

□ 热点追踪

- “一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制的完善路径研究……………王祥修 王艺颖 3
- 大湾区金融纠纷一体化解决机制建构……………赵蕾 于恺 蔡绿茵 14
- 论上合组织内多边投资争端解决机制的独立建构……………林 一 28

□ 理论研究

- 商事仲裁电子证据的开示和认证……………陈健 李 贤 45
- 仲裁司法审查中邮寄送达合法性的认定标准探析……………张 建 60

□ 青年学术实践

- 澳门仲裁法律制度的革新与展望——评澳门新《仲裁法》……………包尹歆 71
- 《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 ……赵泽慧 83

□ 实践探究

- 我国法院适用重新仲裁制度的实证研究……………边永民 王资文 96
- 我国商事调解培训机制的构建……………王葆蔚 李 瑶 112
- 律师在调解活动中的角色转变……………乔一涓 王 慧 122
- 涉华仲裁裁决在俄罗斯承认和执行的案例分析及思考……………王源泉 132
- 反垄断争议的可仲裁性实务研究：欧盟与英国 ……邓志松 148

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 4 , 2020 (Serial No. 4)

November 10, 2020

Research on the Perfect Path of China-Russian Commercial Arbitration Mechanism under the “Belt and Road” Initiative	<i>WANG Xiangxiu WANG Yiyin</i> (3)
Construction of Integrated Financial Dispute Resolution Mechanism in the Greater Bay Area	<i>ZHAO Lei YUKAi CAI Luyin</i> (14)
On the Independent Construction of Multilateral ISDS Mechanism in the SCO.....	<i>LIN Yi</i> (28)
Disclosure and Authentication of Electronic Evidence in Commercial Arbitration	<i>CHEN Jian Li xian</i> (45)
Discussion on the Criteria of Legality for Service by Mail in Judicial Review of Arbitration	<i>ZHANG Jian</i> (60)
Reform and Prospect of Arbitration Legal System in Macau — Comment on the New Arbitration Law of Macau	<i>BAO Yinxin</i> (71)
The Cohesion Dilemma and Breakout of United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation — from the View of Validity of Settlement Agreements	<i>ZHAO Zehui</i> (83)
The Application of Re-Arbitration: An Empirical Study of Chinese Courts	<i>BIAN Yongmin WANG Ziwen</i> (96)
On the Training System for Commercial Mediators in China	<i>WANG Baoshi LI Yao</i> (112)
The Change of Lawyer’s Role in Mediation	<i>QIAOYijuan WANG Hui</i> (122)
Cases Analysis and Reflection on the Recognition and Enforcement of China-Related Arbitral Awards in Russia	<i>WANG Yuanquan</i> (132)
A Study on the Arbitrability of Competition and Antitrust Disputes in Practice: EU and UK	<i>DENG Zhisong</i> (148)

“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制的完善路径研究

王祥修 王艺颖*

内容提要 “一带一路”倡议的提出为中俄的经济发展带来了新的机遇,也带来了解决商事纠纷的新挑战,能否妥善解决商事纠纷成为影响中俄经贸往来至关重要的因素。因此,坚持“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制的建设与完善对于促进中俄经济发展具有十分重要的作用。从中俄现有的仲裁法律制度入手,对比两者的仲裁发展现状,总结“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制中存在着法律差异较大、承认与执行不足、国际化水平亟待提升等问题。针对以上问题,“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制的完善应当从完善法律查明互助机制,加大涉外人才培养力度;加强政策沟通机制,促进两国之间的交流与合作;制定改革合作方案,推进商事仲裁的国际化进程等路径进行。

关键词 “一带一路”倡议 中俄商事仲裁机制 完善路径

2019年6月5日,国家主席习近平同俄罗斯总统普京举行会谈时指出,2019年是中俄建交70周年,要促进两国经贸合作全面提质升级,发展中俄新时代全面战略协作伙伴关系,积极推进共建“一带一路”同欧亚经济联盟对接合作,致力于促进地区一体化和区域经济融合发展^①。据中国海关总署最新统计数据,今年1—4月,中俄进出口贸易额约为2344.6亿元人民币,比去年同期增长2.9%。其中,中国从俄罗斯进口约1425亿元人民币,同比增长10.1%^②。但与此同时,中俄地区的商事纠纷,包括但不限于买卖合同纠纷、建设工程合同纠纷,也随着中俄贸易额的增加而增加,能否妥善解决中俄商事纠纷将在很大程度上决定了中俄经贸往来能否顺利进行。而仲裁作为国际上广泛认可的争端解决措施,在“一带一路”倡议下的中俄商事纠纷同样具有不可替代的优势。通过完善中俄商事仲裁机制,为“一带一路”倡议下的中俄经济发展保驾护航,推进丝绸之路经济带建设和欧亚经济联盟建设,促进欧亚地区乃至全世界经济的稳定增长。

* 王祥修,上海政法学院国际法学院教授、副院长;王艺颖,上海政法学院硕士研究生。

① 《习近平同俄罗斯总统普京举行会谈 两国元首共同宣布 发展中俄新时代全面战略协作伙伴关系》,载央视网, <http://news.cctv.com/2019/06/06/ARTI1lmyaqhMGeogiUSXKKTCX190606.shtml>,最后访问日期:2020年7月21日。

② 张光政:《俄中经贸合作展现出韧性和潜力》,载中华人民共和国海关总署网, <http://www.customs.gov.cn//customs/xwfb34/mtjj35/3157794/index.html>,最后访问日期:2020年7月21日。

一、“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制的现状

(一) 中国商事仲裁机制的现状

中国现有的仲裁法律制度是以《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)为基础构建的,其于1994年8月31日发布,历经两次修改,目前适用的是2017年修正的《仲裁法》。《仲裁法》共八章,分别对总则、仲裁委员会和仲裁协会、仲裁协议、仲裁程序、申请撤销裁决、执行、涉外仲裁的特别规定和附则进行立法规定。由此可以看出,中国的商事仲裁机制采取的是“单一制”的立法模式,即国内仲裁和涉外仲裁统一由一部《仲裁法》调整,《仲裁法》只在单独章节内对涉外仲裁做出概括说明。此外,在国际商事仲裁层面,中国加入了《承认及执行外国仲裁裁决公约》(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,以下简称《纽约公约》)《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules,以下简称《仲裁规则》)等国际条约,并设立了中国国际经济贸易仲裁委员会(China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC)香港国际仲裁中心(Hong Kong International Arbitration Centre, HKIAC)等知名的常设商事仲裁机构,积极促进中国仲裁活动的产业化发展。根据CIETAC在2019年发布的《中国国际商事仲裁年度报告(2019-2020)》可知,中国的国际商事仲裁始于1956年CIETAC的设立,当时名称为对外贸易仲裁委员会,迄今已有六十余年的历史^③。在这期间,中国国际商事仲裁工作始终同国内社会发展与国际形势走向接轨,在国家的支持与世界的关注下取得了卓越的发展。以CIETAC为例,2016年至2018年,受理仲裁案件的总量迅速增长,2018年涉案标的额首次突破千亿元人民币大关,标的额上亿元案件达171件^④。同时随着“一带一路”倡议的稳步推进,中国的对外贸易投资持续增长,国际商事仲裁在良好的政策环境下得到更大程度上的推广和运用,并在解决国际货物买卖、建设工程纠纷、服务纠纷、技术纠纷等“一带一路”国家案件的主要争议类型上发挥着至关重要的作用。

(二) 俄罗斯商事仲裁机制的现状

俄罗斯现有的仲裁法律制度可分为国内仲裁和国际商事仲裁两种类型。2016年以前,俄罗斯的国内仲裁主要由2002年7月24日通过的第102-FZ号《仲裁法院法》(Russian Federal Law No. 102-FZ on Arbitration Courts)调整^⑤。2015年12月29日,俄罗斯通过了第382-FZ号的《仲裁(仲裁程序)法》(Russian Federation Law NO.382-FZ on Arbitration (Arbitration Proceedings)),该法自2016年9月1日起对俄罗斯的国内仲裁

^③ 张莉:《我国国际商事仲裁迈上新台阶〈中国国际商事仲裁年度报告(2018-2019)〉发布》,载《中国对外贸易》2019年第11期,第38页。

^④ 同上。

^⑤ Mikhail Ivanov, “The International Arbitration Review (Russian)”, [https://translate.google.com.hk/translate?hl=zh-CN&sl=en&tl=zh-CN&u=https%3A%2F%2Fthelawreviews.co.uk%2Fedition%2Fthe-international-arbitration-review-edition-10%2F1196054%2Frussia&anno=2&prev=search\(last visited: July 21,2020\)](https://translate.google.com.hk/translate?hl=zh-CN&sl=en&tl=zh-CN&u=https%3A%2F%2Fthelawreviews.co.uk%2Fedition%2Fthe-international-arbitration-review-edition-10%2F1196054%2Frussia&anno=2&prev=search(last%20visited%3A%20July%2021%2C2020)).

进行规范^⑥。与此同时,俄罗斯的国际商事仲裁则受1993年7月7日通过的第5338-1号《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》(Russian Federation Law No. 5338-1 on International Commercial Arbitration,以下简称《国际商事仲裁法》)调整,该法以联合国国际贸易法委员会(the United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)1985年通过的《国际商事仲裁示范法》(the Model Law on International Commercial Arbitration, UNCITRAL Model Law)为基础,并经历了两次修订^⑦。其中,最新一次修正案于2015年12月29日通过,并于2016年9月1日生效^⑧。在国际法层面,俄罗斯加入了《纽约公约》《欧洲国际商事仲裁公约》(European Convention on International Commercial Arbitration)等国际条约。虽然俄罗斯采取的是双轨制立法模式,但国内仲裁立法的一些条款同样适用于在俄罗斯境内进行的国际仲裁,例如关于仲裁员的要求、案件材料保留时间、设立国内仲裁机构和外国仲裁机构许可证、调解程序以及仲裁员和仲裁机构责任等条款^⑨。

值得注意的是2015年通过的《国际商事仲裁》修正案。俄罗斯为减少“口袋式”仲裁机构的数量,防止当事人不当使用仲裁使其非法利益合法化,对设立仲裁机构的程序、公司争议的可仲裁性、对仲裁员的要求、国家法院与仲裁机构之间的合作等若干问题作出了重大修改^⑩。首先,常设仲裁机构的设立由登记制变更为审批制,避免“口袋式”仲裁机构现象层出不穷;其次,扩大商事仲裁的受案范围,将公司纠纷纳入可仲裁事项;再次,提高对仲裁员的执业要求,不姑息违法乱纪现象;最后,增强州法院的参与度,提高州法院在任命仲裁员、仲裁庭的管辖权和证据协助方面的作用。总的来说,此次改革是俄罗斯为完善商事仲裁立法,提高仲裁机构作用和地位的重要举措。但俄罗斯仲裁改革的成效却依然存在隐患。一方面,国家增大了对仲裁的控制力度,州法院对仲裁程序的影响力日益增强,这与仲裁本身所具有的高度自治性相违背。另一方面,外国仲裁机构在俄罗斯境内进行仲裁活动需要获取许可这一事实,可能会对俄罗斯作为国际仲裁地的受欢迎程度产生负面影响。但值得肯定的是,在2019年,HKIAC^⑪和维也纳国际仲裁中心(Vienna International Arbitration Centre, VIAC)^⑫分别获得了俄罗斯联邦政府的许可,这在仲裁界普遍认为是俄罗斯推进仲裁国际化进程的重要举措。除此之外,根据

⑥ 同前注⑤。

⑦ Artem Antonov, Evgeny Lidzhiyev, Alexey Belykh, “Arbitration Procedures and practice in the Russian Federation: Overview”, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-385-8113?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)#co_anchor_a97855](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-385-8113?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)#co_anchor_a97855)(last visited: July 21,2020).

⑧ Maxim Kulkov, Sergey Lysov, “Russian Arbitration Law 2016: key issues”, <http://uk.practicallaw.com/w-005-4916>(last visited: July 21,2020).

⑨ Alexander Vaneev, Dimitriy Mednikov, Maxim Kuzmin, “The European Arbitration Review 2020 (Russian)”, <https://translate.google.com.hk/translate?hl=zh-CN&sl=en&tl=zh-CN&u=https%3A%2F%2Fglobalarbitrationreview.com%2Finsight%2Fthe-european-arbitration-review-2020%2F1209804%2Frussia&anno=2&prev=search>(last visited: July 21,2020).

⑩ 同前注⑧。

⑪ Tom Jones, “HKIAC to be licensed in Russia”, <https://globalarbitrationreview.com/article/1190064/hkiac-to-be-licensed-in-russia>(last visited: July 21,2020).

⑫ Ballantyne, “VIAC becomes second institution licensed in Russia”, <https://globalarbitrationreview.com/article/1195175/viac-becomes-second-institution-licensed-in-Russia>(last visited: July 21,2020).

俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院 (the International Commercial Arbitration Court (ICAC) at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, ICAC) 公布的现有数据显示,其 2015 年共受理国际商事仲裁案件 317 起,2016 年共受理 271 起,虽然稍逊于英国伦敦国际仲裁院 (London Court of International Arbitration, LCIA) 同年所受理的案件——2015 年为 326 起,2016 年为 303 起,但明显多于斯德哥尔摩商会仲裁院 (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC) 同年所受理的案件——2015 年为 181 起,2016 年为 199 起^⑬。

二、“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制存在的问题

(一) 比较分析: 法律差异较大

首先,在仲裁的立法模式上,中国采取的是“单一制”的立法模式,即国内仲裁和涉外仲裁统一由一部《仲裁法》调整,《仲裁法》只在单独章节内对涉外仲裁做出说明;俄罗斯采取的是“双轨制”的立法模式,即《仲裁(仲裁程序)法》调整国内仲裁,《国际商事仲裁法》调整国际商事仲裁。这种差异的主要根源还在于两国历史背景和国情的不同。中国的《仲裁法》是在建设社会主义市场经济的时代大背景之下通过和实施的,其在制定的过程中充分考虑了建立社会主义市场经济体制的要求。通过总结既往涉外仲裁和国外涉外仲裁的实践经验,力求推行仲裁立法的国际化和本土化结合,从而营造良好的外商投资环境和法治氛围,彰显改革开放的时代精神^⑭。而俄罗斯现有的仲裁机制在很大程度上是对苏联仲裁成果的继承与改革。1992 年苏联解体后,俄罗斯进入了一个由社会主义制度向资本主义制度全面转型的时期。其中关于转型期的司法改革,俄罗斯保留了 60%~70% 的原有法律传统^⑮。与此同时,为适应市场经济发展变化的需要,俄罗斯引入了现代商事仲裁制度。在旧制与新制冲突与融合的情势下,俄罗斯逐渐形成了现有的“双轨制”仲裁制度^⑯。

其次,在现有的仲裁体系上,中国的司法体系与仲裁体系相对独立,虽然法院对仲裁的程序性事项具有一定的影响力,但法院与仲裁机构的界限较为明显。反观俄罗斯的仲裁体系,其在很大程度上受到了苏联时期的行政仲裁模式的影响。行政仲裁模式最主要的特点是行政权与仲裁权交叉、混淆,仲裁委员会既非普通意义上的法院,也不属于独立的仲裁机构,其实质是带有准司法性质的仲裁机构^⑰。苏联解体后,全苏仲裁委员会和其他仲裁委员会发展演变成了俄罗斯现有体系下的仲裁法院。根据俄罗斯《宪法》和《仲

^⑬ The International Commercial Arbitration Court (ICAC) at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, “Statistics”, <https://mkas.tpprf.ru/en/statistics.php>(last visited: July 21,2020).

^⑭ 郭玉军、付鹏远:《当代中国仲裁的国际化发展:现状、挑战与应对》,载《武汉仲裁》2018年第1期,第61页。

^⑮ 刘向文、高慧铭:《试析俄罗斯联邦的司法改革》,载《俄罗斯中亚东欧研究》2005年第5期,第7页。

^⑯ 方俊:《俄罗斯仲裁制度新发展述评》,载《东南司法评论》2017年总第10卷,第525页。

^⑰ 王振茹:《苏联国家仲裁机构》,载《俄罗斯中亚东欧研究》1983年第3期,第30页。

裁（仲裁程序）法》的规定，仲裁法院隶属于联邦法院系统，受理特定的经济纠纷案件。而具有现代商事仲裁性质的仲裁机构主要是俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院、俄罗斯联邦工商会海事仲裁委员会等常设仲裁机构。值得注意的是，2015年通过的《商事仲裁法》修正案对常设仲裁机构的设立由登记制变更为审批制，并将设立主体限定为非营利组织，力求通过规范化管理有效解决“口袋式”仲裁机构现象，保障仲裁机构的公正性与独立性，防止大型公司自设仲裁机构谋取非法利益。

最后，中国与俄罗斯在仲裁协议、管辖权、临时保全措施、承认与执行等具体内容上也存在着较大差异。如图所示，在仲裁协议方面，中国《仲裁法》关于仲裁协议的生效要件要比俄罗斯《国际商事仲裁法》的规定更为严格，且与俄罗斯 ICAC 依法具有管理临时仲裁的职能相比^⑮，中国现有的仲裁体制尚缺乏临时仲裁的规定。在管辖权方面，俄罗斯设有独特的强制性仲裁管辖权制度，这与苏联时期的国际商事强制仲裁制度有关。同时在仲裁协议有效性审查一事上，俄罗斯由仲裁庭自主决定是否具有管辖权，中国《仲裁法》则赋予了法院的裁判优先权。在临时保全措施方面，中国依法作出临时保全措施的机构仅限于法院，而俄罗斯法院、仲裁机构、ICAC 主席均享有作出临时保全措施的权利，二者相比中国的做法偏于保守。在承认与执行方面，中国与俄罗斯均是《纽约公约》的缔约国，但俄罗斯仲裁法院设立了繁琐且复杂的承认与执行程序，且在实践中，俄罗斯仲裁法院往往通过扩大解释《纽约公约》的相关规则来拒绝承认与执行外国仲裁裁决^⑯。

	中国	俄罗斯
仲裁协议	1. 生效要件：请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会 ^⑰ 2. 不可仲裁事项：（1）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（2）行政争议；（3）知识产权、破产、不正当竞争、反垄断等 ^⑱ 3. 临时仲裁：不承认 4. 有效性审查：法院 > 仲裁委员会	1. 生效要件：书面协议、请求仲裁的意思表示 2. 不可仲裁事项：消费者争议、劳动争议、知识产权的登记与授予、不动产争议和国有财产相关的争议 ^⑲ 3. 临时仲裁：承认 4. 有效性审查：仲裁机构
管辖权	1. 管辖权依据：仲裁协议 2. 仲裁协议有效性审查：法院 > 仲裁委员会	1. 强制性仲裁管辖权：仲裁机构可根据国际条约的强制仲裁规定进行管辖，不以当事人的仲裁协议为依据 2. 仲裁协议有效性审查：仲裁机构

^⑮ See Regulations on Organizational Principles of Activity of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Article 1.

^⑯ 冯彦翔：《俄罗斯国际商事仲裁制度研究》外交学院国际法系 2013 年硕士学位论文，第 29 页。

^⑰ 参见《仲裁法》第 16 条。

^⑱ 唐建辉、李如虎：《我国涉外仲裁国际化发展中的法律障碍分析》，载《国际经贸探索》1999 年第 1 期，第 61 页。

^⑲ 冯彦翔：《俄罗斯国际商事仲裁制度研究》，外交学院国际法系 2013 年硕士学位论文，第 18 页。

	中国	俄罗斯
临时保全措施	1. 法院专属权利制: 仅有法院享有作出临时保全措施的权利	1. 并存权利制: 法院和仲裁庭享有作出临时保全措施的权利 2. 俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院主席享有采取临时保全措施的权利
承认与执行	1. 管辖权: 人民法院 1. 依据《仲裁法》执行外国仲裁裁决 2. 依据《纽约公约》执行外国仲裁裁决, 但有商事保留和互惠保留	1. 管辖权: 俄罗斯仲裁法院 2. 程序: (1) 向仲裁法院提出申请; (2) 俄语文本材料 3. 执行: 执行员制度

(二) 实践分析: 承认与执行存在不足

承认与执行是国际商事仲裁的重要组成部分, 缺乏各国司法系统对承认与执行的有力保障, 国际商事仲裁的存在便如同虚设。从法律层面而言, 中国仲裁裁决若想在俄罗斯申请承认与执行, 需要参照《仲裁(仲裁程序)法》《纽约公约》《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》(以下简称《中俄司法协助》)的相关规定。反之, 俄罗斯仲裁裁决若在中国申请承认与执行, 同样需要参照《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)《仲裁法》《纽约公约》《中俄司法协助》的相关规定。

如上文所述, 俄罗斯在法律层面设立了复杂且繁琐的执行程序, 这无疑为外国仲裁裁决在俄罗斯的承认与执行造成一定的困难。首先, 从承认和执行制度来看, 无论是俄罗斯境内的国际商事仲裁机构还是境外的国际商事仲裁机构, 其仲裁裁决的执行都必须由俄罗斯仲裁法院签发承认和执行仲裁裁决的执行令。向俄罗斯仲裁法院提起的材料, 包括但不限于俄文版本的仲裁协议、仲裁裁决书、通知证明、送达证明等^②。此外, 俄罗斯为强制执行仲裁裁决创设了执行员制度, 俄罗斯仲裁法院作出的承认和执行判决将由司法部下属的执行员予以执行, 法院对所作判决的执行情况影响较小, 无法有效的保证外国仲裁裁决的承认与执行^③。

其次, 从俄罗斯仲裁法院作出的承认与执行判决来看, 法官在审理案件的过程中往往存在法律适用错误的情况。例如石家庄婷世兰鹏进出口贸易有限公司申请承认和执行 CIETAC 于 2015 年 2 月 6 日作出的仲裁裁决, 承认与执行仲裁裁决应当援引《中俄司法协助》第 20 条和《纽约公约》以及俄罗斯国内法律的相关规定, 但本案法官却错误的援引了《中俄司法协助协议》针对法院裁决的条款^④。又如比亚迪股份有限公司申请承认和执行 CIETAC 于 2015 年 9 月 2 日作出的仲裁裁决, 法官错误的参照俄罗斯诉讼程序的规定对开庭通知这一仲裁程序性事项进行法律评估, 而非援引相应的仲裁规

^② 周广俊:《外国仲裁裁决如何在俄罗斯申请承认和执行》,载中俄法律网, http://www.chinaruslaw.com/CN/LawsuitArbitrate/002/2018111293844_970562.htm, 最后访问日期: 2020年7月21日。

^④ 冯彦翔:《俄罗斯国际商事仲裁制度研究》,外交学院国际法系 2013 年硕士学位论文,第 30 页。

^⑤ 北京市信达立律师事务所:《中国仲裁裁决在俄罗斯承认和执行案例分析报告(2018)》,载中俄法律网, https://vk.com/doc303770446_484243792?hash=f67ed828ab67dbdc25&dl=77f14b53978867dc3e, 最后访问日期: 2020年7月21日。

则^{②6}。虽然上述两案法官的法律适用错误对裁判结果并无不当影响,但无疑构成了外国仲裁裁决在俄罗斯承认和执行的潜在隐患。

(三) 展望分析: 国际化水平亟待提升

随着国际贸易与跨境投资的快速发展,仲裁的国际化发展成为必然趋势,其内涵正如陈福勇在《新时代的融合: 中国仲裁的国际化与国际仲裁的中国化》一文中所提及的,具有以下三个方面的含义: 仲裁案件来源的国际化、仲裁服务水准的国际化、品牌塑造战略的国际化^{②7}。试论三者的关系,仲裁服务水准的国际化应当是仲裁案件来源国际化和品牌塑造战略国际化的重要前提条件。在这种背景下,任何国家都不可能置身事外,不予重视必然会导致国内仲裁机构案源的流失。对此,中俄两国均以积极的心态推进仲裁的国际化进程,但依然存在一定的不足。

首先是国内仲裁制度尚待完善,对于中国而言,可仲裁事项过少、仲裁协议生效要求严格、不承认临时仲裁等仲裁立法的规定都与国际商事仲裁的发展存在脱节;俄罗斯同样也是如此,其受历史背景和本国国情的影响,经历了由社会主义国家转变为资本主义国家、计划经济转变为市场经济的过渡期,商事仲裁难免充斥着保守与革新相冲突的矛盾色彩。一方面,俄罗斯国际商事仲裁既存在着较为先进的管辖权和临时保全措施规定,另一方面,其在可仲裁事项、承认与执行等制度的立法偏于保守,国家干预较为严重,对商事仲裁尤其是公司仲裁作出了过多的限制。

其次是仲裁方式急需创新。根据《中苏交货共同条件》的规定,仲裁机构根据被诉方进行选择,即“被诉方是中华人民共和国的外贸企业和组织,则由设在北京的中国国际贸易促进委员会根据该委员会的规则进行仲裁,而被诉方是苏维埃社会主义共和国联盟的企业和组织,则由设在莫斯科的苏联工商联仲裁庭根据该庭的条例进行仲裁”^{②8}。苏联解体后,《国际商事仲裁法》规定 ICAC 是苏联工商联国际商事仲裁庭的法律承继者。两个仲裁机构分别位于北京和莫斯科,一旦涉及中俄之间的商事纠纷,必然会有一方当事人需要跨越国界,到异国进行纠纷解决,且民商事纠纷的仲裁案件审理时间通常长达半年以上^{②9},这就意味着以仲裁的方式解决中俄商事纠纷将会花费巨大的时间成本与路途成本。可想而知,高额的仲裁成本势必会对中俄两国的仲裁环境造成不良影响。因此在互联网产业迅速发展的时代,中俄急需运用新兴技术,创新仲裁方式,构建更加高效便捷的商事仲裁机制,为当事人创造更加优质的仲裁服务。

最后是国际影响有待加强。东部陆海丝绸之路经济带是“一带一路”倡议下的重要组成部分,我国华东、华南、华中、华北、西北和西南地区依托各种战略机遇均已构建成

^{②6} 北京市信达立律师事务所:《中国仲裁裁决在俄罗斯承认和执行案例分析报告(2018)》,载中俄法律网, https://vk.com/doc303770446_484243792?hash=f67ed828ab67dbdc25&dl=77f14b53978867dc3e, 最后访问日期: 2020年7月21日。

^{②7} 陈福勇:《新时代的融合: 中国仲裁的国际化与国际仲裁的中国化》,载《人民法治》2018年第5期,第8页。

^{②8} 参见《中苏交货共同条件》第52条。

^{②9} 刘青杨、金鹏:《民商事在线非诉纠纷解决机制的构建——以中国和俄罗斯的贸易往来为例》,载《汉江论坛》2018年第10期,第129页。

具有一定影响力的区域性国际仲裁中心,唯独东北部尚缺少区域性的国际仲裁中心。而东北部作为东北亚中心地带,涵盖我国东北三省和内蒙,东邻朝鲜,西连蒙古,北接俄罗斯,与日本、韩国隔海相望,具有十分显著的区域独立性和外向性。但遗憾的是,东北部地区仲裁的国际化水平普遍不高,无法独立承担起化解国际商事纠纷的重任,影响了仲裁在解决商事纠纷中的实用性和重要性。因此,中俄作为“一带一路”倡议下重要的合作伙伴,主导构建东北部区域国际仲裁中心是十分必要的。

三、“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制的完善路径

(一) 完善法律查明合作机制,加大涉外人才培养力度

外国法查明是在“一带一路”倡议下审理涉外民商事案件的基础,也是正确适用外国法的前提。如上文所述,中俄的商事仲裁制度在立法模式、仲裁体系、具体内容等方面均存在着巨大的法律差异,且语言、国情和历史背景的差异也为仲裁法律的解释和适用造成一定的挑战。因此,在“一带一路”倡议的背景下,中俄面对法律差异的不同首先应当建立健全两国之间关于仲裁的外国法查明制度,积极拓宽外国法的查明途径,适时增加更多的查明中心,完善“一带一路”倡议下中俄法律查明合作机制,以便当事人、仲裁机构、法院等主体能够及时准确地查明相关法律,有效解决中俄商事纠纷^⑩。例如在CIETAC和ICAC的官方网站上增设相应的法律查明板块,详细列举中俄仲裁案件可能适用的法律、规则、案例和解释,并提供文本链接和下载路径。对此可以借鉴北京市信达立律师事务所运营的中俄法律网,其条理清晰的板块设计和丰富全面的法律内容对于查明中俄商事仲裁法律制度、了解中俄商事仲裁实践走向具有十分重要的参考价值。

其次,中俄应当注重培养精通外语、专业扎实的涉外法治人才,通过政策补助、合作培养等方式向中俄商事仲裁机构输送优质的法律人才。其一是培养法律外语人才,在“一带一路”沿线国家复杂多样的语言环境下,外语匮乏将无法准确领悟不同国家的仲裁制度和立法精神,专业贫瘠则无法提供优质可靠的仲裁服务。因此,只有培养优质的法律外语人才,才能打破中俄商事仲裁法律隔阂、促进两国商事仲裁的互助与交流。其二是培养涉外仲裁人才,专业扎实是打造国际仲裁员队伍、提高仲裁公信力的重要保障。只有培养本土化的涉外仲裁人才,才能更好地结合两国国情,做出具有公信力的仲裁裁决,有效解决中俄两国之间的商事争议,从而形成具有国际影响力的仲裁品牌,不断推进中俄商事仲裁走向世界的舞台。

(二) 加强政策沟通机制,促进两国之间的交流与合作

面对中俄商事仲裁在实践中存在的承认与执行等问题,双方首先应当加强政策沟通。政策沟通是“一带一路”倡议下沿线国家的合作重点之一,其被认为是“一带一

^⑩ 刘敬东:《繁荣“一带一路”法治研究,构建“一带一路”法治理论体系》,载中国法学网, <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=5652>,最后访问日期:2020年7月21日。

路”建设的重要保障。通过加强多层次政府间合作,构建中俄两国宏观政策沟通交流机制,深化利益融合,促进政治互信,达成合作新共识。中俄商事仲裁机制的完善同样离不开两国良好的政策沟通和国家层面的重视。以中联重科股份有限公司申请承认和执行CIETAC作出的仲裁裁决为例,一审管辖法院即莫斯科市仲裁法院裁定不予承认和执行该项裁决,后中联重科股份有限公司不服提起上诉,二审法院莫斯科大区仲裁法院驳回其上诉请求,维持一审裁定。中联重科股份有限公司继续上诉至俄罗斯联邦最高法院,俄罗斯联邦最高法院对该案给予足够高的重视,亲自审理证据材料并重新认定事实,最终推翻二审法院裁定,承认和执行CIETAC作出的仲裁裁决^①。俄罗斯联邦最高法院无疑是此案翻盘的关键转折点,可见,在同样的事实和证据材料面前,国家层面的重视将成为仲裁裁决承认和执行的有力保障。

其次,在政策沟通的基础上,中俄可以适当推进《中俄司法协助条约》的补充与完善。《中俄司法协助》中关于承认与执行的条款规定在第三章的第16条至第21条。其中,第16条至第20条均是涉及法院裁决的承认与执行条款,只有第21条是关于仲裁裁决承认与执行的规定。根据《中俄司法协助条约》的规定,双方应当根据《纽约公约》相互承认与执行在对方境内作出的仲裁裁决^②。但考虑到《纽约公约》中拒绝承认和执行的理由解释是由各执行地法院自行决定的,而《中俄司法协助》又未对此作出统一的规则适用标准,同时俄罗斯仲裁法院在实践中常存在承认与执行的适用法律错误,《中俄司法协助》的补充与完善便具有实践性的指导意义。换言之,通过增加有关仲裁裁决承认与执行的适用条款,出台司法解释和案例说明,建立中俄仲裁裁决的承认和执行建立统一的适用标准,实现中俄政策沟通与仲裁互助的良性循环,为“一带一路”倡议下沿线国家达成争端解决友好合作作出良好示范。

(三) 制定改革合作方案,推进商事仲裁的国际化进程

第一,完善国内仲裁法律制度。系统全面的仲裁法律制度是经济贸易合作与发展的重要保障,根据上文所述,中国仲裁存在着可仲裁事项过少、仲裁协议生效要求严格、不承认临时仲裁等与国际商事仲裁不相适应的立法规定,而俄罗斯仲裁同样在可仲裁事项、承认与执行等方面偏于保守。因此,为促进“一带一路”倡议下的中俄经贸合作,推进两国商事仲裁的国际化进程,完善相应的仲裁制度是十分必要的。首先,中俄双方可以就可仲裁事项作出互惠说明,为两国之间的知识产权、破产、不正当竞争等争议纠纷提供便利,通过实践经验考量本国仲裁立法是否应当扩大可仲裁事项、如何扩大。其次,对于临时仲裁,中国在加入《纽约公约》时并未对临时仲裁作出保留,但国内立法却始终处于制度缺位的状态。令人欣喜的是,最高人民法院出台的政策已尝试对临时仲裁作出初步的引导^③,并在自由贸易区内制定临时仲裁的相关规范,探索建立实体法层面的临时仲

^① 陈芄屹:《俄罗斯联邦最高法院“亲自”承认中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁裁决》,载信达立律师事务所网,<http://www.xindalilaw.com/newsitem/278330655>,最后访问日期:2020年7月21日。

^② 参见《中俄司法协助》第21条。

^③ 参见《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第9条。

裁制度。目前已有部分自由贸易区将临时仲裁予以落实,并颁布相应的临时仲裁规则,例如《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》。该规则的第3条规定了临时仲裁的适用范围,包括具有明确临时仲裁意思的自由贸易试验区内注册的企业之间的仲裁案件,以及其他当事人依据双方约定的解决财产权益纠纷的法律可以采用临时仲裁方式的仲裁案件^④。有鉴于此,中国完善临时仲裁制度的契机便在于国家的政策指导和自由贸易区的经验总结,通过对横琴自由贸易试验区内临时仲裁制度进行持续性的观察和评估,总结中国临时仲裁制度得以在全国推广的实践经验,最终实现《仲裁法》的修订与完善^⑤。

第二,建立中俄在线仲裁机制。在线仲裁机制作为在线纠纷解决机制(Online Dispute Resolution, ODR),指的是运用互联网平台解决商事纠纷,是仲裁在网络空间的应用,具有远程交流缓解负面情绪、克服空间距离、质证便捷、当事人对过程及结果控制力强等优势^⑥。“一带一路”倡议的推行和互联网信息技术的运用为在线仲裁带来了重大的机遇。首先,在“一带一路”倡议下,中俄作为世界大国,理应担负起创新争端解决机制的义务与责任,形成具有国际水准的在线仲裁机制。其次,早在2002年,CIETAC就开通了网上仲裁。2016年6月29日,最高人民法院发布《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,其中第15条明确提出了要推广现代信息技术在多元化纠纷解决机制中的运用,无论是在理论还是实践层面,中俄都具有在线仲裁机制发展的良好的政策环境和技术支持。因此,中俄双方应当在互相尊重主权、尊重国际法基本原则、尊重当事人意思自治的基础上,协商制定在线仲裁机制的适用规则,通过小范围的试点试行,发现规则运行的漏洞和缺陷,加以完善并逐步推广。同时要依据双方协商一致的在线仲裁机制的适用规则,完善与之相配套的国内立法和司法解释,从而保障在线仲裁裁决得以承认与执行。最后,要推进互联网信息技术平台的基础建设,引入人工智能技术,作为辅助系统协助争议双方当事人进行有效的沟通交流,同时组建精通中俄法律和语言、熟练掌握互联网技术的专业仲裁团队。

第三,合作构建东北部区域国际仲裁中心。首先要加强国际交流,消除法律障碍。在国际上,积极主动地与联合国贸易法委员会和其他国际商事仲裁机构沟通交流,以获得国际社会的支持,同时加强中俄双方的协作配合,争取在法律层面上确认东北部区域国际仲裁中心成立的合法性和管辖的有效性。其次要借鉴先进经验,制定开放规则。中俄双方可以借鉴目前成熟有效的区域性国际仲裁中心的运作机制或适用规则,例如以自贸区为契机而成立的上海国际仲裁中心。对此,应当以开放包容的心态进行学习,制定出遵循国际仲裁规则精神和适应时代发展的东北部区域国际仲裁中心规则。最后要加大人才引进,组建优质队伍。作为“一带一路”倡议下争端纠纷解决的重要组成部分,东北部区域

^④ 参见《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第3条。

^⑤ 叶雄彪:《从理念到实践:论“一带一路”背景下临时仲裁的制度构建》,载《河南财经政法大学学报》2016年第6期,第135页。

^⑥ 刘青杨、金鹏:《民商事在线非诉纠纷解决机制的构建——以中国和俄罗斯的贸易往来为例》,载《汉江论坛》2018年第10期,第130页。

国际仲裁中心应当具有面向世界、面向未来的国际化视野,组建适应多元化需求的高素质仲裁队伍,为“一带一路”倡议下的商事纠纷解决奠定坚实的人力基础和观念保障。

四、结 语

自中俄建交后,两国的经济合作发展呈现良好趋势,“一带一路”倡议的提出也为中俄的经济发展提供了良好的契机。与此同时,中俄商事纠纷也伴随着两国经贸往来的增加而增加,妥善处理两国之间的商事纠纷对于促进中俄经济增长具有十分重要的作用。仲裁以其自治性、专业性、保密性、高效性在解决商事纠纷上依然具有不可替代的独特优势,但在中俄现有仲裁法律制度的背景下,较大的仲裁法律差异、承认与执行的欠缺、亟待提升的国际化水平使仲裁在妥善解决中俄商事纠纷的道路上困难重重。因此,“一带一路”倡议下中俄商事仲裁机制的完善路径首先应当完善法律查明路径,加大涉外人才培养力度。其次,应当加强政策沟通,促进两国之间的交流与合作。最后,应当紧跟时代潮流,推进商事仲裁的国际化进程。通过完善“一带一路”倡议下的中俄商事仲裁机制,不断推进共建“一带一路”同欧亚经济联盟对接合作,最终实现地区一体化和区域经济融合发展。

Abstract: The “Belt and Road” initiative has brought new opportunities for the economic development of China and Russia, as well as new challenges in resolving commercial disputes. Whether the commercial disputes can be properly resolved has become a crucial factor affecting the economic and trade exchanges between China and Russia. Therefore, adhering to the construction and improvement of the China-Russian commercial arbitration mechanism under the Belt and Road initiative plays a very important role in promoting China-Russian economic development. Comparing the existing arbitration legal systems between China and Russia, we can summarize some problems, such as the large legal differences, insufficient recognition and enforcement, and the urgent need to improve the level of internationalization. In response to the above problems, the improvement of the China-Russian commercial arbitration mechanism under the “Belt and Road” initiative should start from these aspects: first, strengthen foreign law identification, increase the training of foreign-related talents; second, promote policy communication and cooperation between China and Russia; third, develop a reform cooperation plan, promote the internationalization of commercial arbitration.

Keywords: The Belt and Road Initiative; Chinese and Russian commercial arbitration mechanism; perfect path

(责任编辑:刘 纲)

大湾区金融纠纷一体化解决机制建构

赵蕾 于恺 蔡绿茵*

内容提要 大湾区在金融体系和纠纷解决体系呈现出的“双重差异性”,不利于大湾区金融市场的一体化发展,也无法满足粤港澳金融消费者多元化、多层次、快速有效的跨境解纷需求。对此,根据法治原则、共建共治共享原则、协同治理原则,整合三地解纷资源,优化调解合作机制;按照纠纷解决金字塔(DRP)、纠纷解决系统设计(DSD),设计以“粤港澳金融调解合作”为中心、以调仲对接、调诉对接为补充的大湾区金融纠纷一体化解决机制,为粤港澳大湾区金融建设提供“一体化”的金融解纷机制和“全链条”的金融治理体系。

关键词 大湾区 金融纠纷 调解合作机制 一体化解决机制 金融治理体系

一、大湾区金融纠纷解决机制的现状与问题

粤港澳大湾区建立在一个国家、两种制度、三个关税区、三种货币条件下,既是一个具有国际竞争力的大湾区,也是中国提高国际参与度、世界话语权的“世界级城市群”。在大湾区 5.6 万平方公里的空间范围内,汇集了社会主义法系、大陆法系和普通法系三种主要的法系类型及相关的纠纷解决资源,这在世界范围内都是绝无仅有的现象。虽然粤港澳的法系差异给大湾区一体化解决机制的建立带来一定的制度障碍,但如若运用得当也会成为一种制度和资源优势。三种法系既为大湾区的法律借鉴与移植提供了便利的条件,也为纠纷当事人提供了丰富的选择空间。

(一) 粤港澳金融纠纷解决机制的发展现状

大湾区金融纠纷解决机制研究的出发点在于为跨境金融消费当事人提供经济而便捷的纠纷解决服务,但其实践中的落脚点则是对大湾区内丰富多样的纠纷解决资源进行汇集整合。大湾区金融纠纷解决机制的建立不仅是对金融消费者权利和利益冲突的管理,也是三地现代金融治理的创新形式。

1. 粤港澳金融纠纷解决研究综述

跨境金融纠纷解决机制主要包括诉讼、仲裁和调解三种方式。这三种机制各有利

* 赵蕾,华南农业大学人文与法学学院副教授;于恺,华南农业大学硕士研究生;蔡绿茵,华东政法大学硕士研究生。本文系国家社科基金项目“粤港澳大湾区商事纠纷解决合作机制研究”(19BFX205)阶段性成果。

弊,在金融市场中各自发挥了重要的作用。不过随着大湾区金融市场的一体化程度逐渐加深,三地传统的“以诉讼为中心”、“各自分立”、周期长、成本高的纠纷解决机制明显应对乏力,无法满足大湾区金融服务的一体化、高效性、低成本的解纷需求。

(1) 诉讼是三地金融纠纷解决机制中的基础,也是解决金融纠纷的最终途径。诉讼是推动金融实体法成长的本源,具有一定的“立法”功能。^①然而相比调解、仲裁等非诉讼纠纷解决机制,诉讼存在耗时长、成本高、执行难等问题,虽然有《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》(2019)、《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》(2006),香港判决能否得到内地承认与执行还是存在一定法律障碍。反之亦然。此外,因为粤港澳分属社会主义法系、英美法系和大陆法系,立法内容和司法体系都不同,跨境金融诉讼容易出现当事人挑选法院、挑选准据法的问题,背离“判决结果一致性”的价值目标,损害了大湾区商事秩序的稳定性和安全性。^②

(2) 仲裁在跨境商事活动中发挥着重要的作用,在三地金融纠纷解决机制中具有一定的普及性和可执行性。仲裁裁决可以在内地、香港等 163 个国家或地区得到承认和执行。^③但是大湾区区域仲裁发展严重不平衡,香港多次位列世界首选仲裁地前四位,仲裁法律服务发展较快,而广东和澳门仲裁接受度不高。^④在纠纷解决模式上,香港 FDRC 采用“调解+仲裁”模式,广东和澳门采用的是单纯仲裁模式,金融仲裁亦主要是指机构间的仲裁,而非机构与消费者之间的仲裁。金融仲裁程序必须以双方仲裁协定为前提,且仲裁收费高昂,周期也比较长,适用于标的额较大的金融纠纷,无法适用于小额金融纠纷的解决。^⑤

(3) 调解与诉讼以及仲裁相比,具有快捷灵活、成本低廉等优点,非常适于解决金融消费纠纷,^⑥在大湾区金融纠纷解决机制中具有普及性和可执行性。在 ADR 席卷全球过程中,调解作为一种世界范围内通用的纠纷解决方式超越了法律体制上的差异,逐渐形成了全球调解趋势。^⑦全球现代调解制度已经打破法系界限,呈现趋同化或统一化趋势。^⑧中国已经签署《新加坡调解公约》,赋予因商事调解达成的和解协议跨境执行“牙齿”,^⑨协议的跨境执行得到国际公约的保障。不过,公约执行的范围仅限于因国际商事调解达

① 杨培龙:《金融消费纠纷解决机制研究》,郑州大学 2016 年硕士学位论文,第 17 页。

② 谢雯、丘概欣:《粤港澳大湾区建设中司法合作与司法保障的路径——以涉港澳民商事审判为视角》,载《法律适用》2019 年第 9 期,第 51 页。

③ Palau accedes to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, https://uncitral.un.org/en/Palau_NYC(last visited: August 23,2020).

④ 文雅靖:《如何协调粤港澳大湾区法律制度体系》,载《开放导报》2019 年第 2 期,第 59 页。

⑤ 陈玉璞:《英国金融纠纷解决机制及其对中国的启示》,广东外语外贸大学 2015 年硕士学位论文,第 24 页。

⑥ 江保国、赵蕾、孙梦:《论粤港澳大湾区金融消费纠纷调解合作机制的构建》,载《理论月刊》2020 年第 2 期,第 70 页。

⑦ Nadja Alexander, *GLOBAL TRENDS IN MEDIATION*, 42 (2003).

⑧ 王福华:《现代调解制度若干问题研究》,载《当代法学》2009 年第 6 期,第 133 页。

⑨ Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, 2019 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 1(2019).

成的和解协议。如果粤港澳可以建立起三地联合调解合作机制,调解协议得到认可执行,将大大提高大湾区金融纠纷解决的效率,对建立共商、共建、共享的多元化纠纷解决机制大有裨益。

2. 粤港澳金融纠纷解决资源概述

粤港澳三地金融解纷资源禀赋可谓各有所长。广东拥有丰富的多元化纠纷解决实践和金融纠纷解决先行先试空间。早在2013年,广东便开始探索设立专门性组织进行金融消费者保护与相关纠纷调解工作的发展模式。随后广东各地市纷纷展开本土化探索,目前依托金融消费者权益保护社会组织,广东21个地市设立了金融纠纷调解中心或人民调解委员会,实现调解组织全省覆盖。截至2020年2月末,广东(不含深圳)辖内各地市金融纠纷调解中心累计受理金融纠纷调解案件1401件,成功调解1181件,调解成功率84.30%,司法确认144件,涉争议金额11.09亿元。^⑩虽然,诉讼仍然是广东金融纠纷解决机制的核心,但替代性纠纷解决机制的探索正在使诉讼走向多元和包容。2017年3月9日,广东省高级人民法院出台《关于进一步加强诉调对接工作的规定》,完善诉调对接及司法确认等程序,满足人民群众多元司法需求。除此之外,广东金融纠纷解决机制的探索带有明显的涉港澳特色:2018年6月,最高人民法院在深圳设立第一国际商事法庭,对广东提升解决跨境商事纠纷的能力起到重要作用;^⑪南沙国际仲裁中心、珠海国际仲裁院、横琴新区国仲民商事调解中心、珠港澳商事争议联合调解中心等仲调机构的建立为多元化解跨境金融纠纷积累了先行先试的丰富经验。

香港拥有世界领先的国际商事解纷资源。在世界银行发布的《2020营商环境报告》(Doing Business2020)中,香港的营商环境高居全球第3位。^⑫香港的仲裁发展水平很高,先进的仲裁规则、公正独立的司法系统、高效的仲裁执行使其在2018年被评为世界第四首选仲裁地。虽然在2019年,香港并未入选榜单,但其雄厚的仲裁实力仍然不容小觑。在金融危机的影响下,香港设立了以担保有限公司为形式的香港金融纠纷调解中心(FDRC)。FDRC在程序设计上吸收了英国的金融申诉专员模式(FOS)对金融消费者倾斜保护的精神,为客户提供了一种独特的寻求双方均满意的诉讼外金融解纷途径。FDRC并未设置独立的调解程序,而是采用“调解+仲裁”的模式,调解只是仲裁的前置性程序。

澳门的金融纠纷解决机制具有典型的大陆法系特色,其法律传统与属于社会主义法系的广东差异较小。除了诉讼之外,仲裁、调解同样成为澳门金融纠纷解决的重要方式。

^⑩ 《“巧解”金融纠纷 广东探索建立金融纠纷多元化解有效机制纪实》, https://www.financialnews.com.cn/qy/dfjr/202003/t20200326_186361.html, 最后访问日期: 2020年8月23日。

^⑪ 孙航:《最高人民法院第一第二国际商事法庭开始正式办公》,载《人民法院报》2018年6月30日。

^⑫ 世界银行:“Doing Business2020”,<https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2020>, 最后访问日期: 2020年8月23日。

目前,澳门共有三个仲裁机构,其中澳门消费争议仲裁中心、^⑬ 澳门世贸中心仲裁中心^⑭ 可以处理金融纠纷。与广东相似,澳门的调解制度可分为司法调解及非司法调解。不同之处在于,目前澳门并未设立独立的调解机构,但是设立了独立的仲裁机构。当澳门消费争议仲裁中心受理金融纠纷时,调解主要作为仲裁的强制性前置程序。经调解达成的协议的确认裁决,与仲裁法官经审理有关争议所作的裁决具有相同的法律价值与效力。而澳门世贸中心仲裁中心的调解程序具有独立性,该中心所达成的调解协议具有非司法和解性质。

(二) 粤港澳金融纠纷解决机制的主要问题

粤港澳内含三大法域,三种金融监管形式、三种货币体系,在金融投资、金融监管、法律体系、纠纷解决方面具有很大的差异性。随着大湾区金融互联互通进程加快程度加深,^⑮ 金融产品日益多样化和互联网金融的迅猛发展,金融纠纷大量涌现,金融市场监管、金融环境治理面临挑战,在很大程度上影响了大湾区金融市场与服务一体化的发展、法治营商环境的建立以及世界金融中心的打造。

大湾区三地在金融体系、纠纷解决体系的“双重差异性”,不利于法治营商环境的改善,也不利于大湾区金融市场的一体化发展,更无法满足粤港澳金融消费者多样化、多层次、快速有效的解纷需求。当前,粤澳在金融纠纷调解合作方面进行了探索,取得了一定成果,但是三地调解合作仍然处于框架阶段。如何在金融调解合作框架基础上进一步完善大湾区金融纠纷调解合作机制,如何在金融支持粤港澳大湾区建设基础上进一步实现大湾区金融纠纷解决机制的一体化,成为粤港澳金融市场发展和大湾区建设中亟待解决的问题。

纠纷解决不仅是对权利和利益冲突的管理,也是一种重要的社会治理方式。为了营造更加稳定、公平、透明的营商环境,为大湾区金融市场一体化发展提供强有力的法治保障,为金融消费者提供快速、有效、一致的纠纷解决方式,如何构建以粤港澳金融纠纷调解合作为基础,以调仲对接、调诉对接为补充的大湾区金融纠纷一体化解决机制,成为本文的主要研究目的。

二、大湾区金融纠纷调解合作机制的优化

目前,《粤港澳大湾区发展规划纲要》的出台以及《粤港合作框架协议》《粤澳合

^⑬ 澳门消费者委员会官网:“消费争议仲裁中心简介”,<https://www.consumer.gov.mo/CAC/Intro.aspx?lang=zh>,最后访问日期:2020年8月23日。

^⑭ 澳门世界贸易中心:“澳门世界贸易中心仲裁中心简介”,<http://www.wtc-macau.com/arbitration/cht/index.htm>,最后访问日期:2020年8月23日。

^⑮ 2020年6月29日,中国人民银行会同香港金管局、澳门金管局发布公告,将在粤港澳大湾区开展“跨境理财通”业务试点。大湾区金融互联互通必将促进粤港澳居民个人跨境投资便利化,为内地与香港澳门的金融合作带来新的发展机遇。参见《央行:决定在粤港澳大湾区开展“跨境理财通”业务试点》,载凤凰网,<https://finance.ifeng.com/c/7xhYxPxStVo>,最后访问日期:2020年8月23日。

作框架协议》《粤港澳大湾区消费维权合作备忘录》《粤澳地区金融纠纷调解合作框架协议》等合作探索为大湾区金融解纷合作提供镜鉴；内地与港澳特别行政区已在民商事司法协助领域建立起了包括送达、取证、判决（仲裁裁决）互认、仲裁保全等在内的较全面的制度体系和工作机制，为大湾区金融纠纷一体化解决提供制度和实践基础。2019年7月25日，澳门世界贸易中心仲裁中心与大湾区广东九市共同签署《粤澳地区金融纠纷调解合作框架协议》，三地金融纠纷调解合作机制已经初步建立。^⑩不过当前的合作机制仅限于广东九市和澳门世界贸易中心仲裁中心，尚未包括香港地区，并且建立的调解合作机制也比较笼统，尚需进一步优化和落实。优化大湾区金融纠纷调解合作机制能够使大湾区在跨境、跨法域的巨大差异中寻求三地最大公约数，形成大湾区金融解纷合力。从而为构建以“粤港澳金融调解合作”为中心，完善调仲对接、调诉对接的大湾区金融纠纷一体化解决机制提供坚实基础。

（一）粤港澳金融纠纷调解合作机制优化原则

金融纠纷多元化解决机制，能够为金融消费者拓宽解纷渠道，从而高效、快捷地化解金融纠纷。^⑪而要建立金融纠纷多元化解决机制，首先需要在理念上达成价值共识。^⑫只有找到不同价值观冲突中趋同的部分，才能实现粤港澳三地的联动机制。根据学者们对大湾区协同治理进行研究的成果，笔者认为，在共建共治共享原则和协同治理理念的指导下建立大湾区金融纠纷调解合作机制，才能消除制度衔接障碍，在法律层面实现深度对接和“软联通”，进一步深化金融服务领域的创新与合作。

1. 法治原则

法治原则是大湾区金融矛盾化解机制创新的基石。^⑬法治不但可以保障大湾区协同发展的正确方向，还能够将三方取得的智力成果以权威规范的方式固定下来，从而为后续的协同治理提供权威的制度支撑。首先，法治原则是三地构建多元化纠纷解决机制的最大公约数，公正和效率是三地纠纷解决程序共享的基本价值。^⑭调解有着天然的任意性倾向，无论是程序还是规范的适用都几乎无所限制，无规范也就无监督，最终必将流于随意，这与“规则之治”的现代司法理念几乎背道而驰。^⑮其次，法治原则是共建共治共享原则的基础和逻辑前提，为明确粤港澳三地政府在大湾区协调发展中的治理权限提供理论依据。只有明确广东省的地方立法权和港澳高度自治权的立法权限范围，才能为三地共建、共治提供权限支撑。最后，法治原则是大湾区协同治理创新的基本保障和强劲动能。回应大湾区治理创新的法治需求，应规范治理方式、建立法定治理结构、塑造程序

^⑩ 同前注^⑥，江保国、赵蕾、孙梦书，第77页。

^⑪ 李慈强：《论金融消费者保护视野下金融纠纷调解机制的构建》，载《法学论坛》2016年第3期，第139页。

^⑫ 郑维炜、高春杰：《“一带一路”跨境电子商务在线争议解决机制研究——以欧盟《消费者ODR条例》的启示为中心》，载《法制与社会发展》2018年第4期，第193页。

^⑬ 石佑启、陈可翔：《粤港澳大湾区治理创新的法治进路》，载《中国社会科学》2019年第11期，第68页。

^⑭ 江保国、赵蕾：《粤港澳大湾区纠纷解决机制的设计理念与实施策略》，载《理论月刊》2019年第4期，第149-150页。

^⑮ 史长青：《现代调解制度：法制与自治》，上海三联出版社2015年版，第53页。

制度和构建治理机制。^②

2. 共建共治共享原则

共建共治共享的治理观对于粤港澳跨区域多元化纠纷解决机制的建立,具有重要的指导作用。中国一直以来都在积极倡导“共商共建共享”的全球治理观,其本质就是在全世界治理的规则方面提供公共产品和另外的选择。^③在大湾区发展战略确立后,广东自贸区及各地特色发展平台的建设为市场主体的跨境交流释放了巨大的空间。为提升大湾区治理能力,学者提出应当拓展粤港澳地区的法律规范体系,实现软法与硬法的衔接适用,同时加强粤港澳司法交流与协作,推动建立共商、共建、共享的多元化纠纷解决机制,实现多元共治的法律治理模式。^④共建共治共享原则将成为新时代社会治理的发展方向和基本格局。

3. 协同治理原则

大湾区的一体化发展是建立在资源、信息跨区域整合与湾区事务协同治理的基础之上的。协同治理的过程同样也是三地利益博弈的过程,其核心在于协调好三方的利益关系,在合作共赢的理念指导下使个人利益向共同利益做出让步,从而形成三方认可的统一标准,并通过规范化的形式固定下来。关于粤港澳大湾区区域协同治理的具体路径,有学者提出区域协同立法有助于打破制度壁垒、协调地方竞争、保障大湾区建设高效进行以及有效落实中央对港澳政策。^⑤三地应当积极创造条件,分阶段完善粤港澳的立法模式,探索构建粤港澳共同决议、分别立法、规则趋同的立法合作机制。^⑥也有学者提出应当发挥地方立法的能动性增强大湾区“法律治理”的生命力,通过增强司法的主导性来深化合作,解决法律冲突。^⑦至于程序对接也同样不容忽视。有学者提出粤港澳大湾区三地法制融合的重点在于程序法,对此可以考虑三地签署协议,以及实行统一的示范法。^⑧而在程序对接的类似机制尚未建立之前,借助地域属性进行程序转换不失为一种良策。^⑨

(二) 粤港澳金融纠纷调解合作机制的优化方案

1. 从粤澳调解合作联络机制到“大湾区金融信息共享平台”的建立

根据《粤澳地区金融纠纷调解合作框架协议》,粤澳两地已经建立粤澳金融纠纷调解合作联席会议制度,并且就粤澳地区金融调解合作的重点、难点问题每年定期进行讨论,而且通过在联席会议制度下设秘书处等便于两地日常联系和沟通。习近平总书记指

^② 同前注^①,石佑启、陈可翔书,第80页。

^③ 王鸿刚:《中国参与全球治理:新时代的机遇与方向》,载《外交评论》2017年第6期,第16页。

^④ 同前注^①,石佑启、陈可翔书,第73页。

^⑤ 叶一舟:《粤港澳大湾区协同立法机制建设刍议》,载《地方立法研究》2018年第4期,第42页以下。

^⑥ 李贺中:《粤港澳大湾区建设进程中的法律冲突及路径选择》,载《中共珠海市委党校珠海市行政学院学报》2019年第6期,第59页以下。

^⑦ 同前注^②谢雯、丘概欣书,第53页以下。

^⑧ 荆洪文:《粤港澳大湾区法治一体化路径研究》,吉林大学2019年博士学位论文,第12页。

^⑨ 同前注^⑥,江保国、赵蕾、孙梦书,第77页。

出,“没有信息化就没有现代化”“要善于运用互联网技术和信息化手段开展工作”。在互联网新时代,粤港澳三地金融解纷需求已全方位拓展,习惯了“网络化生存”的人们,期待金融解纷也能有便捷的信息共享平台、高效的解纷流程和即时的交流渠道。根据最高人民法院、中国人民银行中国银行保险监督管理委员会《关于全面推进金融纠纷多元化解机制建设的意见》第16条的规定,“要提升金融解纷信息化水平。建立完善金融纠纷典型案例库、金融投诉数据库,深化司法、金融信息共享机制。”

与此同时,越来越多的金融从业机构开始意识到“数据驱动”的重要性。构建大湾区金融信息共享机制,不仅可以消解由于信息不对称引发的问题,而且对于实时监管和提前预防金融风险,快速有效解决金融纠纷都大有裨益。搭建“大湾区金融信息共享平台”,整合三地金融政策、信贷政策、金融知识、常见咨询投诉等各类信息,进一步搭建金融领域消费与服务之间的桥梁。解决金融消费者教育缺乏系统性、政策宣传不充分以及纠纷解决效率不高等问题。^⑩特别是,随着新科技与新基建的双重加持,大湾区金融环境治理的多元主体应加大跨境跨行业信息基础设施建设力度,规划建设信息共享基础网络,推进三地信息交换标准对接;打造大湾区金融合作治理信息平台,共享统一的公共信息数据库,并充分利用网络技术建立粤港澳金融合作信息通报与传递规则等。^⑪而且“大湾区金融信息共享平台”也为今后设计大湾区金融纠纷“一站式”在线平台,创新金融纠纷解决形式,实现在线调解、在线仲裁、在线司法确认的“全流程”金融纠纷在线解决提供信息基础和平台基础。

2. 从粤港澳调解员互聘到调解员资格互认

金融纠纷不同于普通的民商事纠纷,具有高度的专业性,对调解员的资质有着较高的要求。调解员专业知识和调解技巧的使用往往能助力当事人达成调解。为了给跨境金融消费者提供更多选择,广东的司法机构始终坚持以开放的姿态助力大湾区构建与国际接轨的多元化纠纷解决机制,通过大力引入港澳调解员和专家调解员参与纠纷化解,建立多元化的调解员名册以供当事人选择。而香港调评会的调解员名册中也有一定的外籍调解员比例。2019年12月,广州南沙自贸区法院、深圳前海合作区法院、珠海横琴新区法院联合签署了三份协议,并明确规定:对于三家法院各自聘任的港澳籍特邀调解员,在征得其本人同意后,由三家法院汇总建立港澳籍特邀调解员共享名册,该名册中的港澳籍特邀调解员均被认可为三家法院的特邀调解员。^⑫

除了展开金融纠纷调解人才的培训和交流,支持调解人才到其他法域调解机构担任调解员之外,大湾区金融纠纷调解合作中调解员资质问题或许可以遵循一个新的思路:通过粤港澳调解员的资格互认来确立调解员的地位,适应三地不同金融纠纷解决市场的需求。2020年8月11日,《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在粤港澳大

^⑩ 尹优平、陈伟、王军:《数字赋能:疫情下的金融消费者权益保护》,载《金融博览(财富)》2020年第7期,第43页。

^⑪ 同前注^⑩,石佑启、陈可翔书,第82页。

^⑫ 蓝海大湾区研究院:《广东出台跨境商事纠纷调解规则》, <https://mp.weixin.qq.com/s/3MAQv1iYmOvtp5zrzIgXYA>,最后访问日期:2020年8月23日。

湾区内地九市开展香港法律执业者和澳门执业律师取得内地执业资质和从事律师职业试点工作的决定》正式通过,授权国务院在大湾区广东九市开展港澳律师执业试点。符合条件的香港法律执业者和澳门执业律师,通过粤港澳大湾区律师执业考试,取得内地执业资质的,可以从事一定范围内的内地法律事务。鉴于此,笔者认为可以建立粤港澳三地调解员资格互认制度,对符合条件的广东九市调解员、香港调解员和澳门调解员,通过粤港澳大湾区金融调解培训,并取得金融纠纷调解员资质的,可以在三地从事大湾区跨境金融纠纷调解工作。

3. 从调解程序的粤澳两地协调到粤港澳三地统一

调解程序包括程序启动、调解员和调解规则的选择等各个流程。作为一种灵活的纠纷解决机制,强行法与公序良俗框架之下的双方合意是调解程序设计、运行的核心,同时“调解结果一致性”是三地不同纠纷解决机制差异下共同追求的价值目标。只有在自愿选择的基础上尽可能实现三地调解程序统一才能确保程序公平,从而为解纷结果的实质公平提供保障。

当前,在体制差异下,金融纠纷当事人的跨境调解遭受诸多限制。跨境金融纠纷当事人面临的首要问题便是跨境会增加纠纷解决的时间和金钱成本。但就目前来说,当事人根据自己的意愿选择程序启动的时间、地点仍然面临着不小的障碍。香港 FDRC 受理金融纠纷的前提是用尽内部机制,即必须已向金融机构提出投诉,在双方未能直接解决纠纷的情况下 FDRC 方能受理。并且,FDRC 只受理香港范围内的金融机构所发生的金融纠纷,香港居民如在大湾区内地城市发生金融纠纷,仍需在内地进行调解程序。^③同样,广东的部分金融消费纠纷调处中心(比如广州)的案件受理条件之一便是作为纠纷当事人一方的金融机构是广东省金融消费权益保护联合会会员。^④除了无法任意选择调解程序的启动时间、地点之外,调解规则、调解程序的不统一同样会给跨境金融纠纷当事人带来不确定的法律风险。

为解决这一问题,粤澳两地签署了《粤澳地区金融纠纷调解合作框架协议》,协议约定粤澳金融纠纷当事人可以向合作方金融纠纷调解机构申请调解,并可在不违反法律强制性规定和遵循契约精神的前提下,选择适用相应的调解员、调解依据、规则和程序。粤澳协议充分尊重了当事人的意思自治,但当前香港尚未签订合作协议。且三地程序和规则的不统一很可能导致同一案件在不同的调解程序和规则下,调解结果存在很大差异。对此,三地可以考虑进一步统一调解规则和调解程序,并可以尝试在三地的调解机构内互设合作办事处,当事人通过合作办事处异地启动调解程序。

^③ 香港文汇报:《粤澳建金融纠纷调解合作机制》, <https://mp.weixin.qq.com/s/PenJ7srZ5ZAnrsPIE9HhTw>, 最后访问日期: 2020年8月23日。

^④ 参见广东省金融消费权益保护联合会官网, http://www.gcfep.org/jiufendiaochezhongxin_17.html, 最后访问日期: 2020年8月28日。

三、大湾区金融纠纷一体化解决机制设计

程序设计和对接能使三地协同行动增加达到金融纠纷一体化解决机制预期结果的可能性。^{③⑤}而大湾区各地法律制度的不同、^{③⑥}程序和制度因素的差异所导致的信息不对称,^{③⑦}无疑对跨境金融纠纷解决程序的协同对接造成障碍。因此,消解差异性带来的制度摩擦成为纠纷解决机制设计的关键。在构建大湾区金融纠纷的一体化解决机制上,笔者认为应以大湾区金融纠纷调解合作为基础,综合运用纠纷解决金字塔模型、纠纷解决机制设计,对大湾区金融解纷合作程序进行科学设计与整体优化,完善调解与仲裁、调解与诉讼之间的对接,实现大湾区金融解纷“一体化”运行。

(一) 粤港澳金融纠纷一体化解决机制的设计原理

1. 纠纷解决金字塔(DRP)

1980年Richard E. Miller和Austin Sarat提出纠纷解决金字塔(Dispute Resolution Pyramid,简称DRP)^{③⑧},后来经过逐步发展成为“纠纷解决金字塔”理论。^{③⑨}纠纷解决金字塔塔基代表着一个社会纠纷、矛盾、不满的总量,^{④⑩}纠纷解决的方式从金字塔的塔底到塔尖依次分为,咨询、协商、调解、仲裁、诉讼。不同类型的纠纷从塔底到塔尖层层筛选,分流金融纠纷:将大批量、小额金融纠纷按照批量处理系统进行分流,将90%的纠纷通过调解和仲裁解决;将10%左右的纠纷留待诉讼解决。在这种分配流程模式下,不仅双方的纠纷得到解决,潜在的隐形冲突也大幅减少。^{④⑪}纠纷解决金字塔模型的理想状态下,纠纷数量应该是从塔基向塔尖递减的线性发展趋势。^{④⑫}但我国在运用该模型时往往先以法院为媒介向外分流案件,^{④⑬}形成“塔尖—塔基—塔尖”的现状,尚未做到习总书记在中央政法工作会议所提的“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”。并且,非诉讼纠纷

^{③⑤} Bryson et al., *The Design and Implementation of Cross - Sector Collaborations: Propositions From the Literature*, 66 *Public Administration Review*, 44 (2006).

