

# 目录



# 商事仲裁与调解

3月10日出版

2021年第2期(总第6期)

## □ 热点追踪

- 粤港澳大湾区区际知识产权调解机制的构建·····沈云樵 孙丽娜 3
- 《新加坡调解公约》与中国商事调解的立法选择·····段明 17
- 针对智能合约的在线争议解决·····艾米·施密茨 科林·鲁尔 31

## □ 理论研究

- 我国商事仲裁裁决书核阅制度的规范性研究·····杨春平 胡小露 53
- 国际仲裁程序中对政治敏感性证据的排除·····王耀国 苏伟 68
- 实际施工人的代位权若干问题研究·····高印立 90

## □ 实践研究

- 国际商事仲裁裁决“超裁”的司法认定——基于司法实践视角·····陈建华 105
- 撤销或不予执行仲裁裁决之实证研究——以103份民事裁定书为分析样本·····孔德越 118

## □ 青年学术实践

- 我国仲裁庭自行收集证据制度探析——以诉讼与仲裁制度的差异为视角·····曾凤 132
- 我国国际商事仲裁证据的运用规则研究及其法理分析·····黄骅 142

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 2 , 2021 ( Serial No. 6 )

March 10, 2021

---

Construction of Inter-regional Intellectual Property Mediation Mechanism in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area .....	<i>SHEN Yunqiao SUN Lina</i> ( 3 )
Singapore Mediation Convention and the Legislative Choice of China's Commercial Mediation .....	<i>DUAN Ming</i> ( 17 )
Online Dispute Resolution for Smart Contracts .....	<i>Amy J. Schmitz Colin Rule</i> ( 31 )
The Normative Research on the Review System of Commercial Arbitration Awards in China.....	<i>YANG Chunping HU Xiaolu</i> ( 53 )
Principles on Exclusion of Politically Sensitive Evidence in International Arbitration .....	<i>WANG Yaoguo SU Wei</i> ( 68 )
Research on Issues Related to the Right of Subrogation of Actual Constructor .....	<i>GAO Yinli</i> ( 90 )
Judicial Determination of "Over Adjudication " in International Commercial Arbitration Award —From the Perspective of Judicial Practice.....	<i>CHEN Jianhua</i> ( 105 )
An Empirical Study on Revocation or Non-enforcement of Arbitration Awards —To 103 Parts of Civil Judgment for the Analysis of Samples.....	<i>KONG Deyue</i> ( 118 )
Analysis of the Evidence Collection System of China's Arbitration Tribunal —From the Perspective of the Difference Between Litigation and Arbitration Systems .....	<i>ZENG Feng</i> ( 132 )
The Rules and Legal Analysis of the Application of Evidence in International Commercial Arbitration in China .....	<i>HUANG Hua</i> ( 142 )

# 粤港澳大湾区区际知识产权调解机制的构建

沈云樵 孙丽娜\*

---

**内容提要** 粤港澳大湾区发展规划纲要指出,粤港澳大湾区是国家科技创新的重要基地,承载着国家知识产权强国战略的重要使命。知识产权成为粤港澳大湾区建设的重中之重,而知识产权保护的协调与统一成为其中的关键环节。知识产权保护包括事前防范机制和事后纠纷解决机制,由于知识产权纠纷具有利益关系复杂、技术性强、侵权认定难度高等特点,其解决需要专业性的知识产权纠纷解决方式,因而彰显现代纠纷解决的多元共治理念的调解成为令人瞩目的新兴力量。粤港澳大湾区具有复合法域特点,内地与港澳之间存在知识产权区际法律冲突,以新制度经济学经济组织决定理论探讨调解平台的组建模式,并借鉴仲裁在解决区际法律冲突中的经验,重新整合调解规则,俾可提出大湾区知识产权调解的对接机制的构建方案。

**关键词** 粤港澳大湾区 区际法律冲突 知识产权 调解机制

---

## 一、问题的提出

在我国区域协调发展的新格局下,粤港澳大湾区是国家创新驱动发展战略和知识产权强国建设的先行先试示范区。科技创新在粤港澳大湾区的战略规划和建设布局中具有非常重要的作用和地位,粤港澳大湾区逐步形成以创新为重要引领和支撑的经济体系和发展模式。2019年2月18日,《粤港澳大湾区发展规划纲要》印发实施,在优化区域创新环境方面,强化知识产权保护和运用成为关键词,也成为引领大湾区创新发展的新的导向。基于粤港澳大湾区丰富的知识产权资源,以及国家对大湾区区域发展的政策支持,粤港澳大湾区理应创新知识产权保护机制,为我国知识产权建设提供良好的示范作用。

调解作为多元纠纷解决机制的一种方式,在粤港澳大湾区的知识产权纠纷解决机制中具有重要地位。2016年12月,国务院公布的《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》,首次提出要构建知识产权领域多元化纠纷解决机制,加强知识产权纠纷调解机制构建

---

\* 沈云樵,澳门科技大学法学院副教授,法学博士;孙丽娜,澳门科技大学法学院博士研究生。本文为澳门科技大学研究基金资助项目“粤港澳大湾区知识产权合作:突破性创新的制度保障”(项目代码:FRG-19-006-FL)的阶段性成果。

设。多元化纠纷解决机制包括协商、调解、仲裁、诉讼等,其中调解已成为发展迅速的化解矛盾的一种诉讼外纠纷解决方式。正如美国著名法学家富勒所说的:“调解使当事人从规则的违反与接受中解脱出来,相反,相互尊重、信任与理解的体系使当事人在缺乏事先的正式法律规定下分摊损失成为可能。”<sup>①</sup>知识产权纠纷的复杂性、时效性、兼顾消费者利益和市场关联性要求纠纷解决机制遵循效率、保密、市场导向的基本取向。<sup>②</sup>调解在化解知识产权纠纷方面具有不可替代的优势,其主要表现在:弥补现有知识产权法的漏洞与滞后性、避免陷入司法程序和行政程序的反复性、控制纠纷的不确定性以及低成本、灵活的调解机制和双赢的调解结果等,恰好可以满足知识产权创新主体的纠纷解决需求和利益需求,并契合知识产权纠纷的特性。发展民间调解,聚集多方社会力量参与纠纷化解,亦符合多元并举的现代纠纷解决理念。更为重要的是,调解适用于兼具三种不同法律制度的粤港澳大湾区的知识产权纠纷,可以突破行政和地域限制,高效便捷定纷止争,为粤港澳大湾区的科技创新保驾护航。

随着《粤港澳大湾区发展规划纲要》的出台,粤港澳大湾区三地已经开展了相关知识产权层面的合作,并联合发起了粤港澳大湾区知识产权保护服务平台,共同保护三地的创新成果。但粤港澳大湾区存在着“一个国家,两种制度,三个法域”的现象,在合作中产生较多问题,知识产权方面的矛盾尤其突出。学界对粤港澳大湾区的知识产权调解少有论述,笔者认为展开有关的研究,并尝试建构一个有效处理三地知识产权纠纷的调解机制迫在眉睫。

## 二、粤港澳大湾区知识产权区际法律冲突

在同一主权国家内的粤港澳大湾区存在不同的社会制度、法律体系和法律区域,内地与港澳地区之间的法律冲突属于区际法律冲突。<sup>③</sup>粤港澳大湾区的知识产权纠纷,也是区际法律冲突的产物,而且是独具特点的一个部分,三地交互渗透的历史传统、法律文化、制度体系等,都对争议解决机制的建构产生重大影响。

### (一) 粤港澳大湾区区际法律冲突的特点

粤港澳大湾区区际法律冲突,是全世界非常罕见的法律冲突类型,在粤港澳这片南国土地上,同时兼容的制度之多,开创了历史先河。首先,粤港澳大湾区区际法律冲突是不同性质的法律之间的冲突。粤港澳大湾区不仅存在同一社会制度的法域之间的资本主义法律制度的冲突,比如香港和澳门相互之间的法律冲突;而且存在不同社会制度的法域之间的社会主义制度与资本主义制度的冲突,比如广东地区与港澳特别行政区之间的法律冲突。<sup>④</sup>

① Lon L. Fuller, *Mediation-Its Forms and Functions*, Southern California Law Review, Vol.44, 1971, pp.305,325-326.

② 梁平、杨奕:《纠纷解决机制的现状研究与理想构建》,中国政法大学出版社2014年版,第212-215页。

③ 董峰:《论法律冲突》,商务印书馆2013年版,第199-210页。

④ 沈娟:《中国区际冲突法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第58-73页。

其次,粤港澳大湾区区际法律冲突是多元法系之间的法律冲突。粤港澳大湾区所属的法系各不相同。香港由于曾经长期处在英国的管制之下,继承了英国的法律传统,属于普通法系地区;澳门则深受葡萄牙法律的影响,属于大陆法系地区;而我国广东地区却是独特的社会主义法系地区。粤港澳大湾区多元法系并存,形成世界法律地图上的独特景象。

再次,粤港澳大湾区的法律冲突既有一般法律适用上的冲突,也有国际条约适用上的冲突。根据中英、中葡两个联合声明以及香港基本法第 151 条和澳门基本法第 153 条的规定,香港特别行政区和澳门特别行政区在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等领域单独同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,并签订和履行有关协定;我国中央政府缔结的国际协定,中央人民政府可根据情况和香港澳门的需要,在征询香港和澳门特别行政区政府的意见后,决定是否适用于香港和澳门特别行政区;我国中央政府尚未参加,但已适用于香港和澳门的国际协定仍可继续适用。这就有可能出现某些国际协定只适用于粤港澳三法域中的某一法域而不适用于其他法域的情况。<sup>⑤</sup>

第四,粤港澳大湾区的法律冲突是内容庞杂的区际法律冲突。粤港澳区际法律冲突是在我国特定的历史、政治和经济条件下的产物,体现了独一无二的中国特色,也是当前世界上内容最为复杂的区际法律冲突。

第五,对粤港澳大湾区区际法律冲突也要做限缩解释,即排除了特别行政区与中央在事权及双方之间的关系方面的冲突。例如香港特别行政区基本法第 17 条第 3 款规定:“全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会后,如认为香港特别行政区立法机关制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款,可将有关法律发回,但不作修改。经全国人民代表大会常务委员会发回的法律立即失效。”根据基本法的规定,特别行政区不得制定有关国防、外交和其他依基本法规定不属于特别行政区自治范围以及任何改变宪法和基本法关于中央和特别行政区关系的法律。也就是说特别行政区立法不得涉足上述内容,否则该法律被视为无效。<sup>⑥</sup>

从上述大湾区区际法律冲突特点可以看出,我国内地继承和发展了中华法系的法律特色,同时深受大陆法系影响,而香港地区由于历史上的殖民地因素,其法律体系主要体现了英美法系的特征,澳门地区则适用了大陆法系的法律规范。也因此,粤港澳大湾区区际法律冲突的表现形式的多样性、丰富性和复杂性超过了世界上任何一个主权国家内的法律冲突。

## (二) 粤港澳大湾区知识产权区际法律冲突的表现

我国香港和澳门特别行政区实行“一国两制”,粤港澳大湾区正是“一国两制”之

<sup>⑤</sup> 杨静辉、李祥琴:《港澳基本法比较研究(第二版)》,北京大学出版社 2017 年版,第 109-122 页。

<sup>⑥</sup> 王培英:《中国百年宪政历程》,凤凰出版社 2011 年版,第 33-45 页。

下的伟大创举,但是,我们正视“一国两制”的制度红利的同时,不能忽视粤港澳毕竟分属三个法域,三地知识产权在历史发展、法律地位和形式渊源等方面均存在程度不同的差异。

### 1. 观念层面

粤港澳三地最根本的差异体现在法治传统上。香港知识产权法律基本上沿袭了英国知识产权法的规定,是英美法系传统,所以香港本地只存在一些程序性条例,唯有商标法和商标注册制度是自己创设,但是香港有独立的知识产权保护制度,比内地和澳门更加重视知识产权,香港设立了知识产权署来鼓励创新和保护创意,而且香港政府也以身作则,各政府部门由署长级官员负责执行。澳门知识产权法律深受葡萄牙影响,体现了浓厚的大陆法系传统。而内地是中国特色社会主义的大陆法系传统,并且已经建立起比较完整的知识产权法律体系。但三地在知识产权方面的法治传统的不同,导致各自的法律文化也不相同。<sup>⑦</sup>

### 2. 实体法层面

粤港澳大湾区知识产权区际法律冲突在实体法层面的表现,主要包括知识产权的范围、期限、构成要件等方面的法律冲突。

(1) 知识产权的范围不同,具体包括:第一,客体范围不同。以专利法为例,内地所谓专利不仅包括发明专利,还包括实用新型和外观设计专利。香港专利法却不保护外观设计,而是通过单独立法加以规范。澳门《工业产权法律制度》中专利的类型涵盖发明、半导体产品拓扑以及设计与新型。又比如商标法,内地的商标是指文字、图案或相结合的产物,色彩必须和文字、图案相结合才能受到法律保护,而且不允许符号直接作为商标。香港法律则规定,任何可以和其他产品服务进行区别的标记,包括声音、气味,只要采用图案都可以作为商标。而澳门法律规定,商标的保护对象为人名、图形、文字、数字、音响、产品外形或包装。第二,权利主体范围不同。以商标申请人为例,内地法律规定可分为两种:一种是本国居民,包括自然人和法人,另一种是外国居民,针对港澳居民在内地申请商标注册的情况,内地现行法律并没有明确规定,但实务中,港澳居民和内地居民同等看待,采取相同的处理方式。香港则没有国籍限制,都是相同的待遇<sup>⑧</sup>。而澳门的商标申请人分为5种:澳门地区居民、根据澳门法律成立的且在澳门有住所的法人、世贸组织成员国和巴黎公约成员国的居民、与澳门达成双边合作协议的其他国家地区的居民、与澳门达成互惠待遇协议的其他国家地区的居民。

(2) 内地与港澳知识产权法律制度中的知识产权的期限不同。

其一,保护期限不同。关于注册商标的保护期限,内地和香港都规定了十年期限,都是从核准注册当日开始计算。澳门注册商标的保护期限为七年,从申请当日开始计算。其二,申请期限不同。香港专利申请程序分为两阶段,第一阶段是向中国国家知识产权

<sup>⑦</sup> 李广辉、张晓明:《粤港澳知识产权法律制度研究比较》,载《国际贸易探索》2009年第6期,第27-30页。

<sup>⑧</sup> W. S. Clarke, *Hong Kong Civil Court Practice*, Hong Kong, LexisNexis, 2020, p.223.

局、英国专利局或者欧洲专利局提出申请,之后半年内提交记录申请,第二阶段是从以上三个部门获得专利授权后半年内,向香港提交授权请求<sup>⑨</sup>。内地根据《专利法》规定的申请实质审查期限为自申请日起三年内。依据澳门《工业产权法律制度》第八十五条之规定,实质审查可在提出主申请或分案申请之日起计七年内向经济司提交。

(3) 内地与港澳在知识产权方面所适用的国际协定存在冲突。根据《中英关于香港问题的联合声明》附件一第 11 节、《中葡关于澳门问题的联合声明》附件一第 8 节,以及香港特别行政区基本法中第 151-153 条、澳门特别行政区基本法中第 136-138 条内容规定,港澳特别行政区可以用“中国香港”、“中国澳门”名称,在经济、文化、旅游、体育、科技、通讯、贸易等领域和世界不同国家地区以及国际组织单独开展合作交流,建立合作关系,也可以签署有关协议。对于中国政府缔结的国际协定,中央政府应向港澳特区政府征询意见后,根据当地实际和发展需求,决定是否要用于港澳地区。对于中国政府原来没有参与的,而港澳地区已经履行的国际协定可以继续保留。

### 3. 程序法层面

粤港澳大湾区知识产权区际法律冲突在程序法层面的表现,主要是我国内地与港澳知识产权法律存在着司法管辖权上的冲突。香港基本保持了英国管辖权制度,其民商事管辖权制度由地域管辖权、裁量管辖权、协议管辖权和应诉管辖权构成,知识产权方面也不例外。澳门的知识产权案件主要适用《民事诉讼法典》。而内地则以被告住所地为原则并结合侵权行为地法院来确立管辖权。<sup>⑩</sup>

除以上差异外,粤港澳大湾区内的三地在权利归属、权利限制、许可类型、审批制度、主管部门、权利异议程序等方面存在诸多冲突,影响各方深入合作。如何从三地发掘有关知识产权调解的法律资源和社会资源,建构调解机制,从而实现知识产权的共同发展与有效运营,已经成为推动粤港澳大湾区知识产权保护与应用的重要内容。

## 三、粤港澳大湾区区际知识产权纠纷调解平台的组建

建构粤港澳大湾区区际知识产权调解机制,包括两个方面,即调解平台建设和调解规则制定。目前,在粤港澳三地不同的调解模式下,协调和合作成本巨大,亟需建设一个统一的调解平台,以确保调解机制的顺利实施,为加快推动大湾区法治建设,创造稳定和趋同的营商环境做出有益探索。

### (一) 组建统一调解平台的原因

为何要组建统一的调解平台? 这取决于两个因素:

第一,现存调解机构和调解方式现状。随着知识产权强国战略的深入实施,知识产权保护力度不断强化,创新主体对通过仲裁、调解方式解决知识产权纠纷的需求强烈,

<sup>⑨</sup> 史际春:《香港知识产权法》,河南人民出版社 1997 年版,第 256-259 页。

<sup>⑩</sup> 何渊:《我国区域协调发展的法制困境与解决途径》,载《南京社会科学》2009 年第 1 期,第 8-9 页。

但粤港澳大湾区内的调解机构及机制存在的共性问题缺乏统一有效的制度保障。在内地,存在法律和管理规范层面都较为成熟的人民调解制度,但是因其具有调解人民内部矛盾的政治意义和维护社会稳定的社会意义,阻碍了人民调解其他功能的正常发挥。基于越来越多的调解机构开始面向市场开展知识产权调解工作,2019年12月6日中国专利保护协会发布《知识产权纠纷调解管理规范》,该管理规范凸显出人民调解工作在知识产权纠纷中的重要性和规范性。而除人民调解外的其他群众性的调解机构,则出现设置过于零散、运行模式不一、工作机制不够完善、业务重点不清晰等问题,导致调解的范围有局限,公信力不足。香港地区尚未有法定的调解员资历审查认可机构,只是在2013年初由香港大律师公会、律师会、和解中心、香港国际仲裁中心四大组织一起成立了香港调解资历评审协会有限公司,其成立促使香港形成了较为统一、覆盖面比较广的调解员准入资格制度。香港的调解工作从制度制定到推广落地,采取多个部门、多机构联合统筹、合力推动的模式。澳门调解业目前尚未形成调解的专门立法,或成体系的规章制度,关于调解的规定散落于各个司法程序和仲裁中心内部规章中。

第二,知识产权法律规则统一和知识产权纠纷的特殊性的客观要求。科技和经济全球化的发展,客观上需要授权对象、权利内容、权利的保护方式在一定程度上的一体化、趋同化。在此必然诉求之下,知识产权法律规则基本实现全球范围内的普适性。<sup>①</sup>粤港澳大湾区内现有知识产权法律规则存在一定差异性,但是同时适用伯尔尼公约、巴黎公约、马德里协定(该协定在澳门未生效)、TRIPS协议等国际公约,因此其法律规则的主要内容基本相同。知识产权法律规则和保护的一致性,要求以法律为依据开展的调解应维护法律的确定性。统一调解平台可协调调解机构之间对法律的理解和适用,确保相同或类似情形案件作出基本相同的调解结果,以创造大湾区稳定而趋同的营商环境。

## (二) 调解平台的设立模式

粤港澳大湾区数量众多的调解机构,各有其发展历史和适用的法域,如何协调各调解机构之间的组织形态关系,并非易事,需要科学的论证和分析。粤港澳大湾区知识产权调解机制发展的障碍主要在于一体化程度低。此处所谓的一体化是指大湾区调解组织体系的内在联系的高度融合,相关制度之间存在较高的正相关性,而一体化程度低就应该使上述的逆向选择居于较低的机会成本。粤港澳大湾区知识产权调解机制发展存在障碍的原因固然有很多,但是忽视交易成本无疑是其重要原因。<sup>②</sup>新制度经济学派威廉姆森(Oliver E. Williamson)提出以交易成本为基础的经济组织决定理论,即有差别的匹配学说,其核心是注入秩序、转移冲突、实现各方共同利益。<sup>③</sup>该理论使交易费用分析不仅可以用于处理市场与企业的关系,而且可以处理其他一系列的组织问题。威廉姆森将组织形态主要分为U型(单一结构)和M型(多元结构)基本类型。M型组织设置

<sup>①</sup> 吴汉东:《创新驱动发展与知识产权保护》,2018年粤港澳大湾区知识产权保护论坛,深圳,2018年4月23日。

<sup>②</sup> 高珂、李晴:《威廉姆森与交易成本经济学》,载《改革与战略》2010年第12期,第185-186页。

<sup>③</sup> Oliver E. Williamson, *The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract*, Journal of Economic Perspectives, vol.16:3, 2002, pp.180-181.

独立而彼此相似的单元,各自根据互补性的任务组合在一起,而U型组织将类似的任务组合分配到专门的部门中,这些部门之间是互补的关系。M型组织在属性匹配方面表现更好,而U型组织具有专业化方面的优势,可以利用相似任务之间的外部性,从而获得更好的“属性兼容性”。<sup>⑭</sup>U型结构组织实行全能式的集中管理;M形组织架构优势在于促进竞争,但无法真正形成合力<sup>⑮</sup>,且加大协调和信息传递困难,从而一定程度上增加了成本和费用,造成不必要的资源浪费。威廉姆森关于企业组织形态的研究,虽然不是针对调解等社会组织的,但是其对社会组织的机理的分析切中肯綮,借助该分析范式,我们可以构建更为科学的调解平台模式。

### 1. 基于单一结构的知识产权纠纷调解平台

单一结构组织原意是指组织实行集中控制、统一指挥,管理者具备生产经营所需要的全部知识和经验,其优点体现在统一、高效、信息和管理成本低等<sup>⑯</sup>。这一结构契合知识产权强保护的需求,这方面世界知识产权组织调解中心可堪借鉴。该机构的性质为独立的、专业性的自治性调解机构,通过其作为核心组织的示范作用,以自身支配性资源和运作模式对其他组织产生影响,而其他组织因向统一调解平台的政策、结构方面的趋同,在调解体系中处于从属地位。在粤港澳大湾区成立类似于世界知识产权组织调解中心这样的统一调解机构,是否可行?国家实现大湾区现有的知识产权纠纷民间调解资源的整合和制度创新,在统一的调解体系下,调解行为对外均以统一的知识产权调解机构的名义,并实行统一的机构设置及相应的指导和管理<sup>⑰</sup>,提升调解的专业性和权威性,为当事人提供包括调解、协商、专家裁决等多种方式的解决国内及跨境知识产权纠纷的一站式的法律服务。但是,根据“一国两制”的制度安排,粤港澳大湾区目前尚不具备一步到位组建统一调解机构的条件。三个法域之间的制度协调并非一朝一夕之事,而且,统一调解机构也并非调解本身所具有的职能。

### 2. 基于多元结构的知识产权纠纷民间调解平台

与U型结构的“条条管理”不同的是,M型结构属于“块块管理”。在M型组织形态中,组织内部各单位具有多元性和独立性,属性匹配的同一任务将同时分配给相同或类似的单位,以此激发各单位之间的竞争并促进创新。在M型结构中,最高管理者负责提供创新蓝图,决定发展策略并确保属性兼容性。<sup>⑱</sup>若以此思路建构统一的调解机构体系,则应在粤港澳大湾区共同组建一个调解机构平台,作为调解工作发展的领导者,但是平台本身不是调解机构,而是着力建立良好的沟通机制,引导制定比较统一的调解员

<sup>⑭</sup> Yingyi Qian, Gerard Roland and chenggang Xu, *Coordinating Changes in M-form and U-form Organization*, Journal of Political Economy, Vol.114:2, 2006, pp.371-373.

<sup>⑮</sup> 陈永伟:《以平台思维思考粤港澳大湾区发展》,载《经济观察报》2019年3月7日,第A02版。

<sup>⑯</sup> 奥利弗·威廉姆森:《经济组织的逻辑》,载陈郁主编:《企业制度与市场组织——交易费用经济学文选》,上海三联书店、上海人民出版社1996年版,第103-128页。

<sup>⑰</sup> 李宗辉:《论知识产权案件的替代性纠纷解决机制》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第2期,第84-91页。

<sup>⑱</sup> *Supra* note 13.

资格、调解程序基本规则,与调解机构、政府部门、中介服务机构等主体的对接、支持与遴选,统筹资源配置,实现优势互补、资源共享,最终实现高效、便捷全方位服务。

### 3. 在中央政府及相关知识产权主管部门的指导和协调下组建统一调解平台

随着网络技术的发展,网络化治理作为激发管理创新的模式应运而生。网络管理是借助现代计算机技术,在一定标准之下,将管理中的不同元素分割成网络细胞并加以整合,以便达到顺畅的、高效的沟通以及信息共享,与网络管理相关的资源、技术和管理团队通过信息平台实现协调与互联互通,以加强管理效率。<sup>①9</sup>因此,在一个急剧变迁的时代,关于社会治理,最佳的解决之道不是重新设计组织章程,而是融化组织间的僵化界限。<sup>②0</sup>在借鉴网络化治理理论的基础上,考虑到粤港澳大湾区建设是国家战略且涉及港澳特别行政区的高度自治权,为提升调解的整体效益、实现多方共赢的结果,不管统一的区域知识产权纠纷调解平台采取何种组织形态<sup>②1</sup>,均需在中央主管部门的协调下组建统一的信息平台,达到互通、信息共享。

综上所述,粤港澳大湾区统一调解机构的组建,可以分几个阶段进行。第一个阶段,在当下的过渡期间,可在粤港澳大湾区现有调解机构中选择确立各自的平台,不同平台之间采用紧密型的会商合作机制,但需要强化其知识产权纠纷调解功能和重新确定发展目标。其次,在第二个阶段,考虑组建多元结构模式的调解平台机构,主要功能是协调粤港澳大湾区各个调解机构之间的工作,统筹资源、优势互补,尽量减少制度差异带来的合作成本,同时也为第三个阶段做准备。在第三个阶段,可以筹建类似世界知识产权组织调解中心的粤港澳大湾区统一调解机构,统一调解组织、统一规则,创造全新的大湾区调解制度体系。

## 四、重塑粤港澳大湾区知识产权纠纷调解平台的运作机制

知识产权纠纷调解平台是承载整个知识产权纠纷解决流程的复杂的社会组织,要保证调解工作顺畅进行,实现快速调解、低成本解决纠纷的目标,必须建立有效、协调的运行机制。鉴于传统的粤港澳三法域独立调解机构之间的合作过于低效,事实上消解了调解这一优越的纠纷解决方式的优势,这就需要重塑平台运作所涉及的原则、制度、方法,创新运作中的程序。

### (一) 确立运行机制的基本制度

#### 1. 平台的运行机制要素

平台运行离不开下列主要问题:发展目标的确立,功能定位的明确,合作者的遴选,

<sup>①9</sup> Xidong Deng, Bei Kong and Yan Gong, *An Analysis on the Grid Management of the Society*, International Conference on Management and Engineering, CME, 2014, pp.924-928.

<sup>②0</sup> 何亚琼、葛中锋、苏竣:《区域创新网络中组织间学习机制研究》,载《学术交流》2006年第2期,第65-70页。

<sup>②1</sup> 李舒瑜、綦伟、甘霖:《深圳代表团审议政府工作报告 建立粤港澳大湾区知识产权协同保护机制》,载《深圳特区报》2019年1月29日,第A04版。

跨区域财政的协调,运作费用的发放,统一的调解员数据库、培训制度和评价体系的建立,保障措施的完善和公共服务的有效提供。特别是在调解员资格认定上,香港调评会创设的资格认可制度可资借鉴。在香港调评会下的调解员资格认可制度中,调解员分为两类:综合调解员和家事调解员,各自的资格准入制度以及培训课程等均有所区别。而在专业领域中,例如知识产权领域,专门为此领域提供调解服务的机构也有自行设立的调解员资格准入制度,但要建立在调评会调解员资格准入制度的基础之上。由于内地和香港知识产权制度和纠纷解决制度的巨大差异,在知识产权纠纷管理方面,暂时宜建议以人民调解模式为基础,以合法、自愿、公正、诚信、保密、透明为调解原则,制定统一的知识产权纠纷调解管理规范。

## 2. 平台运行的有效保障

为保障平台运行,首先需要全面整合纠纷解决资源。当前大湾区矛盾纠纷大多牵涉面广、复杂程度高,且多是交叉到多个政府部门。传统的纠纷解决方式由于彼此缺乏信息交流,条块分割,无法形成有机的统一整体,大湾区的城市在解决多样化和复杂化的社会纠纷时往往心有余而力不足。调解是面向纠纷双方当事人的一种争议解决方式,容易向内压缩成为一种内部方式,其实对外而言,需要整合纠纷的各种解决力量,调动一切可用因素,采取综合手段把纠纷处理好、解决好。<sup>②</sup>其次,加强跨部门、跨地域衔接与协作工作,实现诉求表达渠道畅通有效。民商事纠纷解决的前提就是诉求表达渠道的有效畅通。当纠纷解决涉及多个部门职责时,部门与部门之间推诿、拖延现象时有发生,随着时间的拖延,当事人花费的成本越来越大,矛盾纠纷日趋复杂,当事人的调解、和解意愿逐渐降低,很容易导致矛盾激化,造成不可挽救的损失。建立有效和顺畅的包括诉调对接、非诉纠纷解决方式之间的对接、先行调解、委派调解、委托调解等方面在内的程序衔接、制度衔接、效力衔接。平台不仅立足于粤港澳大湾区,还应辐射至内地其他省份以及“一带一路”沿线国家和地区,不断扩大知识产权纠纷调解方式的适用范围。

### (二) 由调解平台指导设立独立第三方知识产权纠纷调解机构

2018年7月4日,国家知识产权局公布首批支持建设知识产权仲裁调解机构名单,该名单显示:被遴选的调解机构包括中国专利协会知识产权纠纷人民调解委员会、上海市杨浦区知识产权纠纷人民调解委员会、佛山市版权保护协会、河南省知识产权保护协会、重庆市网商协会等<sup>③</sup>,显然人民调解委员会、行业协会是调解的主要力量。而香港、澳门的作为诉讼外争议解决方式的调解虽然也颇受重视,但是其调解机构更加侧重于贸易、投资、金融或者小额金钱债务等商事领域,而知识产权争端只是被纳入商事调解之中而已,尚未受到应有的重视。另一方面,2018年上海知识产权局公布的统计数据显示,调解案件类型主要是版权类案件,而商标类和专利类案件占比非常小。这一现象普遍存

<sup>②</sup> 张燕:《调解成为解决跨境商事纠纷有力方式》,载《深圳特区报》2016年12月16日,第A8版。

<sup>③</sup> 国家知识产权局:《首批能力建设知识产权仲裁调解机构名单》,载《法制日报》2018年7月4日,第A4版。

在于以调解方式解决的知识产权纠纷案件中。<sup>②4</sup>

从前述提及的调解机构的类型和业务领域可知,知识产权纠纷调解的现状是缺少专业性和技术性较强的调解机构,且调解范围单一、零散,无法全面覆盖各类纠纷,很难满足知识产权纠纷调解的市场需求。调解应在纠纷解决中发挥更大作用,为此,在统一的平台指导之下,组建分工精细、独立的第三方调解机构显得至关重要,这既是缘于知识产权纠纷专业性强的要求,也是现代调解规范化、制度化、体系化发展的要求。<sup>②5</sup>与此同时,这些机构还可为诉调分离制度的落实提供第三方独立的调解服务。

### (三) 引入专家裁决与调解相结合的非诉纠纷解决方案

专家裁决是从专家意见发展而来,是存在 250 多年的独立的争议解决办法,以其独有的特点和优势适用于专业性、时效性较强的领域。<sup>②6</sup>世界知识产权组织仲裁与调解中心、因特网名称及编码公司(ICANN)等国际组织以及德国、英国、美国、澳大利亚等国家承认专家裁决机制,我国的中国互联网络信息中心亦采用专家裁决方式解决争端。专家裁决是指当事人协商或根据事先协议将争议事项提交给一名或多名专家进行评估并最终做出相应裁决。<sup>②7</sup>专家裁决是一种裁判性争议解决方式,通常情况下具有以下特点:第一,专家裁决在双方同意选择后,任何一方不能单方面退出专家裁决;第二,专家裁决须符合一定适用范围和适用条件;第三,专家裁决是非终局性的,但专家裁决对当事人具有约束力(准司法效力),除非另有约定,该裁决不得被推翻;第四,裁决的执行需要通过司法或仲裁程序确认。粤港澳大湾区的调解平台可根据知识产权争议的实际状况,与世界知识产权组织仲裁与调解中心进行合作,推行专家裁决,或建立自身的专家裁决机制,作为调解的特别程序,并且将适用范围限定在专业性和时效性要求较高的案件范围内。

## 五、粤港澳大湾区知识产权调解规则的衔接与融合

知识产权调解规则是粤港澳大湾区调解机制得以顺利重构的重要保障。只有实现具体规则和制度的有效对接,才能更好的落实调解工作,从而促进全方位、多层次的调解机制的有序发展。<sup>②8</sup>

### (一) 调解员资格准入制度

为甄选高素质调解员并促使粤对接港澳三地形成统一的调解员资格准入制度,区际知识产权调解平台应在三地已有的调解员标准的基础上,以突出各自优势、取长补短为

<sup>②4</sup> 吴珂:《国家知识产权局公布 2018 年主要工作统计数据主要指标稳中有进综合实力持续增强》,载《中国知识产权报》2019 年 1 月 11 日,第 A1 版。

<sup>②5</sup> 王莲峰、张江:《知识产权纠纷调解问题研究》,载《东方法学》2011 年第 1 期,第 83-84 页。

<sup>②6</sup> 黄振中:《国际能源争议解决中心的专家裁决》,载《政法论坛》2013 年第 2 期,第 187-188 页。

<sup>②7</sup> 欧丹:《融合与服务:新加坡知识产权局专利撤销案件专家裁决程序》,载《中国发明与专利》2017 年第 9 期,第 101-102 页。

<sup>②8</sup> 黄文婷、冯泽华:《粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制研究》,载《法治社会》2018 年第 2 期,第 70-71 页。

原则,参酌 2021 年粤港澳大湾区律师执业考试,<sup>⑳</sup> 设置一个大湾区区域性考试,考试内容包 括民商事调解工作中需要使用到的法律知识、国家政策、业务技能以及其他相关知识,对 应试人员的综合素质进行统一考察。凡具备一定文化水平并具一定年限的工作经验者都 可参加,择优录取;并根据大湾区内不同地区经济发展水平的实际情况,综合考虑不同地 区居民素质的差异,以及知识产权纠纷的类别、复杂程度等,来确定各地调解员的任 职标准,做到区别对待、因地制宜。在促进调解过程及参与人员的制度化、规范化方面, 调解员的资格认可借鉴香港调解资历评审协会的运作模式,调评会是一个非法定及属 业界主导的资历评审机构,负责订定调解员及调解课程的评审标准,务求调解员的专 业水平达至国际标准。经调评会认可的调解员均须遵守由律政司调解工作小组订定 的《香港调解守则》,并接受该会的纪律程序约束,同时通过统一的调解信息平台推广 专业及可实践的调解文化和调解服务信息。

## (二) 调解组的组成规则

我国内地专利保护协会于 2019 年 12 月 6 日发布《知识产权纠纷调解管理规范》, 该规范第六条规定:由人民调解委员会选定人民调解员组成调解组,负责个案的调解工 作;调解组成员人数一般为一至三人,并应指定其中一人作为调解组组长;涉及专业性 较强的知识产权纠纷,也可以适当增加人数;涉及专业性较强的知识产权纠纷或者相关 当事人对纠纷存在重大分歧的,人民调解委员会可以聘请技术专家参加调解,但应征 得相关当事人同意。调解过程还包括告知当事人、调查诊断并制定计划,合理分工,提 高调解效率;分析问题并指定调解方案然后实施,结案后制作调解书,并在调解协议生 效后 30 日内跟踪回访,如果当事人反悔或拒不履行起诉到人民法院,调解员还应配合 对案件的审判工作。

考虑到粤港澳大湾区法律制度的复杂性,以上述内地知识产权调解管理规范为蓝 本,三地制定统一的调解组成立规则,分别派遣相同数量的优秀的调解员组成一个最 高调解中心,再由其指导调解组,每个调解组由委员 3 至 9 人担任,设主任一人,必要 时可设副主任。上级指导下级,下级监督上级,让各相关部门之间主动对接和延伸, 及时发现纠纷,从而整合三地纠纷解决的力量,官方与非官方合作,促进全方位、多 层次的知识产权调解机制的发展。涉及专业性较强的知识产权纠纷或者相关当事人 对纠纷存在重大分歧的,调解组在征得当事人同意后可以聘请技术专家参与案件调 解。

<sup>⑳</sup> 《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在粤港澳大湾区内地九市开展香港法律执业者和澳门执业律师取得内地执业资质和从事律师职业试点工作的决定》:“为促进粤港澳大湾区建设,发挥香港法律执业者和澳门执业律师的专业作用,第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议决定:授权国务院在广东省广州市、深圳市、珠海市、佛山市、惠州市、东莞市、中山市、江门市、肇庆市开展试点工作,符合条件的香港法律执业者和澳门执业律师通过粤港澳大湾区律师执业考试,取得内地执业资质的,可以从事一定范围内的内地法律事务。具体试点办法由国务院制定,报全国人民代表大会常务委员会备案。试点期限为三年,自试点办法印发之日起算。试点期间,国务院要依法加强对试点工作的组织指导和监督检查,就试点情况向全国人大常委会作出报告。试点期满后,对实践证明可行的,修改完善有关法律。本决定自公布之日起施行。”2020 年 8 月 11 日第十三届全国人大常委会第二十一次会议通过。

### （三）经调解达成的和解协议的效力

作为指导我国内地调解工作的专门性立法,《人民调解法》明确人民调解委员会是依法设立的调解民间纠纷的群众性自治组织。经人民调解委员会调解达成调解协议后,双方当事人认为有必要的,可自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认,人民法院应当及时对调解协议进行审查,依法确认调解协议的效力。因此调解协议的效力须经法院的确认方可作为执行依据。为了增强调解协议的效力,内地在进行多元化的有益探索,比较有代表性的是上海市杨浦区采取由听证会、协调会、调解会和群众代理构成的“三会一代理”制度。此制度的流程为,首先群众提出调解意向后,调处中心主动召集当事人和有关部门召开听证会,充分听取群众意见。然后再召开相关职能部门参加的协调会,商讨解决措施。最后,在听证会和协调会的基础上,各方当事人达成一致出具调解协议的,纠纷移交至同级人民调解委员会,由人民调解委员会及时召开调解会,对于调解成功的案件及时出具人民调解协议书。“三会一代理”制度的关键是通过人民调解委员会以人民调解协议书的形式将调解所达成的成果固定下来,并赋予其法律效力。

香港于2013年1月1日生效的《调解条例》(香港法律第620章),规定其可以适用于在香港全部及部份进行的调解。在香港存在一种经调解的和解协议,即调解的部分或全部当事人就他们全部或部分争议所达成的和解协议。该协议的法律效力等同任何一般合约,亦可按一般合同法原则执行该和解协议。在澳门,调解协议可通过双方同意的司法确认赋予强制执行的效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或请求确认和解协议无效的,可以向法院提起诉讼。《澳门世界贸易中心仲裁中心内部规章》规定有独立的调解程序,该规章第70条第2款亦规定了调解协议的法律性质,当调解协议以书面形式作成时,即具有澳门《民法典》第1172条所指的司法和解性质,而和解是指当事人互相让步以防止争议发生或终止争议之合同。因此,目前粤港澳三地法律规定均确认调解协议仍属于合同性质,这将为调解协议的互认机制的确立提供统一的法律依据,使法院较易执行,且可以省却大量费用和时间。

### （四）调解中的保全措施与和解协议的执行

由于知识产权纠纷中财产保全、证据保全是最大限度保护知识产权人权益的重要措施,如何使其在三个法域进行有效法律衔接,已经成为知识产权保护的关键环节。目前,粤港澳三地之间尚未产生有关调解中的保全措施的任何安排。可资借鉴的就是2019年4月2日最高人民法院与香港特区政府律政司分别代表两地签署的《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》(以下简称《保全安排》)。根据《保全安排》第一条规定,其所称“保全”,在内地包括财产保全、证据保全、行为保全;在香港特别行政区包括强制令以及其他临时措施,以在争议得以裁决之前维持现状或者恢复原状、采取行动防止目前或者即将对仲裁程序发生的危害或者损害,或者不采取可能造成这种危害或者损害的行动、保全资产或者保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。在仲裁领域,《保全安排》是双方自1999年签署《关于内地与香港特别行政区相

互执行仲裁裁决的安排》以来最重要的一项安排,突显了仲裁保全的重要,也是内地和香港特区二十年区际司法协助史上一个新的里程碑。《保全安排》中确立的模式,即内地和香港采用互认形式的安排,可否为将来的粤港澳大湾区调解中的保全措施所借鉴适用?这个问题非常值得研究。例如,可否有如下的落实调解中的保全措施的思路:即在保全方面将香港、澳门调解程序与内地调解程序类似对待,允许香港、澳门调解程序的当事人向内地人民法院申请保全;同时,内地调解程序的当事人亦可向香港特区、澳门特区法院申请强制令以及其他临时措施。

关于和解协议的执行,内地的《中华人民共和国人民调解法》第三十三条规定,人民法院依法确认调解协议有效,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向人民法院申请强制执行。在澳门,如调解协议属《民法典》第1174条之规定,为产生预防性和解或诉讼外和解所可能出现之某种效果而必须以公证书方式作出者,以及仅以私文书方式作出之和解,在适用执行程序的形式上,均须以普通形式之执行程序进行。而香港对于经调解达成的和解协议的执行,和一份普通的合约无异。对于三地和解协议的强制执行,亦可通过协商,采用互认方式加以解决。<sup>③④</sup>

## 六、结 论

正如《粤港澳大湾区发展规划纲要》中所列出的合作清单所显示,粤港澳三地的合作领域,是有轻重缓急之分的,也有难易之分,以此观之,我们亦可发现,合作领域背后的粤港澳大湾区的法律领域也是复杂多样的,大湾区区际法律冲突的出现不可避免。其中,知识产权法律冲突,对粤港澳大湾区高度发达的知识产权行业影响深远。有鉴于此,统一的多元化纠纷解决方式的引入势在必行。根据现有的合作程度,亟需有步骤构建统一的调解平台,从优化三法域各自调解平台,到创设三法域统一调解管理平台,再到建设三法域统一调解机构,任重道远。统一调解平台的运作机制也需要与时俱进,重塑再造。而对重构粤港澳大湾区区际知识产权的调解机制而言,最为核心的制度建设还是聚焦于统一的调解规则,从调解员资格认定、调解组的组成、和解协议的效力、调解中的保全措施以及和解协议的执行等方面,整合粤港澳三地适用的主要调解规则,实现其有效对接,真正发挥港澳地区与内地调解机制的作用,提高和改善调解的公信力,从而促进全方位、多层次、宽领域的调解格局的发展。随着粤港澳大湾区上升为国家战略,大湾区知识产权保护的需求将不断增强,区际知识产权调解机制的重构必然成为加快推动粤港澳大湾区法治建设和加大知识产权保护力度的重要推动力。

<sup>③④</sup> 《黄埔推出“粤港澳知识产权互认10条”,港澳与内地知识产权享同等待遇》,载《南方都市报》2019年11月27日,第A01版。

---

---

**Abstract:** In the outline of Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area development plan, it is pointed out that Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area is an important base for national scientific and technological innovation, bearing the important mission of national intellectual property power strategy. Intellectual property has become the top priority in the construction of Guangdong-Hong Kong-Macao Bay area, and the coordination and unification of intellectual property protection has become the key link. Intellectual property rights protection includes prevention and post-dispute resolution. Because intellectual property disputes have the characteristics of complex interest relationship, strong technology and difficult to identify infringement, they need professional intellectual property dispute resolution institutions. As demonstration of modern dispute resolution concept—multi-governance mediation has become a new force, in what path and mechanism of intellectual property disputes mediation to benign and orderly development, becoming an important topic. In order to improve and enhance the status and credibility of mediation institutions in the diversified mediation mechanism, combined with the complex jurisdiction of Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area, this paper discusses the establishment mode of mediation platform based on the organization theory, and draws lessons from the experience of arbitration to resolve the inter-regional legal conflict, and realizes the docking of mediation mechanism in the aspect of reintegrating mediation rules, hoping to be beneficial to the settlement of intellectual property disputes in the future.

**Keywords:** Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area; inter-regional legal conflicts; intellectual property; mediation mechanism

---

---

(责任编辑:孙保国)

# 《新加坡调解公约》与中国商事调解的立法选择

段 明\*

---

**内容提要** 联合国贸易法委员会制定的《新加坡调解公约》,为国际商事调解协议的跨境执行提供了法律框架。批准《新加坡调解公约》将对国内商事调解的发展产生积极意义,但同时也将对国内商事调解法律制度带来冲击和挑战。目前中国在商事调解专门法律、调解协议执行机制、个人调解运行机制及商事调解员资质认定等方面仍然缺乏具体的法律安排,国内学界为此提出了修改《人民调解法》、融入《仲裁法》修改、融入《民事强制执行法》立法以及制定统一调解法等立法方案,但这些方案均存在不同程度的局限性。相较而言,先“行政法规”再“一般法律”的商事调解立法策略不仅契合当前国内的立法实际,而且能够更为顺利地实现与《新加坡调解公约》的对接。

**关键词** 新加坡调解公约 商事调解 跨境执行 立法选择

---

## 一、问题的提出

国际商事仲裁、国际商事诉讼和国际商事调解被誉为国际商事争端解决的“三驾马车”。国际商事仲裁裁决和国际商事诉讼判决,分别可以根据《承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)、《承认与执行外国国民商事判决公约》获得跨境执行,唯独国际商事调解达成的调解协议无法进行跨境执行。<sup>①</sup>为了弥补国际商事调解的这一缺失,美国政府于2014年5月30日向联合国国际贸易法委员会提出了构建一项跨境执行国际商事调解协议机制的建议。自此以后,国际贸易法委员会第二工作组带领85个成员国和35个政府间及非政府间国际组织,经过四年时间的激烈磋商,终于在2018年12月20日举行的第73届联合国大会上顺利通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称《新加坡调解公约》)。自2019年8月7日《新加坡调解公约》开放

---

\* 段明,中国人民大学法学院博士后、讲师,最高人民法院第五批法律研修学者。本文系中国博士后基金面上资助项目“国际商事和解协议在中国法院的审查与执行研究”(项目编号:2020M670561)、湖南省教育厅项目“《新加坡调解公约》下我国商事调解制度的困境与应对”(项目编号:19K092)的阶段性成果。

① 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92页。

签署以来,美国、中国、印度等53个国家已经成为公约签署国,其中新加坡、斐济、卡塔尔、沙特阿拉伯、白俄罗斯、厄瓜多尔等6个国家已经率先批准公约,这标志着《新加坡调解公约》已于2020年9月12日正式生效。尤为值得一提的是,新加坡政府为了促进《新加坡调解公约》在本国的实施,还通过国内法转换的方式,由议会专门通过《新加坡调解公约法案》,这为其他缔约国树立了典范。

作为多边主义与国际合作的典范,《新加坡调解公约》可谓是近年来国际商事领域最为重大的事件,被誉为国际商事调解发展的里程碑。中国是《新加坡调解公约》的创约国和首批签署国之一,为《新加坡调解公约》的诞生贡献了“东方智慧”。及时加入《新加坡调解公约》,将对促进国内商事调解的发展,优化国内营商环境,加快“一带一路”的建设,以及提升争端解决话语权产生积极意义。<sup>②</sup>尽管如此,在中国政府签署《新加坡调解公约》之前,国内仍有不少反对和质疑之声。部分学者认为中国商事调解的发展仍处于初级阶段,相关立法也未健全,仓促签署公约只会对国内带来不必要的负面影响。

现如今,中国政府已经正式签署《新加坡调解公约》,因此关于是否签署和加入公约的争论已无必要。根据《中华人民共和国缔结条约程序法》的相关规定,中国政府虽已签署《新加坡调解公约》,但只有国务院提请全国人民代表大会常务委员会决定批准之后,该公约方能对中国具有真正的法律约束力。因此在全国人大常委会批准《新加坡调解公约》之前,国内必须进行充分的理论研究和立法准备,为《新加坡调解公约》的精准落地提供有力保障。其中,最为紧迫的问题是,如何进行国内商事调解的相关立法,选择什么样的立法方案,才能既契合中国实际,又能实现国内立法与《新加坡调解公约》的有序衔接。为了回答这一现实而又紧迫的问题,本文拟从解读《新加坡调解公约》的核心内容出发,仔细对照公约的基本要求,评估我国商事调解法律的现状与缺陷,并在对国内学界所提立法方案进行评析的基础上,充分考量中国实际,提出我国商事调解立法的可行方案。

## 二、《新加坡调解公约》的核心内容

作为《纽约公约》的姊妹篇,《新加坡调解公约》和《纽约公约》一样,追求简约和灵活,尽管只有区区16个条文,但其内容却极具开放性和包容性。<sup>③</sup>《新加坡调解公约》的立约宗旨在于,构建一项能够为具有不同法律制度的国家所共同接受的国际商事调解协议跨境执行机制,从而促进商事调解在国际商事争端解决中的运用,实现国际经济贸易关系的和谐发展。通览《新加坡调解公约》全文,其核心内容主要包括以下三个方面:什么调解协议可以跨境执行?跨境执行调解协议有何要求?什么情况下可以拒绝执行

<sup>②</sup> 段明:《〈新加坡调解公约〉的冲击与中国商事调解的回应》,载《商业研究》2020年第8期,第129页。

<sup>③</sup> Natalie Sharma, *Constructing the Convention on Mediation: The Chairperson's Perspective*, Singapore Academy of Law Journal, Vol.31, 2019, pp.487-519.

调解协议?

### (一)《新加坡调解公约》的适用范围

从条文表述来看,《新加坡调解公约》第1条和第2条所要解决的是公约的适用范围问题。这两个条款从调解性、商事性、国际性、书面性等四个方面基本上框定了《新加坡调解公约》的适用范围。

首先,调解性是指该协议必须是经由调解产生的,而“调解”是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。为了保持协议的“纯调解性”,公约排除了经由法院批准或者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,以及已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。其次,商事性要求调解协议是基于商事争议而形成,公约为此专门排除了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,以及涉及家庭法、继承法或者就业法的协议。再次,国际性要求调解协议所解决的是国际商事争议,其国际性表现为:(1)和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地;或者,和解协议各方当事人设有营业地的国家不是:和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国;或者与和解协议所涉事项关系最密切的国家。总的来说,只要调解协议的主体或者商事争议事项具有“国际性”即可。书面性是指调解协议的内容是以一定的形式记录下来,包括纸质方式和电子方式。

此外,关于调解协议中权利义务的具体内容和性质,《新加坡调解公约》并未作过多的限制,这也再次印证了其恪守调解灵活性的精神。尽管在公约的磋商谈判过程中,曾考虑过将调解协议的内容限定为“金钱义务”,以此避免因“非金钱义务”的执行给缔约国主管机关带来压力和挑战。不过,公约最终没有采纳这一做法,因为如果将调解协议的内容限定为“金钱义务”,将有碍于争议各方寻求创造性的解决方案,从而削弱调解的灵活性,影响调解在国际商事领域的长远发展。<sup>④</sup>因此,公约最终没有对调解协议的内容和性质作任何限定。

### (二)国际商事调解协议的执行机制

《新加坡调解公约》第3条和第4条对国际商事调解协议的执行机制及其要求作了明确规定。其中,有学者认为第3条是《新加坡调解公约》最为核心的条款,而其他条款在某种意义上只是第3条的辅助条款,因为只有第3条本身才对缔约国产生了实质性的义务。<sup>⑤</sup>具体而言,第3条第1款规定了国际商事调解协议的“利剑”功能,即通过强制执行请求攻击性地使用调解协议,以迫使债务人履行调解协议中的义务;第3条第2款则规定了国际商事调解协议的“盾牌”功能,即援引调解协议作为对已解决争议相关

<sup>④</sup> Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.19:1, 2019, pp.1-60.

<sup>⑤</sup> Timothy Schnabel, *Recognition by Any Other Name: Article 3 of the Singapore Convention on Mediation*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.20:4, 2019, pp.1181-1195.

索赔的抗辩。<sup>⑥</sup>正是通过“利剑”与“盾牌”的双重功能,使国际商事调解协议转变为一种有“牙齿”的法律文书,从而构建起国际商事调解协议的跨境执行机制。缔约国主管机关为此需要按照本国程序规则及时执行国际商事调解协议,或者认可国际商事调解协议的抗辩效力。

若要缔约国主管机关尽速执行国际商事调解协议,还需满足公约第4条规定的基本要求。根据该条规定,申请执行人向缔约国主管机关申请执行国际商事调解协议时,需提交如下证明材料:各方当事人签署的调解协议,证明该调解协议产生于调解的证据,以及缔约国主管机关可能要求的调解协议译本。如果调解协议是电子形式的,则需符合第4条第2款的相关规定。需要注意的是,《新加坡调解公约》为了促进国际商事调解协议在缔约国的顺利执行,只对申请执行国际商事调解协议作出了以上要求,各缔约国主管机关不得再要求申请执行人提交其他额外的申请材料,或者提出比公约更高的要求。<sup>⑦</sup>此外,《新加坡调解公约》要求各缔约国主管机关应当从速审查当事人的执行请求,提高国际商事调解协议的跨境执行效率。

### (三) 拒绝执行国际商事调解协议的情形

满足执行申请要求的国际商事调解协议,并不代表其必然获得缔约国主管机关的顺利执行。根据《新加坡调解公约》的规定,缔约国主管机关在收到当事人执行调解协议申请时,还可以对调解协议进行一定程度的审查,如果存在公约第5条规定的情形,主管机关可以拒绝执行该国际商事调解协议。根据公约第5条的规定,主管机关可以从被动审查和主动审查两个方面对国际商事调解协议进行审查。

被动审查是指主管机关只在被申请执行人提出抗辩的情况下进行审查。第5条第1款规定,被申请执行人如果能够提供证据证明以下事项,主管机关可以拒绝执行国际商事调解协议。这些事项包括:(1)调解协议一方当事人处于无民事行为能力状况;(2)调解协议无效、失效或者无法履行;(3)调解协议不具有约束力,不是终局的,或者已被修改;(4)调解协议中的义务已经被履行、不清楚或者无法理解;(5)准予执行有违调解协议的有关条款;(6)调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则,若非此种违反,该当事人本不会订立调解协议;(7)调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或者独立性产生正当怀疑的情形,并且此种未予披露对一方当事人有实质性影响或者不当影响,若非此种未予披露,该当事人本不会订立和解协议。针对以上事项,如果被申请执行人有足够的证据证明国际商事调解协议存在以上情形,主管机关审查核实之后,即可作出拒绝执行该调解协议的决定。

主动审查则是指主管机关收到当事人的执行申请后,可以主动对国际商事调解协议

<sup>⑥</sup> Hector Flores Sent'ies, *Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and Their Importance for the Success of the Convention*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.20:4, 2019, pp.1235-1258.

<sup>⑦</sup> 参见赵云:《〈新加坡调解公约〉:新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》,载《地方立法研究》2020年第3期,第81页。

进行审查的事项。第5条第2款规定了缔约国主管机关可以进行主动审查的两项事项,一是审查国际商事调解协议的执行是否违反本国的公共政策;二是审查国际商事调解协议是否属于本国法律规定的可调解事项。主管机关如果审查发现执行国际商事调解协议将违背本国的公共政策,或者该国际商事调解协议不属于本国法律规定的可调解事项,即可作出拒绝执行该调解协议的决定。

综上可知,尽管《新加坡调解公约》有16个条文,但其核心内容主要还是聚焦于适用范围、执行机制、拒绝情形等三个方面。另外,分析具体的条文可知,《新加坡调解公约》在立约过程中始终遵循着一种基本理念——在规范性与灵活性之间寻求平衡。也就是说,既要为调解过程和执行程序提供一定的规范性和确定性,同时也要最大限度地保护好调解的灵活性。<sup>⑧</sup>立约的目的不是协调统一各国立法框架或者不同法域的调解方式,而是提供简便执行国际商事调解协议的机制。因此《新加坡调解公约》在许多规则的设计中,通常只设定最低限度要求,从而为各国的具体做法提供灵活性。

### 三、国内商事调解法律的现状与缺陷

“条约必须信守”是国际法上的基本原则,是指一个合法缔结的条约,在其有效期内,缔约国有依约善意履行的义务。<sup>⑨</sup>作为一个负责任的大国,履行已经签署的国际条约是我国应尽的义务。既然已经签署《新加坡调解公约》,意味着我们必须积极承担公约赋予我国的国际法义务。在承担《新加坡调解公约》赋予的义务之前,我们首先需要思考的是我们准备好了吗?我国商事调解法律和制度与《新加坡调解公约》的要求还存在哪些差距?经由客观评估和仔细对照可以发现,目前国内商事调解法律和制度还存在如下几个方面的缺陷和不足,亟需加以完善。

#### (一) 缺乏专门的商事调解法律

中国社会自古以来便倾向于运用调解来化解矛盾纠纷和安定社会秩序。经过几千年的探索和实践,我们积累了丰富的调解文化和实践经验。遗憾的是,深厚的调解文化和丰富的调解实践并未使中国在调解的制度化 and 法制化方面取得突破。调解在中国社会长期处于一种自然生长的状态,久而久之便陷入了“内卷化”的困局。与此相反,欧美发达国家在调解的规范化、制度化和法制化方面却取得了长足的进步,这极大的促进了调解在欧美社会治理中的效能发挥。作为调解法制化发展的落后者,我国直到2007年和2009年才分别迎来了《劳动争议调解仲裁法》《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》,并于2010年颁布了更为全面的《人民调解法》。遗憾的是,仅仅通过这几部调解立法,根本无法适应当前我国调解发展日益多元的现实需求。实践中,由于只存在单一的

<sup>⑧</sup> Ellen E. Deason, *Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?* *Dispute Resolution Magazine*, Vol. fall, 2015, pp. 32-38.

