

□ 理论研究

知识产权仲裁的特殊法律问题研究····· 薛 虹 3

制度、技术、共联：线上仲裁机制建构的可能性三角

——从新冠疫情对仲裁带来的挑战谈起·····刘宁 梁齐圣 18

□ 热点追踪

我国仲裁机构设置与市场化改革研究····· 张朝勇 35

中国批准《新加坡调解公约》的挑战与因应····· 汤 霞 47

从《新加坡调解公约》反思中国现行的商事调解制度及完善建议····· 詹 秦 59

□ 青年学术实践

境外仲裁机构内地仲裁的政策动因与法治保障····· 冯 硕 76

从法律市场视角看国际商事仲裁制度的未来——兼论仲裁机构的改革方向····· 田雨酥 86

□ 实践探究

知识产权仲裁机构建设：理论证成、域外借鉴和制度设计·····杜焕芳课题组 96

国内金融仲裁规则比较研究

——兼论金融改革创新背景下金融仲裁规则的完善路径····· 王 龙 116

政府行为类型化分析对正当期待认定规则的发展

——国际投资仲裁典型案例的视角····· 杨 兴 126

涉外商事合同准据法对仲裁条款的适用——以仲裁条款独立性为视角····· 马一飞 139

检视与完善：案外人申请不予执行仲裁裁决制度实施效果评测·····孙子良 刘翠翠 148

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 1 , 2021 (Serial No. 5)

January 10, 2021

The Special Legal Issues in Intellectual Property Arbitration	<i>XUE Hong</i> (3)
Regulation System, Technology, and Co-connection: The Triangle Theory of Possibility for the Construction of Online Arbitration Mechanism —Talking from the Challenge of the COVID-19 to Arbitration	<i>LIU Ning LIANG Qisheng</i> (18)
Our Country Arbitration Facilities Establishment and Marketability Reform Research	<i>ZHANG Chaoyong</i> (35)
Challenges and Responses to China’s Ratification of the Singapore Mediation Convention	<i>TANG Xia</i> (47)
Reflection on China's Current Mediation System and Suggestions for Improvement from United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation	<i>ZHAN Qin</i> (59)
Policy Motivation and Legal Guarantee of Overseas Arbitration Institutions in the Mainland	<i>FENG Shuo</i> (76)
Vision to the Future of International Commercial Arbitration Through A Legal Market Perspective: Also A View Regarding the Reform of Arbitration Institutions	<i>TIAN Yusu</i> (86)
Arbitration Institution of Intellectual Property: Theoretical Demonstration, Overseas Experience and System Design	<i>DU Huanfang research group</i> (96)
Comparative Study on Domestic Financial Arbitration Rules: A Discussion on Perfection of Financial Arbitration Rules under the Background of Financial Reform and Innovation	<i>WANG Long</i> (116)
Analyzing the Categorization of Governmental Actions to the Development of Legitimate Expectations Rules—From the Perspective of Typical Cases in International Investment Arbitration	<i>YANG Xing</i> (126)
Application of Governing Law of Foreign-related Commercial Contract to Its Arbitration Clause: Separability of Arbitration Clause Perspective.....	<i>MA Yifei</i> (139)
Review and Refine:Evaluation of the Effect of the Application of Non-executives against the Enforcement of the Arbitral Award System.....	<i>SUN Ziliang LIU Cuicui</i> (148)

知识产权仲裁的特殊法律问题研究

薛虹*

内容提要 知识产权在法律性质、法律规范与法律保护方面与其他民事权利有所不同,知识产权仲裁法律理论在诸多前沿领域尚待深入开掘与拓展。本文依据《关于强化知识产权保护的意见》为我国知识产权仲裁事业发展指引的方向,深入探讨了仲裁法下的典型仲裁与仲裁法之外的特殊仲裁在解决知识产权争议、提高知识产权保护的效率与水平方面的重大作用与巨大优势。时逢《仲裁法》修订之际,本文详细阐述了典型仲裁中知识产权争议的可仲裁性、仲裁协议、审理程序、裁决执行等专门性的理论与实践法律问题,并研究了域名争议解决、电子商务平台在线争议解决等特殊仲裁拓展知识产权仲裁的能力与潜力。

关键词 知识产权 典型仲裁 特殊仲裁 电子商务

我国知识产权法律制度随着改革开放的步伐,建立于上个世纪八十年代,随着经济社会的迅猛发展不断修改完善,在新时代中国特色社会主义思想的指导下正在焕发勃勃生机。《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)等主要知识产权法律先后进入新一轮重大修改的阶段^①,而且2019年11月中共中央办公厅、国务院办公厅发布的《关于强化知识产权保护的意见》(以下简称《意见》)更是对进一步完善知识产权保护制度、强化与优化知识产权保护机制进行了战略部署。《意见》提出,完善知识产权仲裁、培育和发展仲裁机构是建立健全知识产权“大保护”工作格局的重要政策措施与针对性创新举措。

在《意见》这一具有里程碑意义的纲领性文件的指引下,我国知识产权仲裁事业迎来了历史性的机遇,有望获得前所未有的发展。国家知识产权局2020年4月发布的2020—2021年贯彻落实《关于强化知识产权保护的意见》推进计划提出开展知识产权仲裁优先推荐试点,加大知识产权仲裁机构培育力度,研究建立知识产权仲裁工作平台,制定行业仲裁规范,设立中国国际知识产权仲裁委员会等具体的行动方案。在此历史性

* 薛虹,北京师范大学法学院教授。

① 我国《商标法》于1982年颁布,于2019年进行了第4次修订;专利法于1984年颁布,继2008年第4次修订后,正在进行进一步的修订审议工作;著作权法于1990年颁布,继2010年第2次修订后,正在加紧推进第3次修订的审议工作。

时刻下,结合我国知识产权仲裁发展状况,深入发掘知识产权仲裁的潜力,系统梳理有关的理论与实践,为发展我国仲裁法律制度献计献策,具有重要的意义。

1995年实施的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)奠定了我国仲裁法律制度的基础,保障与推动了仲裁事业的发展。但在《仲裁法》建立之初,知识产权仲裁尚不普遍,与知识产权有关的专门性仲裁法律问题未得到充分的研究与探讨。继2017年微调之后,《仲裁法》的修订已经纳入了十三届全国人大常委会的立法规划。在此契机下,如何使仲裁制度更加适应知识产权争议解决的需要,扩大知识产权仲裁的范围,使其得到优先适用,提升办案效率,是摆在我们面前的重要课题。

仲裁是一项历史悠久的法律制度,其应用宽广深远。仲裁法虽然是我国仲裁体系的核心,但是并非仲裁体系的全部。特殊形式的仲裁制度(例如劳动争议仲裁)在我国法律体系中是始终存在的。随着互联网经济逐步发展起来的多元争议解决机制,更使特殊仲裁制度焕发生机。因此,本文在深入分析仲裁法框架下典型的知识产权仲裁法律问题的同时,也探讨了特殊知识产权仲裁的发展前景与相关问题。

一、典型的知识产权仲裁

《仲裁法》颁布实施20多年来,对于及时公正地解决民商事纠纷,保障经济社会的持续健康发展发挥了巨大的作用。以仲裁方式解决知识产权纠纷,不仅尊重当事人意思自治,而且便捷、高效,相比于诉讼等其他纠纷解决方式,具有独特的优势。

(一) 知识产权仲裁的优势

在知识产权纠纷的诉讼中,当事人因司法管辖发生争议,为确定适当的管辖法院而占用大量时间精力与司法资源的情况屡见不鲜。仲裁则避免了此类问题的发生,当事人必须协议选择具体的仲裁机构管辖相应的案件。^②在国际知识产权争议中,仲裁的优势更加明显。知识产权虽然具有地域性的权利特征,但是无法阻止国际争议的当事人在各自的国家同时诉诸法院,由此造成司法程序与判决结果的冲突,从而使争议复杂化。与巨额的诉讼费用和复杂的诉讼程序相比,仲裁的意思自治原则充分保障当事人协议选择共同接受的仲裁机构、仲裁所在地、所适用的实体法律及有关的程序与规则,非常适于解决国际知识产权争议。

仲裁程序适用当事人选择的程序语言进行案件审理与裁决,极大地方便了国际知识产权争议当事人参与程序、维护自身的权益。这也是诉讼程序所不可比拟的优势。

知识产权案件专业性、技术性较强。虽然知识产权法院已经引进技术调查员协助法官了解案情,但是仲裁程序中具有相应专业知识技术背景的仲裁员可以直接审理案件,

^② 《仲裁法》第16条第二款规定,仲裁协议应当具有请求仲裁的意思表示、仲裁事项及选定的仲裁委员会三方面的内容。

更可起到事半功倍的作用。^③

相比于存在上诉、再审、重审等程序的诉讼,仲裁程序一裁终局,更能提高效率、减少讼累。^④法律尊重典型仲裁的终局性,不仅是维护仲裁程序的权威,更是尊重当事人解决争议的意思自治。

相比公开审理与判决的诉讼,仲裁不公开进行,非常适于审理当事人合同有保密条款或者纠纷有保密要求的知识产权案件。^⑤

仲裁是国际通行的纠纷解决方式,1958年联合国签署的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》)已经有包括我国在内的近170个成员国,为我国知识产权仲裁裁决在其他成员国得到承认与执行提供了国际法律保障。因此,仲裁对于解决国际知识产权纠纷具有诉讼难以比拟的优势。

(二) 知识产权仲裁的分类

知识产权仲裁可分为狭义与广义两类。狭义知识产权仲裁的依据是知识产权合同中订立的仲裁条款或者在知识产权纠纷发生前或纠纷发生后以其他书面方式达成的请求仲裁的协议。知识产权合同主要是指知识产权许可合同、转让合同及关于知识产权的开发合同、咨询合同与其他服务合同。传统意义上的知识产权仲裁基本上是指关于有仲裁条款的知识产权合同纠纷的仲裁。我国《仲裁法》并不要求当事人必须在发生纠纷之前达成仲裁协议。因此,知识产权权属纠纷、侵权纠纷发生后,当事人达成仲裁协议的,亦可依法进行知识产权仲裁。我国法律的弹性机制使知识产权仲裁的范围大为扩展。

广义的知识产权仲裁是指与知识产权有关的其他纠纷的仲裁。例如,特许经营协议、代理商协议、经销商协议、资产托管协议、投资与入股协议等合同中有知识产权条款,当事人在依据其仲裁条款或者仲裁协议进行仲裁时提出关于知识产权的主张(例如请求对方停止使用商标等知识产权客体),或者纠纷的解决涉及知识产权问题(例如竞业禁止条款、商业秘密保护等)。

由于知识产权在法律性质、法律规范与法律保护方面与其他民事权利相比有所不同,因此仲裁制度如要发挥其有效解决纠纷的优势,需要充分适应知识产权法律制度的特殊性。知识产权仲裁理论在仲裁范围、仲裁协议、案件审理与裁决执行等诸方面尚待深入开掘与拓展。

(三) 知识产权纠纷的可仲裁性

可仲裁性是指可以付诸于仲裁解决的争议的范围。可仲裁性是仲裁法律制度的核

^③ 在诉讼案件中,专家证人的成本高昂。在仲裁程序中,由于仲裁庭可以由从事相关专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的人员组成,当事人的负担与成本可以大为减轻。而且,我国仲裁机构为非营利法人机构(中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》强调了这一点),相比国外商业性仲裁机构费用更加低廉。

^④ 《仲裁法》第57条规定:仲裁裁决书自作出之日起发生法律效力。

^⑤ 某些知识产权纠纷案件的当事人希望获得媒体关注、进行舆论宣传。《仲裁法》第40条规定,当事人协议公开仲裁的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。

心问题,超出仲裁范围进行审理与裁决,将导致仲裁裁决被法院不予执行的严重后果。^⑥可仲裁性首先取决于法律规定,其次受限于仲裁协议的约定。依据《仲裁法》第2条和第3条的规定,可仲裁性限于平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,但是婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷与依法应当由行政机关处理的行政争议除外。仲裁协议约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围无效。在仲裁程序中,如果当事人对于可仲裁性提出质疑,仲裁庭必须首先对此进行裁决。^⑦

1. 不可仲裁的知识产权争议

可仲裁性在各国法律中差异极大,对知识产权仲裁的范围有很大的影响。依据我国《仲裁法》第3条的规定,应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。虽然在涉及专利、商标、集成电路布图设计、地理标志、植物新品种等知识产权的仲裁案件中,存在大量应当依法由行政机关授权、批准、登记、备案等方式处理的争议,但是这不代表应将大量知识产权纠纷(特别是工业产权纠纷)径行排除在仲裁范围之外,同时也不应违反法律规定将不可仲裁的纠纷付诸于仲裁。

以专利法为例,专利授权、专利权无效宣告、强制许可及许可使用费、推广应用等应当经专利主管部门决定。专利权转让、专利权质押、专利权终止等应当经专利主管部门登记。此外,向外国人转让专利权或者向外国申请专利的,还应依法办理有关的行政审查手续。上述事项均是必须经国务院专利行政机关(国家知识产权局专利局复审和无效审理部)或者其他行政机关处理的行政争议,不属于可仲裁的范围。

德国、意大利、芬兰、加拿大等国的规定与我国类似,也将专利无效等行政争议排除于仲裁范围之外。但是,美国、荷兰、比利时等国法律则允许专利无效等纠纷付诸于仲裁,但是裁决结果仅限在案件当事人之间有效。笔者认为,专利权等工业产权本质上属于具有公开性的对世权,而仲裁裁决仅在当事人之间相对地有效,与专利权的属性不符,可能损害权利的稳定性与有关各方的合法权益。因此,我国法律将应当由行政机关处理的行政争议明确排除在仲裁范围之外,是必要与合理的。^⑧

2. 可仲裁的知识产权争议

将仲裁法的规定适用于知识产权仲裁时,还应避免将可以仲裁的争议排除在仲裁范围之外。仲裁事项(例如关于专利共有协议的纠纷、雇佣合同中关于职务发明创造的纠纷等)如果并非是行政争议本身,仅与应当由行政机关处理的行政争议有关,是可以付

⑥ 《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第237条和第274条规定:仲裁机构(包括我国涉外仲裁机构)就无权仲裁的事项作出的裁决,法院有权裁定不予执行。

⑦ 《仲裁法》第20条规定:当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。

⑧ 依据《民事诉讼法》第283条的规定,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,当事人可以依据《纽约公约》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承认和执行。即便外国仲裁裁决属于依据我国法律仲裁机构无权裁决的情形(例如关于专利无效的裁决),我国法院一般也不会以《纽约公约》规定的违反公共政策等理由拒绝承认和执行。而且,拒绝承认与执行的决定应当上报最高人民法院。

诸于仲裁的。^⑨而且,在知识产权仲裁程序中,即便出现了应当由行政机关处理的行政争议,仲裁庭也可以中止审理,在行政争议得到处理之后再继续仲裁。为了避免仲裁程序的拖延,专利许可和转让协议普遍约定“非质疑条款”或“非挑战条款”,防止因被许可人申请宣告专利权无效而造成仲裁程序的中止。

(四) 知识产权仲裁协议

仲裁协议是仲裁制度的基础与依据,直接决定了仲裁的效力与范围。仲裁裁决的事项如不属于仲裁协议的范围,法院有权裁定不予执行。

1. 电子商务合同与仲裁协议

为贯彻《意见》提出的针对电子商务平台等关键领域和环节构建知识产权仲裁机制的精神,需要在新的交易与缔约环境中重新认识仲裁协议。在我国蓬勃发展的数字经济中,仲裁协议具有了数字化、网络化、自动化等新的特点。电子商务合同基本上都是采用自动信息系统订立的。自动信息系统是电子商务合同最突出的特点。电子商务合同的自动信息系统,是指按照事先设定的算法、程序指令、运行参数与条件,在无自然人确认或者干预的情况下,为交易双方订立或者履行合同进行信息互动的计算机系统。自动信息系统,顾名思义,具有自动性,故使用该系统的电子商务当事人,不再对该系统正常运行所生成、发送与接收的数据电文进行人工干预、审核或者确认。《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)第48条第一款已经明确规定,电子商务当事人使用自动信息系统订立或者履行合同的行为对使用该系统的当事人具有法律效力。因此,电子商务合同中有仲裁条款或者使用自动信息系统订立的仲裁协议,其法律效力应予认可。自动化的仲裁协议方便了仲裁在电子商务领域的应用,具有积极意义。

2. 当事人的行为能力

为了适应电子商务合同自动化的特点,《电子商务法》第48条第二款规定,在电子商务中推定当事人具有相应的民事行为能力,除非有相反证据足以推翻。但是此规定适用于仲裁协议时应当慎重。电子商务经营者委托所谓“天才少年”开发计算机程序或者设计动漫作品的情况屡见不鲜,其所订立的知识产权合同(特别是技术开发合同、委托设计合同)如有仲裁条款,则有很大的风险。《仲裁法》第17条第二款规定,无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议无效。电子商务经营者除非在缔约时能确定对方属于完全民事行为能力人,否则其仲裁依据很可能被认定为无效。随着电子身份、实名制等技术的发展,人脸识别、指纹识别等技术的应用,电子商务经营者识别与验证对方当事人身份的能力不断加强。社交电商、网络直播等新型电子商务的发展,也使电子商务经营者从更多渠道、以更直观方式获得缔约对方行为能力的信息,避免知识产权仲裁协议无效的风险。

^⑨ 《专利法》第72条规定:侵夺发明人或者设计人的非职务发明创造专利申请权和本法规定的其他权益的,由所在单位或者上级主管机关给予行政处分。但是关于发明创造是否属于非职务发明创造合同纠纷,是可以付诸仲裁的。

（五）知识产权仲裁的审理

近年来,为适应数字经济等新业态发展需要,依托互联网技术,以在线案件管理系统、电子证据平台等为特征的互联网仲裁发展迅速。区块链等科技手段在保全电子证据真实及不可篡改等方面也得到广泛应用。网上仲裁与互联网经济的深度融合、线上仲裁、智能仲裁、线上线下协同发展,都在2020年初新冠疫情时期发挥了巨大作用。知识产权纠纷的核心证据,如为专利、商标、著作权、商业秘密等无形财产的,非常适于数字化、网络化的举证、存证、查证与质证。互联网仲裁在审理知识产权纠纷方面得天独厚、优势明显。

知识产权仲裁审理中的突出问题是如何尽快制止对权利的危害行为,目前有两个途径:

1. 行为保全

知识产权人依法向法院申请行为保全,是仲裁程序中采取的主要方式。《民事诉讼法》第100条规定,人民法院对于因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以裁定责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;必要时人民法院可采取保全措施,可以责令申请人提供担保。

虽然《仲裁法》尚未对行为保全作出明确规定,但是最高人民法院的司法解释已经扫清了实践的障碍。依据《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第2条和第7条,知识产权纠纷的当事人在仲裁裁决生效前,依据民事诉讼法的规定申请行为保全的,人民法院应当受理,并且综合考量申请人的请求是否具有事实基础和法律依据,包括请求保护的知识产权效力是否稳定,不采取行为保全措施是否会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害,不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害,采取行为保全措施是否损害社会公共利益等因素审查、裁定行为保全的申请。^⑩《仲裁法》的修订应当健全仲裁与司法保护之间的衔接机制,加强信息沟通和共享,形成各渠道有机衔接、优势互补的运行机制,知识产权仲裁中的行为保全问题期望得到《仲裁法》的正式认可。

2. 紧急仲裁

另一个途径是采取紧急仲裁。依据《中国国际经济贸易仲裁委员会紧急仲裁员程序》,当事人需要紧急性临时救济的,可以依据所适用的法律或当事人之间的约定申请紧急仲裁员程序(第1条第一款);紧急仲裁员在接受指定后15日内有权作出必要的紧急性临时救济的决定(第6条第二款);当事人可以依据执行地国家有关法律向有管辖权的法院申请强制执行紧急仲裁员的决定(第6条第四款)。^⑪

紧急仲裁员程序对于知识产权仲裁具有特殊重要的作用,可以保障知识产权人及时获得禁令和制止有关的侵害行为。《仲裁法》的修订有必要考虑补充关于紧急仲裁员程

^⑩ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第21条第一款规定,当事人依据中国法律申请保全的,仲裁委员会应当依法将当事人的保全申请转交当事人指明的有管辖权的法院。当事人所申请的“保全”应包括行为保全。

^⑪ 后续组成的仲裁庭有权不受紧急仲裁员决定的约束,可以修改、中止、终结该决定。仲裁庭作出的最终裁决可以取代紧急仲裁员的决定。

序的规定。

（六）知识产权仲裁的裁决

仲裁裁决书自作出之日起即发生法律效力,因此知识产权争议得以一裁终局,当事人可以及时得到法律救济。

1. 电子形式的裁决书

现行《仲裁法》仍然要求仲裁裁决书由仲裁员签名、加盖仲裁委员会印章,这与大力发展互联网趋势不尽相符。实践中,许多仲裁机构已经允许仲裁员在裁决书上进行电子签名,但是仲裁委员会的印章仍未能电子化、网络化。《仲裁法》的修订有必要克服互联网仲裁发展中最后的法律障碍,明确允许仲裁机构采用电子签名法规定的安全电子签章,取代物理形式的单位公章,使当事人能够依据完全电子化的裁决书向法院(特别是互联网法院)申请执行。

2. 救济方式

知识产权仲裁裁决给予权利人的救济分为金钱赔偿与禁令性救济两类。

（1）金钱赔偿

金钱赔偿是最为常见的救济方式。在法律允许的范围内,仲裁庭可以依据仲裁协议约定的范围与仲裁请求裁决权利人应获得的赔偿金额。对于当事人约定的违约金、迟延履行利息、罚息的利率,高于法律许可的部分不应予以支持。^⑫

惩罚性赔偿是我国法律专门规定的针对情节严重的恶意侵犯知识产权行为的救济措施。例如,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1185条明确规定,故意侵害他人知识产权,情节严重的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。但是,在知识产权仲裁中,除非当事人协议约定了惩罚性赔偿,否则仲裁庭无权自行就惩罚性赔偿作出裁决。^⑬美国等多数国家法律也不承认仲裁庭拥有裁决知识产权惩罚性赔偿的权力。那些只能由国家行政机关处以的罚款或者法院因当事人妨害民事诉讼程序判处的罚款,仲裁庭当然也无权裁决。^⑭

（2）禁令

禁令性救济对于知识产权仲裁非常重要。^⑮仲裁裁决的禁令性救济应当明确具体。如裁决当事人停止使用有关的知识产权客体,应当写明具体的禁止行为、范围、方式,例

^⑫ 最高人民法院于2020年8月18日通过了《关于修改〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的决定》,修正后的规定自2020年8月20日起施行。依据修正后的规定,司法保护的上限以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心每月20日发布的一年期贷款市场报价利率(LPR)的4倍为标准确定,取代原《规定》中“以24%和36%为基准的两线三区”的规定。逾期付款的争议发生在2019年8月20日之前的,违约金年利率可参照申请人提起仲裁之时一年期LPR的4倍予以确定。

^⑬ 例如,《商标法》第63条虽然规定,对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以确定赔偿数额的一倍至五倍,但是仲裁庭在缺乏合同依据的情况下无权作出加倍赔偿的裁决。

^⑭ 仲裁程序中,如果出现当事人辱骂、威胁仲裁员的情况,仲裁庭仅能说服、劝阻,并无采取强制措施权力。但是当事人的行为构成犯罪的,应当依法追究其刑事责任。

^⑮ 有些国家的法律不允许仲裁裁决行为性救济,导致当事人只能获得金钱赔偿,仍须向法院起诉以获得有关的禁令。我国法律不存在此类限制。

如停止销售申请人商标相关商品,从其场所内清除牌匾及所有图案及标识,返还全部客户资料、销售材料、促销材料、便笺纸、发票,关闭电子商务平台上的商铺等。

如裁决继续履行专利、商标、著作权许可协议,当事人一般情况下可以直接执行,但有些情况下则必须得到对方行为的协助。在此情况下,当事人可以向有管辖权的法院申请强制执行裁决。依据《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3条,仲裁裁决或者仲裁调解书仅确定继续履行合同,但对继续履行的权利义务,以及履行的方式、期限等具体内容不明确,导致无法执行的,人民法院可以裁定驳回执行申请;导致部分无法执行的,可以裁定驳回该部分的执行申请;导致部分无法执行且该部分与其他部分不可分的,可以裁定驳回执行申请。因此,仲裁裁决当事人继续履行知识产权合同的,应当写明履行的具体客体、方式、期限,例如必须向对方提交的知识产权载体、介质、解密密钥,必须提供的最佳实施方案、相关技术秘密、技术培训与指导等。

《民法典》为知识产权仲裁裁决禁令性救济提供了新的法律依据。《民法典》第502条第二款规定,依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定;未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力;应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。因此,仲裁庭可以裁决责令当事人办理与合同有关的批准等手续,例如注册商标转让合同经商标局核准的手续、注册商标许可使用合同经商标局备案的手续,但应写明当事人履行的期限、方式。^⑩

二、特殊的知识产权仲裁

《意见》提出,针对电子商务平台、展会、专业市场、进出口等关键领域和环节构建仲裁等快速处理渠道。《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》(以下简称《若干意见》)鼓励仲裁委员会根据不同领域、不同行业的实际情况,探索制定专门、专业领域的特别仲裁规则;在尊重当事人意愿前提下,综合运用裁决、确认、调解、和解、评估、谈判等各种手段和方式,多元化解纠纷,提高快速结案率、自愿和解率和自动履行率。

两份《意见》均提到了利用仲裁快速处理争议、多元解决纠纷的发展方向。文件中提到的仲裁是否仅指现行仲裁法规定的典型仲裁,值得深思。

随着我国仲裁事业的发展,适用于特定领域的特殊仲裁已经逐渐发展起来。特殊仲裁显然不同于调解,其处理案件的结果是以裁决书的方式体现的。但是,特殊仲裁也不同于典型的仲裁。根据我国《仲裁法》的规定,仲裁程序与诉讼程序是相互排斥的,仲裁裁决是终局性。当事人即便申请有管辖权的法院撤销仲裁裁决,法院也不重新审理案

^⑩ 《商标法》第42条和第43条规定,转让注册商标的,转让人和受让人应当签订转让协议,并共同向商标局提出申请;转让注册商标经核准后,予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。许可他人使用其注册商标的,许可人应当将其商标使用许可报商标局备案,由商标局公告。商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。

件事实与裁判理由,仅审查仲裁是否存在有关的程序正当性问题或涉嫌违法犯罪问题。特殊仲裁则不排斥诉讼程序,其裁决作出后,当事人仍然可以请求有管辖权的法院重新审理有关的纠纷。

特殊仲裁,又称“准仲裁”,在我国法律中广泛存在并发挥着重要作用。我国《劳动争议调解仲裁法》《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》均明确规定了此类特殊仲裁。当事人不服仲裁裁决的,依照法律规定的程序与期限,可以向法院起诉。案件进入诉讼程序后,当事人之间的争议由法院重新审理。特殊仲裁甚至可以与典型仲裁并存、相互补充,例如《劳动争议调解仲裁法》既规定了特殊仲裁,也规定了非终局性的仲裁,适用于不同的情形与不同的当事人。这充分表明了仲裁程序的多样性与灵活性,满足了解决不同争议的需要。

特殊仲裁是我国法律中行之有效的制度,片面强调非终局性是不确切的。事实上,绝大多数案件经特殊仲裁(例如劳动争议仲裁)裁决后,并未诉讼至法院,而是定纷止争,当事人之间的使争议得以解决。因此,特殊仲裁发展潜力巨大,在知识产权仲裁领域大有用武之地。

特殊仲裁目前不属于《仲裁法》的范畴,但仲裁法律制度是不断发展的。例如,我国仲裁法律制度是以机构仲裁为基础的,但在《仲裁法》修订过程中已经有增加临时仲裁的建议提出。特殊仲裁在发展完善的进程中也有可能在未来的《仲裁法》中获得一席之地。

(一) 域名争议解决机制

在知识产权特殊仲裁中,域名争议解决机制应用最为广泛、实践最为成功。互联网名称与数字地址分配机构(ICANN),是全球互联网域名的监管机构^①,其于1998年开始实施的《统一域名争议解决政策》(UDRP)最具代表性。此后,许多国家和地区域名的管理机构相继建立了域名争议解决机制,例如适用于“.cn”“.中国”的我国国家域名争议解决办法,与UDRP之间大同小异。域名争议解决机制成功地裁决了数万起域名与商标发生冲突的纠纷案件,有效地在全球域名系统内制止恶意抢注他人商标为域名的行为,保护商标权人的正当权益,使其免于为了投诉域名而在不同国家的法院间疲于奔命,在很大程度上遏制了域名抢注造成的流量劫持和恶意使用商标等问题。

1. 特殊仲裁的依据

域名争议解决机制与典型仲裁的最大区别在于当事人之间并无直接的仲裁协议,而是完全依托于域名注册管理体制,即域名注册人在其与注册机构签署的域名注册协议中承诺接受域名争议解决程序的管辖。商标权人认为注册域名损害其商标权益的,即可向域名争议解决机构提起投诉。正由于域名争议解决机制属于特殊仲裁,因此并不排斥当

^① ICANN 是 1998 年在美国加利福尼亚成立的非营利公益机构,负责协调互联网域名系统的稳定和安全运行。UDRP 适用于所有的通用顶级域名之下二级域名与商标权的纠纷,关于各国家和地区顶级域名之下二级域名的纠纷则不在其中。

事人向有管辖权的法院（通常是域名注册机构所在地法院）起诉。^⑮ 域名争议解决的裁决虽然不具有终局性，但在其二十多年的历史中，当事人不服裁决、另案起诉的比例微乎其微，足见该机制有其自身的优势。

2. 程序特点

域名争议解决机制在创建之初就确立了快速、高效、费用低廉的目标。该程序从立案、审理到裁决完全在网上完成，开创了互联网仲裁的先河，基本上采用简易程序，进行书面审理，案件大体上能在60日内审结。程序费用与典型仲裁相比非常低廉。同时除非当事人向法院起诉，专家组裁决作出后即可执行，无上诉程序。

3. 适用范围

域名争议解决机制之所以能够快速运行、低廉高效，是因为仅适用于域名与商标（包括普通法商标）之间的冲突这一特定类型的纠纷案件，确定了高度标准化的实体性规则与程序性规则，而且由于程序依托于域名管理体制，专家组裁决得以在域名系统内由注册机构执行，无需向法院申请强制执行。当然，域名争议解决机制的优势也是其局限性，该程序适用范围有限（例如域名与商号权等其他知识产权的冲突即被排除在外），商标权人所能获得的救济方式也有限，仅限于获得域名注册的转移或者将域名注册撤销，而无法获得金钱赔偿。

域名系统不断发展，ICANN实施了增加通用顶级域名的计划，新增顶级域名3000多个，许多知名商标（.ibm,.ali等）均已申请成为顶级域名。与此相配合，ICANN实施了新的争议解决机制，分别适用于顶级域名申请阶段的知识产权争议解决与批准后的争议解决。^⑯ 域名争议解决机制还将为知识产权特殊仲裁的发展发挥更大的作用。

（二）电子商务平台在线争议解决机制

2020年4月《中共中央国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》提出，数据是重要的生产要素。电子商务平台作为巨量数据的集合体与集散地，正在成为数字经济的中坚力量，承载着成百上千万的企业与个人进行各类经济活动，是第四次工业革命的突出表现。因此，《意见》明确提出，电子商务平台是构建知识产权仲裁等快速处理渠道的关键领域和环节。该指示精神与《电子商务法》的规定高度一致。

2019年1月开始实施的《电子商务法》充分利用平台数据上的优势为知识产权保护服务，建立了专门适用于平台的知识产权保护制度，是对我国知识产权法律制度的重要补充与加强。平台知识产权保护制度主要包括两方面：一是平台经营者应作为善良管理人承担保护知识产权的法律义务，例如《意见》要求平台等各类网站应当规范管理，删除侵权内容，屏蔽或断开盗版网站链接，停止侵权信息传播等；二是平台经营者收到知识产权人侵权通知应及时采取措施的义务，例如《意见》推动电子商务平台有效运用专

^⑮ 有个别的域名争议解决政策（例如我国香港特别行政区《.hk域名和.香港域名争议解决政策》）将域名注册协议“视为”域名注册人与商标权人之间共同接受程序管辖的协议，将域名争议解决的裁决等同为终局性的仲裁裁决。

^⑯ 例如，ICANN在申请阶段允许商标权人等权利人就申请为顶级域名的字符提出异议（LRO），由世界知识产权组织指定的专家组裁决；对于批准授权后的顶级域名，适用授权后争议解决政策（PDDRP）。

利权评价报告,快速处理关于实用新型和外观设计专利侵权的通知。^{②①}除此之外,《电子商务法》中还有一项经常被忽视的法律制度,也对平台知识产权保护作用重大。平台在线争议解决机制虽然并非专门的知识产权保护制度,但是非常适合解决平台上发生的知识产权纠纷案件,尤其是国际知识产权纠纷案件。

《意见》要求,在电子商务平台这样的关键领域和环节构建知识产权仲裁等快速处理渠道。但是依据现行的《仲裁法》,在电子商务平台建立仲裁委员会,实行典型的仲裁,难度很大,缺乏可操作性。^{②②}因此,《意见》中所指的知识产权仲裁,更可能是指不排斥司法管辖的特殊仲裁,既能快速处理争议,又不受《仲裁法》的限制,可以尽快付诸实施。

由于《电子商务法》实施时间不足两年,电子商务平台在线争议解决机制仍在探索与尝试之中。^{②③}但是,将《意见》的要求与《电子商务法》的规定相结合,可以基本上共同勾勒出构建知识产权特殊仲裁的基础、程序与执行的框架。而且,为了便于处理跨国知识产权纠纷案件,相关的国际法律文件与实践也可提供有益的参照。

1. 争议解决规则

在平台知识产权纠纷案件中,最为常见的情况是知识产权人投诉平台内经营者实施了侵权行为。如果采用典型仲裁的模式,知识产权人必须与平台内经营者之间订有仲裁协议才能投诉,因而极大地限制了可处理案件的范围。但是,特殊仲裁则不受此限,仲裁协议可以被当事人之间共同接受的平台争议解决规则所取代。

依据《电子商务法》第63条的规定,如果平台建立争议解决机制,必须制定并公示有关的争议解决规则。^{②④}平台经营者拥有治理平台内生态环境、维护正常的交易秩序的权力,制定与实施平台规则是平台治理的主要表现形式。平台一旦制定并公示了争议解决规则,平台内经营者就要受其约束,否则就只能退出平台内的经营。知识产权人不论是否在平台内经营,只要选择使用平台提供的机制进行投诉,就必须明示接受平台争议解决规则的约束。因此,电子商务平台争议解决规则是争议解决机制运行的基础,类似于依托于域名注册管理体制而运行的域名争议解决机制。当事人双方的意思自治、对争议解决机制的选择,不是通过订立仲裁协议,而是通过共同遵守平台争议解决规则来实现的。

2. 争议解决程序

依据《电子商务法》和《意见》的规定,平台争议解决的程序应当具有公平公正、网络化、快速性等特征。

^{②①} 关于电子商务平台知识产权法律制度,参见薛虹:《中国电子商务平台知识产权保护制度深度剖析与国际比较》,刊载于《法学杂志》2020年第9期,第13-23页。

^{②②} 依据《仲裁法》的规定,仲裁委员会由直辖市和省、自治区人民政府所在地的市(或根据需要在其他设区的市)的人民政府组织有关部门和商会统一组建;涉外仲裁委员会可以由中国国际商会组织设立。

^{②③} 《电子商务法》规定,电子商务平台经营者可以建立争议在线解决机制,并未将建立该机制作为平台经营者的强制性法律义务。

^{②④} 《电子商务法》虽然并未强制性要求平台经营者建立争议在线解决机制,但是如果平台经营者选择建立此类机制则应符合有关的法定要求。

(1) 公平公正

《电子商务法》第63条要求平台经营者“公平、公正地解决当事人的争议”,对平台争议解决机制的程序运行提出了要求。

为了满足“公平、公正地解决”争议的法定要求,平台争议解决机制不应管辖涉及平台经营者的争议,且平台经营者自身不能是争议的当事人。任何人都不能担任自己的法官,这是程序正义的最基本要求。平台经营者在自行制定争议解决规则、自行运行争议解决机制的情况下,是不可能公平、公正地解决涉及自身的争议的。换言之,即便平台经营者能在争议解决程序中保持实质上公平、公正,也不可避免地违背了程序正义,其争议解决的结果难免被人怀疑与诟病,从而丧失公信力。因此,知识产权人投诉平台经营者的争议案件,应当被排除在平台争议解决机制管辖的范围之外。

依据《电子商务法》规定,平台经营者可以建立争议解决机制、制定争议解决规则、解决当事人的争议。从字面意义理解,平台经营者不仅建立争议解决机制与制定争议解决规则,还要直接运行争议解决机制以解决当事人的争议。但是,平台本来就与平台内经营者之间存在直接的利害关系(例如平台经营者向平台内经营者收费或者抽成),如果平台争议解决机制直接由平台运行或者依附于平台之内,知识产权人难免对其程序的公平公正性产生怀疑。

相比之下,互联网域名争议解决制度虽然由域名注册管理机构建立,争议解决规则由其制定与公示,但是并非由它们直接运行。域名注册管理机构一般授权专业性的争议解决机构,依据其所制定与公示的争议解决规则,独立裁决投诉的商标权人与域名持有人之间的争议。域名争议解决制度在运行机构上的独立性是该程序公平与公正解决当事人争议的客观保障。

国际相关经验也可作为参考。欧盟颁布了《消费者在线纠纷解决机制条例》。自2016年2月起,在欧盟数字化单一市场框架内,所有面向消费者的电子商务经营者(包括平台经营者)都必须实施跨境消费者纠纷网上解决机制。在欧盟27个成员国区域内,消费者可以向在线争议解决平台提交有关跨境电子商务纠纷的投诉,通过平台上注册的争议解决服务提供者解决争议。欧盟内所有电子商务经营者都必须在其网站上以醒目方式设置通向在线争议解决平台的链接、向消费者提供其在线联系方式及指定的在线争议解决机构,并告知消费者在线争议解决平台的信息与使用方法。欧盟在线争议解决机制为电子商务经营者与消费者提供了跨国界、多语种、简单快捷、费用低廉的非诉讼的在线争议解决途径,保障了交易安全与消费信心。从欧盟上述法律规定看,消费者在线争议解决是通过专业性的争议解决服务提供者运行的,并未由经营者自行运行。

因此,我国《电子商务法》的规定可以理解为:平台经营者建立的争议解决机制可以授权独立的第三方机构,依据平台制定的争议解决规则,公平、公正地通过在线系统解决当事人的争议。独立运行的平台争议解决机制更加符合程序正义的要求。

(2) 网络化与快速性

《电子商务法》明确规定平台经营者应建立“在线”的争议解决机制。因此,平台

争议解决机制必然利用数字技术、采用网络化的方式。如果平台争议解决机制采取线下传统方式,则在很大程度上丧失了制度创新的价值与意义。

很多电子商务平台经营者已经尝试建立网络上的自动信息系统,接受投诉,并衔接争议解决程序。例如,阿里巴巴集团的大众评审机制自2012年上线以来,已经由近500万志愿者累计完成过1亿次纠纷判定。由于知识产权争议的特殊性与专业性,平台经营者有必要建立专门的在线机制处理有关的案件。

《意见》提出,平台争议解决程序应突出快速的特点。在线的案件管理与程序运行可以大幅提高审理效率、节省时间成本。而且,平台争议解决还可以参考域名争议解决的经验,将从案件受理到审结的全过程限定在60日内完成,避免程序拖延,且便于与其他争议解决方式进行衔接。

3. 裁决的执行

平台争议解决机制作为特殊仲裁,虽然不排斥司法管辖,但是如能快速高效、公平公正地解决知识产权纠纷,那么当事人诉诸法院的比例并不会很高。域名争议解决程序已经证明这一点。

平台争议解决机制依托于平台经营者对于平台的治理权力,使得争议解决的裁决可以在平台内直接得到执行。例如,知识产权人的投诉成立的,平台经营者应直接依据裁决内容对平台内经营者的侵权行为实施删除、屏蔽、断开链接、终止交易或其他必要措施。而且,平台经营者对于平台内经营者拥有充分的治理权力,可以要求平台内经营者支付一定金额的保证金,作为对知识产权侵权赔偿之用。因此,与域名争议解决程序相比,平台争议解决的裁决不仅限于知识产权禁令性的救济,还可以责令以平台内经营者支付的保证金作为知识产权侵权的赔偿,具有域名争议解决程序无可比拟的优势。

平台争议解决机制是《电子商务法》中一项独立的法律制度,不应与平台经营者收到知识产权人侵权通知后所采取的必要措施混为一谈。知识产权人发出通知导致平台经营者针对平台内经营者所采取的删除、屏蔽、断开链接、终止交易或其他必要措施,本质上属于知识产权人所能获得的临时性救济措施。如平台内经营者发出不侵犯知识产权的声明,对于知识产权人的通知进行抗辩,则知识产权人必须及时向法院起诉或者向行政机关投诉,否则平台经营者将终止所采取的措施。平台争议解决机制则是对于知识产权人与平台内经营者的争议进行裁决。该裁决的执行并非临时性措施,而是对当事人双方均有约束力的救济方式。

4. 跨境争议解决

我国《电子商务法》规定,要推动建立与不同国家、地区之间的跨境电子商务争议解决机制。在我国与“一带一路”沿线国家的双边协定谈判中,跨境电子商务的在线争议解决机制是重要的内容。以国际条约、协定等方式建立跨境电子商务的争议解决机制,能够为有关的争议解决机制提供最为稳定、可靠的国际法律支持。

跨境争议解决机制的构建可以参考有关的国际法律与实践,借鉴其经验与教训。例如,联合国国际贸易法委员会曾经建立在线争议解决工作组,意图在联合国框架内建立

关于在线争议解决机制的国际法律与规则。经历将近十年的磋商,包括我国在内的许多国家都曾提出建议与方案,但是由于各国法律制度差异过大、利益矛盾过多,最终该项目以失败而告终,未能形成任何国际条约、协定等国际法律文件,甚至未能达成不具有约束力的示范法,仅以所谓“2016年在线争议解决技术性注释”草草收尾。“2016年在线争议解决技术性注释”概括了在线争议解决程序的主要要素,虽然仅为描述性的而非有任何约束力,但可参照适用于跨境小额电子商务合同纠纷的解决,协助联合国成员国发展有关的在线争议解决机制。

上述国际法律发展历程中的事例说明,跨境电子商务在线争议解决机制在国际法律体系的建立与发展尚且任重道远,难以一蹴而就。我国《电子商务法》规定的平台在线争议解决机制则提供了新的思路与可能。相比国内当事人之间的争议,平台争议解决机制对于解决跨境争议有更为重大的意义与价值。不论是国外的知识产权人投诉我国平台内经营者,还是我国知识产权人投诉来自国外的平台内经营者,如果没有平台争议解决机制,都只能诉诸于域外的司法系统,面对复杂的司法管辖与适用法律的问题。在相关的国际法律制度尚未建立之时,从事跨境电子商务的平台经营者先行先试,根据平台具体情况与实际需要,建立在线争议解决机制、制定并公示有关的争议解决规则,鼓励平台内不同国家和地区的当事人通过平台的在线机制解决争议,显得尤其必要而且紧迫,同时能够彰显中国法律与实践的创新性与国际影响力。

三、结语

《意见》为我国知识产权仲裁事业的发展指明了方向。不论是《仲裁法》下的典型仲裁,抑或是《仲裁法》之外的特殊仲裁,都将为解决知识产权争议、提高知识产权保护的效率与水平发挥更大的作用。时逢《仲裁法》修订之际,深入研究知识产权争议的可仲裁性等专门问题与知识产权仲裁协议、审理程序等新出现的问题,将为知识产权仲裁开辟更大的发展空间。域名争议解决、电子商务平台在线争议解决等特殊仲裁机制体现了《意见》所要求的快速、高效、网络化争议解决的精神,具有巨大的潜力,将在知识产权仲裁体系中占据越来越重要的地位。

Abstract: Intellectual property rights differ from the other civil rights with respect to legal characteristics, norms and protection regimes. The legal research on intellectual property arbitration is underdeveloped in many frontier areas. The paper, guided by the Opinions on Strengthening Intellectual Property Protection, thoroughly explores the significant importance and enormous advantage of both the typical arbitration and special arbitration in resolution of intellectual property disputes and improvement of intellectual property protection efficiency. Upon the timing of revision of the Arbitration Law of the People's Republic of China, this paper

not only examines the arbitrability, arbitral agreements, procedures, award enforcement and other theoretical and practical issues critical to typical intellectual property arbitration, but presents the capacity and potential of special intellectual property arbitration like domain name dispute resolution and E-commerce platform dispute resolution mechanisms.

Keywords: intellectual property rights; typical arbitration; special arbitration; e-commerce

(责任编辑: 黄晨亮)

制度、技术、共联： 线上仲裁机制建构的可能性三角

——从新冠疫情对仲裁带来的挑战谈起

刘宁 梁齐圣*

内容提要 本次新冠肺炎疫情为仲裁机构的正常运作带来了重大的挑战,这使得人们开始重新思考线上仲裁机制的作用和意义。本文首先提出了该种挑战,并对线上仲裁的概念,其在新冠疫情当中的重要意义,其在境内外的相关实践做了一个简单梳理;其次,本文从实然的角度分析了导致我国线上仲裁机制一直止步不前的几个重要原因;最后文章提出可能性三角理论,从应然角度论述了未来我国应该如何围绕制度、技术以及仲裁机构与外部机构的内外部联动这三个方面来建构线上仲裁机制。

关键词 线上仲裁 新冠疫情 仲裁机制 可能性三角

一、危机还是转机：新冠疫情给仲裁带来的新挑战

2020年开年以来,新冠疫情迅速在全世界蔓延,虽然我国疫情已经得到了有效的控制,但在有效疫苗研制成功之前,总体抗疫形势依旧严峻。这次突发性事件不仅对我国公民的健康造成了极大的威胁,也对国家社会的各个行业和领域产生了深远的影响。仲裁作为一种法律服务也深受这次疫情影响,产生了不少新问题,其中既包括仲裁中的实体问题,也包括大量的程序问题。

截至目前,学界和实务界在相关问题上的探讨主要集中在实体法适用问题之上,主要包括对疫情中不可抗力适用问题的研究,这其中又包括国际商事合同中的不可抗力问题^①

* 刘宁,上海坤澜律师事务所主任,上海仲裁委员会仲裁员,常州仲裁委员会仲裁员,南昌仲裁委员会仲裁员,上海市律协仲裁业务研究委员会委员,上海市金融办外聘法律顾问,中国法学会会员;梁齐圣,复旦大学法律硕士,上海坤澜律师事务所实习生。

① 龚柏华:《国际商事合同不可抗力条款对“新冠肺炎”疫情适用法律分析》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第2期,第5-25页。

和国内合同中的不可抗力问题^②，国内合同又涉及建筑工程合同领域^③以及金融行业的类型化合同领域^④等。但是除了这些实体法问题之外，本次疫情对仲裁活动的具体开展形式以及仲裁过程当中各个程序有效开展也带来了许多挑战。比如说在疫情之下仲裁机构应该如何有效快速地立案？立案之后的送达、答辩以及相关财产的保全应该如何进行？应该如何组建仲裁庭、开庭和裁决作出之后应该如何执行？在疫情当下，这些棘手的问题往往难以通过传统的仲裁方式得以解决，或者说通过以往的仲裁方式解决效率低下。基于此，司法部在2020年2月26日出台意见提出“要扎实做好仲裁工作，推进互联网仲裁……加强仲裁机构与人民法院、人民调解组织联动，推进仲裁进驻法律服务平台，积极服务和参与基层社会治理。”^⑤司法部的意见为解决仲裁当中存在的这些问题开阔了一个新的思路，再结合疫情当下各个行业实践的经验成果，笔者不禁思索，在数字技术如此发达的当代，各大高校企业社会组织都能通过线上办公的方式有效地复工复产复学，为什么仲裁机构不能借这股春风进一步完善自己的系统建设呢？基于这个思考，本文拟就我国仲裁机构线上系统搭建的可行性以及具体建构的思路做一个简单的探析，以求帮助我国仲裁事业从危机中看到转机，更好地履行提供法律服务、保障人民权利的重要职能。

二、概念明晰：线上仲裁机制概览

（一）什么是线上仲裁

线上仲裁（Online Arbitration）这一概念源自美国，是指仲裁的所有程序都通过电子邮件、交谈、视频会议等线上方式进行。^⑥这种仲裁方式相较于传统仲裁方式来说具有更强的便捷性，能够大大地降低仲裁的经济成本和时间成本。^⑦其诞生之初主要是为了解决频发的网络争议给传统法院诉讼带来的挑战，所以在域外实践当中，它往往被应用于电子商务以及网络域名的争议问题。^⑧但是随着时间的推移和技术的进一步发展，网上仲裁的场景也慢慢地渗透到仲裁的全领域，成为仲裁机构审理具体案件的一种有效手段。这点在本次疫情中有十分明显的体现，根据中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简

② 谭敬慧：《新冠肺炎疫情对合同履行影响的若干法律探析——从不可抗力角度展开》，载中国国际经济贸易仲裁委员会官网，<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=16490>，最后访问日期：2020年7月6日。

③ 周显峰：《新冠肺炎疫情对建设工程合同履行的影响及风险分配框架原则》，载中国国际经济贸易仲裁委员会官网，<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=16659>，最后访问日期：2020年7月6日。

④ 张昕：《重大疫情对金融行业典型的类型化合同的履行影响》，载中国国际经济贸易仲裁委员会官网，<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=16557>，最后访问日期：2020年7月6日。

⑤ 《司法部出台意见为统筹推进疫情防控和经济社会发展提供法治保障法律服务》，载中华人民共和国司法部官网，http://www.moj.gov.cn/news/content/2020-02/26/bnyw_3242586.html，最后访问日期：2020年7月10日。

⑥ See Jasna Arsic, *International Commercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come Too Early?* *Journal of International Arbitration*, 3(1997), vol.14, p.209.