^{③⑥} 陈雪珍:《粤港澳大湾区协同立法的困境与出路》,载《地方立法研究》2020年第4期,第102页。

^{③⑦} 赵辰霖:《徐菁媛·粤港澳大湾区一体化下的粤港协同治理——基于三种合作形式的案例比较研究》,载《公共行政评论》2020年第2期,第71页。

^{③⑧} Richard E. Miller&Austin Sarat, *Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture*, 3 *Law&Society Review* 525 (1980-1981).

^{③⑨} 张勤:《当代中国纠纷解决研究的法社会学维度:述评及展望》,载《湖北民族学院学报(哲学社会科学版)》,2019年第5期,第3页以下。

^{④⑩} William L.F. Felstiner et al., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming ...*, 3/4 *Law and Society Review Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation* 631-654 (1980-1981).

^{④⑪} [美] 迈克尔·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光等译,法律出版社2004年版,第9页。

^{④⑫} 丁冬:《金融司法的逻辑——中国金融司法专门化的组织建构与未来走向》,华东政法大学2019年博士学位论文,第54页。

^{④⑬} 王益华、王鑫:《基层法院民商事案件“分调裁审”机制改革的实践与思考——以山东省高密市人民法院为样本》,载《山东法官培训学院学报》2020年第2期,第67页。

解决机制不仅具有防止纠纷扩大的事中功能,而且承担着预防纠纷的事前义务,^④但多元化纠纷解决制度的核心预防功能在此现状下并没有得到充分体现。

当前,金融纠纷井喷,金融纠纷解决机制也呈现出多元的特征。如何科学设计高效、便捷的一体化纠纷解决机制成为亟待研究的重要课题。而DRP模型的出现为解决这一难题指明了方向。在程序设计时,应当采取“关口前移,重心下沉”的方式,将调解、仲裁等非诉讼纠纷解决机制作为一体化解纷机制的前端,减少进入诉讼端口的可能性。同时优化调解、仲裁、诉讼等不同层级之间的制度衔接,增强制度之间的流畅性,引导矛盾由塔底自下而上化解,实现资源集约、纠纷集约、成果集约。^⑤

2. 纠纷解决机制设计(DSD)

DSD是指根据纠纷类型、特点与要求,设计纠纷解决程序,用以帮助机构、组织、当事人等更好地实现对特定纠纷进行管理与解决的方法或方案。^⑥DSD最早可追溯至上世纪80年代末至90年代初,由Ury、Brett和Goldberg等人提出。^⑦根据Ury、Brett以及Goldberg的观点,DSD主要以权利保障为导向,在争议发生或争议升级前依靠谈判和调解来解决冲突。这不仅可以提高争议处理的效率和满意度,^⑧也能更加有效地实现双方利益。^⑨经过20多年的发展,纠纷解决机制的程序设计研究不断深入。2009年Stephanie Smith与Janet Martinez提出在解纷程序设计时需要关注目标、结构、程序的选择和激励机制五个问题,并对利害关系人与程序实现的保障机制等进行了论述。^⑩在2020年,Janet Martinez借助实例描述了一个由目标、利害关系人、背景和文化、流程、资源和评估六个要素组成的争端系统设计分析框架。^⑪这些都推动了DSD理论与实践的持续发展。

由于在金融市场当中金融产品被层层嵌套,金融衍生品风险度量不透明,金融服务提供商和消费者、企业间产生的金融纠纷也呈现出多样化、专业化和复杂化的特征。^⑫虽然金融行业受到严格监管,但小额、高发、专业的金融纠纷仍需利用“各种机制、资源的互动和相互影响”^⑬进行柔性解纷,实现高效、快捷、低成本的纠纷解决。笔者认为,虽然

^④ 刘加良:《民事诉讼调解社会化的根据、原则与限度》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第3期,第158页。

^⑤ 张伟征,项凯丽,张丹青:《当解纷机制与互联网+时代在诉调衔接领域发生碰撞——ODR之路径探索》,载《人民法院报》2019年12月20日。

^⑥ Lisa B. Amsler, Janet K. Martinez, Stephanie E. Smith, DISPUTE SYSTEM DESIGN 19 (1thed.,2020).

^⑦ William L. Ury et al., GETTING DISPUTES RESOLVED: DESIGNING SYSTEMS TO CUT THE COSTS OF CONFLICT 57-66 (1988).

^⑧ 柯颢:《基于DSD原则的税务争议解决机制反思》,载《财会月刊》,2019年第19期,第162页。

^⑨ Lisa Blomgren Amsler, *The Dispute Revolver's Role Within a Dispute System Design: Justice, Accountability, and Impact*, 2 University of St. Thomas Law Journal 170 (2017).

^⑩ Richard E. Miller&Austin Sarat, *Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture*, 3 Law&Society Review 525 (1980-1981).

^⑪ Janet K. Martinez, *Designing Online Dispute Resolution*, 2020 Journal of Dispute Resolution pp.136 (2020).

^⑫ 周德洋:《复杂金融产品的监管挑战》,载《中国金融》2020年第7期,第94页。

^⑬ 同前注^⑫,丁冬书,第54页。

DSD 可能存在许多被隐藏的潜在目标,但在某种程度上,金融纠纷争议解决机制与 DSD 设计目标具有一致性。特别是在处理位于强势地位的金融服务提供商和处于弱势地位的消费者之间的纠纷时,利用 DSD 所形成的结构化调解方案为金融纠纷提供了可行性。^{⑤4} 根据 DSD,在设计大湾区金融纠纷解决机制时,要系统全面地考虑在大湾区金融纠纷解决系统中将预防、化解以及粤港澳三地金融纠纷治理形成金融诉源治理模式;并且汇集三地金融纠纷解决资源,根据大湾区金融纠纷特点和金融市场要求,建立“以粤港澳金融调解合作”为中心的金融纠纷一体化解决机制,以达到激励所有的用户和利害关系人使用该系统的效果。可以说, DSD 为大湾区金融纠纷解决机制优化提供了理论基础与设计框架。^{⑤5}

(二) 粤港澳金融纠纷一体化解决机制的设计方案

(1) 完善三地金融调解协议互认程序

大湾区三地金融调解协议的互认,是对经调解达成纠纷解决结果的认可,关乎到终局制度的公信力,在大湾区金融一体化纠纷解决机制中的位置相当于后端的流通兑换机制。^{⑤6} 2019年8月,中国虽签署了《新加坡调解公约》,但公约执行的范围仅限于因国际商事调解达成的和解协议,粤港澳地域并不具有“国际性”的特征,不能以此为依据直接申请对调解协议的执行。

目前,内地与澳门的金融纠纷调解综合服务网站正在建立,调解协议确认的规则也正在设计当中,但目前内地与香港尚未达成正式的调解合作协议,《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》也将调解协议完全排除在外。粤港之间的制度差异较粤澳来说更为明显,因此需要以粤港为模板分别细化金融调解协议的互认对接程序。

①粤→港:如果当事人选择在广东九市进行调解,达成调解协议后,有三种方式可以取得香港对该协议的认可。

第一种,广东九市金融调解中心可以将调解协议转介到香港金融调解中心,经审查认可后转化为和解协议,该协议对双方具有协议性质的约束力,能够得到双方的自动履行。第二种,广东九市金融调解中心将调解协议经香港金融调解中心认可转化为香港的仲裁裁决。此时该仲裁裁决既可以在香港申请执行,亦可以根据《纽约公约》、《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》在广东九市申请执行。第三种,广东九市金融调解中心将调解协议申请内地法院司法确认,转化为调解书,根据《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》申请香港法院认可和执行。

②港→粤:如果当事人选择在香港进行调解,达成和解协议后,可以将此转介到广东九市金融调解中心,经审查认可转化为调解协议,如果遇到对方不履行的情况,还可以

^{⑤4} Pablo Cortes, ONLINE DISPUTE RESOLUTION FOR CONSUMERS IN THE EUROPEAN UNION 50, 152 (2010).

^{⑤5} Janet K. Martinez, Designing Online Dispute Resolution, 2020 Journal of Dispute Resolution pp.142-143(2020).

^{⑤6} 同前注^{②0},江保国、赵蕾书,第152页。

向法院申请对该调解协议进行司法确认,从而取得强制执行效力。

(2) 建立三地调仲对接程序

从世界范围看,民商事仲裁与调解相结合最早起源于中国国际经济贸易仲裁委员会。香港金融纠纷调解中心(FDRC)启动仲裁的规则是“以调解作为前置程序”或“不经过调解直接仲裁”,^{⑤7}对最初的“先调解后仲裁”流程也做了拓展至“只调解”“只仲裁”的动态调整,^{⑤8}这为“调解—仲裁”的大湾区跨境程序对接提供了实践依据。在广东,绝大多数地区的金融调解中心采用单独调解的模式。调仲对接主要包括“先调解后仲裁”(Med-Arb)和“先仲裁后调解”(Arb-Med)。^{⑤9}因《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》使三地仲裁裁决得以互认和执行,因此在以“调解合作为中心”的大湾区金融纠纷一体化解决机制下,本文将仅以相对于粤澳差异性更大的粤港为模板讨论大湾区“先调解后仲裁”的简单对接情形。

①粤→港:当事人在广东九市调解失败后,如果仲裁条款或仲裁协议约定双方将争议提交香港的仲裁机构仲裁,经当事人申请,广东九市调解中心可协助金融纠纷当事人向香港仲裁机构平台申请仲裁,并经当事人申请将案件相关材料及调解处理信息随案移送,香港仲裁机构对金融纠纷申请人的仲裁通知书予以审阅,对于符合申索条件的案件启动仲裁程序。

②港→粤:当事人在香港进行调解失败后,如果仲裁条款或仲裁协议约定双方将争议提交广东九市仲裁机构仲裁,经当事人申请,香港金融调解中心可协助金融纠纷当事人向广东九市仲裁委平台申请仲裁,并经当事人申请将案件相关材料及调解处理信息随案移送,广东九市仲裁委对金融纠纷申请人的仲裁通知书予以审阅,对于符合条件的案件启动仲裁程序。

(3) 完善三地调诉对接程序

大湾区将调解、仲裁非诉制度嵌入金融诉讼,是增强金融审判科学性的有益程序,实现诉讼与繁复冗杂的金融纠纷的契合。^{⑥0}但就目前来说,香港在金融纠纷领域未形成调解、诉讼之间的程序及处理结果之间的对接,因此粤港之间的调诉对接更多的是对当事人调解不成之后,调解机构为当事人重新跨地域提起诉讼的一种辅助服务,案件是否受理仍然需要遵守法院的管辖规定。

①粤→港:当事人在广东九市进行调解,如果调解失败,经当事人申请,广东九市金

^{⑤7} 参见 FDRC 金融纠纷调解中心:《调解计划《调解及仲裁规则》,“规则 3 适用于‘先调解,后仲裁’和‘只仲裁’”,2018 年 1 月。

^{⑤8} 彭瑞骊、沈伟:《试论金融纠纷解决机制的优化——借鉴香港金融纠纷解决机制的研究》,载《上海经济研究》2018 年第 12 期,第 87 页以下。

^{⑤9} 胡军辉、赵毅宇:《论仲调结合在“一带一路”商事纠纷解决中的运用》,载《南华大学学报(社会科学版)》2018 年第 4 期,第 37 页以下。

^{⑥0} 同前注^{⑤8},彭瑞骊、沈伟书,第 87 页。

融调解中心可以将案件相关材料及调解处理信息等传递到香港法院的平台辅助当事人申请立案。符合立案条件的,香港法院予以受理,经过诉讼审理程序作出的判决可以根据《关于内地与香港特别行政区相互认可和执行民商事案件判决的安排》获得广东的承认和执行。

②港→粤:如果当事人在香港金融调解中心进行调解,如果调解失败,经当事人申请,香港金融调解中心可以将案件相关材料及调解处理信息等传递到广东九市的法院平台辅助当事人申请立案。符合立案条件的,香港法院予以受理,广东九市法院经过诉讼审理程序作出的判决、调解书可以根据《关于内地与香港特别行政区相互认可和执行民商事案件判决的安排》获得香港的承认和执行。

四、结语:大湾区金融矛盾纠纷治理体系的展望

随着大湾区三地金融市场的进一步交融渗透,金融消费者个人和金融机构不断涌入资本市场,川流不息的金融交易、繁多重层的金融产品滋生更多的金融纠纷。^⑥加上粤港澳三地法律体系、金融体系的差异性,大湾区所呈现的三地联动金融纠纷格局,亟待金融纠纷解决机制的突破。

在全球接近正义运动(Access to Justice)、ADR运动(ADR Movement)的发展背景和我国“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的社会治理背景之下,以“金融调解合作为中心”成为三地整合解纷资源、重构金融解纷机制的重要一环。为满足粤港澳跨境金融消费者的多元解纷需求,同时改变大湾区金融纠纷多元化解决机制之间联系松散的现状,在法治原则、共建共治共享原则、协同治理原则指导下建立粤港澳信息共享平台和调解员资格互认制度,同时统一调解程序,是实现三地调解合作的第一步;在综合运用纠纷解决金字塔(DRP)和纠纷解决系统设计(DSD)指导下,进一步完善跨境调解、仲裁与诉讼之间的对接和程序转换及法律文书的跨境认可、执行,是实现大湾区金融纠纷一体化解决机制的第二步。

当前,面对井喷式的金融纠纷,越来越多的人认识到依靠事后的纠纷解决已经无法应对纠纷暴增的现状。与此同时,诉源治理理论、纠纷解决金字塔理论、预防大于纠纷解决理论的发展正在重塑矛盾纠纷预防与化解理念——只有加强诉源治理,通过防范机制早发现、早预防可能出现的金融矛盾,才能从源头上减少金融矛盾纠纷增量,推动建立大湾区现代金融治理体系。因此,以纠纷解决金字塔为模型,将金融风险防范机制和纠纷分层化解机制有机结合,推动建立“预防-化解-治理”全链条、精准化、精细化的现代金融治理体系就成为各国打造良好金融市场生态、优化营商环境的重要举措。

第一,应当建立大湾区金融矛盾纠纷预防机制,将金融纠纷解决方向从“化解”转向“预防”,实现“将矛盾纠纷化解于萌芽、消解于无形”的金融矛盾纠纷治理目标。为

^⑥ 同前注^⑤,彭瑞骊、沈伟书,第87页。

此,应当充分发挥大湾区香港金融调解中心、广东 9 家金融调解中心等专业调解组织在预防和化解金融矛盾纠纷方面的积极作用,强化沟通联系和信息共享,建立健全金融纠纷排查预警和预防化解长效机制,从矛盾纠纷肇始之处着手,通过源头指引,让当事人对矛盾纠纷的发生具有充分预期,避免矛盾纠纷发生,实现源头风险防范,促进金融市场的营商环境建设。

第二,当纠纷无法通过金字塔底层咨询、评估的预防机制消解时,“调解-仲裁-诉讼”的程序作用开始凸显。金融矛盾化解机制以“调解合作”先行,以仲裁和诉讼程序为补充,通过案件分流,确保金融纠纷在金字塔的分层机制中得以过滤和消解,最终法院将只受理大额、复杂的金融纠纷,实现纠纷数量分级控制的效果。不仅如此,通过金融纠纷分层化解可以为纠纷预防提供案件类型、解纷数据、预防依据,实现智能化防范和解决金融纠纷。

Abstract: The “dual differences” of the Greater Bay Area in the financial system and its dispute resolution system not only becomes an obstacle to the integrated development of the financial market in the Greater Bay Area, but also fails to meet the diversified, multi-level, rapid and effective demands of financial consumers in Guangdong, Hong Kong and Macao for dispute resolution. According to the principle of rule of law, the principle of co-construction, co-governance and sharing, and the principle of collaborative governance, it is advisable to integrate the dispute settlement resources of the three places to optimize the mediation cooperation mechanism; in accordance with the Dispute Resolution Pyramid (DRP) and the Dispute Resolution System Design (DSD), our aim is to design an integrated financial dispute resolution mechanism in the Greater Bay Area centered on “Guangdong-Hong Kong-Macao Financial Mediation Cooperation”, supplemented by mediation and referrals to provide an “integrated” financial dispute resolution mechanism and a “full chain” financial governance system for financial construction of the Greater Bay Area.

Keywords: the Greater Bay Area; financial disputes; mediation cooperation mechanism; integrated dispute resolution; financial governance system

(责任编辑:孙保国)

论上合组织内多边投资争端解决机制的独立建构

林 一*

内容提要 “一带一路”争端解决机制建构不可一蹴而就,或可通过上合组织探路试金。鉴于上合组织成员国内双边 ISDS 机制存在代际发展缺陷,现存可用的诸如 ICSID 仲裁、ECT 及 EAEU 中的多边 ISDS 机制,均在理念与制度规则层面难以契合上合组织需求,上合组织应建构独立的多边 ISDS 机制。受尤科斯案警示,上合 ISDS 机制建构应遵循“上海精神”与变动成本最小化原则,以投资仲裁为主导,通过优化仲裁员选任机制、建立可供选择的常设上诉机构以及吸收并完善透明度规则,促进上合命运共同体共同繁荣。上合组织与一带一路倡议同根而生,其 ISDS 机制建构将有助于促进发展战略对接,助力中国全球治理理念的法治化推进。

关键词 上合组织 多边 ISDS 机制 投资仲裁 上海精神

一、引言

在最近的研究中,一带一路投资争端解决机制^①(Investor–States Disputes Settlement, ISDS)建构成为热议。^②“一带一路”是中国参与全球开放合作的重要通道,^③是改善全球治理体系、促进共同发展繁荣的重要路径。毫无疑问,建立一套既符合“一带一路”倡议理念和实际需求,又体现中国特色,同时兼顾沿线国家利益的 ISDS 很有必要。^④但

* 林一,大连海事大学副教授。本课题受中国-上海合作组织国际司法交流合作培训基地研究基金项目资助(CNSC017002)。

① 本文的投资争端特指投资者与东道国之间的投资争端,不包括国家之间和私人之间与投资相关的争端。

② 王贵国:《“一带一路”战略争端解决机制》,载《中国法律评论》2016年第2期,第36-37页;张丽娜:《“一带一路”国际投资争端解决机制完善研究》,载《法学杂志》2018年第8期,第41页;王军杰:《论“一带一路”倡议框架下独立投资争端解决机制的建构》,载《河南社会科学》2019年第4期,第63-68页;曾文革、党庶枫:《“一带一路”战略下的国际经济规则创新》,载《国际商务研究》2016年第3期,第32页。石静霞、董暖:《“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建》,载《武大国际法评论》2018年第3期,第3页。

③ 截至2020年1月底,中国已经同138个国家和30个国际组织签署200份共建“一带一路”合作文件。见中国一带一路网站, <https://www.yidaiyilu.gov.cn/gbjg/gbgk/77073.htm>,最后访问日期:2020年3月10日。

④ 同前注②,石静霞、董暖文,第3页。

是“一带一路”沿线国家众多,政治经济发展状况迥异,且所涉大陆区域系地缘政治的“破碎地带”,宗教文化差异较大,恐怖与冲突不断^⑤,在短期内构建专门或独立的争端解决机制的现实可行性较低。^⑥而现有多边 ISDS 机制存在诸多弊端,^⑦以双边方式促进其完善的边际成本较高。^⑧因此,应另辟蹊径。

上合组织(SCO)是我国发起建立的唯一新型区域合作组织,也是唯一把若干地区大国联合到统一的机制性地区结构的平台。^⑨作为世界上最大的综合性地区组织,上合组织在欧亚地区的政治经济格局中占据重要地位。而伴随上合组织内能源勘探、油气管道、电力交通等基础设施建设以及电信农业等领域的投资合作日益深广,^⑩亟须在上合组织内建立一个与其多边合作组织地位相适应的独立的多边投资争端解决机制。但是迄今为止,上合组织还未形成真正意义上的争端解决机制,上合组织命运共同体投资争端解决机制亦有待整合与完善。^⑪

鉴于国际社会目前正处于投资争端解决机制改革与重构的关键时期,中国亟须在此时提供中国智慧和方案,参与并改善全球治理体系;上合组织作为“一带一路”倡议的积极支持者和践行者、具有完备法律框架和长期良好合作基础的实体性组织,最适宜担当这一机制建构的引擎平台,以点带面,探路试金,推动“一带一路”ISDS 多边机制建构,引领投资便利化国际合作。本文在对上合组织内 ISDS 双边机制及目前可用的多边 ISDS 机制存在的缺陷和问题进行全面检讨的基础上,为在上合组织内建构相对完善的 ISDS 机制提供初步的构想和建议,以增益上合组织内投资合作的和谐稳定发展,均衡维护我国在区域合作中的整体经济利益,奠定“一带一路”投资争端解决基础,助力中国全球治理理念的法治化推进。

二、上合组织内 ISDS 双边机制代际发展及其缺陷

上合组织内 ISDS 解决机制目前是建立在双边投资协定基础上的。依我国与上合组织其他成员国之间的投资协定观察,ISDS 解决机制呈现出复杂性和丰富性的代际发展特点;且各有漏弊。

(一) 20 世纪末双边 ISDS 机制的极端倾向

上合组织成员国在 20 世纪末开始展开双边投资合作,最早与中国签订含有 ISDS 机

⑤ 同前注②,王军杰文,第 63-68 页。

⑥ 同前注②,曾文革、党庶枫文,第 32 页。

⑦ 漆丹:《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》,载《法学评论》2018 年第 3 期,第 81-82 页;同前注②,张丽娜文,第 41 页。

⑧ 以中国与哈萨克斯坦的双边投资保护协定修订为例,自 2011 年 3 月中哈经贸分委会第五次会议期间,中方提交新版中哈双边投资保护协定,至今 8 年过去,未形成新协议。参见《哈萨克斯坦国别投资指南(2019)》,第 3.13 节。

⑨ [塔]拉希德·阿利莫夫:《上海合作组织的创建、发展和前景》,王宪举等译,人民出版社 2018 年,第 1 页。

⑩ 中国上海合作组织研究中心编著:《上海合作组织回眸与前瞻》,世界知识出版社 2018 年,第 46-52 页。

⑪ 刘晓红、朱怡:《国际投资的“商事化”及中国进路》,载《上海对外经贸大学学报》2019 年第 11 期,第 83 页。

制的双边投资协定的上合组织成员国是巴基斯坦(1989.2.12)、苏联(1990.7.26)、乌兹别克斯坦(1992.3.13)、吉尔吉斯斯坦(1992.5.14)、哈萨克斯坦(1992.8.10)以及塔吉克斯坦(1993.3.9)紧随其后。^⑫总体看来,这一阶段的ISDS双边机制有明显的极端性倾向,反映了ISDS机制建构早期的不成熟。

中巴ISDS机制对投资者利益保护明显不足,不仅适用范围狭窄,当地行政救济程序前置时间长(1年),而且没有对国际仲裁机构的选任和程序规则作出任何限制,也没有对裁决依据做出任何规定,既增加了争端解决的谈判成本,也降低了争端解决的效率。因此,在国际投资领域投资者保护呼声日高的大趋势下,中巴机制亟待调整。

中苏ISDS机制则对投资者“过分友好”。不仅舍弃了绝大多数ISDS机制常规采用的协商优先、用尽当地救济等规则,还允许投资者将争议径直提交国际仲裁,赋予投资者前所未有的救济自主权。同时,该机制还明确规定了仲裁相关规则,既降低磋商成本,也提高了争议解决的效率和公平性。尤其将斯德哥尔摩商会仲裁规则作为仲裁庭参照规则,更有利于实现投资者的商业保护目的。但是该机制一方面仍仅适用于“征收补偿金额”争议,限缩投资者救济范围;另一方面将投资者与东道国之间的仲裁完全“商事化”,对东道国的主权利益可能构成极大减损。因此,即使该机制的最早使用者也开始谋求变革。

(二) 21世纪ISDS双边机制的有限均衡与变革趋势

相对于20世纪末ISDS机制在投资者救济问题上的极端立场及狭隘适用,签订于21世纪初的中俄(2006.11.9)、中印(2006.11.21)、中乌(2011.4.9)双边投资协定及其议定书中的ISDS机制显得温和全面,不仅将其适用范围扩展至“任何争议”,增加了“协商优先”和“冷却期”条款,同时接受“用尽当地救济”规则,兼顾对东道国主权的尊重。但是作为中苏机制更新版本的中俄机制偏重或诉或裁的对抗性机制,简单强硬;中印机制虽引入调解机制试图促进合作、缓和对抗性机制的弊端,^⑬却可能因无时间限制的调解程序前置徒增争议解决的时间和经济成本。

为克服早期ISDS机制的缺陷,乌兹别克斯坦与中国在2011年重新签订中乌双边投资协定时尝试变革,除在协商期引入调解程序提高效率,并在仲裁裁决执行与费用分担方面进行了更细致的安排外,还集中体现在对当事人双方意思自治的充分尊重:第一,允许当事人在争议发生后对仲裁机构进行法定外的合意选择。第二,允许当事人在法律适用方面的意思自治。第三,允许当事人对裁决内容或者责任承担方式进行自治性安排。

尽管如此,伴随上合组织内多边投资合作日益深化,各自为营的双边ISDS机制将在应对多边合作产生的争议时显露窘境。尤科斯诉俄罗斯案足以引起警示。设若该案不是依据ECT确定的多边ISDS机制解决,而是依据各个双边ISDS机制解决;又若各双边协定彼此冲突,则该案的裁决效率和结果一致性将很难得到保证。因此,在上合组织内

^⑫ 这五国ISDS机制几乎完全相同,后文以“中苏机制”指代。

^⑬ 王寰:《投资者-国家争端解决中的调解:现状、价值及制度构建》,载《江西社会科学》2019年第11期,第172页。

部双边 ISDS 机制亟待更新、国际投资网络的密集性和关联性显著增强以及国际投资争端解决机制谋求变革的大趋势下,探索上合组织内部多边 ISDS 机制的建构,正当其时。

三、现有多边 ISDS 机制难以契合上合组织内多边争端解决需求

上合组织内多边 ISDS 机制固然有利于上合组织内多边投资体系的制度性完善,但是就其必要性及可行性而言,尚需回答能否利用其他多边 ISDS 机制以节约缔约成本的问题。根据上合组织内包括成员国、观察国和对话伙伴国的 18 个国家所缔结的多边合作条约观察,可以利用的多边 ISDS 机制主要有华盛顿公约(ICSID)、能源宪章条约(ECT)以及欧亚经济联盟条约(Eurasian Economic Union, EAEU)的 ISDS 机制。^⑭ 这些 ISDS 机制在上合组织内适用时存在诸多问题。

(一) ICSID 投资仲裁的固有缺陷

ICSID 是唯一一个世界范围内专门以解决缔约国和另一缔约国国民之间直接投资争端为目的的多边机制;目前共有 163 个国家签署了公约,在投资者与东道国争端解决方面产生了巨大影响。截止到 2019 年 12 月,根据 ICSID 公约和附设便利规则登记的案件共 745 件。^⑮

但是,ICSID 在上合组织成员国中的适用并不普遍。在上合组织的 8 个成员国中,印度没有加入 ICSID,俄罗斯和吉尔吉斯斯坦尚未批准该公约,中国在加入时对该公约进行了适用争议范围的保留至今尚未撤回。上合组织成员国作为被申请人或申请人的母国在 ICSID 登记管理的案件数量也相对较少,迄今为止仅有 54 件。^⑯ 这种现象或许与上合组织内成员国的经济发展水平欠发达有关;但是上合组织中 50% 的成员——并且是在人口和地域上占据重要地位的成员国——对 ICSID 持谨慎态度,很大程度上根因于以商事仲裁理念建构的 ICSID 机制^⑰ 不能有效回应投资争端中呈现出的投资者财产自由与东道国公共利益之间的对立冲突,典型体现在以下三个方面:

1. 透明度问题。保密性是商事仲裁的传统优势。但是对于投资仲裁而言,一方面东道国涉诉行为的根源多在于其履行公共管理职责,故必须从公共利益的角度判断其行为的合法性或合理性根据;另一方面东道国的涉诉行为以及未来裁决结果的承担都涉

^⑭ 根据各双边条约,经常被用来解决 ISD 类型争端的还包括 UNCITRAL 仲裁争端解决机制、SCC 仲裁解决机制、ICC 等,鉴于这些机制并非投资仲裁专属机制,本文不对这些机制进行单独检讨。

^⑮ 参见《The ICSID Caseload Statistics (2020-1)》。根据 ICSID 官网记录,到 2020 年 2 月底,共有 768 件登记案件(https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx,最后访问日期:2020 年 2 月 20 日)。

^⑯ 其中成员国为被申请人的共有 37 件,作为投资者母国的共 17 件;成员国之间根据 ICSID 进行仲裁的 4 件,本国投资者根据 ICSID 公约诉本国(哈萨克斯坦)的 3 件;根据附设规则提起的案件为 7 件,由 ICSID 管理的案件 1 件。数据来源于 ICSID 官网,笔者自行统计。https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx,最后访问日期:2020 年 2 月 20 日。

^⑰ 蔡从燕:《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》,载《现代法学》2011 年第 1 期,第 153 页;同前注^⑭,刘晓红、朱怡文,第 83 页。

及国家财政支出和公共资源消耗,因此有义务使公众知情、监督甚至参与,以促进私人利益与公共利益的平衡保护。而以ICSID为代表的传统投资仲裁机制明显忽视透明度问题。虽然ICSID正在修订的《仲裁规则》(以下简称“ICSID《修订中规则》”)专章订入“公布、参与程序和非缔约方的意见”以回应各缔约方的要求。^⑮但是,一方面,国际社会对UNCITRAL《透明度公约》及其规则能否实现预期目标仍持明显观望态度,^⑯上合组织内至今没有任何成员国批准或签署《透明度公约》;另一方面,ICSID《修订中规则》有关透明度的规定,与UNCITRAL的《透明度规则》相比,尚存在较大差距,尤其第66.2条第4项将“非争议方的身份、活动、组织和所有权(ownership)”作为仲裁庭是否允许其提交意见的考虑因素,可能引起新的疑虑。透明度规定能否获得上合组织成员国支持仍然具有很大的不确定性。

2. 仲裁员适格性问题。仲裁相对于诉讼而言最大的优势在于当事人拥有对裁判权威的自主选择权。^⑰当事人指定仲裁员的权利,是国际仲裁核心的、最具吸引力的特征。^⑱投资仲裁,因涉及公共利益,更应有效满足当事人对仲裁员信任度的要求。但是ICSID在这方面的做法令人担忧。

首先,ICSID对于仲裁员适格性及质疑的规定失当。ICSID公约第14条要求仲裁员的品德和能力,很大程度上是适应商事仲裁而非投资仲裁的需要。因为在主权国家所采取的行动中,尤其在涉及公共利益的问题上,需要站在更宏观的角度来审视判断一个行动的正当性与否。这种视野和思考常常与人的的人生阅历、社会经验、信仰和价值观紧密相连,而与人的专业素养和道德水平没有明显关联。此外,公约第57条规定的严苛的质疑标准以及第58条规定的具有强烈“睦邻效应”的质疑批准程序均在实践中备受批评。

其次,ICSID关于仲裁员与东道国和投资者母国的关联性回避规则值得反思。公约第39条以及《仲裁规则》第13条均规定,仲裁员的多数不得为争端一方的缔约国国民和其国民是争端一方的缔约国国民,即通过隔绝多数仲裁员与东道国和投资者母国的国籍关联性,来保障仲裁员判断的客观独立性。从某种程度上,该规定不合理地妨碍了当事人尤其是东道国的仲裁员选任利益。因为任何法律规则都是根植于特定社会土壤之上,任何对法律和社会行动的理解也是根植于特定社会土壤之上的。投资仲裁关涉东道国公共利益,强制切断仲裁员与东道国的国籍关联,可能导致仲裁员更倾向于用普世价值观评判特定地域、特定历史条件和特定社会发展时期的特殊行动选择。这使得仲裁庭对东道国的不利裁判极易遭受公共利益损害方面的质疑。

^⑮ 本文所引用文本为第三工作小组2020年2月28日发布的最近一次修订稿(第四稿)。参见ICSID官网, <https://icsid.worldbank.org/en>, 最后访问日期:2020年3月15日。

^⑯ 自2015年3月17日公约开放签署以来,仅有23个国家签署该公约,5个国家批准:毛里求斯(2015),加拿大(2016),瑞士(2017),冈比亚(2018)、喀麦隆(2018)。见联合国国际贸易法委员会官网, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status, 最后访问日期:2020年3月2日。

^⑰ 林一:《国际商事仲裁的意思自治原则——基于现代商业社会的考察》,法律出版社2018年版,第274页。

^⑱ 《中国政府提交关于投资人与国家间争端解决制度可能的改革的意见书》,载联合国国际贸易法委员会官网, https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state, 最后访问日期:2020年3月10日。

3. 仲裁裁决终局性问题。仲裁裁决具有终局性已经被绝大多数国际条约或国家所接受,但是在具体实践中仍然存在差别。对于非 ICSID 仲裁而言,因受到仲裁地法的调整,仲裁裁决具有司法审查的可能性,尤其涉及管辖权问题。虽然这可能有损仲裁的效率,但是给了双方提升公平性的机会。ICSID 仲裁却是在公约自成一体的体系下进行的,不受制于公约之外的审查和救济;同时管辖权问题不属于可挑战的内容。但是尤科斯案表明,仲裁庭在这方面的判断也有错误的可能性。^②因此过分理想化的认同仲裁庭的自裁管辖权及其终局性,对纯粹涉及私益的商事仲裁的不当影响或许并不强烈;但在涉及东道国公共利益的投资争端时,则可能引发灾难性的后果。ICSID 仲裁的终局性规定以及在管辖权可挑战性方面的克制,增加了各方尤其是东道国选择的疑虑。

就上合组织而言,无论中国、印度还是俄罗斯,在人口地域概念上都属于超大型国家,有着复杂的民族历史、宗教文化、经济结构以及生存发展等问题,没有对这些国家的政治文化经济状态的深刻理解,单纯凭借仲裁员基于“高尚道德”、“专业知识”和普世价值观(更有可能是他们自己的价值观)对东道国的“行动和规则”进行理解和适用,远不能实现东道国通过规则和程序想要实现的公平正义。而 ICSID 仲裁员中 80% 来自西欧和南北美洲的现状^③足以印证这些国家的担忧。以印度为例,其拒绝参加 ICSID 公约的重要理由之一是抵制通过国际公法对投资者提供私人财产的保护;而这种抵制部分源于其 200 年殖民地历史和来之不易的国家独立。^④中国在适用范围上的保留、俄罗斯对公约迟迟不予批准同样存在各样的合理担心。因此,在 ICSID 对此没有进行根本性改革的前提下,很难被上合组织各成员国完全接受。

(二)《能源宪章条约》ISDS 机制的创新与风险

《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty,ECT)不仅被认为是能源合作领域的先驱,同时也是促进和保护外国投资的首个有约束力的多边协议,包含了所有重要的投资问题,并提供了一个成熟的争端解决机制。^⑤ECT 第 26 条规定的 ISDS 机制极具特色,集中体现在:限制投资者诉权(仅涉及第三部分项下的行为);缩短冷却期(三个月);扩增岔道口规则(增加“先前商定程序”);允许缔约国在岔道口规则和保护伞规则下例外拒绝无条件同意国际仲裁;提供三种法定国际仲裁程序;^⑥允许东道国政府以支付赔

^② 虽然 2020 年 2 月 18 日海牙上诉法院推翻了地区法院判决,但上诉法院也肯定了地方法院的意见,认为仲裁庭对“临时适用”条款的解释以及“全有或者全无”的判断是不妥当的,是使用了不正确的论点来支持管辖权。参见海牙上诉法院对尤科斯案的判决第 4.5.5 和 4.5.10 段,以及第 4.4.4 段。载荷兰司法(rechtspraak.nl), <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2020:234> 最后访问日期:2020 年 3 月 14 日。

^③ 根据《The ICSID Caseload Statistics (2020-1)》统计,仲裁员来自西欧的 47%, 27% 来自加拿大、墨西哥和美国; 11% 来自南美,亚太和中亚合计只有 13%,其中东欧和中亚为 2%。(第 17-18 页)

^④ [印] Rajput: *Protection of Foreign Investment in India and Investment Treaty Arbitration*, Kluwer arbitration, Jan 2017, p171.

^⑤ 张利宾、曾雪皓译:《能源宪章条约(ECT):历史背景、基本框架规定和争端解决》,Clarisse Ribeiro: *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*,载北极星电力网, <http://news.bjx.com.cn/html/20160113/700747.shtml>,最后访问日期:2020 年 3 月 15 日。

^⑥ 考虑到国际仲裁程序各具特色且缔约国各有偏好,1991 年至 1994 年期间各国代表团的约 50 次会议中,国际仲裁的选择历经三次修改最终确定。但对仲裁条款贡献最大的两个国家,美国和加拿大并没有签署条约。

偿金的方式替代任何其他救济;以及为仲裁裁决基于纽约公约得到执行提供根据。^{②7}自2001年起到2019年12月18日,共有128个案件根据ECT或者同时基于双边投资协议提起。其中涉及上合组织成员国的有15个案件。^{②8}

尽管如此,ECT在上合组织内的适用仍然存在局限。首先,一半的上合组织成员国尚未加入(中、印、巴)或批准(俄)ECT,尤科斯案之后,是否加入或批准ECT的判断将变得更加谨慎。其次,ECT的适用范围主要集中在能源领域,无法适应上合组织内广泛的经济合作领域。最后,也是最重要的是,ECT中潜藏若干解释适用方面的隐患,除尤科斯案所涉及的第45条“临时适用”条款的解释争议外,第26.5条(b)项亦存在诸多质疑:

第一,ECT裁决能否依据《纽约公约》执行。ECT为保障裁决能够强制执行,在26.5条(b)中特别规定,应任何一争议方的要求,本条规定项下的任何仲裁应在纽约公约成员一方的国家进行。本协议项下提请索赔应被视为属于纽约公约第1条产生的商业关系或交易。但是投资仲裁裁决因自然人或法人与国家之间的争议而产生,明显不属于《纽约公约》第1.1条所规定的适用范围——“裁决系因自然人或法人间之争议而产生的仲裁裁决”。即使26.5条(b)款将投资仲裁争议归于《纽约公约》第1.3条规定的“属于商事的法律关系…引发的”,能否解释为排除第1.1条规定,仍有不确定性。

第二,根据《纽约公约》执行是否意味着国家豁免权的自动放弃。在美国哥伦比亚地区法院2016年8月5日作出的US No. 895, *Anatolie Stati et al. v. Republic of Kazakhstan* 判决中,法院认为对哈萨克斯坦具有管辖权,理由是一国同意在(纽约)公约国家/地区进行仲裁时,即暗含放弃对所有签署国的主权豁免,因为通过成为签署国,它必然会考虑其他签署国的执法行动。^{②9}虽然该裁决对主权意思的推定存在明显逻辑错误,但其对于主权国家的消极影响不可低估。

第三,降低了仲裁程序或裁决效力的可预期性。仲裁程序或效力通常受到仲裁地法和执行地法的影响。ECT第26.5(b)中增加了仲裁程序进行地,也就增加了可能对仲裁程序或效力产生影响的新因素。^{③0}鉴于投资仲裁总是由投资者启动,投资者拥有对仲裁程序地进行选择的先机,而ECT没有给东道国对该选择进行回应的机会,需要依赖仲裁规则确定,因此增加了东道国对于影响仲裁程序或效力的可能性因素的判断难度。

^{②7} 参见前注^{②5},张利宾、曾雪皓文。

^{②8} 俄罗斯6件、哈萨克斯坦6件、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦各1件。采用ICSID程序的5件。数据来源参见能源宪章条约官网: <https://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>,最后访问日期:2020年3月15日。笔者自行统计。

^{②9} Van den Berg (ed.) *Yearbook Commercial Arbitration 2017*, Volume XLII (Dec 2017), p620-621.

^{③0} ICC仲裁院在其相关案件中阐述道,违反仲裁程序进行地国的公共政策,可以成为撤销仲裁裁决的理由,其目的是为了促使仲裁员尊重仲裁进行地国的公共政策。参见张艾清:《国际商事仲裁中公共政策事项的可仲裁性问题研究》,载《法学评论》2007年第6期,第99页。

总体看来,一方面,ECT投资争议解决机制所采用的三种投资仲裁程序,^{③①}仍沿袭旧制,并未根本改变投资仲裁本身的固有缺陷。另一方面,ECT作为一种创新性机制,在适用时还有许多不确定性。这些均使上合组织不得不另寻更为妥当的ISDS机制。

(三)《欧亚经济联盟条约》ISDS机制的理想与现实

欧亚经济联盟(Eurasian Economic Union,“EAEU”)是俄罗斯于2014年主导成立的以《欧亚经济联盟条约》为基础的区域经济一体化组织。其成员包括俄罗斯、哈萨克斯坦、白俄罗斯、吉尔吉斯斯坦及亚美尼亚,2020年4月28日乌兹别克斯坦成为继摩尔多瓦后EAEU的第二个观察国。^{③②}EAEU占据地球陆地面积的14%,拥有世界第一的石油天然气资源;在某种程度上与上合组织构成竞争。

EAEU拥有独立的ISDS机制,由《联盟条约》的附件《联盟法院规约》(以下简称“规约”)及《关于服务贸易、公司、商业活动和投资议定书》(以下简称“议定书”)第7章第6条具体调整。表面看来,EAEU《议定书》所规定的ISDS机制,恪守了大多数双边投资协定的争端解决传统,仅在仲裁庭多元化方面,借鉴了ECT第26.2(b)条的“意定主义”模式。但是如果考虑EAEU司法系统的特点,则颇具创新。

EAEU设立欧亚经济联盟法院作为联盟的主要司法机构,负责对成员国之间以及经济和商业实体(economic entity)之间的关系进行法律调整和争端解决,通过对联盟法律的解释,确保法律统一和在执行法律规范方面的司法控制。^{③③}虽然《议定书》没有明确规定联盟法院拥有对ISDS的管辖权;根据《规约》第39条,联盟法院也并不直接管辖投资者与东道国的争端,^{③④}但是不排除联盟法院根据《规约》第40条和41条对投资争端自决管辖。此外,联盟法院对联盟内的国际条约具有解释权,^{③⑤}也会对投资仲裁产生间接影响;如果联盟与第三方签订的国际条约中规定联盟法院有解释权,也发生同样的效果。

EAEU这种将ISDS机制置于联盟法院管控之下的设计,似乎在某种程度上有助于弥补投资仲裁的传统缺陷。但是,对上合组织而言,EAEU的ISDS亦不具有可适用价值。首先,超过一半的上合组织成员国没有加入EAEU,不能有效利用联盟法院机制。而EAEU建立一体化超国家联合体^{③⑥}的宗旨目标,明显降低了中国、印度等国加入EAEU

^{③①} 在128个根据ECT提起的仲裁中,有82个案件适用ICSID仲裁;24个案件适用SCC仲裁,22个贸法会仲裁UNCITRAL(其中临时仲裁10个,贸法会规则5个,常设仲裁院7个),参见能源宪章条约官网, <https://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>,最后访问日期:2020年3月18日访问。

^{③②} 《乌兹别克斯坦将成为欧亚经济联盟观察国》: <http://www.mofcom.gov.cn/article/ijyjle/202004/20200402960151.shtml>,最后访问日期:2020年8月10日。

^{③③} [白俄] Neshataeva, Tatyana: *THE COURT OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION: FROM LEGAL OPINION TO THE EFFECTIVE LAW, Mezhdunarodnoe pravosudie*(2017), no.2, pp.64-79. (In Russian).

^{③④} 参见EARU条约(英文版),第174页以下(《规约》第4章管辖权,第7页以下)。

^{③⑤} 参见EAEU《法院规约》(英文版)第46-47条。

^{③⑥} 《欧亚经济联盟的法律体系和框架》,载商务部网站, <http://gpj.mofcom.gov.cn/article/zuixindt/201701/20170102501712.shtml>,最后访问日期:2020年3月11日。

的意愿。其次,联盟法院具有自我维护的保守倾向,^{③7} 商业界和法律界对联盟法院缺少信任。^{③8} 最后,到目前为止,联盟法院没有涉及 ISDS 的案件,其究竟会以何种方式、在何种程度上对 ISDS 机制发生何种影响都具有很大的不确定性。因此,上合组织成员国应该谨慎对待 EAEU 的 ISDS 机制,在与 EAEU 签订的合作协定中应充分考虑联盟法院可能发挥的作用——特别是在联盟法院规约中明确规定联盟法院基于联盟与第三方的国际条约拥有管辖权的条件下——以决定 ISDS 机制的设计与选择。

四、上合组织多边 ISDS 机制建构的初步构想

上合组织是我国发起建立的唯一新型区域合作组织,它的发展关系到我国包括能源安全在内的多重重大战略利益;^{③9} 上合组织也是目前世界上最大的综合性地区组织,关涉全球近一半人口的安全和发展。虽然上合组织在新的发展时期遭遇来自内外部的诸多挑战,乃至世界各大智库对于上合组织未来发展前景观点迥异,^{④0} 但是,上合组织先进的组织理念、20 年丰富的多边合作经历以及完备的组织架构、法律框架与沟通机制,仍然极具价值,能够为上合组织内建立多边 ISDS 机制(以下简称“上合 ISDS 机制”)提供有力保障。上合组织应在遵循上海精神和变革成本最小化的原则指引下,在充分肯定协商调解机制对争议解决具有重要价值的前提下,仍以投资仲裁为主导性方法,通过优化仲裁员选任制度、建立上诉机制、完善透明度规则,实现上合 ISDS 机制的高效构建。

(一) 上合 ISDS 机制建构的基本原则

1. 遵循“上海精神”原则

“上海精神”是上合组织的灵魂,是上合组织新型国家关系的基石,也是上合组织内建构多边 ISDS 机制的基本遵循。相对于平等主体之间的国家之间以及私人之间的争端,投资者与东道国争端在公私权益保护方面呈现出更为复杂的价值取向;公权与私益在持续性跨国投资行为过程中存在更为深刻密切的交互影响。而上合组织内聚集了欧亚地区具有不同经济力量、不同政治体制、不同文化和文明传统的大国和小国,有四个核大国,也有加入无核区的中亚国家,^{④1} 这些国家在政治经济和社会发展诉求方面各不相

^{③7} 在 2012-2019 年 7 年间,联盟法院审理了 31 个经济实体对委员会行为的申诉案件和 12 个条款解释案件。在经济实体提起申诉的案件中,11 个被拒绝受理,3 个中止审理,只有 16 个进入事实审理。其中,13 个判决有利于委员会,3 个判决有利于申诉人。15 个向联盟上诉委员会(Appeal Chamber)上诉的案件中,有 14 个维持原判,只有一个改判。从提起申诉的经济实体的国别和申诉次数看,俄罗斯的经济实体申诉 20 次,白俄罗斯、哈萨克斯坦的经济实体申诉各 3 次,乌克兰的经济实体 2 次,印度、中国以及德国经济实体各 1 次。[俄] Vladislav Tolstykh, *Between a Heavenly Life and an Earthly Life: Jurisprudence of the Court of the EAEU from 2012-2019*, 7 Russ. L.J. 194 (2019).

^{③8} [白俄] Ekaterina Diyachenko & Kirill Entin, *The Court of the Eurasian Economic Union: Challenges and Perspectives*, 5 Russ. L.J. 53 (2017).

^{③9} 王海运:《上海合作组织与中国》,上海大学出版社 2015 年版,第 279 页。

^{④0} 王灵桂主编:《上海合作组织:新型国家关系的典范》,社会科学出版社 2018 年版,第 8-15 页。

^{④1} 同前注^{③9}, [塔] 拉希德·阿利莫夫文,第 1 页。

同。因此必须要坚持并遵循“上海精神”，在互信互利、平等协商、求同存异、共谋发展的基础上，协调各方利益，尊重多样文明，公平解决上合组织内投资者与成员国之间的投资争端；从西方主导的适应于资本输出的投资者保护时代，跨越至中国引领的均衡维护投资者与成员国利益的上合新时代，促进上合命运共同体的合作共赢，为国际社会提供全新的投资争端解决理念和方案。

2. 变革成本最小化原则

国际社会正在全面推进国际投资政策改革，重塑国际经济秩序；各国对投资者与国家争端解决机制改革的多边参与也日益普遍。^④我国必须抓住先机，在全球经贸治理新规则里融入中国智慧，实现中国引领。因此，必须充分利用现有机制的优势，取长补短，以最小的变革成本，推动上合 ISDS 机制的快速建构。

国际社会对 ISDS 机制的改革方向，聚焦于投资者与国家间仲裁的何去何从。^⑤目前争议在于：（1）ISDS 仲裁的取舍问题：一种方案以欧加为代表，舍弃投资仲裁机制改设国际投资法院；另一种方案以美日为代表，增加透明度和灵活性，改良投资仲裁机制。（2）投资仲裁的多边或双边选择问题：一种方案以 UNCITRAL 为代表，着力进行多边性改革；另一种方案以业界领袖为代表，坚持双边仲裁条约（BAT）。^⑥

从变革成本最小化的角度，借助上合组织的组织平台建构以投资仲裁为核心的多边 ISDS 机制最为务实。一方面，多边投资合作机制本身需要多边性争端解决机制支持，否则会增加多边投资合作争端解决的不可预期性。另一方面，上合组织内现有的双边投资解决机制在理念和规则层面存在诸多缺陷，通过双边机制推进意味着至少有 28 个双边投资协定需要整体更新，显然成本更高，效率更低。此外，如果考虑到最惠国待遇条款在双边 ISDS 机制方面产生的影响，将使情况变得更加复杂。^⑦而对于中国而言，通过参与或主导建构一个多边 ISDS 机制，成为全球治理规则的参与者和主要制定者，快速融入国际治理体系，意义深远。

虽然投资仲裁在实践中广受诟病，^⑧甚至引发“合法性”质疑。^⑨但有些批评，言过其实。例如，有观点认为投资仲裁赋予私人挑战主权国家的权利，过分偏袒投资者，引发主权危机。但根据 UNCTAD 发布的《2019 年世界投资报告》，从 1987-2018 年间共计 602 项已经结束的 ISDS 程序的整体统计看，总体结果非但不是有利于投资者，反而更偏

^④ 联合国贸发会《世界投资报告（2019）》（中文版），第 19 页。

^⑤ 根据《世界投资报告（2019）》（中文版），2018 年签署的 40 项国际投资协定出现了 5 种主要改革方式。

^⑥ 《多边 vs. 双边：投资争议解决机制改革新动向短评》，载武汉大学海外投资法律研究中心官网，<http://coil.whu.edu.cn/index.php/archives/388/>，最后访问日期：2020 年 3 月 10 日。

^⑦ 朱明新：《最惠国待遇条款适用投资争端解决程序的表象与本质——基于条约解释的视角》，载《法商研究》2015 年第 3 期，第 171 页。

^⑧ 参见前注 ⑦，漆丹文，第 81-82 页。

^⑨ [美] Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham L. Rev. 1521, (2005)

向于国家。^④也有观点认为投资仲裁成本过高无法为中小企业所利用。事实上,投资仲裁在绝大多数法律体系里都不是解决投资纠纷的唯一方式,而是否选择投资仲裁方式解决争议的主动权掌握在投资者手中,这是一个商业判断问题,并非制度配置问题。因此,投资仲裁作为争端解决方式的一种,无论国家还是投资者都应当在正确评估自身能力和投资仲裁机制特点的情形下进行选择适用。

此外,投资仲裁最遭诟病的是“裁决不一致”。^⑤但这一点即使在对法律适用具有体系化权威性的司法系统内也无法彻底消除。同案同判是所有法律适用活动的理想,但是无论大陆法系还是英美法系都难以完全实现。因此,仲裁庭对法律事实或法律原则及制度规则有不同理解并做出不同裁决,与其说是投资仲裁的缺陷,毋宁说是对抗性争议解决机制无法克服的缺陷。投资仲裁或许加重了裁决不一致的现象——受保密性、仲裁员选任随机性及裁决不可挑战性等特点的影响,投资仲裁几乎不可能维系裁决一致性;但也许避免了另一种可能,即将案件交由不同主权国家司法管辖所带来的具有明显政治倾向的不一致。因此,理性的选择是改革现有仲裁机制,使其更适应投资仲裁的现实需要。

总之,以投资仲裁为核心建立多边 ISDS 机制仍然是变革成本最小,绩效最优的选择,尤其在俄罗斯坚决反对设立国际投资法院的情况下,^⑥要促进上合 ISDS 机制迅速建立就更须如此。同时,为了加快上合 ISDS 机制的建构,亦可借鉴《美墨加协定》(USMCA)中“三国四制”的 ISDS 模式,^⑦即在不涉及多边投资争议时,允许当事人选择适用双边协定中确定的双边 ISDS 机制。

(二) 优化仲裁员选任机制

仲裁的灵魂是当事人意思自治;只有当事人,才拥有真正意义上的裁判权——选择权威的权威。^⑧在这个意义上,如果有一种权力可以高于主权,就是主权国家基于自己的意志所选择的权威对自己行使的裁判权;私人主体亦然。因此,仲裁员的选任在仲裁尤其在 ISDS 仲裁中至关重要。为避免前述 ICSID 仲裁中仲裁员的选任缺陷,凸显当事人意思自治所赋予的 ISDS 仲裁的合法性,建议从以下几个方面进行优化:

1. 建立仲裁员适格性消极判断标准。仲裁员适格性规则一般从积极条件和消极条件两个方面来界定。积极条件是指必须具备哪些条件才能取得仲裁员资格;消极条件

^④ 裁决有利于投资者的占 29%,有利于国家的占 36%; 2% 判决违约但没有损害赔偿; 10% 的程序终止,还有 23% 的案件和解结案。UNCTRAED:《World Investment Report 2019》, p.104.