<sup>⑨</sup> 李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第272页。

《人民调解法》,诸如商事调解、行业调解、律师调解、专业调解等新型调解类型在“无法可依”的情况下,只能转向《人民调解法》寻求法律支撑,由此衍生出了人民调解泛化发展的独特现象。<sup>⑩</sup>而人民调解泛化现象的存在,严重制约了商事调解的发展空间。因为从运行逻辑上来看,商事调解与人民调解之间存在天壤之别,商事调解是以市场化和商业化为运行逻辑,而人民调解则是以社会化和公益化为运行逻辑,故关于人民调解的法律规定必定难以适用于商事调解的运行。

从严格意义上来说,目前国内并无关于商事调解的立法,只在各种司法解释、司法文件当中有关于商事调解的零星规定,而且都是比较宽泛的规定,并无多大的针对性和可操作性。<sup>⑪</sup>关于商事调解的组织形式、设立条件、市场开放、程序规则等重要事项都没有明确的法律依据。只依靠这些碎片化、效力层级低的“法律规定”,势必难以支撑商事调解的长远发展。尤其是《新加坡调解公约》在关于商事调解协议的界定和执行方面具有许多创新性和灵活性规定,而国内商事调解立法阙如的现状,将难以因应《新加坡调解公约》对国内商事调解的冲击。因此,加快国内商事调解法律建设是批准《新加坡调解公约》之前,国内商事调解发展面临的首要任务。

### (二) 缺乏执行调解协议的规定

从国内现有立法来看,无论何种调解协议均被视作普通的民事合同,只对协议当事人具有法律约束力,并无民事诉讼法意义上执行效力,唯有法院作出的“调解书”才能直接付诸执行。若要使当事人基于意思自治达成调解协议获得法院的强制执行,还需通过司法确认、赋强公证、仲裁等方式转化为具有强制执行效力的司法确认裁定、公证债权文书、仲裁裁决等执行文书。同我国的立法和司法实践一样,国外大部分国家也未承认调解协议的执行效力,仅有个别国家或地区的立法赋予了非基于公权力达成的调解协议以执行效力。

《新加坡调解公约》在某种程度上颠覆了世界各国对于调解协议法律效力的认定,直接赋予了国际商事调解协议跨境执行的效力,这对于大部分签署国而言都是“新鲜事物”。面对《新加坡调解公约》确立的国际商事调解协议直接执行机制,中国亦未做好准备。目前,国内关于直接执行国际商事调解协议的法律规定尚处于空白状态,诸如审查机构、执行机构、执行程度等事项均无明确的法律规定。有鉴于此,我们应当在批准《新加坡调解公约》之前,及时填补国际商事调解协议执行机制的空白,为公约在国内的落地做好充分准备。

### (三) 缺乏个人调解机制的规定

根据《新加坡调解公约》第2条对调解的定义,调解指由一名或者几名第三人(调

<sup>⑩</sup> 廖永安、王聪:《人民调解泛化现象的反思与社会调解体系的重塑》,载《财经法学》2019年第5期,第67页。

<sup>⑪</sup> 比如在《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》(2009)《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(2015)《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》(2016)《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》(2018)等司法解释和司法文件中,均有关于商事调解的相关规定。

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。由此可知,《新加坡调解公约》对于调解过程中的调解员数量并无具体限制,既可由多人主持调解,亦可由一人主持,其所达成的国际商事调解协议均有跨境执行效力。另外,从国外商事调解的实践来看,商事调解运作向来有机构调解和个人调解之分,两种运作模式各有千秋,可供争议当事人自主选择。从目前的实践来看,个人调解是指调解员不依附特定的调解组织,能够以个人名义自主从事调解业务的一种运行模式。

长期以来,我国调解运行中奉行的是“机构本位主义”,只有各类调解委员会、调解中心、调解组织所属的调解员才能进行纠纷调解,而无个人调解的实践。尽管司法部曾于2018年发布《关于推进个人调解工作室建设的指导意见》,但此处的“个人调解工作室”仍是以人民调解员姓名或特有名称命名设立的调解组织,并非真正意义上的个人调解。从商事调解的市场需求来看,机构调解和个人调解都是市场所需要的,商事调解的发展不应局限于机构调解,同时也应当鼓励个人调解的发展,培养类似于“独立仲裁员”一样的“独立调解员”,从而更好地满足当事人的个性化和多元化需求。因此为了能够与国际商事调解的实践接轨,实现与《新加坡调解公约》的对接,国内应当积极探索发展个人调解机制。

#### (四) 缺乏商事调解员资质的规定

国际商事调解具有高度的复杂性、专业性、涉外性,非常人所能胜任。<sup>⑫</sup>商事调解员理应是国际化、专业化、职业化的高素质人才,其通常需要熟悉国际商事法律、商业规则和交易习惯,具备较强的调解能力、谈判能力和外语能力,以及特有的中立思维、共赢思维和商业思维。<sup>⑬</sup>商事调解员不同于参与民间纠纷调解的人民调解员,只要符合一定条件、具备相应能力的人员均可从事。从欧美发达国家从事国际商事调解的人员来看,大部分都是执业律师、仲裁员、跨国企业的法务人员等法律人才。因此,倘若任何人员都可以从事商事调解业务,则有可能扰乱商事调解的市场秩序,影响商事调解的整体发展。因此为了规范商事调解的发展,提高商事调解的公信力,许多国家和地区都建立了专门的调解员资质认证体系。譬如,新加坡司法部发布的《2017调解规则》即授权新加坡国际调解学会负责制定调解员认证标准体系。新加坡国际调解学会将调解员的认证标准分为四级,每一个级别都规定了相应的调解争议数量和调解培训时长。香港在2012年成立了香港调解资历评审协会有限公司,专门负责“一般调解员”和“家事调解员”的资质认证。<sup>⑭</sup>

遗憾的是,目前国内并无商事调解员资质方面的法律规定,也未建立起相应的资质认证体系,由此可能导致国内商事调解员队伍良莠不齐。也正是因为这样,国内不少人

<sup>⑫</sup> 廖永安:《我国发展“一带一路”商事调解的机遇、挑战与路径选择》,载《南华大学学报(社会科学版)》2018年第4期,第30页。

<sup>⑬</sup> 沈四宝:《商事调解员的素质及思维》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第157页。

<sup>⑭</sup> 唐琼琼:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》,载《上海大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第122页。

士担心加入《新加坡调解公约》之后,可能会带来各种虚假调解问题。这种担心不无道理,因为缺乏资质认证体系的筛选和过滤,任何人都有可能从事商事调解业务,这无疑会影响商事调解的质量和公信力。因此在批准《新加坡调解公约》之前,还应当加强商事调解人才的培养,并建立专业的资质认证标准体系。

#### 四、国内学界所提立法方案的评析

从上述分析可知,中国政府在签署《新加坡调解公约》之后,仍然面临着商事调解法律和制度准备不足的问题,这显然不足以应对批准《新加坡调解公约》将带来的冲击和挑战。为了填补国内商事调解法律和制度的空白,实现与《新加坡调解公约》的有序衔接,国内学者从不同的角度提出了多种可供选择的立法方案。这些立法方案各有其理由和正当性,但也无可避免地存在疏漏之处,本文稍作评析如下:

##### (一) 修改《人民调解法》相关规定

颁布于2010年8月的《人民调解法》是中国首部真正意义上的调解法,尽管其在立法过程中涉及了诸多利益的博弈和各种理念的冲突,也存在这样或那样的问题,<sup>⑮</sup>但不可否认的是,其对于推动人民调解乃至整个调解体系的发展作出了重要的历史贡献。遗憾的是,面对中国调解体系日益多元的发展趋势,单纯的《人民调解法》已经愈发难以适应和指引商事调解、行业调解、律师调解等新型调解的发展。因此,在中国签署《新加坡调解公约》之后,国内便有观点提出可以在《人民调解法》的基础上进行相应的修改,将商事调解的法律规定加入其中,从而满足商事调解的发展需求。<sup>⑯</sup>

关于这一方案是否可行,还需从《人民调解法》的立法定位和现有内容两个方面进行评估和考察。从立法定位来看,《人民调解法》的主要目的在于完善人民调解制度,规范人民调解活动,其始终围绕的是“人民调解”,而人民调解与商事调解在运行逻辑、组织形式、人员资质、收费规则等方面都有着巨大的差异。因此将商事调解的相关规则强行增修进《人民调解法》不免显得有些“生搬硬套”。因为从现有内容来看,《人民调解法》主要规定了总则、人民调解委员会、人民调解员、调解程序和调解效力等内容,除了“总则”部分商事调解可能还能参照适用外,其他部分的内容都与商事调解格格不入。因此,要想在《人民调解法》中融入商事调解法律规则,势必需要对《人民调解法》进行伤筋动骨式的改造,而其中的立法难度和工程量必定不小。由此可见,试图在修改《人民调解法》的基础上,完善商事调解法律制度,其科学性和可行性仍有待商榷。

##### (二) 融入《仲裁法》的修改

中国政府在1987年1月正式批准了《承认和执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽

<sup>⑮</sup> 范愉:《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》,载《法学家》2011年第2期,第1页。

<sup>⑯</sup> 《〈新加坡公约〉与中国调解制度研讨会成功举行》,载中国法学网:<http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=70200>,最后访问时间:2020年9月10日。

约公约》),而在此之前我国仲裁制度仍处于初级阶段,也没有相应的仲裁法律。直到1994年8月,中国才颁布了首部《仲裁法》,并于1995年9月正式施行。在过去的二十多年里,《仲裁法》仅对仲裁员聘任条件作出过相应修改,而其他内容并没有做过实质性的修改。为了因应国内外法治环境的变化,全国人大常委会在2018年9月将《仲裁法》修改,列入了十三届全国人大常委会立法规划。自此以后,国内学术界和实务界开始紧锣密鼓地开展仲裁法修改的研究和讨论。期间,有学者考虑到国内商事调解立法尚不成熟,短期内也不可能纳入全国人大常委会立法规划,而当前又迫切需求尽快完善国内的商事法律制度,因此提出可以将商事调解法律融入仲裁法修改,甚至可以制定一部新的“仲裁与调解法”。

此种立法方案主要由国内商事仲裁界提出。众所周知,商事仲裁与商事调解之间关系密切,许多从事商事仲裁业务的仲裁员也兼任商事调解员,而且在商事仲裁的过程中也经常用到商事调解。因此为了扩展自身的业务范围和市场空间,国内商事仲裁界始终在积极推动中国加入《新加坡调解公约》,并呼吁尽快进行国内商事调解立法。也有不少人认为,国内商事调解的发展轨迹与当年商事仲裁的发展颇为相似,都是在没有国内立法的情况下,先行加入国际公约,再倒逼国内法律制度的发展。而且商事调解与商事仲裁也存在着不少相同之处,譬如它们都拥有专业性、保密性、高效率的优势。因此有人提出为什么不乘着《仲裁法》修改的东风,将商事调解立法纳入《仲裁法》修改呢?

关于此种立法方案是否可行,需要从三个方面进行剖析。首先,从商事调解与商事仲裁的异同来看,尽管二者之间存在一些共同之处,而且在国际商事争议解决实践中也经常运用“仲调结合”的方式,但整体而言,两者之间异大于同,而且“仲调结合”也并非所有国家都已认可。如果以纠纷解决导向为划分标准,商事仲裁属于“权力导向型”,而商事调解属于“利益导向型”,<sup>①⑦</sup>仲裁裁决是仲裁员权力判断的结果,而调解协议则是调解员通过利益引导使当事人合意达成的结果。因此,如果将两种大相径庭的争议解决方式,共同规定在同一部法律之中,不仅会影响整部法律的体系性和协调性,还有可能影响仲裁与调解各自功能的发挥。其次,从立法机关的本意来看,全国人大常委会只是将仲裁法的修改纳入立法规划,其本意并不涉及商事调解法律制度,因此贸然将商事调解法律融入仲裁法修改,恐怕难以获得立法机关的支持和认可。最后,如果在仲裁法中专章规定商事调解法律规范,容易引起误解,即该调解是指仲裁中的调解,而《新加坡调解公约》恰恰排除了仲裁过程中形成的商事调解协议的可执行性。

### (三) 融入民事强制执行立法

制定单独的民事强制执行法是党的十八届三中全会作出的重要决定,并已经列入十三届全国人大常委会立法规划,由最高人民法院负责牵头起草和提起审议。根据2020年6月发布的《全国人大常委会2020年度立法工作计划》,民事强制执行法已经列为预

<sup>①⑦</sup> Laurence Boule, *International Enforceability of Mediated Settlement Agreements: Developing the Conceptual Framework*, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.7:1, 2014, pp.35-68.

备审议项目,相信其在不久的将来便会进入正式的审议环节。另外,现行《民事诉讼法》《人民法院组织法》规定,人民法院是负责生效法律文书的具体部门。而且,从中国批准实施《纽约公约》的先例来看,我们在批准《新加坡调解公约》之后,基本上可以确定是由人民法院具体负责国际商事调解协议的审查和执行工作。因此,国内学界有人提出,我们应在民事强制执行法进入审议之前,尽快将商事调解立法融入民事强制执行法中,利用专章规定商事调解的执行事项,从而实现与《新加坡调解公约》顺利对接。

将商事调解立法融入民事强制立法,能否有效解决商事调解发展的立法需要,并满足《新加坡调解公约》的落地需求呢?这需要进行更为深入地探讨。首先,从民事强制执行法的立法权限来看,其所能规定的内容主要包括基本原则、执行机构、执行管辖、执行依据、执行程序、执行救济、执行措施等。因此,即使可以将商事调解立法融入民事强制执行法,但也只能规定国际商事调解协议的执行机构、执行管辖、执行程序、执行救济、执行措施等方面的内容,而不能涉及商事调解机构、商事调解员、商事调解程序规则等重要事项,因为这些事项已经超越民事强制执行法的立法权限。换言之,民事强制执行法只能对国际商事调解协议在中国法院的审查和执行事项作出规定,不能越俎代庖去规定商事调解的其他事项,而这些事项与执行事项又是紧密勾连的,无法分割立法。由此可见,将商事调解立法融入民事强制执行立法并不能比较完整的构建起商事调解的法律规范体系,反而会使商事调解法律规范显得更加碎片化。其次,从民事强制执行法的立法体例来看,也不可能专章规定国际商事调解协议的执行事项,因为这样有可能使整个民事强制执行法的结构框架变得不协调。因此,将商事调解立法融入民事强制执行立法也不具有可行性。

#### (四) 制定统一的调解法

经过长期的探索和改革,中国调解已经形成了多元化的调解体系。从传统的人民调解、司法调解、行政调解,到近年来兴起的商事调解、行业调解、律师调解、仲裁调解和公证调解,各种调解类型快速发展。中国加入《新加坡调解公约》之后,有感于《人民调解法》规范作用有限,学者开始提出要制定统一的调解法,为各类型调解的发展提供法律保障。其中比较具有代表性的主张是,将人民调解、行政调解、行业调解、商事调解纳入统一调解法的立法框架,而将关于司法调解、仲裁调解、律师调解的法律规范分别交由《民事诉讼法》、《仲裁法》、《律师法》进行规定,以此避免各部法律之间的冲突。<sup>⑮</sup>

如果从长远来看,将人民调解、行政调解、行业调解、商事调解纳入统一调解法律的立法框架,通过这种方式解决商事调解法律缺位问题具有一定的必要性和可行性。但从目前的立法实际来看,制定统一调解法的时机和条件显然还未成熟,特别是在行政调解和行业调解的发展还很不充分的情况下,国家立法机关恐怕难以支持这一方案。因此在批准《新加坡调解公约》之前,希望通过统一调解立法一揽子解决商事调解法律问题,似乎还存在许多难以逾越的障碍。

<sup>⑮</sup> 廖永安:《关于我国统一“调解法”制定中的几个问题》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第46页。

从前文的分析可知,尽管修改《人民调解法》,融入《仲裁法》,融入民事强制执行立法等三种“搭便车式”立法方案具有节约立法成本和加快立法速度等方面的优势,但却存在科学性与可行性方面的客观局限。而通过制定统一调解法来解决商事调解法律缺位的方式,则不太契合当前的立法实际,也难以操作。

## 五、中国商事调解的立法选择及展开

鉴于以上四种立法方案均存在不同程度的局限性,国内学界认为应当舍弃以上方案,改而制定单独的“商事调解法”。<sup>①</sup>学者认为,只有这样才能改变目前国内商事调解制度层级低、碎片化、夹缝中求生存困境,才能为商事调解的长远发展提供动力源泉。更有学者提出,国内在尚未出台“商事调解法”之前,没有必要仓促批准《新加坡调解公约》。<sup>②</sup>自从《新加坡调解公约》生效以来,制定单独的“商事调解法”逐渐成为共识。从长远来看,无论是规范国内商事调解的发展,还是与国际商事调解进行对接,均需要一部专门的“商事调解法”。

### (一) 先“行政法规”再“一般法律”的立法策略

不过,正如古话所言,合抱之木,生于毫末;九层之台,起于累土。商事调解立法从无到有,绝不可能一蹴而就,况且从目前国内立法机关的工作计划来看,商事调解立法还未纳入议程。有鉴于此,本文提出了先“行政法规”再“一般法律”两步走的商事调解立法策略,或许更为符合当前的立法现实。

与本文所提“两步走”立法策略相似,国内亦有学者提出先“司法解释”再“一般法律”的立法策略。即先由最高人民法院发布相关司法解释,先就商事调解规则和协议执行作出相关规定,待条件成熟之后再制定单独的“商事调解法”。此种方案固然有其可行之处,但却可能存在最高人民法院超越司法解释权限的嫌疑。从学理上来看,司法解释权来自立法机关法律解释权的转授。<sup>③</sup>司法解释权的行使应当有所节制,这是理论界长期以来的共识。<sup>④</sup>我国《立法法》第104条第1款对司法解释的权限作出了明确的规定:最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意。根据该条规定,最高人民法院在国家立法尚未制定相关法律条文的情况下,即对商事调解及其协议执行的相关问题作出司法解释,这显然已经超越了司法解释的权限。另外,从中国批准《纽约公约》的先例来看,全国人大常委会于1986年12月2日作出批准决定之后,最高人民法院才于1987年4月10日发布了《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决

<sup>①</sup> 刘晓文:《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第3期,第63页。

<sup>②</sup> 赵秀文:《我国国际商事和解协议执行机制研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第66页。

<sup>③</sup> 聂友伦:《论司法解释的权力空间——我国〈立法法〉第104条第1款的法解释学分析》,载《政治与法律》2020年第7期,第121页。

<sup>④</sup> 魏胜强:《司法解释的错位与回归——以法律解释权的配置为切入点》,载《法律科学》2010年第3期,第58页。

公约》的通知》。因此,在全国人大常委会尚未作出批准《新加坡调解公约》的法律决定之前,不宜由最高人民法院事先发布相关司法解释,此种“两步走”立法策略仍值得商榷。

本文提出的改良版“两步走”立法策略,是指先由国务院制定名为“商事调解条例”的行政法规,在条件成熟时再提请全国人大常委会制定“商事调解法”。首先,从行政法规的立法权限来看,它不同于司法解释必须受限于上位法的约束,在没有上位法的情况下也可由国务院先行制定行政法规。根据我国《立法法》第8条、第9条的相关规定,商事调解并不属于法律保留的事项,因此可在尚未制定法律的情况下先行制定相关行政法规。同时,根据《行政法规制定程序条例》的相关规定,列入行政法规立法规划需满足三个方面的条件:(1)适应改革、发展、稳定的需要;(2)有关的改革实践经验基本成熟;(3)所要解决的问题属于国务院职权范围并需要国务院制定行政法规的事项。结合当前国内商事调解的发展程度,以及回应《新加坡调解公约》的落地需求,制定“商事调解条例”完全符合以上条件。其次,就“商事调解条例”的牵头起草部门而言,应由国务院所属部门司法部具体负责。因为从本质来说,商事调解与律师、仲裁相似,均属于公共法律服务的范畴,而公共法律服务的行政主管部门是司法部,故由司法部负责名正言顺。与此同时,司法部又具有“负责起草或者组织起草有关行政法规草案”的职权,因此由司法部牵头起草“商事调解条例”草案具有较强正当性和优势性。而负责“起草国内外贸易、外商投资、对外援助、对外投资和对外经济合作的法律法规草案及制定部门规章”的商务部,则并不适合牵头起草“商事调解条例”。

总而言之,之所以选择先“行政法规”再“一般法律”的立法策略,既是尊重立法规律的要求,也是基于立法现实和立法成本的考量。从立法规律来看,在商事调解实践发展尚不充分、理论研究尚不深入、社会观念尚未形成的情况下,不宜直接由全国人大常委会直接制定“商事调解法”;从立法现实来看,在商事调解立法尚未列入国家立法规划的情况下,未来几年内都不太可能进行全国性的商事调解立法;从立法成本来看,制定法律的过程相对复杂漫长,不仅程序严格,成本也高,这对于当前迫切需要法律支撑的商事调解可谓是“远水解不了近渴”。因此,在全国性商事调解立法条件尚不成熟的情况下,为了规范和引领商事调解的健康发展,顺利对接《新加坡调解公约》,先行制定行政法规“商事调解条例”不失为一种恰当的选择。

## (二) 商事调解法律的基本内容

商事调解法律的结构和内容设计直接影响其立法效果,故而需要进行仔细斟酌。本文结合国外商事调解立法的先进经验,从国内立法实际出发,初步提出了以下设计方案。从框架结构来看,商事调解法律宜采用“总则”+“分则”+“附则”的框架结构;从基本内容来看,商事调解法律应当包括以下几个方面的内容:

(1) 商事调解法立法目的。商事调解法的立法目的应当是多层次的,首先应该是规范和促进商事调解的发展,其次应该是妥善解决商事争端,保护当事人合法权利,最后则是促进市场经济的健康发展和社会秩序的安定和谐。(2) 商事调解法的基本原则。从

商事调解的规律来看,商事调解应当秉持的基本原则包括:自愿原则、合法原则、中立原则、保密原则、诚信原则、维持友好原则等。其中,保密原则、维持友好原则应当在商事调解中体现得更加充分。(3) 商事调解的适用范围。商事调解的适用范围应当是比较广泛的,只要涉及平等主体之间的商事争议,原则上都应纳入其调解范围。因此除了少部分涉及行政管理、刑事犯罪、公序良俗的商事争议外,绝大部分商事争议都应当可以通过商事调解解决。(4) 商事调解组织。该部分主要规定商事调解组织的设立条件、运行模式、主管机关、收费标准等事项。还需特别规定的是,如何引入和规范外国商事调解机构在中国的运行和发展。(5) 商事调解员。商事调解员队伍是商事调解发展的关键力量。商事调解法应当就商事调解员的聘任标准、职业资格、权利保障等问题作出详细规定,以此培养专业化、国际化、职业化的商事调解人才。与此同时,还应当作出具体的规定,鼓励个人调解在国内的设立和发展。(6) 商事调解程序。该部分应主要规定商事程序的启动和终结,以及程序进行过程中需要注意的事项。关于商事调解程序的设定应当充分尊重和体现商事调解的灵活性,鼓励调解员进行创造性的调解。(7) 商事调解协议。此部分应该规定商事调解协议的基本内容,以及国内和国际商事调解协议在中国的执行与拒绝执行问题。关于国内与国际商事调解协议的执行机制是否应当区分、如何区分等问题,还需进行更为细致地讨论。(8) 法律责任。本部分应主要规定违反商事调解组织设立、商事调解员选任、商事调解程序方面等法律规定所需承担的法律責任,其中需要重点涉及就是虚假调解的规制问题。以上只是初步勾勒商事调解法的结构和内容,具体规定还需进行更为深入的研究。

## 六、结 语

联合国秘书长古特雷斯指出,“创新冲突的调解思维不再是一种选择,而是一种必然。”<sup>②③</sup> 澳大利亚学者娜嘉·亚历山大也曾作出论断:“如果 20 世纪是仲裁的时代,那么 21 世纪必将是调解的时代。”<sup>②④</sup> 商事调解正在以前所未有的发展速度,席卷世界各国。作为一个具有数千年历史的调解大国,签署《新加坡调解公约》只是迈出了第一步。若要实现《新加坡调解公约》在国内的精准落地,达到加入《新加坡调解公约》的预期目标,还有许许多多的工作需要准备。其中,首先需要解决的问题就是,制定一部既符合中国实际,又与国际接轨的商事调解法。同时,我们要清醒地认识到,商事调解立法不可能一蹴而就,还需在总结实践经验的基础上,进行更为深刻的理论研究和制度考量。

<sup>②③</sup> 联合国秘书长安古特雷斯在 2018 年 8 月 29 日安理会第 8834 次会议上就“调解与冲突解决”的演讲。[https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_pv\\_8334.pdf](https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_pv_8334.pdf). 最后访问时间:2020 年 09 月 06 日。

<sup>②④</sup> Nadja Marie Alexander, *Ten trends in international mediation*, Singapore Academy of Law Journal, Vol.31:1, 2019, p.446.

**Abstract:** The Singapore mediation convention formulated by UNCITRAL provides a legal framework for the cross-border implementation of international commercial mediation settlement agreements. The ratification of Singapore mediation convention will have positive significance for the development of domestic commercial mediation, but it will also bring impact and challenge to the domestic legal system of commercial mediation. At present, China still lacks specific legal arrangements in terms of special laws on commercial mediation, implementation mechanism of settlement mediation agreement, operation mechanism of individual mediation and qualification identification of commercial mediators. For this reason, the domestic academic circles have put forward some legislative proposals, such as amending the people's mediation law, integrating the amendment of the arbitration law, integrating the legislation of the civil enforcement law, and formulating the unified mediation law, but these schemes have different degrees of limitations. Comparatively speaking, the legislative strategy of "administrative regulations" followed by "general laws" not only conforms to the current domestic legislative practice, moreover, it can realize the docking with Singapore mediation convention more smoothly.

**Keywords:** Singapore Mediation Convention; commercial mediation; cross-border enforcement; legislative choice

---

---

(责任编辑:孙保国)

# 针对智能合约的在线争议解决

艾米·施密茨 科林·鲁尔\*

---

**内容提要** 尽管区块链智能合约在现行法律中的地位存在争议,但它却悄无声息地彻底改变了传统交易。同时,关于智能合约的纠纷是难以避免的,争议双方也需要处理智能合约问题的方法。这篇文章不仅解决了这些问题,并且建议合同方转而利用在线争议解决(“ODR”)方式来高效和公平地解决智能合约纠纷。进而,该文指出了当前区块链 ODR 新兴企业的收益与挑战,并向设计者给出了解决这些挑战的具体建议,融合 ODR 以提供不会妨碍智能合约效率的解决方法。此外,该文也提出了重要警示和问题,以确保解决方式在较长时期内的公平和透明。

**关键词** 区块链 智能合约 在线争议解决

---

## 一、引言

众所周知,技术正在扰动包括法律在内的诸多行业。<sup>①</sup>事实上,技术正在大幅地改变交易处理的方式。之前,大部分交易是人们面对面完成的。<sup>②</sup>如今,我们却希望通过电子合同在线完成大部分交易,通过点击“接受”键确定协议。<sup>③</sup>甚至公司领导们现今也使用邮件和短信来谈判交易,他们最终通过类似“DocuSign”<sup>④</sup>这样的电子签名服务系统在线“签署”文件。

当前,虽然我们已经适应了这些新类型的在线合同,但区块链上的“智能合约”还是将范围远推至数字时代。与传统或者通常意义的电子合同不同,智能合约在本质上是

---

\* 本文为译文,原文刊发于密苏里大学《争议解决期刊》,2019年第2卷。艾米·施密茨(Amy J. Schmitz),美国密苏里大学法学院特聘教授;科林·鲁尔(Colin Rule),泰勒科技公司在线争议解决副总裁。翻译:郭文利,北明软件有限公司助理总裁、中国社会科学院国家法治指数研究中心客座研究员,南京大学法学博士;校译:高舒,美国加州州立理工大学商学院助理教授、加州大学伯克利分校法与社会研究中心访问研究员、国际网络仲裁员,南加州大学法律博士(J.D.)。(译者感谢复旦大学2020届张言同学在校对过程中的贡献。)

① Richard Susskind, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford University Press, 2013.

② Amy J. Schmitz & Colin Ruke, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and The Future of Consumer Protection*, American Bar Association, 2017. at ix.

③ *Id.*

④ *Companies Using Verisign*, Idatalabs, <https://idatalabs.com/tech/products/verisign>, last visited Apr.4, 2018.

计算机代码。<sup>⑤</sup>那些没有代码背景的人们难以真正理解智能合约,而它们却被传播至遍布全世界的区块链节点中。<sup>⑥</sup>换言之,智能合约是由分布式账本(区块链)上包含计算机代码算法的“节点”组成的。<sup>⑦</sup>确实,试图在一篇文章的引言中归纳出一个智能合约的说明并不现实,故而我们将会在这篇文章的第二部分给出更多的说明。

尽管大多数人并不能完全理解智能合约,但关于智能合约的应用却正在形成热议。未来主义者预言智能合约将会提高效率且解决交易信任问题。<sup>⑧</sup>智能合约也许可以在很大程度上通过数字化自动履行或者支付来消除人们对于复杂而昂贵的信用证、债券以及担保协议的需求。<sup>⑨</sup>例如,2018共识会议(由美国区块链与加密资产公司CoinDesk举办的年度峰会,译者注)汇集了数以千计像联邦快递(FedEx)这样的对区块链感兴趣的工业界领导,联邦快递公司正在探索将区块链应用于物流中。<sup>⑩</sup>而且,在会议上微软(Microsoft)宣布了云区块链工作台,汽车生产商雷诺(Renault)披露了利用区块链进行供应链管理的计划。瑞波币(Ripple)宣布将通过一个新的X-Spring计划扩展瑞波虚拟货币,并邀请说唱歌手Snoop Dogg在会后的瑞波币社区之夜上进行表演成功地吸引了人们的眼球。<sup>⑪</sup>

尽管如此,这些新方式也产生了新难题。正如在线纠纷解决之父伊森曾经指出的:解决纠纷的技术力量已被产生纠纷的技术力量所超越。<sup>⑫</sup>关于智能合约代码以及内容的异议也将会无可避免地产生。<sup>⑬</sup>贸易纠纷将会在区块链上的信息中产生,智能合约也可能被错误的操控,这都需要快速和有效的解决方式以避免大量的经济损失。<sup>⑭</sup>例如,一项2016年的研究披露,每1000行代码中就存在100个错误。<sup>⑮</sup>推及至智能合约,这意味着许多智能合约也许并没有被准确编译以涵盖合同双方的原本意图。<sup>⑯</sup>确实,程序员也许会因为不准确的智能合约导致的责任而被诉讼,或者黑客因为侵入或者操控智

⑤ David Zaslowky, *What to Expect When Litigating Smart Contract Disputes*, Law360, <https://www.law360.com/articles/1028009/what-to-expect-when-litigating-smart-contract-disputes>, last visited Apr.4, 2018.

⑥ *Id.*

⑦ Jakub J. Szczerbowski, *Place of Smart Contracts in Civil Law. A Few Comments on Form and Interpretation*, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3095933>, last visited Jan.8, 2018.

⑧ *Id.*, at 333,337.

⑨ *Id.*, at 335.

⑩ Nikhilesh De, *FedEx Joins Hyperledger in Blockchain Consortium's Latest Expansion*, COINDESK, <https://www.coindesk.com/fedex-joins-hyperledger-in-blockchain-consortiums-latestexpansion/>, last visited Sept.26, 2018.

⑪ Nikhilesh De, *Snoop Dogg to Perform at Ripple's Blockchain Week NYC Party*, Coindesk, <https://www.coindesk.com/snoop-dogg-to-perform-at-ripples-blockchain-week-party/>, last visited Apr.25, 2018.

⑫ Ethan Katsh & Orna Rabinovich-Einy, *Digital Justice: Technology and The Internet of Disputes*, Oxford University Press, 2017, pp.1-25.

⑬ Pindar Wong, *Making Trade Wars Obsolete*, Consensus, 2018, pp.40-46, <https://media.coindesk.com/uploads/events/2018/consensus/magazine/consensus-2018-magazine.pdf>, last visited May.9, 2018.

⑭ *Id.*, at 41.

⑮ *Supra* note 7, at 333.

⑯ *Id.*

能合约而被控告。<sup>①⑦</sup>

目前也不存在适用于智能合约的语义准确而清晰的法律规则体系。<sup>①⑧</sup> 民法仅认可书面或者格式合同,依靠法律选择的普通法合同规则也不适应分布式区块链模式。<sup>①⑨</sup> 而且也很难把要约、承诺以及对价这类概念硬塞进智能合约的体系里。此外,在判定是否构成成文法上的欺诈时,也很难说代码的运行是否符合“书面”的要求,智能合约的加密密钥是否构成双方的签名。<sup>②⑩</sup>

即使一个人能够通过民法以及合同法原则构建支撑智能合约的协议,也并不意味着经典规则能够在发生问题时提供救济。<sup>②⑪</sup> 对于那些想阻止或者撤销执行的合同当事人而言,针对智能合约能有什么救济方式呢?假如这是一个传统合同,合同当事人可以在法院撤销它,但区块链上的智能合约却提出了一系列截然不同的挑战。智能合约的履行是自动的,代码也是恒定的。再者,在现实意义上这些为大多数人在正常交易(或者“类似情形”)中所理解的议定条款也不是真正意义上的“合同”,因此,使用者也许会有不同的期待,这意味着纠纷将不可避免。

那么,随之而来的是,当事人能去哪里解决智能合约纠纷呢?诉讼似乎是无意义的,因为是否适用或者如何适用合同法,由什么法律规制这个交易,能够收集什么证据用来裁决相关事项都是不清晰的。线下诉讼也会损害智能合约的效率和适用程度。况且,智能合约的匿名特征在线流动性导致难以确定真正的合同当事人。智能合约的分布式特性也限制了法院行使管辖权或者决定法律选择的能力。<sup>②⑫</sup> 此外,也难以想象在救济的方式是撰写新代码来更新部署在区块链上的智能合约时,法官们会如何裁判。<sup>②⑬</sup>

故而,解决智能合约纠纷的困境依然存在。法院和传统程序确实难以处理智能合约纠纷,这使得创造未来显得尤为迫切,正如比尔盖茨(Bill Gates)的名言:“让我们去创造明天而不是忧虑昨天发生的事。”<sup>②⑭</sup> 因此,本文展望了一种针对智能合约纠纷解决的方法,并建议将在线纠纷解决(“ODR”)植入智能合约以高效和公平地解决由它导致的纠纷。本文也提出了开发者和政策制定者在建设这些 ODR 解决方案时必须仔细考虑的警示。

本文提出智能合约所面临的困境并提出解决方法。文章的第二部分将会回顾并且提供更多关于智能合约发展的说明和背景,以及它们在加密货币发展过程中是如何兴盛起来的;第三部分进而解决智能合约复杂性以及它们在现行法律下的地位问题;第四部分扩展去思考解决智能合约问题新方法的对策;这些将包括对当前创新以及将 ODR 融

<sup>①⑦</sup> *Id.*

<sup>①⑧</sup> *Supra* note 9, at 335.

<sup>①⑨</sup> *Id.*, at 336.

<sup>②⑩</sup> *Supra* note 7, at 333.

<sup>②⑪</sup> *Supra* note 9, at 335.

<sup>②⑫</sup> *Id.*

<sup>②⑬</sup> *Supra* note 7, at 333.

<sup>②⑭</sup> Inspirational Quotes, Inspirational Quotes. Gallery, <http://inspirationalquotes.gallery/lets-go-invent-tomorrow-instead-of-worrying-about-what-happened-yesterday/>, last visited Dec. 1, 2018.

入区块链以提供快速公平解决纠纷策略的讨论；第五部分将会对政策制定者和商事主体提几条在建设 ODR 解决方法时应注意的警示,并展望下一阶段充满活力的智能合约解决方法；第六部分将会概括结论。

## 二、智能合约的兴起

### (一) 合同 VS. 智能合约

智能合约正在引发困惑。很多人对这个名词已有接触,但他们并不清楚它意味着什么,也不清楚为什么智能合约是革命性的。为解决这些问题,首先需要解释智能合约是如何工作的,它们能够带来什么好处,以及为什么智能合约能够为特定场景下安全高效的交易提供更好的选择。

几乎每一个人都知道一份传统法律合同的必备要素。无论我们是从 Office Depot 的货架上购买《商务合同入门》还是向一个老字号律师事务所支付数千美元来洽谈一份合同,我们通常都理解“协议”,也可称之为合同。大多数人将合同视为一份文件,它详细列举了合同方达成的共识,这些共识包含了受法律约束的合同方预期。无论它是一个开立银行账户、购买股票的合同,还是经营饭店的合同,大多数人认为合同的构成要件包括要约、承诺、对价、以及底部的签名和日期。

达成和履行合同的类型与司法体系密切相关。司法执行是最后阶段。相应地,假如合同一方违反了条款,合同另一方就能到法院要求违约方履行合同或者支付违约损失。此外,假如合同当事人对合同条款的解释存在分歧,法院有权辨识双方的合同,有权作出关于双方义务的最终决定。这是一个纯人工的程序,通常包括昂贵的律师费用以及缓慢运行的法院系统。

然而,在数字化时代,传统合同模式正在改变。诚如上述,在互联网上购买货物和服务时,许多消费者每天都单击按钮并“接受”他们从未读过的条款来达成协议。<sup>②⑤</sup> 一项 2003 年至 2010 年的关于终端用户协议的研究表明,在线合同已经成为人们普遍接受的形式。与此同时,它们已变得越来越冗长,并对消费者越来越不利。<sup>②⑥</sup> 尽管如此,法院通常都以效率的名义普遍执行了这些“点击”和“浏览”合同。<sup>②⑦</sup> 在某种意义上,假如消费者终止接受未能读懂的不利合同的约束,那么将会被视为是消费者自己的过错。

相比于传统纸质合同以及电子合同,智能合约绕过并忽略了法律模式。司法执行也不是它的最终阶段,智能合约代替支付律师费用来书写充斥复杂法律术语的纸质文件,双方转而利用技术在代码中起草协议,由此,在协议中不存在关于双方义务的模棱两可之处。这些协议不包含处理文件的琐碎工作,也没有底部的签名墨迹,取而代之的是包

<sup>②⑤</sup> *Supra* note 7, at 333.

<sup>②⑥</sup> *Id.*

<sup>②⑦</sup> *Id.*

含布置每一项任务以及可能事件的“假如/那么”条款的计算机程序。这些计算机程序一旦被创设并被双方正式接受,就能够在云端自我履行和运转。对关键履行指标的持续监控决定了在何时其中一个“假如/那么”条款突然从假的变成真的,并触发自动履行。

通过自动履行,智能合约能够提升许多类型合同的效率。这些合同包括租赁、知识产权、金融、航运以及制造合同。当条款及其履行已经事先确定并设置于计算机代码的每一个“假如/那么”规则中时,合同当事人就无需担心面对低效的诉讼或者为款项支付而战斗。假如事件“x”发生(例如,打开一个网站),那么“y”就出现(例如完成支付)。把这些植入不可更改的计算机代码中,再加上履行——支付保证,那些握手言和的传统交易中常见的信任问题就迎刃而解了。<sup>⑳</sup>再者,这意味着智能合约能够在很大程度上取消对复杂而昂贵的诸如信用证、债券担保协议等确保支付措施的需求。

## (二) 区块链在智能合约中的角色

支撑智能合约的关键技术就是区块链。区块链是散布于互联网上的分布式账本(就像一个分布式数据库)。它允许数据进入系统并被存储于位于全世界的诸多不同的节点中。当一份文档被放进区块链,它就会被复制到每一个存档节点中,因此,即使因某种原因损坏了一半的节点,数据仍然是可以获取的。假如你拥有一台笔记本电脑,你在这个电脑上所写的任何东西都将会被准确无误地复制到全世界的其他笔记本电脑上(并且在那些笔记本电脑上书写的任何东西也都将会出现在你的笔记本电脑上)。即使你的笔记本电脑被损坏了,世界各地的其他笔记本电脑仍将会拥有你写在其中的任何东西,因而内容将永远不会丢失。

再设想一下,假如存在管理什么东西可以被写入笔记本电脑的全球规则。假如某个人试图不按规则在笔记本电脑中写入一些东西,那么所有其他笔记本电脑都将会拒绝它。这是区块链的另外一个特征:假如有人未按照网络规则提供更新信息,那么其他节点将会评估贡献并且决定不遵从更新的信息,因此,这些更新的信息将不会被添加到最终账本中。故而,哪怕之前存在提交虚假的或者编辑过的信息的可能,这些信息也极难进入区块链。而且,遍布区块链所有节点的协调变化规则非常复杂,以至于任何可能的黑客在它们面前都将会面临几乎无法克服的挑战。

这使得植入区块链的智能合约极其强大。诚如上述,智能合约是能够自动履行的计算机程序,但只有当程序员将智能合约放入区块链中时它们才会变得更安全。智能合约消除了对纸质文档,湿漉漉的墨水签名以及大部分法院的需求。这种建立在区块链和智能合约之上的新系统通过代码来履行协议取代了法官和监狱。因为系统本身建立了履行基础,所以在很大程度上司法和法律规则变得毫不相关了。<sup>㉑</sup>

在这个新结构中,一个计算机网络管理了遍布司法辖区的所有合同。这意味着合同信息并不存储于一个易受停机和黑客侵害的中央位置中。这在增强隐私和安全的同时,

<sup>⑳</sup> *Supra* note 9, at 333.

<sup>㉑</sup> Marco Dell'Erba, *Demystifying Technology: Do Smart Contracts Require a New Legal Framework? Regulatory Fragmentation, Self-Regulation, Public Regulation*, SSRN at 27-28, <https://ssrn.com/abstract=3228445>, last visited Aug.20, 2018.

还能够提升信任和执行力。区块链还提供了加密的公钥和私钥,它们是由网络提供的区块链基础身份号码。<sup>③①</sup>

尽管如此,区块链并非不可侵入。它虽然比通常的云端系统更安全,但依然可以被“侵入”,并且也有其自身的风险。<sup>③②</sup>区块链的支持者声称分布式存储是“不可改变的”“安全的”以及“去信任的”(指利用区块链技术的当事人不需要相互信任,也不需要可信任的第三方即可完成交易,译者注)。<sup>③③</sup>然而,黑客可以通过操纵诸如“硬分叉”(hard fork)的技术从根本上创造一个区块链的复制品,这个复制品可能允许不诚信的合同方操纵数据并从根本上“窃取”信息。事实上,一个良好运行的“硬分叉”甚至可以让一个区块链易于被侵蚀和崩溃。<sup>③④</sup>

与此同时,区块链正按照一种可使其较少受攻击的方式发展,并因此可以被更加依赖和信任。区块链的发展已远超像比特币的加密货币中的最初样子。区块链的核心目标是创造一个自我管理的网络,该网络能够在没有第三方(指法院和管理者)监督的情况下在两人之间转让财产。<sup>③⑤</sup>然而,最初的比特币系统已经在类似以太坊的新平台上被改进了,建立在最初的比特币架构上的以太坊可以允许更快的执行以及更灵活的整合。这是一个进步,但把门开太大也可能使越来越多缺乏经验的程序员成为智能合约的撰写者,可能会增加代码错误以及程序错误的风险。<sup>③⑥</sup>

这些风险并未减缓区块链的兴起。<sup>③⑦</sup>在2017年,风险资本向初创阶段的区块链公司投资了十亿美元。<sup>③⑧</sup>同时,区块链公司在首币发行(“ICOs”)中发行了50亿美元,如今这种募资已经被证券交易委员会认可,并被作为证券加以管理。<sup>③⑨</sup>其它比较著名的方案包括“迪拜区块链战略”,它是迪拜未来基金和智能迪拜办公室所有的共同主导的方案,这个战略将使迪拜成为2020年前第一个实质性运营区块链的城市。<sup>④①</sup>因此,迪拜计划将所有的重要记录转移到区块链上去,这些记录包括健康记录、所有权转让、验证数据证

<sup>③①</sup> *Id.*, at 9.

<sup>③②</sup> Angela Walch, *Blockchain's Treacherous Vocabulary: One More Challenge for Regulators*, *Journal of Internet Law*, Vol.21:1, 2017, pp.5-7.

<sup>③③</sup> *Id.*, at 5.

<sup>③④</sup> *Id.*, at 2-7. (如今,一些支持者不再声称区块链技术是“防篡改”的,而是称之为“不易篡改”的。)

<sup>③⑤</sup> *Id.*

<sup>③⑥</sup> *Id.*

<sup>③⑦</sup> Brant Carson et al., *Blockchain Beyond the Hype: What is the Strategic Business Value?*, McKinsey Digital, <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/blockchain-beyond-the-hype-what-is-the-strategic-business-value>, last visited June 2018.

<sup>③⑧</sup> *Id.*, at 2.

<sup>③⑨</sup> *Id.*

<sup>④①</sup> Saqr Ereqat, *Blockchain in Dubai: Smart Cities from Concept to Reality*, IBM, <https://www.ibm.com/blogs/blockchain/2017/04/blockchain-in-dubai-smart-cities-from-concept-to-reality/>, last visited Apr.10, 2017.

明、遗嘱,和金融以及货物交换相关的数据。<sup>④①</sup>

在尝试利用区块链来取消中间环节以提高运营效率、降低成本方面,迪拜并不是个例。<sup>④②</sup>例如,律师事务所正在设立区块链部门。<sup>④③</sup>他们的商业顾客正通过诸如项目协议联盟的重要场所体验区块链。<sup>④④</sup>同时,像 IBM 一样的主要的科技公司以及像电气与电子工程师协会 (IEEE) 一样的标准设定组织正开始为智能合约设定通用数据以及运行标准,这对于人们广泛接受智能合约非常关键。<sup>④⑤</sup>事实上,90% 的澳大利亚、欧洲以及北美的银行正在“体验”用区块链验证和交换金融“信息和财产”。<sup>④⑥</sup>此外,25 个政府正在试点区块链平台。<sup>④⑦</sup>

尽管如此,区块链仍处于它的婴儿期,在它真正成规模之前,它还需要获得信赖和接受。<sup>④⑧</sup>对竞争者而言,他们还需要花些时间在系统问题、数据问题以及确保系统运行的投资问题上进行合作。<sup>④⑨</sup>然而,区块链技术正变得越来越有活力,越来越容易获取,它是推动智能合约更广泛应用的组成部分。

### (三) 正在出现的新标准

在过去的几年里,智能合约已经进入了主流群体。RocketLawyer 宣布了一项与智能合约先行者 OpenLaw 以及区块链发展者 ConsenSys 的合作,该合作将以区块链为基础的产品放到在线消费市场去。合作中包括一个将 RocketLawyer 的合同与以太坊的区块链连接起来的“火箭钱包”(Rocket Wallet)。<sup>⑤①</sup>不久之后,RocketLawyer 的竞争者 LegalZoom 公布了和 Clause 公司的合作并向它们的消费者提供以区块链为基础的智能合约。<sup>⑤②</sup>美国两家最大的在线法律服务公司正在采取措施在日常法律服务中推动区块链和智能合约,当这样的举措成为主流时,转向智能合约就非常重要了。

这些最近的行动同样重要,因为它们表明了智能合约是如何与标准货币融合的。换

<sup>④①</sup> Samburaj Das, *Opening Shop? Dubai Government Launches Blockchain Business Registry*, CCN, <https://www.ccn.com/dubai-government-launches-blockchain-businessregistry/>, last visited Apr.10, 2017. (迪拜政府的行为缔造了全球区块链委员会,该委员会正将政府实体,阿联酋银行,区块链技术公司以及像 IBM 和 Consensus 一样的大公司汇聚成一个联合体。)

<sup>④②</sup> *Supra* note 38, at 2.

<sup>④③</sup> Roger Aitken, *Accord Project's Consortium Launching First Legal 'Smart Contracts' with Hyperledger*, Forbes, <https://www.forbes.com/sites/rogeraitken/2017/07/26/accord-projects-consortium-launching-first-legal-smart-contracts-with-hyperledger/#34781496472c>, last visited July.26, 2017.

<sup>④④</sup> *Id.*

<sup>④⑤</sup> *IBM Joins Accord Project Smart Contract Consortium*, Artificial Lawyer, <https://www.artificiallawyer.com/2018/06/28/ibm-joins-accord-project-smart-contract-consortium>, last visited June.28, 2018.

<sup>④⑥</sup> *Supra* note 38, at 2.

<sup>④⑦</sup> *Id.*

<sup>④⑧</sup> *Id.*

<sup>④⑨</sup> *Id.*

<sup>⑤①</sup> *What the Rocket Lawyer/Open Law Smart Contract Deal Means*, Artificial lawyer, <https://www.artificiallawyer.com/2018/09/07/what-the-rocket-lawyer-openlaw-smart-contract-dealmeans/>, last visited Sep.7, 2018.

<sup>⑤②</sup> *Legal Zoom Offers Smart Contracts with Pioneer Clause*, Artificial lawyer, <https://www.artificiallawyer.com/2018/09/17/legalzoom-offers-smart-contracts-with-pioneer-clause/>, last visited Sept.17, 2018.

言之,这些行动为那些尚未使用加密货币的人们打开了通往智能合约的门户。<sup>⑤1</sup> 诚如上述,区块链智能合约最初衍生出了像比特币和以太坊那样的虚拟货币。相应地,为了参与智能合约,一个人必须拥有这些虚拟货币。然而,像上面提及的 OpenLaw 这样的企业却允许个人和小企业在不利用任何加密货币的情况下应用区块链智能合约。它们可以自由地使用美元和英镑(指作为区块链世界中的“法定货币”)。因此,这些工具可以允许几乎每一个人使用智能合约,即使它们对区块链毫无所知,也不拥有加密货币。<sup>⑤2</sup>

总而言之,大小公司都一样正在努力促使智能合约成为新标准。将区块链协议融入每天的法律任务中是朝那个方向迈进的一大步。个人能够利用这些技术在不需要传统安全交易的前提下建立可信支付也可以在日复一日的诸如雇佣合同、租赁协议和遗嘱类的法律问题上使用智能合约。一旦这些做法达到一定程度,就必然会在经济生活的方方面面遍地开花。

### 三、围绕智能合约的复杂性与冲突

#### (一) 不清晰的法律地位

尽管围绕区块链潜力的热议不断,但智能合约仍然会引起许多难以回答的问题。毫无悬念,也将会出现关于合约代码和履行的难以预知的纠纷。诚如上述,甚至存在虚假数据错误触发或者不能触发智能合约条款的风险。这些可能会导致大量的经济损失。<sup>⑤3</sup> 计算机编程人员或者编译人员也同样会因为编写了错误代码而面临责任。<sup>⑤4</sup> 当黑客可能尝试操控数据来有利于一方或者另一方时,与智能合约起草者合作的程序员可能会因为创设不准确的体系化合约而面临损害赔偿。<sup>⑤5</sup>

同时,也不存在适用于智能合约的明确而清晰的规则体系。<sup>⑤6</sup> 合同法核心是达成合意的理念。这种达成合意的理念需要合同当事人之间权利义务有意识转移的一些有效交流。<sup>⑤7</sup> 和任何合同一样,智能合约的当事方想必也将会在构成代码基础的条款上达成一致。<sup>⑤8</sup> 然而,如前所述,智能合约在转换成代码时,是不具有传统合同中那样形式的。<sup>⑤9</sup> 这意味着合同当事人也许很难明确代码是否准确的记录了它们的协议。按照这种方式,

<sup>⑤1</sup> *Supra* note 49.

<sup>⑤2</sup> *Id.* See also *Bringing Real World Value onto the Blockchain with OpenLaw and ChainLink*, Bitcoins Channel, <https://bitcoinschannel.com/bringing-real-world-value-onto-theblockchain-with-openlaw-and-chainlink>, last visited Aug.19, 2018.

<sup>⑤3</sup> *Supra* note 15, at 333.

<sup>⑤4</sup> *Supra* note 7, at 333.

<sup>⑤5</sup> *Id.*

<sup>⑤6</sup> *Supra* note 9, at 335.

<sup>⑤7</sup> Meg Leta Jones & Elizabeth Edenberg, *The Legal Roots and Moral Core of Digital Consent*, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3131392>, last visited Feb.27, 2018.

<sup>⑤8</sup> *Supra* note 9, at 333.

<sup>⑤9</sup> Mark Verstraete, *The Stakes of Smart Contracts*, SSRN, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3178393](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3178393), last visited May 17, 2018.

智能合约缺乏传统体系中书面合同的常规预警、证明以及沟通功能。<sup>⑥①</sup>

因其特性,智能合约是在法律体系之外达成了协议。<sup>⑥②</sup>也因此,智能合约可能允许合同当事人规避法律规则。<sup>⑥③</sup>这就是为何律师们会争论智能合约是否是法律意义上的“合同”。<sup>⑥④</sup>在普通法中,代码是否构成真正的要约、承诺以及对价是不清晰的。民事律师们随后争论是否存在足够的文献证据来支持法律执行。<sup>⑥⑤</sup>而且,在文撰写时,尚没有一家美国法院曾审查过区块链或者智能合约。<sup>⑥⑥</sup>也没有先例。

此外,诚如上述,即使一个人通过回顾最初的文档解决了合同信息问题,那么管辖权和其它法律问题也会成为智能合约诉讼的障碍。<sup>⑥⑦</sup>区块链智能合约通常是匿名的,并且当智能合约使用加密货币时它们会变得更加匿名化,由此使得发现用户或者他们计算机的身份变得几乎不可能。<sup>⑥⑧</sup>如果不知道合同当事人的身份和住所,法院就不能利用建立在最低联系或者客观存在基础上的传统规则行使管辖权。<sup>⑥⑨</sup>

此外,即使法院能够确定对合同当事人的管辖权,它也将难以理解一个智能合约,因为代码是写来被程序员理解的,而不是律师和法官。<sup>⑦①</sup>同时,法院也很难介入阻止或者撤销自动化的合同履行。<sup>⑦②</sup>而且,也很难想象法院将如何填补智能合约的空白,特别是在区块链通常不允许修正的情况下。<sup>⑦③</sup>

即便如此,一些人声称将会创设区块链管理标准来增强“技术以及法律和规则环境中的信任”。<sup>⑦④</sup>他们保证政府或者发布规则的标准团体将会管理智能合约。在美国,一些州开始引入或者通过关于智能合约履行的立法。<sup>⑦⑤</sup>一些评论家也已经提议将法律规则编入区块链合同中。<sup>⑦⑥</sup>

然而,伴随这些关于政府管理观点的问题是,区块链技术正以飞快的速度发展。同时,传统法律体系反映迟钝,行动缓慢。<sup>⑦⑦</sup>而且,规则必须国际化并被广泛接受,因为区块

<sup>⑥①</sup> Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*, Columbia Law Review, Vol.100:1, 2000, pp.94-103; Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, Columbia Law Review, Vol.41:1, 1941, pp.799-800.

<sup>⑥②</sup> *Id.*

<sup>⑥③</sup> *Id.*

<sup>⑥④</sup> *Supra* note 9, at 33-35.

<sup>⑥⑤</sup> *Id.*, at 33-40.

<sup>⑥⑥</sup> *Id.*

<sup>⑥⑦</sup> Wulf A. Kaal & Craig Calcaterra, *Crypto Transaction Dispute Resolution*, Business Lawyer, Vol.73:1, 2018, pp.37-38.

<sup>⑥⑧</sup> *Id.*, at 4.

<sup>⑥⑨</sup> *Id.*, at 36.

<sup>⑦①</sup> *Id.*, at 39.

<sup>⑦②</sup> *Id.*, at 40.

<sup>⑦③</sup> Usha Rodrigues, *Law and the Blockchain*, Iowa Law Review, Vol.104:1, 2018, p.5.

<sup>⑦④</sup> Joseph J. Bambara & Paul R. Allen, *Blockchain: A Practical Guide to Developing Business, Law, And Technology Solutions*, McGraw-Hill Education, 2018, pp.84-95.

<sup>⑦⑤</sup> *Supra* note 7, at 2.

<sup>⑦⑥</sup> *Supra* note 68, at 44.

<sup>⑦⑦</sup> *Id.*, at 45.

链合同是跨管辖权和国际化的,是在不同国籍合同当事人之间的。<sup>⑦⑥</sup>

相应地,智能合约需要有自己的争议解决系统。<sup>⑦⑦</sup>人们对智能合约的关注将会继续增长,这意味着越来越多的智能合约将会被创设,并且真实情况是,对于任何形式的合同(智能化或者其他的)而言一些争议都是难以避免的。先见和信息的缺乏,以及人类行为的不可预测性,使得可能的合同违约编码仅能走这么远。<sup>⑦⑧</sup>且还存在技术问题以及编码错误。<sup>⑦⑨</sup>而且,传统的诉讼难以解决智能合约对救济的需求,这种需求保护匿名且融入了区块链。<sup>⑧⑩</sup>由此可见,法院和传统程序将难以胜任解决智能合约争议。

## (二)自动化的忧虑

由于我们的生活已经转移到网络上了,从我们观看的电影到我们达成的合同,人工智能(“AI”)以及自动化已经渗入所有事物中。<sup>⑧①</sup>人工智能驱动的营销工具跟踪我们在像网飞公司(Netflix)这样的服务网站上看了什么并推送今后观看的建议。<sup>⑧②</sup>因此,人工智能可以识别行为方式,从这些方式中产生新的知识,并且常常利用算法做出预测。<sup>⑧③</sup>此外,人工智能已经被用来控制自动驾驶汽车和锁定消费者广告。<sup>⑧④</sup>

然而,自动化在智能合约中具有不同的涵义。正如尼克萨博(Nick Szabo)已经说明的,一个智能合约就“是在数字形式中详细列明的一系列承诺”,这些承诺通过一种算法自动履行。<sup>⑧⑤</sup>仅凭预测,智能合约是不能运行的。相反,一旦一个智能合约被创设且被放到区块链上,履行就是自动且不可更改的,或者起码要以非常昂贵的代价才能废除它。<sup>⑧⑥</sup>严格而言,智能合约在根本上取消了“再来一次”。它们自我管理自我履行。<sup>⑧⑦</sup>

一名学者曾将智能合约比作自动售货机:在没有人工干预的情况下一旦它收到了钱就会交付商品。<sup>⑧⑧</sup>换言之,协议被“嵌入”了机器中,它根据收到的特定数量的金钱来运转(交付一件商品)。<sup>⑧⑨</sup>机器不能拒绝运行,并且它的结构(厚玻璃面)保护它免遭盗窃或者欺骗。<sup>⑨⑩</sup>这意味着一个人不可以随后改变她的选择。假如一个人选择了薯条,她得到的就是薯条。因为自动履行消除了交易成本,所以非常高效。然而,当薯条被卡住

<sup>⑦⑥</sup> *Id.*, at 45-46.

<sup>⑦⑦</sup> *Id.*, at 46.

<sup>⑦⑧</sup> *Id.*, at 46-47.

<sup>⑦⑨</sup> *Id.*, at 47.

<sup>⑧⑩</sup> *Supra* note 66, at 47.

<sup>⑧①</sup> Kal Raustiala & Christopher Jon Sprigman, *The Second Digital Disruption: Streaming & the Dawn of Data-Driven Creativity*, SSRN 6-16, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3226566](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3226566), last visited Aug.8, 2018.

<sup>⑧②</sup> *Id.*, at 29.

<sup>⑧③</sup> *Id.*, at 1-2.

<sup>⑧④</sup> *Id.*, at 2.

<sup>⑧⑤</sup> *Supra* note 31, at 2-12.

<sup>⑧⑥</sup> *Id.*, at 14.

<sup>⑧⑦</sup> *Id.*

<sup>⑧⑧</sup> *Supra* note 61, at 13.

<sup>⑧⑨</sup> *Id.*

<sup>⑨⑩</sup> *Id.*

而他们又不能找到能够取回薯条的出口时,消费者可能会很气愤。

智能合约差不多是自我履行的。诚如上述,这种自动化使得智能合约在效率和降低履行成本方面极具吸引力。因此,加密经济学家和智能合约的拥护者坚信在很多情况下规避法律体系更符合实际需要,因而声称智能合约有益于取代合同法。<sup>⑨①</sup> 他们声称智能合约可以提高效率、降低交易成本,并且可以在很大程度上取消对律师和法院的需求。<sup>⑨②</sup>

然而,像 Verstraete 这样的学者则声称智能合约在“规范意义上是不合法的”。<sup>⑨③</sup> 他们对智能合约的主要批评在于,智能合约建立于意在取消政府干预私法的“经典法律思想”之上。<sup>⑨④</sup> 像经典法律思想家一样,加密经济学家在本质上也赞许智能合约对政府控制的规避。<sup>⑨⑤</sup> 相反,法律现实主义者声称,政府在规制包括合同在内的私人市场的公平性中拥有必要的角色。<sup>⑨⑥</sup> 他们担心强势合同当事人以及不道德的交易者将会操控智能合约,并且智能合约的自动化和超越法律的特性将会导致受害者没有任何救济。<sup>⑨⑦</sup>

一个自动履行出错的例子就是 2016 DAO (或分布式自治组织) 的崩溃。区块链的狂热者以区块链和一系列的智能合约为基础搭建起 2016 DAO, 建立一个防篡改的、建立在区块链上的、超越法律的公司。<sup>⑨⑧</sup> 2016 DAO 是一个完全意义的自治组织,一旦开始运行就不需改变代码而持续运转。<sup>⑨⑨</sup> 然而, DAO 设计中的一个错误却允许个人在没有任何真正“违约”或者欺诈的情况下从 DAO 中撤回 5000 万美元。而且, DAO 自动履行的代码以及缺乏可适用的法律规则排除了撤回措施或传统救济。<sup>⑩⑩</sup> 唯一可行的结果就是彻底结束 DAO 并承认失败。<sup>⑩⑪</sup>

一些人也提出了阻碍智能合约公平性的“预言机难题”(oracle problem)(区块链预言机是区块链与外部世界交互的一种实现机制,使得外部数据可以安全可靠地进入区块链,译者注)。这意味着在区块链数据系统和实时信息之间可能缺乏可靠且安全的传达机制。<sup>⑩⑫</sup> 当前,系统之间还没有确实安全有效的信息传送机制。<sup>⑩⑬</sup> 例如,大多数现存的

<sup>⑨①</sup> *Id.*, at 5–20. (有三个理由支持这种信念: 1. 智能合约能够成为一种工具,它有助于消费者消除当前给予公司优势的规则; 2. 达成以及履行智能合约的交易成本低于传统合同; 3. 智能合约允许个人无需政府介入即可设定他们的合同条款。)

<sup>⑨②</sup> *Id.*, at 7–8.

<sup>⑨③</sup> *Supra* note 62, at 3.

<sup>⑨④</sup> *Id.*, at 19.

<sup>⑨⑤</sup> *Id.*, at 23.

<sup>⑨⑥</sup> *Id.*, at 20.

<sup>⑨⑦</sup> *Id.*, at 20.

<sup>⑨⑧</sup> *Supra* note 73, at 12.

<sup>⑨⑨</sup> *Id.*, at 29.

<sup>⑩⑩</sup> *Id.*, at 33.

<sup>⑩⑪</sup> *Id.*, at 36. (当然, DAO 也许可以采用隔断责任的公司结构新编码来起死回生,但事实是,编码乃是区块链之王——必须要有一种解决相伴而生争议的方法,但又不能在实质上消灭智能合约。)

<sup>⑩⑫</sup> Mike Orcutt, *Blockchain Smart Contracts are Finally Good for Something in the Real World*, MIT Technology Review, <https://www.technologyreview.com/s/612443/blockchain-smart-contractscan-finally-have-a-real-world-impact/>, last visited Nov.19,2018.

<sup>⑩⑬</sup> *Id.*

预言机都是在中心化或者单一来源的服务器上运行,他们和大多数能够被中心化“侵入”的传统数据系统具有同样的安全问题。<sup>⑩</sup>

尽管如此,一些公司正在从事解决这些问题的工作。例如,ChainLink正通过将它的软件系统和称作Town Crier的硬件系统合并来从事修复这些问题的工作。ChainLink是一个将智能合约与链下资源相连接的组织,通过在分布式网络上向智能合约出售数据资源、应用程序接口以及其他支付能力完成其目的。<sup>⑪</sup>Town Crier利用一种程序来保护数据连接免受外部攻击并通过密码确保信息机密,该程序并不能使系统响应,但却能从外部受保护的地址中获取数据。<sup>⑫</sup>当然,这仅仅是如何通过技术解决智能合约问题的一个例子。

尽管有这些优势,智能合约仍旧存在大量法律和技术上的不确定性。尽管智能合约提供了效率和节约了成本,但它也产生了与自动化及有限救济相关的风险。因此,问题集中于针对智能合约争议解决的可能救济和措施上。

#### 四、在智能合约中引入在线纠纷解决

开发公司和创业者正迅速地智能合约纠纷解决创造解决方案。他们意识到这些纠纷要求跨管辖权的、超越法律之外且高效的司法外救济系统。相应地,创业公司正在区块链中创造在线纠纷解决(“ODR”)系统。迄今为止,主要的ODR模式包括在线仲裁、大众陪审以及人工智能解决方式。在这些领域中的每一个发展都会在下文讨论。

##### (一) 仲裁

作为法院之外的私法性以及自我管理的程序,仲裁“在社会早期就获得了成长”。<sup>⑬</sup>社区按照当地规范以及被接受的公平原则创造了迅速而高效地裁决纠纷的仲裁系统。<sup>⑭</sup>

<sup>⑩</sup> Steve Ellis, Ari Juels & Sergey Nazarov, *ChainLink: A Decentralized Oracle Network*, Chain Link, <https://link.smartcontract.com/whitepaper>, last visited Sept.4,2017.

<sup>⑪</sup> *Id.*, at 3.

<sup>⑫</sup> Fan Zhang et al., *Town Crier: An Authenticated Data Feed for Smart Contracts*, Cornell U., <https://eprint.iacr.org/2016/168.pdf>, last visited Nov.29, 2018.

<sup>⑬</sup> Julius Henry Cohen, *Commercial Arbitration and The Law*, D.Appleton, 1918, p.25; John Montgomerie Bell, *Treatise on The Law of Arbitration in SCOTL and 1, 2d ed.* 1877.

<sup>⑭</sup> *Id.*, at 22-27 (尽管发展起了令人尊重的司法系统,但在商业案件中仍然要强调仲裁的特殊效用,在这些案件中仲裁员在技术问题上的专门知识是非常重要的。); See also James A.R. Nafziger, *Arbitration of Rights and Obligations in the International Sports Arena*, Valparaiso University Law Review, Vol.35:2, 2001, p.357 (建立于现代国际体育仲裁中平等、规范、标准之上的共同的仲裁观念); Earl S. Wolaver, *The Historical Background of Commercial Arbitration*, University of Pennsylvania Law Review, Vol.183:2, 1934, pp.132-144.

