人代位求偿权是一种法定的债权转移,而“债权转让后,受让人行使债权原则上应受原债权人与原债务人之间约定的约束,当然也应受原管辖协议的约束”。^{④①}因此,保险人对第三人的所有权利义务一同转为保险人所归属,仲裁协议所载权利义务自然也包括在内。代表诉讼是一种权利行使的代位,胜诉利益仍归公司、合伙企业而不转移至股东、有限合伙人。如果该设想成立,那么代表仲裁的可能之问则不言自明。

但是,研究《民法典》中规定的其他两种法定债权转移即可发现,并没有“法定债权转移意味着行权人继受仲裁协议权利”的定律。《民法典》第700—701条规定了保证人的追偿权,即保证人承担保证责任后,有权在其承担保证责任的范围内向债务人追

^{③⑤} 刘昊洋:《受托人以自己名义与第三人签订仲裁条款,效力能否扩张至委托人?》,载卓纬律师事务所网站, <https://www.chancebridge.com/article/?id=2266>,最后访问时间:2024年8月2日。

^{③⑥} 梁慧星:《民法总则》,法律出版社2017年8月版,第69-75页。

^{③⑦} 同前注^{③⑥},《民法总则》,第105页。

^{③⑧} 杨立新:《民法总则》,法律出版社2017年7月版,第218页。

^{③⑨} 崔建远、陈进:《债法总论》,法律出版社2021年1月版,第139-140页。

^{④①} 同前注^{③⑨},《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,第399页。

偿,并且“享有债权人对债务人的权利”,这种权利实质亦是债权的法定转移。^{④①}但是,在债权人和债务人事先有仲裁约定的情况下,对于行使追偿权的保证人是否受仲裁管辖的问题,仍存在争议。部分观点认为“主合同或保证合同所约定的协议管辖法院,仅是履行主合同或保证合同过程中所确定的协议选择法院”,并不涉及追偿权纠纷的协议管辖,将主合同或保证合同中关于管辖的约定适用于保证人的追偿权之诉,反而有违合同相对性原则。^{④②}《北京市高级人民法院关于涉保证合同纠纷案件管辖确定的通知(试行)》第7条规定:“合同中未约定保证责任追偿权的,该合同中的约定管辖条款不能作为保证责任追偿权纠纷的管辖依据”。不过也有相反观点认为,“保证人的追偿权是基于原债权的法定转移而形成,在保证人提起诉讼的管辖法院上,保证人的追偿权与原债权请求权是一致的”,应以原债权人的请求权为基础来确定管辖法院;追偿权虽然来源于法律规定,但仍然是以保证人履行保证责任为基础,“且追偿权管辖并非专属,不能排除约定管辖”。^{④③}

另外一种法定的债权转移是隐名代理中的委托人介入权。《民法典》第926条规定,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,委托人可以行使受托人对第三人的权利。这种权利的行使将产生债权债务法定转移的效果,权利行使后,合同将直接约束第三人和第三人选择的委托人或受托人。^{④④}刘东教授认为,当受托人与第三人签订了仲裁协议时,如不能依仲裁条款向对方提起仲裁,显然将限制本条规范目的的实现,因此当委托人行使介入权时,合同中管辖协议条款效力应扩张及于委托人。^{④⑤}胡东海教授认为,间接代理规则不仅可突破合同相对性,使合同直接约束委托人和第三人,而且还可突破仲裁条款的相对性,使仲裁条款直接约束委托人和第三人。^{④⑥}

代位求偿与保证人追偿权、委托人介入权都属于债权的法定转移,但并不存在“转移主体与第三人仲裁协议约束权利的承继者”的公认说法。由此可见,“仅法定债权转让才可使仲裁权利义务发生转移”的猜想并不成立。

(三) 功能说: 基于“代管”的仲裁权利义务继承

笔者认为,代表诉权、代位诉权和代位求偿之诉中的仲裁协议效力能否及于行权人,关键在于这三种权利各自的功能。具体而言,需要研判通过仲裁处理纠纷是否影响立法者赋予这三种权利之功能的实现。

代位求偿的功能在于避免财产保险中的重复赔付、双重受偿,继而避免因保险导致道德风险。^{④⑦}既然被保险人已经获得保险人的赔付,则不可再就已赔付的部分要求导致

④① 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》,人民法院出版社2020年7月版,第1391页。

④② 史小峰:《保证人追偿权纠纷中管辖规则的确立》,《人民法院报》2023年3月2日,第7版。

④③ 蚌埠市中级人民法院(2022)皖03民终2582号民事裁定书。

④④ 同前注④①,第2508页。

④⑤ 刘东:《〈合同法〉第402条、第403条对仲裁协议效力问题的适用》,载《北京仲裁》2019年第1辑,第21-22页。

④⑥ 同前注④③。

④⑦ 温世扬、武亦文:《论保险代位权的法理基础及其适用范围》,载《清华法学》2010年第4期,第28-32页。

保险事故发生的第三人赔付,否则被保险人就获得了双份补偿,实际上因为保险事故的发生而获益。为避免此风险,《保险法》设置了代位求偿制度,规定被保险人对第三人的权利在保险人赔付之后就转移至保险人。而无论争议解决方式是仲裁还是诉讼,均已实现请求权的转移,避免了双重受偿的道德风险。

代位诉权的功能在于保全债权。韩世远教授认为,代位权“仅指权利行使上的代位而已,并不发生权利的当然移转,也不因债权人行使代位权而移转于该债权人。”^{④⑧}不过,韩世远教授描述的是代位权的典型范式。此范式下,债权人行使代位权的结果是次债务人的债务归入债务人的总库,并不直接归于发动代位诉讼的债权人所有,是为“入库规则”。^{④⑨}“入库规则”下的代位诉权范式与代表诉权具有某种相似性:代表诉权行使的结果是挽救公司的利益,并不直接体现在股东财产权益的增益上;而债权人行使代位权,也并不立即实现自己的到期债权,而是入库到债务人的资产池中,增益全体债权人,待清偿之时再转化为其直接获益。此种意义上,如同股东行使代表诉权是替“瘫痪”的公司行事,债权人发起代位权之诉也是为了全体债权人的利益而扮演“躺在权利上睡觉”的债务人的替身。既是“代管人”“替身”,则也应概括地取得包括仲裁权利义务在内的债务人对次债务人的所有权利义务。

但是,《民法典》偏偏为代位权赋予了更强的保全功能。从《合同法》到《民法典》,我国均未采用“入库规则”,而是采用直接清偿规则。在入库规则下,债权人行使代位权实现债务人对次债务人的债权,债权实现的利益归于债务人的财产库,由全部债务人平等清偿。而直接清偿规则则跳过入库后再清偿这一步骤,次债务人直接向行使代位权的债权人履行义务。理论界对“入库规则”和直接清偿规则曾有争议,直接清偿规则的合理性在于保证了债权人之间的机会平等,不仅鼓励代位权行权,更是增强了保全债权的效果。^{⑤⑩}直接清偿规则下,法律在“债权人—债务人”“债务人—次债务人”这两对关系之外额外创造出了“债权人—次债务人”这一对新的关系。债权人“直接下场”以自己的名义代行债务人的权利,次债务人穿透两对法律关系直接向债权人清偿其对债务人的债权,使得胜诉利益也直接归属于债权人所有。在这种设置下,代位权是一种特殊的请求权。^{⑤⑪}债权人既不扮演“替身”或“代管”角色,也不同于债权转移中的受让人;立法者为了实现这种特殊请求权的债权保全之目的,避免增加债权人诉累、给其维护合法权利增设障碍,认定债权人不受债务人与次债务人之间仲裁协议的约束。^{⑤⑫}

而代表诉讼的功能在于为股东提供一种公司自身救济机制停摆后的“代管”机制,防止公司利益陷入无人主张的险境。代表诉讼并不直接为股东增加利益,发起代表诉讼的股东实际上是在代管公司事务、代行公司权利。既然如此,发起代表诉讼的股东没有

^{④⑧} 同前注^{③⑨}。

^{④⑨} 同前注^{③⑨},第157-158页。

^{⑤⑩} 王薇:《试论代位权的性质及实践操作》,载《当代法学》2003年第2期,第57-58页。

^{⑤⑪} 同前注^{④⑪},第499页。

^{⑤⑫} 同前注^{③⑫},《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,第400页。

理由拥有比公司更加优渥或者更加不利的地位。公司对第三人有哪些权利义务,则股东也自然拥有哪些权利义务。美国法院将代表诉讼形容为“穿着公司的鞋子、拥有的权利不超过公司”。^{⑤③} 如果股东可以因行使代表诉权获得比公司相对第三人更加优渥的地位,比如绕开公司与第三人早先约定的仲裁条款,难免催生股东和公司合谋利用代表诉讼制度损害第三人利益的风险,如深圳市中级人民法院所言的“公司利用代表诉讼制度谋取程序上的不当利益”。^{⑤④}

(四) 法政策考虑: 当事人的过错影响仲裁协议效力的认定

在代位权仲裁的论争中,当事人的过错被视为结合法政策偏向以确定仲裁协议是否约束债权人的一项标准。《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》一书就持这样的观点:“代位权诉讼系因债务人怠于行使其对相对人的权利且相对人又没有主动履行债务引起,债务人与其相对人均存在过错”,故应优先保护债权人的合法权益,允许债权人行使代位权。^{⑤⑤} 郭佑宁律师认为,债务人和次债务人对于风险发生负有更大责任,因此更应承担风险发生导致的不利后果:“代位权之诉的根本原因在于债务人怠于行使债权,相对人又没有主动履行债务”,因此应该优先保护债权人的利益,认定债务人与次债务人的仲裁协议对其无约束力。^{⑤⑥}

按照这样的逻辑,代表诉讼的根本原因也在于公司的不作为和第三人对公司利益的侵害,因此也不应使仲裁协议的效力及于行使代表诉权的股东。例如,有实务界人士认为,“价值导向上,比起违约的第三人和怠于维权/治理失灵的公司,积极维权的股东似乎更值得保护”。^{⑤⑦} 然而,笔者并不赞同这种观点。在股东代表诉讼的语境下,公司的不作为并不具有可归责性,理由在于,居于控制地位的股东或者高管瘫痪了公司自身的救济机制而使得公司无法作为,怠于行使权利并非公司的本意。因为滥用权力的股东或者高管的过错,而使得公司承担其签署的仲裁协议被否定的不利后果,似乎亦非周全考虑。

四、境外先声: 新加坡的代表仲裁制度

新加坡素以“亲仲裁(pro-arbitration)法域”闻名。目前该国法律存有两种类型的代表诉讼: 对于注册在新加坡的公司, 股东发动代表诉讼的依据是新加坡成文法《公

^{⑤③} “...the shareholders, ‘standing in the shoes of the corporation’ have no rights greater than those of the corporation”. Re Salomon Inc. Shareholders’ Derivative Litig., 1994 WL 533595, District Court for the Southern District of New York, Sept. 30, 1994, p.13.

^{⑤④} 《广东省深圳市中级人民法院关于审理股东代表诉讼案件的裁判指引的说明》, 2015年10月15日发布。

^{⑤⑤} 同前注^{⑤②}, 《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》, 第400页。

^{⑤⑥} 郭佑宁:《债务人与次债务人订立仲裁条款, 债权人能否提起代位权诉讼?》, 载天同诉讼圈微信公众号, https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1725897207&ver=5496&signature=y1nV6pY-f3Q9oHNLGsE-SrGYMBPC9vhXPagKBhjuFJgwUlaHEXTT*nGfJqwuZJZ8v*PwE1HoyFJyQVWreRv9oSbtY5dK-Z2upc-pD*n6LkYxAEYu4pR070zeazdZG0&new=1, 最后访问时间: 2024年8月2日。

^{⑤⑦} 同前注^{⑤⑤}。

司法例》,称为“法定代表诉讼”(statutory derivative action);而股东若在新加坡法院对非新加坡注册的公司发起代表诉讼,则适用英国 *Foss v. Harbottle* 案及英新两国后续案例所确立的判例法规则,称为“普通法代表诉讼”(common law derivative action)。^{⑤8}无论是法定代表诉讼还是普通法代表诉讼,新加坡法律都肯定公司与第三人间的仲裁协议对提起代表诉讼之股东的效力。

(一) 法定代表诉讼与仲裁的兼容历程

与我国股东代表仲裁的实然尴尬如出一辙,2003年的一起案件中,新加坡高等法院也遭遇了股东代表仲裁没有法律依据的窘境。彼时有有效的新加坡《公司法例》第216A条规定,在满足“股东向公司高管提前发出通知”“股东为善意行事”“经初步判断股东的行为有利于维护公司利益”的条件下,股东“可向法院申请许可,以公司名义代表公司提起诉讼或加入公司为当事人的诉讼”。^{⑤9}本条款同我国的《公司法》一样,只字未提“仲裁”(arbitration)。该案中,PGSI和AIPL两公司间存在仲裁协议,AIPL公司决定对PGSI公司启动仲裁,其中一项诉请为请求仲裁庭确认AIPL公司对PGSI公司所负的所有义务均解除,而PGSI公司的董事会做出了不抗辩的决议。随即Kiyue公司作为PGSI公司的少数股东,向法院申请代表PGSI公司加入仲裁。审理中,PGSI公司主张坚守“诉讼”(action)的文本原意,即“以令状或法院规则规定的其他方式进行的民事诉讼”。^{⑥0}而Kiyue公司主张从目的解释的角度理解“诉讼”一词,主张将仲裁包含在“诉讼”一词中。^{⑥1}裁判法官首先肯定,将“诉讼”的含义拓展至仲裁对保护少数股东权益更具积极意义,但他同时认为,由于第216A条明确地回避了“仲裁”的字眼,唯一的解释只能是立法者故意为之或者当时根本没有考虑到仲裁,而此两种情况都应该由立法者而不是法院来澄清,因而最终判决不支持股东代表仲裁。^{⑥2}

2007年新加坡开启了对《公司法例》的修订工作,2011年新加坡财政部提交了《公司法例审查报告》,建议在216A条中的“诉讼”一词之后增加“或仲裁”。^{⑥3}该报告认为,如果不允许维权股东加入仲裁或者提起仲裁以进行救济,等同于剥夺了Kiyue案中少数股东的救济渠道,报告同时认为此项修改也有利于维护新加坡领先国际仲裁中心的地位。^{⑥4}2014年新加坡国会通过对《公司法例》修正案的一读,采纳了《公司法审查报告》

^{⑤8} Report of the Steering Committee for Review of the Companies Act, the Ministry of Finance of Singapore, June 2011, p.14; *Sinwa SS (HK) Co Ltd v. Nordic International Ltd*, [2016] SGHC 111, High Court of Singapore, para.12.

^{⑤9} Singapore Companies Act 1967, Section 216A, effective from 1 Apr 2004 to 30 Sep 2004, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CoA1967/Historical/20040401?DocDate=20040301&ValidDate=20040401&ProvIds=P1VII-#pr216A->, last visited Aug.10, 2024.

^{⑥0} “[A] civil proceeding commenced by writ, or in such other manner as is prescribed by Rules of Court”, *Kiyue Company Limited v. Aquagen International Pte Ltd*, [2003] SGHC 156, High Court of Singapore, 18 July 2003, para.6.

^{⑥1} *Id.*, at paras.8-9.

^{⑥2} *Id.*, at para.10.

^{⑥3} Report of the Steering Committee for Review of the Companies Act, the Ministry of Finance of Singapore, June 2011, para.141.

^{⑥4} *Id.*, at para.140.

对 216A 的修订意见。^{⑥5} 同年该修订生效,至此新加坡正式在成文法中承认了公司与第三人的仲裁协议对代表诉讼的效力。

表 1 新加坡《公司法例》修订前对比

	修法前	2014 年修法后
第 216A 条 第二款	根据第三款的规定,原告可以向法院申请许可,以公司名义和代表公司提起或加入公司作为一方当事人的诉讼,代表公司继续进行诉讼、抗辩或中止诉讼。	根据第三款的规定,原告可以向法院申请许可,以公司名义和代表公司提起或加入公司作为一方当事人的诉讼或仲裁,代表公司继续进行、抗辩或中止诉讼或仲裁。
第 216A 条 第三款	除非法院确信以下事项,否则原告不得根据第二款提起或加入诉讼。 (a) 原告已提前 14 天通知公司董事,如果公司董事未能将诉讼提起或未能勤勉地将其继续进行、抗辩或中止,原告将根据第二款向法院提出申请; (b) 原告为善意行事; (c) 从表面上判断,诉讼的提起、继续进行、抗辩或中止符合公司的利益。	除非法院确信以下事项,否则原告不得根据第二款提起或加入诉讼或仲裁。 (a) 原告已提前 14 天通知公司董事,如果公司董事未能将诉讼或仲裁提起或未能勤勉地将其继续进行、抗辩或中止,原告将根据第二款向法院提出申请; (b) 原告为善意行事; (c) 从表面上判断,诉讼或仲裁的提起、继续进行、抗辩或中止符合公司的利益。

值得注意的是,新加坡的代表仲裁和代表诉讼皆为“法院预审查”模式(或称“两步走前置审查程序”)。^{⑥6} 无论股东提起仲裁还是诉讼,都必须先向法院提出申请,由法院审查认定其申请符合条件后,再给出是否准许股东进入正式的代表诉讼或代表仲裁的指令。^{⑥7}

(二) 普通法股东代表仲裁及 Sinwa 案

“普通法代表诉讼”适用英国的 *Foss v. Harbottle* 案及其后一系列判例法规则。此类代表诉讼要求侵害公司利益者存在对其他股东的欺诈行为、侵害者控制了公司,法院需认定代表诉讼符合公司的利益,且并非出于股东自私的目的。^{⑥8} 普通法代表诉讼同样要求股东申请法院审查其是否具备提出的资格(*locus standi*),完成这一步审查后再由法院决定是否进入代表诉讼实体的审理。虽然普通法代表诉讼并不像新加坡《公司法例》

^{⑥5} Companies (Amendment) Bill, Singapore Government Gazette, No. 25/2014, 8 September 2014, p.321.

^{⑥6} 参见杜万华:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,法律出版社 2017 年 8 月版,第 536 页。“两步走前置审查程序”是此书对英国代表诉讼程序的概括,新加坡的代表诉讼程序与之相同。

^{⑥7} Singapore Companies Act 1967, Section 216A, effective on 31 December 2021.

^{⑥8} *Sinwa SS (HK) Co Ltd v. Nordic International Ltd*, [2016] SGHC 111, High Court of Singapore, para.12.

第216A条一样明文规定了代表仲裁,但判例实际上承认了行使代位权的股东受公司与第三人仲裁协议约束。^{⑥9}然而,判例法的规则并不如成文法那样清晰明确,在适用中容易产生复杂的问题,2016年的Sinwa v. Nordic International案(以下简称Sinwa案)就是其中的体现。

原告新和(Sinwa)是一家中国香港公司,第一被告北欧国际(Nordic International)是一家英属维尔京群岛注册公司,第二被告Innhaug是挪威国籍的自然人,且在新加坡居住。Sinwa和Innhaug是公司的股东,同时Nordic International与Innhaug之间签有一份船只管理协议,约定了在新加坡国际仲裁中心仲裁,新加坡为仲裁地。后来两位股东的关系破裂,Sinwa欲代表Nordic International进行仲裁,主张Innhaug违约。^{⑦0}由于Nordic International是新加坡以外注册的公司,《公司法例》216A条的法定代表诉讼规则并不适用,故而需适用普通法代表诉讼规则。^{⑦1}本案中对于股东提起代表诉讼的资格以及公司内部救济机制的停摆并无争议,争议焦点在于哪个节点是诉讼时效的中断节点。本案中有两个关键节点:一是发起代表仲裁的股东Sinwa发出仲裁通知的时点,二是Sinwa向法院申请代表仲裁许可的时点。Sinwa先向法院申请了仲裁的许可,而后再去仲裁庭发起仲裁。新加坡《时效法案》第6(1)条规定,基于合同或侵权的诉因,在诉因发生后6年时效消灭。^{⑦2}如果以仲裁通知书发出为中断节点,Sinwa代表公司主张的权利已因超期而失权;而如果以向法院申请代表仲裁许可为节点则未失权。^{⑦3}

新加坡高院认为,在不涉及仲裁协议的普通法代表诉讼中,法院的审查和后续的实体代表诉讼都在法院一揽子进行,诉讼时效在股东向法院提起诉讼时就中断了。^{⑦4}而在本案中则不同,法院审查和仲裁分属两个不同的程序。股东Sinwa认为,如果法院没有结束审查,那么股东先行提起仲裁也无意义,因为法院可能不准予股东提起代表仲裁。因此,时效中断时点只能是向法院提起代表仲裁申请之时。^{⑦5}法院认为,只有解决Nordic International和Innhaug之间实体争议的仲裁程序启动了,才能够中断时效,而法院审查的前置程序不具有此效果。^{⑦6}在股东先行提起仲裁的情形下,即便法院不准许、仲裁因此不能继续,法律也没有禁止股东先行提起仲裁,Sinwa应当承担没有及时提起仲裁的不利后果。^{⑦7}随后,裁判法官又对法定代表仲裁情形下的时效中断节点作了模糊的说明。他先是表示成文法《公司法例》中已明确规定了法定代表仲裁的程序,本案中关于时效中断节点的判断仅限于普通法代表仲裁。随后更加模棱两可地表示本案中不涉及法定

^{⑥9} *Id.*, at para.23.

^{⑦0} *Id.*, at paras.1-6.

^{⑦1} *Id.*, at para.12.

^{⑦2} Singapore Limitation Act 1959 (2020 Revised Edition), Section 6(1), effective on 31 December 2021.

^{⑦3} *Supra* note 68, at para.15.

^{⑦4} *Id.*, at para.22.

^{⑦5} *Id.*, at para.34.

^{⑦6} *Id.*, at para.33.

^{⑦7} *Id.*, at para.38.

代表仲裁的问题,“以后自会有其他判决处理这些问题”。^{⑦⑧}笔者认为,无论代表诉权通过诉讼还是仲裁行使,其代行的公司对第三人的请求权时效皆应在股东向法院申请时中断。法院既已要求对股东行使诉权进行审查,则商事主体先向法院申请启动代表仲裁符合常理。Sinwa 案中,新加坡高院对股东提前或同时发出仲裁通知的要求,不仅徒增股东维权的复杂性,还实际上减损了公司的时效利益,并非是一种妥善的处理方式。

五、对我国代表仲裁制度的建议

(一) 承认公司、合伙企业与第三人仲裁协议对股东、有限合伙人的效力

为了终结各地法院判决不一、市场主体无所适从,甚至“中小股东的利益保护置于无门境地”的现状,^{⑦⑨}笔者认为应当坚持《征求意见稿》第 25 条的观点,承认公司、合伙企业与第三人仲裁协议对股东、有限合伙人的效力。这意味着,在公司、合伙企业与第三人先前存在仲裁协议的情况下,只要争议落入仲裁的约定范畴,行使代表诉权的股东、有限合伙人将排他性地受到仲裁协议的约束。值得注意的是,学者朱逸安提出了一种单向承认仲裁协议的方案:将选择仲裁或诉讼的决定权交给股东,如果提起代表诉讼的股东愿意受公司与第三人仲裁协议的约束,则进行仲裁;如果不愿意受该仲裁协议约束,则进行法院诉讼。^{⑧⑩}笔者并不同意这种观点。仲裁的权利义务是相对的,既有发起仲裁的权利,则自然也有接受被申请仲裁的义务,否则就违背了平等原则。如果以法律的形式明确发起代表诉讼的股东可以在仲裁和诉讼中进行选择,可能催化公司与股东合谋逃避与第三人仲裁协议的道德风险。另外,这样的设定实际上也与现行仲裁法中“或裁或诉”的设置冲突。^{⑧⑪}

在代表诉讼制度创设前,受限于法人地位独立性和合同相对性,弱势股东在面对优势股东对公司的操控时束手无策;而代表诉讼制度将公司的诉因(cause of action)暂移给股东,后者得以通过起诉维护公司的利益。但是仲裁并未从根本上否定这一诉因,只不过救济的渠道从法院变为了仲裁机构。既然是穿着公司的“鞋子”替公司行事,那么公司对第三人的权利义务自然也应由股东概括取得。

(二) 用法院预审查程序守护代表仲裁的公益性因素

笔者认为,新加坡股东代表仲裁的法院预审查模式有极强的借鉴意义。首先,法院能够在代表诉讼的启动阶段实现对“公益性”的控制和保护。股东代表仲裁兼有公益性和私益性的叠加因素。公益性体现于股东代替公司而非自己寻求救济。这本身就是对公司自治中“少数服从多数”的突破,因此为了防止滥用,股东代表诉讼的申请必须

^{⑦⑧} “The questions of when time stops running for the purposes of a statutory derivative action, and whether retrospective leave can be granted for such actions are not before me, and will have to be considered when they arise in due course”. *Id.*, at para.39.

^{⑦⑨} 马宁:《论我国股东派生诉讼制度的完善——评〈公司法〉第 151 条》,载《仲裁研究》2015 年第 3 期,第 67 页。

^{⑧⑩} 同前注^{⑦⑨},第 47 页。

^{⑧⑪} 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》,第 7 条。

达到一定的门槛,比如证明穷尽内部救济手段。在达到门槛之后,股东才能被认定获得代表公司寻求救济之资格。而私益性指的是,公司与被告第三人之间的纠纷解决方式属于平等主体之间意思自治范畴。我国学者在讨论代表仲裁之时多强调对私益性的保护(如第三人对仲裁协议的信赖利益、合理期待),而往往预设已满足前置条件,也即,把大股东恶意操纵公司、高管违反了勤勉义务、公司无法自我救济当作既成事实,继而再论证由股东以仲裁代为寻求救济的合理性,但对于其“公益性”的讨论不足。^{⑧2}

公司运行的原则是多数人原则(the principle of majority rule),只应在极其有限情况下才让位于少数人。^{⑧3}具体而言,股东代表诉讼的启动需要考虑公司本身、大股东、高管和其他中小股东的利益,^{⑧4}而《征求意见稿》第25条采纳了仲裁庭一揽子审查的模式,将是否准许股东、有限合伙人行使代表诉权的前置条件的判断整体让渡至仲裁机构。但是,仲裁具有很强的私密性,且法院对仲裁裁决的审查程度也十分有限。依据《民事诉讼法》第248条,法院仅在6种事由下可不予执行仲裁裁决,其中并不包含“仲裁庭适用法律错误”。将股东代表仲裁的前置条件这一“公益性”问题让渡给仲裁机构判断可能并非最优选择。而新加坡《公司法例》以法院担任“守门员(gatekeeper)”^{⑧5}对股东的请求进行审查,再作出是否准予进行仲裁的决定,此种模式把公益性问题留给法院、把私益性问题让渡给仲裁庭,“让上帝的归上帝,凯撒的归凯撒”,能够克服仲裁庭一揽子审查模式下法院对“公益性”因素保护不足的问题。

其次,法院预审查模式可让法院在案件涉外的情况下决定不准予仲裁,并为将来司法政策的变化留下空间。《九民纪要》在承认代位求偿仲裁的同时,限定了承认的范围:因“涉及国际条约、国际惯例的适用”“涉外因素的民商事纠纷案件中该问题的处理不纳入本条规范的范围”。而在代表仲裁的语境下,除了“国际条约、国际惯例的适用”,还应考虑到如果公司、合伙企业与第三人约定了境外仲裁,那么股东、有限合伙人的维权难度可能过大。因此,法院预审查模式既能在现阶段使代表仲裁不适用于涉外案件,又能为将来司法政策的变化留下机动的空间。

(三) 明确公司在仲裁程序中的地位

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法司法解释四》)第24条规定,提起代表诉讼,“直接对董事、监事、高级管理人员或者他人提起诉讼的,应当列公司为第三人参加诉讼”。那么,现行仲裁制度是否应允许公司作为第三人加入仲裁程序?我国《仲裁法》中并无第三人之规定,各大仲裁机构对第三人加入制度的规则规定各有不同。^{⑧6}所谓仲裁第三人制度(Joinder)是指将

^{⑧2} 同前注^{①6},第61-63页;毛海波:《股东代表仲裁的理论探析与制度架构》,载《仲裁研究》2010年第4期,第3页。

^{⑧3} Andrew Johnston, *Arbitrability of Company Law Disputes, in China and International Commercial Dispute Resolution: Silk Road Studies in International Economic Law* (volume 2), Qiao Liu, Wenhua Shan et al. (eds), 2015, p.212.

^{⑧4} *Id.*

^{⑧5} *Id.*

^{⑧6} 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2024版)》,第18条;《北京仲裁委员会仲裁规则(2019版)》,第14条;《深圳国际仲裁院仲裁规则(2020版)》,第20条。

一个原先未被列为当事方的主体增加为仲裁程序当事方的机制。可见仲裁第三人加入制度与民事诉讼中的第三人并不相同。2023 年沈阳中院审理的一起代表诉讼案件中,提起代表诉讼的股东不愿受公司与第三人签订的仲裁协议管辖,一个重要的抗辩理由就是仲裁程序无法兼容公司作为第三人:“根据《公司法司法解释四》第二十四条和第二十五条之规定,此类纠纷必须有第三人,且胜诉利益归属于第三人,而在仲裁程序中,又不能有第三人的存在”。^{⑧7} 因此,仅仅明确仲裁协议的效力并不足够,想要代表仲裁顺利运行,还需要进一步的程序设计。^{⑧8} 现有理论已经发展出了若干种公司在代表仲裁中角色的方案,整理如下表:

表 2 公司在代表仲裁中角色的方案

观点	理由	质疑
公司与股东皆为申请人。	公司是仲裁协议的签字方,且与股东利益一致,但是在仲裁员任命之时,则主要考虑股东的意志,因为“股东能更好地表达公司的‘真意’”。 ^{⑧8}	将公司作为仲裁的申请人赋予了公司对仲裁程序过多的控制权,与股东代表仲裁的初衷不符。 ^{⑧9}
公司作为证人。	将公司作为证人已经能够保证公司的知情权,达到保证公司知情权和防止公司对仲裁程序过多控制的平衡。 ^{⑧9}	公司本身即怠于起诉,即便赋予其证人地位,也极有可能不会积极履行作证义务。 ^{⑧9}
公司作为“仲裁参加人”。	公司与案件具有实质的牵连关系,但又不具有完全意义上的当事人资格,不如将其“认定为一种特殊的仲裁参加人”。 ^{⑧9}	相当于对公司的地位未作规定,或者须创设新的当事人地位制度,缺乏现实性。 ^{⑧9}
公司为申请人、股东为法定的代表。 ^{⑧5}	未见详细讨论。	未见详细讨论。
公司不出现。 ^{⑧6}	未见详细讨论。	未见详细讨论。

^{⑧7} 沈阳市中级人民法院(2023)辽01民终1400号民事裁定书。

^{⑧8} 同前注^{②8},第269页。

^{⑧9} 同前注^{①6},第64-65页。

^{⑧0} 宓思:《我国股东代表仲裁的现状与问题分析》,载《东南司法评论》2017年第10期,第268-269页。

^{⑧1} 同上。

^{⑧2} 同前注^{①6},第64页。

^{⑧3} 同前注^{⑧2},毛海波文,第6-7页。

^{⑧4} 同前注^{⑧6},第566页。

^{⑧5} 姚宏敏:《“几类公司争议的可仲裁性问题”讲座综述》,载东方律师网, <https://www.lawyers.org.cn/info/921544e2f83a49888d5c57fb8241d6cf>,最后访问时间:2024年6月10日。

^{⑧6} 同上。

公司在代表仲裁中到底以何种角色出现,需要追问司法解释规定公司在代表诉讼中作为第三人的原因何在,以及这一设计能否在仲裁中实现。公司作为第三人加入的原因是“判决的效力直接约束公司、影响公司利益,诉讼结果由公司承担”,并且“公司在诉讼中也充当着查明事实、辅助佐证的角色”。^{⑨7}但很明显,查明事实、辅助佐证只是一个附带功能,因为公司拒不到庭也不影响案件的审理。^{⑨8}在诉讼中将公司作为第三人的根本原因是判决的后果最终由公司承担。而如果公司仅作为证人参加仲裁,裁决不可能对其产生约束力,这就决定了公司在代表仲裁中的地位必须是当事人。在代表诉讼实践中,作为第三人的公司大多以无独立请求权第三人的身份出现,^{⑨9}其并不具有完全的诉讼权利,比如提出管辖异议、申请回避等,对诉讼程序并不具有影响力。如果公司作为共同被申请人,会出现公司的利益与同属被申请人的第三人利益存在根本矛盾的局面,且公司还具有任命仲裁员等权利。如果仅将公司作为共同申请人,同样无法“防止公司对仲裁程序过多控制”。^{⑩0}笔者认为,既要使公司作为仲裁当事人受裁决约束,又要避免赋予公司影响仲裁程序进行的权利,则“公司为申请人、股东为其法定的代表”是目前最佳解决方案。在法院进行预审查并裁定股东、有限合伙人符合提起代表仲裁的条件后,还可以裁定该股东、有限合伙人作为公司、合伙企业的仲裁代理人,代表公司、合伙企业与第三人进行仲裁程序。如此既能够避免公司、合伙企业对仲裁可能的拖延干预,又能够使公司、合伙企业受到仲裁裁决的约束。

六、结 语

为了厘清实践中的争议,解决市场主体面对代表仲裁无所适从的困境,应采纳《征求意见稿》第25条的路径,明确公司、合伙企业与第三人间仲裁协议对行使代表诉权的股东、有限合伙人有效。代表仲裁对实现代表诉权的功能并无损害,仲裁并不否认股东、有限合伙人代替公司、合伙企业维权的法定权利,而只是改变了争议解决的渠道。作为“穿着企业的鞋子”替企业行权的股东、有限合伙人来说,公司、合伙企业对第三人有何种权利义务,股东、有限合伙人应一并继受之。同时,为了守护代表仲裁中的公益性因素,可以借鉴新加坡《公司法例》中代表仲裁的法院预审查模式,将代表仲裁的前置问题交给法院判断,由法院裁决是否准许仲裁的启动。最后,为了衔接诉讼程序中公司的第三人角色,可在代表仲裁程序中将公司、合伙企业作为申请人,同时由法院在前置问题预审查结束后指定股东、有限合伙人为仲裁代理人。

^{⑨7} 同前注^{⑥6},第564页。

^{⑨8} 同前注^{⑥6},第556页。

^{⑨9} 同前注^{③1},第757页。

^{⑩0} 同前注^{⑨0}。

Abstract: Whether the arbitration agreement signed between a company or a partnership and a third party binds the shareholders or limited partners exercising the right of representative action is an issue that has long been divided, and it is difficult to support the argument in favor of arbitration by the literal meaning and systematic interpretation of the legal provisions. Although Article 25 of the Draft Arbitration Law Amendment seeks to recognize the validity of an arbitration agreement between a company or a partnership and a third party on shareholders and limited partners under the above circumstances, there is still a debate over whether shareholder representative arbitration should be recognized. However, the theories negating representative arbitration, like the theory of “original rights”, are not persuasive enough. By comparing with the creditor’s right of subrogation and subrogation, it can be found that the function of the representative action allows the shareholders or limited partners to inherit the rights and obligations of the company or partnership in the arbitration agreement. Singapore’s shareholder representative arbitration has experienced similar embarrassments as China’s, which eventually amended its law to formalize the validity of arbitration agreements in representative actions. To conclude the disagreement in judicial practice, the Article 25 of the Draft Revised Arbitration Law should be accepted. At the same time, in order to protect the public interest of the representative’s right and reserve room for changes in judicial policies, the pre-examination model in Singapore’s Companies Act can be used as a reference for representative arbitration. In terms of arbitral proceedings, the arrangement of the company or partnership as the applicant and the shareholder or limited partners as the agent may be acceptable.