^⑤ [美] Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham L. Rev. 1521(2005). 同前注^②,王贵国文,第 36 页。

^⑥ 《俄罗斯联邦关于贸易法委员会框架内与投资仲裁改革有关的具体倡议的声明》(2019.12.31),载联合国官网, A/CN.9/WG.III/WP.188/Add.1 - 俄罗斯联邦政府提交的意见书 https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state, 最后访问日期: 2020 年 3 月 10 日。

^⑦ 池漫郊:《〈美墨加协定〉投资争端解决之“三国四制”:表象、成因及启示》,载《经贸法律评论》2019 年第 4 期,第 14 页。

^⑧ 同前注^②,林一书,第 333 页。

主要指可能导致资格丧失的条件或情形。从国际上主要仲裁机构的仲裁规则看,对仲裁员适格性的规定各不相同。

表 1 主要国际性仲裁机构对于仲裁员适格性的规定

仲裁规则	积极条件	国籍关联性要求	回避 / 取消条件
ICSID2006	公正独立; 专业能力和 事业领域 (6.2)	仲裁员的多数不得为争端一方的缔约国民和其国民是争端一方的缔约国的国民。合意任命除外。(1.3)	根据公约 57 条 (明显缺乏公约第 14.1 条的品德和能力;违反第 39 条等规定)。仲裁庭或委员会主席决定 (9)
UNCITRAL2013	无明确要求; 仅在指定机构指定时考虑独立公正 (6.7)	无明确要求; 仅在指定机构指定时考虑指定一名与各方当事人国籍不同的仲裁员的可取性 (6.7)	可能对任何仲裁员的公正性或独立性产生有正当理由怀疑的情况 (12.1) 指定机构决定 (13.4)
SCC 2017	独立公正 (18.1)	独任仲裁员或者首席仲裁员; 如果当事人双方具有不同的国籍, 应当不同于双方当事人的国籍。(17.6)	对仲裁员独立公正性产生合理怀疑的情形或者该仲裁员并不具备双方当事人所约定的资格 (19.1) 理事会决定 (19.5)
ICC2017	中立和独立 (11.1)	独任仲裁员或首席仲裁员; 应与各当事人的国籍不同。但是, 在适当的情况下, 若任何当事人均未提出异议, 也可以从任何当事人的国籍国选定。(13.5)	无论仲裁员缺乏中立性或独立性还是出于其他原因, 书面陈述说明 (14.1) 仲裁院决定 (14.3)
CIETAC2017	道德高尚、 在法律和投 资领域有 公认能力, 独立判断 (11.2)	独任仲裁员、首席仲裁员和仲裁庭的多数成员不得与当事人具有相同的国籍。(11.3)	对公正性和独立性产生具有正当理由的怀疑的, 举证 (17.2) 仲裁委员会主任决定 (17.4)

根据上表, 可以得出以下几点结论:

第一, 几乎所有仲裁规则都将中立性或公正性同时作为仲裁员适格性的积极条件和消极条件。然而与证明仲裁员具有独立性或公正性相比, 证明其不具有独立性或公正性可能更具可行性。因此, 与其规将中立性或公正性定为积极条件, 不如规定为消极条件。

第二, 多数仲裁规则都对国籍关联性进行了规定, 但是只有 ICSID 与 CIETAC 规定了仲裁员多数的国籍限制, 其他 2 个规则都仅针对独任仲裁员和首席仲裁员设置国籍限制, 且其中 ICC 还允许适用消极性限制例外。因此, 国籍关联性作为限制当事人仲裁员

选任意志的条件应在极有限的情形下适用。

第三,所有规则均规定仲裁员回避或取消条件,但内容各不相同。(1)就质疑理由看,UNCITRAL规则和CIETAC规则将取消资格的理由严格限制在对独立性和公正性的质疑,而ICSID规则允许对14.1条所涉及的其他条件提出质疑,SCC规则允许双方约定仲裁员的资格条件并在不具备该条件时提出质疑,ICC规则允许基于其他任何理由提出质疑,显然ICC规则在对当事人选任意志的尊重方面更为彻底。(2)就质疑标准看,ICSID规则要求“明显缺乏”,UNCITRAL规则要求“可能有正当理由怀疑”、SCC规则要求“合理怀疑”,CIETAC规则要求有“正当理由”。从证明的难易程度看,ICSID规则最为模糊,“正当理由”显然比“合理怀疑”要严格,而“可能有正当理由怀疑”缓和了“正当理由”的严格性,从而与“合理怀疑”在伯仲之间。ICC规则对此未做任何限制,再次彰显其对当事人选任意志的尊重。(3)就质疑成立与否的决定主体看,除ICSID规则采用仲裁庭自决外,其余均由仲裁机构或指定机构决定。

综上所述,从最大限度尊重ISDS仲裁当事人在仲裁员选任方面的自由意志,进而最大程度地使ISDS仲裁合法化的角度,应在仲裁员负担信息披露义务的基础上,将对仲裁员品格、能力和独立性等各个方面的判断尽可能交还给当事人。具体而言,第一,尊重当事人的选任权威,减少对积极条件的预设;第二,借鉴ICC规则,允许当事人基于包括独立性或公正性在内的任何理由要求仲裁员回避,并不对“理由”施加“特别标准”;第三,借鉴UNCITRAL规则或ICC规则,取消或严格限制基于国籍关联性对当事人选任仲裁员的影响。甚至考虑到东道国在公共利益保护方面的特殊需要,在东道国有证据证明关涉公共利益的情况下,应尽可能保障东道国对本国国籍仲裁员的选任权。第四,在决定质疑是否成立时,仲裁机构或指定机构应尽可能支持回避请求。因为仲裁员选任不是各方选任自己的代理人,而是共同选任受双方信赖的裁判权威。这几乎是仲裁裁决最终能够得到各方承认的唯一合法的根据。因此,如果当事人对于仲裁机构或指定机构驳回回避请求的决定不服,应允许其在仲裁地法院请求司法救济。^③

2. 建立仲裁员遴选的交叉询问机制。仲裁员选任的目的是为了建立裁判权威,它所指涉的是整个仲裁庭的组成。仲裁庭中每一个成员必须得到当事人双方的信任。为有效保障当事人的选任知情权,建议借鉴美国程序法上的陪审员遴选制度,采取交叉询问机制。即允许当事人在仲裁员中立性披露范围之外,就其所关切的与案件审理有关的任何事由,向对方当事人选任或仲裁机构指定的仲裁员进行询问,并根据该仲裁员的回复做是否申请回避的判断。交叉询问仅在仲裁庭组庭阶段进行。一旦仲裁员被确认并组成仲裁庭,除非因后来发生的影响中立性或独立性的理由,否则不能对仲裁员提出质疑。如果可能,交叉询问应给予当事人至少一次无理由申请回避的机会。这是因为投资仲裁将要决定的是可能涉及公共利益的重大事项。许多因素看似无关紧要,却可能对案件裁判产生重大影响。交叉询问应在规定的期限内完成。在期限内未达成一致,将由仲裁机

^③ 郇恒娟、张圣翠:《“一带一路”倡议下我国仲裁员制度的创新研究》,载《国际商务研究》2019年第3期,第85页。

构指定无理由申请回避的仲裁员进行审理,如果被允许多次无理由申请回避,则指定第一次被无理由申请回避的仲裁员审理;如果没有无理由申请回避的情形,则由仲裁机构根据具体情形以最符合双方利益的条件确定。

(三) 建立上诉机制

如前所述,上诉机制对于 ISDS 仲裁而言尤为重要。它不仅构成了以欧盟、加拿大为代表的改革派另起炉灶,建议建立投资法庭机制的重要理由;甚至美国主导的 TPP 协定也预留了在 ICSID 中设立上诉机构的空间。我国在 2019 年 7 月提交给 UNCITRAL 的《改革意见书》中也将增设常设上诉机制作为首要建议。^{⑤4} 在上合 ISDS 机制的上诉机制建构方面,有以下几点建议:

1. 上诉机构是一个常设机构。常设机构的优势是为上诉案件顺利进行提供组织基础;除了能够较好地保障问责、透明度的目标之外,还可以通过上诉机制增强独立性、公正性、裁判官的独立性和公正性、一致性,^{⑤5} 契合上诉机构的设置目的和预期功能。上合 ISDS 上诉机构可以根据《上海合作组织宪章》第 8 条的规定,作为成员国最高人民法院院长会议的常设专家工作小组之一支,专司仲裁上诉案件审理之职。虽然该设置与第 8 条规定的专家工作组设立目的略有偏离,但有助于降低磋商成本提高效率,具有相当的可行性。

2. 上诉机构的管辖权应主要针对法律错误。单纯的程序错误仍然可以根据仲裁规则或仲裁地法进行相应的救济。事实错误原则上不能单独提起上诉。除非就法律错误提起上诉时不可避免地涉及事实错误。因为在投资仲裁程序中,双方当事人已经行使选任自由确定了自己的裁判权威,理论上就应当受其裁决约束。唯有考虑到仲裁庭组成的特殊性,即选任可能基于仲裁员对于案涉争议事项或行为本身的经验和知识,未能特别关注法律上的专业判断能力,故而需要对其法律上误判给予特别的救济。^{⑤6} 限制上诉理由,使当事人对其作为选择权威的选任行为及其后果承担一定的责任,既是仲裁当事人意思自治原则的应有之意,也是对投资仲裁特殊性的合理回应。鉴于上诉机构主要审理法律问题,故其组成应由各成员国选派法官和法学理论界人士构成。原则上可借鉴 EAEU 法院的做法,由每个成员国选派 2 名法官,并另加 5 名学者组成上诉委员会,主席由成员国选派的学者轮值。在案件审理时,上诉法庭由 5 人组成,东道国与投资者母国各选派一名法官,其他 3 人由非当事人国家的 1 名法官和 2 名学者随机组成,法官为上诉法庭庭长。上诉法庭裁决采取少数服从多数原则,东道国和投资者母国法官只阐述观点,不参与裁判表决。上诉法庭组成人员应保持客观公正,适用禁反言原则,如果在相同或相似案件中发表与先前审理意见相悖的观点,则丧失继续审理甚至任职的资格。上述

^{⑤4} 《中国政府提交关于投资人与国家间争端解决制度可能的改革的意见书》,载联合国官网, https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state, 最后访问日期: 2020 年 3 月 10 日。

^{⑤5} 王彦志:《国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择》,载《中南大学学报社会科学版》2019 年第 4 期,第 74 页。

^{⑤6} 仲裁相对于法院的另一个优势是当事人可以根据需要选任特定领域的专家而不是法律专家审理案件,因为如果寻求法律专家审理争议,法院可能是更好选择。

安排的目的在于从法律的角度充分解读东道国和投资者行为的性质、效力以及可能产生的社会影响,平衡保护投资者和东道国双方的权益。

此外,上诉机制是一个可选择机制。除非当事人双方在提请仲裁之前已经达成裁决具有终局效力的合意,否则上诉可依任何一方的申请提起。此种安排目的在于提高行为预期和争议解决效率。

(四) 吸收并完善透明度规则

透明度是投资仲裁最具特色的要求。在晚近 UNCRTIAL 主导的投资仲裁制度改革中,追求裁决的一致性和可预测性几乎是国际社会的一致要求。但是透明度规则是双刃剑,公众参与与“善治”之间仍有相当的距离。特别是考虑到国家独立性、文明多样性的重要价值以及公共利益时际、域际、人际等特征,透明度规则在适用时应保持适当限度。上合组织以“尊重多样文明”为核心,以构建“休戚与共、安危共担的命运共同体”为己任,应当在建构 ISDS 机制的透明度规则时进行以下完善:

1. 以东道国法院标准为原则。透明度规则的重要起因在于投资仲裁关涉东道国公共利益,并且可能对其他投资者在东道国的投资及争端解决产生可预测性。因此,透明“程度”的确定应该以服务此目的实现为限。除非东道国在个案中同意采取更高的透明度标准或者如不采取更高标准的透明度将有害于国际公认的或人类整体的公共秩序,否则应以东道国法院在审理案件时的公开程度为标准,或与之相当。仲裁庭无权利(权力)在更深刻或全面的程度上探索东道国的案涉行为与公共利益之间的关系。这不仅与仲裁的时间和经济成本密切相关,也由案件审理的“授信”范围本身决定。东道国法院标准应包括基于本国立法以及本国参加的条约或公约的规定所确定的标准。东道国应在仲裁庭组庭之后向仲裁庭提供其法院公开审理程序标准;除非涉及投资者商业秘密的损害或属于特别的机密信息,经投资者请求不予公开,否则应当按照该公开审理标准或相当之标准进行。

2. 建立可供选择的透明度规则清单制度。仲裁规则可提供具有倡导性质和普适价值的透明度规则清单,在案件受理时提供给东道国和投资者“选入”或“选出”,除非严重影响案件审理,否则在东道国法院标准上叠加当事双方选择之交集确定本案所适用的透明度标准。透明度规则清单应当是个案性选择。同一争议涉及多方投资者时,东道国的选择应当平等适用。

3. 对“第三方”的界定和参与决定。透明度问题所涉及的“第三方”是指争议当事方(投资者和东道国)以及仲裁第三人以外的人,具体包括:(1)支持仲裁的第三方(non-disputing parties),即向法庭提供与案件有密切关联的资料的人,如行业协会或其他非政府组织。(2)非争议方的条约缔约方(non-disputing treaty party),即东道国之外的争议条约缔约方,广义上包括投资者母国和其他缔约方。(3)资助仲裁的第三方(the third party funding),即为仲裁当事人或其他参与到仲裁中的人提供资助的人。ICSID《修订中规则》第14条规定取其狭义,即为当事人一方提供资金支持的人。上述这些第三方,均将直接或间接影响当事人双方的重大利益,因此都应该受到透明度规则中信息披

露义务的约束。但是就其披露内容的范围和程度,应该有不同要求。支持仲裁第三方因为直接涉及事实判断或价值判断问题,故应设置更为严格的信息披露义务。

除资助第三方不实质性参与仲裁,故其参与不受仲裁庭决定之外,其他两种第三方都因对案涉争议的事实问题或法律问题产生影响,在参与时须由仲裁庭决定。《透明度规则》与 ICSID《修订中规则》对仲裁庭的参与决定权有不同规定。根据《透明度规则》第 4.1 条,仲裁庭在决定是否允许支持第三方参与仲裁时,需与争议各方协商;而 ICSID《修订中规则》规定原则上由仲裁庭单独决定(66.1 条),但允许当事方对此提出意见(66.3 条)。一般而言,第三方提供材料有助于查清事实,但鉴于投资仲裁的特殊性以及透明度规则的初衷,仲裁庭应当尊重当事双方的意见;在双方意见不一致时,如果没有合理的怀疑表明东道国掩盖事实或存在不正当理由,应当尊重东道国的意见。

非当事方的缔约方参与仲裁的目的是进行条约解释,这实际是为仲裁庭提供法律意见支持,很大程度上也是对投资者的支持。因为,在条约解释方面,东道国有机会直接将自己的观点传递给仲裁庭。为公平计,仲裁庭应当给投资者同等的机会,允许其母国提供条约解释的意见。《透明度规则》甚至更进一步,即在投资者的母国未主动介入的情形下,允许仲裁庭“邀请”投资者母国提供意见。这里涉及两个问题,第一,在双边条约下投资者母国之外的其他缔约方是否能够被允许或被邀请参与仲裁进行条约解释;第二,根据《透明度规则》“邀请”需与争议各方协商,协商不成如何处理。鉴于多边条约下,对条约的解释可能构成其他根据该条约提起的仲裁的法律适用基础,为实现裁判的一致性和可预测性,应该尽可能求得缔约方对该条约解释上的一致性。在这个意义上,即使就“邀请参与”未能协商一致,仲裁庭也有权作出决定,邀请其他缔约方提出解释意见。

五、结语:奠基“一带一路”投资争端解决,助推全球治理

上合组织与“一带一路”同根而生,本质上并非竞争关系,而是互有助益。上合组织以国家安全为基础、组织机制为保障,为“一带一路”建设铺路搭桥;“一带一路”以开放灵活为导向、以经济发展为引擎,助力上合组织经济合作走深走实。^{⑤7}上合组织可以通过组织力量将“一带一路”中存在的某种“对立”转化为“共向”。印度尚未与我国签署“一带一路”合作协议,却新晋上合组织成员国;俄罗斯另立欧亚经济联盟,却积极寻求同“一带一路”的合作。上合组织在其间具有很强的调节作用。诚如学者所见,中国必须把“一带一路”倡议的目标与上合组织的任务相结合,加强上合组织内成员国间的联系和交流将是中国进一步发展多边关系的关键。^{⑤8}要充分发挥上海合作组织的机

^{⑤7} 李自国:《“一带一路”与上合组织关系探究》,载《俄罗斯学刊》2019年第5期,第85-99页。

^{⑤8} [美] Simeon Djankov, Sean Miner:《中国“一带一路”倡议的动机、规模和挑战》(彼得森国际经济研究所),见前注④,王灵桂书,第1页。

制作用,提升发展中国家话语权。^⑤在上合组织发展的十字路口上,积极构建上合 ISDS 机制,协调成员国内的投资合作关系,无疑将对上海合作组织自身发展及“促进发展战略对接,推动一带一路建设”^⑥具有积极意义,对中国智慧融入全球治理产生深远影响。

Abstract: “Belt and road” dispute settlement mechanism can not be built overnight, instead, it can be explored with the aid of the establishment of an independent SCO ISDS mechanism. Considering the inter-generational development defects of the ISDS mechanism in BITs between SCO members, the existing available multilateral ISDS mechanism, such as the ICSID arbitration, ISDS mechanisms of ECT and EAEU, have been increasingly difficult to meet the needs of SCO in terms of the ideas and system rules. SCO should construct an independent multilateral ISDS mechanism. As warned by the case of Yukos, the construction of the SCO ISDS mechanism should comply with the principle of “Shanghai spirit” and minimizing variable costs. It should take investment arbitration as the leading factor, optimize the selection mechanism of arbitrators, establish an alternative permanent appellate body, absorb and improve the transparency rules, so as to promote the common prosperity of the Shanghai Joint Destiny Community. The SCO ISDS mechanism can also be a bedrock of dispute resolution arising from “the belt and road initiative”, and promote the cooperation between “the belt and road initiative” and EAEU, which must be helpful to have the China wisdom of global governance assimilated into the world.

Keywords: SCO; multilateral ISDS mechanism; investment arbitration; Shanghai spirit

(责任编辑:魏庆)

^⑤ 参见荣鹰、张蕾:《新印度愿景与中印更加紧密的发展伙伴关系构建》,载《国际问题研究》2019年第6期,第56-66页。

^⑥ 习近平总书记在上海合作组织成员国元首理事会第十八次会议上的讲话(2018年青岛峰会),载新华网, http://www.xinhuanet.com/world/2018-06/10/c_1122964013.htm,最后访问日期:2020年3月10日。

商事仲裁电子证据的开示和认证

陈健 李贤*

内容提要 互联网技术的发展使得仲裁庭在认定案件事实和解决纠纷时越来越依赖于电子证据。然而,由于电子证据具有的不同于传统证据的特质,导致其对我国仲裁证据规则的适用存在诸多不适宜之处,需要对我国证据规则加以完善。通过对比我国商事仲裁与国际商事仲裁中电子证据的开示和认证规则,反思我国现行规定的不足之处,建议从《仲裁法》、仲裁员以及仲裁机构之仲裁规则等三个角度出发,完善我国商事仲裁电子证据规则。

关键词 商事仲裁 电子证据 开示 认证

一、引言

从门店购物到网络平台购物,从现金交易到二维码付款,互联网信息技术深刻地改变了人们的生产生活方式,其中最典型的的就是电子商务的发展。近些年来,电子商务在我国整体经济体系中占有的比重不断上升,同时,与之相关的民商事纠纷也越来越多。电子商务是以计算机信息技术为基础形成的,从信息获取、资金支付到物流配送,互联网技术在电子商务运营中的应用极为广泛,这也就意味着一旦发生纠纷,作为重要信息载体的电子数据就成为重要证据来源,也即形成了所谓的电子证据。

电子数据作为一种新型且独立的证据形态,存在诸多与传统证据类型不同的特质,具体体现在数据的存在形式、表现形式以及传播形式等三大方面。^①首先,就电子数据的存在形式而言,其兼具脆弱性和稳定性。由于电子数据多通过互联网分享,所以其不但会分布在移动硬件设备、备份磁盘等不同地方,也会被第三人轻易篡改。^②即便没有第三方的干预,自动化后台系统或外部源流入的网页也会编辑电子数据。因此电子数据的存在呈现出了脆弱性。但是,介于电子数据多是以系统数据的形式存在,对不具备专业知识的人而言其造假的难度较大;同时,那些易被编辑篡改的电子数据也都有相应的技术

* 陈健,法学博士,中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所副所长;李贤,中国政法大学民商经济法学院硕士研究生。

① 毕玉谦:《民事诉讼电子数据证据规则研究》,中国政法大学出版社2016年8月版,第6-10页。

② 陈健:《ESI国际仲裁规则的最新进展》,载《北京仲裁》2011年第2期,第147页。

措施进行恢复补救,^③所以电子数据也具备稳定性。其次,在表现形式上,电子数据具有无形性和科技依赖性。电子数据不能被直接识别,其直接呈现出来的是代码的组合,因此作为数据信息的电子数据本身是无形的。电子数据只有经过电子设备的翻译传输之后才能被直接理解,在对其进行访问时需要借助适当的硬件和软件装备,具有较强的科技依赖性。也正因为如此,电子数据保存时间更为长久。最后,电子数据在传播形式上具有开放性,此特征与电子数据表现形式的无形性和科技依赖性密切相关。具体而言,电子数据的无形性使具备相应信息设备和技术手段的社会公众能同时获取相同的数据信息,而不必受到时间和地域的限制。

众所周知,仲裁所具有的一裁终局、中立民间、高度自愿自治、保密性强等特性使其成为当前商事纠纷解决的最重要途径之一,并形成了一系列的商事仲裁规则。而电子商务的迅猛发展以及电子数据所具有的特质极大冲击了传统商事仲裁的证据披露、证据可采性标准以及证明力判断等规则,进而推动了商事仲裁证据制度的完善,并逐步确立了电子数据证据规则独有的内容。在司法证明方式的历史进程中,我们历经了“神证时代”、“人证时代”以及“物证时代”,当前三大诉讼法经过修订刚刚迈入“电子时代”。^④但是,我国商事仲裁证据规则却并未因互联网技术的进步而发生明显改变。因此,建立一套统一协调的商事仲裁电子证据规则具有必要性。本文即在整理国内外商事仲裁电子证据规则的基础上,分别从电子数据的开示和认证两方面,论述国际商事仲裁电子证据规则的通行做法,分析我国商事仲裁电子证据制度的内容,总结我国当前制度规则存在的问题并提出完善意见。

二、商事仲裁电子证据规则的渊源

作为商事多元化纠纷解决体制的重要组成部分,诉讼与仲裁存在诸多相似之处,但是在证据规则的构建上,商事仲裁明显有其独特的证据制度。原因就在于,与诉讼程序相比,仲裁在制度设计上更注重对效益价值的追求。^⑤这也就意味着,仲裁制度较诉讼程序的最大优势就是能够不受制于诉讼中纷繁复杂的程序要求和证据规则。^⑥因此,商事仲裁在证据制度的设计上也需要体现灵活性,而不应当是对诉讼中证据规则的简单转化。目前在国内外仲裁证据规则中,除由国家主体制定的仲裁法以及可以适用于商事仲裁的诉讼法之外,还存在诸多由非国家主体制定的商事仲裁证据“软法”,共同规制商事仲裁中的证据开示及认定事项。近年来,随着涉及电子数据的商事仲裁案件的增多,这些“软法”陆续制定了有关电子数据的特别规定。

^③ 何文燕、张庆霖:《电子数据类型化及其真实性判断》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2013年第2期,第31页。

^④ 参见樊崇义、李思远:《论电子证据时代的到来》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期,第99页。

^⑤ 参见刘晓红:《从国际商事仲裁证据制度的一般特质看我国涉外仲裁证据制度的完善》,载《政治与法律》2009年第5期,第91页。

^⑥ 参见杨良宜、杨大明:《国际商务游戏规则:英美证据法》,法律出版社2002年9月版,第627页。

（一）商事仲裁电子证据规则的渊源概述

许多国际组织和仲裁机构制定的规则成为了商事仲裁电子证据规则的重要法律渊源。联合国国际贸易法委员会在商事仲裁方面陆续制定了一系列具有代表性的立法文本,包括《国际商事仲裁示范法》《贸易法委员会仲裁规则》《关于组织仲裁程序的说明》等,涉及仲裁程序进行的方方面面,但是均未提及电子数据。即便是规定了数据电文和信息系统的《电子商业示范法》,也仅仅明确了两者的具体含义、肯定了两者的可接受性和证据力,尚未就电子文件的披露、证明力的认定等作出具体规定。2008年,附属于美国仲裁协会(The American Arbitration Association)的争端解决国际中心(The International Centre for Dispute Resolution)制定了《仲裁员信息交换指南》(Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information),专门应对仲裁中出现的因信息交换导致的程序拖延和成本增加等问题,鼓励仲裁员创新管理当事人双方的信息交换,因此对电子数据的开示请求及费用负担等进行了详细规定,尚未涉及电子数据开示后的证据能力和证明力判断。英国特许仲裁员协会(The Chartered Institute of Arbitrators)针对仲裁中因文件披露造成的效率低下、成本负担过高等现象,制定并颁布《仲裁中的电子披露规程》(Protocol for E-Disclosure in Arbitration),专门适用于电子文件的特定披露问题,也未对电子数据的认定规则予以明确。同样,冲突预防与解决国际协会(The International Institute for Conflict Prevention & Resolution)也意识到了电子披露可能会导致仲裁程序复杂、费用昂贵,为强化电子文件披露的可预见性,制定了《商事仲裁中文件披露和证据出示规程》(Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration),设置了可供当事人选择的多种披露模式,限定了披露的范围,明确了成本负担。上述规则都对电子信息的开示和披露予以特别规定,却未明确电子数据的可采纳性和可采信性是否具有独特性以及应当适用哪些具体规则,这些问题在2010年国际律师协会(International Bar Association)修订后的《国际仲裁取证规则》(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration,以下简称“《IBA规则》”)中得到了解决。《IBA规则》不仅规定了各类证据的出示规则,还规定了仲裁庭对证据的采信与评定。《IBA规则》在定义中就将电子数据明确纳入文件材料的做法,使得该规则的所有内容都能适用于电子数据。

除了上述渊源外,各国国内立法也会对仲裁程序及相关证据事项予以规定。这些规定部分见于专门的仲裁法中,部分则源于民事诉讼法的相关内容。其中,前者对仲裁中证据程序的规定并不多,主要涉及对正当程序的要求。因此,各国诉讼法和证据法的相关规定才是当事人约定或仲裁庭决定适用的商事仲裁证据规则的主要渊源,而多数国家的诉讼法都对电子数据进行了明确规定。美国修订后的《联邦民事程序规则》(Federal Rules of Civil Procedure)包含电子证据条款,但是其中关于电子数据的规则并未与其他类型证据存在不同之处,只是对原有的规定予以变通使之适用于电子文件,^⑦所以电子

^⑦ 刘品新:《中国电子证据立法研究》,中国人民大学出版社2005年5月版,第75页。

数据也需要接受部分相同规则和标准的审查。^⑧而英国早在《1968年民事证据法》中就对电子数据进行了规制,并按照生成方式的不同将电子数据分为三种类型。但是随着计算机技术的发展,《1968年民事证据法》的规定渐渐无法解决互联网技术进步带来的新的电子证据问题。因此,英国颁布了《1995年民事证据法》,重新规定了电子数据的可采性规则。不同于英美法系国家对电子证据规则的详细规定,大陆法系国家多对电子数据的取证规则予以特别关注,而对于电子数据的可采性标准则只是设置了一些原则性条款。

(二) 我国商事仲裁电子证据规则的渊源

我国对电子证据仲裁规则予以明确规定的仲裁机构并不多,其中最典型的的就是中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲委”)制定的证据规则。《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》(以下简称“《贸仲委证据指引》”)是贸仲委在参考我国民事诉讼的证据规则以及《IBA规则》的基础上制定的,其将电子数据纳入书证的范围,从而使得电子数据同样适用于书证的举证、质证以及认定规则。因此,相关民事诉讼法、仲裁法等法律法规以及相应的司法解释是我国商事仲裁电子证据规则的重要渊源。我国《仲裁法》未提及电子数据,其中涉及证据的相关规定也是直接模仿我国《民事诉讼法》的相关内容。^⑨而我国2012年修正后的《民事诉讼法》以及2015年最高人民法院颁布的《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“《民诉解释》”)也只是确立了电子数据在我国的独立证据地位,详细解释了电子数据的含义,实际操作价值并不大。^⑩2018年,最高人民法院为了确保互联网法院的诉讼活动,制定并颁布了《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》(以下简称“《互联网法院审理规定》”),包含了关于电子数据真实性认定及审查的详细内容,具有参考价值。最高人民法院在2019年修正的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称“《证据规定》”)已于2020年5月1日生效,对电子数据的表现形式、举证要求以及真实性认定等进行了明确规定,对我国商事仲裁电子证据规则的确立具有重要的指导意义。

三、商事仲裁电子证据的开示规则

证据开示制度形成于英国的衡平法法律实践,随着英国的扩张传至美国,并在美国1938年《联邦民事程序规则》中得以确立和发展。^⑪商事仲裁中的证据开示制度虽来源于民事诉讼,但有其独特之处,造成两者差异的根本原因在于商事仲裁中的证据开示制度遵从当事人意思自治原则,不同于诉讼程序中证据开示的严格适用。而电子数据因

^⑧ 参见何家弘:《电子证据法研究》,法律出版社2002年7月版,第537页。

^⑨ 参见姜霞:《论仲裁证据制度的独立性》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2007年第5期,第35页。

^⑩ 参见刘哲玮:《民事电子证据:从法条独立到实质独立》,载《证据科学》2015年第6期,第680页。

^⑪ 参见乔雄兵:《美国电子证据开示变革及对我国的启示》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2012年第1期,第115页。

其具有的不同于纸质证据的特质,容易在开示时出现程序复杂、效率低下等诸多问题,因此需要对电子数据的开示进行专门立法。商事仲裁中电子证据开示规则的确立能避免庭审时间过长,有利于保障商事仲裁进程的高效进行。

(一) 电子证据开示的早期披露

由于电子证据开示所涉及的事项繁多,且部分事项会对后续电子证据证明能力和证明力的认定产生直接影响,所以需要当事人在庭前开示前即对电子证据开示的相关问题进行充分协商和确定,避免当事人在仲裁过程中再因电子文件开示范围、形式等问题产生不必要的争议,影响商事仲裁程序的顺利进行。因此,部分国家或仲裁机构规定当事人在程序早期即对部分问题进行共同协商。

修订后的美国《联邦民事程序规则》专门规定了电子文件开示的早期披露,并对法官和当事人提出了相应要求。首先,法官应当在收到当事人的报告或与律师沟通后,作出日程安排,并明确完成证据开示、修改证据开示时间和范围等事项的期限。除此之外,该规则还对法官发布该日程命令的时间和修改该命令内容的具体情形进行了说明。但是,上述规定均不具有强制力,仅仅是在提醒法官尽早处理相关事项,因此法官仍可视情况决定是否做出日程安排和案件管理命令。其次,在法官决定召开会议或安排命令到期前 21 天,当事人应当在充分考虑各自请求、抗辩本质和案件解决可能性的基础上,计划关于电子数据披露的各项安排,包括开示的时间、形式、项目等各事项。同时,当事人应当秉持着诚信原则进行友好协商,并在协商后的 14 天内将开示计划报告提交给法官。

各商事仲裁机构和国际组织也认识到电子文件出示规则早期确定的优势,并给予了明确肯定和鼓励。其中,《IBA 规则》直接阐述了仲裁庭与当事人进行程序前协商的优点,并规定了各方协商的内容,但并未提及协商期限、程序等具体事项。另外,其中的“shall”一词表明此处的早期协商实际上是对仲裁庭的强制性要求。《仲裁中的电子披露规程》也明确规定仲裁庭和当事人需要在程序早期阶段协商电子文件的披露事项,包括电子文件生成的范围、方法、形式等。《商事仲裁中文件披露和证据出示规程》同样鼓励尽早解决电子证据披露过程中产生的争议,并规定了早期程序安排会议的召开。

结合上述各国、各仲裁机构的规定可以发现,不管是商事仲裁还是诉讼,均对电子证据开示的早期确定持积极态度,有些甚至为仲裁庭或仲裁员设定了强制性义务。显然,这一程序具有其自身的优越性。电子证据的开示本就是一项极为复杂的程序,一旦当事人之间就开示的具体问题产生争议,甚至为恶意拖延进程而制造争议,就会对整个仲裁程序的顺利进行造成极大的负担,进而破坏仲裁制度的优越性。因此,鼓励当事人就开示事项进行友好协商并在后续的进程中遵守约定,不但能有效避免仲裁程序的拖延,而且有助于当事人尽早对可能作为证据的电子信息充分知悉并作出充足准备。

(二) 电子证据的开示范围与形式

电子文件因其自身的特质导致其开示会涉及大量的数据信息、造成较高的成本,因此需要限定开示的范围,避免浪费人力物力。在商事仲裁中,多数仲裁机构规定可以由当事人各方自行协商证据开示的范围,否则即参照仲裁规则或相关诉讼法的规定进行。

美国《联邦民事程序规则》为避免电子文件开示导致成本过高,规定在有证据证明开示会造成不合理高昂支出的情况下,被开示一方无需出示相关电子文件。但是,也存在例外情况,即申请一方有足够的理由支撑其开示请求。至于何以构成“足够的理由”,《联邦民事程序规则》并未予以明晰,根据相关解释,一般认为判断因素包括:开示请求是否具体、在诉讼中的重要程度、是否有更为简单的证据获取方式等。^⑫《IBA规则》则首先对开示的范围进行了概括性的规定,对电子文件设定了更高的标准,即请求披露一方应当尽可能使请求披露的信息特定化和具体化。其次,即便满足了上述特定化标准的要求,《IBA规则》也允许仲裁庭拒绝造成不合理负担的披露请求。可见,《IBA规则》不仅对开示的请求进行了限制,也对仲裁庭是否同意开示请求提供了依据。除此之外,《仲裁中的电子披露规程》对电子信息的开示范围做了更为详细的规定。该规程对电子文件进行了分类:首先,无正当理由时,不能对例行删除的数据等不可访问的数据请求开示,除非该数据的重要性高于恢复数据所消耗的的人力和物力成本;其次,无特别需要时,若被请求开示的电子信息涉及众多开示主体,该请求也会因负担过高而不被允许。另外,该规程也为请求开示方设定了义务,要求其证明请求披露的电子文件的相关性和重要性超过披露花费的成本负担。

根据上述现有规则可以发现,对电子信息开示范围的规定大多是从反向进行的,即明确了不允许开示的情形和条件,并辅之以例外情形。同时,设定排除情形时也都是充分衡量了电子信息重要性与开示成本之间的合理性和相称性。这一判断规则实际上就是利益平衡原则的适用,确保在不影响案件处理和造成过重负担的情况下,最大程度地对电子数据进行披露,符合商事仲裁程序的经济性特点。

仲裁中电子数据的出示形式一般有两种,即电子数据自身呈现的、通常的形式和转化后的特定形式,前者有利于维护成本但可能不便访问,后者有利于对案件的审查和理解但会产生过大的经济负担。现有规则基本都规定在无特定需求的情况下,采用电子数据最通常、合理的出示形式;当通常、合理的形式不能保证仲裁程序的顺利、高效时,可以将电子信息转化为其他特定形式,这实际上也是利益平衡原则在电子文件出示形式上的具体体现,以期实现仲裁程序经济效率和满足案件实际需求之间的平衡。

(三) 电子证据开示费用的负担

在商事仲裁中,仲裁费用的负担也同样优先适用当事人的意思自治,并且大多数情况下都会约定由当事人双方各自负担相应的费用,其中也包括电子证据开示的成本支出。因此,仲裁庭通常不能直接决定仲裁费用的负担。但是在特殊情况下,仲裁庭享有裁决费用负担的权利,并且这些特殊情形与电子证据的开示有密切联系。

第一种情况多出现在美国的司法实践中,即当被要求开示方成本负担过高时,可以考虑采取成本转移方法,由请求开示方承担相应的开示费用。第二种特殊情况在仲裁中

^⑫ See Salvatore Joseph Bauccio, *E-discovery: Why and How E-mail is Changing The Way Trials are Won and Lost*, 45 Duq.L.Rev. 282, 283 (2007).

更为多见,即持有数据信息的当事人在证据开示过程中存在恶意。电子文件的脆弱性和信息完整程度的不稳定性使得其极易被信息持有人毁弃,进而影响案件的处理和最终的裁决。因此,电子证据制度对持有人的数据保存义务规定地更为严格,具体体现在为违反该义务的当事人设定较重的仲裁费用负担。《联邦民事程序规则》并未明确规定恶意损毁电子信息系统应承担的责任,但是可以通过倒推“安全港条款”窥见法院的态度,即对因非正常、善意操作导致电子数据信息丢失的当事人进行处罚。《IBA 规则》则从正、反两个方面对该问题进行了规定。首先,若电子数据持有人不能合理解释被请求开示信息的丢失、毁弃,仲裁庭可做出不利推定,即在决定仲裁费用的承担时可以据此考虑对数据持有方进行相应的惩罚。其次,当事方在证据程序中的恶意行为也会使仲裁庭决定让其分担更多的仲裁费用。

上述第一种情况实际上也是对利益平衡原则的适用,本质上是对数据信息重要性与数据披露成本的衡量,目的是在两者之间寻求最大的公平。而在第二种情形下,仲裁庭在决定电子证据开示费用的负担时,以开示方是否善意作为是否采取惩罚措施的判断依据,本质上是诚实信用原则或善意原则的运用。不管是对何种原则的运用,这两种情况都是为了保障仲裁程序的高效推进和经济公正,最大程度地发挥仲裁制度的优势。

(四) 我国商事仲裁的电子证据交换制度

我国与商事仲裁证据规则相关的法律规定、仲裁机构的仲裁规则中均未出现“证据开示”的概念,与证据开示最为接近的是证据交换。实际上,我国的证据交换制度也是在借鉴证据开示制度的基础上发展而来的,其正式确立是在《民事诉讼法》中,证据交换被设定为法院开庭准备时参照适用的程序之一。但是,《民事诉讼法》及对应的《民诉解释》并未进一步明确其具体实施规则,《证据规定》则规定了证据交换制度的具体内容。2001年颁布的《证据规定》对民事诉讼证据交换的时间、次数、启动等都进行了详细规定,而2019年修订后的《证据规定》则对原规定中证据交换的内容进行了大幅修改。首先,修订后的《证据规定》不再限制证据交换程序的启动,删除了原规定中的当事人申请、证据较多或者复杂疑难案件这两个限定条件,与我国《民事诉讼法》及其司法解释保持一致,放宽了证据交换的启动条件,有利于缓解电子证据给证据交换规则带来的冲击。其次,修订后的《证据规定》不再限制证据交换的次数。原《证据规定》为防止当事人滥用证据交换程序拖延诉讼进程,规定除重大疑难、特别复杂且法院认为有必要再进行证据交换的情况下,证据交换的次数不能超过两次。而修订后的规定则将此条款删除,不再一刀切的限制证据交换的次数,转由人民法院根据案件以及审理的具体情况灵活决定,更利于实现案件的公正裁决。除此之外,修订后的《证据规定》在交换时间和程序上与原规定无异。电子数据证据交换期日的确定有两种情形:双方协商一致并经法院认可,或者由法院指定。其中,前者在一定程度上体现了对当事人自由意志的尊重,后者则能有效防止当事人对证据交换程序的滥用和对案件处理进程的拖延。在具体操作上,证据交换程序由审判人员主持,并最终确定双方的争议点。

至于我国的商事仲裁机构,《贸仲委证据指引》提及的证据交换方式包括仲裁庭转

递或与当事方协商一致决定的其他方式。与此同时,该指引在参照《IBA 规则》的基础上规定当事人可以提出特定披露请求,请求仲裁庭指令对方当事人披露特定的或特定范围的电子证据。但是,请求披露一方应当将披露的对象具体化、特定化,并且证明原件之间的关联性和重要性。即便如此,仲裁庭在做出是否同意该特定披露请求的决定时,也应当在考虑给定理由的同时,参考对方当事人就此特定披露的意见。另外,该指引还规定仲裁庭可以对请求及当事人意见的提出和发表规定时限。

根据上述规定可以发现,我国的电子数据证据交换制度与证据开示制度既有相似之处,也存在不小的差别,总体上,可以将两者关系总结为:证据交换是证据开示的其中一项进程。具体而言,证据开示制度涉及从证据的发现、收集,到证据的交换等整个进程,而证据交换制度更强调仲裁庭主持下双方证据的“交换”,未赋予前期当事人进行的多项与证据相关之行为以法律意义。这就导致在证据交换程序中,当事人各方均没有直接要求对方提交自己所需、案件需要的证据的权利,另一方也当然地不承担相应的义务。^⑬另外,我国未建立起相应的调查取证程序,原因就在于我国一直倡导当事人主义审判模式。然而,电子数据持有人在整个案件处理过程中极具强势地位,其有足够的条件优势采取不出示、甚至毁损等不善意的措施。当然,我国也赋予了法官依当事人申请去调查搜集证据的职权,但是这对商事仲裁中的仲裁员而言并未造成任何实质影响,因为仲裁员作出的指令不具有强制力,也不能使未执行指令的当事人承担不利后果。因此,这些看似具有开示意图的规则实际上也未能实现电子证据的充分披露和交换。

综上,不论是民事诉讼的相关法律规定,还是仲裁机构制定的仲裁规则,我国目前的证据交换制度为商事仲裁电子证据交换提供的帮助远不及证据开示制度。既然我国的证据交换源于证据开示制度,那么我们仍可以在立足于我国实际的基础上,借鉴证据开示制度的相关规定,完善证据立法和各仲裁机构的仲裁规则,强化证据交换程序中双方当事人的权利义务关系,为不善意当事人制定处罚措施。

四、商事仲裁电子证据的认证规则

在商事仲裁中,经过当事人双方对电子证据的收集、交换之后,就到了证据程序的最后环节:电子证据的认证。在该阶段,仲裁庭结合具体案情对双方当事人所提供的电子证据进行认定,依据法律法规或者仲裁规则对电子证据进行审查判断,决定其中哪些证据可以作为处理案件的依据,以及这些证据对案件的证明程度大小。电子证据的认证阶段会对商事案件仲裁审理的最终走向和裁决质量产生举足轻重的影响,是案件审理中最重要的一环。由于电子证据是互联网时代的产物,与传统的证据形式有很大的差别,因此电子证据并不能很好地适应传统的证据规则,需要予以适当调整和完善。在对商事仲裁中的电子证据进行认证时,应从证明能力认定和证明力认定两个方面进行。

^⑬ 韩波:《美国证据开示程序改革的启示与借鉴》,载《石河子大学学报(哲学社会科学版)》2004年第1期,第42页。

（一）商事仲裁电子证据的证据能力

电子证据的证据能力这一称谓来源于大陆法系国家,在英美法系国家则被称作电子证据的可采性。这两者并无本质差别,都着重解决同一问题,即在案件处理过程中,符合何种标准的证据才能被采纳或者是具有哪些共同特征的证据应当被剔除。

在商事仲裁领域,对电子证据证明能力进行明确规定的仲裁规则主要是《IBA 规则》,该规则规定文件材料包括电子数据,因此关于文件材料证据可采性的内容同样适用于电子数据。具体而言,《IBA 规则》中的“证据的可接受性及评定”条款对证据能力问题作出了回答。该条款首先明确了仲裁庭在证据审查认定过程中的自由裁量权,即由仲裁庭对证据的相关性、可采性、重要性以及证明力等问题做出决定,这也就意味着在商事仲裁中,仲裁员并不受证据规则的严格限制。但是,《IBA 规则》为仲裁员判断证据能力提供了多种考量因素:证据的关联性、相关法律和道德规则的规定、提供证据的可能性、证据的保密性以及公平原则等。^⑭同时,该规则也规定在特定情形下,仲裁员可以不将相关文件信息认定为证据,其中关于特免权的规定对电子证据而言具有特殊意义。《IBA 规则》只对特免权信息的认定方式进行了确认,即通过委托第三方的专家对产生争议的资料信息进行审查,以确定是否属于特密安全保护的信息,并将结论报告给仲裁庭。《商事仲裁中文件披露和证据出示规程》则为电子证据特免权问题的解决提供了范本:若此种信息被不慎披露,不仅不能作为证据,还应当根据要求立即返还。

另外,《IBA 规则》对某些具体证据的可采性问题也进行了归纳,其中与电子数据相关的就是复印件的可采性。该规则明确肯定了与原件一致的复印件的可采性,同时规定当事人需要准备原件以供仲裁庭查验。由此可见,诉讼中的最佳证据规则在商事仲裁中并不适用,只是在仲裁庭有理由怀疑复印件原件不符的情况下,规定了一些额外的程序,如仲裁庭命令出示原件查验、当事人可以申请相关程序令等,若当事人未能提供验证,仲裁庭可以据此作出不利推定。

整体上,商事仲裁中传统证据可采性的认定规则几乎完全适用于电子证据,这是非歧视原则的体现。电子证据确实与传统的证据类别存在诸多差异,但是仲裁员在对各类证据的证据能力进行判断时,不应对电子数据予以特别考量、设置特定标准,而应当将其与传统的证据放在平等的地位上,只是在决定具体案件中电子数据的可采性时考虑其特殊性,如是否存在非法入侵计算机或破解加密系统等有违合法性的电子信息获取手段。另外,在民事诉讼领域热议的电子证据对最佳证据规则和传闻证据规则等证据能力规则的突破,也因商事仲裁不受这些规则限制而不具备讨论的价值。

（二）商事仲裁电子证据的证明力

在对商事仲裁中电子证据的可采性进行判断后,就要解决电子证据认证的核心问题,即电子证据的采信,又称电子证据的证明力,是在证据采纳基础上进行的。仲裁员对电子证据证明力的判断实则是对其在具体案件中证明作用的判断,两者成正比且有大

^⑭ 尹伟民:《仲裁中的证据能力规则——以诉讼与仲裁机制的差异为视角》,载《学术界》2011年第5期,第93页。

小、强弱之分,证明作用大则证明力强。

商事仲裁规则在对电子证据证明力进行规定时,首先明确仲裁庭对此判定具有充分的裁量权。《IBA 规则》在对仲裁员的自由裁量权进行原则性规定时,规定证明力也在此范围当中。显然是将相关事项的决定权交给仲裁员,这与世界上大多仲裁规则一致,也符合仲裁机构对证据证明力的实际操作。因为适用严格的电子证据证明力规则会增加仲裁的成本、阻碍仲裁程序的进行,有碍商事仲裁制度的发展。除此之外,《IBA 规则》并没有对电子证据的证明力标准进行详细、系统的规定。而联合国贸易法委员会则在肯定电子证据证明力的基础上规定了一些证明力认证的衡量因素,包括生成、储存或传递该数据电文的办法之可靠性,保持电子信息完整性办法之可靠性以及用以鉴别发端人的办法等。^⑮由此可见,商事仲裁中电子证据证明力审查的核心就是其可靠性。具体而言,对电子数据进行审查的环节包括电子数据的生成、存储以及运输等,这实际上也是从时间角度对各参考要素进行划分。与此同时,由于电子数据对计算机设备的依赖性,在对其可靠性的判断上也少不了对相应系统的审查,结合上述时间上的考察因素,可以总结这些系统包括电子数据的创设、存储、修改及传递场所等。

整体上,在法定证据制度和自由心证制度两种证据制度之间,商事仲裁中的仲裁员对电子证据证明力的判断主要是通过后者。因此,商事仲裁规则几乎不会对电子证据的证明力问题规定确切的取舍标准。

(三) 我国商事仲裁的电子证据认定规则

我国并未就电子证据的认定制定专门的法律规定和仲裁规则,目前明确规定商事仲裁电子证据规则的法律文本和规则主要有《民事诉讼法》、《仲裁法》等相关法律规定及配套司法解释、最高人民法院出台的各规定以及各仲裁机构制定的仲裁规则等。

1. 我国商事仲裁电子证据的证据能力规则

我国《民事诉讼法》规定,作为认定案件事实根据的证据都需要经过查证属实;《贸仲委证据指引》规定仲裁员对证据的采纳享有自由裁量权,这两处即是对证据能力的概括性规定。至于仲裁员需要对电子证据的哪些内容予以查证,最高人民法院在《民诉解释》中进行了详细规定,即双方当事人在对证据质证时,主要对证据的真实性、合法性和关联性这三个方面进行说明和辩驳。因此,电子证据是否具备证据能力的判断标准就是真实性、合法性和关联性。

首先,电子证据应当具备真实性,也就是客观性,这是在强调与案件事实相关的电子文件应当是客观属实的,而不是虚构伪造的。证据的真实性包含形式真实和内容真实两个方面的含义,其中就证据的可采性而言,仅指形式上的、本质的真实,内容上的真实是对证据可靠性的描述,属于证据证明力规则的范畴。《证据规定》明确了认定电子证据客观性的参考因素,可以将这些参考因素大致分为两类:一是考虑电子数据所依赖的计算机系统硬件和软件设备的状态,具体内容包括系统是否正常运行、其正常运行与否对

^⑮ 王俊:《电子证据证明力认证的展开》,载《福建警察学院学报》2011年第2期,第95页。

电子数据的影响、是否能有效存储电子数据以及该系统防御修复的手段是否有效等。二是判断电子数据的形成和来源,主要是对电子文件由哪些主体提供及提供方式、电子数据如何形成、电子数据保管和传递的方式与格式等方面进行考量。其中前者的规定充分体现了电子数据的高技术性特质,认识到了电子文件对计算机技术系统的依赖性,所以可以通过对计算机系统状态的审查来判断其中的数据信息是否存在伪造篡改的情况。而后者则是出于对电子数据脆弱性的考虑,在审视电子数据形成、保管、传输等各环节中的主体及相应方式的基础上,做出是否排除数据信息被仿造的判断。另外,针对应当提供电子数据原件还是复制件的问题,《证据规定》指出当事人需提供作为证据的电子数据的原件,同时又对此处的“原件”进行了扩大解释,将“制作者制定的与原件一致的复印件”、“直接来源于电子数据的打印件”以及“其他可以显示、识别的输出介质”等都认定为电子数据的原件。这一规则的设置实质上体现了电子证据对最佳证据规则的突破,虽然条文仍强调原件在证据能力认定上的效力,但显然与法律对传统证据原件的认定存在差异,如《证据规定》就明确视听资料证据应当提供形式为原始载体的原件。而《贸仲委证据指引》一开始就未建立最佳证据规则,在对证据原件和与其内容相同的复印件的效力的认定上没有差别,允许当事人提交复印件或者打印件,只是在当事人和仲裁庭怀疑原件与复印件不一致的情况下可以要求核对原件,即便没有原件也可以基于其他证据和案件事实对复印件予以采纳。

其次,电子证据应当具备合法性,对电子证据的获取和收集应当符合法律规定,否则不予采纳。我国《民诉解释》确立了非法证据排除规则,强调证据的取得不应与他人的合法权益、法律禁止性规定以及公序良俗相抵触,实际上是对证据的合法性提出了要求。电子证据对非法证据排除规则的适用具有必然性。电子数据本身是由代码组成的,在运行过程中经常与其他信息数据混杂在一起,很难进行物理上的、简单的分割。所以对电子文件的收集和公示不免涉及其他信息,而对这些信息的采集就有可能侵犯他人的隐私权等合法权益。在这种情况下,就需要强调获取电子数据主体以及程序的适格,在依据电子证据处理案件纠纷时尽可能地使侵犯他人权益的可能性最小化。例如,电子证据的合法性有时就会强调主体的适格,收集信息时需要借助网络运营商、具备专业技能的专家等的帮助。

最后,电子证据还应当与待证案件事实和争议事项具有联系,这是证据能力规则关注的核心问题。关联性强调证据应当对案件有证明价值,否则不予采纳,至于各证据证明价值的高低则交给证明力规则来认定。我国未对证据关联性的判断设定具体标准,《证据规定》也只规定了一项原则性条款,指出证据关联性包括证据与案件事实以及各证据之间这两方面的联系。显然,法律在证据关联性的认定上赋予了仲裁员很大的自由裁量权,需要仲裁员基于经验、常识以及案件具体情况进行判断。也正因为如此,在关联性方面,对电子证据的要求与其他传统证据并无差异,在关联性判断标准的设定上也无需制定特别规则。

2. 我国商事仲裁电子证据的证明力规则

同对证据能力规则的规定,《贸仲委证据指引》也明确了商事仲裁中证据证明力认

定的一般原则,即交给仲裁员自由裁量。除此之外,该指引还规定了证明力认定的一般标准,即优势证据原则,也就是所谓的盖然性平衡标准,这一标准的设立显然更适于商事仲裁,符合仲裁对高效、经济的追求。除此之外,《贸仲委证据指引》中无涉及证据可信性的规定,未为仲裁员设定判断证明力大小的参考因素,其他的法律规定也没有明确证明力判断的具体考察对象。根据学界主流观点,电子证据的可靠性、完整性以及关联程度大小会影响其证明力大小,这一结论在相关法律规定中也有所体现。

首先,电子证据具有可靠性指的是证据在内容上是真实的,与电子证据证明力具有密切联系:电子证据的可靠性程度越高,其证明力也就越强。在对可靠性进行认定时,主要存在两种方式:第一种是直接对电子证据本身进行可靠性分析,第二种则是根据与电子数据相关的系统、计算机、持有人的情况推定电子证据的可靠性。《电子签名法》和《证据规定》制定电子证据可靠性判断规则时,均采用了上述两种方法。《电子签名法》规定的可靠性考量因素有:电子数据生成、储存以及传递的方法,保持内容完整的方法以及鉴别发件人的方法。而《证据规定》的内容则更为全面,不仅涉及电子数据和其依赖的计算机系统的运行状态审查,还包括对电子数据进行相关活动的主体、对电子数据核查监测的手段等因素的考量。但是总体上,对电子证据可靠性的审查都离不开以下环节:数据信息的生成、存储、传递和提取。另外,《证据规定》还对一些可靠性强的情形进行了总结,规定在无相反证据的情况下,可以予以采信。

其次,在对电子证据进行采信时还需要考察其完整性程度。这一标准是对电子证据的特殊规定,是传统证据证明力标准中所不具备的。之所以规定这一考察因素,源于电子证据的脆弱性。在审视电子数据的完整性时,重点考察其内容是否存在删减和增加的情况,判断其是否还保有原始状态。我国对电子证据完整性进行明确规定的是《证据规定》,且与电子证据可靠性认定的内容掺杂在一起,存在诸多相似之处,都包括对电子数据本身以及其所依赖的系统设备的判断。但是可靠性与完整性在具体考察内容上不尽相同,前者针对的是修改电子文件内容的行为,而后者针对的是对电子数据进行添加和删除的行为。同时,对电子信息完整性的判断是在已经认定其具有可靠性的基础上进行的,是对证明力强弱的进一步确定。^⑩

最后,除可靠性和完整性两个重要的证明力规则标准外,还需要认定电子证据与待证事实之间的紧密程度,即对关联性程度进行判断。在对关联性大小进行判断时,主要依靠仲裁员自由裁量权的发挥,并适当参照适用证据能力关联性标准规定的各项规则,法律并不做出细致规定。具体到电子证据,仲裁员对其关联性程度的判断一般会从具体待证事实、待证事实在案件中的重要程度以及电子证据对解决争议的实质作用等角度出发。

3. 我国商事仲裁电子证据认证规则的特点

根据上述对我国仲裁电子证据现行证据规则的分析,可以发现其具有以下特点:

首先,《仲裁法》在商事仲裁电子证据规则的形成上存在立法缺失。作为特别法,

^⑩ 同前注^⑨,何家弘书,第153页。

《仲裁法》中对证据的规定不多,更无涉及电子证据的内容,其未展现仲裁与民事诉讼的区别,也未体现电子证据的特质。在商事仲裁电子证据规则的构建上,发挥作用更大的反而是《民事诉讼法》的相关规定和解释,特别是最新修订的《证据规定》。我国民事诉讼法律对电子证据认证规则的框架性规定与一般民事证据无异,即同样涉及对证据能力和证明力的判断。具体而言,民事诉讼法律只对电子证据认证规则中的真实性、可靠性以及完整性等三个标准予以特别规定,并且《证据规定》为这三个标准规定了相同的判断途径,只是这三个标准在具体的认定对象上存在差异:真实性注重形式,可靠性关注内容,完整性则关注内容是否存在删改。另外,即便《贸仲委证据指引》对电子数据证据规则的规定在一定程度上与国际商事仲裁的通行做法一致且具有合理性,我国多数仲裁机构在实践中还是直接适用民事诉讼中的规则和标准。

其次,《贸仲委证据指引》对电子证据认证规则的规定与民事诉讼存在差异。造成该差异产生的根本原因在于:《贸仲委证据指引》虽然以我国民事诉讼的相关规定作为参照,但是其也学习了《IBA 规则》的很多先进之处,考虑到了商事仲裁程序所具有的高效、经济等特点。第一,两者对最佳证据规则的态度不同。虽然《证据规定》和《贸仲委证据指引》均同意电子数据原件和与原件内容一致的复印件具有相同效力,但是两者采取了不同的方式:前者承认最佳证据规则,但对电子证据的原件进行了重新解释,将其范围扩至复印件,从而实现了电子证据对最佳证据规则的突破;而后者从未确立最佳证据规则,电子证据原件和复印件具有相同效力且不适用最佳证据规则是理所当然的,与《IBA 规则》的内容一致。第二,电子证据证明力的一般标准不同。《贸仲委证据指引》明确规定了优势证据原则,适用盖然性平衡标准,这是国际商事仲裁中的通行做法;民事诉讼程序却持高度盖然性立场,为举证一方当事人设定的证明标准更高。第三,《贸仲委证据指引》未承认电子证据的独立证据地位。与《IBA 规则》相同,《贸仲委证据指引》将电子数据纳入书证的范围,且未对电子文件的认证规则予以特殊规定。不仅如此,《贸仲委证据指引》涉及证据认定规则的内容也不多,只是强调仲裁员在此问题的解决上享有充分的自由裁量权。

最后,我国商事仲裁电子证据规则的内容体现了非歧视原则。非歧视原则意味着在制定电子数据证据规则时既要考虑其特性,也要对其与传统证据具有共性的部分实施无差别对待。具体而言,在规定证据能力标准时,都需要对证据是否真实、合法以及有无关联性进行判定,无需因为电子证据具有特殊性而对其设置附加条件,只是对电子数据的真实性判断因素进行明确,为仲裁员提供审查思路;在对电子证据的证明力进行认同时,电子证据同样适用高度盖然性标准,也需要对其是否可靠以及与案件的关联程度高低进行判断。以上均都体现了电子证据对现有规则和标准的平等适用。然而,即便电子文件具有内容上的可靠性,是否被完整地保存、传输、提取也会直接影响对其证明力大小的判断。因此,需要对电子证据证明力标准予以特殊规定,将完整性作为其特有的证据认证标准。

五、我国商事仲裁电子证据规则的完善

由于《仲裁法》与各仲裁机构的仲裁规则在电子证据的认定上存在立法缺失,仲裁庭在仲裁程序中多参照民事诉讼的证据规定,这就导致仲裁证据制度缺乏个性,对诉讼证据规则的依附性极强。^{①⑦}尤其是对诉讼中高度盖然性证明标准的适用,使得我国商事仲裁电子证据规则具有严重的诉讼化倾向。同时,我国民事诉讼中对电子数据证据能力的规定过于严格,造成了仲裁程序运作僵化,使得仲裁员在遵照证据可采性和证明力标准对电子文件的合法性、真实性、关联性、可靠性以及完整性进行审查时,自由裁量权的行使受到了一定程度的限制,减损了仲裁程序的灵活性。仲裁活动需要证据规则的规制,但是并不需要同民事诉讼一样严格的证据规则。仲裁电子证据规则的诉讼化也容易造成我国证据规则渊源之间,尤其是仲裁机构规则与民事诉讼证据规则之间,产生冲突和矛盾,从而破坏商事仲裁电子证据规则的一致性。除此以外,我国民事诉讼电子证据规则本身就过于分散、缺乏体系性,相关法律条文散见于各规范之中,所以仲裁员据此认定电子证据时缺乏一定的可操作性。而且我国民事诉讼中证据交换制度在商事仲裁中适用时,不能充分保障仲裁员的调查取证权、强调电子数据持有人的义务,更不能实现电子信息的充分披露和交换,不利仲裁庭做出公正高效的仲裁裁决。针对上述问题,可以从以下几个方面进行完善:

首先,应当强调仲裁员在处理电子证据问题时享有充分的自由裁量权,明确仲裁员在对具体案件的电子证据进行认同时享有自由。扩大仲裁员对电子证据规则的自由裁量权不仅符合仲裁程序对高效灵活的价值追求,也会促进仲裁员对电子证据规则的适用的谨慎程度。另外,因为仲裁员最终做出的仲裁裁决需要符合事实和法律,需要对当事人和仲裁庭负责,所以仲裁员在行使自由裁量权时还是会受到一定的限制,以免造成对自由裁量权的权利扩张和滥用。我国《仲裁法》不但未确立仲裁员对证据规则适用的自由心证,还在多个条款中强调仲裁员在商事仲裁中参照适用民事诉讼领域的有关规定,在一定程度上限制了仲裁庭对电子证据事项处理的自由裁量权,是导致我国仲裁电子证据制度“诉讼化”的导火索。因此,追根溯源,需要在《仲裁法》中强调仲裁员在决定电子证据规则等问题时自由心证的地位,建议在“第三节开庭和裁决”中增加原则性条款第三十九条:“由仲裁庭对证据是否可予采纳,有无证明力以及证明力大小作出决定。”在《仲裁法》对仲裁庭电子证据裁量权做出适当引导后,仲裁员也要在具体商事仲裁案件中做好配合,在对电子证据可采纳性和可采信性进行判断时,充分发挥自由裁量权的作用,提高仲裁的效率。

其次,应当在民事诉讼相关内容的基础上,完善并细化《仲裁法》中的电子证据规则。我国《仲裁法》中仲裁证据规则内容不多且较为粗放,应当向密集型转化,^{①⑧}增加

^{①⑦} 同前注^{①⑩},姜霞书,第36页。

^{①⑧} 卞建林:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年1月版,第466页。

对电子证据的关注度,展示仲裁程序的特色。当然,对《仲裁法》中证据规则的细化是相较于我国目前的规定而言的,还是应当在充分尊重仲裁员自由裁量权的基础上进行。第一,《仲裁法》应当强化仲裁庭在收集、交换电子证据阶段的权能,并提供一定的司法支持。《仲裁法》虽然赋予了仲裁庭调查取证权,但是仲裁程序的民间性使得仲裁员的调查取证权并不能在调查、搜集电子文件时很好地发挥作用,需要辅之以强制措施。因此,建议在《仲裁法》第四十三条增加第三款内容:“仲裁庭在收集证据遇到困难时,可以向法院申请提供协助。”至于此条款的具体适用条件以及法院采用的协助措施,可以由法院根据所涉电子文件的具体情况作出适宜决定。第二,《仲裁法》应当制定灵活、独立的证据认证规则,也即在认定电子证据的证据能力和证明力时,采取符合国际发展趋势的自由心证原则。同时,考虑到电子文件的特殊性,可以借鉴《证据规定》,为仲裁员对电子证据证明力的判断设定一些参考因素,包括但不限于:电子数据的完整程度;电子数据生成、储存以及传递方法的可靠程度;电子数据和其依赖的计算机系统的可靠程度。

最后,应当进一步完善我国仲裁机构制定的仲裁规则,充分发挥作为软法的仲裁规则的作用,以便协助构建我国商事仲裁电子证据制度。当下,我国各仲裁机构对仲裁证据规则的重视程度还不够,具体实践也与国际商事仲裁对电子数据证据规则的规定相差较大,不利于我国商事仲裁制度的发展。我国目前最具有代表性的仲裁证据指引性文件就是《贸仲委证据指引》,其是在参照《IBA 规则》和我国民事诉讼证据规则的基础上进行的,所以尽管该指引与《IBA 规则》大体相同,但是内容较为简单且可操作性不强。最为典型的就是《贸仲委证据指引》对电子证据披露制度的规定过于浅显,对证据披露、交换过程中双方当事人的权利义务关系强化不够,也未能建立诚信原则并确立对披露过程中不善意当事人的处罚规则,不利于仲裁庭对电子证据的充分披露和交换。因此,建议仲裁机构加强对我国仲裁证据程序软法的重视,在吸收国际商事仲裁中先进电子证据制度的基础上,制定符合仲裁特色和电子证据特点的完整证据规则,与国际接轨。

Abstract: The development of Internet technology makes the arbitral tribunal increasingly rely on electronic evidence when determining case facts and resolving disputes. However, due to the characteristics of electronic data different from traditional evidence, there are many inappropriacies in its application to China's arbitration evidence rules, which need to be improved and adjusted. By comparing the rules of disclosure and authentication of electronic evidence between China's commercial arbitration and international commercial arbitration, this paper reflects on the deficiencies of China's current regulations. It is recommended to improve the electronic evidence rules of commercial arbitration in China from the three aspects: Arbitration Law, arbitrators and arbitration rules of arbitration institutions.