这些自我管理的仲裁系统服务于社区对高效、经济、公平、私法性程序的需求。<sup>⑩</sup> 在二十世纪早期,几乎每一个行业或职业都发展出了自己的仲裁机制。<sup>⑪</sup> 确实,纽约商会仲裁专家组独立于司法系统,并且在北美革命期间及之后继续解决美国商人和英国商人之间的争议。<sup>⑫</sup> 由于这些诉诸法律之外解决争议的历史,开发公司转向在线仲裁来解决区块链纠纷就没有什么可惊讶的了。

### 1.Sagewise

Sagewise 是一家注册在洛杉矶的初创公司,目标在于为智能合约提供争议解决的基础设施。<sup>⑬</sup> 特别需要注意的是 Sagewise 平台本身并不提供仲裁或者拥有 ODR 能力。相反,Sagewise 的技术将代码条款融入智能合约,在这种代码条款中使用者预先设定了特定要素,例如,何时以及多长时间智能合约的执行应当被推迟,谁将解决可能发生的争议。<sup>⑭</sup> 这个条款允许一方冻结合同履行,并且当一个争议发生时它会激活 Sagewise “争议解决模式”。<sup>⑮</sup> 然后当事人就可以选择不同的争议解决程序来解决智能合约问题以及履行在线裁决。<sup>⑯</sup>

在这种方式中, Sagewise 宣称将成为“争议解决的不可知者”。<sup>⑰</sup> 换言之,尽管 Sagewise 似乎倾向于将在线仲裁作为解决纠纷的最后和决定性步骤,但它仍旧允许合同

<sup>⑩</sup> Frances A. Kellor, *American Arbitration: Its History, Functions and Achievements*, Kennikat Press, 1948, p.3. (在人类寻求和平与正义的所有实践探索中,仲裁是最早的。在法律被创设,或者法院被组织,或者法官已经形成法律原则的很早之前,人们就已经诉诸仲裁解决不和,协调分歧以及解决争议); See also Paul L. Sayre, *Development of Commercial Arbitration Law*, *The Yale Law Journal*, Vol.37:5, 1928, pp.595-597; Margit Mantica, *Arbitration in Ancient Egypt*, *The Arbitration Journal*, Vol.12:1, 1957, pp.155-59. (之所以缺乏早期仲裁记录,是因为仲裁通常仅包含私人争议,这些争议很少具有公共价值); Will Durant, *The Story of Civilization Volume 1: Our Oriental Heritage*, Simon and Schuster, 1954, pp.645-47,795-97. (早期中国文明中的仲裁体系为“有益的妥协”提供方法,或者为人们按照保全情面的妥协来终结“轻微”争议提供方法。)

<sup>⑪</sup> Harry Baum & Leon Pressman, *The Enforcement of Commercial Arbitration Agreements in the Federal Courts*, *New York University Law Quarterly Review*, Vol.428:8, 1930, pp.238,247. (报道称,以下贸易协会已经发挥了仲裁的效益:汽车工业、装瓶协会、衣服和纺织、建筑业、棉花及其副产品、金融组织、食品工业、燃料、热力。光和电力、皮毛、谷物、干草和种子、硬件、进出口、珠宝、皮革和皮、木材及相关产品、工业、制造业、医疗、动画、音乐、颜料、油漆、纸和纸浆、印刷出版、不动产、橡胶、丝绸、戏剧、运输、仓储、羊毛。具备仲裁机制的专业团体包括:牙医、扶轮会、国际体育、法律援助、土木工程、美国注册会计师协会。)

<sup>⑫</sup> William Catron Jones, *Three Centuries of Commercial Arbitration in New York: A Brief Survey*, *Washington University Law Review*, Vol.193:2, 1956, p.207. *Supra* note 111, at 208 (在 1779 年英国占领期间商会仲裁继续存在。之后,商会对仲裁的需求促使了一个特别会议的召开,在会议中完成了一封给英国负责人的信,请求利用仲裁解决商事纠纷。); *Supra* note 111, at 20. (英国的负责人默许了请求,并且仲裁成为英国占领期间解决民事纠纷的唯一方法。革命后,仲裁在英国和北美继续蓬勃发展。)

<sup>⑬</sup> Smart Contract Checker, *Sagewise, Links with Hedera Hashgraph*, *Artificial Law*, <https://www.artificiallawyer.com/2018/06/08/smart-contract-checker-sagewise-links-with-hedera-hashgraph/>, last visited June.8, 2018. (代码的易变性意味着自动履行的合同也许会偏离他们达成一致的条款,这或者是由于它们从一开始就有缺陷,或者是在履行过程中被更改了。)

<sup>⑭</sup> *Id.*

<sup>⑮</sup> *Id.*

<sup>⑯</sup> *Id.*

<sup>⑰</sup> *Sagewise Puts Focus on Blockchain Immutability and Dispute Resolution*, *The Daily Hodl*, <https://dailyhodl.com/2018/05/11/sagewise-puts-focus-on-blockchain-immutabilityand-dispute-resolution/>, last visited May.11, 2018.

当事人将在线调解或者其他纠纷解决程序引入合同中。<sup>①⑦</sup>

这些程序开始于 SageWise 所谓的针对智能合约的“金丝雀合同”(contract canary),它是像谷歌警报一样的通知和检测系统。通过这个系统,当合同当事人被通知即将执行时,智能合约的执行将会被短暂延迟。假如智能合约是以一种未预期的方式被执行时,使用者就能够在早些时候“冻结”智能合约的执行,并且解决问题。在此意义上,合同当事人可以有机会使用谈判以及其他方式寻求问题的解决。假如无法结束纷争,那么合同当事人就可以转而利用他们预先指定的争议解决者来解决他们的争议,这些争议解决者是在当初设定智能合约时从争议解决者市场中选择的。若第三方提供者依然不能解决纠纷,例如,假如提供者存在利益冲突或者不再执业,使用者也可以转向市场。市场提供了从自动解纷机器人到传统仲裁法官专家组的纠纷解决方式。<sup>①⑧</sup>

SageWise 的目标是通过做区块链和未知的分布式账本使它自己独具特色。当前,该公司计划去支持以太坊和常青藤哈希图(Hedera Hashgraph),并且帮助 EOS 联盟主持争议解决和仲裁工作组。<sup>①⑨</sup>

## 2. OpenBazaar 争议解决

OpenBazaar 是使用比特币销售货物和服务的市场平台,它需要在线仲裁来确保以最小的风险进行合同双方之间的交易。<sup>①⑩</sup> 这表明该平台利用公开的仲裁市场去促进多中心的商业习惯法以满足每个个体的要求与偏好。<sup>①⑪</sup> 特别地, OpenBazaar 允许使用者在开始的时候决定他们是否希望拥有一个匿名的公证人第三方来证明合同、资金,并且查明合同当事人是否相信每个人都已经履行了他们自己的义务。<sup>①⑫</sup> 选择公证人的使用者支付费用并将比特币存入第三方账户。<sup>①⑬</sup> 随后公证人将会证明交易并按照指示解冻提存金。<sup>①⑭</sup>

假如双方都不满足,公证人则成为一名仲裁员,根据提交的证据裁决纠纷。<sup>①⑮</sup> 在 OpenBazaar 上的这些交易并非完全自动执行,外部验证可能会降低平台的效率。<sup>①⑯</sup> 然而, OpenBazaar 宣称为达到满意的结果,它将选择合格的专家。<sup>①⑰</sup> OpenBazaar 也以其仲裁市场的透明而引以为傲。OpenBazaar 表明:“这些机构将列明它们履行的义务,针对

<sup>①⑦</sup> *Supra* note 116. (公司相信在“信息整理、并行处理以及文本分析”中人类优越于机器人。)

<sup>①⑧</sup> *SageWise's Vision to Build the Safety Net for Smart Contracts*, SageWise, <https://www.sagewise.io/tag/sdk>, last visited May.8, 2018. (SageWise 也提供集成工具,并且允许利用大众陪审,尽管它本身并不属于众包。在写这篇文章时, SageWise 仍旧处于申请专利和获取投资者的早期阶段。)

<sup>①⑨</sup> EOS ALL., <https://eosalliance.io/>, last visited Mar. 6, 2018.

<sup>①⑩</sup> *Dispute Resolution in OpenBazaar*, Github Gist, <https://gist.github.com/drwash0/405d51bd1b1a32e38145>, last visited Oct.10, 2018.

<sup>①⑪</sup> *Id.*

<sup>①⑫</sup> *Supra* note 68, at 50-52.

<sup>①⑬</sup> *Id.*

<sup>①⑭</sup> *Id.*

<sup>①⑮</sup> *Id.*

<sup>①⑯</sup> *Id.*, at 53-55.

<sup>①⑰</sup> *Id.*, at 50-52.

它们服务的预估响应时间以及费用。除此之外,为了给出服务过程和质量的预期,仲裁服务提供者也会展示它们自己已经确立或者其他仲裁者已经公布的先例清单。”<sup>⑳</sup>因此,OpenBaazar 似乎建立起了一个公正的传统仲裁机制。

## (二) 大众陪审

相比简单的在线仲裁,大众陪审争议解决使用的是“大众正义”,它允许匿名的使用者在区块链上票决“赢家”。大众陪审争议解决并不新鲜。例如,早在二十多年前,在线法庭就在民事案件中倡导了在线大众陪审的理念。<sup>㉑</sup>十年前,eBay 印度社区法庭利用其他 eBay 使用者的最佳裁决来决定一项受争议的 eBay 评审是否应当被废除。<sup>㉒</sup>然而,以下在区块链上的大众陪审争议解决事例通过标记程序已经远远超越了这些形式。换言之,陪审员用资金(通常是加密货币)投票,假如他们是输的一方,就会失去这些资金。作为对比,赢方陪审员通常获得一些奖励。这创造了更为准确的大众陪审争议解决结果。每个系统的细微之处都是不同的,用来解决欺诈和提升游戏化的方法也存在差异。

### 1. Kleros

Kleros 是建立在以太网上用来解决智能合约纠纷的一种大众陪审在线仲裁法院。<sup>㉓</sup> Kleros 的应用包括解决第三方账户和保险支付争议,以及解决滥用社会网络的索赔。Kleros 追求成为以博弈论为基础的“一个快速、便宜、透明、可信赖的以及分布式的”ODR 系统,并且发现纠纷解决的“谢林点”(Schelling point)。<sup>㉔</sup>它建立在托马斯谢林(Thomas Schelling)的理论之上,即在不存在交流和信任的情况下,人们仍然会选择“聚焦点”来达成共识。<sup>㉕</sup>

特别之处在于, Kleros 从全世界随机招募“陪审员”,招募的基础就是他们存入的“Pinakion”代币(加密货币)数量,他们存入这些代币以表明他们对解决既定纠纷的兴趣和价值。<sup>㉖</sup>纠纷当事人将他们的纠纷提交给陪审员,陪审员秘密地作出“承诺”来为特定方投票——对他们的限制就是在投票结束之前他们不能更改或者撤回投票。<sup>㉗</sup>陪审员互相交流是要被惩罚的,并且他们必须要“解释”他们的投票以至于当事人随后能够理解他们的决定。<sup>㉘</sup>在投票结束后,陪审员公示他们的投票,获得大多数陪审员支持

<sup>⑳</sup> *Id.*

<sup>㉑</sup> Icourthouse, <http://www.icourthouse.com/main.taf>, last visited Mar.6, 2019.

<sup>㉒</sup> Colin Rule & Chittu Nagarajan, *Crowdsourcing Dispute Resolution Over Mobile Devices*, in *Mobile Technologies For Conflict Management: Online Dispute Resolution, Governance, Participation*, Spring Netherlands, 2011, pp.93-100. (当一名销售者在 eBay 上收到一个她认为不应当的差评时,她可能会向社区法院提起诉讼。在那个时刻,她和购买者通过一个在线网站提交诸如照片和说明文档的证据。21 名 eBay 陪审员被从申请者中遴选出来,这些申请者都是满足资格要求的 eBay 使用者。这些陪审员都提交客观公正的投票,无论哪一方获得超过半数投票就将赢得案件。)

<sup>㉓</sup> *Clement Lesaege & Federico Ast, Kleros.*, <https://kleros.io/assets/whitepaper.pdf>, last visited Nov. 2018.

<sup>㉔</sup> *Id.*, at 1.

<sup>㉕</sup> *Id.*, at 2. (根据谢林的观点,聚焦点反映出每一个人预料的另外一个人希望他去做东西。在这个博弈论模型中,即使互不信任的人们也将决定共同工作和彼此信任,因为双方正是在这个聚焦点上获得双赢的结果。)

<sup>㉖</sup> *Id.*, at 4.

<sup>㉗</sup> *Id.*, at 7.

<sup>㉘</sup> *Id.*, at 7.

的解决方案胜出。<sup>⑬⑭</sup>

陪审员从“获胜”的解决方案中获益,他们可以获取那些处于“失败”一方陪审员的代币。<sup>⑮</sup>除此之外,陪审员还从当事方支付的使用 Kleros 法院的仲裁费中获得报酬。<sup>⑯</sup>当合同当事人对陪审员的决定申诉时就会产生这些费用。<sup>⑰</sup>不过,用 Pinakion 代币支付的费用几何尚不清楚。相反,为预防欺诈, Kleros 要求,陪审员应将 Pinakion 指定为表明其愿意被选为陪审员并参与投票的“工作代币”。<sup>⑱</sup> Kleros 解释说以 Pinakions 作为表明陪审员意愿的押注代币可以防范对系统的攻击,因为要想“收买”陪审团,攻击者必须要购买 51% 的代币筹码才可以做到。<sup>⑲</sup>而且,随着更多的陪审员购买了代币,代币将会变得稀缺和更为昂贵,使得积累必要的力量来控制系统变得更为困难。<sup>⑳</sup>除此之外,因为 Kleros 控制了代币,因此它能够在必要时岔开系统。<sup>㉑</sup>

Kleros 也发起了一项研究以测试它的系统方式。<sup>㉒</sup>该项研究让投票者去评价猫和/或狗的图片,并且去投票是“狗”或者“不是狗”。<sup>㉓</sup>投票进行统计分析后,研究人员发现 70% 的相关案件倾向于原告,且大部分是非匿名投票。<sup>㉔</sup>该项研究也观察了行贿对于投票结果的影响,得出结论认为,假如案件进入了申诉阶段,那么诚实的投票人将会收到可观的奖金。<sup>㉕</sup>这抑制了行贿。换言之,为了打赌超过诚实的投票者,一个人甚至必须去购买并投入更多的代币。<sup>㉖</sup>无论如何,这些陪审员都不需要具备和案件相关的重要知识。他们仅仅需要投入代币来表明兴趣即可。

## 2. Aragon

Aragon 网络也使用大众陪审 ODR。不过, Aragon 的关键是区块链应用,该应用允许使用者履行智能合约并且发展上面提及的分布式自治组织,它们是能够拥有财产并且通过数字化程序采取行动的自治组织。<sup>㉗</sup> Aragon 的目标是创造灵活的人们通俗易懂的

<sup>⑬⑭</sup> *Id.*, at 7.

<sup>⑮</sup> *Id.*, at 8.(在它计划的管理方法中, Kleros 将会根据需要创设附属法院,更新并改编程序。)

<sup>⑯</sup> *Id.*, at 7.

<sup>⑰</sup> *Id.*, at 8.

<sup>⑱</sup> William George, *Why Kleros Needs a Native Token?*, Medium, <https://medium.com/kleros/why-kleros-needs-a-native-token-5c6c6e39cdfc>, last visited June.7, 2018.

<sup>⑲</sup> *Id.*

<sup>⑳</sup> *Id.*

<sup>㉑</sup> *Id.* See also Clement Lesaege & William George, *Kleros and Augur--Keeping People Honest on the Blockchain Through Game Theory*, MEDIUM, <https://medium.com/kleros/kleros-andaugur-keeping-people-honest-on-ethereum-through-game-theory-56210457649c>, last visited Feb.11, 2018. (解释了为什么在创始人的评估中 Kleros 的系统要比众包争议解决更为公正。)

<sup>㉒</sup> E-mail from William George, Cryptoeconomist with Kleros, to Amy J. Schmitz, Professor at University of Missouri ,Oct. 9, 2018, on file with author.

<sup>㉓</sup> Observations from Doge Pilot 1 ,Oct.15, 2018, dogeobservations.Pdf, on file with author.

<sup>㉔</sup> *Id.*, at 1.

<sup>㉕</sup> *Id.*, at 5.

<sup>㉖</sup> *Id.*, at 5. (因而, Kleros 的系统认为上诉程序是对系统的额外检查,因为它花费太昂贵而难以为诚实的投票者所承受。)

<sup>㉗</sup> Bennett Garner, *What is Aragon (ANT)?*, Coin Central, <https://coincentral.com/aragon-ant-beginners-guide/>, last visited Nov.5, 2018.

协议,在协议中当事人能够通过以数字财产的形式(也就是 Aragon 网代币“ANT”<sup>⑮</sup>)设置担保的方式借助以太网履行协议。而且,网络使用者同意利用 Aragon 的在线仲裁机制解决纠纷,该机制使用和 Kleros 类似的大众陪审。<sup>⑯</sup>然而, Aragon 声称它的程序是独一无二的,因为它将陪审员的名誉和担保分离了,而且它引入了与众不同的强化亚对策(亚对策主要围绕对结局的稳定性进行研究,为了使某一结局变得稳定,局中人借助各自的许诺与威胁进行相互诱导,当对每个子集的局中人偏离该结局都存在抵制时,则该结局就是稳定的,译者注),该亚对策能够将败诉者申诉费的依赖减至最小,从而使陪审员的谢林点对行贿攻击更有抵抗力。<sup>⑰</sup>

更特别的是, Aragon 允许使用者通过投入保证金(一般是 ANT)的方式以简短的控告提起诉讼。<sup>⑱</sup>从使用者中选出五位匿名的陪审员,他们也要投入保证金(再次使用 ANT 加密货币)。<sup>⑲</sup>位于获胜一方的陪审员获得金钱奖励,而那些不在大多数人中的陪审员则不能取回保证金。<sup>⑳</sup>当控诉程序进行时,一方可以投入更多的保证金来上诉,并且最终到达 Aragon“最高法院”的法官那里。这些法官是那些在网络上拥有最高成功率的人。<sup>㉑</sup>

Aragon 的最终目标是通过关联智能合约以及分布式争议解决变得完全自治。<sup>㉒</sup>Aragon 的支持者声称这种投票以及去中心化将会预防大多数纠纷。此外,上面提及的分布式仲裁程序将会使政府没有必要存在于分布式自治组织的运行中。<sup>㉓</sup>尽管 Aragon 具有许多潜在益处,然而,甚至支持者都已经在质疑其仲裁系统是否是真的没有偏见,以及通过更换玩家是否有效阻止了系统的游戏化。<sup>㉔</sup>此外,尚不清楚这充满活力的机制是否能恰当地确定软件错误并且阻止攻击者利用错误。<sup>㉕</sup>

### 3.Jur.io

和 Kleros 相似, Jur 承诺利用大众陪审以及博弈论提供快速而公平的在线纠纷解决。Jur 的经营和 Kleros 非常像,争议当事人在 Jur 获取解决方案和一些投入他们提议中的大量代币。<sup>㉖</sup>投票者决定支持何种提议,决定会在 24 小时结束时或者双方选择的更长时间

<sup>⑮</sup> Aragon Network, Github., <https://github.com/aragon/whitepaper>, last visited Oct.10, 2018. (指出 ANT“利用稳定的储备优化对网络管理的使用,并作为担保协议的储备货币”。)

<sup>⑯</sup> *Id.*

<sup>⑰</sup> *Id.*

<sup>⑱</sup> *Supra* note 68, at 49-50.

<sup>⑲</sup> *Id.*

<sup>⑳</sup> *Id.*, at 50.

<sup>㉑</sup> *Supra* note 152. (法院被设置成一个等级结构,在底层更多的是具体而特殊的场景,在顶端是更为宽泛和通常的场景。当人们作为陪审员加入法院时他们在该法院以及在等级结构中任何一家高等级法院中都获得了尊重。在这个结构的最顶端是实施和确立 Aragon 网络社区价值的最高法院。)

<sup>㉒</sup> Luis Cuende & Jorge Izquierdo, *Aragon Network: A Decentralized Infrastructure for Value Exchange*, Aragon Wiki, <https://www.chainwhy.com/upload/default/20180705/49f3850f2702ec6be0f57780b22feab2.pdf>, last visited Apr.20, 2017.

<sup>㉓</sup> *Id.*, at 15.

<sup>㉔</sup> *Id.*

<sup>㉕</sup> *Id.*

<sup>㉖</sup> *Id.*

内被做出。<sup>⑬</sup>其余的代币持有者为其中的一种选择方案投票,获得大多数投票的选择方案获胜。像 Kleros 一样,与大多数人不一样的投票者将会受到惩罚失去代币。这样做的原理是如此将会鼓励公平投票,同时能够抑制不诚实的投票。Jur 宣称自己为那些创设以及取得智能合约的使用者免费服务,并且在 24 小时内解决合同争议。<sup>⑭</sup>

相应地, Jur 的关键承诺似乎是在智能合约中的速度和安全。<sup>⑮</sup> Jur 的争议解决系统能够被开放或者关闭,允许随机的代币持有者或者仅是特定的经过严格审查的投票者投票。<sup>⑯</sup> Jur 声称在为使用者提供机会创设他们自己的中心(一个“专业权威”)方面将会独一无二,该中心按照专门规则运行,特定行业的使用者将会创设适合他们自己情况的规则。<sup>⑰</sup>除此之外, Jur 平台还提供签署合同的工具,并且创设和转售合同文本。<sup>⑱</sup>

尽管如此, Jur 承认双方能够使用它的平台创设违法合同或者对一方失去公平的合同。<sup>⑲</sup>为了消除不道德的争议, Jur 使用同样的经济激励系统,而该系统会影响它的权威。<sup>⑳</sup>像其他投票者一样,那些“拒绝”裁定的大多数人作为胜利一方获得代币。<sup>㉑</sup>

### (三) 机器人解决

诚如上述,人工智能的增长已被接受。事实上,它甚至已经进入了法庭并且扰乱了法律。<sup>㉒</sup>人工智能正在帮助法官设定保释金,帮助律师从事法律研究。<sup>㉓</sup>在理想状态上,算法能够为随后可能进入区块链的智能合约提供预见性分析以及快速的解决建议,这也许可以促进智能合约争议解决的公平和高效。而且,随着更多数据的注入,这些算法将可能变得更加“聪明”。

尽管如此,人工智能的使用也会是问题,并且甚至会潜在地恶化裁决的歧视风险。<sup>㉔</sup>首先,有证据表明人们倾向于遵从统计数据而不是利用数据来帮助形成独立的裁决。<sup>㉕</sup>相应地,当裁决做出者“毫无保留地”接受“机器人”预测时,利用 AI 为法官或者仲裁

<sup>⑬</sup> *Id.*

<sup>⑭</sup> Introductory Video, Jur.io, <https://jur.io/>, last visited Oct.10, 2018.

<sup>⑮</sup> JUR, WhitePaper, Jur.io, <https://jur.io/content/uploads/2018/07/JUR-WhitePaper-v0.3-eng.pdf>, last visited July.2, 2018.

<sup>⑯</sup> *Id.*, at 15.

<sup>⑰</sup> *Id.*

<sup>⑱</sup> *Id.*, at 17.

<sup>⑲</sup> *Id.*, at 46.

<sup>⑳</sup> *Id.*

<sup>㉑</sup> *Id.*

<sup>㉒</sup> Matt O'Brien & Dake Kang, *AI in the Court: When Algorithms Rule on Jail Time*, PHYS. ORG, <https://phys.org/news/2018-01-ai-court-algorithms.html>, last visited Jan.31, 2018.

<sup>㉓</sup> *Artificial Intelligence and Lights-Out Court Document Processing*, Computing System Innovations, <http://csisoft.com/artificial-intelligence-and-lights-out-court-document-processing>, last visited Nov.6, 2017; Hal Marcus, *Court Supports eDiscovery Machine Learning, Addresses AI Transparency*, OPENTEXT, <https://blogs.opentext.com/court-supports-ediscovery-machine-learning-addresses-ai-transparency/>, last visited Dec.12, 2017.

<sup>㉔</sup> Stephen Buranyi, *Rise of the Racist Robots—How AI is Learning All Our Worst Impulses*, The Guardian, <https://www.theguardian.com/inequality/2017/aug/08/rise-of-the-racist-robots-how-ai-is-learning-all-our-worst-impulses>, last visited Aug.8, 2017.

<sup>㉕</sup> *Id.*

员提供“机器人”预测就在实质上意味着机器人真正裁决了案件。当人工智能算法依赖于那些反映人们偏见的的数据时,事情将会变得更糟糕。<sup>⑯</sup>当人工智能歧视信息“学习”时,“种瓜得瓜种豆得豆”的问题就会发生。一些人也担心使用人工智能的“机器人”解决方式可能会呈现出自我意识,使得在机器学习过程中更加难以确认导致特定结果的因素。<sup>⑰</sup>

当然,当预测性分析和人工智能能够在所有的智能合约案件中提供快速和公平的解决方式时,这一天可能就会到来。而且,人工智能在提供如何最好地解决纠纷的预测方面拥有一席之地,合同当事人在斟酌他们自己的解决方案时可能会考虑这种预测。尽管如此,在没有人类输入信息的情况下,人工智能目前还不足以先进到为大多数智能合约争议提供“机器人”解决方案。

## 五、对一个富有活力的针对智能合约的 ODR 系统的展望

在许多传统合同中包含“争议解决条款”或者“仲裁条款”是十分常见的。这些条款列明了当发生合同争议时将会使用的救济程序。在美国起草的超过一半的雇佣合同中都包含这样的条款,<sup>⑱</sup>并且数亿消费者合同中也包含这样的条款。<sup>⑲</sup>假如你进入一个办公用品店购买一本有用的商业合同模板,这些合同模板就有可能已经被嵌入了仲裁条款(通常指定美国仲裁协会)。这样做是有原因的:在合同中列明争议解决程序能够高效解纷,降低诉讼资源耗费风险。任何称职的法律总监都会指导管理人员积极地去嵌入这样的条款。

这些建议的明智之处同样和智能合约相关。当一份协议在个人之间或者组织之间达成时,无论在创设协议时如何仔细安排,问题都将会不可避免地发生。但是因为和传统合同相比,智能合约的运行是非常不同的,所以我们需要展望一种和它们的运行相似但不同的纠纷解决体系。

正如我们已经描述的,ODR 非常适合智能合约,因为它按照互联网运行的方式工作。救济程序能够独立于法律体系直接被设置于协议自身中。假如利用技术来精心设计智能合约(也许是在一个市场中或者法律服务网站上),那么就会在这个软件平台上植入一个创设指定利用 ODR 体系的条款以解决任何最终可能出现的争议。例如,假如一方利用 RocketLawyer 来起草作为智能合约的转售协议,则合约可以列明利用 RocketLawyer

<sup>⑯</sup> *Id.*

<sup>⑰</sup> *Id.*

<sup>⑱</sup> Alexander J.S. Colvin, *The Growing Use of Mandatory Arbitration*, ECON.POL'Y INST, <https://www.epi.org/publication/the-growing-use-of-mandatory-arbitration-access-to-the-courts-is-now-barred-for-more-than-60-million-american-workers/>, last visited Apr.6, 2018.

<sup>⑲</sup> CFPB Issues Rule to Ban Companies from Using Arbitration Clauses to Deny Groups of People Their Day in Court, CONSUMER FIN. PROT. BUREAU, <https://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/cfpb-issues-rule-ban-companies-using-arbitration-clauses-deny-groups-peopletheir-day-court/>, last visited July.10, 2017.

争议解决中心来处理合同履行过程中的任何纠纷。

在智能合约中, ODR 条款能够以与 Andon 系统在质量控制领域同样的方式运行。Andon 系统是丰田在日本倡导的自动化质量控制方式的一个基本组成部分。<sup>⑩</sup> 在该系统中, 当产品线上的工人发现问题时, 他们中的任何一个人都有权按下按钮停止产品线。<sup>⑪</sup> 在智能合约语境下, 编入智能合约中的一个 ODR 条款能够使双方按下类似的按钮(也许是虚拟的)结束智能合约的执行, 触发 ODR 条款。然后 ODR 程序就会按照当事方先前的协议(可能是调解、仲裁或者大众陪审方式)进行。根据达成的结果, 智能合约随后可能沿着之前的路线继续运行, 或者它将会被终止并被新的协议替代, 新的协议同样需要被编入智能合约并被放在区块链上。

在这种方式中, 智能合约中的 ODR 条款就像一个暂交第三方保管的资金协议一样运行。不再仅仅是协议双方, ODR 条款的引入创造了争议解决服务提供者这一第三方角色。如果最初双方的任何一方按下了 Andon 按钮, 那么第三方角色就会被自动引发。在第三方资金协议中, 一个受信任的第三方持有支付款一直到支付者表明支付条件已经满足时, 此时支付款被付给收款人。在智能合约 ODR 条款中, 任何一方在任何时候都能够援用 ODR 程序。这冻结了智能合约的执行并且给予中立第三方以权力来决定从那一刻起前行的合适路径。

尽管如此, 这个程序不应该允许一方使用在当前扰乱司法的迟延和阻碍策略。换言之, 成员方不应该以一种重复的和/或轻率的“冻结”来妨碍智能合约的效率。在 ODR 程序中必须嵌入严格的次数限制, 对于那些滥用冻结智能合约执行的人也要施以惩罚。这里也同样有针对成员何时能够使用冻结的限制。例如, 智能合约的代码可以规定适用冻结的情形——诸如出现了区块链中的执行或者代码出错了的迹象。

与此同时, 其他确保执行的方法是要求成员方按照合同条款在第三方担保中保持投入的金额。例如, 付款人将会在独立管理的账户中放入要求的资金来确保 a) 他们在对收款人的履行不满意时能够收回资金, 以及 b) 收款人将会确保可以获取资金以及付款人将不会不履行他们的债务。第三方担保资金也可能会根据事先决定的阶段性成果按阶段支付。这也取消了对传统合同中消耗大量时间和资源的履行方式的需求。<sup>⑫</sup>

上面提到的解决智能合约问题的观点和提供者表明了一系列的创新可能及机会。上述的任何一种方法都可以作为智能合约纠纷的救济程序。一些成员也许选择诸如通过特定领域的专家协助谈判或者快速仲裁的人工驱动的分解决系统。例如, 这里有针对性对各种可能出现的不同类型智能合约争议的中立专家组, 比如一个理解计算机编程的专

<sup>⑩</sup> “Andon”—*The Definition*, Sageclarity, <https://sageclarity.com/solutions/andon-system/>, last visited Jan.17, 2018.

<sup>⑪</sup> Gwynn Guilford, *GM's Decline Truly Began with its Quest to Turn People into Machines*, Quartz, <https://qz.com/1510405/gms-layoffs-can-be-traced-to-its-quest-to-turn-people-into-machines/>, last visited Dec.30, 2018; *Id.* The Andon cord is “a sort of emergency brake that would, once pulled, immediately stop the assembly line.”

<sup>⑫</sup> 我们理解这些都是新奇的想法, 并且都还不存在。然而, 区块链的部分诱惑在于它允许为了进一步的革新而进行再创造。

家组,他们可以提供解决编程纠纷的方法。此外,其他 ODR 专家组可能包括船运专家,他们能够处理供应链问题。这里也许还需要法律专家,他们能够迅速地对一定会出现的诸如显失公平之类的合同抗辩做出反应。其他当事人可能选择上面提到的大众陪审系统,或者选择机器学习/人工智能驱动的系统,这些系统能够在价值不大、情形不复杂的案件中更快地给出决定。

事实上,存在一系列可选择的方式能够确保任何一个单个智能合约都能够找到合同当事人认为合适的、最匹配的 ODR 程序。正如我们在面对面纠纷解决领域说到的,“大惊小怪”是非常重要的。<sup>⑧</sup>拥有多样化的 ODR 流程和程序将会确保每一种类型的智能合约都能够通过适宜的救济设计获得满足。事实上,随着智能合约和区块链的发展,在 ODR 供给者团体中的创新将会继续,这能够确保对 ODR 的选择仍旧是创新的、现代的,有价值的,并且便于使用。

通过这些构思深入探索的一个机构就是商用分布式运行系统(EOS)。EOS.IO 是一个被本地化加密货币赋能的区块链协议。为了大量的商业交易, EOS.IO 像一个智能合约平台以及去中心化的系统那样运行。这个系统被用来消除交易费用并完成每秒数百万计的交易。<sup>⑨</sup>最初的 EOS 白皮书展望到,快速而公平的纠纷解决方式对于在 EOS 框架内增强信任和稳定性非常重要。这创设了以解决网络上发起的解纷诉求为任务的纠纷解决机构。

EOS.IO 的纠纷解决标准意在为纠纷解决提供者的基础性伦理指引,并且为任何纠纷透明地展示解决程序。这个标准被 EOS 管理的机构强制实施,假如任何 ODR 提供者被判定违反了标准,那么他们就会被暂停服务、罚款,或者被从供应者市场中驱逐。EOS.IO 标准要求 ODR 供应者是中立、没有利益冲突、可胜任、公平、透明的,并且它们承诺保守合同当事人的秘密。这些标准为 ODR 提供者保留了足够的灵活性来提供多样化的创新救济措施,同时确保一系列的质量和信任底线,这将会吸引和留住 EOS 平台的使用者。它们创造这些标准的先见之明可能会引起其他区块链和智能合约系统的效仿。

## 六、结 论

智能合约和区块链正在迅速成长,但是迄今为止它们仅仅代表了全球 4500 亿美元法律市场的极小部分。它们将花费多长时间到达广泛接受的临界点(或者在事实上,假如它们会的话)仍待观察。新发明的支持者经常存在被私心混淆的关于接受比例的推论。假如 ODR 在电子商务中的增长具备任何迹象的话,那么也许需要花费十到十五年的时间才能使智能合约被普遍应用于日常法律协议中。

<sup>⑧</sup> Franke.A. Sander, *Fitting The Forum to The Fuss: A user-Friendly Guide to Selecting An ADR Procedure*, *Negotiation Journal*, Vol.10:1, 1994, pp.49-68.

<sup>⑨</sup> EOS.IO,Wikipedia., <https://en.wikipedia.org/wiki/EOS.IO>, last visited Jan.9, 2019.

但对广泛接受至关重要的一个发展就是快速而公平的救济。早期接受者也许乐意冒一些成长痛苦的风险来做出决定为他们自己的合同使用智能合约。然而,大规模的合同签署者将会等待直至智能合约变得稳定、可证明、可测试以及可信赖为止。将有效的ODR植入智能合约是达到此种水平的确定性的关键一步。

当然,在前行的路上还将会出现令人震惊的故事。正如加密货币在它们被接受的道路上必须承受诸如 Silk Road、<sup>⑮</sup>Mt. Gox<sup>⑯</sup> 以及 2018 “货币灾难”<sup>⑰</sup> 的惨败一样,智能合约也将会产生自己的灰暗和厄运。这里也将存在被滥用的智能合约以及解决争议的“袋鼠法庭”(因为袋鼠可以左右自己育儿袋中的幼儿的命运,所以在美国袋鼠法庭一词用来隐喻部分偏远地区法院无法可依的情况,译者注)程序。然而,智能合约的效率和安全性将会变得越来越精致,也将会出现聪明的 ODR 提供者来解决相关纠纷。像 EOS 争议解决标准那样的 ODR 伦理标准将会被一些组织提出来,在线纠纷解决委员会还需要走很长的路来建立合同当事人对 ODR 的信心。<sup>⑱</sup> 此外,在设计和提供 ODR 系统的初创公司间的创新和竞争将会推动最好的实践。相应地,对于那些例外的不道德的行动者,他们的存在激发了人们去开发更可信赖以及更具道德性的智能合约救济系统。

---

**Abstract:** Smart contracts built in the blockchain are quietly revolutionizing traditional transactions despite their questionable status under current law. At the same time, disputes regarding smart contracts are inevitable, and parties will need means for dealing with smart contract issues. This Article tackles this challenge, and proposes that parties turn to online dispute resolution (“ODR”) to efficiently and fairly resolve smart contract disputes. Furthermore, the Article acknowledges the benefits and challenges of current blockchain ODR start-ups, and proposes specific ideas for how designers could address those challenges and incorporate ODR to provide just resolutions that will not stymie efficiencies of smart contracts. Nonetheless, the Article also raises pivotal cautions and questions for ensuring the fairness and transparency of these solutions over the longer term.

**Keywords:** blockchain; smart contracts; online dispute resolution

---

( 翻译: 郭文利 校译: 商舒 责任编辑: 黄晨亮 )

<sup>⑮</sup> Steven Buchko, *A Brief History of the Silk Road: Drugs, (Non)Violence, and Video Games*, Coincentral, <https://coincentral.com/silk-road-history/>, last visited July.29, 2018.

<sup>⑯</sup> Darryn Pollock, *The Mess that was Mt. Gox: Four Years On*, Cointelegraph, <https://cointelegraph.com/news/the-mess-that-was-mt-gox-four-years-on>, last visited Mar.9, 2018.

<sup>⑰</sup> Billy Bambrough, *Update: Bitcoin Falls Further, Hitting Ripple (XRP) and Ethereum—And Tron Turns Red*, Forbes, <https://www.forbes.com/sites/billybambrough/2019/01/10/bitcoinfalls-suddenly-dragging-ripple-xrp-and-ethereum-down-but-tron-leaps-higher/#53dbaf0f27df>, last visited Jan.10, 2019; See also *And So the CoinPocalypse Begins*, Reddit, [https://www.reddit.com/r/CryptoCurrency/comments/9z9esj/and\\_so\\_the\\_coinpocalypse\\_begins/](https://www.reddit.com/r/CryptoCurrency/comments/9z9esj/and_so_the_coinpocalypse_begins/), last visited Nov.22, 2018; *The Coinpocalypse*, Investing in Chinese Stocks, <http://investinginchinestocks.blogspot.com/2018/08/the-coinpocalypse.html>, last visited Aug.13, 2018.

<sup>⑱</sup> INT'L Council for Online Disp. Resol, [icodr.org](http://icodr.org), last visited Mar.7, 2019.

# 我国商事仲裁裁决书核阅制度的规范性研究

杨春平 胡小露\*

---

**内容提要** 目前,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)中尚未确立核阅制度,核阅制度在我国商事仲裁的适用中,也存在着缺乏法律依据,主体不明确,范围不统一,程序不清晰等问题。本文主要研究核阅制度的正当性、现状、缺陷与完善路径。文章论述了核阅制度的基本内容,包括其产生的背景、定义和存在的法理基础,阐述了实行核阅制度过程中的价值平衡,主要探讨核阅制度和尊重当事人意思自治、保障仲裁庭独立性等价值并行存在的可行性,同时分析了核阅制度的现状与缺陷,并针对上述存在的问题提出了相应的完善建议。

**关键词** 核阅制度 核阅范围 核阅程序 核阅主体 仲裁法

---

## 一、核阅制度的基本内容

### (一) 核阅制度产生的背景

仲裁作为一种独立的纠纷解决方式,从产生到发展经历了不受干预——法院强制且过度干预——法院以支持、监督的方式代替过度干预的过程。因此目前我国采取仲裁机构内部监督和法院外部监督相结合的方式保证仲裁机构权威性以及仲裁的公信力,这其中又以仲裁机构的内部监督为主。仲裁裁决作为仲裁服务的最终产品,应当是监督的重点和关键。因为裁决的质量是保障执行过程和结果顺利、圆满的重要因素,一份格式混乱、有失公正甚至明显违规的裁决书,明显难以获得当事人的认可和积极履行。因此有必要对裁决书的质量进行监督。基于强化仲裁的自我监督,保证裁决书质量的背景,核阅制度应运而生。当然,核阅制度并非我国原创,这一制度由国际商会仲裁院(ICC)提出,并沿用至今<sup>①</sup>。虽然存在一些对该制度的批评和否定,但核阅制度对ICC的裁决书质量发挥的作用和影响,吸引了更多仲裁机构开始适用这一制度,也包括我国几所国际型

---

\* 杨春平,重庆大学法学院教授、硕士生导师,研究方向:诉讼法;胡小露,重庆大学法学院硕士研究生,研究方向:诉讼法。

① 《国际商会仲裁院仲裁规则》第34条规定:“仲裁庭在作出裁决前,应当将裁决书草案提交仲裁院。仲裁院可以对裁决书的形式作出修改,在不影响仲裁庭自由裁量的前提下,也可以提请仲裁庭注意实质性问题。仲裁庭作出裁决,必须经仲裁院就其形式作出批准。”

仲裁机构对它的采纳。尽管我国《仲裁法》中并未明确规定核阅制度的有关内容,但在实务中,中国海事仲裁委员会<sup>②</sup>、武汉仲裁委员会<sup>③</sup>、深圳国际仲裁院<sup>④</sup>等部分仲裁机构都在其仲裁规则中规定了核阅程序。当然各个仲裁机构对该制度的规定并不一致。例如贸仲委现行仲裁规则第51条规定,仲裁庭应将裁决书草案交由仲裁委员会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意”;而《深圳国际仲裁院仲裁规则》第53条则进一步规定了,就裁决书草案仲裁机构具有形式问题的修改建议权和实体问题的提请注意权,但不得影响仲裁庭独立裁决。我国规定核阅制度的仲裁机构中,多采用上述两种规定方式对核阅程序予以规定。前文提到的关于核阅制度的争议则主要涉及以下内容:一方面,核阅制度的适用对裁决书的质量的确具有保障性作用,但另一方面核阅主体并不是根据当事人的意思自治选择的,如果核阅部门贸然对裁决书进行核阅甚至作出实质性的改变,这将大大破坏仲裁庭的独立性,也与当事人意思自治的原则相违背。或许正是由于上述冲突一直存在,故而尽管有越来越多的仲裁机构开始适用该制度,但其一直未能在我国《仲裁法》中获得一席之地,得到明确的肯定。

## (二) 核阅制度的定义

关于核阅制度的定义,学界目前尚无统一的定论。主要原因在于,一方面如前所述,核阅制度由ICC所创设,但ICC在创设这一制度时,使用的是“scrutiny”一词,在牛津词典中它的含义是“careful and thorough examination”,即小心并彻底的检查;而在柯林斯英语大词典中,它的含义则是“详细的检查(或审查)、仔细的观察<sup>⑤</sup>”,两种定义都强调“仔细甚至彻底”,但却存在观察、检查、审查的差别。而且遗憾的是,尽管ICC仲裁规则相关条文的标题里使用了这一词汇,但在具体的条文内容中却没有对此作出进一步的解释甚至没有再出现该词,所以无法得出制定者在最初究竟想赋予其何种含义<sup>⑥</sup>。另一方面由于我国《仲裁法》中尚未正式确立这一制度,所以对于核阅制度也缺乏权威的定义。在理论界,有学者认为它是一种仲裁机构对仲裁裁决书草案形式上的审阅制度<sup>⑦</sup>;还有学者认为它是一种仲裁裁决复审制度<sup>⑧</sup>,但从我国仲裁机构中规定的有关内容来看,似乎没有达到“审查”一词这样的强制程度。此外还有将其定义为仲裁监督机构对裁决草案的形

② 《2018中国海事仲裁委员会仲裁规则》第56条规定:“裁决书草案的核阅仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决书草案提交仲裁委员会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意。”

③ 《武汉仲裁委员会仲裁规则》第63条第3款规定:“仲裁庭应当在签署裁决书前,将裁决书草案提交本会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的前提下,本会可以对裁决书的形式进行修改,也可以提请仲裁庭注意实体问题。”

④ 《深圳国际仲裁院仲裁规则》第53条规定:“仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决书草案提交仲裁院核阅。仲裁院可以提出形式上的修改建议,也可以提示仲裁庭注意实体问题,但不影响仲裁庭独立作出裁决。”

⑤ 《柯林斯英语大词典》(Collins English Dictionary),哈珀·柯林斯出版集团1819年版。

⑥ 李登华:《仲裁裁决复核审查制度探微——国际商会仲裁院仲裁规则第27条述评》,载《商事仲裁》2012年总第9期,第24-31页。

⑦ 史飏:《商事仲裁监督与制约机制研究》,中国政法大学博士学位论文,2003年。

⑧ 同前注⑥。

式问题修改权和实体问题建议权的观点<sup>⑨</sup>。总的来说,从仲裁的独立性出发,不宜认为核阅是一种审查,因为这可能会受到对仲裁庭过度干涉的质疑,应该界定为检查和复核,至于《ICC 仲裁规则》中赋予仲裁庭的形式批准权,我国适用核阅制度的仲裁机构中,基本没有关于这一内容的明确规定。因此,笔者认为应将核阅制度界定为:仲裁庭基于仲裁条款和协议或根据仲裁机构的有关规定,将裁决书草案交核阅部门核阅的制度。与此同时应当在仲裁规则中明确核阅审查的内容,包括提出对裁决书形式问题的修改意见和在不影响仲裁庭独立裁决的情况下提请仲裁庭对裁决书实体问题的注意。

### (三) 核阅制度的法理基础

核阅制度的法理基础,也即正当性基础。尽管目前在我国机构仲裁中实行核阅制度尚还缺乏明确的法律依据,但从实践中来看,可以归纳出核阅制度的法理基础主要有以下几点:

#### 1. 保障仲裁的公正性

仲裁是在双方当事人达成合意的前提下进行的,与此同时仲裁的过程和结果又受到法律的约束和规范,所以仲裁又具有规范性。合意性和规范性同时发挥作用,既不过分倾向合意性,也不过分倚重规范性,当他们能够形成一种相对平衡的局面时,仲裁结果才最有可能实现公正,才更能为当事人所认可和接受,也能为法律所承认<sup>⑩</sup>。核阅制度就在平衡仲裁结果的合意性和规范性上发挥着重要的作用。核阅制度直接作用于仲裁的最终结果,发现裁决书在形式和实体上可能存在的问题,并分别对仲裁庭提出建议或提请注意。当然,由于仲裁更加注重当事人的意思自治,所以笔者认为,即使是在实行核阅制度的情况下,也应当在不违反法律的强制性规定以及公序良俗的范围内,给予双方合意的最大尊重。

#### 2. 维护仲裁的权威性和公信力

仲裁裁决书作为仲裁服务的最终产品,不仅体现了处理该案件的仲裁庭的专业水平,也影响着仲裁庭所属仲裁机构在当事人心中的形象。因为站在当事人的角度,仲裁庭组成人员隶属于仲裁机构,仲裁庭的办案能力也反映了仲裁机构的行业水平。我国目前一共有 255 家仲裁机构,由于仲裁不实行民事诉讼中的管辖制度,当事人可以任意选择解决纠纷的仲裁机构,也就造成了目前仲裁行业激烈的竞争趋势。核阅裁决书草案有利于保证仲裁裁决的质量,也有利于获得当事人、法院对裁决书的认可,也能进一步提高执行率(不考虑被执行人的主观因素)。一个仲裁机构的仲裁裁决书能获得较高的执行率其权威性也就不言而喻。不仅如此,树立仲裁机构权威性的同时也能提高仲裁在民众心中的公信力。因此,实行核阅制度或许能成为一些仲裁机构在激烈的行业竞争中增强自身实力的有效举措。

<sup>⑨</sup> 陈治美:《国际商事仲裁核阅制度的缺陷与完善》,西南政法大学硕士学位论文,2017年。

<sup>⑩</sup> 同前注<sup>⑦</sup>。

### 3. 基于意思自治的自我约束与内部监督

仲裁是一种兼具民间性和司法性的纠纷解决机制。如前所述,选择仲裁是双方当事人的合意,不仅包括选择仲裁这一方式解决纠纷,而且包括仲裁庭的组成,以及仲裁事项的范围,仲裁的整个过程也始终体现着当事人的自由意志。但同时,仲裁程序、仲裁庭的仲裁权,仲裁裁决等在某些层面也同样受到法律的约束,或者说需要法律提供保障。在这两种属性中,民间性应当是仲裁的基础,正因为此,完善仲裁的自我监督,防止法院的过度干预才尤为重要<sup>①</sup>。通过核阅制度对仲裁结果进行有效的监督在未来我国仲裁的发展中,或许是仲裁完善自我监督的重要环节。

除此以外,还有认为机构仲裁的特点等赋予了核阅制度的正当性基础的观点,也有学者以论证仲裁内部监督的重要性出发间接证明核阅制度存在的必要性<sup>②</sup>。总之,因为我国目前并未将核阅制度规定在《仲裁法》中,所以核阅制度的法律依据尚还不具备(也正因为此,笔者才提出要对核阅制度明确立法)。但从上文分析来看,对裁决书进行核阅具有充分的法理依据。仲裁作为一种纠纷解决方式,与其他纠纷解决方式相同,需要对其进行有效的监督。仲裁的独立特性决定了在监督机制上,应当首先强调仲裁的内部监督。仲裁庭虽然具有独立性,但其独立性也并非绝对的,否则一定会出现仲裁员索贿受贿、枉法裁决的行为,所以仲裁庭的独立性实质上是有限的,对仲裁的监督也必然涉及对仲裁庭的监督。核阅制度是仲裁自我监督的有效方式,其最大作用就在于对裁决书质量的保障,以及对裁决的可执行性的提高。

## 二、实行核阅制度过程中的价值平衡

目前对核阅制度的质疑,主要包括以下内容:一是对当事人意思自治的违背;二是对仲裁庭独立性的破坏;三是对仲裁效率的影响。前文已经论证核阅制度存在的正当性基础,但对于上述对核阅制度的质疑,也需要予以回应。因为这对目前核阅制度在我国获得进一步的发展,得到更为广泛的支持来说,是不可回避的问题。

### (一) 核阅制度与当事人意思自治

对于此,有学者从很多角度来证明,核阅制度对当事人意思自治造成了不利影响这一说法是站不住脚的。笔者认为,可以按以下思路予以回应:首先,虽然仲裁“一裁终局”的特性吸引了很多追求效率的当事人选择这一途径,但当事人选择仲裁的同时,也希望能够得到一个公正的裁决,否则当事人会更愿意选择法院来解决纠纷。那么如果核阅制度就是为了保障仲裁的公正性,当事人自然会愿意接受它<sup>③</sup>。至于核阅制度对效率的

<sup>①</sup> 江伟、肖建国:《仲裁法》,中国人民大学出版社2016年第3版,第18-19页。

<sup>②</sup> 胡留燕、徐前权:《论我国仲裁监督制度的完善》,载《长江大学学报(社会科学版)》2018年第06期,第121-124页。

<sup>③</sup> 汪祖兴:《仲裁监督之逻辑生成与逻辑体系——仲裁与诉讼关系之优化为基点的渐进展开》,载《当代法学》2015年第6期,第3-17页。

影响,可以通过完善有关核阅时间、程序的规定予以解决。其次,对于认为核阅制度破坏了当事人意思自治的这一批判。事实上,如果在明确将核阅制度规定在仲裁规则中的情形下,当事人仍然选择了以仲裁作为解决纠纷的方式,那么也就表明其愿意受这一制度的约束,包括核阅部门对裁决书草案的核阅(这要求当事人能够提前知晓,即要求仲裁机构主动予以阐明)。最后,从核阅制度本身作用范围的有限性来看,核阅的范围是有限的,尽管目前对于这一范围各仲裁机构界定不一,但总的来说对于裁决书的实体问题核阅部门并没有直接否定的权力,而对形式问题的建议权仅仅是出于保证裁决书规范性的考虑,并未破坏到当事人的意思自治。总之,当事人的确具有选择任一仲裁机构、仲裁员和仲裁规则的权利,但在当事人选择某一仲裁规则之时,仲裁机构将仲裁规则中涉及核阅程序的规定对当事人予以阐明的基础上,当事人仍然愿意适用该规则,则应当受相应规定的约束。一方面,核阅制度是仲裁机构预先规定在仲裁规则中的,另一方面是当事人自己选择了这一仲裁规则,因此当事人应当遵守自己的选择,仲裁机构对于裁决书草案的核阅也并非权力的扩张,而是遵守当事人选择的仲裁规则的规定。也即,当事人的意思自治在仲裁规则面前是有界限的,但这一界限并非外界强加的,而是当事人自己选择的。

## (二) 核阅制度和仲裁庭独立性

对于这一质疑,有学者认为这一制度并未违背仲裁法关于仲裁独立的规定<sup>⑭</sup>。他们是基于核阅部门在核阅裁决书草案时,只能就形式问题提出修改建议,而不能涉及裁决书草案的实体问题这一观点,并且认为就形式问题提出建议时,还必须是以不影响仲裁员独立裁决为前提。因此,该制度不仅不会影响仲裁的独立进行,不违背仲裁法的规定,相反,还会有利于保证仲裁裁决的效力,方便仲裁裁决的执行。<sup>⑮</sup>笔者前文也已提到,仲裁庭的独立性并不是绝对的,有必要对此予以监督、限制。从实务来看,仲裁机构的仲裁员存在着水平参差不齐和身兼数职而精力有限的情况,而裁决书和人民法院的判决书一样,对规范性、严谨性等都有较高的要求,故而需要对裁决书的格式、用词、说理等予以规范。此外,我国大多数实行核阅制度的仲裁机构都规定仲裁委只对裁决书草案的形式问题提出修改建议,而在认为实体问题存在错误的情况下,只是向仲裁庭提出修改建议。笔者也有了解到,在仲裁庭的确不愿采纳仲裁委员会的建议时,尽管案件会经过仲裁机关层层的讨论,但仲裁委员会也无权以此为由对仲裁庭的裁决书不予批准,同时也不能以此作为考察仲裁员工作业绩的依据之一。不仅如此,我国部分仲裁委员会每年的案件办理量也十分巨大,对每一份裁决书都要进行全面深入的核阅,也势必不太现实,必须在核阅范围、核阅时间、分歧处理等方面有明确细致的规定。因此,就算实行核阅制度,仲裁庭的独立性也并未受到实质性的影响。

<sup>⑭</sup> 《中华人民共和国仲裁法》第8条规定:“仲裁依法独立进行,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

<sup>⑮</sup> 徐前权、付伟:《论我国仲裁质量保障机制》,载《荆州师范学院学报》2001年第4期,第60-63页。

### （三）核阅制度和仲裁效率

必须承认,增加对核阅程序,会对仲裁的效率造成一定影响。事实上,公正与效率孰先孰后在仲裁界一直是个难题。仲裁作为诉讼的一种替代性纠纷解决机制,通过其高效性,能在很大程度上帮助法院实行案件分流,减轻法院办案负担。但强调效率的同时也不能损害公正,因为公正是保证能够真正解决纠纷的基础,在必要时可以牺牲一定程度的效率价值换取公正。这要求仲裁必须把握好公正与效率两者之间的关系,不能只追求公正而放弃效率,这会导致仲裁失去其本身的制度优势和帮助法院实行案件分流的功用,但更不能一味强调效率,使仲裁失去其公正性,丧失当事人对它的信任。在实行核阅制度的情形下,要处理好两者之间的关系,实现它们的效益最大化,则要求对核阅的范围、内容等进一步明确和细化,既不能监督过甚拖延效率,也不能弱化监督甚至不监督而使其有失公正<sup>①6</sup>。这就需要规定在实行核阅制度的同时,必须保证核阅部门对裁决书草案的核阅期限有明确规定,如果超过这一期限,对裁决书草案的核阅无法完结,那么则仲裁委员会必须通过这份草案。这对核阅部门提出了较高的要求,但这也是保证仲裁效率之必须。

笔者认为,一项制度存在价值冲突在所难免,可以说没有一项法律制度是毫无瑕疵的,也正是存在价值冲突和程序瑕疵,才需要对其进一步的完善,法律才有发展的空间。应当从制度阐明和程序设计上入手,巩固核阅制度已有的法理基础,同时缓和存在的价值冲突,力图在对仲裁庭的监督中发挥其最大的作用。

## 三、实践中核阅制度现状及缺陷

### （一）核阅制度的现状

国际上,最先提出这一制度的 ICC 对其相当推崇,其甚至声明核阅制度是仲裁服务和案件管理的基本制度<sup>①7</sup>。除此以外,新加坡国际仲裁中心、中国国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院等国际知名的仲裁机构都十分倚重这一制度。但像伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会、巴黎国际仲裁院、香港国际仲裁中心等仲裁机构却并未承认这一制度,主要原因也是在于前述提到的认为核阅制度影响当事人意思自治,破坏仲裁庭独立性等。例如有学者就认为《CIETAC 2005 仲裁规则》把仲裁机构监督裁决书的范围从“形式问题”扩展到了“有关问题”<sup>①8</sup>,仲裁机构是否会借此来核阅裁决书的实体问题呢?如果是的话,那么这样的规定显然缺乏合理性<sup>①9</sup>。但其实该学者最终的观点也是赞成实行核阅制度的,只是核阅的范围必须限于裁决书的形式问题,而不能涉及实体问题。值得一提

<sup>①6</sup> 同前注<sup>⑦</sup>。

<sup>①7</sup> 袁培皓:《商事仲裁中的核阅制度》,载《重庆仲裁》2018年第23期,第33-34页。

<sup>①8</sup> 又见 CIETAC 现行仲裁规则规定:“仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决书草案提交仲裁委员会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意。”

<sup>①9</sup> 倪静:《CIETAC 2005 年仲裁规则的创新与不足》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2006年第3期,第48-52页。

的是, ICC 有一个著名案例——*Banque Yougoslave de l' Agriculture v. Robin International Inc.* 案件。瑞士苏黎世的高等法院驳回当事人针对 ICC 核阅行为的诉讼请求, 案件当事人认为仲裁庭的行为干涉了仲裁庭独立裁决, 仲裁裁决应当被撤销。该法院认为仲裁庭的权力不构成一种法律禁止的、影响了仲裁庭独立的行为<sup>②①</sup>。法官的主要理由是 ICC 是一所国际性仲裁服务机构, 该机构的仲裁员通常来自不同国家, 而国际商会仲裁中首要的是作出的裁决必须能够被执行, 核阅制度正是为此服务的。核阅过程旨在审核裁决书整体是否保持一致以及逻辑是否连贯。但是, 仲裁庭有时也可以指出某些程序错误要求仲裁庭纠正, 这就是对裁决核阅制度性质的通常描述, 在当事人同意依据《国际商会仲裁规则》进行仲裁时就表示认可了这一制度<sup>②②</sup>。这也从一定层面上反映出法院对仲裁机构实行核阅制度的支持态度, 即当事人选择了仲裁, 也就表明其选择受到仲裁机构的仲裁程序的约束。

在国内, 我国《仲裁法》中并没有关于核阅制度的明确规定, 但这并不妨碍一些仲裁机构在自己的仲裁规则中对其予以规定。从 2017 年开始是中国仲裁发展的新阶段, 一系列的政策和法律出台, 以及仲裁实践和理论的发展、进步, 都引人注目。比如 2017 年关于“仲裁员”资格所做的修改<sup>②③</sup>。同时, 最高人民法院也出台了一系列的司法解释, 这不仅有助于促进我国商事仲裁向国际化转型, 也为我国《仲裁法》的后续修订埋下了伏笔。2018 年底中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》(以下简称《意见》)更是明确指出要进一步完善仲裁内部监督, 建立仲裁委员会对仲裁裁决的核阅制度。这一文件的发布可以说正式拉开了我国《仲裁法》进行全面修改的帷幕, 也是对核阅制度进行完善和细化的一个重要机遇。2019 年 5 月 31 日, 由中国政法大学、法制日报社共同主办的“中国仲裁公信力评估报告发布会暨第二届仲裁公信力论坛”上发布了“全国十佳仲裁机构”名单, 在这十所具有代表性的仲裁机构中<sup>②④</sup>, 有一半的仲裁机构在其仲裁规则中都规定了核阅制度。会议上还发布了一组关于“当事人选择仲裁”和“当事人不选择仲裁”原因的数据, 该组数据表明, 当事人选择仲裁的最主要原因在于“高效”, 而当事人不选择仲裁的主要原因在于担心仲裁“过于灵活有陷阱”。这反映出, 一方面必须适用核阅制度来调整仲裁的灵活性, 使仲裁兼具灵活性和规范性。另一方面, 也必须保证在适用核阅制度的同时不能影响仲裁的办案效率, 不能以核阅为由使案件久拖不决。笔者查找过一些国家的仲裁立法, 比如英国、美国、日本、韩国、瑞士等, 它们并未将核阅制度写进相关法律中, 但这并不妨碍一些仲裁机构对它的承认。上述提到的案例中, 法院对仲裁机构实行核阅制度的态度至少

<sup>②①</sup> 杜丽君:《国际商会国际仲裁院研究》, 华东政法大学博士学位论文, 2016 年。

<sup>②②</sup> W. Laurence Crag, William W. Park and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, INC., p.383.