Keywords: shareholder representative action; arbitration; subrogation; creditor’s right of subrogation

(责任编辑: 段 明)

司法确认制度的规则演进、现实困境与实践进路

邱冬梅^{*}

内容提要 为解决调解协议的执行力问题,司法确认制度应运而生。经过多年的规则演进与实践发展,该制度的框架已基本确立,但运行效果却不尽理想,仍然存在程序定性不清晰、审查标准不统一、虚假调解防范难和程序适用率低等问题。对此,应以问题为导向,对制度运行中发生的偏离进行理性反思,并从根本上理顺调、确、执三者关系。首先,应当回归调解和司法的本位价值,补强调解环节,为调解协议的确认奠定良好基础;其次,应沿着更加经济、高效、便捷的主线优化司法确认程序,解决现实问题;最后,我国现已签署《新加坡调解公约》,如将来我国批准该公约,宜采用区分国内调解协议和国际调解协议审查的“双轨制”做法,分两步走构建调解协议的执行机制。

关键词 调解协议;司法确认;执行制度

一、问题的提出

20 世纪中叶以来,美国等一些西方国家诉讼案件激增,甚至达到“诉讼爆炸”的程度,诉讼迟延、程序繁琐、费用高昂等弊端也为人们所诟病。为了解决这些问题,这些国家开始在诉讼外寻求合理的解纷办法,替代性争议解决方式(Alternative Dispute Resolution, ADR)的概念由此诞生。此外,德国等诉讼压力相对不大的欧洲国家也在积极推动 ADR。^① 20 世纪 80 年代末,ADR 的概念被引入我国。^② 在经历了学术热炒和巨大争议之后,这个概念逐渐在中国司法体制中以“多元化纠纷解决”的名目被暂时安顿下来。^③ 在此背景下,作为 ADR 重要方式之一的调解因具有高效、低成本、保密、非对抗性等优点日益受到人们的关注。但相比诉讼和仲裁而言,在当代中国的法治实践中,调解发挥的作用仍然非常有限,根本原因在于经调解所达成的协议只具有民事合同的效

* 邱冬梅,广州应用科技学院讲师,广州应用科技学院城乡文化发展研究中心研究人员。

① 范愉:《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》,载《中国应用法学》2017 年第 3 期,第 49-50 页。

② 顾培东:《国家治理视野下多元解纷机制的调整与重塑》,载《法学研究》2023 年第 3 期,第 93 页。

③ 熊浩:《知识社会学视野下的美国 ADR 运动——基于制度史与思想史的双重视角》,载《环球法律评论》2016 年第 1 期,第 24 页。

力,而不具有强制执行力,如果一方当事人不自觉履行所达成的调解协议,另一方当事人仍需向法院起诉,在获得生效裁判文书后才能申请强制执行,而不能持调解协议直接申请强制执行。

针对调解这一先天不足,2004年,我国最高人民法院出台《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《人民法院民事调解工作规定》),^④首次就人民法院委托调解协议的司法确认问题作出规定,使原本只有合同效力的调解协议经司法确认后具有了强制执行力。^⑤

调解协议的司法确认是我国司法制度的一个创举,不仅有利于纾解法院的办案压力、节约司法资源,还可以提高纠纷解决效率、降低当事人的成本。然而,司法确认制度虽然实现了调解与司法诉讼的“物理衔接”,但实际运行效果并不理想,在有些地方甚至处于“闲置”“休眠”的状态。司法确认程序的制度功能被严重低估。^⑥鉴于此,本文尝试对相关法律法规、规范性文件的立、改、废、释进行梳理,结合实践中遇到的问题进行理性反思,立足司法确认制度的价值功能,探索其内在逻辑与优化路径,以期推动制度朝良性方向发展。

二、司法确认制度的规则演进

(一) 司法确认制度规则演进之“形”

司法确认制度是我国在司法实践中进行的一项“自下而上”的机制创新,经历了从实践到司法解释、从司法解释到立法、从特别法到基本法的发展过程。

1. 实践中摸索:司法确认制度的萌芽

如前所述,2004年《人民法院民事调解工作规定》首创“司法确认”这一概念和做法,但在该文件中,与司法确认相关的规定仅有寥寥数笔,司法确认的具体步骤、救济途径等概付阙如,从其内容来看,司法确认的适用范围仅限于法院委托调解达成的调解协议,且与现行司法确认的做法并不相同。^⑦

2007年3月,甘肃省定西市中级人民法院(以下简称定西中院)决定开展人民调解

^④ 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2004〕12号),现已修改为《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2020〕20号)。

^⑤ 吴英姿:《“调解优先”:改革范式与法律解读以O市法院改革为样本》,载《中外法学》2013年第3期,第539页。根据《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2004〕12号)第3条,经各方当事人同意,人民法院可以委托与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的组织和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人对案件进行调解,达成调解协议后,人民法院应当依法予以确认。

^⑥ 吴英姿:《创新司法确认模式 健全诉调对接机制》,载《人民法治》2024年第4期,第20页。

^⑦ 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2004〕12号)第13条,现已删除。

协议确认机制试点工作,在经过从点到面的试点后,形成了“值得认真总结推广的经验”。^⑧

2008年5月,包括定西中院在内的八家法院被最高人民法院确定为首批多元化纠纷解决机制改革试点单位。在试点基础上,2009年7月,最高人民法院发布《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》(以下简称《诉讼与非诉讼相衔接意见》),该意见的第四部分详细规定了司法确认的相关问题。^⑨

2. 特别法中确立:人民调解协议的司法确认

人民调解协议司法确认机制被载入2010年8月通过的《人民调解法》,可以说是水到渠成,这是司法确认第一次出现在国家法律中,被认为是司法确认制度发展的一个里程碑。^⑩

次年3月,最高人民法院发布《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(以下简称《人民调解协议司法确认程序规定》)和司法确认文书样式,有关司法确认程序的规定进一步具体化。

3. 基本法中明确:调解机构调解协议的司法确认

2012年,《民事诉讼法》修正,将“确认调解协议”置于“特别程序”一章,以第六节专节(第194、195条)的方式加以规定,将司法确认制度上升到国家基本法律层面。

其后,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法司法解释》)在《民事诉讼法》的基础上又对司法确认作了更加细化的规定。

4. 实践中再探索:司法确认制度的优化

2020年1月,最高人民法院印发《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》(以下简称《繁简分流改革试点实施办法》),开启民事诉讼繁简分流改革,“优化司法确认程序”是重点内容之一。

经过试点后,全国人大常委会于2021年底作出了关于修改《民事诉讼法》的决定,此次修法涉及司法确认的内容主要体现在:一是明确司法确认范围是“经依法设立的调解组织”调解达成的调解协议;二是修改管辖规则,根据不同情况确定司法确认案件的级别管辖和地域管辖,扩大了管辖法院的范围。

⑧ 2007年11月21日,定西中院审判委员会讨论通过《关于人民调解协议诉前司法确认机制的实施意见(试行)》,对司法确认的适用范围、管辖法院、主要步骤、救济途径、申请费、归档、统计进行了规定。2009年5月15日,甘肃省社会治安综合治理委员会、甘肃省高级人民法院、甘肃省司法厅联合下发《关于推行人民调解协议诉前司法确认机制的意见》,对定西经验进行推广。

⑨ 刘加良:《司法确认程序何以生成的制度史分析》,载《法制与社会发展》2016年第1期,第71页。

⑩ 《人民调解法》第33条规定:“经人民调解委员会调解达成调解协议后,双方当事人认为有必要的,可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认,人民法院应当及时对调解协议进行审查,依法确认调解协议的效力。人民法院依法确认调解协议有效,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强制执行。人民法院依法确认调解协议无效的,当事人可以通过人民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。”

（二）司法确认制度规则演进之“实”

1. 司法确认的适用范围

司法确认的适用范围是指哪些调解协议可以作为司法确认的对象,对此可以从两个维度进行分析。

就调解的主持人而言,一方面,我国立法规定的司法确认的适用范围经历了从人民调解协议扩展至依法设立的调解组织调解达成的调解协议的变化;另一方面,司法确认的适用范围没有涵盖调解员以个人名义调解达成的调解协议。尽管关于司法确认的多份规范性文件及2021年《民事诉讼法(修正草案)》一审稿均规定有调解员调解协议司法确认的内容,许多学者亦呼吁将调解员调解协议纳入司法确认的适用范围,但最终未被写入正式立法。这表明,在我国商事调解制度尚不完善、调解员素质良莠不齐的当下,立法部门对这个问题持保守态度。

从纠纷类型来看,并非所有的调解协议都能获得司法确认。对此,2004年《人民法院民事调解工作规定》、2011年《人民调解协议司法确认程序规定》、2015年《民事诉讼法司法解释》等规范性文件中均有规定。其中,2015年《民事诉讼法司法解释》的相关表述最为全面并沿用至今。^⑪

2. 司法确认案件的管辖

对司法确认案件应由哪一法院管辖的问题,我国进行了长期的探索,这从我国不同时期的规范性文件对管辖法院的不同规定中可见一斑。

就调解组织自行开展的调解而言,管辖规则的变化尤为明显。首先是抛弃了协议管辖的做法。对于调解组织自行开展的调解,2009年《诉讼与非诉讼相衔接意见》允许当事人协议选择确认调解协议的管辖法院,但此后的规范性文件中均未规定协议管辖。在进行诉讼程序繁简分流改革试点时,最高人民法院提出:“当事人申请司法确认调解协议的,可以按照民事诉讼法除协议管辖外的其他地域管辖规定,向与争议有实际联系的地点的人民法院提出。”^⑫由此可见,司法确认案件不再适用协议管辖,究其原因,概因司法确认需要当事人共同申请,规定协议管辖反而有“画蛇添足”之嫌。其次,在级别管辖上,2020年《繁简分流改革试点实施办法》和2021年《民事诉讼法》一改之前的做法,不再将管辖法院局限于调解组织所在地的基层人民法院。最后,在地域管辖上,2021年《民事诉讼法》规定当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的法院均有权管辖,拓宽了管辖法院的范围。

就人民法院邀请调解组织开展的调解而言,管辖规则存在反复,2021年《民事诉

^⑪ 2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第357条规定:“当事人申请司法确认调解协议,有下列情形之一的,人民法院裁定不予受理:(一)不属于人民法院受理范围的;(二)不属于收到申请的人民法院管辖的;(三)申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的;(四)涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的;(五)调解协议内容涉及物权、知识产权确权的。人民法院受理申请后,发现有上述不予受理情形的,应当裁定驳回当事人的申请。”

^⑫ 《关于进一步健全完善民事诉讼程序繁简分流改革试点法院特邀调解名册制度的通知》(法〔2021〕150号)第9条。

讼法》明确由邀请法院进行确认,这一做法有利于诉调对接,相比此前《人民调解协议司法确认程序规定》和《民事诉讼法》以调解组织所在地为连接点的规定更为合理。

3. 司法确认程序的性质

根据2009年《诉讼与非诉讼相衔接意见》,人民法院审理申请确认调解协议案件参照适用简易程序的规定。2011年《人民调解协议司法确认规定》未再延续这一做法,但没有对适用民事诉讼中的何种程序作出规定。2012年《民事诉讼法》则是将“确认调解协议”安排在“特别程序”中。

4. 司法确认案件的审查方式

2009年《诉讼与非诉讼相衔接意见》对司法确认程序有较为详细的规定,根据该意见,当事人申请司法确认应当提交调解协议书、承诺书;人民法院审理确认调解协议案件参照适用简易程序的规定,由审判员一人独任审理,双方当事人应当同时到庭;人民法院应当面询问双方当事人是否理解所达成协议的内容,是否接受因此而产生的后果,是否愿意通过司法确认程序赋予该协议强制执行的效力。

2011年《人民调解协议司法确认规定》详细地列举了当事人申请确认调解协议时应提交的材料,但未再要求提交承诺书,同时规定:人民法院应当指定一名审判人员对调解协议进行审查,在必要时可以通知双方当事人同时到场,当面询问当事人;人民法院经审查认为当事人的陈述或者提供的证明材料不充分、不完备或者有疑义的,可以要求当事人补充陈述或者补充证明材料。至于审查程序的性质,如前所述,《人民调解协议司法确认规定》采取了留白的手法。

2015年和2022年《民事诉讼法司法解释》将人民法院“在必要时可以通知双方当事人同时到场”改为“应当通知双方当事人共同到场”,表明在司法确认案件中,审查方式由弹性复又转为刚性,这种宽严标准变化是导致实践困惑和混乱的重要原因。

5. 司法确认案件的审查内容

关于司法确认案件审查哪些内容,2004年《人民法院民事调解工作规定》第12条进行了明确的列举,^⑬此后,2009年《诉讼与非诉讼相衔接意见》第24条、2015年《民事诉讼法司法解释》第360条和2022年《民事诉讼法司法解释》第358条也有类似规定。^⑭

6. 司法确认文书

就司法确认文书的类型来看,《人民调解协议司法确认程序规定》规定人民调解司法确认程序采用决定书,2012年修正的《民事诉讼法》将司法确认文书改为裁定书,此

^⑬ 同前注⑦,第12条规定:“调解协议具有下列情形之一的,人民法院不予确认:(一)侵害国家利益、社会公共利益的;(二)侵害案外人利益的;(三)违背当事人真实意思的;(四)违反法律、行政法规禁止性规定的。”

^⑭ 例如,2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第360条和2022年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第358条都规定:“经审查,调解协议有下列情形之一的,人民法院应当裁定驳回申请:(一)违反法律强制性规定的;(二)损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的;(三)违背公序良俗的;(四)违反自愿原则的;(五)内容不明确的;(六)其他不能进行司法确认的情形。”

后经过一段时间,实践中司法确认文书不一致的现象才逐渐改善。

追溯我国司法确认制度的规则演进,就会发现,尽管十多年间我国就司法确认制度出台了許多规定,但作为一项基于改革实践诞生的制度,司法确认制度的设计欠缺理论构建和清晰的主线,^⑮制度深层问题在运行过程中逐渐暴露,制度优势也长期受到抑制。

三、司法确认制度的现实困境

自《民事诉讼法》规定司法确认以来,司法确认制度的框架虽已基本确立,但司法确认制度在实践中仍面临程序定性不清晰、审查标准不统一、虚假调解防范难和程序利用率低等理论和现实问题。

(一) 程序定性不清晰

我国理论界对司法确认程序性质的争论伴随着司法确认制度的发展,至今未休,主要有三种观点。第一种观点是“非诉程序说”,持该观点的人指出,在司法确认中,仅有申请人而无被申请人,更无双方当事人存在私权争执而两造对立;当事人申请司法确认只是为了使调解协议获得强制执行之保障,当事人间就调解协议之内容并无争执,据此可以认为司法确认程序在性质上属于非讼程序。^⑯第二种观点是“诉讼程序说”,即认为司法确认程序具有争讼性质。其中,有学者认为司法确认程序是略式诉讼程序,法院无需进行实质审理,主要审查申请材料即快速作出裁判;^⑰还有学者指出,将司法确认程序归入非讼程序极易导致误解司法确认的功能,司法确认实乃强制执行编的内容,立法者将其归入特别程序属于体系安排错误;^⑱宜将调解协议的司法审查置于执行程序中,统一国内和国际调解协议审查制度,为商事调解协议的落地提供司法保障。^⑲第三种观点是“独立程序说”,认为司法确认程序是不同于现有的诉讼程序、非讼程序以及特别程序的一项独立的司法程序。^⑳除此以外,还有学者提出,司法确认程序是介于诉讼与非诉讼

^⑮ 张新:《司法确认程序的系统建构》,载《东方法学》2023年第6期,第178页。

^⑯ 参见占善刚:《人民调解协议司法确认之定性分析》,载《法律科学(西北政法学报)》2012年第3期,第140页;潘剑锋:《论司法确认》,载《中国法学》2011年第3期,第46页;唐力:《非讼民事调解协议司法确认程序若干问题研究——兼论〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉第38、39条》,载《西南政法大学学报》2012年第3期,第107页;张自合:《论人民调解协议司法确认程序的完善》,载《山东警察学院学报》2013年第1期,第18页;刘敏:《论优化司法确认程序》,载《当代法学》2021年第4期,第73、74页;钟明亮、陈莉:《完善我国案源治理的路径思考——以C市A区法院为样本的分析》,载《法律适用》2022年第7期,第172页;何炼红、邓文武:《知识产权纠纷调解确认机制的体系协调与功效衔接》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2023年第2期,第67页。

^⑰ 参见吴英姿:《论生态环境损害赔偿磋商协议的司法确认》,载《清华法学》2023年第5期,第111页;周翠:《司法确认程序之探讨——对〈民事诉讼法〉第194-195条的解释》,载《当代法学》2014年第2期,第87页。

^⑱ 周翠:《司法确认程序适用对象之探讨》,载《人民司法》2023年第7期,第64页。

^⑲ 成阳:《管辖与执行:多元解纷体系中商事调解制度疑难问题研究》,载《上海法学研究》集刊2022年第17卷,第68页。

^⑳ 廖中洪:《民事司法确认程序若干问题研究》,载《西南政法大学学报》2011年第1期,第23页;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123页。

之间的特殊审判程序,并适当交错适用非讼法理与诉讼法理。^{②①}

程序性质是司法确认制度的基础理论问题,关系到如何系统、科学地进行制度建构。对司法确认程序的性质认识不清,不仅影响制度底层设计的科学合理性,而且会在实践中衍生出各种问题。

(二) 审查标准不统一

关于调解确认案件的审查标准,我国理论界也存在明显的意见分歧,这些观点体现了不同的审查尺度,由严至宽依次为“实质审查说”“形式审查与实质审查结合说”“形式审查说”。

“实质审查说”强调实质审查的必要性和重要性,主张司法确认审查不应限定在当事人之间的合意内容,还应通过合理的流程,延伸至合意内容背后的证据审查、事实审查以及可执行性审查;^{②②}认为调解协议的达成虽有调解组织、调解员的参与以降低效力瑕疵或不可被执行的风险,但司法机关仍应积极审查,以维护社会公平正义。^{②③}

“形式审查与实质审查结合说”采取折中的立场,赞成这一观点的人大多倾向于以形式审查为主、以实质审查为辅。他们认为,调解协议是一种合意的产物,为了达成一致意见,存在违背真实情况妥协的可能,法官如果对案件事实进行实质调查,就相当于对调解案件进行二次审理,会造成调解自愿机制与诉讼强制机制的抵触;并且,司法确认制度本是一种追求高效的纠纷解决的制度设计,采用实质审查会增加确认的难度,降低确认效率和程序的吸引力。因此,从逻辑的连贯性上看,现有法规应改变实质审查的做法。^{②④}但问题是,对于形式审查与实质审查的边界,这些学者的看法也不完全相同。有的认为,法院主要应进行形式审查,实体上仅限于审查调解协议的可执行性。^{②⑤}有的认为,除公共利益的审查外,对调解协议的内容只进行形式审查。^{②⑥}有的认为,只需要根据形式合法的要求,对双方合意、有否违反公序良俗以及是否侵犯案外人合法权益进行审查,不包括质证这种探求真相的过程,^{②⑦}等等。

赞成“形式审查说”的学者认为,“形式审查说”坚持了司法确认的非讼性质,而“实质审查说”存在过度审查、违反处分原则之嫌,“形式审查与实质审查结合说”虽然考虑了现实问题,兼顾了各方利益,但在具体实施时容易将实质审查之必要性适用于所有的司法确认案件,从而使本该适用形式审查的绝大多数司法确认案件也被变相地适用

②① 董少谋:《人民调解协议诉前司法审查确认机制探究——兼谈执行许可宣告程序之建构》,载《法学杂志》2009年第11期,第10页。

②② 参见周荣、师浩深、梁战胜:《司法确认程序有限实质性审查的路径构建》,载《苏州科技大学学报(社会科学版)》2023年第6期,第26页。

②③ 同前注①⑤,第185页。

②④ 胡学军、孙亮:《系统论视角下调解协议司法确认的内在机理与制度优化》,载《江西社会科学》2021年第10期,第155页。

②⑤ 刘显鹏:《合意为本:人民调解协议司法确认之应然基调》,载《法学评论》2013年第2期,第128页。

②⑥ 同前注②④。

②⑦ 邵华:《论调解协议的司法确认:效力、价值及程序审查》,载《政治与法律》2011年第10期,第111页。

了实质审查,使形式审查模式被架空。^{②8}

司法确认的实质是法院干预性介入当事人之间的事务,审查标准决定介入的程度。但由于理论界对此意见不一,实践中又缺乏具体的操作指引,法官在对调解协议进行司法审查时,往往无所适从,极易出现宽严不适当的现象。

(三) 虚假调解防范难

虚假调解是指行为人单独或者与他人恶意串通,采取伪造证据、虚假陈述等手段,捏造民事案件基本事实,虚构民事纠纷,通过调解的方式取得调解协议,损害国家利益、社会公共利益或第三人合法权益的行为,例如双方当事人为了转移财产或者获取不正当利益,虚构债权债务关系,假装同意调解。

当事人进行虚假调解的最终目的是获得司法确认或者进入执行程序,通过司法程序为虚假调解披上“合法的外衣”。在社会诚信体系还不健全的当下,如何避免司法为虚假调解背书,是司法确认程序无法回避的问题。然而,虚假调解通常在调解开始前经过精心策划,以符合程序的形式进行,具有较强的隐蔽性,不易识别和防范。特别是,人民调解委员会、妇女联合会等机构在进行调解时,主要是由调解员通过动之以情、晓之以理的方式促成当事人双方达成调解方案,调解过程对证据要求不高,容易给一些有心之人以可乘之机。一旦进行错误的确认或执行,不仅损害案外人的合法权益,而且损害司法活动的权威性,因此,必须采取有效的措施来应对这一棘手的问题。

(四) 程序适用率低

作为繁简分流的重要举措之一,司法确认制度本应在诉讼案件分流和纠纷解决方面发挥重要作用,而现实情况表明,司法确认制度的总体适用率并不高,在许多地方甚至沦为“鸡肋”。有数据显示,近五年我国司法确认程序适用率逐年大幅下降。^{②9}排除当事人自觉履行调解协议的情形外,背后还有许多复杂的原因。

第一,司法确认制度知晓率低。虽然有些地方的法院、政府部门、律师等对司法确认进行过一些宣传,但总体而言,我国对司法确认的宣传面比较窄、宣传力度不够,对许多当事人来说,调解协议的司法确认属于“知识盲区”,完全不知道可以就调解协议申请司法确认,更谈不上适当地加以利用。

第二,2021年《民事诉讼法》将调解员调解协议排除在司法确认案件的客体范围之外,造成受案量的减少。反观《最高人民法院关于人民调解特邀调解的规定》(法释〔2016〕14号)出台后,因扩充了特邀调解队伍的种类和结构,激发了调解活力,申请司法确认数随之攀升。^{③0}

^{②8} 钟明亮:《“人工智能+在线司法确认”的实践观察与前景展望》,载《法律适用》2020年第15期,第128页;钟明亮、陈莉:《完善我国案源治理的路径思考——以C市A区法院为样本的分析》,载《法律适用》2022年第7期,第172页。

^{②9} 袁宪伟、李晓佳:《能动司法语境下司法确认程序运行之裂隙弥合》,载至正研究微信公众号, https://mp.weixin.qq.com/s/s4Z0WK7BpHitWIDYsc_WoQ,最后访问时间:2024年8月4日。

^{③0} 同上。

第三,当前司法确认程序在实际适用中存在“启动难”的问题。这并非出于人为因素的影响,而是制度性的。^{③①}一是法律规定调解确认案件需要双方共同申请,二是立法对申请司法确认设置了30天的时间限制。没有履行积极性的义务人只要顺利拖过30天,即可使债权人失去利用司法确认程序获得执行力的机会。

第四,法官考核机制也是司法确认程序适用率低的因素之一。据统计,2020年至2021年繁简分流改革试点过程中,因受最高人民法院“前严后松”的考核模式影响,司法确认数在2020年达到顶峰后,2021年明显回落。2021年9月,最高人民法院发布通知,自2022年1月1日起司法确认案件不再纳入司法统计指标,此后全国法院普遍弱化该项工作,司法确认案件数量大幅下降。^{③②}在实践中,有的法院未将司法确认案件计入工作量,有的法院司法确认案件绩效考核分值比重过低,影响法官对司法确认的积极性。^{③③}如果法官在司法确认案件中的工作量不被认可,同时还要承担一定的风险与责任,容易导致法官群体消极适用司法确认制度。

第五,司法确认程序的适用率还与调解的需求、质量、诉调衔接等因素相关。现阶段,我国的调解制度还处于初步发展阶段,立法规定不完善,各类调解组织发展不均衡,调解的作用没有得到充分发挥,当事人对调解的需求不高。此外,调解员的素质参差不齐,一些调解案件质量堪忧,也在一定程度上影响当事人和法官的心理,导致调解和司法确认被弃用。

由此可见,宣传推广的力度、制度本身的设计、法官的绩效考核、调解制度的发展水平、政策的导向等因素,均会影响司法确认程序的适用率。

值得一提的是,司法确认程序的适用同时具有总体适用率低和冷热不均的特点。一些地方法院由于重视发挥司法确认的功能,案件受理数量在五年间呈增长趋势,^{③④}这从侧面表明该制度所蕴含的价值优势和从客观和主观两个向度加以推进的现实可行性。

四、司法确认制度的实践进路

“不识庐山真面目,只缘身在此山中”。司法确认制度是在调解和执行之间嵌入司法确认的环节,使调解协议获得强制执行力,在“调”“确”“执”的链条上,司法确认只是其中的一环。因此,针对司法确认制度运行中出现的问题,既要形成自洽的逻辑闭环,又要突破闭环思维,理顺调解、确认和执行三者之间的关系,才能明确司法确认制度的实践进路。

(一) 完善调解制度,提高调解公信力

司法确认制度设计的初衷是解决调解协议的效力障碍,使调解更好地发挥解决纠纷

^{③①} 马丁:《论司法确认程序的结构优化》,载《苏州大学学报》2021年第4期,第123页。

^{③②} 同前注^{③①}。

^{③③} 马骁:《优化司法确认程序的制度定位、推进原则和工作机制》,《人民法院报》2020年3月26日,第008版。

^{③④} 天津民盟:《两会声音 | 郭景平委员:优化司法确认制度 促进诉调精准对接》,载天津民盟微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/e9MQSRrkQP1ehKtbLh6uMw>,最后访问时间:2024年8月4日。

的作用,调解纠纷是目的,而司法确认只是手段。但从我国目前的制度规范来看,存在两个明显不合理的趋向:一是重对接、轻调解,视野过于狭隘;二是确认环节存在对调解干预过度的问题,不利于调解机制本位价值的坚持。^⑤同时,司法确认程序背负过多本不属于司法确认的功能,也使其功能不再纯粹,制度机制发生扭曲。

要走出司法确认制度的困境,根本不在于确认,而在于调解。现阶段,我国调解制度缺乏基础性的法律,各类调解不成体系,调解机构多而不强,调解员素质参差不齐,调解的公信力还有待提升。显而易见,调解是目前“调”“确”“执”中最为薄弱的环节。为了诉调能有效衔接,一些地方法院建立了一站式司法确认机制,在诉调对接过程中,指派法官对调解活动进行全程指导,包括:调解思路和调解方案的确定、法律规定和诉讼程序的讲解等,促进调解活动顺利开展,同时也消除了法官在司法确认中对于调解质量的顾虑,发挥了司法确认的效能。^⑥这一做法能够实现两个程序的无缝对接,但依赖法官全程指导毕竟只是权宜之计。从长远来看,我国应尽快完善调解法律法规、提高调解组织的竞争力,培养一批德才兼备的调解员,大力发展独立调解,推动调解向专业化、职业化、规范化方向发展。随着调解制度日臻完善、调解公信力不断提升,司法确认制度的许多问题将会迎刃而解。

(二) 优化司法确认制度,彰显制度优势

优化司法确认程序,首先必须回答司法确认程序性质、程序价值、审查标准等基础理论问题,这些理论既是分析司法确认制度具体设计是否合理的基准,也是我国进一步优化司法确认程序的理论依循。同时,还应合理回应制度设计、制度运行和制度保障方面面临的具体问题。

1. 明确程序定性

从实然层面看,我国《民事诉讼法》将司法确认置于“特别程序”中,《民事诉讼法司法解释》关于程序启动、程序构造、运行结果、救济机制等内容亦与非讼程序的基本特点相符。《繁简分流改革试点实施办法》在“优化司法确认程序”的举措中,一方面着力推进专业化调解,另一方面强调提高司法效能,其将司法确认程序与小额诉讼、简易程序、独任制、电子诉讼并列作为主要内容,意在表明司法确认程序“当简则简”,这与非讼程序运行机理相契合。因此可以认为,在现行法律框架下,司法确认程序在性质上属于非讼程序。

从应然层面看,我国司法确认程序应定位为非讼、争讼程序还是独立程序?对这个问题的回答关系到应在多大程度上对我国司法确认程序进行改造。

首先,从哲学的角度来看,法律原则和规则是更为基础性的价值的派生物,是对自身价值的诠释。因此,要回答上述问题,首先需要回答司法确认制度的价值追求是什么。追本溯源,司法确认是为解决调解协议效力缺陷而产生的,从司法确认制度发展背景及脉络

^⑤ 同前注^④。

^⑥ 刘国承:《“一站式”司法确认机制实践价值探析》,载《中国法治》2023年第3期,第59页。

来看,司法确认追求迅速、经济、灵活、简易的价值理念,这与非讼程序的价值追求相一致。

其次,比较而言,非讼程序较诉讼程序更能节省劳力、时间和精力,但弱化了对当事人的程序保障,法官职权色彩更为浓厚。如果将司法确认程序定性为诉讼程序,固然强化了对当事人的程序保障,但无异于在调解程序之外增加了一个司法审判程序,将明显减损调解在效率上的优越性,使司法确认程序存在的意义被淡化,也和以更加便捷的方式赋予调解协议以执行力的国际趋势相背离。

至于将司法确认程序定性为独立程序,似乎能够同时获得诉讼与非讼两方面的程序优势,但相关理论并不成熟,将两种性质的程序糅合在一起可能导致难以操作和更大的困惑。况且,非讼程序并不完全排斥讼争性,而具有一定的宽容度。事实上,非讼程序所适用的案件具有的争讼性强弱不一,争讼性强的案件应采用更强的程序保障,争讼性较弱的案件应采用更为灵活、便宜的程序。^{③7}近年来司法领域出现的将某些向来通过诉讼方式处理的事件予以非讼化的做法,可从侧面印证这一点。^{③8}因此,不必因为纠纷具有某些讼争的成分,就质疑适用非讼程序的正当性。

最后,诉讼程序与非讼程序在基本原则、程序构造、运行方式、运行结果、救济方式等方面均有所不同,将司法确认程序定性为诉讼程序意味着对现有制度整体进行重构,会对现行制度造成较大的冲击,反而加剧问题的复杂性。

综上所述,“非讼程序说”既符合我国司法确认的现行规定,也有利于搭建逻辑自洽的制度体系。

2. 统一审查标准

司法确认实质是法院代表国家对私权关系进行干预的一种手段,司法审查标准关系到司法介入的范围和程度,即应审查哪些内容、应把握怎样的尺度。

从理论上讲,司法确认的目标是通过确认裁定赋予调解协议强制执行力,以简便高效的方式使有潜在纷争的法律关系实现确定化,从而迅速解决矛盾,在诉调对接的程序设计中,就应紧紧围绕这一价值目标展开,不应引入过于繁杂、冗长的程序以破坏原有确认程序的简洁性,也不应采取反复不定的程序以破坏非讼程序的高效性。^{③9}经调解员主持或促成的调解协议,本身蕴含调解程序的规则。^{④0}如果我们缺乏对调解本质属性全面和平衡的认识,片面强调司法对调解结果的审核、确认和背书,那么必然会导致诉外调解的司法化甚至替代化的扭曲,最终导致两者功能紊乱和相互削弱。^{④1}因此,面对实践中存在的偏离,就应当让调解的归调解,司法的归司法。

^{③7} 朱刚:《民事非讼案件之程序保障论——基于日德立法改革之启示》,载《湖北警官学院学报》2015年第9期,第128页。

^{③8} 参见张艳丽、郭爽:《我国家事非讼程序的立法设计——诉讼与非讼二元并立格局》,载《法学杂志》2023年第1期,第67页。

^{③9} 何炼红、邓文武:《知识产权纠纷调解确认机制的体系协调与功效衔接》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2023年第2期,第67页。

^{④0} 同前注^{③9},第76页。

^{④1} 参见潘剑锋:《论民事司法与调解关系的定位》,载《中外法学》2013年第1期,第186、192页。

实践中,司法确认案件中通常只由一名法官审理,且需要在立案之日起30日内审结。如此有限的审查力量和审查时间难以支撑实质审查的要求。^{④②}让法官一味探寻案件真相不仅不现实,而且相应地引起法官责任承担问题,一来加重了法官的不合理负担,二来影响司法确认制度的推广应用,明显弊大于利。至于实质审查说所担心的虚假诉讼等情况,属于司法确认程序中风险防控的问题,可以通过建立若干风险防控措施予以应对。^{④③}

从比较法的角度来看,目前,在规定有司法确认制度的国家和地区的主流做法是对调解协议坚持以形式审查为原则。如我国台湾地区调解协议司法确认的审查采用形式审查为原则、实质审查为补充的做法。实质审查的方面主要包括公法违背和公序良俗违背两个方面。此种做法既能顾及对当事人自主意志的尊重,又能顾及对公共利益的维护,总体上考虑比较周全。^{④④}

综上可知,“实质审查说”不符合司法确认程序的价值取向,应被抛弃;而“形式审查说”脱离实际,亦不足取;采用形式审查与实质审查结合说较为合适,且应以形式审查为主,以实质审查为辅。就形式审查与实质审查的边界而言,建议探索繁简区分审查标准,将繁案与简案区别对待。具体而言,在司法实践中,大多数案件可归入简案,只限于对是否违反公共政策和公序良俗进行实质性审查,实现简案快审;将一定金额以上的案件和具有虚假调解嫌疑的案件归入繁案,加强真实性、自愿性与合法性审查,尽可能降低错误确认的风险。当然,既然司法审查的目的是赋予调解协议以执行力,审查是否具有可执行性是题中应有之义。在审查方式上,建议改变目前要求双方当事人必须共同到场接受询问以核实案情的做法,明确人民法院在司法确认程序中以书面审查为原则,这样更符合司法确认的程序性质与目标定位。总而言之,优化司法确认应该是沿着更加经济、高效、便捷的主线,通过理论与实践相结合进一步彰显其价值和优势,而不是背道而驰。

在操作层面上,由于目前法律法规缺乏对司法确认审查内容和审查方式的详细规定,各地法院在确认调解协议时做法不一,建议一方面根据一定的标准对司法确认案件进行繁简分流,另一方面根据不同的案由细化申请材料,这样不但可以减少确认流程和审查内容的随意性,也可以为调解组织和当事人提供明确的指引,提高案件办理的效率。

3. 有效遏制虚假调解

虚假调解的表现形式多样,防范较难,但该问题并非司法确认程序独有,在仲裁、诉讼等程序中亦可能出现。遏制司法确认程序中的虚假调解,必须防范和惩治并行。

首先,应从源头上加强对虚假调解的防范。一方面,完善调解员的选聘、考核机制,加强对调解员的培训指导,不断提高其职业素养、调解技能和甄别虚假调解的能力。另一方面,尽管调解的基础是双方的协商,调解员只是发挥组织引导的作用,但在具体个案中,调解员除关注当事人的合意之外,仍应按照一定的程序规范和审查标准对案件的真实性进行审查。

^{④②} 江苏省苏州市吴中区人民法院课题组:《司法确认程序风险防范机制研究》,载《中国审判》2020年第20期,第92页。

^{④③} 同前注^{④②},钟明亮、陈莉文,第173页。

^{④④} 同前注^{④②}。

其次,发挥司法审查对虚假调解的过滤作用。一旦当事人持虚假调解获得的调解协议申请司法确认或者申请强制执行,也就构成虚假诉讼。近年来,我国最高人民法院陆续出台了《关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》(法发〔2016〕13号,以下简称13号文)、《关于在民事诉讼中防范与惩治虚假诉讼工作指引(一)》等文件,许多法院内部也制定了防范和惩治虚假诉讼的实施办法,积累了一定的应对虚假诉讼的经验,例如总结出虚假诉讼的常见案件类型、主要表现、要素式审查等,对于具有虚假诉讼嫌疑的案件,法官应予以重点关注。同时,建议法院设专人专岗办理司法确认案件,比如交由富有审判经验的法官办理,更加有利于防范虚假调解,提高解纷质效。

最后,应落实法律措施,压实法律责任,加大对虚假诉讼的惩治力度。自2012年以来,我国出台了一系列关于虚假诉讼法律责任的规定:2012年《民事诉讼法》修订时,增加了虚假诉讼规制条款;为进一步打击虚假诉讼,2015年《刑法修正案(九)》中增设了虚假诉讼罪;2016年,最高人民法院13号文规定了虚假诉讼参与人应当承担的损害赔偿责任;2021年,两高两部共同出台意见,^{④5}明确将向人民法院申请司法确认认定为刑法第307条之一^{④6}规定的“以捏造的事实提起民事诉讼”的情形。这些法律文件逐渐织密了虚假诉讼法律责任的网络。根据上述规定,虚假诉讼参与人的法律责任涵盖民事赔偿、行业惩戒、行政处罚直至追究刑事责任,但在实践中,碍于调查取证确认违法事实的难度,法院即使发现虚假诉讼嫌疑,往往倾向于通过裁定驳回申请或准许撤回申请等方式进行处理,而不会轻易作出相应的惩罚性措施。此外,公检法三方沟通协作不畅也会使惩治的效果大打折扣。鉴于此,建议搭建三方沟通平台,加强数据共享、信息互通和协同合作,更好地落实责任追究,打击虚假诉讼,遏制虚假调解多发的势头。

4. 充分激活司法确认

知晓率和适用率低在一定程度上说明司法确认制度的优势没有被充分发挥并转化为社会治理效能。诚然,当事人自觉履行调解协议才是最为理想的解纷结果,司法确认并非调解的法定必经步骤,只是为当事人的权利保障提供的一种制度选择。然而,在现阶段调解协议只具有民事合同效力的情况下,完全寄希望于当事人自觉履行显得过于乐观和不切实际,有可能使纠纷双方重新进入诉讼程序,反而浪费宝贵的社会资源和司法资源,增加当事人诉累和成本。因此,应当正视存在的问题,充分激活司法确认。

第一,加强对司法确认制度的宣传和推广。除通过各种渠道宣传司法确认制度的优点外,建议规定主持调解达成协议的调解员有向当事人告知司法确认程序的义务,发挥调解员和调解组织对当事人的积极引导作用。

第二,建立调解员认证机制,适时修改立法将司法确认的适用对象扩展至调解员调解协议。司法确认的对象不包括调解员以个人名义作出的调解协议,主要是因为个人调

^{④5} 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》第4条第2款,法发〔2021〕10号,2021年3月4日发布。

^{④6} 即虚假诉讼罪。

解协议没有机构的背书,这虽然在一定程度上降低了司法确认的风险,但也牺牲了个人调解的其他好处。在调解员认证机制、行为守则、管理制度和责任体系均较完善的情况下,将个人调解纳入司法确认的适用范围内未尝不可。

第三,破除启动司法确认程序的桎梏,解决启动难的问题。

一方面,可以对“共同申请”进行扩大解释,降低申请司法确认的门槛。

关于司法确认程序的启动方式,我国法律规定双方共同提出申请才能启动,这一苛刻的要求长期以来广受诟病。理论界对此进行了深入探讨,但未形成统一的意见。

有学者认为共同申请程序稍显复杂累赘,并不经济实用,我国台湾地区强制移送审查的做法效果显著,可资借鉴。^{④7} 强制移送审查最大的优点在于可以显著提高司法确认程序的效率,但也存在“用进废退”和增加司法机关负担的缺点。就调解协议的实现而言,有时靠当事人的自觉就已足够,有时一方的履行需要靠对方或者调解人的约束,并不总是需要司法机关对协议的效力予以“加持”。^{④8}

还有学者提出“单方申请说”。他们指出,在现行规则下,任何一方都可以让程序不能开始,且在任何阶段都能快捷、无成本地让程序终止。这种做法违背了该程序的设立初衷,鼓励了不诚信和逃避履行。^{④9} 这样的机制设置其实存在一个逻辑上的悖论:如果义务人有意履行调解协议,申请司法确认即显得毫无必要;如果义务方不准备履行,双方则难以达成向人民法院申请确认的所谓的另一个合意,相关程序亦无法得以展开。^{⑤0} 只有允许一方单独申请司法确认,方符合该程序运行及推进的应然机理。“单方申请说”对现行规定的弊端的批评可以说是一针见血,但其自身也存在难以克服的理论缺陷,因而无法提供具有说服力的解决办法。因为:在调解协议只有合同效力的语境下,调解协议达成的合意与当事人申请司法确认的合意是两个截然不同的合意,单方申请理据不足;况且,“单方申请说”虽然解决了启动难题,但其与“实质审查说”的结合会突破非讼程序的框架。在实践中,对另一方当事人的漠视很可能会带来新的法律问题。故而,该理论尚未获得大多数人的认同。

针对申请主体的问题,实际上,一个便宜可行的做法是通过司法解释放宽对“共同申请”的要求,一是当事人委托同一代理人申请司法确认,视为共同申请;二是一方当事人提出申请,其他当事人在申请前明确表示同意申请司法确认的,视为共同申请。既如此,当事人同意确认的意思表示当然也无需贯穿司法确认的全过程。关于“同意”,当事人同意申请司法确认的意思表示可以是内嵌于调解协议中的条款(包括默示勾选条款)或者其他协议或者单方声明。为实现这一条件,在调解活动中,除非当事人明确表示反对,调解员应尽可能将各方均同意申请司法确认的条款纳入调解协议中。

另一方面,延长申请司法确认的时间更有利于提高司法确认程序的适用率和适用效

^{④7} 参见张自合:《论人民调解协议司法确认程序的完善》,载《山东警察学院学报》2013年第1期,第22页。

^{④8} 范愉:《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》,载《法学家》2011年第2期,第10页。