Keywords: commercial arbitration; electronic evidence; disclosure; authentication

(责任编辑:李 兵)

仲裁司法审查中邮寄送达合法性的认定标准探析

张 建*

内容提要 将仲裁文件有效送达至当事人,对保障仲裁程序的正当性、当事人适当地陈述及申辩意见具有重要意义。法院应依法对仲裁送达的合法性进行司法审查,如果仲裁送达违背仲裁规则或不符合当事人的约定,将导致裁决被法院撤销或不予执行。作为对直接送达与邮寄送达的补充,我国仲裁机构的仲裁规则引入了推定送达等替代方式。对于仲裁送达有效性的认定,存在发出主义、到达主义等不同观点,应在综合考虑仲裁程序效率和维护当事人权益之间寻求平衡,提升邮寄送达的实际效果。

关键词 邮寄送达 仲裁程序 司法审查 仲裁裁决

一、探讨仲裁司法审查中送达程序合法性的必要性

正当程序 (due process), 又称自然正义 (natural justice), 是一项根植于西方法律理念中的基本原则, 其内在涵义是, 一要保证当事人有公平的机会陈述意见, 二是不能审裁与自己有利害关系的案件。^① 对仲裁当事人而言, 正当程序抗辩是维护自身合法权益、防范仲裁庭裁判不公的重要制度工具。作为国际通行规则, 《纽约公约》第 5 条第 1 款第 2 项明确将仲裁违反正当程序归为两类: 未给予适当通知和当事人未能申辩。这意味着, 反对承认和执行仲裁裁决的一方当事人如果未接获关于指定仲裁员或进行仲裁程序的适当通知, 或由于其他不可归咎于该方当事人自身的原因导致其未能陈述或申辩意见的, 法院可拒绝承认及执行涉案仲裁裁决。^②

所谓仲裁通知, 即仲裁程序中的送达, 特指仲裁机构或仲裁庭按照法定程序和方式, 将仲裁文件送交当事人或其他仲裁参与人的行为。作为仲裁程序中的一项关键环节, 送

* 张建, 首都经济贸易大学法学院讲师、国际商事争议解决研究中心主任。本文系研究阐释党的十九届四中全会精神国家社科基金重大项目“我国法域外适用法治体系构建研究”(20ZDA031) 的阶段性成果; 首都经济贸易大学北京市属高校基本科研业务费专项资金资助项目阶段性成果。

① 李虎:《国际商事仲裁裁决的强制执行: 特别述及仲裁裁决在中国的强制执行》, 法律出版社 2000 年版, 第 86 页。

② 赵健:《国际商事仲裁的司法监督》, 法律出版社 2000 年版, 第 161 页。

达犹如一串项链,将商事仲裁各个环节串联成整体。不过,实践中的送达难问题日渐突出,已严重制约着仲裁程序的顺利进行。仲裁文件是否有效送达,当事人是否获得了关于指派仲裁员或进行仲裁程序的适当通知,既直接关系到仲裁程序能否顺利推进,也影响着仲裁当事人的程序权利和实体权利能否实现。当然,如果仲裁庭已将选定仲裁员和开庭的相关事项适当通知了当事人,但由于当事人自己的原因放弃了权利,或者没有在规定的的时间和地点出庭参加仲裁活动,则弃权一方当事人不得以未得到适当通知为由请求法院撤销或不予执行仲裁裁决。^③

在实践中,仲裁文件常会因为各种原因而无法送达至受送达人,致使当事人因未能实际收悉仲裁通知而缺席仲裁程序。未收到仲裁通知的当事人,往往会对基于缺席仲裁而作出的裁决持有异议,以仲裁程序违法为由申请撤销仲裁裁决或主张不予执行仲裁裁决。在该种情形下,判定仲裁程序合法与否的核心问题在于送达是否有效。我国的仲裁送达借鉴了民事诉讼送达规则所遵循的一些原则(比如“最低正当程序”),亦借鉴了民事诉讼送达的具体方式,但基于仲裁和民事诉讼在性质、功能,进行审理裁判依据的权力来源等方面有所不同,仲裁送达有其独立的研究价值。相比于直接送达,邮寄送达的合法性认定是实践中最容易引发争议的议题之一。本文将结合我国各级人民法院审理的典型案件,对判断仲裁送达是否违反法定程序的依据、仲裁规则对邮寄送达的相关规定、邮寄送达与推定送达的关系等问题进行探讨,并对邮寄送达合法性的认定标准提出建议。

二、判断仲裁送达是否违反法定程序的依据

考虑到当事人常在仲裁协议中明确约定适用某一仲裁规则,对具体案件中仲裁送达是否合法有效的判定,既要结合仲裁立法进行审视,又要立足于仲裁规则进行考察。相比于仲裁法,仲裁规则往往更为具体,可操作性较强,仲裁规则使当事人关于仲裁程序的协议具体化,并且赋予仲裁庭在仲裁程序事项方面广泛的自由裁量权。^④就仲裁程序违法的认定标准而言,我国《仲裁法》在第25条、第33条针对仲裁送达作出了原则性规定,但这两个立法条款仅明确了送达的文件范围,包括仲裁规则、仲裁员名册、仲裁申请书副本、仲裁答辩书副本、仲裁庭组庭通知、开庭通知等,并没有对送达的方式作出具体明确的规定。为此,最高人民法院所颁布的关于仲裁的一系列司法解释则对仲裁违反法定程序进行了非常清晰的界定。^⑤此外,应予注意的是,对仲裁送达合法与否的司法审查标准,

^③ 刘晓红、袁发强主编:《国际商事仲裁法案例教程》,北京大学出版社2018年版,第246页。

^④ 韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第425页。

^⑤ 根据2006年《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20条,《仲裁法》第58条规定的“违反法定程序”,是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则,可能影响正确裁决的情形。此外,2018年《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第14条将仲裁“违反法定程序”规定为违反仲裁法规定的仲裁程序、当事人选择的仲裁规则或者当事人对仲裁程序的特别约定,可能影响案件公正裁决,经人民法院审查属实的,应当认定为民事诉讼法第237条第2款第3项规定的“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的”情形。

不仅要围绕《仲裁法》及其司法解释进行深入探讨,也要兼顾具体仲裁规则对送达的规定、当事人对仲裁程序的特别约定。事实上,由于我国《仲裁法》中并未对送达的方式做出统一明确的规定,仲裁送达的具体途径不够灵活,送达的程序不够透明,客观上导致了送而不达的难题。^⑥鉴于法律规定明确性不强,仲裁送达的主要认定依据规定在各个仲裁机构的仲裁规则中。

在仲裁司法审查实践中,仲裁规则的有关条款是认定仲裁送达合法与否的主要依据。如果仲裁机构或仲裁庭的送达方式及送达程序符合仲裁规则的规定,则当事人不得以仲裁违反法定程序为由对裁决提出异议。例如,在北京市高级人民法院审理的(2018)京民终499号案中,法院认为:北京仲裁委员会在本案中先通过EMS快递方式向中联公司工商注册地址北京市平谷区熊儿寨乡东路16号、北京市朝阳区东三环中路1号环球金融中心东塔10层1059送达相关文书,均由于原址查无此单位而未妥投。后北仲根据《北京仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《北仲仲裁规则》)通过公证送达方式,向中联公司工商注册地址邮寄了组庭通知、开庭通知、重新组庭通知、仲裁员声明书、仲裁庭函、应奕彬补充证据材料、代理词及仲裁裁决等文书。北仲的送达程序符合仲裁规则的规定,并无不当。仲裁规则是有关仲裁机构及各有关仲裁当事人在进行仲裁活动时所必须遵循的行为准则。据此,中联公司以北仲的送达程序违反法定程序导致其未收到仲裁裁决为由,提出撤销仲裁裁决的申请,于法无据,予以驳回。

再如,在四川省成都市中级人民法院审理的(2018)川01执异1695号案中,法院认为:根据《北仲仲裁规则》第71条的规定,北仲通过邮寄方式将庭前文书分别送至成都市温江区万春镇鱼鳧村12组和成都市温江区公平镇森宇音乐花园18栋4单元5层5号地址,并在中保公司提交《被申请人送达地址及联系方式确认函》后,将庭前文书再次公证送达至温江区万春镇鱼鳧村12组,该地址即为陈守军身份证地址信息。北仲的送达程序符合仲裁规则的规定,送达程序合法。陈守军关于送达程序违法的主张,理据不足,不予支持。

三、仲裁机构采取邮寄送达的规则依据及认定标准

(一) 仲裁规则中对邮寄送达的相关规定

对邮寄送达而言,首先需要明确的是,邮寄的收件地址如何确定,仲裁规则中通常会对这一点予以明确。《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称《贸法会仲裁

^⑥ 王建平:《邮寄送达制度研究》,载《政治与法律》2010年第1期,第148页。

规则》)是国际商事仲裁中普遍采用的通行规则。^⑦ 据此,如果送达地址属于受送达人的惯常居所、营业所、通讯处或最后所知的居所或营业所,则无论邮件是否被签收,则均应视为已经有效送达。如果邮寄的收件地址不属于受送达人的惯常居所、营业所、通讯处或最后所知的居所或营业所,邮件又并未经签收而是实际被退回,则仲裁程序将因违反《贸法会仲裁规则》而被视为违反法定程序,将导致裁决被撤销或拒绝执行。^⑧

在我国仲裁机构的仲裁规则中,通常规定多种送达途径,其中,邮寄送达与推定送达之间的关系常常成为实践中的难点问题。所谓推定送达,亦称视为送达、拟制送达,是指在无法实际送达的情况下,向受送达人最后一个为人所知的地址进行投递,借助可以提供投递记录的送达方式来对这一“投递企图”进行证明,达到法律拟制的有效送达的效果。在民事诉讼中,公告送达是最主要的邮寄送达方式,即由法院将需要送达的文书内容以张贴公告的方式或登报公告的方式告知有关当事人或其他诉讼参与人,至公告之日起一定期间届满后即视为已经送达。^⑨ 但由于仲裁具有较强的保密性,不宜仿照诉讼采用公告的方式来拟制送达,只能采用其他“投递企图”的送达方式,例如公证送达、留置送达,这种送达方式也是国际仲裁界广泛认可的一种实际做法。

例如,《北仲仲裁规则》第71条第3款即明确了邮寄送达与推定送达的关系。^⑩ 依据该条款,当仲裁机构及对方当事人经合理查询不能找到受送达人的相关地址时,可以通过邮寄送达的手段进行送达,邮寄活动在满足特定前提的基础上,可符合推定送达的要件。具言之,在当事人没有另行约定的情况下,当满足“经合理查询不能找到”“能提供投递记录”“最后一个为人所知”三个条件时,推定送达即成立,应在法律上视为有效送达。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《贸仲仲裁规则》)第8条第3款也是一条典型的推定送达条款。^⑪ 就送达的途径及先后顺序来看,上述条款实际上

^⑦ 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第2条规定:“1. 通知包括通知书、函件或建议,可通过任何能够提供或容许传输记录的通信手段进行传输。2. 凡一方当事人已为此目的专门指定某一地址,或仲裁庭已为此目的同意指定某一地址的,均应按照该地址将任何通知送达该当事人。照此方式递送的,视为收到通知。使用传真或电子邮件等电子方式的,只能将通知递送到按上述方式指定或同意指定的地址。3. 没有指定地址或没有同意指定地址的:a. 通知直接交给收件人,即为收到;或者 b. 通知递送到收件人的营业地、惯常住所或通讯地址,即视为收到。4. 经合理努力仍无法根据第2款或第3款通知的,用挂号信或以能够提供递送记录或试图递送记录的方式,将通知递送到收件人最后一个为人所知的营业地、惯常住所或通讯地址,即应视为已收到通知。”

^⑧ 宋建立:《涉外仲裁裁决司法审查原理与实践》,法律出版社2016年版,第140页。

^⑨ 李双元、欧福永主编:《国际民事诉讼法程序研究》(第二版),武汉大学出版社2016年版,第165页。

^⑩ 《北京仲裁委员会仲裁规则》第71条第3款规定:“经合理查询不能找到受送达人的营业地点、注册地、居住地、身份证载明地址、户籍地址、当事人约定的送达地址或者其他通讯地址而以邮寄、专递的方式或者能提供投递记录的其他任何方式投递给受送达人最后一个为人所知的营业地点、注册地、居住地、身份证载明地址、户籍地址、当事人约定的送达地址或者其他通讯地址,即视为已经送达。”

^⑪ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第8条第3款规定:“向一方当事人或其仲裁代理人发送的仲裁文件,如经当面递交收件人或发送至收件人的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址,或经对方当事人合理查询不能找到上述任一地点,仲裁委员会仲裁院以挂号信或特快专递或能提供投递记录的包括公证送达、委托送达和留置送达在内的其他任何手段投递给收件人最后一个为人所知的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址,即视为有效送达。”

确立了三类送达方式：第一，直接送达，即经仲裁机构或仲裁庭当面递交收件人；第二，邮寄送达，即经仲裁机构或仲裁庭发送至收件人的相应地址，此处“发送至”应具体解释为收件人实际收到有关通知；第三，推定送达，即经对方当事人合理查询不能找到任一明确规定的送达地点时，仲裁机构可以根据仲裁规则选择通过挂号信、特快专递或能够提供投递记录的其他任何手段，采用公证送达、委托送达或留置送达的方式，投递给受送达人最后一个为人所知的地址。对于《贸仲仲裁规则》确立的这三类送达方式之间的关系，应当以相关仲裁文件能够有效到达当事人作为首要考量，当且仅当实际送达确实存在困难时，方可采用其他的推定送达方式作为补充。按照文义解释，推定送达本身具有最后性，堪称涉外仲裁送达中的“安全阀”条款，非到迫不得已之时，不能轻信采取推定送达的方式。依据《贸仲仲裁规则》第8条第3款规定，只有在经对方当事人合理查询不能找到任一规定地点时，仲裁委才可以采用推定送达方式向当事人进行送达。具体到个案当中，仲裁委应当首先对当事人的地址进行合理的查询，尽可能地穷尽直接送达的各类手段，在能够运用直接送达或邮寄送达的前提下，不宜直接断定相关地址“无法送达”进而对后续仲裁文件采取公证送达等推定方式，如果仲裁委未尽到合理查询的义务或错用推定送达方式，则不符合仲裁规则的上述规定。

实践中，作为仲裁中实际送达之外的替代和补充手段，推定送达的适用可以有效缓解因受送达人故意拒收、逃匿等原因给送达程序造成的迟延和中断，但同时，也存在损害受送达人权利的隐患。因此，推定送达的适用应当尽可能严谨和审慎，只有在直接送达和邮寄送达均无法送达仲裁文件的情况下才能适用推定送达。与此同时，如果在一个仲裁程序中多次运用推定送达，应当遵守仲裁规则中关于时限的要求，以尽可能使受送达人收到送达文件的最大的善意，给予受送达人充分的程序期限。

（二）邮寄送达有效性的认定标准

邮寄送达以其专业、快捷、经济、中立等优点，受到法院和仲裁机构的青睐，但邮寄送达在实践中常常存在“送而不达”的现象，有效送达率不高，制约了程序正义的实现，有关问题值得重点关注和防范。^⑫

就仲裁实践中对邮寄送达的运用而言，最易引发争论的焦点问题在于如何确定送达的地址。具体而言，受送达人可能会存在多个地址，包括：受送达人在合同当中明确载明的通讯联系地址、受送达人在工商登记部门注册的住所地、受送达人的实际营业地、惯常居住地等。为了保证仲裁文件能够有效送达给仲裁当事人，仲裁机构需要从这些地址当中选择其中最能保证当事人实际收悉的地址进行送达。当然，根据多数仲裁规则的规定，仲裁机构并不需要穷尽性地向所有受送达人可能的地址进行送达，这样既不经济也不高效。如果仲裁规则中明确规定以合同中记载的地址送达，且当事人在合同中已经留有联系地址，则仲裁机构向当事人的合同地址邮寄送达，无论实际收悉与否，均不影响送达程序的合法性（参见表1）。

^⑫ 徐小飞：《让邮寄送达“有始有终”》，载《人民法院报》2016年10月16日，第2版。

表 1 仲裁委向合同约定的联系地址邮寄视为已经送达的典型案例

案件名称	案号	管辖法院	裁判要旨
张荣燊与兴业银行股份有限公司深圳分行申请撤销仲裁裁决案	(2013)深中法涉外仲字第44号	深圳市中级人民法院	仲裁委按照合同约定的通讯地址投递案件材料、通知、裁决书,没有违反仲裁规则;虽然邮件均被退回,但按上述规定应视为送达,因此,仲裁委缺席裁决没有违法。
徐和忠与刘小军申请撤销仲裁裁决案	(2014)穗中法仲审字第23号	广州市中级人民法院	合同载明了徐和忠的联系地址,同时约定“本合同首页记载的通讯地址为所有通知、文件、资料等送达地址。上述地址如有变更,应在变更后三日内书面通知有关当事人,否则一经发至上述地址即视为送达”。仲裁庭将仲裁文件向当事人在合同中约定的地址邮寄送达,后因“收件人拒收”被退回,根据《仲裁规则》第七十三条的规定,上述材料均视为已经送达,不存在仲裁程序违法。
盛连惠、宋卓颖等申请撤销仲裁裁决案	(2015)石民四裁字第00009号	石家庄市中级人民法院	仲裁庭在审理本案过程中,经合理查询向盛连惠住所地以特快专递方式两次邮寄送达相关仲裁文书,但因原址拆迁等原因没有送达给盛连惠。后仲裁庭根据宋卓颖公告送达仲裁文书的申请,为尽可能地保障盛连惠参加仲裁审理的权利,再次向盛连惠公告送达相关文书,仲裁送达未违反《仲裁法》及仲裁规则。

就送达的效果而言,无论是通过何种送达途径,如果受送达人能够实际收悉仲裁文件并参与仲裁程序,当事人陈述意见及申辩的权利已得到保障,通常不会引发争论。但如果受送达人未能实际收悉,则要进一步追问未能实际收悉的原因,是由于受送达人自身的原因,还是由于仲裁机构或对方当事人的原因。此时,就需要对送达行为本身的合法性进行评判。

对于邮寄送达有效性的判定标准,理论上存在不同的认识,以送达行为完成的时间点作为区分标准,可以归类为:投邮生效原则、到达生效原则、了解生效原则。其中,投邮生效原则,亦可称为发送主义、发信主义,指的是仲裁机构只要向仲裁规则规定的地址寄出了送达文件,即可视为送达已经完成,而受送达人是否实际收悉、因何种原因未能实际收悉,不影响送达本身的合法性。^⑬相比之下,到达生效原则,也称到达主义,更关注送达这一程序的效果,从保护受送达人合法权益的角度考虑,即只有送达的文件实际抵达至收件人有效的联系地址,落入收件人的知悉范围内,方可视为有效且合法的送达。了解生效原则较前两者更进一步,所送达的文件不仅实际抵达至收件人的地址,落入可知悉范围内,而且要求收件人事实上打开该邮件、阅读送达的内容、了解通知的事项作为送

^⑬ 蒋平:《民事诉讼中邮寄送达之再认识》,载《四川警察学院学报》2016年第4期,第124页。

达合法的认定标准。

相比之下,这三类判断标准在仲裁机构的送达义务和当事人的程序权益之间试图进行平衡和取舍。其中,发送主义关注送达行为本身是否作出,仅要求仲裁机构送出即可,不考察送达效果;到达主义要求送达的文件不仅业已发出,且实际抵达,关注点截至仲裁通知到达受送达人可接触的范围;了解生效原则对仲裁机构而言较为苛刻,因仲裁通知完成送达后,收件人是否实际阅读和了解仍然存在不确定性,故实践当中很少被认可。

在送达效力方面,我国民事诉讼当中采用的是到达主义,即以当事人的签收来确定邮寄送达的效力,在送达回执的硬性要求下,当事人签收的有效性直接影响送达效力。有些法院在审查仲裁送达合法性时也参照民事诉讼采取了到达主义,以受送达人是否实际签收作为认定仲裁送达程序是否合法的标准。例如,在河北省承德市中级人民法院审理的王燕龙与王玲飞不予执行仲裁裁决案中,法院指出:鉴于承德仲裁委员会以特快专递的方式向王玲飞送达了受理通知及开庭通知,且送达回执上均有王玲飞本人及其单位工作人员的签字,仲裁程序符合法律规定,仲裁裁决应予执行。^⑭

不过,仲裁中的送达与民事诉讼毕竟存在区别,如前文所述,仲裁中的送达通常是依据仲裁规则进行的,符合仲裁规则规定的程序性要件,即可认定送达行为合法。实践中,由于到达主义给邮寄送达带来诸多不便,如签收不合规范、当事人拒签等,部分仲裁机构在仲裁规则中对到达主义进行完善,或者参考域外一些国家的经验(即以交邮为送达完成,如德、日、英、美等),采取发送主义模式。在部分仲裁司法审查案件中,法院采取发送主义认定仲裁送达行为的合法性。^⑮不过,无论是采取发送主义抑或到达主义,并不能否认仲裁机构及对方当事人在确定送达地址时负有合理查询的义务,对于当事人存在多种地址的情况下,仲裁机构应选择最能保证送达效果的地址。尤其是,对于当事人最后一个为人所知的地址,仲裁申请人需要提供证据加以证明,且仲裁机构需要予以判定该地址是否属于最后一个为人所知的地址。此外,除了对地址的一再确认外,仲裁机构还要对受送达人是否具备接受送达的授权进行判断。除非当事人已明确指定个人雇员作为仲裁相关通信的授权接收人,否则收件人将面临由于缺乏权限而导致送达无效的风险。即便某一主体在此前曾多次代表当事人与仲裁机构联络,但如果未经专门授权,其并不当然具有代表当事人接受仲裁送达的权限,这在电子邮件送达当中殊为重要。

四、仲裁司法审查实务中关于邮寄送达合法性认定的典型实践

在仲裁实践中,常有当事人因为没有实际收到仲裁机构送达的各类通知而导致未能参与仲裁程序,为此,他们可以送达无效、仲裁程序不合法为由申请撤销仲裁裁决或请求不予执行仲裁裁决。此时,法院在对仲裁进行司法审查时,将不可避免地要对仲裁送达的

^⑭ 王燕龙与王玲飞不予执行仲裁裁决案,河北省承德市中级人民法院(2014)承中执不字第00002号。

^⑮ 例如最高人民法院(2009)民四他字第42号案、(2011)民四他字第21号案。

合法性进行判断。在我国法院审理的申请撤销仲裁裁决案件及不予执行仲裁裁决案件中,以仲裁邮寄送达不合法而撤销裁决或不予执行裁决的案件并不罕见(如表2所示)。

表2 因仲裁送达违反法定程序致使裁决被撤销或不予执行的典型案例

案件名称	案号	管辖法院	关键信息	法院观点	裁判要旨
Fairdeal SuppliesLtd. 申请承认与执行ICC仲裁裁决案	(2018)晋01民初字第921号	山西省太原市中级人民法院	仲裁裁决明确载明当事人的通讯地址,且仲裁程序中一直使用该址通讯,但裁决寄至其他地址。	法院认为,无法认定涉案仲裁裁决已经送达被申请人,无法认定该仲裁裁决书在境外确已发生法律效力。	仲裁庭未向被申请人送达仲裁裁决书,将导致外国仲裁裁决被拒绝承认和执行。
北京鼎隆房地产开发有限公司申请撤销仲裁裁决案	(2009)二中民特字第05485号	北京市第二中级人民法院	受送达人工商登记地址发生变更后,仲裁申请人及仲裁委均知情,仍然向旧址公证送达。	仲裁委已知晓当事人变更了工商登记地址,该地址具有合法性和公示性,但仍然向变更前的地址送达,不符合该公司最后一个为人所知的地址的要求。	仲裁委采取公证方式送达的仲裁文书所留置的地址不是受送达人最后一个为人所知的营业地点、经常居住地或者其他通讯地址,违反了法定程序。
徐鑫申请撤销仲裁裁决案	(2018)鄂05民特46号	湖北省宜昌市中级人民法院	仲裁申请书中写明的被申请人地址有笔误,使仲裁委无法联络被申请人。仲裁委径行公告送达。	无证据或记录表明仲裁委在向徐鑫送达相关材料时采用了直接送达、留置送达、电子送达或邮寄送达等送达方式,仲裁委对本案公告送达过程无准确记载,送达程序不合法。	仲裁委径行公告送达,致申请人无法参与仲裁。民事诉讼法中关于送达的有关规定应适用于仲裁程序,本案仲裁委采用公告送达不符合《民事诉讼法》第92条的规定,未穷尽其他送达方式。
王东福与广州原点建设工程有限公司申请不予执行仲裁裁决案	(2015)穗中法执仲字第13号	广东省广州市中级人民法院	仲裁委邮寄送达地址填写错误致邮件被退回	由于仲裁委向王东福送达开庭通知等仲裁文书的地址填写有误导致邮件被退回,故不应当视为已经送达。因此,王东福认为仲裁程序违法的申请理由成立,予以采纳。	仲裁委邮寄送达仲裁文书的地址填写错误导致邮件被退回不应视为已经送达,送达无效,仲裁程序违法,不予执行仲裁裁决的申请应予支持。

案件名称	案号	管辖法院	关键信息	法院观点	裁判要旨
潘啟志与佛山市宝海贸易有限公司、梁公海、邓桂红申请撤销仲裁裁决案	(2014)佛中法民一仲字第5号	广东省佛山市中级人民法院	受送达人失踪是否能被认定为“下落不明”而采用公告送达	因潘啟志申请所称的梁公海失踪一节未经法定宣告失踪程序,故潘啟志主张梁公海因失踪下落不明故应对其公告送达于法无据,不予采信。	受送达人失踪已向公安局报案的,未经法定程序宣告失踪,不足以证明受送达人“下落不明”的状态,采用公告送达不合法,采用邮寄送达并不违反法律程序。
田某某、张兆伟等申请撤销仲裁裁决	(2013)临商初字第114号	山东省临沂市中级人民法院	委托代理人未经特别授权签收仲裁文件	仲裁委在未得到当事人授权的情况下向委托代理人送达,事实上剥夺了前田公司选择仲裁员的权利,严重地损害到前田公司答辩权的充分行使,故仲裁送达违反法定程序。	受送达人的代理律师签收仲裁文件要注意代理权限问题,在未得到受送达人授权的情况下,其无权代表受送达人签收仲裁文书,签收行为产生的法律后果不能由受送达人负担,送达程序违法。
北京东方佳创国际展览有限公司申请不予执行仲裁裁决案	(2012)高执复字第10号	北京市高级人民法院	申请人已合法查询到被申请人的住址,仲裁委向该地址送达因逾期退回后,转而向已明确查无此公司的地址送达。	在第一个地址查无此公司、第二个地址逾期退回的情况下,仲裁委仍向查无此公司的地址送达,显然未尽到合理、审慎选择有效送达地址的义务,违反仲裁规则关于邮寄送达的规定。	仲裁委应当合理、审慎地从所查询的受送达人地址当中选择能够有效送达的地址。
海企纺织(坦桑尼亚)有限公司申请撤销仲裁裁决案	(2017)京04民特30号	北京市第四中级人民法院	仲裁委经邮寄公司提示可通过邮政航空信进行送达的情况下,未穷尽邮寄送达手段直接采用公证送达	《国际特快专递查询单》告知仲裁委海企纺织的地址“无法经特快专递送达,邮政信箱地址仅限于邮政航空信寄出的邮件”,仲裁委直接断定该地址无法送达并采用公证送达,与仲裁规则不符。	仲裁委在确定送达方式时,应当按照仲裁规则的要求优先采用直接送达、邮寄送达,劣后选用视为送达、推定送达等方式。在适用推定送达时,应以最大可能送达收件人之善良方式进行,预留合理的送达在途时间。

案件名称	案号	管辖法院	关键信息	法院观点	裁判要旨
孙晓峰申请撤销仲裁裁决案	(2019)浙10民特1号	浙江省台州市中级人民法院	仲裁申请人及仲裁委将被申请人的名字写错,致使EMS寄送的仲裁材料未能送达。	非因受送达人的过错,导致其未能实际收悉仲裁文件的,仲裁委径行缺席仲裁,应认定仲裁违反法定程序。	虽然孙晓峰在涉案合同中确认了送达地址,但因仲裁申请书及仲裁委寄送文件的邮件中写错名字,致使相关邮件因“原址”查无此人被退回,应认定未有效送达。

如上表所示,我国法院审理的撤销及不予执行仲裁裁决案件中,常会因仲裁送达程序不合法而认定仲裁程序违反法定程序,并对仲裁裁决作出否定性的评价。不过,这并不意味着我国法院一概采取到达主义判定邮寄送达的合法性。事实上,对仲裁中邮寄送达的合法性认定,需要逐层判定:首先,仲裁当事人是否实际收悉,如果实际收悉,则认定送达已满足合法性要件;其次,如果当事人未实际收悉,再来判定邮件是否签收,如果已有证据显示邮件已签收,则受送达人以其未实际收悉为由主张送达程序违法,不予支持;再次,如果当事人未实际收悉,且没有证据显示受送达人曾经签收,则要考察仲裁机构的邮递单号是否已经妥投以及寄往的地址,事实上,特快专递部门通常能够提供相关邮件是否妥投的记录,挂号信则难以提供妥投记录;最后,即使某些案件有材料能够体现妥投记录,仍然要继续审视该记录是以实际妥投为据作出的记载,还是由邮政工作人员自行填报的记录,当邮件仅仅被送至收发室、大厦前台等部门,且受送达人并不在此居住、营业或者实际已经搬离时,或者邮件已经丢失但邮政工作人员仍然自行填报妥投记录时,不宜认定送达已经合法有效。^{①⑥}当然,苛求仲裁机构在每一起案件中都追求实际送达的效果,并不符合程序高效进行的理念,且在现实中亦不可能,故仲裁机构如果业已依据仲裁规则中关于送达的规定完成了送达流程,其对特快专递关于妥投的记录抱有合理的期待和信赖,在此基础上继续推进仲裁程序,似乎无可厚非。然而,因为邮政工作人员失误导致实际送达不能的后果,究竟应由受送达人承担,抑或由仲裁机构承担,需要进行衡量。

对此,笔者联想到边沁功利主义哲学观中“最大多数人的最大幸福”以及“最少多数人的最小损害”这一悖论。^{①⑦}在选择由受送达人承受邮寄失误的程序后果抑或由仲裁机构承受邮寄失误的程序后果时,要比较二者之间谁可能导致对方遭遇更大的损害,选择损害最小的一种方案进行处理,比较符合理性人的制度选择。具言之,如果选择由仲裁机构承担邮寄失误和送达违法的后果,则具体方案是对送达作不合法认定,从而撤销或不予执行涉案仲裁裁决,此时损害的是仲裁程序的高效性和裁决的终局性。如果选择由受送达人承受邮寄失误的损害,则在上述情况下则将认定送达合法,仲裁裁决有效且予以执行,如此损害的是受送达人的程序权益和实体权益,至于邮政部门的责任,则由受送达人另案追索。事实上,后一种方案的损害是比较大的,且不论在另案追索邮政部门的

^{①⑥} 王建平:《邮寄送达至收发室是否有效》,载《政治与法律》2001年第5期,第68页。

^{①⑦} [美]迈克尔·桑德尔:《公正:该如何做是好》,朱慧玲译,中信出版社2011年版,第38页。

责任时是否能够成功且符合金额方面的预期,单是从诉讼经济和程序效益的角度考虑,就不及认定送达违法、撤销仲裁裁决这一方案更能够实现纠纷的一次性解决。实际上,认定送达程序违法、撤销仲裁裁决,并不损害仲裁胜诉方另行采取其他途径或重新达成仲裁协议的方式解决纠纷。鉴于此,笔者更倾向于将邮政部门失误导致的程序上客观送达不能的风险分担给仲裁机构承担,寻求对受送达人的最大程序性保护。

五、结 语

仲裁文书和材料是否顺利送达当事人,决定了当事人是否能够及时知晓相关的程序性要求并及时提出自己的意见,故送达是决定仲裁程序是否符合正当程序原则的重要一环。在实践中,仲裁文书常因为各种原因无法有效送达受送达人,送达无效可能会导致送达程序违法,进而受送达人可能会以此为由,申请撤销仲裁裁决或者不予执行仲裁裁决。相比于其他送达方式,邮寄送达最容易引发争议。在通过邮寄送达方式寄送仲裁通知时,不可避免地存在因一方当事人退件、拒收、拖延签收以及他人代签的情况,在这些情况下往往无法证明受送达的当事人是否实际收到相关材料,又或者无法证明到底哪一方对无法妥投有过错,如果一味追求送达的实际效果,则很可能导致仲裁程序的拖延,影响效率。据此,送达的实际效果和仲裁效率之间存在一定的紧张关系,要想保障受送达人能够切实有效地收到仲裁通知,仲裁机构不得不耗费一定的时间和精力尽到合理查询,而要想提升仲裁程序解决争议的效率,又难以苛求仲裁机构在每一起案件中都能达到实际送达的效果。出于对仲裁高效性的追求,部分仲裁机构在仲裁规则中确立推定送达制度。不过,无论是邮寄送达抑或推定送达,不能忽视对受送达人程序权利的保障,不能使其参与仲裁程序进行抗辩的权利被“架空”。对此,在仲裁司法审查环节,需要对仲裁送达行为确立合法性的审查标准,督促仲裁机构尽最大努力去提升有效送达的比率,使仲裁能够更好地服务于经贸纠纷的妥当解决与营商环境的法治化建设。

Abstract: Effectively sending arbitral notice to parties will safeguard the due process of arbitration and the parties' rights to represent and defend for their claims. Courts should conduct judicial review on the legality of arbitral service. If the service violates arbitral rules or the parties' agreement, the award will be set aside or refused to enforce. As alternative methods for direct service and service by mail, many Chinese arbitral institutions introduce presumptive service in arbitral rules. As for the determination of the effectiveness of arbitral service, there are different opinions including the doctrine of sending and the doctrine of accepting. We need take the arbitral procedural efficiency and parties' interests into consideration, in order to enhance the actual effect of service by mail.

Keywords: service by mail; arbitral proceeding; judicial review; arbitral awards

(责任编辑:沈佩兰)

澳门仲裁法律制度的革新与展望

——评澳门新《仲裁法》

包尹歆*

内容提要 2020年5月4日,澳门新《仲裁法》生效。这部立法结束了澳门此前内外双轨并行的仲裁制度,统一了适用于以澳门作为仲裁地之仲裁程序的法律框架。澳门新《仲裁法》贯彻对接国际标准,以全方位支持仲裁的立场,扩大了仲裁庭权力,完善了临时措施制度,优化了仲裁程序规则,减少了法院干预。但在培育仲裁机构分担法院协助职能、完善仲裁程序与法院程序的衔接方面仍有改进空间,对于投资仲裁及第三者资助等新兴的仲裁业态宜采更积极的吸纳态度。展望未来,澳门仲裁法律制度可借鉴香港仲裁的立法及实践经验不断进行调整,以更好地服务于建设中葡经贸争议仲裁中心的时代定位。

关键词 澳门仲裁法 临时措施 国际商事仲裁示范法 香港仲裁条例

为了推动“一带一路”建设,《粤港澳大湾区发展规划纲要》提出“打造有竞争力的营商环境,完善国际商事纠纷解决机制,建设国际仲裁中心”,并要求澳门“发挥与葡语国家的联系优势,为内地和香港企业与葡语国家之间的贸易投资、产业及区域合作、人文及科技交流等活动提供金融、法律、信息等专业服务。”这意味着在法律服务方面,澳门应当着力于建设中葡经贸争议仲裁中心。为响应这一崭新的时代需求,澳门开始了仲裁立法的变革。

2019年11月5日澳门立法会通过了新的澳门《仲裁法》,并已于2020年5月4日起生效。该法取消了之前澳门内部仲裁和涉外商事仲裁内外双轨制的立法体制,以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《联合国示范法》)为蓝本,吸收了当前国际商事仲裁界最新的规则,内容上既包括仲裁程序的基本内容,也包括法院对仲裁程序进行协助及监督的相关规定,极大弥补了澳门原有立法的缺陷,对助力澳门建成中葡经贸争议仲裁中心裨益良多。

* 包尹歆,深圳大学法学院硕士研究生。本文是深圳市课题《粤港澳大湾区商事纠纷解决机制的合作创新》(SZ2020B023)的阶段性成果。感谢张淑钿副教授对本文的指导。

一、澳门新《仲裁法》的立法背景

(一) 制度：内外双轨并行，适用模糊，标准不一

在回归祖国之前，澳门被葡萄牙占领，故早在1962年，葡萄牙《民事诉讼法》第四卷关于仲裁制度的规定就已延伸至澳门，但随着葡萄牙民事诉讼制度的改革，该制度于1986年被废除。^①彼时成文法典里规定的仲裁制度一直没有被占澳门人口绝大多数的华人社会所认同并适用。^②直到1991年澳门通过第112/91号法律《司法组织纲要法》，第5条第二款规定澳门得设立仲裁庭等非司法性质之排解冲突的方式，澳门才得以推行仲裁制度。1996年，澳门通过第29/96/M号法令，核准仲裁制度，对澳门内部自愿仲裁予以规范，即《内部仲裁法》，同年通过第40/96/M号法令确立了机构自愿仲裁之规则。1998年，澳门参照当时的《联合国示范法》，制定并通过第55/98/M号法令《涉外商事仲裁专门制度》（以下简称《涉外商事仲裁法》），自此形成了澳门“内外双轨并行”的仲裁立法体制。

实践中，澳门内外双轨制的仲裁立法体制造成了商事主体对仲裁纠纷解决方式的困惑。一方面，双轨制区分澳门内部仲裁和澳门涉外商事仲裁，要求在个案当中需根据案件是否具备商事及涉外的特征确定该案是适用《内部仲裁法》还是《涉外商事仲裁法》，但是，两项立法适用范围的规定并不是非常明确。例如，《涉外商事仲裁法》第1条将商事定义为“合同性或非合同性之任何商事性质关系所引起之问题”，并列出了部分商事行为，若案件不属于所列举的商事行为的范围，则需要通过对第1条商事定义进行解释以判断案件是否属于《涉外商事仲裁法》的调整对象。此时可能会出现不同的解释结论，当事人难以精准地把握两部立法的规则差别，容易对仲裁纠纷解决机制失去信心。另一方面，《内部仲裁法》和《涉外商事仲裁法》最大的区别在于法院的干预程度不一，《内部仲裁法》要求仲裁庭将仲裁裁决正本存放于普通管辖法院办事处而非送达当事人，这一规定既不便利当事人也有碍仲裁独立性，《涉外商事仲裁法》则无此规定。内外有别的规则也影响了商事主体选择仲裁作为纠纷解决方式的意愿。

(二) 行业：发展缓慢，亟待变革

澳门现有五所或一般性或专业性仲裁机构，分别是澳门消费争议仲裁中心、澳门律师公会自愿仲裁中心、澳门世界贸易中心仲裁中心、保险及私人退休基金争议仲裁中心、楼宇管理仲裁中心。自第一所仲裁机构于1998年设立至今已有逾20年的历史，按理来说行业市场应当十分成熟，但仲裁一直未成为澳门民商事争议解决机制的重要组成部分。五所仲裁机构中，以澳门消费争议仲裁中心处理的争议最多，自1998年成立至

^① Cai Yiyang, *Challenges of Arbitration in Macao*, 2017 ALSA 183 (2017).

^② 魏丹：《论澳门仲裁制度的发展与潜力》，载《澳门法学》，2011年第3期，第25页。

2018年,共计立案613例,最终以仲裁裁决形式结案201例。^③与其形成鲜明对比的是,澳门法院受案数量大,积压案件多,如2019年10月-12月,初级法院每月未审结转入下月审理的民事案件均达案件总数的90%以上。^④

根据澳门原有的仲裁法律制度,法院对仲裁程序干预过多,导致仲裁程序与司法程序区分不强,影响澳门本地及境外人士对仲裁的信任,这是澳门仲裁实践寥寥的重要原因。如,根据《内部仲裁法》第37条规定,除了法院可随时依职权宣告裁决无效外,任何利害关系人或检察院也可作出裁决无效之主张,这无疑增加了仲裁裁决的变数,使得仲裁沦为争议的初步纠察机制,不能一步到位实现定纷止争的功能。又如,因澳门原有的仲裁法律制度并未要求司法官员不得担任仲裁员,《消费争议仲裁中心规章》第4条第二款便规定了该中心内的仲裁官由法官兼职担任,此举也模糊了仲裁和司法的界限,削弱了仲裁的民间性和独立性,无法树立专业的商事仲裁形象。

(三) 新定位: 打造中葡经贸争议仲裁中心

目前的澳门仲裁业对内未能分担法院之诉累,对外也未能利用其集聚葡语法律人才的优势,为建成葡语国家间商事争议解决中心发挥应有的潜力。在“一带一路”倡议的背景下,澳门承担了构建中国与葡语国家商贸合作服务平台的重任,《粤港澳大湾区发展规划纲要》也更明确要求澳门在此基础上发挥与葡语国家的联系优势,为内地和香港企业与葡语国家的经贸往来提供法律服务。

即使澳门在1998年制定的《涉外商事仲裁法》旨在服务澳门与外界的融通,但事实上该立法也未能起到充分推动澳门仲裁与世界对接的作用,甚至束缚了澳门仲裁取得世界影响的步伐。如《涉外商事仲裁法》第36条规定:“澳门法院可因作出仲裁裁决之国家或地区亦曾拒绝承认或执行在澳门作出之仲裁裁决而拒绝承认或执行该国或地区的仲裁裁决”,这种略显保守的司法态度显然与国际仲裁开放并包的态度相冲突,不利于澳门仲裁业的发展。

综上所述,立法完善、行业发展和新的时代定位都呼吁着澳门仲裁制度的革新。澳门应当为仲裁业的重新出发做好制度准备,变革现有仲裁法律制度,使得境内外仲裁服务使用者和从业者感到更为熟悉与易用。^⑤

二、澳门新《仲裁法》的改革亮点

2019年新《仲裁法》共计十一章86条,适用于仲裁地在澳门的仲裁程序及确认和执行在澳门以外作出的仲裁裁决的程序和条件。第一章为一般性规定,共有9条,主要

^③ 澳门特别行政区政府消费者委员会:消费争议仲裁中心历年仲裁统计资料, <https://www.consumer.gov.mo/CAC/Statistics.aspx?lang=zh>, 最后访问日期:2019年11月9日。

^④ 澳门特别行政区法院:初级法院2019年月度案件统计表, <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2018-8>, 最后访问日期:2020年2月22日。

^⑤ 赖建国:《澳门仲裁法制修改研究》,载《行政》2012年第1期,第69页。

对该法的适用范围、主要概念、一般原则等作出了指引；第二章为仲裁协议，共有6条，主要介绍了可缔结仲裁协议的主体、仲裁协议的形式，以及能够以仲裁协议为依据对抗法院管辖及申请保全的事项；第三章为紧急仲裁员相关问题，共有5条，主要列举了紧急仲裁员的指定、权限及紧急临时措施的修改、中止、失效等内容；第四章规定了仲裁员的相关制度，共有15条，包括仲裁员要件、指定、拒却、调解员的回避、服务费用、责任承担等内容；第五章临时措施及初步命令，共有10条，详细规定了仲裁庭在其中的权限、临时措施的要件、初步命令的专门制度，临时措施的担保和救济及确认和执行程序；第六章规定了仲裁程序，共有23条，内容有仲裁庭的权限、保密义务、仲裁程序的流程和具体要求、仲裁裁决的作出等；第七章只有1条，对仲裁裁决的撤销作出了规定；第八章共4条，规定了确认和执行在澳门特别行政区以外作出的仲裁裁决的程序事项；第九章共2条，以仲裁程序中需要法院协助事项及优先级为主要内容；第十章围绕行政仲裁展开，共5条，规定了可提交仲裁的行政争议类型、仲裁协议的要求、仲裁员的指定、适用的法律及仲裁裁决的公布；第十一章最后规定，共6条，主要涉及澳门以外仲裁员的行政豁免和该法的生效事项。总的来说，澳门新《仲裁法》大量吸收了当前国际商事仲裁界最新的规则，对旧法进行了大刀阔斧地修改。具体而言，该法的重点革新包括以下内容：

（一）统一仲裁法律框架，改进仲裁基本要素规范

1. 结束内外仲裁双轨并行的历史局面

《内部仲裁法》和《涉外商事仲裁法》以案件是否兼具涉外性和商事性为标准构建了两套制度，引发了规则标准上的差异和适用上的模糊，如《内部仲裁法》第26条将当事人无约定的裁决期限定为六个月，但可经由当事人书面协议延长一次或多次，而《涉外商事仲裁法》则未对仲裁期间作出要求。引发的疑问是：涉外商事仲裁案件是尊重当事人自治不对仲裁期间作出要求，还是需要参照《内部仲裁法》的规定，也应当原则上在六个月之内作出裁决？在此次修订中，澳门新《仲裁法》取消了内外有别的规则设计，第3条规定该法适用于仲裁地在澳门的所有仲裁，具体到裁决期间这一问题，则不再以立法明文进行限制，以尊重当事人意思自治。由此可见，澳门新《仲裁法》确保了所有在澳门特别行政区进行的仲裁均遵守相同的规则。

2. 增加电子通信等新型协议方式，删除对仲裁协议实质内容的要求

《内部仲裁法》曾要求仲裁协议不仅要满足特定的书面形式要求，还应当满足内容上的实质要求。该法第7条即要求仲裁协议要明确争议标的、指定仲裁员的方式和可能发生的争议所涉及的法律关系，否则仲裁协议将归于无效。对仲裁协议的实质内容提出要求的做法为仲裁协议的有效认定增添了门槛，与“尽可能将仲裁协议认定为有效”的国际通行做法相悖，不利于当事人争议的解决。《涉外商事仲裁法》第7条则删除了对仲裁协议的内容要求，仅保留了《内部仲裁法》对书面形式的要求。随着时代的发展，商事交往中的缔约行为更多以电子化形式进行，因此新《仲裁法》在第11条将有效仲裁协议的形式拓展到了电子形式。并且，新《仲裁法》取消了对仲裁协议的实质内容要求，与国际通行做法保持了一致。

3. 对仲裁员的专业能力提出授权性指导

《内部仲裁法》及《涉外商事仲裁法》均未对仲裁员的专业能力设立门槛,这极大地影响了澳门仲裁的公信力及其在境内外的认可度。新《仲裁法》对仲裁员的能力增加了要求,其在第22条第四款规定:“仲裁机构可对仲裁员列入相关名单订立附加要件,尤其是要求参加在仲裁领域举办的初期培训或专业培训,以及参加持续培训。”虽然新《仲裁法》将对仲裁员专业能力之具体要求交由仲裁机构决定,但是也体现了希望仲裁人员提高专业水平、优化仲裁业环境的立法态度。

在此之外,《涉外商事仲裁法》第11条即表明澳门接受外籍仲裁员之立场,这对于当事人和澳门仲裁业来说都是十分有利的。首先,在仲裁实践中,如果争议一方当事人是外国人,他就会更倾向去选择一位与之有相似文化背景的外籍仲裁员。其次,澳门本土仲裁员有限,仲裁实践屈指可数,积极引入外籍仲裁员有利于本土仲裁员学习其成熟的仲裁经验,从而加速本土仲裁员水平的提升。为方便更多世界各地的优秀仲裁员来澳门参与仲裁,新《仲裁法》在第81条规定:“非澳门居民仲裁员到澳门参与仲裁程序无需行政许可,在仲裁程序进行期间可在澳门逗留。其在接受检查时,出示有关仲裁任务的证明文件即可。”这一举措从程序上方便了外籍仲裁员赴澳参与仲裁,有助于促进澳门仲裁业的繁荣发展。

(二) 拓宽仲裁庭权限,保障程序自主运行

1. 落实自裁管辖权原则

《内部仲裁法》第27条对自裁管辖权的积极效力作出了规定,即仲裁庭可就其是否享有管辖权、仲裁协议是否存在和是否有效予以审查,但是并未明确当事人就同一争议向法院诉讼时,法院及仲裁庭各自应当如何处理。《涉外商事仲裁法》第16条部分沿用了《内部仲裁法》对自裁管辖权的规定,但在第三款增设了法院有对仲裁庭的管辖权决定进行复核的权力。也就是说,当仲裁庭作出管辖权决定后当事人可在获决定通知后三十日内请求法院对此进行裁判,在法院未作出决定前,仲裁庭仍可开始或继续仲裁程序。

新《仲裁法》对于仲裁庭自裁管辖权的规定与《涉外商事仲裁法》一脉相承。根据新《仲裁法》第14条和第46条的规定,当仲裁庭和法院在管辖权上发生冲突或者法院对仲裁庭的管辖权进行司法审查时,鼓励仲裁庭在法院作出决定之前继续己方程序作出裁决,且无论仲裁地是否在澳门。这就意味着,当出现争议一方当事人在澳门外提请仲裁,另一方当事人在澳门就同一争议进行诉讼时,澳门法院对仲裁管辖权的审查无碍境外仲裁程序的进行,这也符合国际上为保障仲裁程序效率的主流做法。

2. 改善证据规则

《内部仲裁法》第25条规定:“仲裁程序内得采用民事诉讼法所接纳之任何证据”,这意味着澳门本土仲裁中的证据规则要向民事诉讼当中的证据规则看齐,而这一做法并不恰当。这是因为当事人是为了摆脱法院繁琐的程序和严格证据规则才选择仲裁,如果仲裁程序中仍然适用民事诉讼的证据规则,无异于让当事人重新陷入程序之累。与此同时,《内部仲裁法》对仲裁庭申请法院协助取证仅仅作出了原则性的规定,但并未予以

细节的指导,要求按照民事诉讼的程序进行取证,这也可能导致程序拖沓,有碍仲裁效益的实现。《涉外商事仲裁法》在“程序规则”条款中赋予了仲裁庭确认证据能力的权力,这使得仲裁庭可以更自由主导仲裁程序下的证据规则。新《仲裁法》第54条不但确保了仲裁庭有权决定哪些证据可以接受及证据在认定事实中的证明力,还在第61条细化了法院协助获取证据的程序,将其定性为紧急,要求法院优先处理,并规定同时适用澳门《民事诉讼法》当中对于不配合法院收集证据的当事人可予以罚款的条款。这些举措将为仲裁取证活动提供极大的便利,仲裁程序中证据一环自此走上“快车道”。

3. 强化仲裁庭作出临时措施的权力

关于临时保全措施审批的管辖权分配,主要有由法院或仲裁庭单轨处理的独占制及二者双轨并行三种立法模式。^⑥ 澳门早在《内部仲裁法》中便确定了双轨并行制,该法第24条规定:“在仲裁庭设立之前或之后,当事人可向法院或仲裁庭申请采取保全或临时措施。”《涉外商事仲裁法》第9条和第17条作出了相同的规定。但是,对于仲裁庭和法院所作出保全或临时措施的类型和条件,一直未在两部仲裁法律中得到明确,即立法处于模糊不清的状态。随着国际商事仲裁的发展,临时措施作为国际商事仲裁当中决定仲裁及执行效果的重要程序,也在不断地发展。2006年《联合国示范法》就临时措施作出了重要修订,完善了制度性规定;与此同时,国际仲裁实践发展出了紧急仲裁员及紧急临时措施制度,被世界上主要仲裁机构的仲裁规则采用;《香港仲裁条例》也在2013年修例当中引入了紧急仲裁员制度。^⑦ 澳门如果想建立与国际接轨的仲裁制度,就需要与国际仲裁通行做法保持一致,在优化现有制度的基础上亦需要吸收国际商事仲裁的最新成果。因此,在本次修法过程中,新《仲裁法》就临时措施及相关制度作出了重大的变革性规定。

(1)对临时措施和保全进行清晰的界定,明确临时措施的主要类型及申请条件。《内部仲裁法》和《涉外商事仲裁法》对临时措施和保全两个概念进行混用,未说明两者是否存在区别,在实践中容易造成适用模糊的结果。新《仲裁法》在开篇定义中即明确了在澳门临时措施和保全的决定主体及申请时间等规则。在辨明两者的基础上,新《仲裁法》对仲裁庭可采取的临时措施进行了列举,^⑧ 并对临时措施的作出设置了条件,规定只有在在不采取临时措施可能达致较大损害时,方可采取临时措施,并要求申请人就其请求的实体问题有合理可能胜诉予以举证。对于临时措施作出错误的,申请人需就临时措施所造成的费用和损害进行赔偿。对于仲裁地不在澳门的仲裁程序,《涉外商事仲裁法》规定其可向澳门法院申请保全,新《仲裁法》将司法对境外仲裁程序的支持拓展适用至仲裁庭作出的临时措施。也就是说,对于仲裁地不在澳门的仲裁程序,若该仲裁庭作出

^⑥ 黄凯绅:《仲裁临时保全措施及法院本位主义:法制变革上的建议》,载《交大法学》2019年第3期,第143页。

^⑦ 宋锡祥:《香港仲裁制度的变革历程及对澳门的借鉴意义》,载《一国两制研究》2015年第3期,第122页。

^⑧ 澳门新《仲裁法》第36条第2款规定,仲裁庭可命令一方当事人实施下列行为:1. 在解决争议的过程中,维持现状或恢复原状;2. 采取措施防止目前或即将对仲裁程序造成的损害或损失,或不采取可能造成此等损害或损失的措施;3. 提供保全资产的必要手段以执行后续的仲裁裁决;4. 保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。

了需采取临时措施的决定,该临时措施可向澳门法院申请执行。外地仲裁临时措施的执行依据为澳门民事诉讼法第三篇第一章保全程序的相关规定。

(2) 设立“初步命令”以保障临时措施的实现。为保障临时措施的效果,新《仲裁法》第 38 条和第 39 条新设了“初步命令”制度,用于对抗相对方采取阻挠临时措施的行为,其本质上可理解为行为保全。新《仲裁法》要求初步命令里的申请须和临时措施申请一并提出,当仲裁庭认为事先向临时措施所针对的当事人披露临时措施会产生阻挠该措施的风险时,即可在不通知临时措施所针对的当事人的情况下,发出初步命令。初步命令作出后应当立即通知所有当事人有关临时措施、初步命令的情况,给予初步命令所针对的当事人陈述机会,初步命令于仲裁庭发出之日起二十日后失效,且不得由法院执行。

(3) 引入紧急仲裁员和紧急临时措施。根据《内部仲裁法》和《涉外商事仲裁》,在仲裁庭设立之前,只得通过法院申请采取保全措施,但是诉诸法院可能带来破坏保密性、司法程序相对缓慢等不利的影响。^⑨ 澳门新《仲裁法》遵循国际趋势在第三章规定了紧急仲裁员制度,当事人事前可指定一名紧急仲裁员约定相应规则,即以事前约定为设立之前提。从时间上看,紧急仲裁员的指定和职务的执行是在仲裁程序开展之前。从程序上看,应一方当事人请求,并在听取他方当事人意见后,紧急仲裁员有权决定是否采取紧急临时措施。在仲裁庭设立后,紧急仲裁员仅有权就先前提出的紧急临时措施的请求作出决定,紧急临时措施作出后,其权限随即解除归于仲裁庭。

新《仲裁法》下的临时措施、初步命令、保全及紧急临时措施的区别,可通过下表直观展示:

措施名称 \ 相关规定	何时提出	是否单独提出	向谁提出	作出前是否需听取当事人意见	是否需要担保	是否有约束力,是否需要法院确认执行
保全	仲裁程序开始前或进行期间	是	法院	是	可以	有约束力,由法院执行
紧急临时措施	仲裁程序开始前	是	紧急仲裁员	是	未规定	有约束力,可申请法院确认执行
临时措施	仲裁程序开始后	是	仲裁庭	是	可以	有约束力,可申请法院确认执行
初步命令	仲裁程序开始后	否,是临时措施的辅助措施	仲裁庭	否	应当	有约束力,不由法院执行

(三) 以国际仲裁实践为参照标准,完善仲裁程序,减少法院干预

1. 立法落实仲裁程序的保密性要求

保密性作为现代商事仲裁的重要特质,在澳门《内部仲裁法》及《涉外商事仲裁法》当中却均未被提及,这也成为了当事人在澳门选择仲裁作为争议解决机制的重要障碍之

^⑨ 同前注^⑥:《仲裁法法案理由陈述》,第 8 页。

一。新《仲裁法》一方面在原则性规定中明确“保密原则”是仲裁程序应当遵守的重要原则之一,另一方面又在“仲裁程序”一章中以具体条款阐明了仲裁程序各参与人的保密义务:保密主体包括仲裁员、当事人及因执行职务而接触仲裁程序的人,保密的内容是在仲裁程序中获得的一切资料及知悉的文件。但是保密义务存在两个例外情形:一是在当事人不反对的情况下,仲裁裁决可在对当事人识别资料进行处理后予以公布。此举目的是便利澳门境内外人士了解在澳门特别行政区作出的仲裁裁决水平,以及方便将有关裁决在国际上公布进行学术交流;二是针对澳门行政性质的仲裁案件,新《仲裁法》第80条引入了透明度规则,强制公开仲裁裁决,以消除对采用行政仲裁可能成为向私人利益提供好处的不正当的任何疑虑。^⑩

2. 原则上改可上诉为一裁终局,提升仲裁效率

《内部仲裁法》第34条规定,澳门本土自愿仲裁不默认采取一裁终局制度,当事人得就仲裁协议的上诉订定协议,既可以向仲裁庭上诉也可以向法院上诉,但使用衡平原则进行的仲裁不得上诉。《涉外商事仲裁法》并未作出上述规定,但是在第37条第1款规定:“凡未在本法规内明文规定的,均补充适用于6月11日第29/96/M号法令(即《内部仲裁法》)”,^⑪所以亦视为对裁决结果可以上诉。澳门原仲裁法这一规定,与国际商事仲裁通行的一裁终局的做法相去甚远,被认为大大影响了仲裁的效率。新《仲裁法》第67条直接修改了旧法的规定,申明仲裁裁决原则上具有不可上诉性,在但书部分提出,当事人在仲裁裁决作出前约定可向其他仲裁庭提起上诉者除外。这也就意味着区别于《内部仲裁法》所规定的“原则上都可上诉,且既可向仲裁庭上诉也可向法院上诉”,新法的做法改为了“原则上一裁终局,当事人有约定除外”。这减少了法院介入仲裁程序的机会,符合新《仲裁法》减少法院干预的原则性要求。

3. 废除裁决无效之认定,统一裁决撤销条件

《内部仲裁法》第37条和第38条分别规定了申请判定仲裁裁决无效和申请撤销仲裁裁决的情形。根据第37条可向法院申请仲裁裁决无效的人不仅包括仲裁裁决当事人,还包括利害关系人、检察院,法院亦可直接依职权宣告无效。根据第38条,如因仲裁裁决上仲裁员签名欠缺或裁决无说理内容即可申请撤销,这极大地增加了裁决被撤销的风险,可见其对裁决可撤销的条件设置并不合理。《内部仲裁法》的规定反映了澳门仲裁制度设立之初,从司法到社会整体上对仲裁的不信任。这一情况在《涉外商事仲裁法》中得到了改善,在仲裁裁决引发的司法争执情形中,取消宣告仲裁裁决无效的制度,仅规定仲裁裁决可撤销之情形,区分依当事人申请审查的事项和法院应当主动审查的事项,并且可撤销的条件和法院对申请承认及执行境外仲裁裁决的拒绝条件基本保持一致。内容则以《纽约公约》为准,即包括仲裁协议无效、仲裁员的程序瑕疵、超裁、仲裁程序瑕疵、仲裁标的是否不可裁及是否违反公共秩序。根据新《仲裁法》规定,只要是以澳

^⑩ 澳门特别行政区立法会第一常设委员会:《第5/VI/2019号意见书》,第19页。

^⑪ 同前注^⑧,宋锡祥文,第127页。

门为仲裁地作出的仲裁裁决,对裁决所提出的司法争执仅得依新《仲裁法》第 69 条提出撤销仲裁裁决之诉。其剔除了旧法当中利害关系人、检察院均得介入其中的规定,撤销仲裁裁决的条件也限制在与《纽约公约》相符的程序性审查当中,平衡了当事人意思自治与司法审查监督之间的关系,有利于增强仲裁的公信力。

三、借鉴香港仲裁业发展经验,展望澳门仲裁之优化

(一) 澳门仲裁制度仍然存在完善的空间

澳门新《仲裁法》无疑在仲裁制度上实现了重要突破,这次革新旨在剔除澳门仲裁业多年以来发展滞缓之阻碍,为搭建中葡经贸争议仲裁中心做好制度准备。目标若着眼于打造国际化的制度成熟的仲裁地以吸引跨境商事主体进行选择,澳门仲裁仍然存在优化的空间,具体而言:

1. 在仲裁机构层面,经年滞缓的仲裁行业使得澳门权威性的仲裁机构远未建成,新《仲裁法》也未助力打造仲裁机构之名片。澳门现有的五所仲裁机构中,除世界贸易中心仲裁中心与澳门律师公会自愿仲裁中心外,澳门消费争议仲裁中心、澳门楼宇管理仲裁中心和澳门保险及私人退休基金争议仲裁中心均设置于政府职能部门内部,行政服务色彩强烈,有别于仲裁民间性独立性的特质,影响了仲裁机构的公信力。而就世界贸易中心仲裁中心及澳门律师公会自愿仲裁中心而言,也尚未形成行业影响力,更妄论国际知名度。澳门法务局即指出:“综观仲裁发展较为先进的国家或地区,优质而具有公信力的仲裁机构是吸引当事人使用仲裁的重要诱因。”^⑫新《仲裁法》配套出台《仲裁机构的设立与运作制度》,进一步明确审查设立仲裁机构的标准和法务局监察仲裁机构运作等内容,^⑬但对于如何打造仲裁机构的国际名片尚缺扶持。另外,设置于政府职能部门内部的三所仲裁机构争议解决费用全免,由政府财政支持,对于政府而言的压力未免过重。新《仲裁法》在第 34 条就仲裁程序的服务及收费预付可依当事人约定,无约定的由仲裁庭根据澳门特别行政区一仲裁机构的收费表作出规定。这一收费标准由哪个仲裁机构订立并未明确。因此,如何构建合理的收费制度,保障仲裁机构的独立运转,也是须予解决的问题。

2. 在仲裁程序与法院程序衔接的诸环节有待完善。新《仲裁法》落实减少法院干预原则的过程中,对于部分需要法院干预的程序,通过列明当事人需要提交的文件材料、法院相应的具体时间等制度完成仲裁与法院的衔接。例如新《仲裁法》第 61 条即规定了申请法院协助获取证据的主体、条件、申请人应履行之证明及法院收到申请后应当采取的措施等一整套法院协助获取证据的程序操作,给予了申请人及法院明确的规则指

^⑫ 法务局:《公布仲裁机构名单》,载澳门特别行政区政府网站 <https://www.gov.mo/zh-hans/news/276739/>,最后访问日期:2020年8月20日。

^⑬ 行政会:《行政会完成讨论〈仲裁机构的设立与运作制度〉行政法规草案》,载澳门特别行政区政府网站 <https://www.gov.mo/zh-hans/news/271978/>,最后访问日期:2020年8月20日。

导。但新法目前在申请采取保全措施、申请强制执行澳门本地作出的仲裁裁决等问题上缺乏明确的程序指导,这必然使得在以上程序当中,需要按照澳门民事诉讼法的相关程序推进,即使新《仲裁法》已经将与仲裁程序当中请求法院协助的事项列为紧急,但基于澳门法院长期处于超负荷运作的状态,法院因自身庞大的工作量已经自顾不暇,要求其严格执行该规定并不现实,实际操作该规定的目的就很可能落空,从而陷入衔接不畅阻碍仲裁效率实现的困境。

3. 可仲裁标的及仲裁形式可再予拓宽。澳门在双轨制时代仍然强调《联合国示范法》仅适用于国际商事仲裁领域,澳门新《仲裁法》则剔除了对“商事”的规定,进一步减少了澳门本地居民及外国当事人在适用澳门新《仲裁法》时可能发生对争议性质的困惑,有利于仲裁的推广。但是澳门新《仲裁法》对于近年国际仲裁中,东道国与投资者争端、第三者资助仲裁等新兴的仲裁内容及形式还没有做出规定。考虑到澳门以建成中葡经贸仲裁中心为定位,截至2015年底,中国累计对葡语国家直接投资63亿美元。中国境内投资者在葡语国家设立的直接投资企业超过400家,^⑭澳门应当考虑将投资争端解决纳入日后的仲裁重点发展的领域,当下无立法禁止可视为机构具备积极探索的空间。近年来国际商事仲裁较热门的第三者资助仲裁虽仍处于发展摸索的阶段,但是不能否认其在金额较为可观的国际商事争议当中有一定的市场,澳门三所专门性的仲裁机构章程表明其主要处理小额争议,但澳门律师公会自愿仲裁中心及世界贸易中心仲裁中心若作为商业化仲裁机构进行运作,必然会经手标的额较大的争议解决案件,对于第三者资助仲裁进行立法也有利于吸引更多当事人选择澳门作为仲裁地。

(二) 香港仲裁立法及实践经验对于澳门仲裁立法完善及行业发展的启示

与澳门毗邻的香港自2010年起至今,同样以联合国示范法作为蓝本将原先双轨并行的仲裁法律制度予以合并且日臻完善。《香港仲裁条例》的国际化、专业化程度是香港取得亚太地区仲裁行业领先地位的重要推手。^⑮澳门本地实体与国际伙伴订立的合同中经常包含仲裁条款,选择香港或新加坡等作为仲裁地点。^⑯澳门既志在搭建中葡经贸争议仲裁中心,将澳门仲裁的名片推广至世界,学习香港发展仲裁业的成功经验实属必要。故而,以《香港仲裁条例》为参照,为澳门新《仲裁法》的完善提供可借鉴移植之经验:

1. 培育权威性仲裁机构协助本地仲裁程序的管理。《联合国示范法》规定协助仲裁员指定以推动仲裁程序进行的工作可由法院或其他机构协助,区别于澳门新《仲裁法》规定需由法院协助的情形,《香港仲裁条例》则在第23条和第24条将这一协助事项交由香港国际仲裁中心行使,对于仲裁机构有限,地理面积较窄的仲裁地这是更具合理性的立法选择。首先,相对于法院,仲裁机构对于机构内仲裁员的了解更胜一筹,更有可能既快速又周全地完成指定事项;其次,仲裁庭的组成若与当事人约定或法律不符,当事人

^⑭ 《“一带一路”点亮中国和葡语国家合作》,载国务院新闻办公室网站, <http://www.scio.gov.cn/ztk/wh/slx/31199/Document/1493308/1493308.htm>, 最后访问日期: 2020年8月21日。

^⑮ 陈小燕:《香港仲裁立法的新发展及对粤港澳仲裁合作的影响》,载《法治社会》2019年第1期,第119页。

^⑯ 同前注^⑥,《仲裁法案理由陈述》,第4页。

可申请法院撤销仲裁裁决,也就是说,在组建仲裁庭问题上法院可作为监督机关进行最后的把关,而无须在前期参与其中。再者,倾力扶持一所依法承担行业管理者职能的仲裁机构,不但有利于机构的对内管理升级,也有利于澳门仲裁业的对外宣传。

2. 构建保障仲裁费用收取的司法介入机制。《香港仲裁条例》第77条规定:“除非仲裁庭的收费及开支已全数支付,否则仲裁庭可拒绝将裁决发送予各方;而任何一方可向原讼法庭申请,由原讼庭介入仲裁费用的支付,如原讼庭可命令该仲裁庭在申请人将所要求的收费及开支或原讼法庭指明的较小款额缴存原讼法庭后,发送裁决。”围绕仲裁程序费用的保障而展开的司法介入机制,使得仲裁程序及仲裁机构得以良性运行,对于常年依附财政的澳门现有仲裁机构,确保了仲裁费用收取也有利于其日渐独立,从而增强仲裁程序民间性。

3. 立法明文设置法院与仲裁相衔接各环节规则。在香港,除了《香港仲裁条例》对两者衔接程序作出细致规定外,香港《高等法院规则》还以专章的形式列明了法院与仲裁相衔接时的具体规则。如关于本地裁决的强制执行申请问题,《香港仲裁条例》第85条要求当事人向法院提交裁决及仲裁协议,《高等法院规则》第73章第10条则就此作出了进一步的细化,要求申请人述明执行案的被申请人情况、裁决未被执行的情况,且就文书的送达及债务人的异议期间进行了规定。这种明确仲裁与法院衔接程序具体规则的做法,可以提高仲裁程序的可预期性,增强当事人对仲裁的信心。有学者表示澳门法院处理承认和执行外地裁决需要至少三到六个月的时间来完成,而在香港这一时间只需要数以天计。^{①7}又如,《香港仲裁条例》第45条不仅就向法院申请批予临时措施的法院、条件作出规定,也明确了不予批给的情形,更明确,若是在香港以外地方进行的仲裁程序向香港法院提起临时措施申请的,要求该措施是为便利一项可在香港强制执行的仲裁裁决的,且该临时措施属于香港法庭可批给的类型。澳门《新仲裁法》对于向法院申请保全措施的规定集中在新《仲裁法》第15条,没有列明针对仲裁不予批予保全的情形及对仲裁地在澳门以外的仲裁程序所提申请也没有做出限制,考虑到澳门过重的法院案件压力,确须优化。对法院有关程序作出细致的指导,以规范程序的进行,无疑是保障时效的有效手段,所以澳门在进行仲裁法律制度优化工作时,可以就此问题进行更多的调研和考量,制定出既符合澳门法院办案程序又有利于保障仲裁快捷进行的衔接规则。

四、结 语

澳门仲裁在立法陈旧、行业落后的窘境下,担起了建设中葡经贸争议仲裁中心的历史重责,故此当局以仲裁法律制度的革新为路径寻求破局。新法统一了以澳门作为仲裁地的程序框架,扩大仲裁庭权力,减少法院干预,既通过科学合理的立法语言使得规则简单易用,以便仲裁在澳门本地的推广,又积极吸收国际仲裁的先进经验,以吸引跨境商事

^{①7} Fatima Dermawan, *Macau Adopts a New Arbitration Framework*, 22 ASIAN DISPUTE REVIEW 40(2020).