<sup>②③</sup> 陈福勇:《新时代的融合: 中国仲裁的国际化与国际仲裁的中国化》, 载《人民法治》2018 年第 05 期, 第 7-12 页。

<sup>②④</sup> “全国十佳仲裁机构”名单, 中国仲裁公信力评估报告发布会暨第二届仲裁公信力论坛, <http://www.chinaarb.org/profile/Details/9c2ba50aabac4cfb87098c41280c49ef>, 最后访问时间: 2019 年 5 月 31 日。

也是并不否定。因此,如果我国在《仲裁法》中确立核阅制度,那也将成为此次仲裁改革的一大亮点,是具有中国特色的仲裁立法发展。

## (二) 核阅制度的缺陷

目前我国商事仲裁裁决核阅制度存在的缺陷主要在以下几个方面:

### 1. 核阅制度的立法缺失

目前来看,核阅制度在我国商事机构仲裁中的状态是立法未设,实践先行。中国国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、中国海事仲裁委员会作为国际仲裁机构,都在自己的仲裁规则里规定了这一制度。除此以外,武汉仲裁委、重庆仲裁委等仲裁机构也肯定这一制度。这几家仲裁机构在我国 255 家仲裁机构中都可以说是“佼佼者”,能够取得突出的工作业绩,一方面与仲裁员的专业水平、职业素质有直接关系,但另一方面也必须肯定仲裁委员会的组织和管理能力为仲裁庭仲裁案件提供了基本的保障。前述提到,实行核阅制度是仲裁机构对仲裁庭发挥监督职能的一大途径,因此这一制度可以在我国仲裁机构中推而广之。但如果没有立法的明确指引,在推行的过程中难免会遇到阻碍,同时其他仲裁机构学习借鉴也较难把握关键。不过,《意见》中已经明确指出,要确立仲裁核阅制度,我国对核阅制度的态度已经不言而喻。既然官方对核阅制度持肯定态度,当前就应当加快相应的立法进程,填补立法空白,为核阅制度的普及提供立法保障。

### 2. 核阅制度主体不明确

首先是创设这一制度的 ICC。ICC 原内部规则第 11 条的明确规定,所有的裁决都要求提交到全体会议进行核阅。但事实上,这实现起来非常困难。ICC 的仲裁人员来自全球,他们并不能随时召开全体会议,而只能召开定期会议。对于一些细微的错误诸如裁决书格式、计算、文字等方面由全体会议进行核阅也确实有些小题大做,一般情况下交由秘书处进行核阅也许更加合理。其次是我国国内规定该制度的众多仲裁机构,在其仲裁规则中关于核阅主体几乎使用的都是“仲裁机构”、“仲裁委员会”“仲裁院”等表述,仲裁机构规则仅仅规定由仲裁委员会(仲裁院、仲裁机构)来行使核阅权,但到底是仲裁委员会中的哪一部门来行使这个权力,仲裁秘书?已经成立的专家咨询委员会?还是几个部门联合?可能每个机构各有各的一套规则,我们不得而知。不过笔者认为,不管是需要单独成立一个仲裁核阅部门,亦或是在目前各仲裁机构已有的操作经验基础上对主体规定进一步完善,核阅主体的明确都是必须的。因为只有明确主体才能明确责任归属,否则再发生郑州仲裁委员会某案件的裁决书上出现的“处长意见”而被法院裁定不予执行的事件,仲裁机构的形象将大打折扣。

### 3. 核阅内容和范围不明确

这是核阅制度最核心的问题,也是目前争议的焦点。总结学者们的研究,对于仲裁核阅制度的内容和范围,一些文献进行了相应的分类,基本都涉及形式和实体两部分。但是对于形式问题和实体问题却没有统一的划分,同时对于核阅的范围究竟是仅限于形式还是也包括实体,意见也并不一致。李登华通过对 ICC1998 年仲裁规则的分析,认为包括 4 个方面:审查是否违反仲裁地的强制性规定、审查是否存在程序瑕疵、以及对形式

问题的修改权和对实体问题的建议权<sup>②④</sup>。汪祖兴则赋予了核阅部门两项职能,即对裁决书进行核阅和就裁决书草案中出现的问题提出建议的职能,但他更倾向于将实体问题交由人民法院审查<sup>②⑤</sup>。徐前权等部分学者还提出必须承认形式问题和实体问题的重叠性,即无法实现形式问题和实体问题的绝对分离<sup>②⑥</sup>。值得一提的是,至少对于核阅裁决书格式并保证其统一,是目前学者们已经达成基本共识的一点。为什么一定要明确核阅的范围,笔者认为,如果没有关于核阅范围的明确规定,很有可能造成两个极端,一是对裁决书草案几乎没有核阅,那么核阅制度就会形同虚设;二是对裁决书草案进行全面细致、深入的核阅,就目前我国运行良好的仲裁机构的状况来看,也和法院一样存在着“案多人少”的问题,如果对所有裁决书草案都进行全面核阅,不仅影响仲裁庭的独立性,对仲裁机构也增加了许多办案压力。因此,必须厘清核阅的内容和范围。

#### 4. 核阅程序不清晰

目前,至少通过各种仲裁机构的仲裁规则来看,无从知晓核阅制度的具体流程。这势必导致很多问题,例如核阅是否有期限限制?期限是否包括在仲裁庭审理案件并作出裁决的时间内?核阅主体与仲裁庭就裁决无法形成统一意见如何解决?仲裁委员会是否可以以此为由不予批准裁决书?这一系列问题的解决办法,似乎对仲裁委员会和仲裁庭之外的包括当事人在内来说都并不清晰。前述有提到,当事人选择一家仲裁机构进行仲裁就视为选择了该机构的仲裁程序,应当受其仲裁程序的约束,但无论如何,也应当是受明确的仲裁程序的约束,也即当事人应当享有对仲裁程序的知情权。明确仲裁程序能够保障当事人的知情权,也能规避上述问题,为仲裁程序的运行提供明确的指引,提高办案效率。

## 四、仲裁立法确立核阅制度的建议

如前所述,目前核阅制度存在一些缺陷需要予以弥补。就此问题而言,有学者认为必须明确核阅主体、内容和范围,完善核阅流程,完善配套体系。还有学者认为核阅范围仍然应该限定在程序问题的监督,这可以说是现行理论和实践的主流观点。学者邱蓉的建议则更为具体:1. 把准问题,充分协调;2. 对于疑难案件,仲裁委员会通过多层面的讨论,形成统一意见,再行与仲裁庭探讨;3. 对可能给仲裁委员会造成负面影响的情况,核阅部门应当告知仲裁庭可能要承担的责任。4. 对于核阅过程中发现的一些带倾向性问题,提出一些指导性意见,供仲裁庭参考;5. 通过核阅仲裁书对仲裁员的业务水平进行考察。裁决书是经过案件全部仲裁过程的最终产品,能够比较客观地反映出仲裁庭成员的专业水平和职业素质<sup>②⑦</sup>。对于这些问题,笔者也将在下文提出自己的一些想法。但同时,

<sup>②④</sup> 同前注<sup>⑤</sup>。

<sup>②⑤</sup> 同前注<sup>⑬</sup>。

<sup>②⑥</sup> 徐前权:《论我国仲裁监督体制》,载《法学评论》1997年第6期,第38-44页。

<sup>②⑦</sup> 邱蓉:《论“裁前告知”程序的完善》,四川大学硕士学位论文,2006年。

笔者也希望,对这一制度的完善能够更加细致和全面,通过预先作出一些规定以应对未来仲裁发展中可能面临的问题,适应仲裁发展的需要。比如近两年临时仲裁在国内仲裁界也慢慢获得认可,特别是最高人民法院2016年底发布的承认自贸区临时仲裁的司法意见无疑是我国仲裁法制发展史上的一大进步<sup>②</sup>。未来临时仲裁在普通商事仲裁中得到承认应该也是一种发展趋势,所以核阅制度的作用范围是否可能涉及临时仲裁。基于上述种种,笔者的想法是:

### (一) 仲裁立法填补法律空白

之所以应将核阅制度明确规定在《仲裁法》中,总结前文的内容,主要包括如下几点:一是核阅制度是仲裁机构实行自我监督的重要方式,通过核阅裁决书草案,可以在裁决书形成的最后环节,发现仲裁过程中可能存在的程序、事实认定等事项的问题,以及对裁决书格式进行最后的调整,以提高裁决书的公正性,保障裁决书的质量,降低仲裁庭和仲裁委员会可能承担的风险。二是适用核阅制度,对于核阅制度的具体内容应当有法律明确规定,例如核阅主体、核阅程序等内容。这样既能为核阅制度的具体适用提供明确的法律依据,也是一种事先向仲裁庭和当事人作出仲裁机构有权介入仲裁过程的说明,当然前提是必须保证介入的程度是有限的。三是能够在规定适用核阅制度的同时规定核阅的最终结果不得作为对仲裁员绩效考核的依据,除违反法律强制性规定以外,当事人的意思自治和仲裁庭的独立性应当优先于对核阅意见的采纳。四是通过前文列举的ICC案例和司法解释来看,不论是国外还是我国对核阅制度都是比较肯定的态度,如果能够在核阅过程中发现可能存在的问题并予以纠正,则不论是对仲裁机构还是当事人亦或是人民法院来说都可以说是具有积极作用的。1995年我国开始实施《仲裁法》,这对我国仲裁的发展具有十分重大的意义。一裁终局、或裁或审等制度的确立,指明了仲裁的独立地位,提高了解决纠纷的效率。因此,为了核阅制度能够得到更广泛的适用,裁决书的质量能够更有保障,应当在《仲裁法》里确立核阅制度。

与此同时,前述已经提到目前核阅制度存在的关键问题是内容和范围不明确,笔者认为可以在《仲裁法》中对此问题予以回应。笔者的观点是:在不可避免的情况下,核阅主体可以对裁决书的实体问题进行核阅(在核阅过程中必然涉及对案件事实等内容的了解)。但是,其只能就裁决书的形式问题提出让仲裁庭予以修改的意见,例如错别字、计算错误、文书格式等问题,这是为了促进裁决书的规范性和统一性。对于裁决书的实体问题,核阅主体可以提请仲裁庭予以注意,但这并不必然导致仲裁庭对裁决书进行修改,在此情形下,仲裁机构无绝对的批准权(即仲裁庭不纠正就不予批准的权利)。所以,《仲裁法》可以规定核阅主体有权对裁决书草案进行核阅,并对裁决书的形式问题提出修改意见,仲裁庭对修改意见应当采纳。核阅部门就裁决书实体问题提请仲裁庭注意时,

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》,法发〔2016〕34号,2016年12月30日发布。“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的,可以认定该仲裁协议有效。人民法院认为该仲裁协议无效的,应报请上一级法院进行审查。上级法院同意下级法院意见的,应将其审查意见层报最高人民法院,待最高人民法院答复后作出裁定。”

不得影响仲裁庭的独立性,仲裁庭组成人员应当承担一定的裁决书可能被法院撤销或不予执行的不利后果,违反法律规定的仲裁员,还要负相应的刑事责任。但是,对于仲裁程序明显违反当事人意思自治或者法律规定的,仲裁事项或仲裁内容明显不属于仲裁范围的,核阅人员通过阅读裁决书草案发现存在明显问题的以及裁决书草案以核阅人员所具备的专业水平都难以理解的,对于上述几种情况,笔者认为核阅部门可以保留提请仲裁庭注意并考虑是否予以修改的权利。因为上述事项所提及的“明显”是指按照公众以及多数办案人员对法律规定的通常理解,仲裁庭的做法已超出这一理解范围的情形。

对于核阅主体等问题,则可以交给仲裁机构自行确定。原因是目前核阅的内容和范围较为混乱,由《仲裁法》进行统一规定,一方面可以为尚未建立起核阅制度的仲裁机构提供方向;另一方面由于以前缺乏统一的界定,而仲裁机构也担心对仲裁庭的过度干预,引起大家对该制度的不满,在实行核阅制度时总是束手束脚,甚至过于小心谨慎,这其实并不利于核阅制度功能的发挥。不过考虑到各仲裁机构的发展状况和内部机构设置有所不同,且也一直强调要加强仲裁机构的自我监督,减少过度干预,以保证仲裁机构的独立性,所以对于核阅主体等内容则可以由仲裁机构根据自身情况予以明确和调整。当然,上述构想还出于这样一种考虑——尽管近年来,仲裁这种“定纷止争”的方式在我国越来越受欢迎,但不得不承认目前我国仲裁发展还存在着许多问题,仍有许多不足之处尚未与国际接轨,学界也有一些学者认为《仲裁法》作为仲裁的一般法律宣传还不够深入,影响不够<sup>②</sup>,许多条文规定得较为浅显,缺乏清晰的指导。这些现象造成的局面是:仲裁仍然很大程度上依赖行政力量,各仲裁机构也各自为伍,没有形成一股推动仲裁发展的合力,《仲裁法》也并未像诉讼法一样得到应有的重视。所以,有必要在增加或修改相关条文时,对其予以一定程度的细化和明晰,但同时还应保证仲裁机构的独立性,对于仲裁机构能够自己制定的内容,《仲裁法》不去多加干涉。

最后,应将核阅制度与仲裁员责任追究机制相联系,同时可以考虑建立核阅制度的救济机制。即如果仲裁庭明知裁决书存在重大错误或违法,而坚持作出这份裁决。在裁决一旦被法院撤销、不予执行,或在裁决书履行过程中损害一方当事人合法权益的,仲裁庭及其仲裁员应当承担相应的责任。目前《仲裁法》对于这一部分的规定较为简单,可以参照其他法律予以细化。核阅制度在其中的意义是,在认定仲裁员责任程度时,可以将仲裁庭对核阅主体建议的接纳程度作为参考依据之一:核阅主体在先前已经提请仲裁庭注意过裁决书的有关问题,仲裁庭却未对此予以考虑,则可以认为仲裁庭是明知的。当然对于这一机制《仲裁法》可以有多大立法空间,这是可以深入探讨的问题。另一方面,仲裁员和当事人的有关合法权益也应当予以保障。如果仲裁机构实行核阅制度过程中“越界”,以“不采纳则影响考评”的方式影响仲裁员和仲裁庭独立作出决断,侵犯当事人权利,则他们可以采取什么救济方式维护自己的合法权益。《仲裁法》中应当给予大致的方向,从而给仲裁机构提供自我完善自我监督的空间,但应当为当事人保留寻求

<sup>②</sup> 山东省司法厅课题组、迟丽华:《新时代背景下〈仲裁法〉修改研究》,载《中国司法》2019年第7期,第56-61页。

法院救济的最终途径。

## （二）对存在问题的回应

第一,明确核阅制度的主体。首先从实践来看,仲裁秘书应该是除仲裁庭以及当事人以外最了解案情的人,所以仲裁秘书理应成为核阅主体之一,也应当相信仲裁秘书有能力对裁决书草案中的一些比较简单并不涉及文书实质内容的问题作出判断并和仲裁庭进行协商。其次根据目前我国实行了核阅制度的仲裁机构的实际操作情况来看,仲裁事务处处长,或者仲裁秘书处处长具有对裁决书草案进行初核的权力,因为这些部门在其机构内部都具有对仲裁有关事项进行管理的职能,而且也要求其需要具有一定的专业性,所以可以作为核阅制度另一大主体。除此以外,仲裁委员会主任对整个仲裁机构的运行进行管理和监督,且根据《仲裁法》的规定,仲裁委员会主任应当由法律、经济贸易专家和有实际工作经验的人员担任,所以其核阅裁决书草案的能力毋庸置疑。最后,几乎所有仲裁机构都成立了专家咨询委员会,主要负责对本仲裁机构中的重大、疑难案件进行研究讨论,对所咨询的案件提出专家鉴定意见。所以,在仲裁庭和其他核阅主体产生重大意见分歧时,可以考虑将裁决书草案交专家咨询委员会进行探讨。当然,必须明确的是,为了不影响仲裁效率,上述核阅主体并不是必须参加每一个案件的核阅程序。此外,对于 ICC 提到的上交全体会议,笔者认为没有这样的必要,因为目前我国仲裁机构内部也有具体的仲裁领域划分,以重庆仲裁委员会为例,就包括国际、国内贸易领域,建设、房地产领域,金融证券领域,每个仲裁员都有自己擅长的领域,如果召开全体会议讨论属于其中某一领域的某一案件,其他两个领域的仲裁员可能会由于对该领域相关知识的欠缺而作出错误的判断,影响裁决书的最终形成。总之,如果明确仲裁机构要适用核阅制度,了解案情具备一定专业能力的仲裁秘书可以对裁决书草案的简单事项的修改与仲裁庭协商,其次可以考虑建立专门的核阅部门,由机构内部相应专业领域水平较高的仲裁员组成常任组成人员,另外再设立一些可定期变动的人员名额,以此形成一个较高水平的核阅队伍,负责核阅工作的落实。不过该设想也应由仲裁机构视情况而定,因为按照这一构想,部分仲裁机构的核阅部门组成人员和专家咨询委员会的组成人员以及他们的工作内容可能会有一定的重合。

第二,厘清核阅的内容和范围。就如徐前权学者所说,实体和程序问题是无法完全分离的。核阅主体在核阅裁决书草案过程中可能无法避免的会涉及裁决书草案的实体部份,比如关于计算错误,可能并不是简单的数字加减乘除,同样需要分析当事人之间的债务纠葛。因此,关键其实在于核阅主体是否有权就实体部分的内容提出修改意见,以及与仲裁庭产生意见不一致的情况时,应当谁的意见为主?在仲裁机构的实际操作中,大多赋予了核阅部门对裁决书形式问题的修改意见权,而规定仅在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,可以对裁决书的实体问题提请仲裁庭注意。这其实已经表明了核阅部门在核阅时可以核阅裁决书草案的实体问题,事实上,对于裁决数草案实体问题的触及也是在所难免的。但对于上述两项权力,如学者所说,“意见”和“建议”是含义不同的词

汇,对于意见一般来说必须听取,而对于建议则不一定要听取<sup>③〇</sup>。所以应当认为核阅部门有权对裁决书草案的形式问题包括裁决书格式、计算、文字使用等提出修改意见,仲裁庭对于这部分修改意见应当听取。这其中对于核阅裁决书草案以统一裁决书格式在学界已经基本达成共识。而就涉及实体问题的部分而言,除上述笔者提及的几项特殊事项以外,核阅部门无权要求仲裁庭必须听取,即在仲裁庭与核阅部门产生重大分歧时,为保证仲裁的独立性,仍应优先采纳仲裁庭的观点,仲裁机构也不能以此拒绝在裁决书的通过。这样一来,也能避免核阅部门在裁决书草案的实体问题上停留太多时间,甚至作出“二次裁决”和冲突裁决,影响仲裁效率。

第三,明确核阅程序。核阅程序包括前面提及的核阅的基本流程、核阅期限,仲裁委的批准权等问题。在核阅制度的程序设计上,笔者有幸了解到重庆仲裁委内部核阅程序运行的大概流程。首先是由该案件的仲裁秘书对裁决书草案予以审核,对于草案中存在的一些简单的问题诸如文字错误由仲裁秘书和仲裁庭沟通进行纠正即可;仲裁秘书对草案进行初步核阅后,再将草案提交给仲裁事务处处长,由处长对草案进行核阅,处长对草案持有与仲裁庭不同的意见时,可以和仲裁庭进行探讨;如果意见不能统一,裁决书草案则会被提交给仲裁委员会主任,由主任核阅后与仲裁庭交换意见;直至最后裁决书草案会被提交到专家咨询委员会进行讨论。虽然这一过程看似繁复,但事实上一方面并非所有的案件都会走完这些流程,大多数问题都能在第二或第三步得到圆满解决,另一方面这也是为了保证裁决书的质量。据笔者的了解,如果仲裁庭仍然坚持自己的观点,仲裁委员会也必须批准该份裁决书草案,所以仲裁庭的独立性并未受到实质性的影响。除此以外,笔者认为是否可以进一步借鉴人民法院审理民事案件时通过简易程序、速裁程序等对案件予以分流的制度设计,在对裁决书草案进行核阅时,也根据案件标的额的大小以及双方权利义务是否明晰、争议大小等确定不同的核阅程序,以减少核阅程序对仲裁效率的影响。对于核阅的期限问题,笔者认为为了保证仲裁的效率,防止案件的审结超过当事人的合理预期,应当规定核阅部门对裁决书草案的核阅期限计入仲裁庭对案件的审限中。这既能保证案件的及时审结,又能促进仲裁庭和核阅部门之间的相互督促。因为,在这样的程序设计下,核阅部门会监督仲裁庭尽快制作裁决书草案,仲裁庭也能提醒核阅部门尽快完成核阅。此外,学者邱蓉关于将裁决书质量作为仲裁员业务水平考察依据之一的观点值得考虑,不过要注意严格把控标准,不能因仲裁庭不听取核阅部门关于草案实体问题的建议,而因此影响其绩效考评,如果是这样,那么仲裁机构就已经越过了保证仲裁独立性的红线。

### (三) 核阅制度和临时仲裁

临时仲裁是指不由任何已设立的仲裁机构进行程序管理,而是由当事人双方将他们之间的争议提交他们选定的仲裁员,根据他们自己设计或选定的仲裁规则,仲裁员进行

<sup>③〇</sup> 李华振:《国际商事仲裁裁决书研究》,西南政法大学硕士学位论文,2005年。

审理并作出裁决的商事仲裁<sup>①</sup>。临时仲裁实际上是仲裁的最初形态。我国商事仲裁组建至今对临时仲裁一直保持一种不大肯定的态度,但事实上国际仲裁中临时仲裁一直都被广泛的认可和适用。因临时仲裁和机构仲裁相比程序更为灵活、更加便利,近年来,我国仲裁界也在逐渐改变对它的态度。这一趋势首先就体现在最高人民法院对在自贸区适用临时仲裁的认可。但不可否认的是,临时仲裁的确也存在一定的缺陷,例如过度依赖与当事人的合意,缺乏对仲裁程序的规范,以及由于仲裁员资质的参差不齐,作出的裁决可能有失公正从而影响当事人对仲裁的信任度。因此,临时仲裁到底要不要适用核阅制度?或者说它有没有适用的可能性?此前对于核阅制度的探讨几乎没有涉足过这一部分,学者们都将核阅制度置于机构仲裁下进行研究。因为在临时仲裁中,当事人意思自治甚至突破了机构仲裁对仲裁程序等的相对限制,甚至在作出裁决以后,仲裁庭就即行解散了,要对临时机构仲裁裁决进行核阅似乎不太现实。但毕竟涉及到对当事人权力义务进行分配的终局性,仍然要保证裁决书的质量。不过与机构仲裁中的核阅有所不同,临时仲裁所作的裁决书,裁决的形成过程以及裁决书的质量更强调以仲裁员的信用作保障。即仲裁庭在作出裁决后,要对裁决尚有不足的地方自我完善,对其公正性合理性要自我监督。这对仲裁员本身的工作能力和道德素质都要求极高,因此在裁决书出现文字、计算等瑕疵错误后,应当允许对裁决书进行补正,既可以是当事人在收到裁决书后的一定期限内就该错误请求原仲裁庭(一般应当是首席仲裁员)进行补正;也可以是仲裁庭在发现错误后进行自我纠正。在裁决书存在较大缺陷的情况下,例如超过仲裁范围作出裁决,违反仲裁程序等,一方面当事人可以向法院提起民事诉讼,请求法院撤销或不予执行仲裁裁决,另一方面,如果仲裁庭的错误十分严重,已经触犯相关的刑事法律,则相应的仲裁员还要为此承担刑事责任。当事人的监督以及仲裁庭的自我监督是临时仲裁与机构仲裁在实行核阅制度时的不同之处。

上述构想的缘由是,从现有我国各自贸区仲裁机构<sup>②</sup>的仲裁规则审视,常设仲裁机构仅为临时仲裁的仲裁庭提供经委托或者授权进行程序性服务,对临时仲裁的仲裁庭及仲裁员行为无法律监督义务。因而,核阅制度适用范围为有限范围,仅适用于机构仲裁中的仲裁裁决,核阅制度也有适当的限制,不宜在临时仲裁中适用,其法律救济途径,应该由当事人选择法院监督。

## 五、结 语

核阅制度作为一项加强仲裁机构内部监督的法律制度,对保障仲裁裁决的质量,维护仲裁权威,增强仲裁公信力起着重要作用。但目前我国商事仲裁中,核阅制度的适用

<sup>①</sup> 同前注<sup>⑩</sup>。

<sup>②</sup> 见《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则》第2条第5款规定:“仲裁委员会可以根据当事人约定适用的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或其他仲裁规则作为仲裁员指定机构,并依照约定或规定提供其他程序管理服务。”

还有很多问题亟待解决,例如核阅范围不明确,核阅主体不确定,核阅程序不清晰等问题。此外,还存在一些对核阅制度的质疑,例如影响当事人意思自治,降低仲裁效率,破坏仲裁独立性等。上述问题和质疑的存在,制约了核阅制度在我国商事仲裁中的进一步发展。因此,首先应当完善核阅制度的立法,将核阅制度明确规定在《仲裁法》中,其次应当对上述问题予以解决。例如明确规定核阅的范围和有关权力,即核阅部门具有对形式问题的修改意见权和实体问题的提请注意权。对于前者有关的核阅意见,仲裁庭应当予以遵守,但对于后者的修改建议,除特殊事项以外,仲裁庭可以不予采纳。又如应当明确规定核阅主体及核阅的具体事项,对案情了解的仲裁秘书可以核阅裁决书草案的简单事项,其他事项应当由专业水平更高、经验更丰富的专业仲裁员予以核阅,以保证裁决书的质量。此外,从目前来看,核阅制度应当仅限于机构仲裁中,而对于临时仲裁,给予其更加的灵活的特性,核阅制度发挥作用的空间并不大,因此仍主要依靠仲裁庭的自我监督和人民法院的外部监督。国家对于确立核阅制度的肯定态度意味着,在将来核阅制度的适用将更加广泛,因此有必要在我国商事仲裁机构对核阅制度全面适用以前,就对核阅制度目前存在的问题予以回应提出可行的解决方案,如此方能保障未来核阅制度推行的更加顺畅,从而发挥更大的监督作用。

---

**Abstract:** At present, the Arbitration Law of the People's Republic of China has not established a review system. There remains problems including lack of legal basis, unclear subject, inconsistent scope, and unclear procedures in the application of the existing review system in China's commercial arbitration. This article mainly studies the legitimacy, status quo, defects and improvement paths of the review system. The article discusses the basic content of the review system, including its background, definition and legal basis, expounds the value balance in the implementation of the review system, mainly discusses the feasibility of the parallel existence of the review system and values including respect for the autonomy of the parties, and guarantees the independence of the arbitration tribunal, and then analyzed the current situation and defects of the review system, and put forward corresponding suggestions for improvement in response to the above-mentioned problems.

**Keywords:** review system; review scope; review procedure; review subject; arbitration law

---

(责任编辑:魏庆)

# 国际仲裁程序中对政治敏感性证据的排除

王耀国 苏伟\*

**内容提要** 对政治敏感信息保护是国际仲裁程序中独有的事项,其在国际投资仲裁中的适用更为常见。涉及的证据对于请求保护一方往往具有重大保密意义,甚至可能关系到重大国家安全利益,通常已经构成了请求方国内法意义上的保密证据或特权证据,因此被申请方在国际仲裁程序中援引。该项制度起源于国际法对国家主权、安全利益以及国内法的谦让原则,但该原则同时受到国际法另一项原则的约束,即国家应当诚实履行国际义务,且不得依据国内法来规避国际义务原则。该制度已经在实践中得到了普遍的承认和适用,作为可以被合法排除出证据开示程序的合法理由之一被纳入《国际律师协会国际仲裁取证规则》第9条。国际仲裁庭普遍认为该项原则是一项“合格特权”,仅在被仲裁庭认定为具有说服力的理由时才能适用。在仲裁实践中,该原则的运用表现出了以下四大特点:第一、以仲裁庭裁量权为核心;第二、兼顾适用国内法和国际法原则;第三、主张应当在被充分并且公正地履行了国内程序的前提下提出;第四、强调证据保护和推进仲裁程序之间的利益平衡。从国际仲裁已有的判例中来看,仲裁庭对于这类请求通常施加非常苛刻的程序性要求,其背后的理由是严格控制一方利用此项制度规避履行举证义务。该项制度的适用受到仲裁庭裁量权影响程度非常大,对于保护我国参加国际仲裁的企业的合法权益以及我国的国家利益具有重要意义。

**关键词** 国际法 国际仲裁 证据开示 政治敏感证据 证据排除

国际仲裁程序对各方提交证据的可采性(admissibility)一般不设门槛,而是将其留待对证据力的具体评价阶段来判定。<sup>①</sup>正如国际常设法院(PCIJ)的Huber大法官所指出的:“双方可以根据需要提交任何证据,只要法院也认为这些证据具有相关性,便可以完全自由地对此进行评估。”<sup>②</sup>雷德芬和亨特甚至认为国际仲裁庭在证据可采性方面可以

\* 王耀国,中国人民大学民商事法律科学研究中心企业法治研究所所长,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员;苏伟,北京坤韬律师事务所创始合伙人,国际仲裁员、中国仲裁法学研究会会员,国际法博士。

① Samir Saleh, *Reflections on Admissibility of Evidence: Interrelation between Domestic Law and International Arbitration*, *Arbitration International*, Vol.15: 2, 1999, p. 150.

② PCIJ, Series D, Acts and Documents Concerning the Organization of the Court, 1926, Addendum to No. 2, Revision of the Rules of Court, p. 250.

脱离除法律特权以外的法律规则而作出裁决。<sup>③</sup> 目前主要国际仲裁规则普遍将“可采性”与证据的“关联性 (relevance)、重要性 (materiality) 及证明力 (probative value 或 weight of evidence)”并列作为仲裁庭衡量证据效力的四项标准。可见“可采性”与其他三项证据采信一般标准的概念是不同的,如果雷德芬和亨特的评论是正确的,那么对证据特权的评判应当是受到一定规则的约束。本文将在证据可采性的框架内讨论敏感证据特权的排除问题,其他三项一般标准不在本文的讨论范围内。目前主要仲裁规则对证据采信的通行做法是将充分的裁量权授予仲裁庭。有别于司法程序,特别是普通法系下的司法程序,国际仲裁庭对证据规则的适用并无一定之规,有权不适用证明力的任何技术规范也是国际仲裁程序的特色之一。<sup>④</sup> 例如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)第 27.4 条仅规定:“仲裁庭应就各方所出示证据的可采性、关联性、实质性和重要性作出决定。”<sup>⑤</sup> 《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》(SCC Arbitration Rules)第 31.1 条也作出了类似规定:“证据的可采性、关联性、实质性和重要性应当由仲裁庭作出决定。”<sup>⑥</sup> 此外,《国际律师协会国际仲裁取证规则》(以下简称“《IBA 取证规则》”)对此也有类似的原则性规定。<sup>⑦</sup>

目前仅少数取证规则或投资条约对证据的排除有原则性规定。其中最具影响力的当属《IBA 取证规则》第 9.2 条所列出的可供排除证据的几个理由,其中 9.2 (f) 即作了如下规定:“仲裁庭应根据一方当事人的请求或自行决定,将属于以下情况的文件资料、陈述、口头证言或勘验排除在证据或出示范围之外:……(f) 仲裁庭认定的具有说服力的特殊政治或机构敏感性理由(包括被政府或国际公共机构归类为机密的证据);……”<sup>⑧</sup> 《北美自由贸易协议》(North American Free Trade Agreement, NAFTA)第 2102 (a) 条也有类似规定:“本协议的任何部分不应被理解为……要求任何一方提供或允许获得其认为披露将导致违反核心安全利益的信息。”<sup>⑨</sup> 鉴于证据规则对具政治敏感性的证据(包括被政府或国际公共机构归类为机密的证据)(以下简称“政治敏感证据”)的保护规则仅有原则性规定,同时授予仲裁庭充分的自由裁量权对此予以解释和适用,采用实证

<sup>③</sup> N. Blackby, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6th ed., 2015, pp. 565–566. “The admissibility of evidence is generally left to the discretion of the tribunal. There are no fixed rules. When determining the admissibility of documents, the tribunal’s authority is detached from the rule of law in other respects, except for the principles of legal privilege, including those involving the confidentiality of communication between lawyers and client” .

<sup>④</sup> G. Born, *International Arbitration: Law and Practice (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2015, pp. 181–182.

<sup>⑤</sup> 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则(2013)》<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>, 最后访问时间:2020年10月9日。

<sup>⑥</sup> 《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则(2017)》[https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules\\_eng\\_2020.pdf](https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf), 最后访问时间:2020年10月9日。

<sup>⑦</sup> 《国际律师协会国际仲裁取证规则(2010)》第 9.1 条 <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>, 最后访问时间:2020年10月9日。

<sup>⑧</sup> *Supra* note 7, Article 9.2.

<sup>⑨</sup> 《北美自由贸易协定》<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%286%29.pdf>, 最后访问时间:2020年10月9日。

主义研究方法对于理解和适用该规则尤为必要。总体来看,仲裁庭对各方提供证据持开放态度是一般原则,对符合条件的证据主动或应要求作出排除或不予开示的决定则属于例外情形,实践中对此似乎已经形成了一定的具有连续性和稳定性的裁判规则。<sup>⑩</sup>

必须提到,受基本法律制度的影响,我国的仲裁证据规则对于证据特权制度的规定比较原则并且欠缺完整性,虽然近年来受到《IBA 取证规则》第 9.2 条的影响也是不言而喻的。例如,《贸仲委证据指引》(2015)(以下简称“《证据指引》”)规定了类似证据开示制度的“特定披露请求”制度。<sup>⑪</sup>同时,《证据指引》的第 7.3 条规定了类似《IBA 取证规则》第 9.2 条所规定的仲裁庭可以驳回的证据开示请求的理由,但其中并不包括“政治敏感证据”,而是代之以“披露将导致国家秘密、商业秘密或技术秘密的泄露”可免于披露。<sup>⑫</sup>此外,《证据指引》还参照了《IBA 取证规则》,原则性地规定了仲裁庭对律师与客户之间以及和解谈判过程中形成的证据可以不予采纳。<sup>⑬</sup>由于我国参与并最终完成的国际投资案例仍非常稀少,目前对该领域的经验还比较有限。随着我国参与国际仲裁特别是投资仲裁程度的逐步加深,更深入地了解国际仲裁庭对政治敏感证据的排除规则的适用,对于促进该规则在国际仲裁中恰当地运用和发展,进而增加我国在国际规则制定中的话语权具有重要意义。此外,在国际仲裁的实践中,充分地了解并运用这一规则也能实现我国对企业和国家合法权益的充分保护。

目前,无论在国际商事还是投资仲裁领域,《IBA 取证规则》都是具有最广泛的影响力的证据规则,在实践中得到了广泛认可。<sup>⑭</sup> 本文将以《IBA 取证规则》下的证据排除规定为蓝本,广泛结合国际仲裁实践中所体现出的对该规定的运用和解释,对已有的政治敏感证据排除规则进行提炼和讨论。当前国际仲裁证据制度没有严格的规范可供遵守,造成不同仲裁庭在适用规则时存在一定随意性和不可预见性,这一点被广为诟病,也给我国的投资和外资引入带来一定法律风险。作者希望本文对处理我国投资者在“一带一路”沿线国家以及以我国作为东道国的投资仲裁实践有所启示,在适当的情况下为我国企业和政府的行为提供一定借鉴和参考。证据的形成和特权状态的维持贯穿整个交易/项目的准备、实施以及争议解决各个阶段,我国政府和“走出去”的企业对可能存在的政治敏感性证据风险的防范和保护意识亦应始终保持关注。

## 一、作为证据排除理由的政治敏感证据

政治敏感证据的排除请求在国际投资仲裁中最为常见。与商事仲裁不同,投资仲裁程序中往往需要先确定仲裁庭对于争议具有符合投资条约规定的属物和属人管辖权

<sup>⑩</sup> F. Sourgens, et. al., Evidence in International Investment Arbitration, Oxford University Press, 2018, p. 237.

<sup>⑪</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》第 7 条。

<sup>⑫</sup> *Id.*

<sup>⑬</sup> 《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引(2015)》第 19 条。

<sup>⑭</sup> *Supra* note 3, at 390.

(*jurisdiction razione materia and razione personae*)。由于投资仲裁中的一方通常是国家,并且仲裁庭的管辖权一般是建立在国际条约的基础上,各方对管辖权的成立与否,经常会展开证据攻防战,证据开示和排除是常见的手段。证据的政治敏感性是否成立是一个非常复杂的法律问题,特别是在适用法律的问题上双方的交锋经常异常激烈。虽然《IBA 取证规则》将政治敏感证据明确列为可以排除的证据,但并未对该类证据给出任何定义。除了“被政府或公共机构归类为机密的证据”这段表述具有一定的明确性,9.2(f)本身没有提供任何适用方面的指引。这样的做法可能出于三方面的考虑:一方面不希望本条对仲裁庭在证据事项上享有自由裁量权做出过多干涉;<sup>⑮</sup>另一方面为了避免适用复杂的冲突法规范,如果过度限定政治敏感证据将不可避免地涉及该类特权建立的法律依据,政治敏感证据本身即呈现出多样化的复杂形态,而就特权证据的整体而言,其在不同法律体系下的外延和内涵可能完全不同,而确定特权适用法律过程通常是一个非常复杂且具有争议的过程;<sup>⑯</sup>此外,《IBA 取证规则》的适用范围非常广,在具有仲裁地概念的仲裁程序和非本地化仲裁程序中,仲裁地法中的强制规范以及对执行中公共政策遵守的考虑明显不同,概括地规定也是为了避免和国内法强制性规范产生正面的冲突。<sup>⑰</sup>毕竟《IBA 取证规则》的基本属性是没有约束力的“软法”,其适用需要由各方或仲裁庭明确选择,有别于对仲裁庭和各方具有约束力的仲裁规则和具有强制效力的国内法。<sup>⑱</sup>

国际律师协会的官方解释为理解和适用9.2(f)提供了一定的指引。国际律师协会下设的仲裁委员会作为起草《IBA 取证规则》的机构,对9.2(e)和(f)(两者为同类条款)的立法目的作出了说明,说明指出:“当国际仲裁程序中某些内部文件被要求作为证据出示时,根据有关国内法,这些文件可能在某些司法管辖区的法院无法出示。此外,有些文件还可能受到某种商业或技术保密条款的约束而无法出示。针对这类国内法下的保护,《IBA 取证规则》也承认这些文件不应当在国际仲裁程序中纳入到开示的证据范围之内。同时,为了满足某些国际政治组织提出的关于其内部的保密信息也不应纳入开示的文件范围的要求,规则将机构敏感性证据也列入了排除范围。”<sup>⑲</sup>由此可以看出,起草者认为具政治敏感性的证据在司法程序中受到保护已经成为了一项得到广泛认可的国际实践,在国际仲裁这种准司法程序中理应给与同等或类似的尊重。该规则起源于国内法,其建立的基础也是国内法。规则没有对国内法作出限定,国内法既包括申请方的本国法,也

<sup>⑮</sup> J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, pp.756-757. (对于维持国际仲裁庭自由裁量权和制定规则以便缩小在程序和证据事项上裁判不协调的问题的争议。)

<sup>⑯</sup> K. Berger, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion*, Arbitration International, Vol. 22: 4, 2006, pp.501-520; R. Mosk and T. Ginsburg, *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 50: 2,2001, pp.345-385. (以律师和客户之间的特权为例,大陆法和普通法系下的特权保护的范 围和存在基础根本不同,国际仲裁实践中特权证据往往涉及多个法域,使用不同法律对某项特权的存 在结果可能根本不同。)

<sup>⑰</sup> P. Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*, Cambridge University Press, 2013, p. 147.

<sup>⑱</sup> *Supra* note 3, at 228.

<sup>⑲</sup> *Supra* note 17, at 145.

包括被申请方的本国法,还可能是第三国的法律,这取决于主张该特权形成的管辖法律。判断是否属于“被政府或国际公共机构归类为机密的证据”也不一定限定为国内法,如某项证据是依据国际公共组织的组织文件、规约、国际条约或协定形成的,其依据可能是该规约、条约甚至可能是一般国际法原则。对形成敏感证据的法律予以考虑的目的仅限于判断申请人主张是否在该法律下有效形成,进而为是否应当在仲裁程序中得到排除提供依据。<sup>②①</sup>

政治敏感证据应当包括三层基本涵义:首先,政治敏感证据在仲裁程序中予以保护性排除作为一项已经得到了较为广泛接受的制度,应当在国际仲裁程序中得到同等或类似的尊重,即便在不适用《IBA 取证规则》或 9.2(f) 被排除适用的情况下,国际仲裁庭也应承认这类证据所固有的特殊利益。保护具有政治敏感性的证据这一原则在国际仲裁中构成一项国际法广泛承认的一般原则;<sup>②②</sup>其次,政治敏感证据必须得到一国政府或国际政治机构根据国内法或内部规则的确认,并且该等确认必须经过适当且必要的法定程序;最后,9.2(f) 对该类证据的保护附有“仲裁庭认定……具有说服力”的条件,该段文字明确要求是否排除该类证据应当由仲裁庭作出决定,而且决定的依据并非国内法,而是仲裁庭认为有关理由具有说服力。条文没有将任何法律确定为适用法律,甚至没有提供确定适用法律的任何指引。由此可以判断对此类证据的排除,仲裁庭在仲裁程序适用法和规则允许的范围内具有自由裁量权。经过平衡各方利益,仲裁庭在 *Bilcon v Canada* 案中将政治敏感证据的特权描述为一种“合格特权”(qualified privileges) 并区别于“绝对特权”(absolute privileges)。<sup>②③</sup> 此处“合格特权”即指满足仲裁庭认为适当的条件才构成的特权,简言之在国内法下构成政治敏感证据并不一定在仲裁庭看来具有同样的意义,而“绝对特权”则指证据本身的属性即可令其构成的特权(如律师/客户间法律通信特权),只要构成该类证据存在即享有特权。该案中仲裁庭适用了 9.2(f),认为其可能在加拿大法律下已经构成了受到保护的证据,但最终并没有依据加拿大法律排除此项证据,而是凭借其自身认为适当的方法对有关证据主张的敏感性进行评估后作出了否定性裁决。<sup>②④</sup> 这也说明了仲裁庭对政治敏感证据是否具有说服力具有适用法层面的自由裁量权。<sup>②⑤</sup> 对此本文将在下文中予以具体讨论。

在国际仲裁实践中,政治敏感证据多为援引国内法提出,因此主张的名目可谓多种多样,目前可见的有“内阁特权”,“公共利益豁免”、“政府秘密”、“决策过程特权”、“政治和机构敏感信息”等。虽然名目繁多,但是其共同点在于以保护国内法规定应当保护的国家/政府秘密的名义提出。国际仲裁庭通常不会因为名义不符合 9.2(f) 的规定而拒

<sup>②①</sup> *Id.*, at 166.

<sup>②②</sup> *Supra* note 4, at 194.

<sup>②③</sup> William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and *Bilcon of Delaware Inc v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No 2009-04, Procedural Order No.13, 11 July 2012, p. 22.

<sup>②④</sup> *Id.*, at 27-31.

<sup>②⑤</sup> *Supra* note 17, at 147.

绝有关请求,而是根据其所保护利益的性质来确定其本质后予以具体分析。

## 二、适用法律

### 1. 国内法和国际法作为适用法

政治敏感证据多出现于国际投资仲裁程序中,并且一般都是国家一方援引其本国法提出的,但是无论结果如何,国际仲裁庭均表示不受国内法的约束。传统理论上,在当事人对适用法律没有明确约定时,国际仲裁程序中确定某一具体事项的适用法一般是先从事项的性质着手,首先确定事项的性质是实体事项还是程序事项,然后根据事项的性质和案情来确定适用法律。程序事项一般适用仲裁地法和仲裁规则,实体事项即可以由仲裁庭直接确定适用法(*voie directe*),<sup>⑤</sup>也可以通过适用冲突规范选择适用法的方法确定(*voie indirecte*)。<sup>⑥</sup>对于政治敏感证据的适用法律,国际投资仲裁庭在实践中却少见从这个角度展开分析,而通常是依据一个包括仲裁规则、投资条约、国内法以及国际法一般原则在内的多层次法律系统来作出裁决。如前文所述,国际投资仲裁中适用法律是一个复杂且富有争议的问题,不同甚至矛盾的观点和实践在仲裁程序中都广泛存在,国内法优先、国际法优先以及平行适用等理论不一而足。<sup>⑦</sup>该问题的复杂性来源于三个层面:第一、投资仲裁体系本身的复杂程度,既有“非本地化”(delocalized)也有“本地化”(localized)程序,对仲裁庭的授权不同决定了其行事方式的根本不同;第二、国际投资仲裁制度赋予了仲裁庭巨大的灵活性和自由裁量权,仲裁庭自由裁量权几乎不受仲裁规则以外任何制度的约束,这一点在非本地化仲裁中表现尤为明显;第三、国际投资法(如投资条约对适用法律的规定)本身提供的以及适用法律的选项多元化,一个违约行为可能构成多个法律下的违约。<sup>⑧</sup>鉴于篇幅的限制本文对此不做展开。

在这样的背景下,国际投资仲裁中适用法的选择呈现出国内法和国际法同时适用的特色。对“非本地化”的国际投资仲裁程序来说,如ICSID仲裁庭或伊朗—美国索赔仲裁庭(Iran-US Claims Tribunal)其仲裁程序脱离了一般仲裁地的概念,基本不受仲裁地法的约束,甚至游离于法院监督和《纽约公约》之外,这类仲裁的特点使得是否适用仲裁地法律的问题的讨论失去意义。<sup>⑨</sup>国际投资仲裁庭(包括本地化的投资仲裁)也没有

<sup>⑤</sup> 例如《IBA 取证规则》9.2(b)就是典型的直接选择法,此外,《ICC 仲裁规则》第 21.1 条也体现了直接选择法。

<sup>⑥</sup> 对于直接选择法和间接选择法的介绍,参见 Linda Silberman and Franco Ferrari, *Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong*, in Franco Ferrari and Stefan Kröll (ed.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 294-305 (《联合国贸易法委员会示范法》第 28 (2) 中体现出了间接选择法。)

<sup>⑦</sup> 关于国际投资仲裁的适用法律的综合研究,参见 H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, 2013, OUP.

<sup>⑧</sup> *Id.*, at 2-7.

<sup>⑨</sup> *Supra* note 27, at 44-59. (关于非本地仲裁以及对 ICSID 和 Iran-US Claims Tribunal 两个仲裁机构的国际化仲裁特点。)

义务适用仲裁地法中的“选择适用法”(choice-of-law),<sup>③①</sup>很大一部分仲裁规则或仲裁法赋予仲裁庭直接选择适用法的方法而不必通过适用冲突规范找到适用法律。<sup>③②</sup>许多投资条约也授权仲裁庭同时适用国内法与国际法来解决投资争端,例如《ICSID公约》第42(1)条规定的原则。<sup>③③</sup>采用适用选择适用法的方法有可能导致适用东道国的法律,就政治敏感证据请求本身的特点来说,如果简单地通过选择适用法将可能导致适用与请求联系最密切的东道国的法律,这明显不符合国际法原则甚至不符合仲裁规则对仲裁庭本身的授权,因此仲裁庭有权选择适用法即成为国际投资仲裁程序中的必然。<sup>③④</sup>

实践中对于某个具体请求的适用法的选择,仲裁庭会受到请求本身特点的影响。当仲裁庭有权适用国际法时,根据具体争议/请求的性质来判断国际法和国内法的适用关系是一种常见做法。例如,在 *Wena Hotels Ltd. v Egypt* 案中,申请方认为埃及征收酒店用地的行为违反了英埃投资条约、国际法和埃及法,主张适用国内法和国际法审理该案。后来,埃及向 ICSID 的撤裁委员会以仲裁庭没有适当考虑埃及法为由提出了撤裁申请,撤裁委员会在回答该问题的同时解释了《ICSID公约》42(1)条的适用:仲裁庭有权同时适用国际法和东道国法律,“如果这样产生公正的结果”,同时,国际法也可以独立适用,“如果有国际法规则可以在这个问题上适用。”<sup>③⑤</sup>该委员会对国际法和国内法的关系的解释后被称为“Wena 理论”(Wena Doctrine),成为国际法可以直接适用于具有“国际特性”的请求的理论基础。后来的 *Azurix Corp. v Argentine* 案中,该原则被进一步解释为,“对任何违反投资条约的请求,在确定各方是否违反了条约义务的问题时,不应通过适用任何国家的国内法,而应当按照国际条约法(包括国际法一般原则)对相关事实适用条约的有关条款来作出决定。”<sup>③⑥</sup>IUSCT 仲裁庭在 *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran* 案中也持此观点,认为对具有“国际特性”的事项可以直接适用国际法,该案仲裁庭认为“按照国际法来审查因征收外国所有的财产而产生的责任似乎更为妥当,而不是仅仅对征收中的违约行为进行合同审查。”<sup>③⑦</sup>*Mobil Oil Iran Inc. v. Iran* 案中也可以看出请求的性质对确定适用法律的影响。该案中,面对违反销售合同和违法征收财产等多重仲裁请求,仲裁庭在论述适用法律的问题时,区分了请求的不同性质,认为“对违反合同和特许权征收

<sup>③①</sup> *Id.*, at 61–63. (Kjos 例举了对于国际仲裁庭是否有义务适用冲突规范的不同观点和实践,没有当事方约定的情形下,国际仲裁庭在此问题上享有较大的自由裁量的权利。)

<sup>③②</sup> *Id.*, at 80–82; See also *Supra* note 26, at 294–305.

<sup>③③</sup> *Id.*, at 95; See Antoine Goetz et al. v. Republic of Burundi Antoine Goetz et al. v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999; Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. Arb (AF)/00/2, Award, 29 May 2003. (仲裁庭依据投资条约的规定裁决适用国际法(原则)解决投资争议的相关判例。)

<sup>③④</sup> *Id.*

<sup>③⑤</sup> *Wena Hotels v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment (5 February 2002), para. 40.

<sup>③⑥</sup> *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Annulment, 1 September 2009, para. 146.

<sup>③⑦</sup> *Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran, the National Iranian Oil Company*, IUSCT Case No. 39, Award, 29 June 1989, para. 75.

的请求应当适用不同的独立的法律,因此均构成单独审理事项。”<sup>③7</sup>对于后一个问题,仲裁庭得出的结论是:即便征收也是一项合同下的权利,但征用行为的合法性必须依据国际法进行审理。当特许权成为国有化征收的对象时,不管当事人选择哪种法律作为合同的适用法律,应当按照国际法对此进行审理。<sup>③8</sup>显然,这些判例揭示出仲裁庭可以根据争议的性质来决定是否适用国际法和/或东道国的国内法或者优先适用哪个法律。Kjos 对此总结为仲裁庭应当客观地评估争议的性质是否具有国际性,在具有国际性的实体问题审理中,国际法可以直接适用。<sup>③9</sup>

该理论显然也可以为确定政治敏感证据请求的适用法律提供理论支持,关键是该类请求本身是否具有“国际特性”。作者认为该类请求应当归入“国际特性”事项之列。与征收问题类似,政治敏感证据请求通常是由国家一方依据其自身的法律提出,并且涉及另一方在国际条约下的利益及东道国本身所承担的国际义务,如果仲裁庭仅适用国内法,将无法保证另一方得到平等对待,进而无法保证程序正义。已有的判例显示在判断政治敏感证据规则是否适用时,大多数情况下国际仲裁庭会特别强调其不受国内法的约束,而适用国际法。在 *Biwater v. Tanzania* 案中可以清楚的看到仲裁庭重点考虑了争议的国际性。仲裁庭认为坦桑尼亚没有权利以 1967 年《坦桑尼亚证据法》下的所谓“公共利益豁免权 (Public Interest Immunity)”为由拒绝出具某些书证。本案的 ICSID 仲裁庭分析认为,这一主张是依据坦桑尼亚国内法概念提出的,但实质上是属于“政治敏感信息”。<sup>④0</sup>随后指出“本仲裁庭是一个国际仲裁庭,受国际公约管辖,在国际公约的授权下调查一国的行为和责任。这是国际条约和国际习惯法下的义务。很难想象,在这种情况下一国援引其国内概念“公共利益”和“与本国政府运作有关的政策”,作为反对出具相关证据,确定国家是否违反了其国际义务,以及是否因此承担了国际责任的证据。”<sup>④1</sup>仲裁庭分析认为其国内法所确立的原则不符合《国际法院规约》第 38(1)(c) 下的国际法原则,如果允许一国援引其国内法而拒绝出具证据,将破坏“任何国家不得援引其国内法来规避履行其国际法下的义务的原则。”<sup>④2</sup>仲裁庭最终驳回了坦国主张的所谓的“公共利益豁免”,认为该国的行为是否符合“公众利益”应当在“其对外国财产是否违法征收的范围内予以审视”,同时,如果一方被允许自行屏蔽证据,国际法对外国投资的保护特别是双边投资条约下的保护将受到损害。仲裁庭还认为在《ICSID 公约》和双边投资条约下,满足国际仲裁庭提供证据的要求构成该国的国际义务,坦国援引其国内法而拒绝提供证据的行为已经违反了《维也纳条约法公约》第 27 条规定的义务。明显,在众

<sup>③7</sup> Mobil Oil Iran Inc. and Mobil Sales and Supply Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company, IUSCT Case No. 74, Partial Award, para. 58.

<sup>③8</sup> *Id.*, at 73.

<sup>③9</sup> *Supra* note 27, at 235.

<sup>④0</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2, 24 May 2006, p.8.

<sup>④1</sup> *Id.*

<sup>④2</sup> *Id.*

多原因中,仲裁庭支持了开示申请人的主张,认为坦桑尼亚的该项请求具有“国际性”,从而应当适用国际法。虽然如此,该案同时也考虑了坦国的国内法规定(如后文所述)。

在 *UPS v Canada* 一案中,仲裁庭在审理加拿大援引其证据法 s39 提出的“内阁特权”时,也适用了包括国际法和加拿大法律在内的多个法律。该案中加拿大以构成“内阁特权”为名拒绝出示 377 份记载有内阁组成员讨论记录和政策制定过程的政府文件,仲裁庭指出“加拿大法律并不能直接解决这一问题,如果其自身法律比本仲裁庭应当适用的法律更为宽仁,加拿大则不能受益其自身的法律。……本仲裁庭应当适用的法律并不指向任何国家的法律。”<sup>④</sup>虽然该案最后以加拿大未能对特权文件进行足够审核为由驳回了该国的请求,但在政治敏感证据的排除方面,特别是当一方依据其国内法提出的政治敏感证据排除请求时,该案的仲裁庭明显倾向于考虑加拿大所承担的国际法下的义务。

虽然如此,国内法的作用也并非无足轻重。理论上,在投资仲裁程序中国内法在解释条约中当事方权利义务方面起到基础性作用。<sup>④</sup>那么,在国际法和国内法并用的案例中,国内法究竟起到什么样的作用呢?我们以征收为例对此进行说明,仲裁庭在 *Generation Ukraine, Inc. v Ukraine* 案中论述,“征用都以投资者对其投资存在合法的排他权利为前提,除非申请人证明其合法存在的排他性权利已经先于征收而存在,否则就不存在征收的问题,通过国内法确立投资的存在是判断征收合法性的基础。”<sup>⑤</sup>毫无疑问,投资者对投资形成的专有权利及征收权利几乎都是以国内法为依据的,由此可以看出,国内法的作用之一是建立某项基本权利。政治敏感证据的确立与此类似,某项证据具有政治敏感性,首先是因为其符合国内法的规定,否则并不存在任何意义上的政治敏感证据,国内法为该证据制度的确立提供了基础依据。

实践中,即便在那些否定了证据具有政治敏感性的案件中,国际仲裁庭也通常会对所援引的国内法进行分析。此外,《IBA 取证规则》也规定了政治敏感证据可以由一国政府根据其认定的保密信息构成。由于排除请求几乎全部是援引一国内法而提出的,因此仲裁庭无可回避地关注有关证据在所援引的国内法下的法律地位。<sup>⑥</sup>政治敏感证据是否建立的国内法依据应当都是强制规范,仲裁庭在解释条约中的管辖范围时也必须对此予以考虑。<sup>⑦</sup>仍以 *Biwater v Tanzania* 案为例,ICSID 仲裁庭拒绝了被申请人援引其国内法提出的关于“公共利益豁免”的请求,但仍然对该国的主张不符合其所依据的《坦桑尼亚宪法》第 54(5) 条进行了简要分析,这表明仲裁庭并未忽略有关请求首先应当是政府依法确立的。<sup>⑧</sup>在 *Pope & Talbot Inc. v Canada* 案中,面对加拿大拒绝出示证据的答

<sup>④</sup> *UPS Inc. v. Canada*, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege, 8 October 2004, para. 7.

<sup>⑤</sup> *Id.*

<sup>⑥</sup> *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para. 8.8.

<sup>⑦</sup> *Supra* note 10, at 241.

<sup>⑧</sup> A. Bjorklund, *Mandatory Rules and Investment Arbitration*, 10 *Am Rev. Int'l Arb.*, 175, 2007, pp.195-199.

<sup>⑨</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, (ICSID Case No. ARB/05/22), Procedural Order No. 2, 24 May 2006, p.8.

辩,仲裁庭虽然已经否定了国内法在本案中的适用,但仍然分析了在其证据法 s39 和有关判例下拒绝出示证据不成立的理由。<sup>④9</sup> 另外,在 *Philip Morris v Australia* 案中,PCA 仲裁庭在确定敏感证据排除问题上的适用法律时承认,“各方的本国法可以在敏感证据排除问题上提供有帮助的参照,但国内法不能作为仲裁庭作出任何决定的依据或对仲裁庭产生决定性影响。”<sup>⑤0</sup> 以上案例均说明,在政治敏感证据的认定问题上,国内法起到的作用是确立权利,而约束仲裁庭的规则和法律则是排除有关证据的依据。

## 2. 仲裁规则、《IBA 取证规则》和判例

在审理政治敏感证据的实践中,仲裁庭通常还强调其受仲裁规则和条约的约束,部分仲裁庭明确参考《IBA 取证规则》和判例。在 *Bilcon v Canada* 案中,加拿大政府曾援引 9.2 (f) 的规定拒绝出示几百份与各级政府有关的文件,本案的 NAFTA 仲裁庭确定适用《贸法会仲裁规则》(1976),同时以《IBA 取证规则》为指引。<sup>⑤1</sup> 此外,该仲裁庭还基于各方的同意而决定适用 NAFTA 仲裁庭已经形成的判例原则 (*jurisprudence constante*) 中的某些内容。<sup>⑤2</sup> 与此类似,在 *Lipman v Kazakhstan* 案中,仲裁庭在决定证据开示范围等问题上适用《解决国家与他国国民间投资争端仲裁规则》(“《ICSID 仲裁规则》”)并参照《IBA 取证规则》来确定文件证据的开示范围。<sup>⑤3</sup> 值得注意的是仲裁规则和《IBA 取证规则》对证据开示及证据排除仅有原则性规定,在具体案件中某项证据是否应当排除,仲裁庭实际仍然享有巨大的自由裁量空间来根据适用法律进行裁判。<sup>⑤4</sup> 实践中仲裁庭往往通过程序令为本案建立的特定的证据规则和程序并实际运用。

国际仲裁庭在建立和适用证据规则方面受到判例的影响巨大,特别是在投资仲裁领域中,一方面可能得益于投资仲裁有一个较为透明的体系,另一方面 ICSID 体系给仲裁庭的自由裁量权施加更少的约束,也使仲裁庭更倾向于参考已经存在并且具指导性的裁定。不过,由于仲裁规则对仲裁裁决的效力都有仅及于本案的明确规定,国际仲裁庭否认仲裁裁决有先例的作用。<sup>⑤5</sup> 对于已有判例的作用, Dalhuisen 教授在 *Vivendi v. Argentine* 案中作出了如下概括评述“回顾既往,在国际法中,从来不存在一个具有约束力的先例规则,这是有充分理由的。仲裁庭和临时委员会……必须基于事实找到适用法律,正如这些事实向他们展示的那样。当然,这并不排除在先案例可能具有一定的价值,

<sup>④9</sup> Pope & Talbot Inc. v. Canada, NAFTA UNCITRAL Decision by Tribunal, 6 September 2000, para.1.4.

<sup>⑤0</sup> Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Procedural Order 12, 14 November 2014, para.4.6.

<sup>⑤1</sup> Clayton and others v. Canada, PCA Case No. 2009-04, Procedural Order No.3, 3 June 2009, para. 2.1.

<sup>⑤2</sup> Clayton and others v. Canada, PCA Case No. 2009-04, Procedural Order No.13, 11 July 2012, para.22.

<sup>⑤3</sup> Liman Caspian Oil BV and others v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, 22 June 2010, para. 26.

<sup>⑤4</sup> D. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals (Revised Edition)*, University Press of Virginia, 1975, p.34.

<sup>⑤5</sup> 《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 53 条和《联合国贸法会仲裁规则 (2013)》第 34.2 条。

但该价值应由仲裁庭或临时委员会在每一案件中根据当事方的呈件作出具体判断。”<sup>⑤6</sup> 仲裁庭对其裁决受到其他案件的影响也表达过类似看法。在 *Saipem v Bangladesh* 案中, 仲裁庭声明不受先前裁决约束的同时, 强调“它必须适当考虑国际仲裁庭先前的裁决”, 因为“除非有令人信服的相反理由, 仲裁庭有责任采用能够表现出连续性的解决办法”。该案仲裁庭认为, 作为本身的义务的一部分, 其裁决应当具有前瞻性, 对促进投资法的和谐发展发挥积极作用。<sup>⑤7</sup> 在强调参考先例的重要性的同时, 仲裁庭也强调个案的作用。在 *SGS v Philippines* 案中更多地采用了平衡的立场, 仲裁庭认为“虽然根据 ICSID 系统组成的不同仲裁庭一般应尽力彼此一致行事, 但最后必须由每个仲裁庭根据适用法律行使其权限。”<sup>⑤8</sup> 可见, 在案情允许的范围内, 既有裁决中的某些意见(特别是具有指导性的意见)非常可能影响其他裁决, 但是个案中仲裁庭要依据其适用法律来决定这些意见的具体适用。在国际仲裁程序中, 对于类似的请求, 除非有不适用该原则的充分的理由, 大部分仲裁庭会考虑“提供具有连续性的解决方法”偏向适用已有的原则。

### 三、证据开示程序和对敏感证据排除请求的要求

#### 1. 证据开示程序中涉及的敏感证据

涉及政治敏感证据的请求与证据开示制度(Production of Documents)密不可分, 前者基本发生于证据开示阶段。一方反对证据开示请求时, 可以以开示证据涉政治敏感证据为由反对, 并要求仲裁庭对此给予排除。证据开示是仲裁庭固有的一项权利, 仲裁规则对此一般有原则性规定, 例如, 《ICSID 仲裁规则》第 34 条规定: “如果仲裁庭认为有必要, 在程序的任何阶段……可以要求当事人出示文件。”与此类似, 《贸法会仲裁规则》第 27.3 条也规定: “在仲裁程序期间的任何时间, 仲裁庭可要求各方在仲裁庭所确定的时间内出示文件、证件或其他证据。”仲裁程序中一方认为必须向仲裁庭出示某些重要证据, 但该证据由对方拥有、保管或控制, 可以向仲裁庭申请一项证据开示令, 要求对方出示有关证据。证据开示请求本身需要提供能够合理识别请求开示的文件或文件类别的信息, 并说明所要求开示的文件与本案的相关性和重要性。一旦证据开示的命令发出后对当事方即具有约束力, 除非有令仲裁庭满意的理由, 违反开示令一方将承担不利后果。有关证据具有政治敏感性即是合法拒绝开示证据的理由之一。

证据开示的内容必须符合仲裁庭的要求。《IBA 取证规则》第 3 条列出了证据开示

<sup>⑤6</sup> *Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007, 10 August 2010, Additional Opinion of Professor J. H. Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention, paras 16 and 18.

<sup>⑤7</sup> *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation of Provisional Measures, 21 March 2007, para. 67.

<sup>⑤8</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, para.97.

请求应包括的内容,证据开示请求应当包括:(1)对每份被请求文件足以识别的描述,或详细说明书的文件类别;(2)对要求开示文件与案件或与案件结果的相关性的说明,以及(3)有关文件被对方占有、保管或控制的理由等。实践中,仲裁庭通常使用一个4列的“雷德芬表格”来进行证据开示。该表格要求的信息包括“要求开示的文件的描述”、“对要求开示文件的相关性和重要性说明”、“反对开示的主张和依据”和“仲裁庭的决定”。如果被要求开示证据的一方反对出示某项证据,应当在第三列中注明理由。<sup>⑤⑨</sup>国际仲裁中的证据开示是一个受到仲裁庭严格管控的有限的程序,不同于美国法院程序中所适用的证据发现程序,其目的仅限于证明已经提出的主张并能够具体指明的证据,而非为建立新主张开展发现未知证据。<sup>⑥⑩</sup>后者往往被仲裁庭认为是一种“证据钓鱼”行为而被禁止。仲裁庭在 *South American Silver v Bolivia* 案中明确指出《IBA 取证规则》第3条不允许所谓“证据钓鱼”行为,仲裁庭在阐述证据开示程序的基本原则时说:“根据《IBA 取证规则》的评注,第3.3条旨在防止任何‘证据钓鱼’行为,同时使各方能够要求对方出示根据提供的合理信息具体指明的文件。因此,《IBA 取证规则》第3条允许文件开示,但前提是请求开示方提供了能够识别有关文件或限定证据文件的范围或具体的文件类别。”<sup>⑥⑪</sup>实践中经常遇到开示方要求对方出示某大类文件中的“全部”或“任何”文件的请求,对于该类请求,仲裁庭一般会施加限制。例如,在 *Caratube v Kazakhstan* 一案中,仲裁庭作出了以下澄清:“如果一方要求出示某一类文件的‘所有’或‘任何’文件,则仲裁庭只要求被请求方出示那些可合理视为相关和重要的文件,供申请方陈述案情,以及便于仲裁庭在考虑根据各方提出的事实和法律依据的基础上,就本程序提出的请求作出裁定。”<sup>⑥⑫</sup>仲裁庭在收到证据开示请求后,会通过程序令的方式安排各方发表意见,此时被申请方可以以涉政治敏感证据为由提出反对意见,并说明列入证据开示清单的证据涉及政治敏感证据的理由并提供相关证据。证据开示的意见征询可能进行多轮,取决于开示请求及反对意见是否清晰和具有说服力。

## 2. ‘特权日志’的使用

当一方提出涉及政治敏感证据时,如何既能让申请开示一方了解证据的敏感性并就此发表意见,让仲裁庭对此进行判定,又能保护证据的敏感性,这给仲裁庭提出了一个程序性技术问题。仲裁庭对此通常需要通过有限披露,在充分披露和不披露之间取得折衷。

<sup>⑤⑨</sup> “雷德芬表格”的使用范例,见 *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/15/6, Procedural Order No 3, Annex A, 10 February 2016.

<sup>⑥⑩</sup> L Reed and G Hancock, *US-Style Discovery: Good or Evil?*, in T Giovannini and A. Mourre (eds), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Vol.6, Kluwer Law International, ICC (2009), pp. 339–353. (《美国联邦诉讼法》第26(b)(1)。美国法院证据发现程序不要求请求证据必须具体化。美国法院的证据发现程序基本是由诉讼方来驱动的,法院的干预非常有限。美国法院适用的证据发现程序和国际仲裁程序中的证据开示程序的比较。)

<sup>⑥⑪</sup> *South American Silver Ltd v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No 2013–15, Procedural Order No 7, July 21 2015, para. 8.

<sup>⑥⑫</sup> *Caratube International Oil Co LLP v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/08/12, Procedural Order No. 2 Regarding Document Production, 26 April 2010, para. 3.2.