^{④9} 同前注^{③1},第131页。

^{⑤0} 同前注^{②5},第131页。

果。法律苛以30日的申请时限,不仅不利于当事人自治,而且增加法院的工作量,实际适用效果明显弊大于利。目前在实践中,在当事人超期申请确认调解协议时,有的法院不予受理,有的法院予以受理并确认,如果适当延长申请时间,一来可以避免出现司法实践中操作不一致的现象,二来可以给当事人留出更多的博弈空间和考虑时间,双方可以根据具体情况约定适当长度的履行期,从而增加制度适用的弹性和灵活度。

第四,完善司法确认考核机制。司法确认工作推动和反映着诉源治理的水平和效果,且负有防范虚假调解风险的重要责任,有的案件甚至需要组成合议庭审查,理应考虑法官的工作量,并完善考核权重。^{⑤1}对于没有识别出虚假诉讼的法官,除非存在违法审判情形,不应追究其司法责任,使法官放下心理包袱;对于识别出虚假调解的法官,应予以肯定和奖励,充分调动法官的工作积极性。

第五,加强诉调对接,促进诉调良性互动。在诉调对接方面,一站式司法确认机制作为具有实践特色的纠纷化解机制,被证明有提高调解的质量、减轻当事人负担、简化司法审查、实现有序衔接等一举多得的效果,值得总结经验加以推广。

(三) 两步走构建调解协议的执行机制

当事人获得司法确认裁定申请强制执行时,因已存在执行依据,执行法官自无必要再全面审查调解协议,但仍需考虑两个问题,一是调解协议是否内容明确具有可执行性,二是如何避免执行虚假的调解协议。前者关乎调解能否真正解决当事人之间的纠纷,后者涉及该制度是否被别有用心之人滥用以谋取不当利益。此二者均属于司法确认制度内部的问题,兹不赘述。在我国签署《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》或公约)的背景下,还应站在全局的高度思考我国未来如何构建调解协议的执行机制,这是关系到司法确认制度的发展演变乃至去留存废的根本性问题。

《新加坡调解公约》于2018年12月20日在第73届联合国大会上通过,于2019年8月7日在新加坡开放签署,我国是首批签署国之一。^{⑤2}针对我国应否批准公约,我国理论界和实务界存在两种对立的观点,一派对批准公约持否定态度,^{⑤3}另一派则提倡积极创造条件对接公约。^{⑤4}针对我国在批准公约后,在调解协议的执行机制方面是实行“单轨制”还是实行“双轨制”,同样存在不同的见解。一些学者持谨慎态度,认为我国目前尚

^{⑤1} 同前注^{③3}。

^{⑤2} 目前《新加坡调解公约》的签署国有58个,其中已批准公约的有14个,包括白俄罗斯、厄瓜多尔、斐济、格鲁吉亚、洪都拉斯、日本、哈萨克斯坦、尼日利亚、卡塔尔、沙特阿拉伯、新加坡、斯里兰卡、土耳其、乌拉圭。我国与美国均于2019年8月7日签署此公约,但至今尚未批准。俄罗斯和法国、德国等欧洲国家均还处于尚未签署的状态;英国于2023年5月3日签署了此公约,但尚未批准。参见联合国国际贸易法委员会网站, https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status,最后访问时间:2024年8月4日。

^{⑤3} 孙巍:《就加入〈新加坡公约〉几点疑虑的回应》,载中伦视界微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/BA8CJt87rmux-Wza8qT35A>,最后访问时间:2024年8月4日。

^{⑤4} 参见刘敬东、孙巍等:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第45页;杨秉勋:《再论〈新加坡调解公约〉与我国商事调解制度的发展》,载《北京仲裁》2020年第1期,第120页;孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,载《法学研究》2021年第2期,第156页。

没有条件在调解协议效力上做到国内国际的“无差别对待”,^{⑤⑤}应当准确评估公约对我国的影响和风险,通过内外有别的“双轨制”,减少《公约》对我国的冲击,^{⑤⑥}建议立法采用“两步走”,先利用暂时的“双轨制”为国内商事调解行业的发展争取缓冲,等树立起健康成熟的商事活动风气以及强调商事调解的专业性后,再考虑实现商事调解制度的并轨。^{⑤⑦}另一派学者反对“双轨制”,认为这一做法不利于国内法制的统一,^{⑤⑧}并指出,仅仅因为商事和解协议具备国际性与否,就产生了有无权利申请直接执行的差别,这个差别带来的影响将远远大于我国加入《纽约公约》时实行内外有别的审查标准的影响,这在法理上也是难以自圆其说的。考虑到目前国内国际形势发生了重大变化,特别是我国制度化对外开放水平越来越高的情况下,继续实行内外有别的“双轨制”将反向限制国内商事调解制度发展这一点不容忽视。^{⑤⑨}为了吸取《纽约公约》采用“双轨制”而导致不便的教训,宜采取统一的国际商事调解执行机制。^{⑥①}

就“单轨制”的具体实施路径而言,有人主张对所有调解协议都适用直接执行机制,按此观点,则司法确认制度将不复存在。也有人认为,鉴于我国司法确认程序适用范围较广,可以适用于国际商事调解协议执行;我国在司法确认过程中对调解协议的审查与公约中要求的审查并无本质冲突,可以根据我国执行国内调解协议的司法传统直接对国际调解协议予以审查确认。^{⑥②}还有人认为,我国司法确认制度与《新加坡调解公约》的衔接难免存在不适用与法律空白的问题,但是这两者之间横向对比所突出的区别与差异,正是实现司法确认制度与国际商事调解协议执行审查机制的重要衔接点,可用以衔接适用《新加坡调解公约》。^{⑥③}

将“单轨制”和“双轨制”的观点进行比较分析,不难发现,“双轨制”操作较为简单,是更加切实可行的方案。

首先,就抛弃司法确认制度、另起炉灶这一方案而言,且不说意味着资源的巨大浪费,其实施前需要经过充分的理论论证,在建设全新制度的过程中不仅要投入巨大的时间和精力,还可能产生一定的试错成本。由于公约生效时间不长,可资借鉴的成功经验

⑤⑤ 赵泽慧:《〈新加坡调解公约〉的衔接困境与突围:从调解协议效力的冲突切入》,载《商事仲裁与调解》2020年第4期,第92页。

⑤⑥ 许志华:《我国批准〈新加坡调解公约〉的问题与对策》,载《中国法律评论》2023年第2期,第204页。

⑤⑦ 参见程勇跃:《推进涉外法治建设视域下我国国际商事调解协议执行制度的构建——以新加坡调解公约在我国的批准与实施为视角》,载《上海法学研究》集刊2022年第19卷,第176页;张艳、房昕:《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》,载《法律适用》2021年第5期,第45页;曹思琪:《〈新加坡调解公约〉框架下国际商事调解协议在我国执行问题研究》,兰州大学硕士论文,2023年,第35-37页。

⑤⑧ 参见徐洲:《国际商事调解协议执行审查与我国司法确认的衔接研究》,广西师范大学硕士论文,2022年,第21-22页;包康赞:《〈新加坡调解公约〉的“后发优势”与中国立场》,载《武大国际法评论》2020年第6期,第34页。

⑤⑨ 赵勇:《〈新加坡调解公约〉的适用范围及衔接对策》,载《河北法学》2023年第5期,第110页。

⑥① 吴淑琪:《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解制度的完善》,载《绥化学院学报》2022年第3期,第18页。

⑥② 黎理:《国际商事调解协议在我国法院司法确认与执行问题研究——以〈新加坡公约〉为视角》,载《法治论坛》2022年第2期,第223页。

⑥③ 同前注⑤⑧,徐洲文,第37页。

比较少,此一过程必然充满探索的艰辛与未知。

其次,对于将公约的机制纳入司法确认制度框架内的提议,尽管两者在司法审查方面存在相似之处,“变动适用”司法确认制度的提议颇具吸引力,但仍有值得商榷之处。其一,司法确认被认为是间接执行机制,异于直接申请强制执行调解协议的直接执行机制,名不正则言不顺。其二,两者指向的对象和目的不同,执行审查制度的目的在于判断已经具有执行力的国际和解协议是否可以在我国得以执行,而司法确认制度的目的在于赋予非诉调解协议以执行力,司法确认后并不一定需要执行。其三,司法确认程序属于非讼程序,“非讼程序本质上多无讼争性,当事人除声请人外,未举行言词辩论,迄无判决程序之适用,有关事件之事实,及必要证据之调查,唯恐影响第三人之权益,或兼顾公益起见,采职权主义”^③;而申请强制执行调解协议审查从外观上看更接近争讼程序,其性质为何尚需讨论,审查模式有待厘清。其四,撇开运行机制机理等问题,此二者的适用范围交叉但不重合。例如,我国司法确认的适用范围不包括调解员调解协议,此点异于公约;又比如,涉及物权和知识产权确权的调解协议不能获得法院的确认,但未被明确排除在公约适用范围之外,相反,消费纠纷和劳动争议调解协议可以经由司法确认获得强制执行效力,但被公约排除适用。最后,两者在收费方面亦不相同,司法确认不收取费用,而直接执行机制存在执行费用。以上说明我国的司法确认制度和公约规定的直接执行机制之间存在较大差异,不易融合。

从目前签署和批准公约的实践来看,一些国家明确采用“双轨制”的做法。例如,作为首批批准公约的国家,新加坡通过制定《2020年新加坡调解公约法》,修改了《2017年调解法》以及《最高法院司法制度法》的相应内容。^④日本为实施公约,在加入公约前,也专门制定了《新加坡调解公约实施法》,根据该法第3条的规定,当国际和解协议的当事方同意可以透过基于新加坡公约或有关公约实施的法律和法规的民事执行程序来加以执行时,则适用该法的规定。^⑤无独有偶,伊朗伊斯兰共和国在签署公约时也声明只在国际和解协议当事人同意的情况下才适用该公约。^⑥可见,即便是调解制度已经非常成熟的新加坡等国家,也没有将国内调解协议和国际调解协议等同视之。

总而言之,采用国内调解协议和国际调解协议不加区分的“单轨制”过于理想化,可操作性不强。从现实出发,可以考虑国内、国际调解协议实行“双轨制”,实施不同的执行机制:国内商事调解,按照现在的司法确认制度执行,国际商事调解,遵循公约本意,适

③ 李德惠:《论调解协议之司法确认制度》,载《吉林工商学院学报》2015年第6期,第85页。

④ 江保国:《〈新加坡调解公约〉下国际商事调解协议的法律效力》,载《国际法研究》2024年第3期,第89页。

⑤ 采安仲裁团队:《采安仲裁 | 日本〈新加坡调解公约实施法〉正式施行:主要机制及内容》,载采安律师事务所微信公众号, https://mp.weixin.qq.com/s/NQd0gVfGsC4PW4LLX_qd7A,最后访问时间:2024年8月4日。

⑥ 伊朗伊斯兰共和国在2019年8月7日签署公约时提出了两项保留,一是对于其为一方当事人的和解协议,或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议,在声明规定的限度内,不适用公约;二是在和解协议当事人同意的情况下才适用该公约。参见联合国国际贸易法委员会网站, https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status,最后访问时间:2024年8月4日。

时建立国际商事调解协议直接执行法律机制,开展独立司法救济。^{⑥7} 这样不但可以保持现有制度的稳定性,还能提供具有价值的制度实践作为参考,为批准公约做充分的准备。

五、结 语

现阶段在我国,调解协议仅具有民事合同的效力,需要通过司法确认等转化机制才能实现强制执行效力。作为司法权引领、推动和保障调解的重要方式,司法确认制度应朝着成本最小化、保障意思自治、简便高效、减轻司法负担的“两便”方向进行优化,从而更好地发挥支持调解发展、稳定法律关系、疏减诉讼案件的作用。在我国签署《新加坡调解公约》的背景下,还应在司法确认制度的逻辑闭环之外,将司法确认纳入调解协议执行机制的整体构思,同时,借国际商事调解制度发展之契机,让我国的调解制度重放异彩,将我国打造为全球商事调解优选地。

Abstract: The judicial confirmation system has emerged to address the issue of the enforceability of mediation agreements. After years of rule evolution and practical development, the framework of this system has been basically established, but the operational effect is not ideal. There are still problems such as unclear procedural nature, inconsistent review standards, difficulty in preventing false mediation, and low procedural applicability. In this regard, we should be problem oriented, rationally reflect on the deviations that occur in the operation of the system, and fundamentally clarify the relationship between regulation, confirmation, and implementation. Firstly, we should return to the core values of mediation and justice, strengthen the mediation process, and lay a solid foundation for the confirmation of mediation agreements; Secondly, the judicial confirmation process should be optimized along a more economical, efficient, and convenient main line to solve practical problems; Finally, China has signed the Singapore Convention on Mediation. If China approves the convention in the future, it is advisable to adopt a dual track approach of distinguishing between domestic mediation agreements and international mediation agreements for review, and to construct an enforcement mechanism for mediation agreements in two steps.

Keywords: mediation agreement; judicial confirmation; execution system

(责任编辑: 孙保国)

^{⑥7} 冯冬冬:《〈新加坡调解公约〉背景下中国国际商事调解协议执行机制的完善》,载《国际法研究》2023年第2期,第156页。

主合同仲裁协议对保证人的约束效力研究

杨徐鼎*

内容提要 基于缺乏明确的意思表示与合同相对性等理由,当前司法实践态度倾向于否认主合同仲裁协议能够约束保证人。该观点忽视了主从合同在实体上的牵连性,违反了保证的实体法原理,削弱了仲裁制度的效率和保密性优势,也无法在裁判技术上达成统一。事实上,意思表示的认定突破书面形式走向实质,已成为国际商事仲裁发展的趋势,保证合同与主合同的紧密牵连亦要求其不能恪守合同相对性原则,将主从合同一并审理有助于实现仲裁目的与三方利益平衡,适应商事关系的现实需求。应当在坚持意思自治原则的基础上,承认主合同仲裁协议对保证人的约束效力。只有经解释无法明确当事人意思时,才能推定其接受了主合同的仲裁协议。

关键词 仲裁协议; 保证合同; 意思表示; 主从合同

一、问题提出

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)在总结我国立法、司法经验和域外先进立法例的基础上对我国担保制度作出了重大的改变,典例之一便是在合同编新增了“保证合同”一章。《民法典》第688条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第66条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第26条为保证人和主债务人的诉讼地位提供了规范依据。对于一般保证,有关司法解释允许且鼓励债权人同时将债务人和一般保证人诉至法院;对于连带保证,债权人可以根据自己的意愿请求债务人和保证人承担责任。但无论是连带保证还是一般保证,其诉讼形态及权利实现方式在理论上都存在诸多争议,这足以体现保证合同纠纷程序应对的复杂性。^①

* 杨徐鼎,中国人民大学硕士研究生,中国人民大学纠纷解决研究中心研究员。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》(项目编号:22SFB4016)的研究成果。

① 有关连带保证责任的诉讼构造,存在普通共同诉讼说、类似必要共同诉讼说、固有必要共同诉讼说和执行说等。一般保证责任也区分审判中心说和执行中心说。同时,也存在对连带保证和一般保证的诉讼程序进行统一处理的观点。相关观点可见宋春龙、高一凡:《保证合同纠纷诉讼程序的检讨——兼论〈民法典〉实施后保证合同纠纷的诉讼程序》,载《法律适用》2020年第21期,第145-147页。

就保证合同程序实现的复杂性而言,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)并未给予其足够的重视,对于主合同中约定了仲裁协议而保证合同未约定时,主合同的仲裁条款能否约束保证人的问题并未作出解答,更不论其后的程序应对。^②司法实践亦受到了该问题的困扰:一方面,有观点依据《担保制度解释》第21条,认可仲裁协议的效力扩张,^③但该观点实际上混淆了主管与管辖的区别,《担保制度解释》第21条的规则旨在解决法院间诉讼案件的管辖问题,而根据有效仲裁协议排除人民法院管辖权解决的是纠纷主管的问题。^④二者性质存在根本不同,确定主管应当在确定管辖之前进行,以管辖规定推导出主管规定并不具有妥当性。另一方面,以最高人民法院和大部分仲裁规则为代表的主流观点对该问题采取了否定说的观点,即不认可主合同仲裁协议能够约束保证人,该观点在司法实践中产生了深远的影响力。^⑤与之相反,司法部于2021年7月公布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第24条中则明确肯定了主合同仲裁协议对从合同当事人有效,采取了与司法审判主流态度截然不同的观点,究竟何者更为妥当?需要审视如下问题:其一,否定说的观点是否契合实践需要?其二,否定说的立论是否可靠?其三,如何认识主合同仲裁协议对保证人的效力,以最大程度维护意思自治的同时,平衡债权人、债务人和保证人三方利益,促进纠纷的一次性解决?后文将对这三个问题逐一加以分析。

二、保证人不受主合同仲裁协议约束的多维批判

《民法典》有关保证合同的实体法构造决定着程序应对的具体内容,不同程序的适用、衔接与配合也应当紧扣实体法规范,兼顾实体法精神与程序法原理。以“保证合同、仲裁”“保证合同、仲裁协议”等关键词在中国裁判文书网、威科先行等数据库中进行检索,寻找有关以主合同存在仲裁协议、保证合同无仲裁协议为由产生的纠纷案例后发现:在法律无明文规定之时,主合同仲裁协议对保证人的约束效力一般以最高人民法院的态度为主要参考依据,采取否定说的观点。最高人民法院在《最高人民法院关于成都优邦文具有限公司、王国建申请撤销深圳仲裁委员会(2011)深仲裁字第601号仲裁裁决一案的请示的复函》(以下简称《601号复函》)中指出,担保合同没有约定仲裁条款,仲裁

② 根据《仲裁法》第16条的规定,仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。因此,本文将合同中的仲裁条款和单独约定的仲裁协议统称为“仲裁协议”。

③ 《担保制度解释》第21条系由《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第129条发展而来。相关观点可参见广东省深圳市福田区人民法院(2019)粤0304民初48534号民事裁定书、黑龙江省高级人民法院(2018)黑民申3094号民事裁定书、北京市金融法院(2022)京74民特13号民事裁定书等。

④ 参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第229-231页。该观点在司法实践得到认可,参见北京市第四中级人民法院(2017)京04民特32号民事裁定书。

⑤ 参见《最高人民法院关于成都优邦文具有限公司、王国建申请撤销深圳仲裁委员会(2011)深仲裁字第601号仲裁裁决一案的请示的复函》《最高人民法院(2006)民四他字第24号复函》和最高人民法院(2014)民四终字第27号民事裁定书等。

庭关于主合同有仲裁条款、担保合同作为从合同应当受到主合同仲裁条款约束的意见缺乏法律依据。该复函对各地法院的审判实践产生了相当的影响力,相应的表述也广泛存在于各地的裁判文书中。^⑥同时,各地法院也会对其进行进一步论证。然而,以《601号复函》为代表的否定说是否能够恰如其分地对接实体法与程序法,值得深思。

(一) 实体法之维: 冲击实体法规范

实践中有法院认为,保证合同和主合同属于不同的法律关系,根据《民事诉讼法解释》的规定,保证合同之诉可以作为一个独立的诉。故此,主合同的仲裁协议不能当然适用于不同法律关系的保证合同。保证合同能否进行仲裁的唯一决定方式是保证合同双方当事人能否达成仲裁协议,^⑦且二者并非必要共同诉讼,采用不同的争议解决方式并不违反法律的规定,只需要在主权利义务关系确定后,再行审查保证人的义务即可。

但该观点显然无法与《民法典》的规定相衔接。首先,其忽略了主从合同之间实体上的牵连性。仲裁和诉讼为不同的程序,二者之间不存在合并审理的可能,更不存在合一裁判的可能。保证合同旨在保障债权的实现,具有从属性,以主债权合同的成立与生效为前提。在程序法上,保证关系与主债权债务关系共享同一事实,若分开处理,保证人和债务人无法共享共同的证据与主张,不利于法院查明案件事实。并且,分开处理可能会使得原告分别在仲裁程序与诉讼程序中获得胜诉裁决和判决,但无论连带保证还是一般保证,多数人都对同一份债务共同承担责任,其给付具有同一性,多份胜诉裁决和判决导致多个执行程序开启。由于我国对仲裁裁决的执行审查采取后置模式,在执行中如何协调多份裁决和判决以及如何确定份额,将成为影响权利实现的现实问题。在执行形式化原则之下,实质性的判断或分配不同执行案件执行的份额存在明显障碍,反而又会影响权利人最终受偿。

其次,前案仲裁、后案诉讼也不符合保证法理。《民法典》将保证区分为一般保证和连带保证,二者背后的法理截然不同。连带保证系连带之债,一般保证则为补充之债,二者的主要区别在于权利实现的顺位不同。^⑧这也决定了二者的程序适用不尽相同,连带保证的诉讼程序侧重于原告权利的行使,原告依实体法之规定享有诉与不诉、单独起诉或分别起诉的权利;一般保证诉讼程序则因“先诉抗辩权”的存在,更为强调法官职权的作用。^⑨但主合同中对于债权人主张的债权成立与否、金额大小等事实的认定直接关系到从合同中保证人责任有无及大小的认定,先行单独审理从合同并不妥当。^⑩前案仲裁、后案诉讼实际上使得连带保证责任也不得不具有明显的顺序性,原告只能先申请仲

⑥ 在另一起类似案件中,最高人民法院在判决理由部分写到:“担保合同作为从合同应当受到主合同中仲裁条款约束的意见缺乏法律依据,亦与本院此前作出的有关批复相抵触。”可见该《复函》对审判实践的影响力。参见最高人民法院(2018)最高法民终1242号民事判决书。

⑦ 参见最高人民法院(2001)民二终字第177号民事判决书、江西省吉安市中级人民法院(2022)赣08民终43号民事裁定书等。

⑧ 参见李中原:《论民法上的补充债务》,载《法学》2010年第3期,第84页。

⑨ 同前注①,第151页。

⑩ 参见江苏省连云港市中级人民法院(2019)苏0582民初9203号之三民事裁定书。

裁,后进行诉讼,限制了请求权的行使,不符合实体法连带保证责任的规定。而对于一般保证,原告也失去了同时起诉债务人和保证人的权利。换言之,在不同保证形式下都只能先对债务人申请仲裁,再对保证人起诉。分开处理的做法既不符合连带之债的法理,也不符合补充之债可以共同起诉的规定,严重影响了债权人的诉权自由。

再者,前案仲裁、后案诉讼同样不利于抗辩权的行使。《民法典》第701条规定了保证人可以主张债务人对债权人的抗辩,且不因债务人的放弃而失效。民事诉讼抗辩体系采用程序抗辩与实体抗辩二分说。^⑪其中程序抗辩包括妨诉抗辩与证据抗辩,而实体抗辩又分为权利抗辩与事实抗辩。当前通说认为,《民法典》第701条规定所能援引的抗辩包含实体抗辩,即权利阻却、权利消灭以及权利阻止之抗辩,其本质来源于主债关系。^⑫因债务人的实体权利来源于主合同,保证人若想援引主合同的实体抗辩,则是对主合同的履行产生争议,法院若对此进行审理,则会侵犯主合同当事人约定仲裁解决纠纷的权利,司法实践中也有部分法院已经认识到该问题的存在。^⑬此外,保证人欲在诉讼程序中援引债务人的抗辩,便不可能绕开主债关系的履行。因前案仲裁程序具有保密性,保证人无法参与到仲裁程序当中,其可能无从得知债务人所享有的抗辩权、抵销权或撤销权。即便其能够援引诸如时效抗辩等永久性抗辩,人民法院也需在后案中对主债关系进行审理。仲裁程序的特殊性将会影响保证人抗辩权的援引,无助于《民法典》第701条和第702条规范的实现。

(二) 仲裁法之维: 仲裁优势减损

否认主合同仲裁协议能够约束保证人的核心理由在于缺乏当事人明确的意思表示。“仲裁协议在整个仲裁制度中占有极其重要的地位,是仲裁程序得以进行的基础和前提,可以说是整个仲裁制度的基石”。^⑭仲裁庭处理纠纷的权力建立在真实有效的仲裁协议的基础之上。在无法律规定对仲裁协议效力进行扩张时,应严格探求当事人适用仲裁解决争议的意思表示,不得任意作扩大解释。^⑮若保证合同中未明确约定采用仲裁作为纠纷解决方式,或是明确承诺受主合同仲裁条款约束,不能推定其默示接受主合同中的仲裁条款,亦不能推定其自愿接受仲裁委员会的管辖。^⑯部分法院还认可保证合同为单务合同,其成立与生效独立于仲裁条款。保证合同只需要债权人收到且未生异议时便成立,而仲裁协议需要双方意思表示的合意。仲裁条款具有独立性,即便保证合同中载有仲裁

^⑪ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔译,法律出版社2004年版,第329页。实体抗辩系基于法律规定的事由或权利,提出妨碍、消灭、阻止法律效果发生的主张;而程序抗辩则是指当事人以诉讼要件有欠缺以及诉讼成立有障碍为由,主张诉不合法或不成立,以阻止法院对本案的实体审理。

^⑫ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读(上册)》,中国法治出版社2020年版,第783页;王利明主编:《中国民法典评注·合同编(二)》,人民法院出版社2021年版,第974页。

^⑬ 参见四川省高级人民法院(2020)川民申5181号民事裁定书。

^⑭ 常英、吕豪:《论仲裁协议效力的确定与扩张》,载《仲裁研究》2005年第1期,第16页。

^⑮ 参见北京市金融法院(2022)京74民特13号民事裁定书。

^⑯ 参见辽宁省大连市中级人民法院(2021)辽02民辖终327号民事裁定书。

条款,也不代表双方当事人就此达成合意。^{①7}

虽然明确的、书面的仲裁协议最能体现当事人接受仲裁的意旨,维护仲裁的正当性,但仅以此作为唯一的考量价值,势必影响当事人选择仲裁目的之实现。仲裁相较于诉讼具有集中解决争议、成本低、效率高、保密性等优势,这也是仲裁成为解决国际商事争议优选方式的主要原因之一。而当主合同和保证合同适用不同的程序解决途径时,将不可避免地需要考虑前案仲裁对后案诉讼的影响,使前案仲裁与后案诉讼在结果上达成统一。根据纠纷解决的相对性及程序保障原理,前案主债权人与债务人之间仲裁裁决认定的事实和结论无法约束后诉债权人和保证人,对其不发生既判力。^{①8}但在我国语境下,依据《民诉法解释》第93条和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(2019修正)》第10条,前案仲裁裁决可能发生“预决效力”,效力强度上一般不认为“预决效力”能够发生与既判力或争点效^{①9}相同的效力,而仅发生事实上的证明效力。在效力范围上,因法条表述未做限定,一般认为即使前后两个程序中当事人并不相同,若后诉当事人无相反证据推翻前诉判决或裁决,相对方也无需再对已经确认的事实举证证明。^{②0}因此,保证人在后诉中依旧可以主张、举证、质证,得出与前案仲裁裁决不相同的结论,造成矛盾裁判。即使矛盾裁判可以为我国司法体制所接受,后案诉讼实际上也减缓了纠纷解决的效率。^{②1}就主债务纠纷和保证纠纷而言,当事人需要经历一个完整的仲裁程序和一个完整的诉讼程序。在主合同未适用仲裁的情况下,便可能在一个完整的诉讼程序中一并解决法律关系的纠纷。^{②2}相较之下,仲裁的效率优势已不复存在,与当事人的初衷背道而驰。“若不将经济性列为仲裁的基本价值目标,不对仲裁的经济性提出有别于诉讼的要求,仲裁必将因其固有的缺陷而丧失与诉讼并肩存在的基础。”^{②3}

需要仔细斟酌的是,“预决效力”的定位存在争议,不少实务人员无法明确其与既判力的区别。司法实践中,出于避免矛盾裁判等原因,法院往往倾向于直接采纳前案的

^{①7} 参见辽宁省大连市中级人民法院(2022)辽02民辖终114号民事裁定书。

^{①8} 参见张卫平:《论民事纠纷相对性解决原则》,载《比较法研究》2022年第2期,第89-103页;[日]新堂幸司:《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第512-514页。

^{①9} 所谓争点效指的是于前诉中当事人作为主要争点予以争议且裁判所对其予以审理而作出之判断所生的通用力。对于以同一争点为主要先决问题的后诉审理,不允许当事人提出与该判断相反的主张及证据,亦不允许裁判作出与该判断相矛盾的判断。该理论使得判决理由也能对后诉裁判产生拘束力。参见[日]伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第368-369页。

^{②0} 参见张卫平:《仲裁案外人权益的程序保障与救济机制》,载《法学评论》2021年第3期,第36-41页;陈晓彤:《比较法视角下中国判决效力体系化研究》,中国社会科学出版社2020年版,第162-164页。当然,也有权威观点认为,若在后诉中出现新的当事人,与主张预决效力的当事人处于对立的诉讼地位,则预决效力不能波及该当事人。在此观点下,保证人不受前案仲裁裁决的约束,则法院自然需要另行对主合同进行审理,不适用预决效力,其对纠纷解决的效率影响有过之而无不及。最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用(上)》,人民法院出版社2020年版,第162页。

^{②1} 参见金印:《既判力相对性法源地位之证成》,载《法学》2022年第10期,第151页。

^{②2} 参见丁金钰:《〈民法典〉视域下连带债务的诉讼构造与程序规则》,载《东南法学》2023年第1期,第218-222页。

^{②3} 谭兵、陈彬:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第48页。

认定,且范围并不限于事实,还可能包括部分法律评价。^{②④}推翻前案认定将对当事人提出极高的要求,^{②⑤}这虽然有助于提升纠纷解决的效率,却为保证人施加了过多的负担,并不利于平衡当事人之间的利益。

此外,因保证合同具有从属性,在后案诉讼中,保证责任的承担无法脱离前案仲裁裁决中主合同的判断。如前所述,前案仲裁裁决对后案诉讼具有“预决效力”,发生事实上的证明力。因此,若保证人不认可前案仲裁裁决,后案中主债权债务将重新成为争议焦点,债务人亦可能会被追加至诉讼当中,造成司法资源的浪费。在裁判文书公开的要求下,仲裁保密性优势也将荡然无存。

(三) 诉讼法之维: 判决形式混乱

在《最高人民法院(2006)民四他字第24号复函》(以下简称《24号复函》)中,最高人民法院认为,尽管保证人在主合同上签字,但主合同依然仅在主债权债务人间发生法律效力,其中的仲裁协议不能拘束保证人,在未对担保纠纷达成仲裁协议的情况下,仲裁庭无权对保证纠纷进行裁决,否则便超出了仲裁协议的范围。而保证人未在主合同中签名时,根据仲裁协议意思自治原则,主合同约定的仲裁条款更无法约束仲裁协议以外的当事人,也不能约束仲裁条款约定的仲裁事项以外的其他事项。^{②⑥}以仲裁协议的相对性否认仲裁庭对保证法律关系行使裁决权,意味着只能由人民法院对其行使管辖权。

但观察既有的司法实践可知,对于主合同存有仲裁协议而从合同无仲裁协议时,不同法院的裁判方法存在较大的差别,由法院对其行使管辖权并不能有效平衡各方当事人的利益。当前裁判中存在裁定不予受理或驳回起诉、判决驳回诉讼请求、依法进行实体判决等结案方式,甚至有法院作出了判决驳回起诉这一我国法上并不存在的裁判。^{②⑦}探究不同裁判结果的审判过程,可以窥见其对债权人权益之影响。第一,若法院以裁定不予受理或驳回起诉方式结案,说明该案尚未进入实体审理,保证责任的形式亦不明确。实践中,法院是以先行审理从合同不利于纠纷解决为由驳回起诉。^{②⑧}该判决形式看似合理,但在效果上也是为主从合同的审理划定了顺序,实际上依然架空了债权人的诉权自由。从另一角度而言,若要判断本案的保证形式为连带保证还是一般保证,不可避免地要对实体权利义务关系进行判断,其已经进入到实体审理阶段,再作出不予受理或驳回起诉的裁定也不符合民法原理。第二,在判决驳回诉讼请求的案件中,因主债务范围

^{②④} 参见王璨璨:《论预决效力的性质认定与客体限定》,载《西部法学评论》2023年第2期,第30-31页。

^{②⑤} 例如在一起名为投资,实为借贷的案件中,最高人民法院认为“黔26民终2118号民事判决认定郑幸福与郑春木之间签订的《投资入股协议》名为投资,实为借贷,该判决已发生法律效力,也未经审判监督程序改判。故本案一、二审法院采信已发生效力的黔26民终2118号民事判决,证据采信并无不当。”即只要前案的判决发生法律效力且未被再审判改,后案即可采用前案认定的事实。参见最高人民法院(2021)最高法民申5439号民事裁定书。

^{②⑥} 参见最高人民法院(2014)民四终字第27号民事裁定书等。

^{②⑦} 参见刘学在、李冠男:《主合同有仲裁约定时保证合同诉讼之程序建构》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第22-24页。

^{②⑧} 参见江苏省连云港市中级人民法院(2019)苏0582民初9203号之三民事裁定书。从理论上进行解释,其可能是因主债权尚未确认而缺乏诉讼要件中的“诉的利益”。参见张卫平:《诉的利益:内涵、功用与制度设计》,载《法学评论》2017年第4期,第4页。

尚未确定,最高人民法院认为原告请求连带保证人承担责任属于证据不足。^{②⑨}对本案进行实体审理后作出判决,意味着该案审结,受到既判力的约束。根据《民诉法解释》247条之规定,原告也因此失去了另行起诉的机会,待主债权经仲裁审结之后,只能寻求再审的救济,而这也明显不利于债权人合法权益的实现。第三,在依法进行实体判决的案件中,能够体现出保证关系和主债权关系虽为两种法律关系,但实际上无法互相脱离审理。在该案中,原告请求被告承担保证责任,两级审理法院都支持了其诉讼请求,但在一审判决中却也不可避免地需要对主债权债务关系进行审理,以主合同有效作为支持原告诉讼请求的前提。^{③①}若允许在保证合同的诉讼中对主合同纠纷进行审理,并且允许诉讼中认定的事项对仲裁程序具有预决效力,将不可避免地影响到主合同中仲裁协议目的的实现,债权人可轻松逃避仲裁协议的约束,该观点自然也无法为审判权的行使提供有力的支持。

另有观点认为,在主合同仲裁尚未结束时,保证合同的诉讼应当根据《民诉法》153条第5项中止审理,根据仲裁结果做出不同的处理。若债权人胜诉,对于仲裁程序中充分辩论且确认的事实则可直接为后案裁判所援引,除非保证人能够提供证据加以推翻或反驳;若债权人败诉,可以根据反射效理论认定主债权不存在,驳回债权人的诉讼请求。^{③②}此种做法能够最大程度尊重前案仲裁的结果,对已经进行过攻击和防御的事项无需另行审理。但如前文所述,实践中想要推翻该认定的难度极大,且要求保证人受到未经完整程序保障的仲裁裁决的约束并不具有正当性。若保证人能够推翻或反驳主合同存在的认定,如何处理矛盾裁判又将成为一大难点。从前后诉关系视之,因主从法律关系牵连性之密切,后案诉讼的裁判结果与前案仲裁结果高度绑定,诉讼的裁判认定服从于前案仲裁结果,这恰恰体现出二者一并处理所具有的优越性。

否定说将主合同与保证合同拆开处理,势必要面对前后诉裁判关系的难题,需要回答保证人受前案仲裁结果约束的正当性与矛盾判决的处理方式,这会加剧裁判技术上的难度,既无助于各方权利的实现,也无助于纠纷的快速解决。

三、保证人受主合同仲裁协议约束的发生基础

否认将主合同中的仲裁协议约束保证人似乎并不能适应社会生活之需要,但其之所以能在司法实践中占据主流地位,必然有其合理性。不同观点背后所偏重的价值不同,“法律的目的在于通过协调和解决社会中不同的利益需求之间的矛盾与冲突,形成有序的利益安排。”^{③③}否认说的核心观点在于,要以更为严格的方式考察当事人存在接受仲裁

^{②⑨} 参见最高人民法院(2015)民二终字第125号民事判决书。

^{③①} 参见江苏省盐城市中级人民法院(2019)苏09民终3481号民事判决书。

^{③②} 同前注^{②⑨},第29-32页。

^{③③} 贺小荣:《权利是权力的价值归属——论公法秩序与私法自治》,载《中国法律评论》2016年第4期,第147页。

的意思表示。但从当前国际仲裁实践对意思表示形式认定的软化趋势与实现各方实体权利义务视之,主合同仲裁协议约束保证人并不存在理论上的障碍,必要时也需对意思表示进行适当的限制以实现仲裁目的。

(一) 意思表示认定的实质化

“商事仲裁法中的首要原则是当事人意思自治。”^{③③}依当前主流学说,仲裁协议的性质为实体契约,请求仲裁的意思表示被普遍认为是仲裁协议最根本的要素。^{③④}保护当事人的意思自治也是当前司法实践中否定观点的核心理由之一,保证合同中若不具有债权人与保证人明确订立仲裁协议的意思表示,则不得违背当事人的意思将债务人与债权人约定的仲裁协议作用于保证人。但肯定说并非否认意思自治这一仲裁的基础,其观点在于允许放宽形式标准,以多元方式考察当事人的客观意思。之所以允许放宽意思表示的认定标准,出发点在于推动商事仲裁的发展。以严格的标准认定仲裁合意固然最能体现仲裁的正当性,却也势必限缩了商事仲裁的适用范围,导致许多理论与实践之间的矛盾。^{③⑤}更何况,当以更为宽松的形式认定当事人的意思表示时,很难说是对当事人意思自治的限制,也未必会有害于仲裁实践的发展。当前实务中也已经产生了应当突破法律规定和书面意思来探求当事人真实意思表示的观点,从而使得仲裁协议尽可能有效。^{③⑥}从国际商事实践扩张仲裁协议效力的普遍趋势来看,探求当事人的真实意思表示能够帮助仲裁成为更具有竞争优势的纠纷解决机制,也促进了仲裁制度的灵活和高效。

对于意思表示的认定从形式走向实质的典例之一,便是放宽对于“书面形式”这一要件的要求。仲裁协议的书面形式作为仲裁协议发生效力的形式要件,为各国仲裁法和国际条约所接受。1958年《纽约公约》第2条第1款对书面形式作出了较为明确的要求,对各国的仲裁法产生了深刻的影响。1985年通过的《贸易委员会国际商事仲裁示范法》第7条同样做出了如此的要求。以书面形式来要求仲裁协议,是出于证据角度和警示角度的考量,提示当事人注重对纠纷解决方式的选择,也为就此发生争议时便于提供证据。随着商事仲裁实践的发展,当今世界各国都倾向于对其作出更为灵活和宽泛的解释,可以通过书面、口头或其他证据证明当事人同意或接受了该书面的仲裁条款即可。^{③⑦}瑞士《民事诉讼法》第358条允许仲裁协议以任何其他允许以文字作为证据的形式进行签订,英国、中国香港等国家和地区则仅要求仲裁协议有书面证据即可。默示的仲裁协议也逐渐为仲裁实践所接受,这有助于判断当事人的意思表示、实现仲裁中立性等优势。^{③⑧}英国1996年《仲裁法》第5条、德国《民事诉讼法典》第1031条都对此予以规定。《贸易委

^{③③} 参见[英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第611页。

^{③④} 参见刘晓红:《国际商事仲裁的法理与实证》,商务印书馆2005年版,第17、49页。

^{③⑤} Stavros L. Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010, p.178.