主体乐于选择澳门仲裁,打造仲裁名片。新法虽使得澳门仲裁业整体摆脱相对过时的制度焕发新生,但基于打造享誉国际葡语国家首选仲裁地的需求,仍需加大力度扶持一所具有权威性的仲裁机构,完善仲裁与法院衔接的程序,并以更开放的姿态拥抱新兴的仲裁业态,而一水之隔的香港便有丰富的仲裁实践和完善的仲裁立法可供借鉴。

然,本文对澳门民事诉讼相关制度研究不足,就法院与仲裁衔接的部分未能提出具有操作性的建议。另,本研究以借鉴香港为视角谈对澳门仲裁实践及法律制度日后发展的启示,但亦深知澳门以其拥有较多掌握中葡双语法律人才,法律制度和法律文化与葡语系国家相近的优势,仲裁发展应更侧重于吸引葡语国家的商事主体进行选用,故在仲裁制度的优化过程中,与葡语国家仲裁制度的衔接则更显重要,但囿于语言不通此方向的研究未予展开,此亦为本研究的未尽之处。与此同时,澳门承担的是打造中葡商贸合作服务平台的功能,则与内地仲裁的交流与司法互助也是日后发展的题中之义,澳门业已在本地立法建立起临时措施制度,则下一步可谋求与内地签订仲裁程序的保全安排。综上所述,澳门法院对仲裁的监督与协作,澳门仲裁与葡语国家仲裁的合作与衔接,及澳门仲裁与内地仲裁的互通有无皆是未来澳门仲裁研究的重要议题,笔者也期冀以本文抛砖引玉,加强学界对澳门仲裁的研究。

Abstract: Macau's new Arbitration Law came into force on 4th May 2020. The enactment of the new Arbitration Law puts an end to the two distinct regimes for the conduct of arbitrations in Macau previously, setting a new arbitral framework to all arbitrations seated in Macau. Reform of the arbitration regime in Macau complies with international standards and offers support to arbitration in all respects. The highlights of Macau's new Arbitration Law mainly include the expanding power of arbitral tribunals, amending rules of interim measures, optimizing procedural rules and keeping court intervention to a minimum. This paper believes that there is still room for improvement in this law, such as the transfer of assistance functions from courts to arbitral institutions and the improvement of the linkage between arbitration procedures and court procedures. Macau can also adopt a more positive attitude towards international investment arbitration and other new arbitration forms such as the third-party arbitration funding. Macau can learn more from the arbitration legislation and practical experience of Hong Kong and constantly perfect the arbitration legal system in the future, contributing to build a sino-portuguese economic and trade dispute arbitration center.

Keywords: Macaus's Arbitration Law; interim measures; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Hong Kong's Arbitration Ordinance

(责任编辑:沈佩兰)

《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

赵泽慧*

内容提要 我国调解体系的一元化使得商事调解制度只能依附于人民调解而存在,故此国内商事调解协议与人民调解协议一样,并不具有执行力和终局力,这与我国已经签署的《新加坡调解公约》的要求存在本质冲突。制度冲突所带来的适用的“两难困境”将成为我国履行公约义务的严重阻碍,但我国在“法化”不足背景下尚不具备条件对国内调解协议与国际和解协议一视同仁。因此可以在调解/和解协议的执行问题上按照国内和国际区分,对国内调解协议仍以司法确认制度赋予其执行力,对国际商事和解协议以直接执行机制辅之以执行审查制度,并明确审查范围及其构建方向,以期在制度衔接困境下寻求突围路径。

关键词 新加坡调解公约 和解协议效力 直接执行机制 执行审查制度

《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《公约》)已于2020年9月12日生效,因其最早于新加坡开放签署,故又称《新加坡调解公约》。我国作为第一批缔约国签署《公约》则代表我国已经“注意到国际和国内商业事务越来越多地使用调解代替诉讼”^①的国际趋势以及逐渐提高调解在多元纠纷解决机制中地位的意愿,进而为“一带一路”建设营造更加稳定、公平、透明、可预期的国际化法治化便利化营商环境。

而《公约》与我国调解制度尤其是在调解协议效力的问题上存在本质冲突。且我国当前并无专门的商事调解制度,调解的泛化“严重制约了多元调解形式的协调发展,不利于纠纷解决的国际交流与合作。”^②一元化的调解体系极大地抹杀了商事调解的独特优势,已然不能够满足愈加强烈的国际与国内商事调解的需求。故我国虽已签署《公约》,但若要使其顺利批准落地,除了要协调《公约》中的“国际和解协议”与中国语境

* 赵泽慧,西南政法大学法学院硕士研究生。本文系2020年度西南政法大学法学院学生科研创新项目(项目编号:FXY20200064)研究成果。

① 《公约》序言:“本公约当事方……注意到国际和国内商业实务越来越多地使用调解代替诉讼……”

② 廖永安,王聪:《人民调解泛化现象的反思与社会调解体系的重塑》,载《财经法学》2019年第5期,第75页。

下的“和解协议”在语意上的冲突外,^③还有很多问题需要解决。本文面向《公约》批准后的制度衔接,通过梳理国内有关商事调解协议的制度与《公约》冲突,为其与我国制度衔接过程中产生的问题提供解决路径,以期为批准《公约》前的理论与制度准备提供一定的参考。

一、《新加坡调解公约》与我国制度的冲突梳理

《公约》所适用的国际和解协议范围由第1条规定。除了第1款中对于“国际性”要求之外,第2款在借鉴《国际货物销售时效期限公约》《联合国国际货物销售合同公约》以及《选择法院协议公约》的相关条款的基础上,将几种典型的非商事和解协议排除在适用范围之外,虽未言明“商事性”的要求,但是间接界定了“商事”与“非商事”的客观标准,明确了《公约》的适用范围为在第三方调解下达成的国际商事和解协议。^④

对我国调解制度与《公约》的冲突进行梳理,首先要找到我国制度中可适用商事调解的规定。《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》)、《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《人民调解规定》)、《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(以下简称《诉非衔接意见》)等并没有对多元的调解方式进行区分,而是直接将人民调解、商事调解、行业调解、专业调解等混为一谈,^⑤以示在调解领域的“一视同仁”。^⑥由此可见,在我国法律制度框架下,并没有针对不同类型纠纷的特点而建立多元化的社会调解体系,无论何种调解协议,均需司法确认程序赋予其执行力。由于一元化的人民调解立法模式具有部门利益的狭隘性,无法构建多元化纠纷解决机制,也存在统合其他调解的实际困难。^⑦商事调解的执行只能参照人民调解相关的法律制度,我国商事调解协议的效力和性质也与人民调解协议并无二致。故后文在对比我国立法与《公约》冲突时,以人民调解协议为例进行梳理。

(一) 执行效力的冲突

我国在现行立法中已经确定了经人民调解委员会调解达成的调解协议具有民事合

^③ 《公约》第2条第3款中规定,“国际和解协议”是指经第三方调解所产生的协议。而在我国民事诉讼法语境下,“和解协议”是指无第三方参与、当事人自行达成的协议。而本文所称“和解协议”和“调解协议”均指有第三方作为调解员参与所达成的协议。《公约》在国内法语境中提到称为“调解协议”,在《公约》语境下称为“和解协议”,为避免误解故在此处特别指出。

^④ 《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》第1条注释规定:“对‘商事’一词应作广义的解释,以使其包括产生于所有具有商业性质关系的事项,不论这种关系是否为契约关系。具有商业性质的关系包括但不限于下列交易:提供或交换商品或劳务的任何贸易关系、销售协议、商事代表或代理、保理、租赁、工程造价、咨询、工程、许可证交易、投资、融资、银行业、保险、开采协议或特许权、合营企业或其他形式的工业或商业合作、货物或旅客的航空、海洋、铁路或公路运输。”

^⑤ 参见《诉非衔接意见》第10条、第12条、第20条。

^⑥ 刘加良:《非诉调解协议司法确认程序的实践误区及其矫正》,载《政治与法律》2018年第6期,第142页。

^⑦ 范愉:《有关调解法制定的若干问题(下)》,载《中国司法》2005年第11期,第66页。

同性质。^⑧另外,《诉非衔接意见》把经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议无差别纳入司法确认程序的范围。^⑨也就是说,国内的商事调解协议必须经过当事人依据《人民调解法》等相关法律向人民法院申请司法确认后才能够申请强制执行,故其并不具有直接的执行力,对比《公约》,联合国国际贸易法委员会第二工作组(以下简称“工作组”)在国际和解协议到底采取直接执行机制还是审查机制的讨论中,最终决定参照《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的做法采用直接执行机制,^⑩使国际和解协议的当事人能够在执行地要求直接申请执行,而不需要其他程序另行赋予国际和解协议执行效力。《公约》第3条第1款要求成员国按照本国程序规则执行国际和解协议,没有赘以其他规定。换言之,只要国际和解协议满足了其规定的形式条件,成员国就应当予以执行。在这一点上,我国现行的司法确认制度并不符合《公约》规定的对国际和解协议直接执行的要求。

(二) 终局效力的冲突

商事调解协议的民事合同性质使之在国内并不能产生解决纠纷的终局效力。《人民调解法》赋予了当事人就调解协议的履行和内容再行诉讼的权力;^⑪《人民调解委员会组织条例》允许当事人在达成协议后反悔并请求政府或法院再行解决争议。^⑫《诉非衔接意见》也规定了当事人可以就调解协议提起诉讼。^⑬允许当事人反悔、针对调解协议提起诉讼,都是我国法律并没有赋予调解协议以终局力的表现。

而工作组认为,适用本公约的国际和解协议内容中应当指明调解员参与了调解过程并且其本身产生于调解,这将使国际和解协议有别于其他合同。^⑭一般合同的目的在于设立、变更、终止民事权利义务关系,而调解的目的在于解决当事人的争议,如果商事调解协议没有直接执行力,在解决商事纠纷时,当事人就会谨慎选择调解。^⑮这显然不符合《公约》的立法目的。因此,不同于《纽约公约》和《选择法院协议公约》,针对《公约》赋予国际商事和解协议何种法律效力的问题,工作组没有使用“承认”、“赋予法律效力”等提法。原因在于这样的表述在不同的法域可能引起不同的法律后果。由于“法律效

⑧ 参见《诉非衔接意见》第10条。

⑨ 《诉非衔接意见》第20条规定:“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议,经调解组织和调解员签字盖章后,当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的,可以向人民法院提起诉讼。”

⑩ 参见联合国国际贸易法委员会《第二工作组(争议解决)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,联合国文件A/CN.9/861,第84段。

⑪ 参见《中华人民共和国人民调解法》第32条。

⑫ 《人民调解委员会组织条例》第9条规定:“经过调解,当事人未达成协议或者达成协议后又反悔的,任何一方可以请求基层人民政府处理,也可以向人民法院起诉。”

⑬ 参见《诉非衔接意见》第20条。

⑭ 孙巍:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年版,第43页。

⑮ 祁壮:“一带一路”建设中的国际商事调解和解问题研究》,载《中州学刊》2017年第11期,第63页。

力”一词本身含义不清,是实体法律效力还是程序法律效力亦不明确。^⑩为了避免这种不确定性,工作组选择在《公约》第3条第2款中具体阐释上述表述的含义,也即允许当事人援用符合规定的国际和解协议以证明该事项已得到解决。^⑪在根据《公约》的规定达成有效的国际和解协议后,当事人不得就同一事项向法院提起诉讼。此款规定实质上是在赋予国际和解协议以解决纠纷的终局效力。这样规定的优势在于保障了协议的可执行力,避免其成为一纸空文,也使想要绕过诉讼和仲裁的方式解决争议的商事主体能够更加倾向于选择调解,从而使《公约》的功能得以充分发挥。

我国国内法和《公约》冲突表现在,国内法没有赋予调解协议以强制执行力和终局力,并且《公约》对于国际和解协议的执行门槛明显低于国内调解协议,这将成为国际和解协议在我国执行的主要阻碍。

二、《新加坡调解公约》适用的“两难困境”

虽然国内法语境下的调解协议和《公约》语境下的国际和解协议存在效力上的冲突,但是履行公约规定的义务并不意味着我国必须根据公约修改我国的法律,也不意味着要把公约的全部规定转化为国内法,而是要在司法实践中规范地适用公约。根据国际法的一般原理,在民商事领域,国内法和国际公约冲突时一般要优先适用国际公约。但《公约》的特别之处在于,其第8条第1款(b)项的规定缔约国可以对于“唯需和解协议当事人已同意适用本公约”进行保留,也即是否适用《公约》可以由当事人选择,由此在国际和解协议的执行问题上产生适用的问题。笔者认为,因为《公约》与我国国内法存在以上的冲突,导致无论对于上述条文是否声明保留,都会存在不可规避的问题。

(一)“优先适用”的条文矛盾

我国若对《公约》第8条第1款(b)项不特殊声明保留,其适用就与一般的民商事国际公约无异,也即对于国际和解协议的执行时优先适用《公约》,那么符合条件的国际和解协议在我国是可以获得直接执行力的。但与此同时,《公约》第3条要求缔约国“按照本国程序规则和公约规定条件”执行国际和解协议,而在我国,未经司法确认的调解协议是不能进入执行程序的;如果依我国规定对国际和解协议进行司法确认,则又违背了《公约》所确定的直接执行的义务。

有学者尝试用法解释论解决这一矛盾,提出在衔接《公约》时的其中一种思路是不改变现行司法确认制度,将之解释为《公约》第3条^⑫的“本国程序”或者第1条第3

^⑩ 参见联合国国际贸易法委员会第二工作组(争议解决)第六十六届会议《解决商事争议——国际商事调解:拟订一部关于调解所产生国际商事和解协议的执行的文书——秘书处的说明》,联合国文件A/CN.9/WG.II/WP.200,第4段。

^⑪ 《公约》第3条第2款:“如果就一方当事人声称已由和解协议解决的事项发生争议,公约当事方应允许该当事人按照本国程序规则并根据本公约规定的条件援用和解协议,以证明该事项已得到解决。”

^⑫ 《公约》第3条第1款:“本公约每一方当事人应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。”

款^{①⑨}中“经由法院批准之协议”；^{②⑩}然而这种思路并不能达到有效衔接的目的。不过笔者认为其原因并非其所述的不符合“调解制度发展的世界潮流”^{②⑪}。首先,由于我国现行法中,非诉调解协议均需经过司法确认才能具有执行力,那么所有的非诉调解协议包括国际和解协议都将被《公约》第1条第3款认定为“经由法院批准之协议”从而排除适用,若将经过司法确认的调解协议解释为“经由法院批准之协议”于国际和解协议的执行毫无意义;其次,若将其解释为“本国程序”,实质还是没有解决上文中提到的我国的司法确认制度和《公约》的直接执行机制的冲突。在法律解释中,若文义解释和体系解释均不能得出合适的方案,应以立法者的目的解释优先。^{②⑫}显然,既然《公约》确定了直接执行机制,并且为此特意避免使用了“承认”这样易于误解的字眼,则此处《公约》的制定者认为的“本国程序”应当是本国的“执行程序”,而不能将司法确认这样前置性的承认程序也解释为此处的“本国程序”。

由于直接执行机制与司法确认程序的冲突,使得即便适用《公约》直接赋予国际和解协议以执行力,我国立法仍不能很好地衔接公约。苍白的法解释论已经无法调和其矛盾,仍需作出另外的规定以回应。另外,我国目前并没有配套制度来对第4条中所规定的当事人申请执行需提供的要件——如调解员和调解机构的资质等——进行审查,这也会导致当事人申请执行时我国法院审查的困难。《公约》规定的审查范围是否已经足够、是否需要做进一步的规定,以及因国际和解协议的执行力导致我国新增一种可执行法律文书,这种效力于我国法律体系和法律实践的会产生多大的冲击,仍有待理论上的进一步探讨。

(二)“双规并行”的实践困境

如前所述,若我国对《公约》第8条第1款(b)项声明保留,国内法与《公约》的关系应理解为“双规并行”,依当事人选择适用。有学者认为以这样的方式适用,《公约》可以起到填补我国立法空白的作用。^{②⑬}但随之而来的问题是:由于《公约》着眼于当事人的营业地和执行地而非调解地,对于“国际性”的规定比《纽约公约》更为广泛,这也就意味着“在国际经贸关系日益活跃的时代,跨国企业日益增多,满足营业地在不同国家的条件变得更为容易。”^{②⑭}所以也有学者表示,“双规并行”管理的适用规则在实践中可能出现当事人通过制造涉外因素来谋取利益的情况。^{②⑮}

更进一步,第7条中又赋予了当事人依据缔约国国内法援引国际和解协议的权利,

^{①⑨} 《公约》第1条第3款:“本公约不适用于:(a)以下和解协议:(一)经由法院批准或者系在法院相关程序中订立的协议……”

^{②⑩} 杨秉勋:《〈新加坡调解公约〉与我国调解制度的新发展》,载《人民调解》2020年第1期,第36页。

^{②⑪} 同前注^{②⑩},杨秉勋文,第36页。

^{②⑫} 参见于子堂:《法理学进阶》,法律出版社2016年版,第190页。

^{②⑬} 参见陈铭龙:《〈新加坡调解公约〉视角下国际和解协议的执行》,载《研究生法学》2019年第4期,第45页。

^{②⑭} 同前注^{②⑩},杨秉勋文,第34页。

^{②⑮} 参见梁修齐:《我国调解制度与〈新加坡调解公约〉的衔接问题初探》,载《东南司法评论》2019年卷,第486页。

当事人选择适用《公约》并不排除适用缔约国国内法程序申请救济。^⑥因此两套规则程序并行又会出现另一个问题:当事人依据《公约》申请执行被拒绝后,能否再次经由国内法的程序申请执行?从理论上讲本应该是不被允许的,因为这有可能会危及主权国家的司法权威。而从逻辑上讲,一国的法律体系也是不应该对同一文书又拒绝又承认的。但是若以“双规并行”为前提,根据第7条,就会有当事人在依据国际和解协议执行规则被拒绝执行后,重新就同一份协议转而依据执行国内调解协议的规定再次申请执行的情况出现。而对于同一份协议是否曾经通过另一套规则申请执行过是几乎无法进行审查的。若只为了规避这一问题便使国际和解协议的执行要求优于国内调解协议略微欠妥。所以,若不能统一国内和国际和解协议的执行尺度,是否允许当事人就同一国际和解协议使用不同规范申请执行,以及若不允许要如何进行规制也是在《公约》落地过程中需要进一步考虑的问题。

综上所述,我国现行立法中与《公约》存在的冲突,使得无论对于第8条第1款(b)项是否声明保留,都会在执行国际和解协议的过程中构筑起一道樊篱。在《公约》落地之前,面对两难困境的突围路径,是选择依据《公约》修改国内法使其同一,抑或是维持现行的制度冲突进而通过其他配套制度予以调和?笔者认为后一路径更加适合我国的司法发展背景和发展“一带一路”的国情,下文将对此种选择的正当性予以论证。

三、路径选择:维持制度冲突的正当性论证

(一)国内法治条件下调解协议执行力分析

在田中成明看来,非诉纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution,以下简称“ADR”)正是现代“法”的功能从传统的“要件——效果模式”为代表的普遍主义型法向“妥协性调整模式”的自治型法“非法化”的结果。他认为,虽然“非法化”的表现形式大同小异,但是支撑其发展的原因可能存在为应对过度“法化”的“非法化”(或“去法化”)战略和“反法化”意识两种,因原因不同可能产生不同的结果。^⑦虽然调解在我国由来已久,但是现代意义上的ADR可溯源至70年代中期的美国,^⑧因此在考虑调解在我国未来发展的考量和地位时,首先置身于其产生与发展的美国语境下对“非法化”的原因进行讨论就尤为重要。

^⑥ 《公约》第7条规定:“本公约不应剥夺任何利害关系人可依寻求依赖和解协议所在公约当事方的法律或者条约所许可的方式,在其许可限度内,援用该和解协议的任何权利。”此条款被称为“‘更优权利’条款”,也即若缔约国国内法对于可适用《公约》的国际和解协议有着更有利于当事人的规定,当事人可以转而适用缔约国的国内法以寻求救济。

^⑦ 根据田中成明的观点,不同于“非法化”“背离司法审判原理与程序(非司法化[dejudication])的倾向”,“反法化”是指“原则上否认‘法’、想留或游离于法的空间之外的倾向;在法的空间内弱化普遍主义型法的自立性、一般性和形式性的性质(非形式化[deformalization])”,“反法化”是推进“非法化”的重要原因,二者的关键区别在于“是否承认‘法’内在视点上的自立存在理由”。参见[日]田中成明:《现代社会与审判——民事诉讼的地位和作用》,郝振江译,北京大学出版社2016年版,第30页

^⑧ 尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉大学出版社2007年版,第4页。

在美国革命战争的后期,随着工业的兴起和社会剧变,美国走上了不断“法化”的道路——法律制度、法院、法律人井喷式涌出,“建制化的诉讼快速地成为各种纠纷解决机制中的主导力量”^{②9}——直至19世纪晚期的移民潮打破了这种制度构建趋势。新移民带来的另类文化背景、20世纪初的大规模社会危机、60年代的民权运动等共同构成了推进美国ADR发展的内生力量。^{③0}1976年,以庞德会议为转折,美国的司法改革中ADR作为“非法化”的主要策略开始进入了制度构建的新阶段。

作为英美法系国家的代表,美国的ADR发展正符合为应对“法化”过剩而采取的“非法化”战略。无独有偶,德国作为大陆法系国家的代表于2012年颁布《促进调解及其他诉讼外冲突解决程序法》时声明其制定的主要目的在于“通过强化调解程序及调解协议的效力,培养普通社会民众以及司法职业共同体对于调解的感知与意识,以此从根本上改善德国法律文化中悠久与浓厚的辩争色彩”。^{③1}纵观美、德对ADR的推进,不难得出一个结论:在过度“法化背景下”以“非法化”或者说“去法化”为目标的发展调解的国家,在调解协议效力问题上更倾向于采用一种更为“宽容”的态度对待调解协议——直接赋予其执行力。例证之一即《公约》是由美国最早向UNCITRAL秘书处建议拟定的,美国也在《公约》制定过程中主张直接执行机制。^{③2}同样的,德国《民事诉讼法》和《调解法》均赋予了当事人主张调解协议具有程序法和实体法上的效力,并在对方当事人不履行的情况下可以申请强制执行的权利。^{③3}

审视我国法治背景,正如党的十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出的:“有的法律法规未能全面反映客观规律和人民意愿,针对性、可操作性不强……部分社会成员遵法信法守法用法、依法维权意识不强……”^{③4}同美、德的背景相比较,根据加兰特(Marc Galanter)所提出的“过多法律家”“过多法律”“过多诉讼”的法化三类型^{③5},除了“过多诉讼”有贴近我国实际情况的倾向,其它两标准都反映出我国仍处在“法化”不足的现状之下。更遑论所谓“过多诉讼”的讨论更多地局限在制度、人员等原因导致的法院积案和我国过去经济不发达时的纵向对比上,^{③6}相较于“法化”过剩的欧美国家的诉讼率的横向对比仍没有确切的论证,“过多诉讼”结论的得出仍停留在对事物认知的感性阶段。虽然同样是“非法化”进程的推进,美、德是以“法化”过剩为背景的“去法化”策略和调剂,而我国是为弥补“法化”不

^{②9} Colleen M. Hanycz, *Whither Community Justice? The Rise of Court-Connected Mediation in the United States*, 25 WINDSOR YEARBOOK OF ACCESS TO JUSTICE 167, 174 (2007). 转引自熊浩:《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27页。

^{③0} 同前注^{②9},熊浩文,第26页以下。

^{③1} 张泽涛、肖振国:《德国〈调解法〉述评及其启示》,载《法学评论》2013年第1期,第139页。

^{③2} 同前注^{③1},孙巍书,第33页。

^{③3} 同前注^{③1},张泽涛、肖振国文,第142页。

^{③4} 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过。

^{③5} Marc Galanter, *Law Abounding: Legalisation around the North Atlantic*, 55 THE MODERN LAW REVIEW 1, 3(1992).

^{③6} 龙飞:“论国家治理视角下我国多元纠纷解决机制建设”,载《法律适用》2015年第7期,第3页。

足而进行的对于普遍主义型法的回避下的对自治型法的强化。由于原因和背景的不同,效仿美、德直接赋予调解协议执行力可能阻碍我国对于依法治国的全面推进,与我国发展多元纠纷解决机制的初衷相背离。

视线回到亚洲,与我国的制度背景、民众法律意识以及司法改革方向更为相近的是日本。二战后的日本普遍存在着回避诉讼的心理,20世纪70年代以来,ADR在日本开始逐渐受到重视。日本学者川岛武宜的“法意识论”认为回避审判与利用非正式调解解决纠纷是由于日本近代权利意识不够成熟带来的,美国学者海莉(J.O.Haley)在对日本民众回避审判行为分析中则认为“厌讼”情感是由于制度的缺乏和司法效能的问题,而ADR恰恰迎合了日本人的“厌讼”心理。其在日本的发展历程代表着民众“反法化”的法律意识和先进的继受法律制度之间的矛盾冲突。20世纪90年代的“日本民事司法改革的是以审理的充实和促进、法曹增员、扩充法律扶助等为重要目标。”^⑦这与我国目前的以审判为中心的诉讼制度改革的价值取向不谋而合。日本调解制度中与我国人民调解相似的制度是民间ADR制度,以有偿、非公开为原则,且达成的调解协议不具有强制执行力。^⑧由此可见日本对于调解协议执行力的问题上的态度之保守,不似美、德般激进。

ADR的发展路径依存于一国的法治背景,调解协议是否具有执行力也有其内在的逻辑进路。有鉴于此,笔者认为,目前以我国“法化”不足的现状推动的调解仍有必要在司法的监督之下运行,在法的制度构建完善之前,对于国内非诉纠纷解决手段的前景仍应抱有审慎的态度,至少在加入《新加坡调解的公约》的当下,对国内调解协议一并赋予强制执行力的时机还未成熟。

(二) 商业逻辑下赋予国际和解协议以执行力的正当性

20世纪90年代以来,“在全世界范围内资本主义的全球逻辑使得ADR获得完全不同的‘能指’与修辞,对ADR的理解全面地进入实用的功利主义领域,对ADR的正当化论证变成了它所拥有的经济价值。”^⑨支撑ADR运动的思想资源开始具有极强的商业逻辑——省钱、省时、高效、维系贸易关系,论证ADR合理性的理由开始向效率和和谐的价值转向:诉讼成本高、效率低、缺乏灵活性、不能适应新型及复杂纠纷的处理等等——这些理由和商事行为所追求的价值取向极为相近。一个有趣的例证是在2007年香港特区政府在推进调解制度时,将其放在了繁荣经济的纲目下,对ADR的推进放在了“建设国际金融中心”的子标题下。^⑩将制度层面建设放在经济发展的论域下确实有些许吊诡,但也侧面证明了调解在解决国际商事纠纷、推进经济发展上确实具有的独特优势。

赋予国际和解协议以执行力对于“一带一路”建设也有着积极的作用。截至2020年9月,《公约》已有53个签署国,其中绝大部分都属于“一带一路”沿线国家。由于

^⑦ 同前注^⑦,田中成明书,第136页

^⑧ 戴璇璇:“日本ADR制度新发展述评”,载《东南司法评论》2019年卷,第509页。

^⑨ 同前注^⑨,熊浩文,第31页。

^⑩ 同前注^⑩,熊浩文,第26页以下,第38页以下。

“一带一路”沿线国家法律制度和法治建设情况差异大、部分国家民族的排外情绪可能不利于公正地通过诉讼或仲裁解决争端,再加上商事调解本身所具有的方便快捷、成本低廉以及保密性、维持商业信誉和良好关系等优势,使得商事调解在解决国际纠纷上相比仲裁和诉讼明显更具优势。^①既然我国要在“一带一路”建设中建立多元纠纷解决机制,商事调解的构建已成“刚需”,且应当与诉讼和仲裁共同作为定纷止争的终局方案。在经调解达成合法有效的国际和解协议后,应视为此争议已经解决完毕方能体现调解作为纠纷解决机制的价值,如再将司法手段作为商事调解协议中当事人反悔或者不履行协议的候补手段,不仅不符合调解解决争端的目的和价值,还有可能在架空商事调解制度的同时,浪费大量的司法资源。我国加入《公约》便是希望在“一带一路”建设中以公权力为国际和解协议的执行背书,鼓励商主体通过调解解决纠纷,达到节约缔约国司法资源、改善营商环境的目的,同时能够为营业地在中国或可执行财产在中国的企业带来更多优先合作机会。^②因此,根据《公约》的要求赋予国际和解协议以执行力是不容置疑的。反之则不但容易导致商事调解制度的架空,还会使商主体产生对于公权力背书的不信任。

另一方面,若不赋予国际和解协议以执行力,在实践中也会出现可以预见的矛盾和无法解释的问题。其一,按国内现行规定,申请司法确认是为了防止对方当事人不履行协议而进行的一种保障手段,本身并不意味着申请执行。换言之,选择申请执行本身已经是一方当事人被拒绝履行国际和解协议之后的一种寻求救济的方式。由于商事纠纷的复杂性、标的数额巨大、承诺期待利益等原因,双方当事人约定以延迟履行的方式履行协议的可能性很高。因此,在国际和解协议没有强制执行力的情况下,当事人在达成协议后在一定时限内^③申请司法确认以保障执行效力几乎是必然。但是在商事纠纷中,和解的达成通常来自于当事人的自愿承诺和退步,协议的自动履行率较高。对高履行率国际和解协议赘以司法确认程序,是不符合商事行为经济性、便捷性、效率性的价值的,也不符合当事人选择调解解决纠纷的初衷。另外,由于司法确认程序存在被不予确认的可能,反而会增加协议不被履行的风险,甚至使国际和解协议失去效力。其二,在国外达成的和解协议可能因为某些不便以至于没有及时在我国申请司法确认导致超过时效。退一步讲,即使国际和解协议司法确认程序不受时间限制,当事人则会倾向在申请执行的同时申请司法确认。那么问题随之而来:法院在司法确认后是否需要执行审查呢?若仍需进行审查这种审查是否赘余?如果不需要再进行执行审查,那么此时的司法确认和执行前的审查又有什么区别呢?结合前述,若仍对国际和解协议施以司法确认程序,不仅抹杀商事调解在解决国际纠纷中的优势,也会在制度设计上难以调和,与我国加入

^① 廖永安,段明:《我国发展“一带一路”商事调解的机遇、挑战与路径选择》,载《南华大学学报(社会科学版)》2018年第4期,第28页。

^② 参见范怡娜:《有关〈新加坡调解公约〉的八个问题》,载《法制日报》2019年4月9日第10版。

^③ 我国《民事诉讼法》第194条规定,申请司法确认调解协议效力,应当由在双方当事人自调解协议生效之日起三十日内共同向法院提出。

《公约》的目的相背离。

四、困境突围：执行审查制度

（一）执行审查制度的定位

基于上文的论证,我国目前尚没有条件在调解协议效力上做到国内国际的“无差别对待”。对于国际和解协议的直接执行几乎已是必然,但是国内调解协议尚需司法确认程序赋予其执行力。基于效力冲突产生的矛盾必然需要通过其他规范予以调和,如通过独立的执行程序等对国际和解协议提出一些“特殊要求”来使得其并没有看上去那么“容易”执行,避免“双规并行”制度下的当事人创设国际性因素以适用《公约》。笔者认为,结合我国实际,可以对国际和国内的调解协议在执行程序上有所区别,即在国际和解协议的执行上,赋予国际和解协议以直接执行力,但是设置执行审查制度对其进行审查,以便做出准予或不予执行的决定;而在国内的调解协议的效力上,仍需司法确认制度赋予其执行力,以此来保障国内商事主体的利益诉求。

可以为直接执行机制设置执行审查制度的正当性在于:虽然《公约》确定了直接执行机制,但是并不等于对于任何国际和解协议都要径行执行。工作组指出,直接执行机制的优势在于其提供了一种简单且直接的机制,但是,为使国际和解协议得以在另一个国家执行,还需要满足一定的要求。^④可见《公约》规定的直接执行机制并不剥夺来源国法院对国际和解协议有效性进行审查的权力。^⑤《公约》第4条“对依赖于和解协议的要求”^⑥(Requirements for reliance on settlement agreements)和第5条“拒绝准予救济”^⑦的理由(grounds for refusing to grant relief),实质上是对于国际和解协议的有效要件进行了规定,无一不需要通过审查来进行确认。^⑧这为国际和解协议和国内调解协议的区别执行提供了可能。同时执行审查机制也可以消解直接执行机制可能产生的一些弊端,如可以通过控制执行审查机制的严格程度来避免国内的调解当事人创设国际性因素以适用《公约》。

虽然同为调解协议的执行前置程序,但执行审查制度与司法确认制度针对不同的对

^④ 参见联合国国际贸易法委员会《第二工作组(争议解决)第六十二届会议(2015年2月2日至6日,纽约)工作报告》,联合国文件A/CN.9/832,第52段。

^⑤ 参见前注^⑩,联合国文件,第82段。

^⑥ 这里的“对于依赖于和解协议的要求”主要指当事人向执行地主管机关申请执行和解协议时的要求。但工作组在第六十八次会议中指出,使用“申请”一次可以理解为仅指请求执行的程序,不一定指作为抗辩援用和解协议的程序。因此,工作组商定,文书草案应当避免适用“申请”一词。参见联合国国际贸易法委员会《第二工作组(争议解决)第六十八届会议(2018年2月5日至9日,纽约)工作报告》(A/CN.9/934)第36段。

^⑦ 参见《联合国国际贸易法委员会报告第五十一届会议(2018年6月25日至7月13日)》,联合国文件A/73/17,第24段:“救济系指第3条规定的任何行动”。也即拒绝当事人的执行以及援引和解协议证明该事项得以解决的申请。

^⑧ 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,载《中国法律评论》2019年1期,第201页。

象。执行审查制度针对适用《公约》直接执行的国际和解协议,而司法确认制度适用于国内的非诉调解协议,二者的关系属于“双规并行”。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是否赋予非诉调解协议以执行力。因其目的不同,二者的审查范围和限度也有不同。执行审查制度的范围限于《公约》第4条和第5条所确定的主动审查和被动审查的范围,且有待在落地过程中做进一步的规定。而司法确认制度的审查范围仍依我国原有国内法的规定。在审查结果上,由于国际和解协议有排除法院管辖的效力和强制执行力,因此在执行前的审查中,法院也只能作出“准予执行”或者“不予执行”的裁定,而无权对其进行撤销。以此来保证一些符合形式要求但可能因违反公共政策而被我国拒绝执行的国际和解协议仍有在其他《公约》缔约国被执行的可能。

(二) 执行审查制度的构建方向

1. 细化主动审查范围

对国际和解协议进行主动审查是法院职权的体现,而进一步细化主动审查范围能够为直接执行国际和解协议提供一定的保障。法院可以主动审查的范围包括第4条所规定的当事人向寻求救济所在公约当事方主管机关申请执行时,应当向其出具的由各方当事人签署的国际和解协议和证明其产生于调解的证据,^④以及第5条第2款规定的准予执行是否违反执行地公共政策、争议事项根据执行地法律是否可以以调解方式解决。^⑤前者主要针对是国际和解协议的形式和有效前提,而后者则针对协议实质上是否符合缔约国法律。

在形式审查方面,工作组将调解人员参与调解过程的证明方式在《公约》第4条中以示例性清单的方式列举,包括但不限于:国际和解协议上调解员的签名、有调解员签名的证明文件以及调解过程管理机构的证明。其中第1款(b)项中的第(四)项为兜底性条款,只有在无法出具前三种所提及的证据的情况下,才允许当事人提交其他证据。根据《公约》,当事人申请直接执行时需向主管机关提交以上证据以供查验。只是问题在于,我国法院要如何对远在大西洋上的某国的调解员签名的真伪进行查验。对此,我国可以参考域外的一些调解机构对调解员的资格审查的经验,如香港调解资历委员会、英国有效争议解决中心、新加坡国际调解机构、澳大利亚调解协会等,建立调解员数据库以及外国主要调解员资质认证机构的合作渠道,着重审查调解员的职业资质。

在实质审查方面,根据第5条第2款(b)项,法院主动审查范围还应当包括达成和解的内容是否符合可调解解决的范围。很多域外法对禁止调解的事项作出了规定,如欧

^④ 《公约》第4条第1款:“当事人根据本公约依赖于和解协议,应向寻求救济所在公约当事方主管机关出具:(a)由各方当事人签署的和解协议;(b)显示和解协议产生于调解的证据。例如:(一)调解员在和解协议上的签名;(二)调解员签署的表明进行了调解的文件;(三)调解过程管理机构的证明;或者(四)在没有第(一)目、第(二)目或者第(三)目的情况下,可为主管机关接受的其他任何证据。”

^⑤ 参见《公约》第5条第2款:“根据第4条寻求救济所在公约当事方主管机关如果作出以下认定,也可拒绝准予救济:(a)准予救济将违反公约该当事方的公共政策;或者(b)根据公约该当事方的法律,争议事项无法以调解方式解决。”

盟《2008/52/EC号关于民商事调解若干方面的指令》中规定有关税收、海关、行政事项,或者因行使或者怠于行使国家权力而引发的责任不适用于调解。^①我国在未来对《公约》审查范围细化的过程中,也应当对于不允许当事人通过调解解决的事项范围进行界定,如将物权确权、设立新的民事法律关系等排除在准予执行范围外,并将其纳入法院的主动审查范围以维护司法主权和法律权威。

2. 扩张被动审查范围

所谓被动审查范围是指主管机关不能主动审查而仅在当事人提出抗辩申请并提交证据时才能进行审查的事项。《公约》第5条第1款的规定了当事人可以对国际和解协议的执行进行抗辩的内容和范围,包括:(1)关于当事人的规定:主要指当事人的民事行为能力;(2)关于和解协议规定:包括和解协议的真实有效性、可履行性、明确性和终局性;(3)关于调解员的规定:调解员是否遵守准则以及在调解过程中是否公平独立等。^②

《公约》所规定的被动审查范围主要包括影响国际和解协议的公平性和真实性的事项,但在文本表述中并无欺诈、胁迫等常规影响公平性的情形。对此,工作组解释:之所以“不将‘受到胁迫’和‘欺诈’明文规定为抗辩理由,因为它们属于本款(b)项的应有之义。”^③由此可见,《公约》对于当事人抗辩事项的范围并没有完全穷尽。此外,从文本中仅能看出当事人有权进行抗辩,而对于恶意串通损害第三人合法权益的情形要如何救济没有提及。若被动审查的范围以《公约》文本所划定的范围为限,会使当事人的权利不能得到有效的保护。故笔者认为,无论是抗辩事由还是抗辩主体,在落地过程中都应当对《公约》所规定的内容进行扩张,以保障国际和解协议的公平和真实。

基于调解的自愿性的价值,法院本不应对其进行过度干涉,但是对于被动审查范围,一旦当事人提出抗辩,则表明了其对于自愿性前提的异议以及有将争议提交法院管辖的意愿,这种抗辩使得国际和解协议自愿性和效率性的价值前提不复存在。故这一问题或许可以参考我国《民事诉讼法》第179条的规定,^④在国际和解协议的执行审查程序中不解决实体纠纷,一旦发现当事人对于协议的有效性和真实性等问题发生争议,应裁定终结程序,转入诉讼程序对国际和解协议进行审查或进行纠纷解决,使当事人和第三人的权利可以得到更加充分的保障。

结 语

2019年12月最高人民法院发布的《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》(法发〔2019〕29号)强调要进一步完善商

^① 参见《欧洲议会及欧盟理事会关于民商事调解若干问题的2008/52/EC指令》第1条第2款。

^② 参见《公约》第5条第1款。

^③ 参见前注^①,孙巍书,第53页。

^④ 《中华人民共和国民事诉讼法》第179条规定:“人民法院在依照本章特别程序审理案件的过程中,发现本案属于民事权益争议的,应当裁定终结特别程序,并告知利害关系人可以另行起诉。”

事法庭的工作机制,并提出了“在国际商事案件中贯彻调解优先原则,当事人同意的,可在任何阶段共同选择国际商事专家委员、国际商事调解机构或国际商事法庭进行调解。”^{⑤⑤}可见我国十分重视商事调解制度在国际纠纷解决中的作用。《公约》是国际调解制度发展的一个里程碑,虽然其与我国制度在调解协议效力的规定上存在本质冲突,但是执行审查机制可以调和制度矛盾、为制度冲突下的困境提供解决思路。本文对《公约》衔接初期的执行审查机制的构建方向进行了初步的设想,具体制度仍需我国制定《商事调解法》来进一步的规范和完善。我国在商事调解规则日臻完善过程中更需把握全球规则的变化趋势,才能够激发商事调解制度的活力,在调解领域实现弯道超车。

Abstract: The unification of China's mediation system makes the commercial mediation system only dependent on the people's mediation, so the domestic commercial mediation agreement, like the people's mediation agreement, does not have executive power and final force. This is essentially in conflict with the requirements of the Singapore Mediation Convention that China has signed. The "dilemma" of application brought by institutional conflict will become a serious obstacle for our country to fulfill its obligations under the Convention, but our country does not have the condition to treat the domestic and international mediation agreements equally under the background of insufficient "legalization" in China. Therefore, according to the domestic and international differences in the implementation of mediation agreements, the domestic mediation agreements are still endowed with judicial confirmation system, and the international settlement agreements are enforced by direct implementation mechanism and supplemented with the enforcement review system. And we shall define the scope of review and its construction direction, in order to find a breakthrough path under the dilemma of system convergence.

Keywords: Singapore Mediation Convention; validity of the settlement agreement; direct execution mechanism; enforcement review system

(责任编辑:孙保国)

^{⑤⑤} 《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》(法发〔2019〕29号)第29条。

我国法院适用重新仲裁制度的实证研究

边永民 王资文*

内容提要 重新仲裁是法院对商事仲裁进行司法干预的一种表现形式,具有赋予仲裁庭通过再次仲裁纠正错误的独特制度作用。但是我国现行法律规范对重新仲裁制度的规定仅具框架性,在其启动流程和适用范围的规定上都存在不足之处。本研究发现,我国法院在适用重新仲裁制度时存在明显的司法不统一的情况。司法实践中裁定的重新仲裁有的是因仲裁程序存在问题,也有的是因仲裁裁决存在实体问题,或者存在难以清楚地界定为程序或者实体的问题。有的法院在裁定重新仲裁时,说明了裁定的理由,但也有有的裁定没有说明理由。有的法院在裁定重新仲裁时,征询了当事人的意见,但也有不征询当事人意见的情况。因此我国的重新仲裁制度尚有很大的完善空间,包括进一步明确重新仲裁的适用事由及启动程序,法院和仲裁机构之间可以为此建立非正式的沟通机制。

关键词 重新仲裁 仲裁司法审查 仲裁撤销

重新仲裁制度是法院对商事仲裁进行司法监督的一种方式。通过仲裁庭对案件原裁决进行回顾和再次审理,重新仲裁制度提供了仲裁庭在外力监督下自我纠错和完善的一种范式,具有兼顾争议解决的公平和效率的独特优势。但目前,我国重新仲裁的法律规范仅具框架性和原则性,有待进一步细化指引。本文应用实证研究的方法,通过探究近年来司法实践中各地法院裁决的重新仲裁的案件,发现法院在裁定重新仲裁时的审判实践具有明显的不一致性。作者又通过访谈实务工作人员,进一步调研了法院在适用重新仲裁制度方面的实践、考量及存在的问题。在此基础上,作者讨论了如何完善我国现有的重新仲裁制度,以期更好回应司法实践中的关切,推动重新仲裁制度在争议解决中发挥更佳效用。

一、我国法律规范下的重新仲裁

作为民商事争端司法解决的重要替代手段,仲裁制度在我国日益蓬勃发展,仲裁案件数量逐年激增。2018年,全国已设立的255家仲裁机构共计审结仲裁案件54万件,

* 边永民,对外经济贸易大学法学院教授,国际法系主任;王资文,对外经济贸易大学法学院硕士研究生。

标的额总计达 6950 亿元,案件数较 2017 年增长近 1.3 倍。^①但同时,快速增长的仲裁案件也使得对仲裁裁决质量的监督备受关注。对仲裁裁决进行司法监督,从而保障裁判的程序和实体正义就显得十分必要。^②在谈及对仲裁的监督时,多数讨论都集中于通过撤销或不予执行制度对仲裁案件实施监督。^③这两项制度固然是实施仲裁监督的常见途径,但同时不应忽视重新仲裁制度在仲裁监督中的独特作用。仲裁裁决的撤销或不予执行在实质上否定了仲裁裁决的法律效力或执行力。若仲裁裁决频繁被撤销或不予执行,不但会影响当事人的权利和义务,而且可能引发对仲裁机构公信力的质疑,甚至会在一定程度上影响整个仲裁行业的发展。^④相较于此,重新仲裁制度提供了一条相对柔和的监督路径:由仲裁庭自行针对仲裁过程中的瑕疵进行弥补,既避免了法院对裁决直截了当的否定,也可以实现裁判实质正义与效率的兼顾,同时也符合我国目前大力支持仲裁的司法政策。

(一) 重新仲裁的性质

我国重新仲裁制度正式确立于 1995 年实施的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)。《仲裁法》在其第五章有关申请撤销裁决的制度设计中,通过第 61 条规定:“人民法院受理撤销裁决的申请后,认为可以由仲裁庭重新仲裁的,通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁,并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的,人民法院应当裁定恢复撤销程序。”该表述确立了我国的重新仲裁制度,并明确了我国的重新仲裁制度系在异议程序中、依附于撤销裁决程序的一项制度设计。^⑤一裁终局是仲裁的显著特征,重新仲裁的制度设计系比照诉讼程序中的发回重审制度,允许仲裁庭在特定情形下可以重新审理,重新作出裁决,以保证仲裁裁决的公正性。相比于撤销仲裁裁决,通过重新仲裁行使司法监督权具有其独特的制度优势:仲裁裁决若经撤销,则意味着被撤销的仲裁结果的失败,也意味着双方所约定的仲裁方式未能有效起到争议解决的作用;而重新仲裁则可以使仲裁庭基于仲裁裁决的“值得弥补性”^⑥获得积极“自我纠正”的机会,使得双方约定的解决争议模式能够真正得以实现,对推动争议的公正解决具有重要意义。

(二) 可以启动重新仲裁的法定情形

虽然重新仲裁制度具有其独特的意义和优势,但我国法律对于该制度的规定比较概括,尚缺乏对司法实践的有效指引。特别是《仲裁法》第 61 条中诸如“人民法院……

① 《司法部 2018 年法治政府建设年度报告》,载司法部政府网, http://www.moj.gov.cn/Department/content/2019-04/04/599_232040.html,最后访问日期:2020 年 6 月 1 日。

② 乔欣:《仲裁权论》,法律出版社 2009 年版,第 297 页;汪祖兴:《仲裁监督之逻辑生成与逻辑体系——仲裁与诉讼关系之优化为基点的渐进展开》,载《当代法学》2015 年第 6 期,第 3-7 页。

③ 张卫平:《现行仲裁执行司法监督制度结构的反思与调整——兼论仲裁裁决不予执行制度》,载《现代法学》2020 年第 1 期,第 117 页。

④ 章杰超:《论仲裁司法审查理念之变迁——以 N 市中院申请撤销国内仲裁裁决裁定为基础》,载《当代法学》2015 年第 4 期,第 129 页。

⑤ 重新仲裁制度的设计在各国立法体例中不尽相同。有的国家将重新仲裁视为单独的救济措施,有的国家将重新仲裁放在撤销裁决程序中加以设计,亦有国家将重新仲裁视为撤销裁决程序之后的救济路径。见杨桦:《重新仲裁立法例略考》,载《重庆师范大学学报(社会科学版)》2019 年第 4 期,第 107-112 页。

⑥ 杨桦:《重新仲裁事由的程序与实体性质之辨》,载《社会科学家》2019 年第 3 期,第 123 页。

认为可以由仲裁庭重新仲裁的,通知……重新仲裁”的措辞似乎并不构成强制要求,在是否应适用重新仲裁的问题上实则留给了法院较大的决定空间。这导致了重新仲裁制度在司法实践中的两类局面:该制度或变成一些法官不愿触碰的问题,在审判中被束之高阁;或被法官依照其自由裁量和主观理解加以适用,既缺乏规范性,又造成了不同裁判间的冲突和矛盾。^⑦面对这些理论和实践的问题,最高人民法院于2006年通过《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《仲裁法司法解释》)第21条对重新仲裁问题给予了回应。^⑧尽管这条司法解释在一定程度上指明了可适用重新仲裁制度的情形,但同时也留下了诸多困惑与争议。

首先,学界和实务界最为争议的问题是,《仲裁法司法解释》第21条所规定的人民法院在仲裁案件存在伪造证据或隐瞒证据的情形下可以重新仲裁,是应理解为对可重新仲裁情形的穷尽列举还是仅为部分例举?根据最高人民法院参与《仲裁法司法解释》起草人士的观点,第21条旨在将重新仲裁的适用限制在明确的伪造、隐瞒证据两种情形,以期“避免和减少重新仲裁适用的随意性……提高重新仲裁案件质量,更好地维护当事人的合法权益”。^⑨尽管如此,大量学界讨论均认为,重新仲裁的情形不应受限于司法解释提及的两种情形,这既不利于充分发挥重新仲裁制度的作用,也是对《仲裁法》第61条文意的不当限缩。此外,除了可重新仲裁的具体事由不确定,有关重新仲裁的诸多程序性细节规范,诸如重新仲裁的启动主体、决定主体、仲裁庭组成、时限等,也仍有待明确。

二、司法实践中的重新仲裁

(一) 对2016—2019年法院裁决的重新仲裁文书的筛选

按照我国法律规定,涉及重新仲裁的案件隶属特别程序中撤销仲裁裁决申请案由,因此笔者在威科先行法律数据库以撤销仲裁裁决申请为案由检索案例,同时通过“重新仲裁”这一关键词加以筛选,按相关度排列,截止到2020年4月共收集到2016至2019年相关案例640件。其中,2019年案例205件,2018年案例136件,2017年案例204件,2016年案例95件。通过对案例仔细的阅读分析,笔者排除了其中的138件案例,这些案例或涉及劳动仲裁中的重新仲裁,非本文所关注的情形,或只是原告在诉请中提及重新仲裁,法院实则未给予实质讨论。此外,笔者亦进一步筛选掉460件案例,这些案件中法院皆同意重新仲裁,但只下达了极为简短的裁定书,表明其认为可以重新仲裁,并未提供任何对案件情况的简述或认定重新仲裁的说理,因此对于本文探讨而言意义有限。最

^⑦ 王妮妮:《司法审查下国内仲裁“自救”之维——以发回重新仲裁的根据为视角》,载《北京仲裁》2014年第2期,第53页。

^⑧ 《仲裁法司法解释》第21条规定:“当事人申请撤销国内仲裁裁决的案件属于下列情形之一的,人民法院可以依照仲裁法第六十一条的规定通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁:(一)仲裁裁决所根据的证据是伪造的;(二)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的。”该条司法解释同时要求人民法院应在重新仲裁的通知中说明要求重新仲裁的具体理由。

^⑨ 沈德咏、万鄂湘主编:《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2016年9月版,第15页、第189页;陆效龙、吴兆祥:《〈关于适用仲裁法若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2006年第10期,第32页。

终笔者从 640 件案例中,筛选出 42 件具有探讨价值的实务案例,在这些案件的司法文书中,法院或直接或间接地表达了其对重新仲裁制度适用的理解,对于本文探讨重新仲裁在司法实践中的应用具有很大裨益。这些案例中体现出的实务考量和困境也对本文完善我国重新仲裁制度的建议具有现实指导意义。另,在笔者科研及检索过程中亦了解和关注到一些 2014、2015 年的案例也很具有代表性及讨论价值,虽不算入统计数据,但在必要时一并纳入本文研究,以辅助讨论。

(二) 司法实践对重新仲裁的法律适用存在明显的不统一性

本文通过实证研究发现,由于重新仲裁相关的法律规范尚不完善,该制度的适用在司法实践中存在诸多难点,法院的解读有时会突破现行法律规范,并且不同法院间的理解和适用亦存在差异。通过对司法案例的梳理,实践中显著的问题主要集中于重新仲裁启动的流程以及重新仲裁适用情形上。

1. 重新仲裁启动流程存在不规范、不明确之处

(1) 重新仲裁原因说明不充分

如上文所述,在搜集到的 2016 至 2019 年的 640 份裁判文书中,其中 460 份裁判文书都未能提供任何对案件情况的简述或认定重新仲裁的说理。一方面,作者充分理解,由于仲裁具有保密性,人民法院可能不愿在重新仲裁的裁定中明确地指出仲裁中存在的特定问题,而是希望通过非正式方式交流使仲裁庭了解其仲裁中存在的瑕疵;同时,不在法院的裁定中明确指出仲裁中存在的问题,也给仲裁庭在重新仲裁的过程中,在纠正问题方面以更大的灵活性,以确保法院对仲裁的最小程度的干预。^⑩但另一方面,法院的程序具有公开的特点,如果不写明裁定重新仲裁的理由,有违法院诉讼程序和裁决公开(包括裁决理由公开)的要求。仲裁案件一旦进入司法执行程序,仲裁裁决就有可能被公开,这是法律界都接受的情况。而且事实上,《仲裁法司法解释》第 21 条已经明确提出:“人民法院应当在通知中说明要求重新仲裁的具体理由。”对重新仲裁的原因进行阐述,既是法律规定的要求,也是加强和规范裁判文书释法说理的应有之意,将有利于为后续法官裁决类似的案件,为学者理解重新仲裁制度的应用提供有价值的指引。