⑦ 李虎：《网上仲裁法律问题研究》，法律出版社2005年10月版，第25页。

⑧ 参见郭玉军、肖芳：《网上仲裁的现状与未来》，载《法学评论》2003年第2期，第30-42页。

称“贸仲”)提供的数据显示,截止今年6月底,当事人通过在线立案系统申请立案372件,是2019年全年在线立案数量总和的5倍多。^⑨

(二) 线上仲裁系统建立对疫情防控的重要意义

总的来说,线上仲裁并不是一个新话题,但是传统的研究视角都是将线上仲裁和网络交易纠纷联系起来看待,整个制度设计的意义也始终围绕线上仲裁如何服务这类案件来展开。^⑩而这次新冠疫情的产生在整个线上仲裁制度上为我们带来了一个全新的视角,也使我们慢慢意识到线上仲裁除了可以单纯地应用于网络纠纷也完全可以服务于线下的实体纠纷。但是作为一种替代性纠纷解决机制,相对于传统的仲裁形式线上仲裁要出彩就必须有其独特的作用。总的来说,针对这次疫情防控,线上仲裁主要有以下几点优势:

第一,线上仲裁的安全性更高。疫情当下,保障人民群众的身体健​​康始终是任何机构行事的第一准则。线上仲裁的方式有效地避免了当事人之间的直接接触,保证当事人之间安全的社交距离,有利于防止新冠病毒的传播,切实有效地保证了仲裁当中各方主体的人身健康安全。这也是其在疫情期间最大的优势所在。

第二,线上仲裁在疫情期间有独特的便捷性优势。在线上仲裁当中,当事人足不出户,只要拥有一台电子设施就可以进行参与仲裁活动,其相较于传统仲裁方式来说,具有天然的便捷性优势,^⑪而这种优势在当前疫情之下又有了更为集中的体现。在疫情之下,全国大部地区都采取了封锁的策略,在此种情况下,如果按照传统的仲裁形式就难以及时办理案件。在实务中当事人往往采取顺延期限的做法来予以应对,但是这种做法要付出相应的时间成本和机会成本,此时如果采用线上仲裁的形式无疑能更为有效地保护当事人的权利。即使是在疫情稍缓的现在,全国各地的人员流动相较于正常时期还是有所限制,线上仲裁相较于传统仲裁的便捷性仍然能有持续地体现。

第三,线上仲裁成本更低。这也是线上仲裁非常重要的一个特点,在线上仲裁的过程中当事人只需递交相应的电子文件,完成相关的线上流程,这大大地节约了当事人的差旅费、打印费等各类费用。对仲裁机构来说,线上仲裁同样也大大减少了机构的运营成本。

第四,线上仲裁的效率更高。在整个线上仲裁的系统当中,当事人只需要线上程序就可以完成立案、文书递交、证据提交等任务,效率大大提升。之后一旦引入人工智能、区块链以及智能合约等新兴技术,线上仲裁的效率将会越来越高,同时其安全性也能得到极大的保障。^⑫

(三) 国内线上仲裁的相关实践

目前我国仲裁机构中推出线上仲裁功能的并不多,根据中国政法大学仲裁研究院研

⑨ 《“在线争端解决机制:现在与未来”研讨会召开》,载中国国际经济贸易仲裁委员会官网, <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=17031>,最后访问日期:2020年7月10日。

⑩ 参见肖永平、谢新胜:《ODR:解决电子商务争议的新模式》,载《中国法学》2003年第6期,第146-157页。

⑪ 参见郑世保:《论我国在线解决纠纷机制的完善》,载《中国社会科学院研究生院学报》2017年第4期,第126-136页。

⑫ 参见周蔚、罗旭东:《一种替代性纠纷在线仲裁系统》,载《计算机科学》2020年S1期,第583-590页。

究的数据显示,全国目前只有 10% 的仲裁机构开展了线上仲裁业务。^⑬ 在此笔者采用随机抽样的方式从东、中、西部地区择取了 10 家代表性仲裁机构,并对其线上仲裁系统建构的情况做了一个简单的调查。

机构名称	所属区域	是否有自己的网站	是否已经出台具体的线上仲裁规则	疫情当中是否开始线上仲裁的实践探索
中国国际经济贸易仲裁委员会	北京市	是	是	是
上海仲裁委员会	上海市	是	否	是
广州仲裁委员会	广州市	是	有	是
深圳国际仲裁院	深圳市	是	是	是
武汉仲裁委员会	武汉市	是	是	是
合肥仲裁委员会	合肥市	是	否	否
南昌仲裁委员会	南昌市	是	否	否
成都仲裁委员会	成都市	有	否	是
昆明仲裁委员会	昆明市	否	否	否
乌鲁木齐仲裁委员会	乌鲁木齐市	否	否	否

1. 东部四个仲裁机构的相关实践

(1) 中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”）

贸仲在 2009 年 5 月就制定了网上仲裁规则,是全国最早制定线上仲裁规则的仲裁机构之一。该规则由 6 章 55 条构成,主要规定了网上仲裁规则适用的范围(第 1 条),规则适用的前提(第 3 条),默认的仲裁机构(第 5 条),书面形式的要求(第 9 条),文书提交、发送和传输的方式(第 10 条),电子证据的效力(第 29 条),开庭审理的方式(第 33 条)等。

除此之外,贸仲还在 2020 年 4 月底发布了《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引(试行)》,该指引建议当事人以协议的方式约定优先以线上来推进仲裁流程,并且在其中明确了整个仲裁程序推进的具体流程,覆盖了从立案到裁决的 9 个流程,该指引的附件部分还明确规定了视频庭审的具体规范,为保障当事人权利做了很大的努力。

(2) 上海仲裁委员会（以下简称“上仲”）

与贸仲不同,上仲并没有出台过专门的线上仲裁规则,但是其很早就推出了相应的线上服务来提高仲裁活动的便利性,比如其在 2017 年就已经推出了网上在线立案平

^⑬ 《仲裁观察：疫情防控期间如何开展仲裁工作？》，载微信公众号“仲裁研究院”，2020 年 2 月 13 日。

台,^⑭此外面对疫情冲击其也迅速地推出其他新的线上服务。2020年1月28日,其在官网发布了《上海仲裁委员会关于疫情期间仲裁工作的提示》,其中建议当事人、代理人在向上仲递交立案材料、证据材料和其他相关文件时优先选择网上立案系统。^⑮紧接着其又在2月13日出台了《上海仲裁委员会关于疫情防控期间服务商事仲裁主体的保障措施》,这份文件开篇部分就提出了要充分借助仲裁信息化技术,提供“非接触”式仲裁服务,其中涵盖了网上立案系统、电子签名系统以及在线庭审技术多个方面的内容,该文件还提出要建立融国际化、高端化、专业化、信息化于一体的高端网络仲裁新模式。^⑯这些措施很快地见到了成效,2020年2月27日,上仲完成了其第一起真正意义上的网络仲裁庭审,标志着其已经贯通了从网上立案到在线庭审再到仲裁员电子签发文书的全流程在线仲裁机制。^⑰该案件跨越了三省六地,使用了微信小程序、人脸识别、电子证据质证以及多终端衔接等多种新形式,体现了线上仲裁在疫情期间的特殊优势,也展现出了其未来发展的远大前景。

(3) 广州仲裁委员会(以下简称“广仲”)

广仲也是国内较早一批建设线上仲裁系统的仲裁机构,其在2014年就已经开始全面向互联网仲裁转型,是全球首家实现立案、送达、答辩、组庭、交换证据、质证、审理、辩论和裁决等全流程在线办案功能的仲裁机构。^⑱2015年其还率先主导发起建立了“中国互联网仲裁联盟”,推出了比较完善的《中国广州仲裁委员会网络仲裁规则》。在该份规则里,广仲详细地规定了线上仲裁的各个环节,也明确了线上仲裁的范围并不只及于传统的网络纠纷也包括非网络纠纷(第4条),其中还肯定了线上订立的网络仲裁协议的效力(第5条),电子证据的认定中肯定了电子签名的效力(第14条),此外在附则部分还提到了如何保障仲裁活动的私密性和安全性(第29条)。2018年其已经实现了批量案件自动化处理,大大提升了案件处理能力和效率,2019年其进一步升级了智能仲裁系统,连接了各大平台,希望打造互联网法律生态圈。在此次疫情来临时,其第一时间发挥了“区块链+互联网仲裁”的独特优势,实现了便捷高效的“零接触”仲裁。^⑲此外其还为线上仲裁提供了《远程视频庭审操作流程指引》,^⑳其中涉及庭前庭中庭后三个阶

^⑭ 《推进信息化建设,打造智慧仲裁平台——上海仲裁委员会开通网上在线立案平台》,载微信公众号“上海仲裁委员会”,2017年3月31日。

^⑮ 参见《上海仲裁委员会关于疫情期间仲裁工作的提示》,载上海仲裁委员会官网, <http://www.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=68&id=310&menu=gg-68->,最后访问日期:2020年7月24日。

^⑯ 《上海仲裁委员会关于疫情防控期间服务商事仲裁主体的保障措施》,载上海仲裁委员会官网, <http://www.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=68&id=313&menu=gg-68->,最后访问日期:2020年7月24日。

^⑰ 《人脸识别+六地同屏+手机电脑兼容,上海仲裁委员会实现网络仲裁庭审新突破!》,载微信公众号“上海仲裁委员会”,最后访问日期:2020年2月27日。

^⑱ 《互联网仲裁简介》,载广州仲裁委员会官网, <https://www.gzac.org/jj1/36562.jhtml>,最后访问日期:2020年7月24日。

^⑲ 《广仲战“疫”“放大招”——区块链+互联网仲裁》,载广州仲裁委员会官网, <https://www.gzac.org/gzxw/2512.jhtml>,最后访问日期:2020年7月24日。

^⑳ 《远程视频庭审操作流程指引》,载广州仲裁委员会官网, <https://www.gzac.org/jj/63333.jhtml>,最后访问日期:2020年7月25日。

段,全面地兼顾到了线上庭审过程的公正性、稳定性和安全性。

(4) 深圳国际仲裁院(以下简称“深国仲”)

深国仲的网上仲裁规则由5章31条构成。其中规定了规则适用的范围包括因网络交易产生的争议和当事人约定将争议提交仲裁院的其他商事争议(第3条),约定网络仲裁的当事人应该具备必需的设备条件及技术能力(第5条),整个网络仲裁采取在线方式审理案件(第6条),网络仲裁原则上不开庭审理除非仲裁庭认为必要(第23条)。此外,其还在疫情期间火速升级了它的三大平台:云上仲裁平台(网上立案平台)、视频开庭平台、证据交换存储平台,实现包括立案、举证质证、庭审、送达等仲裁环节的网络化。^①

2. 中部三个仲裁机构的相关实践

(1) 武汉仲裁委员会(以下简称“武仲”)

武仲于2019年发布了《武汉仲裁委员会网上仲裁规则》,是笔者本次调研中唯一一家颁布线上仲裁规则的中部仲裁机构。该规则总共由7章52条组成,涵盖了对网上仲裁协议效力的认定、当事人的身份认证、电子签名问题、电子送达、电子证据以及整个线上仲裁的程序规定等多个内容。武仲还为线上仲裁搭建了专门的网上仲裁平台,该平台支持多端口设置,能够满足电脑和手机的使用需求,采用云计算、人工智能对生成文本辅助审核。疫情期间,武仲及时地在官网上发布了《武汉仲裁委员会关于新型冠状病毒疫情防控期间工作安排的通告》提醒当事人优先以线上的方式来进行仲裁程序。^②其后武仲还在2020年4月发布了《武汉仲裁委员会关于妥善处理仲裁案件全力服务疫情防控工作的若干意见》,在全力优化仲裁法律服务这部分进一步提到了线上仲裁的重要性。^③

(2) 合肥仲裁委员会(以下简称“合仲”)以及南昌仲裁委员会(以下简称“南仲”)

由于两者在线上仲裁方面的实践内容比较少,此处将二者一并进行介绍。

合仲并没有出台相应的线上仲裁规则,其在疫情期间也未进行实质上的线上仲裁活动。但是这次疫情也迫使其对仲裁系统内部的信息建设做出了新的探索,包括其召开的多次线上仲裁员培训会议,都为创新仲裁工作方法做出了一定的努力。

南仲基本情况和合仲相似,其既无线上仲裁规则也没有进行实质性的线上仲裁活动。

(3) 西部三个仲裁机构的相关实践

由于西部地区的三个机构在线上仲裁的规则和实践上都存在较大的空白,此处将三个机构一并进行讨论。

成都仲裁委员会(以下简称“成仲”)此前并无相关的规则,也不存在相应的庭审实践,但此次疫情倒逼其加快了信息化建设的步伐,2020年6月8日,成仲完成了其首

^① 《“禁足”当下,线上仲裁在行动》,载深圳国际仲裁院官网, <http://www.sccietac.org/>,最后访问日期:2020年7月25日。

^② 《武汉仲裁委员会关于新型冠状病毒疫情防控期间工作安排的通告》,载武汉仲裁委官网, <http://www.whac.org.cn/index.php/news/details/type/26/id/6316.html>,最后访问日期:2020年7月25日。

^③ 《武汉仲裁委员会关于妥善处理仲裁案件全力服务疫情防控工作的若干意见》,载武汉仲裁委官网, <http://www.whac.org.cn/index.php/news/details/type/26/id/6336.html>,最后访问日期:2020年7月25日。

例在线开庭审理案件,实现了网上开庭零的突破。

昆明仲裁委员会(以下简称“昆仲”)和乌鲁木齐仲裁委员会(以下简称“乌仲”)在信息化建设上与其他几个仲裁机构相比还存在比较大的差距。它们既没有相应的仲裁规则也没有相应的实践,此外这两个机构对互联网技术的运用也不是特别擅长,它们甚至还没有自己的网站和公众号,所有的仲裁活动还是采取比较传统的方式进行。

通过对以上几个仲裁机构网上仲裁规则的梳理,笔者发现我国当下线上仲裁的适用主要有以下几个特点:第一,从地域上来看,不同地域的实践差异非常明显。经济发达地区、仲裁活动比较频繁的地区往往更早也更容易建构线上仲裁系统,比如广仲基本上就已经建立起一个比较完善的线上仲裁机制;而经济稍微落后的地区或者仲裁活动比较少的地区,信息化建设水平往往比较低,有的地方甚至连自己的网页都没有。第二,已经开始进行线上仲裁实践的机构之间也存在很大的差异。有的机构已经出台了非常完善的线上仲裁规则和其他相应的指引,但有的机构仅仅还停留在实践的层面。拿经济发达的北上广深四个城市来说,贸仲、广仲以及深国仲都已经出台了专门的线上仲裁规则,而上仲却始终没有出台官方的文件来为线上仲裁提供稳定的指引。第三,已经制定了线上仲裁规则的机构在规则制定上也存在许多差异,有的已经比较完善,有的还有进步的空间。

(四) 境外线上仲裁的相关实践

实际上在境外几个比较知名的仲裁机构中,除了开庭以外,从立案到送达,再到整个程序的推进,都是通过电子邮件的形式进行的,它们的信息化建设程度以及网络化程度都比较高。比如在《2018 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》中就多次规定了电子邮件在仲裁文书传送过程当中重要性。^④在这次突如其来的疫情当中,这些机构最大的改变就是将仲裁庭从线下搬到了线上,在今年5月14日,包括世界银行国际投资争端解决中心(ICSID)、美国仲裁协会国际争议解决中心(AAA-ICDR)、德国仲裁协会(DIS)、维也纳国际仲裁中心(VIAC)、伦敦国际仲裁院(LCIA)、国际商会仲裁院(ICC)、国际商事仲裁机构联合会(IFCAI)以及贸仲在内的13家境内外主要仲裁机构和组织联合发起的《Arbitration and COVID-19》当中明确提出了国际仲裁机构要通过增强数字技术远程协作配合,探索疫情下公平高效的仲裁审理方式。^⑤在此处笔者也主要就其中三个代表性仲裁机构(香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心以及国际商会仲裁中心)在疫情当中进行的新探索做一个实证分析。

1. 香港国际仲裁中心(HKIAC)

与境内的仲裁机构不同,香港国际仲裁中心在疫情之前并不存在一个专门规定线

^④ 《2018 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第2.16条中提到“本规则中的‘传送’指将书面通讯通过专人、挂号信、快递、传真、电子邮件或其他能够提供投递记录的电子通讯方式进行递送、传送或通知”;第3.1条还专门规定了传送至收件人在仲裁中所告知的电子邮件地址即视为该书面通讯已经被当事人、仲裁员、紧急仲裁员或 HKIAC 收到。

^⑤ 《国际主要仲裁机构共同发声: 加强合作协同积极应对疫情—贸仲加入国际主要仲裁机构发起应对疫情〈联合倡议〉》,载中国国际贸易促进委员会官网, http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4132/2020/0520/1261903/content_1261903.htm, 最后访问日期: 2020年7月18日。

上仲裁制度的规则。但这并不意味着该机构不承认线上仲裁的方式，HKIAC之所以不出台专门的线上仲裁规则是因为相关规定已经在其仲裁规则中得以体现，包括前面所说的其对电子送达的规定，此外其仲裁规则中还规定了仲裁的进行要优先考虑效率和公正，对于形式并不过分追求，^{②6}这也说明HKIAC是支持线上仲裁形式的。此外在这次疫情期间，HKIAC还特别制定了专门的线上仲裁指引。其在2020年3月27日推出了COVID-19期间的措施和服务连续性指引，^{②7}其中提到整个案件管理团队继续远程工作，整个仲裁过程可以根据适用规则通过电子邮件或其他电子方式交付文件。此外HKIAC还和领先的技术专家合作为当事人提供了全面的线上服务，这些服务的内容包括视频会议、音频会议、电子证据展示、捆绑式线上服务等。^{②8}HKIAC还专门出台了《虚拟仲裁指南》(HKIAC GUIDELINES FOR VIRTUAL HEARINGS)，其中总共为用户提供了14条建议，这些建议中既介绍了HKIAC虚拟服务系统的具体功能，也提及了HKIAC将如何保护好仲裁过程的私密性以及当事人应该如何参与虚拟庭审。^{②9}

2. 新加坡国际仲裁中心 (SIAC)

与HKIAC相似，SIAC在其仲裁规则中也为线上仲裁预留了空间。根据“SIAC Rules 2016”第19.1条的规定，为了确保争端的公正、经济以及最终的解决，仲裁程序在经过与当事人的商议之后可以按照合适的方式进行。^{③0}这一点SIAC官方也对此予以了回应，除此之外，SIAC在官网中专门就新冠疫情当中的虚拟仲裁方式向客户做出了一些解释。^{③1}其中针对问题14，SIAC特别提到其鼓励当事人和仲裁庭商议是否采取虚拟听证会的形式，并且鼓励各方主体就虚拟仲裁中如何提交证据和如何保证仲裁的隐秘性进行协商。针对问题15，SIAC提到在疫情期间，当事人可以通过Maxwell Chambers系统进行虚拟的听证会，该系统包括了网络平台和云平台为基础的视频会议系统。^{③2}

3. 国际商会仲裁中心 (ICC)

ICC在其仲裁规则第22条、24条以及该规则附件4的部分也明确承认了在当事方和仲裁庭之间达成协议的情况下，仲裁庭可以采取便利解决争端，24条中也提到了视频会议、电话等通讯方式。^{③3}此外ICC还在关于仲裁时间和费用控制技术的报告建议，

^{②6} 《2018香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第13.1条规定“仲裁庭应考虑争议的复杂程度、争议金额和科技的有效使用，而采用适当的程序仲裁，以避免不必要的延误和费用，但该程序须保证各方得到平等的对待，且各方得到合理的机会陈述其案。”

^{②7} 《COVID-19期间的HKIAC服务连续性》，载HKIAC官网，<https://www.hkiac.org/news/hkiac-service-continuity-during-covid-19>，最后访问日期：2020年7月18日。

^{②8} “Convenient and Efficient: HKIAC E-HEARINGS”，<https://www.hkiac.org/content/virtual-hearings> (last visited: July 18, 2020).

^{②9} See “SIAC Rules 2016” Rule 19.1, <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>(last visited: July 18, 2020).

^{③0} See “HKIAC GUIDELINES FOR VIRTUAL HEARINGS”.

^{③1} See “SIAC COVID-19 Frequently Asked Questions (FAQs)”, Q13, <https://www.siac.org.sg/faqs/siac-covid-19-faqs>(last visited: July 18, 2020).

^{③2} “Experience Online ADR Hearing Solutions At Maxwell Chambers”，<https://www.maxwellchambers.com/online-adr-hearing-solutions/> (last visited: July 18, 2020).

^{③3} See “ICC Arbitration Rules”，Article 22/24, Appendix IV, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>(last visited: July 18, 2020).

仲裁员应考虑使用电话会议和视频会议,在适当情况下,可以将这些形式应用于程序性听证会,他们还应考虑某些证人是否可以通过视频链接提供证据,避免需要参加证据听证会。^{③④}在这次疫情期间,ICC也在第一时间出台了旨在缓解疫情影响的指导说明,其中特别为虚拟听证会在疫情期间的操作提供了指引,该份说明还明确了虚拟听证会的召开需要当事人和仲裁庭之间的协商以确保仲裁活动的私密性。^{③⑤}

通过对以上三个知名国际仲裁机构的实证分析,笔者提炼出了这三者之间的一些共性安排:首先,这三个仲裁机构跟我国的几个仲裁机构在规则设置上存在差异,它们本身并没有特别设定线上仲裁的规则,但这并不意味着它们不承认线上仲裁的形式,其原因主要在于它们原本的仲裁规则当中已经为线上仲裁预留了空间。其次,这三个仲裁机构在这次疫情之前已经把它们的线上系统建设得比较完整了,程序性的事项当事人基本可以通过线上系统得以解决。第三,仲裁庭的召开是否得采用线上形式需要当事人和仲裁庭之间的协商,需要以遵循仲裁规则所规定的公正、效率原则为基础,此外也要保护好仲裁活动的私密性。

三、困境何在:当前我国线上仲裁机制发展的难点

虽然线上仲裁方式相较于传统的方式存在诸多优点,但是根据中国政法大学仲裁研究院在2018年做的一项调研中显示,网上仲裁的普及面并不广,在60余家样本仲裁机构中大部分都还是按照传统的方式审理案件。^{③⑥}即使是在已经开展了线上仲裁业务的贸仲在2019年办理的网上立案案件也只有190件,不到总受理数的5%。^{③⑦}那么到底是什么因素制约了线上仲裁的发展呢?我国线上仲裁体系建构的难点究竟在哪里?

首先,传统的线上仲裁适用范围比较窄。根据第二部分的分析,笔者发现我国当前的网上仲裁适用规则主要还是偏向于和网络交易相关联的争端,这就导致可适用线上仲裁规则的案件本来就不多。其次,在能够适用线上仲裁的案件当中,双方当事人要达成一致协议也不是一件简单的事情,在我国当下的电子商务合同中,存在仲裁协议的情况就非常之少。这几种因素综合下来,能够请求线上仲裁的案件数量本来就不多。

其次,仲裁机构信息化建设程度低。根据前文的调查显示,在我国,现在开设线上仲裁系统的仲裁机构只占总数的10%,而这10%的机构往往也只集中在北上广深等一线城市,例如我们之前提到的贸仲、上仲、广仲以及深国仲。但是就全国来说,真正拥有专业的仲裁信息化系统且其工作人员能够熟练应用的机构,根据仲裁研究院的调研,不足

^{③④} See "ICC COMMISSION REPORT CONTROLLING TIME AND COSTS IN ARBITRATION", p14.

^{③⑤} See "ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic", p4-6.

^{③⑥} 参见前注^{①③}。

^{③⑦} 《中国国际经济贸易仲裁委员会2019年工作报告》, <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=16447>, 最后访问日期:2020年7月10日。

十分之一。^{③⑧}有些仲裁机构甚至没有自己的官方网站,还有许多的仲裁机构信息化建设水平没有办法满足日常办公的需要,这些机构当中自然也大量匮乏信息化人才。这都导致线上仲裁的进程迟迟没有办法得到推进。

第三,线上仲裁规则和仲裁法的一些规定之间存在张力。根据相关学者的论述,线上仲裁作为外生 ODR 的一种重要形式,缺乏传统仲裁形式和其他社会制度的共同演化经历,要替代传统仲裁制度,其既需要实现传统制度的社会功能,还要能够抹平和其他社会制度之间的间隙。^{③⑨}具体到现实层面来说,当前的线上规则和我国的《仲裁法》之间就存在一定的张力。首先是在线缔结的仲裁协议的效力问题,根据《仲裁法》第 16 条的规定,成立仲裁协议需要以书面的方式做出,但是线上协议不属于书面方式在《仲裁法》中并未提及。^{④⑩}其次是线上仲裁中电子证据的质证效果问题。根据《仲裁法》第 45 条的规定,证据应该公开质证,这是确保双方当事人所提交证据真实可靠的重要前提。但是在线上仲裁的过程当中,当事人提供的证据往往是原始证据的扫描件、复印件或者照片,一定程度有违证据法当中的“最佳证据”原则。第三是线上仲裁的私密性问题。根据《仲裁法》第 40 条的规定,仲裁一般不公开进行,但是互联网天然的公开性和共享性特征无疑是与之冲突的。也正是基于此,我国几大仲裁机构的线上仲裁规则中才将书面审约定为优先的审理方式。但是在当事人选择线上庭审之时,如何确保庭审的私密性就存在问题。

第四,线上仲裁与外部联动做得不够,保全和执行难以落实。线上仲裁在和外部机构尤其是法院的联动上做得一直不是非常好。第一是保全的问题,根据我国《仲裁法》第 28 条的规定,保全要由当事人向人民法院申请作出。在传统仲裁中,仲裁机关只要将当事人的申请依照规定转给法院即可。但是在线上仲裁情况下,尤其是在疫情这种特殊时期,就需要仲裁机关和法院之间建立一个线上的联动机制,以便及时将保全申请人的申请递交给法院。而在这一块仲裁机构往往做得不太好,现在有一些仲裁机构已经开始注重这种联动机制的建立,比如说北京仲裁委员会 2020 年就联合北京市第一中级人民法院在其网上财产保全服务平台上设立了专门的线上仲裁财产保全系统。^{④⑪}除了保全难题,线上仲裁往往还面临执行上的难题。如果线上裁决得不到有效执行,其法律效果就难以为当事人所认可。线上仲裁的执行困境首先集中体现在国际仲裁领域。从理论上说,国际仲裁的当事人得根据《纽约公约》在公约成员国申请承认与执行。^{④⑫}但是在实践中当事人往往需要去其他国家申请执行,而电子商务合同的涉案标的额往往又不大,成本和收益不成正比,所以这种国际仲裁虽然是可执行的,但是对当事人来说往往作用

^{③⑧} 同前注 ⑬。

^{③⑨} 高薇:《互联网争议解决的制度分析——两种路径及其社会嵌入问题》,载《中外法学》2014 年第 4 期,第 1059-1079 页。

^{④⑩} 高延艳:《在线仲裁中〈仲裁法〉的适用问题研究》,载《哈尔滨金融学院学报》2014 年第 10 期,第 76-90 页。

^{④⑪} 北京仲裁委员会官网,其首页提供了北京市一中院的网上保全平台链接,其中有专门的线上仲裁财产保全申请通道, <http://www.bjac.org.cn/>,最后访问日期:2020 年 7 月 10 日。

^{④⑫} 赵秀文:《国际商事仲裁及其适用法律研究》,北京大学出版社 2002 年 1 月版,第 369-375 页。

也不大。^{④③}除了执行成本收益不成正比外,网上裁决会不会被《纽约公约》承认与执行本身也是个问题,原因在于至今线上仲裁也未建立出一种统一的程序标准,有学者认为其不具有与传统的仲裁裁决一样的排他性效力。^{④④}在疫情当下,线上仲裁也面临法院的承认和执行问题,这也需要仲裁机构和法院之间建立良好的联动。同时执行难还体现在当事人难以通过执行获得有效救济,这种情况往往不是因为法院不承认或者法院不执行,而是存在多方面的原因,比如说有的案件当事人确实无财产可执行,有的是逃避债务,也有人力物力不足的问题,但这些问题的本质都是执行机关没有及时采用当前日益发展的数字技术,完成和外界的有效联动。否则在当前这个万物互联的数字时代,执行只会是一件越来越容易的事情。正是因为这些问题的存在,司法部在2020年4月出台的意见中也提出要“加强仲裁机构与人民法院、人民调解组织联动,推进仲裁进驻法律服务平台。”^{④⑤}

第五,线上仲裁公信力比较差。首先是习惯上的原因,传统的仲裁具有看得见摸得着的特点,能够让案件当事人实实在在地感受到仲裁的每一个流程,也能让案件当事人通过和当事人、仲裁员的接触获得对其想法的认识以及案件的真实参与感,当事人自然比较倾向于这种仲裁模式。其次,我国之前的《仲裁法》是以传统仲裁方式为参考对象制定的,这使得其天然地能够获得法律的有效保障。而线上仲裁作为一种后来产物并没有一套完整的规则,当事人在选择该种仲裁方式时往往要面对本文之前提到的种种法律风险,其自然不会优先选择该种仲裁方式。第三,从线上仲裁机构本身的公正性和权威性来看,随着技术的发展,越来越多专门从事线上仲裁的机构可能会一批批地涌现出来。但是一方面这些机构起步较晚难以获得社会的关注,另一方面他们的权威和已有的著名仲裁机构相比还是存在非常大的差距,难以取得当事人的信任。

第六,线上仲裁费用跟线下仲裁差别不大,没有吸引力。笔者在研究过程中,对国内各个仲裁机构的收费标准进行了一个简单的调研,发现线上仲裁费用和传统仲裁方式收取的费用差别不大。以深国仲和贸仲的费用计算标准为例,前者对线上仲裁和传统仲裁的收费标准并没有做区别对待,^{④⑥}其针对线上仲裁和一般仲裁都提供费用的速算功能,在其中键入相同的案件争议金额,选择国内案件仲裁和网络仲裁两种不同的案件类型,都会得出相同的仲裁费用。后者对这两种不同的仲裁方式分别规定了不同的收费标准。针对普通的国内仲裁案件,贸仲规定了案件受理费和处理费两种收费方式,这两种收费方式采取的都是阶梯式计价方式,其将争议金额分为不同的价格区间,不同的区间收费都是一个基础值加上一个比例值。^{④⑦}而针对国内的网上仲裁案件,其只规定了单一的案

^{④③} See Wiliam Krause, Do You Want to Step Outside? An Overview of Online Alternative Dispute Resolution, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Spring, 2001, p476.

^{④④} Henry H.Perritt, Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR, 15 Ohio State Journal on Dispute Resolution,2000, p.685.

^{④⑤} 同前注^{④⑤}。

^{④⑥} 参见深国仲《仲裁费用规定》, <http://www.sccietac.org/home/index/fydetail/id/15.html>, 最后访问日期: 2020年7月10日。

^{④⑦} 参见贸仲《仲裁费用表》, <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=121>, 最后访问日期: 2020年7月10日。

件费收费方式,采取的也是阶梯制的收费方式。但是其争议额起算点比较高,是从10万元开始起算,采用网络视频会议开庭的案件可能还要交其他额外费用。^{④⑧}按照贸仲这两种不同的收费标准,以争议金额为15万的案子来算的话,使用传统仲裁方式的案件需要向贸仲缴纳受理费6050元以及处理费6000元,合计12050元。使用线上仲裁的方式的案件需要向贸仲缴纳7250元的案件费用,当然如果采用网上视频会议开庭的案件可能要再多交一些,此外如果是涉外案件还要加收10000元的立案费。总体来说贸仲的线上仲裁费用虽然较其他机构合理,但从其成本考量还是相对较高。

四、制度、技术、共联：线上仲裁机制建构的可能性三角

针对上文列出的一些问题,理论界和实务界都试图给出一个合理的建构思路。有的学者认为应该进一步将线上仲裁系统的构建和网络争议联系起来;^{④⑨}有的学者主张从程序公正的角度来完善线上争议解决;^{⑤⑩}有的学者认为网上仲裁作为一种外生制度,要实现其发展最根本的是要处理好与传统仲裁制度和内生制度的双重竞争关系;^{⑤⑪}有的学者主要从比较法的视野论述了我国的线上争议解决应该如何建构;^{⑤⑫}还有的学者主要从技术的角度论述了线上仲裁应该如何构建。^{⑤⑬}但是这些研究普遍存在以下几个问题:第一是研究视野不够全,其意见和建议只局限于单一的视角之内;第二是研究角度不够专,大部分文章都是在谈线上争议解决的过程当中顺带提及线上仲裁;第三个是研究时间比较早,这些建议很多都是线上仲裁发展初期提出的,现在线上仲裁已经发生了非常大的改变,用传统的观念来看待这一问题非常难跟上时代发展的潮流。

笔者认为要在我国构建起一个行之有效的线上仲裁机制必须跳出传统视角,立足新技术、新实践,进行新思考。首先,作为一种新兴的仲裁形式,要打破传统观念的束缚,对其进行制度上的完善永远是最直接的做法,只有赋予其制度上的合法性和合理性,才能使其获得现实适用的土壤。第二,线上仲裁作为科技发展的衍生品无法跳脱技术来空谈制度,线上仲裁要良好地运行下去必须要有强大稳定的技术支撑。第三,线上仲裁只是形式,其最终目的是要实现对当事人的有效救济,而这个过程难免会涉及仲裁机构之外的主体,要想构建一个完整有效的线上仲裁机制,外部联动机制的建立必不可少。基于此,笔者试图根据文章之前的分析再结合这次疫情带来的新思考,从制度完善、技术完善以及完善仲裁机构和其他组织之间的内外部联动三个角度对线上仲裁制度的建构提供一些新的想法和建议。

^{④⑧} 参见贸仲《网上仲裁费用表》,http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2747,最后访问日期:2020年7月10日。

^{④⑨} 同前注^{④⑧}。

^{⑤⑩} 刘满达:《论争议的在线解决》,载《法学》2002年第8期,第44-51页。

^{⑤⑪} 同前注^{⑤⑩}。

^{⑤⑫} 刘一展:《欧盟网上争议解决(ODR)机制:规则与启示》,载《改革与战略》2016年第2期,第146-150页。

^{⑤⑬} 陈佳:《智能合约及其在线争端解决机制的构建》,载《互联网天地》2020年第1期,第40-43页。

（一）制度应该如何完善

1. 拓宽线上仲裁的适用范围

我们应当拓宽线上仲裁的适用范围,将线上仲裁的领域从单一的网络纠纷扩展到各类纠纷。首先,我们当然应该承认线上仲裁是网络争议发展的产物,但我们的视角不可局限于此,而应当看到线上仲裁不过就是传统仲裁形式在场景上的演化,除了技术载体的区别,他们在本质上并无区别。^{⑤4} 所以我们需要肯定其适用的广泛性,这样才能保证线上仲裁能够得到有效运用。通过笔者之前提及的实践调研,可以发现我国许多仲裁机构实际上已经做到了这一点,但还是存在一些机构将线上仲裁的适用范围局限于网络争议。这提示仲裁机构之后在制定线上仲裁规范时要及时将旧观念纠正过来,明确线上仲裁的适用范围及于当事人双方约定的任何争议事由。或许会有质疑声认为这么做是不是没有体现出线上仲裁的特殊性,是不是会给当事人双方制度上的误导。针对这类疑问,笔者认为,首先线上仲裁相较于传统仲裁形式本来就不存在非常特殊之处,它的特殊性只体现在场景和技术上,确实这种新型仲裁方式在解决一些新型争议的时候会有它独特的优势,但拓宽其范围并不会抹杀它这种特殊性,反而会进一步发挥它的优势和特长。其次,线上仲裁并不是一个强制机制,仲裁机构已经赋予了当事人充分的选择权,适不适用线上仲裁的形式完全是当事人意思自治的范围,不存在什么误导之说。

2. 肯定线上协议的效力

针对线上协议的效力问题,在我国当前的法律体系下其实不存在太大的法律风险。虽然《仲裁法》中对电子形式算不算第16条中所提到的书面形式没有明确的规定,但是最高人民法院在2008年做的《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第1条中就明文规定了书面形式包括“合同书、信和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等形式”,所以线上协议的效力在我国现行法律体系中不存在太大的问题,这一点也可以在之后的《仲裁法》修订中予以肯定。

3. 进一步完善线上证据规则

电子证据的效力以及制度设计问题一直以来就不只存在于线上仲裁领域,早有论者提出,我们已经在逐渐走入“电子证据时代”,^{⑤5} 可以说线上证据就是证据制度未来发展的潮流之一。在线上证据的适用这一块司法上已经有比较成熟的实践可以借鉴,最高人民法院在《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》(下称“规定”)第9条中规定了在线证据交换的规则,在第11条中规定了电子数据的真实性判断标准,其中引入了多个判断标准,还引入包括电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段,可以说规定得十分详细。当前大部分出台线上仲裁规则的仲裁机构都已经有了关于电子证据的适用规定,其中最大的问题主要是证据的真实性问题,对此贸仲在其制定的《网上仲裁规则》当中虽然也有提及,^{⑤6} 但是远远不如最高人民法院出

^{⑤4} 同前注^⑦,李虎书,第25页。

^{⑤5} 何家弘:《电子证据法研究》,法律出版社2002年7月版,第12页。

^{⑤6} 参见贸仲《网上仲裁规则》第29条。

台的规定翔实,而深国仲在其19年制定的《网上仲裁规则》当中很明显地将规定吸收进去。这对其他仲裁机构相应规则的制定是一个很好的示范,随着技术的更新,为了进一步保证电子证据的真实性,仲裁机构需要不断地优化自己的证据认定规则。具体来说仲裁机构可以借鉴法院的做法,^{⑤7}积极探索区块链等高新技术在仲裁数字化当中的应用,将这类高新技术作为数字化业务发展的底层技术之一。

4. 加强线上仲裁活动的安全性和保密性

仲裁是一种带有私密性特征的法律服务,如何加强线上仲裁活动的安全性和保密性也是一个非常重要的问题。首先,在线上仲裁的过程之中,尽量还是以书面审理为主,只有在当事人双方明确协商一致的情况才考虑使用网络开庭的手段。其次,如果采取网络庭审的方式要做以下几点:第一,要先验证当事人的身份信息,在明确当事人身份之后向其提供网络庭专属的密码,密码的设置可以采取一人一号的方式;第二,限制网络庭的参与人数,确保没有当事人以及仲裁机构成员之外的主体参与庭审;第三,通过加护确保仲裁庭之外的人员无法录制保留庭审信息;第四,对侵犯仲裁保密性的行为设置一定的罚则。此外,当事人若约定在其他流程中采取线上形式,在庭审环节采取线下形式,也应该尊重其约定,但是仲裁庭可以对其收取额外的费用。

5. 线上仲裁费用的合理化

首先,线上仲裁费用相较于传统的仲裁形式收费应该更低。这是因为线上仲裁的成本相较于传统形式要更低,整个仲裁的过程只要通过线上的形式就能够完成,随着科技的进一步发展,线上仲裁除了系统维护的成本,传统上占主要部分的人力成本和物力成本将会大大下降,其收费标准理应低于传统仲裁方式。其次,如果线上仲裁费用设置与传统仲裁不存在任何差异,那当事人自然会选择相对比较稳定的传统仲裁形式,这也会在一定程度上导致整个仲裁行业难以跟上技术发展的脚步,这从长远来看也是对仲裁机构本身发展的一种伤害。第三,对于一些网上的小额交易纠纷来说,现有的收费模式略显昂贵,针对这种情况网上机构可以考虑利用新技术向当事人提供批量的标准化高效服务,这样也可以节省争议的成本。^{⑤8}

(二) 技术如何支持制度

这次疫情暴露了我国仲裁机构长期以来信息化建设的现实问题,这既是一声警钟也是一个机会。在这个数字技术高度发达时代,信息技术在人类的日常生活尤其是在新冠疫情这种黑天鹅事件当中发挥的作用越来越大。这本质上是因为信息化技术自身特有的优势以及其在不断发展完善的过程变得越来越便捷高效。在这次疫情中诸多行业都通过信息化技术解决了疫情当中人与人隔离带来的障碍,保障了自身的良好运作和治理。在仲裁领域信息化建设的作用也非常明显。在这次疫情防控期间,信息化建设基

^{⑤7} 杨东、徐信予:《区块链与法院工作创新——构建数据共享的司法信用体系》,载《法律适用》2020年第1期,第12-22页。

^{⑤8} See William Krause, Do You Want to Step Outside? An Overview of Online Alternative Dispute Resolution, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Spring, 2001, p.484.

础好的仲裁机构,面对疫情反应快,在线服务措施逐项推出,立案、办案、办公均推荐当事人、仲裁员选择在线服务,更安全经济,仲裁员也有配套的在线办案系统而能够无缝对接。信息化建设基础差的机构,则捉襟见肘,面临转型的挑战。针对这一紧迫的问题,各个仲裁机构的信息化建设更显得必要。总的来说,仲裁机构可以从以下几个方面来完善自身的信息化建设。

1. 加强仲裁系统的信息化建设

首先,没有建立线上仲裁系统的仲裁机构应当及时地完成自己的线上仲裁系统建设,在建设的过程中可以发挥后发优势,吸收借鉴其他已经搭建了线上仲裁系统机构的经验,同时可以引入最新的技术成果,例如引入人工智能技术来建立一种全新的替代性纠纷在线仲裁系统。⁵⁹而对于已经建立起线上仲裁系统的仲裁机构,可以抓住这次机遇和考验对系统进行升级完善。目前我国已有多个仲裁机构已经推出了自己的线上仲裁系统,例如广仲的“云仲裁平台”、上仲的“上海仲裁委员会互联网服务平台”以及深国仲的“云商仲裁系统”等等。但这些系统在平时运作地并不多,疫情当下面对新的挑战,其可能面对许多平时不存在的新问题,这些机构正好可以针对这些问题进行进一步升级系统;此外,这些机构的线上系统有些没有实现线上仲裁程序的全覆盖,例如上仲的互联网服务平台,主要是针对立案和开庭两个步骤,其他诸如送达程序等是否可以,需要在之后再进一步完善。

2. 提高员工的技术应用水平

技术跟进之后,我们也需要一批对新技术更敏感的工作人员。仲裁机构可以从以下几个方面出发来实现这一目标,第一,是加强对内部工作人员的培训教育。仲裁案件的整个办理过程,对技术运用最多的还是机构自身的工作人员,而他们往往习惯了传统的工作方式,这就需要仲裁机构通过技术培训培养好他们的新习惯。第二,是加强对线上仲裁员的培训。很多仲裁机构的仲裁员年纪都比较大,这些人员对新技术一般来说比较不敏感,然而他们却往往是整个仲裁审理中的关键,仲裁机构需要及时地向他们提供技术上的指引。

(三) 完善外部联动机制

1. 保全机制的联动

完善外部联动,最关键的就是完善与法院之间的联动机制。第一个就是在保全方面加强与法院的联系。保全制度主要是为了保证当事人的仲裁请求最后能够得到有效的执行,保障当事人的权益能够得到有效实现。根据《仲裁法》第28条的规定,当事人要申请保全只能向法院申请,但是在传统的仲裁形式下,仲裁机构和法院之间并没有建立有效的联动机制,当事人在保全方面还存在许多问题。这些问题大大地降低了保全被执行的几率,也大大提高了纠纷解决的成本,对于法院、当事人和仲裁机构三方来说都是不经济的。这些在疫情当下表现得日益突出,而传统的仲裁形式一直很难打破这个信息不

⁵⁹ 同前注^⑫,第590页。

畅的僵局。线上仲裁要有效建构必然要去回应这个艰巨的问题,这是一个挑战,但从某种程度上说,线上仲裁和数字技术的快速发展也在一定程度为这种联动机制的建立提供了一个极佳的历史契机。具体来说,仲裁机构可以在以下几个方面有所作为:

第一,仲裁机构应该及时建立和法院之间的信息共享系统。这种信息共享系统的构建可以通过线上方式进行,也可以以线下方式进行。具体形式可以包括建立仲裁机构和法院之间的定时会晤机制、线上文件传输机制、及时反馈机制等。这样法院可以及时地将保全案件材料的审查标准告知仲裁机构,法院也能及时了解仲裁案件审理中查明的具体情况。这样做大大地节省了法院审查的成本,也更有利于提高仲裁保全得到支持的概率,从而有效地保护当事人的权利。

第二,仲裁机构可以抓紧建设与法院线上保全系统的互联机制。在具体做法上,仲裁机构可以通过跟法院的沟通,让法院将仲裁保全纳入其线上保全系统当中去,当事人想要获得保全只要及时在法院线上系统当中完成相应材料和信息的提交即可。这样当事人在仲裁阶段产生保全需求之后就可以最快和最便捷的方式向法院提交申请,从而保证自己的权利得以尽早实现。

2. 执行机制的联动

线上仲裁的效果如何最后还是要看其裁决是否可以在实践中落实,这就要求仲裁机构在执行方面加强与法院之间的联动。首先,仲裁机构可以通过线上信息渠道及时地将案件当事人的相关信息与法院进行沟通,便利法院执行工作的进行。而法院也可以通过相应的信息联动渠道完善对仲裁的司法审查,对于不合格的仲裁裁决可以及时地予以撤销或者不予执行仲裁裁决,倒逼仲裁机构作出合理适当高质量的裁决。其次,仲裁机构还可以通过和法院的沟通,找出一批高质量且得到法院支持的裁决书样本,并将其在网上予以公示,为今后仲裁裁决的进行提供范本。这样既可以让仲裁机构了解法院执行的标准,也可以推动仲裁裁决标准的高质量化和统一化。总之仲裁执行案件的顺利执行始终是离不开仲裁机构、执行法院以及执行当事人等各方主体的共同配合,^⑥这也更凸显出仲裁机构加强与外部机构联动的必要性。

五、结语

本次疫情给人类社会带来了诸多挑战,仲裁作为法律服务当中的重要一环自然也无法幸免于难,但是我们也应当看到此种危机之中也蕴含着转机,这次新冠疫情为我们重新审视仲裁机构的信息化建设水平提供一个非常好的契机。笔者在研究的过程中首先试图明晰线上仲裁这一概念的内涵,发掘其在这次疫情当中凸显出来的作用,再通过实证研究的方式了解了这一制度当前在我国和国际实践中的具体情况。其次,笔者从实证的角度发掘了导致我国当前线上仲裁发展止步不前的问题,这些问题主要包括线上仲裁

^⑥ 陈恒、李飞:《仲裁案件执行难问题实证研究》,载《法律适用》2018年第15期,第23-31页。

适用范围窄、仲裁机构信息化建设程度低、线上仲裁规则和仲裁法之间的张力、线上仲裁外部联动机制的缺失、线上仲裁公信力较弱以及费用过高等。最后,笔者针对上面发现的问题,从实然的角度出发在制度、技术和外部联动三方面谈了应该怎样对我国的线上仲裁体系进行建构。在贝克的理论体系下,人类自从进入工业社会之后就进入了所谓的风险社会,^⑥ 在此种社会之下,人类社会的黑天鹅事件频发,这些事件最终都会给我们的社会带来极大的破坏力,这次新冠疫情就是一个体现。面对这种不确定事件,我们需要用法治和技术的武器来赋予社会以相对的确定性。新冠疫情既是危机也是转机,仲裁机构因时而变,构建出更好的线上仲裁体系才是时代发展的必然方向。

Abstract: The pandemic of COVID-19 has brought major challenges to the normal operation of arbitration institutions, which has caused people to rethink the role and significance of online arbitration mechanisms. Firstly, this article puts forward this kind of challenge, and briefly summarizes the concept of online arbitration, its importance in this special time, and its related practices at home and abroad. Secondly, this article analyzes the reason why China's online arbitration mechanism has been stagnant from a practical perspective. In the end, the paper puts forward the possibility triangle theory, and discusses how to construct the online arbitration mechanism in China in the future from the perspective of necessity, centering on the regulation system, technology, and the linkage between arbitration institutions and external institutions.

Keywords: online arbitration; COVID-19; arbitration mechanism; the triangle theory of possibility

(责任编辑:李兵)

^⑥ 参见[德]乌尔里希·贝克:《从工业社会到风险社会(上篇)——关于人类生存、社会结构和生态启蒙等问题的思考》,王武龙译,载《马克思主义与现实》2003年第3期,第26-45页。

我国仲裁机构设置与市场化改革研究

张朝勇*

内容提要 我国仲裁机构主要根据 1995 年国务院办公厅《重新组建仲裁机构方案》在设立初期由当地政府参照事业单位安排解决,并逐步实现自收自支。按照《仲裁法》要求,仲裁委员会与行政机关没有隶属关系,即仲裁机构不应列入行政事业单位序列,但截至目前仍没有相关法律法规及政策文件就仲裁机构主体资格、如何定性问题予以明确。少数民族自治州等没有获得与其他设区的市同等的仲裁机构设置与管理权限。因此,为推进仲裁机构市场化改革任务,需解决仲裁机构的组织形式性质和类别等问题,并同时考虑少数民族自治州等地级市享有同等仲裁机构设置与管理权限。

关键词 仲裁机构设置 市场化改革

为了健全依法维权和化解纠纷机制,强化法律在维护群众利益、化解社会矛盾中的权威地位,引导和支持人们理性表达诉求、依法维护权益,解决好群众最关心最直接最现实的利益问题,^①以及伴随“一带一路”和世界范围内各类投资与贸易交易给我国带来的机遇,党的十八届四中全会提出“完善仲裁制度,提高仲裁公信力”的改革任务,坚定不移走中国特色社会主义仲裁发展道路。在此背景下,研究梳理我国仲裁机构设置情况以及仲裁机构市场化改革问题并与国际社会接轨,具有深远的理论与实践意义。

一、我国仲裁机构设置现状以及设置依据

《仲裁法》第十条规定,仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地以及其他设区的市设立,并由相应市人民政府组织有关部门和商会统一组建。因此,自 1995 年《仲裁法》实施以来,各地仲裁机构在省级政府所在地的市、直辖市或设区的市如雨后春笋般陆续设立起来。设置模式都是在当地政府组织下设立,商会参与,仲裁委员会主任多为当地政府或人大或政协副主席担任,副主任或常务副主任多为当地政府秘书长或政府

* 张朝勇,哲学硕士,四川省法治与社会治理研究会仲裁研究中心仲裁研究员导师兼机构建设和仲裁员能力提升研究专委会主任,凉山仲裁委员会秘书长,律师,仲裁员。

① 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,人民出版社 2014 年 10 月版,第 29 页。

办主任或当时的法制办或司法局长担任。仲裁委的设立经设立地政府、省级司法部门批准后,报司法部复核(现在已调整为省级司法部门复核,报司法部备案),再由省级司法部门登记设立。少数民族自治州参照设区的市相继批准了延边仲裁委员会、凉山仲裁委员会、恩施仲裁委员会等。其他少数民族地级城市因为《仲裁法》要求设区的市等原因拟设立仲裁委的几乎未予批准,而且目前已经设立的少数民族地级市仲裁委未纳入统一管理,包括文件下达、日常会议、组织活动等。

事实上,我国目前仲裁委的主体资格问题没有解决,也没有法律法规就仲裁委主体资格问题明确性,全国多数仲裁委员会由其办公室或办事处或秘书处作为仲裁委的日常办事机构来解决仲裁开户、收费、完税、工资发放、仲裁程序以及相关后勤保障事宜。就仲裁办事机构设置而言,全国参差不齐,有的是参公单位、有的是全额拨款事业单位、有的是差额拨款事业单位、有的实行全额自收自支,还有的是以理事会为决策主体、仲裁委为事业单位法人的单位(如深圳仲裁委)。海南省只有海南仲裁委员会(会址海口市)。有的仲裁委员会同时挂牌××国际仲裁院(如深圳市,海南省,北海市),其××国际仲裁院皆由当地政府以政府规章或规范性文件等方式批准设立。有的除了以仲裁办或仲裁办事处或仲裁秘书处作为事业单位外,另行设置民非企业单位作为仲裁下设单位,如鄂尔多斯金融仲裁院、包头金融仲裁院、西安仲裁委员会金融仲裁院、乌海金融仲裁院、呼和浩特金融仲裁院、阜阳仲裁委员会金融仲裁院等,名称设置十分混乱。有的仲裁委经当地政府发文收费改为经营性收费,实行人事、财务、薪酬、运营等管理体制,独立运营。如北海仲裁委除同时挂牌北海国际仲裁院外,又将仲裁从有编制的事业单位改制为无编制的经营性收费的法人主体。总而言之,我国未就仲裁机构设置明确性,仲裁机构设置没有统一的名称、要求与标准。

过去仲裁委由省级司法部门登记,但未定性,仲裁作为事业或参公单位设立主要根据国务院办公厅《重新组建仲裁机构方案》(国办发〔1995〕44号)规定:“要求仲裁委员会下设办事机构,负责办理仲裁案件受理、仲裁文书送达、档案管理、仲裁费用的收取与管理等事务;其设立初期,由所在地的市人民政府参照有关事业单位的规定,解决仲裁委员会的人员编制、经费、用房等并逐步做到自收自支。”^②在《仲裁委员会章程示范文本》中也同样的规定。为此,全国仲裁委基本参照事业单位设置运营,各地设立仲裁委办事机构作为参公或事业法人主体,仲裁委作为决策机构(非法人主体),上层归国务院法制办和司法部双重管理。《仲裁法》第十五条规定:“中国仲裁协会是社会团体法人。仲裁委员会是中国仲裁协会的会员。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。”^③国务院法制办专门成立了中国仲裁协会筹备领导小组,拟成立中国仲裁协会,但至今国务

^② 参见国务院办公厅《关于印发〈重新组建仲裁机构方案〉、〈仲裁委员会登记暂行办法〉、〈仲裁委员会仲裁收费办法〉的通知》(国办发〔1995〕44号)。

^③ 同前注^②,第283页。

院法制办已经予以撤销并合并至司法部,仲裁委的行政部门仍未成立,因此很多人认为仲裁委就是社团组织(注意区别下一步拟设定的社会组织),理由是中国仲裁协会是社团组织,这是错误的,不符合法律规定,况且即使中国仲裁协会系社团组织,仲裁委作为会员未必当然为社团组织。社团组织必须要有会员(含个人会员或单位会员),目前仲裁委不存在单位会员的情形。当然以后改革将仲裁委员及仲裁员或其他相关人员认定为个人会员,那是下一步上层设计问题,但从法律上以及仲裁实践看是有失妥当的,更何况社团组织登记还必须符合国家规定名称名录,目前仲裁委也不在社团规定名称或名录中。《仲裁法》立法初衷是想将仲裁民间化、市场化、去行政化,至目前皆未实现,而且《仲裁法》相关规定与仲裁机构实际设置与运营也存在诸多问题。

以上我国仲裁机构设置问题探讨主要指按照《仲裁法》规定,由各省级政府所在地的市、直辖市或设区的市与当地商会共同组建的、全国范围内的各大国内仲裁机构,而非由中国国际贸易促进委员会(简称贸促会)主管及内设的常设涉外仲裁机构——中国国际经济贸易仲裁委员会(简称贸仲委)和中国海事仲裁委员会(简称海仲委),其系我国受理涉外仲裁案件的具有典型性、代表性的两家仲裁机构。^④其中,贸仲委由原中央人民政府政务院于1956年4月设立。当时名称为对外贸易仲裁委员会,1988年改名为中国国际经济贸易仲裁委员会。设有深圳、上海、重庆等多个分会以及海外仲裁中心,经贸仲委授权开展工作。海仲委是1959年1月经国务院批准成立,2017年5月正式独立运营。^⑤海仲委设在北京,在上海、天津、重庆、深圳、香港、福建设有分会。2020年11月6日,在第二届上海国际仲裁高峰论坛开幕式上,中国海事仲裁委员会上海总部正式揭牌。其系上海市人民政府和贸促委批准,将“中国海事仲裁委员会上海分会”更名为“中国海事仲裁委员会上海总部”,形成中国海仲“北京+上海”南北双总部发展格局,系国内率先探索国际仲裁机构双总部发展管理的新模式。^⑥因此,贸仲委与海仲委的设置情况和依据与其他非常设涉外仲裁机构在审批程序和要求上存在很大区别,皆系贸促会内设机构,是我国为了解决国际商事纠纷的需要单独设立的两家国际性涉外仲裁机构,这里不单独细化讨论。

综上所述,我国仲裁机构设置还处于国际仲裁大环境下试点探索阶段,其设置依据不明确、名称不规范不统一、主体资格缺失、机构定性模糊、行政色彩浓厚。“仲裁私法自治的本性决定了仲裁机构的非官方性和独立性。而我国仲裁机构与政府以及机构设立人之间的关系无法厘清,仲裁机构与行政机关界限模糊,仲裁机构法律性质不明问题正在使仲裁机构面临丧失独立法人地位、背离《仲裁法》立法精神、在激烈的国际仲裁市

^④ 参见法律教育网, <http://www.chinalawedu.com/web/186/wl1509238340.shtml>, 最后访问日期: 2020年11月12日。

^⑤ 参见中国海事仲裁委员会正式独立运营, 搜狐网, https://www.sohu.com/a/138330064_265147, 最后访问日期: 2020年11月12日。

^⑥ 参见中国海事仲裁委员会上海总部正式揭牌, 百度界面新闻, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1682606146212279107&wfr=spider&for=pc>, 最后访问日期: 2020年11月12日。

市场竞争中完全缺位等风险。”^⑦因此,需厘清仲裁与行政的关系,明确仲裁法律属性,改革仲裁对政府的依赖及从属性,推动仲裁机构民间化、市场化改革。

二、我国仲裁机构市场化改革的可行性及政策制度基础

我国现行的仲裁法律制度是为适应社会主义市场经济发展需要,与国际上通行的仲裁制度接轨,根据1995年9月1日起施行的《仲裁法》确立的。^⑧前面已经提及,建国后我国就设立了国内仲裁和涉外仲裁两种仲裁制度。涉外仲裁机构即设立的贸仲和海仲,这两个涉外仲裁机构按国际惯例设立和运行。^⑨而国内仲裁制度系以经济合同仲裁为代表,按行业归口管理,其基本特征可概括为:行政色彩过浓,仲裁独立性差;管辖强制,未完全实行仲裁意思自治;^⑩仲裁可起诉,非一裁终局;^⑪仲裁立法不完善、不统一,仲裁机构种类繁多等等。^⑫因此,我国原有的仲裁体制已不同程度地偏离了仲裁意思自治、一裁终局、办案与政府管理独立等特征,与世界各国通行做法有一定差距,不利于我国仲裁事业向现代化、国际化方向发展,不利于建设社会主义市场经济的要求。为改变这种状况,适应社会主义市场经济发展、加入WTO、与时俱进,《仲裁法》应运而生。^⑬而且从国际仲裁特征看,仲裁机构在法律上独立,其独立性不仅表现在于独立办案,也表现在其非政府性或民间性,即无论是以公司形式存在,还是以社团法人形式存在亦或是商会下属机构,其均非政府的分支机构。政府虽然可能参与仲裁机构的设立,但仲裁机构最终并没有成为政府的一部分。^⑭而无论是公司、社团或是商会,均属于政府之外的民间力量。因此,我国仲裁机构改革是有国际国内理论与实践基础的。事实上,从仲裁的渊源以及仲裁的基础意思自治来说,仲裁权的取得来源于案件双方的授权,基于双方的合意,以此理解仲裁的性质也应该是民间性的。“仲裁机构的民间化是由仲裁的私权属性所决定的。仲裁机构的性质问题在仲裁的性质得到定位之后便已尘埃落定,不再存在理论上的分歧。”^⑮因此,仲裁私法属性的民间性质是不容置疑的,完全可以向市场化方向改革发展。

⑦ 参见姜丽丽:《谈我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》,载《比较法研究》2019年第3期,第142页。

⑧ 参见国务院办公厅《关于印发〈重新组建仲裁机构方案〉、〈仲裁委员会登记暂行办法〉、〈仲裁委员会仲裁收费办法〉的通知》(国办发〔1995〕44号)。

⑨ 参见仲裁法出台的历史背景—基本原则,找法网, <http://china.findlaw.cn/info/zhongcai/zczs/jbyz/93941.html>, 最后访问日期:2020年11月13日。

⑩ 参见韩敬全:《我国体育仲裁制度中体现意思自治原理探析》,载《体育与科学》2006年。

⑪ 参见刘武俊:《论建立和完善中国特色的仲裁制度——中国仲裁制度述评》,载《中国发展》2008年。

⑫ 参见谭兵:《我国仲裁制度的反思和完善》,载《法学家》2004年。

⑬ 同前注⑨。

⑭ 参见涂卫:《仲裁机构监管与治理机制研究》,对外经济贸易大学博士论文。

⑮ 转引自祝嘉骏《论我国仲裁机构的改革与完善——以仲裁机构的民间化为中心》,载《韶关学院学报》2013年第5期。原载汪祖兴《仲裁机构民间化的境遇及改革要略》,载《法学研究》2010年第1期,第112-125页。

从我国《仲裁法》第十条关于仲裁的组建和设立规定看,已经考虑到仲裁委员会必须有商会参与组建,《仲裁法》实施二十几年来的实践证明仲裁委员会是完全可以由商会或企业或相关社会组织独立组建运营的,当地政府是完全可以不参与仲裁委组建与具体登记、换届以及日常管理的,只需要监督指导宏观管理即可。《仲裁法》第十四条、第十五条规定仲裁委员会与行政机关独立且没有隶属关系;仲裁委员会是中国仲裁协会会员,并根据协会章程以及其自律性特征对仲裁相关成员违纪行为予以监督管理。仲裁法相关规定已经为仲裁机构非官方性和独立性进行了定位,虽然目前仲裁机构基本以事业单位或参公运行,但后被视为过渡安排,况且1995年国办发〔1995〕44号要求仲裁设立初期参照事业单位设置就是印证。“非官方性和独立性奠定了仲裁机构在实践中处理‘内外’关系的法理基础,对外仲裁机构不隶属任何行政机关,应当自主决定仲裁事务,享有独立的人事、财务、业务权限,独立承担责任。”^{①⑥}促裁机构改革与重建应按照《仲裁法》相关规定朝市场化方向改革。

2018年12月中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知(中办发〔2018〕76号)第二部分明确“改革完善仲裁委员会内部治理结构,明确仲裁委员会系提供公益性服务的非营利法人。要求各地可根据实际情况对仲裁运行机制和具体管理方式进行探索改革、先行试点等。”^{①⑦}这在我国仲裁历史上第一次将仲裁定性为:“公益性非营利法人”,是我国仲裁史上开天辟地的大事。《民法总则》第八十七条规定“非营利法人即为公益目的或其他非营利目的成立,不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人。非营利法人具体包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”^{①⑧}这与《民法典》第八十七条规定是一致的。因此,仲裁委可以定性为社会服务机构并实现民间化、市场化管理。

为与《民法典》对非营利法人概念衔接统一,2018年民政部起草了《社会组织登记管理条例(草案征求意见稿)》,2019年7月3日列入民政部2019年立法计划,拟提请国务院审议。如果该《条例》正式实施,现行的《社会团体登记管理条例》《基金会管理条例》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》将同时废止。根据该《条例》相关规定,社会组织包括社团、基金会、社会服务机构。而社会服务机构,是指自然人、法人或者其他组织为了公益目的,利用非国有资产捐助举办,按照其章程提供社会服务的非营利法人。^{①⑨}这和《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知(中办发〔2018〕76号)精神是一脉相承的,进一步证明了仲裁改革的方向是为非营利社会服务机构符合法律法规和实际情况。即资金非国有,机构性质非行政或事业单位,且为不以营

^{①⑥} 姜丽丽:《谈我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》,载《比较法研究》2019年第3期,第151页。

^{①⑦} 参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知(中办发〔2018〕76号),第5页。

^{①⑧} 参见《民法总则》,中国法制出版社2017年3月版,第21页。

^{①⑨} 参见民政部《社会组织登记管理条例(草案征求意见稿)》。

利为目的的公益法人。仲裁的民间化、市场化、去行政化改革蓝图因此清晰明了。

2019年9月12日,司法部公布了关于《仲裁委员会登记管理办法(征求意见稿)》公开征求意见的通知,拟以司法部部颁规章形式印发。其中,第十二条规定仲裁委员会凭《中华人民共和国仲裁委员会登记证》向有关部门申请统一社会信用代码、刻制印章(现正换证申请办理中),而过去仲裁登记证没有统一社会信用代码。这可能预示着下一步改革可能将仲裁委员会作为法人独立主体,从而与中共中央办公厅、国务院办公厅(中办发〔2018〕76号)文件等规定一道,从政策制度基础上解决了仲裁主体资格缺失问题。

2020年4月17日,司法部副部长熊选国在召开的全国政协双周协商座谈会上,明确提出要继续推动仲裁市场化法治化改革,改革的方向是真正使仲裁机构成为面向市场提供仲裁服务的非营利法人。这给仲裁的改革吃了一颗“定心丸”。

因此,不管是仲裁立法,中央国家政策文件、部委拟修改制定的规章,还是国家司法高层的表态发言以及仲裁的现代化国际化需求和实践看,仲裁市场化的改革方向是无疑的、可行的。

三、我国仲裁机构市场化改革主要困惑与问题

前面就仲裁机构设置存在的问题、为什么改革进行了简单梳理,就仲裁市场化改革的可行性及政策制度基础予以了详细分析,仲裁改革有基础且可行。但是,任何一项改革都不是一帆风顺的,有风险、有障碍、有阻力,存在很多困惑与问题。说到底,就是对利益结构的变动,就是对既定秩序的“颠覆”,仲裁的市场化改革也不例外。

第一、仲裁机构设置主体资格能否得到落实。要解决仲裁市场化改革,首先得改革仲裁机构主体问题。究竟以仲裁委为主体,还是以仲裁办事机构为主体要具体明确,而且各相关法律法规要相互衔接吻合统一。如果按照现有的仲裁办事机构作为仲裁机构主体,包括仲裁委员会办公室、秘书处或办事处,不符合《民办非企业单位名称管理暂行规定》第七条规定:“民办非企业单位名称中所标明的组织形式必须明确易懂,一般称学校、学院、园、医院、中心、院、所、馆、站、社、公寓、俱乐部等。”^②即不符合民非企业规定。《民办非企业单位登记暂行办法》第四条关于举办民办非企业单位按照所属行业申请登记规定中也没有目前仲裁办事机构相应的名称规定。更不符合《社会团体登记管理条例》要求名称为协会、学会、研究会等规定。包括民政部门申请社会组织登记电脑系统中也没有符合上述相关要求的名称目录。事实上,仲裁委员会办公室、秘书处或办事处实际上过去系机关事业单位常用名称。如果确定以仲裁委下设办事机构为仲裁主体,可以将仲裁办事机构名称改为××仲裁服务中心,××仲裁院,但即便如此全国应该统一要求。而且假如将仲裁办事机构重名为仲裁机构,主体也有问题。按照现行法律法规

^② 民政部《民办非企业单位名称管理暂行规定》。

以及拟发布的《社会组织登记管理条例（征求意见稿）》等，仲裁办事机构作为仲裁主体改革后属于社会组织（因市场化），其决策机构为会员大会或会员代表大会或理事会等，而仲裁在现行模式下是以仲裁委为决策机构，这样设置的话其职能难免交叉重复，究竟由谁决策混淆不清，可能形成多头管理以及各单位推诿扯皮、职责不清等现象，给仲裁管理与运行带来问题。更不说仲裁机构设置、管理、报告、年检等日常程序性事务多头交叉管理、更为繁琐等问题了。因此，这需要国家立法、制定政策法规解决仲裁法人主体资格问题以及下面谈及的主体定性问题。