在 *Tidewater v Venezuela* 案中,仲裁庭给出了关于排除敏感证据的指引,仲裁庭指出“如果某文件属于请求范围,被申请人希望将其排除在开示范围之外,则其必须编制一份表格文件,逐项说明其反对开示的文件,指明其作者、日期、文件类型及其反对开示的理由。在这种情况下,申请人如愿意,可对此提出异议。”<sup>⑥3</sup> 实践中,当一方当事人以某项证据特权为由反对开示证据,而对方又对此异议时,仲裁庭通常会要求双方制作和交换“特权日志”(Privilege/Sensitivity Log)来实现有限的披露。<sup>⑥4</sup> 特权日志一般是一个5列的表格,表格中反对开示一方逐项列出其声明享有特权/敏感信息的每个文件,并说明特权/敏感信息存在的基础和提供必要的支持证据,表格中留有供反对方提供主张、理由和依据的空间。<sup>⑥5</sup> 特权日志将作为仲裁庭对有关争议作出裁决的依据。

如开示证据中涉及一方当事人认为不应全部或部分出示的敏感证据,但仲裁庭认为该证据对案情非常重要时,仲裁庭也可能裁定采取灵活的方式出示该证据。例如,《IBA取证规则》第3.8条规定的方式,“在特殊情况下……仲裁庭可在与双方协商后,任命一名独立且公正的专家,受保密条款约束,审查任何此类文件,并向仲裁庭就反对开示提交报告。如果仲裁庭支持反对意见,专家不得向仲裁庭和其他当事方披露所审查文件的内容。”*Metal-Tech v Uzbekistan*案中仲裁庭就使用了这个方法来应对敏感证据请求。<sup>⑥6</sup> 此外,仲裁庭也允许采用编辑有关信息的方式使敏感证据“脱敏”。例如,仲裁庭在 *Caratube v Kazakhstan* 案中就说:“如果仲裁庭下令出示的文件或文件类别中载有一些不必要出示的信息或章节……可以通过编辑相关文档把这些部分从开示证据中排除,但必须将拒绝开示或编辑的原因以及此类编辑的程度在单独文档中予以说明。”<sup>⑥7</sup> 在 *Glamis v. United States* 案中,仲裁庭要求在出示“决策过程”文件时将事实与决策过程信息区分开来,除非两者“密不可分地交织在一起”(so inextricably intertwined)。<sup>⑥8</sup> 如果双方通过特权日志的方式未能就是否出具有关证据达成一致,仲裁庭还可以对有关证据进行私密审查(in camera review)。<sup>⑥9</sup>

### 3. 对敏感证据排除请求的要求

从国际仲裁庭以往审理政治敏感证据请求的案例中可以看出,有关请求不能仅有

<sup>⑥3</sup> *Tidewater Inc. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/15, Procedural Order No.1, 29 March 2011, para. 21.

<sup>⑥4</sup> “特权日志”的实例,见 William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No 2009-04, Procedural Order No 7, 20 November 2009, Annex B.

<sup>⑥5</sup> 对特权日志的具体要求示例, See *Aven v. Republic of Costa Rica*, Case No UNCT/15/3, Procedural Order No 4, 1 July 2016, para. 17.

<sup>⑥6</sup> *Metal-Tech Ltd v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Procedural Order No. 5, 13 January 2012.

<sup>⑥7</sup> *Caratube International Oil Co LLP v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/08/12, Procedural Order No.2, Regarding Document Production, 26 April 2010, para. 3.4; See Claimant's Memorial and Counter Memorial in *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, 19 August 2014, 20 January 2015. (当事人提交的经编校的证据范例)

<sup>⑥8</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, Decision on Parties' Requests for Production of Documents Withheld on Grounds of Privilege, 17 November 2005, para. 36.

<sup>⑥9</sup> *Id.*, at 25.

主张,还必须提供一定的具体信息,附上请求的依据或证据对有关请求加以说明和证明。这一要求反映了仲裁庭建立和强化其对敏感证据排除程序的主导权以及对维护程序公正性的关注。仲裁庭强调其衡量证据敏感性请求的合法性和适当性必须是建立在足够了解请求所涉证据的范围、内容和依据的前提下的。在 *Pope & Talbot, Inc. v. Canada* 案中,加拿大依据《加拿大证据法》s39 拒绝提供仲裁庭要求开示的文件,原因是这些文件涉及所谓“内阁秘密”。枢密院秘书 (Clerk of Privy Council of Canada) 和内阁秘书为此出具了一份证明,证明在《加拿大证据法》第 39 条下加拿大政府目前声称所附 12 份文件构成了女王枢密院保密文件。仲裁庭认为该证明仅附有文件的名称等简单信息,其无法了解文件内容并对请求进行有意义的评估,因此该证明未能满足明确具体的要求。仲裁庭为此指出:“一方当事人为了保护国家机密而拒绝向国际仲裁庭出示文件的理由本身可能是公正的,对此没有争议。但是,对公正性的合理评估,在很大程度上取决于仲裁庭对文件的内容有一定了解。仲裁庭充分查明的文件是否应得到保护的问题与默认一个缺乏明确具体说明的简单的主张根本不同。”<sup>⑩</sup> 与此类似的观点在前文引用过的 *Biwater v Tanzania* 案中也可以看到。该案中仲裁庭驳回了坦桑尼亚依据其国内法提出的对某些敏感证据排除的请求,但仲裁庭随后对提出政治敏感证据主张给出了指引:“如果一些被申请开示的文件可能被认为具有政治敏感性,例如载有国家机密,则被申请开示一方应立即将此提交仲裁庭。更具体地说,被申请开示方应指明有关文件,并说明为何应隐瞒或拒绝披露有关文件,但为了保密的目的,向仲裁庭提交的文件应当受到特别限制。”<sup>⑪</sup>

但程序中的信息也应当受到一定限制,否则可能会带来信息泄露的问题。仲裁庭在 *Bilcon v Canada* 案中承认,用特权日志方式说服仲裁庭可能会带来一个附带问题,即通过交换特权日志的方式可能会泄露一定信息,特别是当仲裁庭要求对有关敏感证据要逐一审阅描述并列明理由。仲裁庭对此问题进行了阐述,仲裁庭认为:“鉴于证据特权的特性,特权日志描述所主张特权的文件必须宽泛,因为过度提供细节将可能导致丧失保护特权文件的目的,特权日志的目的不是使对方能够认识到所列文件的确切内容……而是要确保所有要求保护的文档经过了一种受控的透明的过程才不予出示。因此,主张特权的一方要保证其已审查有关主张满足所有该特权所需的实质性条件,并为此提供进一步的细节来证实前述保证确实已经履行。”<sup>⑫</sup> 可见,特权日志仅限于两个目的:第一,有关保护敏感信息的请求经过了严格的内部法律程序的评估;第二,主张一方能够说明其已经对照法律规定实质审查了其主张,并就此提供一定证据。反对披露证据的一方尽最大努力避免特权日志的使用对文件的保密属性带来损害,但是鉴于敏感证据需要以文件为单位进行利益平衡,在平衡利益的过程中有时可能不能保证完全不泄露信息。

<sup>⑩</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, NAFTA UNCITRAL International Investor-State Arbitration, Decision by the Tribunal, 6 September 2000, paras.1.2-1.4.

<sup>⑪</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2, 24 May 2006, p. 9.

<sup>⑫</sup> *Clayton and others v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, Procedural Order No.12, 2 May 2012, para.33.

## 四、敏感证据审查的基本规则

### 1. 利益比较原则

利益比较原则是敏感证据排除程序中的“黄金法则”，得到诸多仲裁庭的支持和适用。该原则下，仲裁庭在决定是否支持特权请求时，要综合考虑不出示某项证据所保护的公共利益和出示该证据所能带来的利益之间的平衡，仲裁庭的裁决应倾向于利益更大的一方。该原则在 *Bilcon v Canada* 案中得到解释和适用，该案对政治敏感证据的排除请求提出了非常严格的要求。该案中，针对加拿大政府主张申请人要求出示的文件具有敏感性并排除的请求，仲裁庭适用了 NAFTA 仲裁庭的判决“先例原则”。仲裁庭认为按照 NAFTA 仲裁庭在处理第 11 章争议（投资争议）问题中所建立的法理“任何以其具有政治或机构敏感性为由而拒绝开示的文件都需要经过一个利益比较的过程，天平的一端是文件具有当事人声称的敏感性理由及其合理性；另一端则是披露前述文件将在多大程度上推进披露请求方的案件。”<sup>⑦③</sup> 不仅如此，仲裁庭还要求比较应当以每一份文件为单位进行，而不能根据整体文件的性质进行。本案中，仲裁庭认为，就主张的敏感性证据，加拿大政府没有适当地对每一份文件的敏感性利益和出示该证据能够为推进本案所带来的利益进行比较。仲裁庭认为该比较的过程应当表现出“主张一方首先应当证明其在审查过程中以每份文件为单位进行了必要的比较。比较的过程应当受到高级律师或监管律师的充分监督，如果监督人员不是熟悉仲裁的律师，该平衡工作必须由熟悉本案的律师发出指令。在对文件内容和主张敏感证据的依据进行说明的同时，还要向仲裁庭提交令其满意的说明，来解释该比较工作是如何展开的。”<sup>⑦④</sup> 此外，仲裁庭还会在裁量过程中考虑一方表现出的诚信、勤勉以及有效的工作态度。<sup>⑦⑤</sup> 仲裁庭最后列出了本案中争议证据是否开示的具体的考虑因素，其中包括：

（1）申请人要求开示的文件在推进本案方面的利益，特别是在申请人备忘录中说明的利益；

（2）被申请人不披露要求开示的文件存在的利益，及该利益在其国内立法受到保护或承认为合法的程度；

（3）是否存在提供保密性同时允许开示的替代方法，包括披露文件的非敏感部分；

（4）敏感文件及其涉及事项的公开程度 / 透明度，包括相关的最终工作成果（决策 / 报告）是否可以公开查询；

（5）有关工作成果作出的决定中的支持理由；

（6）不受特权保护的资源中对相关内容的披露和可获得程度；

<sup>⑦③</sup> *Clayton and others v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, Procedural Order No.13, 11 July 2012, para.22.

<sup>⑦④</sup> *Id.*, at 24.

<sup>⑦⑤</sup> *Id.*

(7) 自文件存在以来或通信传输以来的时间。<sup>⑦⑥</sup>

在 *Glamis v. United States* 案中仲裁庭再次重申了程序性要求,但表现出了一定的灵活性。与 *UPS v. Canada* 相同,仲裁庭首先承认了政府决定前涉及决策过程的证据具有保密性可以不予出示,本案中“特权”文件应包括机构政策或决定前生成的文件,包含对具体政策或决定的意见、建议或分析,但是其中仅涉及事实部分的内容不应包括在上述范围内,并应当区分后将事实部分出示。<sup>⑦⑦</sup> 对于无法区分部分,仲裁庭和各方要与被申请人对内容逐一决定。在证据开示和证据特权的单独决定中指出:“仲裁庭承认在美国案例法中已经达成一项普遍共识,即控制信息的机构负责人必须在审查和分析文件之后再主张特权,该负责人必须对此投入大量时间和精力亲自了解每一份文件的内容。但是鉴于美国规则既不直接适用,也不一定适合本仲裁程序,仲裁庭在没有特殊情况的情况下,将接受助理秘书或代理秘书级别官员提出的敏感信息排除主张,当然他/她应当同样或更熟悉其控制的信息。”<sup>⑦⑧</sup>

如前述案例所示,利益比较原则的适用较为苛刻,表现出仲裁庭要求各方配合仲裁程序以及国家应当优先并忠实地履行国际义务的立场。

## 2. 国家安全和军事秘密作为敏感证据保护

NAFTA 仲裁庭在 *UPS v. Canada* 案中罕见地谈及了一个非常关键的敏感证据保护的问题,即对涉及国家安全和军事秘密的证据的保护。遗憾的是因为该类证据与该案争议无关,仲裁庭仅对此简略地表述了观点而未作论述。该案提出的问题对国际仲裁程序具有一定意义,投资仲裁中东道国可能以此为由反对出示某些证据。该案中加拿大枢密院秘书向仲裁庭提供了一份证明说明其拒绝提供的文件的内容。<sup>⑦⑨</sup> 这些文件主要包括“财政委员会的呈文和决定、给内阁的备忘录、给部长的简报、部长之间的通信以及法规的草案等。这些都是内阁秘密的核心内容,因为这些文件都是提供给部长们供其讨论和决策的直接证据。”<sup>⑦⑩</sup> 此外,证明还对第 39.2 条本身进行了详细解释,最后秘书长称其运用自身的判断力并且在考虑了披露和保密两个方面存在的公共利益而得出政府要保护这些信息的结论。但是如前文所述,仲裁庭并不接受在此问题上适用加拿大法律的前提,仲裁庭认为,主张的敏感证据是否应当披露,如涉及公共利益,应当进行前文所述的利益比较过程,但加拿大的证明表面上无法看出这一权衡过程。值得注意的是,仲裁庭的理由中提到这样的一句话“如果有关信息涉及重要国家安全或军事秘密,这一权衡可以不做

<sup>⑦⑥</sup> *Id.*, at 26.

<sup>⑦⑦</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, Decision on Parties' Requests for Production of Documents Withheld on Grounds of Privilege in a NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules*, 17 November 2005, para. 37.

<sup>⑦⑧</sup> *Id.*, at 38.

<sup>⑦⑨</sup> 根据加拿大一方律师的描述,枢密院秘书是枢密院非党派官员中最高级的官员,它向首相就政府运作和以及政策性实务提供专业性和非党派的支持。由于仲裁庭对出具意见人的资格通常有较高要求,仲裁庭特意在程序另中对此进行了描述,本案中仲裁庭和对方对秘书长出具该意见均为提出不同意见。

<sup>⑦⑩</sup> *UPS Inc. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege*, 8 October 2004, para 1.

要求,但本案中加拿大政府并未这样主张。”<sup>⑧1</sup>仲裁庭虽然未就此展开论述,但表达了两层意思:(1)涉及这两项的证据应当被认定为敏感证据;(2)当涉及这两项的敏感证据时,对利益权衡的要求可能有所放松,但究竟放松到什么程度没有给出任何指引。<sup>⑧2</sup>

涉国家安全或军事秘密的证据是一个长期存在的问题,但是国际法庭对国际法原则下该问题应当如何处理并未给出一个直接的答案,而仅给出一些启发性的思路。在证据法领域经常引用的 Corfu Channel 案中该问题曾被提出,国际法院(ICJ)在审理英国海军是否“无害通过”阿尔巴尼亚领海时,曾要求英国出示某些派遣‘Volage’号驱逐舰的海军命令(XCU),该驱逐舰是该案事发海域中触雷遭损坏的英国舰只之一。英国以涉及“海军秘密”(Naval Secrecy)为由拒绝出示该命令。但国际法院对此未置可否,并且未就英国拒绝出示该命令作出任何对其不利的推论,而是依据其他证据判断英国海军在阿尔巴尼亚领海的行动并未侵犯后者的主权。<sup>⑧3</sup>Ecer 法官在本案的“异议意见”(Dissenting Opinion)中认为法院有权在此情况下对英国不予出示 XCU 证据的行为做出不利的推论,但从国际法下对国家行为的合法性假设的前提理解(presumptio juris of the legality of a State's conduct),对英国行动目的的任何怀疑不足以推翻这一假设。<sup>⑧4</sup>前南斯拉夫国际刑事法庭(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)审判分庭(Trial Chamber II)曾在 Tihomir Blaskic 一案中就克罗地亚反对法庭向主权国国家和其高官发出作证传票(Subpoena Duces Tecum)的裁决检视了其他国际法庭和国内法在此问题上的基本做法。法庭得出了这样的结论“在考虑到其他国际法庭的实践和国内法的规定后,显然,在某些情况下,尤其在有某些保障措施的情况下,国家可以援引国家安全特权。然而必须强调,在国家合作和遵守国际法庭命令的责任方面,这些国际法庭的实践和国内法律是否适用,必须考虑本国际法庭的具体性质和特性来决定。”<sup>⑧5</sup>法庭进一步指出“国家有义务证明其提出反对的理由。虽然国家有权确定哪些属于危及、威胁或损害其国家安全的消息,但它拒绝遵守国际法庭的命令的行为必须具体化,而且国家给出这些理由要经国际法庭与有关国家一起评估以证实其有效性。”<sup>⑧6</sup>最后,法庭决定“在评估反对作证的情况时,国际法庭必须考虑两项根本利益,一是维护一国国家安全利益的利益,二是希望就严重违反国际人道主义法的案件获得对起诉或辩护至关重要的证据。”<sup>⑧7</sup>该案虽然是国际刑事程序,但《前南国际法庭规约》《程序和证据规则》以及安理会第 827 号决议均未提及如何处理涉国家安全利益证据的问题,可以理解为该法庭是在

<sup>⑧1</sup> *Id.*, at 9.

<sup>⑧2</sup> J Commission and R Moloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, OUP, 2018, p.125.

<sup>⑧3</sup> Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949, I.C.J. Reports 1949, pp.27-33.

<sup>⑧4</sup> *Id.*, at 129.

<sup>⑧5</sup> Prosecutor v. Tihomir Blaskic, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoenae Duces Tecum, (1997), para 130.

<sup>⑧6</sup> *Id.*, at 147.

<sup>⑧7</sup> *Id.*, at 149.

一般国际法原则之下作出的裁决。从该案的结论似乎仍然可以看出强调综合考虑国家利益与法律程序所代表的公共利益之间的平衡,但本案并未明确要求克罗地亚对其拒绝出具的证据进行逐一平衡。

在国际仲裁程序中,从法理角度看这两类证据在《IBA 取证规则》9.2(f)下已经列为受到特权保护而应当予以排除的证据之一,但是排除与否仍由仲裁庭决定。既然政治敏感证据特权是一项“合格特权”,无论实践中国家对于披露请求是否配合,根据前文描述的已经形成具有广泛影响力的仲裁判例,仲裁庭有权就其是否具备排除的资格作出裁决。原则上涉及到重要国家安全利益或军事秘密的证据保护特权,应当经过适当程序才能免于出示。但是如前南斯拉夫国际刑事法庭所指出的,对于国家安全因素的程序必须考虑法庭的性质。UPS v Canada 案中仲裁庭的意见似乎也是对这两类证据无需经过利益平衡即可确认排除,但是否仅凭东道国的主张而无需合理理由即可排除出示此类证据,亦或仲裁庭可以采用其他标准来评估该类请求在国际仲裁程序中尚需检验。

### 3. 明确需要保护的利益的界限

个别案件显示,仲裁庭对涉及敏感证据的保护请求也可能不从利益平衡角度进行审查,而直接审查主张保护利益的必要性,公正性以及证据缺失是否影响仲裁庭的审理和裁决。实践中的情况可能比较复杂,有时应当排除的信息与某些无需保护的信息混在一起并且无法区分,还有可能有些证据虽然可能属于保护范围,但其保护的利益恰恰是争议的焦点之一,保护请求存在滥用的可能。如果完全支持这些请求,很可能将保护范围扩大到不必要的范围或直接影响仲裁庭对案件的裁判。毕竟鼓励各方提交证据,帮助仲裁庭查明事实是国际仲裁庭的基本职能,对敏感证据的保护仅仅是特殊情况下举证责任的例外,因此应当限定在最小范围。

实践中仲裁庭通常要求主张一方仔细审查请求保护利益的边界,将保护的范限制到最小的范围。例如在 UPS v Canada 案中,仲裁庭还指出:“一般说来,应给予的保护应当是具有边界的,拟保护的利益应以应当保护的利益为限,例如内阁成员之间坦率和无顾虑的交流,或给予他们的建议……这些利益一般不会超过披露中具竞争性的其他利益。”<sup>⑧⑧</sup> 仲裁庭注意到枢密院秘书长没有就每份文件对照需要保护的有关公共利益作出初步判决,法庭进一步分析称:“其中的某些具体提案可能已被完全接受,由此产生的决定可能已经被公开宣布或已经颁布成为了法律,披露这些文件可能不会在任何意义上威胁到沟通的坦率程度或审议过程的激烈讨论——对经过五年或五年以上的文件,则更是如此。”<sup>⑧⑨</sup>

在 Glamis v United States 一案中,加州政府援引加州政府法典第 6254(1)条阻止向仲裁庭披露六份文件,仲裁庭驳回了加州政府以“决策程序特权”名义提出的保留文件

<sup>⑧⑧</sup> UPS Inc. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege, 8 October 2004, para. 11.

<sup>⑧⑨</sup> *Id.*, at 12.

请求。针对加州政府的主张,申请人主张有关证据可能是显示加州政府通过非正当手段提高项目开发成本从而迫使申请人无法实施的关键证据。同时还指出“决策过程存在正当性问题,并且答辩人也未能提供充分描述披露后可能造成的具体损害的文件。”<sup>90</sup> 仲裁庭承认含有“决策过程信息”的文件具有敏感性,但在评估申请人主张这些文件在本案中的重要性和关联性后,仲裁庭支持了申请人的主张,要求向仲裁庭和申请人披露这些文件。虽然仲裁庭的理由也包括加州上诉法院的类似判决并不保护本争议下的具体文件,但更重要的理由是加州政府曾经紧密地参与到了最终导致纠纷的事件中,而且本案申请人的利益受到这些政府文件的重要影响。加州政府主张保护这些文件的重点在于这些信息在加州法律下应当受到保护。仲裁庭最终裁决:“其对争议文件审阅的必要性已经超过了(override)加州政府所主张的利益”,但审阅应当在加州政府给出的保密条件下进行。<sup>91</sup> 明显该裁决的一个重要原因是,被申请人没有能说服仲裁庭对这些文件采取保护措施所要保护的利益,而被申请人通过说明这些文件的关联性和重要性,取得了仲裁庭对开示这些文件在保护其权利方面的重要性的支持。

以上的案例显示出证据的敏感性并不是简单地通过论述其在法律下的保密性,或将具有这类特征的证据简单地列入受到保护的证据类别中而表现出来的,更重要的是将需要保护的证据与保护这类文件与本案各方利益紧密地关联起来,充分说明保护证据对于本案各方利益的影响。否则,对未能表现出正当利益的某些政治敏感证据或包含该等信息的证据,仲裁庭可能驳回或部分驳回有关请求。

#### 4. 公平和平等对待各方原则

公平和平等地对待各方是为数不多的适用于整个仲裁程序的基本程序规则之一。作为一项基本原则,几乎所有仲裁规则对此都有规定。例如,《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》和《贸法会仲裁规则》都要求仲裁庭以平等和公平的方式进行仲裁程序,并且在程序的任何阶段都应给予每一当事方充分陈述其案件的机会。<sup>92</sup> 此外,《IBA 取证规则》第 9.2 (g) 条也规定了仲裁庭可以基于其认为“公平或平等对待当事人的考虑”具有说服力时,将某些证据排除于出示范围之外。该规则在仲裁中被解释为对各方陈述和辩护即举证权利的保护。撤裁委员会在 *Wena Hotels v. Egypt* 一案中对于这一“基本程序规则”进行了解释,“作为一个程序性问题,赋予各方在独立人士和公正的仲裁庭面前陈述意见的权利是一项根本权利,包括陈述其主张或答辩以及提出所有论点和支撑证据。这一基本权利必须保证各方都能够平等地充分回应对方提出的论点和证

<sup>90</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Procedural Order No. 13 in a NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, para.14.

<sup>91</sup> *Id.*, at 19–22.

<sup>92</sup> 《贸法会仲裁规则》(2010年)第17条规定:“在遵守本规则的情况下,仲裁庭可以以其认为适当的方式进行仲裁,但各方当事人必须得到平等对待,并在程序的适当阶段给予每一当事方提出其案件的合理机会……”;《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》(2017年)第23条规定:“在所有情况下,仲裁庭应以公正、高效和迅速的方式进行仲裁,给予每一方平等和合理的机会提出其案件。”

据。”<sup>⑧③</sup> MINE v. Guinea 案的撤裁委员会认为《贸法会国际商事仲裁示范法》第 18 条的规定,即当事人应得到平等对待,每一当事方应有充分的机会提出其案件构成基本规则,构成一个明确的国际仲裁根本原则的范例。<sup>⑧④</sup> 仲裁庭在 Biwater v Tanzania 案中也明确指出平等地对待各方是仲裁庭必须遵守的“国际仲裁的根本原则”。<sup>⑧⑤</sup>

该原则适用于整个仲裁程序,当然也适用于政治敏感证据排除的审理。政治敏感证据事项上平等对待双方尤其重要,一方面,仲裁庭在裁决过程中必须给与双方以平等的机会来陈述有关证据敏感性的意见,程序上必须保证各方对此的表达具有一定的具体性和明确性,以便另一方对此理解并作出有意义的回复,同时仲裁庭通过严格要求主张方履行的内部程序和满足对特权日志的内容和交换程序的要求来实现各方对争议事项的充分知情权、举证权、陈述权和答辩权。另一方面,仲裁庭对双方的陈述答辩以及举证适用的评判标准也应当相同或类似,如不相类似,应当具有合理性。不当地对待双方的证据权利可能造成《纽约公约》第五(一)(d)项下撤裁或其他撤裁程序的后果。以 ICSID 仲裁为例,当事人和仲裁庭都受 ICSID 公约和 ICSID 仲裁规则下的“基本程序规则”(Fundamental Rule of Procedure)的约束。严重违反基本程序规则的行为可能直接导致裁决受到《ICSID 公约》第 52(d)条下的撤裁处理。由于未能在提交证据方面公平对待双方, Fraport v Philippines 一案的仲裁裁决被撤裁委员会撤裁,理由之一是仲裁庭未能给予申请人在听证程序结束后提交的新证据以平等申辩机会。撤裁委员会认为,“仲裁庭在收到菲律宾检察官决议后对当事方的不公平对待已经在实际上严重背离了要求当事方有权平等陈述案件的基本程序规则……”“该规则无疑是一项基本规则,违反的后果是严重的。”<sup>⑧⑥</sup> 任何对于政治敏感证据的裁决,都可能剥夺了请求一方对某项证据的陈述权利,隐含着可能构成不平等对待双方陈述案情权利的风险,因此需要严格适用裁决的程序对此予以保证。

## 五、结 语

政治敏感证据为仲裁参与方提供了对抗证据开示的理由。到目前为止,利用该理由提出排除证据的请求基本集中在对国家和政府保密信息保护的范围内。2010 版的《IBA 取证规则》已经将这一理由纳入可供排除证据的理由,在适用《IBA 取证规则》的案例中可以直接引用 9.2(f)来主张此项权利。在不明确适用该规则的国际仲裁程序中,该

<sup>⑧③</sup> Wena Hotels v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002, para. 57.

<sup>⑧④</sup> Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision of the Ad Hoc Annulment Committee, 22 December 1989, para. 5.06.

<sup>⑧⑤</sup> Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2, 24 May 2006, p.9.

<sup>⑧⑥</sup> Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Annulment Proceeding, 23 December 2010, paras 197-208. “The requirement that the parties be heard is undoubtedly accepted as a fundamental rule of procedure, a serious failure of which could merit annulment……” the ad hoc Committee was in no doubt that such a requirement was in any event a fundamental rule, the breach of which was serious.”

项权利作为一项已经被广泛接受的权利也应当适用。

政治敏感证据的排除是国际仲裁程序中广泛采纳证据原则的一种例外情形,国际仲裁庭对有关主张坚持从严控制的态度,强调东道国不应以其国内法为理由拒绝履行其在国际法下的义务。需要指出并非所有政治敏感证据都可以在仲裁程序中得到排除,能够被排除的仅指满足要求的“合格”证据。平衡国内法和国际法的适用是仲裁庭在适用此规则时的难点之一,实践中仲裁庭无一例外地考虑了这类主张所具有的国际性及有关主张在国内法下合法性,但拒绝受国内法约束。仲裁庭一般会适用一个包括仲裁规则(辅以《IBA 取证规则》)和国际法基本原则在内的多层次法律体系来对有关利益进行考量。已有的案例显示适用该原则的程序性要求较为严苛,有关请求必须具体和明确,确保仲裁庭和各方对此的裁决权和知情权,请求方应当指定足够级别和专业知识的官员审阅每一份其提出主张的文件,对每一份文件的敏感性做出独立判断,并表现出足够的勤勉和诚信态度。当然在实施过程中因案情不同以及受到有关证据敏感特征的限制,也存在一定的灵活性。

*Bilcon v Canada* 一案仲裁庭对此的意见被各类仲裁庭引用较多,可能对未来处理相关问题具有一定的影响力。在政治敏感证据排除的裁判原则方面,国际仲裁庭的实践表现出了较明显的一致性,其核心是评估请求的合法性以及排除证据将对仲裁程序和其公共利益带来的影响。在裁决的过程中,国际仲裁庭反复强调平衡敏感证据排除和相关公共利益之间的关系。涉及重要国家安全或军事秘密的理由具有特殊性,可能会更容易获得仲裁庭支持,但何为“重要”仍待解释,另外对此适用的程序也不甚清晰。综上所述,仲裁庭和各方应当从以下几个方面对有关政治敏感证据排除程序给与考虑:

- (1) 证据敏感性在国内法和国际法下的法律地位;
- (2) 对各方证据开示所需要的文件和必备程序方面的要求;
- (3) 决定涉及敏感证据排除程序中“特权日志”的披露范围和处理程序;
- (4) 对有关证据的敏感性与受益方要求披露证据存在利益的评估;
- (5) 要求披露敏感证据与本案的关联性和重要性问题;
- (6) 主张一方对敏感性的论证是否符合仲裁庭的习惯做法;
- (7) 有限披露方式的采用(私密审阅、第三方专家报告和编校披露等)与受益方对于披露信息存在的利益的关系;
- (8) 涉及国家安全或军事秘密的证据的特别程序;
- (9) 政府决策过程中形成的证据的重要性和时效性、有关证据与本案的关联性和重要性;
- (10) 不受特权保护来源中对问题敏感证据内容的披露和可知性;
- (11) 不披露敏感证据理由的合理性与披露证据对推进本案的利益;

总之,对于东道国而言成功地主张这项特权并非易事,不仅需要有一个可以明确建立该等特权的国内法律体系,还必须满足仲裁庭对提出此类请求适用的严格的程序性要求,主张一方必须仔细准备各项理由以及应对对方提出的反对理由。对于主张开示一方

来说,论证敏感证据对于本案争议的重要性和不可替代性似乎成为否决这类请求的杀手锏之一。国际仲裁庭特别是投资仲裁庭在裁决过程会受到已经形成广泛影响力的判例原则、推理和考量因素的影响。虽然在国际法下没有所谓‘遵循先例’的原则,但是国际仲裁庭在多个场合均表示其认可并遵循一个稳定的并具可预见性的国际仲裁实践体系,因此在适用法律下找到已有判例中反复适用、具有普遍适用性的原则非常重要。

截止 2016 年底我国已经与 104 个国家和地区签订了双边投资条约(不包括多边条约),同时我国也是《ICSID 公约》的成员。随着我国在国际仲裁领域参与度的逐步加深,特别是我国近年来对外资引入的力度加大和在“一带一路”沿线国家投资的迅猛增长,与我国有关的国际投资仲裁程序呈逐年增多趋势。敏感证据排除规则的有效运用不仅对我国企业在国际仲裁程序中应对无理和超过必要限度的证据主张具有重要意义,也对维护国家利益甚至国家安全利益具有一定意义,应当引起足够重视。目前这项制度仍处于发展阶段,还没有在证据规则中形成固定的具有执行性的程序,我国对其发展应当给与足够的关注,必要时应当发出自己的声音。

---

**Abstract:** The principle that evidence of the nature of political or institutional sensitive shall be excluded from production of evidence has been firmly established in international arbitration. Given the tribunals' considerable discretion in dealing with evidentiary matters in the context of international arbitration, the procedures and considerations in the circumstances of particular cases are lack of concrete and technical contents. International tribunals have generally shown in practice that they take restrictive approaches in dealing with the pleadings of the evidentiary privileges on the ground of political sensitivity/confidentiality by imposing onerous burdens on the claiming party. The case law from various tribunals indicates that the claiming party is under the duty to prove that the claim of the privilege is not only well-founded under the domestic laws, but also tenable according to the general principles of international law. This article reviews the principles relating to the practice of exclusion of the evidence on the ground of political or institutional sensitivity/confidentiality as reflected in international arbitration practice. Recognized practice can be discerned as well as issues to be clarified. Understanding that international tribunals are of full discretion to admit or exclude from evidence in arbitration subject only to the principles of equity and fairness within the limits of mandatory rules of applicable laws, a careful examination into these principles to ensure the privileged right is properly used should be warranted.

**Keywords:** international law; international arbitration; production of document; politically sensitive evidence; exclusion of evidence

---

(责任编辑:李 兵)

# 实际施工人的代位权若干问题研究

高印立\*

---

**内容提要** 本文根据《民法典》和有关最新司法解释的规定,对实际施工人行使代位权涉及的主要问题作了较为全面的梳理,并结合理论和司法实践提出了自己的见解:实际施工人行使代位权应当与其具有合同关系的转包人或违法分包人之间的债权确定为条件;实际施工人可以就承包人的工程价款优先受偿权行使代位权;多层转包或违法分包情形下的实际施工人不能向发包人行使再代位权;行使代位权的实际施工人包括借用资质的“挂靠人”,但行使条件较为苛刻。最后,对当事人存在有效的仲裁协议时如何确定代位权诉讼的管辖进行了讨论。

**关键词** 建设工程 实际施工人 代位权 优先受偿权 管辖

---

## 一、前言

2021年1月1日,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(以下简称《新建设工程司法解释(一)》)施行。同时,原《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2004〕14号)、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》(以下简称《建设工程司法解释(二)》)废止。根据《民法典》第五百三十五条的规定,《新建设工程司法解释(一)》对《建设工程司法解释(二)》中关于实际施工人代位权的规定进行了修正。该解释第四十四条规定:“实际施工人依据民法典第五百三十五条规定,以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利,影响其到期债权实现,提起代位权诉讼的,人民法院应予支持。”

司法解释所规定的实际施工人的代位权,是对实际施工人权利保护的又一举措,但由于对代位权制度和实际施工人制度的理解不同,理论和实践中对该条款的适用存在不同认识。比如:实际施工人行使代位权是否要求与其具有合同关系的转包人或违法分包

---

\* 高印立,北京采安律师事务所高级顾问,教授级高级工程师,中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会/北京仲裁国际中心仲裁员。(北京采安律师事务所石伟博士对本文提出了有益意见,李佳蓉女士翻译了本文题目和摘要,在此致谢)。

人的债权确定?实际施工人可否就承包人的工程价款优先受偿权行使代位权?多层转包或违法分包情形下的实际施工人能否向发包人行使再代位权?行使代位权的实际施工人是否包括借用资质的“挂靠人”?在当事人存在有效的仲裁协议时,如何确定代位权诉讼的管辖?等等。

本文根据《民法典》和有关司法解释的规定,对实际施工人行使代位权涉及的主要问题作了全面的梳理,并结合理论和司法实践提出了自己的见解。

## 二、实际施工人代位权的构成要件

债权人的代位权,是指债权人为了保全自己的债权,以自己的名义行使属于债务人权利的权利。<sup>①</sup>《民法典》第五百三十五条规定:“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利,影响债权人的到期债权实现的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利,但是该权利专属于债务人自身的除外。”根据该规定及代位权的一般理论,实际施工人提起代位权诉讼应具备以下条件。

### (一) 实际施工人对转包人或违法分包人的债权合法。

所谓债权合法可以从以下几个方面进行理解:

第一,债权只有合法才能受法律保护,不合法的债权,如赌债、枪支买卖形成的债权等,不受法律保护,故债权人不享有代位权。这里的“债权合法”既包括债权人对债务人的债权合法,也包括债务人对其相对人的债权合法。

第二,实际施工人与转包人或违法分包人间的合同虽然无效,但由此产生的“折价补偿”的不当得利之债是合法的。同样,在多重转包或违法分包的场合,转包人或违法分包人与其上一手转包人或违法分包人的合同无效,也不影响实际施工人代位权的行使。

第三,关于自然债权的债权人是否享有代位权,理论上不同观点。<sup>②</sup>有观点认为,自然债权的债权人不享有代位权,因为“债权人”对“债务人”并不享有债权,当然也就无所谓享有代位权。<sup>③</sup>也有观点认为,债权人尽管对债务人无胜诉权,但债权并未消灭,且债权人虽无法强制债务人将代位权行使的成果转归自己,但毕竟存在债务人向自己主动履行的可能性,故自然债权可以成为代位权的来源。<sup>④</sup>

本文认为,实际施工人不能基于自然债权向发包人行使代位权,具体分析如下:

首先,债权具有保护请求权能,债权人依此权能可在债务人不履行债务以及第三人

<sup>①</sup> 韩世远:《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版,第433页。

<sup>②</sup> 参见李玉林:《论自然债务》,载《山东法官培训学院学报(山东审判)》2000年第4期,第44页。“所谓自然债权是指虽然具有法律意义,但却不享有诉讼保护的债权。其具有两个方面的特点:一是债务人如不履行,债权人不能请求强制履行,法律亦不加以制裁;二是债务人自愿履行时,债权人可以领受,并非为不当得利,债务人不得请求返还。典型的自然债权就是超过诉讼时效的债权。”

<sup>③</sup> 洪学军:《债权人代位权的性质及其构成研究》,载《现代法学》2002年第4期,第105页;王利明:《论代位权的行使要件》,载《法学论坛》2000年第1期,第36页。

<sup>④</sup> 佟强:《代位权制度研究》,载《中外法学》2002年第2期,第175页。

侵害债权时,请求国家机关予以保护。债权人的代位权是依据该债权保护请求权能而产生的。<sup>⑤</sup>可见,对于丧失国家强制力保护的自然人债权,债权人代位权的来源存在障碍。

其次,《民法典》第五百三十七条规定:“人民法院认定代位权成立的,由债务人的相对人向债权人履行义务,债权人接受履行后,债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。债务人对相对人的债权或者与该债权有关的从权利被采取保全、执行措施,或者债务人破产的,依照相关法律的规定处理。”可见,代位权行使的结果是债务人的相对人直接向债权人履行债务,从而使债权人与债务人、债务人与其相对人之间相应的权利义务终止。显然,这里存在着债权人依靠国家强制力使得债务人的相对人直接向其履行债务的情形,而自然人债权并不具有该项权能。因此,即使债务人对其相对人的权利未过诉讼时效,自然人债权的债权人也不能行使代位权。

最后,从国外的法律制度来看,有的国家明确规定,自然债权的债权人不享有代位权。比如,《日本民法典》第四百二十三条第(三)项规定:“债权人在其债权不能依强依法行实现时,不得行使被代位权利。”这里的“被代位权利”即指债务人的权利。<sup>⑥</sup>由上述分析可知,自然债权的债权人不应享有代位权。同样,在债务人对其相对人的债权为自然债权的情形下,债权人也不享有代位权。因此,无论是实际施工人对转包人或违法分包人的债权,还是转包人或违法分包人对发包人的债权,其中任意一项因超过诉讼时效等原因而成为自然债权的,实际施工人均不得向发包人行使代位权。

## (二)原则上实际施工人的债权应已经到期。

代位权针对的是债务人消极损害债权的行为,原则上债权人应在履行期届满后方可行使代位权。<sup>⑦</sup>而且,在债权人对债务人的债权到期之前,其债权能否实现无法预料,如果在债务人发生迟延履行债务之前就允许债权人行使代位权,则会对债务人的经济活动自由造成过分干预。<sup>⑧</sup>而从我国的法律规定来看,《民法典》第五百三十五条则将“影响债权人的到期债权实现”作为债权人行使代位权的条件,因此,债权人的债权到期是其代位权成立的要件之一。

同时,债权人的债权到期作为债权人行使代位权的要件是一般原则,防止债务人权利消灭、变更,使其财产价值维持原状的保存行为则为例外,如中断诉讼时效、申请破产债权等。在例外情况下,应允许债权人在履行期届满前行使代位权。《民法典》第五百三十六条款即规定,在债权人的债权到期前,若债务人的债权存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形影响债权人的债权实现的,债权人可以提前代位向债务人的相对人请求其向债务人履行或者向破产管理人申报等。由于该条所规定的权利行使结果归属于债务人,与《民法典》第五百三十五条所规定的代位权行使结果归属

<sup>⑤</sup> 洪学军:《债权人代位权的性质及其构成研究》,载《现代法学》2002年第4期,第104页。

<sup>⑥</sup> 刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译:《日本民法典》,中国法制出版社2018年版,第92页。

<sup>⑦</sup> 王利明:《论代位权的行使要件》,载《法学论坛》2000年第1期,第37页。

<sup>⑧</sup> 陈协平:《论我国债权人代位权的成立要件》,载《北华大学学报(社会科学版)》2012年第4期,第108页。

有区别,所以有观点认为,将其称为代位保存权更为妥当。<sup>⑨</sup>

综上,基于代位权的行使要件,原则上实际施工人只有在其债权到期时才能向发包人行使代位权。如果实际施工人的债权存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形而影响其债权实现的,实际施工人也可以在其债权到期前行使代位保存权。

### (三) 转包人或违法分包人怠于行使其到期债权,影响实际施工人到期债权的实现

关于代位权的规定,《民法典》第五百三十五条对《合同法》第七十三条的表述作了修改,即将“对债权人造成损害”修改为“影响债权人的到期债权实现”,加大了对债权保护的力度。关于怠于行使到期债权的认定标准,根据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》(以下简称《合同法司法解释(一)》)第十三条的规定,是指债务人不履行其对债权人的到期债务,又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张。虽然该司法解释已于2021年1月1日废止,但废止的原因应当主要在于《民法典》的施行和《合同法》的废止。后续最高人民法院在制定《民法典》司法解释时,仍可能继续沿用该观点。

理论上,将“怠于行使”的标准界定为不以“诉讼”或“仲裁”方式主张债权似乎过于狭窄,但该标准在实践中确有客观、明确的优点,有利于避免债权人的代位权落空。

关于债务人怠于行使债权的证明责任,有观点认为,其应当由债权人举证,即债权人必须证明债务人能够通过诉讼或者仲裁的方式向其相对人提出请求却没有及时提出,在债权人作出这种举证以后,债务人的相对人不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的,也应当承担举证责任。<sup>⑩</sup>但本文认为,对于“债务人能够通过诉讼或者仲裁的方式向其相对人提出请求却没有及时提出”这一事项,债权人实际上只能举证证明债务人对其相对人的债权已经到期,而无法证明债务人未通过诉讼或者仲裁的方式向其相对人提出请求。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十一条的规定,代位权没有受到妨碍的事实(即债务人已经通过诉讼或仲裁方式实现权利),应当由债务人或债务人的相对人举证证明。

对于实际施工人提起的代位权诉讼,实际施工人应当对以下事实承担举证责任:

1. 举证证明其为建设工程项目的实际施工人,其与转包人或违法分包人之间存在债权债务关系;
2. 举证证明转包人或违法分包人对发包人享有到期债权,即该债权所附条件已经成就、履行期限届满或债权已过履行期。

### (四) 转包人或违法分包人对发包人的债权不是专属于其自身的债权

《民法典》第五百三十五条规定,债权人对债务人之相对人的代位权不包括专属于债务人自身的权利,即代位权的客体必须是非专属于债务人的债权。上述专属于债务人

<sup>⑨</sup> 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》,人民法院出版社2020年版,第509页。

<sup>⑩</sup> 王利明:《论代位权的行使要件》,载《法学论坛》2000年第1期,第39页。

自身的债权,一般是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

由于实际施工人主张的是工程款债权,不具有人格和身份属性,因此,其向发包人主张工程价款债权的代位权时,债权的专属性不会构成其行使代位权的障碍。

### (五) 实际施工人对转包人或违法分包人的债权确定

所谓债权必须确定,是指债务人对于债权的存在以及内容并没有异议,或者该债权已经经过了法院和仲裁机构的裁判确定。关于债权确定是否为债权人行使代位权的要件,实践中存在争议。

有观点认为,债权人对债务人的债权应当确定,因为如果债权不确定,债权人向债务人的相对人提出请求时,相对人可能很难知道债权人与债务人之间的债务情况,从而难以提出抗辩。<sup>①</sup>而且,即使债务人加入诉讼且其抗辩成立并导致债权人不能提出请求,对相对人也有可能造成损害,包括参加诉讼的费用和时间,增加了其诉累。<sup>②</sup>而债务人对其相对人的债权则不一定要求债权确定。债权人可能只知道在债务人与其相对人之间存在债的关系,但未必一定了解债权的具体数额,如果要求其必须在此种债的关系确定之后才行使代位权,这必然使债权人很难行使代位权。<sup>③</sup>

也有观点认为,相关法律法规并未规定必须数额确定、双方没有争议才可以提起代位权之诉,对于存有争议的债权债务关系,如果经法院审理查明,债权人没有证据证明债务人欠其到期债权,法院可裁定驳回债权人的起诉。<sup>④</sup>实际施工人向发包人行使代位权,不以实际施工人与转包人或违法分包人已进行结算为前提,以避免加强保护实际施工人所代表的农民工权利的目的被弱化。<sup>⑤</sup>

本文原则上赞成第一种观点,即债权人对债务人的债权应当确定,但债务人对其相对人的债权则不一定要求债权确定。本文认为,除了上述观点所提出的理由之外,还可以从以下几个方面作出解释:

第一,要判断债权确定是否为代位权诉讼的构成要件,首先需要考察代位权诉讼的诉讼标的。所谓诉讼标的,是指当事人之间争议的、请求法院审判的民事实体法律关系或者民事实体权利。<sup>⑥</sup>关于代位权诉讼的诉讼标的,学理上存在三种观点:1. 二诉讼标的说,即认为代位权诉讼中存在两个诉讼标的,一个是债权人的代位权主张,另一个是债权人所提出的债务人对其相对人享有权利的主张;2. 一诉讼标的说,即认为代位权诉讼之诉讼标的,应仅为债务人和其相对人的权利义务关系,而不包括代位权本身;3. 一个诉讼

① 王利明:《论代位权的行使要件》,载《法学论坛》2000年第1期,第37页。

② 任悦:《次债务未确定不影响代位权的行使》,载《人民司法(案例)》2017年第5期,第59页。

③ 王利明:《论代位权的行使要件》,载《法学论坛》2000年第1期,第37页。

④ 徐向东、张玉芝:《浅析代位权的成立要件》,载《山东法官培训学院学报(山东审判)》2005年第6期,第123页。

⑤ 肖峰、严慧勇、徐宽宝:《〈关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释二〉》解读与探索》,载《法律适用》2019年第7期,第105页。

⑥ 江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2015年版,第25页。

标的、两个基础法律关系说,即认为代位权诉讼的诉讼标的系债权人以自己的名义,依据债务人的权利对第三人所主张的权利,该诉讼标的包括债权人自己对债务人的权利与债务人对其相对人的债权两个基础法律关系,但此基础法律关系并非诉讼标的。<sup>①⑦</sup>

由上述观点可以看出,前两种观点均认为,债务人和其相对人的权利义务关系是代位权诉讼的诉讼标的;第三种观点也认为,债务人对其相对人的权利是代位权诉讼标的的来源。因此,在代位权诉讼中,法院应当对债务人和其相对人的权利义务关系进行实质审查,并作出裁判。由此,代位权诉讼也就并不要求债务人对其相对人的债权确定。

第二,代位权是债权人为了保全其债权而代债务人行使其权利的权利,该权利在性质上属于债权的保全权能,其本质上是对债务人与其相对人之间权利义务的干预。<sup>①⑧</sup>虽然根据《民法典》第五百三十七条的规定,代位权行使的结果及于债权人,但代位权诉讼的实质是债权人代债务人提起的诉讼。即使按照“二诉讼标的说”的观点,债权人主张的代位权也是一种替代债务人对其相对人行使债权的权利,并非债权人对债务人的直接权利,故债权人与债务人之间的权利义务关系不是代位权诉讼的诉讼标的,法院也就不宜对债权人和债务人的权利义务关系作出裁判。然而,代位权成立又以债权人和债务人之间存在债权债务关系为条件,因此,债权人对债务人的债权确定就成为债权人启动代位权诉讼的必要条件。

第三,债权人的代位权诉讼与债权人对债务人的债的诉讼可以并存。而且,二者并存时,不论哪一个诉讼先提起,受理代位权诉讼的法院都应中止代位权诉讼的审理。这是因为债权人对债务人的债权是否得到法院的确认以及确认的数额、范围等,直接决定着代位权诉讼的结果。<sup>①⑨</sup>由此可以推论,法院在代位权诉讼中不能对债权人与债务人之间的债权债务关系进行实体审理。如前所述,债权人对债务人的债权确定就顺理成章了。

具体到实际施工人的代位权诉讼中,如果实际施工人与转包人或违法分包人之间的工程价款尚未办理结算,实际施工人的工程款债权尚未确定,原则上法院应当驳回其代位权起诉。在“葛帮魁与安徽古洲酒业有限公司债权人代位权纠纷案”中,作为原告的实际施工人葛帮魁申请对涉案工程量进行鉴定,以确定其与债务人的工程款金额。对此,法院认为,实际施工人与债务人之间的债务数额不明确,而对涉案工程量及工程款的鉴定不是代位权诉讼案件的审理范围,故其起诉不符合代位权诉讼的条件,从而驳回了实

<sup>①⑦</sup> 赵钢、刘学在:《论代位权诉讼》,载《法学研究》2000年第6期,第12-13页。

<sup>①⑧</sup> 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》,人民法院出版社2020年版,第499页。

<sup>①⑨</sup> 曹守晔等:《〈关于适用合同法若干问题的解释(一)〉的理解和适用》,载《人民司法》2000年第3期,第10页。《合同法司法解释(一)》第15条规定:“债权人向人民法院起诉债务人以后,又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼,符合本解释第十四条的规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件的,应当立案受理;不符合本解释第十四条规定的,告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第(五)项的规定中止代位权诉讼。”虽然该司法解释已经废止,但后续最高人民法院在制定《民法典》司法解释时仍可能继续沿用该观点。

际施工人的起诉。<sup>②①</sup>

在实际施工人对转包人或违法分包人的债权确定的情况下,法院则应当查明发包人是否欠付转包人或违法分包人工程价款以及欠付工程价款的数额;因涉及工程造价专门知识难以查清的,法院应当依当事人的申请委托鉴定机构进行工程造价鉴定。

需要注意的是,如果转包人或违法分包人将工程交由实际施工人施工时仅收取一定比例的管理费,且当事人对此亦无异议,则在法院查明转包人或违法分包人与其上手合同相对人之间结算价款的情况下,实际施工人对转包人或违法分包人的债权实际上已经确定。本文认为,在这种情况下,法院不应驳回实际施工人的代位权起诉。

### 三、实际施工人可否代位行使工程价款优先受偿权?

《新建设工程司法解释(一)》第三十五条未赋予实际施工人就建设工程价款优先受偿的权利,而该解释第四十四条规定了实际施工人的代位权。由此就产生一个问题,即实际施工人能否代位行使转包人或违法分包人的工程价款优先受偿权。理论和实践中,对此有不同观点。

有观点认为,违法分包和转包合同中的实际施工人也可以向发包人提起代位权诉讼的方式,主张享有建设工程价款优先受偿权,在此制度下,实际施工人就建设工程优先受偿的权益将得到延伸。<sup>②②</sup>也有观点认为,建设工程价款优先受偿权具有人身依附性。《河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南》(冀高法〔2018〕44号)第37条规定:“建设工程价款优先受偿权与建设工程价款请求权具有人身依附性,承包人将建设工程价款债权转让,建设工程价款的优先受偿权消灭。”在“张惠芳、芜湖市金鼎房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”中,法院也认为,建设工程价款优先受偿权系专属于承包人自身的权利。<sup>②③</sup>按此观点,则实际施工人无法就建设工程价款优先受偿权向发包人行使代位权。

本文认为,《新建设工程司法解释(一)》第四十四条规定的实际施工人的代位权,应当包括建设工程价款优先受偿权,具体理由如下:

#### (一) 代位权并不限于金钱债权

原《合同法司法解释(一)》第十三条规定,债务人怠于行使其到期债权是指“具有金钱给付内容的到期债权”,即该解释将代位权制度的适用范围限定在具有金钱给付内容的债权范畴。但有学者认为,《合同法司法解释(一)》进一步缩小了代位权制度的适用空间,难谓合理,所有适用于债权人共同担保的保全的权利,包括物权及物上请求

<sup>②①</sup> 安徽省合肥市中级人民法院(2019)皖01民终9850号民事裁定书。

<sup>②②</sup> 唐倩:《实际施工人的建设工程价款优先受偿权实证研究》,载《中国政法大学学报》2019年第4期,第84页。

<sup>②③</sup> 安徽省芜湖市中级人民法院(2019)皖02民终2629号民事判决书。

权、形成权、诉讼法上的权利或公法上的权利等都应成为代位权的标的。<sup>②③</sup>从比较法上看,《法国民法典》规定的债权人的代位权包括一切权利和诉权;<sup>②④</sup>日本和我国台湾地区的民事立法及理论也认为,可代位行使的权利十分广泛,概括为“属于债务人的权利”,<sup>②⑤</sup>其范围包括不动产移转登记请求权、基于不动产租赁权代位行使排除妨碍请求权等。<sup>②⑥</sup>

随着《民法典》的颁布,代位权客体被适度扩张。根据《民法典》第五百三十五条的规定,债权人行使代位权的客体由金钱债权扩张至债权及与该债权有关的从权利,《新建设工程司法解释(一)》第四十四条也作出相应规定。这使得建设工程价款优先受偿权成为代位权的客体变为可能。

### (二) 建设工程价款优先受偿权属于工程款债权的从权利

所谓从权利,是指以主权利为存在前提的权利,例如,以抵押权担保债权,则债权为主权利,抵押权为从权利。<sup>②⑦</sup>《民法典》第五百三十五条规定的“与债权有关的从权利”主要是指担保权利(包括担保物权和保证)。<sup>②⑧</sup>基于建设工程价款优先受偿权的担保物权性质,《新建设工程司法解释(一)》第四十四条规定的从权利也应当包括建设工程价款优先受偿权,有关《民法典》理解与适用的论述中也持这一观点。<sup>②⑨</sup>

### (三) 建设工程价款优先受偿权不是专属于承包人自身的权利

专属于债务人自身的债权主要包括基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。这些都是与债务人的人格权、身份权相关的债权,具有强烈的人身属性,其与债务人的生活密切相关,不可分离,具有专有性和不可转让性,必须由债务人亲自行使才产生法律效力,故对这些债权不能由债权人代位行使。<sup>③⑩</sup>

而建设工程价款的优先受偿权是基于建设工程的不动产特性和建设工程合同的承揽特征,以承包人的建设工程成果对其债权进行担保的权利。从性质上看,建设工程价款优先受偿权本质上是一种担保物权,可以与其担保的债权一并转让,<sup>③⑪</sup>并不具有人身属性,不是《民法典》第五百三十五条规定的专属于承包人自身的权利。况且,在存在实际施工人的场合,建设工程成果的实际完成者是实际施工人,而并非作为承包人的转包人或违法分包人。从这个意义上看,建设工程价款优先受偿权也不能专属于转包人或违法分包人。因此,实际施工人代位行使建设工程价款优先受偿权并无人身专属性的障碍。

<sup>②③</sup> 韩世远:《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版,第443页。

<sup>②④</sup> 罗结珍译:《法国民法典》,北京大学出版社2010年版,第310页。

<sup>②⑤</sup> 韩世远:《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版,第444页。

<sup>②⑥</sup> 史文才、宋迎春:《债权人代位权制度比较研究》,载《南京大学法律评论》2005年春季号,第118页。

<sup>②⑦</sup> 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第132页。

<sup>②⑧</sup> 黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第167页。

<sup>②⑨</sup> 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》,人民法院出版社2020年版,第502页。

<sup>③⑩</sup> 陈协平:《论我国债权人代位权的成立要件》,载《北华大学学报(社会科学版)》2012年第4期,第110页。

<sup>③⑪</sup> 《民法典》第407条规定:“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的,担保该债权的抵押权一并转让,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

## 四、实际施工人行使代位权的法律后果

### (一) 工程款债权

实际施工人代位行使工程款债权的法律后果因具体情形不同而有所不同。

#### 1. 原则上发包人应当向实际施工人履行工程款支付义务

根据《民法典》第五百三十七的规定,实际施工人的代位权成立且其接受发包人履行后,实际施工人与转包人或违法分包人、发包人之间相应的权利义务终止。可见,《民法典》原则上并未采用“入库规则”,<sup>③</sup>而是采用了“直接受偿规则”。有观点认为,这实质上是采用了“优先受偿说”,即由债务人的相对人向行使代位权的债权人履行义务,产生了优先受偿效力,其理论基础在于债权人对于债务人的债权保全有提供财产担保和诉讼付出上的贡献。<sup>④</sup>也有观点认为,债权人的直接受偿与债的相对性、平等性及合同保全制度目的不符,故其是代位权诉讼的债权人基于代理受领与法定抵销权,使其在事实上具有了优先受偿的效果。<sup>⑤</sup>

实际上,无论采用哪种观点,在实际施工人的代位权诉讼中,我国《民法典》都将代位权行使的效果原则上直接归属于实际施工人,从而使得其代位行使的债权具有了优先性。因此,实际施工人的代位权诉讼成立的,法院应当判决发包人向实际施工人支付工程价款。

#### 2. 工程款债权被采取保全、执行措施的,应执行相关法律规定

对于转包人或违法分包人对发包人的工程款债权被采取保全、执行措施的,执行法院应就执行变价所得财产,在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后,对于普通债权,按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。这实际上是采用了“入库规则”,即实际施工人通过代位权取得的工程款债权并不具有优先性,其应在执行程序中被平等对待,按照比例受偿。

#### 3. 转包人或违法分包人已经进入破产程序的,应当适用《企业破产法》的有关规定

《企业破产法》第二条第一款规定:“企业法人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,依照本法规定清理债务”。《企业破产法》第三十二条规定:“人民法院受理破产申请前六个月内,债务人有本法第二条第一款规定的情形,仍对个别债权人进行清偿的,管理人有权请求人民法院予以撤销。但是,个别清偿使债务人财产受益的除外。”根据上述规定,在法院受理转包人或违法分包人破产申请前六个月内,发包人已经向实际施工人清偿了其代位行使的工程款债权的,管理人有权撤销发包人对实际施工人的清偿。

<sup>③</sup> 崔建远、韩世远:《合同法中的债权人代位权制度》,载《中国法学》1999年第3期,第35页。

<sup>④</sup> 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》,人民法院出版社2020年版,第537页。

<sup>⑤</sup> 江必新主编:《民法典重点修改及新条文解读(上册)》,中国法制出版社2020年版,第198页。

## （二）建设工程价款优先受偿权

关于实际施工人代位行使建设工程价款优先受偿权的法律后果,有观点认为,其仅能产生权利入已经行使优先受偿权的效果,因行使建设工程价款优先受偿权而取得的财产,应当归属于有效施工合同的承包人。实际施工人因工程建设享有的折价补偿请求权,并不由此直接受偿,仍需依普通债权另行主张。我国债权代位制度下的直接清偿规则,不当适用于由实际施工人代位行使的建设工程价款优先受偿权中。<sup>⑤</sup>

本文认为,如前所述,我国《民法典》的规定使得实际施工人代位行使的债权具有了优先性。而对于建设工程价款优先受偿权来说,其本来就具有法定的优先性,在代位权成立的情况下,由实际施工人直接向发包人主张优先受偿权就顺理成章了。对于建设工程被采取保全、执行措施的,也应采用“入库规则”,按照有关查封、扣押、冻结财产等法律规定的清偿顺序进行清偿。

## （三）实际施工人的代位保存权

在实际施工人对转包人或违法分包人的工程款债权到期前,若转包人或违法分包人对发包人的工程款债权存在诉讼时效即将届满或者未及时申报破产债权等情形,影响实际施工人的工程款债权实现的,实际施工人可以行使代位保存权。《民法典》第五百三十六对此列举了两种典型类型:一是实际施工人可以代位向发包人主张权利,以使诉讼时效中断;二是当发包人进入破产程序而转包人或违法分包人未及时申报破产债权的,实际施工人可以代位向破产管理人申报破产债权。上述代位保存权行使的结果归属于转包人或违法分包人,即应由发包人向转包人或违法分包人履行,这与代位权的行使结果明显不同。

## 五、多重转包或违法分包情形下的再代位问题

在建设工程领域,多重转包、违法分包的情形十分常见,那么,实际施工人能否越过两个以上的被代位人向发包人行使代位权?这涉及到代位权的再代位问题。

关于代位权的再代位,学术界存在不同观点。支持者认为,代位权旨在保全债权,债权人既然可以越过一个债务人向其相对人行使代位权以达到保全债权的目的,那么当若干个中间环节均怠于行使权利时,亦没有理由禁止债权人同样目的行使代位权;反对者则认为,代位权产生于债权,因而也属于相对权,虽然其可以突破债的相对性原则使效力及于债务人的相对人,但其并不是物权,该效力随着不断远离债权人而日益降低,如果只要中间环节具备行使代位权的条件就可以行使代位权,那么可能出现债权人越过若干债务人向最后的债务人行使代位权的情形,此时,代位权似乎具有了与物权一样的效力,这种使代位权混同于物权的做法是不可取的。<sup>⑥</sup>

<sup>⑤</sup> 唐倩:《实际施工人的建设工程价款优先受偿权实证研究》,载《中国政法大学学报》2019年第4期,第87页。

<sup>⑥</sup> 佟强:《代位权制度研究》,载《中外法学》2002年第2期,第173页。

本文认为,代位权制度本身就是对合同相对性的突破,而对合同相对性的突破必须有法律的明确规定。《民法典》第四百六十五条第二款对此予以了明确:“依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但是法律另有规定的除外。”由于法律并未对再代位权作出规定,故在多重转包或违法分包情形下,实际施工人越过两个转包人或违法分包人向发包人行使代位权没有法律依据。同时,若允许实际施工人行使再代位权,还会使得本身就存在诸多争议的管辖权问题、诉讼标的问题、代位权行使效果归属问题变得更加复杂,且极易因代位权人对代位债权的优先性而损害其他债权人的利益。因此,实际施工人不应享有再代位权。

## 六、借用资质的挂靠人能否行使代位权?

实际施工人的范围既包括转包合同、违法分包合同的承包人,也包括借用资质的挂靠人。而由《新建设工程司法解释(一)》第四十四条规定的文义可以看出,该条仅规定了转包合同和违法分包合同中承包人的代位权,并未规定挂靠人的代位权。那么作为挂靠人的实际施工人是否适用该条规定呢?实践中对此存在争议。

有观点认为,挂靠人同样可以行使代位权。《山东省高级人民法院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》(2020年8月)第5条即规定:“通常情况下,借用资质的施工人只有在出借资质人怠于履行权利时,才能提起代位权诉讼。但发包人明知借用资质事实存在的,借用资质的施工人可以直接向发包人主张权利。”在“颍上县黄坝乡人民政府、郑念启建设工程施工合同纠纷案”中,法院认为,原告作为涉案工程的实际施工人、挂靠人,有权提起代位权诉讼,是适格的当事人,因此支持了原告的诉讼请求。<sup>③7</sup>

也有观点认为,司法解释的规定仅限转包和违法分包两种情形,不包括挂靠情形,因此,挂靠人不能向发包人行使代位权。“刘畅与中国电建集团重庆工程有限公司等建设工程施工合同纠纷案”中,法院认为,司法解释规定的“实际施工人”,指在工程转包或分包情形下以自己的名义承包工程的人,不包括借用建筑施工企业资质并以该公司名义承揽工程的人,因此,原告以此为法律依据提起本案代位诉讼的理由不能成立。<sup>③8</sup>