^{③⑥} 参见季境:《仲裁协议效力认定及解释原则》,载《人民司法》2019年第26期,第17页。

^{③⑦} 参见杨秀清、韦选拾:《仲裁协议效力扩张若干问题研究》,载《仲裁研究》2007年第1期,第9页。

^{③⑧} 参见杨月萍:《国际商事仲裁中默示仲裁协议的可接受性研究》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期,第56-58页。

员会国际商事仲裁示范法》于2006年修改时,也放松了对书面形式的严格要求,承认以口头、行为等形式订立的仲裁协议。我国《仲裁法》第16条要求仲裁协议以“书面方式”达成。有学者指出“书面方式”和“书面形式”不可做同一理解,书面方式一词更侧重于订立仲裁协议时需要采用书面形式,也即双方在要约、承诺或作出其他意思表示时需要以书面形式进行,而并不意味着仲裁协议必须采取书面形式。^{③⑨}这意味着只需要有书面形式的证据证明存有订立仲裁协议的合意,即满足这一要件。此外,我国有关机关也对仲裁条款作出了更为广泛的解释,将双方通过往来函件、电文缔结的仲裁协议书都视为仲裁协议的书面形式。^{④⑩}仲裁协议的书面形式并非一成不变的,就仲裁协议的目的而言,如果能以其他方式证明双方当事人的仲裁意图,那么书面形式也仅是一种辅助。“实际上,许多现代仲裁法已经体现出一种实质重于形式的趋势:只要有对仲裁意图的书面证明,那么该仲裁协议具体是以何种形式记录的就不是那么重要的了。”^{④⑪}

(二) 合同相对性原则的突破

依据合同相对性原理,只有在合同中表达了自己意志的人,才会受到合同的约束,合同只能在订立合同的双方之间产生约束力。^{④⑫}而仲裁协议本质上仍是契约的一种,基于此,主合同之间的仲裁协议只能约束双方当事人,而不能对保证人发生扩张。可合同相对性理论在民法发展的过程中早已得到突破,任何一个合同对第三方的影响都是无法忽视的。严守合同相对性会对当事人意思自治造成一定程度的损害,各国立法均对此有所认识并相应的设置了诸多例外,《民法典》第522条规定的利益第三人合同便是典例。在仲裁领域,仲裁协议突破合同相对性也早已为仲裁实践与立法所接受,在代理、债务承担、“揭开公司面纱”“公司集团”、继受和转让代位等情形之下,仲裁协议的未签字方可以参加到当事人之间的仲裁活动之中。仲裁协议的效力扩张能够促进纠纷解决的效率、优化司法资源的利用,《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》(以下简称《仲裁法解释》)第8条、第9条也对仲裁协议突破相对性作出了规定。可见,坚守传统相对性理论难以应对日益复杂的新型交易纠纷,合同相对性所信奉的私法自治、自由平等理念同样需要法律调和其与他人利益、公共利益之间的关系,确定各自的边界。

《民法典》第682条明确了保证合同作为主合同的从合同,在设立、范围、强度、消灭上都从属于主债权。连带保证与一般保证都对债权人承担同一给付。保证人与债务人之间的基础关系也会受到主合同和保证合同履行的影响。保证责任为不真正连带责任,保证人代债务人履行债务后,对债务人享有法定追偿权,主债务的履行情况会深刻影响保证人之利益。主从合同当事人之间具有十分紧密的利害关系,主合同影响从合同之效

^{③⑨} 参见陈杭平:《仲裁协议主观范围理论的重构》,载《法学研究》2023年第2期,第191页。

^{④⑩} 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编著:《中华人民共和国仲裁法全书》,法律出版社1995年版,第39页。

^{④⑪} Blackaby, Nigel, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, pp.77-78.

^{④⑫} 参见王利明:《论合同的相对性》,载《中国法学》1996年第4期,第63-73页。

力,本身即为对合同相对性的突破。^{④③}因此,保证人对于主合同的履行应当享有充分的知悉权,要求其受主合同履行拘束时自应给予其充分的程序保障。如果不承认主合同仲裁协议的效力能够约束保证人,保证人便无法在仲裁程序中就主合同的履行情况有效地进行抗辩;而如果在保证合同诉讼中就主合同争议进行审理,便无法满足主合同仲裁协议排斥法院主管的目的。此二者之间的矛盾正是由于主从合同之间的紧密牵连所致,这也正是主合同仲裁协议能够发生扩张的原因。

仲裁协议的独立性更无法成为阻碍当事人意思表示认定的理由。依据该原理,仲裁条款或仲裁协议的效力独立于主合同的效力而存在。达成仲裁协议的意思表示与主合同的意思表示同样也是相互独立的,不因受到主合同与保证合同之间关联性的影响而发生扩张。从仲裁协议独立性的原理视之,其意在保证当事人将纠纷提交仲裁机构进行解决的意思表示得到有效实现。若能够以主合同无效否认仲裁协议的效力,意味着仲裁庭无权对纠纷进行裁决,当事人约定进行仲裁的目的也会随之落空,实际上是对当事人选择仲裁意思自治权利的侵害。^{④④}仲裁条款作为一个主合同的组成部分,是以主合同履行发生争议时的一种救济手段而存在,有其特殊性。因此,仲裁条款独立性设置的本意在于推动仲裁的发展,为当事人选择通过仲裁进行纠纷解决提供制度支持。其适用如果不利于纠纷解决和维护当事人的意思自治,便与其初衷背道而驰。以仲裁协议独立性否认其效力扩张,也忽略了仲裁协议与主合同之间的从属关系。其所具有的独立性并非绝对的独立,而是基于仲裁协议能够保障当事人通过寻求某种救济而实现当事人权利义务的特殊性质而产生的相对独立性。^{④⑤}从我国《仲裁法》第19条的表述,亦可窥见其重心在于维护仲裁协议的效力。如前所述,《仲裁法解释》也规定了仲裁协议效力扩张的部分情形,该规定与仲裁协议独立性并存耦合于我国的仲裁法体系中,在司法实践中也未发生抵牾。因此,以此为由否定主合同仲裁协议对保证人的约束力也并不充分。

(三) 仲裁目的实现与三方利益平衡

仲裁作为一种替代性纠纷解决机制,其与民事诉讼都是解决平等主体之间发生的合同纠纷与其他财产权益纠纷的方式,属于民事程序的重要组成部分。^{④⑥}其目标同样在于纠纷解决与实体法的实现,但仲裁因其自身具有的独特优势而日渐获得重要地位。从价值论来看,相较于诉讼,仲裁程序的简单易行与一裁终局制度更能彰显效益价值,而诉讼作为最后一道防线,则更为重视公正价值。从国际商事仲裁起源的视角来看,效益是商主体追求商事仲裁的根本动因,也是商事仲裁发展的基础。^{④⑦}意思自治虽然是商事仲裁存在的基础和最主要特征,但并不是仲裁制度的目的与价值。商事仲裁中的当事人以其

^{④③} 崔建远:《论合同相对性原则》,载《清华法学》2022年第2期,第130页。

^{④④} 参见赵秀文:《论仲裁条款独立原则》,载《法学研究》1997年第4期,第72页。

^{④⑤} 刘想树:《仲裁条款的独立性问题》,载《现代法学》2002年第3期,第90页。

^{④⑥} 参见江伟、肖建国:《仲裁法》,中国人民大学出版社2023年版,第30-31页。

^{④⑦} 参见张春良:《论国际商事仲裁价值》,载《河北法学》2006年第6期,第105-107页。

独立意志创设仲裁权利与义务,归根结底是为了实现仲裁的目标。仲裁目标的实现也无法脱离仲裁本身的价值取向,仲裁价值取向的实现有赖于仲裁所特有的制度,这些制度则建构于意思自治之上,即意思自治并非当事人选择仲裁制度的目的,以更为高效、相对公平的方式解决争议,实现实体权利义务才是当事人选择仲裁的目的。^{④⑧}早有法官指出,“本案主合同争议和担保合同争议解决的是同一个债务,由一个机构解决更为妥当。”^{④⑨}将保证合同与主合同一并审理无疑更有助于仲裁目标的实现,也同样符合仲裁的价值取向。观察意思自治自身的发展历程可知,其在商事仲裁中的适用也经历了从完全自由时期、绝对限制时期至相对限制时期的转变。^{⑤⑩}对于意思自治的保护并非绝对和不得限制的,当事人对于仲裁的约定也需考虑到社会利益和个人利益的平衡,其意思自治影响到公正与效益等仲裁价值取向实现时,也应让位于社会利益和仲裁价值。^{⑤⑪}意思自治不应当损害仲裁存在的目的。当严格的、形式的意思表示查明方式与仲裁目的发生冲突时,应对意思表示作出合目的的限制。

在保证责任纠纷中,涉及主债权债务人和保证人三方关系。在以保证类型为导向的诉讼程序设计中,常常深陷于三方利益的平衡、避免矛盾判决与纠纷一次性解决之间的张力。无论采取哪种方案,各方均不反对在承认债权人诉权的情况下,主合同与保证合同之间的牵连关系决定了在同一程序中清楚地回应三方之间的关系最有助于化解纠纷,实现实体法的制度精神。在连带保证中,无论采取普通共同诉讼还是类似必要共同诉讼,法院最终都会进行合一判决。^{⑤⑫}在一般保证中,《民诉法解释》第66条的规定反映出保证人与债务人共同应诉应为更为合理的意旨,也须依据共同诉讼予以解决。^{⑤⑬}通常而言,保证人比债务人有更强的清偿能力,债权人也更倾向于直接向保证人主张权利。^{⑤⑭}保证人不受主合同仲裁协议约束,则使得债权人丧失将债务人与保证人共同“起诉”的权利,这看似尊重了保证人的意思自治,却侵害了实体法赋予债权人的诉权自由。此外,如前所述,主合同与保证合同二分审理在实践中会产生不同的结案思路,但皆无助于三方以最经济效率的方式确认和实现权利义务关系。在主合同必须经过仲裁程序审理的背景下,将保证人纳入仲裁程序之中最有助于案件事实的查明和抗辩权的行使与援引,也有

④⑧ 参见石育斌:《国际商事仲裁第三人制度比较研究》,华东政法大学博士学位论文,2008年。

④⑨ 参见四川省绵阳市中级人民法院(2015)绵民仲字第8号民事裁定书。

⑤⑩ 参见彭云业、沈国琴:《论仲裁制度中当事人意思自治的扩与限》,载《法学评论》2001年第4期,第58-59页。

⑤⑪ 参见萧凯、罗晓:《仲裁第三人的法理基础与规则制定》,载《法学评论》2006年第5期,第75页。

⑤⑫ 即便在支持普通共同诉讼的观点中,也未否认其需要进行合一判决。参见朱禹臣:《各位性影响下一般保证的多数当事人诉讼形态——〈民诉法解释〉第66条和〈担保制度解释〉第26条的解释论》,载《甘肃政法大学学报》2022年第1期,第104页。

⑤⑬ 最高人民法院认为债权人仅起诉一般保证人的,应当追加主债权人作为共同被告,若债权人不同意追加,应当驳回债权人对一般保证人的起诉。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室:《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2022年版,第198-199页。

⑤⑭ 参见安海涛:《保证合同诉讼的程序原理——基于〈民诉法解释〉第66条的分析》,载《华东政法大学学报》2017年第2期,第184页。

助于防止债权人与债务人虚假仲裁所带来的系列纠纷。在一裁终局的背景下,债权人亦得以规避债权无法实现的风险,减少不同程序衔接所带来的讼累,且能够在仲裁程序中自由行使诉权。债务人也得以与保证人在一个程序中共享证据与主张,强化自身的防御能力。

四、主合同仲裁协议约束保证人的制度化适用

(一) 主合同仲裁协议约束保证人的逻辑过程

基于仲裁协议的意思自治原则,探求主合同仲裁协议能否约束保证人需要经历两个阶段:第一阶段需根据各方的意思表示,判断其是否有接受仲裁的合意,第二阶段则需回应,在经过解释之后,得出无相应意思表示或意思表示不明时,立法应当作出何种选择。

仲裁协议的成立需要双方意思表示的合致,属于有相对人的意思表示。对于意思存在与否及意思表示含义的解读,需要平衡表意人内心真意与相对人的合理信赖,探求适用于双方的客观规范意涵。^{⑤⑤} 寻求意思表示的客观意涵可能会与表意人的内心真意不符而产生不利后果,但人们并不会因此怀疑对意思表示进行解释的必要性及意思表示解释会伤及意思自治,相反,这恰恰是出于意思自治的内在需要。^{⑤⑥} 根据《民法典》第140条的规定,意思表示可以以明示、默示和沉默的方式作出,当双方意思表示不明确时,也应适用第142条的规定对其进行解释。具体到保证人,其愿意接受仲裁的意思表示无需限制于明示之中,依据默示或符合法律规定、约定以及交易习惯时的沉默均可视为其有接受仲裁协议的意思表示;在解释时,考量因素自然也包括文义、体系、目的、习惯和诚信原则等。为平衡主合同当事人的合理信赖与保证人的内心真意,当双方对意思表示发生不同理解时,也应以交易习惯、诚信原则等对意思表示进行解释,同时考量风险分担的可归责性,^{⑤⑦} 以客观规范性意思表示所涉权利义务内容对当事人发生拘束力。与之相类似,在国际仲裁实践中,同样存在通过公平合理期待理论(fair and reasonable expectations)与衡平原则(equity)来对仲裁协议进行解释。前者要求以合同当事人的合理利益来推定当事人的意图,若当事人有不同于此的意图,应作出特殊约定。由此,保证人虽未对选择仲裁方式解决争议作出明确的意思表示,但其愿意为债务人提供保证,符合债权人的公平合理期待,仲裁协议应当对保证人发生约束力,以避免“合理期待”的落空。^{⑤⑧} 美国法院对此也有支持判决。^{⑤⑨} 后者则是英美法系的传统,要求法院和仲裁员在具体裁断时,可依实际情况或当事人的授权,凭照良善与公允行事,在遇到共同的法律或事实问题时允

^{⑤⑤} 参见朱庆育:《民法总论(第二版)》,北京大学出版社2016年版,第195页。

^{⑤⑥} 张定军:《连带债务发生明定主义之反思》,载《法学研究》2023年第2期,第167页。

^{⑤⑦} 参见纪海龙:《走下神坛的“意思”论意思表示与风险归责》,载《中外法学》2016年第3期,第662-683页。

^{⑤⑧} 参见宋春龙:《保证合同纠纷是否受主合同仲裁条款约束问题研究》,载《北京仲裁》2015年第4期,第39页。

^{⑤⑨} *McPheers v. McGinn, Smith & Co.*, 953 F.2d 771, 772(2d Cir.1992); *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353, 1359 (2d Cir.1993).

许扩张仲裁协议的主观范围。^{⑥0}其价值考量与《民法典》第142条并无不同,在意思表示解释后认定仲裁合意,同样符合国际仲裁发展趋势。

经解释后的结论无论是否具有仲裁合意,均约束协议各方。若经解释后是否存有意思表示不明时,则需进入第二阶段,由立法对主合同仲裁协议能否约束保证人做出选择,这也是《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第24条发挥作用的场域。这实际是一个法政策的选择问题,其需考量的是对保证人明确意思自治的保护与债权人诉权自由和快速解纷的仲裁目的之间的价值平衡。根据《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第24条,立法者似乎更为支持肯定说的观点,将存疑推定为同意。此种推定并非基于意思自治理论,即意思表示不明时,选择对表意人负担更轻的意思。对保证人而言,接受仲裁的优劣难言,无法确定其为负担或获益。^{⑥1}在仲裁自治论的理念之下,仲裁本身已经超越了契约论与司法权的限制,意思自治、公允良善都能在其中找到法理基础,应当适应商事关系的现实需求,最终通过迭代实现更接近完美的法律体系。^{⑥2}允许主合同仲裁协议约束保证人,在尊重商事主体意思自治的基础上兼顾其他价值衡量,正是商事需求、实体法精神与仲裁原理反复博弈的结果,也是仲裁制度发展优化的体现。需要注意的是,第24条作为认定意思表示的一个补充性规范,不可忽视其在适用上的顺序性。只有经解释也无法明确保证人的意思表示时,方可推定其接受了主合同的仲裁协议,且这种推定应当允许当事人推翻。据此而言,第24条第1句“主从合同约定不一致的,以主合同为准”的规定,或有侵犯当事人意思自治之嫌,不宜将其订入《仲裁法》。

(二) 主合同仲裁协议约束保证人的类型化处理

对于主合同存有仲裁协议,保证合同没有仲裁协议时的意思表示的解释方法,应当依据不同情形有所区分,至少需要考虑合同订立的先后顺序、保证人的行为等因素。^{⑥3}主合同仲裁协议能够约束保证人的基础仍旧是当事人的意思表示。约束发生的前提是主合同存在有效的仲裁协议,其与保证人的意思表示相结合,共同导致保证合同适用仲裁作为争议解决方式的法律效果的发生。因而要求保证人接受主合同仲裁协议约束的解释,至少应当以“知道或者应当知道”仲裁协议存在为前提,不得径行以仲裁协议约束保证人。^{⑥4}例如,保证人先承诺为债务人提供增信担保支持,债务人后与债权人订立主合同,并载有有效的仲裁协议,保证人对仲裁协议并不知晓时,不可能对该仲裁协议做出意思表示。此时,仲裁协议不扩张至保证人,法律也不应拟制其有意思表示。若当事人对

^{⑥0} L. B. Chessin, *The Applicability of an Arbitration Clause Contained in a Bill of Lading to Third Parties: Steel Warehouse Co. v. Abalone Shipping Ltd*, Tulane Maritime Law Journal, 1999, Vol.23:2, pp.575-584.

^{⑥1} 参见吴恒:《论连带责任保证中的仲裁协议对保证人的约束力》,载《商事仲裁》2015年第1期,第67页。

^{⑥2} 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73页。

^{⑥3} 已有观点认为应当对其做类型化的区分处理。参见葛黄斌:《担保人是否受债权人与债务人仲裁协议约束问题研究》,载《中国合同法论坛论文汇编》,中华全国律师协会、浙江省律师协会2010年版,第178-181页。刘顺章:《主合同仲裁条款能否约束担保人》,《人民法院报》2005年7月11日,第B03版。

^{⑥4} 参见汪蓓:《仲裁第三人程序准入制度的检视与完善》,载《华东政法大学学报》2021年第3期,第136页。

在先仲裁协议做出书面意思表示,无论是明确接受或明确拒绝,均可按照双方的意思发生法律效力。若主合同约定仲裁,保证合同约定诉讼或主从合同约定的仲裁机构不一致时,应当尊重当事人对此种法律状态的安排,按当事人的约定发生法律效力。问题的关键在于,当事人存有默示意思表示或是单纯保持沉默时,应当如何处理?这正是解释先行推定所需要解决的,现试就部分典例讨论如下:

1、援引并入。现代民商事交易中,当事人在订立合同时对其他标准文件或在先合同进行援引是十分常见的。这种对其他文件与合同的援引会成为当事人合同中的一部分,允许当事人依据前文件或合同主张权利或履行义务。在仲裁制度中,债权人或债务人与保证人之间没有订立仲裁协议,但却在合同中约定将其他文件的仲裁条款或是将包含仲裁条款的合同并入该合同,使其能够约束当事人,便是“援引并入原则”。已有观点认可不论是口头或是书面方式援引主合同仲裁协议,均能对保证人发生效力。^{⑥5}当保证合同中仅是概括约定未尽事宜时适用主合同的约定,是否能够将主合同的仲裁协议拓展适用于保证合同?对此,吉林市辽源市中级人民法院曾认可概括表述能够代表保证合同援引并入主合同仲裁条款。^{⑥6}在美国,“援引并入规则”已经得到了实践的支持,法院在审判时更为关注主合同是否存在有效的仲裁条款,以及保证合同中是否存在并入主合同的语言。^{⑥7}对于是否需要“合理和特别的术语”来进行援引,存有争议。美国第二巡回上诉法院并未对其作出过多的要求,其认为只要主合同的仲裁协议不具有排他性或限定性,便可为从合同所援引,从合同也无需采用特定的术语来援引仲裁协议,概括性的援引条款足以将主合同中的仲裁协议并入从合同之中。^{⑥8}对于援引的表述需要明确或是概括地区分,其意在保证当事人知道并入的事实,愿意接受仲裁的效果。基于此,在第一阶段对当事人的意思表示进行解释时,需要结合缔约背景,重点考察保证人是否知悉保证合同所援引的事项,若其对此知悉并且进行概括援引,属于明示。例如,保证人有机会充分了解前合同中的仲裁条款,并有能力对保证合同中是否适用该条款产生实质性影响,这种情况下应当承认主合同仲裁条款对其的影响力。又如,保证人充分参与了主合同的订立,或明确得知主合同中有该仲裁条款,并在保证合同中援引了主合同时,应当承认其效力。在保证人无从得知主合同条款,仅单方面向债权人出具保证时,即便保证合同中援引了主合同,也不应当认定其受约束。

2、共同磋商。在商事贸易中,交易各方出于利益最大化的考量,常常共同磋商主合同与保证合同的各项事宜。合同的形式自由也为各方灵活签订各种形式的合同提供了便利。在此缔约场景之下,一般应当承认各方均有机会实质性地影响交易安排,最终的合同是各方意思博弈的综合产物。在形式上可能会区分为三方在一份合同中同时安排

^{⑥5} 同前注^{⑥1},第64页。

^{⑥6} 参见吉林省辽源市中级人民法院(2014)辽民他字第2号民事裁定书。

^{⑥7} *Progressive Casualty Ins.Co. v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela*, 991 F.2d 42, 2nd Cir., 1993, p.47.

^{⑥8} *Compania Espanola de Petroleos, S.A. v. Nereus Shipping, S.A.*, 527 F.2d 996, 2nd Cir., 1975, p.973.

主合同与保证合同、同时存在主合同与保证合同等情形。如债权人、债务人和保证人在同一份合同中签字或盖章,在一份合同中形成两份法律关系,应当认可保证人对主合同仲裁协议的接受。^{⑥9}又如,公司法定代表人签订主合同时定有仲裁协议,后以个人名义为其提供保证,也应当认可保证人接受主合同的仲裁协议。^{⑦0}若形成不同的合同,一般应当认可保证人对仲裁协议的接受,但也需要考虑特殊情形,如为做出特殊安排而单独缔结保证合同,则可能意味着保证人不愿接受仲裁协议。在此不存在统一的意思表示解释方法,而是有赖于个案中具体情况的判断。

3、行为推定。意思表示可以默示方式做出,一般认为默示为依可推断之行为得出的表示。^{⑦1}在仲裁协议意思表示认定更为实质化的背景下,默示意思表示有更大的适用空间。如仲裁协议订立在先,保证人明知主合同存有仲裁协议,而依旧提供保证的,可以认为其提供保证行为是接受仲裁协议约束的意思表示。在当前的商事实践中,约定争议解决条款具有广泛的实践基础。保证人在决定是否提供保证时,应当审慎审查主合同的主要条款,且其在尚未订立合同时具有优势选择地位,能够在保证合同中对此做出不同的安排。^{⑦2}若保证人在尽到合理审查义务之后,依旧提供保证且未对此做出特别约定,能够证明其对该争议解决方式不存在异议,提供保证行为为可推断的意思表示。^{⑦3}

4、单纯沉默。例如,主合同与保证合同订立之后,债权人与债务人达成了仲裁协议,并告知了保证人,保证人对此不置可否。此时应当如何认定主合同仲裁协议的效力?后达成的仲裁协议对主合同做出了实质性的变更,将影响整个法律关系的履行。此时,债权人或债务人将该事项告知保证人可以视为对保证人发出的要约,即希望保证法律关系的争议也通过仲裁程序加以解决,但保证人此时并未做出意思表示,其消极不作为构成沉默。在法律上,单纯的沉默原则上不具有法律效力,仅在例外情况下才构成意思表示。即便如此,其在理论上也存在大量的争议。^{⑦4}于我国而言,《民法典》第140条规定,沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示。因此,在没有约定和交易习惯时,难以将保证人的沉默认定为意思表示。在无法通过其他方式解释出保证人客观意思时,只能认为其对是否接受仲裁的意思表示不明,通过第二阶段加以推定。保证人若对此有异议,则可证明自己存在拒绝的意思表示。

⑥9 相关案情见广东省深圳市中级人民法院(2013)深中法涉外仲字第46号民事判决书、上海市第一中级人民法院(2018)沪01民特162号民事裁定书。

⑦0 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民特23号民事裁定书。

⑦1 参见杨代雄:《袖珍民法典评注》,中国民主法制出版社2020年版,第81页。

⑦2 《民法典》第448条规定:“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。”由此可见,对争议解决方式的变更构成对要约内容的实质性变更,能够体现出该条款对合同的重要性。

⑦3 参见湖南省永州市中级人民法院(2014)永中法民二初字第18号民事裁定书。

⑦4 杨代雄:《意思表示理论中的沉默与拟制》,载《比较法研究》2016年第6期,第161页。

五、结 语

仲裁范围的扩张与意思表示的自由是当今国际商事仲裁发展的趋势,为当事人的意思表示褪去形式限制的“外衣”更有助于商事仲裁的蓬勃发展。允许主合同仲裁协议约束保证人有助于最大程度地发挥仲裁在解决保证纠纷时的效率和经济优势,同时能够与《民法典》的规定进行有效的衔接,平衡各方利益。商事仲裁主要面向商事主体,其作为理性人自应对主合同与保证合同进行全面而审慎的考量,自然也包括争议解决条款这一实质性条款,立法无需对其过度保护。《民法典》为意思表示的认定提供了充足的理论武器,用以全面、客观地考察各方所达成的合意内容,但对意思表示的解释不存在统一的方案,依然需要根据个案情形予以认定。若保证人无从知悉仲裁协议的存在,自然也无法做出意思表示,此时应当否认其约束效力。而意思表示不明时,立法为适应商事仲裁需要,可对其作出同意推定。允许主合同仲裁协议约束保证人仍需建立在意思自治的原则之上,并且以更为宽松的标准认定当事人的意思表示,扩张当事人意思自治行使的范围,丰富当事人意思自治行使的内容,这既是国际商事仲裁制度不断发展的题中应有之义,也是商事仲裁开放包容的体现,更是我国打造商事仲裁高地的必经之路。

Abstract: Based on the lack of clear expression of intent and contractual relativity and other reasons, the current judicial practice tends to deny that the principle contract arbitration agreement can bind the guarantor. This point of view ignores the substantive implication of the ancillary contracts and principal contracts, violates the substantive law principle of guarantee, weakens the efficiency and confidentiality of the arbitration system, and also fails to reach a unity in the adjudication technique. In fact, the determination of the expression of intent has broken through the written form and has become the trend of international commercial arbitration. The close connection between the guarantee contract and the principal contract also requires that the principle of contractual relativity should not be strictly adhered to. A joint trial is conducive to achieving the purpose of arbitration and balancing the interests of all three parties, and adapting to the practical needs of commercial relations. The binding effect of the arbitration agreement of the main contract on the guarantor should be recognized on the basis of adhering to the principle of party autonomy. Only if the intent of the parties cannot be clarified through interpretation, it can be presumed that they have accepted the arbitration agreement in the main contract.

Keywords: arbitration agreement; guarantee contract; expression of intent; principal contracts and ancillary contracts

(责任编辑:胡余嘉)

《民法典》视域下主合同仲裁条款 对担保合同的适用研究

毕旭君^{*}

内容提要 对于主从合同纠纷的仲裁管辖问题,鉴于我国基本法律制度的阙如,该问题的解决只能依据各仲裁机构的合并仲裁和追加当事人制度,但适用这两种规则,不可避免地会发生当事人意思自治和仲裁庭最终决定权之间的冲突,同时各仲裁规则的差异性会导致裁决结果缺乏可预见性。仲裁协议效力扩张理论是实体法理论在程序法上的应然实现,不足以证成主合同仲裁条款适用于担保合同的正当性,而正当性基础实则在于担保人享有的法定代位权系法定债权移转,以及通过合同解释规则能够解释出担保人具有同意主合同仲裁条款的意思表示。基于此,应当以合同法解释规则为基础,构建主从合同纠纷的仲裁管辖适用规则,赋予担保人在特殊情形下的拒绝权,进而实现仲裁意思自治与商事仲裁效率价值的整合。

关键词 仲裁协议;意思自治;商事效率;担保

一、问题的提出

仲裁作为商人自治的产物,因其目的是以经济、快捷的方式解决争议,并且具有保密性、灵活性、独立性等特点,已然成为多元纠纷解决机制背景下商事主体解决纠纷的首要方式。^①但是商事交易纷繁复杂,呈现出多方主体签订多份合同的样态,为了确保仲裁效率以及仲裁结果的同一性,仲裁协议是否对第三人(非签署方)具有法律拘束力,备受法学理论界与司法实践的关注。担保是商事交易中扩张债务人责任财产、保障债权顺利实现的有力措施,商事主体多采用差额补足、流动性支持、保证等增信措施担保主债权债务,当多方主体之间发生纠纷时,多重法律关系构造下主合同与担保合同(以下简称主从合同)的主管和管辖问题亟待解决。

2021年1月起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第21条第1款就主从合同的主管问题予

^{*} 毕旭君,四川大学法学院2023级硕士研究生。

^① Johnson v. 1425 Dauphine, L.L.C., 52 So. 3d 962, 2010, p.2.

以规定,该规定表明担保关系和主债权债务关系相互独立,主合同仲裁条款不必然适用于从合同,但就如何判断主合同仲裁条款能否适用于从合同这一问题语焉不详。^②2021年7月《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)第24条明确主合同仲裁条款可以适用于从合同,2021年12月最高人民法院发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》(以下简称《会议纪要》)第97条又规定主合同仲裁条款不能适用于从合同,主从合同当事人相同的除外。规范层面的冲突引发了众多学者对主合同仲裁协议效力的讨论,但不同法系国家对该问题采用的术语不同,存在“仲裁协议约束的主体范围”“属人管辖权”“仲裁协议的形式与存在”等称谓。

故本文要解决的问题是,主合同仲裁条款能否适用于从合同,即主合同仲裁条款对担保人是否具有拘束力,以及该拘束力的正当性何在。笔者认为,应当通过实体法理论的程序价值及民法上合同的解释规则,立足当事人的仲裁合意,明确担保人具有同意主合同仲裁条款的意思表示,肯定主合同仲裁条款对担保人的拘束力;与此同时,赋予担保人拒绝权,以求实现意思自治与商事仲裁效率价值之间的平衡。

二、主从合同纠纷的仲裁管辖适用规则探讨

本文将主要从以下两种情形探讨主从合同纠纷的仲裁管辖问题:其一,主从合同均存在仲裁条款,但主从合同当事人选定的仲裁地、仲裁机构、仲裁规则等不同;其二,主合同存在仲裁条款,但从合同不存在仲裁条款。本文将结合国际主流仲裁规则及我国相关司法实践,明确目前上述两种情形下的规则设计,总结分析我国就主从合同纠纷仲裁管辖问题在法律适用层面的缺憾。

(一) 我国及国际主流的适用规则

1. 制度层面

我国商事仲裁规则呈现碎片化特征,关于主从合同纠纷的仲裁管辖、仲裁协议的效力及仲裁程序的适用等相关规定散见于法律、司法解释、机构仲裁规则等不同规则类型中。^③除《担保制度解释》第21条、《征求意见稿》第24条、《会议纪要》第97条之外,我国并无针对主从合同纠纷仲裁管辖问题的专门规则设计,对应上述两种情形的规则设计主要表现于合并仲裁制度和追加当事人制度。

结合国际主流仲裁规则及我国各仲裁机构的仲裁规则,笔者总结分析了合并仲裁制度、追加当事人制度的适用条件。主从合同均有仲裁条款时适用合并仲裁制度,主要存在三种规则设计:第一,如果主从合同仲裁协议内容相同或相容,经当事人申请可以合并

^② 参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第229页。

^③ 刘晓春、潘剑锋主编:《中国国际仲裁评论》(2023总第六卷),法律出版社2023年版,第84页。

仲裁;^④第二,主从合同当事人均同意仲裁的情况下允许合并仲裁;^⑤第三,主从合同仲裁协议内容相同或相容时,当事人可以申请合并仲裁,但赋予被追加的当事人拒绝权,即允许被追加当事人在答辩期限届满前以书面形式拒绝合并仲裁。^⑥无论哪种规则设计,主从合同纠纷最终是否合并仲裁均由各仲裁委/仲裁院/仲裁庭决定。主合同有仲裁条款但担保合同没有仲裁条款时,主合同仲裁条款对担保人具有拘束力仅限于两种情形:第一,所有当事人合意;^⑦第二,案涉仲裁协议表面约束被追加当事人+当事人申请。^⑧

由此可知,对于主从合同纠纷仲裁管辖问题,因基本法律制度的阙如,该问题只能通过各机构仲裁规则中的合并仲裁和追加当事人制度解决。合并仲裁制度中有两种规则设计是以主从合同仲裁协议内容相同或相容为适用条件的,如果按照文义解释确定仲裁协议相同或相容的标准,那么对于本文所探讨的主从合同均存在仲裁条款但约定的仲裁地、仲裁机构、仲裁规则等要素不同的第一种情形,即不能适用这两种规则。仅能通过判断所有当事人是否达成合意来确定主从合同纠纷能否合并仲裁,即只有在当事人达成合意的情况下,主合同仲裁协议才能够适用于担保合同。而主合同存在仲裁条款但从合同不存在仲裁条款时,须适用追加当事人制度,其适用条件为担保人具有同意主合同仲裁条款的意思表示。对应追加当事人制度的两种规则设计,担保人同意仲裁的意思表示分为明示同意和默示同意,默示同意即通过“仲裁协议表面约束”来推定。

故无论主从合同纠纷的仲裁管辖问题属于哪种情形,主合同仲裁条款能否适用于担保合同,取决于担保人是否具有同意主合同仲裁条款的意思表示。而运用合并仲裁制度、追加当事人制度解决该问题时存在以下不足:其一,该规则在一定程度上尊重了当事人意思自治,但为了保证仲裁效率,赋予了各仲裁委/仲裁院/仲裁庭最终决定权,此时该问题本质上转变为当事人意思自治和商事效率之间的博弈而非平衡。其二,鉴于各仲裁机构仲裁规则的差异性及独特性,主从合同纠纷仲裁管辖适用的条件、程序、结果等亦存在差异,进而导致裁决结果缺乏可预见性。

2. 司法实践层面

对于主从合同当事人约定的是不同争议解决方式的情形,实践中法院大多援引《担保制度解释》第21条对案件作出裁判,根据主从合同当事人的约定分别确定主从合同

④ 《国际商会仲裁规则》(以下简称《ICC规则》)第10条c项、《伦敦国际仲裁院仲裁规则》(以下简称《LAIA规则》)第22A条第ii款、《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》(以下简称《SIAC规则》)第8.1条c项、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2024版)(以下简称《贸仲规则》)第14条和第19条、《上海仲裁委员会仲裁规则》(2022版)(以下简称《SAC规则》)第20条和第21条、《北京仲裁委员会仲裁规则》(2022版)(以下简称《BAC规则》)第8条。

⑤ 《ICC规则》第10条a项、《LAIA规则》第22A条第i款、《SIAC规则》第8.1条a项、《贸仲规则》第19条、《上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2024版)(以下简称《SHIAC规则》)第40条、《SAC规则》第21条。

⑥ 《SHIAC规则》第15条。

⑦ 就所有当事人合意的情形,《BAC规则》第14条以仲裁庭组成前后为分界点,组成前被追加人仅限于受相同仲裁协议约束的人,组成后则须所有当事人合意,故可知,仲裁庭组成前后均须所有当事人达成仲裁合意。《SIAC规则》第7.1条b项、《SHIAC规则》第41条、《SAC规则》第23条。

⑧ 《SIAC规则》第7.1条a项、《贸仲规则》第18条、《SAC规则》第23条。

纠纷的主管。^⑨但针对本文所探讨的主从合同纠纷的仲裁管辖问题,因制度层面的缺憾,实践中存在两种截然不同的司法态度。

以北京金融法院审理的中国泛海集团案这一典型案例为代表,大多数法院对于主合同仲裁条款能否适用于从合同持否定态度。^⑩该案法院在裁判说理时强调要注重主从关系的独立性、仲裁条款的要式性,应探究中国泛海集团(担保人)的意思表示,但论证时直接以担保人并非主合同签订方为由否定担保人仲裁的意思表示,论证说服力较弱。还有法院认为,因为担保人并非主合同签署方,所以即使其对主合同仲裁条款明知,只要其没有明确的同意主合同仲裁条款的意思表示,该仲裁条款对其就不具有拘束力。^⑪

而在湖南省双峰县归古旅游开发有限公司与湖南省娄底市文化旅游发展投资有限责任公司等撤销仲裁裁决纠纷案中,中级人民法院认为担保人仅签署担保函,未在主合同中签名,即使主合同载明保证合同系其组成部分,且保证人知悉主合同中的仲裁条款,因保证人并无请求仲裁的意思表示,主合同仲裁条款对保证人不具有拘束力。^⑫最终,高级人民法院否定了中级人民法院撤销或部分撤销仲裁裁决的处理意见,其作出的裁决理由是:保证书与主合同联系密切,保证内容同时存在主合同和保证书中,保证人虽未在主合同中签字,但其对主合同仲裁条款明知,应秉持有利于认定仲裁有效的原则,从多份文件中确认当事人共同仲裁的意愿。

最高人民法院发布的仲裁司法审查典型案例对主合同仲裁协议效力扩张持否定态度,湖南省高级人民法院对主从合同纠纷的裁判则摆脱了签字主体等形式要件的束缚,从探究担保人真实意思表示出发认定当事人的仲裁合意。目前实践中两种不同的司法态度,表明了明确主从合同纠纷仲裁管辖适用规则及探究担保人真实意思表示的必要性。

(二) 比较法上的适用规则

对于主从合同纠纷的仲裁管辖问题,各国同样可以通过合并仲裁和追加当事人制度解决,但不可避免地存在与我国制度层面相同的缺憾,并且合并(consolidation)本身不是目的,只是一种服务于效率、公平和避免矛盾裁判的工具。^⑬事实上,各国大多依据现有理论及合同法解释原则探究担保人真实意思表示,并将担保人对主合同仲裁条款的同意分为明示同意和默示同意(implied consent),只不过各国对默示同意的认定标准及态

^⑨ 在贵州昌某商务信息咨询有限公司与某某联新投资管理有限公司申请确认仲裁协议效力案中,《股权质押合同》系担保合同,该合同明确约定了仲裁条款,所以法院认为无论《股权质押合同》的主合同如何约定管辖,人民法院对担保合同纠纷没有管辖权。贵州省贵阳市中级人民法院(2023)黔01民特204号民事裁定书,类似案件还有北京市第四中级人民法院(2021)京04民特778号民事裁定书。

^⑩ 2024年最高人民法院发布仲裁司法审查典型案例五:中国泛海控股集团有限公司与郭某申请确认仲裁协议效力案,北京金融法院(2022)京74民特13号民事裁定书。最高院以该例为典型意在表明要尊重当事人意思自治,明确主合同的仲裁条款不能适用于从合同。《最高人民法院发布仲裁司法审查典型案例》,载中国法院网, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2024/01/id/7769488.shtml>, 最后访问时间:2024年5月20日。

^⑪ 浙江省温州市中级人民法院(2024)浙03民特57号民事裁定书。

^⑫ 湖南省高级人民法院(2022)湘13民特6号民事裁定书。

^⑬ Lara M. Pair & Paul Frankenstein, *The New ICC Rule on Consolidation: Progress or Change?*, Emory International Law Review, 2011, Vol.25:3, p.1063.