第二、仲裁机构定性问题能否解决。按照现行法律法规以及政策规定，仲裁机构究竟如何定性没有明确。据当时仲裁法立法资料记载，草案中本来规定“仲裁机构是非营利性的事业单位法人”，但最终审议报告删除了这句话。^②于是，1995年国务院办公厅《重新组建仲裁机构方案》（国办发〔1995〕44号）规定仲裁成立初期参照事业单位设置运营。2018年《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知（中办发〔2018〕76号），虽然第一次将仲裁委概括定性为：“公益性非营利法人”，但是仍然明确仲裁委员会由政府依据《仲裁法》组织有关部门和商会统一组建，这实际上是明确并认可政府在仲裁委员会组建中的牵头地位与角色，而且仲裁委究竟属于公益性非营利法人中何种法人机构没有明确。根据中办发〔2018〕76号文件（九）积极稳妥推进仲裁委员会内部管理体制改革：“仲裁委员会可以根据自身发展实际情况，选择具体财务管理方式，经省级财政、税务、价格主管部门同意后实施。选择行政事业收费管理的，执行事业单位财务规则；选择仲裁收费转为经营服务性收费管理的，比照企业财务通则执行。”^③以笔者的理解，这段话实际上是将仲裁委员会按事业单位定性的，只是经过相关部门批准后可选择执行事业或企业财务而已，其重点说的是“内部管理体制改革”，并没有真正要求实行市场化改革。而且，如果仲裁明确为事业单位那就明确定性即可，究竟实行哪种收费体制以及财务制度由各仲裁委选择报备即可，也用不着规定那样繁琐的报批程序，以提高工作效率。同时，根据现行法律法规以及仲裁实际情况，如果仲裁机构不设置为事业单位最合适的选择为社会服务机构（前面已经论述分析，拟设定为社会组织的一个类别之一），但社会服务机构要求利用非国有资产举办（如有国有资产不能超过三分之一）。中办发〔2018〕76号文件（十）要求严格仲裁资产管理，要按照国有资产管理相关规定，加强和规范仲裁委员会资产配置、使用管理。^④为此，既然仲裁资产按照国有资产管理，这又与社会服务机构对资金要求非国有资产举办不一致。那么，仲裁机构究竟如何定性，仲裁究竟如何改革以及是否能够进行真正意义上的市场化改

^① 参见姜丽丽：《谈我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》，载《比较法研究》2019年第3期，第143页。

^② 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知（中办发〔2018〕76号），第8页。

^③ 参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知（中办发〔2018〕76号），第9页。

革,并触及仲裁机构市场化改革灵魂,仍任重而道远。

第三、地级民族自治地区能否享有同等仲裁机构设置、管理权利。《仲裁法》规定仲裁委应在省级政府(含直辖市)所在地的市或设区的市设立,因此各地几乎排斥设立仲裁委,而且不纳入国家或省级司法部门统一管理,这是对民族地方的偏见。《宪法》第一百一十五条规定了自治州的自治机关除行使同级别的地方国家机关的职权外,还可以行使相应的自治权并根据当地实际情况贯彻执行国家法律与政策。^④《民族区域自治法》进一步明确自治州的自治机关与下设区、县的市行使同样的国家机关职权并行使自治权。因此,少数民族自治州的地方应该不低于设区的市享有的仲裁机构设置权限,而事实上存在自治州仲裁机构批准难,批准后不纳入统一管理的情形。而且《民族区域自治法》第五十五条还特别规定上级国家机关应当帮助指导民族自治地方加速发展经济、教育、科学文卫事业等,并在国民经济和社会发展规划等方面予以优惠和照顾。为此,在同等情况下国家政策还应该向少数民族地区倾斜。同理,要解决仲裁机构设置以及市场化改革问题,需加大对民族地区仲裁机构支持力度,以保证少数民族地级城市与其他设区的市享有同样的仲裁登记、设立与管理权利。

第四、仲裁机构去行政化问题能否真正落实。目前仲裁委多为事业编或参公,仲裁委负责人多由行政领导兼任,包括仲裁委主任、副主任、秘书长。《仲裁法》第三十一条、第三十二条明确规定了“仲裁庭组成人员中当事人可以委托仲裁委主任指定或者当事人在仲裁规则规定的期限内没有约定仲裁庭组成方式或者选定仲裁员的,也由主任指定。”^⑤同时,《仲裁法》第三十六条规定了仲裁员回避事项也必须由仲裁委员会主任决定。^⑥由此可以知道,仲裁委员会主任是法定介入仲裁案件管理的(可授权副主任或秘书长),而事实上仲裁委主任又是政府官员,官员的意识观点难免会影响仲裁案件办理,毕竟人的意识观点支配人的行为。更何况仲裁实行委员会决策制度,仲裁委的重大事项、规章制度、规则制定、人事、财务等等不得受主任及负责人的影响。再加上仲裁机构为事业单位或参公,无形中增加了仲裁的官本化、行政化色彩。虽然《仲裁法》规定仲裁委独立且与行政机关无隶属关系,中办发〔2018〕76号文件(二)也明确要求切实保障仲裁委员会依法独立开展工作,特别强调“不得将仲裁委员会作为任何部门的内设机构或者下属单位”,^⑦但由于仲裁机构的国有化、行政化,仲裁事实上的管理者或负责人系国家官员或干部,而且几乎同时系当地政府或司法行政部门负责人,虽然法律政策文本规定仲裁与行政没有隶属关系,规定不得将仲裁委员会作为任何部门的内设机构或者下属单位,但事实上没有按此要求执行,规定的政策不施行与有法不依性质雷同,照此下

^④ 参见《中华人民共和国宪法》,中国法制出版社2015年1月版,第48页。

^⑤ 同前注^②,第287页。

^⑥ 同前注^②,第288页。

^⑦ 参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知(中办发〔2018〕76号),第4页。

去仲裁的去行政化问题将成为一句空话。“从根本上说,仲裁行政化违背了仲裁制度的本质要求,破坏了仲裁制度的基石与框架。仲裁的独立性和民间性是其存在的原因,当仲裁趋于行政化,成为公权力的体现,那么仲裁制度就失去其独有的特色和存在的价值了。”^{②⑧}“仲裁机构的去行政化是仲裁机构中立、公正的保障,是仲裁机构提升自身市场竞争力的前提,是提高仲裁社会公信力的要求。”^{②⑨}为此,仲裁机构市场化改革的关键核心问题是解决去行政化问题,真正实现了去行政化,仲裁机构市场化改革才算成功。

其他的诸如:拟进行仲裁自律管理的中国仲裁协会,《仲裁法》已施行二十多年了仍未设立;国家相关法律法规、规章、政策文件就仲裁机构设置、定性、管理等表述不统一、不协调、没有达成一致意见,甚至有出现冲突的情况;仲裁收费要求收支两条线,而全国各地因仲裁机构定性与改革不一,出现相矛盾的情况;仲裁换届程序复杂繁琐以及换届必须要求政府机构审计与实际工作开展出现矛盾,待换届报备出现障碍困难,影响工作推进;各地仲裁机构现行事业单位或参公等模式如何改革分流解决等问题。

四、我国仲裁机构市场化改革的设想与建议

北京仲裁委秘书长王红松在《坚持仲裁民间性 深化仲裁体制改革——论仲裁法修改应重视的问题》指出:“仲裁机构作为(而且只能作为)‘民间组织’,这是仲裁本身的民间性质决定的,也是仲裁能为世界各国当事人所接受、仲裁裁决能为《纽约公约》缔约国法院承认执行的前提条件,具有民间性质的仲裁所实现的价值是由国家机关垄断并强制实施的政府职能都无法代替的。”^{③⑩}这给我国仲裁机构市场化改革指明了方向。为此,笔者设想与建议如下:

第一、修改《仲裁法》,从制度上解决仲裁主体资格并就仲裁机构设置明确定性。事实上,制度确立是仲裁市场化改革的基础与前置条件。建议将《仲裁法》第十条修改为:“仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市(自治州、地区、盟)设立,不按行政区划层层设立。仲裁委员会由前款规定的市(自治州、地区、盟)商会或相关社会组织牵头组建。仲裁委员会为提供公益性服务的社会服务机构。……”第十四条修改为:“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。仲裁委员会组成人员中主任、副主任、秘书长等主要管理人员不能由行政事业单位或国有企业人员兼任。”以上修改考虑了少数民族自治州、地区、盟等具有与设区的市同样的仲裁机构设置权限与纳入统一管理规定,确保实现地级行政区域(直辖市的除外)与其他地区平等对待;考虑了仲裁委设置

^{②⑧} 王凯:《我国商事仲裁去行政化研究》,中国仲裁法学研究会2015年年会暨第八届中国仲裁与司法论坛论文集2015年,第174页。

^{②⑨} 胡芬芬:《浅议我国仲裁机构的去行政化问题》,载《法制博览(中旬刊)》2013年第3期,第230页。

^{③⑩} 王红松:《坚持仲裁民间性 深化仲裁体制改革——论仲裁法修改应重视的问题》,载《北京仲裁》2007年第1期,第19页。

主体商会或相关社会组织,商会或相关社会组织系民间机构,摒弃了政府及官员干扰仲裁设置、管理的制度缺陷;明确了仲裁法人主体仲裁委员会,性质为公益性非营利法人,仲裁应为社会提供公益性服务产品,而且不能设置为营利机构,特别明确了具体法人类别,机构类型具体明了,和《民法典》对法人的规定定性吻合、统一,极具可操作性。同时,明确了仲裁委组成人员中主要成员系民间、非行政事业或国有干部,解决了过去由政府官员参与、干预仲裁的弊病,真正实现仲裁民间化、去行政化、市场化改革目的。

第二、建议尽快启动设立中国仲裁协会,解决仲裁自律管理与监督问题。仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织,根据章程对仲裁委员会以及组成人员、仲裁员的违纪行为等进行监督管理,^①并根据具体情况就仲裁委员会相关工作事项制定相关规则、制度。根据中国仲裁协会的总体要求框架,各省、自治区、直辖市再行指定仲裁分会或省级仲裁协会,具体协调管理各区域仲裁事务,协调仲裁与其他行业的关系,组织境内外业务交流合作及人员培训,做好从业人员准入与管理以及违规违纪行为的处理,并强化仲裁信用体系建设以及失信惩戒工作。建议中国仲裁协会、各省级仲裁分会或协会单独设立,不作为任何部门或单位的下设单位,独立办公运营,各级协会主要负责人只能从民间优秀专业人士中选任,司法行政部门只作为业务指导单位即可。只有这样,才能确保仲裁不再成为政府的附属机构,减少政府对仲裁的干预,真正实现仲裁独立、公平、公正化解矛盾纠纷的职能,提升仲裁公信力。

第三、以“一带一路”战略为契机,加快实现与国际接轨。随着“一带一路”倡议的开展和实施,中国在全球经济版图中不断崛起,中国企业在各类投资和贸易中话语权不断提高,仲裁在跨境争议解决中的作用日益凸显,中国仲裁国际化的图景也徐徐展开。要实现仲裁市场化改革,就要提高仲裁服务国家、服务世界全面开放和发展战略的能力,促进我国仲裁的国际化进程。“要建立‘一带一路’国际商事争端解决仲裁机制和组织,探索国际投资争端仲裁以及国际商事法律制度研究,积极拓展国际仲裁市场,打造国际仲裁品牌;强化与国际仲裁组织及境外仲裁机构的交流合作,积极参与国际仲裁、国际调解规则制定,提高国际知名度与话语权。”^②同时,要认真梳理总结国际国内仲裁的契合点与相通性以及存在的差距,将我国《仲裁法》的修订与国际仲裁相关规则、制度以及仲裁实务相结合,确保我国仲裁困守国内的局面尽快打开。由于国际商事仲裁裁决依据《纽约公约》得到了150多个国家和地区的承认,打破了各国法院判决基于本国司法主权原因得不到他国执行的限制,这是国际仲裁最大的优势,也是《纽约公约》在一国国际仲裁裁决中能够获得其他国家和地区承认和执行的保障和基石。为此,要在加入诸如《纽约公约》《华盛顿公约》等重要国际公约基础上,强化与“一带一路”沿线以及

^① 参见史飏,杨荣新:《商事仲裁监督与制约机制研究》,中国政法大学2003年博士论文。

^② 参见中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》的通知(中办发〔2018〕76号),第11-12页。

其他国家和地区签署更多双边贸易投资协定,力争在产生争端时运用专设仲裁庭方式解决等,尽快实现用“中国土壤”培育符合国际共识的“中国仲裁”经验,从而推动国际仲裁的中国化发展。

与此同时,仲裁市场化改革还要简化仲裁设立登记、注销登记、换届复核和变更备案等相关事宜,建议地级以上司法行政部门初审后,直接报省级司法部门(贸仲、海仲单独规定)核准后报司法部备案即可,不再按照过去必须经过当地政府、省级以上司法部门反复审查批复等繁琐程序,提高审批效率;仲裁换届建议由第三方社会中介机构审计评估即可,因为政府审计单位人员少、事情多、任务重,而且原则上每年必须纳入年度计划方可进行,从而导致仲裁换届工作延缓以及工作断档等问题;建议仲裁收费不再实行“行政事业收费、收支两条线”管理,减少仲裁机构对政府的依赖以及政府对仲裁的制约,真正实现自收自支。

结 语

《周易·系辞》说:“穷则变,变则通,通则久”,即事物发展到了极点、尽头就应该发生变化。^{③③}它不仅揭示了东方哲学的精髓,而且反映了中华民族炎黄子孙与时俱进、寻求变革创新的渴望与追求。也就是说,既然仲裁机构体制机制不合时宜,违背仲裁的本质,甚至与国际仲裁实践背道而驰,那么就应该按照党的十八届四中全会以及党的十九大关于“完善仲裁制度,提高仲裁公信力”的改革要求,认真调研、梳理、总结我国仲裁机构目前设置现状以及当时设置的法律法规及政策依据,全面汇总统计全国仲裁机构个数、法人主体、机构性质、人财物状况,抓紧时间修订完善《仲裁法》以及相关配套规章、政策规定,一鼓作气,下定决心、下狠心,一个钉子一个眼、一步一个脚印,攻坚克难、披荆斩棘,坚决摒除改革中的一切邪恶和障碍,真正将我国仲裁市场化改革落到实处。只有这样,符合中国国情的、适应新时代发展的、与国际接轨的中国特色社会主义仲裁市场化改革才能实现。

Abstract: The establishment of arbitration institutions should apply to 1995 “Plan for Reorganization of Arbitration Institutions” of the General Office of the State Council. According to the requirements of the Arbitration Law, the Arbitration Commission has no subordinate relationship with any administrative agency, which means arbitration institutions should not be included in the sequence of administrative institutions. There are no relevant laws, regulations or policy documents that clarified the legal status and nature of arbitration institutions. In practice, arbitration institutions have been threatened. with reference to public institutions at the initial stage

^{③③} 参见姬静静:《论中国特色社会主义理论与传统文化之间的渊源》,载《传承》2016年第5期,第81页。

of establishment, and gradually realized self-financing and self-expenditure. Therefore, to truly realize the task of market-oriented reform of arbitration institutions, it is necessary to clarify legal status of arbitration institutions.

Keywords: arbitration institution establishment; market-oriented reform

(责任编辑:沈佩兰)

中国批准《新加坡调解公约》的挑战与因应

汤霞*

内容提要 《新加坡调解公约》为国际和解协议的跨境执行提供了法律框架。我国出于为“一带一路”争议解决提供法律支撑、提升我国调解制度的公信力以及建设国际争议解决中心的需要积极参与和推动公约制定。鉴于我国国内调解立法对调解员的范围和资质以及和解协议的执行等问题与公约规定的不一致对我国批准公约带来了挑战,我国有必要加强与他国的跨国法律对话、提升我国调解员素质、扩大调解员的范围以引进境外优秀调解员参与、强化和解协议的执行机制和建立“一站式”国际争议解决平台等方式来与公约接轨。

关键词 《新加坡调解公约》 国际和解协议 调解员 执行机制

国际商事调解是多元化争议解决机制中具有较大吸引力的争议解决方式,调解的灵活性消除了仲裁的障碍,避免了保密信息的披露,维持了争议当事方间的商业关系。然而争议方在处理纠纷时并未普遍使用调解,实践中多是将调解与仲裁或诉讼结合起来使用,^①一个很大的顾虑在于国际上缺乏执行国际和解协议的法律框架,难以保证和解协议在一国国内法院的执行。若调解协议的一方拒绝履行和解协议,另一方还须另行通过仲裁或法院程序来请求执行,增加了当事方的争议解决成本。^②因此,有必要建立一个明确和统一的国际执行机制来增强和解协议执行的可预测性,进而提升调解的地位和价值。为了顺应这一需求,联合国大会于2018年12月20日通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(又称为《新加坡调解公约》,以下简称为《公约》),2019年8月7日在新加坡开放供各国签署。目前《公约》的签署国包括中国在内共有53个国家^③,继新加坡、斐济和卡塔尔相继批准《公约》后,《公约》已于2020年9月12日正式生效。《公约》旨在建立健全的监管机制为国际和解协议的跨境执行提供法律依据,这对于提

* 汤霞,华南师范大学法学院特聘副研究员,法学博士。

① Eunice Chua, *Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence*, 15 KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2(2019).

② Christina G. Hioureas, *The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?* 37 BERKELEY J. INT'L L. 217 (2019).

③ UNCITRAL, Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status(last visited: Nov. 24, 2020).

高跨境调解在国际争议解决机制中的地位至关重要,也将推动调解在国际层面的广泛适用。^④

调解在中国有着悠久的历史,我国一直致力于通过调解解决商事争议。作为日益崛起中的新兴大国,我国近年来积极参与国际规则制定,对外输出我国的法治理念。从《公约》的起草到签署的过程,中国都积极参与其中,并致力于推动我国国内调解制度的优化。在我国,和解协议通常是指争议当事方在没有第三方参与的情况下达成的协议,而调解协议则通常指在第三方的协助下达成的协议。因此,我国的调解协议与《公约》语境下的和解协议具有相同的内涵。^⑤为了阐述方便,本文统一使用和解协议来表述国际和解协议和我国的调解协议。本文立足于“一带一路”倡议的大背景,首先考察我国批准《公约》的现实意义,其次分析我国批准《公约》存在的障碍,最后探寻我国的商事调解制度更好地与《公约》接轨的可行方案。

一、中国批准《新加坡调解公约》的现实意义

“一带一路”倡议是我国近年来重要的国家战略,有力推动了我国与沿线国家和地区经贸往来,但伴随着贸易额逐年增多而来的争议也随之增加。由于“一带一路”沿线国的法治环境尚待健全,调解作为国际社会广为接受的争议解决方式对迅速化解争议产生了重要作用。《公约》的通过为“一带一路”争议解决提供了制度保障,也为我国发挥调解制度的优势提供了契机。

(一) 为“一带一路”争议解决提供法律支撑

“一带一路”倡议是我国积极参与全球治理、应对全球变局的国家战略,通过基础设施建设为“一带一路”沿线国家和地区的经济合作提供新机遇、创造新机会,并加强与沿线国家和地区的经济合作。就跨国争议的复杂性和耗时性而言,争议的及时有效解决对企业有着较大的吸引力。鉴于调解在争议解决中发挥的重要作用,建立完善的国际商事和解协议的执行机制是推动“一带一路”走向国际化的重要支点。《公约》免除了和解协议需经国内法院司法确认才具有执行力的程序,不仅为国际和解协议的全球执行提供了保障,也消除了争议当事方对和解协议执行不确定性的顾虑。《公约》的创新性规定受到了国际社会的广泛欢迎,尤其是在“一带一路”建设的推进过程中,调解的使用将极大降低当事方的争议解决成本。截至目前,“一带一路”沿线国已有43个国家签署了《公约》,有效地便利了沿线国的商贸往来。^⑥中国作为《公约》的首批签署国,向

^④ Shouyu Chong, Felix Steffek, *Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention*, 31 SAJL J, 449 (2019).

^⑤ 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年第5期,第199页。

^⑥ 陈洁:《我国国际和解协议准予救济制度的构建——以〈新加坡调解公约〉的签署为契机》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2020年第2期,第94页。

外界传达了中国在跨国商事争议解决问题上的积极姿态。《公约》的实施将促进与我国有关的国际和解协议在我国或作为缔约国的“一带一路”沿线国家执行,也将吸引更多的投资者参与“一带一路”建设,免除他们对和解协议跨境执行的担忧。值此契机,中国对外应着力打造一个公正、高效、便捷的法治环境,推动国际和解协议在我国的执行,对内也可以倒逼我国加快建立符合《公约》要求的商事调解制度。

(二) 提升我国调解制度的公信力

《公约》的通过便利了国际和解协议的跨境执行,不仅有助于调解这一纠纷解决方式的国际性适用,也为调解在我国的发展创造了有利条件。在我国大力推行多元化解决争议的背景之下,《公约》的通过可以减少和解协议需要法院司法确认赋予强制执行效力的程序,大大缩短了争议解决的时间,降低了当事方的争议解决成本。由于跨国争议往往案情复杂、耗时较长,调解可以降低争议当事方的对抗性,继续维持双方间的商业关系。若当事方在前期通过调解解决了争议,则可以避免耗时耗财的仲裁或法院程序。^⑦由此观之,调解对于“一带一路”沿线跨境争议的解决具有较大优势。我国有必要抓住“一带一路”建设的契机,提升调解制度的公信力,在涉“一带一路”争议解决中发挥我国调解制度的优势,对外输出我国的多元化争议解决理念。

中国近年来日渐重视调解在争议解决中的重要作用,2010年中国制定了《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》),最高法院、最高检察院等16部门在2011年发布了《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》,明确了调解在纠纷解决中的地位。2017年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)也将调解作为争议解决的重要方式。“一带一路”倡议提出之后,最高法院多次出台文件推进包括调解在内的多元化争议解决机制,拓宽我国涉外法律服务人才的国际视野,提升其解决国际性争议的业务能力。2015年最高法院发布《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》(以下简称《“一带一路”司法服务和保障意见》),第11条指出我国支持多元化争议解决机制建设,充分尊重当事方自愿选择争议解决方式,支持中外当事方选择调解、仲裁等非诉方式解决争议,满足“一带一路”建设中的争议解决需求。^⑧2019年最高法院发布《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》(以下简称《进一步提供司法服务和保障意见》),第33条明确了要扩大国际商事专家委员会委员的遴选范围,提升专家委员的国际性和权威性。我国通过立法和司法层面的举措赋予调解法律地位,并与其他国家建立常态化的沟通机制的方式来加强合作,提升我国调解制度的公信力,增强争议方对我国调解制度的信心。

^⑦ ICC, ICC Court Launches Belt and Road Initiative Commission, International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-launches-belt-road-initiative-commission/>(last visited: Aug. 10, 2020).

^⑧ 《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》,法发〔2015〕9号,2015年6月16日发布。

（三）有助于我国国际争议解决中心的建设

一国的制度决定其经济发展的潜力,影响着其参与国际竞争的能力。同时,国家实力的变化也是推动制度变迁的原动力。^⑨在国际竞争场域下,一国优良的制度环境有助于提升其经济发展的效率。因此,全球化时代的竞争主要体现为各国间的制度竞争。作为一国竞争力大小重要表现形式的法律制度成为衡量各国竞争力的重要指标,包括美国、英国以及欧盟在内的大国都积极采取措施提升其法律制度的竞争力。^⑩在国际经济交往领域,法律制度为跨国争议当事方提供定分止争的公共产品,而谁的法律制度质量更优、价格更好或信誉更高,则谁具有更大的国际竞争力的比较优势。因此,争议当事方通常希望选择竞争力较大的法律制度来化解争议。为了使本国的法律制度具有国际竞争力和影响力,一些具有比较优势的法律制度的国家开始建立国际争议解决中心,对外输出本国的法治理念。^⑪

我国目前已跃居世界第二大经济体,企业在“走出去”和“引进来”的过程中可能会面临商事纠纷的增加。由于“一带一路”沿线国家国内政治不稳定、法治环境不健全以及诚信意识较欠缺等现状的存在,出于对别国司法体系的不信任或不熟悉,一国的法院可能不是争议解决的最佳场所,而调解或仲裁因其较多地兼顾了当事方的意思自治而备受青睐。鉴于我国在“一带一路”建设中的主导作用,我国可依托自身优势条件,建立以仲裁为中心、调解为优先、诉讼为保障的“三位一体”公正高效的国际争议解决中心来处理沿线国乃至全球的商事争议,提升我国在争议解决领域的国际影响力。这也是我国发挥大国司法理念的优势,为“一带一路”沿线国提供优质法律服务的担当。实践中,我国成立了国际商事专家委员会,聘任了外籍法官和调解员;我国的仲裁机构还通过将外籍仲裁员加入仲裁员名册以及在国外设立仲裁分支机构等方式扩大其国际影响力;我国的调解机构也纷纷设立国际调解中心或与国外调解中心加强合作和交流;上述举措为我国建立专业性和国际化的国际争议解决中心提供了有益借鉴。鉴于诉讼和仲裁领域已分别有《选择法院协议公约》和《纽约公约》来保障国际性判决和裁决的执行,《公约》的通过有效保障了国际和解协议的跨境执行,为我国建设国际争议解决中心提供助力。

二、中国批准《新加坡调解公约》面临的挑战

我国法律对商事调解的规定不够明确,调解的配套措施也不完善。我国目前只允许机构调解、调解员的资质尚无统一标准以及经调解达成的和解协议不具有强制执行力

^⑨ 何其生:《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》,载《中国社会科学》2017年第5期,第128页。

^⑩ 同前注^⑨,第128-130页。

^⑪ 如英国出版《英格兰和威尔士:管辖权的选择》宣传册,德国出版《法律——德国制造》,法国设置专门法院并用英语审案等。

等,调解员的调解未必被当事方信服且当事方不履行和解协议的法律成本较低,减损了调解作用的发挥。鉴于中国已成为《公约》的缔约国,我国关于调解的规定在上述方面与《公约》的不一致对我国批准《公约》带来了一定挑战。

(一) 调解的主体受限制

根据《民事诉讼法》^⑫、《仲裁法》^⑬和《人民调解法》^⑭的规定,我国目前只承认机构调解,即由人民法院、仲裁机构和人民调解委员会作出的调解协议,前两者作出的调解协议具有法律效力,后者作出的调解协议还需要当事方向法院申请司法确认来赋予其强制执行效力。而由个人或临时性机构作出的和解协议则不被我国法律所承认。虽然我国的一些调解机构聘任了外籍调解员,但鉴于我国立法上的限制,我国仍缺乏具有国际一流专业水准和影响力的调解员。我国的商事调解对调解主体的限定与UNCITRAL制定的《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》中的调解主体范围存在不一致,后者对调解员没有做出限定,调解人也不必来自于机构,而我国《人民调解法》第7条规定只有依法设立的群众性组织才能进行调解^⑮。这一规定与《公约》第2条第3款^⑯的规定不符,我国在执行个人或临时机构作出的国际和解协议的过程中也会出现类似于《纽约公约》中临时仲裁裁决的承认执行与国内不一致的问题^⑰。即我国国内不承认个人或临时机构作出的和解协议,但却须承认非由机构作出的国际和解协议。这种情况也可能导致一些当事方故意选择国际调解来达成国际和解协议,以规避我国对调解的限制性规定,进而适用《公约》要求在中国执行。

(二) 调解员的资质参差不齐

我国除了法院调解和仲裁调解的调解员来自于法官和仲裁员外,民间调解的调解员一般从调解员名册中选任。以民间组织商会调解为例,我国的商会调解规则普遍规定了调解员名册制度,但几乎未涉及调解员的选任范围。《上海市律师协会律师执业纠纷调解规则》第7条虽规定了调解员的资质标准,但仅限于律师行业。实践中我国参与商事调解的主体比较广泛,既包括退休法官、仲裁员、基层群众自治组织,也包括商会、行业协会的会员等。调解员的年龄结构普遍偏大,除了专业性较强的领域聘任专门的调解员外,大部分调解员来自于退休公职人员或有一定名望和声誉的人,对新领域或新事物的了解和接受程度不一。我国目前对调解员的选任没有统一标准,有的既是调解员,又是一方的代理人,严重违反了调解中立性原则。调解员的知识水平和专业素养存在差别,在调

^⑫ 《中华人民共和国民事诉讼法》第八章规定了法院调解。

^⑬ 《中华人民共和国仲裁法》第51条和52条规定了仲裁调解。

^⑭ 《中华人民共和国人民调解法》第2条规定我国的民间调解由人民调解委员会进行。

^⑮ 《人民调解法》第7条规定:“人民调解委员会是依法设立的调解民间纠纷的群众性组织。”

^⑯ 《新加坡调解公约》第2条第3款规定:“调解不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据,指由一名或者几名第三人(调解员)协助,在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决其争议的过程。”

^⑰ 由于我国国内不承认临时仲裁,我国加入的《纽约公约》明确包含了临时仲裁裁决的承认执行,我国对该条并未提出保留。这就意味着以承认临时仲裁的国外法律为仲裁协议效力准据法的临时仲裁裁决在我国可以得到承认执行,但国内的临时仲裁裁决面临着无法被承认执行的风险。

解纠纷时倾向于通过道德教化等非法律角度调解,一定程度上减损了调解的实践效果。^⑮为了加强调解员的队伍建设、提高我国的调解工作水平,中央政法委、最高法院会同相关部级单位于2018年4月发布了《关于加强人民调解员队伍建设的意见》,要求规范调解员的选任条件,但对行业性、专业性的调解员仅要求大专以上学历,在我国科技水平日渐提高、经济发展日新月异且高度专业化的背景之下,大专学历的调解员能否处理专业性的争议还存在疑问。^⑯而国际商事调解对调解员的要求更高,除了要具备较好的外语表达能力和多文化背景之外,还要对国外相关法律制度有一定了解,否则调解员的调解可能难以被争议当事方接受,也达不到通过调解定分止争的效果。随着《公约》的生效以及我国国内对商事调解的需求,可以预见相当一部分国际性案件需要通过调解方式解决。而我国目前的调解员队伍可能无法适应这一新形势的要求。

(三) 调解达成的和解协议执行难度大

和解协议的执行效力即为以强制方式执行和解协议中的给付义务的效力。^⑰我国的调解规则对当事方通过调解方式达成的和解协议的效力问题普遍没有规定,《人民调解法》《民事诉讼法》以及《商业经济纠纷调解试行办法》等法律、规章以及《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》等司法解释虽涉及商事调解,但须通过转化或司法确认程序来实现和解协议的执行力。2018年最高法院颁布《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》及《最高人民法院关于国际商事法庭程序规则(试行)》虽提及商事调解,但和解协议的效力仍依附于国际商事法庭制作的调解书和判决书。^⑱鉴于我国的和解协议不具有强制执行力,实践中当事方通常不主动执行,甚至以拖延执行作为对和解协议内容大打折扣的策略,损害了守约一方的利益。而我国目前的法律体系并未建立对当事方不履行和解协议的惩罚机制,债务人不履行的违法成本远低于其由此获得的利益,不履行也在情理之中。实践中,相当一部分和解协议需要通过法院司法确认的方式获得强制执行效力,通过公权力的参与来威慑当事方遵循善意原则,自觉履行和解协议。^⑲但司法确认制度在实践中也存在适用

^⑮ 汤霞:《诉调对接机制下我国当前商会调处商事纠纷的困境与破解》,载《现代法治研究》2019年第1期,第89页。

^⑯ 中央政法委、最高人民法院、司法部、民政部、财政部、人力资源和社会保障部于2018年4月联合印发《关于加强人民调解员队伍建设的意见》,该意见中规定严格人民调解员选任条件:“人民调解员由人民调解委员会委员和人民调解委员会聘任的人员担任,既可以兼职,也可以专职。人民调解员应由公道正派、廉洁自律、热心人民调解工作,并具有一定文化水平、政策水平和法律知识的成年公民担任。乡镇(街道)人民调解委员会的调解员一般应具有高中以上学历,行业性、专业性人民调解委员会的调解员一般应具有大专以上学历,并具有相关行业、专业知识或工作经验。”

^⑰ 许君珂:《〈新加坡调解公约〉框架下国际商事和解协议效力问题研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第10页。

^⑱ 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第13条规定:“经国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构主持调解,当事人达成调解协议的,国际商事法庭可以依照法律规定制发调解书;当事人要求发给判决书的,可以依协议的内容制作判决书送达当事人。”《最高人民法院关于国际商事法庭程序规则(试行)》第24条规定:“经专家委员会或者国际商事调解机构主持调解,当事人达成调解协议的,国际商事专家委员会办公室或者国际商事调解机构应在三个工作日内将调解协议及案件相关材料送交案件管理办公室,由国际商事法庭依法审查后制发调解书;当事人要求发给判决书的,国际商事法庭可以制发判决书。”

^⑲ 李喜莲、唐海琴:《法院调解自愿原则的实现路径》,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2017年第4期,第81-82页。

上的异化。在我国,绝大部分和解协议都需要通过司法确认获得强制执行力才能得以履行,这说明和解协议的自动执行率较低,调解的功能尚未达到预期效果。和解协议是在当事方自愿的基础上达成的,本应获得自动履行,但大量和解协议走向司法确认程序一方面使得我国紧张的司法资源负担更重,另一方面也可能使得当事方不愿通过调解来解决争议。^{②③}和解协议的效力影响着当事方对调解这一争议解决方式的选择。《UNCITRAL 国际商事调解示范法》第 14 条专门规定了和解协议的约束力和可执行性。《公约》第 3 条第 1 款规定了缔约国应按照公约规定并根据本国程序规则来执行和解协议,赋予了和解协议强制执行力。^④在“一带一路”建设过程中商事主体对调解的需求日渐高涨的背景下,我国作为《公约》的缔约国,应及时做好国内商事调解制度与《公约》的衔接,避免大量的国际和解协议涌入我国要求执行而存在效力认定上的冲突。

三、中国的商事调解制度与《新加坡调解公约》的对接

《公约》明确了调解这一国际争议解决方式的地位,其赋予国际和解协议跨境执行的强制执行力免除了争议方对和解协议执行不能的后顾之忧。在我国大力推进多元化争议解决的情势之下,完善商事调解的制度建设、提升公众对调解的信赖极为必要。鉴于我国是《新加坡调解公约》的缔约国,在《公约》已经生效的情况下,如何推动我国商事调解制度与《公约》的有效对接是亟需解决的问题。因此,我国未来的商事调解立法不仅要注重与《公约》的有效对接,也要注重我国法律的域外适用,提升我国商事调解制度的国际影响力。

(一) 加强跨国法律对话与合作

中国与“一带一路”沿线国家利益相关、休戚与共。为了推进各方在争议解决领域的合作,各国应加强政府层面的政策沟通和法律层面的专业交流,深化“一带一路”框架下的争议解决合作。《“一带一路”司法服务和保障意见》第 12 条提出我国要加强国际交流宣传,增进“一带一路”沿线各国的法律认同。实践中我国也通过法官培训、区域经济合作论坛、国际仲裁高峰论坛等方式增进国际社会对中国法律制度的了解,提升中国法律制度的国际影响力。另外,我国实务界也积极响应《“一带一路”司法服务和保障意见》第 13 条的指示,参与《公约》的制定,提升我国在争议解决领域的话语权。^⑤如在《公约》谈判和签署的过程中,在商务部条法司的牵头之下,中国国际贸易促进委员会(CCPIT)、中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)以及北京仲裁委员会(BAC)

^{②③} 同前注^{①⑧},第 88 页。

^④ 《新加坡调解公约》第 3 条第 1 款:“本公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。”

^⑤ UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its seventieth session (Vienna, 23–27 September 2019), A/CN.9/1003.

等都派员参加并就重要议题参与讨论,积极发出中国之声。^{②6} CIETAC 还于 2019 年 8 月与新加坡国际调解中心(SIMC)签署了促进国际调解领域国际合作的谅解备忘录,双方将就国际调解的培训进行合作,并在条件成熟时对案件的调解加强沟通协作。双方的合作将为亚太乃至全球提供专业和便捷的争议解决服务。^{②7}我国也应做好准备,充分发挥我国长久以来形成的调解优势,利用加入《公约》的契机,与“一带一路”沿线国开展合作,选任各国争议解决专家组成国际调解员小组,为“一带一路”争议解决提供专业化 and 高质量的调解服务。

(二) 提升调解员的专业素养

中国加入《公约》意味着我国调解员面临着更大的挑战。为了提升调解员的调解技能,我国可参考其他司法辖区的先进经验,加强对调解员的培训,实现我国调解员队伍的专业化。香港律政司 2010 年设立调解专责小组发布的《调解工作组报告》,不仅提出要完善调解监管体制,也要对调解员进行专业培训的资格认证,提升社会公众对调解的接受度。^{②8}新加坡法律部 2017 年 10 月出台了《调解规则 2017》,专门指定了新加坡的调解员认证机构,通过专业培训和技能评估,保障调解员的调解资质。^{②9}南非成立“国际争端解决从业者委员会”,对包括调解员在内的争端解决从业者进行培训和资格认证。德国也以立法的方式在其《调解法》中规定了调解员的培训机制。^{③0}为了进一步提升我国调解员的专业化水平和调解的水准,我国还可以参考英国有效争议解决中心(CEDR)的做法,在充分考虑我国行业特色的基础上,由各专业领域的调解员组成专业调解队伍,以调解员擅长的纠纷类型来划分,确保各个领域都有专业调解人员参与,并为争议当事方定制个性化的纠纷解决程序。^{③1}为了保障调解程序的公正性和调解信息的保密性,《公约》还将调解员的信息披露和职业操守也写入了公约文本,进一步推动了调解员队伍的规范化。我国经济较为发达地区的一些调解机构也制定了约束调解员的调解守则,强调调解员调解时须遵循的原则,规范调解行为。^{③2}通过局部地区发挥调解员规范的示范引领作用,并适时推动立法层面对调解员的资质进行规范,以期与国际调解的实践需求相呼应。

^{②6} 中国国际经济贸易仲裁委员会:《参加联合国贸易法委员会第二工作组(争议解决)第 65 届会议总结报告》, <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=14054>, 最后访问日期: 2020 年 7 月 22 日。

^{②7} 《新加坡国际调解中心与中国贸仲签署合作谅解备忘录》,载新华网, http://www.xinhuanet.com/fortune/2019-08/07/c_1124844972.htm, 最后访问日期: 2020 年 8 月 1 日。

^{②8} Department of Justice, The Government of the Hong Kong Special Administrative Region, Report of the Working Group on Mediation, <https://www.doj.gov.hk/eng/public/pdf/2010/med20100208e.pdf>(last visited: Aug. 20, 2020).

^{②9} SIMI, About the SIMI Credentialing Scheme, Singapore International Mediation Institute, <https://www.simi.org.sg/What-We-Offer/Mediators/SIMI-Credentialing-Scheme>(last visited: Aug. 24, 2020).

^{③0} 齐树洁:《域外调解制度新发展概述》,载《人民调解》2019 年第 7 期,第 58 页。

^{③1} 《英国有效争议解决中心的调解机制及借鉴》,载新浪司法网, <http://news.sina.com.cn/sf/news/fzrd/2017-10-18/doc-ifymvuyt3592039.shtml>, 最后访问日期: 2020 年 7 月 18 日。

^{③2} 如上海经贸商事调解中心的《调解员守则》、上海金融商事调解中心的《调解守则》等。

（三）扩大调解主体的范围

为避免出现我国加入《公约》后在执行机构调解和临时调解所达成的和解协议时面临的困境,我国对调解主体的选择也应符合《公约》的要求,即取消机构调解的规定,赋予单个调解员和临时调解机构参与调解的活动以合法地位。目前我国已有成熟的商事调解规则和实践,商事调解员的队伍也应跟得上实践的发展。我国目前将调解主体限于机构及其人员不符合国际通行做法。为了进一步贯彻落实我国全面深化改革、推进多元化纠纷解决机制的发展,2017年9月30日最高人民法院、司法部发布《关于开展律师调解试点工作的意见》^{③③}(以下简称《意见》),在北京、黑龙江、上海、浙江等11个省市,允许律师在依法、自愿、中立、保密以及高效的基础上作为调解员主持调解,协助纠纷当事方自愿达成和解协议。《意见》扩大了我国调解主体的范围,有助于吸引更多的优秀实务工作者作为调解员加入到国际商事纠纷解决机制中来。虽然我国立法还未明确个人或临时机构的调解,但根据“法无禁止即自由”的原则,非机构调解员主持下达成的和解协议也应获得认可和执行。《意见》的出台在一定程度上为商事调解提供了保障,也是与《公约》规定进行对接的一个尝试。2020年4月,在全国政协“建设高素质的涉外法律服务人才队伍”双周协商座谈会上,各位代表指出,我们要加强建设涉外法律服务人才队伍,引进境外高素质、有影响力的法律人才,借鉴境外知名争议解决机构的经验,通过聘任制或任期制等方式吸收国际知名法律专家专门处理涉外商事争议。另外,我国也可放宽外国律师在我国的执业限制,允许其在我国注册执业律师并开展相关法律服务。^{③④}我国对涉外法律人才的重视也为商事调解的国际化提供了政策支持。

（四）强化和解协议的执行机制

鉴于我国商事调解存在的法律依据不足和规制乏力,和解协议缺乏执行力也成为阻碍商事调解发展的障碍。目前,我国国内和解协议的执行障碍不大,而国际和解协议的执行尚需两种方式:首先,仲调对接方式。当事方在提起仲裁程序之后由仲裁员对争议进行调解并作出裁决,那么这类仲裁裁决便可借助《纽约公约》的跨境执行机制获得执行。^{③⑤}其次,诉调对接方式。该种方式下的执行有两种情形:一是当事方将争议诉至法院,在法官的主持下进行调解,由法院制作的调解书具有直接适用的效力;二是当事方就所达成的和解协议向法院申请司法确认,通过司法方式赋予和解协议强制执行力。国际和解协议在现有的执行机制下不具有直接执行的效力,不能有效发挥调解作为灵活、便捷的多元争议解决方式的效用,也无法取得与诉讼和仲裁相同的地位。为了解决国际和解协议的跨境执行问题,国际上出现了强化和解协议执行效力的实践。欧盟2008年颁布

^{③③} 《最高人民法院、司法部关于开展律师调解试点工作的意见》,司法通[2017]105号,2017年9月30日发布。

^{③④} 中国人民政治协商会议全国委员会:《努力造就一支高素质涉外法律服务人才队伍 更好维护国家主权、安全 and 人民群众利益——全国政协“建设高素质涉外法律服务人才队伍”双周协商座谈会发言摘登》, <http://www.cppcc.gov.cn/zxww/2020/04/22/ARTI1587515479870225.shtml>,最后访问日期:2020年7月20日。

^{③⑤} Laurence Boulle, Jay Qin, Globalising Mediated Settlement Agreement, 3 Journal of International and Comparative Law, 2016(33).

《关于民商事调解若干问题的指令》,要求一国具有强制执行力的和解协议应当在其他成员国得到承认和执行。^{③⑥}《UNCITRAL 国际商事调解示范法》第14条规定了和解协议的约束力和执行力,在一定程度上反映了国际上对和解协议效力认定的趋势。《公约》也明确了国际和解协议的强制执行力,一旦缔约国批准《公约》,就应当根据其国内程序规则和《公约》规定的条件来执行和解协议。^{③⑦}为了保障争议当事方对调解结果的认可,《公约》第3条第2款还规定了当事方质疑和解协议是否已解决其所涉相关争议时,执行地主管机关应允许相关当事方进行抗辩,以证明相关争议已得到“确定无疑”的解决。^{③⑧}鉴于商事调解在纠纷解决中的重要作用,我国应加强商事调解立法工作并考虑和解协议的效力问题,赋予调解处理结果与仲裁裁决同等的法律地位和效力,积极与《公约》接轨。

《公约》第5条第1款c项规定当和解协议不明确时可拒绝执行,但未明示何为“不明确”。我国在执行国际和解协议时可参考最高法院2018年2月22日发布的《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》^{③⑨}列出的影响仲裁裁决或仲裁调解书的执行不明确、不具体的情形。^{④⑩}我国在履行《公约》的相关国际义务时,一方面要根据《公约》的规定对和解协议进行不打折扣的执行,另一方面我国也应允许当事方根据《公约》规定援引该和解协议,以证明其在诉讼或仲裁程序中涉及调解并达成和解协议的纠纷已获解决。另外,我国在执行国际和解协议的过程中应按照公约的规定,要求和解协议具备相应的形式要件,即和解协议须由当事方签字及调解员参与的证明等,我国法院若拒绝执行和解协议或拒绝认可当事方援引和解协议以证明争议获得解决,也应在公约规定的情形存在时才能予以拒绝。

为了提升我国调解制度的公信力,我国对和解协议的执行不应设置超出公约规定之外的条件,否则可能迫使当事方选择调解之外的争议解决方式或其他调解友好型国家通过调解来解决争议。^{④⑪}虽然《公约》规定的执行国际商事和解协议的限制条件与最高法院2011年出台的《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(以下简称《规定》)第7条的规定存在不一致之处,如《规定》第7条第6款设置了开放式的清单,即法院

^{③⑥} Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Art. 6: Enforceability of agreements resulting from mediation.

^{③⑦} Supra note②, p. 220.

^{③⑧} 《新加坡调解公约》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。”

^{③⑨} 《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》,法释〔2018〕5号,2018年2月22日发布。

^{④⑩} 《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3条:“仲裁裁决或者仲裁调解书执行内容具有下列情形之一导致无法执行的,人民法院可以裁定驳回执行申请;导致部分无法执行的,可以裁定驳回该部分的执行申请。(1)权利义务主体不明确;(2)金钱给付具体数额不明确或者计算方法不明确导致无法计算出具体数额;(3)交付的特定物不明确或者无法确定;(4)行为履行的标准、对象、范围不明确。第二类是仲裁裁决或者仲裁调解书仅确定继续履行合同,但对继续履行的权利义务,以及履行的方式、期限等具体内容不明确,导致无法执行。”

^{④⑪} 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118页。

还可以根据其他情形来拒绝确认调解协议的效力,这对于将拒绝执行和解协议的理由进行穷尽列举的《公约》来说是不符合其宗旨的,但从国际仲裁裁决在中国的承认执行来看,《纽约公约》对拒绝承认执行的事项也采取了穷尽列举方式,国际仲裁裁决在中国的承认执行也未出现执行障碍。^{④②}因此,作为调解友好型国家,我们有理由相信国际和解协议在我国的执行也不会出现太大障碍。

(五) 建立“一站式”国际争议解决平台

国际商事调解以其高效便捷的优势对争议方具有较大的吸引力,而一体化的争议解决平台对争议解决而言更是如虎添翼。新加坡麦克斯韦议事厅(Maxwell Chambers)自成立以来已吸引五十余个国际纠纷解决机构入驻,不仅为当事方提供仲裁或调解服务,还提供住宿和餐饮服务,使当事方不出议事厅大楼即可快速解决争议,大大缩短了争议解决时间。^{④③}《公约》的生效为在“一带一路”沿线投资的投资者选择调解解决争议提供了“定心丸”,而建立“一站式”的国际争议解决平台也有效地降低了当事方的争议解决成本,符合《公约》节约成本、高效化解争议的宗旨。我国建立“一站式”国际争议解决平台,不仅需要整合国内的争议解决资源,也要吸引国际知名争议解决机构入驻或者与其成立联合调解中心在“一站式”平台开展业务,以合作共赢的方式联合其他国际性争议解决机构共同参与,消除其他国家对我建立国际争议解决中心排斥其他国家法律制度的疑虑。^{④④}通过加强国际合作的方式完善我国的商事调解制度,更好地与《公约》接轨。

四、结 语

《公约》为法律制度、社会文化等不同的国家间提供一种普遍接受的法律框架,在促进和解协议跨境执行的同时也便利国际贸易、跨国投资的进行。鉴于我国目前的商事调解立法还不完善,调解员的选任、资质以及和解协议的执行等都与《公约》存在不一致之处。为了更好地推进“一带一路”建设,我国有必要修订《人民调解法》《民事诉讼法》等相关法律并加快商事调解立法,建立“一站式”国际争议解决平台吸引境外知名争议解决机构入驻和优秀的境外调解员的参与,以提升我国调解制度的国际影响力。

Abstract: The Singapore mediation convention provides a legal framework for the cross-border enforcement of international settlement agreements. In order to provide legal support for the “Belt and Road” dispute resolution, enhance the credibility of China’s mediation system and

^{④②} Eunice Chua, *The Singapore Convention on Mediation: A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, ASIAN J. INT’ L L. 14-15 (2019).

^{④③} Maxwell Chambers Suites, <https://www.maxwellchamberssuites.com> (last visited: Aug. 30, 2020).

^{④④} 初北平:《“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来》,载《中国法学》2017年第6期,第75-76页。

build an international dispute settlement center, China actively participated in and promoted the formulation of the convention. In view of China's domestic legislation on the scope and qualifications of the mediator and the execution of the settlement agreement do not consistent with the convention that brought challenges for China to ratify the convention, it is necessary for China to strengthen the transnational legal dialogue with other countries, improve the quality of Chinese mediators, expand the scope of mediators to introduce excellent foreign mediators to participate, strengthen the enforcement mechanism of settlement agreements and establish a "one-stop" international dispute resolution platform to integrate with the Convention.

Keywords: Singapore Mediation Convention; international settlement agreement; mediator; enforcement mechanism

(责任编辑:孙保国)

从《新加坡调解公约》反思中国现行的商事调解制度及完善建议

詹 秦*

内容提要 2019年8月7日,中美等46个国家作为首批签约国签署了《新加坡调解公约》,公约赋予和解协议强制执行力、强调自愿原则、关注调解员和调解准则等。公约签署后,如何在国内建立更符合公约精神的多元化的调解机制,更有效、更自主地解决跨境商事纠纷,已成为当务之急。本文从三个角度对上述问题提出建议:第一、立法完善国际商事和解协议的执行审查标准与调解员守则,统一国内和解协议与国际商事和解协议的效力和执行问题;第二、除了传统的评价式调解之外,立法上应当增加促进式调解,并在调解人、调解流程、调解收费等方面,建立多元化的调解制度;第三、吸取国际经验,完善保密制度。

关键词 评价式 促进式 保密 多元化

2018年6月27日联合国国际贸易法委员会第五十一届会议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》。2018年12月20日,第73届联合国大会通过了该公约。2019年8月7日,在联合国安理会助理秘书长、联合国贸法会负责人、新加坡总理李显龙等以及来自世界各国500多名代表的共同见证下,全世界46个国家的授权代表签署了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(Convention on International Settlement Agreement Resulting from Mediation,以下简称《新加坡调解公约》),中国政府授权代表商务部部长助理李成钢代表中华人民共和国政府签署该公约。^①

至此,《纽约公约》《选择法院协议公约》《新加坡调解公约》形成了商事争议的多元化解决手段的完整链条。《新加坡调解公约》的诞生,让人们充满期待。

一、《新加坡调解公约》的背景和主要内容

签约当日,新加坡总理李显龙称,签署《新加坡调解公约》的目的是再次承诺遵守多边主义,解决许多国家对多边主义失去信心的方法不是放弃多边主义,而是改进它。

* 詹秦,广东莱特律师事务所律师。

① 刘敬东:《〈新加坡调解公约〉对我国的意义和影响》,《法制日报》2019年9月17日第10版。

新加坡副总理王瑞杰在致辞时说,调解机制会为全球经商环境带来效益。^②

近些年,在美国不断退出国际组织、国际条约,中美贸易战以及全球贸易保护主义抬头的背景下,《新加坡调解公约》被寄予推动全球贸易、促进国际商事交往的厚望。而且与体现国家主权的强制性的诉讼、虽体现民间性但仍以强制性为特点的国际商事仲裁相比,通过调解解决商事争议,被认为更能体现当事人自主性和多元化的利益需求。

《新加坡调解公约》^③共16条。以下主要介绍:公约的适用范围、公约对调解主体的定义、调解协议可强制执行性、调解协议被拒绝执行的理由、自愿原则。

(一)《新加坡调解公约》对调解主体的定义

根据《新加坡调解公约》第2条第3款,“调解”不论使用何种称谓或进行过程中以何为依据,指由一名或者几名第三人(“调解员”)协助,在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决其争议的过程。关于通过调解产生的和解协议,公约第4条第1款(b)显示和解协议产生于调解的证据(一)调解员在和解协议上签名;(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等。可见,公约规定的调解,既包括个人调解,也包括机构调解。

(二)《新加坡调解公约》的适用范围

《新加坡调解公约》第1条规定,本公约适用于因调解而产生的,当事人为解决商业争议而书面订立的协议,该协议在订立时具有国际性。其中的关键词——调解、商业争议、书面协议。

关于调解的含义,根据公约第2条第3款,应当是在第三方的协助下达成的,而不是双方或者多方当事人自己达成的。

关于商业争议,公约第1条第2款明确不包括:“(a)为解决其中一方当事人(消费者)为个人、家庭或者家居目的进行交易所产生的争议而订立的协议;(b)与家庭法、继承法或者就业法有关的协议”。

关于书面协议,公约第2条第2款规定,和解协议的内容以任何形式记录下来即为“书面形式”。电子通信所含信息可调取以备日后查用的,该电子通信即满足了和解协议的书面形式要求。

此外,公约第1条第3款明确规定:公约不适用于经法院批准或系在法院相关程序过程中订立的协议和可在该法院所在国作为判决执行的协议或已经记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。当然,有的和解协议记录了在和解的过程中,法院或仲裁员参与了调解情况,但是最终形成的和解协议不被执行地主管机关作为判决或裁决来执行,对此《新加坡调解协议》工作组一致认为,不能仅因为法官或仲裁员参与调解协议被记录,就将和解协议排除在公约适用范围之外,只有法院批准的调解协议,被执行地主管机关

^② 中国新闻网, <http://www.chinanews.com/gn/2019/08-08/8920131.shtml>, 最后访问日期:2019年8月8日。

^③ 澳门科技大学赖建国博士提供的《联合国大会第七十三届会议2018年12月20日大会决议》中文版本。

作为法院判决或者仲裁裁决所执行的协议,才不属于公约所规制的范畴^④。公约第8条第1款,公约当事方可声明保留的事项:“(a)对于其为一方当事人的和解协议,或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议,在声明规定的限度内,本公约不适用。(b)本公约适用,唯需和解协议当事人已同意适用本公约。”

(三)《新加坡调解公约》的强制执行性

《新加坡调解公约》第3条第1款规定,本公约每一方当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。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。可见,公约具备救济渠道,即可以获得强制执行。笔者认为,这是公约最大的特色。

众所周知,能够具有强制执行效力的文件通常是已经发生法律效力由法院出具的判决书、调解书、裁定书,仲裁机构(如果是涉外仲裁,理论上包括临时仲裁)出具的裁决书和调解书,以及国内公证机构出具的具有给付内容的强制执行公证书。《新加坡调解公约》却开创性的让当事人在第三方的协助下自行达成的协议,具有了可以强制执行的效力,这如同当事人自行出具了生效的裁判文书。虽然,公约仍然列举了可以拒绝执行和解协议的理由,但这仍不影响公约下的和解协议具有强制执行效力,因为即使是已经发生法律效力的裁判文书,仍然也有法定的不予执行的理由。

对此亦有观点认为,加入公约所带来的深层次影响首先在于解决调解所产生的国际和解协议的跨境执行,赋予和解协议的可执行效力,实质是让缔约国的公权力提供和解协议的“保险柜”,对协议执行给予更高水平的保障——通过对“不认账”的一方强制执行来救济另一方,以保障协议的确定性。这意味着长期限制调解作为国际争端解决方式的关键因素基本消除。^⑤

(四)拒绝执行和解协议的理由

《新加坡调解公约》第5条第1款规定,主管机关可以根据另一方当事人的请求因而拒绝执行和解协议。包括和解协议的一方无行为能力;和解协议无效、失效或无法履行;根据和解协议条款不具有约束力或随后被修改;和解协议中的义务已经履行;和解协议不清楚或无法理解;授予执行将违反和解协议的条款;有证据表明调解员严重违反适用于调解员或调解的标准,如果没有该标准,该方将不会签订和解协议;调解员没有向当事人披露对调解员公正性与独立性提出合理怀疑的情况,并且未披露这一情况对一方产生实质性影响或不当影响,若非此种不予披露,该当事人本不会订立和解协议;第5条第2款规定,主管机关也可以违反执行地的公共政策、争议的事项不属于执行地法律可以通过调解来解决而拒绝执行。

结合公约的其他条款,例如适用范围、执行地主管机构可以接受的证据类型等,拒绝

^④ 温先涛:《新加坡公约与中国商事调解》,《中国法律评论》2019年第1期,第203-204页。

^⑤ 《有关〈新加坡调解公约〉的八个问题》,载中华人民共和国司法部中国政府法制信息网,2019年4月9日发布, http://www.chinalaw.gov.cn/Department/content/2019-04/09/612_232202.html。

执行的情况还会包括:如果不是在第三方的协助下达成的和解协议,或者和解协议不是针对商事争议,或者和解协议不具有国际性,或者有声明保留,或者当事人未向寻求救济主管机关出具符合公约形式要求的和解协议等。

(五)《新加坡调解公约》中的自愿原则

公约虽然没有直接使用“自愿原则”,但自愿原则体现在公约的多个条款中。

比如《新加坡调解公约》第2条第3款从正面规定了自愿原则必须得到坚守。该条款规定“调解”不论使用何种称谓或进行过程中以何为依据,指由一名或者几名第三人(“调解员”)协助,在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决其争议的过程。其中“在调解员无权对争议当事人强加解决办法的情况下”以及“当事人设法友好解决其争议”,都体现了自愿原则,而这一自愿原则的要求甚至高于国内对于自愿原则的理解。

再比如《新加坡调解公约》第5条可以拒绝执行的正当理由包括:有证据表明调解员严重违反适用于调解员或调解的标准,如果没有该标准,该方将不会签订和解协议;调解员没有向当事人披露对调解员公正性与独立性提出合理怀疑的情况,并且未披露这一情况对一方产生实质影响或不当影响,则是从反面,通过否定和解协议的强制执行效力这一最严重的方式,对违反自愿原则的和解协议采取不予救济的方式说不。

二、我国调解制度的现状

(一) 极为重视调解

以调解作为内容关键词,在现行有效的法律、行政法规、司法解释/文件、部门规章/文件、地方法规/文件、行业规定、团体规定、军事法规范围内检索,文件数量为115760件,涉及的行业包括金融业、房地产业、建筑业、文化、体育、娱乐产业、住宿餐饮业、交通运输、仓储、邮政业、电热燃气及水生产和供应业、采矿业、租赁和商务服务业、制造业,以调解作为内容关键词检索出的司法解释及文件为861件。^⑥可见,国内关于调解的规范性文件数量繁多,涉及领域广,法院系统也有大量关于调解的规定,可以看出,我国国内极为重视以调解方式解决争议。