本文认为,实际施工人的代位权并非司法解释的创制,而是源于法律的明确规定。只要满足法律关于代位权的行使要件,债权人就可以依法行使代位权。在挂靠人、被挂靠人及发包人的法律关系中,如果发包人在签订合同时“不明知”挂靠人借用资质的事实,则挂靠人无法基于事实合同直接向发包人主张权利。在这种情况下,若被挂靠人怠于向发包人行使权利,则挂靠人的利益可能受到损害。因此,借用资质的挂靠人也可以成为代位权的行使主体。但实践中需要注意以下几个方面的问题:

<sup>③7</sup> 安徽省阜阳市中级人民法院(2020)皖12民终2181号民事判决书。

<sup>③8</sup> 重庆市第四中级人民法院(2020)渝04民终153号民事判决书。

第一,这里的“发包人明知”是指发包人在签订合同时“明知”,不包括发包人在签订合同之后知道。这是因为只有发包人在订立合同时“明知”,发包人和挂靠人才能基于意思表示的一致而形成事实合同关系。

第二,一般来说,在实际施工人是挂靠人的情况下,只有发包人向被挂靠人支付工程款后,挂靠人才能向被挂靠人主张转付相应款项。因此,要同时满足被挂靠人怠于行使到期债权、挂靠人对被挂靠人的债权到期两个构成要件较为困难。但在因可归责于被挂靠人的原因导致的发包人无法与其办理结算、无法向其支付工程款等情形下,比如被挂靠人下落不明等,可以认为被挂靠人不正当地阻止了挂靠人债权的到期,从而认定挂靠人的债权已经到期。

第三,在被挂靠人对发包人的债权存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形,影响债权人的债权实现的,挂靠人可以根据《民法典》第五百三十六条的规定行使代位保存权。

## 七、关于实际施工人行使代位权的管辖问题

由于代位权制度突破了合同的相对性,由此不可避免地会带来管辖权的冲突。特别是当债权人与债务人或债务人与其相对人之间存在仲裁协议时,如何确定代位权争议的管辖问题,在理论和实践中都有不同观点。

### (一) 实际施工人与转包人或违法分包人之间存在仲裁协议

有观点认为,尽管代位权诉讼的被告不是债务人,但法官首先应审查的却是债权人与债务人之间的法律关系,若二者之间订有仲裁协议,法律应当保护当事人的合理预期。因此,应先将债权人与债务人之间的争议提交仲裁,待仲裁程序结束后,债权人仍有权向法院提起代位权诉讼。<sup>③⑨</sup>

本文不赞成上述观点。如前所述,代位权诉讼的诉讼标的并不包括债权人与债务人之间的权利义务关系,债权人对债务人的债权确定是其行使代位权的构成要件,即法院不能审查债权人与债务人之间的实体法律关系。可见,无论二者之间如何约定管辖,均不影响法院对代位权诉讼的审理。因此,对于实际施工人的代位权诉讼来说,其与转包人或违法分包人之间的仲裁协议并不影响有管辖权法院对案件的审理。

### (二) 转包人或违法分包人与发包人之间存在仲裁协议

当债务人与其相对人之间约定有合法有效的仲裁协议时,如何确定债权人代位权诉讼的管辖,主要有以下几种不同观点。

#### 1. 代位权诉讼不受仲裁协议约束

该种观点认为,即使债务人与其相对人之间的合同订有有效的仲裁条款,债务人的

<sup>③⑨</sup> 周煜恒、赖之初:《代位权制度之反思与出路 兼论与仲裁协议的弥合》,载《浙江万里学院学报》2014年第5期,第43页。

相对人也不得以有仲裁协议为由对债权人提起的代位权诉讼提出管辖异议。<sup>④①</sup>代位权诉讼只能由相对人住所地法院管辖,既排除其他法院的地域管辖,也排除债权人与债务人之间、债务人与其相对人之间的管辖协议和仲裁协议,债务人、相对人不得以此进行管辖抗辩。<sup>④②</sup>

在“湘电风能有限公司、弈成新材料科技(上海)有限公司债权人代位权纠纷案”中,最高人民法院也认为,虽然本案债务人的相对人主张其与债务人所签订的合同明确约定了仲裁条款,应由湘潭仲裁委员会审理,但由于债权人既非该仲裁条款所涉合同的一方当事人,亦非该仲裁条款所涉合同权利义务的受让人,且该约定管辖与代位权诉讼特殊地域管辖的规定相冲突,故债权人不应受该仲裁条款的约束,相对人的管辖权异议应予驳回。<sup>④③</sup>

## 2. 代位权诉讼应受仲裁协议约束。

该种观点认为,代位权本质上是代位行使属于债务人的债权,其不应获得被代位的债权之外更多利益。因此,代位权诉讼中债务人的相对人可以向代位权人主张的抗辩,应当既包括实体抗辩,也包括程序抗辩。只要相对人可以举证证明其与债务人在代位权人行使代位权之前就存在仲裁协议,则代位权人应当接受该仲裁协议的约束。<sup>④④</sup>也有观点认为,债权人向债务人的相对人主张的权利具有代位请求的性质,债权人与相对人之间的法律关系是债务人与其相对人之间法律关系的承继,故债权人的起诉须受债务人和其相对人之间达成的管辖条款约束。<sup>④⑤</sup>

在“中国信达资产管理股份有限公司浙江省分公司、大唐(青岛)风力发电有限公司债权人代位权纠纷案”中,法院也认为,在代位权诉讼中,债务人的相对人对债务人的抗辩,可以向债权人主张,因此,该案中债权人虽然并非合同当事人,但其系代债务人提起本案诉讼,故仍应受该合同仲裁条款的约束,故裁定驳回了债权人的起诉。<sup>④⑥</sup>

值得注意的是,《广东省高级人民法院关于民商事审判适用代位权制度若干问题的指导意见》(粤高法〔2003〕200号)第三条规定:“债权人提起代位权诉讼,如债务人与次债务人之间订立有效仲裁条款,法院应裁定不予受理。但该仲裁条款在债权人提起代位权诉讼后订立的或者次债务人放弃仲裁的除外。”尽管存在上述规定,但广东省高级人民法院的有关裁定却持相反立场。<sup>④⑦</sup>

<sup>④①</sup> 曹守晔等:《〈关于适用合同法若干问题的解释(一)〉的理解和适用》,载《人民司法》2000年第3期,第10页。

<sup>④②</sup> 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》,人民法院出版社2020年版,第504页。

<sup>④③</sup> 最高人民法院(2019)最高法民辖终73号民事裁定书。

<sup>④④</sup> 孔金萍:《论被代位债权的仲裁协议对代位权人的效力》,载《北京仲裁》2018年第3辑,第103-104页。

<sup>④⑤</sup> 羊芙蓉:《代位仲裁的可行性研究——以债务人与次债务人合同仲裁条款对代位权人的效力为中心》,载《广东开放大学学报》2019年第6期,第50-51页。

<sup>④⑥</sup> 山东省高级人民法院(2019)鲁民终597号民事裁定书;北京市高级人民法院(2020)京民终94号民事裁定书、上海市高级人民法院(2017)沪民辖终29号民事裁定书也持相同立场。

<sup>④⑦</sup> 广东省高级人民法院(2019)粤民辖终207号民事裁定书。

### 3. 折衷观点

最高人民法院在〔2013〕民二他字第19号对安徽省高级人民法院的答复文件中指出：“债权人提起的代位权诉讼与债务人、次债务人之间的合同纠纷属于不同的法律关系，债务人和次债务人之间事先订有仲裁条款的，债务人或次债务人有权依据仲裁条款就双方之间的合同争议申请仲裁，债权人并非该合同法律关系的一方当事人，无权对此提出异议。审理代位权诉讼的人民法院可依照民事诉讼法的相关规定中止代位权诉讼。待仲裁裁决发生法律效力后再恢复审理。”由该答复可以看出，最高人民法院一方面强调债权人无权提出异议，另一方面又提出可中止代位权诉讼。因此，这似乎提出了一个折衷处理的观点。

本文原则上赞成折衷观点，另外两种观点均存在不同程度的缺陷。

第一，代位权是债权人以自己的名义代债务人向相对人行使权利，其在性质上属于债权的保全权能，本质上是对债务人与其相对人之间权利义务的干预。在代位权诉讼中，债权人并未取代债务人成为其与相对人之间合同的当事人，这与债权转让并不相同，不能类推适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（法释〔2006〕7号）第九条的规定。<sup>①7</sup>因此，不能认为债权人取代了债务人的当事人地位而受仲裁协议的约束。

第二，根据《民法典》第五百三十五条第三款的规定，相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。但本文认为，该规定的主要理由在于，债务人与其相对人之间的权利义务关系是代位权诉讼的诉讼标的。而该诉讼标的一般指的是具有给付内容的实体法律关系。<sup>①8</sup>因此，该规定中相对人向债权人主张的抗辩应指实体抗辩，不应包括管辖权异议等的程序抗辩，债权人也就不能承继债务人与其相对人之间关于管辖等的程序性利益。

第三，仲裁管辖的基础在于当事人合意，债务人与其相对人选择仲裁这一纠纷解决机制，体现了其对所选择仲裁机构公正性的信任，这种意思自治应当被充分尊重。若债务人与其相对人就合同债权存在争议，代位权诉讼的审理必然会涉及债务人与其相对人间的实体法律关系，此时由法院直接审理上述实体问题，有违背当事人意思自治之嫌。

因此，本文认为，法院应当受理债权人的代位权诉讼，但同时也应当尊重当事人约定的仲裁协议，不宜直接对债务人与其相对人之间权利义务关系进行实体审查。如果债务人与其相对人此后进入了仲裁程序，法院宜中止代位权诉讼，待相应仲裁裁决发生法律效力后再恢复审理。

然而，更多的情况可能是，债务人并未向其相对人提起仲裁。在这种情况下，如果相对人恶意拖延提起仲裁，则代位权诉讼的程序就会受制于相对人，从而直接影响代位权人的实体权益，甚至导致债权人的代位权落空。

<sup>①7</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第9条：“债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。”

<sup>①8</sup> 江伟、肖建国主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2015年版，第26页。

为化解上述矛盾,本文赞成如下思路,即由法院裁定中止代位权诉讼,并向债务人或其相对人释明,要求其在合理期限内提请仲裁机构仲裁,并根据申请仲裁的不同情形推进审判程序:

其一,若合理期限届满,债务人或其相对人无正当理由,未提出仲裁或仲裁申请被驳回,则法院应恢复该案的审理,并依法作出裁判;

其二,若仲裁机构审理后未支持债务人的相应债权,则债权人的代位权诉讼已丧失继续进行的必要,应驳回债权人的诉讼请求;

其三,若仲裁机构审理后支持了债务人的全部或部分债权,则法院应恢复该案的审理,并依据仲裁机构的裁决结果作出裁判。<sup>49</sup>

虽然上述思路程序上相对繁琐,司法实践中采用较少,但其既较大程度地尊重了当事人的意思自治,也保障了代位权制度的落实,维护了债权人的合法权益,具有合理性。当然,从现实的角度出发,如果一定在另外两种处理方法中做出选择,采取前述“代位权诉讼不受仲裁协议约束”的观点,更有利于债权人的利益保护。

---

**Abstract:** This paper comprehensively reviews main issues related to actual constructor exercising the right of subrogation, based on the Civil Code and the latest Judicial Interpretations, and provides opinions by combining with legal theory and judicial practice: Actual constructor exercising his right of subrogation should be on the condition that the amount of debt between the actual constructor and subcontractor who assigns the contracted construction project in whole or subcontracts part of the contracted construction project illegally, with whom the actual constructor has contractual relationship, is certain; Actual constructor is entitled to exercise the right of subrogation upon contractor's priority of compensation on project payment; Actual constructor is not entitled to exercise right of re-subrogation to employer, under the circumstances of multi-level subcontracting the contracted construction project in whole or subcontracting part of the contracted construction project illegally; Actual constructor who exercises the right of subrogation includes "Affiliate" who borrows qualification(s), but the conditions for the "Affiliate" to exercise the right of subrogation are strict. Finally, this paper analyzes how to determine jurisdiction of lawsuits regarding the right of subrogation when there is effective arbitration agreement between parties of such lawsuits.

**Keywords:** construction engineering; actual constructor; right of subrogation; priority of compensation; jurisdiction

---

(责任编辑:刘 纲)

<sup>49</sup> 曲昇霞、朱愈明:《仲裁协议抗辩能否对抗债权人代位权之诉?——以矛盾裁判为视角的分析》,载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2018年第6期,第56页。

# 国际商事仲裁裁决“超裁”的司法认定

## ——基于司法实践视角

陈建华\*

---

**内容提要** 通过分析最高人民法院的五个复函,笔者发现中国法院对国际商事仲裁协议司法审查中“超裁”的认定存在如下问题:一是“超裁”的含义不明确;二是部分法院在国际商事仲裁“超裁”司法审查案件中未履行内部请示报告制度;三是司法审查的启动与认定的情形不统一;四是仲裁裁决的可分性存在争议。针对上述问题,建议采取如下措施予以解决:一是明确不予承认与执行国际商事仲裁裁决的“超裁”情形;二是严格落实内部请示报告制度;三是统一司法审查标准,确定审查仲裁标准;四是积极支持国际商事仲裁。

**关键词** 国际商事仲裁 司法审查 超裁

---

2019年4月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,对完善仲裁制度、提高仲裁公信力提出了明确的要求。据统计,2019年,全国253家仲裁委员会受理传统商事仲裁案件共281411件,比2018年增加93883件,增长50%;仲裁案件标的总额为7598亿元,比2018年增加648亿元,增长率为9.3%。<sup>①</sup>这在一定程度上表明,国际商事仲裁是国际商事纠纷解决中最常用的方式之一,对于改善中国贸易投资环境、保障贸易投资活动的正常开展、促进中国对外开放和经济发展具有非常重要的作用。中国法院对于国际商事仲裁裁决的司法审查,有利于确保国际商事仲裁的公正性、权威性、公信力。司法实践中,是否“超裁”属于人民法院对于仲裁进行司法审查的重要内容,也是人民法院对仲裁进行司法监督的重要表现。

“超裁”不仅在法学理论界存在较大的争议,正如有学者认为,“超裁”的标准产生了很多的争议。<sup>②</sup>而且在司法实务界也存在较大的分歧,正如有学者对司法审查“超裁”问题提出不同的看法,有的学者认为,在关于“超裁”的认定上,中国法院对仲裁庭管辖权的审查过于宽容;而有的学者则不赞同该观点,认为“在关于超裁的认定上,中国法院

---

\* 陈建华,湖南省郴州市中级人民法院执行局副局长、湘南学院客座教授,法学博士。

① 中国仲裁法学研究会:《中国国际商事仲裁年度报告(2020)》,第8页。

② 张毅:《仲裁超裁裁决司法监督的问题研究》,西南政法大学硕士学位论文,2012年。

对仲裁庭管辖权的审查有过于严格之嫌”。<sup>③</sup> 理论认识的不一致也带来司法实践中的不统一。

为了完善国际商事仲裁司法审查中“超裁”的认定,笔者基于自身的理论观察和实务经验,拟就“超裁”认定的现状和问题进行分析,并为解决这些问题提出相应建议。

## 一、中国法院对国际商事仲裁裁决中“超裁”的认定

美国大法官霍姆斯曾经说过,要想改进,第一步就是要看看摆在面前的事实。<sup>④</sup> 党的十八届四中全会明确提出,要加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准。2016年,最高人民法院周强院长在最高人民法院司法案例研究院揭牌暨“中国司法案例网”开通活动上强调,加强司法案例研究,以促进严格公正司法。<sup>⑤</sup> 为响应周强院长的这一号召,现就最高人民法院五个复函样本分析中国法院对国际商事仲裁裁决中“超裁”的认定。

### (一) 五个最高法院复函样本

样本之一:船舶建造合同的买方西特福公司以卖方作为被申请人提起仲裁,要求返还已支付款项。西特福公司同时请求,如果两被申请人没有返还上述款项,西特福公司有权要求中国银行按照保函返还并支付利息。最高人民法院复函<sup>⑥</sup>指出对于该仲裁裁决,除其A部分第(5)项因超出仲裁协议范围而不予承认<sup>⑦</sup>和A部分第(6)项因申请人撤回承认申请而不予审查<sup>⑧</sup>外,其他裁决事项应予承认。关于涉案仲裁裁决是否存在超出仲裁协议范围裁决的问题,即为A部分第(5)项是否因超出仲裁协议范围而不应予承认,最高人民法院指出,“虽然中国银行山东分行为涉案船舶建造合同下买方预付款的返还提供还款保函,但该银行不是涉外船舶建造合同的一方当事人,也没有与合同当事人共同签订书面仲裁协议,不是涉案仲裁裁决的申请人或者被申请人。保函的权利义务关系不应作为涉案仲裁的裁决事项,伦敦仲裁庭作出的A部分第(5)项裁决超出了仲裁协议的范围,故该项裁决不应予以承认,但并不影响对其他可分事项裁决的承认。”<sup>⑨</sup>

样本之二:最高人民法院对济南永宁制药股份有限公司与合资公司济南一海慕法姆制药有限公司之间的租赁合同纠纷仲裁案的复函中指出:“Hemofarm DD、MAG 国际贸易公司、苏拉么媒体有限公司与济南永宁制药股份有限公司在济南一海慕法姆制药有

③ 刘敬东、王路路:《“一带一路”倡议下我国对外国仲裁裁决承认与执行的实证研究》,载《法律适用》2018年第5期,第67页。

④ 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第393页。

⑤ 周强(最高人民法院院长):最高人民法院司法案例研究院揭牌暨“中国司法案例网”开通活动的重要讲话,2016年。

⑥ 最高人民法院(2015)民四他字第48号复函。

⑦ 涉案仲裁裁决A部分第(5)项为“若卖方未能向买方返还该等款项,买方将有权要求中国银行山东分行支付”。

⑧ 涉案仲裁裁决A部分第(6)项为“在收到买方终止合同的通知后,卖方应毫不拖延地向买方返还全部款项16392000美元加上由此产生的利息”。

⑨ 最高人民法院(2015)民四他字第48号复函。

限公司合资合同中约定的仲裁条款仅约束合资合同当事人就合资事项发生的争议,不能约束济南永宁制药股份有限公司与合资公司济南一海慕法姆制药有限公司之间的租赁合同纠纷。国际商会仲裁院在该仲裁案件中对济南永宁制药股份有限公司与合资公司济南一海慕法姆制药有限公司之间的租赁合同纠纷进行了审理和裁决,超出了合资合同约定的仲裁协议的范围。”<sup>⑩</sup>

样本之三:最高人民法院关于王国林申请撤销贸仲华南分会裁决的复函中认为:“本案中,吴硕琛系以案涉合同有效并要求王国林支付股权转让余款为请求提起仲裁,仲裁庭有权主动对案涉合同的效力进行审查并作出认定。但是,仲裁庭在未向当事人释明合同无效的后果以及未给予当事人变更仲裁请求机会的情况下,直接对合同无效后的返还以及赔偿责任作出裁决,确实超出了当事人的请求,属于超裁。”<sup>⑪</sup>

样本之四:最高人民法院关于《香港七好(集团)有限公司申请部分撤销[2002]深仲裁字第641号裁决一案的请示的复函》指出,金乌公司在仲裁过程中撤回了部分反请求所直接依据的证据,但其并未表示变更其反请求事项以及具体的请求数额,仲裁庭裁决支持该部分反请求没有超出仲裁协议约定的仲裁事项的范围和金乌公司仲裁反请求的范围,不构成超裁。<sup>⑫</sup>

样本之五:最高人民法院关于浙江省天河房地产联合发展公司申请撤销中国经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁裁决案的复函中指出,本案所涉仲裁裁决书对天河公司与合资公司关于土地使用面积是80亩还是68亩的争议、台湾宁诚公司的购房款应付给谁、远湖公司的出资是否到位等问题有所论及,但并没有对这些问题作出裁决,且裁决书中明确表示台湾宁诚公司与天河公司之间的有关约定系另一法律关系,合资公司与远湖公司、天河公司之间的争议系另一法律关系,不属于本案仲裁的范围。因此,不能认为本案仲裁裁决超出了仲裁庭应当裁决的范围。<sup>⑬</sup>

## (二)对五个最高人民法院复函样本的分析

中国司法实践中,法院主要是根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的相关规定对国际商事仲裁裁决进行司法审查。有学者统计,截止2019年2月,中国法院审理的申请承认和执行外国仲裁裁决的司法审查裁判文书共有215篇,其中以超裁拒绝或部分承认的案件共9宗。<sup>⑭</sup>根据笔者统计分析,目前,因超裁被拒绝承认执行的仲裁裁决主要有如下三种情形:第一种情形是,裁决列明的责任主体并非仲裁协议当事人而被认定超裁。第二种情形是,仲裁裁决超出仲裁协议约定的范围。第三种情形是,仲裁裁决超出仲裁申请人请求的范围。

上述前三个最高人民法院复函样本代表了不同的情形,具体而言,样本之一反映的

<sup>⑩</sup> 最高人民法院(2008)民四他字第11号复函。

<sup>⑪</sup> 最高人民法院(2013)民四他字第8号复函。

<sup>⑫</sup> 最高人民法院(2004)民四他字第26号复函。

<sup>⑬</sup> 最高人民法院(2003)民四他字第19号复函。

<sup>⑭</sup> 王好:《外国仲裁裁决司法审查中“超裁”认定的实证分析》,载《法律适用》2019年第4期,第38页。

是裁决列明的责任主体并非仲裁协议当事人,而被认定超裁。样本之二反映的是仲裁裁决超出仲裁协议约定的范围。样本之三反映的是仲裁裁决超出仲裁申请人的请求范围。出现上述三个样本的原因主要是因为“超裁”的含义不明确。同时,导致上述三个样本的原因还有:部分法院在对国际商事仲裁进行司法审查时未履行内部请示报告制度、部分法院司法审查标准与内容不统一以及对仲裁裁决的可分性存在争议等。这三个样本所展现的认定“超裁”问题在国际商事仲裁司法审查中具有普遍性、代表性。样本之四,因为仲裁庭裁决支持该部分反请求没有超出仲裁协议约定的仲裁事项的范围和金乌公司仲裁反请求的范围,不构成超裁。样本之五,因为不能认为本案仲裁裁决超出了仲裁庭应当裁决的范围,不构成超裁。故,样本四、五的司法审查结论是不构成“超裁”。

## 二、仲裁司法审查中“超裁”认定中存在的主要问题

习近平总书记在2016年召开的全国哲学社会科学工作座谈会上指出,“坚持问题导向是马克思主义的鲜明特点。”研究国际商事仲裁“超裁”现象,首先是掌握当前对国际商事仲裁司法审查中“超裁”认定中存在的主要问题。总体而言,目前中国仲裁司法审查中“超裁”认定存在的主要问题有四:一是“超裁”的含义不明确;二是部分法院在国际商事仲裁“超裁”司法审查案件未履行内部请示报告制度;三是部分法院司法审查标准与内容不统一;四是对仲裁裁决的超裁部分与未超裁部分是否可分存在争议。

### (一)“超裁”的含义不明确

著名法律哲学家埃德加·博登海默曾说:“概念是解决法律问题所必须的和必不可少的工具,没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”<sup>⑮</sup>对国际商事仲裁“超裁”进行司法审查,首先是要准确把握“超裁”的内涵。然而,当前“超裁”的含义不够明确,理论界与实务界对该问题是仁者见仁智者见智,莫衷一是。

从理论上讲,“超裁”,又称越权,是指仲裁庭超越权限作出裁决。<sup>⑯</sup>对于“超裁”还有学者从广义和狭义上进行界定。狭义上的“超裁”主要是指超越仲裁协议约定的范围和超越当事人仲裁请求的范围。广义上的“超裁”不仅包括超越仲裁协议约定的范围和超越当事人仲裁请求的范围,而且包括未适用当事人关于管辖权的约定<sup>⑰</sup>、仲裁庭没有适用任何国际法、仲裁庭显然漠视法律。<sup>⑱</sup>国际公约、示范法和各国法律均规定,超裁或越权作出裁决,是裁决被撤销或不予执行的重要理由。<sup>⑲</sup>例如,1996年《英国仲裁法》

<sup>⑮</sup> [美] E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1984年版,第486页。

<sup>⑯</sup> 林一飞:《仲裁裁决抗辩的法律与实务》,武汉大学出版社2008年版,第151页。

<sup>⑰</sup> 这里的管辖权是指仲裁庭的管辖权。

<sup>⑱</sup> 陈文君、宋连斌:《因“超裁”拒绝承认与执行仲裁裁决的案例分析》,载《北京仲裁》2006年第3期,第63页。

<sup>⑲</sup> 又见《纽约公约(1958年)》。

第 103 条第 2 款<sup>②①</sup>规定：“被寻求承认或执行裁决的一方当事人，如能证明以下情况，则裁决可被拒绝：……裁决解决的并非当事人约定或交付仲裁之条款所包含的争议，或包含超出提交仲裁范围的事项的决定（第 4 款除外）。”1999 年《瑞士仲裁法》作出规定，撤销或不予执行仲裁裁决的其中一项理由是“裁决涉及的争议不属于提交仲裁的范围或包含的裁定超过仲裁协议范围”。

从实务的角度来看，不同法院对“超裁”的理解和认定也并不一致。“部分法院将纽约公约第 5 条第 1 款<sup>②②</sup>（丙）项所指的‘超裁’与该条第 2 款（甲）项规定的可仲裁性问题混为一谈；对将未签署仲裁协议的一方作为仲裁被申请人，并且仲裁其承担责任，有的法院认为属于超裁，有的法院则认为属于公约第 5 条第 1 款（甲）项规定的情形，还有的法院认为属于裁决尚无拘束力的情形。”<sup>②③</sup>从实例来看，关于何为“超裁”，不同案例存在不同认定。如在“史梦芸与甘肃省食品股份有限公司申请撤销仲裁裁决”案【（2016）甘 01 民特 11 号】中，兰州市中级人民法院即认为：“超裁是指仲裁裁决的事项超出了仲裁协议的范围。”不同意见则如在“常州市鑫溢铂晶大酒店有限公司、吕俊刚等申请撤销仲裁裁决”一案【（2014）常商仲审字第 6 号】中，常州市中级人民法院即指出：“超裁是指仲裁庭作出的仲裁裁决事项部分超出了其管辖权的范围，该范围不仅限于当事人提交仲裁协议的范围，还受限于当事人提请仲裁的争议范围。”

由于司法实务界对“超裁”问题的理解、解释和适用各不相同，法官在对国际商事仲裁裁决进行司法审查过程中大多依靠自由裁量权作出认定。这导致仲裁员对于国际商事仲裁裁决“超裁”问题“诚惶诚恐”，犹如“惊弓之鸟”，在案件审理、合议和裁决的过程中如履薄冰，出现“避裁”或者“不裁”，不仅影响到纠纷的迅速解决，而且也影响到对当事人合法权益的有效保护。

## （二）未履行内部请示报告制度

为了避免下级法院因把握不准审查国际商事仲裁案件的法律政策，而导致的司法裁判不统一的情况，最高人民法院为了保障司法审查质量，统一司法审查的标准和尺度，先后下发了《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》（法

<sup>②①</sup> 《1996 年仲裁法》第 103 条第 2 款规定：“被寻求承认或执行裁决的一方当事人，如能证明以下情况，则裁决可被拒绝：(a) 仲裁协议的一方当事人（根据适用于他的法律）无行为能力；(b) 根据当事人选择适用于仲裁协议的法律，或未指明适用的法律时根据裁决作出地国家的法律规定，仲裁协议是无效的；(c) 其未得到委任仲裁员或进行仲裁程序的适当通知，或因他故不能陈述案件；(d) 裁决解决的并非当事人约定或交付仲裁之条款所包含的争议，或包含超出提交仲裁范围的事项的决定（第 4 款除外）；(e) 仲裁庭组成或仲裁程序未依当事人的约定，或无约定而未依仲裁进行地国家的法律；(f) 仲裁裁决尚未对当事人产生约束力，或已被裁决作出地国或裁决所依据法律之国家有权机构撤销或中止。”

<sup>②②</sup> “Article V 1. Recognition and enforcement of the award may be refused at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnished to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that (a)···(e) The award··· has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

<sup>②③</sup> 王好：《外国仲裁裁决司法审查中“超裁”认定的实证分析》，载《法律适用》2019 年第 4 期，第 37 页。

发〔1995〕18号)<sup>②③</sup>《关于人民法院撤销涉外仲裁裁决有关事项的通知》(法发〔1998〕40号)<sup>②④</sup>和《关于承认和执行外国仲裁裁决收费及审查期限问题的规定》(法释〔1998〕28号)<sup>②⑤</sup>三个文件<sup>②⑥</sup>,要求受理案件的人民法院对于涉外、涉港澳台和国外的仲裁司法审查案件,如要作出否定性结论(即为认定仲裁协议无效、不予承认和执行仲裁裁决、撤销仲裁裁决的),均需要逐级呈报到最高人民法院审定。

相关资料显示,自从该内部请示报告制度建立以来,全国各高级人民法院向最高人民法院报请的拟否定仲裁协议和仲裁裁决效力的案件,大约有30%—40%的案件未得到最高人民法院批准。加上因高级人民法院不同意中级人民法院的意见而未向最高人民法院请示的案件,中级人民法院拟否定仲裁协议和仲裁裁决效力的请示未被批准的比例会更高。<sup>②⑦</sup>然而,在拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决的司法审查案件中,有少数法院未按照最高人民法院的内部请示报告制度的规定履行报批义务,即使在最高人民法院要求所有能够公开的裁判文书一律上网公开的情形之下,仍然有少数法院出现了这种情形。<sup>②⑧</sup>

有学者提出,针对“超裁”问题不必适用内部请示报告制度。<sup>②⑨</sup>理由是:内部请示报告制度有违审判独立。笔者对此不敢苟同,理由是:无论是拒绝承认和执行外国仲裁裁决,还是因部分超裁对仲裁予以部分承认和执行,根据最高人民法院《关于人民法院

②③ 该通知两个条款均涉及到内部请示报告制度,如:一、凡起诉到人民法院的涉外、涉港澳和涉台经济、海事海商纠纷案件,如果当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成仲裁协议,人民法院认为该仲裁条款或者仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的,在决定受理一方当事人起诉之前,必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查;如果高级人民法院同意受理,应将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院未作答复前,可暂不予受理。二、凡一方当事人向人民法院申请执行我国涉外仲裁机构裁决,或者向人民法院申请承认和执行外国仲裁机构的裁决,如果人民法院认为我国涉外仲裁机构裁决具有民事诉讼法第二百六十条情形之一的,或者申请承认和执行的外国仲裁裁决不符合我国参加的国际公约的规定或者不符合互惠原则的,在裁定不予执行或者拒绝承认和执行之前,必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查;如果高级人民法院同意不予执行或者拒绝承认和执行,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定不予执行或者拒绝承认和执行。

②④ 该通知两个条款均涉及到内部请示报告制度,如:一、凡一方当事人按照仲裁法的规定向人民法院申请撤销我国涉外仲裁裁决,如果人民法院经审查认为涉外仲裁裁决具有民事诉讼法第二百六十条第一款规定的情形之一的,在裁定撤销裁决或通知仲裁重新仲裁之前,须报请本辖区所属高级人民法院进行审查。如果高级人民法院同意撤销裁决或通知仲裁庭重新仲裁,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定撤销裁决或通知仲裁庭重新仲裁。二、受理申请撤销裁决的人民法院如认为应予撤销裁决或通知仲裁庭重新仲裁的,应在受理申请后三十日内报其所属的高级人民法院,该高级人民法院如同意撤销裁决或通知仲裁庭重新仲裁的,应在十五日内报最高人民法院,以严格执行仲裁法第六十条的规定。

②⑤ 该通知一个条款均涉及到内部请示报告制度,如:当事人依照纽约公约第四条规定的条件申请承认和执行外国仲裁裁决,受理申请的人民法院决定予以承认和执行的,应在受理申请之日起两个月内作出裁定,如无特殊情况,应在裁定后六个月内执行完毕;决定不予承认和执行的,须按最高人民法院法发〔1995〕18号《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》的有关规定,在受理申请之日起两个月内上报最高人民法院。

②⑥ 三个文件涉及到内部请示报告制度,均为最高人民法院颁布施行的。

②⑦ 于喜富:《国际商事仲裁市场竞争机制下国内法院对国际商事仲裁的支持》,载《东岳论坛》2014年第4期,第70页。

②⑧ 甘肃省高级人民法院(2018)甘执监14号执行裁定书。北京恒元信业信息技术有限公司与范海龙合同纠纷一案中,申请执行人恒元公司于2018年1月24日向甘肃省定西中院申请执行某国内仲裁裁决,定西中院于2018年2月9日即以没有仲裁协议为由作出不予执行裁定。在恒元公司向甘肃高院提起申诉,高院查明定西中院未按要求报核后撤销了中院的裁定书。

②⑨ 王好:《外国仲裁裁决司法审查中“超裁”认定的实证分析》,载《法律适用》2019年第4期,第36页。

处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》，凡一方当事人向人民法院申请承认和执行外国仲裁机构的裁决，人民法院在裁定拒绝承认和执行之前，必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查；如果高级人民法院同意拒绝承认和执行，应将其审查意见报最高人民法院；待最高人民法院答复后，方可裁定拒绝承认和执行。2017年12月26日，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》进一步明确了地方法院的报核义务，将报核要求以司法解释的形式予以确定，并将报核制度扩大适用于国内商事仲裁裁决司法审查。既然内部请示报告制度是所有撤销或不予执行涉外仲裁裁决都需要遵守的程序，那么对于因“超裁”问题而不予承认（认可）和执行仲裁裁决或者撤销仲裁裁决的，当然也需要遵守内部请示报告制度，需要由上级人民法院乃至最高人民法院予以认定是否正确。故笔者认为，针对“超裁”问题需要适用内部请示报告制度。这主要是基于以下理由：

一是有利于统一司法审查标准。“没有据以遵循的规则，任何法官都不应当拥有裁判的权力，否则，诉讼当事人将受制于他的反复无常”。<sup>⑩</sup>在《仲裁法》实施之后，由于全国各地法官对国际商事仲裁案件进行司法审查的业务能力和水平参差不齐，一些中级人民法院在审查国际商事仲裁案件的时候，出现把握政策不准的情况。为了统一国际商事仲裁司法审查的标准和尺度，最高人民法院先后下发了《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》（法发〔1995〕18号）《关于人民法院撤销涉外仲裁裁决》（法发〔1998〕40号）《关于承认和执行外国仲裁裁决收费及审查期限问题的规定》（法发〔1998〕28号），上述三个文件要求下级法院对于不予承认和执行仲裁裁决的国际商事仲裁裁决的案件，必须要逐级呈报到最高人民法院审查。正如有专家指出：“内部请示报告制度在实践中起到了非常重要的积极作用，大量地方法院拟拒绝承认和执行的案件通过报核程序得到纠正，最高人民法院也通过公开复函的方式表明中国法院对待仲裁的支持态度，以司法指导的方式统一司法尺度。”<sup>⑪</sup>

二是内部请示报告制度运行良好。中国二十多年内部请示报告制度的实践证明，内部请示报告制度确保了仲裁司法审查案件质量，有利于提高基层法官办案能力和水平，维护了中国司法审查的权威和司法公信力，彰显中国对《纽约公约》的高度重视，得到了国内外仲裁界的高度好评。倘若不存在内部请示报告制度，司法的统一性和国际商事仲裁司法审查案件质量将会受到影响。

### （三）司法审查的启动与认定的情形不统一

在“超裁”认定上，目前存在司法审查的启动与认定的情形不统一的问题。不同法院在是否依职权启动司法审查上存在不同做法。虽然《纽约公约》第5条第1款对“超裁”进行了规定，并且认为是依当事人申请进行司法审查，而不是依职权进行司法审查，

<sup>⑩</sup> [美] 史蒂文·苏本等：《美国民事诉讼的真谛——从历史、文化、实务的视角》，蔡彦敏等译，法律出版社2002年版，第60页。

<sup>⑪</sup> 王好：《外国仲裁裁决司法审查中“超裁”认定的实证分析》，载《法律适用》2019年第4期，第36页。

但少数法院对违反《纽约公约》第5条第1款的“超裁”情形是依职权进行司法审查,而非依当事人申请进行司法审查。<sup>③②</sup>同时,对于《纽约公约》第5条第2款规定的违反可仲裁性和公共政策情形,人民法院需要依职权积极主动进行审查,有些法院对于违反《纽约公约》第5条第2款规定,却依当事人申请进行审查。在仲裁实践中,超裁是被执行较常援引的主张案仲裁裁决应不予承认与执行的理由。有的法院援引《纽约公约》第5条第1款(甲)项;有的法院援引《纽约公约》规定第5条第1款(丙)项;有的法院则援引我国《仲裁法》不具有可仲裁性。

#### (四) 仲裁裁决的可分性存在争议

“超裁”问题还涉及裁决的可分性,而各地法院在对裁决的可分性上存在较大的分歧看法。2006年9月8日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第19条规定,当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决,经审查属实的,人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分;但超裁部分与其他裁决事项不可分的,人民法院应当撤销仲裁裁决。司法实践中,不同法院对于部分超裁与部分不超裁的裁决的处理方式上存在重大分歧。<sup>③③</sup>有的法院在超裁部分可与未超裁部分划分时,对未超裁部分予以承认及执行;<sup>③④</sup>而有的法院则不进行区分,对凡是有部分超裁的情形,一律不予承认及执行。<sup>③⑤</sup>通过仲裁裁决司法审查的实践可知,不同的法院在下列问题上存在分歧:一是部分超裁与部分不超裁能否进行区分;二是假如部分超裁与部分不超裁能够进行区分,未超裁部分能否予以承认及执行<sup>③⑥</sup>。正如实务部门的专家所认为“在实践中,不仅是否超裁属于司法审查中的难点,判断超裁部分是否可分也存在较大争议,不同的法院做法并不相同,有待进一步统一司法观点”。<sup>③⑦</sup>

<sup>③②</sup> 最高人民法院在其就湖北省高级人民法院请示的申请人保罗·赖因哈特公司、申请人来宝资源有限公司与被申请人湖北清河纺织股份有限公司(以下简称“清河公司”)申请承认和执行外国仲裁裁决两案所作的批复中,明确了该项规定的适用前提,即该项规定只能依当事人的申请而适用,不能由法院依职权主动援引。

<sup>③③</sup> 张毅:《仲裁超裁裁决司法监督的问题研究》,西南政法大学硕士学位论文,2012年。

<sup>③④</sup> 河南省市中级人民法院(2015)新中民三初字第53号民事裁定书在成可化学工程和咨询公司案中,河南新乡中院的裁定最终表述为:对国际商会仲裁院18046/JHN/GFG号《最终裁决书》第(414)项中“只要多氟多公司继续使用成可公司的技术,则应在接下来每个月的23日向成可公司支付月罚金100000欧元”的部分,第(415)项“多氟多公司不得使用成可公司的技术,直到本《最终裁决书》第414自然段所裁决的款项全部付清为止”的裁项以及第(417)项中“此后的每月到期的罚金,也按年利率5%计息,利息计算至付款完成”的部分不予承认和执行。从该案裁定来看,似乎可以对同一裁项中的部分内容单独予以承认。

<sup>③⑤</sup> 江苏省无锡市中级人民法院(2013)锡商外仲审字第0007号民事裁定书。在JESSMITH & SONSCOTTON与无锡市天然纺织实业有限公司等仲裁裁决申请案中,法院认为,裁决文书已写明天然纺织公司和绿色纤维公司对于与卖家杰斯史密斯公司之间签订的、编号为PME-10032的合同的履行承担共同连带责任,裁决主文中亦通篇使用“买方”这个称谓指天然纺织公司和绿色纤维公司,但对于这两家公司承担的责任没有明确区分,因此本院对于仲裁庭有权裁决部分和超裁部分亦无法区分,故对于无法区分的该涉案仲裁裁决应全部不予承认和执行。从这个案件来看,最高院并未将裁决主文中未超裁的部分单独予以承认,而是认定裁决不可分。

<sup>③⑥</sup> 王好:《外国仲裁裁决司法审查中“超裁”认定的实证分析》,载《法律适用》2019年第4期,第37页。

<sup>③⑦</sup> 王好:《外国仲裁裁决司法审查中“超裁”认定的实证分析》,载《法律适用》2019年第4期,第38页。

### 三、司法审查中“超裁”认定的未来路径

“徒法不足以自行。”法院对国际商事仲裁“超裁”问题进行司法审查,有赖于一套符合中国国际商事仲裁实际情况的司法审查制度。2018年9月7日,第十三届全国人大常委会将《中华人民共和国仲裁法》(以下简称“《仲裁法》”)修订列入二类立法规划。在此契机下,可以通过完善《仲裁法》来解决司法审查中“超裁”认定存在的问题,具体有如下三点主要对策。

#### (一) 明确不予承认与执行国际商事仲裁裁决的“超裁”情形

“一个探索者在任何领域中的工作总是从创造该领域中的有用的语言和概念开始的。”<sup>③⑧</sup>在众说纷纭的背景之下,科学界定“超裁”是十分必要的。面对“超裁”定义模糊的情况,我们非常有必要明确不予承认与执行国际商事仲裁裁决的“超裁”情形。在笔者看来,不予承认与执行国际商事仲裁裁决的“超裁”情形就是“超裁”的含义。根据《纽约公约》和《仲裁法》的规定,如下三种情形是属于国际商事仲裁裁决上的“超裁”情形:

第一种情形是指仲裁裁决超出仲裁协议的范围。有学者对“超裁”大数据进行分析,发现在适用《纽约公约》第5条第1款的10件案例中,8件案例由于仲裁裁决超出了仲裁协议的范围而被拒绝承认和执行。<sup>③⑨</sup>《纽约公约》第5条第1款(甲)项明确规定了可以拒绝承认和执行外国仲裁裁决两种情况,即当事人无行为能力,或者仲裁协议无效。由于当事人无行为能力的直接后果,往往是不存在有效的仲裁协议,实践中通常把《纽约公约》第5条第1款(甲)项总结为不存在有效的仲裁协议。<sup>④⑩</sup>意思自治是仲裁制度存在的前提与基础。法院对于国际商事仲裁裁决是否承认与执行,都是基于对当事人处分权利的尊重与支持。也就是说,国际商事仲裁裁决是否得到中国法院的承认与执行,往往要看仲裁裁决是否超出了双方当事人约定交付仲裁解决的事项范围。一旦超出了仲裁协议约定范围(一般情况下,此类仲裁协议会被裁定无效),或者当事人之间未能就仲裁协议达成一致(实质上等同于无有效的仲裁协议),因为仲裁协议无效导致依据该无效仲裁协议所作出的国际商事仲裁裁决得不到法院的承认与执行。

第二种情形就是仲裁裁决超出仲裁请求范围。根据有学者对“超裁”大数据分析,在适用《纽约公约》第5条第1款(丙)项的10件案例中,2件案例是由于超出申请人提出的仲裁请求范围。<sup>④⑪</sup>《纽约公约》第5条第1款(丙)项明确规定了“裁决涉及

<sup>③⑧</sup> [美] E·霍贝尔:《原始人的法》,严存生等译,贵州人民出版社1992年版,第17页。

<sup>③⑨</sup> 杜越:《近20年194个案例!大数据分析我国法院对外国仲裁裁决的承认和执行情况》,载“国际贸易与金融法律研究”微信公众号,最后访问时间:2020年12月12日。

<sup>④⑩</sup> 杜越:《近20年194个案例!大数据分析我国法院对外国仲裁裁决的承认和执行情况》,载“国际贸易与金融法律研究”微信公众号,最后访问时间:2020年12月12日。

<sup>④⑪</sup> 杜越:《近20年194个案例!大数据分析我国法院对外国仲裁裁决的承认和执行情况》,载“国际贸易与金融法律研究”微信公众号,最后访问时间:2020年12月12日。

仲裁协议所没有提到的,或者不包括在仲裁协议规定之内的争执;或者裁决内含有对仲裁协议范围以外事项的决定时,法院可以在作为裁决执行对象的当事人提出证明的时候拒绝承认和执行该裁决。”也就是说,《纽约公约》第5条第1款(丙)项允许缔约国管辖机关在裁决含有“对提交仲裁协议范围以外”事项时,拒绝或部分拒绝承认、执行仲裁裁决。从民事诉讼法原理上看,当事人具有自由处分权。根据这点,人民法院在裁判案件的时候,实行不告不理,审理范围仅限于原告的诉讼请求。同样,在国际商事仲裁司法审查实践中,法院需要审理当事人之间是否存在有效的仲裁协议、仲裁庭的审理范围是否超出申请方申请仲裁的范围。曾经出现一起被申请人以仲裁裁决超出申请人请求范围进行抗辩并且抗辩成功的案例。申请人丸万株式会社向中国法院申请承认和执行根据日本商事仲裁协议作出的仲裁裁决,该案仲裁裁决书因其内容超出仲裁请求的范围而不被承认和执行。<sup>④</sup>

第三种情形是仲裁事项不具有可仲裁性。有专家指出,除了超出仲裁协议和仲裁请求的范围,超裁还包括审查仲裁事项是否具有可仲裁性。<sup>⑤</sup>根据《纽约公约》第5条第2款第1项,若仲裁事项不具有可仲裁性,法院可以拒绝承认与执行仲裁裁决。从国内仲裁司法审查相关规定来看,超裁还包括审查仲裁事项不具有可仲裁性。《仲裁法》将裁决事项不具有可仲裁性进行了规定。《仲裁法》第58条<sup>⑥</sup>规定的撤销仲裁裁决的事由中,将“裁决的事项不属于仲裁协议的范围”与“仲裁委员会无权仲裁”进行规定。而“仲裁委员会无权仲裁”的其中一个情形是争议事项不具有可仲裁性。《仲裁法》在不予执行仲裁裁决的规定中,作出了上述同样的规定。从国际商事仲裁裁决的实践上来看,正如前面所列举的实例来看,的确存在超裁还包括审查仲裁事项不具有可仲裁性。

综合上述分析,笔者建议把国际商事仲裁中的“超裁”界定为:仲裁裁决超出仲裁协议的范围或超越仲裁请求的范围,或所审查事项不具有可仲裁性。《纽约公约》是规范承认与执行外国仲裁裁决的公约。有专家对大数据下不予承认和执行外国仲裁裁决的七类理由分析发现,“超裁”是其中一类重要理由。<sup>⑦</sup>也就是说,只要国际商事仲裁裁

<sup>④</sup> 北京市第二中级人民法院(2013)二中民特字第12593号民事裁定书。被申请人北京德霖高尔夫体育发展有限公司提出,“申请人提出仲裁申请时的第2项仲裁请求是:自2010年12月28日起,申请人对于由销售代理合同产生的任何债务和负债,均不承担任何责任。该项仲裁请求不涉及对销售代理合同效力的评价,也不涉及被申请人在销售代理合同项下的债务承担问题。但是仲裁裁决相应的裁决内容是:2009销售代理合同已经终止,申请人和被申请人均不再负有2009销售代理合同项下的任何后续义务。申请人并没有请求解除销售代理合同或确认该合同的状态,但仲裁庭却裁决该协议‘已经终止’。显然,仲裁裁决内容已经超出了申请人仲裁申请的范围,其所裁并非申请人所请。”

<sup>⑤</sup> 狄建庆、姚强、王丽平:《国际商事仲裁超裁的司法认定》,载《人民司法·案例》2016年第20期,第78页。

<sup>⑥</sup> 《仲裁法》第58条规定:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”

<sup>⑦</sup> 杜越:《近20年194个案例!大数据分析我国法院对外国仲裁裁决的承认和执行情况》,载“国际贸易与金融法律研究”微信公众号,最后访问时间:2020年12月12日。

决“超裁”,将会导致仲裁裁决不予承认和执行。据此,建议在《仲裁法》相应条款中明确对“超裁”作出界定。具体而言,可在《仲裁法》新增一条“不予承认和执行外国仲裁裁决的三种情形”,即为“约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围、超越当事人仲裁请求的范围以及审查仲裁事项不具有可仲裁性。”同时,为了确保中国法律规定的一致性,根据上述内容对“超裁”相关的法律法规与司法解释的内容也予以修正。

## (二) 严格落实内部请示报告制度,统一司法审查标准

实际上,学界和实务界专家都对内部请示报告制度提出了质疑。譬如有学者认为,内部请示报告制度与司法审查“一裁终局”的原则相悖,是一种司法审判制度的倒退现象,故应取消该制度。<sup>⑥</sup> 又如有实务部门的专家指出了内部请示报告制度的缺陷,认为内部请示报告制度违反审判独立原则、不符合诉讼原理、与正在进行的司法改革方向相悖,并且通过最高人民法院包揽全国个案来保证办案质量的做法,绝非长久之计。<sup>⑦</sup> 尽管存在上述问题,并且有专家针对上述问题提出了建立有限上诉制度的建议<sup>⑧</sup>,笔者依然认为,在审查超裁问题上,各级法院需要严格落实内部请示报告制度。

在国际商事仲裁裁决的“超裁”认定上,内部请示报告制度有利于统一司法审查的标准,因此有必要继续坚持这一制度。具体而言,凡属于一方当事人向人民法院申请和承认国际商事仲裁裁决,人民法院在作出拒绝承认和执行裁定之前,必须要呈报到所属的省高级人民法院进行审查,如果省高级人民法院同意拒绝承认和执行,应当将审查意见呈报到最高人民法院,收到最高人民法院最后答复之后,作出拒绝承认和执行裁定的人民法院方可裁定拒绝承认和执行。当然,倘若人民法院一开始就对国际商事仲裁裁决作出承认和执行裁定,也就是说不是否认国际商事仲裁裁决的裁定,不需要向上级法院和最高人民法院进行呈报。由于内部请示报告制度属于内部问题,不需要在《仲裁法》新修正时候有所体现。

## (三) 仲裁裁决的可分性予以明确

针对国际商事仲裁裁决是否可分的问题。在笔者看来,部分超裁与部分不超裁共同组成的裁决,对于超裁部分,可以拒绝承认与执行,对于不超裁的部分,可以予以承认与执行。这一点也是属于人民法院对国际商事仲裁裁决进行司法审查的内部问题,不需要在《仲裁法》新修正时有所体现。

## (四) 确定审查仲裁标准,积极支持国际商事仲裁

正如刘敬东教授所言,目前中国法院对于国际商事仲裁“超裁”的司法审查过于严格。尤其是“对仲裁庭管辖权范围的审查,由于涉及到对仲裁庭裁决实质内容的审查,从而极易侵犯仲裁庭的自裁管辖权”。<sup>⑨</sup> 当前,对于国际商事仲裁司法审查标准主要有两

<sup>⑥</sup> 刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社2001年版,第239-240页。

<sup>⑦</sup> 朱科:《中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究》,法律出版社2018年版,第288-289页。

<sup>⑧</sup> 朱科:《国际商事仲裁司法审查案件内部请示报告制度的转型》,载《法学杂志》2017年第6期,第45页。

<sup>⑨</sup> 刘敬东、王路路:《“一带一路”倡议下中国对外国仲裁裁决承认与执行的实证研究》,载《法律适用》2018年第5期,第67页。

种标准:第一种是诉讼标准,也就是说对仲裁全面审查,第二种是仲裁标准,也就是说仅审查仲裁程序。究竟是坚持诉讼标准还是仲裁标准,存在较大分歧。在司法实务界,一些法官认为既然案件到了法院,就应当按照诉讼标准来审查与处理,自然得根据诉讼标准来审查仲裁案件。这样的结果是导致仲裁实务界和理论界普遍抱怨法院对仲裁案件“监督太多、审查太严”。在笔者看来,选择仲裁标准是可行的,具体理由如下:

一是尊重当事人意思自治的需要。众所周知,当事人意思自治是仲裁的灵魂。一旦选择仲裁,意味着当事人排除法院管辖,不愿意走诉讼救济之路。

二是有利于缓解法院案多人少矛盾。“支持仲裁的正当性并非完全取决于逻辑,更不是因为仲裁绝对不会损害程序正义或实体正义,支持仲裁来源于人们对多元争端解决机制的理性认识。”<sup>⑩</sup>近年来,中国法院案多人少矛盾日益突出,尤其是在员额制改革背景之下,法官人数变少,然而案件数量却不断增长,从而导致案多人少矛盾日益突出。根据报道,改革开放30多年来,全国法院受理的案件数从1978年的61万件增加到2015年的1952万件,是1978年的32倍。而法官人数从1978年的6万人仅增加到目前的20万人,法官增长的倍数仅占案件增长倍数的1/10。<sup>⑪</sup>如何缓解案多人少矛盾?在笔者看来,多元化纠纷解决机制的构建,是非常有必要。仲裁作为多元化纠纷解决机制的重要组成部分,非常有必要予以支持。

三是顺应新时代发展的需要。《纽约公约》对不予承认与执行外国仲裁裁决规定了比较严格的条件,体现出了“尽量认定仲裁协议有效”“赞成仲裁”“支持执行”等精神,充分体现对仲裁宽容的态度。当前,世界上有150多个国家加入了《纽约公约》,目标是共同构建一张互相承认与执行国际商事仲裁裁决的巨大网络,使得国际商事仲裁裁决能够在公约成员国得到承认与执行。最高人民法院周强院长指出:“法院支持仲裁的作用并不是仅仅表现为执行仲裁协议、提供临时措施,协助组建仲裁庭和强制执行仲裁裁决,更为重要的是,法院对仲裁程序和公共政策的监督,对社会公平正义最后一道防线的守护,保障了仲裁裁决的正当性,增强了当事人对仲裁公平公正解决争议的信心,从而推动仲裁业长期有序发展。”<sup>⑫</sup>目前,中国提出了“一带一路”倡议,“十三五”规划纲要中提出要健全对外开放新体制,积极参与全球经济治理,积极承担国际责任和义务。有学者指出,“从近年来仲裁制度的实践看,对仲裁法进行修改是大势所趋,仲裁法修改中的司法审查也是一个必要改进的焦点问题”。<sup>⑬</sup>在这一背景之下,我们需要在《仲裁法》修改过程中,尤其是确定审查仲裁标准,积极支持国际商事仲裁上,需要坚定“中国立场”,体现“中国表达”,发出“中国声音”,贡献“中国智慧”。将来在《仲裁法》新修改

⑩ 宋连斌:《理念走向规则:仲裁法修订应注意的几个问题》,载《北京仲裁》2004年第3期,第36页。

⑪ 王梦遥:《最高法推进案件繁简分流》,载《新京报》2016年9月14日,第A20版。

⑫ 周强:《亚太新时代的国际仲裁、司法与法治——在2013年亚太区域仲裁组织大会开幕式上的主旨演讲》,载最高人民法院民四庭:《涉外商事海事审判指导》,人民法院出版社2014年版,第3页。

⑬ 韦伟强:《〈仲裁法〉的修改与完善——从一起仲裁执行异议之诉案件所进行的实证分析》,载《社会科学家》2018年第5期。

的时候,在《仲裁法》第9条之后新增加“兼顾效率”“当事人的意思自治为主,适时适当限制为补充原则”等基本原则。

## 结 语

埃尔曼认为:“法律的发展不可能与其赖以生存的社会制度以及社会感情和要求相分离。”<sup>④</sup>在中国实施“一带一路”战略背景之下,笔者选择国际商事仲裁裁决“超裁”问题进行研究,目的是统一司法审查标准,让更多符合域内外法律规定的国际商事仲裁裁决能够在中国得到承认和执行。本文基于最高法院五个复函样本的司法实践的考察发现,中国法院对国际商事仲裁协议司法审查中“超裁”的认定存在如下问题:一是“超裁”的含义不明确;二是部分国际商事仲裁“超裁”司法审查案件未履行内部请示报告制度;三是司法审查的启动与认定的情形不统一;四是仲裁裁决的可分性存在争议。针对上述问题,采取如下措施加以解决:一是明确不予承认与执行国际商事仲裁裁决的“超裁”情形;二是严格落实内部请示报告制度;三是统一司法审查标准,确定审查仲裁标准;四是积极支持国际商事仲裁。笔者希冀本文的探索有助于建立一套完善、规范和高效的国际商事仲裁司法审查制度,确保司法认定质量,竭力维护好国际商事仲裁当事人的合法权益。

---

**Abstract:** Based on the analysis of the five Supreme People's Court replies, it is found that there are some problems in the determination of “over-ruling” in the judicial review of international commercial arbitration agreement by Chinese courts; second, some courts fail to implement the internal reporting system in the cases of judicial review of international commercial arbitration; third, the situation of the initiation and determination of judicial review is not unified; fourth, the separability of judicial decisions is controversial. In view of the above-mentioned problems, it is suggested to take the following measures to solve them: first, the situation of “over-adjudication” in which international commercial arbitration awards are explicitly not recognized and enforced; second, the strict implementation of the internal reporting system for request for instructions; and third, the uniform standards of judicial review; fourth, we should actively support international commercial arbitration.