度不同。^⑭ 存在该差异的原因在于：其一，担保关系相较于其他关系更为复杂，受担保性质、担保人、混合担保、担保顺位等多重因素影响，须具体情形具体分析；其二，各国对诚实信用原则、公司集团理论等一般解释规则的适用态度不同。

具体而言，主合同仲裁条款是否对担保人（非签署方）具有拘束力，美国适用的是非强制性的书面同意规则。该规则是指担保人（非签署方）即使没有以书面形式表示同意主合同仲裁条款，亦可基于禁止反言、代理等理论认为其受主合同仲裁条款约束，其由美国最高法院在韦恩·卡莱尔案中确立，本案中原告并非仲裁协议签署方，他根据衡平法上的禁止反言原则主张案涉投资管理协议应受仲裁管辖。^⑮ 地区法院、美国第六巡回上诉法院都因原告并非仲裁协议的签署方而驳回诉求，最终美国最高法院要求发回重审。本案表明，不能断然禁止协议非缔约方执行仲裁协议，要结合传统州法确立的允许非协议当事人通过第三方受益等理论执行仲裁协议，并且要充分考虑有利于仲裁的联邦政策。所以在主从合同纠纷仲裁管辖问题上，当担保人未签署仲裁协议或未在主合同中签字时，非强制性的书面同意规则可以突破书面形式要求的束缚，为进一步探究担保人同意主合同仲裁条款的真意提供可能。不过美国仍有其他州坚守仲裁协议书面形式的表达，如康涅狄格州。^⑯ 总体来说，解释担保人真实意思表示的方法有两种：其一，对主从合同文本加以解释，结合主合同仲裁条款的可仲裁事项、语言表述等判断能否将担保关系纳入仲裁范围；其二，确定担保人是否为直接利益人，如果担保人是直接受益方，并且已经根据仲裁协议主张权利和抗辩，则受禁止反言原则（equitable estoppel）的限制，不得通过仲裁逃避所承担义务。^⑰ 在 *Developers Sur. & Indem. Co. v. Carothers Constr., Inc* 保险纠纷案中，原告 DSI 作为担保人寻求诉讼救济和禁令救济，要求自己不受债务人、分包商、总承包商之间分包合同中仲裁条款的约束。本案中担保条款是主合同的附加条款，法院意在通过对书面文字进行公平合理的解释来确定担保人的意图。鉴于主合同仲裁协议明确将可仲裁事项限于承包商、分包商之间的纠纷，所以主合同仲裁协议对担保人不具有拘束力，并且担保人拒绝仲裁的行为并不触及禁止反言原则，因为担保人自始未从合同中获得任何直接利益，其仅是根据保证金权利寻求救济。

鉴于欧洲各国对诚实信用原则这一合同解释原则的态度不同，故各国对默示同意的态度和识别标准亦不同。英国要求必须经担保人明示同意才得受仲裁协议约束，其原因在于英国民法上对合同内容中的默示条款持非常严格的态度；^⑱ 瑞典则要求担保人作出意思表示，让相对方认识到自己不愿受仲裁协议约束，尤其是在相对方已经对其受约束产生信赖时，即相对方可以从担保人的消极行为中推定其同意受约束；瑞士则确认了实

^⑭ Tae Courtney, *Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Rising Fundamental Concerns in the United States and Abroad*, *Richmond Journal of Global Law and Business*, 2009, Vol.8:4, p.585.

^⑮ *Arthur Andersen LLP v. Carlisle*, 556 U.S. 624, 2009, p.6.

^⑯ *Developers Sur. & Indem. Co. v. Carothers Constr., Inc.*, 320 F. Supp. 3d 386, 2018, p.2.

^⑰ *Id.*, at 8.

^⑱ 参见欧洲民法典研究组编著：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案（全译本）第一、二、三卷》，高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 504 页。

际履行作为默示同意的表现形式；西班牙则对默示同意的认定较为灵活，通过担保人行为具体判断其是否同意受约束；法国确立了一般性的判断标准，在强调当事人合意作为受仲裁协议约束的前提条件下，采取客观主义的方法判断担保人是否受约束，如积极参与等。^{①⑨}由此观之，欧洲各国在尊重仲裁协议意思自治的基础上，突破形式主义的束缚，通过担保人行为、交易习惯、诚实信用原则等探究担保人的真实意思，并且部分国家已有明确立法。^{②⑩}

（三）小结

结合我国及比较法上就主从合同纠纷仲裁管辖的适用规则，毋庸置疑，主合同仲裁条款对担保人的拘束力来源于担保人同意仲裁的意思表示。相较我国，国外实践和立法对该问题的处理较为成熟，强调依托合同法解释规则探究担保人同意仲裁的意思表示。而合并仲裁、追加当事人制度只是实现主从合同纠纷一并仲裁的手段，主合同仲裁条款是否对担保人具有拘束力以及该拘束力的正当性还有待考究。

司法实践中，当涉及新债旧债、多重担保实现顺序等情形时，主从合同纠纷的仲裁管辖问题更为复杂。以泰国诺尚诗灵大众有限公司与中国核工业第二建设有限公司申请撤销仲裁裁决案为例，本案中主从合同均约定有仲裁协议，债权人以债务人、保证人为被申请人向仲裁庭提出申请。^{④⑪}保证人提出合并仲裁申请被仲裁庭拒绝后，仍可继续参加仲裁。既然仲裁庭否定当事人的合并仲裁申请，我国亦未就主从合同纠纷仲裁管辖问题进行明确规定，那么此时的疑问在于，保证人参加主合同仲裁程序的理由何在？并且本案保证人表明仲裁庭并未综合考虑商事交易中涉及的多份合同，致使其按照仲裁裁决将承担主债权范围外的担保责任。本案中债务人自己亦提供了物保，所以本案还涉及担保责任承担顺位问题。由此可知，主从合同纠纷仲裁管辖问题在实践中具有争议性，并且合并仲裁制度设计中当事人的申请与仲裁庭的决定权在一定程度上存在冲突。

综上所述，我国针对主从合同纠纷仲裁管辖问题的相关规定，目前仅散见于各仲裁机构的合并仲裁、追加当事人规则。鉴于该问题的复杂性及其对商事交易的重要性，立法有必要就该问题予以单独规定，进入仲裁程序后仲裁庭的组成、当事人地位等程序性规定则可参照适用合并仲裁或追加当事人制度的相关规则。

三、主合同仲裁条款适用于担保合同的正当性基础

众多学者通过对国际商事仲裁以及域外仲裁立法、判例等的研究，以仲裁协议的涉他性、公平合理期待原则、援引并入（incorporation by reference）原则等理论肯定主合同

^{①⑨} Eduardo Silva Romero & Luis Miguel Velarde Saffer, *The Extension of the Arbitral Agreement to Non-Signatories in Europe: A Uniform Approach?*, American University Business Law Review, 2015, Vol.5:3, p.382.

^{②⑩} 《秘鲁仲裁法》第14条明确了仲裁协议可适用于能够以诚实信用原则或者参与谈判、执行、合同履行等行为解释出同意仲裁意思表示的非签署方。

^{④⑪} 北京市第四中级人民法院（2023）京04民特220号民事裁定书。

仲裁条款的效力对从合同当事人的“扩张”或“延伸”,同时认为此种扩张是“有利于仲裁”原则指导下衍生出的具体规则。^②但仲裁协议效力扩张理论实则是实体法理论在程序法上的应然实现,“扩张”一词不具有合理性。主合同仲裁条款适用于担保合同的正当性基础在于担保人享有的法定代位权系法定债权移转,以及通过合同解释规则能够解释出担保人具有同意主合同仲裁条款的意思表示。

(一) 不同的见解

鲜有学者就主从合同纠纷的仲裁管辖问题专门进行研究,不过可从现今相关研究中管窥对该问题持肯定态度的理由:其一,根据仲裁协议效力扩张理论肯定主合同仲裁条款效力对担保人的扩张;其二,通过法律推定的方式证成担保人具有同意仲裁的意思表示;其三,综合考量担保类型、合同签订主体、主从关系等多重因素,肯定主合同仲裁条款对担保合同的适用。

1. 仲裁协议效力扩张理论

利用仲裁协议效力扩张理论解决主从合同纠纷的仲裁管辖问题,具体适用路径有三种:第一,肯定仲裁协议的涉他性,将目前实践通行的仲裁协议效力扩张情形,如债权转让、代理、代位诉讼等情形类推适用于主从合同纠纷中;第二,基于担保合同的从属性,运用合同联立理论将主从合同视为一个整体,故主合同仲裁条款当然对担保人具有拘束力;第三,借鉴国外判例所确立的公平合理期待原则、援引并入原则,辅之利益平衡与诚实信用原则证成主合同仲裁条款的效力对从合同的扩张。现就这三种路径作具体阐述:

首先,仲裁协议涉他性理论是对仲裁协议相对性的突破,该突破的正当性在于仲裁协议的性质,即仲裁协议是意在发生诉讼领域效力的诉讼契约,故不得照搬合同相对性理论。^③《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》(以下简称《仲裁法司法解释》)第8条、第9条确立了合并分立、继承、债权转让、债务承担情形下仲裁条款效力对受让人的扩张,目前实践中通认的扩张情形还包括代理、第三人利益合同、海运提单、债权人代位诉讼等情形。^④因法律规范及司法实践均承认债务承担情形中仲裁条款对加入的债务人的拘束力,所以有学者认为担保人承担的补充责任的本质是受让了债务人的债务,所以应适用债务承担情形的相关规定,主合同仲裁条款对担保人具有拘束力。^⑤也有学者主张担保人与债权人、债务人之间存在特定交易关系,根据法经济学理论,要求担保人受仲裁条款约束有利于满足高效解决纠纷的商业需求。^⑥

^② Jason N. Bramlett, *Walton v. Lewis: Chipping Away at the Policy and Precent in Favor of Mandatory Arbitration*, *Arkansas Law Review*, 2001, Vol. 52:2, p.304.

^③ 刘东:《〈合同法〉第402条、第403条对仲裁协议效力问题的适用》,载《北京仲裁》2019年第1期,第19页。

^④ 参见王利明:《仲裁协议效力的若干问题》,载《法律适用》2023年第11期,第4页;唐艳等:《〈中国工商银行股份有限公司岳阳分行与刘友良申请撤销仲裁裁决案〉的理解与参照——实际是工人并非发包人与承包人签订的施工合同的当事人,不受合同仲裁条款的约束》,载《人民司法》2024年第2期,第30-31页。

^⑤ 宋春龙:《保证合同纠纷是否受主合同仲裁条款约束问题研究》,载《北京仲裁》2015年第4期,第41页。

^⑥ 南迪:《论〈民法典〉背景下真正利益第三人在仲裁中的法律地位——兼谈〈仲裁法〉的修改》,载《南大法学》2023年第4期,第168页。

其次,合同联立理论立足于担保合同的从属性,将主从合同视为一个整体,认为《民法典》第701条保证人享有的抗辩包括妨诉抗辩,所以保证人是仲裁协议的受益人;并且保证合同的签订时间通常与主合同同时或在其之后,保证人对保证合同条款具有一定的谈判能力,本质上保证人知道或者不可能不知道主合同存在仲裁条款,故主合同仲裁条款对保证人具有拘束力,否则会浪费司法资源,甚至造成相互矛盾的裁判结果。^{②7}

最后,不同学者对公平合理期待原则的定位认知存在差异,有部分学者认为公平合理期待原则是仲裁协议效力扩张的法理基础,^{②8}强调结合担保人是否参与合同订立、履行过程,仲裁裁决结果与其是否具有利害关系等因素,探究担保人是否具有参与仲裁程序的真实意思表示;而有学者则主张直接将该原则适用于具体案件中。

2. 推定担保人意思表示

该观点主张在仲裁协议满足书面形式要求的基础上,通过法律推定的方法认定担保人具有同意主合同仲裁条款的意思表示。具体而言,在个案中须结合合同订立的背景、多方磋商的过程、合同当事人的关系以及合同内容,分析各方当事人是否具有仲裁协议并入的意思表示。^{②9}以辽宁宝城房地产开发有限公司与王丽娜等申请确认仲裁协议效力案为例,^{③0}法院在裁判说理时明确指出虽然担保合同中未约定仲裁条款,但担保合同作为主合同的附件,对股权转让协议(主合同)具有承接性和延续性,担保人在主合同、担保合同中均签字,足以证明担保人对主合同仲裁条款明知,所以可以推定担保人具有同意仲裁的意思表示。

3. 综合多重因素予以考量

该说主张应结合商事交易形态,将主合同与担保合同签订的时间、仲裁协议签订的时间、仲裁事项的范围、担保合同的类型作为标准,具体考量主合同仲裁条款是否能够适用于担保合同。^{③1}事实上,该说对担保人真实意思表示的认定较为严格,实践中即使从合同是以主合同中的保证条款形式展现的,并且担保人在主合同中签字,因主合同仲裁协议的仲裁事项没有明确约定,此时主合同仲裁条款对担保人也不具有拘束力。^{③2}

(二) 对以上观点的评析

对于主合同仲裁条款是否对担保人具有拘束力的问题,比较法上的相关研究多以国际商事仲裁为背景,探讨仲裁协议能否约束(bind/compel)非签署方(non-signatories)。并且各国通过判例逐步确立了主合同仲裁条款可以约束非签署方的几种情形:代理、揭开面纱、公司集团、禁止反言、第三方受益、继承、债权转让、债务承担、假设(assumption)

^{②7} 参见陈杭平:《仲裁协议主观范围理论的重构》,载《法学研究》2023年第2期,第201-202页。

^{②8} 同前注^{②5},第40页。

^{②9} 郎雪、刘经涛:《多方仲裁协议效力争议实证研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第106页。

^{③0} 北京市第四中级人民法院(2020)京04民特130号民事裁定书。

^{③1} 参见孙建骏:《担保人是否受主合同仲裁条款约束》,载《法制与经济》2012年第6期,第62-63页。

^{③2} 广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终21613号民事裁定书。

等。^{③③} 各国均承认仲裁协议以当事人合意为基础,所以学者将不存在书面仲裁协议但对非签署方具有拘束力的情形称为例外。结合意思表示解释的相关规则,例外情形在形式上呈现出仲裁协议约束非签署方的景象,实则是可以解释出非签署方通过非书面形式作出了仲裁意思表示。那么仲裁协议效力扩张理论无论采取上述何种路径解决主从合同纠纷的仲裁管辖问题,都须回应如何突破仲裁协议自《纽约公约》颁布以来确立的书面形式要求,以及主合同仲裁条款对担保人具有拘束力的正当性。

对于第一种适用路径,担保人承担的补充责任本质上是受让债务人的债务这一主张,与担保人本身承担担保债务的法律构造相悖,那么能否以《民法典》第701条为由,主张保证人取得债务人的法律地位,进而类推适用债务承担情形下的仲裁适用规则呢?首先,纵观整部《民法典》,同“保证人可向债权人主张债务人对债权人的抗辩”表述逻辑相似的有:《民法典》第522条第2款规定的真正利益第三人合同中,债务人可向第三人主张其对债权人的抗辩;第535条第3款规定的债权人代位诉讼中,相对人可向债权人主张其对债务人的抗辩;第548条规定的债权转让时,债务人可向受让人主张其对债权人的抗辩;第926条第3款规定的隐名代理时,第三人可向委托人主张其对受托人的抗辩权。就抗辩的范围而言,目前学界及司法实践共识为,以上情形中的抗辩仅包括民法上广义的抗辩,并不包括程序抗辩。^{③④} 并且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《合同编通则解释》)第36条就债权人代位权行使是否受仲裁协议约束的问题表明立场,即在尊重仲裁协议的基础上,要防止仲裁协议架空代位权诉讼。^{③⑤} 其具体规则设计是:其一,债权人代位权的行使不受债务人与其相对人签订的仲裁协议的影响,符合代位权只能通过诉讼行使的立法旨意,利于实现三者的利益平衡。^{③⑥} 其二,为兼顾债务人、相对人之间的管辖利益,允许债务人或相对人在首次开庭前申请仲裁,以中止代位权诉讼的方式避免程序空转。由此观之,对于学者争议的仲裁协议效力是否可以扩张至债权人代位诉讼的情形,目前司法实践持否定态度,所以以保证人的抗辩范围为由类推适用现有仲裁协议效力扩张情形的路径,不足以证成主合同仲裁条款适用于担保合同的合理性。

对于第二种适用路径,即合同联立理论的运用。该理论侧重于关注合同的主从关系,认为担保合同通常作为主合同附件存在,是对主合同内容的确认或补充,两合同作为

^{③③} Jeffery A. Ford & Christopher A. Scifres, *To Compel or Not to Compel: Non-signatories to Arbitration Agreements*, *Construction Law Journal*, 2016, Vol.13:1, p.20.

^{③④} 以能否引起民事实体法上的效果为分类依据,抗辩包括实体抗辩和程序抗辩,实体抗辩主要包括权利障碍之抗辩、权利消灭之抗辩及民法上的抗辩权,程序抗辩包括妨诉抗辩和证据抗辩(证据能力抗辩和证明力抗辩)。参见张海燕:《论法官对民事实体抗辩的释明》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2017年第3期,第178页;参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第516页;参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第1399页。

^{③⑤} 最高人民法院民事审判第二庭、研究室主编:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第26页。

^{③⑥} 同上,第410-414页。

当事人订立的一系列合同,即使担保合同中没有约定争议解决方式,由主从合同引发的争议均应适用主合同中约定的仲裁条款。围绕探究担保人真实意思表示这一核心,该说实则是通过体系解释、目的解释等方法判断担保人是否具有同意主合同仲裁条款的意思表示,并非直接基于主从合同的紧密程度、担保人是否在主合同中签字等形式要件对担保人真实意思表示进行判断。

对于第三种适用路径,部分学者借鉴域外判例,以公平合理期待原则与援引并入原则作为主合同仲裁协议效力扩张的理论基础,该观点的合理性有待商榷。因为美国判例的论证理由只是将公平合理期待原则作为解释仲裁条款的指导性原则,即作为一般性的原则约束意思表示的解释,法官在判决时仍意在探究非签署方的意思表示,即运用合同法解释规则,结合当事人的利益状况作出价值判断,进而明确当事人之间是否就仲裁协议达成合意。

对于主从合同纠纷的仲裁管辖问题,运用法律推定的方法探究担保人真实意思表示,面临着仲裁意思自治理念的诘问。而主张通过多重因素予以考量的方式确定主合同仲裁条款对担保人是否具有拘束力的观点,一方面对于认定担保人意思表示较为严格,意在避免损害担保人的利益,但在担保人明知主合同仲裁条款的情况下仍可能因其他要素得不到满足而排除主合同仲裁条款对担保合同的适用,致使债权人利益受损,故该说仍需经过利益平衡原则的检验;另一方面,各因素的认定标准有待明确和统一,在标准尚不一致的情况下,仲裁结果的可预测性大大降低。

综上,结合我国实践与域外判例可知,仲裁协议效力扩张理论中“扩张”一词的合理性有待商榷。只有在担保人同意主合同仲裁条款的基础上,该仲裁条款才对其具有拘束力,而现有的法律推定、多因素考量等方式在探究担保人的意思表示方面存在不足,仍需经过仲裁意思自治和利益平衡等原则的检验。

(三) 本文的观点

随着商事仲裁实践的发展,对仲裁协议书面形式认定的严苛程度呈缓和趋势,当事人是否具有仲裁的意思表示是判断一个纠纷是否应由仲裁管辖的根本标准,该趋势为探究非主合同签订方(担保人)仲裁的意思表示提供了可能。同时,担保人享有的法定代位权系法定债权移转,为主合同仲裁条款适用于担保合同提供了法理基础。并且目前学者总结的几种仲裁协议效力扩张情形,实际上是实体法理论在程序法上的应然实现,是合同解释的当然结果。

1. 仲裁协议书面形式要求的缓和及意思自治本质的回归

2018年,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,该意见对落实当事人意思自治原则提出了明确要求。^{③7} 仲裁协议兼具实体和程序功能,是当事人意思自治的结果。政策倾向从严格认定仲裁协议是否有效转变为

^{③7} 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,载中国政府网, https://www.gov.cn/zhengce/2019-04/16/content_5383424.htm,最后访问时间:2024年5月27日。

有利于仲裁的原则,此变化引导着仲裁管辖领域意思自治本质的回归。具体阐述如下:

首先,仲裁协议自《纽约公约》以来即强调书面形式的重要性,但随着商事仲裁实践的发展,书面形式的认定呈现缓和趋势。《征求意见稿》第21条第1款强调当事人达成具有请求仲裁意思表示的协议,不再刻意强调当事人须明确约定仲裁地、仲裁规则、仲裁机构等要素,并在第27条明确规定当事人仲裁地的选择可以存在“模糊性”,进而从法律层面扩大当事人可接受的仲裁地范围,便于仲裁程序的顺利进行。2006年,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《国际商事示范法》)为满足国际贸易实践的不断发展和技术革新,对仲裁协议的形式规定进行了修订。其中一个备选方案第7条第3款对书面形式进行了界定,即以口头方式、行为方式或其他方式等任何形式记录下来的都构成书面形式,第5款、第6款分别就默示同意、提及并入原则进行了规定。该规定相较《民法典》第469条第1款的“书面”含义较广,但是就当事人之间可以达成的合同形式二者含义相同,都包括口头和其他形式,而“其他形式”意指当事人未使用语言或文字明确表示成立,根据当事人的行为或特定情形推定合同的成立。^{③⑧}结合我国《仲裁法司法解释》第1条对“其他书面形式”的限定,表明了我国对“书面”含义的限缩认识。诚然,即使存在国际主流仲裁规则,各国对仲裁协议“书面”的认定要求仍然不同,如比利时法律中“书面”“手写”的范围就比葡萄牙、德国对仲裁合同书面形式认定的范围要广。^{③⑨}但是依托合同法规则,商事交易中当事人达成的仲裁协议的形式应采取广义解读,即仲裁协议可以其他形式表现。结合《民法典》第470条及《合同编通则解释》第3条第1款、第2款,仲裁条款作为争议解决条款并非合同的必备条款,仍具有依据《民法典》第510条进行合同漏洞填补的可能性,而此时仲裁条款即作为默示条款,构成主合同的内容。^{④⑩}

其次,对先裁后诉条款法律效力的认定由否定转变为肯定。先前实践多以“先裁后诉”条款构成“或裁或审”而否认仲裁协议的效力,但事实上该约定足以解释出当事人请求仲裁的意思表示,是当事人自己处分程序利益的表现。^{④⑪}先裁后诉条款明确约定了仲裁优先,此即表明了当事人的仲裁合意。鉴于仲裁一裁终局,所以当事人的后诉条款不具有法律效力,且后诉条款无效不影响先裁条款的效力。由此观之,实践中对当事人仲裁合意的认定更强调探究当事人真实的意思表示。随着实践的发展,《会议纪要》第94条亦以规则形式确立了“先裁后诉”争议解决条款的有效性。

由仲裁协议的沿革与走向可知,为适应商事交易的需要,仲裁协议的形式逐渐多样

^{③⑧} 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第516页。

^{③⑨} 同前注^{③⑧},第119页。

^{④⑩} 合同的默示条款,可溯源至英国法,是指即便当事人未明确表示相关合同内容,依法律规定或交易习惯,仍有将某些内容当作合同内容的余地,即法庭补充某些条款以弥补合同漏洞的过程。韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第114页。

^{④⑪} 《BY.O 诉豫商集团有限公司服务合同纠纷管辖权异议案》,载《最高人民法院公报》2021年第11期,第41-43页;上海市第一中级人民法院(2020)沪01民辖终780号民事裁定书。

且逐渐向意思自治的本质回归,实践中《民法典》第490条第2款履行治愈规则、《仲裁法司法解释》第7条第2句默示同意在仲裁领域的运用就是具体表现。在广东宝力实业投资有限公司、陈志光申请撤销仲裁裁决案中,法院经审查认为虽然主合同即借款合同未对担保关系发生争议时如何解决作出约定,但担保人参与了案涉仲裁庭审,在庭审中出示证据并作出答辩,故其行为表明愿受仲裁管辖。^⑫

2. 主合同仲裁条款对担保人具有拘束力的法理基础:法定代位权

《仲裁法司法解释》第9条、第13条第1款确立了债权转让、债务承担情形的仲裁管辖规则,即出让人与债务人之间的仲裁协议原则上对受让人具有拘束力,但受让人以不知情为由在首次开庭前提出异议的除外。实践中法院直接以该规定作为裁判依据肯定债权转让情形下仲裁协议对受让人的拘束力,^⑬其原理在于债权移转是指在保持债权同一性的前提下使债权主体变动的现象,^⑭债务人的法律地位不得因为债权移转而受到不利影响,即债务人可以根据《民法典》第548条行使抗辩,而受让人得以自己不知情为由提出异议,进而实现债务人和受让人之间的利益平衡。唯应注意,当事人之间利益平衡的结果实则源自当事人的合意,该合意是通过合同法解释规则得出的。债权让与可基于当事人约定,亦可基于法律规定,而法定债权让与则主要包括继承、概括承受、代位求偿(连带债务人、保证人等)。^⑮基于债权让与的原理,可以理解目前实践中通行的继承、合同权利义务概括承受情形下仲裁协议对非签署方的拘束力。

进一步思考保证人、连带债务人的代位求偿权,德国学者认为该种法定让与通常服务于追索的目的:应当使债权的取得者能够就已经向原债权人提供的给付向债务人追偿。^⑯换言之,需要将代位求偿权与保证人的追偿权相联系,即需诉诸《民法典》第700条、第701条。《民法典》第700条明确规定保证人享有法定代位权和追偿权,追根溯源,保证人对主债务人的追偿权是一般化的诉讼转让的法律利益,最终发展成了当代法中的法定让与。^⑰但不可否认,追偿权是基于债务人与保证人之间的基础关系产生的,或为委托,或为无因管理,或为赠与等,而法定代位权本质为法定的债权让与,是对债权人债权的继受。保证人在承担全部或部分保证债务后,在不失债之同一性的前提下,可以行使债权人的权利。在英美法判例中,代位权是一项基于衡平法原则的法定权利,保证人取代债权人的地位、行使其担保权利。^⑱保证人承担保证责任后的效果与《民法典》第524

^⑫ 广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民特659号民事裁定书。

^⑬ 广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终21613号民事裁定书。

^⑭ 同前注^⑩,第593页。

^⑮ 同上。

^⑯ 德国关于法定债权让与的规定见于《德国民法典》第268条第2款第三人代位履行、第426条第2款第1句连带债务人、第774条第1款第1句保证人、第1607条第2款第2句继承。参见陈卫佐译著:《德国民法典》(第5版),法律出版社2020年版,第97、168、423、622页;[德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(第7版),沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第406页。

^⑰ [德]马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第594页。

^⑱ 李潇洋:《论保证人清偿后对主债权的承受》,载《东方法学》2023年第1期,第174页。

条规定的第三人代位履行产生的效果相同,故《合同编通则解释》第30条第1项明确规定保证人和提供物的担保的第三人可以作为享有履行利益的第三人。同时,规定保证人的法定代位权具有实体与程序上的简化功能,既能够避免债务人与保证人之间基础关系的定性,又能够承受债权人的诉讼地位。^④

我国学者目前对追偿权与法定代位权之间的关系存在争议,有学者主张竞合说,亦有学者主张一体适用说,目前并未形成统一见解。在大多数国家,保证人通常有两条路径从债务人处获得清偿:其一是以保证人与债务人之间关于个人追索的权利为基础;其二是以保证人代位行使债权人对债务人的权利为基础。^⑤ 欧洲民法典草案第IV.G-2:113条亦明确保证人全部或部分履行后享有对债务人的追索权与法定代位权,这两个权利同时发生,不过仍要遵循债权人利益优先原则。欧洲国家肯定这两种权利的独立性,通常情况下保证人享有选择权,可以择一行使。本文赞同竞合说,即规定法定代位权的目的是对追偿权的补强,主要表现为获得债权上的从权利,故亦有学者称保证人的法定代位权为“补强的法定债权转让”。^⑥ 于保证人而言,这两个权利同时存在,其可以择一行使。

保证人承继债权人之法律地位行使法定代位权,作为法定债权移转,不得使债务人处于比先前不利的地位,所以债务人得以行使自己对债权人的抗辩。至于《民法典》第701条规定的抗辩的范围,学者观点不一,有学者认为抗辩应作限缩解释,仅指权利阻止之抗辩,^⑦ 有学者则认为包括实体抗辩和程序抗辩之全部抗辩。^⑧ 欧洲民法典草案第IV.G-2:103条明确规定保证人可主张债务人所享有的任何抗辩,具体包括一般抗辩和特殊抗辩。前者包括被担保债务无效、债务人无行为能力、被担保债务不能强制执行、被担保债务的时效、既判力、被担保债务的消灭,后者则包括拒绝履行、撤销权、抵销权等。本文认为,虽然《合同编通则解释》第36条否定债权人代位诉讼中的抗辩包含妨诉抗辩,但鉴于债权人代位诉讼仅能依靠诉讼行使以及该制度解决三角债的特殊立法目的,加之代位诉讼与债权转让本质不同,所以本文持保证人的抗辩包括妨诉抗辩的观点。

保证人法定代位权作为法定债权移转,类推适用债权转让情形仲裁管辖适用规则,主合同仲裁协议对保证人具有拘束力。但此时的存疑之处在于:主合同仲裁条款对担保人是否具有拘束力,意在解决债权人向债务人主张权利时,债权人能否就保证人一并申请仲裁的问题,保证人向债务人行使法定代位权是在其履行债务之后触发,何以体现保证债务履行之前保证人即受约束?故需要说明的是,保证人的法定代位权自保证关系成立之时即确立,保证债务之履行是其的行使条件而非成立条件。与此同时,《担保制

^④ 同上,第175页。

^⑤ 参见欧洲民法典研究组编著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)第四卷 有名合同及其产生的权利义务》,于庆生等译,法律出版社2014年版,第1252页。

^⑥ 谢鸿飞:《连带债务人追偿权与法定代位权的适用关系——以民法典第519条为分析对象》,载《东方法学》2020年第4期,第139页。

^⑦ 王蒙:《论保证人对债务人追偿的双重结构》,载《华东政法大学学报》2023年第1期,第139页;李运杨:《第三担保人的抗辩权体系》,载《政治与法律》2021年第8期,第30页。

^⑧ 孙森焱:《民法债编总论(下册)》,法律出版社2006年版,第792页。

度解释》第20条明确规定物保准用保证的相关优待条款,即提供物的担保的第三人亦可行使法定代位权,故法定代位权可以作为所有担保人受主合同仲裁协议约束的法理基础,债务人自己提供物的担保的除外。

3. 实体法理论在程序法上的应然实现

结合仲裁协议中的协议一词,英美法用 agreement (有合意的用语),而我国依学理解释,自《民法通则》以来的“协议”一词即指合意,即当事人意思表示的一致。为突破仲裁协议的相对性,众多学者从仲裁协议的性质出发,认为仲裁协议是脱胎于实体法契约的程序法契约。^{⑤4}加之仲裁协议的独立性,有学者以仲裁协议具有渠道功能(channeling function)为由,主张仲裁协议适用特殊法律而非合同法。^{⑤5}但仲裁协议的渠道功能实则意在表明仲裁协议书面形式的引导功能,以及发挥书面要式的警示功能。^{⑤6}仲裁协议或者仲裁条款作为当事人合意的结果,不能否认其具有可分离性、独立性,但是其本质仍是法律行为。商事仲裁作为一种“民间司法”,实际上是意思自治的产物,^{⑤7}就主合同仲裁协议的效力而言,法秩序没有任何理由把不是双方意指的含义强加给第三方。^{⑤8}因此,仲裁协议对担保人的拘束力源于其同意仲裁的意思表示。

现今众多学者肯定仲裁协议效力的扩张,实践中也总结出代理、法人人格否认、继承、债权转让、履行、假设等情形下的仲裁协议效力扩张,但这些情形下主合同仲裁协议能够适用于担保合同,实则是依托于实体法理论及合同解释规则。具体而言,代理的法律构造即表明被代理人是实际的权利义务人,所以代理人与相对人订立的仲裁条款当然对被代理人具有拘束力。根据民法及公司法中的法人人格否认理论,造成人格混同、财产混同的股东或关联公司虽然并非合同签署方,但其作为实际控制人实际上是合同当事人,故合同中的仲裁条款对其具有拘束力。本文在谈论比较法适用规则时提及各国对默示同意的态度,如瑞士等国家将实际履行作为默示同意的一种表现形式。依托合同法解释规则,在没有任何书面形式确认担保人仲裁的意思表示时,即表明欠缺仲裁协议的形式时,当事人可以通过履行弥补形式缺陷,即《民法典》第490条第2款所确立的履行治愈规则,所以各国通过担保人参与谈判、实际履行等行为,判断其默示同意的理论依据是合同法领域的履行治愈规则。美国判例所确立的主合同约束非签署方的假设(assumption)理论,实则是依托合同法中当存在合同漏洞时对合同内容进行的补充解释。补充的合同解释意在探求当事人真意,只不过该真意是“假设的当事人的意思”,即

⑤4 关于仲裁协议的性质,存在实体契约说、诉讼契约说、混合契约说、特别契约说四种学说,德国、日本等以诉讼契约说(诉讼法说)为通说,我国学者亦倾向承认仲裁协议的诉讼法契约的性质。同前注②⑥,第160页。

⑤5 参见陈挚:《禁反言原则与仲裁协议效力扩张:以持续履行和参与裁判为视角》,载《商事仲裁与调解》2023年第4期,第27页。

⑤6 Channel作为名词时具有渠道的意思,但是如果其以名词含义修饰名词function,则只需原形即可,但此处采用动名词形式,则说明其是动词,作为动词时含义为引导。

⑤7 同前注③,第92页。

⑤8 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第378页。

双方当事人通常在交易上合理所欲或接受的意思。^{⑤⑨}其意在保护当事人的合理信赖,在《欧洲示范民法典草案》中被称为“自相矛盾”。^{⑥⑩}简而言之,目前学界实务界认为的仲裁协议效力扩张的情形,实则是实体法理论在程序法上的应然实现,仲裁协议效力“扩张”或“延伸”一词不具有合理性,实则是依托实体法理论及当事人意思自治的结果。

四、主从合同纠纷仲裁管辖适用规则的构建

担保关系作为一种独立的法律关系,因担保方式、担保类型等因素相较其他法律关系更为复杂,所以目前司法实践对主合同仲裁条款能否适用于担保合同持否定态度。但是不允许一并申请仲裁即面临重复仲裁的问题,^{⑥⑪}加之仲裁裁决对已决事项并非当然具有效力,^{⑥⑫}仲裁庭之间相互独立,没有遵守其他仲裁庭已认定的事实的义务,^{⑥⑬}所以可能造成主从关系脱节的局面。效率价值是商事仲裁作为商事交易纠纷首要解决方式的理由,^{⑥⑭}而意思自治既要服务于当事人利益的维护,又要服务于广泛的国家与社会利益,还要服务于更广泛的仲裁自生秩序,需要在保障与限制之间取得平衡,^{⑥⑮}所以主从合同纠纷仲裁管辖适用规则的构建,应在尊重担保人真实意思表示的基础上实现满足商事仲裁经济高效的目的,即实现意思自治和商事效率价值的整合。本文结合担保人法定代位权的法理,以合同法解释规则为基础构建主合同仲裁条款对担保合同的适用规则:主合同与从合同的仲裁协议约定不一致的,以主合同的约定为准,但有碍仲裁程序效率的除外。从合同没有约定仲裁协议的,主合同的仲裁协议对从合同当事人有效,但担保人不知有单独仲裁协议或担保合同当事人另有约定且债务人同意的除外。

(一) 主从合同均有仲裁条款时

结合仲裁协议形式要求的历史沿革,目前仲裁协议更强调探究当事人请求仲裁的意思表示,对仲裁条款在绝大多数情况应具备的核心要素,如仲裁地、仲裁机构、仲裁规则、法律适用条款等进行了弱化。所以在主从合同都约定有仲裁条款时,此即意味着债权人、债务人、担保人均具有请求仲裁的意思表示,与《征求意见稿》第21条对于仲裁协议的立法倾向相符,至于仲裁地、仲裁机构等问题则可适用《征求意见稿》第27条的相关规定。

主从合同均有仲裁条款时以主合同仲裁条款为准,需要解决两个问题:第一,债权

^{⑤⑨} 同前注^{④⑩},第878页。

^{⑥⑩} 同前注^{①⑧},第60页。

^{⑥⑪} Emma Macfarlane, *The Hague Rules on Third - Party Joinder: A Revised Framework*, Michigan Business & Entrepreneurial Law Review, 2021, Vol.10:2, p.237.