目前,我国现行的主要规范调解的法律、法规和调解文件包括:《中华人民共和国人民调解法》《人民调解委员会组织条例》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《中华人民共和国民事诉讼法》《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》《企业劳动争议协商调解规定》《医疗纠纷预防和处理条例》《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》;中央政法委、最高人民法院、司法部等《关于加强人民调解员队伍建设的意见》,最高人民法院、司法部《关于开展律师调解试点工作的意见》,最高人民法院办公厅《关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际

^⑥ 使用Alpha软件,以“调解”作为内容关键词,进行高级检索的结果, <http://www.alphalawyer.cn>。

商事仲裁及调解机构的通知》，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》，最高人民法院、中国保险监督管理委员会《关于全面推进保险纠纷诉讼与调解对接机制建设的意见》，最高人民法院、中国证券监督管理委员会《关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见》，最高人民法院、中华全国工商业联合会《关于发挥商会调解优势、推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》，公安部《公安机关治安调解规范》等等。上述规定涉及人民调解、律师调解、民商事调解、劳动争议调解、农村土地承包纠纷调解、医疗纠纷调解、金融保险类调解、行政调解等方方面面。

（二）人民法院对待调解的螺旋式上升态度

人民法院的职责是争议解决，对于调解，人民法院经历了肯定——否定——肯定的螺旋式上升的过程，具体阶段主要划分如下：

1. 调解为主

1982年《民事诉讼法（试行）》出台之前所实行的民事审判工作原则“调解为主”。

2. 着重调解与及时判决并重

1982年《民事诉讼法（试行）》第6条规定：“人民法院审理民事案件，应当着重进行调解；调解无效的，应当及时判决。”

3. 强调自愿、合法调解

1991年颁行的《民事诉讼法》第9条规定：“人民法院审理民事案件应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。”

4. 重新提出着重调解

2003年1月，最高人民法院重新提出了“着重调解”的原则。2003年9月最高人民法院颁布了《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第十四条将婚姻家庭、相邻关系等6类民事案件确定为调解前置案件：“下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：（一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；（二）劳务合同纠纷；（三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；（四）宅基地和相邻关系纠纷；（五）合伙协议纠纷；（六）诉讼标的额较小的纠纷。但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。”

5. 将调解作为多元化纠纷解决机制的重要内容

2015年立案登记制度的推行，使得法院案件受理数量急剧增加，据闻，在立案登记制实施首月，全国各地法院受理案件数与去年同期相比增长29%。

2017年最高人民法院在全国人大的工作报告显示：2016年，最高人民法院受理案件22742件，审结20151件，比2015年分别上升42.3%和42.6%，地方各级法院受理案件2303万件，审结、执结1977.2万件，结案标的额4.98万亿元，同比分别上升18%、18.3%和23.1%。

2018年最高人民法院在全国人大的工作报告显示：2013年至2017年，最高人民法院受理案件82383件，审结79692件，分别比前五年上升60.6%和58.8%，地方各级人民法院受理案件8896.7万件，审结、执结8598.4万件，结案标的额20.2万亿元，同比分别上升58.6%、55.6%和144.6%。

2019年最高人民法院在全国人大的工作报告显示:最高人民法院受理案件34794件,审结31883件,同比分别上升22.1%和23.5%,地方各级人民法院受理案件2800万件,审结、执结2516.8万件,结案标的额5.5万亿元,同比分别上升8.8%、10.6%和7.6%。

法院解决纠纷的承受能力受到考验,提高法院的纠纷解决能力迫在眉睫,^⑦此时调解被再次强调。

最高人民法院在2019年还陆续推出《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》《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》《关于建设一站式多元解纷机制、一站式诉讼服务中心的意见》,又联合其他单位一并推出关于调解的规范性文件等等。

(三) 国内现行调解制度的特点

1. 和解协议不具备强制执行效力

上述(一)、(二)所提及的全部规范性文件,均明确规定和解协议是协议,需要由人民法院予以确认,而和解协议本身不具有直接申请强制执行的效力。

对此,有人可能会提出,《新加坡调解公约》也需要执行地法院审查确认方能执行,因为公约第5条规定了拒绝准予救济的理由,例如包括(a)和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况;(b)和解协议根据当事人有效预定的和解协议管辖法律,或者在没有就此指明任何法律的情况下,根据在第4条下寻求救济所在公约当事方主管机关认为应予使用的法律无效、失效或者无法履行……

但是根据公约拒绝准予救济与国内的和解协议需要由人民法院通过确认程序出具决定书,仍有很大不同。因为拒绝准予救济的上述理由,是根据当事人请求拒绝准予救济的理由,而非主管机关依职权,而且拒绝准予救济处于“可”拒绝,而非“应当”拒绝。再者,拒绝准予救济应当在执行程序中,而不是审判程序中,而且通过审判程序或者仲裁程序产生的生效裁判文书,仍然存在执行程序中的执行异议或者不予执行的情形。

2. 评价式甚至是超评价式调解

第一,直接规定采取说服、教育、规劝、疏导的评价式调解。《中华人民共和国人民调解法》第二条规定,本法所称人民调解,是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法。第二十一条规定,人民调解员调解民间纠纷,应当坚持原则,明法析理,主持公道。第二十二条规定,人民调解员根据纠纷的不同情况,可以采取多种方式调解民间纠纷,充分听取当事人的陈述,讲解有关法律、法规和国家政策,耐心疏导。

中央政法委、最高人民法院、司法部等《关于加强人民调解员队伍建设的意见》第(二)条中明确人民调解员职责任务,“4. 人民调解员的职责任务。积极参与矛盾纠纷排查,对排查发现的矛盾纠纷线索,采取有针对性的措施,预防和减少矛盾纠纷的发生;认真开展矛盾纠纷调解,在充分听取当事人陈述和调查了解有关情况的基础上,通过说服、教育、规劝、疏导等方式方法。”

^⑦ 周建华:《论调解的市场化运作》,载《兰州学刊》2016年第4期,第132-138页。

《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》第九条规定,调解农村土地承包经营纠纷,村民委员会或者乡(镇)人民政府应当充分听取当事人对事实和理由的陈述,讲解有关法律以及国家政策,耐心疏导,帮助当事人达成协议。

人民法院主导的审查式调解,是司法诉讼程序的一部分。《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第八条规定,当事人可以自行提出调解方案,主持调解的人员也可以提出调解方案供当事人协商时参考。第九条规定,调解协议内容超出诉讼请求的,人民法院可以准许。第十条规定,人民法院对于调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的,应予准许。调解协议约定一方不履行协议,另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款,人民法院不予准许。

最高人民法院《关于建设一站式多元解纷机制、一站式诉讼服务中心的意见》第(十)条规定,完善诉调一体对接机制,促进诉调对接实质化,建立由法官、法官助理、书记员及调解员组成的调解速裁团队。

超评价式,调解组织享有部分裁判者的权利。最高人民法院、中国证券监督管理委员会《关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见》第三条第14款规定,鼓励证券期货市场经营主体基于自愿原则与调解组织事先签订协议,承诺在一定金额内无条件接受该调解组织提出的调解建议方案。纠纷发生后,经投资者申请,调解组织提出调解建议方案在该金额内的,如投资者同意,视为双方已自愿达成调解协议,证券期货市场经营主体应当接受。这不仅是评价式,调解组织还通过主动提出调解方案,而且当事人承诺在一定金额内无条件接受该调解方案,使得调解组织具有一定的裁判权,虽然这种权利是通过当事人预先约定放弃自身权利而取得。

《企业劳动争议协商调解规定》第二十五条规定,调解员应当全面听取双方当事人的陈述,采取灵活多样的方式方法,开展耐心、细致的说服疏导工作,帮助当事人自愿达成调解协议。第四条规定,劳动者认为企业在履行劳动合同、集体合同,执行劳动保障法律、法规和企业劳动规章制度等方面存在问题的,可以向企业劳动争议调解委员会提出。调解委员会应当及时核实情况,协调企业进行整改或者向劳动者作出说明。

可见,企业劳动争议调解不仅是评价式,调解委员会还负有“核实情况”、“协助企业整改”、“向劳动者说明”的职责。

3. 保密原则不仅缺乏具体规定,而且有规定导致无法保密或无需保密

保密原则仅为“原则性规定”,既无详细的内容,更无对于违反保密后果的详细规定,相反还规定,“以保密为例外”“为了诉讼,而记载并使用调解信息”。寥寥数字规定保密原则。《中华人民共和国人民调解法》第十五条规定,人民调解员在调解工作中有下列行为之一的,由其所在的人民调解委员会给予批评教育、责令改正,情节严重的,由推选或者聘任单位予以罢免或者解聘:(四)泄露当事人的个人隐私、商业秘密的。《关于发挥商会调解优势、推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》第6条,注重保护当事人隐私和商业秘密。不重视保密,或者即使规定了保密,但对于调解行为缺乏实施细则,导致保密难以操作。《企业劳动争议协商调解规定》第二十四条规定,调解委

员会调解劳动争议一般不公开进行。可见,仅仅将不公开进行作为一般性规定,而非一项重要的原则加以规定。

《企业劳动争议协商调解规定》第三十二条调解委员会应当建立健全调解登记、调解记录、督促履行、档案管理、业务培训、统计报告、工作考评等制度。《中央政法委、最高人民法院、司法部等关于加强人民调解员队伍建设的意见》第(二)条人民调解员的职责任务。认真做好纠纷登记、调解统计、案例选报和文书档案管理工作。上述规范性文件文件中均有保密的内容,但还有对于调解工作应当进行档案管理等规定,却未明确档案管理的具体内容和措施,例如:没有规定哪些信息可以记载、保留,哪些信息必须销毁、何时销毁、如果未销毁,是否可以用于诉讼、仲裁或其他程序中,因此纠纷登记、调解统计、案例选报和文书档案管理工作都极有可能会导致“无秘可保”。

将不公开作为例外,不公开还需要当事人申请以及法院准许。最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定(2008修正)》第七条规定,当事人申请不公开进行调解的,人民法院应当准许。

直接规定诉讼中可以使用调解过程中确认的无争议的事实。最高人民法院、中国证券监督管理委员会印发《关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见》第15条规定,探索建立无争议事实记载机制。调解程序终结时,当事人未达成调解协议的,调解员在征得各方当事人同意后,可以用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实,并由当事人签字确认。在诉讼程序中,除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的外,当事人无需对调解过程中确认的无争议事实举证。

最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第(十)条明确,完善诉调一体对接机制。促进诉调对接实质化。建立由法官、法官助理、书记员及调解员组成的调解速裁团队,及时做好调解指导,强化诉调统筹衔接,做到能调则调,当判则判。调解不成的,调解员应当固定无争议事实,协助做好送达地址确认等工作。建立诉前调解案件管理系统,做到逐案登记、全程留痕、动态管理,并将诉前调解工作量纳入考核统计范围。因此,调解过程的信息对法官、法官助理、书记员是公开的,即诉调对接,不存在保密。调解过程中固定无争议的事实,为裁判服务,因此调解过程中的信息可以作为裁判依据。法院系统主导的调解工作,将调解视为审判工作的一部分,一方面诉讼审判的原则是公开,另一方面为了法院快速裁判——当事人对调解过程中确认的无争议事实无需再举证,这种调解是为裁判服务的调解,当然不可能对裁判者保密。

强调公开调解。公安部《公安机关治安调解工作规范》第六条规定,治安调解应当遵循以下原则:(三)公开原则。治安调解应当公开进行,涉及国家机密、商业秘密或者个人隐私,以及双方当事人要求不公开的除外。有观点认为,治安案件公开调解、道路交通事故公开处理敞开了公安机关阳光执法的大门,是公安机关完善司法公开制度的具体体现。^⑧

^⑧ 杨丽:《治安案件公开调解交通事故公开处理》,载《人民公安报》2010年2月25日,第6版。

4. 调解主要体现公益性, 依赖政府与公权力

明确规定调解不收费。《中华人民共和国人民调解法》《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》等很多法律、法规、规范性文件均直接规定调解不收取费用。纳入政府财政预算, 或由政府采购调解服务。最高人民法院、全国工商联《关于发挥商会调解优势推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》规定, 关于完善经费保障, 要求工商联积极争取党委政府支持, 将调解经费作为法律服务内容列入财政预算, 推动将商会调解作为社会管理性服务内容纳入政府购买服务指导性目录。人民法院要落实特邀调解制度, 通过“以案定补”等方式向参与委派委托调解的调解员发放补贴, 对表现突出的商会调解组织、调解员给予奖励。

有偿、低价。收费标准由各试点地区根据实际情况, 并报相关部门批准备案。最高人民法院、司法部《关于开展律师调解试点工作的意见》第 14 条规定, 在律师事务所设立的调解工作室受理当事人直接申请调解纠纷的, 可以按照有偿和低价的原则收取调解费, 调解费的收取标准和办法由各试点地区根据实际情况确定, 并报相关部门批准备案。在公共法律服务中心(站)设立的律师调解工作室和律师协会设立的律师调解中心受理当事人直接申请调解纠纷的, 由司法行政机关、律师协会通过政府采购服务的方式解决经费。律师调解员调解法律援助案件的经费, 由法律援助机构通过政府采购服务渠道予以解决。在人民法院设立律师调解工作室的, 人民法院应根据纠纷调解的数量、质量与社会效果, 由政府采购服务渠道解决调解经费, 并纳入人民法院专项预算, 具体办法由各试点地区根据实际情况确定。

三、反思与完善建议

一方面我国国内争议数量呈现高比例增加态势, 另一方面, 我国国内仍然能够保持相当高的裁判结案率, 必须承认: 党和政府、司法系统、全社会都为此付出了巨大的努力。

但是争议大幅度增加、诉讼爆棚, 并非中国国内独有的现象。1970 年代末到 1980 年代初, 美国的诉讼案件数量急剧增长, 同时, 漫长的司法程序、不菲的诉讼费用, 导致司法效率低下, 阻碍经济发展和影响社会稳定, 公民诉讼需求的不断提高与司法资源相对不足的矛盾日益对立。为了解决这个问题, 美国没有采取增加法院和法官的办法解决, 而是通过立法探索使用各种替代法院审判的纠纷解决方式 (Alternative Dispute Resolution, 缩写为 ADR) 来化解社会矛盾纠纷, 并呈现出三个特点: 即统一立法、民众参与、市场化运作。经过近 30 年的发展, ADR 在美国已形成由政府支持成立的公益性调解组织、法院附设的专业化调解组织、公民个人申请成立的社区调解组织、专人值守的线上解纷调解组织、商业化运作的调解公司并存的格局。^⑨

英国、澳大利亚、大陆法系国家也都经历了诉讼数量增长较快, 寻求多元化争议解决

^⑨ 参见周建华:《论调解的市场化运作》,载《兰州学刊》2016 年第 4 期,第 132-138 页。

方式的道路,更值得一提的是中国香港法庭就以《调解实务指示》第31条,鼓励当事人进行调解。主要包括以下内容:

第一,法庭不强迫当事人调解,而是鼓励调解;

第二,法庭在行使酌情权裁定诉讼费时,会考虑所有相关的情况,包括法庭可以接纳的资料而证实诉讼人没有合理解释但不曾参与调解一事,法律代表须向其当事人提出忠告,使他们明白法庭可能会对不参加调解但没有合理解释的一方,发出不利的诉讼费令;

第三,法官不参与调解,调解员与法官隔离,各方协议委任调解员;

第四,明确而严格的保密规定。

香港法庭《调解实务指示》第31条中,作出了明确而严格的保密规定,即法庭在所有情况下都不能强迫各方披露任何受法律原则保护的资料,也不能将这些资料作为证据在诉讼过程中使用。在法条上更是强调了保密规定必须被遵守,不会被削弱。^⑩

在《新加坡调解公约》公开签署,全球广泛关注商事调解的情况下,虽然我国国内有悠久的调解的文化与传统,但是此文化与传统,与《新加坡调解公约》以及英美法系发达地区的调解制度,仍有很大不同,如何借鉴,吸纳发达地区的经验,完善我国国内的调解制度,更好的融入全球经贸活动,在我国签署《新加坡调解公约》后,已是当务之急。为此,笔者提出如下建议:

(一)在立法上,在执行审查程序中规定人民法院对于《新加坡调解公约》之下国际和解协议的审查标准,并规定国际商事调解员守则或国际商事调解程序标准,同时,让国内和解协议,能够与《新加坡调解公约》下的国际和解协议获得相同的地位。

首先,《新加坡调解公约》概括性地规定了适用范围、和解协议的证明标准、拒绝准予救济的理由等等,但是程序上的具体步骤、实体上认定的尺度和证据上的证明标准都需要具体化。因此,在国内立法上需要规定对于国际和解协议的执行审查标准与程序。由于《新加坡调解公约》原则上已经规定了调解协议的可强制执行性,因此建议在人民法院的执行审查程序中作出上述规定。

其次,由于《新加坡调解公约》在拒绝准予救济的理由中直接规定,(e)有证据表明调解员严重违反适用于调解员或调解的标准;或者(f)调解员没有向当事人披露对调解员公正性与独立性提出合理怀疑的情况。因此,有明确的适用于国际商事调解的调解员守则或调解的标准,特别是程序性标准就必不可少,但是我国国内尚缺乏上述规范。

虽然,中国海事仲裁委员会有《中国海事仲裁委员会海事仲裁中心调解规则(2006)》^⑪

^⑩ 香港法庭《调解实务指示》第31条“法庭在所有情况下,包括在处理因本实务指引的规定而引起的事宜以及行使的酌情权裁定诉讼费时,均不可强迫各方披露任何依据法律原则而受保密权所保护的资料,例如享有法律专业保密权的资料,以及受无损权利的通讯特权所保护的资料,法庭也不可接纳此等资料作为证据。在调解过程中发生的事情,属于无损权利的通讯,也受保密权所保护,在此需强调的是,法庭绝不会削弱由保密权所提供的保护”。

^⑪ 通过 Alpha 软件 <http://www.alphalawyer.cn> 检索到《中国海事仲裁委员会海事仲裁中心调解规则(2006)》,该规则第18条规定:“调解员自一方当事人了解到的情况,可以透露也可以不透露给他方当事人,一方当事人向调解员提供的情况要求保密者,调解员应尊重当事人的这种要求”。第21条规定:“如果调解不成功,调解员可以在以后的仲裁程序中被一方当事人指定为仲裁员,但对方当事人不同意者除外”。

《中国海事仲裁委员会海事仲裁中心调解规则(2018)》^⑫;中国国际贸易促进委员会有《中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解中心调解员守则》^⑬《中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解中心调解规则(2012)》^⑭《中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解规则(2005)》,但是上述规则仅有十分简单的规定,例如:调解不成功,调解员是否可以在同案中作为仲裁员或代理人,或者调解员应披露可能影响其独立性和公正性的情况等宣誓性的规定,况且这些规则尚不构成法律渊源。另外,我国国内虽然有《中华人民共和国人民调解法》《中华人民共和国人民调解委员会组织条例》等,但不适用于国际商事调解。

因此,针对《新加坡调解公约》国际和解协议如何落地执行需要有一系列的程序上、实体上以及调解守则方面的规定,既要有关于法院审查的具体规定,也要有对调解员和调解规则的标准。这都需要立法完善。

另一方面,针对国内的和解协议,如前所述,根据现行法律,国内和解协议在效力上不能直接申请执行,即不是强制执行的依据。虽然我国国内长期采取双轨制,例如国际仲裁与国内仲裁双轨制,此前的外商投资与国内投资的双轨制,但是随着人们生活水平的提高、权利意识的发展、对于尊重与平等的需要越来越强烈,如仍然采取改革开放初期遗留的双轨制,给予国际商事调解以超国民待遇,恐怕很难得到认同,特别是难以得到与世界深入融合的年轻一代的认同,当然,也不利于国内的多元化争议解决,因为无论是国内还是国际,争议数量增加,多元化解决争议是共性,无论是公约还是国内调解,都是为了多元化的解决争议。倒不如以落实《新加坡调解公约》的执行问题为契机,统一国内和解协议与国际商事和解协议的效力与执行问题。

笔者建议,可以考虑将国内和解协议与国际商事和解协议都纳入执行审查程序中,亦可以适用执行异议程序等,因为如果再单独设立一个程序,不仅在民诉法上缺乏相应的制度安排,也不利于兑现《新加坡调解公约》的承诺。

(二) 建立多元化的调解机制

不仅争议解决需要多元化,调解机制也应当多元化,以供给争议各方更多样化的选择,从而有利于促进各方达成一致、定纷止争。而且,“一带一路”倡议,也需要国内的调解制度更有包容性和吸引力,营造更好的营商环境。

^⑫ 《中国海事仲裁委员会海事仲裁中心调解规则(2018)》仅在第17条规定:“调解不公开进行,当事人另有约定的除外。”第二十一条规定:“除非当事人另有约定,调解员不可以担任本条所述仲裁程序中的仲裁员”。载于中国海事仲裁委员会官网, <http://www.cmac.org.cn/>,最后访问日期:2020年5月14日。

^⑬ 《中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解中心调解员守则》第12条规定:“调解员在调解失败后,在其后的仲裁程序中,不得充当任何一方当事人的代理人”。载于中国国际贸易促进委员会官网, <http://www.ccpit.org/>,最后访问日期:2020年5月14日。

^⑭ 《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则(2012)》第18条规定了调解员应当披露可能影响调解独立性与公正性的情形。第22条规定了保密义务。载于中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心官网, <http://adr.ccpit.org/CH/Index/index.html>,最后访问日期:2020年5月14日。

1. 调解方式多元化——在立法上增加促进式调解,并在商事领域积极推广促进式调解

我国国内虽然有悠久的调解文化,但是均倾向于评价式调解,在立法上,国内也直接规定了评价式,没有规定促进式。但是在英美法系,促进式调解占有相当高的比例,笔者参加的香港调解机构举办的国际调解员培训更是严格的遵循促进式调解。《新加坡调解公约》的签署,意味着国内在原有评价式的基础上,应增加并倡导促进式调解。

事实上,促进式调解与评价式调解各有优点,后者可能在效率方面更有优势,也符合中国传统文化等。但是促进式调解亦有评价式调解所无法比拟的优势。

首先,促进式调解更符合当事人意思自治的要求。

相比评价式,促进式更有利于实现“自愿调解”,也更符合《新加坡调解公约》的要求。如前文所述,《新加坡调解公约》第2条第3款规定,调解是在调解人无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决其争议的过程。由于评价式调解的说服、评价、判断是非、晓以利害等特点,很可能无法符合“无权强加解决办法”这一要求。而且《新加坡调解公约》第5条还对调解员的公正性、独立性有着明确的要求。

在英美法系的国家和地区,调解员的公正性、独立性直接被理解为:澳大利亚:“调解人须对当事人保持尊重、不得向任何一方提供建议、不可以对事实做出判断”“调解人必须告知当事人无和解的义务”;美国:“调解人必须以中立公平的方式主持调解,并且避免产生偏爱的外部表现”;新加坡:“调解人不得对当事人的案件作出评估,除非所有当事人均要求调解人这样做,并且调解人有足够的能力这样做”;加拿大:“自治,是指当事人对于纠纷中所有争点的解决都有自由地不被强迫的作出决定的权利。调解人应当在调解开始之前向当事人告知其自治权,即有权对事实作出决定的是当事人而不是调解人。为了坚持当事人自治原则,调解人应当向当事人提供法律或专业意见。”^⑮中国香港:“调解员不会(a)为任何一方提供法律或其他专业意见;(b)把某个结果强加于任何一方之上;(c)为任何一方作出决定。”^⑯特点归纳为:1)不对事实做出判断,不代一方作出决定、不进行评价;2)告知当事人调解决定权在当事人手中;3)确保当事人自愿作出决定,该自愿不仅是不被强迫、而且不在被评价、被评估的压力之下作出。以上都是促进式调解的核心内容。而评价式调解甚至难以实现“避免产生偏爱的外部表现”,因为,对于是非的判断和评价,往往会在某个点对一方有利,而对另一方不利。

可见,调解员的公正性、独立性,不同于法官和仲裁员的公正性、独立性。对于法官、仲裁员,可能严格依法办事就是公正,与任何一方无利益、情感、关系上的交点就是独立。但是调解与裁判更大的区别在于,和解协议是当事人根据自己的意愿作出,而裁判文书是裁判者即他人作出,因此和解协议的灵魂是自愿,在商事交往中尤其如此,正如国外谚语——商人是自己利益的最好裁判者。而促进式调解恰恰是实现自愿的更好途径。

其次,促进式调解更符合商事活动的“利益需求”。

^⑮ 史长青:《调解人行为规范的国际视野与国内现象解读》,《民事程序法研究》2010年00期,第179-216页。

^⑯ 2010年颁布的《香港调解守则》,调解员的角色第4条。

评价式调解的核心在评价,而评价的标准往往是法律和道德。所以,《中华人民共和国人民调解法》第二十一条规定,人民调解员应当坚持原则,明法析理。第二十二条还规定,人民调解员要讲解有关法律、法规和国家政策。

但是在商业活动中,当事人更关注的是利益,不是法律和道德,对于共同利益的追求,才是达成商事和解协议的动力与目标,有时调解员的工作就是促进当事人发现共同的利益,进而实现商事和解。因此,如果仅仅以法律和道德作为判断的标准,那么这个标准过于单一,不利于促进和解协议的达成,虽然法律和道德也与利益有关,但是利益的内容比法律与道德更广泛,可以说,法律和道德更多的是对过去行为的判断依据,而发现利益是展望未来。

笔者参加香港国际调解机构组织的国际调解培训中,曾经有一个案例印象深刻,笔者也多次对外提及这个案例。在一个买卖合同中,卖方延迟交货且货不对板,但卖方仍然希望获得合同全部货款,此外,卖方还提出在合同价之外增加一定的运费,为此买卖双方发生争议、寻求调解。笔者首次接触这个案例时,大惑不解,因为按照法律的逻辑,卖方就是违约方,需要承担违约责任,为何还会提出这么多的“不合理要求”,但是在案例练习中,几乎所有的小组都在这个案子上达成了和解协议,而且和解协议的金额基本与合同约定的全部货款一致,甚至还附带有对卖方更有利的其他约定。为什么会这样?因为在商业交往中,法律仅仅是一种价值判断方式,而商业利益的价值体系更复杂、更丰富。而国际调解员之所以将此案例调解成功,也是促进双方发现了共同的利益,而不是执着于单一的法律判断。

再者,诉讼、仲裁、调解是多元化争议解决的完整体系,调解不是也不应当是诉讼或者仲裁的翻版、延伸、前置,调解特别是促进式调解有自己完全不同于诉讼、仲裁的独特价值。我们应该挖掘这种不同,而不是将调解混同于诉讼、仲裁。

如前所述,诉讼或仲裁,都是需要裁判者做出法律判断和评价的,裁判文书就是最典型的评价,评价式调解的评价性与裁判文书较为类似。但促进式调解却有完全不同的独特价值,它不评价,而是通过技巧以及相应的调解制度的配合,探索当事人的真实意愿和利益,促进双方发现共同的利益,从而实现化解或者减少纠纷,促进商业交往。甚至有观点认为,调解法制化必将导致调解人行为方式的法律化,而调解人严格执法的办事风格会压制当事人自治权的发挥,使得当事人不敢畅所欲言法律以外的要求,即使是合理要求。^{①⑦}

如果说在《新加坡调解公约》签署之前,我们以国内的社会主义法律和道德为标准进行评价式调解取得了一定的成效,那么在《新加坡调解公约》签署之后,更需要建立和提倡促进式调解。因为,在国际商业交往与融合中,各国、各地区都有自己独特的民商事法律和道德的标准,呈现多样化的态势,没有统一的内容,没有统一的评价标准,唯有当事人的真实意思表示才是共性,因此只有充分尊重当事人自治的促进式调解,以及在此调解之下所达成的和解协议,才具有不同于裁判文书的优越性,也是可以在众多签约

^{①⑦} 史长青:《调解人行为规范的国际视野与国内现象解读》,载《民事程序法研究》2010年00期,第179-216页。

国家和地区得以强制执行的前提。

2. 调解主体多元化——调解人与调解机构并重

如前文所述,《新加坡调解公约》之下的调解主体,既包括调解人也包括调解机构,而且调解人所占比重更高。当然,调解人制度更符合英美法系国家和地区的习惯。因此,在我国国内立法中,建议在保持调解机构的同时,应当增加调解人的比重。

3. 调解流程的多元化——诉调对接与诉调分离并存

如前所述,为解决争议大幅度增加的问题,最高院联合其他部门、单位推出很多关于调解的文件,但无一例外的是,相应的文件几乎都是强调诉调对接。例如:中央政法委、最高人民法院、司法部等《关于加强人民调解员队伍建设的意见》最高人民法院、司法部《关于开展律师调解试点工作的意见》最高人民法院办公厅《关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》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》最高人民法院、中国保险监督管理委员会《关于全面推进保险纠纷诉讼与调解对接机制建设的意见》最高人民法院、中国证券监督管理委员会印发《〈关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见〉的通知》,最高人民法院、中华全国工商业联合会《关于发挥商会调解优势、推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》,上述文件均明确规定诉调对接。

诉调对接的目的是为了诉讼服务,即调解不成,尽快裁判。为此,在制度上规定了“建立由法官、法官助理、书记员及调解员组成的调解速裁团队,及时做好调解指导,强化诉调统筹衔接,做到能调则调,当判则判”,还规定了“对于调解过程中无争议的事实记录在案,无需举证”。因此,诉调对接之下的调解活动,是相当于审判程序的一部分,是司法活动的前置程序,是调解员协助审判的活动。诉调对接之下的调解程序,不是独立的调解程序。

对此,我国香港地区参照英国的做法采取了完全不同于国内的方式,即调解与法官分离,法官不参与调解,而且不得要求调解员出庭作证,不得获取调解过程的信息。^⑮

在笔者看来,诉调对接最大的好处是高效,诉调分离最大的优势在于,尊重当事人自治,而这种尊重,反过来促使当事人放心的调解,无后顾之忧的调解,有利于调解人探索并协助当事人发现真实意愿继而达成和解。因为,在诉调对接或者合一的情况下,法官可以从调解员处了解调解的情况或法官直接参与案件的调解、审判,会使当事人对于调解心存顾忌,况且法官的职责就是法律判断,又手握审判权,其参与调解,难以避免评价式,而这种评价,毫无疑问会对当事人产生压力,不仅会让当事人不敢表达真实想法,甚至会促使有经验的当事人在法官面前演戏,对方当事人可能会因此更加气愤。退一步讲,即使法官不直接参与调解,由于其可以从调解员处获得调解的信息,也会使当事人不敢在调解时表达真意。

因此,建议在原有诉调一体或者诉调对接之下,提供中国香港的诉调分离模式给当

^⑮ 根据《香港调解实务指示 31》,可以获得当事人是否最低限度地参加调解的信息。

事人选择,让法官专心裁判、让调解员尽力调解,凯撒的归凯撒、上帝的归上帝。

4. 调解费用多元化,公益性与市场化并存

如前文所述,目前我国国内对于调解采取免费、或是低价的做法。笔者认为,公益性需要保留,特别是对于婚姻家庭事、普通员工与企业之间的劳动争议调解、消费调解中。但是对于商事调解,应当采取市场化,否则就是摊薄有限的公共资源,导致弱势群体和民生领域不能获得有效的援助。而商业活动是为了盈利,为盈利活动不应提供免费的援助。笔者建议公益性与市场化并存,在商事争议中推广调解市场化。据闻,美国最大的调解机构为 JAMS,采取有限责任公司形式。目前拥有超过 300 名全职纠纷解决专家,180 名助理,年均处理纠纷 12000 件,27 个境内纠纷解决中心。2011 年与意大利的 ADR 中心成立了国际部,国际部总部在伦敦,分部设在阿姆斯特丹、米兰、罗马、纽约。^⑩ 或者政府设立调解平台,平台本身非营利,但是平台下的调解员进行商事调解可以自行收取费用。

由于商事法律服务的价格基本已经放开,采取市场化,因此对于商事争议调解的价格也应当全面放开、采取市场化标准。但为充分确保当事人意思自治,避免调解员为了促成调解,而强迫或者以评价、建议、评估为名强迫当事人达成和解协议,建议参照《香港调解守则》的规定,不应收取成功酬金或按调解结果收取费用。

(三) 保密制度是调解的精髓,国内应当建立严格而具体的保密制度

如果说调解的灵魂是当事人自治,那么这个自治之下的精髓就是保密。只有配备以严格的保密制度,确保当事人不会因为调解而遭受不利的后果,当事人才会愿意选择调解解决纠纷,才会在调解过程中向调解员坦诚心扉、说出真实意图,调解这一解决争议的机制才能启动并有效运转,实现多元化的争议解决。

如前文所述,我国国内调解文件最大的弊端就是保密制度草草带过,极为有限的保密规定也仅仅是针对调解员而言,甚至作为国内对外交流旗帜的机构——贸仲、海仲、国际商会调解中心,其对于调解的保密规定也十分局限。

1. 负有保密义务的主体应当包括:

(1) 调解员、当事人、当事人的代理人或代表、参与调解的专家或鉴定人、工作人员等全部参与、协助调解的人员

(2) 法官、仲裁员

(3) 政府公权力机关、部门

(4) 其他主体

应当在国际商事促进式调解中明确规定,1) 不得在诉讼、仲裁或者其他程序中,提交或报告调解内容、调解过程、调解协议、调解中获取的信息、有关调解的任何记录、笔记作为证据或者要求调解员作为证人。调解员也不得在上述程序中作证、作为专家、仲裁员或者代理人。2) 和 3) 均不得强迫 1) 做上述行为。4) 不得要求 1) 做上述行为。对于 1) 违反上述规定而提出的信息,2) 和 3) 不应予以考虑或采纳。

^⑩ 周建华:《论调解的市场化运作》,载《兰州学刊》2016年第4期,第132-138页。

2. 保密的范围不仅包括不得对外公开,也包括不得对内透露,即除非征得提供信息的一方当事人的同意,否则不得向对方当事人透露。

3. 调解的过程不应录音、录像,调解会议期间的记录也应当在保密会议结束后立即销毁,除非是征得当事人一致同意为下一次调解会议而保留。

4. 调解过程不会以任何文字记录或视频、音频记录。

5. 调解员、当事人、当事人的代理人或代表在调解期间提出或使用的陈述或意见,不论是书面还是口头,均不得援引作为依据以进行任何涉及诽谤的诉讼或投诉。

6. 保密的例外

(1) 根据我国国内法律,该争议不应当适用于调解解决的争议。

(2) 调解是否发生或终结,是否达成和解协议,当事人各方出席调解的情况。

(3) 调解人披露利益冲突。

(4) 根据和解协议的约定应当公开的信息。

(5) 根据和解协议为履行或执行和解协议而披露的资料的情况。

(6) 根据《新加坡调解公约》援用和解协议,证明争议已经解决。

(7) 基于当事人一致同意而公开。

(8) 故意利用调解企图实施犯罪,或正在实施犯罪,或隐瞒正在进行的犯罪行为。

(9) 企图伤害他人身体或实施暴力犯罪的威胁或声明。

(10) 虐待儿童或家庭暴力。

(11) 调解员保留当事人授权同意调解的协议或委托书或其他文件。

(12) 当事人填写或者获取的调解证明书。

中国是《新加坡调解公约》的起草国之一和首批签约国,由于历史原因,中国在现有多数国际规则的制定中没有主导性地位,总体而言尚缺乏强大的国际规则话语权。需要对既有国际规则的认同来参与国际治理。^②但在未来的国际商事调解中,中国已经有了好的起点,中国需要以更高的目标,让自己成为全球商事活动的当事人最为信赖的国际商事调解中心之一,因此不能仅坚守既有的调解传统,更需要兼容并包,借鉴和吸纳他山之石。

Abstract: 46 countries, including China and the United States, signed the Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation as the first group of signatories on August 7, 2019. Besides emphasizing the principle of voluntary, this Convention empowers the enforceability of reconciliation agreements and puts emphasis on mediators or mediation guidelines. After signing of the Convention, it is urgent to establish a pluralistic mediation mechanism which is more in accordance with the spirit of the Convention in order to resolve

^② 刘敬东:《〈新加坡调解公约〉对我国的意义和影响》,《法制日报》2019年9月17日第10版。

cross-border commercial disputes more effectively and democratically. This paper puts forward suggestions on the above issues from three perspectives. First, implementation review standards and mediator guidance of international commercial reconciliation agreements should be improved by legislation. Additionally, it is necessary to resolve the conflict of domestic commercial reconciliation agreements and international commercial reconciliation agreements from perspectives of effectiveness and enforceability. Second, in addition to the traditional evaluative mediation, promoting mediation should be codified. A comprehensive mediation mechanism should be established in terms of mediators, mediation process, and mediation fees. Third, international experience is worth referring to in order to develop our confidentiality mechanism.

Keywords: evaluation; promotion; confidentiality; pluralism

(责任编辑: 苏旭辉)

境外仲裁机构内地仲裁的政策动因与法治保障

冯 硕*

内容提要 境外仲裁机构内地仲裁政策的落地是法律全球化和本地化博弈中我国面临的现实选择,而选择背后的政策红利与风险将决定我国仲裁事业的发展前景。允许境外仲裁机构内地仲裁,将助力内地亚太仲裁中心建设并优化我国营商环境,进而促进我国法的域外适用。但政策落地同样也会对我国仲裁市场造成冲击,并在行政和司法层面产生相应风险。因此,通过强化司法监督的主导地位,加强行政支持力度实现内培外控将化解现有风险。而借助自贸区法治引领先行先试的改革经验,更能补益于《仲裁法》的修订,促进中国仲裁业的健康发展。

关键词 境外仲裁机构 临港新片区 《仲裁法》

一、引言

2019年7月国务院印发的《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》(以下简称《新片区方案》)允许境外知名仲裁及争议解决机构在新片区开展仲裁业务,标志着自贸区仲裁业开放迈出了实质性步伐。回溯境外仲裁机构入驻上海自贸区的发展历程,其既是法治引领自贸区改革发展的重要内容,也是自贸区制度创新推动国家治理体系和治理能力现代化的有益经验。在对境外仲裁机构内地仲裁问题的研究中,包括笔者在内的学界同仁都曾作出了较为深入的探讨。^①但上述研究主要侧重于境外仲裁机构内地仲裁的现实问题与改革应对,对为什么允许和支持境外仲裁机构内地仲裁缺乏从政策动因方面的回答。笔者认为,评价某一制度的改革,离不开对政策动因的检视。这既能够让我们在回溯改革初衷的过程中明确心之所思,也可以让我们在聚焦改革目标的过

* 冯硕,华东政法大学国际法学院博士研究生。本文系2020年度国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(编号20&ZD205)的成果。

① 相关研究成果可参见刘晓红、冯硕:《制度型开放背景下境外仲裁机构内地仲裁的改革因应》,《法学评论》2020年第3期,第125-138页;李庆明:《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》,《环球法律评论》2016年第3期,第181-192页;刘晓红、王徽:《论中国引入国际商事仲裁机构的法律障碍与突破进路——基于中国自贸区多元化争议解决机制构建的几点思考》,《苏州大学学报(法学版)》2016年第3期,第10-17页等。

程中探寻行之所向。

仲裁作为社会化的争议解决机制涵摄于一国的法律体系之下,关系到一国的治理能力和发展水平。而从全球视野看,由于《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)等国际法律文本的推动,国际仲裁法律体系的跨域融合已然催生了一个超越主权国家而相对独立的争议解决机制,从而凸显出推动全球发展和跨国治理的功能。^②因此,仲裁制度的完善实际上是从国际和国内两个维度推动开放与发展的重要方面。而允许境外仲裁机构在内地开展仲裁,实际上是从法律层面确认了境外仲裁机构的法律资格,让过去处于法律灰色地带的境外仲裁机构内地仲裁纳入我国法律的调整范畴。从而借助境外知名仲裁机构在国际仲裁市场的良好声誉,促进中国内地在国际仲裁中的吸引力并助力中国仲裁的国际化。

因此,本文将以外仲裁机构内地仲裁为主题,首先通过分析相关改革的政策动因,明确境外仲裁机构内地仲裁的时代背景并分析该政策落地后所产生的红利与风险。之后,笔者将针对政策红利和风险,通过聚焦司法、行政和立法三个层面的改革探寻法治保障境外仲裁机构内地仲裁的具体路径,从而实现兴利除弊、科学发展。

二、境外仲裁机构内地仲裁的政策动因

探寻允许境外仲裁机构在我国内地开展仲裁的原因,离不开对该政策实施后对我国开放发展所产生的利弊分析。在这一过程中既需要从国际仲裁发展的角度厘清利弊背后的发展态势,也需要聚焦两个方面结合我国实际情况展开具体分析。

(一) 法律全球化与本土化之间的政策权衡

现代国际商事仲裁体系的形成依托于全球化的宏大背景,在这一背景之下国际法的协调性和全球化主导权的更迭,使得民族国家依托主权而坚守的法律本土化也左右着国际商事仲裁体系的形塑。

在全球化的视角下,国际商事仲裁体系的形塑得益于市民社会的跨域融合和现代商事法律体系的趋同化发展。现代仲裁制度是政治国家与市民社会二元分离后前者向后者妥协的产物,^③而迫使政治国家作出妥协的原动力则在于商业发展下市民社会实力的提升,因此仲裁制度的发展依托于市民社会的成长和商业社会的成熟。随着商业版图的不扩张,市民社会也实现了跨域融合。因而以解决商事争议为核心的仲裁制度,也在全球化的浪潮中实现了国际化,促使1927年《执行外国仲裁裁决的日内瓦公约》(以下简称《日内瓦公约》)和1958年《纽约公约》的形成,使之成为了国际法的重要组成部分

^② See Alexis Mourre, *Mourre warns against "nationalisation" of arbitration*, <https://globalarbitrationreview.com/article/1197622/mourre-warns-against-%E2%80%9Cnationalisation%E2%80%9D-of-arbitration> (last visited: Jul. 23, 2020).

^③ 郭树理:《民商事仲裁制度:政治国家对市民社会之妥协》,《学术界》2000年第6期,第190页。

分。^④而透视过去百年来的法律全球化之路,不可否认由于全球化的主导权握于西方发达国家之手,使得这种全球化带有了发达国家借助国际法“驯服”其他国家的色彩,^⑤从而激发了发展中国家基于国家主权的法律本土化。

从国际法原教旨出发,滥觞于《威斯特伐利亚和约》的国际法始终把主权平等、势力均衡和不干涉内政作为现代国际法体系的三大原则,而主权更是成为民族国家头顶的王冠,并成为各国在法律全球化中坚守法律本土化的制度依凭。因此,在国际商事仲裁条约体系发展过程中,如何在尊重各国主权的基础上实现全球化利益成为重点。聚焦相关公约,《日内瓦公约》高度尊重缔约国主权。例如在裁决的效力认定上强调对仲裁地司法主权的尊重,一旦裁决被仲裁地撤销,该份裁决便不能称之为“终局裁决”,也失去在他国被承认和执行的可能,凸显了国际商事仲裁体系中的本土化力量。但随着战后全球化的高歌猛进,国际商事仲裁体系再次迎来革新的可能,故在《纽约公约》起草的过程中,国际商会曾一度想以“国际裁决”概念打破主权国家对仲裁裁决效力的限制。^⑥尽管《纽约公约》通过取消“双重许可”,调整仲裁协议有效性及举证责任主体等扫除裁决跨国执行障碍,但其仍允许缔约国保留仲裁裁决审查权,反映了威斯特伐利亚模式的影响。

国际商事仲裁体系的形成始终被法律的全球化与本土化所左右,而在是否允许境外仲裁机构内地仲裁问题上实际上也离不开对二者的平衡。具言之,允许境外仲裁机构内地仲裁本质上是在顺应国际仲裁的全球化发展,是一种融入或是归顺现代国际商事仲裁体系的举措。回顾过去40年,只有改革开放才能发展中国已成为我们的基本共识。但在开放的过程中也的确存在着诸多风险需要防范,故拒绝境外仲裁机构内地仲裁实际上是在惮于风险之下作出的政策选择,这也是基于我国主权的合理选择。因此,在决定是否允许境外仲裁机构内地仲裁时,实际上需要对开放的政策红利与风险作出全面的评估,这背后便需要探寻国际商事仲裁的全球化与本土化对我国开放的影响。

(二) 允许境外仲裁机构内地仲裁的政策红利

自2015年国务院《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》(以下简称《深化改革方案》)针对仲裁提出“支持国际知名商事争议解决机构入驻……加快打造面向全球的亚太仲裁中心”以来,建设面向全球的亚太仲裁中心便成为上海肩负的重大改革开放任务。根据统计,目前全球最受欢迎的仲裁地主要集中在伦敦、巴黎、

^④ 参见刘晓红、冯硕:《论国际商事仲裁中机构管理权与意思自治的冲突与协调——以快速仲裁程序中强制条款的适用为视角》,《上海政法学院学报》2018年第5期,第6-7页。

^⑤ 参见沈伟:《驯服全球化的药方是否适合逆全球化?——再读〈驯服全球化:国际法、美国宪法和新的全球秩序〉》,《人民论坛学术前沿》2020年第12期,第76-77页。

^⑥ See International Chamber of Commerce, Enforcement of International Arbitral Awards: Report and Preliminary Draft Convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of March 12, 1953, Brochure No.174, published in ICC Bull., May 1998, p.32.

新加坡、香港和日内瓦等城市并形成了较为稳定的格局。^⑦ 仅在亚太地区,新加坡、香港通过近十年来的不懈努力更是跃居国际仲裁中心前列,成为上海不断赶超的标杆。而从上述城市的仲裁建设看,境外仲裁机构的入驻更是在相关城市形成了国际仲裁的凝聚效应。以香港为例,除了香港本土大力支持香港国际仲裁中心(HKIAC)的发展外,以国际商会仲裁院(ICC)、新加坡国际仲裁中心(SIAC)和中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)为代表的域外仲裁机构更是纷纷在此设立分支机构,通过有效的竞争和合作推动了香港仲裁业的快速发展。因此,允许境外仲裁机构入驻内地已然成为建设国际仲裁中心的必然选择,境外知名仲裁机构的入驻更为当地融入国际仲裁市场提供了可能。

优化营商环境是推动提高中国制度竞争力和实现国家治理现代化的关键环节,不断完善市场化、法治化、国际化的营商环境更是近年来中国着力实现的目标。^⑧ 长期以来,世界银行公布的《全球营商环境报告》已然成为衡量一国营商环境的重要参考,而在对中国的评估中上海更是占到了55%的权重,极大地影响着中国的营商环境建设。在世界银行的评价体系中,商事主体能否通过仲裁等替代性纠纷解决方式化解争议实现合同的有效执行有着重要的赋值。^⑨ 所以,境内外商事主体能否通过仲裁解决争议,关系到上海乃至中国的在“执行合同”中的得分。从商事主体的角度看,赋予商事主体更为丰富的争议解决选择至关重要,而长期以来境外商事主体对ICC等国际仲裁机构的信任,使得其更乐于到存在相关机构的地区进行商业活动。因此,允许境外仲裁机构在内地开展仲裁,实际上是为境内外当事人提供了更多的争议解决选项,将极大地提高中国的营商环境水平。

除了建设亚太仲裁中心和优化营商环境的需要外,允许境外仲裁机构内地仲裁更能促进我国法域外适用体系的建设。近年来,中央高度强调涉外法治工作水平的提高,而加强我国法域外适用体系的建设更是重中之重。^⑩ 允许境外仲裁机构内地仲裁,本质上是在倡导当事人选择我国内地为仲裁地开展仲裁活动。从国际仲裁法律体系看,仲裁地通常是指仲裁裁决作出地,而根据《纽约公约》和《联合国国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)的具体规定看,仲裁地往往对仲裁所适用的准据法产生实质性影响,同时仲裁地法院也拥有撤销国际仲裁裁决的司法权。因此,允许境外仲裁机构在内地开展仲裁,除了当事人明确选择适用域外法律外,很大程度上中国的实体与程序法都会对仲裁产生约束,^⑪ 仲裁庭在具体的审理中更要尊重中国公共政策且中国法院拥有对国际

^⑦ See Queen Mary University of London and White & Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, p.9-10

^⑧ 参见习近平:《开放合作 命运与共——在第二届中国国际进口博览会开幕式上的主旨演讲》,《人民日报》2019年11月6日。

^⑨ See *Enforcing Contracts methodology*, *The World Bank*, <https://www.doingbusiness.org/en/methodology/enforcing-contracts>. (last visited: Jan. 18, 2020).

^⑩ 参见《全面提高依法防控依法治理能力 为疫情防控提供有力法治保障》,《人民日报》2020年2月6日。

^⑪ 参见覃华平:《国际商事仲裁中仲裁地的确定及其法律意义——从BNA v. BNB and another案谈起》,《商事仲裁与调解》2020年第2期,第74-76页。

仲裁全方位的监督权。即使相关裁决无需在中国执行,但依据《纽约公约》被请求执行地的法院也应当根据中国法对仲裁相关内容进行审查,从而强化了中国法被国际仲裁庭和外国法院的使用频次。

(三) 允许境外仲裁机构内地仲裁的政策风险

从新片区的制度定位看,其既强调促进改革开放的试验性也重视在风险防范上的压力测试,因此包括境外仲裁机构入驻在内的相关政策,实际上仍然存在相应的政策风险。而如何防范风险的发生,则关系到境外仲裁机构内地仲裁政策的全面铺开。

境外仲裁机构内地仲裁首先挑战了我国仲裁市场开放的准入限制。根据WTO的相关规定,仲裁分属于法律服务范畴并受《服务贸易总协定》的调整。而根据中国加入WTO时作出的承诺,中国在商业存在领域仅允许外国律师事务所在中国特定地区设立代表处,^⑫境外仲裁机构入驻并不被我国所允许。换言之,中国对法律服务市场的开放有着较为严格的限制,并不负有开放仲裁市场的国际法义务。

究其原因,一方面,仲裁作为一种社会化的纠纷解决机制,尽管其不同于法院诉讼那样具有一定的公权属性,但其作为对一国法律进行解释和适用的活动仍然会影响到国家法秩序的统一。而放开仲裁市场允许境外仲裁机构和仲裁员介入我国法律争议并对中国法进行解释,在一定程度上会影响我国法律体系的独立性。

另一方面,在加入WTO之时我国仲裁业仍处在起步阶段,尤其是依据1995年《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)建立的仲裁市场仍带有较为浓重的计划色彩,并倚重于行政机关的支持与监管。而境外仲裁机构由于属性的特殊,很难完全纳入《仲裁法》的调整范畴且在行政监管上存在诸多问题。同时,境外仲裁机构内地仲裁,必然会使大量的外籍仲裁员及服务人员进入内地,相关外资流动会进一步频繁,其是否会对我国行政和金融管理造成压力也具有不确定性,因而不开放仲裁市场是在入世初期较为理性的选择。

境外仲裁机构内地仲裁除了对我国法秩序统一和行政管理造成风险外,其对我国仲裁机构成长造成的压力也是不言而喻的。首先,境内外仲裁机构在软硬实力方面都具有较大差距,国内仲裁机构的国际竞争力仍稍显逊色。从目前全球领先的境外仲裁机构情况看,既存在以ICC为代表的依托国际组织支持并长期影响国际仲裁法律体系构建的仲裁机构,也存在以HKIAC和SIAC为代表的依托政府有力支持而快速发展的仲裁机构,其无论是在经济实力、案件吸引力和规则影响力上都具有着巨大优势。

而反观我国,尽管在过去20余年中国仲裁机构数量不断增多,案件标的额持续攀升,国际影响力有所扩大,^⑬但也由于我国经济发展的不均衡,使得我国仲裁机构呈现出巨大的实力差距,即使在东部发达地区的仲裁机构也难以达到境外知名仲裁机构的国际

^⑫ See Report of the Working Party on The Accession of CHINA Addendum Schedule CLII-The People's Republic of China, Part II-Schedule of Specific Commitments on Services List of Article II MFN Exemptions, WT/ACC/CHN/49/Add.2, 1 October 2001.

^⑬ 张维:《充分发挥仲裁在优化营商环境中的作用》,《法制日报》2019年11月12日。

影响力。因此,当境外仲裁机构在内地与内地仲裁机构形成竞争后,本土仲裁机构是否能够抵挡压力并实现逆势增长是值得忧虑的。

从司法监督角度看,仲裁与国家司法权关系的平衡是法律全球化与本土化之间的博弈,而境外仲裁机构内地仲裁也会令我国法院在仲裁裁决的司法审查上面临巨大压力。一方面,根据《仲裁法》相关规定,仲裁机构在仲裁程序推进过程中需要与机构所在地法院产生联系,而由于我国幅员辽阔和各地司法审查尺度的差异性,地方法院能否正确理解境外仲裁机构的具体操作,维护我国司法审查尺度的统一并防范地方主义侵蚀司法公正都需要进一步讨论。另一方面,尽管近年来在中央的有力支持下,最高人民法院(以下简称“最高院”)通过报核制度等方式逐步统一了仲裁司法审查权并弱化了地方保护主义。^⑭但随着境外仲裁机构内地仲裁后涉外仲裁案件的爆炸式增长,最高院如何纾解司法审查压力并保持司法审查尺度的统一都是摆在我们面前的问题。

因此,从政策红利与风险的平衡角度看,尽管允许境外仲裁机构入驻我国内地开展仲裁有利于推动我国建设国际仲裁中心、优化营商环境并加强我国法域外适用体系的建设,但是其也会与我国准入限制政策产生龃龉,进而引发在法秩序统一和行政管理等方面的风险,导致仲裁司法审查的复杂化,为我国仲裁制度改革提出新的挑战。

三、兴利去弊保障境外仲裁机构内地仲裁

面对境外仲裁机构内地仲裁政策红利与风险,如何妥善设计具体的开放方式与发展路径至关重要。在这一过程中,既要坚持开放初衷不断扩大境外仲裁机构内地仲裁的政策红利,也要加强风险意识妥善预防和化解政策落地中的具体风险,而这便需要司法、行政与立法的综合协调。

(一) 以司法监督平衡政策利弊

在保障境外仲裁机构内地仲裁平稳发展的过程中,司法机关都居于主导地位。首先,在法律全球化与本土化左右下形成的现代仲裁制度,实际上是在平衡合作利益和各国司法主权,而《纽约公约》等国际法文本也赋予了各国法院监督仲裁的权力。因此,围绕司法监督展开对境外仲裁机构内地仲裁的规范,是符合国际法和国际仲裁实践经验的。其次,允许境外仲裁机构内地仲裁是推动上海建设亚太仲裁中心的关键环节。而回顾国际仲裁中心的建设经验,当地法院对国际仲裁持有开放支持的态度和丰富的国际商事纠纷争议解决经验是核心条件。^⑮

在明确司法监督的主导地位后,如何妥善行使司法监督权以兴利去弊便值得思考。

^⑭ 参见沈伟:《地方保护主义的司法抑制之困:中央化司法控制进路的实证研究——以执行涉外仲裁裁决内部报告制度为切入视角》,《当代法学》2019年第4期,第77-78页。

^⑮ Gary B. Born, INTERNATIONAL ARBITRATION FORUM SELECTION AGREEMENTS: DRAFTING AND ENFORCING 67-9 (3rd ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2010).