**Keywords:** state commercial arbitration; judicial review; overruling

---

(责任编辑:马 琛)

---

<sup>④</sup> [美] 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方等译,清华大学出版社2002年版,第3页。

# 撤销或不予执行仲裁裁决之实证研究

## ——以 103 份民事裁定书为分析样本

孔德越\*

---

**内容提要** 本文对 103 份撤销或不予执行仲裁裁决的民事裁定书进行分析,对审查法院的审理思路和裁判标准进行梳理和总结,在实践中部分法院存在司法审查范围不准确、撤销事由认定不符合条件、对类案有不同的审查标准等情况,应公开仲裁司法审查文书,明确仲裁程序违反法定程序的标准,避免留下法院进行实质审查的空间,以统一仲裁司法审查案件的法律适用标准,提升仲裁司法审查的专业化水平。

**关键词** 民事裁定书 撤销 不予执行 仲裁裁决

---

仲裁是我国多元化纠纷解决机制和社会治理体系的重要组成部分,十八大以来最高人民法院出台多份有关仲裁司法审查的司法解释以及规范性文件,形成相对完善的仲裁司法审查制度,进一步规范对撤销和不予执行仲裁裁决的司法审查。2020 年最高人民法院(以下简称“最高法”)首次发布《商事仲裁司法审查年度报告(2019 年)》,报告显示仲裁司法审查的案件数量持续增长,但撤销率较低,2019 年全国法院审结撤销裁决的案件中,撤销率为 5.8%,较 2018 年同比降低 10.8%,充分体现司法支持仲裁的立场,为仲裁司法审查工作指明了方向。

本文运用实证研究方法,通过微信公众号“环中商事仲裁”和无讼案例网进行检索,收集 103 份撤销或不予执行仲裁裁决的民事裁定书,梳理与提炼审查法院认定标准、审查思路和裁判要点,以案例反映撤销或不予执行仲裁裁决的司法审查现状,为完善仲裁司法审查制度及相关理论研究提供实证研究基础,以规范仲裁案件的司法审查程序,提升仲裁司法审查透明度,准确把握仲裁司法审查标准,提高仲裁案件审查质量,保障仲裁法律制度的准确适用。

---

\* 孔德越,中南财经政法大学法学院硕士研究生。

## 一、撤销或不予执行仲裁裁决之样本分析

法院对仲裁裁决的司法审查,除了《中华人民共和国民事诉讼法》<sup>①</sup>(以下简称《民事诉讼法》)和《中华人民共和国仲裁法》<sup>②</sup>(以下简称《仲裁法》)规定的撤销或不予执行仲裁裁决的事由外,最高人民法院《关于人民法院办理仲裁裁决执行案例若干问题的规定》<sup>③</sup>中,赋予了案外人申请不予执行仲裁裁决的权利。本文以 103 份撤销或不予执行仲裁裁决的民事裁定书为分析样本,检索日期截止至 2020 年 8 月 10 日,通过归类审查事由,梳理撤销或不予执行仲裁裁决的裁判要点。文中引用的法院驳回申请人申请的案例不在此范围内。在收集的样本中,有的法院裁定撤销部分仲裁裁决,本文不加以区分。

在收集民事裁定的样本中,因仲裁委员会不配合调取案卷材料,撤销裁决的案例有 2 个,<sup>④</sup>审查法院认为,仲裁委员会收到调卷函后,至裁定作出时也未提供材料,妨碍法院对案例的审查,致申请人所提出的违法事由无法查清,故对撤裁申请予以支持。因仲裁员接受委托人请客并谈论案情而撤销裁决的案例有 1 个。<sup>⑤</sup>因认定事实的主要证据不足而撤销裁决的案例有 1 个,审查法院认为,仲裁庭未按照气象局提供的证据,仅依据公平原则,以 50 天强降雨作为不可抗力的天数作为裁判依据,属于认定事实的主要证据不足。<sup>⑥</sup>

在剩下的 99 个民事裁定书里,对法院裁定撤销或不予执行的法定事由进行统计,每种事由的具体数目如下。

(一)没有仲裁协议的案例有 14 个;(二)裁决事项不属于仲裁协议的范围或遗漏仲裁请求的案例有 11 个;(三)仲裁机构无权仲裁的案例有 7 个;(四)仲裁庭的组成违反法定程序的案例有 14 个;(五)仲裁程序违反法定程序的案例有 30 个;(六)裁决所根据的证据是伪造的案例有 8 个;(七)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的案例有 5 个;(八)违背社会公共利益的案例有 6 个;(九)仲裁裁决侵害案外人利益的

① 《民事诉讼法》第 217 条规定:“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)认定事实的主要证据不足的;(五)适用法律确有错误的;(六)仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。”

② 《仲裁法》第 58 条规定:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”

③ 《关于人民法院办理仲裁裁决执行案例若干问题的规定》第 18 条规定:“案外人根据本规定第九条申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书,符合下列条件的,人民法院应当支持:(一)案外人系权利或者利益的主体;(二)案外人主张的权利或者利益合法、真实;(三)仲裁案例当事人之间存在虚构法律关系,捏造案例事实的情形;(四)仲裁裁决主文或者仲裁调解书处理当事人民事权利义务的结果部分或者全部错误,损害案外人合法权益。”

④ 河南省洛阳市中级人民法院(2016)豫 03 民特 34 号民事裁定书;河南省洛阳市中级人民法院(2016)豫 03 民特 8 号民事裁定书。

⑤ 安徽省安庆市中级人民法院(2016)皖 08 民特 19 号民事裁定书。

⑥ 陕西省延安市中级人民法院(2017)陕 06 民特 135 号民事裁定书。

案例有4个。有的法院认定撤销或不予执行的事由不止一项,本文选取其中比较有代表性的事由。下图1为每种法定事由的裁定在总裁定中所占百分比。

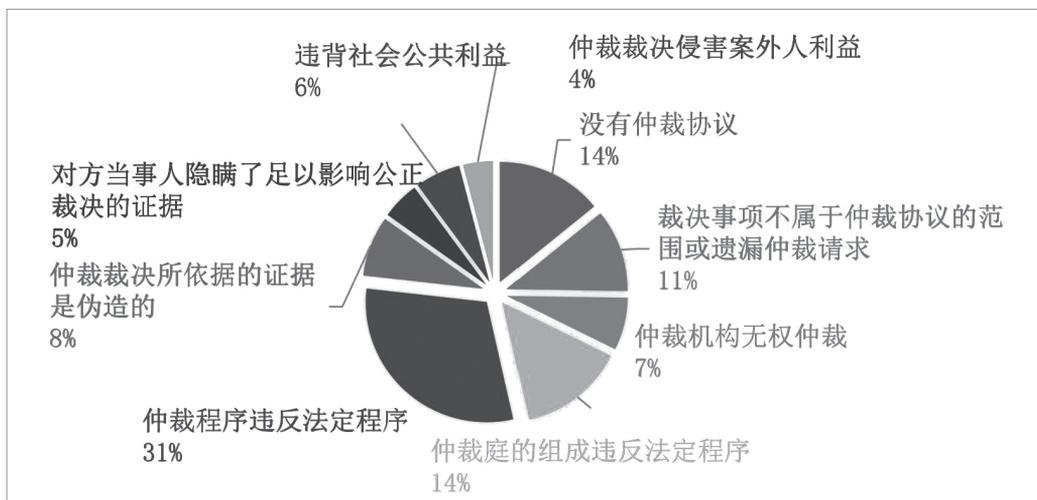


图1

## 二、撤销或不予执行仲裁裁决之裁判要点

### (一) 没有仲裁协议

在收集民事裁定书的样本中,法院认定没有合法有效的仲裁协议,<sup>⑦</sup>撤销或不予执行的仲裁裁决有14个,在审查时具体的裁判要点如下。

#### 1. 当事人意思表示不真实

审查法院认为,代理人在调解笔录中作出的反请求由仲裁庭一并审理并调解的意思表示,不能作为双方达成仲裁协议的依据。且其超越代理权限签署的仲裁协议,未得到委托人追认,对被委托人不具有约束力;<sup>⑧</sup>当事人在签订仲裁条款期间处于器质性智能损害的发病期,智力状况无法对于签订仲裁条款的行为作出正确判断,无法确定选择仲裁是真实意思表示;<sup>⑨</sup>公司的股东、执行董事、法定代表人孙某与其他公司签订《协议》并进行股权交易,未经股东会、股东大会或者董事会同意,违反了公司法禁止性规定,该协议(包括仲裁条款)不能视为公司的真实意思表示,对公司不具有法律效力。<sup>⑩</sup>

#### 2. 当事人签名系伪造

法院通过鉴定意见书,认定合同中的签名及手指印非本人所签系伪造,且没有证据

⑦ 《仲裁法司法解释》第18条规定:“仲裁法第五十八条第一款第一项规定的‘没有仲裁协议’是指当事人没有达成仲裁协议。仲裁协议被认定无效或者被撤销的,视为没有仲裁协议。”

⑧ 辽宁省鞍山市中级人民法院(2017)辽03民特4号民事裁定书。

⑨ 广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法涉外仲276号民事裁定书。

⑩ 广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法涉外仲149号民事裁定书。

证明该签名为本人对他人的授权或者追认,属于未签订合同,仲裁条款不是真实意思表示,不能认定仲裁当事人之间存在或形成解决争议的仲裁共意,对其没有约束力。<sup>⑪</sup>

### 3. 涉及第三人时无仲裁条款

审查法院认为,备忘录虽然构成相互签订协议的一部分,但里面没有争议解决条款,即不存在以备忘录中的争议解决条款增补三方当事人签订协议的问题;<sup>⑫</sup>经鉴定合同并非本人所签;<sup>⑬</sup>仲裁委员会在确定管辖权时,引用的法条为《担保法解释》第一百二十九条,但该条款的适用对象为诉讼案例,并未包括仲裁,此担保合同不存在仲裁条款;<sup>⑭</sup>两份合同中的仲裁协议,仅是合同相对方当事人就纠纷提交仲裁的意思表示及约定,不应认定三方当事人之间存在仲裁协议或对仲裁形成一致的意思表示。<sup>⑮</sup>

### 4. 仲裁条款与诉讼相冲突

法院认为合同的第九条约定争议解决方式为诉讼,第十条中其他约定事项画有斜线,但又加盖长条印章约定其他事项,明显不合常理。且长条印章的内容与约定的争议解决方式不符,长条印章显示的内容不采信。<sup>⑯</sup>

### 5. 未约定仲裁机构

仲裁条款约定了一个曾经存在的仲裁机构,法院认定该仲裁机构与《仲裁法》实施后设立的仲裁委员会并非承继的关系,故约定的仲裁机构不存在;<sup>⑰</sup>合同中约“如果协商不能解决,提交仲裁委员会,进行仲裁裁决”,从该内容不能表明双方明确约定了仲裁机构。<sup>⑱</sup>

## (二) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或遗漏仲裁请求

法院认定裁决的事项不属于仲裁协议的范围,撤销或不予执行的仲裁裁决有 9 个,<sup>⑲</sup>在审查时具体的裁判要点如下。

法院认为裁决中的所涉的部分违约金及律师费的承担,超出了当事人仲裁协议约定的范围;<sup>⑳</sup>仲裁庭就某份合同中的争议进行裁决时,涉及到了其他合同的履行情况;<sup>㉑</sup>仲

⑪ 四川省成都市中级人民法院(2018)川01民特284号民事裁定书;广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法仲字第106号民事裁定书;河南省信阳市中级人民法院(2017)豫15民特2号民事裁定书;浙江省杭州市中级人民法院(2016)浙01民特85号民事裁定书。

⑫ 上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四(商)撤字第95号民事裁定书。

⑬ 广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民特287号民事裁定书。

⑭ 重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法民特字第01133号民事裁定书。

⑮ 天津市第二中级人民法院(2017)津02民特56号民事裁定书。

⑯ 河南省安阳市中级人民法院(2018)豫05执异14号民事裁定书。

⑰ 贵州省六盘水市中级人民法院(2015)黔六中申仲字第8号民事裁定书。

⑱ 云南省昆明市中级人民法院(2008)昆民一初字第119号民事裁定书。

⑲ 《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13条规定:“下列情形经人民法院审查属实的,应当认定为民事诉讼法第二百三十七条第二款第二项规定的‘裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁’的情形:(一)裁决的事项超出仲裁协议约定的范围;(二)裁决的事项属于依照法律规定或者当事人选择的仲裁规则规定的不可仲裁事项;(三)裁决内容超出当事人仲裁请求的范围;(四)作出裁决的仲裁机构非仲裁协议所约定。”

⑳ 广东省梅州市中级人民法院(2017)粤14民特8号民事裁定书。

㉑ 天津市第二中级人民法院(2016)津民02民特00003号民事裁定书。

裁庭对已撤回请求进行裁决;<sup>②</sup>长期餐饮、旅店服务合同不包含在培训楼承包经营合同中,也不构成从合同,酒店中形成的消费权利义务关系,不属于双方约定的仲裁事项;<sup>③</sup>申请人非合同相对方,与被申请人无仲裁协议,裁决涉及到申请人部分属于超裁;<sup>④</sup>仲裁委员会在没有向双方当事人进行释明的前提下,直接裁决利息计算至裁决之日,超出了当事人请求的数额;<sup>⑤</sup>仲裁委员会裁决了部分未约定仲裁条款的货款,由于仲裁费用的承担不可分,而撤销整个裁决;<sup>⑥</sup>仲裁申请人请求解除协议,仲裁庭未向当事人释明合同无效的后果,未给予当事人变更请求机会,裁决协议无效;<sup>⑦</sup>仲裁请求属于对合同的实质性变更,双方虽有协商,但未达成一致,属于超出仲裁协议约定的范围。<sup>⑧</sup>

在收集民事裁定书的样本中,2个仲裁裁决因遗漏仲裁请求而被撤销。<sup>⑨</sup>吉林省四平市中级人民法院(2018)吉03民特1号案例中,仲裁裁决书中仲裁庭意见部分已经明确说明,支持申请人解除合同的主张,但在裁项中将其遗漏,审查法院在没有明确具体撤裁事由的情况下,直接撤销整个裁决。<sup>⑩</sup>对于此种情形我国《仲裁法》未作出明确规定,从支持仲裁的角度上讲,可以将遗漏事项补充到仲裁裁决书中,<sup>⑪</sup>即便认定此种情形应撤销仲裁裁决,但依据哪项撤裁事由仍值得探讨。

### (三) 仲裁机构无权仲裁

在收集民事裁定的样本中,审查法院认定仲裁机构无管辖权,撤销或不予执行的仲裁裁决有7个,在审查时具体的裁判要点如下。

审查法院认为,裁决发生法律效力后,被申请人再次依据合同仲裁条款,就同一问题提请仲裁,仲裁委员会对该申请再次受理,违反了一裁终局;<sup>⑫</sup>案件所涉及的两份文件指向同一法律关系,约定了不同的争议解决条款,被申请人先后向法院和仲裁机构提起了诉讼和仲裁,其诉讼行为已放弃仲裁协议,仲裁委员会忽略了仲裁协议已失效的法律事实;<sup>⑬</sup>合同当事人约定铁岭市铁岭县仲裁委员会仲裁,铁岭市铁岭县仲裁委员会不存在且没有达成补充协议,铁岭市仲裁委员会无权仲裁;<sup>⑭</sup>仲裁申请人增加仲裁请求的金额,却未按照仲

<sup>②</sup> 四川省攀枝花市中级人民法院(2017)川04民特7号民事裁定书。

<sup>③</sup> 陕西省咸阳市中级人民法院(2018)陕04民特5号民事裁定书。

<sup>④</sup> 广东省广州市中级人民法院(2016)粤01执异309号民事裁定书。

<sup>⑤</sup> 黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2017)黑01民特81号民事裁定书。

<sup>⑥</sup> 广东省深圳市中级人民法院(2013)深中法涉外仲字第79号民事裁定书。

<sup>⑦</sup> 河北省石家庄市中级人民法院(2018)冀01民特16号民事裁定书。

<sup>⑧</sup> 深圳市中级人民法院(2014)深中法涉外仲字第6号民事裁定书。

<sup>⑨</sup> 辽宁省沈阳市中级人民法院(2016)辽01民特198号民事裁定书;吉林省四平市中级人民法院(2018)吉03民特1号民事裁定书。

<sup>⑩</sup> 吉林省四平市中级人民法院(2018)吉03民特1号民事裁定书。

<sup>⑪</sup> 《仲裁法》第56条规定:“对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项,仲裁庭应当补正;当事人自收到裁决书之日起三十日内,可以请求仲裁庭补正。”

<sup>⑫</sup> 山西省晋城市中级人民法院(2018)晋05民特72号民事裁定书。

<sup>⑬</sup> 重庆市第一中级人民法院(2018)渝01民特238号民事裁定书。

<sup>⑭</sup> 辽宁省铁岭市中级人民法院(2014)铁民一他字00002号民事裁定书。

裁规则补交仲裁费,仲裁庭无权对增加后的仲裁请求进行裁决<sup>③⑤</sup>;员工与所在单位因《房地产买卖合同》引发争议,此合同基于劳动合同或者劳务关系而签署,属于人身性质的合同,用人单位和劳动者为不平等主体,由此引发的纠纷属于劳动争议;<sup>③⑥</sup>国有建设用地使用权出让合同属于行政协议,不是平等主体之间合同纠纷和其他财产权益纠纷;<sup>③⑦</sup>仲裁委员会前后两次仲裁裁决所涉的当事人、争议标的、仲裁请求均相同,进行程序性审查即判断出属于同一纠纷,当事人怠于追索相关权益不属于新的事实,违反一裁终局原则。<sup>③⑧</sup>

#### (四) 仲裁庭的组成违反法定程序

在收集民事裁定的样本中,审查法院以仲裁庭的组成违反法定程序为由,撤销或不予执行的仲裁裁决有 14 个,在审查时具体的裁判要点如下。

##### 1. 仲裁员的更换违反法定程序

通过对所收集的民事裁定书进行提炼,发生下列情形时,审查法院认定仲裁员的更换违反法定程序。

首席仲裁员因工作繁忙辞去职务,不属于仲裁员回避的情形,仲裁委员会后续指定的首席仲裁员李某,在仲裁庭审中又询问当事人是否有选定首席仲裁员的意愿;<sup>③⑨</sup>仲裁委员会指定的首席仲裁员不在仲裁员名册中,剥夺当事人对仲裁庭组成人员申请回避的权利;<sup>④①</sup>仲裁员未获仲裁委员会批准的情况下,强行退出案件,仲裁委员会也未对此仲裁员进行替换;<sup>④②</sup>普通程序转换成简易程序后,直接将原首席仲裁员作为简易程序中独任仲裁员,未给予当事人重新指定仲裁员的机会;<sup>④③</sup>仲裁卷宗没有当事人选定、委托仲裁委主任指定或依据推荐的名单确定首席仲裁员的证据,仲裁庭组庭通知书上未注明仲裁员产生方式;<sup>④④</sup>仲裁委员会指定的仲裁员回避后,未通知当事人重新选定或指定仲裁员;<sup>④⑤</sup>首席仲裁员对台湾人士发表了不当言论,未主动回避且当事人申请回避未获准许;<sup>④⑥</sup>仲裁卷内没有笔录记载仲裁委征求双方选定仲裁员或双方同意仲裁委主任指定独任仲裁员。<sup>④⑦</sup>

##### 2. 仲裁员与一方当事人具有牵连关系

审查法院认为对仲裁员与一方当事人具有牵连关系,撤销或不予执行仲裁裁决的裁判要点如下:仲裁员任职公司与一方当事人具有牵连关系;<sup>④⑧</sup>独任仲裁员与一方当事人的

<sup>③⑤</sup> 陕西省延安市中级人民法院(2016)陕06民特56号民事裁定书。

<sup>③⑥</sup> 上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民四(商)撤字40号民事裁定书。

<sup>③⑦</sup> 陕西省铜川市中级人民法院(2018)陕02民特4号民事裁定书。

<sup>③⑧</sup> 北京市第四中级人民法院(2017)京04民特39号民事裁定书。

<sup>③⑨</sup> 吉林省长春市中级人民法院(2016)吉01民特27号民事裁定书。

<sup>④①</sup> 山东省德州市中级人民法院(2018)鲁14民特2号民事裁定书。

<sup>④②</sup> 浙江省台州市中级人民法院(2017)浙10民特19号民事裁定书。

<sup>④③</sup> 广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法涉外仲字第171号民事裁定书。

<sup>④④</sup> 甘肃省天水市中级人民法院(2018)甘05民特3号民事裁定书。

<sup>④⑤</sup> 山东省德州市中级人民法院(2017)鲁14民特10号民事裁定书。

<sup>④⑥</sup> 上海市第二中级人民法院(2007)沪二中民五(商)初字第95号民事裁定书。

<sup>④⑦</sup> 甘肃省庆阳市中级人民法院(2016)甘10民特11号民事裁定书。

<sup>④⑧</sup> 河南省焦作市中级人民法院(2017)豫08民特12号民事裁定书。

代理人为同一仲裁委员会的在册仲裁员,并在同一律所担任职务;<sup>④⑧</sup>仲裁员与一方当事人的代理人在同一律所,系同事关系;<sup>④⑨</sup>仲裁员未披露曾担任代理律师的实习指导老师。<sup>⑤⑩</sup>

### 3. 仲裁员身份不合法

因仲裁员身份不合法而撤销的仲裁裁决有2个,审查法院裁判要点如下:现职法官担任仲裁员,参与组成仲裁庭并裁决,其无裁决的合法资格;<sup>⑤⑪</sup>仲裁员系公务员,以律师身份担任仲裁员不符合法律规定。<sup>⑤⑫</sup>

### (五) 仲裁程序违反法定程序

在收集的民事裁定书,因仲裁程序违法被撤销或不予执行的仲裁裁决最多,占总比例的31%,图2为下列几种事由在程序违法事由的裁定中所占百分比。

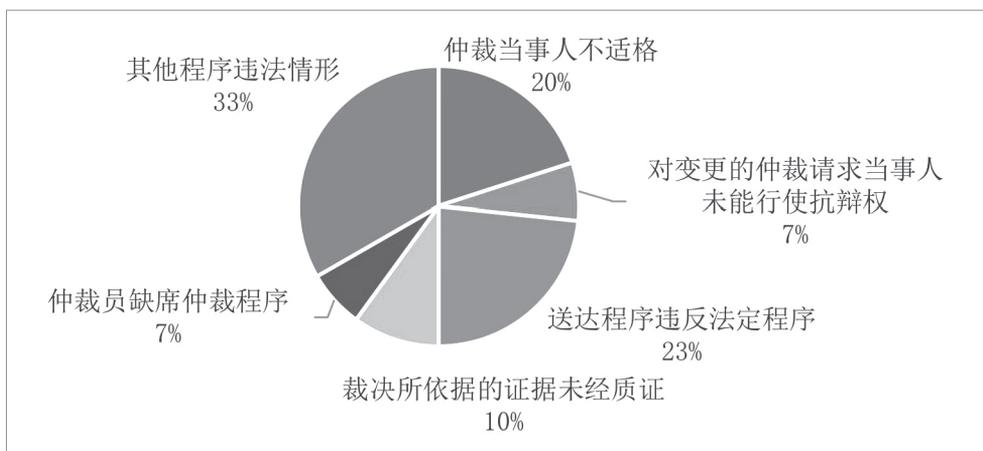


图2

#### 1. 仲裁当事人不适格

通过对所收集的民事裁定书进行提炼,发生下列情形时,审查法院认定仲裁当事人不适格,仲裁程序违反法定程序。

合同的当事人为国有资产经营有限公司,属于独立的法人,具备诉讼主体资格。无证据证明国资委与本案争议具有关联关系,国资委作为仲裁申请人不适格;<sup>⑤⑬</sup>申请人申请追加合同的一方为被申请人,仲裁机构未同意,侵害了合同主体参加仲裁程序的权利;<sup>⑤⑭</sup>被申请人已经注销,仲裁庭拒绝申请人追加公司股东为被申请人,在法人主体不存在的情形下,判定驳回申请人仲裁请求;<sup>⑤⑮</sup>夫妻双方为商品房买卖合同共同买方,只有一方

<sup>④⑧</sup> 山东省枣庄市中级人民法院(2016)鲁04民特9号民事裁定书。

<sup>④⑨</sup> 安徽省淮南市中级人民法院(2016)皖04民特314号民事裁定书。

<sup>⑤⑩</sup> 海南省海口市中级人民法院(2011)海中法仲字第3号民事裁定书。

<sup>⑤⑪</sup> 江西省鹰潭市中级人民法院(2016)赣06民特1号民事裁定书。

<sup>⑤⑫</sup> 陕西省榆林市中级人民法院(2016)陕08民特9号民事裁定书。

<sup>⑤⑬</sup> 辽宁省本溪市中级人民法院(2018)辽05民特1号民事裁定书。

<sup>⑤⑭</sup> 广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法仲审字第188号民事裁定书。

<sup>⑤⑮</sup> 上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四(商)撤字第26号民事裁定书。

提起仲裁,仲裁裁决遗漏仲裁协议必要当事人;<sup>⑤6</sup>公司总经理和法定代表人被免职后,参加仲裁未出具授权委托书;<sup>⑤7</sup>申请人以合同受让人的名义,依据合同中仲裁条款提起仲裁,仲裁庭以申请人主体不适格为由予以驳回,并未就纠纷进行实体处理。<sup>⑤8</sup>

#### 2. 对变更的仲裁请求当事人未能行使抗辩权

通过对所收集的民事裁定书进行提炼,审查法院认为,仲裁被申请人增加仲裁请求,仲裁庭在未征得申请人同意,即采用书面的方式审理,未给予申请人当庭陈述的机会;<sup>⑤9</sup>被申请人变更仲裁请求,申请人提出异议,仲裁庭合议后拒绝,但按照变更后的仲裁请求作出裁决,剥夺申请人对变更后仲裁请求的答辩。<sup>⑥0</sup>

#### 3. 送达程序违反法定程序

审查法院认定送达程序违反法定程序,撤销或不予执行仲裁裁决时,具体的裁判要点如下。

仲裁庭两次送达仲裁文书均无人签收,不符合送达规定;<sup>⑥1</sup>邮政公司表示可以通过邮政航空信送达,但仲裁委员会断定该地址无法送达,对仲裁文件视为送达,导致申请人不属于其自身原因未能陈述意见;<sup>⑥2</sup>没有证据证明邮寄送达中特快专递签收人身份,仲裁庭以申请人无正当理由不到庭,进行缺席审理违反仲裁程序;<sup>⑥3</sup>仲裁庭先于公告的开庭日期开庭,导致当事人未能到庭参加仲裁;<sup>⑥4</sup>仲裁申请人被逮捕,仲裁委员会没有送达仲裁文书,组成仲裁庭开庭审理并作出裁决;<sup>⑥5</sup>仲裁规则未就送达方式的顺序作出明确规定,仲裁委员会根据民诉法送达方式顺序的规定认定送达;<sup>⑥6</sup>仲裁庭未适当通知当事人,且书面审理案例未征询当事人意见,向未经授权人员送达裁决书。<sup>⑥7</sup>

#### 4. 裁决所依据的证据未经质证

审查法院认定裁决所依据的证据未经质证,致使仲裁程序违反法定程序,撤销或不予执行仲裁裁决的裁判要点如下。

仲裁裁决书在确定违约金的计算标准时,援引了未经当事人质证的和解协议。<sup>⑥8</sup>当事人对于《工程造价意见书》有异议,要求鉴定人员出庭接受质询,仲裁庭未予通知。<sup>⑥9</sup>

<sup>⑤6</sup> 江西省景德镇市中级人民法院(2018)赣02民特13号民事裁定书。

<sup>⑤7</sup> 吉林省通化市中级人民法院(2017)吉05民初129号民事裁定书。

<sup>⑤8</sup> 上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四(商)撤字第85号民事裁定书。

<sup>⑤9</sup> 北京市第二中级人民法院(2014)京二中民特字第05896号民事裁定书。

<sup>⑥0</sup> 广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民特72号民事裁定书。

<sup>⑥1</sup> 甘肃省嘉峪关市中级人民法院(2018)甘02民特6号民事裁定书。

<sup>⑥2</sup> 北京市第四中级人民法院(2017)京04民特30号民事裁定书。

<sup>⑥3</sup> 江苏省盐城市中级人民法院(2014)盐民仲审字第0044号民事裁定书。

<sup>⑥4</sup> 江苏省连云港市中级人民法院(2015)连商仲审撤字第00009号民事裁定书。

<sup>⑥5</sup> 广东省清远市中级人民法院(2017)粤18民特20号民事裁定书。

<sup>⑥6</sup> 湖北省宜昌市中级人民法院(2018)鄂05民特46号民事裁定书。

<sup>⑥7</sup> 贵州省贵阳市中级人民法院(2016)黔01民特109号民事裁定书。

<sup>⑥8</sup> 四川省遂宁市中级人民法院(2016)川09民特39号民事裁定书。

<sup>⑥9</sup> 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2016)新01民特274号民事裁定书。

审计局的回复意见为证人证言,其未出庭作证并接受质询,仲裁庭即采用为定案证据。<sup>⑦⑩</sup>

#### 5. 仲裁员缺席仲裁程序

审查法院认为,仲裁员三次缺席仲裁庭审属于违反法定程序,应撤销仲裁裁决;<sup>⑦⑪</sup>仲裁庭证据交换阶段进行了举证和质证,属于对案例的实体审理,在一名仲裁员缺席的情况下作出最终裁决,违反仲裁程序。<sup>⑦⑫</sup>

#### 6. 其他程序违法情形

通过对所收集的民事裁定书进行提炼,发生下列情形时,审查法院认定仲裁程序违反法定程序,具体的裁判要点如下。

仲裁庭错误分配诉讼时效的举证责任;<sup>⑦⑬</sup>被申请人委托代理人超过了仲裁规则的限定人数,申请人表示反对,仲裁庭仍允许3名代理人参与庭审,此案中虽然代理人人数超出了仲裁规则的要求,但该瑕疵程序是否真正影响到仲裁庭的公正裁决,裁定书中未明确说明,需进一步论证。<sup>⑦⑭</sup>仲裁保全应经由仲裁委员会转交并由有管辖权的人民法院作出裁定,仲裁庭无权委托公证机构进行证据保全;<sup>⑦⑮</sup>仲裁庭未向当事人释明另行起诉的权利;<sup>⑦⑯</sup>仲裁程序应当适用普通程序仲裁,未经过双方当事人书面同意使用简易程序;<sup>⑦⑰</sup>

仲裁庭在无正当理由情况下,仲裁期间长达6年零8个月,使当事人之间的法律关系长期处于不稳定状态,无法获得及时的救济;<sup>⑦⑱</sup>仲裁庭没有引导双方当事人补强证据,且申请人明确提出要求重新开庭而仲裁庭未予准许;<sup>⑦⑲</sup>仲裁庭在案例事实不清的情况下,未依职权收集对仲裁请求具有决定性的必要证据;<sup>⑦⑳</sup>明确仲裁请求申请书与开庭笔录中均未记载该项仲裁请求,仲裁庭未将该请求告知撤裁申请人,即裁决支持该请求,申请人未能就该请求陈述意见。<sup>⑦㉑</sup>仲裁庭未回应当事人关于时效抗辩。<sup>⑦㉒</sup>

#### (六) 裁决所根据的证据是伪造的

通过对所收集的民事裁定书进行提炼,发生下列情形时,审查法院认定裁决所依据的证据系伪造而撤销或不予执行裁决,具体的裁判要点如下。

合同在形式上不完整,且没有其他证据证明合同的真实性,仲裁委员会裁决合同有效不合法;<sup>⑧</sup>鉴定意见足以证明涉案合同存在伪造的情形,仲裁庭仍对该合同进行审理并

⑦⑩ 四川省乐山市中级人民法院(2017)川11民特10号民事裁定书。

⑦⑪ 广东省佛山市中级人民法院(2017)粤06民特86号民事裁定书。

⑦⑫ 山东省东营市中级人民法院(2016)鲁05民特57号民事裁定书。

⑦⑬ 吉林省通化市中级人民法院(2017)吉05民初126号民事裁定书。

⑦⑭ 湖北省十堰市中级人民法院(2016)鄂03民特17号民事裁定书。

⑦⑮ 山西省太原市中级人民法院(2017)晋01民特4号民事裁定书。

⑦⑯ 青海省西宁市中级人民法院(2016)青01民特9号民事裁定书。

⑦⑰ 四川省泸州市中级人民法院(2016)川05民特76号民事裁定书。

⑦⑱ 江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民特127号民事裁定书。

⑦⑲ 辽宁省阜新市中级人民法院(2018)辽09民初12号民事裁定书。

⑦⑳ 陕西省渭南市中级人民法院(2016)陕05民特8号民事裁定书。

⑦㉑ 最高人民法院(2008)民四他字第21号民事裁定书。

⑦㉒ 安徽省亳州市中级人民法院(2017)皖16民特49号民事裁定书。

⑧ 山东省德州市中级人民法院(2017)鲁14民特12号民事裁定书。

作出裁决;<sup>84</sup>合同签订时主体已不存在,且该合同上的签字代表并非工商登记的经营者,被申请人在庭审中未出示证据证明合同真实存在,也未对其与生产经营目的完全相悖的行为作出合理解释;<sup>85</sup>申请人对证据真实性不予认可,要求仲裁委员会鉴定并核实证据原件,仲裁委员会未核实也未鉴定,迳行作出裁决;<sup>86</sup>生效刑事判决已确认证据是伪造的,且与司法鉴定中心出具的鉴定文书形成印证关系;<sup>87</sup>当事人提供的主要证据文件签字不实,也未提供相应证据佐证;<sup>88</sup>证据载体形式上真实,但虚构事实,内容和客观情况不符;<sup>89</sup>经鉴定合同非倪某本人所签,倪某与某公司之间不存在仲裁协议,仲裁院对倪某相关裁决所依据的合同系伪造,故部分裁决应予撤销。<sup>90</sup>

### (七) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据

通过对所收集的民事裁定书进行提炼,发生下列情形时,审查法院认定对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的,裁判要点如下。

被申请人提出的仲裁请求金额没有扣减已经支付的部分;<sup>91</sup>被申请人在仲裁程序中未将施工图纸作为证据提交;<sup>92</sup>被申请人隐瞒了借条、银行结清贷款证明及房屋抵押注销证明等重要证据;<sup>93</sup>被申请人隐瞒了法定代表人去世的事实;<sup>94</sup>被申请人隐瞒了直接影响仲裁庭对法律关系、法律事实的判断及对责任的划分的借款借据。<sup>95</sup>

### (八) 违背社会公共利益

在收集民事裁定的样本中,发生下列情形时,审查法院认定仲裁裁决违背社会公共利益,撤销或不予执行的裁决,具体的裁判要点如下。

仲裁裁决认定合同无效,但裁决给付工程款,缺乏法律依据。且建设工程质量关乎人民群众生命和财产安全,承包人要先履行工程质量保证义务;<sup>96</sup>违背社会公共利益的范围包括违反法律规定,该仲裁裁决违反《仲裁法》的规定;<sup>97</sup>江苏省高级人民法院在审理另一案件时,认定涉案仲裁条款无效,该裁定已经发生法律效力,而涉案仲裁裁决是仲裁员在认定涉案仲裁条款有效的前提下作出的,在内地执行该仲裁裁决将与人民法院的上述生效裁定相冲突,违反内地社会公共利益;<sup>98</sup>仲裁庭裁决支付未经审计的市政工程

<sup>84</sup> 广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民特259号民事裁定书。

<sup>85</sup> 重庆市第一中级人民法院(2017)渝01民特609号民事裁定书。

<sup>86</sup> 河南省郑州市中级人民法院(2015)郑民三撤仲字第52号民事裁定书。

<sup>87</sup> 吉林省辽源市中级人民法院(2018)吉04民特10号民事裁定书。

<sup>88</sup> 北京市第三中级人民法院(2015)三中执异字第00830号民事裁定书。

<sup>89</sup> 吉林省长春市中级人民法院(2017)吉01民特5号民事裁定书。

<sup>90</sup> 广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民特1号民事裁定书。

<sup>91</sup> 山东省东营市中级人民法院(2016)鲁05民特21号民事裁定书。

<sup>92</sup> 山东省德州市中级人民法院(2015)德中商初字第105号民事裁定书。

<sup>93</sup> 湖北省武汉市中级人民法院(2017)鄂01民特598号民事裁定书。

<sup>94</sup> 河南省郑州市中级人民法院(2015)郑民三撤仲字第62号民事裁定书。

<sup>95</sup> 广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法涉外仲字第184号民事裁定书。

<sup>96</sup> 江西省九江市中级人民法院(2017)赣04民特15号民事裁定书。

<sup>97</sup> 四川省雅安市中级人民法院(2017)川18民特3号民事裁定书。

<sup>98</sup> 江苏省高级人民法院(2012)苏商外辖终字第0012号民事裁定书。

款;<sup>99</sup> 国家投资 1.05 亿元的垃圾处理场因设备和技术问题闲置至今,执行该裁决违背社会公共利益;<sup>100</sup> 以物抵债有转移责任财产、规避国家政策、存在损害其他债权人合法利益的可能,且违反物权法定基本原则。<sup>101</sup>

### (九) 侵害案外人利益

收集的民事裁定书中,因侵害案外人的利益,被撤销或不予执行的裁决有 4 个,审查法院在认定时,具体的裁判要点如下。

仲裁案例当事人恶意申请仲裁或者虚假仲裁,且仲裁裁决所处分债权被法院查封冻结;<sup>102</sup> 夫妻一方非合同中仲裁条款的当事人,在其提出管辖权异议的情况下,仲裁庭仍追加其作为第三人并裁决承担责任;<sup>103</sup> 仲裁申请人在申请仲裁时,撤销对仲裁协议未签字人的请求,但在执行中又申请追加其为被执行人,仲裁委员会作出裁定予以追加;<sup>104</sup> 仲裁委员会以仲裁邀请书的形式邀请案外人参加仲裁,不属于仲裁法或仲裁规则规定的形式,且案外人对承担责任不知情,参加仲裁并非真实意思表示,仲裁机构不应受理当事人追加案外人的申请。<sup>105</sup>

## 三、撤销或不予执行仲裁裁决审查中存在的问题

通过对所收集的 103 份民事裁定书中裁判要点的提炼,法院对撤销或不予执行仲裁裁决审查时,存在司法审查范围不准确、撤裁事由认定不符合条件、对类案有不同的审查标准等情况。

### (一) 司法审查范围不准确

#### 1. 对申请人未提及的事由主动审查

在收集的裁定书中,法院对仲裁裁决进行司法审查时,对申请人未提及的事由主动审查,例如审查法院以当事人之间没有仲裁协议及裁决所根据证据是伪造的,这两项独立的事由撤销了仲裁裁决,但从裁定书上来看,申请人并未提出裁决所依据的证据是伪造,法院直接在裁定中予以认定;<sup>106</sup> 有的法院以“A 作为总经理和法定代表人被免职后,参加仲裁未出具授权委托书”为由,认定仲裁程序违法,<sup>107</sup> 但撤裁申请人仅提出了证据是伪造的抗辩事由。

<sup>99</sup> 海南省海口市中级人民法院(2015)海中法仲字第 10 号民事裁定书。

<sup>100</sup> 安徽省高级人民法院(2005)皖执他字第 11 号民事裁定书。

<sup>101</sup> 江苏省徐州市中级人民法院(2014)徐民仲审字第 90 号民事裁定书。

<sup>102</sup> 江苏省镇江市中级人民法院(2018)苏 11 执异 15 号民事裁定书。

<sup>103</sup> 江苏省连云港市中级人民法院(2017)苏 07 民特 2 号民事裁定书。

<sup>104</sup> 广东省韶关市中级人民法院(2016)粤 02 执异 2 号执行裁定书。

<sup>105</sup> 山东省济宁市中级人民法院(2017)鲁 08 民特 124 号民事裁定书。

<sup>106</sup> 广东省深圳市中级人民法院(2016)粤 03 民特 287 号民事裁定书。

<sup>107</sup> 吉林省通化市中级人民法院(2017)吉 05 民初 129 号民事裁定书。

## 2. 对仲裁庭实体审理事项进行审查

在收集的裁定书中,有的法院对仲裁庭实体审理部分进行审查,如仲裁庭错误分配诉讼时效的举证责任,审查法院认定仲裁程序违法。<sup>⑩</sup> 仲裁庭在案例事实不清的情况下,未依职权收集对仲裁请求具有决定性的必要证据,认定仲裁程序违法法定程序。<sup>⑪</sup> 对于证据的认定、采纳及举证责任的分配,通常认为此类问题属于仲裁庭的实体审理,不在司法审查范围内,且本案中撤裁申请人并未主动提出此抗辩事由。<sup>⑫</sup> 在收集的裁定书中,存在因仲裁庭未释明可另行起诉,某审查法院认定仲裁程序违法,撤销仲裁裁决,<sup>⑬</sup> 仲裁庭未向当事人释明是否必然构成撤裁事由,北京市第二中级人民法院则认为,仲裁庭向当事人是否释明变更仲裁请求,属于仲裁庭实体审理事项,不在法院的司法审查范围内。<sup>⑭</sup>

### (二) 撤裁事由认定不符合条件

#### 1. 仲裁程序违反法定程序事由

收集的民事裁定书,以仲裁程序违反法定程序为由,撤销或不予执行仲裁裁决的案件最多,占总比例的 31%。由于仲裁程序内涵的宽泛性,审查法院常常将仲裁程序违反法定程序条款与其他条款搭配使用,共同被列举为撤销或不予执行仲裁裁决的事由。在审查法院裁定仲裁程序违反法定程序的案例中,在其他程序违法情形占 33%,虽然法院在形式上对仲裁进行程序性审查,但个别法院或因对仲裁裁决的结果产生不同意见,以仲裁程序违反法定程序为由,撤销或不予执行仲裁裁决。

#### 2. 证据事由

在收集的裁定书中,存在法院以合同在形式上不完整,且没有其他证据证明合同的真实性为由,认定仲裁庭裁决合同有效不合法,<sup>⑮</sup> 仲裁庭对证据的证明效力有决定权,但瑕疵证据不一定均是伪造的,不必然构成撤裁事由,除非撤裁申请人有证据证明。在收集的裁决书中,还存在审查法院以仲裁申请人提出的仲裁请求金额,没有扣减已经支付的部分为由,认定仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据,<sup>⑯</sup> 此种情况下,对于已支付的部分可以通过其他渠道予以救济,法院以此认定仲裁申请人隐瞒了足以影响公正裁决的证据,而撤销裁决略有严格。

#### 3. 违反社会公共利益事由

在收集的裁定书中,对于仲裁庭裁决支付未经审计的市政工程款,审查法院认定损害了社会公共利益,<sup>⑰</sup> 此案例中政府利益与社会公共利益存在什么关联,未进行充分的论

<sup>⑩</sup> 吉林省通化市中级人民法院(2017)吉05民初126号民事裁定书。

<sup>⑪</sup> 陕西省渭南市中级人民法院(2016)陕05民特8号民事裁定书。

<sup>⑫</sup> 广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民特957号民事裁定书;北京市第二中级人民法院(2017)京02民特13号民事裁定书;北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)特字第01805号民事裁定书。

<sup>⑬</sup> 青海省西宁市中级人民法院(2016)青01民特9号民事裁定书。

<sup>⑭</sup> 北京市第二中级人民法院(2016)京02民特31号民事裁定书。

<sup>⑮</sup> 山东省德州市中级人民法院(2017)鲁14民特12号民事裁定书。

<sup>⑯</sup> 山东省东营市中级人民法院(2016)鲁05民特21号民事裁定书。

<sup>⑰</sup> 海南省海口市中级人民法院(2015)海中法仲字第10号民事裁定书。

证。在另一个案例中,泰州市中级人民法院将执行该裁决与内地法院作出的生效裁定相冲突,认定为违反社会公共利益,虽然我国法院先于仲裁裁决作出的时间,认定仲裁协议无效,但案例尚未作出实体裁决前,因为程序性裁决,直接以违反社会公共利益为由,不予执行仲裁裁决有失妥当。<sup>⑩</sup>审查执行的法院应依据《纽约公约》来认定,不应受本国法院认定仲裁协议无效的裁定约束。

### (三) 对类案有不同的审查标准

对同事关系影响公正裁决的裁判标准,在收集的裁定书中,因仲裁员与一方当事人的代理人为同事关系而未回避的,有的审查法院认定属于理应回避而未回避,<sup>⑪</sup>宿迁中院则认为,仲裁员与委托代理人虽然为同事关系,但彼此独立,仲裁员的其他身份不影响对纠纷的公正裁决。<sup>⑫</sup>与委托代理人在同一律所任职的仲裁员,此种情形不必然影响对利益关系的判断。

## 四、基于实证研究的思考

### (一) 公开仲裁司法审查文书

在搜集的裁定书中,下级法院对仲裁司法审查案件拟做否定性评价的,大部分案件均未搜集到高级人民法院或最高人民法院的报核结果,未能总结对报核案件的处理思路。个别法院裁定书内容相对简单,对裁决的结论缺少必要论证。2020年最高人民法院印发《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》,规定了法官对指导性案例的参照和对其他类案的参考,以实现法律的统一适用。《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》中,未有对报核案件的高级人民法院或最高人民法院的批复文书进行公开的规定。类案的批复对实践中的仲裁司法审查具有指导意义,上级法院对下级法院的批复中,应对法律适用进行说理并公开,<sup>⑬</sup>以统一仲裁司法审查案件的法律适用标准,进一步推进裁判文书的公开。

### (二) 明确仲裁程序违反法定程序的标准

在搜集的民事裁定书中,部分审查法院将仲裁程序违反法定程序条款,与其他条款搭配使用,共同被列举为撤销或不予执行仲裁裁决的事由。为防止将仲裁程序违反法定程序事由被兜底使用,应明确仲裁程序违反法定程序的标准,即违反法定程序达到何种程度时,才符合撤销或不予执行仲裁裁决的要件。任何案件的“修辞”——如何才能最有说服力的予以表达,都不可能与案件相关论证的理性力量相抵触。<sup>⑭</sup>法院以程序违法为

<sup>⑩</sup> 环中仲裁团队:《案例评析:香港仲裁裁决与内地法院在先裁定相冲突,法院以违反社会公共利益为由不予执行》, [https://mp.weixin.qq.com/s/i78Sm\\_8uUtK30VMNGreo3Q](https://mp.weixin.qq.com/s/i78Sm_8uUtK30VMNGreo3Q),最后访问时间:2021年2月17日。

<sup>⑪</sup> 山东省枣庄市中级人民法院((2016)鲁04民特9号;安徽省淮南市中级人民法院(2016)皖04民特314号民事裁定书。

<sup>⑫</sup> 江苏省宿迁市中级人民法院(2013)宿中民仲审字第0054号民事裁定书。

<sup>⑬</sup> 沈伟:《中国仲裁司法审查制度——缘起、演进、机理和缺陷》,载《上海法学研究》2019年第17期,第34页。

<sup>⑭</sup> 陈虎:《法律相对论》,北京大学出版社2020年版,第153页。

由,撤销或不予执行仲裁裁决时,应在民事裁定书中对此进行充分说理。撤销或不予执行仲裁裁决依据的援引,应遵循法定原则,避免法官案件事实事先形成预决性的判断,对仲裁裁决在实体结果上存在不同认定,从仲裁程序方面寻找瑕疵。

### (三) 避免留下法院进行实质审查的空间

在实践中审查法院应坚持仲裁司法审查的法定性,关于仲裁司法审查限度的问题,不能忽视提升仲裁公信力这一目的。从在国际通行的立法方面,未规定仲裁当事人可以对仲裁裁决的实体内容申请审查。《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国仲裁法(草案)〉审议结果的报告》指出,为实现一裁终局,避免又裁又审,不对仲裁裁决进行实体审查;如需要审查,应当有明确、严格的限制。《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》第五条规定,上级人民法院收到下级人民法院的报核申请后,认为案件相关事实不清的,可以询问当事人或者退回下级人民法院补充查明事实后再报。“案件事实”应限于与撤销或不予执行仲裁裁决事项相关的程序性事实,不包括案件的实体事实。<sup>②①</sup>如果申请人是法官,只有上帝才能当辩护人。<sup>②②</sup>仲裁司法审查意识与对案件进行实体判决的意识不分离,仲裁当事人无法进行有效的辩护。

## 结 语

本文所进行的实证研究,为完善仲裁司法审查制度及相关理论研究提供实证研究基础,仅是对民事裁定书所呈现的案件事实与裁判标准进行归纳与总结。“判决本身也是讲故事的一种特定形式”,司法实践中的具体案件事实难以通过裁定书全部呈现,对于仲裁司法审查案件审理规则的实证研究,将一直在路上。

---

**Abstract:** This article analyzes 103 civil ruling paper on the cancellation or non-enforcement of arbitration awards, to sort out and summarize the trial thinking and judgment standards of the review court. In practice, some court scope of judicial review is not accurate; withdrawing the subject's reasons not qualified, there is a different reviewing standard for the same case, etc. The viewing documents of arbitration and judicial should be public. It should make it clear for the standard of illegal procedure's arbitration procedure, so as to avoid the space for the court to conduct substantive examination, to unify the legal application standards of arbitration judicial review cases, to improve the professional level of arbitration judicial review.

**Keywords:** arbitration award; judicial review; ruling rationales; legal procedure

---

(责任编辑:黄晨亮)

<sup>②①</sup> 沈伟:《中国仲裁司法审查制度——缘起、演进、机理和缺陷》,载《上海法学研究》2019年第17期,第34页。

<sup>②②</sup> 陈瑞华:《看得见的正义》,北京大学出版社2013年版,第119页。

# 我国仲裁庭自行收集证据制度探析

## ——以诉讼与仲裁制度的差异为视角

曾 凤\*

---

**内容提要** 伴随我国经济的高速进程,仲裁的发展也有了量到质的飞跃,为人们解纷止争提供更便捷、高效的服务。诉讼和仲裁虽然作为解决纠纷的不同方式,但两者在最终目标上是一致的。目前,我国仍以司法权为主导,去“诉讼化”就成为仲裁这种非诉纠纷解决机制发展的一个重要方向,但是否需要真正“另立门户”,正是该文探讨的核心所在。证据是案件审理的灵魂,当事人举证仍是仲裁庭审理案件的主要证据来源,但仲裁庭自行收集证据对现今仲裁证据制度来说已经有着举足轻重的地位,从仲裁庭自行收集证据制度的理论和法律基础出发,以诉讼和仲裁两大制度的规范和实践差异比较为视角,进行优势互补,实现与国际仲裁证据规则的有效衔接和互动,为重塑我国的仲裁庭自行收集证据制度提供更多合理化建议。

**关键词** 仲裁庭 自行收集 诉讼化 制度差异 证据规则

---

证据,即可证明案件真实情况各类事实,亦是裁判当局对有争辩的案件事实进行认定的根据。无论是英美法系还是大陆法系,是当事人主义模式还是职权主义模式,在法院还是仲裁机构,证明和辩论须以证据为基础,案件审理过程依证据推进。收集证据是诉讼各方依法享有的民事权利,也是保障自身合法权益的重要方式,同时法院也可依职权收集证据。证据作为案件审理的中心轴,对仲裁同样重要,但我国《仲裁法》对收集证据的规定过于简要,过度依赖民事诉讼的相关证据制度。学术界对仲裁证据制度的探讨热度近年虽有所升温,但大多着重于宏观角度,对微观角度具体制度的探讨甚少,特别是对我国仲裁庭自行收集证据制度的讨论多是“只言片语”,以至于仲裁庭自行收集证据仍在理论和实务操作中存在诸多阻碍,甚至一度有学者建议废除这一制度。

### 一、我国仲裁庭自行收集证据制度的理论和法律基础

#### (一) 窥入视角

仲裁和诉讼虽在法律渊源上有所关联,但也分别是解决民商事纠纷的独立体系。本

---

\* 曾凤,重庆大学法学院硕士研究生。

文所探讨的仲裁,即解决平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的国内仲裁及涉外仲裁,即商事仲裁。本文所探讨的诉讼,作为与商事仲裁对应比较的制度,当然是解决平等主体之间民商事纠纷的民事诉讼最为契合。仲裁庭作为具有临时性特点的民间性组织,受限于当事人授权,以中立的第三方身份进行裁断,而法院作为国家权力机关、代表国家行使审判权来解决当事人之间的纠纷,其司法行为具有当然的强制性;从立法和相应的配套制度来看,法院在完善的制度规范内能自由地行使权力,而仲裁多数时候需要依附于法院的司法权和强制力来完成相关案件的处理行为;加上我国的仲裁机构是以《仲裁法》为根据,由当局组织相关机构及商会组建,目的是为解决合约或其他财产权益纠纷,性质上属于进行公益性服务的非营利法人,在实务中难免夹杂行政色彩;正是由于这些内外因素的影响,仲裁庭自行收集证据有了在理论上寻求突破的合理必要性。

## (二) 理论基础

仲裁是指发生争议的双方当事人根据其在争议发生前或争议发生后所达成的协议,<sup>①</sup>自愿将该争议提交中立的第三者进行裁判的争议解决制度和方式。<sup>②</sup>目前学界对仲裁性质的定义多以民间属性和司法属性混合说为主导,但从实务发展来看,随着仲裁各项制度的逐渐完善,加之对仲裁效率性、经济性和快捷性的目标追求,仲裁的民间性逐渐被要求凸显,司法性在未来会被明显减弱。

仲裁权,首先,基于仲裁的民间属性,源于当事人授权;当事人之间发生纠纷后根据双方达成的仲裁协议请求仲裁庭裁断,从而使仲裁庭获取相应的仲裁资格。由此,仲裁权的本质也是一种服务性权力,<sup>③</sup>随着经济的快速发展,纠纷形式多样,解纷难度增大,仲裁作为一种具有专业性、快捷性和保密性突出优势的纠纷解决手段受到更多民商事主体的重视,仲裁权来源于当事人合意,无疑也必须服务于当事人,因此仲裁庭自行收集证据从本质上来说也是以为当事人服务为核心的。其次,仲裁庭的仲裁权也必须受到国家相关仲裁立法的授权和约束,因此,仲裁庭自行收集证据必定受到当事人授权和法律授权的双重限制,必须在相应的授权范围内取得和行使才有效,根据美国学者丹尼斯·朗对权力的定义理论,仲裁庭行使仲裁权时可预见自己行使权力的后果,即裁决能得到当事人的有效履行、对仲裁程序中的各项仲裁行为有较大程度的控制权,分别体现出权力的有意性、有效性和非对称性。<sup>④</sup>最后,仲裁庭的仲裁权一定程度上也是仲裁规则授予的,仲裁规则不同于仲裁法,约束仲裁程序及此程序中相关的仲裁法律关系,由仲裁机构制定,也保留了对当事人意思自治原则的尊重,是任意性较强的行为规范,因此,仲裁庭自行收集证据时也必须受到仲裁规则的制约。

① 宋朝武:《我国仲裁制度:弊端及其克服》,载《政法论坛》2012年第6期,第93页。

② 郭蕊:《仲裁本质视角下论我国劳动争议仲裁制度的改革》,载《决策探索》2015年第6期,第60页。

③ 李婉嘉:《再谈国际商事仲裁的“国际性”》,载《理论界》2014年第2期,第81页。

④ 江伟、肖建国:《仲裁法》(第三版),中国人民大学出版社,2016年版,第14页。

### （三）法律依据

有对权力的呼声也有反对的呐喊,有学者强烈呼吁废除我国仲裁庭自行收集证据制度,比如,学者姜霞认为,“从仲裁对效力价值的追求来看,若当事人违背仲裁庭命令故意隐瞒、毁损对对方有利的证据,仲裁庭当然可以裁定其承担不利后果,这是仲裁庭自由裁量范围内的合理作为;当案外第三人持有证据而无正当理由拒不提供时,仲裁庭无法强制其提供,而只能求助于审判权,此时,赋予仲裁庭或经仲裁庭同意的当事人向法院提出申请,由法院发出传票命令该第三人出示,该作法已为世界各国仲裁法所采纳,因此仲裁庭自行取证的权力应当被取消。”<sup>⑤</sup>仲裁制度化本身就是要求仲裁对诉讼中某些具体程序设计的借鉴和模仿,只有当这种借鉴背离了仲裁意思自治的本质,甚至影响了仲裁的长远发展,才能构成仲裁诉讼化需要被批判的缘由。<sup>⑥</sup>结合前文,我们不能因为仲裁机构或仲裁庭没有司法强制力就放弃对自我权力完善的追求,相反,正是因为我国仲裁在制度独立性上的滞后性,更应该在自我所有的契约性、意思自治性和效率性的属性基础上寻找和建立仲裁庭自行收集证据制度自身的合法性、合理性和正当性。

从立法上看,《仲裁法》第43条第1款明确在仲裁中仍实行“谁主张谁举证”,当事人应当承担仲裁证据收集的责任,但第2款又授权仲裁庭在其认为必要时可自行收集证据,可以看出我国在立法上仲裁庭自行收集证据的合法性,立法目的在于发挥其仲裁证据收集的补充性作用,促使案件能够得到充分正确的审理。我国《民事诉讼法》第237条第1款第5项规定了对不予执行国内仲裁裁决中有“对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”情形,在相应的司法解释中也对未被收集的案件重要证据的仲裁案件可不予执行,间接体现出在立法上赋予仲裁庭在必要时自行收集证据权力的意图。

从仲裁规则上看,国内多数仲裁机构对仲裁庭自行收集证据与《仲裁法》的规定别无二致,也有部分仲裁机构对仲裁庭自行收集证据相应的条件、方式进行概括性设定,比如武汉仲裁委员会仲裁规则。仲裁规则是各个仲裁机构以《仲裁法》和《民事诉讼法》为基础,充分结合本机构特征和现实法律环境而制定的,正因条款暂时的简约性,恰能体现出构建成熟的仲裁庭自行收集证据制度的理论和现实必要性。

从《仲裁法》与《民事诉讼法》和司法解释之间关系来看,我国《民事诉讼法》第64条、第67条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第92条至第97条详细规定了法院的调查取证权及权力行使的范围、方式、人员等,《仲裁法》第15条第3款和第75条规定了仲裁规则的制定参照《民事诉讼法》有关规定。理论上说司法解释对于仲裁庭审理案件没有条文制度约束性,但法院在审理案件中大量运用司法解释,仲裁庭在审理案件时也难以摆脱司法解释对其审理案件的关联性束缚,

<sup>⑤</sup> 姜霞:《论仲裁证据制度的独立性》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2007年第5期,第36页。

<sup>⑥</sup> 伍雅俐:《我国仲裁诉讼化现状分析及对策探讨》,载《司法改革评论》2009年第9期,第120页。

即“理论上仲裁庭无须适用司法解释,但实践中仲裁庭难以摆脱司法解释的羁绊”,<sup>⑦</sup>所以,仲裁庭在审理案件过程中也参照适用司法解释。

因此,从仲裁和诉讼的权力性质、《仲裁法》与《民事诉讼法》及相关司法解释的关系看出,我国仲裁庭自行收集证据有其客观存在的必要,也具有其存在的合理性和合法性基础。

## 二、仲裁庭自行收集证据与法院调查收集证据之比较

明晰了仲裁庭自行收集证据制度存在的正当性和必要性,还需要借助仲裁与诉讼之间制度差异,通过我国《仲裁法》与《民事诉讼法》及其司法解释之比较来探求仲裁庭自行收集证据制度在立法和实践中是否真正需要去诉讼化的问题。

我国《仲裁法》第43条第2款规定“仲裁庭认为有必要时,可以自行收集”,《民事诉讼法》第64条第2款规定“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,法院应当调查收集”。

### (一)“自行收集”和“调查收集”

从《民事诉讼法》第64条第2款看,当事人和诉讼代理人收集证据用词是“自行”,而法院收集证据用词是“调查”,明确体现出“自行”和“调查”用词的区别。民商事仲裁起源于旧时商人们愿意把纠纷交给本行业中的权威人士或朋友解决,后发展成仲裁庭作为中立的第三者对双方的争议进行裁决,都在于各方对裁断者个人权威的信任。民事诉讼是国家司法权对各方之间纠纷的介入,法院作为国家的司法审判机构是通过行使宪法授予的民事审判权来解纷止争。所以,“调查”一词是对公权力的直接体现,“自行”是对仲裁庭民间属性的直接体现,这也间接体现出仲裁庭自行收集证据权力行使对象的不均衡性,同时也欠缺强制力。

### (二)“可以”和“应当”

从法条使用的词汇“可以”和“应当”来看,“可以”是一种选择权利,“应当”对应的是义务。仲裁具有民间性,收集证据仅为仲裁庭可以选择行使的一项权利,仲裁庭享有自由裁量权,因此对于证据,仲裁庭也可以选择不进行收集。如果把仲裁庭的权利转变成义务,会直接增大仲裁庭自行收集证据的主动性,造成仲裁双方在证据收集上的不平等性,不符合仲裁庭自行取证制度的补充性目的,并且还容易导致当事人举证责任和举证不能的风险被转移给仲裁庭,摇撼仲裁庭在当事人心中的权威,也缺乏程序上的公平和公正性。

### (三)“必要时”

从当事人申请收集证据的法律适用问题角度看,《民事诉讼法》第64条第2款明确规定法院应当调查收集证据的前提条件有两种,一是当事人和诉讼代理人因客观原因

<sup>⑦</sup> 丁伟:《国际商事仲裁中适用司法解释的悖论性现象透析》,载《政法论坛》2009年第2期,第51页。

不能自行收集证据时,二是人民法院认为裁判案件需要时;民事诉讼法司法解释第94条和第96条分别规定了依申请和依职权调查的具体情形,当事人和代理人提请法院调查限于涉密或无权调取的情形,法院依职权调取被限于公共利益、身份关系与程序性事项。而在《仲裁法》第43条中仅规定了仲裁庭认为有必要时可收集证据,那么这里的“必要时”是按照字面意思即只要仲裁庭自身认为审理案件的必要的证据即可自主决定进行收集理解吗?笔者认为,这里的“必要时”意味着如果仲裁庭过于主动地收集证据,不仅会使得滥用职权的危险性增加,侵犯当事人或他人的合法权益,也会扩大相应的仲裁成本和减少仲裁在整个法律市场上的占比。换句话说,通常情况下仲裁庭并不会主动调查收集证据,除非不这样做就无法认定案件事实以至影响仲裁庭作出公正裁决。<sup>⑧</sup>所以,应区分情形,此处的含义也应包含某些案件的关键证据是由于当事人因客观原因无法收集并将会影响案件的公正裁决而向仲裁庭申请取证,仲裁庭经综合权衡后认为确实需要收集的情形。

#### (四) 配套制度建设

法院调查收集证据的配套制度建设相对仲裁来说更完善。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干问题的解释》第94条规定了当事人和诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据的三种情形,第96条规定了人民法院认为审理案件需要的证据的五种情形;《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》从第20条至第24条,较详细规定了人民法院调查收集证据形式、范围、程序和规范等。从我国大多数仲裁机构的仲裁规则看,原则上都只是对《仲裁法》第43条的“按部就班”;《仲裁法》相关司法解释中也难见仲裁庭自行收集证据制度的身影;有些仲裁机构,比如重庆仲裁委员会、广州仲裁委员会、武汉仲裁委员会,虽做了进一步“拓展”——要求仲裁庭自行收集证据时应当通知双方当事人在场,但其对仲裁庭收集证据的条件、方式、范围、当事人申请期限和程序等方面的规定在各仲裁规则中却未有涉及。

从上述比较分析可以看出,我们面对学界对我国仲裁证据规则去诉讼化的呼声应该理性看待,一条立法、一项制度、一种规范需综合考虑历史、现在和未来的环境因素。仲裁作为尚处于初中期发展阶段的纠纷解决方式之一,发展离不开与之有极多相同之处的民事诉讼,仲裁证据规则不能“跛脚”走路,“去诉讼化”应当被限定在一定范围内,符合国情和现实运转的好的规则我们应擅用入仲裁,面对实际困境也要结合仲裁自身的特点和属性制定合理的对策。

### 三、仲裁庭自行收集证据制度的现实困境

从上述比较可以看出我国仲裁庭自行收集证据在规范制定上的差距,比较之目的是为了尽可能发现自身的不足,做到取长补短。同时,笔者也希望从实践角度出发探求我国

<sup>⑧</sup> 高菲:《中国海事仲裁的理论与实践》,中国人民大学出版社1998年版,第273页。

仲裁庭自行收集证据存在的问题,以求更好的为重塑该制度提出合理化建议。

### (一) 规范的模糊性

取证规范的概括化。我国《仲裁法》就收集证据有三种方式,第43条第1款规定当事人收集提供证据,第2款规定仲裁庭自行收集证据,第46条规定法院协助仲裁庭保全证据。但这些条文非常简约,对仲裁庭自行收集证据的主体、方式、程序、范围等均未明确,直接导致实践适用的模糊性,加之仲裁制度灵活性、经济性和效率性等特点使得仲裁不可能完全照搬民事诉讼法的相关证据规则。随着我国仲裁事业的快速进步,仲裁庭自行收集证据规范的模糊性将严重阻碍仲裁事业的前行,因此,有必要探寻和制定仲裁证据收集制度的新出路,特别是仲裁庭自行取证规范的明确性和具体性问题,更好地落实仲裁公平公允的宗旨。

证据采纳规则的缺失。我国《民事诉讼法》《民事证据规定》中规定的诉讼证据规则对证据可采性规则规定过于僵化,有时不利于认定事实,更不应严格适用于仲裁。尤其就仲裁庭采集的相关证据如何进行认证、如何进行裁量,我国《仲裁法》对证据的可采性和证明力问题并没有规定,各个机构仲裁规则只有少量条文对此有所涉及,如《贸仲规则》(2015)第44条对鉴定报告或专家报告的可采性和《海仲规则》(2020)第23条对电子数据的认定进行了规定。

### (二) 现实软弱性、缺乏操作性

结合仲裁所具有的独特属性及在实务中仍杂糅较多的行政性色彩,仲裁庭并不能强制性地让当事人提供证据,在实践中大多数行政机关、企事业单位会以各种理由拒绝配合取证,《仲裁法》并未规定相应机构对仲裁庭取证行为的协助义务,也并没有对拒不提供证据的当事人或案外人规定惩处条款,致使仲裁庭自行收集证据条款缺乏实际操作性,实用效果不大。根本原因在于仲裁庭的调查取证权作为其一项可选择性权利而非强制性义务,加上仲裁庭对于快捷性和经济性效果的追求和对自由裁量权的运用,在实践中往往大量存在倒逼仲裁庭舍弃对自行收集证据制度运用的情况。这种情况下案件事实很有可能无法明晰,但仲裁庭也只能无奈依据现有证据作出裁决。

### (三) 证据保全中法院权力垄断

在仲裁的证据保全程序中,仲裁庭只是扮演“转手”角色,将证据保全申请转递于仲裁委员会并最终交予法院,证据保全的审查、裁定和执行权均在法院。在国际上,国家间有彼此承认、执行仲裁庭做出的证据保全措施以及法院对别国仲裁协助颁布临时保全措施,若我国仲裁庭无权做出相应的保全措施,就使得我国仲裁当事人无法获取在此问题上国际提供的协助和便利,也会造成中外当事人权利救济的不平衡,实际上是剥夺了当事人自由选择仲裁庭作出保全裁定的权利,这是违背国际商事仲裁发展趋势的;<sup>⑨</sup>再者,在仲裁中出现当事人的合法权益受到难以弥补的损害或证据可能灭失、此后难以取

<sup>⑨</sup> 汪祖兴:《完善我国仲裁证据制度若干问题的思考——以民事诉讼证据制度为参照》,载《诉讼法论丛》2005年第10卷,第488页。

得的情形,一方当事人刻意逼之不谈,另一方当事人也未主动申请证据保全,此时,仲裁庭能否基于正确、公正裁决案件的必要性作出证据保全的决定或者自行决定请求仲裁委员会转请于法院保全证据的问题面临立法空白。因此,虽然在我国司法权拥有绝对话语权,但是司法权对于仲裁过程和结果的过度干预,反而会造成国家公权力介入对仲裁的制度保障与仲裁权自身对公平公正目的追求之间关系的失衡。

#### (四) 域外取证规则缺乏衔接性

在民商事仲裁过程中,有些案件证据或证人位于仲裁地之外的国家或地区,往往需要我国法院和外国法院的协助,而外国法院协助与否往往成为仲裁国外取证的关键。《海牙取证公约》规定了一国司法机关可以通过请求书的形式向另一国司法机关请求获取司法程序中所需的证据或实施其他司法措施,但仲裁庭并没有被赋予直接依据该公约向域外国家机构提送请求书的权力,不得不间接寻求国内外法院的协助。国家之间相互缔结的有关民商事证据域外取证的司法协助条约通常优先于《海牙取证公约》适用,虽然我国也有加入相关的国际或国家之间的条约,但是我国法律既没有规定仲裁庭拥有发出请求书的权力,也没有规定法院对此的协助义务。

## 四、仲裁庭自行收集证据制度之重塑

### (一) 明确启动条件和主体

遵循现行条文规定,仲裁庭依职权自行收集证据的前提是仲裁庭认为必要时,而这个必要时可以理解为取证之急需性,即如果不自行收集证据,则会导致证据的毁损灭失、对案件关键事实或当事人双方的责任大小无法查清,从而直接影响案件的正确裁决。<sup>⑩</sup>当事人申请仲裁庭收集证据,必须是有充分理由证明因客观原因收集证据不能,比如涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据等;另外,当事人申请仲裁庭收集证据必须提交书面申请,并写清楚申请取证的原因、内容及与取证对应的待证事实等事项。

对于仲裁庭收集证据的主体问题。无论是合议庭还是独任制仲裁庭,仲裁庭的组成方式极大遵循了当事人意思自治原则,明显体现出当事人对于仲裁和仲裁员的信任和认可,加上仲裁机构对仲裁员的专业水平和素质的高要求,所以,笔者认为,收集主体合适人选当之于首席仲裁员或独任仲裁员无愧,理由在于:首先,基于当事人对其所选仲裁员的绝对信任,仲裁员取证对当事人来说比较容易接受;其次,对于需要到企事业单位、接触案外第三方的情形,首席仲裁员或独任仲裁员取证也更符仲裁的灵活性、快捷性和经济性特点;最后,仲裁庭独立地审理和裁决案件,独立性是裁决权威性的基础,而首席仲裁员和独任仲裁员是裁决权威的关键代表,也是符合仲裁独立性要求和特性的。当然,需要注意在实践中,首席仲裁员或独任仲裁员调查取证时是否可以配予仲裁秘书或取证辅助人员,笔者认为如并非负责本案,则须经过当事人双方的同意才行,毕竟仲裁不同于

<sup>⑩</sup> 刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社1999年版,第127页。

法院收集证据,仲裁秘书或取证辅助人员虽是仲裁机构工作人员,但并非双方当事人共同选择或委托仲裁委员会主任选定负责本案的,且相关经费最终多是由当事人支付,双方同意也是一种取证程序公正性的体现。

## (二) 明晰权力行使方式

《民事诉讼法》第65条直接赋予法院调查取证权,并且有关机构和个人不得拒绝,仲裁庭的仲裁权源于当事人的合意并无对外取证强制力,虽然两者公平正义解决纠纷的目的是一致的,但权力强弱有着明显差距。仲裁庭自行收集证据的权力行使方式在立法上有三种不同的形式,即赋予仲裁庭直接调查取证的权力,<sup>①</sup>或由法院协助仲裁庭获取,<sup>②</sup>或两种方式的结合使用。结合我国司法实践,笔者倾向第二种方式,原因在于:首先,由于仲裁协议的相对性,一方有充分理由证明另一方当事人持有对其不利证据,此时仲裁庭可凭借调查收集权作出有关命令,若当事人无法作出合理解释或无正当理由拒绝提供,则可合理推定当事人主张的证据存在且真实,这既使仲裁庭可以保持公正的中立第三者角色,不会过度行使调查取证权滋长当事人对举证责任的懈怠,也能摆脱对司法权的过度依赖;其次,当涉及对案外人或单位进行调查取证时,如若案外人或单位拒不配合,充分利用法院的公权力强制性,并给予相应的处罚,这也符合仲裁民间性和司法性的混合属性;最后,许多国家都明确规定仲裁庭自行收集证据时法院的司法协助,<sup>③</sup>我国仲裁证据制度的完善也有必要借鉴域外的立法经验,避免与国际仲裁制度脱节。

此时须注意,有学者主张在仲裁法中引入仲裁证据调查令制度,<sup>④</sup>笔者持反对观点,理由在于:学者提出的仲裁证据调查令制度,大多设想的程序也是经仲裁庭同意,向法院申请,法院审查决定发出调查令,由当事人或律师持调查令调取证据,但是在仲裁庭向法院协助取证的过程中,对申请的最终裁定和执行权都在法院,流程与现今试行的法院调查令制度无异,完全可以参照法院调查令规则进行;如果直接规定仲裁庭有签发证据调查令的权利,要求有关机构和公民个人向仲裁庭履行提供证据的义务,但是签发调查令的权利是由仲裁庭所拥有的仲裁权所延伸的,其权力性质和大小能和法院的司法强制权旗鼓相当吗?实践中的企事业单位、其他第三人真的能直接忽略仲裁的性质而理所当然地配合取证吗?从目前仲裁的发展水平和实践预想来看,最后必定还须寻求于司法协助。因此,笔者认为没有必要再新增立法来规定一个在作用上重复的制度,造成司法资源的浪费。

① 参见《意大利民事诉讼法典》第819条第3款规定:“仲裁庭可要求证人出庭作证或经证人同意决定在条的住所或办公室听其供词,仲裁庭也可以决定在限定的时间内要求证人以书面形式回答仲裁庭的询问。”

② 参见《国际商事仲裁示范法》第27条规定:“仲裁庭或当事一方在仲裁庭同意之下,可以请求本国主管法院协助获取证据。法院可以在其职权范围内并按照其获取证据的规则的规定执行上述请求。”

③ 参见吴定喜、林浩、陈艳恩:《国际商务仲裁中当事人应如何选择证据收集规则》,载《天中学刊》2001年第6期,第35-38页。

④ 参见宋朝武:《我国仲裁制度:弊端及其克服》,载《政法论坛》2012年第6期,第96页。

### （三）仲裁庭应享有证据保全审查权和决定权

对于证据保全问题,我国仲裁立法选定的是司法专有权力制度,但从制度的实际运行过程来看,法院对证据保全“三权”的垄断已不符合仲裁制度积极运行的趋势。笔者建议,对于仲裁证据保全的审查和决定权应当赋予仲裁庭,并授权仲裁庭可主动请求法院协助执行。仲裁庭对证据保全的审查和决定权派生于仲裁权,排除法院对证据保全的审查和裁定权是对仲裁中当事人意思自治原则的遵循,也正是因为仲裁庭作为案件审理的“一手”组织,对案情有深入的把握,对采取保全措施有绝对的话语权,最终能在时间和经济成本上发挥有效作用,提高仲裁效率。

### （四）合理衔接域外证据规则

国内仲裁庭自行收集证据大多需依赖法院的公权力,域外取证所体现的是国家权力、国际礼让和互惠原则,加之法院协助的做法也逐渐成为国际趋势,所以在完善国内仲裁庭自行收集证据之法院协助制度时,也需考虑国内和域外仲裁庭自行收集证据中法院协助衔接制度化、规范化,在立法上增设仲裁庭域外取证不能时法院对其协助的条款,同时也能提升我国仲裁在国际仲裁竞争中的好感。具体来说,首先,请求法院协助的主体仅限于认为有取证必要的仲裁庭或经仲裁庭同意的当事人;其次,协助的法院应限于仲裁地法院,并且法院对此申请具有审查权和裁定权;最后,法院决定协助后应优先按照当事人约定的取证规则或仲裁庭在认为有收集证据必要时进行审前程序确定的取证规则执行。

《国际律师协会国际仲裁取证规则》第9条、《国际商事仲裁示范法》第19条第2款,规定仲裁庭应当决定证据的可采信性、关联性、重要性及证明力,这也成为域外商事仲裁中证据审查认定的一般原则。当然,这并不意味着仲裁庭的自由裁量权不受任何束缚,非法来源收集的证据、有违公共政策的证据、存在欺诈获取证据及伪证的使用均会被否认。合理衔接域外商事仲裁证据规则,在我国仲裁法和仲裁规则中引入证据采纳规则,不仅有利于提高仲裁庭审理的质量和效率,也有利于仲裁当事人对裁决的可预测性,最终受益于仲裁裁决的稳定执行。因此,我国应该立足于域外商事仲裁规则的灵活性,构建独立的仲裁证据采纳规则,赋予仲裁庭针对各类证据可采性、关联性、证明力等方面较大的、具有可操作性的自由裁量权限,同时也应当容许当事人对仲裁证据采纳规则有选择自主权。笔者认为可以从几个方面着手,首先,对于域外取证证据的可采性判断上,应当减少繁琐的公证或认证程序的规定,将重点放置于对证据真实性的审查上;其次,对于仲裁庭自行收集的证据,应以当事人意思自治为主,若双方对该证据的真实性达成一致则可直接采纳,否则,仲裁庭应在遵守程序正当性的前提下拥有自由裁量权;再次,对于逾期或瑕疵证据,仲裁庭应给予当事人说明理由及充分的补正机会,同时设置明确的排除规则;最后,对于域外一些特殊证据规则,比如特权证据规则,仲裁庭应当允许并承认当事人对该证据采纳规则的规定达成的适用协议,以避免我国仲裁庭对诉讼证据规则的“顽固”依赖,也能形成与域外商事仲裁证据规则适用的有效互动。

综上,仲裁庭自行收集证据制度必须进行完善,仲裁庭自行收集证据的启动条件、主

体、权力行使方式、法院的协助工作以及与国际化证据规则的接轨等等,这些方面不仅需要在立法上进行制度完善,实务中更需仲裁、法院和政府三方共同发力,以此提高仲裁公信力、促进法律命运共同体的长远发展,也能更好地促使我国法治事业的顺利推进。

---

**Abstract:** With the rapid progress of China's economy, the development of arbitration has also made a leap from quantity to quality, providing more convenient and efficient services for people to resolve disputes. Although litigation and arbitration are different ways of resolving disputes, they share the same ultimate goal. At present, China is still dominated by judicial power, and the DE-litigation has become an important direction for the development of arbitration as a non-litigation dispute resolution mechanism. However, it is the core of this paper to discuss whether it is necessary to truly "establish another portal". Evidence is the soul of a case, and the parties' proof is still the main source of evidence for the arbitration tribunal to hear cases. However, the arbitration tribunal's self-collection of evidence plays an important role in the current arbitration evidence system. Starting from the theoretical and legal basis of the arbitration tribunal's self-collection of evidence system, and from the perspective of comparing the norms and practices of litigation and arbitration systems, this paper complements each other's advantages, realizes the effective convergence and interaction with the international arbitration rules of evidence, and provides more reasonable suggestions for reshaping the arbitration tribunal's self-collection of evidence system in China.