(2) 在重新仲裁是否征询当事人同意的实践上存在分歧

重新仲裁是否需要得到申请人及被申请人双方一致同意?这一问题在大多数案例中往往不会作为争议点,大多数裁判文书也没有对此的讨论。但是,笔者特别注意到在汪涛、陈伟峰申请撤销仲裁裁决案^⑪及成都市三智建筑工程有限公司、陈勇申请撤销仲裁裁决案^⑫两个案件中,人民法院均特别提及重新仲裁需要得到双方同意。特别在汪涛、陈伟峰案中,广东省汕尾市中级人民法院认为“被申请人至今不置可否”并因此认定案件没有满足重新仲裁的法律要求。该案层报广东省高级人民法院、最高人民法院审核,最终裁定撤销判决而非重新仲裁。尽管这似乎表明,部分司法实践中确实要求当事人双

^⑩ 观点来自作者对实务工作人员的访谈。

^⑪ 汪涛、陈伟峰申请撤销仲裁裁决案,广东省汕尾市中级人民法院(2018)粤15民特9号。

^⑫ 成都市三智建筑工程有限公司、陈勇申请撤销仲裁裁决案,四川省巴市中级人民法院(2018)川19民特3号。

方同意,但对于当事人同意之于重新仲裁究竟扮演着怎样的角色,我国现行法律规范实则并没有任何规定。重新仲裁是否需要申请人、被申请人双方同意?抑或一方当事人必须同意?抑或法院可以直接自主决定?这些问题还都有待进一步细化,本文也将在第三部分加以探讨。

(3) 重新仲裁启动中缺少仲裁庭和法院的沟通过程

我国《仲裁法》规定:“人民法院受理撤销裁决的申请后,认为可以由仲裁庭重新仲裁的,通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁。”此条款项下,法院在是否决定重新仲裁这一事项上具有主动权及自由裁量权。但同时,根据法律规定,仲裁庭接到通知后亦有拒绝重新仲裁的权利。尽管通常情况下法院的认定不会受到仲裁庭(委)的挑战,但在少数案例中,如安徽宝德服饰有限公司、福建省惠一建设工程申请撤销仲裁裁决案、^⑬唐亮与吴红丽申请撤销仲裁裁决案^⑭等案件中,确实出现了法院认定可以重新仲裁后,仲裁庭直接回函拒绝重新仲裁,法院因此不得不恢复撤销程序并撤销裁决的情况。如此往复造成了不必要的程序繁复和资源浪费,也不利于法院和仲裁机构间良性互动的发展。

此外,作者还发现在四个案件中,根据裁判文书记载,是先由仲裁庭(委)主动向法院致函,提出重新仲裁申请,而后法院进行审查。^⑮至少在这四例案件中,法院都最终裁定可以重新仲裁。这类实践其实打开了重新仲裁启动的另一个视角——由仲裁庭主导启动、主动提出的重新仲裁流程。通过笔者对实务人员的访谈交流得知,在司法实践中,法官其实越来越欢迎这种模式,法官很希望有机会可以就个别案件与仲裁庭进行非正式的沟通,表明其支持和希望仲裁机构“主动提出”重新仲裁从而推进对仲裁审查监督的程序,而非等待法院下达重新仲裁或撤销的裁定。但目前这种沟通因缺乏渠道还很难进行。

2. 裁定重新仲裁的理由多样,突破现行规范

在重新仲裁的适用情形上,《仲裁法司法解释》第21条所明确规定的伪造、隐瞒证据两类情形固然是当事人援引、法院加以讨论的常见情形:在作者研究的四例案件中,法院因证据系伪造的而裁定重新仲裁;^⑯在另外六例案件中,法院对隐瞒了足以影响公

^⑬ 安徽宝德服饰有限公司、福建省惠一建设工程申请撤销仲裁裁决案,福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05民特15号之二。

^⑭ 唐亮与吴红丽申请撤销仲裁裁决案,陕西省汉中市中级人民法院(2018)陕07民特1号。

^⑮ 如李华、雅安城市建设投资开发有限公司申请撤销仲裁裁决案,四川省雅安市中级人民法院(2019)川18民特16号;甘肃省鑫源能源有限公司、新疆广汇化工销售有限公司申请撤销仲裁裁决案,广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2018)桂07民特31号;泸州市兴泸融资担保有限公司、泸州玉杰商贸有限公司申请撤销仲裁裁决案,四川省泸州市中级人民法院(2018)川05民特24号;袁洪波、徐庆华与深圳市粤华企业有限公司申请撤销仲裁裁决案,广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法涉外仲字第52号。

^⑯ 杨捷、中国银行股份有限公司邯郸分行申请撤销仲裁裁决案,河北省邯郸市中级人民法院(2019)冀04民特98号;中华联合财产保险股份有限公司济宁中心支公司与济宁恒顺物流有限公司申请撤销仲裁裁决案,山东省济南市中级人民法院(2018)鲁01民特32号;贵阳久泰大酒店管理有限公司、贵州乾邦置业有限公司申请撤销仲裁裁决案,贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔01民特59号;楼萌诉上海云房数据服务有限公司申请撤销仲裁裁决案,上海市第一中级人民法院(2016)沪01民特273号。

正裁决的证据的情形进行了讨论。^{①⑦} 尤其难能可贵的是,在一些案件中,法院对于因证据问题而裁定重新仲裁进行了较多的说理论证。^{①⑧}

关于实务中人民法院认定重新仲裁的情形是否仅限于《仲裁法司法解释》第 21 条所述伪造、隐藏证据情形这一问题:在所有检索案例中,法院只在李思、陈沛键申请撤销仲裁裁决案中明确认为重新仲裁仅限于伪造、隐藏证据两种情形。^{①⑨} 在其他案件中,当申请人援引非《仲裁法司法解释》第 21 条所述理由请求重新仲裁时,法院在裁判文书中均或有意回避了其可适用性问题或“默认”了该问题非争议焦点。如在黑天鹅创业投资有限公司与华熙昕宇投资有限公司申请撤销仲裁裁决案中,尽管当事人明确援引《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》试图说明可以重新仲裁的范围不应超过伪造、隐瞒证据这两种情形,但法院对此问题选择了回避,未作探讨。^{②⑩} 在其他案件中,大量裁判文书对这一问题更是不着笔墨。尽管如此,从案例检索结果来看,这并不影响法院在实践中根据其他事由认定重新仲裁。

表 2.1 2016-2019 人民法院援引非《仲裁法司法解释》第 21 条所述情形重新仲裁情况

序号	法院讨论可以适用的重新仲裁的情形	频次	案件(及简要说明)
1	超出协议范围	2	甘肃省鑫源能源有限公司、新疆广汇化工销售有限公司申请撤销仲裁裁决案,广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2018)桂 07 民特 31 号 泸州市兴泸融资担保有限公司、泸州玉杰商贸有限公司申请撤销仲裁裁决案,四川省泸州市中级人民法院(2018)川 05 民特 24 号
2	枉法裁判	1	安徽宝德服饰有限公司、福建省惠一建设工程申请撤销仲裁裁决案,福建省泉州市中级人民法院(2017)闽 05 民特 15 号之二

^{①⑦} 申请人招银金融租赁有限公司与被申请人南京奕淳船舶制造有限公司申请撤销仲裁裁决案,上海海事法院(2018)沪 72 民特 8 号;北京创艺年华环境艺术有限公司与吴德来申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2018)京 04 民特 72 号;贵阳久泰大酒店管理有限公司、贵州乾邦置业有限公司申请撤销仲裁裁决案,贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔 01 民特 59 号;舟山吴江船舶设备有限公司因与被申请人舟山市建新建筑工程有限公司申请撤销仲裁裁决案,浙江省舟山市中级人民法院(2016)浙 09 民特 95 号;刘宇与胡哲伟申请撤销仲裁裁决案,北京市第二中级人民法院(2016)京 02 民特 41 号之一;刘宇与舒剑申请撤销仲裁裁决案,北京市第二中级人民法院(2016)京 02 民特 39 号之一。

^{①⑧} 如贵阳久泰大酒店管理有限公司、贵州乾邦置业有限公司申请撤销仲裁裁决案,贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔 01 民特 59 号;贵阳久泰大酒店管理有限公司、贵州乾邦置业有限公司申请撤销仲裁裁决案,贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔 01 民特 59 号等案件。具体内容下文会加以探讨。

^{①⑨} 李思、陈沛键申请撤销仲裁裁决案,广东省广州市中级人民法院(2017)粤 01 民特 414 号。

^{②⑩} 黑天鹅创业投资有限公司与华熙昕宇投资有限公司申请撤销仲裁裁决案,北京市第二中级人民法院(2017)京 02 民特 155 号。

序号	法院讨论可以适用的重新仲裁的情形	频次	案件（及简要说明）
3	违反法定程序	10	<p>何宝森、广州农村商业银行股份有限公司申请撤销仲裁裁决案,广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民特1235号</p> <p>申请人招银金融租赁有限公司与被申请人南京奕淳船舶制造有限公司申请撤销仲裁裁决案,上海海事法院(2018)沪72民特8号</p> <p>汪涛、陈伟峰申请撤销仲裁裁决案,广东省汕尾市中级人民法院(2018)粤15民特9号</p> <p>泸州市兴泸融资担保有限公司、泸州玉杰商贸有限公司申请撤销仲裁裁决案,四川省泸州市中级人民法院(2018)川05民特24号</p> <p>王汝明、雅轩(清远)房地产有限公司申请撤销仲裁裁决案,广东省清远市中级人民法院(2018)粤18民特121号</p> <p>中交一公局第六工程有限公司、江西省现代路桥工程集团有限公司申请撤销仲裁裁决案,江西省上饶市(地区)中级人民法院(2018)赣11民特6号</p> <p>石家庄一建建设集团有限公司、沧州市天成房地产开发有限公司申请撤销仲裁裁决案,河北省沧州市中级人民法院(2017)冀09民特11号</p> <p>安徽宝德服饰有限公司、福建省惠一建设工程申请撤销仲裁裁决案,福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05民特15号之二</p> <p>福建医科大学附属第二医院、福建建良建设工程有限公司申请撤销仲裁裁决案,福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05民特29号</p> <p>四川电力建设三公司与重庆润飞建筑工程有限公司申请撤销仲裁裁决案,重庆市第一中级人民法院(2016)渝01民特67号</p>
4	仲裁实体错误	5	<p>庆阳银陇房地产开发有限公司与王玮晶申请撤销仲裁裁决案,甘肃省庆阳市(地区)中级人民法院(2018)甘10民特7号(法院认为仲裁裁决未对商品房预售许可证证明进行审查评判,亦未确认商品房买卖合同是否有效,实体法律适用错误。)</p> <p>河南开元空分集团有限公司与武安市裕华钢铁有限公司申请撤销仲裁裁决案,山东省济南市中级人民法院(2018)鲁01民特52号(因一方补充提交拟证明关键事实的证据,法院认为可以通过重新仲裁的方式予以审查,以避免影响当事人相关诉讼权利的行使。)</p> <p>唐亮与吴红丽申请撤销仲裁裁决案,陕西省汉中市中级人民法院(2018)陕07民特1号(仲裁裁决对合伙账目认定不完整,对于当事人带走店内现金的事实未作认定。)</p> <p>申请人湖南省红都置业投资有限公司与被申请人罗树中、原仲裁被申请人李晓华、周云华、程小兵曹建英胡冬汉贺科名申请撤销仲裁裁决案,湖南省益阳市中级人民法院(2017)湘09民特8号(法院认为仲裁庭认定基本事实不清。)</p>

序号	法院讨论可以适用的重新仲裁的情形	频次	案件（及简要说明）
4	仲裁实体错误	5	焦作市粮食局、焦作市嘉鑫置业有限公司申请撤销仲裁裁决案,河南省焦作市中级人民法院(2017)豫08民特7号(法院直接表示,认为本案裁决不当。)
5	保证纠纷解决/提高解决效率/保证当事人诉讼权利的行使等	6	甘肃省鑫源能源有限公司、新疆广汇化工销售有限公司申请撤销仲裁裁决案,广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2018)桂07民特31号 何宝森、广州农村商业银行股份有限公司申请撤销仲裁裁决案,广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民特1235号 河南开元空分集团有限公司与武安市裕华钢铁有限公司申请撤销仲裁裁决案,山东省济南市中级人民法院(2018)鲁01民特52号 中华联合财产保险股份有限公司济宁中心支公司与济宁恒顺物流有限公司申请撤销仲裁裁决案,山东省济南市中级人民法院(2018)鲁01民特32号 申请人湖南省红都置业投资有限公司与被申请人罗树中、原仲裁被申请人李晓华、周云华、程小兵曹建英胡冬汉贺科名申请撤销仲裁裁决案,湖南省益阳市中级人民法院(2017)湘09民特8号 楼萌诉上海云房数据服务有限公司申请撤销仲裁裁决案,上海市第一中级人民法院(2016)沪01民特273号

从上表可以看出,人民法院裁定重新仲裁情形较为多样,远超《仲裁法司法解释》第21条所述理由。实际适用情形包括援引《仲裁法》规定的撤销仲裁裁决情形认定重新仲裁,抑或在一些案件中,法院基于对重新仲裁政策价值的理解,为便于提高纠纷解决、纠正实体错误等原因也会裁定重新仲裁。在各类原因中,因违反法定程序而裁定重新仲裁的案例尤其值得关注。在检索案例中,基于该情形而重新仲裁的案件高达10件,其数目与因隐瞒、伪造证据而重新仲裁案件的数量相等。同时,该情形项下具体涵盖情况也较为多样,包括送达瑕疵、^{②①}仲裁庭组成或仲裁程序违反法定程序、^{②②}鉴定程序违法、^{②③}超出仲裁协议或超出请求仲裁^{②④}等。除了这些常见的情况,违反法定程序还扮演着

^{②①} 何宝森、广州农村商业银行股份有限公司申请撤销仲裁裁决案,广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民特1235号;王汝明、雅轩(清远)房地产有限公司申请撤销仲裁裁决案,广东省清远市中级人民法院(2018)粤18民特121号。

^{②②} 申请人招银金融租赁有限公司与被申请人南京奕淳船舶制造有限公司申请撤销仲裁裁决案,上海海事法院(2018)沪72民特8号。

^{②③} 福建医科大学附属第二医院、福建建良建设工程有限公司申请撤销仲裁裁决案,福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05民特29号。

^{②④} 沈阳晟宇环燃料有限公司与朝阳慧通商贸有限公司申请撤销仲裁裁决案,辽宁省朝阳市中级人民法院(2015)朝民一仲字第00011-1号。

类似兜底条款的功能,在部分案件中,一些难以界定的情况纷纷纳入违反法定程序的考量,从而认定可以重新仲裁。如在汪涛、陈伟峰申请撤销仲裁裁决案中,人民法院因仲裁委作出仲裁裁决书时,民间借贷法律关系尚未生效,当事人之间并不存在实际争议为由,认定仲裁违反法定程序,裁定重新仲裁。^{②5}在石家庄一建建设集团有限公司、沧州市天成房地产开发有限公司申请撤销仲裁裁决案中,人民法院认为仲裁裁决未考虑同期法院在审的相关案件,便径直做出认定,程序不妥,裁定重新仲裁。^{②6}

综上,我国现行法律规范规定的重新仲裁适用情形无法满足司法实践的现实需要,有待进一步扩充及完善。同时,每一类情形下重新仲裁的具体适用也需要规范。

三、我国重新仲裁制度的完善

仲裁会受到法院的司法监督,但同时,诉讼和仲裁同为法定争端解决方式,二者间的关系应避免朝着“竞争对立”的方向发展,而更应该是相互支撑,共同推进我国多元化纠纷解决机制这一法治进程。如若法院时常径直否定仲裁裁决的法律效力或可执行力,这势必会影响到仲裁机构的公信力以及仲裁制度在我国争端解决中的应用和发展。^{②7}完善我国的重新仲裁制度并建立配套的法院与仲裁机构间的沟通机制,使得重新仲裁制度得以积极适用,可以让法院和仲裁机构间就个别案件的争议解决进行相互探讨、彼此支持的良性互动,有效地保障仲裁制度的“正义价值”与“效率价值”^{②8},也可以让我国支持仲裁的司法政策得以进一步彰显和贯彻。

(一) 优化、细化重新仲裁启动模式

1. 建立法院和仲裁机构间的非正式沟通机制

重新仲裁制度中,法院和仲裁机构共同的目标都是弥补裁决瑕疵,实现裁判公正。二者间有效的沟通机制有利于重新仲裁制度更顺畅的适用。但是目前,此种机制的缺乏导致了司法实践中的诸多难题。

其一,现代仲裁法理论要求法院对仲裁仅加以最小程度的干预,尤其应减少对仲裁实体性事项的审查。然而,我国的现实情况是,仲裁案件数量逐年激增,与此同时,我国在仲裁员素质、仲裁管理机制等方面尚有不足,这使得适当的司法沟通、介入显得尤为必要。^{②9}作者在访谈实务工作人员时发现,法院在因仲裁程序存在明显瑕疵而裁定重新

^{②5} 汪涛、陈伟峰申请撤销仲裁裁决案,广东省汕尾市中级人民法院(2018)粤15民特9号。

^{②6} 石家庄一建建设集团有限公司、沧州市天成房地产开发有限公司申请撤销仲裁裁决案,河北省沧州市中级人民法院(2017)冀09民特11号。

^{②7} 章杰超:《论仲裁司法审查理念之变迁——以N市中院申请撤销国内仲裁裁决案为基础》,载《当代法学》2015年第4期,第129页。

^{②8} 汪祖兴:《仲裁监督之逻辑生成与逻辑体系——仲裁与诉讼关系之优化为基点的渐进展开》,载《当代法学》2015年第6期,第6页。

^{②9} 张卫平:《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》,载《经贸法律评论》2018年第1期,第104页。

仲裁上并无明显的法律适用困难；^⑩ 处理案件的法官最纠结的是当仲裁裁决存在实体公正方面的重大瑕疵时，是否裁决重新仲裁；特别是，有些问题很难简单地分类为程序问题或者实体问题^⑪，例如超仲裁协议范围仲裁。若对这些案件裁定重新仲裁，似乎有逾越司法监督界限之嫌疑，特别是在如今我国致力营造仲裁友好型的司法氛围、法院实行仲裁审查层报制度的背景下，法官因这些问题认定重新仲裁在实践操作中亦具有一定不便。但若对这些严重的实体问题一概不予处理，会导致部分仲裁裁决与我国法律规范和司法政策出现明显的、根本性偏差，或者在一些案件中导致仲裁裁决最终根本无法得以执行。建立非正式的沟通机制有利于化解这一困境：法院可以通过非正式的沟通机制先行就其考虑的重新仲裁事由与仲裁庭沟通，表明其支持和希望仲裁庭“主动申请”对案件加以重新仲裁；仲裁庭也可以充分了解法院审查中的关切，结合法院的说明回顾案件审理过程，并基于其权限主动提出重新仲裁的申请，推动对裁决的“自我纠正”，从而避免了由法院下达裁定而可能引发的上述顾虑。

其二，在案件审查审理过程中，法院和仲裁庭间有时希望并需要彼此交流，从而获悉对方在案件审理中的考量，推进案件妥善审理。从法院方面来看，由于目前法院和仲裁机构间的交流缺失，存在法院审查认定由仲裁庭重新仲裁后，部分仲裁庭径直拒绝重新审理，法院不得不重新恢复撤销程序的周折情形，不利于争端的高效妥善化解。从仲裁庭方面来看，一些仲裁案件同时可能会牵扯到正在由司法程序处理与案件直接相牵连的其他问题。其中最典型的便是民刑交叉的案例。本文仅以一宗 2020 年公开披露的案例为例。^⑫ 2019 年，在 A 投资公司的安排下，F 女士以其房产抵押向 G 女士借款 560 万元，办理了“以房养老”的理财。而后 A 涉嫌非法吸收公众存款罪被刑事立案。G 女士按照合同条款申请仲裁，请求判令 F 女士归还本金及利息。F 女士认为本仲裁案涉及关联刑事问题，应先待法院刑事判决作出，但仲裁庭并未采纳此抗辩，裁决支持了 G 女士的诉请。但同时，F 女士的房子因涉及刑事案件已被警方查封，该仲裁裁决虽已作出，后续执行却充满不确定性。同时，F 女士不断申诉，寻求其他推翻仲裁裁决的途径。我国法院及仲裁庭对于仲裁中民刑交叉的处理一直尚未达成统一共识，^⑬ 本文也并不旨在针对此问题深入论证。但从解决问题的实务角度来看，对于此类案件，如若仲裁机构和法院间可以有通畅的沟通渠道，则仲裁庭可以对法院在审的关联案件进展加以了解，避免仲裁案件裁决结果与法院诉讼结果不兼容，甚至相互冲突、无法执行。且如若该种不兼容已然产生，仲裁庭与法院间也可以充分借用沟通机制及时研讨如何妥善化解问题，并

^⑩ 此处所述，“无明显的法律适用困难”的前提是，如后文所述，我国法律应当明确程序性瑕疵可以作为重新仲裁的事由。虽然目前我国法律对此尚未明确，但基于程序性瑕疵进行的重新仲裁在实践中较为常见，且其合理性亦得到多数学者的支持。

^⑪ 此处观点来源于作者与实务工作人员的访谈。

^⑫ 冯华妹：《“以房养老”再爆雷》，载《财新周刊》2020 年第 31 期，2020 年 08 月 10 日。

^⑬ 如北京西诺酷投资咨询有限公司诉郑骏申请撤销仲裁裁决案，上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民特 504 号；衡阳崇业建设开发集团有限公司、王崇顺与被申请人傅小年、傅巧云、李晓钊申请撤销仲裁裁决案，湖南省衡阳市中级人民法院（2019）湘 04 民特 17 号；孙铭欣申请撤销仲裁裁决案，广东省深圳市中级人民法院（2016）粤 03 民特 347 号。

利用重新仲裁机制及时纠正、处置。

如上所述,司法机关和仲裁机构在很多情况下的确需要顺畅沟通。但目前,囿于没有直接渠道,即使一些法官希望与仲裁庭交流,往往也只能通过当事人或代理人间接了解仲裁庭在审理案件时的想法,或委托当事人或代理人代为向仲裁庭询问。^{③④}但是,双方当事人及其代理人皆是仲裁裁决的利益相关方,同时,当事人对法律问题和司法流程的了解亦往往有限,因此实践中这种间接交流很可能会存在片面转述或者曲解原意的情况,无法全面、准确地对法院和仲裁庭之间的关切加以沟通,欠缺程序的严谨性与公正性。建立法院和仲裁机构间的沟通机制将有效推动二者在重新仲裁程序中的良性互动,促进重新仲裁制度流畅、高效的适用。

2. 明确当事人同意与启动重新仲裁之间的关系

本文认为,重新仲裁的启动应当尊重寻求救济一方当事人的意愿,获得其同意;至于另一方当事人同意与否,不应对重新仲裁的启动产生法律效果。我国现行法律对于重新仲裁是否需要当事人同意未加规定,司法实践中存在着不同的意见。但本质上,无论撤销仲裁裁决还是重新仲裁都是申请人寻求法院介入监督仲裁裁决的一种救济权利,如果申请人坚持选择撤销仲裁而拒绝重新仲裁,该选择属于其对自身权利的自由处分,法院不应未经申请人同意而强行认定重新仲裁。该观点在《国际商事仲裁示范法》^{③⑤}《瑞典仲裁法》^{③⑥}《法国民事诉讼法》^{③⑦}等中也得到印证。特别是在重新仲裁并非由当事人申请启动的情况下,即,如法院主动认为适合重新仲裁或仲裁庭主动申请重新仲裁,法院在裁定重新仲裁前,应尤其注意要获得寻求救济一方的同意,往往体现为申请撤销仲裁裁决的申请人的同意,以体现对当事人自由处置权利的尊重。该观点也呼应了部分司法实务的理解。^{③⑧}

对于非寻求救济一方,其是否同意重新仲裁不应对该制度适用与否产生任何法律影响。从学理角度来说,重新仲裁或撤销仲裁裁决本就是提供给“寻求救济一方”不同的救济策略,以便其从中选择,高效解决争议。被申请人一方并不在此制度的选择上享有任何权利。从现实层面来看,被申请人一方通常是对仲裁裁决相对满意的一方,而重新仲裁通常意味着原仲裁裁决设定的权利义务将重新安排。在这种情况下,要求被申请人同意重新仲裁,无异于要求其放弃一份满意的、甚至往往是有利的仲裁裁决,亦不具有现实层面的可行性。

3. 明确不予重新仲裁的情形

我国关于重新仲裁的制度设计还存在着诸多不明确性,司法实践中对重新仲裁适用情形的认定较为多样。通过实证研究,本文发现,法院认定重新仲裁的情形基本源自《仲

^{③④} 此处信息来源于作者与实务工作人员的访谈。

^{③⑤} 联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》(1985年),第34条第(4)款。

^{③⑥} 瑞典《瑞典仲裁法》(1999年),第35条。

^{③⑦} 法国《法国民事诉讼法》(2011年),第1502条。

^{③⑧} 如在张君玉、缪建娟申请撤销仲裁裁决案(广东省汕尾市中级人民法院(2018)粤15民特6号)中,法院拟重新仲裁,但申请人对此一直“不置可否”,故广东省汕尾市中级人民法院认定通知重新仲裁的理据不足,依法报经广东省高级人民法院审查后,裁定撤销裁决。

裁法》第58条可撤销裁决的情形,同时也存在因纯政策性、实体性原因(如为提高纠纷解决效率、适用法律错误、事实认定不清等)裁定重新仲裁的情况。尽管司法实践中存在多样的适用情形,但若仔细审视,这些情形并非都适合重新仲裁制度。

首先,重新仲裁不应扩大至纯政策性、实体性原因。无论是重新仲裁还是撤销裁决,本质上都是“一裁终局”制度的例外和突破,行使起来都应慎之又慎。特别是考虑到,我国重新仲裁制度的运行系依托于撤销裁决程序之中,故适用重新仲裁的情形不应突破现行《仲裁法》规定的撤销裁决之情形。对于实务中出现的存在严重政策性或实体性担忧的仲裁裁决,如上文所述,法院可以通过非正式的沟通渠道与仲裁庭进行策略性沟通,表明法院希望和支持仲裁庭申请重新仲裁的意愿,待仲裁庭方面考虑选择。法院总体上应当尊重仲裁裁决的既判力,不应强行介入,借重新仲裁制度而对仲裁实体加以过度指导和干预。

其次,在可撤销仲裁裁决的情形中,也存在部分情形,并不具有“可弥补性”,无法体现出重新仲裁独特的制度作用与优势,因此亦不适合重新仲裁制度的适用,简要探讨如下。

(1) 没有仲裁协议

仲裁协议反映着仲裁当事方放弃法院诉讼、诉诸仲裁解决争议的合意,提供了仲裁庭受理案件的管辖权基础。若发现当事人之间没有有效仲裁协议,则应撤销仲裁裁决,无从谈起重新仲裁。

尽管该问题在理论上显得较为清晰,但根据对案例的实证研究和与实务工作人员的访谈,作者发现,判断是否存在仲裁协议在实践中亦存在一些具有争议的复杂情形。例如,在关联合同(如保证合同)的情形下,当事人在部分合同中约定仲裁条款,其效力能否亦及于其他相关联的合同?此类争议的处理尚无定论,需结合个案证据情况、当事人之间的法律关系并考虑当事人约定的真实意思加以综合判断。鉴于此问题并非本文探讨的重点,故不再做深入分析,^{③⑨}本文只是借此指出关于“没有仲裁协议”这一事由实践中可能出现的复杂情况,法院在审查时可结合个案情况加以处理,若无法认定存在有效的仲裁协议,应撤销仲裁裁决,而非重新仲裁。

(2) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为

在该种情形下,应以撤销仲裁裁决为妥,一般不考虑重新仲裁。目前在司法监督过程中,对索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为认定普遍比较严格,需要依据已生效的刑事法律文书或纪律处分决定加以确认。^{④⑩}因此,尽管实践中申请人时常会因感觉裁判不公而“象征性地”指控仲裁员枉法裁判,但是该情形实际得以认定和适用的情况甚为少见。

^{③⑨} 关于此问题的更多讨论,可参见郭志勇:《仲裁协议效力扩张的实证分析——以主合同仲裁条款对保证合同纠纷的效力为视角》,载《黑龙江工业学院学报(综合版)》2019年第6期,第83-89页;王小莉:《仲裁协议效力扩张的主要表现形式及其问题研究》,载《仲裁研究》2010年第2期,第7-14页;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58-60页。

^{④⑩} 《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第18条。

若在某一个案中确实存在索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决等情形,法院原则上也不应适用重新仲裁。因为在这种情况下,原仲裁员势必会受到处分并无法继续参加案件重新仲裁的审理,此时即使认定可以重新仲裁,亦需要组成新的仲裁庭进行审理,基本等同于对案件事实、证据、法律适用完全重新加以审查。此种情况下,即使重新仲裁,既无法弥补原仲裁庭(员)的错误,又难以实现更加便捷、高效的审理纠纷,相比于撤销仲裁裁决而言,该情形未体现出重新仲裁制度适用的意义与必要性。综上,作者认为在索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决的情况下,法院应优先考虑适用撤销制度。

(3) 人民法院认定仲裁裁决违背社会公共利益

对于违背社会公共利益的裁决,法院应当裁定撤销而非重新仲裁。因为违背公共利益的裁决并不一定具有仲裁实体法律适用错误或程序上的严重瑕疵,只是法院站在公共利益审查角度,依其职权认定此种仲裁结果触碰了社会利益底线或基本规范。^①因此在此种情况下,原仲裁裁决中往往并没有可通过“重新审理”而自行“纠正”或“弥补”的错误,不存在重新仲裁之必要,因此该类仲裁裁决以直接撤销为宜。

综上,人民法院应当明确不宜适用重新仲裁的情形。对于没有仲裁协议的、仲裁员存在索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的、仲裁裁决违反公共利益的仲裁裁决,法院应对裁决直接进行撤销而非裁定重新仲裁。

(二) 完善、规范适用重新仲裁制度

我国关于重新仲裁适用情形的法律规范尚有一定局限性,完善重新仲裁适用情形,规范适用重新仲裁制度,既可以更好地服务该制度背后所蕴含的法理,亦可以回应司法实践中涌现的关切和问题。为此,本文提出,超裁、违反法定程序、伪造隐瞒证据三大类情形都应构成可以重新仲裁的事由,并将逐一加以分析其背后法理及实践中应当注意的规范细节。

1. 裁决的事项不属于仲裁协议的范围

当事人在法律允许的范围内可以约定将其有关争议全部或部分提交仲裁,仲裁庭也只应在当事人约定的争议范围内做出裁决,如若超出,便构成所谓“超裁”。但应当注意,超裁在司法实践中不仅体现在超出仲裁协议范围,也包括超出请求范围。^②超裁一直是仲裁领域较为活跃的问题。例如,在一些仲裁案件中,仲裁庭会不当地超越当事人的约定或请求而对合同效力进行审查、对利息进行认定、对案涉争议的关联合同进行裁判,甚至超出权限对当事人的行政、刑事责任加以裁判。

针对超裁的情况,作者认为,若裁决是可分的,则超裁部分应当撤销;若裁决不可分,则法院可以选择将案件重新仲裁。^③此类情形虽然未被现行法律列举为可重新仲裁

^① 张卫平:《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》,载《经贸法律评论》2018年第1期,第109页。

^② 覃华平:《我国仲裁裁决撤销制度探析及立法完善之建议》,载《中国政法大学学报》2017年第2期,第65页。

^③ 按裁决是否可分加以分类讨论,从而满足不同类型裁决的现实情况。其法理可参照《仲裁法司法解释》第19条:“当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决,经审查属实的,人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其他裁决事项不可分的,人民法院应当撤销仲裁裁决。”

的情形,但是该类案件在本质上具有很强的“可弥补性”,因为该类仲裁裁决的问题往往体现在一些并不复杂的技术性瑕疵,如裁判超出诉请或涉及了不可仲裁的领域。若法院将其审查中的考虑与仲裁庭进行沟通,仲裁庭一般只需要对原仲裁裁决进行适当的调整即可,不失为一种高效便利的解决方案。该种情形作为重新仲裁的依据不仅在学理上具有合理性,在司法实务中亦已屡见不鲜,^{④④}并且以超裁为由考虑重新仲裁的观点还曾在一份2013年最高人民法院的发出的复函中有所体现。^{④⑤}

2. 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序

违反法定程序应被纳入可以重新仲裁的情形。但同时,违反法定程序情形多样,在司法实践中不应“一刀切”,应根据不同情况具体决定是否适用重新仲裁制度。我国法律项下的违反法定程序涉及“仲裁庭组成”和“仲裁程序”两大方面;法定程序的解读又至少可以包括三个维度:仲裁法规定的仲裁程序、当事人选择的仲裁规则以及当事人对仲裁程序的特别约定。^{④⑥}因此,在司法实践中,违反法定程序的情形及严重性不尽相同。鉴于此,我国现行规范阐明,违反法定程序,是指违反并“可能影响案件公正裁决”的情形,并非任何瑕疵都会引发法院的介入和监督。^{④⑦}在该背景下,对于“仲裁庭组成”方面违反法定程序,本文认为一般不宜适用重新仲裁。这是因为如果仲裁庭组成方面的瑕疵已经达到可能影响案件公正裁决的程度,该仲裁庭的存在很可能便是违法或无效的,不能正常行使其职权,也自然无法完成重新仲裁的工作。^{④⑧}对于“仲裁程序”违反法定程序,此方面是司法实践中被高频提及、认定的事由。当然,如前文所述,此处的违反也不应包括不影响案件实体裁决的轻微瑕疵。将其他会影响到公正裁决的法定程序问题纳入可重新仲裁情形,是对司法实践的合理回应,也是对重新仲裁制度适用的有益丰富。在法院的沟通和说明下,仲裁庭可以较为便利地在重新仲裁中纠正相应的程序问题,从而有效、高效地对案件进行再次审理,凸显出重新仲裁制度的优势。当然,该情形也要严谨解读,避免滥用和“口袋化”倾向,即对于那些纯粹实体方面瑕疵的仲裁裁决,法院在适用重新仲裁制度时也应当注意把控司法介入的程度,不应轻易地基于违反法定程序这一理由过度积极地适用重新仲裁。本文认为,若将“违反法定程序”(特别是仲裁程序违法)明确为重新仲裁事由,同时在实践中把握好上述适用标准,这将有效地便利和推动重新仲裁制度在实践中发挥更佳的作用。

3. 裁决所根据的证据是伪造的或当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据

此类情形系现行法律明确认可的可重新仲裁情形,并且在重新仲裁司法实践中扮演了重要的角色。但笔者也注意到,伪造、隐瞒证据作为撤销仲裁裁决及重新仲裁的事由

^{④④} 见上文表 2.1。

^{④⑤} 《最高人民法院关于王树林申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会(2012)中国贸仲深裁字第3号仲裁裁决一案的请示的复函》,(2013)民四他字第8号。

^{④⑥} 参见《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第14条。

^{④⑦} 同前注^{④⑥};《仲裁法司法解释》第20条。

^{④⑧} 陈建:《论重新仲裁的法律制度》,载《国际商法论丛(第2卷)》2000年,第478页。

是我国法律相对独特的制度设计,其存在的合理性一直受到学界的质疑。有学者认为该类规定与当事人处分、呈现证据的主张自由相矛盾,^⑩也与仲裁庭认定、接纳证据的独立权限相违背。^⑪这类担忧在一定程度上确具有正当性和合理性,但本文从实证角度出发,认为尽管《仲裁法》本身针对“伪造、隐瞒足以影响公正裁决的证据”只是提供了框架性的规定,但后续2018年实施的《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》中对具体情形已进行了较为细致的解读,为司法实践提供了重要的细化指引,回应了其可能被滥用而侵犯当事人及仲裁庭自主权的担忧。^⑫同时,通过对司法实践的观察,该情形在司法实践中运行已较为成熟合理:尽管当事人出于诉讼策略考虑通常会穷尽各类申请事由,其中常常会包括指责对方伪造、隐瞒证据,但是法院在实践中对该类情形的审查较为严谨,其中真正以此为由认定撤销或重新仲裁的案件比例并不高。^⑬同时,法院在审判实务中也事实上关注并逐步回应了前述学者的担忧。如在贵阳久泰大酒店管理有限公司、贵州乾邦置业有限公司申请撤销仲裁裁决案中,申请人提出,被申请人在仲裁庭审陈述中消极呈现该案中有关借贷关系的事实,属于伪造、隐瞒证据。法院认为,被申请人在“仲裁庭审中进行陈述和辩解属于其依法行使诉讼权利的范围,该陈述及辩解是否采信应当由仲裁庭依法审查认定”并认为“申请人亦未提交任何证据证实被申请人伪造及隐瞒了何种证据并足以影响了公正裁决”。^⑭再如在北京创艺年华环境艺术有限公司与吴德来申请撤销仲裁裁决案中,法院亦对当事人是否隐瞒了重要证据加以论证,认为可以参照《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第16条中对于隐瞒的证据足以影响公正裁决为由申请不予执行仲裁裁决的三种细化情形加以判断。^⑮综上,作者认为,伪造、隐瞒证据这两种情形在重新仲裁的司法实践中已经扮演了并将持续扮演着活跃且重要的角色。

结 论

重新仲裁制度为仲裁庭提供了弥补自身裁决瑕疵的机会,是一类相对高效的仲裁裁决监督及救济模式。但由于我国《仲裁法》及其司法解释对该制度的细化指引尚有不足,其在我国的适用还有待进一步完善。我国重新仲裁制度的启动程序及适用情形均有细化和厘清的必要。在启动程序上,人民法院对重新仲裁理由说理不够充分、对重新仲

^⑩ 庄诗岳:《试论撤销仲裁裁决中的隐瞒证据事由》,载《仲裁研究》2019年第1期,第86-87页。

^⑪ 覃华平:《我国仲裁裁决撤销制度探析及立法完善之建议》,载《中国政法大学学报》2017年第2期,第66页。

^⑫ 参见《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第15条、16条之规定,各条项下分别列举了三种情形,阐明了司法实践中如何合理认定“裁决所根据的证据是伪造的”以及“对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”。

^⑬ 宋连斌:《申请撤销仲裁裁决现状·问题·建言》,载《仲裁研究》2014年第2期,第58页。

^⑭ 贵阳久泰大酒店管理有限公司、贵州乾邦置业有限公司申请撤销仲裁裁决案,贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔01民特59号。

^⑮ 北京创艺年华环境艺术有限公司与吴德来申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2018)京04民特72号。

裁是否需要当事人同意认知尚不明确,仲裁庭与法院间的沟通交流也不够通畅。在具体重新仲裁的适用情形上,司法实践明显突破了现行法律规范列举的伪造、隐瞒证据两种情形,认定重新仲裁的事由还包括了违反法定程序、超裁、实体判决错误、提高诉讼效率等诸多其他原因。

面对重新仲裁启动中的问题,本文认为要加强重新仲裁各相关方之间的沟通。其一,建议设立法院和仲裁机构间非正式的沟通机制,促进法院和仲裁庭二者间的直接对话交流。法院可以通过此机制与仲裁庭沟通案件审查中的关切问题,表明希望和支持仲裁庭主动申请重新仲裁。相比于法院单方面裁定重新仲裁,在部分案件中,上述机制可以策略地避免司法对仲裁过度干预的嫌疑。同时此种直接的对话机制也避免了经由当事人或代理人转述,可以实现更全面、准确的交流。其二,应明确当事人同意与重新仲裁启动间的关系。重新仲裁作为仲裁救济途径中的一种,其适用应充分尊重寻求救济一方的意愿,法院或仲裁庭不应强行认定重新仲裁。但重新仲裁并不需要双方当事人的一致合意,即被寻求救济一方不同意重新仲裁不应对该制度的适用产生任何法律效果。其三,应明确不予重新仲裁的事由。对于没有仲裁协议、仲裁员存在索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为以及违反公共利益的仲裁裁决,因这些情形并不具有明显的“值得弥补性”,重新仲裁也并不会更高效地解决裁决瑕疵,应适用撤销裁决制度而非认定重新仲裁。同时,重新仲裁制度是对“一裁终局”的例外和突破,扩大其适用情形的同时,应注意避免滥用重新仲裁制度:除上述探讨的事由外,其他纯实体、纯政策性的考量不应成为法院主动裁定重新仲裁的理由,应严谨把控司法对仲裁的介入与干预。

Abstract: Re-arbitration is an important means of exercising judicial supervision over commercial arbitral awards, and it enjoys distinct advantages in terms of enabling arbitral tribunals to reflect upon and correct their own mistakes. However, laws and rules concerning re-arbitration in China have been very general, leaving unspecified how re-arbitration should be initiated and under what circumstances it is applicable. This paper finds noticeable divergences in judicial practice. In some cases, re-arbitration is applied due to procedural defects, whereas it is applied in others for substantive concerns, or for reasons which cannot be easily categorized under the procedural-substantive dichotomy. In some cases, reasons for re-arbitration are spelt out, whereas they are not in others. In some cases, opinions from the parties are inquired when the courts are to apply re-arbitration, whereas they are not in others. This paper proposes to improve the practice of re-arbitration in China by further specifying the procedures and applicable grounds for re-arbitration, and establishing unofficial communication channels between courts and arbitral institutions.

Keywords: re-arbitration; judicial supervision of arbitral awards; setting aside of arbitral awards

(责任编辑:李兵)

我国商事调解培训机制的构建

王葆蔚 李瑶*

内容提要 现代商事调解对调解员的专业水平要求较高,包括基本素质、实务经验、调解技巧和沟通能力等。调解员的专业化应通过培训实现。我国商事调解培训体系不完善,缺乏任前培训与资格认定的衔接,导致调解员的专业化水平不高,这在我国加入《新加坡调解公约》后尤显突出。在美国、法国、德国、新加坡和中国香港地区,都有比较成熟的培训体制,确保商事调解员的专业能力。我国应将调解员培训与资格认定相衔接,培训内容应融合专业知识、调解技巧以及跨专业知识,方式也应更加多元化。同时还应积极与其他机构开展培训合作,并设立监督制度。

关键词 商事调解 调解员资格 调解培训

随着“一带一路”建设的纵深发展,相关的涉外商事争端同步增加。2013年至2018年,全国各级法院审结涉外民商事案件7.5万件,^①2019年1月至11月,涉外民商事案件就高达18266件。^②同时,商事争端主体开始倾向于多元化方式解决争端,商事调解的发展尤其令人瞩目。商事调解是当事人之间发生争议后,自愿选择第三方作为调解人,由调解人通过沟通引导等方式,帮助当事人实现最符合双方利益的争端解决方案。与诉讼和仲裁相比,调解具有便捷高效解决商事争端的优势,能极大节约纠纷解决成本。与其他发达国家和地区相比,我国欠缺完备的商事调解培训机制,难以为市场提供高素质的商事调解人才,无法有效实现诉讼分流、定纷止争的目的。因此,本文拟在比较法研究的基础上,初步探讨我国商事调解培训机制,希望对我国国际商事调解的发展有所助益。

* 王葆蔚,湖南师范大学副教授;李瑶,湖南师范大学硕士研究生。本文为湖南省普通高校校企合作创新创业教育基金项目“法律实务技能校企合作创新创业教育基地”(湘教通〔2019〕333号)研究成果之一。

① 《周强:五年审结涉外民商事案件7.5万件》,载中国网, http://www.china.com.cn/lianghui/news/2018-03/09/content_50691213.shtml,最后访问日期:2020年2月27日。

② 《最高法:今年前11个月受理涉外民商事案件18266件》,载人民网, <http://gz.people.com.cn/BIG5/n2/2019/1227/c344102-33669589.html>,最后访问日期:2020年2月27日。

一、构建我国商事调解培训机制的必要性

（一）现代商事调解对调解员的要求

在我国,现有的调解制度以法院调解和人民调解为核心,有较强的行政主义色彩。法官习惯于在事实清楚的基础上进行调解,^③调解不成便直接转换成诉讼程序,甚至默认了调解程序中自认的事实。而人民调解制度的争端解决类型在一定程度上仍局限于传统婚姻家庭争端等,较少涉及商事争端解决。^④而商事调解作为一种独立的新型争端解决方式,与法院调解和人民调解大有不同:^⑤(1)商事调解没有任何裁判权作为后盾,通过商事调解达成的调解协议不具有直接强制执行力,故对调解协议的自愿性和自动执行积极性要求更高。(2)商事调解中更加尊重当事人的自主意愿,具有不同于传统调解的专业化、职业化特性。(3)国际商事调解不仅拥有较强的涉外性,还具有很强的专业性和高度复杂性。这些特点对商事调解员提出更高的要求,其必须充分利用调解知识和技巧,帮助双方实现互利共赢的结果,才能提高调解成功率和执行率,真正实现化解争端的目的。而目前相当数量的调解员并未接受过专业调解培训,而且主要根据资历获得调解员资格,在调解过程中基本上是跟着经验和感觉走,很难实现令双方满意的调解效果。

商事调解员作为现代商事调解事业最重要的基石,是化解传统调解观念和现代商事调解理念冲突的关键。商事调解员不仅要具备化解商事争端的基本素质和实务经验,还需具备调解技巧与沟通等能力,具体而言,^⑥调解员需要具备专业背景。这种专业背景不仅仅是法律背景,还要有不同行业的专业知识,例如版权交易、证券、贸易等,只有“行业专家”才能让调解员具有很高的公信力。调解员需要了解心理学知识。掌握一定的心理学知识,调解员能敏锐的捕捉到当事人调解方案中的痛点与难点。调解员还需要掌握语言技巧,具备良好的沟通能力,帮助当事人提出解决方案。调解员的语调、肢体语言以及处理私人事务的方式可以决定其调解风格,而调解风格和类型的多样化不仅可以丰富调解过程,还有利于调解员在争端的解决过程中形成一种人格魅力,潜移默化中吸引当事人理解并赞同其提出的调解方案。此外,涉外商事争议的调解员还应熟练掌握外语交流能力,并对参与《新加坡调解公约》签署和“一带一路”建设的国家的法律制度有一定了解。

（二）我国商事调解培训的现状及问题

部分商事调解机构制订了较为严格的调解员任职资格标准,并开展了一系列的培

^③ 陆晓燕:《裁判式调解现象透视——兼议“事清责明”在诉讼调解中的多元化定位》,载《法学家》2019年第1期,第101-111页。

^④ 齐树洁、李叶丹:《商事调解的域外发展及其借鉴意义》,载《中国海商法年刊》2011年第2期,第102页。

^⑤ 穆子砺:《论中国商事调解制度之构建》,对外经济贸易大学2006年博士学位论文,第37-38页。

^⑥ 廖永安、刘青:《论我国调解职业化发展的困境与出路》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2016年第6期,第47-51页。

训工作。如中国贸促会调解中心规定,^⑦ 调解员任职需具有本科以上学历,具备必要的法律和专业知 识,从事法律、经济贸易教学或研究工作具有中高级职称、从事民商事审判工作、律师工作满 5 年且经验丰富者等条件。上海经贸商事调解中心(SCMC)^⑧ 规定,调解员任职需具有本科以上学历,具备必要的法律和专业知 识,且经过专业的资格认证培 训,原则上应熟练掌握一门及以上外语等基本条 件,且必备一类专业背景,例如在所在行业领域内获得高级职称的人士、担任民商事审判员、检察员十年以上或者担任执业律师十年以上等。中国贸促会调解中心会定期开展商事调解员技能技巧培 训班,培 训从调解员的准备工作、调解谈判技巧、案例分析、语言的使用、研讨调解困境等多角度进行授课,同时结合小组讨论和随堂练习,使培训员们加深对调解员工作的理解和业务技能的提升。该中心还与英国有效争议解决中心共同举办了商事调解技能技巧培 训班,为开展涉外商事调解服务培养了一批专业的商事调解员。一带一路国际商事调解中心^⑨ 也拥有一定的培 训经验,培 训内容一般包括国际经济法律争端解决、一带一路国际商事环境与文化、审辩式思维、国际商事调解案例分析、调解技能与诉调对接、国际商事调解谈判、调解规则与调解员行为规范。商事调解以高标准要求调解员,那我国也应当对商事调解员进行系统的、高水准的培 训。

可见,部分商事调解机构已经意识到调解员培 训工作的重要性,并与境外机构合作开展调解技能培 训。但我国现行法律中对调解员的资格、选任和培 训没有相应的具体规定,导致大多数商事调解员缺乏专业训练和调解技能,难以帮助当事人挖掘共同利益、形成双赢方案。主要体现在以下三个方面:(1) 现行的商事调解机构尚缺乏任前培 训机制,也未将任前培 训与资格认定相关联,导致机构内的专职调解员数量少,调解质量不高。^⑩ (2) 现有的培 训内容缺少本土特色和针对性,培 训方式比较传统,大多是填鸭式教学方式。(3) 民间商事调解机构数量不多,组织培 训的力量较为薄弱。这些因素导致调解员素质良莠不齐,专业化和职业化程度不高,缺少培 训机制来统一调解能力标准、形成共同体理念并提升调解吸引力,不利于商事调解的长远发展。

二、商事调解培 训的比较法观察

在商事调解较为发达的国家和地区,均有较为成熟的调解培 训和资格认定机制,以确保调解员能胜任调解工作。这些国家和地区的实践对我国构建调解培 训机制具有一定的借鉴意义。

^⑦ 中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解中心网站: <https://adr.ccpit.org/>, 最后访问日期: 2020 年 2 月 29 日。

^⑧ 上海经贸商事调解中心网站: <http://www.scmc.org.cn/>, 最后访问日期: 2020 年 2 月 29 日。

^⑨ 一带一路国际商事调解中心网站: <http://www.bnrmediation.com/Home/Index/index.html>, 最后访问日期: 2020 年 3 月 3 日。

^⑩ 吴艳芬:《论人民调解员选任和培 训制度的完善》,暨南大学 2013 年硕士学位论文,第 6-8 页。

（一）美国——以佛罗里达州为例

美国提供调解和仲裁服务的争议解决中心众多,且调解、仲裁等专业培训课程在美国的司法系统、公司企业、法学院、商学院等职业学院深受欢迎。各州对于调解员培训已经达成了一定共识,即调解员应当于任职前接受一定的培训,^①培训内容包括对调解程序各个阶段的指导、沟通技巧以及调解员的中立、保密和职业道德等。^②调解员不仅在取得调解员资格前必须参加调解课程培训,取得调解员资格后还要再定期接受培训。

以佛罗里达州为例,该州的争端解决中心系佛州最高法院和州立大学法学院共同设立,中心的法庭调解培训项目由州最高法院认证,是取得调解员资格证书的必备条件。^③该培训项目旨在培养调解员的敏感度,帮助受培训人员掌握调解员必备的一系列争端解决技巧与策略,确保调解员在争端解决过程中保持中立公正立场,促使调解员在寻求解决方案时能够更加谨慎。调解培训时间至少为20小时,不同调解领域对于培训时间规定不同,例如郡法庭的调解培训时长为20小时,家事调解、巡回法庭的培训至少40小时。培训内容包括介绍佛州司法辖区内民事争端的调解,如小额诉讼、讲座、案例讨论、案例模拟和角色扮演等。每一部分内容都旨在强调调解员在调解过程中必须遵循的原则,以及在调解实践中运用这些原则的方式,目的是让受训人员掌握调解所必须的各种技巧。培训过程中,教师会为学员展示典型的法庭调解程序,以便阐明调解员的角色定位、特征以及调解程序。调解程序的每一部分都被分解讨论。培训重视模拟调解演练,由具有丰富经验的调解员协助教师进行评议。

（二）法国

法国最初的调解培训课程只有30小时,主要涉及家庭争端调解、受害者与刑事被告人之间的调解等领域。在2003年改革之后,调解员必须经过560小时的培训才能取得调解资格,包括490小时的理论培训和70小时的实践经验培训。理论培训包括315小时的调解技巧培训(63小时的心理、法律模块训练和35小时社会学模块训练)和14小时的报告写作方法模块训练。^④主要的培训方式是角色扮演或个案分析,培训内容包括主持商讨、倾听艺术、复述能力、如何通过公平谈判寻求解决方案等。培训是跨学科的,必须将心理学情感管理、法律研究、法律介绍和社会学战略性和系统性分析等方法融合起来。

之所以大幅提高培训时长,是因为调解职业人士的争端调解工作与传统的法律职业、咨询、心理学、社会学等行业之间密不可分的关系,社会的复杂性对调解员的综合素

^① 范登峰、李江:《从美国法院附设ADR调解制度探索中国法院调解的改革之路》,载《西南政法大学学报》2013年第5期,第129-131页。

^② See Dursun Al, *The Principle of Confidentiality in Mediation and the Role of Confidentiality in Commercial Mediation*, *Afro Eurasian Studies*, Vol.6, p15, 24-29 (2017).

^③ Erin E. Bohannon, *Florida Appellate Mediation: Promising New Rules and Ethical Challenges*, *University of Miami Law Review*, Vol.63, p1265, 1277 (2011).

^④ 赖婷、郭晓珍:《调解员资格与培训之比较法考察》,载《东南司法评论》2012年第2期,第538-539页。

质提出了更高的要求,调解员应掌握更加全面的技能。^⑮ 调解员培训课程时间的变化导致了调解员资格认证方式的深刻变革。原来由一些大的调解机构或私人协会的调解机构直接提供培训课程,现在则由一些大学或社会工作者学校承担调解员培训工作。随着调解员资格认证培训时间的逐渐增加,原先颁发给培训学员的简单调解证书也变成调解专业证书或大学专业文凭证书。^⑯ 培训使得调解员更具职业化和专业化,即通过批准培训课程、严格调解员资格认证程序、提供专业培训、保持领域的专业性,以保持和展现调解员的职业身份。

(三) 德国

德国的《调解法》^⑰ 高度重视调解员的专业素质与业务技能,其中规定调解员的培训与进修义务,前者适用于新任的调解员,后者主要针对已经具备调解员资格的人;就培训与进修的形式而言,包括定期的和不定期的培训。

《调解法》有关培训机制的规定主要有三个方面:(1) 调解员负有进行适当培训与定期进修的义务。合格的培训内容包括调解基础知识、调解流程与整体框架;协商与沟通的技巧;冲突解决能力;相关的调解法律及法律在调解中的作用等知识;实际训练、角色扮演与监督。(2) 德国联邦政府针对调解员的培训和进修及其机构设置等都作了具体规定。其内容包括培训内容以及必要的实践经验要求;培训人员进修的内容;培训与进修的最低期限的规定;每次进修的时间间隔;培训与进修机构师资的资格要求;培训与进修机构对调解员参与培训与进修的证明方式;培训结束的具体要求;进行进修和培训有关的补充性规定等。(3) 确立了调解制度运行的评估与反馈机制。该法规定,与调解有关的法律生效之日起五年内,联邦政府应向联邦议会报告该法律的实施效果以及调解员的培训与进修情况。在报告中,如何保证调解质量与保护当事人的权益,以及立法中应如何进一步完善调解员培训与进修的内容,都是必不可少的。^⑱

(四) 新加坡

新加坡议会于2017年1月10日通过了《调解法2017》,新加坡法律部于当年10月份制定了补充性的《调解规则2017》,并指定新加坡国际调解协会的认证机制为“经批准的认证机制”,从而有权进行调解员的资格认证。作为新加坡唯一的调解员认证机构——新加坡国际调解协会(以下简称SIMI)制定了《SIMI调解员职业守则》。该守则原则上要求调解员符合SIMI调解员认证的标准,同时具备处理特定案件的能力。^⑲ 守则的要求也是培训内容之一,具体内容包括:(1) 调解员应在接受调解工作前告知调解

^⑮ See Rooney Greg, *Mediation: The Value of Mediator Soft Skills to Modern Commercial Practice*, Bulletin (Law Society of South Australia), Vol.41, p27, 28-29 (2019).