一方面,要继续树立仲裁友好型司法政策,不断支持仲裁事业发展。改革开放40年来,在最高院的有力主导下,人民法院逐渐树立起了仲裁友好型的基本立场。无论是通过报核制度这一中央司法控制进路来消除地方保护主义对仲裁的影响,还是在近年来最大限度支持仲裁协议有效性、畅通仲裁临时措施程序和适度放宽自贸区“三特定”仲裁的适用,^{①⑥}都凸显出我国法院在法律的解释与适用中对仲裁的支持。所以,在境外仲裁机构内地仲裁的过程中,各级人民法院应当继续坚持这一政策导向,努力支持境外仲裁机构在内地仲裁中有关程序事项,保障境内外当事人合法权益。同时要从支持仲裁的立场出发,严格依照《纽约公约》承认和执行相关仲裁裁决,打消境外仲裁机构和当事人的顾虑。

另一方面,要严格遵照《仲裁法》和《纽约公约》的规定,妥善行使监督权以防范个案和系统风险。首先,要继续坚持《仲裁法》确立的国内仲裁、外国仲裁和涉外仲裁的界分,明确境外仲裁机构在内地进行的仲裁案件应当有涉外因素。这既能够防止境外仲裁机构介入内地商事争议所带来的解释和适用中国法的偏差,也能够弱化境外仲裁机构对我国仲裁市场的冲击。

其次,要正确理解《纽约公约》等国际条约的规范意旨,妥善解释我国法律,加强我国法的域外适用。而在相关仲裁程序和实体处理结果突破我国法律规定并影响我国公共政策时,要依据相关法律予以撤销或拒绝承认执行。从而维护我国法秩序的统一,防止新片区成为放松仲裁司法审查的制度飞地。

最后,要突出新片区的制度特殊性,适当赋予新片区法院直接向最高院报核的权力。由于新片区尚处在开放试验阶段,相关争议可能具有更高的前沿性和特殊性,而一线法院身处自贸区内对案件情况的把握也更为充分,且上海法院近年来在仲裁案件办理中也具有较高水准,部分放权有利于纾解最高院办案压力并适应新片区发展情况。而从长远来看,放权也有利于构建更为完善的仲裁司法监督体系,通过分层放权、抓大放小的方式也有利于提高法院司法效能,从而实现司法体制改革的基本目标。

从近期中国法院的司法实践看,对境外仲裁机构在内地开展仲裁的支持态度更加明显。在“大成气体案”^{①⑦}中,面对仲裁协议约定“争议提交至新加坡国际仲裁中心(SIAC)在上海仲裁”,法院在明确仲裁地为上海后适用内地法律对仲裁协议效力进行审查,并最终确定了该仲裁协议有效,为境外仲裁机构在内地开展仲裁作出了司法确认,打消了境内外当事人在约定仲裁地上的顾虑。而在“布兰特伍德案”^{①⑧}中,面对境外仲裁机构在内地作出的仲裁裁决的司法审查问题,相关法院明确了外国仲裁机构在内地作出的仲裁裁决可视为涉外仲裁裁决,从而确定了相关裁决的法律属性,明确了司法审查的标准。质言之,在我国允许境外仲裁机构内地仲裁政策的落地过程中,最高院通过报核方式充分发挥了司法对改革和开放的保障功能,为相关改革的进一步落地打下良好的基础。

^{①⑥} 参见任雪峰:《〈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〉解读》,《人民法治》2018年第5期,第16-20页。

^{①⑦} (2020)沪01民特83号民事裁定书。

^{①⑧} (2015)穗中法民四初字第62号。

（二）以行政支持规范机构运营

法院通过司法监督平衡政策利弊更多聚焦于个案层面,而在保障境外仲裁机构内地仲裁的平稳运行的过程中,行政机关的有力支撑不可或缺。在行政领域,保障境外仲裁机构的运行关键在于解决支持和规范两方面。

允许境外仲裁机构内地仲裁的政策红利,是推动上海构建亚太仲裁中心并优化我国营商环境,在这一过程中我们要始终明确开放的目的在于自我发展。因此,在允许境外仲裁机构内地仲裁的过程中,我们既要依据国际法赋予其国民待遇,同时也要重点支持我国仲裁机构的建设以助力其参与国际竞争。从其他国际仲裁中心的建设经验看,支持和发展本土仲裁机构的建设是关键所在。例如香港在建设国际仲裁中心的过程中,香港政府对 HKIAC 给予了诸多政策福利。从其成立以来,历届政府通过提供资金、场地减租和收入减税等方式为其节省了每年数百万港币的成本,同时香港政府更是助力 HKIAC 在全球的商业推广为其提供了大量的行政资源。与之类似,SIAC 成立以来新加坡政府减税、免签等行政支持措施,极大地刺激了仲裁从业人员在新加坡的聚集,形成了巨大的竞争优势。^{①9} 因此,在推动上海建设亚太仲裁中心的过程中,中央和上海应当继续全力支持上海仲裁机构的发展,通过财政、税收、人事和软硬件配套等具体措施支持其发展。

2019年1月2日,上海市委全面深化改革委员会审议通过《关于完善仲裁管理机制,提高仲裁公信力,加快打造面向全球的亚太仲裁中心的实施意见》分别针对理顺仲裁管理机制、推进仲裁行业有序开放、仲裁机构体制改革等五个方面作出规定。其首次提出依据《仲裁法》组建上海仲裁协会并建立“两结合”管理模式,同时要求根据相关法律进行境外仲裁机构的登记,推动境内外仲裁机构的多种形式合作,促进本地仲裁机构与行政机关脱钩以实现在财政、人员、案件管理等方面的改革。^{②0} 这些具体措施的落地都凸显出上海对本土仲裁机构的支持,也将助力上海建设亚太仲裁中心。

除了行政支持外,有效的行政管理也关系到包括境外仲裁机构内地仲裁的发展。我们既要继续坚持《仲裁法》所树立的仲裁依法独立进行,杜绝行政干预以打消境外仲裁机构的顾虑;也要直面境外仲裁机构暂不构成《仲裁法》下适格的仲裁委员会的问题,找寻妥善的方式规范其运作以防范风险。对此,上海推行的“两结合”模式,以行业协会自治实现有效管理具有现实性。一方面,通过行业协会吸纳境外仲裁机构并通过行会规范其运作,有效化解了目前境外仲裁机构的适格问题和相应的运行风险;另一方面,通过行业协会的协调,也有助于境内外仲裁机构深化合作共同发展,从而实现了改革与开放的共赢。更值得注意的是,在推动“两结合”改革不断深入的过程中,要进一步贯彻中央的改革精神,充分尊重仲裁机构自主权,发挥仲裁协会的服务与协调功能。

^{①9} 参见盛雷鸣:《关于尽快打造面向全球的亚太仲裁中心的建议》,《上海人大》2017年第6期,第29页。

^{②0} 相关政策解读可参见上海市司法局局长陆卫东同志的讲话。陆卫东:《创新打造仲裁改革发展上海特色》, http://www.moj.gov.cn/subject/content/2019-03/28/863_231695.html, 最后访问日期:2019年5月1日。

（三）法治引领助力先行先试

境外仲裁机构内地仲裁的改革肇始于上海自贸区落地于新片区,因而相关改革与开放的推进仍然涵摄于自贸区建设当中。回顾自贸区建设历程,先行先试始终是自贸区创新发展的核心动力,而法治引领更是自贸区稳定发展的基本路径。法治引领自贸区先行先试的重要目标在于通过不断的制度创新,实现从“政策推动”迈向“法治引领”的发展趋势。从而以法治之力破除体制机制障碍,需要从法治视角提供更为完善的保障。^①而从现实意义看,相关改革最终必将落脚于立法层面,从而实现全面深化改革和全面依法治国的双轮驱动与两翼协调。

从立法模式上,上海自贸区在外商投资等领域所创制的中央授权与地方先行的法制保障模式,有效协调了改革与法治的关系并使二者形成良性互补。从而在法治引领下充分发挥自贸区先行先试的制度优势,创造了一大批可复制可推广的改革经验。^②而境外仲裁机构内地仲裁本质上改变了《仲裁法》所规范的旧有中国仲裁市场,而在目前《仲裁法》修订稳步推进的过程中,尝试在新片区通过中央授权停法、地方立法跟进的方式或许能够解决境外仲裁机构入驻所带来的问题。同时其也能在制度创新中探索《仲裁法》修订的方向和路径,从而补益于国家的立法工作。

从立法方向上,境外仲裁机构的入驻既在机构主体资格、运作方式和行为规范等行政规制方面产生问题,也在仲裁裁决撤销、承认与执行等司法裁量方面产生影响,因而如何在《仲裁法》修订过程中兼顾境内外仲裁机构一体规范,实现行政规制和司法裁量的有机结合就成为问题。在新片区停法改革的过程中,地方立法应当聚焦上述问题展开制度设计。一方面,要弱化行政规制的强制性,突出行业协会的管理协调作用,尊重境内外仲裁机构的独立性;另一方面,要推动司法裁量与相关国际公约的协调性,在仲裁司法审查具体条件上遵守《纽约公约》第五条之规定,借鉴《示范法》的相关规范,进一步推动我国仲裁制度与国际通行规则的接轨。

从立法内容上,新片区立法应当借助境外仲裁机构内地仲裁的历史契机,重点在以下方面完善规则。其一,在仲裁协议效力认定上,应当改变《仲裁法》的机构主义倾向,弱化仲裁委员会对仲裁协议效力的作用。要引入《纽约公约》所确立的仲裁地主义,以仲裁地判定仲裁协议准据法,从而化解 20 余年来造成的规则脱钩问题。其二,在仲裁程序把控和临时措施发布上,要借鉴《示范法》的相关规定,赋予仲裁庭更大的临时措施发布权,以减轻法院的司法负担并促进仲裁庭自治。其三,在仲裁裁决撤销和承认执行上,要将《仲裁法》和《民事诉讼法》的相关标准予以整合,借鉴《纽约公约》和《示范法》的相关规定予以规范,全面树立程序性审查立场。

总之,面对允许境外仲裁机构入驻内地开展仲裁的政策变动,通过司法监督防控可能的政策风险,借助行政支持提高中国仲裁的竞争力并沿着自贸区法治引领的改革路径

^① 参见刘晓红:《改革于法有据 法治引领改革——自贸试验区法治实践探索》,《文汇报》2016年10月16日。

^② 参见丁伟:《中国(上海)自由贸易试验区法制保障的探索与实践》,《法学》2013年第11期,第107-109页。

推动《仲裁法》修订的科学化是符合现实情况的。相关方式能够有效推动中国仲裁制度的改革,从而在兴利去弊中助力境外仲裁机构内地仲裁政策的全面落地。

四、结 语

境外仲裁机构内地仲裁是法律全球化与本土化博弈平衡中的必然反映,中国的政策选择既是推动亚太仲裁中心建设并优化营商环境的现实选择,也是加强我国法域外适用体系建设的可行之举。而政策施行会产生一定的风险,在允许境外仲裁机构内地仲裁的改革过程中,其既可能冲击我国仲裁市场,也会产生相应的行政管理问题,更会为法院的司法审查工作造成多方面的压力。然而面对政策红利与风险并存时,我们需要通过妥善的应对来兴利去弊保障改革。

因此,明确司法监督的主导地位,在支持仲裁和严格司法过程中能够兜住改革的基本风险。而加强行政支持,通过支持本土仲裁机构发展和借助行会促进协调合作也有利于亚太仲裁中心的建设。更进一步,借助自贸区法治引领和先行先试的制度优势,通过中央授权停法、地方立法先行的模式,推动《仲裁法》全面修订也将助力于全面深化改革和全面依法治国的两翼协调。

Abstract: Allowing overseas arbitration institutions to arbitrate in the mainland is a realistic choice for China in the game of legal globalization and localization. The policy profit and risk behind the choice will determine the development prospect of China's arbitration. Allowing overseas arbitration institutions to arbitrate in the mainland will help Shanghai to build Asia Pacific arbitration center and optimize business environment, thus promoting the extraterritorial application of China's laws. However, the implementation of the policy will also have an impact on China's arbitration market and produce corresponding risks at the administrative and judicial levels. Therefore, by clarifying the dominant position of judicial supervision of the court and strengthening the administrative support will help the local arbitration institutions grow and resolve the existing risks. With the help of the reform experience of the rule of law in the free trade zone, it is more beneficial to the amendment of the arbitration law and promote the opening and development of China's arbitration.

Keywords: overseas arbitration institutions; Lin-gang Special Area; Arbitration Law of China

(责任编辑:李 兵)

从法律市场视角看国际商事仲裁制度的未来 ——兼论仲裁机构的改革方向

田雨酥*

内容提要 国际商事仲裁制度作为法律市场中的产品之一,同时具有私人产品和公共产品的混合属性,因此应当区分制度中私人产品和公共产品而分别进行帕累托效率改进。作为公共产品部分的仲裁规则是国际商事仲裁制度未来的发展观察重点,根据蒂布特模型,仲裁制度提供者应当持续加强对其仲裁服务沉没成本的投入。在法律市场的竞争性与其背后运行的法理双重影响下,国际商事仲裁制度的未来将向趋同化与规范化发展。仲裁机构应当顺应这种未来趋势进行改革,以提升其竞争力。

关键词 法律市场 效率改进 趋同化 仲裁机构改革

一、法律市场理论与国际商事仲裁制度

法律市场指的是人们可以在区域范围内自主选择其想接受约束的法律,而非由国家强制力决定其应受何种法律约束规定的选择机制。该机制是由社会中人力资源、公司资产及社会财富的流动性,以及一些国家和地区为了吸引这些财富而去创造更受欢迎的法律之动机所催生的^①。法律市场理论也就是基于法律市场的存在而产生的理论,其将法律视作市场中的产品,并根据经济学中与市场理论相关的模型去分析法律制度的法经济学理论。它是法经济学范式的经典理论阐释方法之一,相关的阐释方法还包括成本效益理论、法律供求理论和法律均衡理论等^②。但就内容而言,广义的法律市场理论与成本效益、供求等理论具有很广泛的交叉和包容。因此,在法律市场理论分析中,公共产品、私人产品理论、供需分析模型、竞争理论等等都是常用的分析工具。

法律市场理论已经被从经济学以及法学层面进行论证,学者们认为在国际社会已经存在一个已经蓬勃发展的法律市场^③,各国的法律制度和法律思想就如市场中的产品般

* 田雨酥,清华大学法学院 2018 级博士生,中国国际经济贸易仲裁委员会案件经办人。

① Erin A. O'Hara and Larry E. Ribstein, THE LAW MARKET, Oxford University Press: 65-66.

② 冯玉军:《法经济学范式及其理论阐释》,载《法制与社会发展》,2004 年第 1 期,总第 55 期,第 38 页。

③ 参见[美]Y. 德兹莱、B. 加思:《法律与法律制度的输入与输出:国家‘宫廷斗争’中的国际战略》,载[意]D. 奈尔肯、[德]J. 菲斯特:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社 2006 年版,第 307-324 页。

供人挑选。因此这些法律制度也存在如一般产品一样的产品质量、产品销售、产品信誉等问题,并处于高度竞争的环境中^④,对于法律的制定者而言,法律制度也是需要加以悉心经营的事业。法律市场理论认为:人们不仅仅是法律规定与制度的被动接受主体,他们在法律市场上可以选择对自己有利的规则,而选择所引起的人才资源、生产资源、技术与财富的转移,就对立法者产生了激励作用并促使其制定出适合当前社会需求并对外界有吸引力的法律制度^⑤。

法律常常作为市场规则的框架是一种上位制度的存在。作为约束人们行为的规则,法律很难被想象作一种商品。在传统法学理论中,国家的法律是依赖一国主权和政治力量形成的规则,因此法律所管辖的边界通常是一个国家的疆土边界。即使在国际法的领域中,国际法律之所以能够管理对应的法律关系,也是因为在世界地域的版图上形成了认可该国际法律的国家集合。因此从传统意义讲,一部法律或一套法律制度的约束人群和地理范围也是固定的,也产生了“法域”这个也能够形象地将不同地方的法律制度进行定义的名词。但随着通讯科技技术的日益发展,商事交易与贸易的全球化 and 跨国性增强,商品、市场、法律的含义和内容被极大地丰富了:人们不仅在不同类型的市场中选择更多种类的商品,也同时在主动地选择法律。法律的选择逐渐成为了一个跨境商事活动非常重要的一环,一部分法律规则逐渐不再是高高在上的、只能供人服从的权威,而更多展现出包容性和机遇性,使得追求利益最大化的商人和他们的法律顾问能够根据自己的好恶与利益而进行选择。在法律市场中,供给方(卖方)是立法者,商品是被制定出的法律,需求方(买方)是受到法律约束的主体。在法律市场中,买方并不直接支付金钱对价来购买法律服务这一商品,但买方选择(购买)一种法律后,会为对应地域带来的经济与政治资源的迁移,这些迁移来的资源才是法律市场卖方的收益^⑥。为了吸引更多的买方,卖方在“生产”“商品”时不得不考虑到买方的偏好和市场情况,不同的法律制度之间也就形成了竞争关系。在经济学中,市场是买方、卖方与产品的集合,供需双方将各自拥有的财富进行交换,这样就产生了资源的流动,并进而为竞争性资源的配置是否符合效率提供了可供检验的实体基础^⑦。

将仲裁制度作为竞争性市场的产品,从而分析国际商事仲裁制度维度的法律市场,也正是为了分析在该维度内法律资源是否被有效地配置。实体法律的经济分析常常围

④ [美] 安东尼·奥格斯:《经济学进阶:法律体系间的竞争》,载[英] 埃辛·奥赫绪、[意] 戴维·奈尔肯:《比较法新论》,马剑银、鲁楠等译,清华大学出版社2012年版,第177-179页。

⑤ 参见刘双舟:《法律市场视野中的制度竞争与立法行为选择》,载《政法论坛》2010年第3期,第24页。

⑥ 常见的选择一个地方法律而带来该地区经济资源流入的情况就是公司设立,公司常常因为税收政策、注册制度等当地法律而选择某一地区的公司法,这意味着该公司的注册地或主要营业地将设立在该地区,这将为该地区带来更多的税收、经济活动、劳动力雇佣机会等等。对于该地区的政府而言,制定更加友好的公司法律制度将吸引更多商事主体在当地进行商业活动,从而为当地带来更多经济资源的流动。

⑦ 效率的概念最初源自物理学,意为有效输出量与输入量的比值。后被运用在市场行为中成为一个经济学概念,并扩展至其他学科成为衡量产出与投入之间比例和资源分配有效性的名词。在经济学领域中,效率的判断依赖于丰富的因素:时间、耗费的财力与人力、成本与收益的比例、是否最终产生了积极的效果(即是否增加社会福利)等等。因此在经济学的评判价值标准中,“有效率的”资源配置是制度设计所追求的目标。

绕法律规则及裁判应当如何设立更符合资源分配的有效性,例如生产产品安全责任的分配、实体权利义务法律规定的走向、法院就特定案件的裁判结果等等。反应在法律市场理论就常涉及到民商法律的规定如何吸引公司到该法域内布置生产资源并接受适用法律的管辖;国际商事仲裁法律作为一种程序性规范,其在法律市场的竞争性更多被归类到制度的选择和竞争中。因此用法律市场理论分析国际商事仲裁制度的目的,就是观察国际商事仲裁制度领域是否存在法律市场、判断现有法律市场中的仲裁制度是否符合效率标准,并预测符合效率标准的仲裁制度应当如何设计。碍于文章篇幅,本文将分析重点放在法律市场中仲裁制度的观察与分析。

二、国际商事仲裁制度的混合产品属性以及分析模型

运用法律市场理论分析国际商事仲裁制度,离不开经济学中关于市场的基本概念。在经济学中,社会产品分为公共产品和私人产品,公共产品是由公共部门提供用来满足社会公共需求的商品和服务,它们是非竞争性和非排他性的,如公园、国防、路灯等;私人产品则一般由私人部门提供,它们是具有消费上的竞争性和受益上的排他性的产品,如食品和服装等。在适用法律市场理论的初期,很多学者当然性地将仲裁以私人产品归类,理由是因为仲裁机构、仲裁员和裁判资源的稀缺性,人们在法律市场中获取的仲裁服务也是稀缺和排他性的,最直白的举例莫过于一个德高望重的仲裁员的时间是有限的,在该有限时间内其能够裁判的案件自然是有限并稀缺的,又基于世界范围内的仲裁机构大多是民间性的,并非政府等公共部门垄断性提供的产品,继而遵循该逻辑将仲裁制度在法律市场上的竞争原理与效率分析适用私人产品理论。适用该思路进行分析的结果是认为仲裁制度可以经由市场进行有效配置,并将仲裁制度的发展和设计交由市场竞争决定其走向。

无论基于仲裁资源的稀缺、仲裁属性的民间性或何种原因,将国际商事仲裁单纯地视为私人产品的视角并不符合仲裁制度的经济学性质。正如市场上的很多产品并不是简单的有形产品或无形产品而常常是二者的组合^⑧,仲裁制度在法律市场中提供的产品也是如此,仲裁制度所包含的产品并非单一的仲裁服务或裁判能力。国际商事仲裁制度的一部分产品包括仲裁员的裁判、仲裁机构的程序管理人员、开庭室等资源,另一部分产品包括仲裁规则、仲裁制度设计背后的理念和法系特征等等。仲裁员和仲裁机构的时间及办公资源是排他性的,但并不妨碍某一国家或地区的仲裁文化、理念以及仲裁规则为全球的仲裁社会所分享和使用。一些国际知名的仲裁机构的仲裁规则,最典型如国际商会仲裁院 ICC 的仲裁规则,在其他仲裁机构的案件中也会被约定为适用的仲裁规则。国际商事仲裁作为一种发展成熟、世界范围得到普遍使用的争议解决方式,其完整的体系

^⑧ 在当前社会人们购买的产品往往更多都是有形产品和无形产品的组合,例如餐厅在市场中的竞争产品并不仅仅是有形产品的饭菜和用餐环境本身,其无形产品比如饮食理念已经构成其竞争产品的很大、甚至更加重要的一部分。

既包含国际公约、国际组织规则、国家法律、机构仲裁规则等制度性规则等一旦被投入研究制定,则成果不会随使用者增加而产生额外成本的公共产品属性特征;也包含前文所述仲裁员的时间、仲裁机构人员、场地等一旦被占用则产生排他效力的、具有稀缺资源性的私人产品属性特征。因此,国际商事仲裁制度的法律市场分析并不能简单套用一种私人产品或公共产品的分析模型,而应当区分产品性质而采用不同的分析进路。在分析仲裁制度及规则时适用公共产品分析模型,在分析“有形”的仲裁资源时适用私人产品分析模型。

仲裁制度适用的基础是当事人意思自治,因此较其他法律市场(例如设立公司的商事法律市场),国际商事仲裁的法律市场买方挑选产品自由的程度更高。相较于挑选一个更友好的地方法律来管理商事活动以实现更优待的税率等营商条件,在合同中约定更加青睐的仲裁制度要更加容易,买方更换不同的产品(约定不同的仲裁条款)的形式要求宽松得多。因此国际商事仲裁的法律市场交易成本普遍更低,较实体法的法律市场更接近完全竞争的市场^⑨。也因此,分析公共产品及制度法律市场的最知名经济学模型——蒂布特模型在国际商事仲裁法律市场中的适用更为适合。

蒂布特模型是由美国经济学家蒂布特提出的,他在研究了公民行为选择对政府制定政策法律行为的激励作用,并指出人们可以通过从实行对己不利法律的州迁入实行对己有利法律的州之行为,即“用脚投票”去选择地方公共产品,从而使州法律进行完全竞争而影响其制定。居民“用脚投票”来选择地方政府以实现地方公共产品完全竞争的理论。公共产品之所以可以因为使用者的偏好而进行改进,一是公共产品边际成本为零推动了各地方政府在地方公共产品供应上的相互竞争,二是以自由迁徙为前提的“用脚投票”向地方政府传达了使用者的偏好。公共产品的非竞争性包括两方面,即边际生产成本为零和边际拥挤成本为零^⑩。从地方政府来说,向一个新来者提供已有水平的公共产品,如本地的电视及广播节目,地方道路、地方公园、图书馆或博物馆,其边际成本都几乎为零。因此,当地方政府数量不为唯一时,为了使自己对外界的人员和经济资源更有吸引力,每个地方政府都具有确保其公共产品能够进行有效供给的内在动机,从而形成地方政府之间在供应公共产品上的相互竞争。在该竞争与地方公共产品的供应可以达到帕累托效率^⑪,以实现资源的有效配置。在竞争这一层面上,公共产品与私人产品是具有相似性的。^⑫

蒂布特模型在国际商事仲裁市场分析中的适用性很强:各仲裁机构或仲裁地区向新签订其仲裁条款的当事人提供已有的产品(仲裁软硬件服务设施、仲裁员名册、仲裁

^⑨ 在经济学概念中,完全竞争的市场的交易成本为零,产品价格只能随供求关系而定。在市场中存在足够多的买方和卖方,产品价格不能通过某方的操纵而控制,产品之间自由竞争,不存在垄断、信息不对称等情况。

^⑩ 边际成本:增加一单位的产量随即而产生的成本增加量。

^⑪ 帕累托效率:是指资源分配的一种理想状态,假定固有的一群人和可分配的资源,从一种分配状态到另一种状态的变化中,在没有使任何人境况变坏的前提下,使得至少一个人变得更好,这就是帕累托改进或帕累托最优化。

^⑫ 参见 Charles M. Tiebout, A Pure Theory of Local Expenditures, Journal of Political Economy, The University of Chicago Press, Vol. 64, No. 5 (Oct., 1956), pp. 416-424.

规则、仲裁文化等等)的边际成本是几乎为零的,而全球范围内的当事人选择何地何仲裁机构来解决其争议正是典型的“用脚投票”之表现。因此各仲裁机构或仲裁地区都有充分的动机和动力去不断改进更新仲裁规则、完善仲裁服务设施设备、维护其仲裁员储备及人选,并积极投身国际仲裁社会各项活动以不断提升其中立、专业的争议解决声誉。因为这些都将作为搭建该机构或地区仲裁法律产品的沉没成本,并且一旦建成后,将不会因使用者的增多而产生额外的成本,这种经济学上边际成本为零使得任何一点新的收入都产生收益的增加^⑬,作为理性经济人的仲裁法律提供者自然乐于维持该接近帕累托效率的情况^⑭。

三、法律市场的存在对国际商事仲裁制度设计的影响

现代国际商事仲裁制度建立在发达的跨国经济和商业资源流动上,其本身是经济全球化作用在法律制度上的典型反映。在代表国家司法力量的法院诉讼制度外,商人们更多采用仲裁方式来解决与他人的争议,这本身是诉讼制度和仲裁制度竞争后由买方做出的选择。在被选择的过程中,无论是诉讼制度还是仲裁制度都作出了创新和改变,以更高程度适应争议解决制度“买方”的需求。在争议解决的方式和具体适用在案件的实体法律上,形成了多种维度的法律市场:买方们在争议解决方式法律市场中选择诉讼、仲裁、调解等商品;在案件适用法律的市场中选择不同国家实体法律、国际公约等商品。在一次次的选择与被选择中,经济资源向被选择的商品流动并为商品生产方带来利益,卖方也因此具有充分的动机去不断改良更新自己“产品”,从而提高对买方的吸引力并获得更多被选择的机会,进而获取更多资源的倾斜。近年来国际知名仲裁机构不断推出提高仲裁程序效率、降低当事人时间金钱成本的调研和制度设计,有时被总结为仲裁程序的“去司法化”浪潮,正是建立在越来越多仲裁使用者日益高涨的、要求仲裁程序向便捷成本低廉的商人裁断特征回归的呼声中。部分仲裁机构还向当事人对仲裁制度的一些担忧(例如“一裁终局”是否可能影响裁判的实质正义)作出针对性的、明确的回应(例如推出具体的规则,当事人约定适用该规则时可以在某种条件下进行仲裁裁决的复议),这是典型的国际商事仲裁法律市场的卖方基于买方对某种产品特征的厌恶而做出的产品改变。

尽管看起来在任何市场中都遵循着“顾客即是上帝”的信条,但需要明确的是任何

^⑬ 当增加一个单位产量所增加的收入(单位产量售价)高于边际成本时,对生产者而言就是划算的;反之,就是不合算的。所以,任何增加一个单位产量的收入不能低于边际成本,否则必然会出现亏损;只要增加一个产量的收入能高于边际成本,即使高于总的平均单位成本,也会增加利润或减少亏损。在边际成本为零的情况下,任何收入都是高于边际成本的,从而会增加该仲裁机构或地区的收益。

^⑭ 实践中由于尚不存在完美的、没有任何交易成本的交易环境,因此也并不存在完美地实现帕累托的情况,或实现完美帕累托改进的案例。学界也常存在对帕累托改进、帕累托最优的质疑。但在当前现实语境下,尚有向帕累托最优条件改进的空间,因此在未到极值前的实践中的改进尚值得人们为之努力。

法律市场存在的前提还是国家主权背景的政治与司法体系允许法律的需求者进行法律的选择。法律市场存在的前提是使用者被允许有选择的权利,所以法律市场得以发展的根本是国家法院对于法律选择条款的承认和允许。因此探究法律选择条款会被支持的原因是重要的,因为它可以为国际商事仲裁制度的设计划定一条边界,使其无论如何变化,都可落入被司法系统所承认的范围内。

法院会认可法律选择条款的依据有两点:一、为了保留诉讼案件在其管辖范围内,二、保证司法制度的完整严谨性和监督性。第一点是从表面即可直白理解的,理由正如市场上卖方的动机一样简单,为了保留裁判权力并吸引司法乃至经济资源和财富到其管辖地区。该法律选择条款的通常是当事人在A地法院诉讼但约定适用B法律,A法院会认可这种法律选择条款,因为即使其不认可该条款,当事人为了适用B法律也可以约定到B地进行诉讼,或避免在A地设立公司以避免自己在A地面临诉讼,这样就会间接降低A地的就业、消费、税收以及投资等资源流向。第二点在市场角度并不能浅显的反馈出来,但却正是司法制度、规则和体系所要实现的目的。认可法律选择条款的深层意义在于它会使得当事人实际在受到某个地区(即使不是本地地区)法律的管制,而非采用其他更极端的方式来主观或客观回避法律的管制。因为在国际商业社会如此发达的今天,公司的实体资产经常分布在不同法域地区,如果完全不承认法律选择条款,那么对应一个具体法律问题可能就要完全交给国际私法规则来选择判断,这样得出的结论经常是混乱的,并会增加各方合法权利义务的不确定性,法律选择成本的增加会减少产生利润的交易数量,从而有碍于社会财富的增加。法律市场的另一层含义就在于让当事人确实在受到某种法律的管制,而非不受管制。法律市场的范围也就是一个法律选择池的边界,让法官、当事人和他们的律师都对适用的法律有所预期^⑮。法律选择条款降低了不适当的法律的影响力,并降低各方对于所适用法律的不确定性,减少了法律体系内法律交易成本,从而促进了商人们在实体领域的交易,并最终实现增加社会财富的效率改进^⑯。

国际商事法律市场也同样具有特定的范围和边界,这个边界就是仲裁制度进入市场的门槛,进入当事人“备选”的法律池从而开展竞争。法律市场的存在对国际商事仲裁制度的影响是从市场中买方的需求、法律市场的边界这两个维度产生影响的。一方面,仲裁制度的提供者有充分的动机基于买方需求和资源的流向去将其制度设计成买方方向的规则;另一方面,卖方又必须时刻关注买方所在司法系统法院的态度,需要避免因为制度的竞赛而不断放低规则标准进而被排除在法律市场的门槛之外。其中,国际商事仲裁法律市场买方需求的维度又与其他法律市场(例如公司法等商事法律市场)有所不同。在仲裁制度市场中,每发生一次“购买”的行为,都至少有两个商事主体作出该购买决定(即案件双方当事人)。这两个商事主体一旦进入实质性的争议解决程序,双方的利益往往是方向相反的,因此仲裁制度产品即使根据买方需求进行产品的改进,也难

^⑮ Erin A. O'Hara and Larry E. Ribstein, *THE LAW MARKET*, Oxford University Press: 6-9.

^⑯ Erin A. O'Hara and Larry E. Ribstein, *THE LAW MARKET*, Oxford University Press: 10.

以如商事法律的管制竞赛般简单向一个方向进行改进^{①7}。从商业视角看,产品特点的突出和产品的差异化改进是一个产品提升竞争力的一种有效且常用的方案。即市场中提供独特的产品或服务,可以使自己与其他同类产品得以区分,进而吸引更多消费者或提高产品价格,从而提升收益。但该改进路径在国际商事仲裁法律市场中却是无法适用的,甚至恰恰相反:经济全球化将带来法律全球化与趋同化趋势,商人们在全球争议解决中更希望得到相同待遇的现实需求^{①8}。法律市场对国际商事仲裁制度的影响是更为复杂的,简单的“更便捷”、“成本低廉”、“差异化”等改进往往由于无法实际上达成仲裁程序中申请人、被申请人和仲裁机构/仲裁庭共同的帕累托效率改进,因而并不是国际商事仲裁制度优化的最佳方向。实践中,一些看起来“创新”“独特”的仲裁规则设计往往在国际商事仲裁领域的讨论中昙花一现,人们不能否定这些规则被设计的现实意义,但在经济全球化的浪潮中,符合跨境商事交易普遍规律及环境的规则将最终被保留并成为仲裁法律市场中的长期商品。

四、国际商事仲裁制度的未来和仲裁机构改革的方向

国际商事仲裁制度是建立在商业资源的全球性流动以及现代商事交易环境的跨国性基础之上的。制度中的仲裁规则^{①9}虽然不是国际法律或公约,但在客观上是来自不同法域当事人在争议解决中需要遵守的程序守则,违反仲裁规则的裁决无法得到执行国司法体系的承认和执行。因此,国际商事仲裁案件的根本规则就是每个案件中所约定适用的仲裁规则。仲裁规则的发展和变化反映了国际商事仲裁制度的理念变化趋势,可以说,仲裁规则的制定趋势就代表着国际商事仲裁制度的未来方向。

与任何一种在当前全球社会中被选择的法律相同,经济全球化是国际商事仲裁规则变化和发展的实体基础,也是当今国际经济生活的主旋律。经济全球化在实体经济上带来的影响是世界各国,特别是发展中国家,为了顺应经济发展的趋势,必须从本国实际出发,积极参与国际经济竞争和合作。正因为如此,所有追求经济现代化的国家的经济行为越来越相似,人类社会渐渐趋向“均质化”,从而为各个国家可能可以采取某些一致的措施来处理国家间的政治、经济关系和国家成员的间的私人关系(主要是民商事关系),以谋求全人类的共同繁荣和持续发展^{②0}。国际商事仲裁制度作为处理跨国商事争议的最

^{①7} 在全球营商环境中,如果某些地区和国家的法律规定比较宽松,而且实施成本低廉,那么就会特别受商人们的青睐。一些国家和地区为了招商引资、刺激企业和经济活动的发展,不惜大幅度放松法律规则的要求。最典型例如那些被誉为“税收天堂”的地区,就是对经济资源开展竞争的现象之最佳写照。

^{①8} Gary B. Born. *International Commercial Arbitration* (Second Edition), Kluwer Law International, 2014: 455.

^{①9} 此处仲裁规则包含国际商事仲裁制度中的多种规则,如仲裁机构制定的仲裁规则、国际组织公布的可被当事人约定适用的证据规则、国际组织发布的示范法等等。

^{②0} 李双元、徐国建著:《国际民商新秩序的理论建构—国际私法的重新定位与功能转换》武汉大学出版社 1998 年版,第 63 页。

受欢迎方式,自然也被纳入到了这种“均质化”的趋势中。在不同时期,国际商事仲裁制度总是由经济与仲裁发达地区所引领的,而非全球各个地区的仲裁制度简单地、无差别地向均值进行靠拢。仲裁界长期讨论的仲裁制度“欧洲化”和“美国化”议题其实就是经济全球化背景下不同地区仲裁制度产生趋向性变动的总结。传统上,地中海地区是仲裁的起源,并使得欧洲地区在仲裁制度发展的很长一段时间内都是制度的引领者与推广者,欧洲的法学家们商事仲裁法律市场的输出和占比也占据了压倒性的优势。但在第二次世界大战后,经济资源的流动带动了仲裁制度话语权和权重的转移,美国律师和法学家们迅速在欧美发达国家占据了仲裁市场,并取得了大量跨国公司的信任。自此,美国在仲裁市场取得了优势地位,并发展出了“替代性纠纷解决”(ADR)的理论体系^①。当前全球范围内争议解决的基础理论框架都遵循着该体系,国际商事仲裁的实践也为美国法的使用者们所主导,并持续地对其他国家地区的仲裁制度产生影响,使其不断主动或被动地向这种主导的方向靠近。

在美国化的国际商事仲裁正在以垄断性地位开拓仲裁市场时,大陆法系仲裁制度的使用者也在仲裁社会中尽力发声并扩大自己的制度影响。在极具英美法系特征的《国际律师协会国际仲裁取证规则》(IBA Rules)在国际商事仲裁的证据规则中占据绝对性主导地位近二十年后,代表大陆法系程序需求呼声的《关于高效进行国际仲裁程序的规则》(Prague Rules)于2018年推出,并持续在仲裁社会引发探讨。正如近代大陆法系国家与英美法系国家诉讼制度及庭审方式正在不断碰撞与融合,国际商事仲裁制度也正在经由仲裁发达国家地区的制度引领下不断吸收其他利益群体的需求和呼声而变得更加综合化。一个国家地区的仲裁制度是根植于该地区的法系、政治、经济和文化传统之中的,但由于置身于紧密相互联系的国际社会中,又时刻受到外来法律文化的影响。因此国际商事仲裁及规则将如各个国家的民商事法律规定一样,在经济全球化的大背景下最终走向趋同化或全球化。这一趋同化及全球化的趋势,一方面将通过国际组织制定的仲裁规范进入到一国国家仲裁制度的规范中,另一方面则通过各国仲裁制度的相互影响和借鉴不断变化发展。商人的力量、国家的力量、国际组织^②的力量将成为影响国际法的主要力量,国际社会的导向与规范也必然会对各国的法律制度、经济体制、社会结构、社会价值乃至政治制度产生直接或间接的影响^③。

国际商事仲裁制度中的加速仲裁程序,是仲裁制度具体规则在国际社会趋同化的一个典型范例。自20世纪90年代仲裁去诉讼化的浪潮兴起,国际各仲裁机构为满足当事人快速便捷解决争议期待,相继推出了仲裁加速程序。自1992年日内瓦工商会推出

^① 转引自鲁楠,“一带一路”倡议中的法律移植——以美国两次“法律与发展运动”为镜鉴,载《清华法学》2017年,第1期,第22-23页。

^② 参见经济全球化趋势下的国际经济法,车丕照,清华大学学报(哲学社会科学版),2001年第1期,总第16卷,第46-48页。

^③ 王贵国,经济全球化与中国法制兴革的取向[J].国际经济法论丛(第3卷)[Z].北京:法律出版社,2000年,第11页。

加速程序后,斯德哥尔摩商会仲裁员、伦敦海事仲裁员协会、美国仲裁协会、新加坡国际仲裁中心、澳大利亚国际商事仲裁中心等近二十家国际仲裁机构都推出了规则具有高度相似性的加速仲裁程序。这些加速程序非常一致地采用了独任仲裁庭、扩大仲裁庭权力、严格限制仲裁程序时间以及鼓励当事人额外作出放弃上诉权利等规定^④。尽管中国大陆地区尚未正式推出加速仲裁程序的规定,但一些仲裁机构已经为适合程序加速的仲裁案件制定了专门的仲裁规则^⑤。在国际仲裁社会中统一、一致性地相继推出相似的仲裁程序规则,这既是仲裁制度趋同化的典型范例,也是国际商事仲裁制度在法律市场中卖方对买方需求做出的回应。

由法律市场理论及经济学分析模型,以及在法律市场中国际商事仲裁制度的趋同化趋势,可以看出仲裁机构改革应当遵循的逻辑和方向。在法律市场中,由于资源的流动性和仲裁制度提供者对吸引资源的动机,仲裁机构应当提供符合当事人期待的仲裁制度与配套服务,基础的改进如硬件设施的更新、服务的周到与中立专业的裁判应当持续进行资源的投入;对当前商业社会产生的新情况与新需求,如疫情环境下视频庭审与仲裁程序电子化服务,应当与最新的社会动态保持高度敏锐,以快速对当事人的需求做出反应;作为仲裁裁判者队伍的管理机构,仲裁机构还应承担实体法律裁判调研的责任,不断发现总结新类型案件中当事人实体权利义务的裁判需求,充分发挥专业性裁判的优势。也正是由于身处仲裁服务法律市场,仲裁机构应当明确己方在制定仲裁规则时所扮演的仲裁制度角色,避免因竞争因素而片面迎合所谓当事人需求而陷入盲目的规则竞赛,其应对制定的规则承担制度责任,完善法律市场的规范性与边界。最后,仲裁机构应着眼全球范围国际商事仲裁制度的发展趋势,不因法系、文化理念的差异而回避吸收优良制度,并积极在国际仲裁社会发声,以输入自己所在国家地区的仲裁文化与实际需求,在经济与法律全球化的大趋势下适应规则,并努力创造规则。

五、结论

仲裁永远不会停下追求效率的脚步,国际商事仲裁制度的未来也将不断向更有效率的方向更新改进。在追求效率的过程中,认识的片面或将导致无效率或负效率的改进结论,因此从研究效率概念最透彻的经济学学科出发,站在法律市场视角分析国际商事仲裁的经济学属性,是进行效率改进的适合方法。认识到国际商事仲裁的混合产品属性,即可以区分提高效率的进路,对仲裁制度不同属性一面进行区分投入;认识到法律市场的本质和不同维度法律市场的边界,即可以避开看似“创新”但实际不符合效率规则的

^④ 邓杰,商事仲裁改革国际潮流下的加速仲裁程序,载《上海师范大学学报》(哲学社会科学版),2018年第11月,第47卷,第6期,第25页。

^⑤ 例如中国国际经济贸易仲裁委员会制定的《金融规则》,就为金融案件在规则上提供了更简便低成本的仲裁方式,客观上起到了加速仲裁程序的效果。

改进。本文由于篇幅原因,仅就以法律市场理论视角分析国际商事仲裁制度的可行性与理论框架进行阐述,对数据、具体案例分析尚不够完整充分,法律市场以及蒂布特模型的适用还待大量数据以及案例分析进行填充。

Abstract: As one product in the legal market, international commercial arbitration system has the mixed nature due to its composition of private products and public products. Therefore, it is necessary to distinguish between them and to improve Pareto efficiency respectively. As part of the public goods, arbitration rule shall be the focus for future development of the international commercial arbitration system. According to the Tiebout model, arbitration system providers should continue to increase their investment in the sunk costs of arbitration services. Under the dual influence of the competitiveness of the legal market and the legal principles behind it, the future of international commercial arbitration system will develop towards convergence and standardization. Arbitration institutions should follow this tendency and carry out reforms to enhance their competitiveness.

Keywords: legal market; efficiency improvement; convergence of law; reform of arbitration institutions

(责任编辑:刘 纲)

知识产权仲裁机构建设： 理论证成、域外借鉴和制度设计

杜焕芳课题组*

内容提要 大力发展知识产权仲裁,建设知识产权仲裁机构是中国建设知识产权强国的重要保障,是服务“一带一路”倡议的重要措施,对我国构建多元化的知识产权争议解决机制具有重大意义,可以有效促进我国知识产权仲裁事业的深入发展。吸取境外知识产权仲裁机构的经验可为我国知识产权仲裁机构的创建提供一定的思路和借鉴。基于扩大国际影响力、矫正异化的多元纠纷解决机制等考量,知识产权仲裁机构应外分而非内设,至于知识产权仲裁机构的程序性规范,既应遵循一般的程序性规范,亦应针对知识产权纠纷设计契合其特性的规则。

关键词 知识产权 知识产权仲裁 知识产权仲裁机构 制度设计

2017年6月23日,国务院知识产权战略实施工作部际联席会议审议通过《2017年深入实施国家知识产权战略加快建设知识产权强国推进计划》(国知战联办〔2017〕12号),其中提出要“提升知识产权对外合作水平,建立知识产权仲裁机构,完善知识产权争议解决机制”。2020年5月13日,国务院知识产权战略实施工作部际联席会议审议通过《2020年深入实施国家知识产权战略加快建设知识产权强国推进计划》(国知战联办〔2020〕5号),其中提出要“大力培育知识产权仲裁机构和调解组织”。

一、知识产权仲裁机构建设的理论证成

建设知识产权仲裁机构对中国更好地融入并建设国际规则,提升国际竞争力意义重大。建设知识产权仲裁机构是建设知识产权强国的重要保障,是服务“一带一路”倡议的重要举措,是增强中国国际话语权的重要方式。建设知识产权仲裁机构可以与法院知识产权案件审判优势互补,可以发挥仲裁解决知识产权案件的特殊优势,可以促进中国

* 本文系中国国际贸易促进委员会/中国国际商会委托课题《知识产权仲裁机构建设》的部分结项成果。课题组由中国人民大学法学院教授、博士生导师杜焕芳担任主持人,中国人民大学法学院博士研究生李贤森、孙嘉珣、庄诗岳为课题组主要成员。

知识产权仲裁事业的深入发展。

（一）建设知识产权仲裁机构的重要性

1. 是建设知识产权强国的重要保障

知识产权对一个国家的发展具有至关重要的作用,习近平主席在博鳌亚洲论坛 2018 年年会开幕式主旨演讲《开放共创繁荣 创新引领未来》中指出,“加强知识产权保护。这是完善产权保护制度最重要的内容,也是提高中国经济竞争力最大的激励。对此,外资企业有要求,中国企业更有要求”,“我们鼓励中外企业开展正常技术交流合作,保护在华外资企业合法知识产权。同时,我们希望外国政府加强对中国知识产权的保护。”^①

仲裁作为知识产权争议解决的终端方式之一,具有非常重要的作用与价值。建设知识产权仲裁机构是加强知识产权保护的重要路径,知识产权仲裁机构的建设既可以帮助法院减轻数量庞大增长迅速的知识产权案件所带来的巨大审判压力,又可以帮助当事人快速、灵活、专业、保密地解决知识产权争议。知识产权仲裁机构的建设增加了知识产权保护的路径选择,增强了知识产权保护的保护力度,提高了知识产权保护的保护效率。建设知识产权仲裁机构是建设知识产权强国的重要保障。

2. 是服务“一带一路”倡议的重要举措

“一带一路”倡议的形成表明我国实现了对外开放政策的新转变。这一重要倡议刚提出就引起国内外有关国家和地区乃至全世界的强烈共鸣和高度关注。随着“一带一路”倡议进入全面实施阶段,经贸合作中的知识产权问题被日益关注,包括在“走出去”的过程中如何遵守当地的知识产权法律制度,在合作项目实施时如何保护我国已有的知识产权和合法利用他国的知识成果,产权纠纷出现时如何快捷地予以解决等。同时,由于部分国家知识产权发展水平较低,我国推行“一带一路”战略,促进与“一带一路”沿线国家和地区的经济、贸易交流面临诸多知识产权风险。^②

仲裁所具有的与生俱来的国际性,为“一带一路”知识产权争议的解决提供了绝佳的方式。仲裁具有的中立性、非内国性,使“一带一路”沿线国家都更愿意接受此种争议解决方式,同时仲裁裁决可以通过《纽约公约》获得有效的国际执行,对当事人而言避免了跨国执行的风险。注重运用法治思维和法治方式推动“一带一路”建设,完善知识产权相关争议解决方式,为“一带一路”建设提供坚实的法治保障。^③

3. 是增强中国国际话语权的重要方式

在知识产权保护方面,中国话语权正在逐步显现。无论是 2012 年达成的《视听表演北京条约》,还是中国与他国的自由贸易谈判从 2013 年起就开始注意增加知识产权相关议题,以及“一带一路”倡议下的知识产权领域合作的加强,中国关于知识产权的国

^① 习近平:《开放共创繁荣 创新引领未来——在博鳌亚洲论坛 2018 年年会开幕式上的主旨演讲》,载人民网, <http://cpc.people.com.cn/n1/2018/0410/c64094-29917187.html>,最后访问日期:2018 年 6 月 8 日。

^② 朱雪忠:《加强“一带一路”沿线知识产权国际合作的建议》,载国家知识产权局网站, https://www.cnipa.gov.cn/art/2016/9/29/art_1415_133066.html,最后访问日期:2018 年 6 月 9 日。

^③ 陈璐:《“一带一路”商事争议解决要有中国方案》,载中国贸易报 2017 年 4 月 13 日,第 6 版。

际话语权正在稳步增强,并试图影响甚至引导国际知识产权保护的未來动向。^④

知识产权的争议解决能力与效率,反映了一国知识产权的发展水平。国际社会是否愿意选择某国家某地区作为知识产权争议的解决地,反映了国际社会对该国家该地区在知识产权保护领域的认可度,更反映了该国该地区在国际知识产权保护中的话语权与领导力。构建知识产权仲裁机构是我国从国际知识产权规则的学习者到遵循者,从国际知识产权规则制度修订工作参与者再到今天成为主动作为者的重要方式。构建知识产权仲裁机构为知识产权争议提供更优质的争议解决服务,不仅关系到我国在国际知识产权保护领域中的话语权,更关系到我国在国际法治与全球治理中的国际话语权。

(二) 建设知识产权仲裁机构的必要性和可行性

1. 可以与法院知识产权案件审判形成优势互补

2014年、2015年、2016年、2017年新收知识产权民事一审案件分别为9.6万件、10.9万件、13.6万件、23.7万件,分别比上年增长7.8%、14.5%、24.7%、33.5%。^⑤针对知识产权纠纷的自身特点寻求多元化纠纷解决机制,使知识产权案件进行合理分流,对缓解我国法院知识产权案件审判压力、提高知识产权司法质量和效率具有重要的现实意义。随着我国改革开放的持续深入推进,党和国家高度重视知识经济的健康有序发展,陆续出台了《国家知识产权战略纲要》、《关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》《深化科技体制改革实施方案》等重要指导性文件。推进我国知识产权仲裁深入发展,缓解总量庞大增长迅速的知识产权纠纷对市场正常秩序带来的巨大压力,既是响应党和国家号召加快知识产权保护制度建设的应有之义,也是抓住机遇扩大仲裁服务社会影响力的重要举措。

2. 可以发挥仲裁解决知识产权案件的特殊优势

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,要“健全社会矛盾纠纷预防化解机制,完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制”。^⑥单一的诉讼机制难以满足全社会纠纷解决实践的需要,根据不同类型纠纷的特点探寻相应适宜的解决机制,是实现国家治理能力现代化、促进社会公平正义的重要举措。相较于其他类型的民商事纠纷,知识产权纠纷的解决具有急迫性、专业性、保密性、效益性、国际性等突出特点,更加需要依据自身情况选择适合的诉讼外

④ 陈学宇:《中国的国际知识产权保护立场》,载新浪网, <http://finance.sina.com.cn/roll/2017-09-06/doc-ifykpysa3537056.shtml>,最后访问日期:2018年6月10日。

⑤ 最高人民法院:《中国法院知识产权司法保护状况(2014年)》《中国法院知识产权司法保护状况(2015年)》《中国法院知识产权司法保护状况(2016年)》《中国法院知识产权司法保护状况(2017年)》,分别载最高人民法院网、中国法院网, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-14207.html>, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1845020.shtml>, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2017/04/id/2825053.shtml>, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/04/id/3278877.shtml>,最后访问日期:2018年5月8日。

⑥ 中共中央:《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),载北大法宝网, http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=237344,最后访问日期:2017年11月18日。

纠纷解决机制。《国家知识产权局办公室关于开展知识产权纠纷仲裁调解试点工作的通知》提出,仲裁在纠纷解决上具有高效快捷、专业性强、保密性好、灵活性突出、无地域管辖限制、裁决结果国际认可度高等独特优势,应当支持仲裁在知识产权纠纷多元化解决机制建设中扮演更为重要的角色,为权利人提供更多的维权选择,服务国家“一带一路”建设和企业“走出去”。^⑦

(1) 知识产权纠纷解决的特点

第一,知识产权盈利周期具有鲜明的时效性。知识产权的客体具有无形性,智力成果的相关产品与技术更新换代快速,市场淘汰周期短暂。换言之,知识产权的有效盈利周期相对有限,如不能迅速解决纠纷将必然影响知识产权的单位时间有效盈利,这就要求其争议解决必须满足紧迫性的需要。

第二,知识产权客体的技术性要求纠纷解决具有专业性。知识产权纠纷中的技术性问题通常非常复杂,但厘清这些技术性问题对于纠纷解决又十分关键,这需要裁判者兼具法律素养与专业技能。知识产权纠纷不仅涉及范围较广,而且本身与普通的民商事纠纷相比,更为复杂和难以把握。在各类知识产权纠纷中需要厘定的专业技术性问题通常都比较多。

第三,知识产权纠纷通常具有较大的社会影响,并且除了已经面向社会公开的智力成果外,纠纷中还存在商业秘密等大量的处于保密状态的内部信息。为避免在知识产权纠纷解决过程中产生广泛的负面社会影响以及因信息泄露而导致不可逆转的商业损失,需要特别强调保密性。

第四,知识产权纠纷的解决更加强调效益层面的互利共赢而非法律层面的绝对公平。这种以效益最大化为追求的市场导向型纠纷解决诉求有别于一般的财产争议,这是由知识产权客体的无形性与权利存续期间的时效性所决定的。

第五,世界经济联系日益紧密,知识产权的转化与利用必然是全球化的。知识产权客体能够轻易克服区域的限制在世界范围内得以迅速广泛的传播。知识产权的跨界流动日益增加,跨国知识产权争议频发,要求争议解决结果能够得到国际认可并在世界范围内得到有效执行。

(2) 仲裁解决知识产权纠纷的优势

第一,相较于冗长复杂的诉讼程序,仲裁程序更加高效快捷。根据课题组通过中国国际商会国际商会事务部发布的《知识产权仲裁机构建设》调查问卷的反馈结果显示,近80%的企业认为仲裁程序简便高效、成本较低,倾向于通过仲裁方式解决知识产权纠纷。以贸仲委为例,2015年受案量中67%的案件适用了简易程序。就2015年已经结案的全部案件进行分析,全部案件结案时间的中位数为组庭后143天。其中,适用简易程序

^⑦ 国家知识产权局:《国家知识产权局办公室关于开展知识产权纠纷仲裁调解试点工作的通知》(国知办函协字[2017]122号),载北大法宝网, http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=291438&keyword=%e7%9f%a5%e8%af%86%e4%ba%a7%e6%9d%83%e7%ba%a0%e7%ba%b7&EncodingName=&Search_Mode=like,最后访问日期:2017年12月20日。

程序的案件的平均结案时间为组庭后 104 天。^⑧

第二,严格的遴选标准保证了仲裁员的专业性。根据调查问卷的反馈结果显示,多数企业认为诉讼程序的知识产权解决时间过长,且缺乏专家团队。知识产权争议解决需要进一步提高争议解决机构或人员的技术判断能力,应在调查清楚技术事实的基础上正确运用规则和机制,必要时可委托有资格的中立的第三方进行技术研究和评估。

第三,仲裁具有严格的保密性。仲裁具有保密性的优点,这是知识产权纠纷当事人选择仲裁作为纠纷解决方式的重要理由之一。因为仲裁程序是私人的,所以知识产权纠纷双方当事人可以同意仲裁程序和结果保密。因此,仲裁所具有的天然秘密性特征,对于当事人秘密信息的保护是诉讼无法实现的。^⑨

第四,仲裁强调当事人意思自治,具有极强的灵活性。由于仲裁的契约性与私人性,仲裁案件当事人比诉讼案件当事人更有机会可以控制纠纷的解决方式。^⑩仲裁更能够体现当事人的自主性,不仅仲裁程序可以根据当事人的需求进行修改,而且在仲裁中当事人可以更加灵活地提出自身诉求,涵盖到判决结果无法顾及的诉讼请求外利益。

第五,仲裁方式将使知识产权纠纷解决结果获得更为普遍的效力与执行力。知识产权的全球化问题,知识产权的特点是因为规则的拟制,权利的正当性是打破国界的,商标、专利权利的新颖性和公开性是放在全球的范围内讨论的,而纽约公约的广泛适用保证了仲裁裁决在全球范围内得以承认和执行,知识产权的这种特质本身与仲裁的特点是非常契合的。

2. 有助于促进我国知识产权仲裁深入发展

(1) 有助于扩大知识产权仲裁的受案量

建设知识产权仲裁机构有助于扩大知识产权仲裁的受案量。相较于知识产权诉讼案件,知识产权仲裁案件的受案量与增长率则显得进展较慢。以贸仲委为例,2014年受理知识产权纠纷数量占涉外案件受案量的 1.77%,2015年受理知识产权纠纷数量占涉外案件受案量的 4.1%。^⑪以北仲委为例,2014年受理知识产权纠纷数量为 43 件,占全部案件数的 2.11%;2015年受案数量为 26 件,占全部案件数量的 0.88%;2016年受案数量为 47 件,占全部案件数量的 1.56%。^⑫可以看出综合性仲裁机构受理的知识产权纠纷数量少,占整体受案数量的比重轻。专业知识产权仲裁机构的受案量也总体偏少,除上

⑧ 中国国际经济贸易仲裁委员会:《中国国际商事仲裁年度报告 2015》,载中国国际经济贸易仲裁委员会网站 <http://www.cietac.org/Uploads/201612/58678e45783ae.pdf>,最后访问日期:2017年12月20日。

⑨ 辛柏春:《国际商事仲裁保密性问题探析》,载《当代法学》2016年第2期,第121页。

⑩ WIPO, ADR Advantages, 载 WIPO 网站, <http://www.wipo.int/amc/en/center/advantages.html>,最后访问日期:2017年11月18日访问。

⑪ 中国国际经济贸易仲裁委员会:《中国国际商事仲裁年度报告 2014》《中国国际商事仲裁年度报告 2015》,载中国国际经济贸易仲裁委员会网站, <http://www.cietac.org/Uploads/201610/57fc0d50a1742.pdf>, <http://www.cietac.org/Uploads/201612/58678e45783ae.pdf>,最后访问日期:2017年11月20日。

⑫ 北京仲裁委员会:《北京仲裁委员会 2014 年工作总结》《北京仲裁委员会 2015 年工作总结》《北京仲裁委员会 2016 年工作总结》,载北京仲裁委员会网站 <http://www.bjac.org.cn/page/gymbh/2014zj.html>, <http://www.bjac.org.cn/news/view?id=2692>, <http://www.bjac.org.cn/news/view?id=2909>,最后访问日期:2017年11月20日。

海知识产权仲裁院自成立以来受理案件高于 100 件之外,厦门、广州、武汉、重庆四地专业知识产权仲裁机构受理的案件数目基本为 20-50 件。^⑬知识产权纠纷受案数量少的情况反映出社会对于知识产权仲裁的了解不足、认识不够、参与意愿不高等问题。

(2) 有助于扩展知识产权仲裁的受案种类

建设知识产权仲裁机构有助于扩展知识产权仲裁的受案种类。综合性仲裁机构所受理的知识产权案件中绝大多数为合同纠纷,少量涉及侵权纠纷,很少出现效力纠纷。专业性知识产权仲裁机构所受理的案件中,合同争议的平均数量超过 50%,另有部分仲裁机构则直接将知识产权纠纷受案范围限定为知识产权合同纠纷。以上海知识产权仲裁院为例,官方介绍中明确表示“专门负责处理涉及知识产权合同纠纷的仲裁案件”。^⑭根据调查问卷的反馈结果显示,多数企业表示在经营过程中会涉及知识产权权属争议问题,以专利有效性、商标的权属等居多。从纠纷解决的全面性和完整性来看,狭窄的受案范围规定将严重影响纠纷解决方式的实践价值与社会影响力。知识产权纠纷受案种类单一实际上既反映了仲裁机构过于谨慎的受案态度,也反映出当事人对于案件裁决效力的担忧。

(3) 有助于促进知识产权仲裁机构健全发展

首先,知识产权仲裁机构的数量有限且地域分布不均。从整体数量上看,已设立的知识产权仲裁机构数量有限。仅有厦门、广州、上海、武汉、重庆、青岛、南京、深圳等少数仲裁委员会设立了知识产权仲裁机构。从地域分布观察,这些机构主要位于受案数量具有保证、仲裁员水平相对较高的经济发达地区城市或区域重要城市。

其次,知识产权仲裁机构的专业性有待提升。从组织独立性看,在我国现行法律体制下知识产权仲裁机构缺乏独立的主体资格。我国目前的知识产权仲裁机构均为各地仲裁委员会下属分支机构,知识产权仲裁机构与其所属仲裁委员会在组织架构上具有重合性、主体资格上具有从属性、资源配备上具有依赖性,使其独立性与专业性受到质疑。从具体制度看,多数知识产权仲裁机构并没有专门针对知识产权纠纷设计仲裁规则与仲裁员名册。以上海知识产权仲裁院为例,其规定“提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁”。^⑮另外,应当注意到,贸仲委等一些大型仲裁机构虽未在内部设立专门化的知识产权仲裁中心或者分支机构,但通过对仲裁员专业领域进行合理区分、对仲裁规则进行个案调整等方式以满足具体知识产权纠纷解决的特殊需求,也是一种较为切实有效的工作模式。

^⑬ 倪静:《知识产权仲裁机制研究》,厦门大学出版社 2013 年版,第 273 页。

^⑭ 上海知识产权仲裁院:《上海知识产权仲裁院 2014 年受理案例情况》,载上海知识产权仲裁院网站, <http://zscq.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=45&id=26&menu=379-45->,最后访问日期:2017 年 11 月 21 日。

^⑮ 上海知识产权仲裁院:《仲裁指南》,载上海知识产权仲裁院网站 <http://zscq.accsh.org/?menu=0--2010-10-21>,最后访问日期:2017 年 12 月 21 日。

二、知识产权仲裁机构建设的域外借鉴

由于知识产权纠纷对仲裁程序的保密性、快捷性与仲裁员的专业水平有更高的要求,专门的知识产权仲裁机构和仲裁安排能够更好地满足当事人的需求。目前,专门的知识产权仲裁机构虽然并不多见,但每一个都具有代表性,有着独特的仲裁程序设计和经验。