^{⑥⑫} 李晓玲:《多方当事人仲裁程序问题探讨》,载《华东政法学院学报》2004年第4期,第45页。

^{⑥⑬} 参见许志华:《商事仲裁已决事实效力定位之批判与重构》,载《学术交流》2018年第3期,第83-84页。

^{⑥⑭} 我国目前仲裁规则就有相应体现,如《贸仲规则》第14条第2款明确表明如果多合同仲裁对仲裁程序造成延迟的则不予追加合同。

^{⑥⑮} 李贤森:《国际商事仲裁意思自治的保障与限制问题——兼评〈仲裁法〉的修改》,载《法学》2022年第4期,第182页。

人可以一并将债务人和担保人列为被申请人申请仲裁的理由何在? 第二,为什么一并申请仲裁时要以主合同来确定管辖? 针对第一个问题,可以参照适用诉讼时一并起诉的理由。《担保制度解释》第21条、第26条明确规定在担保合同无仲裁协议时,债权人可以一并起诉债务人和保证人,该一并起诉规则与《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(2020第二次修正)第4条第2款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法解释》)第66条相协调。实践中可以一并起诉债务人和一般保证人的理由在于:其一,符合诉讼经济原理,便于减少诉累,尤其是如果就担保纠纷再行提起诉讼,此时债务人是否加入诉讼、保证人如何行使债务人享有的抗辩、主债务履行情况等都是有待证实的问题;其二,一并起诉有利于一般保证人行使先诉抗辩权,明确担保权行使期间及保证债务诉讼时效期间等。^{⑥⑥}同理,在主从合同均有仲裁条款时,担保人本身即有请求仲裁的意思表示,一并仲裁又有利于实现商事仲裁追求的经济效率价值。

结合商事交易中商事主体提供增信措施的复杂性,要求担保人承担担保责任尚需先判断担保人是否存在担保的意思表示。^{⑥⑦}并且,因担保人承担的是风险责任,故于担保人而言,比担保意思存在与否更为重要的是,其承担的责任范围以及承担以后的权利如何实现,^{⑥⑧}所以一并仲裁于担保人而言更为有利。

针对第二个问题,即使主从合同仲裁协议约定的仲裁地、仲裁机构、仲裁规则等不同,也应以主合同仲裁协议为准确定管辖的原因在于:第一,债权人将债务人、担保人一并申请仲裁时涉及两个法律关系,其中担保关系具有从属性;第二,该规范构造与《担保制度解释》第21条第2款一并起诉时以主合同为准确定管辖法院的制度相契合。诚然,以主合同仲裁协议为准确定管辖的前提是主合同仲裁协议明确约定了仲裁地、仲裁机构、仲裁规则等,如果主从合同仲裁协议均未明确约定,则适用《征求意见稿》第27条等相关规定确定仲裁管辖。

(二) 主合同有仲裁条款,担保合同没有仲裁条款时

担保人在担保关系成立之时享有的法定代位权以及债权让与时债的同一性,为主合同仲裁条款适用于担保合同提供了合理基础,但是仲裁协议的意思自治仍诘问着如此适用的合理性。所以需要强调的是,在担保合同没有仲裁协议的情况下,并非是以“推定”的方式认定担保人的意思表示,而是通过对担保合同的解释探究担保人真实的意思表示。^{⑥⑨}

担保合同以存在于主合同中的担保条款或独立的担保合同形式呈现,担保条款涉及对合同条款的解释,担保合同涉及对合同内容的解释。解释,是主体对具有某种意义的

^{⑥⑥} 同前注②,第275-277页。

^{⑥⑦} 《担保制度解释》第25条、第36条规定判断增信措施是否具有提供担保的意思表示,须遵循解释规则优先于推定规则。担保人是否具有担保的意思表示,以及提供的是何种担保类型均需在审理中予以确定。

^{⑥⑧} 同前注⑤⑩,第1097页。

^{⑥⑨} 参见王泽鉴:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2022年版,第211-212页。

客体（某种“表示”）的真意的发现和描述，是一种技巧或过程。^{⑦⑧}当担保条款存在于主合同中且主合同中存在仲裁条款时，面对仲裁条款是否对担保人具有拘束力的争议，应当根据《民法典》第466条第1款、第142条第1款以及《合同编通则解释》第1条确定合同条款的含义，进而探求担保人的真意。《合同编通则解释》第1条阐明了主观与客观相统一的合同解释规则，在《民法典》第142条第1款的基础上增加了缔约背景、磋商过程、履行行为等判断因素。具体而言，在对合同条款进行解释时，要以文义解释方法为基础，结合体系解释、目的解释、依据交易习惯等方法进行检验，以期实现意思自治与信赖保护的平衡。^{⑦⑨}文义解释应当以一个理性人处于缔约环境中对合同用语的理解为基准，当担保条款存在于主合同中时，即使担保人未在主合同中签字，因主合同内容影响其担保范围、担保顺位、保证期间等利益，以理性经济人角度观之，担保人理应对主合同内容知情，换言之，其对主合同内容存在注意义务，故仲裁条款对其具有拘束力。尤其是商事交易中存在商事主体专门找担保机构提供担保的情形，担保机构在担保领域作为专业人士，其对主合同内容具有更高的注意义务，但如果担保人不知主债权债务达成了单独的仲裁协议，则其可以不知情为由在首次开庭前提出异议。

对于债权人与担保人成立的是单独的担保合同，但并未在担保合同中约定争议解决方式的情形，构成合同漏洞。该合同漏洞产生的原因在于担保合同当事人相信虽未约定争议解决条款，但终可通过磋商处理或法律必有合理解决之道。^{⑦⑩}存在合同漏洞时，就要对合同的客观规范内容加以解释，学理上称之为补充的合同解释。补充的合同解释意在判断当事人在通常交易上所意欲或接受的意思，即“假设的当事人意思”，是以当事人于契约上所作的价值判断及利益衡量为出发点，依诚实信用原则并斟酌交易惯例加以认定，以期能实现契约上的平均正义。^{⑦⑪}根据《合同编通则解释》第3条第2款，对于已经成立的合同欠缺的内容依据《民法典》第510条、第511条予以确定。《民法典》第510条及《合同编通则解释》第2条指明在担保合同未约定争议解决内容时，可依据整体解释和依交易习惯进行补充。基于三方主体之间的法律关系以及主从定位，利用整体解释原则补充欠缺的条款时，需要结合主从两个合同整体进行理解，如仲裁条款如何描述可仲裁事项等。《合同编通则解释》第2条对“交易习惯”予以界定，可以依据当事人之间的交易习惯和行业习惯来确定合同内容。

具体而言，首先，虽然主从合同是两个独立的法律关系，但是实践中担保合同经常作为主合同的附件存在于当事人磋商形成的一系列合同中，其中往往涉及对主合同中担保条款内容的确认、补充或变更，所以在一定程度上可以解释为担保合同与主合同具有一致的意思表示。其次，于担保人而言，担保存在与否、担保范围如何、保证期间、追偿权及法定代位权如何实现等问题至关重要，担保人往往有了解主合同内容的主观能动性。最

^{⑦⑩} 同前注^{④⑩}，第864页。

^{⑦⑪} 同前注^{③⑤}，第39-47页。

^{⑦⑫} 同前注^{⑥⑨}，第208页。

^{⑦⑬} 同前注^{⑥⑨}，第209-210页。

后,设置担保的目的在于扩张债务人责任财产以实现债权人利益最大化,基于担保人享有的法定代位权的法理,债之关系自始即以完全满足债权人给付利益为目的,无论债之关系如何发展变化,债权人将债务人、担保人一并申请仲裁通常在所有当事人的合理预期之内。^{⑦④}故商事交易中,为维持交易预期的稳定性和合同效果的可预见性,^{⑦⑤}在担保合同未约定仲裁条款时对合同欠缺内容进行补充解释,可以解释出担保人具有与主合同约定的仲裁一致的意思表示。但为尊重当事人意思自治,担保人可主张对债权人与债务人之间签订的单独仲裁协议并不知情,或者担保合同当事人另有约定且债务人同意,此时表明担保人不具有仲裁的意思表示,那么则依据当事人的真实意思表示确定纠纷管辖。

实践中已有法院通过补充的合同解释规则对担保人是否具有仲裁的意思表示予以判断。法院主要基于以下理由:其一,《担保函》作为股权转让协议的附件,其担保内容属于主合同的从合同,其系当事人签订的一系列合同之一,是对主合同内容的确认、补充,故应具有与主合同一致的意思表示;其二,担保人签订从合同或附件的当事人在承担重大责任时,往往有意愿、有权利了解主合同内容,故实际上担保人明确知晓并认可主合同所约定的争议解决方式,故主合同中的仲裁协议对担保人亦具有拘束力。^{⑦⑥}

纵观比较法,《意大利民法典》要求仲裁条款必须经对方当事人特别的书面同意,所以即使在债权让与领域,债权人与债务人之间的仲裁协议并非当然对受让人具有拘束力,除非当事人同意。^{⑦⑦}《德国民法典》第157条确立了合同以及其他法律行为框架内意思表示的解释,明确要以客观标准为依据确定当事人意思,即补充的合同解释亦不得脱离当事人的真实意思。^{⑦⑧}2016年修订的《法国民法典》第1188条第1款采用意思主义,第2款则规定无从查明双方一致真意的,按照理性人在相同情境中赋予合同的意义确定合同内容,体现了客观主义精神。^{⑦⑨}故德国、法国在肯定担保本质是法定债权让与的基础上,将诚实信用与交易习惯作为重要的利益评价标准,为通过补充的合同解释规则判断担保人是否具有仲裁的意思表示提供了可能。反观英美合同法解释规则,经历了从古典契约文本主义模式到现代契约语境主义模式的演化过程。目前主要采纳修正后的客观主义原则,合同语境解释规则是指法院广泛采纳合同文本之外的合同目的、交易过程、履约过程、行业惯例等外部证据来解释合同。^{⑧⑩}即使采用修正的客观主义解释规则,鉴于英国对诚实信用原则采保守态度,在担保领域对担保人是否同意仲裁的意思表

⑦④ 同前注⑥⑨,第43页。

⑦⑤ 陈奕豪:《合同解释中的交易习惯运用规则研究——兼评〈合同编通则解释(征求意见稿)〉第2条》,载《北方法学》2023年第4期,第84页。

⑦⑥ 北京市第四中级人民法院(2020)京04民特130号民事裁定书。

⑦⑦ 同前注⑥⑧,第514页。

⑦⑧ [德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(第7版),沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第30-31页。

⑦⑨ 同前注⑥⑤,第41页。

⑧⑩ 参见卢志强:《英美法合同解释制度的历史变迁及发展革新》,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2020年第5期,第100页。

示认定也较为严格,美国则在判例中依托诚实信用原则判断担保人、债权人之间的假设(assumption)仲裁意思,依托合同法理论进行判断。

综上所述,主合同仲裁条款对担保人具有拘束力的前提是担保人具有仲裁的意思表示,在担保合同未明确约定争议解决方式时,通过对合同条款进行解释,以及对合同欠缺的内容进行补充解释,可以解释出担保人具有仲裁的意思表示。因该解释是“假设的当事人意思”,所以为尊重当事人意思自治,允许担保人就不知情及当事人达成的另外的管辖合意在首次开庭前提出异议。该规则构造与《仲裁法司法解释》第9条及《民事诉讼法解释》第33条就合同转让时原管辖协议的效力问题的规定相契合,平衡了多方主体的利益,避免让与人通过债权转让方式逃避原有仲裁管辖,使债务人利益受损,以知情与否为界确定仲裁协议的效力又可避免受让人因不知情而利益受损,同时尊重当事人的意思自治,即在不侵犯任何主体利益的前提下,允许三方就管辖形成新的合意。从宏观角度而言,即实现意思自治与商事效率价值的整合,能够在回归仲裁协议合意的基础上避免重复仲裁。

(三) 合同变更情形下争议解决方式的确定

商事实践中往往会出现同一交易当事人签订多份合同的情形,此时在厘清主从关系之余,还应确认是否发生了合同变更或者合同条款的变更。根据《合同编通则解释》第14条第3款规定,应根据合同成立先后顺序和合同实际履行情况(《民法典》第490条第1款)认定合同是否发生变更。如果合同发生变更,此时需要判断是否应以新的争议解决方式为准,这也是解释担保人是否存在仲裁意思表示的重要考量因素。如在北京燃气蓝天控股有限公司申请确认仲裁协议效力案中,债权人和债务人签订主合同原油采购与销售合同,二人先后又达成补充协议和保证合同,主合同没有仲裁条款,法院认为商事行为系当事人之间在交易过程中的动态行为,当事人在某一时点签订的合同仅能证明当时的事实状态,保证合同作为当事人签订的多份合同中的最后一份合同,代表当事人最后的意思表示,所以认定本案从合同纠纷的仲裁协议对主合同具有拘束力。^⑧

五、结 语

就主从合同纠纷的仲裁管辖问题,众多学者依据仲裁协议效力扩张理论探讨主合同仲裁条款适用于担保合同的合理性,但事实上我国及域外实践中肯定的代理、债权转让、刺破面纱、继承、假设等效力扩张情形,是实体法理论在程序法上的应然实现,故效力“扩张”“延伸”两词有待商榷。意思自治作为仲裁协议的基石不宜动摇,故认定主合同仲裁条款是否对担保人具有拘束力要解决的问题是如何实现意思自治与商事仲裁效率价值之间的平衡。主合同仲裁条款对担保人具有拘束力的正当性在于,担保人自担保关系

^⑧ 北京市第四中级人民法院(2022)京04民特815号民事裁定书。与本案裁判逻辑相同的还有最高人民法院(2022)最高法民终51号民事裁定书;广东省汕尾市中级人民法院(2023)粤15民特17号民事裁定书。

成立之时享有法定代位权,以及根据合同内容能够解释出其同意仲裁的意思表示。前者是保持债的同一性的法定债权让与,债务人不得处于比先前不利的地位;后者意在探究担保人真实的意思表示,并且赋予其在特定情形下的拒绝权,进而实现债权人、债务人、担保人之间的利益平衡。《担保制度解释》第21条第1款就主从合同纠纷的主管问题予以规定,明确主合同仲裁条款不必然适用于担保合同,本文主张的主从合同纠纷仲裁管辖规则与现行规定并不冲突,担保人在债权人和债务人之间存在单独的仲裁协议,或者其与债权人另有约定且经债务人同意的情形下,可以主张自己不具有同意仲裁的意思表示。

Abstract: With regard to the arbitration jurisdiction of disputes over main contracts and subcontracts, in the view of the absence of China's basic legal system, the problem can only be resolved by resorting to the consolidation of arbitration and the additional party system of the arbitration institutions. However, the application of these two rules will inevitably incur conflicts between the party's autonomy and the arbitral tribunal's final decision power, while the differences in the arbitration rules will result in a lack of predictable results of the awards. Arbitration agreement effect expansion theory is the realization of the substantive law theory to the procedural law, which is not enough to justify the main contract arbitration clause being applicable to the guarantee contract. The basis of legitimacy is that the legal right of subrogation by the guarantor is the transfer of legal claims, and that the guarantor's consent to the arbitration clause of the main contract can be explained through the rules of contract interpretation. The rules of contract law interpretation are used as the basis for the construction of the rules applicable to the arbitration jurisdiction of the main contracts and subcontracts dispute, giving the guarantor the right of refusal in the special circumstances, thus realizing the integration of the values of arbitral autonomy and commercial arbitration efficiency.

Keywords: arbitration agreement; autonomy; commercial efficiency; guarantee

(责任编辑:吕 辉)

效率违约视角下的国际投资条约征收补偿条款:内在逻辑与实践纠偏

张 艳*

内容提要 在国际投资条约征收补偿条款的仲裁实践中,出现了补偿金额过高、对东道国政府过于严苛的后果。该条款的立法实践体现了效率违约的底层逻辑,允许东道国政府以违约补偿替代实际履行,通过补偿的手段维持东道国—外国投资者相对均衡的利益关系,并有效维护东道国政府的监管权。然而,随着投资仲裁实践中合法征收与非法征收的补偿标准趋于均等化,以及补偿计算方法对损失估值的不当适用,导致征收补偿实践偏离了效率违约理论。以效率违约理论视之,需要坚持维护东道国监管权与外国投资者投资权益保护之间均衡的原则,明确区分征收合法的补偿标准,并以多元化的估值方法取代单一的损失计算方法,以实现征收补偿条款过于严苛的有效纠偏。

关键词 东道国;征收补偿条款;补偿标准;估值方法;效率违约

引 言

20 世纪 90 年代后,对国际投资征收补偿给予“充分赔偿”逐渐成为趋势。^① 国际投资条约在数量激增的过程中,征收补偿条款普遍采取或接近发达国家所主张的观点,明确规定要给予“充分、及时和有效的”补偿标准。在一些国际多边文件,如 1992 年世界银行的《外国直接投资待遇指南》规定,如果补偿是“充分、及时和有效的”,则可视作“适当的”补偿,以发达国家的观点来取代发展中国家提出的适当补偿观点。^② 此外,1994 年里斯本《能源宪章条约》、1998 年经济合作与发展组织(OECD)的《多边投资协议草案》等也都有类似规定。这种变化趋势对作为东道国的发展中国家而言是极为不利的,反映国际投资法领域原则的变迁,即从侧重于维护东道国利益的公平公正原则逐渐转至偏向于保障母国投资者利益的效率原则。

* 张艳,温州大学法学院 2021 级硕士研究生。

① Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 3 ed., Oxford University Press, 2022, p.184.

② Seymour J. Rubin, *World Bank: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, International Legal Materials, 1992, Vol.31:6, p.1382.

在合同法领域中,理查德·波斯纳提出了“效率违约”(Efficient Breach)理论,主张在某些情况下,合同一方可能会因为其违约利润超过了其在完成合同后对另一方的预期利润而试图违约。^③ 据此,如果违约的损害赔偿范围仅限于预期利润的损失,则合同缔约方更倾向于违约,允许合同缔约方违约并将支付补偿作为补救措施,是效率违约的理论基础。^④ 以效率违约理论检视国际投资争端解决领域可知,对国际投资条约的遵守并非总是有效率的,在某些情况下,应当允许偏离国际法的行为以适当的方式发生。^⑤ 当国际投资条约的履约成本过高时,东道国可以通过效率违约纠正低效、不经济的履行行为。

国际投资法的征收补偿规则,是通过国际投资条约中约定的方式,将效率违约制度化。征收补偿规则允许东道国在符合一定条件的情况下违反国际投资条约,这符合效率违约理论的本质,其主要目标就是实现经济福利的最大化,使得各方的利益和目标可以完全转化为经济效益。然而,效率违约理论在国际投资仲裁实践中的应用仍存在不足,即征收赔偿数额的评估依据仍然存在较大的不确定性,不恰当的赔偿数额会阻却有效率的东道国违约行为。征收赔偿的评估依据目前存在争议:一方面是国际投资法对征收补偿标准的适用并无明确规定,另一方面是对仲裁实践中征收补偿的估值方法存在质疑。即使采取所谓的“适当补偿”标准,仍有可能被视为“非法征收”,进而被要求支付高额赔偿。究其原因在于征收补偿规则的仲裁实践无法充分体现效率立法的目的,反而因其过度保护外国投资者从而导向非效率的结果。

本文第一部分将阐释国际投资法中效率违约的底层逻辑,指出补偿问题是衡量东道国违约行为“效率”与否的重要尺度;第二部分考察征收补偿条款的补偿标准以及仲裁实践对于效率违约的应用,得出征收补偿过于严苛的现象实际上反映了征收补偿规则的实践对效率违约理论的偏离;第三部分基于效率违约的视角,针对这一现象进行纠偏;最后作总结。

一、征收补偿条款的底层逻辑：效率违约

(一) 征收补偿条款与效率违约的契合

“效率违约”这一概念源自合同的经济理论,指在某些情况下,合同一方可能因其违约利润超过其履行合同后对另一方的预期利润而试图违约,如果损害赔偿仅限于预期利润的损失,则有可能违约。^⑥ 该理论的本质在于“效率”。^⑦ 其中,“效率”尤指经济效率,

^③ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 7 ed., Boston: Aspen Publisher, 2007, p.120.

^④ Muhammad Nauman Khan, *Efficient Breach of Contract Theory: Should the Courts in Pakistan Adopt It?*, *Pakistan Law Review*, 2021, Vol.12, pp.201-202.

^⑤ Eric A. Posner & Alan O. Sykes, *Efficient Breach of International Law: Optimal Remedies, 'Legalized Noncompliance,' and Related Issues*, *Michigan Law Review*, 2011, Vol.110:2, p.245.

^⑥ *Supra* note 3.

^⑦ Daniel Friedman, *The Efficient Breach Fallacy*, *Journal of Legal Studies*, 1989, Vol.18:1, p.4.

代表着福利最大化,而“违约”则是为了更好地利用资源,意味着当履约成本超过预期所获得的利益之时,违约方将产生偏离合同预期行为的偏差。^⑧经由长期司法实践,效率违约由概念逐渐演化为理论学说。波斯纳所著《法律的经济分析》的问世,标志着法律经济学派观点和分析工具的体系化。当效率违约的经济分析理论融入合同法领域,契约的交易功能和议价理论被赋予降低交易成本、增进效率的经济理性,这为缔约方选择实际履行或违约补偿等合同行为提供新的理论支撑。

在国际法领域,违约行为是普遍存在的,国际规则和习惯法惯例允许各国“合理”偏离或者避免某些条约承诺,以便更好地达成条约目的。这是因为,投资条约被视为不完整的合同,无法预见和规划投资过程中可能存在的所有情况,它反映的是某一特定阶段的国家利益,但国家利益却处于不断变化当中。^⑨其次,投资条约属于长期合同,通常持续时间会超过25年,在合同终止之后又设有延续性条款,如果不是因为涉及大量交易成本,各国可能不会就其义务不断发起重新谈判。^⑩然而,投资是一种长期行为,一旦投资行为落成则难以改变。因此,投资条约为适应环境的变化需要不断地被重新谈判以保持自身的合法性和实际效益,然而重新谈判的情况却鲜有发生,这就导致投资条约的不实用。为此,缔约国需调整其义务以适应瞬息万变的国际投资环境和东道国国情,同时确保条约的履行。而效率违约的根本逻辑就在于,遵守并非总是有效的,偏离国际法的行为应该以适当的方式发生,^⑪通过不断纠正条款内不实用的内容,促使投资条约得以实际履行,减少不利于东道国与外国投资者的情况发生。

国际投资条约征收补偿条款作为一项实体性规范,规定允许东道国以违约补偿的方法替代实际履行,这与传统合同法的效率违约理论^⑫相一致。两者的基本价值目标是保障和实现契约目的以及意思自治原则的有效落实。自1990年以来,各国签订的国际投资条约均载有相当详细的征收补偿条款,其共性特征在于:预先规定合法征收的条件及预期损害的补偿规则,并主要描述征收之后应当以何种计算标准裁决补偿数额,而并非始终要求实际履行。例如,2012年《美国双边投资条约范本》第6条“征收和补偿”规定:任何一方均不得通过相当于征收或国有化(“征收”)的措施直接或间接征用或国有化涵盖的投资,但以下情况除外:(a)出于公共目的;(b)以非歧视性方式;(c)支付及时、充分和有效的赔偿;(d)根据正当法律程序和最低待遇标准。此外,该条款对“补偿方式”作了进一步解释:(a)毫不迟延地付款;(b)相当于被征收投资在征收发生前

⑧ Johannes Norpoth, *The Mutually Agreed Solution between Indonesia and the United States in US-Clove Cigarettes: A Case of Efficient Breach (or Power Politics)?*, International Economic Law: Contemporary Issues, 2017, p.131.

⑨ Anne van Aaken, *International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis*, Journal of International Economic Law, 2009, Vol.12:2, p.516.

⑩ Krzof J. Pelc & Johannes Urpelainen, *On The Use of Efficient Breach in International Agreements*, 2010, pp.4-5, <https://www.peio.me/the-4th-annual-conference/program-and-papers-2011/>, last visited Aug. 26, 2024.

⑪ *Supra* note 5, at 243-294.

⑫ Mohammed Hassan Al-Kaabi, *Is it Possible to Introduce Efficient Breach Theory to a Civil Law Country? The Case of Qatar*, Arab Law Quarterly, 2020, Vol.36, pp.4-5.

(“征收日期”)的公允市场价值……^⑬ 同样,加拿大、德国等国家的双边投资条约范本,^⑭ 美国签订的双边自由贸易协定,^⑮ 《北美自由贸易协定》第 1110 条,以及《能源宪章条约》第 13 条,均作出类似的规定。

这种衍生于传统合同法的效率违约理论在征收补偿条款中的运用,体现了私法理论在公法领域的延续,^⑯ 是契约选择的意思自治与保护东道国利益之间的契合。这种内在的契合性具体表现在如下方面:首先,在内容上,征收补偿条款允许以违约补偿替代实际履行,为选择效率违约提供了法律基础。它将违约价格设定为损失价值的金额,明确了实际履行与效率违约的效益边界。^⑰ 其次,在功能上,征收补偿条款通过成本收益的分析,划定违约与实际履行相比何者更有效率的边界,^⑱ 从而使东道国在违约结果不经济的情况下自觉履行约定,而在违约更有利的情况下,允许东道国违约,赋予其在补偿非违约方之后获得因违约而产生的剩余盈余的权利。^⑲ 再次,在事后结果上,当前国际投资条约规定了东道国违约救济的多样化途径,违约所引起的争议可以通过东道国与外国投资者双方均接受的方式解决,降低争端解决成本,同时使得非违约的外国投资者获得相应的补偿。换言之,从乐观的情况看,东道国违约并没有使双方的情形因此变得更糟。^⑳ 最后,在条约履行上,国际投资条约的存续是个长期的过程,东道国违约事实上只是暂时偏离履约的轨道。征收补偿条款允许东道国的违约行为偏离此前所承诺的规则,在投资者投资行为的长期实践过程中,东道国得以短暂有效地纠正条约履行的偏差而回归正轨,是损害最小化的表达。从长期看,这种做法反而有助于限制这种偏离,校准非违约方报复性的行为,^㉑ 最终确保东道国的行为偏差得到真正有效地控制。

(二) 效率违约适用于征收补偿条款的理论基础

1. “财产的社会功能”: 东道国—外国投资者的相对利益平衡关系

效率违约蕴含了兼顾效率与公平的基本内涵,既是征收补偿条款法律功能的体现,也深刻诠释了“财产的社会功能”,强调公益优先,同时兼顾私益。从财产的社会功能视角看,财产的社会功能是对私有财产权的内在约束,^㉒ 国家既需要保障私有财产的自由,也需要为了公共目的限制这种私有财产的自由。在利益冲突的情况之下,公共利益优先,

^⑬ 《美国双边投资条约范本(2012年)》第6条。

^⑭ 《加拿大双边投资协定范本(2004年)》第13条;《德国双边投资条约范本(2008年)》第4条。

^⑮ 例如《美国-澳大利亚自由贸易协定(2004年)》第11.7条;《智利与美国自由贸易协定(2003年)》第10.9条。

^⑯ [美] 米尔伊安·R. 达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第131页。

^⑰ Wenqing Liao, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective*, IUS Commune: European and Comparative Law Series, 2015, p.69.

^⑱ *Supra* note 4, at 196.

^⑲ *Supra* note 4, at 195.

^⑳ Emma Aisbett & Jonathan Bonnitich, *A Pareto- Improving Compensation Rule for Investment Treaties*, *Journal of International Economic Law*, 2021, Vol.24:1, p.188.

^㉑ *Supra* note 5, at 253.

^㉒ Sheila R. Foster & Daniel Bonilla, *The Social Function of Property: A Comparative Law Perspective*, *Fordham Law Review*, 2011, Vol.80, p.109.

外国投资者须容忍对其财产的某些干涉。^{②③}因此,东道国为公共利益采取的征收行为优先于投资者个人利益保护,主要基于财产的社会功能;^{②④}而东道国通过征收补偿在国家公共利益和外国投资者私人利益之间寻找“公平的平衡”,^{②⑤}调节投资者与国家之间的利益冲突,从而兼顾效率与公平,体现了其社会功能的价值特性。^{②⑥}另外,征收权是主权的一部分。^{②⑦}国际投资条约的签订意味着东道国自愿让渡一部分主权,而征收补偿条款实际上是通过将东道国的某些征收行为予以合法化,从而恢复了国家的部分征收权力。在国际投资条约签订之时,缔约各方的共识是通过表现出对外国投资者财产的尊重以吸引外国投资,但在非歧视的情况下,东道国可以通过占有该财产来实现更好的结果。^{②⑧}从效率的角度看,只有当其公共利益上的收益超过私人损失的成本时,东道国才应征收该财产;补偿则要求各国将其行为对投资者造成的损失成本内化,从而实现东道国基于公共利益的效率违约。^{②⑨}

2. 政治经济学的批判原理:公共利益考量对于效率内涵的扩充

需要注意的是,基于国家与私人对利益考量的不同,效率违约在国际投资法领域的应用需更多地顾及经济利益以外的内容。在征收补偿中,东道国实施效率违约行为,不仅仅是为追求经济利益的最大化,更需要考虑东道国自身的国家安全利益。^{③①}如委内瑞拉在20世纪70年代实施石油公司国有化时,即表达了对本国经济支柱被外资主导的担忧;^{③②}津巴布韦政府对白人所有的农场实施国有化的举措也是基于类似的考虑。^{③③}津巴布韦的农场国有化本身并不涉及特许权,但它强调了这样一种观点,即东道国政府在征用财产或违反协议时,通常会引用社会经济原因来终止协议,而非仅仅如合同法上的效率违约理论,仅追求利润最大化。^{③④}此外,相较于直接征收,间接征收作为国家管制行为产生的负外部性后果,通常导致财产权利的妨碍而非丧失,东道国也不必然因此而获得经济收益。

^{②③} Anna Phirtskhalashvili, *The Legal Dimension of the Social Function of Property*, Journal of Constitutional Law, 2022, Vol.2, p.21.

^{②④} *Id.*, at 25.

^{②⑤} Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2 ed., Oxford University Press, 2017, pp.20-21.

^{②⑥} 朱继胜:《论知识产权的社会文化功能》,载《理论月刊》2014年第6期,第174页。

^{②⑦} *Supra* note 1, at 147.

^{②⑧} Marc Bungenberg, *(Direct and Indirect) Expropriation and the Rule of Law*, in *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, August Reinisch & Stephan W. Schill(eds.), Oxford University Press, 2023, p.65.

^{②⑨} *Id.*, at 64-65, 69-70.

^{③①} Sangwani Patrick Ng'ambi, *The Efficient Breach Theory in International Investment Law*, Northwestern Journal of International Law & Business, 2021, Vol.41:3, pp.348-349.

^{③②} Felix P. Rossi-Guerrero, *The Transition from Private to Public Control in the Venezuelan Petroleum Industry*, Northwestern Journal of International Law & Business, 1976, Vol.9:3, p.482.

^{③③} Dunia P. Zongwe, *The Contribution of Campbell v. Zimbabwe to the Foreign Investment Law on Expropriations*, Comparative Research in Law & Political Economy, 2009, Vol.5:9, pp.26-27.

^{③④} *Id.*

然而,东道国所追求的这种基于政治或公共目的的效率违约,看似偏离传统定义的经济利益最大化,实则是为效率服务,此处的效率涵盖经济效率与政治效率双重意涵。国际投资条约缔结的初衷是实现国家间的政治利益,^{③④}因此它应当最大限度地提高缔约国政府的公共福利。不可否认,经济效率作为国际投资制度肇始之基础,其对政治效率具有决定性作用,但政治效率对经济效率将起到巨大的反作用。

3. 投资条约的双重属性:效率违约应当作为东道国无法实际履行时的有效替代

投资条约的私法属性强调契约性质,即投资条约是缔约国之间通过谈判协商自愿签订的契约合同;^{③⑤}与此同时,其又是东道国政府与投资者基于投资行为的行政合同,体现东道国对外资的监管,具备一定的公法属性。^{③⑥}投资条约的双重性质意味着实际履行并非条约的唯一目的,其在履行期间便不能等同于一般的民商事合同关系。因为东道国不仅仅考虑个体利益,而且更侧重于公共利益,并适当兼顾国家间政治因素的考量。^{③⑦}如何校正并维持公共利益与私人利益的平衡,是东道国要重点考虑的因素。以此来反观实际履行,在超越合理履行利益之时,实际履行反而失去了道德基础。在实际履行无法实现条约目的之时,继续履行对双方可能都是不利的,其在实质上欠缺合理性。^{③⑧}换言之,当条约中规定效率违约的相关规则时,满足效率违约的行为是合规的。^{③⑨}进言之,支付补偿也是一种实际履行。总之,效率违约实质上并非构成对国际投资条约的违反,而是通过实际行动来解决已有条约无法解决的问题,通过原有条约中明确授权的补偿方式替代具体履行的行为。^{④⑩}

综上,若按照效率违约理论假设能达致经济实效,当事人可以违反合同并支付损害赔偿金代替履约。在国际层面,主要的补救办法是补偿。^{④⑪}如果国家违反协议,对投资者进行补偿,并在这样做后仍然盈利,那么它可能已经采取了有效行动。其二,补偿范围应当限于非违约方在履约情况下可以获得的利益,而不应将违约方的全部收益返还给非违约方,补偿行为旨在使受影响方“完整”。其三,在国际投资法中,东道国效率违约行为的“效率”可能不仅仅体现在纯粹的福利最大化,更涉及国家的经济安全利益,比如觊觎外资主权安全而引发的征收行为。因此,将效率违约适用于国际投资条约征收补偿条款之时,会触及到一个相当重要的限制性问题,即东道国为公共利益而实施的效率违约行为,其行为的最终后果或成本应由谁来承担?是作为非违约方的私人投资者,还是

③④ 王艳丽:《效率违约理论研究》,法律出版社2012年版,第48-49页。

③⑤ *Supra* note 9, at 515.

③⑥ 李尊然:《国际投资法中的非法征收及其补偿》,载《武大国际法评论》2021年第3期,第34页。

③⑦ Rachel L. Wellhausen, *Investor-State Disputes: When Can Governments Break Contracts?*, *Journal of Conflict Resolution*, 2015, Vol.59:2, pp.241-242.

③⑧ 齐鹏:《我国合同法引入效率违约制度的法律思考》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2015年第4期,第130页。

③⑨ Krzysztof J. Pelc & Johannes Urpelainen, *When Do International Economic Agreements Allow Countries to Pay to Breach?*, *The Review of International Organizations*, 2015, Vol.10, p.233.

④⑩ Avery W. Katz, *Virtue Ethics and Efficient Breach*, *Suffolk University Law Review*, 2012, Vol.45:3, p.779; *Supra* note 4, at 199.

④⑪ *Supra* note 30, at 348.

社会公众? Mostafa 认为,为公共利益采取的措施所产生的负担应由公众承担,最终却因权力导致这种负担转嫁给了私人投资者。^{④②}然而,东道国出于公共目的实施的效率性征收行为在一定程度上具有正当性,投资者通常对损失的发生亦没有过错,因此,需要采取补偿方式弥补对投资者造成的损失,在东道国与外国投资者之间取得平衡。对此,Pauwelyn 通过交易成本解释投资条约制度是否存在效率违约,认为效率违约发生的主要障碍是难以确定“适当”的补偿金额。^{④③}当非违约方高估其受到的损失程度以期获得更大的赔偿金额、效率违约理论无法充分解释补偿损失的程度时,便可能导致征收补偿条款对于效率违约理论的偏离。

二、征收补偿条款对于效率违约的偏离:杜绝违约还是增进效率?

在投资仲裁实践中,从计算补偿额的估值方法到不区分非法征收与合法征收而统一适用非法征收的补偿标准,可得出征收补偿条款对于东道国而言过于严苛的结论。合法征收与非法征收在计算补偿金额所适用的补偿标准上日趋均等化,这使得征收行为是合法抑或非法对于补偿数额似乎不再那么重要。换言之,国际投资条约所容许的效率违约空间,因为投资仲裁中过于苛责的征收补偿数额,而被极大地压缩了。然而,征收补偿条款对于效率违约的偏离,并未能有效杜绝东道国违约现象的发生。

(一) 征收补偿条款的发展趋势:基于征收补偿标准

1. 立法实践:补偿标准与效率违约之间的关系

根据国际投资法的征收补偿规则,东道国行为违反条约规定时,仍需依据征收补偿标准承担责任。征收补偿标准成为东道国判断违约行为是否有效率,并决定是否违约的重要尺度。补偿标准系根据损失程度予以确定,旨在使受影响的外国投资者不同程度恢复因东道国征收所遭受的损失。1982年的《中国—瑞典双边投资条约》明确规定,潜在征用或等同征用后的补偿目的“应使投资者处于与未发生征用或国有化时投资者应处于的财务状况相同的财务状况。”^{④④}补偿标准通过一定的估算方法确定公平市场价值,并据以决定东道国补偿的数额,相当于是对东道国的效率违约设定适当的“价格”。^{④⑤}

一般而言,东道国政府出于公共利益的需要,在非歧视的基础上,采用正当程序的措施为合法征收;反之,则为非法征收。对于合法征收,投资条款往往规定合法征收导致的补偿应“相当于被征用投资的市场价值”,^{④⑥}即对实际损失的赔偿。合法征收的补偿标准

^{④②} Ben Mostafa, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, Australian International Law Journal, 2008, Vol.15, p.283.

^{④③} Joost Pauwelyn, *Optimal Protection of International Law: Navigating European Absolutism and American Voluntarism*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper, No. 2007-27, pp.41-42.

^{④④} *Supra* note 39, at 255.

^{④⑤} *Supra* note 39, at 232.

^{④⑥} *Supra* note 39, at 256.

以投资的实际价值为基础,更符合效率违约的抵偿目的。^{④7}而对于非法征收,习惯国际法则要求全额赔偿,以“消除非法行为的所有后果,并重新建立如该行为尚未发生时可能存在的情况”,^{④8}包括实施征收到仲裁裁决期间资产价值的减损。如此规定的主要目的不是为了补偿外国投资者的损失,而是对东道国不法行为进行惩戒。^{④9}带有惩戒性的补偿标准与效率违约是相背离的,符合效率违约要求的征收补偿规则,其补偿标准应当是首先考虑东道国的利益诉求,允许东道国能够通过征收行为获得利益增益,并在总体上增进效率,同时适当兼顾投资者的损失补偿。

然而,自20世纪末开始,补偿标准开始突出惩戒性,强化对东道国效率违约的约束,具体表现为充分补偿标准与适当补偿标准渐趋融合,大部分国际投资条约在征收补偿问题上采取了发达国家的态度,即规定给予投资者以“充分、全部、公正、公平”的补偿。例如,世界银行《外国直接投资待遇指南》第4部分第2条规定,如果东道国对被征收投资的补偿是充分、及时和有效的,将被视为是“适当的”;第3条规定,被征收投资在征收发生前一刻或征收决定为公众所知前一刻的公平市场价值的补偿将被认为是“充分的”。^{⑤0}这种把“适当补偿”解释为“充分、及时和有效的”补偿的做法,实际上在淡化两者的区别,并以发达国家的充分补偿标准来取代或消弭发展中国家的适当补偿标准。在投资仲裁实践当中,这种趋势体现得更为明显。

2. 仲裁实践：补偿标准导致征收补偿过于严苛

尽管在学术界,关于征收的合法性质及其补偿标准一直争论不休,^{⑤1}但投资仲裁实践却采取了较为鲜明的态度。20世纪90年代以来,仲裁裁决对征收补偿的态度较为严苛,几乎皆裁决为“全部赔偿”。^{⑤2}

仲裁庭在计算外国投资者损失时,主要采取现金流折现法(Discounted Cash Flow Method,以下简称DCF法)。以DCF法计算的补偿金额由两部分构成,一是直接损失,二是间接损失,即预期利润。^{⑤3}在理论上,只有当东道国的征收构成非法征收并予以全部赔偿之时,采用现金流折现法来确定赔偿数额才较为合适。^{⑤4}但仲裁庭针对合法征收也是普遍采用DCF法来估算损失的行为,实际上将合法征收视为非法,从而导致赔偿价值远远高于投资者的实际损失价值。DCF法将合法征收与非法征收混为一谈,产生偏向投

^{④7} The ICSID award in *Vivendi v. Argentina* took up this argument and emphasized: “the Treaty thus mandates that compensation for lawful expropriation be based on the actual value of the investment.” *Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, para.8.2.3.

^{④8} *Id.*

^{④9} Mohammad-Ali Bahmaei & Hassan Faraj Mehrabi, *The Valuation Date of an Unlawfully Expropriated Property in International Investment Arbitration: A Critique of Acquisitive Valuation*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 2021, Vol.36:2, p.449.