^⑯ 参见[法]皮埃特·斯密特:《调解培训和资质认证的全球化趋势——以法国为例》,龙飞译,载《人民法院报》2011年6月10日第6版。

^⑰ 法案具体内容可参照周翠:《调解在德国的兴起与发展》,载《北大法律评论》2012年第1期,第75-78页。

^⑱ [澳]娜嘉·亚历山大:《全球调解趋势》,王福华等译,中国法制出版社2011年版,第265-278页。

^⑲ 唐琼琼:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》,载《上海大学学报》(社会科学版)2019年第4期,第122-124页。

员应遵守的行为守则,当事人认为调解员的行为不符合守则要求时的应对方式,邀请当事人在调解程序结束时对调解过程和调解员所发挥的作用进行反馈评价。(2) 调解员应以独立、中立及公正的方式调解处理争端。如果在调解过程中产生了影响调解员独立性、中立性、公正性或者与有关主体利益冲突的情形,则调解员应尽快告知当事人,并提议退出调解程序,没有经过调解各方当事人一致同意,调解员不可再继续该调解程序。(3) 调解员应确保当事人对调解程序有充分、准确的认识,比如调解程序的特点、调解员的职责、当事人随时不做调解的权利,确保当事人在程序中有提出问题的机会,并负有确保调解公正进行的其他程序性义务。SIMI 认证机制的国际化程度很高。要想取得 SIMI 的认证调解员资格,调解员必须完成该协会的培训项目,具备一定的前期调解经验,通过协会的知识和技能评估,以确保调解员具备调解所需的基本素质,再经过 SIMI 认证通过后,才有资格申请成为 SIMI 的认证调解员。

(五) 中国香港地区

近年来,我国的香港地区在商事争议解决的配套法律制度和调解员资格及认证制度方面有较多革新。^{②①} 2010 年,香港律政司牵头设立的调解专责小组提出从监管制度的建立、调解员的培训与认证、调解公众知晓度的提升三个方面着手构建香港商事调解制度的建议,该建议得到了采纳并陆续实施。一方面,香港启动了“调解员培训认证制度”,该制度用以培养相应的人才。另一方面,目前香港地区的调解员培训由非官方调解机构自主完成。培训内容主要包括基础理论、调解技巧、案例示范和练习等;^{②②} 培训方式一般采用小班授课和案例教学相结合的灵活方式;在技巧培训上,形式多样、注重细节,涉及心理、法律、语言、逻辑、教育等多学科领域,具体包括沟通技巧、促进技巧、换框技巧、谈判技巧、总结技巧、最好最差方案的选择技巧、僵局处理技巧等。

例如,国际争议解决及专业谈判研究院是香港一所集培训、数据分析、专项研究等于一身的国际专业学术机构,^{②③} 配合中国“一带一路”及涉外法律服务的发展,为内地各级法院及相关调解机构培训具有专业调解能力的商事调解员、律师调解员等。其培训内容包括国际调解概念、程序、技巧及相关的香港法律知识,通过小组讨论、真实个案分享及模拟个案(角色扮演)练习等多元化的教学模式,使学员能切实掌握各类调解技巧以成为国际专业调解员。学员的个人沟通能力及人际相处技巧亦可透过此课程大大提升,亦能有效地运用不同的调解技巧,有组织及有系统地处理日常生活及工作上所遇到的争议和冲突。完成本课程及通过国际争议解决及风险管理协会的“国际认可专业调解员”考核后,学员可申请成为该协会的“国际认可专业调解员”。该协会为国际认可专业调解员提供多元化的持续专业发展机会和平台,包括深造课程、讲座、研讨会等,以助他们进一步发展调解工作。

^{②①} 唐琼琼:《第三方资助争端解决规制模式的国际经验及思考》,载《上海财经大学学报》2018年第6期,第140-152页。

^{②②} 齐树洁:《香港特区调解的制度化与职业化》,载《人民调解》2017年第6期,第57-59页。

^{②③} 国际争议解决及专业谈判研究院官网: <http://mhjmc.org/tc/index.php>, 最后访问日期: 2020年3月5日。

（六）总结和评价

上述国家和地区对于调解员的资格都有一套比较成熟的理论体系,并将调解培训作为一项重要的工作任务。从培训与资质的关系上看,调解员开展调解业务的前提是取得资质认证,调解机构有各自的培训课程和评审标准,会对培训合格的调解员颁发各自的调解资质认证证书。从培训的内容和方式上看,内容区分精细,方式丰富多样,课程特色鲜明。从法律规定方面上看,其对调解培训制度都进行了不同程度的规定,有力地保障了培训制度的实施。总而言之,域外的调解培训机制较为完善,值得借鉴。

三、我国商事调解培训机制的具体设想

（一）将培训作为调解员资格认定的前提

商事调解员认证制,是建立专业培训与考核机制,向通过专业考核和技能培训的人授予调解员资格,从而确保调解人的专业水平。认证制对于成为调解员的要求比较严格,必须通过相应时长的培训课程,或满足100%出席率条件或通过特定考核后才能取得调解员的资格。

调解员认证机制的建立可以由具体政府机构牵头,律师协会、仲裁和调解机构、行业协会等非官方组织协同完成,调解员的考核和资格由具有权威性或者公众信赖的机构负责授予。考虑到国际、国内商事调解对调解员素质要求的差异,可以对调解员进行区分认证。例如,分设国内商事调解员和国际商事调解员,对两者提出不同的认证要求。此外,个别行业也可以制定自己的行业调解员认证标准。同时,在我国采取认证制的初期,应采宽进常培的思路,建立调解员考评机制。根据商事争端性质的复杂程度、涉及受理争端金额大小、制定较为科学的、可以量化的工作考核与评价标准体系。为保证调解员整体素质的逐步升级,对于新进的调解员,则应要求经过相应的专业培训,即任前培训,满足培训要求后成为商事调解员,进入特定商事调解机构的调解员名册中。当然,有资格参与任前培训的学员必须具备本科以上学历教育;对于已在职的调解员,则要求参加定期的培训和资格考核,达到级数的认证后能参与不同难度的商事调解案件。岗后培训借鉴律师培训制度,规定每年度应当接受不少于30课时的培训课程,调解员是否按要求参加了规定的课时的培训,作为保留在调解员名册中的必要条件。任前培训与岗后培训两种模式并行,并与商事调解员的资格认证相衔接,既能保证新进调解员的能力水平,又能保证在职培训员水准不断提升,建立调解员资格认定机制,完善商事调解员岗前培训和在职学习制度。

（二）培训内容和方式的多元化

商事调解员的工作对象是商事领域的各种争端,不仅要有法律基础,还应具备商学、心理学、社会学、伦理学等各个方面的知识,具备良好的沟通能力以及各类争端解决技巧,故培训一般应包括如下方面:(1)商事调解的程序。调解员的任务是对调解程序各个阶段进行指导,包括协助当事人商讨和确定争议的事项、探讨各方的实际需要和权益

所在、扩大和解方案的选择范围,并评估最佳方案、拟订和解协议等。(2) 行业知识类课程,如贸易、投资、金融、证券、知识产权、技术转让、房地产、工程承包、运输、保险以及其他商事、海事等领域,通过积累行业经验适应社会需要。(3) 提高全方位沟通能力的课程。例如在培养沟通能力、调解技能与技巧方面,调解员首先不应急于跟当事方理清案件事实,而是要跟各方建立起融洽互信的关系。调解员要善于运用开放性问题,促使当事方发现自己的需求和建设性的解决方案。在语言运用上,调解员要特别善于改换措词和概括要义。(4) 心理学课程。当事人、调解员之间会形成心理互动,调解员自身的心理活动水平,直接影响着调解工作的效率。心理学是一门情感管理的艺术,掌握一定的心理学知识,调解员能敏锐的捕捉到当事人调解方案中的痛点与难点。(5) 相应的国际贸易法律和国际商事实践实训经验。参与涉外商事调解案件的调解员不仅应该具备外语能力、跨文化沟通能力,还要对当事人所处文化背景有一定的了解。(6) 坚守公正中立的立场、保密的原则等职业道德。

培训应以多种形式开展培训课程,并且采取有针对性的方向分类进行。首先,调解机构应采用构建多层次的培训网络,制定不同类型的培训计划,举办经验交流、现场观摩、远程视频教学等多种方式,努力提高调解员业务水平。第二,调解机构可以邀请法学专家、律师、退休法官、法律专业人才等组成专家队伍,作为培训导师。建议导师采用小班授课、模拟个案、观摩庭审的方式,以打破传统的填鸭式培训模式。导师通过讲解和演示,向参与培训的学员逐一展示调解的过程,从争议解决的整体介绍、不同谈判模式分析、不同调解方式的运用、调解员收尾技巧、调解员的保密义务等几大方面,结合社会学、心理学等相关知识,引导学员从更广阔的视角和思路,帮助当事人达成互利互惠的争议解决方案。第三,任前培训的与岗后培训的内容应各有侧重点。任前培训主要针对缺少商事调解基础理论和实践经验的学员,此类学员应掌握各种商事法律基础和加强职业技能训练,技能培训包括案例分析技能、调解的技巧、调解庭谈判的技巧以及调解协议等相关法律文书的写作等。调解员的岗后培训在于强化某一方面的专业以及能力的提升,应更有针对性。调解员基于自身的专业和职业方向的追求,对培训的要求也各不相同。因此,针对不同类的培训学员,应按照其不同经历和需求分类安排培训课程。此外,两类培训都应避免实务课程较重而技能课程偏轻这一缺陷,而应建设以技能课程为核心的课程体系。

作为内地商事调解专业培训的试点范例,粤港澳商事调解联盟曾在中国内地推出了商事调解三地联合培训课程。^{②③} 培训对象是专业人士、行政人员或有志成为专业调解员之人士或有意提升沟通及解决冲突技巧人士。课程内容包括粤港澳商事调解简介、商事调解的定义、特点和原理、有关粤港澳商事调解及其它解决争议的程序、调解的功能和效益、立场式的谈判与关注式协商、商事调解员的沟通技巧等一系列专业的培训。在课程形式上,主要通过小组讨论、真实个案分享及模拟个案练习等教学模式,使学员能更快掌

^{②③} 粤港澳商事调解联盟网站: <http://www.ghmma.com/>, 最后访问日期: 2020年3月5日。

握各类调解技巧以便尽快成为专业调解员。这可以看作我国未来调解培训课程内容的有益尝试。

（三）建立培训合作机制

从目前培训合作的角度分析,相关培训可以由各地商事调解机构牵头,发挥各个商事方面的行业协会、各个法学院校的专业优势,设立商事调解协会提供定期的实习、见习和培训。首先,前文提及到的由行业协会协同建立调解员认证机制,在某些省市下发的条例中更有鼓励有条件的行业协会等非官方组织设立商事调解机构,^④不仅是各地应最高院的号召积极发展商事调解,也保持和发扬了商事调解的民间性。行业类的知识培训,可由行业协会与商事调解机构合作,也能为调解机构提供商事领域的优秀师资和经验。第二,重视学历教育。各地商事调解机构应加强与法学院校合作,探索成立商事调解专业,完善课程设置,开展调解理论研究和教学实践,组织法学专家和学生选择典型案例进行教学演示,将其制成影像资料作为调解员培训的教材,把调解理论研究和教学成果与调解培训和实践有机结合起来。^⑤第三,我国可设立专门的商事调解协会,集中开展定期培训。在各商事调解机构任职的调解员在完成培训课程和通过最后考核后成为协会的成员,最终获得协会颁发的“专业商事调解员证书”,有资格成为全国统一认可的商事调解员,有资格参与国际间商事案件。协会还可设立调解员培训的交流平台,如通过开设官方交流群或交流网站的方式,为调解员相互学习和沟通提供便利。平台的设立也可使得调解机构适时掌握调解员的培训需要,制定适宜的培训课程以满足培训需求。最后,商事调解机构还可依托法学院和行业、商事调解协会,挑选具有商事调解实践经验的教师和优秀调解员进行培训,培养出一只优秀的教师队伍,确保商事调解机构有能力开设相应课程。

（四）完善立法并设立培训监督制度

我国最高人民法院意见仅简单地规定了应加强调解人员培训,完善专职调解员的培训机制,建立专业化、职业化调解员资质认证制度。^⑥但关于商事调解培训机制的构想还未形成,立法上存有欠缺。建议由司法部出台相对细化的行政规章,根据实施情况再逐渐调整与完善。具体而言,应将培训作为调解员资格认定的前提,同时规定调解员的职业规范和行为守则等准入条件,并规定调解机构有权规范和评价调解员的综合素质,并给予奖励或处罚。此外,应加强商事调解培训机构的监管。一方面要避免培训机构与监管机构混同,商事调解培训应交由商事调解机构,而司法行政机关负责监管。另一方面要对导师的培训工作设定具体的要求和指标,对培训工作进行量化考核。

^④ 《山东省人民代表大会常务委员会公告第142号——山东省多元化解争端促进条例》,2016年7月22日发布;《福建省多元化解争端条例》,2017年11月24日发布。

^⑤ 王学泽:《美国民事调解系统培训考察报告》,载《域外司法》2016年第3期,第43-47页。

^⑥ 《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,法发〔2016〕14号,2016年6月28日发布。

四、结 语

通过对培训机制的域外比较和国内现有机构的经验分析,我国应当将任前培训作为调解员资格认定的前提,并定期进行在职培训,建立调解员的常规培训机制。培训应以丰富多样的方式开展,内容包括专业知识、行业知识、心理培养以及沟通技巧细节等,还应有机结合其他机构的优势,同时完善立法以健全我国商事调解培训机制。如此,方可真正提高调解的吸引力,实现其减诉分流的功能。

Abstract: The modern commercial mediation requires higher on mediators` professional level, including basic quality, practical experience, mediation skills and communication ability, etc. Mediators specialization and professionalization should be implemented through training. The imperfect commercial mediator training system, the lack of the linking of former training with qualification recognition in China, resulting in a poor quality of mediators, which may be more prominent after China approves Singapore Mediation Conventions. In United States, France, Germany, Singapore and HKSAR of China, there are relatively mature training systems to ensure the professional competence of commercial mediators. Mediator training should be linked with qualification recognition in China, and the training content should be integrated with professional knowledge, mediation skills and knowledge of other fields. The methods also should be more diversified. At the same time, training cooperation should be actively carried out with other institutions and supervision system should be established.

Keywords: commercial mediation, mediator qualification, mediator training

(责任编辑:孙保国)

律师在调解活动中的角色转变

乔一涓 王慧*

内容提要 律师的角色可分为对抗型纠纷解决者和问题纠纷解决者两类。日前的调解实践中,律师以对抗型纠纷解决者的定位,坚持错误的谈判策略,难以转变为问题解决者角色等困境导致调解难以达到预期成效。本文结合调解程序不同阶段的需求,对律师在每个阶段的具体做法提出建议和指引,强调律师代理调解活动的制度保障应亟需跟进。在与委托人建立合作关系的原则下,推动代理调解事务的律师从对抗型纠纷解决者到问题解决者的角色转变,真正意义上实现律师专业的法律服务与调解这一中国特色非诉纠纷解决机制的有机结合。

关键词 律师 谈判 调解 角色转变

熟知调解的形式是律师在调解中角色转变的前提。现今,依据调解的主体不同,可以将调解分为三种形式,法院附设调解、民间调解以及机构调解。法院附设调解是一种具有准司法性质的替代性纠纷解决机制,与法院存在附设关系,受法院的指导和帮助。^①其中调解员大多是具备法律素养的人士。民间调解是依靠群众的力量进行纠纷的解决,一般不会收取费用。其中调解员大多是纠纷所发生的区域内具有一定声望的人。机构调解是纠纷解决市场化运作的结果,通过多元化纠纷解决机构或依附于独立的调解中心进行,机构会向纠纷主体收取一定的费用。近些年,机构调解的兴起,通过引入专业的调解员,以及强化调解员与当事人、调解代理人的互动等方式,使得机构调解在纠纷解决中占据主要地位。因此,本文将主要以代理律师在机构调解中的实践活动为主线进行论述。

一、律师在调解中的角色定位的困境

角色是一套社会行为规则,由人的身份和行为所决定。^②以英美法系为主导的调解

* 乔一涓,湖南师范大学法学院讲师;王慧,湖南师范大学硕士研究生。本文获得湖南省普通高校校企合作创新创业教育基地项目“法律实务技能教育基地”资助。

① 范登峰、李江:《从美国法院附设 ADR 调解制度探索中国法院调解的改革之路》,载《西南政法大学学报》,2013 年第 5 期,第 128 页。

② 乐国安:《社会心理学》第 3 版,中国人民法学出版社 2017 年版,第 10 页。

活动中,律师在代理活动时可扮演两类角色:其一,作为对抗型纠纷解决者(Adversarial solver),运用与诉讼相似的策略;^③其二,作为问题的解决者(Problematic solver),以维护当事人的利益为目标,致力于寻找互利共赢的解决方案。^④在调解实践中,我国律师的角色定位出现如下偏差:

(一) 律师深陷对抗型纠纷解决者的传统角色

律师作为对抗型纠纷解决者是诉讼制度日益复杂和繁琐的结果。^⑤从诉讼中的证据质证过程来看,我国法庭制度无疑具有对抗型色彩。在深受对抗氛围所影响的法院附设调解中,法官听取各方的观点,提出问题,评估双方论点和法律立场,暗示或敦促当事人各自妥协,以达成和解协议。律师经常难以逃脱诉讼语境来界定争议,以对抗的思路为当事人提供辩护。

在这种诉讼惯性思维之下,律师在参加调解机构的调解活动时,最常见的策略是运用强硬的和敌对的态度代表当事人进行谈判,经常使用以强有力的语言为后盾,与对方当事人及其律师进行激烈辩论,甚至想方设法击垮对方当事人和律师。在这种对抗的思维下,律师只想简单的赢得案件,将其视为一种职业成就,却忽视当事人真正的需要。实际上,即使对抗型角色扮演结束,争端当事人之间的争议仍然存在。虽然对抗性的谈判方式偶尔奏效,可在调解中并不存在能作出决策的第三方,只有协助争议解决的第三方,所以律师对抗性代理角色也无用武之地。

(二) 律师难以实现问题解决者的角色转换

如果将调解看作一个解决问题的程序,那么律师应该作为问题的解决者进行谈判。区别于一般传统的法院附设调解,双方当事人有权把控调解程序,任何第三方都不是调解会议中的主要听众。作为问题解决者的律师不仅以解决纠纷为目标,重要的是提出具有创造性的解决方案。^⑥打破对抗性纠纷解决的抗辩思维,摆正心态,积极作出创造性解决方案是律师角色转换的标志。

长期以来,我国律师对抗的法律思维根深蒂固。一方面,尚未具备解决问题的心态,没有与当事人形成一种平等协作的关系。^⑦律师在诉讼程序中拥有主导性地位,与当事人之间是不平等的关系,^⑧时常在发表意见时急于声明当事人的法律立场,未注重当事人的自主性,没有创造一个友好的谈判环境,未协助当事人积极参与调解的每一个阶段,甚至未积极协调当事人与调解员的沟通。^⑨

^③ See Jacqueline M.Nolan-Haley, *Lawyers, Clients, and Mediation*, NOTRE DAME LAW REVIEW, Vol.73, No.5, 1998, p1380.

^④ Harold Abramson, *Problem-Solving Advocacy in Mediation: A Model of Client Representation*, Harvard Negotiation Law Review, Vol.103, No.10, 2005, p104-108.

^⑤ 参见蔡从燕:《律师角色的转换与法治的可持续发展》,载《东南学术》2003年第4期,第118页。

^⑥ See Thomas D.Barton, *Creative Problem-Solving: Purpose, Meaning, and Values*, cal.w.l.rev, Vol.34, No.2, 1998, p273.

^⑦ Jacqueline M. Nolan-Haley, *Lawyers, clients, and Mediation*, Notre Dame Law Review, Vol.73, No.5, 1998, p1369, 1375.

^⑧ 蔡从燕:《律师角色的转换与法治的可持续发展》,载《东南学术》2003年第4期,第121页。

^⑨ See Harold I.Abramson, *Mediation Representation: Advocating as a Problem solver*, Social Science Electronic Publishing, 2013.

另一方面,尚未熟练掌握在调解中创造性解决问题的方式。和调解一样,创造性解决问题的目标是达到双赢。我国律师在法律训练中素来对“创造性”的方式认知不足,常局限在基本权利、义务和先例的范围内提出解决方案。^⑩在调解程序中,不具有创造性解决问题思维的律师只会紧盯相当数额的赔偿金,以及单方面报复性的要求,而无法让双方聚焦在持续的商业关系和对未来的合作布局上,从而使得双方未能在友好的谈判氛围中达到共赢。

(三) 律师在调解谈判中错误的混合策略

尽管这些年多元纠纷解决机制的不断发展,和其他国家律师一样,我国律师经常在对抗型和解决问题角色之间相互切换,灵活的使用法律谈判和调解谈判,这被称为“混合策略”。^⑪在实践中,这种策略经常会破坏调解程序中律师解决问题角色的纯粹性,削弱律师创造性的寻找解决争端的潜力,这种看似律师角色灵活的切换会破坏律师在谈判中观点和行为方式的一致性,给对方当事人及其律师造成不好的印象,直接导致调解进入僵局。

曾有律师谈判方式的数据显示:75%问题解决者的律师能够真正意义上的解决纠纷;超过50%的律师在使用对抗性技巧谈判时无益于纠纷的解决。^⑫可见,只有在调解中代表当事人的律师认识到这种惯用的错误策略,并转变成为解决问题者角色,才能顺利履行其职能。因此,始终如一的坚持解决问题的心态才能获得好结果。

二、律师角色转变在调解程序中的三步走

(一) 接洽期:明确与当事人的合作关系

1. 厘清律师与当事人的代理关系

当事人进行和解、调解的权利并非只能由本人行使,通过授权,法定代理人及其当事人代理人出于维护当事人利益的目的可实施上述权利。^⑬在调解实践中,律师与当事人(当事人)的关系表现形式多样,常见的两种方式:一是以当事人为主导参与调解的代理关系;二是以律师为主导参与调解的代理关系。

当事人占据调解程序中主导地位又分为两种情形。其一,当律师未被授权出席调解会议时,仅履行咨询功能,协助准备在调解会议上的发言,包括争议事实、感受和诉求。其二,律师作为顾问列席调解会议,但是未被授权积极参与该程序,当事人自己应准备好

^⑩ See Harold Abramson, *Problem-Solving Advocacy in Mediation: A Model of Client Representation*, Harvard Negotiation Law Review, Vol.103, No.10, 2005, p113.

^⑪ See Harold Abramson, *Problem-Solving Advocacy in Mediation: A Model of Client Representation*, Harvard Negotiation Law Review, Vol.103, No.10, 2005, p114.

^⑫ Andrea Kupfer Schneider, *Shattering Negotiations Myths: Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style*, Harvard Negotiation Law Review, Vol.7, 2002, p143, 196.

^⑬ 玄宝玉:《律师限制当事人和解、调解条款之无效认定》,载《人民司法》2010年第20期,第79-81页。

所有发言。^⑭显然,在第二种代理关系背后,当事人存在极大的发挥自主性,律师在其自主范围内,引导当事人作出正确选择。例如协助当事人就是否进入调解程序,以及选择何种创造性解决方案等事项作出合理的建议。^⑮此时,律师的工作目标是帮助当事人实现自我治理的能力,保护当事人的权利不受侵害。^⑯当然,一旦当事人自己盲目选择有害的结果,那么律师也不必承担相应责任。

同样的,律师为主导参与调解也分为上述两种情况,但是区别在于由律师为主导的调解均由律师代表当事人对事实、感受和诉求发声,当事人可不出席调解会议。^⑰在这两种情形下,律师容易利用自己法律知识的垄断地位对调解程序拥有绝对的控制权。尽管如此,律师为主导参与调解程序并非剥夺当事人的自主权,而视为当事人自愿放弃权利。日本学者棚濑孝雄曾指出,这种自愿放弃权利的做法对当事人会造成严重不利,应强化当事人的程序参与能力来改善调解中所出现的律师和当事人不对称关系的现象。^⑱强化当事人的程序参与能力,亦是对律师在调解中话语权的弱化,但当事人是不具有法律和调解知识的人员,这其实是让当事人在谈判中处于弱势地位。在这种情况下,只有通过律师本人把握好其履行职能的界限才能平衡律师和当事人之间的关系。

无论是以律师为主导还是以当事人为主导参与调解,律师时刻都应以维护当事人的利益为目标,通过在授权范围内与当事人建立有效联系,律师必须尊重当事人在调解中的自主权,又应有效引导当事人作出有益的决策。^⑲通过帮助当事人行使自主权,积极寻求问题的解决方案。

2. 建立律师与当事人的合作关系

依据上述代理关系,律师与当事人应该建立合作关系,比如律师根据当事人的利益和需求提供协助的方式,或由律师主导-当事人积极配合的方式。本文着重讨论前者,关注律师与当事人事前商议、获取信任、建立合作关系的过成,才能为当事人提供实质性帮助,提出创造性的解决方案。^⑳可见,律师与当事人高效的事前商议是建立双方合作关系的重要前提,应做到以下几方面:

第一,同时确认当事人的财务需求和心理需求。^㉑财务需求指的是当事人能够在调解中所期望得到的货币或是非货币的价值性需求。心理需求,是被公平对待的需要和被对方所认可的期望。律师与当事人的合作关系以信任为起点,律师应对当事人的心理需求作出反映,尊重个人价值观,而不是过分关注案件的是非曲直。在事前商议过程中,鼓

^⑭ See Martin A.Frey, *Representing Clients Effectively in a ADR Environment*, Tulsa Law Journal, Vol.33, No.66, P291-293.

^⑮ Karen K.Klein, *Representing Clients in Mediation: A twenty-question preparation guide for lawyers*, North Dakota Law Review, Vol.84, No.3, 2008.

^⑯ Jacqueline M.Nolan-Haley, *Lawyers, clients, and Mediation*, Notre Dame Law Review, Vol.73, No.5, 1998, p1388.

^⑰ 同前注^⑮。

^⑱ 棚濑孝雄著,易平译:《现代日本的法和秩序》,中国政法大学出版社2002版,第172页。

^⑲ See Jacqueline M.Nolan-Haley, *Lawyers, clients, and Mediation*, Notre Dame Law Review, Vol.73, No.5, 1998, p1382.

^⑳ See James E.Fleming, *Securing Deliberative Autonomy*, Stanford Law Review, Vol.48, No.1, 1995, p176.

^㉑ See Stephen Walker, *Mediation Advocacy: Representing Clients in Mediation*, Bloomsbery Publishing, 2015, P80-87.

励和引导当事人说出双重需求,通过将所获得信息与真实利益的数据不断整合,从而明确当事人真正的需求。

值得一提的是,律师在此应协助当事人将双重需求划定在合理的范围内。若无法限定当事人合理需求,律师经常会实施两种极端行为。一种是,一个期望不断获得新客户的律师,可能会对客户提出的不合理的需求漠视不见,因担心消极作为会让客户认为他没有履行忠诚义务。另一种是,律师可能对当事人作出超出实际需求的承诺。例如承诺对方当事人一定会满足己方某种无理的需求。在这种过度承诺的情况下,只会导致当事人愈发无法接受现实。此时,律师应温柔坚定的将客户的注意力重新放在另一个更加现实的层面,而不是让不合理的需求持续下去。^②

第二,定期检查当事人的情绪状态。个人的情绪状态是影响调解能否顺利进行的一个关键因素。在当事人拥有良好的心态,抱着互利共赢的目的参与调解时,争端便会迅速得到解决。反之,当事人情绪不稳定时,比如在离婚案件的调解中,一方根据自己的心理需求,大肆宣泄自己的情绪,滔滔不绝的说话,则会引得对方疲惫不堪,无力参与调解。在早期商议期间,律师渐渐熟悉当事人的性格和脾气,剖析当事人情绪的来源,并运用一定的心理学技巧来抚慰他。^③一位调解实务专家曾提出“喜欢”原则:即当我们喜欢别人时,我们往往更容易同意别人的意见。^④所以,律师在与情绪波动比较大的当事人进行商议时,应该先学会软化自己的语言,给当事人营造一个温馨的商议环境,留给当事人良好印象,从而使她的坏情绪得到缓和。

第三,帮助当事人提前了解调解程序。早在商议初期,律师应该告知当事人调解程序。根据内地-香港联合调解中心创会主席罗伟雄博士所提出的“高阶商事调解程序”可知,调解程序主要包括前置调解程序、后置程序以及调解不成的后续程序。^⑤前置调解程序包括调解会议前期准备、律师与当事人签订“调解协议”、调解会议模式的确定,会议的场地和时间安排等事项。后置程序是调解成功后草拟和解协议、确定和解协议条款的可执行性。调解不成的后续侧重于与仲裁、诉讼程序的衔接。

此外,律师还应向当事人解释每个阶段的注意事项,比如调解会议开始,当事人应调解员的要求,准备好开场白,陈述重要事实;当调解员与律师私下会面时,当事人可能被分配在单独的房间呆很长一段时间;调解会议可能持续若干小时或延长至晚上。可见,提前进行商议的方法,告知上述信息不但能够使当事人对参与调解程序有所预见,也促使当事人提前准备适当的技巧来应对未来的障碍。

^② Karen K.Klein, *Representing Clients in Mediation: A twenty-question preparation guide for lawyers*, North Dakota Law Review, Vol.84, No.3, 2008, P880.

^③ See Jean R Sternlight, *Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Non-adversarial Setting*, ohio state journal on dispute resolution, Vol.14, No.2, 1999, p.269.

^④ See Stephen Walker, *Mediation Advocacy: Representing Clients in Mediation*, Bloomsbury Publishing, 2015, P291-293.

^⑤ 本部分内容引用自罗伟雄博士的课程观点。2019年4月20日-21日,罗伟雄博士在湖南师范大学法学院就《“一带一路”背景下的国际商事调解》主题进行讲解,收获颇丰,在此一并致谢。

（二）前期：积极准备调解程序

1. 确定参与调解程序人员

首先,律师应就参与调解会议的重要性告知当事人。调解会议上不仅可获得一手信息,也可以在得到律师的建议后及时与对方当事人商议,有利于促成双方达成解决方案。在以企业或是政府为纠纷一方主体时,律师应该提醒企业和政府由谁代表参与调解程序最为合适。^{②6}例如,企业为纠纷一方的主体,代理律师则应建议公司高管参与其中。毕竟一般员工无权决定和解协议的范围和内容,需要时刻请示上级,降低调解效率,也容易使得谈判容易陷入僵局。而政府为纠纷一方的主体时,由律师和政府机关共同商议确定代表政府参与调解的人选。

此外,与案件相关的其他人是否有必要出席调解会议也应纳入考虑范围。这类人主要包括为当事人提供心理支持的人和具备专门知识的人,如一方的配偶、父母、子女以及其它亲属和密友能对该方的需求和期望产生强烈影响。若为商事争议时,还需要咨询专家,比如会计师或税务师。律师在考虑这类人是否有必要参与调解会议时,还应优先考虑是否符合当事人的利益。

2. 评估和审查潜在的风险

风险评估着眼于律师在代理调解案件开始前,通过与当事人商议过程中获取的信息,对参与调解的风险进行谨慎的评估、审查,再和参与诉讼的风险进行比较,以最大程度平衡当前选择方式的不确定性。

一般来说,风险评估的方法是通过量化诉讼风险,分阶段计算整合法律利益与非法律利益。^{②7}已有研究表明,律师和当事人习惯性地错误计算诉讼风险,他们往往高估在审判中胜诉的机会。^{②8}为了避免成为乐观主义的牺牲品,律师应该学会量化风险,依据掌握的信息,计算能在审判后获得的利益和会损失的利益。在分阶段计算诉讼成本过程中,相对于耗时长诉讼程序,调解程序费时短,律师也应在决定参与程序前就对时间成本作出计算。同时,还应该了解纠纷在法律和非法律上的利益,法律上利益是通过纠纷解决程序后获得的利益,非法律上利益包括资金周转压力、正在进行的纠纷所造成的精神损失、公开披露某些证据所造成的商业损失或是因共同过失造成的损失等其它。当事人在很多时候都没有能力去考虑到这些利益,更不用说在参与纠纷解决时,应该将哪一类利益放在优先地位。律师应该就此和当事人在选择之前进行讨论,分析调解和诉讼程序是如何影响收益,从而当事人能更合理的认识到自己收益并选择适当方式。

如果在通过上述评估手段审查风险后,律师和当事人仍坚持选择调解的程序,那么就应再次明确己方在该案件中的事实和法律问题,对这些问题的评估是找到合理解决方案的必经之路。可是实践中,律师经常仅列出有利于他方当事人的争议点,而对于不利

^{②6} Karen K.Klein, *Representing Clients in Mediation: A twenty-question preparation guide for lawyers*, North Dakota Law Review, Vol.84, No.3, 2008, P886-888.

^{②7} See Stephen Walker, *Mediation Advocacy: Representing Clients in Mediation*, Bloomsbery Publishing, 2015, P291-293.

^{②8} See Stephen Walker, *Mediation Advocacy: Representing Clients in Mediation*, Bloomsbery Publishing, 2015, P116.

于她/他方当事人的信息点就一笔带过。相反,在被要求对方当事人的立场进行评估时,又列举出更多不利于自己的争议点。这种行为不但会干扰调解进程,破坏各方达成解决方案的能力,当事人也因此受影响而无法保有平衡的心态。

3. 制作谈判协议替代性方案

在谈判中处于别无选择的处境是十分糟糕的。在进入调解程序后,律师应对任何提议确定一个替代方案,并与当事人确认拒绝或接受提议后可能产生的法律效果,以确保谈判不会陷入被动状态。谈判协议替代方案主要包括两类:其一,谈判协议最佳替代方案(Best Alternative to Negotiated Agreement, BATNA)^②在谈判调解过程中,当事人无法获得预期的最优结果时,律师应协助当事人调动各类资源确定一个最佳替代方案,以将损失减低至最小。其二,谈判协议最坏替代方案(Worst Alternative to Negotiated Agreement, WATNA)^③是一方取消谈判后(例如,终止调解)可能达到的最坏结果,会出现当事人无法获得对方赔偿,甚至还须支付对方必要的费用。简而言之,BATNA可以使委托人处于谈判中的有利地位,如果谈判未能达成和解协议,律师可以尝试推进BATNA,以接近最优结果。WATNA是委托人在谈判失败后的后路,可以帮助评估终止谈判并选择其他纠纷解决机制的时机。在谈判中,这两种方案可根据每一次参与调解会议的情况而进行修正。

当然,律师除了帮助当事人明确上述两种谈判协议的替代性方案外,还应知晓对方当事人及其律师制作的替代方案。如果对方没有谈判协议的替代方案或许还没有准备好,对方就容易根据你方的提议进行谈判。如果对方的谈判协议期望值不高的情况下,你方在谈判中就处于更有力的地位。如果对方不愿意将他/她的替代方案告知你方,律师可以通过查询相关资料,进行分析。

4. 了解并谨慎挑选调解员

律师和当事人应充分认识到调解员的重要性。有经验的调解员不仅会影响到律师在调解程序的代理策略,通过与律师的沟通,甚至可以在调解程序中做到引领和规划调解程序。他们还知道如何有效提升当事人的参与度,在调解中使用各种纠纷解决技巧,以确保调解的顺利进行。在连续的调解会议中,调解员会不断重新界定关键的争议点,争取双方当事人和律师的认可来化解紧张局面并克服僵局。

通常,调解机构都会提供一份调解员名单供双方选择。如果对方当事人愿意让你优先挑选调解员,那么你在挑选调解员时更应谨慎,不可滥用对方当事人的信任,当然也可以在挑选过程中与对方讨论你的想法。如果对方已选定调解员,只要对方挑选的调解员对我方无害,则应保有坦然接受的心态。^④因为选择调解程序的重要前提是秉持对调解员中立公正的信任,调解员若和对方关系亲密,仍有义务披露这一事实。无论何时发现

^② Roger Fisher, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Books, 1991, P8-16.

^③ See Boris Dapaah, *Do you know your BATNA from your WATNA?*, <https://thinkmediate.co.uk/know-your-batna-from-your-watna/>(May .5, 2020).

^④ Dwight Golan, *How to Borrow a Mediator's Power*, American Bar Association's Publication *Litigation*, 2004, P13-14.

调解员存在偏见,都可以提出终止调解。

在选择调解员之时还应熟悉各类调解模式的做法和调解员的个人习惯。根据美国学者沃克所言,目前存在 25 种不同的调解模式,律师应重点掌握调解员最经常使用的两种调解模式:一种是促进型调解模式,另一种是评估型调解模式。^{③②} 促进型调解模式的三个阶段:探索、交换和制定。在探索阶段,由调解员引出双方的最初立场、目标和他们希望如何实现这种目标。在交换阶段,由调解员来纠正双方对其目标的误解。制定阶段,调解员协助双方拟定和解协议。评估型模式与促进型模式的不同在于,在评估型模式阶段,调解员能更多参与审查争端相关的文件,并就争议焦点提出意见。尽管调解员通常不会固守在特定的模式中,但熟悉这两种模式后,律师能针对争议的特点选择擅长于某种模式的调解员,有利于己方实现其诉求。另外,对调解员个人习惯和喜好也值得关注。比如有的调解员是喜欢与一方当事人单独举行核心小组会议,还有的是喜欢与所有当事人一起举行联席会议;有的调解员擅长和律师打交道,还有的更期待当事人直接参与到调解程序等等。

(三) 中期:有效推动调解程序

经过充分审理的案件源于经过充分准备的案件。同样,成功的调解源于精心的调解准备。^{③③} 律师与当事人就参与调解程序达成共识后,应着眼于事实和证据的准备。律师开始各显神通,充分发挥自身的谈判和调解员沟通技巧,具体可从三方面,层层推进调解程序的顺利进行,促使双方在互利共赢的基础上达成和解协议。

1. 熟悉并充分利用谈判技巧

当事人积极参与谈判是调解的首要特点。争端当事人对争端最具有话语权,当事人的发言将会增加调解会议中谈判的质感,使得调解员更能深入争端之中,更准确的抓住双方的争议点,找到谈判的突破口。因此,律师应提前为当事人充分准备谈判内容,以免在被调解员询问的过程中不知道如何表述。

即使调解鼓励当事人为自己发声,但律师也可依据授权在调解中为当事人开展谈判。根据律师的角色不同存在两种谈判理论。^{③④} 一种是立场谈判,即在调解中采取对抗性方式攻击对方立场,捍卫己方立场。另一种是原则谈判,即律师将调解视为一个解决问题的过程,将自己作为一个解决问题的人进行谈判,经过深思熟虑,以双方互益为目标实现互利的结果,达成和解协议。学者研究发现,无论哪种谈判理论,律师的谈判技巧都包括对抗、合作、让步、回避和认可。^{③⑤} 但律师在调解程序中是问题解决者的角色,应特别关注原则谈判的立场。

^{③②} Stephen Walker, *Mediation Advocacy: Representing Clients in Mediation*, Bloomsbury Publishing, 2015, P66-68.

^{③③} Karen K.Klein, *Representing Clients in Mediation: A twenty-question preparation guide for lawyers*, North Dakota Law Review, Vol.84, No.3, 2008, P878.

^{③④} See Stephen Walker, *Mediation Advocacy: Representing Clients in Mediation*, Bloomsbury Publishing, 2015, P298-300.

^{③⑤} Melissa L.Nelken, *The Myth of The Gladiator and Law Students' Negotiation Styles*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.7, no.1, P5-7.

合作是指律师在谈判中兼顾己方和他方利益,抱有双赢的心态。在谈判过程中,律师应将双方利益需求摆在谈判桌上,探索多种解决方案(关于解决方案的具体形式将在下文详细叙述)。在合作思维的引导下,律师是具有创造力的并乐于接受新想法,不拘泥于自己事先设定的解决方案。作为另一种谈判技巧——让步,是愿意与对方进行合作的表现。认可则意味着律师和当事人同时也关注他人(如对方当事人、律师和调解员等)的需要,从而建立和维持谈判中和谐人际关系。律师更应该在调解会议中敏锐地捕捉到对方释放的不显眼的信号,感受对方情绪的细微变化,时刻和对方保持眼神的交流,这也是谈判技巧的体现。

2. 主动沟通并向调解员求助

如前所述,调解员熟知调解程序的每个阶段。律师既要配合调解员的工作,主动沟通,也要巧妙借助调解员的力量,引领和规划调解程序。比如,在调解会议开始前,律师就应该借助调解员的影响力创造更有益的谈判条件,通过提请调解员帮助确保另一方的关键人物在场,形成一个有效对话的谈判圈。对于案件争议焦点比较模糊的情况,律师可主动向调解员传达己方的利益需求,请调解员帮助收集参与谈判所需要的数据和信息。在整个调解过程中,律师还可向调解员建议己方适当的谈判形式,比如联合讨论或是单独核心会议。作为代理律师,不应该害怕让调解员尝试一些不同寻常的事情,应持有调解员是为各方当事人提供服务的心态。^{③⑥}

调解程序中期是双方谈判停滞的频发阶段。根据美国学者研究,调解陷入僵局有可能由各种冲突引发,比如关系冲突、数据冲突、价值冲突、利益冲突等。^{③⑦}有经验的律师会根据不同情况及时求助调解员,以打破僵局。比如,关系冲突,是指当事双方之间在争议发生时对彼此具有破坏性误解或成见,或是在调解程序中沟通不顺畅时所产生一种冲突关系。律师可要求调解人协助双方进行适当的谈判。因为调解员的中立性可以帮助各方缓解不安的敌对情绪,帮助他们澄清对彼此的看法,改善当事人之间的沟通方法。还比如最棘手的价值冲突,涉及一方当事人的道德价值观,通常由原则、意识形态或是宗教等无法妥协的问题引发,这类价值冲突很难在诉讼中进行识别。当律师认识到僵局是由于当事人个人价值冲突所形成的时候,律师也应该寻求调解员的帮助,利用调解员中立性向各方澄清自己的价值观,以核实各方当事人的价值是否真正处于冲突之中。如果存在矛盾,应该协助调解员围绕各方当事人的价值观展开工作,不可要求一方妥协,给未来的调解工作带来潜在威胁。

^{③⑥} See Dwight Golan, *How to Borrow a Mediators' Power*, AMERICAN BAR ASSOCIATION'S PUBLICATION LITIGATION, 2004, P3-13.

^{③⑦} See Stephen Walker, *Mediation Advocacy: Representing Clients in Mediation*, BLOOMSBURY PUBLISHING, 2015, P198-277.

结 语

如前所述,三步走程序的指引有效帮助律师在调解活动中从对抗型到问题解决型的角色转变。然而在我国法治大背景下,律师参与调解活动的配套制度不完善,仍然阻碍着律师的角色转变。比如,我国现行律师职业与执业道德规范仍然忽视律师在代理调解时的纪律和道德要求。2004年实施的《律师执业行为规范》(全国律协,2011发布)中仍旧仅以专章规定律师参与仲裁与法庭的执业规范,忽视律师代理调解在实践中的重要性。还比如缺乏相关制度的规制和引导削弱律师的忠诚义务,未能顺利与当事人建立起合作关系,律师在调解中的代理行为不能真正发挥优势。因此,逐步完善相关律师代理调解活动的法律制度,注重构建律师代理调解技巧机制,设立代理律师的奖惩制度安排,以提高律师在代理调解的职业积极性与社会认同感等方式,进一步发挥律师调解工作在化解矛盾纠纷,实现律师专业法律服务与调解这一中国特色非诉纠纷解决机制的有机结合。

Abstract: The role of lawyer can be divided into two types: adversary dispute solver and problem dispute solver. In the current mediation practice, lawyers still adhere to the wrong negotiation strategy and found it difficult to change into the role of problem resolver, which lead to the difficulty in achieving the expected effect of mediation. Based on the needs of different stages of the mediation process, this paper puts forward suggestions and guidelines for the specific practices of lawyers in each stage, and finally emphasizes that the system guarantee of lawyer's mediation activities should be urgently followed up. Under the principle of establishing a cooperative relationship with the client, the change of the role of lawyers should be promoted from the adversary type of rectifiers to the problem solvers mediators, so as to realize the organic combination of professional legal services of lawyers and mediation, a non-litigation dispute resolution mechanism with Chinese characteristics.

Keywords: lawyer; negotiation; mediation; role change

(责任编辑:魏 庆)

涉华仲裁裁决在俄罗斯承认和执行的案例分析及思考

王源泉*

内容提要 本文对司法审查外国仲裁裁决的俄罗斯仲裁法院体系做了介绍和说明,文中选择涉华仲裁裁决在俄罗斯承认和执行中易于发生的案例,尤其是因被申请人所在地不明和开庭适当通知所引起的纠纷案件,结合国际法、俄罗斯联邦法律以及对照中国相关法律进行了分析和评述,指出一些俄罗斯仲裁法院将国家统一法人登记簿摘要中被申请人法定地址,而不是把合同中指定的被申请人地址作为邮件通知的依据,有悖于国际商事仲裁当事人意思自治的原则,超越了审理承认和执行外国仲裁裁决申请的法律限制。针对涉俄仲裁文件的邮寄送达方式,合同中仲裁条款的拟定,笔者提出了示范性的具体建议,旨在提醒中国商务人员在涉俄商务谈判和签订合同时,提前了解俄罗斯联邦有关法律,采取必要的预先防范措施。

关键词 涉华仲裁裁决 承认和执行 仲裁法院 开庭适当通知

俄罗斯作为中国的近邻和“一带一路”沿线重要国家之一,与中国双边贸易日益扩大,据中国商务部统计,截至2019年年底,双边贸易额有望突破1100亿美元。随着贸易额逐年增加,产生的纠纷也在不断上升,但却很少见到涉华仲裁裁决在俄罗斯申请承认和执行的案例,主要原因之一是当事人感到在俄罗斯打官司程序复杂,环节太多,考虑到诉讼成本、时间和精力消耗,以及胜诉率等诸多因素,多数人持忍受和回避态度,或者被动采取和解的办法,宁愿承受损失也尽量避免打官司。本文通过对涉华仲裁裁决在俄罗斯承认和执行的司法审查几个判例分析,归纳出需要引起注重的问题和应该采取的防范措施,这将对中国律师和仲裁人士起到提示和启发作用,对从事俄罗斯贸易的商务人员具有参考和借鉴意义。

一、承认和执行外国仲裁裁决的法律依据

截至2020年5月3日,塞舌尔共和国成为联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》

* 王源泉,青岛仲裁委员会上合示范区国际仲裁院副秘书长。

(1958年6月10日订于纽约)即《纽约公约》第162个缔约国,该公约1960年11月22日对原苏联(俄罗斯联邦)生效,1987年4月22日对中国生效。中华人民共和国与俄罗斯联邦均是《纽约公约》的缔约国,国外仲裁裁决的承认和执行在中俄两国都适用《纽约公约》。中国在加入该公约时作了互惠保留和商事保留声明,也就是,中国对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约,中国仅对依中国法律认为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用《纽约公约》。1958年11月29日,原苏联(俄罗斯联邦)在签署加入《纽约公约》时没有提出保留声明,但俄罗斯联邦于2002年6月24日颁布的法律中,对承认和执行外国仲裁裁决的受理范围和管辖法院做了具体规定,“外国法院就商业和其他经济活动中产生的争议及其他案件作出的判决(外国法院)、仲裁庭和国际商事仲裁在外国领土上就商业和其他经济活动中产生的争议及其他案件作出的裁决(外国仲裁裁决),如果俄罗斯联邦的国际条约和联邦法律规定承认和执行这些裁决,则由仲裁法院在俄罗斯联邦承认和执行”^①。本文根据一些判例和有关法律,归纳了适用承认和执行外国仲裁裁决的中俄法律基本规定,对照表如下:

中俄法律的基本规定对照表

序号	区别	中华人民共和国	俄罗斯联邦	备注
1	时效	三年:从法律文书规定履行期间的最后一日起计算	三年:外国仲裁裁决自其生效之日起	
2	申请主体	由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行	根据仲裁审理当事人的请求,在仲裁法院解决。	
3	提交法律依据	1)《承认及执行外国仲裁裁决公约》第3条; 2)《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助条约》第16条和第21条; 《中华人民共和国民事诉讼法》第283条;	1)《承认及执行外国仲裁裁决公约》第3条; 2)《俄罗斯联邦和中华人民共和国关于民事和刑事司法协助条约》第16条和第21条; 3)《俄罗斯联邦诉讼程序法典》第241条第1款;	缔约国有义务按照其本国的诉讼程序法对境外做出的商事仲裁裁决予以承认和执行
4	管辖法院	被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院	承认和执行外国仲裁裁决的申请,应当由作出裁决有利一方当事人向债务人所在地或居所地或者如果债务人所在地或居所地不明确时,则向债务人财产所在地的俄罗斯联邦主体法院提出	所在地或居所地与财产所在地之间在俄罗斯是条件关系
5	上诉制度	除不予受理、驳回申请、管辖权异议的裁定外,人民法院裁定一经送达,立即生效	一审裁定自其做出之日起上诉期为1个月; 二审裁定自其做出之日起上诉期为2个月。	俄罗斯仲裁法院实行三级终审制。

^① 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》(2019年12月02日修订)第241条第1款(援引俄语原文)。

二、俄罗斯仲裁法院体系^②

俄罗斯联邦仲裁法院属于国家法院系统,管辖范围为经济纠纷案件和其他与进行经营性活动和经济活动有关的案件,其职能之一是对承认和执行外国仲裁裁决案件进行司法审查,但仅限于经营性和其它经济活动中产生的争议所作出的裁决。其分类如下:

(一)专门仲裁法院,亦称知识产权仲裁法院(审查与知识产权保护有关的争议),作为一审法院和上诉法院;

(二)联邦主体仲裁法院,属于一级法院,总共有81家。其中包括联邦主体共和国、边疆区、州、直辖市、自治州和自治区的仲裁法院,处理一审案件;

(三)上诉仲裁法院,属于二级法院,共有20家。针对没有生效的实体案件,而不是个别程序问题审查;

(四)联邦大区仲裁法院,属于三级法院,共计10家,即伏尔加-维亚特卡大区(F01)、东西伯利亚大区(F02)、远东大区(F03)、西西伯利亚区(F04)、莫斯科大区(F05)、伏尔加大区(F06)、西北大区(F07)、北高加索地区(F08)、乌拉尔大区(F09)和中央大区(F10)仲裁法院,审查上诉案件中仲裁法院所作裁定的程序规范和适用法律的正确性;

(五)俄罗斯联邦最高法院,是监督和终审法院,原联邦最高仲裁法院(属于第四级法院)已于2014年8月6日并入最高法院系统,仲裁监督和审查职能归属联邦最高法院经济纠纷司法委员会。

三、如何选择有管辖权的仲裁法院

(一)被申请人所在地不明的判例简介

编号为A70-9435/2014判例^③,申请人中国石化国际有限公司(以下简称中石化公司)向俄罗斯秋明州仲裁法院提出申请,要求承认和执行斯德哥尔摩商会仲裁院的仲裁裁决,同时申请对被申请人赛普拉斯油田控股有限公司(以下简称赛普拉斯公司)在秋明州的财产采取保全措施。申请人从塞浦路斯共和国“贸易、工业和旅游部”官方注册者和公司登记部门摘要中得知,2014年5月23日注册于塞浦路斯尼科西亚朗普萨斯街1号的赛普拉斯公司办公地址不明。法院认为,申请人提交申请时违反了行使司法保护权程序规定的要求,2014年8月19日,法院决定搁置申请不动,建议申请人提供秋明州仲裁法院对本案拥有管辖权的证明。为此,申请人提交了俄罗斯联邦司法部国家注

^② 俄罗斯联邦仲裁法院官方网站, <http://www.arbitr.ru/>(摘自俄语原文),最后访问日期:2020年5月7日。

^③ 《关于退回承认和执行斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决和临时措施申请的裁定书》秋明州仲裁法院, A70-9435/2014(2014年8月26日)(摘自俄文原文)。

册商会联邦预算局摘录,截至2014年8月21日,赛普拉斯公司的分支机构在俄罗斯联邦境内认可的外国法人分支机构在国家登记簿摘要中没有列出,同时申请人引证了被申请人在俄罗斯联邦境内“SGK-钻井”有限责任公司拥有100%份额的财产,其登记地是秋明州秋明市共和国街59号,因此申请人坚持秋明州仲裁法院对本案具有管辖权,原申请内容保持不变。然而,法院仍然认为,作为搁置申请不动的理由并没有被消除,根据俄罗斯联邦仲裁程序法典第242条第1款,只有债务人的所在地或居住地不明时,才可向债务人财产所在地的俄罗斯联邦主体仲裁法院提出申请,申请人关于秋明州仲裁法院对本案拥有管辖权的意见缺乏适当的证据,2014年8月26日法院作出裁定,退回申请人关于承认和执行斯德哥尔摩商会仲裁院裁决的申请和关于采取临时保全措施的申请。该裁决可以在一个月内向第八仲裁上诉法院提出上诉,上诉申请通过秋明州仲裁法院提交。

编号为A75-9009/2014判例^④,自秋明州仲裁法院退回申请人的申请后,申请人中石化公司向被申请人赛普拉斯公司在俄罗斯财产所在地的另一家仲裁法院,即秋明州汉特-曼西斯克自治区仲裁法院提出了承认和执行斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决的申请,同时提出采取财产保全措施的请求:1、禁止被申请人转让或抵押其在欧亚修井有限责任公司和《SGK-钻井》有限责任公司的注册资本;2、请求科格林市联邦税务局检查机关,秋明州第14号联邦税务局跨区检查机关以及莫斯科市第46号联邦税务局跨区检查机关对被申请人列入国家统一法人登记簿中的股份转让或抵押信息禁止登记。2014年9月17日,汉特-曼西斯克自治区仲裁法院作出裁定,支持申请人关于采取保全措施的申请。被申请人不服,向第八仲裁上诉法院提出上诉,要求撤销汉特-曼西斯克自治区仲裁法院的裁定,后来上诉人又放弃上诉的申请。在双方当事人缺席的情况下,上诉法院对本案案情和上诉人放弃上诉申请进行了开庭审理,没有发现放弃上诉申请与法律相抵触,也不侵犯其他人权利,第八上诉仲裁法院于2014年11月14日作出决定,终止上诉程序。该裁决自作出之日起生效,在作出全部裁决之日起一个月内可以向西西伯利亚大区仲裁法院提出上诉。

(二) 申请人对管辖法院拥有选择权

作为对照,首先介绍中国法律规定,“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理”^⑤。如果两个以上法院均有管辖权的,当事人可以向其中一个人民法院申请执行,当事人向两个以上人民法院申请执行的,由最先立案的人民法院管辖。根据国际私法理论,外国仲裁裁决一旦得到一地法院的承认和执行,若法院辖区内的财产不足以满足申请人债权的,该法院可以委托其他法院代为执行。中国涉外仲裁委员会作出的发

^④ 《终止上诉程序的裁定书》第八上诉仲裁法院, A75-9009/2014(2014年11月14日)(摘自俄文原文)。

^⑤ 《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修订)第283条。

生法律效力的仲裁裁决,当事人请求执行的,如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行^⑥。

俄罗斯仲裁法院基本原则也是原告诉被告,“申请承认和执行外国法院判决和外国仲裁裁决,由作出裁决有利的一方(以下简称索赔人),向债务人的所在地或居所地,或者如果债务人的所在地或居所地不明,向债务人的财产所在地的俄罗斯联邦主体仲裁法院提出”^⑦,对位于或居住在外国的被申请人提出索赔,可以向被申请人在俄罗斯联邦境内财产所在地的仲裁法院提出申请^⑧,对有管辖权的法院选择权属于申请人。

虽然中俄法律都规定,申请人对有管辖权的法院拥有选择权,但是,关于被申请人住所地法院与其财产所在地法院之间的关系,在中国法律上是并列关系,而在俄罗斯却是条件关系,也就是说,被申请人所在地或居所地仲裁法院在俄罗斯具有优先管辖权,申请人向被申请人财产所在地仲裁法院提出申请的前提,必须证明被申请人所在地或居所地不明。这样的规定看似很简单,实际上对申请人来说是非常麻烦和棘手的。在上述A70-9435/2014判例中,应该说申请人已经提供了被申请人所在地或居所地不明和被申请人在俄罗斯秋明州秋明市共和国街59号的“SGK-钻井”有限责任公司拥有100%份额财产的证明,但法院仍然认为,申请人缺乏秋明州仲裁法院对本案拥有管辖权的适当证据。那么究竟什么情况才属于被申请人所在地或居所地不明呢?作者检索和查阅了很多俄罗斯法律资料,没有找到任何关于被申请人所在地或居所地不明的定义及其解释,或许这取决于法官的自由裁量权,那样的话,就意味着剥夺了申请人对有管辖权法院的选择权。如果被申请人故意提供了虚假地址,申请人根本不知道或无法查到,而法院一定要求申请人提供被申请人所在地或居所地不明的证据,否则不予受理,这将无意中为被申请人创造一个逃脱法律责任的机会。对于此类问题,中华人民共和国最高人民法院曾作出批复,“人民法院不得仅以原告不能提供真实、准确的被告住址为由裁定驳回起诉或者裁定终结诉讼”^⑨。这样即使被申请人所在地或居所地无法确定,法院也可以采用公告送达等方式通知被申请人和发送法律文书,或者申请人选择被申请人财产所在地法院提出申请,都可以有效地阻止被申请人钻法律空隙和逃避法律责任的企图。

关于对财产保全管辖法院的选择,中国法律规定,“当事人申请财产保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院”^⑩,“当事人申请采取保全的,中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请,提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定”^⑪。俄罗斯联邦法律规定,仲裁法院可以根据涉案申请人的请求,对另一人采取紧急临时措施,以确保申请人的索赔或财产权益,在仲裁过

⑥ 《中华人民共和国仲裁法》(2017年修订)第72条。

⑦ 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》(2019年12月02日修订)第242条第1款。

⑧ 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》(2019年12月02日修订)第36条第3款(援引俄语原文)。

⑨ 《最高人民法院“关于依据原告起诉时提供的被告住址无法送达应如何处理问题的批复”》,法释〔2004〕17号。

⑩ 《中华人民共和国仲裁法》(2017年修订)第28条第2款。

⑪ 《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修订)第272条。

程的任何阶段都允许采取临时措施。应仲裁程序一方当事人的请求,采取临时措施可由仲裁庭所在地、或在债务人的地址或居住地、或在债务人的财产所在地仲裁法院进行^⑫。然而,申请人在提交财产保全时,按照俄罗斯法律规定,申请书中必须填写被申请人名称、地址、纳税人识别号等信息,否则会被仲裁法院搁置申请不动或限期消除这种状况^⑬。在 A 75-9009/2014 判例中,很可能是由于申请人没法填写被申请人地址和纳税人识别号,仲裁法院依据该条款规定作出了搁置申请不动的决定,以及申请人不能按期满足要求而作出退回申请人申请的裁定。

上述两个判例说明,同一案件在不同仲裁法院作出了结论截然不同的裁定,验证了俄罗斯联邦仲裁程序法第 242 条第 1 款存在着定义不清的问题和法官裁量权幅度过大的弊端。本文认为被申请人住所地或者财产所在地的仲裁法院应该由申请人自行选择,不应该设置前提条件,这样不仅给申请诉讼和有效维权带来方便,同时对当事人各方也公平合理,因为任何国家都应该本着有利于当事人行使诉讼权利、保护民事主体的合法权益和维护社会和经济秩序的原则来制定法律。

此外,关于上诉人和被上诉人缺席开庭问题,中俄两国法律规定存在着差别,按照中国法律,第二审人民法院一般仍适用第一审普通程序规定,原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以按撤诉处理;被告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以缺席判决;除非人民法院裁定不准许撤诉的,原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以缺席判决^⑭。但按照俄罗斯联邦法律规定,上诉当事人有权通知仲裁法院,在他们缺席的情况下可以审理案件^⑮。

四、俄罗斯的上诉程序和制度

(一) 俄最高法院裁定承认和执行中国贸仲仲裁裁决的判例简介

编号为 A 40-217053/2018 判例^⑯,申请人中国中联重科股份有限公司(以下简称中联重科公司)因被申请人俄罗斯阿尔玛汽车封闭式股份公司(以下简称阿尔玛公司)未能自愿履行 2017 年 8 月 8 日中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称中国贸仲)做出的仲裁裁决,向被申请人所在地莫斯科市仲裁法院提交了承认和执行中国贸仲仲裁裁决的申请。2019 年 3 月 15 日莫斯科市仲裁法院裁定驳回申请,理由是申请人缺乏证据证明在外国仲裁中适当通知了被申请人有关案件审理的时间和地点。一审法院认为,在案卷材料中所提供的邮件通知是发往莫斯科农业街 30 号 1 号楼,这个地址不符合国家

^⑫ 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》(2019 年 12 月 02 日修订)第 90 条第 3 款。

^⑬ 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》(2019 年 12 月 02 日修订)第 92 条第 2 款第 2 项和第 128 条第 1-3 款(摘自俄文原文)。

^⑭ 《中华人民共和国民事诉讼法》(2017 年修订)第 143、144 和 145 条。

^⑮ 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》(2019 年 12 月 2 日修订)第 156 条第 2 款。

^⑯ 《关于撤销一审二审裁定及承认和执行中国贸仲仲裁裁决的终审裁定书》俄罗斯联邦最高法院, A 40-217053/2018 (2018 年 11 月 29 日)。

统一法人登记簿摘要中登记的被申请人地址（莫斯科和平大街19号1号楼）以及合同中指定的被申请人地址。在邮件通知中“收件人签字”一栏没有填写。申请人不服，上诉到莫斯科大区仲裁法院，2019年5月31日，二审法院作出决定，驳回上诉请求，维持原判。申请人不服，继续上诉，俄罗斯联邦最高法院经济纠纷司法委员会经核实案卷证据查明：在申请人和被申请人签订的七份合同中显示，被申请人自己指定的地址为莫斯科农业街30号1号楼，中国贸仲按照被申请人在合同中指定的地址，以及仲裁庭和申请人已知的这个地址，通过EMS快递服务发送给被申请人涉案法律文件和开庭通知，并且这些文件已由安德烈切娃和彼奇格娜签收，从以后邮件通知中所显示的内容，说明这两个人有权接收本公司邮政信件。最高法院认为，莫斯科农业街30号1号楼地址符合《国际商事仲裁法》第3条第1款规定当事人最后一个已知地址的要求，因此中国贸仲将文件发送到这个地址合法有效。2019年11月29日，俄罗斯联邦最高法院经济纠纷司法委员会作出终审裁定：撤销莫斯科市仲裁法院对A40-217053/2018案件的裁定以及莫斯科大区仲裁法院在同一案件中的决定，承认并执行中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁院作出的仲裁裁决，责令莫斯科市仲裁法院发出执行令。

（二）俄罗斯实行三审终审制

中国关于仲裁司法审查的案件，包括申请和执行外国仲裁裁定案件的法律规定，“人民法院在仲裁司法审查案件中作出的裁定，除不予受理、驳回申请、管辖权异议的裁定外，一经送达即发生法律效力。当事人申请复议、提出上诉或者申请再审的，人民法院不予受理，但法律和司法解释另有规定的除外”^{①⑦}。也就是说，外国仲裁裁决申请在中国承认和执行，只要经过有管辖权的中级人民法院进行程序性审查，裁定予以承认和执行的，作出的裁定一经送达立即生效。比如（2013）穗中法民四初字第12号的判例^{①⑧}，申请人俄罗斯欧凯有限公司与被申请人中国广东南方富达进出口有限公司因货款交付纠纷一案，申请人向中国广东省广州市中级人民法院申请承认和执行俄罗斯联邦工商会国际商务仲裁院作出的仲裁裁决，2013年12月3日，法院裁定对俄罗斯联邦工商会国际商务仲裁院作出的仲裁裁决予以承认和执行，本裁定送达后立即生效。

俄罗斯仲裁法院实行三审终审制，对一审联邦主体仲裁法院作出的仲裁裁定，如果当事人不服，根据俄罗斯联邦关于“仲裁法院对承认和执行外国法院判决或外国仲裁裁决所作的裁定，可以自裁定作出之日起一个月内向大区仲裁法院提出上诉”^{①⑨}的规定，可以向一审法院的主管大区仲裁法院提出上诉，二审决定自作出之日起生效。如果当事人仍然不服，在二审法院决定生效之日起不得超过两个月，可以向俄罗斯联邦最高法院经济纠纷司法委员会提出上诉申请^{②⑩}。经济纠纷司法委员会履行监督职能，不审查实体案件，只负责检查遵守法律的正确性以及审查案件过程中是否存在违规行为，在上诉请求

^{①⑦} 《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（法释〔2017〕22号）第20条。

^{①⑧} 《承认和执行外国仲裁裁决纠纷案民事裁定书》广州市中级人民法院，（2013）穗中法民四初字第12号。

^{①⑨} 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》（2019年12月2日修订）第245条第3款，（援引俄文原文）。

^{②⑩} 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》（2019年12月2日修订）第291.2条第1款，（援引俄文原文）。

发送到最高法院之前对上诉案件进行筛选,这样最后留在俄罗斯联邦最高法院审议的案件数量会明显减少^①,这种程序类似于美国、瑞典、挪威、奥地利等国的裁量上诉或者上诉许可。 三审终审制有利于加强对当事人的权利保障和为当事人获得更多的法律救济机会,有助于营造稳定、公平、透明和可预期的法制化环境,希望我国在今后立法或者修订法律时作为参考、借鉴和选项之一,那样可以从根本上减少申请再审的概率。其不足之处是延长了诉讼时间和降低了司法效率。

五、关于“适当通知”引起庭审争论的案例及其分析

(一)“开庭适当通知”的判例简介

编号为 F03-5393/2008 判例^②, 申请人中国东宁庆阳有限责任公司与被申请人俄罗斯符拉迪沃斯托克肉类联合体股份有限公司关于货物欠款纠纷一案, 申请人向俄罗斯滨海边疆区仲裁法院申请承认和执行中国牡丹江仲裁委员会于 2007 年 6 月 26 日作出的仲裁裁决, 一审仲裁法院在 2008 年 8 月 20 日作出裁定, 驳回诉讼请求, 理由是根据《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第 244 条第 1 款第 2 项, 被申请人没有收到开庭时间和地点通知, 缺席了仲裁审理。

申请人不服, 上诉到远东大区仲裁法院, 根据《1965 关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》即(海牙送达公约)第 3 和 7 条规定, 认为牡丹江仲裁委员会通知了被申请人案件审理的时间和地点。 远东大区仲裁法院审查了一审法院裁定的合法性, 根据《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第 288 条规定, 没有找到撤销一审的理由, 因为根据一审法院提供, 牡丹江仲裁委员会曾通过中国和俄罗斯主管机关委托滨海边疆区法院通知了被申请人开庭审理的时间和地点, 由俄罗斯联邦司法部发送给中华人民共和国司法部办理通知的时间为 2008 年 2 月 6 日, 而牡丹江仲裁委员会开庭时间为 2007 年 6 月 26 日, 也就是说被申请人在收到开庭时间和地点通知之前已经开庭, 而后牡丹江仲裁委员会再没有提供其他方式证明预先通知了被申请人。 二审法院认为, 《海牙送达公约》适用国家司法机关的民事和商事案件, 不适用于调解仲裁审理双方的通知问题, 因此裁定驳回上诉申请, 维持一审原判, 本裁定自作出之日起发生法律效力。

作为对照, 如(2016)浙 07 协外认 2 号判例^③, 申请人俄罗斯季节有限公司与中国浙江武义万隆门业有限公司关于供应钢质门预付款纠纷一案, 申请人向中华人民共和国浙江省金华市中级人民法院申请承认和执行俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院作出的仲裁裁决。 诉辩双方围绕着被申请人是否收到开庭通知而展开激烈辩论, 由于被申请

^① 《巴赫耶夫和伙伴》律师事务所网站, <https://advokat-kr.ru> (摘自俄语原文), 最后访问日期: 2020 年 5 月 7 日。

^② 《关于驳回承认和执行牡丹江仲裁委员会仲裁裁决上诉申请的裁定书》远东大区仲裁法院, F03-5393/2008 (2009 年 03 月 18 日) (摘自俄文原文)。

^③ 《关于承认和执行俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院裁决的民事裁定书》浙江省金华市中级人民法院, (2016)浙 07 协外认 2 号 (2017 年 5 月 23 日)。