(一) 全球性常设知识产权仲裁机构——WIPO 仲裁与调解中心

世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization, 下称 WIPO)的由来,要追溯到《巴黎公约》和《伯尔尼公约》,这两个公约都规定成立“国际局”或秘书处。1893年两机构合并在一起,最终命名为“保护知识产权联合国际局”。^{①⑥}在 WIPO 建立后相当一段长的时间内,并没有独立的争端解决机制。当事人的争端解决主要依靠:(1) WIPO 所管辖条约中规定的争端解决方式;(2) WIPO 所管辖的条约中所援引的争端解决方式。^{①⑦}随着历史进程,知识产权的国家主权和地域性观念逐渐被改变,各国纷纷意识到替代性争议解决(ADR)在知识产权纠纷处理上的巨大优势。1994年, WIPO 仲裁与调解中心(下称“中心”)成立,这是第一个也是目前为止唯一一个全球性常设的知识产权仲裁机构, WIPO 设有不对外公布的中立人名单,其中有超过 1500 位独立的仲裁员、调解员和专家,寻求争议解决的当事方可从中提名或指定。^{①⑧}

WIPO 的仲裁程度可从以下方面展开:(1) 仲裁的开始(2) 仲裁庭的组成(3) 仲裁庭的管辖权抗辩(4) 仲裁程序(5) 当事人追加和仲裁合并(6) 临时保护措施与紧急救济程序(7) 证据规则(8) 保密规则(9) 期限和效力(10) 费用。^{①⑨}2014年,基于提高仲裁效率、降低仲裁费用的考虑, WIPO 提出了《世界知识产权组织快速仲裁规则》。^{②⑩}快速仲裁规则与普通仲裁规则基本一致,区别主要在以下几点:

首先,仲裁程序期限缩短。为了加快仲裁进程,快速仲裁规则作了下列改进:(1) 在普通仲裁程序中,请求书、答辩书可以和仲裁申请书、答复书一并提交,也可以在仲裁庭成立后 1 个月内提交,在快速仲裁程序中则必须一并提交;(2) 在普通仲裁程序中,提交答复书的期限是 30 天,在快速仲裁程序中是 20 天;(3) 在普通仲裁程序中,开庭时间由仲裁庭决定,在快速仲裁程序中要在收到答复书 30 天之内开庭;(4) 在普通仲裁程序中,程序要在仲裁庭建立后 9 个月内结束,在快速仲裁程序中要在 3 个月内结束;(5) 普通

^{①⑥} 知识产权出版社编:《世界知识产权组织知识产权指南:政策、法律及应用》,知识产权出版社 2012 年版,第 1 页。

^{①⑦} 黄晖:《世界知识产权组织 WIPO 仲裁研究》,四川大学出版社 2013 年版,第 19 页。

^{①⑧} 中立人名单信息参见 <http://www.wipo.int/amc/en/ neutrals/index.html>,最后访问日期:2018 年 1 月 15 日。

^{①⑨} 世界知识产权组织仲裁规则,参见 <http://www.wipo.int/amc/zh/arbitration/rules/index.html>,最后访问日期:2018 年 1 月 15 日。

^{②⑩} 世界知识产权组织仲裁规则,参见 <http://www.wipo.int/amc/zh/arbitration/expedited-rules/>,最后访问日期:2018 年 1 月 15 日。仲裁规则比较,参见 <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/compared.html>,最后访问日期:2018 年 1 月 15 日。

仲裁程序中,要在仲裁程序结束后3个月内作出最终裁决,在快速仲裁程序中要在1个月内作出最终裁决。

其次,仲裁庭的组成不同。普通仲裁程序在特殊情况下可以是三人仲裁庭,快速仲裁程序一定是独任仲裁庭。

最后,仲裁的费用不同。快速仲裁立案费和管理费基本为普通仲裁费用的一半,仲裁员费在争议数额1000万美元以下时是固定费率。

(二) 国家常设知识产权仲裁机构——日本知识产权仲裁中心

日本知识产权仲裁中心(Japan Intellectual Property Arbitration Center,下称JIPAC)作为世界上少见的国家知识产权仲裁机构,其经验做法值得借鉴。为了建立国际知识产权争端解决中心,日本通过法律扩大了可仲裁事项的范围。^①根据《日本民事诉讼法》的规定,对于专利侵权问题和专利有效性都具有可仲裁性,但裁决的效力大多数情况下都被限制在当事人之间。^②

JIPAC的仲裁应由三人组成的专家组进行,其中应至少包含一名律师和一名专利律师。JIPAC应该指定仲裁员,若当事方想要指定仲裁员,双方可各指定一名仲裁员,中心指定第三名仲裁员。三名仲裁员应自主选出首席仲裁员。中心咨询意见的专家组成员不能作为此事项的仲裁员。仲裁庭可以为仲裁员从JIPAC提供的助理候选名单中指派助理。

申请仲裁方应向JIPAC提出仲裁申请书,被申请方应提交书面回应。仲裁程序应包括一次预备听证和一次仲裁听证。JIPAC指定听证地点,双方均应到场。预备听证目的是为仲裁、文件和证据的提交做准备,可由一位仲裁员进行。仲裁应在预备听证后6个月内结束。仲裁庭可以在听证会上质询当事方、检查证据、传唤证人、专家证人或进行其他必要的调查。当事方可以要求仲裁庭对某些材料保密,不披露给对方并说明理由,仲裁庭最终需要给出是否保密的决定,若仲裁庭决定不保密,提交信息的一方可以撤回信息。JIPAC仲裁规则中同样有实验、检查和专家证人的相关证据规则。仲裁庭认为时机成熟、可以作出裁决时,应宣布终止程序。^③

(三) 知识产权仲裁安排——香港国际仲裁中心知识产权小组

香港国际仲裁中心(Hong Kong International Arbitration Center,下称HKIAC)于2016年3月14日推出《知识产权争议仲裁员名册》(下称《名册》)。《名册》包括了众多在处理知识产权案件方面具有丰富经验的国际知名专家。《名册》目前有30名成员。《名册》独立于HKIAC的常规仲裁员名册和名单,并将成为HKIAC在IP案件中指定仲裁员的主要来源。《名册》还可为当事人在IP纠纷中仲裁员的提名和选择上提供参考。^④

^① 相关信息来源参考 <https://www.ip-adr.gr.jp/eng/history/>,最后访问日期:2018年1月15日。

^② 陈健:《知识产权仲裁制度研究》,载《北京仲裁》第94辑,法律出版社2015年版,第14页。

^③ JIPAC仲裁规则,参见 https://www.ip-adr.gr.jp/data/e_1_2.pdf,最后访问日期:2018年1月15日。

^④ 信息来源参见 <http://www.hkiac.org/zh-hans/news/panel-arbitrators-intellectual-property-disputes>,最后访问日期:2018年1月15日。

在设立知识产权小组的同时,香港特区政府更新了《仲裁条例》(第609章)的咨询文件,目的在于确定与知识产权权利的存在、范围、效力、权限、侵权、交易、支付补偿有关的争议均可以在香港提交仲裁解决,且执行有关知识产权的仲裁裁决不违背香港的公共政策。^{②5}这一改动不仅扩展了可仲裁事项的范围,更扫清了仲裁裁决执行中可能遇到的“公共政策”障碍。这是HKIAC希望建立世界性知识产权争议解决中心的一大举措,但并无针对知识产权的其他特殊程序设计。

(四) 临时性知识产权仲裁机构——瑞士巴塞尔珠宝展知识产权仲裁

瑞士巴塞尔珠宝钟表展知识产权仲裁制度建立于1985年,而其起因应追溯到1983年的展会,那是巴塞尔珠宝钟表展第一次向外国厂商敞开大门。展会上出现了大量知识产权纠纷,当时,参加展会的厂商若有知识产权纠纷,只能诉诸法院。警察搜查、扣押、法院开庭判决,让展会主办方、参加的厂商和当地法院都感到苦不堪言。于是,巴塞尔钟表展主办方找来瑞士最好的仲裁专家,授权其设置一种内部法庭,以取代低效率的民事法院。这就是展会知识产权专家组的由来。专家组每年收到大约35个投诉,裁决效率很高,有时几小时就可以作出结论并得到执行。^{②6}其具体规则如下:

(1) 专家组现由7个有投票权的成员(法律人士和对钟表珠宝有特别认知的专家)和一个无投票权的成员(技术专家)组成。(2) 如果有人认为在展览会中的某一展品对其知识产权构成侵犯,就有权到专家组投诉。(3) 在展览期间每天都可递交起诉,口头起诉有效。(4) 专家组接到诉讼后,组团和起诉人、被告人代表一起到被告的展台上现场观察,调查真相。(5) 专家组的决定对所有展览参与者都是有拘束力的。(6) 对参展商,一个投诉需交2200瑞士法郎。^{②7}

(五) 专门的知识产权仲裁机构的共性

1. 特殊的规则设计

由于知识产权纠纷的特殊性,专门的知识产权仲裁均有一些特殊的程序设计。

首先,仲裁庭的组成不同于一般商事仲裁。在WIPO仲裁中,独任仲裁庭是原则,三人仲裁庭是例外,这是出于高效、成本低的角度考虑的。在JIPAC仲裁中,仲裁庭必须要有一个律师和一个专利律师,这是出于专业性的角度考虑的。巴塞尔珠宝钟表展的仲裁更为特殊,甚至没有仲裁员选择程序。其次,知识产权纠纷的解决需要相当高的专业知识,因此知识产权仲裁在证据规则上也比一般商事仲裁要更丰富。WIPO与JIPAC仲裁中,都有关于实验证据、检查厂房产品、指定基础读物和模型的证据规则,这都是为了提高仲裁的专业性。最后,专门的知识产权争端解决机构虽然都以仲裁为主,但都不局限于仲裁,还配合了调解、磋商、专家裁决等纠纷解决方式。在解决知识产权纠纷时选择更广,更能满足当事方的需求。

^{②5} 《2017年香港仲裁(修订)条例》,2017年第5号条例,103C与103G(2)。

^{②6} 张怀印:《瑞士巴塞尔珠宝钟表展中的知识产权仲裁制度及其启示》,载《仲裁研究》2013年第1期,第80-87页。

^{②7} 巴塞尔珠宝钟表展知识产权仲裁规则,参见<https://www.baselworld.com/zh-CN/Exhibitors/Panel.aspx>,最后访问日期:2018年1月15日。

2. 程序灵活高效

知识产权仲裁的程序具有灵活、高效两大特点。

第一,当事人的意思自治贯穿整个仲裁程序,从仲裁庭的组建、仲裁员的选择、仲裁程序的确定、仲裁中法律适用到语言选择,全部都以当事人约定为先,若无约定才采用《规则》中的规定。当事人在解决争议时有更大的自主权,可以用更灵活、更符合当事人经济利益的方式解决纠纷。第二,专门的知识产权仲裁对于效率要求极高。WIPO 在 2013 年对 60 多个国家,近 400 名调查对象开展了“技术交易争议解决国际调查”。此次调查中,中心充分评估了使用包括仲裁在内的 ADR 解决技术相关争议的现状及其比较优势。调查显示,在资金和时间成本以及可执行性、结果的优劣程度和保密性方面,仲裁等 ADR 方式都提供了颇具吸引力的选择,但需要进一步提高效率。^{②8} 虽然目前知识产权仲裁作出裁决普遍快于一般的商事仲裁,但效率高并不仅仅意味着裁决做出的快,还需要更加便利当事人的争端解决程序顺利进行。因此, WIPO 和 JIPAC 都有审前会议/预备听证,都是为了事先确定好程序,避免程序谈判的时间浪费。另外,这些机构都允许当事人通过电话会议、网络视频会议等方式开庭或举行听证, WIPO 甚至推出了 ECAF,可以线上处理、阅读案件相关文件,这都大大提高了仲裁的效率。

3. 保密程度高

知识产权仲裁非常重视保密。与一般商事仲裁相比,知识产权仲裁通过签署保密承诺书、扩大保密主体范围、^{②9} 制定信息披露条件等规定,进一步提高了保密要求。WIPO 甚至专门为此问题设立了保密顾问,专门裁决保密问题并制定保密规则。这些规则能让知识产权纠纷当事人更有安全感,更多地将知识产权仲裁作为解决争议的方法。

4. 费用低

专门的知识产权仲裁费用比一般商事仲裁要低很多。国际商会的国际仲裁院争议数额在 5 万美元以下时最低管理费为 5000 美元,仲裁员费 3000 美元。^{③0} WIPO 仲裁与调解中心争议数额在 250 万美元以下时管理费才 2000 美元,快速仲裁程序管理费仅需要 1000 美元。同样,日本商事仲裁协会在争议数额为 500 万日元以下时管理费为 21.6 万日元^{③1},知识产权仲裁中心一个案件仅需要提交 10 万日元申请费。

^{②8} 李志春:《世界知识产权组织 2014 仲裁规则评析》,载《南华大学学报(社会科学版)》2015 年第 5 期,第 83-87 页。

^{②9} 黄晖:《世界知识产权组织 WIPO 仲裁研究》,四川大学出版社 2013 年版,第 272-273 页。

^{③0} 数据来源参考 https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_c1, 最后访问日期: 2018 年 1 月 15 日。

^{③1} 数据来源参考 http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/Arbitration_Rules_2015e.pdf, 最后访问日期: 2018 年 1 月 15 日。

三、知识产权仲裁机构的现实构建方案和具体制度设计

(一) 知识产权仲裁机构的现实构建方案

1. 知识产权仲裁机构的构建基础

(1) 知识产权纠纷与仲裁的内在契合性

知识产权纠纷的解决具有急迫性、专业性、保密性、效益性、国际性等特点。即知识产权盈利周期具有鲜明的时效性；知识产权客体的技术性要求纠纷解决具有专业性；知识产权纠纷的解决更加强调效益层面的互利共赢而非法律层面的绝对公平；世界经济联系日益紧密，知识产权的转化与利用必然是全球化的。^②而仲裁具有以下特点，即自愿性、专业性、灵活性、保密性、快捷性、经济性、独立性。由二者的特点观之，仲裁的快捷性、专业性、保密性、灵活性、独立性恰好能够应对知识产权纠纷解决的急迫性、专业性、保密性、效益性、国际性，知识产权纠纷与仲裁具有内在的契合性。

(2) 知识产权纠纷解决机制的外在多元性

多元化纠纷解决机制改革是我国当下司法改革的重点，其对于缓解法院知识产权案多人少的压力、赋予当事人充分的程序选择权、针对性解决类型化纠纷等具有重要意义，亦是知识产权仲裁机构构建的外在动因。“知识产权纠纷解决机制多元构建的直接动因在于诉讼机制的固有缺陷，即单一的诉讼机制无法满足当事人的需求，其原因大体包括两个层面：一是知识产权纠纷具有独特性，诉讼机制无法契合其特定的取向；二是诉讼机制的天然缺陷所致，包括诉讼机制所追求的首要价值是公正而非效率、诉讼程序以公开为原则以不公开为例外、审判结果无法兼顾诉讼请求以外的法益。”^③相较于诉讼程序，仲裁程序更契合知识产权纠纷的特性，亦能赋予当事人充分的程序选择权。

2. 知识产权仲裁机构应当以独立外设机构为主

在证成知识产权仲裁机构设立的必要性之后，则需探讨知识产权仲裁机构内设与外分的问题。即是将知识产权仲裁机构定位为各仲裁委员会的内设部门或分支机构，还是定位为独立于各仲裁委员会的独立建制的仲裁机构。

第一种方案为内设，即设立知识产权仲裁院。为充分发挥仲裁处理知识产权纠纷的功能和优势，实现知识产权案件审理的专业化，以有效保护当事人的合法权益，广州、深圳、武汉、南京、杭州、上海、青岛、重庆等仲裁委员会纷纷设立了知识产权仲裁院。其中，各知识产权仲裁院均具有以下特点：第一，知识产权仲裁院的性质系各仲裁委员会的分支机构或内设机构，其须遵循《仲裁法》、各仲裁委员会仲裁规则的规定，即知识产权仲裁院本身不具独立性。第二，知识产权仲裁院主要受理知识产权合同纠纷案件，部分受

^② 参见中国国际经济贸易仲裁委员会：《中国国际商事仲裁年度报告 2016》，第 94-95 页，载中国国际经济贸易仲裁委员会官网，<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=14501>，最后访问日期：2017 年 12 月 24 日。

^③ 参见梁平、陈焘：《论我国知识产权纠纷解决机制的多元构建》，载《知识产权》2013 年第 2 期，第 58 页。

理知识产权权属、侵权纠纷案件,在受案范围方面持谨慎、保守态度。第三,知识产权仲裁院积极选任知识产权领域的著名专家、教授、学者、律师等担任仲裁员,并建立专门的知识产权仲裁员名册,充分体现了仲裁“专家断案”的特点。此外,部分知识产权仲裁院还设置了专家咨询委员会,对一些疑难案件或争议比较大的案件为仲裁庭提供法律咨询,保证案件的公正裁决。第四,知识产权仲裁院注重仲裁与调解相结合,在仲裁程序中,仲裁员能够同时履行调解员的职能。第五,知识产权仲裁院积极开展知识产权仲裁领域的理论研究,致力于为知识产权仲裁办案实践提供理论支撑和指导。各知识产权仲裁院依附于各仲裁委员会,故知识产权仲裁院的仲裁规则本质上并未突破现有规定。各仲裁委员会对知识产权仲裁实际上仍持谨慎、保守态度,由此也在一定程度上致使知识产权仲裁案件较少。

第二种方案为外分,即构建独立的知识产权仲裁机构。构建独立的知识产权仲裁机构应考量的重要因素之一,即是否有足够的知识产权仲裁案件,供知识产权仲裁机构处理。各仲裁委员会知识产权案件的受案量似乎表明无构建独立知识产权仲裁机构的必要。但法院与仲裁机构之间受案量的巨大差异,恰恰反映出多元化纠纷解决机制改革的异化,未能充分发挥通过仲裁程序处理知识产权纠纷的功能。正因如此,则更有构建独立知识产权仲裁机构的必要,以使多元化纠纷解决机制回归正途,分担知识产权法院处理知识产权纠纷案多人少的压力,发挥仲裁程序处理知识产权纠纷的内在优势,强化当事人选择仲裁程序解决知识产权纠纷的信心。此外,世界经济联系日益紧密,知识产权的转化与利用呈现全球化态势,进而导致知识产权纠纷解决具有全球化的特点。从扩大国际影响力、承担大国责任,以及切实为解决跨国知识产权纠纷、他国知识产权争议提供路径的角度,亦应设立独立的知识产权仲裁机构,吸纳跨国知识产权纠纷、他国知识产权争议。故知识产权仲裁机构应外分而非内设。

3. 独立知识产权仲裁机构与相关机构的比较以及自身的程序定位

(1) 独立知识产权仲裁机构与国际性、地区性商事仲裁机构

国际性商事仲裁机构,是指依据某个国际组织的决议或某个国际条约成立的,用以处理国际商事争议的常设性商事仲裁机构。它不隶属于任何特定国家,但可能附设在某一国际组织或机构下,其影响范围涉及世界各国,如国际商会商事仲裁院、解决投资争端国际中心等。地区性国际商事仲裁机构,是基于地区性的国际组织的决定或地区性的国际公约而成立,主要受理成员国之间的商事仲裁案件,它不从属于任何一个成员国,如美洲国家间商事仲裁委员会。^④ 独立知识产权仲裁机构仅是我国的商事仲裁机构,是基于内国的决定而设立。但其承担着解决跨国知识产权纠纷、他国知识产权争议的功能,并为将来设置国际性或地区性的知识产权仲裁机构提供经验和范本。

(2) 独立知识产权仲裁机构与知识产权法院

独立知识产权仲裁机构本质上亦是仲裁机构,其是依法成立的,有权根据仲裁协议

^④ 江伟、肖建国:《仲裁法》,中国人民大学出版社2016年版,第106页。

受理、裁决知识产权案件并管理仲裁程序的机构。其有自己的名称、住所和章程,有必要的财产,有该委员会的组成人员,有聘任的仲裁员。其既是仲裁程序的管理机构,也是仲裁的服务机构;虽然政府可以参与独立知识产权仲裁机构的设立,但其是独立于政府的民间机构。而法院是国家设立的国家机关,其任务是审判民事、刑事、行政案件。但独立知识产权仲裁机构与知识产权法院均是解决当事人之间的知识产权纠纷的机构,二者与和解、调解等ADR方案等共同构成了多元纠纷解决机制的一环。凡具有可仲裁性的案件,当事人在法院和知识产权仲裁机构之间具有程序选择权。此外,正如前述,独立知识产权仲裁机构设立的一个重要目标在于矫正异化的多元纠纷解决机制,缓解知识产权法院的受案压力。

(3) 独立知识产权仲裁机构与知识产权仲裁院

根据现行法及仲裁法理,独立知识产权仲裁机构的设立,并不影响各仲裁机构内设知识产权仲裁院,也不影响各仲裁机构受理知识产权案件。但为实现知识产权仲裁机构的设立目标,应从仲裁法、仲裁规则、当事人合意三个层面,尽量扩展独立知识产权仲裁机构的受案范围。比如仲裁法应明定知识产权侵权纠纷、知识产权有效性纠纷等具有可仲裁性,仲裁规则应明定仲裁机构的临时措施发布权、简易程序的适用等,凡当事人合意由知识产权仲裁机构仲裁的案件应由其管辖。此外,应依托知识产权仲裁机构的专业化、完备的知识产权仲裁规则、合理的程序、全面周到的服务、广泛的宣传,使知识产权仲裁成为当事人解决知识产权纠纷及相关争议的首选。

(4) 独立知识产权仲裁机构与调解

调解是指双方或多方当事人就争议的实体权利、义务,在第三方主体的组织主持下,自愿进行协商以解决争议的纠纷解决模式。仲裁和调解具有诸多相似之处,比如都属于ADR方案的一种,都由第三方主体主持解决争议,都遵循自愿原则、不公开原则等。但调解程序中的自愿原则远比仲裁程序中的合意更具灵活性、随意性,比如调解程序无固定的程序规则,调解书无须写明调解理由等等。此外,调解书的达成依赖于双方当事人的同意,而仲裁裁决的作出是由仲裁庭根据事实和证据独立作出。

总之,调解和仲裁亦具有诸多不同之处,二者是不同的纠纷解决机制。但仲裁和调解可以有机结合,根据《仲裁法》第51条规定,仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成的,应当及时作出裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书。这是作仲裁调解书的法律依据。值得注意的是,调解不是仲裁的必经程序,仲裁庭应当在查明事实、分清是非的前提下,在当事人自愿的基础上,及时、公正地调解,并对当事人达成的调解协议制作仲裁调解书,自争议双方当事人签收之日起生效,与裁决书具有同等法律效力。如果一方当事人不履行调解书,另一方当事人可以据此向人民法院申请强制执行。

4. 独立知识产权仲裁机构的设立主体、资金、数量、步骤

就设立独立知识产权仲裁机构的主体而言,从人力、物力、财力、公信力、吸引力、专业性、社会影响力等角度考量,应该由中国国际商会单独或牵头组建国家层面的专门的

知识产权仲裁机构；就设立独立知识产权仲裁机构的资金而言，前期由国家投入部分资金帮忙建构、宣传、引导、支持，尤其是采用积极的公共政策和公共平台促进知识产权仲裁规则的推广，后期由知识产权仲裁机构自负盈亏，知识产权仲裁机构应该通过仲裁规则的推广、硬件和软件服务的提升等吸引案源。

就设立独立知识产权仲裁机构的数量而言，具体有两种方案：一是设立全国性统一的独立的知识产权仲裁机构，二是按区域设立若干独立的知识产权仲裁机构。第一种方案有利于吸纳国际案件，扩大国际影响力。第二种方案有利于吸纳国内案件，方便内国当事人进行仲裁。但仅吸纳国际案件，无法保证作为民间机构的知识产权仲裁机构获得充足的运行资金，亦无法保证仲裁员通过大量案件的审理提高专业性；仅吸纳国内案件，则无法提高国际影响力、承担大国责任、展现大国风采。故应兼顾国际、国内两个层面，按区域设立若干独立的具有标志性、影响力的知识产权仲裁机构。

就设立独立知识产权仲裁机构的步骤而言，基于提高国际影响力，承担大国责任展现大国风采，统一仲裁资源、受理案件数量，实现仲裁专业化，分担法院受案压力等因素的考量，应先行在北京、上海、广州等具有国际知名度、知识产权案件密集、仲裁资源和专业人才丰富的地区，设立独立的知识产权仲裁机构。此后，在知识产权仲裁机构逐步为国际、国内接受，知识产权仲裁规则逐步完善，民诉法、仲裁法逐步与之配套的基础上，应在省会城市、经济发达城市等地区设立知识产权仲裁机构。

（二）知识产权仲裁机构的具体制度设计

1. 知识产权仲裁机构的总体要求

知识产权仲裁、知识产权仲裁机构本质上不能脱离仲裁、仲裁机构的范畴，其仅是程序细化以及政策考量的产物。故知识产权仲裁、知识产权仲裁机构在仲裁协议的达成、效力，仲裁机构的受案范围，仲裁的申请、受理，仲裁庭的组成，仲裁员的选任，仲裁案件的审理，仲裁证据的收集、提交、审核认定，仲裁裁决的作出，仲裁调解，仲裁临时措施，仲裁裁决的撤销与执行等方面亦应遵循现行《民事诉讼法》、《仲裁法》及其司法解释的规定，即应遵循现有的程序性规范。

但是，相较于一般的合同纠纷和其他财产权益纠纷，知识产权纠纷的解决具有急迫性、专业性、保密性、效益性、国际性等特点。故在遵循一般程序性规范的基础上，应针对知识产权纠纷设计契合其特性的规则。具体而言：第一，知识产权仲裁机构应在“合同纠纷和其他财产权益纠纷”的限定下尽量拓宽其受案范围，以切实发挥知识产权仲裁机构处理知识产权纠纷的优势和功能，吸纳国际、国内案件。第二，鉴于知识产权纠纷的解决具有专业性，知识产权仲裁机构应选任专业性、技术性较强的仲裁员、仲裁秘书等仲裁人员，以契合知识产权纠纷的特性。第三，鉴于知识产权纠纷的解决具有急迫性、保密性等特点，知识产权仲裁机构应拓宽仲裁简易程序的适用范围。即便适用一般的审理程序，也应尽量在遵循当事人意思自治基础上简化程序。第四，鉴于知识产权纠纷的解决具有急迫性的特点，应扩大临时措施的种类、明晰申请临时措施的具体标准，赋予知识产权仲裁机构临时措施决定权，等等。第五，鉴于仲裁机构信息化是互联网、云计算、大数据、人

工智能时代的必然趋势,且从提高知识产权仲裁机构的竞争力的角度,应该逐步实现知识产权仲裁机构的信息化。

2. 知识产权仲裁机构的仲裁范围

(1) 知识产权仲裁机构受案基本原则

仲裁机构的受案范围,又称仲裁范围或可仲裁性,是指依据现行法的规定可以通过仲裁解决的争议范围。知识产权仲裁机构仲裁范围的确定应遵循以下两个基本原则:

第一,遵循现行法关于仲裁范围的规定。根据《仲裁法》第2、3条之规定,确立争议可仲裁性的标准有二:主体标准,即仲裁当事人应当是平等主体的公民、法人和其他组织;客体标准,即平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷可以仲裁,婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷、依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。^⑤“可仲裁性问题通常涉及一国的社会公共利益,属于一国国内法问题。在一国被认为是可以仲裁解决的事项,在另一国可能不能通过仲裁的方式解决。如果一国法院认为仲裁裁决的对象不具有可仲裁性,那么即使当事人之间订有仲裁协议,该协议也是无效的,仲裁裁决也自然不能得到法院的承认与执行。”^⑥

第二,尽量拓宽知识产权仲裁机构的仲裁范围。我国各仲裁委员会内设的知识产权仲裁院,在仲裁范围方面呈现谨慎、保守态度,即将仲裁范围限于知识产权合同纠纷,部分受理知识产权权属、侵权纠纷。但基于知识产权仲裁机构的功能发挥及促进国际民事交往的政策考量,应拓宽知识产权仲裁机构的仲裁范围,甚至软化现行法关于仲裁范围的规定。其中,最为重要的是:一方面,应积极受理知识产权侵权纠纷。由侵权行为而产生的争议,当事人双方是平等的民事主体,争议不涉及财产权益,但涉及的权利内容是当事人可以自由处分或可以和解的,这样的争议具有可仲裁性。^⑦另一方面,在厘清争议的基础上,应当承认知识产权有效性纠纷的可仲裁性。

(2) 专利和商标侵权纠纷的可仲裁性^⑧

我国是《纽约公约》的成员国,从该公约第2条第1款的规定以及我国加入该公约时所作的保留声明来看,专利和商标侵权纠纷属于非契约性纠纷,应当可以提交仲裁。《专利法》、《商标法》之规定与《纽约公约》确定的仲裁范围不相衔接。^⑨且承认知识产权侵权纠纷的可仲裁性与仲裁条款独立性原则相一致,承认知识产权侵权纠纷的可仲裁性是历史的必然,承认知识产权侵权纠纷的可仲裁性与仲裁员的“准法官”地位相一致,承认知识产权侵权纠纷的可仲裁性符合世界仲裁立法的发展趋势。^⑩基于知识产权

^⑤ 《仲裁法》第2条规定:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。”第3条规定:“下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。”

^⑥ 江伟、肖建国:《仲裁法》,中国人民大学出版社2016年版,第137页。

^⑦ 乔欣、李莉:《争议可仲裁性研究(下)》,载《北京仲裁》2004年第2期,第35页。

^⑧ 根据调查问卷,竞天公诚律师事务所、美国梵德福公司、北京银龙公司、国网冀北电力有限公司、浙江阿阿九电子商务有限公司涉及到专利和商标侵权纠纷,并且有通过知识产权仲裁予以解决的意愿与需求。

^⑨ 江伟、肖建国:《仲裁法》,中国人民大学出版社2016年版,第142页。

^⑩ 马民虎:《论我国知识产权侵权纠纷的可仲裁性》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》1999年第2期,第3页。

仲裁机构的功能发挥及促进国际民事交往的政策考量,亦应拓宽知识产权仲裁机构的仲裁范围,积极将知识产权侵权纠纷纳入其受案范围。此外,应当尊重当事人的意思自治,即尊重当事人于侵权行为发生后达成的争议解决条款。值得注意的是,知识产权兼具人身属性和财产属性,但根据前述《仲裁法》第3条之规定,仅知识产权侵权纠纷中牵涉财产权益的纠纷才可提请仲裁。

(3) 知识产权有效性纠纷的可仲裁性^④

关于“知识产权有效性纠纷的可仲裁性”,学界及实务界素有争议。世界上大部分国家和地区立法及司法实践,以及相关的国际条约都没有关于仲裁庭是否有权审理知识产权有效性争议的依据或先例。^⑤因知识产权纠纷的解决具有国际性的特点,致使国内“公共政策”的内涵和外延向国际“公共政策”的内涵和外延靠拢,“公共政策”对知识产权有效性纠纷可仲裁性的阻却呈弱化趋势。此外,虽然我国存在审查知识产权效力的专门机构,即由国家知识产权局设立的专利复审委员会、国家市场监督管理总局设立的商标评审委员会依法对专利、商标评审事宜行使裁决权,但根据《专利法》《商标法》之规定,当事人对专利复审委员会、商标评审委员会的决定不服的,可以向人民法院提起诉讼。换言之,“专门机构裁决+人民法院行政诉讼判决”模式的复杂程序设计、漫长的审理时间、专业化的缺乏、争点并非聚焦于知识产权有效性纠纷的解决等特点,与知识产权纠纷的解决具有急迫性、专业性、保密性、效益性的特点难以契合。且从促进知识产权仲裁机制的发展、有效解决知识产权纠纷的角度,对于“知识产权有效性纠纷的可仲裁性”问题亦应持肯定态度。

(4) 知识产权权属纠纷及其他纠纷

知识产权权属纠纷,是指当事人之间就谁是真正的知识产权人谁应该具有知识产权所发生的争议,如是单方知识产权人还是共同知识产权人等纠纷。因涉及知识产权之确权,基于知识产权的对世性的特点,应将该类纠纷交由以公开审判为原则的人民法院行使管辖权,而非交由以保密性为原则的知识产权仲裁机构进行处理。事实上,知识产权权属纠纷与物权在纠纷解决上具有相似性。此外,只要不违反仲裁法、仲裁规则之规定,凡当事人达成合意约定由知识产权仲裁机构处理的案件,知识产权仲裁机构即具有管辖权。比如在商业秘密案件中员工和合作厂商签订的保守秘密及竞业禁止合同,委托创作、委托研发合同中,即有可能存在仲裁条款。至于在双方当事人未达成仲裁合意的情况下,考虑通过行业准入的格式合同、技术国家标准中的某些条款设置,扩张知识产权仲裁的范围也不失为妥当的路径。

3. 知识产权仲裁机构的仲裁人员

(1) 知识产权仲裁员任职资格宽松化

我国《仲裁法》严格限定仲裁员的任职资格,采取固定资格制。此种做法,无疑有

^④ 根据调查问卷,竞天公诚律师事务所、美国梵德福公司、北京银龙公司、浙江阿阿九电子商务有限公司涉及到知识产权有效性纠纷,并且有通过知识产权仲裁予以解决的意愿与需求。

^⑤ 倪静:《论知识产权有效性争议的可仲裁性——对公共政策理由的反思》,载《江西社会科学》2012年第2期,第178页。

利于保证仲裁案件的质量、提高仲裁的社会认可度,亦便于当事人选择并降低选择的成本和风险。知识产权仲裁的特性之一即专业性,与之相适应即应配备专业的仲裁员。但知识产权是关于人类在社会实践中创造的智力劳动成果的专有权利,固定资格制显然无法与知识产权的“创造性”相适应。毕竟仲裁员仅是某一或几个领域的专家,对于其他领域尤其是新兴领域往往无能为力。故知识产权仲裁机构构建时可先行一步,将现有的列举式规定改为原则性规定。即以固定资格制为原则,辅之以不固定资格制,以达到结合二者优势并尊重当事人意思自治的效果。

(2) 技术型和专家型仲裁员有机结合

知识产权仲裁的特性之一即专业性,与之相适应即应配备专业的仲裁员,且该仲裁员应包括技术型仲裁员和专家型仲裁员。如何安排或协调技术型仲裁员与专家型仲裁员之间的关系?方案一是培养和选拔兼具法律背景和技术背景的仲裁员;方案二是固定仲裁员辅之以技术专家咨询委员会;方案三是技术型仲裁员负责技术问题、专家型仲裁员负责法律问题,由技术型仲裁员和专家型仲裁员共同组成仲裁庭;方案四是由专家型仲裁员组成仲裁庭,由技术型仲裁员组成“陪审团”。事实上,深圳、广州、青岛等知识产权仲裁院,均建立了专门的知识产权仲裁员名册,任命知识产权和经济贸易领域的知名学者、行业专家、教授、律师等担任知识产权仲裁员,以实现“专案专断”。当然,为扩大国际影响力、吸纳跨国知识产权纠纷、他国知识产权纠纷,应考虑国外知识产权和经济贸易领域的知名学者、行业专家、教授、律师等担任知识产权仲裁员。

(3) 技术专家咨询委员会制度之设立

已如前述,安排或协调技术型仲裁员与专家型仲裁员之间关系的方案有四。目前较为可行的是方案三,即以固定资格制为原则,辅之以不固定资格制,并设立技术专家咨询委员会。知识产权仲裁机构可在全国范围内遴选物理、化学、通信、机械、医药等技术领域的专家组成技术专家咨询委员会。当仲裁庭遇有难以处理的技术问题时,可提交技术专家咨询委员会予以讨论,其意见可供仲裁庭予以参考。当然,为避免技术专家咨询委员会的意见对知识产权仲裁结果产生不利影响,同一技术领域的专业问题应咨询三人以上单数专家的意见,并采用多数意见。

4. 知识产权仲裁机构的审理程序

(1) 仲裁诉讼化与仲裁效率性的悖离

所谓仲裁的诉讼化,是指仲裁在程序运作上与诉讼越来越相像,即仲裁程序日趋复杂和正式,如本适用于法院诉讼的证据规则、证据开示等制度被引入到仲裁中,在某些案件中,仲裁员就像法官一样被成堆的文件所包围。^④仲裁的诉讼化强化仲裁公正性的途径是使程序复杂化、规范化,但其结果是严重削弱了仲裁的效率性,与仲裁的价值目标或追求相悖离。

具体到知识产权纠纷领域,其对效率的追求更甚于一般的合同纠纷和其他财产权益

^④ 丛雪莲、罗楚湘:《仲裁诉讼化若干问题探讨》,载《法学评论》2007年第6期。

纠纷。^④知识产权仲裁机构建构过程中可主要采取以下两项措施,实现去诉讼化、提高仲裁效率的目标:第一,充分尊重当事人的意思自治;第二,完善并积极适用简易程序。

(2) 知识产权仲裁中的意思自治原则

仲裁的意思自治原则,是仲裁制度的理论基石,是其他原则实现的前提。去除仲裁诉讼化、提高仲裁的效率,必须充分尊重当事人的意思自治。仲裁程序强调当事人的意思自治,当事人可根据个案的需求对程序作出个性化选择,以提高仲裁的效率。^⑤为加速知识产权仲裁进程,契合知识产权纠纷解决的急迫性,基于仲裁的意思自治原则,知识产权仲裁机构至少应采取措施:第一,尊重当事人的自治权;第二,积极协助当事人简化程序;第三,制定程序简化的仲裁规则;第四,发挥仲裁庭简化程序的作用。

(3) 知识产权仲裁中简易程序的适用

知识产权纠纷的解决具有急迫性,而简易程序使仲裁的效率性得以充分体现。因此,知识产权纠纷与简易程序具有天然的契合性。知识产权仲裁机构在设计其仲裁规则时,鉴于知识产权纠纷与简易程序的契合性、知识产权纠纷解决的急迫性,更应明确规定简易程序。参照贸仲、北仲等仲裁委员会关于仲裁简易程序的仲裁规则,知识产权仲裁机构关于仲裁简易程序的仲裁规则应包括以下内容:

第一,仲裁简易程序适用的案件范围。包括事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件,以及当事人双方约定或同意适用简易程序的案件。第二,仲裁简易程序的仲裁员。除当事人另有约定,由独任仲裁庭审理适用简易程序的案件。第三,仲裁简易程序进行的期限。知识产权仲裁机构的仲裁规则应明确规定被申请人答辩的期限、被申请人提出反请求的期限、提前通知开庭的期限、当事人提交和补交材料的期限等。且上述期限,相较于仲裁普通程序,应予缩短。第四,仲裁简易程序的审理方式。仲裁简易程序可实行书面审理。第五,仲裁简易程序作出裁决的期限。相较于仲裁普通程序,仲裁员应在更短的时间内作出仲裁裁决。

5. 知识产权仲裁机构的临时措施

(1) 我国知识产权仲裁临时措施现状

我国《仲裁法》对仲裁财产保全和仲裁证据保全作出了明确规定,《民事诉讼法》《商标法》《专利法》《著作权法》虽对行为保全作出了明确规定,但《仲裁法》并未就仲裁行为保全作出明确规定。虽然现行法已对临时措施作出了明确规定,但相关制度仍存在很多问题和质疑。知识产权仲裁机构建构过程中,为契合知识产权仲裁的特性,至少应采取以下措施:第一,赋予知识产权仲裁机构发布临时措施的决定权;第二,将行为保全规则一体适用于知识产权仲裁;第三,完善知识产权仲裁临时措施类型。

^④ 参见中国国际经济贸易仲裁委员会:《中国国际商事仲裁年度报告 2016》,第 94 页,载中国国际经济贸易仲裁委员会官网, <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=14501>,最后访问日期:2017 年 12 月 24 日。

^⑤ 董连和:《论我国仲裁制度中的意思自治原则》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2006 年第 3 期,第 133 页。

(2) 赋予仲裁机构临时措施之发布权^{④6}

我国《仲裁法》和《民事诉讼法》未规定仲裁庭发布临时措施的权力,但基于商事仲裁的意思自治原则,当事人通过援引承认仲裁庭行使仲裁保全决定权的仲裁规则,或者在仲裁协议中约定仲裁庭有权发布临时措施的,应当认可其效力。这是因为,仲裁意思自治原则在法律规范的位阶上,应当高于《仲裁法》和《民事诉讼法》关于法院行使仲裁保全决定权的规定;而且由法院行使仲裁保全决定权的法律规范之性质,不宜解释为强制性规范。^{④7}事实上,贸仲规则已对仲裁庭有权裁定仲裁临时措施作出了明确规定,贸仲、北仲、上仲的仲裁规则亦明确规定了紧急仲裁员制度。同理,赋予知识产权仲裁机构临时措施发布权具有正当理论依据,且鉴于知识产权纠纷尤其是侵权纠纷的特性,知识产权仲裁机构更有发布临时措施的现实需要。且为保证知识产权仲裁机构的独立性、自治性,当事人应当首先向知识产权仲裁机构提出申请,仅在其无法或无法有效发布临时措施时法院方可行使决定权。

(3) 完善知识产权仲裁临时措施类型

我国《民事诉讼法》、《仲裁法》对仲裁证据保全和仲裁财产保全作出了明确规定。我国《民事诉讼法》还对行为保全作出了明确规定,《商标法》、《专利法》、《著作权法》亦对知识产权诉前禁令制度作出了明确规定,但无论是行为保全还是知识产权诉前禁令制度均未延伸至仲裁领域。既然赋予知识产权仲裁机构临时措施发布权,就应赋予其完整的发布权尤其是与知识产权侵权纠纷密切关联的行为保全的决定权。此外,国际仲裁临时措施的种类极其广泛,包括保持或恢复原状、禁止使争议恶化、要求履行特定合同或义务、要求被申请人 of 诉请提供担保、要求为法律费用提供担保、要求对方为其应承担的仲裁费用提交预付金或保证金、财产保全或对标的物检查、履行保密义务、中间付款、禁诉令等。^{④8}与之相较,我国的仲裁临时措施类型较为单一。知识产权仲裁机构可参照国际仲裁临时措施的种类,结合我国司法实践以及知识产权纠纷的特性,试行部分仲裁临时措施。

6. 知识产权仲裁机构信息化建设

在互联网、云计算、大数据、人工智能等技术飞速发展的背景下,构建知识产权仲裁体系与仲裁能力的现代化是仲裁机构必经之变革,且从提高知识产权仲裁机构的竞争力的角度,也应该逐步实现知识产权仲裁机构的信息化的。具体包括两个方面:第一,审理程序的信息化。为便利当事人,在当事人同意的基础上,可采取视频会议的方式审理案件,尤其是在跨国、跨地区的知识产权案件中。第二,其他程序的信息化。比如送达文书、通知开庭信息、案件信息查询、证据展示、庭审记录等可逐步实现信息化,通过网络、电话、视频、电子邮件、微信等方式完成。

^{④6} 根据调查问卷,美国梵德福公司、北京银龙公司、国网冀北电力有限公司、浙江阿阿九电子商务有限公司、君泽君律师事务所、北京北方智能科技股份有限公司、中国人民大学知识产权学院学者认为有必要赋予仲裁机构临时措施发布权。

^{④7} 江伟、肖建国:《仲裁法》,中国人民大学出版社2016年版,第245页。

^{④8} 高文杰:《中国仲裁保全和临时措施制度的立法缺位和建议》,载《北京仲裁》第100辑。

结 语

我国应当构建独立的外设知识产权仲裁机构,由中国国际商会单独或牵头组建国家层面的专门的知识产权仲裁机构,且前期应由国家投入部分资金协助建构、宣传、引导、支持,后期由知识产权仲裁机构自负盈亏。就设立独立知识产权仲裁机构的数量而言,兼顾国际、国内两个层面,应按区域设立若干独立的具有标志性、影响力的知识产权仲裁机构。先行可以在北京、上海、广州等具有国际知名度、知识产权案件密集、仲裁资源和专业人才丰富的地区设立,此后逐步推广。

知识产权仲裁机构的程序性规范,既应遵循一般的程序性规范,亦应针对知识产权纠纷设计契合其特性的规则。具体而言:第一,知识产权仲裁机构应在“合同纠纷和其他财产权益纠纷”的限定下尽量拓宽其受案范围,比如专利和商标侵权纠纷、知识产权有效性纠纷。第二,知识产权仲裁机构应选任专业性、技术性较强的仲裁员、仲裁秘书等仲裁人员,知识产权仲裁机构仲裁员任职资格应宽松化,并设立技术专家咨询委员会等。第三,知识产权仲裁机构应拓宽仲裁简易程序的适用范围。即便适用一般的审理程序,也应尽量在遵循当事人意思自治基础上简化程序。第四,应扩大临时措施的种类、明晰申请临时措施的具体标准,赋予知识产权仲裁机构临时措施决定权。第五,应该逐步实现知识产权仲裁机构的信息化、国际化。

Abstract: To develop the arbitration of intellectual property, the construction of arbitration institution of intellectual property is the important guarantee of building a powerful country in intellectual property, and is one of the important measures to service the Belt and Road Initiative. To build diversified intellectual property disputes resolution mechanism can effectively promote the further development of intellectual property arbitration in China. Absorbing the overseas experience of arbitration institutions of intellectual property can provide some ideas and reference for the establishment of Chinese arbitration institutions of intellectual property. Based on the considerations of expanding international influence and improving multiple dispute settlement mechanisms, the arbitration institutions of intellectual property at national level should be established. As for the procedural norms of the arbitration institution of intellectual property, it will not only follow the general procedural norms, but also design the rules corresponding to its characteristics for the intellectual property dispute.

Keywords: intellectual property; arbitration of intellectual property rights; arbitration institutions for intellectual property rights; system design

(责任编辑:沈佩兰)

国内金融仲裁规则比较研究

——兼论金融改革创新背景下金融仲裁规则的完善路径

王 龙*

内容提要 随着金融交易结构日趋复杂,相应的金融争议也呈现多样化、复杂化的特点,对争议解决方式的多元化、专业性、灵活性等提出了新的要求。在此大背景下,国内各仲裁机构纷纷颁布金融仲裁规则,本文旨在通过对部分仲裁委员会仲裁规则的研究的基础上对金融改革创新背景下金融仲裁规则完善路径提出建议。

关键词 金融创新 金融仲裁规则 完善路径

近年来,我国银行、保险、地方金融等金融业迅猛发展,仲裁作为解决民商事纠纷的方式之一,具有高效快捷、专家办案、保密、一裁终局等优势 and 特点。为充分发挥仲裁在金融争议解决领域的积极作用,各仲裁机构按照国际化、专业化、便捷化的要求,制定了《金融仲裁规则》,使之既符合国际金融仲裁的通行做法,又体现民商事仲裁充分尊重当事人意思自治的精神。但各仲裁机构金融仲裁规则存在差异,本文旨在通过对部分仲裁委员会仲裁规则的研究的基础上对金融改革创新背景下金融仲裁规则完善路径提出建议,以期抛砖引玉。

一、研究背景

仲裁具有一裁终局、快捷高效、专家裁判等特点;作为一项古老的争议解决制度,仲裁在《纽约公约》的保障下成为经济全球化背景下主要的商事纠纷解决方式。金融,简单说就是资金的融通,在现代经济中居于核心地位。随着金融交易结构日趋复杂,相应的金融争议也呈现多样化、复杂化的特点,对争议解决方式的多元化、专业性、灵活性等提出了新的要求。在此背景下,金融仲裁应运而生并在实践中快速发展。

当今国际上,通过仲裁方式解决金融争议的趋势也已日渐形成。比如美国的证券仲裁制度,在美国券商之间的纠纷、券商与交易所之间的纠纷、券商与投资者之间的纠纷等

* 王龙,天津大有律师事务所合伙人、副主任、四级律师,中国法学会会员,中国仲裁法学会会员,天津市律师协会仲裁专委会副主任。

主要都通过证券仲裁解决。作为最大的证券业自律组织,全美证券商协会(NASD)受理案件的数量一直维持在较高水平,从1991年至2001年,每年受理案件的数量最低为4150件,最高为6915件。^①此外,英国的金融服务仲裁以及世界银行等国际金融机构的仲裁也都表明作为一种解决金融纠纷的非诉讼方式,仲裁已经越来越受到行业和投资者的青睐。

在国内,20世纪90年代,金融仲裁开始出现并快速发展;目前,国内多家仲裁机构纷纷颁布金融仲裁规则,本文选取中国国际经济贸易仲裁委员会等9家仲裁机构的金融仲裁规则^②作为研究对象,探讨金融改革创新的新形势下金融仲裁规则进一步完善的路径。

二、国内金融仲裁规则比较研究

(一) 关于规则适用

1. 概况

(1) 当事人选择适用模式:

中国国际经济贸易仲裁委员会金融仲裁规则适用的前提有二,一是案件属于金融争议案件,二是当事人约定适用贸仲金融仲裁规则。

(2) 直接适用模式:

与中国国际经济贸易仲裁委员会模式不同,广仲金融仲裁规则规定“广州仲裁委员会受理的金融争议案件,除当事人有特别约定的外,均适用本规则,由广州金融仲裁院审理”。

上海金融仲裁院仲裁规则、杭仲金融仲裁规则、绍仲金融仲裁规则、天仲金融仲裁规则、成仲金融仲裁特别规定、深圳国际仲裁院金融借款争议仲裁规则都与广仲金融规则类似,即相应的仲裁机构受理的金融案件,除非当事人特别约定,否则直接适用相应的金融仲裁规则。重仲金融仲裁规则对此并未作出明确规定,但规定了金融仲裁规则未作规定的,适用《重庆仲裁委员会仲裁规则》的规定,而《重庆仲裁委员会仲裁规则》相关规定与广仲金融仲裁规则之规定相类似。

2. 评价

笔者认为,从仲裁实践来看,中国国际经济贸易仲裁委员会的当事人选择适用的双

^① 盛峰:《美国证券仲裁制度论纲》,载《知识经济》,2012年第4期,第62页。

^② 分别是《中国国际经济贸易仲裁委员会金融争议仲裁规则》简称“贸仲金融仲裁规则”;《广州仲裁委员会金融仲裁规则》简称“广仲金融仲裁规则”;《上海金融仲裁院仲裁规则》;《重庆仲裁委员会金融仲裁规则》简称“重仲金融仲裁规则”;《绍兴仲裁委员会金融仲裁特别规则》简称“绍仲金融仲裁规则”;《杭州仲裁委员会金融仲裁规则》简称“杭仲金融仲裁规则”;《天津仲裁委员会金融纠纷仲裁暂行规则》简称“天仲金融仲裁规则”;《成都仲裁委员会金融仲裁程序特别规定》,简称“成仲金融仲裁特别规定”;《深圳国际仲裁院金融借款争议仲裁规则》简称“深仲金融仲裁规则”。

前提模式在一定程度上减少了金融仲裁规则适用的机会,但更体现了对当事人选择权的尊重、保障了当事人选择仲裁程序规则的自由。从目前国内金融仲裁规则的现状看,所有规则都规定了何为金融案件由仲裁机构最终解释,此背景下,如不强调当事人对于规则的选择,而直接由仲裁机构自行判断案件类型、自动适用金融规则,是否符合当事人的意愿和利益呢、当事人对仲裁程序的选择权如何保障呢?有专家指出在规则中规定当事人没有排除金融规则适用的情况下,均适用金融规则的方式,可能使当事人处于在不知情的情况下被迫适用金融仲裁规则的境地,这对当事人来说是欠公平的。^③有鉴于此,笔者更倾向于中国国际经济贸易仲裁委员会的当事人选择适用模式,认为金融仲裁规则作为行业仲裁的特殊争议解决程序设计,其适用的前提应当是当事人的选择。

(二) 关于期限

1. 概况

快捷、高效是仲裁的特点和优势,各金融仲裁规则在程序设计上都力求突出程序的高效性。对于仲裁程序中若干相对重要的期限,笔者查阅相关金融仲裁规则,列表梳理如下:

	选仲裁员 (从仲裁通知送达之日起算)	答辩/反请求 (从仲裁通知送达之日起算)	开庭通知送达 (开庭之日前若干日送达开庭通知)	举证期限 ^④	裁决期限(通常从组庭起算)
贸仲金融规则	10个工作日	15个工作日	10个工作日	首次开庭前3个工作日。	45个工作日
广仲金融仲裁规则	15日	15日	无规定	自收到立案通知书、申请书副本之日起15日	简易或书面:2个月;普通:4个月
上海金融仲裁院仲裁规则	简易:10日	普通:15日;简易:10日	普通:7日;简易:5日	举证期限条款没有规定具体期限	普通:3个月;简易:2个月
重仲金融仲裁规则	5日	10日	3日	首次开庭前	30日
绍仲金融仲裁规则	5日	10日	3日	举证期限条款没有规定具体期限	1名仲裁员:1个月;3名仲裁员:2个月。
杭仲金融仲裁规则	10日	普通:15日;简易:10日	普通:5日;简易:3日	仲裁通知送达之日起15日内或仲裁庭确定	普通:3个月;简易:2个月

^③ 赵健:《〈中国国际经济贸易仲裁委员会金融争议仲裁规则〉评述》,载《仲裁与法律》2003年第4期,第10页。

^④ 通常可由当事人约定或仲裁庭确定;在当事人无约定且仲裁庭没有确定举证期限的情况下适用规则规定的举证期限。

	选仲裁员 (从仲裁通知送达之日起算)	答辩/反请求 (从仲裁通知送达之日起算)	开庭通知送达 (开庭之日前若干日送达开庭通知)	举证期限	裁决期限(通常从组庭起算)
成仲金融仲裁特别规定	10日	10日	3日	仲裁受理或答辩通知书送达之日起10日内	1名仲裁员: 20日; 3名仲裁员: 60日。
深仲金融仲裁规则	7日	7日	5日	无规定	1个月; 符合条件的案件: 当庭裁决, 开庭后5日内出具书面裁决文书。
天仲金融仲裁规则	5日	未规定, 适用《天仲仲裁规则》 答辩: 10日 反请求: 庭前 审辩论前	未规定, 适用《天仲仲裁规则》: 7日	未规定, 适用《天津仲裁委员会仲裁证据规定》: 指定举证期不少于5日。	普通案件: 2个月; 涉外案件: 4个月。

2. 评论

关于期限的计算, 贸仲金融仲裁规则以工作日计, 其他金融仲裁规则均以自然日计; 如果以自然日计算金融仲裁程序期限的, 实践中如答辩期跨越一个“十一”或“春节”假期, 则客观上缩短了当事人相应的准备时间, 因而笔者个人认为选用工作日计算期限更为合理, 更利于从实际上保障仲裁当事人的权利。

关于仲裁员选定和答辩的期限, 纵观各机构金融仲裁规则, 长则 15 个工作日 (通常情况下约 19 日或 21 日), 短则 5 日; 且从 2003 年贸仲金融仲裁规则 (仲裁员选定 10 个工作日, 答辩 15 个工作日) 到 2019 年深仲金融仲裁规则 (仲裁员选定 7 日, 答辩 5 日) 有关期限呈现日益缩短的趋势。笔者认为仲裁员选定和答辩均是仲裁中重要的程序性权利, 虽然缩短期限能够加快程序进度, 但适当的等待是仲裁程序正当的保证。实践中, 金融仲裁纠纷的申请人 (往往为银行或准金融机构) 由于急于回收债权而期望有关期限缩短, 而被申请人 (往往为债务人或担保人) 由于是被动参加仲裁、经常希望期限延长以充分准备。笔者认为, 仲裁作为当事人选择的居中裁判方式, 应兼顾双方利益和需求; 因而制定规则时需要根据行业纠纷的特点结合申请人、被申请人实际情况在仲裁效率和程序正当之间寻求恰当的平衡。

关于开庭通知的期限, 各仲裁机构仲裁规则要求差距较大 (比如贸仲金融仲裁规则要求提前 10 个工作日, 而重仲、绍仲等机构的金融仲裁规则仅要求提前 3 日)。开庭是仲裁程序中关键环节, 当事人作为仲裁裁决结果所确定之权利义务的承受方应该对开庭有充分的准备。笔者认为, 仲裁开庭不应是“突然袭击”, 而应给双方当事人充分的准备

期限,包括预留给当事人对于开庭程序安排提出异议和意见的时间和机会;因而笔者认为有些仲裁机构金融仲裁规则下规定的3日或5日有些过短,实践中贸仲金融仲裁规则的处理方式可能更为有效和合理。

关于举证期限,各金融仲裁规则大都允许当事人约定及仲裁庭决定(或仲裁委员会指定,如天津仲裁委员会相关规则),但在没有约定或决定的情况下如何处理程序,有的规则进行了明确(如贸仲金融仲裁规则将举证期限确定为首次开庭前3个工作日),有的规则没有提及(如绍仲金融仲裁规则)。仲裁实践中,仲裁条款往往很简单,当事人在条款中约定举证期限的情况比较少见;争议发生后双方协商确定举证期限的情况在国内仲裁中则更为鲜见。并且在国内仲裁程序中,由于仲裁员的程序管理水平和案件审理习惯不同,有的仲裁庭疏于对庭前程序的管理,这就导致在实际发生的仲裁程序性活动中,当事人没有约定且仲裁庭没有决定举证期限的情况常常出现。这种情况下,当事人(通常是被申请人)经常会当庭提交证据,而由于事先没有关于举证期限的决定,而仲裁庭通常只能接受;由于仲裁庭对当庭提交的证据材料事先没有查阅的机会,审理效果会受到一定程度的影响;且要求对方当事人对于事先没有准备的证据立即进行质证也有失公允,通常情况下仲裁庭会采取二次开庭或庭后书面补充质证意见等方式来处理,这无疑会造成庭审的低效率和程序的拖延。有鉴于此,笔者认为在仲裁规则中规定当事人对于举证期限无约定、仲裁庭亦无决定的情况下确定具体举证期限的方法具有合理性和实用性;同时,笔者认为,鉴于大部分当事人和代理人对于仲裁机构的金融仲裁规则不是特别熟悉,因而除了仲裁规则中做上述程序设计以外,在具体案件的程序函中,提醒当事人注意规则中有关举证期限的条款也是必要的。实践中,贸仲天津分会受理的金融规则案件中程序函中通常会作类似提示,笔者认为此做法值得推广。

综合分析以上所列示的几个仲裁机构关于仲裁裁决期限,从20日至组庭之日起4个月期限不等。裁决期限是仲裁规则中对于案件审理进程的时间要求,笔者认为是最底的要求,即大部分案件都要争取在裁决期限内结案,当然能够更快结案更符合当事人意愿和仲裁的特点。仲裁的特点是高效,如个案的仲裁庭在庭前程序中做了大量而有效的工作,完全可以实现开庭后较短的时间内作出裁决。笔者了解到,在法院民事诉讼程序中,对于案情简单的银行信贷类案件,若案件承办法官时间许可的情况下,可以比较容易的实现开庭当日或开庭次日作出判决书;反而在仲裁程序中,由于存在仲裁机构核阅等制度,个案中当事人取得仲裁裁决书的时限可能存在一定的延后。同时,笔者认为,仲裁规则中的裁决期限的规定更大的意义在于督促仲裁员加快程序进度,实践中个案时间的长短更多的取决于仲裁庭的审理水平、程序管理水平、办案秘书人员的执业经验和专业程度。