^{⑤0} *Supra* note 2.

^{⑤1} *Supra* note 25, at 73.

^{⑤2} *Supra* note 1.

^{⑤3} *Supra* note 30, at 327.

^{⑤4} M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3 ed., Cambridge University Press, 2010, p.451.

投资者的赔偿结果。

DCF法的局限性在于,其主要目的是保证最大化实现外国投资者的获赔数额,进而常常带来投资者不当得利的后果,且由于所涉及的考量因素缺乏应有的确定性,当外国投资者投资的企业预测的存续期限越长,估值的结果就越具有投机性。在1992年《外国直接投资待遇指南》中,世界银行曾提出,DCF法在适用中应当特别谨慎,因为经验表明,投资者往往会极大地夸大关于预期损失的赔偿请求。^{⑤⑤}适用DCF法来估算投资者损失,导致了两个对东道国不利的后果:一是DCF法通常要求东道国赔偿全部损失,投资者损失被过分地高估。如在Occidental诉厄瓜多尔(Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador)案中,投资者根据DCF法,将实际损失和利润损失纳入索赔范围,索赔金额超过3.17亿美元。^{⑤⑥}但这种做法受到质疑,^{⑤⑦}Occidental案的仲裁庭最终裁决认定,投资者须充分确定利润损失的可能性,才能作为应予赔偿的依据,但其并未证明投资行为存在预期利益的可能。^{⑤⑧}二是DCF法的适用不区分征收行为合法与否,仲裁庭将东道国政府措施对外国投资者财产的影响作为判断征收以及计算补偿金额的唯一因素,要求东道国保障投资者实现其投资的公平市场价值。如在CMS诉阿根廷(CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic)案中,仲裁庭在认定不存在征收的情况下,^{⑤⑨}依据相关法规和仲裁案例,认为不法行为的解除并不能免除东道国政府对投资者进行赔偿损失的义务,^{⑥⑩}并以DCF法来估算赔偿数额。^{⑥⑪}

从效率违约的视角来看,征收补偿条款的设立目的在于保障东道国的监管权力空间,允许东道国实施合法征收,其补偿金额的上限为外国投资者实际遭受的损失,^{⑥⑫}仅在非法征收的例外情形下,方可对东道国实施具有惩罚性的补偿金额来修复非法征收行为造成的损害,并尽可能地恢复原状,抵偿因实际履行所遭受的损失,^{⑥⑬}实际损失是征收补偿金额的上限。惟其如此,征收补偿条款方能实现双方的利益平衡,并增进效率。正如德国—美国索赔委员会在卢西塔尼亚诉德国(Lusitania v. Germany)案裁决中解释道,用于赔偿的“惩戒性”“报复性”或“惩罚性”等词都是错误的,其基本概念是弥补赔偿所遭受的损失,补救措施应与损失相称,以便使受害方得到补偿。^{⑥⑭}普遍地适用具有惩罚性的征收补偿标准,导致征收补偿金额突破外国投资者实际损失的上限,其实违背了

^{⑤⑤} World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, 1992, Vol.2: Guidelines, p.43.

^{⑤⑥} Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012, paras.8.1.3, 8.3.1.

^{⑤⑦} *Id.*, para.8.2.9.

^{⑤⑧} *Id.*, para.8.3.4.

^{⑤⑨} CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para.264.

^{⑥⑩} *Id.*, para.383.

^{⑥⑪} *Id.*, para.411.

^{⑥⑫} *Supra* note 25, at 31.

^{⑥⑬} *Supra* note 49.

^{⑥⑭} United Nations, *Opinion in the Lusitania Case*, Reports of International Arbitral Awards, 1 November 1923, Vol.7, pp.32, 39.

征收补偿条款的初衷,也遏制了东道国效率违约的可能性。东道国实施合法征收,依旧需要承担与非法征收相同的经济后果,这显然是有违公平正义的。

(二) 征收补偿金额过高会导致反效率的结果

投资仲裁实践中,仲裁庭作出征收补偿金额过高的裁决反映了发达国家作为资本输出国的诉求,其主要目的是遏制东道国违约实施征收的行为。然而就其实际结果而言,并未达到理想效果。

根据史蒂文·沙维尔(Steven Shavell)的说法,如果合同基于缔约双方的完全理性决定起草并且没有交易成本,那么高额的损害赔偿甚至是惩戒性赔偿措施是最好的。^{⑥5}然而,在现实世界中,国际投资条约在内容上是不完整的,其签订是基于缔约双方的有限理性,^{⑥6}交易过程也存在成本。^{⑥7}征收补偿规则允许东道国效率违约,不能简单地被定义为违背诚信原则,其意义在于赋予了东道国根据实际情况调整政策的弹性,动态调整东道国—外国投资者双方之间的利益平衡,从而更有利于投资条约的履行。^{⑥8}

对东道国的违约行为实施惩罚性的补偿金额,并不符合征收补偿条款的效率违约内涵。国际投资条约在缔结之初即已通过征收补偿条款预设了有效的违约条件,以明确的规则设定东道国实施征收行为的效率要件,旨在鼓励东道国做出符合效率违约的征收决定。征收补偿条款通过清晰的违约激励规则,在一定程度上降低了双方对违约行为的道德厌恶,提高了投资者对规则允许的违约行为的容忍程度,赋予其合法性意义。相反,过高的补偿金额追缴标准会产生过度威慑效应,剥夺东道国的所有收益,使违约毫无价值,从而削弱其效率违约的动机。^{⑥9}东道国在决定违约之际,会过度权衡法院或仲裁庭对待该违约行为的态度和处罚力度,以及给本国和对方造成的损失和收益,使原本有效率的征收行为转变为于社会无益的实际违约,^{⑦0}甚至可能迫使东道国选择简单粗暴地退出条约或重新谈判,导致国际投资规则体系的倒退。相较效率违约,这种退出条约的后果所带来的潜在成本更高,从而导向非效率的结果。^{⑦1}可以说,这种因为征收补偿过于严苛而“异化”的惩罚性赔偿,对于征收条款以及缔约双方而言,均是有百害而无一利的。

首先,过于高昂的征收补偿金额将妨碍投资条约的有效签订。理论上,在起草国际投资条约条款时,各方须交换有关彼此履约能力的信息,并考虑可能发生的所有损害情况,以计算合理的赔偿金额。^{⑦2}艾森伯格(Eisenberg)认为,由于缔约国仅关注自身的意

^{⑥5} Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, pp.305-306.

^{⑥6} Lauge N. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge University Press, 2015, p.17.

^{⑥7} Dawinder S. Sidhu, *A Crisis of Confidence and Legal Theory: Why the Economic Downturn Should Help Signal the End of the Doctrine of Efficient Breach*, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2011, Vol.24, p.380.

^{⑥8} *Supra* note 12, at 33.

^{⑥9} *Supra* note 17, at 113.

^{⑦0} *Supra* note 12, at 29-30.

^{⑦1} *Supra* note 9, at 533.

^{⑦2} *Supra* note 17, at 117.

图或低估违约的概率,以至于发生认知错误,^{⑦③}即过于高估实现合同目的的可能性,而忽略违约的发生概率。因而在缔约实践中,缔约国尤其是发展中国家东道国同意签订此类征收补偿条款,即区分合法与非法征收,并对非法征收适用惩罚性补偿标准。而仲裁实践中对非法征收与合法征收一视同仁并统一适用惩罚性补偿标准的做法,会使发展中国家东道国意识到甚至夸大此类条款的潜在危害,阻碍发展中国家东道国继续签订此类征收补偿条款。

其次,过高的征收补偿金额在实质上导致投资者双重获利,诱发道德风险。以 DCF 法为例,在估算征收赔偿额之时,倘若投资者要求东道国政府赔偿实际损失以及预期利润的损失,则可能引发双重获利现象,阻碍效率违约的实施,助长不良诉讼之风。在巴顿诉中洲公司(Patton v. Mid-Continent Systems Inc)案中,二审法院认为,在损害赔偿问题上,若原告选择返还实际履行的费用,以恢复到合同签订前的状态,则不得主张赔偿利润;若选择预期利润的损失赔偿,鉴于签订合同所支出的成本和费用是获取利润所必需的,就不得要求返还实际损失,所以认为被告一并赔偿实际损失与利润损失是不恰当的。^{⑦④}在 1970 年,就有学者指出,如果征收补偿金额过高,则可能会出现道德风险的危机。^{⑦⑤}当外国投资者意识到可能通过投资纠纷谋取高额利益,则会引发投机行为,由此增加东道国被诉的风险。^{⑦⑥}以 2000 年临时仲裁庭裁决的卡拉哈博达斯公司诉印度尼西亚(Karaha Bodas Company v. Indonesia)案为例,在 1997 年亚洲金融危机之后,就印尼政府的征收行为,投资者对印尼政府提出的纠纷解决方案始终虚与委蛇,意图在获得高额赔偿后撤资。^{⑦⑦}

最后,过高的征收赔偿金额将增加法律试错成本。投资条约作为国际投资法律规则的重要组成部分,也是仲裁庭在解决投资者与东道国之间投资争端的首要依据。仲裁庭偏离征收补偿规则并判决东道国承担过高的赔偿金额,^{⑦⑧}在本质上也是一种法律适用错误的表现。作为败诉方的东道国,有三种可能的应对措施:一是东道国自愿遵守裁决。^{⑦⑨}若东道国承担了此类仲裁裁决结果,将导致投资者因惩罚性的赔偿金获得过高的利益,而使东道国政府遭受额外的损失,这对于东道国而言是不公正的,是非效率的体现。二是东道国寻求撤销裁决。撤销仲裁裁决可能选择的途径有司法审查和仲裁复审,但对仲裁裁决进行司法审查的机会较为有限,且适用情形相当严苛;适用复审的限制条件也较

^{⑦③} Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, Stanford Law Review, 1995, Vol.47:2, pp.227-228.

^{⑦④} Patton v. Mid-Continent Systems Inc, 841 F.2d 742, 7th Cir., 1988, p.742.

^{⑦⑤} Gerrit De Geest & Filip Wuyts, *Penalty Clauses and Liquidated Damages*, Encyclopedia of Law and Economics, 2000, Vol.3, p.149.

^{⑦⑥} Louis T. Wells, *Double Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia*, Arbitration International, 2003, Vol.19:4, p.478.

^{⑦⑦} *Id.*, at 479-480.

^{⑦⑧} *Supra* note 17, at 118.

^{⑦⑨} Peter B. Rutledge, *On the Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors*, Journal of International Arbitration, 2002, Vol.19:2, pp.82-83.

多,如仲裁裁决不能因法律错误而接受复审。^{⑧⑩}因此,针对征收补偿金额过高的裁决结果,东道国申请撤销并成功的可能性较小。三是东道国推迟赔偿甚至拒绝赔偿。这种情况下,投资者甚至无法获得其应有的补偿,同样导向非效率的结果。此时,征收补偿条款形同虚设,无法发挥其应有的效益,无法实现条约签订的目的,缔约国最终将承担重新协商的高昂成本。

三、征收补偿金额过高之纠偏：基于效率违约视角

如前所述,通过高额的征收补偿金额制约东道国的征收行为,过于强调保护投资者,反而可能导致东道国与投资者双输的无效率结果。因此,针对征收补偿金额过高的情形,应当坚持东道国监管权力与外国投资者之间的利益平衡原则,并规范征收补偿条款的规则适用,厘清征收合法性所对应的补偿标准,剖析损失估算方法渐趋偏离适当补偿的本质原因,并在合理限度内行使效率违约,以保持条约的安定性。

（一）坚持总体的利益平衡原则

在征收补偿规则中,维持东道国与投资者之间的利益平衡是效率违约最基本的原则。利益平衡原则是指兼顾外国投资者私有财产权利和东道国公共利益,以投资者私有财产权保护为核心,以东道国的公共利益为边界,将投资者私有财产限制在东道国公共利益的范围之内的缔约原则,^{⑧⑪}其功能在于最终实现投资者利益最大化和对东道国核心利益的维护。

1974年联合国《各国经济权利和义务宪章》规定,每个国家对其全部财富享有充分的主权。^{⑧⑫}弗里德曼(Friedmann)认为,除条约或实体国际法的其他规则有相反规定外,国家有以它认为最好的方式和方法进行征收的权力。^{⑧⑬}国家出于公共目的实施征收的行为,是行使主权所固有的权限,实际上赋予国家的征收行为以正当性和合法性。从效率违约的角度,征收补偿条款并非仅着眼于实现东道国自身利益最大化和增进效率,而是兼顾投资者一方的损失,通过补偿维护投资者的应有权益,从而达到总体上利益平衡的局面。过于偏向其中任何一方的征收补偿结果,都可能导致条约履行无效率,无法实现缔约的本来目的,甚至导致投资者—东道国利益失衡。

（二）征收补偿规则的路径纠偏

在计算征收补偿金额时,首先须明确适当补偿标准不应等同于充分补偿标准,两者

^{⑧⑩} *Id.*, at 81.

^{⑧⑪} 刘京莲:《从“利益交换”到“利益平衡”——中国双边投资条约缔约理念的发展》,载《东南学术》2014年第3期,第152页。

^{⑧⑫} The United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX) of Charter of Economic Rights and Duties of States (1974); *Supra* note 30, at 333.

^{⑧⑬} S. Friedmann, *Expropriation in International Law*, London Institute of World Affairs, 1953, p.134; Suzy H. Nikiéma, *Best Practices: Indirect Expropriation*, International Institute for Sustainable Development, 2012, pp.3-4.

存在本质区别,合理的补偿标准方能够符合效率违约的理念。其次,充分补偿标准不应被简单理解为全部赔偿。最后,在计算赔偿额的过程中,确定公平市场价值时,应考虑是否存在其他合理方法替代现金流折现法,避免出现赔偿金额过高的问题。

1. 征收补偿标准的界定

确定征收补偿标准应当区分征收的合法性质。针对合法征收,在估算损失时应仅遵循补偿标准,使得补偿价值更加接近征收损失的实际价值,实现损益相当。^{⑧4}因此,应理清以下概念的逻辑关系,明确补偿估算方法的适用路径与价值导向。

首先,应明确区分征收的合法性质,避免合法征收与非法征收在适用标准上的同一化。这种区分是相当必要的。常设国际法院在对霍茹夫工厂(the Chorzów Factory)的判决中强调,必须避免非法征用和合法征用的均等化。因为这种后果不仅是不公正的,更重要的是不符合条约征收补偿规定的目的,最终使合法征收和非法剥夺就赔偿结果而言无实际区别,反而会助长非法征收。^{⑧5}伊朗—美国索赔法庭的布劳尔(Brower)法官在SEDco钻井公司诉伊朗国家石油公司和伊朗共和国(Sedco Inc v. NIOC)一案的个别意见中也表示赞成,认为如不区分征收的合法性质,则受害方反而会因征收补偿过高引致违约国拒绝履行而得不到任何额外收益,违约国的非法征收行为也不会受到抑制。^{⑧6}学者鲍维特(Bowett)同样指出,合法与非法征收没有区别并且补偿后果一致的做法违反了所有常识。^{⑧7}

对于合法征收与非法征收的区分,需要重点关注如下两点:一是预期损失的可赔偿性。通常认为,就合法征收行为,东道国只需要补偿投资者的实际损失;只有在发生非法征收时,东道国才需要赔偿投资者的预期损失。布朗利(Brownlie)即持这种观点,认为合法与非法征收的本质区别在于,前者涉及仅对直接损失支付赔偿的义务,后者则涉及对间接损失的赔偿责任。^{⑧8}二是征收行为的合法性,即违反投资条约规定的征收行为是否就是非法征收。例如,未支付补偿是否就意味着征收行为的非法,尚存在争议,但大多数观点倾向于不应直接将其认定为非法。联合国大会在20世纪70年代通过的一些决议建议,赔偿不应作为征收合法的条件,而应是作为其行为合法的后果。^{⑧9}仲裁实践中

^{⑧4} James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p.220.

^{⑧5} Abby Cohen Smutny, *Compensation Due in the Event of an Unlawful Expropriation: The 'Simple Scheme' Presented by Chorzów Factory and Its Relevance to Investment Treaty Disputes*, in *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, David D. Caron and others (eds), 2015, p.631.

^{⑧6} SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran (Sedco Inc v. NIOC), IUSCT Case Nos. 128 and 129, Second Interlocutory Award, Separate Opinion Brower, 27 March 1986, para.205.

^{⑧7} Derek William Bowett, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, British Yearbook of International Law, 1988, Vol.59:1, p.61.

^{⑧8} James R Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8 ed., Oxford University Press, 2012, p.625.

^{⑧9} E.g., the "Declaration" and the "Action Programme" on the Establishment of a New International Economic Order, see UN GA Res No. 3201 (S-VI) and Res No. 3202 (S-VI) of 1 May 1974; See also UN GA Res No. 3281 (XXIX) of 12 December 1974 and UN GA Res No. 3171 (XXVIII) of 17 December 1973.

也倾向于将未支付赔偿的征收行为视为合法征收。在利比亚—美国石油公司诉利比亚 (LIAMCO v. the Libyan) 一案中,仲裁庭认为征用不具有歧视性,因此是合法的。^⑩ 同样,在科威特诉美国独立石油公司 (Kuwait v. Aminoil) 一案的仲裁庭宣称,即使没有支付赔偿,也发生了合法的征用。^⑪

其次,投资条约中已规定适当补偿标准的,不应将适当补偿解释为充分补偿。对于征收补偿规则而言,适当补偿标准意味着补偿金额应不超过所受损失的财产价值,而充分补偿标准意味着补偿金额要相当于实际损失与预期利润的损失的和。前者的目的在于补偿损失,适用于投资条约中所规定的合法征收的补偿规则;而后者目的在于惩罚性地赔偿损失,适用于习惯国际法中所规定的非法征收的赔偿规则。从缔约国所处的立场而言,前者是发展中国家所持有的观点,而后者则是发达国家为偏向保护本国投资者在外国的投资所确立的补偿标准。若征收的适当补偿标准被诠释为充分补偿标准,对于作为东道国的发展中国家而言则是一种沉重的赔偿负担,违背了征收补偿条款的初衷和目标。因此,应当明确两者之间的界限,不同的补偿规则对应不同的征收行为与损失程度,这既符合利益平衡的原则,也体现了效率违约的内在要求。

最后,投资条约中已规定充分补偿标准的,须明确充分补偿并不必然等同于全部赔偿。将充分补偿标准大而化之,任意解释为全部赔偿,也会导致赔偿过于严苛的结果。例如,在 20 世纪 90 年代以后,国际投资条约普遍采用了充分补偿的标准。^⑫ 从 ICSID 和美国—伊朗仲裁案的实践来看,几乎所有案件都支持充分补偿的标准。^⑬ 但该标准的适用最终都导致了全部或高昂的赔偿结果,偏离了补偿标准的立法目的。那么,充分补偿是否意味着全部赔偿? 实际上,充分补偿标准下,对于补偿金额的评估具有较大的裁量余地。一方面,投资条约自身并未赋予充分补偿标准以全部赔偿的内涵,而是要求东道国履行充分、及时和有效的补偿义务,且明确将“充分”一词解释为“毫不延迟地付款”,相当于被征收投资在征收发生前的公允市场价值。^⑭ 世界银行《外国直接投资待遇指南》认为,国家对特定外国投资的充分补偿应当给予公允市场价值,即在收购发生或者取得资产的决定被公开前确定的价值,但未有全部赔偿的表述。^⑮ 另一方面,部分仲裁庭也不认同充分补偿标准等同于全部赔偿。例如,在 1980 年的 INA 公司诉伊朗 (INA v. The Iran) 一案中,伊朗—美国索赔法庭裁决赔偿金额为“相当于其公平市场价值的全部金额”,诸法官就此发表长达数十多页的激烈的反对意见,认为对合法征收进行高额索赔会

^⑩ Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (LIAMCO v. the Libyan), Award, 12 April 1977, para.312.

^⑪ The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Kuwait v. Aminoil), Award, 24 March 1982, para.115.

^⑫ UNCTAD, *Taking of Property*, UN Publication, 2000, pp.28-31.

^⑬ P. E. Comeaux & N. S. Kinsella, *Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk*, Oceana Publications, 1997, pp.69-74.

^⑭ 《美国双边投资条约范本 (2012 年)》第 6 条第 2 款。

^⑮ *Supra* note 2, at 1383.

破坏赔偿标准的理论价值,^{⑨6}阻却东道国的监管权力,使得东道国继续处于不利地位。^{⑨7}

总之,由于投资条约并未对充分补偿标准予以明确界定,充分补偿标准可以解释为适当补偿或者全部赔偿,其在适用方面具有相当灵活的特征。因此,应当对充分补偿标准进行弹性的宽泛解释,以适应损失估算时面临的复杂情形,体现效率违约的合理内涵。

2. 补偿估值方法的优化

征收补偿额估值方法的适用,实际上是征收的深层次的现实问题。^{⑨8}估值方法适用的妥当性直接影响补偿结果是否合理。如果仲裁庭对估值方法适用不当,很大概率上会造成补偿标准的虚置。目前国际投资仲裁中较为认可的估值方法,有账面价值法和现金流折现法(DCF)。由于适当补偿标准适用DCF法存在缺陷,有学者提出要避免使用DCF法而采用账面价值法,^{⑨9}但账面价值法同样存在不足。因此,建议采取折衷方法,纠正滥用DCF法导致夸大投资者损失的现状,同时根据具体情况对被征收企业的账面价值进行调整,以反映合理价值。

首先,将实际损失与预期利润的损失分别计算,发挥两种方法估算价值的优势。具体而言,将实际资产价值损失的计算从DCF法中分离“另计”,采用账面价值法对实际损失进行计算,而DCF法仅用于估算被征收“持续经营企业”的预期利润。这种做法得到了一些仲裁庭的支持。在1977年的利比亚—美国石油公司诉利比亚案中,利比亚政府征收了美商投资的石油企业,仲裁庭认为,赔偿的损失应分两部分:一部分是有形财产,即油井实际资产的损失;另一部分是收益损失,并只就该部分损失采用DCF法进行估算。^{⑩0}在1987年的利比里亚—法国东部木材公司诉利比里亚(LETSCO v. Liberia)案中,利比里亚政府违反特许协议,对法国投资者LETSCO投资的木材公司实施间接征收。仲裁庭将该公司的损失区分为“投资损失”和“利润损失”两个部分,并就“利润损失”部分采用了DCF法进行估算。^{⑩1}在2000年的卡拉哈博达斯公司诉印度尼西亚案中,临时仲裁庭裁决印尼政府既应补偿被征收外商投资项目所支出的直接损失,又应赔偿实际上依DCF法估算的预期利润损失。^{⑩2}

其次,针对预期利润的损失估算,由于DCF法固有的赔偿数额过高的缺陷,应当考虑采取其他方式以弥补其不足。目前,投资仲裁实践中最常用的估值方法有基于资产或

^{⑨6} INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran (INA v. The Iran), IUSCT Case No.161, Award, 13 August 1985, para.378.

^{⑨7} *Id.*, paras.416-417.

^{⑨8} 徐崇利:《外资征收中的补偿额估算》,载《国际经济法学刊》2006年第1期,第71页。

^{⑨9} 同上,第103页。

^{⑩0} Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Ad hoc Arbitration, Award, 12 April 1977, para.383.

^{⑩1} Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia (LETSCO v. Liberia), ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986, paras.100, 113.

^{⑩2} Louis T. Wells, *Double Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia*, Arbitration International, 2003, Vol.19:4, p.477.

成本的方法、市场价值法、收入估值法（包括贴现现金流分析）等。^⑩这三种估值方法各有缺陷。基于资本或成本的方法主要适用于对实际损失的计算，市场价值法则需要借助可比性标准。^⑪但由于国际投资交易信息的高度保密性，企业适用可比性标准的可能性较低，其结果的合理性也受到质疑。^⑫此外，市场价值法并非以公平市场价值为估值基础，而征收补偿的损失计算一直强调以公平市场价值为基础的估值，^⑬因此，市场价值法不适合作为征收补偿金额的计算方法。收入估值法虽然被质疑会夸大投资者的实际损失，从而导致投资者的不当得利，^⑭但相对 DCF 法而言，其更具合理性。在巴塞罗那电车公司案中，基于收入估值法的补偿金额并未比其他估值方法产生更高的补偿金额。^⑮另外，收入估值法以公允市场价值为适用基础，^⑯符合征收补偿损失计算的基础要求。因此，估算征收补偿金额时，可以将 DCF 法与收入估值法等方法结合使用，^⑰从而矫正 DCF 法偏向投资者一方的结果。^⑱

即使未采取将实际损失与预期利润的损失分别计算的做法，也应避免仅使用单一的估值法计算损失，而应通过多种估值方法的多次计算，观察是否存在结果异数或不合理的问题，从而得出最为恰当的赔偿金额。有学者指出，要将收入法和基于资产或成本的方法交替使用，并结合各种估值方法的优缺点，赋予相应的权重。^⑲总言之，在运用各种估值方法时，不应一味偏向维护投资者利益而背离补偿规则设立的目的，而是应以适当的比例考虑东道国政府的利益，进而保障东道国在征收补偿规则中的效率违约空间，实现双方总体上的利益平衡与效率提升。

^⑩ 一是市场价值法，通过将标的资产与市场上相同或类似资产进行比较，提供价值指示。二是收入估值法，基于估值的目的是，估计预期的未来财务收益并将其折现为现值。其中最重要的是收益资本化法和贴现现金流（DCF）法。三是基于资产或成本的方法，具体包括账面价值、重置价值以及清算价值。Mark Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Kluwer Law International, 2008, pp.8-13.

^⑪ Thierry J. Sénéchal, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, The Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol.1:3, pp.250-252.

^⑫ *Supra* note 25, at 186.

^⑬ “仲裁员应该意识到，基于市场的方法与市场价值的概念容易混淆，但两者是不同的概念；与基于收入和资产的方法一样，基于市场的方法只是确定企业市场价值的一种方法。” *Supra* note 103, at 13.

^⑭ Amoco International Finance Corporation v. Iran, IUSCT Case No.56, Partial Award, 14 July 1987, para.231.

^⑮ Gillian White, *The Problem of Valuation in the Barcelona Traction Case*, in *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, University Press of Virginia, 1972, p.43.

^⑯ *Supra* note 25, at 238.

^⑰ CME v. Czech Republic, UNCITRAL Case No. ARB/01/8, Award, 14 March 2003, paras.5.24-5.59; Gold Reserve v. Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014, para.832; Flughafen Zürich v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19, Award, 18 November 2014, para.783; OI European Group B.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 March 2015, paras.784-797.

^⑱ *Id.*, Gold Reserve v. Venezuela, at para.832.

^⑲ *Supra* note 25, at 298.

结 语

国际投资条约的征收补偿条款源于对国际投资实践中东道国与外国投资者深层次需求的回应,与效率违约理论有诸多契合之处。合法征收的界定与补偿金额的计算规则蕴含着效率违约对于成本与收益分析的内在表达。以效率违约理论审视征收补偿条款,发现征收补偿规则中所蕴含的允许以违约补偿替代实际履行的底层逻辑,有助于推动实现东道国福利的最大化与增进效率的价值追求。然而,投资仲裁实践中过于强调保护外国投资者,导致征收补偿金额过高,从而压缩了东道国效率违约的空间,背离了征收补偿条款的本来目的。详言之,投资仲裁庭在征收合法性质的认定、补偿标准的选择以及相应的估值方法等问题上的实践颇为混乱。征收补偿的法律性质界定不清,往往导致补偿标准的适用有失偏颇;当补偿标准被任意解释时,往往导致公平市场价值在界定上存在混同,进而致使估值方法的适用不当。征收补偿估值技术层面的混乱导致实际补偿金额的千差万别,并使得东道国在很多情形下承担了过高的补偿义务,引发了不经济的后果。因此,有必要引起重视,以效率违约之角度对征收补偿规则进行纠偏,明确补偿标准,优化补偿估值方法,平衡东道国与外国投资者的利益诉求,以实现更高的效率目的。

Abstract: In the arbitral practice of compensation clauses in international investment treaties, there have been instances where the compensation amount has been excessive and too harsh on host governments. The legislative practice of expropriation clauses in international investment treaties reflects the underlying logic of efficient breach, allowing host governments to replace actual performance with breach compensation, maintaining a relatively balanced interest relationship between host countries and foreign investors through compensation, and effectively safeguarding the regulatory power of host governments. However, as the standards for compensating legitimate and illegitimate expropriations tend to converge in investment arbitration practice, and the improper application of compensation calculation methods to loss valuation, there has been a deviation from efficient breach in the practice of expropriation compensation. From the perspective of efficient breach theory, it is necessary to adhere to the principle of balancing the protection of host government regulatory power and foreign investor investment rights, clearly distinguish between legitimate expropriation compensation standards, and replace single loss calculation methods with diversified valuation methods to effectively correct excessively harsh expropriation compensation clauses.

Keywords: host country; compensation clauses; compensation standards; valuation method; efficient breach

(责任编辑:夏先华)

国际投资仲裁中“友好协商条款”的定性分析

陶锦婷^{*}

内容提要 国际投资协定常会规定投资者与东道国之间的争端解决机制,其中包括“友好协商条款”。在国际投资仲裁的实践中,投资者常常在“友好协商期限”届满之前向仲裁庭提起仲裁,这一现象引发了诸多争议。其中,“友好协商条款”的性质问题构成争议的核心。通过分析投资仲裁庭对该条款的法律推理,不仅可以深化对该条款的理解,还能为中国未来的修约和缔约实践提供参考。

关键词 国际投资;友好协商条款;管辖性先决要件;冷静期

引言

国际投资协定(International Investment Agreements,以下简称IIAs)常规定,在发生争端时,当事方(投资者及东道国)在寻求其他补救措施(这些补救措施通常规定在双边投资协定的争端解决条款中,往往包括诉诸投资仲裁)之前,必须进行为期特定(多数情况下为六个月)的协商和谈判,以期通过友好方式解决争端。^①通常,双边投资协定(Bilateral Investment Treaties,以下简称BITs)中的这种条款被称为“友好协商条款”(Amicable Negotiation)。^②目前,学术界对该条款的解释和适用主要存在两种观点:第一类观点认为,附条件的协商是强制性的,若未遵守这一规定而直接将争端提交仲裁,将导致申诉被驳回;^③而第二类观点认为,对于投资仲裁庭而言,这种条款中规定的善意协商缺乏合法的可执行性。^④学界对该条款的研究目前主要集中在其性质的理论探讨上,尚未充分关注该条款在实践中的具体应用问题。就中国而言,我国几乎所有的BITs均包

* 陶锦婷,苏州大学王健法学院国际法专业硕士研究生。

① Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 3 ed., Oxford University Press, 2021, p.510.

② 根据经济合作与发展组织(OECD)的工作报告,这类条款具有将近三十多种的表述,其中很大一部分要求争议各方通过友好方式,比如谈判(negotiation)或协商(consultations)解决。此处统一将其表述为“友好协商条款”。

③ 李泮桦:《东道国当地救济规则在ICSID仲裁领域的运用研究——兼论中国双边投资条约的应对策略》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第3期,第186页。

④ Emily Sipiorski, *Good Faith in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2019, p.125.

含“友好协商条款”,这种做法一定程度上影响了其他国家的缔约实践。^⑤然而,这些“友好协商条款”的规定往往表意模糊,且存在多种不一致的表述。在“去中心化”的投资仲裁机制下,临时组建的投资仲裁庭可能会对模糊和有歧义的“友好协商条款”作出不一致甚至冲突的裁决。在此背景下,通过实证分析相关仲裁裁决,研究“友好协商条款”在投资仲裁领域的实际运用,在厘清相关概念的基础上,聚焦该条款的法律性质及相关成因,这对我国未来缔约和仲裁实践具有指导意义。

一、“友好协商条款”的构成要素及其互动关系

相关统计数据显示,超过90%的IIAs会在投资者-国家争端解决(Investor-state dispute settlement,以下简称ISDS)章节中规定一定时间的冷静期,^⑥旨在促使争议双方通过当地救济途径解决争端。^⑦“友好协商条款”通常由主体、客体、协商要求和冷静期四部分构成。然而在实践中,仲裁庭往往仅讨论冷静期,而对协商要求则鲜有涉及。^⑧为避免在内涵理解上产生困难,本部分将对此现象的原因进行深入探讨。

(一)“友好协商条款”的构成要素

“友好协商条款”的通常表述为:第一,缔约一方的投资者与缔约另一方之间就在缔约另一方领土内的投资所产生的任何争议应尽量由争议双方友好协商解决。第二,如果争议在六个月内未能协商解决,争议任何一方有权将争议提交接受投资的缔约一方有管辖权的法院。^⑨当然,不同的投资条约文本在具体表述上可能存在一定差异。例如,在救济措施方面,某些条约可能要求先行提交行政复议或直接提交国际仲裁,而不是直接向有管辖权的法院提起诉讼。^⑩此外,在协商期限的长短上,一些双边投资条约的协商期限可能短至三个月。^⑪尽管具体表述有所不同,“友好协商条款”通常由以下几个要素构成:主体(投资者及东道国)、客体(投资产生的争议或部分争议)、协商要求(在一定期限内进行谈判)、冷静期(亦称协商期限)。

⑤ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 5 ed., Cambridge University Press, 2021, p.400.

⑥ Joachim Pohl et al., *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*, OECD Working Papers on International Investment No. 2012/02, 2012.

⑦ Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, Vol.5:2, pp. 231-232.

⑧ 由于仲裁庭对于不同类型的当地救济规则(即在诉诸投资仲裁前,要求适用当地的行政、司法等救济程序)中冷静期的解释差异很大,为避免混乱,本文只讨论在“友好协商条款”中存在的冷静期,因此将其表述为协商期限。

⑨ 如《中华人民共和国政府和马其顿共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》《中华人民共和国政府和佛得角共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》《中华人民共和国政府和埃塞俄比亚联邦民主共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》《阿根廷共和国与西班牙王国关于相互促进和保护投资的协定》等等。

⑩ 需要提交行政复议的,如《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》《中华人民共和国政府和文莱达鲁萨兰国政府关于鼓励和相互保护投资协定》《中华人民共和国政府和南非共和国政府关于相互鼓励和保护投资协定》等等。

⑪ 规定协商期限短达3个月的双边投资协定,如《中华人民共和国政府和芬兰共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》《中华人民共和国政府与澳大利亚政府相互鼓励和保护投资协定》等等。

进一步分析“友好协商条款”的常用表述,可以发现其中隐含的两处矛盾。首先,按照通常的文义解释,“友好协商条款”的满足需要协商期限与协商要求两者共同成就。然而,在仲裁实践中,仲裁员通常只关注协商期限的达成,而不考虑协商要求的履行,这一做法令人困惑。其次,“任何争议应尽量由争议双方友好协商解决”的表述应被视为一种鼓励性的规定,而非强制性要求。然而,后续的表述“如果争议在六个月内未能协商解决,争议任何一方有权将争议提交接受投资的缔约一方有管辖权的法院”,则构成了一个充分条件的假言判断,前件的达成方可推导出后件,由此理解,友好协商应当是一个强制性的规定。但两处的表述存在一定的矛盾,这种矛盾在一定程度上导致了后续关于该条款性质认定的仲裁裁决频繁出现不一致的情况。(该问题将在二、三章节继续探讨)。

(二)“友好协商条款”构成要素的互动关系

协商要求和冷静期是“友好协商条款”的重要构成要素,对其效力的解释在当前仲裁实践中存在两种主要做法:第一种做法是单独解释冷静期的强制效力,而忽视协商要求的效力;第二种做法则是合并解释,直接认定“友好协商条款”的强制性效力,即认为协商要求和冷静期均为强制性要件。按照一般理解,第一种做法可能导致一定的实践混乱,但在实际操作中,仲裁庭往往采用单独解释的方式。^⑫实际上,分开解释和合并解释并不影响仲裁结果。通过穷尽列举两者的排列组合,可以直观地展示出四种可能的情形:一、争议双方进行了协商,但投资者在冷静期届满之前提出了仲裁,这种情况又可细分为协商结束与协商未结束两种情形(即拒绝或显然不可能达成结果);二、争议双方并未进行协商,投资者在冷静期届满前提出仲裁;三、投资者在冷静期届满后提出仲裁,且争议双方存在协商;四、投资者在冷静期届满后提出仲裁,争议双方不存在协商。

对于第一种情形,如果协商已经结束,无论是单独解释还是合并解释,当事人均可提出“友好协商条款”的例外抗辩,从而提前仲裁。正如 *Biwater Gauff* 仲裁庭所指出的,在协商这种解决方式明显徒劳的情况下,冷静期的目的并非妨碍或阻挠仲裁。^⑬如果协商尚未结束,无论是单独解释还是合并解释,仲裁庭均缺乏管辖权。在第二种情形下,仲裁庭显然无管辖权,因为两个条件均未满足。第三种情形中,仲裁庭显然拥有管辖权。而第四种情形则相对复杂,如果采用单独解释,仲裁庭存在管辖权,因为冷静期已届满;而如果采用合并解释,则仲裁庭缺乏管辖权,因为协商要求并未得到满足。为了解决这一问题,有学者提出将协商期内的协商视为一种合同义务,违反该义务可能导致损害赔偿或裁决金额的减少。国际投资争端解决中心(以下简称ICSID)仲裁庭尚无此类做法的先例,但联合国贸易法委员会(以下简称贸法会)曾作出过类似的裁决,例如在 *Ethyl Corp v. Canada* 案中,仲裁庭裁决投资者因未遵守冷静期而需支付部分费用。^⑭这一做法遭到学术界的批判,因为它混淆了国家间签订的双边条约与投资者签订的投资合同的概

^⑫ 如果将“友好协商条款”认定为程序性的,此时无需厘清协商要求和冷静期的关系,只有在认定“友好协商条款”是强制性的时候才会出现该问题。

^⑬ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para.343.

^⑭ *Ethyl Corporation v. Canada*, NAFTA-UNCITRAL Case, Award on Jurisdiction, 24 June 1998, paras.88, 92.