人在第一次仲裁答辩通知回执单上签了字,故浙江省金华市中级人民法院于2017年5月23日作出裁定,承认和执行俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院所作出的仲裁裁决。

上述编号为A40-217053/2018的判例,一审莫斯科市仲裁法院和二审莫斯科大区仲裁法院也是以中国贸仲未能适当通知被申请人阿尔玛公司开庭时间和地址为由,作为不予承认和执行中国贸仲仲裁裁决的根据。

(二)“开庭适当通知”的案例分析及其评述

在实际中,某些俄罗斯被申请人可能明知自己在实体问题上亏理欠债,却在外国仲裁机构或仲裁庭审理案件时故意采取回避态度和不出庭的策略,迫使仲裁庭不得不在被申请人缺席的情况下开庭审理,而在承认和执行外国仲裁裁决的司法审查中再提出异议,根据《纽约公约》第5条第1款第2项和《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第244条第1款第2项的规定进行抗辩,试图达到拒绝承认和执行外国仲裁裁决的目的。从上述几个案例可知,大部分案件诉辩双方的争议焦点都集中在仲裁机构是否及时和以适当方式通知被申请人开庭的时间和地点上,这也成为外国仲裁裁决在俄罗斯司法审查中被拒绝承认和执行的最常见最主要的理由。

仔细研究和分析A40-217053/2018号纠纷案,不难发现,俄罗斯联邦最高法院裁定书中存在很多疑点和矛盾之处。最高法院查明,涉案合同中被申请人指定自己的地址为莫斯科农业街30号1号楼,被申请人在EMS通知单上有两个人签字。涉案合同中规定,如果一方的地址发生变化,必须在7个工作日内通知另一方,7份合同签订时间为2013年1月到4月,而被申请人在国家统一法人登记簿摘要中注册的新地址莫斯科和平大街19号1号楼的开始时间为2014年8月26日,案卷中没有通知申请人地址变更的证明,被申请人代表也没有向司法委员会会议提交此类的证据。截至中国贸仲作出裁决日,申请人和中国贸仲没有收到关于被申请人其他地址的信息,因此,被申请人将承担与未收到或不及时收到通知有关的风险。鉴于上述情况,最高法院没有理由得出这样的结论:由于外国仲裁审理没有遵守适当通知被申请人仲裁程序和不当通知被申请人开庭时间和地点而拒绝中国贸仲仲裁裁决的承认和执行。对于有争议的司法行为应该予以撤销,因为所通过的行为严重违反了实体法和程序法的准则。那么,作为一审莫斯科市仲裁法院及二审莫斯科大区仲裁法院,为什么认为莫斯科农业街30号1号楼不是涉案合同中被申请人指定的地址?为什么认定在“收件人签名一栏”未填写呢?为什么不去查清被申请人在国家统一法人登记簿摘要中登记新地址后一直未通知申请人其地址变更呢?这些本不复杂,显而易见的具体问题在最高法院裁定书中没有任何解释和说明,由此在俄罗斯联邦上级和下级法院之间出现彼此矛盾的裁定,确实让人费解和疑惑!本文作者为了揭开谜底,多次向中联重科公司求证,尝试弄清涉案合同中被申请人指定地址以及中国贸仲将开庭通知发送到莫斯科农业街30号1号楼地址的依据,遗憾的是,对方以商业秘密为由婉言谢绝。

该案判决在俄罗斯也引起很大反应和热议,2020年4月,《巴托利乌斯》律师事

务所顾问谢尔盖·布德林律师在俄罗斯《法律网》(Zakon.ru)发表一篇评论文章^④,认为其中存在不解之谜。其一,一审法院认为,和平大街19号1号楼是阿尔玛公司的法定地址和合同中指定的地址,那么中联重科公司是从哪里得到农业街30号1号楼地址的?其二,在中国贸仲发送的邮件通知中,在“收件人签名一栏”未填写,可能有签名,但没有文字记录,也许开始有记录,但没有签名?其三,从字面上看,莫斯科大区仲裁法院二审决定,包括标点错误都在重复一审的句子,甚至还复制了“收件人签名一栏”未填写的原话;其四,在最高法院裁定中,第一次听到莫斯科农业街30号1号楼原来是“被申请人在合同中指定的”的地址。可以假设,一审和二审法院只读了合同中的序言和最后“当事人的法定地址”部分,而在合同文件中间有一个“通知”条款,作为发送信件指定地址莫斯科农业街30号1号楼,一审和二审法院没有注意到,最高法院看到了,这也包括安德烈切娃和彼奇格娜的签收。2019年8月《尼克托诺夫,萨维利耶夫和合作伙伴》律师事务所合伙人伊利亚·拉奇科夫和律师安娜·谢尔巴科娃在俄罗斯《仲裁网》(Arbitration.ru)发表文章^⑤指出,从2017到2019年,他们律师事务所参与了该案件,莫斯科市仲裁法院的裁定依据是按照《俄罗斯联邦和中华人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约》^⑥(以下简称条约)第20条第3款规定,拒绝承认和执行的诉讼裁决理由之一是未出庭的当事一方未经合法传唤。但该《条约》不适用于国际商事仲裁通知各方的程序问题,莫斯科市仲裁法院援引一项不适用的国际条约,是被撤销其裁定的根据。俄罗斯仲裁法院为审理纠纷建立的通知标准,即仲裁法院向法人发送诉讼通知的地址应该按照国家统一法人登记簿摘要(俄罗斯联邦仲裁程序法典第121条第4款第1项)中确定的地址,这种方法意味着,外国常设仲裁机构在每次给俄罗斯被告发送通知之前,应该确认是否符合协议中指定的地址,同时符合国家统一法人登记簿摘要中指定的地址,并至少按国家统一法人登记簿摘要中的地址发送通知,实质上法院超过了审理承认和执行外国仲裁裁决申请的法律限制,与国际商事仲裁的当事人意思自治原则相抵触。

那么,采取何种方式通知才能构成适当通知呢?《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第123条做了明确规定:1、如果进行某个程序行为开庭前,仲裁法院拥有收件人收到按本法规定程序向其发送的起诉和程序申请副本或确认接受诉讼申请副本的信息,则涉案当事人和仲裁程序其他参加人被视为已经适当通知;2、如果诉讼通知交给公民本人或与其一起居住的成年人,按照送达通知返回到仲裁法院的回执或显示送达日期和时间的其他文件以及信息来源,该公民被视为已经适当通知;3、向法人及授权接收信件人送达的诉讼通知;4、涉案当事人和仲裁程序其他参加人也被视为仲裁法院以适当形式通知,如果:1)收件人拒绝接收诉讼行为的副本,而这种拒绝被邮政通信机构或仲裁法院所记

^④ 谢尔盖·布德林律《中国通知的案件》2020年4月29日,载法律网,https://zakon.ru,最后访问日期:2020年5月7日。

^⑤ 伊利亚·拉奇科夫和安娜·谢尔巴科娃,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁裁决在俄罗斯承认和执行》,《仲裁网》,俄罗斯仲裁协会国际仲裁出版社,第49页,2019年8月12日。

^⑥ 《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》(1992年6月19日于北京签订)。

录; 2) 按规定程序仲裁法院发送邮件通知, 尽管收件人似乎没有收到这种诉讼行为的副本, 邮政通信机构已经通知了仲裁法院; 3) 由于没有收件人指定的地址, 导致诉讼行为的副本没有送达, 邮政服务机构把该信息来源通知了仲裁法院; 4) 诉讼通知已送达法人分支机构或代表处的授权人员; 5) 诉讼通知送达给涉案当事人的代表; 6) 有证据表明按照本法第 122 条第 2 和 3 款规定 (即如果诉讼行为的副本直接以仲裁法院或按其所在地发送给收件人或其代表, 这样的送达被视为已收到; 如果诉讼行为的副本通过电话、电报、传真或电子邮件或使用其他通信手段和交付信件方式发送给收件人, 则留在仲裁法院的所发送的文本副本, 包括发送文本的人的姓氏、传送日期和时间, 以及接受文本的人的姓氏) 程序送达或发送诉讼通知; 5. 如果被告的地址或居住地不明, 发送到被告最后已知的地址或居住地被视为已经适当通知。在本条解释中强调, 通知事实必须以书面形式适当反映在案件档案中, 邮政通信机构通过发送通知信封上的记录书面通知仲裁法院, 不必编写单独文件。

《纽约公约》第 5 条规定, 拒绝承认和执行外国仲裁裁决的七项理由, 此外任何其它事由均不得成为拒绝承认和执行外国仲裁裁决的合法理由。中华人民共和国仲裁法第 63 条规定, 被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第 237 条第 2 款规定的情形之一的, 经人民法院组成合议庭审查核实, 裁定不予执行。中华人民共和国民事诉讼法第 274 条规定了四种不予执行情形, 以及人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的, 裁定不予执行。此外, 中国建立了中级人民法院拟拒绝承认和执行外国仲裁裁决的“内部报核”制度^②。《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第 244 条规定, 在以下情况下, 仲裁法院全部或部分拒绝承认和执行外国法院裁决: 1、根据该国法律在其领域内做出的裁决尚未生效; 2、没有及时地和以适当方式通知被申请人审理案件的时间和地点, 或者由于其他原因无法向法院提供解释; 3、根据俄罗斯联邦国际条约或联邦法律所审理的案件属于俄罗斯联邦专属管辖权法院的; 4、基于同一标的, 同样理由和与同一人之间的争议案件, 在俄罗斯联邦已经具有法律效力的裁决; 5、在外国法院提起诉讼之前, 基于同一标的, 同样理由和与同一人之间的争议案件, 在俄罗斯联邦的一家法院正在审理, 或者俄罗斯联邦法院已经开始受理这样争议的申请; 6、外国法院判决的强制执行时效期届满, 仲裁法院不能恢复这一期限; 7、执行外国法院的裁决将违反俄罗斯联邦的公共秩序。

仲裁文件可以采用挂号信、特快专递、传真、电子邮件等能提供投递记录的方式送达, 关键是主张已经送达的一方要能证明相关仲裁文件已送达或可视为已送达。根据《纽约公约》第 3 条规定, 承认仲裁裁决具有约束力的缔约国, 应该根据裁决地的仲裁程序规则去执行。所以既不需按照《司法协助条约》, 也不必适用《海牙送达公约》, 应当依照当事人约定或约定适用的仲裁规则来确定是否构成适当通知。按照俄罗斯法律规定, 应以带回执挂号信邮寄或者以任何规定登记的尝试送达这种通知的其他方式向收件人送交, 邮寄到收件人常住地、企业住所或邮寄地址, 则被视为已接收, 除非双方另有约定。

^② 《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》(法释〔2017〕21号)第2条第1款。

六、关于案例中引用的公共秩序问题

（一）以违反公共秩序为由上诉的判例简介

编号为 A 14-7524/2016 判例^②，2016 年 12 月 9 日，俄罗斯沃罗涅日州仲裁法院作出裁定，支持申请人中国比亚迪汽车工业有限公司的申请，承认和执行中国贸仲于 2015 年 9 月 2 日作出的仲裁裁决。被申请人俄罗斯重型机械压力机开放式股份公司以一审法院违反俄罗斯实体法和程序法为由，上诉到中央大区仲裁法院，要求撤销一审裁定，其理由是：1、中国贸仲没有适当通知其审理案件的地点和时间；2、中国贸仲裁定与俄罗斯联邦公共秩序相矛盾，根据《俄罗斯联邦民法典》第 310 条，单方面拒绝履行义务是不允许的，因此中华人民共和国法律不适用当事人之间的争端。上述理由曾在一审答辩中提出过，一审仲裁法院在对案卷中提出的证据进行评估之后，认为中国贸仲已适当通知债务人审理案件的地点和时间，并没有剥夺保护债务人利益的客观机会，同时还指出，案件的情况并不能证实申请人单方面拒绝履行其义务。一审法院认为，债务人在履行合同义务的框架内收到了预付款，债务人应该交付给索赔人合同中的热压机设备。由于 2013 年 7 月 9 日双方签署了一项关于终止上述合同的新协议，债务人同意返回已收到的预付款其中的一部分，其余作为今后签新协议项下继续采购货物的预付款。为此一审法院驳回了债务人关于索赔人单方面终止合同的抗辩。由于当事人之间的争议是由于债务人未能偿还预付款引起的，法院认为债务人关于仲裁裁决违反俄罗斯联邦公共秩序和该争议不适用中华人民共和国法律的论点没有根据。在这种情况下，上诉法院认为，一审法院基于对证据的评估，其结论是实体法的正确适用，债务人上诉理由是重复陈述一审法庭上的论点，违反程序法规则行为导致无条件取消上述裁定的理由尚未确定，因此中央大区仲裁法院作出决定，维持一审裁定不变，驳回上诉。该裁定自作出之日起生效，两个月内可以向俄罗斯联邦最高法院司法委员会提出上诉。

（二）公共秩序的定义及解释

自 1804 年《法国民法典》中出现“公共秩序”一词以来，人们一直试图给出一个明确的定义，但至今仍然没有一个完整和明确的定义被普遍接受，各国对于公共秩序的界定缺乏统一的标准。以违反公共秩序为由，也是被申请人抗辩或者法院拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由之一。

国际私法上的“公共秩序”，主要是指法院在依自己的冲突规范本应适用某一外国法作为准据法，或者在应请求提供国际民事司法协助时，如果外国法适用的结果或者提供司法协助与法院国的重大利益、基本政策、基本道德观念或法律的基本原则相抵触，则

^② 《审查仲裁法院生效司法行为合法性和有效性上诉的裁决书》中央大区仲裁法院，A 14-7524/2016（2017 年 4 月 6 日）（摘自俄文原文）。

可以拒绝或排除适用该外国法,或者拒绝提供司法协助的一种保留制度^{②9}。中国法律规定,“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律”^{③0}。

作为俄罗斯国际私法的基本制度,公共秩序条款载于《俄罗斯民法典》,“根据本条规则可适用的外国法律规范在特殊情况下不得适用,因为其适用的后果显然与俄罗斯联邦的法律秩序(公共秩序)原则相抵触,同时考虑到外国因素复杂关系的性质,在这种情况下,如有必要,适用俄罗斯法律的相应规则。拒绝适用外国法律规则不能仅仅基于有关外国的法律、政治或经济制度与俄罗斯联邦的法律、政治或经济制度之间的差异”^{③1}。这种直接限制外国法适用的立法方式,是一个颇具弹性的自由裁量条款,在现代俄罗斯司法实践中,“公共秩序”的概念尤其在承认和执行外国法院和仲裁裁决方面发挥着重要作用,已经有一些案件,法院有理由确定“公共秩序”的含义。如果确定这些外国法律规则的内容只是“不适合”俄罗斯法律秩序,那么法院以这些规则与俄罗斯公共秩序相矛盾为借口拒绝适用这些规则是不够的,法院必须查明适用这些外国法律规则是否会导致与俄罗斯联邦现在公共秩序不相容的事实情况。在 A 14-7524/2016 案例中,一审法院引用了俄罗斯联邦最高仲裁法院第 156 号信函内容做了公共秩序的表述:俄罗斯联邦的公共秩序是指具有最高的强制性和普遍性、特殊社会和公共意义的基本法律原则,并构成建设国家经济、政治和法律制度的基础,这些原则包括禁止损害国家主权和安全、影响重大社会群体利益以及侵犯公民宪法权利和自由行为的原则。沃罗涅日州仲裁法院裁决正确地掌握了公共秩序的定义和界限,得到了中央大区仲裁法院的支持,维护了申请人合法利益。

七、需要引起的反思与预先防范的措施

(一) 仲裁机构应关注的问题

根据《俄罗斯联邦仲裁程序法》第 242 条第 2 和 3 款规定,申请承认和执行外国仲裁裁决的申请人在申请书中应提供:1、被申请人名称及其所在地和居住地;2、以适当方式证明和确认外国法院在案件审理时及时和以适当方式通知了被申请人的文件。也就是说,向俄罗斯法院提交承认和执行外国仲裁裁决的申请,前提是申请人必须知道并且填写被申请人所在地和居住地,并对开庭审理前以适当方式通知被申请人的文件负有举证责任。这样,对中国仲裁机构惯常以邮寄方式进行域外送达来说,存在着以下三个问题:

1. 仲裁机构基本都是按照仲裁协议或含仲裁条款的商务合同中指定的被申请人地址,或者由申请人提供的被申请人地址送达法律文书和开庭通知,而这个地址的真实

^{②9} 李双元、欧福永主编:《国际私法》,北京大学出版社(第五版),第 139 页。

^{③0} 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 5 条。

^{③1} 《俄罗斯民法典》第 1193 条。

性和准确性,仲裁机构无从得知和无法确认;

2. 仲裁机构一般都采用中国邮政速递 EMS 作为邮件送达方式,而 EMS 快递在互联网上不能显示和跟踪其在境外的运动轨迹、签收情况和签订时间,如果没有被申请人的签收回执,仅凭发运前申请人填写的 EMS 邮政快递的底单收据,作为被申请人已经收到通知的证据没有说服力;

3. 如果被申请人故意拒绝签收,由于 EMS 快递在互联网上不能显示和跟踪其境外运动轨迹和签收情况,申请人既没有直接证据证明也无法合理解释没有有效送达的原因。

为了避免上述问题,凡涉及俄罗斯被申请人的仲裁案件,建议中国仲裁机构可以选用德国快递 DHL 或荷兰快递 TNT 等国际快递作为邮寄送达方式,因为这些特快专递不仅能够在互联网上显示和跟踪邮件在世界各地的运动轨迹和签收情况和时间,当事人还可以在网上截图或拍照作为送达成功或拒收邮件的证据,履行了申请人负有的举证责任。在掌握该证据的情况下,俄罗斯仲裁法院不得利用自己的司法权力发出查证函,责令 DHL 或 TNT 等快递公司提交快递送达回执副本,快递公司凭借发送邮件通知信封上记录或者邮递员记载,可以证明邮件通知是否已经有效送达和送达时间,或者合理解释没有送达成功的原因,仲裁法院将以此证明作为裁定的关键依据。

(二) 仲裁条款拟定的要点

从上述几个案例中可以看出,俄罗斯法律规定非常详细,诉讼程序也极其复杂,因此在俄罗斯打官司并不是一件轻松事儿。对此,应该反思一下,溯源到当事人自己,在洽谈和签订合同时,确认和查明合同另一方的全名和地址至关重要,考虑到若是以后发生纠纷和申请维权时,涉及选择有管辖权的法院、申请财产保全、法律文书和开庭通知送达,以及最后法院裁定都会将此地址作为基本的法律依据,因此,提前确认和核实对方地址和把仲裁条款考虑得严谨周密,防患于未然才是上策。

俄罗斯公司一般拥有法定地址、实际地址和通讯地址三种,法定地址在注册公司或地址变更时登记在国家统一法人登记簿摘要上,基本保持不变;而实际办公地址可能是变化的,有些是临时租用的;而通信地址既可以是法定地址也可以是实际地址,还可能是其他地址,譬如一家位于市郊的公司市中心设立一个办事处作为通讯地址。根据俄罗斯法律规定,向法人发出的司法通知应发送到该法人在国家统一法人登记簿摘要中确定的地址^③。《俄罗斯联邦民法典》第 54 条第 3 款指出,法人对送达到国家统一法人登记簿摘要中指定地址的未收到信件承担责任。也就是说,可以在任何情况下把邮件发送到注册的法定地址。在国际商务实务中不能一成不变,应该因地制宜,为此,建议在拟定合同仲裁条款时,切记注明以下两点:

1. 在俄方合同主体全名后面,加注上国家基本注册号(OGRN)和纳税人识别号(INN)。因为企业名称可以重名或者误写,但企业国家基本注册号和纳税人识别号是唯一的,并与企业注册法定地址绑定在一起。

^③ 《俄罗斯联邦仲裁程序法典》(2019 年 12 月 2 日修订)第 121 条第 4 款第 1 项,(援引俄文原文)。

2. 以俄罗斯国家统一法人登记簿摘要中的法定地址作为通讯地址和仲裁文书送达地址。以防对方当事人故意或者无意写错了实际地址,避免因邮寄地址不明而无法送达法律文件的情况发生。

上述两点内容对标的额大和存在风险的国际商务合同尤为重要,本文推荐示范仲裁条款如下:

1. 凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,其中包括涉及其生效、签订、解释、更改、履行、违约、解除、终止或者无效,均应提交 ×× 国 ×× 仲裁机构进行审理和裁决。该裁决是终局的,对双方均有约束力。

2. 双方同意,争议审理和裁决的程序适用 ×× 国 ×× 仲裁机构的仲裁规则,仲裁员数量(一名或三名),仲裁所在地为 ×× 国 ×× 市,仲裁庭审语言为 ××,确定双方当事人权利义务适用 ×× 国实体法。

3. 双方同意使用下列通讯地址和电子邮箱地址作为仲裁机构发送书面申请、开庭通知、仲裁裁决书(不能用电子邮件方式)和其他书面文件送达的邮政地址:

甲方全名(OGRN和INN,如果为俄方),通讯地址和电子邮箱地址;

乙方全名(营业执照号,如果为中方),通讯地址和电子邮箱地址;

如果其中一方的上述通讯地址和电子邮箱地址不准确或者发生变更,应在7个工作日内书面通知给另一方,并告知正确地址或者变更后的新地址,否则应自己承担由此产生的一切不利法律后果。

采取上述仲裁条款,即使被申请人在仲裁和诉讼中故意拒不签收送达回执,申请人也可根据《俄罗斯联邦国际商务仲裁法》第3条第1款“除非当事人另有约定,如果送交本人地址或递交收件人的营业地、永久居住地或邮政地址,任何书面通知都视为已收到;在无法通过合理的查询确定这种送达的情况下,如果以挂号信或以任何规定登记的尝试送达这种通知的其他方式投递至收件人最后已知的营业地点、永久居住地或邮政地址,书面通知被视为已收到,且书面通知被视为这种送达当日收到”的规定,证明被申请人已经收到通知。同时,也可以请求有管辖权的仲裁法院责令邮政公司进行合理解释未有效送达的原因,做到胸有成竹,有备无患。这样不仅可以提高诉讼胜诉率,更重要的是对那些潜在失信商人将起到威慑作用,还可以有效地抑制和减少商事纠纷发生的概率。

Abstract: This paper introduces and illustrates the Russian arbitration court system for judicial review of Foreign Arbitral Awards. Integrating and contrasting with International Law, Russian Federation Law and the relevant laws of China, typical cases were chose to analyze and review which have been frequently happened in the recognition and enforcement of China-related arbitration awards in Russia, especially the dispute cases caused by the unknown location of the respondent and the appropriate notice of trial. Accordingly, the author points out that some Russian arbitration courts take the legal address of the respondent in the abstract of

the unified national register of legal persons as the basis for notification by mail, instead of the address of the respondent specified in the contract, which goes against the principle of autonomy of the parties in international commercial arbitration and exceeds the legal restrictions on the application for recognition and enforcement of foreign arbitral awards. In view of the mode of service by mailing of Russia-related arbitration documents and the formulation of arbitration clauses in the contract, the author puts forward concrete and exemplary suggestions, aiming to remind Chinese business personnel to understand the relevant laws of the Russian Federation in advance and take necessary preventive measures when negotiating and signing contracts with Russian counterparts.

Keywords: China-related arbitral awards; recognition and enforcement; Court of Arbitration; appropriate notice of trial

(责任编辑: 魏 庆)

反垄断争议的可仲裁性实务研究： 欧盟与英国

邓志松*

内容提要 由于反垄断法的公法属性,反垄断争议一度被普遍认为无法通过仲裁解决。上世纪末期,欧盟通过司法裁决,明确了反垄断争议的可仲裁性,并通过赋予法院对仲裁裁决是否符合本国公共政策的审查义务,协调反垄断法与仲裁适用的法理冲突。英国作为欧盟曾经重要成员国之一,其对反垄断争议可仲裁性的观点既受到欧盟影响,又有其独特之处。对于成员国法院如何审查仲裁裁决,欧盟未提供明确指导,各国基于实践发展出迥异的审查标准,近期欧盟的司法实践表明,该审查标准似乎有进一步变化的倾向。

关键词 反垄断法 仲裁 欧盟法 英国法

反垄断争议的可仲裁性一直是备受争议的问题,本文通过简述欧盟及英国对反垄断争议可仲裁性理论和实践的发展历程及最新进展,力求对该问题的缘起进展进行说明,并阐述欧盟及其成员国在此问题的实务观点。

一、反垄断法与仲裁：坎坷的磨合

截至上世纪末期,欧盟及其成员国一度对反垄断争议的仲裁解决持普遍的怀疑或不确定态度。无论是理论或司法执法实践,均没有明确认可仲裁是解决反垄断争议的有效机制。尽管如此,欧盟境内反垄断仲裁的实例一直少量存在,欧盟执法机构模糊的态度,也似乎暗示着欧盟对反垄断仲裁含蓄的接受。

(一) 公法规制与私法救济的冲突

反垄断法作为典型的公法,具有公共政策的属性,其与基于私权处分而产生的仲裁在适用上存在逻辑矛盾,这是反垄断可仲裁性一度不被认可的根本原因。

反垄断法通常被称为一国的经济宪法,其通过调节市场主体的竞争行为,对市场中的竞争秩序进行维护,是国家凭借公权力对市场进行的干预和管理。反垄断法的公法特征体现在,一方面,反垄断法不仅限于保护个人民事关系的私权利益,而是通过维持国家

* 邓志松,北京大成律师事务所北京办公室高级合伙人,大成竞争与反垄断业务中国区联合负责人。

整体市场结构和市场秩序来实现公共利益,另一方面,在对市场自由竞争秩序的维护中,反垄断法往往对个人的权利自由进行限制^①。就此而言,在反垄断法下,私权自治是受限于公共利益的。^②

与之相对,仲裁通常被认为是一种典型的私权救济方式,其以当事人的意思自治为基础,对当事人的私权利关系进行调整,具有鲜明的自主性。

因此,有观点认为,反垄断法下的权利处分、责任认定,不能仅依照私人意志为转移。依照此观点,反垄断法不具有私权的可处分性,因此反垄断争议也不能使用仲裁这一私权救济机制来解决,换言之,反垄断争议不具有可仲裁性。

此外,由于仲裁员一般处理的问题为商事仲裁,仅涉及个人私权利益,因此,对否认反垄断可仲裁性的主张而言,仲裁员是否有能力处理反垄断争议也是非常值得怀疑的。具体来说,此观点对仲裁员的不信任,一般表现在对仲裁员适用竞争法解决复杂反垄断问题能力的不信任、对域外仲裁员适用他国竞争法能力的不信任,对仲裁当事人通过仲裁达成卡特尔协议的担忧等。

基于上述理由,在上世界末期之前,包括欧盟及其成员国在内的全球主要司法区域,均不存在对反垄断可仲裁性的普遍认可。

(二) 艰难前行的仲裁实践

欧盟对反垄断争议可仲裁性的怀疑,限制了反垄断问题的仲裁实践,但与此同时,由于欧盟并没有明确否认反垄断仲裁的可行性,因此无论在欧盟范围还是其成员国,支持反垄断仲裁的观点及实践一直存在。

首先,欧盟对反垄断仲裁的限制,主要体现在欧盟执法机构对反垄断仲裁裁决的监管,并造成了仲裁员对裁决涉反垄断争议的抗拒。

就执法机构监管而言,主要反映在豁免规定^③的适用。例如,欧盟委员会(“欧委会”)曾在多起个案豁免决定中,要求协议的当事人就协议相关仲裁裁决(如有)向欧委会报告。^④此外,在多项豁免规定中,如1984年专利许可协议的豁免规定^⑤、1988年对专有技术许可协议的豁免规定^⑥,欧委会均规定如果有仲裁裁决使得相关协议不再符合豁免要求,欧委会可撤销豁免决定。

由于对仲裁解决反垄断问题信任的缺失,仲裁员即使作出了仲裁裁决,也可能无法

① 举例而言,对于具有市场支配地位的企业,如无正当理由,一般不允许拒绝同相对人交易。

② See Assimakis P. Komninos, Arbitration and EU Competition Law, http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/arbitration_and_eu_competition_law.pdf (last visited: Aug. 9, 2020).

③ 依照欧盟反垄断法律规定,对于满足特定条件(例如市场份额低于一定比例)的垄断行为,或不具有显著反竞争效果、或促进竞争效果大于反竞争效果的垄断行为,可适用集体或个案豁免,相关行为不构成反垄断违法行为。

④ See Assimakis P. Komninos, “Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement”, 24 WORLD COMPETITION 211 (2001).

⑤ See Commission Regulation (EEC) No 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements (1984).

⑥ See Commission Regulation (EEC) No 556/89 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of know-how licensing agreements (1988).

在执行地法院得到认可或执行,基于此,仲裁员一度曾倾向于避免审理反垄断相关争议。^⑦

其次,欧盟及其成员国虽然没有明确认可反垄断的可仲裁性,但从司法执法机构的实践来看,也并没有对反垄断仲裁做彻底的否定。

例如,前述欧委会决定及条例,虽然透露出欧盟对反垄断仲裁的怀疑态度,但并没有直接将反垄断仲裁裁决视为非法或可撤销的裁决,因此也有观点认为,这是欧委会对反垄断争议仲裁解决的间接认可。此外,由于仲裁机制的普遍适用,反垄断仲裁的实践在各国长期存在,其中不乏得到法院认可的实例。例如,巴黎上诉法院曾于1993年 *Labinal v. Mors* 案^⑧中表示,仲裁员可以裁决当事人在欧盟及本国反垄断法下的民事责任。

二、欧盟：全面认可反垄断可仲裁性的开始

自上世纪末期开始,随着国际仲裁的发展,仲裁作为反垄断争议的解决途径得到越来越多的认可。1999年,欧洲法院在 *Eco Swiss* 案^⑨作出初步裁决 (preliminary ruling)^⑩,明确法院可基于公共政策审查仲裁机构在欧盟竞争法下作出的仲裁裁决,该案被视为欧盟正式开始认可反垄断纠纷的可仲裁性。

Eco Swiss 案：欧洲法院间接承认反垄断可仲裁性

1. 案件事实及裁决内容

欧洲法院对 *Eco Swiss* 案的裁决源于 Benetton 公司与 Eco Swiss 公司的许可协议纠纷。1986年, Eco Swiss 与 Benetton 签署许可协议,授权后者制造钟表产品,协议约定当事人之间的所有纠纷与争议均须按荷兰仲裁中心的规则提交仲裁。在协议履行期间, Benetton 提前终止协议, Eco Swiss 随后就 Benetton 违约行为提起仲裁,仲裁庭相应作出裁决,判处 Benetton 对 Eco Swiss 进行赔偿。Benetton 随后以协议违反《欧共同体条约》第85条属于无效协议为由,向荷兰法院提出不予执行该仲裁裁决的申请。案件一直上诉到荷兰最高法院。

1997年,荷兰最高法院就该案中应如何适用欧盟竞争法,向欧洲法院提请初步裁决,其提请具体问题^⑪包括:

(1) 在当事人没有援引《欧共同体条约》第85条,并且国内法也不允许仲裁员自行适用《欧共同体条约》时,仲裁庭可否直接依据欧盟法律进行裁决?

(2) 在国内法仅允许在有限情形(例如,违反公共政策)下撤销仲裁裁决时,如果法

^⑦ See N. Shelkopyas, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings* (Groningen, 2003), p. 160, fn. 49. 转引自前注^③。

^⑧ See *Labinal v. Mors*, *Revue de l'arbitrage*, 957 (Appeal Court of Paris 1993). 本案中,一家法国公司与一家英国公司签订了合营协议,协议中约定了仲裁条款。后法国公司以对方与其主要竞争者合作为由提起诉讼,要求对方支付损害赔偿。

^⑨ See *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055.

^⑩ 欧盟成员国法院可就欧盟法律适用问题向欧洲法院提出初步裁决申请,欧洲法院据此作出的裁决对提起申请的成员国法院以及后续类似案件均具有约束力。

^⑪ 荷兰最高法院共提出五个问题,其中后两个问题为关于程序性规定,为本文之目的不再做具体说明,而仅列出前三问题进行讨论。

院认为仲裁裁决违反《欧共同体条约》第 85 条,是否必须支持当事人撤销仲裁裁决的主张?

(3) 如果仲裁未涉及《欧共同体条约》第 85 条适用问题,法院是否应支持当事人撤销仲裁裁决的主张?

欧洲法院在初步裁决中首先对第二个问题做了回答,其认为,《欧共同体条约》第 85 条是一项根本性条款,其对于实现欧洲单一市场具有关键的作用,因此,如果一国的国内法认为法院应撤销违反该国公共政策的仲裁裁决,那么当仲裁裁决违反《欧共同体条约》第 85 条第 1 款时,法院必须支持当事人撤销该仲裁裁决的主张。欧洲法院同时指出,这与《纽约公约》(欧盟成员国均加入)的约定并无抵触。依照《纽约公约》,仲裁裁决仅可在特定情形下,例如违反公共政策,方可撤销,欧洲法院认为《欧共同体条约》第 85 条可视为《纽约公约》下的公共政策。

对于第一、三问,欧洲法院认为基于对第二个问题的回复,已无需再对此二问题进行回答。对此,一般认为成员国法院可基于公共政策考量,引用欧盟竞争法对是否撤销仲裁裁决进行审查,但对于仲裁员如何引用欧盟竞争法,欧洲法院未做明确说明。

2. 对反垄断可仲裁性的承认

本案中,欧洲法院明确了《欧共同体条约》第 85 条(现《欧盟运行条约》第 101 条)作为“公共政策”的地位,指出当依照成员国的国内法,违反公共政策的仲裁裁决应予撤销时,对于违反公共政策的裁决,法院必须批准当事人的撤销申请。由于在该案中,欧洲法院明确法院可审查仲裁裁决,且未否决仲裁机构反垄断裁决的效力,因此,该案被认为是欧洲法院间接认可了反垄断争议的可仲裁性。

此外,虽然 *Eco Swiss* 案从裁决字面上来看,仅针对《欧共同体条约》第 85 条(现《欧盟运行条约》第 101 条),即垄断协议的规定,而未明确滥用纠纷(《欧盟运行条约》第 102 条)是否同样属于“公共政策”,但实践中此问题似乎未对成员国造成显著障碍。例如,瑞典最高法院在审理一项被指称违反《欧盟运行条约》第 102 条的仲裁裁决时,曾表示 *Eco Swiss* 案同样适用于《欧盟运行条约》第 102 条,因为欧洲法院曾在众多案件中指出,《欧盟运行条约》第 102 条同样对于单一市场有着关键性作用。^⑫

3. 公权与私权的协调

对于上述私人仲裁无权解决公权纠纷的问题,欧洲法院的做法并非是直接认可公共利益可由私人独自决定,也并非否认反垄断法的公权属性,其一方面明确指出欧盟竞争法属于公共政策的范畴,一方面指出了法院负有审查仲裁裁决与公共政策符合性的责任。

这种做法相当于是将反垄断争议的最终审查权赋予了法院,由各国司法机构依照本国对公共政策的要求对仲裁裁决进行审查。其明显的好处,在于使反垄断争议仲裁得以顺利进行,而不必担忧法院对反垄断可仲裁性的主观意见。

^⑫ Jakob B. Sørensen, & Kristian Torp, *The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective*, JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION 34 34, no. 1, 35-54 (2017).

4. 欧委会放权：集中救济纠纷的仲裁解决

自上世纪末期开始,欧委会逐渐放松对反垄断仲裁的监管,目前,反垄断仲裁的效力已经得到了欧委会的全面认可,不仅不再对豁免案件中的仲裁裁决给予额外关注,在对经营者集中承诺履行的监管中,欧委员已认可履行纠纷可通过仲裁予以解决。

首先,在前述豁免规定的后续版本,即1996年技术转让协议豁免规定^⑬中,欧委员已删除了因仲裁裁决影响而使得豁免决定可撤销的条款。

此外,在多起经营者集中救济措施决定中,欧委会认可仲裁为承诺履行纠纷的争议处理方式。例如,在2003年Newscorp/Telepiu交易案^⑭中,其救济措施主要在于集中第三方协议,欧委会认为,由于本案主要涉及行为性救济,因此对集中方后续行为的监督至关重要,对于后续与第三方可能的协议纠纷,可选择性适用仲裁机制解决。2012年,国际商会仲裁院曾就直接由该救济产生的纠纷进行仲裁。

在此设置下,欧委会对集中的救济措施可通过仲裁机构来监督执行,这被视为是欧委会的放权。^⑮

5. 仲裁条款设置：明确包含特定反垄断纠纷

一般而言,仲裁审查的范围依照当事人仲裁条款的设置而定,当仲裁条款有效时即对当事人具有约束力。当仲裁涉及的是反垄断事项时,对协议的相对性需要额外注意。2015年,欧洲法院在CDC案^⑯的初步裁决中认定,如相关违反竞争法行为是一方当事人秘密参与的卡特尔,另一方当事人的损害赔偿诉讼请求权不受双方协议仲裁条款的制约。

该案源于2006年欧委会对七家漂白剂企业卡特尔的处罚决定^⑰,2009年,CDC,一家布鲁塞尔的卡特尔诉讼机构,随后代表涉案企业的交易方,在德国法院对漂白剂企业提起损害赔偿诉讼。诉讼中,漂白剂企业指出,交易双方在协议中约定了一般性仲裁及管辖条款,德国法院无权管辖。受案德国法院因此向欧洲法院提请初步裁决,其中一个问题是,对于卡特尔赔偿诉讼,是否应考虑交易方的管辖条款。

欧洲法院在初步裁决中指出,当成员国法院认定管辖条款确实可执行时,该条款一般可适用于卡特尔的损害赔偿案件,然而,其只可适用于签署时已经发生或可能基于协议关系而发生的纠纷。当事人在订立管辖条款时,如果其可以合理预见到卡特尔损害赔偿诉讼的发生,则管辖条款适用,由于涉案的行为为秘密的卡特尔,协议另一方不可能预

^⑬ See Commission Regulation (EC) No 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements (1996).

^⑭ See Case No COMP/M.2876 – NEWSCORP/ TELEPIU.

^⑮ Thomas Kendra, Christian Ritz and Meghan Rissmiller, Arbitrating competition law disputes: US and European Perspectives, HOGAN LOVELLS ARBITRATION BLOG, <https://www.hlarbitrationlaw.com/2020/04/arbitrating-competition-law-disputes-u-s-and-european-perspectives/> (last visited: Aug. 9, 2020).

^⑯ See Case C-352/13 Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret SA.

^⑰ See European Commission, Competition: Commission fines seven companies €388.128 million for bleaching chemicals cartels https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_06_560 (last visited Aug. 9, 2020).

见或知悉该行为,对于此卡特尔的纠纷不可视为因协议关系而发生,管辖条款因此不能适用。

三、英国：从怀疑到全面接受

英国（特别是英格兰和威尔士）作为欧盟成员国的唯一普通法系国家,也作为一个国际化的金融经济中心,英国和其他成员国的立场和态度有相同之处也有其独特之处。作为更为依赖判例来重新诠释其法律定义的法域,英国法庭对于竞争法可仲裁性的判定在这个领域提供了新颖的思考方向。

继欧盟法庭在 *Eco Swiss* 案做出的承认反垄断争议的可仲裁性的决定,在 *Microsoft Mobile v Sony Ltd* 案^⑮ 这一标志性判例后,反垄断争议的可仲裁性在英国国内也得到了全面的肯定。现如今,英国对反垄断争议的可仲裁性持支持态度。英国认为,相比较在法庭情景下对立性的争议解决方式,仲裁作为一种非诉讼纠纷解决程序,更加便利、快捷、具有灵活性,并且认为仲裁庭在反垄断这种极具经济商业要素的问题中,往往能为企业提供更加专业的意见和分析。反垄断争议的公益性是否可以通过私人纠纷解决的方式解决这一问题也在英国法律系统中得到了答复,英国的政府机关将代表公众利益在反垄断的仲裁程序中担起参与者和监督者的角色。

（一）反垄断争议可仲裁性在英国的发展历史

如上述所说,历史上一直都存在反垄断争议无法仲裁,并且此类问题应该归纳于公共机关的管辖范围之内观点。在英国也同样存在类似的争议。英国曾有观点认为,从公众政策的角度来说,反垄断问题的公众性不应该在私人体系中解决,而仲裁作为一个私人的争议解决系统不符合反垄断所需求的公众性以及透明性。进一步的,在英国,私人体系的不透明性可能使相关法规没有被正确地应用^⑯。

在 2004 年以前,反垄断执法以及反垄断法的运用都是由欧委会以及英国公平交易局（Office of Fair Trading 或 OFT,现改为 CMA）主导,通过罚款等方式惩治涉嫌反竞争的当事人。另一方,私人反垄断执行制度,无论诉讼或仲裁,则相对较少。例如有关反竞争行为的损害赔偿请求,虽然一直理论上存在,但是在实践中非常罕见。不过,随着仲裁在国际经济贸易领域的盛行,反垄断法在私人纠纷领域的运用逐渐被正常化、也受到了认可。同时,英国国内的立法也紧跟上了这一发展。

1. 欧盟法律适用依据

英国同时受英国法律和欧盟法律规制,因此,欧洲法院在 *Eco Swiss* 案的裁决,对英国的司法实践也有重要影响。

^⑮ See *Microsoft Mobile OY (Ltd) v Sony Europe Limited et al.*, [2017] EWHC 374 (Ch). 在 *Microsoft* 案中,英国高等法院对案件中的仲裁条款是否涵盖了卡特尔的损害赔偿要求做出了肯定的结论。

^⑯ See *Emanuela Lecchi and Michael Cover*, *Arbitrating competition law cases*, *Arbitration*, 74(1), 65–71 (2008).

依据 1972 年的欧洲共同体法案,英国的反垄断立法以及执行必须符合欧盟条约内容,也就是《欧盟运行条约》第 101 至 109 条。由此,判断某争议是否可仲裁也需要同时着重参考相关的欧盟规定。

在欧盟法律体系中,欧盟法对于成员国具有强制性,这一强制性源于两点:(1) 欧盟法的效力优先原则 (supremacy principle); 以及 (2) 欧盟法的直接效力 (direct effect of EU law)。

欧盟法的效力优先原则是说,在成员国本国法和欧盟法有冲突时,根据欧盟法的效力优先原则,应优先适用欧盟法^⑩。

直接效力指的是,相关欧盟法,只要满足规定足够清晰准确,并且无附加条件这两点,就会具备直接效力。也就是说,即使在双方没有明确约定适用欧盟法的情况下,如果根据欧盟法,案件事实情况应属于欧盟管辖范围内(例如案件涉及影响欧盟内部成员国国际间的贸易活动),欧盟法就将适用于相关案件争议^⑪。

当然,除了以上情况,欧盟法的使用也包括了英国本国按照欧盟指令出台的相关法令。

2. 英国对反垄断可仲裁性的案例法

英国 1996 年的《仲裁法》确认了欧盟法的可仲裁性,并且仲裁法庭使用欧盟法的权限等同于英国本国法庭。英国《仲裁法》也规定了,合同以及侵权争议均可仲裁。因此,在判断争议是否可仲裁时,无需考虑具体欧盟规定,几乎所有民事纠纷在英国规定中都可以仲裁^⑫。《仲裁法》做出的规定泛指仲裁案件,并没有对涉及反垄断的仲裁案件做出特别规定。

虽然英国司法机构对反垄断问题的可仲裁性一直没有给出准确的答案,英国在很长的时间中也一直没有出现相关的判例,在欧盟的 Eco Swiss 案后,英国多位具有影响力的学者都认为反垄断问题的可仲裁性应该得到认可^⑬。

终于,在 2005 年在 ET Plus SA v. Welter 案^⑭中,英国法庭明确承认了反垄断问题的可仲裁性。英国高等法院在本案件中表示,如果仲裁协议的涵盖范围足够包括相关的滥用市场支配地位争议,那么此争议就具有可仲裁性^⑮。也有学者指出,反垄断争议的可仲裁性在英国是长期以来受到认可的,英国作为一个国际金融贸易中心,其立法者看到了仲裁在跨国交易中的核心地位,因此英国法律的相关发展一直紧跟着国际风向^⑯。相继

^⑩ See Van Gen den Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen (Case 26/62); [1963] ECR 1; [1973] CMLR 1.

^⑪ See Case 6/64, Flaminio Costa v ENEL [1964] ECR 585, 593; C-106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.

^⑫ See Gordon Blanke, EU competition arbitration in England and Wales: some notes on practice and procedure (Part 1); G.C.L.R., 5(1), 28-42 (2012).

^⑬ See Gordon Blanke, Antitrust Arbitration under the Arbitration Act 1996: A Commentary, 123, EUR. BUS. L. REV., volume 22, issue 2, 123 (2011).

^⑭ Welter 案中,当庭需要裁决的问题之一是,是否需要搁置法律程序,并等待在巴黎提及的相关仲裁案件结案。

^⑮ [2005] EWHC 2115 (Comm), [51].

^⑯ See J.D.M. Lew, "The Basis for Applying Competition Law from an English Perspective" in EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, 519-543, para.14-016 (2011).

的,在 2017 年的 Microsoft 案中,英国高等法院认为案件中的合同和原告提出的反垄断问题有足够的关联性,由此高等法院进一步判定,仲裁协议涵括了因违反反垄断法所造成的侵权损失争议。这一案件的结果将 1996 年的《仲裁法》规定和反垄断立法相结合,确立了涉及反垄断争议的所有民事案件的可仲裁性^{②7}。

3. ET Plus v. Welters

本案涉及原告 (ET Plus) 和被告 Eurotunnel (ET) 之间的合同纠纷。在原合同下,原告应当运营 ET 剥离出来的部分业务。被告 ET 在欧盟内的多个国家推销销售在英法海底隧道之间使用的运输票,被告和原告之间存在独家经销协议。此合同原本同时包含了一个仲裁条款,但原告在英国法院提起了诉讼,其目的为防止被告 ET 使用相关商业机密信息以及指控被告违法干涉原告的商业活动。最终,法庭认定当事人之间已经存在有效的仲裁协议,因此英国法庭对此争议不具有管辖权^{②8}。

在本案件中,原告还提出了被告在市场上的推销和销售行为构成滥用市场支配地位以及扰乱欧盟成员国之间市场秩序的横向协议,因此违反了《欧共同体条约》第 81 和 82 条 (现分别为《欧盟运行条约》102 和 101 条)。在做出相关裁决时,主审法官 Gross 指出,“毋庸置疑,本案件中的反垄断问题具备可仲裁性:主要的问题是在对本仲裁协议的真实诠释中,这些问题是否属于其管辖范畴。”最终法庭认定原告所指的垄断行为和案件中提到的其他合同纠纷都是基于同样的相关事实提出的控诉,因此案件中的竞争问题应该由仲裁庭解决^{②9}。

值得关注的是, Gross 对反垄断问题的可仲裁性的描述和分析极为简短,在英国不存在明确的先例的情况下,他也没有利用 Mitsubishi 或者 Eco Swiss 案来支撑他的观点。Gross 对于这一问题的不假思索地肯定态度不仅仅确认了欧盟反垄断法的可仲裁性,同时也佐证了反垄断法整体的可仲裁性。有学者指出,通过对判决原文的解读, Gross 别出心裁的措辞,包括使用了美国和欧洲法中表达反垄断的词汇 (antitrust 和 competition),以及在使用这两个词是添加的双引号,均表明他是对反垄断法作为一个整体的法律体系的可仲裁性做出了裁决^{③0}。

4. Microsoft Mobile v. Sony Ltd

Microsoft 案是至今最新一起关键性的有关反垄断争议的可仲裁性的案件,本案的重要性在于它澄清了仲裁协议的宽度对反垄断争议的可仲裁性的影响。

在本案中,原告为在芬兰成立的公司 Microsoft Mobile,主要从事含锂电池的电话听筒的制造和销售业务。原告指控索尼欧洲公司 (英国)、索尼公司 (日本) 以及 LG 和

^{②7} See Nicholas Heaton and Paul Chaplin, “England & Wales – Private Litigation 2018 Know-How”, GCR, <https://globalcompetitionreview.com/jurisdiction/1005174/england-&-wales> (last visited: Aug. 9, 2020).

^{②8} See University of Aberdeen Research Application and Data Management Team, EU PILLAR, ET Plus SA and Others v Welter and Others [2005] EWHC 2115 (Comm) <https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/public/case/2199> (last visited: Aug. 9, 2020).

^{②9} See Et Plus SA v Welter, [2005] EWHC 2115 (Comm).

^{③0} 同前注^{②7}。

三星公司(韩国)涉嫌参加非法卡特尔,并以高价向 Microsoft Mobile 出售锂电池。基于原告当中有一家在英国成立的公司,原告向英国高等法院提出了索取损害赔偿的诉讼请求。最终,法庭为了执行当事人之间指定的仲裁协议决定停止进行诉讼。

案件中,被告以双方至今已经存在有效的仲裁协议为由,申请终止诉讼。原告指出终止诉讼而把本纠纷转送给仲裁法庭将会限制诉讼对象的数额,进而导致诉讼的分裂(fragmentation of claims),因为依据上述 CDC 案的决定,原告将只能对签订了仲裁协议的当事人提出仲裁申请。相反,如果在英国进行诉讼,依据索尼欧洲的所在地,英国法庭拥有强制管辖权,进而其他被告将会加入这起诉讼。而英国高等法院最终跟随了 CDC 案中欧洲法院的裁决,并指出 CDC 案没有任何对诉讼分裂违反欧盟法原则或规定的表述,因此这个理由不能作为阻拦实行仲裁协定的理由。

对于仲裁协议是否涵括原告提出的侵权索赔争议,依据 CDC 案中的合同-侵权关联性规则,高等法院认为案件中本身存在的合同违约问题和侵权问题有足够的关联性(合同中双方应当真诚地(bona fide)规定价格的设定和谈判),因此本仲裁条款涵括侵权索赔争议。此外高等法院还考虑了英国著名的 Fiona Trust 案,这个案件确立了仲裁案件中的“一站式服务”(one-stop-shop)原则,默认签订合同时双方都指定协议中的仲裁院拥有所有和这个合同相关的争议的管辖权^③。

因此, Microsoft 案确立了,在存在仲裁协议的情况下,所有和合同相关的反垄断问题都应该由仲裁院进行裁决,并且不能以诉讼分裂为由削弱仲裁合同的效力。

(二) 反垄断争议的可仲裁性的发展: 其他因素

反垄断案件的可仲裁性在英国受到认可,与英国法庭对待仲裁协定的态度也有极大的关联。总的来说,基于契约自由原则,英国法庭倾向于支持仲裁协议的执行。在决定相关争议是否可仲裁时,主要问题在于仲裁协议是否涵括了这一争议,而英国法庭往往会针对协议给出较为宽泛的解读。英国上诉法院在 *Attheraces Ltd et al v. British Horseracing Board et al*^② 一案中,针对仲裁在反垄断案件中的使用提出,反垄断案件中例如必要设施或定价此类复杂的问题,更适合通过仲裁的方式解决。上诉法院认为,仲裁组织更加具备相关专业知识和更加具备灵活的能力和解决方式。相反之,一般法庭所使用的对立的争议解决方式,其所能使用的较少的救济方案,以及一般法庭较少的专业知识储备,均不适合帮助陷入僵局的当事人取得最理想的商业结果,也不能最好的反映公众利益的需求^③。这个案件明确体现出了英国法庭对以仲裁方式解决反垄断问题的支持和认可的态度。

另一方面,无法仲裁的反垄断问题是在欧盟行政框架下,特别保留给了欧委会的管

^① See James Segan, *Arbitration Clauses and Competition Law*, JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE, Vol.9, No.7, 427 (2018).

^② See *Attheraces Ltd et al v. British Horseracing Board et al*, [2007] EWCA Civ 38; 此案涉及的争议时,当事人签定的赛马信息数据的排他性占有相关合同是否违反了反垄断法。

^③ 同前注^③。

辖权限,包括欧盟层面的合并控制以及欧盟国家援助问题^{③④}。但同时,仲裁可以运用于欧盟处罚决定以及救济措施的实施和执行中^{③⑤}。此外,依据欧委会和英国竞争和市场管理局做出的处罚决定提出的后续损害赔偿也可以通过仲裁解决^{③⑥}。

最后,依据1996年《仲裁法》第34条规定,仲裁庭有权决定“是否及在何种程度上仲裁庭可以主动确定事实和法律”^{③⑦}。这一规定给予了仲裁庭自主断定争议解决中应该使用哪些法律,以及这些法律应该如何适用于现有的案件事实^{③⑧}。

另外,依据英国2003年的《电信法》规定,有关政府机构也可以作为仲裁人解决相关仲裁纠纷,虽然法案中没有特别提起有关反垄断的法律问题,但是这些监管仲裁中也可能涉及到反垄断问题^{③⑨}。

以上对英国法律的描述和分析体现出了英国作为一个经济活动极为发达的国家一直以来在法律上对于可仲裁性,包括竞争法的可仲裁性,所持有的宽松态度。Welter案的主审法官表达的不假思索的肯定态度,以及Microsoft案对于与合同相关的反竞争法侵权案件可仲裁性的全力支持,均佐证了英国对反垄断争议的可仲裁性的全面肯定。

英国反垄断争议可仲裁需要满足的条件

如何判定相关反垄断争议在英国是否可仲裁呢?一般认为,有三个基本条件需要满足:

(1) 相关法律条例(特别是欧盟法律条例^{④⑩})需要在相应的仲裁法条例下,也就是1996年《仲裁法》规定下,具备可仲裁性;

(2) 相关仲裁协定必须涵括当事人提出的反垄断争议;

(3) 依据相关仲裁法,仲裁协议和主要合同之间具有可分割性^{④⑪}。

针对第一个条件,只要相关争议符合《仲裁法》的要求便具备可仲裁性。总的来说,没有明确说明相关法律规定不具备可仲裁性的法律问题均可仲裁(明确说明不可仲裁包括欧盟层面的合并控制以及欧盟国家援助问题)。

针对第二个条件,当事人应该在指定仲裁协议和条款时考虑到潜在的反垄断争议,并且通过协议的撰写将潜在的反垄断争议涵括在中。上述ET Plus SA v Welter和Microsoft案阐述了仲裁协议的涵括范围的重要性。

最后一个条件和仲裁案中的反垄断争议的性质有关。《仲裁法》第7条规定了仲裁协议和主要合同之间需要具有可分割性,也就是说,即使在法庭判定主要合同无效的情

^{③④} 同前注^{②③}。

^{③⑤} See Gordon Blanke, "International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU" in G. Blanke and P. Landolt (eds), EU AND US ANTITRUST ARBITRATION: A HANDBOOK FOR PRACTITIONERS, 1053-1250 (2011).

^{③⑥} 同前注^{②③}。

^{③⑦} 英国 Arbitration Act (1996), Section 34(g)。

^{③⑧} 同前注^{②③}。

^{③⑨} 同前注^{②③}。

^{④⑩} 个别反垄断问题属于欧委会的专属管辖。

^{④⑪} 同前注^{②③}。

况下,仲裁条款也需要独自具备合法可行性。其原因是因为仲裁条款是案件可仲裁的基础。而往往在以合同为基础的反垄断争议中,被告方会提出合同无效的辩护。此时,仲裁条款的独立合法可行性至关重要。

四、法院对仲裁裁决的审查:最低标准或最高标准

Eco Swiss 案解决了欧盟反垄断争议可仲裁性的问题,但仍有一个重要的问题没有得到解决,即在欧盟法院对反垄断仲裁裁决进行审查时,裁决对欧盟竞争法的违反达到何种程度,法院才可以认定其因违反竞争法而无效。

(一) 仲裁员对竞争法的适用

在讨论法院审查程度的问题前,首先需要说明的是仲裁机构是否有适用竞争法的义务。一般来说,仲裁依据的法律由当事人通过合意决定,仲裁员没有自行适用其他法律的权利和自由。那么从理论上讲,如果当事人未约定适用欧盟竞争法,即使相关争议可能涉及反垄断问题,仲裁员也不能径行适用反垄断法。但是,由于欧洲法院在 Eco Swiss 案中明确了法院对反垄断仲裁公共政策符合性的审理义务,那么如果仲裁员在裁决反垄断争议时完全忽略了欧盟竞争法,裁决就可能面临无法得到法院认可或执行的风险。基于此,有观点认为, Eco Swiss 案在实质上使适用竞争法成为了仲裁员的一项潜在义务^④。诚然,特定裁决中是否需要适用欧盟竞争法,也是法院对裁决是否符合公共政策进行审查时,需要考虑的问题。

(二) 法院审查实践的分歧

实践中,成员国法院对法院应如何审查反垄断仲裁裁决持两种不同的态度,一般称为最低标准(minimalist)和最高标准(maximalist)。英国及多数欧盟国家被认为采用最低标准审查,但随着近期的案例发展,该情况似乎正发生变化。

1. 两种审查标准

最低标准的观点认为,只有在极端情况下,例如仲裁员认可了核心卡特尔,或者仲裁员完全无视了当事人对适用欧盟竞争法的明确主张时,才可以撤销或不执行仲裁裁决;最高标准的观点认为,绝大多数的竞争违法行为都构成对公共政策的违反,而只有轻微的错误可以被容忍。目前,欧盟成员国大多数被认为持第一种观点。

就英国法院而言,其一般不被认为是最低或最高标准的典型代表,但英国极少有撤销仲裁裁决成功的案例,并且,不乏主张英国法庭可借鉴法国等审查经营的主张^⑤,基于此,英国法院或可被理解为偏向最低标准。

在英国法下,当事人如要对仲裁裁决进行质疑,可依据英国《仲裁法》提出反对。

^④ See Gordan Blanke, *The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer*, 169-181 (2005). 转引自林燕萍:《反垄断争议的仲裁解决路径》,法律出版社 2016 年 6 月版,第 17 页。

^⑤ 同前注^④。

《仲裁法》规定下,当事人可以基于以下三点提出对仲裁裁决的反对:

- (1) 仲裁庭缺乏实质性的管辖权;
- (2) 仲裁裁决存在法律上的错误;
- (3) 仲裁裁决存在严重的不正当性并且可能或者已经造成了严重的不公。

同时,英国法院将考虑竞争法问题是否可以在其他的法庭提出。最终法院将确定相关仲裁裁决是否应该得到维持、调整或撤销。总的来说,对于是否拒绝维持仲裁裁决,英国法庭拥有完全的自由裁量权,而竞争法公共政策问题也在考虑范围之内。当然,如果某裁决会导致在英国国内行使非法卡特尔等违反本国或欧盟竞争法的活动,理论上来说英国法庭必定会撤销相关裁决。在公共政策这一问题的规定上英国法庭总体来说都会借鉴欧盟法院的经验和裁量。

在英国暂时没有明确的以没有服从竞争法对仲裁裁决表示质疑的案件,并且整体来说在英国挑战仲裁裁决的可实施性的成功案例也少之又少:在2015-2018年之间的112件相关案例中只有一起涉及合同违约的成功案例^④。

2. 审查标准的发展倾向

近年来欧盟及成员国的司法实践,被认为有向审查最高标准转向的倾向。

2016年的Genentech案^⑤被认为是这一倾向的体现。Genentech公司主张其与Berhingwerke公司签署的专利许可协议违反欧盟竞争法,因此裁决其违反协议约定而应履行赔偿责任的仲裁裁决无效。具体而言,Genentech认为协议涉及的专利已被撤销,在此情况下要求Genentech向Berhingwerke支付许可费违反《欧盟运行条约》第101条。该案在法国审理时,巴黎上诉法院向欧洲法院提请初步裁决,询问此种对已撤销许可的收费行为是否必然在《欧盟运行条约》第101条下无效。欧洲法院对该案的裁决非常简明,其认为由于Genentech有权利单方终止协议,因此相关收费行为不违反欧盟竞争法规定。

该案被认为是向审查最高标准倾向转变的理由在于两点。第一,提请初裁的是法国法院。法国一直被视为是审查最低标准的典型代表,其曾在本国确立了“明显、有效、切实”(flagrante, effective et concrete)^⑥的审查标准。其认为,只有当仲裁裁决涉及的违法行为符合其标准时,其才有可能基于与欧盟竞争法的不合被成功撤销,如果不符合此标准,法国法院不会再就该问题继续审查。然而,在本案中,其涉及的违法行为表面上来看不符合这一标准。第二个被认为体现倾向转变的理由,在于本案佐审官(advocate general)^⑦Wathelet的书面意见。其明确表示审查最低标准的方式不符合欧盟法律有效

^④ See Ben Giaretta, UK: The High Hurdle Of Challenging An Arbitration Award in England, MONDAQ, (May 2018) <https://www.mondaq.com/uk/arbitration-dispute-resolution/700290/the-high-hurdle-of-challenging-an-arbitration-award-in-england> (last visited: Aug. 9, 2020).

^⑤ See Genentech Inc. v Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, Case C-567/14, (ECJ 2016).

^⑥ See Thalès v. Euromissile, Rev.Arb. 750, (CA Paris 2005).

^⑦ 佐审官为欧洲法院的法官提供协助,主要负责就案件提供法律意见,但其意见不具有法律约束力。

执法的要求。

由于仲裁的保密性,以及仅较小比例仲裁需通过法院强制执行的事实,导致法院对此问题的实践一定程度上较为有限。欧盟及其成员国之后将如何处理法院审查程度的问题,尚有待进一步观察。

Abstract: Due to the public nature of competition and antitrust laws, competition disputes have widely been considered as non-arbitrable. Since the end of the last century, however, through judicial decisions, the European Union has clarified the arbitrability of competition and antitrust disputes in EU law. At the meantime, the EU has also passed statutes granting enforcement and oversight duties to courts in determining whether an arbitral award is consistent with public policy, and to mediate jurisprudential conflicts between competition law and enforcement of awards. As an important ex-EU Member State, the United Kingdom's approach to arbitrability of competition and antitrust disputes is both influenced by EU law while maintaining its own particularities. As regards to the enforcement of arbitral awards by Member States, the EU has not provided any clear guidance. Different Member States have developed their unique enforcement standards, and as recent judicial practice in the EU have shown, these enforcement standards are subject to further changes and developments.

Keywords: antitrust laws; arbitration; EU law; English law

(责任编辑:刘 纲)