(三) 关于仲裁员名册及仲裁庭人数

1. 概况

部分金融仲裁规则配套设有专门的金融仲裁员名册,当事人有权从金融仲裁员名册和仲裁委员会通用仲裁员名册中选择仲裁员,比如上海金融仲裁院仲裁规则、绍仲金融

仲裁规则、广仲金融仲裁规则；部分金融仲裁规则没有配套设置金融仲裁员名册，当事人可从仲裁委员会通用名册中选择仲裁员，比如贸仲金融仲裁规则、成仲金融仲裁特别规定、天仲金融仲裁规则。其中天仲金融仲裁规则规定当事人可以在仲裁委员会仲裁员名册之外选定临时仲裁员，但临时仲裁员应符合仲裁法规定的资质。

关于仲裁庭人数，各规则通常都区分简易程序与普通程序，简易程序则由一名仲裁员组成总裁庭；普通程序则由三名仲裁员组成仲裁庭。比如成仲金融仲裁特别规定：争议金额在人民币 100 万以下（含）的仲裁庭由一名仲裁员组成；否则，三名仲裁员组成仲裁庭。又如广仲金融仲裁规则：案情简单或当事人选择简易程序则一名仲裁员组成仲裁庭；案情复杂或当事人选择普通程序则三名仲裁员组成仲裁庭。贸仲金融仲裁规则的处理方式则略有不同：仲裁庭由一名或三名仲裁员组成。仲裁庭人数当事人可约定，若无约定则由仲裁委员会主任决定。

2. 评价

国际仲裁界存在一种说法是“arbitration is as good as arbitrators”，可见仲裁员的专业素质和水平是仲裁中的非常重要的因素。笔者认为只要当事人能够从名册中清晰的获知每个仲裁员的专长则完全可以根据自身实际需要选择仲裁员，因而是否单设金融仲裁员名册只是个形式问题；当事人和律师在选择仲裁机构时应更多地关注在册仲裁员的业务水平、业内声誉、行业经验，而不是是否有专门的金融仲裁员名册。

仲裁与诉讼的一个根本区别是，仲裁中当事人有权选择自己的“法官”，仲裁当事人出于对自己所选择仲裁员的尊重和信任，往往乐于接受仲裁员的程序安排和裁决结果，从而有利于争议的快速解决。在当前的国内仲裁实践中，有时当事人对于仲裁机构仲裁员名册中的仲裁员缺乏了解，只能根据仲裁员填写的有限信息进行选择，有点类似“盲选”。这种“盲选”的情况在实践中并不少见，此种情形下，对于当事人来说这样产生的仲裁员其实与诉讼程序中人民法院随机指定案件的承办法官并无实质意义上的区别，当事人选择自己信任的裁判者的预期归于落空。笔者认为，关于名册外仲裁员的选择，天仲金融仲裁规则中出现的临时仲裁员制度具有积极意义；允许名册外人士被选任为仲裁员可实现当事人对于仲裁程序的自治权，体现和突出当事人在仲裁中的主体地位。然而，问题的另一方面同样不容忽视，名册外仲裁员可能是专业业务领域的专家，但可能对某个仲裁机构的仲裁程序性规定的了解并不深入，可能会对案件的审理效率造成一定程度的影响。笔者认为，在具体案件中当名册外人士当选仲裁员后，仲裁机构应对其进行简短的培训及必要的书面提示以确保名册外仲裁员有能力履行好相应程序性职责。

三人仲裁庭的好处是，当事人拥有独立选择一名仲裁员的权利；弊端是，“三个和尚没水喝”——仲裁实践中有时出现仲裁员相互推诿，且有时在确定开庭时间等问题上会出现难以协调造成的拖延。独任仲裁庭的好处是决策更快，缺憾是在双方协商不成的情况下，仲裁员通常由仲裁机构“强加于”当事人。笔者认为，关于仲裁庭的人数直接按争议标的额大小区分的做法不尽合理，比如一个标的额 5000 万元的借贷纠纷案件其法律关系并不比一个标的额为 5 万元的借贷纠纷案件复杂，又如一个标的额为 5 万元的

保理纠纷案件可能同时需要金融专家和法律专家并存的仲裁庭才能很好的处理。因而, 贸仲金融仲裁规则中允许当事人约定仲裁员人数的方式值得推崇, 毕竟当事人最了解合同和争议的情况, 最具备合理选择的能力。同时, 笔者也了解到, 在应用贸仲金融仲裁规则的具体案例中, 当事人约定仲裁庭人数的情况极少; 在无约定的情况下, 仲裁委员会主任会根据规则直接决定仲裁庭人数。虽然仲裁委员会主任也会根据仲裁申请材料中体现出的案情来判断和决定, 但由于申请书只是仲裁申请人的一面之词, 在被申请人尚未发表答辩之前, 仅根据仲裁申请书材料判断争议是否复杂来确定由独任仲裁庭还是由三名仲裁院组成仲裁庭进行案件审理, 实际上难免有失偏颇。笔者设想, 如仲裁机构能够在决定由独任仲裁庭还是由三名仲裁院组成仲裁庭进行案件审理的问题上征求双方意见(比如在接到仲裁申请后要求申请人就仲裁庭人数进行选择, 并将申请人的选择及理由转送被申请人要求被申请人在规定期限内选择并阐述理由, 这个程序完成后如当事人达成一致则无需决定; 如不能达成一致则可在充分参考双方意见后决定), 应该更能体现对于当事人意思自治的尊重, 也会使仲裁程序更符合当事人的需求。

三、金融改革创新背景下金融仲裁规则完善的路径

(一) 扩展适用范围

仲裁的基石是自愿, 仲裁的魅力在于自由。金融仲裁规则的设计初衷是为方便当事人解决金融纠纷, 在金融创新日新月异的今天, 金融纠纷的范围也在日益拓展, 实践中金融纠纷与其他纠纷的边界已不是泾渭分明。以民间借贷纠纷为例, 按照传统观点看由于没有金融机构的参与, 民间借贷只是一般民事纠纷而不属于金融纠纷。而按照目前多数金融仲裁规则的有关条款, 民间借贷纠纷已经被明确列在规则之中, 可以选用金融仲裁规则解决。笔者认为, 仲裁是解决纠纷的制度设计, 其价值在于实用; 实践证明民间借贷纠纷选用金融仲裁规则能够得到快速高效的解决, 这就足以显示将民间借贷纳入金融仲裁规则适用范围的合理性; 至于民间借贷是否属于金融争议作为学术问题的探讨和结论, 对于仲裁规则的制定和使用来说并不具有决定性意义。

进而, 笔者认为金融仲裁规则中适用范围条款应本着与时俱进的精神伴随金融创新的步伐作开放式的改良, 即金融仲裁规则适用于金融争议案件及与金融相关的争议案件, 同时也向其他类型案件当事人打开自由选择的大门。

扩展适用范围的理论依据在于契约自由——当事人意思自治。试想如果建筑纠纷当事人认为某金融仲裁规则中体现的程序安排正好符合双方的需要从而将该规则全文引用在仲裁协议中, 如果不与强制性法律法规相抵触, 那么仲裁协议的约定肯定是合法有效的。再试想, 如果上述建筑纠纷当事人没有在仲裁协议中引用规则的原文, 而是直接约定适用某金融仲裁规则, 这种方式与前述引用原文的方式并无实质区别, 因而这种约定理应合法有效并获得仲裁机构的尊重和执行。笔者认为作为规则的制定者, 仲裁机构不应粗暴干涉当事人的选择; 仅以争议类型不符合规则关于适用范围的规定而否定当

事人的选择进而径行决定适用其他程序规则的做法或有偏颇。当事人作为经济人都有能力为自己的纠纷选择合适的解决方式,因此放开金融仲裁规则的适用范围应该不会导致规则被滥用;相反,将选用规则的决定权交给市场,让当事人根据需要自行选择,也正体现了契约自由同时回归了仲裁的本质。

(二) 推行开放名册

仲裁有机构仲裁与临时仲裁之分。仲裁员名册是机构仲裁的“专利”,其好处是提供具有资质的专家供当事人选择,从而方便仲裁庭的组成;其弊端是由于仲裁员名册的局限性,当事人信赖的人士可能由于没有进入仲裁员名册而失去了个案裁判的机会,那么个案的争议解决效果很可能因为双方信赖的裁判者的缺位而受到影响。另外,随着商事交易模式的不断创新,商事纠纷亦出现了专业化和复杂化的趋势,然而仲裁机构的仲裁员名册亦可能无法全面覆盖各类商事仲裁案件所需要的专家,尤其是对于多重法律关系交织的金融纠纷,当事人对仲裁员的需求难以通过仲裁员名册得到满足。

如笔者在上文所述,目前部分仲裁机构(如贸仲、天仲)在相关规则中已允许当事人在仲裁员名册外选择仲裁员,这种开放的态度进一步提高了我国仲裁的国际化,完善了我国国际商事仲裁制度。同时,笔者也了解到目前名册外仲裁员的选定在国内仲裁中尚属于例外情况,由于缺乏配套的实施细则,一旦当事人选择了仲裁员名册外的仲裁员,由于仲裁机构缺乏必要的准备,往往会导致实务中的无所适从(比如如何回避、如何替换等)进而造成程序的拖延甚至是最终导致当事人选定的仲裁员名册外的仲裁员参与仲裁审理的目的无法实现。

鉴于以上,笔者认为有必要在今后的规则中将仲裁员名册外仲裁员有关配套规定予以细化,推行真正意义上开放的仲裁员名册,具体条款大致如下:

- 1、明确仲裁委员会提供的仲裁员名册仅供当事人选择仲裁员时参考,而非选择范围。
- 2、明确当事人有权从仲裁员名册外选择其信赖的、符合仲裁法资质要求的人士担任仲裁员。
- 3、完善仲裁规则的相应配套文件,为仲裁程序的有序进行提供保障,如细化名册外仲裁员培训、回避、替换、薪酬计算等具体事宜。

(三) 引入仲裁邀请

当事人申请仲裁的前提是双方达成仲裁协议。仲裁实践中部分当事人未事先在商事交易合同中约定仲裁协议条款,而当争议发生时有希望通过仲裁方式解决争议,此时当事人希望仲裁机构提供服务使争议双方达成仲裁合意以利于纠纷的解决。在天仲金融仲裁规则中出现了申请人通过仲裁机构邀请被申请人签署仲裁协议的程序安排;在贸仲天津分会的立案前程序中,秘书处经申请人要求也可免费提供类似的转仲裁邀请的服务。

笔者认为作为传统仲裁服务的拓展和补充,仲裁邀请程序值得在金融仲裁规则中予以推广,具体条款设计如下:当事人未事先达成仲裁合意的情况下,经一方申请,仲裁机构可将一方签署的仲裁协议转寄对方当事人并函告相关情况,对方当事人同意仲裁则可

签署仲裁协议并提交仲裁机构；仲裁机构通知双方开始仲裁程序；对方当事人不同意或不回复视为拒绝。

（四）有条件的合并立案

信贷纠纷中经常出现的情况是围绕同一笔贷款同时存在一份借款合同（主合同）及多份独立的担保合同（从合同），在主从合同中均约定仲裁管辖的情况下，由于受合同相对性原则的限制且仲裁规则中缺乏合并立案的依据，仲裁机构往往要求当事人分别立案。分别立案的弊端显而易见：更多的费用、更长的时间、且存在裁决彼此不一致的风险；并且分别立案后在法院保全程序中当事人可能需要支付更多的财产保全申请费（保全申请费的上限是人民币5000元/案，如仲裁程序将借款合同、担保合同合并立成一案则保全申请也是一案，申请人支付的保全费将小于等于5000元；如仲裁将借款合同与担保合同分别立案，在需要分别申请保全借款人和各担保人财产情况下，需在保全程序分别立案，申请人所支付保全费将随案件数量增多而增加）。

虽然现行仲裁规则中已有关于合并仲裁的规定（比如贸仲2012版仲裁规则第17条^⑤）但合并的前提是各方当事人同意，实践中由于纠纷发生后，各方当事人很难达成一致，所以实务中合并仲裁的情况并不多见。笔者认为香港国际仲裁中心2013版机构仲裁规则第29条关于“多份合同，单个仲裁”的如下规定值得借鉴和参考：“源于或涉及多于一份的合同的请求可在单个仲裁中提出，但须满足以下条件：（a）导致仲裁的各仲裁协议分别约束仲裁所有当事人；（b）导致仲裁的各仲裁协议涉及共同的法律或事实问题；（c）请求救济的权利均涉及或源于同一交易或同一系列交易；且（d）请求所依据的仲裁协议彼此兼容。”

结合金融纠纷案件中涉及主从合同较多的实际情况，在金融仲裁规则合并立案条款可作如下规定：源于同一交易或同一系列交易的多份合同（包括但不限于主从合同）中，如仲裁请求涉及共同的法律或事实问题，且当事人没有不同约定的情况下可在单个仲裁中提出仲裁请求。笔者认为在规则中有合并立案的规定后，当事人在仲裁条款中选择适用规则就代表对合并立案的知悉和同意，那么在之后的仲裁程序中仲裁机构可依据仲裁申请对符合条件的案件直接合并立案。

（五）针对互联网金融、汽车金融等金融创新业务纠纷，建议仲裁机构完善与之相匹配的金融仲裁规则

目前我国社会大力鼓励创新，创新成为时代发展的动力，相关主管部门亦陆续出台配套政策推动金融产品和服务的创新，在此种大背景下互联网金融、汽车金融等金融创新业务得到长足的发展。随着金融创新业务的不断开展，各种类型的金融创新交易模式

^⑤ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2012版）第17条第1款“经一方当事人请求并经其他各方当事人同意，或仲裁委员会认为必要并经各方当事人同意，仲裁委员会可以决定将根据本规则进行的两个或两个以上的仲裁案件合并为一个仲裁案件，进行审理”。

下的新型金融案件亦不断涌现。笔者建议仲裁机构在现有金融仲裁规则项下可以针对各种不同类型金融创新案件不断丰富和完善案件操作指引。比如针对汽车金融案件金额小、被申请人可能处于全国各地较为分散等特点,可以在金融仲裁规则中引入互联网仲裁的方法,使仲裁能够更好地适应和服务新型类型的金融案件。

Abstract: As the structure of financial transactions becoming increasingly complex, financial disputes are also becoming more diversified and complex, and there are new request on disputes resolution, such as diversification, profession and flexibility. Under the background, domestic arbitration institutions have issued financial arbitration rules. The purpose of this paper is to put forward some suggestions for improving the financial arbitration rules under the background of financial reform and innovation, based on the comparative study of different arbitration rules.

Keywords: financial innovation; financial arbitration rules; perfection

(责任编辑:李 兵)

政府行为类型化分析对正当期待 认定规则的发展

——国际投资仲裁典型案例的视角

杨 兴*

内容提要 正当期待概念源自英美行政法。投资者在国际投资仲裁实践活动中反复诉请正当期待保护,而双边投资协定、区域性贸易协定的投资条款对正当期待尚未予以明文规定。国际投资仲裁庭在文本缺位的情况下诉诸一般法律原则,且在个案中逐步扩大解释投资条约的公平与公正待遇的内涵与外延,从而解读出正当期待的判断标准。东道国政府行为经仲裁庭的类型化分析之后,初步形成了趋同化的正当期待认定规则。

关键词 公平与公正待遇 国际投资仲裁 正当期待判断规则

一、问题的提出

1965年,在世界银行主持下拟定的《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)是世界上第一个专门解决外国投资者与东道国政府之间投资争端的公约。值得注意的是,《华盛顿公约》创设的“解决投资争端国际中心”(ICSID)2011年已经受理第一起外国投资者诉中国政府的案件。可以预见,随着中国对外资开放的力度逐渐加大,我国对外投资将日趋频繁,外国投资者以东道国中国为被申请人或我国投资者以外国东道国为被申请人的国际投资仲裁案件势必会有增无减。除ICSID之外,双边投资协定(BIT)中仲裁管辖权条款往往也会要求东道国与投资者诉诸仲裁。这类案件既有可能诉诸ICSID,亦可能诉诸其他仲裁机构。总之,仲裁将成为国际投资争端的最主要的解决方式。在实体裁决中,难免遇到公平与公正待遇标准的适用,以及据此衍生的正当期待之诉。

传统国际投资法认为正当期待属于公平与公正待遇的应有之义,并不存在独立的

* 杨兴,广东金融学院法学院教授,法学博士,硕士生导师,主要研究方向:国际法和环境法。本文系国家社科基金项目《国际投资协定发展趋势研究》(批准号:14BFX138)的成果。

正当期待理论。正当期待 (Legitimate Expectations) 原本属于英国法概念,^① 近似于德国法的信赖保护。国内也有学者译为“合理期待”或“合法预期”^②。就本文的语境而言,“Legitimate Expectations”中“Legitimate”理解为汉语世界的“正当”较为妥当,以之区别于“合法”(Legal)。“合理期待”与“正当期待”几乎为同义语,无太多辨析的必要。而正当期待本意是某种期待为法律所承认和保护,不仅仅是“与法律规定保持一致”或“合乎法律的规定”这一层次的意义。因此,本文舍弃“合法预期”转而采用“正当期待”的表述。

众所周知,《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMS) 的实施促使 WTO 成员削减外资准入壁垒,国际资本流动规模空前,中国企业对外投资亦趋于活跃。为吸引外资,东道国通常通过与投资者缔结投资合同、发表单边外资待遇声明、制定外资管理法规等形式对国际资本和外国投资者做出承诺或保证,鼓励国际投资者最终决定投资。事后,随着国内外政治经济形势的变化,东道国可能违背当初的承诺或修正外资管理法规,并由此导致投资者的期待落空,甚至造成损害后果。近年来外国投资者诉诸多边投资争端解决机构或双边投资协定约定的国际仲裁庭的案件日渐增多。怎样认定正当期待的内涵、投资者的正当期待是否应当获得保护以及如何加以保护,成为当下国际投资法的新课题。

客观而言,各国投资法对正当期待概念尚未形成一致的内涵与外延。人们对正当期待概念的解释亦是众说纷纭,各执一端。有鉴于此,英国斯哥特大法官 (Lord Scott) 在 2008 年某公司诉英国政府案中指出:“英国法中的正当期待理论越来越受到重视。若要将之移植于投资法,其内涵必须先被界定清楚。”^③然而不无遗憾的是,目前国际投资仲裁庭在诸多个案中为此所付出的艰辛努力尚不足以形成系统和严密的正当期待理论体系。一般而言,仲裁庭通常假定:对投资者期待之违背必然构成对投资条约上“公平与公正待遇”之违反。对此假定,仲裁员皮德罗·尼肯 (Pedro Nikken) 2010 年在苏伊士诉阿根廷案中指出:“若认为公平与公正待遇本身就包含了应当满足或不使投资者正当期待落空的义务,如此解释无论如何理解都不符合‘公平与公正’(Fair and Equitable) 一词的通常含义。”^④绝大多数国际投资仲裁庭通过援引既有仲裁裁决来支持正当期待概念的独立化取向,并使之在个案获得适用。因为多件同类仲裁裁决若承认正当期待概念,日久年深,必然产生累积的法律效应。诚如 2010 年仲裁员罗伯茨 (Anthea Roberts) 所言:“投资条约的法理来自既有的仲裁裁决和学说,根本不考虑普遍性的国家实践,也不参考特定条约当事国的实践。”^⑤

① 正当期待 (legitimate expectation) 保护是一项行政法的新兴原则,一般认为起源于德国法和英国普通法,后为欧陆各国、日本和美国等广泛接受。近年来,中国行政法学界开始对这一原则给予关注。参见杨慧芳:《外资公平与公正待遇标准的要素评析》,载《法学评论》,2009 年第 3 期。

② 参见余凌云:《行政法上合法预期之保护》,载《中国社会科学》,2003 年第 3 期。

③ See *EB (Kosovo) v. Secretary of State for the Home Department* UKHL 41, per Lord Scott, 2008, p. 31.

④ See *Suez et al. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 July 2010, Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken, p. 3.

⑤ See Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104 *AJIL*, 2010, p.179.

本文拟就国际仲裁庭关于正当期待的独立化理论进行条理化梳理,并通过政府对政府行为进行类型化分析,从中分辨出足以产生正当期待的政府行为,从而为规范东道国的政府行为和保护投资者的正当期待提供可资借鉴的法律经验。

二、国际投资仲裁判例对正当期待独立化的影响

双边或多边投资条约对正当期待无明文规定。因此,实践中国际仲裁庭需要对国际投资协定或条约上的“公平与公正待遇条款”进行学理解释,始可获得外国投资者正当期待应当予以保护的结论。换言之,在国际投资条约上对正当期待的保护属于隐含的条约义务,需要通过个案分析才能挖掘其功能和价值。

2003年 *Tecmed v. Mexico* 案首次明确将公平与公正待遇解释为包含对“基本期待”的保护。按照仲裁庭的理解,西班牙与墨西哥签订的双边投资条约中的公平与公正待遇条款要求缔约方对外资提供的待遇,不得影响外国投资者做出投资决定之时的基本期待。仲裁庭还强调:“外国投资者期待东道国以前后一致的方式行事,不得含糊不清,与外国投资者的关系应当完全透明。由此,投资者可以事先知晓东道国所有的外资管理法规、外资政策、行政指令的目标,可以对其投资活动制定规划,尽可能与东道国外资管理要求保持一致。特别是,若东道国政府之前的行政决定或行政许可已经为外国投资者所信赖,且据之做出投资决定、计划和开展商业活动,则东道国政府就不得任意地或武断地撤销行政决定或行政许可。”^⑥ 仲裁庭的此番论述被视为国际投资法史上对发展中的正当期待概念所赖以建立的法理所做的最具深远意义的诠释。^⑦ 此案之后,2006年 *Thunderbird v. Mexico* 案对正当期待概念的定义为后来的仲裁庭所支持。仲裁庭援引诚实信用原则和近期判例法指出,“正当期待”在《北美自由贸易区协定》(NAFTA)框架下,可以适用于以下情形:缔约方的行为对投资者或投资创设了一种正当且可诉的期待,投资者对此行为建立信赖,且据之行事;若缔约方使得此种期待落空,必将造成投资或投资者遭受损害。^⑧ 仲裁员托马斯·瓦德尔(Thomas Wälde)在同一案件中发表的个人意见分析了正当期待原则的历史渊源、法律地位及适用限制,且注意到该原则的适用范围不断扩大。它在早期不过是一种解释工具,发挥的是辅助作用,目前已经壮大成为独立的法学范畴,可以支持《北美自由贸易区协定》(NAFTA)第1105条规定的公平与公正待遇。易言之,作为区域性自由贸易协定项下与贸易有关的投资条款,申请人可以直接据之诉请保护正当期待。因为国际投资条约上的公平与公正待遇已经无可争辩地含有正当期待的内涵。坦率而言,也有不同的观点。如2007年 *MTD v. Chile* 案的仲裁庭

^⑥ See *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, p. 154.

^⑦ See *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, p. 179. 此案甚至认为 *Tecmed* 一案奠定了对公平与公正待遇标准进行宽泛解释的基础。

^⑧ See *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006, pp. 147-48.

指出, Tecmed v. Mexico 案中仲裁庭过分依赖投资者期待作为东道国义务的来源, 比如赔偿投资者征收损失的义务问题。^⑨ 对于“管制征收”(Regulatory Expropriation), 正当期待可以提供适用于特定情形的救济手段, 是一种较为温和的方式。这很可能是由于正当期待已经变成投资仲裁庭偏爱的概念, 可以为申请人提供保护, 使之适用于那些难以符合管制征收条件的情形。对正当期待的保护迅速演变为衡量公平与公正待遇标准的一个“支配性因素”^⑩、“主要因素”。^⑪ 事实上, 迄今为止, 任何一个国际仲裁庭在个案中均未明确否认正当期待为公平与公正待遇的应有之义。

总之, 国际仲裁庭通过判例对传统国际投资条约上的公平与公正待遇作出宽泛的解释, 使正当期待概念脱胎于公平与公正待遇, 朝着独立化理论的方向迅速发展。在分析与审查正当期待外延的过程中, 国际仲裁庭着重于分析不同类型的政府行为, 从中分辨出可能构成正当期待事由的因素。类型化分析之所以重要, 是因为各类政府行为对外国投资待遇有着不同程度的影响, 需要特定化的分析, 才可能找到诉请保护正当期待的理论依据。

三、东道国政府行为类型化分析对正当期待认定规则的发展

(一) 投资合同

投资合同是指东道国政府与外国投资者达成的有关投资及其待遇的协议, 属于正式的意思表示形式。东道国政府在投资合同中所做出的承诺, 很可能令外国投资者产生信赖, 并据此做出投资决定。正当期待概念虽然早已植根于英美法系国家和大陆法系国家的国内行政法, 但进入投资法却是近期现象。在早期的投资仲裁实务中, 国际仲裁庭强调, 保护投资者的正当期待系投资条约法的公平与公正待遇条款的必然要求。但合同在两大法系国家的国内法上皆属于创造法之安定性、可预见性的一种古典工具。^⑫ 通过合同创造的期待显然应当受到法律保护。若东道国以国家名义与外国投资者签订投资合同, 在合同安排中东道国对外国投资者做出的承诺显然属于一种确定性和特定化的承诺。若东道国政府违背承诺, 就面临败诉的法律后果。

2007年 MTD v. Chile 案是因投资合同引起的正当期待应依法受到保护的第一个成功案例。外国投资者与智利外资管理局签订一项“城市开发投资合同”。该合同表面上反映投资者的正当期待。外国投资者认为投资合同与其它因素若结合在一起就会令人产生如此期待: 即使《智利规划法》予以禁止, 开发项目也能够顺利实施。因为投资者

^⑨ See MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, pp. 66-78.

^⑩ See EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, p. 216.

^⑪ See Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, pp 20.37. 此案中, 仲裁庭认为对正当期待的保护属于双边投资条约中最低待遇标准的主要关切事项。

^⑫ See Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 2008, p. 140.

相信合同对方当事人是以外资管理局为代表的东道国智利政府。后来,智利政府拒绝签发项目许可证。仲裁庭发现:一方面,东道国与外国投资者签订投资合同,另一方面拒绝颁发相关的许可证,由此投资者的正当期待落空。因此,仲裁庭裁定智利政府对待外国投资者的方式不公平、不公正,最后裁决外国投资者胜诉。^⑬比较而言,2008年大陆人寿保险公司诉阿根廷案(Continental Casualty Company v. Argentina)则更为复杂,因为引起外国投资者可以诉请正当期待保护的因素可能不止一个。外国投资者向仲裁庭列举诸多不同因素,以证明其期待的各种来源。为此,国际仲裁庭对此类因素进行归类,其中因合同引起的期待被仲裁庭视为应受到更高程度保护的期待。该仲裁庭指出:“政府单方变更投资合同,与政府外资政策和一般性外资立法的改变相比,更应当受到严格的审查。审查时,我们应当参照背景、理由和后果。因为原则上合同创设的是合法权利。因此,外国投资者有理由期待东道国依约履行。”^⑭

上述两个案例未论及在公平与公正待遇的语境里是否包括为投资合同引起的正当期待提供法律保护的问题。事实上,国际投资仲裁实践一致认为,即使投资者期待合同被实际履行,此种期待本身的落空并不等于对条约法上公平与公正待遇标准的违反,否则,投资者援引正当期待原则将使之转化成为“保护伞条款”。但同样取得一致意见的是,外国投资者正当期待应当获得保护。学者的观点甚至走得更远,有学者认为正当期待原则足够独立,几乎成为习惯国际法所承认的理论。如阿尔万雷兹教授(Alvarez)2011年出版的《国际投资法》一书指出:“诸多涉及公平与公正待遇条款(FET)的案件强调尊重投资者的‘正当期待’,特别是当东道国向外国投资者做出具体承诺时,这就表明即使双边投资协定(BITs)未设定投资合同‘保护伞条款’,投资者亦可能主张东道国政府违反FET项下的期待而诉请保护,甚至可以根据习惯国际法诉请保护。”^⑮

国际投资仲裁判例对“条约上的正当期待”与“投资合同下的正当期待”所做的区别是前后一致的。如2007年Parkerings v. Lithuania案中,维尔纽斯市政府(Vilnius)与外国投资者签订一份“停车控制系统建造合同”,后来双方发生纠纷。国际仲裁庭就投资合同项下的正当期待解释如下:投资者的每一条“希望”(Hope)并非均属于投资法上的“期待”(Expectation)。投资合同一方的期待可能属于另一方应履行的义务。因此,希望合同相对方履行义务的期望未必构成投资法所要保护的“期待”。换言之,合同当事人对彼此履行各自义务的一种固有的期待并不构成投资法所指的“期待”。于是,合同期待受挫的一方当事人,若符合条件,只能寻求国内法上的违约救济。^⑯再如2008年Duke v. Ecuador案,国际仲裁庭指出:“投资者在电力采购合同下的期待,必须被视

^⑬ See Andrew Newcombe & LLUÍS PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, 2009, p.284.

^⑭ See *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/03/9, Award, 5 September 2008, p. 261.

^⑮ See José E. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, RECUEIL DES COURS, fn. 431, 2011, p.345.

^⑯ See *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No.ARB/05/8, Award, 11 September 2007, p. 344.

为‘纯合同期待’,不能获得双边投资协定的保护”。^{①⑦}又如2008年仲裁庭在 *Hamesterv. Ghana* 案中强调:“正当期待之存在与合同权利之存在,属于两个各自独立的问题”。国际仲裁庭援引2007年 *Parkerings* 案的裁决作为支持并得出结论:“违约之指控”并不等于基于独立的正当期待思路所构成的“FET 条约标准之违反”。^{①⑧}另外,2011年 *Impregilov. Argentina* 案再次肯定2007年 *Parkerings* 案的裁决意见。^{①⑨}

上述国际投资仲裁判例表明,东道国政府造成合同期待的落空,如无“其它条件”,外国投资者不能依据投资条约上公平与公正待遇标准寻求保护。该结论与有关国家责任的一般国际法规则是一致的:东道国违反投资合同并不当然被视为违反国际法的行为。^{②⑩}然而,国际投资仲裁判例在解释所谓的“其它条件”时尚未作出统一的阐释。按照传统国际法,违反投资条约的行为包括侵害主权权利、不正当地撤销交易、实质性地违背某些特定的约定。在北美自由贸易区内,国际仲裁庭就 NAFTA 条款引发的投资争端做出诸多裁决。在以美国为被申请人的投资仲裁案件中,美国表达了对“其它条件”的理解。如2009年 *Glamis Gold v. USA* 案中,美国认为东道国政府“纯粹违反合同的行为”,若无“拒绝司法”或“遭遇歧视”之类的其它条件,一般不足以构成对 NAFTA 第 1105 条(最低待遇标准条款)之违反;仅仅未满足当事人的期望,不足以认定违反 NAFTA 第 1105 条规定。^{②⑪}在此情形下,假设缔结投资合同后,外国投资者根据纯粹不履行合同之外的因素来确定东道国给予的是不公平或不公正的待遇,则正当期待概念就可以独立出来,用作评估当事人期待的有用工具。显然,当我们要确切地知道“合同之违反”(Contract Breach)是否构成“条约之违反”(Treaty Breach)时,上述仲裁案的裁决意见均缺乏必要的精确性,不能清晰指明何谓“其它条件”。此领域需要进一步精细化研究,有待国际投资仲裁庭提供更加理性的分析。

(二) 非正式意思表示

1. 诉请赔偿的基础

“非正式意思表示”是相对投资合同而言的,是指东道国政府在外国投资者做出投资决定之前以某种非正式的意思表示许下诺言,令投资者信以为真,外国投资者才最终作出投资决定。^{②⑫}东道国政府事后未兑现承诺,致使外国投资者蒙受损失。这属于投资条约仲裁过程中经常遇到的情形。外国投资者(仲裁申请人)通常都会援引正当期待概念诉请东道国政府赔偿损失。非正式意思表示的形式包括但不限于一项承诺、保证或“安慰信”(Comfort Letter)。在涉及非正式意思表示的投资仲裁案件中个案的事实很可能多样化:(1) 并列存在投资合同和非正式意思表示;(2) 投资者援引政府非正式意思

^{①⑦} See *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 12 August 2008, p. 358.

^{①⑧} See *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2008, p. 335.

^{①⑨} See *Impregilo S. p. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/17, Final award, 21 June 2011, p. 292.

^{②⑩} 王贵国著:《国际投资法》,法律出版社2008年版,第121页。

^{②⑪} See *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 8 June 2009, p. 620.

^{②⑫} See *Impregilo S. p. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/17, Final award, 21 June 2011, p. 292.

表示以强化合同承诺；(3) 在外资管理法规提供的保证之外当事人同时援引非正式意思表示；(4) 仅有单边的非正式意思表示。^{②③} 国际仲裁庭要审查上述非正式意思表示是否以及在多大程度上可以引起投资者的正当期待。东道国政府若不兑现此类以非正式意思表示表达的承诺，则可能构成违反投资条约上的公平与公正待遇标准。

国际投资仲裁庭趋向于基于正当期待的独立化思路为外国投资者提供保护。1992年 SPP 公司以东道国埃及政府高级官员所做的非正式意思中许下的承诺没有兑现为由诉诸国际投资争端解决中心 (ICSID) 请求赔偿。埃及国内法赋予 ICSID 仲裁庭管辖权，使之能够对 SPP v. Egypt 案作出裁决。国际投资仲裁庭首先承认在国际法上虽然外国投资者可以信赖东道国埃及某些政府高级官员所做的非正式意思表示，但根据埃及法（包括埃及第 475 号总统令）的某些行为可能在法律上被视为不存在、无效或可撤销的行为。此推理显然不利于外国投资者。于是，国际投资仲裁庭转而论述非正式意思表示的性质。国际仲裁庭强调：东道国埃及政府高级官员的行为无不披着东道国政府权力的外衣，且令外国投资者信以为真，据之最终做出投资决定。在埃及法上不管这些行为是否合法，它们均属于包括埃及最高行政机关在内的政府行为。这些行为现在被指控违反埃及国内法。但非正式意思表示创造了为现代国际法既有规则所保护的期待。^{②④} 按照多尔 (Dolzer)、斯努尔 (Schreuer) 教授的理解，国际投资仲裁庭认为 FET 即使没有投资条约的保证，投资者正当期待也应当受到保护。国际投资仲裁实践积累了相当丰富的相关法理。人们可以获得若干权威根据，足以证明外国投资者可以信赖东道国政府所做的非正式意思表示。^{②⑤} 2004 年 Waste Management, Inc. v. Mexico 案，国际仲裁庭裁定若要适用正当期待理论就应当查明东道国提供的实际待遇违反东道国所做的为外国投资者合理信赖的非正式意思表示。^{②⑥} 此著名论断为后来的若干个国际投资仲裁裁决所肯定。如 2009 年 EDF (Services) Limited v. Romania 案中，国际仲裁庭裁决东道国政府实际提供的外资待遇违反东道国曾经做出的且为外国投资者合理信赖的非正式意思表示，只要有此事实就应当将投资者正当期待的保护纳入考虑范畴。^{②⑦} 该案中除了“特许权协议”规定的条件之外，似乎看不到东道国政府所做的任何非正式承诺，也看不出他们创设了任何额外的期待。国际投资仲裁庭的这段论述的重要意义，不言自明。但人们不确知何种类型的意思表示属于国际投资仲裁庭所指的非正式意思表示。

2. 判断标准与认定规则

2008 年 Sempra v. Argentina 案中，国际仲裁庭回顾了 2003 年 Tecmed 案中确立的判断标准之后宣称：当外国投资者受到东道国政府提供的保证书或陈述的引诱或吸引而作

^{②③} See Impregilo S. p. A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Final award, 21 June 2011, p. 292.

^{②④} See Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award and Dissenting Opinion, 20 May 1992, pp. 82-83.

^{②⑤} See Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 2008, p. 135.

^{②⑥} See Waste Management, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, p. 98.

^{②⑦} See EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, p. 216.

出投资决定时,事后投资者要求保护正当期待就变得特别具有法律意义。^{②⑧} 仲裁庭认为,东道国阿根廷政府作出这样的非正式意思表示完全是以引诱外国投资者为目的。“目的论”同样为 2009 年 *Glamis Gold v. USA* 案所重申:东道国政府通过其非正式意思表示可能创造了一种“客观期待”,意图引诱外国资本。因此,若要认定这种期待处于不安的状态就要求它比纯粹的失望更加严重。作为一项入门条件,它要求东道国政府实施积极的引诱行为,形成“准合同期待”。^{②⑨} 前述 2007 年 *Parkerings* 案进一步指出:投资者若受到东道国政府明确的允诺或担保,或者东道国暗示对外国投资的权益提供担保或东道国的意思表示令外国投资者信以为真才做出投资决定,则投资者的期待是正当的。最后,在东道国未作出保证或意思表示的情形下,结合缔结投资合同相关的情形就可以发挥决定性作用,据此可以判断投资者的期待是否正当。^{③⑩} 2007 年 *Parkerings* 案中,仲裁庭认为有一个问题需要考虑:若不考虑政府的陈述或保证,是否同样可以为投资者创造一种“期待”。国际仲裁庭似乎未排除这种可能性,只是要求在个案中结合相关的具体情形进行综合判断。如 2007 年 *Parkerings* 案中东道国某个市政府与外国投资者签订的投资合同、2006 年 *Saluka* 案中国投资者的正当期待可以获得条约的保护而无需以捷克政府做出的明确的保证作为依据。^{③⑪} 再如 2011 年 *河流有限公司诉美国案* 中,仲裁庭认为,在 NAFTA 语境下正当期待概念是与因国家的行为或陈述让外国投资者产生信赖和期待的概念保持一致的。NAFTA 保护的正当期待通常是指因协定成员国向特定投资者所做的明示或默示的陈述或保证所产生的期待。^{③⑫}

2006 年 *Thunderbird* 一案清楚地表明:外国投资者的诉请既不得基于东道国所做的合同允诺,也不得基于许可证之类的任何单边行政行为。因此,本案中外国投资者实质上是以墨西哥当局就赌场的合法性发表的法律意见书为依据建立的期待。在投资后,墨西哥当局关闭相关的赌场设施。因为它们被发现可能很大程度上涉嫌违反东道国墨西哥的禁赌令。仲裁庭讨论了正当期待问题。多数仲裁员认为“法律意见书”不足以产生让投资者在墨西哥购置赌博机并且开业运营的正当期待。但有事实证明此类法律意见书未向外国投资者披露有关赌博机性质的信息,由此“将读者(指投资者)置于错误的轨道上”。^{③⑬} 这一事实对案件裁决结果才是决定性因素。按照国际投资仲裁判例确立的法理基础,原则上东道国政府所做的陈述或保证等非正式意思表示可以产生受公平与公正待遇保护的期待,非正式意思表示应当具备特定性和确定性。

从判例法可以清晰地看到:并非每一种陈述或保证都容易引起正当期待。东道国政府的非正式意思表示达到某种程度的精确性,且无含糊其辞之处,才能够按照正当期

^{②⑧} See *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2008, p. 298.

^{②⑨} See *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 8 June 2009, p. 766.

^{③⑩} See *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, p. 331.

^{③⑪} See *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL-PCA, Partial Award, 17 March 2006, p. 329.

^{③⑫} See *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. USA*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 12 January 2011, p. 140.

^{③⑬} See *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006, pp. 145-166.

待思路寻求保护。投资条约法惯常要求东道国政府的意思表示应当具备某种程度的特定性。一项“承诺”(Promise)的特定性最首要的是内容应当特定化和具体化。其次,在表达形式上不得含糊其辞,须具有确定性。从另一层意义来看,特定性是指“个性化和差别化对待”,也即:政府所做的陈述或承诺针对的是特定的投资者而非面向一般性的投资者群体。^{③④}

在2010年Frontier Petroleum v. Czech Republic案中,仲裁庭审查了捷克共和国工贸部写给外国投资者的两封信。信中表明“国家有可能与投资者谈判。”仲裁庭认为,这并非一种“谅解”(Understanding),仅向投资者发出的一个信号,表示国家有与投资者谈判的“可能性”。这两封信“并不能够作为投资者信赖其为‘陈述’或‘期待’的可靠基础”,“并未表现出产生正当期待所必备的确定性”。^{③⑤}2011年White Industries v. India案外国投资者诉称:在去印度投资的路上,印度国家官员向投资者的一名董事做了一段陈述,大意是告诉投资者“在印度投资是安全的,其国内法的立法目的和宗旨在各个层面是与投资者母国澳大利亚法一模一样的”。仲裁庭认为这样的陈述还达不到必要的确定性,不足以构成应受公平与公正待遇保护的正当期待。^{③⑥}

区域性自由贸易区协定项下的投资仲裁判例也要求政府的非正式意思表示必须达到确定性与特定性的要求始可构成正当期待保护的根据。如2000年Metalclad v. Mexico案诉争标的是危险废物填埋场建造事项。投资者已经取得联邦和州政府签发的许可证,但并未取得市政一级的许可证因而施工被阻。联邦政府官员反复向投资者保证不需要市政许可证,市政当局没有法律依据否定许可证的效力。经多次努力,终究无法破解僵局。Metalclad公司选择根据NAFTA第11章提起仲裁。仲裁庭发现墨西哥政府违反公平与公正待遇条款。因为市政当局拒绝颁发许可证是不当的;Metalclad公司可以信赖联邦政府的意思表示。据此,仲裁庭认定:投资者有权信赖联邦政府官员的陈述,相信自己有权继续施工建造填埋场。因为遵照政府官员的建议,递交市政许可证申请表之后,投资者审慎行事且满怀期待市政当局会同意颁发许可证。^{③⑦}2002年Feldman v. Mexico案仲裁庭将本案中的保证与2000年Metalclad一案中墨西哥当局所做的保证(确定、不含糊、反复多次)进行对比,并得出如下结论:政府对Feldman公司所做的保证“充其量是含糊的,很大程度上也是非正式的”。^{③⑧}2006年Thunderbird案的仲裁员瓦尔德(Wälde)在其个人意见中对正当期待保护的观念亦予以认同,其认为:“若投资者收到了具有官方特征的特定化的正式保证,则该意思表示就更有可能产生正当期待”。因此,正当期待的认定标准较高。^{③⑨}

^{③④} See *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, p. 377.

^{③⑤} See *Frontier Petroleum Services Ltd v. Czech Republic*, UNCITRAL/PCA, Final Award, 12 November 2010, p. 76.

^{③⑥} See *White Industries Australia Limited v. India*, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011, para. 526.

^{③⑦} See *Metalclad Corp. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, p. 89.

^{③⑧} See *Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, p. 148.

^{③⑨} See *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006, Separate Opinion Thomas Wälde, p. 32.

一国的政治家在各种场合发表的一般性的声明或鼓励外国人投资的一般性政策偶尔也会被投资者援引作为诉请保护正当期待的依据。仲裁庭对之作了不同的处理。如2007年 *BG v. Argentina* 案中,公平与公正待遇之诉基本上是以违反东道国外资管理法规提供的担保为依据的。仲裁庭提及阿根廷总统质询批准与签署相关投资条约之时递交国会的信件、阿根廷为促进国有天然气公司私有化而发布的信息备忘录,作为投资者做出投资决定所信赖的其它条件。这些宣言或文件对正当期待及违反公平与公正待遇的具体效应难以评估,对于仲裁庭而言,至关重要的是它们构成对外资管理法规所提供的担保的违反。^⑩又如2004年 *MTD v. Chile* 案中,仲裁庭反复提及智利总统欢迎投资者母国马来西亚总统的晚宴祝酒词,高度赞扬了诉争的不动产项目、项目开工典礼上宣读的智利总统的公开声明。仲裁庭在评估投资者的期待时似乎将这些行为都考虑进去。^⑪再如2007年 *PSEG v. Turkey* 一案中,东道国鼓励和欢迎投资的政策不能构成正当期待之诉的根据。“正当期待顾名思义要求行政部门做过承诺(Promise),且请求人信以为真且据之主张权利。”仲裁庭认为,土耳其实施的一般性的投资鼓励政策“并不必然产生一种指向特定投资者的承诺,不能保证诉争项目一定取得成功”。^⑫2008年 *Continental v. Argentina* 案中,请求人信赖“阿根廷的陈述——把钱留在阿根廷”、“卡瓦罗(Cavallo)部长的某些公开声明——承诺不废除货币自由兑换制”。仲裁庭拒绝认定正当期待由于阿根廷撤销此类声明而落空;为评估正当期待概念的相关性以及是否发生违反行为,需要考虑相关的因素,包括承诺的确定性。但确定性往往是缺失的。因为政治性质的声明最无法律价值。^⑬同样,在2011年 *El Paso v. Argentina* 一案中,外国投资者信赖阿根廷总统与财政部长联名的国会信件,提及“电力法”之颁行将实现其法律的安定性。仲裁庭指出:“共和国总统的宣言于每一个人而言,显然只是一份政治声明;本仲裁庭像每一个自然人一样也意识到世界上所有国家发表的此类政治声明,只能给予有限的信任”。尽管仲裁庭承认此类声明可能引诱投资者到阿根廷境内投资,但并不等于向外国投资者做出东道国不得修改现行外资管理法规的特定承诺。外国投资者还信赖以下事实:为促进向电力部门投资和解释管理法规,政府部门举行过路演、会议及专题研讨会,介绍外资管理法的主要特征,保证投资者的权利得到保护。按照外国投资者的理解,此类行为应该与国际法院在核试验案中所认定的宣言类似,等同于单边宣言。但仲裁庭拒绝进行类比并指出,“从核试验案中学不到经验,因此,我们不能赋予投资推介路演以任何的法律意义”,“此类政治与商业鼓动行为(Incitements)不能等于承诺(Commitments),不能产生正当期待,不可据之诉请双边投资协定的保护”。^⑭

2011年 *El Paso v. Argentina* 案的裁决意见的最后一段提出如下问题:国家间层次

^⑩ See *BG Group Plc. v. Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007, p. 300.

^⑪ See *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, p. 63.

^⑫ *PSEG v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, p. 241.

^⑬ See *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, p. 252.

^⑭ See *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, p. 392.

发展起来的有关单边行为的规则是否可以类推适用于投资者与国家间的语境。这可能成为将国家向投资者所做的承诺与国家的单边承诺进行概念化处理的一种不同的方式。2006年里斯曼(Michael Reisman)和阿萨贾尼(Mahnoush Arsanjani)对此撰文指出:“东道国故意吸引外资,这样就会为潜在投资者创设有关特定待遇的期待。东道国应该受其所做承诺的约束,投资者有权信赖其承诺并做出投资决定。^{④5}投资者与国家语境下有关单边行为规则的类推适用近年为某些仲裁庭所接受,尽管分析的问题并不相同。^{④6}仲裁庭回顾了国际法院有关解释单边宣言的判例法,且援引了2006年联合国国际法委员会的国家单边宣言指导原则。^{④7}仲裁庭原则上不会援引有关单边行为的习惯国际法规则处理具有实体性的陈述或承诺。如上所述,仲裁庭更倾向于选择走正当期待概念这条老路。El Paso一案的仲裁庭拒绝类推适用核试验案的方法,因为单边宣言有约束力并非一条法律原则,且两案诉争的事实截然不同。然而,适用有关单边宣言的一般国际法原则,特别是2006年国际法委员会的指导原则,国家的宣言可能使国家承担国际法义务,这在宣言的用语清楚、确定时,才可能具有此效力。因此,令国家受制于其非正式意思表示的规则最终等同于仲裁庭在上述一系列案件中对正当期待原则的学理解说。”

四、正当期待思路的发展对中国的启示

在国际投资仲裁实践中,投资者频繁援引公平与公正待遇条款以保护其正当期待,其大量诉求获得仲裁庭的支持,并且使正当期待思路趋于独立化。在实践层面,保护投资者正当期待属于东道国义务,各国已基本达成共识,但具体的认定标准和保护标准尚未明确。在理论层面,从条文解释、信赖利益保护、期待利益保护、国际习惯法发展等角度进行分析,保护投资者正当期待也具有正当性。但由于正当期待之诉属于新近发生的现象,其判断标准短期难以形成和统一。因此,学术界应当及时梳理国际投资仲裁的法律实践活动并从中抽象出基本法理。

国际投资仲裁实践对国内法和国际法上有关公平与公正待遇标准在个案的适用进行了解释,结合个案的特殊情形对适用的条件进行剖析,这是实践理性对文本上的投资者待遇的诠释。至于投资者的正当期待,国内法与条约法本身并未进行明晰、确定和统一的法律界定,双边和多边国际投资条约亦未确立其法律地位。实际的国际投资活动中投资者对东道国政府作为当事方的投资合同、单边宣告、外资管理法规怀有期待,希望

^{④5} See W. Michael Reisman & Mahnoush H. Arsanjani, *The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes*, in VÖLKERRECHT ALS WERTORDNUNG –COMMON VALUES IN INTERNATIONAL LAW, FESTSCHRIFT FÜR: ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTIAN TOMUSCHAT 409 (P.M. Dupuy et al. eds., 2006).

^{④6} See *Mobil Corp. et al. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, pp. 84–96.

^{④7} See the Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto, in ILC Report on the Work of its Fifty-Eighth Session (May 1–June 9 and July 3–Aug. 11, 2006), U.N. Doc. A/61/10, p367.

其投资获得公平与公正待遇。东道国政府违反其投资合同,改变单边宣告中表达的外资政策,甚至彻底变更其管理法规的情形时有发生,外国投资者往往处于被动地位,预期的投资回报落空,甚至投资成本都无法收回。自2000年以来,ICSID受理将近50个投资者诉东道国的仲裁申请,其中一个新的棘手的诉请即是请求仲裁庭保护投资者的正当期待。2003年 Tecmed 案是 ICSID 遇到的首个以正当期待保护为诉请的仲裁案,仲裁庭倾向于要对投资者的正当期待予以保护,却找不到国际法的权威依据也无仲裁先例,但仲裁庭在其附带意见中要求保护正当期待。此后的二十多宗仲裁裁决中均支持投资者的正当期待保护诉求。^④

综合全文引述的典型仲裁判例来考量,仲裁庭在个案中支持或拒绝正当期待的裁判理由为投资者母国、投资东道国、投资者行为总结了一系列规律,对于规范政府行为和投资者行为提供了如下值得我国予以借鉴的法律经验:

其一,东道国行事方式应当公开、透明、前后一致。东道国政府的行为是分析投资者正当期待的事实基础和逻辑起点。如2007年 MTD v. Chile 案仲裁庭发现东道国一方面与外国投资者签订投资合同,另一方面拒绝颁发相关的许可证,出尔反尔,由此使得投资者的正当期待落空,仲裁庭支持了投资者的诉请。东道国以平等民事主体身份与外国投资者签订投资合同,在合同中的承诺是产生投资者正当期待的重要基础。如2008年 Continental Casualty Company v. Argentina 仲裁庭就认定因合同引起的期待应当受到更高层次的保护。

其二,并非所有投资者的期待可诉请保护。仲裁庭对条约下的正当期待与投资合同项下的正当期待进行了区分,并仅仅保护前者而否定后者。如2007年 Parkerings v. Lithuania 案中,仲裁庭认为投资合同一方的期待可能属于另一方应当履行的义务。因此,希望合同相对方履行义务的期望未必构成投资法所要保护的期待。于是,合同期待受挫之一方当事人,若符合条件,可以寻求国内法上的救济。2011年 Impregilo v. Argentina 案对此论断予以肯定。又如2008年 Duke v. Ecuador 案仲裁庭指出投资者的纯合同期待不能获得双边投资协定的保护。再如,2008年 Hamester v. Ghana 案仲裁庭指出违约之指控并不等于基于正当期待思路建立的 FET 条约标准之违反。

其三,东道国政府发表的政策声明、单边宣言、允诺、保证等非正式意思表示很可能成为外国投资者诉请正当期待保护的根据。尽管仲裁庭个案中的态度并不一致,但总的趋势是给予投资者以正当期待保护。如1992年 SPP v. Egypt 案仲裁庭承认了国际法上投资者可以信赖某些政府高级官员所做的意思表示。2004年 Waste Management, Inc. v. Mexico 案仲裁庭认为应当查明东道国提供的实际待遇违反了东道国所做的为投资者所合理信赖的意思表示。2006年 Saluka 案仲裁庭认定即使捷克政府没有明确的保证,投资者的合理期待也可以获得条约的保护。2007年 Parkerings 案仲裁庭指出若投资者受到东道国明确的允诺或担保,或者东道国暗示对外国投资的权益提供担保或东道国的

^④ See Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, p. 156.

意思表示令外国投资者信以为真才做出投资决定,那么投资者的期待就是正当的。2008年 *Sempra v. Argentina* 案仲裁庭宣称:当投资者受到了东道国政府提供的保证书或陈述的引诱或吸引而做出投资决定之时,事后投资者要求保护正当期待就变得特别有意义。2009年 *Glamis Gold v. USA* 案重申:东道国若实施积极诱导,形成“准合同期待”,就可能面临正当期待之诉。2009年 *EDF (Services) Limited v. Romania* 案肯定若东道国提供的待遇违反了东道国曾经做出的且为投资者合理信赖的意思表示,就应当考虑给予正当期待的保护。2011年 *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. USA* 案仲裁庭认为,受 NAFTA 保护的正当期待通常情况是指因本协定成员国向特定投资者所做的明示或默示的陈述或保证而产生的期待。因此,投资条约仲裁法理已经确立了充分的权威:原则上,东道国的意思表示可以产生受公平与公正待遇保护的正当期待,但此类非正式意思表示需要具备确定性和特定性。

其四,东道国国家元首之类的政治领导人在各种公开场合发表的一般性声明或鼓励外国人投资的一般性宣言也可能引起正当期待之诉。但迄今仲裁庭对之作出了不同的处理。如 2004年 *MTD v. Chile* 案仲裁庭反复提及智利总统欢迎投资者母国马来西亚总统的晚宴祝酒词,似乎也影响到仲裁庭对正当期待之诉的判断。又如 2007年 *BG v. Argentina* 案仲裁庭提及了阿根廷总统向国会递交的有关信件,被认定为构成了对管理法规所提供的担保的违反。2007年 *PSEG v. Turkey* 一案仲裁庭认为土耳其实施的一般性的投资鼓励政策并不必然产生一种指向特定请求人的承诺。2008年 *Continental v. Argentina* 案仲裁庭提及卡瓦罗(Cavallo)部长在某些公开场合表示不废除货币自由兑换制的承诺,因其确定性不够,无法认定为正当期待之诉的根据。2011年 *El Paso* 案仲裁庭指出总统的宣言于每一个人而言显然不过是一份政治声明而已,并不等于向外国投资者做出特定的承诺。

Abstract: The concept of Legitimate Expectations is derived from Anglo-American administrative law. A lot of investors constantly appeal for the protections of Legitimate Expectation in international investment arbitration actions, the Legitimate Expectations are not stipulated in the investment clauses of bilateral investment agreements and regional trade agreements. The international investment arbitration tribunal resorted to general principles law, gradually expanded the connotation and denotation of Fair and Equitable Treatment, and interpreted the judgement criterions of Legitimate Expectation based on individual cases. The governmental actions of host countries are categorized by arbitration tribunal, there is a convergence trend in the Legitimate Expectation rules.