念,且违反协商义务的损失赔偿难以计算。实际上,这一思路使问题复杂化,在实践中很难出现这种情形,因为冷静期的起算点通常与协商通知的时间点相同,加之仲裁庭对协商达成的标准极低,因此几乎不会出现冷静期已开始计算而协商却不存在的情况。

综上所述,无论是单独解释还是合并解释协商要求和冷静期,在结果层面上大致相同。唯一可能出现差别的情形,是冷静期届满但协商要求不存在的情况。然而,由于冷静期的起算点通常就是协商要求提出的时间点,这种情况几乎不可能出现,因此单独解释或合并解释并不会导致实践中的混乱。

表 1 协商要求和冷静期单独或合并解释的结果对比

协商是否存在	协商是否结束（被拒绝或显然不可能）	冷静期是否届满	单独解释的结果	合并解释的结果
存在	结束	未届满	存在管辖权,因为协商显然不可能,构成冷静期的例外	存在管辖权,因为协商显然不可能,构成冷静期的例外
存在	未结束	未届满	缺乏管辖权	缺乏管辖权
不存在	不适用	未届满	缺乏管辖权	缺乏管辖权
存在	不重要	届满	存在管辖权	存在管辖权
不存在	不适用	届满	极难出现这种情况,冷静期的起算点往往等同于协商通知的时间点	缺乏管辖权

二、不同时期投资仲裁实践对“友好协商条款”的定性及裁决倾向

在投资仲裁实践中,关于“友好协商条款”的定性问题存在诸多争议,其核心在于“友好协商条款”究竟应被视为“程序性条款”还是“管辖权条款”。通过对相关案例的整理和分析,可以发现,在早期阶段,即 20 世纪末至 2010 年,虽然涌现出了诸多观点,但大多数仲裁庭倾向于将“友好协商条款”认定为“程序性条款”。^⑮ 近些年,即 2010 年至今,仲裁庭倾向于将“友好协商条款”定性为“管辖权条款”,但许多仲裁庭开始回避该理论问题,转而聚焦实际义务是否达成。

（一）早期仲裁庭的实践

早期的投资仲裁庭在对“友好协商条款”的性质进行定性时,存在着不同的观点,

^⑮ 之所以做出这样的划分,是因为仲裁庭的态度明显在 2010 年发生了转变,这体现在两个经典案例之上,分别为 Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador 案件以及 Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador 案件,这两个案件的仲裁庭明确提出当事人应在六个月的时间内通过协商和谈判解决争议的要求不仅仅是程序性或可受理性的问题,而是构成了管辖权的缺陷。

主要可归纳为三种。第一种观点认为,“友好协商条款”是程序性条款,未满足该条款的要求并不构成对仲裁庭管辖权的排除。第二种观点则将该条款视为管辖权条款,认为其是授予管辖权的先决要件。第三种观点则回避了对该条款性质的讨论,转而关注该条款所规定的义务是否得到了履行。

第一种观点在早期仲裁庭的实践中最为普遍。例如,在 *SGS v. Pakistan* 案中,被申请人依据 1995 年巴基斯坦与瑞士双边投资条约第 9 (1) 条提出异议,该条款规定:“为了解决缔约方与另一缔约方的投资者之间的争议……当事方应进行协商。”同时,第 9 (2) 条指出:“如果协商未能在十二个月内达成解决方案,且有关投资者提供了书面同意,争端将提交至……国际投资争端解决中心仲裁。”根据该条款,被申请人主张 SGS 应在争端发生后首先进行协商,协商在十二个月内没有结果,才可以提请仲裁。然而,SGS 并未提出任何协商请求,反而在根据第 9 (2) 条向东道国提出书面同意后,仅两天便提交了仲裁请求,因此仲裁庭缺乏管辖权。^{①⑥} 仲裁庭最终裁决,协商期限在实践中通常被视为具有指导性和程序性,而并不具备强制性和管辖性。因此,遵守“友好协商条款”通常不被视为授予管辖权的先决条件。^{①⑦} 在 *Bayindir v. Pakistan* 案中,仲裁庭指出,双边投资协定第七条中规定的协商并非管辖权的先决条件。^{①⑧} 仲裁庭还认为,要求进行正式协商仅意味着申请方需重新提交仲裁请求并重新启动整个程序,这对双方当事人并无实质性益处。^{①⑨} 这种追求仲裁效率的解释方法同样可见于 *Salini v. Morocco* 案件,该案仲裁庭拒绝采取形式主义的方式,指出试图达成友好解决仅表明“存在申诉的理由以及在法庭外解决这些问题的愿望”。^{②⑩}

第二种观点与第三种观点在早期仲裁庭实践中相对较少被采用。采取第二种观点的仲裁庭,例如 *Enron* 案的仲裁庭,认为六个月的协商期在很大程度上是一个管辖权的要求,若不遵守该要求将导致缺乏管辖权。^{②①} 而采取第三种观点的仲裁庭,例如 *Generation Ukraine* 案的仲裁庭,则强调仲裁庭需要谨慎解释双边投资协定中的明确规定,以避免使其变得多余。如果将这一要求视为“程序性”,则可能使投资者自行决定是否遵守该条款。^{②②} 在本案中,仲裁庭无需对该条款的性质作出裁决,因为申请人明显已经履行了协商义务。^{②③}

^{①⑥} *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, paras.183-184.

^{①⑦} *Id.*, at para.184.

^{①⑧} *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, para.95.

^{①⑨} *Id.*, at para.100.

^{②⑩} *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para.20.

^{②①} *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para.88.

^{②②} *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para.14.3.

^{②③} *Id.*, at para.14.4.

尽管早期 ICSID 仲裁庭在“友好协商条款”的定性问题上存在不同观点,但在协商要求的达成标准方面,它们普遍持有较为宽松的态度。以 Salini 仲裁庭为例,该庭认为,协商要求的达成标准至少应当包含投诉的原因以及在法庭之外解决这些问题的意向,无需过于详细或完备。^{②④}在该案中,仲裁庭认为各种文件已构成“旨在友好解决争端的书面请求”,其原因在于这些文件满足了两个条件:一是在当前诉讼中提出了申诉理由;二是这些文件使摩洛哥王国能够了解争端,并采取必要措施加以解决。^{②⑤}

(二) 近期仲裁庭的实践

通过对近十年案例的分析,可以发现 ICSID 仲裁庭在该条款的裁决中呈现出以下两个趋势:首先,仲裁庭开始模糊化“友好协商条款”的理论定性问题,倾向于将其作为管辖权条款考虑;其次,仲裁庭重视条约的解释,强调缔约国文本背后的真实意图。

在这个阶段初期,出现了两个非常有影响力的案件,分别为 Burlington v. Ecuador 案及 Murphy v. Ecuador 案。在 Burlington v. Ecuador 案中,仲裁庭裁决,投资者剥夺了东道国在争端提交仲裁之前知悉并纠正争端的权利与机会,因此足以构成管辖权缺陷。^{②⑥}在 Murphy v. Ecuador 案中,仲裁庭指出不再基于“程序”或“管辖权”要求来推断后果。Murphy 主张,由于“程序要求”低于“管辖权要求”,因此不遵守程序要求不会导致重大后果,这一观点已不再被认可。^{②⑦}仲裁庭最终认定,该条款并不是一个程序性的要求,而是提交仲裁之前必须强制遵守的基本要求。^{②⑧} Murphy 案仲裁庭的推理隐含了一种“去理论化”的趋势,早期的仲裁庭通常采用讨论“友好协商条款”定性的方式,决定是否受理申请,这样也许会使得仲裁庭忽略更为直接的实践问题。后续很多案件采取了和 Murphy 案类似的观点,例如,在 Giovanni Alemanni v. Argentina 案中,仲裁庭明确指出,仲裁庭的职责是确定被申请人是否已不可逆转地同意在本次仲裁请求提出后进行仲裁,而不是为这类规定建立一般的法律制度。^{②⑨}从中可见,仲裁庭倾向于将该条款作为一个强制性的义务看待,这种强制性义务是手段性义务非结果性义务,重点应当放在该条款是否被满足而非如何定性的问题上。

在近期涉及“友好协商条款”的案例中,仲裁庭普遍引用《维也纳条约法公约》的一般解释原则,强调对条款目的和宗旨的理解,而非单纯依赖形式。^{③⑩}从投资仲裁庭的实践来看,仲裁庭更倾向于采用文本解释的方法,通过对具体词汇的分析,探讨条款背后东

^{②④} *Supra* note 20, at para.20.

^{②⑤} *Supra* note 20, at para.21.

^{②⑥} Burlington v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010, para.315.

^{②⑦} Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/4, Award on Jurisdiction, 15 December 2010, para.142.

^{②⑧} *Id.*, at para.149.

^{②⑨} Giovanni Alemanni and others v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 17 November 2014, para.304.

^{③⑩} 这种非形式主义的需求被许多仲裁庭强调,比如 Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentina、Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan、Giovanni Alemanni and others v. Argentina 等案件的仲裁庭。

道国的真实意图。例如,在 *Almasryia v. Kuwait* 案件中,仲裁庭通过解释埃及和科威特 BIT 的第一条和第二条,指出“应当”“如果”“然后”等词汇表明,遵守上述条款是启动仲裁之前必须遵循的步骤。^{③①} 此外,在 *Casinos Austria v. Argentina* 案件中,仲裁庭通过对 BIT 第 8 条第(4)款措辞的解读,^{③②} 认定对仲裁的同意在条约生效时已不可撤销地被授予,^{③③} 从而推导出第一条的法律性质不应被视为先决条件。^{③④} 在 *Abaclat and others v. Argentina* 案例中,仲裁庭通过解释双边投资条约第 8(1)条的措辞,该条款规定协商应“en la medida del posible”或“per quanto possibile”,即“尽可能”进行,得出结论 BIT 第 8(1)条的规定并非是强制性的,该条款仅涉及友好协商谈判的可能性。^{③⑤}

(三) 最新仲裁庭的实践

截至目前,对于该条款的定性问题,仲裁庭的态度仍然存在分歧。然而,在当今投资仲裁日益去中心化的背景下,仲裁庭有可能会在该问题上采取更为谨慎的态度。^{③⑥} 最新的案例 *Nasib Hasanov v. Georgia* 于 2022 年 8 月 19 日就协商问题做出了明确裁决。在该案中,被申请人辩称,申请人未能满足阿塞拜疆与格鲁吉亚 BIT 第 9(1)和(2)条的要求,即在格鲁吉亚与阿塞拜疆政府之间事先进行协商后,方可诉诸国际仲裁。^{③⑦} 被申请人指出, BIT 第 9(1)的含义明确,只有在国家间协商条件得到满足的情况下,仲裁庭才具有管辖权,因为“同意”是 ICSID 管辖权的基础,而任何有关国家同意诉诸国际裁决的条件都构成对前述“同意”的限制。此外, BIT 第 9(2)条开头的“如果(if)”一词表明,国家协商应被视为管辖权的先决条件。^{③⑧} 申请方则主张,国家间的协商要求已

^{③①} *Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. v. State of Kuwait*, ICSID Case No. ARB/18/2, Award, 1 November 2019, paras.37-39.

^{③②} *Argentina - Austria BIT (1992)* 第 8 条第 4 款: Con este fin, cada Parte Contratante otorga, en las condiciones del presente Convenio, su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia sea sometida a este arbitraje. A partir del comienzo de un procedimiento de arbitraje, cada parte en la controversia tomará todas las medidas requeridas para su desistimiento de la instancia judicial en curso.

^{③③} *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/14/32, Decision on Jurisdiction, 29 June 2018, para.278.

^{③④} *Id.*, at para.279.

^{③⑤} *Abaclat and Others (formerly Giovanna A. Beccara and others) v. Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, para.564.

^{③⑥} August Reinisch, *The Scope of Investor-state Dispute Settlement in International Investment Agreements*, Asia Pacific Law Review, 2013, Vol.21:1, pp.3-4.

^{③⑦} Article 9 of the BIT provides, in pertinent part:

1. Any dispute that may arise between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the latter Contracting Party, will be subject to negotiations between the Contracting Parties in dispute.

2. If any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party cannot be settled in such a manner within 6 months from the day on which a written claim was submitted, the investor shall be entitled to refer the matter:

.....

^{③⑧} *Nasib Hasanov v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/20/44, Decision on Respondent's Inter-State Negotiation Objection, 19 April 2022, para.50.

经满足,且可以适用最惠国条款。即使仲裁庭认定协商要求未被满足,且最惠国条款不适用,仲裁庭仍可酌情决定是否适用该要求,因为进行事先协商的义务属于程序性要求。仲裁庭普遍认为,程序问题最多影响索赔问题的可受理性。

在探讨了 *Kılıç v. Turkmenistan*、*İçkale İnşaat v. Turkmenistan* 等案例的基础上,仲裁庭指出,可受理性和管辖权之间的区别往往十分微妙,仲裁庭在具体案件中如何适用这一区别存在不同意见。仲裁庭倾向于支持 *Kılıç* 案的观点以及 Sands QC 教授在 *İçkale İnşaat* 案中的反对意见。^{③⑨} 在 *Kılıç* 案中, *Kılıç* 案仲裁庭认为假如条款采取了此种措辞,即规定一系列的步骤且规定在采取该步骤的前提下才有权提起仲裁,那么该措辞明显是在构造一种先决条件。^{④⑩} Sands QC 教授认为 *İçkale İnşaat* 案的多数意见缺少权威依据证明双边投资条约的起草者所要求申请人采取的程序不构成管辖权要求,并认为仲裁庭误解了 Paulsson 教授的文章。^{④⑪} 最终,仲裁庭得出结论:不遵守双边投资条约第9条规定的国家间协商先决条件将剥夺仲裁庭对投资者争议的管辖权,但不必达成一致结论。无论该条件被视为管辖权要件还是可受理性要件,若未满足该条件,仲裁庭将无法继续审理争议。因此,仲裁庭将进一步讨论必须采取哪些措施以满足这一条件,以及申请人是否遵守了这一条件。^{④⑫} 由此可见,虽然仲裁庭回避了对该条款的定性,但明确了其强制性要求。此外, Nasib 仲裁庭还就如何满足国家间协商的先决条件提供了具体解释,认为通知义务是唯一的要求。^{④⑬} 该案有可能会对后续的裁决产生重要的影响,因为它是极少数对协商问题作出专项裁决的案件,其说理的严密程度远超其他案件。^{④⑭} 且该案已经开始被东道国所援引作为抗辩的依据,在 2024 年 3 月,在常设仲裁法院审理的 *Bacilio Amorrortu v. Peru (II)* 案中,东道国明确援引了该案件来证明谈判是仲裁的先决条件,并指出该项异议是非常重要的问题。^{④⑮} 尽管如此,由于许多仲裁庭明确表示它们不受所谓先例的约束,因此该案是否能够引导后续裁决的趋势仍然存在不确定性。因此,改革“友好协商条款”以限制仲裁庭的自由裁量权仍然是必要的。

三、仲裁庭对“友好协商条款”定性不一的原因

“友好协商条款”在实践中的定性问题之所以频繁出现矛盾裁决,主要有以下三方面原因:首先,关于管辖权与可受理性的区分存在理论上的分歧,这种分歧导致了实践中

^{③⑨} *Id.*, at paras.90-98.

^{④⑩} *Id.*, at para.94.

^{④⑪} *Id.*, at paras.96-97.

^{④⑫} *Id.*, at para.99.

^{④⑬} *Id.*, at para.103.

^{④⑭} 作者通过查询 *jus mundi*、*italaw*、*Investment Claims* 等数据库,检索“negotiation”或“amicable negotiation”或“consultation”等关键词,发现投资仲裁中仅存在该例对协商问题做出的专项裁决。

^{④⑮} *Bacilio Amorrortu v. Republic of Peru (II)*, PCA Case No. 2023-22, Procedural Order No. 2 (Decision on Bifurcation), 18 March 2024, para.39.

的定性偏差；其次，在理论分歧难以统一的情况下，模糊的条款表述为仲裁庭提供了广泛的解释空间；最后，仲裁员的裁决往往带有较强的主观性。

（一）管辖权与可受理性的区分存在理论分歧

在探讨“友好协商条款”的定性时，仲裁员除了提及“程序性条款”和“管辖权条款”外，通常还会引入一个重要概念——可受理性（Admissibility）。这一现象的背后，反映出程序条款、管辖权与可受理性之间存在复杂的相互关系。这种复杂的相互关系在很大程度上影响了“友好协商条款”的定性。因此，有必要从管辖权与可受理性的区分理论入手进行分析。

关于管辖权与可受理性的区分，主要存在两种理论。第一种理论认为，区分管辖权与可受理性应关注“仲裁员是否具备对争议作出终局裁决的权利”。如果反对理由是無法向审理该案的仲裁庭提出索赔，这通常被视为管辖权问题，此时仲裁庭的裁决并非最终决定；而如果反对理由是任何法庭均无法审理（或至少目前无法审理）仲裁请求，则问题通常涉及可受理性，此时，仲裁庭的裁决是最终决定。^{④⑥} 这种观点得到了部分国家最高法院的支持，例如美国最高法院在 BG Group v. Argentina 案中的判决。^{④⑦} 在这一标准下，程序性问题最多只能影响可受理性问题，因此许多仲裁庭认为，只要能够证明某一问题是程序性的，便可以直接排除其对管辖权先决要件的影响。

另一种理论则主张采用“管辖权条款”标准，即东道国提出的反对意见若是基于管辖权条款，则该反对理由基本上属于管辖权问题；而如果反对意见超出管辖权条款的范围，并且不涉及该条款的解释或适用，则通常被视为可受理性问题。^{④⑧} 在这个标准之下，程序性问题既可能涉及管辖权问题，也可能涉及可受理性问题，这主要取决于该程序问题对管辖权条款的影响。^{④⑨} 持有这一理论的仲裁员往往不会轻易将“程序性问题”排除在“管辖权问题”外，而是会对具体程序进行深入分析。

在第一种理论的框架下，“友好协商条款”作为一种明显的程序性条款，最多只能涉及可受理性，而无法成为管辖权的先决要件。在第二种理论的框架下，则需要具体探讨该程序与管辖权条款之间的关系。以 ICSID 投资仲裁体系为例，ICSID 仲裁庭的管辖权不仅需满足《华盛顿公约》第 25 条规定的属事管辖权和属人管辖权，还需双方明确表示同意。^{⑤⑩} 未满足“友好协商条款”是否构成对东道国“同意”的限制，在实践中引

^{④⑥} 对于该观点的论证具体可参见 Jan Paulsson, *Admissibility versus Jurisdiction*, in Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration, Stefan Kröll, Andrea K. Bjorklund and Franco Ferrari (eds), Cambridge University Press, 2023, pp.904-916.

^{④⑦} BG Group v. Argentina, 134 S. Ct. 1198, US Supreme Court, 2014, pp.13-17.

^{④⑧} Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), 1963 ICJ 15, 1963, p.103 (separate opinion of Judge Fitzmaurice). 法官的观点受到许多学者拥趸，Yuval Shany, *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, Cambridge University Press, 2015, p.131.

^{④⑨} Georges Abi-Saab 教授持有相同的判断，他认为在一般国际法中，事先协商或用尽当地救济应当被视为可受理性要件，但是当这些条件被列入管辖权条款时，就构成了对管辖权的保留，从而成为了管辖权条件。Abaclat v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion of Professor Abi-Saab, 28 Oct 2011, para 23.

^{⑤⑩} Article 25 of ICSID Convention.

发了诸多争论。一些仲裁庭认为这构成对“同意”的限制,例如在 *Daimler v. Argentina* 案中,仲裁庭指出,BIT 争端解决章节下的所有条款均属于管辖权条款,这些条款被纳入该章节下这一事实本身,就表明这是两个国家协商同意的结果。这些条款规定了缔约国同意行使管辖权的条件,而这与立法赋予国内法院管辖权的方式非常相似。^{⑤1} *Kılıç* 仲裁庭随后也援引该案件,论证“友好协商条款”构成对管辖权同意的限制。^{⑤2} 然而,另一些仲裁庭则持相反观点,例如 *İçkale İnşaat* 仲裁庭认为,“友好协商条款”不涉及缔约国是否同意的的问题,而是涉及外国投资者如何援引该同意的的问题,这涉及到“如何(How)”而不是“是非(Whether)”,因此只能被视为可受理性问题,而非缔约国同意的要素。^{⑤3}

许多学者认为,管辖权与可受理性的区分并没有太大意义。从结果论的角度来看,二者之间的区别不会产生显著的后果,管辖权和可受理性均源于与实体案件无关的原因。如果对管辖权或可受理性的异议未能成功,案件将根据案情进行审理;而如果异议成功,则与之相关的案件或部分案件的事实将不再被审理。^{⑤4} 然而,实际情况并非如此。在具体实践中,若将“友好协商条款”认定为可受理性,仲裁员在处理此类条款时往往显得漫不经心,轻描淡写。^{⑤5} 因此,管辖权与可受理性之间的理论区分对“友好协商条款”的定性影响显得尤为显著。

(二) 模糊的条约文本表述扩大仲裁庭解释空间

在上述理论分歧尚未达成统一的背景下,许多仲裁庭开始聚焦于条款本身,通过对其进行解释以探讨其性质。在国际投资仲裁中,投资条约语言的精确性与仲裁庭自由裁量权之间存在一种相互制约的关系。“友好协商条款”模糊的文本表述直接导致了仲裁庭解释空间的扩大,从而产生了大量矛盾的裁决。

在解释条约文本时,仲裁庭通常采用《维也纳条约法公约》(以下简称 VCLT) 的解释规则。VCLT 的解释规则以“文本解释”为基础,这一点在起草材料中得到了多次强调。国际法委员会明确指出,条约解释的出发点和目的在于阐明文本的含义,而非探究缔约方的意图。^{⑤6} 在此基础上,仲裁庭也会运用系统解释、目的和宗旨解释等方法。在“友好协商条款”的解释过程中,仲裁庭通常也是采用这几种解释方法。

大多数仲裁庭在解释“友好协商条款”时,会采取“文本解释”附带“目的解释”的方法。然而,即使采用统一的解释方法,由于条约文本规定的模糊性,仍可能导致不同的解释结果。首先,不同术语的使用可能引发不同的解释。例如, *Bayindir* 仲裁庭通过对条款中“can not be settled”一词的解释,得出东道国设计该条款的目的和宗旨是达

^{⑤1} *Daimler v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 August 2012, para.193.

^{⑤2} *Kılıç v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, 2 July 2013, para.6.3.5.

^{⑤3} *İçkale v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, para.242.

^{⑤4} Chin Leng Lim, Jean Ho and Martins Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials*, 2 ed., Cambridge University Press, 2021, p.447.

^{⑤5} *Supra* note 49, at para 25.

^{⑤6} ILC, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol.II A/CN.4/167 and Add.1-3, p.57.

成友好协商的可能性,否则应使用“are not be settled”这一表述;^{⑤7}而在 *Casinos Austria v. Argentina* 案中,仲裁庭认为,根据 BIT 第 8(4) 条的措辞,协商并不构成申请人同意的先决条件,因为德文版本的双边投资协定使用了“Bestimmungen (规定)”而非“Bedingungen (条件)”,并且该仲裁庭认为,该条款作为争端解决条款的一部分,其目的在于促进和保护投资,因此应从保护投资者的角度出发解释该条款。^{⑤8}而在 *Nasib* 案件中,仲裁庭通过对“will be subject”和“if”从句的解释,认定该条款是一个强制性的先决要件。^{⑤9}其次,相同术语的解释也可能存在差异。例如,*Kılıç* 仲裁庭通过对“provided that”的解释,认为该条款明显表达了管辖权的含义。^{⑥0}然而,同样是解释“provided that”,*İçkale* 仲裁庭却采取了完全不同的理解,该仲裁庭认为该表述并不代表规定了管辖权要求,而仅仅是规定了在争端无法通过当事方协商解决的情况下应采取的步骤。此外,即使是相同的术语,若仲裁庭的关注点不同,也可能导致不同的解释结果。正如前文提到的 *Bayindir* 案与 *Nasib* 案,尽管两案的 BIT 中均出现了“can not be settled”这一术语,但 *Bayindir* 案着重解释了该术语,而 *Nasib* 案则未对此进行讨论。

仲裁庭有时也会采取系统解释的方法。例如,在 *Giovanni Alemanni v. Argentina* 案,仲裁庭通过解释 BIT 第 8(3) 条第二段,即“为此目的,在遵守本协定条款的前提下,缔约各方在此作出事先和不可撤销的同意,同意将任何争议提交仲裁”,得出结论:投资者提出仲裁时,已建立了管辖权联系,因此“友好协商条款”不能作为管辖权的先决条件。^{⑥1}

综上所述,仲裁庭采用不同的解释方法可能导致不同的结果。即使仲裁庭采用相似或相同的解释方法,由于条约文本表达得不清晰,仲裁庭在解释该条款时也可能出现理解分歧。因此,在后续的仲裁实践中,应特别关注条约术语的精确表达。

(三) 仲裁员裁决带有较强主观性

尽管大多数裁决引用了 VCLT 的解释规则,但仍旧有一些案件,仲裁员会根据个人偏好和习惯,选择性地运用各种解释工具。例如,在 *SGS* 案中,仲裁员考虑了巴基斯坦最高法院对 BIT 的态度以及案件的成本效益,最终认定“友好协商条款”为程序性条款;^{⑥2}而在 *L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria* 案中,仲裁员则基于诚信原则和合同精神,认为“友好协商条款”是管辖权的先决要件。^{⑥3}还有的案件,例如 *TSA Spectrum v. Argentina* 案,仲裁员甚至依据协商期限的剩余时间长短来判断是否存在管辖权的缺失。^{⑥4}仲裁员裁决的主观性问题长期以来受到学者们的广泛批评,他们普遍呼吁仲裁庭应注重裁决的一致

^{⑤7} *Supra* note 18, at para.98.

^{⑤8} *Supra* note 33, at paras.276, 281.

^{⑤9} *Supra* note 38, at para.98.

^{⑥0} *Supra* note 52, at para.6.2.9.

^{⑥1} *Supra* note 29, at paras.304-305.

^{⑥2} *Supra* note 16, at para.184.

^{⑥3} *L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria*, ICSID Case No. ARB/03/8, Award, 10 Jan 2005, para.32 (In II. QUESTIONS OF LAW).

^{⑥4} *TSA Spectrum v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, paras.111-113.

性。考夫曼-科勒（Kaufmann-Kohler）教授曾指出，尽管仲裁庭不受先例的约束，但在作出裁决时必须考虑国际法庭的早期裁决，除非有令人信服的反对理由，否则仲裁庭有义务遵循一系列一致案例中确立的解决方案。^{⑥5} 简·保尔森（Jan Paulsson）教授则认为，对先前裁决的关注不应被视为法律来源的问题，而应视为正当程序的问题。^{⑥6}

然而，尽管存在诸多批评，矛盾裁决依然频繁出现。为了解决这一问题，除了最为直接的“精确相关文本表述”外，还存在一些间接的解决方案，例如建立基于“说服力”的非强制性先例规则。这一规则要求仲裁员在作出相关裁决时，必须考虑相似案例的先前裁决，并对其说服力进行阐释，从而边缘化那些缺乏说服力的案例，提高裁决的一致性。然而，这种解决方案过于依赖仲裁庭自身的完善与自我约束，其可行性难以保证。因此，最有效的方式仍然是通过明确投资协议的措辞，减少仲裁庭的自由裁量空间，从而提高仲裁的可预测性，满足仲裁双方的合理预期。

四、中国 BITs 中“友好协商条款”的规范现状及改革路径

通过上述对“友好协商条款”性质问题的研究，我们可以发现，管辖权和可受理性理论之间的区分存在一定的模糊性，这使得其适用和解释在很大程度上依赖于仲裁员的自由裁量。目前对这一问题尚未形成统一的观点和实践。在仲裁庭倾向于深入探讨条约文本所表达的当事方真实意思表示的背景下，细化双边投资条约中的相关规定，是限制仲裁员自由裁量和保证一定的国家控制权的首要方案。然而，中国现阶段生效的 BITs 大多签署于 20 世纪末，“友好协商条款”的规范表达存在诸多问题。因此，在国家后续的谈判和缔约实践中，应对“友好协商条款”进行必要的改革与创新。

（一）中国“友好协商条款”的规范现状

根据商务部最新的统计数据显示，截止至 2024 年 10 月，我国对外缔结并生效的双边投资协定已达 110 个。^{⑥7} 其中，近 100 个协定包含友好“友好协商条款”。在这近 100 个协定中，约一半的条款第一条表述为：“缔约一方与缔约另一方投资者之间就投资有关的任何争议，应尽可能通过协商友好解决”。英文表述为“Any dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, related to an investment, shall be as far as possible settled amicably through negotiations”。其余条约中，大多数采用了“尽量”这一更加模糊的词汇来替代“尽可能”一词，例如，中国与斯里兰卡和马其

^{⑥5} Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, para.67.

^{⑥6} Jan Paulsson, *The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *Arbitration under International Investment Agreements*, Katia Yannaca-Small (ed.), Oxford University Press, 2018, p.84.

^{⑥7} 《中国—安哥拉双边投资协定简介》，载中华人民共和国商务部条约法律司，https://tfs.mofcom.gov.cn/gzdt/art/2024/art_857b16fbb5c1430ca9a3b3314ece2c71.html，最后访问日期：2024 年 10 月 26 日。

顿签订的 BIT 均采用了这种措辞。^{⑥⑧}

大部分“友好协商条款”的第二条表述为:“如争议在六个月内未能协商解决,当事任何一方有权将争议提交接受投资的缔约一方有管辖权的法院”。其英文表述为:“If the dispute cannot be settled through negotiations within six months, either party to the dispute shall be entitled to submit the dispute to the competent court of the Contracting Party accepting the investment”。

除了上述一般性表述外,一些最新缔结的条约增加了具体的协商程序。例如,2020年11月11日生效的《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》,在“友好协商条款”上较以往的 BITs 更加详尽,明确规定了通知的形式、内容及协商的程序。^{⑥⑨}此外,2008年12月1日生效的《中华人民共和国政府和古巴共和国政府关于促进和相互保护投资协定的修订》中也详细规定了通知内容和送达方式。^{⑦⑩}

在中国签署的 BITs 中,还有四个协定纳入了调解作为争端解决方式。^{⑦⑪}例如,在中国与坦桑尼亚签订的 BIT 中,规定缔约一方投资者与缔约另一方之间有关缔约另一方领土内的投资的任何法律争议,应尽可能由争议双方当事人通过磋商友好解决,其中包括调解程序的应用。^{⑦⑫}通过对比前述 BITs,可以明显发现,这些协定的签署和生效时间相对较晚。^{⑦⑬}以中国与乌兹别克斯坦签订的 BIT 为例,1994年生效的原协议中并未包含“友好协商条款”,而2011年重新修订的版本不仅新增了“友好协商条款”,还将调解程序纳入其中。这表明,中国正逐渐重视协商与调解在投资争议解决机制中的作用。

通过对中国“友好协商条款”规范现状的分析,可以发现其表述存在以下几个问题:首先,在中国对外签订的“友好协商条款”中,鲜有主动提及“友好协商条款”性质

⑥⑧ 参见《中华人民共和国政府和斯里兰卡民主社会主义共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第13条规定:“一、缔约一方的国民或公司与缔约另一方之间就在缔约另一方领土内的投资产生的争议应尽量由当事方友好协商解决。”《中华人民共和国政府和马其顿共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第9条第1款规定:“一、缔约一方的投资者与缔约另一方之间就在缔约另一方领土内的投资所产生的任何争议应尽量由争议双方友好协商解决。”

⑥⑨ 参见《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第9条第1款规定:“缔约一方与缔约另一方投资者之间关于其投资的争议应由该投资者书面通知接受投资缔约方,以提交国内行政复议程序,且书面通知应包含详细信息。投资者和相关缔约方应尽可能通过善意的磋商和谈判解决争议。”

⑦⑩ 参见《中华人民共和国政府和古巴共和国政府关于促进和相互保护投资协定的修订》第10条规定:“第九条修改如下:(一)本条适用于缔约方与缔约另一方的投资者(争议双方)之间的争议,该争议是由缔约一方违反其在本协定第二至第七条下的义务致使该投资者遭受损失引起。(二)争议双方应首先通过协商和谈判来解决争议,争议的投资者应将提请仲裁的意图以书面形式通知争议的缔约方,通知应当包括:1、投资者的名称和住所;2、认为缔约方所违反的本协定第二至第七条的条文以及其他可适用的法律条文;3、仲裁请求的事实和法律基础;4、大致的损失数额和请求赔偿的数额。前款所规定的意欲将争议提交仲裁的通知应当通过以下方式送达:1、在中华人民共和国方面,送达至商务部。2、在古巴共和国方面,送达至外交部。”

⑦⑪ 分别是《中华人民共和国政府和坦桑尼亚联合共和国政府关于促进和相互保护投资协定》《中华人民共和国政府和巴布亚新几内亚独立国政府关于促进和保护投资的协定》《中华人民共和国政府和以色列国政府关于促进和相互保护投资协定》《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》。

⑦⑫ 参见《中华人民共和国政府和坦桑尼亚联合共和国政府关于促进和相互保护投资协定》第13条。

⑦⑬ 这几个条约的生效时间都在2009年之后,除了与以色列政府签订的投资协定是1995签署,其他协定的签署时间都在2005年之后,中国大多数的双边投资协定都是在19世纪末签署并生效的。

的问题。其次,“友好协商条款中”存在许多模糊的表述,容易引发歧义。例如,在“友好协商条款”的第一条中,常常使用“尽量”“尽可能”等模糊词汇,这可能导致仲裁员将其理解为该条款仅涉及友好协商的可能性。再者,“友好协商条款”第二条中提到的“如争议在六个月内未能协商解决”的表述并不明确,尤其是其英文表述“cannot be settled”,可能会被仲裁员解读为该条款并非强制性。

(二) 中国“友好协商条款”的改革路径

根据第三章中提到的仲裁庭“友好协商条款”定性不一的原因,结合中国现行条约规范的现状,中国的“友好协商条款”可以考虑以下的改革路径:

针对可受理性和管辖权区分标准的理论模糊性问题,建议在条约文本中引入“前提条件”或“先决条件”这种表述,同时删除“无条件同意”这种表达。^{⑦④}这一做法可以借鉴2014年生效的中国与加拿大签订的BIT,其“友好协商条款”第21条明确规定了该条款是提请仲裁的前提条件。此外,该协定第32条指出,按照本协定规定的程序,每一缔约方均同意将诉请提请仲裁。未能满足第21条所规定的先决条件中任何一条,则使该同意归于无效。这样的规定直接规避了理论争议,仲裁员无需再探讨可受理性和管辖权的理论争议的问题,因为条约已提供了明确的指引。

在条约文本的表述方面,首先,可以将“友好协商条款”第一条中的“尽可能(as far as possible)”或“尽量”修改为“先(initially)”或“首先努力(primarily endeavor)”这种更为明确的词汇。原因在于使用“尽可能(as far as possible)”一词的语气表达并不强烈,为仲裁庭提供了较大的解释空间。在前述提到的 *Abaclat and others v. Argentina* 案件中,由于BIT使用了“en la medida del possible”或“per quanto possibile”这样的表述,仲裁庭因此得出结论,BIT第8(1)条的规定并非强制性,仅涉及友好协商的可能性。而“先(initially)”和“首先努力(primarily endeavor)”等词汇在一些有限的投资协议中已有应用,例如,中国与圭亚那以及中国与澳大利亚签订的BIT中均使用了“先(initially)”一词,^{⑦⑤}与伊朗签订的BIT中则使用了“首先努力(primarily endeavor)”。^{⑦⑥}当然,也可以直接删除“尽可能”这一表述,部分BIT已采取此做法,将“友好协商条款”第一条直接表述为“缔约一方的投资者与缔约另一方之间关于投资产生的任何法律争议应由当事人友好解决”,例如,中国与卡塔尔和中国与印度

^{⑦④} 这种表达并不常见,但确实存在,比如《中华人民共和国政府和古巴共和国政府关于促进和相互保护投资协定》(修订后)第9条第5款规定:“任一缔约方无条件地同意根据本协议第九条规定的程序将争议提交国际仲裁。”

^{⑦⑤} 参见《中华人民共和国政府和圭亚那共和国政府关于促进和保护投资协定》第9条规定:“一、本协定内,“投资争议”是指缔约一方与缔约另一方投资者因履行本协定下与投资有关的义务所产生的争议。二、就一项投资争议而言,投资争议双方应首先通过协商友好解决。”参见《中华人民共和国政府与澳大利亚政府相互鼓励和保护投资协定》第12条规定:“一、如缔约一方和缔约另一方国民之间发生有关投资和与投资有关活动的争议,争议双方应首先通过协商和谈判寻求解决争议。”

^{⑦⑥} 参见《中华人民共和国政府和伊朗伊斯兰共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第12条规定:“一、东道国缔约一方和缔约另一方的投资者之间就投资产生的任何争议,应首先努力以友好的方式通过谈判和协商解决。”

尼西亚签订的 BIT。^⑦

其次,在“友好协商条款”的第二条中,建议将英文文本中的“can not be settled”修改为“are not settled”。因为一些仲裁庭对“can”的使用较为敏感,例如, Bayindir 仲裁庭通过解释条款中“can not be settled”一词,得出东道国设计该条款的目的和宗旨是达成友好协商的可能性。

综上所述,由于仲裁庭裁决的不确定性,应尽量通过明确的表述来减少仲裁庭的自由裁量空间。本文建议将“友好协商条款”的表述修改为:一、缔约一方与缔约另一方投资者之间就投资有关的任何争议,在提交仲裁之前,应(shall)首先(initially)进行磋商,以求友好解决。除非争端各方另有约定,磋商应在申请仲裁的意向通知提交后的……日内进行。磋商地点应为……,争端各方另有约定的除外。二、只有(only if)在六个月内争议未能(are not be settled)通过协商解决的情况下,当事任何一方才有权将争议提交接受投资的缔约一方有管辖权的法院。

五、结 语

“友好协商条款”普遍规定在 BITs 中。在国际投资仲裁去中心化的背景下,“友好协商条款”的重要性日益凸显,其作用不应仅停留于形式。关于“友好协商条款”的定性问题,值得关注以下几个方面:首先,“友好协商条款”究竟是程序性要求还是管辖权要求,在实践中仍然存在不同观点,尚未形成一致意见,但是最新的案例呈现出倾向于管辖权要求的趋势,例如 Nasib Hasanov v. Georgia 案。希望该案能够在后续实践中成为一个契机,引领对此问题的裁决趋向统一。然而由于国际投资仲裁不存在先例制度,仲裁庭在该问题上的裁决风向仍需继续观察。其次,管辖权与可受理性的理论区分模糊,加之条约文本表述的不明确,扩大了仲裁庭的解释空间,导致仲裁员在裁决时可能出现任意性。这些因素共同造成了“友好协商条款”在定性问题上存在“类案不类裁”的现象。此外,中国的 BITs 中,“友好协商条款”大多存在表述不清的问题。为减少仲裁庭的自由裁量空间,我国在后续条约谈判或订立过程中,应特别注意明确该条款的措辞及适用范围,以期在案件提交国际层面之前,保留国家审查机制。

Abstract: International investment agreements usually provide a dispute settlement mechanism between the investor and the host country, which usually includes an “Amicable Negotiation Clause”. In the practice of international investment arbitration, it often occurs that the investor filed a request for arbitration before the expiration of the amicable negotiation

^⑦ 参见《中华人民共和国政府和卡塔尔国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第 9 条第 1 款及《中华人民共和国政府和印度尼西亚共和国政府关于促进和保护投资协定》第 9 条第 1 款。

period, which leads to many disputes. Among them, the nature of the “Amicable Negotiation Clause” becomes the focus of the disputes. By analyzing the legal reasoning of the investment tribunal in dealing with this clause, not only could it deepen the understanding of this clause, but it could also provide reference for China’s future treaty revision and contracting practice.

Keywords: international investment; amicable negotiation clause; jurisdictional prerequisites; cooling-off period

(责任编辑: 沈 健)

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



9 772096 803247

国内统一刊号: CN10—1667/F

国际标准刊号: ISSN 2096—8035

每期定价: 50元