**Keywords:** arbitration tribunal; self-collection; litigation; institutional differences; rules of evidence

---

(责任编辑:刘 纲)

# 我国国际商事仲裁证据的运用规则研究 及其法理分析

黄 骅\*

---

**内容提要** 国际商事仲裁证据,是不同国家的当事人或涉及国际利益的当事人,就商事领域的争议,向仲裁庭提供的可以由仲裁庭自行裁量并据之查明案件真实情况的事实。其具有客观性、关联性、合法性、合理性、自愿性、灵活性、秘密性、国际性等诸多特征,同时还具有自由、公正、效益、多元等价值理念。我国的国际商事仲裁证据种类包括了当事人的陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录这八个类型。同时,我国的国际商事仲裁证据制度还对举证责任、举证时限与证据交换、质证与认证、证据保全、域外证据进行了详细的规定。本文中,面对现阶段我国的国际商事仲裁证据制度还存在诸多不足之处,笔者提出了相关的完善建议。

**关键词** 国际商事 仲裁 证据制度

---

## 一、问题的提出

证据,无论是在诉讼活动中还是在仲裁活动中,都是极其重要的一个程序要素。其对于证明案件的事实,使司法机关或仲裁机构作出正确的裁决,以维护当事人的合法权益,具有至关重要的作用。然而,在当下我国整个仲裁制度或者说整个国际商事仲裁制度中,对证据进行相关规定的法律条款的数量相当有限。据笔者粗略统计,目前在仲裁制度中,和证据直接相关的法律条款只有《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第四十三条至第四十六条,第六十八条,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《仲裁规则》)第四十一条至第四十四条,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第二百七十二条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法司法解释》)第五百四十二条,以及其他散见于各类司法解释或各个地区的仲裁机构制定的仲裁规则中的零星条款。笔者认为,数量如此之少的证据条款在日益繁多的仲裁案件中所发挥的作用,明显捉襟见肘,即使在司法实务操作过程中,仲裁机构一般都会参照适用民事诉讼中的相关证据规定,但由于仲

---

\* 黄骅,华东政法大学国际法学院博士研究生。

裁制度的特殊性和专业性,加之国际商事仲裁制度的涉外性质,若只是机械地呆板地套用民事诉讼程序中的证据规定,也明显不妥。

随着一带一路建设的蓬勃发展,中国未来面临的国际性商事争议将越来越多,而作为深受商业人士推崇的解决国际商事争议的重要制度——仲裁,也会日益发挥出其不可替代的重要作用。面对如此大好的发展机遇,笔者认为,眼下很有必要对整个仲裁制度中目前还尚较为欠缺薄弱的证据制度进行一定的研究和梳理,以便为包括国际商事仲裁在内的我国整个仲裁制度提供有益的指导和借鉴。

## 二、国际商事仲裁证据的概念

要知道何谓“国际商事仲裁证据”,我们应从以下几方面来进行了解。

关于“国际”的含义。各国认定商事仲裁是否属于“国际”商事仲裁的标准可大体归纳为两种:(1)实质性连结因素标准。所谓实质性连结因素是指当事人的国籍、住所或居所、法人注册地、公司管理地等。如果仲裁双方当事人的国籍、住所或居所、法人注册地、公司管理地等位于不同国家,所进行的仲裁属国际仲裁。(2)争议的国际性质标准。所谓争议性质标准是指对争议的性质加以分析,如果争议“涉及到国际商事利益”,为解决该争议所进行的仲裁便是国际仲裁。<sup>①</sup>

关于“商事”的含义。确定争议是否属于“商事”性质的范畴,意义重大。然而,由于各国国内仲裁制度的差异,各国对此问题无法达成共识,在各国妥协基础上达成的国际条约也无法就此作出统一的解释。于是,1985年《联合国国际商事仲裁示范法》只能对“商事”一词以注释方式加以说明,并列举了一系列被视为商事关系的交易事项:“商事一词应作广义的理解,以便包括产生于所有具有商业性质关系的事项,不论这种关系是否为契约关系。具有商业性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;咨询;设计;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海上、铁路或公路运输。”<sup>②</sup>

关于“仲裁”的含义。仲裁又称“公断”,它是指双方当事人依据争议发生前或争议发生后所达成的仲裁协议,自愿将争议交付给独立的第三方,由其按照一定程序进行审理并作出对争议双方都有约束力的裁决的一种非司法程序。<sup>③</sup>

关于“证据”的含义。由于我国没有对证据进行单独的立法,关于证据的法律规范分别规定于不同的程序法中,因此,关于证据的概念在我国证据法领域中长期存在争议,曾先后有“事实说”、“根据说”等不同的理论来对证据下定义。目前,学术界对“证据”

<sup>①</sup> 韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社2003年版,第509-510页。

<sup>②</sup> 丁伟主编:《国际私法学》(第三版),上海人民出版社、北京大学出版社2013年版,第508页。

<sup>③</sup> 陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第1页。

所下的通用定义为：依照诉讼规则认定案件事实的依据。

虽然学界目前还没有对“国际商事仲裁证据”作过一个准确的定义,但结合上述相关名词的特征分析,笔者在此大胆地对“国际商事仲裁证据”做一个初步的定义,即:所谓国际商事仲裁证据,是指不同国家的当事人或涉及国际利益的当事人,就商事领域的争议,向仲裁庭提供的一切可以由仲裁庭自行裁量并据之查明案件真实情况的事实。

### 三、国际商事仲裁证据的特征

国际商事仲裁证据因其所具有的证据属性,故传统的诉讼证据的一般特征,其均具备。同时,因国际商事仲裁证据还兼具有国际性、商事性、仲裁性这些特殊属性,故其在原有证据特征的基础上,还会有一定的合理延伸和扩充。

#### (一) 客观性

客观性,又称真实性,是指证据必须是客观存在的真实材料。它包括:(1)证据内容必须客观,即必须是对客观情况的真实反映,故一些假想、猜测等都不具有客观性;(2)证据的表现形式也必须客观,即必须是人们通过某种方式感知出来的,无论是物证、书证、还是证人证言、鉴定结论,等,都必须具备一定的客观外在的载体。故存在于人脑中的有关案件情况的信息,若没有相应载体的表现,也就不具有了客观性。

但是,由于仲裁案件的特殊性,仲裁证据就更为明显的带有了证据提供者的强烈主观色彩。特别是在国际商事仲裁案件中,因为一般没有实物证据而导致间接证据过多,这些证据就不可避免地渗入了仲裁参与者的主观意识。<sup>④</sup>正因为如此,文件证据特别是“当时证据”,<sup>⑤</sup>备受重视。因为一般商业人士在制作当时文件时“发自内心”可能比较坦率和善意,也没有律师在场协助,导致当时文件的内容毫无保留和粉饰。<sup>⑥</sup>

#### (二) 关联性

关联性,又称相关性,是指证据必须与待证的案件事实存在客观的联系,并能证明待证事实的全部或一部分。美国学者柴尔曾经对证据的关联性做过经典的表述:其一,禁止接受一切无关联性的,不是逻辑上能做证明的东西;其二,一切属于逻辑上能做证明用的东西,除非某项法律原则或规则予以排除外,一律应该采纳。<sup>⑦</sup>

然而,在仲裁中,基于证据规则的自治性,当事人和仲裁庭可以选择或拟定证据的关联性标准,对证据的关联性采取灵活的态度。换言之,证据规则不试图限制这种灵活性,它是国际仲裁本质性的内涵,是一种优势。在国际商事仲裁中,如果没有当事人明示的合意,仲裁员除了适用最基本的保证公平和正当程序的规则之外,不得严格地适用诉讼

<sup>④</sup> 宋朝武:《仲裁证据制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第59页。

<sup>⑤</sup> 这种文件证据是指在出了争议事故前或当场或随后各方当事人还记忆犹新时所制作的文件,如双方指责对方有何失误或大家记录了事故的经过,过任何单方或双方承认的事实。

<sup>⑥</sup> 杨良宜、杨大明:《国际商务游戏规则:英美证据法》,法律出版社2002年版,第8页。

<sup>⑦</sup> 沈达明:《英美证据法》,中信出版社1996年版,第17页。

中的证据规则。可以说,只要与争议有着重要且实质的联系的证据材料都可以作为具有关联性的证据材料,从而在仲裁程序中取得证据资格,但仲裁员亦有权排除他认为与争议没有关联的证据材料。<sup>⑧</sup>

### (三) 合法性

合法性,是指证据必须按照法定程序收集和提供,必须符合法律规定的条件。它包括:(1)证据形式必须合法,即:证据必须符合法律所要求的特定形式,该种特定形式可能表现为实体法的要求,也可能表现为程序法的要求;(2)证据收集必须合法,即:诉讼参与人和法院在收集证据时应符合法律的要求,不得违反法律的规定;(3)证据材料转化为证据必须合法,即:所有的证据材料必须经过法律规定的质证程序,未经质证,无论是当事人提供的证据材料,还是法院依职权调查收集的证据材料,都不得作为法院认定事实的依据。

相比较而言,仲裁证据具有有限的合法性。因为在仲裁领域中,仲裁庭对仲裁证据的实体性问题具有相当大的自由裁量权,“对仲裁来说,从最初的法院管制,明确要求仲裁员去依照证据法,不可以去依赖‘不被接受的证据’,否则是‘不良行为’,直至今天在联合国《国际商事仲裁示范法》与1996年《英国仲裁法》已明确说明仲裁员再也不必理会证据法……仲裁员今天是可去接受研究所有有关争议的文件与其他证据,然后去给予一个恰当的重量。而在这方面的的工作,是法院管不了的。即使确实是这仲裁员给的重量不对,这仍非是一个法律问题,不可以去上诉”。<sup>⑨</sup>在这一意义上,仲裁证据的有限合法性是指对于某些特殊证据必须依照法定程序收集或者必须依照法定标准判断其可采性,例如在证据的保全条件以及保全措施等方面,仲裁庭应严格依照法律操作,以确保仲裁证据的合法性要求;其他仲裁证据无需满足严格的合法性要求。<sup>⑩</sup>

除了一般性证据都会具备的上述三种共有特性外,笔者认为,国际商事仲裁证据因其本身的特殊性,故还具备如下特征属性:

### (四) 灵活性

为防止司法权的滥用,各国都对法院的诉讼行为进行了严格的规定,尤其在关涉案件最后审理结果的证据适用方面,各国更是对证据制度加以严格管控。但反观仲裁领域,立法几乎没有对仲裁庭的审查和采信作出硬性规定,其中,尤以国际商事仲裁为典型。国际商事仲裁一向缺乏成型的或可界定的证据规则,证据的提交和评估大都取决于仲裁员的“证据理念”,并依此判断当事各方提出的证据是否“合理”、“可信”。作为一般原则,仲裁机构,特别是国际仲裁机构对证据的接受和认可比法院在此方面的做法大为灵活、自由。事实上,仲裁机构,几乎接受当事人提出的任何证据并对证据的相关性、可信性和实质性进行评估。只要当事人没有相关的意思表示,仲裁员可以根据案情自由决定

<sup>⑧</sup> 宋朝武:《仲裁证据制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第60页。

<sup>⑨</sup> 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第478页。

<sup>⑩</sup> 宋朝武:《仲裁证据制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第63页。

证据的取舍和证明力的大小。<sup>①</sup>

#### （五）秘密性

和诉讼相比,争议双方之所以愿意将案件提交给仲裁庭进行审理,是因为许多仲裁案件都涉及到当事人的个人隐私,尤其是商事仲裁,更是牵涉到许多当事双方公司的诸多商业机密和内幕信息,故在庭审过程中,尤其是对证据的举证、质证环节,仲裁证据可以不用像法院的诉讼证据那样,进行在案外第三人参加下的开庭公示、公开质证。在条件允许的情况下,仲裁员和争议双方还可以通过包括书面形式在内等多种方式进行举证、质证,从而更有利于保护当事双方的利益和商业关系。仲裁证据的秘密性特征由此可见一斑。

#### （六）国际性

由于国际商事仲裁的国际性要素,争议双方的国籍、住所或居所、法人注册地、公司管理地等可能位于不同国家,或者所涉争议涉及到国际性的利益,因此,当事人所提交的仲裁证据也很有可能不是在一个国家内形成的,往往具有跨国性。由此产生的证据也因其形成过程的涉外属性,而具有了国际性的特征。

## 四、国际商事仲裁证据制度的价值分析

### （一）自由

自由,是人类永恒的话题。可以说,世界上有多少人,就有多少关于自由的界定。而作为人类世界组成部分的国际商事仲裁及其包含的国际商事仲裁证据,也同样离不开自由的价值理念。

施米托夫说:“仲裁实质上是解决争议的一种合同制度。作为一种合同安排,仲裁应当受当事人意思自治原则的支配,至少理论上是这样。按照这一原则,当事人可以自由地作出他们所喜欢的各种安排。”<sup>②</sup>从中我们可以看出,自由价值不但是仲裁制度,同时也是仲裁证据制度所始终追求的基本价值取向。而国际商事仲裁证据之所以会具有自由的价值本位,主要原因在于:国际商事仲裁的契约性和意思自治性,使得仲裁员在行使仲裁权时,不同于由国家强制力保障的司法权,基于当事人合约同意而授权产生的仲裁权必须以尊重当事人的意思自治为绝对前提,因此,仲裁庭可以根据当事人的意愿自由的对证据进行处理,而不受法定证据规则的严格约束。比如,在对证据的调查、收集以及证据效力的认定方面,仲裁员完全可以自己的“证据理念”,并依此判断争议当事双方所提证据的“合理性”和“可信性”,对证据的接受和认可比法院在此方面的做法大为灵活、自由。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 陈忠谦:《试析民事仲裁中的证据制度》,载《仲裁研究》2008年第3期,第1-10页。

<sup>②</sup> [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第674页。

<sup>③</sup> 汪祖兴:《完善我国仲裁证据制度若干问题思考——以民事诉讼证据制度为参照》,载《诉讼法论丛》第10卷,第463-494页。

对仲裁证据的灵活使用,也从另一个侧面强化了对当事人自治权利的充分尊重,使仲裁体现了市场经济条件下的群体自治权,增加了仲裁的程序保障价值,强化了程序的正当性,减轻了裁决结果可能带来的社会奉献、道德风险以及冲突继续的效能风险,从而也使得仲裁证据的自由价值得到了正面的弘扬。

## (二) 公正

古今中外,关于“公正”的含义众说纷纭,莫衷一是。在此,笔者不想就该词的含义进行过多的纠缠,只想引用博登海默的原话来对相关主题予以抛砖引玉。博登海默认为:“正义所关注的是如何使一个群体的秩序或社会的制度适合于实现其基本目的的任务……满足个人的合理需要和要求。”<sup>⑭</sup>可见,公正作为法的基本价值取向,其在不同性质的制度体系中,呈现各异的价值比重。施米托夫认为,从理论上讲,作为程序规则的证据制度必须依靠程序公正有效地参与证据制度,才能满足国际商事仲裁制度实现实质正义的历史诉求和现实需要。

从目的上来讲,当事人选择国际商事仲裁首先就是为了更公正地解决纠纷。多数国家的法官事实上都会倾向于其本国当事人而非外国当事人,这一观念普遍存在。因此,任何一方当事人都不愿意冒在对方国家法院遭受不公正对待的风险,因此唯一的选择便是国际商事仲裁了。而仲裁实际上是当事人之间合理的分配程序性和实体性权利与利益的过程,因而其本质上也要求将公正作为最高价值目标。<sup>⑮</sup>

仲裁证据作为仲裁制度的重要组成部分,理所应当具有落实公正价值的要求。公正对于国际商事仲裁的程序要求是:第一,适当通知;第二,平等对待当事人;第三,当事人有陈述案情的公平机会。而与仲裁证据相关的公平理念则体现在了第三点上。因为在案件审理过程中,当事人主要是靠证据“说话”或陈述案情。当事人只有平等的提供那些支持自己主张的各种证据,平等地了解对方所提供的证据,才可能有针对性地陈述案情,并对另一方当事人或证人进行询问。

由此可见,公正是仲裁所追求的最大的基本价值目标,也是仲裁作为一种民间性质的法律冲突救济机制得以存在的基础和生命力,而仲裁证据作为仲裁程序的重要环节,也不可避免地要体现和落实公正原则的要求,公正是仲裁证据的一项基本原则。

## (三) 效益

效益,原是经济学上的概念,但现将该术语引用到法学学科中,意指法能够使社会或人们以较少或较小的投入以获得较多或较大的产出,以满足人们对效益需要的利益。“人们乐于采用司法外解决的方法(仲裁)并不是由于法院执法不公。”“法院程序上的一些特征往往令当事人感到沮丧:法院程序往往是正规的、冗长的和昂贵的。”<sup>⑯</sup>从一定意义上来说,国际商事仲裁得以产生和发展,成为国际间重要的争端解决方式,取决于其经

<sup>⑭</sup> [美] E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社 1987 年版,第 238 页。

<sup>⑮</sup> 宋朝武:《仲裁证据制度研究》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 17 页。

<sup>⑯</sup> [英] 施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 650 页。

济、高效和便利的优势。为了回避冗长的诉讼程序,跨国诉讼的不便,及利于裁决的承认执行,当事人多出于经济的考虑在涉外商事争议中选择仲裁制度。

同理,仲裁证据制度对效益的追求也是显而易见的。比如:一裁终局的仲裁程序特征,仲裁庭对仲裁证据的包容性、开放性和快捷性,仲裁证据在适用过程中的灵活性和自治性,无不体现出仲裁证据的效益价值。因此,在国际商事仲裁证据制度中要考虑证据的效益价值,就必须注意合理的配置和利用各种证据资源,实现证据制度收益的最大化,以符合当事人对其付出证据成本实际收益的合理预期为目的,不必过多拘泥于证据规则的严格使用。<sup>①7</sup>

然而,在考虑仲裁证据效益的价值本位时,我们还应兼顾考虑到效益与公正之间的辩证关系。效益与公正是国际商事仲裁制度最为核心的两个价值取向,但在两者的关系问题上,却始终存在着两个截然相反的观点,一种是“效益优先说”,一种是“公正优先说”。有些人认为:与国际民事诉讼证据制度相比较,国际商事仲裁证据制度应该出于对效率价值目标的追求,令裁判机关经济、快捷的解决当事人之间的纠纷这一价值目标作为国际商事仲裁证据制度的首要价值目标,以效益作为其价值取向,也就是说,国际商事仲裁证据制度与法院诉讼机制相比,在效益与公正之间更加强调效益。而另外一些人则认为:出于对公平、正义的法律价值的追求,裁判机关应当不惜一切代价查清事实真相,只有这样才有可能确保最终的裁判是在正确认定真实的历史事实的基础上,作出公平的裁判。也就是说,国际商事仲裁证据制度应与法院诉讼制度一样,在效益与公正之间更加强调公正。<sup>①8</sup>

笔者认为,对于仲裁证据而言,效益与公正两者并不是截然对立的,两者是可以互相协调的。其实,仲裁制度在构建之初,其初衷便是要对效益和公正进行兼顾的考虑。尽管与诉讼机制相比较,国际商事仲裁一般更注重它的效益价值,但在追求仲裁效益的同时,国际商事仲裁从来没有停止过对公正价值的追求。只有保持仲裁的公正性,仲裁才会长久的具有旺盛的生命力。没有公正的效益,对于仲裁的争议双方当事人以及对于仲裁证据而言,没有任何的意义。<sup>①9</sup>

#### (四) 多元

由于国际商事仲裁的国际性特征,使得国际商事仲裁证据也具有了多元化的属性。由于国际商事仲裁的参与各方有可能来自不同的国家,具有不同的法律文化背景,他们在对待有关证据事项的理念、基本原则以及方法上,包括对效益与公正的认识都会各有不同。比如:如何理解证据的含义与形式,如何认定证据的提交形式与提交时间,如何对证据进行举证与质证,等等,这些都会牵涉到证据的多元性理念。

一般而言,仲裁的争议双方以及仲裁员都希望适用自己较为熟悉的证据规则,若严

<sup>①7</sup> 宋朝武:《仲裁证据制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第20页。

<sup>①8</sup> 帅颖:《证据规则与国际商事仲裁》,载《求索》2009年第10期,第146-148页。

<sup>①9</sup> 刘晓红:《从国际商事仲裁证据制度的一般特质看我国涉外仲裁证据制度的完善》,载《政治与法律》2009年第5期,第91-97页。

格适用某一方单一的国内证据法显然不符合这种现实需要。因此,在特定的国际商事仲裁程序中,争议双方以及仲裁员必须适当考虑和兼顾具有不同法律文化背景的当事方,在对待证据的外在形式和内在含义,以及证据的使用适用方面,进行相应的平衡,以使证据的多元化性质成为国际商事仲裁制度中一道独特靓丽的风景线。

## 五、我国国际商事仲裁证据制度的实证研究

### (一) 证据种类

关于仲裁证据的种类,我国目前尚没有明确的法律规定,只在《仲裁法》第四十四条及《仲裁规则》第四十四条中,简单的提及了鉴定意见及专家报告。司法实践中,我国国际商事仲裁引用的证据种类基本上是参照《民事诉讼法》第六十三条的规定,即:证据包括:(1)当事人的陈述(2)书证(3)物证(4)视听资料(5)电子数据(6)证人证言(7)鉴定意见(8)勘验笔录。以下笔者将针对这些证据与我国国际商事仲裁的关系进行一一的论述。

#### 1. 当事人的陈述

所谓当事人的陈述,是指当事人在诉讼或仲裁中就与本案的有关事实,向人民法院或仲裁机构所做的陈述。对于当事人的陈述,仲裁庭审核的内容与诉讼基本上没有太大差异,即:仲裁庭需要:第一,审查当事人的主观动机,有无虚假陈述的可能性和嫌疑;第二,将当事人的陈述与案件事实相印证,看两者是否存在矛盾和分歧,并查明矛盾和分歧的根源;第三,将当事人的陈述与案件的其他证据相印证,看各证据之间是否存在矛盾和分歧,如果存在矛盾和分歧,就要仔细分析,究竟是其他证据不客观,还是当事人陈述不客观。

#### 2. 书证

所谓书证,是指以文字、符号、图像等表达的思想内容对案件事实起证明作用的证据。我国的《民事诉讼法》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)以及其他相关司法解释对于书证的收集方式、收集程序及提交形式,都做了非常严格明确的规定。但笔者认为,这些证据规定不太完全适用于仲裁领域,尤其是国际商事仲裁领域。由于仲裁的最大特征是意思自治,也就是经争议双方合意,他们自愿将争端提交公正的第三方进行处理,因此双方对于仲裁庭及由他们共同选举出来的仲裁员是充分信任的。在此种情况下,再用严格的《民事诉讼法》或《证据规定》中的相关证据条款来拘束书证的收集或提交,势必让人觉得他们对彼此之间乃至仲裁员的不信任,从而对双方的自愿合意性产生一定的怀疑。同时,仲裁的最大优点是快速便捷性,若用《民事诉讼法》或《证据规定》中的繁文缛节来规制书证的采集,必将大大延缓仲裁的效率,从而与仲裁的高效益产生相悖的结果。尤其对于国际商事仲裁来说,由于国际商事仲裁中的当事人或仲裁员很多都是来自于证据法相当发达的西方国家,尤以英美法系国家为主。而在该些国家中,对于书证的提交,是没有固定的格式要求的。若强行将

我国民事诉讼法中对书证的证据规定套用到我国国际商事仲裁中对书证的证据规制,笔者觉得明显不妥。

### 3. 物证

所谓物证,是指以其形状、质量、数量、特征的客观存在来证明案件事实的物品或痕迹。我国的《民事诉讼法》及《证据规定》对于物证的收集方式,除了当事人自愿提交外,其他的收集方式主要为勘验、扣押和提取物证三种。但是,明眼人一看便知,该三种收集方式完全带有公权力的性质,必须凭借法院等司法机关的强制执行力,才有可能进行相关的操作。然而,作为一种民间性、非司法性质的仲裁,其本身没有任何的强制力作为保障,故其不可能通过自身行为来完成对物证的收集。因此,笔者认为,在国际商事仲裁中,是否可以对于物证的收集方式进行一定的柔化,或由相关机关进行一定的协助配合,以达到对物证提取工作的有效执行。

### 4. 视听资料

所谓视听资料,是指利用录音、录像、电子计算机储存的资料和数据来证明案件事实的证据。我国《民事诉讼法》及《证据规定》对于诉讼过程中视听资料的收集与运用做了非常详尽的规定,可以将此适当沿用到仲裁程序中。但是,考虑到视听资料保全的特殊性和其本身所具有的高科技属性,故笔者认为,在对视听资料的审查适用方面,仲裁庭可以比法院具有更大的自由度和裁量权。

### 5. 电子数据

所谓电子数据,是指以电子形式存在的,作为证据使用的一切材料及其派生物,是通过电子技术和设备而形成的证据。电子证据是我国《民事诉讼法》近几年才新规定出来的一种独立的证据形式,我国的法院系统也才刚刚开始对其进行了解和适用,更不用说仲裁机构了。因此,在国际商事仲裁领域,对于电子数据这一证据的审核,更多的还是要依靠仲裁员的公正理念和自由心证。在此,笔者大胆设想一下,我国的仲裁机构,尤其是国际商事仲裁机构,可否借鉴一下美国的电子披露与取证制度,以作参考。

### 6. 证人证言

所谓证人证言,是指知晓案件事实并应当事人的要求和法院或仲裁机构的传唤到法庭或仲裁庭就案件事实所作的陈述。我国的《民事诉讼法》和《证据规定》对于证据证人的资格、证人提供证言的方式、证人的出庭安排、证人接受质询的模式、证人证言的效力等级、证人证言的审查判断以及相关的例外情况,做了非常具体全面的规定。但是,证人证言作为一种古老的证据形式,在各国的诉讼法体系内都有非常完善的立法,尤以英美法系的西方国家为代表。而当作为仲裁主体的当事人及仲裁员都很有可能来自于英美法系国家的人员时,我国的国际商事仲裁可否在对证人证言的运用上,适当考虑引用一下英美法系国家中“将证人分为专家证人和非专家证人”以及“在对证人的询问模式上采用询问——盘问——再次询问”这两种制度,以利于我国的国际商事仲裁证据制度能够更加贴近于世界的潮流,这也是笔者在考量的问题。

## 7. 鉴定意见

所谓鉴定意见,是指鉴定人运用专业知识,专门技术对民事案件中的专门性问题进行分析、鉴别、判断后作出的结论。我国的《民事诉讼法》、《证据规定》,以及《司法鉴定机构登记机构管理办法》、《司法鉴定人管理办法》、《人民法院司法鉴定工作暂行规定》和《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》等都对鉴定意见做了相关的规定。在仲裁实务中,目前唯一的争论便是对于仲裁中的鉴定人员是否必须要具备某种证书。笔者认为,由于仲裁的高度自治性,只要争议双方共同选择了某位鉴定专家或都同意了某份鉴定意见,则就没有必要再根据《民事诉讼法》、《证据规定》或相关的“司法鉴定工作规定”中的条款来对鉴定人或鉴定意见进行硬性的约束。

## 8. 勘验笔录

所谓勘验笔录,原意是指审判人员在诉讼过程中,对与争议有关的现场、物品进行查验、测量、拍照后制作的笔录,是通过勘察、检验等方法形成的证据。关于勘验笔录,虽然我国的《民事诉讼法》及《证据规定》对此都有较为具体的安排和规定,但若完全将这些规定套用到仲裁程序中,笔者觉得有些勉为其难。因为勘验笔录中的内容很多时候都会牵涉到一定的隐私性和专业性,故勘验笔录的收集和形成,绝大多数时候都是需要依靠具有国家公权力象征并同时配备有专业人员的法院才能完成。若没有任何强制力作保障,同时也没有任何专业人员作支撑的仲裁机构去进行勘验,实属为难。因此,笔者建议,对于该项仲裁证据的实际运用,可以由仲裁机构与法院进行协商沟通后由法院进行配合实施,或由仲裁庭根据实际情况量力而行。

## 9. 其他证据种类

另外,笔者认为,除了上述法律规定的证据种类外,由于仲裁的合意性及意思自治性的特征,故在证据种类上,是否可以适当的突破我国《民事诉讼法》对证据种类的相关规定,而由仲裁双方依据自己的合意及仲裁员依据自己的理念,对与案件事实情况相关的其他证明,也一起放入仲裁证据种类的范畴之内。

## (二) 举证责任

关于举证责任问题,我国《仲裁法》第四十三条,《仲裁规则》第四十一条和第四十三条都做了相关规定,概括一下,便是,我国仲裁中的举证责任分为“当事人举证”和“仲裁庭调查收集证据”这两种模式。这与我国《民事诉讼法》及《证据规定》所规定司法诉讼程序中的“当事人举证”与“人民法院调查收集证据”这两种模式是不谋而合的。

### 1. 当事人举证

“谁主张、谁举证”,不但是诉讼程序,同样也是仲裁程序所秉承的帝王条款。就当事人举证这一原则来说,仲裁与诉讼似乎并无多大差别。但是,笔者认为,由于仲裁本身所具有的灵活性以及当事人双方的合意性这些特征,在具体运用“谁主张、谁举证”这一原则时,是否可以进行相应的变通。即:若当事人一方为了尽快高效的完成仲裁审理,可以将原本不属于自己义务的举证责任进行相应的替换,从而突破《民事诉讼法》的相关

规定,这也未尝不可。

## 2. 仲裁庭调查收集证据

虽然我国的《仲裁法》第四十三条第二款的规定“仲裁庭认为有必要收集的证据,可以自行收集”,看似与我国《民事诉讼法》第六十四条第二款的规定“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”颇为相像,似乎确认了仲裁庭与法院一样享有自主的调查取证权,但是实际操作过程中,却是很难开展下去的。由于仲裁庭的仲裁权基于当事人自愿达成的仲裁协议,不具有国家强制力量,因此,如果没有司法上的支持和协助,这种“自行收集证据”的权力就注定是软弱的,这也使得《仲裁法》第四十三条第二款的规定成了一种宣示性的条款。<sup>②①</sup>此时,仲裁权只能向审判权求助,利用审判权的公法性强制力约束有义务配合取证的人员。所以应赋予仲裁庭或经仲裁庭同意的当事人向法院提出申请,由法院发出传票,命令该持有证据的人员提交相应的证据,这一做法已为世界各国仲裁法所采纳。<sup>②①</sup>

### (三) 举证时限与证据交换

我国的《仲裁法》和《仲裁规则》都未明确提及举证时限与证据交换问题,但是我国的《证据规定》则从第三十二条开始直至第四十六条,用近十多条的法律条款对该问题进行了详细的规定。笔者认为,以追求高效快捷为宗旨的仲裁,若在证据适用方面,适当借鉴一下民事诉讼程序中的举证时限和证据交换规则,会对仲裁工作的顺利开展具有非常好的指导作用。

#### 1. 举证时限

我国的《证据规定》第三十三条规定:“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。举证期限可以由当事人协商一致,并经人民法院认可。由人民法院指定举证期限的,指定的期限不得少于三十日,自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。”从该条规定,我们可以看出,在民事诉讼中的举证时限一般是以法院自行决定为主,当事人协议商定为辅。但是,笔者认为,作为以意思自治为基础的仲裁,在对举证时限做相应规定时,恰恰可以和民事诉讼中的证据规定截然相反,即在通常情况下,可以由当事双方自行决定各自举证的期限和时间,除非确有必要,仲裁庭不应过多干涉。这样的规定,一方面既可以维护仲裁的自愿性这一根本属性,同时也能在维护当事人合意的前提下,充分保障仲裁的高效与快速。

#### 2. 证据交换

我国的《证据规定》第三十七条规定:“经当事人申请,人民法院可以组织当事人

<sup>②①</sup> 颜湘蓉:《我国仲裁证据制度的若干法律问题探讨》,载《仲裁研究》2004年第2期,第10-15页。

<sup>②②</sup> 姜霞、廖永安:《重构我国仲裁证据制度之探析》,载《求索》2008年第5期,第126-128页。

在开庭审理前交换证据。人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件,应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。”第三十九条规定“证据交换应当在审判人员的主持下进行。在证据交换的过程中,审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷;对有异议的证据,按照需要证明的事实分类记录在卷,并记载异议的理由。通过证据交换,确定双方当事人争议的主要问题。”笔者认为,该两条证据交换的规定,对于仲裁程序,尤其是对于国际商事仲裁程序是非常值得借鉴的。由于国际商事仲裁的争议双方一般都是地处不同国家的当事人,来仲裁机构开一次庭,一般都是要跋山涉水经过漫长的旅程,所以大家都希望尽量能够开庭次数越少越好。而有了证据交换这一规则的话,则可令争议双方以及仲裁员在开庭之前就能大致知道双方的争议焦点,以便在庭审过程中围绕争议焦点展开论述,这样可以大大节约庭审时间,提升庭审效率,让本来有可能要开多次庭的仲裁,可以在一次庭审中便结束,为仲裁尤其是国际商事仲裁提供更加好的便利服务。而现行的 IBA《国际仲裁取证规则》也是有这样类似的规定,即:要求仲裁庭与当事人就证据问题可以进行早期磋商,磋商内容一般包括提交证据的范围、时间和方式,包括对书证的形式要求和保密等问题。这其实就是类似于我国《证据规定》所规范的证据交换制度。

#### (四) 质证与认证

我国《仲裁法》第四十五条以及《仲裁规则》第四十二条对证据的质证进行了相应的规定,但显得过于笼统和抽象。而有关对证据认证的规定,我国的仲裁法律则几乎没有涉及。大多数情况下,我国仲裁证据中有关质证和认证的规定都是沿用《证据规定》中的相关规定的。笔者认为,无论是诉讼程序,还是仲裁程序,质证与认证都是证据适用的最后一个环节,其对于最后判决或裁定的作出具有举足轻重的作用,因此非常有必要对其进行详细的规制。

##### 1. 质证

仲裁程序中的质证是指仲裁当事人、委托代理人在仲裁庭的主持下,对所提供的证据进行宣读、展示、辨认、质疑、说明、辩驳等活动。仲裁制度中质证程序可以划分为三个阶段:出示证据——辨认证据——对证据咨询和辩驳。一方出示证据后,另一方可以否认,否认的理由包括:指出对方证据不符合客观性、关联性和合法性等。质证方否认后,出示方可以针对否认的理由进行反驳,如此循环往复,直至转换穷竭。我国法院的法官在当事人双方进行质证的过程中,有时候并不必然消极,其同时拥有实施积极证据行为的权限,包括要求第三方披露,强制证人到庭接受询问,委任专家证人并要求其回答相关问题,向当事人发问,等等。但是,笔者认为,对于国际商事仲裁来说,仲裁的合意性以及国际商事仲裁的国际性,仲裁员应该适当采纳英美法系国家中的庭审规则,使得仲裁员更趋于相对消极、中立的地位,这样也会便于争议双方对证据质证工作的开展。

##### 2. 认证

仲裁程序中的认证是指仲裁庭就当事人举证、质证过程中所涉及的与待证事实有关的证据加以审查认定,以确认证据的相关性、可信性和实质性的活动。那我国的国际

商事仲裁机构应该如何审查认定证据呢?是否应该像在传统的诉讼中一样完全遵守我国的民事诉讼法中的相关规定呢?笔者认为,民诉法上的证据规则不应是仲裁庭认证的唯一依据,而应赋予仲裁员接受、研究和评估有关争议的任何文件和证据的自由裁量权。因为一方面,仲裁的灵活快捷性赋予仲裁员正当行使其自由裁量权对证据进行评价的资格,无需其遵循严格的证据规则;另一方面,“由于仲裁员大多具有较强的专业领域的知识,有助于更好地对纠纷加以妥当地处理,从而更好地维护当事人的合法权益”,因此也有能力合理地运用其自由裁量权对证据作出正确评价。<sup>②</sup>

### (五) 证据保全

我国对仲裁证据保全的规定,只有《仲裁法》第四十六条和第六十八条的规定,这对于日益繁多的仲裁证据保全工作带来了极大的困惑,虽然在司法实践操作过程中,仲裁庭一般会参照适用《民事诉讼法》中有关证据保全的规定,但毕竟仲裁证据和诉讼证据相比,两者还是有着一一定的差别,完全照搬一套诉讼证据保全规则至仲裁证据,也明显不太合理。

我国《仲裁法》第四十六条规定:“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。”第六十八条规定:“涉外仲裁的当事人申请证据保全的,涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院”。该两条规定对于当时防止证据毁损灭失,使仲裁庭全面地、客观地获取证据,客观公正地裁决纠纷,进而维护当事人的合法权益等方面曾起到了一定的积极作用。但由于受限于时代背景和体制,忽视了仲裁程序应有的自主性、灵活性及注重效率性,该两条款已不能适应当今仲裁的发展趋势并在一定程度上出现了不利于实践操作以及不利于充分地保障当事人权益的问题。

就笔者看来,目前有关仲裁证据的保全问题主要涉及以下两方面内容:

#### 1. 当事人能否在申请仲裁前先行提出证据保全

我国目前的《仲裁法》只规定了当事人在申请仲裁后,由受案的仲裁委员会再将其关于证据保全的申请转交证据所在地的有管辖权的法院,而对仲裁前的仲裁证据保全问题未作规定。笔者认为,现行的仲裁证据保全可以参照海事仲裁中有关在提起诉讼前先行向有管辖权的法院申请证据保全的做法。因为无论是诉讼还是仲裁,证据均是构成据以裁决的事实基础之灵魂,如果延误了证据保全的最佳时期,导致证据灭失,势必影响到裁决的公正与客观。<sup>③</sup>

#### 2. 仲裁机构对证据保全的请求权和决定权

根据我国目前《仲裁法》及《民事诉讼法》的相关规定,仲裁庭对证据保全不享有当然的请求权和决定权。笔者认为这非常不妥。在仲裁过程中,如果双方当事人有一方

<sup>②</sup> 姜霞:《论仲裁证据制度的独立性》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2007年第5期,第34-37页。

<sup>③</sup> 颜湘蓉:《我国仲裁证据制度的若干法律问题探讨》,载《仲裁研究》2004年第2期,第10-15页。

不实际遵循诚实信用原则,隐藏证据,另一方当事人又未主动申请证据保全,而仲裁庭却无法采取有效措施,主动裁决或者向人民法院提请采取仲裁证据保全措施,将导致证据保全良机的错失,而这也是对受害当事人一方的极大不公平,有损仲裁庭公正中立的形象。因此,笔者认为,在法律都许可当事人将特定争议提交仲裁解决,将实体权利与义务的裁断权交由仲裁庭的情况下,理应将与裁断实体权利与义务相关的程序性权利亦赋予仲裁庭。

#### (六) 域外证据

域外仲裁证据,作为仲裁证据的特殊形态,在我国的仲裁领域,尤其是我国国际商事仲裁领域发挥着极其重要的作用。由于我国的《仲裁法》未对域外证据的引用、认定等作出规定,实践中不少仲裁庭对域外仲裁证据的认定均是以《证据规定》中的相关规定作为衡量依据,但这种将仲裁域外证据的认定机制完全建立在诉讼域外证据认定规则基础上认识,会导致仲裁丧失其本应具备的独立性,并在实践中产生一定的冲突和矛盾。因此,笔者认为很有必要对该问题也进行一下相关的探讨。

所谓域外证据,是指在仲裁程序中,最终形成于中华人民共和国领域外的证据。我国的《仲裁法》关于域外仲裁证据的认定未予规定,使得我国仲裁程序中域外证据的认定过度依赖于《民事诉讼法》及其司法解释,这种立法上的缺失导致仲裁制度的诉讼法倾向越来越严重,不断丧失其特有的独立性,不利于仲裁的发展。仲裁作为现代解决民商事纠纷的重要途径,必须构建独立的域外仲裁证据认定体制,以保证仲裁当事人能够平等的得到仲裁制度的保护。

为此,笔者建议可以采取如下的具体制度构建方案:首先,明确规定除特殊的证据外,一般性的域外证据不须进行认证程序;其次,明确域外证据的认定程序为向我国驻证据所在国使馆进行认证;再次,在《仲裁法》中规定人民法院法定撤销情形同时,明确禁止人民法院以域外证据未按《证据规定》第11条的规定,可以认定为撤销仲裁裁决;最后,在《仲裁法》中补充明确,对于关于域外证据未尽事宜,参考国际惯例。<sup>④</sup>

#### (七) 我国诉讼证据制度与商事仲裁证据制度关于证据具体适用上的区别

##### 1. 举证责任倒置原则的区别

我国的《证据规定》第四条规定了,在诉讼案件中,有八类案件可以实行举证责任倒置。然而,我国的《仲裁法》却未对举证责任倒置问题进行规定。按照一般性的实务操作,有关知识产权侵权、产品质量侵权、海事侵权纠纷中涉及财产权益的事项可以在仲裁中运用相应的举证责任倒置规则,但是,诸如一般环境污染侵权、汽车交通事故侵权、地面施工致人损害侵权、物件致人损害侵权、动物致人损害侵权、医疗事故损害赔偿侵权、高度危险作业侵权等涉及人身权利的事项因其不具有可仲裁性,故也就不存在举证责任倒置的问题。

<sup>④</sup> 王小莉:《仲裁语境下域外证据之认定——以域外仲裁证据认定模式类型化为视角》,载《仲裁研究》2009年第2期,第9-13页。

## 2. 举证责任酌定配置的区别

我国的《证据规定》第七条规定了,在诉讼案件中,若在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。由此,酌定配置举证责任也是我国司法诉讼中的证据规则之一。然而,我国《仲裁法》却未对举证责任的酌定配置有明确的规定。虽然,我国的《仲裁法》中有提到举证责任的配置可以参照适用我国《民事诉讼法》中的有关规定,但毕竟仲裁庭的权威性与法院的权威性还不能相等同,因此,在仲裁实务操作过程中,绝大多数仲裁庭也不会贸然适用举证责任酌定配置这一规则。

## 3. 证据采用与采信的区别

### (1) 自由裁量权方面的区别

在诉讼案件中,我国的法院会严格按照《民事诉讼法》及《证据规定》的相关原则、规则来对事实进行认定。然而,因仲裁庭具有“形式公正不很明显”以及“客观不能并不当然阻滞仲裁认可的启动”这两个区别于法院诉讼的非常显著的特征,使得仲裁庭在很大程度上可以行使自由裁量权,即:只要仲裁庭认为适合,证据即有效力。

### (2) 经验规则方面的区别

我国《证据规定》第六十四条规定了,在司法诉讼中,审判人员在特殊情况下,可以遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对相关证据进行认证。然而,我国的《仲裁法》则并无相关的明确规定,经验规则能否成为仲裁员在审理仲裁案件时的法定准则,这还有待商榷。当然,由于仲裁庭所拥有相当程度的自由裁量权,因此,与自由裁量权的行使密不可分的经验规则,也势必成为仲裁庭所非常倚重的一条证据适用规则。

## 六、国际商事仲裁的特殊证据制度

### (一) IBA 规则

由于国际仲裁所涉的国家和法域较多,很难形成统一、强制适用的证据规则,故为了解决证据规则的缺失问题,国际律师协会于1999年制定了《国际律师协会国际仲裁取证规则》(英文全称为:“IBA Rules of Taking Evidence in International Arbitration”,简称“IBA 规则”)。

IBA 规则与英美法系的证据制度颇为相像,除具有一般证据规则制度所具有的特点外,其还具有如下特殊要点:

1. 该套证据规则体现了英美法系的辩论式审理特色,强调了当事双方及其律师在取证、举证、质证中的主动性,仲裁庭更多的处于被动地位。

2. 证据开示的范围过于宽泛,一方当事人可以要求另一方当事人出示几乎所有的证据,而无论这些证据是否涉密,是否与案件有关。即使在 IBA 规则中也有相应条款对出示证据的范围及条件等做了限制性规定,但在仲裁实践中,证据出示这一规则被滥用的现象还是非常普遍。

3. 该套证据规则对于证人证言的形式及其适用条件作了更加细化的规定,任何人,包括当事人本人以及与当事人有利害关系的人都可以作为证人,且证人证言必须具备基本信息、事实描述、所用语言、真实性确认、签字及日期和地点这些详细内容。

4. 交叉盘问的时间过于冗长,如果双方当事人分别指定专家证人及提交专家报告,与仲裁庭聘请的专家及其提交专家报告,将不可避免发生多个交叉盘问,这会占用仲裁庭开庭的多数时间,导致程序冗长以及法律费用居高不下。

## (二) 布拉格规则

由于仲裁当事人对于仲裁程序中所花费的大量时间和高昂费用日益不满,故为了提高仲裁程序的效率,大约 30 个国家在对本国的国际仲裁程序进行了调查后,起草了布拉格规则初稿,并于 2018 年 1 月正式对外发布,在经过进一步的修改与完善后,布拉格规则的正式文本于 2018 年 12 月 14 日在布拉格开放签署。

如果说 IBA 规则是英美法系证据制度的产物,那么布拉格规则更接近于大陆法系的证据制度。其所具有的特殊要点如下:

1. 鼓励仲裁庭发挥积极主动作用,在召开庭前会议,以及在庭审过程中指导当事人运用证据和发表对证据的初步看法方面,仲裁庭都应该处于较为主要的地位。

2. 对证据开示进行了一定的限制,一方当事人要求另外一方当事人提供特定文件,必须注意时间节点,并要说明具体理由,否则将不被仲裁庭获准。

3. 对证人证言及交叉盘问进行了精简,仲裁庭对于与其他证人证言重复、与案情不相关的证人可以拒绝其出庭;对于在交叉盘问中与案件无关、多余的问题可以予以驳回,以此来节省时间,并节约开支。

# 七、我国国际商事仲裁证据制度的不足之处与完善建议

## (一) 不足之处

通过以上对国际商事仲裁证据制度的研究,以及对我国国际商事仲裁证据制度的解析,笔者认为,目前我国国际商事仲裁证据制度还有如下不足之处:

1. 我国对于国际商事仲裁证据制度规定的条款明显稀缺,甚至有不少属于空白之处。据笔者初略统计,现在我国国内与仲裁证据制度相关,或与适用仲裁证据规则相关的法律法规也仅有《中华人民共和国仲裁法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》等法律、法规、司法解释。因此,仲裁庭及仲裁当事人在仲裁过程中,若需实际运用相应的仲裁证据规则,就往往会处于无米下炊的尴尬境地,造成诸多不便。

而且,以上述几部法律、法规、司法解释为例,即使它们在其中规定有相应的证据适用规则,但一般都规定的非常简单,非常原则,不太具体,也不太细化。比如,《中华人民共和国仲裁法》中有关证据适用制度的规则主要体现在其文本中的第四十三条、第四十四条、第四十五条、第四十六条中。然而细看这些条文,我们明显能够感觉到,这些

关于证据规则的条文都太过抽象了,只是提纲挈领的说明,证据需要提供和收集,仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的,可以进行鉴定,证据应当开示并由双方质证,证据可以保全。但对于证据应该如何提供和收集,证据的种类除了鉴定结论外,其他证据形式究竟有哪些,证据开示和双方质证的具体过程应该如何进行,证据保全的流程是怎样的,等一些非常关键、非常实质性的问题,该部《仲裁法》中都没有明确规定,这不得不引人深思。

2. 在已有的仲裁证据规定中,相关规定又显得体系较为凌乱,缺乏系统性和可操作性。加之仲裁庭自身在证据活动的运用过程中,权力分配混乱,使得仲裁当事人无法有效合理地运用仲裁证据规则。而且,在缺乏相关的仲裁证据规则的指引下,仲裁证据适用规则大量比照《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于民事诉讼法司法解释》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》等法律、法规、司法解释,这就使得仲裁证据的适用越来越呈现出诉讼化倾向,明显有悖仲裁的非司法化性质,令当事人对仲裁的功能和效用产生怀疑。

更为严重的是,仲裁证据规则的这种诉讼化倾向会给我国的国际商事仲裁造成严重的危害后果,影响我国仲裁事业在国际仲裁服务市场上的竞争力。人们之所以选择仲裁,而排除司法诉讼,最根本的原因就是民事诉讼程序太过严格、复杂,对于证据的适用太过死板,从而耗费太多的时间和精力。而仲裁因其本身所具有的非司法化性质,可以使得仲裁证据的适用更加灵活,也更加独立。一旦仲裁证据规则全都照搬诉讼证据规则,那将会严重破坏仲裁证据规则的中立性,从而严重阻碍国际商事仲裁的效率,并进而影响到我国国际商事仲裁制度在外国当事人心目中的形象,不利于仲裁服务行业的进一步发展。

3. 在证据收集、证据保全方面,仲裁庭缺乏相应的强制力保障,明显处于弱势地位,使得相关的证据活动无法顺利开展,从而导致仲裁程序无法有效的进行,对仲裁当事人的合法权益造成不小的伤害。

有关我国仲裁证据的强制性规则,目前在包括《中华人民共和国仲裁法》在内的多部法律、法规、司法解释中都没有相应的规定。比如,在《仲裁法》中,我们只规定了仲裁庭认为有必要收集的证据,可以自行收集;仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的,可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定,也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定;当事人经仲裁庭许可,可以向鉴定人提问;当事人可以对证据进行质证;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以申请证据保全。如上种种,我们不难看出,所有与证据规则相关的规定,我国法律都只是规定了“可以”。那么换而言之,当事人可以选择这样做,但也可以选择这样做。一旦当事人不这样做的话,那么我们是否还有相应的制约机制?同时,我们对于这些违法行为是否有相应的惩罚机制?这些内容在目前中国的仲裁证据制度中无法体现出来。

## (二) 完善建议

为了弥补以上我国国际商事仲裁证据制度的不足之处,笔者提出如下相关的完善建议,以供商榷:

1. 加大力度制定一些与仲裁证据制度相关的法律、法规或司法解释。在《中华人民共和国仲裁法》中完善国际商事仲裁证据制度的相关规定,最好能够建立独立的有关“国际商事仲裁证据制度”这么一个章节,以适用于涉外和国内的商事仲裁。

同时,还要理顺国际商事仲裁中的证据制度与民事诉讼法中的证据制度的关系,能使两者之间的证据制度内容相适应,从而在仲裁实践中逐步消除仲裁证据制度对诉讼证据规则的依赖性,并逐步实现仲裁证据的非诉化,重塑仲裁机构的良好形象。

另外,还可谨慎考虑适时制定补充性仲裁证据规则。类似国际商会仲裁院或美国仲裁协会那样,如果能够对我国国际商事仲裁中现存的问题,有针对性的提供指南或建议,则可以更好地体现仲裁国际化的趋势,以融合不同的法律文化,有利于我国仲裁界各类人士采用和接受。

2. 改善落后的仲裁理念。由于我国的仲裁制度并非象西方国家那样是一种自发形成的产物,而是由政府自上而下推动建立形成的一种“准诉讼”行为。缺少“民间化”的底蕴和根基,使得我国的国际商事仲裁制度自诞生之日起,就很不受人们的重视,仲裁制度所应具备的独特性质、独特特征和独特价值理念,也不受到国人应有的尊重,由此也导致了仲裁证据制度的相关规定比较简单,比较抽象,基本上都是模仿诉讼证据制度。加上我国在司法实践中,普遍强调实体正义,而忽视程序正义,因而,人们普遍认为,仲裁与诉讼一样,也是以发现客观真实为己任,所以,关于我国仲裁证据规则的规定便缺乏相应的独立性。

在这种情况下,我们必须,一方面要培育现代的证据法律文化,改善我国国际商事仲裁中证据适用规则的基础,使每个仲裁参与人都能够具备现代的证据文化,并适当的平衡效率与公正以及不同法律文化的证据规则;另一方面要尊重仲裁的民间性和当事人意思自治原则,将对仲裁的干预限制在最小的范围内,突出程序与实体同等重要的理念,以强化仲裁的独立性。

3. 明确规定仲裁庭在收集证据、证据保全等证据行为的过程中,若需要采取强制性措施时,法院有义务予以援助。同时也要适当地赋予仲裁庭或仲裁员一定的权限,以便其开展相应的证据工作。

另外,我国仲裁界应以开放包容的心态积极对待国际上广受认可的国际商事仲裁证据规则,如:IBA 证据规则、布拉格证据规则,并将其先进的仲裁证据理念在国内进行大力的宣传。当然,我国仲裁参与人也可以主张对这些证据规则部分适用或调整后适用,而非整体适用。

同时,从长远来看,我们需要争取制订国际软法的话语权。鉴于国际商事仲裁证据软法在具体实践中的影响,我国仲裁界人士应当积极参与国际商事仲裁证据软法的制订,争取规则制订的话语权。随着中国仲裁地位的提升,我国仲裁界人士必然会有越来越多行使话语权的机

## 八、结 语

国际商事仲裁证据制度是国际商事仲裁制度的重要组成部分,其对于国际商事仲裁程序顺利进行,仲裁庭正确适用法律作出合理裁决,并以此维护仲裁双方当事人的合法权益,有着非常至关重要的作用。然而,我国的国际商事仲裁证据制度较为落后,发展较为缓慢,在实践操作过程中,当事人及仲裁员常常因无法寻找到合适的仲裁证据适用规则,而严重影响了我国国际商事仲裁制度的健康运行。为此,笔者在本文中,通过对国际商事仲裁证据的概念、特征的描述,对国际商事仲裁证据制度价值理念的分析,对我国国际商事仲裁证据制度的实证研究,并在此基础上提出了我国国际商事仲裁证据制度的所存在的不足之处,以及就这些不足之处提出了相应的完善建议,以期能够对我国国际商事仲裁的证据制度的未来发展有所裨益,期待我国的国际商事仲裁证据制度能够早日与国际接轨,以提升我国国际商事仲裁在国际仲裁服务市场中的竞争力。

---

---

**Abstract:** Evidence system of international commercial arbitration is a very important system in Commercial Arbitration. Whether it is arbitration or litigation, evidence has always played a very important role in it. However, at present, there are more and more perfect provisions on the litigation evidence system in China, but less provisions on the arbitration evidence system. In judicial practice, we usually use or refer to litigation evidence system to judge cases, and this obviously restricts the development of arbitration system. After all, there are many essential differences between arbitration and litigation. Moreover, with the gradual increase of China's opening to the outside world, more and more international arbitration will appear, and the corresponding evidence system will show more and more distinctive features. Under these circumstances, it is necessary to study the evidence system of commercial arbitration, especially the evidence system of international commercial arbitration. This is the starting point of this paper, through the dialectical analysis of the concept, characteristics and value of evidence in international commercial arbitration, and making some empirical research on the evidence of international commercial arbitration on this basis, it points out the shortcomings of the evidence system of China's international commercial arbitration and puts forward corresponding suggestions for improvement.

**Keywords:** international business; arbitration; evidence

---

---

(责任编辑:刘璐)