KeyWords: Fair and Equitable Treatment; International Investment Arbitration; Rules of Legitimate Expectation

(责任编辑:魏庆)

涉外商事合同准据法对仲裁条款的适用

——以仲裁条款独立性为视角

马一飞*

内容提要 涉外商事合同中双方当事人约定了争议所适用的法律,而未明确指出其是否适用于该合同中的仲裁条款。约定的准据法能否适用于仲裁条款因法律规定的不明确成为争议问题,进而导致各法院裁判结果不统一。2018年生效的相关司法解释明确排除了合同准据法对仲裁条款的适用。通过对仲裁条款独立性原则的含义、目的等进行梳理,结合国外立法及案件裁判,反驳目前流行的基于仲裁条款独立性原则严格排除主合同准据法适用于其中仲裁条款的观点,提出了处理二者关系的新途径,为近期仲裁法的修订建言献策。

关键词 商事合同准据法 仲裁条款法律适用 仲裁条款独立性

涉外商事合同中,允许当事人约定法律适用已成为各国立法的共识性规定。而约定的合同准据法^①是否能适用于其中的仲裁条款因法律规定的不明确导致实践中法院裁判结果的差异。

一、我国关于涉外商事合同准据法对仲裁条款适用的立法与实践

(一) 立法

《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《适用法》)第十八条、《关于适用〈适用法〉若干问题的解释(一)》第十四条涉及仲裁协议法律适用,然而关于商事合同准据法与仲裁条款准据法之间的关系均无明确规定。最高院《关于印发〈第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要〉的通知》(以下简称《通知》)第五十八条明确规定合同中约定的适用于解决合同争议的准据法不能用来确定涉外仲裁条款的效力,并详细规定了当事人无约定时仲裁地法及法院地法有条件的选择适用。然而,最高院的会议纪要的

* 马一飞,西安外国语大学商学院副教授。本文系西安外国语大学科研基金项目(15XWB13)研究成果、陕西省教育科学“十三五”规划课题(SGH16H098)研究成果。

① 本文中的准据法是指冲突规范所指定的、确定当事人权利义务的实体法规范所属国家的法律体系。参见陈卫佐:《论准据法与“适当准据法”》,载《清华法学》2009年第4期,第121页。

功能仅限于在法律与司法解释没有明确规定的情况下,为各级法院统一裁判提供处理意见、为最高人民法院制定司法解释积累经验。2018年1月1日起施行的《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》第十三条规定:当事人仅约定合同适用的法律,不能作为确认合同中仲裁条款效力适用的法律。至此,通过司法解释明确排除了合同准据法对仲裁条款的适用。

(二) 实践

在最新出台的司法解释施行前,对于当事人选择的合同准据法能否适用于其中的仲裁条款,多年来法院裁判也因法律规定的不明确而结果与理由不一,尤其是对于仲裁条款独立性原则作为裁判理由的适用应引起我们的重视及思考。

1994年香港三菱公司案,湖北高院认定法院有管辖权。^②但并未明确判定仲裁条款效力的依据。而最高院适用了当事人约定的仲裁地的法律,也未说明合同中当事人约定的准据法不适用的理由。2001年大连华农集团案,提单中写明:“因本提单所产生的一切争议均应在伦敦仲裁,且由英国法调整”。法院最终认定双方既然选用英国法,应以此认定仲裁条款的效力。^③表明认可了主合同准据法对其中仲裁条款的适用。2004年厦门象屿集团案^④,厦门中院运用仲裁条款独立性原则,排除了合同约定的准据法对仲裁条款的适用,并未明确独立性原则作为依据的理由及推理过程。2004年,对于张家港星港案中涉外仲裁条款效力问题,各法院裁判理由及结果存在差异。^⑤苏州中院运用独立性原则,认定仲裁条款效力不受主合同效力的影响,从效力独立引申出法律适用的独立,认定主合同准据法不得适用于仲裁条款。然而,独立性原则是否意味二者效力在任何情况下完全独立,且效力独立能否决定法律适用独立的推理过程值得探讨。江苏高院认为:双方当事人约定《合资经营合同》适用我国法律,就应当适用其确定仲裁协议的效力,成为主合同准据法适用于仲裁条款支持者的典型代表。最高院根据《通知》排除了合同约定的准据法适用于确定仲裁条款的效力。2009年番禺珠江钢管案当事人约定:“仲裁地点:北京,引用中国法律”。最高院认定“没有约定审查仲裁条款效力的法律”。^⑥2012年天津瑞福能源销售公司案与之类似。^⑦依照一般解释原则理解,合同约定了仲裁地点和法律适用。而最高院裁判彰显了对仲裁条款法律适用约定明确性的严格要求,甚至有些背离通常性的理解。2012年青岛新安泰钢结构有限公司案,双方合同约定:“合

② 参见刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证研究》,博士学位论文,华东政法学院2004年4月,第211页。

③ 大连海事法院(2001)大海法商初字第252号一审裁定,参见徐青森、杜焕芳:《国际私法专题研究》,中国人民大学出版社2010年9月第1版,第228页。

④ 案例来源:找法网, <https://china.findlaw.cn/info/zhongcai/zexy/zctk/90757.html>,最后访问日期:2010年1月23日。

⑤ 《江苏省高级人民法院关于张家港星港电子公司与博泽国际公司中外合资经营合同中涉外仲裁条款效力问题的请示及最高人民法院关于确认仲裁协议效力请示的复函》,万鄂湘:《涉外商事海事审判指导(2006年第1辑)》,人民法院出版社2006年7月,第82页。

⑥ 最高人民法院于申请人番禺珠江钢管有限公司与被申请人深圳市泛邦国际货运有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函,参见《涉外商事海事审判指导》,人民法院出版社2009年1月,第85页。

⑦ 最高人民法院(2012)民申字第709号裁定,中国裁判文书网2012年6月20日。

同的制定、生效、解释、执行均应遵守中国和俄罗斯法律。”青岛市中院依据仲裁条款独立性原则,明确当事人约定的合同适用的法律不能当然视为确定合同中仲裁协议效力的准据法。

上述案例的共同点是当事人合同中有法律适用的约定,但并未明确指出其适用于其中的仲裁条款。各法院适用不同法律依据作出了不同裁判,可归结为两类对立的观点。

二、涉外商事合同准据法能否对仲裁条款适用的不同观点

(一) 涉外商事合同准据法应直接适用于仲裁条款

传统观点将仲裁条款视为整体商事合同中的一部分,并基于合同“意思自治”原则,认为双方约定的商事合同的准据法应适用于仲裁条款。张家港星港案中的江苏高院、大连华农案中的法院即持此观点。有学者撰文指出,将当事人选择的合同准据法作为仲裁协议的准据法加以适用是我国司法界在确定仲裁协议准据法时的问题之一。^⑧从侧面表明我国传统观点曾在司法界流行,即除非当事人明示且明确地指明仲裁条款的准据法不同于商事合同准据法,否则二者相一致。上述观点的依据是:商事合同与仲裁条款之间的联系表明二者应适用同一准据法,从而保证这种关系受同一法律支配。^⑨

(二) 以仲裁条款独立性为基点认定涉外商事合同准据法不适用于仲裁条款

之后司法界以仲裁条款独立性原则为基点,纷纷主张当事人选择的商事合同准据法不能或可以不适用于其中的仲裁条款。前述案例中的苏州中院、厦门中院、青岛中院均在裁定中提及了仲裁条款独立性,并据此认定商事合同准据法不能适用于仲裁条款。最高院也在恒基案的二审裁判中指出合同中约定的适用于解决合同争议的准据法,不能用来判定仲裁条款的效力。^⑩诸多学者在论文中表述了相同的观点。例如:仲裁协议独立性表现在法律的适用上也具有独立性。^⑪基于仲裁条款的独立性,如当事人未明确约定,不能推定即为主合同的准据法,^⑫并提及法国法院在“戈塞”案中适用了仲裁条款可与主合同受不同法律支配的原则。^⑬仲裁协议的有效性独立于商事合同,则决定仲裁协议的存在或有效性的法律也可独立于商事合同的准据法。^⑭基于仲裁协议的独立性原则,仲裁协议与其所依附的主合同宜分别适用法律。^⑮学者朱彧在其博士论文中将基础合同

^⑧ 同前注^③,刘晓红文,第214页。

^⑨ 寇丽:《现代国际商事仲裁法律适用问题研究》,博士学位论文,中国政法大学2004年4月,第62页。

^⑩ 最高人民法院民事裁定书〔2006〕民四终字第28号,参见朱宣焯《仲裁法实务精要与案例指引》,中国法制出版社2015年1月,第31页。

^⑪ 白钢:《国际商事仲裁协议研究》,博士学位论文,大连海事大学2013年6月,第84页。

^⑫ 于喜富:《仲裁协议的法律适用问题——涉外民事关系法律适用法第十八条的理解与适用》,载《人民司法》2012年第11期,第48页。

^⑬ 姜茹娇:《论国际商事仲裁协议的准据法》,载《中国青年政治学院学报》2003年第9期,111页以下。

^⑭ 诸爱琴:《国际商事仲裁协议的法律适用》,合众法律网, <http://www.34law.com>,最后访问日期:2007年7月31日。

^⑮ 王克玉:《涉外仲裁协议案件中的司法剩余权及法院地法的谦抑性》,载《法律科学》2015年第6期,第173页。

与仲裁条款适用不同国家或地区的法律安排在仲裁条款独立性的适用后果这一大标题之下,表明其认为仲裁条款独立性原则的范围应包括法律适用问题。^{①⑥}

上述观点中均以仲裁条款独立性为依据,得出主合同准据法不适用于仲裁条款的结论。但大多学者仅是简单提及仲裁条款独立性原则或是引用他人的结论,缺乏推理论证过程。仅有个别学者提及了独立性原则适用的理由:仲裁条款与主合同效力独立决定二者适用法律的独立,独立性应当涵盖判断仲裁协议效力的过程,包括仲裁协议的法律适用。^{①⑦}然而,仲裁条款独立性中的效力独立能否得出审查效力的法律必然不同的结论,理应回到对仲裁条款独立性实质的认识。

三、仲裁条款独立性不能作为涉外商事合同与仲裁条款准据法独立适用的依据

有学者基于2006年的恒基案提出法院裁判片面理解了仲裁条款独立性,忽视了当事人约定的合同准据法对于仲裁条款法律适用的意义。^{①⑧}有学者走得更远,认为主合同与仲裁条款有共同的约因基础,在适用契约效力规则时也有相同的客观前提。仲裁条款的生效判断依据并不相互独立。^{①⑨}但这只是微弱的反对声音,并未对此进行深入分析,仍需要对独立性原则的含义、目的等方面进行梳理,重新审视当下流行的以独立性原则为依据,认定商事合同准据法不能适用于仲裁条款的观点。

(一) 仲裁条款独立性的起源与发展

仲裁条款独立性始于1942年海曼诉达文思案,法国最高院通过1963年戈塞特案的判决确立仲裁条款可独立于自始无效合同。由于很多中国学者以此案为依据阐述自己观点,特对此案进行分析。该案主旨为法国戈塞特公司与意大利卡拉派利公司订立含有仲裁条款的买卖合同。买方未能取得办理清关手续所必需的特别授权致使合同不能履行。卖方在意大利获得对其有利的仲裁裁决,且得到法国马赛民事法院的确认。买方上诉到法国最高法院,理由是主合同因不能履行无效,相应地其中的仲裁条款当然无效。最高法院认为:在国际仲裁中,无论仲裁协议表现为单独的协议还是主合同的一部分,除特殊情况外,都是完全独立的。国际合同中的仲裁条款完全独立,即便主合同无效时亦然。^{②⑩}该案主要是本着有利于认可仲裁条款效力的目的,在主合同无效时因仲裁条款的独立性而保证其依然有效。并非是认可仲裁条款在任何情况下完全独立,更未涉及因为二者效力独立所以必然适用不同的准据法。

^{①⑥} 朱彧:《国际商事仲裁之仲裁条款独立性研究》,博士学位论文,西南政法大学,2015年3月,第98页。

^{①⑦} 卢奕如:《论涉外仲裁协议效力认定的法律适用》,载《法制与社会》2016年第6期,第126页。

^{①⑧} 宋晓:《涉外仲裁条款的准据法——“恒基公司案”对实在法和法院裁判的双重拷问》,载《法学》2008年第6期,第121页。

^{①⑨} 温长庆:《仲裁条款独立性再认识——在合同效力规则中的解读》,载《北京仲裁》2017年1月,第241页。

^{②⑩} LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CIVILE PREMIERE SECTION.7 mai 1963.Cassation partielle, Sep.16, 2013.

1967年美国首家涂料公司案最高法院判决仲裁条款可独立于自始无效的欺诈合同。英国上诉法院1993年对海港保险公司诉堪萨公司案的判决表明,只要自始无效的指控并非直接针对仲裁条款,仲裁条款可独立于自始无效的合同。日本、瑞典和澳大利亚等国法院也都认可了仲裁条款独立性原则。随着国际商事仲裁实践的发展,仲裁条款独立性原则逐步推向深入——仲裁条款可独立于各种合同存在,包括自始无效或违法的合同。

近年,法国一系列案例的裁判表明独立性原则已扩展至法律适用。1972年巴黎上诉法院与1993年Dalico案法院判决中确认:如果当事人主张仲裁协议的有效性适用特定国家法,则仲裁条款独立性的适用不必然受到支配基础合同的法律的支配。^①

(二) 仲裁条款独立性的目的——效力独立以最大限度促成仲裁协议有效

纵观各国法院判决认可仲裁条款独立性原则时的情形,表明其并非抽象地谈论一般场合下之独立性的泛泛之辞,它自有其适用场合的特定性。^②只有在商事合同无效、失效或不存在时,仲裁协议独立性方才得以运用以最大限度促使仲裁协议有效,从而体现了对当事人选择的纠纷解决途径的支持。法律适用固然会决定仲裁协议的效力,但与商事合同分别进行法律选择并不能保障仲裁条款的有效性。英国及新加坡近年来的裁判表明:在主合同准据法可能导致仲裁协议无效的情况下,独立性原则可以作为保障仲裁协议效力的一道“防火墙”^③,而非二者必然独立。表明独立性在法律适用中的应用是以支持仲裁条款有效为基点。即使主张仲裁条款独立性较为彻底的法国,近年来的法院裁判将独立性扩大至法律适用时也始终强调,其目的是为了认可当事人意思自治,保证仲裁条款的有效性。^④

独立性原则显然不能成为合同与仲裁条款法律适用必然不同的依据,因其不符合独立性原则的目的。以独立性原则为依据,认定商事合同和仲裁条款可适用不同的准据法应是用以最大限度认定仲裁协议有效为前提,而非武断否定当事人约定的合同准据法一律不适用于仲裁条款。将仲裁条款独立性狭隘解释为形式上的“单独性”,致使其与商事合同在任何情况下截然分而治之的观点是对独立性的曲解。仲裁条款不随商事合同转移等已被公认是对仲裁条款独立性原则的误用,笔者认为在仲裁条款准据法问题上适用此原则而绝对排除合同准据法适用应是误用的另一种典型形式。美国学者加里·博恩的著作中提及的独立性推定的后果之一即仲裁协议和基础合同可能适用不同的实体法,即二者的准据法不一定一致,^⑤表明存在这一种可能性,而非绝对的必须严格区分。

^① 朱彧:《“仲裁条款可分割性”“仲裁条款自治性”与“仲裁条款独立性”辨名》,载《法制与经济》2018年第3期,第170页。

^② 赵宁:《仲裁协议独立性之再认识——兼论其与仲裁协议成立及转移之关系》,载《仲裁与法律》2003年第4期,第42页。

^③ 陈挚:《论仲裁协议效力问题的法律适用——以新加坡BNA案为视角》,上海市法学会主编,《上海法学研究》集刊2019年第17卷,第153页。

^④ 同前注^②,朱彧文,第170页。

^⑤ 参见[美]加里·博恩,白麟等译:《国际仲裁法律与实践》,商务印书馆,2015年版,第69页。

以结果的可能性倒推法律适用,将二者的独立绝对化是不可取的。

(三) 各国立法及国际商事仲裁示范法明确了仲裁条款独立性的适用范围

仲裁条款独立性在一些国家的国内立法、仲裁机构规则及国际示范法中有明确规定:如1987年《瑞士联邦国际私法》第一百七十八条、俄罗斯1993年《联邦国际商事仲裁法》第十六条、1996年英国《仲裁法》第七条。2000年美国仲裁协会《国际仲裁规则》第十五条、2012年国际商会《仲裁规则》第六条以及2006年修订的联合国贸法会《国际商事仲裁示范法》第十六条。上述规定明确了仲裁条款独立性的内涵与适用范围,主要是效力上而非形式上的独立,并且多是在商事合同效力瑕疵时判定仲裁条款效力不受影响以及仲裁庭即使认定商事合同无效也不影响其管辖权。如英国《仲裁法》第七条规定:……为此目的,仲裁协议应视为不同的协议。其中并未涉及仲裁条款与商事合同独立适用法律,不能成为仲裁条款准据法绝对独立于基础合同的依据。

综上所述,笔者认为从仲裁条款独立性的起源发展、目的和立法内容来看,独立性仅是一种为了实现特定政策目标的法律拟制,此目标之外便不再适用。^{②6} 仲裁条款独立性绝对化的倾向是十分危险的。被作为论据引用最多的法国戈塞案也只是从避免仲裁条款无效的角度提出仲裁条款与主合同法律适用可以不同。这种可分离性与绝对独立性完全不可同日而语。基于仲裁条款包含程序性与基础合同的完全实体性差异,加之仲裁条款的争端解决功能决定二者效力的判断过程应当区分。分割适用法律已为仲裁机构和法院广泛践行,但此绝非是仲裁独立性原则适用的逻辑结果和独立性原则的应有之义。

四、涉外商事合同与仲裁条款准据法适用关系的明晰

以独立性原则为依据,简单将商事合同与仲裁条款法律适用严格区分的做法并不可取,理应重新审视二者关系。强调合同准据法与仲裁条款准据法中适用当事人合意选择的法律的不同,但并非全然割裂,更非必然不同。应结合个案解释当事人约定,在当事人意思自治、最大限度促成仲裁协议有效的前提下二者认可二者联系。

(一) 涉外商事合同准据法不得当然适用于仲裁条款

依据《适用法》的规定,当事人选择仲裁协议法律适用应是明示、明确选择。商事合同中约定的准据法只要没有明确说明适用于仲裁条款,就不得直接适用。《适用法》中仲裁协议法律适用与合同法律适用在不同章节进行规定的方式表明立法者分别适用的意图。此并非是基于仲裁条款独立性原则,而是由于商事合同与仲裁条款存在明显区别。商事合同涉及当事人间的实体权利义务,而仲裁条款主要是争议的解决方式。当事人往往愿意选择在第三国进行仲裁,以摆脱任何一方有可能对仲裁施加的不利影响。而当事人通常希望选择双方较为熟悉的与合同有关的国家法律作为实体争议解决的依据。不加区别的将二者统一适用有时会得出与当事人积极运用仲裁解决纠纷背道而驰的结

^{②6} 同前注^{①9},宋晓文,第122页。

果,张家港星港案中江苏高院的裁判就是一例。

(二) 充分发挥仲裁地和仲裁机构所在地的辅助作用

《适用法》规定当事人如果没有明确选择,不推定当事人意思,直接适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。香港三菱案就是当事人约定了主合同准据法和仲裁地,最高院最终适用了仲裁地法。仲裁地的选定是当事人意思自治的结果,相比商事合同准据法更能体现当事人对解决仲裁各方面问题的法律适用共识。较之英国和新加坡适用的没有明示意思之下,首先推定当事人意思的仲裁协议准据法确定规则,具有可预见性强的优势,适合我国国情。《适用法》中之所以引入仲裁机构所在地法这一在他国立法中很少见到的概念,主要因为我国仅认可机构仲裁,仲裁机构的确定是有效仲裁协议的必备内容之一。与国际立法接轨适用仲裁地法的同时兼顾我国现行仲裁法的特点,为仲裁协议法律适用提供了更为广阔的选择空间。

(三) 基于最密切联系原则的涉外商事合同准据法对仲裁条款的适用

仲裁协议的效果是程序性的,但其有效条件却是实质性的,与一般意义上的合同无甚区别^{②7}。因此应摒弃把仲裁协议简单归结为程序性协议的传统观点,可参照合同法律适用规则选择仲裁协议准据法。我国立法亦是基于仲裁协议的契约性引入意思自治原则,而未将其识别为程序问题直接指向法院地法,在各种连接点未明确约定的情形下,法院地法也只是可以而非应当适用。因而完全有条件类比涉外合同的法律适用方法,即当事人未就仲裁协议的准据法及仲裁地或仲裁机构做出选择的,可以考虑适用与合同有最密切联系的国家的法。事实上,各国立法大多采用的当事人未明确选择时适用仲裁地法,就是最密切联系原则的适用结果。只不过立法特别将其明确规定,简化了衡量比较的过程。^{②8}

如果仲裁条款没有对仲裁地或机构作出约定,要综合考察与仲裁有关的各种因素,诸如仲裁规则、仲裁语言的选择等,由法院或仲裁机构结合具体案情,综合考量后找出一个最密切联系地的法作为准据法。而仲裁条款和商事合同也具有关联性:仲裁条款因商事合同争议解决的需要而订立,并随商事合同的全部履行而终止。与商事合同有关的争议的发生是仲裁条款效力实现的前提条件。因此,商事合同准据法所属国也是密切联系地之一,选择与否的要点在于如何最大程度地尊重当事人的真实意愿。

(四) 以意思自治为原则、利于仲裁条款有效为基点处理二者关系

近年来,我国法院裁判多将二者严格分立、绝对排除合同准据法适用于仲裁条款,导致类似恒基案等不符合当事人期待的裁判出现,一定程度上抑制了当事人进行仲裁的愿望。法律适用的灵魂即是对当事人选择仲裁排除司法管辖的真意探寻与解读。^{②9}商事合同准据法不得当然地直接适用于仲裁条款,但仍可依据最密切联系原则在当事人没有明确约定时,从支持仲裁的角度赋予法院或仲裁机构自由裁量是否适用合同准据法判定仲

^{②7} 王金玉:《国际商事仲裁协议法律选择的逻辑透视》,载《法学》2015年第6期,第76页。

^{②8} 马一飞:《涉外仲裁协议的法律适用——〈涉外民事关系法律适用法〉第18条理解与适用》,载《学术交流》2013年第8期,第77页。

^{②9} 季境:《仲裁协议效力认定及解释原则》,载《人民司法》2019年第26期,第16页。

裁条款效力的权力。不能偏颇地以独立性原则为依据,断然否定合同准据法对仲裁条款的可适用性。首先,通过上文分析,独立性原则并不应适用于此。其次,我国法律对仲裁协议效力判定的严格性——必须以选定的仲裁机构为要件,致使因法律适用约定不明转而适用法院地法的结果大多是认定仲裁协议无效,与当事人的愿望背道而驰。应从有利于仲裁出发,在支持仲裁条款有效的理念下,不必刻意于法律适用上的“分割”。历史上国际商会的仲裁实践表明仲裁条款适用基础合同的准据法并非个别现象^{③①},还有英国也有很多类似裁判。^{③②}建议在我国,当事人未明示约定仲裁法律适用、仲裁地或仲裁机构所在地时,合同准据法作为最密切联系因素之一候选适用。应在综合考虑各种因素之后,从有利于仲裁条款的有效性出发对此加以灵活运用。^{③③}注意有利于仲裁条款有效的原则应让位于对当事人真实意思的探求。仲裁条款源于当事人约定,选择仲裁解决纠纷时,对仲裁机构、仲裁地作出选择都是当事人积极追求仲裁方式解决纠纷的表现,因此仲裁机构所在地法与仲裁地法何者适用,以及比较、选择最密切联系地法适用时,均应以支持仲裁条款有效性为原则。但如当事人有明确的仲裁准据法选择,就不能为了有效而违背真意。

仲裁作为涉外商事纠纷解决方式日益盛行的今天,仲裁实践的终极目标应是迎合仲裁发展趋势、尽量认可仲裁协议的效力,防止因当事人法律适用约定意思表示不明确而轻易否定仲裁条款效力的现象频繁发生。2019年最高院多份民事裁定书中均指出仲裁协议独立性是指仲裁协议与主合同是可分的,它们的存在与效力,以及适用于它们的准据法都是可分的。^{③④}从一律不予适用合同准据法到强调二者的可分割性,是司法的回应。而在仲裁法修订之际,立法应对此予以回应。

Abstract: The contracting parties may agree with the governing law without specifying whether it would apply to the arbitration clause in foreign-related commercial contract. Whether the agreed governing law can be applied to the arbitration clause has become a controversial issue due to the ambiguity of the laws, leading to the inconsistency of court judgments. The relevant judicial interpretation which took effect in 2018 explicitly excludes the application of law of contract to arbitration clause. By sorting out the connotation and purpose of the principle of separability of arbitration clause, and in combination with foreign legislation and case judgment, this paper refutes the prevailing view that the governing law of the commercial contract shall

^{③①} 同前注^{②⑥},王克玉文,第78页。

^{③②} 同前注^{②④},陈攀文,第152页。

^{③③} 同前注^{①①},寇丽文,第63页。

^{③④} 运裕有限公司、深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力民事裁定书(2019)最高法民特1号;新劲企业公司、深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力民事裁定书(2019)最高法民特2号;北京港中旅维景国际酒店管理有限公司、深圳维景京华酒店有限公司申请确认仲裁协议效力民事裁定书(2019)最高法民特3号;威科先行数据库,2020年9月。

be strictly excluded to application to the arbitration clause because of the said principle and proposes a new way to deal with the relationship between the governing law and the arbitration clause in order to give some suggestion for the revision of the arbitration law.

Keywords: governing law of the commercial contract; governing law of arbitration clause; separability of arbitration clause

(责任编辑: 苏旭辉)

检视与完善:案外人申请不予执行仲裁裁决制度实施效果评测

孙子良 刘翠翠*

内容提要 本文以实证方法汇总分析了《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》实施一年以来中国裁判文书上公布的全部 458 件案外人申请不予执行仲裁裁决案件,旨在展示当前该制度的司法适用全貌。研究发现,目前案外人申请不予执行仲裁裁决制度呈现出案件数量不多、标的额大、争议法律关系集中、申请被驳回比例大、上诉率高等特点,并存在当事人力量对比失衡、司法实质审查存在理论及现实困境、相关制度有效供给不足、后续制度设计缺位、对案外人权利救济不彻底等问题。破局之道在于适当设定救济门槛,防范救济程序滥用;科学分配举证责任,确保两方势均力敌;合理设计相关时限,实现纠纷的高效解决;保障制度供给,补足案外人权利救济的缺失环节等,以切实发挥新设制度的实践价值,实现案外人与原仲裁当事人之间的权利平衡,达成司法与仲裁的良性互动。

关键词 仲裁裁决 不予执行 案外人 权利救济

引言

随着经济社会的不断发展,仲裁以其自治性、高效性、私密性、专业性等优点,在化解民商事主体之间利益冲突,维护社会经济秩序和生活秩序、保障市场经济健康发展等方面发挥着日益重要的作用,成为最重要的诉讼替代方式。然而,成也萧何,败也萧何。仲裁制度的上述优势又使其背负了相较于诉讼制度的原罪性风险——部分恶意当事人通过虚构法律关系、提供虚假陈述或者伪造证据等方式,获取仲裁裁决,极大侵害了案外人的合法权益与法治的尊严权威。为规范人民法院办理仲裁裁决执行案件,依法保障当事人、案外人的合法权益,最高人民法院于 2018 年 1 月 5 日通过了《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(以下简称《仲裁裁决执行规定》),确立了案外人申请不予执行仲裁裁决制度,标志着长期备受关注的虚假仲裁问题步入了制度化规制的新阶段。

* 孙子良,中国政法大学法律硕士,现任中国国际贸易促进委员会办公室干部;刘翠翠,中国政法大学法学硕士,现任天津市第一中级人民法院员额法官。

本文汇总分析了《仲裁裁决执行规定》实施一年以来,中国裁判文书上公布的全部 458 件案外人申请不予执行仲裁裁决案件,并对其中的 213 件逐一进行了文本分析,^①旨在展示一年以来该制度的司法适用全貌,剖析法院裁判思路,总结法院裁判倾向,并对实务中出现的一些疑难复杂问题进行梳理分析,以期总结裁判经验,规范裁判尺度,供实务参考。

一、检视：案外人申请不予执行仲裁裁决制度之实践样态

经初步分析,样本案例表现出以下特点:

(一) 基础案由集中度高,串案众多

全部样本案例中,基础仲裁案件涉及的法律关系或对应的民事诉讼案由高度集中,大体可归结为三类:1. 金融借款合同纠纷(197件)。其中仅方正东亚信托有限责任公司与相关自然人金融借款合同纠纷案就有187件(从裁判文书可知,该案实际涉及不同案外人的不动产344宗,预计最终案件数量可能更多),占全部案例的半数以上。因案情单一、裁判结果类似,笔者将其作为单件案例予以分析;2. 建设工程(房地产开发)合同纠纷(9件)。其中王中山等人与中国三冶集团有限公司、舒兰市诚信房地产开发有限责任公司合作开发房地产合同纠纷执行案[(2018)吉02执异212号]涉及案外人217人,实际系217件纠纷,吉林市中院对此做了合并处理);^②3. 商品房买卖合同纠纷(7件),如郭亮与王旭、石家庄市纪元房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案[(2018)冀01执异312、314、315号]。

(二) 案件多涉及大额借款及不动产处置,争议较大,上诉率高

值得特别注意的是,样本案件无一例外均涉及到大额借款或不动产处置,诉争金额多以百万起步,其中仅标的额过亿的案件就有349件,占全部案件样本总量的90%以上。大量案件因涉及当事人巨大利益关切且与民间借贷具有千丝万缕的联系,极易引发群体性纠纷,导致案件久拖不决,上诉不断。

单纯从案号分析,样本案件中执异字133件、执复字79件、执监字1件,即37.6%的案件进入了复议程序或被发回重审。在较为典型的方正东亚信托有限责任公司与相关自然人金融借款合同纠纷案件中,案外人均不服一审判决,都向上级法院提起了复议。

^① 笔者以“法律依据:《仲裁裁决执行规定》第九条”为检索词,以2018年3月1日至2019年3月1日为检索期间,共检索到案件459件(其中一件系基层法院审理的劳动仲裁争议案件,已剔除),同时,由于中国裁判文书网的限定,全部458件样本案例仅前200条可以显示全文,其余案件只能通过其他渠道零星寻找,故笔者实际上只能对全部案件的约半数即213件进行具体的文本研究,这与全国每年30万件左右的仲裁裁决执行案件相比数量极小。但即便如此,上述样本仍具有一定的代表性,因为各级法院既然敢于大大方方地将上述案件予以公示,本身就表明了对于案件裁决结果的专业确信以及开门纳谏接受社会各界监督指摘的职业自信,这种自信与公开的态度本身就说明了上述案件具有极强的代表性与示范意义。

^② 上述案件的法律关系和案由存在交叉,如方正东亚信托系列案件实际上也包含了不动产买卖的因素,只是金融借款的关系更为基础。

同时,全部案例中93件由高级法院审理,中级法院审理了365件,这也从一个侧面反映了此类案件难度之高、争议之大。如何防控此类隐患应作为目前和今后仲裁裁决司法审查实践的重要课题。

此外,根据《仲裁裁决执行规定》旨意及相关法律规定,目前法院对申请不予执行仲裁裁决的案件另行立“执异”案号予以审查处理,^③上述统计结果印证了上述规定,但显而易见,执复字案件仍占据较大比例。

(三) 案外人败诉比例畸高,举证困难系最主要原因

样本案例中法院支持案外人申请,裁决不予执行仲裁裁决的案件仅有7件,只占全部样本案例的1.5%,其余98.5%的申请均被法院驳回。该情况一方面反映出当前法院贯彻“尊重仲裁裁决的效力,审慎得出否定结论的司法政策”^④,另一方面也反映出案外人通过申请不予执行仲裁裁决实现维权的难度极大。

法院驳回案外人申请的依据依次为:缺乏被申请人恶意串通的事实及证据(211件);未损害公共利益(1件:冯二妹与被申请人广州市金道股份有限公司、广州金辉洋房地产有限公司、辉洋发展有限公司不予执行仲裁裁决案[(2018)粤01执异187号]);超出法定时限(1件:深圳市中诚世纪投资发展有限公司与刘莉琼、广东广证实业投资公司还款协议纠纷案[(2018)粤01执异511号])。举证困难系案外人败诉的最主要原因。典型案例如解永皓、安庆市半亩园商贸有限公司执行审查案[(2018)皖08执异11号],从裁判文书可以看出,案外人为收集拼凑证据,几乎已倾尽所能,但依然得到败诉的不利裁决,足见其被课以了较高的举证责任。

综上,案外人申请不予执行仲裁裁决制度实施一年以来呈现出案件数量不多、标的额大,争议法律关系集中、申请被驳回比例大,上诉率高等特点。

二、剖析:案外人申请不予执行仲裁裁决制度之实践偏失

(一) 当事人力量对比失衡

“受侵害的权利能否及时获得救济,取决于在对抗制的程序保障中,双方当事人在主张权利、收集事实、举证、质证、辩论等能力上旗鼓相当、势均力敌。”^⑤而目前的制度设计和司法实践却在实际上导致了案外人与申请执行人的权利失衡,体现在举证责任、反制手段、维权成本(时间、金钱、风险)等诸多方面(见表一),应在司法操作层面予以适当调节矫正。

^③ 刘贵祥等:《〈关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2018年第13期,第41页。

^④ 参见《正确审理仲裁司法审查案件 促进仲裁健康发展——最高人民法院民四庭负责人就〈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〉〈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〉答记者问》,载中国法院网:<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/12/id/3142653.shtml>,最后访问日期:2019年5月6日。

^⑤ 唐力:《对话与沟通:民事诉讼构造之法理分析》,载《法学研究》2005年第1期,第47页。

表一：案外人申请不予执行仲裁裁决案件中当事人攻防手段及力量对比图

类别	案外人	申请执行人
核心利益关切	阻却执行进而挽回自身经济损失	及时、足额执行回财产
举证责任	进攻型举证,需推翻经原仲裁裁决确认的事实,证明责任高,且囿于仲裁行为的隐蔽性和私密性,因信息不对称,难以获得“当事人恶意串通,损害其合法权益”的有力证据。	防御性举证,具有在先优势、信息优势。
反制手段	提供担保,申请中止执行	
维权成本	需先行支付诉讼费并有可能需提供担保、败诉风险较高。	延误执行进程,损害时效利益。

(二) 法律适用及程序选择混乱,制度有效供给不足

案外人申请不予执行仲裁裁决制度的确立,改变了原有以执行异议和另行起诉对案外人权益予以救济的二元模式,至此,仲裁案外人权益保护进入了申请不予执行仲裁裁决、案外人执行异议之诉、另行起诉三种渠道并行的时代。“仲裁裁决救济的路径的多元带来了不同的配套制度,也增添了程序的复杂性。不同的权利主张赋予不同的审查依据和审查范围,以及相应的救济方式,各个程序之间关系,程序运行与执行行为的关系也显繁杂。”^⑥这就在实践层面留下了解释的空间和推诿的借口,导致司法适用混乱,结果不一。

表二：仲裁案外人权利救济渠道对比

类别	适用条件	法律依据	法律效果	不足之处	救济渠道
不予执行仲裁裁决	当事人恶意或虚假仲裁,损害案外人合法权益。	《仲裁裁决执行规定》第九条、第十八条	阻却仲裁裁决执行	本质上只是一种程序性救济,以排除法院对该标的的强制执行,无法从根本上触动虚假仲裁裁决的效力本身,对案外人的救济并不彻底。	可在裁定送达之日起10日内申请复议。

^⑥ 吴耀君、陈克：《最高院仲裁执行司法解释若干问题解析》，载上海市高院《审判研究》2018年第3期，第67页。

类别	适用条件	法律依据	法律效果	不足之处	救济渠道
执行异议	仲裁本身没有问题,但执行标的有错误,导致案外人财产权益被错误执行,即案外人只能针对执行的标的物,而不能对原有判决、裁定的正确与否提起诉讼。 ^⑦	《民事诉讼法》第二百二十七条 《民事诉讼法》司法解释第三百一十一、三百一十二条 《执行异议和执行复议规定》	阻却仲裁裁决执行	案外人提出执行异议要求其执行标的享有足以排除强制执行的民事权益。此类权益多指所有权、用益物权、担保物权等权利,对大量虚假仲裁侵犯案外人债权的情形无法适用;再者,该制度本质上只是一种程序性救济,旨在通过对案外人是否享有足以阻止执行标的转让、交付的实体权利之判断,排除法院对该标的的强制执行行为, ^⑧ 无法从根本上触动虚假仲裁裁决的效力本身,对案外人的权利救济并不彻底。此外,法律规定法院对案外人提起的执行异议之诉采用书面审查形式,鉴于司法系中途介入仲裁裁决,对案件来龙去脉并不清楚,如仅通过形式审查就轻易判定申请人的诉请,正确性难以保障,一旦作出错误的判决,如何救济则缺乏相应依据。	1. 如裁定被驳回,可向上一级法院申请复议。 ^⑨ 2. 如案外人对原仲裁裁决本身产生异议乃至认为其存在错误,可另行起诉。

⑦ 参见陆海啸与博兴公司、东兰公司执行异议案[(2018)最高法民申2419号]。该案裁判文书指出“民事诉讼法解释第三百零五条规定的‘原判决、裁定’(也即民事诉讼法第二百二十七条规定的‘原判决、裁定’)宜解释为包括仲裁机关发生法律效力、依法应当由法院执行的判决书、调解书等在内的法律文书。据此,仲裁裁决执行案件的案外人亦可根据民事诉讼法第二百二十七条提起执行异议之诉。”另见再审申请人麦乃天因与被申请人广西恒冠建设集团有限公司、北海尚源居房地产开发有限公司案外人执行异议案[(2018)最高法民申789号],法院认为“《民事诉讼法》第二百二十七条的规定,案外人对执行依据提出的异议,不属于执行异议之诉的审理范畴。如果麦乃天对作为执行依据的北海仲裁委员会的调解书和裁决书有异议,可以根据《执行规定》依法申请人民法院不予执行。”

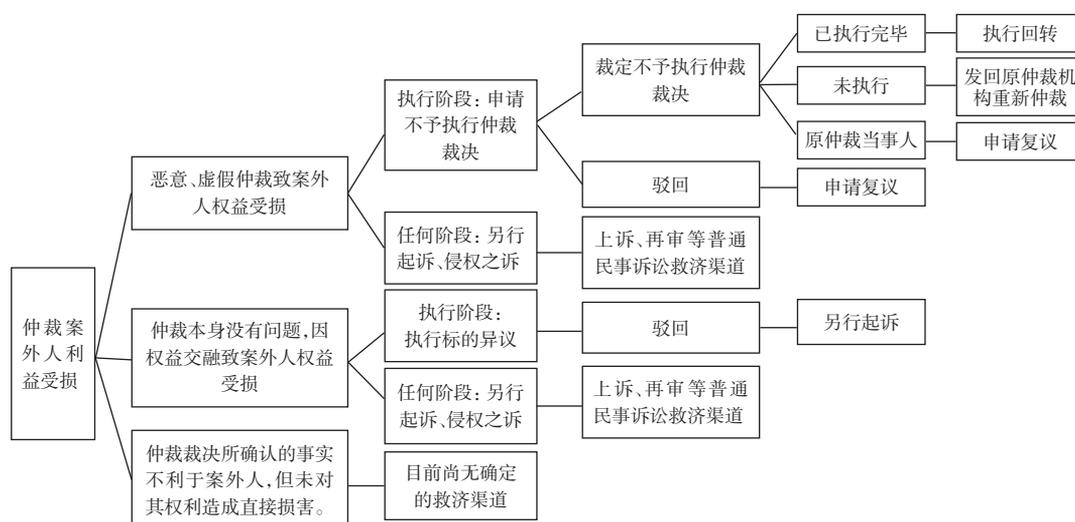
⑧ 唐力:《案外人执行异议之诉的完善》,载《法学》2014年第7期,第147页。

⑨ 由于仲裁裁决不能通过审判监督程序予以监督,故民事诉讼法第二百二十七条第二项对仲裁裁决执行异议程序没有适用空间。当事人、案外人均难以通过审判监督或其他程序对法院作出的裁定再行救济。参见陈贤军、张贝:《司法与仲裁:演变中的监督——以宁波市中级人民法院的司法实践为视角》,载《仲裁研究》2012年第2期,第85-87页。为确保正确适用法律,建议参照《仲裁裁决执行规定》第二十二条第三款,规定执行法院基于案外人执行标的的异议裁定中止对执行标的的执行的,应允许申请执行人向上一级法院申请复议并报核;裁定驳回案外人异议的亦同。

类别	适用条件	法律依据	法律效果	不足之处	救济渠道
另行起诉	不依附于虚假仲裁当事人之间的仲裁协议和由此获得的仲裁裁决,而是基于实体权利直接向法院另行起诉。包括案外人基于实体利益另行起诉和案外人对虚假仲裁者提起侵权之诉两种情形。	《侵权责任法》及其它民事法律	排除妨碍、停止侵害、恢复原状、赔偿损失	且不说另行起诉会可能导致上诉、再审等司法程序,成本高,风险大。更为现实的是,在虚假仲裁裁决被撤销前,上述两种诉讼将面临举证、执行上的障碍。首先,目前《侵权责任法》所保护的财产权仅限于物权,对于通过虚假仲裁逃避执行,侵犯案外人债权的情形无法适用;其次,对生效仲裁裁决确认的事实当事人无需举证证明,如案外人以此事实基础提起侵权之诉,则侵权事实并不能成立;再次,即便案外人摆脱虚假仲裁裁决确定事实的限制并取得了有利判决,又会面临法院判决和仲裁裁决相互矛盾的尴尬,存在债权实现不能的风险。	可按照一般民事诉讼规则进行上诉、二审、再审。

如在重庆市亿桥置业有限公司与重庆联合金融控股有限公司合同纠纷〔(2018)渝01执异374号〕中,法院认为“对于豪美公司提出亿桥公司抽逃联合公司注册资金的理由,如果豪美公司以后取得了对联合公司的债权,且执行中不能受偿,豪美公司可以依法在执行程序中以该理由追加被执行人救济,而非以案外人的身份申请对重庆仲裁委员会(2015)渝仲字第1395号仲裁裁决不予执行。”

同时,尽管《仲裁裁决执行规定》对不予执行仲裁裁决制度设置了“申请—驳回—复议”的封闭式处理体系,但对该制度与其他相关制度的边界和衔接则少有说明。



图一：案外人申请不予执行仲裁裁决制度流程图

综上,目前对于仲裁案外人权利救济的三条渠道规定繁杂、适用各异,功能交叉且整体效力不足。相较而言,新创设的案外人申请不予执行仲裁裁决制度因其体系完备、程序便捷、条文具体,成为三种救济方式的首选,凸显出新制度的优越性,令人欣慰。

(三) 司法实质审查存在理论及现实困境

案外人申请不予执行仲裁裁决制度的核心在于判断仲裁当事人是否“恶意申请仲裁或者虚假仲裁,损害案外人合法权益”,其实质是审查仲裁庭认定案件事实是否有误,而仲裁庭对案件事实的认定能否成为司法审查的对象,学理、比较法以及当前的司法实践多持否定态度。^⑩笔者认为,在涉及实体审查的问题上,除仲裁裁决违反社会公共利益的情形外,法院审查程序应当是“首先依据当事人的申请及证据审查是否存在伪造证据或者隐瞒证据的情形,如存在再判断是否对裁决的公正性构成影响。法院不能超出法律规定的范围针对仲裁裁决中举证责任分配、证据的认证、事实的认定等实体处理内容进行审查,避免过度干预仲裁裁决的处理结果。”^⑪

同时,法院对当事人之间实体权利义务的认定应当在当事人充分、对等阐述、辩论的基础上,通过当事人举证质证和法官的分析认证,结合法律作出判断。对此,《仲裁裁决执行规定》第十一条第二款规定:“被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件申请不予执行的,人民法院应当进行询问;……人民法院审查时,认为必要的,可以要求仲裁庭作出说明,或者向仲裁机构调阅仲裁案卷。”从裁判文书可以看出,部分法院为查明案件事实并得出更为稳妥的裁判结论,做了大量细致扎实的调查工作。如在董唯刚、徐燕申请不予执行徐阳与桂林市盛景房地产开发有限责任公司商品房买卖合同纠纷仲裁裁决案[(2018)桂执复85号]中可明显看出,法院依职权对原仲裁机构及相关知情人进行了调查询问和取证,但存在上述做法的案件不足全部样本的2%,可能有更多的法院曾做过同样的努力,只是出于技术或其他原因,上述“幕后”工作没有明显地在裁判文书中体现出来,但大部分法院则相对保守,严格采取形式审查的方式,将查明事实的责任完全归结于案外人一方,致使案外人胜诉的难度大大提高。同时,依据司法实践,询问程序主要用于审理案件事实之外的事项,裁定则主要用于解决案件程序性事项而非实体性事项,且审理不予执行仲裁裁决案件的审限至多只有短短三个月。面对多方当事人的利益纠葛和错综复杂的事实认定,囿于现行法律及其司法解释所规定的询问方式、审理程序、审理期限以及裁定解决形式,法庭能在多大程度上探究出案件真相,进而化解各方矛盾令人疑虑。

(四) 后续制度设计不足

首先,诉讼的终点在于案结事了,但案外人申请不予执行仲裁裁决制度的制度设计和实施效果其实是“半拉子工程”,案结事不了:从案外人立场看,法院裁定不予执行仲裁裁决、调解书并非最终胜利,只有执行财产返还或者解除强制执行措施,其权益才能恢

^⑩ 孙兆辉:《仲裁裁决司法审查中隐瞒证据事由》,载《人民司法》2015年第19期,第39页。

^⑪ 参见《北京市高级人民法院国内商事仲裁裁决司法审查工作要点》第一条。

复到完满状态。为此,《仲裁裁决执行规定》规定,“人民法院基于案外人申请裁定不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书,案外人申请执行回转或者解除强制执行措施的,人民法院应当支持。”从法理上分析,案外人申请不予执行仲裁裁决兼有确权和给付两个层面的诉讼目的;对法院而言,“权属是否真实”和“能否阻止执行”均属于其对案外人不予执行仲裁裁决申请的司法审查范围;但不予执行仲裁裁决判决却只有确认之诉的性质而不具有给付之诉的效能。因此,上述条款在逻辑上似乎缺失了一个中间环节,即彻底否定原仲裁裁决的效力。因为法院即便作出不予执行仲裁裁决的裁定,也只是不承认其执行力,并不能理解为对原仲裁裁决的否认乃至撤销,原仲裁裁决在仲裁当事人之间的“既判力”依然存在。在此背景下,法院依案外人申请执行回转或者解除强制执行措施存在法理上的障碍。而对于申请执行人(即债权人)而言,因执行力系既判力的核心权能,法院裁决不予执行仲裁裁决,意味着其之前花费大量精力获得的生效裁决实则沦为一纸具文,前功尽弃,如复议未果,只能另行起诉或仲裁,导致公私双方的巨大成本损失,不符合集约高效的现代司法理念,也违背了当事人为追求便捷高效而选择仲裁程序的初衷。

其次,《仲裁裁决执行规定》第二十二条第一款规定,法院裁定不予受理不予执行仲裁裁决申请的,当事人不得对该裁定提出执行异议或者申请复议,能否上诉或申请再审则未作说明。笔者认为,不予执行仲裁裁决程序中的不予受理裁定主要包括两种类型,应区别处理:如“被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件逾期申请不予执行的”,应适用《仲裁裁决执行规定》第十九条第一款,裁定不予受理,以督促被执行人、案外人及时行使权利,遏制对不予执行程序之滥用;如系法院因被执行人、案外人申请不予执行的文件不符合要求而裁定不予受理,因此种情形与《仲裁司法审查规定》第五条、第六条规定的情形并无本质区别,故宜允许案外人、被执行人参照《仲裁司法审查规定》第七条规定提出上诉,以保障其程序救济权利。

三、进路：案外人申请不予执行仲裁裁决制度之完善

(一) 实现案外人与原仲裁当事人之间的权利平衡

法律制度的设计应着眼于双方当事人权利的同等保护,而申请不予执行仲裁裁决制度在为仲裁案外人权利救济开辟了一条崭新通道的同时,也对原仲裁当事人纠纷的顺利快捷了结增加了一道潜在的障碍,降低了法院的执行效率。^⑫同时,在具体操作层面,当事人的举证责任、反制手段、维权成本等诸多方面也存在较大差异,应在司法操作层面予以适当调节矫正,进一步细化相关设计,实现案外人与原仲裁当事人的势均力敌,促成当事人之间实质上的平等,以真正还原案件事实,快速化解矛盾。

^⑫ 宋连斌:《仲裁司法监督制度的新进展及其意义》,载《人民法治》2018年第3期,第25页。

1. 适当设定救济门槛,防范救济程序滥用

一是《仲裁裁决执行规定》第十八条第一项表明,该制度救济的对象不仅包括权利,也包括利益。此种规定彰显了司法旨在为案外人提供更为广泛庇护的初衷,却导致救济范围失之过宽,客观上为案外人恶意利用救济程序拖延、阻碍执行程序大开方便之门。鉴此,法院对案外人主张的所有权、用益物权、担保物权、债权之外的其他利益的审查宜保持相当程度的谨慎;二是为避免案外人滥诉,可借鉴知识产权保护领域的维权费用反致制度,案外人提出申请需缴纳适当比例的受理费或担保,并提交证明恶意或虚假仲裁存在的初步证据,作为审查程序启动的必须要件;如当事人系以有新证据证明存在枉法仲裁行为为由再次申请不予执行仲裁裁决,则至少应提交生效法律文书或纪律处分决定等切实证据,否则法院可直接不予受理。^⑬此外,还可借鉴知识产权维权费用反致制度,案外人申请被驳回的,申请执行人可要求其承担审查期间所支出的律师费、差旅费等费用等。^⑭第三,根据《仲裁裁决执行规定》第七条第一款,案外人在提供“适当”担保的前提下,可以申请中止执行仲裁裁决或仲裁调解书,而申请执行人如请求继续执行,则需提供“充分、有效”的担保。用语的明显区别表明案外人提供的担保数额无须完全覆盖执行标的数额,而是达到其主张权益所涉及的执行标的数额即可。就“适当”的量化标准,可参照执行《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第五条第一款的规定,即不超过其主张权益涉及执行标的数额的30%。^⑮

2. 科学分配举证责任,确保两造势均力敌

按照《民事诉讼法解释》第109条规定,案外人如果想证明是当事人之间存在恶意虚构债权债务、转移财产、规避法律等虚假诉讼行为,需要达到排除合理怀疑的程度。排除合理怀疑标准在民事司法实践中尚缺乏足够共识。^⑯

现行法律框架下,仲裁案外人的救济渠道本来就诸多受限,《仲裁裁决执行规定》的出台旨在为案外人打开一道救济之门,若对其举证责任做出过于严苛的执行,实与保障仲裁案外人合法权益、遏制虚假仲裁的规范目的不符。因此,案外人提交的合法权益受损及其与被告仲裁行为有关的证据应当是初步的、形式的,法官判断存在虚假仲裁的可能时,可要求当事人说明相关情况,乃至适当向其倾斜举证责任,由仲裁当事人证明仲裁事项的真实存在,否则应承担不利后果。如在众森公司与万博公司、盛世公司申请不予执行仲裁裁决案[长沙中院(2017)湘01执监3号]中,裁判文书表述“法院审查过程中,案外人申请对万博公司与盛世公司之间的《协议书》进行鉴定,但万博公司以其

^⑬ 朱芳华等:《2018年度仲裁司法审查实践观察报告——主题六:撤销、不予执行仲裁裁决案件的管辖与受理》,见天同诉讼圈 <https://chuansongme.com/n/3000118441844>, 2019年5月18日访问。实务层面参见周首斌与同人公司等申请不予执行仲裁裁决案[(2018)京01执异228号]。

^⑭ 张俊:《执行异议事由的是与非》,知识产权出版社2017年版,第136页。

^⑮ 朱芳华、郭佑宁:《最高法院‘亮剑’虚假仲裁:评析〈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〉案外人申请不予执行制度》,见天同诉讼圈 <https://chuansongme.com/n/2818389441943>,最后访问日期:2019年5月18日。

^⑯ 霍海红:《提高民事诉讼证明标准的理论反思》,载《中国法学》2016年第2期,第261页。

手中没有《协议书》原件为由没有提交。对此,长沙中院认为其应承担举证不能的后果,并据此认定执行依据的调解书系双方虚构债权并作出虚假的仲裁调解,损害了案外人合法权益,依据《仲裁裁决执行规定》第九条、十八条、十九条及二十二条,裁定不予执行。”

同时,鉴于虚假仲裁和虚假诉讼具有一定相似性,“法院在审查是否存在虚假仲裁时,可借鉴处理虚假诉讼的相关经验,对民间借贷、以物抵债、房产权属、建设工程、婚姻债务等虚假仲裁高发领域,司法审查应当特别注意当事人存在亲近关系、共同利益关系,仲裁请求金额与仲裁申请人经济状况显著不匹配,申请仲裁依据的事实和理由明显不符合常理,当事人无实质性民事权益争议,被申请人不利自认,双方主动迅速调解,当事人短期内多次发生类似诉讼或仲裁等高危信号,可以要求当事人说明相关情况,乃至适当向当事人分配举证责任。”^{①⑦}

3. 合理设计相关时限,实现纠纷的高效解决

公正与效率是一对相生相伴相互制衡的价值准则。司法程序在体现公正的同时也必须体现效率价值,有效利用时间,简化程序设置,以使上述价值准则相互张力、共同发展。案外人申请不予执行仲裁裁决制度实质上是将仲裁司法审查的效力范围扩张至案外第三人,反映最突出的就是公平与效率的矛盾,以及程序保障与纠纷一次解决的矛盾,而后一矛盾在本质上也是前一矛盾的进一步体现。

为调和案外人申请不予执行仲裁裁决制度带来的执行效率降低问题,一是严格执行《仲裁裁决执行规定》第十条规定,除有新证据外,申请不予执行的事由原则上应当一次性全部提出,一并审查,切实防止多次申请,拖延申请;二是案外人起诉后,除非提供适当担保,不宜停止原仲裁裁决的执行,以提高审查效率,尽快实现胜诉方权利的时效利益。三是案外人在申请不予执行时,可一并提出执行回转或者解除强制执行措施的申请,以减轻其行权成本,节约司法资源,提升司法效率。

(二) 保障制度供给,补足案外人权利救济的缺失环节

要实现此类案件当事人之间纠纷的彻底解决,目前有三条路径可以选择——案外人申请撤裁、法院依职权撤裁抑或仲裁机构自行纠偏。笔者认为,选择的标准在于是否具有法理和法律上充足依据、是否对现有制度最大程度利用和维持,减少冲击、是否具有可行性和便捷性。

1. 裁定不予执行的同时撤销仲裁裁决目前不具有可操作性

德国立法规定,当存在相应情形时,应当在拒绝执行的同时,也撤销仲裁裁决,从而从根本上解决裁决效力模糊的尴尬局面。^{①⑧} 鉴于此种做法较好地衔接了不予执行与撤销仲裁裁决两种程序,能够缓和审查程序重叠带来的程序拖延,也平衡了当事双方的利益,在保障被申请执行人行使反对权利的同时,也兼顾到胜诉方尽快实现其权利,^{①⑨} 因此,部分学

^{①⑦} 同前注^{①③}。

^{①⑧} 《德国民事诉讼法典》(2011)第1059(3)条。

^{①⑨} 胡获:《论我国仲裁裁决不予执行与撤销制度重叠的困境及其重构》,载《法治研究》2013年第10期,第103页。

者认为,有必要对仲裁裁决司法审查制度作相应改造,赋予法院审查仲裁裁决并否定其效力的职权。^②但笔者以为,上述设想虽有其科学性与合理性,但目前我国尚不具有可操作性:

首先,从法理层面看,根据《仲裁法》第五十八条的规定,司法审查直接涉及的实体事项包括裁决所依据的证据是伪造的、对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据、以及裁决违反社会公共利益三种情形。为秉承仲裁协议相对性与司法谦抑性原则,发生民事诉讼程序违法行为后,应当尽量由该行为的直接受害者发动有关的司法裁判程序,而不应过多强调裁判者依据职权主动启动纠正程序的正当性。^③仲裁司法审查应严守上述疆界,不宜对仲裁庭的事实认定等实体问题进行过度审查,更不宜主动依职权径行撤销原仲裁当事人费尽心力达成的仲裁裁决或协议。

其次,从实际操作层面看,不予执行与撤销仲裁裁决在适用程序和审查程度上存在差异,前者只需要进行初步审查即可,后者则需要进行实质审查甚至推翻原有的仲裁裁决,囿于现行法律及其司法解释所规定的询问方式、审理程序、审理期限及裁定解决方式,法院径行判定案外人的申请乃至依职权直接否定原仲裁裁决的做法存在较大风险和压力。

2. 法院依案外人申请撤销仲裁裁决目前不具有可行性

纵观我国现行法律法规,均未赋予案外人申请撤销仲裁裁决的权利。原因可能在于允许案外人撤销仲裁裁决将对仲裁制度的自治性、保密性、高效性带来巨大冲击,理论上存在重大争议,尚未形成共识,且该项制度属于诉讼审查程序,涉及仲裁法、民事诉讼法等法律的修改,改革步伐过大,不宜由司法解释直接创设。目前较为务实的路径是最大限度发挥现有制度的效用,使其相互配合,灵活适用,而非另开炉灶,重新建章立制。同时,实务层面也对此种做法持否定态度,参见指导案例《陆海啸与海南博兴投资咨询有限公司、海南东兰投资有限公司案外人执行异议之诉案》[(2018)最高法民申2419号]。

3. 法院将虚假仲裁、恶意仲裁发回原仲裁机构自行纠正具备可行性

该做法见于《国际商事仲裁示范法》、英国1996年《仲裁法》等。^④即法院发现原仲裁裁决确系虚假或恶意仲裁并依案外人申请作出不予执行仲裁裁决后,裁定发回原仲裁庭采用简易程序重新仲裁,并吸收第三人适当参与。是否推翻原仲裁结果取决于复活后仲裁庭的审理结果,并遵循一裁终局原则。^⑤其合理性和可行性在于:一是在法理上比较顺畅。该做法虽然从制度上对仲裁的终局性有所突破,却给了仲裁机构一个纠正过往失误或错误的机会,并警示其审慎审查,为从源头上杜绝虚假、恶意仲裁积累有益经验,从而促进整个仲裁行业的良性规范化发展,实现司法监督与仲裁自治的平衡。二是程序

^② 于喜富:《被执行人虚假仲裁处罚与仲裁司法审查》,载《人民司法》2013年第13期,第198页。

^③ 刘金华:《民事诉讼法专题研究》,中国政法大学出版社2014年版,第259页。

^④ 如英国1996年《仲裁法》第68条第3款规定:“除非法院认为将裁决发回仲裁庭重新仲裁是不合适的,否则,法院不应行使撤销裁决或宣布裁决全部或部分无效的权利。”

^⑤ 谢颖霞:《仲裁案外人的权利救济模式研究》,载《郑州航空工业管理学院学报(社会科学版)》2013年第3期,第120页。

上更为科学便捷。相较于司法机关另起炉灶,从头介入案件,原仲裁机构因介入案件较早,更加熟悉案情,程序也相对灵活便捷,由其自行纠错具有天然的优势。同时,为回应仲裁程序高效便捷的制度本意,在法院发还仲裁裁决后,除非当事人明确拒绝,仲裁庭应适用简易程序,且裁限从仲裁裁决发还到原仲裁庭起即计算。另外,为平衡仲裁机构的成本支出,可要求案外人缴纳一定的仲裁费用,待胜诉后可一并向原仲裁当事人追讨诉讼成本。

上述设想已在部分仲裁机构得以局部实践。如为有针对性地打击虚假仲裁,浙江省劳动人事争议仲裁委员会出台了《关于防范和查处虚假仲裁案件的若干意见》。其规定,经审查确认属于虚假仲裁的案件,已经作出生效的裁决书或调解书的,仲裁委员会应当撤销裁决书或调解书,并重新组成仲裁庭审理。尽管其系劳动人事仲裁,但其追求实体公正,勇于自行纠错,局部突破“一裁终局”原则的做法依然值得我们研究。

结 语

人民法院五五改革纲要强调,要完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决体系,促进共建共治共享的社会治理格局建设。

《仲裁裁决执行规定》创设了案外人申请不予执行仲裁裁决制度,既凸显了纾解现实困境的问题导向,又展现出循序渐进完善仲裁制度的改革理性,值得肯定。但实施一年来反映出的情况是双方当事人力量不平衡、案外人维权难度大、上诉比例高,三种救济渠道之间功能重叠、适用混乱、总体效力不足,案外人权利救济不彻底等问题。同时,该制度在操作层面仍有部分问题有待明确和细化,需要进一步理顺相关制度关系,构建全方位的仲裁案外人救济体系,并予以体系化考虑和灵活适用,以期在我国构建多元化纠纷解决机制的大背景下,协调审判和仲裁两种纠纷解决机制之间的关系,实现两者的优势互补、协调一致,更好地保障当事人的合法权益。

Abstract: Based on the empirical research methods ,this paper summarizes and analyzes all 458 cases of the outsiders' application for non-enforcement of arbitral awards published in Chinese judicial documents since the implementation of the "Provisions on Certain Issues of the People's Court's Handling of Arbitration Award Enforcement Cases", to demonstrate the current judicial application of the system. The study found that the current system of applications for non-enforcement of arbitral awards by outsiders presents a small number of cases, a large amount of subject matter, concentrated legal disputes, a large proportion of rejected applications, and a high appeal rate. There are also problems such as imbalance in the parties' power, the dilemmas of theoretical and realistic in judicial substance review, insufficient effective supply of related systems, lack of follow-up system design, and incomplete remedies for the rights of the outsider.

This paper argues that, the corresponding way to break the situation lies in properly setting the threshold of relief to prevent the abuse of relief procedures; scientifically allocating the burden of proof to ensure that the parties are equally matched; rationally designing relevant time limits to achieve efficient dispute resolution; guaranteeing the supply of the system to make up for the missing link of the rights relief of the outsider, so as to give full play to the practical value of the new system, to achieve the balance of rights between outsiders and the parties to the original arbitration, and to achieve a positive interaction between justice and arbitration.

Keywords: arbitration award; non-execution; outsiders; right remedy

(责任编辑: 苏旭辉)